

## 行政行为“明显不当”的司法审查

王正鑫\*

**内容提要：**法官大范围地适用“明显不当”标准，有力地破除了多年来“显失公正”与“滥用职权”标准所遭遇的法律适用困境。法官在“明显不当”项下归纳衍生出多项子标准，从而形成过程性的行政裁量控制机制，有利于实现对行政裁量瑕疵的精准纠治。为了使“明显不当”标准符合行政裁量司法审查标准的立法定位，避免破坏司法审查标准体系的内在协调，应矫正将其作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向。借助“明显不当”标准，法官将非法定程序瑕疵作为程序性裁量瑕疵予以纠正，间接补足了“违反法定程序”标准的功能缺陷，有助于落实正当程序原则的核心理念，并由此形成正当程序原则的中国意涵。

**关键词：**行政行为 明显不当 行政裁量 司法审查标准

### 一、引言

1989年《行政诉讼法》在实施二十余年后的2014年被整体修订，行政裁量司法审查标准发生嬗变。“明显不当”取代“显失公正”，与“滥用职权”共同构成新的行政裁量司法审查标准。对于此次立法调整，有一个官方解答可供参考：“对于行政机关行使自由裁量权过程中极端不合理的情形纳入合法性范围，增加规定明显不当。”<sup>〔1〕</sup>换言之，为加强对行政裁量的监督，2014年《行政诉讼法》修订时<sup>〔2〕</sup>通过扩大合法性审查原则的内涵，将“明显不当”的行政行为纳入司法审查范围。<sup>〔3〕</sup>“明显不当”背负着一项立法目的性预设，即“扩大合法性审查意涵，加强对行政

\* 王正鑫，清华大学法学院博士研究生。

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

〔2〕 2014年《行政诉讼法》虽于2017年被再次修订，但“明显不当”条款未被改动。

〔3〕 参见童卫东：《进步与妥协：〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期。

裁量的监督”。

学界对“明显不当”的认知从两条路径展开：一是因循法释义学路径，对“明显不当”条款进行理论层面的规范分析。<sup>〔4〕</sup>关注“明显不当”的内涵及判断标准、属于违法抑或不合理行为的性质界定、应适用合理性抑或合法性审查的司法审查原则、与“滥用职权”的关系等问题。二是基于案例进行经验分析。<sup>〔5〕</sup>主要关注“明显不当”的适用范围及认定标准、司法变更权的行使标准、判决类型的选用等问题。前述学术探讨多从“司法权监督行政权”而非“司法权监督行政裁量权”的层面认识“明显不当”。即便强调“明显不当”对行政裁量的规制，也多是在理论层面作宽泛剖析，并未细致体现“明显不当”在规范行政裁量方面的具体功用。立法为加强行政裁量的司法监督而确立“明显不当”标准，关注“明显不当”的行政裁量司法审查功能实属必要。

值得探讨的问题在于，在诉讼实务中，法官是如何适用“明显不当”标准的？具体而言，法官是否敢于适用“明显不当”，是否将其用于纠正行政裁量瑕疵，又是如何在个案中完成行政裁量的监督任务的？有鉴于此，本文立足于行政裁量的司法审查功能，借由案例考量“明显不当”的司法适用状况。

在论述展开之前，有两点尚需强调。首先，本文将从形式层面、实质层面和拓展层面，对法官如何适用“明显不当”作一管窥。形式层面关乎“明显不当”的形式适用，实质层面关乎“明显不当”规范行政裁量的功能效果，拓展层面则关乎“明显不当”在与其他司法审查标准产生适用联系时的功用发挥。其次，本文内容将基于113个案例展开，<sup>〔6〕</sup>所涉案例均以明确适用2014年《行政诉讼法》第七十条第（六）项，<sup>〔7〕</sup>或第77条第1款为限<sup>〔8〕</sup>。

## 二、形式层面：“明显不当”标准的广泛适用

“明显不当”标准是立法为司法审查行政裁量所提供的一件工具，那么法官是否勤于使用这件工具，便成为检视“明显不当”司法适用状况的起点。为了直观地观察法官适用“明显不当”

〔4〕相关文章请参见张峰振：《论不当行政行为的司法救济——从我国〈行政诉讼法〉中的“明显不当行政行为”谈起》，载《政治与法律》2016年第1期；高鸿、殷勤：《论明显不当标准对行政裁量权的控制》，载《人民司法》2017年第19期；何海波：《论行政行为“明显不当”》，载《法学研究》2016年第3期；于洋：《明显不当审查标准的内涵与适用——以〈行政诉讼法〉第70条第（六）项为核心》，载《交大法学》2017年第3期；史笔、曹晟：《新〈行政诉讼法〉中行政行为“明显不当”的审查与判断》，载《法律适用》2016年第8期。

〔5〕相关文章请参见张怡静、陈越峰：《公正适当裁量中的“相关考虑”——从对中国行政审判案例第71号的讨论切入》，载《法律适用》2019年第4期；石俊峰、李衡：《司法变更权的适用条件及强度把握——以某制药公司上诉某区市场和质量技术监督局行政处罚案为研究视角》，载《法律适用》2020年第16期；黄雪娇：《行政判决“明显不当”标准之探讨——以〈最高人民法院公报〉和最高人民法院指导性案例中的行政处罚案例为样本的分析》，载《河南财经政法大学学报》2017年第2期；王锴：《行政诉讼中变更判决的适用条件——基于理论和案例的考察》，载《政治与法律》2018年第9期。

