

诉讼中程序性审查的进退博弈——反思以“瑕疵”或“无不当”为象的违法性

青羊法院 周力娜

[illegible]

法治主义

( )

的司法模式，并没有稳定地持续下去，随着司法修辞性解释的广泛适用，法官面对程序违法问题不再统一援引《行政诉讼法》第54条，判决撤销或部分撤销；转而开始频繁援引《最高人民法院关于执行 行政诉讼法 若干问题的解释》（以下简称《解释》）第56条的相关规定，

对实体正确，程序有“瑕疵”或“无不当”的行政行为，

判决驳回原告诉讼请求。

（二）数据背后的隐忧。

以Q法院为例

（ ）

，从

2005

年

1

月

1

日到

2013

年

4

月

30

日，该院共审结行政案件

955

件。就相关的几种裁判结果论：驳回原告诉讼请求214件，撤销或部分撤销57件，确认违法或无效9件。57件撤销案件

中

，以“程序违法”为撤销理由的

11

件（具体年度分布为：

2005

年

4

月

件，

2006

年

5

月

件，

2007

年

1

月

件，

2008

年

1

件，

2009年-2013

年

4

月

30

日

件；以程序

违法为单一撤销理由的0件）；9件

被确认违法或无效的

案件均不涉及程序问题；而在

214

件驳回原告诉讼请求的案件中，有

76

件

确认了行政行为存在程序瑕疵，另

有63件对程序的表述为无不当。

或许，局限于一个基层法院的视角做出的判断会过于狭隘，但管中窥豹也确能瞅出一些端倪：在日渐增多的行政案件中，法院以程序违法判决撤销的案件确实越来越少了。

当然，这不能归功于行政机关的自律；法院依然能发现大量问题的所在，但在回应问题的方式上却有了折中、迂回的味道：以一种瑕不掩瑜的评价姿态，弱化了程序违法对于行政行为合法性的整体影响。这种微妙的转变或许在很大程度上契合了“违反行政程序不会一律导致撤销”的主流观点。

（5）却也更加现实地扭转了个案在行政诉讼中的成败局面。而承载这一转变的司法评价——瑕疵或无不当，其具体样态又究竟如何呢？

## 二、隐藏的用意——自然抑或刻意为之的司法尊重

我国在立法层面尚无行政程序瑕疵或无不当的概念，故对哪些场合的程序问题可作上述评价，尽管理论界指导颇多，但很大程度仍依赖于法官的智识判断。对此，笔者试以Q法院有关程序瑕疵和无不当的判决为样本，以期大致勾勒出法官的评判框架及其背后的司法立场或用意。

欲以说明的是，文章这部分强调的是一种实证描述而非规范分析，侧重的是法官如何在做，而非其应当如何做。

### （一）样态的梳理

程序瑕疵（样本总数76份）

超期限（样本数35份）。程序自有其时限性，但法官认为迟延履行不会对相对人的权利产生实质影响，故超过期限做出复议、决定或是答复，均被视为瑕疵。

### （二）未为教示（样本数17份）。教示权旨在明确救济路径。《解释》第41条

（6）

的规定，让这一环节的审查逐渐乏味，法官认为，教示权的缺失既然可以从上述规定中得以挽回，其负面影响亦可弱化为瑕疵。

### （三）送达缺漏（样本数8份）。《解释》第40条

（7）

的规定，同样淡化了对于送达环节的审查意义。如在川豪公司与市人社局的案件中，该公司称其未收到人社局的行政决定，人社局亦无证据证明在送达回执上签字的人系该公司员工。对此，法官认为，行政诉讼本身即已证明，送达中的不规范、迟延甚至未予送达，均未影响相对人知道行政决定的内容，也未影响其实际行使诉权，故可视为瑕疵。

fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（4）不告知（样本数5份）。适时告知与相对人利益相关的行政决定，是行政程序的基本要素，但告知权的缺位若能事后弥补，其违法性也会被弱化。如环保厅做出项目的环境影响审批决定后，审批结果却未依法在政府网站公告。法官认为，原告及其他利害关系人仍能通过信息公开申请，获知被诉行政行为的内容，故该瑕疵不会实际影响原告权利。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（5）要式违反（样本数4份）。行政行为有其法定的载体方式，但要式的违反若不会对其内容及出处产生歧义，可视为瑕疵。如国土厅以《告知书》替代《行政复议不予受理决定书》，告知原告其申请不属行政复议受理范围；城管局以《户外广告限期拆除决定书》替代《行政处罚决定书》，责令原告限期拆除广告及逾期强拆的法律后果。此外，在行为要式中，当行政机关的调查询问违反2人制度，只有1名执法人员在场时，法官会以当事人对笔录的同意签字，说明其认可该调查结果为由，视此要式违反为瑕疵。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（6）其他（样本数7份）。非行政机关意思形成过程中的记载错误，或处理不周全，法官可视为瑕疵。如国土局同时对两位申请人做出两份内容一致，落款日期却不同的行政复议延期通知书；教育厅依法转办申请人的请求，却不告知申请人，事项已转交其下级部门处理。另外，选择处理上的瑕疵在工伤认定类行政复议案中较为普遍：如人社厅撤销了人社局的工伤认定决定，却未同时要求人社局限期作出新的工伤认定。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">2.程序无不当（样本总数</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">63份</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">）。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">无不当的指向较为概括，笔者试以案例呈现：

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（1）同乐网吧不服文化局的行政处罚案中，被告告知原告拟处罚的内容及其听证权，听证结束后，被告做出了略轻于原处罚内容的决定，但处罚前未再拟告原告处罚内容及听证；被告就此提出异议。法院认为，被告行使行政职权时，对其处理决定进行适当调整，且实际未加重处罚，未违反相关规定，故其行为在程序上无不当。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（2）任某、李某诉计生局计划生育行政征收案中，原告符合再生育条件，但生育前未提出再生育申请，故被告向其征收社会抚养费2万余元；原告以征收未经听证提出异议。法院认为，征收不是处罚，且《人口与计划生育法》及相关法律法规并未规定被告在作出征收决定前，当告知相对人听证的权力，故被告的行为程序无不当。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">（3）苏某不服人社厅行政复议决定案中，苏某所在单位不服人社局对苏某的工伤认定，而向被告申请复议。被告受理后，复议程序未通知苏某，后做出了撤销工伤认定的决定。苏某认为被告的复议程序未为告知。法院认为《行政复议法》未明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议，故被告的行为程序无不当。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（二）标准的概括</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">1.</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">程序瑕疵。

</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">瑕疵首先是一种违法性判断，是对现行制定法的违反。之所以将其违法程度定格为瑕疵，法官的考虑固然是多方面的，从样本反馈的信息看</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #00000f; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，其标准在于程序违法是否会影响相对人的权利；即使会影响，能否通过其他途径予以权利性的补救。应该说，这是一种以结果倒推影响的判断标准，故当程序违法的负面影响尚未对相对人的权利造成不可逆的侵害后果时，均可视之为瑕疵。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #00000f; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">2.</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #00000f; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">程序无不当。

</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #00000f; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">如</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">果说瑕疵是基于程序合法性原则做出的违法程度判断；那么无不当可谓是基于正当程序原则做出的另一种程度判断。适用无不当的前提在于，程序未违反制定法；但最终未适用“系程序合法”的评价，拨动心弦的是法官对于程序正当性原则的回应，其能感觉到表面合法的程序，实则欠缺了某些程序正当性、合理性的元素，但囿于层层顾虑，法官选择了折中性地评价其为无不当。

</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（三）用意的揣摩。

</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">无论是瑕疵或无不当，关注这些评价的目的，更多的不在于其是什么，而在于为什么？可知的是，程序性评价中，瑕疵和无不当虽各有侧重，但其形式均是指程序中的小问题，小到司法不用对其做出反应。而当司法评价已将程序的违法性

降到最低时，以此为由的撤销判决便显得死板而机械，其结果只能是驳回原告诉讼请求。

当然，瑕疵和无不当都是法官从司法修辞的角度，从程序违法概念延伸出的解释，虽意在弥补程序违法程度差异上的不足，却旨在对程序违法的后果能做出差别化的处理。事实上，这也是基于司法尊重的考虑。因此，正常语境中，当法官以瑕疵或无不当的名义评价行政程序问题时，一是程序问题本身无伤大雅，二是尊重行政权的合理解释，维持其决定的稳定性。但应强调的是，上述两项价值权衡，只能是前为因后为果，前主后次；若是本末倒置，为了实现后者，而有意识地将问题缩小为瑕疵，这样做作的司法尊重，不仅是法官决策思维的异化，更是对于司法权本身的背弃。

