

作者简介：

芦一峰，男，1988年生，山西晋中人，中国政法大学宪法与行政法学硕士，天津市第一中级人民法院行政审判庭助理审判员。主要学术成果：1、撰写论文《行政复议调解的程序规则探究》获2014年中国法学会主办的“中国调解高峰论坛”优秀论文二等奖；2、撰写案例《天津市鑫达伟业商贸有限公司诉天津市北辰区国家税务局税务行政处罚案》获“促公正法官梦”第三届全国青年法官案例评选三等奖

王存强，男，1986年生，山东德州人，山东大学宪法与行政法学硕士，天津市第一中级人民法院审判管理办公室助理审判员。主要学术成果：1、撰写论文《行政诉讼相对集中管辖制度的法经济学分析与展望》获全国法院系统第25届学术讨论会三等奖；2、撰写论文《“众筹平台”的合同法权利义务架构——基于居间合同的类推适用》获全国法院系统第26届学术讨论会二等奖；3、撰写论文《腐败犯罪指定管辖规则体系之构建——基于对103名高官异地审判情况的分析》获全国法院系统第27届学术讨论会三等奖

明显不当行政行为司法审查模式构建及司法解释初探

——基于全国119件生效判决的实证分析

论文提要：

2015年《行政诉讼法》所规定的行政行为“明显不当”是针对行政裁量的评判标准。实践中各法院对于“明显不当”的裁判尺度、

判断方法掌握不一，目前研究多存在于“明显不当”条款的功能定位以及抽象的评判标准等方面，可操作性有待提升，未见以案例为依托的司法审查模式研究，不利于行政诉讼法“善施”和行政主体“善治”，因此亟待规范《行政诉讼法》中“明显不当”条款的评判标准和适用方法。

本文以裁判文书网 2015 年 5 月 1 日至 2016 年 7 月 1 日全国法院适用“明显不当”条款作出的生效判决（共 119 件）为实证分析对象，首先归纳实践中存在“明显不当”条款适用场域与立法原意相矛盾、裁判论理与适用法条相矛盾、误把“明显不当”作为兜底条款适用等混同性问题。其次运用文义解释、法意解释和体系解释，对“明显不当”的涵义深入解读，指出明显不当是显著、重大的不合理；其本质属性是实质违法性；明显不当与其他撤销标准的既有界分又有重叠。再次尝试构造包含三个维度的司法审查模式：一是在价值维度寻求司法裁量与行政裁量的价值平衡；二是在原则维度规整对行政法若干基本原则；三是在技术维度，通过普遍理性、合目的性、合比例性、程序正当四个基本要素的提炼对“明显不当”予以具体化，为司法实践提供技术参考。最后在结语部分对《行政诉讼法》第七十条第（六）项作出司法解释（建议），并就具体条文的主旨、理解以及审判实践中应当注意的问题形成附件，以期对行政诉讼法解释的出台产生微末价值。（正文共 9869 字。）

主要创新观点：

本文立足案例素材，在翔实的实证分析基础上，查找问题、正名

定性、构造模式、回归实践并作出司法解释，是在数据、概念、理论基础、实务操作上的一次闭环式论证过程，对实践有技术指导意义，主要创新在于以下三点。

一是综合运用三种法律解释方法，深入解读“明显不当”涵义。

“明显不当”条款的准确适用，首先应当正其名、定其性，综合运用文义解释、法意解释、体系解释等方法，应当明确以下四方面内容：明显不当的评判对象是行政过程中的裁量环节，明显不当是指显著、重大的不合理，其本质属性是实质违法性，明显不当与其他撤销标准既有界分又有重叠。

二是提出包含三个维度的审查模式。从价值维度、原则维度和技术维度三个方面出发，构建起一个在司法实践中能共同遵循、共同信赖的兼具理论性和操作性的司法审查模式。在价值维度，应寻求司法裁量与行政裁量的价值平衡，注重审查强度的有限性、审查方式的区分性和裁判方式的可选性。在原则维度，行政法基本原则可以成为法官寻求并适用“明显不当”审查标准的证立理由。在技术维度，提炼普遍理性、合目的性、合比例性、程序正当四个要素作为操作准则，有助于司法实践中对“明显不当”的精准判断。

三是对行政诉讼法第七十条第（六）项提出司法解释（建议）。

从司法解释功能角度出发，考虑对“明显不当”作出司法解释的必要性和迫切性，参照民事诉讼法司法解释理解与适用中对司法解释作出说明的体例，在结语部分作出司法解释，并形成附件，期望为有权机关对该项解释的出台提供些许助益。

以下正文：

引 言

随着经济社会转型发展，现代政府在法律授权下的行政裁量疆域不断拓展，法院对其进行审查和监督力度随之加大，司法审查标准与技术的成熟在通往裁量正义之路上发挥着愈加重要的作用。

