

正當程序原則核心內涵與屬性

唐 文*

正當程序原則是常議常新的舶來品¹，是見仁見智的價值判斷議題。研究正當法律程序歷史的美國學者約翰·V·奧爾特鮮明地指出了該短語不確定性：

“這個短語本身，雖然具有提示性，但它不可能是不解自明的。法官和律師們已經從字面上努力了幾百年，試圖在具體的案例中賦予其內容。但是，他們努力的結果始終並未被普遍接受，即使取得共識，也極少能夠持續很長時間。”² 如果說法治建設中有一個原則具有普世價值，那麼，正當程序原則不會落選；如果說“一國兩制”語境下有一種共同語言，那麼，正當程序原則就是“普通話”；如果說有一種正義確定又不確定，而且歧見多多，那麼，正當程序及其內涵當列其中。因此，有必要探求正當程序原則的核心內涵及其屬性。

一、正當程序原則的核心內涵具有“最大公約數”

既然“正當程序原則”的含義與外延向來無標準答案，那麼，就有必要對中外重要學說予以梳理，並通過過濾來尋找其“最大公約數”。筆者不妨提煉多種學說都包容的要素，並加以詞語替換，下面就以此以圖表方式揭示。

表1顯示，關於正當程序原則的核心要素，儘管在數量上有較大差異，但其核心內涵大致確定，只是其邊界模糊而已。換言之，歧見中有共識，可以合併“同類項”，也能找到“最大公約數”。經過上表的

過濾與轉換，筆者初步發現，正當程序原則之核心內涵或最大公約數就是“中立標準、參與標準和時序標準”。

表1中有四位學者將說理性作為正當程序原則的核心要素，在筆者看來，說理性雖然與程序尤其是筆者所指的時序標準相關，但更多涉及實體問題，如告知行政處理之事實與法律依據。有學者還指出，普通法上的自然正義原則應當暗示了第三條關於程序正義的自然法原則——為自己所作的決定說明理由；但從制度實踐來看，行政決定必須說明事實和理由的要求主要存於正式的行政程序，而在非正式程序之中這一要求往往難以得到滿足。³ 即便是作為最正式程序的司法產品之裁判文書，說理也不都是必須的，如在強調繁簡分流的大陸文書改革中，一些針對簡單案件的裁判文書可以不說理，於是令狀式或表格式裁判文書也大行其道。總之，說明理由並非純粹程序問題，且學者對其涉及程序與實體的比重有分歧，故不應當將其歸為程序內涵的最大公約數。

二、對“三大標準”的分解

（一）中立標準

中立標準，即“公正作為義務”，台灣學者稱之為“公正原則”或“禁止偏頗原則”。⁴ 該短語更直白說法——“自己不做自己的法官”似乎成了中立標準的替身。在行政法領域，所謂“自己不做自己的法官”，就是行政機關及其工作人員處理涉及與自己

* 澳門大學法學院博士研究生

有利害關係的事務或者裁決與自己有利害關係的爭議時，應主動迴避或者應當事人的申請迴避。“自己不做自己的法官”，在英國法上被轉換為“任何人不能作為自己的案件的法官”⁵之表述。有中國學者就“自己的案件”作了如下界定：並非要求決定者本人在形式上是案件的一方當事人，而是指與案件存在實質上的利害關係，這種利害關係不必是金錢上的，也不一定確實受到實際的影響，只要一個正常思考的人懷疑存在偏私的可能，或者有發生違背正義結果的“風險”，就可以構成“自己的案件”。⁶“自己不做自己的法官”，如今看來這一古老原則，天經地義，無須證立，但深究其根由則模糊不清。其實，中立標準的內在機理早在 1701 年經由大法官霍特做了闡述：“同一個人在一個案件中既是當事人又做法官，這是與所有的法相悖的，因為這樣做是明顯矛盾的：當事人就是向法官提出訴請的人，而法官是聽取當事人訴請的人；當事人竭力要實現自己的意願，而法官判決有違當事人意願時，其權威迫使當事人必須

遵守判決。如此，哪個人能夠逆自己意願而為或強迫自己遵從違心的決定呢？”⁷大陸有學者指出，“自己不做自己的法官”是正當法律程序的首要要求，根據這一要求，不僅行政官員在處理有關事務或裁決有關糾紛時，如涉及其自身或親屬利益要予以迴避，而且行政機關還應設置相對獨立的機構裁決涉及行政管理的有關爭議；行政機關處理行政相對人的違法行為，進行調查和提出指控的機構不能直接作出處理裁決，而要提請與之有相對獨立性的機構裁決，否則，亦構成“自己做自己的法官”的行政違法。⁸

