

# 行政裁量权司法审查边界的完善

关却卓玛<sup>1\*</sup>，吉忠杰<sup>1</sup>

(1.西藏民族大学法学院，陕西省咸阳市，712082；

\* 通讯作者，2102325836@qq.com)

**摘要：**明晰行政裁量权司法审查边界，可规范司法权与行政权关系。针对审查标准模糊问题，可通过提炼相关案例规则、对比事实，形成专业化细化规则。行政裁量权强度失衡易致过度干预行政专业判断或审查不足，而司法尊重与适度谦抑下的合法性审查方法，能补充上述细化规则。借鉴德国行政判断余地理论，将其与我国本土类似审查原则适配，可为完善我国行政裁量权司法审查边界提供思路。

**关键词：**裁量权；司法审查；判断余地理论；本土化

## 引言

行政裁量权的普遍性与司法审查的必要性是行政裁量权司法审查问题存在的基础。当代行政事务的复杂化导致裁量权扩张，行政裁量基准从出现到发展极为迅速。裁量基准应用于行政执法实践成功的首次范例，是浙江省金华市公安局于2004年2月制定的《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》。在此之前，以江苏省南京市为主的其它市级从2003年伊始相继开展了规范行政执法自由裁量权试点工作 [1]。正因为行政裁量权普遍存在于行政生活中，涉及行政法理论中的具体行政行为和抽象行政行为、实体法与程序法、行政过程中的要件选择与效果选择，也涉及到行政实践当中的经济管理、社会事务管理、市场监管、环境保护、公共卫生、应急管理等领域，行政裁量权的重要性也日益凸显。正如法谚有云：“不确定性在法律中受到非难，但是极度确定性反而有损确定性。”行政裁量权存在并扩张，更深层次上实践对理论的一种指导。从国家层面对行政裁量基准制定方面出台的，涉及违法实施经营者集中、海关领域、证监会、煤矿安全监管监察、药品监督管理、市场监督管理等领域的一系列规范中，我们也可以窥见行政裁量权的普遍性与重要性。

司法审查是一种有效规范行政权的有限审查权。司法审查的必要性在于保障公民权利、维护宪法权威、实现权力规范和解决行政争议，最终为促进法治建设服务。司法审查在我国表现为一种有限的审查权，其有限性主要体现“附带”和“合法性”两个方面，法院通过行政诉讼案件附带审查涉案行政行为的合法性。喻中教授关于司法与行政“不同权力主体之间的相互纠缠或相互‘干预’，恰好还构成了一个政权内部各个分支机构之间相互联系、相互交往的纽带，构成了一个政治共同体内部的黏合剂。” [2] 的表述中，也能够感受到我国司法与行政之间的既相互独立又相互联系、相互规范的关系。受到我国传统“行政兼理司法”的行政与司法关系的影响，即我国传统的法观念和过去所认知的秩序建构方式和社会治理方式的影响，我国没有形成也无法形成西方“三权分立”模式下的司法与行政的制约关系。所以，笔者认为司法审查在我国行政与司法的关系上的表现为，行政与司法互动不是一种“剑拔弩张”，而是一种良性互动下有效解决问题的相互独立且友好关系。

关于行政裁量权司法审查的边界，在强调专业性效率的行政自主性与强调合法性与权利保障的司法监督之间，当产生不可调和的矛盾时，何种立场更符合我国法治社会的立场。我国现行审查标准的模糊性问题导致司法实践存在争议案件，例如贾淑萍与龙门石窟世界文化遗产园区管理委员会、龙门石窟街道办事处城乡建设行政管理案、魏某等与南平市人力资源和社会保障和社会保障行政管理议案等对“明显不当”的适用理解。因此，我们需要进一步制定较为明确的标准解释“明显不当”的含义。对涉及环保、医疗、交通等专业性行政领域的审查标准与界限问题也需要解决。对行政裁量权的审查强度方面，如何做到既不能过度干预，也不能审查不足。德国实践形成的判断余地理论为德国的司法与行政提供了重要价值，那么这一理论能否为我国的司法审查制度的完善提供有益的启示，这种理论所提倡的“专业尊重”“明显性标准”等内容能否对我国的司法实践产生正向价值等问题都值得我们思考。由此，笔者将通过对行政裁量权审查标准模糊

