

一、引言：解决现代社会中面临的行政自由裁量滥用问题

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）毫无疑问是处于一个很核心、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预测、规范变幻不拘、姿态万千的社会发展，有时也难以用清晰、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，是因为行政自由裁量有着适应社会经济发展和行政规制的需要，是为了实现个案的正义（individu-

^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”。参见杨建顺：《行政裁量的运作及其监督》载于《法学研究》2004年第1期。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”实际上包含了大陆法上的羁束裁量和自由裁量，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。何况行政自由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”二字的含义，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.

alized 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。^① 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，另一方面，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，它对我们社会起基础性作用的法制观念带来了内在冲击，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，其与法制观念之间还没有完全地协调起来。^②

由于行政自由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自由裁量的方法来获得法治主义的统一与贯彻，绝对是行不通的。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。^③ 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）。

在对待行政自由裁量的控制问题上，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，我国目前滥用行政自由裁量权得不到有效遏制这一状况，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

^① Cf. Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, p. 15.

^② Cf. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London. Kluwer Law International, 1996, p. 61.

^③ Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 1.

担起用立法规制行政权力的职责。^① 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，不能太繁琐，一些具体问题或细节问题，可以另行制定实施细则等行政法规，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”，^② 并责备道，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生滥用权力的现象。^③

当然，我不否认，在我国导致对行政自由裁量控制薄弱的—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自由裁量进行比较准确、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。^④ 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 ar-*

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

^② 《全国人大常委会公报》1988年第4期，第13页。

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

^④ 《中华人民共和国道路交通安全法》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。《中华人民共和国道路交通安全法》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。

cas 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。^① 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、一览无余, 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 rote is somehow to denature it)^② 的确, 如果规则把什么问题、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自由裁量权的做法更是成问题的。^③

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自由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, 规范行政程序, 制定更加明确、可操作的行政政策, 推行执法质量考评, 加强内部执法监督, 可能更能有效地规范行政权, 解决行政自由裁量的滥用问题。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, 这种观念本身就成问题。其实, 自《中华人民共和国行政诉讼法》实施之后, 政府

^① Cf. Juergen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for official Publications of the European Community & Sweet and Maxwell, 2000, p. 276.

^② Cf. D. J. Galligan, "The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power" (1976) *Public Law* 332.

^③ 比如, 北京市在制定执行《中华人民共和国道路交通安全法》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)》立法说明”。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, 不加区别处罚, 有失公平。况且, 根据《中华人民共和国道路交通安全法》第 90 条规定, 对司机违法, 处以 20~200 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?

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得到补救。也就是说，即便是立法上没有明确规定行政机关在作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。^①也是从这一点上讲，似乎选择司法审查的解决方法意义更加重大。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。^②因此，从行政体制之外，从法院的司法控制角度去解决行政自由裁量滥用的问题，可能会更好些。

从更加整体的、全面的角度看，的确像很多学者指出的，对行政自由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。^③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”，在我看来，应该是司法审查。但是，我绝不是说，解决了司法审查问题，就解决了一切问题。尤其是在我国

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.

^② 余凌云：《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

^③ 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》载于《法律科学》1996 年第 5 期。

行政主导的体制下，这么理解显然是很成问题的。^①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。^②

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的，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对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，就像《法制日报》有篇文章的标题说的，“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，恐怕会让人更加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自由裁量，还因为是我国目前关于行政自由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，必然会更加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。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

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自由裁量的效果。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方向。

^② 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。

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正确认识，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. 司法的能动性与有限性：从行政自由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 世纪以后，有人曾感叹道：“行政自由裁量已经死了。”这绝不是说，在行政法的理论框架中已经不再有行政自由裁量的术语与制度，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自由裁量已经不复存在。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自由裁量的干预边际、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关系。

另一方面从细微处讲，对司法与行政相互关系的理解，又直接决定了行政自由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。

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

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，感到说服力还不是很强。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，尽管近些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（像责令被告限期履行的判决）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作的细致分析。^①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。另一方面，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作出的很难客观判断对错的决定以及具有多中心（polycentric）的决定，^②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业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会有所不能，进而应该做到有所为、有所不为，

^① Cf. Jeffrey Jowell, "Of Vires and Vaccums: The Constitutional Context of Judicial Review" (1999) Public Law 451 ~ 452.