但现实是，适用标准的模糊与开放，已经放大了法官在程序审查中的裁量权；这一权力将以“合法性”（  
>8  
)的形式，直接作用于多种利益的调节与妥协，而其中，也包括审查权自我的退化与虚置。

三、法官的决策——自由抑或被绑架的裁量权

司法的个性很大程度得益于裁量权的演绎，而这种个性的本意，旨在张扬特殊情况下的公平正义可以不拘泥于法条。但在并不封闭的法律运作环境中，法官行使裁量的程度已不能仅受法律规范的特性决定，而是种种状况的函数；  
>9  
)其结果往往是为了获得能权衡各种利害关系并找到某种带有妥协意味的方案。

(10)

对此，笔者仍以Q法院为样本，以期近距离考察所涉话题中法官的决策顾虑及其裁量程度。

(一) 初始——裁量权对弱势权利的回应

对于行政程序的司法评价曾有恪守条文的审查期；对法官而言，当法律毫无延展性时，非黑即白的裁判是简便省心的；但在越来越多因程序违法而动辄撤销的行政案件中，有一类案件却引起了法官的关注。

在涉及工伤认定结论正确，但因程序违法而被判决撤销的工伤认定或复议案中，法院的审查虽做到了事无巨细的程序纠错，但对正遭受身体摧残、亟需保障性救助的个体及其家庭而言，却陷入了反噬其权利的循环中：工伤认定程序再次启动——>诉讼程序再次启动——>法院一审、二审的维持判决——>申诉、上访……申请工伤认定的群体多是外来务工人员，生存的压力会不断加剧其对权利救济的需求；但经过反复的、长时间的程序消耗，其最终的结果却是回到原地，这对还在忍受伤痛的个体而言，是隐性的不公平更是现实的残酷。Q法院的法官有感于程序审查中的僵硬，在《解释》颁布实施的同时，第一次对工伤认定实体合法，但存在超期限程序违法的行为做出了系程序瑕疵的评价，并判决驳回原告诉讼请求。

(11)

当时的语境中，法官此举可谓将裁量权运用到了极致。后经上下级法院的沟通协商，Q法院的做法被认可，并就此统一裁判标准，对工伤认定类的行政案件，其程序性审查可适当宽松，但目的旨在确保本应唾手可得的工伤认定结论，伤者无需再

徒劳辗转于漫长、繁琐的程序中。

从某种角度论，法官在工伤认定领域的判决尝试，弱化了其对于行政权的矫治，但在看似相对人败诉的局面下，实现的却是司法权对于社会特定群体的能动关怀与救济。

（二）异化——司法评价与裁判结果的混同。

然而，权力的惯性是很难驾驭的。很快，对程序瑕疵的判断，由最初限定的工伤认定领域，逐渐蔓延到各类行政决定的审查中。夹杂在效率与成本的呼声中，这一裁量权的扩张并不引人注目，但暂缓脚步回头观望时，几位从事了几十年行政审判的法官无不感叹：瑕疵的适用已完全超越了当初的预想，变得不可收拾，甚至丧失底线。

如行政复议或行政处罚的要式审查，前文所举案例中，行政机关所制作的文书因欠缺特定的意义符号，已完全篡改了法定制式的文本格式要求。这种非要式的表述其实是对行政权力自我的削弱甚至否定，就其法律效果，这类行为既可能“未成立”，也可能因违法而无效。

但法官仅以能复载内容、不会引发歧义就轻易视之为瑕疵，其裁量的尺度已然越位。又如同乐网吧的行政处罚案，罚款但凡涉及听证，其数额都较大；如果只允许仅一次的听证机会，尚不足以充分保障相对人的权益，也不利于通过程序来吸收相对人的怨气，更背离了行政处罚中设置听证告知程序的目的。

毕竟，新的处罚即使略轻于前次，在相对人的立场，可能依然倚重。因此，在法官评价其为程序无不当时，本应突破法条禁锢的裁量权却犹豫止足了。

规定的模糊性所带来的灵活性和适应性很轻易就会被权力滥用所代替。

故在过于宽泛的评价空间里，为了既定的结果，法官可以其擅长的法律修辞的方式，有意识地模糊对相对人权利影响的界定，将个案中的程序问题降格为瑕疵或概括为无不当，其在偏离程序合法性原则的同时，更流露出对运用程序正当性原则的怯懦。于是，在脱离了确定性的裁量修辞