问题、行政裁量权审查轻度失衡问题、德国判断余地理论能否为本土行政裁量权司法审查提供有益经验等问题进行讨论。

## 1. 行政裁量权审查标准模糊问题

### 1.1. 《行政诉讼法》对“合法性审查”缺乏细化规则

法院对行政裁量权的司法审查主要是对行政裁量权的合法性审查。根据《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第6条“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查”的规定，对行政行为合法性审查的规定相对宏观，《行政诉讼法》司法解释中也并没有对总则部分予以解释。《行政诉讼法》第69条至第78条，通过法院的裁判方式对行政行为合法不合法，对不合法行为又从违法的严重程度进行了区别对待。具体而言，第69条规定行政行为合法时的处理方式，第70条开始对不合法的行政行为进行规定，为不同违法程度的行政行为规定了相应裁判方式，包括判决撤销或部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为、履行给付义务、确认违法，但不撤销行政行为、确认无效、判决变更等方式对行政行为的合法性进行司法审查。针对上述规定中的模糊性术语，《行政诉讼法》司法解释对“程序轻微违法”“重大且明显违法”“事实清楚”“权利义务关系明确”“争议不大”等做了相对明确的解释。这种解释也就是我们上述谈到的，涉及程序法的一种行政裁量权。具体查看相应内容，对于“程序轻微违法”的理解是处理期限轻微，通知、送达等程序轻微违法进行了细化，但这种例举是较少且相对模糊的，在程序上预留了较大的自主空间；“重大且明显违法”的细化也是相对模糊的细化，包括行政主体资格的判断、减损权利或者增加义务的行政行为的界定、行政行为的内容客观上不可能实施的认定标准是什么等也存在主观性相对较强的部分。这种需要法的适用者对法的解释还需要进行主观合理解释空间相对较大的事实，与行政法“法无授权不可为”的原则相违背。此外，《行政诉讼法》司法解释则在第十一部分专门规定了规范性文件的一并审查规则，其中第147条至第150条规定对规范性文件的附带审查进行了相对细致的程序规定。第148条第2款从越权、与上位法相抵触、无法可依情形下违法增加行政相对人的义务或减损行政相对人的合法权益、程序上的违法行为以及最后的兜底条款，相对明确地解释了何为“规范性文件不合法”。

### 1.2. 专业性行政领域的专业化审查不足

随着司法实践的发展，环保、医疗、交通等领域也出现了更具专业性问题的案件，比如涉及环保领域的“云南绿孔雀案”、LED显示屏光污染案、噪声环境侵权案，涉及医疗领域误诊误治、医疗美容、医疗过失认定、药品不良反应等案件，涉及交通领域的无人驾驶机动车、在行政裁量基准中引入数字化自动化处罚等，上述各类案件所体现的新时代的专业化特性突出。针对这类案件的审查，如果法官缺乏对这些领域的基础知识，在进行司法审查时，就只能回归到对条文本身的分析，而条文本身的抽象性和通用性可能会导致对特定专业领域的专业化特性审查的不明确与弱化。这就会导致一种是否以相关行政领域的专业化知识作为其合法性审查判断基础的问题。以医疗领域为例，医疗行为的专业性和复杂性使得司法审查面临较大挑战，需要专业的医学知识和法律知识相结合。基于这些领域的特殊性，需要国家在法律层面提供更高质量的专业性更强的司法审查规则。

结合上述分析，法院对行政裁量权的合法性审查主要通过对行政行为的合法性审查和相关规范性文件附带审查来实现对行政裁量权的司法审查。对行政行为的合法性审查中是否会存在对适当性的考量，进而影响对行政裁量权合法性的审查。认为合法性审查与合理性审查完全相区别是不太可能的。所以，《行政诉讼法》对“合法性审查”缺乏细化规则，就会带来合法性审查与合理性审查之间更加模糊的判断，而这种情形导致的不利结果就是对行政裁量权司法审查边界的模糊。而专业性行政领域的专业化司法审查的不足，会导致专业性行政领域司法审查的缺位，从长远角度考虑不利于保障权利、规范权力以及行政裁量权司法审查边界相对清晰化局面的形成。

