

过程性审查: 行政行为司法审查方法研究

刘东亮*

内容提要 为了应对行政行为领域日益增多的“复杂性”挑战,域外先进法治国家不约而同发展出了“过程性审查”这种不同于传统的实体性审查和程序性审查的司法审查新方法。过程性审查的本质是探索决定者的思维过程,即审查决定者的法律推理过程。过程性审查的运用,促进了行政行为说明理由制度的发展,并促进了学界对法律推理问题的关注和研究。当下中国的司法实践也在不自觉地运用过程性审查方法,但由于缺乏系统的理论指导,不时出现偏差。明确过程性审查方法,有多方面的重要意义,特别是有利于加强和规范裁判文书的释法说理。

关键词 行政行为 司法审查 过程性审查

近些年来,法院面临着越来越多的“复杂性”挑战。^①波斯纳所说的“复杂性”(complexity),意思并不是指“困难”(很多传统案件由于涉及到价值选择,一直都是司法过程中难以解决的棘手问题),而是指司法必须关注日益为科技进步所推动的社会生活,不得不着手解决对于大多数人而言难以理解,只有那些在某一领域具有专长者才能通晓的具有高度复杂性的技术障碍。波斯纳的言说背景虽然发生在域外,但是,在我国近年来很多涉及科学问题甚至是涉及科学不确定性 (scientific uncertainty) 问题的行政行为也开始进入司法审查领域。比如,有律师申请公开转基因生物信息遭拒而起诉农业部;^②有公民要求公开草甘膦除草剂“农达”的毒理信息,法院将转基因巨头孟山都公司追加为第三人,等等。^③这类案件以前很少出现,近期则频频发生。由于这些案件都关系到普遍的社会公共利益,法院如何进行审理,是一个非常值得研究的问题。例如,转基因食品究竟有害还是无害,“挺转”和“反转”的双方目前都拿不出具有高度确定性的“实质性证据”(substantial evidence)。对这类案件,作为裁判者的法院该如何审理并作

* 浙江工商大学法学院教授,法学博士。

① 参见 [美] 波斯纳《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社 2014 年版,第 67 页。

② 参见刘洋《律师诉农业部公开转基因信息败诉》,载《新京报》2015 年 4 月 8 日,第 A14 版。

③ 参见施磊、陈玥辛《美国孟山都被追加为当事人转基因官司升级跨国版》,载《长江商报》2015 年 4 月 6 日第 A03 版。

出判决呢?

周知,实体性审查(substantive review)和程序性审查(procedural review)是两种基本的司法审查方法。显然,与程序性审查相比,对此类问题进行实体性审查并不适宜。美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院首席法官贝兹伦(Bazelon, C. J.)曾指出:“由于由在技术上一无所知的法官对数学和科学证据进行实体性审查很不靠谱并可能带来严重危害,我一直认为,我们可以通过致力于加强对行政程序的审查而改善行政决策。”^④相比之下,程序性审查似乎是可取的审查方法。法官可能并无能力作出技术判断,不过,人们有理由认为他们是判断法律程序是否适当的专家。然而,仅仅从程序角度进行比较肤浅的形式审查并不足以确保行政机关作出恰当的决定,尤其是对于常常涉及重大公共利益的“政策性决定”而言,单纯的程序性审查是远远不够的。这就意味着,在传统的实体性审查和程序性审查之外,还需要寻求更合适的司法审查方法。

一、“过程性审查”的起源和流变: 域外先进法治国家的经验与启示

波斯纳所说的“复杂性”,在20世纪上半叶就已初露端倪。相对论和量子力学的诞生,特别是海森堡(W. K. Heisenberg)等人在1926-1927年间提出的不确定性原理(Uncertainty principle)预示了“后常规科学”(Post-normal science)日后的兴起。与后常规科学的发展相同步,涉及科学不确定性的行政行为从20世纪60、70年代起大量涌现。^⑤面对这些对社会发展具有深远影响的各式各样的新型行政行为,承担司法监督职责的法院当然不可能漠不关心、置身事外。

