

第十篇

违反法定程序的责任

第一章 违反法定程序与诉讼审查标准

违反法定程序,是行政诉讼审查违法行为的标准之一,除此标准外,根据《行政诉讼法》的规定,还有其他5个审查标准,即主要证据不足、适用法律法规错误、超越职权、不履行法定职责、行政处罚显失公正和滥用职权。这些对行政行为的违法审查标准,相互之间是什么关系?一般来说,是各自不同的违法审查标准,也就是法院在行政诉讼中进行审查和处理的6种违法形式。但是,这6种违法行为形式,彼此之间也是有关联的,在本章中,我们就讨论这种关联性。

第一节 违反法定程序与主要证据不足

一方面,程序违法与主要证据不足是没有关联性,各有各的标准,各有各的范围,主要证据不足是事实问题,违反法定程序是程序问题。但另一方面,二者又有一定的关联性,尤其是法院判决处理名目上,有时二者就是并存供选择的关系。违反法定程序与主要证据不足的这种关联性,主要表现在程序违法在一定情况下可以使行政行为的主要证据不足。行政行为的主要证据不足,是从证据与行政行为之间关系方面来说的,如果证据不足以支持行政机关所作出的行政行为,法律上就构成主要证据的不足,即证据不足以支持行政行为的合法性。而程序是行政行为的一种方法、手段、时间等,这些方法、手段、时间等本身也有一个是否合法的问题,如果程序违反了法律规范的要求,这些程序在法律上就会被否定;一旦出现程序方法的否定,在这些程序方法基础上所收集的证据,就

会失去合法性,也就是在法律上不能再使用了。既然在法律上不能再使用这些违反法定程序所收集的证据,就可能导致该行政行为的主要证据不足,所以,行政行为的程序违法可能导致行政行为的主要证据不足,就是程序与证据的关联性。具体来说,主要有这样几种情形:

其一,违反法定的行政行为形式导致主要证据不足。前面我们讨论过行为方式也是程序的一个要素,而法律对于行政行为的行為方式,有时要求是非常严格的,不仅是对最终作出的行政行为有行为形式的要求,而且对在行政程序过程中的每一个具体行为措施的方式等,都有合法性要求。有时,立法甚至明确规定了行为形式的不可违背性。例如,有些立法规定,行政机关以违法手段收集的证据,不能作为合法证据使用,不能作为定案证据使用。行政机关如果使用刑讯逼供的方式收集的证据,首先,该刑讯逼供的方式是违法的;其次,该种违法方式收集的证据在法律上不能成为定案证据,也就是说在法律上根本就不能用,不能作为证明当事人违法和行政机关行政行为正确的合法证据。既然这些非法收集的证据不能使用,那么就可能出现两种情况,一种是“剔除”这些非法手段收集的证据以后,该行政行为还有其他证据足以支持该行政行为的合法性;另外一种是“剔除”这些非法手段收集的证据以后,其他证据已经不足以支持该行政行为的合法性了。在后一种情况下,就出现了因程序违法而导致的主要证据不足的情形。

其二,违反法定的行为步骤导致主要证据不足。违反法定的行为步骤,就是行政机关没有实施法定的行为步骤,缺省了不应该缺省的行为步骤。没有这些法定的步骤,当然会侵犯当事人的权利,但是,没有这些法定步骤也会使行政行为的事实不清证据不足。郑州市中级人民法院在张宏可、张宏俭不服洛阳市知识产权局2003年3月3日洛知纠字[2003]第1号处理决定一案的判决中,就是这样认定的:“被告认定原告生产经营的被控侵权物落入第三人的专利权保护范围的主要证据是其委托有关专家所作的《专利技术侵权判定意见书》,因该鉴定意见在行政处理程序中未听取行政相对人的陈述和申辩,违背最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十条第(二)项的规定,且有失公正,不能作为认定被诉具体行政行为合法的证据,故被告认定原告侵权的主要证据不足。”法院认为,由于行政机关没有实施听取陈述和申辩的程序步骤,该证据不能作为认定行政行为合法的证据(被剔除了),剩余证据又不足以支持该行政行为的合法性,故最终判定该行政行为主要证据不足,予以撤销。如果行为步骤涉及的是一个非常重要的主要证据,缺少这个证据,其他证据都无法证明当事人有基本的违法事实,法院会认定步骤违法使行政行为认定的违法事实都不存在。海南省海南中级人民法院在尹淡梅诉白沙黎族自治县公安局治安管理处罚一案中,就是这样认定的:“本院认为:白沙县公安局以

叶保芳殴打他人为由,对叶保芳作出拘留处罚前,未根据《中华人民共和国行政处罚法》第三十一条、第三十二条规定告知叶保芳作出拘留处罚的事实、理由、依据并告知叶保芳有陈述和申辩的权利,从而剥夺了叶保芳享有的维护其权益的合法权利。在叶保芳未明确表示放弃其权利的情况下,白沙县公安局直接对叶保芳作出拘留处罚,在程序上违反了《中华人民共和国行政处罚法》第四十一条规定,其拘留处罚裁决不能成立。且因此导致该局作出的医药费裁决无事实和法律依据。”可见,步骤的省略会导致行政行为法律事实不清、法律事实不存在等情况,因为,支持这些事实的证据从法律上被否定掉了。

其三,法定顺序的违反也会使行政行为的主要证据不足。法定顺序的违反,其实就是所有的步骤虽然都实施了,但是这些步骤的先后顺序被颠倒了。被颠倒的步骤顺序,同样也会在法律上被否定,那么因使用该步骤所认定的事实和所收集的证据,也就不能作为认定行政行为合法有效的证据,这就会出现行政行为的主要证据不足的结果。例如,法律规定的必须举行的听证步骤,应当是在行政处罚决定正式作出以前,行政机关如果是在处罚决定作出以后再补充听证步骤,这属于决定步骤与听证步骤的顺序颠倒,是程序上的违法无疑。这种听证步骤的颠倒,使得由听证所认定核实的事实缺乏了合法性,在法律上应当被剔除。而剔除这些由颠倒的听证步骤顺序所认定的事实证据以后,该行政行为可能就出现主要证据不足的局面(虽然在逻辑上并不一定都是如此)。

其四,法定期限违反导致行政行为的主要证据不足。期限似乎与行为的证据没有什么关系,其实不然,在有些情况下,期限也同样与行为的证据发生联系,如果期限超越等违法,行政行为的主要证据也会不足。例如,最高法院在《若干问题的解释》中就规定,被告行政机关应当在收到起诉书副本后10日内向法院提交答辩状和据以作出行政行为的证据和规范性文件,如果逾期不提供的,法院可以视为该行政行为没有证据。这个规定非常严格地要求行政机关提供证据的期限,超过期限导致的直接后果就是法律上视为没有证据,法院在这种情况下能够怎么判?当然是判决该行政行为主要证据不足了。在合肥市大西洋广告公司诉合肥市市容环境卫生管理局强制拆除一案中,市容卫生管理局指定了拆除期限,如果这个期限没有到,市容卫生管理局就提前动手强制拆除该公司的户外广告牌,这是期限上的违反法定程序。这种期限上的违法,使得市容卫生管理局认定的该公司违法行为(即拒不拆除不合格户外广告牌的行为),在法律上不成立,也就是由于期限未到,就不能认定公司有违法的事实。这里,期限与违法事实的认定是有直接关联的。违反法定期限,导致的结果也是主要证据不足,行政机关对当事人违法事实的认定缺乏主要证据。

第二节 违反法定程序与适用法律、法规错误

程序违法与适用法律、法规错误,是两个并行不同的违法种类,违反法定程序,其实就是适用法律错误的一种形式,只不过这种形式是违反了程序方面的法律规定,而不是违反的实体方面的法律规定。所以,程序违法与实体违法,是两个并行排列而又不同的违法形式,一方面二者是没有什么关联性的。但是,法院在审理行政案件的时候,对于程序上的违法,在最终结论和处理上,会涉及是按照程序违法来下判还是按照适用法律错误来下判的问题。也就是说,在最终处理层面上,二者会发生关联。

法定程序,是立法规范规定和确认的行政行为程序,所以,它首先是法律规定的问題,如果违反了程序上的立法规定要求,就是违反法定程序,这当然也表明了行政机关在适用程序法律规范方面的错误。例如,有些立法规定,行政机关作出一定的行政行为,必须经过集体讨论决定。而行政机关在作出应当经过集体讨论决定行为时候,没有经过该法定的集体讨论程序,是程序违法无疑,但有时法院也会以适用法律、法规错误判决。因为,经过集体讨论决定程序,也是法律、法规规定的内容。我们认为,这种处理方法虽然在实践中是存在的,但是并不合适。既然《行政诉讼法》规定了违反法定程序标准和适用法律、法规错误标准,那么这就是把适用程序法错误的情形从适用法律、法规错误中单列出来,成为了一个不同于适用法律、法规错误的违法审查标准,如果再把程序上的违法放在适用法律、法规错误方面去认定、判决,无疑是“辜负”了立法的一片“苦心”和本意。

尽管这样说,但是实践中仍然有把程序上的违法最终按照适用法律、法规错误判决的情形。通过对这些案件的分析,我们发现有些程序上的违法并不严重,在重实体轻程序观念的环境中,用适用法律、法规错误这个理由似乎更容易得到人们的认同。例如,依照法律规定,在某种情况下执法人员应当回避,但行政执法人员在没有回避的情况下作出了行政决定。本来这种情况下,应当用程序违法来判决,但却有用适用法律、法规错误标准来判决的。这主要是因为程序上的问题在此经常容易被人们所轻视而适用法律、法规错误则更容易引起人们重视。另外就是在形成行政行为的程序方面,如果出现违反法定程序,有时也会被当作适用法律、法规错误来用。如审批程序、集体讨论决定程序、听证程序等,都是行政行为形成的根据性程序,这些程序环节的违法,容易与适用法律、法规的错误相联系起来。所以,法院在审查判决行政行为的时候,就会出现选择其中之一

而用的情形。从道理上讲,这些做法都是不正确的,是与立法规定的程序违法本意相悖的。但从实践上看,这也不失为一种便宜处理办法。

第三节 违反法定程序与超越职权

超越职权,是诉讼审查行政行为违法的标准之一,这个标准表达的意思是:行政行为超出了作出行政行为机关的职责权限,由于行政行为应当是在立法授予的权限范围内的行使职权的行为,如果它实际上超出了这个职权范围的限制,在法律上就构成无权行政或越权行政。程序违法的情形,有不少是与超越职权有关联的。因为,行政机关如果违反了程序上的规定,可能导致行政机关对特定事项的处理权限灭失。

其一,违反行政程序与其他程序的关系规则导致超越职权。在前面我们谈到过行政程序与其他程序的关系问题,这个关系反映的是一个行政程序与另一个行政程序的关系,或者是行政程序与其他非行政程序的关系(如与民事诉讼、与刑事诉讼等的关系)。行政行为如果违反这些程序关系规则,也是违反法定程序。而违反了程序关系的行为,也完全可能涉及一个行政机关的主管职权问题。例如,在许多城市中,对室内装修的管理机关历来就存在着两个机关职能交叉问题,一个是建设部门的“装修办”,一个是轻工业管理部门的“装修办”,多年来这个问题在法律上就没有真正得到解决。这就出现了在一些城市两个“装修办”并存的局面。尽管这个现象很不正常,但是,行政诉讼本身是无法解决这个问题的。如果一个装修公司向一个“装修办”领取了施工许可,另一个“装修办”又会以公司没有向自己领取合法有效的施工许可而处罚该公司。如果公司向法院起诉要求撤销处罚行为,法院该如何处理呢?我们认为,处理这类连法律都没有解决好的职权划分问题,法院可以有两条规则和两个办法:一个是按照程序规则来判断和处理,另一个是按照职权范围规则来判断和处理。如果按照程序规则来处理,就是只要当事人向其中一个“装修办”领取了施工许可,也就排斥了另一个“装修办”管辖的可能,程序上只能适用一套程序,不能同时适用两套相同性质的程序。这就是占先规则,后来的程序就是程序冲突,是违反法定程序的。另外还有一个规则和办法,就是按照职权规则来判断和处理。法院需要认真、全面和实事求是地衡量究竟谁应当是主管职权机关,并以此来判断谁在越权。

在行政程序与其他性质的程序关系上也是这样。例如,法院在民事诉讼中已经查封

的房屋,是不能进行流转的。但是,房屋主管机关——房地局却为房屋的所有人与其他人办理了查封房屋的买卖登记,确认房屋买卖合法。这就出现了在一个房屋上面的两套冲突程序的现象。对于这个问题的处理,法院应当怎么办?首先,这是房屋管理主管机关的程序违法,对于已经查封的房屋,房屋主管机关是不能启动买卖登记程序的。但是,也可以按照越权来处理。因为,按照法律的规则,行政机关对房屋进行买卖登记的职权,是不能在房屋处于查封状态下行使的。如果房屋已经被法院有效查封,房地局就根本无权实施登记行为。房地局这样做了,就是超越了法定的职权行使范围。因为,所谓法定职责权限范围,总是伴随着一定条件的,越过这个条件,就是越权。