### 1.3. 对行政裁量权审查标准模糊问题的对策

通过相关行政裁量权相关案例的规则提炼和事实对比操作，完善《行政诉讼法》对“合法性审查”的细化规则。虽然《行政诉讼法》作为行政诉讼领域的基础法律，需要注重全面性和普遍性，但在对《行政诉讼法》的司法解释中，应当继续细化对行政行为合法性审查的规定。最高法院作为司法解释的制定者，掌握着我国行政诉讼领域诉讼实践的基本情况，结合实践中出现的各类涉及司法审查的案件，对这类案件的本质进行整合归纳，最终抽象出更具实效性的司法审查规则。如此可以有效避免实践中法院认定行政行为“明显不当”进行统一的规范与适用逻辑，而不是以比例原则、未考虑相关因素、信赖保护原则、程序正当原则、未尽审慎审查义务等诸多法律原则、精神、目的等非正式法源作为判定标准。正因为规定的模糊性导致司法裁判的模糊性，所以应当随着我国司法实践的深入发展，逐步形成一种相对细化的标准，具体可以通过对相关

司法审查案例的规则提炼与事实对比。比如以道路交通领域的行政处罚裁量基准为例，存在“类案不同罚”现象，而这种现象在另一方面也体现出区域协同立法的重要性。

通过对专业性行政领域的个性化的调研，形成相对专业化的司法审查标准。在环保领域的司法审查要注重对环境违法行为的打击，如对非法排放污染物、破坏生态资源等行为进行严格审查和惩处，对涉及光污染、噪声污染、以及一种污染衍生出另一种污染的行为等都需要形成专业的判断标准，为此我国也建立了专门的审判组织体系。全国法院设立环境资源专门审判机构、组织从2014年的134个持续增长至2023年的2813个。推进审判职能归口机制，截止2023年底，全国共有1200余家法院实行“三合一”归口[3]。类似专业化较强的审查职能机制的构建也应当运用到医疗和交通等领域，以便有效应对医疗领域的司法审查对患者权益的保护和对医疗行为的规范。交通领域更是如此，随着交通智能化和信息化的发展，对于智能交通系统的应用、自动驾驶技术引发的交通事故等问题的司法审查需要更具专业化的判断标准，而具体判断标准的建构需要结合具体的案件进行试点研究。此外，专业性行政领域需要复合型性人才的培养，至少培养类似“环保+法律”“医疗+法律”“交通+法律”等相对熟知两个领域内知识的人才的培养，以便为形成这类领域行政裁量权专业化司法审查机制提供专业人员保障。

## 2. 行政裁量权审查强度失衡问题

### 2.1. 存在过度干预行政行为专业判断和对行政行为司法审查不足的行为

实践中存在法院替代行政主体作出专业判断的过度干预行为。从最高人民法院（2019）最高法行申9537号案件的行政裁定书裁判要点的分析中，谈到“尽管行政诉讼的目的是解决行政争议，监督行政机关依法行使职权，保护公民、法人和其他组织的合法权益，但是行政权和司法权在各自的领域承担着不同的职能，两者存在先后关系，对于诉讼中提出的请求，在行政机关未作出行政处理的情况下，司法机关不能代替行政机关进行先期裁量，司法权不能僭越行政权。”还有涉及山东法院生效案例关于在行政协议履行纠纷中，司法机关应当尊重行政机关的首次判断权。该案裁判要旨中指出，对于行政机关职权范围内未予判断处理的事项，应待行政机关先行处理后，法院再对其是否合法以及明显不当进行审查，认为司法权应当保持适度谦抑，不宜替代行政权就涉案金额进行查明和裁量，而是行政机关的首次判断权。

