

明显不当审查标准的内涵与适用

——以《行政诉讼法》第70条第(六)项为核心

于洋*

目次

引言

一、明显不当审查标准的规范生成与学理回应

(一) 明显不当审查标准的规范生成

(二) 明显不当审查标准的学理回应

二、明显不当审查标准的司法实践考察

(一) 明显不当审查标准在判决理由中的分布

(二) 明显不当审查标准在裁量类案件的适用

(三) 明显不当的判断

三、明显不当审查标准的困境与出路

(一) 困境：分歧的适用范围与模糊的判断标准

(二) 根源：司法审查标准逻辑不一

(三) 出路：规范体系内的细化

四、结语

摘要 2014年《行政诉讼法》修改增加了明显不当审查标准对行政裁量行为进行司法审查。通过对学理与司法实践的考察,发现该审查标准在理解与适用中出现困境,表现为适用范围的分歧以及判断标准的模糊。困境的根源在于行政诉讼审查标准的划分没有遵循统一的逻辑,从而导致审查标准适用的混乱与杂糅。回归规范体系本身,通过立法原意与体系解释,明显不当审查标准应仅适用于法效果裁量;基于该审查标准判断的关键在于行政自主性与拘束性的平衡,故而可以借助行政机关的理由说明,采用客观、多元化的标准进行认定,包括但不限于以下判断标准:结果畸轻畸重、不合理迟延、方式不当、违反立法目的、忽视相关因素、违反基本原则等。

关键词 明显不当 行政裁量 实质合法 审查标准

* 浙江大学光华法学院博士研究生。

引言

“法律上的一切权力,作为与‘职责’相对的一个概念,都包含‘自由裁量’的因素在内,差别只是程度不同而已。”^{〔1〕}因而,行政裁量的司法审查被认为是行政法学的“重镇”。《行政诉讼法》修改以前,学界通常认为“滥用职权”与“显失公正”是司法控制行政裁量的审查标准。然而“滥用职权”与“显失公正”条款的适用不尽如人意,^{〔2〕}于是为了解决这一问题,此次《行政诉讼法》修改增加了“明显不当”审查标准以期对裁量滥用进行救济。然而是否可以达到立法目的所期许的效果,则取决于对“明显不当”审查标准内涵与适用的理解。令人遗憾的是,目前已有的研究大多基于法解释学的应然视角,^{〔3〕}而忽视了这一审查标准适用的实然层面。在尚无最高院指导性案例、公报案例、最高院行政审判指导案例的情况下,本文通过对明显不当审查标准的规范生成与学理回应进行梳理,结合2015年5月1日到2016年5月1日一年的司法实践运行状况,对明显不当审查标准做一个整体上的考察,从而为厘清明显不当审查标准的内涵及其适用,提供一些注脚,以期对该制度的适用与完善有所裨益。

一、明显不当审查标准的规范生成与学理回应

(一) 明显不当审查标准的规范生成

行政裁量问题与行政行为合理性审查问题紧密相关,通过合理性审查的法规范变迁可以管窥行政诉讼领域“明显不当”审查标准的规范生成。

1. 合理性的例外审查

1989年《行政诉讼法》制定,在立法之初对“法院对行政案件审查什么?”“在法律、法规规定的范围内是否妥当的问题,法院要不要审查,要不要管?”进行了激烈的争论,结果是以1989年《行政诉讼法》第5条“合法性审查原则”而告终,“对法律、法规范围内当与不当的问题,法院原则上不管”,^{〔4〕}但规定了两种例外情况:“一是滥用职权的,法院可以撤销,二是行政处罚显失公正的,法院可以判决变更。”^{〔5〕}可见,1989年《行政诉讼法》事实上确立了“合法性审查为原则,合理性审查

〔1〕 William Wade, *Administrative Law* (8th ed., Oxford University Press, 2000), p.315.

〔2〕 从2000年到2012年,《中国审判要览》涉及滥用职权的案件共32件,占总案件的2.69%,其中直接依据《行政诉讼法》第54条第2项第5目判决的案件2件,占总案件的0.17%,其中评析中认为属于滥用职权的5件,占总案件数的0.42%,其他的25件都是原告主张滥用职权但是未被人民法院采纳。而其中涉及显失公正的案件共24件,占总案件的2.01%,这24件中直接依据《行政诉讼法》第54条第4项判决的案件共5件,占总案件的0.4%,其中有3件是在判决理由中认为显失公正,但在最后判决中未直接引用第54条第4目,占总案件的0.25%,其中有1件是学者在评析中认为属于显失公正的,占总案件的0.08%,其他的15件都是原告主张滥用职权但是未被人民法院采纳。具体参见沈岚:《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》,载《法商研究》2004年第4期。

〔3〕 例如,何海波:《论行政行为“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期;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》,载《政治与法律》2016年第1期;郭兵:《论行政程序裁量的司法审查标准》,载《政治与法律》2015年第4期;史笔、曹晟:《新〈行政诉讼法〉中行政行为“明显不当”的审查与判断》,载《法律适用》2016年第8期。