通过立法例考察我国法院审查行政裁量的技术和方法，主要是

1990年《行政诉讼法》中的“滥用职权”标准和2015年《行政诉讼法》中“滥用职权”与“明显不当”并行的标准。“滥用职权”标准存在二十余年来，由于其抽象性和语义习惯等原因¹，司法适用率极低，遂在新法中的加入“明显不当”条款²，旨在指引法院通过对行政行为合理性的适度审查，把严重不合理的行政行为纳入“不合法”范畴，为行政裁量的司法审查提供一条客观化路径，实现行政诉讼法“监督行政机关依法行使职权，解决行政争议”的立法意旨。

本文通过中国裁判文书网检索³，对新法实施一年多来全国119份适用“明显不当”所作判决进行实证分析，以期构建司法审查模式，并为行政诉讼法第七十条第（六）项提出司法解释（建议）。

一、现实观照：“明显不当”条款适用现状与问题

2015年5月1日至2016年7月1日，全国法院适用“明显不当”条款作出生效判决119件，占同期全部行政案件判决的0.26%，使用率仍较低。其中撤销判决115件，变更判决4件。分析发现，各地法院对“明显不当”条款的适用呈混同性与能动性并存的态势。

（一）混同性：与其他标准界分不清，未准确适用

1. 适用场域与立法原意相矛盾-16件

行政行为明显不当，指行政行为严重违反行政合理性原则而不合适、不妥当或者不具有合理性。⁴从立法原意看，“明显不当”是以行政裁量为审查对象和适用场域的。“行政裁量”意为行政主体在法的授权范围内针对多种可行性行为进行审慎地判断、选择、酌处。一些法院判决误把“明显不当”标准适用于行政机关本无裁量空间的行为，与立法原意相矛盾，“名为明显不当，实为明显违法”。⁵

表1：“明显不当”条款适用场域与立法原意相矛盾的情形

案号	裁判理由	与立法原意矛盾之处	应适用条款
----	------	-----------	-------

¹ 江必新：《贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉专题讲座》，人民法院出版社2015年版，第291页。

² “明显不当”条款是指2015年《行政诉讼法》第七十条第（六）项和第七十七条第一款中的“明显不当”。

³ 检索的裁判日期为2015年5月1日至2016年7月1日，检索操作截止时点为2016年7月23日上午10:00。

⁴ 江必新、邵长茂：《新行政诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第265页。

⁵ 黄锴：《论行政行为“明显不当”之定位》，载《云南大学学报（法学版）》，2013年第5期，第56页。

2014 北行初字第 67 号	被告认定的用人单位与生效民事判相矛盾, 所作认定工伤决定 明显不当	行政机关对生效民事判决认定的事实并无裁量适用空间, 认定用人单位应以此为证据	主要证据不足
2015 黔县行初字第 5 号	承包土地确权给已死亡公民, 明显不当	确权行为中权利主体未查明, 属主要证据不足	
2015 纳溪行初字第 10 号	被告在原告已有合法权属的土地上同意第三人建房, 明显不当	未查明申请土地权属, 属主要证据不足	
2012 润行初字第 6 号	被告在核准公司注册资本变更登记中未尽到审慎审查职责, 核准行为存在重大瑕疵, 明显不当	未查明注册资本变更事实属主要证据不足	
2015 荔行初字第 17 号	被告一次性抚恤金计算基数错误, 明显不当	计算基数无裁量空间, 属主要证据不足	
2015 宁行初字第 46 号	被告在房屋权属不清情况下与相对人签订拆迁安置补偿协议 明显不当	拆迁安置必须查清房屋权属, 属主要证据不足	
2015 浙杭行初 373 号	认定未登记建筑为非法建筑 明显不当	拆违时未查明建筑性质属主要证据不足	
2015 浙丽行终字第 93 号	被诉街道办未责令改正村委会违法决议, 明显不当	被诉街道办违反村委会组织法第 27、28 条明文规定, 非裁量行为	适用法律错误
2016 新 22 行终 2 号	以超过法定退休年龄不存在劳动关系为由不予受理工伤认定申请 明显不当	最高院已有明确答复, 本案中行政机关无裁量空间	
2015 秦行终字第 77 号	以申请人未能提供与用人单位存在劳动关系证据为由对工伤认定申请不予受理 明显不当	本案属违法转包, 最高院司法解释已有明文规定, 无裁量空间	
2016 豫 01 行终 378 号	房管机关已有房屋买卖合同情况下仍为涉案房屋办理抵押登记, 明显不当	《城市房地产抵押管理办法》第 8 条有明文规定, 行政机关无裁量空间	
2015 临行初字第 198 号	不予受理要求审计申请 明显不当	不属于裁量范围, 《山东省农村集体经济审计条例》第 3 条有明文规定	
2015 温东行初字第 70 号	被告就同一宗地作出两次登记行为, 属于重复登记, 明显不当	不属于裁量范围, 应执行《土地登记管理办法》相关规定	
2015 朝天行初字第 9 号	被告以同一事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为	违反法律禁止性规定, 无裁量空间	
2015 安中行初字第 6 号	宗地安置补偿没有落实到位, 明显不当	应按《闲置土地供应办法》中供应土地条件执行, 无裁量空间	违反法定程序
2015 台椒行初 74 号	处罚中未听取陈述申辩, 明显不当	违反《行政处罚法》明文规定属违反法定程序	

