有关行政滥用职权的内涵及其表现的学理探讨

胡建淼

行政主体的具体行政行为滥用职权①，即行政滥用职权，已被我国的立法和行政法理确定为行政违法行为之一，从而构成行政审判机关和行政复议机关分别依据《中华人民共和国行政诉讼法》和《行政复议条例》予以撤销的对象。但由于我国的立法迄今没有对"行政滥用职权"的内涵作出解释，亦未对其表现作出列举，我国目前的行政法理因尚不成熟而不能弥补前者的不足，致使行政审判人员和行政复议人员难以认定行政滥用职权行为，从而影响我国行政审判权和行政复议权的准确行使。为此，本文对行政滥用职权作学理上的探讨，以讨教同仁。

一、行政滥用职权内涵的界定

行政滥用职权（Abuse of power）在国外的行政法（学）中是一个颇受青睐的问题。英国、美国、法国、德国和日本等不少国家，无不把它列为行政救济和司法控制的对象。然而，各国行政法对于行政滥用职权，不仅表述上不甚统一②，而且在认定标准上亦有差异。英国行政法拥有两大基本原则，即越权无效和自然公正，违反它们，分别构成越权和违反自然公正这两类行政违法，而权力滥用是越权的一种形式。③美国行政法把滥用职权限定为滥用自由裁量权④，而滥用自由裁量权是指"不合理地行使"该权力⑤。在法国，权力滥用是指行政主体行使权力违反法律的目的⑥。德国行政法亦持同样的主张⑦。联合国行政法庭在沙贝尔一案中把权力的滥用表述为"武断、歧视或带有不当动机。"⑧国外权威性法学词典《布莱克法律词典》对"权力的滥用"下定义如下："以违反法律为目的而行使自己拥有的权

---

① 行政滥用职权并不只发生于具体行政行为之中，在抽象行政行为中亦可存在。但鉴于构成人民法院或行政复议机关撤销对象的滥用职权仅限于具体行政行为范围，本文亦囿于该范围内探讨。

② 如，英国和法国称"权力滥用"，美国称"滥用自由裁量权"，日本则提"滥用裁量"。

③ 参见H·Wade，Administrative Law，1982；De Smith：Judicial Review of Administrative Law，1984。

④ 见《美国法典》第五编第七章，第706条。

⑤ 〔美〕B·施瓦茨，《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年10月第1版，第571页。

⑥ 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年5月第1版，第664—671页。

⑦ 依据1960年1月21日公布的德国《行政法院法》，第114条。

⑧ 引自江必新，《行政诉讼问题研究》，中国人民公安大学出版社1989年8月第1版，第271页。

力。权力的不适当行使。它区别于越权行使法律并没有赋予给他的权力。”①

综合国外立法、判例和学理对行政滥用职权内涵的认定，透过其差异的表象，不难发现其相对的同一性：行政滥用职权是指在权限范围内不适当行使权力而违反法律所设定目的的行为。

在国内，国家的立法虽确定了行政滥用职权的存在，但尚未对其内涵作出解释。在实际生活中，人们常常把行政机关及其工作人员违法行使职权指控为“滥用职权”。这显然把“滥用职权”的范围错误地扩大至“行政违法”。在中国的理论界，学者们并没有犯上述错误，而且在初涉行政滥用职权这一理论问题时就基本上达到对其内涵确定上的共识。即认为：行政滥用职权是指行政主体在权限范围内，不正当行使行政权力，而违反法定目的的具体行政行为。如胡康生主编的《行政诉讼法释义》写道：“行政机关滥用职权，是指行政机关作出的具体行政行为虽然在其权限范围以内，但行政机关不正当地行使职权，不符合法律授予这种权力的目的。”② 这种目前具有代表性的观点所揭示的行政滥用职权的内涵包含了三项内容：（1）行政滥用职权以遵守法定权限为前提；（2）行政滥用职权以不正当行使权力为特征；（3）行政滥用职权以违背法定目的为结果。