〔4〕 顾昂然:《行政诉讼法起草情况和主要精神》,载《行政诉讼法专题讲座》,人民法院出版社1989年版,第27页。

〔5〕 见前注〔4〕,第27页。

为例外”的基本原则,合法性审查仅为形式合法层面。

该原则的确立主要基于以下原因:第一,行政权与司法权有一定的界限。依法行政既包括行政机关依照羁束性的法律行使行政权,还包括行政机关依照享有裁量权的法律行使职权。后者涉及合理性问题,法院不要干预。第二,人民法院长期进行审判活动,对适用法律最有经验,对法律问题最能做出正确的评价。如果由行政机关解决合法性问题就会导致行政专横和法治混乱。^{〔6〕}第三,“对于是否适当的判断,需要一定的专业与管理知识,由司法机关进行审查并不合适”。^{〔7〕}法院审判人员不可能具备各方面的专业知识。因此,要求审判人员对行政行为是否适当进行审查,进行干预,行政机关等于多了一个行政上级可能妨害行政机关有效地进行行政管理。^{〔8〕}

而1991年开始实施的《行政复议条例》第42条第4款第五项规定:具体行政行为有下列情形之一的,决定撤销、变更,并可以责令被申请人重新做出具体行政行为:……5.具体行政行为明显不当的。可以说,这是“明显不当”标准在“行政复议”领域的确立,尔后1999年制定的《行政复议法》第28条第3款承继了这一规定。于是,是否可以“明显不当”行政行为进行救济成为行政复议与行政诉讼的分野。

2. 合理性到合法性审查的渐进

随着实践的发展,行政诉讼法体系中合法性审查原则与合理性审查原则越发紧张,^{〔9〕}于是为了缓解这种紧张关系,便形成了两种解释路径:一是“原则—例外”说,即“合法性审查为原则,合理性审查为例外”。二是实质合法说,即将合法性审查的范畴从形式合法扩张到实质合法,实质合法性审查实际上包含对严重不合理的审查。二者不同的解释路径看似只是语词上的策略选择,本质上是形式法治理念与实质法治理念的不同彰显。而审判实务也逐渐开始采纳合法性实质审查说,^{〔10〕}规范上的阶段性标志即为2000年《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》(以下简称“2000年解释”)第56条规定:“被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的,应当判决驳回原告的诉讼请求。”那么,如果法院对合理性问题不进行审查,应当是裁定驳回,而不是判决驳回原告的诉讼请求,这就意味着,法院开始采取“较为严格的合法性审查”^{〔11〕}。而2002年《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(以下简称“2002年规定”)更是直接将“显失公正”归入“合法性审查”的范畴,该规定第6条第6款规定:“人民法院审理国际贸易行政案件,应当依照行政诉讼法,并根据案件具体情况,从以下方面对被诉具体行政行为

〔6〕 参见皮协纯:《行政诉讼法概念、基本原则》,载前注〔4〕,《行政诉讼法专题讲座》,第82页。

〔7〕 张越:《行政复议法学》,中国法制出版社2007年版,第3页。

〔8〕 参见前注〔4〕,顾昂然文,第26~27页;胡康生:《〈行政诉讼法〉立法过程中的若干问题》,载前注〔4〕,《行政诉讼法专题讲座》,第41~42页。

〔9〕 一是合法性与合理性往往交织在一起,无法清晰划分;二是弱化了人民法院解决纠纷的能力。大量裁量行为的发展使得法院仅审查合法性,无法实质解决纠纷,保障相对人的合法权益。尤其是伴随着“合理行政”要求的发展,这就使得行政合法性审查原则更加穷于应对。三是行政诉讼体系内部的无法自治。1989年行政诉讼法对合理性审查做出了限制,“滥用职权、显失公正”与“合法性审查”之间出现体系内部的紧张关系。

〔10〕 比如王红韦:《关于洛淑芬诉天津市公安局对侵犯其人身权利治安处罚显失公正案的评注》,载《人民法院案例选(行政卷)》(1992—1996年合订本),最高人民法院应用法学研究所1997年版,第19~20页。林民华:《关于王某诉某公安局治安处罚行使公正案的评注》,载《北京行政诉讼案例研究》(第2卷),法律出版社2003年版,第241页。

〔11〕 参见张树义主编:《寻求行政诉讼制度发展的良性循环》,中国政法大学出版社2000年版,第239页。

进行合法性审查:……(6)行政处罚是否显失公正。”

如果说2000年解释与2002年规定只是犹豫不决,左右徘徊,那么2008年《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》则迈出了更大的步伐。该法第1条规定:“人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当,可以在宣告判决或者裁定前,建议被告改变其所作的具体行政行为。”这一规定开创性地规定了法院对不当行为的审查和司法建议改变权,引导行政机关改变不当的行政行为,事实上对不当行政行为实施救济,实质化解争议,也暗含着从形式合法观到实质合法观的转变。

3. 明显不当行政行为的合法性审查

2014年《行政诉讼法》修改,第70条第(六)项标志着明显不当审查标准在行政诉讼领域“规范”上的确立。明显不当审查标准的增加主要基于以下考量:一是鉴于行政管理领域的不断拓展,行政裁量权的不断扩大,片面强调合法性审查,无法实质解决行政争议。^[12]二是“滥用职权”主要是针对裁量问题的审查,由于其适用的虚置,一定程度上抑制了行政诉讼功能的发挥,无法实现权利充分救济。尤其是刑法中的“滥用职权罪”更加使得法官极少适用“滥用职权”标准做出判决,弱化了对行政裁量问题的审查。三是基于立法体系的统一,与《行政复议法》中的“明显不当”标准进行衔接。四是在域外监督行政机关的自由裁量权,进行合理性问题的审查有一系列的行政法原理与规则,与法国、德国、英美法系等国家接轨。^[13]同时,为了保证法律体系的统一,以及“出于经济与便利的考虑,在行政处罚之外,也可规定其他行政行为涉及对款额的确定或认定确有错误的,人民法院可以变更”,^[14]于是将第77条修改为:行政处罚明显不当,或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的,人民法院可以判决变更。

