

# 行政行为程序瑕疵的指正

杨登峰<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**在我国近年的行政诉讼实践中，对于行政行为的一些程序瑕疵，法院大量采用指正的方法加以处理。指正作为司法机关解决行政行为程序瑕疵的一种方法，仅于裁判理由中指出程序瑕疵之所在，但不否定行政行为的合法性，对行政行为效力也不产生任何负面影响。目前法院的指正，多以程序瑕疵未影响行政行为实体内容、未侵害利害关系人合法权益等为前提，没有划清指正与轻微程序违法确认之间的界限。本质上，指正是行政行为矫正方法多元化的一种表现，是人民法院在合法性审查权限范围之外对“程序不合理”与“其他行政瑕疵”的积极灵活处理，值得肯定和推广，但不可将构成违法的程序瑕疵纳入指正范围。

**关键词：**行政行为 程序瑕疵 指正 确认违法

---

对于违反法定程序的行政行为，现行法明确规定原则上要予以撤销。这一规定始于1989年制定的行政诉讼法第54条，后在1999年制定的行政复议法第28条和2014年修订的行政诉讼法第70条得以保留。<sup>〔1〕</sup>除了撤销之外，我国现行法还规定了确认违法和补正两种特殊的矫正方法。确认违法意味着，对于轻微的程序违法行政行为，仅指出它的违法性，但维持其效力。确认违法判决始自《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（1999年）第57条第2款的规定，但将轻微程序违法行为纳入确认违法判决的适用范围则是行政诉讼法修订后的事。行政诉讼法（2014）第74条第1款第2项规定，行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为。至于补正，它意味着对于某些轻微的程序违法行政行为，行政主体可

---

<sup>\*</sup> 南京师范大学法学院教授，南京师范大学中国法治现代化研究院研究员。

本文系国家社科基金后期资助项目“瑕疵行政行为的多元校正制度”（项目批准号：15FFX025）的阶段性成果。

〔1〕 行政诉讼法（2014）第70条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：……（三）违反法定程序的。”这一规定与1989年行政诉讼法第54条和1999年行政复议法第28条的规定没有两样。

于事后补做或重做；补做或重做后，行政行为视为自始合法，不再撤销。<sup>〔2〕</sup>补正在我国法律文件中出现得比较早，但迄今为止，仍然仅规定在一些地方政府制定的“行政程序规定”中。<sup>〔3〕</sup>考查我国近年来的行政审判实践就会发现，对于某些轻微程序违法行为或者某些程序瑕疵，人民法院还经常采用一种称之为“指正”的处理方法。这种方法即便在行政诉讼法修订之后也仍然被不少行政判决书所采用。<sup>〔4〕</sup>指正的特点在于，仅指出行政行为所存在的瑕疵，对其责任却不予任何追究。比之于确认违法和补正，指正所秉持的审查政策更宽容、更灵活。指正作为一种矫正或救济方法，在我国法律、法规、规章中不曾有过规定，在我国法学领域也少有研究，可以认为是我国人民法官的发明创造。那么，指正到底所指为何，其存在与发展的正当性何在，与其他法定的矫正制度、特别是轻微程序违法确认之间的关系如何，各自的适用范围多大？如果要使指正有理有据，避免泛用、滥用，这些问题必须加以研究和明确。

## 一、作为我国人民法院“创造”的指正

很难考查清楚，我国人民法院自何时起在司法裁判文书中使用指正。这是因为，国内目前的裁判文书公开网络平台都没有能够将1989年行政诉讼法施行以来全国各地各级人民法院作出的裁判文书悉数予以上传公开。这种情况下，本文对于指正的考查和研究只能是针对现状的，而不是历史的。本文的检索基本以“中国裁判文书网”公布的案例为范围。

由于中国裁判文书网收录的2006年之前的裁判文书非常少，我们以“指正”为关键词对2006年至2015年底公布的所有裁判文书进行检索，<sup>〔5〕</sup>发现有4000多份裁判文书使用了“指正”一词。其中，按法院层级筛选，最高人民法院作出裁判文书7份，高级人民法院作出裁判文书366份，中级人民法院作出裁判文书2296份，基层人民法院作出裁判文书1702份；按案由筛选，刑事案件81份，民事案件1444份，行政案件2682份；按裁判年份筛选，2006年至2011年每年不超过55份，2012年118份，2013年增至647份，2014年1712份，2015年1937份。从这些数字可以看出三点：第一，指正在行政、民事和刑事裁判文书中都有应用，但在行政裁判文书中应用的比例较高；第二，考虑到“中国裁判文书网”所公布的裁判文书始于2000年，且绝大多数裁判文书是2013年后制作公布的，指正的使用频率已是非常可观；第三，指正的频率近几年明显增多，这尽管可能与早些年“中国裁判文书网”收录的裁判文书数量较少有关，但还是可以在一定程度上反映出，指正这种方法被越来越多的法官认可和使用。

〔2〕 参见杨登峰：《程序违法行政行为的补正》，《法学研究》2009年第6期。

〔3〕 补正制度最早规定于《湖南省行政程序规定》第164条。该条规定：“具有下列情形之一的，行政执法行为应当予以补正或者更正：（一）未说明理由且事后补充说明理由，当事人、利害关系人没有异议的；（二）文字表述错误或者计算错误的；（三）未载明决定作出日期的；（四）程序上存在其他轻微瑕疵或者遗漏，未侵犯公民、法人或者其他组织合法权利的。”后来《江苏省行政程序规定》第75条、《山东省行政程序规定》第129条和《西安市行政程序规定》第29条也做了类似规定。

〔4〕 在“中国裁判文书网”上，以“指正”为关键词对2015年5月1日（行政诉讼法修订后施行之日）至2016年6月30日之间裁判的行政判决书进行检索，可以发现759份判决采用指正的方式来处理相关程序瑕疵（最后登录检索日期：2016年8月25日）。

〔5〕 中国裁判文书网收录的2006年之前的裁判文书非常少。

综合来看,指正具有以下一般性特征:(1)指正的主体是人民法院,是人民法院在裁判活动中使用的。(2)指正的对象主要是公权力主体的公法行为,这些公法行为或者是一审法院的裁判行为,或者是公权力主体参与诉讼的行为,或者是被诉的行政行为。(3)指正的原因在于,被指正的行为存在一些违法或不当之处,但这些违法或不当情形比较轻微,对涉诉行为的实体方面没有或者不会产生影响。(4)指正的性质是告诫性而非惩戒性的,其目的在于要求受指正者再次从事其他同类活动时防范类似违法或不当情形的发生。(5)指正的效果是“下不为例”的,即被指正行为的效力不会因指正而受任何影响,被指正的行为瑕疵也依然存在。这既不同于撤销,被撤销的行政行为的各种效力会被溯及既往的予以消除;也不同于补正,经补正的行政行为的各种瑕疵将不再存在。(6)指正不是一种裁判形式,与撤销判决、变更判决、确认违法或无效判决等不同,它只是处理相关事实与法律瑕疵的一种方法,出现在裁判理由中。这些特征反映出,指正已经成为我国法院广泛采用的一种独立的法律矫正方法。

对于行政行为的指正的考查,本文同样以“中国裁判文书网”上公开的案例为限。在“中国裁判文书网”上以“指正”为关键词对“行政案件”进行检索,从2006年至2015年年底,总共有2682个行政裁判文书中使用了“指正”一词。其中,从2006年至2009年,每年少则2个,多则5个;2010年至2015年,分别为16、18、69、485、1102和1156个。从裁判法院来看,最高法院裁判的为2起,各地高级法院裁判的为313起,中级法院裁判的为1437起,基层法院裁判的为930起。下文在考查上述裁判文书的基础上,尝试从法院指正行政行为的瑕疵类型、特点和理由等方面,对行政行为的指正作一个理论上的梳理、分析和评判。