(一) 美国“专断、反复无常”标准的演化和“严格检视”之审查的产生

我们知道,二战结束以后,随着经济发展、科技进步、议会民主的衰落和帕金森定律的作用,“行政国家”(administrative state)的色彩越来越为明显。其外部特征表现为行政机构增加,行政职能扩张,行政权力膨胀;同时,具有浓厚裁量因素的行政机关的“政策性决定”(policy decisions)也越来越为常见。这些政策性决定不同于一般的行政行

^④ *Environmental Defense Fund, Inc. v. Ruckelshaus*, 439 F.2d 584 (D. C. Cir. 1971).

^⑤ 关于“后常规科学”与“科学不确定性”问题,参见于爽《库恩与“后常规科学”》,载《哲学研究》2012年第12期; Stephanie Tai, *Uncertainty About Uncertainty: The Impact of Judicial Decisions on Assessing Scientific Uncertainty*, 11 U. Pa. J. Const. L. 677 (2008).

为,它们很难被归类为传统的事实或者法律问题。^⑥

例如,为了执行1970年《职业安全与健康法》(Occupational Safety and Health Act),^⑦保护工人的健康,行政机关该如何划定低水平接触的苯或者石棉等有毒有害物质的剂量反应曲线(the dose-response curve)呢?这种剂量反应曲线是一个事实,但这种“事实”是包括行政机关在内的任何主体目前都无法获得的确切事实,因为从科学意义上讲,尚没有完全可靠的数据和信息可据以确定这种曲线图。除了“最佳”“最充分”“最高程度”的要求和指示之外,《职业安全与健康法》并没有告诉行政机关如何划定这种曲线图,比如指导行政机关假设有毒物质的剂量反应曲线始终是线性的(linear)。——如果有毒物质的剂量反应曲线始终是线性的,那么问题就会简单得多。以苯剂量反应曲线为例,行政机关有非常强有力的证据证明很高剂量的苯与血液疾病存在关系;还有弱一些但仍然属于实质性的证据证明高剂量的苯与白血病有关。然而,关于工作场所常见的低水平苯接触对健康的影响程度,则缺乏可靠的证据。因为,关于低水平苯接触对健康的影响,存在很多不同的结论,且都有相应的数据作为支撑。^⑧这缘起于一种乍看起来颇为怪异的事实:摄取一定剂量的有毒物质会使人变得更为强壮。药理学家称之为“毒物兴奋效应”(Hormesis):小剂量的有害物质有利于机体健康,可起到药物的治疗作用。一点点危害,只要不是很多,会造福于机体,使其成为更好的整体,因为它会触发某些过度补偿反应。^⑨这种毒性因子的双相剂量效应反映出有毒物质和机体健康之间存在一种非线性(nonlinear)的关系。

实际上,不仅有毒物质剂量反应曲线如此,整个世界都比我们想象中更加非线性,也比人们的意愿更加非线性。在线性情形下,变量之间的关系是明确、清晰而固定的,因此很容易用单个句子来表述,比如“银行存款增加10%能够使利息收入增加10%”。如果你有更多银行存款,你就会有更多利息收入。而非线性关系是不断变化的,或者

⑥ 政策性决定是行政机关在采取规制措施(regulation)时,需要判断什么样的规制是必要的或适宜的,以及什么程度或形式的规制是适当的之决定。政策性决定多表现为行政立法,但在有些情况下,政策性决定蕴含在比较具体的问题中,比如是否应当发放许可证或者是否应当资助、批准特定的项目等。政策性决定很大程度上依靠法律规定的权力或指示;政策性决定也依靠事实认定,但事实通常是立法性(legislative type)事实而非裁决性(adjudicatory type)事实。作出政策性决定的行政机关必须考虑的事实因素(如当前的社会状况、拟采取的规制会产生何种影响)通常是预测性的(predictive),其确定涉及行政机关专业知识的运用,这与一般指向过去发生的事件的裁决性事实有很大的不同。See Gary Lawson, *Federal Administrative Law*, Thomson Reuters, 582, 584 (2009); Jack M. Beerman, *Administrative Law*, Aspen Law & Business, 118 (2000).

