

【司法与实践】

行政诉讼中“滥用职权” 审查标准适用问题研究

吴 猛 程 刚

【摘 要】行政诉讼中滥用职权司法审查乱象丛生。究其原因,既有法律规范本身模糊性问题,又有法院(法官)司法审查的偏好因素使然。本文通过分析最高人民法院公布的典型案例,从中抽象出认定滥用职权的“根本判断标准”“基本认定标准”及“合理怀疑标准”。同时,将滥用职权标准置于行政诉讼审查标准体系坐标中解读,厘清与明显不当标准之间的适用关系。文章主张在充分尊重行政裁量空间的前提下,明确滥用职权标准的适用场域是针对实质违法的行政行为,其定位于监督和纠正违法行为的最强力、最彻底的工具。此外,文章还从审查标准援引方法、裁判文书制作等微观层面,对灵活运用滥用职权审查标准司法适用技术进行了探讨,以期找寻通往行政滥用职权司法审查的规范之路。

【关键词】行政裁量;滥用职权;司法审查;明显不当

【作者简介】吴猛,江苏省镇江市中级人民法院副院长,三级高级法官;程刚,江苏省镇江市中级人民法院,四级高级法官。

【原文出处】《法律适用》(京),2021.8.71~80

问题提出

在“绝对和无约束的自由裁量权的观点受到否定思潮蔚然成风的当下,行政裁量权不再是司法审查的禁区”,^①“滥用职权”这一司法审查标准日渐为立法和司法领域所认可。然而,现实是2014年修改后的《行政诉讼法》虽继续沿用将“滥用职权”作为司法审查标准之一,但审判实践中却极少有行政行为因认定为滥用职权而被判决撤销。行政诉讼法该项规定在事实上成为“睡眠性条款”,对滥用职权行政行为司法审查亦陷入尴尬境地。行政诉讼中“滥用职权”作为撤销依据如此稀缺?!这是当下行政审判的真实状况吗?如果不是依法行政水平已经达到相当高程度的原因,那么,滥用职权标准让法官们“敬而远之”的背后是否另有隐情?如何正确认识和科学定位滥用职权审查标准,厘清与其他审查标准特别是“明显不当”标

准之间的关系,进而完善相应司法适用技术,防止司法审查缺位,亟待实践开出药方、给出答案。

一、现状检视:滥用职权审查标准之适用面相

行政裁量权扩张早已是不争的事实,如何有效规范行政裁量权的行使成为司法实务界关注的重要课题。行政诉讼法诸多审查标准中,滥用职权标准是对行政裁量审查时最普适、最重要的工具。然而,制度的设计与制度的实效并不能简单地画上等号。以下三组材料足以展现行政滥用职权审查之理想与现实之间的距离:

材料一:为准确把握滥用职权司法审查的状况,笔者对所在市及全国法院情况进行了考察和统计。笔者所在的J省Z市中级人民法院,2011年1月1日至2021年4月30日期间共受理行政一审案件4304件,行政机关败诉案件205件。但令人诧异的是,行

政机关败诉案件中依据滥用职权审查标准而撤销行政行为的数量为0;就全国范围来看,引用滥用职权审查标准作出判决的案件也是少之又少。^②

材料二:某市钓鱼执法案。2020年9月8日,某市市民张某驾车行驶过程中,遇有路人自称胃痛要去医院,张某让其上车并到达指定地点后,交通执法部门认定张某从事非法营运,作出罚款1万元的行政处罚决定。张某提起行政诉讼后,当地区政府宣布,

区交通执法大队由于取证程序不当,导致认定事实不清,责令撤销了处罚决定。张某坚持继续诉讼,后法院以没有证据证明原告存在非法经营的事实,且被告已自行撤销了被诉处罚决定为由,判决确认被告作出的处罚决定违法。

材料三:考察《最高人民法院公报》和《人民法院案例选》上发布的典型案例,从中获知滥用职权审查标准的适用状况。

表一 典型案例中“滥用职权”标准的适用状况

案例名称	案情概要	裁判说理	援引情形	案例来源
刘冰申请沛县公安局行政赔偿案	沛县公安局以刘冰实施“卖淫”为由,对其强制传唤关押,后实施收容审查。	沛县公安局在无证据的情况下,对刘冰传唤关押,后又采取收容审查强制措施,……显属滥用职权违法行为。	主要证据不足+滥用职权	《人民法院案例选》第33辑
罗建旭诉南宁市工商局撤销南宁市鸡鸭苗专业批发市场决定案	南宁市工商局下发通知撤销原告鸡鸭苗市场批发业务,并采取措施不让市场开放。	被告没有依法吊销或变更原告市场登记证规定的经营范围,……撤销该市场鸡鸭苗经营活动,于法无据。	适用法律法规错误+滥用职权	《人民法院案例选》第36辑
谢培新诉永和乡人民政府违法要求履行义务案	永和乡政府违反规定,向原告提取的村提留费、乡统筹费和社会生产性服务费总额,超过了依法应当负担费用的一倍。	被告的行为违反了“取之有度、总额控制、定向限额的原则,具有任意性和随意性”。	适用法律法规错误+超越职权+滥用职权	最高人民法院公报1993年第1期
路世伟诉靖远县人民政府行政决定案	靖远县政府同意清算组关于拟将西街厂区出售给服装行的请示,并作出决定。在原告准备开张营业之际,被告又作出收回国有土地使用权的决定。	县政府无权用于法无据的独特关系去影响他人,去为他人设定新的权利义务,去妨碍他人的合法权益。……不仅超越职权,更是滥用职权。	超越职权+滥用职权	最高人民法院公报2002年第3期
临清市鲁信面粉有限公司诉山东省人民政府行政复议案	临清市某居委会向山东省政府提出复议申请,要求撤销关于将某地块出让给鲁信公司的批复。山东省政府作出复议决定撤销了该批复。	复议机关未向有利害关系的第三人送达复议通知书,在未听取利害关系人意见情况下作出对其不利的行政复议决定,违背正当程序原则,构成违反法定程序或滥用职权,依法应予撤销。	违反法定程序+滥用职权	《中国行政诉讼指导案例(第4卷)》(第145号案例)