## 二、近年法院所指正的行政行为瑕疵

分析我国法院对指正的使用,可将被指正的行政行为瑕疵归纳为以下几类。

### (一) 对事实部分非关键要素认定错误的指正

所谓对事实部分非关键要素认定错误的指正,是指行政行为所认定事实的部分内容或要素不正确,但对这些事实内容或要素的错误认定没有或不会对行政行为的实体内容产生影响,法院从而对其予以指正的情形。例如,在“邓志春与福州市公安局晋安分局行政处罚案”〔6〕中,被告对原告到北京上访的行为以“扰乱公共场所秩序”为由进行了行政处罚,但其行政处罚决定书将“非正常上访”行为发生地(天安门地区)认定为“中南海周边”。法院认为,该错误并不影响行政处罚决定的实体内容,遂仅予以指正。在“叶红云与杭州市国土资源局江干分局、杭州市江干区人民政府行政登记案”〔7〕中,原告要求被告对其已被征收和拆除的住宅进行登记,被告决定不予登记,但决定书将原告住宅的位置(位于机场路以北C地块)误认为在机场路以北A地块内。法院认为,申请登记的住宅早已被依法征收且已被拆除,不论是在C地块还是在A地块,对不予登记决定不产生影响,不予

〔6〕 见福建省福州市中级人民法院(2015)榕行终字第370号行政判决书。

〔7〕 见浙江省杭州市江干区人民法院(2015)杭江行初字第84号行政判决书。

登记决定并无不当，遂仅予以指正。

### （二）对告知、公告错误或不完善的指正

对告知、公告错误或不完善的指正，是指依照法律规定或者正当程序原则之要求，行政机关应将有关事项告知相对人与利害关系人或者予以公告，行政机关虽然履行了告知或公告义务，但告知或公告得不充分、不准确，未达到法定或合理的要求；不过，这些瑕疵对利害关系人行使相关程序权利未造成实际影响，或者未影响行政行为的实体内容，从而为法院所指正的情形。例如，在“胡云康与上海市闵行区住房保障和房屋管理局政府信息公开案”〔8〕中，原告要求被告公开一份“批复”。该“批复”由上海市住房保障和房屋管理局制作。被告认为自己不具有公开义务决定不予公开，并告知原告向上海市闵行区人民政府咨询。法院认为，被告不是公开义务主体，不予公开决定正确；但被告应告知原告向上海市住房保障和房屋管理局申请，却告知原告向上海市闵行区人民政府咨询，“建议和告知有误”，遂予以指正。〔9〕在“葛其飞、白莹法、胡俊安与亳州市人民政府征收土地案”〔10〕中，法院认为，被告虽然在原告所在村村委会会议室门口张贴了“土地征收通告”，公示了相关内容，但该征收土地通告未将办理征地补偿的期限、地点等予以公告，内容不完全符合《土地管理法实施条例》（1998年）第25条第1款的规定。〔11〕“鉴于该公告行为内容、程序虽有欠缺，但尚未侵犯上诉人实体上的权益”，法院遂仅予指正。

### （三）对理由说明不完备的指正

这种指正包括对事实理由说明不完备的指正和法律理由说明不完备的指正两种情形。

对事实理由说明不完备的指正，是指行政行为有事实根据，但对事实根据的说明有不足之处，法院对此予以指正的情形。例如，在“楼浩强与义乌市人民政府城西街道办事处政府信息公开案”〔12〕中，原告申请公开一份拆迁协调会会议记录。被告以该信息不属于政府信息为由拒绝公开。法院查明，被告虽然开过协调会，但并未形成会议记录。据此，法院指出，被告“认定不属于政府信息实属不当，本院依法予以指正。”〔13〕在“项葱妹与临海市人民政府行政确认案”〔14〕中，原告于1991年将其1951年建的住宅转让给杜桥镇。2014年，原告向被告提出申请，要求确认置换前的住宅地基为其所有。被告审查后，以“该地块房屋被拆除已有二十多年，且拆迁时双方签订协议并接受补偿安置”为由，决定不

〔8〕 见上海市闵行区人民法院（2015）闵行初字第75号行政判决书。

〔9〕 与此案类似的还有“田顺英与杭州市余杭区人民政府政府信息公开案”（浙江省高级人民法院（2015）浙行终字第168号行政判决书）。在本案中，被告收到原告政府信息公开申请后，已明知原告申请的政府信息的发证机关为杭州市人民政府，登记机关为杭州市国土资源局，却仍告知原告去向杭州市人民政府或杭州市国土资源局“咨询”。法院指出，被告的行为不完全符合法律要求，但鉴于该问题并未侵害原告合法权益，予以指正。

〔10〕 见安徽省高级人民法院（2015）皖行终字第00082号行政判决书。

〔11〕 《土地管理法实施条例》（1998年）第25条第1款规定：“征用土地方案经依法批准后，由被征用土地所在地的市、县人民政府组织实施，并将批准征地机关、批准文号、征用土地的用途、范围、面积以及征地补偿标准、农业人员安置办法和办理征地补偿的期限等，在被征用土地所在地的乡（镇）、村予以公告。”

〔12〕 见浙江省义乌市中级人民法院（2015）金义行初字第131号行政判决书。

〔13〕 类似的案例还如“沈凯与北京市通州区食品药品监督管理局等信息公开案”（北京市通州区人民法院（2015）通州行初字第63号行政判决书）。本案判决指出：“通州食药局在告知书中认为‘立案（不予立案）审批表’不属于政府信息故不予答复，属表述错误，在此予以指正。”

〔14〕 见浙江省高级人民法院（2014）浙行终字第268号行政判决书。

予受理。法院认为,被告不予受理决定结论正确,但该理由说明不尽明确、充分,遂予以指正。

对法律理由说明不完备的指正,是指行政行为有法律依据且符合法律规定,但行政决定文书在引用法律条款时存在不到位、不正确,或者引用了已废止的法律,从而被法院指正的情形。例如,在“田顺英与杭州市余杭区人民政府政府信息公开案”<sup>[15]</sup>中,法院指出:“被告告知书在法律援引上仅笼统地依据《中华人民共和国政府信息公开条例》和《杭州市政府信息公开规定》,并未引用具体法律条款,存在不当。鉴于该存在的问题,并未侵害上诉人的合法权益,本院予以指正。”在“朱国亮与浙江省人民政府土地征收行政复议案”<sup>[16]</sup>中,法院认为,被告根据《行政复议法实施条例》第28条第3项的规定,作出驳回原告的复议申请的决定正确,应予维持,但复议机关“援引《中华人民共和国行政复议法实施条例》第28条第1项的规定不妥,本院予以指正”。在“阮晓宇与杭州市人民政府政府信息公开案”<sup>[17]</sup>中,法院指出,被告在政府信息公开告知书中“提及的《杭州市拆除违法建筑实施办法》已于2007年12月30日废止,但被告仍然援引其作为答复依据,显属不当。但该瑕疵尚不足以导致撤销案涉信息公开告知书的后果,在此予以指正”。

#### (四) 对未履程序释明义务的指正

这种情形是指,按照法律或者事理,行政机关应就程序进行之状况向利害关系人予以说明却未说明,从而被法院指正。例如,在“韩雪、韩红侠与安徽省国土资源厅行政不作为案”<sup>[18]</sup>中,原告请求被告对第三人违法行为予以查处。被告接到申请后,将申请转交宿州市国土资源局处理,但未将转交情况反馈给原告。法院认为,根据相关法律规定,被告将该申请移送给有权机关处理是合法的,<sup>[19]</sup>但被告“一直未将此情况向韩雪、韩红侠说明,显属不当,予以指正”。在“颜庆福与宁波市江北区人民政府庄桥街道办事处政府信息公开案”<sup>[20]</sup>中,原告向被告申请公开某住宅的“拆迁赔偿评估报告”。被告如期回复并附上了《宁波市房屋拆迁集体土地非住宅用房价格评估报告》。原告认为被告答非所问。法院认为,被告在未查到与原告申请名称完全一致信息的情况下,向其提供内容最为接近的评估报告符合常理,“故该做法并无不妥,但被告应在告知书中向原告说明上述情况,本院在此予以指正”。<sup>[21]</sup>