總之，中立標準，字面上理解並無多大分歧，但是在司法適用時還可能遭遇具體化的疑難。中立標準之下位要求包括迴避制度、禁止片面接觸和組織適法要求；而迴避進而可分為“利益衝突之迴避”和“預設立場之迴避”。⁹不過，關於“預設立場”的認定仍然難以取得高度的共識，如身份歧視問題更為複雜，故需要通過權威案例統一司法認知。

表 1 關於正當程序原則核心要素的不同

不同學說	核心要素	包容性要素(替換)
哈默斯 “十項基本內容說” ¹⁰	①參與標準統治；②程序正統性；③程序的和平性；④人道和個人尊嚴；⑤個人隱私；⑥程序協議性；⑦程序公平性；⑧程序合法性；⑨程序理性；⑩程序及時性與終結性	中立標準 參與標準 時序標準
傑瑞·馬尚 “三核心說” ¹¹	①平等(通過多數表決制予以實現)；②可理解性(即可預測性、透明性與合理性)；③私人自主	中立標準 參與標準 時序標準
戈爾丁 “三大類九標準說” ¹²	①“中立”：如任何人不能作為自己案件的法官；②“勸導衝突”：如衝突的解決者應聽取雙方的辯論和證據；③“裁判”：如解決諸項內容應以理性推演為依據	中立標準 參與標準 時序標準
貝勒斯 “三要素說” ¹³	①無偏私；②獲得聽審的機會；③裁判說理	中立標準 參與標準 準時序標準 ¹⁴
湯德宗 “三要素說” ¹⁵	①公正作為義務；②受告知權、聽證權；③說明理由義務	中立標準 參與標準 準時序標準
姜明安 “三要素說” ¹⁶	①自己不做自己的法官；②說明理由；③聽取陳述和申辯	中立標準 參與標準 準時序標準
陳瑞華 “六要素說” ¹⁷	①程序的參與標準；②裁判者的中立標準；③程序的對等性；④程序的合理性；⑤程序的及時性；⑥程序的終結性	中立標準 參與標準 時序標準
季衛東 “四項基本原則說” ¹⁸	①正當過程：最低標準是保障相對人的陳述權和知情權；②中立標準：通過決定者的資格認定、人身保障以及迴避制度、分權制衡、公開聽證等制度來保證；③條件優勢：程序的基本活動方式按照“如果甲，那麼乙”的思維形態進行，以使決定者既可得到具體的指示也能夠進行自由的裁量；④合理化：要求程序的安排能使阻礙和浪費最小化、效果和支持最大化，還要求對決定的動機和根據予以最適當的理由說明	中立標準 參與標準 時序標準

(二) 參與標準

參與標準，基本要求是賦予相對人或利害關係人的程序自治權，具體要求是通知參與和兼聽申辯。傑瑞·馬肖就參與標準的重要性有獨到闡釋：①對制定法的忠實執行要求行政官員關注當事人的證據與論辯；②缺少當事人的幫助而作出行政決定是不可靠的、信息不足的，因而也是非專業的；③鑒於行政決定對當事人利益的影響，排斥他們參與的行政程序是不公平的。¹⁹ 羅伯特·薩默斯指出，參與標準具有作為過程價值的理由和品質：它能最大限度地實現自主、自治。²⁰

最典型的參與是聽證，而聽證有正式和非正式聽證之別。²¹ 根據案件的性質，聽證的形式可以是正式的聽證或者非正式的會談，以及介入二者之間的其他形式；然而，任何一種聽證形式，都必須包含正當程序的核心內容——當事人有得到合理告知和申辯的權利。²² 目前，世界上許多國家的行政程序法中都明確確定了聽證制度。根據各國的做法，聽證活動一般應當包括如下具體要求：①聽證要公開進行；②聽證前要給利害關係人及時而有效的通知；③聽證要及時舉行；④當事人在聽證中有權自己或通過律師發表意見和反駁對自己不利的事實和觀點；⑤聽證應當製作記錄；⑥通過聽證而製作的決定必須以聽證記錄為依據；⑦當事人對聽證決定不服有權申訴。²³ 姜明安認為，行政機關作出任何行政行為，特別是作出對行政相對人不利的行政行為，必須聽取相對人的陳述和申辯。行政機關作出嚴重影響行政相對人的合法權益的行政行為，還應依相對人的申請或依法主動舉行聽證。²⁴ 不過，大陸學者研究表明：“非正式與正式聽證同樣重要。就是在像美國和日本等極其推崇聽證制度的西方國家，有關的實證研究也表明，行政機關大部分走的都是非正式的聽證程序，是簡易的聽證程序，很少走像法院那樣的正式程序。”²⁵ 總之，參與標準的要求因行政行為之情境不同而呈現出層次性的差異，最嚴格的當屬司法性質的正式聽證。

