

司法审查中的行政行为“明显不当”标准

周佑勇

内容提要:面对行政行为“明显不当”作为一项独立的行政裁量审查标准而在司法判定上存在的模糊性难题,经由我国法院裁判实践发展出了“同案对比”的事实审、“规则适用”的法律审以及“利益均衡”的原则审等三种判定技术。据此,“明显不当”审查标准在内涵上,不仅意味着行政裁量决定不能在“事实”上存在“偏私”,也意味着其在“规范”上要符合“法律的规定”,并在“价值”上还要“实质合理且利益均衡”。作为主观面向的“滥用职权”审查标准与作为客观面向的“明显不当”审查标准,分别代表了行政裁量的“行为无价”与“结果无价”两个方面,由此并列成为两种相互独立的行政裁量审查标准。主观过失乃至客观上的不当,仅构成“明显不当”而非“滥用职权”。就程序裁量权的司法审查而言,仍然需要与实体利益的衡量相牵连,只有客观上严重影响实体内容或相对人合法利益的程序瑕疵,才构成“明显不当”。

关键词:明显不当 滥用职权 行政裁量 程序裁量权 司法审查

周佑勇,中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部教授。

一 引言

在我国,针对法院应以何种审查标准来撤销或变更行政行为这一问题,相较于1989年的行政诉讼法而言,2014年修订的行政诉讼法新增了一项行政行为“明显不当”的审查标准,该项审查标准并非凭空产生。一是,1989年行政诉讼法明确规定,行政处罚“显失公正”的,法院有权判决变更,而在2014年行政诉讼法中,行政处罚“明显不当”的,法院同样有权判决变更,基于法院变更权内涵的一致性,“明显不当”与“显失公正”之间具有可转化性;二是,在1999年行政复议法中,直接将“明显不当”作为行政行为可予以撤销或变更的独立审查标准,实际上与1989年行政诉讼法规定的“显失公正”基本相当。^[1]

[1] 参见江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社2014年版,第264页。

因此,2014 年行政诉讼法以“明显不当”代替“显失公正”一词,符合两法之间的协同一致性。只不过,2014 年行政诉讼法将“明显不当”增列为撤销与变更行政行为的一项独立的审查标准,因而其在审查范围上又明显超越了行政处罚“显失公正”的范围,而扩展到了所有可诉类型的行政行为。^[2] 自此,我国的行政诉讼“堂而皇之地进入合理性审查的时代”。^[3]

就“明显不当”这一审查标准的法律属性而言,尽管目前我国理论和实务界在认识上仍然存在着“合法性审查”与“合理性审查”的争论,但对于其适用对象的认知,却表现出了惊人的一致性,即认为“明显不当”审查标准仅适用于裁量性行政行为而非羁束性行政行为。对此,全国人民代表大会法律委员会在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉修改情况的汇报》中明确指出,“明显不当”审查标准入法的理由,主要就是因为“对于行政机关明显不合理的行政行为,没有规定人民法院可以判决撤销,不利于解决行政争议”。^[4] 对于 1989 年行政诉讼法所规定的“显失公正”审查标准而言,其入法的理由同样是因为“目前有些法律、法规对行政处罚的幅度规定过宽或者没有限度,致使行政机关的自由裁量权过大,应有所制约”。^[5]

然而,问题的关键是,行政机关的裁量行为究竟在何种情况下构成“明显不当”?从司法审判实践中来看,对于如何判定“明显不当”或“显失公正”这一审查标准的适用与构成,其实一直存在着极大的模糊性。因为“不当”与“公正”本身就是一个内容非常模糊的概念,再加上“明显”与“显失”,则更显含糊不清。^[6] 更为重要的是,在我国,还有一项独立的行政裁量审查标准,就是“滥用职权”。^[7] 那么,与之相比,“明显不当”又当具有何种特殊的内涵,或者说,法院应该如何对这两项审查标准加以区分适用,以保证各项审查标准之间的独立性与严整性,这同样也是司法适用过程中所面对的一个急需解决的难题。有鉴于此,本文拟以最高人民法院发布的相关指导案例、公报案例及其他典型案例为观察,通过详细审视司法审查过程中的裁判逻辑和判定技术,以明确“明显不当”审查标准的具体内涵及其与“滥用职权”等其他审查标准之间的区别,从而增强该项审查标准的司法适用性。

二 “明显不当”标准的司法判定技术

在学理上,对于行政机关裁量权的行使在何种情况下会构成“明显不当”,一般从两

[2] 参见梁风云著:《新行政诉讼法讲义》,人民出版社 2015 年版,第 12 页。

[3] 何海波:《论行政行为“明显不当”》,《法学研究》2016 年第 3 期,第 73 页。

[4] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《行政诉讼法修改前后条文对照表》,人民法院出版 2014 年版,第 116 页。

[5] 胡康生:《〈行政诉讼法〉立法过程中的若干问题》,载《行政诉讼法专题讲座》,人民法院出版社 1989 年版,第 52 页。

[6] 参见袁明圣:《对滥用职权与显失公正行为的司法审查》,《法律科学》1996 年第 6 期,第 19 页。

[7] 参见周佑勇:《司法审查中的滥用职权标准——以最高人民法院公报案例为观察对象》,《法学研究》2020 年第 1 期。

个方面判定:其一,从语义本身的角度,无论是“明显”还是“显失”,其词义都代表了一种程度。如有观点认为,“显失公正的行政处罚,属于非常不合理的行政处罚”,^[8]“明显不当,其主要特征是行政机关及其工作人员实施的行政行为虽然没有违反法律的禁止性规定,但却明显不合情理或不符合公正要求”。^[9]其二,从行政裁量合理性要求的角度,不管是“不当”还是“公正”,均指裁量权的行使不符合法律授予的目的或要求。如有观点认为,评判“明显不当”审查标准构成的内容主要有:没有考虑依法应当考虑的因素,或者相反,考虑了不应当考虑的因素,处理方式违反比例原则,没有正当理由的区别对待,重复处罚,同一地区不同标准或不同地区同一标准,以及违背业已形成的裁量准则等。^[10]

显然,以上语义上的理解以“非常不合理”“明显不合情理”等概念来解释“明显不当”或“显失公正”,并不能消解这一审查标准在适用和构成上的模糊性。而基于裁量权行使的合理性要求,一般为法律所明确规定,法院在适用这些规定的时候,又会在“明显不当”审查标准与其他审查标准之间形成某种混淆。面对“明显不当”审查标准在司法判定上存在的模糊性难题,通过观察最高人民法院发布的相关指导案例、公报案例及其他典型案例,我们可以发现,经由我国法院裁判实践的发展,已经逐步形成了“同案对比”的事实审、“规则适用”的法律审以及“利益均衡”的原则审等三种判定技术。

