

从“结果定性”到“过程定量”——行政裁量实质性审查标准之重构

金堂法院 张顺强

引言：近乎被法官“忘却”的裁判标准

据学者统计，1991年至2012年《中国审判要览》刊载涉及滥用职权的77件案件中，直接适用《行政诉讼法》第54条第2项第5目判决的16件，占20.78%，认为属于滥用职权但适用其他裁判标准的5件，占6.49%，评析中认为属于滥用职权的11件，占14.29%，原告主张滥用职权未被采纳的45件，占58.44%。同期，《人民法院案例选》收录涉及滥用职权的25件案件中，直接依据《行政诉讼法》第54条第2项第5目判决的1件，占4%，认为属于滥用职权但适用其他裁判标准的2件，占8%，评析中认为属于滥用职权的10件，占40%，原告主张滥用职权未被法院采纳的12件，占48%

（！）

法律的效力在于实施，“纸面上的法律”转化为“现实中的法律”，不仅依赖于良好的法律规范本身，还必须倚重于遵循既定路径的法律适用与相应的适法环境。作为司法权制约行政权的滥用职权裁判标准，在现实中大量存在行政职权滥用问题的情况下，缘何已被法官“谨慎”到了近乎“忘却”的地步，的确值得我们思考。

一、规避适用或者“转换”适用：不确定概念与学者纷纭见解纠结中的法官选择

明确的法律规定，准确理解法律，是静态的法律规范适用于司法实践并实现其价值的先导。法律的前提。何为“滥用职权”，范围如何界定，表现形式如何，法律、司法解释没有明确规定，学者们众说纷纭。面临适用的困境，法官难免选择“协调”方式“规避”适用，或选择那些更为客观、方便操作的审查标准“转换”适用。

（一）面对不确定概念，法官更难改变法条主义的惯习立场

《行政诉讼法》第54条将职权范围内违法的具体行政行为，归结为“主要证据不足”、“适用法律法规错误”、“违反法定程序”、“不履行或拖延履行法定职责”、“滥用职权”、“行政处罚显失公正”等六种表现形式，并确立相应的裁判标准。职权的滥用可能发生于行政裁量的各个环节，可能表现为上列各种不同的情形。何为“滥用职权”，其性质是违法还是不合理，范围当如何界定，表现形式又如何，“滥用职权”与其他违法行为如何区分，应当如何审查判断，裁判标准应当如何把握，法律没有规定，司法解释没有阐释，无法寻找现成明确的答案，“滥用职权”的内涵、外延存在不确定性或者裁量性，事实上成为了内容不确定的法律概念。当下，我国法官尤其是行政审判法官，仍然习惯法条主义立场，更倾向于适用法律有明确规定的事由，倾向于适用法律在规定的同时有明确界定或者其内涵明确的事由

（2）

在缺乏立法与司法解释明确指引情况下，法官自然难以大胆适用。或通过“协调”的方式规避适用，或选择那些更为客观、方便操作的审查标准“转换”适用，以降低“审判风险”

（3）

众说纷纭的学者观点，难以为法官提供实务操作帮助

自“滥用职权”成为司法裁判标准以来，始终未能形成一致的学术观点。在范围上，或认为“滥用职权”等同于“滥用自由裁量权”，滥用职权与滥用自由裁量权的内涵与外延一致

（4）

“滥用职权”与滥用自由裁量权之间是一种包含关系，滥用职权的范围不仅包括滥用自由裁量权，而且包含羁束裁量权等其他职权

在性质上，或认为“滥用职权”；行政行为之所以被撤销，就在于其违法性

（6）

，或认为“滥用职权”；是不当或不合理行政行为

（7）

。在判定标准上，或认为应当进行主观性审查，考虑行政机关的主观意志，考量是否主观上违背了裁量权行使目的与要求；或认为应当采用客观性审查，主要审查裁量过程是否发生了偏差

（8）

。在我国这样的成文法传统国家，运用学理裁判案件本来就容易遭受质疑，难以统一的学者观点，往往又会导致不同层级法官解读上的差异，学者们的理论研究，客观上不仅无助于法官的理解与适用，而且在一定程度上带来了法官困惑甚至适用的障碍。