(三) 時序標準

時序標準，包括時限和步驟兩方面的要求，前者是時間概念，容易達成共識。後者與時間有關聯，但

是筆者專指程序步驟或順序的合理性，其中包括說明理由的義務。筆者這裏所指的說明理由之義務，是就順序要求而言的，指“先說理後裁決”之順序不容顛倒，這與正當程序原則“三要素說”中的實體性的說明理由不能等同。有學者就此闡釋：“程序展開過程在時間上應當遵循合理的順序，因為人們日常生活的經驗就足以表明，一個理性的決定的產生必須經過一定的步驟，這些步驟在時間上應當有一個合理的先後順序。合理的步驟一方面可以促進結果在實體方面的合理化，另一方面，他們還是對決定產生過程公正合理的形式上的要求。”²⁶

時序標準的重要意義還在於：避免公權“走程序”或“秀程序”，讓程序虛置，以致所走的程序不正當。如告知程序與處罰程序處於告知與處罰行為之間，《中華人民共和國行政處罰法》等法律、法規就沒有明確規定間隔的合理時間是多天還是一天。實踐中，行政機關可能在同一天既作出處罰前的事先告知行為，又作出行政處罰行為。

這裏雖然將時序標準單獨而論，其實它與參與標準有直接的關聯，亦即時序標準的要求是為了保障相對人的有效參與。時序標準之價值追求無非是保障相對人的權利和促進行政效率，就時限要求而言，則是追求雙重價值，既確保相對人有合理的時間準備申辯或行使聽證權、救濟權，也規制行政行為作出的時間，防止因拖延而損害相對人的權益；就步驟要求而言，主要是追求行政的合理性。

三、對正當程序原則基本屬性的分析

前面從不同學說中找到了正當程序原則的“最大公約數”，但是，對正當程序原則屬性的分析也是一個不能逾越的概念分析問題。從價值角度看，正當程序原則有內涵大致明確的理念性表述；從制度層面看，正當程序有其發展脈絡；從語義學上看，正當程序有其“中心與邊緣”之描述。在筆者看來，可從不同角度對正當程序原則的屬性加以描述。下面即通過多角度掃描，凸顯正當程序原則整體形象，並將正當程序原則的屬性作為構建本課題邏輯體系的基石性

概念，繼而運用這些基石性概念展開課題研究。

（一）正當程序原則價值屬性：“自然正義”

正當程序原則源於自然正義，“幾百年來發展並提煉出了自然正義規則。在這些原則的精確內容上不時出現難題，但它對政府行為的普遍適用性卻從未受到懷疑。”英國行政法開山鼻祖威廉·韋德如是闡釋：“在行政法上自然正義是一個界定完好的概念，它包括公正程序的兩項根本規則：一個人不能在自己案件中作法官；人們的抗辯必須公正地聽取。”²⁷再簡要地說，自然正義就是無偏私地聽取當事人的陳述與申辯。二者甚至可簡述為“中立標準與參與標準”，如此替換，應無大的分歧。有學者從司法程序歷史角度闡釋了自然正義作為最低限度程序保障之表現：自然正義的兩項要求被英國司法制度全面吸收，並用來作為法官解決爭端時所要遵循的最低程序準則和公正標準。由此可見，自然正義也就成為正當程序原則在英國的獨特表現形式，成為英國司法制度的一項最基本的法則。如果在審判過程中違反了這一個原則，整個司法審判活動及其審判結果均無法律效力。²⁸威廉·韋德也明確指出：“違犯自然正義就使行政決定無效。”²⁹若問自然正義從何而來，學者們通常會指向自然法。自然正義的歷史源流更為複雜，早期的自然正義與自然法(Jus naturale)和自然權利等交互使用。³⁰“自然正義作為自然法的起源以及尊嚴進路的論證，是自然正義精神穿透力的堅實基礎。”³¹有學者對自然法做了如下簡明表述：在許多民族的早期，“法”常常被看做類似於自然規律的客觀存在的道德律令，它被稱之為“自然法”、“客觀法”、“上帝之法”或優越於人定法“高級法”。³²當代有評論家稱：“哲學家傾向於否認自然法的自然性，法律家則傾向於否認它的法律性”；“自然法，它業已死亡還是依然活躍？”，答案是：“它非常活躍！”³³至今在普通法國家中，自然正義在沒有行政程序法典的情況下，結合普通法、制定法與軟法制度所具有的靈活性，能不斷適應新的社會與觀念的需要。³⁴中立標準和參與標準直接源於自然正義自不待言，而時序標準的要求不僅是程序內在的善，還是程序有效合理運行的基本保障，因而富含自然法所要求