⑦ 1970年,尼克松执政期间,美国国会通过了《职业安全与健康法》,强调在安全的工作场所工作是一项基本人权。该法第6章“职业安全与健康标准”第2条第5款规定“职业安全与健康管理局根据本条在制定处理有毒有害物质的标准时,应当根据最佳的(best)可获得的证据,在可行的范围内,确定最充分地(most adequately)确保没有工人将遭受肉体健康损害或者功能受损的标准,即使工人在工作期间经常接触到该标准所针对的危险物质。根据本条款而对标准所作的发展完善应当基于研究、证明、实验和其他可能适当的信息。除了达到对工人最高程度的(the highest degree)健康与安全保护外,其他需要考量的因素应当是在该领域最新获得的科学数据、该标准的可行性以及根据本法和其他健康与安全保护法律获得的经验……”根据该法,美国成立了职业安全与健康管理局(OSHA),隶属于劳工部,作为保障工人健康与安全的专门执法机关。

⑧ See Gary Lawson, *supra* note 6, 583 (2009).

⑨ 参见[美]塔勒布《反脆弱:从不确定性中获益》,雨珂译,中信出版社2014年版,第9页。

说,在非线性情形下,变量之间的关系是不明确、不清晰、不固定的,因此很难用单个句子表述。这种非线性关系在生活中比比皆是。而线性关系则多属于例外,并非常规现实。^⑩

因此,如果行政机关没有任何理论或者事实根据获得精确的低水平苯接触的剂量反应曲线,那么就没有科学方法可以确定何种标准是保护工人健康的最佳标准。换言之,为了履行保护工人健康的法定职责,行政机关不得不对苯剂量反应曲线作出某种猜测和假设。而从本质上来说,行政机关对苯剂量反应曲线的确定以及其他种种解决科学不确定性问题的决定,都是关于规制政策(regulatory policy)的选择。^⑪

复审苯接触标准的法院面临着与行政机关同样的难题。对于选择某种适当的剂量反应曲线,法院也没有更好的科学证据,更谈不上有何明确的法律根据。那么,法院如何审查行政机关的苯接触标准以及其他诸如如此类的政策性决定呢?

众所周知,美国司法审查的传统是区分事实和法律问题。事实问题的审查主要适用1946年《联邦行政程序法》(APA)第706条第2款第5项规定的“实质性证据”标准;法律问题的审查,根据APA第706条第1款,法院有完全的决定权(1984年谢弗朗判例(Chevron Case)以后演化为“合理遵从”标准)。^⑫此外,对程序问题的审查,APA第706条第2款第4项规定了“法定程序”标准,同时,宪法上的“正当程序条款”亦发挥着重要作用。

由于政策性决定属于行政裁量的一种类型,从字面含义上看,最适合审查政策性决定的审查标准是APA第706条第2款第1项规定的“专断、反复无常或滥用自由裁量权或其他不符合法律的情形”(arbitrary, capricious, abuse of discretion, ……),即美国行政法学上所谓的“专断和反复无常”标准。因为在审查政策性决定时,问题并不是(或者至少不仅仅是)是否存在确凿证据可证明行政决定的正当性,而是根据构成规制计划之基础的原则和政策,行政机关的决定是否讲得通(make sense)。^⑬对于这一问题,APA规定的“实质性证据”标准并无用武之地,该法规定的另外几种审查标准对政策性决定也无能为力。

那么,看起来最为适合的“专断和反复无常”标准是否可行呢?