〔6〕在北大法宝、中国裁判文书网等案例检索网站，分别以“行政诉讼法第70条第（六）项”“行政诉讼法第77条第1款”为关键词作全文检索，共选择案例113件。所选案件以经二审以上程序为主，同时包括个别一审案件。

〔7〕《行政诉讼法》第70条第（六）项规定：“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：……（六）明显不当的。”

〔8〕《行政诉讼法》第77条第1款规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”

的频次、范围，本文将选择1989年《行政诉讼法》中的“滥用职权”与“显失公正”作为参照。

### （一）旧司法审查标准的适用困境

1989年《行政诉讼法》确立“滥用职权”与“显失公正”，并由此形成长达二十余年的行政法意象，“即行政诉讼法所提供的诸多司法审查标准之中，用来检验行政裁量的主要是‘滥用职权’和‘显失公正’”<sup>〔9〕</sup>。那么在2014年《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”的适用状况如何呢？

有学者专就此做过统计分析，发现“显失公正”的适用状况不容乐观，整体适用频次低，被法院限定适用于行政处罚领域。“显失公正”并未成为监督行政裁量的有力手段。<sup>〔10〕</sup>既然“显失公正”在规范行政裁量方面已经折戟沉沙，那么“滥用职权”又能否独挑大梁呢？现实状况同样令人担忧，“滥用职权”鲜被适用。<sup>〔11〕</sup>一方面，学理以及实务往往将“滥用职权”与行政机关的主观过错相联系，<sup>〔12〕</sup>从而使其不能完全涵盖行政裁量权的行使情形，这极大地限缩了“滥用职权”的功用发挥；<sup>〔13〕</sup>另一方面，法院对于“滥用职权”的适用具有回避倾向，这便直接将“滥用职权”阻却在法律适用阶段<sup>〔14〕</sup>。

### （二）学理与立法对“明显不当”的肯认

早在《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”所遭遇的适用困境便被学界关注，学者尽力探求问题的成因所在并提出应对之方。在这次学理讨论中，“明显不当”首次出现。有学者认为，“明显不当”是为解决“显失公正”与“滥用职权”的适用难题而被引入的。“明显不当”是要确立一个包容性、实用性更强的标准。<sup>〔15〕</sup>同时保留“滥用职权”标准，将之作为“最后的、剩余的司法审查标准”<sup>〔16〕</sup>。更有学者坦言，“滥用职权”主要考虑行政机关的主观恣意，“明显不当”则要转向客观存在的法律规定和行政惯例。<sup>〔17〕</sup>因此，在学理论述中，“明显不当”的提出是对“显失公正”和“滥用职权”的集中纠偏，目的在于以“明显不当”所具有的包容性消解掉“显失公正”和“滥用职权”的狭隘侧面，进而破除该两项司法审查标准的适用困境。

学理思辨得到了立法回应，立法者于2014年修法时，采用“明显不当”，同时保留“滥用职权”，并将“显失公正”删去。或许立法者已经觉察到，在司法实践中，受“法条主义”影响，法官倾向于认为不违反法律的明文规定便不属于违法，因而不愿监督行政裁量，也不愿适用“滥

〔9〕 沈岷：《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。

〔10〕 参见前引〔5〕，黄雪娇文。

〔11〕 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。

〔12〕 参见罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第407-409页。

〔13〕 参见前引〔9〕，沈岷文。

〔14〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔15〕 “（明显不当）这个标准可以涵盖行政机关因认知偏差、疏忽或失误而作出的与立法目的和精神、基本法治原则、一般公平正义观念或常理明显相背的裁量决定。”前引〔9〕，沈岷文，第35页。

〔16〕 前引〔9〕，沈岷文，第35页。

〔17〕 参见郑春燕：《论“行政裁量理由明显不当”标准——走出行政裁量主观性审查的困境》，载《国家行政学院学报》2007年第4期。

用职权”。而“显失公正”限于行政处罚，范围过窄。因此，“滥用职权”与“显失公正”的适用困境直接导致合法性审查的内涵被不当限缩，而“明显不当”得以被立法者采用，正是期冀其可以“扩大合法性审查意涵”。至于为何会保留“滥用职权”，原因在于保留“滥用职权”以纠正“行政职权目的不适当”。〔18〕

### （三）“明显不当”标准得被法官广泛适用

只有在了解“明显不当”标准的历史过往之后，我们才可以理解，正是因为“明显不当”承载着破除旧标准适用困境的使命，所以需要首先观察法官是否勤于适用“明显不当”。而在司法实践中，法官正在凭借“明显不当”有力地克服旧标准所造成的适用困境。这主要体现于两方面：