的程序品性。

總之，正當程序原則因其“自然正義”的屬性，就有了高於實在法(人定法)的品格，既可用作評判定程序的價值標準，還可用作填補程序法漏洞的價值導向。

（二）正當程序原則法律屬性：“法律信條”

德國法理學家伯恩·魏德士就法律信條的外延指出：“法律信條包括一切可以在法律中找到的理論規則、基本規則和原則，也包括法學與法律實踐為法律增加的理論規則、基本規則和原則”；對現行法具有重要意義的證明和解決模式予以闡述，乃法律信條學使命。³⁵魏德士還將法律信條的功能歸納為五項：理順功能和體系化功能、穩定功能、對實踐的減負與否定禁止功能、對法律適用的約束與革新功能、批判與修正功能。³⁶

從魏德士對法律信條與法律信條學的闡釋可見，法律信條是法律人對法理的濃縮，是法學研究與司法實踐共建的平台，是討論法律問題和裁斷爭議的信條，是防止道德倫理或政治政策對法律領地侵蝕的圍牆。因此，可用法律信條對前述外延寬泛的自然正義加以限縮。在筆者看來，時序標準之要求符合法律信條之品質，故正當程序原則的核心內涵除中立標準和參與標準之外，還應當包括時序標準。不過，魏德士所述的法律信條包括“法學與法律實踐為法律增加的理論規則、基本規則和原則”，其外延當然包括從判例或權威案例中歸納得出的審判規則。英國國會委員會認為行政程序中的“自然正義”應包括：當事人應受告知、當事人應有表示意見的機會、決策者應該公正、決定應附理由、決定書應附記救濟途徑等。³⁷這些行政程序方面的要求正是基於判例法而強調的法律信條。由於大陸尚無統一的行政程序法，加之正當程序原則的抽象性突出，司法裁判必定遭遇程序規則模糊、程序規則裁量和程序規則空白等問題。應對這些問題，一方面亟待學界運用作為法律信條的正當程序原則，將散見於多如牛毛的行政法規和多部單行法律中的程序規則予以梳理並“使之體系化”；另一方面，需要將正在推廣的案例指導制度予以完善並發揚光大。

總之，作為法律信條的正當程序原則，具有“對實踐的減負與否定禁止、對法律適用的約束與革新功能批判與修正功能”等法律信條功能，雖然它不能直接作為審判依據，但它毫無疑問是司法審查行政行為程序問題不可或缺的指南。

(三) 正當程序原則工具屬性：“最低限度程序保障”

有學者認為，此是現代行政領域中正當法律程序適用的中心問題，提出了“以最低限度的程序保障作為利益衡量的底線”之觀點：相較於行政行為程序的合法性判斷問題，“最低限度程序保障”的適用要複雜得多；從美國聯邦最高法院的判決看，主要採用利益衡量標準判斷行政程序有無達到最低限度的程序保障。利益衡量標準判斷之優勢不僅在於賦予程序的功能適合性以相當的重要性，還在於使正當法律程序這個模糊的概念變得明確且易於操作；“最低限度程序保障”既為行政程序的靈活性留下空間，同時也符合尊嚴價值理論將人視為目的而非手段的觀念，而且，其要求程序價值盡量以最低成本實現，這與法院的功能與任務相一致。³⁸

“最低限度”之外延仍然是模糊的表述，目前學界對此的認識不一，如美國行政法領域的通說認為，行政程序的正當性至少應符合三點要求：第一，合理的通知。所謂合理的通知，不僅指被處分人應受被處分事項的合理說明，同時還指被處分人應當在合理的時間內獲得有關通知。這裏的“合理”，應當按照事件的性質作出客觀的認定。第二，被處分人有提出證據和作出陳述的機會。至於這個過程是否應當公開，則視具體的情形而定。第三，公正的審判機關。這三點已被美國聯邦行政程序法所吸收。³⁹有學者認為正當行政程序的最低限度包括如下四項：公正是否作為義務；當事人是否受告知；是否給予當事人以表達意見的機會；是否履行了說明理由義務。⁴⁰