#### (五) 对未就中间程序性决定出具或送达法律文书的指正

行政机关在行政过程中作出一些程序性行为,却不出具或送达相应的法律文书,是被

[15] 见浙江省高级人民法院(2015)浙行终字第168号行政判决书。

[16] 见浙江省高级人民法院(2013)浙行终字第126号行政判决书。

[17] 见浙江省高级人民法院(2015)浙行终字第113号行政判决书。

[18] 见安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院(2015)合高新行初字第00043号行政判决书。

[19] 根据《安徽省土地监察条例》第18条的规定,被告对原告申请查处的事宜没有管辖权。此外,《土地违法案件查处办法》第15条规定,土地管理部门受理的案件,发现不属于自己管辖的,应当向举报人说明,同时将举报信函或者笔录移送给有权处理的机关。

[20] 见宁波市江北区人民法院(2015)甬北行初字第58号行政判决书。

[21] 类似的案例,如“许壁华与合肥市瑶海区人民政府房屋征收案”(安徽省高级人民法院(2014)皖行终字第00008号行政判决书)。本案法院就相关事指出:“对原告所主张之土地征收,瑶海区政府的解释虽能成立,但其在征收决定中没有载明,征收过程中亦没有向被告征收人详细说明征收涉及的长江东路改造等内容,工作不够严谨细致,行为确有不妥,本院依法予以指正。瑶海区政府应尽快依法妥善解决好上诉人许壁华被征房屋的补偿安置问题,行政行为亦应更加公开透明,充分保障相对人的知情权。”

法院指正的又一种常见情形。例如，在“姚庆与广东省渔政总队闸坡大队不服管理处罚案”〔22〕中，被告对原告使用电网非法捕鱼的行为进行调查时，扣押了非法捕鱼工具却未出具扣押物品清单。法院认为，被告未出具扣押物品清单，确有不当之处，但被告出具的现场勘验笔录和照片可以证明扣押物品真实存在，对行政处罚决定的合法性不产生影响，遂予以指正。在“泉州煜德铸造有限公司诉南安市人力资源和社会保障局劳动和社会保障行政确认案”〔23〕中，被告收到第三人工伤认定申请后，仅向申请人送达了工伤认定申请受理决定书，却未向原告（用工单位）送达。法院认为，被告“未按照《工伤认定办法》第8条第2款的规定发出工伤认定申请受理决定书，程序存在瑕疵，但不影响其作出工伤认定结论的正确性，对此瑕疵本院予以指正”。

#### （六）对超过法定期限履行法定义务的指正

这种情形也可分为两类：一是对中间行政行为超过法定期限的指正；二是对终局行政行为超过法定期限的指正。前者如“安徽省公路桥梁工程有限公司诉泉州市人力资源和社会保障局社会保障行政确认案”。〔24〕在本案中，法院认为：“被告作出的《关于对廖章军工伤认定决定》事实清楚，证据充分，程序合法，适用法律法规正确。原告的诉讼理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。被告在第三人提出工伤申请后，未能在法定时间内受理，应予指正，但不影响本案的工伤认定。”据此，法院判决驳回原告的诉讼请求。后者如“林木祥与闽侯县上街镇人民政府政府信息公开案”。〔25〕本案原告向被告申请公开有关政府信息，被告于2014年6月10日收到书面申请，于2014年7月15日将所申请信息在网上公开，并作出书面反馈意见。根据《政府信息公开条例》第24条的规定，〔26〕被告的答复超过了法定的期限。对此，法院指出，被告“未及时予以答复，程序上存在瑕疵，本院予以指正”，法院同时判决驳回原告诉讼请求。

#### （七）对超期送达行政决定书的指正

这种情形与上一种相似，它的特点在于行政机关如期作出了行政行为，但超过法定的送达期限才送达，法院对此往往予以指正。例如，在“李源与佛山市住房和城乡建设管理局城乡建设行政管理—房屋拆迁管理案”〔27〕中，法院指出，被告于2012年7月20日作出房屋拆迁补偿行政裁决书，“虽然作出裁决的时间未超过30日，但直至2014年10月10日才将该裁决书送达上诉人，存在程序上的不当，应予指正，但上述问题并不影响拆迁行政裁决结果的正确性，且以此为由撤销该行政裁决并责令重新作出已无必要，也不符合行政效率原则”。在“马松良与义乌市社会保险管理处养老金缴纳案”〔28〕中，法院认为，被告就补缴养老金事宜对原告所做的答复，“并无不当，但其2015年5月8日作出的答复，直

〔22〕 见广东省高级人民法院（2014）粤高法行终字第973号行政判决书。

〔23〕 见福建省泉州市中级人民法院（2015）泉行终字第125号行政判决书。

〔24〕 见福建省泉州市中级人民法院（2015）泉行终字第136号行政判决书。

〔25〕 见福建省闽侯县人民法院（2014）侯行初字第62号行政判决书。

〔26〕 该条规定：“行政机关收到政府信息公开申请，能够当场答复的，应当当场予以答复。行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复；如需延长答复期限的，应当经政府信息公开工作机构负责人同意，并告知申请人，延长答复的期限最长不得超过15个工作日。”

〔27〕 见广东省佛山市中级人民法院（2015）佛中法行终字第240号行政判决书。

〔28〕 见浙江省义乌市人民法院（2015）金义行初字第128号行政判决书。

至2015年8月10日才送达给原告,系瑕疵,本院予以指正”。

#### (八) 对行为方式不符合要求的指正

这种情形是指,法律或者当事人对行政行为的方式有特别规定或要求,而行政行为不合法定的或要求的方式,法院予以指正。例如,在“傅文荣与义乌市人民政府江东街道办事处政府信息公开案”〔29〕中,法院认为:“原告已在被告处查阅了相关资料且进行了拍照,故原告认为被告拒不公开,与事实不符,但被告通过安排原告查阅相关资料的方式向原告提供相关信息,不符合原告要求获取信息的方式,被告的行为存在瑕疵,本院依法予以指正。”在“刘红梅与重庆市公安局行政复议案”〔30〕中,被告作出行政复议申请不予受理决定书后,委托北部新区公安分局送达,后者受托后又通过国内挂号信方式向原告邮寄上述决定书。法院认为,被告的其他行为并无不当,但委托送达存在一定瑕疵,遂在判决驳回原告诉讼请求的同时对被告的行为予以指正。〔31〕

#### (九) 对行政文书中技术性错误的指正

技术性错误是与法律不相干的瑕疵,其表现形态主要有书写错误、计算错误、逻辑错误、语法错误等。法院对这类瑕疵予以指正的案例比较多。例如,在“周宝珠与闽侯县国土资源局土地登记案”〔32〕中,被告在作出的不予更正决定书中,将“侯集建(94)字第101008号”误写成“侯集用(93)字第101008号”,法院就此予以指正。在“田荣辉等与西安市国土资源局长安分局信息公开案”〔33〕中,被告在政府信息公开告知书中,将“2005年”误写为“2011年”。法院认为,由于原告已获取所申请的信息,被告在告知书中的笔误并未对原告产生实际影响,也未侵犯其知情权和监督权,遂对该瑕疵仅予以指正。