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。

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的。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这个问题，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，我们可以进一步领悟到，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异的，采取了不同的审查力度。

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，可以决定司法干预的深浅。^① 在这个过程中，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，也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

^① Cf. John Bell, “The Expansion of Judicial Review Over Discretionary Powers in France (1986) Public Law 106.

理解的良好行政的标准、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，法院对行政自由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

《中华人民共和国行政诉讼法》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，当涉及对行政自由裁量的审查问题时，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

^① 行政诉讼本身是会对行政效率产生影响的，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 《中华人民共和国行政诉讼法》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。”

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领域。^①很自然地、不经意地在阐述行政自由裁量的审查问题时，就无法避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，却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，因为迪泼洛克法官（*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

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

② 同上，第 409 页。

③ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p.

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 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，法院对滥用行政自由裁量的干预，不等于说，法院只能受理和审查行政自由裁量的滥用行为。在受理和干预之间划等号，显然是荒谬的。因为行政自由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自由裁量，但是，法院对行政自由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自由裁量偏差的能力范围，主要只限于对行政自由裁量滥用（不合理）的审查，也就是仅限于对行政自由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，以及北京市出台的细则中要求新司机不能在快车道上行驶，是否与《中华人民共和国道路交通安全法》相抵触？这些都是地方立法在如何贯彻执行《中华人民共和国道路交通安全法》的

^① 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. 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），法律出版社 2000 年版，第 339~340 页。

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。看来，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，目前还在热烈讨论之中。我是持积极支持态度的，因为在我看来，建立法院对行政机关制定规章等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 假若如此，对行政机关享有的立法裁量权的司法控制问题就会变得重要。当然，从目前看，这方面的研究还不是急于落子的“急场”。

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课题想要解决的问题。^②

^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》，中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 273 页。当然，严格地讲，制定其他规范性文件的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。

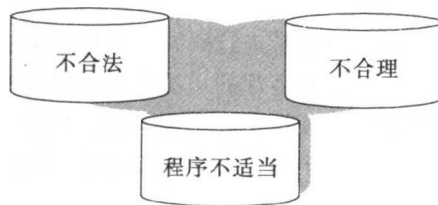
关于行政诉讼中的司法裁量问题，参见沈岿：《论行政诉讼中的司法自由裁量权》载罗豪才主编：《行政法论丛》（第一卷）法律出版社 1998 年版。

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自由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的司法审查的标准结构体系的基础。



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

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

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。^①

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 中国

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《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条进行逐款逐项的阐述。^② 但是仔细分析起来，我们会发现，第 54 条中的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《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 2 项第 1 点的“主要证据不足”、第 54 条第 2 项第 2 点的“适用法律、法规错误”、第 54 条第 2 项第 4 点的“超越职权”，它们分别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，其形态包括第 54 条第 2 项第 5 点的“滥用职权”，第 54 条第 3 项的“不履行或者拖延履行法定职责”、第 54 条第 4 项的“显失公正”。之所以把第 54 条第 3 项、第 4 项单独分列出来，主要是考虑判决的形式不同，一般形态的滥用职权是采用撤销判决，但对于第 54 条第 3 项、第 4 项规定的特殊形态的滥用职权则分别采取责令履行判决和变更判决。与之对应的审查都属于实质性审查。

三是程序违法，是在行政决定作出的参与机制上出现的违法，所以，运用第 54 条第 2 项第 3 点的“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

^① Ibid., p. 294.

^② 《中华人民共和国行政诉讼法》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。”

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，要研究对行政自由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。《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条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，本书就会变成一本本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，而行政自由裁量发生的问题主要是在第二层面上，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却出现了问题，属于实质性违法。^① 目前，对行政自由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书的第三章至第七章。

另外，考虑到行政程序对行政自由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了专题研究，但主要侧重思考违反行政程序的法律后果问题。这方面的研究构成了本书的第八章。

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，本书认为，比例原则对妥善地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）尽管有一定的重叠，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是大陆法和普通法都已成为极其重要的法原则与制度，

^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自由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，对司法干预的边际问题作了总体的分析。下面几章中对行政自由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。

《中华人民共和国行政许可法》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书的第九章。

3.2.1 滥用职权和不合理

实质性审查是对行政自由裁量的优劣 (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, 包括了不违法但是却不合理的情形^② 所以, 在本书中, 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, 另一方面也是为了和《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 2 项第 5 点的规定相应和。

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, 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

^① 《中华人民共和国行政许可法》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, 与本书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》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”。