馬修就程序意義提出的尊嚴理論，或許可以讓我們加深對“最低限度”內涵的認識，指出程序價值具有層級性，“平等、可理解性和私人自主”是程序價值的核心，而“個別對待、直接參與和準確性”只是備選價值，是對核心原則(平等、可理解性和私人自

主)的重要支持；直覺上私人自主權是至關重要的，要求個人作為一個自主的、可以合法地提出獨處主張的人而受到尊重。⁴¹有學者指出：對尊嚴和受尊重的渴求幾乎構成了人性的最低要求；法律制度在其構建和運作中所要做的就是滿足人性之中固有的這種要求。⁴²“這種要求之所以是最低的，是因為它是為克服一些人們普遍認為是不公正、不合理的情況而存在的，它只是確保程序正義得以實現的必要條件，而不是充分條件。”⁴³勿容置疑，“最低限度程序保障”是“最低程度的公正”，而這種底線性的公正具有標誌性價值。正如學者所說，“最低程度的公正”之概念旨在表達這樣一種思想，即有些程序要求是一個法律程序為了體現程序正義而不可缺少的，是最低限度的要求。如果這些要求沒有得到滿足，不論該程序的其他方面如何，程序的公正性和正當性都會產生問題。⁴⁴

(四) 正當程序原則內涵屬性：“核心內涵”

自然正義觀念經由制度實踐逐漸發展為法治的標誌性外觀——程序正義，毫無疑義，自然正義作為程序正義的基本規則⁴⁵，可謂“內核”。有學者用“中心—邊緣”來形容這種新的範式：在程序公正的核心地帶，自然正義的要求仍然是其堅硬的內核，而越往邊緣，這種要求就逐漸“軟化”並呈現出參差不齊的狀態；然而，相較自然正義，程序公正的疆域(province)得到了極大的擴張；在今天，自然正義早已褪去了其自然法的色彩，儘管發生了所謂的程序革命，但自然正義的核心理念與價值觀並沒有發生根本性的變化，這種精神的綿延不墜。⁴⁶

還有學者從語言學角度分析了概念之意思中心的確定性：構成規則的日常用語既有“意思中心”，也有“開放結構”。“意思中心”是指語言的外延涵蓋具有明確的中心區域。在此中心區域，人們不會就某物是否為一詞所指之物產生爭論。例如，“小汽車”、“電車”和“大卡車”屬於“車輛”一詞所指之物，此無分歧。“開放結構”是指語言的外延涵蓋具有不肯定的邊緣區域。例如，“自行車”和“帶輪滑板”是否屬於“車輛”一詞所指，此極容易產生爭論。故法律規則以具有“意思中心”和“開放結構”

的語言為載體而兼具確定性和模糊性。⁴⁷ 法律規則尚且如此，作為原則的正當程序更不例外。正當程序原則的抽象性，就是其“開放結構”的體現，其“意思中心”經表 1 的梳理和相關分析，則可明確為“中立標準、參與標準與時序標準”。

不過，作為正當程序原則核心內涵的“中立標準、參與標準與時序標準”，就其中單一要求諸如參與標準，仍然具有抽象性，也需要確認其“意思中心”。正當程序原則最核心內容當然是旨在保護參與權的聽證制度，如日本學者鹽野宏指出，告知和聽證、文書閱覽、理由附記、處分基準的設定和公佈為公正程序四原則，但是在日本，將告知和聽證作為行政程序上最為重要的原則。⁴⁸ 就正當行政程序的重要領域——聽證而言，弗里德雷認為最起碼有三個基本組成部分，即無私的判決、對審判行為及其原因的告知和提供給個人用以表達對政府行為不當的機會。⁴⁹ 而聽證有正式與非正式之分，程序法治發展至今，就具體行政行為而言，正當程序制度的構建又以非正式聽證為多。總之，根據核心內涵構建的程序要求或標準，仍然具有相對性和靈活性，需要因案而用、循情而變。

(五) 正當程序原則適用屬性：“普適性”

正當程序原則所體現的基本價值具有普適性，是每一法律制度都應予以承認並加以保護的。有學者明確指出：“正當程序不僅是具有普通法特色的地方性知識，而且是具有普適性的憲政制度，是人類法治文明的重要成果。”⁵⁰ 沈巋很直白地指出：我們一不小心落進了“地球村”時代，東西方在政治、經濟、文化等領域內的對話與相互影響就像發生在比鄰而居的人們之間；大陸學者關於行政程序基本原則和規則的共識相當程度上來自他們對西方國家行政法治經驗和學說的認同。沈巋還稱，學理共識中未加公開表白但毫無疑問存在一個理念是：“聽取對方意見”這一規則具有普適性，可以超越地界、疆域、民族、種群、階層差異而廣行天下；在中國，儘管還沒有充分的研究顯示古代存在一種制度化的類似規則，但“兼聽則明，偏聽則暗”的古訓似乎作為一種樸素信念可以一定程度上證明“聽取對方意見”可能的確是也