(一)“同案对比”的事实审

当“明显不当”审查标准还仅适用于行政处罚“显失公正”的时候,基于“公正”词义本身就代表着“不偏袒哪一方面”^[11]的意义,因此“显失公正”通常被认为“是对争议的当事人适用法律不平等、不合理或明显偏私”。^[12]其具体表现为,“违法行为人过错与其应受到的处罚极不相称,即轻错重罚,重错轻罚;在同一案件中,给予同样责任人的处罚差距很大;在同一案件中,轻者重处,重者轻处”。^[13]这实际上就是通过判断行政机关是否存在偏袒一部分而歧视另一部分的行为,且导致处罚结果畸轻畸重,来确定行政处罚“显失公正”。如果这样的话,那么其前提是必须有一个“参照系”,即一个案件通常要与另一个案件相比较,或者一个当事人与另一个当事人相比较。^[14]因而,从严格意义上来说,法院在认定行政处罚构成“显失公正”的过程中,其实并非在适用某项法律规范,或者解释某个法律概念,而是在确定两个案件之间的类同性,即基于另外一个案件来确定当下案件中的行政处罚“显失公正”的构成性。

比如,在“张小利诉北京市公安局丰台分局治安管理处罚裁决案”^[15](简称“张小利案”)中,第三人田杰因住房琐事与唐文从及张小利发生纠纷,并将张小利殴打成轻微伤;

[8] 胡康生主编:《行政诉讼法释义》,北京师范学院出版社1989年版,第53页。

[9] 马怀德主编:《新编〈中华人民共和国行政诉讼法〉释义》,中国法制出版社2014年版,第331页。

[10] 参见何海波:《论行政行为“明显不当”》,《法学研究》2016年第3期,第80-82页;崔卓兰:《论显失公正行政处罚的不合法》,《法学研究》1990年第6期,第18页。

[11] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1979年版,第379页。

[12] 傅国云:《行政处罚显失公正的内涵及其表现初探》,《法商研究》1993年第1期,第35页。

[13] 黄杰主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉诠释》,人民法院出版社1994年版,第185页。

[14] 参见江必新著:《行政诉讼问题研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第272页。

[15] 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(行政与国家赔偿卷1)》,人民法院出版社2017年版,第36-38页。

被告北京市公安局丰台分局对田杰违反治安管理的行为未及时作处理,致使双方再次发生纠纷,唐文从又将田杰殴打成轻微伤。法院认为,被告在处理田杰殴打张小利、唐文从殴打田杰的两起违反治安管理行为的案件中,在情节、后果基本相同的情况下,对唐文从处以行政拘留 7 天的处罚,而对田杰则作出罚款 200 元的处罚,构成“显失公正”。就处罚决定的合法性来说,该案中无论是 7 天的行政拘留还是 200 元的罚款,其实都在法律授予被告处罚裁量权的范围之内。但为确定该行政裁量决定的不合理性(实质违法性),法院基于被告在作出处罚决定的过程中存在未同等对待之事由,认定对田杰的行政处罚决定“显失公正”。尽管相同情况相同处理的“平等原则”内在地具有“人性尊严”与“正义”的客观价值,^[16]但在适用逻辑上,“平等即是相同与不同的应予以有差异的且符合其本质的对待与处理。但其并未说明什么是平等或不平等以及如何的相同或不同的对待处理”。^[17]因此,平等原则首先表现为一纯粹形式原则,法院只要确定两个案件之间存在相同或者不相同之事由即可。这种形式化的认定技术,虽然具有与适用法律规则一样的确定性,但其缺陷在于,在没有同案可予以对比的情况下,该项评判技术将无法发挥作用,由此使得“明显不当”标准的适用范围受到极大的限制。而且,一旦出现另案不属于同一行政机关做出的情况,法院直接以其他案件作类比,会陷入擅自介入其他案件正当性欠缺的困境。在“张小利案”中,尽管法院确定被告存在未平等对待的裁量瑕疵,但并没有说明为何是 200 元罚款相对于 7 天拘留的“显失公正”,抑或者是 7 天拘留相对于 200 元罚款的“显失公正”,乃至至于相对于其他处罚决定的“显失公正”等。法院只能确定二者之间存在不同对待的事实,进而认定裁量决定不合理。

可见,尽管我国行政诉讼法所规定的“明显不当”与“显失公正”之间具有相同的内涵,但如果将“明显不当”审查标准仅限于“公正”与否,并通过“同案对比”事实审的认定技术进行判断,事实上难以全面体现“明显不当”审查标准的实质内涵。换言之,虽然行政裁量决定是否“公正”本身也是行政裁量行使的基本要求,因此“同案对比”的事实审可以作为“明显不当”审查标准构成的认定技术,但并非全部。

(二)“规则适用”的法律审

在现代法治理念中,行政裁量不再是游离于法律之外的绝对权力,而是应受行政合法性原则的拘束,行政裁量必然是法律授予的裁量。因此,行政机关如果未按照法律规定的要求行使裁量权,自然也会构成裁量不当。而法院如果按照法律规定的条件来评判裁量权行使的合理性,在认定技术上则将表现为一种“规则适用”的法律审形态。

譬如,在“苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案”^[18](简称“苏州鼎盛案”)中,原告苏州鼎盛食品有限公司(简称鼎盛公司)因其对“I will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识的使用系商标性使用,该标识与东华公司“乐活 LOHAS”注册商标构

[16] 参见邱基筠、邱铭堂:《论行政法上之平等原则》,载城仲模主编《行政法之一般法律原则》(二),我国台湾地区三民书局 1997 年版,第 111-112 页。

[17] [德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》(第二版),刘幸义译,法律出版社 2011 年版,第 178 页。

[18] 参见苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案,《最高人民法院公报》2013 年第 10 期,第 36-41 页。

成近似,其行为侵害了东华公司注册商标专用权,被告苏州市工商局商标局据此对其处以50万元罚款。法院认为,被告苏州市工商局商标局具有处以罚款的裁量权,因为“我国《商标法》第五十三条规定,工商行政管理部门在处理侵犯注册商标专用权纠纷时,认定侵权行为成立的,责令立即停止侵权行为,并可处以罚款”。但是,“应当根据《行政处罚法》第四条第二款确立的‘过罚相当原则’,综合考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质、后果及危害程度等因素,决定是否对相对人并处罚款”。而在本案中,被告苏州市工商局商标局并没有考虑原告鼎盛公司侵害他人商标的“主观恶意”“侵权时间”“损害后果”以及“侵权行为和情节显著轻微”等因素。据此,法院直接认定被告处以50万元的罚款“缺乏妥当性和必要性”,属于“显失公正”的行政处罚。