#### (十) 对其他程序瑕疵的指正

除了上述9类案例较多的指正情形外,还有一系列案例较少但值得关注的被指正的程序瑕疵。比如:(1)对行政文书反映的程序颠倒的指正。在“福清市江阴镇屿礁村民委员会与福清市人民政府行政登记、行政批准案”〔34〕中,案涉国有土地使用证的填发时间为1994年11月1日,而土地登记审批表的登记日期是1995年2月8日,表明被告审批在后,颁证在前。法院调查后认为:“原告关于福清市国土资源局填发时间在被告土地登记日期之前等意见成立,该程序上存在瑕疵。但应当指出的是被告颁证行为并未损害原告的合法权益,故该程序上的瑕疵并不足以导致被诉土地使用证被撤销,本院在此予以指正。”(2)对程序合并与中间程序缺省的指正。在“张志军与北京市丰台区人民政府信息公开案”〔35〕中,被告收到原告的信息公开申请后,未出具登记回执,直至做出信息公开告知书时,才将登记回执连同告知书一起送达给原告。法院在判决驳回原告诉讼请求的同时指出:“丰台区政府

〔29〕 见浙江省义乌市人民法院(2015)金义行初字第158号行政判决书。

〔30〕 见重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法行终字第00515号行政判决书。

〔31〕 与本案相同的还有“吴定邦与重庆市公安局行政撤销、行政受理案”,重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法行终字第00505号行政判决书。

〔32〕 见福建省闽侯县人民法院(2015)侯行初字第33号行政判决书。

〔33〕 见陕西省西安市长安区人民法院(2015)长安行初字第000237号行政判决书。

〔34〕 见福建省福清市人民法院(2015)融行初字第5号行政判决书。

〔35〕 见北京市第四中级人民法院(2015)四中行初字第104号行政判决书;北京市高级人民法院(2015)高行终字第2159号行政判决书。

收到张志军的信息公开申请后未及时出具登记回执，而将登记回执与被告告知书一并送达张志军，确有不妥，丰台区政府在今后的工作中应加以注意。”此外，还有一些程序瑕疵也被法院所指正，限于篇幅有限，在此不再一一予以说明。

### 三、指正的基本特征和前提条件

进一步分析、归纳上述案例的裁判理由等内容，我们发现，法院对行政行为程序瑕疵的指正具有一些基本特征，且以一定条件为前提。

#### （一）法院指正行政行为程序瑕疵的基本特征

法院指正行政行为程序瑕疵的特征可概括为五个方面。

第一，被指正的情形基本属于程序瑕疵。行政行为一般由实体与程序两部分要素构成，相应地，行政行为所具有的违法、不当等瑕疵形态也就可以划分为这两类。在上文提到的被指正的情形中，除了非关键性事实认定错误和技术性错误不能算是纯粹的程序瑕疵之外，其他的都属于程序性瑕疵。不过，非关键性事实认定错误与技术性错误也不属于实体违法的范畴，很大程度上与程序瑕疵有着相关性和相似性。

第二，被指正的程序瑕疵都没有对行政行为的实体内容造成影响，或者未影响利害关系人的合法权益。依据程序对实体结果或利害关系人权益的影响性，可将程序瑕疵分为影响实体内容或利害关系人合法权益与未影响实体内容或利害关系人合法权益两类。在被指正的情形中，有些瑕疵与行政行为的实体内容没有直接联系或者联系不紧密，从而不大可能对行政行为的实体内容产生影响。例如，告知或公告的不完善，未履行程序释明义务，超过法定期限履行法定义务，超期送达行政决定书，行为方式不符合要求，技术性错误等等。有些瑕疵虽然与行政行为的实体内容有一定联系，但在具体案件情节中，没有对行政行为的实体内容产生影响。例如，对非关键性事实认定错误的指正。虽然事实认定错误通常会导致行政行为实体内容错误，进而影响利害关系人的实体权益，但在上文提到的“叶红云与杭州市国土资源局江干分局、杭州市江干区人民政府行政登记案”中，申请登记的住宅早已被依法征收且已被拆除，登记的客体已经不存在，不论涉案宅基地的具体位置是在A地块还是C地块，都不会影响不予登记的结论。

第三，被指正的程序瑕疵对于行政机关而言大多属于义务性程序，与正当程序原则有一定关联性。按照程序的权利义务内容与属性，可将行政程序分为两类：第一类是为规范行政主体的行政行为设定的程序，如告知、回避、听证、说明理由、送达、救济权利告示等。这类程序为行政主体设定程序义务，为行政相对人赋予程序权利。另一类是为规范利害关系人有序参与行政程序而设定的程序，如提出申请、提供资料、遵循期限、缴纳费用等。这类程序为利害关系人设定程序义务，给行政主体赋予程序权利。第一类程序受正当程序原则节制，旨在规范、制约行政权的正当行使，是程序法治的主要内容；第二类程序则不然，其主要目的在于便利行政程序的开展，是行政效率的程序落实。对比本文所列案件可见，对行政主体而言，绝大多数被指正的程序瑕疵都属于义务性的，是受正当程序原则节制的，如告知或者公告的不完善、理由说明不完善、未履行程序释明义务、超过期限履行法定义务等等。这类程序不完全听命于成文法的明确规定，具有较大的裁量性。

第四,被指正的程序瑕疵大多不属于正当程序原则要求的基本程序,而是属于基本程序的辅助程序或者组成要素,对程序的正当性未造成实质性损害。依据程序之间的关联性,程序可分为两个层次:一是基本程序,二是基本程序的辅助性程序或组成要素。正当程序原则所要求的程序,如告知、听证、回避、说明理由、公开、送达、救济权利告示等,都是系列程序的组合,包含诸多辅助性程序或者组成要素。就其中最简单的告知而言,也包括告知的时间、地点、方式、内容等。相应的,程序瑕疵也就可分为“基本程序瑕疵”与“辅助程序或程序组成要素瑕疵”。以告知为例,如果根本没有告知,就属于基本程序瑕疵,但如果只是告知的时间太早或者太晚,告知的内容不够全面或者不够明确,就属于辅助程序或程序组成要素瑕疵。从目前的案例来看,指正的程序瑕疵多属于辅助程序或程序组成要素瑕疵。

第五,为简明起见,本文在列举各种被指正的情形时,没有逐一列述各个案件的判决结果。但是,由于上述被指正的行政行为,除了被指正的程序瑕疵之外,无其他可致无效或被撤销、被变更的违法或不当情形。因此,指正一般在维持判决和驳回判决中应用。这也是指正的一个基本特征。

## (二) 法院指正行政行为程序瑕疵的前提条件

总体上,法院对行政行为程序瑕疵的指正以下列条件为前提。

第一,行政行为实体内容未受影响。这不仅是被指正程序瑕疵的一个特征,更是法院据以指正的重要根据。如前所述,有许多程序瑕疵与实体内容关联不大,本来就不可能对行政行为的实体内容造成影响。而在可能造成影响的程序瑕疵中,“对行政行为的实体内容未造成影响”,是指正的一个重要理由。

第二,利害关系人合法权益未受影响。这与行政行为实体内容未受影响有很大的相似性和关联性——实体内容错误往往会侵害利害关系人合法权益,但两者的价值取向不同。前者考虑的是权利保护问题,后者考虑的是行为合法性问题。从考查的案例来看,法院据以指正的理由更多的表述为未对原告的合法权益造成损害。当然,所谓的权益主要指的是实体权益,但又不限于实体权益,未侵害程序权益也是指正的一个理由。<sup>[36]</sup>

第三,利害关系人对程序瑕疵予以认可或谅解。在考查的范围内,原告对行政行为的程序瑕疵没有异议或者表示谅解,也是比较常见的理由之一。这主要出现在不符合前两个前提条件的案件中。有些程序瑕疵虽然会对利害关系人的实体权益带来一定影响,但利害关系人对该程序瑕疵带来的结果表示认可或者没有异议,如果采取其他矫正方式反而不利于利害关系人之权益保障的,法院会以原告对程序瑕疵之认可或谅解为由予以指正。

