

# 论行政行为“明显不当”

何海波<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**2014年行政诉讼法修改增加了“明显不当”这一审查根据，法院对行政裁量合理性的审查由此得到立法确认。行政诉讼法总则维持了合法性审查的表述，体现了“实质合法”的观念，在此意义上，行政行为明显不当也属于违法。为维护司法审查根据之间的和谐，明显不当根据的适用范围最好限于针对行政行为处理方式问题的裁量；滥用职权根据则回归原位，限于行政机关违背法律目的、恶意行使权力的情形。行政行为是否“不当”，应当依据法定考虑因素、行政法原则、执法指南等相对客观的标准作出判断，执法者不能放弃其根据具体情境作出裁量的义务。裁量不当是否“明显”，应当以一个通情达理、了解情况的人为标准来判断，要注意给行政机关以充足的裁量空间。法院在承担起监督行政职责的同时，也要对行政裁量予以应有的尊让。

**关键词：**行政诉讼 审查标准 明显不当 合理性审查 实质合法

---

2014年行政诉讼法修改，司法审查根据增加了“明显不当”一项，法院对行政行为合理性问题的审查由此得到立法确认。由此，一系列的问题接踵而来：行政行为“明显不当”属于违法吗？行政程序、事实认定和适用条件的问题，都可以适用这个根据吗？当与不当、是否明显，又凭什么来判断？这些问题，有些涉及理论说法，有些涉及实践做法，还有些两者兼而有之。

法院对行政行为合理性的审查不是一个新问题。行政诉讼法修改之前，学者们就在“行政裁量的法律控制”、<sup>〔1〕</sup>“司法裁量的限度”、<sup>〔2〕</sup>“司法审查强度”、<sup>〔3〕</sup>“合理

---

<sup>\*</sup> 清华大学法学院教授。

- 〔1〕 参见余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社2013年版；周佑勇：《行政裁量治理研究：一种功能主义的立场》，法律出版社2008年版；郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版。
- 〔2〕 参见朱维究、陈少琼：《司法裁量权与我国司法审查监督的范围》，《行政法学研究》1997年第4期；沈岍：《论行政诉讼中的司法自由裁量权》，载罗豪才主编：《行政法论丛》第1卷，法律出版社1998年版；张旭勇：《论司法裁量权的成因》，《浙江省政法管理干部学院学报》2000年第4期。
- 〔3〕 参见杨伟东：《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》，中国人民大学出版社2003年版；蒋红珍、王茜：《比例原则审查强度的类型化操作——以欧盟法判决为解读文本》，《政法论坛》2009年第1期；王贵松：《论行政裁量的司法审查强度》，《法商研究》2012年第4期。

性审查”〔4〕等标题下，做过不少讨论。但是，由于当时法律对合理性审查没有全面、明确的规定，许多研究只是纸上谈兵，与现行立法很可能难以对应。而在行政诉讼法修改后，学界对上述问题还少有阐述。本文的讨论希望能够减少理解上的分歧和操作中的参差。

## 一、“明显不当”与合法性审查

长期以来，法院应不应、能不能审查行政行为的合理性，是困扰立法机关和司法机关的一个重大问题。随着对这个问题达成共识，“明显不当”根据与合法性审查是什么关系，又成为一个新的纠结。

### （一）合理性与合法性纠结的来源

合法性与合理性的关系本是一个法理学的问题，行政法学者讨论这个问题，是因为它涉及如何理解行政诉讼法所规定的合法性审查原则。行政诉讼法的修改加剧了一个存在已久的理论困惑：法院对行政行为明显不当的审查是合理性审查还是合法性审查，抑或两者都是？

对于原先行政诉讼法总则所规定的合法性审查，一些学者认为，我国行政诉讼法采用“合法性审查为原则，合理性审查为例外”，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。〔5〕另有学者则断言，我国法院对行政行为的审查只限于合法性审查，但合法性审查原则包含对严重不合理的审查，也就是说不合理达到一定程度亦可构成违法。〔6〕不同说法背后，是两种不同的合法性概念，即“形式合法”和“实质合法”。

按照形式合法的概念，合法仅仅是符合法律、法规、规章等制定法所确立的规则。而按照实质合法的观点，除了符合法律、法规、规章的规定，还要符合行政法原则、行政先例、公共道德等其他渊源所表达的法律准则。打个比方，形式合法的概念把法律、法规等制定法看成一个构筑行为规范的法律框框，框框之内，行政机关可自由裁量而不受限制，于是，才有了“合法不合理”的问题。实质合法的概念则强调框框之内还有细格，行政机关超出这些细格也属违法。据此，合理不合理的问题也属于合法性的范畴。

两种合法性观念的差异，可能是立场上的，也可能是用词上的。就立场而言，有些人可能认为，法院完全不应当对行政裁量的合理性问题进行审查；有些人可能认为，法院可以对行政裁量的合理性进行审查（至少是有限的审查）。就用词来说，一些人认为，法院对行政裁量合理性的审查也是合法性问题，即“严重不合理的裁量也是违法”；一些人认为，法院对行政裁量合理性的审查无关合法性问题，合理性是合理性，合法性是合法性。同样

〔4〕 参见张东煜：《论行政审判中的合理性审查问题》，《法学评论》1993年第3期；蔡伟：《对合法性审查原则的再审视——兼论对行政行为的合理性审查》，《宁夏社会科学》2005年第6期；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——论司法审查对行政自由裁量的有限监控》，《法律适用》2006年第1期；谭炜杰：《行政合理性原则审查强度之类型化——基于行政诉讼典型案例的解析与整合》，《法律适用》2014年第12期。

〔5〕 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。

〔6〕 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页以下；姜明安：《行政诉讼法学》，北京大学出版社1993年版，第70页以下；胡建森：《行政法学》，法律出版社1999年版，第77页。

的情况出现在对国家赔偿法违法归责原则的理解上。有个别学者认为,行政机关只要不违反法律、法规的规定,就不构成违法,无需承担赔偿责任;〔7〕但更多学者认为,行政机关存在滥用职权等情形时,也应当承担赔偿责任。讨论中的麻烦在于,不同的人可能持有不同的立场,而持同样立场的人又可能使用不同的语词。所以,我们的讨论既要确定立场,又要澄清概念。

## (二) 合理性审查进入行政诉讼

法院能否审查行政行为的合理性,在1989年行政诉讼法制定时就有争论。争论的结果是,对行政行为是否适当“基本不管”。〔8〕也就是,法院原则上不对行政行为的合理性进行审查,但如果行政机关滥用职权法院可以撤销,行政处罚显失公正法院可以变更。这给了法院有限的审查权力。实践中,法院在这两个标准下,对行政行为的合理性进行一定的审查。然而,由于法律欠缺明确规定,法院普遍存在“不敢审”、“不愿审”的情况。行政裁量是司法审查的重要方面,合理性审查的欠缺妨碍了行政争议公正、有效的解决。

学术界对于合理性审查的必要性做了大量的论证和呼吁。学者们指出,行政裁量作为立法留给行政的一种选择自由,不是绝对的。它不是行政机关自由驰骋的天空,也不是司法审查不能涉足的禁区。法治并不排斥行政裁量,但反对不受限制的裁量。在实践中,司法审查逐渐进入了行政裁量领域,诚实信用、理性适度、平等无欺、正当程序等原则成为法律对行政的一般要求。正因如此,学者们抛弃了“行政自由裁量”这个曾经广泛使用的概念,代之以较为中性的“行政裁量”。

行政诉讼法修改时,法律界对于强化法院对行政裁量的审查具有高度共识。学术界起草的多个版本的行政诉讼法修改建议稿中,无一例外地扩大了法院对合理性问题的审查范围。〔9〕如果说行政法学界在行政诉讼法修改过程中曾经达成过一些共识,这是为数不多的一致共识。在此背景下,把“明显不当”审查标准写入法律没有遭遇很大困难,尽管也谈不上一帆风顺。事实上,行政诉讼法修改草案第一次审议稿没有规定“明显不当”的审查根据,各方对此反应强烈。全国人大法律委员会报告说:“有些地方、法院、专家学者和社会公众提出,现行行政诉讼法规定人民法院只能对具体行政行为是否合法进行审查,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。”〔10〕于是,行政诉讼法修改草案第二次审议稿在法院可以判决撤销行政行为的情形中,增加了“明显不当”一项;在法院可以判决变更的情形中,“显失公正”的措词也统一为