与前述的“张小利案”相类似,法院在“苏州鼎盛案”中也对行政机关作出裁量决定的过程予以了细致地审查,但在处理技术上,却又完全有别于“张小利案”。在“苏州鼎盛案”中,法院并非以其他案件作参照类比,而是直接审查被告在裁量决定过程中,是否符合《行政处罚法》第4条的规定,并据此判断其存在未考虑某些法定因素的行为事实。尽管在本案中,法院认为,行政处罚显失公正,是因为“行政机关作出的行政处罚明显违背‘过罚相当原则’,使行政处罚结果与违法程度不相适应”,甚至还提出了行政机关应“兼顾保护行政相对人的合法权益,行政处罚以达到行政执法目的和目标为限,并尽可能使相对人的权益遭受最小的损害”的要求。但对是否违背“过罚相当原则”的判断,法院在裁判说理中明确依据的是《行政处罚法》第4条第2款所规定的“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”这一法定内容。因此,与“张小利案”不同,在“苏州鼎盛案”中,法院并非仅仅只是实施事实层面的审查,而是直接依据法律条文的明确规定进行判定的。显然,法院在这里的裁判逻辑表现为一种纯粹的“规则适用”法律审查形态,即首先解释作为大前提的法律条文的具体内涵,然后确定行政机关作出的行政行为存在或不存在哪些法定事实情节,最后判定其与法律条文的符合性。

“规则适用”法律审的认定技术因存在可直接适用的法律依据,与“同案对比”的事实审一样,也会得出比较明确的审查结论。但其缺陷在于,该项认定技术往往容易将“明显不当”审查标准转换成其他类型的审查标准,从而“隐匿”了“明显不当”审查标准的适用形态。^[19] 譬如,既然裁量决定未考量某些应考量的事项,不符合《行政处罚法》的规定,那么法院也可以直接认定行政机关“违反法律、法规的规定”;而如果没有相关证据证明行政机关考量了某些应考量的事项,法院还可以认定行政机关做出的裁量决定“证据不足”。同时,这种判定技术,仅适用于那些具备法律明确规定的情形,在法律规定缺位或者不明确的情况下,法院就难以适用。因为,“只依据应该考虑的因素没有得到考虑,并不足以宣布一个决定无效:只有当法律‘明确或者隐含地规定了应该考虑的因素,并把这作为政府当局的法律义务’,如果这些因素没有被考虑,这时候作出的决定才是无效的。”

[19] 参见郑春燕:《“隐匿”司法审查下的行政裁量观及其修正——以〈最高人民法院公报〉中的相关案例为样本的分析》,《法商研究》2013年第1期,第62-65页。

因此,有些因素决策者可以考虑,但是不一定必须这样”。^[20] 此外,没有考虑法律所规定的因素,或者考虑法律所禁止的因素,可能因为不符合法律的规定而违法,但是否考虑了法律所规定的因素,以及未考虑法律所禁止的因素,就一定合法、合理呢? 自此不无疑问。^[21]

(三)“利益均衡”的原则审

从司法审查的结果与过程来看,在“张小利案”和“苏州鼎盛案”中,尽管法院对行政机关裁量权的行使实施了实质性的审查,但在“明显不当”(或显失公正)审查标准构成的判定上,其实仍然遵循着一种形式化或规则化的处理技术:或基于同案对比,或严格适用法律规则。^[22] 虽然,这些处理技术在很大程度上可以确保法院审查依据与裁判结论的明确性,但也正因为如此,它们始终存在着一定的适用局限性,仍未能全面体现“明显不当”审查标准的应有内涵。而它们所欠缺的正是现代多元化社会所需要的一种“利益均衡”。“现如今,行政自由裁量权的行使无法避免地被认为在本质上是一个立法过程:对受行政政策影响的各种私人利益之间相互冲突的主张进行调节的过程”,它“要求行政机关在若干受影响之特定利益星云密布般充斥其间的某个特定事实情形中,必须重新衡量和协调隐藏在立法指令背后的模糊不清的或彼此冲突的政策”。^[23]

譬如,在“陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案”^[24](简称“陈超案”)中,原告陈超从事“网约车”客运服务,被告济南客运管理中心认定其行为构成未经许可擅自从事出租汽车客运经营,对其处以 2 万元罚款,没收违法所得。对此,法院经审理认定被告济南客运管理中心对原告陈超的行政处罚构成“明显不当”。在裁判逻辑上,尽管与“苏州鼎盛案”相类似,法院在本案中强调行政机关做出行政处罚“应当坚持以事实为根据,以法律为准绳,结合涉案行为的社会危害性、行政处罚程序的正当性和行政处罚的比例原则等问题进行综合考量判断”,但与之不同的是,法院并未继续适用《行政处罚法》第 4 条第 2 款的规定,而是直接采用了均衡性的“比例原则”作为认定技术。在本案中,法院首先明确指出,“当一项新技术或新商业模式出现时,基于竞争理念和公共政策的考虑,不能一概将其排斥于市场之外,否则经济发展就会渐渐缓慢直至最后停滞不前。但是同样不容否认的是,网约车的运营需要有效的监管。网约车这种客运行为与传统出租汽车客运经营一样,同样关系到公众的生命财产安全,关系到政府对公共服务领域的有序管理,应当在法律、法规的框架内依法、有序进行。”据此,法院认定原告陈超采用“网约车”这种运营方式的违法性,也即承认了被告对原告作出的行政处罚的形式合法性。但是,在进一步确定该行政处罚实质违法的过程中,法院认为,“我们既要依据现行

[20] [英] A. W. 布拉德利、K. D. 尤因著:《宪法与行政法》(第 14 版)(下册),刘刚、江菁等译,商务印书馆 2008 年版,第 686 页。

[21] 参见张越著:《英国行政法》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 279 页。

[22] See Paul P. Craig, Formal and Substantive Conceptions of the rule of Law: An Analytical Framework, *Public Law*, (Aug., 1997), p. 467.