應當是人類普遍遵循的行為習慣或規範。⁵¹ 20 世紀末，美國學者斯圖爾得等提出了全球行政法的概念；隨着法的全球化進程及全球治理的需要，全球行政法正逐漸形成，正當行政程序恰恰是全球行政法形成的主要表現，也是處於初步形成狀態的全球行政法出現的主要原則。⁵² 該文的論證也是正當程序原則具有普適價值的闡釋。

總之，正當程序原則因其自然正義的屬性而具有普適性，這是指限制公權、保障人權的司法實踐背景下，可不分法域(成文法與判例法)、不分調整領域(立法、司法與行政)、不分種族(民族、種群、階層等)的廣泛適用。不過，這種普適性不是不分司法審查對象的複雜性、個案性和審查限度，而必須恪守司法審查有限性原則。

四、關於正當程序原則踐行及其啟示

既然正當程序原則具有普適性，那麼，它當然可以“移植”於中國不同的法域。其實，具有自然法屬性的正當程序原則，像公平正義價值觀一樣，早已潛行於中國“四個法域”⁵³的立法和司法中。沒有哪個國家或地區的程序立法不標榜程序正義的，我們也可以斷定一些法治起步較晚的國家其立法都會蘊含着正當程序原則的一些甚至諸多要素，只是原則具體化的深度與廣度有別於西方法治發達國家而已。

就立法而言，該原則或隱身於程序立法目的或程序一般原則，或者伴隨專門立法而具體化為一些法定程序，散見於眾多的程序條款。《澳門行政程序法典》在第二章一般原則中就規定了公正與無私原則(第 7 條)、參與原則(第 10 條)、非官僚化和效率原則(第 12 條)，其實這些原則的要義正是作為正當程序原則核心內涵的“三大標準”替身。《中華人民共和國行政處罰法》的出台也是典型一例，該法將作為正當程序原則核心內容的中立標準、參與標準落實於一般程序和聽證之中。單從立法層面而言，該法中正當程序原則的具體化和限制行政權行使的嚴謹性⁵⁴，並不遜於德國和法國。還值得關注的是，大陸法域中地方立法先行先試，以湖南省人民政府頒佈《湖南省行政程序

規定》為先河，掀起了關於行政程序立法小熱潮。⁵⁵ 相對國家專門立法而言，大陸法域中地方立法貫徹正當程序原則更加務實與深入，調整行政行為的範圍明顯擴展，程序違反的法律後果更為清晰，推進程序法治之功卓著，因此“在地方局部形成了較為完備的程序法規範體系”。⁵⁶ 故大陸法域中的地方立法實踐值得港澳台研究與借鑒。

就司法而言，針對正當程序原則的抽象性，兩大法系代表性國家殊途同歸，都是依憑法院(法官)裁判而獲得情境性指引，都是借助以判例為形式的“法官法”而不斷獲得確定性。近些年，中國大陸最高司法機關來通過發佈權威案例尤其是法官“應當參照”的指導性案例、制定司法解釋等形式具體化正當程序原則，並靜悄悄地踐行，為正當程序原則獲得確定性立下了不可替代的功勞。中國台灣地區“憲法”與中國大陸憲法一樣，並無“正當程序”一詞，但是正當程序原則通過大法官解釋即合憲性解釋而“落地生根”並快速成長。⁵⁷

所以說，從作為抽象的法律原則層面而言，中國四法域目前無須再“移植”；但是，就正當程序原則的具體化而言，尚需相互借鑒甚至“移植”域外的程序制度。由於行政程序內容及其類型覆查，正當程序原則具體化的重任往往由法官擔當。然而，中國大陸大陸司法制度明顯區別於同屬於成文法系的德國和法國等法治國家和地區，主要是法官的獨立性和整體職業素養有較大的差距；而產生這些差距的根源則在於政體要求和權力分配的差異。所以，中國大陸法域要“移植”域外正當程序的具體制度，還得克服“水土不服”問題。也正是此顧慮，《中華人民共和國行政訴訟法》的大修，仍然未將“正當程序”光明正大引入，只是讓其潛存於立法指導思想中。兩大法系國家的正當程序原則具體化殊途同歸，就是借判例前行，或曰借“司法造法”踐行之。有鑒於此，中國大陸法域開始勃興的案例指導制度有望擔當正當程序原則具體化的重任。