从上述材料,我们可以清晰地看出滥用职权审查标准在审判实践中的生存状态:

1. 基本不用。当前司法实践中适用滥用职权审查标准作为判决依据的案例少之又少,几乎处于被搁置的境地:Z市法院十年期间无一起因行政滥用职权而撤销的案件,全国法院情况也大致类似,反映了法官在适用该标准的谨慎小心。作为审查行政裁量行为的重要标准,近乎被法官“忘却”,“纸面上的法律”转化为“现实中的法律”尚有较大距离。

2. 隐藏适用。材料二,交通执法部门采取制订罚款指标并使用“钓鱼”的方式进行执法,明显违背

了道路交通安全法规定的执法目的与原则,学理上属于滥用职权。虽然意识到了这一点,但法官司法审查中另辟蹊径,对行政机关的滥用职权行为只字未提,而是采用相对温和的“证据不足”理由,确认行为的违法性质。可见,法官在确有存在滥用职权情形的案件中,通常会采取转换型的审查策略。^③

3. 混搭适用。与简单回避适用、转换隐匿适用滥用职权审查标准相比,表一典型案例中,法官均同时适用了两种或两种以上的审查标准,即并列交叉适用不同审查标准以此增强判决的权威性。审判实践中滥用职权审查标准极少单独作为裁判依据出

现,目前从最高人民法院公布的典型案例中,仅发现“王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案”,法官是以滥用职权标准作为唯一的裁判依据。

综上,法官在实践中基本不用滥用职权审查标准,同时,我们发现法官的审查偏好是尽量回避适用,即使适用也是“犹抱琵琶半遮面”,同时与其他审查标准交叉、混搭适用。上述分析,既点明了法官的规避倾向,同时亦管窥到法官的规避策略。为什么会出现这样的问题,或者说,法官为什么会有这样的偏好?

二、原因探寻:滥用职权司法审查现状之分析检讨

行政审判的实践史清晰经验地表明,行政机关远未达到依法行政的地步。对此,行政审判法官恐没有人会有所怀疑。那么,滥用职权司法审查遭遇的现实困境,究其原因,笔者认为,既有法律层面上的制度规范因素所致,更有实践层面上的法院(法官)偏好因素为之。

1.“滥用职权”本身内涵的模糊性所致。“滥用职权”作为法律概念,最早出现在1989年的行政诉讼法,但其规范内涵、具体指向并不明晰。其与日常用语中的滥用职权以及刑法中的滥用职权,有何区别、如何区分,理论界对其内涵外延一直争议不断。虽然1989年行政诉讼法颁布不久后,全国人大常委会法工委组织编写的《行政诉讼法释义》对滥用职权解释为“行政机关作出的具体行政行为虽然在其权限范围以内,但行政机关不正当行使职权,不符合法律授予这种权力的目的”,强调“滥用职权的基本点是行使职权违背了法律授权的宗旨”。当时,全国人大常委会法工委胡康生一篇关于行政诉讼法的讲话中认为,“滥用职权是不正当行使职权,不符合法律授权的目的”。何为“不正当”“不符合法律授权的目的”,内涵并不确定,外延亦不周延,理论上的界定具有模糊性,实践中滥用职权的判断困难重重。2014年行政诉讼法修改后,“滥用职权”在界定困难的基础上又面临“明显不当”之间的纠缠混淆,更加剧了适用的乱象。更有观点认为,^④行政诉讼法规定的审

查标准中,存在着“审查结果”与“审查方式”两类划分标准。具体而言,“主要证据不足”“适用法律法规错误”以及“违反法定程序”属于审查结果,而“滥用职权”和“超越职权”则是审查方式。同时审查方式是形成审查结果的原因,当行政行为存在上述三项审查结果之一时,必然意味着其中存在滥用职权或超越职权的情形。学理上“明显不当”属于滥用职权的一种具体表现情形。因此,立法者在设计审查标准时犯了“混淆标准”与“子项相容”的逻辑错误。这为司法实践中的具体运用困境埋下了伏笔。