[23] [美] 理查德·B. 斯图尔特著:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆 2002 年版,第 21、22 页。

[24] 参见陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案,《最高人民法院公报》2018 年第 2 期,第 45-48 页。

有效的法律规定审查被诉行政行为的合法性,以体现法律的权威性和严肃性,同时也要充分考虑科技进步激发的社会需求、市场创新等相关因素,作出既符合依法行政的当下要求,又为未来的社会发展和法律变化留有适度空间的司法判断”,并直白而肯定地指出,“行政机关在依据现行法律法规对其进行处罚时,应当尽可能将对当事人的不利影响控制在最小范围和限度内,以达到实现行政管理目标和保护新生事物之间的平衡”。而在本案中,原告陈超通过“网约车”进行运营的行为社会危害性较小、符合一般社会认知,且被告并无证据证明车费是否已经结算完毕等具体的违法事实。据此,法院认定对原告的行政处罚有违“比例原则”,构成“明显不当”。

显然,在“陈超案”中,法院是在运用均衡性的“比例原则”认定行政裁量“明显不当”,这既不是一种单纯的事实审,也非纯粹地适用某项明确的法律规定。在裁判技术上,“比例原则”通过对两相冲突的利益进行对比衡量,“以维护行政机关和相对人之间、公共利益和个人利益之间的平衡”。^[25] 这其实就是一种有别于“形式法治主义”的“实质法治主义”,它并不满足于行政活动在形式上符合法律,而应当从符合人权保障的法律目的、内容出发,对行政形式提出相应的要求。^[26] 因此,在实质上,行政机关作出的决定,应该是“一个‘在有助于预定目标的可供选择的方案中作出选择’或者‘对使决策者的价值最大化的可供选择的方案作出选择,在对可供选择的方案及其后果进行综合分析之后所作的选择’的过程”。^[27] 如果说,“现行法律是一张由过去的立法决定和司法决定或习惯法的种种传统所构成的不透明网络的产物”,^[28] 那么,法律这种行为规范所具有的先天的滞后性,往往无法为新出现的事物提供明确的行为指引。而“陈超案”所体现的“利益均衡”的原则审查方式,可以很好地解决那些法律规定不明或者没有法律规定的情形。尽管在“利益均衡”的过程中,不可避免地会掺杂着法官的个人价值取向,进而产生瓦解“法治”而出现“人治”的风险,^[29] 但“比例原则”本身就是一种旨在保护个人宪法权利的分析工具和裁判工具,其立足于“限制公权力滥用”的理念。^[30] 换言之,它允许价值进入到司法裁判中,但却又通过利益权衡的过程与理由限制个人恣意。

上述可见,经由我国法院裁判实践的发展,“明显不当”的审查标准在内涵上,不仅意味着行政裁量决定不能在“事实”上存在“偏私”,也意味着其在“规范”上要符合“法律的规定”,并在“价值”上还要“实质合理且利益均衡”。

三 “明显不当”标准的适用范围及与“滥用职权”之区分

我们已经看到,从“同案对比”的事实审,到“规则适用”的法律审,再到“利益均衡”

[25] 周佑勇:《行政裁量的均衡原则》,《法学研究》2004年第4期,第125页。

[26] 参见江利红著:《行政过程论研究——行政法学理论的变革与重构》,中国政法大学出版社2012年版,第85页。

[27] [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯著:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第208页。

[28] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第245页。

[29] 参见陈金钊:《对形式法治的辩解与坚守》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第3页。

[30] 参见蔡宏伟:《作为限制公权力滥用的比例原则》,《法制与社会发展》2019年第6期,第127页。

的原则审,法院在司法审判实践中通过不同的司法裁判技术,将“明显不当”审查标准的内涵已逐渐变得日益丰满。然而,核心的问题在于,2014 年行政诉讼法在增加了“明显不当”标准的同时,将其与“滥用职权”并列为行政裁量的两个独立审查标准。而在裁判技术上,这两者又存在着诸多重合之处,极易相互混淆。譬如,在“刘云务诉山西省太原市公安局交通警察支队晋源一大队道路交通管理行政强制案”^[31](简称“刘云务案”)中,为确定被告对原告刘云务的车辆“既不调查核实又长期扣留涉案车辆是否构成滥用职权”,再审法院同样采用了利益均衡的“比例原则”进行判定。那么,“明显不当”与“滥用职权”何以各自构成独立的审查标准呢?对此,有必要进一步加以相互区分,使其在适用范围上得以合理分工并相互衔接,以便发挥各自独立的审查功能,防止标准的交叉、重叠或者虚置。

(一) 两项标准关系的学理之争

长期以来,“滥用职权”一直被认定为是一个以审查“意图和目的”为主要内容的主观面向的审查标准,甚至只有主观上的故意才可构成“滥用职权”,而主观上的过失并不构成。^[32]但是,可以确定的是,就行政行为而言,并非只有主观故意才会产生违法或不当的法律后果,行政机关在存在主观过失乃至不具有任何主观过错的情况下,也有可能产生违法或不当的法律效果,这是依法行政以及公共利益要求的必然结果。因此,在我国 1989 年的行政诉讼法中,“滥用职权”如果仅适用于审查那些存在主观故意的行政行为,那么,那些不是由主观故意造成的不当行政行为,将无法得到法院的审查。即便“显失公正”可以作为“滥用职权”适用范畴之外的不当行政行为的审查标准,但囿于该项审查标准仅适用于行政处罚领域,行政处罚之外的非由故意引起的不当行政行为,将无法得到审查,由此而形成了行政行为合理性审查的空白。为消解这一困境,在“显失公正”审查标准仍停留在行政处罚变更领域的情况下,其唯一出路就只能是扩展“滥用职权”审查标准的内涵,即将其从“主观故意”扩张到“所有不合理”的行政行为,认为“滥用职权”是“发生在自由裁量权限范围内严重违反行政合理性原则的行为的总概念”。^[33]而如果“滥用职权”既可以是客观上的,也可以是主观上的滥用权力,那么,行政处罚“显失公正”与“滥用职权”就不是并列关系,而是从属关系。换言之,行政处罚“显失公正”只是“滥用职权”或滥用行政裁量权的一种,^[34]或者说只是对滥用职权的程度的修饰,属于“严重滥用职权”。^[35]

随着“明显不当”审查标准在 2014 年行政诉讼法中的确立,这种通过扩大“滥用职权”审查标准的适用范畴来弥补行政行为合理性审查空白的方法必然需要发生改变。因

[31] 参见刘云务诉山西省太原市公安局交通警察支队晋源一大队道路交通管理行政强制案,《最高人民法院公报》2017 年第 2 期,第 24-28 页。

[32] 参见张尚鸞主编:《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 534 页;崔巍:《滥用职权违法形态探》,《人民司法》1994 年第 7 期,第 34 页,等。

[33] 朱新力著:《司法审查的基准——探索行政诉讼的裁判技术》,法律出版社 2005 年版,第 354 页。

[34] 参见李哲范:《“显失公正”之定位》,《当代法学》2010 年第 4 期,第 46 页;段逸超:《行政滥用职权琐议》,《河北法学》2004 年第 4 期,第 98 页。

[35] 参见孙笑侠著:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社 1999 年版,第 288 页。