其一，从行政处罚“显失公正”到行政行为“明显不当”。“任何行政行为都可能存在是否‘显失公正’的问题”〔19〕，但将其与行政处罚牢牢勾连实在是立法之过。“明显不当”的确立本身便有着纠错的意味，其不仅成为“行政处罚明显不当”适用变更判决的裁判依据，而且与“滥用职权”并列成为撤销判决的适用依据。经由观诸诉讼实践，可以得知“显失公正”与行政处罚之间的不当勾连已被打破。“明显不当”不仅被适用于行政处罚的司法审查，而且涵盖行政许可、行政强制、行政征收等各种行政行为。“明显不当”涵盖行政行为类型的案件列举，请参见表 1。立法纠错得到了司法实践回应，二者走向契合归一。

表 1 “明显不当”涵盖行政行为类型案件列举

行政行为类型	案由案号
行政处罚	曲兴林等与大石桥市公安局行政处罚纠纷上诉案，辽宁省营口市中级人民法院（2016）辽 08 行终 227 号行政判决书
行政许可	刘金裕与海林市规划局行政许可纠纷再审案，黑龙江省高级人民法院（2017）黑行申 278 号行政裁定书
行政强制	黎锦添与广州市南沙区人民政府等强制拆除违法建设决定纠纷上诉案，广州铁路运输中级法院（2020）粤 71 行终 1429 号行政判决书
行政确认	孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案，湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘 06 行终 52 号行政判决书
行政登记	李巨虎与李积海、临高县人民政府行政登记纠纷上诉案，海南省高级人民法院（2018）琼行终 42 号行政判决书
行政给付	梁厚华等与德庆县民政局行政给付纠纷上诉案，广东省肇庆市中级人民法院（2016）粤 12 行终 103 号行政判决书
行政裁决	索贝尔实业有限公司与包头市东河区人力资源和社会保障局等行政裁决纠纷上诉案，内蒙古自治区包头市中级人民法院（2019）内 02 行终 152 号行政判决书

〔18〕 参见前引〔3〕，童卫东文。本文作者时任全国人大法工委行政法室副主任，其所做解读在一定程度上可以代表立法者的考量。

〔19〕 前引〔11〕，余凌云文，第 29 页。

续前表

行政行为类型	案由案号
行政征收	欧源房地产开发有限公司与肃宁县自然资源和规划局行政征收纠纷上诉案，河北省沧州市中级人民法院（2019）冀行终 412 号行政判决书
政府信息公开	严常福等与兰州新区国土资源局政府信息公开纠纷上诉案，兰州铁路运输中级法院（2020）甘 71 行终 68 号行政判决书

其二，“明显不当”表征行政裁量的客观性审查。法官对行政裁量所进行的司法审查仍然主要是客观性审查，而非主观性审查。<sup>〔20〕</sup>学界多认为，“滥用职权”易导向行政裁量的主观性审查，“明显不当”则是在客观结果层面判断行政行为是否存在裁量瑕疵。<sup>〔21〕</sup>换言之，法院无需对行政机关的主观意志进行评价便可纠正行政裁量瑕疵。经由案件检索发现，“明显不当”有助于涤清修法前行政裁量的主观性审查误区，法院敢于直接适用“明显不当”条款作出裁判。<sup>〔22〕</sup>

#### （四）“明显不当”的泛用趋向

法官敢用、勤用且较大范围地直接适用“明显不当”作出裁判，这使得“明显不当”并未沦为宣示性条款。但同时需要注意，广泛适用并不意味着恰当适用。在部分案件中，法官已经显露出泛用“明显不当”的趋向。当其他司法审查标准无法适用时，法官选择将“明显不当”作为最后的保留手段，实质上是将“明显不当”作为一般性违法对待。此时，“明显不当”等同于“违法”，“明显不当”的行政行为便是“违法的行政行为”，从而导致“明显不当”被作为其他司法审查标准的兜底条款。而这显然已经脱离了“明显不当”作为行政裁量司法审查标准的立法定位。这一泛用趋向的出现，根源于可供法院使用的司法审查标准不够丰富的客观现实。

在我国，与判决类型相匹配，《行政诉讼法》详细列明了六项司法审查标准。这意味着法院在对一项行政行为进行合法性审查时，不能直接认定行政行为违法继而将其撤销或作其他处理，行政行为合法与否的判定是与司法审查标准逐项比对的结果。这样的合法性判断方式并无问题，真正的问题存在于司法审查标准的设置方式上。《行政诉讼法》第 70 条明列六项司法审查标准，且呈现为穷尽式列举而未设有兜底条款，潜在的立法表达似乎是此六项司法审查标准足以涵盖行政行为的所有合法性瑕疵。

但是，六项司法审查标准均是针对行政机关的行为过错而设置，如若一项行政行为的合法性瑕疵完全归咎于相对人而与行政机关无涉，法院又将如何处理呢？如因相对人提供虚假材料而导致行政登记违法，行政机关因尽到审查义务并无过错，此时单因结果违法而适用“明显不当”是否适宜恐不无商榷余地。如在程某诉濮阳市华龙区民政局行政登记纠纷案中，法院便认为：“被告已尽到审慎义务，原告诉求确认结婚登记行为无效于法无据。但被诉结婚登记行为确因违反

〔20〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔21〕 参见前引〔4〕，史笔、曹晟文；前引〔5〕，黄雪娇文。

〔22〕 以北大法宝为例，以“行政诉讼法第七十条第（六）项”为关键词进行全文法律适用检索，可得适用“明显不当”的案例 1300 余件；以“行政诉讼法第七十七条第一款”为关键词进行全文法律适用检索，则可得适用“明显不当”的案例 180 余件。检索截止日期为 2021 年 5 月 19 日。