〔7〕 参见肖岫:《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》,《中国法学》1989年第4期,第33页;肖岫:《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》,中国民主法制出版社1994年版,第90页以下。

〔8〕 见胡康生:《〈行政诉讼法〉立法过程中的若干问题》,载最高人民法院行政诉讼法培训班编:《行政诉讼法专题讲座》,人民法院出版社1989年版,第41页。

〔9〕 参见马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》,中国政法大学出版社2004年版,第93页以下;胡建森主编:《行政诉讼法修改研究——〈中华人民共和国行政诉讼法〉法条建议及理由》,浙江大学出版社2007年版,第17页;杨小君:《行政诉讼问题研究与制度改革》,中国人民公安大学出版社2007年版,第732页;莫于川主编:《建设法治政府需要司法更给力:行政诉讼法修改问题研究及专家建议稿》,清华大学出版社2014年版,第297页;何海波等:《理想的行政诉讼法:〈中华人民共和国行政诉讼法〉学者建议稿》,《行政法学研究》2014年第2期,第14页以下。

〔10〕 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉修改情况的汇报》,2014年8月25日。

“明显不当”。这一改之后再无波澜，直到草案通过。

法院可以对行政裁量的合理性进行审查，从此毫无疑问。一些原来根据“滥用职权”标准不能获得支持的，现在有可能在“明显不当”的标准下获得支持；一些原来因为无法对裁量进行实质性审查而用其他理由撤销行政行为的，现在可能径直用“明显不当”的根据予以撤销。行政诉讼堂而皇之地进入合理性审查的时代。

### （三）形式合法与实质合法之辨

一旦确定“明显不当”作为司法审查根据，它与合法性审查的关系就只是一个说法问题，一个语词使用的策略问题。但是，这种说法之争不是毫无意义，因为它涉及语词使用习惯的保持问题，也涉及理论周延的问题。

不得不承认，形式合法意义上的合法性概念有观念的基础，也有立法的依据。一些行政法学教科书把合法性和合理性相提并论，共同作为行政法的基本原则，即是在这样的意义上理解的。<sup>[11]</sup> 国务院《全面推进依法行政实施纲要》关于依法行政基本要求的表述，既有“合法行政”又有“合理行政”，承袭的就是这样的思路。在立法上，行政复议法关于防止和纠正“违法的或者不当的”具体行政行为（还有对具体行政行为“是否合法与适当”进行审查），也是在这样的意义上使用的。<sup>[12]</sup> 行政诉讼法对这个问题虽然没有明确规定，但最高人民法院的一些司法解释在不经意间也落入了这个格式。例如，有司法解释称，被诉具体行政行为“合法但存在合理性问题的”，法院应当判决驳回原告的诉讼请求。<sup>[13]</sup> 综上，合法性与合理性的二元分立存在强大的传统支撑。

尽管如此，在司法审查日益深入的今天，合法性与合理性的二元分立面临着内在的紧张，需要重新构造。合法性与合理性的问题本来是以法律（在我国主要是指立法）是否明确规定来界分的。但是，由于法律渊源的内容和形式都趋泛化，合法性与合理性区分的界限日益模糊。首先，法律设定的要件和处理方式往往留下了裁量的空间，尤其是，大量立法设定了原则性条款，这些条款本身包含着对合理性的要求。例如，行政处罚法要求，“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”，对于过罚不相当的处罚，合法性与合理性在此出现了重叠。区分合法性与合理性的更大挑战，来自行政法渊源的扩展。最初，行政诉讼法规定以法律、法规为行政审判的依据，连规章也只是参照。但实际上，规范性文件作为判断行政行为合法性的根据得到有条件地承认，并被广泛地适用。<sup>[14]</sup> 接着，行政法一般原则作为法源的地位，得到了越来越多的肯定；再接着，行政惯例和司法判例的作用也越来越得到重视；甚至，法律学说、公共

[11] 参见罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1989年，第34页以下；胡建森：《行政法学》，法律出版社2015年版，第37页以下；叶必丰：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社2015年版，第34页以下。

[12] 行政复议法第1条声明，制定该法的目的是为了防止和纠正“违法的或者不当的”具体行政行为。第3条规定，行政复议机构负责审查申请行政复议的具体行政行为“是否合法与适当”。第28条规定，复议机关可以撤销、变更或者确认具体行政行为违法的情形包括“具体行政行为明显不当的”。需要指出，上述措辞早在1990年《行政复议条例》中就有了。

[13] 参见《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》（法释〔2000〕8号），第56条第2项。

[14] 《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》（法释〔2000〕8号）第62条第2款规定：“人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”

政策、比较法等作为法律渊源的观点,也被人提出。<sup>[15]</sup>虽然对这些材料能否作为法律渊源还有不同看法,但基本的趋势是,行政法的渊源变得越来越多样,越来越开放。相应地,对行政行为合法性的审查步步收紧,留给行政机关自由裁量的余地越来越窄。合理性审查的概念未被取消,但它指涉的范围在很大程度上已经被合法性审查所覆盖。

在这个过程中,理论界开始重新思考合法性与合理性的关系。一些学者把合理性原则置于合法性原则的框架内讨论。实际上,最早讨论合理性原则的学者就把它看成行政法治原则的一部分,“合理性原则实际上是合法(性)原则的引申,是合法性原则在自由裁量问题上的进一步要求”;“违反一般法律原则也属对合法性原则的破坏,因而其行为也可能被宣布为完全无效或部分无效”。<sup>[16]</sup>一些学者借鉴域外的理论,认为“所有的行政裁量都是法律授权的结果,根本不存在不受法律拘束的裁量”,主张从根本上取消裁量二元论。<sup>[17]</sup>笔者也曾在文章中提出,在司法审查的语境下,评价行政行为只有合法与否这一个准绳,由此,笔者提出了一个统合传统意义上合法、合宪、合理的“实质合法”概念。<sup>[18]</sup>

在实质合法的意义上使用合法性审查的原则,可能会带来一些理解上的困难,但其好处是明显的。它反映了司法审查介入行政裁量领域的现实,反映了依法行政原则的深化。它有利于行政机关重塑观念,认真对待并努力遵循合理的行政准则。而且,用“合法”与“不合法”作为法律系统的基本符码,就像“0”和“1”作为计算机语言的基本符码,简单划一,使用便利。合理性审查的概念自有其用处,并将继续存在。然而,在理论上,司法审查已经完全可以并且适合用合法性审查来概括了。这一理论观点上的转变,只等着立法来确认。

#### (四) 行政诉讼立法采取的见解

前述理论主张的分歧,争的主要是语词使用的方式。立法虽然不能消除诸如此类的争论,但它对语词使用方式的选择是带有权威性的。行政诉讼法的修法过程显示,立法没有沿用合法性与合理性二元分立的观点,而接受了“实质合法”的观念。

行政诉讼法修正草案通过时,增加了行政行为“明显不当”这一审查标准,但维持法院对行政行为“是否合法”进行审查这一表述。全国人大法工委为行政诉讼法所写的解释读本称:行政诉讼法修改“在坚持合法性审查原则的前提下,对合法性原则的内涵作了扩大解释”,将明显不当的行政行为也作为违法行为。<sup>[19]</sup>可以看出,一方面,立法者鼓励法院对行政裁量的合理性进行适度的审查;另一方面,立法者在合法性审查的概念上坚守了

[15] 参见朱新力:《论行政法的不成文法源》,《行政法学研究》2002年第1期,第33页以下;应松年、何海波:《我国行政法的渊源:反思与重述》,载浙江大学公法与比较法研究所编《公法研究》第2辑,商务印书馆2004年版,第1页以下;应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第14页以下;章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第58页以下;章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第38页以下。

[16] 前引〔11〕,罗豪才主编书,第42页以下。

[17] 参见杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,《法学研究》2004年第1期;王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,《行政法学研究》2006年第1期;王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析——以危险防止型行政为中心》,《法学评论》2009年第3期。

[18] 参见何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第163页以下。

[19] 参见信春鹰主编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第20页;袁杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第21页。