在APA刚颁布时,由于受新政(New Deal)后期司法哲学的影响,法院倾向于放松对行政行为的审查。事实上,在APA颁布后的二十年间,法院对“专断和反复无常”标准的解释都是相当宽松的。行政机关的决定只要不是表面上看来就非常荒唐,或者说,只要行政决定具备最低限度的合理性(minimal rationality),法院原则上就会支持行政机关的决定。然而,到20世纪60年代末、70年代初,这种高度遵从的观念不再能够适应

^⑩ 参见[美]塔勒布《黑天鹅:如何应对不可预知的未来》,万丹、刘宁译,中信出版社2011年版,第90-91页。

^⑪ See Gary Lawson, *supra* note 6, 582 (2009).

^⑫ 谢弗朗判例要求,只要行政机关对法律的解释在合理的或者可允许的范围内,法院就应当遵从行政机关的解释。See *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

^⑬ See Jack M. Beerman, *Administrative Law*, Aspen Law & Business, 118 (2000).

司法审查的要求。特别是在公共选择学派“监管俘获理论”(Regulatory Capture Theory)的影响下,法院开始主张加强对行政行为的审查。很多人认为,当行政行为涉及个人在生命、健康和自由方面的重要利益时,应当进行严格的审查以保护那些重要的利益免受行政滥权之侵害。^⑭

对“专断和反复无常”标准的原初理解不再为法院所接受。那么,在审查政策性决定时,法院应当扮演什么角色?法院究竟应当怎样审查政策性决定?在这场关系到美国司法哲学和司法政策走向的变革和争论中,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院(D. C. Cir.)发挥了重要作用,其代表人物之一是前文提到的首席法官贝兹伦,其二是该院另一位法官利文撒尔(Judge Leventhal)。^⑮——在这场司法大论战中,D. C. Cir.之所以最为引人注目,与该院管辖的案件性质有很大关系。该院虽然只是美国13个联邦上诉法院之一,但由于它位于首都华盛顿哥伦比亚特区,因而审理了大量以联邦政府为被告的行政案件,很多被诉行政行为都属于典型的政策性决定,行政法上的很多重要原则也都是从该院的裁判发展而来。^⑯

如前所述,首席法官贝兹伦最初主张加强对行政程序的审查,而利文撒尔法官则提出了另一种不同的审查方法。在1969年韦特广播公司诉联邦通讯委员会案(WAIT Radio v. FCC)和1970年大波士顿电视台诉联邦通讯委员会案(Greater Boston Television Corp. v. FCC)中,利文撒尔主张对行政行为进行“适度遵从但仔细的审查”(moderately deferential but careful judicial scrutiny)。^⑰在由其执笔的判决书中,利文撒尔宣称:

“其监督职责要求法院不仅需要介入行政行为的程序缺陷,而且,特别是当法院从很多危险信号中了解到行政机关并没有真正严格检视(has not taken a “hard look”)那些突出的重要问题,且没有真正实施合情合理的决策时,法院就需要进行更深入的审查。不过,如果行政机关没有逃避此种重要任务,法院则需要自我抑制而确认行政决定,即使法院自身会作出不同的认定或者采纳不同的标准。由于存在无害性错误(harmless error)原则,法院不会因为那些微不足道的瑕疵而推翻行政决定。如果法院满意地认为行政机关运用相应的理由和标准严格检视了那些问题,法院就应当维持行政机关的裁定,尽管其离理想的清晰度还有距离……”^⑱

在这段判词中,利文撒尔提出了后来被称为“严格检视之审查”(hard look review)的审查标准和方法。利文撒尔法官的意见,经判决文书和各种研究文献的广泛传播,最终对联邦最高法院产生了深刻影响。在著名的1971年“奥弗顿公园案”(Citizens to

^⑭ See Thomas W. Merrill, *Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, 72 *Chicago-Kent Law Review* 1039 (1997); Patrick M. Garry, *Judicial Review and the “Hard Look” Doctrine*, 7 *Nevada Law Journal* 162 (2006).

^⑮ 该院的其他法官分属贝兹伦和利文撒尔两个阵营,只不过其他法官的观点较缺少前后一致性和明确性。See Gary Lawson, *supra* note 6, 586 (2009).

