

# 司法判决中的正当程序原则

何海波\*

---

**内容提要：**在法律、法规和规章对行政机关应当遵循的程序没有明确规定的情况下，法院能否根据正当程序原则去审查行政行为的合法性，是观察当前中国司法的实际职能和法律发展的一个窗口。通过统计《人民法院案例选》上行政判决所用的法律依据，分析田永案件、刘燕文案件、张成银案件等十余个有关行政程序的代表性案例，结合对法官所做的访谈，可以发现，在过去十多年中，正当程序原则在司法审查中获得了比较广泛的认可，开始成为中国法律的一部分。这一事实显示了中国法院在相对局促的空间里的能动主义立场，以及由个案判决所推动的一种法律发展的特殊路径。

**关键词：**行政诉讼 正当程序原则 司法能动主义 法律发展

---

## 导 言

半个多世纪以前，正值英国一场法律变革的前夜，年轻的公法学者韦德写下了“自然正义的黄昏”，作者忧心忡忡地注视着英国法院在行政程序司法审查上的倒退。<sup>〔1〕</sup>而几年后彻底刷新英国司法审查面貌的那场变革，恰恰是以程序正义原则的勃兴为开端的。<sup>〔2〕</sup>再过几年，美国联邦最高法院也发动了“正当程序革命”，<sup>〔3〕</sup>不但扩张了正当程序原则的适用范围，也推动了行政法的整体发展。此后，随着最高法院整体上变得保守，行政程序的扩张似乎也出现了逆流。<sup>〔4〕</sup>而在大陆法传统的日本，行政程序也成为行政法日益重要的一部分。<sup>〔5〕</sup>不同的故事讲述同一个

---

\* 清华大学法学院副教授。

本文的写作开始于1999年，主要部分是在耶鲁大学法学院中国法中心访问研究期间完成。写作过程中先后与十多位法官进行了访谈和讨论，清华大学法学院研究生管君协助我统计了《人民法院案例选》上的全部行政案例。文章初稿曾经在哈佛、哥伦比亚和耶鲁等法学院做过讨论，文章的修改稿还曾经在中国法学会行政法研究会2008年年会和中央财经大学法学院做过报告，多位学者和法官给予评论和指正。作者特别感谢行政法官给予的帮助，以及William Alford、Benjamin Liebman、Paul Gewirtz、Thomas Kellogg、Jeffrey Prescott、程金华、江必新、朱芒、章剑生、余凌云、高秦伟、李洪雷、杨利敏、宋华琳、毕洪海、王贵松、骆梅英等前辈同仁的批评意见。当然，所有错误由作者本人负责。

〔1〕 William Wade, *The Twilight of Natural Justice?*, 67 *Law Quarterly Review* 103 (1951).

〔2〕 *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40. 对英国自然正义原则衰落和勃兴的概略描述，参见何海波：《英国行政法上的听证》，《中国法学》2006年第4期。

〔3〕 See *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

〔4〕 Richard Pierce, *The Due Process Counterrevolution of the 1990s?*, 96 *Columbia Law Review* 713 (1996).

〔5〕 关于日本的讨论，参见朱芒：《论行政程序正当化的法根据：日本行政程序法的发展及其启示》，《外国法译评》1997年第1期。

主题：正当程序是法律发展的一部分，也是法律发展的一面镜子。

今天，在一个相当不同的法律传统中，我们将看到一个精神相似的原则——我们称之为正当程序原则——正在中国蓬勃生长。在涉及正当程序的多个司法判决中，江苏省高级法院 2004 年的一份判决尤其值得注意。该判决声称：“行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，但根据正当程序的要求，行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时，应当专门听取利害关系人的意见……”。〔6〕在中国法律发展喧闹杂乱的背景中，这是一个微小却鲜亮的举动：在没有制定法依据的情况下，法院公然引入了正当程序原则。它昭示正当程序原则在中国的司法实践中获得了明确的身份，也暗示法院在行政诉讼实践中能动主义的姿态。

在中国的法律传统中，程序观念的稀薄、程序制度的简陋几乎是公认的。当清末和民国时期，现代意义上的行政法开始植入中国，却不包含正当程序的概念。〔7〕即使到 20 世纪 80 年代，行政法学重建之初，中国学界对正当程序还完全陌生：在法学辞典里，法律程序仅仅指诉讼程序；〔8〕在行政法教材中，对行政程序可以不置一词。〔9〕当时中国的多数行政法学者也许要等到龚祥瑞和王名扬两位学者介绍，〔10〕才了解英美法上的“自然正义”和“正当程序”理论。最近十几年，正当程序的概念至少在学术界变得耳熟能详，确立正当程序原则也呼声四起。在立法层面，20 世纪 80 年代初期行政程序问题几乎没有涉及。全国人大常委会 1986 年制定的《治安管理处罚条例》第 34 条规定治安行政处罚必须经过“传唤、讯问、取证和裁决”四道程序，就已经被认为是一个重大的突破了。此后，大体与刑事、民事诉讼程序正当化同步，行政程序的法制化迅速开展。继 1989 年行政诉讼法规定“违反法定程序”的行政行为可以撤销之后，行政处罚法（1996 年）和行政许可法（2003 年）对告知、申辩和听证等程序做了比较完备的规定。在 2004 年国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》中，“程序正当”被列为依法行政的基本要求之一。〔11〕于此前后，制定一部系统规范行政程序的行政程序法，被提上议事日程。以 2008 年《湖南省行政程序规定》为代表，行政程序法典化在局部地方试水。中国行政程序制度的发展正在催

〔6〕江苏省高级人民法院行政判决书，（2004）苏行终字第 110 号。此处引用的是《最高人民法院公报》2005 年第 3 期上刊载的文字。

〔7〕当时也有部分著作简略地提到“行政程序”或者“法定程序”的概念。例如，徐仲白：《中国行政法论》，现代科学出版社 1934 年版，第 312 页以下（“行政程序”作为对行政法关系的动态考察，是行政实体法上所规定的权力义务实现手段的形式，以行政法规所明示或者默示的规定为限）；马君硕：《中国行政法总论》，商务印书馆 1947 年版，第 215 页（“法定程序之违背”系行政行为形式上违法）。但是，当时学界对一种超越成文法的普遍的正当程序观念是完全陌生的。即使代表当时学界对英国行政法最深认识的陈体强的著作，也只是在阐述英国国内对行政司法（行政裁判所）制度的批评时，提到几条“自然法原则”（今译“自然正义”），认为它们不过是“关于程序和方法的枝节问题”。参见陈体强：《英国行政法论》，商务印书馆 1945 年版，第 63 页以下。而且，当时大陆法学在中国的格局已经定型，英美行政法几乎没有什么影响。关于中国行政法学的知识背景，可参见何海波：《中国行政法学的外国法渊源》，《比较法研究》2007 年第 6 期。

〔8〕参见《中国大百科全书·法学》，大百科全书出版社 1984 年版，第 80 页；《法学词典》，上海辞书出版社 1984 年版，第 914 页。两部权威法学词典都没有“行政程序”词条。

〔9〕王岷灿主编：《行政法概要》，法律出版社 1983 年版。这是当代中国第一本行政法教科书。

〔10〕龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 1985 年版；王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社 1987 年版。

〔11〕第 5 条第 3 项。《实施纲要》还提出了具体要求：“行政机关实施行政管理，除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的外，应当公开，注意听取公民、法人和其他组织的意见；要严格遵循法定程序，依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。行政机关工作人员履行职责，与行政管理相对人存在利害关系时，应当回避。”此外，《实施纲要》第 20 条要求行政机关“严格按照法定程序行使权力、履行职责”：行政机关作出对行政管理相对人、利害关系人不利的行政决定之前，应当告知行政管理相对人、利害关系人，并给予其陈述和申辩的机会；作出行政决定后，应当告知行政管理相对人依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。对重大事项，行政管理相对人、利害关系人依法要求听证的，行政机关应当组织听证。行政机关行使自由裁量权的，应当在行政决定中说明理由。

生出一种有关正当程序的总体概念。

但是, 在中国的权力结构下, 正当程序概念的发展并不意味着法院在行政诉讼中可以自动地适用该原则判决。依照正统的观点, 行政行为的合法性是由具体的法律、法规来界定的, 法院的职能是正确适用法律、法规来审查行政行为, 法律制度的完善(包括程序制度的发展)不是法院应当考虑的事。对于行政诉讼法第54条确立的“违反法定程序”这一司法审查标准, 主流观点认为, 违反法定程序就是违反法律、法规或者规章明文规定的程序; 凡是不违背上述制定法明文规定的, 就属于行政机关的自由裁量范围, 不属于违反法定程序。<sup>[12]</sup> 受此观点影响, 对行政行为程序合法性审查的目光基本停留在现有的程序条文上, 完善行政程序的希望被寄托在今后的行政程序立法上。尽管最近几年在对行政法原则的研究热潮中,<sup>[13]</sup> 有部分学者主张正当程序原则应当成为我国法律的一部分, 法院在司法审查中可以直接适用正当程序原则, 但这种主张在正统理论面前显得根基不足。对于多数法官来说, 在没有具体法律、法规规定的情况下, 法院根据正当程序原则判决, 那只是一个英美法上的传说, 而不是中国法律的一部分。为此, 有些学者试图通过扩充解释行政诉讼法第54条“违反法定程序”或者“滥用职权”, 或者从宪法条款中为正当程序原则寻找实定法上的根据。<sup>[14]</sup> 但是, 到目前为止, 法院能否根据正当程序原则审查行政行为的合法性, 甚至法院可以援用行政诉讼法第54条哪一个项目引入正当程序, 仍然是一个困扰学术界和实务界的问题。对正当程序原则正当性的焦虑, 暗示正当程序原则还没有成为一个能够独立生存、直接适用的法律原则。

在上述背景下, 正当程序原则在行政诉讼中的应用, 可以成为观察中国法院现实态度和实际职能的一个窗口。总体上, 中国法院职能有限、权威不足、形象暗淡, 行政诉讼常常被人描述为“鸡蛋碰石头”、“夹缝中求生存”。<sup>[15]</sup> 但随着司法改革的推进, 相关的制度建设至少在技术层面

[12] 参见罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》, 中国政法大学出版社1990年版, 第247页以下; 罗豪才主编:《行政审判问题研究》, 北京大学出版社1990年版, 第318页以下; 罗豪才主编:《中国司法审查制度》, 北京大学出版社1993年版, 第373页以下; 应松年主编:《行政诉讼法学》, 中国政法大学出版社1994年版, 第257页; 姜明安:《行政诉讼法学》, 北京大学出版社1998年版, 第202页以下; 章剑生:《论行政程序违法及其司法审查》, 《行政法学研究》1996年第1期(违反法律、法规、规章规定的行政程序, 属于违反法定程序, 构成违法; 违反自主行政程序, 不构成违法)。但也有一部分学者认为, 违反法律、法规没有明文规定的程序准则虽不构成“违反法定程序”, 但严重不合理的程序可套用“滥用职权”。

[13] 例如, 杨海坤、章志远:《中国行政法学基本理论研究》, 北京大学出版社2004年版, 第4、5章; 应松年主编:《当代中国行政法》, 中国方正出版社2005年版, 第2、3章; 胡建森主编:《论公法原则》, 浙江大学出版社2005年版; 周佑勇:《行政法基本原则研究》, 武汉大学出版社2005年版。

[14] 依照一些学者的理解, 正当程序原则可以从法条中引申出来。只是对所援引的法条, 不同学者还有不同理解。甘文法官主张, 在目前的立法状况下, 应当对行政诉讼法中的“法定程序”作扩大的解释, 使它包含那些符合法律精神和原则的行政程序。相应地, 违反正当程序原则也属于“违反法定程序”。参见甘文:《WTO与司法审查的标准》, 《法学研究》2001年第4期。朱新力教授认为, 行政诉讼法第54条中的“滥用职权”就包括了滥用程序上的自由裁量权; 在程序领域享有自由裁量权的情况下, 不正当的程序(包括必要步骤的省略)将构成程序违法。参见朱新力:《行政滥用职权新定义》, 《法学研究》1994年第3期。有个别学者甚至试图从宪法中寻找正当程序的依据。章剑生教授认为, 虽然中国现行宪法没有直接为行政程序正当性提供规范依据, 但是我们可以从“主体参与”和“法治国家”的表述中获得行政程序正当性在宪法规范上的根据。参见章剑生:《论行政程序正当性的宪法规范基础:以规范实证分析为视角》, 《法学论坛》2005年第4期。

[15] 龚祥瑞主编:《法治的理想与现实:〈中华人民共和国行政诉讼法〉实施现状与发展方向调查研究报告》, 中国政法大学出版社1993年版; 何海波:《行政诉讼撤诉考》, 《中外法学》2001年的2期; Kevin O'Brien & Lianjiang Li, *Suing the Local State: Administrative Litigation in Rural China*, in Neil Diamant, Stanley Lubman & Kevin O'Brien (eds.), *Engaging the Law in China: State, Society and Possibilities for Justice*, Stanford University Press, 2005.