（三）面对无法超越的司法环境，法官在成本与收益衡量中自我利益最大化选择

社会转型时期，

面临来自各方面的干预和压力

，在放与不放、判与不判、轻判与重判的问题上，

法院

能够坚持作出留有余地的判决

，

已属不易

，

而

立了功

，

的

的

司法大环境下

（9）

面对追求实体公正不问裁判理由、诉讼过程的相对人，面对无论怎样准确界定，在常人乃至立法者眼中始终与故意违法行使职权相勾连

（10）

的裁判标准，面对法律有无“滥用职权”的设问，法官需要深入行政执法者的内心确认有无违法“故意”的要求，面对仅有的客观行为证据，执法者并不明示、也不可能表白动机与目的，不可能深入行政执法者内心探求其主观心态的状态，面对难以准确理解的默示立法目的，多重立法目的难以作出选择，比对后的结论难以令人信服的局面，面对一旦得出“滥用职权”结论可能引起“不必要的抵触情绪”的审判风险，在行政权与司法权博弈中，司法权出于“某种考虑”而事实上适度“退让”以至于法官不得已才选择判决结案方式的大背景下

（11）

，法官不得不在成本与收益衡量中选择自我利益最大化，通过“协调”、“转换”这种既可实现双方“合意”又可降低裁判成本，还能够避免法官风险的方式。

二、“合法性”审查抑或“适当性”审查：取决于司法审查的目的与滥用职权的实质

缘于《行政诉讼法》关于“滥用职权”、“行政处罚显失公正”的规定，

学界对司法审查原则产生了分歧。一种观点认为，该条并没有突破合法性审查原则，一种观点认为，该条另行规定了合理性审查原则，

还有观点认为，该条在合法性审查原则下例外规定了合理性审查。表面上的司法审查原则之争，实质是“滥用职权”、“行政处罚显失公正”等，审查的究竟是具体行政行为的合法性还是适当性问题之争。

（一）司法审查目的决定了司法审查强度不应逾越合法性审查的限度

司法审查的目的

标在于制约行政权，司法审查的存在，不是因为法院可以代替行政机关做最理想的事，而是因为法院可以促使行政机关尽可能不做不理想的事

（ 12 ）

行政机关与法院各自的宪法性与制度性能力，决定着司法审查权行使的边际与强度，应当限定在合法性层面上，而不应当无限泛化至行政自治领域。若司法干预行政自治领域的适当性问题，不仅缺乏合法性，而且由于法官的行政专业知识和经验并不优于行政官员，司法裁量不能无法替代行政裁量，司法干预行政自治领域的适当性问题又缺乏正当性和可信性。司法对具体行政行为的审查，不仅而且应当限定在合法性层面。

《行政诉讼法》第5条规定表明，司法审查的是具体行政行为的合法性，而不是行政机关自治范围的适当性。立法者之所以这样选择，是在充分考虑宪政制度下行政权与司法权关系的基础上，出于正确处理审判权和行政权的关系，避免司法权干预甚至代替行政权，以保障行政机关依法有效地进行行政管理

（ 13 ）

从《行政诉讼法》第54条第2款与《行政复议法》第28条第3款的对比中可见，后者多出的“具体行政行为明显不当”的规定，正好照应了《行政复议法》第3条第3款关于行政复议审查“具体行政行为是否合法与适当”的规定。对《行政诉讼法》第54条关于“滥用职权”、“行政处罚显失公正”的规定，不能脱离司法审查的目的与立法者的考虑，妄测其突破了合法性审查原则。

与其说该规定是合法性审查原则的例外，或者在合法性原则下又规定了合理性原则，还不如说“滥用职权”、“行政处罚显失公正”等，只是具体行政行为不合法的表现形式，只是立法者为司法审查设定的审查范围与限度。