下，本是影响诉讼走向的司法评价，逐渐异化为，为既已确定的诉讼走向而特意选择的评价。评价与结果孰因孰果，在某种程度上不仅颠倒甚至混同。

（三）循环——利益需求与裁量权的博弈。

行政诉讼中，当不同的利益需求在为法官的裁量构建权力的空间时，权力本身也不可避免地会被烙上印记。故现实中的很多情况，法官的决策裁量是一种非自愿的自由。

除去权力寻租等非常态的状况，常态模式下的法官决策也有其必须兼顾甚至更为倚重的利益考量。

1. 相对人隐藏的诉求。

在权利诉求活跃的时代，原告很可能将真实的诉求隐匿于表面的诉讼请求下，法官一般能发现这一点，进而影响其案件最后的决策。不可否认，激烈的城市化进程催生了很多异化的利益需求，在不少诉指征地拆迁的案件中，原告的用意却在于，能够加大赔偿中的谈判筹码；在不少诉指对建设项目的规划许可、环境审批案中，其背后的诉求也是为了能在因建设项目而涉及的拆迁安置补偿中获取更多收益。此外，工伤认定的案件中，用人单位的起诉多是为了拖延赔偿期限；涉及民行交叉的案件中，行政先决的问题往往要与后续的民事走向保持大致的一致；而因撤销可能附随的国家赔偿更钳制了法官的手脚。因此，面对判决可能引发的“多米诺”效应，法官会慎重其撤销判决，对讼争的程序违法行为，技术处理为瑕疵或无不当。

2. 行政机关的败诉压力。

在强调依法行政的语境中，行政败诉已被很多地方运用到对于行政机关的考核甚至领导追责中

fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(16)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">。这样的机制创新有其良好的动机及其自我督促的必要，但同在一个行政区域，机关之间总是有着千丝万缕的联系，且现实是，法院在更多的场合处于受制于人的状态。若是一个法官的判决直接影响了同级甚至上级行政机关全年的目标考核，这对体制内的法院而言也是尴尬的。因此，当行政机关败诉的压力通过各种渠道传递出来，并转化为行政审判的阻力时，在最易于让渡的程序审查环节，法官手里的裁量权不仅能化解行政机关的压力，也化解了法院的压力。正如不少法官无奈道：“很多时候，我们是在找理由给行政机关台阶下啊！”</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">3.审判决策的内部约束</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">行政审判的法定模式系由合议庭组成</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(17)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，案件的审判决策也是集体讨论模式，这无疑是对行政决定必要的尊重与慎重。但讨论中，一位法官加入多数法官的意见，并不代表其认同，而仅仅是因为他不愿意发表异议；因为这样不仅会伤害同僚，也会与其他同事在意识形态上产生距离；</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(18)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">更重要的是，会被领导贴上“不听话”的标签。因此，法官的集体审议通常是保守的，打破常规的声音很微弱也很孤立。此外，上级法院的意见和生效裁判，已现实的被下级法院深深地织入法律里，这种凭借答复、建议或生效裁判逐渐填补的评价标准，也让法官判决时的裁量余地日渐缩小。当然，作为回馈，行政案件的改判和发回重审率也是极低的。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32.25pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; color: #000000; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">因此，当瑕疵或无不当的评价已然成为一种惯性或标准时，就不应仅仅去责难法官的智识、勇气或担当；程序审查中的进退选择，更多的是一种</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">制度层面的折射或体现。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '黑体'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">四、进退的尺度——权力间的对峙与尊重</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">目前，在我国政府主导型的发展经济模式下，行政权的效率优势加速了其内生性的权力扩张，但同时，这与同属政府主导推进下的法治建设，却形成了权力外驱与权利内需间的张力。这种张力的持续，很大程度便转化为司法权与行政权微妙的紧张关系。故置身我国现在的发展语境，司法权应如何在诉讼中完成其与行政权的对峙，尤其在程序审查的场合，又该如何在公正与效率间把握进退的尺度&hellip;&hellip;这不仅需要通过越来越多的个案来演绎、凝聚和传递，更需要来自顶层设计的权力回应，以期唤起法治进程中更多角色的共鸣。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '楷体\_GB2312'; letter-spacing: -0.2pt; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">（一）自省进路。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; letter-spacing: -0.2pt; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">在尚无立法规范的情况下，瑕疵或无不当还属于法官解释的自治领域，自治效果的参差不齐，很大程度源自合法性审查的标准混乱，与合理性审查的标准缺失。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">1.以瑕疵为引。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">在</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">域外法以及台湾地区的行政程序设计里，程序违法本身是一个相对庞杂、细化的法律体系。针对不同程序性质、环节或程序义务的违反，对应的法律效果是区别化的；故瑕疵运用于不同的场景，其本身也是差别化的。而我们却致力于将一个评价概念适用于程序违法所有的情形，并力求得到一种法律效果，其适用标准注定是不周延的；“是否侵害相对人权利”的标准于个案中的解释，也只能是模糊和差强人意的。故瑕疵虽统指细微的问题，但在不同的程序场合，有些允许其存在，有些则不允许；有些可适当宽泛，有些则力求紧缩；即使是同类违法，在超越了合理的度时也不应再定性为瑕疵。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; letter-spacing: -0.2pt; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">故有关瑕疵的适用，除了法官裁量权的自识和自制，还期待能有更高层面的规范性解释，毕竟，模糊规则的适用若无任何鲜明的界限，将唤醒“怎么解释都行”这个恐怖的幽灵</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; letter-spacing: -0.2pt; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">(19)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; letter-spacing: -0.2pt; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">&nbsp;</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">2.</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; font-size: 16pt; fnoway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">以超期限为例。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">面对行政机关过于频繁的期限违法问题，法院的审查已日渐麻木；然而对于问题，司法机关的态度直接关系行政机关的态度，由此便进入恶性循环。满足对象的时间需