取得了显著的进展；<sup>[16]</sup>而在 20 年的行政诉讼实践中，法院似乎累积了一定的权威。<sup>[17]</sup>正当程序原则在司法审查中的应用，再次提出了这样的问题：法院在行政诉讼中具有多大的能动性？这种能动性对于实现个案公正、推进法律发展能起到多少作用？法律的发展又是通过什么样的途径取得的？

本文将通过阅读有关行政程序的判例，结合对法官所做的访谈，勾勒一幅正当程序原则在司法实践中的发展图景。我希望这些案例能够展示，在中国的司法实践中正当程序原则已经晨光初现。在此过程中，中国法院显示了其在局促空间里维护正义、发展法律的积极姿态和能动立场。这种司法能动主义的冲动暗示了中国法律发展的特殊路径，它也可能给司法判决的合法性带来新的紧张。

本文对正当程序原则的讨论，不是“法教义学”的阐释，而是一个法社会学的考察。中国学界对正当程序原则或其它法律原则的讨论，多数是介绍外国经验，或者论证和呼吁立法和司法应当如何。中国法院在实践中如何适用和推动法律原则，很少被人关注，更少近距离的精细观察。<sup>[18]</sup>除了学界还不太习惯这种写作方式，司法案例的稀缺也是一个原因。虽然中国法院运用法律原则判案已经不是什么稀罕的事情，<sup>[19]</sup>但那些案例基本上是零散的、孤立的，不足以描画法律的发展。在依然短暂的行政诉讼实践中，正当程序案例大体先后承接，形成了一段法律发展的清晰的“景深”。

本文大体以案件时间为顺序。文章所运用的案例主要来自《最高人民法院公报》和《人民法院案例选》，以及作者曾经参与、在网上寻找和法官推介的案件。这些案例不一定能够代表中国行政诉讼的一般水平，但有助于说明行政诉讼实践的进展。判断正当程序原则在司法实践中的发展，主要有三个向度：第一，法官是否在制定法明文规定之外审查行政程序的合法性问题，以及是否公开承认制定法的欠缺、公开使用“正当程序”的标准；第二，程序问题在司法判决中的份量，即它是一条附带的理由还是独立成立的理由，是撤销行政行为的多重理由中的一种还是一个核心的、乃至唯一的理由；第三，适用正当程序原则是对具体案件个别化的决断，还是作为一项普遍适用的要求。这三个向度的观察将分散在对具体案件的描述中。

在本文中，正当程序概念粗略地指行政行为应当遵循的程序要求，它包含但不限于制定法明文规定的程序。本文着重关注的是，在制定法没有明文规定的情况下，法院如何适用这一行政法上的一般原则。至于正当程序应当具有的内涵、在司法适用中的边界以及在特定案件中是否妥当，是一个规范层面的问题，不是本文讨论的目的。

## 一、法定程序及其初步实践

在讨论正当程序这个一般法律原则在司法实践中的应用前，让我们先看看法定行政程序在行

[16] Randall Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, chap. 7 (p. 298 ff.) and chap. 9 (p. 420 ff.); Benjamin Liebman, *China's Courts: Restricted Reform?*, China Quarterly (2007).

[17] 何海波：《行政诉讼受案范围：一页司法权的实践史（1990—2000）》，载《北大法律评论》第4卷第2辑，法律出版社2002年版。

[18] 有限的讨论，参见 Thomas Kellogg, “Courageous Explorers”? *Education Litigation and Judicial Innovation in China*, 20 Harvard Human Rights Journal 141 (2007); 管君：《法槌下的正当程序原则》，《行政法学研究》2007年第3期。

[19] 阅读最近几年的行政案例，我们将频频相遇原先只存在于教科书而不存在于法条上的法律原则。例如，赖恒安诉重庆市人民政府行政复议纠纷案（行政成熟性原则），最高人民法院行政判决书（1998）行终字第10号；哈尔滨市汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案（比例原则），最高人民法院行政判决书（1999）行终字第20号；益民公司诉河南省周口市政府案（信赖保护原则），最高人民法院行政判决书（2004）行终字第6号。

政诉讼中的状况。在中国的行政诉讼中,先有“法定程序”的法律条文,后才有“正当程序”的一般原则。从某种意义上,“法定程序”的规定为“正当程序”提供了一个合法性基础,从“法定程序”的实践中生长出正当程序的要求。

1989年的行政诉讼法“破天荒”规定,具体行政行为“违反法定程序的”,法院可以判决撤销。该条款沿用至今。然而,“违反法定程序”条款在司法审查中的应用状况似乎还少有人关注。下面,将首先通过统计《人民法院案例选》上撤销行政行为的司法判决所运用的法律根据,来揭示“违反法定程序”在司法实践中的分量;然后,将通过几个代表性案例来阐述“法定程序”在司法实践中的发展及其局限。

最高人民法院应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》,为我们提供了统计中国法院行政判决情况的难得样本。这套由各地法官选送的“大案、要案、疑难案,以及反映新情况、新问题的具有代表性的典型案例”(编者前言),虽然不足以代表法院权利保护的一般状况,<sup>[20]</sup>但就本文讨论的司法判决的根据这一点上,不存在明显的取样偏见。因为法官在选送案件的时候,主要关心的是案件类型的新颖性、判决结果的正确性以及案件的社会影响,一般不会刻意关心他根据的是行政诉讼法第54条第2项中的哪一目。

《人民法院案例选》第1—58辑(第25—28辑暂缺)刊载了从《行政诉讼法》施行之初到2005年期间共614个行政案例(不含司法赔偿),其中行政行为被判决撤销的(包括部分撤销)297个。<sup>[21]</sup>下面的分析就以这297个案例为样本。<sup>[22]</sup>

在判决撤销的案件中,法院援引行政诉讼法第54条第2项第3目(违反法定程序)作为判决依据的有97个,占撤销判决总数的33%。这一使用频率虽然低于“主要证据不足”(53%)和“适用法律、法规错误”(40%)两项,却高出“超越职权”(26%)和“滥用职权”(8%)。在前述案件中,违反法定程序为唯一的判决依据的有36个,占撤销判决总数的12%。程序理由在撤销判决中比较高的出现频率,足以说明程序合法性已经成为中国法院审查行政行为合法性的重要武器,说明“违反法定程序”这一审查标准已经在司法实践中立住了脚跟。以后的案例还表明,“违反法定程序”的实践也培育了法官有关正当程序的信念。

上面的分析可能掩盖了“违反法定程序”标准在不同阶段司法审查实践中的变化。在行政诉讼法实施初期,由于“违反法定程序”被普遍理解为违反法律、法规明文规定的程序,而当时的法律、法规往往缺乏具体的程序规定,这一条款很少实际应用,行政行为因为程序违法被撤销的案例很少听闻。1996年出台的行政处罚法是行政程序法定化的一个里程碑。该法对行政处罚的决定程序(简易程序、一般程序和听证程序)和执行程序做了比较详细的规定,其中对听证程序

[20] 在《人民法院案例选》中,法院以判决方式结案的比例和原告胜诉的比例均大大高于全国行政案件的平均水平,而法院不予立案的情况则难得一见。

[21] 这里的处理结果指终局裁判对行政行为的处理结果,包括一审(未上诉或者上诉人撤回上诉)、二审或者再审判决结果。从本文讨论目的出发,少数部分撤销、部分维持的,计入撤销。

[22] 在诉讼过程中,同一个理由的争议有不同程度:(1)当事人提出主张;(2)法院在判决理由中阐述;(3)法院在判决依据中援引;(4)法官在判决以外论及(如案例评析)。这里只统计法院作为判决依据援引的。在司法实践中,法院援引的判决理由可能并不适当,甚至有明显的误解。例如,有法院认为,婚姻登记机关对患有精神分裂症、不具有民事行为能力又没有监护人陪同的情况下给予离婚登记,属于程序违法,这似乎是对程序理由的误用。从本文的研究目的出发,作者对这类问题不予甄别,而完全照判决书上陈述的理由统计。因为,第一,一一甄别工程太大,而且容易产生争议。第二,即使是判决理由的误用,也反映了法院对该条理由的倚重。第三,这类误用并不限于某一个理由。

的规定在我国法律中尚属首次。<sup>[23]</sup> 比较《人民法院案例选》上的行政案例在该法实施前后的处理情况,不难看出该法对行政行为司法审查的巨大影响。《人民法院案例选》第22、23辑大体上可以看作行政处罚法1996年10月施行之前和之后案例的分界线。前22辑中,122个撤销判决中有28个案件使用了“违反法定程序”作为依据,占总数的23%;而在后面案例选中,175个撤销判决中有71个案件使用了“违反法定程序”作为依据,占总数的41%,将近提高了一倍。以程序理由作为撤销判决的唯一依据的,在前22辑中有7个,占同期撤销判决总数的6%;后面辑录的案件中达29个,上升到16%。至少在32个撤销判决中,法院援引了行政处罚法的有关条款;其中有13个案件,法院是以行政处罚法为主要依据撤销行政行为的。可见,虽然行政诉讼法确立了“违反法定程序”这一审查标准,但真正落实程序合法性审查的,很大程度上还是依靠行政处罚法等法律、法规对行政程序的具体规定。

在法院高频率地援引程序理由撤销行政行为的背后,是法院对行政程序问题的重视。行政处罚法施行后,相当多的行政处罚决定因为在作出前没有告知当事人有关事实或者权利、没有履行听证程序或其它法定程序,而被法院撤销。汪如凤诉上海市公安局黄埔分局治安警告处罚决定案就是众多此类案件中的一个。<sup>[24]</sup> 该案中,公安机关的《行政处罚事先告知笔录》有瑕疵,既没有当事人签字,也没有写明具体的告知时间。上海市第二中级人民法院认为,这样的证据不能证明公安机关在做出处罚决定前已经告知当事人有关处罚的事实、理由和依据,据此判决撤销了该处罚决定。行政处罚法为法院的程序性审查提供了强有力的依据,前述法院在此坚定地贯彻了法定的程序要求。为一个看似细微的程序瑕疵而撤销一种如此轻微的行政处罚决定,没有行政处罚法做依据是不可思议的;即使有了行政处罚法,没有对正当程序的高度重视,也是不可能的。

行政处罚法的施行不但提高了法院对程序问题的审查力度,也增强了法院以“违反法定程序”为理由审查行政行为的自信。我们以《最高人民法院公报》两个先后颁布的权威案例作说明。发生在1991年的陈迎春诉离石县公安局收容审查决定案,<sup>[25]</sup> 是《最高人民法院公报》上提到行政程序问题的第一个案例。在该案中,公安机关认定陈迎春是一个匿名“诽谤件”的打印者,将其收容审查。从判决书来看,公安机关的决定超越了法定的收容审查条件,而且其认定似乎没有确凿证据,显然是违法的。不但如此,“被告所属工作人员身着便服,未出示任何法律手续,将原告诱离工作岗位后,强行押至离石县信义派出所,让原告在一张传唤证上签名。3月12日,被告又让原告在3月10日填写的《收容审查通知书》上签名。”在论述公安机关的行为构成“适用法律、法规错误”后,判决书继续写道:“被告对原告的收容审查,在执行程序上也是违法的……”。法院主要指的是,被告先决定(收容审查)、后传唤,顺序颠倒。判决书中这个“也”字很有意思。它一方面表达了法院“程序违法也是违法”的态度,另一方面也传达了“程序违法相对次要”的观念,听上去象是法院根据实体理由做出决定后附带提及程序问题。但无论如何,行政程序的合法性在审判实践中得到了关注。