《中华人民共和国婚姻法》第五条的规定,明显不当。”<sup>〔23〕</sup>在王海珍诉合阳县民政局行政登记纠纷案中,法院更是直接宣称:“虽然被告在办理离婚登记过程中本身不存在违法行为,其依法履行了一定的审查义务,但不能否定原告为限制民事行为能力人的客观事实。被告作出的行政行为违反了《婚姻登记条例》第十二条一款(二)项的规定,其作出的离婚登记行为明显不当。”<sup>〔24〕</sup>

为矫治“明显不当”的泛用趋向,法官应致力于弥补现有司法审查标准未能覆盖的合法性“漏洞”,从而将“明显不当”从一般性违法的兜底条款中解放出来,使其回归行政裁量司法审查标准的法律角色,被专用于纠正行政裁量瑕疵。具体可从以下两个方面着手改进:其一,细化解释现有司法审查标准。通过细化解释现有司法审查标准使其涵盖非裁量性的合法性瑕疵。比如前文所提到的行政登记事项,或许法官可将行政机关基于相对人提供的虚假材料作出的行政决定认定为“主要证据不足”,继而将之撤销或做其他处理。其二,在规则缺失之处适用法律原则。基于一般法理,在法律适用的过程中,当规则缺失,法院尚可以根据法律原则作出裁判。当既有的司法审查标准无法满足法院的手段需求时,法院便可转而适用法律原则以作裁判。在前文提到的行政登记案件中,法院或可适用行政合法性原则,继而作出是否存在合法性瑕疵的司法判定。

### 三、实质层面:行政裁量控制机制的形成与调适

从形式层面检视法官是否敢用、勤用“明显不当”并不足够,因为这尚未触及行政裁量控制的实质层面。下文将进入实质层面的考量,即法官如何借助“明显不当”来纠正行政裁量瑕疵。

#### (一) 行政裁量控制机制的形成

作为适用“明显不当”的前提步骤,法官首先需要判定行政行为是否构成“明显不当”。借由案例可知,“明显不当”正在被经由个案归纳而来的子标准予以明确。一项项子标准为“明显不当”的判定提供了更为直观的标尺,我们亦可以借助这些子标准检视法官纠正行政裁量瑕疵的方式。通过案例可归纳出如下子标准。

(1) 未考虑相关因素。如在刘红军与湘潭市公安局雨湖分局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“明显没有考虑潘某的行为已构成犯罪的行为及作出行政处罚裁量的有关情节,该处罚决定存在不当”<sup>〔25〕</sup>。在徐小强与孟津县工商行政管理局行政处罚纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“没有全面考虑徐小强违法行为的性质、程度及后果,不具有合理性,违反了行政合理性原则,明显不当”<sup>〔26〕</sup>。

(2) 处罚结果畸轻畸重。如在陈超与济南市城市公共客运管理服务中心行政处罚纠纷再审案中,再审法院认为,行政机关“处罚幅度和数额畸重,不符合罚当其过的原则。原审法院判决认为被诉处罚决定属于行政诉讼法第七十条第(六)项所规定的明显不当情形,该认定并无不

〔23〕 河南省濮阳县人民法院(2016)豫0928行初106号行政判决书。

〔24〕 陕西省合阳县人民法院(2016)陕0524行初12号行政判决书。

〔25〕 湖南省湘潭市中级人民法院(2019)湘03行终49号行政判决书。

〔26〕 河南省洛阳市中级人民法院(2016)豫03行终129号行政判决书。



当”<sup>〔27〕</sup>。在广州市畅顺物流有限公司与广州市南沙区环保水务局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政机关作出的行政处罚决定，如果与事实、性质、情节以及社会危害程度不相称，明显超过合理裁量范围，导致处罚结果畸重，就不符合‘过罚相当’原则，构成《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第（六）项规定的‘明显不当’。”<sup>〔28〕</sup>

（3）违反比例原则。如在朱伯仁与兴化市综合执法局等行政纠纷上诉案中，一审法院认为：“直接作出限期拆除决定必然将对朱伯仁的权益造成过度损害，不符合比例原则的要求，应属明显不当。”<sup>〔29〕</sup>在梁卫英与广州市南沙区横沥镇人民政府行政强制纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告未对涉案建筑的征收补偿标准和具体情况进行调查，迳行作出穗南横政府处字〔2019〕00084号《违法建设行政处理决定书》……该决定书明显不当，不符合行政行为的比例原则。”<sup>〔30〕</sup>

（4）违反平等原则。如在曾宪荣与邵东市公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“仅对曾宪荣给予处罚，对同案违法行为人金贻军既未立案查处，亦未说明任何正当理由，不能排除选择性、差别执法的合理怀疑。……故可以认定邵东县公安局对曾宪荣所作行政处罚决定有违行政处罚的平等原则，存在明显不当。”<sup>〔31〕</sup>在梁德钦与三穗县公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“在梁德钦辱骂黄某的过程中，黄某亦对梁德钦进行了辱骂，上诉人三穗县公安局仅对梁德钦进行治安管理行政处罚，不符合公平公正原则，依法应予撤销。”<sup>〔32〕</sup>