註釋：

- ¹ “正當法律程序，是英美法的核心概念，它使諸如法治、經濟自由、個人自治以及免於政府專斷行為的侵害等價值觀念具體化，因而是法學領域一個永恆的主題，數百年以來一直是法學家、法官及律師關注的重點。” 楊明成、陳霜玲：《譯者前言》，載於[美]約翰·V·奧爾特：《正當法律程序簡史》，楊明成、陳霜玲譯，北京：商務出版社，2006年，第1頁。
- ² [美]約翰·V·奧爾特：《正當法律程序簡史》，楊明成、陳霜玲譯，北京：商務出版社，2006年，第4頁。
- ³ 王錫梓：《程序正義之基本要義：以行政程序為例》，載於羅豪才主編：《行政法論叢》第三卷，北京：法律出版社，2000年，第316頁。
- ⁴ 翁岳生編：《行政法》，北京：中國法制出版社，2002年，第1092頁。
- ⁵ 台灣學者有更為簡潔的表述，稱之為“任何人不得自斷其案”，見上註。
- ⁶ 李洪雷：《行政法釋義學：行政法學理的更新》，北京：中國人民公安大學出版社，2014年，第110頁。
- ⁷ 鄧繼好：《程序正義理論在西方的歷史演進》，北京：法律出版社，2012年，第68頁。
- ⁸ 姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社，2005年，第73頁。
- ⁹ 同註4，第1096、1033頁。
- ¹⁰ 陳瑞華：《程序正義理論》，北京：中國法制出版社，2010年，第226-235頁。
- ¹¹ [美]傑瑞·L·馬尚：《行政國的正當程序》，沈巖譯，北京：高等教育出版社，2005年，第185-195頁。
- ¹² 鄧繼好：《程序正義理論在西方的歷史演進》，北京：法律出版社，2012年，第150頁。

- 13 同上註，第 151-160 頁。
- 14 筆者提出的時序標準概念與說理性有聯繫但有重要區別。說理性是實體性要求，而時序標準是從程序順序要素角度強調說理的前置。此外，在說理的分量上也有較為明顯不同。表內學說所主張的說理，是從說理程度即分量方面的要求，而筆者所提“時序標準”，並不強調說理的充分是否。故稱說理性為“準時序標準”。
- 15 湯德宗：《行政程序法論》，台北：元照出版有限公司，2000 年，第 9-28 頁，轉引自高秦偉：《正當行政程序的判斷模式》，載於《法商研究》，2004 年第 4 期。
- 16 同註 8。
- 17 同註 10，第三章第三節。陳瑞華提出的“程序的合理性”即“程序理性原則”，其基本內容是：裁判者據以製作裁判的程序必須符合理性的要求，使其判斷和結論以確定、可靠和明確的認識為基礎，而不是通過任意或者隨機的方式作出，見第 105 頁。陳瑞華所說的“程序的合理性”連同“程序的及時性”，與筆者所提的“時序標準”兼容。
- 18 季衛東：《法律程序的意義》(增訂版)，北京：中國法制出版社，2012 年，第 37-40 頁。
- 19 同註 11，第 30 頁。
- 20 薩默斯認為：“在現代民主社會中，大多數公民寧願自行管理自己的事務，也不願讓別人管理自己的事務，哪怕別人做得要比自己好。參與標準治理的反面意味着奴役、政治服從或軍事管制。”轉引註 12，第 143 頁。
- 21 中國台灣地區行政程序法將“聽證權”分為正式程序的“聽證”及非正式程序的“陳述意見之機會”兩種，同註 13，第 1096、1091 頁。
- 22 歐勇新：《論正當程序原則及其在行政審判中的適用》，載於湖南省岳陽市中級人民法院網：<http://yyqyfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=461>。
- 23 應松年主編：《行政程序立法研究》，第 140 頁，轉引自周佑勇：《行政法的正當程序原則》，載於《中國社會科學》，2004 年第 4 期，第 123 頁。
- 24 同註 8。
- 25 余凌雲：《聽證理論的本土化實踐》，載於《清華法學》，2010 年第 1 期，第 133 頁。
- 26 同註 3，第 318 頁。
- 27 [英]威廉·韋德：《行政法》，北京，中國大百科全書出版社，1997 年，第 95-96 頁。
- 28 同註 12，第 66 頁。
- 29 同註 27，第 96 頁。
- 30 畢洪海：《普通法國家的行政程序正義進路》，載於《政治與法律》，2015 年第 6 期，第 30 頁。
- 31 同上註，第 40 頁。
- 32 何海波：《實質法治：尋求行政判決的合法性》，北京：法律出版社，2009 年，第 169 頁。
- 33 亨利·維希：《自然法：死亡還是復活》，載於[加拿大]威廉·斯威特編：《自然法——理論與實踐的反思》，鞠成偉譯，北京：中國法制出版社，2009 年，第 108、153 頁。
- 34 同註 30。
- 35 [德]伯恩·魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，北京：法律出版社，2013 年，第 137 頁。
- 36 同上註，第 140 頁以下。
- 37 同註 15，第 41 頁。
- 38 曾娜：《行政程序的正當性判斷標準研究》，北京：知識產權出版社，2014 年，第 61-77 頁。
- 39 史慶璞：《“正當法律程序”條款與美國刑事偵審制度》，載於《輔仁法學》，1995 年第 14 期，第 54 頁，轉引自高秦偉：《正當行政程序的判斷模式》，載於《法商研究》，2004 年第 4 期，第 41 頁。