与上述案件相呼应,行政处罚法施行后《最高人民法院公报》刊登的平山县劳动就业管理局不服税务行政处理决定案,<sup>[26]</sup> 则显示了法院对于违反法定程序异常鲜明的立场。在该案中,平

[23] 该法第31条、32条分别规定:“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利”;“当事人有权进行陈述和申辩”。在第5章第2节“一般程序”中,又强调:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第31条、第32条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立……”(第41条)。

[24] 上海市第二中级人民法院行政判决书,(2001)沪二中行终字第328号。

[25] 《最高人民法院公报》1992年第2期。

[26] 《最高人民法院公报》1997年第2期。

山县地方税务局认为劳动就业管理局（原平山县劳动服务公司）收取劳务管理费、劳务服务费等而没有依法纳税，两次通知其限期交纳却没有效果，于是决定对其罚款9万多元。该案首要的争议是，就业管理机构作为承担部分行政职能的自收自支的事业单位应否纳税。然而，法院把矛头指向行政处罚决定程序的一个严重疏漏：税务部门在作出处罚决定前没有举行听证。法院据此撤销了被告的处罚决定，并且宣布，“程序上违法便可撤销，无须继续对实体性争议进行审理”。虽然平山县法院的动机似乎是尽量避免卷入两个政府部门之间重大、实体问题的争议，虽然法院“无须继续对实体性争议进行审理”的观点值得商榷，<sup>[27]</sup>但是，法院“程序上违法便可撤销”的断言把程序合法性提到了独当一面的地位，与实体合法性同等重要。最高法院选取该案作为在行政处罚法施行后《最高人民法院公报》公布的第一个行政案例，显示它对实施行政处罚法定程序的重视，也体现了法院关于行政程序合法性审查的自信。

到此为止，“违反法定程序”标准在司法实践中的应用乃至发展，都没有突破制定法的框架，法院以现有法律、法规和规章为依据还是司法审查的不二法门。从行政诉讼法生效至今，该法确立的司法审查标准在立法层面没有任何变动，最高法院的司法解释也没有显著的推动。1991年和2000年两次有关行政诉讼法的全面解释，都没有涉及司法审查标准。在中国加入WTO后，学界认识到WTO对行政程序的要求比中国现行法律要更严格，但最高法院相关的司法解释仅仅照抄行政诉讼法第54条的规定，并没有对“法定程序”做出阐述，更没有提及正当程序。<sup>[28]</sup>此外，最高法院个别司法解释文件涉及到行政处罚法规定的听证程序的适用范围，认为行政机关作出没收较大数额财产的行政处罚决定前，也应当给予听证的机会。<sup>[29]</sup>该答复澄清了行政处罚法有关条文的含义，坚定地捍卫了行政处罚法关于程序保障的精神。但是，就正当程序这个一般原则的发展而言，不算有太多突破。

实际上，直到20世纪90年代末的田永案件和刘燕文案件以前，行政诉讼的原告似乎很少在法律、法规、规章规定以外，提出程序主张。即使原告提出这种“没有法律依据”的程序主张，似乎也不太可能得到认真对待。即使法官认识到行政行为背离其心中的程序准则，通常也不太可能把它作为判决理由。<sup>[30]</sup>

在广东省药材公司诉中华人民共和国财政部国有资产行政管理纠纷一案中，<sup>[31]</sup>制定法以外的程序合法性问题异常罕见地被明确地提出来，然而广东省高级人民法院与正当程序原则擦肩而过。

[27] 由于法院没有就实体争议做出裁判，税务机关可以坚持认为对方应当纳税，并在听证后重新做出处罚决定。这可能导致不必要的重复诉讼，甚至（在事后证明税务机关不应征税的情况下）税务机关无谓的重复行政。

[28] 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，法释[2002]27号，第6条。

[29] 《最高人民法院关于没收财产是否应进行听证及没收经营药品行为等有关法律问题的答复》，[2004]行他字第1号。该答复称：“行政机关作出没收较大数额财产的行政处罚决定前，未告知当事人有权要求举行听证或者未按规定举行听证的，应当根据行政处罚法的有关规定，确认该行政处罚决定违反法定程序。”该答复涉及行政处罚法第42条的理解。虽然没收较大数额财产的行政处罚并不在该条明示的听证范围之列，但无论从法条文字还是立法过程看上，行政机关没收较大数额财产之前给予当事人听证的机会，都完全符合行政处罚法的立法意图。有关立法过程所体现的立法意图，参见薛驹：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国行政处罚法（草案）〉审议结果的报告》，1996年3月16日。

[30] 《人民法院案例选》刊登的许军营诉昌吉回族自治州劳动教养管理委员会案件，是一个少有的例外。该案中，一、二审法院均以原告许军营的行为尚不符合劳动教养条件，行政决定事实不清、适用法规错误为由撤销了劳动教养决定。昌吉回族自治州中级人民法院1992年的二审判决同时指出，被告在作出对许军营劳动教养决定后，没有向许军营本人送达劳动教养决定书；经申诉复议后，未向许营人送达复议决定书，也没有向其交待诉讼权利，直接影响了原告行使申诉、起诉的正当权利。因此，“程序违法”。鉴于当时法律、法规对劳动教养的程序没有丝毫规定，这样的理由已经超出了制定法的明确规定。参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第2辑，人民法院出版社1993年版。

[31] 广东省高级人民法院行政判决书，（1999）粤高法行终字第22号。

该案被告财政部的一纸文件称，国家国有资产管理局行政复议委员会作出的一个行政复议决定，“不符合《行政复议条例》的有关规定，现决定予以撤销”。在广东省药材公司提起的行政诉讼中，财政部的决定被判决撤销。在诉讼中，原告代理人、北京大学法律系教师陈端洪提出了程序的正当性问题。然而，两级法院的反应并不相同。一审法院认为，该决定没有列举事实证据、法律依据并说明法律理由，属适用法律法规错误；被告在作出撤销决定之前，不仅没有将其对复议决定再予审查的情况告知原告，没有调查取证，没有向国资局调卷，也没有给原告提供陈述意见的机会，总而言之，“没有遵循基本的行政程序，属程序违法”。二审法院基本同意第一点理由，认为该决定属“认定事实不清，主要证据不足，适用法律法规错误”，原审判决予以撤销是正确的。至于财政部的撤销决定是否违反法定程序的问题，二审法院持相反意见。二审法院采纳了财政部的意见，<sup>[32]</sup>认为：“上级主管机关撤销下级部门作出的复议决定应遵循的程序，目前法律法规没有明确规定；其（财政部）按照上级对下级的监督工作原则和通常做法进行，不违反行政程序。药材公司主张认定财政部的程序违法，缺乏法律、法规依据，不宜采纳。原审判决认定财政部作出的撤销决定程序违法不妥，依法应予纠正”。

我们可以相信财政部说的是实情，它做出撤销决定经过了一套内部程序，这套程序大致符合“上级对下级的监督工作原则和通常做法”。然而，就正当程序原则的发展来说，这是一个黯淡无光的时刻：一个严重损害当事人利益的重大决定，竟然可以在当事人不知情的情况下做出；对于这样一个明显违反程序公平原则的行为，法院居然团手不顾。与我们将要提到的一些创造性案件相比，广东高院的判决也许代表了当时行政程序实践的一般水平。它说明了“法定程序”对于法律、法规明文规定的依赖，说明正当程序原则还没有获得自己的生命。

## 二、田永案件中一笔带过的程序论据

《最高人民法院公报》上刊登的田永诉北京科技大学案件，<sup>[33]</sup>是正当程序原则发展过程中一个值得重视的案例。该案的一个重大影响是扩张了行政诉讼的受案范围，推动了“学生告学校”的诉讼。在这里讨论的行政处分程序问题上，它的意义在于，海淀法院在没有制定法根据的情况下，提出了程序合法性的要求。这一要求在《最高人民法院公报》上刊登时，又得到了强化。

该案的基本案情是：田永曾因在考试中夹带与考试课程内容相关的纸条，被学校作退学处理。但在部分老师的庇护下，他在此后长达两年的时间里继续在校学习。等到他修完学业并通过了论文答辩，学校发现了这个情况，于是拒绝向他颁发毕业证书、学位证书。田永向北京市海淀区法院提起行政诉讼，要求北京科技大学颁发毕业证书、学位证书。著名行政法学者马怀德教授代理田永参加诉讼。1998年，海淀区法院做出一审判决，基本上支持了田永的诉讼请求。该判决获得二审法院的认可。

海淀法院的判决理由是多重的：北京科技大学对田永“做退学处理”于法无据，而且退学处理决定程序也有瑕疵，学校有关部门容许田永继续在校学习的事实更应视为学校自动撤销了该退学处理决定。其中值得特别注意的是，海淀法院一审判决原文中涉及退学处理决定程序的一段话：“退学处理的决定涉及原告的受教育权利，从充分保障当事人权益原则出发，被告应将此决定直接向本人送达、宣布，允许当事人提出申辩意见。而被告既未依此原则处理，尊重当事人的

[32] 上诉人财政部在诉讼中辩称：“目前法律、法规对上级主管机关撤销下级部门作出的复议决定应遵循的程序，没有明确规定。上诉人的撤销决定，是根据广东省人民政府法制局的书面反映和原国务院法制局的要求，在对复议决定书进行审查的基础上，经过集体研究，报经部领导批准后作出的，完全符合国务院办公厅和财政部规定的工作程序。”

[33] 《最高人民法院公报》1999年第4期。一审判决原文见北京市海淀区法院行政判决书，（1998）海行初字第142号。

权利，也未实际给原告办理注销学籍、迁移户籍、档案等手续……”。〔34〕

这段文字提出了一个非常重要的问题：被告有义务将退学处理决定直接向本人送达、宣布，允许当事人提出申辩意见。法院没有指明这一理由的法律依据。事实上，在被告作出退学处理决定时，所有相关的法律、法规、规章和其它规范性文件都没有规定这一程序要求。〔35〕可见，法官们没有依据具体的条文判案。如果把“依法判决”的“法”仅仅理解为法律、法规、规章等有特定国家机关制定并载于纸上的文字规定，那么，法院的这一理由可以说是没有“法律依据”的，是法院自己“创造”或者说“捏造”的。在今天的读者看来，法院的这一理由很自然地与英美法上正当程序原则联系在一起。

令我感兴趣的是，在法院的判决被普遍地理解为“适用法律、法规”的今天，是什么促使法官在该案中运用正当程序的原则？法官自己又是如何看待这段文字的？探究这些问题，需要考察具体情境中法官的现实处境及其思考方式。为此，我曾经走访本案一审的审判长王振峰副院长、主审法官饶亚东女士以及其他参与者。〔36〕没有证据显示，法官们在判决时拥有英美法中关于正当程序原则的充分知识，也没有证据显示，法官们在判决时具有运用正当程序原则的明晰意图。但是，他们有着朴素的程序正义的观念，正是这种朴素的观念形成法官判案时的信念。

在讨论本案的判决理由时，时任海淀法院副院长的审判长王振峰承认有些地方没有条文依据，而是根据“法律精神”处理。他跟我谈起“法律精神”在司法中的作用，谈起立法的缺陷与法官的补救。〔37〕在交谈过程中，两位法官还不约而同地谈到行政处罚法必须听取被处罚人陈述和申辩的规定。尽管本案判决并没有适用行政处罚法，我们也不好说法官“类推适用”了行政处罚法的有关程序规定；但仍然可以看出，这部法律深刻地影响了法官判决时的考虑。由于勒令退学等纪律处分与行政处罚性质上非常相似，法官在审理时很自然会进行联想和比附。可以想象，比附的结果是增加了法官对自己持有的先见——被告应当听取当事人申辩——的信心。在案件的审理过程中，海淀法院曾向部分行政法学专家、学者咨询对田永案件的意见。座谈会上，当主审法官饶亚东女士提出被告退学处理决定的程序合法性问题，一位学者就谈到正当程序原则。