法院对程序瑕疵或明显不当行为回避审查的审查不足行为也存在。在行政诉讼中，对程序瑕疵的回避审查表现为，法院可能会对将一些程序上的小问题认定为“狭义程序瑕疵”，即不被撤销或确认违法，仅由法院予以指正并判决驳回诉讼请求。例如在林昌惠与石门县公安局行政处罚上诉案中，法院认为林昌惠经派出所工作人员口头传唤并强制带离现场，虽无证据证实工作人员将林昌惠强制带离现场时出示证件，但是该程序瑕疵尚不构成程序违法，最终驳回了原告的诉讼请求[4]。对明显不当行为的回避审查是在行政诉讼中相对常见的一种司法审查缺陷。包括问题部分谈到的三个案件，以及在环境行政处罚司法审查中会出现的，法院可能会因审查标准适用模糊以及缺乏统一的判断标准适用路径等原因，对一些明显不当的行为未进行充分审查。比如在一些案件中，法院对行政机关未参照本地裁量基准作出的行政处罚，未明确判定其是否属于明显不当。

综上，法院上述两种失范的司法审查行为的存在，归根结底依然是由于行政裁量权司法审查标准模糊导致的结果。而这种过度作为或者不作为现象，在任何权力的使用过程都需要进行防范，这也是对权力进行外在控制和内在自制机制存在的原因。因此，针对法院存在过度干预行政行为专业判断和对行政行为司法审查不足的行为，需要再程序进行完善，确保法院不偏不倚地用好司法审查权，为此提供一个相对明确的司法审查体制机制。

### 2.2. 完善行政裁量权审查强度失衡问题的建议

针对过度干预行政行为专业判断的行为方面，德国的判断余地理论能够为我国司法审查领域提供一种思路，该理论所强调的“专业尊重”在我国司法案件中也有类似说法的存在。比如上述问题部分谈到的“司法机关不能代替行政机关进行先期裁量”“司法机关应当尊重行政机关的首次判断权”“司法权应当保持适度谦抑”等类似说法，这种经过本土实践案例进行证成的观点，应当经过学界专家学者的努力，形成相对抽象且能够在我国实践通用的一种理论，这样也就和当下陈瑞华等学者所提倡的社科法学的理念相契合。正如有学者关于“裁量基准或指导案例，可以说是抽象的法律规范与具体的个案事实进行沟通的桥梁”[5]的描述，对过度干预行政行为专业判断的行为，可以通过对指导案例的规则提炼和事实对比，得出一份相对具体的本土的解决方案。

针对程序瑕疵或明显不当行为回避审查的审查不足行为，我们希望司法权保持谦抑，但这种谦抑需要合理的限度，过度的谦抑意味着法院在司法审查领域的失职。这里也体现出我们上述谈到的关于《行政诉讼法》“合法性审查”缺乏细化的弊端，比如《行政诉讼法》司法解释第96条的规定，“程序轻微违法”的解

释相对模糊,仍然需要司法实践进行相对主观的判断。而这过程中就涉及到行政裁量权司法审查的边界的模糊问题,在进行主观判断的时候,无法确定司法审查的结论是否是仅仅考虑了合法性审查,抑或是兼具合法性与合理性两种审查,因为我们无法基于一种主观判断得出的结论,得出另一种主观判断结论,面对这种或然性较强的情况,需要通过行政程序进行规范。具体可以采取强化听证程序、对裁判结果提供说理等行为,这也是目前我国司法实践所通常采用的方式。还有学者提出引入专家参与制度的建议,让专家作为陪审员参加庭审的行为,也具有较强的可操作性,法院在审理案件时,应当遵循法定程序,对案件进行全面、客观的审查。对于程序瑕疵或明显不当行为,不能轻易回避审查,而应当根据具体情况作出公正的裁决。