^⑯ See John G. Roberts, *What Makes the D. C. Circuit Different? A Historical Review*, 92 *Virginia Law Review* 375 (2006).

^⑰ See *WAIT Radio v. FCC*, 418 F.2d 1153 (D. C. Cir. 1969); *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841 (D. C. Cir. 1970).

^⑱ *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841, 851 (D. C. Cir. 1970).

Preserve Overton Park v. Volpe) 中, 联邦最高法院宣布, 对行政行为的司法审查应当“严密、仔细”(searching and careful); 行政行为不能逃避“完全、彻底、深入的司法审查”(thorough, probing, in-depth review)。^{①⑨}在五年后的“西拉俱乐部案”(Kleppe v. Sierra Club) 中, 联邦最高法院第一次明确采纳了“严格检视”的概念。最高法院援引利文撒尔在“自然资源保护委员会诉莫顿案”(Natural Resources Defense Council v. Morton) 中的判决意见称: 法院的唯一职责是确保行政机关严格检视了(has taken a “hard look”) (法律规定的) 环境影响; 对行政机关在其自由裁量权范围内采取的行为选择, 法院毋庸置疑。^{②⑩}

1983 年, 在著名的“汽车安全标准案”(汽车工业协会诉国农汽车互保公司案) 中,^{②⑪} 联邦最高法院对如何运用严格检视之审查作出了详细的解释。最高法院声称:

“根据专断、反复无常标准, 司法审查的范围是狭窄的, 法院不能用自己的判断取代行政机关的判断。但是, 行政机关必须考虑相关数据并对其行为作出令人满意的解释(a satisfactory explanation), 包括认定的事实和所作选择之间是否存在合理关联。在审查这种解释时, 我们必须审查行政决定是否建立在考虑相关因素的基础上, 以及是否存在明显的判断错误。通常, 如果行政机关根据国会无意使之考虑的因素, 完全没有考虑问题的重要方面, 对其决定提供的解释与有关的证据完全相左, 或者行政决定如此令人难以置信以至于不能归结为行政专家观点的不同, 那么, 这样的行政行为就属于专断和反复无常。复审法院不应该尝试自己弥补这些缺陷。我们不能为行政行为提供行政机关没有给出的合理根据……”^{②⑫}

2007 年, 在“马萨诸塞州诉联邦环保署案”(Massachusetts v. EPA) 中, 联邦最高法院再次运用严格检视之审查, 妥善处理了气候变化领域的科学不确定性和政府的管制问题。^{②⑬}

综上, 相对于较低要求的“专断和反复无常”, “严格检视”是一种强有力的司法审查形式。但就审查强度而言, 它又不超过, 或者稍弱于“实质性证据”标准。通常, 法院对行政机关应当提供合理的解释(reasoned explanation) 要求相当严格, 它们也善于发现行政机关提供的理由中的缺陷。^{②⑭}

作为一种脱胎于“专断和反复无常”并超越该标准的审查标准, 毋宁说, “严格检视”更是一种司法审查方法。因为它并不是一种单纯的“尺度”, 而主要是一种如何开展司法审查的方法。对法院进行“严格检视”时所使用的这种审查方法, 美国著名行政

^{①⑨} Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402, 415, 417 (1971).

^{②⑩} See Kleppe v. Sierra Club, 427 U.S. 390, 411 n. 21 (1976); Natural Resources Defense Council v. Morton, 458 F.2d 827 (D.C. Cir. 1972).

^{②⑪} See Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 463 U.S. 29 (1983).

^{②⑫} Id., 31.

^{②⑬} See Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007).

^{②⑭} See Gary Lawson, *supra* note 6, 668 (2009).