还需要指出，法院的判决使用了三条理由。第一条理由（退学处理决定实体违法）和第三条理由（田永在被退学后又允许留校读书）是比较有力的，能够引起人们的强烈共鸣；它们也比较关键，阻挡了人们对本案判决结论的攻击。第二条理由（违反程序要求）看上去似乎是法官为了论证自己的观点而附带地提到的一个借口，是躲在两条强有力的判决理由的缝隙中偷生的一个孱弱的理由。由于它不是本案判决的决定性理由，因而它所承担的风险不大。指出这一点是很重要的，否则我们就有可能夸大上述法律信念对法官的影响。在交谈中，我曾经问王振峰院长：

“假如退学处理决定本身在实体和程序上都没有问题，仅仅后面的一系列行为——补发学生证、收取教育费、给予注册、给予上课和考试等等，您是否会支持田永的诉讼请求？”

〔34〕北京市海淀区法院行政判决书，（1998）海行初字第142号。

〔35〕《普通高等学校学生管理规定》（国家教委1990年）第64条规定：“对犯错误的学生……处理结论要同本人见面，允许本人申辩、申诉和保留不同意见。对本人的申诉，学校有责任进行复查。”考虑规章制定的背景和当时的一般做法，“处理结论要同本人见面”似乎更强调处理结论应当让学生知道，而不要求某种固定形式；“允许本人申辩、申诉和保留不同意见”，重在强调不能压制学生的申辩、申诉，而不要求必须先听取学生申辩才能作出处理决定。事实上，法院判决书没有引用这一条文，也说明法院的判决不是依据这一条文作出。

〔36〕何海波访谈，1999年10月，北京市海淀区法院。

〔37〕几年前，王振峰法官作为北京某高校兼职教授给学生讲法律课时，就专门以“法律精神”为题作开篇演讲。在讲课提纲中有这样一段话：“法律规范浩如烟海，人们很难全部掌握。对法律精神的领会有助于我们理解认识、掌握、遵守、执行法律、法规，有助于依法治国基本方略的实施，有助于建设社会主义民主法治国家。”王振峰法官还把他理解的“法律精神”概括为“公平与秩序、自由与自律”八个字。

“会的。”王院长不假思索地回答。

“那么，假如没有后面的一系列行为，仅仅因为退学处理决定实体和程序上的瑕疵，您是否会支持田永？”

王院长犹豫了一下：“这恐怕需要慎重考虑。”

“但是”，王院长又补充道，“对田永作退学处理是没有依据的。”

自始至终他都没有强调程序上的理由。

在当事人和一般人看来，这一条理由也是那么的轻微，以至完全可以忽视它的存在。事实上，被告的上诉状、被告代理律师在二审中长达6000多字的代理词和被告在终审判决作出后写的申诉状，都丝毫没有对这一条理由提出异议。各种媒体在法院判决后的正反报道中，除了对判决书原文照抄的以外，也没有提到退学处理决定程序上的问题。

本案判决对正当程序原则的运用本是一个附带写下的理由，它默默地存在，没有对它的赞扬，也没有对它的抨击。眼看着，它似乎将遭受几乎所有的判决理由所遭受的命运，湮没在源源不断制作出来的判决文书的汪洋大海中。一个事件改变了它的命运：《最高人民法院公报》刊登了这起案例。一审判决的前述内容在《最高人民法院公报》公布时被改成：“另一方面，按退学处理，涉及到被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理，忽视当事人的申辩权利，这样的行政管理行为不具有合法性。”

除了文字性修改，有两点改动值得注意：一是“原告”、“被告”的称呼分别被改成“被处理者”、“作出处理决定的单位”，反映了最高法院试图使个案中适用的原则能够成为一项普遍适用的要求；二是公报在重申作出退学处理决定时应当遵守的程序原则的同时，以坚定、清晰的语言明确了违反该原则的法律后果——“这样的行政管理行为不具有合法性”。照此说法，单单凭这程序上的理由就足以撤销被告的退学处理决定。在经过最高法院精心修饰过的理由阐述中，正当程序原则的运用变得更清晰，对正当程序原则的强调更突出了，尽管它一开始似乎只是一个附带提到的、无足轻重的理由。

依照惯例，《最高人民法院公报》对判决书不是原文照登，而是经过编辑。对判决书原文进行文字修饰也是平常的。问题是，《公报》在文字改动时，是否特意强调正当程序原则？带着这样的问题，我走访了《最高人民法院公报》编辑部的马群祯编辑。<sup>[38]</sup>下面是我们的一段对话：

“您是否注意到，判决书所要求的被告作出处理决定听取原告申辩，没有法律条文的根据？”

“确实没有”，马群祯编辑解释了当初改写这段文字的理由，“这是保护人权需要的。‘文革’当中有好多事，例如把人家处理了，甚至记入档案了，人家还不知道，也无处申诉，造成许多冤案。这种事到今天还有。不听一下人家的意见就作处理决定，那不是背着人家处理吗？那怎么能行？所以，我想借这个机会，利用《公报》呼吁一下，希望能够形成一个原则。你看，我把‘被告’改成‘作出处理决定的单位’，把‘原告’改成‘被处理者’，也是为了别的案件也能够参照。”

“您是否听说过‘正当程序原则’这个词？”

“我是从基层干上来的。这些理论我不太懂，要你们去挖掘……”。

虽然没有英美法中“自然正义”、“正当程序”这样一套理论的知识背景，马群祯编辑从“文革”的教训和人权保护目的出发，同样相信作出处理决定前听取申辩是必须的正当的程序。他并不在意法条明文的欠缺。作为《最高人民法院公报》的编辑，他明白《公报》可能起的作用，也

[38] 何海波访谈，2000年3月，《最高人民法院公报》编辑部。

期望借助《公报》去影响社会。

当我们探究法官写下正当程序要求的客观条件时，并不丝毫贬低法官的创造意义。正如许多伟大的制度创新是在偶然的条件下、甚至在不自觉的状态中产生，要求法官不顾任何压力、不惜任何代价去从事创造——即使这种创造在理论上是正确的、甚至必要的——毕竟过于理想化。对法官来说，重要的是善于抓住机遇，勇于创造先例；而对于制度形成来说，重要的是阐发和追随。“一个先例仅仅只是一个起点，而只有在这一先例为后人所遵循且必须遵循时才成为制度。……从这个意义上，制度倒是后来者建构的，而不是‘先行者’创造的。”〔39〕

田永案件判决后不久，就引起了学界的关注。罗豪才教授主编的《行政法论丛》组织了一个专题研究。其中，何海波的《通过判决发展法律》一文指出该案运用了正当程序原则，并充满期望地预言，“本案作为运用正当程序原则判决的先声，对今后地方各级法院审理行政案件将产生示范作用”。〔40〕在后来的学术讨论中——部分受刘燕文案件的推动——田永案件被人频频提到，成为最著名的行政法案例之一。在法院系统内部，随着更多的教育行政诉讼案件涌入法院，审理田永案件——还有刘燕文案件——的海淀法院，多次接到“兄弟法院”的电话，咨询对案件的处理或者请求寄送判决书。〔41〕

在田永案件鼓舞下做出的行政判决中，王长斌诉武汉理工大学拒绝颁发学士学位证书案可能是案情最相似的，判决理由也最相近了。〔42〕王长斌因在考试中夹带与考试内容有关的纸条，受“留校察看”一年的处分，后虽补考通过，校方只给毕业证书而拒发学位证书。该案的主要争议是，夹带纸条是否属于考试作弊，“在校期间受过留校察看处分者不能授予学士学位”的校规是否合法。然而，该案也提出了程序问题。原告提出，学校并没有将此处分决定用口头或者书面的方式及时通知自己，使自己没有申辩的机会。被告则辩称，学校虽然在处分决定适用程序上有所欠缺，但不影响处分决定的实质内容。武汉市两级法院均判决原告胜诉。2001年，武汉市洪山区法院判决认为，被告没有及时将处分决定告知王长斌，忽视和剥夺了他的申辩权利，这种程序不合规定的行政行为应属无效处分。武汉市中级法院的终审判决维持了这一立场。

### 三、刘燕文案件中的激烈争辩

在田永案件激起的浪花中，刘燕文诉北京大学学位评定委员会案件无疑是最激越的一个。如果说在田永案件的判决书中法官写下那段话，可能不是特别清楚它的份量，那么，在刘燕文案件中正当程序问题被鲜明地提出来了，并成了法庭内外的一个辩论主题。〔43〕

刘燕文是北京大学无线电专业的博士生。他的博士论文经过论文答辩委员会答辩通过，系学术委员会通过，却被来自全校各专业的校学位评定委员会否决。几经周折后，刘燕文的案件在北京市海淀区法院获得立案。与前面讨论的田永案件不同，刘燕文案件涉及的博士学位论文评审是一个高度技术性的作业，法院根本无法（也不适合）从实体上审查刘燕文的论文是否达到博士学位水准。于是争议焦点落到了博士学位评定的程序上。虽然当时的法律、法规和规章都没有具体

〔39〕 苏力：《制度是如何形成：关于马歇尔诉麦迪逊案的故事》，《比较法研究》1998年第1期。

〔40〕 何海波：《通过判决发展法律：田永案中行政法原则的运用》，罗豪才主编《行政法论丛》第3卷，法律出版社2000年版。

〔41〕 何海波访谈；又见前引〔18〕，Thomas Kellogg文。

〔42〕 《苦读四年拿不到学位证将母校告上法庭》，《武汉晨报》2001年11月26日；《考试作弊不给学位？违法！首例学生状告高校不发证书案原告胜诉》，《江南时报》2002年5月3日。

〔43〕 有关该案的讨论，可以参见李富成主编：《北大法治之路论坛》，法律出版社2002年版；湛中乐主编：《高等教育与行政诉讼》，北京大学出版社2003年版。

规定博士学位的评定程序，原告方主张评定过程违反了正当程序的要求。特别是，校学位评定委员会否决答辩委员会的决议，既没有听取刘燕文的答辩或申辩，也没有给出任何理由，甚至没有把决定正式通知刘燕文本人，其决定是否合法？由于当时的法律、法规和规章对博士学位的评定程序都没有具体规定，正当程序原则成为原告可以争辩的几乎唯一的理由。<sup>〔44〕</sup>

正当程序的适用成为刘燕文案法庭辩论主题。原告的代理人提出了正当程序原则：校学位评定委员会既没有能力也没有时间对全校各学科的博士学位论文进行实质审查，现有的评审机制不能保障学位评定的公正，完全存在滥用权力的可能；作为补救机制，校学位评定委员会在否决答辩委员会的结论之前，应当给刘燕文一个陈述和申辩的机会，否决的决定应当说明理由。被告的代理人回应：正当程序原则还没有法律依据，作为理论探讨是可以的，但法院必须依据法律判决。

经过两次庭审，海淀法院当庭宣判，支持了原告的诉讼请求，认定被告的决定违法，并责令北京大学学位评定委员会对刘燕文的博士学位论文重新评定。法官在口头阐述判决理由时，并没有提到正当程序原则。但法官在送达判决书前，还有时间斟酌其判决的理由。

有一个事件不知在多大程度上影响了法官的思维，但与我们的论题显然密切相关。在刘燕文案一审口头宣判后、判决书制作前，北京大学法学院内曾专门举行了一次“专家评审与正当程序”的学术讨论会。刘燕文案的主审法官饶亚东女士和该案的书记员石红心，应邀旁听了讨论会。在会上，正当程序原则引起了争论，贺卫方教授、强世功博士等几位学者对法院运用正当程序原则表示了希望和支持。虽然在那次讨论会以及此后的法律 BBS 上也不乏异议，但在议论纷纷的法律广场上，主张和赞成正当程序原则的声音明显占据上风。如果说法官一开始在心理上就对刘燕文的境遇抱有同情，对现行的学位评审制度持有批评，而使他们对正当程序原则有一种情理上的认同，那么，当他们听了法律学者的意见后，他们相信正当程序原则将会被法律界所接受，从而对运用正当程序原则有一种情势上的把握。再加上前面所述的种种因素，正当程序原则终于在本案中铿然出场。