实质合法的观点，合理性审查也纳入合法性审查的范畴。立法语言并不妨碍我们在讨论中继续使用“合理性审查”的说法。但如果说到两者的关系，那么，合理性审查不再是合法性审查之外的东西。简而言之，明显不当也是违法。

## 二、明显不当根据的适用范围

在一些法律文书中，“明显不当”可能被适用于广泛的场合，包括事实认定明显不当、法律适用明显不当、行政程序明显不当、处理方式明显不当等等，这些说法本身也许都没有问题，问题在于不同的审查根据如何衔接。行政诉讼法规定的审查根据不是一个，而是六个，在“明显不当”之外，还有“主要证据不足”、“适用法律法规错误”、“违反法定程序”等。在多个司法审查根据并存的情况下，对任何一个审查根据的解释都需要照顾体系的和谐，确保不同审查根据既有区分又能衔接，不能指望一个“明显不当”包打天下，更不应让这个新来者把原有的体系冲击得七零八落。

### （一）基于实体裁量的明显不当

作为一个法律术语，“明显不当”应当有它特定、精确的适用范围。一个基本的理解是，明显不当是基于行政裁量而言的。如果法律规定的处理方式不包含裁量空间，就谈不上明显不当。鉴于事实认定、法律适用、行政程序、管辖权限都有相应的审查标准，“明显不当”最好被理解为一个针对行政行为实体裁量问题的审查标准。也就是，法律规定有多种可能的处理方式，行政机关享有裁量选择的空间，行政机关在这个裁量空间内明显处理不当。下面我详细阐述。

在逻辑上，每一个司法审查根据既包含一定的对象，即什么问题；又包含一定的尺度，即行政行为是否合格。我把前者称为“审查要素”，后者称为“审查标准”。从行政行为合法性审查的角度出发，一项行政法律规范包含若干要素：哪个机关，基于什么事实，根据什么程序，针对什么情形，作出什么处理。相应地，司法审查的要素也可以分解为行政主体及其管辖权、事实和证据、行政程序、适用条件和处理结果几个方面。对于各个要素，审查的标准则包括合法（形式上的合法性）、合理和合宪。在我国行政诉讼实践中，合宪性一般不是考虑的因素，审查标准主要是合法与合理的问题。对审查要素的区分主要是基于逻辑，对审查标准的确定主要是价值判断。<sup>[20]</sup>

从立法史来看，我国行政诉讼法所规定的几个审查根据不是一次成型，而是出于实际需要陆续添加的。它实在算不上语言清晰、逻辑连贯的典范。<sup>[21]</sup>尽管如此，在二十多年的实践中，人们已经对它形成了一个大体确定的理解。对明显不当这一审查根据的理解，必须符合司法审查根据的体系逻辑，也应当尊重对审查根据的习惯理解。

根据前述合法与合理的区分，明显不当的审查根据是针对行政裁量而言的。相应地，行政机关超越法定职权、错误适用法律，就谈不上明显不当。在日常语言里，可能把什么样的违法情形都说成“不当”或者“明显不当”；特别是，把一个超越职权、适用错误的行

[20] 参见何海波：《行政行为的合法要件——兼议行政行为司法审查根据的重构》，《中国法学》2009年第4期，第65页以下。

[21] 同上文，第61页。

为轻描淡写地说成“不当”，可能有助于减少行政机关的抵触情绪。但是，这样做在法律语言中肯定是不合适的，因为它破坏了体系的严整性。在法律史上，也曾有过某一个审查根据在一段时间内无限扩张的情况，例如英国法曾经把“超越职权”拉伸为统括一切的司法审查原则，<sup>[22]</sup>但这些都只是特定情势下的策略行为，是以牺牲法律的整体和谐为代价的，不足为训。

确认明显不当属于合理性审查，接下来的问题是，它是针对什么具体审查要素的审查？泛泛地理解，任何具体情境中的选择自由都可能被认为是裁量，事实问题、法律适用问题、程序问题都包含着裁量。所以，理论上，明显不当标准似乎可以是针对任何审查要素的审查。但不得不考虑的是，我国学界对某些概念已经形成了稳定的理解。

首先，事实问题需要依靠证据予以查清，而“主要证据不足”这一审查根据已经包含了事实认定错误、没有证据或者证据不充分等各种情况。所以，在事实认定问题上不再适用明显不当这一根据。

其次，法律适用问题比较吊诡。按照正统的法律理论，法律适用只有正确与错误之分，没有妥当与否之说，一旦认定法律适用错误，行政行为必定违法，没有商量余地。<sup>[23]</sup>如果按照上述理论，不确定法律概念的解释也只有对错之分、没有裁量余地，因而也就没有“明显不当”的适用空间了。然而，这样一种观念受到很多批评。越来越多的学者和法官愿意接受，不确定法律概念的解释也是裁量，行政行为的适用条件也包含裁量。<sup>[24]</sup>特别是在行政许可、确认等领域，立法所设定的适用条件有时非常宽泛，案件争议往往集中在法律适用条件的解释上。在此情况下，简单地斥责一个行政行为“适用法律错误”难服人心，适用“明显不当”似乎更为妥当。究竟未来情况如何，还有待于法律界共同观念的发展。

第三，在“违反法定程序”的理解上，目前还存有一定分歧。行政行为虽不违反前述法律、法规、规章的明确规定却违反正当程序原则，属于违反法定程序呢，还是行政行为明显不当呢？对这个问题，理论界向来有不同看法。1989年行政诉讼法制定之时和实施之初，对违反法定程序的理解比较狭窄，基本上局限于法律、法规、规章的明确规定。后来实践中，在法律、法规、规章对行政程序没有明确规定的情况下，法官们也可能认为行政行为违反正当程序原则的要求，而予以撤销。法官们撤销行政行为，依据的多是“违反法定程序”。所以，在行政诉讼法修改之前，扩大“违反法定程序”的内涵，使之包容行政程序裁量的要求，已经形成一种相当明显的趋势和相当广泛的共识。<sup>[25]</sup>行政诉讼法增加“明

[22] 参见何海波：《“越权无效”是行政法基本原则吗？——英国学界一场未息的争论》，《中外法学》2005年第4期，第489页以下。

[23] 这种正统的法律理论在甘露诉暨南大学开除学籍案中发挥到了极致。在该案中，法院认定甘露在课程作业中抄袭他人论文属于《普通高等学校学生管理规定》第54条所说的“作弊”而不属于该条所说的“抄袭”，被告的开除决定因而适用法律错误，应予撤销；至于开除处理是否轻重失当，则在所不问。参见最高人民法院（2011）行提字第12号行政判决书。

[24] 参见郑春燕：《取决于行政任务的不确定法律概念定性——再问行政裁量概念的界定》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2007年第3期；王贵松：《行政裁量的内在构造》，《法学家》2009年第2期。

[25] 参见何海波：《司法判决中的正当程序原则》，《法学研究》2009年第1期；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；孟凡壮：《论正当程序原则在行政审判中的适用——基于75份运用正当程序原则的行政诉讼判决书的分析》，《行政法学研究》2014年第4期。

显不当”根据，似乎也无意改变业已形成的理解。在此情况下，维持原有趋势和理解，即扩大“违反法定程序”的内涵使之包含正当程序原则的要求，应当是一种比较稳妥的做法。相应地，“明显不当”可以不适用于行政程序问题。

在排除了事实认定、法律适用、行政程序等审查要素后，明显不当审查根据的适用范围就很清楚了：它只适用于行政实体处理的裁量。在目前观念下，主要是行政处理方式的裁量，今后也可能扩展至法律适用条件的裁量。

不同审查根据的要素和标准

		合法	合理
事实根据（主要证据不足）		证据的获取和使用不得违反法律规定	事实认定应当清楚、有足够根据
行政程序（违反法定程序）		行政行为应当符合法定的程序要求	同时符合正当程序原则的要求
行政职权	管辖权限	依据机构法定和职权法定原则，管辖权限主要由制定法规定	在特殊紧急情况下享有行政应急权力
	适用条件	适用条件主要采用法定主义	对不确定概念的解釋应当遵循合理准则
	处理方式	行政处理结果应当符合法律规定	同时符合一般法律原则、行政先例、执法指南等要求