### 3. 德国判断余地理论本土化适配度思考

#### 3.1. 德国判断余地理论本土化适配度之我国学者见解

对于我国司法审查机制是否借鉴德国判断余地理论,张福广认为“德国对行政判断余地所采用的审查模式是建立于其严谨周密的制度保障基础之上的,并非轻而易举便可以套用的。...在引入相关的制度设计的同时,必须结合我国现有的制度框架、公务员的整体素质、法官的能力水平以及民众的法律意识程度,仔细区分中德的法律文化以及法治发展状况水平,将其所可能衍生的负面效果降到最低。”从这一陈述中,作者对引入德国判断余地理论并不反对,需要考虑我国的实际情况[6]。黄先雄认为“德国行政诉讼中司法权边界的形成,是与其宪政体制、法院分工格局、法定法官原则、二战后对公民权利的重视以及发达的公法理论等紧密相关的。...今天,德国行政法理论和制度不仅对日本和我国台湾地区产生了深远的影响,而且也是我国大陆学习和借鉴的主要对象。”[7]从文章的内容和这段文字的表述中,可以得知作者对德国的行政法理论评价很高,认为德国判断余地理论值得我国学习和借鉴。戴加佳认为“我国司法机关审查行政行为,虽未明确引入德国的判断余地理论,却具有某些近似的特征与类型。”[8]从这一表述中,可以得知作者认为我国司法审查中具有类似德国判断余地理论内涵的审查行政行为。郑智航则认为“本文试图在总结和梳理行政法上不确定性法律概念具体化的方法的前提下,分析法院如何对每种具体化方法进行审查,并给予何种密度的审查,以及在审查过程中如何保证行政机关的判断余地。”[9]从该作者论文中的表述来看,他并非将“判断余地”等同于德国判断余地理论,而是作为其字面意义上的理解,或者说是理解成一种通用的专业术语。通过对上述几位学者观点的简要分析,我国相关研究者对德国判断余地理论的态度是相对友好的,涉及本土化适配度方面,持客观公正的态度。从戴加佳认为我国行政行为具有类似德国判断余地理论的特征,到郑智航对“判断余地”的一般化理解,以及对如何保证行政机关的判断余地进行证成的行为中,我们明确能够得知,判断余地作为一种服务于司法实践的功能是被认可的。

#### 3.2. 德国判断余地理论的本土化可能性

认为德国行政判断余地理论能够在一定限度内为我国行政裁量权司法审查存在的问题提供有效思路。德国判断余地理论中的“专业尊重”能够在行政裁量权的行使过程中发挥作用。“专业尊重”或“司法尊重”理解为法官在审查行政行为时,应当充分尊重行政机关在其行政管理专业范围内所作的判断,而不应轻易地以自己的判断代替行政机关的判断,除非存在越权或者滥用职权[10]。这一理论所表达的内涵在上述第三部分提到的山东生效的案例中也有体现,“司法机关应当尊重行政机关的首次判断权”“司法权应当保持适度谦抑”这种表述已经表现出一种较为浓厚的“专业尊重”意味。德国判断余地理论中涉及“明显性标准”的判断方法、预测性决定与风险评估决定等在德国的适用,为我们提供了一种德国方法。面对我国行政裁量权审查标准模糊和审查强度偶尔失衡的问题,我国司法实践已经在探索形成一种生成于本土的,类似德国判断余地理论所具有的内涵的本土化方案。笔者也认同将“判断余地”作一般意义上的理解,将其作为一种行政领域专业术语,不必然将其理解为德国的判断余地理论。判断余地产生于不确定性法律概念的必然存在,对“明显不当”等行政法上不确定法律概念的存在,要求行政权力机关需要对进一步具体化规范化。所以,我国存在的“行政裁量权”或者“自由裁量空间”的表述,对其进行相对片面的理解,也是一种判断余地。判断余地的优势在于,一方面,它在一定程度上明确了司法权和行政权边界,实现了行政效率与司法监督的平衡;另一方面,它又为行政机关行使裁量权的削弱了外部制约,可能会导致审查漏洞的存在。随着我国行政法治的逐步成熟,也逐渐形成并在不断完善行政自制理论,在相对缺乏外部审查的部分,行政机关内部形成自我约束机制,进而有效应对可能存在的审查漏洞。

### 4. 结语

在行政法治建设不断推进的当下,行政裁量权司法审查边界相对明晰的重要意义不言而喻。这一明晰化进程不仅能够有效避免司法权与行政权在实践中出现的权力交叉、职责模糊等问题,更能促使二者在各自的