几天后，判决书下发。在概括原被告双方有关正当程序的辩论意见后，法院阐述道：“校学位委员会作出不予授予学位的决定，涉及到学位申请者能否获得相应学位证书的权利，校学位委员会在作出否定决议前应当告知学位申请者，听取学位申请者的申辩意见；在作出不批准授予博士学位的决定后，从充分保障学位申请者的合法权益原则出发，校学位委员会应将此决定向本人送达或宣布。本案被告校学位委员会在作出不批准授予刘燕文博士学位前，未听取刘燕文的申辩意见；在作出决定之后，也未将决定向刘燕文实际送达，影响了刘燕文向有关部门提出申诉或提起诉讼权利的行使，该决定应予撤销。”<sup>〔45〕</sup>

看得出来，判决书基本接受了原告代理人的意见。这段话在文字上参考了《最高人民法院公报》上田永案件一审判决的相关文字，但表达更明晰。尽管法院没有明确地说运用正当程序原则处理，也没有更多的分析论证，但显而易见的是，法官开始有意识地把正当程序原则引入判决。从田永案件到刘燕文案，案件类型相似，审理法院相同，判决措辞相近，然而，从法官几乎无意识地写下的一句话，到有意识地运用正当程序，法律的发展又迈出了一小步。虽然由于情势逆

〔44〕 除了上面的理由，原告方还提出，北京大学学位评定委员会出席会议的委员中，3 位委员在表决中投弃权票是不合法的，法律同样没有明确规定；依照“（学位评定委员会对学位论文答辩委员会授予博士学位的决议是否批准的决定），经全体成员过半数通过”的要求，委员会 6 票赞成、7 票反对、3 票弃权的表决结果不足以否决答辩委员会的结论。

〔45〕 北京市海淀区法院行政判决书，〔1999〕海行初字第 103 号。

转,刘燕文案的一审判决后来被推翻,但上级法院并没有否定该原则的运用。<sup>[46]</sup>从法律上讲,海淀法院一审判决关于正当程序的论断仍然屹立。

刘燕文案的意义还在于它判决前后所受到的高度关注。刘燕文案的两次庭审,分别有多家媒体记者在内的数百人旁听。一审判决后,刘燕文案立刻得到广泛的报道,并引起了行政诉讼历史上可能是空前激烈的争论。<sup>[47]</sup>受该案的激发,一系列的研讨会在北京大学、中国人民大学、国家行政学院和清华大学相继举行,<sup>[48]</sup>多篇学术文章陆续发表。<sup>[49]</sup>在这些报道和评论中,正当程序是其中一个颇受关注的问题。一些媒体在着重报道“司法阳光照进大学校园”的同时,也注意到该案中正当程序问题。有法官撰文把该案称为正当程序原则一个“里程碑式的胜利”。<sup>[50]</sup>

除了引发公众关注和学界讨论,海淀法院的判决也促动了行政程序的改进。有几个事例可以说明刘燕文案以及之前的田永案件所开启的影响。刘燕文案判决后,教育部官员启动了《学位法(草案)》的起草。在草案中,听取申辩、送达程序均被吸收。<sup>[51]</sup>在教育部2005年3月颁布的《普通高等学校学生管理规定》的奖励与处分中,规定了学校对学生的处分要做到程序正当、证据充分、依据明确、定性准确、处分适当(55条),作出处分决定之前,还应当听取学生或者其代理人的陈述和申辩(56条),要出具处分决定书,送交本人(58条)。教育部高校学生

[46] 北京市第一中级人民法院于2000年4月30日裁定撤销原判,发回重审。但其理由不是实体性的,而是对被告所提的“(刘燕文起诉超过)诉讼时效问题,原审法院未能查清”。海淀法院经过重审,以超出法定起诉期限为由,驳回刘燕文的起诉。二审法院维持了海淀法院的重审判决。参见北京市第一中级人民法院行政裁定书,[2000]一中行终字第43号;北京市海淀区法院行政裁定书,[2000]海行初字第157号;北京市第一中级人民法院行政裁定书,[2001]一中行终字第50号。

[47] 在下文提到的报道之外,还有李东颖:《北大沉着当被告》,《北京青年报》1999年12月24日;方舟:《教学双方对簿公堂:国内首例学位诉讼案引起广泛关注》,《科学时报》2000年1月13日;谢圣华:《北大博士生状告母校:谁是谁非焦点何在》,《人民法院报》2000年1月18日。除了平面媒体的大量报道,中央电视台在《今日说法》上作了两期专门报道与专家评述。此外,刚刚兴起的互联网也成了传播和讨论的媒介。

[48] 这些研讨会分别为:(1)北京大学法学院研究生会于1999年12月21日召开的、北京大学法学院部分师生参与的“专家评审与正当程序:刘燕文告北大”的学术沙龙。参见刘万永:《高校面临的将不仅仅是一起诉讼 博士生告北大备受关注 依法治校刻不容缓》,《中国青年报》1999年12月23日;前引[43],李富成主编书,“专家评审与正当程序”专题。(2)中国人民大学法学院和中国人民大学教育科学研究所于2000年1月6日召开的、来自全国近20所高校的主管领导和国家学位主管部门领导参与的“中国首例学位诉讼案相关问题研讨会”。参见郑琳:《刘燕文诉北大一案判决 引起专家学者展开激烈探讨》,《中国青年报》2000年1月9日;徐建波、胡世涛:《学位之争能否启动司法程序》,《检察日报》2000年1月10日;芳和、张爱萍:《法的思考:中国首例学位诉讼案相关问题学术研讨会发言摘要》,《中国教育报》2000年1月13日;王锋:《“刘燕文诉北大案”的法律思考》,《法制日报》2000年1月16日。(3)中国行政法学会于2000年1月20日在国家行政学院召开、有北京地区部分行政法学者和从海淀法院到最高法院4级法院法官参加的“教育行政诉讼研讨会”。李鸣:《大学自治与司法监督:刘燕文案引起法学界的广泛关注》,《科学时报》2000年1月27日;高娣:《法院:说理的最后地方 关于学生告学校的新感悟》,《法制日报》2000年2月14日。(4)清华大学法学院于2000年7月举办、有教育部主管官员参加的“中国学位制度改革与立法研讨会”。参见秦平:《加快学位制度改革 切实推进学位立法:中国学位制度改革与立法研讨会纪实》,《法制日报》2000年7月23日。

[49] 除了后面提到的文章,还有程雁雷:《司法审查对大学自治的有限介入》,《行政法学研究》2000年第2期;杨建顺:《行政诉讼与司法能动性:刘燕文诉北京大学(学位评定委员会)案的启示》,载《法学前沿》2001年第4期,法律出版社2001年版。此外,《科学时报》2000年1月20日以“一石激起千层浪:刘燕文案引发的讨论”为题,刊载了一组学者笔谈,其中包括:包万超:《刘案将决定学位制度改革的走向》、杜钢建:《受教育权保障与行政说明责任》、贺卫方:《现行教育管理制度中的缺陷》、姜明安:《北大拒发两证欠缺证据》、李鸣:《大学自治与司法监督》、劳凯声:《司法应否介入教育》、杨支柱:《学术民主与专家治校》。部分文章汇集在前引[43],洪中乐主编书。

[50] 朱峰:《从刘燕文诉北大案看行政正当程序的评判标准》,《政治与法律》2000年第5期。

[51] 该草案至今仍然没有正式递交立法机关。如果对比一下1年前起草的《中华人民共和国学位法(草案)》第5稿,至少可以看出起草者思路的变化。后者见博客网<http://www.8k8k.com/shownews.asp?newsid=1547>,最后访问日期2008年11月20日。

司司长林蕙青在有关《普通高等学校学生管理规定》的新闻发布会上称，“新《规定》贯彻正当程序的原则，规定学校作出涉及学生权益的管理行为时，必须遵守权限、条件、时限以及告知、送达等程序义务……”。<sup>[52]</sup>在该规定出台后，包括田永母校北京科技大学在内的各大高校纷纷制定了相应的具体规定。<sup>[53]</sup>

#### 四、“正当程序”写入判决书

田永案件和刘燕文案件激起了有关正当程序的激烈辩论，也可能激发了某些法官在制定法之外进行程序审查的意识和信心。下面来自《最高人民法院公报》的3个案例以及几个其它案例，可以说明正当程序原则在司法实践中的进一步发展。在其中的张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案中，“正当程序”4个字首次出现在判决书中，标志着这一系列发展的高峰。

兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案是一个代表。<sup>[54]</sup>该案的案情比较复杂。甘肃省高级法院以“事实不清、主要证据不足”、“违反法定程序”、“超越职权”、“以行政权干扰审判权”等多项“罪名”否定了兰州市政府的批复。与我们的讨论相关的是，判决书认为，市政府以批复的形式收回原告常德物资开发部土地使用权，把它给了另一个公司，却始终没有将该批复送达给常德物资开发部，违反法定程序。然而，判决书没有说明该行为违反哪部法律规定的程序。遍查土地管理法、《甘肃省实施〈土地管理法〉办法》等法律法规，也没有发现行政机关应当将相关文件送达给利害关系人的明文规定。在这里，法官又一次运用了正当程序原则这把尺子去度量行政行为，虽然法官没有说明这把尺子的名称和来源。

在宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案中，法院明确地提出行政机关在法律没有明文规定的情况下应当遵循公正的准则。<sup>[55]</sup>一、二审法院均认为，被告宿迁市建设局仅仅根据万兴公司的申请及万兴公司单方委托的评估公司的评估结果，就做出行政裁决，违反了《江苏省城市房屋拆迁管理条例》的规定。<sup>[56]</sup>这一条是法院撤销行政裁决的主要理由，有制定法的可靠根据，没有多少新奇之处。引起我们兴趣的是，宿城区法院判决书前面的一段话：“尽管《国务院城市房屋拆迁管理条例》和《江苏省城市房屋拆迁管理条例》对行政拆迁程序没有明确的规定，但行政机关在裁决时应充分保障当事人的合法权利，允许当事人对争议的问题进行申辩和陈述。但宿迁市建设局在裁决宋莉莉与万兴公司的拆迁纠纷时，未允许宋莉莉对争议问题予以陈述和申辩，有失公正……”。

结合上下文，法院的意思是：万兴公司单方委托评估公司，已然侵犯了宋莉莉参与选择评估公司的权利；宿迁市建设局以该评估公司的评估为依据做出裁决，没有听取宋莉莉的陈述和申辩，更是“有失公正”。一个“尽管……但……”，坦白地承认了制定法的空缺，也明确地道出了法院维护公正的立场。与前面提到的所有案例相比，法院的这一立场是最鲜明的。

[52] 林蕙青：《在〈普通高等学校学生管理规定〉、〈高等学校学生行为准则〉颁布实施新闻发布会上的讲话》，2005年3月29日，新华网 [http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2005-03/29/content\\_2758331.htm](http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2005-03/29/content_2758331.htm)，最后访问日期2008年11月20日。

[53] 《北京科技大学学生违纪处理规定（试行）》，校发[2005]74号，北京科技大学网站 [teach.ustb.edu.cn/ie\\_edit/uploadfile/20070321104230257.doc](http://teach.ustb.edu.cn/ie_edit/uploadfile/20070321104230257.doc)；《北京科技大学学生校内申诉管理办法（试行）》，校发[2005]75号，北京科技大学网站 <http://jx.ustb.edu.cn/bencandy.php?fid=81&id=415>。最后访问日期2008年11月20日。

[54] 《最高人民法院公报》2000年第4期。

[55] 《最高人民法院公报》2004年第8期。

[56] 《江苏省城市房屋拆迁管理条例》第19条规定：“对被拆迁房屋进行价格评估时，应当征求被拆迁人的意见；拆迁人和被拆迁人不能达成一致的，由房屋拆迁管理部门在符合条件的评估机构中抽签确定……”。

作为这一系列案件的高峰，是2004年的张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案：江苏省高级法院把“正当程序”直接写进二审判决书。<sup>[57]</sup> 该案的基本事实是，张成银与第三人争执一处房屋的产权，张成银持有争议房屋的产权证书；在第三人提起的行政复议中，徐州市政府撤销了张成银的房产证书；在张成银提起的行政诉讼中，法院撤销了徐州市政府的复议决定。