表 1 小结: “明显不当” 条款适用场域与立法原意相矛盾的情况
主要表现在:

(1) 法律已明文规定, 无裁量空间, 行政机关不予适用或适用

错误，不应定性为明显不当，而是适用法律错误；

(2) 作出行政行为时缺乏主要证据，不应定性为明显不当，而是主要证据不足；

(3) 行政机关未履行法律明文规定的程序，不应定性为明显不当，而是违反法定程序。

2. 裁判论理与适用法条相矛盾-6 件

表 2：裁判论理与适用“明显不当”条款相矛盾的情形

案号	裁判论理	适用条款	应适用条款
2013 太行初字第 18 号	房屋买卖协议无效，被诉房屋登记 认定基本事实错误	明显不当	主要证据不足
2015 梅中法行终字第 50 号	集体林地颁证行为 缺乏事实根据	明显不当	
2016 豫 16 行终 24 号	被告不予先行支付工伤待遇的答复 不符合法律规定	明显不当	适用法律错误
2015 林行初字第 27 号	被告工商机关作出驳回登记行为 没有法律依据	明显不当	
2015 灞行初字第 0030 号	被诉行政处罚 认定事实不清，处罚与引用法条不符	明显不当	主要证据不足 适用法律错误
2015 雨行初字第 13 号	对举报作出的回复 认定事实错误，违反食品安全法关于标准的规定	明显不当	

表 2 小结：法院在“本院认为”部分阐明的裁判理由是被诉行政行为存在主要证据不足、适用法律错误等问题，应当适用相应的《行政诉讼法》第七十条第（一）项、第（二）项作出撤销判决，却误以“明显不当”为撤销被诉行为的理由，裁判论理与适用法条自相矛盾。

3. 误把“明显不当”作为兜底条款适用-3 件

表 3：误把明显不当作为兜底条款使用的情形

案号	裁判理由	适用条款
2015 温江行初字第 33 号	未针对原告申请公开的信息进行答复	明显不当
2015 海行初字第 107 号	复议机关未围绕申请人复议请求进行审理 作出维持决定明显不当	
2015 南行初字第 22 号	作出不属于政府信息范畴的答复 没有充足的法律和事实依据	

表 3 小结：上述裁判理由论理不明确，语焉不详，未能全面评判

行政行为在合法性方面存在的问题，也未具体指明是认定事实、适用法律、履行程序还是结果裁量中存在问题，就适用“明显不当”条款作出撤销判决，误把“明显不当”作为撤销理由的兜底条款，掩盖了被诉行政行为中存在的合法性问题。

（二）能动性：对“明显不当”审查标准的有益探索

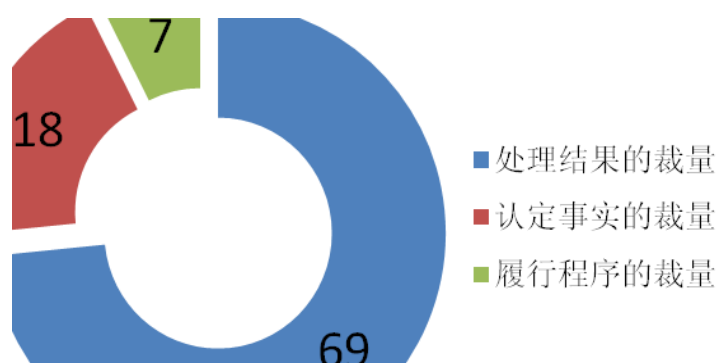
1. 评判范围拓展：从处理结果到行政过程

在 119 件案例中，除上述适用不准确的 25 件外，剩余 94 件均是针对行政裁量的场域适用。其中认定事实裁量明显不当的有 18 件，占 19.2%；认定行政程序裁量明显不当的有 7 件，占 7.4%，认定处理结果裁量明显不当的有 69 件，占 73.4%。由此可见，传统司法实践中评价行政裁量是否合理的结果标准⁶仍占主要地位，但司法审查能动适用“明显不当”这一新条款的范围已呈现向行政过程延展趋势，全面评判到行政行为认定事实、履行程序等各个节点，这也是行政过程论⁷和程序正义理念下对行政裁量合理规制的鲜活实践。

“明显不当”的审查范围

⁶ 以德国为代表的大陆法系传统主流观点也认为“裁量的客体是法律后果”，参见【德】哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 132 页。

