第　一　编

对行政自由裁量的司法控制

目　　次

一、引言:解决现代社会中面临的行政裁量滥用问题　/ 4
二、行政裁量的涵义　/ 23
三、对行政裁量的实质性审查:合理性原则?比例原则?　/ 42
四、滥用职权(Ⅰ):目的不适当　/ 80
五、滥用职权(Ⅱ):考虑不相关因素或不考虑相关因素　/ 92
六、滥用职权(Ⅲ):显失公正　/ 120
七、滥用职权(Ⅳ):对裁量权的不适当拘束　/ 142
八、对行政裁量的程序性审查标准:程序违法　/ 172
九、合法预期之保护　/ 205
十、结束语:对我国行政诉讼中行政裁量司法审查标准的再构造　/ 238

一、引言:解决现代社会中面临的行政裁量滥用问题

1. 解决问题的途径

在现代行政法中,行政自由裁量(administrative discretion,也称行政裁量)毫无疑问处于一个很核心、很惹人注目的位置,[①]克鞠(Charles H. Koch)甚至说,行政法被裁量的术语统治着(Administrative law is dominated by the term discretion)。[②]

之所以如此,从消极的意义上讲,可以认为是立法能力的有限性,无法概览无余地预测、规范变幻不拘、姿态万千的社会发展,有时也不能用清晰、准确的语言描述规则,需要用裁量来弥补;从积极的意义上讲,是因为行政裁量有着适应经济社会发展和行政规制的需要,是为了实现个案的正义(individualized justice)。而个案正义通常被认为比由精确的规则推导出的结果更好。[③]所以,现代社会需要裁量,更需要在规则与裁量之间找到一个"黄金分割点"。

但是,也就在为行政机关解缚松绑、让其能动地适用法律造福社会的同时,就像打开了潘多拉盒子一样,滥用裁量、侵害权利的问题也随之发生。更为让人担忧的是,它给我们社会起基础性作用的法治观念带来了内在冲

---

① 有的学者对"行政自由裁量"术语中的"自由"两字有异议,认为是对"羁束裁量和自由裁量相混淆的结果";另外,英文之中"administrative discretion"也没有"自由"两字。因此,建议使用"行政裁量"。杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,载《法学研究》,2004(1)。我以为,羁束裁量和自由裁量的划分是大陆法的观念,在普通法中,没有这样的区别。普通法上的所谓"administrative discretion",无一例外地都要受到司法审查,所以,在普通法学者的眼里,没有不受司法审查的"administrative discretion"。从这个意义上讲,区分羁束裁量和自由裁量没有多大意义。在我国,"行政自由裁量"的术语既然由来已久,已经被很多人所接受,继续沿用也未尝不可。何况行政裁量之中的确有着一定的自由度,如果从这个角度去理解"自由"二字含义,也未尝不可。问题的关键是必须让人们了解行政裁量行使的规则,了解其是一种"戴着镣铐跳舞"的有限的自由。因此,在本书中,我没有刻意地去区分"行政自由裁量"和"行政裁量"。这两个术语是在同一个意义上互相交替使用的。

② Cf. Charles H. Koch, "*Judicial Review of Administrative Discretion*" (1986) *George Washington Law Review* 469.

③ Cf. Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, p. 15.

击，在某种意义上有着“蝼蚁溃堤”之效，所以，有人说它是“传统行政法的特洛伊马(the Trojan Horse of the classic administrative law)”，迄今为止其与法治观念之间还没有完全地协调起来。①

由于行政裁量的存在本身有其合理性内核，所以，想要采取彻底剪除行政裁量的方法来获得法治主义的统一与贯彻，是绝对行不通的。正如哈特(H. L. A. Hart)所指出的那样，由于语言的变迁(the vagaries of language)、情境的多样化(the diversity of circumstances)以及行政目的的不确定(the indeterminacy of official purposes)，决定了裁量在法律秩序中还要有不同程度的保留，使得根除裁量成为永远无法实现的梦想。②因此，我们的任务只能是剔除不必要的裁量，并且，要寻求有效的控制机制，让“法律终止的地方”，真正是“个案正义的开始”(Where law ends individualized justice begins)。

在对待行政裁量的控制问题上，很多人很自然地想到要加强立法，因为从某种意义上说，裁量是立法的“疏忽”，是立法“放弃”了自己的职责，或者说，是立法把自己的职责委托(推卸?)给了行政机关，让行政机关自己根据自己的意志和判断建立起一种法律秩序。但是，如果给行政机关留有过大的自由决定的空间，缺少必要的、客观的标准，那么，滥用裁量的问题就不可避免。因此，有人断言，目前我国滥用行政裁量权得不到有效遏止这一状况，根本原因在于，作为国家权力体系中心的立法权，没能很好地承担起用立法规制行政权力的职责。③甚至还有人举出全国人大常委会对立法工作指导思想的一段高度概括的话 ——“法律要简明扼要，明确易懂，不能太烦琐，一些具体问题或细节问题，可以另行制定实行细则等行政法规，这样做符合我国地域大、各地发展不平衡的国情，也便于群众掌握”④——责备道，事实上法律规定得过于原则，法律条文的弹性太大，甚至有些条文“弹性”到不便操作，行政执法人员拥有巨大的自由裁量权，这就使行政执法活动中容易产

---

① Cf. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London. Kluwer Law International, 1996, p. 61.

② Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 1.

③ 闫国智、周杰：《论行政自由裁量权的泛化及其立法防范》，载《政法论丛》，2000(5)。

④ 载《全国人大常委会公报》，1988(4)。

生滥用权力的现象。[①]

当然,我不否认,在我国导致行政裁量失控的一个主要原因是出在立法层面上。因此,在立法完全可以做到的情况下,应当尽可能事先对行政裁量进行比较准确、适度的设定,从而在授权法意义上,既能为执法提供一个能够有效约束裁量权的法规范,又能为法院提供一个客观的司法审查标准。[②]尤其在"法官造法"能力受到极大限制(但不是完全不可能,后面我还会谈到)的我国,从某种程度上我们甚至可以说,立法的完备程度决定了法院的审查能力,立法越完备,法院的审查能力就越强,它们之间呈正比关系。

但是,德国的经验告诉我们,即便在有关生活的更多领域之中,制定更加详尽的法律规定,也不意味着必然能为公民提供更大程度的法律安全与正义的保证(It is becoming clearer that increasing detailed legislation in ever more areas of life does not necessarily guarantee the citizen a greater degree of legal security and justice);恰好相反,过多的法律和规章反而损害了行政机关在个案处理中适当平衡各方利益的能力。[③]而且,在立法之时,实践及其发展并不能为立法者真正全面、彻底、客观地认识和把握,因此,要苛求立法者事先预测所有可能出现的问题,并一一作出具体的、幅度适当的应对,显然不太可能,尽管这可以作为一个立法应当努力追求的目标提出来。退一步说,假使我们坚持要求立法尽可能地做到事无巨细、一览无遗,那么,如此过分地注重"用规则来约束行政裁量,机械适用的结果就会不知不觉地使行政裁量丧失其本性"(to discipline administrative discretion by rule and

---

① 蒋瑛:《论行政执法中自由裁量权的立法控制》,载《浙江省政法管理干部学院学报》,1996(1)。

② 《道路交通安全法》在这方面为我们树立了一个很好的样板。在以往的执法中,对超高超载,交警的处罚裁量权很大。实践中根据人情执法现象较严重,有关系的,即使超载严重,处罚却很轻微;没关系的,超载不严重,处罚却很重。《道路交通安全法》(2003年)第92条第1、2款明确规定:"公路客运车辆载客超过额定乘员的,处二百元以上五百元以下罚款;超过额定乘员百分之二十或者违反规定载货的,处五百元以上二千元以下罚款。""货运机动车超过核定载质量的,处二百元以上五百元以下罚款;超过核定载质量百分之三十或者违反规定载客的,处五百元以上二千元以下罚款。"其中划出的"百分之二十、百分之三十"的杠杠,一方面是根据超载造成的安全隐患程度进行设定,符合过罚相当原则;另一方面,为量罚提供了客观的依据,也为法院的监督提供了审查的标准,有效地抑制了以往随意处罚的问题。

③ Cf. Juergen Schwarze, op. Cit., p. 276.

rote is somehow to denature it)。[①]的确,如果规则把问题是什么、怎么处理都说得很清楚、很详细了,还要自由裁量干什么?个案正义的理想也就会像五彩的肥皂泡一样破灭。因此,在我看来,从立法入手来解决自由裁量权滥用的问题,可能未必总是比较好的办法。那种试图在执行性立法中完全取消行政裁量权的做法更是成问题的。[②]

当然,我也不想简单地否定从行政执法程序入手来完善行政裁量的控制机制的建议。相反,我也赞同有些学者提出的,在现阶段,从行政机关内部自律着手,从行政程序规范着手,可能更能有效地规范行政权,解决行政裁量的滥用问题。但是,在我品味起来,这种现象多少有点折射出行政机关自己解决自己问题的偏好,不乐意在外部监督下被动纠正错误,这种观念本身就很成问题。其实,自行政诉讼法实施之后,政府观念也在悄悄地经历着一场革命性的变革和转变。行政机关越来越在意法院对其管理行为的态度,越来越多地考虑其行为的司法后果,已经慢慢地适应和接受了司法监督。所以,适时地将监督的重心转移到司法上来,已经是时候了。这是其一。其二,在我看来,由于自然正义与正当程序的要求始终是司法审查关注的焦点之一,因此,透过司法审查的视角,仍然能够对程序问题有比较到位的把握。甚至当行政程序立法上存在某种不完备的时候,也都可以从司法审查上找到补救。也就是说,即便是立法上没有明确规定行政机关在做出决定时应当给相对人听证的机会,法官仍然有可能坚持要行政机关遵守这样的程序要求。在英、美等国有关司法审查和行政程序的著述中,我们可以大量地看到这样的思想。[③]也是从这一点上讲,似乎选择司法审查的解决方

---

① Cf. D. J. Galligan, "*The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power*" (1976) *Public Law* 332.

② 比如,北京市在制定执行《道路交通安全法》实施细则时,计划将200元以下的罚款全部定额,取消行政自由裁量权。"关于《北京市道路交通安全条例(草案)》的说明",http://auto.sohu.com/20040902/n221857396.shtml,2004年1月2日最后访问。在我看来,这种努力是很成问题的。比如,强行并线一律罚50元。但是,该违法行为有的是司机为了抢道故意实施的,有的可能是被同方向行驶的车辆别过来的,不加区别地处罚,有失公平。况且,根据《道路交通安全法》(2003年)第90条规定,对司机违法,处以20元至200元罚款。作为执行性的下位法,北京市的立法怎么能够擅自修改或限定上述第90条之规定呢?

③ 英国是最明显的,因为议会在立法上几乎没有说过不能用自然正义,因此,法院享有相当大的空间来创制公正的行政程序规则。Cf. Robert E. Riggs, "*Legitimate Expectation and Procedural Fairness in English Law*" (1988) 36 *The American Journal of Comparative Law* 397.

法意义更加重大。其三,从分权和权力制衡的角度去思考,纯粹或者过于注重从行政机关自身去寻找制约的机制,似乎不能完全奏效,甚至会起到相反的作用。比如,现在有的地方搞的"错案追究制""一票否决制",不能说没有成效,但的确客观上有时产生类似压制、阻挠纠正错案的"催化剂"作用。因此,从行政体制之外,从法院的司法控制角度去解决行政裁量滥用的问题,意义不容低估。

从更加整体的、全面的角度看,的确像很多学者指出的,对行政裁量的控制实际上是个系统工程,需要立法的、行政的、司法的监督机制多管齐下,需要提高执法人员的素质,需要社会舆论的有效监督,等等。[①]但我以为,在多种办法之中如果能够抓住"主要矛盾",应当能够收到"纲举目张"的效果。而这里的"纲",应该是司法审查。但是,我决不是说,解决了司法审查问题,就解决了一切问题。尤其是在我国行政主导的体制下,这么理解显然是很成问题的。[②]而且,我也承认,在现有的行政诉讼机制中的确还存在着不少法院不能够审查的领域和行政行为。[③]

然而,一个健全的司法审查制度无论对于整个国家制度的运转,还是行政法的构建来讲,无疑都是极其有意义的。众所周知,英国和美国等普通法国家的行政法实际上是以司法审查为核心构建起来,这当然与其司法在宪政秩序中处于较为重要的地位有关。有意思的是,大陆法国家,特别是法国,行政法也同样是通过行政法院的判例建立起来的。透过这些表面现象去认真地思考,我觉得,上述现象的偶合实际上有着某种必然性。因为行政法的最基本的功能与作用就是控制和规范行政权,而这种思想的最终落脚点应当是在司法审查(行政诉讼)上,或者说,主要要靠司法审查来贯彻。

---

① 提出这方面建议的论文很多,比如,李娟:《行政自由裁量权监控的理论与实践》,载《法律科学》,1996(5)。

② 从某种意义上,至少在现行的制度框架下,从行政机关内部的自律机制建设着手,有的时候,更能够收到控制滥用行政裁量的效果。但是,从长远的制度发展方向看,从更加合理的制度安排上看,完善行政诉讼制度更应该是个方向。

③ 在这一点上,我国和英国就存在着很大的差距。在英国,不存在不受司法审查的行政裁量行为,只是接受司法审查的深度上可能有所差别而已。我以为,如果要贯彻司法最终救济原则,就应该尽可能地将所有的行政裁量行为纳入到行政诉讼范围中来,除非具有极强政治性、只能采取政治方法解决的行政裁量,实在不能纳入之外。然后再根据特定行政裁量行为可能具有的一些特质,分类处理。比如,政策性较强的行政裁量,适用较为宽松的、基本的审查规则。执行性的、涉及基本权利的行政裁量,适用较为严格的审查规则。

“法院是最后说理的地方”。而且,在我看来,从司法审查(行政诉讼)的角度来构筑和研究行政法,恐怕才会让人感到行政法的理论绝对不是空泛的清谈,而的的确确是非常实用的,是能够解决问题的。

从司法审查入手来研究行政裁量,还因为是我国目前关于行政裁量的审查标准的立法规定、司法解释以及理论研究都还不够精细、清晰。的确,前面说的立法能力的有限性,在很大程度上必须通过有效的司法审查来弥补,但是,审查标准如果不能精确地、较为客观地确定下来,那么,必然会更为加剧法的不确定性和不可预测性,会不适当地扩大法官的自由裁量权,变成地地道道地用司法裁量来替代行政裁量。一方面,这不仅有损于案件判决的客观性和客观效果,而且,我们赶走了“前狼”(行政裁量专横),会不会又来了“后虎”(司法裁量专横)?另一方面,对于行政机关来讲,也无助于其形成对什么是良好行政的认识,甚至会有“法不可知,则威不可测”那种战战兢兢的感觉,因为他不知道自己对裁量权的行使在司法上究竟会产生什么样的后果、法院会持什么样的态度。因此,选择司法审查这样的角度进行研究,其理论和实践意义也就不言而喻了。

2. 司法干预的能动性与有限性:从行政裁量角度解读分权结构之下法院与行政机关之间的互动关系

进入21世纪,有人曾感叹道:“行政自由裁量已经死了。”这决不是说,在行政法的理论框架中已经不再有行政裁量的术语与制度,而是说,司法审查的力度已经渗透到了传统的行政自治的领域,不受司法审查的行政裁量已经不复存在。但是,也正是在这样的实践与理论发展的趋势下,我们更应该关注司法权与行政权在宪政体制下的相互关系问题,关注在分权结构之下司法对行政裁量的干预边际、深浅程度问题。

之所以要关注上述问题,其意义就像朱尔(J, Jowell)指出的,这不仅为(司法)干预提供了理由,而且表明了司法权及其合法范围的界限(the limits of judicial power and its legitimate scope)。因此,这对于司法和立法之间未来的关系走向来说,是极其重要的。对于在宪政民主国家中划定个人权利和行政权力之间适当平衡的标准的发展来说,也是至关重要的(It is thus crucial to the future relationship between the judiciary and the legislature and to the development of standards that delineate the appropriate balance

between official power and individual rights in a constitutional democracy)。[①]归根结底,是为了防止在具体个案的审理上,事实上出现司法权与行政权合二为一,破坏行政诉讼赖以建立的分权基础,造成行政机关与法院之间的紧张。

再者,从细微处讲,对司法与行政相互关系的理解,直接决定了对行政裁量的司法审查标准的选择和设定,决定了每一个具体标准,尤其是实质性审查标准的结构形态和具体运用。关于这个问题,我在下面的论述中还会反复地谈到。

2.1 司法干预的有限性与能动性

有一种论证司法有限性的观点,就是避免在行政审判上出现司法权代行行政权,二权合一会造成司法权的过分膨胀,会因权力的失衡而导致腐败,公民的权益也会受到侵害。在我看来,这种分析不无道理,但是,论理还不够细腻,缺乏进一步深层次的分析,说服力还不是很强。因为在现代社会中,对国家权力的监督制衡的力量已经很多,比如社会媒体的监督。所以,尽管近年来司法权的膨胀已经是不争之事实,比如司法解释具有了一定的立法功能、行政判决具有某种代行行政权的意味,但是,仍然不会出现上述我们所担心的问题。

比较有说服力的一种观点,是朱尔(J. Jowell)从宪法能力(constitutional competence)与制度能力(institutional competence)两个角度对司法有限性所做的细致分析。[②]他认为,从宪政秩序中的角色定位上讲,法院所具有的宪法能力决定了,对于宪法上分配给行政机关的、更适合由行政机关作出决策的社会和经济政策,行政机关是如何实际策划的(a utilitarian calculus of social good),法院不会、也不愿意去干预。因为我们不能指望法官去裁判政府要不要加入统一的货币体系,也不能指望法官去确定一个税率。另外,从司法审查的制度模式来讲,法院所具有的制度能力决定了,法院也不会去干预行政机关做出的很难客观判断对错的决定以及具有多中心(polycentric)

① Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review*"(1999)*Public Law* 449.

② Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vaccums: The Constitutional Context of Judicial Review*"(1999)*Public Law* 451~452.

的决定，[①]也就是我们讲的政策性裁量(policy discretion)，比如关于灯塔是建在这里还是那里。因为缺少客观的审查标准，法院也缺少处理上述问题所需要的专家技能和政策选择能力，因此，上述问题不适合通过裁决方式解决。如若不然，就会导致再次分权，把立法机关与行政机关的权力分配给司法机关。

但是，我对上述制度能力的分析有一点不同的看法。在我看来，如果单纯从社会分工越来越细、专业化程度越来越高的角度来论证分权的合理性，说明法院在行政诉讼上有所不能，进而应该做到有所为、有所不为，说服力似乎还不是非常强，尽管我不否认其中论理的某些合理性。因为在行政诉讼之中引入专家参与机制，是可以解决法院专业性、技术性知识不足的问题。法院之所以不干预，只不过是法院认为与其借助行政专家来解决问题，不如让行政机关自己来解决。

但是，我们说司法是有限的，并不等于说司法是呆板的、僵化的，恰好相反，在现代社会中，我们要求司法必须具有一定的能动性。这可以从两方面获得理解。

一方面，从上述朱尔对宪法能力的分析中，我们可以进一步体悟出，这种能力不应该是均衡的、一成不变的，而是要因势利导、伸缩自如。英国、法国等国家的行政审判经验表明，对行政裁量干预的司法政策是因裁量的对象和内容而易的，采取不同的审查力度。比如，在法国，法官在权衡行政灵活性之要求(the need for administrative flexibility)、问题的政治敏感性(the political sensitivity of the issue)以及法官抗击(行政机关)对公民自由干预的能力(the competence of the judge against the interference with the liberties of the citizen)之后，再决定司法干预的深浅。[②]在这过程之中，司法对行政的积极运作的干预能够施加足够的影响，法院仍然享有着让人羡慕的能动性空间。

另一方面，可以从获得良好行政的角度去领悟。尽管依法行政的理念划定了法院的审查依据，但是，在立法必然会留有的需要解释或裁量的空间

---

① 所谓“多中心的决定”是指具有多种选择方案，每一种方案都有可行性，很难说选择这个方案就是对的，选择那个就是错的。

② Cf. John Bell, “*The Expansion of Judicial Review Over Discretionary Powers in France*” (1986) *Public Law* 106.

和舞台上,法院仍然是可以有所作为的,也应该有所作为。法院可以推进良好行政(good administration)的形成,把司法上所理解的什么是良好行政的标准、什么是法律应有之义,通过行政审判影响行政机关。[①]法院也正是沿着这样的理念逐步深入到行政裁量的实质性审查上。但是,也要看到,法官的任务是平衡公共利益和受行政行为影响的个人利益之间的关系,而行政机关在没有明确的、直接的解决规定时也要作上述的平衡,司法上对良好行政的看法和行政上的看法就不见得一定会一致。[②]为了有效地避免这种潜在的冲突,法院对行政裁量的审查要尽可能地找到相对客观的审查标准,尽量避免用法院的主观判断来代替行政机关的判断。只有这样,才能使法院和行政机关都能够有一个共同的、相对客观的标准可循,法院与行政机关之间也才能真正形成一种良好的互动合作关系。

2.2 司法干预的边际

《行政诉讼法》(1989 年)第 5 条很好地把法院对行政行为的干预边际限定在合法性审查之内,[③]比较恰当地反映了分权结构之下的法院与行政机关之间的基本关系。原本应该在此基调之下,细致地勾画出司法干预的边际。然而,当涉及对行政裁量的审查问题时,却出现了某种不和谐的声音,认为"例外情况下也可以进行合理性审查",甚至要求进一步加强"合理性审查"。

在我看来,问题应该是出在行政法的基本原则上。按照通说,行政法治原则由行政合法性原则和行政合理性原则组成,后者主要适用于自由裁量

---

① 行政诉讼本身是会对行政效率产生影响,因为分权原则不是为了增进效率,而是为了防止权力的专断行使。其用意不在于避免摩擦,而在于通过在三个机关之间的国家权力的分配而产生的无法避免的摩擦来防止专制独裁。Cf. Harry Woolf, "*Judicial Review-the Tensions Between the Executive and the Judiciary*"(1998) 114 *The Law Quarterly Review* 579. 作为实现上述意图的工具之一的行政诉讼,自然带有这样的效果。但是,这只是从时间和进程上看,行政机关的计划和时间表会因为诉讼而被延迟,或者遭受挫折。如果从另外一个角度看,行政诉讼也能认为是增进了行政效率,因为法院在行政审判中更加明确地阐释了法律,对司法干预的原则作了清晰的表述,这就有助于行政机关准确地理解司法干预的时机与边际,以及行政机关所执行的法律的确切内涵,进而有利于行政机关以后有效率地工作,预防和避免不必要的行政纷争。

② Cf. John Bell, "*The Expansion of Judicial Review over Discretionary Powers in France*" (1986) *Public Law* 100.

③ 《行政诉讼法》(1989 年)第 5 条规定:"人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。"《行政诉讼法》(2017 年)第 6 条改为,"人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查。"

领域。[①]很自然地，不经意地，在阐述行政裁量的审查问题时，就避不开合理性原则的适用问题，比如，有学者在解释司法变更有限原则时就说，对于行政处罚畸轻畸重显失公正，维持之，则“明显有悖于行政合理性原则”，所以允许法院变更之。[②]但实际上，在我看来，对于上述情况，法院如果要去干预，其根本的理由还是因为这种显失公正已经质变为实质性违法，而不是在合理性原则的层面上的审查。所以，我极其反对在行政诉讼制度的改革中不加分析地倡导扩大法院合理性审查的程度与范围（或者说进一步扩大合理性原则的适用），这无助于正本清源，却只会“把水搅得更混”。

也有很多的学者注意到了这一点，一再强调行政诉讼上的合法性审查，包括和我持同样的观点，但是，没有认识到上述基本原则的结构是有问题的，特别是在合理性原则的阐述之中包含了大量的以后在司法审查上必然会用到的审查标准，比如目的是否适当、是否考虑了相关因素，等等。如果这些仅仅是在合理性当中去谈，与合法性无关，那么又怎么能和后面的行政诉讼制度形成很好的对接呢？

有人可能会反驳说，合理性审查在普通法上也存在。但这实际上是语汇上的误解。普通法上尽管说的是合理性审查（review of reasonableness），但是，从其沿革看，始终没有跳出合法性审查的框架之外。

在英国的历史上，在 *CCSU* 案之前，原本没有什么合理性审查。对于类似的情况，法院要想介入，得采取假借存在着法律错误的推定方法。也就是瑞德可里夫法官（Lord Radcliffe）在 *Edwards v. Bairstow and Harrison* 案的判决中所说的，如果发现这样的事实，即任何按照法律规定适当地、公平地行事的人都不会得出这样的决定的话，那么，法院别无选择，只能认定存在着某种对法律的误解，并导致了这样的（荒谬）决定。[③]

从 *CCSU* 案之后，因为迪泼罗克法官（Lord Diplock）划时代的贡献，确立了不合理是一种独立的审查标准，所以才不再需要上述学说了，法院可以直接对不合理进行司法干预。但是，在格林法官（Lord Greene）创设 *Wednesbury* 不合理标准时，也是十分小心地把实质性审查限制在不超出对实质对错的审查与判断之间的界限之内（substantive judicial review did not

① 罗豪才主编：《行政法学》，33～34 页，北京，北京大学出版社，1996。

② 罗豪才主编：《行政法学》，409 页，北京，北京大学出版社，1996。

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 8.

transgress the cherished boundary between review and judgment on the merits)。[①]也就是始终把法院干预的正当性放在合法性审查的限度内。

在这里还必须澄清一个问题,法院对滥用行政裁量的干预,不等于说,法院只能受理和审查行政裁量的滥用行为。在受理和干预之间画等号,显然是荒谬的。因为行政裁量是否滥用必须等到法院审查之后才能得出结论。所以,我认为,从受理的角度讲,没有不受司法审查的行政裁量,但是,法院对行政裁量的干预程度与范围,确切地说,实际上是法院能够矫治的行政裁量偏差的能力范围,主要只限于对行政裁量滥用(不合理)的审查,也就是仅限于对行政裁量是否实质性违法的审查。[②]

3. 研究范围的限定

3.1 裁量类型

单从裁量的存在领域上讲,范围极广,如果按照权力分立的视角去划分裁量的类型,就有行政裁量(administrative discretion)、司法裁量(judicial discretion)和立法裁量(legislative discretion)。而且,这三种类型的裁量其实在行政法上都存在,分别存在于行政立法、行政执法与行政诉讼上。

在上述每一个环节的裁量上都可能会出现问题和争议。比如,最近引起媒体广泛关注的上海车牌号拍卖收费,以及北京市即将出台的细则中要求新司机不能在快车道上行驶,是否与《道路交通安全法》相抵触?这些都是地方立法在如何贯彻执行《道路交通安全法》的立法裁量上引发的争议。但是,在本书中,我只关注行政裁量问题,并且是行政执法阶段上的行政裁量问题。这与本书采取司法审查的研究视角有关。

之所以不考虑立法裁量,特别是行政立法裁量问题,主要是因为目前,以及在可以预计的将来,立法裁量问题还不太可能(完全)接受司法审查。主要的制约是来自法院在我国政治结构以及宪政秩序中的角色与作用,法官的素质,以及与此有着密切联系的判决的权威性(指能不能被社会方方面

---

① Cf. Paul Craig, "*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*", Colleted in Evelyn Ellis (ed.), op. Cit., p. 97.

② 我国学者也有类似的观点,但却是从可审查性和审查的标准去阐释。江必新、张明杰:《关于行政自由裁量问题的对话》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第三卷),339~340页,北京,法律出版社,2000。

面，包括学者、政府以及法院本身所认可）。

然而，规章，特别是其他规范性文件能不能进入到行政诉讼之中，进入到法院的审查范围？我持积极支持态度，因为在我看来，建立法院对行政机关制定规范性文件行为的适度审查机制，不会破坏现有的宪政结构，也有着现实需要。[①]《行政诉讼法》（2014年）第53条已经允许对规范性文件（不含规章）一并请求附带审查。对行政机关享有的立法裁量权的司法控制问题也就变得重要起来。

至于权力机关的立法，只要是我们仍然坚持人民代表大会制为基本的政治制度，那么，就根本不存在行政诉讼的可能。在这一点上我国与英国很相像。英国也是因为议会主权的缘故，对立法的控制主要是政治问题，法官根本就管不着。因此，立法裁量的概念（指立法机关享有的裁量权）鲜见于英国的宪法和行政法教科书以及有关司法审查的著述之中。这个概念主要存在于大陆法国家的公法之中。

从司法审查的角度对行政裁量进行研究，从某种程度上也是在构筑司法裁量的控制结构，因为随着较为客观的司法审查标准的构建，法官的裁量也必然会受到挤压，任意性与专断性也会受到抑制。当然，这样的效益只能算是“反射利益”，不可能解决所有的司法裁量问题。但是，司法裁量问题不是本文想要解决的问题。[②]

3.2 审查标准

对审查标准的研究极其重要，它实际上阐释了法院对行政裁量的审查和干预能力，划定了法院审查活动的边际与实质内容。

3.2.1 英国

在GCHQ案中，迪泼罗克法官（Lord Diplock）把对行政行为的司法审查标准分为三类，分别是不合法（illegality）、不合理（irrationality）和程序不适当（procedural impropriety）。他解释道：“所谓不合法……我是指行政决定者必须正确理解规范其决定权和赋予其效力的法律。……不合理，在我

① 余凌云：《警察行政权力的规范与救济——警察行政法若干前沿性问题研究》，273页，北京，中国人民公安大学出版社，2002。当然，严格地讲，制定其他规范性文件的活动不能认为是一种行政立法行为，但是，这种活动与制定规章有着某种相似性，其中也会涉及类似立法裁量的问题。

② 关于行政诉讼中的司法裁量问题，参见沈岿：《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》（第一卷），北京，法律出版社，1998。

看来,简单地说就是 *Wednesbury* 不合理,也就是,行政决定明显地背离了逻辑或者公认的道德标准,以至于任何有理性的人在思考相同的问题时都不会作出这样的决定。……我把第三个标准称作'程序不适当',而没有称作不遵守自然正义基本规则或者不对有关相对人按照程序公正的要求行事,这是因为,在这个标准之下进行的司法审查,还涵盖了行政裁判所不遵守授权法所明确规定的程序规则,而这种不遵守有时不涉及自然正义的违反问题。"[①]迪泼罗克法官的上述分类奠定了英国乃至普通法国家司法审查的标准结构体系。

但是,正像史密斯(de Smith)等学者指出的那样,并不是说,某一特定的行政违法行为就只能归类于其中的一个类别,也不是说,这三个类别之间不会发生重合。比如,不适当拘束裁量权,既可以认为是不适当地履行法定职责,是"不合法";也可以说是因为没有适当听取相对人的意见而归到"程序不适当"中去。上述分类只是简便的归类,是为了对不同的违法行使或者滥用权力的情形适用不同的原则。[②]在英国的司法审查制度中,对行政裁量的审查标准主要是不合理标准。关于这个问题,我们下面还会不断提到。

3.2.2 我国

我国行政诉讼理论迄今没有对审查标准作出类似上述的分类,多是对《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条、《行政诉讼法》(2017 年)第 70 条进行逐款逐项的阐述。[③]但是仔细分析起来,我们会发现,所有审查标准也可以大致分为三类:

一是不合法,属于形式意义而不是实质意义的违法,是在管辖权上出现的问题,包括"主要证据不足""适用法律、法规错误""超越职权",它们分别

---

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 293.

② Ibid., p. 294.

③ 《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条规定:"人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:(一)具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。(二)具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:1、主要证据不足的;2、适用法律、法规错误的;3、违反法定程序的;4、超越职权的;5、滥用职权的。(三)被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行。(四)行政处罚显失公正的,可以判决变更。"《行政诉讼法》(2017 年)第 70 条规定:"行政行为有下列情形之一的,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为:(一)主要证据不足的;(二)适用法律、法规错误的;(三)违反法定程序的;(四)超越职权的;(五)滥用职权的;(六)明显不当的。"

对应的是管辖权上的事实要件不符、法律要件不符和形式越权。对这些问题的审查属于形式合法性审查。

二是滥用职权，是在裁量过程和结果上出现的违法，其形态包括“滥用职权”“显失公正”“明显不当”。一般形态的滥用职权是采用撤销判决，但对于“显失公正”“明显不当”中的一些特殊形态的滥用职权，可以变更判决。与之对应的审查都属于实质性审查。“不履行或者拖延履行法定职责”比较特殊，涉及裁量滥用，一般采取责令履行判决，可以相对独立。

三是程序违法，是在行政决定作出的参与机制、方式、步骤上出现的违法，所以，运用“违反法定程序”进行的审查，也叫程序不适当的审查。

上述三类审查标准之间的界分也同样不是泾渭分明、非此即彼的，在具体运用和审判效果上也会发生重合和交叉。比如，程序违法有的时候也表现为滥用程序权力，在这种情况下，你既可以说它是滥用职权，也可以说是程序违法。

从总体上讲，要研究对行政裁量的司法审查问题，实际能够贯穿整个司法审查的方方面面。行政诉讼法规定的所有审查标准原则上都可以适用之。在研究中，倘若对审查技术与标准没有一定的取舍，没有一定的研究重点的话，那么，本书就会变成一本地地道道的对行政行为的司法审查(judicial review of administrative action)的著述，失去了原本想要凸显的特色。这样的顾虑与不情愿，的确让我在本书的研究体例上颇费筹措。思虑再三，最后决定不涉及形式合法性审查(形式越权)。理由是，形式越权比较容易察觉，是第一层面上出现的问题，而行政裁量发生的问题主要是在第二个层面上，也就是形式上没有越权、没有违法，但是，在裁量的过程和结果上出现了问题，属于实质性违法。[①]目前对行政裁量的司法审查的难度也集中在后一个层面上。所以，我在本书中把实质性审查作为考察的重点对象，这部分研究构成了本文的第三至第七部分。

另外，考虑到行政程序对行政裁量控制也有特别的意义，所以，对程序不适当的审查问题也作专题研究，但主要侧重思考违反行政程序的法律后

---

① 在体例的安排上，我要特别感谢 Dr C. F. Forsyth 和 Dr Tom Zwart，他们不约而同地建议我，应该特别关注对行政裁量的司法审查的宪法基础问题。所以，在前面，我专门对司法的有限性和能动性问题，对司法干预的边际问题做了总体的分析。下面几章中对行政裁量的司法审查标准的研究，都是在这个基本认识的基础上展开的。

果问题。这方面的研究构成了本文的第八部分。

当然,上述审查标准的分类不是一成不变的,随着社会的发展、人权观念的深化,行政审判制度也会出现新的保护形式和审查标准。比如,本文认为,比例原则对妥善保护人权有积极意义,其审查效果与合理性审查(在我国是对滥用职权的审查)有一定的重叠,但是审查的视角和深度是不同的,因此,可以考虑在滥用职权之间平行地引入比例原则。又比如,合法预期之保护无论在大陆法和普通法都已成为极其重要的法原则与制度,我国《行政许可法》(2003 年)第 8 条也首开保护合法预期之先河,[①]所以,也有加紧研究和全面引入之必要。但是,合法预期之保护又是横跨实质、程序,不能归类到上述任何一个审查标准类别之中,有关合法预期的研究就单独构成了本文的第九部分。

(1)滥用职权和不合理

实质性审查是对行政裁量的明显优劣(merits)和考量过程的审查。在普通法上称作"不合理"(unreasonable)或者合理性审查(review of reasonableness)。在我国行政诉讼制度上是由所有属于"滥用职权"形态的具体审查标准组成的集合体,与行政法基本原则上的合理性原则是相对应的,是合理性原则运用到行政诉讼上的结构形态。

考虑到在我国对"合理或不合理"有着更为宽泛的理解,包括了不违法但不合理的情形,[②]所以,在本文中,我尽量避免使用"不合理"或者"合理性审查",而是更多地采用"滥用职权",这一方面是因为我一向认为行政诉讼的审查只能是在合法性层面上运作,另一方面是为了和行政诉讼法关于"滥用职权"的规定相应和。

从普通法的经验看,不合理主要包括不适当目的、不相关考虑或不考虑相关因素以及 *Wednesbury* 不合理。而且,正像格林法官(Lord Greene)指出的,

---

① 《行政许可法》(2003 年)第 8 条规定:"公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。"这实际上是对行政行为所产生的合法预期的保护,与本文中将要重点研究和推介的合法预期制度还是有差别的。

② 比如,《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 条中规定的驳回原告诉讼请求的情形之一就是,"被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的"。

它们在很大程度上是重叠的(overlap to a very great extent)。而且,有些标准,像不适当目的和不相关考虑,还会和管辖权(Jurisdiction)、法律错误(error of law)发生重叠。[①]但所有这些,并不妨碍对各个具体审查标准的研究。

在我国,行政诉讼上的"滥用职权"主要包括以下子标准:①不适当目的;②不考虑相关因素或者考虑不相关因素;③显失公正(明显不当)。上述结构在目前理论界也得到基本认同。

但是,像这样的审查标准结构是否周全?能否很好地解决我们实践中遇到的所有问题?仍然值得考量和批判。推陈出新,与时俱进,始终是我们追求目标。因此,在本文中,我就从当前英国行政法热烈讨论的合理性审查和比例原则入手,思考在我国的实质性审查结构之中要不要也引入比例原则?这方面的讨论构成了本文的第三部分。然后,我又针对当前行政审判中遇到的滥用职权的各个子标准涵义不够清晰、不够周全的问题,分别做了专题研究,也就是本文的第四、第五、第六、第七部分。

在研究过程中,考虑到实质性审查容易使司法权和行政权发生龃龉,发生激烈的冲突,在对上述有关标准进行界定与研究时,我始终提醒自己,要特别注意把握住司法权干预的边际,刻意地从分权的角度去仔细鉴别和遴选。

滥用裁量(职权)的实质就是在作出某个决定或采取某个行为时使用了错误的理由。[②]从普通法的研究情况看,其涵义广于不合理。比如,在克莱格(P. P. Craig)的行政法著作中,滥用裁量包括不合法(illegality),非理性、合理和比例(irrationality, reasonableness and proportionality),合法预期与平等(legitimate expectations and equality)。[③]在我国,违反比例原则和合法预期,有时也可以说成滥用职权,但是,本文始终坚持,滥用职权相当于普通法上的不合理,只是在同样意义的话语之中使用这个术语,不再进一步扩大其内涵。理由是,第一,从大陆法和普通法的经验看,比例原则和不合理都是对行政裁量的实质性审查,但是审查的视角和深度不太一样。违反比例

---

① Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*" (1976) *Cambridge Law Journal* 275.

② Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*" (1976) *Cambridge Law Journal* 273.

③ Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, Contents xviii-xx.

原则,不完全表现为滥用职权形态,有时首要地、突出地表现为形式越权,比如对孕妇使用枪支,违反比例原则,更违反法律的明确禁止性规定。我认为,最好是将比例原则平行地引入,与滥用职权形成一个综合的实质性审查体系。这个问题下面我还会专门再谈。第二,合法预期实际上涉及程序违法、越权、实体违法等多方面的问题,具有综合的审查纬度,所以,应该是一种在上述三类审查标准体系之外平行引入的标准体系。

(2)程序不适当

不合理与程序不适当容易混淆、容易发生疑问的地方是广义上的不合理,也就是考虑了不相关因素、不适当目的、极其荒谬、恶意等,到底是程序上的问题,还是实质内容上的违法?实际上,我们讲的不合理是指在裁量决定的推理或论证过程中(process)发生的瑕疵,也就是在得出结论(决定)的进路(en route)上出现的问题,这与程序不适当是两码事。后者是指在做出裁量决定过程的参与机制上(the mechanisms of participation in the decision-making process)出现的违法。①

之所以允许法院对行政裁量的行使过程提出一些程序性要求,按照朱尔(J. Jowell)的说法,其正当性主要来自两个方面:一个是对人的尊严的尊重与关怀,对任何人的切身利益做出处分决定时,不能不给他一个影响该决定产出的机会。另一个是为了实现理性,避免专断的行政决定。②

从更加实际的角度说,是因为程序性审查一般不会发生什么宪法上的争议,具有现实可得性和可操作性。由于司法审查本身就是通过程序来实现的,司法正义也是通过程序来保障实现,法官身临其境,谙熟程序规则,所以能够很容易地把法院的这套原则和技术经过适当的修改之后运用到行政机关身上,在程序性审查上也得心应手、收放自如。更为重要的是,程序性审查只是审查行政行为是否公正地做出,不涉及对行政行为实质内容的评价,不会对行政行为造成实质性的妨碍,不会对分权原则构成威胁。③

法院对行政机关施加的程序要求会引起行政成本问题。比如,要求行

---

① Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review*"(1999) *Public Law* 453.

② Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review*"(1999) *Public Law* 452.

③ Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review*"(1999) *Public Law* 452.

政机关听证，行政机关就要付出一定的人力、物力和财力。而具体涉案的行政程序瑕疵问题对正当程序和程序价值之实现也有着亲疏、远近关系。所以，程序违法对行政行为的效力影响是极其复杂的，目前在司法审查的结果上也呈现出多元化的发展趋势。

4. 研究的视角、方法与进路

由于本文是我在剑桥大学法学院作访问学者期间开始着手著述的，其中的主要部分也是在那里完成的，所以，很自然地选择了从英国行政法的角度，特别是其非常成熟的司法审查的视角来透视、比较研究行政裁量问题。之所以选择这样的研究视角，实际上有着更深层次的考虑。

首先，英国在普通法的发展过程中，很早就关注到行政自由裁量的问题。据说，在英国的法律文献中，很早就对裁量的特征有着非常精确的描绘。而且，英国在个案判决的基础上，对行政裁量的司法审查技术的研究，也已经达到了一个相当高的水准。特别让我们关注的是，英国行政法上对行政裁量的最重要的司法审查根据就是合理性原则（the principle of reasonableness）。我国行政法上作为法治原则的亚原则的合理性原则，很可能就是受到了普通法制度的影响（或者说启发）而设计的（缺乏考证的猜测）。众所周知，我们的合理性原则主要是用来解决行政裁量问题的。所以，从普通法的视角入手，采取比较研究的方法，或许能够更加透彻地发现我们存在的问题，为相关制度的完善提出有益的建议。

其次，英国在此期间不断受到大陆法的侵蚀和实质性影响，尤其是在公法领域的很多问题上比如，在自由裁量的实质性审查标准上，要不要引进大陆法的比例原则？其与英国本土的 *Wednesbury* 不合理有什么样的异同？因此，透过英国行政法的窗口，我们又可以同样地领略德国、法国等大陆法国家控制行政裁量的基本技术，发现在相同的问题上各自不同的处理视角，以及逐渐相互融合的层面与接口。而且，英国作为普通法的发祥地，美国、加拿大、澳大利亚、新西兰在内的普通法国家与之是一脉相承的，当然，又有各自的特点和发展路径，因此，英国行政法理论在探讨行政裁量的时候，都自觉或不自觉地要涉及这些国家有关这方面的理论研究以及判例，这又为我们的比较研究提供了更加广泛的基础。

最后，还有一点很重要，英国是实行议会主权、议会至上（the supremacy

of Parliament)的国家,正像威尔斯法官(Willes J.)说的,对于经女王、贵族院和平民院同意议会做出的决定,法官无权管辖(The Judges could not act as regents over what is done by Parliament with the consent of the Queen, Lords and Commons)。[①]法官不能对立法的有效性及其意图进行裁决。议会行使着英国不成文宪法赋予给它的至高无上的权力,只是受到定期的民主控制(quinquennial democratic control)以及公共舆论日常的监督(the daily force of public opinion)。[②]这样的宪政架构与我国实行的人民代表大会制有着近似之处。迄今仍处于热烈探讨之中的对抽象行政行为进行司法审查,论者一般都小心翼翼地将权力机关的立法划出去,也是这个道理。那么,在这样的政治结构之下,法院与行政机关之间的权力关系,也必然有着某种比较接近、能够相互借鉴的地方。而司法审查(行政诉讼)制度正是建立在这样的分权关系之上的,特别是对作为行政自治领域的行政自由裁量的司法干预,更是直接地反映了这种分权关系,或者说,是这种分权关系的具体体现。

所有这些,促使我选择从英国的司法审查制度入手,来研究行政裁量问题。也正是基于上述三方面的原因,我相信,从这种角度的研究,对于我国行政裁量制度的完善、特别是行政诉讼上的审查技术的完善,肯定会有比较大的借鉴意义。而且,的确,随着研究的逐渐深入,我越来越觉得这样的研究方法是很有益处的。

与这种研究视角相联系的研究方法,必然是比较分析法。剑桥大学图书馆(*University Library*)以及法学院图书馆(*Squire Law Library*)为我的研究提供了丰富的英文资料,不但有包括英国、美国、加拿大、澳大利亚等在内的普通法国家的行政法著述,还有专门研究欧洲大陆法国家、特别是欧盟的有关资料。互联网又使我很便利地获得国内的有关立法。回国之后,我又集中地阅读了日本、德国等大陆法国家,以及我国大陆和台湾地区的一些很有价值和研究水准的文献。所有这些保证了上述方法能够很好运用。另外,从司法审查的视角研究对行政裁量的司法控制问题,当然少不了案例研

---

① Cf. Lord Irvine of Lairg, Q. C., "*Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*"(1996) *Public Law* 57～78.

② Cf. Lord Irvine of Lairg, Q. C., "*Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*"(1996) *Public Law* 59～78.

究的方法，这一点我又从普通法中获得了不少的启迪。

作为本课题的研究重心，毫无疑问是在审查的各个标准上。特别是通过对行政诉讼法上主要适用于行政裁量的标准做逐个梳理、批判与反思，并参考普通法与大陆法上目前流行的基本技术，试图寻找、构建一个适合我国的基本审查技术结构。但是，这所有一切标准都必须是奠定在司法审查赖以建立的宪政基础之上，必须符合法院在宪政秩序之下所扮演的角色和功能。又由于行政裁量的确属于行政的固有领地，涉及行政政策、经验和政治，因此，尽管在现代社会中人们越来越关注行政裁量权不被滥用，越来越仰仗司法的有效保障，行政裁量权在法治和依法行政的理念下也逐步从豁免的庇护阴影中走出来，但是，我们仍然必须为行政机关保留一定的自由度。那么，这样的自由度和不接受司法审查的范围到底有多大，目前的发展趋势如何，特别是由此反映出的法院与行政机关之间的基本关系，以及各自态度，都很值得我们关注和研究。最后，也是最重要的，尽管本课题的研究主要是采取比较分析的方法，但最终的着眼点仍然还应该是解决我国的问题，这方面的研究构成了本文的结束语。

二、行政裁量的涵义[①]

1. 概念

之所以要首先展开对概念的探讨，是为了划清以后我们讨论问题、对话交流的范围和语境，避免出现不在一个对话层面上的交锋，而且，能够更加集中地讨论我们正在关心的话题。更主要的是因为，目前不但在我国，而且在西方的行政法理论中，关于行政裁量的概念也是歧见纷纭，确有正本清源、统一话题的必要。

① 本部分的主要内容曾以《对行政自由裁量概念的再思考》标题发表在《法制与社会发展》，2002(4)。

1.1 西方国家的理解

1.1.1 几种学说

在英美等国的法律文献中,比较有影响的关于裁量的定义,一个是哈特(Henry M. Hart)和赛克斯(Albert M. Sacks)的裁量概念,另一个是德沃金(R. M. Dworkin)的强意义与弱意义上的裁量之划分(distinction between strong and weak discretion),还有一个就是伽利根(D. J. Galligan)的更加广泛意义上的裁量分析模型。当然,更加有影响的,也是迄今为止仍然被广为接受的定义是戴维斯(K. C. Davis)作出的。但在表述上更加完整、精练的要算是韦德(H. W. R. Wade)和福赛(C. F. Forsyth)的描述。

(1)哈特(Henry M. Hart)和赛克斯(Albert M. Sacks)的裁量定义

在哈特(Henry M. Hart)和赛克斯(Albert M. Sacks)看来,裁量就是在两种以上的行为可能之中的选择权,每一种行为都被认为是允许的(discretion is the power to choose between two or more courses of action, each of which is thought of as permissible)。[①]

但是,这种看法遭到了德沃金(R. M. Dworkin)的否定。的确像哈特指出的,确实存在着一些案件没有现成的、确定的法律规定作为依据来进行判决。但是,德沃金认为,如果由此得出结论,法官具有裁量权,能够在同样被允许的多个结果之间进行选择的话,那就错了。因为法律制度不仅仅是规则,还有更加一般、更加有展性(malleable)的原则,能够用来解决法律规则的不确定或冲突。如果这些原则被正确地运用的话,是能够产生一个确定的结果的(a definitive result)。也正是因为原则的存在,以及存在着由原则推导出若干标准的可能性,因此,法官不可能不被标准所约束,在对个人权利做出判决时,从来就没有在两个或更多的同样被允许的结果之间的选择权。[②]换句话说,答案是唯一的,而决不是可选择的。

在我看来,从结果的合法性或被允许性上去描述裁量的特征,未必是恰当的研究视角,容易产生歧义。比如,如果像哈特和赛克斯说的,既然"每一种行为都是被允许的",因而都是合法的,那么,我们怎么去审查裁量?还有

---

① Cited from Edward L. Rubin, "*Discretion and Its Discontents*"(1997) *Chicago-Kent Law Review* 1300.

② Cf. Edward L. Rubin, "*Discretion and Its Discontents*" (1997) *in Chicago-Kent Law Review* 1300～1304.

什么理由去审查？尽管我也清楚、也同意，在授权的范围内，不同的执行者，即使采用同样正当的程序，也很可能出现不同的结论，而且，可能都是在裁量的允许范围之内，法院的审查结果可能都是维持。比如，对同样一个扰乱企业正常工作秩序的行为，警察 A 可能处以罚款 200 元，警察 B 可能就只罚款 50 元。从这一点上看，哈特和赛克斯的“每一种行为都是被允许的”似乎也是有道理的，但是，还是我刚才讲的，过分地泛化，过于直截了当地肯定，容易引起误解，也不利于对裁量的控制。

同样，也是从这一点上讲，我不赞成德沃金“唯一答案”的观点，因为它过于绝对。但我十分欣赏德沃金在给裁量下定义的同时就充分考虑司法审查的视角。对裁量的审查，恐怕主要的还不在于结果，当然，结果的合理性是极其重要的，更多的可能还在于审查裁量的过程。正是基于这样的认识，我觉得在裁量的定义上，最好还是避开对“每一种行为是否被允许”作出直接的肯定或否定的判断，而是将注意力投向对过程选择的权力，对行为方式选择的权力。

(2)德沃金(R. M. Dworkin)的强、弱裁量理论

德沃金(D. R. Dworkin)从讨论法官在处理棘手的案件时(in hard cases)应该怎样做出判决这样的特定语境之中入手，去讨论裁量问题，因此，他对裁量的认识，是直接与其司法判决理论(his theory of judicial decisionmaking)相联系的。这样的分析也同样适用于行政裁量。①

在他看来，裁量可以在两种弱意义上使用，一是指基于某些原因，在适用那些必须适用的标准，而这些标准又可以有不同的合理解释时。比如，让某警官挑选五个富有经验的巡警，这里的“富有经验”(most experienced)在不同的执行者看来，可能会有不同的解释。因此，就不能也不可能机械地适用，而需要运用判断。二是裁量决定被认为是终局的，不能为其他官员审查或者撤销。比如选手是不是出线了，是由巡边员(linesman)来裁定的，主裁判即使不同意，也不能撤销它。又比如，最高法院的判决，也是不可撤销的。但是，如果根本就不受职权确立的标准的约束(the actor is simply not bound by standards set by the authority in question)，换句话说，也可以认为是授权中根本就没有提供有关标准，而是要靠自己去创设出标准来，那么，

① Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford. Clarendon Press, 1986, p. 15.

在这个意义上的裁量就是强意义上的裁量。比如,只告诉去挑五个巡警,具体采用什么样的标准就完全交给了执行者自己来决定。[①]

德沃金经过研究后得出的结论是,法官总是在弱意义上行使着裁量权,行使着对法律标准的阐释权,法官不具有强意义上的裁量权。更为重要的结论是,对法律必须适用的标准的解释,只能有唯一正确的结果。[②]

但有意思的是,德沃金的上述理论也同样遭到了猛烈的批评。伽利根(D. J. Galligan)指出,所有的授权都有着某些合理的特定目的,谁也不会说目的不清楚、有争议,而目的本身就构成了标准,至少是提供了产生标准的基础。因此,德沃金以适用标准和创设标准为强、弱裁量划分的前提之一,就不成立了。同时,现有的法律素材(legal materials),以及作为背景的政治原则,有力地说明了可能存在着两种或更多种的解释,很难说在它们之中的选择不是依据对政策的考虑以及对结果的估价。但如此一来,德沃金的"唯一正确答案"(a right answer)的说法也就站不住脚了。[③]但是,德沃金从标准的角度进行分析的方法论,显然对伽利根产生了重要影响,并被后者发挥到了极致,构成了伽利根裁量分析模型的重要理论基础。

(3)伽利根(D. J. Galligan)对裁量的分析模型

伽利根(D. J. Galligan)对裁量的分析模型是从两个纬度进行的,一个是从其职权的规定上看,留给决定者估量、判断的范围。另一个是从制度安排(the institutional arrangements),特别是从对行政官员行使权力的态度的角度来分析对裁量程度的影响。比如,行政官员对裁量的看法,会受到法院的制度性制约,而法院对裁量的认同,又必然受到立法的约束。

那么,为什么要从后一个纬度上去研究呢?伽利根的解释是,与裁量观念相联系的自治意义,不仅决定于在有关权力的规定上为判断和估量留下了空间,而且,取决于其他官员是以什么方式看待这些判断与估量。一方面,一个官员所拥有的判断与估量的空间程度,取决于与其有着某种关系的其他官员对此的态度。另一方面,上述判断与估量,能在多大程度上被接受

---

① Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. 31～39, 68～71.

② Cf. Edward L. Rubin, "*Discretion and Its Discontent*"(1997) *Chicago-Kent Law Review* 1299～1336. Also Cf. D. J. Galligan, op. Cit., p. 16.

③ Cf. D. J. Galligan, op. Cit., pp. 16～18.

为终结性的，也取决于其他官员的态度。[①]但在我看来，后一个纬度固然重要，但似乎更多地牵涉到司法审查问题，与裁量的本质特征关联性不是很大，或者更准确地说，不是最根本的。因此，在此就不多做介绍了。[②]

伽利根认为，作出一个决定的基本流程为：在查明事实 F，以及存在条件 XY 的基础上，行政官员 O 可以或将作出决定 Z（考虑因素 S1，S2，S3，……）。其中有三个主要环节：一是查明事实 F（finding facts）；二是确定标准（settling the standards）；三是将标准运用于事实（applying the standards to the facts）。

他认为，在第一个环节，即查明事实上，有着某种裁量的意义。但非常核心意义上的裁量（discretion in its more central sense），还是与第二个环节有关，因为在这里，要对标准进行判断和估量。比如，如果所给的标准是抽象的、不清晰的，就得去解释标准的含义。如果缺少标准，就得去创设标准。还得按照各个标准的重要性（对决定有多大的影响分量）来给它们排个队，来决定如何取舍这些标准。而所有这些，又对最终决定的准确性起到解释和证明的作用。换句话说，就是因为，标准为各种解释留有空间，或者允许官员自己创设出标准来，所以，就含有了裁量意义。

接着，他又说，最清晰、最核心意义上的裁量（discretionary in the clearest and most central sense）应该是在 Z 流程上。也就是，在决定是否行动或怎样行动时，行政官员得要确定理由以及适用标准。之所以把这个阶段认为是真正的、强烈的、核心意义上的裁量，是因为，裁量决定是最终的决定，而不是决定过程中的某一阶段或环节，此其一。其二，在这个阶段上，对于行政官员来讲，几乎无从知晓怎么去适用标准，却又被要求去做出自己的判断。[③]比如，法律上只是规定他可以强制征用土地，但没有告诉他，具体在什么情况下才算是有充分的理由去做出这样的决定，都完全要靠他自己去判断、去决定。

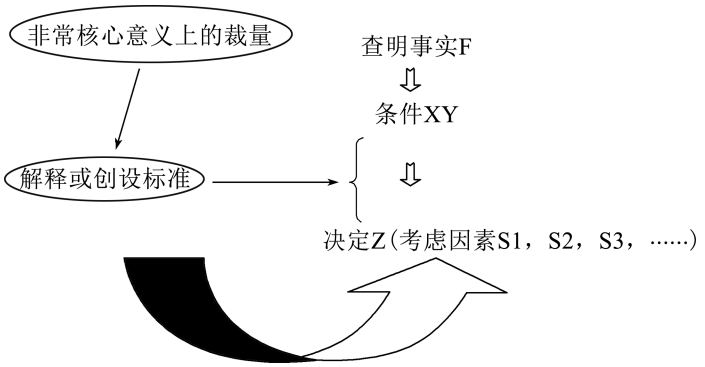
但他又说，在上述两个意义上的裁量之间并不存在清楚的、精确的界限。因为对裁量的关注，只是那个估量的因素与实施或不实施某行为、以何种方式实施以及实施的过程有着直接的关联，但是不是这样，那可能只是语义程式而不是实质问题（As to the first，I shall concentrate on discretion in

① Cf. D. J. Galligan，op. Cit.，p. 8.

② Cf. D. J. Galligan，op. Cit.，pp. 12～14.

③ 更加详细的分析，Cf. D. J. Galligan，op. Cit.，pp. 8～14.

so far as the element of assessment is linked directly to the doing of, abstaining from, or performing in a certain way of, a course of action, but whether or not that is the case may be a matter of semantic formulation rather than substance)。他举例说,条件 XY 的含义可以看作是作出有关 Z 的最终决定之前首先必须解决的一个前提,但同样也可以这样表述,真正裁量因素是决定 XY 的含义,其中的差别只是裁量估量的重点与程度的不同。另外,两者近似之处还在于都要在某种程度上决定理由以及适用的标准。[①]



因此,伽利根(D. J. Galligan)把自由裁量的本质描述为,自由裁量作为描绘某种行为过程中的权力形态方式,从最根本上说,是指在职权体系中授予官员或官僚整体的某些权力。在这些权力当中,存在着某些重要的、能够确定该权力赖以行使的理由和标准的空间,以及运用其作出某些决定的余地(discretion, as a way of characterizing a type of power in respect of certain courses of action, is most at home in referring to powers delegated within a system of authority to an official or set of officials, where they have some significant scope for settling the reasons and standards according to which that power is to be exercised, and for applying them in the making of specific decisions)。而确定原因和标准的过程,不仅仅是在缺少标准时创设标准,还包括在标准不清晰时阐释标准,以及在标准之间发生冲突时评价各自的重要性。这种裁量意义的核心是,在一个确定的权力范围内,官员必须体现其目的,然后决定实现该目的的政策和策略。因此,在识别与解释目的中,可能有着裁量。在之后,为实现该目的而采取的政策、标

① Cf. D. J. Galligan, op. Cit., pp. 10～11.

准和程序之中，可能也存在裁量。而这在伽利根看来，是在分析意义上有关裁量的核心观念（This then is the core idea of discretion in an analytical sense）。[①]

如果按照上述理解，可以说，伽利根自己也承认，几乎所有的权力都具有裁量性，甚至在作出决定过程的每个环节之中，从查明事实（the finding of facts），把确定的标准运用到事实上（the application of settled standards to the facts），直至决定的形成，都存在着裁量。[②]裁量在伽利根的理论中变幻得无所不有，无所不在。之所以会产生这么极端的看法，在我看来，问题很可能出在他将裁量与查明事实、解释法律混淆起来了，关于这一点，我下面还会做详细分析。但尽管如此，这种从裁量的内在结构，特别是裁量的过程去分析、去研究裁量问题的方法，无疑是极其有价值的。

1.1.2 目前通行的看法

在行政裁量的涵义上，英、美等国学者比较一致的、也是几乎没有任何争议的看法，就是戴维斯（K. C. Davis）所做的定义，即指在可作为、也可不作为之间作出选择的权力（The legal concept of discretion implies power to make a choice between alternative courses of action or inaction）。[③]或者像韦德（H. W. R. Wade）和福赛（C. F. Forsyth）所表述的，是作为还是不作为，以及怎样作为的权力（Each authority has to decide for itself whether to act or not to act, and how it wishes to act）。[④]或者像丢毕法官（L'Heureux Dube J.）在加拿大最高法院对 *Baker v. Canada*（1999）的判决中另外表述的，“是指当法律没有明确规定特定的结果，或者在法定的框架之内赋予决定者自主选择的情况下作出的决定”（The concept of discretion in this context refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within

① Cf. D. J. Galligan, op. Cit., pp. 21～22.

② Cf. D. J. Galligan, op. Cit., p. 20, 33.

③ Cf. De Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, Sweet & Maxwell, 1995, p. 296. K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1969, p. 4.

④ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Frosyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 35.

the statutorily imposed set of boundaries)。[①]实际上,这些表述在意思上也都大同小异,没有实质性区别。

这与德国行政法中所说的效果裁量(freedom of choice amongst a number of possible legal consequences)意思相近。德国行政裁量理论严格区分法治情境下行为的条件(the conditions for acting in the circumstances covered by a rule of law)以及由此情境发生的法律效果之界定(a definition of the legal consequences which follow from the existence of those circumstances)之间的界限,因此,在概念范畴上也严格地把不确定法律概念(undefined legal or statutory concepts)与自由裁量(discretion)区分开来。这里所说的自由裁量是指在若干法律效果之间做出选择决定的自由。[②]法国行政法上的裁量权是与拘束行政权(tied authority)相对的,讲的也是决定采取适宜的行为方式的权力。[③]

裁量无疑意味着判断,但又超越单纯的对事实或法律的判断,而必须对行为的模式最终做出选择。当然,这些行为模式是法律事先规定好的。从这个意义上讲,裁量不同于纯粹对事实的判断,也不同于对法律含义作出判断的法律解释。因此,在西方具有广泛影响的韦德和福赛的行政法教科书中,就严格地把行政裁量和主观语言区别开来。在德国,迄今仍占主流的观点,也是把行政裁量与不确定法律概念区分开来。

1.1.3 德国行政法中的不确定法律概念(undefined legal concepts)

在德国行政法中,不确定法律概念(undefined legal or statutory concepts)是一个非常重要的、与自由裁量有着密切关系的概念,比如公共运输利益(interest of public transport),而这在普通法中是放在管辖权(jurisdiction)问题上来解决的。但德国的不确定法律概念仅仅只是法律的适用,在特定条件下,结果是唯一的,并且完全接受司法审查。这种观点迄今仍然占主导地位。

目前,在不确定法律概念上存在的两个主要问题是:

---

① Cf. Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action-A Comparative Analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, p. 53, note 1.

② Cf. Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Community & Sweet and Maxwell, 1992, p. 271.

③ Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 262.

其一，自从1971年法院一起有关联邦检查机构决定的判决之后，行政法院不得不承认，不确定法律概念在具体案件中只能有一种认定结果的说法，纯粹是幻想。在该案中，涉及“有使青年堕落倾向”(tendency to pervert youth)这一不确定法律概念。联邦行政法院指出，根据这样的概念作出的决定涉及预测性判断，(为以后认定什么属于“有使青年堕落倾向”的出版物)明确了一个指导纲要(guideline)，并且含有相当的评价因素。因此，运用“有堕落倾向”的概念时，不可能只有一个结果(论)、一个认定，而应该有一个认定幅度，只要在这个幅度之内都是法律允许的。①

但是，如果从原来“一个认定结果”的说法退到“允许一个认定幅度”，也就是，允许对不确定法律概念能够有两种或两种以上的说法(解释)，很可能会为行政机关的任意与专横开出一道口子。因此，德国行政法院迄今仍然严格地限制后一种情况的出现，仍然坚守着“一个认定结果”的阵地。所以，像上述判决在德国仍然少见。

其二，更为主要的，对不确定法律概念采取全面的、严厉的审查态度，会造成非常僵硬、缺少灵活性的审查机制。在有些情况下，会迫使法院必须对主观问题作出最终的决定。这无疑增加了法院的负担，而且，未必会得到更客观、更好的结果。②

因此，德国现在只是有限度地承认，行政机关在特定的具体案件中有一定的“判断余地”。法院可以认可行政机关的选择而不审查。但是，凡是和判断决定本身无关的事物，比如判断过程，仍然要受到法院的实质性审查。特别是涉及基本人权的判断部分，法院更不能放弃审查权。③

1.1.4 普通法中的主观语言(subjective language)

在英国法中，大量充斥着“如果大臣感到”(if the minister is satisfied that)或者“如果委员会认为”(if it appears to the board that)等字样。比较

---

① Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p.274. 有意思的是，英国行政法上也认为，如果管辖条件不太明确，也存在一个合理结论的幅度。比如，*R. v. Monopolies and Mergers Commission ex p. South Yorkshire Transpot Ltd.* 就是一个例子。Cf. W. H. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p.267.

② Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p.276.

③ 蔡震荣：《行政法理论与基本人权之保障》，388～389页，台北，五南图书出版公司，1999。更加详细的研究，参见翁岳生：《行政法与现代法治国家》，37～108页，台北，台湾大学法学丛书编辑委员会，1990。

典型的完整规定,像1939年《紧急状态权(国防)法》(*the Emergency Powers (Defence) Act* 1939)曾授权行政机关制定国防规章,如果"其认为这对于维护公共安全……以及保证社会生活所必需的供应和服务,确有必要或者是适宜的"。这在英国行政法理论上称之为主观语言(subjective language)。有意思的是,它不属于行政裁量概念范畴,但又是放到自由裁量的一节中去讨论,可能是因为主观语言也涉及判断问题,更主要的是因为行政机关在作出裁量决定之前,在它看来,采取这样的行动是必须的,是适宜的(he is satisfied),那么,在挑战其裁量决定的同时,也有必要问一下,它为什么认为这样做是必须的或适宜的(to ask why he is satisfied)?[①]

对主观语言的司法控制是很困难的,因为牵涉到主观的判断与认同,法院又非常谨慎,不愿轻易踏入主观领域,以免出现纯粹以主观对主观的情况。但是,从法院的判案看,法院并没有完全放弃这块领域,也在努力地控制着主观语言的任意运用。正如韦伯佛斯(Lord Wilberforce)指出的,尽管主观语言乍一看似乎排除了司法审查,但是,如果在作出某种判断之前必须要有一定的事实根据的话,那么,尽管对事实的评价是行政机关的事,法院必须调查这些事实是否存在,是否已被考虑,上述判断是不是在这些事实上适当地自主导向的结果,有没有考虑了不该考虑的事实。[②]因此,如果法院发现行政机关存在与法定目的无关的其他目的,比如为了惩治对公共安全并不造成威胁的某个政党、或者对主观语言的运用很不合理时,法院就应该干预。但是,在战时或紧急状态下,行政机关无论根据主观语言采取什么样的行动,一般都不太会受到法院的干预,尽管在理论上的确存在着干预的可能性与权力。[③]

1.2 我国的理解

在我国较早出现有关行政自由裁量的定义,恐怕要算是1983年出版的

---

① 尽管在韦德(W. H. R. Wade)和福赛(C. F. Forsyth)的著作中没有清晰地表明这一点,但当我向福赛提出这个问题时,他很肯定地说:"主观语言不属于行政裁量范畴。"但是,也有学者认为,主观语言是在授予一种行政裁量权。Cf. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 92. 艾里奥(Elliot)在给剑桥大学法学院本科生的行政法讲义中,也认为这是一种主观裁量("subjective" discretion)。

② Cited from H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 421.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., pp. 416~426.

第一本部颁行政法教材 —— 由王珉灿主编的《行政法概要》(北京,法律出版社,1983),里面对自由裁量的定义是,"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方法的,是自由裁量的行政措施。"现在看来,这个定义显然是成问题的,因为"法律没有详细规定"意思含糊,是不是也包括法律根本就没做规定的情况?