求，不仅是服务型政府更是依法行政的当然要素，法定期限作为合理时间的下限，旨在遏制最慢，也是不损害其他利益的效率底线。在超期限的等待中，相对人转入非正常救济或寻租，人为放大的成本已让我们难以承受。故面对期限审查，法院不应再简单以瑕疵为名，进而忽略个案中期限违法的场合、尺度及其他与之交合产生的不利利益。

对此，当福建某质监局立案调查后，逾期一年才做出行政处罚时，所在县法院以其既无法定中断事由，也未依法申请延长期限，执法的随意性已侵害原告权利为由，判决撤销该处罚；

当河南某教体局的不予受理决定不仅逾期，且未告知原告不属于其审批的申请应向何部门申报时，郑州中院以其直接损害了原告权利为由，也作出了撤销判决……我们期待能有更多这样的判决，更期待更多个案聚合的效范合力，能有效纠偏期限违法惯以瑕疵处之的审查路径，促进行政效率原则中既有的程序正义的回归。

3.以正当性审查为进。

当我们的行政程序还散见于法律法规和规章中，且条文的整体设置并未很好地体现行政控权理念时，法官最大的难度还在于，面对法律的空缺，如何释明其审查的对象，审判的依据又是什么？对此，从法院公告、媒体报道中，我们总能看到间接或直接适用正当程序原则的案例。尽管在欠缺法条的支撑下，

法院能否根据正当程序原则去审查行政行为的合法性，仍是一个不确定的问题

(20)

，但正当程序原则之于个案的涟漪效应正在逐渐扩散。

对于正当程序原则本身，法官深暗其道，文章无需再作展开；法官在程序审查中的法律感，很多时候便是正当程序不自觉的反映。然而，如何实现法律感有意识地突破，还需注意以下几点：一是驾驭好显性法与隐性原则间内在合理的、充分的逻辑关系。毕竟，法官须首先确保从法律文字中推导出的、更高层面的程序要求，不会引起太多争议。二是法律的选择多是利益的竞争，利益衡量本身也是判案的方法。法官应充分考察程序的缺失会给相对人带来怎样的不利利益，会否影响行政决定的正确性；而撤销判决又会否带来实际的利益，程序义务所附加的行政成本又如何等等。三是当法官将其对正当程序的解读运用于判决书中时，最需要的，还有对于法律本身的信心和底气。如一位法院院长所说，司法的标准理应高于政府的标准

(21)

；这是法律人的智识，更是法律人的责任。

(二) 法制回应。

面对行政程序中的诸多乱象，很多声音将其归咎于我国欠缺一部统一的行政程序法，虽言为指责但更多的却是期盼。从1986年到现在，辗转27年的行政程序法始终待产；基本法的缺位，不仅让各类行政法规、规章、规定或是决定，按照权力的喜好随意剪裁程序原则性的规定，也让法院面对繁杂的行政立法，尤其是乱而无序的低位阶立法，缺少了统一的、最低限度的审查标准。