（5）法律依据适用错误。如在郭四清与焦作市解放区城市管理局城乡建设行政管理纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告区城管局超期保存先行登记保存物品没有法律依据、明显不当。”<sup>〔33〕</sup>在谭某诉佛山市禅城区张槎街道办事处、佛山市禅城区人民政府行政确认及行政复议纠纷上诉案中，一审法院认为：“张槎街道办依据《张槎村章程》，认为谭某属于第一次界定股东资格后才出生的人员，按照《张槎村章程》第十条的规定，谭某不属于下会经济社、张槎经联社的配股对象，对谭某申请的事项不予处理，适用依据错误，处理明显不当。”<sup>〔34〕</sup>

（6）存在程序性瑕疵。如在九台区东湖街道办事处金雨牧业小区与长春市工商行政管理局九台分局等行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政许可有效期届满的，登记机关有权视情况决定撤销注册登记或者吊销营业执照，或者责令当事人依法办理变更登记，但是，决定适用何种程序应当符合行政合理性原则……九台工商局直接对金雨牧业小区作出吊销营业执照的处罚决定，取消其作为商事主体进行经营的权利，并由其承担行政处罚的不利法律后果明显不当。”<sup>〔35〕</sup>在赵全福等与黔西县城规划局、毕节市城乡规划局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，一审法

〔27〕 山东省高级人民法院（2018）鲁行申538号行政裁定书。

〔28〕 广州铁路运输中级法院（2018）粤71行终1892号行政判决书。

〔29〕 江苏省泰州市中级人民法院（2020）苏12行终266号行政判决书。

〔30〕 广州铁路运输中级法院（2020）粤71行终1605号行政判决书。

〔31〕 湖南省邵阳市中级人民法院（2020）湘05行终66号行政判决书。

〔32〕 贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26行终100号行政判决书。

〔33〕 河南省焦作市中级人民法院（2020）豫08行终190号行政判决书。

〔34〕 广东省佛山市中级人民法院（2017）粤06行终531号行政判决书。

〔35〕 吉林省长春市中级人民法院（2019）吉01行终153号行政判决书。

院认为：“黔西县规划局2013年4月15日又针对涉案房屋作出黔规通字（2013）第20409号《责令立即拆除通知书》……而被告时隔两年后，才于2015年3月30日对原告已经修建完毕的一栋两层占地586平方米建筑面积为1172平方米的房屋作出行政处罚告知，于2015年4月8日作出行政处罚决定，被告的行政行为存在明显不当，违反了程序正当性原则。”〔36〕

（7）追求不适当目的。如在刘洪艳与北京市海淀区城市管理综合行政执法监察局等行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政行为的作出应当符合法规规范的目的……城市管理综合执法部门的执法活动均须以此为依据，方能体现其正当性。”〔37〕在高志伟等诉延吉市林业局行政许可纠纷案中，法院认为：“行政机关作出的行政行为应当符合行政目的，原告看护房圈舍已经行政机关批准建设十年，原、被告及第三人并无异议。现因第三人意欲转让争议土地，而申请被告撤销《关于在果树地内建看护房的批复》，有理由认为被告因此作出的行政行为行政目的不当。”〔38〕

（8）未尽到合理审慎的审查义务。如在临汾市兴国实验学校与临汾市尧都区人民政府等行政登记纠纷上诉案中，二审法院认为：“临汾市尧都区人民政府未尽审慎审查义务登记，发证行为明显不当。”〔39〕在李巨虎与临高县人民政府等行政登记纠纷上诉案中，一审法院认为：“临高县政府及相关部门在颁证当时的相关审核、审批材料存在重大瑕疵，明显不当。”〔40〕

（9）事实认定错误。如在李自斌与绵阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告作出编号×××认定工伤决定书，符合法定程序，但认定事实明显不当，适用法律错误。”〔41〕在孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院更是直接宣称：“事实认定过程因其武断而表现出明显不当，故该行政认定行为应当撤销后予以重作。”〔42〕

（10）其他标准。〔43〕如违反一事不再罚原则、〔44〕行政复议决定违反禁止不利变更原则、〔45〕依照法院判决重新做出的行政行为加重相对人义务〔46〕等。

我们可以尝试作进一步的分析，法官为明确何谓“明显不当”，在个案中归纳、细化出诸项子标准，这些子标准同时指向行政裁量瑕疵。诸项子标准既是“明显不当”的判断标准，同时也是裁量瑕疵的识别标准。相应地，“明显不当”已经成为一个涵括诸多子标准的上位概念，其所表征的乃是一个概念体系或概念集。也正是在这一概念细化的过程中，“明显不当”规范行政裁量的法效力得以被体系性地扩张延展。法官可凭助多项子标准对接至“明显不当”，进