其二,违反程序步骤导致超越职权。违反程序上的步骤要求,可能是在整个行政程序过程中的某一个阶段,这种阶段性的程序违法,既可以对这个违法进行认定和按照这个认定来处理,也可以在最终的对行政行为的判断处理上表现出来,这个最终判断和处理,就有可能成为超越职权的判断和处理。例如,按照立法规定,一个行政机关作出某个行政行为,必须要经过上级行政机关审批,该行政机关在作出这类需要审批的行政行为的时候,没有报请上级机关审批,这是违反法定步骤的典型形式。而这个审批权的设定,显然是法律对作出该行政行为的职权的分配和划分,也就是说,法律并没有把这个事项的决定权全部交给下级行政机关,而是分配给了下级行政机关和上级行政机关,由两个机关分别享有一定的职权。下级行政机关不经过上级审批程序就作出行政行为,违背的不仅是审批程序,而且还是作出这个行政行为的职权范围,也就是说,下级机关在法律上没有权力独自作出这样一个行政行为,这是典型的超越职权。

其三,违反法定顺序导致超越职权。公安机关本来没有查处商标案件的职权,这类案件的查处应当属于工商机关的职权范围,但是,公安机关在查处治安案件过程中,发现了假商标等违法证据。公安机关经过与工商机关联系,工商机关委托公安机关先行查封或扣押这些证据,以防止违法证据被转移和销毁,这在行政执法中是常见的协助方法。如果公安机关没有经过工商机关委托就进行了查处,这属于越权无疑;如果公安机关先行采取了强制措施,工商机关在事后再补所谓的委托,这是法定顺序的颠倒。这种顺序颠倒的现象,实际上等于说公安机关所采取的强制措施是超越职权的。事后的委托不能证明事前的强制措施是合法的,当然也就不能“填补”公安机关越权的缺陷。

其四,违反法定期限导致超越职权。一定意义上说,行政机关的职责权限,都是有期限的,职权本身不是一个时间概念,但职权也离不开时间期限。这个基本事实就决定了违反法定期限可能导致行政机关超越职权的结果。例如,行政机关的追诉时效,按照《行政处罚法》的规定,应当是2年。如果在2年内行政机关没有发现违法行为的,2年以后

即使是发现了违反行为,行政机关也不能再行追诉处罚。如果行政机关违反这个追诉时效的规定,超时效追诉作出行政处罚,一方面是违反了法定的期限,属于程序问题;另一方面,也是越权。因为,超过追诉时效的追诉处罚行为,等于是超过了能够行使职权的期限,所谓“权力不用,过期作废”也就是这个意思。当然,超过法定期限,并不等于都会使得行政机关失去作出一定行政行为的职权,很多时候,也就只能是期限问题、程序问题,不可能变成职权范围问题。如行政机关复议机关超过法定的复议期限还没有作出复议决定,就只能是违反法定期限的性质,不可能说超过复议期限,复议机关就无权再作出行政复议决定了。

其五,违反法定行为方式导致超越职权。行为方式,是程序中包含内容最多的一类程序要素,在这类程序违法中,有时会有行为方式本身就超越职权的情形,在这种情况下,就有按照超越职权来判断和处理的可能。我们在讨论超越职权标准的时候,经常把行政机关超越职权的情形分为三种:一是主管越权,二是手段越权,三是幅度越权。就手段越权而言,就是立法没有赋予行政机关特定的执法手段,而行政机关却采取或实施了该种手段,这种手段本身就是超越了立法授权的范围。例如,立法赋予行政机关有罚款的手段和警告的手段,但没有设定追缴非法所得的手段。如果行政机关在处理案件中,对违法当事人既使用了罚款,也使用了追缴非法所得的处罚手段,单从手段上讲,就是违反了处罚行为的法定方式,这是程序性质的问题。但是这种程序性质的违法,却反映了行政机关实际上是在采取法律没有设定的处理手段,成为了超越职权的一种情形。在实践中,法院对于这种情况,一般都是以超越职权来处理的。这是因为,手段上的违法表现出来的越权特征,比手段违法表现出来的程序违反特征更为明显和严重,也更容易把握和操作。但是这个问题的结论也不总是这样,有时候,手段上的违法,虽然也涉及职权范围问题,但是用程序违法来认定和处理更为普遍一些。例如,行政机关采用非法手段收集证据的问题,既然其手段是非法的,肯定就是立法上从来就不允许的或禁止的,更不用说立法没有这个非法手段的设定可能。对于这种非法手段的使用,实际上既涉及手段本身超出了立法赋予行政机关合法执法手段权限的问题,也涉及手段本身是立法不允许采用的收集证据方式的问题。但在处理上,一般都是用程序理由来处理的,没有用超越职权的理由和标准来处理的。这些事实说明了一点,当一个行为违反立法上几个方面规定的时候,或者是其违法可以体现在几个方面的时候,如果行政行为的手段仅仅是立法上没有设定的(但是完全可以设定的),则认定和判决为越权;如果该种手段根本上就是违法的、禁止的、立法上不可能设定的手段,行政机关如果采用了该种手段,则认定和判决为程序违法。

第四节 违反法定程序与行政不作为

行政机关的不作为,按照《行政诉讼法》的规定,包括两种情形:一是拒不答复,二是拒绝申请。学者们对两种违法情形,有不同的认识,有认为拒绝申请的行为实际上是行政机关已经作为了,已经有了一个作为的行为——拒绝;也有的认为,这种拒绝行为仍然可以属于不作为的范畴,因为在拒绝作为的情形下,实际上行政机关是以作为的形式包含着一个不作为的内容。对于这个问题的讨论还可以进行下去,但我们在这里不涉及这个问题,我们只讨论这两种不作为情形与法定程序违反之间的关系,也就是说,我们暂且是以这两种不作为情形作为讨论问题的基础。

程序违法与不作为的联系是存在的,主要有这样几种情形:

其一,期限违法导致行政不作为。期限与不作为,虽然不能完全划等号,但二者的关系非常密切。在认定行政机关是作为还是不作为问题上,经常是依靠作为期限来说明的,一般来说,只要立法上对于行政行为规定有期限的,超过这个期限,才能认定为不作为,如果行政机关还在法定的行为期限内,虽然还没有结果,但这是立法容忍的限度,是行政机关作为行政行为需要的期限,当然不能作出不作为的判断。由于期限与不作为的这种密切联系性,司法实践中有按程序违法来处理的,也有按不作为来处理的。例如,北京市高级人民法院在王子健状告卫生部不履行法定职责一案的判决中,认为王子健向卫生部提起的行政复议申请,符合《行政复议条例》的规定,卫生部应在法定期限内予以审查。但卫生部在收到王子健的复议申请后,超过法定期限70余天才作出《复议申请不予受理通知书》,违反了法定程序。这里,是把超过复议期限作出复议决定按程序违法即违反法定期限来处理的。但也有按不履行法定职责即不作为来处理的判决。海南省三亚市中级人民法院在羊栏镇羊栏管区羊西四队诉三亚市人民政府行政不作为一案中就是这样认定的:原告从申请土地确权到提起行政诉讼,长达7年之久,实属久拖未结。虽然期间被告也作了一些工作,但总以土地情况、机关资料匮乏、暂无法确定为由,长时间对原告的合法申请不予答复,不予表态,没有按照法定的程序、时限作出实质性的具体行政行为,其本身是没有履行法定的职责。法院最终结论并不是法定期限的违反,而是行政机关的不作为。我们认为,违反期限要求与不作为,本身就是一个事实上发生的行为所具有两重法律属性,超过法定期限仍然不作为的,应当按照不作为来处理,因为这个时候

行政机关仍然没有履行职责,如果超过法定期限后行政机关作为了,则应当按违反法定期限来处理。在超过期限仍然不作为的情况下,实际上是可以按照期限违法或者行政不作为来处理的,本质上二者没有太大的区别,只是最终按照什么类别来处理的问题。哪一方面的特征更明显,或者是哪一个处理结论更符合实际情况,就可以按该种情况来最终判决。

其二,步骤违法导致行政不作为。步骤方面的违法一般是不会与行政不作为联系起来的,因为在大多数情况下,步骤上的违法是行政机关没有实施应该实施的行政步骤或环节,而这个步骤或环节,往往是行政行为的一个构成部分或构成环节。构成步骤的缺省,只是作为一个完整行政行为构成部分的时候,是不会发生步骤违法导致行政不作为的。但是,步骤有时既是一个完整行为的步骤,步骤本身又能够成为一个行为,在这种情况下,二者的联系性就出现了。例如,按照《行政许可法》的规定,行政许可机关在审查决定行政许可的时候,应当对涉及第三人重大权益的行政许可事项,向第三人告知。这个告知步骤,是作为整个许可行为中的一个步骤存在的,但它同时也是一个具有独立性质的告知行为,是行政许可机关应当向第三人履行的告知义务。如果行政许可机关没有向第三人进行告知,对整个行政许可行为而言,是缺省了告知第三人这个步骤,但对第三人而言,则是行政许可机关没有履行相应的告知职责,即行政不作为。所以,从告知作为行政许可行为的一个步骤上讲,因为没有实施告知步骤,可以要求撤销整个行政许可行为;从告知义务履行上讲,没有履行告知义务也可以要求行政机关履行其职责,保护被告知人的合法知情权。

其三,方式违法导致行政不作为。法律上对行政机关的作为要求,不只是实施一个行为,如果行政机关只要实施了一个行为就叫作为的话,那么方式违法不会与行政不作为发生什么联系,如果行政作为的要求有时不仅是有一个行为的问题,还有一个按照一定的内容、形式行为的要求,那么,方式违法就可能与行政不作为联系起来。有关行政不作为的案件争议比较多。例如,一个老人要求行政机关履行保护古树的职责,行政机关认为已经作为了,老人认为那些作为是不够的。一些学生告环保局没有履行环保职责,环保局认为已经作为了,学生们认为做得还远远不够。这些够还是不够的问题,实际上反映了作为与不作为是否有一定标准的问题。我们认为,作为与不作为应当是有法定标准的,不是简单的动作就够了。如果说只要行政机关有了简单的动作就是作为的话,那么两个警察站在旁边看着拆迁人殴打被拆迁人的时候,警察当然也说了“你们不要打人”、“打人是犯法的”、“有事可以慢慢商量嘛”等这类话,甚至也阻拦了一些人的殴打行为等。但是被拆迁人仍然被打得鼻青脸肿,警察并没有采取有效的得力措施保护被拆迁

入。如果你要把这也叫做行政作为的话,那么不作为又是什么呢?“装模作样”岂不也成了履行法定职责?显然不是也不应当是这样的。

法定职责既然是有要求、有标准的,那么在那些要求或标准之内,也就有了行为方式的内容。如果行政机关在实施行政行为的时候,没有按照法定的行为方式行为,就构成违反法定的行为方式,同时也成了没有按照标准或要求履行法定职责,这就出现了方式违法导致行政不作为的情形。例如,公民张某因为参与抢救落水人员被乡政府表彰,在表彰大会上张某没有被奖励,没有奖状,也没有被安排在主席台上就座,只是在表彰名单中有他。张某认为这个表彰不公平,向乡政府提出请求,乡政府又给张某颁发了一个奖状。但是张某要求要在大会形式颁发奖状,乡政府没有答应。于是张某向法院提起了行政诉讼,要求乡政府履行职责,即按照大会形式来颁发奖状等。这个案件反映的问题是行为方式,但同时也成为了乡政府是否有不作为行为的问题。这个案件怎么判决,在这里已经不重要了,重要的是我们可以看到行为方式与不作为问题的关联性。总的来说,如果行为方式本身也是行政机关职责之一的话,就会出现这种关联性。如果公安机关给颁发的身份证不是18位数编号的身份证,仍然是过去15位数编号的身份证,身份证的位数显然是身份证的形式问题,是制发身份证行为的格式化问题,但也是公安机关按照什么形式标准履行职责的问题。

第五节 违反法定程序与滥用职权

滥用职权,是行政诉讼审查标准中一个很特殊的标准。之所以说它特殊,是因为滥用职权既是一个主观性质的违法行为(在目的、动机、考虑因素等这些主观因素上做文章),也是一个比较难以操作的审查标准,而且,滥用职权还是一个包容性很强的审查标准。这种包容性,也表现在包括程序滥用方面。违反法定程序的行为,有违反立法具体规定的程序,也有违反立法原则、目的的程序,后者实际上也成了滥用职权的一种情形。所以说,违反法定程序与滥用职权在范围上是有交叉的。

其一,步骤违法与滥用职权。行政机关不实施法定的步骤,从客观上讲,就是违反法定步骤,是程序上的违法,但是,如果这种步骤违法是故意的,实际上也就是在滥用职权。客观上的步骤缺省反映的是行政机关主观上违背立法目的和精神。例如,房地局根据共有人中一人的要求变更房产证,根本就不告知另外一个共有人。形式上看这是步骤的缺

省,实际上可能就是与一个共有人“联手”来剥夺另外一个共有人的合法财产权,这就在滥用职权。在这种情况下,实际上滥用职权是本质,违反步骤要求只是其形式。

其二,顺序违法与滥用职权。颠倒顺序在有的情况下,就是滥用职权,或者说,滥用职权的目的有时是要靠颠倒步骤顺序的方式来实现的。因为,有时候颠倒顺序可以使得被颠倒的步骤失去实质上的意义,而这可能就是个别行政机关所要追求的目标。例如,先听证后决定顺序被颠倒,行政机关已经作出了行政决定,然后才补充听证。这是顺序颠倒的程序违法。这种程序违法有时就是行政机关故意回避听证当事人的参与,以免不能按照行政机关已经设想好的内容来作出决定。在这种情况下的颠倒顺序,其实质就是想降低听证的作用,从根本上讲,就是违背立法设定的听证目的。