可是，当我们循此观点和思路继续探微时，不免遇到一种理论上的困惑。对于以上涵义的第一点无异议之处。但对于第二点，即行政滥用职权以“不正当行使权力”为特征的理解和解释，就颇感棘手了。如果“不正当行使权力”是指“不合法行使权力”，那末势必导致行政滥用职权同除超越职权以外的任何一种行政违法（如主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序等）相混同。如果把“不正当行使权力”理解为“不合理行使权力”，那又造成了三个方面的困难：（1）行政滥用职权的性质由此而被列为行政不当，而不是行政违法了，这违背了行政法理；（2）人民法院在行政诉讼中对行政滥用职权的控制体现的是合理性审查，从而与行政诉讼合法性审查原则相抵触；（3）行政滥用职权只能发生在行政自由裁量权范围之内，这便与《行政诉讼法》和《行政复议条例》所确定的“滥用职权”的字面范围不相一致。对于行政滥用职权内涵的第三点可作这样理解：在羁束行政行为中，行为人不会发生是否正当的问题。只有在自由裁量行为中，由于行为人在法律许可范围内作行为选择时，有责任考虑哪一种选择更符合立法者的意图和法律目的，才会发生行使职权是否正当的问题。

到此，我们朦胧地觉得：行政滥用职权似乎与行政自由裁量权有着一种内在的联系，如果不解开这个“司芬克斯之谜”，就无法准确地认识行政滥用职权的内涵与特征，从而也无法把握行政滥用职权的各种表现。

二、行政滥用职权与行政自由裁量权

行政自由裁量权伴随着行政职权而存在，同时又构成行政职权的组成部分。自由裁量权与行政职权之间有着高度联系，以致于国外有学者说：“自由裁量权是行政权的核心。”③

---

① Black's Law Dictionary by Henry Campbell Black·M·A·Fifth Edition 1979年，p11.

② 北京师范学院出版社1989年9月第1版，第92页。此外，持同类观点的有：黄杰主编的《行政诉讼法释论》，中国人民公安大学出版社1989年；黄曙海主编的《行政复议条例讲座》，中国人民公安大学出版社1991年；马原主编的《行政诉讼知识文库》，北京师范学院出版社1991年等。

③ 〔美〕B·施瓦茨，《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年10月第1版，第566页。

作为行政权核心的自由裁量权，国外代表性的解释是："指行政官员和行政机关拥有的从可能的作为和不作为中做选择的自由权。"① 我国第一次对这一概念作专门解释的，是1983年高等学校法学试用教材《行政法概要》。它把自由裁量权作为一种采取行政措施行为的分类并作此解释："凡法律没有详细规定，行政机关在处理具体事件时，可以依照自己的判断采取适当的方法的，是自由裁量的行政措施。"尔后的众多解释基本没有超越以上解释范围。② 可见，国内外的学理观点，对行政自由裁量权的涵义作了相同的归纳：行政自由裁量权，是行政职权的一种，指在法律无详细规定的条件下，行政主体可以依据事实，凭自己的判断，在职权范围内，作出适当行为的权力。

那么，行政滥用职权只存在于自由裁量权的滥用上，还是应包括裁量权以外行政职权的滥用上？这是本文要探讨的问题。

在国外，英国和法国虽至今还没有明显地在滥用权力和滥用裁量权之间划上等号，但其所列滥用权力的具体表现几乎全是滥用裁量权的表现。此外许多国家，已明确认为滥用权力就是指滥用自由裁量权。③ 而这种观点正与二十世纪以后形成的"新滥用权力理论"相吻合。④ 我国学者对滥用权力和自由裁量权之间的关系，主要有两种观点：一是认为，行政滥用职权并不只限于滥用自由裁量权，因此不能在两者之间划等号⑤；二是认为，行政滥用职权就是滥用自由裁量权⑥。持后一观点者占绝对优势⑦。

从语义逻辑上讲，第一种观点是站得住脚的：既然行政职权不限于自由裁量权，那末滥用职权也就不限于滥用裁量权了。况且我国《行政诉讼法》和《行政复议条例》上的提法亦是"滥用职权"，而非"滥用自由裁量权"。但是，世界上大多国家，以及国内越来越多的学者，把行政滥用职权限定为滥用自由裁量权，决不是一种无理性的巧合。因为这是解脱前一题提到的在理解行政滥用职权时遇到的种种困惑的唯一出路。