徐州市中级法院一审判决撤销行政复议决定的一个重要理由是，复议机关没有采取适当的方式通知张成银参加行政复议，<sup>[58]</sup> 属于“严重违反行政程序”，构成行政诉讼法第54条规定的“违反法定程序”。这一理由涉及到行政复议第三人有关的程序问题。行政复议法仅仅笼统规定，“同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议”，却没有规定复议机关应当通知第三人参加行政复议。第三人是否应当得到复议机关的通知，以便他知晓自己的处境（权利处于争议），并能够以某种方式（书面或者口头）参与行政复议过程，成了一个悬而未决的问题。<sup>[59]</sup> 由于行政复议法缺少具体规定，这一点在当时并不明确。<sup>[60]</sup> 徐州市中级法院的论点是在“违反法定程序”的名堂下塞入了正当程序的内涵。

江苏省高级法院2004年12月的二审判决使得正当程序原则闪亮登场。

首先，二审判决中，程序论争更加明确而集中。一审中，各方当事人的“争议焦点”（根据判决书的归纳）有好多个，包括第三人曹春芳提起行政复议的申请是否超过了法定期限，及原徐州市房地产管理局为张成银颁发房屋所有权证的行为是否合法，等等。法院认为，行政复议申请人申请行政复议超过了法定期限，因而，复议机关不应受理该复议申请。凭这一点，法院就可以撤销行政复议决定，无需继续审查行政复议程序的合法性，“严重违反行政程序”云云也就可有可无。二审中，江苏省高级法院否定了一审法院的这一判决理由，认为行政复议申请人申请行政复议没有超过法定期限。这样，程序理由便十分要紧了。相应地，二审法院把该案的“主要争议焦点”概括为一个程序问题：“行政机关在依照行政复议法复议行政决定时，如果可能直接影响到他人的利益，是否必须以适当的方式通知其参加复议并听取意见？”

其次，二审判决的立场更加鲜明。针对一审判决，被告争辩说：“行政复议法关于第三人的规定属于弹性条款，第三人是否参加行政复议由复议机关视情况决定。本案张成银没有参加复议，不能以此认定复议机关违反法定程序。”对此，二审判决给与直接而有力的回答：“行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，但根据正当程序的要求，行政机关在作出对他人不利的行政决定时，应当听取相关当事人的意见……。徐州市人民政府未听取张成

[57] 《最高人民法院公报》2005年第3期。一、二审判决书分别见徐州市中级人民法院行政判决书，（2004）徐行初字第21号；江苏省高级人民法院行政判决书，（2004）苏行终字第110号。

[58] 一审判决称，复议机关“无法证明已采取适当的方式通知张成银参加行政复议”。事实上，徐州市人民政府声明曾经电话通知张成银参加复议，只是无法予以证明。而张成银的答辩则是，徐州市人民政府“没有通过法定的方式通知其参加复议”。

[59] 需要说明的是，这里讨论的不是学界普遍关注的行政复议参加人能否获得听证的问题。这一点已经被行政复议法第22条明确排除。该条规定：“行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。”

[60] 遗憾的是，这个问题即使在几年后出台的《行政复议法实施条例》中也没有很好解决。《条例》第9条规定：“行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以通知其作为第三人参加行政复议。行政复议期间，申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。”

银的意见即作行政复议决定，构成严重违法法定程序。”〔61〕

“根据正当程序的要求”，这一曾经被中国学者企盼的语言，这一法官们曾经敢想而不敢写的语言，终于落到了判决书上。如果说在田永案件中法官写下正当程序原则那一段话还是“无心插柳”，在刘燕文案件中“有心栽花”而花夭折，那么，在张成银案件中正当程序之花艳丽绽放。当然，不是“正当程序”这4个字本身有多么重要，而是它代表了一种立场、理念和知识系统，并赋予这种立场、理念和知识系统一个简洁而有力的名称。如果时光倒退5年（例如在刘燕文案件中）、甚至在张成银案件前不久，法官们可能觉得把“根据正当程序”写入判决书还是一种过于前卫和冒险的举动。现在，有法官坦率承认具体法律规定的欠缺，并坦然写下这几个字，这就是一个进步。它象征着法官正当程序意识和运用正当程序原则信心的增强，也折射出正当程序理念在法律职业共同体中已经取得初步却比较广泛的共识。

在电话访谈中，主审该案的郑琳琳法官确认，正当程序问题是他们撤销复议决定的主要理由，判决书提到的其它理由是附加的；〔62〕这个案例之所以被选送到《最高人民法院公报》，主要也是考虑到“（各地法院）运用正当程序判决的也不多”。当问到援引正当程序原则的根据时，她指出审判实践中，没有法律条文作为依据时，“引用法律原则也是允许的”。当她作为承办人在合议时提出自己的观点时，很轻易地被其他法官接受了。当问到她正当程序的知识来源，这位1990年法律系毕业的法官提到了一次最高法院与德国联合举办的研讨会，以及她从别的地方看的资料。〔63〕该案判决后，主审法官郑琳琳分别在报刊上以案例评析和案例讨论的形式对其立场进行了阐述。〔64〕

张成银案件使用正当程序原则并非纯粹的巧合。在张成银案件之前，同一个法院在另一个案件中已经使用了“行政程序的基本原则”（张成银案件的主审法官也参与这起案件的审理）。对于该案涉及的注销许可证的合法性，江苏省高级人民法院判决书认为：“徐州市教育局在作出注销通知时，应当遵循公正、公开等基本的程序原则，注意听取相对人的意见，但其在作出对原告人、学校负责人张振隆不利的注销通知时，既未提前告知，也未听取其申辩，违反了行政程序的基本原则。”〔65〕可能是由于法官当时觉得直接使用“正当程序”的表述过于超前，判决书使用了“公

〔61〕 在《最高人民法院公报》刊登时，对上述文字做了少量改动，使表达更加严谨。《公报》称：“《行政复议法》虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，但根据正当程序的要求，行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时，应当专门听取利害关系人的意见……徐州市人民政府未听取利害关系人的意见即作出于其不利的行政复议决定，构成严重违法法定程序。”

〔62〕 二审判决又提出，“徐州市人民政府所作的复议决定中，直接对有关当事人争议的民事权利予以确认的行为，超越了复议机关的职权范围，缺乏法律依据，应予以撤销”。这一理由与二审法院自己概括的“主要争议焦点”完全无关。不但如此，这一旁逸斜出的理由似乎也不那么站得住脚。依照判决书的叙述，行政复议决定只是确认将房屋产权证颁发给张成银的行为违法，“张成银不是该房产的合法继承人”只是复议决定的一个理由而不是主文。因此，称复议决定“直接对有关当事人争议的民事权利予以确认”，并不准确；认为它“超越了复议机关的职权范围”，有些勉强。

〔63〕 何海波电话访谈，2007年11月22日。

〔64〕 郑琳琳：《张成银不服房屋登记行政复议决定一案评析》，最高人民法院行政庭编：《行政执法与行政审判》第13集，法律出版社2005年版；郑琳琳：《试论合理性司法审查的根据和内容：由一起行政诉讼案件引发的思考》，《人民法院报》2006年12月14日。在《评析》中，作者认为，正当程序是保障公民实体权利得以实现的最佳途径；听取当事人的意见是行政程序中参与原则的重要体现，“相对人对行政程序的参与是行政程序是否公正的首要判断标准”。在《思考》中，她认为，“对行政自由裁量权进行合理、有效的控制有其现实必要性”；“司法审查应实行合法性审查与合理性审查并重的原则”。她提出从“立法的目的和精神”、“公平公正的法律原则（包括平等对待、遵循比例、遵循惯例）”、“正当的法律程序”3个方面去审查行政自由裁量权的行使。

〔65〕 张振隆诉徐州市教育局注销社会力量办学许可证案件，江苏省高级人民法院行政判决书（2003）苏行终字第047号。该案中，法院认为徐州市教育局的注销通知“依据的证据明显违法，认定事实有误，注销行为无法律规范依据且程序违法，又属滥用行政管理职权，依法应予撤销”。在前一个诉讼中，徐州市教育局收回成命、张振隆撤回起诉；不料，徐州市教育局次日又重新作出注销社会力量办学许可证的通知。法院认为，行政行为反复无常，属于滥用职权。

正、公开等基本的程序原则”、“行政程序的基本原则”等更加笼统、也更加熟悉的表述。<sup>[66]</sup>虽然没有写明“正当程序”，正当程序的概念已经呼之欲出了。重要的是，主审法官的头脑中显然装备着正当程序的概念。<sup>[67]</sup>对于这位1995年法律本科毕业、目前在读行政法学博士的法官来说，正当程序概念是一个法官的“基本素养”，正当程序原则是“理所应当、无需论证的”。<sup>[68]</sup>郑琳琳法官或她的同事们似乎共享着这些现代行政法上的理念。

可能略微使人惊讶和遗憾的是，张成银案件只得到法律界同行比较有限的关注。迄今为止，张成银案件似乎没有引起广泛的影响。在法院判决前后，没有媒体报道该案。即使该案在《最高人民法院公报》上刊登以后，习惯于东抄西转的互联网上也只有不多的网页，<sup>[69]</sup>其中绝大多数仅仅复写《公报》上的案例，评论文章非常罕见。<sup>[70]</sup>由于目前判决书写作格式的限制，法官不会在判决书上公开援引司法先例，哪怕是《最高人民法院公报》刊登的案例。因此，我们无法从判决书中确知该案获得的认知程度。但基于同样的原因，我们可以合理地推测多数法官和律师并不关心司法先例。在我与法官的交谈中，发现极少有法官能够确切地指出或者哪怕依稀地记得《最高人民法院公报》曾经刊登过这样一个案件。

然而，对张成银这一特定案件的无知并不等于对正当程序原则的无知或拒绝。河南开封一位基层法院主管行政审判的副院长表示，他们法院在司法实践中还没有用过正当程序原则，把正当程序原则直接写进判决书“要有点勇气”。这位拥有法学本科学位、喜欢钻研的法官跟我提到，国务院《全面推进依法行政实施纲要》有正当程序的要求，有一个案件（“告北大的”）好象也谈到过。当我简略地讲述张成银案件的案情，他立即表示，“那（复议机关没有通知第三人）肯定不行”。<sup>[71]</sup>广西高级法院行政庭庭长李轩表示，她还没有发现下级法院直接运用正当程序原则判决的。这位行政法学硕士出身的法官，把它归结为当地法官“理念还没有跟上”。但她指出，法院在面对类似问题时可能会根据其它理由撤销复议决定，例如复议程序遗漏了必要的当事人、认定事实不清等等。<sup>[72]</sup>一位中级法院的行政庭庭长说：“判决书直接引用（正当程序）的很少，但这个理念我们（这几年）都在用。”<sup>[73]</sup>

就全国来说，张成银案件显然不是使用“正当程序”的唯一案例。通过互联网搜索，我发现

[66] 何海波与该案主审法官耿宝建的电话访谈，2007年11月22日。

[67] 在江苏省高级法院法官为该案所写的案例评析中，专门讨论了“法律没有规定具体程序是否意味着就不要程序”的问题。评论人指出：“行政机关在作出行政行为时，即便法律没有明确的程序性规定，但也仍然应当遵循公开、公平、公正的基本原则，依照一定的程序进行。‘正当程序’的核心就是当事人在涉及到他们自己利益的决策制作过程中必须享有发表自己意见、反驳对方观点的权利。”耿宝建、朱嵘：《张振隆不服徐州市教育局注销社会办学许可证案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第50辑（2004年行政、国家赔偿专辑），人民法院出版社2005年版。

[68] 何海波与该案主审法官耿宝建的电话访谈，2007年11月22日。

[69] 在Google上检索，以“张成银 徐州市人民政府”为关键词，结果为453网页；以“张成银 正当程序”为关键词，检索结果为209网页。相比之下，以“刘燕文 北京大学”为关键词，检索结果为15600网页；以“刘燕文 正当程序”为关键词，检索结果为3210网页。以“田永 北京科技大学”为关键词，检索结果为895000网页；以“田永 正当程序”为关键词，检索结果为86200网页。检索时间均为2007年11月23日。即使考虑刘燕文案件和田永案件时间更早，张成银案件所获得的重视程度仍然是偏低的。