第四,不足以采用撤销的矫正方法。这一理由意味着,根据程序瑕疵的危害程度,行政机关尚不足以采取其他救济方式,或者采取其他矫正方式不符合行政效率等行政法律原则。这方面的案例总体不多。例如,在前引“阮晓宇与杭州市人民政府政府信息公开案”中,《杭州市拆除违法建筑实施办法》已于2007年12月30日废止,但被告仍然援引其作为答复依据,其行为显属不当。法院认为:“该瑕疵尚不足以导致撤销案涉信息公开告知书

[36] 例如,在“宁波市绿顺集团股份有限公司与宁波市住房和城乡建设委员会行政登记案”中,法院指出:“被上诉人作出被诉不予登记决定,虽未告知上诉人诉权和起诉期限,但并未影响上诉人行使救济的权利,原审法院对此已予指正,本院予以确认。”见浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬行终字第161号行政判决书。

的后果，在此予以指正。”

上述四个条件，法院在进行指正时，因案情不同，有的案件仅依据其一，有的则依据更多。

#### 四、对程序瑕疵予以指正的正当性

若单就积极方面看，指正作为程序瑕疵的一种矫正手段，具有一定程度的正当性。对此，可从以下几个方面加以评析。

##### （一）程序瑕疵的多样性及其法律后果的多元化

程序瑕疵可根据程序的重要性、对实体内容的危害性以及程序的法律性质等多项标准进行划分。我国法学界历来主张对不同的程序瑕疵应施与不同的法律后果，只不过各自的立足点或侧重点有所差异。

具体而言，有的学者立足于程序与实体之间的关联性以及程序违法的程度。如张步洪、王万华主张：“如果程序违法，实体处理也违法，应撤销行政行为；如果程序违法，实体处理真实，则要区别对待：对于程序违法轻微的，原则上可维持被诉的具体行政行为，但要指出该程序瑕疵，限令行政机关改正。如果程序违法情形严重的，即使实体处理真实，也要予以撤销。”<sup>〔37〕</sup>有的学者立足于程序的价值及其重要性。如朱新力主张：“一个违反法定程序的行政行为的后果，关键要看被违反的程序的追求、被违反的程序的程序重要性和违反程度。其具体标准是：第一，法律出于某种目的规定某一程序被违反，法院必须宣布其无效或予以撤销的，法院必须遵守。第二，违反了某一程序并且因此可能影响行政行为实质内容的具体行政行为，法院应当撤销。第三，不可能对具体行政行为产生任何实质影响的、并可以即时补正的程序被违反时，法院不应撤销此种具体行政行为。第四，在上述三种标准基础上，对于个案，法院适当保持司法能动性是必要的。”<sup>〔38〕</sup>有的学者立足于程序对利害关系人权益的影响。如章剑生主张：“违反法定程序的行政行为如何处理，应当考虑以下两个标准：第一，是否损害了行政相对人的合法权益。如果行政机关作出的行政行为违反法定程序，损害了行政相对人的合法权益，那么法院应当依法判决撤销或者确认违法；反之，法院应当在判决中认定行政行为已构成程序违法，依法判决维持或者驳回诉讼请求，但法院可以通过司法建议给行政机关必要的警示。第二，是否产生了有利于行政相对人的法律后果。如果行政机关作出的行政行为的违反法定程序，产生了有利于行政相对人的法律后果，且行政相对人保留这一法律后果也并不违反法律、法规和规章的规定，也不损害国家、社会或者其他公民的合法权益，那么法院不应当依法判决撤销或者确认违法。”<sup>〔39〕</sup>

比之于不分青红皂白地赋予不同程序瑕疵同一法律后果的方法，法律后果的多元主义显得更加科学和公正。本质上，法律后果不仅是对行政行为的一种效力评价和矫正，也是对行政主体过错的惩戒，是施与行政机关的一种法律责任。作为一种评价和矫正，不仅要

〔37〕 张步洪、王万华：《行政诉讼法律解释与判例述评》，中国法制出版社2000年版，第422页以下。

〔38〕 朱新力：《司法审查的基准》，法律出版社2005年版，第397页以下。

〔39〕 章剑生：《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例》，《法学研究》2009年第2期，第155页。

遵循行政合法原则，还要兼顾和平衡行政效率等其他原则，不可将行政合法原则绝对化、极端化，不可矫枉过正。作为一种惩戒或法律责任，应当遵循过罚相当和平等原则。过罚相当原则要求，对于过错的处罚力度应当与过错的严重性与危害性相对应；平等原则要求，“相同的要同等对待，不同的要区别对待”。按照这些要求，势必要根据行政行为违法的情形和危害性来选择不同的法律责任。其结果，对不同的程序瑕疵就不能赋予同样的后果，只有对不同瑕疵形态赋予不同的法律后果才符合公正和科学的要求。

正因为程序瑕疵后果多元化的主张更加公正和科学，这一观点已经在国内外行政立法和行政审判实践中得到贯彻和落实。自上世纪中期以来，诸多西方国家和地区已经通过立法或判例确立了对不同违法情形采取不同处理方法的多元矫正制度。这些制度包括确认无效、撤销、补正甚至不予追究等。德国行政程序法的相关规定是这方面的典型。我国也不例外，1989年行政诉讼法就已经初步体现了法律后果的多元化倾向。修订后的行政诉讼法更是在原撤销和变更判决的基础上，增加确认无效、确认违法以及驳回诉讼请求等多种判决形式，再次对多元主义予以肯定和发展。从这一背景来看，我国法院对指正的创新与采用，应该是对行政行为矫正方法多元化的进一步实践和探索。

## （二）程序瑕疵后果的多元化与程序本位主义的契合性

对指正以及整个程序违法后果多元化而言，最易受到的攻击来自于程序本位主义。程序本位主义可能认为，以行政行为的实体内容未受影响或者利害关系人的权益未受侵害等为条件，对程序违法或其他瑕疵采用补正、指正等矫正方法，是对程序违法现象的姑息与迁就，是程序工具主义思想在作祟，与程序本位主义背道而驰。

简单地看，指正的确具有程序工具主义的外在特色。程序工具主义认为，法律程序只是用以实现某种外在目的的手段或工具，也只有能在实现上述目的时它才具有存在的意义和价值。这种外在目的首先是程序所为之服务的实体法。从国内学者的研究和介绍来看，边沁是程序工具主义的典型代表。他依据功利主义原理提出，立法者制定法律的主要目标在于对破坏“最大多数人幸福”的人实施惩罚和进行威胁，即有效地进行社会控制。为此，首先必须制定实体法，通过对社会成员明确的令行禁止和惩罚来控制社会关系。但实体法自身不能保证它的实施，立法者必须在实体法之外颁布一种实现或者维护实体法的次级或依附性法律。这种附属性法律就是程序法，它只能通过确保实体法的有效实施来间接完成社会控制的任务。实体法唯一正当的目的是最大限度地增加大多数社会成员的幸福，而程序法唯一正当的目的是最大限度地实现实体法。因此，评价程序法的唯一标准，就是最大限度地实现实体法的目的。相对于实体法而言，法律程序只是工具性的，它除了作为实现实体法的手段而有价值外，本身并没有任何意义。<sup>[40]</sup>如果站在这种立场上来评价程序违法或者其他程序瑕疵，不仅是轻微的程序瑕疵，即便是较为严重的程序违法，只要没有影响行政行为的实体内容，或者没有侵害利害关系人的实体权益，便都是无足轻重从而可以忽略不计的。