（ 二 ）“滥用职权”之所以被纳入司法审查的范围在于其实质违法性

一个合法的具体行政行为，应当兼备形式与实质两方面要件。只要在作出具体行政行为的行政机关管辖范围内，符合法定事实要件与法律要件，符合法定程序与正当程序的要求，即应当认定其形式合法；只有符合法律的目的、精神与原则才能认定为实质合法。实质合法往往与行政行为适当性相联系，一般情况下，具体行政行为适当性属于行政主体自决的范畴，某些具体法律规定还可能容许不适当的存在，但从整个法律体系中考量，却不应存在适当性问题。合法性本身隐含着适当性的精神，适当性本身隐含着合法性所能容忍的“度”。当具体行政行为不适当程度突破了合法性所能容忍的“度”，即违反了法律所允许的适当性要求，就构成了实质性违法。对行政裁量的审查，如果仅仅审查其形式合法性，难以实现法律应然的价值和灵魂，而应当在形式审查的基础上，审查其是否符合立法的目的、原则与精神。

在域外，尽管表现形式及审查依据不同，并且存在判例法国家侧重于主观审查、大陆法系国家侧重于客观审查的差异，但通说认为系行政适当性问题的权力滥用成为法院审查的理由，均在于违反法律所设定目的的实质违法性。在英国，不正当行使的权力被认为不在权力范围内，权力滥用是违背授权法原旨的越权行为。在法国，权力滥用同样是越权行为，司法审查的是行使权力的目的，是行政决定内容的合法性而不是适当性。在德国，裁量权滥用有违反宪法原则及有关法律规则的客观滥用，与为实现某种非法的目的的主观滥用之分，没有根本遵守裁量规范的目的，即构成裁量权滥用

（ 14 ）

“滥用职权”的含义，应该放在行政诉讼或行政复议的所有审查标准中进行整体理解

（ 15 ）

《行政诉讼法》第54条第2款规定的审查标准中，“滥用职权”审查的只能是具体行政行为的合目性问题。“滥用职权”虽然没有违反法定程序，认定事实也不存在明显错误，虽然满足了形式合法要求，但却严重违背了法律的目的、原则和精神。

法院之所以可以撤销，就在于其超越了适当性应有的限度，突破了合法性所能容忍的“度”，构成了实质违法。

三、非此即彼抑或兼容并包：滥用职权的实然状态决定着实质性审查范围

“滥用职权”当指职权范围内滥用行政裁量权的行为。应然状态下，滥用职权应当局限于自由裁量范围，但实然情况是羁束裁量权也常常被滥用。法律虽然未“行政处罚显失公正”归入“滥用职权”范围内，但其却只是滥用职权在行政处罚中的表现形式。司法对行政裁量的实质性审查，不仅不应局限于自由裁量权范围内，也应当包含行政处罚中的“显失公正”。

（ 一 ）羁束裁量权与自由裁量权只

是受拘束的程度不同并不存在质的区别

>作为法定框架内一定程度自治的行政裁量权，应当在法律容忍限度内行使，没有也不应当存在不受约束的行政裁量权。从行政主体裁量度大小的角度，区分出的羁束裁量权与自由裁量权并不存在质的区别。自由裁量权中的“自由”是有限度的自由，法的目的、原则与精神，划定了自由裁量权“相对自由”

”的边界，本质上也是一种“不自由”。

“法规范所允许的自由裁量行为与受法规范拘束的羁束裁量行为相比，同样只是受拘束的程度不同而已，绝对的”

“自由裁量”是不存在的

（ 16 ）

羁束裁量权中的“羁束”，也仅是一种相对的“羁束”，法律法规自身的局限性和渐进性，法律的普遍公正与现实的个案公正间的距离，行政权的广泛性与社会生活的复杂多样性，决定了法律法规在赋予行政主体羁束裁量权时，将不例外地赋予行政主体一定范围和幅度内的选择权，羁束裁量权仍然包含着一定的自由空间。

（二）羁束裁量权不应被滥用的应然结论并不能取代实然的客观存在

应然状态下，行政主体行使羁束裁量权，只能严格遵循法律法规的规定，而不应当超出法律法规规定的行为选择，羁束裁量权不应当被滥用。然而，一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验

（ 17 ）

权力的存在总是伴随着滥用的可能，虽然法律法规对羁束裁量权的行使予以了严格的约束，但权力行使者是有着复杂情感和自由意志的人，即使有强烈的自律意识与自律能力，也难以保证行使权力过程中不渗入私心杂念，即使没有渗入私心杂念，他们也总是按照自己的理解去行使权力，同样存在着突破法定范围、标准、幅度、方式予以裁量的可能。滥用职权的种种客观情况表明，行政主体滥用职权的行为，并不只是滥用自由裁量权，不按照法律法规明确规定的条件、范围、方式行使职权的行为，并不鲜见。