其三,期限违法与滥用职权。期限违法与滥用职权的联系,经常出现在行政机关指定期限方面。本来期限的意义在于当事人能够在平等的足够的期限以内行为,以保障当事人的权利行使。但有的时候,行政机关会通过指定期限的违反来破坏这种公平和足够性要求。例如,在行政机关公开招标的时候,本来指定有投标人提交投标书的期限,但是为了让另外一个投标人能够参与,即使是在指定期限超过以后,仍然在收取受理该投标人提交的标书。这一行为,在期限上是违法的。这种违法其实为了达到一种不公平的“照顾”目的,这是在滥用职权。另外,行政机关基于法律的规定,对某项许可事项不得不公开公布,但是又想限制更多的人来参与,于是就在期限上“做文章”,把公布的期限定得很短,在网站上只有短短的3天以后就告结束,使那些提前知道的人可以及时参与申请;那些根本就不知道的人,来不及知情和提出申请。这样做的目的当然是违法的,这种违法实际上也是滥用职权的违法。

其四,行为方式违法与滥用职权。行政行为的方式,在大多数情况下,也就仅仅是方式问题,但有的情况下,方式却具有非常重要的意义,甚至就是问题的本质。例如,行政机关吊销了一个企业的执照,这种“灭顶之灾”的处罚,行政机关在送达方式上却有一番大的“讲究”。行政机关完全知道企业所在地,在调查企业违法行为的时候,还经常去企业所在地。但在送达方式上却很“巧妙”地使用了公告送达,而不直接交付。这样做的目的很清楚,就是不想让当事人知道,最好是当事人超过了法定的起诉期限,不能再申请复议和提取行政诉讼才好。表面上看,这是行政行为送达方式上的违法,其实真正的原因是在滥用职权。我们认为,在这种情况下,法院不应当简单的以程序方式违法来判断,而是应当更深入和更切合实际的判定行政机关滥用职权,因为,滥用职权才是这种违法的真正本质。遗憾的是,法院在审判中一般都会选择程序方式违法来判断,很少有人用滥用职权的标准去下判决,原因主要是滥用职权标准缺乏可操作性。

其五 程序关系违法与滥用职权。行政机关在程序关系上的违法,可能也是出于滥用职权的考虑,把违法的目的掩盖在行政程序与其他程序的关系之中。行政机关有时对当事人的构成犯罪的行为,不依法移送司法机关处理,而是自己处罚了之。对走私行为给予少量的罚款,使其走私货物合法化,这是比较典型的程序违法掩盖滥用职权的情形。在很多情况下,法院会使用程序违法的标准来认定和判决。

第六节 违反法定程序与处罚显失公正

理论上讲,显失公正不仅会出现在处罚行为方面,其他种类的行政行为也同样有显失公正的问题,但是《行政诉讼法》只是规定了处罚行为显失公正的诉讼审查标准,我们就来讨论处罚行为显失公正与处罚行为程序违法的关系。

行政处罚行为显失公正,被人们理解为主要有三种情形:一是处罚畸轻畸重,二是相同情况没有相同的处罚,三是明显违反惯例又没有理由的处罚。除了第一种情形是处罚结果与违法性质和程度相比较而言以外,其他都是相对于其他人和事来进行比较的,也就是说,显失公正的处罚首先是结果上,其次是比较意义上的。正是因为显失公正是处罚结果上的表现,所以理论上把显失公正与滥用职权合并的观点,即认为显失公正实际上是滥用职权的一种表现形式和结果。那么,显失公正的处罚又会在什么方面与程序上的违法发生联系呢?从行政机关的角度讲,显失公正的处罚是可以通过程序上的违法来实现的。也就是说,行政机关对违法行为人的处罚畸轻,这种畸轻要是达到了一定的程度,就是要靠适用不应当适用的程序来实现的。例如,某行政机关为了帮助违法行为人逃脱更为严厉的法律制裁,适用调解程序来处理违法与损害,就是比较典型的情况。如果当事人之间在行政机关的“压力”下进行了调解,当事人的违法行为和应当得到的制裁就被掩盖了,应当适用的处罚程序被调解纠纷程序所取代,在这种调解程序之后,行政机关再适用处罚程序来轻罚违法行为人,了结案件。有些时候,行政机关就是用所谓的行政处罚程序来取代和阻挡刑事程序的介入的。对于违反法律涉嫌构成犯罪的行为人,也是用处罚程序来了结的,在实践中,这种方法时有发生,并且还是“管用”的。

第二章 违反法定程序的后果

这里所指的后果,是指行政行为因为违反法定程序在法律上对该行政行为的应有评价,也就是法律对违反法定程序行为的评价。我们认为,一个行政行为在程序上的违法,可以产生两个层面的问题:一个层面,是法律对这种违法行为的评价;另一个层面,是法院对违反法定程序行为的具体处理或判决。法律对违反法定程序行为的评价是基础也是前提,如果法律对于某种违反程序要求行为的评价是否定,那么,法院作为司法机关当然应当是在这种否定评价基础上和范围内进行具体的处理下判,法院不能反其道而行之,也就是说,法院也必须按照法律的评价来处理。但是,另一方面,法院的具体处理判决方法,并不代表法律评价的全部内容,至少是在一定情况下不代表全部。法院裁判的方法和手段,是要受到现行司法制度制约的,而且,在具体处理判决上,法律也为法院提供了多种可供选择的方法和手段。这些方法和手段,是在多种因素下产生形成的,因此说,即使都是违反法定程序,行政行为在法院的“命运”也不尽相同。最近,有两位教师状告国家学位办行政处罚的案件,学位办的两位诉讼代理人虽然也承认,处罚作弊的行政行为是有程序上的瑕疵,但不能因为有此瑕疵而否认处罚的正确性。两位教授说,作弊行为是瞬间即逝的行为,不可能被两名监考老师同时发现,也不可能让其他考生来证实。因此,这些瑕疵可以忽略,否则行政执法将难以实现。代理人所说的可以忽略程序瑕疵的理由是“行政执法难以实现”。我们认为,这个理由根本就不能支持这个案件中的行政行为,但是,这个观点作为一个一般理论还是成立的。它至少反映了一个事实,那就是法院在处理程序违法上,不仅要考虑违法这一个基本事实,还要考虑其他因素。这些其他因素,我们会在后面再来分析讨论,在这里,我们只是想说明,法院的判决与法律上的后果不是完全等同层面的问题。

行政行为在程序上违反了立法的规定和原则,会有什么样的法律后果?总的来说,应当是否定的法律评价后果。所谓否定的法律上的评价又是指什么呢?有这样两层意思:首先是法律上判断该行政行为违反了立法的规定和要求,也就是与法不容的评价。立法规定的是这样,行政行为没有这样,行政行为违反了立法的规定和要求,这是违法性判断,属于是非正确错误的评价,是否定评价的第一层含义;其次是在法律上否定处理的评价。这是是非评价的延续,也是是非评价的结果和落实,如果只有是非评价,没有处理结果的评价,就等于只是说了违法行为违法,而没有对违法行为进行必要的处理,没有产生通常意义上的后果。所以,是非意义上的否定评价与结果处理意义上的否定评价,都是法律否定评价的当然内涵,二者缺一不可。

是非意义上的否定评价是统一的,只有一个结论,那就是否定了行政行为的合法性。从这个意义上讲,否定意义上的法律评价又只是针对行政行为与法律规定之间的关系所作的评价。法官只能根据立法的规定来评价一个行政行为是否违法,行政机关所实施的违反程序规定的行政行为,在法律上只能得出应当肯定还是应该否定的结论,没有两种不同的结论可以同时存在。在是非评价问题上结论是惟一的,也是不可选择的。评价的标准是立法的规定,而不是其他因素,也不是行政执法是否难以执行的因素。例如,对回避制度的规定,行政执法人员如果没有执行回避要求,而是在利害关系中作出了行政行为,这个行政行为可能就是正确的,执法人员就是在“大义灭亲”。但是这是违反立法回避制度规定的行为,在法律上只能得出违反法定程序的结论。如果我们还要考虑这个行政行为是否在事实上是正确的,或者是该执法人员是否在利用利害关系“徇私枉法”等这些因素的话,这就不是是非意义上的否定评价了,而成为了处理意义上的考虑了。所以,在决定行政行为是非意义上的评价方面,只是需要研究和分析立法的原则、精神和具体规定,而不应该考虑其他非立法上的种种因素。

在是非评价基础上产生的处理评价,就不完全相同了。当然,法院处理判决违反法定程序行政行为,还应当根据否定的是非评价来判断处理这个违反法定程序的行政行为,在处理上应当表现出否定的法律态度,或者说,是通过法院的判决来否定违法行为的合法性和有效性。由此可见,否定的处理评价,与否定的是非评价不同,不仅仅是对行政行为的合法与违法的判断评价,而是在几个方面进行的否定处理评价。根据《行政诉讼法》和《若干问题的解释》的规定,应当有这样几个方面的内涵:

其一,行政行为是否合法层面的否定评价。在《行政诉讼法》中,只是规定了法院对违法行政行为(包括违反法定程序的行政行为)可以判决撤销、变更、责令履行职责这些判决形式,但是,在《若干问题的解释》中,规定有确认判决这种新的判决种类。根据该

《若干问题的解释》的规定,法院可以对三种情况作出确认无效或违法的判决:被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。这里增加的确认违法的判决,说明法院对违法行政行为的否定是可以只限于合法还是违法层面,不一定都是在有效还是无效的层面。在该司法解释第五十八条中,对于只确认违法而不涉及行政行为效力的否定评价处理上,更是表现得非常明显。当然,只涉及违法的否定评价,而不涉及行为效力的否定评价,只是一种情况,而不是全部情况。在很多情况下,法院对违反法定程序行为的否定处理,都是既要涉及违法也要涉及无效的。

其二,行政行为是否有效层面的否定评价。大多数情况下法院的判决都会最终体现在对行政行为的效力评价上,按照《行政诉讼法》的规定,法院对违法行政行为的最终处理评价,也主要是效力层面的否定评价,也就是这个行政行为是否还有效的问题。所以,法律规定了对否定处理的方法就是撤销或部分撤销。这些撤销或部分撤销,都是针对行政行为的效力而言,是从效力层面来否定行政行为的。当然,效力层面的否定是建立在合法层面否定的基础之上的,首先是因为法律上否定了其行为的合法性,然后才有可能在效力层面否定其有效性。不可能在合法性层面上肯定了行政行为,而转而或反而在效力层面上否定该行政行为。

其三,在履行行政职责实施行政行为层面上的否定评价。按照法律规定和司法解释,法院对于行政机关不作为的行为可以判决其作为,责令行政机关履行其法定职责。在这种积极的判决形式中,包含着对行政机关不作为行为的否定评价。行政机关不作为是违法的、不正确的、不应该的,所以法院才会责令其作为、履行职责。履行职责的判决,就是对其不作为行为的否定。而不作为行为当中,有的是属于违反法定程序的违法行为,如超过期限实施仍然没有作为的,就是在期限上的违法导致最终的行政不作为。

其四,延长法定期限的否定评价。在行政诉讼制度中,有一个有利于原告行使救济权的制度,即延长起诉期限的制度。《若干问题的解释》中有这样一些规定:

第四十一条规定:行政机关作出具体行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的,起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算,但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。

复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的,适用前款规定。

第四十二条规定:公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产

的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉讼的,人民法院不予受理。

以上这些延长原告起诉期限的规定,虽然不是直接在决定被诉行政行为的合法性和有效性问题,但是,这确实是表明立法的一种否定行政机关不履行告知义务行为的态度。也就是说,行政机关在作出涉及有关公民、法人、其他组织权益事项的行政行为的时候,有义务按时告知当事人并交代相应的救济权利。如果行政机关没有履行这些告知义务,在法律上就是违法了。例如没有按照法定期限告知当事人,而是在法定期限以后才告知当事人,这显然是违反程序期限的规定。对于这种程序上的违法,司法解释首先规定了延长起诉期限的后果,这种后果对原告当事人有利而对被告当事人不利。在这种延长起诉期限的后果中,也表达出了对没有按时告知行政行为的一种否定评价。这种通过延长起诉期限实现的否定评价,我们认为,延长起诉期限的规定,只是在规定延长起诉期限的问题,没有直接涉及或规定这种行政行为的合法性和有效的性问题,但是,也正是因为它只是在规定起诉期限问题,所以,并不等于在进入实质审查以后,法院不可以根据同样的事实来认定行政行为违反法定程序,并进而对该违反法定程序的行政行为再作出合法性和有效性的否定评价。例如,行政机关作出行政行为以后,并没有按照法律的规定告知当事人该行政行为的内容,当然也就更谈不上有书面的决定形式。在实质审查阶段,法院完全可以仅凭这一点就直接认定该行政行为违反了法定的行为形式要求,并以此为由撤销该行政行为。延长起诉期限,是一种程序层面的否定,虽然这种程序层面的否定评价并不等于就是对行为实质层面的否定,但是,这样规定的意图是很明显的,这不是肯定而是否定。