⁷ 朱维究：《再谈行政过程论》，载中国法学会行政法学研究会编：《行政管理体制改革的法律问题》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 66 页。



2. 评判标准延伸：从法律规则到法律原则

表 4：运用法律原则评判行政裁量明显不当的判决

案号	裁判理由	适用条款	运用法律原则
2015 日行终字第 74 号	1. 拆除违建 不必要地 增加了上诉人的损失，给上诉人权益造成 过度损害 ，违反了 比例原则 2. 按照 信赖保护原则 ，应减轻被上诉人主观过错责任	明显不当	比例原则 信赖保护原则
2015 东中法行终字第 277 号	交通违法行为中双方同等责任的情况下只处罚一方， 违反平等原则 ，明显不当		平等原则
2015 浙丽行终字第 32 号	被诉注销林权证行为不利于实际解决纠纷和相对人后续权利救济， 缺乏必要性		比例原则
2015 葫行终字第 111 号	被诉不予受理工伤认定申请决定在原告职业病加重情况下使原告承担不利后果， 显失公平		公平原则
2015 豫法行终字第 245 号	复议程序中未给利害关系第三人提供证据和听取其意见的机会， 违反正当程序		正当程序原则
2015 豫法行终字第 194 号	被诉回收国有建设用地使用权决定未听取利害关系人陈述申辩， 程序明显不当		
2015 德中行终字第 54 号	未给当事人预留合理举证期限，事实上剥夺其举证权利， 程序明显不当		
2015 宁行初字第 19 号	未给原告预留合理举证期间，侵犯原告程序权利， 程序明显不当		
2015 佛三法行初字第 68 号	股份合作社收益分配的行政处理决定未告知相对人，事实上 剥夺了相对人陈述申辩权 ，明显不当		

表 4 小结：在 94 件认定行政裁量明显不当的判决中，有 9 件在

裁判理由部分明确运用行政法基本原则对行政裁量的合理性进行评价，占比 9.6%，这些判决体现了较高的论理水平，也为实践中明晰“明显不当”评判标准提供了技术路径。

二、正名定性：“明显不当”涵义的深入解读

法律语言精确性并不否认其开放性，“经常包含一些本身欠缺明确界限的因素”⁸，法条中的“明显”与“不当”均是开放的、具体的、相对的，这正是法律解释应当发挥作用的空间。

（一）明确前提：明显不当的评判对象是行政过程中的裁量环节

明显不当的评判对象是行政过程中那些存在裁量空间的环节及行为选择。行政裁量贯穿全面、动态的行政过程中，因为“运用裁量可以是认定事实和适用法律的一部分，而认定事实也可以是运用裁量的一部分”⁹，不能割裂开来；并且“裁量的运用不仅存在于案件或问题的最终处置方面，而且存在于每个中间步骤当中，裁量并不限于实体性的选择，而且还扩展到程序、方法、形式、时限以及其他许多附属性因素”¹⁰，故不能用裁量结果正当性否定和掩盖认定事实、解释法律、履行程序中的裁量明显不当。

司法审查中，应将“明显不当”评判时点从行政行为实体处理结果延伸至整个行政过程¹¹，全面考察行政主体在事实认定、解释法律、履行程序、作出处理结果等环节是否存在明显不当的情形。

（二）文义解释：明显不当是显著、重大的不合理

解释以字义为起点。¹²“明显”是清楚的显露出来，容易让人看出或感觉到¹³，“不当”是不妥当、不适当。

在司法审查语境中，“明显不当”兼含“明显性”与“重大性”两个标准，“明显”是显而易见，“重大”是侵及相对人重要权益。“不

⁸ 【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 193 页。

⁹ 【美】肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆 2009 年版，第 3 页。

¹⁰ 【美】肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆 2009 年版，第 2 页。

¹¹ 参见王振宇：《行政裁量及其司法审查》，载《人民司法（应用）》2009 年第 19 期，第 51 页。

¹² 王振宇：《行政审判中解释法律的五种基本方法》，载《人民司法（应用）》2011 年第 3 期，第 56 页。

¹³ 《现代汉语词典》，商务印书馆 2002 年版，第 890 页。

当”在行政法上指合法但是不合理的行为。不当行为与违法行为相对应，但如果不当行为达到“明显”的展露程度和严重程度，就应被定性为违法而予以撤销。

（三）法意解释：明显不当的本质属性是实质违法性

法意解释是探求立法者于制定法律时所作价值判断及其所欲实践的目的解释方法。¹⁴从立法机关全国人大公开的报告来看，2014年《行政诉讼法》修改时增加“明显不当”条款的原因是修法前“对于行政机关明显不合理的行政行为，没有规定人民法院可以撤销，不利于解决行政争议”¹⁵，由此推知，立法原意是赋予法院对明显不合理的行政行为予以撤销的权力，申言之，立法机关的价值判断是——明显不合理的行政行为具有实质违法性¹⁶，因此法院应当运用司法权的评判，确认行政的违法性，实现行政诉讼法“监督行政机关依法行使职权，解决行政争议”的立法意旨。