法学家劳森(Gary Lawson)将其概括为“过程性审查”(process review),以示与传统的实体性审查和程序性审查相区别。^⑤劳森解释说,实体性审查关注的是行政机关得出了什么结果(what),程序性审查关注的是行政机关是按照何种方式、步骤、顺序和时限,即如何(how)得出某一结果的,而过程性审查关注的则是行政机关为何(why)会得出某种结果。^⑥劳森指出,由于过程性审查最关注行政机关的推理过程,或许可称之为推理过程(reasoning process)或者决定过程(decision-making process)之审查。^⑦到1970年代前期,这种过程导向的司法审查方法(process-oriented review)已成为美国行政法学的确定内容,并成为现代行政行为司法审查制度的基础性原则(bedrock)。^⑧

(二) 德国、日本的“判断过程审查方法”

无独有偶,作为大陆法系国家的德国和日本,在20世纪70年代也不约而同地发展出“判断过程审查方法”,以解决同样的“复杂性”问题。而且,其发展出这种审查方法的进路也和美国如出一辙,即首先借助针对裁量行为的审查,进而演化出不同于传统司法审查的新方法。

与美国一样,德国和日本的(行政)法院早期亦不审查行政机关的自由裁量行为。但随着实质法治主义理念的发展,关于行政裁量的观念逐渐取得共识:所有的行政裁量都是法律授权的结果,并不存在完全不受法律约束的自由裁量。如果出现放任自流的行政裁量,则将危害法治主义。因此,谋求对行政裁量的统制,成为行政法学必不可少的课题。^⑨

德国行政法学认为,行政机关在适用法律作出行政行为时依次经过的四个阶段,包括调查和认定事实、解释和确定法定事实要件的内容、涵摄、确定法律后果,不仅是寻求逻辑结果的过程,而且也是一个判断性的认识过程。^⑩在传统裁量理论和“不确定法律概念”的基础上,德国行政法学发展出了“判断余地理论”,承认在某些特定领域内行政机关享有一定的自由空间。以属于政策性决定的计划行政为例,法院可以全面审查作为(利益和政策)权衡根据的计划之目的;计划的实体合法性只受有限的司法审查,审查内容主要针对权衡过程,包括是否存在权衡懈怠、权衡逾越、权衡滥用或者错误权衡等情形。^⑪

日本行政法学认为,研究裁量论的意义,即在于探究行政厅作出行政行为时的判断

^⑤ See Gary Lawson, *Outcome, Procedure and Process: Agency Duties of Explanation for Legal Conclusions*, 48 Rutgers L. Rev. 313 (1996). ——劳森教授曾两度担任大法官斯卡里亚(Justice Scalia)的法官助理,第一次即在斯卡里亚曾任职的D. C. Cir., 这使其很早就有机会关注“严格检视之审查”问题。

^⑥ *Id.*, 317-318.

^⑦ *Id.*, 318.

^⑧ See Gary Lawson, *supra* note 6, 593 (2009).

^⑨ 参见[德]毛雷尔《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第129页;[日]室井力主编《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第27页。

^⑩ 参见前引^⑨,毛雷尔书,第123页。

^⑪ 参见[德]沃尔夫等《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第372-373页。

过程。^②兼具“大陆法骨架”和“英美法精神”的日本,在借鉴德、美两国的基础上,明确提出了“判断过程审查方法”,其典型判例是1973年的“日光太郎杉案”。^③在该案中,东京高等法院认为行政厅“不当地、轻率地忽视了本来应该非常重视的诸要素、诸价值,其结果,应该考虑的因素没有考虑,或者对本来不应该考虑的因素予以了考虑,对本来不应该予以过重评价的事项给予了过重评价,当该控诉人(被告行政厅)的判断被这些因素所左右时,该控诉人的前述判断,即作为裁量判断的方法及其过程有错误时,构成违法。”^④

此外,在1975年群马中央公共汽车案和1992年伊方核电厂案中,日本最高法院强调,新营运公共汽车路线的政策合理性(群马案)以及对将来可能发生事项的预测(伊方案),法律将首次判断权赋予了行政厅,行政厅的判断应当具有“作为整体的行政过程的适当性、合理性和正常性”,法院则对行政厅的判断进行审查。^⑤室井力教授将这种审查方式概括为与“实体审查(理)”和“程序审查”相并列的“判断过程的审查方法”。^⑥