考察历史不难发现，只有在法院对行政的司法控制从羁束行为扩大到自由裁量行为时，"滥用权力"这一概念才始出现。在二十世纪五十年代以前，司法监督的原则是：行政机关的一切行政行为都受司法审查，除非是行使自由裁量权。⑧ 当时的理论基础是：违法只能存

---

① 同前页注③，第567页。美国《布莱克法律词典》、英国《牛津法律大辞典》和日本杉村章三郎和山内一夫主编的《行政法辞典》等解释与其雷同。

② 如魏海波等主编的《行政管理学简明辞典》，江苏人民出版社1986年11月第1版等。

③ 美国1946年《联邦行政程序法》第706条把"滥用自由裁量权"同"其他不合法行为"相提并论，而在"其他不合法行为"中没有"滥用权力"的席位。日本1962年的《行政案件诉讼法》第30条也表明了这种立场，裁量权的违法限于裁量权的超越和滥用；滥用权力实质上是滥用裁量权。德国1960年《行政法院法》第114条和1976年《行政程序法》第40条以及行政法院判例亦持同样的主张。

④ 见刘明波主编：《国外行政监察理论与实践》，山东人民出版社1990年4月第1版，第74—79页。

⑤ 罗豪才主编的《行政法学》（中国政法大学出版社1989年7月版）一书认为："滥用权力的范围比较广，包括滥用自由裁量权等行为。"

⑥ 如《中华人民共和国行政诉讼法讲话》（中国财政经济出版社1989年5月第1版）一书指出："所谓滥用职权是指行政机关滥用自由裁量权的行为。"

⑦ 持这种观点的还有：黄杰等主编《行政审判实践与研究》，中国法制出版社1991年；罗豪才主编《行政审判问题研究》，北京大学出版社1990年；江必新《行政诉讼问题研究》，中国人民公安大学出版社1989年等。

⑧ 如美国1946年《联邦行政程序法》第701条第1款第2项规定，司法复审不适用于"法律授权行政机关自行决定的行政行为"。二十世纪后半期，出于需要，美国法官对此作了扩大性解释，国会的这一规定并不意味着法院对行政机关滥用权力也无权控制。

在于其他行政行为中，自由裁量权的行使不会发生违法问题。到了二十世纪后半期，司法监督的原则则改为：行政机关的自由裁量权不得干涉，但滥用职权的除外。① 原因在于这时的基本观念业已改变，人们认为自由裁量权的滥用也是一种违法。这两个“但书”的转换标志了当代司法控制范围的扩大，同时也导致了“滥用权力”这一违法的被确认。因此，割断滥用权力同自由裁量权之间的天然联系，行政滥用职权将成为无本之木。

对于行政主体的行政行为固然可作多种分类，但羁束行为与自由裁量行为的分类是最基本的一种，因为人们习惯于把行政法的两大基本原则即合法性原则和合理性原则分别与这两种行为相对应。其实，这样做只对了一半。羁束行为由于法律规定详细明确，行为人实施该行为只得严格依法办事，不存在自由选择的幅度，因而只发生是否合法的问题，无是否合理正当之说。因此，羁束行为不会导致滥用职权，除非改变滥用职权的内涵。对于另一半，即认为对于自由裁量权只适用合理性审查，这种观念在二十世纪后半期业已抛弃。人们已认识到：行政自由裁量权的行使，不仅可能导致行政不当，而且可能导致行政违法。行使自由裁量权违法包括两种情况：自由裁量权的超越和自由裁量权的滥用。对于前者，中外法律都为其安排了滥用权力以外的某种违法的“归宿”。② 由此看来，行政滥用职权不仅与自由裁量权以外的其他行政职权违法无缘，而且也并不包括自由裁量权本身的所有违法。行政滥用职权实质上是一种行政自由裁量权的滥用，而且是自由裁量权限范围内的一种行使裁量权的违法。笔者进一步认为：通常用来限定滥用职权的一个前提性条件即“权限范围内”，是人们长期以来的误会，实质上应指“自由裁量权限范围内”。