法律对行政行为的授权与控制机能，经历了由形式法治向实质法治转变过程，形式法治强调规则的约束与落实，实质法治强调法价值的整合与实现，因此行政行为的“违法”与“不当”也在形式法治与实质法治之间呈光谱状演变，当行政行为中的裁量因素达到明显不当的程度时，虽然在形式上还具备合法的外观，但实质上已经构成违法，即在实质法治理念下有碍于法价值的实现。因此明显不当的本质属性是实质违法性，而不是拟制¹⁷违法性。

（四）体系解释：明显不当其他撤销标准的界分与重叠

体系解释方法是以相关法条之法意，阐明特定规范的意旨。¹⁸通过明确《行政诉讼法》第七十条规定的六项判决撤销行政行为情形的

¹⁴ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 162 页。

¹⁵ 全国人民代表大会法律委员会：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案（草案）〉修改情况的报告》（2014 年 8 月 25 日）

¹⁶ 行政行为不合理与“实质违法”的边界，参见余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社 2010 年版，第 86 页；何海波：《行政诉讼法》，法律出版社 2011 年版，第 293 页。

¹⁷ 有观点认为明显不当行政行为的违法性来源于法律拟制，本质上仍属于适当性问题。参见张峰振：《论不当行政行为的司法救济》，载《政治与法律》2016 年第 1 期，第 16 页。

¹⁸ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 143 页。

各自涵义界分，方可确切厘定“明显不当”的适用范围。主要证据是否充足、适用法律法规是否正确、是否符合法定程序、是否超越职权评价的是行政行为合法性，而滥用职权与明显不当评价的是行政行为合理性。

1. 认定事实明显不当与主要证据不足的区分

“主要证据”的评判，是针对证明法定要件事实的证据是否确实充分，既是对证据量的要求，也是对证据质的要求。如果行政机关未能通过依法调查搜集法定要件事实的证据，行政行为的支撑性事实缺乏证据证明，则应认定主要证据不足。如果行政机关依法定职权、程序搜集证据，在主要证据合法有效齐备情况下，其运用裁量认定的事实仍存在明显不符合客观实际的情形，则属于明显不当。

2. 解释法律明显不当与适用法律法规错误的区分

“适用法律法规错误”一般指在法律规则有明文规定情况下行政机关未予适用或适用错误的行政行为，而“明显不当”用于行政机关在法律规则语义模糊或需适用下位阶规范性文件情况下，运用裁量进行选择、解释后的适用结果明显不符合立法目的、法律原则或者法律解释逻辑的情形。

3. 履行程序明显不当与违反法定程序的区分

“违反法定程序”是指行政行为违反法律、法规、规章以及合法有效的规范性文件明文规定的程序，而“明显不当”则用于行政机关履行法定程序中存在裁量空间时未能按照正当程序原则的要求恰当选择方式、顺序、时间等，以致侵害相对人重要程序权利的情形。

4. 明显不当与滥用职权的区分

“滥用职权”与“明显不当”均为针对行政裁量的审查标准，滥用职权包含主观上故意或过失，包括不正当目的、不善良动机、不相关考虑等¹⁹。明显不当则采用客观上、结果上的判断标准，主要从行

¹⁹ 梁凤云：《新行政诉讼法讲义》，人民法院出版社 2015 年版，第 423 页。

政行为外观上判断。

与“滥用职权”相比，“明显不当”更具有包容性，它并不追问行政主体作出行为时主观上的过错，而仅以客观认知为衡量标准，“明显不当”的包容性体现在它可以涵盖行政主体“因认知偏差、疏忽或者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离的裁量决定”²⁰。同时，淡化法院对行政机关动机和意图的审查，将论证的难度降低，更具有可操作性，评判结果也更具说服力。

5. 存在重叠情况的处理

行政过程中事实问题、法律问题、程序问题与裁量问题存在交织，不能截然区分。因此，被诉行为可能同时存在“违反法律明白指令”和“裁量明显不当”的情形，尽管裁判结果均是确认其违法性，但法院应全面判断、分别表述、逐项引用相应款项，防止合法性问题掩盖合理性问题，或者用“明显不当”掩盖其他违法情节。

三、回归实践：“明显不当”审查模式的多维探讨

（一）价值维度：司法裁量与行政裁量的价值平衡

法院审查行政行为是否明显不当，实质是运用司法裁量评判行政裁量的过程。在法的实施体系中，行政裁量和司法裁量同时具有价值整合功能，以求法价值实现优化平衡。司法裁量应遵循价值平衡基准，既尊重行政裁量的判断空间，确保正当行政目的（如公共利益、行政效率等）得以实现，又充分发挥行政审判的监督功能，对明显不当的行政裁量予以纠正。具体表现为：

