

doi: 10. 3969/j. issn. 1672-0598. 2009. 03. 17

论行政程序违法的司法审查*

张 遂¹, 雷建国²

(1. 湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105; 2. 浙江省余姚市人民检察院, 浙江 余姚 315400)

[摘要] 依法行政的关键在于“依程序行政”, 是否依程序行政是一个法治国家的重要标志。我国还没有一部统一的程序法典, 这导致了“人间悲剧”的不断上演, 因此, 为了促进依法行政、保障行政相对人的权益, 从行政程序违法的司法审查范围、司法审查原则及行政程序的司法审查结果这几个方面作一番探讨和分析。

[关键词] 行政程序; 行政程序违法; 法定行政程序; 强制性行政程序

[中图分类号] D926.36 [文献标志码] A [文章编号] 1672-0598(2009)03-0086-05

“有行政活动就有行政程序”, 这无论在古代社会还是在现代社会, 无不体现了这一点。我们国家自古以来就有着“重实体轻程序”的观点, “认为诉讼程序不能作为自治、独立的实体存在——即不足以从自身品质上找到其存在的合理性和正当性——而仅仅是被用来实现某种外在目的的手段和工具。”^[1]因此就有了“麻旦旦少女嫖娼案”, 收容审查致死的“孙志刚事件”等等, 这一幕幕人间悲剧, 就是因没有完善的程序制度或是虽有程序规定但被肆意违背而发生的。

学者孙笑侠说: “如果说我们的生活离不开法, 其实是指离不开程序法。生活中可以没有法的实体规则, 但是绝对离不开法的程序。无程序的法律意味着没有程序制约的实体规则, 规则得不到一致地、普遍地、公开地执行, 它完全可以演变为专制的恶法。因而, 我们宁愿要无法律的程序, 也不要无程序的法律。”^[2]由此可见程序对保障人民的权利和自由是非常重要的。然而, 在现实生活中行政机关及其工作人员在行政过程中恣意妄为, 违反法定程序、侵犯人们的权利却是屡见不鲜的, 因此, 我们必须要用“权力制约权力”, 运用司法权对抗行政权, 以保障我们的权利和自由, 以便人们更安宁地生活。

一、行政程序违法司法审查的范围

我们国家还没有一部统一的行政程序法典, 行政程序是分散在各个不同的行政法律规范文件之中, 因此行政行为的方式、步骤也各不相同。由于行政行为的多样化, 随着时间、地点、具体情况、具体条件不同而作出不同的行为。行政程序也不统一, 也无法统一。那么行政程序违法审查的范围到底有多宽呢? 让我们来考察一下行政程序违法。行政程序违法主要是指行政行为违反法定程序, 即行政机关实施行政行为违反法律、法规和具有法律效力的行政规章规定的行政行为应遵循的步骤、顺序、形式和时限, 未遵循法定操作规定的恣意行为。

对行政程序违法进行司法审查实质上是法院通过行政诉讼程序对行政主体在行政过程中是否遵守法定程序所作的一种权威性评价, 并运用司法权对行政主体违反法定程序的行政行为给予相应的法律制裁。从行政法治角度看, 行政主体实施行政行为所遵循的行政程序无论是否法定都应纳入司法审查的范围, 但是实际情况并非如此。主要是因为: 首先, 对违反行政程序进行司法审查旨在保障相对人的合法权益, 但有些行政程序, 比如任意性的行政程序, 没有被主体遵守但又没有危及相对

* [收稿日期] 2008-12-30

[作者简介] 张 遂 (1959-), 男, 法学硕士, 副教授, 湘潭大学法学院。

雷建国 (1978-), 男, 法学硕士, 浙江省余姚市人民检察院。

人的合法权益,对此种行政程序进行司法审查没有法律意义;其次,行政行为具有广泛性、复杂性的特点,决定了行政程序必然出现复杂多变的局面。如果将所有行政程序都纳入司法审查的范围,法院一般是难以承受的。因此,把行政程序纳入司法审查关键在于是否影响行政相对人的权利义务。从我国现行法治状况来考察和分析,我们认为具备以下条件的行政程序才能纳入司法审查的范围。

(一)应当是法定行政程序

法定行政程序是指由法律、法规和规章所设定的行政程序,是一国为了权衡保护行政相对人合法权益和提高行政效率这一双重的行政程序价值目标,从而将一些行政程序法律化的产物。法定行政程序一旦启动,就要一个阶段接一个阶段,一环扣一环,层层推进,依法定的次序进行下去。如果违反了行政程序,就要承担相应的行政法律责任。因为行政程序本身具有扩大公民行使参政权、保护行政相对人的合法权益、监督行政主体依法行使职权的法律价值。因此行政诉讼法第 54 条规定:具体行政行为违反法定程序的,人民法院应判决撤销或部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为。也就是说,法院对行政机关是否违反法定程序有权进行司法审查,并给予公民程序权利的救济。行政诉讼法的这一规定,第一次将行政程序提高到和实体规则同样重要的地位,体现了程序和实体并重的原则,是中国行政法史上立法观念和立法技术的重大突破。^[3]