2.合法性司法审查原则的观念禁锢。通说认为我国行政诉讼仅审查行政行为的合法性,对合理性不予理涉,^⑤实践中这业已成为行政法官的基本办案理念。滥用职权行为究竟属于行政违法行为还是不合理行政行为,行政法理论界历来有争议。有观点主张对滥用职权的审查是一种有限的合理性审查,即是对合法性审查原则的补充;另有学者认为滥用职权是严重不合理的行政行为,是一种实质的违法行为。尽管不少学者试图消弭滥用职权标准与合法性审查原则之间的紧张关系,但作为具有浓厚成文法传统的国家,在司法审查过程中普遍固守严格规则主义审查进路,总希望找到一种具体明确的客观规则作为审查标准,严格依照法律或者说依照法条裁判是对法官的基本要求。滥用职权司法审查是合法性判断还是合理性判断,法律、司法解释并没有给出明确答案,法官不大可能冒着遭受质疑和责难的风险,以学理研究的“一家之言”作为裁判案件的依据。因此,建立在规则中心主义基础之上的合法性审查原则仍然是滥用职权标准适用的重大障碍和制约因素。

3.法官机械地法条主义适用立场。目前,行政审判法官习惯于法条主义的审判进路,办案过程中倾向于适用法律概念明确、法律有明确规定的事由。^⑥相比于“主要证据不足”“违反法定程序”“适用法律错误”等审查事由,滥用职权审查事由的内涵、外延存在不确定性、具有一定的裁量性,行政诉讼法及其司法解释对其缺乏客观的、形式化的评判手段,

是一个主观色彩很浓的审查标准,法官担心陷入主观性审查的尴尬。因此,法官通常并不情愿适用这一事由,当发现存在其他违法情形时,则直接转向了那些更为客观、方便操作的审查标准。行政法治要求法律规范明确时遵循法律规范,法律规范不明确时则需法官探求法律的精神。然而,“对于任何在法条上都未予以明白反映、仅仅在学术文献中所体现的行政法原则,不愿直接在判决中详加阐述并作为判决的主要理由”,^⑦一针见血地道明了当下行政法官的心声。由此看来,滥用职权标准成为法官头脑中的“补充理由”。然而如表一案例所示,滥用职权行为又常与其他违法行为相伴而生、如影随行,由此不难理解滥用职权标准被高高祭奠在“不食人间烟火”的圣坛上。^⑧

4. 行政机关的态度亦影响着法官选择。客观地讲,滥用职权审查的现状,一定程度地反映了司法权与行政权博弈的痕迹。对滥用职权的审查触及较为敏感的地带,涉及司法对行政的审查深度、力度等问题,关系到司法权与行政权的相互制衡问题。滥用职权标准在否认行政行为合法性的同时,似乎还隐含着对行政执法者主观状态的评价,影响着行政机关的对外形象,“滥用”往往被行政机关视作一项主观恶评,容易引起行政机关的抵制,绝大多数行政机关难以接受被贴上滥用职权的标签。行政机关错误地认为行政行为一旦因“滥用职权”被法院判决撤销,就有可能被追究滥用职权罪而留下线索或把柄。早些年实践中确有地方纪委、检察机关寻求法院行政诉讼中以滥用职权作为理由的判决,并以此作为来源调查行政机关工作人员是否有职务犯罪或者违法违纪行为,使得行政机关对此更为敏感。^⑨不可否认,不少行政法官亦担心以“滥用职权”作为裁判理由,行政机关相关人员可能会被追究滥用职权罪。^⑩在司法环境不太理想的地方,在行政权明显强势、司法权相对卑微的情况下,众所周知行政机关掌握或多或少、或明或暗的各种资源,出于最大限度地规避办案风险之考虑,行政法官往往走折中路线,甚至“智慧”地找到了一个简单“挑刺”的判决方法,即

只要能找到一个足以导致行政行为被撤销的违法情形,即可终结审查作出判决,舍弃滥用职权标准而采用其他标准同样能达到“殊途同归”的办案效果。当然,行政判决中偶尔会出现滥用职权标准与其他审查标准的并用情形,一方面是确保能够对原告诉求有效回应,另一方面又不得不找寻一个更为客观的标准作铺垫,减少办案风险。

综上,深层次反映出法官对滥用职权审查标准不会用、不敢用,左顾右盼、畏首畏尾的复杂性心态。笔者在与行政审判法官调研座谈中也明显感觉到法官的顾虑:一是担心突破合法性审查原则;二是认定滥用职权行为确有困难;三是担心僭越行政权行使的范围;四是顾虑行政机关的看法或态度。虽然实践中法官智慧地找到了“殊途同归”的办案方法,但淡化甚至放弃适用滥用职权标准,不仅背离了行政诉讼法的立法初衷,而且使得“我国裁量权的滥用几乎没有得到有效的司法控制”。^⑪因此,控制行政裁量滥用越来越成为当下行政审判的重要任务。

三、判例启示:行政滥用职权行为之认定标准

摆脱规则主义行政滥用职权司法审查的困境,首要问题是对滥用职权行为进行准确认定。有限立法留下的空间需要司法审查来弥补。“每个先例对未来的同类或类似的案件都具有某种指导力量”。^⑫我国虽然不是判例法国家,但最高人民法院公布的典型案例,不仅代表了最高司法机关对某一问题的倾向性立场,同时也为下级法院审理类似案件明确了价值导向、提供了规则遵循,事实上相当程度地左右着下级法院的裁判进路。通过研究典型案例,可以发现法官的审理思路和裁判智慧,为今后滥用职权审查提供有益启示和借鉴。