## （二）明显不当与滥用职权的区别

另一个与行政裁量有关的审查根据是滥用职权。行政诉讼法增加明显不当根据后，出现了“滥用职权”与“明显不当”并列的局面。为厘清两者关系，滥用职权的含义需要重新讨论。

滥用职权的审查根据从行政诉讼法制定时起就确立了，其含义却有很大的分歧，实践中的做法也很混乱。<sup>[26]</sup>多数学者倾向于从主客观两个方面来考察，认为在行政裁量权限范围内恣意行使权力造成显失公正的，才构成滥用职权。<sup>[27]</sup>大体来说，这种理解符合滥用职权一词的平常含义，也比较符合立法之初的想法。从司法审查实践来看，法院对滥用职权根据的使用相当谨慎，也相当有限，基本上是与行政人员的恶意联系在一起。<sup>[28]</sup>但是，至少在理论的层面上，对滥用职权的理解有泛化的倾向。一些学者则认为无需强调主观恶意，行政机关及其工作人员在裁量权限范围内违反行政合理性原则的，都属滥用职权；<sup>[29]</sup>甚至

[26] 对相关实践的观察，参见施立栋：《被滥用的“滥用职权”——行政判决中滥用职权审查标准的语义扩张及其成因》，《政治与法律》2015年第1期。

[27] 参见胡建森：《有关行政滥用职权的内涵及其表现的学理探讨》，《法学研究》1992年第3期，第11页；罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年，第414页以下；关保英：《论行政滥用职权》，《中国法学》2005年第2期，第61页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第525页。

[28] 参见沈岷：《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》，《法商研究》2004年第4期；余凌云：《对行政机关滥用职权的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题》，《中国法学》2008年第1期；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；前引〔20〕，何海波文。

[29] 参见朱新力：《行政滥用职权的新定义》，《法学研究》1994年第3期，第34页以下。



行政机关滥用程序裁量权力,也构成滥用职权。<sup>[30]</sup>这种理解在当时有利于克服法院对行政行为合理性问题审查依据不足的问题,符合司法审查的实际需要。

在行政诉讼法增加“明显不当”的审查根据后,司法审查配备了更强大的武器。在此情况下,对行政裁量合理性的审查,一般可以放在“明显不当”的标准下进行;“滥用职权”则可以回归原位,限于行政机关违背法律目的、恶意行使权力的情形。也就是说,在新的审查根据体系下,滥用职权应当包含主观恶意。只是,这里的“恶意”不应当被过于狭隘地理解:行政机关出于不正当动机行使权力,是恶意;极端轻率任性、不负责任的行为,也属于恶意。

按照上述理解,滥用职权的情形主要有徇私枉法、打击报复、任性专横、反复无常等。下面分别结合案例予以简单说明。(1)徇私枉法。房管局从本单位职工利益出发分配住房,给年老多病的夫妇分的是相距遥远、交通不便的两套房子,而且是没有电梯的5、6层楼;而原来答应分给他们的两套房子,则分给了房管局自己的工作人。<sup>[31]</sup>(2)打击报复。因原告虚假举报执勤交警酒后执法,被告对其给予罚款200元的处罚;后又重新裁决,给予原告治安拘留10日的处罚;原告申请复议后,被告在相同的事实基础上,对原告改处15日拘留。<sup>[32]</sup>(3)反复无常。原告因为教育局注销其办学许可证而提起诉讼,在诉讼中,教育局收回成命,原告撤诉。不料,教育局次日又重新作出注销办学许可证的通知。<sup>[33]</sup>(4)任性专横。行政权力应当审慎行使,周全考虑行政执法的目的和后果。完全不考虑实际后果、不顾及当事人死活,没有十分必要却一意孤行,也构成滥用职权。<sup>[34]</sup>行政机关在毫无证据的情况下,任意采取行政强制措施或者行政处罚,也可能构成滥用职权。<sup>[35]</sup>在一些案件中,公安机关利用刑事侦查手段违法插手经济纠纷,也被法院宣布为滥用职权。<sup>[36]</sup>

滥用职权作为行政行为违法的情形之一,依法应予撤销或者部分撤销。虽然行政诉讼法对滥用职权的后果再无特别规定,但如果按照上述理解,那么,滥用职权还可能引发一系列的后果。首先,滥用职权的行政行为多数属于“重大且明显违法情形”,原告可以申请确认行政行为无效。其次,对滥用职权作出的行政行为,法院在判决撤销或者确认无效后,一般不再判决行政机关重新作出行政行为。再次,对于滥用职权作出的行政行为,不但应当撤销或者确认无效,还应当追究行政机关的主管人员、直接责任人员的法律责任。这些也都是滥用职权区别于明显不当的地方。

[30] 参见马原主编:《行政诉讼知识文库》,北京师范学院出版社1990年版,第190页;罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第383页;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128页以下。

[31] 参见岳志强等:《具体行政行为释论及其合法性审查100例》,法律出版社1992年版,第193页以下。被告在诉讼期间纠正其决定,马文虎撤诉。

[32] 见焦志刚诉和平公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案,《最高人民法院公报》2006年第10期。法院判决的理由是,行政机关违背了“行政机关不得因当事人申辩而加重处罚”的规定。

[33] 见张振隆诉徐州市教育局注销社会办学许可证案,江苏省高级人民法院(2003)苏行终字第47号行政判决书。

[34] 见王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿案,《最高人民法院公报》2003年第3期。

[35] 见刘冰诉江苏省沛县公安局行政赔偿案,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》第33辑,人民法院出版社2001年版,第437页。在该案中,公安局在没有证据的情况下,以“卖淫”为由对刘冰传唤关押,后又以“流氓”为由收容审查,违法限制人身自由42天。

[36] 见黄梅县振华建材物资总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产权行政上诉案,《最高人民法院公报》1996年第1期。

### （三）适用明显不当根据的主要情形

厘清了明显不当根据在规范上的适用范围，接下来要问的是，实践中它会出现哪些领域呢？根据司法实践经验，明显不当根据比较常见的适用场合，是行政处罚、行政给付、行政征收、行政裁决等。

1. 行政处罚。在我国绝大多数立法中，对违法行为的处罚方式包含多个种类和一定幅度。如果处罚结果明显畸轻畸重，就构成明显不当。明显不当与原先行政诉讼法所规定的“显失公正”相比，措词虽有变化，实质并无不同。

2. 行政给付。在行政机关给予资助、补助、补偿、奖励等行为中，多数没有确定和统一的标准，而有方式和金额的选择。在孙阳兵诉深圳市市场监督管理局龙岗分局行政奖励案中，原告孙阳兵举报食品安全违法并要求奖励，被告仅给孙阳兵一封表扬信。由于相关法规、规章均未规定奖励的具体标准，是否需要给予举报人以奖金取决于主管部门的裁量。<sup>[37]</sup>

3. 行政征收。行政机关税收征收、费用收取、海关估价等，往往也涉及裁量，特别是金额上的裁量。肇庆外贸公司诉肇庆海关海关估价行政纠纷案，就是一例。<sup>[38]</sup>

4. 行政裁决。行政裁决包含着多种处理方式，自然就有当与不当的区别。

5. 行政强制和行政救助。行政机关采取行政强制或者救助措施，在手段的选择上存在一定的裁量，也有当与不当的区别。《最高人民法院公报》同期刊登的王丽萍诉中牟县交通局案和陈宁诉庄河市公安局案，可为代表。<sup>[39]</sup>

前面列举的只是常见的适用情形，并不排除其他存在行政裁量因而可能适用明显不当的情形。例如，行政机关对特定事实的鉴别、确认、证明也包含裁量，尽管这些行为是否可诉目前还有争议。<sup>[40]</sup>在行政许可、确认案件中，由于适用条件法定，一般不构成当与不当的问题，但如果涉及不确定概念的解释，明显不当根据也可能被援引。法院对规范性文件合法性的审查，目前尚无明确标准，今后也不妨考虑以明显不当为标准。

## 三、“当”与“不当”的评判标准

与明显不当的法律属性、适用范围相比，它的评判标准是一个更加核心也更加棘手的问题。如何掌握“明显不当”根据的评判标准，将成为司法审查的新课题。

### （一）为什么要有评判标准

与行政裁量一样，司法判决也包含着广泛的裁量。事实上，哪里有行政裁量，哪里就有司法裁量。例如，一个违法建筑是否影响城市景观？拆除多少才算合适？对于诸如此类的问题，法官可以拿比例原则作为衡量的尺度。但问题是，行政机关什么样的考虑是正当

[37] 见深圳市中级人民法院（2014）深中法行终字第425号行政判决书。深圳市中级法院二审判决认为，被告对孙阳兵给予表扬的奖励并无不当。

[38] 见《最高人民法院公报》2006年第5期。

[39] 见《最高人民法院公报》2003年第3期。相关评论参见王伟：《执法机关严重违反比例原则暂扣车辆给当事人造成损失的应当承担赔偿责任》，载最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例》第1卷，中国法制出版社2010年版，第89页以下；蒋红珍：《比例原则在“陈宁案”中的适用》，《交大法学》2014年第2期。

[40] 相关讨论参见何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2016年版，第143页以下。

的?达到什么情况才算实现行政目的?手段和目的又怎么样才是相称的?