其五,行政赔偿后果对程序违法的否定。程序上的违法虽然并不总是会产生赔偿的后果,但是有些程序上违法的行为是完全可以产生行政赔偿的后果的。在有赔偿后果时候,应该承认这也是一种对行政违法行为的否定处理,是通过行政行为机关承担赔偿的不利后果来实现对行政行为法律上的否定的。

按照现行法律制度的设计,行政赔偿不是行政诉讼,行政赔偿的程序也不是诉讼程序,但是,行政赔偿是可以在行政诉讼程序中判决处理的,而且,更关键的是,行政赔偿作为一种法律责任承担形式,也是违法行政行为所产生的法律责任后果。这种责任后果是对行政行为的违法性评价为前提,只有被认定是违法的行政行为,才会有行政赔偿的后果。从这个意义上讲,赔偿后果具有附属性质,是依附于对行政行为的合法性否定之上的。行政赔偿责任的承担是一种对行政行为的法律上的否定,因为行政赔偿责任的承担是以行政行为违法为前提的,也就是说,是在承认行政行为违法的前提下才能成立的

责任。这一点与行政补偿不同,补偿是对适法行为造成损失的填补,责任本身并没有否定行政行为的合法性,而赔偿却是以违法为前提的,恰好是对行政行为合法性否定基础上的进一步否定后果。我们知道,只要行政机关承担了赔偿责任,在法律上就是确认了其行为的违法和损害。

在违反法定程序行政行为的否定法律后果方面,有两个相关问题需要讨论:一个就是对行政行为的内容否定问题,另一个是补正的性质问题。我们先来讨论第一个问题。从《行政诉讼法》的规定来看,法院对于显失公正的处罚行为可以适用变更判决,也就是法院直接“代替”行政机关作出行政行为。这种规定形式只能适用于处罚行为的显失公正,没有涉及程序违法也可以适用。在《行政复议法》和以前的《行政复议条例》中,并没有这么具体划分,而是概括的规定对于包括违反法定程序在内的五种违法形式,可以适用撤销、变更、确认违法。《行政复议法》的这个规定虽然并不能适用于行政诉讼中,但是会影响人们对《行政诉讼法》规定的行政处罚显失公正可以判决变更的看法;况且,处罚行为的显失公正也不是完全与程序上的违法形式没有关系的,前面我们谈到过,有些程序上违法的情形最终也是以显失公正的后果来处理的。我们认为,程序违法不能适用变更内容的形式来进行法律上的否定。理由是:程序上的违法,只是行政行为形式或过程方法等方面的违法,而变更判决却是对行政行为具体内容的否定和直接变更,法院在对行政行为审查后如果认定行政行为程序违法,也只是涉及了行为形式和方法等问题,而没有涉及该行政行为的内容是否合法和是否正确的问题,更没有涉及应该有什么样内容的行政行为的问题。如果直接对行政行为的内容进行否定,等于与法院判断的违法标准不一致,法院不应该对于自己没有判断的事项作出否定,法院只能对自己已经审查和判断的事项进行否定。那么《行政复议法》的规定是否意味着复议机关本身也是行政机关,就可以不受此规则的限制,可以对程序违法直接处理行政行为的内容呢?我们认为仍然是不能的。因为,行政行为的内容并没有被法院或复议机关审查和作出法律上的判断,任何有权机关不能对它没有判断的事项作出肯定还是否定的结论,这与判断机关是法院还是行政复议机关没有关系。而且,从权力角度看,程序违法既然只是判断制作行政行为的过程和方法违法,那么很自然,制作机关应当重新制作或者不再制作了,这是制作机关的权力,其他非制作机关没有权力来替代制作权。所以,应当说《行政复议法》笼统地把包括程序违法在内的五种违法都放在撤销、变更、确认违法的项下,是有缺陷的,很容易产生混淆,似乎程序违法也可以直接变更行政行为的内容。

另外一个有关问题是补正问题。《行政诉讼法》没有规定补正方法,但《行政复议条例》曾经规定过“具体行政行为有程序上不足的,决定被申请人补正”。虽然这个规定现

在已经没有了效力,但是,理论认识上不等于没有任何意见。更何况在国外的行政程序法中确实有这方面的规定,如1997年《联邦德国行政程序法》第四十五条就明确规定了五种违反程序规定的情形“视为补正”:事后提交行政行为所需的申请;事后提出所需的说明理由;事后补作对参与人的听证;须协作的委员会,事后作出行政行为所需的决议;其他行政机关补作其应作的共同参与。按照这个规定,如此之多的违法情形都可以通过补正形式来处理,这确实是一个不应当忽略的问题。补正,在法律上是对行政行为的否定还是肯定?补正的前提,是行政行为程序上有问题,这是否定性质的评价,如果没有问题,也就没有必要补正了。同时,如果作出行政行为的机关不补正,其最终处理后果肯定也是否定;如果行政机关作出了必要的补正,其后果当然就是肯定了。所以,补正这种形式,实际上是有条件的否定。在《联邦德国行政程序法》的规定中,也是对事后说明理由、事后补作听证、事后作出协作决议、事后补作共同参与规定了程序限制,仅允许在前置程序结束前,或者未提起前置程序时,在提起行政诉讼之前,进行补正。当然,补正这种后果,也是对行政行为的一种有条件的肯定,是对处理后果的肯定。

行政行为在程序上的违法,应当产生相应的否定法律后果,这是最起码也是最浅显的道理。但是,当法院通过具体的判决形式来否定该程序违法行政行为的时候,法定考虑的因素就不仅仅是该行政行为与法律规定之间的关系了,法院否定行政行为的具体方法,其根据是多方面的,而且,否定的具体方法方式等也是多种多样的。法院在考虑因素或根据方面,主要应当有这样几个方面:行政行为与立法规定之间的关系,这是最基本的根据;法院在行政诉讼中的权限、手段;行政行为的特点;行政行为与公共利益的关系;行政行为与他人权利的关系;行政行为与原告当事人权利的关系,等等。在具体的处理方法上,也有撤销、确认违法、责令行为、判决赔偿等,各自具体方法的适用范围和条件也不尽相同。下面,我们就来讨论这些具体的处理方法和相关的条件、范围等。

第三章 违反法定程序行政行为的撤销

对违反法定程序的行政行为,法院可以判决撤销或部分撤销,这是处理违反法定程序行政行为的最基本也是最早的办法。这个处理办法来源于《行政诉讼法》第五十四条的规定,即“具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:主要证据不足的;适用法律、法规错误的;违反法定程序的;超越职权的;滥用职权的。”程序违法的撤销处理是与其他违法形式的处理并列在一起的,而且,撤销与部分撤销也是并列在一起的。从这一概况规定中可以看出,撤销判决是适用来处理程序违法的惟一形式,除了这种形式外,还没有其他处理形式或手段可以适用于违反法定程序的情形。但在这一规定中,还看不出撤销与部分撤销是否都可以适用于处理程序违法,也同样看不出判决被告重新作出行政行为在程序违法上是否应当有什么限制。《若干问题的解释》对于违反程序的行政行为的判决处理方法,作了三个方面的一些补充。首先,第五十四条规定:“人民法院以违反法定程序为由,判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。”这条规定,实际上明确了违反法定程序被撤销的行政行为(这时候并没有包括部分撤销)可以以原来的事实和理由再重新作出原来的结论。人们在理论上也一直是这样认识的,司法解释只不过把它明确规定了出来。其次,第五十八条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益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。”这个规定,是对《行政诉讼法》规定的一个突破(尽管可能最高法院不接受“突破”这个词)。设定了一种转判决办法,在本应当用撤销的时候,如果条件具备,就要转用确认违法的判决。就程序违法来讲,虽然这条解释并没有单独规定

程序违法也可以用转判决办法来处理,但是,逻辑上肯定是包含程序违法情形,也就是说,程序违法的行政行为,也可能适用转判决形式。最后,第五十九条规定:“根据行政诉讼法第五十四条第(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、公共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:判决被告重新作出具体行政行为;责令被诉行政机关采取相应的补救措施;向被告和有关机关提出司法建议;发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。”这是一个对撤销判决的补充手段规定,也就是说,最高法院认为,在行政行为违法需要撤销的时候,可能仅仅适用撤销是不够的,法院也不应当仅仅满足于撤销,还应当一定条件下实施上述4个方面的行为。在这4个方面行为中,判决被告重新作出行政行为和提出司法建议都只是重复了立法的规定,唯独责令被告机关采取相应措施是一个补充的新规定,使得撤销判决可以根据这些补充规定再增加一些新的内容和形式。

无论司法解释是对法律规定的突破、补充、解释,对于行政诉讼的实践来说,都是必须遵照执行的,所以,我们把法律规定和司法解释的规定内容放在一起讨论。

其一,撤销判决的适用范围问题。从《行政诉讼法》的规定来看,违反法定程序的行政行为都可以适用撤销判决。理论上认为,撤销判决对于违反法定程序的情况应当都可以适用(除了司法解释明确规定的以外),也就是说,在违反法定程序行政行为的性质上和撤销判决这种处理手段的性质上,二者没有不相容的冲突。撤销判决,是撤销行政行为的效力(包括撤销行政行为的预设效力),使行政行为失去效力,不再约束人、事和关系。撤销判决,与其他判决形式不同,它是针对着行政行为整体效力的,它不针对行政行为的具体内容,因此在整体上它消灭了行政行为的效力,这个特点符合行政行为程序违法的情形。程序违法是行政行为的形式或过程方法的违法,并没有涉及该行政行为的具体内容是否正确和是否违法。程序违法又使得该行政行为在表现形式上出现了违法,这些表现形式与行政行为的具体内容是联系在一起的,是无法分开的。这也就决定了程序违法无法从程序与实体的分裂上来分别解决,对程序违法行政行为的处理,必须和只能体现在对该行政行为整体上,不可能像变更判决一样,只是涉及有违法的部分内容。

其二,部分撤销判决能否适用于程序违法的问题。前面我们谈到《行政诉讼法》只是概况地规定了对包括程序违法在内的几种违法行为可以适用撤销和部分撤销判决,这种概括地规定可以理解为既可以用撤销判决撤销程序违法的行政行为,也可以用部分撤销判决来部分撤销程序违法的行政行为,还可以理解为这是一个概况的规定,究竟这两种判决形式各自适用在程序违法上有什么区别,还需要进一步的明确,等等。我们认为最后一种理解是正确的,也就是说,部分撤销判决在《行政诉讼法》第五十四条中,是针对五

种违法行为的,是否也可以适用到程序违法上,还是没有明确的。遗憾的是最高人民法院的司法解释也没有明确这一点。从道理上分析,部分撤销判决是不应当适用于程序违法的。因为,行政行为的程序要素,是行政行为的某一方面的构成要素,程序要素本身并不能独立存在于行政行为之外,步骤是行政行为的步骤顺序是行政行为的步骤顺序,程序关系是行政行为程序与其他行为程序的关系。从这个意义上讲,程序是没有独立价值的,程序总是依附在行政行为之中,是行政行为的程序。而且,程序本身就是行政行为的表现形式和过程,是行政行为的“操作过程”,当这个“操作过程”违法的时候,影响的是整个行政行为,而不是行政行为的某一个内容或结果。所以,程序违法的行政行为只能适用整体撤销的处理办法,而不能适用部分撤销的处理办法。就部分撤销判决这种判决形式而言,只能适用在可以分别存在和明确界限的行为内容方面。例如,三项行政行为的内容,彼此之间可以独立存在和发生效力,可以对其中一项内容进行撤销而维持其他两项内容。因为,该三项内容是独立存在和针对不同事项的。而程序违法却不具有这种性质。例如,我们不能只撤销行政行为的某个步骤而不撤销整个行政行为,也不能只撤销行政行为的某个方式而不撤销在这个方式之下完成的整个行政行为,行政机关应当先听证后决定,不能因为行政机关先决定后听证了,就只是撤销后面实施的听证,也不能因为没有执行法律的回避规定而只是撤销其中的某些内容。不能割裂程序与行政行为的联系性,程序违法只能撤销整个行政行为,而不可能适用部分撤销的判决形式。

其三,对程序违法行政行为撤销的限制问题。程序违法应当撤销,这是一般性结论,《行政诉讼法》也只规定了这种一般性结论。但是,在《若干问题的解释》中,实际上已经设有对程序违法适用撤销的限制规定,这是一个值得注意的问题。另外,理论上也有限制适用撤销判决的可能。为什么会有限制适用撤销判决?理由有二:一是法院判决形式的适用并不是完全根据行政行为与法律规定之间的关系,除了这个基本根据以外,还可以根据行政行为与公共利益、与他人权利的关系来综合考虑;二是与撤销判决这种形式的内容和效果有关。我们知道,撤销判决,是使行政行为失去效力的判决形式。这种判决形式不但否定了行政行为的合法性,而且更关键的是也同时否定了行政行为的效力。一个不仅是违法而且是已经失去效力的行政行为,是不能约束任何主体及其行为的。如果这个行政行为已经产生了相关的后果,法律关系已经出现了多重覆盖,已经有更多的利益和主体参与其中了,再要使最基础的行为关系失去效力,那么其他主体的利益和关系又该如何处理呢?可见,这个撤销判决使行政行为失去效力手段的使用,可能是要考虑各种法律利益和关系的,而不仅仅是只根据违法性这一点。这些事实,从根本上决定了撤销判决的限制还是有必要的。那么,对撤销判决的限制究竟应当有哪些呢?