1. 审查强度的有限性

行政合理性既是行政裁量的基本遵循，也是司法裁量的实质边界。现代“裁量一元论”²¹理念下，法律问题与裁量问题并非是各自独立的“二元”存在，法院有权对行政裁量的合理性进行审查，并遵

²⁰ 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，第35页。

²¹ 王天华：《从裁量二元论到裁量一元论》，载《行政法学研究》2006年第1期，第25页。

循审查强度的有限性，不是任何合理性问题都要处理²²，而是要判断行政裁量是否达到明显、重大不合理的程度，在这个程度上，才需要通过裁判确认其违法性。

2. 审查方式的区分性

法院一般依照“主体资格和职权——事实认定——适用法律——履行程序”四个步骤对被诉行政行为进行审查，审查方式应该因“有无裁量空间”有所区分，针对没有裁量空间的因素，进行合法性审查；针对存在裁量空间的因素，进行合理性审查，防止司法裁量干涉行政裁量的判断空间，或者用“明显不当”掩盖“明显违法”。因而不能仅因其具备了违法事由而径行认定其明显不当，或进行反推后的消极验证。

3. 裁判方式的可选性

法院对于明显不当的行政行为如何裁判，视情况进行价值平衡，如果侧重考量尊重行政判断的司法谦抑价值，可选择撤销判决并责令重作，如果侧重考量实质解决争议、实现权利救济的司法能动价值，则选择变更判决，径行变更明显不当的行政处罚决定。但变更判决囿于《行政诉讼法》第七十七条规定的情形，实践中使用率低。

（二）原则维度：行政法基本原则的规整

法律原则虽不是被直接援引的法条，却有着解释、补充法律规则的作用，可成为“法官在司法推理过程中据以适用的法规范的证立理由”。²³因此，行政法基本原则可以成为法官寻求并适用“明显不当”审查标准的证立理由。

1. **平等原则**：作出行政行为时不偏私，不歧视，同样情形同等处理。

2. **比例原则**：行政机关采取的措施和手段必要、适当，可以采

²² 江必新：《贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉专题讲座》，人民法院出版社 2015 年版，第 290 页。

²³ 庄世同：《论法律原则的地位》，载《辅仁法学》2000 年第 19 期，转引自张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版，第 121 页。

用多种方式实现行政目的的，尽力避免或者减少对当事人权益的损害。

3. 正当程序原则：行政程序中尽到恰当告知、听取意见、守时高效的义务，保障相对人和利害关系人的知情权、参与权、救济权。

4. 信赖保护原则：行政行为应当以诚实守信的方式作出、保护相对人正当合理的信赖利益，禁止随意变更和反复。

（三）技术维度：不确定法律概念的具体化

“明显不当”属于法律规范中的不确定法律概念，“恒需由审判者于个案中斟酌一切情事始克确定，亦即需由审判官予以价值判断，始克具体化”。²⁴

不确定法律概念具体化的方法，并非形成一套“构成要件”式封闭体系，而是应当“case by case”²⁵，经由个案提炼和充实具体标准。因此可以通过对前文案例素材的研判归纳，强化对于“明显不当”的经验掌握，将这一不确定法律概念“除规范化”²⁶，尝试总结“明显不当”审查标准的四个要素，便于实务操作，亦是开放性体系，有赖于新的案例实践不断提炼补充。

1. 普遍理性要素

“明显不当”审查标准中的明显性和重大性是一种普遍理性判断——既不是相对人的主观想象，也不是受过训练的法学家的认知能力，而是一个典型的、理智的公民的认识。²⁷因此普遍理性是“明显不当”审查标准中最具包容性的考量要素。例如美国法上将行政裁量的司法审查表述为 rational basis review（理性基础的审查），并确立 reasoned decision-making standard²⁸，把“合乎逻辑”作为审查标准。

普遍理性是基准要素，兼具抽象性和开放性，在其项下还有经由

²⁴ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 185 页。

²⁵ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 186 页。

²⁶ 参见【德】Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社 2011 年版，第 57 页。

²⁷ 【德】哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 251 页。

²⁸ 【美】恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文：《行政法》（英文影印本），法律出版社第 93 页、96 页。

个案发展得出的若干具体标准，包括但不限于以下几类：在未充分说明理由的情况下不遵守先例和诺言、未考虑相关因素、未能更加谨慎详细的调查、侵及信赖利益、同等情况不同处理等。

例：（2015）攀行终字第 33 号行政判决中，被诉国土资源部门未全面考虑地质灾害成因报告中的列明的三方面因素，仅将成因之一的行为主体翁某某认定为治理责任主体，而未对地质灾害其他人为因素主体的责任予以认定，作出的《责任认定书》明显不当。本案中被诉行政行为未全面考虑相关因素，导致没有认定同样应该承担责任的其他主体，也违反同等情况同等处理的平等原则。