程序本位主义则认为，法律程序本身具备一些独立于实体法等外在目的的内在价值，

[40] 参见雷磊：《法律程序为什么重要：反思现代社会中程序与法治的关系》，《中外法学》2014年第2期，第323页。

而不只是实现某种外在目的的手段。萨默斯可视为这种学说的代表。他认为，法律程序可能具有两个方面的价值，即维护实体法的价值和程序内在的价值。相比而言，后者更重要，它是程序理论的核心和基石。程序的内在价值具有三个特点：第一，这种价值能够通过法律程序得以实现；第二，这种价值是在法律程序运作过程中实现的，而不是在最终结果中实现的；第三，这种价值能够使法律程序更易于为人们所接受，而不论对程序结果是否产生影响以及产生怎样的影响。按照这个标准，在萨默斯看来，程序的内在价值主要包括参与性统治、程序正当性、程序和平性、人道性及尊重个人的尊严、个人隐私、协同性（意见一致性）、程序公平性、程序合法性、程序理性、及时性和终结性。<sup>[41]</sup>可以看出，萨默斯不仅强调法律程序可以实现一个好的结果，更为重要的是通过程序的进行可以展示和实现程序法自身所包含的其他价值。如果站在这种立场上来考虑程序瑕疵的法律后果，则即便程序违法或者程序瑕疵没有影响行政行为的实体内容或损害利害关系人的实体权益，也不能全然对其置若罔闻或者视而不见，单纯的“下不为例”的矫正方法就可能不再妥当。

不过，从指正与法律工具主义的相似性并不能必然地推出两者之间的内在关联。首先，我国人民法院现今秉持的程序理念已不再是工具主义。尽管我国传统法律文化以“重实体轻程序”为特色，但随着西方法治文化的影响，正当程序理念已深入人心。即便不能说我国司法机关现已完全秉持程序本位主义的价值观，至少也可以肯定地说，对于法律程序的独立价值，我国司法机关已有了深刻认识。本文由于讨论的需要，所列举的都是我国人民法院对程序瑕疵予以指正的案例，但在我国人民法院的裁判文书中，对未影响实体内容、未侵害利害关系人合法权益的程序违法行政行为予以撤销的案例也比比皆是，如最高人民法院《中国行政审判案例》上列选的“潘龙泉诉新沂市公安局治安行政处罚案”<sup>[42]</sup>“临清市鲁信面粉有限公司诉山东省人民政府行政复议决定案”<sup>[43]</sup>“邱正吉等诉厦门市规划局行政许可案”<sup>[44]</sup>“四川省南充市顺庆区源艺装饰厂广告部诉四川省南充市顺庆区安全生产监督管理局安全生产行政处罚案”<sup>[45]</sup>尤其值得关注的是指导案例6号之“黄泽富等诉四川省成都市金堂县工商行政管理局行政处罚案”<sup>[46]</sup>这个案件更是从指导案例的高度，标志性地宣示了我国法院所坚持的程序本位主义立场。因此，可以说，我国人民法院已不再无

[41] Cf. Robert Summers, “Evaluating and Improving Legal Process: A Plea for ‘Process Values’”, in his *The Jurisprudence of Law’s Form and Substance*, Ashgate Press 2000, p. 103ff. 转引自前引〔40〕，雷磊文，第324页。

[42] 见江苏省新沂市人民法院（2007）新行初字第11号判决书，徐州市中级人民法院（2008）徐行终字第170号判决书。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第4卷，中国法制出版社2012年版，第125页以下。

[43] 见山东省济南市中级人民法院（2010）济行初字第85号行政判决，山东省高级人民法院（2011）鲁行终字第40号行政裁定。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第4卷，中国法制出版社2012年版，第131页以下。

[44] 见福建省厦门市中级人民法院（2008）厦行初字第6号判决书。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第3卷，中国法制出版社2013年版，第122页以下。

[45] 见四川省南充市顺庆区人民法院（2010）顺行初字第1号行政判决书，四川省南充市中级人民法院（2010）南行终字第36号行政判决书。最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》第2卷，中国法制出版社2011年版，第204页以下。

[46] 见成都市中级人民法院（2006）成行终字第228号，2006年9月28日判决。指导案例6号，最高人民法院审判委员会讨论通过，2012年4月9日发布。另见《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第12期，《人民法院报》2012年4月14日第04版专版。

视程序的内在品质和独立价值。这种情形下，简单地将指正归因于法律工具主义是说不过去的。

其次，指正与程序本位主义之间并没有决然的对立性。在坚持程序本位主义的同时，必须注意和认识以下两点：第一，程序和程序价值是两个不同的概念。程序是程序价值的载体，程序价值依靠程序的开展来实现，但并不是所有的程序都体现或者实现程序的独立价值。如前所述，程序可分为两个层次，一是基本程序，二是基本程序的辅助程序或组成要素。程序的独立价值往往要通过一个基本程序来实现，欠缺基本程序就无法实现该基本程序所保障的独立价值，但一个基本程序在开展过程中欠缺某个辅助性程序或组成要素，或者辅助程序或程序组成要素有所不足，该基本程序所保障的独立价值未必就不能实现。如送达听证通知书的方式存在问题，但所有人都因通知如期参加了听证，问题归问题，利害关系人的程序参与权还是实现了。于此情形，即便行政行为的辅助程序或程序组成要素存在瑕疵或有所不足，也不会伤及程序的独立价值或内在价值。第二，程序价值、程序权利并不占据恒定的、绝对的优先保护地位。任何法律价值、法律权利都不享有永恒的、绝对地优先于其他法律价值、法律权利的地位。特定法律价值与法律权利的保护通常需要在斟酌个案情形中加以平衡。这一原则或规律，即便对于法的实体价值或者公民的实体法权益，也不例外。因此，程序即便是具有独立的内在价值，即便属于利害关系人的一种独立权益，那也不意味着对这种程序权益或者程序价值要在任何情况下不打折扣地予以保护。当某种程序价值或者程序权益与其他法律价值或者法律权益相冲突时，根据个案情况加以权衡并对其加以限制也是必要的。对那些不具有独立内在价值的辅助性程序或者程序组成要素而言，就更是如此。

总之，只要程序瑕疵未危及到程序的独立内在价值，对它的宽容和迁就就与程序工具主义挂不上勾。

### （三）法院的合法与合理性审查权限为指正预留了空间

除了以上两点，指正的出现还与我国人民法院享有的司法审查权限有紧密关系。对于我国人民法院享有的司法审查权限的考查可从两个方面来进行：一是合法性审查与合理性审查的关系；二是实体合理性审查与程序合理性审查的关系。后者以前者为基础。

就合法性审查与合理性审查的关系而言，我国行政法学界大致有两种看法：一种观点认为，人民法院主要对行政行为的合法性进行审查，对行政行为的合理性的审查则局限在非常有限的范围。例如，应松年等认为，我国行政诉讼法采用的是“合法性审查为原则，合理性审查为例外”的原则，即原则上法院只应审查行政行为的合法性而不应审查其合理性，但在滥用职权、显失公正等例外情形下，也可以对合理性进行审查。<sup>〔47〕</sup>另一种观点认为，我国法院对行政行为的审查只限于合法性审查，滥用职权、显失公正等虽然与裁量的合理性相关联，但实际上仍属于违法审查的范围。例如，胡建森认为，滥用职权与显失公正是同一问题的两个方面，前者着眼于主体和行为，后者着眼于行为结果，都属于行政主体不当行使裁量权且达到一定程度的违法行为。<sup>〔48〕</sup>这两种观点其实都认可人民法院对行政

〔47〕 参见应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社1999年版，第59页以下。

〔48〕 胡建森：《行政法学》，法律出版社2015年版，第658页以下。

裁量合理性的审查，只是对司法干预行政的程度认识有异，对滥用职权和明显不当的定性不同。

即便是承认人民法院对行政裁量合理性享有审查权，依然存在着这种审查是仅指实体裁量合理性还是包括程序裁量合理性的问题。行政诉讼法虽然明确规定，行政行为违反法定程序的，要予以撤销，但对于程序不合理的却只字未提。基于这一法律现状，行政法学界也有不同意见。有学者主张，法院只能对行政程序实行合法性审查，不能实行合理性审查。他们认为合理性审查是以司法权取代行政权，会导致司法裁量权的滥用，降低司法的可预期程度，并耗费国家成本，增大当事人负担，抑制行政机关主观能动性。<sup>[49]</sup>另一种观点则认为，程序合理性审查也应当是司法审查的重要内容之一。比如，江必新认为，确保程序裁量的正当性是正当程序原则和程序规则的基本要求，是行政主体的法律义务；在技术上，对程序裁量的正当性判断也较实体裁量的简单；如果仅就合法性进行审查，程序法缺失，就等于无的放矢。因此，对程序的合理性进行审查是滥用职权与明显不当的题中之意。<sup>[50]</sup>比较两种意见，并站在程序法治的立场上来看，将程序裁量的合理性纳入司法审查范围更具有合理性，但须以达到滥用职权或明显不当为限。