至此，我们可以把“行政滥用职权”的内涵确定为：行政滥用职权，即滥用行政自由裁量权，系指行政主体在自由裁量权限范围内不正当行使行政权力的违法行为。这一定义主要反映了以下三个特征：

第一，行政滥用职权发生在自由裁量权限范围之内。超越这一权限，便构成其他违法。这不仅同行政越权相区别，而且也划清了行政滥用职权同“适用法律、法规错误”、“违反法定程序”等其他行政违法之间的界限。

第二，行政滥用职权表现为不正当地行使权力（如不正当的迟延）。顺便指出，笔者不认为背离法定目的是行政滥用职权的一个特征，而认为这只是滥用职权的一种表现。

第三，行政滥用职权是一种行政违法行为，而不是行政不当行为。把自由裁量权的滥用看成是违法，这是世界各国的通例做法。我国《行政诉讼法》和《行政复议条例》也表明了这种立场。因此，人民法院通过行政诉讼控制行政滥用职权与行政诉讼合法性审查原则并不矛盾。

三、行政滥用职权的表现

国外对行政滥用职权表现的讨论远早于中国。在英国，权力滥用被归纳为三种情况，即：（1）不符合法律规定的目的；（2）不相关的考虑；（3）不合理的决定。③ 美国学者认为滥用自由裁量权有六种情形：（1）不正当的目的；（2）错误的和不相干的原因；（3）错误

① 如德国1960年《行政法院法》第114条、日本1962年《行政案件诉讼法》第30条等。

② 如法国把此归为“无权限”的违法，中国的行政审判实践依据《行政诉讼法》第54条并针对具体情况把这并于“适用法律、法规错误”或“超越职权”的其他类违法之中。

③ 参见王名扬，《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年3月第1版，第171—172页。

的法律或事实依据；（4）遗忘了其他有关事项；（5）不作为或迟延；（6）背离了既定的判例或习惯。① 法国行政法把权力滥用归结为三种现象，即（1）行政主体行使权力的目的不是出于公共利益，而是出于私人利益或所属团体的利益；（2）行政主体的行为虽然符合公共利益，但不符合法律授予这种权力的特别目的；（3）不按法律要求适用程序，如用司法程序代替行政程序。② 德国行政法认为有下列情形之一的，构成滥用自由裁量权：（1）违反合理性原则；（2）不正确的目的；（3）不相关的因素；（4）违反客观性；（5）违反平等对待。③ 日本行政法认为裁量的滥用主要表现有三：（1）事实的误认；（2）目的的违反和动机不正；（3）违反比例原则和平等原则。④

世界各国行政法对于行政滥用职权表现的揭示，不少已被中国学者接受，但也有不少现象不适用于中国的法和理。⑤

近几年，国内学者所归纳的行政滥用职权的内容五彩缤纷。主要有：（1）出于不正当的目的；（2）出于不善良的动机；（3）行为客观上与法定目的不一致；（4）考虑了不应考虑的因素；（5）没有考虑应该考虑的因素；（6）不应有的疏忽；（7）不正确的认定；（8）违反客观规律性；（9）不适当的迟延；（10）故意不作为；（11）不寻常的背离；（12）违反公平对待；（13）不一致的解释；（14）反复无常；（15）不合理的决定；（16）违反一般公正观念；（17）不得体的方式；（18）显失公正的行政处罚；（19）根据不充分、不客观；（20）与自由裁量权行使无内在必然联系；（21）不当授权；（22）程序滥用。⑥

依笔者之见，我国作为行政复议和行政诉讼撤销对象之一的行政滥用职权的表现，主要有下列六种：

第一，因受不正当动机和目的支配致使行为背离法定目的和利益。这种行为有两个构成条件：（1）主观上有不正当的动机和目的。如出于个人恶意、偏见、歧视、报复，成为个人或小集团谋私利等；（2）客观上其行为造成了背离法定目的和利益的结果。如果行为人只存在不正当的动机和目的，但行为的结果恰好符合法定目的和理由，便不属于行政滥用职权。法国的行政法院也作同样处理。⑦