2. 合目的性要素

耶林指出“目的乃系一切法律的创造者”，行政机关对法律的解释和执行，必须符合立法目的和行政目的。评判行政裁量是否明显不当，应考虑合目的性要素。

一是行政机关解释法律明显违背立法目的，可认定明显不当。例：（2015）遂行初字第 6 号行政判决中，职工脑死亡无可逆转的情况下应家属要求继续抢救，被诉社保部门认定职工死亡的时间超过“48 小时”界限，不予认定工伤，法院认为目前死亡标准是脑死亡还是心跳停止存在争议，按工伤保险条例立法目的，应作有利于劳动者的解释，被诉不予认定工伤决定明显不当。

二是行政机关行为选择明显不符合行政管理目标，可认定明显不当。例：（2015）牡行初字第 7 号行政判决中，公安机关履责应当符合加强治安管理、维护社会秩序的目标，却对“家庭内部矛盾引起的不法侵害”作出《不予调查处理告知书》，明显不符合行政目的，属于明显不当。

3. 合比例性要素

明显不当涉及行政行为是否逾越不合理“度”的问题，因此目的与手段的比例、实现法益与侵及法益的比例，都是法院审查要素。关

于手段与目的的关系前项已述，此处主要考量行政手段的必要性和均衡性。必要性指在多种行为方式可选情况下，应采用对相对人权益损害最小的方式；均衡性指行为方式所达成的行政目标与侵及的相对人权益之间“损”与“益”合比例、不悬殊，达到均衡。例：（2015）日行终字第74号行政判决中，被诉拆除违章建筑行为，不必要地增加上诉人损失，对其权益造成过度损害，因此属于明显不当。

4. 程序正当要素

行政过程中程序合法是底线要求，程序正当则是实质法治理念下的更高要求。针对程序中的裁量事项，评判其是否明显不当，要考虑程序正当要素，用正当程序原则去衡量。

如果行政机关完整履行了法定程序，但在时限、方式、顺序的选择上未能全面考虑案件事实和行政相对人权益保护的实际需求，侵犯了行政相对人重要的程序权利，则构成明显不当。例：（2015）德中行终字第54号行政判决中，被诉社保部门于7月3日向用工单位送达限期举证通知书，限其在7月4日前提交证据，预留的举证时间明显不足，事实上剥夺用人单位在行政程序中的举证权利，属于程序裁量明显不当。

结语：对《行政诉讼法》第七十条第（六）项的司法解释（建议）

随着国家治理体系和治理能力的现代化，法治政府的实践也会获得强大的现实支撑。²⁹此时对“明显不当”款项的精准适用意义尤其彰显，概因法治政府场域下尖锐矛盾聚焦之处多为行政行为是否恰当而非是否违法，故需着力解决合理性审查障碍。本文对“明显不当”提出司法解释（建议），具体条文如下，并就解释条文主旨、理解以及适用中需注意的问题形成附件，以期产生微末价值。

具体条文：行政诉讼法第七十条第（六）项规定的“明显不当”

²⁹ 杨海坤、樊响：《法治政府：一个概念的简明史》，载《法律科学》2016年第1期，第34页。

是指行政机关在法律、法规、规章授权范围内行使裁量权时存在以下情形：

- （一）明显不符合客观实际或者生活经验法则；
- （二）明显不符合立法目的或者行政管理目标；
- （三）给行政相对人权益造成不必要的过度损害；
- （四）虽未违反法定程序，但是损害行政相对人重要的程序权利；
- （五）其他明显不合理的情形。

附件

司法解释（建议）条文主旨、理解以及审判实践中应当注意的问题

【解释条文】

行政诉讼法第七十条第（六）项规定的“明显不当”是指行政机关在法律、法规、规章授权范围内行使裁量权时存在以下情形：

- （一）明显不符合客观实际或者生活经验法则；
- （二）明显不符合立法目的或者行政管理目标；
- （三）给行政相对人权益造成不必要的过度损害；
- （四）虽未违反法定程序，但是损害行政相对人重要的程序权利；
- （五）其他明显不合理的情形。

【条文主旨】

本条是对行政诉讼法第七十条第（六）项规定的“明显不当”的解释。

【条文理解】

本条主要从明显不当的存在领域、具体情形、重要特征和必要结果等方面作出开放性列举的解释。规定本条的主要目的是进一步明晰“明显不当”的评判标准。尽管行政诉讼法修改时明确了对于明显不当行政行为，人民法院可以作出撤销判决、确认违法判决、变更判决，但司法实践中，“明显不当”的认定标准不清，尤其是与行政诉讼法第七十条前五项规定情形的认定标准相混淆，导致对行政裁量行为尚无实质性审查标准，或仅作为兜底条款，不能有效保证该项规定在司法实践中充分适用，又因为行政诉讼法合法性审查原则之规定，导致“明显不当”这种只有通过合理性审查才能发现的情形不能被有效甄别，从而导致人民法院对于明显不合理的行政行为监督乏力，不利于