也有学者认为如果违反了法律原则也是违反法定程序的。因为法律原则是对法律精神的概括和提炼,是为整个法律条文起着统帅和弥补作用的,违反了法律原则同样是违法行为。在我国,往往把法等同于法律条文,而看不到隐藏在条文背后对条文起支配作用的原则精神,法官在裁决案件时,也只看条文如何规定,而不管其中蕴涵的法律原则和精神是什么。为了提高我国的行政法治水平,一方面必须加强对行政程序法基本原则的提炼,另一方面也必须把违反行政程序法基本原则的行为,列入行政违法之例。^[4]我们认为,提炼行政程序法基本原则,并将基本原则用立法的方式将其用法律条文表达(表现)出来,这些基本原则也就成了法定的依据,若违反行政程序基本原则也属于

违反法定行政程序,但仅仅是违反法律精神即认定其违反法定程序,在司法实践中行不通,在理论上也难以自圆其说。(难道法律精神真的不能用言语表达出来吗?如果不能用语言表达出来那我们又如何去把握其精神,其精神是善是恶由谁说了算?如果是这样的话,那么我们根本不需要语言文字上的法律条文就可以认为我们有法律的精神,我们的法官也可以凭空判案,或者说他们凭的是上帝给予他们的“法律精神”来判案的。)

也许还有人认为可以借鉴美国式的正当法律程序来解决此类问题。然而法定程序与正当程序是两个不同的概念,违反了正当程序并不一定违反法律规定的程序,比如某行政机关作出某个公民权利产生不利影响的一个行政决定,行政机关在作出这个决定之前,没有给予公民陈述和申辩的机会,也没有举行听证会。对于这个行为,相关的法律规范没有程序方面的明确规定。在中国,法院不能以行政行为违反正当程序为由撤销它,该公民的权利无法得到司法救济。的确,在中国这种情况公民的权利无法得到救济,然而中国的哪部法律像美国宪法那样明确写着:“不论任何人,不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由和财产”呢?正当法律程序要求正式行为必须符合个人的最低公正标准,如得到及时通知、说明理由的权利和作出裁定之前的有意义的听证会等。所有这些都可以在行政程序法中予以规定。因为中国是典型的成文法国家,行政判例尚未得到任何形式的肯定。因此,在现阶段要么通过行政程序立法,将行政程序的正当性、合理性标准化;要么就承认判例在中国的有效性,从而引入正当法律程序。

(二)应当是强制性行政程序

强制性行政程序是行政主体在实施行政行为时没有自主选择的余地,必须严格遵守,不得增加或者减少行政行为的步骤、方法、时限,也不得颠倒顺序。无选择性是强制性行政程序最大的特征,例如,责令停产的行政处罚,行政主体必须告知当事人听证后才能作出,否则行政处罚无效。^[5]强制性行政程序对于行政主体来说,必须是不折不扣地执行。行政行为在强制性程序上的偏差,都将被视为行政程序的违法。如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 34 条规定:“对违反治安管理的处以

警告或者 50 元以下罚款,或者罚款超过 50 元,被处罚方有争议的,可以由公安人员当场处罚。对违反治安管理的人的其他处罚适用下列程序:(一)传唤……(二)讯问……(三)取证……(四)裁决。这种程序是强制性的,是不能颠倒的,而任意性程序只因为行政主体保留了行政程序上的自由裁量权,只要行政主体在法定程序范围进行适当的选择,无论结果如何,不应定为行政程序的违法,但超越任意性程序的范围,则构成程序越权。

(三)应当是外部行政程序

外部程序是行政主体对所管理的外部事务实施行政行为时所应当遵守的程序,如公安机关的治安管理、税务机关的税收征管、海关的缉私等等。外部行政程序是行政程序的核心,也是最引人关注的问题。研究行政程序主要研究外部程序,行政主体行使行政职权产生影响行政相对人的合法权益的后果,主要是通过外部行政行为导致的,外部行政程序直接关系到相对人的合法权益和行政效率。而内部行政程序,如同一机关内部的人事、财务管理,或者上级机关对下级机关的领导管理等,其违法或不当行为应由行政主体内部监督机制和系统内部来解决,司法权不应加以干涉,以免降低行政效率。

只有同时满足以上三种要求的行政程序才能纳入司法审查的范围。一句话,只有违反法定的外部的强制性的行政程序才能提起司法审查。

二、行政程序违法审查的原则

我们认为行政程序的司法审查原则应遵循以下几个原则:

(一)合法性原则

我国行政诉讼法第 5 条规定:“人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。”该条规定确立了我国司法审查的合法性原则。行政诉讼法在第 54 条合法性审查相对具体的标准,其中就包括“是否违反法定程序”,由此对于行政程序违法的司法审查应遵循合法性审查原则。对行政程序违法进行司法审查的目的在于保护相对人的合法权益。行政相对人合法权益的损害既来自行政实体违法行为,也来自行政程序违法行为。当行政程序越过法定范围或背离法定目的时,势必损害受法律保护的行政相对人的权益。因此,对行政程序违法行为进行审查的重心在于合法性。合

法性要求行政主体的行政程序行为符合行政程序法律规范,否则,行政主体的行政程序行为将会因违法而被撤销。^[6]

(二)合理性审查原则

合理性审查原则主要是针对行政主体在任意性行政程序中不适当地行使自由裁量权或者违反次要程序而使行政行为在程序上产生了某种缺陷而进行审查。合理性审查难度显然超过了合法性审查,这主要是因为合理性审查标准的模糊性,使法官在司法过程中感到非常棘手,尤其是在我们这个采用成文法而没有使用判例的国家来说更是如此。

合理性要求行政主体在选择,适用行政程序时必须依据一个客观的标准,即使是在行政自由裁量权也是如此。“自由裁量权意味着根据合理和公正的原则做某事,而不是根据个人好恶做某事……。自由裁量权不应是专断的,含糊不清的,捉摸不定的权力,而应是法定的,有一定规定的权力。”^[7]这说明,行政程序自由裁量权并不是没有受任何制约而随心所欲的权力。

(三)无司法变更权原则

无司法变更权原则是指在行政诉讼中,无论行政行为违反法定程序,还是只有部分违反法定程序,人民法院都无权变更该行政行为,只能通过裁定撤销或者限期由行政机关加以变更或补救。无司法变更权原则是由行政程序的性质决定的。行政程序是行政行为的表现形式,其他国家机关和组织无权通过行政程序去实现实体内容。

三、行政程序违法司法审查的结果

由于我国还没有一部统一的行政法典,对于行政程序违法司法审查的结果,在学术界和司法界都有不同意见。有的认为,只要行政程序违法,不论实体处理是否合法,均应判决撤销。有的认为,只要实体处理合法,且未侵害行政相对人的权利应予以维持。还有的认为,只有程序严重违法,才能撤销,一般违法且没有给行政相对人造成侵害的,一般给予支持。

纵观国外行政程序违法司法审查的经验,许多国家对行政程序违法所作结果并非一律都是撤销的。如德国行政程序法第 44 条规定了行政行为具有严重瑕疵的,包括程序严重瑕疵的,为无效行政

行为。另外,在撤销和无效两种纠正方式外,第 45 条则对“不导致第 44 条规定的对程序或形式的违反的行政行为可以补正。此外,德国行政程序法典中还有对某些程序或形式瑕疵的行政行为只要其对实体决定布局没有影响力可不予撤销的规定。^[8]在法国,“对于有形式上的缺陷,行政法院并非一律撤销。形式有主要和次要之分。主要形式有缺陷,才构成法院撤销的理由。”^[9]即使在奉行“法律程序至上”原则,视“正当法律程序”为生命的美国也并不是任何违反程序的行为都会导致行政行为无效的后果。在行政机关制定法规时,“除非有特别法律规定,否则,不得以行政机关在颁布某项规定以前没有举行听证会,没有受此规章影响的各方协商或通过其他方式征求他们的意见为由宣布规章无效。”^[10]

我们认为,我国目前法律意识整体水平不高,行政程序意识在行政机关和执法人员中需要不断提高,因此对于行政程序违法的审查不宜过于严格,并非违反法定程序都一律撤销,但也不应该过于宽松,行政程序违法的司法审查应该以公正和效率为标准。如果违反法定程序的行政行为损害了行政相对人的合法权益,应当认定无效,并依法予以撤销;如果行政行为违反行政程序,但并没有损害相对人的合法权益,或者影响较小,可不认定行政行为无效。具体来说,对违反法定行政程序可以分为以下几种情况做不同处理。

(一)违反法定程序

违反法定程序的,《行政诉讼法》规定,法院可以判决撤销或者部分撤销,并可以判决重新作出具体行政行为。对于程序违法的法律效力问题,有人认为,必须撤销的,仅限于“法定程序”,且法定程序违法也未必撤销,应做具体分析。从行政法理来说,主要程序违法的,强制程序违法的,必须予以撤销,次要程序违法的,任意程序违法的以及行为方式有瑕疵的,经补正后还是有效的。如果程序违法行为还对行政相对人的合法权益造成了损害,还必须承担行政赔偿责任。一般来说,对于违反法定程序的行政行为的法律后果有:

1. 严重违反法定程序的,确认行政行为无效。《行政处罚法》第 3 条规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”。据此,人民法

院可以根据此条以及最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》(以下简称《若干解释》)第 57 条的规定,对“不遵守法定程序的行政处罚行为作出确认无效的判决。

违反法定程序的行政行为一律予以撤销。因为就程序本身来说是非常重要的,程序本身具有独立的品格和价值,我们的正义应该还要用看得见的方式表现出来,最重要的就是要符合法定程序。行政主体在作出对行政相对人的一方不利影响决定前,不听取对方的意见,或法律规定应该听证而不听证,就属于严重违法;再如暴力取证或是一个工作人员单独取证又不做任何记录,也属于严重程序违法。这些程序违法,不论实体上是否正确,都应一律予以撤销。若不具有可撤销内容的具体行政行为应确认无效或违法。

2 确认行政行为无效或违法后,若给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,还应判决行政主体采取相应的补救措施。《若干解释》第 58 条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销实体行政行为将会给国家或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。第 59 条规定:“根据行政诉讼法第 54 条第(二)项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益或者他人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:(一)判决被告重新作出具体行政行为;(二)责令被诉行政机关采取相应的补救措施;(三)向被告和有关机关提出司法建议;(四)发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。”因此,人民法院在对违反法定程序的行政行为确认无效后,在必要的情况下应判决行政主体作出相应的补救措施,给予相对人赔偿,发现违法犯罪行为的建议有权机关依法处理。

(二)任意行政程序的违反

对于任意性行政程序,行政机关具有一定的自由裁量权,可以根据实际情况和需要作出自己的选择。如果行政相对人对行政机关可自主选择的程序提出异议要求撤销,法院一般不予支持。但是如果行政机关选择的程序严重违法、违背基本公正要求,虽不构成违背法定程序,但可以构成“滥

用职权”,人民法院可以“滥用职权”为由撤销相应的具体行政行为。

(三) 行政程序中的瑕疵

对于行政程序中轻微的瑕疵现象,一般不作为违反法定程序处理,这也是各国通行的做法,主要是考虑到行政效率。有些程序瑕疵,可以责令行政机关补正。总之,法律在设定程序违法的法律责任时,要根据行政违法行为中程序与实体的违法的情况和关系,以及程序违法本身的程度等具体情况作出规定。对于行政程序混乱,违反法定的、不可改变的顺序,并且损害了相对人合法权益的,可判决撤销并责令行政机关依照法定程序重新处理,若没有损害相对人权利的则可以作为行政程序瑕疵,不作为违反法定程序处理。

[参考文献]

[1] 胡肖华. 宪法诉讼原论 [M]. 法律出版社, 2002. 1.

- [2] 孙笑侠, 应永启. 程序与法律形式化——兼论现代法律程序的特征与要素 [J]. 现代法学, 2002 (1).
- [3] 甘文. WTO与司法审查 [J]. 法学研究, 2001 (4).
- [4] 胡建森. 行政违法问题探究 [M]. 法律出版社, 2000年. 376-377.
- [5] 姜明安. 行政法与行政诉讼法 [M]. 北京大学出版社、高等教育出版社, 1999. 263.
- [6] 章剑生. 行政程序法学原理 [M]. 中国政法大学出版社, 1994. 201.
- [7] [美] 德纳·施瓦德. 行政法 [M]. 徐炳译, 群众出版社, 1986. 568.
- [8] 杨海坤、黄学贤. 行政程序法典 [M]. 法律出版社, 1999. 437.
- [9] 胡建森. 十国行政法——比较研究 [M]. 中国政法大学出版社, 1993. 65.
- [10] [美] 德纳·施瓦德. 行政法 [M]. 徐炳译, 群众出版社, 1986. 568.

(责任编辑: 杨 睿)

Judicial review of law-violation of administrative procedure

ZHANG Su¹, LEI Jian-guo²

(1. School of Law, Xiangtan University, Hunan Xiangtan; 2. Zhejiang Yuyao Municipal People's Procuratorate, Zhejiang Yuyao 315400, China)

Abstract: The key to administration by law is in accordance with procedure of administration, whether administration is in accordance with procedure is an important symbol of a lawful country. China does not have a procedure law, which leads to “many human tragedies”, thus, in order to promote administration by law and to protect the rights of the administration related people, this paper makes discussions and analysis of law-violation of administrative procedure in the aspects of judicial review scope, judicial review principle and judicial review results of administrative procedure.

Keywords: administrative procedure; law-violation of administrative procedure; lawful administrative procedure; compulsory administrative procedure