- ⁴⁰ 高秦偉：《正當行政程序的判斷模式》，載於《法商研究》，2004年第4期，第41-42頁。
- ⁴¹ 同註11，第185-214頁。
- ⁴² 同註10，第271頁。
- ⁴³ 陳瑞華：《程序正義論》，載於《中外法學》，1997年第2期。
- ⁴⁴ 同註3，第329頁。
- ⁴⁵ 英美普通法上的自然公正原則，是當今各國普遍採用的行政程序法最為基本的規則。見應松年主編：《比較行政程序法》，北京：中國法制出版社，1999年，第187頁。
- ⁴⁶ 同註30，第35、40頁。
- ⁴⁷ 劉星：《法律是甚麼——20世紀英美法理學批判閱讀》，廣州：廣東旅遊出版社，1999年，第136-137頁。
- ⁴⁸ [日]鹽野宏：《行政法總論》，楊建順譯，北京：北京大學出版社，2008年，第178-180頁。
- ⁴⁹ Friendly, H. (1985). Due Process: How Much Is Enough? *The Public Interest*, No. 79, Spring, 轉引自高秦偉：《正當行政程序的判斷模式》，載於《法商研究》，2004年第4期，第41頁。
- ⁵⁰ 丁瑋：《美國憲法上的正當法律程序——一個歷史的視角》，哈爾濱：黑龍江人民出版社，2007年，第201頁。
- ⁵¹ 沈巋：《制度變遷與法官的規則選擇：立足劉燕文案的初步探索》，載於《北大法律評論》第三卷第二輯，北京：法律出版社，2001年，第192-193頁。
- ⁵² 羅智敏：《論正當行政程序與行政法的全球化》，載於《法學》，2013年第3期，第29-31頁。
- ⁵³ 一個中國語境下有“一國兩制三法系四法域”的通俗易記話語，四法域指中國大陸、中國台灣、中國香港和中國澳門不同的法律淵源、法律制度和法律適用效力。
- ⁵⁴ 如《中華人民共和國行政處罰法》第41條規定，行政機關及其執法人員在作出行政處罰決定之前，不告知給予處罰的事實、理由和依據，或者拒絕聽取當事人的陳述、申辯，行政處罰不能成立。該條規定十分嚴厲，將不履行告知義務或不保障當事人參與權的行政行為認定為不成立，凸顯了程序的獨立價值。
- ⁵⁵ 截至2014年8月，地方行政程序立法共計10件。其中，地方政府規章5件，規範性文件5件。在地方政府規章方面，省級人民政府制定的共2件，即《湖南省行政程序規定》、《山東省行政程序規定》；較大的市長人民政府制定的共3件，即《汕頭市行政程序規定》、《西安市行政程序規定》、《海口市行政程序規定》。在規範性文件方面，自治州、設區的市長、縣共制定5件，即《海北藏族自治州行政程序規定》、《涼山州行政程序規定》、《酒泉市行政程序規定(試行)》、《邢台市行政程序規定》、《水平縣行政程序暫行辦法》，見張步峰：《正當行政程序研究》，北京：清華大學出版社，2014年，第174-175頁。
- ⁵⁶ 張步峰：《正當行政程序研究》，北京：清華大學出版社，2014年，第208頁。
- ⁵⁷ 許玉秀：《論正當法律程序原則》，台北：軍法專刊社，2011年。該書第二章對1995年至2009年公佈的31個關於正當法律程序的大法官解釋做了實證分析。