---

① 参见〔美〕B·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社1989年10月第1版，第571页。

② 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1986年5月第1版，第664—665页。

③ 参见〔印度〕M·P·赛夫：《德国行政法—普通法的分析》，中译本，五云图书出版公司1991年版，第211—232页。

④ 参见〔日〕南博方等：《行政法》，1981年日文版；南博方：《日本行政法》，中译本，中国人民大学出版社1988年8月第1版，第37—38页。

⑤ 例如，日本行政法所认定的"事实上的误认"，在中国是作为"主要证据不足"，而不是作为"滥用职权"对待的；美国行政法所揭示的"错误的法律依据"，在中国是归类于"适用法律、法规错误"，而不是"滥用职权"。

⑥ 主要涉及资料：《中华人民共和国行政诉讼法讲话》，中国财政经济出版社1989年5月版；柴发邦主编：《行政诉讼法教程》，中国人民公安大学出版社1990年12月版；黄杰主编：《行政诉讼法释论》，中国人民公安大学出版社1989年6月版；马原主编：《行政诉讼知识文库》，北京师范学院出版社1991年5月版；张焕光、胡建淼：《行政法学原理》，劳动人事出版社1989年7月版；罗豪才主编：《行政审判问题研究》，北京大学出版社1990年10月版；胡建淼主编：《行政复议知识手册》，人民出版社1991年10月版；黄杰、李道民主编：《行政审判实践与研究》，中国法制出版社1991年3月版；江必新：《行政诉讼问题研究》，中国人民公安大学出版社1989年8月版；陈国光、夏桂英：《略论行政自由裁量权的滥用及其控制》，《中国监察》（京）1990年第4期。

⑦ 参见〔法〕G·Peiser：Contentieux administratif，1979。

第二，因不合法考虑致使行为结果失去准确性。这种表现同样须具备两项条件：（1）行为人有不合法考虑的事实。这既表现为没有考虑法律规定应该考虑的因素，如情节和态度，也表现为考虑了法律不要求考虑的因素，如处罚时考虑家庭出身等；（2）行为的结果失去了准确性。如处罚结果畸重畸轻。

第三，任意无常，违反同一性和平等性。国外把这叫做“不遵循既成的先例和惯例的行为”。行政机关的行政行为具有公共行政性，因而必须是可预见的、连续的和平等对待的，否则亦是对自由裁量权的滥用。

第四，强人所难，违背客观性。这里是指，行政主体所作行政行为要求相对人履行一种客观上无法履行的义务。

第五，不正当的迟延或不作为。如果法律明文规定了行政行为的期限，但行政主体在法定期限内拒不作出行为，或延至法定期限以外作出行为，这应区别不同情况，依《行政诉讼法》的规定划归于“违反法定程序”或“不履行法定职责”的违法类别之中。但如果法律没有明文规定行政行为期限，或规定了一定的行为幅度，致使行政主体享有自由裁量权，而且在这自由裁量权限范围内，行政主体有不正当的迟延或不作为，这便属于行政滥用职权。

第六，不正当的步骤和方式。这是一种程序上的滥用职权。它同滥用职权以外的“违反法定程序”这类违法的区别正在于，它发生在自由裁量权限范围之内。即在行为的步骤和方式属于可选择的条件下，行政主体实施行政行为采用了不适当的步骤和方式，致使损害相对人的合法权益，这便是程序上的滥用职权。

以上所列表现，尚未穷尽所有行政滥用职权的现象。已被国内学者提出，但还未最终解决的理论问题，即《行政诉讼法》第一次提到的“显失公正”，是否属于行政滥用职权的一种表现？如果回答是否定的，那末它们之间又是一种什么关系？

四、行政滥用职权与显失公正

“显失公正”是我国《行政诉讼法》首次提出的，但《行政诉讼法》本身及尔后的法律解释都没有对其涵义作出说明。我国学理上的解释不多，且不统一。各种语义词典的解释又把它局限于“明显偏私”的涵义之中。但从《行政诉讼法》的立法精神和条文涵义上分析，把“显失公正”解释为“明显不适当、不合理”或许更接近事物的本质。