从终极意义上,裁量意味着难有一个清楚坚硬的界线、一个唯一不二的结论。但是,一个行政行为是否适当,不同的人有不同的意见,不同的机关有不同的判断。在实践中,一审法院认为适当,二审法院认为不当,或者情况反过来,都是可能的。例如,同样是物业管理区域划分,一审法院认为是合理的,二审法院却认为不合理;<sup>[41]</sup>临时占据人行通道停放机动车,一审法院认为处罚应当维持,二审法院却认为情节显著轻微,可以免除处罚。<sup>[42]</sup>由于这种选择上的主观性,司法判决难免遭到合法性的质疑。

法官必须对其裁量决定说明理由,这不但是推动依法行政的需要,也是维护司法审查自身合法性的需要。要想法院切实担负起监督行政活动、推动依法行政的角色,法官必须告诉行政机关应当遵守的规则是什么。除了解释成文的法律,告诉行政机关法条的含义,法官也要在法条空白的地方,告诉行政机关必须遵循的底线。司法裁量不说明理由,行政机关就可能不明就里,不利于改进行政执法。不但如此,法院审问行政行为的合法性,当事人和社会同样审问司法裁量的合法性。所以,法官不能光说一声“本院认为明显不当”就直接下判,而必须给出说法:凭什么他认为行政行为构成明显不当。没有一个相对客观的标准,司法裁量难以摆脱人们对其滥用的指责。

要强调的是,司法裁量标准的客观性是相对的。裁量标准在不同的政治社会下有不同的价值尺度,在不同法律传统中还有不同的表述方式。不管什么样的说法,它们只是提供了一个可以商讨的根据。法院需要遵循一定的外在标准,但又不能被这些外在标准所束缚而迷失了公正的灵魂。

## (二) 几种主要的评判方法

评价行政行为当与不当是个复杂的课题,复杂就复杂在多样的理论表述。就理论表述来说,不同国家有不同的术语,相互之间既有重叠也有特色。例如,英国法比较看重行政机关的考虑因素,美国法强调平等对待,德国法则有以比例原则笼而统之的倾向。我国的行政法学兼收并蓄英美法德日诸国理论,理论话语向来斑驳杂陈,似乎不必拘泥某国学说。而不管哪种理论,首先应当涵盖评判行政行为适当性的多种考虑因素,其次应当保持理论体系的明晰性。抓住一点不及其余(如只讲平等不讲其他)自然不行,把某一个教条(如比例原则)无限拉伸、笼盖四野,那也不行。合理性的考虑因素没有“万能尺子”,最好的办法是对各种考虑因素进行适当归类,分而述之。

结合我国的实践经验,评判行政行为合理性的考虑因素大体上可以归为以下几个方面,即行政机关行使裁量权力时没有考虑相关因素或者考虑了不相关的因素,没有遵循业已形成的裁量基准、行政先例或者法律原则,以致处理结果有失公正。下面分述之。

### 1. 没有考虑依法应当考虑的因素

行政机关没有考虑应当考虑的因素,或者相反,考虑了不应当考虑的因素,都可能导致行政处理结果明显不当。由此,对行政处理结果的审查往往转化为对行政判断过程的

[41] 见黄金成等25人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案,《最高人民法院公报》2005年第6期。

[42] 许强诉济南市交通警察支队市中区大队行政处罚案,济南市中级人民法院(2010)济行终字第271号行政判决书。一个可资对比的案例,见马某跃诉济南市交通警察支队某某大队行政处罚案,济南市市中区人民法院(2010)市行初字第109号行政判决书。

审查。

法律对于行政处理的方式，有的规定了具体的处理办法，有的只有笼统的意思表示，有的完全没有指明。法律规定了行政处理应当考虑的因素，行政机关没有考虑，导致行政决定有失公正的，属于不正当行使权力。例如，《物业管理条例》第9条第2款规定，“物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素”。房管局不能以证据证明它对物业管理区域的划分考虑了共用设施设备的权属、使用与维护等因素，就是不当。<sup>[43]</sup>

法律没有明确规定考量因素的，法院还可能通过解释法律条文来探寻立法者的意图。在一些情况下，通过类比相似法条，举重明轻、举轻明重，也能够帮助理解立法意图。例如，原告无证驾驶的行为发生在从自家一处大棚至另一处大棚之间的乡间道路，其社会危害性与道路交通安全法第99条所列的其他几种可以拘留的行为相比显著轻微。被告对原告处15日拘留，这与被告认定的原告违法事实及本案的情节、社会危害程度不相称。该处罚决定因而明显不当。<sup>[44]</sup>

法律条文完全没有规定处理意见，也不等于行政机关可以任意处理。在社会强烈关注的唐慧诉永州市劳动教养管理委员会行政赔偿案中，唐慧对于周军辉等人强迫自己未成年女儿卖淫一案的刑事判决不服，持续上访、闹访。被告以“扰乱社会秩序”为由，对唐慧处以劳动教养18个月（实际执行了8天）。湖南省高级人民法院二审判决认为，唐慧的行为具有违法性，但永州市劳教委没有综合考虑唐慧及其家人的特殊情况，对唐慧实施了劳动教养，“处理方式明显不当”。<sup>[45]</sup>

## 2. 处理方式违反比例原则

在法律条文沉默的地方，法律原则也可以开口说话，帮助判断行政裁量的合法性。其中，比例原则是规范行政裁量的一个重要的指导原则。在黑龙江汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案中，最高人民法院判决认为，行政处罚决定应以达到行政执法目的和目标为限，尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。被告处罚决定不必要地增加了原告的损失，显失公正。<sup>[46]</sup>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中，法院不但要求行政处罚遵循过罚相当原则，还提出了行政机关行使裁量权力时应当考虑的具体因素。江苏省高级人民法院二审判决认为，原告主观上无过错，侵权性质、行为和情节显著轻微，尚未造成实际危害后果，责令其停止侵权行为即足以达到保护注册商标专用权以及保障消费者和相关公众利益的执法目的。被告并处50万元罚款实无必要，明显

[43] 见黄金成等25人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案，《最高人民法院公报》2005年第6期。

[44] 见姜福英诉辽宁省庄河市公安局行政处罚案，大连市中级人民法院（2014）大行终字第202号行政判决书。道路交通安全法第99条规定可以并处拘留的情形包括：1. 未取得机动车驾驶证、机动车驾驶证被吊销或者机动车驾驶证被暂扣期间驾驶机动车的；2. 造成交通事故后逃逸，尚不构成犯罪的；3. 强迫机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规和机动车安全驾驶要求驾驶机动车，造成交通事故，尚不构成犯罪的；4. 违反交通管制规定强行通行，不听劝阻的；5. 故意损毁、移动、涂改交通设施，造成危害后果，尚不构成犯罪的；6. 非法拦截、扣留机动车辆，不听劝阻，造成交通严重阻塞或者较大财产损失的。

[45] 见湖南省高级人民法院（2013）湘高法行终字第26号行政赔偿判决书。相关报道参见柴会群、邵克：《“永州幼女被迫卖淫案”再调查》、《什么造就了唐慧》，<http://www.infzm.com/content/93029/>，2016年5月17日访问。