可以说此次立法修订中,撤销判决中“明显不当”审查标准的确立已经在“审查范围”上超越了行政处罚显失公正的范围,基本解决了法院部分对行政裁量进行合法性审查的需求。同时修改后的《行政诉讼法》第6条仍然保持了“合法性审查”的表述,对此全国人大法工委编纂的《中华人民共和国行政诉讼法释义》中写道,《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。^[15]可见立法是在“合法性审查”概念基础上,在内容的广度与深度上进行了扩展,实现了从形式合法性审查到实质合法性审查的转变。

(二) 明显不当审查标准的学理回应

《行政诉讼法》修改将明显不当审查标准作为法定的撤销情形进行规定,学理上主流观点采用实质合法观认为应将其归于合法性审查的范畴。基于对审查标准的内涵、适用范围、判断标准、判决方式的适用逻辑,学理上也主要集中于这几个方面的讨论。基于本文是以《行政诉讼法》第70条第(六)项为核心展开,故而判决方式部分不予赘述。

1. 明显不当审查标准的内涵阐述

对于明显不当审查标准的理解,主要有以下三种观点:

[12] 参见江必新编著:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社2015年版,第234页。

[13] 参见梁风云:《新行政法讲义》,人民法院出版社2015年版,第425页;江必新:《新行政诉讼法讲座》,中国法制出版社2015年版,第263页;李广宇:《新行政诉讼法逐条注释(下)》,法律出版社2015年版,第578页。

[14] 见前注[12],江必新书,第236页。

[15] 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。

一是结果显失公正说。该观点认为“《行政复议法》已经在 28 条将具体行政行为为明显不当列入违法和可撤销的范畴,两法有必要保持一致。行政复议法规定的‘明显不当’实际上与‘显失公正’的含义基本相当,那么行政诉讼中的‘明显不当’也应与‘显失公正’同义”。^[16] 虽然《行政复议法》并没有对“明显不当”做出具体解释,但还是可以找到一些立法资料进行说明。参与行政复议立法的人士认为:“实践中以下行为可以视为‘明显不当’:一是对违法行为的处理显失公正的,同类违法行为,程度、后果相似而处理的内容明显不同,或严或宽的应界定为明显不当。二是明显违背国家基本方针政策的,例如对乱收费乱罚款行为,有些虽有地方文件规定,但违背了中央文件的基本要求,亦应予以视为明显不当。三是为局部利益而影响全局工作的行政行为。例如,在农村土地承包中为建设乡镇企业违反政策行政机关强令农民解除承包合同。”^[17] 而“显失公正”则包括以下情况:“行政机关在行政管理中就同类管理事项没有统一的标准,随意性很大,对情况不同的行政管理人给予同样的处理,或对情况相同的行政管理人给予不同的处理,而且这种差异达到有失公正的程度。”^[18]

以“结果显失公正”来判断“明显不当”,具有客观性。但是,“显失公正”本身就是一个不确定的法律概念,需要进一步确定“显失公正”本身的内涵,这就导致内容上具有循环定义之感,影响对“明显不当”的理解。

二是违反原则说。该观点是基于“行政合理性原则”进行的考量,认为明显不当是指严重违反行政合理原则。比如江必新院长认为“行政行为明显不当是指行政行为严重违反行政合理性原则而不合适、不妥当、不具有合理性”。^[19] 有学者进而指出,“其主要特征是行政行为虽然没有违反法律的禁止性规定,但是却明显不合情理或者不符合公正要求。表现为:显失公正、受不相关因素的影响、不符合惯例、不符合传统等。需要注意的是明显不当看似是合理性问题的考量,事实上当不合理达到一定程度可构成不合法,与合法性的审理内容是一致的。对于涉及合理性的问题,只有达到明显不当,构成违法的情况下,人民法院才能干预。”^[20]

此观点是以“行政合理性原则”为基点进行的思考,无疑与国外对合理性问题所发展起来的控制行政行为合理性问题的理论有关,比如裁量空间、裁量收缩理论等。但是“行政合理性原则”在我国是行政法的一个基本原则,并不是司法审查的基本原则,又鉴于《行政诉讼法》(2014)第 6 条对“合法性审查原则”的再次确立,为了保持整部法律体系的融洽性,该理解难免又落入“原则—例外说”“合法性原则扩张解释说”的泥淖之中,忽视了“合法性原则”内涵“由机械的形式合法性转向了灵活的实质合法性”^[21]。

三是结果畸轻畸重说。相对于前两种学说,此种学说趋近于保守,是基于与“滥用职权”相对比进行的考察。全国人大法工委认为“明显不当与滥用职权都针对行政自由裁量权,但是规范角度不同,明显不当针对客观结果,滥用职权针对主观情况。考虑到合法性审查原则的统帅地位,对明显不当不能做过宽理解,界定为结果的畸轻畸重为宜”。^[22]

[16] 江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社 2015 年版,第 264 页。

[17] 张春生主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,法律出版社 1999 年版,第 143~144 页。

[18] 曹康泰主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国法制出版社 1999 年版,第 134 页。

[19] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社 2015 年版,第 518 页。

[20] 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。

[21] 前注〔20〕,第 226 页。

[22] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉解读与适用》,法律出版社 2015 年版,第 158 页。

相较于“结果显失公正说”，该学说也是从结果角度对“明显不当”进行的界定，但是仅界定在“结果的畸轻畸重”。同时这是全国人大法工委的解释，无疑具有一定的权威性。但是，结果的明显不当是否仅仅包含“畸轻畸重”，是否还包含其他判断标准，有待进一步考证。