当前,我国行政裁量理论中的主流意见,是认为行政自由裁量是法律、法规赋予行政机关在行政管理中依据立法目的和公正合理的原则自行判断行为的条件、自行选择行为的方式和自由做出行政决定的权力。[①]或者,行政机关在法律明示授权或消极默许的范围内,基于行政目的,自由斟酌,自主选择而做出一定行政行为的权力。[②]如果我的理解没有错的话,第一个定义中的"自行判断行为的条件"之中,显然包含了对事实的认定以及对法律条文的解释,是与"自行选择行为的方式""自由作出行政决定"并列的。换个角度,是不是也可以理解为这三个要素之中都存在着裁量问题?如果的确是这样的话,那么就与伽利根的看法趋同了。在第二个定义过于含混的语义之中,似乎也是包容所有这些内容或过程。

但是,我不太赞成把行政裁量的概念界定得这么宽,尽管我很理解行为条件,包括对事实存在的判断和对法律条文含义的理解,与最终的行为选择(决定)之间有着极其密切的关系,是步骤上的依次递进和时间上的流程顺序(见下图),我也很同意伽利根在其裁量理论中提出的在查明事实和解释法律上也存在着判断(judgement)、估量(assessment)和选择(choice,注意,是特定意义上的)的看法,[③]而且,也十分赞赏蕴涵在上述定义之中的控制滥用裁量权的责任感,但是,我还是认为它们之间不是一回事。

要想说清楚这个问题,我们还是先看一下伽利根是怎么分析的,因为他也认为查明事实和适用标准上有着裁量的意义。在他看来,查明事实是一个感知世界、获取证据,并把证据归入到那些本身通常就不很精确的概念和分类中去的混合过程,因此,从证据中推断事实真相本身就是一个不精确、存在着各种可能的过程(Findings of fact are a mixture of evidence of

① 姜明安:《论行政自由裁量权及其法律控制》,载《法学研究》,1993(1)。

② 王英津:《论我国的行政自由裁量权及其滥用防范》,载《国家行政学院学报》,2001(3)。

③ 有学者对行政自由裁量的逻辑结构做过详细的剖析,赵肖筠、张建康:《论行政自由裁量的司法审查》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版),1998(4)。

perceptions and understandings about the world, and the characterization of that evidence into concepts and categories which are themselves often imprecise. The drawing of factual inferences from the evidence is itself, therefore, an imprecise and variable process)。而决定主要事实是否符合规定的标准,也同样是估量和判断的问题,也存在着各种可能性。正是因为事实只能通过不完善的方法,要靠不完善的程序来确定;再加上花到查明事实真相的时间是有限的,因此,从某种意义上说,任何决定在得出事实真相的方法上,以及确定证据是否充分上,都需要估量和判断,所有这些,也就成就了在确定事实问题上谈论裁量的某种合理性。同样,他认为在将标准适用于事实时,决定者也得确定标准的意思,并据此给事实定性。这在很多情况下也需要判断和估量,由此亦不难发现某种裁量的要素。最后,他总结道,在查明事实和适用标准方面,裁量的意义有些特别,它根源于做出决定、选择证据以及给证据定性的内在特性,根源于我们对认识过程的有限了解(In both matters, finding facts and applying standards, the sense of discretion is somewhat specialized; it derives from characteristics inherent in decision-making, in the need to select and characterize evidence, and from our limited understanding of the cognitive processes involved)。在这里谈论裁量,就其适当性而言,这种裁量产生于人类决定的内在品质,以及某种意义上的不完善,产生于主观判断与评价的成分,而后者又是查明事实以及适用标准不可分割的一部分(In so far as it is appropriate to talk of discretion here, it is discretion that results from the inherent qualities, and in a sense imperfections, of human decision-making, as well as the elements of subjective judgement and evaluation that are irremoveably part of the search for facts and the application of standards)。[①]

毫无疑问,在查明事实和适用法律上需要判断和估量。但是,在我看来,伽利根的上述分析如果说要成立的话,至少要建立在这么一个前提上,在事实认定与标准解释上,必须要有允许根据主观意愿或者判断来取舍的余地和空间。否则,就谈不上选择问题。因为裁量最本质的特征是选择,是建立在一定客观基础上的主观选择。因此,光有判断、估量,还是不够的。

① Cf. D. J. Galligan, op. Cit., pp. 33～37.

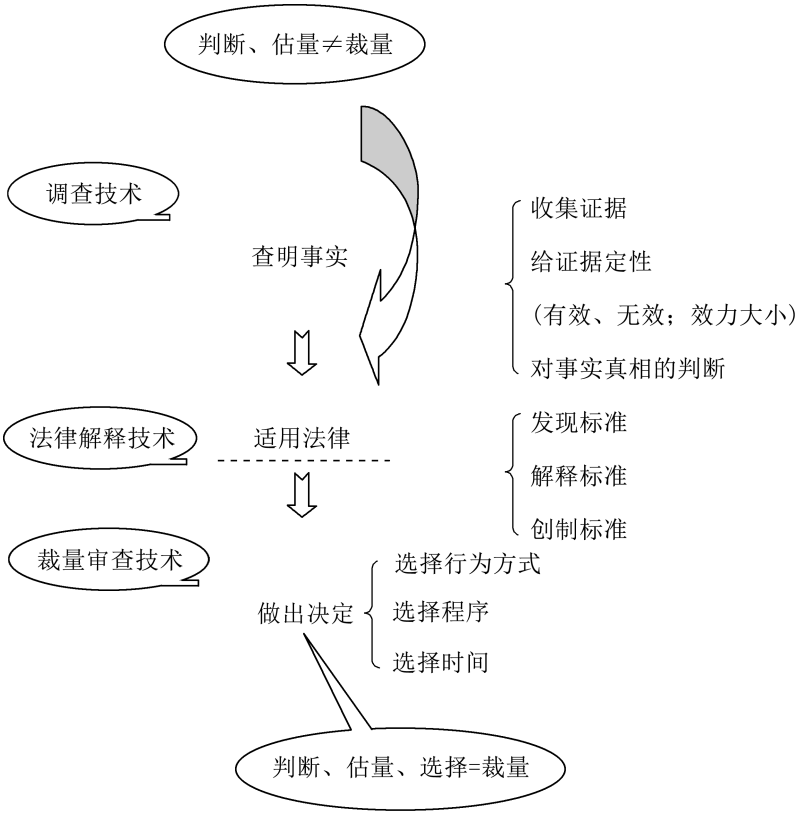
那么，在查明事实和适用标准上，是不是存在着选择的可能呢？

这个问题实际上又回到了德沃金试图解答的问题那里。德沃金认为，对法律必须适用的标准的解释应该是唯一的。当然，从法院判决的经验看，在某些情况下，不承认解释可能有多种是不现实的，这一点我们已经从上面德国法院对不确定法律概念的认识中可以得到证明。但是，有一点却是肯定的，出于对行政机关权力的控制需要，以及为了更好地贯彻立法机关的意图，法院应当尽可能限制这种情况的出现，并把追求唯一的解释做出审判的目标。同样，在事实问题上也是如此。因此，退一步说，即使在查明事实和适用法律上存在着某种容许主观选择的可能，也被挤压得近乎为零，或者说，要尽可能地挤压成零。这是一方面。

另一方面，就是采取机械的、形式主义的立场来讲，即便我承认在事实或标准上有某些类似选择的现象，但与我们所说的裁量上的选择，也是有着形式上的不同。裁量上的选择，是法律事先规定好的，比如，如果……，可以做 A1，A2，A3……或者在 A1 或 A2……允许的幅度之内确定一个适度的决定，而不是捉摸不定的东西，这就为法律的控制提供了可能，或者说，有助于实现法律上的控制。也可能正是这个原因，我们不愿意承认行政机关在事实或标准上有选择的可能，而在裁量的问题上表现得宽容一些，恐怕更多的是考虑如何更加有利于对事实与标准认定行为的控制。因此，在事实与标准问题上谈选择，似乎是不恰当的。我更愿意认为，在事实与标准问题上只存在着判断，而把选择留给裁量。

其实，在对事实和法律条文含义的判断问题上，我们在法庭调查以及法律解释技术上已经有了很多、很好的解决办法，其中具体的审查技术、路数和对裁量的审查不太相同。比如，对法律条文含义的理解，可以从立法史或者最佳实现社会目标的角度去阐释；又比如，事实是否存在，有赖于对证据的调查以及在此基础上的客观判断，而不能任意裁剪事实。因此，最好还是在概念上将它们从行政裁量中剥离出来。①

① 当然，也有认可事实裁量和要件裁量的。胡亚球、陈迎：《论行政自由裁量权的司法控制》，载《法商研究》，2001(4)。



虽然我们说在查明事实和法律适用上不存在着裁量,但是,必须指出的是,这两个步骤,即对事实存在与否的认定,和对法律条文含义的解释,奠定了裁量的基础。当相对人对裁量决定提出挑战时,法院是无法回避对前两个问题的审查的。否则,对裁量的审查就会变成空中楼阁、无根之树,进而极大地损害了司法审查的效果。如果上述两个步骤上发生错误,比如事实认定错误、或者对法律规定中包含的标准领会不当、或者考虑了法定标准以外的其他不相关因素,那么,也同样会对裁量决定产生实质性的影响,导致决定的无效、被撤销。在这一点上,我不同意前面伽利根(D. J. Galligan)的观点,他把树木当成了果实,而果实就是果实,尽管它是在树上结出来的,但决不能因为树木结出了果实,就把树木当成果实的一部分。但是,如果我们要弄清果实到底长得怎么样,为什么不甜或不大,可能就要从树,甚至周围的土壤去分析、去查去。因此,对裁量的司法审查,实际上是对裁量决定以及作出裁量决定的整个过程的审查,但这并不妨碍我们把裁量的概念仅仅限定在作出决定的阶段上。

因此，我同意韦德与福塞的表述，[①]所谓行政裁量就是指在法律许可的情况下，对作为或不作为，以及怎样作为进行选择的权力。它是给决定者在确定的框架与内容之内的一定程度的自治(a central feature of discretion is a degree of autonomy, within a defined context, vested in the decision-maker)，是“戴着镣铐跳舞”。上述概念比戴维斯的定义在意思表达上要更加清晰，明确地说明裁量有着两个层次的选择，一是行为选择，包括作为与不作为；二是在作为的前提下产生的有关方式、幅度、时间、程序上的选择。

但对上述表述千万不要产生误解，行为的选择，绝对不是说，只要行为人在上述任何一种方式之中进行选择，或者在允许的幅度之内任意处置都是许可的，都是合法的。在历史上的确曾有过一种观点，认为在这种自治领域内，权力行使者可以根据他认为任何合适的理由，或者根本就不要什么理由，作出决定。只要是在其权限范围内，都是对的。这种观点一度也左右着法院对行政行为司法审查的态度，但是，现在已经被抛弃了。[②]

现在，在国内又有一个改进的观点，就是认为，行政裁量只要是在法律许可的方式中进行选择，无论最终选择哪一种，都是合法的，只不过在具体案件的处置上有是否妥当、是否合理的问题。这种观点显然是建立在行政合法性原则与行政合理性原则的二元结构之上的。但是，我仍然不同意这种观点。在我看来，被法院用来审查行政裁量的所有标准与技术，包括不合理、程序不适当等，都无一例外的是在合法性层面上说的。这么处理是比较符合宪政主义要求的，而后者又构成了行政诉讼制度的基础。对于这个观点，我还会在下面花大量的篇幅来阐述。

我们所说的行为选择，是指结合正在处理之中的个案具体情境，并且遵从正当程序，得出的行为模式，尽管可能结论不同，只要是合理的，都是法律所认可的，是在合法范围之内可以被法院以及相对人所接受或者容忍的。

对于本质相同的案件，由不同的机关或人员来处理，即使是严格按照正当程序操作出来的结果可能也是不一样的，当然也有可能一样。一方面，这是因为具体操作者的学识、行政经验、对案件涉及的价值和行政目标的判断以及有益的外在因素等综合影响与作用的结果，这是因为裁量是要懂得在

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 35.

② Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 6.

虚伪与真实、正确与错误、虚幻与实在、公正与巧言令色之间进行辨识的一门艺术或学问,而不是任凭自己的意愿和个人情感行事(Discretion was a science or understanding to discern between falsity and truth, between right and wrong, between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not to do according to their wills and private affections.)。[①]另一方面,是因为法院只是小心翼翼地审查行政裁量赖以建立的客观基础,尽量地从授权法那里抽出若干审查标准,并将审查标准客观化,尽可能不触及主观判断问题的结果。

只要我们的法律制度一天不取消行政裁量,那种抱怨不同地区之间、不同机关之间或不同执法人员之间处理案件的结果有差异(注意,我所说的差异,产生的前提都是严格按照正当程序操作),并且渴望要通过控制行政裁量来消除这种差异的想法,是不切合实际的,就像永动机一样,也是永远不可能实现的梦想。

2. 分类

2.1 从与司法审查的关系上所做的五种概念界定

在克鞠(Charles H. Koch)看来,因为裁量的词义很多,而其间如何取舍,通常又划定了行政机关的职能以及描述出法院的角色作用,所以,最好从其与司法审查的关系上厘清其涵义。他认为,裁量的术语在行政法上至少有五种不同情境的用法,即个案裁量(individualizing discretion)、执行裁量(executing discretion)、政策裁量(policymaking discretion)、无拘束裁量(unbridled discretion)和超常规裁量(numinous discretion)。前三种裁量是可以审查的,审查的标准都是专断或滥用裁量(arbitrarinesss or abuse of discretion standard),但因各自的性质不同,决定了法院审查深度与力度的不同。后两种裁量的核心裁量决定(core discretionary decision),即对作出该裁量决定起核心作用的因素是不能审查的,其中的道理各异,但两者共同的地方是行使裁量的权力以及行使的条件都是可以审查的。[②]

---

① Cf. Rooke's case (1598) 5 Co. Rep. 99b, 100a (assessment by Commissioners of Sewers). Cited from De Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 298.

② Cf. Charles H. Koch, "*Judicial Review of Administrative Discretion*" (1986) *George Washington Law Review* 469～511.

(1)个案裁量(individualizing discretion)

指将行政机关可以在法律允许的边际(margin)之内操作,以推进规则系统(a program made up of general rules)实现个案正义(individual justice)的能力。因而,这样的裁量具有灵活性和公正的意味,被认为是行政程序的积极特征。

也正因为此,对于这种裁量的司法审查,也要保持相当的灵活度,尽可能肯定其积极的一面,法院一般只在发现裁量决定有极度错误危险时,才宣布其为任意或滥用裁量。具体来讲,法院的审查策略是,首先,要审查行政机关是否选择了正确的规则,以及对规则进行了正确的阐释。然后,对核心裁量决定(core discretionary decision)进行评价,比如有没有对所有相关因素进行权衡、有没有受到外在不正当压力的影响。①

(2)执行裁量(executing discretion)

这种裁量一般产生于议会的授权是采用概括、含糊或不完全的行文方式(generalized, vague, or incomplete instructions),而且,法定授权当中,通常有诸如"可行的"(feasible)和"公共利益"(public interest)等标准。因此,需要行政机关去填补细节。

现在,为数不少的授权法中,都一定程度地存在着执行裁量。法院也不再将其视为洪水猛兽,口诛笔伐,认为是非法授权(illegal delegation),但是,采取了比审查其他裁量要严格得多的审查态度。而且,有意思的是,长期以来,法院都受到专家理念(the concept of expertise)的约束,也就是说,法官不是行政专家,不能随意用自己的判断来代替行政机关的判断。然而,在这里,这样的约束不是很强烈。但是,法官仍然要注意不要介入到最好留给行政机关来判断的领域。

(3)政策裁量(policymaking discretion)

与执行裁量不同的是,政策裁量不仅仅是延展立法意图,填补细节,在这里,行政机关实际上还起着与立法机关相似的功能。这是因为,在这种情况下,法律仅是确定社会目标,而把实现该目标的方式与途径的选择权交给

① 行政官员在作出决定时,在一定程度上会考虑到那些与执行法规没有直接联系的因素,比如,经历(experience)或公共舆论(public opinion)。但是,在克鞠看来,法院不应关注此类适当的外在因素对决定的扭曲(The court should not be concerned that such proper extraneous factors skew the decision),而要注意那些所不被允许的外在因素,比如,个人偏见。

了行政机关。之所以如此,是因为立法机关觉得把对目标实现的考虑注入行政过程之中更好些(it sees an advantage in injecting the consideration of societal goals into the administrative process)。

由于民主机制,特别是选举制度的完善,使得政策裁量依然会更多、更好地考虑公共利益,更由于行政机关具有专业技术上的优势,以及行政程序能够吸纳利害相对人意见以及专家意见,适合政策的制定。相形之下,司法程序却很不适合政策的制定。所以,法院对政策裁量的审查能力是极其有限的。法院的任务主要是弄清楚议会到底有没有授予行政机关制定某种社会政策的责任,如果的确授予了,那么,法院对裁量决定本身就很少能有所作为。这时法院的权力,就是勒文斯法官(Harold Leventhal)的"思虑"理论(hard look doctrine)所描述的,只要查实行政机关对政策问题进行了思虑,也就是经过了详细的、全面的分析,法院的作用也就终结了。

(4)无拘束裁量(unbridled discretion)

无拘束裁量主要通过法律规则(legal doctrine),即普通法发展(common law evolution)以及立法明示或默示的排除(implied or express legislative preclusion)而产生的。当然,在这个问题上有争论,一种观点认为,必须是法律明示排除司法审查;另一种观点认为,如果法律规定得不清楚时,也可以采取传统的立法解释方法,如从立法史和法律结构的规则来发现法律是否真正想排除司法审查。相较而言,前一种观点可能更加正确些。

一般而言,这种裁量之所以存在,是因为可以理解的原因,要让行政作用终结掉,或者有效分配决策资源的决定(Generally, it exists due to a perceived need to end the process or due to a decision about the efficient allocation of decisionmaking resources),其存在的主要领域在国防或外交事务上,而且,目前的趋势是尽量缩小这类裁量的范围。对这类裁量的司法审查,法院的角色主要是确定该裁量权是否真正存在,如果存在,法院的审查任务也基本完成。

(5)超常规裁量(numinous discretion)

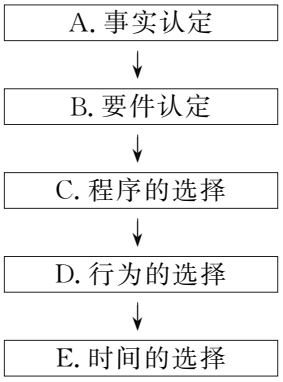
行政机关有时必须在高度不确定的情境中对某些不确定的问题作出回答(the agency must answer indefinite questions in the context of extreme uncertainty)。对此种裁量的行使,如果说能够从有关授权中找出某些标准的话,那么,这些标准也只是指导性质的,无法用来控制上述裁量的行使,因

为这类裁量决定远不仅仅是适用标准的结果，因此，法院也很难说出一个对错来。但法院有权审查行政机关是否有上述裁量权，以及裁量过程是否公正，是否考虑了所有的相关因素等等问题。

克鞠的上述论述深刻地揭示了对行政裁量司法审查的复杂性、艰巨性，和审查方法的多样性、灵活性，给后面我们将要阐述的审查强度理论做了很好的注释。其中尤其重要的一点，也是我们必须充分理解和牢记的一点是，对行政裁量的司法审查主要关注裁量的过程。也是从这一点上我们才能理解，为什么现代行政法可以断言，行政裁量都必须接受法院的审查，没有不受司法审查的行政裁量。

2.2 从行政行为的过程论进行的分类

一般而言，行政行为的过程可以用这样的流程图来表示：[①]



前面已经说了，在A、B两个阶段不存在裁量问题，但在后面的几个阶段都存在裁量的可能。因此，我们可以据此将行政裁量分为程序裁量、行为裁量和时间裁量。从下面的论述中，我们会清晰地看到，这种分类与司法审查相对应的是程序不适当（procedures impropriety）、滥用裁量（abuse of discretion）以及拒绝或迟延行使裁量权（refuse or delay to exercise discretionary powers），其中的审查技术、标准与侧重点是不太一样的，拒绝或迟延行使裁量权实际上可以归到广义的滥用裁量之内。

① ［日］盐野宏：《行政法》，杨建顺译，90～91页，北京，法律出版社，1999。

三、对行政裁量的实质性审查:合理性原则?比例原则?[①]

1.实质性审查的正当性基础:宪法的分析

对行政裁量的实质性审查(substantive review of discretion),是审查裁量决定本身是否合理,或者说,裁量权有没有不适当地行使,在一定程度上涉及对裁量决定的内容"对错"(meirts)进行评价。它不同于对裁量作出过程中是否遵守行政程序、是否符合正当程序要求的程序性审查,也不同于对裁量是否越权的形式合法性审查。

大量的事实已经证明,对行政裁量的司法审查,如果仅仅是对裁量权的行使是否越权?裁量的过程是否遵守了正当程序的要求进行审查,还不足以有效地控制行政裁量的滥用,公民的权益仍然得不到有效的保障。但是,如果我们一旦容许法院深入到对行政裁量决定本身进行干预,进行实质性审查的话,又会马上遇到一个宪法问题:既然我们承认行政裁量的根本特征是选择行为方式的自由,是给决定者在确定的框架与内容之内的一定程度的自治,那么,法院凭什么干预这种自由(治)呢?而且还是对自治的实质内容进行干预呢?这会不会打乱已经在分权原则基础上构筑好的行政、司法与立法之间的相互关系?这个理论问题十分重要,它是进一步展开对实质性审查问题讨论的前提。对这个问题的回答大概有以下方面:

1.1 基本权利保障之需要

近年来,德国和英国的法院判例很明显地表现出一种趋势,即根据司法审查的内容与性质而采取不同的审查强度(intensity),越是关系到公民基本权利的案件,司法审查的强度就越大、越严格。[②]因此,就像英国法院这么"保守""固执"地严格遵循分权原则、不愿意越雷池一步的机构也认为,在判断

---

① 本部分的主要内容曾以《论行政法上的比例原则》标题发表在《法学家》,2002(2)。

② Cf. Paul Craig, "*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*", Collected in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford. Hart Publishing, 1999, p. 96. Sir John Laws, "*Wednesbury*", Collected in C. Forsyth and I. Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*, *Essays in Honour of Sir William Wade*, Oxford University Press, 1998, pp. 185～202.

决定者是否超出了(合理)评价边际的问题上,人权语境是很重要的。越是实质性地干预人权,法院越是要(行政机关)说清楚该决定是合理的,直至其感到满意为止(But in judging whether the decision-maker has exceeded this margin of appreciation the human rights context is important. The more substantial the interference with human rights, the more the court will require by of way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable in the sense outlined above)。①

这是因为,在一个社会中,人的基本权利与尊严是极其重要的,甚至可以说,是整个国家的终极目的,是严格受到宪法保护的。个人的权利只有在保护公共利益或他人利益所必需,并且后者的法律保护价值要显然地大于前者时,才能受到限制,而且,限制的程度要尽可能地小。因此,对于立法机关为了实现个案正义而慷慨允许行政机关享有的行政自治,到底是不是在运用行政裁量中实现了个案正义,是不是公民的权利得到了妥善的保护,对公民权利的限制是不是严格遵守了上述的原则,法院有义务进行审查。在这个问题上,法院甚至表现出极大的热情和勇气,甚至愿意"冒险"地在分权与法治的政治结构中"打擦边球"。所以,凡是涉及实质性审查标准,不管是比例原则也好,还是 *Wednesbury* 原则也好,都好像有那么一点违反(传统意义上的?)分权原则之嫌(?)。

但是,在我看来,在这个问题上,没有必要像很多英国学者那样竭力地去掩饰这个事实,一定要在"旧瓶"里面装"新酒",去论证实质性审查仍然不涉及裁量决定的对错(merits)问题,法官仍然没有离开原来宪政秩序中的角色,这多少有点"掩耳盗铃"的味道。之所以会这样,我感觉,很可能是英国学者过分关注法治与分权,对于本该成为前两者的核心的基本权利却关注不够,没有像德国学者那样直截了当地从基本权利入手来解决实质性审查的正当性问题,所以,在这方面的争议、犹豫、彷徨似乎就多些。

在我看来,即便是现在法官的职能有些微突破传统模式,也是很自然的。一方面,因为时势变迁以及社会客观需要,法官的观念以及我们对司法角色的看法也会随之发生改变,未必见得会"一条道走到黑"。以前认为法院不能做的,现在未必法院也不能做。我更愿意把这看做是现代社会所要

① Cf. Sir John Laws, "*Wednesbury*", Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), op. Cit., p. 188.

求的司法权力的适度扩展,不是有行政权力扩展之说吗?另一方面,由于法官的自我约束与自我克制,以及尽量寻求审查的客观化,又使得上述不合理或比例标准能够得到很好的实施,而不会从根本上颠覆已经建立好的分权体制。

1.2 法治

无论哪一个国家,只要政治结构中存在着分权原则以及法治,那么,法院就不能,或尽可能地不用自己对行政决定对错、优劣的判断来代替行政机关对这个问题的判断(it is not for the courts to substitute their judgment on the merits of the case for that of the primary decision-maker)。否则,分权的基础会遭到破坏,法治也就无以续存。那么,为什么还允许法院在有限的范围内对行政裁量决定的实质性内容进行干预呢?朱尔(J. Jowell)给出的解释主要还是因为法治,当然,也包括其他宪法原则。

因为法治具有很广的范围,寻求实现包括程序与实体在内的目的。法治要求独立的司法以及为个人提供法院的救济,法治要求立法目的与行政行为相互一致,法治禁止专横和不合理的决定。因此,立法机关(议会)授予行政机关裁量权决不是让后者任意行使,而是要求后者根据情势的需要,合理地行使。法院作为行政法上的司法控制环节,监督着法治的实施,自然要对那些不合理、不符合比例要求的行政措施进行干预。正如劳斯法官(Sir John Laws)指出的,光有规定裁量权的法律,是不"足以自行"的。这些法律的执行,有赖于(行政)决定者对法治的尊崇,或者法院对这方面的要求。而所有这些,要靠(行政)决定者接受合理性规则,以及法院适用合理性规则。[①] 但是,如果不允许法院对行政裁量决定的实质对错(substantive merits)做适度的考虑的话,它怎么可能得出这个行政决定是不合理的或不合比例的?因此,不要把法院对行政裁量的实质性审查看做是"洪水猛兽"。我们甚至可以这么说,如果没有对行政裁量决定实质内容的适度审查,那么,行政诉讼的合法性审查制度将会暗淡无光。

但是,在分权原则以及立法机关为权力中心的政治结构下,毕竟行政裁量权是由立法机关授予行政机关的,法官不能完全地用自己的裁量来代替

---

① Cf, Sir John Laws, "*Wednesbury*", Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), op. Cit., pp. 194~195.

行政机关的裁量，仍然要让行政裁量权实质上掌握在行政机关手里。那么，紧接下来，我们必须回答第二个问题：法院到底在什么层面，依据什么标准去干预行政机关作出的实质性决定呢？或者说，法院的实质性审查应当控制在什么样的深浅程度上？对于这个问题，可以说，各个国家可能都会有自己的看法与做法。比如，德国采取比例原则；英国有 *Wednesbury* 合理性原则；美国公法中既有“理性基础”(rational basis)的审查，也有“严格调查”(strict scrutiny)的审查，而这些观念与 *Wednesbury* 和比例观念并不完全一样，但又与后面两者有着密切的关系。①

但就像我们已经注意到的那样，地区之间、国与国之间经济贸易与合作的日益广泛、频繁，也拉动了法律制度的交流与融合，这在欧洲表现得尤为明显。那么，具体到对行政裁量的实质性审查问题上，也同样出现了比较与交融。英国法律文献中，近年来，一直在热烈讨论的要不要引进、在什么层面上引进大陆法的比例原则问题，就是一个很好的例子。面对着这样的趋势，特别是我们已经加入 WTO 的事实，使得我们根本不可能无视国际惯例以及上述的法律交融。并且，我们也完全可以预计，今后有关进出口贸易、投资、税收以及出入境管理等方面管制所引起的行政诉讼案件必将大幅度上升。那么，我们原有的理论储备是否合理，分析结构是否清晰，是否能够充分应付上述情况，特别是能否让外国，当然，也包括国内的贸易商、投资者，以及行政机关感到法院干预是恰到好处的、是公正的，是可以被接受的，所有这些都需要我们去思考。

2. 大陆法的比例原则

现代行政法面临的一个核心问题是，如何将国家权力(在行政法上为行政权，在警察法上为警察权)的行使保持在适度、必要的限度之内，特别是在法律不得不给执法者留有相当的自由空间之时；如何才能保证裁量是适度的，不会为目的而不择手段，不会采取总成本(overall cost)高于总利益(overall benefit)的行为。在大陆法中，这项任务是通过对手段与目的之间关系的衡量，甚至是对两者各自所代表的、相互冲突的利益之间的权衡来实现的，也就是借助比例原则(the principle of proportionality, Grundsatz der

① Cf. I. Loveland, “*A Foudamental Right to be Gay under the Fourteenth Amendment*?” (1996) *Public Law* 601～611.

Verhaltnismassigkeit)来进行有效的控制。

2.1 历史渊源与作用

据考证,这种权力必须合比例的思想,最早可以上溯至1215年英国的"自由大宪章"(Magna Charta Libertatum)中关于犯罪与处罚应具有衡平性之规定,即人民不得因为轻罪而受到重罚。[①]比例原则的现代渊源起始于19世纪末普鲁士最高行政法院在警察法领域的司法判决。[②]

从比例原则初显端倪之时起,就受到了报应正义与适当分配正义原则(the principles of retributive justice (*justitia vindicativa*) and of appropriate distributive justice (*justitia distributiva*)),以及自19世纪末稳步发展起来的自由主义国家观念(the notion of liberal state)的强烈影响,尤其是后者不再直接关注正义观念,而是建立在这样的前提之上,即法律必须服务于有用之目的,是适合于其欲达成之目标,必须最终在手段与实现预期结果的目的之间形成可计量的因果关系(a quantifiable causal relationship between means and ends aimed at achieving a desired result)。[③]其后,在国家的契约理论,特别是宪政国家(constitutional state)、法治(the rule of law)以及宪法基本权利保障等理念的支持之下,逐渐提炼出具有客观规范性质的行政法上的比例原则(Grundsatz der Verhaltnismassigkeit),并进而扩展到宪法层面,成为具有宪法阶位的规范性要求,能够作为审查立法措施的合宪性标准。[④]相形之下,普通法上的合理性原则(the principle of reasonableness)就没有这么广的适用,因为受到议会至上(sovereignty of

---

① 蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,《论宪法人民基本权利之限制》一文,特别是256页,台北,三民书局,1996。

② Cf. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London. Kluwer Law International, 1996, p. 23.

③ Cf. Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities and Sweet & Maxwell, 1992, pp. 678~679.

④ 这是以德国的经验为考察对象的。在瑞士恰好是反向发展,瑞士先是由宪法保障人民的"商业营业权"不受警察的过度侵犯开始,再向下蔓延成为对警察权力及其他行政权力之约束原理。陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,273页,及注235,台北,三民书局,1996。但在本文中,我将主要关注行政法层面上,特别是警察法上的比例原则,宪法意义上的比例原则不在讨论之列,关于后者的详尽阐述,参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。

Parliament)的约束,合理性原则不可能用来审查议会立法,甚至能不能用来审查从属立法(subordinate legislation)都是有问题的。[①]但由于立法裁量问题不在本文的讨论范畴之中,因此,对于这方面的内容下面就不展开介绍了。

之所以会有这样的比例要求,是因为宪法赋予公民基本权利,其本身就已蕴涵着对抗国家权力对于自由领域的不当侵害与限制的意味,也就是预设了国家权力行使的例外和权力有限的内在思想。当国家行使公权力而与基本权利发生冲突时,就必须凭借某种审查标准来判断上述公权力的行使是否为宪法所允许,国家权力对公民权利侵害是否适度、合比例,在其间便要有比例原则(Grundsatz der Verhaltnismassigkeit)来发挥决定性作用,作为保护基本权利而"加诸国家之上的分寸要求"。[②]因此,比例原则不仅具有规范执法的重要意义,更是司法上据以审判的重要工具,其在行政法上的重要性也就不言而喻了。尤其在警察法上更为显然,因为警察法上几乎所有的手段与措施都是以侵害相对人的权益为代价的,而且,在历史上,比例原则(Grundsatz der Verhaltnismassigkeit)最初就是孕育萌芽于警察法之中的,是警察法上最重要的原则之一。[③]近年来,比例原则又有不断泛化的趋向,适用的领域也由侵害行政扩展到授益行政,由大陆法渗透到普通法之中,由行政法领域上升到宪法领域。

因此,比例原则给基本自由的保护赋予了实质内容与意义,使对基本自由的保护不再成为空洞的诺言,而变为实实在在的东西。从抽象意义上讲,比例原则是为了取得适当的平衡之目的,进而促进正义原则的实现。[④]

---

① Cf. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 89.

② 蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》,第 62 期(1999 年 12 月)。

③ 比例原则最早出现在 19 世纪末的德国警察法领域(the field of the law of policing),后来才逐渐发展为行政法原则,并进而成为宪法原则。关于比例原则的概念在德国的理论和法律制度上的发展演进过程,Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 685. 蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载《警政学报》,第 17 期(1990 年 6 月)。陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,《论宪法人民基本权利之限制》一文,台北,三民书局,1996。对有关理论与制度背景的研究与介绍,参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》,第 62 期(1999 年 12 月)。

④ Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 679.

2.2 德国的"三阶理论"

德国对比例原则的法释义学(Rechtsdogmatik)上的贡献最大,使该原则不再是抽象的法律原则,而具有了规范性质,并能够进入司法层面进行操作。对该原则的最著名的、也是最通常的阐述为"三阶理论"(Drei-Stufentheorie),也称三项"构成原则"(Teilgrundsatze),即手段的妥当性(Geeignetheit),必要性(Erforderlichkeit)和法益相称性原则(proportionality in the strict sense)。[①]

2.2.1 妥当性(principle of suitability, Geeignetheit)

妥当性(principle of suitability, Geeignetheit),简单地说,就是国家措施必须适于增进或实现所追求的目标之目的(the state measures must be suitable for the purpose of facilitating or achieving the pursued objective)。[②]从这个角度来控制行政措施,在英国法中大致是通过对不合法与不合理的审查来完成的。[③]

在行政法上,目的是由法律设定的,行政机关可以通过目的取向来选择能够达到预期效果的手段(当然,如果手段也是法定的、唯一的,那么也就无从选择,这时就不是对行政行为是否合比例的评价,而是转变为对立法上有否遵守比例原则的评价了)。在这个过程中,必须结合当时所处的自然或社会环境,运用经验或学识,对手段运用的效果,甚至是否与相关法律目的相冲突等因素进行判断。[④]比如,警察选择使用枪械,必须考虑当时的场所复杂情况、光线强弱、使用枪械警员的训练教育程度以及对枪械使用的技巧能力等因素,判断此种手段是否是实现预期目的的最佳手段。[⑤]这就使得对妥当性的判断具有了相当的客观性,而决不纯粹是警察自己的主观

---

① 在大多数我国台湾学者的著述中,都是指称"比例性原则"(principle of proportionality),或"狭义比例原则","比率原则",是从德文直译过来的。但是,根据蔡宗珍博士的见解,译成"法益相称性",更能体现德文"狭义比例原则"的特征,"收顾名思义之效"。蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。我亦以为然。

② Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 687.

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 45.

④ 蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载《警政学报》,第17期(1990年6月)。蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载)《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。

⑤ Cf. Buchert Rainer, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, Lubeck 1975, p. 31, 32. 转引自,吕阿福:《警察使用枪械之正当性研究》,载《法学论丛》,第22卷第2期。

判断。

从现有的研究来看，手段对于目的来说，是不妥当因而是不允许的情形，大致有以下几种：第一，手段对目的来讲，显然不能实现目的，或者与目的背道而驰。第二，手段所追求的目的超出了法定的目的。比如，将违法嫌疑人铐在暖气片上，让其既站不起来，也蹲不下去，该手段就超出了手铐用于限制人身自由的目的，带有惩罚性或刑讯逼供的性质。第三，对相对人施加的手段，是法律上不可能（legally impossible，rechtliche Unmoglichkeit）或事实上不可能（factually impossible，tatsachliche Unmoglichkeit）实现的。前者如，命令租住在违章建筑内的某人，拆除该违章建筑。后者如，命令不会开车的某人，将其父违章停留的车开走。[①]第四，违反法律规定。比如，在住宅密集的居民区鸣枪示警，却打到居民的住宅内，违反了他人住宅不受侵犯之规定。又比如，德国有一个案子，警察为减少噪声，命令户主将狗关在一间禁闭的屋子里，这违反了《动物保护法》。[②]第五，目的达到后，或者发觉目的无法达到时，就应该立即停止行政行为。否则就是不妥当。

2.2.2　必要性（principle of necessity，Erforderlichkeit）

但是，光有上述妥当性，还不足以阻止对公民的不必要损害，因此，就有了必要性的要求。必要性（principle of necessity，Erforderlichkeit）是从“经验的因果律”来考虑诸种手段之间的选择问题，也就是要靠以往的经验与学识的累积，对所追求的目的和所采取的手段之间的相当比例进行判断，保证所要采取的手段在诸种可供选择的手段中是最温和的（mildest mean，das mildeste Mittel）、侵害最小的。这有点像美国法当中的“最小限制选择”原则（the prinicple of the “least restrictive alternative”）。所谓“最温和的”，是指该行政措施对当事人的法律地位的负面影响最小。

哈福克特（G. Haverkate）进一步阐释道，这不是指必须使用的措施，而是指在手段的选择上过度限制了自由（the excessive restriction of freedom involved in the choice of method）。[③]也就是说，必要性更加关注的是由法定目的所界定的国家对公民自由干预的程度。对此，詹林雷克（W. Jellinek）

① 李震山：《西德警察法之比例原则与裁量原则》，载《警政学报》，第9期（1986年6月）。

② Cf. Mahendra P. Singh，op. Cit.，p. 90.

③ Cited from Jurgen Schwarze，op. Cit.，p. 687.

说了一句非常形象的比喻:“警察不能拿大炮打燕子。”(the police ought not to shoot a swallow with a cannon.)迪泼罗克法官(Lord Diplock)也打比方说:“如果能用坚果钳的话,就决不能用蒸汽锤砸坚果。”(You must not use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do.)我们俗话说的“杀鸡不用宰牛刀”,讲的也是这个道理。比如,可以用擒拿格斗制服的,就决不使用枪支。又比如,对酒吧营业可能会引起的骚动(disturbance),如果能通过规制其营业时间来解决,就不用处罚或者增加赋税的方法。[①]再比如,对怀孕妇女、儿童原则上不使用武器,也是出于必要性的考虑,因为妇女怀孕后行动不便,儿童无论在智力还是体力上都未成熟,行动也较迟缓,一般不会构成严重威胁,行为可非难性低,实在没有必要用枪对付。[②]

但是,如果手段是唯一的,不存在选择的可能的话,对于执法来讲,也就不存在必要性问题。例如,德国1952年《道路交通法》规定,对于那些不适合持有驾照的人,警察应吊销其驾照。行政法院对该条款的解释是,保护公众免遭上述人员危险驾车带来的威胁,只能通过完全吊销驾照(total withdrawal)来达到,因此,部分吊销驾照(partial withdrawal)是违法的。[③]也就是说,在这里没有选择的余地。

2.2.3 *法益相称性*(the principle of proportionality *stricto sensu*)

目的与手段之间仅符合妥当性、必要性的要求还是不够的,因为行政行为的实施不可避免地会引起双方,甚至多方利益的冲突。比如,警察在街头使用枪支时,就涉及公共利益(排除违法犯罪行为对公共秩序与安全的危害)、警察个人利益(警察人身安全的保障)、第三人利益(行人、住家等的安全)、受违法犯罪侵害的人的利益以及枪械施加对象的利益(生命、健康权)之间的冲突问题,因此,必须在价值层面进行考量和权衡,就需要有第三个亚(次)原则。

法益相称性,也叫严格意义或狭义的比例原则(the principle of proportionality *stricto sensu*),就是要求干预的严厉程度与理由的充分程度之间要非常成比例(the seriousness of the intervention and the gravity of

① Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 90.

② 王学林主编:《中华人民共和国人民警察使用警械和武器条例释义》,72页,北京,警官教育出版社,1996。吕阿福:《警察使用枪械之正当性研究》,载《法学论丛》,第22卷第2期。

③ Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 29.

the reasons justifying it are in adequate proportion to each other),[①]要求以公权力对人权的"干涉份量"来断定该行为合法与否,要求在宪法的价值秩序(Wertordnung)内,对上述行为的实际利益与人民付出的相应损害之间进行"利益衡量"(Guterabwagung),使人民因此受到的损害,或者说,作出的特别牺牲(Opfer)比起公权力由此获得的利益来讲,要小得多,要合算得多,是人民可以合理忍受的程度(Zumutbarkeit),否则,公权力的行使就有违法、违宪之虞。[②]比如,不考虑对方有没有持枪或对警察射击等,就在熙熙攘攘的大街上向逃跑的犯罪嫌疑人开枪,而不顾忌行人的安危、可能对周围商家、住家造成的损害,这就违反了法益相称性。又比如,仅仅因为外国人的轻微交通违章,就责令其限期出境,而不考虑其居留的时间长短,财产和社会综合状况,与其本国的联系(his contacts in his native land),以及长期以来的行为表现(overall behaviour)等因素,也同样违反了法益相称性。[③]

这种思想的出现,要比妥当性、必要性来得晚,大约是在"二战"后发展起来的。但是,在人权保障日渐重要的今天,从上述价值层面要求手段与目的之间的合乎比例,越发显得重要。不遵守法益相称性,将导致行政行为无效。如果行政机关明知或应当知道其行为违反该原则,那么,还可能导致国家赔偿。

从德国行政法院的判例看,干预的性质及其涉及的基本权利保障领域的不同,法益相称性的要求也不太一样。比如,在经济规制领域要求就低些,只有在立法机关基于明显的错误前提,或者干预措施是不合理的、无益于公共利益,才存在违反法益相称性的问题。但像在贸易、职业选择自由等基本权利领域,行政法院认为,单靠"合理的"(reasonable)"客观正确的"(objectively justified)"重要的"(important)公共利益之理由,尚不足以限制基本权利,除非出于保护"极其重要的"社会利益(outstanding important community interests)之需要。

那么,怎么判断利益的轻重呢?法院的标准就是宪法的"客观价值秩

---

① Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 32.

② 以上关于比例原则的介绍,以及更加详尽的阐述,可以参阅以下文献,Nicholas Emiliou, op. Cit., Jurgen Schwarze, op. Cit.,蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载《警政学报》,第17期(1990年6月)。

③ Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 91.

序"(objective order of values)。后者是德国宪法解释的基本工具,就是将包括政府基本原则和基本人权在内的有关价值排成一个高低序列(a hierarchical order),其中最重要的是"自由民主基本秩序"(free democratic basic order)和"人的尊严"(human dignity),并要求所有机关一体遵守之。

但是,这样的客观价值方法立即遭到严厉的批判,被指责为"价值专制"(tyranny of values),是一种把法官个人的价值观输入宪法的天真的方法(an ingenuous means for importing the personal values of the judges into constitutional law),云云。[①]的确,单纯从审判的技术角度看,要想真正做到把案件中涉及的所有权益或者利益按照各自的重要性进行排队、权衡,实际上是很困难的,更不要说事先就抽象地排序。因为缺少很客观的衡量尺度,在有些情况下,你很难说这个利益就一定比那个利益重要。说不定在这个案件中利益A比B重要,但在另一个案件中B比A更具有法律优先保护的价值。

现在还有一种新的见解,就是荷兹(K. Hesse)建议采取可行性协调原则(the principle of practical reconciliation, *praktischer Konkordanz*)来解决两权冲突问题,把宪法保护的权利调和到"彼此都获得某种实现"的程度(each gains a degree of reality)。[②]也就是说,当宪法保护的两种权利彼此发生冲突时,既不能用缺乏考虑的"利益权衡",甚至也不能用抽象的"价值衡量"来让一种权利优先于另一种权利的方法解决(Where conflicts arise, these must not be solved by giving one right precedence over the other either by means of an ill-considered "weighing up of interests" or even through an abstract "weighing up of values")。相反,宪法的整体性原则要求去寻找双方都满意的解决方法(the principle of the unity of the Constitution requires that an optimal solution be found),两种权利都必须受到某种限制,以最大限度地实现各自效率(optimise their effectiveness)。其中的界限怎么去划,在个案中必须成比例,不能超出协调两种权利所必需的程度。[③]但这种观点也因为没有把对个人基本权利的保护放到更加突出的

① Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., pp. 32～33. especially footnote 63.

② Cited from Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 690.

③ Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 690.

位置而受到批判。[①]

从表面上看起来，严格意义上的比例原则管得很宽，法院的权力很大。但实际上，该原则的适用范围与效力要受到一定的限制。具体表现为：第一，法院在判断某行政措施是否成比例时，一般更偏向于行政决定。只有当很明显不成比例时，法院才干预；第二，如果法律对某行政措施有详细的规定，那么，即使该措施给当事人造成的损失明显地比社会的获益要大，法院也不干预它。

2.2.4 简要的评价

一方面，我承认，上述三个层次的确有着学者所批评的在涵义上后者包含前者、叠床架屋的问题，[②]但是，作为考虑问题的层次和递进关系，特别是对于法院对个案的判断和思维方法来讲，确实有着合理性，亦即构成 U. Zimmerli 所说的“层次秩序”(Rangordnung)。当然，在具体个案的适用上，不见得都必须按部就班，甚至审查的次序也可以颠倒。[③]更为重要的是，从实质意义上讲，这三个层次实际上道出了行政裁量的合法性要求。也就是说，行政裁量只有同时都满足了这三个层次的要求，才具有合法性与有效性。

另一方面，在行政诉讼上适用比例原则，绝对不是让法官扮演行政机关的角色去平衡各个相互冲突的利益关系，而仅仅是审查行政裁量决定是不是明显地不合比例。[④]在这里，我们同样看到了类似于英国那样的法官在宪政秩序中的角色定位问题。法院在适用比例原则时的审查力度(intensity of review)，也同样是因个案内容而异，涉及基本人权的案件审查的力度当然要高些，涉及经济政策的就要宽松些。这个前面也已经讲到了。

---

① Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 36.

② 德国学者 Lerche 批判道，妥当性为必要性之前提(Vorfrage)，在决定必要手段时，必以所有适当手段作为考量，妥当性原则已经包含于必要手段考量中，因此，仅须就必要性原则和狭义比例原则之划分即可。在术语上 Lerche 就没有用“比例原则”，而是用了“禁止过度”(prohibition of excess)，其中包括必要性与严格意义上的比例原则。也就是所谓的“二分法”。蔡震荣：《论比例原则与基本人权之保障》，载《警政学报》，第 17 期(1990 年 6 月)。Cf. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London. Kluwer Law International, 1996, p. 25. 陈新民博士更进一步指出，在手段与手段之间的选择中，不可能绝对不考虑法益的冲突问题，不进行价值上的权衡，岂能“不心怀人权之理念”而只作“冷漠且客观”的判断。陈新民：《宪法基本权利之基本理论》，特别是 245 页以下，台北，三民书局，1996。

③ 陈新民：《宪法基本权利之基本理论》，248 页，特别是注 161，台北，三民书局，1996。

④ Cf. Garreth Wong, “*Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*” (2000) *Public Law* 93～109.

2.3 德国公法中的合理性观念:另一个审视比例原则与合理性关系的角度

很多德国学者在探讨比例原则的时候,都强调比例原则与合理性观念(the notion of reasonableness, *Zumutbarkeit*)有着密切的关系。比如,贝特曼(Bettermann)就把比例原则描述为对不合理负担的限制(a restriction of unreasonable burdens)。行政法院在适用和阐述比例原则的时候,也经常将其与合理性观念相联系。比如,在审查一项有关禁止种植新品种的葡萄树的规定是否违宪时,德国行政法院认为,财产权可以受到限制,但是,不能达到不可容忍的程度,必须符合比例原则的要求。当限制措施是合理的时候,就符合了上述要求。成比例,就是要求为实现目的而采取的手段是合理的。①

上述学者论说与行政法院判例中,都在同一意义上交替使用比例与合理的术语。其实,这并不奇怪。因为在德国的理论当中,这两个概念都是平等思想(the idea of equity)的表现,平等思想就要求对每个人都要公正,而这种思想又构成了法治必不可少的组成部分。但实际上在德国,合理性与比例这两个概念是有质的区别的。简单地说就是,比例原则是为评价手段与目的之间关系提供客观的标准,相反,合理性观念构成了评价个案总体情况的主观的、单方的标准。正是有着这样的不同,不能说合理性观念源于比例原则,而只能说它是构成了德国法律秩序中的一项独立的一般法律原则。②

但是,我想提醒大家注意的是,德国公法上的合理性观念是指通常意义上的不合理,而不是或不完全是后面要讲到的英国的 *Wednesbury* 不合理。同时,比例原则在对自由裁量的审查深度上的确比普通法的合理性原则来得深,正如埃米里奥(N. Emiliou)观察到的,在那些英国法院一般采取不干涉行政决定的政策的领域,德国法院仍然坚持(行政机关)要严格遵守公正和比例(的原则)(In an area where English courts have generally adopted a policy of non-interference with the administrative decisions, German courts have insisted on strict observance of fairness and proportionality)。③这一方面对公民权利的保障大有好处,但是,另一方面,也带来操作层面的技术难题,即审查标准的进一步客观化问题,审查的程度与深浅有待进一步限定的

---

① 更多有关这方面的学者论述以及行政法院判例,Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., pp. 37～38.

② Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 39. 有的学者认为,德国的合理性原则是将《民法典》第242条援用于公法的结果。

③ Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 35.

问题，要尽可能地避免出现用法院的“主观判断”取代行政机关的“主观判断”，变成“司法机关凌驾且取代行政机关的实质性角色”。①

2.4 比例原则在欧共体的地位和作用

比例原则在欧共体（欧盟前身）中大量地被运用，是有目共睹的事实。斯瓦兹（J. Schwarze）在其著作中花了很大的篇幅来介绍欧洲人权委员会（the European Commission of Human Rights）、欧洲人权法院（the European Court of Human Rights）、欧洲法院（the European Court of Justice）在判例法中实际运用的例子，涉及的范围、领域极其广泛，内容非常庞杂。但我的研究兴趣不在这，我更加关心的是比例原则在欧共体中的地位与作用，因为作为极其重要的制度背景，这关系到下面紧接着要详细讨论的比例原则对英国的影响及其与合理性原则的关系问题。

1970年，尔儿曼（Ehlermann）还在说，法院只能在审查共同体机构作出的行政行为的个别方面时适用比例原则，该原则不能成为评价共同体行为的所有领域、特别是评价理事会与委员会通过的规则的标准。但是，实际上从那时起，法院在运用比例原则方面的判例法就有了相当的进展。与此同时，比例原则已经发展为一个一般的、非常重要（overriding）的原则，用于限制那些课加负担的、包括规则在内的共同体法律行为。拿欧洲法院前院长库西勒（Hans Kutscher）的话讲就是，比例原则至少已获得与条约规则一样的地位，进而享有比源自共同体法（的地位）更高的地位（the proportionality principle is entitled to at least the same status as the rules of the Treaty and consequently enjoys a definitely higher status than derived Community law.）。②

在法院的早期判决中，比例原则通常是引用来填补因为共同体法中缺少对基本权利的明确界定而造成的空隙。但从最近的一些判例看，该原则在共同体法中已经提供了相当程度的法律保护，尽管其效用仍然还是对那些限制类似基本权利的权利的措施发挥着影响（In later decisions, this principle has, even where its effect was to place restrictions on rights similar to fundamental rights, provided a considerable degree of legal protection in Community law.）。③

---

① 蔡宗珍：《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》，载《政大法学评论》，第62期（1999年12月）。

② Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., pp. 717～719.

③ Cf, Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 719.

也就是说,作为一种衡量标准,一种判断那些对基本权利和其他主观权利(subjective rights),以及条约规定的基本自由的侵害行为是否有效的标准,比例原则为个人提供了相当重要的法律保护,尤其是在特定权利保障方面发挥着"内容保证人"(guarantor of substance)的作用。①

总而言之,比例原则在欧共体以及欧洲行政法上的地位、影响及重要性越来越大。库西勒(Hans Kutscher)赞誉道,比例原则是在宪法领域欧洲各个法律制度之间相互促进、相互协调以及相互合作的典范(a good example of the mutual process of enhancement, harmonisation and co-operation between the European legal systems in the field constitutional law),是在宪法与行政法领域令人高兴的发展(a happy development of the *ius commune europaeum* in the field of constitutional and administrative law)。②

3. 普通法的合理性原则

在像英国、美国、加拿大这样的普通法国家,尽管法院在有关制裁的判案(case involving imposition of penalties)中也偶尔会使用"比例"的字眼,③甚至有意识运用比例的观念来阐释法条或判决理由,比如,迪克逊(Dickson)就认为加拿大宪章(the Canadian Charter)第一节就包含了"比例标准"(proportionality test),④但是,行政法上没有一个叫作"比例原则"的法原则或规定。上述大

---

① Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 726.

② Cited from Jurgen Schwarze, pp. 865, 866.

③ 比如,在 R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte Hook(1976)1 WLR 1052 案中,上诉法院撤销了行政机关做出的剥夺某市场摊贩生计的决定(decision to deprive a market stallholder of his livelihood),理由是,该决定对于该摊贩轻微的违反市场管理规定的行为来说过度了、不成比例(out of proportion)。Cited from L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press, 1993, p. 220.

④ 加拿大宪章第一节规定,在一个自由、民主的社会中,权利与自由只有依据法律进行合理的限制,才是正义的(s. 1 of the Canadian Charter guarantees the rights and freedoms there set out "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can demonstrably by justified in a free and democratic society")。迪克逊认为,这里有着"比例"要求,具体讲,就是:第一,手段必须是精心设计用来实现目的的(the measures must be "carefully designed to achieve the objective in question")。第二,手段即使与目的有着合理的连接,但对权利的损害也应该是最小的(the means, "even if rationally connected"to the objective should impair "as little as possible"the right in question)。第三,手段与目的在效果上合乎比例(there must be proportionality between the effects of measures and objective)。Cf. de Smith, Woolf & Jowell, de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, Sweet & Maxwell, 1995, p. 598, especially note 77.

陆法用比例原则来完成的任务，迄今为止在普通法上，很大程度是依据与之非常近似、但不完全一样的合理性原则（the principle of reasonableness）来完成的。[①]

普通法上的合理性原则（the principle of reasonableness）形成于16世纪，现如今是一个独立的、重要的审查行政行为有效性的标准，[②]其对行政法实体上的贡献，不亚于自然正义原则对程序的贡献（Its contribution to administrative law on the substantive side is equal to that of the principles of natural justice on the procedural side）。[③]

3.1 两个重要的案件：术语的澄清

谈到合理性原则，很难不提到被劳斯法官（J. Laws）比喻为法律上"贝多芬第五交响曲"的 *Wednesbury* 案（The *Wednesbury* case is the legal equivalent of Beethoven's Fifth Symphony）。因为司法上的不合理（unreasonableness）审查标准，当然，现在看来应该是狭义上的，就是通过该案的判决制度化的。在该案判决中，格林法官（Greene）说了一句很经典的话，"……当（地方行政机关）得出的决定是如此的不合理，以至于任何有理性的机构都不会做出这样的决定时，在这种情况下，我认为法院就能干预"。（…they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it. In such a case, again, I think the court can interfere.）[④]现在很多法官和律师经常挂在嘴边，津津乐道的这个原则，也简称为"*Wednesbury* 原则""*Wednesbury* 不合理""*Wednesbury* 理由"。

但是，在之后的一个重要案件，*CCSU* 案中，迪泼罗克法官（Diplock）倾

---

① Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 88. Also see L. Neville Brown & John S. Bell, op. Cit., p. 220. 也有学者是从普通法上的"合理性标准"（the standard of reasonableness）、平衡原则（a balancing test）、最不激烈手段原则（the least drastic measures）等三个方面来解析、类比大陆法的比例原则。法治斌：《比例原则》，载其著《人权保障与司法审查（宪法专论（二））》，台北，月旦出版社股份有限公司，1994。但后面这三个方面，在普通法中仍然属于合理性范畴。

② Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 88.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 390.

④ *Associated provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K. B. 223 at 234. 该案讲的是，一市政府（corporation）有权在其认为适当的条件下颁发周日娱乐执照，因此，它给某电影院颁发营业执照，条件是15岁以下的儿童不准入内。现在发生争执的就是这个条件规定得是否合理，是否越权。

向使用"非理性"(irrationality)的术语,他解释道:"现在我用'非理性'来简洁表达 *Wednesbury* 的不合理。它适用于这样的决定,如果该决定极其违反逻辑,极其违反公认的道德准则,任何有理性的人来考虑有待决定的问题,都不会得出这样的决定时,(这就是非理性)。"(By "irrationality" I mean what can now be succinctly referred to as "*Wednesbury* unreasonableness". It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.)[①]这段话也同样经常被引用。因此,在普通法中,不合理、非理性是在相同意义上使用的,有时甚至用"滥用权力"(the abuse of power)来描述同样的情况。[②]

但是,韦德和福赛等学者却对用"非理性"这样的词是否恰当提出质疑。其理由是,作出任何行政决定都有可理解的(intelligible)理由,从这个意义上说,所有的行政决定实质上都是理性的,只是问题在于它是否符合法定的合理标准,但这是两码事。因此,最好在术语上就把它们从法律上区分开。采用"不合理"似乎语义更加清楚、一致,实际上法院也多喜欢用这个词。[③]我也接受这样的看法,所以,本书也采用"不合理"。

3.2 不合理:两个涵义

不得不承认,在普通法上不合理的使用有点乱,有些让人迷惑,一会儿是在广义上使用(unreasonableness in a broad sense),一会儿又仅指狭义(unreasonableness in a narrow sense)。

3.2.1 狭义的不合理

狭义上的不合理就是我们常说的 *Wednesbury* 不合理,意思是行政决定极其不合理,以致任何有理性的行政机关都不会作出这样的决定。

---

① *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 AT 410.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, p. 549. "滥用权力"或"滥用职权",如果作为司法审查的标准来说,是非常不清晰的,必须要有很多的亚标准来解释其中的涵义,否则的话,法院判决将缺少说服力,也会给法院的客观裁判带来困难。我更愿意把我国行政诉讼上的"滥用职权"看成是和英国广义上的不合理一样的概念,也是一个概括的标题(rubric),是一大堆审查标准的同义词(synonym),而且是和广义上的不合理可以互相替换的司法审查根据。

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 356. See also Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 6.4.

传统上、也就是格林法官当初创设的，并被迪泼罗克法官重述的不合理，是指明显荒谬的(manifest absurdity)，极其违反逻辑或公认的道德准则的。但如果把标准限制得这么严，那么，就会像克雷格(P. Craig)说的，“(法官)都会没事做了(out of business)”，因为实践中极其荒谬的案件是不多见的。

因此，现在法院在适用这条规则时，已经放宽了标准，变成库克法官(Lord Cooke)说的“这个决定是一个有理性的机关能够做出的吗(was the decision one which a reasonable authority could reach?)”，比如，在发放建筑许可时附加条件，要求发展商在建筑物所在地用他自己的钱修一条辅路，把通行权给别的人。这个决定你虽然不能说它是极其荒谬的，却是不合理的。①

所以，英国学者都承认，在 *Wednesbury* 概念表述与实际运用之间有着某种程度的分离或错位(disjunction or mismatch between the language of *Wednesbury* and its application in practice)。正如韦德(H. W. R. Wade)和福赛(C. F. Forsyth)指出的，“不合理的标准，就其本身而言，通常被抬得很高。……从(标准的表述)看，似乎……大臣和其他行政机关故意实施的决定几乎都不在其射程范围之内。但是……(实际上却)存在着大量的、各个层次的法律上不合理的决定的例子。这不是因为大臣和行政机关都失去了他们的理智，而是因为法院在判决时倾向于放低不合理的门槛，以符合他们对于什么是良好行政行为的更加实际的看法。”②

3.2.2 广义的不合理

广义上的“不合理”实际上是一个概括的标题(rubric)，是一大堆审查标准的同义词(synonym)。在不同的行政法教科书上分类都可能会不一样。③

比较清晰的，也是没有多少争议的，且对我国很有参考价值的分类是，把广义的不合理分为：④(1)一般不合理(General unreasonableness)，包括：

---

① Cf. Paul Craig, “*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*”, Collected in Evelyn Ellis (ed.), op. Cit., pp. 95～96.

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 366.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., pp. 399 ～ 402. Paul Craig, “*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*”, Collected in Evelyn Ellis (ed.), op. Cit., p. 94. 更加详细的介绍，Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., pp. 601～605.

④ 在 Dr Elliot 给剑桥大学法学院本科生讲授的行政法课程中，就是这样介绍的。

相关考虑(relevance of considerations);目的的适当性(propriety of purposes)。(2)实质不合理(substantive unreasonableness),即前面说的狭义不合理。

3.2.3 评价

单从内容上看,无论是狭义上的还是广义上的不合理,内涵都过于广泛、宽松、抽象,给人的印象似乎是普通法的法官会比大陆法的法官具有更大的裁量权与管辖权。但是,实际上,普通法的法官在运用这项审查标准时,更加克制。其结果是审查的门槛实际上比大陆法的比例原则要高。

因为普通法的法官认为,合理性并不是去评判一项政策或决定是不是明智或愚蠢的。不是说,法官自己觉得,如果行政裁量权换一种方式行使,可能会比行政机关现在选择的方式要更合理些,就去干预它,就去用自己认为合适的决定代替行政机关原来的决定。而应该是,法院只去审查该行政政策或行政裁量决定有没有超出行政机关的权限范围,有没有考虑不相关因素,存不存在不适当的目的,等等。因此,法院应努力去寻找客观化的审查标准,而留给行政机关一切立法所许可的自由选择空间。只有当行政决定考虑了不相关因素或没有考虑相关的因素、目的不适当,或者内容极其不合理,甚至可以说是达到荒谬的程度,比如开除某教师的理由仅仅因为她的头发是红色的,这时法院才对行政决定的内容进行干预。这样的态度在英国的司法审查中可以说是一贯的,甚至可以说是司法审查法的核心特征(a central characteristic of the law of judicial review),也就是更加关注行政决定的过程,而不主要是决定本身。

因此,在英国,合理性原则作为实质性审查标准,实际上反映了行政(机关)自治与司法控制彼此应当怎么取得平衡的一种特殊样式(a specific vision of how agency autonomy and judicial control should be balanced against one another)。在这个意义上,*Wednesbury* 原则可以看作是对一种特殊的分权观念的支持。在这里,行政权与司法权各自的范围被清晰地界定着(In this sense, the *Wednesbury* priciple is seen to buttress a particular conception of the separation of powers within which the respective provinces of executive and judicial power are clearly demarcated.)。[①]

---

① Cf. Mark Elliott, "*The Human Rights Act* 1998 *and the Standards of Substantive Review*"(2001)2 *Cambridge Law Journal* 60.

4. 英国引入比例原则的实践

4.1 普通法中的比例元素

其实，英国法院在一些案件的判决中实际上已经明显地运用了比例的概念或观念。[①]斯卡曼法官(Lord Scarman)就说过这样的话，“过分行使合法权力的本身就是非法”(an excessive use of a lawful power is itself unlawful)。[②]但在多数情况下，都是假借在“不合理”名目之下，用以阐释目前的某些司法干预。实际上是进一步强化两种已经被归入到“不合理”中的情形，一是不合理的繁重或难以忍受(being unreasonably onerous or oppressive)，二是对相关因素的考虑明显不平衡(a manifestly improper balance of relevant considerations)。[③]

当然，也有在“不合法”名目下分析目的与手段之间的关系的。比如，在 *R v. Secretary of State for the Home Department ex p Leech* 案中就涉及到这么一个问题，虽然法律没有明文授权，但是，被告以为其(狱政管理)权力之中当然包含了，或者说，可以推导出这样的权力，于是，就作出了允许对律师与其当事人(在押犯)之间的通信进行检查的狱政管理规定。法院认为，该规定越权了，理由是超出了确保通信是真正合法的通信所必需的限度。[④]

在司法审查之外的领域，也同样存在着比例的观念。比如，监禁期限应与犯罪的严重程度相当，这个法律训诫在英国的刑法中一直是很核心的内容。在民事判决上也有类似的情况。在这里就不多介绍了。[⑤]

4.2 欧共体比例原则对英国法的侵蚀

由于欧洲委员会(the European Commission)和人权法院(the European Court of Human Rights)已经把比例原则作为一般的法律原则，用来阐述欧

---

① 如，R. v. Barnsley M. B. C., exp. Hook(1976)1 W. L. R. 1052; R. v. Brent L. B. C., exp. Assegai. The Times, June 18, 1987; R. v. Secretary of State for Transport, exp. Pegasus Holidays(London)Ltd and Airbro(U. K.)Ltd, August 7, 1987, Transcript CO/1377/87(Q. B. D.).

② Cited from Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 42.

③ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., pp. 594～595.

④ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 42.

⑤ 有关这方面的案件，Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 43.

洲人权公约(*the European Convention of Human Rights*),并为欧洲法院(the European Court)和欧洲人权法院引作判案的根据。因此,比例原则已经不再仅仅是德国或法国等大陆法国家的实践了。当时,英国作为欧盟的成员国,也必将面临抉择,因为英国法必须符合欧盟法,尤其是法院在有关人权的判决时不能不考虑到欧洲(人权)法院的基本审查态度,比如,后面介绍的 *Smith* 案就是一个例子。

迪泼罗克法官(Lord Diplock)在 *CCSU* 案中提出了将比例原则引进英国法的司法展望,他说:"司法审查,在我看来,迄今已经发展到这样一个阶段,我用不着再赘述其走过的每一个历程,我们可以将行政行为纳入司法审查的根据分为三类。我把第一类根据叫作'不合法',第二类是'不合理',第三是'程序不适当'。但这并不是说,随着时间的推移,在各个判例的基础上我们不会再发展出其他的根据。我就特别想在将来可以采用比例原则,该原则在欧洲经济共同体的几个成员国的行政法中已经得到了确认。"①

一时之间,比例原则成为英国学术与司法界的热门话题,洛阳纸贵。支持迪泼罗克上述观点的人提出的理由,除了下面将要谈到的审理有关欧共体法和人权法的纠纷之需要以外,还有就是比例原则提供了更加系统的分析结构(a more structured analysis),要求行政机关必须从三个阶段(三阶理论)上说明其政策选择的正确性,使得法院的判决理由更加具有可确定性(identifiable)与可确认性(ascertainable),说理更加充分,而所有这些都是 *Wednesbury* 规则所缺少的。②另外,因为现在在审理那些涉及欧共体法和人权法的案件上都适用了比例原则,惟独是与上述两法都不沾边的那些案件还不能适用,这种人为造成的不统一是不合理的,是没有道理的,因此,为了

---

① Cited from Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 865.

② Cf. Paul Craig, "*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*", in Evelyn Ellis (ed.), op. Cit., pp. 99～102. 在这个问题上有争论,有学者在研究中得出"合理性的标准,比起大陆法的比例原则,还是抽象(more abstract),客观性差些(less objective)"的结论,Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 89. 但是,很多的英国学者在研究中却恰好倒过来,认为合理性原则与比例原则相比,要更加客观些,因为法官不用陷入对行政决定的优劣的判断之中,也没有必要进行复杂的权衡(without becoming enmeshed with the merits and without the necessity for complex balancing)。Cf. Paul Craig, "*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*", Collected in Evelyn Ellis (eds), op. Cit., p. 94.