[46] 见最高人民法院（1999）行终字第20号行政判决书，法公布（2000）第5号。

不当。<sup>[47]</sup>

### 3. 没有正当理由的区别对待

平等原则在司法中的适用,似乎还没有引起足够的重视。但是,同类情况同样对待,是法律的一个基本要求,也是衡量是否公平、公正的一个基本方法。不管是对于同一案件的各方当事人还是对于同类案件的当事人,没有正当理由的区别对待,就构成明显不当。

在实践中,有关平等原则的争议最多出现在各方当事人具有竞争关系的场合。在广州贝氏药业有限公司诉国家发展计划委员会药品定价案中,被告对原告等生产的抗感染药品予以单独定价。原告认为,同类药品在质量、安全性、疗效、治疗周期等方面都相同,也都没有获得专利,被告对同类药品的定价却相差如此之大,明显有悖公正原则。<sup>[48]</sup>

在存在利益冲突或者相应“对家”的场合,行政机关的选择性执法也容易引发人们对执法公平的质疑。例如,原告与第三人互殴,各致对方轻微伤,被告对第三人罚款100元,而对原告拘留15日。法院认为,原告与第三人的违法严重程度相同,但被告对两者的处罚轻重悬殊,该处罚决定显失公正。<sup>[49]</sup>但如果原告与第三人不存在利益冲突,法院可能不会把选择性执法作为显失公正的因素。例如,公安机关以原告嫖宿为由,对其处15日行政拘留,后又决定收容教育2年,而对嫖宿对象李某仅处15日拘留和罚款。法院认为,原告所受收容教育与李某所受行政处罚之间不存在可比性。<sup>[50]</sup>

即使当事人之间不存在冲突利益或者相关利益,行政机关在以往同类案件中的处理方式,也可以作为衡量行政行为是否合理的因素。如果行政机关在以往的处理中已经形成稳定的惯例,那么,这些事实在衡量行政行为合理性的过程中将会更有力量。例如,依据《烟草专卖法实施条例》的规定,无准运证运输烟草专卖品的,处以烟草价值20%—50%的罚款。法院认为,行政机关在作出处罚决定时,应当考虑以前和近期对同种情况违法行为给予处罚的程度,做到同责同罚。原告与9名案外人都属无证运输卷烟,情况相似,被告处罚幅度却相差较大,显失公正。<sup>[51]</sup>这一判决精神要求,行政机关在行政活动中参考先例,至少不能无视过去的实践。

### 4. 违背业已形成的裁量准则

在法律没有明确规定的情况下,行政机关也可能通过制定裁量基准、形成行政惯例、宣布处理政策,形成一套比较稳定的处理模式。一套稳定的处理模式有助于限制行政过程的考量因素,降低与当事人讨价还价的成本,抵御各种人为干扰。至少在通常情况下,它

[47] 见《最高人民法院公报》2013年第10期。在该案中,原告鼎盛公司使用了与第三人东华公司的注册商标近似的商标,被告责令鼎盛公司停止侵权行为,并处罚款50万元。法院认为,被告的处罚未考虑以下事实:第一,在第三人注册商标核准之前,原告就进行了相应的包装设计并委托生产;第二,第三人商标核准注册才两个月,尚未投入市场,原告就被查处;第三,原告并未对使用该标识的月饼进行广泛宣传。

[48] 北京市高级人民法院(2002)高行终字第66号行政判决书。北京市高级法院二审判决认为,“虽然国家计委在确定同类药品差价时考虑的一些因素缺乏根据,但尚不构成滥用职权”。在行政诉讼法修改、增加“明显不当”的审查标准以后,法院对此类案件的态度可能不同。

[49] 王钦民诉新疆精河县公安局行政处罚案,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(1992—1999年合订本)·行政卷》,中国法制出版社2000年版,第145页以下。

[50] 彭树球诉厦门市公安局湖里分局收容教育案,厦门市湖里区人民法院(2007)湖行初字第6号行政判决书。二审维持原判。

[51] 王忠生等诉云南省安宁市烟草专卖局行政处罚案,昆明市中级人民法院(2001)昆行终字第36号行政判决书。

使行政过程更加简单,更有效率,也更显公平。而处理模式一旦形成,就会给人一种期待,相信并要求行政机关遵循这种模式行事。在此情况下,现有的处理模式就构成行政裁量的准则。行政机关没有正当理由违背裁量准则,即构成违法。

但如果确有正当理由的,行政机关可以在执法过程中逸脱上级行政机关以规范性文件形式设定的裁量基准、宣示的政策倾向,或者偏离行政机关在以往案件中形成的惯例、先例。在周文明诉云南省文山县交警大队行政处罚案中,周文明因超速驾驶被处以罚款200元的处罚。依据道路交通安全法,这种情况应处20—200元罚款。但是,根据云南省公安厅《云南省道路交通安全违法行为处罚标准暂行规定》的要求,超速未达50%的,处罚款50—100元。一审法院认为交警处罚不符合省厅规定,改处罚款80元。被告上诉称,文山县交通事故的主要原因就是超速驾驶,执法中一直对超速驾驶予以重罚。二审法院认可该理由,判决维持原处罚决定。<sup>[52]</sup> 二审判决的精神得到多数学者的认同。<sup>[53]</sup>

### (三) 执法机关不得放弃裁量

法律赋予行政机关裁量权力,也要求行政机关根据具体情形斟酌处理。裁量不单是权力,也是义务。为了维护个案公正,在某些特殊情况下偏离裁量基准,不仅是允许的,还是必须的。

如果行政机关不考虑任何具体情形作“一刀切”的规定,这样的规定往往是不完美、不合适的;如果执法机关不考虑任何具体情形“一风吹”地执行,这样的做法僵硬刻板,严重偏离公正的准则,也是对其裁量职责的怠惰。例如,高等学校为了严肃考试纪律,规定考试作弊的“一律按退学处理”。这样的规定没有区别各种作弊的不同情节,既有失公允,也没有给学生悔改机会,“一棍子打死”,失之过严。<sup>[54]</sup> 又如,外地来京贩卖蔬菜的菜农,每天清晨驾驶轻型货车出门,在同一地点105次违反禁行标志。公安交通部门依照每次违法罚款100元的标准,对其处以罚款10500元的处罚。该处罚没有考虑本案的具体情形,机械地依据相关规定,对原告简单地累计处罚,有失公正。<sup>[55]</sup>

行政裁量所依据的准则即使原来是合理的,但如果随着形势变化变得有悖公正,执法机关也应当考虑变通处理。在陈山河与洛阳市人民政府、洛阳中房地产有限责任公司行政赔偿案中,被告组建的指挥部于2002年8月对原告房屋违法实施拆迁,一、二审法院参照洛阳市1997年公布的拆迁安置补偿标准予以赔偿。最高人民法院裁定认为,在被拆迁人未及时发现合理补偿安置而房屋价格明显上涨的情况下,按5年前的标准向原告支付拆迁补偿

[52] 云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院(2008)文行终字第3号行政判决书。相关报道见陈娟:《云南省公安厅红头文件引争议》,《人民日报》2008年4月2日第15版。

[53] 参见王天华:《裁量基准与个别情况考虑义务:周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》,《交大法学》2011年第1期。更多讨论,参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,《中国法学》2007年第6期;余凌云:《游走在规范与僵化之间:对金华行政裁量基准实践的思考》,《清华法学》2008年第3期;王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,《法学研究》2008年第5期。

[54] 见田永诉北京科技大学案,《最高人民法院公报》1999年第4期。北京市海淀区法院一审判决以校规“对考试作弊的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第12条的规定”为由,决定不予适用。

[55] 杜宝良诉北京市公安局公安交通管理局西城交通支队西单队“105张罚单”案,见王乃彬:《“同一地点违章百余次被罚万元”事件引发争议》,《法制日报》2005年6月6日;张旭:《北京“万元罚单”当事人杜宝良撤诉》,《法制日报》2005年7月29日。道路交通安全法第90条规定,机动车驾驶人违反交通标志的,处警告或者20—200元罚款;北京市公安部门的处罚标准是,违反限制通行规定的处100元罚款。