上述讨论表明，我国人民法院对于行政行为的审查虽然包括实体与程序两个方面，但须以行政行为违法或行政裁量存在滥用职权或者明显不当情形，为司法干预行政的基本条件，即便是修订后的行政诉讼法对这一基本原则也没有些许改变。行政诉讼法（2014）第70条关于撤销要件的规定、第74条关于确认违法要件的规定、第75条关于确认无效要件的规定、第77条关于变更要件的规定，都限定在违法或者明显不当的范围之内。虽然在确认违法要件中提到了“程序轻微违法”，但依然属于违法的范畴。这种情形下，“违法”、“滥用职权”以及“明显不当”这样一些概念的界定就成为采用撤销、确认违法等矫正方法的筛选器。从学界的已有研究来看，并非任何行政瑕疵都可纳入违法或者滥用职权、明显不当的范围的。<sup>[51]</sup>就本文所列举的诸多被指正的瑕疵而言，至少有相当一部分是难以达到他们所认可的标准的。

既然司法审查权限以行政行为违法或者行政裁量滥用职权、明显不当为边界，而千姿百态的行政瑕疵又不能悉数归入其中，则其他达不到违法或滥用职权、明显不当的行政瑕疵，就只能排除在司法审查的基本内容或任务之外，不能用现行行政诉讼法规定的矫正手段加以矫正。而一些认真负责的法官，出于法律职业的责任和良知，又不能对这些行政瑕疵视而不见、充耳不闻，在这种情形下，予以指正也就算是一种“没有办法的办法”了。由此可见，指正作为我国司法实践的创造，是符合法的正义性要求的，与程序本位主义立场相契合，未超越现行行政诉讼法赋予人民法院的审查权限。它不但不是人民法院对于程序瑕疵的宽容和迁就，一定程度上反而是人民法院积极地行使司法审查权的表现，值得肯定和推广。

[49] 参见卜晓虹：《行政合理性原则在行政诉讼中之实然状况与应然构造》，《法律适用》2006年第21期；崔卓兰、刘福元：《论行政自由裁量权的内部控制》，《中国法学》2009年第4期。

[50] 参见江必新：《行政程序正当性的司法审查》，《中国社会科学》2012年第7期，第126页以下。

[51] 相关讨论参见前引〔39〕，章剑生文；前引〔50〕，江必新文；何海波：《论行政行为明显不当》，《法学研究》2016年第3期。

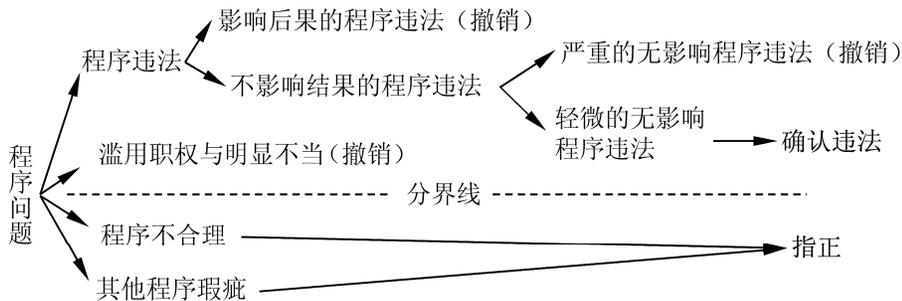
### 五、指正与轻微程序违法确认的界限

当然，指正也存在一些必须直面的问题，最为关键的是它与轻微程序违法确认之间的界限。

#### (一) 指正与轻微程序违法确认应恪守的边界

基于法院指正的情形与确认违法的情形存在交叠之处的现实，欲划清指正与确认违法之间的界限，只能按照前文的思路，在对程序“问题”进行分类的基础上，确定撤销和确认违法的程序“问题”情形，从而为指正剥离出存在的余地。

总体上，按属性和严重程度，程序“问题”可分为违法、不合理和其他瑕疵三类。所谓“违法”，应指行政程序违反成文法规定的程序、正当程序原则以及程序法定原则的现象。从行政诉讼法的规定来看，程序违法按与实体结果之间的关联性，可再分为影响当事人权益和未影响当事人权益的两类，后者还可分为严重的和轻微的两个层次。所谓“不合理”，是指程序裁量不符合平等原则或者比例原则的现象，如时限过长或过短、地点场合不适宜、措施不妥当等。不过，这里仅指一般不合理，如果程序裁量不合理达到滥用职权或者明显不当的程度，则应划入程序违法的范畴。所谓“其他瑕疵”，则指不能归入违法和不合理的瑕疵形态。例如，行政文书中文字拼写错误、数字计算错误、语法逻辑错误等技术性错误等等。这些问题或者不属于“法”的范畴，或者不属于严格的行政程序范畴，自然不能纳入程序违法或者不合理的范围。由于行政诉讼仅审查行政行为是否合法的问题，撤销判决和确认违法判决仅适用于违法的行政行为，不能适用于程序不合理和其他程序瑕疵。因此，程序不合理和其他程序瑕疵这类缺乏法定矫正手段的程序问题，就可成为指正的对象。由此可见，“程序是否违法”应当成为划分“确认违法”判决与指正之适用范围的分界线。为简明起见，可将上述程序问题形态及其矫正手段图示如下：



上述界分意味着，程序瑕疵未影响行政行为的实体内容、未影响利害关系人的权利、权利人予以认可和谅解等并非指正的根本特征和前提。指正的根本特征和前提应当是程序瑕疵尚不构成违法，或者说，程序裁量权之行使尚达不到滥用职权或明显不当的程度。

#### (二) 轻微程序违法与程序不合理、其他程序瑕疵的界分

明确了以“程序是否违法”作为划分指正与确认违法的分界线，实践的关键就在于判断一个具体的程序“问题”是否达到违法的程度。然而，把握这个问题却非易事，尤其在未影响当事人权益的轻微程序违法与程序不合理以及其它程序瑕疵之间。

前文已经指出，程序可分为基本程序与基本程序的辅助程序或组成要素两个层次。行政行为违反了法定的基本程序应属于违法，这没有问题；有问题的是，如果基本程序的辅助程序存在瑕疵或缺基本程序的某些组成要素，是否还属于程序违法。例如，《政府信息公开条例》第21条规定，行政机关收到政府信息公开申请后，对“依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的，应当告知申请人，对能够确定该政府信息的公开机关的，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式”。在前引“胡云康与上海市闵行区住房保障和房屋管理局政府信息公开案”中，被告行政机关不是公开义务机关，本应告知申请人向上海市住房保障和房屋管理局申请，却告知向上海市闵行区人民政府咨询。在这里，行政机关不是未告知，而是因认识错误导致告知的行政机关不正确。这是否达到违法的程度呢？再如，根据正当程序原则要求，行政机关作出对相对人不利的行政行为时应说明事实、法律等理由，说明理由要充分、具体、明确。在前引“项葱妹与临海市人民政府行政确认案”中，对于原告要求确认二十多年前已经置换给他人的住宅为其所有的请求，行政机关以“该地块房屋被拆除已有二十多年，且拆迁时双方签订协议并接受补偿安置”为由，决定不予受理。法院认为，被告不予受理决定结论正确，但该理由说明不尽明确、充分。在这里行政机关不是没有说明理由，而是说明理由不尽明确、充分，那这种瑕疵是否达到违法的程度呢？