统一起见，也要全面地引进比例原则。[①]尽管当时闹得沸沸扬扬，据说，迄今为止，引用比例原则的一些判案却都不太成功，反对派仍占主流，（具体的理由我下面还会专门谈到）。但是，这可能只是暂时的，从长远看，终将不得不接受比例原则。[②]

现在已经有迹象表明，英国法院开始对那些涉及侵犯欧洲人权公约和国内法保障的基本权利的案件适用比例原则，特别是 1998 年《人权法》（*the Human Rights Act* 1998）实施以后，适用比例原则更是大势所趋，比例原则最终被完全接受恐怕只是时间的问题。而且，明确承认比例原则的适用，肯定会增进行政法的内聚力和可理解性（the coherence and comprehensibility of administrative law would surely be improved by an explicit recognition of its application）。

4.3 从 *Smith* 案看合理性原则与比例原则在审判效果上之根本不同

最能说明英国的合理性原则与大陆法的比例原则在司法审查上最本质区别的案件，应当算是 1996 年发生的 *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* 案。[③]在该案发生之前，英国政府有一项政策，禁止同性恋者在军队服役。*Smith* 案中的几位当事人都因为该政策被开除，尽管他们以往的服役记录良好。他们先是向英国的地区法院（the Divisional Court）和上诉法院（the Court of Appeal）要求对有关开除决定进行司法审查。但是，两个法院均认为，决定不违法。他们又以英国政府非法干预其私生活为由向欧洲人权法院（the European Court of Human Rights）起诉，并成功地获得了后者的支持。有意思的是，对该案的审理，英国法院采取的是合理性审查标准，而欧洲人权法院采取的却是比例原则的标准，得出的结论是相反的。

在该案中，尽管英国法官也承认上述禁令在大多数人看来理由还不够充分，但又认为，要说是该决定极其违反逻辑，或者与公认的道德准则不符，又构不上。因此，不能认为其是违法的。也就是说，在合理性标准下，法院

---

① 关于支持引进比例原则的理由，比较系统的介绍，Cf. Garreth Wong, "*Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*" (2000) *Public Law* 93～109.

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 403. Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., pp. 600～601.

③ [1996] Q. B. 517.

更加愿意让行政机关自己去权衡公共政策与个人权利之间的平衡关系,让后者自己去找一个适合的"度",法院一般不干预。只有当行政决定极其不合理,达到 *Wednesbury* 案的标准时,法院才去干预它。

形成鲜明对比的是,欧洲人权法院拒绝采取像英国法院那种顺从的态度(如果说合理性原则本身就意味着一种顺从的话),而是直接审查英国政府的政策是否是"民主社会所必需的"(necessary in a democratic society)。这就需要法院去裁判该政策是否为社会所迫切需要?对当事人的权利限制是否与所追求的政策目标成比例?对法院的询问,英国政府的辩解是,禁止同性恋者服役,是为了军队保持有效的战斗力(effective fighting force)。但欧洲人权法院认为,这样的禁令对于英国政府所追求的目标不是必要的。因为,比如,制定一项关于军人行为准则,就足以保证实现上述英国政府所追求的目标。[①]

因此,从 *Smith* 案我们不难看到,基于比例标准的审查,与建立在合理性之上的审查,会出现不同的效果,而且是截然相反的结果。这是因为审查的角度、深度与要求是不一样的。

4.4 *Wednesbury* 之终结?

那么,*Smith* 案是否就意味着 *Wednesbury* 标准的终结,最终被比例原则所取代?下这个结论恐怕为时尚早,因为英国在是否引进比例原则的问题遇到了巨大的阻力。

一种意见就是阿克勒法官(Lord Ackner)说的,完全不合比例的决定,也就是任何有理性的管理者都不会做出来的决定,也完全能够用 *Wednesbury* 理由来进行审查。除此之外,采用比例的审查标准还会涉及到对决定的好坏(merits)进行审查,而后者迄今为止在英国法中仍然缺少基础。[②]也就是说,比例原则能做到的,*Wednesbury* 原则也基本上能够做到,没有必要改弦易辙。

这种意见显然是有问题的。当然,从词义与理由上讲,合理性的内涵当中,实际上隐含着某种比例的思想,显然不合比例也可以理解为不合理,或者说,是与比例原则某种程度上的不谋而合。因此,从司法审查的效果上

---

① Cf. Mark Elliott, "*The Human Rights Act* 1998 *and the Standards of Substantive Review*"(2001)2 *Cambridge Law Journal* 60.

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6.55.

讲，对自由裁量某些滥用形态，无论适用合理性原则还是比例原则，都可以达到同样的监控效果，比如，仅仅因为摊贩犯有很小的过失就撤销其营业执照，既可以基于不合比例的理由，也可以以不合理来撤销该处罚决定。[①]可能也是出于这种理解，并且出于对本国文化的回归与依恋，英国司法界有些人便认为，建立在比例原则之上的审查，实质上和以不合理为标准的审查是一回事。[②]但这显然是一种误解，是将上述现象的放大，*Smith* 案就是一个最好的例证。

还有一种意见是直接把比例原则和 *Wednesbury* 原则摆在对立的位置，采取坚决抵制的态度。其理由是：[③]

第一，从司法的制度能力角度讲，采用比例的标准，如果说不是绝对不可能的，也是极其困难的。劳利法官(Lord Lowry)进一步解释道："决定者，通常是选任的，行使议会授予的自由裁量权。超越迄今为止为法院划定的干预裁量权的限度去干预裁量的行为本身，就是滥用法官的监督权限……一般而言，法官没有经过(像行政人员那样的)训练和经验，不具备专业知识和手段，也就不可能对是否存在不平衡的行政问题做出判断(The decision-maker, very often elected, are those to whom Parliament has entrusted the discretion and to interfere with that discretion beyond the limits hitherto defined would itself be an abuse of the judges' supervisory jurisdiction ... The judges are not generally speaking, equipped by training or experience, or furnished with the requisite knowledge and advice, to decide the answer to an administrative problem where the scales are evenly balanced ...)。"[④]他担心把法官的审查范围扩大到属于政治家的领域，扩大到司法经验与训练都不擅长的领域，不但会增加不确定性，而且，会耗费法院大量的时间。[⑤]

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 403.

② Cf. Mark Elliott, "*The Human Rights Act* 1998 *and the Standards of Substantive Review*"(2001)2 *Cambridge Law Journal* 60.

③ 更加详细的分析，Cf. Garreth Wong, "*Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*"(2000) *Public Law* 93～109.

④ Cited from Alex Carroll, *Constitutional & Administrative Law*, Financial Times Professional Limited, 1998, p. 277.

⑤ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 6. 55.

第二,从分权的角度讲,比例原则模糊了复议与审查之间的区别(blurring the appeal-review distinction),而且,也使法官远离了其在宪政秩序中原本的角色定位。比例原则要求法院对所采取的行为的必要性,以及是否合理地遵守了行为的步骤作出判断(proportionality requires the court to judge the necessity of the action taken as well as it was within the range of courses of action that could reasonably be followed),甚至要求法院用自己的判断来代替行政机关的判断,这无疑是降低了司法干预的门槛,涉及到法院要去审查行政决定的优劣与事实(it lowers the threshold of judicial intervention and involves the courts considering the merits and facts of administrative decisions),[①]而且是对实质性优劣进行判断(assess the substantive merits)。[②]实际上,这就把司法审查变成了类似行政机关上级对下级案件的复议。要法院像上级行政机关那样对行政决定的实质性优劣作出判断,这恰恰是英国法所不能容忍的。[③] 艾里奥特(M. Elliott)更是从宪政主义的高度一针见血地指出,阻止(英国)法院放弃 *Wednesbury* 标准的关键因素,是其对自己在宪政秩序中所扮演角色的理解和洞察。(英国)法官认识到,在人权案件中采用比例标准的审查,实质上意味着司法与其他政府部门之间关系(的变化),相当重要的原因,是从合理性的审查转到比例标准的审查,必然会导致行政机关自治的缩小。[④]

但是,《人权法》(*Human Rights Act* 1998)的实施,以及欧洲人权法院采用比例原则作为审查标准的事实,又迫使英国的法官和理论界不得不让步,不得不妥协。也就必须从理论上去调和两者的隔阂。在这方面,艾里奥特(M. Elliott)的研究值得注意。

艾里奥特认为,比例原则与 *Wednesbury* 原则之间尽管不同,但只是在平衡行政自治与司法控制之间关系上的程度不同,而不是类型的不同。也就是说,*Wednesbury* 原则给了行政机关自由的实质边际(a substantial margin of freedom),只是当过分缺少这种平衡,以至于明显不合理时,法院

---

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 594.

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC,, op. Cit., p. 6. 57.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 403.

④ Cf. Mark Elliott, "*The Human Rights Act* 1998 *and the Standards of Substantive Review*"(2001)2 *Cambridge Law Journal* 60.

才去干预。相形之下，比例原则要求更加深入地去审查这种平衡，只要稍微有点不平衡就会引发司法干预。因此，它们只是反映了在行政自治与司法控制之间应当怎样获得平衡的两个不同观念，除了在给予行政机关的自由程度不同之外，两者之间有很多的共同之处，但决不是对立的。

他又接着指出，关于合理性，近年来在适用上有“亚 *Wednesbury*”（sub-*Wednesbury*）与“超 *Wednesbury*”（super—*Wednesbury*）之说。前者就是上面说的，还达不到比例原则审查的水平。后者是根据事实状况所引发的相关制度能力问题来决定实质性审查的适当水平（the appropriate level of substantive review can be determined only in light of issues of relative institutional competence which are raised by the factual matrix in question），或者说，审查标准的宽严是由审查的具体内容来决定的。同样，在适用比例原则进行审查时，也存在着根据审查内容而调整适用标准的宽严的情况。了解这一点很有意义，这就意味着两个原则之间可以相互转换（they may also shade into one another）。[①]也就是说，审查的标准构成了一定的幅度，在这个幅度之内，法院可以在考虑司法机关和行政机关的相关制度能力，以及受到侵害的价值的宪法意义等因素的基础上，来决定是采用像比例原则那样的较严的标准，还是采用像 *Wednesbury* 那样较宽的标准。

艾里奥特上述观点在英国很有代表性。福赛（C. Forsyth）也对我这么说，*Wednesbury* 不合理很有可能代表死亡的过去，比例原则会成为希望的未来。但他并不认为 *Wednesbury* 标准要完全抛弃，因为至少从理论上讲，*Wednesbury* 不合理和比例原则应该是交叉关系。而且，现在在英国法院还没有出现完全放弃 *Wednesbury* 标准的迹象。

的确，从英国现有实践与研究看，引入比例原则，不太可能（但不是绝对不可能）另行成为一个独立的司法审查标准或原则，更不可能取代或放弃原来的合理性审查标准，只能是进一步丰富合理性原则的内涵，构成不合理的一个特别的表征（a particular test of Wednesbury unreasonableness），使原来的范围或界限更加精细化（delineate more precisely its scope）。[②]换句话说，就是想利用大陆法比例原则来延伸英国法官对行政自治的干预能力与

---

① Cf. Mark Elliott, “*The Human Rights Act* 1998 *and the Standards of Substantive Review*”(2001)2 *Cambridge Law Journal* 60.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 606.

深度,使法官在实质性审查上具有了更大的选择余地。

5.对我国相关理论的反思

5.1 对合理性原则与合法性原则二元结构的质疑

在我国,行政法的基本原则被归结为行政法治原则,并进一步解析为合法性原则和合理性原则:前者是“全方位适用的原则”;后者“主要适用于自由裁量领域”。这种二元结构的划分,其重要意义不单单是“指导行政法的实施”,甚至构成了行政复议和行政诉讼制度审查运作的基础,提供了审查的标准。

按照我们通常的理解,由于行政复议是建立在行政机关上下级领导关系之上的,所以,可以同时在这两个层面上运转。也就是说,行政复议既可以审查行政行为的合法性,也审查行政行为的合理性。这一点我们可以从《行政复议法》(1999 年)第 1 条关于“防止与纠正违法的或者不当的具体行政行为”的表述中得到印证。

而建立在分权原则基础上的行政诉讼制度要受到较多的束缚,原则上只在合法性原则上运转,所以,行政诉讼法规定,人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查。只有在例外情况下,才可以援用合理性原则作为审查标准。按照通常的说法,例外情况仅限于“滥用职权”“显失公正”“明显不当”。

但是,我国的合理性原则与普通法的合理性原则有着很大的不同,甚至是原则性的不同。我国的合理性构成了行政法基本原则之一,而普通法的合理性只是司法审查的一个标准或技术。更为重要的是,普通法的合理性尽管比较抽象,可是,一方面,法官在运用时却是小心翼翼地极力将标准变得更加客观化、更加显然,避免用法官的裁量代替行政机关的裁量、用法官的判断代替行政机关的判断;另一方面,由于有判例法上遵循先例原则作为制度保障,经过长期的制度积淀,合理性的审查标准更趋于可操作性。

然而,我国没有判例法的制度保障,合理性的标准如果仍然限于上述教科书上的几句简单的解释,那么,将难以操作,因为没法把握司法干预的深浅。这很可能就是实际判案中为什么很少引用“滥用职权”的理由进行裁决的根本原因。当然,我们也可以像普通法那样把合理性的标准进一步具体化、客观化,甚至我可以断言,因为缺少判例法的制度,我们在这个问题上必

须走得比普通法更远，使对不合理的识别变得更加易于辨别，更加容易得到诉讼上、甚至社会上的认同。

但是，最令我关注的问题是，我国是把合理性原则作为与合法性原则不同的第二个层面来解说的，这与英国的合理性原则以及大陆法的比例原则都有着本质的不同。因为在普通法上，无论是广义的包含了不适当目的(improper purpose)与不相关考虑(irrelevancy)等滥用裁量(abuse of discretion)的不合理，还是狭义的仅指任何有理性的人都认为的不合理，都是从违法意义上说的，都构成了违法的具体形态(而且，普通法上对行政自由裁量的控制也不是仅仅依靠合理性这么一个标准)。[①]也许有人会反驳道，迪泼罗克在 *CCSU* 案件中，就是将非理性(不合理)划分为与不合法(illegality)相并列的司法审查根据，似乎从词义上看，不合理不属于不合法的范畴。其实这是误解，因为迪泼罗克讲的不合法，是有特定含义的，相当于我们所讲的形式上的不合法(违法)。而他所说的不合理，实际上相当于我们讲的实质上的违法。大陆法的比例原则也是在合法性层面上运行的，(大陆法对行政裁量的控制也不是仅仅靠比例原则)。与此相反，我们之所以要在合法性原则之外另行构筑合理性原则，就是想有别于前者，是在前者的平面之下另外构成一个操作的平面，是专门用来解决合法但不合理的。

从宪政主义的角度看，上述西方国家的认识更具有坚实的宪法基础，司法审查(行政诉讼)制度本来就是建立在分权原则之上的，法治的理念为法院提供了审查行政行为的客观标准，因此，合法性审查实际上是分权与法治的内在要求和逻辑发展的必然结果，表明了法院在宪政秩序中的角色定位，就是在对行政裁量的实质性审查问题上，法院也不敢，也不能逾越雷池一步，不能轻易离开这样的宪法基础(constitutional basis)。

以英国行政法传统之所在(*locus classicus*)的 *Wednesbury* 原则为例，当年格林法官(Lord Greene)在创设它的时候，就阐明了司法审查的实质性原则是忠实地反映了其所赖以存在的宪法基础。他强调法院不是作为复议机构(appellate authority)，而是作为司法机关来行事的。因此，法院只关心行政机关有没有因为超越了议会授予其的权力范围行事而违法。要求法院持这样的态度的正当性在于，议会委托给行政机关的事，都是那些以行政机关

① Cf. Alex Carroll, op. Cit., pp. 273～276.

的知识和经验来说最适合于行政机关来处理、来做决定的事。如果行政机关没有离开议会的授权范围,法院就不具有实施正当干预的能力。对于*Wednesbury* 原则,他承认行政机关享有广泛的裁量权,并且,只有当有关授权法明确要求在行使裁量时必须考虑某种因素,或不应考虑某种因素时,这种裁量权才受到限制。只要行政机关在上述因素之中进行适当的权衡与考量,那就是它自由裁量的事,法院不干预。只有当决定是极其不合理的,任何有理性的人都不会作出这样的决定时,法院才去干预它。①

从以后的一些判例以及英国著名的法官对 Wednesbury 原则的阐释来看,这里的不合理也决不是泛泛而谈的,正如比理基法官(Lord Bridge)在 *ex p. Nottinghamshire CC* 案中指出的,如果(裁量决定)缺少极度的恶意、不适当动机或者明显荒谬,是不会因为非理性受到挑战的。② 也就是说,不合理实际上仍然是指违反了从立法明示或默示的规定中找出的其他较为客观的审查标准,比如,考虑了不相关的因素、不适当的动机、恶意等,或者说,是与这些从立法中找出的标准结合在一起来运用的(关于这一点,我在以后对各个具体审查标准的分析中还会谈到)。即便是找不到像这些较客观的审查标准,那么,也是推定行政机关的极其不合理的、已经达到荒谬程度的决定绝不是议会授权的意图。因此,仍然还是在合法与违法的界面上打转转。

比理基法官在上述案件中也十分清晰、不容置疑地指出了这一点,他说:"如果在法律的界限内(within the four corners of the Act)善意地作出决定,那么,决定中所体现的政策的对错(merits),是不会受到法院的审查的。如果法院臆断地指责该政策不合理,那么,法院就超出了其原本的职能范围。"③马森法官(Mason J)也非常简洁地指出:"在审查(行政)裁量时,必须时刻记住法院的有限作用。对于行政机关行使立法授予的裁量权而作出的决定,法院不能用自己的决定去代替它,这不是法院的职能。法院的作用是确定(行政)裁量行使的边际。只要是在这个边际内做出的(行政)裁量决

---

① Cf. Lord Irvine of Lairg, Q. C., "*Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*"(1996) *Public Law* 196.

② Cf. Sir John Laws, "*Wednesbury*", Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (ed.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford. Clarendon Press, 1998, p. 189.

③ Cf. Sir John Laws, "*Wednesbury*", Collteted in Christopher Forsyth & Ivan Hare (ed.), op. Cit., p. 189.

定，都不会受到指责。”①

反过头来看我国，众所周知，我国实行的是人民代表大会制度，法院和行政机关由人民代表大会产生，并对人民代表大会负责。这样的政治结构与英国有点相像，是正立的三角形。分权原则在其中仍然存在，特别是法院与行政机关之间依然有着分权关系，法院行使审判权，行政机关行使行政权。对行政裁量的司法审查，也同样必须首先从估价立法授权的边际开始，对包括审查标准、程序、方法等在内的行政诉讼制度构建，也同样需要以正确估价行政机关与法院在宪政秩序下各自的宪法性与制度性能力为前提，所以，朱尔(J. Jowell)的宪法能力(constitutional competence)与制度能力(institutional competence)的分析模式在这里仍然适用，仍然要避免法院成为行政机关的代言人，要避免法院过分地侵入行政机关的自治领域。因此，在依法治国的战略目标下，法院对行政自治的干预界限仍然应该是合法性，否则，法院将在司法审查的汪洋大海之中失去指南而迷失自我。

既然说来说去，法院的干预界面还是个违不违法的问题，那么，上述把合理性原则看作是第二个界面的观点也就失去了存在的理由。因此，透过这样的分析，我们看到了合法性与合理性的二元结构的毛病，在我看来，这样的结构与解说原本就应该扬弃。

的确，有人可能会说，即便在英国，也承认 *Wednesbury* 合理性是英国现代行政法的基石(bedrock)之一，是法治必不可少的内容，那么，我们为什么不能把合理性作为行政法的一个基本原则呢？在我看来，问题可能出在，我们在引进(？一个缺乏考证的猜测)这样的理论的时候把它平庸化了(不带有贬义)，或者说，被其字面上的意思诱惑了，泛泛地指所有行政裁量的行使必须合理，抽去了其原本在诉讼上作为审查标准的意义与价值，自然就出现了所谓对一般的不合理(但合法)，法院不干预；只有在出现滥用职权或者行政处罚显失公正，也就是极不合理(但仍然是合法)时，法院才干预的论点。

这样的论点很容易使法院迷失自我，对行政审判实践的危害很大。比如，曾发生一案，某公民提供打假线索，举报某人生产假“脑白金”价值 100 万元，药检局和卫生局据此查证属实。根据该省规定，对举报者可以给予 5 万

① Cited from Geoff Airo-Farulla, “*Rationality and Judicial Review of Administrative Action*”(2000) *Melbourne University Law Review* 559.

元以下或者罚没款10%的奖励。由于该案当事人在逃,没有罚没款,所以,卫生局奖励举报者3000元。举报者不服,认为奖励与其提供情报的价值不符。法院认为,卫生局对奖励多少有自由裁量权,即使卫生局只奖励原告1分钱,也不违法,法院对合理性问题无权干预。显然在本案中,法院对行政裁量的理解有问题,对法院审查能力的拿捏上更是成问题。假如是这样的话,我们怎么理解行政诉讼上的"滥用职权""显失公正""明显不当"?像这样轻描淡写的奖励,怎么能够实现上述法律所要达到的鼓励社会成员积极检举违法行为的立法目的?法院之所以要去审查行政行为,最主要的目的不就是要实现立法目的吗?那么,法官为什么会有这样荒谬的认识呢?恐怕也和上述对合理性泛化的观点有关。

从上面的分析中,我们肯定可以看出,从泛化的意义上去理解合理性原则显然是不适宜的。在我看来,如果只是在一般意义上泛泛地谈合理问题,尤其是在违背了合理性要求的时候,却不能够在诉讼上追究行政机关的法律责任,那么,这样的合理性要求与其说是法律上的,倒不如说更像是道德上的要求,那我们还有必要在法律上把它确立为一个基本的原则吗?

因此,我的结论和建议简单地讲就是一句话:回到诉讼意义上去!但随之而来的问题是,诉讼意义上的不合理实际上是一种实质性违法,那么,我们还有没有必要继续坚持我们现在的合法性与合理性二元结构?答案自然是否定的。但是,我们不能把"洗澡水连同婴儿一起泼出去"。我们完全可以把合理性与合法性合到一个界面上去。不合理作为合法性审查的一个标准集合体,在行政诉讼上会形成自己的审查结构,这就是"滥用职权"。换句话说,诉讼上的"滥用职权",与基本原则上的不合理是相对应的,只是原则在转化为诉讼法上的审查标准结构时发生了术语的更改,是制度法与理论之间发生的错位。所以,在我国,不合理就是滥用职权,反之,亦然。如果是像这样理解的话,在合法性审查的框架内,合理性(滥用职权)作为司法审查的一个(若干个)标准仍然有继续保留的价值,它与比例原则一起构成了行政诉讼上的实质性审查体系。

5.2 我们需不需要比例原则?

曾经有学者断言:"于任何一植基于宪政主义理念的国家或政治体制中,若暂且不论名词、用语方面的歧义,那么,都必定蕴含着此种合比例性的思想,或至少具有可以孕育合比例思想的土壤——节制国家权力行使,以维

护自由权领域原本即为宪政思想的基本预设任务。”[①]如果这句话被上述大陆法和普通法的实践印证是有道理的话，那么，我们就必须思考，合比例性的思想在我国有没有？是怎么体现出来的？为什么迄今为止在我们的行政法教科书，特别是警察法著述上几乎很少有关于比例原则的论述？更为重要的是要回答，我们需不需要比例原则？在什么层面上需要它？这个问题很重要，这关系到比例原则能不能变为一种实实在在的制度。

5.2.1 我们的合理性原则之中缺少完整的比例要素

那么，是不是在我国的合理性原则中也具有与比例原则大致一样的因素呢？按照教科书的说法，合理性的实质内涵大致有：(1)行政行为的动因应符合行政目的；(2)行政行为应建立在正当考虑的基础上；(3)行政行为的内容应合乎情理。“一般来说，具有不正当的动机(目的)、不相关的考虑或不合理的内容的行政决定，就是滥用自由裁量的决定，就是对法律精神的抵触。不正当的目的通常是指法律要求的行政目的以外的目的，或者指授权目的以外的目的。不相关考虑指采取行政行为时考虑了法律以外的条件。不合理的内容指行政决定内容不合规律、政策、道德常理。”[②]

从普通法的经验看，相关因素的考虑明显不平衡(manifest imbalance of relevant considerations)，实际上有着法益相称性的权衡(the balancing test)。因此，从上述理论的阐释上看，我们大致可以说，与比例原则的确有部分的重合，甚至从尽量扩张“合乎情理”的角度说，也大有可能将大陆法有些以妥当性、必要性为判案理由的案件审理情形装进来，尽管在内容上并不显得那么贴切、完全。但是，因为对合理性的阐述之中缺乏有意识的比例概念，其结果只能是，在将合理性适用于个别案件的审理结果上(如果说是可能进入司法操作的话)，与适用比例原则的效果相同而已。

由于在我国这方面的法院判案并不发达，我们还很难看出法院在这个问题上把握的深浅，是不是可以借不合理审查之名，行不合比例审查之实？也就是说，我们虽然在形式上是用了类似普通法的合理性概念，但由于我国

---

① 蔡宗珍：《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》，载《政大法学评论》，第62期(1999年12月)。

② 罗豪才主编：《行政法学》，43页以下，北京，中国政法大学出版社，1989。还有学者加上了行政执法程序正当的标准。傅国云：《再论行政执法的合理性原则》，载《法商研究》，1996(6)。但是，在我看来，既然合理性是审查的标准之一，那么，加上程序正当没有实质意义，因为在正当程序的要求下已经解决了程序的审查标准问题。

长期以来不太注意宪法在部门法中的“再生产”问题,不太注意行政诉讼怎么从具体制度上体现出分权与法治的观念。因此,法院在政治结构与社会秩序中到底应扮演多大的角色,似乎不像西方那么清楚,或者说,不像西方探讨得那么清楚。那么,在法院对行政裁量的实质内容干预的深浅上,也就没有数了,至少从现有理论缺乏这方面内容的探讨上讲,是这样的,还看不到干预的清晰底线。

5.2.2 合理性原则无法取代比例原则

我们大致可以这么说,之所以比例原则在我国行政法理论上没有得到确立,很大原因是我们已经认同了合理性原则,并认为合理性原则已经能够很好地解决行政裁量的控制问题,所以,比例原则也就被无情地淹没在合理性的阴影下。

那么,合理性与比例原则之间是不是重叠、包容的关系呢?假如说它们之间在审查的效果(功效)上是一样的,只是审查的力度有差别的话,那么,其实只要保留比例原则一个就行了,因为比例原则在具体适用上,也是根据案件的内容与行政干预的性质而有伸缩的可能,力度可大可小。小到包括合理性能达到的效果(功效),大到合理性达不到的效果(功效)。但是,其实不然。

从上述对合理性原则分析看,如果不是存在着比例原则作为参照物,我想可能很难在实际审判中落实像妥当性、必要性与法益相称性这样的要求,因为从不合理的几种表现看,似乎像这样的内涵并不显然。这是因为,在我看来,比例原则与合理性原则的审查角度是不同的,比例原则主要是考量目的与手段之间的关系,而合理性主要是考察在得出行政裁量决定的推理过程(process of reasoning)中有没有存在不适当的目的、不相关的考虑等,在裁量结果上有没有显失公正、明显不当、极其不合理。

另一方面,从德国的经验看,比例原则也只是有效控制滥用自由裁量的诸多司法审查标准之一,其他的标准还有像不适当目的(improper purpose)、不相关考虑(irrelevant considerations)、平等对待(equality of treatment)等。[①]而后面的那些标准实际上又多是合理性的内容。这又进一步证实了我上面的内涵分析是有一定道理的。

---

① Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., pp. 92～96.

因此，比例原则与合理性之间的关系并不完全是重叠、包容，而更多的是交叉。既然如此，引进比例原则，把它作为与不合理相并列的司法审查标准，似乎比作为审查力度的幅度范围更为妥当，也是出于这样的认识，我不太赞成前面艾里奥特把比例原则和合理性摆在一个审查幅度之内的看法。但有一点是没有疑问的，比例原则与合理性之间是可以并存的，是“共栖关系”。换句话说，引进比例原则，也不需要赶走合理性。

5.2.3 存在着作为制度的比例要素，但却没有作为法概念的比例原则，因而影响了前面制度的效用

在社会转型时期，我们也同样要求政府的权力是有节制的，特别是对与国计民生、公民基本权益有重大影响的行政措施，更是如此。实际上，个别立法当中已经出现了合比例性思想的某些制度因素。

《行政处罚法》(1996 年)第 4 条第 2 款规定，“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”(必要性)。①

《人民警察使用警械与武器条例》(1996 年)第 2 条规定：“…使用警械不能制止，或者不使用武器制止，可能发生严重危害后果的，可以依照本条例的规定使用武器。”(妥当性，也有认为是补充原则)；第 4 条规定：“人民警察使用警械和武器，应当以制止违法犯罪行为，尽量减少人员伤亡、财产损失为原则。”(必要性、法益相称性)；第 7 条第 2 款规定：“人民警察依照前款使用警械，应当以制止违法犯罪行为为限度；当违法犯罪行为得到制止时，应当立即停止使用。”(妥当性、必要性)；第 11 条规定：“人民警察遇有下列情形之一的，应当立即停止使用武器：(一)犯罪分子停止实施犯罪，服从人民警察命令的；(二)犯罪分子失去继续实施犯罪能力的。”(妥当性)。

但是，在行政法基本原则上见不到比例原则的踪迹，这种付之阙如使得我们接受不到比例原则的“洗礼”，也就很难有意识地运用这种精妙的工具来解析、把握上述法律规定的真切内涵了。甚至在实践上已经违反了比例原则的要求，却仍然没有意识到。

某地曾发生一案，王某(警察)与派出所其他干警按照上级统一“严打”部署，在午夜上路设卡检查摩托车情况。遇见三位即将毕业的大学生饮酒

① 《行政处罚法》(2021 年)第 5 条第 2 款延续了上述规定。

后驾驶一辆摩托车归来,拒绝停车检查,连闯两道检查线,直冲派出所所长把守的第三道检查线。该所长向天鸣了两枪,对方仍然不停,并冲过了第三道检查线,王某遂"从后面向地面射击",击中摩托车上一人(非驾驶员)的腿部。车仍疾速行驶,至开枪处1里多以外的路口,因躲避不及与一辆带挂汽车相撞,造成一人死亡(非驾驶员,非刚才受伤者)。事后查明,三位大学生没有实施任何的违法犯罪行为(当然,闯检查线、不听从警察指令是违法的)。案件提交到法院审判委员会讨论时,起初几种意见"都不认为被告(王某)构成犯罪",但是,后来迫于社会和当地政府的压力,不得不判该警察的刑。据说,"审判时,被告泪流满面……当地全体公安干警多日拒绝值勤"。①

该案让我感到不解的是,如果王某使用枪支像他们所说的那样是合法的,那么,在受害人等疾驶而去,即使在派出所所长鸣了两枪也无所顾及的情况下,王某"从后面向地面射击"的用意何在?是想达到鸣枪示警,要当事人停下检查的目的?显然不是,前面已鸣两枪都没有奏效,难道再鸣一枪就可以了?是想击中对方,使其丧失逃逸能力?那么也不需要向地面射击,因为这样根本达不到目的,他完全可以大大方方地向摩托车的车轮或驾驶员的手部开枪,或者干脆向摩托车大致方位开枪。在这里,显然目的(制止违法行为、使对方丧失脱逃能力)与手段(开枪)之间的关联性和妥当性上发生了问题。

问题是,在上述案件中,不但该警察,而且连当地的政法机关都没有意识到上述问题,没能认识到目的与手段之间如果存在着不适当,也同样会构成违法。从中我们至少可以认为,合比例性的思想作为一种具体的法律制度,并没有完全进入到执法者的执法经验与知识中,还没有完全变成为摸得着、看得见的活生生的具体制度,并发挥作用,尽管在有关的立法上已经有了某些合比例性的制度因素。从某种程度上说,这样的现状其实是和理论上作为法概念与原则的比例原则至今没有得到确立有关。有一次我在公安大学给警衔班(警督晋升警监的实践部门领导都必须参加的培训班)讲课,当谈到警察法上极其重要的"比例原则"时,我从几乎所有在座的高级警官们脸上表现出的困惑以及追问是哪两个字上感觉到,作为法概念的比例原

① 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,129页以下,北京,中国政法大学出版社,2000。

则对于实践也同样是很生疏的。因为从学术的层面上看，在很长时间里，几乎当时所有的行政法教科书，特别是警察法教材，对理应成为行政法，尤其是警察法上基本原则的比例原则都基本上没有论及，更谈不上深入的研究、分析和批判了。[①]这又从另一个侧面也证明了从基本原则的高度来确立比例原则的必要，至少有着更加精到的立法适用上的需求。[②]

5.2.4 其他理由

另外，从分析结构的角度讲，比例原则显现出层次分明、层层递进的思维与论理方式，也是比较理想的审查标准。正像毕尤卡(de Burca)指出的，所设定的一般审查标准或根据越清晰，就越加能够清楚地看出法院是否真正地只想在这样的结构方式中适用这些标准，而不是想用自己对什么是更好的决定的判断来完全地取代(行政机关的判断)(the more clearly the agreed standards or grounds of review can be articulated, the more clearly it can be seen whether a court is genuinely attempting to apply these in a structured way to the decision taken rather than substituting its overall judgement as to what would be a better or preferable decision)。[③]

还有一点是连英国学者都不否认的，那就是比例原则的审查力度与深度要比 *Wednesbury* 规则来得深，这无疑对公民的权益保障大有好处。德国行政法院之所以热衷于比例原则，是因为“二战”之后痛感纳粹德国对人权的肆意践踏，越发觉得人权保障的可贵与重要，法院也有同样的历史使命感，法院的深度干预因而得到广泛的社会理解和支持。考虑到我国刚刚走上法治之路，依法行政理念还没有在所有的行政执法人员，尤其是基层的执法人员那里变为一种自觉约束自己行为的信念，滥用权力侵犯人权的现象还时有发生，加强司法审查的力度恐怕是有好处的。因此，在我国引入比例原则，对于进一步推进人权保障有着不可低估的意义。

---

① 余凌云：《警察行政权力的规范与救济——警察行政法若干前沿性问题研究》，22页，北京，中国人民公安大学出版社，2001。

② 令人高兴的是，比例原则已经越来越多地被学界关注，在一些教科书中介绍了比例原则，比如，姜明安主编的《行政法与行政诉讼法》(北京，北京大学出版社、高等教育出版社，1999)、张成福、余凌云主编的《行政法学》(北京，中共中央党校出版社，2003)。我们进一步的努力方向应该是在制度法上(比如，在草拟之中的《行政程序法》《行政基本法典》)引入比例原则。

③ Cited from Garreth Wong, “*Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the objections to Proportionality*”(2000) *Public Law* 104.

但是,通过对德国行政法院制度的研究,我们发现德国之所以能够采用更加抽象的利益平衡标准,很大程度上得益于它的法官通晓行政,这构成了比例原则得以发挥作用的制度基础。因为如果你对行政的运作情况一无所知,你怎么能够很好地去判断引起争议的行政手段对于行政目的来说是妥当的,是诸种可选择的手段中力度最小的,是法益相称的?从英国学者的讨论中,我们也可以看到,这也是英国人比较怵采用比例原则的重要原因之一。[①]所以,从要不要引进比例原则的话题,实际上又触及另外一个很根本的司法制度问题,那就是法官的选任制度。当然,也有相反的看法,举出的很有说服力的例子是欧洲法院的法官,从过去到现在的过半数的法官都纯粹是学者或各国司法官员,也没有什么广泛的行政经验,但比例原则不也照样在那里适用与发展吗?[②]在我看来,如果审查的标准以及亚标准都尽可能地客观化,也就像现在英国、德国以及欧盟的做法,再加上专家出庭作证制度,未必不具有广博行政经验与知识的法官就不能够胜任。

正是基于上述几方面的分析,我们不难得出要引进比例原则的结论。那么,我们应在什么层面引进比例原则呢?这实际上关系到它能在多大的范围内发挥作用,或者说,我们想让它发挥多大的作用。

5.3 从什么层面上引入比例原则?

当然,我们也可以像普通法那样,把合理性仅仅作为司法审查的一个技术,不是像现在这样把它当成是行政法的一项基本原则,不是法院权力运行的宪政基础[constitutional foundations of the powers of the courts,借用韦德(H. W. R. Wade)和福赛(C. F. Forsyth)撰写的英国行政法名著中的一个分标题],[③]而加以保留的话,那么,为了更进一步地推进不合理审查标准的客观化与可操作性,我们也可以采取普通法的路数,引进比例原则来增加、丰富不合理之内涵。但是,这其实是把合比例性的思想放在更加具体微观、

---

① Cf. Paul Craig, "*Unreasonableness and Proportionality in UK Law*", Collected in Evelyn Ellis (ed.), op. Cit., p. 102.

② Cf. Garreth Wong, "*Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality*"(2000) *Public Law* 105.

③ 英国行政法是以司法审查为核心构建起来的,其中对法院权力的宪政基础的考察,实际上阐述的就是我们所说的行政法基本原则,在英国,这部分主要包括法治(the rule of law)、议会主权(the sovereignty of parliament)、政府服从法(government subject to law)、越权理论(the doctrine of ultra vires)。Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., pp. 24～49.

实际操作的层面上来实现，降低了比例原则应有的普适性，特别是在比例原则已经具有了宪法阶位的重要意义，不仅对行政行为，而且能够对行政立法发挥重要作用的时候（尽管在本文中我没有对后一种情况多加介绍），像这样处理问题的思路，我并不欣赏。

在我看来，莫不如在更加宏观的范围上来引进比例原则，也就是在依法行政理念之外，另外构筑比例原则、正当程序、合法预期之保护原则，作为行政法基本原则。这些原则都具有普遍的行政法价值与适用性，但它们各自的理念、内涵与功效是不一样的。依法行政要从法律的层面解决合法行政、合理行政、[①]“有权利就有救济”、责任政府等问题；比例原则是用来衡量手段与目的之间关系的；正当程序是对公正的程序的要求；合法预期是为了建立政府的诚信体系。

总之，尽管我们在构建行政法基本原则上，既没有按照普通法的进路，也没有照搬大陆法的模式，而是表现出寻找中国特色的巨大勇气与精神，这是颇值得赞许的。但是，当我们探询宪政国家必不可少的合比例性思想是怎么落实的时候，发现了行政法基本原则的二元结构其实是很难说得通的，更加引起我们关注的是，在这样的二元结构居然没有比例原则的实际内涵，这在以保障人权为基本任务的法治国家中，就更加变得成问题。因此，无论是从重构行政法基本原则的角度，还是从引进司法审查的技术上讲，引进比例原则应该是可以考虑的一个举措。

随着比例原则的引入，对行政裁量的实质性审查标准体系会发生重构，也就是包括彼此有一定交叉关系的两类标准：一个是不合理（滥用职权）；另一个是比例原则。类标准之下还包括若干亚标准。其中不合理（滥用职权）标准当中又包括不适当目的、不相关考虑、显失公正（明显不当）和对裁量权的不适当拘束等亚标准。比例原则，如前所述，可以进一步分解成妥当性、必要性和法益相称性。当然，这是比较理想的理论结构。实践发展却不尽如此，可以说是走上了另外一个结构。

① 注意，这里的合理行政仍然讲的是合法性问题，是从实质意义上谈合法性问题。

四、滥用职权(Ⅰ):目的不适当[①]

1. 问题的提出

探求立法目的,合理解释立法目的,实际上是在立法机关(议会)至上(parliamentary sovereignty)的政治结构之中,以及依法行政(the rule of law)之下的必然反映。无论是从作为立法机关的执行机构上讲,还是从为贯彻宪政和依法治国理念而提炼出来的依法行政要求上讲,行政机关在作出行政裁量决定时都必须不折不扣地、准确地反映立法机关的授权意图,进而保证人民主权的观念不会变成一句空洞的政治口号,而是实实在在的政治制度。因此,从立法授权的意义上说,立法目的实际上限定了行政机关管辖权的范围,或者说,构成了行政职权的一个内在的、实质的界限。超越了立法目的,就是越权。

考虑到行政裁量的实施具有很大的伸缩余地,享有很大程度的行政自治权,控制行政裁量的滥用便成为对行政行为司法审查上最为核心、也是最具有争议的部分。为此,法院必须在宪政体制下寻找各种合法的、又是充分有效的审查标准。审查行政裁量决定的目的的正当性就变成法院手中一个十分重要的控制行政裁量的手段。因为从行政裁量的构造和运行看,立法目的(或者说授权目的)实际上决定了、引导着对各种行为方式的选择。也就是说,尽管行政裁量意味着多种行为选择的可能,行政机关却是、也只能是根据立法目的来选择个案中如何行动。所以,立法目的就像吸力强劲的磁铁一样,强烈地吸引着裁量选择的方向和途径,以保证立法目的和个案正义的最终实现。

那么,什么算是目的不适当?在行政审判上,尤其关键的问题是目的不适当会对行政决定产生什么样的法律效果?特别是当不适当目的和其他适当目的交织混杂在一起的时候,怎么去判断前者对行政决定的影响呢?所有这些问题在最高人民法院司法解释当中都找不到现成的答案。是最高法

① 本部分的主要内容曾以《论对行政裁量目的不适当的审查》标题发表在《法制与社会发展》,2003(5)。

院遗忘了，还是因为现有理论至今仍然没有很好地解决这些问题，进而无法为司法解释提供较为成熟的解决方案？但不管怎么说，上述问题是行政审判实践根本无法回避的。因此，我们必须去思考、去解答它们。

对这些问题的思考，实际上是对目的不适当司法审查标准的细微化构建过程，是明晰化其基本内涵的过程。对上述追问的圆满解答，能够保证这一审查标准不是空洞的、虚无缥缈的、口号式的东西，而是实实在在的、具有很强的可操作性和实用性的标准，是能够真正取得实效的审查标准。

我将首先分析和比较不适当目的与其相近或相关的其他概念，如不相关考虑、恶意和动机，进而阐释什么是目的不适当。然后，我将探讨如何去发现目的不适当，如何去判断其对行政裁量决定效力的影响问题。鉴于双重或多重目的是实践中常见的、也是比较复杂的问题，所以，放在专门一节中讨论。

2. 什么是目的不适当？

那么，什么是目的不适当呢？目的不适当是指具体裁量决定所追求的目的不是法律授权的目的。比如，抓赌不是为了维护公序良俗，而是为了创收，所以，不管是以盈利为目的的聚众赌博，还是亲友之间带点“小彩”的搓麻，一律处罚。或者在追求法定目的的同时还存在着法律所不允许的附属目的(collateral purposes)或隐藏目的(ulterior purposes)。比如，在批准土地使用许可时，要求开发商为行政机关免费提供若干套住宅，以解决行政机关工作人员住房紧张问题。

因此，即便是从权限上看，行政机关是完全有权作出一定的行政行为，但是，也不意味着这种权力的行使目的是没有问题的。比如，某城建监察大队决定，“将通过公开招标的形式，对城区修车摊位重新定点，原摊位经营者如不参加投标，摊位将另作安排。”该城区内有一残疾人的摊位，就因为他没有参加投标，被别人竞标得走。该案诉诸法院之后，经法院审查，认为被告有权作出上述决定。但问题是，上述决定的目的是什么？正像媒体所批评的那样，城建部门没有必要对既有的修车摊位进行招投标，因为招投标之后，修车摊位的使用性质并没有发生改变。“难道换了一个人修车，就能改善城市的市容？”如果再算一算背后的经济账，恐怕也很让人对该决定的合法性产生质疑。据说当时有 46 个摊位，由 100 多人竞标。最高价位为 6008

元,最低为 1110 元,总得款 13.7 万元。你能否认背后没有利益驱动的问题吗?[①]

2.1 目的不适当和不相关考虑

在我国学者看来,目的不适当和不相关考虑之间的区别似乎是明显的,渭泾分明的。立法目的是法律授权所要追求实现的目的,而相关因素往往是指在法律中明示或默示描述某一行政行为实施的具体条件和前提,包括事实的和法律的。比如,《治安管理处罚法》(2005 年)第 23 条规定的对扰乱机关、团体、企事业单位正常工作秩序违法行为的处罚,就要考虑是否有扰乱行为、实施的场所、时间长短、是否造成工作无法正常进行等因素,其目的是维护上述单位的正常工作秩序。所以,在合理性原则的阐述中,我们是把上述两者分别作为不合理的两种情形。

我们很少关注到两者之间可能发生的明显的或潜在的冲突或联系,至少从我所接触到的有关文献中,都缺少这方面的论述。但是,普通法中的很多学者很敏锐地察觉到了这个问题。他们指出,要想从概念术语上清晰地阐述什么是目的不适当(improper purposes),特别是划清与不相关考虑(irrelevant considerations)之间的区别,有时是很困难的,因为行政机关追求法定目的之外的目的,实际上是考虑了不相关的目的,这就与后面要谈到的考虑不相关因素交织、重叠在一起,甚至可以说是遁入后者之中。所以,有一种倾向是建议把不适当目的合并到不相关考虑中去。[②]

当我们将目光移向不适当目的的具体形态上时,的确会发现对不适当目的的追求,在有的情况下,实际上就是考虑不相关因素,特别是这些因素与目的有关的时候。也就是说,在这种情况下,考虑不相关因素实际上就是为了追求实现不相关因素所欲实现的目的,这时的不相关因素也可以说是不适当目的。比如,英国的 *Randell v. Northcote Corporation* 案,为了保住当地政府自己经营的足球场的顾客,不批准其他公司经营足球场。这既是

---

① 《谁抢走了我的修车摊?》,载《人民日报》,2003-04-16。《替残疾修车人张雪平说话》,载《人法》,2003-04-16。

② Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*" (1976) 35 *Cambridge Law Journal* 272.

不适当目的，又可以说是考虑不相关因素。[①]比如，在治安处罚中，因为违法行为人是某领导的小舅子，为了照顾领导的面子，不予处罚。这是考虑不相关因素（亲戚关系），但是，把不相关因素置重考虑，并实质性地、决定性地影响行政裁量的作出，那么，实际上是追求不适当目的（照顾领导面子）。

但是，有没有必要像上面学者建议的那样把两者合二为一呢？

史密斯（de Smith）等学者认为，由于在有些情况下，不能够明显地察觉出动机和相关因素，所以，就必须单独地分析、判断目的问题，这就使得目的不适当还有必要继续保留为一个独立的审查标准。[②]泰勒（G. D. S. Taylor）也说，“不适当目的”和不相关考虑之所以作为不同的方面存在着，是因为它们各自代表着一种分析模式，在特定的情境之中都是十分有用的。[③]

在我看来，由于它们考虑问题的参照系是不一样的，不适当目的是以立法授权目的为评判标准的，而不相关因素的考虑是以行政权力具体行使必须满足的事实和法律条件为衡量的，因而它们之间不见得完全相同。保留相互之间的彼此独立，能够为法官提供更多的审查手段和审查视角，根据实际情况灵活地运用，挑选一个最适合于解决其正在处理之中的案件的审查标准。[④]

当然，也没有必要一定要在两者之间划出个楚河汉界，因为不管是追求不适当目的也好，还是考虑了不相关因素，只是法院阐述判决的理由不同而已。就像有学者指出的，你怎么描述它都问题不大，关键是要确认行政机关行使裁量权是违法、越权的。[⑤]因此，还是应了那句老话“怎么顺手怎么来”。

---

① 在该案中，Randell 有一块地是用做职业足球的场地，紧挨着这片场地的是其经营的旅馆。他申请将已到期的许可续新（renewal）时，遭到当地政府的拒绝。Cf. G. D. S. Taylor，（1976）35 *Cambridge Law Journal* 288.

② Cf. de Smith，Woolf & Jowell，*Judicial Review of Administrative Action*，London. Sweet & Maxwell，1995，pp. 331～332.

③ Cf. G. D. S. Taylor，“*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*”（1976）*Cambridge Law Journal* 272.

④ 有的学者认为，当授权法规定的行为条件是穷尽性的时候，用不相关考虑的审查标准进行审查比较合适。当授权法允许行政机关裁量选择其认为是最充分的理由的时候，用目的不适当的标准进行审查比较好。Cf. Hilary Delany，*Judicial Review of Administrative Action-A Comparative Analysis*，Dublin，Round Hall Sweet & Maxwell，2001，p. 95. 这样的建议不无道理，但是，在我看来，还是不要有这样的框框为好。

⑤ Cf. Andrew Le Sueur，Javan Herberg & Rosalind English，*Principles of Public Law*，London. Sydney，Cavendish Publishing Limited，1999，p. 244.

2.2 目的不适当和恶意

有时我们还会看到,不管是在普通法还是我国的行政法文献中,有些学者或法官还把恶意(bad faith,mala fides,相反的意思是善意,good faith)作为不合理的一项内容,但是,各自使用的含义与语境是不太一样的。

在普通法中,恶意是多义的,广义的。有的学者认为,恶意的本质是不诚实,是指行政机关有意追求其明知不是其职权之内的目标,但不见得一定是出于对某人的个人憎恶。[①]有的学者认为,恶意不归咎于道德不当(they impute no moral obliquity),而是指违法,与不合理(unreasonableness)和多余考虑(extraneous considerations)是同一意思,可以相互交替使用。所以,恶意很少作为无效的特别理由而独立地存在着(Bad faith therefore scarcely has an independent existence as a distinct ground of invalidity)。[②]还有的学者认为,恶意可以用来描述各种行为,从明显的道德不良到那些和受不相关考虑影响的行为或者不合理行为没有内在差别的错误(the notion of bad faith is being used to describe various forms of behaviour, ranging from clear moral turpitude to errors not intrinsically different from those influenced by irrelevant considerations or unreasonable acts)。[③]

但是,在我国,无论是从语言的意思,还是我们通常的理解上讲,恶意都涉及对行为的道德评价,带有很强烈的道德非难。比如,牟利、徇私、满足虚荣、报复陷害。

在普通法国家,有的学者认为,从维护公众对行政过程的善意之信心的重要性角度看(in view of the importance of maintaining public confidence in the *bona fides* of the administrative process),恶意作为司法审查的一个标准,还是有必要保留的。但是,从法院的审判上看,如果单纯指控行政机关恶意,特别是与道德有关的恶意,那么,意味着对公众信心的毁坏,在法院看来,这是特别严重的指控,除非有充分确凿的证据,一般很难判决原告胜

---

① Cf. David Gwynn Morgan & Gerard Hogan, *Administrative Law*, London. Sweet & Maxwell, 1986, p. 300.

② Cf. Sir William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 414.

③ Cited from Hilary Delany, op. Cit., p. 58.

诉。[①]所以，现在很多有关司法审查的著作都不再单独介绍这种审查标准了。

在本文中，我不愿意将恶意作为一个独立的司法审查标准，甚至根本不愿意作为一个标准。我的理由是，一方面，在某种意义上说，恶意是会和目的不适当相重合的，因为如果追求不适当目的是出于欺诈、不诚实、牟取私利或故意之动机，就变为司法审查上常说的恶意(bad faith)。但是，恶意动机导致目的不适当仅仅只是后者的一部分，而不是全部。如果把恶意动机和目的不适当紧紧联系在一起，甚至划等号，那么显然就不正确了。所以，有学者指出，目的不适当是比恶意更加广的审查理由(This is a wider ground of review than bad faith)。[②]这的确是很中肯的。另一方面，我们也可以把恶意当作一种不相关考虑。比如，出于打击报复，加重对当事人的处罚。在这里，你既可以把打击报复看成是一种动机或者是一种恶意，也可以看成是考虑了不相关因素。但不管怎么说，有一点是肯定的，在司法审查上只要借助不适当目的或者不相关考虑就能够完成对恶意问题的监督和纠正，这也就使得恶意作为一个独立的标准是多余的，或者说，恶意作为一个独立标准的必要性是让人置疑的。

2.3 目的和动机

有时我们会看到有的学者把目的和动机不适当放在一起，作为不合理的一个标准或具体表现。[③]但是，我以为没有必要。

首先，从依法行政作为法院司法审查的基础来看，在判断行政行为是否有效、合法上，法院的主要任务是弄清楚行政机关有没有按照立法机关的授权目的和条件去行使裁量权，没有必要过多地去查明行政机关工作人员作出行政裁量决定之时的心理状态。

其次，动机主要是主观现象，是刺激或驱动行为人或者解释行为的心理和情感因素的综合，[④]如果它不外在地表现为目的不适当、考虑不相关因素或者其他法律所不允许的行为，一般不会对行政行为的有效性产生直接的影响。比如，某派出所所长与某娱乐场所经理关系不和睦，正好接到群众举

---

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., pp. 58～59.

② Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 59.

③ 这方面的文章很多，比如，李继亮：《行政处罚中行政自由裁量权的滥用及其控制》，载《山东法学》，1997(2)。

④ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 344.

报,该娱乐场所有卖淫活动,遂派出警力抓现形,对该娱乐场所作出治安处罚。在该案中,即便有教训的动机,但只要处罚行为是合法的,依然不会影响到处罚的有效性。但是,如果上述动机外在表现为追求不适当目的或考虑不相关因素时,当然有可能会对行政行为的有效性产生实质性影响,但是,在这之间真正起作用的实际上是后者,而不是前者,因此,也就没有必要单独强调动机问题了。

最后,退一步说,即便我承认在有的情况下动机会对行政行为产生实质性影响,比如欺诈。那么,我们肯定也能够找到其他更加客观的标准,比如,我也可以认为,基于欺诈的动机,也是追求欺诈的目的。在这个意义上,两者可能是重合的,既然如此,选择其中之一,也就足以说明问题。

但是,我决不是说在行政法上动机不重要。比如,这种主观的心理状态对于国家赔偿上的追偿权还是很有意义的,只有在行政机关工作人员存在故意或重大过失时,才有可能启动追偿权。

3. 不适当目的的发现及其对行政裁量决定效力的影响

目的的不适当是以立法授权目的为参照物进行比对之后得出的结论。所以,作为法院来讲,首要的任务是确定立法目的。在立法机关至上的政治结构中,比如像在我国的人民代表大会制下,法院和政府都是从人民代表大会派生出来的,执行着人民代表大会的意志,向人民代表大会负责,法院只能是从立法机关的立法中去发现、阐释、确定授权目的,而不能自己随意去创设目的,也不能篡改立法机关的意图。

当法律对授权目的有着清晰、明确的规定时,是比较容易做到这一点的。但是,正像迪泼罗克(Lord Diplock)观察到的,法律语言有时是晦涩不清的(opaque)、简约的(elliptical),[①]对同样一个条文的理解,不同的人可能都会有各自的解释。或者从法律上干脆就找不到有关目的的规定。但这决不意味着立法机关授予行政机关裁量权是漫无目的的,可以允许后者随心所欲地行使。因为每部法律都有其要实现的目标和政策,这实际上就隐含着、决定着裁量权的授权目的。作为法院来讲,也要完全排除(行政人员)个人的和任意的考虑(personal and whimsical consideration)。[②]

---

① Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, London. Sweet & Maxwell, 1999, p. 542.

② Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 61.

因此，当行政机关适用法律时，如果因为上述语义或立法不清楚，行政机关和相对人之间发生争议时，就需要由法院来最终确定和推断立法的目的。为减少争议，增加判决的可接受性，法院必须求助于更加客观的标准和方法。

一种方法是通过当时立法的有关文件和说明来弄清立法目的，这也是我们所熟知的立法解释的方法，也是很多西方国家的法院采用的基本技术。比如，在法国，在判断授权目的时，法院不仅要看有关法律的条款规定，还从立法讨论，以及其他有关的准备工作之中来推测授权目的。[①]当然，这种方法的价值是不容否认的。但是，也要看到，因为上述立法背景材料也有可能出现语义含混不清，特别是能否真正用来推导立法目的等问题，所以，还必须另外由法官来判断，因而就有可能会像物种繁衍一样，不断增加诉讼成本。[②]

另一种是从法律的整体语境(the Act as a whole)中，如果必需的话，还可以从当事人之间的一般法律关系(the general legal relationship of the parties)上去推断立法目的。这样做的理由是，立法机关之所以在某法律中授予行政机关裁量权，是期望推进和实现该法的目标与政策(the policy and objects of the Act)，将相对人与行政机关之间的相互关系有机地、恰当地协调在上述目标与政策的框架之内。

显然，在运用后一种方法时，法院的权力是很大的，可以说是一种近似立法的“创造性活动”。法院在这个问题上理解的宽严程度，决定了司法审查力度的深浅。艾马里(C. Emery)说，当法律上没有明确规定目的，却由法院去“发现”其中的限定目的时，实际上是法院给自己配置了一把锐利(hard-edged)的工具，用它来查明行政决定的优劣。相反，如果法院不愿意沿着这条路走的话，那么，法院只是把司法审查当做一把钝的工具(soft-edged)来使，只能切下那些明显偏离法定裁量的辽阔边缘之外的部分(cutting off only the most blatant excursions beyond the broad boundaries of statutory discretion)。艾马里把前一种称为“硬的司法审查”(hard-edged judicial review)，称后一种为“软的

---

① Cf. Zaim M. Nedjati, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 42.

② Cf. Carl Emery, *Administrative Law: Legal Challenges to Official Action*, London. Sweet & Maxwell, 1999, p. 89.

司法审查"(soft-edged judicial review)。[①]

当然,话又说回来,上述"软""硬"审查之间没有绝对的好坏之分。假如法院对立法目的的构造和解释过严,那么,一方面,意味着法院享有太大的"生杀大权";另一方面,也意味着法院很可能会剥夺行政机关本该有的相当程度的自治。假如过松,又会走向另外一个反面,行政机关享有太大的自由,甚至是失控的自由。所以,其间如何拿捏,需要法院来权衡,需要法院的自我克制。

接下来,法院还必须弄清行政机关做出行政裁量决定的目的到底是什么?是不是和立法目的相吻合?有没有追求从属的不适当目的?有没有在追求立法目的之下隐藏着不适当的目的?

在这方面值得一提的是,在行政裁量决定过程中说明理由的程序要求,对弄清动机和目的也是非常有帮助的。[②]如果法律有着这方面的程序要求,而行政机关在作出裁量决定时没有履行,那么,就可以推断其缺少正当理由,或者其目的或动机是违法的、不适当的。[③]

当然,在案件审理中,也可以要求被告行政机关以答辩形式作出说明。比如,在法国,假如原告能够指出行政机关的行为是解释不通的,而且,这种行为又是从表面上看不符合法律目的。那么,被告就必须对这些质疑一一澄清。[④]但是,法院和原告不能要求行政机关中具体负责作出行政裁量决定的工作人员出庭说明其作出如此决定的理由。[⑤]这是因为行政决定是以行政机关名义作出的,对外的法律责任也是由行政机关承担的,在诉讼过程中也只能是以行政机关为被告。至于其工作人员是否存在恶意或追求不适当目的,可以由行政机关自己去弄清楚。

除此之外,法院当然也可以从具体案件的蛛丝马迹之中去发现不适当目的问题。但是,如果仅仅是靠这样的推测,极容易引起争议,除非能够论证得比较周详,具有很强的说服力。

---

① Cf. Carl Emery, op. Cit., p. 88, 90.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 343.

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, London, Dublin and Edinburgh. Butterworths, 1997, p. 5. 44.

④ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford. Clarendon Press, 1998, p. 247.

⑤ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 345.

如果行政机关追求的目的很明显不是立法授权目的，而是其他的目的，而且，对行政裁量决定产生了实质性的影响，那么，行政机关就越权了，法院就可以以目的不适当为由判决撤销行政裁量决定。

4. 双重或多重目的

如果行政机关作出行政裁量决定的目的是双重的或者多重的(duality or plurality of purposes)，其中有的是不适当的、违法的，有些却是合法的、适当的，那么，怎么判断其中不适当目的会对整个裁量决定效力产生的影响呢？这个问题是目的不适当中最棘手的，史密斯(de Smith)很形象地把它比喻为“法律上的箭猪”(legal porcupine)，一触摸上去，顿时感到困难重重。①

目前，在理论上主要有以下几种判断标准：

(1)真实目的说(true purpose)

行政机关作出裁量决定的真实目的如果是违法的，即便是表面上掩饰的目的是合法的，仍然会导致行政裁量决定无效。比如，在发放许可时，名义上是收证照工本费，但所收的费用远远超出实际的合理的工本费，真正的目的其实是创收，这样的收费就不合法。

但是，如果行政机关是真正地按照法律的授权目的行使行政裁量权，那么，即使由此获得的某些附带目的或效果不在行政机关的权限范围之内，也不会对决定的有效性产生实质性影响。例如，英国学者经常引用来解释这个标准的一个案件，某公共机构只有建设公共厕所的权力，它在街道底下建了一个厕所，为方便行人上厕所，在街道的两边修建了通道，实际效果就变成了在建过街通道。某当事人遂起诉该公共机构，理由是被告的目的实际上是建过街通道，属于目的不适当。但是，法院判决为，被告是按照法律授权行事，形成过街通道的事实只是附带效果。②

对于上述普通法上普遍认可的审查标准，如果我们仔细推敲起来，会发现实际上存在着严重的缺陷。因为只有当合法目的和违法目的摆在一起，合法目的显然是虚假的、无法实现的，是纯粹的、冠冕堂皇的借口时，上述标准才能够有效地起到判断和说服作用。但是，如果上述目的都是行政机关追求的目的，都对行政裁量决定起着或多或少的促进作用，都是真实的目

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 340.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 340.

的。比如,上述例子,收回工本费肯定也是行政机关追求的目的之一,也应该是真实的目的之一,在这种情况下,要想从中挑出真实的目的就变得有些不现实,也很难有说服力。因为你怎么能够武断地任意裁剪其中一个来判断裁量决定的有效性呢?

也许有人会反驳说,这里的 true 应该翻译成"真正的"。作为真正的目的,显然是在诸多真实的目的中占据主导地位的。这样的解释虽然也说得过去,但同时也会因为和后一个标准(主导目的说)重合而显得多余。至少有一点必须承认,使用 true 这个词本身是会误导的,不能清晰地、不发生任何歧义地传递所要表达的内涵。比如,上面两种解释你都不能说是错的,因此,从词义的角度讲,这样的标准也是不可取的。更何况从有关的文献看,这个标准主要是用来查明行政裁量权的行使事实上是不是基于法律目的,所声称的原因是不是仅仅是掩盖非法目的的借口。[①]所以,实际上讲的仍然是目的的真实性问题,而不是其他。

(2)主导目的说(dominant purpose)

如果在行政机关追求的两个或多个目的中有的是合法的,有的是违法的,那么,就要看究竟哪一个目的在行政裁量决定中起主导作用。如果不适当的、违法的目的是主导目的,那么,行政裁量决定无效。否则,就是有效。[②]

新西兰法院在这方面的审查现多采用"撇开"(but for)技术,也就是,如果撇开不适当、违法目的不谈,行政机关是否仍然会做出同样的行政行为?如果能,那么,上述不适当、违法目的就不是主导的,反之,则是。[③]

上述审查技术很值得我国参考。比如,某警察和某公民以前有过矛盾,在一次扫黄行动中,当场抓住正在嫖娼的该公民,该警察借机收拾他,对其作出适当的治安处罚。在行政诉讼时,法院不难发现,即使撇开从属的乘机泄愤目的,公安机关仍然会以惩治嫖娼行为为目的做出处罚,况且该处罚又是适当的,所以,就不能因为其中夹杂有泄愤目的而撤销该处罚决定。

在我看来,"主导目的说"决不是"真实目的说"的简单翻版,或换一种语

---

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 61.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 341. Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 5.42.

③ Cf. G. D. S. Taylor, *Judicial Review: A New Zealand Perspective*, Butterworths, 1991, p. 340.

言表述方法，而是通过强调目的的主导性，而不是真实性（毫无疑问当然也是真实的），来克服了“真实目的说”的缺点。

（3）因果关系说（causation test）

澳大利亚法院和英国学者韦德（H. W. R. Wade）和福赛（C. F. Forsyth）认为，受非难的目的是实质性目的，如果没有该目的的推动，是不会作出违法的裁量决定的。①

我国学者也有类似的看法，认为“如果一个具体行政行为中既有合法目的，又有非法目的，就要看非法目的（恶意动机）的影响力，如果做出具体行政行为的事实根据与非法目的有着直接的关联，或者具体行政行为具有重大、明显的瑕疵，那么就认为非法目的起主要的影响作用，因此，整体上属于目的不当”。②这种看法大致说来不错，但是，把具体行政行为具有重大、明显的瑕疵也认为可以据以推断存在着目的不适当，似乎很不妥当，缺乏内在的关联性，没有什么说服力。

在我看来，“因果关系说”实际上是从目的与决定之间的内在关联性上判断不适当目的对行政裁量决定效力的影响问题，是对“主导目的说”很好的注释，它们之间是相辅相成的。

（4）反推理论说（backstepping）

该理论采取反推的思考方法：如果行政机关就只考虑相关因素或者授权目的，那么，是否仍然会作出同样的决定？如果答案是，就意味着混杂的不适当目的对行政裁量决定不会起到实质性的、决定性的作用，也不会影响到行政裁量决定的效力。如果不是，就会导致裁量决定被撤销。现在英国和法国法院都不时地采取这样的审查技术。③这种技术实际上与上面的“撇开”技术是一回事。

（5）决定原因说

法国行政法院一直到1968年以前都是持这样的观点，对于基于多重原因作出的行政决定，必须区分决定性原因（determining reasons，*motifs determinants*）和非本质原因（supererogatory reasons，*motifs surabondants*），

---

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., pp. 5.42～5.43.

② 王振宇、郑成良：《对自由裁量行政行为进行司法审查的原则和标准》，载《法制与社会发展》，2000(3)。

③ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 342, 343.

只有当决定性原因是违法时,才产生撤销行政决定的效果。这种观点实际上与前面英国法院的主导目的说很相近。[①]

上述几种方法实际上是从不同的角度和侧面去观察和判断混合目的之下违法目的会对裁量决定产生的作用和影响,相互起着补充和解释的作用。比如,因果关系是对主导作用的过程注释,反推理论从反向思考主导与因果的意思。在具体案件的处理中,我们可以根据需要灵活地运用其中一种或几种标准进行判断。

但我们必须清醒地看到,目的不适当问题的确是极其复杂多样的。迄今为止,我们还仍然不敢说,也不能够说我们已经解决了所有这方面的问题,我们还需要审判实践的经验积累,还需要不断的理论反思和总结。

值得注意的是法国行政法在这方面的最新理论发展动向。因为探究目的和动机的确有的时候比较困难,又由于目的或动机不适当有的时候也的确会外在地表现为一种违法的形态。假如能够发现行政机关的行为外在地违法,那么,正像雷桐勒(M. Letourneur)指出的,法国行政法院通常会选择违法(*violation de la loi*)的审查标准,因为这比较客观。[②]这种将问题简单化的处理路数值得我们借鉴。但是,这只是假定能够出现上述情况时,才有转换的可能。当然,上述情况并不是总是会出现的,否则的话,还要不适当目的的审查标准干什么?

五、滥用职权(Ⅱ):考虑不相关因素或不考虑相关因素[③]

1. 问题的提出

《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 5 目规定,[④]对于滥用职权的,可以判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为。在行政法理论上,也已经公认,上述条款是针对滥用行政裁量规定的,而且,考虑不相关因素(take into account irrelevant considerations)或不考虑相关

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 343.

② Cf. L. Neville Brown & John Bell, op. Cit., p. 250.