1. 根本判断标准:目的是否适当

何为“滥用职权”,通说认为须有违反法律规定的目的之情况存在。因此,判断某一行政行为是否滥用职权,必须深究行政机关行使权力的主观意图。^⑬这虽然会给司法审查增加难度,但绝不意味着毫无参照、天马行空地探知行政机关的主观状态,而是基于法律规定的一种“合目的性”审查。通过解析

和读码法律规定,以此统摄案件事实分析,进而形成客观化的判断要件,以此来判断权力行使的目的正当与否。因为行政机关行使权力的主观意图根植于法律的明确规定,违背立法目的行使权力,本质上属于滥用职权范畴。因此,从这个意义上讲,滥用职权审查是对行政行为更深层次的合法性审查。

前文所述,在某市钓鱼执法案中,交通执法部门的执法,形式上行政机关具有这项权力,但该权力的行使,主观目的不是为了维持正常的道路交通运行秩序,而是通过“钓鱼”的方式,将执法行为直接与罚款指标捆绑,以合法形式实现非法意图,显然违背了法律授权的执法目的。从这一点判断,实属典型的滥用职权行为。法官内心已经判断出了行政行为的目的不当,虽然最终没有适用滥用职权审查标准撤销行政行为,但不能否认“目的是否适当”标准在认定该行为违法中的根本地位。

确立“目的是否适当”标准的根本地位,表明如果行政机关作出行政行为时违背法律授权的目的,也可以认为行政机关作出行为时主观上存在过错,或徇私枉法、或打击报复或任性专横等与法律的目的、原则、精神相悖,该行为很可能且大概率情况下构成滥用职权。已有司法判例表明,不正当目的并非判断滥用职权的必要条件,或者说,行政机关的主观状态或者意图并非滥用职权的内在因素,^⑩有时尽管行政机关行为目的无可厚非,也可能构成滥用职权。某种意义上,滥用职权亦存在故意和过失滥用两种情形。^⑪当然,过失应当界定为重大过失,这与滥用职权标准本身带有的主观评价色彩相契合,一般过失、无过错或者无法确定过错的情况无需用滥用职权标准予以评价。

2. 基本认定标准:是否充分考虑相关因素

笔者选取正反两个案例,分析法官在滥用职权认定中的裁判思维和审查进路。

案例一:王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案。^⑫2001年9月27日,王丽萍借用村民小四轮拖拉机运送生猪去外地销售。途中,中牟县交通局执法人员以该拖拉机没有缴纳养路费为由将其扣留。法

院审理认为,被告作出暂扣决定时,没有善尽注意义务,致使车上的生猪因天气炎热挤压而大量死亡。这种行为“不符合合理、适当的要求,是滥用职权”。

案例二:陈宁诉辽宁省庄河市公安局不予行政赔偿决定案。^⑬2001年12月24日,原告丈夫韩某发生交通事故,交警接警赶赴现场后,在采用了撬杠等方法无法打开车门的情况下,最后采取气焊切割门的方法,将韩某救出,但其后依然死亡。原告陈宁认为交警采用的救人方法不当且造成轿车失火,遂提起诉讼。法院审理后认为,交警在韩某生死未明的情况下,采取了其他方法无法打开车门之际,采取破损车门的方法以保护韩勇的生命安全并非违法。

案例一是借助“是否充分考虑相关因素”标准,判断滥用职权行为的典范。法院认定被告在执法过程中单纯追求执法效果,应当考虑到在炎热天气下,运输途中的生猪不宜受到挤压,更不宜在路上久留,未考虑按照常理应当考虑的因素,没有善尽注意义务,未妥善处置,造成原告的生猪因炎热大量死亡。因此,认定被告“明显不合理的具体行政行为构成滥用职权”。案例二中,交警部门考虑到生命健康权优越于财产权,在韩某生死不明、亟须抢救且采取撬杠等方法无法实现救人目的情况下,不得不采取气焊切割门的方法。虽然抢救伤者的执法目的并未实现(韩某死亡),且还付出了较大的财产损失代价(轿车失火),但不采取这样的措施,则韩某的生命毫无换回的可能。法院认定交警部门的施救行为已经充分考虑了相关因素,是合法的行政行为。

《最高人民法院公报》2015年以后刊登的案例中,考虑“相关因素”的裁判逻辑得到进一体现。在“定安城东案”中,法院认定本可以通过补正方式解决,但县政府未考虑这一因素,却撤销城东公司合法持有《国有土地使用证》的行为,属于滥用行政职权;在“刘云务案”中,法院认为在刘云务已经提供有关证明的情况下,晋源交警一大队既不返还机动车,又不及时主动调查核实车辆相关来历证明,也不要求刘云务提供相应担保并解除扣留措施,而是反复要求刘云务提供客观上已经无法提供的其他合法来历