为“明显不当”审查标准作为撤销与变更行政行为的一项独立的合理性审查标准,在不再受限于变更行政处罚“显失公正”的情况下,它完全可以承担起审查狭义上的“滥用职权”适用范畴以外的不当行政行为这项任务,也即审查那些仅在客观上存在不当的行政行为,而让“滥用职权”审查标准继续回归到主观故意范畴。但是,无论是民事诉讼、刑事诉讼还是行政诉讼,法院审查的必定是那些客观存在的行为(包括不作为),而不能纯粹地苛求行为人的主观意志。因为在现代理性主义看来,“我的行为就是法律在处置我时所应依据的唯一的東西”。^[36] 尽管“滥用职权”审查标准仅适用于那些主观故意的行政行为,但这些行政行为在客观上必然也要存在“不当”,而且这种不当还不能是一般的“不当”,一定是要达到明显不当的“不当”,法院才可以审查,这是行政裁量审查中司法权介入行政权的根本界限所在。^[37] “如果行政主体虽有不当,但尚未达到显失公正之结果,那么便不属于滥用职权违法,而是行政不当”。^[38] 因此,“滥用职权标准又是一个客观性的审查标准,法院要依据行政行为的客观表现来判断是否构成滥用职权”。^[39] 从这个角度来说,“明显不当”审查标准和“滥用职权”审查标准又将呈现为另外一种从属关系,即“滥用职权”审查标准从属于“明显不当”审查标准,成为一项次级标准,用于规制“明显不当”审查标准中的那些具有主观故意的不当行政行为。^[40] 当然,也有学者认为,“显失公正有可能是因为行政机关工作人员故意所为,当然这同时属于滥用职权,滥用职权实施的行为一定是不公正的,但这种不公正不一定是明显的和构成显失公正,显失公正可能因滥用职权而造成,但却不都是因滥用职权造成的”。^[41] 按照这样的理解,则“明显不当”审查标准和“滥用职权”审查标准实际上变成了一种相互包容的交叉关系。

(二) 适用范围上的逻辑分工:主观审查抑或客观审查

上述可见,从我国行政诉讼法历来规定的情况以及法院审查对象的属性来看,“滥用职权”审查标准无论是扩张还是严守其主观面上的审查内涵,在与“明显不当”审查标准的关系上,始终存在着范畴上的包容关系。正因为如此,在行政诉讼法修订的过程中,有观点便提出,既然“明显不当”审查标准是“滥用职权”的情形之一,那么将二者并列规定不合逻辑,建议将“滥用职权的”修改为“滥用裁量权的”,并删除“明显不当的”。^[42]

然而,在2014年的行政诉讼法并未选择通过扩张“滥用职权”审查标准适用内涵,而是在新增了“明显不当”审查标准的情况下,从体系的融贯性与逻辑的严谨性出发,就应当对这两项标准的适用范围作出明确的合理分工。据此,“滥用职权”只能作为一项主观面上的审查标准,而“明显不当”则承担行政裁量客观面上的审查标准,即审查“滥用职权”审查标准适用范畴以外的不当行政行为。尽管“滥用职权”在客观上必然是一个明显不当的行政行为,但如果由此而将其归入“明显不当”的次级审查标准,其实并没有准确

[36] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社2001年版,第121页。

[37] 参见[日]田村悦一著:《自由裁量及其界限》,李哲范译,中国政法大学出版社2016年版,第147页。

[38] 参见胡建森主编:《行政违法问题探究》,法律出版社2000年版,第302页。

[39] 马怀德主编:《新编〈中华人民共和国行政诉讼法〉释义》,中国法制出版社2014年版,第330页。

[40] 参见高鸿、殷勤:《论明显不当标准对行政裁量权的控制》,《人民司法(应用)》2017年第19期,第108页。

[41] 罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第256页。

[42] 参见江必新主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉理解适用与适用指南》,中国法制出版社2014年版,第324页。

而全面地体现出二者的实质内涵。因为,“滥用职权”是一项侧重于对行政机关本身运用权力的能力的评价标准,而包括“明显不当”在内的其他五种审查标准(主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权),则是对行政行为内容是否合法、合理的评价。^[43]

详言之,在行政裁量合理性审查领域,“滥用职权”和“明显不当”分别代表了行政行为的“行为无价”和“结果无价”两个面向。前者以“行为”为中心,首先考虑的是行为人出于什么样的意图、实施了什么样的行为,然后再考虑该行为引起了什么样的结果;而后者则以“结果”为中心,行为之所以被评价为没有价值,是因为该行为在客观上引起了不好的结果,即结果恶才是违法性的根据。^[44]“行为无价”强调的是行为人本身,比如行为人事事实上意欲什么,主观上是否追求这个结果、容任这个结果或仅仅是预见这个结果;而“结果无价”强调的则是行为的结果,比如该行为是否在客观上违反了法律规定,是否符合比例原则,是否平等对待等。^[45]即,“滥用职权”之所以强调是主观审查而不是客观审查,是因为其“要判断的不仅仅是行为客观上是否引起了法所禁止出现的事态,而且要看这种法所禁止的事态是否为具体的行为人主观意志的表达,受到行为人故意的支配”。^[46]因此,尽管“滥用职权”在客观上必然是明显不当的行政行为,但作为客观面向上的“明显不当”审查标准并不能全面体现行为人的主观情况。因为,“明显不当”审查标准常常代表的是“一个正常的理智的公民毫无争议地一眼就发现的不当”^[47]而非从行政机关本身出发的不当,它只是一种客观不当,而非主观不当。

不过,基于依法行政与公共利益的要求,“客观行政法必须予以贯彻执行,无论执行人员或者当事人的主观状态如何”。^[48]在行政法中,一般否认了行政意思要素的存在,如果法律规定行政应为行为,行政执法人员就只能严格依照法律的规定行使行政权。^[49]因此,需要进一步阐明的是,“滥用职权”何以能成为一项独立的主观面向上的审查标准,并与客观面向的“明显不当”审查标准相并列以及相区分,其缘由就在于,裁量领域行政意思的存在。毋庸置疑,在羁束行政领域,法律的明确规定基本上消除了行政机关自由选择的余地,即便行政机关主观上存在意志,但该意志将完全隐匿在严格的依法行政之中。然而,在行政裁量领域,其实仍旧存在着一定的意思自治空间。^[50]因为“裁量主要服务于个

[43] 参见张春生主编:《〈中华人民共和国行政复议法〉释义》,法律出版社1998年版,第143页。

[44] 参见黎宏:《结果无价值论之展开》,《法学研究》2008年第5期,第110页。

[45] 参见周漾汐:《从客观转向主观:对于刑法上结果归责理论的反省与重构》,我国台湾地区《台大法学论丛》2014年第4期,第1471-1474页。

[46] 喻浩东:《论故意犯的结果归责:反思与重构》,《比较法学研究》2018年第6期,第143页。

[47] 张峰振:《论不当行政行为的司法救济——从我国〈行政诉讼法〉中的“明显不当行政行为”谈起》,《政治与法律》2016年第1期,第15页。

[48] 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施拖贝尔著:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第450页。