③ 本部分的主要内容以《论对行政裁量相关考虑的审查》标题发表在《中外法学》,2003(6)。

④ 《行政诉讼法》(2017 年)改为第 70 条第(五)项。

因素(don't take into account relevant considerations)都是滥用行政裁量权(或职权)的表现(当然,滥用裁量还有其他表现,比如目的不适当)。[①]

从司法审查的意义上看,有没有考虑不相关因素或者不考虑相关因素,自然也是一个很重要的控制行政裁量滥用的审查标准。按照新西兰著名学者泰勒(G. Taylor)的话说,是对考量过程进行审查的一个最常用的标准。这是因为,第一,该标准显然是依法行政和法治的内在要求,反映了宪政体制下行政机关与立法机关的基本关系。在具体授权法中设计相关因素,实际上就表明了或反映了立法机关对行政机关行使该项裁量权的基本方向和轨迹的一种预期和态度,是追求立法目的实现的重要手段之一。作为立法机关的执行机关,行政机关当然必须服从和落实立法机关的意愿。第二,也是良好行政(good administration)的基本要求。因为通过相关因素本身,也透露出有关裁量权行使的基本信息,形成了决定考量的基本路径,搭建了操作的基本平台,有助于保持裁量决定的高质量和一致性。

乍一看好像对上述相关因素的审查标准的把握应该是很容易、很简单的,不会有什么争议,但是,如果我们仔细琢磨起来,就会发现实际上有很多问题是不清楚的。比如,相关因素是不是仅限于授权法上有明确规定的那些?如果不是,那么凭什么去推断其为相关因素?在目前很多行政决定过程不完全或者根本不公开的情况下,怎么去判断行政机关有没有考虑不相关因素或相关因素?特别是,是不是只要行政机关没有考虑相关因素,或者考虑了不相关因素,都一律导致行政决定无效和被撤销?假如行政机关考虑了所有的相关因素,却在个别相关因素的权重上发生了问题,导致结果对当事人极其不公,是不是即便如此,当事人也不能就此提出异议?法院也无能为力?

对于诸如此类随时面对的、在行政审判实践中必然会遇到的,而且是迫切需要解决的问题,我们在最高人民法院司法解释当中找不到任何解答。或许这是因为,迄今为止有关行政裁量的各种著述之中(包括论文和教科书)尚未对上述问题做过较为深入的探讨,因而缺乏可供司法机关选择的较为成熟的解决方案。但不管怎么说,上述的付之阙如至少说明,相关考虑的审查标准,从很大程度上讲,至今仍然缺乏着可供司法操作的具体构造。要

① 罗豪才主编:《行政法学》,43页以下,北京,中国政法大学出版社,1989。

想把它真正变成法院手中挥舞自如、得心应手的“利器”,我们还必须进一步循着上述追问去思考,去构建其中更加细微、更加具体的内涵。

在这方面,英国、新西兰、澳大利亚等普通法国家经过长期的审判与研究,已经形成了较为成熟、精湛的司法审查技术。更为重要的是,在这些普通法国家的司法审查中,相关考虑也是属于合理性审查(也称非理性审查)的一个亚标准,这与我国行政诉讼上的认识有着颇多契合与共鸣,借鉴起来也颇为顺畅。所以,在本文中,我将通过对上述国家有关审判经验与技术的分析,思考我国行政诉讼上相关技术的构建问题。

基本的进路是,首先讨论什么是相关因素、怎么去确认相关因素和怎么判断行政机关有没有考虑不相关因素。其次,我将解决考虑不相关因素、不考虑相关因素以及对各个相关因素的权重上会对行政裁量决定的效力产生什么样的影响,这是整个相关考虑司法审查的核心之所在。最终的目的是梳理出我国对该标准的细微构造上的考虑路数。最后,我将专门探讨在行政机关经费和人力资源普遍匮乏的现实下,以及行政政策盛行之际,行政执法实践能不能以及在什么条件能够考虑这方面的因素,司法上怎样作出恰当的反应。对这个问题的探讨,无疑具有很强的现实意义。

2. 什么是相关因素?

相关因素是指与作出的行政裁量决定之间的内在关系而言的,与行政裁量的各环节或要素之间有着某种合理的关联性。它对作出上述决定的推理质量(the quality of reasoning)会产生一定的影响,能够保证行政行为基本上按照法律设定的目标方向做出,有助于推进和实现法律所体现的特定目的和政策。一般来讲,相关因素必须是和具体的授权规定或者整个法律相互吻合的。

那么,哪些算是相关因素,哪些不算?我们不可能凭空地总结出普适的而又是十分具体的相关因素。正如玻文法官(Bowen C. J.)指出的,在特定案件中什么算是相关因素,取决于从授权法的分析当中得出的该权力的性质和品性,也取决于当时行使权力的具体情境。当该权力为法律授予时,判断某因素是不是相关因素,首先要看该法律本身有没有列出必须考虑的一系列因素。如果有列出,而我们正在审查的这个因素又不在其中之列,那

么，就必须再进一步判断法律的上述列举是不是穷尽性的、排他性的。[①]因此，我们必须结合具体的案件，特别是具体的授权法律来谈这个问题。

从我国的立法例上看，大概存在着三种可能（情况）：第一种可能是法律穷尽规定了所有有关实施某种行为时必须考虑的必要和充分条件，因此，相关因素也就非常显然，行政机关没有丝毫的裁量余地。第二种可能是法律规定了若干考虑因素，除此之外，还允许行政机关自己根据具体情况去裁量选择其认为是充分的理由。第三种可能就是法律没有规定任何的相关因素，完全由行政机关自己去裁量选择。[②]

在我看来，上述第一种情况只能算是例外，后面两种情况才应该是常态。因为，既然法律没有明确拒绝行政机关可以裁量选择其认为是恰当的考虑因素，那么，就应该认为这种考量自由是依附在行政裁量权之内的一个组成部分，构成了非封闭式的裁量结构。而且，像这样的理解也是有例可循的，普通法上就是持这样的开放性认识。荷林（D. Herling）就说，即便是立法上规定了相关因素，恐怕也很难说这些列举就是穷尽的。[③]库克法官（Cooke J.）在 *CREEDNZ Incorporated v Governor General* 案中也表达了同样的看法，他说："在权力的授予当中，可以是明示或默示地确定应当考虑的因素，并将其作为（行政机关应当履行的）一种法律义务。有些因素尽管在授权中没有明确地规定出来，但是，很显然，对于行政决定（的作出）具有实质意义。如果没有直接考虑这些因素，那么就违背了立法目的。"[④]所以，除非授权法肯定无疑地规定出其所列的相关因素就是穷尽性的、排他性的，不允许任何的增删，否则的话，我们应该把授权法上的列举理解为是开放性的。

2.1 法院如何判断哪些属于相关因素？

有的时候法律会列举一些相关考虑因素。比如，《公安机关办理行政案

---

① Cf. Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action-A Comparative Analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, pp. 63～64.

② 泰勒（G. Taylor）在对新西兰法的研究中，只划分了两种情况，一是授权法穷尽规定了行政行为的必要和充分条件，另一种是让行政机关自己去裁量选择其认为充分的理由。Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*"(1976) *Cambridge Law Journal* 276.

③ Cf. David Herling, "*Weight in Discretionary Decision-making*"(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 591.

④ Ibid.

件程序规定》(2003年)第173条规定,行政拘留一日交纳保证金50元至200元。"决定机关应当以保证被担保人不逃避、拒绝或者阻碍处罚的执行为原则,综合考虑案件情况、被担保人经济状况、当地经济发展水平等,合理收取保证金。"公安机关在考量具体的保证金数额时,就应当考虑被担保人经济状况等因素。

除此之外,究竟还要考虑哪些因素,哪些算是法律默示的相关因素,行政机关无疑具有初步的判断权。如果在这个问题上发生争执,相对人认为行政机关考虑了不应该考虑的因素或者没有考虑应该考虑的因素,那么,就必须由法院来阐释、来作最终的判断。所以,那种认为判断哪些属于相关因素的权力完全掌握在行政机关手里的观点,是不成立的。

当然,法院不可能、也不允许"信天游"(陕北民歌的这个曲调名很能够描绘出这种意境)。法院在宪政秩序中所扮演的角色,决定了其必须紧紧围绕着具体法律规定和依法行政要求来解释。这与宪政结构之中法院对立法机关的服从关系有关。由于英国推崇议会至上,我国实行的是人民代表大会制,立法权(立法机关)在政治结构中都是至高无上的,所以,反映在行政诉讼(司法审查)中法院判断行政行为之根据与要求上,恐怕两国之间会有很多的近似之处。这也就意味着,普通法上法院对相关因素的很多检索与判断技术,在我看来,能够很好地援用到我国。其中包括:[①]

第一,法律明确规定的行使行政裁量权必须具备的法律和事实条件,定然是相关考虑因素。而且,与这些条件有着内在合理的关联性的其他因素,也应该属于相关考虑因素。

第二,宪法和组织法上对该行政机关权限和职责的规定,特别是那些对一般权限的限制性规定,应该当作相关考虑因素来对待。

第三,根据法律上下文的语境(context),对立法机关的意图做出某种设定或合理推测(making certain assumptions or educated guesses about the intention of Parliament)。亦即,就像马逊法官(Mason J.)在 *Minister for Aboriginal Affairs v. Peko-Wallsend Ltd* 案中体察到的,必须从法律的内

① Cf. Andrew Le Sueur, Javan Herberg & Rosalind English, *Principles of Public Law*, London. Sydney, Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 241. Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, London, Dublin and Edinburgh, Butterworths, 1997, pp. 5.35～5.37.

容、范畴和目的所隐含的意义之中去作出决断(they must be determined by implication from the subject-matter, scope and purpose of the Act),[①]去判断某涉案因素是不是相关因素。比如,某人前不久刚因为严重违章被吊销驾驶执照,现在又来申请。假设法律对这类情况没有明确作出时限的规定(比如,多长时间之后才能再来申请,或者终身不得再次申请),但是,从驾驶员资格管理规定的主要目的之一就是维护公共安全上考虑,也可以推断出上述违法情况可以成为决定是否发放驾驶执照的相关因素。

第四,根据行政法基本原则的要求,以及正确行使行政裁量权的情境和观念,推导出某些合理因素。前者比如,是否符合公平的观念,是否有助于取得良好的社会效果,对相对人权益的侵害是否符合比例的要求,等等。后者比如,是否考虑了其他可供选择的方案(或建议)的成本和可行性问题,对于那些受到行政裁量决定影响的利害关系人的合理意见,是否予以了考虑,[②]裁量决定的社会、经济、甚至政治效益如何,[③]等等。

当然,由于我国与英国毕竟法律制度各具特色,尤其是法源不尽相同,还有法官的(造法)能动性不同,所以,在司法检索的依据与进路上还是会有一定差异的。比如,英国有普通法与成文法之分,又因为是欧盟成员国,所以,法院也可以到普通法和欧盟法之中去寻找与涉案因素是否存在合理的关联性。[④]

2.2 在具体个案的审理中怎么去发现行政机关有没有考虑相关或不相关因素?

英国、新西兰等国的法院很巧妙地运用了一个很有价值的审查技术,来

---

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 63.

② 在英国 *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department* 案中,当事人 Bugdaycay 是乌干达人,在英国申请难民资格,自称如果回去,生命将受到威胁。内政大臣拒绝了其申请,命令其去第三国肯亚。当事人的律师辩称,肯亚政府肯定会把其当事人送回乌干达,但内政大臣没有理睬。上议院认为,这个信息与上述决定有关,是相关因素,应该予以考虑。Cf. Andrew Le Sueur and Maurice Sunkin, *Public Law*, London and New York. Longman, 1997, p. 567.

③ 有学者认为,对某贫困山区的农资公司销售不合格的畜力播种机之违法行为,处违法所得3倍罚款恐怕不适宜,因为没有考虑到该公司本身效益不佳。吴雷、赵娟、杨解君:《行政违法行为判解》,91页,武汉,武汉大学出版社,2000。但是,我以为,公司本身是否处于贫困山区,买卖好坏,不是裁量的相关考虑因素。但是,高额罚款的社会效益如何,却是相关考虑因素。我们在行使裁量权之时,当然可以反诘一句:假如罚款远远超出被处罚对象的承受能力,还能够收到制裁与教育效果吗?

④ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., pp. 5.36～5.37.

帮助自己弄清上述问题。那就是借助行政程序上的说明理由和书面决定中的理由说明,从有关理由的阐述中,法院可以体察到行政机关在相关考虑上是不是出了问题,出了什么样的问题。当行政机关没有履行上述法定的说明理由义务,或者干脆拒绝履行上述义务的时候,对于法院审判来讲,实际上是把所有问题都变得更加简单化了。法院完全可以据此推断行政机关作出上述裁量决定不具有充分的理由,超越了权限。并且,顺势转到了对行政行为的程序性审查上,以未说明理由,违反了法定程序,来对行政行为的效力作出裁判。

近年来,在英国还逐渐出现一种趋向,就是把没有提供充分的理由和不依法合理或理性行事联系起来。这种迹象可以从英国高等法院对 *Brennan v. Minister for Justice* 的判案中看出。乔治亘法官(Geoghegan J.)在该案判决中指出,所有有关权力行使的证据、资料和理由都要记录在案,这在宪法上讲是必需的(It was constitutionally necessary that all the evidence and information leading up to and the reasons for the exercise of the power be recorded)。这句话也就暗示着,如果没有这样做,就是滥用职权,就是不合理行事。[①]

上述审查技术运用到我国,当然也会收到同样的成效。但是,恐怕不会发挥像英国那样大的审查效应。这是因为,这种技术必须是在法律明确规定了说明理由之程序要求时适用。然而,在我国迄今为止一般的行政程序法仍然付之阙如,说明理由还没有成为所有不利益处分的基本程序要求。

当然,在普通法上也不尽然是规定了说明理由,也会出现在特定个案中,法律没有规定要说明理由的情况。那么,怎么判断行政机关考虑了哪些因素,有没有考虑不相关因素,或者该考虑的却没有考虑呢?这时候的确很困难。从英国、新西兰的有关判例与研究看,可供法院进行推断的依据主要有:[②]第一,行政机关对该案件的集体讨论或研究纪要(记录)。这在司法审查(行政诉讼)时可以作为证据要求行政机关提供。第二,看似巧合发生的

---

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 56.

② Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*" (1976) *Cambridge Law Journal* 283～284. Cf. G. D. S. Taylor, *Judicial Review: A New Zealand Perspective*, Butterworths, 1991, p. 334.

事件也许并非巧合，其与裁量决定是不是有些关联？第三，在其他的场合，行政机关的主要负责人或办案人员曾公开表达过对该案的看法和观点。第四，与以往同类案件相比，行政机关在处理上是否明显存在差异，有没有受到外在的不正当压力或影响？第五，只有是考虑了不相关因素之后才会作出的某些行为。

所有这些都值得我们参考。而且，在我看来，还可以有一个依据，那就是被告在行政诉讼中的答辩。对于授权规定和引起争议的行政决定之间明显不一致，如果被告不能自圆其说，不能作出合理的解释，那么，也可以推断其考虑了其他不相关因素或者没有合理地考虑相关因素。

当然，法院的推断，特别是要当作将来裁判的基础的推断，必须建立在比较客观、有明显逻辑说服力的材料之上，决不能是主观臆想或武断猜测。如果难以决断，那么，就应该考虑改换别的审查标准（比如目的不适当，显失公正）。

3. 如何判定对行政裁量决定效力的影响？

在行政审判上，确认相关因素，或者有没有考虑不相关因素尽管很重要，但不是目的，不是法院的主要任务之所在。法院的核心任务是判断不相关考虑在个案中究竟会对行政决定的效力产生什么样的影响。这才是对此类案件审判的关键和核心，是“重中之重”。

以下，我将分别就考虑不相关因素、未（适当）考虑相关因素以及权重问题等情形进行分析。当然，在实践中，上述情况也很可能会同时出现在同一个案件之中，但解决问题的思路是一样的。

3.1 不相关因素

考虑了不相关因素，是不是都必然会导致行政裁量决定无效和被撤销呢？这个问题可以再进一步分解为以下两种情境来讨论：一是当法律规定的相关因素不具穷尽性的时候，考虑不相关因素会对行政裁量决定产生什么样的影响？二是当法律穷尽性规定相关因素的时候，又会怎样？

3.1.1 当法律规定的相关因素不是穷尽性的时候

英国、新西兰等国家的司法审查理论与判例均认为，当法律规定的相关因素不具穷尽性的时候，虽然考虑了不相关因素，但并没有对行政裁量决定起实质性的影响作用，或者行政裁量决定仍然内在地（intrinsically）是合理

的、适当的,那么,也不会导致行政裁量决定的无效。①

所以,在这种情况下,审查的关键是,必须查明不相关因素的影响是不是实质性的,会不会推动行政裁量决定走向与法律设定的目标相背离的方向。或者换一个角度说,假设撇开(but for)不相关因素,对其他相关因素的考虑是不是已经足以保证行政裁量决定能够成立?如果能够的话,也就说明不相关因素对行政裁量决定没有起到实质性(material)的影响。在司法审查上,可以采取这样推论的公式:

考虑相关因素 A1、A2、A3、…+不相关因素 B1、B2、B3、…=结果 R

如果,考虑相关因素 A1、A2、A3、…=结果 R

那么,上述不相关因素 B1、B2、B3、…就不是实质性的。

反之,就是。

如果对不相关因素的考虑已对结果产生了实质性影响,足以推动、左右着结果的去向,那么,就应该撤销行政裁量决定。而且,司法审查的程度也仅是到此为止,我们没有必要进一步证明该不相关因素对于行政裁量决定是不是起着唯一(sole)或主导(dominant)的影响。②

实际上,对于上述审查技术,不能说没有被我国法院和学者所完全意识到。比如,在某案中,一栋楼的两户人家相约一起升层建筑,因未经过合法批准,行政机关对 1 号户处以每平方米 75 元的罚款,因 2 号户的户主是某市物资局局长,仅按每平方米 10 元处罚。法院判决变更对原告 1 号户主的罚款决定,就是因为在罚款数额的确定上,对被处罚对象的身份地位的考虑显然起了实质性的作用,而且严重违反了平等对待原则。又比如,在行政审判中,如果法院查明,某警察虽然有"教训教训"原告的想法,但是,原告的确实施了违法行为,而且罚过相当,那么,法院一般也不会因为有上述想法而撤销该处罚决定。然而,我们没有像普通法那样更进一步提炼出上述技术,没有形成实质性影响理论来有意识地指导行政审判实践。

3.1.2 *当法律穷尽性规定相关因素的时候*

在普通法上,如果法律已经穷尽列举了应该考虑的因素,不允许行政机

---

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 5. 38.

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, p. 347. Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*"(1976) *Cambridge Law Journal* 277, 290.

关有任何的裁量余地的话，考虑其他以外的不相关因素或者没有考虑相关因素，就构成了对法律的基本违反，将会导致行政裁量决定无效、被撤销。①

在这里，与上面不穷尽列举相比，似乎有着更加强烈的依法行政要求的意味。在我理解起来，这是因为，法律既然是穷尽性列举，就意味着严厉禁止考虑列举之外的任何因素。只要是考虑了不相关因素，就一律推定为将会导致授权目的受损。否则的话，法律上的穷尽性规定就没有丝毫的意义。相反，在不穷尽列举的时候，意味着行政机关有可能，甚至是必须根据实际个案去思考和裁量还需要考虑哪些因素。在这开放性的思维过程中，因为缺少预先设定的思考轨迹，也就谈不上严厉禁止“出轨”。

另外，英国法院的判例（如 *Anisminic Ltd. v Foreign Compensation Commission* 案）还表明，（在适用中）对立法的错误构造，也可以认为是构成了一个不相关因素（any misconstruction of an enactment can be expected to constitute an irrelevant factor）。也就是说，对法律穷尽列举的相关因素，在理解与运用上发生错误，比如，不正确地改变了原先“栅栏”（hurdle，皮尔斯法官的形象比喻，指具体规定的涵义边际）的高度或者位置，也会发生不相关考虑的问题。②

但是，在我看来，后一个“栅栏”理论实际上更应该像是法律解释和适用上发生的问题。在我国行政诉讼法中，对“适用法律、法规错误的”有专门规定，似乎没有必要将上述情形放到“滥用职权”之中来讨论。

3.2 相关因素

如果授权法中明示或默示地规定了要考虑的一系列相关因素，但是，行政机关在具体运用裁量权时，没有考虑其中的某个（些）因素，那么，会有什么样的影响？

在普通法上就要看这些因素是强制性（义务性）考虑因素（obligatory considerations，or mandatory materials），还是允许性（裁量性）考虑因素

---

① Cf. G. D. S. Taylor，“*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*”（1976）*Cambridge Law Journal* 290.

② Cf. G. D. S. Taylor，op. Cit.，pp. 329～330.

(permissible considerations, or discretionary materials)。[①] 正如库克(Cooke J.)法官指出的,只有当法律明示或默示地确定行政机关必须像履行法律义务那样考虑某些因素时(也就是成为强制性考虑因素时),法院才能援引这个理由(没有考虑相关因素),判决行政裁量决定无效。[②]但对于裁量性因素,因为既然授权法已经把选择权放到了行政机关的手上,法院也就没有太多的干预余地。

因此,强制性和裁量性考虑之间的界分就具有很重要的司法意义,直接关系到案件审理的结果。而且,从宪政意义上也深刻地揭示出行政与司法之间的恰当关系。正像佩里斯(Peiris)指出的,在相关因素范围之内划分义务性考虑和允许性考虑,很显然是想通过限制司法干预那些未考虑允许性因素的案件,以此来保护合法的行政自治。[③]

这种对问题的考虑与分析,明显比我们细腻,也比我们更加深入一步。因为在我国的行政诉讼法和行政裁量理论中,似乎还没有有意识地对法定相关因素做更深一步的鉴别。尽管在个别的审判上,我们也会注意去分析法条的性质,从中体察是拘束性适用还是裁量性适用。但是,后一种方法又很容易使我们回到法律适用的审查技术上去,把它当作纯粹是法律适用问题来处理。或许,这也是为什么我们始终没有形成精细的相关考虑审查技术的缘由。

我不否认,也许在法律对相关因素规定得很清晰、很明确时,从法律适用的角度进行审查是可以奏效的。但是,对于默示的相关因素的审查,法律适用的审查技术未必能够用得上。所以,我们还得肯定像普通法这样的鉴别是必要的、有益的。那么,接下来我们就必须解决什么样的因素算是强制性的,哪些又算是裁量性的?下面分明示和默示的因素两种情况来分析。

3.2.1 明示的因素

一般来讲,对于法律明示规定的因素,应理解为强制性的。这是因为,法律之所以要作出明确的列举,就是因为这些相关因素对于正确作出行政

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 378. Cf. David Herling, "*Weight in Discretionary Decision-Making*" (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 592.

② Cited from Hilary Delany, op. Cit., p. 64.

③ Cited from Hilary Delany, op. Cit., pp. 64～65.

裁量决定，对于贯彻立法意图都极其重要，都是必须要考虑的。如果不考虑其中一个或几个，将会对行政裁量决定产生完全不同的效果（结果），就会偏离法律想要达到的效果和目标，因此，也就构成违法，将导致行政裁量决定无效和被撤销。①

除非是法律明确规定或者从法律规定的性质上看是允许裁量选择的，比如，因素 A1、A2、A3…之间是可选择的，这时我们才认为这些法定的因素是裁量性考虑因素。既然是可以选择的，那么，假设行政机关没有考虑其中的因素 A1，而是考虑了 A2、A3…，当然也不会，也不应该对裁量决定产生什么影响，除非结果显失公正、极其不合理[在这里，我们再一次领略到实质性不公正的审查（*Wednesbury* 不合理）是合理性审查的最后手段的论述是何等的精辟]。

3.2.2 默示的因素

如果授权法只是规定了一些要考虑的因素，但又不是穷尽的（not exhaustive），允许行政机关根据实际情况灵活掌握，那么，对于那些默示的、推导出来的因素，是不是在所有的案件中都必须考虑？换句话说，在诉讼中，原告指控被告没有考虑一个（些）在授权法上没有列出来的因素，法院又认为与裁量有关，那么，法院应该怎么回应？怎么断定它是强制性因素，还是裁量性因素？更为重要的是，如果没有考虑这个（些）因素，会对行政裁量决定的效力产生什么样的影响？

这个问题很复杂，处理起来也很困难。在普通法上，一般来说，要在整个立法的情境当中，从具体条款规定的内容、范围和目的上去探询。只有当未考虑的因素应该是很明显、而且是必须考虑的因素时，才可以推定其为默示的强制性的（implied mandatory）。或者说，该因素是极其重要的，任何有理性的行政机关都不会忽视之，那么，它就是强制性的。②

但是，在我看来，上述审查技术似乎过于主观和抽象，尤其是倘若缺少

---

① Cf. G. D. S. Taylor, "*Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations*" (1976) *Cambridge Law Journal* 290. 也有学者，比如，马逊（Mason）认为，不是行政决定者应该考虑的每一个因素都能使法院撤销该决定。有的因素可能没有什么意义，不考虑它也不会对决定产生实质性影响。Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 67. 但是，我以为上述观点过于笼统，如果不进一步去对因素的强制性和裁量性做识别和分析的话，那么，像上述这样泛泛而谈，对司法审查有什么实际的指导意义呢？

② Cf. G. D. S. Taylor, op. Cit., p. 328.

判例法的支撑,更易如此。所以,我更倾向主张,尽可能地结合裁量结果的公正合理性来一并衡量。也就是,除非是法院认为那些推定的相关因素是非常重要的,不考虑它们,将会导致行政裁量决定极不合理、不公正,这时才可以考虑撤销行政裁量决定。所以,在这种情况下,判断这些因素到底属于义务性还是裁量性因素,在某种程度上已经转换为对裁量结果的显失公正审查,或者更确切地说,是和显失公正的审查技术发生了胶合,而且,决定权掌握在法院手中。

当然,法院在这个问题上也决不会轻易地下结论,更不能任意和专横。为了使上述结论更加客观、更加容易被方方面面所接受,法院必须尽可能地寻找和论证这些因素与授权法之间的合理连接,特别是要考虑行政裁量决定是否极其不公正、不合理。比如,对某企业超经营范围进口、销售矽钢片,如果不考虑该企业是按照省政府的指示经销矽钢片,也不考虑当时外贸体制改革发展中允许这种尝试,硬要企业一家承担全部责任,显然就有失公正。如果在法院看来,行政裁量决定极其不公正、极其不合理主要是由于没有考虑某种(些)因素的话,那么,就可以认定该因素是强制性的。

3.3 纯粹是权重问题

3.3.1 可不可以审查?

如果行政机关对于所有相关因素 A1,A2,A3…都已经考虑(实际上是意识到)了,但因为权重的原因,比如过分地强调,或者过分地忽视其中的 A2 或 A3,造成各个因素对裁量者心理产生的影响非常不一样,进而反映到裁量效果上可能会有很大的差别,比如极可能出现大相径庭的裁量结果 R1、R2。那么,法院能不能对上述过程和结果进行干预呢?

豪福曼法官(Lord Hoffmann)在 *Tesco Stores Ltd v. Secretary of State for the Environment* 案中曾表达过这样的见解,就是把行政裁量决定的过程分成两个部分(阶段):一个是对于有没有考虑相关因素,法院可以进行审查。另一个是对于各个相关因素之间实际上如何进行衡量和权重,法院不能审查。甚至是,即使行政机关对其中某个(些)因素根本没给任何的权重,法院也不能过问。[①]

---

① Cf. David Herling, "*Weight in Discretionary Decision-making*"(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 586.

这种“两阶(段)”观点大体上讲还是不错的,因为它比较注意将法院克制在宪政秩序之下其应该扮演的角色之上,比较现实地考虑到了司法审查的可行性。其中的道理有二:

一方面,我们知道,分权原则在合法性(legality)和具体个案中行使行政权力的谨慎性(the prudence of its exercise in particular circumstances)之间划出了一道界限。在前一合法性范畴中,行政权力的行使必须符合一定的观念,法院可以凭借其宪法能力和实际能力进行审查。因为是否考虑相关因素,实际上可以看作是管辖问题,也是传统上法院所擅长处理的法律问题。但是,在后一个范畴中,一般说来,因为这涉及政策内容或行政裁量的自治领域,法院不愿意去干预,通常也是法院宪法权能所不及,需要留给行政机关自己去判断、衡量,法院不干预。①

如果法院去干预了,那么,意味着法院事实上控制着、操纵着行政机关对所有相关因素的反应(the courts will in fact control the decision-maker's reaction to all the factors),因而不适当地介入行政决定的优劣(merits)问题上去了。②因此,各个相关因素的权重问题,可以看作是行政裁量权的一个固有内涵,是一种由行政机关自我把握和抉择的自由。从这个意义上说,当法院追踪到行政机关开始权重相关因素的时候,法院的审查使命也就基本终结了(除非行政决定的结果极其不合理,或者显失公正)。

另一方面,尽管从语义学和立法授权的愿望上讲,对某种因素考虑了(consideration, take into account),自然应该是对裁量者的心理产生了一定的影响,而不应该仅仅是意识(aware)或者知道某种因素的存在。③所以,法院对相关考虑的审查,似乎也应该深入权重过程之中,去仔细地调查上述因素究竟有没有对裁量者产生实际的影响,特别是对裁量效果是不是真正发挥了应有的作用。但是,如果真要法院对上述权衡过程进行审查的话,不说是“难于上青天”,也是极其困难的。

因为你很难精确地、令人信服地计算出每个相关因素对结果的产生到

---

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., pp. 5.37～5.38.

② Cf. David Herling, “*Weight in Discretionary Decision-making*”(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 584～585.

③ Cf. David Herling, “*Weight in Discretionary Decision-Making*”(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 586.

底要占有多大的分量,你不能要求行政机关必须对 A1 要给予 70%的权重,对 A2 要给予 10%的权重,这也不是法院在其所处的宪政角色上可以做到的,要做也只能是由立法机关来做。因此,尽管从理论上讲,既然法律已经明确规定了相关因素,行政机关就不仅要考虑之,还必须将其适当地体现在决定当中。但是,行政机关要是实际上没有给予足够的权重分量的话,法院也说不出来什么。就像文德尔法官(Windeyer J.)指出的,如果(行政机关)已经适当地考虑了某些因素,法院也就不大可能说,(行政机关)对某个因素考虑过多了,或者不应该过多地考虑其他因素。①

可能有人会提出,法院也擅长对各种证据的证明力大小(the weighing of evidence)进行判断,那么,为什么不能借此对各个相关因素在决定中的影响力大小(the weighing of relevant factor)进行判断呢?这实际上是完全不同的问题。前者是对事实问题的认定。而根据证据判明事实,是作出判决的前提。但在后者中,对相关因素影响力大小的选择,实际上是对行政裁量决定的选择。这需要丰富的行政经验,需要谙熟行政政策,甚至还有可能要对结果作出政治判断,而所有这些都是法院所缺少的。

但是,上述豪福曼法官(Lord Hoffmann)的那种权重问题绝对不受法院干预的看法,似乎也过于绝对,因而受到了学者的批判。②在我看来,至少从以下四方面看,对权重问题绝对不干预的观点也应该扬弃。

第一,假如法院对权重问题一点不干预的话,行政机关对相关因素的考虑,很可能会变成只是意识到(aware)某种相关因素的存在,或者说,只是形式上考虑,却根本没有给予任何的权重,没有给予实质性考虑。③假如这也可以被法院容忍的话,那么,相关考虑和没有考虑相关因素之间的界限就模糊了,无法分开了。特别是对法定的相关因素也采取这种"蜻蜓点水"、甚至是"水"都没点到的态度,似乎与没有考虑法定相关因素之间就没有什么本质

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 66, note 81.

② Cf. David Herling, "*Weight in Discretionary Decision-Making*"(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 583～604.

③ 这种现象决不是理论上的臆造,而是在我们平时执法中的的确确会发生的。在我们接触到的有些案件中,有些执法人员就对当事人宣称考虑过某某因素了(考不考虑该因素对当事人的处理结果影响很大),而且我们不敢否认,执法人员可能或者事实上的确是考虑过了,但是,在处理结果上根本就反映不出有丝毫的影响力,或者说,上述因素对结果的斟酌上不产生任何的分量。处理结果对当事人极其不利。

上的差别。既然如此，在司法上的后果为什么要厚此薄彼，相差万里呢？

第二，更为重要的是，如果行政裁量决定已经超出了人们通常公平合理观念所能容忍的限度，变得极其不合理、极其不公正，甚至到了荒谬的程度，对此法院仍然麻木不仁，采取“鸵鸟政策”，似乎也有悖于法院在宪政秩序下所应起到的制度角色作用。

第三，换个角度去认识，立法机关之所以在法律中明确规定相关因素，就是为了实现立法目的。如果不适当地权衡相关因素，导致结果极其不公正、不合理，那么，也就背离了上述立法目的，因此，也属于一种目的不适当。从这个意义上讲，即使我们不用不相关考虑的审查标准，也完全可以用目的不适当的标准进行审查。所以，把这种情况纳入司法审查的范畴是说得过去、站得住脚的。

第四，从实证的角度看，英国、新西兰、澳大利亚法院近年来的一些判案已经显示出在对相关考虑的审查中有进一步延伸至对某些权重问题一并审查的动向。[①]

3.3.2 怎么审查？

在新西兰和澳大利亚，一般是法院发现了，行政机关只是意识到或者知道某种因素的存在，实际上没有考虑，没有给予任何的权重时，法院才对权重问题进行干预。[②]其审查的路数，是尽量将权重问题拉向未考虑相关因素，从而为法院的干预寻求正当性理由。这在审查的技术上也不是完全不可行。因为在某种程度上，法院的确可以从行政机关的说明理由中，发现行政机关有无实际上未权重(effectively no weight)。

但是，在我看来，在很多情况下，这是很困难的。因为行政机关对相关因素的权重往往不是分别“打分”汇总，而是“一篮子”综合权衡。如果行政机关说已经考虑过了，法院又能说出什么呢？所以，一般法院还很难仅仅凭自己的主观判断，或者原告的控诉来确认上述事实的存在，除非事实非常明显，行政机关又不能给出合理的解释。

在英国，不少法官像凯斯(Lord Keith)一样更倾向于把权重问题放在不合理(unreasonableness)的平台上来审查，也就是，如果存在着 *Wednesbury*

① Cf. G. D. S. Taylor, op. Cit., p. 332.

② Cf. G. D. S. Taylor, op. Cit., p. 333.

意义上的不合理,那么,法院就可以对权重问题进行干预。[①]

我以为,对权重过程是否合理的审查,不太可能撇开裁量结果的公正与否而泛泛谈之,或抽象论之。所以,最好的审查方法还是从裁量的结果着手。只有当结果极不合理,极其不公正时,法院才有可能较为客观地断定行政机关在对各个因素的权重上可能存在着严重的缺陷(失),进而为法院的干预打开合法的大门。这样一来,实际上是把所有问题简单化了。更为重要的是,把法院的角色也始终锁定在公正的维护者上,锁定在法院在宪政秩序下始终应该扮演的角色上。

那么,在我国的行政诉讼结构之中怎么进行上述审查呢?我以为,在审判的依据上,行政诉讼上的"滥用职权"标准当然适用。但是,在我看来,为了使上述审查在实在法上能够具有更加贴切的依据,似乎很有必要进一步扩大行政诉讼上的显失公正(明显不当)适用范围,将该标准改造成类似于普通法上狭义的不合理,从显失公正(明显不当)的行政处罚跨越到了显失公正(明显不当)的所有行政裁量决定。关于这个问题,我下面还会专门谈到。

可能有人会反驳说,这样一来,审判依据不就重叠而且有些画蛇添足了吗?其实,对行政裁量的审查标准之间本身就有某种程度的重合问题,比如不适当目的和不相关考虑之间有的时候就很难区分。正因为此,在审判依据上出现一定的重合现象也就不足为奇了。更为重要的是,"滥用职权"和"显失公正"(明显不当)之间毕竟还是有各自的解决问题的侧重点和不同的审查视角,所以,能够给法院提供更多的审查"利器",在干预行政裁量滥用问题上更加游刃有余。

而且,因为恪守分权的缘故,对上述权重导致极其不合理、极其不公正的情况,即使法院去干预,也只是将上述不合理的行政裁量决定撤销,而不采用变更判决,避免用法院对权重问题的看法来代替行政机关的判断。

4. 考虑资源状态的妥当性之考究

4.1 行政机关在作出行政裁量决定时能不能考虑其经费或人力等资源状况?

行政权的行使无疑必须建立在财政、人力等资源的支撑之上。就像皮

---

① Cf. David Herling, "*Weight in Discretionary Decision-Making*"(1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 586.

尔斯(R. Pierce)敏锐地观察到的那样,在可预见的将来,行政机关履行法定职责所必需的资源将会不断减少。立法机关几乎不太可能把行政机关的法定职责减少到这样的程度,也就是赋予其职责和履行这些职责所需要的资源之间达到大致相当的比例(It is highly unlikely that Congress will reduce the statutory responsibilities of agencies to the extent necessary to create even a rough proportionality between the responsibilities assigned to agencies and the resources available to fulfill those responsibilities.)。[①]这就不可避免地出现一种矛盾,就像一句俗话说的,"既要马儿跑,又要马儿不吃草"。除非国家财政等状况能够得到不断改善,对行政机关的资源保障能够逐渐增加,或者从立法上能够采取相应的对策,比如,考虑用成本更低的措施取而代之,否则的话,随着时间的推进和立法的不断增加,这样的矛盾甚至有可能会像"剪刀差"那样越拉越大。[②]这种现象在西方国家和我国都存在,只是程度有所不同。

就我国目前的情况看,行政机关的确普遍面临着经费不能得到充分保障、一线执法力量短缺、执法任务较重,而且面临着严格的财经制度、不允许随意挪用财政拨款的制约,这已成为一个基本的事实。

在这种情况下,行政机关在行使自由裁量权的时候,很自然地会在大量涌来的行政任务或案件之间进行权衡,哪些需要优先解决,哪些可以暂时放一放?即便是在对个案的处理之中,也会进行成本核算。如果成本过高,超出本机关财政等资源的承受能力,那么,就很可能出现一些"情不得已"的症状反应:[③]

一是削减公共服务的项目和内容;

二是采取不作为、迟延履行法定职责或者"粗线条"执法的态度,比如,因为拿不出差旅费或者没有人手,有些涉及要去外地调查的案件就"挂

---

① Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 64.

② 关于这方面的探讨, Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 65~70.

③ 更有甚者,在个别情况下还用经费不足、人手不够为借口,为其不行使裁量权开脱责任。当然,这比较好解决,因为是事实问题,只要查证不存在上述资源短缺情况,行政机关也就难逃其咎。在本文中,我不打算讨论像这样的无法原谅的违法,而主要是探讨那些的确是因为资源短缺而造成的"情不得已"的违法。

起来”。

三是为了创收、改善本单位的福利待遇,特别是解决那些不“吃皇粮”的工作人员的工资问题,就违法地积极作为。比较典型的例子就是,尽管有关法律三令五申强调“收支两条线”“禁止罚没款返还”“许可原则上不收费”,但是,在个别地方却仍然我行我素,置若罔闻。①

从外在表现上看,毫无疑问,行政机关是一种不作为或“违规”作为,是不适当行使裁量权,是违法了,但是,要想从司法上得出这样的结论,不那么简单。

以美国为例,美国法官在这个问题上就多有分歧。有些法官承认,严重的资源限制会对行政机关的活动产生负面影响,因此,他们就放松掌握或重新构建对这种情况下的行政行为的司法审查原则,实行“软审查”(soft look);有些法官则认为,法院在适用和形成行政法原则的过程中考虑行政机关的资源限制是不适宜的。用波斯纳(R. Posner)的话讲,就是“(行政机关)人手不够,不是违反行政法的理由”(understaffing is not a defense to a violation of administrative law),也就是持“硬审查”(hard look)姿态。②

的确,单单从法律意义上讲,对经费、人力资源的考虑在法律上几乎找不到依据,换句话说,这根本不是法定的相关考虑因素。因为法律总是在人为拟制的理想状态下制定的,在那里,资源的配给总是充分的。但是,法律在实际运用和执行中,又不可能不碰到上述资源的制约问题。“巧妇”尚且“难为无米之炊”,更何况行政机关?面对着稀缺的可支配资源,行政机关能够不“量力而行”“量体裁衣”?因此,我们根本无法对资源短缺的现实及其对行政执法的内在影响视而不见,像波斯纳那样一味地强调法治的实现。

但是,要是我们完全承认这种现实呢,实际上就认可了行政机关可以不依法行政,就有可能损害已经建立起来的行政侵权责任制度,也不利于积极督促行政机关恪尽职守、积极争取和创造条件去完成立法机关赋予其的执法任务。因此,我们处在两难的境地。怎样让法治之舟走出这片沼泽之

---

① 记得在行政处罚法公布之后,我到外地讲课,有的学员就告诉我,市财政根本解决不了他们单位的经费和开支,其中很大部分要靠罚没款返还,市里的红头文件也允许他们这么做。因此,他断言,禁止罚没款返还在他们那里根本行不通。

② Cf. And Cited from Richard J. Pierce, “*Judicial Review of Agency in A Period of Diminishing Agency Resources*”(1997) 49 *Administrative Law Review* 63.

地呢？

首先让我们先分析一下，假设我们在司法上采取强硬的态度，不认可上述资源状况是合理的、可以考虑的相关因素，甚至不认可其是可以宽恕的辩解理由，进而要求行政机关无论如何必须作为，而且必须是限期作为，会产生什么样的结果呢？

第一，尽管我们知道行政审判的态度和规则，的确能够调动行政机关在为完成其行为或任务问题上的资源分配布局。比如，对于某种行为（如听证），如果不去实施，明显会招致法院的否定性判决（撤销行政决定），那么，行政机关就会努力调动其各方面的资源去实施它，但是，这是以行政机关有足够的资源供其支配为前提的。如果可供行政机关支配的资源是十分短缺的，那么，法院的否定性判决究竟能否发挥出上述作用，显然令人怀疑，至少是发挥的余地会变得很小、很有限。①

第二，或许，也有可能因为被起诉的原因，行政机关会在这些个别的案件中重新分配资源，使这些案件得到较好的解决。但是，就大多数的案件，特别是那些未被诉诸法庭的案件，恐怕仍然是质量不高，或者仍然得不到解决。而且，对于其他那些未起诉的当事人来说，这样的资源调整也未必公平，因为这意味着他们的案件在处理的时间上就会受到影响，会被进一步拖延。

第三，退一步说，假设法院持这样的严格态度，而且个别案件也得到了解决，这反过来又很可能会刺激这类起诉的案件增多。但在一块就这么大的“蛋糕”（资源）上，行政机关的应付也就难免要捉襟见肘，顾此不能顾彼了。结果是不但增加了法院的案件负担，也无助于从根本上促进和解决行

① 这一点可以从美国的 *Environmental Defense Ctr. v. Babbitt* 案得到充分的证实。根据美国《濒危物种法》(*the Endangered Species Act*)的规定，内务部(the Department of Interior (DOI))在接到关于某物种如何归类(算还是不算濒危物种)的请示之后一年内，要作出答复。在该案中，DOI收到一个请示，要求其答复加利福尼亚红腿蛙算不算濒危动物？但DOI因为经费短缺在一年内未置可否。环境保护中心遂提起诉讼，结果DOI同意在1993年11月1日前答复。却没有履行。中心又起诉，DOI同意1994年2月2日答复。可是，届时仍然未答复。中心第三次起诉。地区法院责令DOI必须于1995年9月15日之前答复。但这个判决最后还是被第九巡回法院撤销和修正了。Cf. Richard J. Pierce, “*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*”(1997) 49 *Administrative Law Review* 82～84. 像这样，当事人因其要求始终得不到满足而一再诉讼，法院的判决也一而再，再而三地得不到执行，至少说明即便法院态度强硬，对资源短缺的行政机关仍然奈何不得，而且，反过来还会对司法权威造成消极的损害。

政机关提高行政裁量的质量问题。[①]

第四,还有可能因为法院接连不断地对行政机关执法质量不高的批评性评价,"亮黄牌",引起公众舆论、立法机关等一系列的连锁反应。比如,在法律中进一步明确履行期限,或者加强对责任人员的法律制裁。但是,在因为上述连锁反应而增加社会成本和制度成本的同时,能不能解决问题,却依然打着问号。[②]

第五,如果被告行政机关以资源不足为抗辩理由,从法院的制度角色看,也不太适合于审查行政机关对其自身稀缺资源的分配是否合理。这是因为法院缺少行政专业技术(lack of agency expertise),缺少处理某些变量的能力(lack of ability to deal with certain variables),缺少管辖权。[③]当然,我们也可以把这方面的举证责任甩给行政机关,对于行政机关举出有说服力的有关材料,法院也可以认可。[④]但是,法院决不能对行政机关实际分配其资源的行为说三道四,不能指责因为在这一方面的投资太多了,导致了那方面资源不足而出现不作为。

以上种种分析说明,在司法上采取强硬的态度或许是不可行的,非但解决不了问题,反而会将法院拖入难堪尴尬的境地。换个角度去看,是不是也可以理解为,现行的司法审查规则存在着某种不适应,需要做适当的修补?所以,我们必须从司法审查的规则构造上,从具体制度的构建上,去思考怎样巧妙而又体面地将法院从可能面临的尴尬之中解脱出来,而又不有损于法治精神。

---

① Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 86。

② 美国的经验就表明了这一点,尽管在《情报自由法》(*the Freedom of Information Act*)、《清洁空气法》(*the Clean Air Act*)和《濒危物种法》(*the Endangered Species Act*)中为制止行政机关拖延、不作为而不断增加更多的明确期限之规定,但由于资源的匮乏,行政机关也只能"情不得已"地屡屡"犯戒"。有关这方面的探讨,Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 77~84.

③ Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 93, especially note 177.

④ 就像美国 *Open America v. Watergate Special Prosecution Force* 案中,议会估算所有行政机关执行《情报自由法》的每年成本是$1000,000,但在法院阐述对该案的判案理由之时,光联邦情报调查局每年执行《情报自由法》的成本就高达$2,675,000,所以,资源之匮乏,以及对不作为的直接因果关系也就显而易见 Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 80.

在这方面，可供考虑的司法技术是多方面的、非常复杂的。当然，有些甚至是司法根本解决不了，必须由立法来解决。[①]在这里，我不想过多地分析司法上可能出现的各种反应及其妥当性，这方面的工作将留到对“对裁量权的不适当拘束”问题的探讨时解决，我只想结合本文探讨的主题，思考、总结、归纳用相关考虑的审查技术能够为我们解决什么样的问题？怎么解决？

假如说，在满足一定的条件下，我们可以把资源状况认可为一种合理的相关考虑因素，就能够将法院从上述尴尬之中解救出来。那么，资源状况算不算相关因素呢？我很同意史密斯(de Smith)等人的观点，我们很难抽象地说对经费、人力等资源的考虑是不是作出某个特定的行政决定时要考虑的相关因素，这完全取决于权力的性质，行使权力的情境(context)，[②]以及这些资源因素与裁量权之间内在关联性的紧密程度。因此，我们需要具体情况，具体分析。

对于公共服务项目的削减，假如其必须直接依赖于财政收支状况，并且以财政支付为基本内容，那么，在行政审判上就莫不如直接认可，财政收支状况是一种相关考虑因素，可以成为削减该项目的正当性理由。这样的审判技术在英国的法院中已经得到运用。比如，在 *R v. Gloucestershire County Council, ex p Barry* 案中，英国上议院在判决中认为，市政当局在决定向老年人提供社会服务方面，可以考虑其收支情况。当可供其分配的资金减少时，它可以取消一些已经提供给老年人的服务(项目)。[③]

尽管这种技术的确是可以考虑，而且，也十分有效，但是，毕竟其适用的面太窄。在我看来，假如在个案的审理中，行政机关能够证明其不作为的确是因为资源缺乏的缘故，那么，法院是不是可以考虑把资源分配问题看作是一种政策？因为对于偌大的一个行政机关来讲，不可能承担不起一个个案的经费，否则行政机关就该关门了。但是，对个案的资源支出，涉及有限的

---

① 像上述第三种反应症状，尽管我们可以通过各种文件禁止，三令五申，不能基于创收、改善行政执法人员待遇等目的，任意收费；也不得因为行政机关自身经费不足，拒绝退还其多收相对人费用(税)，司法上也可以作出否定性判决，但是，在国家(地方)财政上能够彻底解决经费问题之前，乱收费现象，仍然极有可能会像没有去根的野草那样，“野火烧不尽，春风吹又生”。所以，我的看法是，考虑到目前地方财政的确不能充分保证行政机关的需要，为救一时之困，解燃眉之急，可以考虑在正在草拟之中的《行政收费法》中规定适当的、合理的收费项目以及额度。

② Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 351.

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 5. 40.

资源究竟怎么分配,对哪些问题(案件)应该优先得到资源支持,哪些可以暂等问题,这实际上是行政机关的一种政策,要由行政机关按照现阶段各项行政任务的轻重缓急来决定。法院对此一般不干预。

4.2 行政机关做出行政裁量决定时要不要考虑相对人的经济状况?

原则上讲,相对人的经济状况不能成为作出行政裁量决定的考虑因素,除非法律对此有明确规定。因此,我们不允许执法人员在作出行政罚款决定时,因为怕日后难以执行,就以相对人身上有多少钱作为考虑因素,有多少钱就罚多少钱。执法人员应当严格根据法律规定来实施处罚。至于以后可能会出现的"执行难""执行不了"的问题,那是当前行政强制执行制度不太完善的结果,应当由立法来尽快解决。①

除非这样作出的裁量决定会对相对人的基本生活造成巨大的困难(extreme hardship),出于人道主义,才可以允许将上述事项列为相关因素,成为合理推理的必不可少的基础。

5. 考虑行政政策的妥当性之考究

5.1 为什么可以考虑行政政策?

行政机关在作出裁量决定时,除了要考虑法律上的规定以外,为什么还要考虑相关的政策?而且,有的时候还必须适用这些政策呢?

这实际上又回到了政策与法律之间的相互关系问题上。这在我们的法理教材中已经有了很多的论述。一般来讲,由于政策有助于理解和执行有关法律规定、推进法律目的的实现,恰当地反映出特定阶段行政执法工作的重心和社会需求,甚至一项政策如果长期执行,还很可能会凝固下来,变成类似于法律规则那样的规范。②

哈尔森(C. Hilson)进一步详细分析了政策的种种好处,概而言之,就是对于推进行政裁量决定的一致性(consistency)、公正性(fairness)和稳定性

① 关于这方面的探讨,参见余凌云:《对行政强制执行理论的再思考》,载《中国人民大学学报》,1998(4)。

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh, 1997, p. 5.24.

(certainty)都大有裨益。而且,有助于有效地实现行政机关确定的目标。[①]澳德法官(Auld)甚至说:"假使没有一个政策,那么,差不多就可以说成是非理性的"(It might well be irrational not to have one)。[②]因此,行政机关在行使裁量权时很自然地会考虑和适用相关的政策。

另外,从行政裁量的再构造角度来说,政策实际上是从经验律的角度,对实践中经常碰到的情形及其反应抽象上升为一种规则,是对有关行政裁量行使的法律规定的进一步细微化的经验构造,是指导将来行政机关在遇到同样情况的个案中如何作出应对的指南。因此,尽管行政裁量从其本意上讲具有多种行为选择的可能性,仍然有可能也有必要在其结构之中根据经验,设定一些相对固定的反应行为模式和机制。[③]如果在同样情境再现的时候,行政机关没有作出与以往同样的反应,从某种意义上讲,实际上就变成了任意和专横,而不是理性的裁量。从这个意义上去理解,政策作为相对固定的反应行为模式和机制,的确可以成为行政裁量决定的相关考虑因素,甚至是极其重要的考虑因素和衡量尺度。

上述观点如果换一个角度去考察,实际上也可以看成是平等对待原则在行政裁量结构与运行之中的具体体现和要求。在出现同样情况的个案时,对于同样落入这些政策射程范围的相对人,以往的经验当然还应该再现,行政机关当然还应该选择同样的政策作出应对。从而真正做到,"本质相同的案件,同等处理;本质相异的案件,不同处理"。

另外,从相对人对政策的合法预期(legitimate expectation)和信赖保护的角度讲,当一项政策已经公布实施,并且对相对人产生了合理的预期时,

---

① Cf. Chris Hilson, "*Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*"(2002) *Public Law* 112~113.

② Cf. Chris Hilson, "*Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*"(2002) *Public Law* 114.

③ 比如,《道路交通管理条例》(1988年)第74条(一)项、第77条(五)项和《治安管理处罚条例》(1986年)第27条(九)项中,只是区分酒后驾驶和醉酒驾驶,分别规定不同的处罚。但是,什么情况算是酒后?什么算是醉酒呢?上海市交巡警总队规定,凡每百毫升血液中酒精含量大于0.03克、小于0.05克的酒后驾车违章行为,将处以50元罚款并处吊扣2个月驾驶证,记6分;凡每百毫升血液中酒精含量大于或等于0.05克、小于0.1克的,将处以50元罚款并处吊扣3个月驾驶证,记6分;凡酒精含量大于0.1克的,处以15日以内的治安拘留并处吊扣6个月驾驶证;情节严重的,并处吊扣6个月以上12个月以下驾驶证。这样的政策规定很大程度上应该是以往经验的总结和升华。《上海市今年1月至8月21人死于酒后驾车》,http://www.sina.com.cn 2002年09月11日14:05解放日报,2004年9月1日最后访问。

如果行政机关没有充分的公共利益的理由,还不能够、也不允许轻易地变更上述政策,特别是在针对上述相对人的案件处理上不能够轻易地离开或不考虑上述政策。有关这个问题,我在合法预期保护问题上有比较多的论述。

在我国的行政实践中,还把执行政策作为对抗"人情案""关系案""腐败执法"的一剂良方。为克服当前立法上规定的裁量幅度太大等问题,很多地方和部门都纷纷以规范性文件的形式对行政裁量的行使划出一道道更细的"档次",只允许行政机关执法人员"在一根根明晰的准线上执法"。比如,2004 年 2 月 4 日,金华市公安局在全国率先推出的"行政处罚自由裁量基准制度""对法律规定的行政处罚自由裁量空间,根据过罚相当的原则,并结合本地经济发展和社会治安实际情况,把各种违法行为分割为若干裁量档次,每个档次规定一定的量罚标准,并依据违法者行为的性质、情节、社会危害程度和悔过态度,处以相对固定的处罚种类和量罚幅度。同时,明确从轻或从重处罚的必要条件"。这种实践的好处,拿媒体上的话讲就是,"不仅让民警心中有了谱,也让群众看得明明白白,使监督不再是一句空话。"[①]的确,通过政策勾画出若干细微的、客观的衡量标准,建立起对实践的相对固定的反应模式,能够挤压人为的操作空间,增强行政复议和行政诉讼的审查判断能力,有效地抵制长期困扰行政机关的"人情风"。

但是,我后面还会谈到,我们在肯定上述实践的积极意义的同时,还要警惕防止这样的基准实质性地将裁量空间挤压为零,否则裁量将不复存在,实现个案正义的理想也将破灭。在我看来,最理想的是,由行政政策给出若干执法的基准,并且在每一个基准上给予执法人员一定的裁量幅度,同时,政策也要留有例外。

5.2 可能产生的争议,以及法院的处理

在实践中,可能会产生以下争议:一是相对人认为行政机关应该适用原先的政策,但是,行政机关没有适用;二是相对人认为行政机关在某问题上应该有个政策,但实际上没有。

5.2.1 第一种争议

这种争议的核心实际上是行政机关应不应该坚持原先的政策,应不应该

① 《浙江金华警方削减"行政处罚自由裁量权"》,https://news.sina.com.cn/c/2004-05-31/09473372160.shtml,2004 年 9 月 1 日最后访问。

保护当事人因为原先政策而产生的合法预期？关于这个问题，我在合法预期的保护中将做详细的讨论。概括地讲，就是，在行政审判中，只要符合以下条件，法院就应该考虑要求行政机关继续适用原来的政策，或者满足相对人要求行政机关继续适用的诉讼请求：第一，相同情况的再现，并且在已有政策中已经建立了相对应的行为机制，所以，从平等对待原则上讲，应该作出同样的反应；第二，行政机关的先前政策已经对特定的相对人产生了合法预期；第三，行政机关没有充分的公共利益理由不适用原先的政策。

为了保证上述要求落到实处，我们在行政程序上还应该进一步要求，如果行政机关在作出裁量决定时没有考虑有关的政策，那么，它必须向相对人说明理由，必须向相对人解释清楚他的情况属于政策的例外，不适用上述政策。[①]或者是因为原先政策赖以成立的情境和基础已经消失，尤其是因为公共利益的要求，行政机关必须从现在手头的这个案件开始，重新考虑政策的选择问题。

如果行政机关忽视了上述程序，在行政审判上，可以考虑对上述程序的治愈问题。也就是在被告答辩之中要求回答上述问题，作为对行政程序瑕疵的治疗。如果被告的解释是合理、充分的，那么，可以判决维持原行政裁量决定。如果被告不能给出合理的解释，或者拒绝解释，那么，可以推定被告背弃原先政策不具有合理的理由或者理由不充分，不但违反了原告的合法预期，也没有考虑相关因素，应当判决撤销。

5.2.2　第二种争议

对于后一种争议，也就是现实中对某种裁量权的行使缺少政策指导，然而，相对人却认为行政机关应该有一个政策。那么，法院对此应该持什么样的态度和反应呢？在这个问题上有争议。

一种观点认为，对于法院应不应该要求或劝导行政机关制定更多的政策，应持审慎的态度。因为司法不太适合判断有关这方面正反意见的正确性或妥当性，不好断然下出结论：究竟是应该增加在特定领域的政策规则呢，还是别的什么？[②]

还有一种观点认为，尽管法院不适宜对特定领域的政策的确定性程度(degree of specificity)说三道四，但是，法院可以说，某些重要的行政价值要

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 355.

② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 525.

求在某些决定领域应该有某种政策。换句话说,在特定情况下,假如缺少政策,可能就是不合理的,法院也能够要求行政机关有某种政策。①

从我国的行政诉讼实践看,法院在个案的审理中一般不太会介入到这个比较敏感的问题上,而是认为这是属于行政自治的范畴。但是,如果缺少有关政策实在是不合理的,会给行政审判造成很大的难度,甚至是无法克服的难度时,法院也会不得不有节制地介入。当然,这个问题的解决,一般是通过要求上级法院,特别是最高法院作出明确的司法解释或批复,然后,再引为依据,进行判案。

比较典型的例子就是对不作为案件的审理。由于很多法律缺少履行期限的规定,而且,行政机关有的在政策上规定了具体期限,比如有的对外做了承诺,有的却没有规定。所以,在没有任何期限规定的情况下,判断行政机关有没有不作为,就变得十分困难。最初法院遇到此类情况,多是请示上级法院,有的高级法院在批复中划定了一个期限。后来,最高人民法院在《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39条第1款中明确规定:"公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责,行政机关在接到申请之日起60日内不履行的,公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼,人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的,从其规定。"从而使这个问题得到最终的解决。平心静气地去看,这条司法解释实际上未尝不是代替行政机关制定了一个关于履行法定职责的期限的政策。

当然,这种司法干预和英国不同,它不是要求行政机关自己去制定一个政策,比如要求行政机关制定政策,明确履行的具体期限,而是由法院越俎代疱,直接划定一个期限。这样处理的好处是简单明快,减少扯皮。但是,从宪法上分析,是很成问题的。因为法院实际上代行了行政机关制定政策的权力,甚至是代行了立法机关的立法权。这是其一。其二,60日的期限对于形形色色、姿态万千的行政实践是否都切合实际、非常可行,也不无疑问。尽管为了切合实际、体现灵活性,在上述司法解释的最后还补充规定,如果"法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的,从其规定"。也就是,假如特定行政领域或者事项的办理周期较长,特别

① Cf. Chris Hilson, "*Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*" (2002) *Public Law* 115.

是通常要超过60日，那么，行政机关可以另行规定具体履行期限。但是，在当前立法以及行政机关的执法规范都不太完善的情况下，上述补充究竟能起多大作用，也不无疑问。

那么，我们为什么不能将法院拉回到其宪政角色之中，让法院要求行政机关去确定政策呢？这可能马上会产生一个非常实际的问题，因为没有期限，当事人怎么知道行政机关构成不作为，进而及时地到法院去维护自身的合法权益呢？这个问题比较好解决。在当前落实执法责任制、行政公开制度方兴未艾之际，如果确实缺少期限的规定，对当事人的询问，行政机关也不能给定一个明确的时间的话，当事人可以请求法院要求行政机关给出一个期限。假如在法院的要求下，行政机关制定了这样的政策，那么，如果在具体个案中，行政机关超过了其给定的期限仍然未行为的话，当然就构成不作为。

紧接下来，可能马上会有人反驳：你让行政机关制定政策，给定期限，特别是在争议发生之后，要行政机关去给出应该履行期限，那么，行政机关肯定会给出一个较长的期限，使自己的被诉行为肯定不构成不作为。这样的顾虑不无道理。但是，实际上，从审判的技术上，可以做到“亡羊补牢”。因为法院要求行政机关给出一个政策，从政策的一致性、连贯性上要求，以及平等对待的要求方面来看，行政机关制定的政策应该和以往处理同样案件的情况一样。比如，以往这类案件都是在多长的时间内审结的，那么，这就应该成为期限。所以，行政机关对于其给出的政策、期限，应该用以往的行政实践加以说明，法院也可以要求行政机关说明理由。如果行政机关给出了期限是极其不合理的，缺少以往实践的有效证明，那么，法院仍然可以不理睬，要求行政机关进一步给出合理的期限。

因此，在我看来，采取要求行政机关制定政策的方式似乎要更加妥当。那么，什么情况下法院可以支持这样的诉讼请求呢？我以为，如果满足以下条件，法院可以要求行政机关给出一个政策：第一，缺少政策是极不合理的；第二，缺少政策会造成行政审判的困难，甚至不可能。

总之，对上述问题的追问和思考，实际上是为了丰富不相关考虑审查标准的具体内涵，是为了搭建更加细微的、更具有操作性的标准体系所作出的一种努力，最终的归结点是为了构建和完善我国行政诉讼上的相关审查技术。由于相关考虑在很大程度上决定了行政裁量的推理质量和决定的正确性，因此，我们不仅在执法上要求行政机关在行使裁量权时必须考虑相关因素，还必须

进一步通过行政审判来监督和审查行政机关有没有考虑不相关因素。这对于有效控制行政裁量权的运行方向与结果,最终实现立法目的,极具意义。

法院在审判中,应该根据具体法律的规定、适用原则和目的来判断涉案的某因素是否为相关因素。而且,必须明确,并不是说,只要考虑了不相关因素,就一律导致行政决定的无效和被撤销。只有当不相关考虑对于行政决定的作出具有实质影响的时候,才会导致上述结果。行政机关没有考虑相关因素,对行政决定究竟会产生什么样的影响,关键取决于该相关因素是裁量性的还是强制性的。对于纯粹是权重问题,法院一般不干预,除非这样的权重导致行政裁量决定显失公正。

另外,在当前行政机关普遍面临资源短缺而国家(地方)财政又无法在短期内解决之际,法院应当有条件地允许行政机关考虑这方面的因素,并且,在司法审查的规则构造上,在具体制度的构建上也应该做适当的修补。对于已经使相对人产生合法预期的行政政策,假如没有充分的公共利益的理由,原则上应该考虑继续执行。

六、滥用职权(Ⅲ):显失公正[①]

1. 问题的提出

众所周知,在传统行政法中,因为分权的缘故,法院只对合法性问题进行审查,对行政裁量决定的优劣(merits)问题一般都保持着高度的克制态度,尽可能地维护行政机关对行政裁量的实质性内容之取向上享有高度的自治。也就是只对行政裁量的合法与否作出司法评价,对裁量质量的高低、好坏尽量不发表看法。

但是,法院不应该,事实上也没有完全放弃这块领域。法院的职责决定了其不能对那些尽管外在合法、但显失公正的行政决定不闻不问,放任自流。因为在法院看来,行政决定如果显失公正(极其不合理),就会发生质变,变成实质性违法,进而为法院的干预打开了合法的大门。特别是近年来,在法治和保障人权理念的推动之下,法院更多地、更频繁地介入到这块

① 本部分的主要内容以《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对行政诉讼法第54条(四)的批判性思考》标题发表在《法商研究》,2005(5)。

领域。即使是在这方面持十分保守、慎重态度的英国法院，现在也非常明显地在发展着这方面的审判实践。

然而，这又是一块非常敏感的地带，直接牵涉到法院、行政机关和立法机关之间微妙的分权关系，时时会对法院宪法能力和实际能力提出严峻的挑战。所以，为了尽可能避免打破早已建立好的权力平衡结构，同时，又能有效地、合宪(法)地、最大限度地发挥法院在宪政秩序下的功能，法院必须小心翼翼地去挑选恰当的、力所能及的司法审查标准。

这方面标准的门槛决不能太低，更不可能仅仅是法院不赞成行政机关的观点、就撤销行政决定。[①]否则，就会模糊复议和诉讼之间应有的界限，法院变得更像是上一级行政机关，分权的基础将会被涤荡得一干二净。而且，也远非法院的实际(审查)能力所能及，一个无所不能的法院是根本不存在的。因此，这么一种高标准、严要求，实际上反映了法院仍然不愿意、也不能够(过分)打破司法上反映分权观念的优劣和合法之间的基本划分(legality and merits distinction)。

在普通法上，这方面的尺度基本上都是沿着英国的 *Wednesbury* 不合理开辟的蹊径前行的，比如，澳大利亚在 1977 年的《行政决定(司法审查)法》[*Administrative Decision* (*Judicial Review*) 1977]中也采用了近似的程式；[②]加拿大也是采用了“极其不合理”的审查标准，当然也揉进了一些自己的认识。[③]

在我国，是把司法干预的门槛最初规定在“显失”公正上。《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项规定：“行政处罚显失公正的，可以判决变更。”[④]该条款在行政诉讼上的重要意义体现在，一方面，确认了显失公正是

---

① Cf. Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action—A Comparative Analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, p. 81.

② 该法 Ss. 5(2)g 和 6(2)g 中规定，“权力的行使是如此的不合理，以至任何有理性的人都不会这么行使”(exercise of a power that is so unreasonable that no reasonable person could have exercised the power)。Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 70, especially note 105.

③ 加拿大的“明显不合理”标准是指，行政机关的解释是明显不合理的，不能获得相关立法的理性支撑，需要法院进行干预(Was the board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review)。Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 70, 73.

④ 《行政诉讼法》(2014 年)第 77 条只是在同一意义上改用了另外一个术语“明显不当”，其余不变。

一个独立的司法审查标准;另一方面,更为重要的是,确立了变更判决形式,作为可选择的救济方式,仅适用于显失公正。

上述条款可以看作是一种革命性的,但也是颇具争议的变革。一方面,是因为它在将司法干预的深度延展到对行政处罚的优劣(merits)进行裁判的同时,不可避免地要和分权原则发生剧烈的碰撞;另一方面,是因为它事实上赋予了法院代行行政机关处罚权的权力,将司法干预的能力扩大到一个从宪法上看是极其有争议的领域。

我并不准备抛弃行政诉讼上的"显失公正"术语,而引进上述普通法的概念术语来取而代之,因为我不认为行政诉讼法已经构建起来的审查标准体系,特别是显失公正(明显不当)标准是完全不合时宜的,没有保留的价值。至少从概念术语的清晰度上讲,比普通法上的 *Wednesbury* 不合理要好,易于辨识。①

但是,我关心显失公正的内涵到底是什么?在司法上怎么去把握其中的尺度?然而,这么重要的问题,在行政诉讼法和最高人民法院司法解释中没有进一步的说明。假如这个标准始终缺少着清晰的、明确的结构,那么,必然会造成司法审查上的相当不确定。我们怎么来把握司法干预的深浅和度数呢?当然,我不否认在行政审判中实际上法官还是会创制出若干衡量尺度,我却关心这样的实践尺度是否就是适宜的?

与上述问题密切相关的另一个重要问题是,显失公正标准在行政审判上能不能起到像西方国家上述标准那样的实际作用?或者更确切地说,能不能在我国行政审判的实质性审查标准体系,也就是行政诉讼法规定的"滥用职权"之中起到其应有的作用?是不是能够像上述西方的标准那样,在它们各自的标准体系之中与其他的标准一道,建立起一个周延的、合理的、客观的而又是具有司法操作性的结构体系?如果不能的话,应该怎样改进?