2. 明显不当审查标准的适用范围

基于前文学理对“明显不当”的内涵阐释，可以发现，一个基本的共识是：明显不当审查标准适用于行政裁量行为的司法审查。那么，明显不当审查标准的适用范围有哪些？

司法审查的要素可以分解为行政主体与管辖权、事实和证据、行政程序、适用条件、处理结果几个方面。^[23] 学界对于明显不当审查标准的适用范围产生了分歧。大部分学者认为“明显不当”最好适用于处理结果部分裁量，比如何海波教授认为“为了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”^[24]。李广宇法官从明显不当与滥用职权区别的角度，认为：“本次行政诉讼法修改，在行政行为违法性方面新增加了一种明显不当，这一情形同样是行政机关行使自由裁量权过程中极端不合理的情形，看似与滥用职权在性质上有所重叠……滥用职权侧重于主观动机，明显不当侧重于客观结果。”^[25]

但是亦有少部分学者存在不同观点，并且分歧主要集中于适用条件与正当程序部分。部分学者认为基于适用要件部分也存在着裁量，^[26] 所以该部分也可以适用“明显不当”的审查标准。张峰振教授认为：“受行政诉讼救济的明显不当行政行为是仅指结果的明显不当，还是包括事实认定、法律适用、程序、结果等所有类型的不当，需要研究……要件裁量说更能体现行政主体享有权力的性质，同时也符合我国的司法实践。”^[27] 而分歧更大的是“违反正当程序”，在行政诉讼法修改之前，学界基本达成的共识是通过扩大解释适用“违反法定程序”条款。但是目前部分学者主张适用“明显不当”条款，比如学者郭兵认为：“行政程序裁量的司法审查标准可以确定为实质法治立场下的‘裁量理由明显不当’标准。”^[28] 史笔法官与曹晟法官认为：“在审查标准上，明显不当主要指行政行为不符合比例原则、违反平等原则或缺乏正当程序。”^[29]

3. “明显不当”的判断标准

何为“明显不当”？这无疑是在认定是否可以运用明显不当审查标准的关键。然而遗憾的是，大部分学者对此或者一带而过，或者语焉不详。

在仅有的少部分学者的论述中，或者通过概括式的方法指出：“相应的明显不当亦应从比例原则、平等原则等领域进行判断，裁量的明显不当本身就是对这些行政法一般原则的破坏。明显不当的判断标准可以从是否违反行政惯例、是否背离立法目的与立法精神层面来考察。”^[30] 或者基于“明显不当”是针对行政裁量的审查，列举了一些国外比较成熟的经验以供参考，比如“德国行政

[23] 参见前注[3]，何海波文。

[24] 见前注[3]，何海波文，第70页。

[25] 见前注[13]，李广宇书，第578~579页。

[26] 参见王贵松：《行政裁量的内在构造》，载《法学家》2009年第2期；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》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2007年第3期。

[27] 见前注[3]，张峰振文，第14页。

[28] 见前注[3]，郭兵文，第132页。

[29] 见前注[3]，史笔、曹晟文，第23页。

[30] 滕亚为、康勇：《论行政诉讼变更判决的适用范围——兼评新〈行政诉讼法〉第70条》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2015年第10期。

法院法第一百一十四条和行政程序法第四十条中,对所谓的‘裁量瑕疵’作了明确规定:包括未作裁量和裁量不足;裁量有误和滥用裁量;裁量越权。同时,在审查行政裁量时,比例原则被广泛运用”。^[31] 亦有学者基于法体系的统一性,指出应当同行政复议法的情形相同。^[32] 纵观其中,何海波教授的观点最具启发性: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做出判断,执法者不能放弃其根据具体情境做出裁量的义务。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。^[33] 进而提出几种评判方法,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”。^[34] 总体而言,学理上并没有提出明确具体的判断方式与判断标准。

二、明显不当审查标准的司法实践考察

学理上的分析只是理解明显不当审查标准的一个理想侧面,实践中,法院又是如何适用的呢?为了考察“明显不当”审查标准在司法实践中的适用,本文采用文献分析的方法,通过中国裁判文书网、北大法宝、无讼案例三个网站进行检索,以考察司法实践对明显不当审查标准的理解与适用。检索设置的条件为:1. 案件类型:行政案件;2. 文书类型:判决;3. 裁判日期:2015年5月1日至2016年5月1日;4. 关键词:明显不当。在此基础上分别输入法条第69条、第70条[尤其是第(六)项]、第72条、第73条、第74条、第75条、第77条、第89条^[35]进行检索,经过阅读与筛选,剔除重复案件、无关案件,在“本院认为”部分以“明显不当”作为裁判理由、说理理由的案件共394件,以这些案件为基础,可以看出司法实践对“明显不当”的理解与运用。下面进行详细阐述。

(一) 明显不当审查标准在判决理由中的分布

如表1所示,在“本院认为”部分以“明显不当”作为裁判理由、说理理由的案例,自2015年5月1日到2016年5月1日共394件。区别于学界认为明显不当审查标准仅适用于裁量类案件,在394件司法案例中,明显不当成为裁量类案件裁判理由的案例共106件,占总案件比例为26.8%,其中适用非裁量类案件裁判理由的案件共288件,占总案件比例为73.2%,裁判理由遍布证据不足、违反法定程序、法律适用错误、履行法定职责审查标准,甚至成为行政行为结果表述恰当与否的理由。