〔36〕 贵州省毕节市中级人民法院（2016）黔05行终96号行政判决书。

〔37〕 北京市第一中级人民法院（2018）京01行终367号行政判决书。

〔38〕 吉林省延吉市中级人民法院（2016）吉2401行初121号行政裁定书。

〔39〕 山西省临汾市中级人民法院（2016）晋10行终78号行政判决书。

〔40〕 海南省高级人民法院（2018）琼行终42号行政判决书。

〔41〕 四川省绵阳市中级人民法院（2020）川07行终147号行政判决书。

〔42〕 湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终52号行政判决书。

〔43〕 鉴于客观上无法统览司法实践全貌，也无法将子标准全部梳理出来，所以使用“其他”作为兜底项列明。

〔44〕 参见河北省张家口市中级人民法院（2019）冀07行终86号行政判决书。

〔45〕 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院（2019）湘31行终65号行政判决书。

〔46〕 参见河北省邢台市中级人民法院（2016）冀05行终77号行政判决书。



而纠正裁量瑕疵。而这便是“明显不当”在诉讼实务中所形成的行政裁量控制机制。关于该机制请参见图 1。

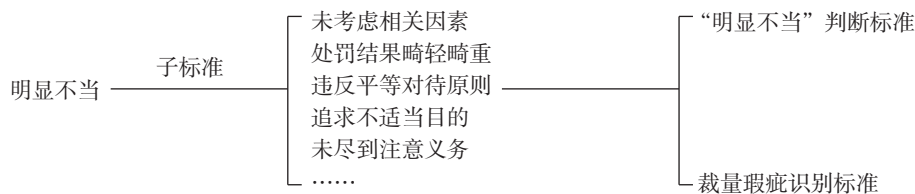


图 1 行政裁量控制机制示意图

## （二）行政裁量控制机制的过程性特征

若对上述子标准作细致分析，则会发现它们不是在结果意义，而是在过程意义上而言的，是对行政裁量过程所课予的准则要求。行政机关行使裁量权进行判断选择，要对相关因素进行充分考虑、平等对待相对人、追求适当目的、避免程序性瑕疵并尽到合理注意义务。即便是“处罚结果畸轻畸重”，其所关注的也并非仅是行政裁量结果，而是会回溯至行政行为的做出过程，审查行政机关是否充分考虑违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度，进而判断处罚结果是否与前述因素相当。

可以认为，行政裁量是一个过程，法院原则上并不能指挥行政机关作出非 A 即 B 的选择，但却可以要求行政机关在存有选择和判断余地时恪守裁量准则，以此在最大程度上消除行政恣意，经由这一过程所作出的裁量结果便是可以被接受的。可以看到，以“明显不当”为上位标准的诸项子标准正在构建过程性的行政裁量控制机制，发挥控制行政裁量的规范效力。

## （三）行政裁量控制机制的运行调适

“明显不当”被法官扩展延伸为过程性的行政裁量控制机制，继而对行政裁量瑕疵进行有针对性的纠正，这是一件值得称道的司法创举。但是，若对各项子标准作细致观察，则可以发现部分子标准所指征的合法性瑕疵已被其他司法审查标准所涵盖。“明显不当”与其他司法审查标准的效力范围出现了不适宜的交叉，审查标准之间的边界有被模糊的危险。这一问题在证据事实与法律适用方面表现得最为明显。

其一，将证据事实问题归入“明显不当”的调整范围。前文已经提及，在诉讼实务中，法官将“事实认定错误”作为“明显不当”的认定标准之一。此外，法院还依据“明显不当”纠正其他证据事实瑕疵。如在江生才与武夷山市交通综合行政执法大队行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“本院对被上诉人违法取得的证据不予采用。因此，被上诉人作出行政处罚证据不足，应予撤销。”〔47〕

其二，将法律适用问题归入“明显不当”的调整范围。法官将“法律依据适用错误”作为“明显不当”的认定标准之一。如在石家旺与龙岩市公安局交通警察支队行政处罚纠纷上诉案中，一审和二审法院均认为被诉行政处罚决定适用法律错误，一审法院未适用《行政诉讼法》第 70

〔47〕 福建省南平市中级人民法院（2019）闽 07 行终 56 号行政判决书。

条第(二)项的“适用法律、法规错误”条款,而是仅适用“明显不当”撤销被诉行政处罚决定,二审法院对此亦予以认可。<sup>〔48〕</sup>

较为明确的是,事实认定问题,属于证据规则的调整范围,对应《行政诉讼法》第70条第(一)项“主要证据不足的”;法律适用问题,则对应《行政诉讼法》第70条第(二)项“适用法律、法规错误的”。法官现将事实认定与法律适用方面的合法性瑕疵均通过“明显不当”予以矫正,客观上易导致其他司法审查标准被虚置,而“明显不当”标准的内涵外延也将随之无限扩张。更为重要的是,《行政诉讼法》第70条并列规定六项司法审查标准,潜在逻辑便是六项司法审查标准之间存有不同,不可混同适用。对任何一项司法审查标准的适用均需要照顾体系的和谐,“确保不同审查根据既有区分又能衔接,不能指望一个‘明显不当’包打天下”<sup>〔49〕</sup>。法官动辄适用“明显不当”来纠正已为其他司法审查标准涵盖的合法性瑕疵,会破坏司法审查标准体系的内在协调性。

为应对上述问题,法官需要对既已成型的行政裁量控制机制做以下调整:首先,重新审视“明显不当”项下的子标准,将“法律适用错误”“事实认定错误”等可被其他司法审查标准所涵盖的子标准剔除,从而缓解“明显不当”与其他司法审查标准之间的适用紧张,维护司法审查标准体系内在的协调性。其次,立足“明显不当”的行政裁量司法审查功能,经由个案所生成的子标准需要侧重于裁量瑕疵的识别,从而实现行政裁量瑕疵的精准纠治。