《湖南省行政程序规定》无疑为我国统一行政程序立法的破冰之作；之后，广西、福建等地，也相继就统一行政执法程序展开了地方立法。这种从地方到中央的“有限政府”路径尝试，为国家层面的行政程序法制定，积累了经验，也厚重了底蕴。如应松年教授所说，完成统一程序立法，于今天的中国，一是建设现代法治国家的时代要求，是完成中国特色社会主义法律体系建设的必要条件；二是三十年的改革加深了此项任务的紧迫性，也成就了其必须的现实条件。

(22)

不过，一部新法的作用不限于弥补法律空缺，还在于以一种形式理性，自上而下地弥补立法领域的态度欠缺。这种基于态度而生的关注和重视，有源自最高权力机关的立法回应，更关涉行政、司法等领域的知行合一

法制不等同于法治，外在的框架还需要内在思维的转化与跟进。我们期待在立法的统筹推进下，统一行政程序法的颁布，能进一步催化全国各地之于行政程序的自我革命，从制度规范的角度，更是从整肃观念与意识形态的角度，不断推强行政权领域的程序法治。



newway-weight: bold; mso-spacerun: 'yes';">(三)司法尊重。</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"司法权内在的被动与审慎，决定了其在应对快节奏的社会变化时，某种信息和能力上的局限。故行政诉讼中的司法尊重有其内生的必要，更有其囿于现实的利益格局，以退为进的审查能动性。当然，这里的司法尊重不限于美国的司法尊重原则</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">"(23)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，还赋予了更多意义。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"我国虽未从法律上授权，允许行政机关在诉讼中对其程序违法行为，于特定期限内进行自我更正或补正</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">"(24)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">，但实务中这种做法多灵活运用，对可以治愈、愿意治愈或已经治愈的行政违法行为，法院协调原告撤诉；同时，法院的司法建议和行政白皮书制度，也意在督促行政机关正视问题、自查自纠。如果说司法尊重的本质在于，将压力释放于行政机关的自我控制；那诉讼外的这些纠错机制，不仅促进了司法权与行政权的良性互动，也以一种温和的方式实现了司法对于行政的监督制衡。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"但值得注意的是，从部分涉及程序瑕疵或无不当的判决中，我们也看到了司法尊重某种程度的偏离或是本末倒置。对此，针对同地域司法中难以回避的干扰和利益钳制，在最高法院的部署下，各地法院已划区域启动了行政案件相对集中管辖的试点工作；同时，最高法院垂直管理下的独立行政法院，也成为行政诉讼改革的新思路。外部环境的优化，无疑对司法履职和依法行政都形成倒逼之势。从微观的角度论，只希望法官置身个案的利益博弈时，能更从容地行使实质上的司法审查权；在注重司法尊重度的同时，更注重从中树立司法之于自我的尊重。</span></p><p class="p0" style="text-align: center; margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '黑体'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"结&nbsp;&nbsp;&nbsp;&语</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"波斯纳曾经很客观地评述，法官实为制度中的人，意在强调制度环境对于法官思考和行为的影响。尤其在行政诉讼领域，法院对于行政权的控制会随着政治、经济等社会条件的变化，而呈现时松时紧的状态</span><span class="17" style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; vertical-align: super; mso-spacerun: 'yes';">"(25)</span><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">；这亦是行政审判权有别于其他审判权天生的缺陷。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"反观行政诉讼中，泛以瑕疵、无不当或其他修辞性概念为违法性评价的现象，其虽集中反映了程序审查的某种失范，却也从侧面反映了行政审判中法官的擅断、矛盾与无奈；反映了从法院的角度，在规制和助推行政程序法治进程中的步履艰难。决定行进速度的，往往不在动力的强弱而在阻力的大小。置于程序审查的场合，阻力无可避免，唯有将程序法治的好处尽可能多的展示，并让更多的群体受益，方能获得更广泛意义的支持和回应，以法治自己的惯性去疏解阻力，畅通路径。毕竟，法官的义务除了审判，还在于通过个案传递司法的态度；法院的义务除了告诉人们法律的规定，还在于积淀和厚重法治的精神。</span></p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 32pt; margin-bottom: 0pt;"><span style="font-family: '仿宋\_GB2312'; fnoway-size: 16pt; mso-spacerun: 'yes';">"法治的进程并不平坦，程序法治更任重道远，在这条路上，我们有反复、有试错&hellip;&hellip;但一直在前进，且信念与方向一样坚定而不可逆转！</span></p>