近年来，国内学者在对行政滥用职权和显失公正的分别研究中，已初步表现出它们两者之间的联系。但遗憾的是，目前对这种“联系”的认识尚停留在把显失公正看成是滥用职权的一种表现上①。当我们在接受这种观念时，马上又陷入以下的困难之中：

首先，显失公正的表现与滥用职权的表现部分重合，“反复无常”②就是一例。如果显失公正本身就是滥用职权的一种表现，那么它就不应同滥用职权的其他表现重合。

其次，从行政法理上说，受行政法控制的行政瑕疵包括行政违法和行政不当。而行政不当是指自由裁量范围内的不适当行为。但滥用职权和显失公正亦都是指自由裁量范围内不正

① 如黄杰、李道民主编的《行政审判实践与研究》（中国法制出版社1991年版，第226页），把“显失公正的处罚”列为滥用职权的表现之一；江必新在《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）中认为“滥用职权的范围远远大于‘显失公正’的情况”。

② 罗豪才、应松年主编的《行政诉讼法学》（中国政法大学出版社1990年版），把“反复无常”既作为滥用职权的表现，也作为显失公正的表现。

当（不适当）的行为，这实际上囊括了所有的行政不当行为。而行政滥用职权（包括显失公正）又属于违法，不是不当。这样，与行政违法相并列的行政不当就没有存在的余地了，作为行政法基本原则之一的合理性原则也必失去存在的意义。

或许可以这样解释：滥用职权虽都表现为对裁量权的不公正行使，但只有到了“明显”的程度才属于“显失公正”的行为。这种解释亦难以成立。按《行政诉讼法》规定，人民法院对于滥用职权的行政行为应予撤销，对于显失公正的处罚才可以变更。如果对于一般性不公正的滥用职权行为适用撤销判决，而对于明显不公正的处罚却适用变更判决，这显然是司法控制上的轻重颠倒，与《行政诉讼法》的立法精神相悖。

如何才能使理论自圆其说？唯一的出路在于：证实显失公正与滥用职权之间的等同关系。

笔者认为：滥用职权与显失公正是同一问题的两个方面，或者说是对同一事物的不同角度的表述。滥用职权是从主体和行为着眼，显失公正则是从行为结果着眼。行政滥用职权实际上是行政主体不正当行使权力而造成显失公正之结果的行为。如果行政主体行为虽有不当，但尚未达到显失公正之结果，那末便不属滥用职权违法，而是行政不当。只有这样理解，才能解脱以上的理论困境。

由是，我们在上一题所揭示的行政滥用职权的六大表现，同时也是显失公正的表现。按理说，由于《行政诉讼法》第54条第（二）项规定对于滥用职权应判决撤销，而滥用职权实质上就是不正当行使裁量权而造成显失公正的违法行为，所以显失公正的违法亦应一律判决撤销。但问题在于，有的滥用职权行为不宜或无法撤销，需要适用司法变更，同时又应考虑司法权和行政权的分工，禁止以司法权代替行政权。所以《行政诉讼法》第54条第（四）项又规定：“行政处罚显失公正的，可以判决变更。”这矛盾吗？笔者以为不然。理由有二：（1）第54条第（四）项规定的判决变更所适用的范围并不包括所有滥用职权行为，它只限于显失公正的处罚，即滥用处罚裁量权；（2）第54条第（二）项规定“判决撤销”属于义务，第（四）项规定“可以判决变更”则属于权力。“可以”两字意味着法院可以判决变更，也可以不判决变更，而判决撤销。

至此，对“行政滥用职权”的定义需要再次修正。行政滥用职权，即滥用行政自由裁量权，是指行政主体在自由裁量权限范围内不正当行使权力造致显失公正的行政违法行为。随之，对其原有的三大特征也必须增补如下：行政滥用职权是指不正当行使权力造成了显失公正的后果。不正当行使权力但尚未达到显失公正后果的，不作滥用职权论。这一特征，使行政滥用职权违法同行政不当相区别。

（作者单位：杭州大学法律系）

责任编辑：刘翠霄