[70] 杨乾武：《行政法的正当程序原则：简评“张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”》，2006年5月2日，中国投资和贸易律师网 <http://www.china-lawyer.org/view.asp?id=545>，最后访问日期2008年11月20日（作者注意到该案提出正当程序要求）；金涛：《对完善行政复议制度的思考》，中国政府法制信息网 <http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp?contentid=co2021392593>（作者指出该案对于“完善行政复议制度”的意义）；前引[18]，管君文。

[71] 何海波电话访谈，2007年12月6日。

[72] 何海波电话访谈，2007年12月10日。

[73] 谢立新、何海波2007年11月28日电话访谈。

了至少 3 个不同法院的判决。在 2005 年 3 月判决的益民公司诉河南省周口市政府等行政行为案中，最高法院也提出了正当程序的要求。<sup>[74]</sup>最高法院的判决书认为，尽管被告周口市发展计划委员会有权组织城市天然气管网项目招标工作，但在原周口地区建设局文件已经授予原告益民公司燃气专营权的情况下，“按照正当程序，市计委亦应在依法先行修正、废止或者撤销该文件，并对益民公司基于信赖该批准行为的合法投入给予合理弥补之后”，方可对城市管网燃气工程重新招标。市计委置当时仍然生效的文件于不顾，迳行发布《招标方案》，属于违反法定程序。此外，在湖北润海房地产开发有限公司诉宜昌市规划局不履行规划验收法定职责案中，宜昌市中级人民法院提出，“按照行政法的一般原则和行政行为的正当程序要求，行政机关对行政管理相对人的申请，只要符合受理的基本条件，就应当受理，不得拒绝。”<sup>[75]</sup>在成都二姐大酒店诉成都市武侯区建筑工程质量监督站建设质量监督案中，原告成都二姐大酒店（建设单位）和第三人武侯建筑公司九处（施工单位）对工程质量存在异议。<sup>[76]</sup>成都市中级人民法院指出，被告武侯质监站在作出《单位工程质量等级核定通知单》后，“按照正当程序的要求”，应当分别向建设单位和施工单位送达；而其只送达给施工单位，而未送达给建设单位二姐大酒店（直到 3 年后，在二姐大酒店的要求下才予补发），“程序违法”。<sup>[77]</sup>

在这些判决之外，有些地方法院甚至在司法文件中要求法院审查正当程序。成都市中级人民法院下发的一审判决书写作样式，要求在阐述判决理由、论证被诉具体行政行为的合法性时，将“法定程序、正当程序与被诉具体行政行为的程序相比对，对被诉具体行政行为是否违反法定程序、正当程序予以确认并说明理由”。<sup>[78]</sup>该样式明显突破了最高法院提供的样式，后者只涉及“被诉具体行政行为是否符合法定程序”，而没有提及正当程序。<sup>[79]</sup>在访谈中，该院行政庭的谢立新庭长和陈永红副庭长都确认，这里的“正当程序”是法定程序以外、行政机关应当遵循的最低要求的程序准则。关于“正当程序”的根据，除了“现代法治的内在要求”、“依法行政对行政机关的要求”等堂皇的表述之外，谢立新法官特别指出国务院《全面推进依法行政实施纲要》关于程序正当的要求，陈永红法官则提到了最高法院江必新、孔祥俊、甘文等法官的著作。虽然两位法官都没有听说其它法院的类似判决（包括《最高人民法院公报》上刊登的张成银案件），但她们能够明显感觉到最高法院近年来引入的一些“先进理念”（谢立新法官提到最高法院运用比例原则判决的一个案件），而对自己经办的根据正当程序原则判决的案件还记忆犹新。<sup>[80]</sup>对于判决书写作样式写入正当程序，谢立新庭长解释说，希望通过这个样式“灌输一些观念”。这个判决书写作样式并没有法律约束力，但在中国的司法实务中，它具有强烈的指导色彩。而且，成都中院把它作为“规章制

[74] 最高人民法院行政判决书，（2004）行终字第 6 号；《最高人民法院公报》2005 年第 8 期。

[75] 宜昌市中级人民法院行政判决书，（2005）宜行终字第 3 号。法院认为：“《不予受理意见书》的实质是以润海公司的建设项目不符合规划验收条件，没有整改到位而不予验收，只是其标题与内容的表述不一致。”因此，该案真正的争议是规划局是否履行规划验收的法定职责，而不是规划局是否受理验收申请的问题。

[76] 依据建设部《建设工程质量管理条例》（1993 年发布，2001 年 10 月明令废止）第 8 条，建设工程实行质量监督制度，由专业质量监督机构实施质量监督。在实际操作中，未经质量监督机构（质监站）核验或核验不合格的工程，不得交工，不得进行工程结算；核验合格的工程由质监站发给《建筑工程竣工验收质量等级评定通知书》。但无论该《管理办法》，还是代替它的《建设工程质量管理条例》，都没有明确规定验收的程序。

[77] 成都市中级人民法院行政判决书，（2006）成行终字第 191 号。

[78] 成都市中级人民法院《自认部分证据事实一审行政判决书》、《原审事实基本正确二审再审查理行政判决书》，2006 年 2 月 16 日发布，成都法院网 <http://cdfy.chinacourt.org/swgk/more.php?sub=3>，“规章制度”栏目。

[79] 最高人民法院《关于印发〈一审行政判决书样式（试行）〉的通知》，法发（2004）25 号。该样式还强调，“在最终判决依据的适用上，应分别适用行政诉讼法第五十四条（一）、（二）、（三）、（四）项的规定以及相关司法解释的规定。”

[80] 何海波电话访谈，2007 年 11 月 27、28 日。

度”的一部分，也暗示下级法院应当遵循。成都中级法院颁发的写作样式也许不见得能够产生多少实际效果，但这种做法至少具有象征意义：地方法院将正当程序制度化的一种自觉意识。

## 五、正当程序原则的未来

前面所叙述的10多个案件虽然没有穷尽所有正当程序案件，但它们跨越了从行政诉讼法实施以来的10多年时间，涉及不同地方、不同层级的多家法院，有一定代表性。把这些案件放在一起，足以拼凑出一幅正当程序原则司法适用的大致图景。具体地说，这幅图景包含了正当程序原则适用范围、正当程序原则的内容和法官的正当程序意识三个方面的信息。

首先，正当程序原则适用范围通过个案得到扩展。从适用对象上，从县级政府的部门扩展到较大市的人民政府，从行政机关扩展到高等学校、建筑工程质量监督站等行使行政职能的事业组织。从适用事项上，程序要求从最初也最常见的收容审查和行政处罚，拓展到“新类型”的高等学校纪律处分和学位评定，再到行政批复、行政裁决、行政复议等多种行政行为。正当程序原则基本覆盖了行政管理的主要领域和行政行为的主要类型。

其次，正当程序原则的内涵不断充实。在陈迎春案件中，法院提出了“先取证后裁决”这一行政行为最基本的顺序要求。在平山县劳动就业管理局案件中，法院坚定地执行行政处罚法的规定，要求行政机关做出较大的罚款决定之前，给当事人听证的机会。在兰州常德物资开发部、成都二姐大酒店等案件中，法院捍卫了一个基本的程序要求，行政决定应当送达给当事人。在润海房地产开发有限公司案中，法院提出，只要当事人的申请符合受理的基本条件，行政机关就应当受理，不得拒绝。在田永、刘燕文、宋莉莉和张成银等多个案件中，法院要求行政机关在做出对他人不利的重大决定前，应当听取当事人的申辩。在益民公司案件中，法院要求行政机关在实施违背当事人合理信赖的行为前，应当先撤销原先文件，并给当事人予以补偿。这些案例叠加在一起，大体勾勒了中国目前司法实践中正当程序要求的主要图谱。与学者的宽泛描述相比，这份图谱仍然不全面。例如，有利害关系的执法人员回避、行政行为说明理由、禁止单方接触等要求，要么还没有触及，要么被法院拒绝。但是，对中国法官来说，正当程序似乎不是那么刻板、僵硬的两条或者三条要求。在面对具体案件时，公正的准则将指导他们随时去补充这份列表。

第三，也最重要的是，法官运用正当程序原则的意识不断增强。用前面提到的考察正当程序原则实际运用的三个向度——是否存在并公开承认制定法的欠缺、正当程序在判决理由中的份量、是否出现对正当程序的普遍要求——来衡量，在本文叙述的案例中，这三个方面都获得了一定的发展。从陈迎春案件“在执行程序上也是违法的”的附言，到平山县劳动就业管理局案件“程序上违法便可撤销”的断言，法官在制定法的凭靠下，对程序合法性的审查不断加强。从广东省药材公司案件中二审法院明确拒绝在制定法要求之外考虑程序的合法性，到田永案件一笔带过的程序理由，再到刘燕文案件中的激烈争辩，法官开始在制定法之外提出程序要求。从田永案件中作为附带理由出现，到多个案件中作为多种理由之一，再到刘燕文案件和张成银案件作为撤销判决的关键理由，正当程序在判决理由中的实际份量也在加重。从宋莉莉案件中的“尽管（法律条文）对行政拆迁程序没有明确的规定，但……”，到张成银案件中“正当程序”的正式登场，法官运用正当程序原则的意识更加清晰和直白。从正当程序在个别法院个别案件中的运用，到《最高人民法院公报》刊登多个相关案例，再到成都市中级法院发出对行政行为是否符合正当程序进行审查的普遍要求，正当程序原则的运用开始出现制度化的迹象。如果说前面对正当程序适用范围和内涵的总结基本上是平面的铺加，那么，这些前后相继的案件和事件所显示的是法官运用正当程序意识纵深的推进。每一步的推进在若干年前还不太可能发生、甚至想都不敢想，而在

法官作出判决后却获得认知和认可，并有可能成为下一步推进的基础。正是在这样的意义上，我们可以说正当程序原则在司法实践中获得了不断的发展。

追究正当程序原则发展的动力，法官群体有关程序正义越来越强烈的认同无疑是关键的因素。这种认同，除了蕴育在法官心中的程序正义的直觉，还得到了一套法律理念和法律知识的支持。考察法官有关正当程序理念和知识的来源，是一个有趣的问题。清晰地描述它的图像目前还有困难，但从零星的案例和访谈中我们意识到它的传播途经是多方面的，它们的效果是弥散的。法律学者对正当程序理念的介绍、肯定和鼓吹，以及律师在法庭上对正当程序的争辩，常常构成法官有关正当程序的直接知识来源。既有的司法判例，特别是《最高人民法院公报》所肯定的案例，也在强化着法官运用正当程序原则的信心。行政处罚法等立法不但对特定领域的行政程序起到规范作用，还培育了正当程序的一般理念，产生了法律适用范围之外的“溢出效应”。国务院对依法行政的强调（特别是对程序正当的要求），虽然其法律约束力并不明确，但也强化着法官运用正当程序原则判案的合法性。随着受过系统法律教育的法官越来越多地担负各级行政审判的主要岗位，行政法官群体似乎更乐于接受新的主张。我们可以满怀信心地预言，正当程序原则未来将获得更大的普及。

我不想夸大正当程序在司法实践中的运用。法官在部分案件中对正当程序原则的漠视和对运用正当程序原则判决的既有案例的忽视，都使前面所说的发展打了折扣。

首先，这里挑选的正面例子，是上百万行政案件中的少数几个，不能全面反映司法实践的状况。在许多案件中，处境艰难的法官连法律明定的重要程序都惘然不顾，何况正当程序？而在制定法确定无疑的规定之外，正当程序原则的运用更不是一路凯歌。例如，在轰动一时的乔占祥诉铁道部铁路旅客票价上浮案中，北京市高级法院认为，虽然价格法规定制定关系群众切身利益的公用事业价格应当建立听证制度，但由于在铁道部制定《关于2001年春运期间部分旅客列车票价上浮的通知》时，国家尚未建立和制定规范的价格听证制度，要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。铁道部所作《通知》，在经过市场调查的基础上又召开了价格咨询会，在向有权机关上报了具体的实施方案并得到批准的情况下作出的，“应视为履行了必要的正当程序”。<sup>[81]</sup>虽然北京市法院对该案的受理令人激赏，但法院的判决漠视价格法原则要求的听证程序而满足于行政系统的内部手续。它这里讲的“正当程序”，恰恰是对正当程序的令人遗憾的背离。在另一个案件中，富阳市人口计生局决定对违法生育二胎的何某征收社会抚养费36万元。在诉讼中，当事人的辩护律师提出，被告当天告知当事人有陈述和申辩的权利，当天作出征收决定并向当事人送达征收社会抚养费决定书，违反了法定程序。法院审理后认为，被告的做法不符合正当程序的规定，但不属违反法定程序，故不属行政诉讼法规定的撤销范围。<sup>[82]</sup>正当程序原则所要求的陈述和申辩，关键在于行政机关真心诚意地邀请人家发表意见，并真心诚意地考虑人家的意见。为此，行政机关必须给当事人一段合理的时间去准备，而不是虚晃一枪。<sup>[83]</sup>面对巨额