安置款，对陈山河“明显有失公平”。<sup>[56]</sup>规范性文件不能成为执法机关无视社会公正、逃避裁量义务的挡箭牌。

#### 四、重申司法对行政的尊让

前面所讲的几种考量因素的引入，为法院审查行政裁量行为提供了一个相对客观的标准。然而，它没有回答一个问题：行政裁量行为不适当到什么程度才算“明显不当”，法院才可以干预？这个问题恐怕是实践中最难拿捏的。

##### （一）为什么要强调“明显”不当

从逻辑上讲，“明显不当”的评判包含两个阶段的推理过程：第一，行政裁量是不适当的；第二，不适当达到明显的程度。前者涉及评判方法，即该从哪些方面去考虑行政行为的适当性；后者涉及评判尺度，即如何掌握司法审查的具体界限。虽然在实际思维过程中，这两个问题可以合在一起谈，但逻辑上做区分不是没有意义的。实际上，它已经成为我国司法审查的一种鲜明路径。

立法强调明显不当，是要求法院节制自己的审查权力。从行政行为司法审查的角度来说，行政机关对行政裁量问题的判断是“一次判断”，而司法机关则是“二次判断”。在实际操作中，法院不可能给予行政机关的裁量百分之百的尊重，否则就没有必要建立司法审查了；但法院也不可能时时处处以自己的观点代替行政机关的判断，否则就没有必要设立行政机关了。正是意识到司法审查的限度，防止过分干预行政裁量，立法才使用了“明显不当”的措词。

明显不当的要求，意味着司法机关应当给予行政裁量必要的尊让。<sup>[57]</sup>面对一些公说公有理、婆说婆有理的事情，法院不是自己去断个是非，而是顺水推舟，听从和维持行政机关的决定。司法机关的尊让不但体现了法院对行政机关尊敬重视的心态，也强调了法院对自身权力克制谦让的效果。

法院对行政裁量给予适度的尊让，不但是司法和行政两个系统职能分工的需要，也是司法审查获取合法性的策略。现代行政涉及大量技术性和政策性的问题，需要借助行政机关的知识、经验和技能来解决。例如，涉及博士学位论文的评审，法官的知识基本上不足以回答它是否达到博士学位论文的水准；面对会计规则的丛林，法院也很难判断一家上市公司财务资料所反映的利润是否客观真实；山林土地所有权纠纷往往纠结着复杂的历史和现实问题，法院也很难根据既定的规则作出判决。在这些情况下，司法权力过分的张扬不但于事无补，反而可能危及其自身的合法性。相反，本来有权“说最后一句话”的法院让行政机关说了算，不是客气，也不是推诿，而正是司法权力的限度。

##### （二）是否“明显”谁说了算

行政行为是否明显不当，归根到底当然是由法官来判断的。但是，法官在判断的时候，

[56] 最高人民法院（2014）行监字第148号行政裁定书，《最高人民法院公报》2015年第4期。

[57] “尊让”一词移用自古汉语。例如，“夫人必知礼，然后恭敬，恭敬然后尊让，尊让然后少长贵贱不相逾越（《管子·五辅》）”；“尊让絮敬也者，君子之所以相接也（《礼记·乡饮酒义》）”；“恭俭尊让者，礼之为也（《淮南子·泰族训》）”。它在当代法学中的含义，与英文的 *deference* 可以大体对译。

又根据什么呢？对此有两个可能的哲学维度：一是法官求问于自己内心，并凭借他对人情世故的理解作出回答；二是法官求问于旁人，并根据旁人的看法作出判断。求问于自己的，需要法官高超的智慧，一如德沃金笔下智慧无边的赫拉克勒斯。然而，它的问题是，法官不能担保自己的想法必定合理，就像一个陷入泥潭的人无法揪着自己的头发把自己拔上来。而求问别人，通过与别人的交流来验证自己的想法，常常更为可行。从终极意义上，不是法官的个人冥思，而是法律共同体的共识担保了司法判决的正确。<sup>[58]</sup>

就行政行为的司法审查来说，有一个特殊的问题：法官应该征询行政执法者的意见，或者行政相对人的意见，还是征询更广大的公众的意见？让不同的群体来回答，答案常常是不一样的。行政执法者容易对执法中存在的问题熟视无睹，行政相对人容易夸大执法中存在的问题，一般的公众对相关的问题可能并不了解。一个通情达理、了解情况的人，大概是最理想的形象了。通情达理，是指他中立客观，能够摆脱利益的纠葛和视野的偏颇；了解情况，是假定他处在执法者的位置，拥有执法者所拥有的信息。然而在现实生活中，这样一个理想的人可能是不容易找的：不是没有这样的人，而是没法确定“他”就是这样的人。

既然绝对公允可靠的人难以找到，我们不妨把问题交给一个广大的群体：特定社会下的公众。你想知道某家餐馆的菜好吃不好吃，你可以去问大众点评网，因为众多普通消费者看法的汇总比单个专家更为可靠。行政行为是否明显不当，同样可以听取广大公众的意见。陆煜章诉上海市工商行政管理局企业名称驳回通知案涉及企业登记条件的适当性（而不是我们重点讨论的处理方式的适当性），但法院在该案中提供的评判方法仍有参考价值。原告于2003年4月向被告提出企业名称预登记申请，要求将“上海资本家竞争力顾问有限公司”作为开办公司的名称。被告认为，将“资本家”一词用于企业字号违反《企业名称登记管理规定》，有损社会公共利益并且可能对公众造成误解，因此不予核准。法院认为，由于“资本家”一词具有特定政治含义，不为社会主流所接受，如果被告核准使用，必将引起众多人的反对或反感。被告出于社会公众接受程度的考虑作出上述决定，不构成滥用自由裁量权。<sup>[59]</sup>在涉及伦理问题上，应当考虑的因素可能变得微妙，行政机关和法院都可能面临艰难的选择。例如，第三人盗窃摩托车后，在驾驶途中冲入道路坑槽内造成一死一伤，事故责任该如何承担？<sup>[60]</sup>在这类案件中，“法律上的因果关系”的认定难免包含着主观的价值判断。而衡量主观价值判断最好的也是最后的标准，恐怕还是社会公众的普遍认同。所谓“公道自在人心”，在这种场合是适用的。

在一些专业技术领域，判断行政行为是否“明显”不当，不能以一般外行人的眼光来衡量，而应委托给专家进行。在知识产权领域，法院早就确立了“所属领域普通技术人员”的标准。最高人民法院在精工爱普生株式会社诉国家知识产权局专利复审委员会专利无效案中认为，只要通过综合原说明书及其附图和权利要求书能够直接、明确推导出来，并且所推导的内容对于所属领域普通技术人员是显而易见的，就可认定该内容属于申请专利保

[58] 前引〔18〕，何海波书，第361页以下。

[59] 上海市第一中级人民法院（2003）沪一中行终字第194号行政判决书。

[60] 福建省德化县盖德建筑工程公司诉德化县公安局交通警察大队道路交通事故责任认定案，福建省泉州市中级人民法院（2004）泉行终字第111号行政判决书。



护的范围。<sup>[61]</sup>类似地,在许文庆诉国家知识产权局专利复审委员会专利无效案中,最高人民法院认为,权利要求书中有些语言确实表述不够清楚,但所属技术领域的技术人员通过仔细阅读说明书,这些缺陷是可以克服的。被告仅凭一些语言表述不够清楚即宣告专利权无效,并不合适。<sup>[62]</sup>

### (三) 要多明显才够“明显”

一旦我们把是否明显的判断交给一个广泛的群体,问题就变成:在这个群体内需要获得多大的共识,才能算是明显的?在这个问题上,我们不妨拿美国法上的重新审理标准、英国法上的温斯伯里原则和大陆法上的比例原则做一个比较,看看中国法上的“明显不当”处在什么位置。

#### 1. 重新审理标准并不适合中国

针对不同的事项,美国行政法设定了不同的审查标准。这里要讨论的是一个严格的审查标准,即重新审理标准。<sup>[63]</sup>按照这一标准,法院无需考虑行政机关的意见,完全基于自己对该问题的判断作出裁决。这类似于行政行为“不适当”,法院就可以推翻重做。这样的审查标准显然不适用于我国法院对一般行政行为的审查。在美国,重新审理标准也只适用于非常有限的范围。