^[31] 见前注[13],李广宇书,第578~579页。

^[32] 参见江必新主编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第330页。

^[33] 参见前注[3],何海波文。

^[34] 见前注[3],何海波文,第80页。

^[35] 此处检索主要但不局限于《行政诉讼法》第70条第(六)项,而是包含法院的其他裁判方式,经过阅读与筛选后,剔除重复案件、无关案件,均是法院以“明显不当”作为裁判理由、说明理由的案件,是实质上法院对“明显不当”的理解。一方面有利于把握整个司法实践对“明显不当”理解的全貌;另一方面有助于辅助与更好地理解《行政诉讼法》第70条第(六)项,最为典型的的就是第77条“变更判决”中的明显不当审查标准的适用。而在后文的例证中,仍运用以第70条第(六)项做出的判决。

表 1

适用于非裁量类案件比例：73.2%，裁判理由分布状况如下：			
	裁判理由类别	典 型 例 证	法条
1	表述不全面	大同镇人民政府做出的大府决〔2014〕1号处理决定，认定事实清楚，但在具体处理中，仅明确按照双方各半原则挖沟为界划分争议地，未对处理给原告范显珍的林地四至和第三人余先华的林地四至进行确定，也未实地挖沟进行划分，致双方划得的争议地在什么四至范围不清楚，未实现林地权属争议申请人申请处理的目的，系处理结果表述明显不当，且双方各半原则划分争议地未兼顾原告范显珍自1981年林业“三定”至权属争议发生前对争议林地一直进行管理的事实。 ^{〔36〕}	70(6)
2	事实认定	被告木垒县国土资源局对原告所做出的行政处罚具体行政行为认定事实部分有明显不当。原告要求撤销被告的处罚，本院予以支持。 ^{〔37〕}	70(6)
3	适用法律错误	桦甸市人民政府在举证期限内未提交征收决定和集体土地审批手续，其做出的桦政房征补〔2014〕049号房屋征收补偿决定未按《桦甸市城市国有土地上房屋征收与补偿办法》规定的补偿安置标准执行，对上诉人的补偿安置明显不当，适用法律错误应予撤销。 ^{〔38〕}	70(6) 89(1)
4	程序违法	被上诉人德州市人力资源和社会保障局在工伤认定中，未给上诉人预留合理的举证时间，事实上剥夺了上诉人的举证权利，被上诉人德州市人力资源和社会保障局所作的德人社伤字〔2014〕138号认定工伤决定书，程序明显不当，对实际经营者的认定证据不足，应予以撤销。 ^{〔39〕}	70(6)
5	履行法定职责	通过被告市国土局做出的回复内容看，被告市国土局做出的回复内容……未就齐鲁制药有限公司建厂使用土地有无办理审批手续，是否属违法占地，应否予以拆除等属于被告市国土局职责范围内的问题予以回复，故被告市国土局并未完全履行其法定职责，其所做出的回复内容明显不当，且主要证据不足。 ^{〔40〕}	70(1) 70(6)

(二) 明显不当审查标准在裁量类案件的适用

裁量是仅存在于行政行为的选择问题(何时、是否做出、做出何种行为)上，还是同样存在于行政行为的要件设定或者认定问题上，成为要件裁量与效果裁量之分野。而程序裁量包括时期的裁量与手续裁量，前者指做出行政行为时间的选择，后者是指做出行政行为步骤的选择。^{〔41〕} 司法实践中，“明显不当”不仅存在于“效果裁量”之中，而且存在于“要件裁量”与“程序裁量”之中，如表 2 所示。

同时，司法实践对“要件部分违法”与“违反正当程序”的理解也不统一，比如在“违反正当程序”问题上，上述“内乡县人民政府与薛延更、薛延滚房产行政争议案”中适用的“明显不当”审查标准；而在“周文志、全鸿志与江永县人民政府拆迁行政强制决定违法及行政赔偿案”中，法院认为：“根据正当程序的原则，当行政机关做出不利于当事人的决定时，应当在做出行政行为之前向当事人告知事实，并说明理由，及提供当事人陈述意见的机会，听取当事人的意见。本案中，被告做出

〔36〕 参见范显珍不服赤水市大同镇人民政府林地权属争议处理决定案，(2015)赤行初字第7号。

〔37〕 参见朱乾与木垒县国土资源局不服土地行政行为案，(2015)木行初字第1号。

〔38〕 参见王国君诉桦甸市人民政府房屋征收补偿纠纷案，(2015)吉中行终字第39号。

〔39〕 参见宁津县张大庄乡东生木器加工处不服德州市人力资源和社会保障局行政确认案，(2015)德中行终字第54号。

〔40〕 参见宋电朋与济南市国土资源局行政案，(2015)历行初字第256号。

〔41〕 参见郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第80页。

表 2

	类 别	典 型 例 证	法条
1	要件裁量	目前对于法律意义上的“死亡概念”,我国并未出台相关认定标准。脑死亡和心跳停止哪个属于死亡标准,在医学上也一直存在争议,未形成统一意见。按照《工伤保险条例》的立法本意来看,其重点在于保护劳动者的合法权益,在没有明确法律规定的情况下,应当做出有利于劳动者的解释。故李院明的死亡应属于《工伤保险条例》第十五条第一款规定的视同工伤的情形。据此,被告的不予认定工伤决定明显不当,应予撤销。 ^{〔42〕}	70(6)
2	程序裁量	内乡县政府在复议程序中明知薛延更与原行政行为存在利害关系,却不给予其提供证据的机会并听取其意见,违反正当程序,该行政复议行为明显不当,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(六)项之规定,应予撤销。 ^{〔43〕}	70(6)
3	结果裁量	原告李君洪参与赌博的赌资不属赌资较大,现被告邵东县公安局依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第七十条的规定对原告李君洪做出决定对原告李君洪行政拘留二日的行政处罚,系明显不当,依法应予撤销。 ^{〔44〕}	70(6)