（三）司法实务中只区分“羁束”与“裁量”并不细分是滥用羁束裁量权还是滥用自由裁量权

现行法律法规主要采用三种形式规定行政裁量权，一是明确规定裁量范围、幅度，赋予行政机关相应选择权，二是不明确规定或简单规定裁量范围、幅度，赋予行政机关在遵循立法目的、法律原则前提一定选择权，三是紧急情况下，为保护公共利益、个人正当利益，赋予行政机关适当处理权。法律法规对行政裁量权的规定，基本上不细分羁束裁量权与自由裁量权。在具体司法审查中，法官主要依据法律规范的表述，首先区分属于“羁束”行为还是“裁量”行为。凡法律规范中的指导性规则、不确定法律概念、法律范围内的选择、没有法律规定等，无论是法律要件还是法律效果，只要有选择余地，就承认行政主体有行政裁量权

（ 18 ）

“自由裁量”并不是“行政裁量”的下位概念，并不是与“羁束裁量”相对的概念。具体行政行为若存在滥用裁量权的情形，即认为滥用职权成立，而不论其究竟是滥用了羁束裁量权，还是滥用了自由裁量权。

（四）形式合法的“行政处罚显失公正”是“最严重滥用行政处罚权”的实质违法行为

尽管学界对“行政处罚显失公正”裁判标准

是否突破合法性审查原则

一度

存在

“显失公正”的违法性

（ 19 ）

“行政处罚”显失公正

形式上虽然符合法律关于主体、程序、权限、处罚幅度等合法性要件，但表面上法定范围内的处罚种类选择不当、处罚畸轻畸重、反复无常等现象的背后，实质上违背客观、适度、理性的行政处罚原则，偏离了法律的目的及内在公正性要求，构成了实质违法。尽管主流观点认为“显失公

“与”“滥用职权”是一个问题的两个方面，滥用职权强调行为者的主观目的，显失公正强调客观结果，但二者

系”亦非并列关系，而是一种从属关系，“显失公正”只是滥用职权的表现形式，是滥用行政处罚权程度最深、可称为“严重滥用行政处罚权”的极端表现

（ 20 ）

四、结果“定性”走向过程“定量”：摆脱行政裁量实质性审查困境的明智选择

行政裁量实质性审查不当是一个空泛的概念，缺乏明确法律规定的

滥用职权裁判标准，内容难免笼统、虚幻、弹性，偏重于价值判断、推断

裁量者主观意志

的合目性审查方法，难以实现实质性审查效益和价值，自然应当考虑构建

客观、

具有操作性的实质性审查标准。

（ 一 ）

行政裁量实质性审查标准的构建要素

行政裁量实质性审查的目的，在于通过程序正义

有效制约并保障

行政裁量的实质正义。行政裁量实质性审查标准的构建，应当坚持在

合法性审查本质属性基础上，充分考虑

司法审查的有限性和行政裁量的自主性

，发挥其校正公共利益与私人利益失衡、寻求个案公正与行政效率平衡功能，

实现行政裁量实质审查效益的最大化。

1.司法裁量与行政裁量的平衡。

司法权与行政权的分立与制衡，目的是在二者之间保持一种张力，既以司法有效制约并保障行政权不偏离正确行使轨迹，又避免司法不当干预、妨碍行政职权，以此构建高效有序的国家公权力运作机制。司法审判不应扰乱司法权与行政权之间的平衡，司法对行政裁量的实质性审查，目的在于通过法定的程序，针对行政机关根据特定的事实与既定的法律所作的裁量，是否在立法预留的“自由”空间内予以判断，以有效制约、保障行政裁量权不偏离正确行使轨迹，维护公民权利和公共利益。为防止行政裁量权的滥用，司法应当审查其实质合法性，但