#### 2. 温斯伯里原则也不适合中国

在讨论行政裁量的审查时,英国的温斯伯里不合理性原则经常被我国学者提起。作为英国现代行政法的基石之一,该原则始于1947年的温斯伯里案件。该案的主要争议点是,温斯伯里市政委员会关于“15岁以下的孩子(在星期日)不能进入任何娱乐场所,无论是否有成年人陪同”的规定是否合法。根据当时的《星期日娱乐法》,电影院可以在星期日营业,但地方行政当局在发放放映许可时,可以附加它“认为适当”的条件。从字面上解释,这一规定符合《星期日娱乐法》。而且,当时英国各地对放映电影做类似限制的也不止温斯伯里这一个地方,一些家长也赞成这样的规定。留给法院决定的问题是该附加条件是否合理,要不要干预。<sup>[64]</sup>

上诉法院审理该案的格林勋爵认可了市政委员会的规定。他没有从正面论证市政委员会的决定是合理的,而是从反面为审查行政行为的合理性设置了一道门槛。判决书对这个标准有不同的表述,其中最经典的表述就是,“行政决定是如此的不合理,以至于任何一个通情达理的机构都不会作出”的情形下,法院才能干预行政决定。<sup>[65]</sup>几十年后,迪普洛克法官把它重新表述为,行政决定“严重违背常理或者公认的道德标准,任何一个通情达理的人在面对该问题时都不会作出那样的决定”。<sup>[66]</sup>请注意,两者都用了非常绝对的措词——“任何”。与汉语日常语言中宽泛含混的“不合理”不同,温斯伯里原则意义上的不合理是用来指称非常极端的行为,是“不合”“理性”(irrational)的行为。行政机关很容易

[61] 见《最高人民法院公报》2014年第7期。

[62] 见《最高人民法院公报》2006年第2期。判决书附带指出,“本院不愿意见到更多的以此种理由宣告专利权无效的趋向,有关各方应当尽心协力提高专利申请授权水平”。

[63] 参见王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第694页以下。

[64] *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1 KB 223 (1948).

[65] 同上引案例,第234页。

[66] *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* AC 374, at 410 (1985).

就能够跨过这道门槛，法院因行政机关违反温斯伯里原则而撤销行政行为是罕见的现象。<sup>[67]</sup>

温斯伯里原则只能出现在重程序、轻实体的英国。即使在英国，它也反映了那个时代普遍流行的司法消极主义态度，而不是司法创造的精神。<sup>[68]</sup>它给了行政机关在实体裁量上享有近乎绝对的权力，行政机关的决定——哪怕是错误的决定——也不受任何法院的质疑。一些我国学者把它作为法院对行政裁量的严格审查，实属误解。几十年后，在司法审查勃兴的背景下，英国出现“超温斯伯里原则”的审查标准，甚至逐步接纳了欧陆国家的比例原则，那是后话。

温斯伯里原则不能代表我国行政诉讼法上的合理性审查。曾有法院声称：“司法对自由裁量行政行为的合法性审查只有一个标准，即自由裁量权是否被滥用并达到令正常人无法容忍的程度。”<sup>[69]</sup>这段话透着一股熟悉的温斯伯里气息。如果它曾经是正确的，那么，在行政诉讼法增加了“明显不当”的标准后，它已经过时了。

### 3. 比例原则

那么，大陆法上的比例原则又怎么样呢？比例原则要求，行政手段对于行政目的的实则是适合的、必要的和相称的。虽然具体表述并不完全统一，但很显然，这一原则对行政机关的要求比英国的温斯伯里原则要严格得多。英国法院在很长一段时间里拒绝接受比例原则，就是因为他们意识到两个原则之间存在审查尺度上的明显差距。<sup>[70]</sup>当然，法院在运用比例原则时，可能根据不同的案件类型，对行政裁量进行不同强度的审查。<sup>[71]</sup>这使比例原则成为一把有弹性的尺子，但没有改变比例原则在适当性审查上更加深入的基本事实。

自从比例原则引入我国学界后，论者似乎想当然地认为我们应当接受它，其中也包括我本人的一些文章。问题是，比例原则与我国行政诉讼法中“明显不当”的审查标准是否契合？当我们欢呼最高人民法院在黑龙江汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案中运用比例原则时，我们是否想过，该判决所使用的“最小侵害”原则比当时行政诉讼法所规定的“显失公正”至少在字面上更加严格呢？不要忘了，“明显不当”中有“明显”两个字。抛弃了“明显”两个字的比例原则，就不是中国的法律。现有多数文献对比例原则的讨论缺少一个清晰的维度：尊让。缺少尊让意识的比例原则，有可能导致司法过分干预行政。

我不是反对比例原则，而是认为应当对它做一些界定。在这方面，我国台湾行政程序法给予了最为明确和合理的规定。该法第7条要求，行政机关“采取之方法所造成之损害

[67] 英国大法官爱尔兰勋爵注意到，虽然律师和法官频频引用温斯伯里原则，但直到上个世纪90年代中期，“基于温斯伯里不合理性原则挑战行政行为的，很少成功”；那些原告胜诉的判决，主要是根据不相关考虑、不合法或程序不适当等审查标准。Lord Irvine, *Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*, (1996) Public Law 59, at 67.

[68] J. Griffith, *Judicial Politics since 1920: A Chronicle*, Blackwell, 1993, pp. 52 - 61.

[69] 陆煜章诉上海市工商行政管理局企业名称驳回通知案，上海市第一中级人民法院（2003）沪一中行终字第194号行政判决书。

[70] 在一个开除同性恋军人的案件中，法官并不认同国防部提出的“同性恋损害军队士气和战斗力”的说法，并暗示如果适用比例原则开除决定应被撤销；但他们最终还是维持了开除决定，因为当时的英国法尚未接纳比例原则。See *R. v. Ministry of Defense, ex parte Smith* QB 517 (1996).

[71] 参见前引[3]，蒋红珍等文。

不得与欲达成目的之利益显失均衡”。〔72〕“显失均衡”的措词，非常接近我国大陆行政诉讼法上的“显失公正”和“明显不当”。此外，我国也有法官在适用比例原则时提到，行政行为为“严重违反比例原则”，从而构成违法。〔73〕如果说我国台湾的立法是在比例原则的定义中对明显性进行限定，那么，后一说法是在比例原则的定义之外加上明显性的限定，两者同样表达了司法审查应有的克制态度。差异的表述说明比例原则的概念有待厘清和统一，更提醒人们引入比例原则时应当注意中国的本土情境。

综上所述，是否接纳比例原则，在很大程度上取决于比例原则自身的定义。如果采取我国台湾行政程序法的定义，比例原则似乎可以直接引入；否则，就只有“严重违反比例原则”，才构成违法。不管采取何种说法，我们要清楚，是“明显不当”标准而不是任何外来理论构筑了我国法院与行政关系的边界。对法院来说，既要对行政行为的合理性进行审查，又要对行政裁量予以足够的尊让，避免以自己的判断代替行政机关的判断。至于具体尺度的拿捏，还得法官在具体情境中作出。

---

---

**Abstract:** With “obvious impropriety” as a ground for judicial review being provided for in the Chinese Administrative Litigation Law in 2014, administrative discretion will no longer be immune to the court’s review. However, the nature, scope and extent of such review are still to be discussed. In this article, the author argues that such issues should be understood in the entire context of the Chinese legal structure. An obviously improper administrative act is, in nature, an unlawful act. This standard applies only to the discretionary measures adopted by an agency in dealing with a case, but not to the issues of jurisdiction, procedure or evidence. The court may use legal principles, law enforcement guidelines, precedents and so on, to judge whether the act in question is proper or not. While bold in exercising its review power, the court should also give sufficient deference to administrative agency in case it improperly intervenes into administrative management.

**Key Words:** administration litigation, review criteria, obvious impropriety, review of reasonableness, substantive legitimacy

---

---

〔72〕 该法第7条规定，“行政行为，应依下列原则为之：一、采取之方法应有助于目的之达成。二、有多种同样能达成目的之方法时，应选择对人民权益损害最少者。三、采取之方法所造成之损害不得与欲达成目的之利益显失均衡。”

〔73〕 前引〔39〕，王伟文，第89页。