法定框架内规范运行、良性互动，为行政行为的合法性与合理性提供双重保障，进而维护社会公平正义与公共利益的平衡。当前行政裁量权司法审查仍面临着诸多现实难题。首先，审查标准模糊的问题尤为突出，这不仅导致司法机关在审查过程中缺乏明确、统一的指引，容易出现同案不同判的现象，也使得行政机关在行使裁量权时难以准确把握合法边界，影响行政效率与公信力。针对这一问题，从司法实践经验来看，通过对大量行政裁量权相关案例进行系统性的规则提炼与深入的事实对比操作，进而形成专业化、精细化的司法审查标准细化规则，无疑是一条行之有效的解决路径。这些细化规则能够为司法机关提供具体、可操作的审查依据的同时，也能为行政机关行使裁量权提供清晰的行为指引，减少行政行为的不确定性。其次，行政裁量权审查强度失衡的问题也不容忽视。在实践中，部分案件中存在司法机关过度干预行政行为专业判断的情况，这不仅可能违背行政权的运行规律，影响行政机关的专业决策效率，也可能导致司法资源的不当浪费；而在另一些案件中，又存在对行政行为司法审查不足的问题，使得行政裁量权的滥用缺乏有效的制约，损害行政相对人的合法权益与社会公共利益。对此，以司法尊重和适度谦抑为原则的合法性审查方法显得尤为重要。这种审查方法既能够充分尊重行政机关在专业领域的判断优势，避免司法权的过度介入，又能够通过合法性审查的底线把控，确保行政行为不偏离法治轨道，有效补充行政裁量权审查标准细化规则 and 专业化司法审查标准的不足，实现司法审查强度的精准平衡。最后，在完善我国行政裁量权司法审查制度的过程中，借鉴他国的有益经验也具有重要的现实意义。德国的行政判断余地理论便是其中的典型代表，该理论在合理划分司法权与行政权审查边界、尊重行政机关专业判断等方面积累了丰富的实践经验。将这一理论与我国本土既有的类似行政审查原则进行有效适配，不仅能够为我国行政裁量权司法审查制度的完善提供新的思路与视角，更能够推动我国司法审查制度在立足本土实际的基础上，吸收借鉴国际先进法治经验，不断提升制度的科学性与合理性。综上，通过明晰行政裁量权司法审查边界、细化司法审查标准、平衡审查强度以及合理借鉴他国经验等一系列举措，将持续推动我国行政裁量权司法审查制度的完善与发展，最终为构建具有中国特色、符合中国法治建设实际需求的司法审查实践体系提供坚实助力，为我国行政法治的深入推进与国家治理体系和治理能力现代化的实现奠定重要基础。

## 参考文献

- [1] 余凌云.游走在规范与僵化之间——对金华行政裁量基准实践的思考[J].清华法学,2008(3): 54-80.
- [2] 喻中.从“行政兼理司法”到“司法兼理行政”——我国“司法—行政”关系模式的变迁[J].清华法学,2012,6(5): 19-29.
- [3] 杨临萍.环境司法护航美丽中国[J].环境与可持续发展,2024,49(4): 26-33.
- [4] 梁君瑜.行政程序瑕疵的三分法与司法审查[J].法学家,2017(3): 45-58+176-177.
- [5] 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[J].法学研究,2020,42(1): 52-66.
- [6] 张福广.德国行政判断余地的司法审查[J].行政法学研究,2017(1): 131-144.
- [7] 黄先雄.德国行政诉讼中司法权的边界及其成因[J].比较法研究,2013(2): 34-47.
- [8] 戴加佳.我国司法尊重的现状与检讨——以判断余地理论为分析工具[J].福建警察学院学报,2019,33(6): 46-57.
- [9] 郑智航.行政法上不确定性法律概念具体化的司法审查[J].政治与法律,2018(5): 111-121.
- [10] 伍劲松.行政判断余地之理论,范围及其规制[J].法学评论,2010,28(3): 146-154.