第一条限制就是当事人的利益。《若干问题的解释》虽然规定本应当撤销但实际上不撤销的制度,但是这个规定制度存在的明显缺陷在于,它基本上是基于所谓的国家利益、公共利益的理由,个人权益的理由非常“微弱”。实际上,我们应当关注由于个人权益原因而限制撤销处理的情形,这应当成为一种常制。程序违法的行政行为,可能侵害当事人的权益,但也可能给当事人带来利益。侵害当事人权益又违反法定程序的行政行为,应当撤销。但是,如果给当事人带来利益的行政行为也违反了法定程序,是否也要撤销呢?《行政许可法》第六十九条规定,违反法定程序作出行政许可决定的,作出行政许可的机关或者其上级机关可以根据利害关系人的请求或者依据职权,撤销行政许可。按照这一条规定来理解整个行政行为的话,就是说,即使是给当事人带来利益的行政行为,只要程序违法,也是可以撤销的。这种撤销不仅可以依据利害关系人的请求实施,而且也可以依据行政机关的职权径自进行撤销。问题是:给当事人带来利益的行政行为,只要有违反法定程序的情形,是否一律都要撤销而不管当事人的“死活”?我们的结论是否定的。就是说,给当事人带来利益的行政行为即使存在有违反法定程序的情形,也要根据具体情况来决定是否可以和应当撤销,而不是都要撤销。从《行政许可法》第六十九条第三款的规定来看:“依照本条第一款的规定撤销行政许可,被许可人的合法权益受到损害的,行政机关应当依法给予赔偿。依照本条第二款的规定撤销行政许可的,被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。”这里面区分了造成程序违法的过错原因,如果是行政机关自身原因造成的程序违法,就要给当事人赔偿;如果是被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,就不能给予赔偿,而且还应当撤销。就撤销许可给当事人行政赔偿的规定来看,实际上是认为当事人不应该承受因为撤销许可带来的不利或损害。我们认为,其实可以更进一步,不一定要撤销这个行政许可。完全可以设置一些条件来限制撤销权的行使。把这个问题按两个层面来处理,第一个层面是,按照一定条件来限制撤销,第二个层面是,即使符合撤销的条件,也不能由当事人来承担因撤销许可造成的损害。第二层面的问题,许可法已经作出了规定,这里只就第一个层面的问题进行讨论。行政机关和法院,在行使撤销权的时候应当受到一定的限制,即在下列条件下,他们不能撤销已经作出的行政行为(可以用其他办法来否定违反法定程序的行政行为):第一个条件,就是该行政行为是给当事人带来利益的行政行为,即属于所谓的授益行政行为;第二个条件,就是在这个行政程序中,没有其他对立于当事人的其他利害关系人,也就是说,行政行为在授益当事人的同时没有损害其他利害关系人的利益;第三个条件,就是该行政行为的程序违法授益当事人没有过错,只是行政机关的过错造成的;第四个条件,当事人的利益不是法律禁止的非法利益;第五个条件,违反法定程序的行政行为如果被撤销,

会给受益当事人造成合法权益的损失,第六个条件,该行政行为除了程序上违法外,再没有其他违法情形的存在,如没有行政机关超越职权、适用法律法规错误等情形的存在,也就只有违反法定程序这一种情形。我们认为,在这6个条件具备的情况下,行政机关和法院都不应当撤销违反法定程序的行政行为。因为,行政诉讼的根本宗旨就是保护公民、法人、其他组织的合法权益,法院在行使撤销权的时候,虽然要考虑行政秩序和行政行为的合法性问题,但是不能完全置当事人权益于不顾,保护当事人的权益始终是法院行使审判权的一个最根本的根据,如果凡是有违法都一律撤销,而完全置当事人的权益于不顾,与行政诉讼的根本宗旨不相符合的。另外,因为行政机关的过错造成的程序违法,不能由当事人来承担其不利后果,维护当事人的既得利益也是应当既包括撤销行政行为时的赔偿,也包括不撤销行政行为。从行政法的比例原则上考虑,如果当事人获得的利益并没有损害其他利害关系人的利益,相比较而言,当事人的利益又是更为重大的利益的时候,应当限制撤销权。因为,限制撤销权,实际上就是在保护更大的个人利益。

总的来说应当有两种情形,一是只有当事人一方的利益,没有其他对立方当事人或利害关系人的利益。在这种情形下,对撤销权行使的限制应当更加严格,因为它完全不涉及别人的利益,只是涉及当事人一方的利益和行政机关的公权力。例如,一个工商企业领取了工商执照,已经经营了近1年,工商局突然作出决定,认为原来发给的执照因为没有完全按照内部审批程序进行审批,在最近的清查中发现了这个问题,决定撤销这个执照。这显然是不合适的,也破坏了已经形成的法律关系和秩序。二是既涉及当事人一方的利益,又同时涉及对立方的利益,这个时候对撤销权行使的限制,就没有那么严格了。因为如果不撤销违反法定程序的行政行为,可能保护了一方当事人的利益,但却损害了对立方当事人或利害关系人的利益。在这种情形下,受益方的利益应当是明显属于重大利益。就上述案件来看,就是这样。撤销规划许可,给“促进中心”造成的是既得利益的损失,而如果不撤销规划许可,给原告带来的只是可能得到的利益得不到了。相比之下,当事人是既得利益失去的损失更大。

第二条限制是行政行为不具有可撤销的内容,也就是撤销在事实上不可能适用或者是适用撤销已经没有实际意义的情况下,应当限制撤销判决的适用。《若干问题的解释》对此作了具体的规定。

第五十七条:有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被

诉具体行政行为违法或者无效的判决:

……

(二) 被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;

……

这是规定适用确认判决的情形。行政行为违法但不具有可撤销的内容,这个违法形式与程序违法是有关系的。从概念上讲,行政行为违法本身就应当包含程序上的违法,而且在事实上也会有程序违法的情形存在其中。例如,行政机关没有使用传唤证强制传唤了公民,并且已经实施完毕,被传唤人已经恢复人身自由。被传唤人事后向法院提起行政诉讼,法院认定行政机关应当使用传唤证而没有使用传唤证,是典型的程序违法。但不能适用撤销该强制传唤行为的判决,因为,这个时候已经没有了可撤销的内容,法院应当适用确认违法的判决形式。

第三条限制是违反法定程序的行政行为依法根本就不成立或者无效。根据《若干问题的解释》第五十七条第(三)项的规定,当被诉具体行政行为依法不成立或者无效的时候,法院应当作出确认违法或者无效的判决,也不能适用撤销判决形式。这种依法不成立或者无效的规定,类似于国外行政程序法上规定的“无效行政行为”(与此相对应的是所谓的可撤销的行政行为)。尽管我们现在还没有行政程序法的统一规定,这个制度却首先出现在司法解释当中,我们也不能不从司法的角度来分析这个问题。依法不成立或无效的行政行为,实际上就是指那些非常明显和严重的违法情形,其中当然包括程序上的违法。因为除了权限超越违法比较明显可以直接判断以外,就数程序违法明显了。例如,行政决定没有公章,行政罚款没有出具规定的罚款收据,法定格式化的行政行为完全没有格式化等等。这些程序上的违法,既是严重的也是明显的,容易判断。这些程序上的违法形式,应当属于该司法解释中所规定的“依法不成立或者无效”的情形。按照该规定,程序违法如果出现这种情形,也不适用撤销判决,而要适用确认违法或者确认无效的判决。这是对程序违法行为适用撤销判决的又一个限制,即违反法定程序如果属于依法不成立或者无效的,不能适用撤销判决。

第四条限制是国家利益或者公共利益的重大损失。按照《若干问题的解释》第五十八条的规定:

被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益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。

这里的被诉行政行为违法,可以包括违反法定程序这种违法种类,在程序违法本应该撤销的时候,还要考虑撤销可能给国家利益或者公共利益造成重大的损失因素,如果会有这种重大损失,法院也不应当适用撤销判决的,也就是说,撤销判决要受到国家利益

或者公共利益重大损失因素的限制,只有在这些利益不会受到重大损失的条件下,才能“毫无顾忌”地行使撤销权。

其四,违反法定程序与责令重新作出行政行为的关系问题。根据《行政诉讼法》第五十四条第二款第(二)项的规定,违反法定程序的行政行为,是在撤销判决的同时,并责令被告行政机关重新作出行政行为的。同样,在《若干问题的解释》第五十四条第二款的规定中,再一次明确承认了违反法定程序的行政行为可以判决被告重新在被撤销行政行为的基础上作出行政行为。第五十九条的规定还专门增加了一项内容,就是如果撤销被诉行政行为会给国家利益、公共利益、他人合法权益造成损失的,在判决撤销行政行为的同时,可以责令被告重新作出行政行为。另外,第六十条还明确了责令被告重新作出行政行为的期限问题,即在人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的,可以限定重新作出具体行政行为的期限,等等。可见,在判决撤销违法行政行为的时候,法院是有权同时判决被告重新作出行政行为的。这一点,在法律规定上是非常明确的。但是,这其中还有一些不太明确的问题需要讨论。

必须先明确一个问题,就是责令被告重新作出行政行为,是否可以适用于因为违反法定程序而被撤销行政行为的情形。在《行政诉讼法》和《若干问题的解释》中,都是概括的规定违法行政行为可以在判决撤销的同时,并责令被告重新作出行政行为,虽然概念上违法也包括程序上的违法,但是,不能满足于概念上的回答,还必须从具体情况的分析中得出结论。对程序违法的行政行为可以适用撤销判决这是没有疑问的,一个包含实体内容的行政行为因为与内容不同的程序上的违法,而使得整个行政行为失去了合法性和有效性,这个结果对于作出行政行为的机关来说,多少有些“划不来”或很可惜,所以,该行政机关在客观上有重新作出行政行为的积极性和必然性。事实上也是这样,行政机关如果通过重新作出行政行为改正了过去程序上存在的违法,该行政行为的内容和程序都合法正确了,是有错必纠。这样,新的行政行为还可以调整相应的社会关系,行政机关对社会事务的管理还可以继续进行下去,而不至于半途而废。从行政机关对国家对社会承担的公责任来看,行政机关有管理社会事务、行政事务的责任,因为行政行为程序上的违法就放弃责任、放弃管理,是与行政机关的职责和使命不相符合的。而且,因为程序违法而撤销行政行为,虽然从整体上程序和实体的内容效力都被撤销了,但是,法院判决本身并没有直接针对该行政行为的实体内容,没有判决行政行为的事实、根据等实体内容违法,这些实体内容是因为与程序形式的密不可分性质,才被“连水带泥”的否定掉的。鉴于此我们认为,程序违法被撤销的行政行为,都是可以重新作出行政行为的,法律上和理

论上都不排斥重新作出行政行为。

既然如此,那么行政机关自己就可以重新作出行政行为,而不管法院判决中是否有责令行政机关重新作出行政行为的要求。那种认为只有法院在判决中明确要求行政机关重新作出行政行为的行政机关才能重新作出行政行为的认识,显然是缺乏法律根据和理论根据的。实践中,有些行政机关对法院的撤销判决采取明争暗抗的办法,法院撤销一个行政行为,行政机关很快又作出一个相同或实质上相同的行政行为的情况,这种情形不是制度的问题,而是行政诉讼制度设计安排上的缺陷问题。如果行政诉讼制度上增加了对这种明争暗抗对抗司法判决的直接处置办法,或者直接进入执行程序等,都可以有效的解决这些问题。

既然被告行政机关可以根据自己的职权重新作出行政行为,那么为什么还要规定法院责令被告重新作出行政行为呢?法院责令被告重新作出行政行为的条件范围又是什么呢?从《行政诉讼法》的规定来看,因程序违法撤销行政行为,是法院“可以”判决被告重新作出行政行为。《若干问题的解释》在涉及判决这一个问题的时候,也是使用的“可以”二字。也就是说,判决被告重新作出行政行为,是法院的一项权力,法院可以判决被告重新作出行政行为,也可以不判决被告重新作出行政行为。尽管司法解释对于判决被告重新作出行政行为有了一项具体的范围规定,但该具体范围规定仍然是赋予了法院“可以”这样判决的权力,而没有规定法院“应当”或者“必须”这样做。可以说,判决被告重新作出行政行为,在法律性质上是法院的一项权力,是一项根据具体情况进行选择和适用的权力。但从法院正当行使这项权力的角度看,应当有一定的条件和范围限制的。法院可以判决被告重新作出行政行为,不等于说法院享有随意选择的权力。法院正当行使这项权力的条件和范围主要是:首先,被撤销的行政行为属于被告的职权范围,被告有权重新作出行政行为。如果被撤销的行政行为根本就不属于被告的职权范围,法院再判决让被告重新作出行政行为,就成了判决行政机关超越职权范围了。所以,法院行使这项权力应当首先受到主管职权范围的限制。其次,违反法定程序的行政行为已经被法院全部撤销,该行政行为已经在法律上失去任何效力。如果还有法律效力,或者是还有部分法律效力,是不应当再让被告重新作出行政行为的。除了上述一般性条件外,我们认为,法院判决被告重新作出行政行为的范围应当是:

一是判决撤销违反法定程序的行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的。例如,法院认为虽然行政行为程序违法应当撤销,但是如果行政机关不再作出相应的正确的行政行为,可能会损害公共利益等,法院可以判决被告重新作出行政行为。

二是判决撤销违反法定程序的行政行为以后,该纠纷所涉及的法律关系仍然没有解决,而解决该项纠纷是被告行政机关的职责权限。例如,行政机关的土地权属决定,因为违反法定程序被撤销,但纠纷本身并没有解决,而解决这项土地权属纠纷还是被告的职责所在,还应当由被告来作出新的行政行为,履行其法定职责。

三是复议决定改变原行政行为错误,人民法院判决撤销复议决定时,应当责令复议机关重新作出复议决定。在这种情况下,原行政行为可能是正确的,也可能是错误的。实践中对这种判决的适用范围有争议,有的认为,复议决定被撤销了,原行政行为就自动恢复了效力,也有的认为,复议决定被撤销了,但原行政行为也早已经被复议决定撤销了或变更了,现在复议决定再被撤销,原行政行为不可能自动恢复,还是应当由复议机关再次作出复议决定,等等。我们认为,法院撤销复议决定的同时应当责令复议机关重新作出行政复议决定,这个规定意味着被复议决定改变的原行政行为的效力不能自动恢复,无论原行政行为是正确的还是不正确的,复议机关都应当重新作出复议决定,要么维持原行政行为,要么变更原行政行为,否则,由原行政行为所调整的法律关系仍然处在一个没有处理的状态。

总之,撤销并责令被告重新作出行政行为的范围,主要是因为行政行为所涉及的事项主要还是有关当事人的权益纠纷和权益保护问题还没有得到解决。在这种情况下,如果行政机关不重新作出行政行为,该有关当事人还会向行政机关提出申请,行政机关有法定职责应当解决这些纠纷,或者解决权益保护事宜。当然,国家利益和公共利益的问题,是因为没有相应的当事人与此有关,没有当事人来“操心”,法院作为国家司法机关有责任提醒行政机关关注国家利益和公共利益的保护,要求行政机关重新作出行政行为也是正常的。其实,这些问题也应当是行政机关的职责所在,之所以要由法院来判断,就是对行政机关是否作出行政行为履行其职责的一种司法监督手段,监督或督促行政机关通过重新作出行政行为来解决纠纷、处理法律关系,履行应当履行的职责。除此外,法院不能随意使用责令被告重新作出行政行为的权力,法院撤销了行政行为,没有了有效的行政行为,不等于法院就可以都责令被告重新作出行政行为。如果被撤销行政行为所涉及的事项不具有上述特点,法院不应当责令被告重新作出行政行为的,尤其是当被撤销行政行为不仅程序违法,而且还有其他实体上的违法事由的时候,法院如果责令被告重新作出行政行为,反而会“有助纣为虐”之嫌,或者干预行政职责之嫌。所以,法院应当慎重行使责令被告重新行为的司法督促权,毕竟这是一项积极性质的司法权力。

因违反法定程序撤销行政行为的限制,还有另一个方面的问题值得研究,就是撤销或者确认违法(总之是否定)的行政行为,是否可以没有任何限制的重新作出行政行为?

这个问题在《行政诉讼法》和《若干问题的解释》中都没有规定,实际执行中也都是按照行政机关当然可以重新作出行政行为来看待和处理的,理论上也没有人提出这方面的问题。行政诉讼制度开展十几年来,行政审判实践经常向我们提出这样的问题:如果在任何情况下都有限制,那么行政机关对于提起诉讼要求保护权益的原告来说,有时候是很不公平的。例如,一个原告提起行政诉讼,理由就是行政行为违反法定程序,该行政行为也因此而被法院撤销了,但是,撤销以后行政机关再按照法定或者正确的程序重新作出行政行为,原告又回到原来状态。这种制度是绝对的,从来没有人怀疑过在这种情况下是否可以有所例外。

这种制度的理由主要有:其一,行政自主职权的理由。认为行政机关是依法享有行政职权的,对社会事务进行管理是行政机关的职责权限,行政机关有权根据具体情况作出行政行为,当然也有权再次或多次作出行政行为,这是行政机关自主行使法定行政职权的形式。如果行政行为因违反法定程序被法院撤销了,行政机关除了被动改正错误以外(法院责令行政机关重新作出行政行为),还可以通过重新作出行政行为来主动纠正错误。允许行政机关犯错误,当然也就应当允许行政机关改正错误。其二,利益平衡的理由。认为行政机关的行政行为涉及的是社会秩序的维护和行政职责的履行,行政机关有责任“一抓到底”的处理行政事务,需要重新作出就应当重新作出行政行为,而不能仅仅因为程序方面的违法就放弃对社会秩序的维护,否则就会放纵违法行为人。这会损害公共利益,而公共利益总是更重要的价值目标。也有认为,仅仅因为程序违法这种小事而放弃了对违法行为人处理这种大事,既不当也不值。其三,错误纠正的理由。认为程序违法只是在程序方面的违法,并不是行政行为的完全错误或违法,法院撤销行政行为的判决也只是针对程序违法,实际上并没有否定行政行为的其他方面,重新作出行政行为过程就是行政机关改正错误的过程,而改正了这个错误,行政行为就成为正确合法,我们没有理由拒绝一个正确合法的行政行为。

这个理由一般来说,是正确的。但是,我们认为,这个理由不是绝对的,不能不分任何情形都允许行政机关可以再次作出行政行为,应当对行政机关能否重新作出行政行为进行必要的限制。也就是说,在一定情形下,行政机关因为违反法定程序被撤销或确认违法以后,行政机关就不能对该事项再次作出行政行为,即再行为的限制。因违反法定程序被撤销的行政行为可以不受限制的重新作出,这个制度是有缺陷的。

首先,这个制度的假设前提是不正确的。因程序违法被撤销的行政行为,可以不受任何限制的重新作出行政行为,这个制度实际上是建立在一种假设基础之上的。这个假设就是:只存在孤立的行政行为,该行政行为也只有程序上的违法,如果纠正了这个违

法,事情的结果和过程就是无瑕的。但是,这个假设仅仅是一个逻辑上的假设而不是一个事实,不是一个实际。实际情况是任何一个行政行为都是在一定的事实背景和法律规范背景下作出的,而且,还有时效、时间期限以及权限等诸多因素的联系和过程。离开这些事实和法律等方面的因素、联系和背景,行政行为是无法作出的,即便是作出行政行为也是不正确、不应该或者不适宜的。一个基本的事实就是:行政机关作出行政行为是一个特定的时间和特定的背景,进行行政诉讼是另一个特定的时间,法院撤销行政行为又是一个特定的时间,行政机关重新作出行政行为则又是一个特定的时间。这些不同时间发生的行为和过程,如果事实背景和法律规范背景仍然处在一个没有变化的“静止”状态,重新作出一个行政行为当然是可以的。但是,如果事实背景和法律规范等背景发生了变化,仍然要重新作出行政行为,甚至是“固执”的重新作与原行政行为完全或者基本相同的行政行为,其合理性、根据性和必要性就很值得怀疑了。例如,两年前作出的行政行为,在两年后被法院以程序违法为理由撤销。在这两年期间,原行政行为的法律、法规、规章等规范依据已经被修改、废止,或者被新的法律规范所替代。在这种情况下是否还可以依据旧的法律规范重新作出行政行为?显然是不应该的。所以,无限制重新作出行政行为的制度和理论,存在着孤立看行政行为的缺陷,忽略了事实背景、法律背景和其他关联因素对行政机关作出或者重新作出行政行为决定的影响。

其次,这个制度存在的缺陷是忽视程序的独立价值。一方面看,法院因为行政行为程序违法而进行了撤销,是重视程序独立价值的表现;但另一方面,行政机关对于所有因为程序违法而被撤销的行政行为都可以不受限制的重新作出,程序的价值被限制在只是判断和处理这一个被诉行政行为的效力范围内。在行政行为有其他违法情形的时候,情况则大不相同。有其他违法情形而被撤销行政行为的情况下,行政机关重新作出行政行为是受到明确限制的。例如,因为主要证据不足而被撤销行政行为,行政机关不能重新作出与原行政行为相同或者基本相同的行政行为,因适用法律法规错误被撤销行政行为的情形下,也同样受到这一规则的限制。行政机关因为超越职权而被法院撤销行政行为的时候,有时就不能对此事再作出行政行为了。总之,因其他违法撤销行政行为,不仅对被撤销这个行政行为发生作用,而且对重新作出的行政行为也会发生一定的作用(如限制等)。唯独只有因程序违法撤销行政行为,只对被撤销的行政行为发生作用,对行政机关重新作出行政行为不发生任何作用(没有限制)。程序的价值在这里被限制了,也被低估了,因其他违法情形被撤销不可以重新作出,或者是重新作出要被限制,因程序违法被撤销就可以重新作出,而且是不受任何限制的重新作出。这个制度表明,程序是依附在实体上的,只要实体没有违法,程序就可以重新进行。

再次,这个制度的另一个缺陷在于它忽视了司法诉讼的性质;“眼”中只有行政程序中的行政行为。任何一个被法院撤销的具体行政行为,都是经过了司法诉讼审查和判决的行政行为,这些行政行为在没有进入诉讼程序的时候,只是行政程序中的行政行为,是完全行政性质的行为和对象。但是,当这些完全行政性质的行为进入和经过行政诉讼之后,就被赋予了司法诉讼的性质和特点,已经不是也不可能是纯粹的行政行为了。所以,这些行政行为有了司法的属性和要求。例如,行政机关虽然可以在诉讼过程中再次作出行政行为,或者是撤销、废止正在诉讼进行中的行政行为,但是,原来被诉的行政行为作为诉讼标的这个法律事实是行政机关不可能改变的。原告有权将对该行政行为的诉讼继续进行下去,最终为自己的权利和是非讨一个“说法”。法院对原行政行为的判决就是这种司法的评判。行政法学理论认为,行政诉讼都是一种行政纠纷,当这种纠纷进入诉讼程序之后,该案件或该纠纷就被系属于法院了,被司法裁判权所控制,并因此产生了相关的司法规则,限制纠纷当事人和其他程序的进行。作为司法裁判纠纷的结果——撤销,应当反映出其司法的最终性和权威性。这种司法的最终性和权威性除了反映在被撤销的行政行为方面,还应当拘束被告行政机关作出或者继续作出行政行为方面。虽然如何拘束需要根据司法判决的内容而定,但是不承认这种拘束,认为行政机关可以不受任何限制的重新作出行政行为,就好像从来就没有发生过诉讼和从来就没有拘束似的,这种认识也是片面的。

另外,这个制度片面和绝对地认为因撤销违法撤销行政行为,就只是对程序违法的否定,而没有涉及其他因素。有人认为,因程序违法撤销行政行为后行政机关可以不受限制的重新作出行政行为的人们认为,法院撤销行政行为的理由只是涉及程序违法,而没有涉及程序以外的其他因素(事实、法律、权限等),既然如此,那么行政机关重新作出行政行为就是根据法院的评判在纠正错误,为什么不能允许行政机关纠正这种错误呢?我们认为,因程序违法撤销行政行为,虽然只是在法律上评价了行政机关的行政程序,可能并没有评价其他因素。但是,法院毕竟最终撤销了该行政行为,以什么理由或者根据来撤销行政行为是一方面,行政行为的内容和效力已经被法院判决完全否定了,这是另外一方面。我们谁也不可否认,撤销判决是对行政行为内容和效力的否定。既然行政行为的效力是被整体否定的(而不是仅仅否定其程序内容和程序效力),那么,行政机关在重新作出行政行为时候,就是在事实、法律、权限、程序等方面要进行新的认定、适用、运用过程等等。绝不是原来事实、法律等非程序因素的保留。行政机关重新作出行政行为的过程,不是一个仅仅“剔除”和改正程序的过程,而是一个重新适用法律、重新认定事实、重新使用权力以及重新进行程序的过程。在这个全新的过程中,当然要受到事实及

事实认定规则、法律及法律适用规则、权力及权力运用规则、程序及程序规则等方面的限制,所谓不受限制的重新作出行政行为,既不符合事实也是不负责的。

最后,这个制度的缺陷还在于对原告有失公平,在价值取向上忽视了原告的利益。既然是一场诉讼,就应当是一场公平的对抗,应当公平适当的平衡原告利益和被告利益,不能只看到一方利益而不顾另一方利益。因程序违法撤销行政行为,在任何情况下被告都可以重新作出行政行为,势必造成这样的结果:原告起诉被告程序违法没有实际意义,不能解决任何实际问题,而只能解决形式问题,名义上原告是赢了官司,但是被告都可以重新作出与原行政行为相同的行政行为。对于原告来讲,赢了一场名义上的官司而并没有赢得实际结果。当这个做法成为一种普遍制度的时候,原告再进行这种官司还有什么意义?按照《若干问题的解释》的规定,法院在行政诉讼中虽然可以直接变更显失公正的行政处罚,但是不得加重对原告的处罚。这里面就有一个价值取向问题,如果按照“纯粹”真实合法的标准,显失公正的处罚既有过重的处罚,也有过轻的处罚,法院可以直接变更过重的处罚,也可以直接变更过轻的处罚。但是司法解释禁止直接变更过轻的处罚,“纯粹”真实和合法的价值在这里被保护原告利益的价值所取代,这就是价值平衡和价值取向的问题。无限制重新作出行政行为的制度,虽然在绝大多数情形下都是正确的、合法的,但是,完全不受限制可以重新作出行政行为的制度,实际上就是完全维护一方当事人的利益,而忽视了另一方当事人的利益,利益的平衡被打破,被告的行为合法就维持,被告的行为违法就撤销,被撤销的行为还可以重新作出,原告只是被动的等待和接受,原告的利益在这里丝毫也不能影响被告是否和可以重新作出行政行为。应该说这种制度的价值取向完全倒向了被告行政机关,没有原告的诉讼利益和实际利益修正。所以,无论行政机关怎样违反法定程序,无论行政机关违反法定程序的性质和程度如何,原告最终还是得接受行政机关的行政行为,这对原告和原告利益来说,显然是不公平的。