接下来,我将思考为什么变更判决只适用于显失公正的行政处罚,这样的限制是否合理,有没有必要将显失公正的标准进一步扩大适用到其他行政行为上去?最后,我还比较关注,作为显失公正的救济方式的变更判决到

---

① 因为在普通法上,*Wednesbury* 不合理还可以做广义上的理解,是指包括不相关考虑、不适当目的和狭义不合理在内的一个集合体。与这里我们要探讨的显失公正(明显不当)的功能相类似的实际上是狭义上的不合理(以下,我都是在狭义上谈 *Wednesbury* 不合理的)。但却都叫做不合理,或者广、狭义上的不合理,多少会有混淆不清的感觉。

底有多大的合理性，其真正的价值是什么？尤其是随着显失公正标准的进一步扩大适用，变更判决是随之扩大呢？还是要受到更加严格的限制？

2. 对显失公正标准的实务认识及其批判、再构建

那么，什么是显失公正？从法院在行政审判中把握尺度上看，所谓显失公正主要是指行政处罚的幅度明显不公，是“量”上的畸轻畸重，明显地违背了《行政处罚法》(1996 年)第 4 条第 2 款规定的“过罚相当原则”。[①]或者说，就个案中行政违法行为的情节、性质、后果、手段以及社会危害程度来看，行政处罚的力度明显地超出了比例。所以，不管从哪方面说，这个标准显然与程序滥用或违法没有关系，与形式上的越权也没有关系，只是指“量”(实质内容)上的显失公正，(处罚)手段和目的之间的明显不成比例。

这样的理解显然是为解决行政处罚显失公正而构造起来的，具有很强的针对性和目的性。但是，假如我们想进一步把显失公正的标准扩大适用到其他行政行为之上，而且，这样做也十分必要(关于这个问题，我下面将会专门分析)，那么，上述理解显然就有问题。因为显失公正在其他行政行为上不见得只表现在“量”上的明显失当，可能还会表现为其他的形态。即便是行政处罚，显失公正难道就不会有其他的表现“症状”，比如违反形式上的平等？所以，我们必须去继续挖掘隐藏在显失公正之中的更加丰富的内涵。

可供我们考虑的延展路径，一个当然是继续拓展上述行政审判实务中已经显露出来的某种比例的思想。另外，如果单纯从理论和逻辑上去分析，(显失)公正可以具有程序(procedural)、实质(substantive)和形式(formal)三方面的意义。[②]这也为我们提供了进一步思考的方向。但是，上述各个方向延展的实际效果如何，很值得放到行政裁量的实质性审查标准结构之中，甚至是放到整个行政诉讼的审查标准体系之中去仔细推敲和考究。

2.1 路径(Ⅰ)：比例原则

上述从行政审判中透露出来的实务观点实际上和大陆法的比例原则有

---

① 《行政处罚法》(1996 年)第 4 条第 2 款规定：“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。”《行政处罚法》(2021 年)改为第 5 条第 2 款，内容不变。

② Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford. Clarendon Press, 1992, pp. 152～153.

着某种程度的吻合,多多少少体现出了其中的妥当性和必要性观念,但又因为缺少法益相称性的思想,所以,不具有比例原则所具有的所有内涵。那么,我们是不是再前进一步,干脆用比例原则来取代显失公正呢?当然,我讲的是内涵,而不是术语。也就是能不能将显失公正的"皮囊"拉大,盛入比例原则的基本内容?

毫无疑问,从德国、法国,特别是欧共体法院的经验看,比例原则是可以用来审查行政裁量的实质内容的优劣的。从某种意义上说,正像我国上述行政审判所揭示的那样,如果行政处罚的结果与违法程度之间显然不合比例,尤其是对当事人造成的侵害明显比公共利益的受益要大得多,这种不合比例当然也可以说成是一种显失公正。

我国法院也尝试着从这个路径引入比例原则。在"黑龙江省哈尔滨市规划局诉黑龙江汇丰实业发展有限公司行政处罚纠纷案"中,[①]一审和二审法院都是把比例原则作为《行政诉讼法》(1989年)第54条第(四)项显失公正的一个内涵,或者主要内涵来把握的。

在一审中,黑龙江省高级人民法院经过审理认为:"汇丰公司现已建成的面积为9964平方米的9层楼房,部分是违反建设工程规划许可的建筑,部分是未取得规划许可的建筑,应认定是违反《中华人民共和国城市规划法》的建设行为,应予处罚。……被告确定了以中央大街保护建筑'外文书店'为影响中央大街景观的参照标准,就应以汇丰公司建筑物遮挡该书店多少,就决定拆除多少是正确的。经勘验,被告所做的处罚拆除面积超过遮挡面积,故对汇丰公司的违建行为处罚显失公正。……被告规划局在1994年11月28日下达哈规土罚字(1994)第002号行政处罚决定时,汇丰公司建楼已达7层半。1996年3月5日下达停工通知书时,该建筑已主体完工并开始装修。规划局没有依法履行职责,造成既成事实,给处理增加了难度。鉴于该案原告汇丰公司建楼系违法建筑,被告处罚显失公正,对规划局具体行政行为应予变更。"就是说,哈尔滨市规划局完全可以采用与参照标准(外文书店)相应的处罚程度,来达到其所追求的法律目的。但是,被告所做的处罚拆除面积超过了遮挡面积。这就显失公正了,其实质是违反了必要性原则的要求,没有采取对原告损害最小的行政处罚。

① 参见最高人民法院(1999)行终字第20号行政判决书。

在二审判决中，最高人民法院除了支持上述观点之外，还进一步指出："规划局所作的处罚决定应针对影响的程度，责令汇丰公司采取相应的改正措施，既要保证行政管理目标的实现，又要兼顾保护相对人的权益，应以达到行政执法目的和目标为限……"从中，法益相称性的思想跃然纸上。而且，法院采取的也是类似于荷兹(K. Hesse)所建议的可行性协调原则，在拆除违章建筑中，既实现行政机关的执法目的，"不遮挡中央大街保护建筑新华书店(原外文书店)顶部"，又不让当事人付出过多的代价，从而达到双赢的效果。

这几乎是我国第一次在司法判决中明确地表达比例原则的思想。而且，最高人民法院将该案的判决书作为典型案例向社会公布，尽管这是最高法院推进"审判公开"的一个举措，但是，其用意可能更包含了通过这种方式，为下级法院今后处理同类案件时，提供一种极具倾向性的"指导"思路。同时也是在向社会公众，特别是行政机关明确地"暗示"了司法机关审理有关行政自由裁量权案件时，对法律适用、诉讼结果的倾向性预测和态度。[①]其积极意义是不言而喻的。

但是，这样的处理路数，有着强烈的实用主义色彩，也就是法院不太可能在没有明确法律依据的情况下，唐突地将比例原则直接引入法院的判决之中。法院必须在现有的行政诉讼法结构与规定之中寻找比例原则的栖息之地，否则将使审判失去现实法律依据。但是，在我看来，这样的引入是不理想的。

公正的概念尽管无法精确地定义，人们在脑海中仍然还是形成了某种基本的观念和认知模式，还是会在某些情况下，不能接受比例原则和显失公正之间是一种完全的等同关系，或者说，只是一种概念上或者语义上的游戏。比如，警察向醉酒驾车强闯检查线之后逃逸的当事人开枪，显然(开枪)手段对于目的是不必要的，或者不妥当的，[②]如果硬要把这种违反比例的情形说成是显失公正，似乎有些牵强，似乎不太符合人们已经形成的对公正意义的认同，尽管是模糊的、抽象的认同。所以，显失公正的"皮囊"还是不太

① 虽然在我国司法机关没有"遵循先例"的制度，严格地说，先前的判例对后来的审判不具有约束力，但实践中最高法院的"指导性意见"(可能通过各种方式作出，公布典型案例就是其中一种)，对下级法院在处理同类案件是具有极强的导向性作用。

② 余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》，2002(2)。

适合装入比例原则,“旧瓶”装不下所有的“新酒”。

当然,这还不是问题的要害。正如我在前面表述过的,我不太赞成仅仅从司法审查的技术层面,从丰富合理性原则的内涵上来引入比例原则,这会降低比例原则原本应有的更高的价值。所以,我的看法是,在保留“滥用职权”标准(也就是合理性原则在行政诉讼上体现出来的相对应的审查技术)的基本结构之下,平行地引进比例原则。“显失公正”与不相关考虑、不适当目的以及对裁量权的不适当拘束一道,构成了“滥用职权”的基本结构。

作为彼此独立、共栖共存的审查标准,比例原则和滥用职权彼此之间应该具有各自独特的审查视角和功能。前者主要是从目的和手段之间的关系去考察妥当性、必要性和法益相称性问题,后者更多的是关注行政行为的过程(process)和内容(substance),包括有没有考虑不相关因素,追求不适当目的、不恰当拘束裁量权,或者是不是显失公正。正因如此,尽管比例原则和滥用职权在某些方面的审判效果上会出现重叠,但是,保留各自作为独立的司法审查标准仍然是有价值的,能够为法官提供多方面、多角度的审查“利器”。也正是基于这样的认识,显失公正的内在结构也应该尽可能地与比例原则之间保持一定的距离和不同。这也就很自然要否定上述向比例原则进一步演变的路径。

甚至随着比例原则在立法和行政审判上的引入,上述行政审判上已经建立起来的、具有比较明显的比例要素的显失公正构造,会因为能够完全被吸纳到比例原则之中,而不得不彻底放弃。其结果将是,上述在行政审判基础上形成的显失公正内涵将被完全抽空。这更加剧了探寻和构建新的显失公正结构的迫切性。

当然,话又说回来,假如在近期内立法上还暂时做不到把比例原则确立成行政法的一个基本原则,并且,在行政审判上能够发展出相应的审查结构与技术,那么,我也不反对暂且在显失公正之中保留着上述已有的某种比例的元素。

2.2 路径(Ⅱ):程序公正

在普通法上,公正的观念很大程度上是和程序联系在一起的,表现为程序意义上的公正。特别是在新西兰、澳大利亚和加拿大的行政法上,对程序公正的探讨更加细致入微,表现出极大的热情。

程序公正又是和普通法上的自然正义(natural justice)的观念密切联系

在一起的。莫利斯法官(Lord Morris)就说过,“自然正义只是公正在司法上的放大”(natural justice is but fairness writ large and juridically)。在这个意义上,公正被表述为公正行事的义务(duty to act fairly),或者公正行事原则(principle of fair play in action)。最初,这只是自然正义要求的另一种新的描述。后来,公正原则(the fairness principle)与合法预期观念(the concept of the legitimate expectation)一起发展成为英国行政法的基本支流(fundamental ramifications)。[①]

但是,我们有没有必要把显失公正往程序意义上拓展呢?似乎没有必要。理由是:第一,从《行政诉讼法》(1989年)第54条第(二)项第3目之规定,及其与第54条的第(四)项之间的关系看,显失公正显然没有必要包含程序上的不公正,最好是将程序上的问题都放到第54条第(二)项第3目上来解决。[②]第二,程序性审查(程序违法)、形式合法性审查(越权,形式违法)和实质性审查(滥用职权,实质违法)一道构成了司法审查的基本结构,形成了三类最基本的审查模型板块。显失公正只是实质性审查之下的一个支流,没有必要流淌到程序性审查的“河床”之中。第三,从普通法的经验看,*Wednesbury* 不合理,即便是在广义上,也是不包括程序上的问题的。

2.3 路径(Ⅲ):实质公正

2.3.1 新西兰的一个新的理论动向

那么,实质公正(substantive fairness)是不是一个司法审查的标准,是什么样的审查标准呢?这是新西兰行政法近来出现的一个新的理论争点和理论动向,存在着两种论说。

一种论说是新西兰上诉法院院长库克法官(Cooke P.)主张的,这是一种独立的审查标准。他在 *Thames Valley Electricity Supply Board v. NZFP Pulp and Paper Ltd.* 案中指出,实质公正渐渐变为但还未等同于不合理(shading into but not identical with unreasonableness)。他还描述了一种要用实质公正来审查的具体情境,即行政机关的程序和决定如果分别审查的话,都没有问题,但是,如果将两者合在一块,就会发现很成问题,会发

① Cf. Margaret Allars, “*Fairness: Writ Large or Small?*”(1987) 11 *Sydney Law Review* 306~307.

② 《行政诉讼法》(2014年)第70条第(三)项与第77条之间的关系与适用也大致如此。

现存在着某种性质和程度上的错误,需要法院介入干预。接着,他评价这种审查标准的优点是,它能够容纳一定的灵活度,能够对那些尚未进入到司法审查范围的滥用行政权行为进行审查,提供有关救济。[①]

另一种论说是菲婿法官(Fisher J.)在*Martin v. Ryan*案中提出的独立于"非理性"和"程序不适当"之外的、不包括程序意义的实质公正标准(There might be a broader ground of review based on fairness in the substantive rather than the procedural sense and existing independently of the grounds of "irrationality" and "procedural impropriety")。[②]也就是说,这样的标准实际上是和普通法上的广义不合理平起平坐的,是把实质公正用做描述性的"伞盖",之下汇集着各种相关的审查标准,比如滥用裁量、未考虑相关因素、考虑不相关因素、恶意或不适当动机、滥用权力、不一致、对授权法错误阐释中的法律错误,等等。

2.3.2 从借鉴角度的评价

在我看来,后一种论说对于我们现在讨论的问题没有什么意义和价值。新西兰有些法官对此的批判意见是,只要存在上述情形,比如滥用裁量、不相关考虑,其结果就都会导致不公正,但是,所有这些还不足以清晰地阐述不公正的内涵到底是什么。这样的不公正实际上只是行政行为的结果,而不是审查标准。[③]在我看来,上述批评,在否定实质公正可以成就为一个集合性的审查标准方面,似乎理由还不够充分。比如说,普通法上的广义的不合理,实际上也是包括了不相关考虑、不适当目的和狭义不合理在内的一个集合体,其本身也没有独特的内涵,而是要靠上述各个亚标准的具体内涵进行阐释,但这并不影响其是司法审查的一个标准的问题。在这里,真正的问题在于,就算是退一步说,承认实质公正是一个审查标准的集合体,那么,也只是替代普通法上的广义不合理(在我国是滥用职权),仅仅是名称的改换,这又有什么意义,又能解决什么问题呢?

所以,假如我们始终坚持,显失公正只是滥用职权之下的一个亚标准,

---

① Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 73. Cf. Melissa Poole, "*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*" (1995) *New Zealand Law Review* 439~440.

② Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 72.

③ Cf. Melissa Poole, "*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*" (1995) *New Zealand Law Review* 437.

实质公正只能是显失公正之内的一个内涵或次标准，那么，我们对什么是实质公正的阐述，应该尽量避免与已有的审查标准相重合。比如，完全没有必要把不适当目的和不相关考虑包括进来，尽管从广义上，特别是从由此产生的结果上讲，这些情况也都可以认为是显失公正。我们应该尽可能地保持显失公正之中的亚标准具有与上述标准之间，以及各自之间不同的审查视角和功能。并且，更重要的是，通过对显失公正的亚标准的构建，能够起到拾遗补阙，使对行政裁量滥用的实质性审查标准体系更加周延的作用。

要是像上面库克法官主张的那样，实质公正本身就应该是一个独立的审查标准的话，那么，我们首先会碰到，而且根本无法回避的问题就是，什么是实质公正？可以肯定地说，假如实质公正不能够有更加清晰的涵义结构，那么，实质公正的内涵就会变得非常空泛，变得几乎会把所有的滥用裁量情形都吞并在其辽阔的疆域之内，法官的裁量权也就会随之变得无限膨胀。那么，怎么来防止法官的任意专断，怎么保证司法干预是适当的、恰到好处的呢，怎么保证行政诉讼和行政复议之间的界限不会因此而变得模糊不清呢？

所以，我们必须回答：什么是实质公正？然而，要回答这个问题又是极其困难的，甚至有的学者认为是不可能下出定义的（undefinable）。[①]哈曼德法官（Hammond J）勇敢地尝试着从以下几个方面来界定：[②]（1）是否存在着不公正，由原告来举证。（2）必须适用最低限度原则（*de minimis* principle）。任何臆想的、轻微的不公正都不在该原则之列。不公正必须是现实的。（3）对不公正的指控必须是可以客观证实的。也就是说，必须具有这样的属性，任何具有公正之心的人都会说，“这是不公正的”。假如有理性的人对此会产生意见分歧，那么，就不能适用上述原则。对不公正的指控和要求，绝对不能出现后一种情形。（4）要考虑所有的事实和因素。虽然我们无法列出全部清单，但是，像涉及利益的性质、持续时间（longevity）、对当事人的现实和相关影响以及对公众的影响等，肯定是要考虑的。（5）不公正可以在道德、经济、心理等特定的情境下产生。那么，是不是不公正，主要看是

① Cf. Melissa Poole, “*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*”(1995) *New Zealand Law Review* 442.

② Cited from Melissa Poole, “*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*”(1995) *New Zealand Law Review* 442～443.

否背离了通常所认为的观念。所以,任何能够说明这种观念或者什么是合理的相关证据,对于法院来讲,常常是很有用的。绝大多数情况下都会存在着某些背景矩阵,能够被法院用来作为衡量的尺度,能够导致合法预期(More often than not there will be some kind of background matrix which can usefully be utilized as a yardstick by the Court, and which may give rise to legitimate expectations.)。(6)在公法上,法院必须注意,不要用自己的判断来取代行政机关的判断。(7)法院不应该回避合乎规范的问题(normative questions)。但是,一旦出现这种问题,案件中的公正问题应该是很显然、很明显的,无论是当事人、公众,还是法院都很清楚整个判决的关注点、落脚点在哪里。

但是,哈曼德法官的上述努力也受到了无情的批判。其中要点有:一方面,上述第四点实际上只是列出要相关考虑的因素,这在相关考虑的审查标准之中已经得到了完满的解决;另一方面,上述第五点恰好说明了很难对实质公正下定义,因为在道德或经济的情境之中来阐释实质公正,极有可能意见分歧不一,[①]"公说公有理,婆说婆有理"。

而上述其他几点,在我看来,特别是第三、六、七点实际上说的还是普通法中狭义不合理,也就是 *Wednesbury* 不合理的基本内容。对 *Wednesbury* 不合理的经典表述就是,(行政决定)"是如此的不合理,以致任何有理性的行政机关都不会作出这样的决定"两者之间何其相似!讲的都是极其不合理、不公正。所以,在这个意义上,违反实质公正,实际上就是构成 *Wednesbury* 不合理。[②]

假如的确是这样的话,新西兰学者的上述努力实际上是绕了一个弯,又回到了普通法原先的"轨迹",或者说,始终没有挣脱普通法早已就有的对行政决定内容和结果优劣的审查标准之束缚。所以,我们对实质公正的探究最好还是回到普通法上的 *Wednesbury* 不合理,也就是极其不合理上,来探讨司法上怎样去把握其中的具体尺度和分寸。

---

① Cf. Melissa Poole, "*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*"(1995) *New Zealand Law Review* 443.

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, pp. 6.35～6.41. Cf. Melissa Poole, "*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*"(1995) *New Zealand Law Review* 445.

2.3.3 对实质公正的司法审查尺度

假如我们把实质公正的门槛也像普通法那样控制在极其不合理上，会怎么样？从上述避免标准之间互相重合的角度看，是符合要求了。但是，紧接下来，马上会出现一个很重要的问题，在司法上怎么理解和把握其中的尺度呢？

从英国法院对 *Wednesbury* 极其不合理的操作经验来看，是根据个案的内容和情境来决定审查的宽严。在审查涉及人权的案件，法院会把干预的门槛降下来。但是，在审查国内其他案件的时候，通常又会把得很严。所以，就形成了所谓的“*Super - Wednesbruy*”和“*Sub - Wednesbury*”的不同审查力度。甚至考虑到 *Wednesbury* 不合理与比例原则之间的关系，特别是后者对实质公正的审查力度，还可以把审查的强度向前推进一步。[①]据说，像这样的审查技术在美国法院中也存在，也就是所谓的“合理基础”(rational)和“严格审查”(strict scrutiny)之司法审查模式。前者相当于英国行政法上的 *Wednesbury* 不合理，后者相当于欧盟的比例原则。[②]

但是，总体感到仍然比较抽象，也似乎实在没有什么更加客观的、更好的衡量尺度。所以，在这个意义上，说某决定是不合理的，实际上是把它放到具体的个案之中做一番判断之后，说“这是不能被接受的”。但没有进一步说清楚其不能被接受的原因或理由。[③]这可以说是实质公正标准作为一个司法审查的标准来讲存在的最大的问题。

所以，假如我们在实质公正上也采纳了与普通法极其不合理相同的内涵，那么，我们在对显失公正的操作过程中，也很有可能会出现在不同(地区)的法院之间、在不同案件的审查之中的宽严、松紧问题。我更愿意把这种现象看成是这一标准所固有的、内在的特性之表现，是一种不得不付出的代价，或者说成本。

---

① Cf. Sir John Laws, “*Wednesbury*”, Collected in C. F. Forsyth & I. C. Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Public Law Essays in Honour of Sir William Wade*, Oxford. Clarendon Press, 1998. Cf. J. Jowell, “*Of Vires and Vacuums: Judicial Review in Constitutional Context*”(1999) *Public Law* 448. Cf. M. C. Elliot, “*The Human Rights Act* 1998 *and the Standard of Substantive Review*”(2001) *Cambridge Law Journal* 301.

② Cf. I. Loveland, “*A Fundamental Right to be Gay under the Fourteenth Amendment?*” (1996) *Public Law* 603.

③ Cf. Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford. Clarendon Press, 1996, p. 210.

或许,也只能像霍庚(Hogan)和莫庚(Morgan)说的,不管是怎么表述,根本问题还在于,在能够容忍行政机关裁量的度数和不允许不当行使裁量之间来寻求获得一个大致公平的平衡(whatever form of wording is used the fundamental problem remains of seeking to achieve a fair balance between permitting some latitude to the body invested with the discretionary power and preventing abnormal exercise of discretion)。[①]换句话说,实际上不得不交给法官来全权定夺。司法干预的程度,取决于法官的克制和对其宪政角色的良好感觉。但是,作为法官来讲,必须清楚,绝对不是说,法官只要不同意行政机关的裁量决定,就可以撤销或变更之。而是说,必须是裁量决定明显或极其不合理的时候,才有司法干预的必要性和正当性。

还应该看到,真正只能从正面、实质上进行评判,只能适用显失公正(极其不合理)标准的机会可能不会很多。这是因为,一方面,在行政诉讼上虽然从形式上将举证责任倒置过来,要求行政机关对其裁量决定的合理性举证,但是,事实上行政机关又怎么可能泛泛而谈、无的放矢呢?它还必须针对原告指出他在哪些地方不合理了,显失公正了,才有可能有目的地辩驳,也才能真正实现诉讼目的。所以,原告仍然不能不实际上承担举证责任。但是,要相对人指出哪些地方不合理,显失公正了,是很困难的。[②]另一方面,裁量决定出现实质不公正,在很多情况下可能是因为裁量过程出现了问题。比如,考虑了不相关因素,或者追求不适当的目的;或者是在最终形成的行政决定的结果上违反了合法预期之保护原则。[③]所以,可以切换到这些相对客观的标准上来审查。

---

① Cf. David Gwynn Morgan & Gerard Hogan, *Administrative Law in Ireland*, Dublin. Round Hall Sweet & Maxwell, 1998, p. 642.

② Cf. Hilary Delany, op. Cit., pp. 75～76.

③ 有学者提出用合法预期的实质性保护来取代实质公正。也就是辜负了相对人的合法预期就是一种不公正。所以,只需要合法预期这一个审查标准就可以了。Cf. Nicholas Bamforth, "*Fairness and Legitimate Expectation in Judicial Review*"(1997) 56 *Cambridge Law Journal* 1～4. Cf. Melissa Poole, "*Legitimate Expectation and Substantive Fairness: Beyond the Limits of Procedural Propriety*"(1995) *New Zealand Law Review* 426～447. 我却不以为然。我也积极呼吁将合法预期引进我国,来解决我国在落实 WTO 司法审查规则中有关"不利影响"之广泛保护的基本要求,来促进诚信政府和良好行政的建设,但是,我认为,只要从狭义上引进合法预期制度就足矣。余凌云:《论行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》,2003(3)。如果我的看法可以成立,那么,对合法预期的保护就不太可能完全取代实质公正审查标准所能起到的作用。

虽说实质公正在行政审判运用的概率可能不是很大，标准本身也略有微疵，然而，保留实质公正（极其不合理）的审查标准或许仍然是有益的，能够为法院随时提供控制行政裁量滥用的备用“武器”。而且，从普通法的经验看，也没有因为极其不合理的衡量尺度不太好把握，客观性差些，就弃而不用。韦德（W. Wade）和福赛（C. Forsyth）甚至这么评价说，合理性原则对行政法实体上的贡献，不亚于自然正义原则对程序的贡献。①

只是我们对上述标准在整个“滥用职权”（不合理）的标准体系中所处的位置和作用，应该要有一个清醒的认识。我很欣赏肯恩（Peter Cane）的一段精到的评价。他说：“毫无疑问，在理论上法院是把（狭义）不合理看作是一个司法审查的标准，其实际的作用很难预料。在 *Wednesbury* 案中，格林法官似乎也是把这个审查标准看作是最后的手段，也就是无法有效地用其他司法审查标准，比如不相关考虑，对行政决定进行审查时，法院才考虑用上述标准。”②

2.4 路径（Ⅳ）：形式公正

形式意义上的公正，也就是平等对待意义上的公正，或者一致性要求（requirement of consistency），其基本内涵是“相同案件相同处理，不同案件不同处理”（treat like cases alike and different cases differently）。③不能因为当事人的社会地位、经济状况或者性别等原因，而区别对待。

在这里，所谓相同或不同，是指本质上的要件，包括事实和法律要件是相同的，或者不相同的。而不是指个案中表现出来的细枝末节的雷同或相异。正如戴维斯（K. C. Davis）指出的，如果相关情形实质上相似，却对人或事区别对待，不管是课加义务，还是给予利益，这样的裁量行使方式就是不公正的。④

毫无疑问，规范有助于实现平等对待原则。然而在行政裁量中，无论是体现为法律、还是政策的规范都具有很大的伸缩余地，所以，从规范与个案

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 390.

② Cf. Peter Cane, op. Cit., p. 210.

③ Cf. D. J. Galligan, op. Cit., p. 153.

④ Cf. K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, Chapter VI.

之间的对应关系上看,法的确定性和预测性,相对来说,较弱,不易把握。但是,假如对裁量决定完全不可预测,又会有某种不公正的感觉。[①]因此,对行政裁量的预测,很大程度上必须结合以往处理过的类似案件,或者眼前正在处理之中的相同的其他案件,进行纵向和横向的判断和比对。也就是说,从先例之中提炼出、发掘出更为细致的标准(standards),将隐含在个案处理之中的规则拟制地规范化、立法化,来减少不平等对待的危险。这就是普通法上讲的一致性原则(the consistency principle)的实质精华之所在。

因此,如果在空间和时间上看,对于本质相同的案件,行政行为却前后不一,或者从横向上看,行政行为彼此不一,表现出任意和专横,那么,就有可能构成形式上的显失公正。实际上,在我国的行政审判实践中,特别是针对互殴以及共同违法的处罚案件中,公安机关只处罚一方,却不处罚或轻处罚另一方,已经提出了上述形式公正的问题。比如,某地曾发生一案,原告陈某因嫌楼上邻居周某家中打麻将太吵,遂拉掉周家的电保险闸,周某也针锋相对地拉掉陈家的电保险闸,双方继而互相殴打,周某将陈妻打成轻微伤。公安机关以陈某挑起事端为由对陈某处以拘留 15 天,对周某仅罚款 50 元。原告就提出显失公正。法院也因此作出变更判决。

当然,我们所要求的一致性,实际上是德沃金所说的"人为的一致"(articulate consistency)。[②]假如参照物本身就是"越轨"的,或者是不适宜的,行政机关在裁量时就有可能抛弃先例。假如这样的背弃具有充分的理由,那么,也谈不上不公正的问题。[③]

所以,在司法上判断究竟构不构成不公正,不能单单看是不是没有遵从先例或政策,还必须综合地判断很多因素,比如背离的原因(the reasons for departure),相对人的预期程度(the level of expectations),濒临威胁的利益(the interests at stake),结果的实质公正(the substantive fairness of the result)等。[④]

---

① Cf. D. J. Galligan, op. Cit., p. 157.

② Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, Chapter IV.

③ 但是,这时,说明理由就变得十分重要和必要了。而且,沿着这样的思路审查下去,有可能会出现采用其他的司法审查标准,而不是采用一致性的标准进行审查的情况。Cf. Karen Steyn, "*Consistency-A Principle of Public Law?*"(1997) *Judicial Review* 24. 上述观点实际上从一个角度揭示了一致性审查标准有时会与程序性审查标准、合法预期等发生重合。

④ Cf. D. J. Galligan, op. Cit., pp. 159～160.

与上述比例原则一样，平等对待原则，或者一致性原则也很可能、也有必要被提升为行政法的基本原则之一。而且，假如其本身的内在结构又演变得更加细腻、更具有司法上的可操作性，并且也可以（当然，不是必须）在行政诉讼上折射出独立的审查标准，比如违反平等对待的可以撤销或部分撤销，那么，还有没有必要将显失公正沿着这个方向延展？或者说，将这方面的标准仍然设计为显失公正之下的一个亚标准呢？

从普通法的经验看，没有把违反一致性作为与不合理相平行的、独立的标准，而是作为不合理之下的一个亚标准。实际上，违反平等对待或者一致性，就是形式上的不公正，完全可以看作是一种显失公正的具体形态。所以，在司法审查的技术和标准上，完全可以把违反平等对待“装进”显失公正的“瓶子里”，不必另辟蹊径，另起炉灶。

而且，尽管违反一致性或者平等对待，在有的情况下会产生，但是，并不是必然地会产生合法预期的保护问题，所以，仍然不会因为在司法审查上已经有了合法预期的保护观念，而否定其作为一个标准的资格与必要性。

2.5 *更新之后的结构*

综上所述，在我看来，显失公正标准的亚标准包括：

第一，违反了实质意义上的公正，表现为行政行为的结果明显地不公正，不符合常理，甚至达到荒谬的程度。

第二，违反了形式公正（formal fairness），不能做到“本质相同的案件，同其处理；本质相异的案件，异其处理”。

第三，在比例原则还没有被立法正式确立、成为行政审判的一项原则与标准之前，显失公正还包括不符合比例的要求。

3.《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（四）项有必要进一步扩大适用

《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（四）项的显失公正和普通法上的不合理、大陆法的比例原则之间的一个明显的不同就是，前者只适用于行政处罚，后两者却具有普适性，可以适用到任何种类的行政行为当中，普通法和大陆法国家丰富多彩的判例也向我们展现了这一点。那么，我们为什么要做这样的限制？这样的限制是合理的吗？

《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（四）项之所以这样设计，很可能是因为，行政处罚“乱”和“滥”是当前行政执法中，至少是在行政诉讼法立法之时

是比较突出的问题。又因为秉承大陆法的传统,行政机关普遍拥有行政处罚权,然而,行政程序的规范和行政救济的力度却相对不健全,致使这个问题变得更为突出。所以,《行政诉讼法》(1989 年)不但在第 11 条对受案范围的规定中很自然地把行政处罚列为第一项,而且,还在第 54 条第(四)项中专门允许对行政处罚显失公正的可以直接变更。

然而,显失公正的问题不仅仅在行政处罚当中存在,在其他行政行为当中也同样存在。比如,对经济资源的分配,颁发、撤销执照,给予利益或优惠,都会产生是否公正的问题,[①]都可能发生显失公正的问题。特别是在对相关考虑因素的权重问题如果出现失当(但又不是未考虑相关因素),也极可能导致行政裁量结果对当事人极其不利。这种情况却是在所有的行政行为当中都有可能存在的。那么,既然法院可以对显失公正的行政处罚进行干预,为什么就不能对显失公正的其他行政行为进行干预呢?而且,随着"滥处罚""滥罚款"现象逐渐得到治理和遏制,上述其他方面的显失公正问题,相形之下就日益显得突出和迫切亟待解决。

一个很说明问题的案例是马随意诉镇政府不给予见义勇为奖励案,在该案中,秦都区法院居然认定,镇政府是否发给马随意奖金取决于其自由裁量权,法院无权过问。[②]且不说现代行政法中早已没有不接受司法审查的行政裁量权了,该法院的观念已经明显地落伍,单说马随意和其他几位见义勇为者一起打捞遇难者,为什么其他几位都获得了奖励,而偏偏马随意被轰下领奖台?对这种显然违反形式公正基本要求的做法,为什么法院不能干预?凭什么不干预?假如显失公正的审查标准能够适时地扩大适用,那么,作为法院来讲,对于本案中镇政府滥用行政裁量的审查,选择显失公正作为审查的标准,显然比选择行政不作为的审查路径要来得简洁,要更加容易立竿见影,取得成效。

---

① Cf. D. J. Galligan, op. Cit., p. 152.

② 该案的基本案情是,1995 年 5 月,洋河上一条船翻了,马随意和其他几人见状,立即积极打捞落水者。事后,镇政府召开见义勇为表彰大会,只给其他 5 位见义勇为者颁发了荣誉证书和奖金,却没有给马随意。而且,一位副镇长以马随意挡住了摄像机为由,将其轰下台。马随意以镇政府行政不作为、侵犯荣誉权为由将镇政府告到咸阳市秦都区法院。2000 年 10 月 8 日秦都区法院判决,镇政府是否发给马随意奖金取决于其自由裁量权,法院无权过问;荣誉权是获得之后才享有的权利,而荣誉权授予不授予,不是荣誉权所保护的范围。马随意不服,向咸阳市中级法院上诉,2001 年 3 月 26 日中院判决维持原判。项新:《荣誉·不作为·自由裁量》,载《法学》,2001(8)。

也许有人会说,《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项的立法侧重点不在限定法院审查的范围,而是限定法院的变更权的范围。对于显失公正的其他行政行为,尽管不能适用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项,却可以适用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 5 目的"滥用职权"的审查标准。这样的解释听起来至少比前面秦都区法院把显失公正的行政(奖励)行为全推出去要好一些。但是,有一点不能自圆其说,为什么法院可以直接变更显失公正的行政处罚,却不能直接变更显失公正的其他行政行为呢?法院在变更问题上,不管是行政处罚还是其他行政行为,都同样存在着缺少行政经验和专业知识的问题。

或许,《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项更可能是因为考虑到行政诉讼制度建立伊始,各方面的审判经验还有待摸索和积累,尽管感到法院不能完全放弃对行政权自治领域的干预,但在干预程度上怎么拿捏,还需要探索。所以,先以行政处罚小试锋芒,待经验成熟之后再逐渐推广。这种说法似乎更加容易让人接受。那么,《行政诉讼法》已经实施多年,直接适用第 54 条第(四)项的判决已经不少,似乎也没有理由不可以进一步将显失公正的标准扩大适用到其他行政行为之上。

所以,将显失公正标准由现在的个别适用进一步扩大成普遍适用,已经是时候了。对《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项的相应修正就应该是将"行政处罚"改为"行政行为"。[①]当然,如前所述,因为第 54 条第(四)项的"显失公正"仅适用于行政处罚的缘故,司法上通过审判发展起来的相应构造也只是适合于解决行政处罚的"量"上的畸轻畸重,这种现状反过来又会制约和限制该标准的进一步推广适用。因此,扩大第 54 条第(四)项的适用范围还必须和前面说的显失公正标准结构之更新结合起来,同步进行。

4. 变更判决合理性之批判

从标准体系上分析,"显失公正"实际上只能算是"滥用职权"的一种表现,或者子分类、亚标准,那么,为什么《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(四)项将其单独列出来?可能主要是考虑到判决形式的不同。也就是说,

① 但是,《行政诉讼法》(2014 年)第 77 条只是增加了"其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的",可以判决变更。

对于、也仅仅对于行政处罚显失公正的,法院可以直接变更。我猜想,这很可能是第54条第(四)项最主要、最基本的立法意图。否则,第54条第(四)项就根本没有存在的必要和价值。

但是,行政处罚是不是显失公正,已经不是单纯的法律问题,而是涉及对行政处罚决定的质量优劣的评判问题。让法院来直接变更行政机关作出的行政决定,实际上是代替行政机关对该案作出最终的决断,是用司法的裁量来决定行政上的作为方式,其结果毫无疑问是打破了在法院、行政机关和立法机关之间早已建立好的权力分配结构和平衡,是在司法审判的过程中再重新个案地、动态地寻求新的结构平衡。

这种做法在普通法中是绝对接受不了的。在普通法中,对于不合理的行政行为只是撤销,发回被告行政机关重新考虑(remitted to the decision-maker for reconsideration)。之所以如此,一方面是因为出于对法院在宪法秩序下分工定位的基本认识,司法审查不是复议程序,对于立法机关授予行政机关行使的裁量权,法院不能够用自己的意见代替行政机关的意见。[①]另外,更为主要的是因为在司法审查制度之外,还建立了对行政机关有效的政治、议会监督专员(Ombudsman)、财政、公共舆论等监督机制,确保了法院的判决能够不被行政机关扭曲执行。因此,假如法院宣判了行政机关的决定是不合理的、非理性的,那么,行政机关一般不会一意孤行,在重新作出的行政决定中,一般都会或多或少地倾向于、有利于原告。

但是,在我国,之所以要挣脱上述分权理念严格束缚,似乎也有着自己合理的考虑。[②]首先,是因为法院的权威还没有得到行政机关应有的尊重,公

---

① Cf. Lord Irvine of Lairy, Q. C., "*Judges and Decision-makers: the Theory and Practice of Wednesbury Review*"(1996) *Public Law* 60. 凯恩(Peter Cane)还从"裁决等级制度"(decision-making hierarchies)去解释这个问题。他认为,行政机关上下级之间构成了一个裁决等级,法院上下级之间也构成了一个裁决等级。在同一等级序列里,上级可以撤销、变更下级的裁决。这是因为从分权的角度看,同一等级序列内的机关都行使着近似的权能(function),有着相同的资质(qualifications)、经验(experience)和能力(competences)。所以,上级行政机关可以变更下级行政机关的决定。但是,在这一等级序列之外的机关,像法院,则不具有上述条件,所以,法院就不能变更行政机关的决定。Cf. Peter Leyland & Terry Woods (eds.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, 1997, pp. 246~247. 在我看来,凯恩的说法和上述司法程序不是复议程序的说法其实是一回事,只是变换了一个阐述的角度而已。

② 更加细微的分析,参见江必新:《行政诉讼问题研究》,第十二章"行政诉讼中的司法变更权问题",北京,中国人民公安大学出版社,1989。

共舆论等外在的约束机制还不足以压制行政机关必须遵从法院的判决，在行政审判中就曾经发生过尽管判决撤销了被告行政机关的具体行政行为，要求其在重新作出的具体行政行为之中改正先前的违法问题。但是，行政机关置若罔闻，依然故我，甚至变本加厉。因此，为有效抑制行政专横，建立变更判决制度似乎有着现实的需要。其次，由法院直接变更，对于案件的审结和原告诉讼请求的满足都是快捷的。因此，无论是对提高行政效率还是实现诉讼经济原则都是有好处的。尤其是相对人能够因此迅速获得最终的救济，权利得到有效的保障，这才是宪政制度追求的“最终目的(Endzweck)”。至于权力分立之建制只是实现目的之手段，所以，变更判决即便有侵害分权原则之嫌，也可以暂且放置一边，姑且不顾及之。[①]反过来说，假如缺少变更判决制度，如果撤销之后，行政机关仍然“换汤不换药”，会导致相对人因再次不满而引发新一轮的诉讼，这样周而复始的恶性循环，必然会增加法院、当事人的诉讼成本和负担。最后，在一些大陆法国家的行政诉讼中也有某种类似的判决制度。所以，从制度创新的角度讲，也不完全是无章可循的。[②]

我绝对不否认，上述说法的确是有一定道理的，甚至也不妨认可，变更判决是在局部地打破原有权力分配格局之后再建立新的、有益的平衡。但是，来自以下两方面的对变更判决妥当性的批判依然是很有力的。

一方面，这样的制度设计肯定会对宪政秩序下行政机关与法院之间分权关系产生一定的负面冲击。特别是，假如我们想进一步扩大显失公正的适用范围，而又不对变更判决的适用作一定的限制的话，接踵而来的是，“水涨船高”，变更判决的泛滥，就会使得法院越来越像上一级行政机关，模糊了行政诉讼和行政复议之间本该保持的合理的功能差别，其结果就像推倒多米诺骨牌，对行政诉讼宪政基础造成一连串的摧毁性打击。

另一方面，变更判决的确也存在着一些(技术性的?)问题不好解决。要想变更行政决定，就必须把法官放到行政执法的初始状态中，让他扮演行政

---

① 吴庚：《行政法之理论与实用》，521页，台北，三民书局，1996。

② 比如，Tom Zwart教授介绍，在荷兰行政法上，如果法院发现行政行为有微小的错误，那么，它可以在判决中直接改过来。但是，这只适用于拘束行政行为。对于行政裁量中发生的错误，法院只能撤销，发回行政机关重新考虑，当然，法院有时会给出若干修改的指导性意见。对于Tom Zwart教授的热心帮助，在此致谢。

机关的角色,去判断所有的事实和证据,去权衡选择法律的适用。那么,缺少行政经验的法官作出的变更判决,到底能不能使得当事人真正满意,而且又不有损于立法目的?恐怕未必见得。如果当事人不满意的话,他能够通过上诉法院同样缺少行政经验的法官那里讨回公道吗?这不是也同样会增加法院、行政机关和当事人的诉讼成本吗?一旦这成为现实,那么,上述行政效率和诉讼经济的辩解都将变得苍白无力。

退一步说,假定行政处罚是司空见惯的、并不复杂的问题(事实当然不是这样),法官即便是没有像行政机关那样办过这类案,也有可能找到恰当的判断尺度,找到大家都认为这样的处罚结果才算是公正合理的案件处理方法,那么,如果现在我们想把显失公正的审判标准进一步扩大适用到所有落入该标准射程之内的行政行为,对于那些法院不太熟悉的、又是相当复杂的行政案件,法院还能不能找到像这样的公正判断尺度呢?在这里,法院不但要对行政决定的质量优劣问题进行评判,还必须自己直接去选择具体的行为方式和内容,法院能比行政机关更公正、更胜任地做到这一点吗?我表示怀疑。

或许有人会建议,在行政审判过程中,法院可以广开言路,听取行政专家对该案究竟怎样处理才算是公正的意见,所以,专家咨询制度可以支撑变更判决制度。假如这个观点可以成立,那么,行政诉讼上变更判决就不应该像现在这样受到严格的限制,而应该得到更加广泛的运用。再则,法院对行政专家意见的采纳,实质上仍然是来自行政的意见,那么,为何不直接让行政机关自己直接去做呢?而且,我们可以肯定地说,随着民主宪政的不断发展,对行政机关的内部和外部监督机制的逐渐完善,行政机关有意对抗、拒不执行法院判决的现象将会渐趋消失。那么,变更判决还有继续存在的必要吗?

对于显失公正的行政行为,如果不用变更判决,而仍然采用撤销发回重做,难道就真得不行?我不以为然。因为有着《行政诉讼法》(1989年)第55条的约束,[①]行政机关即便是没有做到完全的公正,至少也会减少极其不公正的程度,而使得新的行政行为不再那么显失公正,变得能够为当事人所容忍。这样的结果未必就会比法院的变更效果差。

① 《行政诉讼法》(1989年)第55条规定:"人民法院判决被告重新作出具体行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。"《行政诉讼法》(2014年)调整为第71条,内容不变。

当然，为了获得更佳的审判效果，在审判制度上，我们还可以仿效大陆法一些国家（比如荷兰）那样，允许法院在撤销的同时，给出若干指导性意见，比如，法院为什么认为该行政行为是显失公正的、具体在哪些地方法院认为有欠公允、理由是什么，以此来引导行政机关更正的思考方向。这么做在制度上是可行的。一方面，上述意见本身就是法院判案的基础，构成了判决的基本理由，是法院理性思考的结果；另一方面，更为重要的是，也不违背法院在宪政秩序之中所应该扮演的制度角色。

所以，在我看来，变更判决的价值实际上只是解决现阶段存在的行政机关有意对抗司法权威的问题，具有现实需要的同时，也多少带有某种权宜之计的味道。所以，撤销判决应该是法院优先考虑的救济手段。变更判决只能是法院手中掌握的不到万不得已不得使用的最后手段。而且随着显失公正标准适用范围的进一步扩大，变更判决不应该是随之扩大使用，相反，而是要受到严格的限制，并且，将第 54 条第（四）项中“‘可以’变更判决”所隐含的、尚未表达出来的限定条件明确地表述出来，就显得越发迫切和必要了。具体地讲，就是：第一，只有当有证据表明，被告行政机关有意对抗司法权，在法院宣判撤销行政行为之后，仍然会再次作出基本相同的行政决定；第二，法官对如何变更才更加公正，有着较为客观、有说服力的依据。比如，获得了被告行政机关以往对同类案件怎么处理的材料，能够比照判决。

总之，显失公正的结构构建，应该统筹考虑《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（二）项第 5 目的“滥用职权”结构，以及其与第 54 条第（四）项之间的相互衔接关系，以形成周延的、系统的、完整的对行政裁量实质性审查标准体系。同时，尽管我们不否认第 54 条第（四）项另外一个价值是确立变更判决形式，但是随着显失公正适用范围的进一步扩大，变更判决的运用决不是随之不断扩大，相反，应该受到更加严格的限制。或者更确切地说，必须进一步明确第 54 条本该限定、但没有限定的使用条件。

因此，我建议，将《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（四）项修改成：“行政行为显失公正的，可以判决撤销或部分撤销，发回被告重新考虑。法院可以向被告提出司法指导性意见。必要时，可以判决变更。”其中，何为“显失公正”？何为“必要时”？可以通过司法解释来具体说明。

七、滥用职权(Ⅳ):对裁量权的不适当拘束[①]

1. 要讨论的几种情形

行政裁量理论中有一个基本的定论,即立法机关之所以授予行政机关自由裁量权,最根本的原因是因为立法机关无法完全预见迅猛发展、变幻万千的各种行政现象,更不可能事先设定好所有的、并且是恰当的行为反应模式和相应规范,所以,只好委托行政机关根据个案的实际情况,根据长期以来积累的行政知识和经验,根据所追求的政策目标,甚至根据对处理结果的政治判断,来权衡、选择恰当的行为模式。惟有如此,才能实现个案正义。

从这个意义上讲,行政裁量原本就应该具有初始性(由被授予该裁量权的行政机关行使)、独立判断性(只能由有权机关判断权衡)、个别性(只能在一个个个案当中分别行使)的基本特征。与这种特征一脉相续,彼此应和,成就了行政法上一个很重要的原则,即行政裁量不受拘束的原则(the principle of non-fetter)。

然而,行政裁量又是在一个系统之中运行的,包括社会的、行政的、资源的等在内的很多因素,都有可能对这个过程发生这样或那样的作用和影响,都很可能会对行政裁量权产生或多或少的拘束问题。行政法上有许许多多原则和制度,像遵循先例、禁止反言、行政自我拘束、平等对待、合法预期,等等,都要求行政裁量必须沿着一定的轨迹来运行。所以,行政裁量不受拘束原则不是绝对的,它必须和行政法上的其他原则和价值观相协调、相平衡。我们也就非常有必要把行政裁量放到相互作用的系统环境之中,去考察各种外在因素到底会对行政裁量产生什么样的拘束效应,是合法的还是违法的?对这个问题的研究,实际上是在探讨行政裁量不受拘束原则的具体适用边际问题,是在整个行政法价值体系和结构之中寻求该原则的准确定位问题。这对于我们了解和把握行政裁量的发动,以及各种特殊情境对其制约的合理边际,是很有益处的。

在本文中,除了要研究纯粹因自我有意拘束造成的行政不作为以外,我

---

① 本部分的主要内容曾以《论对行政裁量不适当拘束的司法反应》标题发表在《法学家》2003年第2期。

还特别挑选了行政政策，行政契约，行政机关上下级关系以及与其他公共机构之间的相互关系，甚至行政上可供利用的资源状况等特殊情境，来分析它们会不会对行政裁量产生不适当的拘束以及为什么。特别是关注，假如法院在行政审判中发现上述情境构成了对行政裁量的不适当拘束，那么，法院应该采取什么样的对应策略？

之所以选择这些情境，是因为，它们与行政执法关系极其密切，而且，在这些情境之中都会产生对行政机关的某种拘束（或者制约）问题。因此，不论是对行政机关还是法院来讲，都不可避免地会碰到它们与行政裁量不受拘束原则之间的矛盾与冲突问题，而且，必须去解决这些矛盾问题。有些像行政政策和行政契约，还涉及对政府行为的稳定性、持续性、信赖性，与行政裁量行使之后的变动性之间的平衡问题。

2. 什么是对裁量权的不适当拘束？

行政裁量权的不适当拘束，就是行政裁量应当行使，却不行使。或者说，是特定情境或因素对行政裁量权行使发生了不应该的阻却作用。尽管在很多情境下，它很可能外在表现为行政不作为，但是，其外延似乎比行政不作为宽。因为它是以行政裁量对外界反应的恰当性为参照物，所以，有的时候表现为是没有独立判断、自主选择行为反应模式，但在外在形态上很可能是一种积极作为。比如，对上级指示俯首帖耳，对行政政策照搬照抄。但是，对于裁量权行使的恰当性来说，是裁量不行使。

在很多情况下，之所以会不适当地拘束行政裁量权，主要是因为考虑了不相关因素。比如，考虑了其他公共机构的压力和影响，也有可能是有意识地去追求不适当的目的。从司法审查的标准意义上讲，对裁量权的不适当拘束，有时的确会和不相关考虑和不适当目的等标准相重叠，但是，它们之间决不是相互包容的，或者相互等同的。比如，过分拘束于行政契约的约束力，就不见得是考虑了不相关因素，也谈不上是追求什么不适当目的，有的时候只是过于呆板或者是对行政契约效力错误理解的结果。所以，从这个意义上说，对裁量权的不适当拘束可以成立一个独立的审查标准。这个审查标准的本质内涵就是违反了行政法上的行政裁量不受拘束原则，审查的目的是为了督促行政机关必须去行使法律赋予其的裁量权。

从司法审查的角度看，对行政裁量权的不适当拘束，毫无疑问，构成了

违法,是滥用裁量权的一种表现形态,属于实质上违法。当然,从其拒绝相对人参加程序、拒绝听取后者意见的角度看,也可以认为是存在着程序上的瑕疵,是程序违法。[①]有的时候如果同时表现为逾越裁量权,也会呈现为形式违法。因此,对裁量权的不适当拘束之审查标准的适用,往往会在个案中显现出与其他很多审查技术和标准共同使用的特征。但这并不影响该标准可以独立为一个审查标准,正像我在实质性审查标准的研究中多次表达的观点一样,这能够为法官保留多种审查的手段和"利器"。

3. 表现为不作为形态的裁量权不行使

3.1 什么是行政不作为?

什么是行政不作为(nonfeasance, failure to act)? 意见极其分歧。[②]其实质是下定义的参照物不同,进而显现出概念的实际用途不同。我以为,既然行政不作为是司法审查上的一个很重要的概念,是有待法院审查、断定是否应该由被告承担法律责任的对象,应回归到原本的意味上来。所以,在本文中,我就是在违法意义上使用这个概念。

从行政审判的实践,以及有关的司法解释上看,行政不作为首先应该表现为对法定的作为义务的不履行,还应该是在整体的行为反应上表现为消极的不作为或者拒绝作为。所以,以积极方式表现出来的滥用职权或者违背法定职责,尽管对于其职责来讲,也是某种意义上的不作为,或者说,不正当作为,但是,不属于这里讲的行政不作为。

从对法定作为义务的规定上看,不作为可能会有两种情况,一种是这种作为义务纯粹是拘束性的,没有任何裁量的余地。对该义务的违反,就表现为直观的、纯粹的、直接的法定义务的违背。在行政审判上相对也比较容易

---

① 史密斯等学者就是从后一个角度来研究这个形态的。Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, p. 505.

② 一种观点认为,行政不作为就是一种违法的行为或者状态。罗豪才主编:《中国司法审查制度》,168页,北京,北京大学出版社,1993。徐银华:《关于行政不作为几个问题的探讨》,载《法商研究》,1994(6)。周佑勇:《论行政不作为的救济和责任》,载《法商研究》,1997(4)。还有一种观点认为,作为和不作为,行政作为和行政不作为,行政作为违法和行政不作为违法,是三组呈级差表现,又具有包含关系的种属概念。所以,行政不作为有可能表现为违法的形态,但也有可能是合法的。朱新力:《论行政不作为违法》,载《法学研究》,1998(2)。方世荣:《具体行政行为几个疑难问题的识别研究》,载《中国法学》,1996(1)。

认定。另一种是作为义务之中包含了一定的裁量因素，所以，构不构成行政不作为实际上涉及对行政裁量权不行使的妥当性的判断问题，相对来说，比较困难。而且，从立法例上看，后一种情况还相对居多。本文主要探讨这种与行政裁量纠葛在一起的行政不作为问题。

3.2 行政不作为的构成理论

总体看来，对行政不作为形态的研究，可以放在抽象的理论模型之中，探讨它与法定职责之间存在的内在关系，进而揭示出其最基本的构成要素。

对行政不作为构成的基本推理过程可以表述成：行政机关负有法定的，而且是对特定人的职责→行政机关未履行上述职责（不行使裁量权或迟延行使）→行政机关构成不作为。

3.2.1 行政机关必须负有法定的作为义务

行政不作为的本质是对法定作为义务的违反，所以，存在着作为义务的法律规定是必要的前提。上述作为义务可以是由法律规定的，也可以是因为行政机关先前行为、法院的判决而产生的。①

3.2.2 必须是对特定的相对人产生了作为的义务

这是对法律规定的义务构造作更进一步的分析，要求在这样的构造之中必须体现出相对人具有相对应的权利。在德国，这种理论称为主观公权，在英国是赋予相对人权利说。

3.2.2.1 主观公权和“客观之法之反射利益”

德国行政法上对行政不作为的认定，首先必须先区分法规上对行政机关作为义务的规定对于特定相对人来讲是一种“主观公权”，还是仅为“客观之法之反射利益（Reflexwirkung des objektiven Rechtes）”。假如法规之中仅是为了公共利益，命令国家机关为特定作为或不作为，并不对特定个人产生主观权利或主观公权（subjektiven oeffentlichen Recht），也就是法秩序本身并没有扩张特定个人权利范围的意思。那么，行政机关如果没有作为，不构成不作为。

这是因为，对于特定个人来讲，上述作为或不作为的结果，只是承受因法规的反射权所得的利益，即法的寄生物（Rechtssparasiten），也叫做法的反

① 在法国，假如行政机关不执行法院的判决，也同样会构成过错，要对因此产生的损害承担国家（赔偿）责任。Cf. Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954, pp. 280～281.

射效果(Reflexwirkung des objektiven Rechtes)。如果是这种利益受到损害,由于不具有公法上的请求权,也就没有请求行政机关必须作为的可能。对于因为行政机关不作为而遭受损害,也不能够要求赔偿。

3.2.2.2 赋予权利说

在英国,尽管在违背法定义务之诉讼(action for breach of statutory duty)上情况异常复杂,但仍然要问一下法条中义务(duty)的性质是为一般公众利益而设还是对特定个人而设,[①]是不是在规定行政机关义务的同时也赋予了相对人相应的权利。这个问题一般是由行政机关来判断。当然,假如行政机关在判断过程中出现了法律错误或者其他公法错误,那么,法院也可以干预。[②]

阿特金法官(Atkin)对这种观点的表述是,"当法律赋予行政机关权限时,行政机关虽有依法作为的义务,但这个义务是对国家或公众所负的义务,并非对公民个人所负的义务时,公民个人很难说就此取得了要求行政机关作为的权利,也不能因行政机关怠于行使其权力就取得损害赔偿权。"[③]

3.2.2.3 我国的审判实践

我国行政审判上似乎很少考虑对法定义务性质的分析,很少分析涉案的法律规定的义务到底有没有对当事人产生主观公权,或者是不是赋予了当事人相应的权利。更多的是看,法律上有没有规定作为义务,更重要的是,当事人有没有对行政机关提出过要求履行义务的申请,或者行政机关是不是明显应该意识到要去履行上述义务。假如受害人对行政机关已经一再提出申请,那么,就有可能从抽象的法律规定的义务转化为对特定个人的作为义务。如果在这种情况下不履行该义务,就会构成法定职责的不履行。我们可以从"张珠钦等诉福建省闽清县璜乡人民政府不履行法定职责案"[④]、

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1994, p. 785.

② Cf. Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 143.

③ 转引自,罗明通:《英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任》,载《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),台北,三民书局,1998。

④ 林准主编:《行政案例选编》,北京,法律出版社,1995。在该案中,乡政府依据《婚姻登记办法》第5条规定负有办理结婚登记的义务,但在原告符合条件,提出结婚申请,但受到夫家和村干部的无理阻挠时,被告却以种种理由推脱履行上述职责。

“王宗孝诉连云港市规划局不履行规划管理职责案”[①]中可以清楚地看到这一点。

换句话说,如果缺少特定个人向行政机关提出具体请求这一将抽象职责具体化、个别化的转换过程,或者行政机关不是显然地应该知道发生了其应当履行职责的情形,行政机关也决不会因现实中发生属于其管理职责的违法行为,就概无例外地构成不作为,承担赔偿责任。道理很简单,社会生活中每天都在发生各种各样的违法,很多是在行政机关视野之外发生的,不为行政机关所察觉,行政机关也不可能对这些行政违法承担不作为的责任。

3.2.3 行政机关没有履行上述作为义务

在德国,是否构成行政不作为,光有主观公权仍然不够,还必须结合“裁量收缩(Ermessensschrumpfung auf Null)”,也称“裁量消减(Ermessensreduktion)”理论来具体判断。这种理论认为,如果特定个人的生命、身体、健康等法益有具体危险之急迫性,而且,行政机关对这种危险结果的发生明知或可得而知,也就是具有预见的可能性,并能防止该损害结果的发生,社会对被害人要求行政机关行使该项规制权限的期待也认可,单凭民事裁判或被害者个人之努力不能充分防止危险的发生,这时,行政机关对是否行使该权限的裁量权收缩至零,换言之,其不行使将构成裁量权的滥用。[②]该理论的核心思想是对裁量的容忍限度是以人权保障为最低底线。之所以要使行政裁量“收缩为零”,是因为人权的保障需求上升的结果。

在我国的行政法理论中,一般考虑两个因素:一是行政机关是否有能力履行。如果非因行政机关自身的原因而客观上不能履行,比如,因为自然灾害,那么,就不构成不作为。二是是否超过规定期限。履行作为义务的期限可以是法律规定的,也可以是行政机关内部规则规定的,还可以是行政机关主动对外承诺的。但是,在紧急情况下就不存在期限问题,而是要求行政机

---

① 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(行政卷),北京,人民法院出版社,1997。在该案中,根据国务院《城镇个人建造住宅管理办法》第6条、《城市规划法》第40条之规定,规划局对辖区的建筑行为负有管理职责。据此,原告以其邻居未经批准擅自建筑楼房而严重影响其采光、通风的合法权益为由,要求被告履行上述法定职责,但被告实际上未能履行。

② 罗明通:《英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任》,433~434页,特别是注1、3,载宪法体制与法治行政(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),台北,三民书局,1998。王和雄:《论行政不作为之权利保障》,台北,三民书局,1994。刘宗德:《行政法基本原理》,144页,台北,学林文化事业有限公司,1998。

关必须尽快履行作为义务。[①]

3.3 行政审判上的两个问题

3.3.1 什么样的判决?

根据在行政诉讼之时法定义务的履行对原告是否依然有意义,来决定是采取确认判决,还是责令履行判决。

《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57条第2款第(一)项中规定,如果"被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的",人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决。[②]这种判决往往不是最终的诉讼目的,而是为进一步解决赔偿问题打下合法的基础。

如果责令被告履行法定义务对于原告仍然有意义,那么,应该根据《行政诉讼法》(1989年)第54条第(三)项以及《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60条第2款之规定,判决被告在一定期限内履行,特殊情况下,不具体指定期限。《行政诉讼法》(2017年)第72条也是规定判决被告在一定期限内履行。

但是,由于法定义务履行之中,特别是在什么时间之内履行存在着裁量问题,所以,法院的责令履行判决存在着干预的深度和妥当性问题。在普通法上一般不采取像我们上述判决被告在一定期限履行的处理方式。正如路易斯(C. Lewis)指出的,通常在职责的规定之中给行政机关留有大量的裁量空间,来决定该职责到底以什么样的方式来履行。所以,即便是法院确认了存在着这样的作为义务,适当的救济方式还只能够是要求行政机关考虑应该采取什么样的步骤来履行职责,而不是直接命令行政机关实施某特定的行为。[③]换句话说,就是法院只能够责令行政机关作为,却不能指定具体的作为方式。

然而,在我国行政诉讼的责令履行判决中,可以由法院来指定具体的履行期限。这实际上意味着法院代行了行政机关的裁量权,为行政机关确定了作为的时间。这种规定的优点是可以防止行政机关阳奉阴违,拖而不办,

---

① 李战良:《略论行政不作为违法的司法救济》,载《行政法学研究》,1999(4)。

② 《行政诉讼法》(2017年)第74条第2款第(三)项重述了上述解释。

③ Cf. Clive Lewis, op. Cit., p. 143.

能够保障原告的诉讼请求及时得到实现，但涉及法院在分权体制下宪政角色的妥当性问题。假如这样的规定和如前所述的变更判决一样，在我国具有现实的意义，那么，作为法院来讲，至少应该尽可能地克制，不过多、过度地干预行政机关的裁量权。所以，在我看来，应该倒过来，原则上不指定履行的期限，法院只有在满足以下条件时，才可以考虑具体指定履行的期限：第一，在近期内履行法定职责对于原告才有意义，而且，行政机关不存在客观上不可克服的履行障碍；第二，有充分的理由相信，被告对法院判决的执行会阳奉阴违，拖而不办，或者及时履行对原告的权益保障是极其重要的。

3.3.2 因果关系

在最高人民法院作出的《关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》(2001 年 7 月 17 日)中指出，由于公安机关不履行法定行政职责，致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的，应当承担行政赔偿责任，在确定赔偿的数额时，应当考虑该不履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。上述司法解释的价值在于：一方面，肯定了行政不作为情境下的因果关系的复杂性；另一方面，对行政机关赔偿责任的确定，应当考虑不作为对于损害结果的发生实际上所起的作用。

从理论上分析，行政不作为情境下的因果关系可能主要有两类：一是行政不作为是损害发生的直接致因，客观上不存在其他的致害行为或原因。因此，行政机关要对损害承担完全的赔偿责任。二是已经存在的致害行为 A，B，C，…，其逻辑发展的结果会产生损害。假如行政机关履行了作为义务，就有可能终止、打断上述逻辑发展的进程，避免损害结果的发生，但是，由于行政机关采取了不作为，致使损害最终发生。

在后一种情况下，依据以下规则解决赔偿问题：

(1)假如能够确认实施致害行为的当事人，并且其有支付赔偿的能力，那么，原则上由其承担对原告的损害赔偿责任。对行政机关的不作为，由法院宣判违法。

对此规则，有人可能会提出异议，难道行政机关就不承担赔偿责任吗？这合理吗？但是，我们反过来思考，假如要让行政机关承担赔偿责任，该承担多大的份额呢？受害人很可能会得到双倍或者比其损害多得多的赔偿，这是否公平？我以为，既然已经由致害人承担了全部的赔偿责任，行政机关

承担的责任形式就可以不表现在赔偿上,而是对其不作为的法律责难,判决确认违法。由于行政机关内部有执法质量监督考评、错案追究等制度,也能够对行政机关及其责任人员产生很大的压力。

(2)假如致害人没有能力完全支付原告的损失,不足部分由行政机关支付。

(3)假如找不到致害人,或者让致害人赔偿事实上不可能,[①]那么,应该由行政机关承担完全的赔偿责任。

4. 僵化地禁锢于自我构筑的政策之中

4.1 为什么僵化的政策态度是不适宜的?

行政政策作为规范和控制行政裁量行使过程的结构性成分,是连接和沟通宽泛的裁量权和具体个案之间的桥梁,是行政裁量实践离不开的一种要素。它对于贯彻法律,对于稳定、连贯、准确地实现特定的行政目标来讲,无疑是十分重要和必要的。所以,我们在有些情况下,允许甚至是要求行政机关考虑政策。关于这一点,我在相关因素的讨论中已经作了较为详细的分析。在这里,我将分析有关政策的另一方面,也就是为什么有的时候行政机关还必须背离政策,不能够刻板地执行政策?

就像一枚铜币具有正反两面一样(a coin with two sides),上述对政策的认识只是其中的一个方面。另一个方面,正如为数不少的学者指出的那样,用规则和惯例来约束行政裁量,生搬硬套,某种程度上将使其失去本来的性质(to discipline administrative discretion by rule and rote is somehow to denature it)。[②]这是因为:

第一,政策尽管是以往经验的总结、升华和再现,进而在行政裁量权运行结构之中设定相对固定的行为反应机制,但是,任何经验都有局限,都有待发展。如果正在处理之中的个案具有以往经验所未体验过的特殊情况,

---

① 比如,在法国,对于那些在厂矿中静坐罢工者(sit-down strikers),行政机关因为害怕进一步激化紧张局势,多数情况下拒绝采取强制力执行驱逐令(judgments ordering expulsion),所以,上述驱逐令实际上就变成一纸空文。对于企业主因为行政机关的上述不作为而遭受的损失,由国家赔偿。Cf. Bernard Schwartz, op. Cit., pp. 281～282. 在上述情形下,因为静坐罢工者极多,让他们赔偿企业主的损失,根本不可能,甚至会引发新一轮的罢工或骚乱。

② Cf. D. J. Galligan, "*The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power*" (1976) *Public Law* 332.

那么，就会阻却以往经验的同样再现，而要求行政机关必须重新启动判断和估量程序，作出恰当的行为反应，以实现个案的正义。①

第二，既然行政裁量从本质上讲，允许有选择的自由，而且，要求去恰当地选择，那么，假如在特定的案件中，相对人具有特殊的、为现行政策所未预见的情形时，也要求行政机关，而且行政机关也应该根据个案不同情况选择恰当的行为方式。所以，行政机关也就不能用僵硬教条的态度，呆板地、不分青红皂白地适用一个政策。正如梯平法官（Tipping J.）指出的，僵硬政策实际上是违背裁量权行使的宗旨的（rigid policy is really the antithesis of the exercise of discretion）。②

第三，换个角度说，行政政策毕竟不是法律规则，它不像法律规则那样必须不折不扣地执行，不像法律规则那样即便需要更改、也必须通过法定的程序。相形之下，行政政策具有更大的灵活性，不管它是作为一般的指南还是特定的规范，在特定的情境之中都有延展和修正的可能性（An administrative policy is capable of extension and modification in the context of a specific situation whether the policy is expressed as a general guide or as a special norm.）。③政策的这种特性本身也从某种程度上说明僵硬地、一成不变地对待政策本身也是成问题的。

另外，行政政策通常是公共机构之间复杂的影响、考虑和关系的产物（Generally, administrative policies are the products of complex influences, considerations and relationships between authorities.）。比如，在政策之中作出对上级、立法机关和当地选民的意愿，以及其他政治或行政影响的回应。但是，这种回应应该是有限度的，必须保证行政机关是自己独立地行使

---

① 哈尔森（C. Hilson）举了一个很有说服力的例子，交通规则上要求车辆的驾驶速度不得超过70英里/小时，假如超过了77英里/小时，交警就可以起诉司机。这样规定是为了公共安全。假设某人在大白天驾车超过了78英里/小时，但当时的路况很好，没有什么人或车辆，也谈不上会危害公共安全。那么，交警还有必要一定要去处罚他吗？假如处罚他，会不会有悖于上述目的？Cf. Chris Hilson, "*Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*" (2002) *Public Law* 113.