证明,考虑了不应当考虑的因素,未考虑刘云务实际情况(无法提供其他合法来历证明)这一因素,属于滥用职权。

基于此,有学者分析了大量司法判例后认为,法院(法官)采用“相关因素”的审查进路,无论是解释什么是滥用职权,什么不是滥用职权,“相关因素”都成为审查行政行为是否滥用的核心要件。^⑩笔者之所以将“是否充分考虑相关因素”作为判定是否滥用职权的基本标准,也是从判例考察中发现,相关因素考察是法官判断和评价行政行为是否滥用的基本逻辑法则和出发点,它本身要求法官建立在证据基础之上,辅之以经验判断,从而对行政行为性质作出认定。

“是否充分考虑相关因素”,包含没有考虑应当考虑的因素,考虑了不应考虑的因素。相关因素,包

括法定因素(法律、法规和规章规定应当考虑因素)和常理因素。有些法律条款明文规定了适用该条款所应考虑的因素,对其违反即构成违法。比如《行政处罚法》规定行政处罚的作出要考虑违法行为人的主观过错、违法行为的情节、性质、后果等,如果行政行为作出时没有考虑这些法定因素,则有可能构成滥用职权。常理因素是指行政惯例、行政先例、常识常情等,如果裁量权的行使“如此荒谬以致任何有一般理智的人都不能想象行政机关在正当的行使权力”,^⑪同样构成行政裁量权的滥用。

3.合理怀疑标准:是否违反法律原则

上述判断标准并总是容易把握,因此,仍然需要寻求补充性的认定方法或线索依据,以便于更加准确地作出判断。

表二 典型案例中确立的滥用职权行为认定思路

案例名称	裁判理由	典型意义	确立标准	案例来源
焦志刚诉和平公安分局治安管理行政处罚案	被告在行政处罚决定书已经生效的情况下,仅因上级公安机关认为处罚过轻,即随意自行变更处罚决定,程序明显违法。特别是焦志刚对被告二次处罚决定不服申请复议后,被告加重处罚,与“行政机关不得因当事人申辩而加重处罚”的规定不符,判决撤销被告作出的处罚决定。	行政机关在事实未发生变化的情况下,先后就同一事实作出多个行政行为。“行为反复无常”是行政权力滥用的重要表现。	行为反复无常	《最高人民法院公报》2006年第10期。
汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案	被告没有按照“遮挡多少、拆除多少”的原则进行处罚,致使该处罚决定显失公正。虽然汇丰公司明确提出该处罚决定是滥用职权的主张,但法院判决援引“显失公平”标准。	该案是最高司法机关首次以判例形式彰显比例原则的内涵。行政机关作出严重违法比例原则的行政行为,可能构成行政职权的滥用。	违反行政比例原则	最高人民法院行政判决书(1999)行终字第20号
夏飞诉徐州市房产管理局注销房屋所有权证案	基于信赖保护原则,原告提供申报证明书不应被认定为违法,被告作出撤销决定无法律依据,故判决撤销被告的撤销决定。	行政机关未合理考虑争议房屋数次交易的历史沿革情况,损害了交易安全和行政行为的公信力,显属滥用职权。	违反信赖保护原则	《人民法院案例选》2002年第4辑
陈刚诉句容市规划局、句容市城市管理局城建行政命令案	被告作出限期拆除通知书,未告知原告享有陈述、申辩的权利,违反了行政正当程序的要求,故被告所作具体行政行为违法应予撤销。	被诉行政行为存在明显违反正当程序原则情形的,可以依照滥用职权审查标准作出判决。	违反正当程序原则	《中国行政审判案例(第3卷)》第106号案例

虽然上述案例中法院的审查路径不尽相同,有的案例甚至没有以“滥用职权”作为裁判理由,但这不影响我们可以从中抽象出判断行政行为是否滥用的技术规范。从上述案例可以清晰看出,法院认为如果行政行为作出反复无常、违反法律原则(比例原则、信赖保护原则、正当程序原则等),可以合理怀疑

存在滥用职权的重大嫌疑。行政行为违反法律原则可能构成滥用职权,也是针对实践中片面强调机械主义适用法条规则来认定滥用职权做法的批判和纠偏,典型示范意义重大。以上案例的“判例”效果特别是确立的裁判标准,可以增强法官认定滥用职权的内心确认,至少说为合理怀疑行政行为是否涉嫌

滥用职权提供了旁证和提示。

四、学理推究：滥用职权审查标准之释义与关系厘清

上文中，个案判决事例中呈现出来的认定标准以及可能形成的事实上的规范，为帮助法院（法官）识别行政滥用职权行为提供了方向指引和方法指导。正确适用滥用职权审查标准，始终绕不开与其他审查标准尤其与“明显不当”标准之间的关系厘清，使得行政诉讼各项审查标准之间保持相对清晰的内涵分界，既相互独立、又不交叉重叠，确有必要将滥用职权审查标准置于行政诉讼法审查体系坐标中而不是孤立的学理解读，为实践中规范运用提供学理依据和支撑。