的决定对二原告有直接的法律利害关系,但被告并没有提供证据证明在做出 21 号《强拆决定》之前曾告知和听取二原告的意见,行政程序明显不当……根据七十条第三项撤销。”^{〔45〕}

(三) 明显不当的判断

“明显不当”的判断在实践中呈现出多元判断标准的复合,主要包括以下情形(如表 3 所示):

表 3

	审查标准	典 型 例 证	法条
1	结果畸轻畸重	原告李君洪参与赌博的赌资不属赌资较大,现被告邵东县公安局依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第七十条的规定对原告李君洪做出决定对原告李君洪行政拘留二日的行政处罚,系明显不当,依法应予撤销。 ^{〔46〕}	70(6)
2	方式不当	《征收补偿方案》虽然提供了货币补偿和房屋产权调换两种方式,但是未向被征收人提供用于产权调换的非住宅用房,违反了条例第二十五条第一款的规定,剥夺了被征收人选择安置补偿的部分权利,属于明显不当的行为。 ^{〔47〕}	70(6)
3	违反立法目的	被告对原告的处罚明显不当,所谓明显不当,是指行政处罚虽然在形式上没有违反法律、法规的强制性规定,在法律、法规的处罚种类、幅度之内,但却明显违背法律、法规的立法目的和精神,不适当地损害了社会和他人的利益。 ^{〔48〕}	70(6)
4	违反基本原则	本案中,蒙浩与邢国江是同一交通事故的当事人,两人均为无证(或与准驾车型不符)驾驶无牌机动车,在事故中负同等责任。但清溪交警大队在明知两人存在同类违法行为的情况下,只针对蒙浩施以行政处罚,而对邢国江不施行行政处罚且无正当理由,有违平等对待原则。 ^{〔49〕}	70(6)

〔42〕 参见江西省遂川中学与遂川县人力资源和社会保障局工伤行政确认纠纷案,(2015)遂行初字第 6 号。

〔43〕 参见薛延更、薛延滚与内乡县人民政府房产行政争议案,(2015)豫法行终字第 00245 号。

〔44〕 参见李君洪不服邵东县公安局公安行政处罚决定案,(2015)邵东行初字第 10 号。

〔45〕 参见周文志、全鸿志不服江永县人民政府拆迁行政强制决定及行政赔偿案,(2015)永中法行初字第 20 号。

〔46〕 见前注〔44〕。

〔47〕 参见王某某、周某某、岳某某、任某某诉阆中市人民政府房屋征收决定案,(2015)南行初字第 4 号。

〔48〕 参见潘某某不服安化县公安局治安行政处罚案,(2015)安法行初字第 47 号。

〔49〕 参见蒙浩不服东莞市公安局交通警察支队行政处罚案,(2015)东中法行终字第 277 号。

三、明显不当审查标准的困境与出路

结合学理以及司法实践的个案裁判,发现明显不当审查标准的理解与适用出现困境。通过揭示这一现象及其根源,回归规范体系本身,细化判断标准,可以为我们指明方向。

(一) 困境: 分歧的适用范围与模糊的判断标准

通过上文的梳理,明显不当审查标准在学理与司法实践中的理解与适用出现的困境主要集中于以下两个问题:

1. 分歧的适用范围

适用范围的分歧主要体现在两个方面:一是是否仅适用于行政裁量领域。学理界讨论明显不当的理解预设的基本前提是对“行政裁量”的裁判理由,而通过表1所示,“明显不当”在司法实践中的适用大部分与裁量无关,打着“明显不当”的招牌,实质上是指向行政行为证据不足、程序违法、法律适用错误、履行法定职责等其他审查标准,作为裁判理由适用非裁量类案件共288件,占比高达73.2%。由此可见,学理与实践出现龃龉。二是是否仅存在于法效果裁量。学理上,大部分学者认为明显不当仅适用于“效果裁量”,“不确定法律概念解释”适用于“适用法律、法规错误”,“程序裁量”适用于“违反法定程序”,但是仍有分歧;而司法实践中,如表2所示,认为“明显不当”不仅存在于“效果裁量”之中,而且存在于“要件裁量”与“程序裁量”之中,但是同样也存在着不同的理解,学理与司法实践均出现分歧。

2. 模糊的判断标准

“明显不当”的判断,是适用该标准的关键。然而,“明显不当”本身就是一个不确定的法律概念,何为“明显”,何为“不当”?学理上大多一带而过、语焉不详,而司法实践中,法官对此判断标准也不尽相同,在表1中,“结果表述不全面”亦达到了“明显不当”的程度,模糊化的判断标准极有可能滋生司法滥用,逾越司法与行政的边界。

(二) 根源: 司法审查标准逻辑不一

明显不当审查标准理解与适用的困境,与裁判文书自身的不规范、语言的随意有着不可忽视的关系,但是根本原因则在于行政诉讼法中不同审查标准在逻辑上没有遵循统一的划分标准,导致审查标准的杂糅与无法自洽,从而引起司法实践对司法审查标准本身认识不清以及与相关司法审查标准的界限不明。