② Cited from Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action-A Comparative Analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, p. 96.

③ Cf. D. J. Galligan, "*The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power*" (1976) *Public Law* 354.

法律授予的自由裁量权,而不能屈从于上述机关的压力,特别是不正当压力。[①]这就意味着政策并不见得是百分百正确的,有的时候也存在着谬误。

所以,我们说政策可以成为相关考虑因素,并不是说政策不管在什么情况下都必须考虑。我们要求行政机关在行使裁量权的时候,必须深入到个案之中去判断是不是要适用政策,是不是应该作为政策的例外来考虑,或者政策在适用到该案的时候是不是应该进行必要的修正。有的时候恰好我们是要求行政机关必须根据情势变更和公共利益的需要,改变政策,背弃政策。假如行政政策本身就是错误的、有问题的,那么就更不应该适用了。

如果在应该放弃政策的约束时,仍然不恰当地、僵硬地固守着政策"阵地",就会构成对行政裁量的不适当约束。对这个问题的探讨,实际上还和妥善解决合法预期保护的边际,以及政策和裁量之间内在冲突有着密切关系。

谈这个问题在我国有现实意义。我们关注到,现在很多行政机关都试图通过规范性文件、甚至是立法来限制执法人员的行政裁量权,其实践根据一方面主要是考虑到当前执法人员的素质不是很高,"人情执法""关系执法"的问题还较为突出;另一方面,也是想减少纠纷。我不完全否定这种实践的价值。在实践与裁量之间建立适度的对应关系,给出更加客观、具体的考量标准,无疑符合政策的功能。但是,让我们警惕的是,有些行政机关在实践与裁量之间建立起一一对应关系,要求执法人员像抓"中药方"那样进行估算,推演出裁决结果,没有给出任何的例外。

我担心这种实践会对行政裁量"釜底抽薪",掏空其实质性内涵。理由有二:一是,尽管我们可能已经从以往的实践经验中抽取了一些必须考量的因素,但不可能穷尽所有个案中必须要考虑的因素,所以,建立一一对应的类似数学的估算模型,显然无法完全实现个案正义。二是,在法律规定的幅度之内,人为地事先硬性划出几个基准线,要求执法人员只能在这几个基准线上执法,不能有任何裁量的余地。比如说,在贯彻备受注目的道路交通安全法的过程中,有的地方规定,驾车硬性并线一律罚款 50 元,不能有任何的上下浮动。如此一来,裁量也就不称其为裁量了。而且,并线有时是因为同

① Cf. D. J. Galligan, "*The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power*" (1976) *Public Law* 337~338.

向行驶的其他车辆别它造成的，这与故意违规并线不同，不加区别的处理也难免会有不公。

4.2 不同的审查路径

作为法院，应该要求行政机关恰当地行使裁量权，而不应该盲目地照搬政策。但是，真正想要对政策进行上述干预，就需要深入到对政策构造是否适当、在适用上是否周延等问题进行裁判。所以，法院在这个问题上究竟能解决到什么程度，实际上与法院对行政政策的审查能力有关，进而决定了解决问题的不同路径。

在英国，因为传统上法院就能够对行政政策进行司法审查，在议会至上的宪政体制中，这是合宪的，不违背英国的分权观念和制度。所以，英国法院可以直截了当地进行上述的审查，并且直接要求行政机关在个案中不得适用特定政策。①

在我国，行政政策一般表现为行政规范性文件。《行政诉讼法》(1989年)第12条第(二)项规定，不属于行政诉讼受案范围。②所以，在2014年《行政诉讼法》修改之前，至少从能不能直接受理针对政策的争讼案件上讲，法院的审查能力上受到了限制，不能够采取像英国法院那样的直接受理和裁决方式。③但是，丰富多彩的行政审判实践向我们展现出多样化的解决问题的路径。

一种方法是将实际上是行政政策(规范性文件)的争讼转换、识别为具

---

① For a detailed analysis, Cf. D. J. Galligan, "*The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power*"(1976) *Public Law* 332～354.

② 《行政诉讼法》(1989年)第12条第(二)项规定，行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令，不属于法院受理案件范围。《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3条进一步解释道，"行政诉讼法第十二条第(二)项规定的'具有普遍约束力的决定、命令'，是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。"

③ 《行政复议法》(1999年)第7条允许复议机关附带受理审查规范性文件。该条规定，"公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请：(一)国务院部门的规定；(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；(三)乡、镇人民政府的规定。前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。"

体行政行为来处理。实例如,河北律师乔占祥诉铁道部春运涨价案。[①]假如说,这多多少少有点羞羞答答、偷梁换柱的味道,那么,个别具有大胆创新意识的法院甚至还突破了上述规定,直接受理了针对行政规范性文件的诉讼案件。

另一种方法就是隐性的审查。尽管在1989年《行政诉讼法》以及最高人民法院有关司法解释当中没有规定对政策妥当性存在疑问的时候法院应该怎么处理,但是,如果发现行政政策的确存在着上述构造上的问题,法院似乎也可以比照《行政诉讼法》(1989年)第53条第2款规定的报送有权机关审查裁决的程序,[②]将有关政策提交有权机关来裁断。

再有一种方法就是,因为1989年《行政诉讼法》中对法律适用问题,只是规定了"适用"法律、法规,和"参照"规章,却没有规定行政规范性文件怎么适用。也就是说,行政规范性文件对法院审判究竟具有什么样的约束效力是不清楚的。所以,法院完全可以把有问题的政策搁置一边,置之不理,直接根据法律、法规或规章要求行政机关重新作出行政行为。

但是,2014年《行政诉讼法》修改之后,第53条允许法院对规范性文件(不含规章)进行附带审查。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)还用了7个条款(第145条至第151条)专门就规范性文件如何一并审查作出详细解释。

4.3 法院怎么处理?

在这方面,可能会出现两种争议,一是相对人要求行政机关应该考虑其特殊情况,不适用政策,行政机关却不理睬。二是行政机关要背弃原先的政

---

① 因春运涨价,河北三和时代律师事务所律师乔占祥2001年1月17日购买的2069次列车到磁县的车票比平时多花5元。他认为铁道部的《票价上浮通知》未经价格听证等侵犯了他的合法权益,于次日向铁道部提起行政复议。但铁道部的复议决定维持了《票价上浮通知》。乔占祥遂于2001年4月9日向北京市第一中级法院提起行政诉讼。法院认为,铁道部2000年12月21日作出的春运期间部分旅客列车《票价上浮通知》是具体行政行为,乔占祥作为购票旅客有权提起行政诉讼。但这份通知是经过有关程序,是在国家计委、在国务院授权范围内批准同意实施的,未违反有关法律规定。同时依据价格法,主持价格听证会不属于铁道部的法定职责,因而本诉讼并不涉及价格听证及其相关问题。判决驳回乔占祥的诉讼请求。《法院认定春运浮价合法》,载(京)《北京晚报》,2001-11-05。

② 该条款规定,人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。

策，相对人不同意。

4.3.1 第一种争议

假如当事人提出其特殊情况是原先政策没有考虑到的，因而不应该对其适用该政策的时候，对法院来讲，要深入到政策结构之中去审查其是否妥当性？有没有为尚未预见的特殊情形留有行使裁量权的可能，有的时候是很困难的。从英国法院的经验看，有些审查技术可以帮助法院认定。

一种技术就是从政策的外在形式上看，是不是规定了例外的情况。原则上讲，如果没有例外规定，就说明政策过于僵硬。当然，也不尽然。假如在政策中已经明确表示概无例外必须适用政策，尽管这在现实中也有可能成立，但是，法院也不能轻易就范，而应该撇开这种规定，从政策的总体上来考虑要不要给例外开“绿灯”。①

另一种技术就是从统计上看，假如对近些年案件处理结果的统计表明，行政机关从没有作出过例外的处理，那么，也可以从一定程度上帮助法院推断行政机关在适用政策上是不是比较僵硬。②当然，在司法审查过程中，假如行政机关缺少现成的统计数据，从诉讼经济的角度上说，还可以进一步简化成要求行政机关在答辩中说明，以往有没有出现过例外处理的事例。但不管哪种方法，在我看来，其作用只能是提醒法院注意，行政机关在本案的处理上也很可能存在着不适当拘束裁量权的问题，却不能直接证明在本案中肯定存在着这个问题。

如果经过审查，法院确信，当事人的确存在着原来政策所没有考虑到的特殊情况，行政机关却根本没有理睬，那么，法院可以认为，行政机关是僵硬地执行政策，不适当地约束了裁量权的行使，可以判决撤销，要求行政机关重新作出行政行为。

作为法院来讲，可以援用来据以审判的依据和标准实际上是很多的。换句话说，假如行政机关用自我构筑的政策来不适当地约束裁量权的行使，那么，会出现多方面的违法。正像史密斯(de Smith)等学者指出的，这不但违反了合法性的审查标准(the ground of legality)，也违反了程序适当性的标准(the ground of procedural propriety)。对于前者，是因为行政机关没有

---

① Cf. Chris Hilson, “*Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*” (2002) *Public Law* 116.

② Cf. Chris Hilson, (2002) *Public Law* 124.

按照法律授予其裁量权的方式行使裁量权,所以,构成违法。对于后者,是因为其固持已见,没有给当事人发表意见、参与程序的机会,所以说,在程序上是不适当的。[①]当然,对裁量权不适当拘束本身,实际上也构成了一种独立的司法审查标准,是对行政裁量的实质性审查标准之一。

4.3.2 第二种争议

行政机关不适用原来的政策,应该有充分的公共利益的理由。而且,在相对人产生合法预期的时候,还应当为相对人提供适当的程序保护或者赔偿性保护。关于这方面的问题,我在合法预期之保护中还会有详尽的论述。此不赘。

5. 行政契约的约束效力究竟能有多大?

在市场经济理念越来越渗透到公共领域,进而引发新一轮行政革新之际,利用契约概念来推进行政规制方式的改善和促进行政效率的提高,已经成为其中非常引人注目的主题之一。近年来,对公法上的行政契约的研究热情也变得十分高涨。而且,我也一直呼吁着将所有援用契约观念的行政实践,从"混合契约"形态到"假契约"形态通通归拢到行政契约范畴之内来研究。[②]

行政契约是在行政机关和相对人之间的一种约定,通过它来创设出行政机关和相对人之间各自的权利和义务,并且通过这样的权利义务创设以及契约的实际履行来实现行政机关所预期的行政状态和行政秩序。

5.1 契约效力能够约束裁量权不行使吗?

在行政契约上,依据"契约必须执行(pacta sunt servanda)",原则上要求双方当事人必须同样遵守契约上的约定。而且,这种约束效果会一直延续到契约实际执行完毕。那么,这是不是意味着行政机关只要作出了契约许诺,就只能按捺住裁量权,将其装入契约的口袋之中,不能自由地行使呢?

显然不是的。这是因为,授权法授予行政机关自由裁量权,就是要求行政机关随着情势变迁以及个案的实际情况,裁量选择妥当的行为方式,实现个案正义。假如上述行政契约能够在将来一定时间内约束行政机关必须按

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 505.

② 有关这方面的分析,参见余凌云:《行政法上的假契约现象》,载《法学研究》,2000(5)。

照契约确定好的模式行事，不管客观情况发生了怎样的变化，哪怕它“洪水滔天”“天塌地陷”，那么，显然与上述授权法目的相悖。这是其一。

其二，更为关键的是，如果行政契约可以约束裁量权将来的行使的话，事实上就篡夺了立法机关的权力，不恰当地“宣布部分法定出生权（to renounce a part of their statutory birthright）”，[①]变成行政机关自己给自己授权，或者说，可以修改授权法的规定。这显然是不成立的，是成问题的。

其三，从权限的来源上讲，行政裁量权是由法律授予的，而行政契约上行政机关履行契约的义务或者相对一方要求契约履行的权利是双方约定的，从某种意义上，我们也可以认为，两者之间发生冲突时，应当以法律优先实现为原则。

因此，在行政契约理论上，成就了一个非常重要的原则，就是行政机关不能用行政契约上的承诺，来不恰当地约束自己以后对行政裁量权的行使。这个原则实质上是行政裁量不受拘束原则（non-fetter principle）在行政契约领域的具体应用和表现，可以认为是该原则的一个亚原则。

但是，如果允许行政机关将来的裁量权行使不受行政契约的约束，又很可能会对相对一方的权益造成损害。特别是对这些无辜当事人因为公共利益的优先实现而作出的特别牺牲，如果完全置之不理，显然也有失公平。所以，在这两者冲突之间，我们必须找到妥善的解决办法。

5.2 如何解决两者的冲突？

为了保护相对一方的合法预期，主要是经济上的利益，行政契约立法和理论上需要建立相应的制度。这种制度在不同国家有不同的表现，但基本的思想和实际效果却基本上是一致的。

5.2.1 法国的理论

在法国法当中，整个行政契约理论的核心思想是公共利益居于优越地位（predominance），行政机关可以根据公共利益的需要，随时变更契约履行标的或内容，或者解除契约。但从平衡相对人利益的角度，法国行政法又创立了“经济平衡原则（le principe d'equation financiere）”，以便使公共利益和私人利益获得较良好的协调。在这方面，法国行政法上存在三个较重要的理论，一是管理（supervision）原则；二是统治者行为（fait du prince）理论；三

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 516.

是不可预见(imprevision)理论。

根据管理原则(the principle of supervision),允许行政机关对契约条款作有利于公共利益的调整与修改。[①]较为典型的事例是,在特许契约中,行政机关有权重新确定提供服务或者工作的性质(character),以满足变化的公共利益的要求。[②]这种权力,不是契约为行政机关特别约定的权利,而是来源于行政法的一般原则。但这种权力的行使,会导致相对人履行契约的成本增加,因此,法律又赋予相对人经济上要求补偿的权利,并要求行政法院对这种权利予以保护,以维持契约财产上的平衡。这样的制度安排,保证了行政契约这种方式能够始终保持对相对人的吸引力,同时也从经济角度制约了行政机关随意变更或解除契约的可能性。

统治者行为理论(fait du prince theory)有些类似于英国侵权法中的"国家行为(act of state)"。行政机关可以实施某些政府行为,这些行为的实施和行政机关所享有的契约上的权利没有联系,但对相对一方造成了影响,除了政府行为是一般立法,对所有公民均产生同等影响外,受损害的当事人有权得到金钱上的赔偿或者增加对消费者的收费。[③]

不可预见理论(theory of imprevision)是指在契约缔结后,由于不能归责于行政机关的意外事件的发生,致使相对一方继续履行契约会造成对其不利益,但公共利益又需要契约继续履行的,行政法院将强制相对一方履行契约义务,与此同时,相对一方有权就其额外付出,要求行政机关赔偿。对于特许契约(concession),补偿也可以采取允许契约相对一方有权提高向消费者收费的标准的方式。这一理论在著名的 Compagnie Generale D'Eclairage de Bordeaux(CE 30 March 1916)案件的判决中得到了行政法院的支持。[④]但现在这一理论较少被援用,因为在行政契约中一般都对诸如通

① Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 533.

② Cf. John Bell & Neville Brown, *French Administrative Law*, Oxford University Press Inc., 1993, p. 196.

③ Ibid., pp. 197,198. Also Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 533.

④ 在该案中,行政区(commune)与煤气公司签订为该镇街道照明提供煤气的合同,但后由于第一次世界大战初期法国北部煤田被德国占领,致使煤炭价格在十五个月中由每吨 35 法郎涨到每吨 117 法郎,如果煤气公司不相应提高价格,仍按原合同履行,则会招致破产,因此,行政法院判决该煤气公司继续履行合同,但允许其提高煤气价格。

货膨胀或货币贬值等情况加以明确规定。[①]但是，在某些情况下，如果援用不可预见理论仍不足以补偿相对一方，那么，法国行政法上将这种情形称为不可抗力（force majeure），允许解除契约。例如，在 *Compagnie Des Tramways de Cherbourg*（*CE 9 December* 1932）案中，受特许人已经濒临破产，但如果再提高电车票价，该公司将失去顾客。行政法院认为，这种原因不是当事人双方权利所能克服的，且缔结合同的目的（以合理的价格经营电车服务业）已遭破坏，因此，这属于不可抗力。

5.2.2 德国的情事变更原则

德国行政法在处理契约执行的物质条件已发生实质性变化（materially change）所引发的契约履行问题上，兼收并蓄了法国行政法的“不可预见”原则（the principle of Imprevision）和普通法的合同落空学说（the doctrine of frustration），[②]创设了情事变更原则（Clausula rebus sicstantibus）。即“缔结契约人于契约缔结后，情事发生重大变更，不能期待其继续履行契约者，得解除契约”。

德国没有像法国法那样赋予行政机关普适的单方变更或解除契约的权利，也没有像法国法那样允许行政机关在考虑公共利益的必要性之后强制契约必须履行。而是基于对解除契约为不得已之手段的认识，鼓励当事人先协商调整契约内容，以应情事之变更，只有在不能调整或者不能期待于当事人之一方调整时，始得解除契约。在程序操作上是采取双方协商，协商不成，再诉诸法院。但基于行政契约系以履行行政目的为其任务之考虑，也赋予行政机关为公共利益单方解除行政契约的权利，但这种权利只能在防止或免除公共福祉之重大损失时才能行使，相对方也能因此取得损害赔偿的救济。为更好地维护缔约人的利益，德国法还要求，除非法规另有其他方式之规定，解除契约应以书面为之，并说明理由（supported with reasons）。

出于尽量维护契约稳定的考虑，德国法律对变更或解除契约条件做了较严密的规定。一方面，要求契约执行的实质条件发生了为双方当事人在缔约时所未曾预料的变化，这种变化既可以是事实上的变化，如价格或费用标准的改变，技术的、科学的或医学知识（technical, scientific or medical

① Cf. John Bell & Neville Brown, op. Cit., pp. 198, 199; Also Cf. P. P. Craig, op. Cit., pp. 532, 533.

② Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 53.

know-how)上的变化,也可以是法律上的变化,比如新的立法的实施,出现新的司法判决或行政实践(administrative practice),只要这些变化对契约的履行具有直接影响就行。上述变化对于当事人具有极重大的意义。如果当事人在缔约时知道这些变化,将不会接受相同内容的契约。另一方面,上述变化是实质性的,以致难以预期契约当事人恪守原先的契约,因为坚持原先契约不放,也就意味着违背诚信原则(the principle of good faith)。①

5.2.3 英国的不相容理论

英国行政法上在遵从普通法上"契约必须遵守原则"的同时,也努力为行政机关将来根据公共利益的需要突破原来承诺的契约义务寻找理论根据。在这方面最主要的理论就是"不相容检验"理论(the incompatibility test)。

这个理论最早出现在19世纪的*R. v. Inhabitants of Leake*案中,②但也有学者认为,澳大利亚行政法上与之类似的"执行必需原则"(the doctrine of executive necessity),源自罗沃雷特法官(Rowalatt J.)在*Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.*案中的判决。③而福利国家的出现,以及提供某种公务的机构的相应增长,增加了这一理论运用的概率。

建立这种理论模型的核心是,在行政机关缔约必要性(the necessity for the public body to make contracts),和公平对待另一方当事人(fairness to the contractor),以及确保所缔结的合同不会拘拌其他法定权力行使的需求(the need to ensure that the contracts thus made do not stifle other statutory powers)之间建立平衡,解决契约义务与行政裁量权行使之间的冲突。④

---

① 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,222~223、247~248页,台北,台湾大学法学丛书编辑委员会,1990。Also Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., pp. 53~54.

② 这是克莱格(P. P. Craig)的见解。在*R. v. Inhabitants of Leake*案中,专员(commissioners)确定某块土地供排水使用,且已用于这种用途25年了,但后来专员决定将这片土地收回改用作公路,在这个案件的判决中,帕克法官(Parke J.)阐述了"不相容检验"问题。Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 526.

③ 这是霍托帕(S. D. Hotop)的观点。在该案中,一个瑞典船主得到英国政府的承诺,如果其装运批准的货物,则该船将不被扣押,但该船主照办后,该船仍被扣押了,因此,该船主以英国政府违约提起诉讼。Cf. S. D. hotop, *Principles of Australian Administrative Law*, North Ryde, N. S. W.: law Book Co. Ltd., 1985, p. 446.

④ Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 527.

这种理论的基本内容是，看看合同能否明显地、合乎逻辑地与授权法之间发生冲突，出现彼此不相容的问题。如果发现合同规定的行政机关义务阻碍了行政机关将来行使法律赋予其的自由裁量权，该合同条款就对行政机关没有约束效力。但是，仅此而已。不影响到其他条款，特别是整个合同的效力问题。

如果个案中出现“不相容”，应如何处理？特别是另一方当事人能不能要求赔偿呢？克莱格(P. P. Craig)在他的著作中详细地分析了三种理论观点。①

第一种观点是可以要求违约赔偿(damages for breach of contract)。其根据是，“不相容检验”理论仅说明发生与法定权力不相容的政府合同不能被执行，但并不意味着相对人不能因行政机关违约(breach of the contract)而要求获得损害赔偿(damages)。这种观点的瑕疵是，如果合同条款与法定权力不相容，该条款即为无效。那么，也谈不上违约问题。

第二种观点是合同落空(frustration)，所以，可以要求赔偿。这种处理方法也有问题。因为落空不能是因为自己的行为导致的。更为重要的是，假如采用落空的方式来处理的话，前提应该是合同终结，双方当事人对合同的继续存续没有任何利益可图。但在这里，情况不是这样的。

第三种是特别救济(a specialised remedy)的观点。这种观点认为，在这里，行政机关实际上是起着“公的(public)”及“私的(private)”两方面作用。所以，通常的违约责任不适用。我们所需要的救济是，既承认行政机关的行为是合法的，同时又给予因此受到损失的当事人以赔偿。这实际上和上述法国的方法趋同。在克莱格看来，也是比较好的解决问题的方法。

5.2.4 对我国有关立法的批判和改进意见

我国行政立法上，对行政机关契约义务与行政权行使的协调问题的解决思路，受到民法理论极强烈的影响，比较明显的例证是，当政府对税种、税率和指令性计划产品价格作重大调整时，行政机关还必须与相对人协商变更企业承包经营合同(《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(1988年)第19条第1款)。

这种制度的设计显然是基于与民法相同的契约当事人地位平等的思想，因而招致一些学者的批评。批评的要点在于，协商制度会妨碍行政目的

① Cf. P. P. Craig, op. Cit., pp. 530～533.

的及时实现,损及公共利益。出于公共利益的考虑,应赋予行政机关单方变更或解除契约权。这些学者也承认,这种单向性权利配置,给予行政机关的自由裁量权过大,可能导致权利的滥用。但他们认为,可以通过建立经济平衡原则,形成经济上的反向制约机制,以及在行政救济中以"公共利益"必要性为衡量标准,来有效地控制行政机关的这种权利。①

上述批评的角度实际上是以法国行政契约理论为衡量标准的。那么,法国行政契约理论上的普适的单方解除与变更契约权是否就一定适合我国的行政契约实践?在变更与解除过程中是否就必须排斥协商的可能?对此,我是有疑问的。

行政复议与审判反馈的信息表明,在实践中行政机关不经协商单方变更解除行政契约所导致相对人权益损害的现象比较严重。②如果一味排斥协商,而肯定行政机关单方变更解除权,则极可能助长实践中存在的这种不良倾向。

诚然,正像米彻尔所指出的,经济平衡原则的存在本身将为个人权利提供保障,阻止行政机关随意行使权力。③换句话说,就是可以在一定程度上形成对行政机关行使变更解除权随意性的制约。但是,这种制约的功效要得以发挥,必须将因行政机关公务员滥用变更解除权所导致的财政上的不适当或不必要支出,与该直接责任人的行政责任紧密挂钩,并有有效的监督机制作保障。但从我国目前的行政监察制度的实际运作看,是难以达到这种高度系统化、协作化的程度的,这就决定了上述措施的局限性。

我也承认,通过裁决的积累会对行政行为模式产生制度化的反制作用,从而达到一定抑制行政机关随意性的作用,但是,我们也必须注意到,行政救济制度所起的保障往往是事后的。谈上述两种措施的局限性,并不是要否定建立这两种制度的必要性,而是意在通过这两种制度的不足,来论证在我国行政契约变更解除理论的构筑中应当保留协商机制。从正面角度讲,保留协商制度,也能够为双方提供一个较理想的交流意见的场合与空间,减少日后的不必要的摩擦。

---

① 刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。张树义:《行政合同》,126~130页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 反映这方面情况的材料和文件比较多,比如,张志华:《南漳县政府授权政府法制机构严肃查处村级行政组织单方面撕毁经济承包合同案件》,载《行政法制》,1996(3)。

③ Cf. J. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities*, London: L. Bell, 1954. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 214.

而且,因为先前行政契约的存在,已经给相对一方当事人一个非常明确的预期,一种即将实现的可得利益的预期。尽管在上述情况下,行政机关的改变行为的确有着强烈的公共利益的要求,但是,毕竟会损害到上述合法预期。为了保护相对人对行政机关的信赖,为了防止行政裁量权的滥用,至少应该为当事人提供必要的程序上的保护。事先适当的协商,应该是可以考虑的措施。

因此,我认为,不应全盘否定目前我国行政契约变更解除制度中的协商,而应当在保持和发挥该制度效益的前提下,根据行政契约优先实现公共利益的目标模式特点,考虑完善变更解除制度。

反映在具体制度建设中就是,行政契约原则上不能拘束行政机关将来合法行使行政权。如果行政机关合法行使行政权,必须变更、终止行政契约,行政机关可以与相对一方协商改变契约内容或标的,或者解除已完全失去履行可能的契约。如果协商不成,或者行政契约的变更解除具有急迫性,在不会对相对一方的利益造成不成比例的损害的情况下,也应允许行政机关享有单方变更解除权。但为了保障相对人的合法权益,必须要求行政机关书面作出变更解除的理由说明。

与此同时,要将我国行政契约立法中已经出现的"经济平衡原则"作为保障相对人利益的制度化措施加以肯定。[①]也就是,对于无辜当事人因为公共利益的优先实现而作出的特别牺牲,必须给予经济上的补偿。这种补偿不能是象征性的,而应该是合理的、与相对人损失基本对等的补偿。其合理性是:第一,体现了公共负担平等原则;第二,可以认为是以补偿的对价来换取行政机关变更、终止行政契约的权力;第三,能够保护相对人对行政机关的信赖和合法预期。在权利配置上就是要赋予那些经济利益受到行政机关变更解除权行使影响的相对一方要求相应补偿的权利,并提供有效的行政救济。

5.3 可能出现的争议和法院的处理

由于在行政契约的约束力和行政裁量的不受拘束之间应该存在着恰当

---

① 例如,《北京市农业联产承包合同条例》(1989年)第19条就规定,为实施土地利用规划、产业结构调整,需要调整农村承包者所承包的土地,或者因生产条件发生重大变化,为提高土地产出率和劳动生产率,确需变更承包经营方式时,发包方(农民集体经济组织)在解除或变更承包契约的同时,应对承包者在原承包项目上的基本建设和所增设备、设施的投资、投工给予补偿;对承包者的可得利益给予适当赔偿;对需要另行安排就业的劳动力给予合理安排;对口粮没有来源的保障供应。

的平衡,所以,在行政审判中,法院可能会面临着两类争议,一是行政机关行使了裁量权,因为契约未得到继续履行而受到损失的相对一方提出异议;二是行政机关错误地认为应该受到先前的行政契约的约束,在本应该行使裁量权的时候却没有行使。

前一种争议中,相对方产生异议的主要原因很可能是,认为行政机关不继续执行或者变更执行不具有充分的理由,或者是因为在补偿的问题上不满意。因此,法院的审查要点是:第一,必须审查行政机关不继续执行或者变更执行行政契约究竟是不是有着充分的公共利益的理由,是不是的确存在着情势变迁的理由。假如行政机关不具有上述正当理由,而是出于其他不适当考虑或者追求其他不适当目的,那么,法院可以责令行政机关继续执行契约。第二,如果的确是因为情势变迁,出于公共理由的需要必须停止执行,或者变更执行行政契约,那么,行政机关有没有给予因此遭受损失的相对一方对等的补偿?

对于后一种争议,情况稍稍有点复杂。因为行政机关是不适当地受到行政契约的约束,继续执行契约,这对契约的相对一方来说,当然是求之不得的,不会损害后者的利益。而且,行政机关不行使裁量权,也不见得会损害其他第三人的利益。受到损害的很可能只是公共利益,没有具体的受害人。所以,这时可能会涉及公益诉讼的问题。而公益诉讼因为具体范围是什么,由谁起诉,诉讼后果由谁承担,怎么承担等关键问题尚在研究之中,所以,在我国实际上还没有真正开展起来。

当然,如果存在着具体的受害人,那么,问题就变得简单些。法院只要按照上述对裁量权不拘束原则,责令行政机关行使裁量权,并根据"经济平衡原则",对契约相对一方给予适当补偿。

6. 资源稀缺造成的不作为

就像皮尔斯(R. Pierce)指出的那样,立法机关很少将其分配给行政机关的任务之决定和拨款决定之间协调起来(Congress rarely coordinates its decisions to assign tasks to agencies with its decisions to appropriate)。[①]事实上,行政机关面临的现实也是,经费、人力等资源短缺始终是挥舞不掉的

① Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 77.

棘手问题。所以,行政裁量的行使会受到来自资源方面的制约,也是显而易见,无法避免的。

我在相关考虑的论述中已经对这方面的内容有所涉及,但考虑问题的视角是不一样的。在相关因素中,是探讨行政机关可不可以、在什么条件下可以考虑经费或人力等资源状况,思考的重点是这些资源状况是不是合理的、相关的考虑因素。但在这里,我的关注点在于,对于确实因为资源短缺问题造成的不作为或迟延作为,能不能算是对行政裁量的不适当拘束?如果是,法院能够作出什么样的反应?这些反应的恰当性和实效性如何?通过这样的讨论,来进一步强化和补充在相关考虑上已有的结论。

6.1 责令履行判决有效吗?

我们假设资源短缺造成的不作为仍然是一种不履行法定职责,是一种违法行为,对于被告不履行或者拖延履行法定职责的,(法院)可以判决其在一定期限内履行,因情况特殊难于确定期限的除外。从一般的审判经验讲,如果要求行政机关履行作为义务对于原告来讲依然是有意义的,那么,法院应该责令行政机关限期履行。即便是资源短缺导致的不作为,也不应该例外。因为,通常理解上,把这看作是法治主义的归结。既然法律有着上述作为义务的规定,行政机关为何不执行?怎能不执行?!

当前对行政不作为的有关理论研究都揭示出,缺少法定期限是导致行政机关不作为的主要原因。因此,提出的相应对策就是要在行政程序上明确履行期限。然而,美国的经验表明,对于纯粹是资源欠缺情境下产生的行政机关不作为或迟延作为,在立法上采取明确限定最后实施期限的应对措施,收效甚微。行政机关仍然还会一而再,再而三地违反上述法定期限。[①]据说,在美国,因为资源紧缺,环境保护机关对于清洁空气法(*the Clean Air Act*)中规定的大量有关时限的要求,大概只遵守了不足20%。

那么,当当事人因为不满行政机关未遵守有关法定的期限规定而提起诉讼时,法院能不能也采取上述严格的法治主义态度,要求行政机关立刻(限期)履行职责呢?

从上述立法对策的失败,或许,也可以从某种程度上征兆着这样的司法

① Cf. Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 77~78.

对策很可能会遭到同样的命运。当然,也不完全尽然。因为法院面对的是一个个具体的案件,所以,个别性有时也意味着个别问题可能会得到较为妥善的解决。我决不否认,可能在有的案件中,法院作出了限期履行的判决,因为行政机关领导的重视,特别是如果该案已经引起了上级机关、权力机关或者社会媒体的关注的话,行政机关仍然可能会严格执行法院的判决,尽管从整体上讲,行政机关资源短缺的问题依然如故,没有丝毫的改观。

但是,像这样的行政审判的效益,并不是促进行政机关更加注意遵守法律规定,克服今后不作为,实际上却是迫使行政机关从其认为是重要的任务之中抽回部分资源来处理其认为不太重要的任务,也就是俗话说的"拆东墙,补西墙"。这样资源重新分配的结果,可能对原告是有利的,但是,对于也存在同样问题但没有起诉的那些当事人,以及那些正在等待行政机关作出答复的当事人来说,似乎是不公正的。因为在就这么大的一块"蛋糕"(资源)上,切给这边多了,那边必然就少了。对这边是履行了,对那边可能是本来可以履行、但现在不能履行了。拿美国一位著名的清洁空气法专家麦林可(S. Melnick)的话来评价就是,这是极其糟糕的分配行政机关资源的方式(It is hard to imagine a worse way to apportion agency resources)。[①]

但问题的关键还不在这,关键是法院采取上述严格的态度,即便对于原告的诉求来说,能否真正达到目的,有的时候仍然还是打着问号。美国另一个案件 *Environmental Defense Ctr. v. Babbitt* 就很说明问题。因为资源实在匮乏,尽管地区法院责令被告限期履行法定职责,但是,事实上仍然得不到执行。原告又因为诉权始终得不到满足,一而再,再而三地起诉。最后官司打到巡回法院。巡回法院只能采取更加务实的态度,允许被告在合法获得有关拨款之后的合理时间内作出答复。[②]

---

① Cited from Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*" (1997) 49 *Administrative Law Review* 82. 在美国的另外一个案件 *Open America v. Watergate Special Prosecution Force* 中,美国巡回法院也表达了同样的观点,认为,如果法院硬要责令行政机关限期履行,对于行政机关来讲,是不现实的要求。行政机关只能是改变原先在资源分配上的先来后到的处理顺序(first-come, first-serve),变成行政机关认为是紧急的案件,特别是那些当事人已经起诉的案件,就先调动资源处理之,而不顾及其他的案件。巡回法院认为,这样的资源再分配不适宜。Richard J. Pierce, "*Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources*"(1997) 49 *Administrative Law Review* 83～84.

② Cf. Richard J. Pierce, "Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources"(1997) 49 Administrative Law Review 82～84.

像上述美国巡回法院的处理方法，在我国最高人民法院的上述司法解释中也能够找到类似的依据，那就是按照“情况特殊难于确定期限的”情况处理，不指定具体的期限。但是，对于原告来讲，因为他对行政机关资源状况的改善与否难以知晓，又很可能因为先前的诉讼行为开罪于行政机关，其结果很可能是，即使行政机关资源状况得到缓解之后仍然拖而不办，法院的上述宣判对于原告只能是“望梅止渴”。当然，我也不否认，实践中行政机关可能会主动去办，或者原告可能会通过一些途径了解到行政机关有能力去办而不办，遂申请法院执行。

但是，上述判决的“望梅止渴”效应仍然可能会变为一种现实。那么，怎么改善这种状况呢？或许美国法院的另一起案件的判决能够给我们一点启示。在 *Open America v. Watergate Special Prosecution Force* 案中，法院承认，行政机关总是未遵守《情报自由法》(*the Freedom of Information Act*)规定的决定期限，根源于行政机关资源的限制。恰好《情报自由法》中有一个授权法院裁断允许行政机关不遵守时限的“例外情况(exceptional circumstances)”之规定，法院就有意扩大其适用范围，认为，当行政机关面对着大量涌来的、远远超出议会原先预计的案件，当现有的资源根本不足以保证在法定期限内处理完毕上述案件的时候，就属于“例外情况”。因此，法院结论道，在上述情况下，议会规定的期限实际上是指导性的，而不是强制性的。所以，现在，因资源短缺造成行政机关不遵守法定期限的现象依然故我，对于这方面的控告，法院也只是袖手旁观。[①]这种司法战术实际上是借助立法上的不确定概念，有意地扩大解释，将事实上的不作为装进合法的口袋。

还有一种可以考虑的解决办法，就是对于直接涉及财政支付的行政不作为(注意，仅仅只是对这类案件才适用)，比如，给付行政中向社会提供的服务项目，因为行政机关经费紧缩的原因，必须裁减，那么，法院也可以考虑以合法相关考虑为由，允许行政机关撤销其中部分服务项目。关于这一点，我在相关考虑因素的讨论中已经谈到了。

在我看来，假如在个案的审理中，行政机关能够证明其不作为的确是因为资源缺乏的缘故，那么，法院是不是可以把这种情况看作是一种政策问题

---

① Cf. Richard J. Pierce, “Judicial Review of Agency Actions in A Period of Diminishing Agency Resources”(1997) 49 *Administrative Law Review* 80～81, especially note 120, 121, 122.

来对待？这实际上也的确是一种政策问题，因为作为偌大的一个行政机关来讲，不太可能连处理一个个案的经费或人力都拿不出来。但是，把有限的资源究竟怎么分配，对哪些问题(案件)应该优先得到资源支持，哪些可以暂缓等问题上，行政机关的确会有，而且必须有自己的考虑和判断，必须按照现阶段各项行政任务的轻重缓急来决定的。尽管这种政策可能不表现为一种成文的规范性文件形式，但是，其实质仍然可以看作是一种政策。假如这样的看法可以成立，那么，法院可以认为这种不成文的资源分配政策是有效的，没有问题的，进而采取一种不干预的态度。或许，我提出的这种解决办法可能会比上述前两种方法在适用范围上更广些。

所有上述这些方案都可以认为是在法院无力改变立法，不愿打乱正在进行之中的行政机关资源分配秩序，却又面临着判决事实上无法执行的困境之下，采取的防御战术。更为重要的是，通过上述解释技术，能够使法院在不违背法治主义要求的前提下，光荣地撤退出来。当然，这是在立法留有发挥司法解释和裁量的合理空间的情况下，法院才有可能在其制度角色上做到这一点，并且不“犯规”。

退一步说，假如我们不认可上述任何一种处理方法，不认可资源短缺是可以考虑的相关因素，认为在这种情况下不行使裁量权，仍然构成对行政裁量的不适当拘束，构成不作为，那么，司法上的回旋余地就变得很小，只能够按照责令履行但不规定具体期限来处理。

如果立法对行政机关的职责和期限都规定得十分清楚，行政机关不能说服法院，不作为是资源紧缺所致，不能说明有着比被诉案件更加急迫的案件需要处理、更需要资源，那么，法院就可以径直认定其构成行政不作为，并判决责令履行。

6.2 资源短缺能不能作为减免赔偿责任的酌定理由？

最高人民法院在《关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》(2001 年 7 月 22 日)中明确指出，“……(公安机关)不履行法定行政职责，致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的，应当承担行政赔偿责任”。该批复对于涉及其他行政机关也存在同样情况的赔偿案件的处理，也应该具有同样的指导意义。

假如说，我们接受上述分析，认为在有的情况下可以将资源(分配)问题当作是相关考虑或者政策问题来处理，并认可其合法性，那么，这时当然不

会存在什么赔偿问题。

但是，如果无法通过上述解释技术转化成合法的话，那么，法院也只能判决该行为构成（违法）不作为。假如因为不作为已经造成了原告的损失，紧接下来，就会产生赔偿的问题。那么，要不要行政机关承担行政赔偿责任呢？

假如要的话，那么，又意味着在已有资源短缺的基础上，因为额外支付赔偿费用（尽管赔偿费用是专款专用的），而在总体上使得本来已经捉襟见肘的国家（地方）财政变得更加紧张。更为重要的是，由于这种不作为根源于资源的不足，与行政机关的主观能动性没有什么关系，所以，就是让行政机关承担行政赔偿责任，对于督促行政机关依法行政之国家赔偿目的的实现，实际上也不会起到什么作用。[①]既然在前面，法院对于这种（违法）不作为，如果还有继续履行的价值，也只是在责令履行之中不限定履行的具体期限。这也就意味着，对于不作为持续状态可能会对相对人造成的持续侵害，或者损害的继续扩大，采取高度的容忍态度。那么，对于因为资源短缺造成的不作为损害，要求行政机关必须绝对地、毫无例外地承担赔偿责任似乎就有些强人所难了。至少是和上述法院对这种不作为的克制和容忍的精神不和谐，不一贯始终。

但是，资源短缺造成的（违法）不作为毕竟是一种不作为，特别是对于没有遵守法律明确规定的期限、又无法转变为政策问题或者相关考虑来处理的不作为，如果由此造成了相对人的损害，按照《国家赔偿法》（2012 年）第 3 条第（五）项、第 4 条第（四）项之弹性条款规定，以及上述最高人民法院的司法解释之精神，仍然应构成行政赔偿责任。在权力机关至上的宪政结构之中，法院不可能违背上述法律规定，完全豁免行政机关的责任。而且，假如要求行政机关适当地作出一点姿态，作出一点赔偿，似乎也可以抚慰一下当事人的痛楚，使后者更加容易接受不限期履行义务，甚至是永远不会履行的事实。

因此，权衡考虑上述两方面的利弊，在我看来，似乎可以将资源短缺状况看作是酌定减免情节或理由，由法院根据个案的具体情况，本着公平的原

① 《国家赔偿法》（1994 年）第 1 条规定，为保障公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利，促进国家机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。可见，国家赔偿目的之一，就是促进国家机关依法行使职权。《国家赔偿法》（2012 年）第 1 条延续上述规定。

则,裁量处理。

7. 上级指示或公共机构的不恰当影响

7.1 为什么?

行政裁量理论认为,裁量权只能是由授权法授予其权限的行政机关来行使,还必须是由上述机关独立判断、自由裁量,不受外界不正当因素的干扰、诱导或胁迫等影响。在此基础上作出的行为选择,才为法院所许可。

这是因为,立法机关之所以将行政裁量权授予这个机关而不是那个机关,就是考虑到这个机关具有专业知识、丰富的行政经验、敏锐的政治判断力,谙熟行政政策,因而赋予其这么一种能力,对其管辖的特定领域中发生的案件,根据各自的具体情况,特别是法律不可能事先预见到的情况,作出正确的行为选择和判断,从而实现个案的正义。

但是,由于行政体制中上下领导关系,以及行政机关的活动不可能在真空中进行,不可能不考虑到上级机关对特定案件处理的态度,不可能不与其他的公共机构发生这样或那样的联系(工作上的或者个人情感上的联系),所有这些都有可能对行政裁量的行使产生或多或少的影响。

尤其是现在各级行政机关推行的"错案追究制""一票否决制""执法责任制",客观上更是刺激了下级机关要多请示、多汇报,甚至是把整个案件提交给上级机关(或有关处室,甚至是政府或者人大)"把关",防止出现工作失误,更主要的还是一旦出现失误时,也有地方推卸或减轻责任。我们现在正在推行的有些改革措施,比如,人大的个案监督,行政机关上下级或者业务科室之间的批报程序规定,实际上也从某种程度上助长了,甚至是合法化了这种风气。

我绝对不是说,这样的改革措施不好,上述请示、汇报的做法都是错误的。正像贝克法官(Baker J.)指出的,独立行使(裁量权),是指不依赖于(其他机构),而不是说,要完全游离在(其他机构)之外,根本也不和谁协商("acting independently" meant "not depending on" and did not mean "acting in complete isolation from and without consultation with")。[①]

---

① Cf. Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action: A Comparative Analysis*, Dublin. Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, p. 101.

但是，如果一味地遵从或者屈从上级指示，或者顺从其他公共机构的压力或影响，在实质问题上完全按照上述机关的意愿来行使行政裁量权，就会构成一种在外在力量驱动下而发生的自我的、不恰当的对裁量权的约束。因为从某种意义上说，这实际上是把对个案的判断权和法律赋予的选择权通通交给了上述机关，因此，也可以看作是不适当委托裁量权的另外一种变形和表现。[①]当然，也可以看成是一种不相关考虑。

7.2 法院怎么审查？

如果法院在行政审判中能够查明，上下级之间对案件的处理意见明显存在着分歧，或者下级机关最初实际上已经初步形成了一种意向处理意见，但在上述因素的影响下改变了，那么，法院可以判决撤销该行政裁量决定。在这里，对不相关考虑的审查技术同样也能够适用。甚至，在我看来，假如没有任何法律或者规范性文件规定批报手续，行政机关却主动将案件提交上级裁断，或者请示处理意见，并且，大体上也是按照上级意见来形成行政处理决定的，法院也可以以裁量权不适当拘束为由，判决撤销行政决定。

但是，话又说回来，就像伽利庚（D. J. Galligan）观察到的，要想在行政裁量的适当行使和不适当屈从之间划出清晰的界线是很困难的，法院在这方面的意见也存在严重的分歧（The line between proper exercise of discretion and improper abdication is difficult to draw, and judicial opinions may be differ strongly）。[②]

首先，是因为上级指示有的时候是不公开、非正式地作出的，不表露在任何的书面文字之上。同样，其他公共机构的影响也可能会是无形的、潜在的，或者是非正式渠道传递的。所以，要想证实这种不恰当干预的存在，尤其是左右了行政裁量的行使，就变得非常困难。

其次，上级指示或其他公共机构的意愿有的时候并不违背行政机关对本案处理的看法，甚至是强化了行政机关原本存在着的对该案应该如何处理的初步意见。假如只是起到强化的效果，那么，就不能算是行政机关没有独立地行使裁量权。另外，假如行政机关辩解道，通过请示上级意见，纠正

① Cf. D. J. Galligan, "The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power" (1976) *Public Law* 338.

② Cf. D. J. Galligan, "The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power" (1976) *Public Law* 338.

了自己原先的错误看法,那么,你又能说出来什么呢?所以,在有的案件中,你就很难论证行政机关究竟是不情愿地屈从,还是其真实意愿的表现。

最后,由于当前行政组织法的不健全,以及授权法有的时候规定得比较含混,行政机关,特别是上下级之间对具体案件的管辖权有的时候是不清晰的。而且,实践中,还会偶尔出现上级机关将自己管辖的案件移送给下级机关处理的情况。假如是这样,按照上级机关的意见处理,又有何妨?

所有这些,都有可能增加司法识别和判断的难度。所以,一旦出现上述情况,那么,法院可以考虑的选择,就是转换成对行政裁量结果是否极其不合理、不公正的审查。如果是,法院也可以判决撤销。

总而言之,上述各种情境对行政裁量的拘束效应是现实的,尽管有的像行政政策、行政契约、上级指示等拘束在有些情况下是合法的、必要的,但是,在很多情况仍然会构成对行政裁量的不适当拘束。

法院在这个问题上的反应却是复杂的,除了要寻找行之有效的审查技术之外,在有的情况下,比如,对于资源短缺造成的行政不作为,法院还不能够采取像"'不适当拘束'='违法'='撤销'"这样的简单的、通常的反应模式,还必须作出某种必要的妥协和让步。

八、对行政裁量的程序性审查标准:程序违法

1. 问题的提出

如前所述,行政裁量所享有的行政自治,意味着必须将实体性规范挤压出去,以便为行政机关留下自主选择的空间。因此,法律规范对拘束行政行为的调控方法,在行政裁量上就未必能够完全奏效。一般法律规则在规范行政裁量的能力上是有限的。为有效地影响裁量结果的形成,并确保合法性(legitimacy),除了我们可以依靠行政政策、遵循先例之要求以外,在很大程度上就必须依靠行政程序的正当与公正。

行政程序之所以备受关注,一方面,是在正义观念逐渐由实质正义向程序正义渗透的趋势下,越来越凸显出其在确保客观(objectivity)与公正(impartiality)方面的巨大价值。因此,行政程序也实现了自我超越,不再仅仅是辅助结果正当性实现的工具性角色,其自身的内在价值也对程序裁量

产生了巨大的约束效力。也正是从这个意义上，我们才可以理解为什么即使法律没有对程序作出要求，行政机关在程序裁量上仍然不是自由的，仍然要符合正当程序的基本要求。

另一方面，与实体性规范相比，程序的妙处是，在约束的同时又不呆板，有原则又不失灵活，能够根据个案之不同调整、整合产出的结果，以谋求个案正义的实现。也是在这一点上，它与行政政策以及遵循先例的约束机理殊途同归。无怪乎戴维斯（K. C. Davis）在他的裁量构造（structuring discretion）理论体系之中，程序占了很大的一部分。①

还有一种可能，是因为对行政裁量的实体内容进行审查，有的时候具有一定的困难，法院的负担太沉重，所以，转而试图审查行政机关所履行的程序或者其判断过程的适当性及合理性。由于法院的审判是以程序为操作对象的，对程序问题有着比较深刻的认识，因此，从程序角度审查行政裁量的合法性，相对来说比较简单一些。②

但是，在这里，我无意于过多地纠缠在行政程序对行政裁量的功能与价值之上，我更加关注的是行政程序在司法审查上的意义。因为法院对行政程序的违法（瑕疵）及其效力问题应该持什么样的态度，不仅能够左右行政机关在执法之中对行政程序的基本态度，而且，更为重要的是，直接关系到司法审查上选择什么样的判决形式和处理。从制度建设上讲，这样的研究，对于统一行政程序法的草拟以及行政诉讼制度的完善也会大有裨益。

《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（二）项第 3 目规定，违反法定程序的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为。③ 上述条款在行政诉讼上的重要意义是，确认了违反法定程序（breach of statutory procedures），或者说，程序不适当（procedural impropriety，procedure irregularity）是司法审查的一个很重要的标准。不言而喻，上述规定对于行政裁量的控制，也具有十分重要的价值。

---

① 戴维斯认为，在裁量权改造之中，七个手段最为有用，即公开计划（open plans）、公开政策（open policy statements）、公开规则（open rules）、公开事实（open findings）、公开理由（open reasons）、公开先例（open precedents）以及公正的非正式程序（fair informal procedure）。其中，后四项都属于程序范畴。Cf. Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, p. 98

② 杨建顺：《论行政裁量与司法审查》，载《法商研究》，2003(1)。

③ 《行政诉讼法》（2017 年）第 70 条第（三）项重述了上述规定。

但是,上述规定看似解决了不遵守行政程序的法律后果问题,实际上远远没有解决。因为那种认为"只要违反法定程序都一律导致行政行为被撤销"的观点(从下面的讨论中可以看到),显然是把问题简单化、单一化了,会人为地增加不必要的行政成本,对原告也不见得总是有实际的收益,所以,不完全符合现代行政法发展的实际。况且,在行政行为效力理论上还一直存在着无效(void)与可撤销(voidable)二元结构理论以及行政行为公定力理论,而且,在制度法的层面上也已经有了一定的折射与体现,所以,必然也会与上述规定发生碰撞。因此,本文将详细分析和探讨其中的有关问题,希望通过比较的分析方法和细腻的理论批判能够为我国现行的理论给出一点参考,推进有关理论研究的深化。

2. 对"法定"程序的理解

2.1 考量过程和程序

本文中对程序不适当的讨论,主要是考察在行政程序(procedure)的具体环节和制度上是否发生了问题,并不涉及行政裁量的考量过程(process)。所以,追求不适当目的或者考虑不相关因素等造成的裁量滥用,都属于考量过程中发生的问题,没有放在程序审查的范畴,而是放到了实质性审查之中。

2.2 "法定"程序能够从正当程序、从法律默示之中衍生出来吗?

从《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目之规定看,毫无疑问,进入该条款射程之内的程序都应该是法律明确规定的。但是,众所周知,我国迄今为止尚无一部一般的行政程序法。即便是在那些规定了行政程序的法律、法规和规章之中,也多是侧重行政行为的流程和手续,较少体现出现代行政程序的控权理念的程序要求。所有这些,意味着对于有些行政行为来说,会出现被程序规范"不该遗忘、却遗忘的角落",缺少着对保障相对人权益有意义的基本程序要求。

那么,作为上述立法疏漏的弥补,法院在行政审判中能不能直接根据正当程序的理念,要求行政机关必须遵守某些(个)程序要求呢?

这在普通法国家是可以的。比如,成文法或规章(statute or regulation)规定了相对人有申诉的权利,那么,就可以根据自然正义(natural justice)规

则，或者认为是上述申诉权规定之默示，推导出行政机关有说明理由的义务。[①]其中的合理性在于，两者之间有着内在的密切联系，课加说明理由义务的主要动机之一，就是为了有助于(facilitate)提起审查程序、更加有效地将行政机关控制在法院的监督之下。英国、澳大利亚和新西兰的法院判决中都表达出这样的理念。[②]当然，普通法国家之所以能够这么做，是与其"法官造法"以及法院判例构造行政法规则的传统有着密切的关系，也与自然正义的观念广为流传、深入人心有关。

在日本，也曾出现过类似的审查方式，比如，东京地方法院对有关个人计程车执照不许可处分和群马县中央巴士执照不许可处分两个案件的判决，都是在有关法令未做明文规定的情况下，由宪法或有关法规之合理解释来判断正当程序是否被遵守。这种审查有利于弥补当时日本尚未制定行政程序法所生之缺陷。[③]

但是，在我国要这么做，首先遇到的问题就是法院的审判依据是什么？作为主审案件的法官个人是无权创设出上述行政程序要求的，因为缺少法律明示规定的缘故，哪怕是要法官从法律的默示规定之中推导出上述行政程序要求，恐怕也难免会发生很大的争议。再加上法院的审级制度和"错案追究"制度，法官更加不愿意把个人的前途当儿戏，去尝试像这样缥缈不定、风险极大的审判。

当然，这个问题也好解决，可以由最高人民法院对这种默示的法律规定进行统一的司法解释，或者允许法官在制定法与正当程序要求之间寻找内在的、合理的、充分的逻辑联系，实施类似上述西方法院的审判。比如，法院可以认为，既然法律赋予了相对人寻求行政救济的权利，那么，为了使行政救济更加快捷、更加有成效，行政机关在作出影响相对人权益的行政行为时，即使法律没有作出明确要求，也应该说明理由。

---

① Cf de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, pp. 462～463. 在英国，也没有普通法上的一般义务，要求说明理由。但是，从法院的判例看，还是有一些具体的技术可以推导出这种程序上的义务。Cf. P. P. Craig, op. Cit., pp. 432～433.

② Cf. Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action: A Comparative Analysis*, Dublin. Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, p. 226, 227.

③ 刘宗德：《行政裁量之司法审查》，载其著：《行政法基本原理》，141～142页，台北，学林文化事业有限公司，1998。

如果上述行政程序要求是由司法解释规定的,是在案发之后由法院施加的,那么,会不会有损于法的可预测性和可度量性呢?这也不会。因为尽管我国不存在判例法,但是,法院的判决,特别是最高人民法院的司法解释仍然会有效地影响着、事实上拘束着行政机关的行为。行政机关在行使裁量权时,不可能不考虑到上述司法解释,不可能不顾及法院对其行为的基本态度和司法后果。

紧接下来,就是一个技术性问题,如何判断什么时候需要课加程序上的义务?需要课加什么样的程序义务?因为并不是所有的案件都需要法院给予程序性保护。从普通法的经验看,法院在把握的分寸上一般要拿捏住两点:第一,具体授权法上规定的法定程序不足以实现正义;第二,要求行政机关承担这些附加的程序不会损害立法目的。[①]在我看来,除此之外,法院还可以综合考量原告利益的性质,原告能够从程序性权利之中获得多大的收益,程序的缺失会对行政决定的正确性产生多大的影响,以及行政机关遵从这些程序义务之后会增加多少成本等因素,然后,裁量决定之。

3. 违反法定程序的法律后果(Ⅰ):无效(void)与可撤销(voidable)[②]

行政程序既然是由法律规定的,或者是从正当程序的基本要求中延伸出来的,自然应该遵守。假设违反了行政程序规定,那么,当然构成违法。但是,从《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目之规定看,我们关心的不是行政程序违法本身,而是行政程序违法会对行政裁量决定(具体行政行为)产生什么样的法律效力?

从行政行为的效力理论上看,主要有无效与可撤销两种。依照通说,无效(void)是指在法律上从未存在过。可撤销(voidable)是指在没有被法院或者有权机关撤销之前在法律上是存在的。[③]所以,无效意味着对相对人根本

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 526.

② 本部分的主要内容曾以《行政行为无效与可撤销二元结构质疑》为标题发表在《上海政法学院学报》(法治论丛)2005 年第 4 期;被中国人民大学书报资料中心《宪法学、行政法学》2006 年第 2 期全文转载。

③ Cf. Christopher Forsyth, "'*The Metaphysic of Nullity*' *Invalidity*, *Conceptual Reasoning and the Rule of Law*", Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord*: *Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford. Clarendon Press, 1998, p. 142, especially note 12.

不发生约束作用，相对人可以行使宪法上的抵抗权，拒不执行。而且，在行政诉讼上也应该没有起诉期限的限制，随时可以宣判无效。而可撤销的行政行为可以像有效行政行为一样一直处于有效力的持续状态，直到当事人成功地申请法院撤销之。但是，应该有时效要求，“过期不候”。撤销的效果也可以具有溯及力，一被撤销，就视为从未存在；也可以只是向后发生撤销的效果，不溯及既往。

那么，是不是行政程序违法也同样会导致行政行为的无效和可撤销这两种结果呢？恰好是在这个问题上，我们发现了《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目规定的撤销方式与行政行为效力理论、以及其他制度法之间的不和谐。

首先，从行政行为的效力理论上已经透露出对《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目仅是部分或全部撤销(voidable)的反动。因为在行政行为的效力理论之中，除了可撤销以外，还有无效理论、治愈和补正理论。从权威著述上看，程序违法对具体行政行为所产生的效力与影响应该都涉及这些情形。[①]因此，《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目显然有着过于简单化的问题。[②]

其次，其他制度法似乎也在努力地应和着上述无效与可撤销二元结构理论，也似乎在背叛着《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目之规定。比如，《行政处罚法》(1996 年)第 3 条第 2 款就试图透射出无效概念之理念，[③]尽管像有学者所批判的那样，该条款出现的“无效”概念，其内涵实际上明显地突破了、超过了行政法理论上所认同的重大、明显违法才为无效的见解。[④]这多少有些不尽善尽美之遗憾，但在同一部法律之中，第 49 条立法却最终完满地反映出无效理论的抵抗权思想。[⑤]尤其是《最高人民法院关于

---

① 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，160～161 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，1999。

② 《行政诉讼法》(2014 年)第 75 条增加规定了行政行为无效，以及判决确认无效。

③ 《行政处罚法》(1996 年)第 3 条第 2 款规定，“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效”。《行政处罚法》(2021 年)第 38 条第 2 款规定，“违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效”。

④ 沈岿：《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索》，载《中外法学》，2001(4)。

⑤ 《行政处罚法》(1996 年)第 49 条规定，“行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出具财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有权拒绝缴纳罚款”。《行政处罚法》(2021 年)调整为第 70 条，并稍加修改。

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57条第2款第(三)项之规定,“被诉具体行政行为依法不成立或者无效的”,法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或无效的判决。隐藏在该条背后的理论依据显然是,对于无效的行政行为,由于其在法律上自始不存在,所以,谈不上撤销,只能是确认无效。该条款解释可以认为是对《行政诉讼法》(1989年)第54条第(二)项规定的撤销判决过于笼统的批判,是在这个框架之下(之外?)的进一步细化、解析与分化。

上述两方面至少反映出《行政诉讼法》(1989年)第54条第(二)项第3目之规定过于简单化、单一化(?)。似乎应该按照无效与可撤销二元结构进行重新设计。但是,如果按照这个视角再回过头去审视制度法,我们又会发现,制度法本身却又似乎没有很贴切、很伏贴上述二元结构理论,并没有真正把上述理论转换成实际可操作的制度。

第一,最明显的是,无效行政行为既然自始不存在,也不会因为时间的流逝,或者当事人没有起诉,而转变成有效。所以,应该没有诉讼时效的限制。然而,从《行政诉讼法》(1989年)第38、39、40条之规定,以及《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41、42条有关起诉期限的解释看,并没有相应的规定。[①]当然,这个问题从技术上是比较好解决的。这种制度上缺少应和的事实却很耐人寻味。

第二,比较棘手的是,在司法上怎么来判断行政行为是无效,或者可撤销?哪些情况属于无效,或可撤销?迄今在司法上缺少着明确的、有说服力的解释。比如行政程序违法,假如只能笼统地停留在“重大的程序违法导致无效,轻微的程序违法导致撤销”,却不能给出进一步的解释,和有说服力的论证的话,那么,会因为缺少司法操作性而变得没有价值。但要想阐释清楚,又难度极大。因为“重大明显”标准不可能是绝对的,它与“轻微”之间必然有着中间的过渡性、灰色地带,在司法上作任何绝对的分割,均难逃武断之指责。

第三,《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

① 当然,这种付诸阙如也可以理解成,司法解释是采取了“绝对公定力”之态度(?)。但是,“绝对公定力”本身就是对无效行政行为理论之中的一个基本内核(对无效行政行为没有诉讼期限的限制)的否定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第94条也没有明确申请确认无效是否没有诉讼时效限制。

的解释》(法释〔2000〕8号)第57条第2款第(三)项又在上述理论之外新划出了依法不成立和无效,是不是受了民法(合同法)的影响?在公法上有没有这种区分的必要?尤其是怎么去区分?这些都不太清晰,很有疑问。

第四,法院在实际判案上也不自觉地混淆了这两个概念。比如,在"益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案"(《最高人民法院公报》2005年第8期)中,河南省高级人民法院在一审中认为,"被诉的行政行为虽然存在违法之处,但尚不属于《招标投标法》规定的中标结果当然无效的情形。只有无效的行政行为才有撤销的必要,而违法的行政行为并不当然无效"。这句判决理由的阐述让人十分困惑:无效的行政行为应该自始视为不存在,当然也就无撤销可言,法院只能确认其无效,但这里怎么又冒出来了一句"只有无效的行政行为才有撤销的必要"?

但是,我们还先不忙解决上述问题,因为实在的行政审判制度本身以及新近的理论发展已经透出对上述无效和可撤销之理论界分的反动或反叛,对上述理论界分本身到底有多大的合理性和实用价值的问题提出了强有力的质疑。下面我将首先介绍普通法上对无效与可撤销二元结构的批判,然后分析指出支撑无效行政行为理论的两个最基本的内核实际上没有很大的意义,进而得出初步的研究结论。

3.1 来自普通法的批评

普通法学者和法官不是像我们那样从无效与可撤销的内涵去分析两者的区别与实际运用问题,而完全是从救济的实际可得性出发,来分析这种二元结构到底有没有价值,有没有必要。

在他们看来,抛开救济的实际可得性,抽象地谈论行政行为是自始不存在,还是其他什么一种状态,是没有意义的。行政行为即使是"无效"的,它也是一种客观存在,除非,要等到在法院采取了某些步骤判决其无效为止(even if such a decision as this is "void" or a "nullity", it remains in being unless and until some steps are taken before the courts to have it declared void)。[①]而要成功地诉诸法院,还必须是由适格的原告遵循恰当的程序和条件寻求适当的救济,样样都得符合规矩,法院才会判决行政行为无效。倘若有一项差错,比如不具有原告资格,法院即便是已经察觉到行政行为本身已

① Cf. Christopher Forsyth, op. Cit., p. 142, 144.

处于无效状态,也不会因此就判决其无效。所以,假如不能成功地获得救济,尽管不意味着就是肯定"无效"行政行为的有效性,不会使"无效"的行政行为就此转变成有效,但是,至少会使"无效"的行政行为事实上能够像有效的行政行为那样在社会生活中发挥着作用,处于永远不受攻击的状态。既然不能攻击,就只能接受。①

他们对那种认为"无效与可撤销的区别在于:可撤销的行政行为在法院宣布撤销之前具有暂时的效力,也可以因当事人放弃诉权而变为有效;无效的行政行为则不具有这种暂时的效力,也不会因为当事人放弃诉权就变得有效"的观点也进行了批判,认为这实际上是建立在无效行政行为是自始无效的认识之上的,但是,要是说,只有当开始的时候总得要有某种有效的因素,该行为在法律上才能是有效的,这样的说法是很荒谬的。因为从救济的可得性角度看,只要你没有办法获得有效的救济,那么,你就得接受现实,哪怕该行政行为是"无效"的。

而且,从实证观点出发,也会发现,在英国法中,对有些行政行为的救济是有明确时效限制的。比如,1946 年的《土地征用法》(*Acquisition of Land Act* 1964)和 1962 年的《城镇规划法》(*Town and Country Planning Act* 1962)上都规定了,如果在六周之内没有对强制征用决定和各种规划决定提出异议,那么,就不得再提出任何诉讼。因此,假如说,上述决定在作出的时候因为某种原因是"无效"的,但如果在六周内没有提出异议,那么该决定就不会被改变,就必须当作是有效的那样接受下来。②这样的法律规定与法律后果使得对无效与可撤销之间的实际效果趋同,区分彼此的意义不大。

所以,现在很多的英国学者都认为,无效与可撤销的区分是不必要的。韦德教授(H. W. R. Wade)就说,无效和可撤销问题,具体运用到某种合同上可能有意义,但是,在解决行政机关的违法行为上没有什么意义。行政行

---

① 这种观点和大陆法的"完全公定力说"可以说是殊途同归。"完全公定力说"的真正价值在于,基于法的安定性之考虑,概无例外地推定行政行为对相对人都具有公定力,针对行政行为效力的纷争,统统必须循着行政救济的途径解决。这也就是说,相对人不应该有什么抵抗权,不应该寻求自力救济。

② Cf. H. W. R. Wade, "*Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? (Part I)*" (1967) 88 *The Law Quarterly Review* 510~511.

为要么是合法有效，要么是违法无效。[①]丹宁法官（Lord Denning）也说，对无效和可撤销的讨论，只是文字上的、语义上的游戏，仅此而已（it seems to me to be a matter of words-semantics-and that is all）。迪泼罗克法官（Lord Diplock）说，这种在私法，尤其是合同法上发展起来的学说，在公法上却不适用。罗斯法官（Lord Rose）说，无效和可撤销的划分无助于分析目的（the void/voidable distinction serves no useful analytic purpose）。[②]

3.2 对无效行政行为两个基本内核的批判

要从理论上对无效行政行为的存在合理性进行批判，如果单单从无效行政行为与行政行为的公定力理论相冲突这一点去攻击，显然过于贫乏无力。因为人们可以很轻松自如地解释道，虽然行政行为有公定力，但是，对于无效行政行为，这种公定力是不存在的，也就是说，这是公定力理论的一个例外。所以，要攻击，莫不如直击要害，对无效行政行为的两个基本内核（抵抗权和诉讼时限），也是该理论存在的基本价值进行直截了当的批判。

隐含在无效行政行为理论背后的一对矛盾是，法的安定性与公民宪法上的抵抗权之间的价值冲突与衡量。无效行政行为在宪法意义上的重要价值，应该是认可了公民的抵抗权。但是，在制度法上，《行政处罚法》（1996年）第49条尽管开创性地赋予了相对人拒绝服从严重欠缺形式要件的罚款收缴行为的权利，[③]但是，在现实的政治生活之中，用公民权利来对抗国家机关的权力到底能有多大的成效，却是很让人怀疑的。[④]

因为即便是在行政诉讼之中，也绝对不是用公民权利与国家权力之间的制度性拟制对抗，来完成对行政权的有效监督与控制的。公民权利（比如起诉权）在诉讼中的作用事实上仅仅是启动司法权对行政权的监控机制，推动诉讼的进程。对行政权滥用的矫治和控制，实际上还得依赖国家权力之间的相互制衡来实现。

而且，在制度法上给予相对人对无效行政行为的抵抗权，与其说是为宪

---

① Cf. H. W. R. Wade, "*Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? (Part I)*" (1967) 88 *The Law Quarterly Review* 525～526.

② Cf. Christopher Forsyth, op. Cit., pp. 144～145.