[49] 参见程明修:《行政法上之意思表示、法律行为与行政处分》,载程明修著《行政法之行为与法律关系理论》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2005年版,第90页。

[50] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2012年版,第49页;田勇军著:《论行政法上的意思表示——兼论行政行为构成中的意识要件》,法律出版社2017年版,第172页。

案正当性”^[51]它要求行政机关必须根据实际情况做出符合个案情形的合理决定,在这个过程中,行政机关毋宁是按照其自身的能力与条件进行判断,因此,只要裁量决定在外界看来不具有明显的不合理性,审查机关就无权指涉——“两个合理的人可以对同一事件得出完全相反的结论,且不能指责这两个相反的结论有任何不合理”^[52]

与此同时,即便行政裁量仍要以服务于公共利益为目的,而无“完全自由”的行政裁量,但裁量权的存在,说明行政机关并不是毫无意识的“执法机器”,而是具有相当自主性的行政主体,并且可将其独立意思渗透于行政行为之中。因此,行政裁量本质上就是行政法上的意思表示,裁量行为就是以发生行政法律效果为目的的意思表示行为。^[53]在行政裁量的过程中,如果行政机关的意思表示违背法律授予的目的,则构成裁量权的滥用。此时,法院审查的对象并非仅限于裁量决定在客观上是否符合法律的规定或者行政法基本原则的要求,而是在进一步探求行政机关裁量过程中的主观意志,审查裁量决定在客观上存在的不当是否是基于行政机关主观意志的滥用造成的,或者说客观上的不当是由行政机关主观意志的支配造成的。因此,它确定的是行政裁量的“行为无价”而非“结果无价”。

(三)认定标准:主观故意抑或客观不当

既然在行政法中,裁量领域行政意思的存在,让主观归责与客观归责的分化同样适用于行政行为的司法审查,那么,作为主观过错的过失性行政行为,构成的仍然是“明显不当”而非“滥用职权”。因为对“过失”行为的归责,同样是一种客观审查。“过失不可避免地含有与个人无关的和不公平的关于责任和谴责的判断。对过失行为人的判决,不是以他实际上做了什么为基础,而是以行为入偏离一个合理的人的虚构的行为标准的程度为基础的”^[54]对过失行为的违法性判断,“重要的不是行为人的意志指向,而是行为本身偏离法规范所期待的理性人标准,从而在客观上给法益带来不容许的风险”^[55]即,过失是一种对客观结果回避义务而非主观预见义务违反的行为。^[56]因此,“明显不当”与“滥用职权”之间的区分标准,其实就在于如何认定行政机关在裁量决定的过程中是否存在主观故意,而并非主观过失乃至客观不当。关于“主观故意”的认定,可以从如下三个层面展开:

首先,行政机关如果存有不正当乃至非法的目的或动机(意欲),当然构成故意。譬如,在“罗国平、李旺涛等与三都水族自治县人民政府三合街道办事处案”^[57]中,为了迫使原告搬迁,被告致函三都县供电局,要求供电局对原告居住的房屋停止供电的行为,就是典型的具有目的不正当的“滥用职权”行为。当然,很多情况下,行政机关可能夹杂着多重目的,其中既有正当合法的目的,也有不正当乃至违法的目的。此时,审查机关就要根

[51] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第127页。

[52] [英]韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第77页。

[53] 参见王学辉:《行政法意思表示理论的建构》,《当代法学》2018年第5期,第40页。

[54] [美]乔治·P·弗莱彻著:《刑法的基本概念》,王世洲主译,中国政法大学出版社2004年版,第151页。

[55] 劳东燕:《过失犯中预见可能性理论的反思与重构》,《中外法学》2018年第2期,第309页。

[56] 参见刘艳红:《注意规范保护目的与交通过失犯的成立》,《法学研究》2010年第4期,第133页。

[57] 参见贵州省都匀市人民法院(2017)黔2701行初92号行政判决书。

据不同目的所起的实际作用,以及它们与行政行为的关联性进行综合判定。如果主要目的的不当,就可构成“滥用职权”。^[58]

其次,即便行政机关的主观动机无可非议,或者无法确定主观动机是否存在或是否正当,但只要行政机关对裁量权的不正当行使有着明确的“认识”,仍可构成故意。^[59]从这个意义上说,目的正当性是“滥用职权”审查标准构成的充分条件而非必要条件。^[60]譬如,在“定安城东建筑装修工程公司与海南省定安县人民政府、第三人中国农业银行定安支行收回国有土地使用权及撤销土地证案”^[61]中,被告海南省定安县人民政府撤销原告定安城东建筑装修工程公司的《国有土地使用证》,其目的在于建设政府办公大楼。尽管该目的正当、合法,但法院仍然认为,“当初未填写土地用途,并非城东公司的原因所致,本可以补正方式解决,县政府却以此为由撤销城东公司合法持有的《国有土地使用证》,属于滥用行政职权”。

最后,对故意中“认识”内容的判定,其实并不要求行政机关对行为结束后的具体因果发展进程有明确的认识,只要行政执法人员对行为不当性的认识无误,则不论因果流程发生何种偏离,均不影响故意的成立。^[62]譬如,在“王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷”^[63]中,就被告对原告车辆予以暂扣的行政行为是否构成滥用职权,法院仅以行政机关在主观上认识到“在炎热的天气下,运输途中的生猪不宜受到挤压,更不宜在路上久留”这一事实,认定行政机关构成“滥用职权”,而没有要求行政机关是否认识到该行为与损害结果之间的因果关联性。

当然,与民事、刑法上主观故意的探求一样,行政法上主观故意的认定,同样会存在行政机关对意志的否认乃至抗拒的情形。但无论行政机关如何否认自己的主观不当,审查机关都可以通过客观的事实证据来证明。换言之,法院不需要拘泥于所使用的辞句与用语,而可以以过去的事实及其他一切证据资料作为判断的标准,^[64]尤其是可以通过行政行为作出的理由说明进行判断。^[65]

综上所述,当我们再次对比“陈超案”与“刘云务案”,便可以发现,为何在两个案件中法院都采用了均衡性的“比例原则”判定行政裁量的实质合理性,但“陈超案”构成的是“明显不当”,而“刘云务案”构成的是“滥用职权”。这是因为在“刘云务案”中,从被告行政机关对原告车辆“既不调查核实又长期扣留涉案车辆”且“反复要求刘云务提供客观上

[58] 参见[英]韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第83页;[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼著:《英国行政法教科书》(第五版),杨伟东译,北京大学出版社2006年版,第306页。

[59] 参见李世阳:《故意概念的再定位——中国语境下“盖然性说”的展开》,《政治与法律》2018年第10期,第128页。

[60] 参见姚建军:《对行政滥用职权的司法审查》,《人民司法(应用)》2011年第7期,第89页。

[61] 参见定安城东建筑装修工程公司与海南省定安县人民政府、第三人中国农业银行定安支行收回国有土地使用权及撤销土地证案,《最高人民法院公报》2015年第2期,第39-45页。