1. 滥用职权审查标准的行政诉讼法释义。自滥用职权列为撤销判决的事由之日起，关于起内涵的讨论就从未停止过。有观点认为，滥用职权就是指行政机关行使职权背离法律、法规的目的，背离法律的基本原则，行为虽然形式上在其职权范围内，但是内容与法律、法规设定该职权的用意和目的相去甚远。^③也有观点认为，作为撤销根据的滥用职权主观上必须出于故意，法院审查行政机关是否滥用职权，既要掌握法律规定的目的、精神和原则，又要审查实施具体行政行为的目的，这种审查必须追究行使行政权力的意图、动机。^④笔者认为，行政诉讼中滥用职权涵义与日常生活用语中的“胡乱地过度地使用权力”这一宽泛理解，以及与刑事司法中的滥用职权，具体指向并不相同也不宜等同，其自身有着特定的行政诉讼法内涵，既不能宽泛笼统解释为违法的上位法概念，亦不能扩张适用于一切违法样态，否则就会打破和混乱行政诉讼中审查标准之间的逻辑结构，造成实践中的适用困境。从大量司法判例来看，行政诉讼中滥用职权所针对的是裁量行政行为，而非羁束行政行为。羁束行政行为对行政机关职权的行使条件、方式等有明确规定，行政机关只能严格按照法律的规定行使，并无自由选择的空间，故不存在“滥用”的问题。一旦行政职权存在裁量的空间，就有可能产生“滥用”的问题。因此，“滥用职权”的职

权针对的是行政裁量权，而不是宽泛地理解为所有行政权力，更不应该理解为行政机关实施的各种违法行为和违法情形。行政裁量权包含实体裁量权和程序裁量权。“滥用职权”是否包括滥用程序裁量权，学界存在争议。我们认为，法定程序不仅包括法律明确规定的程序，也包括依正当程序原则所要求的程序。^⑤因此，将滥用行政程序裁量权认定为违反法定程序为宜。同样，行政裁量包括要件裁量，也包括效果裁量，它存在于行政机关的事实认定、法律解释、行为程序和处理结果之中。^⑥从行政诉讼法整个审查体系的角度考量，鉴于事实认定、法律适用和程序方面的裁量问题，对应有“主要证据不足”“适用法律、法规错误”“违反法定程序”等相应的审查标准，故滥用职权审查标准应当限于针对处理结果层面的实体裁量的审查。^⑦因此，笔者认为，行政诉讼中的滥用职权是指行政机关在法定职权范围内不正当行使实体裁量权作出行政处理决定的行为，针对的是行政裁量行为处理结果层面的审查。其内涵针对的是行政机关职权范围内的裁量权，超越职权范围违法行使权力，当对应“超越职权”的审查标准。同时，其蕴含的内容也不包括主要证据不足、适用法律法规错误和违反法定程序等情形。“目的不适当”是滥用职权的本质特征，滥用职权审查标准更侧重于对行政机关本身运用权力的能力的评价，而其他审查标准则是对行政行为是否合法、合理的评价。^⑧

2. 与“明显不当”审查标准的关系厘清。正如上文分析，滥用职权标准长期受冷落，从一个侧面说明滥用职权在司法实践中存在适用难度。然而，随着“明显不当”标准的引入，“滥用职权”和“明显不当”在适用中更容易出现混乱，且有愈演愈烈之态势。故有学者直接认为应当进行立法调整，由明显不当标准吸收滥用职权标准，从根本上解决问题。立法调整问题不在本文探讨范围之列。笔者更倾向于从法律解释和规范适用的角度来考察和界定两者之间的关系。

滥用职权和明显不当都是针对行政裁量行为的审查，但是审查重点应当有所差异、有所分工。从行

政诉讼法审查标准体系的内在逻辑融洽角度考量,“明显不当”属于客观层面的审查标准,其适用无须考虑主观因素,^⑤其适用于客观结果上明显不当但无法判定主观过错、主观过错不符合“滥用职权”标准的要求或主观上不存在过错的情形。“滥用职权”标准,重在考察行政机关目的不当,未充分考虑相关因素,具有主观上故意和重大过失。作为主观面向的“滥用职权”审查标准与作为客观面向的“明显不当”审查标准,并列形成两种相互独立的行政裁量审查标准。^⑥当然,适用明显不当标准无须审查主观因素,不等于“明显不当”不包含主观因素,只是说主观因素对是否构成“明显不当”不具有决定作用。同样,适用滥用职权审查标准,也不是不考虑客观结果的要求,避免陷入主观断案风险。

接下来的问题是,滥用职权标准与明显不当标准都包含“客观结果”方面的内容,如果在审查认定行政行为客观结果明显不当,而不进一步判断主观因素时,实践中滥用职权标准被虚置问题仍然不能解决!一方面,明显不当标准在适用上更具有竞争力,滥用职权标准因带有对行政机关的主观评价色彩,法官依然会避而远之。另一方面,法院(法官)若基于种种因素考虑,没有认定行政机关的主观过错,直接替代适用明显不当标准,似乎也难以否定其正当性。众所周知,行政机关行使行政裁量权,如果目的的不正当,存在主观上的重大过错,其性质较一般的不正当行使裁量权更为恶劣,对相对人的损害也会更大,这正是“滥用职权”审查标准的用武之地,以使得行政裁量权能够得到司法审查权更为有效的制约。如果法院(法官)回避适用,实则给了行政机关滥用裁量权的“底气”,本质上也背离了行政诉讼制度监督行政的初衷。^⑦因此,司法审查中如果认定行政行为存在明显不当,法院(法官)不能放弃对行政机关主观过错的审查,否则即视为审查失职、审查不当。如果确实没有证据证明行政机关主观上存在故意或重大过失,方可适用明显不当标准。从这个意义上讲,明显不当标准可以看做是滥用职权标准适用的前置一环,滥用职权标准是明显不当标准适用的递