#### 四、拓展层面:行政程序瑕疵的司法矫正

作为一项司法审查标准,“明显不当”并不孤单,《行政诉讼法》同时规定了其他五项标准。接下来所要探究的是,当“明显不当”与“违反法定程序”标准产生适用关联时,法官所进行的法律适用操作。之所以关注“明显不当”与“违反法定程序”标准之间的适用关联,乃是因为在司法实践中,通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”,进而将行政行为予以撤销已经成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。而除“违反法定程序”标准外,“明显不当”与其他四项司法审查标准之间的适用关联并不明显。

需要强调的是,此处所讨论的适用关联不包括上文提及的“明显不当”与其他司法审查标准的适用交叉问题。适用交叉乃是“明显不当”不适宜地侵入其他司法审查标准的效力范围。适用关联则是关注“明显不当”在纠正行政裁量瑕疵的过程中,客观上对“违反法定程序”标准所起到的补足作用。

##### (一)“明显不当”对“违反法定程序”的功能补足

《行政诉讼法》对行政程序瑕疵采取“违反法定程序”与“程序轻微违法”的二分法。<sup>〔50〕</sup>根据学界主流观点,“违反法定程序”中的“法”包括法律、法规、规章,但是否还包括宪法与行

〔48〕 福建省龙岩市中级人民法院(2020)闽08行终90号行政判决书。

〔49〕 前引〔4〕,何海波文,第75页。

〔50〕 参见梁君瑜:《行政程序瑕疵的三分法与司法审查》,载《法学家》2017年第3期。

政规范性文件则尚存争议。<sup>〔51〕</sup> 不管宪法与行政规范性文件是否可被涵括其中，应无疑义的是，《行政诉讼法》所言的“程序”主要是指可寻得法律规范依据的行政程序。由于我国尚未制定一部行政程序法典，单行法中法定程序的规定既不全面，也不系统，这将直接限制“违反法定程序”标准的功能发挥。尤其是在行政行为未有法定程序可供遵循，法定程序标准难以发挥作用之时，如何经由司法手段纠正行政行为的程序性瑕疵便成为掣肘所在。

前已述及，“明显不当”的一项子标准便是“存在程序性瑕疵”。当行政行为的作出程序无实定法依据，或者虽有实定法依据，但行政机关就程序性事项具有选择权限，法院便可以“存在程序性瑕疵”为由适用“明显不当”，从而纠正行政行为的程序性裁量瑕疵。如在阿拉斯加杰克海产公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会行政管理纠纷案中，法院便认为：“一般来说，除了法律明文制定的羁束性程序规定外，应当属于行政机关自由裁量的范围，但自由裁量的行使并非没有限制，应当遵循一定的原则和规则……若行政机关对于行政程序不予提前告知，行政相对人亦无法依据惯例予以预判，则制约了行政相对人履行政程序性义务的可能性，由行政相对人承担其带来的不利后果明显不当。”<sup>〔52〕</sup>

因此，当法律规范未具明文，行政机关就履行何种、是否履行以及如何履行行政程序存有判断和选择余地时，作为行政裁量司法审查标准的“明显不当”便有了用武之地。更为重要的是，法官在借助“明显不当”纠正程序性裁量瑕疵的同时，客观上还可以补足“违反法定程序”标准的功能漏洞。具体来说，借助“明显不当”，法官将“非法定程序性瑕疵”作为“程序性裁量瑕疵”予以纠正，附带地填补“违反法定程序”标准难以覆盖的空白区域。

## （二）行政程序瑕疵司法矫正机制

在司法实践中，通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”，进而将行政行为予以撤销已然成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。在此举出数例以供参详：超越合理期限实施行政行为明显不当、<sup>〔53〕</sup> 从程序上制约相对人权利行使明显不当、<sup>〔54〕</sup> 未充分履行告知义务和公开义务明显不当<sup>〔55〕</sup>。

可以看到，在纠正非法定程序瑕疵方面，法官敏锐地觉察到“明显不当”的潜力所在。经由司法操作，“违反法定程序”与“违反非法定程序”均被司法审查所涵括，而程序性瑕疵司法矫正机制也在这一过程中渐渐成型。具体而言，程序性瑕疵司法矫正机制由“违反法定程序”标准和“明显不当”共同构成。“违反法定程序”标准负责纠正违反有法律规范依据的行政程序瑕疵，而“明显不当”则用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵。由此，针对行政行为程序性瑕疵的司法审查，法官已经探索出一种新的模式。

〔51〕 相关文献如章剑生：《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例》，载《法学研究》2009年第2期；章剑生：《论行政程序违法及其司法审查》，载《行政法学研究》1996年第1期；张步峰：《违反法定程序的诉讼法律后果——评〈行政诉讼法修正案（草案）〉的“违反法定程序”条款》，载《河北法学》2014年第11期；杨伟东：《行政程序违法的法律后果及其责任》，载《政法论坛》2005年第4期。