③ 《行政处罚法》（2021年）调整为第70条，内容基本不变。

④ 比如，某公民在赶往机场的路上违章，被交警处以罚款，当场收缴时没给罚款收据。假如该公民因此拒绝缴纳罚款，交警很可能要以教育为名不让他走。在赶航班与抵制违法行政之间，当事人很可能会选择放弃抵抗权。

政文明进步而击节,还不如说是将相对人陷于“以卵击石”之危险处境之中,并且,增加了法的不安定性。[①]因为我们对无效行政行为理论妥当性的思考,还必须结合强制执行制度一并考虑。在我国,因为实行的是以申请法院强制执行为主,行政机关自己强制执行为辅的制度,[②]再加上救济不停止执行的原则,使得相对人如果行使抵抗权,在行政机关可以自力救济的情况下,很可能招致行政机关更加严厉的制裁和强制执行。

退一步说,假如我们认可有将无效行政行为与公民抵抗权制度化的必要,但是,正因为存在着上述风险,在制度法上也应该尽可能给出明确的、客观的、不易产生争议的判断标准。遗憾的是,这方面的规定却是不够清晰的。那么,公民怎么去有效地判断?即使在法律上给出了判断标准,由于每个人的认识能力和理解能力有差异,又由于法律表述不总是精当、准确、不发生歧义的,也就难免会出现对同一规定的不同解释,当事人也很可能会因为认识上的偏差而招致法律上更加不利的后果。

还有一种肯定相对人对无效行政行为的抵抗权的说法是,相对人事实上抵抗之后不会招致法律上进一步的不利后果,比如不能控告其妨碍执行公务。我承认,在具体案件的处置上,这是合理的,也必须这么处理。但是,在我看来,这还不足以得出肯定抵抗权的结论。我的理由是,行政法上目前确认的是,以行政机关申请法院强制执行为原则的行政强制执行制度,而且,也给了相对人行政复议和行政诉讼的机会,所以,在无效行政行为作出之时,不见得全都会立刻产生对相对人的事实上的不利,相对人也完全有可能有充足的时间,去寻求法院或者复议机关的救济,制止无效行政行为的执行。因此,根本不需要让相对人置身险地,自己来判断行政行为的无效,自力救济。即便是极其例外情况下,允许行政机关自力救济、直接强制执行,相对人也能够通过国家赔偿等方式寻求事后的救济。所以,肯定相对人的抵抗权究竟有多大的现实必要性,很值得怀疑。

无效行政行为的另外一个诉讼意义上的特征是,没有诉讼时效的限制。

---

① 不少学者在研究中都承认这样的危险之事实存在。叶必丰:《论行政行为的公定力》,载《法学研究》,1997(5)。沈岿:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索》,载《中外法学》,2001(4)。

② 关于行政强制执行体制的分析,参见余凌云:《行政强制执行理论的再思考》,载《中国人民大学学报》,1998(4)。

但是，我很不以为然。因为行政行为即便是“无效”，随着时间的流逝，很可能会衍生出其他法律关系，如果作为其他法律行为或关系之基础与本源的行政行为无限期地处于可以被攻击的状态，这显然不利于法的安定性以及社会关系（秩序）的稳定。更为重要的是，即便“本行为”可以被宣告无效，但是，在本行为基础之上繁衍出来的其他“子行为”和“子关系”在很多情况下值得法律保护。也就是说，即便宣告无效，也无法再还原到初始状态。

倘若作为无效与可撤销之间最明显的区别的上述两个要素都没有存在的必要，或者予以特别强调的价值，那么，无效与可撤销之间二元结构的合理性基础就岌岌可危了。因为单从效果上看，无效的效果是使行为作出之后不产生任何效力，但是，可撤销也可以具有溯及力，所以，也能达到同样的效果。既然如此，做彼此区分又有何益？

退一步说，在肯定赋予相对人抵抗权是无效益的前提下，即使我们认可了无效与可撤销之间的划分，这种区分的意义也只有在诉诸法院、被法院确认之后方能显现出来。否则，不管是无效还是可撤销的行政行为都会像有效的行政行为那样在社会生活中存在下去，并且对当事人发挥着“法律拘束力”。但是，一个行政行为能不能进入到法院，又会受到诉讼资格（*locus Standi*）和受案范围的限制。假如因为后面的原因被排斥在法院的门槛之外，那么，从客观状态的改变上讲，即使区分了，也意义不大。

3.3 我的看法

上述区分如果说还有什么意义的话，那么，只能说是表现在最后的裁判方式上，对无效的行政行为采用的是确认判决，对可撤销的是采用撤销判决。[①]但这又会带来另一个问题，那就是我们必须首先说清楚这种区分的判断标准，这又是比较困难的。因为无效和可撤销之间的界分是根据违法的严重程度人为地划分出来的，其间实际上存在着灰色的过渡地带，很难说非此即彼。

就算是说清楚了，如前所述，由于因这种二元论衍生出的、最基本的特征要素已经没有存在的价值和效益，那么，二元论的价值仅仅只是体现在裁判方式的不同适用上，显然意义不大。

---

① 有的情况下，也可以采取确认判决。比如像《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58条之规定。

所以,在我看来,可以考虑抛弃无效与可撤销的二元结构。在行政诉讼上无效与可撤销应该是同义的、同值的,在审判的理由阐述上完全可以并用、混用或择一而用,比如,“某行政行为是无效(和)可撤销的”。在判决的形式选择上,我们完全可以采取很功利的、实用主义的态度,只要有“物”(行为)可撤就撤,无“物”(行为)可撤就采用确认违法的判决,从而将判决方式与无效、可撤销之间的内在关联彻底打破。比如,对于明显重大违法的行政行为,因为有行政行为的客观存在,也是采取撤销,而不是像以往那样,认为该行政行为无效,只能适用确认判决。采取这种态度的好处是,原有的行政审判效果依然如故,同时审判操作大为简化。

4. 违反法定程序的法律后果(II):撤销理论[①]

4.1 是一律撤销?

《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条第(二)项第 3 目规定,违反法定程序的,可以撤销或者部分撤销。那么,怎么理解该条款?《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)没有做进一步的明确解释。

《行政处罚法》(1996 年)第 41 条倒是明确规定,违反说明理由和听取辩解之程序要求的,行政处罚决定不能成立。[②]然而,该条规定非但没有解决行政程序的效力问题,反而滋生出更多的问题:是不是其他行政程序的违反不会导致行政行为被撤销或不成立?如果不是,为什么不在第 41 条之中一并规定?如果是,那么又会是什么法律后果呢?

在实践中有的法官认为,只要是违反行政程序,哪怕是微小的瑕疵,也一律撤销,要求行政机关重做。像这样的理解也不是完全没有道理和根据,在荷兰行政法上,就是持这样的观点。这的确能够督促行政机关严格遵守程序,也符合(机械?)法治主义的要求。但是不是将问题过于简单化?荷兰

---

① 本部分内容曾以《违反行政程序的可撤销理论》标题发表在《国家行政学院学报》,2004(4)。

② 《行政处罚法》(1996 年)第 41 条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”《行政处罚法》(2021 年)第 62 条改为“不得作出行政处罚决定”,抛弃了“不成立”。

学者之中也不乏异议。[①]

《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40、第41、第42条之规定却是很耐人寻味的。[②]假设违反行政程序都将导致行政行为被撤销的话,那么,第40、第41、第42条规定的几种情形几乎没有进一步审查的价值,法院在受案的同时就可以直接宣判撤销被诉行政行为。但是,显然法院的实际审判不是这样的。所以,从中我们似乎可以品味出,违反行政程序的法律后果恐怕不见得是一律撤销。

反过来说,假设不管什么程度和性质的行政程序违反,都会像推倒多米诺骨牌那样,导致整个行政行为,乃至以后在此基础上实施的其他行政行为都一律被撤销,都要求行政机关重新再来一遍,尽管其最终形成的决定(结论)很可能依然故我,那么,这种人为地增加整个行政成本,是否符合执法和诉讼的经济性原则,有什么实际效益?尤其是那些对相对人权利保障不具有实质性意义的行政程序违反。比如,仅仅是法律文书错误,也实在没有必要撤销。撤销,即便是对于原告来说,又能带来什么实际利益呢?

普通法国家,如英国、澳大利亚,开始也是对违背遵守自然正义之义务(breach of a duty to observe natural justice)持强硬(僵硬?)的态度,一律为无效(void)和可撤销(voidable)。对于曾出现过"如果遵不遵守听证规则对最终的决定不产生影响的话,法院也不会提供救济"之观点,[③]也多有批评,视之为"旁门左道"(heresy)。然而,近年来,法院的态度也有所松动。法官

---

① 荷兰 Utrecht University 的 Dr Tom Zwart 教授在与我的交谈之中,表示不赞成上述做法。另外,他还向我提供了很多、很有价值的有关荷兰行政法的资料,在此致谢。

② 《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40条规定:"行政机关作出具体行政行为时,没有制作或者没有送达法律文书,公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的,只要能证明具体行政行为存在,人民法院应当依法受理。"第41条规定:"行政机关作出具体行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的,起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算,但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的,适用前款规定。"第42条规定:"公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其他具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的,人民法院不予受理。"《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第63条、第64条、第65条做了基本相同的规定,也稍有修改。

③ Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, *Judicial Review of Administrative Action*, IBC Information Service, 1996, pp. 486～487. Cf. Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford. Clarendon Press, 1996, p. 191.

也开始不把所有的行政程序违反,不管巨(大)细(微)与否,一律撤销。甚至违反自然正义原则的行政程序违法,也不见得一定会导致行政行为无效。这种观点目前占主流。[①]这种观念的转变是意味深长的。

在新西兰的 1948 年《治安法院规则》(*the Magistrates' Courts Rules* 1948)R. 8,1969 年《最高法院(行政庭)规则》(*the Supreme Court (Administrative Division) Rules* 1969)R. 6,以及 1955 年《上诉法院规则》(*the Court of Appeal Rules* 1955)R. 69,都有类似的规定,即,不遵守(程序)规则,除非有明确规定,一般不会导致行政行为无效;但是,法院也可以以不适当为由,撤销或部分撤销行政行为,或者按照成本和法院认为适当的方式来修改、处理行政行为。[②]有意思的是,在有些大陆法国家也采取同样的态度,比如在法国,只有违反实质性的程序要求才会影响被诉行政行为的效力,如果只是非实质性的、不严重的程序违法,就不会对效力产生影响。[③]

因此,我们可以得出初步的结论,违反行政程序,不见得一律导致行政行为被撤销。《行政诉讼法》(2017 年)第 74 条第 1 款第(二)项也务实地规定,"行政行为程序轻微违法,但对原告权利不产生实际影响的",判决确认违法,但不撤销行政行为。

4.2 司法上判断是否撤销的标准

如果上述看法是有道理的,那么,紧接下来就必须解决一个很重要的问题:违反什么样的行政程序要撤销?什么样的不要?之间的划分和判断标准是什么?

4.2.1 强制性(mandatory, imperative)与指导性(directory)

这是普通法国家的一种传统观点,也就是通过分析涉案行政程序的性质来抉择司法审查上的态度。违反的要是强制性的,不管违反的程度有多

---

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 7. 2. Cf. Philip John Bartlett, "*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*"(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 64. 凯斯法官(Lord Keith)甚至在 *London and Clydesdal Estates Ltd v. Aberdeen District Council* 中认为,即使违反强制性(程序)规定,也不见得一定被撤销。

② Cf. K. J. Keith, *A Code of Procedure for Administrative Tribunals*, Legal Research Foundation School of Law Auckland, New Zealand, 1974, p. 40.

③ Cf. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 41.

小，一律导致行政行为无效、被撤销。如果是指导性的，则不尽然。但是，只有实质性遵守指导性规定，才能使行政行为有效。①

4.2.1.1 识别技术

因此，怎么来区分某个行政程序规定是强制性的，还是指导性的，就显得十分重要了。从普通法的经验看，法院主要采取了以下技术：②

(1)要求的表述(the wording of the requirement)

从行政程序规定的文字表述上进行识别。法律对指导性的规定多表述为“可以”，是参考性、建议性的，不怎么强调一定要遵守之。反之，对强制性的规定往往使用“应该”“必须”等强调性的字样。

但是，因为法律对行政程序的规定多数都是表述成“义务性”的言词，却又并不意味着一定就是强制性的。所以，上述技术的适用价值十分有限。

(2)在立法情境之中的规定目的(the purpose of the particular provision in the context of the legislation)

这是一个比较经典的技术。就是必须考虑整个法律的适用范围和目的，以及该(行政程序)规定的重要性，其与法律欲实现的一般目标之间的关系。③

如果偏离法律规定的程度比较轻微，或者对那些因该行政程序得益的当事人并不存在实质性偏见，或者将该行政程序认定成强制性的，会对公众造成严重不便，或者因为法院出于别的方面考虑不愿意干预该行政决定，那么，法院就很可能把不遵守该行政程序仅仅看作是一种不适当，而不撤销。④另外，假定法院从法律规定之中发掘出行政程序的目的所在，而且，发现在个案之中上述目的已经实现，那么，尽管行政机关的实施方式不符合法定要求，法院也不会仅仅因此就撤销行政决定。

但是，违反的行政程序规定，要是在整个法律之中特别重要，或者是形成管辖权的步骤之一，或者不遵守之将对当事人产生制裁的结果，那么，就应该认定为强制性的。比如，新西兰曾发生一个案子，《交通法》(*Transport*

---

① Cf. G. D. S. Taylor, *Judicial Review: A New Zealand Perspective*, Wellington. Butterworths, 1991, p. 308.

② Cf. Philip John Bartlett, “*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*”(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 50～55.

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 7.2.

④ Cf. K. J. Keith, p. 39.

Act 1962)s.47(1)规定,当驾驶员的违章积分(demerit points)达到60～75时,应该给其一个通知,以示提醒。s.47(2)规定,如果积分达到75～100,就要通知其参加学习。原告接到过上一个通知,但是,当他的积分超过75时,没有得到第二个通知。结果,因为积分达到115,依据s.48被直接吊销驾照。法院认为,s.47、s.48是形成管辖权的系列步骤。s.48是对当事人自由进行干预的制裁性规定,适用之,必须以s.47的通知为前提。所以,s.47的程序是强制性的。①

(3)识别为强制性或指导性的结果会不会对公众产生不便

如果宣布行政行为因某程序违法而无效,会给公众带来严重的不便,或者对那些无法控制有关行政机关是否履行上述程序规定的人来说,是不公平的,同时也无助于推进立法目的,那么,法院就会认定上述程序规定是指导性的。②反之,就是强制性的。

(4)对个人利益的影响

如果行政程序规定是对个人权利或利益的重要保障,那么,就很可能是强制性的,必须严格遵守。③

(5)技术性解释(interpretation of technicalities)

法官可以根据个案情况,把某个规定仅仅解释为指导性的。④

当然,在有些判例中还提出,必须考虑(有)没有偏见、违反(是否)轻微等因素。

4.2.1.2 来自普通法国家的批判

上述强制性与指导性的界分也遭到了普通法国家学者的批判。批判的要点是:⑤

第一,从法院的判案看,相近似的案件因为适用上述不同的技术,或者因为更加侧重考虑某个因素或方面,使得最终的判决结果大相径庭。

第二,上述"违反强制性程序将导致行政行为无效、被撤销,违反指导性

---

① Cf. Philip John Bartlett, "*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*"(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 51～52.

② Ibid., 52～53.

③ Ibid., 53.

④ Ibid., 54.

⑤ Cf. Philip John Bartlett, "*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*"(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 55～59.

的不导致撤销”的观点过于绝对。实际情况远非如此简单。违反指导性程序，如果存在或者可能存在对当事人的某种偏见，或者是实质性的不遵守，那么，也可能导致行政行为无效、被撤销（Breach of a directory provision may cause a nullity, either if the non-compliance prejudiced (or may have prejudiced) an interested party, or if the non-compliance was substantial）。相反，违反强制性程序，假如在其中可以解读出某种隐含的例外，允许不必遵守的例外，也可以不撤销（Breach of a mandatory requirement may not invalidate the proceedings if it is possible to read into it an implied exception）。也就是说，上述界分不是非此即彼的，之间还应该存在着一个中间地带，兼有两种可能的灰色地带。在这里，上述界分的价值被完全抽空，变得毫无用处。

4.2.2 *个案内容评估说*（an assessment of the substance of each case）

该理论认为，上述强制性或指导性的划分并不是决定性的，实际上基于以下内容会形成一个各种可能性的幅度（a spectrum of possibilities）：

（1）*规定的性质*（the nature of the provision）；

（2）*不遵守的程度*（the degree of non-compliance）；

（3）*不遵守的效果*（the effect of non-compliance）。

在判断某个行政程序对行政行为效力可能产生的影响大小上，应该在个案之中具体地评估上述内容。首先，必须考虑该规定在整个法律情境之中的地位，以及重要性。越重要，法院就越不能容忍对该规定的违反。其次，要考虑该规定的目的。相较其他而言，目的越重要，法院就越不能容忍对该规定的违反。再次，要考虑违反的程度。最后，根据上述情况进行综合评估，判断在违反该规定的情况下，立法机关在整个立法以及该规定上欲实现的意图是否已经充分地实现了，[①]如果没有，就是撤销。

4.2.3 *因素考量说*（factorial approach）

该理论是在批判上述强制性与指导性划分理论的基础上建立起来的。法院不再识别涉案的行政程序规定是强制性的，还是指导性的，因为要在这之间划出一道清晰的、合乎逻辑的界线来是很困难的。所以，法院就转向直接根据个案中呈现出的各种因素，甚至是彼此竞争的因素，来判断不遵守的

① Cf. G. D. S. Taylor, op. Cit., pp. 308～309.

法律效果。

在笆利特(P. Bartlett)的研究中,把法院要考虑的因素分成两类:一是会导致无效的因素(factors tending to cause a nullity);二是法院能够从中解读出要求之例外的因素(factors which may lead the court to read an implied exception into the requirement)。[①]

(1)会导致无效的因素,包括法律明确规定的;未遵守管辖之要求;不符合自然正义之要求,比如破坏了两造对质程序之不适当(Where there has a failure of natural justice, for instance, where the irregularity undermines the adversary procedure);确实存在不公正的可能,比如偏见;不遵守程序虽然对当事人来讲,不会造成不公正,但却会带来不便;不撤销行政行为,会造成公众不便;原谅其不遵守,被告也不会有合理的胜诉机会(Where, in litigation, the applicant cannot show that he has a reasonable chance of success if his non-compliance is excused);原谅不遵守,会损害程序规定之目的。

(2)法院能够从中解读出要求之例外的因素,也就是,尽管程序要求是法定的,但是,因为下列因素的存在,可以考虑不因为不遵守之而撤销行政行为,包括寻求救济的原告不会遭到某种偏见;原告得知不遵守之后采取了某种新的步骤(Where the applicant has taken some fresh step after knowledge of the non-compliance);因不遵守而判决撤销,会造成实际问题(Where practical problems could arise from holding that non-compliance vitiated the proceedings);会招致实质性的公众不便;事实上不可能遵守;存在着某些困难,即便是不会导致遵守之不可能(行),也会使遵守变得十分困难;不遵守是因为原告无法控制的其他人(特别是司法人员)不履行职责之故(Where the non-compliance is due to the default of someone over whom the applicant had no control (particularly, judicial officers));由于对善意的法律错误导致的不遵守(Where the non-compliance resulted from a bona fide mistake of law);撤销行政行为将使不相干的第三人获得权利(Where innocent third parties have acquired rights as a result of the proceedings which are impugned);不遵守是高度技术性的(Where the non-compliance is highly technical)。

---

① Cf. Philip John Bartlett, "*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*"(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 66~67.

4.2.4 由第58条解释透视因素考量在我国的适用前景

在我看来，上述普通法国家的几种识别技术其实没有本质的差别。强制性和指导性的划分，也是根据个案中呈现出的各种特定因素来判断的，在考量的方法上和“个案内容评估说”“因素考量说”同出一辙。所谓的灰色地带，实际上也完全可以人为地消除。法院完全可以根据其干预的意愿，用“结果”来决定“识别”。要干预的，就是强制性的，不想干预的，就是指导性的。当然，这决不是主观任性，也是审慎考量的结果。

所以，在我看来，普通法国家的上述方法对我们最有参考价值的是各种考量的因素。实际上，在我国司法解释中已经不谋而合地认识（意识到？）因素考量的价值，典型地体现在《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58条上[①]。该条规定：“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。”在这里，本该撤销的行政行为，毫无疑问应该包括程序违法的情形。但是，因为考虑到撤销“会给国家利益或者公共利益造成重大损失”，所以，改用确认违法之判决。这与普通法国家所考虑的“撤销行政行为会不会导致公众的极大不便”是不是有某种程度的契合？

在我看来，第58条的重要价值之一，就是肯定了在着重考虑某种（些）因素之下，可以改变司法判决的取向。既然如此，我们为什么不可以把同样的技术运用到处理程序违法的问题上来呢？而且，第58条既然是对《行政诉讼法》（1989年）第54条规定的撤销判决的一种补充，那么，第54条第（二）项第3目规定的程序违法也应该是包括在其中的。因此，完全可以考虑进一步扩大上述司法解释中已有的因素考量技术，构建我国的违反行政程序的可撤销理论和司法审查标准。

行政程序作为工具理性（instrumental rationality），是用来获得结果的正当性的，尽管由程序产出的结果并不可能总是正当的。因此，为获得结果的最大边际效益，最大限度地获得正当性的结果，行政程序的设计之中必定包含着某些对相对人权益保障至关重要的制度或程序要求，比如听取相对

① 《行政诉讼法》（2017年）第74条第1款第（一）项，第76条做了相同规定。

人辩解、说明理由。所以,我以为,在考虑的因素当中,最为核心的因素应当是:第一,该行政程序对相对人的权益保障十分有意义;第二,遵不遵守该行政程序,会对行政裁量的结果产生实质性的影响,会左右最终形成的结果;第三,特定行政程序本身具有法律严格保护的价值。

要是违反了上述三个要素中的任何一个,在司法上的法律后果就很可能是撤销。但是,并不是说,只要违反上述性质的行政程序就一定会导致行政行为被撤销,而应该是,放在具体的案件之中来考察到底要不要、有没有必要撤销。在有些情况下(我在下面的治愈中还会提到),并不见得一定要撤销。所以,在这一点上,有点类似于上述普通法中不绝对撤销对强制性程序违反的观点。也是在这一点上,我不太赞成上述《行政处罚法》(1996 年)第 41 条的规定。[①]

而且,上述第二个因素只是从违反的行政程序价值本身上讲的,并不是说,如果让行政机关遵守上述程序重新来一遍的时候,必定会形成与原先结果不同的结果。不排除形成相同或者基本相同结果的可能。所以,《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 54 条第 2 款规定的"人民法院以违反法定程序为由,判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第 55 条规定的限制"之解释[②],仍然是有意义的、有适用价值的。

在上述技术的具体运用上,需要特别说明以下几点:

(1)如果违反的行政程序仅仅是一种内部的手续,对相对人的权益保障没有实质性意义,那么,不会因为违反这类纯粹内部手续性的程序而导致行政行为被撤销。比如,《治安管理处罚条例》(1986 年)第 34 条规定:"(治安处罚裁决书)一份交给被裁决人的所在单位,一份交给被裁决人的常住地公安派出所……",假如公安机关没有照此办理,也不会导致治安处罚决定被撤销。

(2)如果法院在审理中发现,原、被告双方对被诉行政行为的实质性内容都没有争议,只是在实施的程序上有争议,而撤销被诉行政行为又不可能实质性改变最后处理案件的结果,那么,法院也可以不撤销,而是确认行政

① 《行政处罚法》(2021 年)调整为第 62 条,并将"行政处罚决定不能成立"修改为"不得作出行政处罚决定"。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1 号)第 90 条第 2 款做了相同规定。

机关程序违法。比如，原告拖欠税款不交，被告税务机关直接通知其开户银行将其应当交纳的税款从其账户上直接扣缴、划拨。原告对其应该交纳这些税款没有异议，但认为，根据《税收征收管理法》(1992 年)第 40 条规定，税务机关在强制扣缴之前应当先责令限期缴纳，被告违反了上述规定，没有事先通知其缴纳，属程序违法。但是，法院如若撤销被告的扣缴决定，让其再走一遍程序，其结果对原告来说，依然如故，反而增加行政成本，法院就可以不撤销，只确认被告程序违法。

(3)即便是违反那些对保障相对人权益有意义的行政程序，如果能够通过其他制度加以补救，也不见得会因为违反而导致行政行为被撤销。比如，没有告诉被处罚人救济的途径和期限，我们也只是通过拉长起诉的期限来解决，而不是简单地撤销。

5. 违反法定程序的法律后果(Ⅲ)：改良的治愈理论[①]

尽管我们承认，有些非实质性的、轻微的行政程序违法不会、特别是从诉讼的经济性考虑也没有必要导致行政行为的撤销，那么，在行政诉讼上总该有着某种反应？怎样的反应才算是恰当的呢？下面分析和评价几种可能的司法反应方法，最后得出对这个问题的基本结论。

5.1 方法(Ⅰ)：忽略不计

在普通法上认为，如果程序瑕疵非常细微，那么，行政机关根本不需救治，即使当事人告到法院，法院也不会理睬。[②]在新西兰 1924 年《法律解释法》(*the Acts Interpretation Act* 1924)s. 5(i)中就明确规定，对于所规定的程式有轻微的偏离，只要不会误导，不会产生不同的效果，就不必计较之。其中的要点有二：

第一，轻微偏离。库普尔法官(Cooper J.)对此解释道，所谓“轻微的”(slight)是指“非实质性”(immaterial)。爱德华法官(Edwards J.)也说，“偏离必须是很轻微的，所以，程式仍然实质上还是法律规定的程式。”[③]

---

① 本部分的主要内容曾以《对行政程序轻微瑕疵的司法反应》标题发表在《中国人民公安大学学报》2004 年第 5 期。

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op Cit., p. 7. 3.

③ Cf. Philip John Bartlett, “*The Consequences of Non-Compliance With Procedural and Formal Rules*”(1975—1977) *Victoria University of Wellington Law Review* 67～68.

第二,最关键的是,上述偏离不会误导。

这种处理问题的思路在我国的行政诉讼中也存在。比如,《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40条规定,“行政机关作出具体行政行为时,没有制作或者没有送达法律文书,公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的,只要能证明具体行政行为存在,人民法院应当依法受理。”[①]没有制作和送达法律文书,自然不符合行政行为的程序要求,但是,只要不会误导,只要当事人能够知悉、证明行政行为的存在,就仍然有权起诉。法院也决不会在决定受理的同时就此判决撤销。说明这种行政程序违法在某种程度上是可以被法院容忍的。

但是,上述忽略不计的态度毕竟粗放,与法治主义的要求还有些微隔阂。因为上述行政程序违反毕竟是行政行为的瑕疵,是一种客观存在。如果在行政审判中,对上述程序瑕疵完全置之不理、视而不见,不作出一定的司法反应,似乎又有悖依法行政之理念与要求,有放任行政机关随意践踏、背弃非实质性、非根本性的程序之嫌。所以,在行政诉讼上就应该,而且必定有着某种表达法院否定性评价以及相应救治的方式。

5.2 方法(Ⅱ):制度性补救

实际上,《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40、第41、第42条本身就是对行政程序瑕疵的一种救治方法,也就是用事后的证明、拉长救济期限的方法进行制度性的弥补。

我丝毫不否定上述补救的必要性,特别是对于保障相对人合法权益的重要意义。但是,这只是解决权利保障之周延性的技术问题,毕竟还没有形成法院对行政机关程序违法的正面的、直接的否定性评价。假如对上述行政程序违法本身,在行政诉讼上没有更进一步的司法评价的话,那么,实际上也是一种忽略不计。

退一步说,即使我们也可以把上述制度性补救理解为是一种对行政程序违反的否定性评价,那么,这也仅仅只适用于上述几种情形,对其他非实质性的行政程序违反,怎么处理?

---

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第63条做了大致相同的规定。

5.3 方法(Ⅲ):确认违法

如前所述,非实质性、轻微的行政程序违法,也是一种违法。即使不撤销,也应该确认违法。所以,应该注意《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57条、第58条补充进来的确认判决。①

从第57条第2款规定的精神看,行政行为违法或无效,假如不能撤销,那么,也应该退而求其次,确认违法。这样才比较符合法治的精神,才能体现出行政审判的价值和意义。但是,我们现在正在讨论之中的非实质性程序违法,又不能完全塞到与之最接近的第57条第2款第(二)项之中。因为不撤销,不是因为"不具有可撤销的内容",确切地讲,应该是"不具有撤销的价值和必要"。

假如我们牵强地把"不具有可撤销的内容"解释成也包括了"不具有撤销的价值和必要",或者干脆就再修改司法解释,把后一种情况增补进去,那么,是不是就能够完美地解决上述问题?恐怕还"欠火候"。因为仅仅停留在确认违法的层面上似乎仍然不够,毕竟上述行政程序违法还存在着更正的可能。

那么,第58条是不是更合适、更能解决问题呢?上述对非实质性、轻微程序违法不撤销的主要理由之一,就是考虑到避免不必要地增加行政执法成本和符合诉讼经济原则之要求,从比例原则的角度讲,应该是符合第58条适用的前提的。所以,从这一条看,对非实质性、轻微行政程序违法,采取确认违法的判决应该是没有问题的。

第58条向我们揭示的另外一个重要价值是,在"责令被诉行政机关采取相应的补救措施"之中暗含着某种行政程序瑕疵治愈的可能。但是,成问题的是,如果按照第58条操作,那么对行政程序违法的更正得放到判决之后。对于上述轻微的行政程序瑕疵,比如缺少法律文书或者文书上有某些错误,实际上在审理的过程中就已然为双方当事人、特别是被告所知晓,为什么一

① 《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57条规定:"人民法院认为被诉具体行政行为合法,但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的,可以作出确认其合法或者有效的判决。有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决:(一)被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;(二)被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;(三)被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。"《行政诉讼法》(2017年)第74条做了基本相同的规定。

定要拖到判决之后更改？这是不是显得太不(诉讼)经济了？那么，有没有更加经济的方法呢？[①]

5.4 方法(Ⅳ)：治愈

德国和法国法上的治愈理论(curing defects in administrative action)，对于弥补我们上述确认违法的方法之不足，极有参考、借鉴价值。所谓治愈理论，是针对行政行为的瑕疵，让行政机关自己主动纠正其程序上的瑕疵或错误的一种制度。

5.4.1 能不能治愈？

上述制度却遭到了学者的猛烈批评，一方面，认为治愈制度会实质性地阻碍行政行为的客体对行政机关的诉辩能力(substantialy hinder the ability of the subjects of administrative acts to defend their rights *vis-à-vis* the administration)；另一方面，恐怕也不能够有效地刺激行政机关提高行政决定质量。因为行政机关如果知道程序上的瑕疵会被法院容忍，法院还会让它在诉讼进行中救治而不影响行政行为的效力，特别是像缺少义务性听证也允许事后治愈，那么，回旋余地这么大的治愈会不会导致行政机关更加敷衍马虎、应付了事，进而引发更多的诉讼案件呢？不无疑问。[②]

对上述批评比较有力的反驳意见是，假如在诉讼过程中就能够通过给行政机关一个自行纠正瑕疵的机会来实现息讼，那么，为何一定要拖到判决之后，再让行政机关纠正呢？[③]在诉讼中的治愈，显然要比判决之后的改正要快捷，要节约诉讼成本。

而且，在我看来，治愈本身是在法院审查过程中发现了行政程序存在着瑕疵的情况下实施的，尽管是行政机关自己主动地去治疗，但实际上也形成了对行政机关不遵守程序的否定性评价。即使不判决撤销，假如法院改用确认违法的判决，效果依然不错。而且，上述行政行为在执法质量监督考评上也被视为是一种错案，有关的诉讼费用仍然必须由行政机关来承担。这

① 当然，我也不否认，第58条可能还有另外的考虑，对有些实体问题，特别是涉及利益调整的问题，需要放到确认判决之后，需要时间从容处之。所以，从这个角度看，第58条仍然有其合理性。

② Cf. Bernd Goller & Alexander Schmid, "*Reform of the German Administrative Courts Act*"(1998) 4 *European Public Law* 32, 35, 36.

③ Cf. Bernd Goller & Alexander Schmid, "*Reform of the German Administrative Courts Act*"(1998) 4 *European Public Law* 35.

种消极后果也会迫使行政机关在以后的执法中更加谨小慎微，而不太可能更加“忘乎所以”“变本加厉”。

由于治愈一方面是在行政机关自愿接受的前提下实施的；另一方面，还因为诉讼仍然在进行之中，只是悬而未决，假如治愈的效果不能让原告满意，不能达到息讼，那么，诉讼将会重新启动，在这样的压力和情境之下，治愈往往会比较彻底。

如果从我国的法律文化的角度去理解的话，治愈制度还有一个很重要的好处，因为是行政机关自愿主动去救治程序瑕疵，“不伤感情”，减少了双方以后可能发生的摩擦。在我国行政诉讼实践中，原本就有着一种类似案外解决纠纷的偏好，即行政机关同意变更或撤销被诉行政行为，来换取原告撤诉。如果在行政诉讼上引进治愈制度，能够与引进和解契约一样，[①]将上述实践纳入更加规范的运转轨迹。

5.4.2 允许治愈的瑕疵有多大？

从西方的经验看，对治愈的层面或程度的把握，有着深浅之分，其背后的合理性也颇值得推敲和考量。

浅层面（程度）的治愈，只是纠正那些对于行政裁量决定的结果不发生实质影响的程序和形式上的瑕疵。比如，在法国行政法上，形式瑕疵（defect of form）原则上不能由行政机关事后（*ex post facto*）进行治愈。但是，如果从形式瑕疵本身的属性上看，不会影响到行政决定的内容，那么，像这样的瑕疵可以治愈。像在决定的记录上没有签字，就可以通过事后补签的方法来治愈。[②]

像这样的治愈，其合理性显而易见，不太会诱发非议。因为，既然撼动不了原先的行政决定结果，为何不在诉讼过程中就接受治愈呢？治愈本身也达到了原告所预期的诉讼效果。

但是，从德国的经验看，似乎允许更进一步的治愈，也就是允许行政机关实质性地改变行政决定，来达到合法的要求。根据德国《行政程序法》（*Law on Administrative Procedure*，*Verwaltungserfahrensgesetz*，

---

① 关于对和解契约的介绍，参见余凌云：《行政契约论》，69页，北京，中国人民大学出版社，2000。

② Cf. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 41.

VwVf G)S. 45(1)之规定,允许行政机关治愈下列程序和形式瑕疵:[①](1)没有所必需的申请(omission of a necessary application);(2)没有对行政行为作出必要的理由说明(omission of a necessary statement of reasons for the administrative act);(3)缺少义务性听证(omission of an obligatory hearing);(4)没有按照要求共同作出委员会决定(omission of a committee's decision cooperation with which is obligatory);(5)没有按照要求与其他机关合作(non-cooperation, although obligatory, with another agency)。

从上述规定看,有些行政程序瑕疵对相对人权利都会产生实质性影响,比如义务性听证,但是,仍然允许治愈,那么,最终形成的结果会不会还和原来的一样呢?恐怕不见得。成问题的是,德国法对这种可能并没有做进一步的限制,而是默许了上述两种结果的出现。但是,假设治愈之后,程序是正当了,但实体内容和结果不一定能让原告满意,原告就仍然有可能要求继续诉讼解决。如果是这样的话,治愈本应具有的尽快息讼、节约诉讼成本等制度效益就不可能得到淋漓尽致的发挥。整个诉讼会因为治愈节外生枝,时间拖得更长。与其这样,还不如直接撤销,让行政机关重新作出行政行为。

5.4.3 容许治愈的时限

在德国,以往,程序瑕疵必须在提起行政诉讼之前治愈。其中的基本考虑是严格区分行政手续和司法程序,容许行政机关在包括诉愿在内的行政手续过程之中补正、治愈,但是,到达行政诉讼阶段则不容许,以强化行政法院对行政机关遵守行政程序的监督作用。[②]

但是,到了1996年的行政程序法修正案(S. 45(2))时,却改弦更张,将上述允许治愈的时间延长到了行政审判结束之前。因此,在1997年《行政法院法》(*Administrative Court Act*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, *VwGO*)的修正中,也相应地增加了在诉讼中如何治愈的规定。包括法官可以给行政机关三个月的时间来治愈被诉行政行为中存在的瑕疵,但前提是不会因此延误审判。[③]

---

① Cf. Bernd Goller & Alexander Schmid, "*Reform of German Administrative Courts Act*" (1998) 4 European Public Law 34, note 18.

② 吴庚:《行政法的理论与实用》,357页,台北,三民书局,1996。

③ Cf. Bernd Goller & Alexander Schmid, "*Reform of the German Administrative Courts Act*"(1998) 4 *European Public Law* 34.

5.5 我的建议

所以，在我看来，单纯的治愈，对行政机关的震慑效果欠佳，必须结合确认违法判决，两相呼应，才是最佳的选择。

但是，不是说什么样的行政程序瑕疵都能够通过上述方法解决，甚至我也不否认在特定情况下，有些轻微的行政程序瑕疵是无法治愈的，只能忽略不计。所以，能够进入上述诊疗的行政程序违法应该满足以下条件：

第一，行政程序瑕疵的治愈本身不会对行政裁量结果产生实质性的影响。或者说，行政程序瑕疵在诉讼中接受治愈，对行政决定无足轻重、无关宏旨。

所以，可以治愈的行政程序瑕疵，一般是对相对人权利保障不具有实质性意义的。当然，也不排除例外情况下对实质性程序瑕疵的治愈可能。条件是，在诉讼过程中，经过审查，确信行政裁量决定是正确的，但是，在形成该决定的过程中，违反了某个实质性行政程序要求，比如没有说明理由，因此，允许在诉讼过程中补充对理由的说明。

第二，行政程序瑕疵是能够，而且有必要治愈的。比如，法律文书内容错误，应该更正。又比如，行政决定正确，却没有说明理由的，可以在诉讼过程中补充说明理由。

第三，假如诉讼能够治愈解决，那么，法院尽管没有必要将行政裁量决定撤销，但是，应该在判决之中确认行政机关程序违法，并依法判决由被告承担相应的诉讼费用。

所以，建议在制度法上补充规定：

对于可以治愈、被告也愿意纠正的行政程序瑕疵，法院可以中止诉讼，允许被告自己纠正。治愈时间最长不得超过三个月。

经过治愈之后，如果原告没有异议，法院可以作出确认行政机关程序违法的判决。

6. 具体核心程序之个别分析

6.1 无偏见

无偏见(without bias)是行政程序中的一个很重要的内容。在普通法中，被认为是自然正义的两个最基本元素之一(另一个是听取辩解或听证)。在程序上表现为自己不做自己案件的法官(*nemo iudex in sua causa*)。

偏见会导致行政裁量决定无效(void)或者可撤销(voidable)。后一种结果得到了澳大利亚和爱尔兰的实证支持。[①]

在我国,无偏见的要求主要是通过回避制度体现出来。应当回避,但是没有回避,当然会对行政决定产生一定的影响,但不一定是撤销。比如,《公安机关办理行政案件程序规定》(2003 年)第 24 条就规定,"……在回避决定作出以前所进行的与案件有关的活动是否有效,由作出回避决定的公安机关根据案件情况决定"。

6.2 听取辩解(听证)

一般而言,在作出对相对人不利益处分之前,应该给他/她一个听证或者辩解的机会(*audi alteram partem*),让其参加到行政程序之中来。这是因为:

第一,听证是和自然正义(natural justice)和正当程序(due process)密切相关的。[②]正当程序由两个最基本的要素构成:一个是听取另一方意见(hearing, *audi alteram partem*);另外一个是无偏见(unbiase, *nemo judex in causa sua*)。韦德(H. W. R. Wade)和福赛(C. Forsyth)甚至认为,听取双方意见(听证)最能够体现自然正义原则,因为它几乎包揽了所有的正当程序问题,甚至可以把无偏见也包容进来,因为公正的听证本身就必须是无偏见的听证。现在之所以两者是分开的,是对传统二元论遵从的结果。[③]

第二,听证有利于在事中就加强对相对人权益的保护,能够有效地弥补行政复议、行政诉讼和国家赔偿的射程不足。因为听证一般是在行政决定作出之前进行的,而且允许当事人聘请律师或者知晓法律的亲朋好友参与,[④]这对

---

① Cf. G. L. Peiris, "*Natural Justice and Degrees of Invalidity of Administrative Action*" (1983) *Public Law* 635.

② 在英国的学术发展史和法院判例之中,还出现了另外一个价值尺度,即公正行事(acting fairly),也可以视为听证的理论基础。但正像韦德(H. W. R. Wade)和福赛(C. Forsyth)指出的,公正行事和自然正义实际上没有什么区别,可以相互替代,都是用来描述一个灵活的原则,其内涵可以随着权力的性质和案件的情形而变化。Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 515.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 494.

④ 当然,在听证中,允不允许律师代理,允不允许知晓法律的亲朋好友出席帮助申辩?这不是当事人的绝对权利,而是由听证机关来裁量决定的。在裁量中一般要考虑以下因素:指控或制裁的严厉程度(the seriousness of the charge or penalty)、是否可能出现法律上的争论点(whether any points of law are likely to arise)、当事人自己应付听证的能力、程序困难(procedural difficulties)、裁决的时间要求(the need for speed in reaching a decision)、关乎当事人与行政机关之间公正的需要(the need for fairness as between the individual and the officers concerned)等。Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 429.

于及时制止错案的发生，提高申辩的质量，都大有裨益。

第三，听证有助于积极吸纳相对人参与行政，形成行政机关与相对人之间的互动合作关系，能够充分地体现良好行政的要求。

在我国，听证程序是由 1996 年《行政处罚法》首次确立起来的，随后的 2003 年《行政许可法》也肯定了这项制度。但是，就目前的推广程度看，还不如西方普及。一方面，是因为制度初创，较为谨慎，需要积累经验；另一方面，可能是在制度设计上没有注意引进西方的非正式听证，程序过于烦琐，给行政机关过多地增加了人力、物力和财力上的负担，引起实践上、观念上的抵触。后者是我们今后要警惕和克服的。

但是，听证的适用毕竟还是会对行政效率产生一定的影响，也需要有一定的物质基础和制度前提。比如，治安管理上对于流动人口，如果不能有效地解决控制其行动自由的措施问题，就没有办法实施听证。否则，违法嫌疑人会乘机逃跑，受害人也会因此不满而不断上访、控告。因此，也没有必要事事都听证。

从近年来普通法的法院判例和理论发展来看，也不排除特殊情况下，[①]可以不执行听证程序，只要没有违反“无偏见”之程序要求，仍然符合自然正义之要求。[②]在英国，哪些是无须听证的决定（deciding without hearing），一般取决于三个因素：一是授权法的规定；二是行政职能的种类（the type of function being performed）；三是决定者的性质（the nature of decision-maker）。[③]

那么，违反听证的要求，会对行政行为产生什么样的法律后果呢？

普通法的传统理论认为，违反自然正义规则的行为，就像越权行为一样，将导致行政决定无效。因为公正行事的义务，就像合理行事的义务一样，被当作默示的法律要求来执行。因此，不遵守之，就意味着行政行为是

---

① 在英国，基于公共健康或安全而采取的紧急行动，比如将正在销售之中的变质猪肉收缴、销毁，或者命令将传染病人转院，一般是不要经过听证的。另外，在有些非紧急情况下采取的行动，也不需要听证。比如，贸易部门派人对某公司的某些可疑问题进行调查，尽管这可能会对公司的名誉造成损害，但是，事先的听证将不利于调查目的的实现。

② Cf. Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford. Clarendon Press, 1996, p. 161.

③ Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, London. Sweet & Maxwell, 1999, p. 438.

在法定权限之外作出的,是不合法的,进而是越权、无效的。[①]因此,违反听证的行政行为,会实质性地损害正当程序理念和要求,自然也就是越权、无效的。[②]

我国《行政处罚法》(1996年)第3条第2款规定"……不遵守法定程序的,行政处罚无效",第41条规定"……拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外"。[③] 暂且不说上述两款在行政行为的效力问题上的表述不一致,至少可以说,在我国,违反听证程序的法律后果应该是行政行为无效、被撤销。其中的理由,不单纯是因为听证程序本身所蕴涵的法律价值需要保护,更主要的是,没有听证,意味着没有很好地听取相对人的陈述、申辩,也就不可能全面地、客观地认定案件事实。所以,从表面上看,行政行为被撤销是因为违反法定程序(没有听证),实质上是因为案件事实不清。

如果因为没有给予公正的听证机会而导致行政决定被撤销或者被宣告无效,法院应该责令行政机关重新听证。听证还得由原机关组织。原机关原则上应该组织不同的成员来主持听证。如果不存在人员选择的可能性,那么,原机关应该以尽可能公正的方式组织听证。雷德法官(Lord Reid)指出,如果行政机关迅速实施了听证,而且重新对所有的问题进行了考虑,在给予当事人适当的机会陈述其意见之后,所作出的行政决定将是有效的。[④]

但是,是不是只要违反了听证程序,就一律导致行政行为被撤销呢?现代行政法的发展,在这个问题上已经出现了新的理论观点与实践。比如,近年来,一些普通法国家的法院就认为,如果行政机关没有听证,法院又觉得在该案中听不听证对于最终的结果来说都没有多大的影响,那么,法院也不会以程序违法撤销行政决定。[⑤]这种观念的转变,主要是因为更加注重了救济的实质效果以及诉讼的经济原则。

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 516.

② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 671～672. Cf. H. W. R. Wade, "*Unlawful Administrative Action: Void or Voidable?*" (Part II) (1968) 84 *The Law Quarterly Review* 101～103.

③ 《行政处罚法》(2021年)第38条规定,"违反法定程序构成重大且明显违法的行政处罚无效。"第62条基本保持原来的第41条规定。

④ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 549.

⑤ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 549.

6.3 说明理由

说明理由(a duty to give reasons)可以看作是听取辩解(听证)原则(*audi alteram partem* principle)的一个方面,是包含在其中的"题中应有之义"。这也是基于公正程序和自然正义的基本要求。扼要地讲,这是因为:[①]

第一,说明理由能够增进行政裁量决定过程的理性与正当性,迫使行政机关必须小心斟酌相关事由,进而有效地遏制行政裁量的任意和专横。而且,能够增加行政的透明度,提升公众对行政决定的信任和接受。所以,它又被视为良好行政原则(principle of good administration)之一。

第二,理由说明的本身也架构出行政裁量的推理和思考过程,这就为以后类似的行政行为提供了一种指南,能够保持行政行为的前后一致性。

第三,向相对人阐述理由,也可以避免不必要的讼争,而且,也构成了相对人行使辩解权和诉权的前提和基础。如果相对人不知道行政决定的理由,也就无法有针对性地辩驳,也无法断定凭什么、针对什么问题去申诉。所以,丹宁(Lord Denning)就说过,如果听证权要真成那么一回事,就必须包含着这样一种权利,当事人要有权知道针对他的案件。他必须知道有哪些证据,影响他的决定是怎么说的,他要有公正的机会去纠正、去辩驳。[②]

第四,也有利于法院事后有效地审查和评价行政决定的合法性。如前所述,法院可以从中发现行政机关有没有考虑不相关因素,有没有追求不适当目的,等等。

但是在我国,因为缺少行政程序法的缘故,上述程序要求迄今不具有普遍性、一般性,只存在于某些法律之中,比如,《行政处罚法》(1996 年)第 31 条之规定。[③]仍然有为数不少的,会对相对人产生不利益的行政行为,本不应该,但是仍然处于上述程序要求的射程之外,这不能不说是我国行政法的一

---

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., pp. 459～460. Cf. Hilary Delany, op. Cit., pp. 216～217. 当然,也有反对说明理由的,其论据是,说明理由的程序要求会抑制裁量权的行使,会过分加重行政机关的负担。但是,从欧盟法和澳大利亚的实践看,尽管都普遍要求说明理由,却没有出现上述问题。所以,上述反对理由缺少实证的支持。Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 430.

② Cited from H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 531.

③ 该条规定:"行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利。"《行政处罚法》(2021 年)第 44 条规定:"行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据,并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利。"

大缺憾!

那么,如果行政机关违反了说明理由之程序性规定,会产生什么样的法律后果呢?这可以视违反的程度分别讨论。

(1)完全没有履行法定的说明理由义务

在行政审判上,假定行政机关仅仅只是没有履行法定的说明理由义务,并没有其他并存的违法问题(collateral unlawfulness),那么,是不是就凭上述程序违法就可以撤销行政行为呢?

这个问题比较复杂。因为上述程序违反,并不意味着行政机关作出裁量决定时没有理由,可能是有理由,只是没有说。当然,也可能是没有理由或者实际的理由说不出口。如果是后一种,当然需要撤销。但是,假如行政机关的确有理由,而且理由也是正当、合法的,只是没有说出来,那么,可不可以不撤销,而是在诉讼中治愈解决?至少从诉讼经济的角度看,不排除这种可能。

所以,从普通法的经验看,现在越来越多的判例倾向于并不必然因此导致行政决定无效。法院有时可以通过强制要求被告说明理由的方式来提供救济。当然,如果理由是不充分的、不合法的,那么就可以撤销。[①]

(2)形式上履行了,但给出的(部分)理由是不充分的,或者是错误的

我们只能大致地说,理由应该与行政行为有关,应该有说服力(intelligible),应该能够支持行政行为。说明的理由必须足以大略地告诉当事人"为什么输或者赢(Reasons must be sufficiently detailed to 'tell the parties in broad terms why they lost, as the case may be, won')"。[②]很可能是因为行政成本与行政效率的缘故,说明的理由一般是简要的、要言不烦的,是对认定的事实、法律的适用及其之间的逻辑关联的高度概括。[③]

所以,法院一般不直接审查、也没有必要审查理由的充分与否。如前所述,说明理由往往是揭示行政行为作出的事实认定、法律适用以及阐述其中的关联,所以,顺理成章地能够转换为对事实错误(error of fact)、法律错误(error of law)以及不相关考虑(irrelevant consideration)、不适当目的

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, op. Cit., p. 7.4, pp. 7.5~7.6. Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 470.

② Cf. Hilary Delany, op. Cit., p. 230.

③ 关于如何去说明理由,参见余凌云:《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》,61~63页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

(improper purposes)等问题的审查。

当然,假定给出的理由是独立的(independent)、可以各自分开的(severable),其中有些是错误的,但主要的理由是合法的,那么,一般也不会因此而撤销行政行为。[①]

总之,上述对行政程序的效力理论的讨论,实际上是行政行为效力理论的一个有机组成部分。对于违反法定程序,法院应该在考量个案呈现出的有关因素之后作出是否撤销的判断。如果不撤销,也不意味着行政程序违法是可以宽恕的,法院应该作出确认违法的判决。如果行政程序瑕疵是可以治愈的,那么,在诉讼过程中,法院还应该要求行政机关进行相应的治疗。

由于行政实践和行政程序是处于不断发展之中,所以,要想更进一步对实践中层出不穷、形形色色的行政程序违法形态逐一进行分析,预先逐一给出相应的完美解决方案,显然是不太可能的,也是不现实的。所以,在个案中究竟采取什么样的处理,必须有待于法官的判断、裁量和权衡,必须依赖于法官对其司法能动性以及宪政角色的感悟和发挥。

但这并不是说,上述研究是没有价值的,恰好相反,假如我们有着对行政程序效力的基本看法和原则,就能够有效地约束法官的自由裁量权。不会像跷跷板那样,压下了这一头的行政裁量专横,却翘起了另一头的法官裁量专横。

九、合法预期之保护[②]

1. 引入合法预期,解决我国的问题

近年来在责任制思想、市场经济理念和公共选择理论(public choice theory)的影响之下,以向社会公开承诺为基本特征的行政改革正如火如荼地展开。[③]而且,随着现代民主政治的发展和人权观念的深入人心,行政机关

---

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 469.

② 该部分的主要内容曾以《行政法上合法预期之保护》标题发表在《中国社会科学》,2003(3)。

③ 以责任书形式出现的承诺,有关讨论参见,余凌云:《行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象》,载《法学研究》,2001(5)。余凌云:《行政契约论》,第二编"具体形态之研究"中的"治安承诺责任协议",北京,中国人民大学出版社,2000。在这里,我更加关注的是以通知、通告、办事规则(程)形式出现的对社区(会)的承诺问题。

也越来越多地运用像劝导、诱导、咨询、建议等更加柔和的行政指导手段,让相对人能够更加自主地、有目的地、有成效地安排和设计自己未来的经济活动与生活。所有这些革新,对于重塑国家和公民之间的关系,对于提高公共服务质量和推进民主政治无疑是起到了巨大的、推波助澜的作用。但与之相伴随的责任机制问题又始终困扰着公民、实践者和法院。

《行政诉讼法》(1989年)第12条第(二)项,以及《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3条规定,"行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件",也就是"具有普遍约束力的决定、命令",不属于行政诉讼范围[①]。而且,行政法上也公认,行政法规范,尤其是低层次的行政规范性文件具有较大的不稳定性,这是行政法的基本特点之一。

《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1条第2款第(四)(六)项进一步解释道,"不具有强制力的行政指导行为""对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为",不属于人民法院受案范围。[②] 这意味着,即使你是在行政机关积极诱导、劝导、给予保证或许诺情况下投资办厂、开山修路,假如行政机关出尔反尔、收回成命、言而无信,那么,你即使遭受损失,也不具有合法的诉权去要求行政机关承担法律责任。

长此以往,法的稳定性,特别是对政府的信赖,将在上述不可预测的规范(行为)变动之中遭到非常致命的打击。更为重要的是,我国已经加入WTO,很难想象,上述变幻无常的政府行为方式能够说是一种WTO规则所要求的"统一、公正、合理"的执行方式?也很难解释,为什么在上述非理性的变动之中,对相对人造成的不利影响尽管已明显地落入了WTO司法审查规则要求保护的"不利影响"范畴,却不能得到有效的司法救济?假设上述状况不能得到根本的改观,那么,WTO规则想要建立的可预测的、自由和公正的经济贸易和法律秩序,将只能是一个永远无法实现的美好梦想。

上述问题决不是简单地扩大行政诉讼受案范围就能够解决的。这还涉及原告资格问题。因为政策只是连接法律的纽带,是将以往的经验凝固、升

① 《行政诉讼法》(2014年)第53条增加规定,"可以一并请求对规范性文件进行审查。"

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第1条第2款第(三)项规定,行政指导行为不属于行政诉讼受案范围。

华到行政裁量运行结构之中，在宽泛的裁量权和具体个案之间，建立相对固定、较为理性的行为反应机制。它本身不会创制相对人的权利。同样，行政机关针对社区（社会）的许诺，不会像契约那样生成相对人的权利，只是作为内部规则对行政机关本身产生约束效力而已。因此，当政策改变或者行政机关出尔反尔的时候，受影响的相对人不具有《行政诉讼法》（1989 年）第 2 条说的“合法权益”。[①] 相对人受到损害的只是对行政机关未来行为的一种预期和信赖，是一种事实上的利害关系，还谈不上法律上的利害关系，所以，即便《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 12 条已经将原告资格适当延展到“法律利害关系”[②]，也无济于事。

或许，按照 WTO 规则中要求的“不利影响”来重新构筑原告资格理论能够解决这个问题。但是，如果我们仅仅只是停留在这么一个单纯的概念术语层面上，是根本解决不了问题的。比如，政策的改变当然会对一部分人产生或多或少的不利影响，但是，未必见得都需要司法的保护。因此，我们还必须进一步去回答，“不利影响”的具体结构是什么，司法判断的标准有哪些？在我看来，原先的“合法权益说”或者延展之后的“法律利害关系说”是在一整套理论和判例基础上构建起来的，具有司法上的可操作性、客观判断性和一定的合理性，没有必要完全抛弃，完全可以作为“不利影响”结构之下的亚结构予以保留。然后，我们再去针对上述救济的不周延、不充分，去寻找其他行之有效的标准，去构筑另外一个与之并行的亚结构，进而共同支撑起一个完整的“不利影响”理论架构。

当我们将目光投向同样是 WTO 成员国的英国、德国、澳大利亚等国家，探寻它们是怎么解决这些问题的时候，一种叫做合法预期（legitimate expectation）的制度强烈地吸引着我们，为我们彻底解决上述问题露出了希望的曙光。合法预期的价值还不仅只是解决诉讼上的问题，透过它，我们还可以解读出对现代行政的诚实信用（honest）、不含任何偏见（open-mindedness）以及连贯性（consistency）的基本要求，这对于促进诚信政府与法治政府的形成、对于督促行政机关理性行事，也具有不容忽视的深远意义。

---

① 《行政诉讼法》（2017 年）保持不变。

② 《行政诉讼法》（2017 年）第 25 条第 1 款进一步延伸为“利害关系”。

1.1 什么是合法预期?

总体来讲,英国和欧盟对行政法上合法预期(legitimate expectation)的关注,时间都不算太长,大约是从20世纪70年代左右才开始的。澳大利亚、新西兰等其他普通法国家都是从英国那里继受了这个概念,所以时间更晚些。相形之下,欧洲大陆国家,像德国、荷兰、瑞士等对政府信赖保护、合法预期的研究历史可能要稍微更早一些。[①]但是,对于我国来说,迄今为止对这个极其重要的概念依然十分陌生。

有意思的是,从概念术语的起源看,合法预期是分别各自在英国和大陆法国家生成的。从英国、甚至整个英联邦国家来讲,合法预期(legitimate expectation)的概念最早是丹宁法官(Lord Denning)在 *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*(1969)案中使用的。[②]自该案之后,这个概念在英国和英联邦国家得到了普遍认同,成为进一步拓展自然正义和程序公正适用领域的一个很重要的概念。[③]

但是,这个概念的出现决不是大陆法影响的结果,尽管当时在与英国仅一海之隔的欧洲大陆国家,特别是德国、荷兰、瑞士行政法中也有一个叫做政府信赖保护的概念,不知因何缘由,在欧洲法院以及欧共体法所引用的,

---

① 更加详细的介绍,Cf. Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities & Sweet and Maxwell, 1992, pp. 874～938. 在概念术语上,我国很多学者受到德国、日本的影响,偏好使用政府信赖保护。但是,我建议,最好统一使用"合法预期",理由是,现在普通法和欧盟法都采用"合法预期",德国作为欧盟的成员国,迟早也会受到影响。我国既然对这方面的问题才开始关注,莫不如直接采用国际上都熟悉的术语,这便于以后的国际交流。

② 在该案中,原告Schmidt是个在英国学习的外国人,并且他的学习时间是有明确限定的。当这个期限快到时,他申请延长,但被内政大臣(the Home Secretary)拒绝,当时也没有给他申辩的机会。原告不服,认为应当给他听证。主审法官丹宁认为,"在上述限定的期间内,(原告)有被允许继续逗留的合法预期"(legitimate expectation of being allowed to stay for the permitted time),"(如果)在这个期限之内撤销了其继续逗留的许可,那么,应该给(原告)申辩的机会"[if that permission was "revoked before the time limit expires, (the alien) ought to be given an opportunity of making representations (to the Home Secretary)"]。但是,在本案中,是在上述期限之外允不允许其再延长逗留期限的问题上发生争执,对此,原告不存在"合法预期"。Cf. Patrick Elias, "*Legitimate Expectation and Judicial Review*", Collected in J. L. Jowell (ed.), *New Directions in Judicial Review: Current Legal Problems*, London. Stevens & Son, 1988, p. 37. 注意,丹宁说的在签证上注明的、允许逗留的期限内,原告有被允许逗留的"合法预期",这实际上不是我们说的合法预期,而更像是可保护的利益(protectable interests)。关于这个问题,我后面还会提到。

③ 关于这个过程的详细介绍,Cf. Robert E. Riggs, "*Legitimate Expectation and Procedural Fairness in English Law*" (1988) 36 *American Journal of Comparative Law* 395.

以及在欧共体法的英文文献上却变成了合法预期(legitimate expectation)。并且,还被确认为欧共体基本原则之一,是"欧共体法律秩序的组成部分",或者用特莱比西法官(Trabucchi)的话说,是"保护公民的欧共体法律秩序的诸多上位法之一"(one of the superior rules of the Community legal order for the protection of individuals)。[①]丹宁自己在写给福赛(C. F. Forsyth)的一封信中也毫不隐晦地说:"(这个概念)纯粹是我自己想出来的,不是出自大陆法或其他什么地方"(he feels "sure it came out of my own head and not from any continental or other source")。[②]

而且,不同国家对这个概念的理解和研究视角也存在着一定的差异,有着各自的特色。在德国行政法上,政府信赖保护是与行政行为的效力理论紧密相联的,在有关授益或赋负担行政行为的撤回、撤销、废止理论之中,细致入微地体现出对合法预期的关怀与保护。澳大利亚和新西兰行政法主要是从自然正义和程序公正意义上去研究和保护合法预期。英国法则是从更加宏观的视野上研究合法预期问题,合法预期跨越了可保护利益,深入到行政机关咨询职能与制定政策的领域。后者是德国和法国法很少涉足的。

但是,可以肯定地说,英国合法预期概念后来的发展,特别是英国成为欧共体成员国以后,不可能不参考大陆法上的相应概念,不可能不受到后者的影响。正如福赛(C. F. Forsyth)指出的,在这种情况下,似乎没有什么理由为什么合法预期的概念不能够从欧洲大陆的行政法上借鉴过来,或者至少是接受后者的某些影响。最终使现在的英国法中的合法预期(变得更加)适当(来讲,是这样的)(there seems to be no reason why the concept of legitimate expectation should not have been borrowed from or at least influenced by the administrative law of continental Europe. Now, at last, to the English law of legitimate expectation proper)。[③]而且,由于合法预期已经上升到欧共体法,这个事实犹如架起熔炉,融化着、缩短着欧共体各成员国在彼此概念上的差距。

---

① Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 872.

② Cited from C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) *Cambridge Law Journal* 241.

③ Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) *Cambridge Law Journal* 245.

尽管有着上述相互借鉴的趋势,不同国家各自关注的问题,采取的保护方法,依然有着各自的特色。比如,英国法从传统上就仅仅把合法预期与程序性保护联系在一起,实体性保护只是近年来才发展起来,而且可以说是举步维艰。因为有着德国法和法国法比例原则的底子,[①]欧共体法院在接受实体性保护方面丝毫没有障碍。法国在判例上正式承认合法预期保护尽管较晚,[②]类似的问题却一直受到了较为妥善的赔偿性保护。在这一点上是英国法所不及。[③]

这就向我们提出一个问题,到底在什么意义上、什么层面上引入合法预期及其保护,对我国的制度建设最具参考价值?

那么,什么是合法预期呢?合法预期是指因行政机关的先前行为而使相对人产生对行政机关将来活动的某种预期,这种预期可以是以下任何一种或两种:(1)在作出决定之前履行听证或其他适当的程序;(2)将在未来给予某种实质性利益。对于已得到的利益,将继续享有并不被实质性改变。[④]并且,可以要求行政机关将来满足其上述预期,行政机关除非有充分的公共利益理由,原则上不得拒绝。

从西方国家的有关文献看,对上述概念的理解实际上有着广、狭之分。狭义上的合法预期是在司法审查传统上所保护的权利(right)和利益之外建立起来的第三维度。它要保护的不是权利,也不是利益,仅仅是相对人因行政机关的行为而产生的对预期的信赖。具体而言,一方面,狭义的合法预期不是一种权利(rights),因为它能不能必定得到法律的保护,特别是获得实

---

① 关于比例原则,英国的有关实践和理论争论,以及对我国合理性原则的评价,详见余凌云:《论行政法上的比例原则》,载《法学家》,2002(2)。

② 在法国,合法预期保护是在1994年的*ENTREPRISE TRANSPORTS FREYMUTH*案中正式得到承认的。Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1998, p. 235.

③ 这是因为法国法院宁愿给予受害人赔偿,也不愿过多地干预行政过程。Cf. Soren J. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 42～48, 64～104, p. 233, 237.

④ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, p. 421. 在普通法中,有些学者也把前一种叫做程序性预期(procedural expectations),称后一种为实体性预期(substantive expectations)。这是站在相对人的角度上说的。但是,在本文中探讨的保护,是从法院的角度谈的。因此,对于相对人的程序性预期,法院能够提供的保护,当然是程序性的或者赔偿性的。但对于相对人的实体性预期,法院能够提供的不但有程序性,而且有实体性、赔偿性的保护。

现，还是一个未知数。另一方面，狭义的合法预期也不是一种可保护的利益（protectable interests）。在这一点上比较难理解，也比较有分歧。[①]从普通法的有关文献看，有些学者对合法预期和可保护的利益不加区分，在他们看来，撤销或废止行政行为（决定）（administrative decision），比如撤销或废止授益行政行为，使相对人已经享有的利益终止或者被实质性改变，也会产生合法预期问题。[②]但也有学者注意到了其中的差别，比如在英国最权威的司法审查著作中认为，合法预期是由行政机关的行为产生的，而不是产生于建立在行政决定的语境或范围之上的对公正的抽象期待。这种特质是产生于合法预期的听证权和产生于其他利益的听证权之间的本质区别（A legitimate expectation must be induced by the conduct of the decision-maker. It does not flow from any generalised expectation of justice, based upon the scale or context of the decision. This quality is the essence of the distinction between an entitlement to a hearing based upon the legitimate expectation and that based upon other interests）。[③]这话说起来很抽象，举个例子就清楚了。比如，对于附期限的许可，在许可期限内的利益是一种可保护的利益。但是，许可到期之后，如果许可的事项具有长期实施和收益的性质，而且，行政机关曾表示过有可能继续延期，被许可人就可以因为有这样

① 在英国，有些学者认为，之所以会在可保护利益与合法预期上产生混淆，始作俑者仍然是 *Schmidt* 案，一开初就在这个问题上搞混了。在 *Schmidt* 案中，丹宁说的“合法预期”含义实际上是指“可保护的利益”（protectable interest），而不是我们现在说的合法预期。托马斯（R. Thomas）甚至据此认为，英国法中的合法预期不起源于 *Schmidt* 案，但究竟源自何时，也说不清楚。Cf. Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford. Portland Oregon, Hart Publishing, 2000, pp. 48～49. 所以，以后的一些著述中，对可保护利益与合法预期也没有很清晰地区别开。通过上述批判性反思，这些主张合法预期与可保护利益之间有区别的学者，在阐述合法预期可能具有的利益时，是很小心地用“benefit”，而不是用“interest”；或者就是用“interest”，也是加上限定词“不是现在具有的”（not presently held）。

② Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., Chapter 6. And Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 167～213.

③ Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, pp. 422～423. 但是，话又说回来，的确有的时候会出现合法预期与可保护利益相重叠，同时并存的情况。比如，行政机关已经根据城市客流量规定了限制出租车总体数量的政策，并且多次向出租车司机表示，如果改变上述政策，将会事先与后者磋商。现在，如果行政机关决定进一步扩大出租车数量，就肯定会影响到在业司机的利益，这种利益就是一种可保护利益。一方面，上述司机有权要求听证（当然，前提是法律上有这样的程序规定），也有权提起诉讼。另一方面，因为上述政策以及行政机关的意思表示，出租车司机也会产生出租车总量不变或者在改变之前与其磋商的合法预期。

的许诺,而不是因为许可决定,享有继续延期的合法预期。在这里,合法预期和可保护利益之间被很清晰地区分开来。

广义的合法预期是个包括可保护利益(protectable interest),甚至权利在内的,并与之纠缠不清的综合维度。除了包含上述狭义的意思之外,还指行政机关的行政行为,如果生成了相对人的权利或可保护利益(如颁发了执照,允许营业),也会形成继续保持已然状态的合法预期。如果发生非理性的改变(如任意撤销执照),使相对人已经享有的权利或利益终止或者被实质性改变,也会出现合法预期之保护问题。

我更愿意从前一种意义上(狭义上)将合法预期概念介绍过来。因为在我理解起来,可保护的利益实际上是法律已经明确规定要求保护的相对人利益。我们目前在行政诉讼(司法审查)上与原告资格或诉讼地位(standing)有关的利益,就是指这种意义上的利益。由于像这样的利益在行政诉讼上已经得到了很好的保护,所以,就没有必要把它放到合法预期范畴。比如,已经向某人发放了开采矿产的许可,某人也已经施工,行政机关却又撤销上述许可,这时产生的是继续开工的合法预期呢还是开采利益?我更愿意把它看作是产生了可保护的利益(开采利益)。关于这类案件的处理,我们在行政诉讼上已经是屡见不鲜、驾轻就熟了。

另外,在我看来,之所以要引入合法预期概念,主要是想引导我们去发现去关注那些以往我们没有注意到的,被制度建设忽略的问题,而不是那些在现有行政诉讼制度中已经得到妥善解决的问题。如果撤销或废止行政行为也会产生合法预期问题的话,那么,合法预期制度中将有很大一部分是和行政行为效力理论相重叠的,这又有什么必要?充其量只是多了一个阐述审判的理由而已。[①]最为主要的是,撤销或废止行政行为所侵犯的可保护利益,与不履行承诺或改变政策所侵犯的利益不同,前者实际上是行政诉讼上通常讲的(原告资格意义上的)合法利益,后者则是一种将来可得的(但不是必然可得的)利益,或者叫做预期利益。可以肯定地说,迄今为止,后者在司法上受到保护的程度远远不如前者,甚至能不能受到司法保护仍然处在争论之中。即使我们承认可以得到司法保护,但具体到什么样的保护,也肯定会和前者有区别的。所以,那些坚持狭义说的学者认为,合法预期有别于权

① 比如,你可以说,违法撤销行政许可是违反了法律规定,也可以说是违反了被许可人的合法预期。

利(rights)或利益(interests),[①]是一个新的司法保护对象。[②]这的确是有道理的,至少从现行的司法审查制度上看是这样的。因此,我不愿将这个概念泛化。从增进合法预期对我国的参考价值看,这样做是有意义的。

也正是基于这样的理解,我不认为《行政许可法》(2003 年)第 8 条解决了合法预期的问题。因为,如前所述,对于行政机关违法撤销许可,根据《行政诉讼法》(1989 年)第 11 条第(一)项之规定,[③]被许可人已然可以诉诸法院寻求救济。该条款的实际价值只体现在第 2 款,即在合法撤回行政许可时要对被许可人的财产损失给予补偿(其中,补偿的标准和方式还必须通过具体法来落实)。但这样的规定并不新鲜,类似的补偿在土地征用上早已有之。

但是,话又说回来,我也不想轻易地就否定《行政许可法》(2003 年)第 8 条体现的广义上的合法预期之意义,不想就此简单地否定行政行为的撤销、撤回、废止过程中可能会存在着某种预期保护的问题。只是不想在本文中,特别是在合法预期范畴中探讨。但是,实际上本文探讨的很多保护方法,对于行政行为的撤销、撤回、废止中产生的合法预期之保护问题,都有参考价值。

就此还想澄清一个术语问题。很多人都认为第 8 条的意义是在我国确

---

① 那么,权利与利益怎么区别呢?从我国《行政诉讼法》(1989 年)第 2 条、第 41 条之规定看,是笼统地把上述两者合拢起来,统称"合法权益"。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 12 条也只是在"合法权益"的模子里借助第三人的概念适度地扩大了原告外延。2014 年《行政诉讼法》也继续使用"合法权益"。似乎在行政审判上不对权利与利益作仔细的区分,是把两者看成是一回事?还是我们的理论还不够精细?在英国,因为传统的缘故,有些情形,比如外国人对于内政部(Home Office)而言,就被认为是只有利益,没有严格意义上的权利。所以,在诉讼上就有权利与利益之说。在我看来,尽管权利和利益有时的确是合二为一的,很难严格地区分开来,但也不完全尽然。因此,作适度的区分可能还是必要的,这样可以进一步延伸行政诉讼的射程。比如,随着行政诉讼制度的发展,对人权保障的日益周密,法院或许也会逐渐受理影响反射利益的案件。在这里,反射利益就绝对不是权利。

② 也正是在什么是利益的概念界定上发生了问题,甚至出现根本否定合法预期概念必要性的论调。澳大利亚有些学者就认为,因为在传统上,对侵犯合法利益的行政行为,都可以申请司法审查。因此,要是把利益界定得足够宽,就根本不需要多此一举,再引用合法预期来保护那些预期利益。因此,在他们看来,合法预期概念是多余的,没有必要的。Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, *Judicial Review of Administrative Action*, LBC Information Services, 1996, p. 429. 但是,在我看来,这好像是一个概念游戏,因为即使你不要合法预期这个术语,但是,其内容和保护方式依然如故,仍然必须在传统的利益之外构筑适合于保护预期利益的制度,所以,似乎上述建议意义不大。

③ 该条款规定,"对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的",可以提起行政诉讼。《行政诉讼法》(2017 年)调整为第 12 条第(一)项。

立了政府信赖保护原则(从这个概念的认同上,也说明合法预期还没有为国人所普遍认识与接受)。但是,我总感到,至少是从我所接触到的文献中感到(或许不很准确),流行于德国的政府信赖保护制度(实际上,在有关德国法的英文文献中也是翻译成"合法预期"),似乎不像英国的合法预期那样精细,比如它没有对诉讼资格等制度做细腻的、一并的考虑,会因出现与行政行为理论一样的、叠床架屋的制度效应而显得不经济和多余。而且,从下面的讨论中,我们还会看到,信赖保护只是合法预期之中体现的现代社会要保护的几个基本诉求之一,所以,我更愿意使用"合法预期"而不是"政府信赖保护"。

从狭义上看,合法预期要保护的不是相对人的权利(rights),也不是可保护利益,而是一种信赖,是要保护相对人因为行政机关的行为而产生的对预期的信赖。如果行政机关辜负了这种信赖,很可能会导致相对人将来行为计划的落空,造成其预期利益的丧失或受损。所以,原则上希望行政机关遵守诺言,说话算数,要保持法的确定性。但是,偏偏行政法上又禁止行政机关用自己的行为束缚将来行政裁量的行使。合法性原则要求行政机关在情境变迁的时候,根据需要改变政策目标,做出相应的对策。如此一来,就必然会在行政法上产生对上述预期的保护问题。

所以,合法预期所面临的基本问题,就是要保护个人因行政机关的行为而产生的对预期的信赖(the desire to protect the individual's confidence in expectations raised by administrative conduct)和行政管理者需要改变政策目标(the need for administrators to pursue changing policy objectives)之间的矛盾,[①]是要尽量调和个人利益与公共利益之间的紧张,在法的确定性原则(the principle of legal certainty)与合法性原则(the principle of legality)之间的冲突中寻求某种妥协。

1.2 关于研究体例的交代

关于行政裁量的行使有没有违反相对人的合法预期(legitimate expectations)以及相应救济问题,在英国行政法著述中,是分别放在对行政裁量的实质性审查与程序性审查当中介绍的。这样的体例安排与英国法上认为合法预期的保护具有程序性与实体性两个方面有关。但是,英国法当

① Cf. Robert Thomas, op. Cit., p. 41.

中缺少像法国那样的赔偿性保护的规定，这也是近年来屡遭学者批评的地方，也是有待进一步完善的地方。

鉴于我国行政法上合法预期的研究还不够深入，体系还处于形成之中，为了更加全面地研究合法预期的保护问题，汲取西方国家的有益经验，我以为，无论是把它放在实质性审查当中，还是放在程序性审查当中去研讨都不妥当，都不足以恰如其分地反映出当今西方国家有关理论与制度的现状和发展动向，最好还是单独列出来进行讨论。

为了能够给制度上的最终引进做好理论上的铺垫，本文将首先分析产生预期的三种情况以及司法上判断预期是否合法而成立的标准，并详细论证之所以要保护合法预期的各种理论根据，将保护合法预期的必要性奠定在坚实的理论基础之上。然后，再进一步探讨法院能够用来保护合法预期的三种救济方法，并且阐述对我国相关制度建设的基本构想。

2. 产生合法预期的情况分析

探讨这个问题的意义在于，为司法审查提供若干标准，来判断在具体案件中到底有没有合法预期问题。这关系到能不能获得，以及在多大程度上能够获得司法上的保护，获得什么样的保护等问题。

2.1 三种具体情况

因为对合法预期的保护实质上是为了保护对行政的信赖，所以，合法预期只能是基于行政机关的行为而产生，而不能是相对人自己主观的臆想、猜测或希望。也正是基于这样的理解，我们大体上可以从分析行政机关的行为入手，把产生合法预期的具体情况分为以下三种：[①]

第一，行政机关曾通过公布有关通知、通告、办事规则(程)等，或者作出过承诺，向某(类)人明确表示过将执行某项政策(policy)，但是，后来没有执行。比如，公安车辆管理所曾在其办事规则中承诺，私人购买轿车的，将在

① 不同学者对合法预期产生情况的归类可能不太一样，比如，克莱格就认为合法预期可以有三种产生方式：(1)法院可以裁决，尽管不是现在具有的利益，但这种(预期)利益却十分重要，不能在没有向原告提供某些程序权利的情况下拒绝其获得上述(预期)利益；(2)根据意思表示产生合法预期；(3)行政机关对某领域的政策适用规定了具体的标准，原告也依赖上述标准，但后来行政机关却想适用别的标准。Cf. P. P. Craig, "*Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis*"(1992) 108 *The Law Quarterly Review* 82～85. 克莱格也曾根据行政机关的行为进行过划分，Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 613.

三日内办完汽车上照手续。但后来没能做到。

第二,行政机关曾在个别指导、答复询问中向某(类)人提供过意见(representation),或者作出过保证,但是后来,行政机关没有按照其所提供的意见或保证办理。比如,行政机关曾向投资者明确保证,将积极鼓励在新技术开发区投资建设高新技术产业,政府将给予税收、能源、交通等方面的便利或优惠。某企业投资建厂后,政府却没有完全兑现上述许诺。

第三,行政机关长期以来在处理某类问题或案件时形成了相对固定的实践(practice),但到了处理某(类)人的案件时,却没有按照这样的惯例办。

对上述情况有必要说明以下两点:

(1)合法预期是由行政机关的行为产生的,但这个行为不是已经对特定相对人发生法律效力的行政行为,而是制定政策、回答相对人的咨询、进行指导、作出保证,甚至是相对固定的实践。

这与前面说的要在狭义上引入合法预期概念有关。之所以要特别地澄清这个问题,是为了明确我们今后讨论问题的基本出发点。在我看来,因为司法审查(行政诉讼)上对可保护利益已经给予了足够的关怀,所以,也就没有必要把这方面的问题再放到合法预期范畴上来。就像前面已表达过的,我们只是想通过合法预期概念来进一步延伸司法审查关注与保护的范围。关于撤销、撤回或废止行政行为所引起的对相对人利益的保护问题,我们还是放在行政行为的效力理论上去解决。

(2)在讨论上述三种情况的时候,还可以把讨论问题的前提分成行政机关作出的政策、意见或实践本身是在其权限范围之内(intra vires)、合法的,还是权限之外(ultra vires)、违法的两种情形。

其意义在于保护的方式不太一样。权限之内的、合法的政策、意见或实践,对行政机关可以产生有效的约束力,法院有可能要求行政机关继续执行。但是,权限之外的、违法的政策、意见或实践本身就越权无效,不产生约束力,只产生对善意相对人预期的保护问题,而且通常是采取赔偿的方式。

所以,在以下对合法预期的程序性和实体性保护的讨论中,都是以行政机关的行为是合法的、是在权限之内的为讨论问题的前提,只是在讨论赔偿性保护时才涉及上述两种情况。

2.2 标准

在上述三种情况下,要想产生合理预期,并获得法律上的保护,必须符

合以下一些标准：

第一，行政机关在上述意见或政策中所表达出的意思（representation）必须是清晰的（clear）、不会产生歧义的（unambiguous）、没有有关限定的（条件）（devoid of relevant qualification）。[①]通过这些明明白白的意思表示，能够使相对人有理由相信，最重要的是能够让法院也认为，将来行政机关一定会按照它所承诺的那样去做。比如，行政机关某高级公务员曾鼓励私人公司购买国营公司富余的食用油，并写信给上述私人公司表示，现行规章保证食用油价格的稳定。这么肯定的意思表示当然让人确信无疑。但后来的食用油价格放开了。

如果行政机关在相当长的时间内对同样的问题总是这么处理，这种相对固定的实践或行为，即便没有清晰的意思表示，也能够产生相对人的预期，因为他相信“到我这儿，（行政机关）也会这么处理”。[②]

上述看法可以高度地浓缩在佛拉瑟法官（Lord Fraser）一句非常精辟的话中：“合法或合理预期的产生，可以是因为行政机关做出了明确承诺，也可以是因为存在着一贯的实践，原告能够合理地预期这样的实践（到他这儿）还会照样继续下去。”[③]

第二，上述行政机关的意思表示应该是由行政机关中实际上（actual）或者表面上（ostensible）有权的人作出的。对此，司法上可以采取非常简洁的判断标准，也就是，只要某人具有一定的行政职位、与公众接触、并被认为可能有权作出上述意思表示，就足以认定这种情况下可以产生合法预期。但是，如果行政机关已经明确规定了只有某工作人员有权作出上述意思表示，而且原告也知道或者应当知道，那么，就不产生合法预期问题。[④]

第三，行政机关的上述意思表示会使相对人产生合理的预期。也就是说，相对人是因为行政机关的上述行为而对自己的行为作出了安排和筹划，并期望获得或继续得到某种利益，但现在这些预期因为行政机关改变初衷而落空。在审判中，判断究竟是不是合理地产生预期，要结合意思表示作出

---

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 51.

② Cf. P. P. Craig, op. Cit., pp. 618～619.

③ Cited from Robert Thomas, op. Cit., p. 54.

④ Cf. Rabinder Singh, “*Making Legitimate Use of Legitimate Expectation*” (1994) *New Law Journal* 1216.

的具体方式、内容和情境,以及凭当事人的知识与经历,会不会产生误解等因素来综合地分析。比如,行政机关工作人员曾以书面方式向一个公司保证会向后者提供一笔财政资助,建设高尔夫球场,还鼓励后者尽早投资和动工建设。这时我们就认为会产生合理的预期。

第四,相对人的预期利益或潜在利益应该是明明白白地存在着,因为行政机关的改变行为,相对人上述利益受到了损害,或者遇到了困难。比如,原先的计划落空了,先期的投资收不到应有的效益,财产上蒙受损失,等等。如果行政机关的改变行为根本就不会对相对人产生什么影响的话,也就不存在什么合法预期问题。比如,我们生活在社会中,在我们的身边每天都可能会发生这样或那样的政策变化,但作为学生或高校教师,国家某项对外贸易政策发生改变,跟我能有什么(法律利害)关系?

但是,以下情形不会产生合法预期:

(1)如果相对人能够预见到行政机关的上述意思表示在将来是很可能会改变的。比如,行政机关制定政策时就已经说清楚这是临时性的、暂时性的,或者媒体已经披露出政府正在讨论修改某项政策。那么,相对人的预期就有可能不是合理的、合法的。至于个案中的预期是否是合理、合法的,就需要考虑政策实施的时间长短、政策赖以存在的环境条件是否发生变化、相对人是否也已得知政策即将改变等因素,来综合地判断。强调这一点很重要,它可以限制预期无限制地扩大、膨胀。

(2)相对人预期的内容必须是合法的,违法的预期是不可能得到司法保护的。而且,预期还必须是合理的(reasonable),是在上述行政机关意思表示基础上合理地作出来的,或计划出来的,如果行政机关不改变上述意思表示,是能够实现的。

(3)如果相对人明知或应当知道行政机关的行为是越权的,或者行政机关行为是在相对人贿赂、欺诈、胁迫,或提供不齐备的资料或伪造、隐瞒有关等情况下作出的,那么也不会产生任何的预期保护问题。

3. 保护合法预期的理由

原则上讲,行政机关对于立法授予的裁量权,可以根据时势的发展以及行政的需要灵活地运用,不受成例、过去的决定以及实践模式的约束,这就是行政法上所说的行政裁量不受拘束原则(the principle of non-fettering,

non-fettering doctrine)。如果行政机关现在说过的话、作出的决定都将限制其将来的一举一动的话,那么,实际上就变成了行政机关自己来规定自己的权限范围(to set the limits of its own powers *suo moto*),这显然与"行政权的范围由立法决定"之宪政思想不符,也与行政裁量的授权目的不符。单纯地从这一点看问题,就构成了一个绝好的反对合法预期的理由。

但是,问题绝对没有这么简单。不是说行政机关说过的话、许过的愿都可以随便不作数。当然,也不能把上述行政裁量不受拘束原则片面地无限制地放大,否则就会像变形镜一样照得事物全都变了样。

行政法的任务本来就是要同时推进与实现一系列价值,其中,甚至是很多可能会彼此发生冲突的价值。比如,合法预期与行政裁量不受拘束原则就是一对相互矛盾、但又需要同时保护的关系。而且,现代行政法理论在越来越多的场合强调双赢的思想。比如,在合法预期的保护上就体现得很明显,在下面的论述中我们会不断地看到这样解决问题的指导思想:对合法预期的保护实质上并不会约束行政自由裁量权的行使,只要有着充分的公共利益(the overriding public interest)的理由,行政机关改变初衷的行为并不会实质性地受到法院的责难,只是视个案情况在程序上或者损失赔偿上给予相对人一定的救济。

那么,我们在详细讨论各种可能的救济方法之前,为了使合法预期概念得以最终成立,为了使对合法预期的保护具有更加坚实的理论基础,我们必须首先充分地回答:当行政裁量的行使偏离了原来向相对人许诺过的"轨道",为什么会产生对相对人合法预期的法律保护问题?有关这方面的理论根据主要有:

3.1 信赖保护(the protection of trust, *Vertrauenschutz*)

信赖保护观念(the concept of *Vertrauenschutz*, the reliance theory, the protection of trust),无论在公法还是私法上都极其重要,是社会秩序的重要基础。①

生活在瞬息万变、错综复杂、形态万千的现代社会中,人们要想有效地经济交易、安排生活,就必须对行政机关要有起码的信赖感,行政机关也应

① 关于私法上,特别是合同法上的信赖利益,Cf. B. A. Misztal, *Trust in Modern Societies: The Search for the Bases of Social Order*, Cambridge. Polity Press, 1996.

该给他们这样的信赖感。如果行政机关已经对相对人发布政策或作出意思表示,并且使后者对此产生了信赖,就显然(*prima facie*)有义务兑现上述承诺,不能因为辜负这个信赖而使相对人蒙受不必要的损失。[①]

我们之所以要在司法保护的意义上造出合法预期概念,主要目的之一就是要减轻由此带来的不公平,[②]要求行政机关是值得信赖的。所以,英国和德国行政法中都存在着信赖保护观念,以及与此密切相关的合法预期保护原则,尽管适用的范围和内涵不完全一样,但都是为了限制行政机关任意撤销、撤回、废止其已经生效、并且已经公之于众的承诺或政策。

但这绝对不是说行政机关不可以改变自己的决定或政策,而是说,除非有充分的公共利益的理由,或者为合法履行行政职责所必需,行政机关一般应继续执行原先的承诺或政策。

3.2 *法治*(the rule of law)

引用法治来论证合法预期保护的必要性,主要从两个角度进行,一是法的确定性和可预测性,二是平等对待。

一方面,法治要求政府权力必须以一种可知的、可预测的方式行使。只有这样,才能给相对人行为提供规范和指导,相对人也才有可能对自己将来的行为进行筹划、安排和控制,整个社会才能有条不紊地维系在良好的秩序当中。因此,必须要求行政机关原则上要遵守自己发布的政策、信守自己的诺言。[③]换句话说,就是由于预期是个人生活自治和安排的核心(expectations are central to autonomy and planning of one's life),因而需要得到法律的妥善保护。

这一点在行政裁量问题上尤其显得重要。由于自由裁量的授权条款在语言上是不确定的,还有那些相对人通常不清楚的、非正式的操作规则以及其他限制因素影响着裁量权的实际行使,所以,相对人很难预知裁量权将会怎样行使(Individuals cannot easily predict how discretionary powers will be exercised because the provisions conferring such powers are linguistically indeterminate and because informal working rules and other

---

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 9～11.

② Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, op. Cit., pp. 414～415.

③ Cf. Yoav Dotan, "*Why Administrators Should be Bound by their Policies*" (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 28.

constrains, of which individuals are not normally aware, affect their exercise in practice)。[①]在这种情况下,要想使得上述法治的理念能够最大程度地实现,增加行政裁量行使的可预测性,要求行政机关遵守诺言、执行已告知相对人的政策,保护相对人的合法预期,就显得更加必要,而且意义重大了。

另一方面,就是从形式平等、平等对待的角度上讲,也有着上述必要。政策观念本身能够在行政裁量领域保护平等对待原则,一般政策存在的本身就是一个强有力的平衡砝码,保证行政机关不滥用裁量权,不对相同的案件采取不正当的歧视。所以,我们要求行政机关原则上要受到自己颁布的政策的约束。[②]

当然,上述理论也不是"一路凯歌",也受到了内在和外在的批评(internal and external criticism)。但是,似乎这些批评都不够有力,还达不到摧毁上述理论的效果。概而言之:[③]

(1)内在批评的要点是,保护合法预期,非但没有增加,反而减少了法的确定性。具体理由有四点:

第一,所谓"合理"或"合法"预期,从语言角度看,本身就是不清晰的标准。那么,如果行政机关、相对人、甚至连法院都不能准确无误地说出什么是合法预期来,实际上暗中增加了法的不可预测性和不确定性。对这个批评的回应是,概念创新总不可避免地会有这样或那样的不确定,但是,随着时间的推移,以及法院的不断运用,判例累积的结果会使这种不确定性相对减少。

第二,在政策需要改变的时候,如果要保护合法预期,就得制定过渡性政策,而过渡政策的内在复杂性,又导致了不确定性。这样的批评显然与实践不符。因为从实践的情况看,在上述情况下,一般都必须制定过渡性政策,承认合法预期,只是让政策制定者在起草上述规定时要适当地考虑预期问题。

第三,如果承认合法预期的保护问题,对行政机关就会产生"不寒而栗"

---

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 13.

② Cf. Yoav Dotan, "*Why Administrator Should be Bound by their Policies*" (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 28.

③ 有关这方面更加详细的讨论,Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 17～23.

的效应(chilling effect)。行政机关就很可能因为害怕将来担责任,而不愿意制定政策、提供非正式的咨询意见。如此一来,相对人也会因为得不到充分的信息,而无法有效地筹划自己的行为,其结果是法的确定性受到损害。但这样的批评似乎缺少实证的证据,因为德国、法国、英国、美国等都保护合法预期,也没见行政机关有上述剧烈的反应。

第四,如果承认合法预期,将会导致要求司法审查的案件大量涌来,加剧司法资源的紧张。但这样的担忧似乎也不成其为问题,一方面,可以通过限定期限、简化司法审查程序、增加多种解决纠纷的机制等来解决案件增加问题;另一方面,承认合法预期与案件数的增加之间事实上不存在直接的因果关系。

(2)外在的批评是,现代宪法和行政法的理论不仅仅是奠基在自治和经济自由价值之上的,而后者恰好是合法预期之所以要得到保护的根源(the values of autonomy and economic freedom, from which it proceeds, are not an adequate foundation for a modern theory of constitutional and administrative law)。也就是说,过于单一的基础与考虑,未必能够充分地、让人信服地说明现代行政法必须保护合法预期的合理性、正当性与必要性。这样的批评说服力仍然不强,因为之所以要保护合法预期,其理论视角自然是多方面的,不仅仅是法治的需要,或者说保护个人自治和经济自由的需要,还有其他。但是,其中不可否认的是,法治的确是一个很重要的理由。

3.3 良好行政(good administration)

正如佛拉瑟法官(Lord Fraser)指出的,基于良好行政的考虑,行政机关也要尊重其行为所产生的合法预期。[①]为什么呢?[②]

第一,如果行政机关随便地出尔反尔,就不值得信赖,其代价就是会增加行政的成本。但是,如果合法预期得到了很好的保护,就能够"取信于民",增加相对人对行政机关的信任和信心,反过来,又会促进相对人积极参

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 25.

② 更加详细的分析,Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 25～26. Cf. Christopher Forsyth & Rebecca Williams, "*Closing Chapter in the Immigrant Children Saga: Substantive Legitimate Expectations and Administrative Justice in Hong Kong*"(unpublished paper). 当我告诉福赛我正在研究合法预期时,他慷慨地将他和威廉姆斯刚刚合作完成的、即将发表的这篇论文提供给我参考,在此致谢。

与行政、协助行政、服从行政，形成良好的互动关系。

第二，承认合法预期，会促使行政机关更加谨慎从事，提供高质量的信息。如果相对人能够不断得到高质量、可信赖的信息，也将有助于其接受和顺从行政政策。因为人们之所以抵触某些行政政策或措施，实际上与行政机关不能向公众提供这方面的充分信息、进而取得公众的理解有关系。

第三，保护合法预期要求行政政策不能朝令夕改，即便是在必须改变的时候，也要周全地、妥善地考虑和对待相对人已经产生的预期，要履行正当的程序，如事先通知相对人、听证，或者采取过渡性措施（transitional measures）。这样可以让相对人逐渐熟悉和适应新的政策，取得他们的合作与遵守。

第四，最为关键的是，从下面的论述中我们也会进一步看到，保护合法预期并不会实质性妨碍我们获得良好的行政，不会实质性地约束行政裁量权的行使。因此，从根本上讲不会影响到行政效率，相反，会因为上述的种种情形促进行政效率。

3.4 经济效率（economic efficiency）

从经济的角度看，正如韦伯（Max Weber）指出的，法的稳定性是资本主义经济的理性交易的前提（legal certainty is a prerequisite for rational enterprise in a capitalist economy）。经济行为只有在行为人可以依赖什么东西的时候才能得以实施。而在这个变幻不拘的世界之中，法律是人们应该能够，而且是最大程度上能够依赖的东西。[①]从经济分析的角度看，如果法律能够保护合法预期，那么将会对交易的成本与效益产生影响。当然，究竟是什么样的影响？正面的，还是负面的？学者的观点不太一致，甚至是截然相反的。[②]

有的学者认为，保护合法预期能够提高效益。这是因为经济人（economic operators）能够安全地依赖行政机关的意思表示，并且知道由此产生的预期是会受到法律保护的，就能够降低收集信息的成本，更加有效地分配资源。

但是，也有学者认为，如果行政机关知道其所说的一切将会对其产生约束的话，它们就不太乐意提供意见、发布政策。其结果是，由于经济人不能

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 12～13.

② Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 28～29.

得到充分的信息,将增加交易成本,导致资源分配的无效率。

究竟孰是孰非呢?纯粹从理论上是无法分析出来的,必须要有实证的调查。正像前面已指出的,迄今还缺少有力的事实证明后一种观点。

4. 保护合法预期的方法(Ⅰ):程序性保护(procedural protection)

4.1 程序性保护是最基本、最没有争议的保护方式

从历史分析的角度看,合法预期一开始就是在自然正义理念下发展起来的,通过它,能够产生符合自然正义(natural justice)和公正行事义务(the duty to act fairly)的程序要求。比如,在 *CCSU* 案中,迪普洛克法官(Lord Diplock)就认为,合法预期是一种听证或其他什么样的东西。罗斯齐尔法官(Lord Roskill)也说:"合法预期和听证权密切相关。"(the legitimate expectation principle is closely connected with a right to be heard.)①

这样一种思想,一种观念,沿着新西兰和澳大利亚得到了进一步的发扬光大,甚至变得绝对化、唯一化。后者对合法预期的保护,基本体现在程序方面。澳大利亚甚至根本就不接受实体性保护的说法。②其最基本的理由,简明扼要地讲,就是合法预期不应"打开锁闭法院审查(行政决定)优劣的大门"(legitimate expectations ought not to unlock the gate which shuts the court out of review on the merits),法院不能非法侵入行政自治的禁区。但有意思的是,英国近些年的理论兴趣和法院实践恰好是转向了实体性保护。

但不管后来的发展路径在不同的国家中有着怎样的分歧,不可否认的是,合法预期作为发展自然正义的程序性理念的一个工具,大大地延展了自然正义和公正行事义务(the duty to act fairly)之程序保障的射程范围,使那些原本并没有这方面程序要求的行政机关行为也被赋予了程序保障的意义,以此来减轻行政机关行为对相对人可能造成的不利影响程度。当然,程序公正要求的具体内容,可以因案而异、因时而异。③

---

① Cited from C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) *Cambridge Law Journal* 246.

② Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, op. Cit., pp. 426～428.

③ Cf. Simon France, "*Legitimate Expectations in New Zealand*" (1990) 14 *New Zealand Universities Law Review* 142. Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, *Judicial Review of Administrative Action*, Sydney. LBC Information Services, 1996, p. 413.

之所以合法预期的保护首先的、也是最主要的是表现在程序方面，而且，在普通法国家都普遍得到认同，没有发生任何的争议，在我看来，一方面很可能是因为，这比较符合普通法上对法官作用与角色的归属，把法官的主要职责定位在判断行政决定是否公正之上。众所周知，在现代行政法中，行政程序主要是用来促进公正实现的工具，无论是从实体正义还是程序正义上说，都是这样的。因此，在判断行政机关行为到底有没有侵犯相对人的合法预期，与其实施的程序是很有关系的。行政机关虽然有权改变政策，但是，在这过程中有没有给可能受到影响的相对人一个听证的机会？有没有对具有合法预期的相对人予以特别的考虑？如果没有达到最起码的公正程序的要求，法院当然有权干预。所以，从传统上看，英国法院的司法审查就一直关注着行政决定作出的过程。

与此有关的另一方面原因是，对相对人提供程序性保护，并不会约束行政机关裁量权的行使。也就是说，即使法院判决要求行政机关重新作出决定，行政机关也有可能在履行了所要求的程序之后，仍然作出与引起争议的决定相同的决定。因此，不会产生司法权不当干预行政权的问题。

4.2 什么时候会产生程序性保护？

正像克莱格(P. P. Craig)指出的，并不是因为原告的(预期)利益本身能够产生程序性保护，而是行政机关通过其意思表示所表现出的行为造就了程序性保护的基础。[①]所以，从行政机关的行为所表达出来的意思看，可能会产生对预期的程序性保护的情形大概有两种：

一种情形是行政机关明确向相对人表示它将遵循某种程序，相对人因此也就产生行政机关肯定会遵守上述程序的预期，从而产生法律上的保护问题。

目前，欧盟、英国和我国香港特别行政区都认为，既然行政机关自愿主动提出将实施某种程序，因此，即便该程序不是法律所要求的，行政机关也得履行，否则就违反了合法预期保护原则和平等对待原则。[②]比如像 *A. G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu* 案，在该案中，香港移民局一位高级官员曾公开对当事人(非法移民)表示，将挨个面谈，根据具体情况，决定其去留。因此，尽管当事人原本无权要求听证，但因为有上述表示，而使得政府必须

① Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 414.

② Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 60. Also Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p. 428.

要给他们一个表达意见的机会。

另一种情形是行政机关作出过实质性(substantive)表示,比如将给某人发放最低生活保障费,或者将把某地区开发成以 IT 为主的高新技术产业区,并向国内外客商热情招商引资。但现在改变了主意。

之所以在后一种情况下也会产生程序性保护问题,并不是因为对实质内容的预期本身,而是因为行政机关的意思表示,或决定的范围与语境(the scale or context of the decision)。[①]既然先前存在着行政机关的承诺(undertaking),就应该信守诺言,但是,行政机关又必须按照其认为最妥当的方式行使权力。因此,就出现了公平对待的原则(the principle of fair treatment)和公法原则(the principle of public law)之间的冲突。要走出这样的冲突,其间就要有某种妥协。也就是要求行政机关在放弃原先的承诺的时候,要给相对人一个听证的机会,要事先通知相对人,要说明理由,要允许相对人对此种改变提起诉讼。[②]只有这样,才算公平,才符合自然正义的要求。也只有这样,才有助于增进对行政的信赖,形成相对人与行政机关之间的良好互动合作关系。

4.3 怎么保护?

那么,在个案中究竟要不要提供程序性保护?提供什么样的程序保护,是听证,还是说明理由呢?最初的判断权当然是在行政机关手中。但是,如果当事人不服,诉诸法院,法院有权作二次判断。从这个意义上说,法院是"创造者和唯一的裁判者"(author and sole judge)。

但是,法院也不是随随便便就作出决定的,而是要权衡一系列因素,包括辜负相对人预期会不会给其造成有意义的负面影响,影响的大小,提供程序性保护的成本如何,情况是否紧急,是否涉及机密和国家安全,是否与行政职责相抵触等,以决定是否值得保护,提供什么样的保护。[③]一般而言,只有在行政机关的行为会对相对人产生有意义的不利影响,而且,要求行政机关遵守某些程序并不会对公共利益带来很大的损害,不会妨碍行政机关职责时,法院才会要求行政机关遵守这些程序,对相对人的预期进行保护。但

---

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 37～38.

② Cf. D. J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford. Clarendon Press, 1996, p. 321.

③ Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 50～53.

是，如果就是要求行政机关遵守这些程序对相对人也不会产生什么实质性意义，没有什么用处的话，法院也不会提供这样的程序保护。

一旦法院认为应该对相对人的预期提供一定的程序保护的话，如果行政机关当时没有履行这些程序，比如不能够说出充分的理由为什么要改变原来的决定，或者没有给当事人一个听证的机会，将会导致其后来作出的改变决定被法院撤销。

此时此刻，行政机关不能用法律上没有规定上述程序为由进行辩护，因为它自己的许诺、自己的行为表示本身已经足以产生上述程序的要求，并被视为是一种对现有法律规定框架的补充（a supplement to the statutory scheme），除非法律有明确的相反规定，比如有禁止实施上述程序的规定。[①]

4.4 在我国可能会遇到的问题

在我国行政诉讼法和有关的司法解释中已经确认，当法律或行政机关的内部规则有关于行政程序的规定时，法院可以要求行政机关遵守上述程序规定。但是，如果没有这方面的程序规定，在像上述我们讨论的那种情况下，光凭行政机关的许诺，或者依据自然正义，法院能不能直接要求行政机关必须为相对人提供程序性保护，比如必须给当事人听证或陈述意见的机会？似乎不太可能，因为信赖保护迄今在我国还没有成为一项法律原则，又因为目前的宪政制度下法官仍然不具有像英美法官那样的“造法”能力。

但是，如果我们细细地体察我国司法制度的运作与功能，就会发现也不是完全没有可能。因为从近些年来最高人民法院先后发布的关于执行行政诉讼法的司法解释情况看，[②]实际上在上述司法解释中具有某种创制法律的作用，某种类似于西方法官“造法”的功能。只不过我们不是通过作为个人的法官实现的，而是通过最高人民法院实现的。比如，《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）中规定的驳回诉讼请求以及确认判决，都是行政诉讼法里所没有的。既然如此，

① Cf. de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, London. Sweet & Maxwell, 1995, p. 410.

② 一次是1991年6月11日公布的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》。另一次就是前面提到的《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）。再有一次就是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号）。

我们为什么不可以直接在司法解释中完成对合法预期的程序性保护的要求呢？特别是考虑到目前行政程序并不十分完善，比如，据我所知，很多法律中都没有规定在对相对人作出不利益处分时必须说明理由，采取上述的处理方法似乎很有必要。

5. 保护合法预期的方法(Ⅱ)：实体性保护(substantive protection)

5.1 围绕着可行性的争论

由于程序性保护有时会因为成本和耗时而变得不可行，因为要听证，要拿出必须保护预期的充分理由，就需要信息、专家、时间和金钱。然而，我们又不可能保证能够充分地获得这些资源。而且，如果相对人的合法预期是某种优惠(boon)或利益(benefit)的话，单单从程序上提供保护是否就是充分的呢？恐怕未必见得。比如说，像在 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kahn* 案中给原告一个听证实际上没有什么价值，原告要的是行政机关履行其在通知中作出的承诺。[①]或者像在 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* 案中，事先的通知和听证会破坏决定之目的，因而根本就不可能。[②]更为关键的是，程序本身并不能够百分百地保证结果的正当性。[③]因此，对于因为行政机关改变原先的承诺或政策而使相对人的预期落空，就存在着要不要提供实体性保护的问题？也就是说，法院能不能直接支持原告获得其预期利益，要求行政机关不得改变，必须继续执行原先的承诺或政策？

---

① 该案中原告和他的妻子都定居在英国，想收养一个巴基斯坦的孩子。他去有关部门咨询时，对方给了他一个内政部的通知，里面很清楚地规定：对于想要收养、但又无权进入英国的孩子，在例外的情况下，如果满足某些条件，国务大臣(the Secretary of state)也可以行使裁量权，作出有利于该孩子的决定。原告和他妻子就按照上述条件办了，并以为内政大臣会像他们所预期的那样作出决定。但是，国务大臣却以另外完全不同的条件为由拒绝批准该儿童入境。Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) *Cambridge Law Journal* 247～248.

② 该案中，国务大臣签(the Secretary of state)署了一项令状，授权有关机关对某些人(原告就是其中之一)进行电话窃听。但是，不符合原先颁布的有关允许窃听的条件，因此，原告不服。但是，在做出该决定的过程中，根本不可能给当事人什么听证，一丁点都不能让当事人知道，否则的话，还怎么能够窃听?! Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) *Cambridge Law Journal* 248～249.

③ Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 62～63.

反对论者的理由主要有两点，其一，如果承认实体性保护，将会不适当地束缚行政机关，让其无法根据公共利益的要求以及自己的职责改变政策。也就是说，违反了行政法上的行政裁量不受拘束原则。其二，将使法官不得不去判断个案中公共利益是否足以否定个人预期，这实际上是让法官去审查行政机关的行为优劣问题(merits)，是非法干预行政决定。①

但支持论者对上述的回应是，首先，上述反对论的第一个理由实际上只考虑了合法性原则(the principle of legality)的要求，也就是如果行政机关自我约束了将来裁量权的行使，就违反了合法性要求。但是，这样单视角的考虑问题是有缺陷的，因为它忘了另外一个同样重要的法原则，即法的确定性原则(the principle of legal certainty)。如果我们从两方面都进行考虑的话，我们得出的结论应该是，不适当地约束行政机关改变政策的权力是不对的。但是，也应该承认存在着法的确定性价值。对于那些在行政机关政策选择的基础上产生合法预期的相对人，当政策发生改变时，应当给他们一定的保护。其间，因为两方面权衡的结果，就应该有实体性保护的考虑余地。②其次，法官只是在行政机关的改变决定极其不合理，或者改变决定(手段)并不是公共利益所必需时才去干预，因而司法的干预是适度的。最后，在这种情况下，虽然也可以考虑用赔偿或补偿的方法，来换取改变政策的自由，但是，由于赔偿资源是十分稀缺的，而且金钱性赔偿也不总是行之有效的解决办法，所以，也应该考虑实体性保护。③

从实证和判例的角度看，合法预期的实体性保护实际上在英国和欧盟已经得到确认，比如，英国上诉法院对 *R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan* 案的判决，就是一个例子。④只是在英国，始终存在着审查标准的争论。比如，一种看法是，坚持传统的 *Wednesbury* 审查

---

① Cf. Robert Thomas, op. Cit., p. 59. Cf. P. P. Craig, "*Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law*"(1996) *Cambridge Law Journal* 292.

② Cf. P. P. Craig, "*Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community law*" (1996) *Cambridge Law Journal* 299.

③ Cf. Paul Craig and Soren Schonberg, "*Substantive Legitimate Expectations after Coughlan*"(2000) *Public Law* 696.

④ 在该案中，Pamela Coughlan 在 1971 年一次交通事故中受了重伤，长期住在 Newcourt 医院。1993 年，卫生部门将她和其他几位病人转送到新建的 Mardon House，并向他们保证这儿将是他们终身的家，他们愿意住多久都行。但是，到了 1998 年卫生部门决定关闭上述 Mardon House。法院认为，卫生部门的关闭理由不充分，判决撤销关闭决定。

标准,只有当行政机关改变行为极不合理时,法院才干预。另一种看法是,由法院来权衡合法性与法的确定性之间、相对人合法预期的保护与公共利益之间的价值冲突,以决定公共利益是不是更加值得保护?允不允许行政机关改变原先的承诺或政策?[①]

在这方面欧盟似乎走得更远。比如,在很出名的 *Mulder v. Council and Commission* 案中,原告 Mulder 是个农民,当时行政机关为控制牛奶产量鼓励牛奶生产者暂停生产牛奶,原告同意停止生产 5 年,并受得奖励。5 年后他想恢复生产时,却遭到拒绝。因为这时欧盟规章(E. U. regulations)上规定,只有在上年度生产牛奶的生产者才能获得牛奶配额。原告主张有继续生产的合法预期。法院认为,在修订的牛奶配额规定中所体现的公共利益,不足以否定原告继续生产的合法预期。判决下达之后,欧盟理事会(the council)又通过了一个新的规定,允许像 Mulder 同样情况的农民生产,但生产配额只能是其停止生产那年的产量的 60%。原告不服,又提起诉讼。法院判决 60%的配额太低,该规定违法。所以,后来又通过了一个给农民更高配额的规定。[②]在后一个判决中,配额的高低,如果用普通法的 *Wednesbury* 标准来衡量,不属于司法判断的问题,但是,法院仍然干预了。

之所以会产生这样的差异,主要是因为欧洲法院把法律用作是推进欧盟政策目标及其对个人影响理性化的手段(the European Court has been able to use law as a means of advancing the policy objectives of the Community and rationalising their impact on individuals)。法院所关心的是,怎么样才能在公共目的事实上有可能获得实现的情况下(尽可能地)满足个人的预期,所以,也就没有必要去区分这样的保护是程序的还是实体的。而且,因为法院已经很注意保护行政机关目标获得实现,也就不存在实质性审查会干预行政决定优劣的危险。相形之下,英国法院因为传统上主要关注行政决定的过程,因为害怕干预行政政策的内容,所以,在实质性审查上就显得不那么自信,显得有些畏首畏尾。正是因为英国法院不能提供

---

① 关于这方面的讨论,Cf. Mark Elliott, "*Coughlan: Substantive Protection of Legitimate Expectations Revisited*" (2000) *Judicial Review* 27～32. Paul Craig and Soren Schonberg, "*Substantive Legitimate Expectations after Coughlan*" (2000) *Public Law* 687. C. F. Forsyth, "*Wednesbury protection of substantive legitimate expectations*" (1997) *Public Law* 380.

② Cf. C. F. Forsyth, "*Wednesbury protection of substantive legitimate expectations*" (1997) *Public Law* 380～381.

充分的实体保护，有学者批评道，英国法院限制了个人对政府信赖的保护，没能增进个人与国家之间的更加密切的合作关系。[①]

但是，欧洲法院的上述审理方法恐怕迟早会对英国产生实质性影响。英国已经有学者按照比例原则的路数提出这样的见解，法院不能够用自己对政策目标的看法代替行政机关的看法，但是，法院能够审查让相对人的预期落空是不是取得政策目标所必需的。如果行政机关可以采取其他的手段，同样能够实现上述目标，并且能够满足相对人的预期的话，那么，法院将确认上述预期是合法的。[②]换句话说，就是法院并不想、也不能够约束行政权的行使，但是，法院可以通过合法预期来限定行政权行使的条件。[③]

5.2 对我国相关制度的构想

实体性保护在我国可能面临的最大问题，不在于法院会不会受到宪政体制的约束，而在于上述争议能不能进入到行政诉讼上来。也就是说，如果像行政指导、行政规范性文件这样的行为一旦能够被法院受理，[④]那么，在人民代表大会制下，法院对行政机关的制约和监督关系，应该能够容纳像实体性保护这样的司法措施。因为，在现有的行政诉讼制度中，早已允许法院对行政权的实质内容进行适度的干预。比如，对显失公正的行政处罚，法院有权直接变更；对行政机关不履行法律职责，法院有权判决责令其在限定时间内履行，而不仅仅是确认违法。同样，如果需要对合法预期进行实体性保护的话，只要通过撤销行政机关后来的改变行为，就可以达到目的。

当然，就像我在别的地方表述过的，[⑤]我们也要努力扭转长期以来部门法研究与宪法之间的脱节，克服那种在具体问题的研究上自觉或不自觉地脱离宪法价值体系与理论框架的倾向。具体到实体性保护问题上，对其把握的深浅显然对宪政体制下的分权关系十分敏感，必须在不会实质性改变

---

① Cf. Robert Thomas, op. Cit., p. 61.

② Cf. Robert Thomas, op. Cit., p. 60.

③ Cf. Rabinder Singh, "*Making Legitimate Use of Legitimate Expectation*" (1994) *New Law Journal* 1215.

④ 关于行政诉讼上能否受理有关行政指导和行政规范性文件的争议，是近年来我国行政法理论上探讨的热点问题。我是极力主张受理的，参见皮纯协、张成福主编：《行政法学》，"行政指导"一章，北京，中国人民大学出版社，2002。余凌云：《警察行政权力的规范与救济——警察行政法若干前沿性问题研究》，"行政侵权责任论"部分，北京，中国人民公安大学出版社，2002。

⑤ 余凌云：《警察调查权之法律控制》，载《南京大学法律评论》，2002年春季刊。

分权关系的前提下去划定其适用的条件。

因此,为了避免实质性干预行政权力、妨碍行政裁量权的正当行使,实体性保护必须有所限制。在我看来,要满足如下条件:

第一,行政机关曾对特定的相对人许诺过将给予其某种实质性利益或优惠,或者相对人基于行政机关的政策或承诺而合理地产生获得某种利益或优惠的预期,但是,后来因为行政机关改变了上述意思表示而使上述预期落空。

第二,上述行政机关的意思表示是合法的。如果是违法的,那么因为其对行政机关不产生拘束力,不可能要求行政机关继续受其约束,只会产生对善意当事人的赔偿保护问题。①

第三,对上述预期,仅仅提供程序性保护仍然不够。而且,赔偿性保护也不足以弥补当事人的损失,或者因为当事人根本没有财产上的损失,所以,也谈不上赔偿问题。但是,预期的实现对于他仍然非常有意义。

第四,行政机关改变原先承诺或政策不具有充分的公共利益的理由。这是实体性保护的最基本、最重要的前提。因为没有充分的公共利益理由,也就意味着没有什么必要去改变原来的意思表示,而且,意味着这样的改变对当事人造成的损害远远超过了公共利益的受益,法院也就有可能要求行政机关继续执行原先的意思表示。但是,如果是具有明显的、充分的公共利益要求,就没有理由阻止行政机关改变,这时对受害人的救济就是后面要谈到的赔偿性保护。

6. 保护合法预期的方法(Ⅲ):赔偿(补偿)性保护(compensatory protection)

如果行政机关先前作出的承诺或政策是违法的、错误的,或者虽然是合

---

① 但是,在德国行政法上承认有例外。比如,在1956年德国高等行政法院的一个判决中,一个寡妇得到行政机关的一个通知,上面说肯定能给她享有某种社会福利金,于是,她就从东德移居到西柏林。但在发放了一段时间福利金之后,行政机关发现这个决定是错误的,于是就停止了发放,并要求她退还已发放的福利金。法院在该案的判决上就面临着行政合法性原则(the principle of the legality of the administration)与法的确定性原则(the principle of legal certainty)之间的冲突。法院在解决上述冲突上,是首先承认这两个原则都构成宪政秩序的要素,然后再权衡行政合法性中的公共利益是不是大于信赖保护的需要,如果不是,那么行政机关的决定就是违法的。最后法院作出了有利于该寡妇的判决,要求行政机关继续发给该寡妇福利金。Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*"(1988) *Cambridge Law Journal* 243~244.

法的，实际上却没有去执行，那么，对于那些因合理信赖上述意思表示、并且已经作出和实施自己行为计划的无辜相对人来说（注意，我们讨论问题的前提），很可能会陷入尴尬，甚至造成已投入的财产没有效益，不能得到预期的财产利益。那么，在这种情况下，要不要为当事人提供赔偿（补偿）性保护？也就是要不要行政机关承担由此产生的国家赔偿（补偿）责任呢？还是采取其他的救济方式？

6.1 撤销违法意思表示造成损害的救济：平衡方法？还是赔偿？

行政机关先前作出的意思表示是违法的、错误的，有可能是在三个意义上说的：一是行政机关是在其权限范围之外作出上述意思表示；二是虽然是在行政机关的权限之内，但是由没有这方面权限的公务员作出的；[①]三是意思表示是违反法律规定的，或者是错误的，起误导作用。

对于上述违法的意思表示，由于行政权及其法律规定的复杂性，当事人当时也搞不清楚行政机关的上述意思表示是违法的、错误的。而且，对于相对人来讲，行政机关无疑是行政上的专家，容易获得信赖，“不信他，信谁！”在这种情况下，相对人对自己的行为作出了安排。现在如果又以违法或错误为由不按照上述意思表示办事，那么就很可能会对当事人造成损失。对于这种情况，现在无论是在英国、法国、德国、荷兰、美国、加拿大还是欧盟都已明确行政机关应当承担法律责任。但是，以什么样的方式来承担法律责任，是让行政机关继续受自己言行的约束还是给予赔偿，在这个问题上存在着不同的见解。

6.1.1 平衡方法

一种办法就是像美国和加拿大法院采用的，在具体个案中由法院来权衡两方面的利害轻重：一个是，如果不按上述意思表示办，可能会对当事人造成的损害；另一个是，如果行政机关遵守上述意思表示，可能会对公共利益造成的损害。如果前者大于后者，那么，法院可以判决，背离上述意思表示属于滥用裁量，要求行政机关遵守原先的意思表示。[②]在这里，我们仍然可以看到实体性保护的可能。

但是，这样的做法遭到了反对，甚至根本否定存在任何的责任。理由

① Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, London. Sweet & Maxwell, 1999, p. 638.

② Cf. P. P. Craig, “*Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis*”(1992) 108 *The Law Quarterly Review* 89.

是,在这里根本就不存在"合法"预期问题,相对人只是基于一种"非法"的预期要求行政机关执行越权的意思表示,因此,这样的要求不能支持。[①]此其一;其二,如果硬要行政机关遵守诺言,用禁止反言(estoppel)约束行政机关,那么无疑会不恰当地扩大行政机关的权限,把越权的行为当作权限内的行为来对待。这也违反了权力机关要求行政机关依法行政的授权目的。其三,如果让上述意思表示具有约束力,那么很可能会影响到第三人的利益。

在我看来,的确不能简单地全盘否定上述平衡方法的合理性。这种合理性实际上仍然蕴含在法的确定性原则(the principle of legal certainty)与合法性原则(the principle of legality)之间必要的调和上。是因为国家的终极目的是保护个人权利,公共利益的实现,不能以过分牺牲个人利益为代价。因此,上述方法实际上是用利益平衡的观念来获得合宪性。也就是回避了上述反对意见,而是从另外一个路径去论证上述平衡方法的合宪性。

话又说回来,我们也不得不承认,上述反对意见的确铿锵有力,很难驳倒,这就给上述平衡方法带来了抹不掉的理论瑕疵。特别是考虑到禁止反言的结果很可能造成公共利益的损失,尽管比起在相反情况下对当事人造成的损失要小些,但毕竟是一种损失,而且,还有可能造成第三人的损害,因此,上述平衡方法未必就是一个比较妥当的、理想的方法。但是,如果据此提出行政机关绝对没有责任的话,那么,就会像有的学者讥讽的那样,"是逻辑上的完美,却是丑陋的不公正"(the beauty of logic and the ugliness of injustice)。[②]因此,我们还必须另外去寻找更加可行的救济方法。

6.1.2 赔偿

第二种解决办法就是给予赔偿。理论上的根据是,首先,如果我们选择了允许行政机关改变自己先前的意思表示,那么,实际上是以公共利益优先为置重的,这肯定是无可厚非的。但是,从公共负担平等的角度讲,在其他绝大多数社会成员享受因改变意思表示带来的好处的同时,让特定人单独承担非正常的损失(abnormal loss),或者说,特别的牺牲,显然是不适宜的,因此,应当考虑赔偿。其次,对于行政机关先前的违法行为造成的损害,以赔偿的方式来承担责任,也比较符合国家赔偿的基本原理。再次,从某种意义上我们可以这么认为,是充分地利用赔偿的功效,来换取行政机关改变意

① Cf. P. P. Craig, op. Cit., p. 644, especially note 60.

② Cf. P. P. Craig, op. Cit., pp. 637～648.

思表示的可能性，从而达到双赢的效果。最后，也避免了前一种方法可能引来的诸多关于合宪性的争论。因此，相形之下，赔偿的方法更加简洁，更加妥当。

这方面的实践尤其以法国为典型。在法国，只要是行政官员对事实、法律或意愿作出不正确的意思表示，相对人照此行事，却遭受了损失，并且没有可归咎于相对人的过错。行政机关就要对这种公务过错承担责任。当然，承担责任的前提是要有直接的因果关系（direct causation）、特定的损害（certain damage）和可归咎的过错（contributory fault）。[①]

但是，英国法对于行政机关履行法定咨询职能过程中出现的错误意思表示，不太乐意加诸其法律责任。[②]欧盟法在这方面也是持谨慎的态度。其中的缘由，主要是考虑到行政机关向相对人提供各种咨询意见和指导是行政机关很大一部分日常工作，再加上现代行政的复杂性，要想做到每个意见或者指导都准确无误，恐怕不太可能，其间错误在所难免。如果对所有的错误意见都可以要求赔偿的话，一方面会妨碍行政机关履行上述职能，另一方面，会造成大量的索赔案件，造成国库和法院资源的紧张。

6.1.3　对我国相关制度的思考

在我国，对于政策失误造成的损害，因为缺少抽象行政行为的赔偿规定，索赔无据。对于政府咨询、指导错误，因为该意见“仅供参考”，是当事人自愿实施的，所以，很难获赔。然而，这种付之阙如，把因为行政机关的过失而造成的损失完全加在受害人身上，显然有失公平，而且，不利于加强行政机关工作人员的工作责任心，让其恪尽职守、尽职尽责。

但是，在赔偿问题上又必须特别慎重，特别是考虑到当前各地行政机关都在搞“错案追究制”“一票否决制”，基层工作人员的总体素质又不非常高，在这个问题上更要慎重。因此，必须严格限定赔偿的条件，具体地讲，就是：

第一，行政机关必须个别地、清楚地向相对人作出上述意思表示，使相对人能够合理地产生预期。从欧盟和法国等经验看，愈是通过比较具体的

---

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp. 220～232.

② 但是要注意，英国法中实际上还有着其他的救济途径，比如，英国议会行政委员会委员（Parliamentary Commissioner for Administration）和地方政府监督专员（Local Government Ombudsmen），就有可能为那些受错误行政指导之害的受害者提供救济，使后者获得一定的赔偿。当然，由于这些救济的效果并不理想，所以，英国法在欠缺有效的赔偿性保护方面受到了学者的批判。Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 233, 234.

方式,比如电传、书信等,向特定相对人作出上述意思表示,也就愈容易被确认为存在着合理的预期。这不论是对于现在正在讨论之中的违法的意思表示,还是下面将要讨论的合法意思表示,都是这样的。

第二,上述行政机关的意思表示是违法的。

第三,相对人是无辜的,不知道上述行政机关的意思表示是违法的。

第四,改变上述意思表示会给相对人造成损失。这种损失最主要地表现在先期的投入资本,以及肯定能够获得的预期利润。

第五,违法意思表示与相对人的损失有着直接的、内在的、必然的因果关系。在因果关系上要求比较严格,也是出于上述行政复杂性的考虑,而且,也是法国和欧共体采取的基本策略。①

6.2 撤销合法意思表示造成损害的补偿

如果行政机关先前制定的政策或者提供的意见没有问题,是正确的,但后来在执行时背离了上述意思表示,给相对人造成了实际的损害,那么,承不承担赔偿责任,或者按照我国行政法理论的习惯说法,补偿责任呢?(在英文中是不区分的,都用 compensation)。

在英国法上,原则上不会,除非存在着裁量过失(negligence in discretionary decision-making。)。但是,要想证明后一点实际上是很困难的,因为条件很苛刻。②其结果是英国法在这方面的赔偿门槛很高,当事人很难跳过去,所以,迄今为止都没出现成功的索赔案件。欧盟法对上述情况是采用违反合法预期过错责任(fault liability for breach of legitimate expectations)来解决的。但是,欧盟法院在衡量合理预期与公共政策上力度显然比英国法强。法国行政法院认为,如果行政机关已经(正确地)宣布了要采取某项政策或者某种行为,但后来没有这么做,就要承担违反非契约承诺之过错责任(fault liability for breach of non-contractual promise,

① 在法国,这样的因果关系严成什么程度呢?比如,在法国 *Caladou* 案中,因为行政机关告诉原告的期限是错误的,致使原告错过了要求战争损害赔偿的机会,原告因此要求赔偿。法国行政法院却认为,上述错误的指导与原告的损失没有事实上的因果关系,行政机关不承担责任。因为有关期限的获悉途径是很多的,比如可以询问周围同样情况的其他人,新闻媒体的报道等。

② 首先,对于信赖行政机关意思表示的相对人,行政机关负有注意义务(duty of care);其次,使预期落空的决定存在着 *Wednesbury* 不合理;再次,行政机关的意思表示必须非常清晰、不附加条件,能够产生合理预期;最后,行政机关在预期与政策之间的权衡上存在严重的不均衡。Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 223.

promesse non-contractuelle)。

目前,我国行政法的关注点主要集中在行政行为上,行政行为的效力理论就是用来解决诸如合法的行政行为能不能撤销等问题。但是,对于行政机关改变原先合法作出的政策或者指导、咨询意见等行为,因为不是直接对特定相对人发生法律效力的行政行为,所以,不在上述行政行为效力理论的射程之内。另外,又因为行政补偿理论的不发达,特别是法定补偿的立法不完善,更是加剧了解决上述问题的迫切性。因此,实在有必要在行政补偿理论上补足这方面的内容。

同样,为了保证不实质性限制行政裁量权的行使,不会造成补偿的泛化,过分加重国库的负担。补偿的条件必须受到严格的限制:

第一,行政机关对特定的相对人作出过个别的、清晰的、不附带任何条件的、肯定无疑的意思表示,使后者产生合理的预期。

第二,上述行政机关的意思表示是合法的。

第三,造成了相对人的财产损失。在法国和欧盟法中,因预期落空造成相对人的不便(inconvenience)或焦躁不安(anxiety)也有可能获得赔偿。[①]但是,从我国目前的实际情况看,特别是考虑到国家赔偿与补偿制度的有关规定,还不宜把损害的范围扩得这么宽。

第四,因预期落空造成的损害与行政机关的意思表示有着直接的、内在的、必然的因果关系。

第五,在改变上述意思表示之前,没有采取足够的保护性措施,比如事先通知受影响的当事人,给后者留有一段适应的时间,或者采取了某些过渡性政策。如果采取了,原则上也不产生补偿问题。

第六,上述情况下的改变不属于国家行为。如果改变行为是一种国家行为,比如外交政策的变化导致原先的意思表示不能执行,在目前的行政法理论上,这只能算是相对人在社会生活中应当承担的忍受义务,不能要求赔偿或者补偿。除此之外,就应该考虑补偿问题。

第七,具有充分的公共利益理由。在欧共体法和法国法中却认为,如果行政机关让相对人预期落空的决定具有充足的理由,那么就不存在责任问题,或者损害赔偿也会明显地减少。[②]对此我不太赞同。我认为,正是因为具

① Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 226.

② Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 225.

有充分的公共利益理由,我们才允许行政机关改变原先的承诺或政策,也才产生对预期落空造成相对人的损失的补偿问题。如果行政机关没有充分的公共利益理由,那么就可能会选择前面的实体性保护方式。

总之,对合法预期的保护程度与具体方法,是法院权衡相对人预期的保护价值与公共利益的结果。在法院的手中掌握着程序性的、实体性的和赔偿性的保护武器,随时可以根据个案的具体需要使用它们。但在这过程中,法院的基本任务不是去阻止行政裁量权的行使,去阻拦行政机关改变原先的政策或承诺,而是在实质性保证上述行政机关的自由不被约束的前提下,尽可能地协调合法性原则与法的确定性原则之间、相对人预期与公共利益之间的冲突,以维护基本的公平。

从功效上看,合法预期也的确是一个非常精妙的工具。通过它,法院可以在保证行政机关的公共利益目标不受到实质性影响的前提下,最大限度地保护相对人的预期,促进良好行政关系的形成,实现经济效率。因此,如果我们将这个概念糅合到我国的行政自由裁量理论与行政诉讼审查技术上,应当能够解决当前我们在落实 WTO 规则和行政诉讼上遇到的很多棘手问题。而且,从制度建设上说,通过它,还能够进一步促使我们对行政程序、行政诉讼、行政指导、行政政策、行政赔偿和补偿等一系列制度进行再思考与再构造。从更加深远的意义上说,引进这样的概念,对于促进依法治国与依法行政在我国的落实,将信赖保护与诚实信用上升到行政法基本原则的高度,形成良好有序的宪政秩序,都能够起到积极有益的、推波助澜的作用。

从西方国家行政法理论上看,通过法院的不懈努力,以及学者的不断反思、批判和总结,合法预期理论已经变得越来越精致,越来越具有司法上的可操作性。因此,单纯从理论的成熟角度说,把它介绍和引进我国,已经是时候了。

十、结束语:对我国行政诉讼中行政裁量司法审查标准的再构造

(1)行政裁量上发生的问题能够进入到司法层面上来操作和解决的,应

该都是合法性问题，这是由分权原则和法院在宪政体制下的角色决定的。因此，那种认为“行政诉讼合法性审查是原则，合理性审查是例外，只有出现滥用职权和显失公正时，法院才能审查行政行为的合理性”的观点，应该扬弃。对于近年来日益高涨的要求“加强合理性审查”的呼声，也要认真甄别。正如前面分析的，滥用职权和显失公正实际上已经构成了实质性违法，因此，法院对这些行为的干预仍然是从合法性角度介入的。

更进一步，对上述观点的理论渊源，即“行政法治（依法行政）原则主要由合法性原则与合理性原则构成，合理性原则主要是用来解决行政裁量”的认识，也应该持适度的批判态度。从行政诉讼的角度看，对行政裁量司法审查的基准应该始终保持在合法性审查之上。合理性原则如果说有保留的价值，那么，应该收缩到在行政执法质量考评和内部监督上以及在行政复议上，在这些领域，对合理性的要求可以更深入一些，但是，仍然还应该是有一定边际的，不是说只要是不合理的行政行为，不管不合理的程度如何，在执法监督和行政复议上都应该干预和纠正。否则，就会和行政行为的公定力理论，和（与诉讼经济原则有着相同的价值观的）行政经济性原则发生激烈的冲突，而显得没有必要。

（2）从系统控制的角度讲，对行政裁量的司法审查标准不应仅限于《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（二）项第 5 目“滥用职权”和第（四）项“显失公正”，应该更加广泛，比如，第 54 条第（二）项第 3 目“违反法定程序”和第（三）项“不履行或者拖延履行法定职责”，都有可能引用来控制行政裁量的滥用。甚至第（二）项第 1 目“主要证据不足”、第 2 目“适用法律、法规错误”、第 4 目“超越职权”也可以用来解决在管辖权方面行政裁量是否违法的问题。因此，那种认为对行政裁量的审查依据主要是第 54 条第（二）项第 5 目“滥用职权”和第（四）项“显失公正”的看法，显然过于片面。我们只能说，“滥用职权”“显失公正”是对行政裁量的实质性审查标准。①

上述《行政诉讼法》（1989 年 ）第 54 条规定的审查标准体系可能还不够周全，对行政裁量的司法监控还不够周延。经过对普通法上的不合理审查与欧盟、大陆法的比例原则作一番对比，以及对合法预期制度作深入的制度性研究之后，我感到，似乎很有必要引进比例原则和合法预期制度。

---

① 《行政诉讼法》（2017 年）基本未动审查标准，只是将“显失公正”改为“明显不当”。

在引进的层面上,我希望不是从丰富滥用职权的内涵的角度上去阐释上述制度,而更希望是平行式地引入,进而在行政诉讼制度上形成相对应的审查标准与结构。因此,建议在《行政诉讼法》的修正中增加两条:

条文一(比例原则)"行政行为的目的与手段之间违反妥当性、必要性和法益相称性的,人民法院可以判决撤销,或者确认违法。"

条文二(合法预期)"被告对原告实施的行政行为、指导行为和发布政策行为,已经使原告产生合法预期的,对于被告的不履行行为、变更行为,人民法院可以判决撤销,要求被告履行一定的行政程序,或者判决其履行。造成原告损失的,应当判决赔偿。

如果被告不履行或者变更行为确有充分的公共利益上的理由,可以判决其对原告由此遭受的损失给予充分的补偿。"

随着比例原则和合法预期的平行引入,将与《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条规定的审查标准一道重新整合,形成一个新的审查标准体系,构成一个综合的、多角度的审查纬度。包括:

第一,形式意义上的不合法,包括事实要件不符、法律要件不符和形式越权。

第二,滥用职权,包括目的不适当、考虑不相关因素或不考虑相关因素、显失公正、对行政裁量的不适当拘束。

第三,违反比例原则,包括违反妥当性、必要性和法益相称性原则。

第四,程序违法。

第五,违反合法预期。

(3)从增强法院的审查能力,适度控制司法裁量权的角度看,我们必须明确滥用职权和显失公正的基本内涵和子标准。建议在《行政诉讼法》的修改中,重新整合第 54 条中关于"滥用职权"的审查标准:

有下列滥用职权的,判决撤销,要求被告重新作出行政行为,或者确认违法:

(一)目的不适当,对行政行为有实质性影响的;

(二)未考虑相关因素或者考虑不相关因素,对行政行为有实质性影响的;

(三)违反平等对待、极其不合理等显失公正的;

(四)不适当拘束行政裁量权的;

对显失公正的，必要时，也可以直接判决变更。

(4)滥用职权和比例原则一起构成了对行政裁量的实质性审查体系。尽管这两个标准体系在具体运用上有时会出现相同的审查效果，但是，由于各自的审查角度是不一样的，因此，可以同时并存，为法官留有更多的审查手段。

这两类标准体系之中包含着诸多子标准，所有这些标准就像是“工具箱”中的诸多“工具”，法官可以根据审判案件的需要随时取出其中的一个或几个。因此，不是说，法官只要是采取了一个审查标准(比如目的不适当)或者一种审查路径，就只能“一条道走到黑”。一旦审查受阻，他很可能会就势转到其他的审查方法上去。所以，从普通法的经验看，这些审查标准在具体运用上会出现相互切换的现象，甚至会切换到其他类别的审查之中，比如，对目的不适当的审查，在追踪个案所追求的目的的过程中，有时会切换到对没有说明理由的程序违法之审查上。

实质性审查涉及对行政裁量的自治领域的干预，极其容易引发争议，甚至是宪法上的争议。在审查技术上，法院应该尽可能地采取较为客观的审查标准，侧重审查行政裁量的过程，比如是否追求不适当目的，有没有考虑不相关因素，以及行政手段的妥当性与必要性，尽可能地回避对裁量结果和价值选择的正面评判。从这个意义上讲，对裁量结果极其不合理(显失公正)的审查，或者对裁量决定违反法益相称性要求的判断，是实质性审查的最后手段。

从普通法和大陆法的经验看，受法院在宪政秩序下的角色与功能之限制，对行政裁量的实质性审查会因个案涉及权益性质的不同而呈现出力度高低的差别，进而会形成一个审查力度幅度。一般而言，涉及人权保障、政治政策性不强的案件，法院的审查力度就比较强，反之，则较弱。我国正处于社会转型时期，社会矛盾和冲突错综复杂，法院在实质性审查方面更应该因势利导、灵活运用，注重审判的实际效果和社会效益。

(5)行政程序对于控制行政裁量的滥用具有重要意义。但是，违反法定程序，不一定会导致行政行为被撤销。从程序价值、当事人受益、诉讼经济以及行政效率等方面考虑，不需要撤销的程序违法，如果有治愈的必要和可能的，应该在诉讼过程中要求被告改正，同时在判决中确认上述程序违法。

建议在行政诉讼法的修改中,对程序违法采取多元化的处理方法:

有下列情形之一的行政程序违法,法院应该判决撤销被诉行政行为:

(一)该程序对相对人的权益保障十分有意义;

(二)不遵守该程序会对行政裁量的结果产生实质性的影响;

(三)该程序具有法律严格保护的价值。

不需要判决撤销的行政程序违法,如果有治愈的必要,法院可以要求被告在诉讼过程中纠正,并作出确认程序违法的判决。