进一步、深层次审查。

五、实践求解:滥用职权审查标准之规范适用

为实现滥用职权审查标准的规范适用,为行政法官司法审查提供有价值的规范指引和方法选择,笔者认为,还应当从宏观、中观、微观三个层面入手寻求解决路径。

1. 宏观层面——充分尊重行政裁量空间。行政裁量是行政权的核心,但如果裁量是恣意的,则无疑是对法治的轻视和傲慢。司法审查是法治国家控制行政裁量权滥用的重要方式,正是“由于司法审查的存在对行政人员产生一种心理压力,可以促使他们谨慎行使权力”。^⑧当前行政审判实践中,唤醒滥用职权审查标准这一沉睡条款,加大对故意行政违法行为司法审查力度同时,也要警惕矫枉过正、走向另一极端,不尊重行政机关裁量权的行使,逾越司法权的界限,对社会管理秩序造成较大冲击。尽管我们主张滥用职权审查是更深层次的合法性审查,但不宜打破司法权与行政权之间的微妙平衡,尊重行政机关适度的裁量空间和专业判断,避免司法权僭越行政权,从而实现司法裁量与行政裁量有机平衡。行政诉讼中,基于司法与行政的关系、司法权的性质与地位、行政的专业性技术性特点,以及行政诉讼法本身要求,行政诉讼中司法必须遵守谦抑原则。^⑨

2. 中观层面——明确适用场域及目标定位。上文所言,滥用职权审查标准只有置于行政诉讼所有审查标准中进行整体理解和把握,其适用才可能科学精准,不至于各项审查标准之间的纠缠和混淆。从《行政诉讼法》第70条第2款的规范结构看,滥用职权审查的只能是行政行为的合法性问题。从行政法治的发展趋势来看,判断行政行为是否合法,不仅要符合法律规范文本,更要契合文本背后的目的与价值。当行政行为尽管满足形式合法要求,但严重违背了法律的目的、原则和精神,突破了合法性所能容忍的“度”,构成实质违法,法院理应予以撤销。滥用职权行为之所以被纳入司法审查的范围,就在于其实质违法性。

行政裁量行为是否属于滥用职权,认定根本标准在于判断行为目的是否适当。目的是否适当,既要考虑行政机关主观上过错程度,同时对事实认定、法律适用等相关因素客观化为具体要求才有意义,或者说更具操作性。有限的司法实践中对滥用职权标准的引用,绝大多数是借助考量行政行为事实面向、法律依据面向等违法为载体,加之对是否违反法律原则合理怀疑,从而为判断行政主体的行为动机是否偏离了立法目的提供线索和途径。有观点认为滥用职权标准是行政诉讼制度中纠正违法行政行为的最后屏障。^⑧但笔者认为,这可能源自对滥用职权泛化理解为“违法”所致,在清晰厘清与明显不当审查标准关系基础上,笔者更倾向于滥用职权审查标准是司法审查最有力、最深入、最实质审查,是监督行政行为最有力的工具。

3. 微观层面——合理运用司法适用技术。

一是明确援引方法。从滥用职权典型案例可以发现,对裁判标准的援引法官试图寻找一个微妙的平衡点,既有积极援引的一面,又有小心谨慎的智慧。“存在即为合理”。当行政行为的违法形态产生竞合现象,并列援引滥用职权标准与其他审查标准,不失为恰当选择。但当有直接的证据证明行政主体作出行政行为时存在动机偏移、目的不当,则完全可以直接援引滥用职权标准作为裁判依据。因此,笔者认为裁判说理部分及裁判依据部分均可以援引,并且主张滥用职权标准在裁判文书中的表述位置应逐步定位于裁判依据部分。

二是改革文书制作。在滥用职权司法审查问题上,转化型的审查策略虽然蕴含着法官办案智慧和技巧,但长此以往无益于良好行政秩序的形成和行政审判权威的树立。因为公众是通过司法裁判,通俗意义上讲,系通过“裁判文书”感知司法对行政裁量行为的审查监督。因此,行政审判“全面审查”原则应当在裁判文书中予以展现,克服当前文书撰写中避重就轻、简单“挑刺”的写作办法,对涉案的每一个违法或不合理情形逐个评述论证,防止规避倾向,真正让公众通过“裁判文书”来“感知”司法对滥用职

权行为的审查。

三是借用变通方案。审判实践中对滥用职权审查标准的运用,不能忽略了行政法治基础以及司法环境等因素。鉴于各地司法环境不同,以及被告方及执法人员的可接受程度各异,尤其为避免因行政法官适用滥用职权标准而可能导致对执法人员的责任追究,反而造成行政审判被动,退而求其次,在文书裁判理由部分可用明显不合理、明显不公正等概念取代滥用职权的概念,^⑨防止机械式裁判,导致形式公正与实质公正的背离。与此同时,必须做到“一案一建议”,通过发送司法建议等方式,指出行政行为滥用职权的本质,督促行政机关弥补行政行为缺陷与瑕疵,最大限度地谋求行政相对人谅解,促进行政争议实质化解。