行政争议的实质解决。

关于明显不当的存在领域。明显不当情形主要存在于行政过程中的裁量领域。人民法院进行审查时尤其需要注意的是，行政主体裁量的运用不仅存在于案件或问题的最终处置方面，而且存在于行政过程的各个环节。司法审查中，应将“明显不当”评判时点从行政行为实体处理结果延伸至整个行政过程，全面考察行政主体在事实认定、解释法律、履行程序、作出处理结果等环节是否存在明显不当的情形。行政诉讼法第七十条第（六）项规定的作为撤销理由的“明显不当”与同法第七十七条规定的行政处罚“明显不当”的审查范围不同，后者主要针对行政处罚的实体处理结果，而前者范围更广，覆盖了行政行为作出的全过程。

关于明显不当的具体情形。本条解释将行政诉讼法第七十条第（六）项中规定的“明显不当”情形列举为：“1、明显不符合客观实际或者生活经验法则；2、明显不符合立法目的或者行政管理目标；3、给行政相对人权益造成不必要的过度损害；4、虽未违反法定程序，但是损害行政相对人重要的程序权利；5、其他明显不合理的情形”这五项内容紧扣“明显不当”的客观理性判断标准，抽象性和具体想相结合，便于司法实务操作，也是对比例原则、正当程序原则等司法适用频率和熟练程度较高的行政法基本原则的具体体现。同时，如此规定与目前行政行为合理的主要表现和行政相对人的主要质疑之处相吻合。例如，近日河南某地为治理大气污染强制关闭城区大多数中小饭店的行政行为，并未出现行政诉讼法第七十条前五项规定的情形，但因其采取的方式与行政目的极其不相称，且其未充分考虑影响涉事经营者的合法权益，可以援引行政诉讼法第七十条第（六）项的规定认定为明显不当。同时鉴于“明显不当”的包容性、开放性和发展性，司法解释无法穷尽列举，因此本条为开放式列举，设置“其他明显不合理情形”的兜底条款，便于人民法院因情势灵活行使司法裁

量权，为“明显不当”评判标准适应法治政府水平和公民法治意识提升、社会经济发展等情势变化预留空间。

关于明显不当的重要特征。明显不当的重要特征主要存在于“明显”而非“不当”，区别是否明显是行政行为能否接受法院审查认定的关键所在，归根结底就是显而易见性。所谓显而易见，是指一个通常意义上的理智的人毫无争议一眼就能看出的情形。这个通常意义上的理智的人首先需要是一个了解相关情况的人，这就排除了因受干扰、煽动、欺骗而作出的意志不自由的偏差判断，其次还需要是一个通情达理的人，不偏激、不妄言，客观、中立，这就排除了因个人主观意志对普遍价值判断带来的对抗与挑战。从而得出有些事情如此荒谬以致具有一般理智的人都不认为行政机关在正当地行使权力的结论，以认定明显不当。

关于明显不当的必要结果。给行政相对人的合法权益造成损害应成为法院认定行政行为明显不当并对相对人予以救济的必然要求。若行政相对人合法权益无损害，相应的行政诉讼程序难以进入，相应的司法审查和救济无必要。故法院在审查认定行政行为明显不当时应将其对行政相对人带来的权益损害作为认定基础，无损害则无审查，无审查则无认定，无认定则无救济。

【审判实践中应当注意的问题】

首先，审查行政行为是否合理后，对可能存在明显不当的情形依据司法解释规定进行精准评判，对于不当但非明显情形应充分尊重行政主体裁量权的行使，因为行政主体在其领域内作出行政行为具有更专业的判断能力。

其次，在审查认定行政行为明显不当后的裁判文书论理部分，应避免出现将行政诉讼法第七十条前五项内容作为明显不当原因的说明，若行政行为既存在前五项中的某个或多个情形，又存在明显不当情形，应分别说明理由，逐项引用相应款项。

再次，在审查认定明显不当行政行为后的司法救济角度，除行政诉讼法第七十条规定的撤销、部分撤销和重作之外，如果符合行政诉讼法第七十七条，可适用变更判决，如果符合行政诉讼法第七十四条，可适用确认违法判决。针对司法审查中发现的行政行为合理性问题，人民法院应用足用好司法建议制度，促进行政主体依法行政、合理行政。总之，人民法院对“明显不当”行政行为的处理选择应当符合行政诉讼法“监督行政机关依法行使职权，解决行政争议”的立法目的。

最后，“明显不当”的评判标准具有较强经验性，是通过案例解释并发展法律的良好平台和空间，需要各级法院通过个案的精准裁判、详细论理，并由最高人民法院适时发布指导性案例，不断提炼总结，逐步规范该条款的适用。