因程序违法被撤销具体行政行为,行政机关当然有权重新作出行政行为,而且,在大多数情况下,这种重新作出的行政行为也是不受限制的。但是,完全不受限制的制度和认识,既不客观也不合理。行政机关重新作出行政行为,应当受到一定条件的限制。具体分析,有如下几种情形:

(一)事实的限制。任何行政行为都有对事实的认定,事实是行政行为的基础,如果事实错误,该行政行为就是在错误事实基础上作出的,当然是违法的行政行为。同样,行政行为在重新作出的时候,要受到事实条件或基础的限制。

不可恢复的事实。因为程序违法被撤销的行政行为,在重新作出的时候,作为行政行为基础和对象的事实,已经不可能再恢复了。由于事实基础的丧失,行政机关就不能

重新作出行政行为了。

在事实和程序关系中,程序是可以再来一次的,可以恢复的,但是事实不是都可以恢复的,证据也不都是可以再获取的,这就使得重新作出行政行为的事实基础不复存在。

(二) 法律的限制。具体行政行为的作出,是一个适用法律规范的过程。无论是根据法律、法规、规章还是根据规范性文件等,任何行政行为都包含有适用这些法律规范的过程,所以,制度规定和理论都认为,适用法律规范是行政行为的主要内容之一。正确或错误的适用法律规范,同样会决定该行政行为是合法还是违法。

因程序违法撤销行政行为的时候,没有否定该行为适用法律规范的正确性。但是,在重新作出行政行为时,其法律规范是否还能够作为或继续作为作出行政行为的规范根据,则是需要重新考量的。也就是说,既然重新作出行政行为是重新适用法律规范的过程,当然需要全新的面对法律规范和所作行政行为的关系,如果这种根据关系发生了变化,或者这种根据关系不存在,行政机关就不能重新作出行政行为了,这就是重新作出行政行为的法律规范的限制条件。例如,行政机关原来作出的行政行为是有合法的法律规范根据的,但是因为程序违法而被法院判决撤销。行政机关在重新作出行政行为时,法律规范本身已经发生了变化,旧的规定被废止或者修改,新的规定已经发布或实施。虽然我们可以用旧的法律规范来评价行政行为“当初”并不违法,但是,如果新的法律规范已经否定了旧法的相关内容制度,在这种情况下,如果还是“固执”甚至是“顽固”的坚持按照原来旧的规定来作出行政行为,显然与时不符、与事不符、与法不符,也不会有好的社会效果。

(三) 权力的限制。作出和重新作出行政行为,都是需要合法的行政职责权限的,如果没有合法的职责权限,行政行为的作出当然是越权的和违法的。因程序违法撤销行政行为,行政机关在重新作出行政行为时,还应当受到其法定职权权限的限制。这种情形主要有两种:一是由于法律规范的变化、机构改革的变化等原因,行政机关的职责权限发生了变化,因程序违法撤销行政行为以后,该行政机关实际上已经不再享有法定的职权,不能再管这类事项。在这种情形下,该行政机关显然是不能再重新作出行政行为的,否则就是越权违法。另外就是该行政机关虽然还是有主管的权限,但是法律规范赋予的手段权限发生了改变,原来具有的处罚、处理的手段权,现在已经不再具有相应的处罚、处理手段。在这种情形下,该行政机关重新作出行政行为,也是要受到享有职权手段限制的,不可能再用过去的权限手段重新作出行政行为,而必须新的权限手段范围内、规则下作出,这也是一种限制。

(四) 程序的限制。由于程序方面的种种原因,使得重新作出行政行为受到一定的限

制,可以发生在以下几个情形:

其一,行政行为因为违反法定程序被撤销,该已经被法院明确判断为违法的程序,不能在相同的程序下再次作出行政行为的。所以,行政机关不能按照原来的程序重新作出行政行为,这是起码的程序限制规则,即违法程序不得重作的限制规则。例如,土地登记中没有进行公告程序,违反法定程序被撤销,行政机关当然不能在仍然没有公告的程序中再次作出土地登记行为,原违法程序禁止重新进行。

其二,此行政程序在与其他行政程序和其他非行政程序关系方面违法被撤销的,其他行政和非行政程序没有进行或完成的前提下,该行政程序仍然不能启动,所以,行政机关重新作出行政行为受到其他程序关系的限制。否则,同样违反程序之间正确合法关系要求,仍然是违反法定程序的。所谓程序之间的关系,主要有此行政程序与彼行政程序的关系,如工商局对于外资企业核准登记程序与外资管理机关批准关系,行政许可程序与执照核发程序,等等。除此外,还有行政程序与非行政程序的关系,如刑事程序与行政程序的关系,民事仲裁、诉讼与行政行为程序关系等。如果公安机关以刑事程序和刑事措施扣押了当事人的财物,在该刑事程序进行当中,公安机关对被刑事扣押的财物又进行行政没收和拍卖,行政没收行为被法院以违反法定程序为由撤销,公安机关要想重新作出行政没收处罚决定行为,必须等待该刑事程序进行完毕,或者是刑事扣押措施解除。如果该刑事扣押程序仍然在有效期间,无论如何,公安机关是不能重新作出行政没收处罚行为的。另外,在民事纠纷解决程序与行政程序关系上,也同样如此。这些程序之间的关系,如果存在有先刑后行或者先民后行关系,就是法定程序的内容,被撤销的具体行政不能违背,重新作出的行政行为同样不能违背,这就是限制。

其三,行政机关超过法定期限作出行政行为,有时是适用确认违法判决,但有时是适用撤销判决,尤其是该行政行为有可供撤销的内容,或者是该违反期限的行政行为涉及该行政机关是否还有权力作出的时候。在这种情况下,该行政行为是因为超过法定期限而被撤销,同样道理,行政机关如果再次作出行政行为,也是再次超过法定期限,必定是违法的。当然不能重新作出。如果允许重新作出,岂不成为了允许在违法的基础上再继续违法?例如,法律规范规定,行政机关对于当事人如期提出的换发许可证的申请,如果没有按期作出决定的话(同意或者不同意),就视为批准。按照这个制度规定,行政机关在法定审批期限内没有作出决定,应当在法律上视为批准有效。但是,行政机关在超过法定期限以后,又作出了不同意换发许可证的决定,该决定因为违反法定期限规定而被法院撤销。既然该决定都因为超过法定期限而被撤销,那么,重新作出任何不同意换发许可证的决定,仍然摆脱不了违反法定期限的命运。这种情形下,实际上只有禁止行政

机关重新作出行政行为的可能,没有允许重新作出行政行为的余地。

其四,超过追诉时效的行政行为,被法院判决撤销以后,行政机关也同样是不能重新作出追诉行政行为的。例如《治安管理处罚条例》规定,在6个月内没有发现违反治安管理的行为的,公安机关不再处罚。如果公安机关对于6个月以后发现的违反治安管理的行为,仍然作出处罚决定的,当然是违法的,因此而被法院撤销以后,公安机关不可能因此而获得了重新追究责任的权力,所以,这里的追诉时效问题,实际上反映了追诉权力和处罚权力的使用问题。行政机关无权力的结论,不仅过去无权力,现在无权力,将来也永远不会再有权力。既然如此,重新作出行政行为就应当受到限制(禁止)。

(五)判决的限制。因违反法定程序被撤销的具体行政行为可以重新作出,当然必须只是该行政行为程序上违法,或者是法院仅仅认定了其程序上存在着问题。在审判实践中,情况则更为复杂。有的时候,法院判决撤销具体行政行为的理由包含有程序违法,但不仅限于程序上的违法,除了程序违法外,还有其他方面的违法,此其一;其二,由于程序违法致使事实错误或主要证据不足的,法院在最终认定和判决上,也可能只是列出了违反法定程序的理由,而没有明确列出其他违法或错误的理由。例如,以刑讯逼供或者以侵犯当事人权利的手段获得的证据,对于认定案件事实,当然是不能作为合法有效的证据和事实的。但是,法院在判决上完全可能只是(最终)以违反法定程序为由而撤销行政行为。我们认为,在这种情况下,判决内容实际上也在否定除程序违法以外的其他违法或错误。判决书的内容无论是在判决部分还是在评述部分,对行政机关重新作出行政行为应当具有限制作用,凡是判决书否定的事项内容,都构成对重新作出行政行为的限制,行政机关要纠正的不仅是程序,还有包含在判决评述部分的否定认定。例如,行政机关在重新作出行政行为的过程中,就不能再使用原来在违法程序中获取的证据和认定的事实,也不能重蹈判决书中包含的其他违法情形的覆辙。

(六)违法的限制。因为程序违法限制行政机关重新作出具体行政行为,这个问题还需要从价值或利益平衡的原则方面进行考虑。在行政诉讼制度中,以价值或利益平衡原则作为修正规则的情形不在少数。例如,判决撤销违法的行政行为制度,本来应当是所有违法的行政行为都应当一律撤销,但司法解释规定,如果撤销违法的行政行为会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,法院应当改作确认被诉行政行为违法的判决。在这里,行政行为违法应当被撤销的价值让位给了利益之间进行平衡的价值。又例如,行政处罚如果显失公正,法院有权判决撤销或者直接改变处罚决定,这是有错必纠的价值。但如果纠错涉及的内容是加重对原告的处罚,这个制度不得不“拐弯”,法院不能直接通过纠错办法来加重对原告的处罚。这些价值或利益平衡原则实际上就是限制某一项法

律制度的方法。在程序违法撤销行政行为的方面,是否也应当承认这种利益平衡原则的适用余地呢?我们认为是肯定的。在因程序违法撤销行政行为重新作出的情况下,也有两种不完全相同的价值或利益:一方面是被撤销行政行为所处理的利益(如违法行为人应当被追究责任的利益,行政执法的价值等),另一方面是行政行为被撤销所保护的利益(如原告的利益,行政机关对于程序违法所应当承担的不利后果,司法裁判的权威性等)。这两个方面的利益,有时是一致的,有时是不一致的。在无限制重新作出行政行为制度里,根本不承认行政行为被撤销的利益,或者是不保护这种利益。这种制度既不客观也不合理。其实,在被撤销行政行为中,始终是有一定利益存在的,问题的关键在于我们是否应当平衡和保护这些利益。行政机关对于其违法行为应当承担不利后果,这种不利后果是维护行政法治这个最大原则的需要,这种不利后果是可以包括惩罚性质的不利后果的。在一定条件下,允许行政机关反复纠错的利益,应当让位于限制行政机关重新行为利益。例如,行政机关违反法定程序的性质是严重的、故意的,甚至是恶意的,或者行政机关反复违反法定程序的情形等。在这种情况下如果还一律允许行政机关重新作出行政行为,对于其重新作出行政行为仍然没有任何限制的话,无异于对法治秩序和司法权威的嘲弄。维护程序法的严肃性和独立性,这也是法律应当保护的价值或利益,严重的、故意的、反复的违法,反映出行政机关挑战程序法律秩序的意图,是绝对不应当给这种挑战保留机会的。也就是说,不是所有的程序违法都可以重新进行,严重、故意、反复的程序违法,应当承担惩罚性后果,行政机关不得再次作出相同性质的行政行为。如果被撤销的是处罚行为,就不得再次处罚,如果被撤销的是强制措施,就不允许再次采取强制措施,如果被撤销的是对相对人不利的其他行政行为,行政机关也就不能再次作出对相同人不利的行政行为。”

综上所述,我们认为,因程序违法撤销行政行为的,虽然在原则上不限制行政机关重新作出和自行纠正错误,但是,这不是没有任何限制的绝对制度,更不能成为最终否定程序独立价值和重要性的借口。行政机关在重新作出行政行为的时候,应当受到行为事实、法律规范、权力根据、程序因素、判决内容以及程序违法性质和程度等的限制,尤其是行政机关在重新作出与原行政行为相同或者基本相同行为的时候,更是应当遵守有权、必要和公平的原则,以维护程序法治的严肃性和司法判决的权威性和最终性。

第四章 违反法定程序的确认

对于违反法定程序的行政行为,法院还可以使用确认判决的手段来否定其合法性和有效性。根据《若干问题的解释》的规定,确认判决有肯定确认和否定确认,否定确认又包括确认行政行为违法和确认行政行为无效。否定违反法定程序行政行为的确认判决,在两种情形下适用:一种情形是,被诉行政行为违法,但不具有可撤销内容的;被诉行政行为依法不成立或者无效的。还有一种情形是转确认判决,即被诉行政行为违法,但撤销该行政行为将会给国家利益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。在这种情形下,实际上本来应当适用撤销判决,因为其中涉及国家利益或者公共利益的重大损失,才转而适用了否定性质的确认判决。