二、“过程性审查”的本质、审查路径和适用范围

为了深入理解“过程性审查”,我们尚需对过程性审查的本质、过程性审查的具体适用方法及其适用范围等问题做进一步分析、探索。

(一) “过程性审查”的适用范围: 从政策性决定向一般行政行为的扩展

如前所述,“严格检视之审查”(过程性审查)最开始主要是为了应对行政机关的政策性决定而从传统的“专断和反复无常”标准演化出来的一种审查标准和审查方法。过程性审查是用来控制行政机关的政策性决定即决策裁量(policy-making discretion)的工具。^⑦

事实上,过程性审查方法具有广泛的适用性。除了适用于决策裁量行为,包括各种涉及科学不确定性的行政行为、技术标准、行政立法、行政计划等,过程性审查亦可适用于执法裁量,如行政许可、行政处罚、行政裁决等;甚至,过程性审查亦适用于非裁量性的羁束行为,如行政确认、行政登记等。对此,有学者解释说,(判断)过程审查方式之所以具有泛用性,是因为其所立足的是这样一种特定的法律解释:“法将××判断授权给行政机关”。只要这种解释在特定行政案件中成立,那么,不管基于授权的行为是否可

^② 参见[日]盐野宏《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第91页。

^③ 该案的案情是:日本政府为准备举办奥运会,计划拓宽栃木县日光市的道路。为此,栃木县知事制定方案,拟征用“日光东照宫”(供奉德川家康的神社,后入选世界文化遗产)附近的土地,并砍伐其上有着600多年树龄的“太郎杉”。栃木县知事的计划获得建设大臣的批准。宗教法人“日光东照宫”遂以建设大臣为被告提起撤销诉讼。参见东京高等法院判决,昭和48年7月13日,《行裁例集》第24卷第6、7号(合集),第533页。

^④ 前引^②,盐野宏书,第99页。

^⑤ 参见前引^②,盐野宏书,第95页;杨建顺《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第445页。

^⑥ 参见前引^②,室井力主编书,第90-92页。

^⑦ See Gary Lawson, *supra* note 6, 668 (2009).

以理解为裁量行为,都可以并且应当适用判断过程审查方式。^{③⑧}

实际上,过程性审查具有广泛适用性的更深层原因是:任何行政行为都具有适用过程性审查的事实基础。^{③⑨}从认知科学的角度看,行政行为的事实认定过程,除了用证据证明相应的事实,也离不开行政机关对事实的解释。换言之,在实施行政行为的过程中,除了法律问题需要解释,事实问题也需要解释,哪怕是那些最显而易见的事实之认定也包含了认定主体的解释。德国哲学家尼采曾经说:“没有事实,只有解释。”^{④⑩}这固然夸大了事实认定过程中解释的作用,但其深刻地揭示出事实认定除了运用证据之证明,也离不开认定主体对事实的解释。当代风险管理思想家塔勒布(N. N. Taleb)称这种现象为“叙述谬误”(Narrative fallacy),即我们无法在不编造理由或者强加一种逻辑关系的情况下观察、描述一系列事实。——看过电影《罗生门》的人都非常容易理解这种“叙述谬误”。除了需要维护自身利益之外,出于降低复杂性、掌控外部世界的类本能需要,我们总是习惯于将客观事实加上自身所认可的理由和逻辑进行阐述。从而,对事实的解释与事实混合在一起,以使事实变得更容易被记住,更符合道理。^{④⑪}在认定事实之后,确定事实与法律规范之间关系的“涵摄”过程,无疑也是一个需要行政机关作出解释和判断的过程。因而,行政机关的事实认定、法律解释和涵摄以及最终决定的作出,都需要法院嗣后运用过程性审查方法审查判断行政机关的解释及其判断的正当性。