可以看出，给程序违法特别是轻微程序违法确立一个精准的判断标准，是本文不可能完成的任务。这里只能确定一个大致的标准：如果基本程序的辅助性程序或者组成要素所存在的瑕疵没有对基本程序造成实质性损害，基本程序的立法目的已经实现了，则该辅助性程序或者组成要素所存在的瑕疵就不构成违法。是否构成实质性损害，要在个案中根据案情、审时度势地进行权衡。例如，在前引“邓志春与福州市公安局晋安分局行政处罚案”中，被告对原告到北京上访的行为以“扰乱公共场所秩序”为由进行行政处罚，但其处罚决定书将“非正常上访”行为发生地（天安门地区）认定为“中南海周边”。该行政行为的法律事实要件是“扰乱公共场所秩序”。不论是“天安门地区”还是“中南海周边”，都属于公共场所，且在普通民众心目中差别不大，故这一瑕疵不会影响行政行为的实体内容，也不会影响相对人的正当程序权利，就算不上是违法。不过，在前引“田顺英与杭州市余杭区人民政府政府信息公开案”中，行政机关作出的政府信息公开告知书仅笼统地引用《中华人民共和国政府信息公开条例》和《杭州市政府信息公开规定》，没有说明具体引用的法律条款，虽未侵害申请人的实体权益，但这一行为实质上没有说明法律理由，有悖于《政府信息公开条例》第21条规定的“属于不予公开范围的，应当告知申请人并说明理由”的规定，已达到违法的程度。

上面所谈是程序违法的判断，没有直接提及滥用职权与明显不当的界定问题。由于在前文的论述中，仍将滥用职权与明显不当归入程序违法的范畴，且上述一些案例其实涉及的就是程序裁量问题，因此，上述意见对于滥用职权和明显不当之界定也是适用的。确定了程序违法的判断标准，它与程序不合理以及其他程序瑕疵的分界也就大致清楚了。

### （三）几种为法院所指正但应确认为违法的程序瑕疵

依据以上分界及其判断标准，反观我国法院指正的各种瑕疵，以下几种情形是应重新考虑的：

第一，超过法定期限作出行政行为或送达行政决定文书。我国一系列法律文件对行政行为的作出期限和行政行为作出后的送达期限作了强制性规定。例如，行政许可法第42条规定：“除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起20日内作出行政许可决定。20日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长10日，并应当将延长期限的理由告知申请人。”行政许可法第44条规定：“行政机关作出准予行政许可的决定，应当自作出决定之日起10日内向申请人颁发、送达行政许可证件，或者加贴标签、加盖检验、检测、检疫印章。”行政处罚法第40条规定：“行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人；当事人不在场的，行政机关应当在7日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。”法律之所以对行政行为的作出和送达期限作出严格规定，其目的不外乎提高行政效率，使社会秩序尽快得到恢复，使受害人的权益尽快得到维护，降低社会交易的制度成本。因此，超过法定期限作出行政行为或送达行政文书属于违法的范畴，法院对超过法定期限作出行政行为或送达行政决定的仅仅予以指正是不妥的。

第二，程序顺序的颠倒或合并。法律规定的程序顺序反映着人类对客观事物的认识规律或者事件发展的时序规律。其中，有些是可以合并或颠倒的，有些则不宜合并或颠倒。对于不宜合并或颠倒的程序，若合并或颠倒，会造成程序明显不当。这时，就应确认违法。例如，《土地登记条例》（1995年）第6条规定：“土地登记依照下列程序进行：（一）土地登记申请；（二）地籍调查；（三）权属审核；（四）注册登记；（五）颁发或者更换土地证书。”这个顺序就反映了土地登记程序的内在时序规律，是不宜颠倒的。在前引“福清市江阴镇屿礁村民委员会与福清市人民政府行政登记、行政批准案”中，国有土地使用证的填发时间为1994年11月1日，而土地登记审批表的登记日期是1995年2月8日，表明审批在后、颁证在前，违背了土地登记条例关于登记的程序顺序，明显不合常理，法院对此予以指正并不妥当。不过，在前引“张志军与北京市丰台区人民政府信息公开案”中，将登记回执与告知书一并送达申请人，如果从收到信息公开申请到作出公开决定之间的时间不长，即便有所不妥，但尚未损及程序正义，予以指正还是可以的。

第三，行政行为方式不符合法律规定。行政行为的方式有些是法定的，有些是行政机关或当事人自定的。法律特别规定了行为方式，自有立法者的特殊考虑，采用其他方法通常难以维护法律保护的利益，因此，行政行为方式不符合法律规定的，应当认定为违法。例如，《政府信息公开条例》第26条规定：“行政机关依申请公开政府信息，应当按照申请人要求的形式予以提供；无法按照申请人要求的形式提供的，可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供。”这里要求“应当按照申请人要求的形式予以提供”，是为了更好地维护申请人的知情权，从这个意义上讲，按照申请人要求的形式提供信息，是行政机关的一种法定义务。如果行政机关在可以按照申请人要求的形式提供信息的情况下，通过安排申请人查阅相关资料的方式提供相关信息，等于将自己的法定义务转嫁给了申请人，是与法律相悖的。前引“傅文荣与义乌市人民政府江东街道办事处政府信息公开案”反映的正是这种情况。对这种程序瑕疵，仅予以指正并不妥当。不过，在法律对行为方式没有明确规定的情形下，即便方式有些瑕疵，只要没有实质性地损害行为的目的，予以指正也是可以的。

第四，援引法律条款不具体、不全面或张冠李戴。行政行为援引法律条文属于行政行

为说明法律理由的范畴。相应地，行政行为援引法律条款不具体、不全面或引用法条错误，便属于说明法律理由不具体、不充分或说明错误，但它又不同于“未说明理由”。因此，对这种瑕疵应视案情而定。如果引用法律条文不具体、不全面或张冠李戴的瑕疵在本质上达到了“未说明法律理由”的程度，实质性地影响了程序的正当性，则应排除在指正范围之外。在前引“田顺英与杭州市余杭区人民政府政府信息公开案”中，行政行为仅说明以《中华人民共和国政府信息公开条例》和《杭州市政府信息公开规定》作为法律依据，未说明引用的具体法律条款，太过笼统，等于没有说明理由。法院予以指正便不妥。不过，如果行政行为在引用必要的法律依据之外，画蛇添足地引用了不该引用的法律条文，对说明理由没有造成实质性影响，予以指正还是可行的。

应该说，在近年法院指正的案件中，不宜指正却被指正的可能还不止以上情形，对于这一问题还需要展开进一步的研究。

---

---

**Abstract:** In recent year, courts frequently use the method of “*zhi-zheng*” (pointing out a mistake so that it can be corrected) to deal with procedural flaws in administrative acts. This method only points out the procedural flaw in an administrative act without negating the legality of the act or having any negative impact on its effect. In judicial practice, the method of “*zhi-zheng*” can be used only in cases where the procedure flaw does not affect the substantive content of the administrative act or infringe upon the lawful rights or interests of an interest party and there is no clear distinction between “*zhi-zheng*” and the determination of minor procedural flaws. In essence, “*zhi-zheng*” is a manifestation of the diversification of the method for rectifying administrative acts and an active and flexible way by which people’s courts deal with procedural and other administrative flaws outside their competence of legitimacy review. It seemed to be the result of procedure instrumentalism, but it is in fact a proactive application of the judicial power provided by articles 70 and 74 of the Chinese Administrative Procedure Law in accordance with the principles of procedure legality, procedure efficiency, and the convenience for the parties concerned. In a word, “*zhi-zheng*” is a method worthy of affirmation and popularization. However, it is important to note that this method should not be used on procedural flaws that constitute violation of law.

**Key Words:** administrative act, procedure flaw, *zhi-zheng*, determination of illegitimacy

---

---