1988年向社会公开的《中华人民共和国行政诉讼法(草案)》中规定:“行政行为主要证据不足,或者适用法律、法规错误,或者由于违反法定程序影响正确做出行政行为的,判决撤销或者部分撤销。”^[50]然而到了1989年,在全国人大会议上,增加了“超越职权”“滥用职权”两个标准,但增加的理由并没有做出说明。其实1988年草案从逻辑上是可以周延的,但是1989年两个条款的加入导致这5个审查标准之间缺乏内在逻辑上的连贯性,相互之间存在交叉、重复,无法自洽与协调,使得各审查标准犬牙交错,司法实践适用不一。比如因为适用法律错误而导致的超越职权,有的法院适用“超越职权”,有的认为是“适用法律错误”;再如未援引法律条文,部分认为是“适用法律”问题,部分认为是属于说明理由瑕疵的“程序问题”。何海波教授认为行政行为的每一个合法要件都包含两个层面的含义,即它涉及哪方面的问题、在这方面的要求是什么,前者被称为“合法要素”,后者被称为“合法标准”,审查要素也可以分解为行政主体及其管辖

^[50] 《中华人民共和国行政诉讼法(草案)》第36条第2项,载《人民日报》1988年11月10日。

权、事实和证据、行政程序、适用条件和处理结果几个方面。对于各个审查要素,审查的标准则包括合法(形式上的合法性)、合理和合宪。合法要素与合法标准的混同导致审查标准的混乱。^[51] 那么按这一逻辑,“明显不当”属于审查标准可以针对任一审查要素。亦有学者认为这是由于这五项审查标准同时存在着审查结果与审查方式两种判断标准,“具体而言,主要证据不足、适用法律、法规错误以及违反法定程序运用的划分标准是审查结果,滥用职权运用的划分标准是和超越职权相同的审查方式。同时,由于审查方式是形成审查结果的原因,当具体行政行为存在上述三项审查结果之一时,必然意味着其中存在着滥用职权或超越职权的情形。立法者将这两类不同的司法审查标准,一并杂糅在《行政诉讼法》中”。^[52] 那么按照这种思路,“明显不当”作为一种审查方式可以针对不同的审查结果。可见无论上述的哪种思路,以及实践中的其他解释,均从不同角度揭示了行政诉讼中审查标准的设定存在不同的逻辑思路,从而导致各项审查标准之间存在逻辑上的混乱与无法自洽。而正是这种逻辑上的混乱导致“明显不当”与其他审查标准出现交叉、理解的不一与实践中的滥用。

(三) 出路:规范体系内的细化

审查标准的逻辑不一是造成明显不当审查标准困境的根源,但是作为法律核心的“规范”本身是一个有逻辑的规范体系。我国《行政诉讼法》确立了不同的司法审查标准,“在多个审查标准并存的情况下,对任何一个审查标准的解释都需要体系的和谐,确保不同审查标准既有区分又能衔接”。^[53] 因此,明显不当审查标准应当回归规范体系本身进行理解。

1. 适用范围:法效果裁量

回归立法原意与运用体系解释的方法有助于理解规范本身,从而厘清明显不当审查标准的适用范围。

立法原意。全国人大常委会法制工作委员会指出“明显不当针对的是行政机关行使自由裁量权过程中极端不合理的情形”,^[54] “明显不当与滥用职权都针对行政自由裁量权,但是规范角度不同,明显不当针对客观结果,滥用职权针对主观情况”。^[55] 同时,此次行政诉讼法修改,将77条变更判决中的“行政处罚显失公正”也修改为“行政处罚明显不当”,两者本质上都是针对明显不当行政行为的审查,内涵相同,只是裁判方式不同。根据当年参与行政诉讼法起草者的解释:“判决变更是指人民法院做出的判决改变了被诉具体行政行为的处理结果。”^[56] 可见,立法原意上变更判决适用的是对“结果”的变更,而此次修改第77条增加的“对数额的确定、认定确有错误的可以判决变更”,亦是针对“结果”的变更。由此,立法原意将明显不当定位于“结果裁量明显不当”。

体系解释。法律体系的统一是对法治的基本要求。这里就涉及第70条第(六)项与《行政诉讼法》体系内部第60条、第77条的理解。此次行政诉讼法修改第60条增加了“调解”条款:“人民法院审理行政案件,不适用调解。但是,行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由

^[51] 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》,载《中国法学》2009年第4期。

^[52] 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》,载《政治与法律》2015年第1期,第98页。

^[53] 何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年第2版,第313页。

^[54] 见前注[15],袁杰书,第197页。

^[55] 见前注[22],全国人大常委会法制工作委员会行政法室书,第158页。

^[56] 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。

裁量权的案件可以调解。”立法作此规定主要基于“公权力处分的有限性,防止行政机关滥用调解,损害公共利益或他人利益”,调解的范围本质上是“行使自由裁量权”的案件。那么“要件部分”是否能调解?以上文所列举的“江西省遂川中学与遂川县人力资源和社会保障局工伤行政确认纠纷案”为例,在工伤认定中,对法律上“死亡”概念的理解按照“脑死亡说”就可以认定为工伤,按照“心脏停止跳动说”就不构成工伤,那么法院如何进行调解?显然,是否构成法律上的死亡,本质上是“是”与“非”的判断,而不是“裁量选择”,要件裁量^[57]在此遭遇尴尬。而《行政诉讼法》第77条变更判决中的“行政处罚明显不当”,从上段立法原意的分析可知,亦是对“结果裁量”部分的变更。同时,审查标准体系是一个功能协调的系统,各审查标准既需要区分更需要有效衔接,其形成更多的是“逻辑、经验和政策选择的产物”,^[58]明显不当审查标准也应遵从我国业已形成的“惯常”审查路径:对法律的解释问题,适用的是“适用法律错误”标准;对违反正当程序,适用的是“违反法定程序”标准进行审查。否则不仅造成其他审查标准的部分虚置,而且基于实质合法观的确立,正当程序本身就是实质法定程序的应有之意。