〔52〕 北京知识产权法院（2016）京73行初5973号行政判决书。

〔53〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2017）豫03行终215号行政判决书。

〔54〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终78号行政判决书。

〔55〕 参见重庆市第一中级人民法院（2016）渝01行终736号行政判决书。

### （三）正当程序原则的发展危机与新动向

“违反法定程序”标准自被1989年《行政诉讼法》确立，一直延续至今。早在2014年修订《行政诉讼法》规定“明显不当”之前，“违反法定程序”标准无法涵盖非法定程序瑕疵的功能短板便受到关注。<sup>〔56〕</sup>在当时，为纠正法律、法规及规章无明文规定的行政程序瑕疵，正当程序原则被推上台面。学理希冀法官通过适用正当程序原则，来纠正无法被“违反法定程序”标准所覆盖的行政程序瑕疵。而在司法实践中，法官亦有意无意地运用正当程序原则裁判案件。伴随一系列典型个案的出现，正当程序原则的轮廓逐渐清晰，内涵亦不断丰富。<sup>〔57〕</sup>在学者与法官的合力下，正当程序原则已经涓汇成流，颇有可能成长为一项可被独立适用的法律原则。有学者将正当程序原则的这一发展态势喻作“晨光初现”。<sup>〔58〕</sup>

然而，《行政诉讼法》确立“明显不当”标准后，该标准被法官用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵，正当程序原则的上述发展态势似乎被中道“斩断”。换言之，即便离开抽象缥缈且无实定法依据的正当程序原则，法官也可以凭借“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，同时还可以避免脱离实定法裁判案件的指摘。而在事实上，“违反法定程序”标准与“明显不当”也已共同构筑起行政程序瑕疵的司法矫正机制，并间接阻断了正当程序原则的原有发展路径。基本可以预见的是，正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则。

原有发展路径被阻却的同时，新的发展方向或许已被开启。在正当程序原则的要求下，行政行为的作出程序不管是否有实定法依据，均应遵循基本的程序正义。换言之，正当程序原则是作为一个整体概念而存在，并不局限于行政程序缺失实定法依据的情形。“不得违反法定程序”，同样构成正当程序原则的内在要求。因此，“违反法定程序”标准与“明显不当”所缔造的行政程序瑕疵司法矫正机制，致力于将有法定依据与无法定依据的程序瑕疵均纳入司法审查范围，这本身便是正当程序原则的要求。由此可以认为，法官借助“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，虽然此举阻断了正当程序原则的原有发展路径，导致正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则，但却将正当程序原则的理念以司法审查标准的方式固定下来。

进一步言之，在“违反法定程序”标准与“明显不当”的加持下，正当程序原则正呈现出一种新的本土化发展动向：不再倚仗立法采纳或法官适用而成为有形体的纸面条文，而是依托“违反法定程序”与“明显不当”两项司法审查标准来落实其核心理念，正所谓“形体不具而理念长存”。

## 五、结 语

凭借适当的司法审查标准，法官才可以撕裂行政裁量所依凭的自由壁垒，真正实现司法控制行政裁量的法治目标，而“明显不当”正是立法为法官纠正行政裁量瑕疵所提供的有效工具。基于诉讼实务状况，法官凭借“明显不当”正有力推动行政裁量的司法监督：将“明显不当”广泛

〔56〕 参见何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009年第1期。

〔57〕 参见前引〔56〕，何海波文。

〔58〕 参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2020年版，第93-132页。

适用于各类行政行为的合法性审查，细化“明显不当”的子标准并构建过程性的行政裁量控制机制，以及补足“违反法定程序”标准的功能缺陷。同时也需要注意，“明显不当”是抽象的法律条款，当被适用于具体个案时，尚需完成一系列复杂的法律适用工作，其中就包括对裁量的识别、确定“明显不当”的适用范围等具体问题。法律适用过程中的任一环节出现失误，行政裁量的司法控制效果便会大打折扣，而法官对“明显不当”的不合理适用便是例证。

法官对“明显不当”的不合理适用，也表明应对“明显不当”的适用方式进行调整，及时纠正“明显不当”作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向，并恰当处理“明显不当”与其他司法审查标准的适用关系。与此同时，行政裁量的司法控制是一个长期的过程，司法实践一直向前推进从未终止，鲜活的案例素材正在不断生成而更加充盈。对“明显不当”的司法适用状况应保有持续性的关切，以及时发现问题并不断进行动态调试。

---

**Abstract:** Judges make judicial review on administrative behavior in accordance with Obvious Improperness boldly and frequently, which has effectively overcome obstacles to the application of law presented by Abuse of Power and Obvious Injustice. A series of sub-standards developed by judicial practice around Obvious Improperness are forming a procedural normative mechanism of administrative discretion, which means focusing on the procedural control and correcting defects of administrative discretion precisely. However, as a judicial review norm of administrative discretion, Obvious Improperness should not become a fallback provision of other judicial review standards. Judges have made up the drawback of Violation of Legal Procedure with the help of Obvious Improperness by considering non legal procedural defects as procedural discretion defects. As a result, the judicial correction mechanism of administrative procedure defects has been constructed, and the Chinese meaning of due process principle is taking shape.

**Key Words:** administrative actions, obvious improperness, administrative discretion, standards of judicial review

---

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)