[62] 参见陈璇:《论主客观归责间的界限与因果流程的偏离》,《法学家》2014年第6期,第106页。

[63] 参见王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷,《最高人民法院公报》2003年第3期,第34-36页。

[64] 参见李建良:《论行政法上之意思表示》,载廖义男教授祝寿论文集编辑委员会编《新世纪经济法制之建构与挑战——廖义男教授六秩华诞祝寿论文集》,我国台湾地区元照出版公司2002年版,第228页。

[65] 参见陈爱娥:《行政处分存否的认定标准与“行政法院”“适用”大法官解释的方式——“行政法院”八十九年度判字第一六五八号判决评释》,我国台湾地区《法令月刊》2000年第10期,第227-228页。

已无法提供的其他合法来历证明”的行为看来,已经明显地表明,行政机关存在裁量权不当行使的主观故意。法院在该案中对比例原则的适用,其实是在进一步确定行政机关主观上的恶意形成了客观上的不当。而在“陈超案”中,仅涉及裁量决定在客观上的不当。因为对于“网约车”这种新出现的经营方式,在现行法律规定不明确或没有规定的情况下,行政机关对其实施处罚难以表明其主观恶意的存在,相反,可能仅仅是出于依法行政的要求,严格执法而已。只不过,由于被告在执法的过程中客观上违反了“比例原则”的均衡性要求,因而才被法院认定为“明显不当”。

四 “明显不当”标准在程序裁量权中的适用

任何行政行为都是实体内容和程序形式的统一。行政机关实施行政行为,不仅要遵循实体法规范,同时还要遵循程序法规范,否则同样构成违法或不当行政行为。行政裁量也一样,就其表现形式而言,既包括行为方式、行为内容等方面的裁量,也包括行为程序裁量。^[66]虽然基于主观故意与客观不当的分化,让“滥用职权”与“明显不当”各自成为独立的审查标准,但是这两者通常只被看作是行政裁量实体内容方面的评价标准。那么,其能否被作为评判行政程序违法性的标准呢?关于这一问题,在2017年最高人民法院指导案例第88号“张道文、陶仁等诉四川省简阳市人民政府侵犯客运人力三轮车经营权案”^[67](简称“张道文案”)中,得到了肯定的体现。在该指导案例中,行政机关因为未告知相对人行政许可期限,被法院认定为在程序上存在“明显不当”。基于最高人民法院发布的指导案例具有“应当参照”的法律效力,第88号指导案例的裁判要点已经足以表明:不仅行政机关应该明确告知行政许可的期限,而且“明显不当”还可以作为程序裁量权的审查标准。

(一)“明显不当”在行政程序审查中的适用现状

作为行政裁量合理性审查标准的“明显不当”是否可以适用于行政程序,在理论与实务中并非没有争议,而是既有主张适用的,也有采取排斥适用的。

从理论上来说,如果按照传统的形式合法性审查的要求,在依法行政原则的约束之下,不仅行政机关而且包括法院,其实都只是从客观上在探求法律上的“唯一正确答案”。因此,行政诉讼所要审查的只不过是确定行政行为是否达到了已在根本上确定的那个结果,而无需审查行政程序。即行政程序被认为只是工具性的,它除了作为实现实体法的手段而有价值外,本身没有任何意义。^[68]如此而言,法院审查行政程序也就无多大的必要,更不用说是否适用“明显不当”审查标准。当然,这种程序工具主义的观点在现代法治社会中已经逐渐消亡,程序具有其自身的独立性价值而应受到法院的审查。只不过,在我国的行政诉讼法中,由于已经存在了“法定程序”审查标准,因此有观点认为,有关行政程序

[66] 参见周佑勇著:《行政法原论》,北京大学出版社2018年版,第71页。

[67] 参见最高人民法院指导案例第88号,《最高人民法院关于发布第17批指导性案例的通知》(法[2017]332号),2017年11月15日。

[68] 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322页。

的合法性问题,都应该由“法定程序”审查标准负责,“明显不当”只是合理性审查之下的一个支流,没有必要流淌到行政程序审查的“河床”之中。^[69]此外,实践中很多程序问题虽然没有为法律、法规、规章乃至规范性文件所规定,但“正当程序原则”同样起到了规范程序违法的作用。而在司法实践中,“法定程序”审查标准的内涵已经逐渐地包含有正当程序的要求,这样它就完全可以承担起行政程序审查的所有问题,无需适用“明显不当”审查标准进行判断。^[70]

然而,通过对司法判决的观察可知,在 88 号指导案例发布之前,实践中就已经有案例将“明显不当”作为行政程序审查的适用标准。譬如,在“郑州市中原区豫星调味品厂与河南省郑州市人民政府行政处罚申诉案”^[71](简称“豫星调味品厂案”)中,被告郑州市人民政府在对原告郑州市中原区豫星调味品厂做出“关于注销郑国用(1996)字第 3483 号国有土地使用证的决定”的过程中,存在“既未事前告知豫星调味品厂,亦未给予其陈述和申辩的机会”之行为,被法院认定为程序“明显不当”。就该案而言,未向相对人“告知”行政处罚决定,以及未给予相对人“陈述”和“申辩”的机会,明显属于违反“法定程序”^[72]或“正当程序原则”的行为。^[73]法院实际上是以“明显不当”审查标准取代了“法定程序”审查标准或“正当程序原则”。此外,实践中还存在着将本来属于行政程序的问题,却被法院以其他实体性的审查标准所代替的情况。譬如,在“张美华、刘宇等请求天水市公安局麦积分局行政不履行法定职责案”^[74]中,被告天水市公安局麦积分局因未及时出警,导致受害人失血过多而死亡,被法院认定为行政不作为。就该案而言,“未及时出警”只是未遵守法定期限(本案为紧急情况下的紧急期限)履行职责,严格说来应该属于程序违法问题。

(二)作为程序裁量权审查标准的“明显不当”

如果像“豫星调味品厂案”那样,将“明显不当”适用于违反“法定程序”的行政程序,其实并不符合法律体系的要求。这是因为,既然二者并列作为撤销行政行为的法定理由,那么,它们都是独立的审查标准,而不应该相互混淆使用。而如果否认“明显不当”审查标准适用于行政程序,或者以其他实体性的审查标准审查行政程序,则又意味着行政程序并不存在合理性问题,只有程序合法与程序正当的问题。