由此,回归规范体系本身,明显不当审查标准的适用范围是“法效果裁量”。

2. 细化明显不当的判断标准

“明显不当”本身就是一个不确定法律概念,具有开放性与拘束性。基于明显不当审查标准是针对行政裁量领域的制度设计,因而“明显不当”认定的关键就在于如何实现行政自主性与行政拘束性的平衡。

行政裁量是法律赋予行政机关的自主空间,司法不得干涉行政机关的自主空间;司法不是审查行政机关的决定是否为最佳的选择,更不是代替行政机关做出决定,而是只要行政机关的决定在法律允许的自主空间内即为合法。因此,可以借助行政机关的“理由说明”进行考量。同时,诚如行政法鼻祖奥拓·迈耶所言:“在‘法律控制’中,法院不是以自己的决定来做出新的创造,而是通过对普遍性标准的适用来进行审查。”^[59]只有行政决定达到“明显”,即“普通大众的接受程度,以至于具有正常理性的人均能发现这种不公正性”^[60]的程度,司法才可认定为违法。而究竟有哪些判断标准,需要结合个案情况进行具体考量。基于司法审查的可操作性与对司法滥用的规制,结合学理以及上文司法实践的梳理,明显不当应采用客观、多元的判断标准,包括但不限于以下判断标准:行政行为结果畸轻畸重、方式不当、违反立法目的、违反基本原则(主要是平等原则与比例原则)、忽视相关因素、不合理的迟延等。

其中,“结果畸轻畸重”包含对“裁量基准”的违反。虽然裁量基准是否具有法定的拘束力,学界以及实务届对此大有分歧,^[61]但是不可否认,当裁量基准向社会公布或者外化,公众就会对此产生合理的预期,同时“裁量基准实际上就是做出具体行政行为或裁量权行使的依据或理由说明”。^[62]因此无论对相对人还是行政机关都会产生拘束力,那么“无正当理由”地违反行政

[57] 此处无意于陷入裁量一元论与裁量二元论的纷争,而是基于体系解释进行阐述。

[58] 见前注[53],何海波文,第65页。

[59] [德]奥拓·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2013年版,第166页。

[60] 参见郑小芬、车芳芳与沁阳市公安局、董迎春、董玲治安行政处罚案,(2015)焦行终字第00069号。

[61] 即使是国务院法制办公室《关于规范行政裁量权的指导意见(征求意见稿)》中,对此问题也持模棱两可的态度:“不按裁量基准行使裁量权属违法。但是,裁量基准毕竟不是法律规则,行政执法部门不得在执法文书中直接引用裁量基准作为行政执法依据。”

[62] 周佑勇:《在软法与硬法之间——裁量基准效力的法理定位》,载《法学论坛》2009年第4期,第15页。

裁量基准,也是违法行为。^[63]“忽视相关因素”中,“相关因素”是指“与行政自由裁量的各环节或要素之间有着某种合理的关联性。其对做出上述决定的推理质量会产生一定的影响,能够保障行政行为基本上按照法律设定的目标方向做出有助于推理和实现法律所体现的特定目的和政策。”^[64]基于没有考虑相关因素而导致的裁量结果的“明显不当”,法院可以依法做出裁判。^[65]而“不合理的迟延”是指行政机关在法定或者合理期限内极不合理地拖延履行法定职责。^[66]这一点在现代行政中价值更为凸显,行政效率是行政权的生命,行政机关做出行政行为必须及时、高效以快速回应行政的需要。在没有法定履行职责期限的情况下,不合理的迟延也将构成行政行为的“明显不当”。

四、结 语

明显不当审查标准的确立是在行政裁量司法审查道路上的前进,如何理解与适用明显不当审查标准是关键。相对于应然视角的理论建构,司法实践的实然考察更具有直观性与可针对性。明显不当审查标准理解与适用的困境,根本症结在于行政诉讼法中不同审查标准在逻辑上没有遵循统一的划分逻辑,然而这个问题只能有待修法来解决,如何在现有的规范体系下对其进行准确的定位是关键。回归规范本身,基于司法与行政之间的界限,在规范体系内进行细化无疑是一种理性的选择。“学理一个案”之间的良性互动,正推动着法治的良性发展。

(责任编辑:蒋红珍)

^[63] 比如在“董秀彩与五莲县公安局处罚上诉案”中,法院认为:“被上诉人五莲县公安局从轻处罚,对上诉人董秀彩罚款叁佰元,符合《山东省公安机关行政处罚裁量基准》中‘情节较轻’的情形。上诉人董秀彩的上诉理由不能成立,本院不予采纳。被上诉人于2014年10月27日做出的莲公(石)行罚决字(2014)00006号行政处罚决定事实清楚、证据确凿,适用法律法规正确,量罚得当,符合法定程序。”[法宝引证码]CLI.C.16718799。

^[64] 余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社2009年版,第101~102页。

^[65] 在“侯芳等诉上海市普陀区住房保障和房屋管理局物业区域划分案”中,法院认为根据《物业管理条例》第9条第二款规定:“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。”行政机关在划定物业管理区域时,考虑建设项目的规划许以及小区的自治管理等因素加以确定,具有合理性,符合立法本意。具体参见中华人民共和国最高人民法院行政诉讼庭编:《中国行政诉讼案例(第3卷)》,中国法制出版社2013年版,第137~139页。

^[66] 章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第470页。