其一,对违反法定程序行政行为的确认违法。确认违法判决,也就只是确认已经作出的或者已经实施的行政行为在法律上违法,简单地说,这种判决也只是在法律上“说”了某某行政行为违法,并不涉及该行政行为的效力问题,不影响该行政行为的实际存在,该行政行为仍然还继续发生法律上的效力,是违法但有效的结果。在程序违法的情形下,什么时候适用这种判决形式呢?一是行政行为本应当撤销,因会给国家利益、公共利益造成重大损失,转而适用确认违法的判决;另一种是行政行为已经成立、有效,并且已经实施或者已经实施完毕,没有什么内容可以被撤销的,因为行政行为的内容要么是无需实施的,要么是内容已经实现了,再不可能适用撤销。如事实行为已经实施完毕等。还有一种是依法不成立的行政行为,本身就没有了法律上的效力,没有必要再对其效力进行确认,只需要对其违法性进行确认就行了。如果依法不成立的行政行为,还存在有法律上的效力,那么法院就不能仅仅满足于只是确认其违法,还应当对其效力进行确认。

当然,这种情况下,一般都是对事实行为的,或者是已经实施完毕的行政行为。

既然确认违法的判决对于行政行为没有实质的影响,不会对行政行为的效力发生作用,被确认违法的行政行为该怎么发生作用还怎么发生作用,那么,确认违法对当事人来说又有什么意义呢?我们认为,这种情况下,对当事人的意义在于:首先是是非标准上的意义,也就是说究竟谁对谁错,在法律上是有是非的,确认判决否定了行政行为的合法性,是法律是非的判断;其次,对于附带的或者以后的行政赔偿责任有前提意义。按照现行国家赔偿制度的规定,行政赔偿的前提条件之一,就是行政行为违法,如果行政行为不违法,即使给当事人造成了损失,行政机关也不承担赔偿责任,如果要想让行政机关承担行政赔偿责任,必须是行政行为违法。所以,确认违法是解决行政赔偿的一个前提条件。在实践中,很多确认行政行为违法的情形,都是因为行政赔偿的需要。

其二,对违反法定程序行政行为的确认无效。确认无效判决,与确认违法判决不同,它直接针对的是违反程序行政行为的效力。这就是说,这种行政行为在法院判决的时候,属于当然无效的行政行为。既然是当然无效的行政行为,为什么还要来确认其无效呢?因为,这种违法是严重的,大多数情况下,连起码的形式要件都不具备,法律上就属于所谓的“无效行政行为”,本身就不应该有法律上的效力。但是,对于无效行政行为的判断,尤其是无效行政行为与可撤销行政行为之间的界限判断,不是当事人能够有权作出的,而是应当由有权机关来作出,法院就是这个判断无效行政行为的有权机关。所以,法院对于依法就不成立或者是依法无效的行政行为,不能适用撤销判决而只能适用确认无效判决,如果适用撤销判决,等于承认了它的有效(然后再撤销其效力)。因此,法院应当从本来就没有效因此才确认其没有效力的角度来作出判决。

其三,责令采取补救措施。根据《若干问题的解释》的规定,增加了法院责令被告行政机关采取补救措施的内容。责令采取补救措施,不是一种独立的判决种类,而是依附在撤销判决或者转适用确认违法判决中的一项向被告行政机关提出的有约束力的要求。这种责令采取补救措施的内容,可以在两种情形下适用:一种是判决撤销违法的被诉行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,法院在判决撤销的同时可以责令被告行政机关采取相应的补救措施。这个补救措施与确认判决中的补救措施不同。另外一种就是转用确认违法判决的时候,法院可以责令被告行政机关采取相应的补救措施。这是在确认判决中的责令采取补救措施,采用这种补救措施的原因,是由于转适用确认判决的缘故。也就是说,本来违法行政行为应当撤销,但是如果撤销了就可能给国家利益或者公共利益造成重大损失,为了避免造成这种重大损失,转而适用确认违法判决。也正是因为顾忌到了国家利益或者公共利益的重大损失,不适用撤销判

决,也就对当事人的合法权益造成不利的局面,或者至少说是当事人的权益保护没有得到充分的实现。在这种情况下,实际上是以保护国家利益、公共利益而使当事人的利益受到一定的损害,或没有得到应该得到的保护。从当事人受到的这种特别牺牲角度看,应当给予适当的补救。司法解释规定的判决被告行政机关采取相应的补救措施,就是从这个出发点开始的,也应该以解决这个缺陷、填补这个损失为补救措施的方向、种类和程度。至于这种补救措施究竟是什么,司法解释没有作什么限制性规定,只是使用了“相应”二字。我们认为,所谓“相应”的补救措施,包含着非常丰富的内涵。首先是相应于当事人受到的损害损失,应该给予足够的补救;其次是相应于被告行政机关可以采取的手段和权力范围。法院不能责令行政机关去作超越其职权范围的事情,但是,也不是仅指行政机关自己作的事情。也包括行政机关在其职权范围内责令其他人所做的事情。最后,既然是相应于当事人受到的损害、损失,那么行政机关可以采取的补救措施,也就是平衡这种损害、损失的措施,如经济补偿、延长当事人的权益期限,等等。在一个共有公共设施建设,因为设施违反了设计规范侵犯了相邻权人的权益,依照法律,该共有公共设施的审批程序违法。但是该行政许可被撤销,会造成公共利益的重大损失。所以,法院判决确认该许可行政程序违法,并同时责令行政机关采取补救措施来补偿相邻权人受到的损失。行政机关在执行法院判决的时候,责令了该共有公共设施的建设单位给予相邻权人经济补偿,建设单位采取了两个办法来补偿这个损害:一是给相邻权人一定数额的经济补偿,另外一个办法就是用其他地区的房屋给相邻权人进行置换,使相邻权人的相邻权不再受到损害。我们认为,被告行政机关在这里采取的补救措施等于是用职权让第三人在补偿,被告自己并没有进行补偿。这种做法也不违背上述司法解释的规定,也属于被告行政机关采取的“相应”补救措施。

第五章 违反法定程序的行政赔偿

行政行为违反法定程序,是否也会产生行政赔偿的后果,这是一个值得讨论的问题。从《国家赔偿法》和有关的司法解释来看,没有规定程序违法就不承担赔偿责任,只是概括地规定了国家机关和国家机关工作人员“违法行使职权”侵犯公民、法人和其他组织的合法权益“造成损害的”,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。没有哪一个条文限制这种造成损害的职权行使行为,必须是行为的实体方面而不能是行为的程序方面,所以在理论上该行使职权行为的违法应当包括实体方面的违法和程序方面的违法。至少从法律概念上得不出行政行为程序违法就不赔偿的结论。从司法实践来看,也是有这方面的判决的。深圳市规划国土局在2003年向深圳市有色金属财务有限公司支付了870万元人民币的行政赔偿金的案件,就是因为深圳市规划国土局在对抵押登记未予注销且未收回产权证书的情况下,又将同一物业的土地及地上的建筑发放了新的产权证书。于是便出现了同一物业产权证书重叠、抵押登记重复的异常情况。这是两套行政程序的冲突,属于程序违法,同样也判决被告承担了行政赔偿责任。同样,北京市高级人民法院在王子健状告卫生部不履行法定职责一案的判决中,也是这样认定的。《行政复议条例》明确规定,复议机关在收到申请人的复议申请后,应于10日内对复议申请是否受理作出决定。行政机关履行其行政复议法定职责时,应严格依据《行政复议条例》规定的期限,超过期限的即应视为违反法定程序。王子健向卫生部提起的行政复议申请,符合《行政复议条例》的规定,卫生部应在法定期限内予以审查。但卫生部在收到王子健的复议申请后,超过法定期限70余天才作出《复议申请不予受理通知书》,违反了法定程序。之后,卫生部虽就王子健医疗事故处理通知书作出了行政复议决定,但不能否定在此之前卫生部违反法定程序的事实,由于卫生部未按法律规定的期限履行法定职责,造成了王子健合法权益

益损害的事实,故王子健要求卫生部赔偿其经济损失的请求合法。遂作出终审判决:撤销一审判决;卫生部收到王子健复议申请的10日内未作出是否受理决定的行为违法;卫生部赔偿王子健经济损失3434.24元。也就是说,期限方面的程序违法,也要承担行政赔偿的后果。

但在司法实践中,人们经常为程序违法是否也要承担行政赔偿责任而发生争议,却很少人因为行政行为实体方面的违法承担行政赔偿责任而发生疑惑的。例如:行政机关如果超越了其职权范围给当事人造成了损害,肯定是应当赔偿的;行政机关如果是因为没有足够的事实证据就限制了公民的人身自由,对于因此而给公民造成的人身自由损害,当然也是要承担行政赔偿责任;如果行政机关因为适用法律错误而错误定性当事人行为造成损害的,行政赔偿责任也是在所难免。这些情形下的行政赔偿责任都很正常,不会发生的疑问。因为,在行政行为实体方面违法的时候,人们总是认为造成损害后果的,就是这个实体违法的行为,直接与违法的实体方面有关系。但是,程序方面就不然了,有人认为,程序方面的违法与所造成的损害后果,没有直接的联系,正是因为这种认识,所以在程序违法的时候,经常会发生是否也要承担行政赔偿责任的分歧。例如,公民张某的房屋已经被法院在民事诉讼中查封,该查封通知也依法送达了房地局。张某为了达到自己的目的,采用欺骗手段与李某签订了该房屋的买卖合同,合同约定李某先向张某支付20%的房屋款,余下的80%房屋款要等到办理完买卖房屋手续拿到房产证之日才付。张某与李某按照合同约定在房地局办理交易手续时,房地局有关工作人员并没有认真查阅该房屋的档案资料,也就没有发现该房屋已经被法院合法查封的事实,于是就给张某和李某办理了交易手续(该房屋买卖还是属于合法规范的所谓“场内交易”),几天以后,李某拿到了房屋产权证,当日,李某也问张某支付了余下的80%房屋款,整个交易过程到此就算完全结束了。以后,法院发现了该房屋已经卖给了李某的事情,便向房地局发出了通知,告知房地局,该房屋早已经被法院查封,依法不得转让买卖,房地局应当尽早纠正错误。房地局于是向李某发出了要收回房产证的书面通知,李某不给,说自己已经将房屋款全部支付了,房屋已经是自己的,除非房地局把他的房屋款追回来,否则自己绝对不交证交房。与此同时,张某因病去世,卖房所得的款项全部用于住医院治疗了,除此外,张某也没有什么财产留下。房地局于是发出了一份注销李某房屋产权证的通告,决定注销李某手中的房屋产权证。以后,法院根据民事诉讼当事人的申请,又将该房屋执行给了民事诉讼中的当事人王某。李某现在是既没有了房也没有了钱,于是李某向法院申请行政赔偿,要求房地局赔偿其购房款和人住以后的装修款。房地局在已经被查封的房屋上办理房屋交易手续和房产证,这是程序上的违法无疑。但是,房地局抗辩说,

自己既没有收李某的房,也没有收李某的钱,李某的房是被法院执行的,李某的钱是被张某收的,房地局不过就是办理了房屋交易登记手续和房产权证,造成李某财产损失的不是房地局的登记发证行为。而李某则认为,如果不是房地局给予交易登记和办理产权证,自己是不会支付房款的,正是因为房地局的行为,才相信了买卖的合法性和安全性,注销房屋产权证的行为使自己失去了房屋所有权,造成了财产损失,应当负责赔偿,等等。法院最后认定房地局有一定的过错,因此判决房地局赔偿李某一部分款项。这个案件的情况和判决的结果,说明了人们对行政行为程序违法承担行政赔偿责任的一种矛盾心理:从行政行为的违法性上来说,应该赔偿,但程序上的违法似乎又与损害结果没有什么直接的关系,更像是造成损害的一种条件。

这正是我们要讨论的关键问题。人们对程序违法也要承担行政赔偿责任的动摇,实际上反映出人们对行政赔偿责任承担中因果关系认识的不确定。在理论上,历来就有赔偿责任的因果关系的不同观点,有所谓的根据说、条件说、重要条件说、相当因果关系说和盖然因果关系说等。我们认为,这些学说都有一定的合理性和可借鉴之处。我们在国家赔偿实践中可以从案件的特点和类型出发,从不同的角度来综合判断因果关系。应当说,法律上的因果关系从来就不是一重不变的。在基本要素确定的情况下会随着案件类型和具体环境的不同而有所侧重。另外,法律上因果关系的分析,是在联系中进行判断的,而不是孤立要件的认定。在此基础上,我们认为相当(条件)因果关系是更为合理的学说,也就是把在发生结果中起重要作用的条件作为法律上的因果。如果按照这个观点来分析上述案件,那么房地局的行政行为程序违法,也要承担行政赔偿责任,应当是没有疑问的,因为,房地局的行为对于造成李某的财产损失,起到了相当条件的作用。理论和实践中存在的对程序违法行政行为是否也要承担行政赔偿责任的疑惑,其根本原因实际上就是根据因果关系的认识 and 观点在发生作用。如果认为行政赔偿责任的承担,必须有根据上的、内在的、必然的因果关系,那么,程序违法本身确实很难找到这种因果关系。在这种观点指导下,程序违法可以说基本上就不可能有相应的行政赔偿责任产生。