应当考量司法审查的有限性与行政裁量的自主性，

保持司法审查必要的克制或者谦抑，实现

司法裁量与行政裁量的平衡。既

有效监督行政裁量权的正当行使，又充分保障行政效能的有效发挥，既充分发挥司法审查的优势，又充分尊重行政机关的专业知识、经验及处理具体问题的能力，避免司法权僭越行政权而填堵行政

“自由”

的空间。

2.公共利益与私人利益的平衡。

尽管现代行政权以“有为”方式追逐安全秩序、社会福利和公共服务等社会公共利益为目的，然而，无论是公法还是私法，其宗旨不仅在于促进或保护某些公共利益或个人利益，而在于适当地平衡各方利益，创造正义和公正的局面

（ 21 ）

行政权力所维护的公共利益与个人正当权益，具有内在统一性即根本上的协调一致性

（ 22 ）

，法律赋予行政机关裁量权的目的，在于追求公共利益与私人利益的平衡状态下的最大化，行政诉讼的核心在于平衡行政权

力与公民权利间的关系，行政裁量的实质性审查，当以校正公共利益与私人利益的失衡，维护公共利益与私人利益平衡状态的持续与稳定为目标，既不能片面强调公共利益而忽视私人利益，也不能片面强调私人利益而损害公共利益，既不能借口形势变化、维护公共利益，置相对人的信赖利益于不顾，也不能以保持政策的连续性、稳定性、保护相对人信赖利益为由，损害公共利益。

3. 个案公正与行政效率的平衡。

分权制衡状态下，各种权力运行最终目的与价值追求是一致的，即在保证个体权益基础上推动社会的整体发展，实现民主、公平、秩序、效率等价值追求

(23)

现代社会是一个追求效率的社会，效率被认为是正义的另一个基本含义的要求

(24)

行政裁量权的效率

是以公正为基础的效率

(25)

行政裁量的生命力之所在，就在于关注个案的特别构成要件，

弥补法律规范的形式正义对个案特殊事实回应的不足，

追求个案的公平

诉讼制度或者程序，真正永恒的生命基础在于它的公正性

(26)

对行政裁量的实质性审查，应当寻求个案公正与行政效率的平衡，既最大限度实现个案正义，又充分保证行政效率的实现，既不能片面强调个案公正而置行政效率于不顾，也不能片面追求行政效率而损害个案公正。

(二) 行政裁量实质性审查的要素

尽管行政裁量是以合理性为基础、不容行政裁量者依个人好恶及意志自由决定的权力，但司法对行政裁量的实质性审查，当主要考量裁量过程是否存在偏差，而不是推测行政机关的意志问题。行政裁量实质性审查，目的在于校正公共利益与私人利益的失衡，维护公共利益与私人利益平衡状态，利益衡量是实质性审查的基点，追求公共利益与私人利益最大化是其目的。如果以利益衡量为主线，借鉴已在司法实践中运用的比例原则、信赖保护原则，从行政裁量过程去考察行政主体行为方式、手段、结果的必要性、恰当性与一致通性，变结果“定性”为过程“定量”，可能更为直观，更具操作性。

1. 行为的妥当性。行政裁量权的行使只能是为了实现授予该权力的目的

(27)

行政手段应当是能够达到目的的手段。对行为的妥当性审查，主要考察行为方式、方法、手段是否与法定的行政目的相符合，是否能够实现法定的目的，是否有助于法定目的的实现；

2. 行为的必要性。行政行为当以达到法定目的为必要，行政手段当以达到法定目的为限度。审查行为的必要性，考察行政行为与所能达到的行政目的间的配比关系，行为的方式、方法、手段是否能够实现行政目的，是否实现行政目的所必须

；

3. 利益的均衡性。

“行政机关所采取的程序和政策，能够避免不必要的牺牲，得到最大的效益，是行政法的一个目的”

(28)

审查利益的均衡性，主要考察行政行为损害相对人利益等成本，与公共利益或特定行政目的等收益间的配比关系是否失衡，损害相对人利益等成本是否大于公共利益或所欲实现的行政目的等收益；可以采取多种方式实现行政目的的，是否选择了对相对人权益损害最小的方式；

4. 标准的一致性。一致性是平等性的内在要求和最基本外在表现。考察行政机关是否做到了“同事实同行为”，即审查行政裁量是否违背了行政裁量权基准

[illegible]