结语

法院(法官)对行政滥用职权行为的认定标准是整个滥用职权司法审查制度的核心。上文虽提出一些构想,只不过是基于理想司法环境下,试图找寻一条通往滥用职权司法审查的合理道路。改善行政审判司法环境及强化行政法官的司法担当或许是另一条解决问题的出路,更加值得关注和期待。否则,即使有再完美的审查标准、再高超的司法适用技术,对行政滥用职权的司法审查恐难以有实质性改观。

注释:

①周佑勇:《司法审查中的滥用职权标准——以最高人民法院公报案例为观察对象》,载《法学研究》2020年第1期,第52-66页。

②笔者检索得到的结果令人沮丧,几乎很少有这方面的判决。与此同时,不少专家学者早已关注到该问题。据不完全统计,《人民法院案例选》(1992-1999合订本)所编242个行政案例中涉及滥用职权的6件;《人民法院案例选》(2000-2004合订本)所编242个行政案例中涉及滥用职权的5件。转引自江必新:《行政程序正当性的司法审查》,载《中国社会科学》2012年第7期;郑春燕教授对《最高人民法院公报》自1985年创刊至2012年5月共187期上刊载的76份行政裁判文书进行梳理,发现出现“滥用职权”概念的有7份,法院真正运用滥用

职权标准审理行政裁量的仅1例。参见郑春燕:《“隐匿”司法审查下的行政裁量观及其修正——以〈最高人民法院公报〉中的相关案例为样本的分析》,载《法商研究》2013年第1期;此外,沈岌教授在《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》,载《法商研究》2004年第4期;何海波教授在《行政行为的合法要件——兼议行政行为司法审查根据的重构》,载《中国法学》2009年第4期等文章中也对这一问题保持着密切关注。

③有学者认为滥用职权判案少的最主要原因,不是滥用职权涉案少,而是法院审查标准“转移率”高的缘故。参见余凌云:《对行政机关滥用职权的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题》,载《中国法学》2008年第1期。

④参见施立栋:《被滥用的“滥用职权”——行政判决中滥用职权审查标准的语义扩张及其成因》,载《政治与法律》2015年第1期。

⑤甘文:《行政诉讼司法解释之评论——理由、观点与问题》,中国法制出版社2000年版,第157页。

⑥姚建军:《论行政滥用职权的司法审查》,载《人民司法·应用》2011年第7期。

⑦沈岌:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年1月第1版,第244-245页。

⑧同注释③。

⑨王振清:《行政诉讼前沿实务问题研究》,中国方正出版社2004年9月第1版,第367页。

⑩江必新:《行政强制司法审查若干问题研究》,载《时代法学》2012年第5期。

⑪徐晨:《权力竞争:控制行政裁量权的制度选择》,中国政法大学出版社2007年版,第214页。

⑫[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第9页。

⑬江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》,北京大学出版社2011年版,第1149-1150页。

⑭汇德公司诉青岛市工商局撤销工商行政登记案,山东高院在该案二审中指出,滥用职权一般有三种情况:一是行政机关的行政行为目的、动机不当,以权谋私;二是行政机关的行政行为目的、动机正当,但作出的行政行为不符合法定要件;三是行政机关的行政行为目的、动机不当,且行政行为内容违法。从山东高院的说理来看,司法机关认为审查滥用职权并不必然考察行政机关的主观意图、主观状态,滥用职权在

某些情况下可能包括行政机关主观意图不当的情况,但这不是全部。法院的判例已经表明,滥用职权并不必然包含对行政机关主观要素的评价。参见姚建军:《对行政滥用职权的司法审查》,载《人民司法·应用》2011年第7期。

⑮姜明安:《论行政自由裁量权及其法律控制》,载《湖南社会科学》2009年第5期。

⑯参见《最高人民法院公报》2003年第3期。

⑰参见最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第1卷第19号案例,中国法制出版社2010年10月第1版。

⑱朱思懿:《“滥用职权”的行政法释义建构》,载《政治与法律》2017年第5期。

⑲[英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第79页。

⑳参见罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第250页。

㉑皮宗泰、李庶成:《行政审判中作为撤销根据的超越职权和滥用职权》,载《现代法学》1990年第6期。

㉒杨登峰:《法无规定时正当程序原则之适用》,载《西北政法大学学报》2018年第1期。

㉓何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第98页。

㉔同注释㉓,第323页。

㉕周佑勇:《司法审查中的行政行为“明显不当”标准》,载《环球法律评论》2021年第3期。

㉖全国人大常委会法制工作委员会行政法室:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第197页。

㉗同注释㉓。

㉘参见黄燕花:《行政诉讼中“滥用职权”的主客观审查》,载 <http://wap.xwllunwen.com/flunwen/63512.html>, 2021年7月6日访问。

㉙同注释㉙,第23页。

㉚黄永维、郭修江:《司法谦抑原则在行政诉讼中的适用》,载《法律适用》2021年第2期。

㉛陈天昊:《行政诉讼中“滥用职权”条款之法教义学解读》,载《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

㉜江必新:《行政程序正当的司法审查》,载《中国社会科学》2012年第7期。