[81] 北京市高级人民法院行政判决书，（2001）年高行终字第39号。

[82] 林高贤：《关于高收入违法生育对象征收社会抚养费的思考：对一例36万社会抚养费征收案件的启示》，《当代家庭》2005年10月期。这位参与该案整个查处过程的作者也反思：“虽然该行政瑕疵最终没有改变判决结果，但对广大计生执法干部敲响了警钟，它提醒我们各级计划生育部门在依法行政中，不但要执行实体法，还要遵守程序法，以体现法律的正义性和公正性。”

[83] 英国法院一个可资对比的是 *R. v. Secretary of State for Social Services, ex parte Association of Metropolitan Authorities* [1986] 1 Weekly Law Reports 1。在该案中，法律授权社会保障部部长制定有关福利住房的规章，同时要求部长制定规章之前听取地方当局相关机构的意见。部长只给大都市当局联合会几天时间，让他们就各种不同立法方案发表意见，而且其中一些材料没有送达给他们。法官认为，必须给被咨询人充分的信息和足够的时间，使其能够提出有建设性的意见。

社会抚养费的征收程序，法院公然拒绝适用“正当程序”，是对正当程序的极大蔑视。这里所举的对正当程序原则的误用、漠视，并不是个别的现象。它们预示着，正当程序原则在中国最终确立，还需要一段很长的路要走。

其次，即使是本文提到的正面案例，也无法成为今后法院判决的可预期的规则。第一，这些运用正当程序判决的判决，多半是较高级别的法院在比较宽松的环境中做出的，这暗示了上述案例中对正当程序原则的运用存在现实的考量。法院在重大案件中根据制定法要求之外的正当程序原则判决可能要面临更多的压力，很难简单地复写。第二，在前面提到的大部分案例中，制定法要求之外的程序问题还不是司法判决的唯一理由，更不是法官做决定的主要凭靠，真正以正当程序理由作为关键判决理由的案例目前仍然稀罕。这意味着正当程序原则还需要经受更多的考验，跨过更多的门槛。第三，像大多数判决理由的写作一样，法官在引入正当程序理由时，很少能够周详地阐述其理由。正当程序原则的具体内涵和适用边界还需要探索论证。第四，由于“尊重先例”的传统尚未形成，一个优秀的判例做出后，法院在同类问题上能否予以考虑还不确定；即使是《最高人民法院公报》上刊登的案例，能够被多少人注意到，也非常可疑。所以，尽管正当程序原则的适用在实践中已经出现了多个可喜的案例，甚至获得最高司法机关的鼓励，它还没有能够成为司法实践中可以预期的普遍准则。

基于上述两个原因，断言正当程序原则在我国司法实践中已经确立还为时过早。正当程序原则已经晨光初现，但当空朗照仍需时日。

本文对正当程序原则在司法实践中发展的描述，无意改变对中国行政诉讼状况的一个基本判断：法院的处境相当困难，司法的功能比较有限。然而，正是在这样的背景下，正当程序原则的发展显示了中国法院在“夹缝中谋发展”的独特立场和角色。

正当程序的实践提醒我们，中国法院并不缺乏司法能动主义的冲动，也不完全缺乏法律适用的空间。在本文提到的多个案件中（例如刘燕文案件和张成银案件），如果完全局限于现有的法律、法规和规章，公共机构权力的恣意行使难以纠正，当事人所求的正义将无处可寻。但法官们并没有机械地依赖立法、等待立法。面对法律、法规具体规定缺乏的情况，他们用正当程序的原则来弥合法律织物的漏洞，并为具体的行政管理领域树立起法律的界碑。在具体做法上，法官们可能严格地解释制定法，解释违背“法定程序”的后果，从而撤销被诉的行政行为；法官们同样可以在“法定程序”的名义下，加塞进正当程序的要求；甚至，当他们认为合适时，公开而直白地写入“正当程序”的原则。在法条主义的冰河下，涌动着司法能动主义的暗流。在相对局促的空间里，中国法院展示了它维护程序正义的积极立场。

正当程序的实践还向我们展示，法院不但在实施法律，也在发展法律。虽然中国不是一个判例法国家，上级法院（甚至最高法院）的判决对下级法院没有约束力，但司法判决仍然可能产生个案之外的“涟漪效应”。如本文所叙述的，一些案件激发了学术讨论和公众关注，引起法官同行的重视，有的甚至直接促成行政机关行为方式的改变。尤其值得注意的是，这种效应并不限于上级法院对下级法院，而是向四周八面扩散的，有时候一家基层法院的判决可能产生全国性的影响。它虽然不如判例法制度保持法律适用的大体一致，无法避免各地法院在具体案件中法律适用参差不齐的现象，但一些创造性的判决可能标示法律发展的方向，被学术界阐发，被其它法院参考，甚至为今后最高法院司法解释或者立法提供启发。一个案件波及其它案件，众多零星案件的影响交互干涉，逐渐突破现有界限，改变现成做法，并重新塑造着法律共同体对法律的理解。就正当程序而言，如果没有本文叙述的这些案例，它至今仍然是书本上的说教、外国法的故事；有了这些案例，我们有理由认为，正当程序开始成为法律普遍要求的一部分，律师在法庭上主张正当程序不再是“胡说八道”，法官援引正当程序也不再是“恣意造法”。考虑到中国法院在法律上

和实际上所受的种种限制，以及行政诉讼实践的短暂，正当程序原则的发展已经相当迅速，迅速到也许能够令普通法的法官称奇。

正当程序原则的适用，也向我们提出了司法能动主义的潜力和限度的问题。

首先，在立法不断完善行政程序制度的同时，法院也通过个案判决参与行政程序法律的建构。理论上，通过法院一次次判例的累积，以及学术界的总结，我们有可能提炼出一套行政程序法律制度。但在中国的现实中国，要使正当程序的边界获得清晰的界定，它的知识获得广泛的知晓，它的要求得到行政执法者和法官普遍信守，依靠单纯的司法判决来推进，将是一个过于漫长的过程。从落实“判例指导”的角度来说，允许司法判决在说理中援引权威判例将成为撬动巨石的一根杠杆。从奉行正当程序原则的目标而言，短期内由最高法院制定相应的司法解释将是一个便捷的途径，中央和地方政府制定行政程序有关的法规、规章则将卓有成效的方法；长期来说，制定行政程序法、甚至把“正当程序”写入宪法，更有助于贯彻程序保障。但即使如此，正当程序的司法实践仍然不失意。我们不能企求一部合身的行政程序法典在立法者头脑中凭空生成，不能期待一部没有正当程序灵魂的程序法典能够得到很好实施，不能指望一个内容空洞的宪法条款会产生实质作用。行政法上的正当程序，需要通过法院一次次创造性的判决去积累经验，去充实内容，去浇水施肥。

其次，正当程序原则的实施有助于实现公正，但前面这些案件都不涉及行政规章等抽象行政行为，也不涉及政治上敏感的问题。前者是当前行政诉讼的法律边界，后者是当前行政诉讼的政治边界，正当程序原则也不能例外。相对于民主政治、人权保护这些当代社会的重大主题，正当程序原则的应用在很大程度上是技术性的。即使对于监督行政权力、保护公民权利这一行政诉讼的目标而言，程序的保护也往往是最后的、低微的手段。在一个缺乏中立和诚意的行政机关面前，它基本上无力阻止其滥用权利。但是，这些技术层面规则的积淀对于法治秩序的建构仍有不可或缺的作用。一旦正当程序原则完全确立，并逐渐生成一套可以预期的规则，它对于权力的行使者必定能够起到一些制约。

最后，正当程序原则的适用也提出了它自身的正当性问题。前文叙述的案例大体上代表了中国法律实践所认同的“最低限度的程序正义”，〔84〕多数情况下能够获得认同，但它们绝不意味着法官对正当程序的适用可以免受质疑。正当程序原则包含哪些内容？由谁来确定正当程序原则的内容和具体适用？甚至，法院凭什么根据没有具体法条依据的正当程序原则判决？虽然外国相关文献汗牛充栋，但是这些问题很大程度上必须放在中国情境中回答，而我们显然还没有能够获得共识的答案。正如刘燕文案件所反映的，法院对正当程序原则的运用可能引发强烈批评，一个创造性的判决可能因为对判决结果的反弹而成为“转了向的里程碑”。也正如一位法官在刘燕文案件争论过程中说，今天我们对一些事情能够达成共识，但今后对很多事情将无法达成共识，争论才刚刚开始。

## 结 论

在中国推进行政法治的过程中，程序合法性的要求被不断强化。但是，法院在法律、法规和规章明文规定之外，能否根据一般性的正当程序原则审查行政行为的合法性，仍然是一个没有完全解决的问题。对法院在行政诉讼中运用正当程序实践的考察，正好为理解中国法院的立场和功能提供了一个窗口。

〔84〕 王锡锌：《程序正义之基本要求解释：以行政程序为例》，载罗豪才主编：《行政法论丛》第3卷，法律出版社2000年版；王锡锌：《行政程序法理念与制度研究》，民主法制出版社2007年版。

从《行政诉讼法》实施之初的陈迎春案件、经过田永案件和刘燕文案件到张成银案件，这一连串令人欣慰的案件显示了正当程序原则在中国司法实践中晨光初现。通过个案判决的“涟漪效应”，这一在知识上移植自外国的制度开始成为中国法律的一部分。正当程序原则的发展也说明，中国法院在局促的空间里展示了它能动主义的立场，透露了法律发展的一种特殊路径。

本文的讨论无意夸大中国法院在行政程序法制化过程中现有和潜在的作用。正当程序原则在司法实践中的进一步发展，有待于更多的正当程序诉讼涌现，以及更多对正当程序原则的探讨和辩论。由于司法自身的局限性，各地法院个案的判决很难从整体上决定性地推进行政程序法律制度的建设。正当程序原则全面和最终确立，仍然仰仗制定法的完备以及司法权威的确立。

---

**Abstract:** The concept of due process, inspired by Anglo-American law, has become well known to the Chinese legal circles and been adopted in a number of legislations. However, when laws, regulations, and rules do not provide clear process requirements for administrative organs, it is still uncertain whether the judiciary can apply the due process principle in reviewing the legality of administrative acts or not, given that the Administrative Litigation Law 1989 stipulates that an administrative act in violation of statutory process should be void. By statistically analyzing the legal basis invoked in the administrative rulings in law reports and analyzing more than ten representative cases concerning administrative process, as well as the interviews with judges, this article reviews the development of the due process principle in judicial practice of China.

Over a period of more than ten years, judicial awareness and confidence of the due process principle has been strengthened, and the legitimacy of judges' application of this principle has been enhanced as well. The "violation of statutory process" provision, which has become a crucial basis for judicial review of administrative acts, provides a channel for the due process principle to be introduced into judicial practice. Judges' conception of due process has also been jointly shaped by various extra-statutory factors, such as scholars' introduction and advocacy, standard legislations, judicial precedents and the government's emphasis on law-based administration. Through the ripple effects of innovative rulings on similar cases, the judicial application of due process principle has been widely acknowledged and the principle begins to be incorporated into law. This fact suggests that, even despite its limited power, Chinese judiciary has demonstrated its activist stance and potential in upholding justice and developing law. However, due to the lack of judicial authority and respect for judicial precedents, judiciary innovations in individual cases cannot yet yield a predictable, nationwide impact. The dawn of the due process principle has come, but there will be a significant period of time before the principle reaches full ascendancy.

**Key Words:** administrative litigation, due process principle, judicial activism, development of law

---