不过,在指导案例第 88 号“张道文案”中,行政程序违法并非是因为行政机关未告知相对人行政许可决定,而是因为未告知行政许可期限。法院认定未告知行政许可期限的行为属于程序“瑕疵”,从而适用“明显不当”审查标准。在该指导案例看来,行政程序“瑕疵”如果达到明显不当的程度,就属于“法定程序”与“正当程序”适用范畴以外的程序违法类型。因为,如果行政诉讼法所规定的“法定程序”指的就是法律、法规和规章乃至于

[69] 参见余凌云:《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对〈中华人民共和国行政诉讼法〉第 54 条第(4)项的批判性思考》,《法商研究》2005 年第 5 期,第 46 页。

[70] 参见何海波:《论行政行为“明显不当”》,《法学研究》2016 年第 3 期,第 76-77 页。

[71] 参见最高人民法院(2014)行提字第 21 号行政判决书。

[72] 参见《中华人民共和国行政处罚法》第 31 条、32 条。

[73] 参见周佑勇:《行政法的正当程序原则》,《中国社会科学》2004 年第 4 期,第 123 页。

[74] 参见《最高人民法院关于行政不作为十大案例》,《人民法院报》2015 年 1 月 16 日第 3 版。

规范性文件所规定的程序,那么,在这些法律文件没有规定或者规定不明确的情况下,行政程序仍存在合理性问题,而需要继续受到法院的审查。譬如,《110 接处警工作规则》第 15 条规定:“110 报警服务台接到报警后,根据警情调派警力进行处置”,其中“根据警情调配警力”,就属于法定程序范畴内所存在的“出警裁量权”。可以确定的是,如果公安机关未“出警”,当然构成对“法定程序”的违反。但如果公安机关出警了,只是未“根据警情调配警力”,导致出警效果明显不合理,乃至没有起到任何作用,这种情况其实是“法定程序”审查标准难以评价的。与此同时,“正当程序原则”也非一项可以容纳所有程序违法类型的审查标准,它亦有其适用的局限性,即“只有在权利受到法律规则的实质性与强制性影响的情况下,正当程序原则才应发挥作用,如果仅涉及到那些‘可以’之类的裁量权,法院一般就不应该援引正当程序原则”。^[75]因而,行政程序也存在裁量问题,“在法律和一般程序原则没有严格限制的领域,贯彻落实程序原则的关键是行政机关的程序裁量权”。^[76]

行政程序裁量权的存在,意味着行政行为不仅在实体内容上应实质合理,而且在程序上同样要实质合理,而只有“明显不当”以及“滥用职权”作为行政程序裁量的审查标准,才可以全面与彻底地将裁量权所要求的那种内在品格体现出来。但是,与行政裁量一样,行政程序裁量“瑕疵”应到何种程度,才会构成“明显不当”,从而属于程序违法呢?通过 88 号指导案例可以看出,行政程序“明显不当”的构成,仍然与行政行为的实体内容或相对人的合法利益息息相关。因为,行政许可的期限是行政许可中的一个极为重要的方面,期限长短的不同,所产生的利益大小就不同。在行政许可期限之内,行政相对人不仅有资格从事客运经营,而且无需再缴纳许可费用;而如果许可期限满期,则要么相对人的客运资格被取消,要么相对人需要继续缴纳费用以延续许可期限。很明显,行政许可期限是一项对行政相对人的利益影响巨大的事项,行政机关未告知许可决定与未告知相对人许可期限,其结果反差是极为明显的。

因此,尽管行政程序裁量涉及的是程序性事项,但在对其“明显不当”构成的判定内容与技术上,其实仍然与实体内容或利益的衡量有关。换言之,对于程序“瑕疵”的审查,法院不应提出可疑的程序补救办法,而应将其本身限于针对任何实质性缺陷的补救办法,^[77]即法院同样“必须平衡各种目标和利益并最终解决问题”。^[78]因而,如果行政程序仅产生诸如“告知、公告错误或不完善”“理由说明不完备”“未履行政程序释明义务”“未就中间程序性决定出具或送达法律文书”“超过法定期限履行法定义务”“超过法定期限送达行政决定书”“行为方式不符合要求”以及“行政文书的技术性错误”等情况,因为这些“瑕疵”未对行政行为的实体内容或相对人的合法权益造成实质性的影响,那么,一般情

[75] Tim Searchinger, *The Procedural Due Process Approach to Administrative Discretion: The Courts' Inverted Analysis*, *The Yale Law Journal*, Vol. 95, 1986, p. 1019.

[76] [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施拖贝尔著:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆 2002 年版,第 203 页。

[77] Charles H. Koch Jr., *Judicial Review of Administrative Discretion*, *The George Washington Law Review*, Vol. 54, 1986, p. 494.

[78] [德]弗里德赫尔穆·胡芬著:《行政诉讼法》(第 5 版),莫光华译,法律出版社 2003 年版,第 15 页。

况下仅构成程序“瑕疵”，而非程序“明显不当”。^[79]

五 结 语

当裁量将由法律和制定法所承认，则裁量意味着有权自主判断，但为实现裁量的最佳决定，拥有裁量权的行为者需要“苦思冥想”。^[80] 因为他不仅要在客观上公正行使权力，严格适用法律规则，并要实现利益均衡，而且还要在主观上克己自律，尽职尽责，严防权力滥用；他不仅要确保实体内容的实质合理，而且还要实现行政程序的实质合理。作为客观面向的“明显不当”审查标准的入法，不仅消除了“滥用职权”审查标准在行政裁量领域中的适用困境，而且还优化了撤销行政行为的各项法定标准之间的逻辑严整性，并将行政程序的合理性纳入到司法审查的范围之中，从而对行政裁量权行使的监督与制约，形成了全方位的评判内容与审查标准。

[Abstract] To overcome the ambiguity of the criterion of “obviously inappropriate”, which is an independent criterion on administrative discretion in judicial decision, three critical techniques, namely comparison of similar cases in factual review, application of rule in legal review and balance of interests in principle review, have been developed in Chinese judicial practice. Therefore, in terms of its connotation, the criterion of “obviously inappropriate” means not only impartiality in fact, but also compliance with legal provisions in norms and rational substance and balanced interest in value. The subjective criterion of “misuse of authority” and the objective criterion of “obviously inappropriate” represent the principle of “anti-value acts” and the principle of “anti-value results”, respectively, in administrative discretion, and accordingly constitute two independent and coordinated criteria in judicial review. Subjective negligence or objective misconduct may only constitute “obviously inappropriate conduct” but not “misuse of authority”. As far as judicial review of procedural discretion is concerned, it is necessary to consider its connection to the consideration of substantive interests. The “obviously inappropriate” criterion can be met only when a substantive or legitimate interest is impaired by a procedural flaw.

(责任编辑:支振锋)

[79] 参见杨登峰:《行政行为程序瑕疵的指正》,《法学研究》2017年第1期,第27-30页。

[80] [德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第145页。