不仅如此,过程性审查还具有更深刻的哲学基础。我们知道,“过程”的含义远比“程序”更丰富;过程也比结果更为重要。从哲学意义上讲,“过程”具有本体论(Ontology)的意蕴。英国思想家怀特海(A. N. Whitehead)的“过程哲学”即以过程的观点看世界,认为过程即实在,实在即过程,过程与世界是同一的,整个世界就是一个由众多演化过程组成的结构,过程是世界的普遍逻辑。^{④⑫}简言之,一切事物都作为过程而存在。怀特海还指出:“恰当的检验不是检验最终结果,而是对过程的检验”。^{④⑬}作为过程性审查方法的“严格检视之审查”,正是对这一过程哲学之主张的最佳阐释。无疑,对行政过程的控制,其意义要远远大于对行政结果的控制。

(二)“过程性审查”的本质:探索决定者的思维过程

熟读王名扬先生《美国行政法》的中国学者都知道,美国行政法上有一个重要原则:不探索决定者的思维过程。^{④⑭}遗憾的是,这个由系列摩根案(Morgan Cases)所确立的原则始于20世纪30、40年代;王老的著作对该原则后来的发展走向虽有论及,但并未充分

③⑧ 参见王天华《行政裁量与判断过程审查方式》,载《清华法学》2009年第3期。

③⑨ 这里的“事实”不仅指证据法学意义上的事实,也包括法律制度。英国法哲学家麦考密克指出,法律是一种“制度性事实”。参见[英]麦考密克、魏因贝格尔《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第60页。

④⑩ 参见[英]费恩《尼采的锤子:哲学大师的25种思维工具》,黄惟郁译,新华出版社2010年版,第127页。

④⑪ 参见前引⑩,塔勒布书,第64页。

④⑫ 参见[英]怀特海《过程与实在》,李步楼译,商务印书馆2011年版;闫顺利《马克思主义过程论:一种实践过程思维方式》,中国书籍出版社2013年版,序言,第4页。

④⑬ 前引④⑫,怀特海书,第26页。

④⑭ 参见王名扬《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第502-508页。

展开。因此,中国学界对该原则多有误读。

摩根案起因于农业部长为执行 1921 年《畜牧养殖和加工法》(Packers and Stockyards Act) 而颁布的一个限制堪萨斯市牲畜交易市场经纪人可收取的最高服务费的规章 (Order)。案件先后四次上诉到联邦最高法院。^{④⑤}在 1936 年摩根第一案中,最高法院裁决:“作决定者必须听证 (The one who decides must hear)。”当然,最高法院解释说,这并不意味着作出决定者必须亲自 (personally) 参与听证,而是说听证必须是实质意义的 (in a substantial sense)。决定者作出决定时必须真正考虑了听证程序中的证据和辩论。^{④⑥}最高法院指出,制定规章的行为不同于一般的执法行为,这种行为既具有立法性 (部长在确定费率时成为国会的代理人),同时又具有准司法性,因为这种行为需要收集、衡量证据,在考虑证据的基础上确定事实,再根据确定的事实颁布规章。^{④⑦}

联邦最高法院将摩根案发回地区法院重审,以查明农业部长的决定是否经过了适当的听证,即是否符合“决定者必须听证”原则,从而附带产生了一个问题:为了确定部长的决定是否符合这一要求,法院能够在多大程度上审查部长作出决定的思维过程,以确定部长是否认真考虑了听证程序中的证据和辩论。^{④⑧}在 1938 年摩根第二案中,联邦最高法院同意了政府方提出的论点,认为探索部长的思维过程不属于法院的职能,^{④⑨}但以程序存在严重缺陷,未满足法律规定的“完全听证” (full hearing) 为由,确认农业部长颁布的规章无效。^{⑤①}

联邦最高法院在摩根第二案中声称不能探索部长的思维过程,但没有给出为什么不能这样做的理由。在其后的 1941 年摩根第四案中,最高法院声称:农业部长作出决定的过程具有类似司法过程的性质。如果对法官作出裁判的过程进行询问,将有害于司法责任……正如法官不能受到这种拷问一样,行政过程的忠诚正直 (integrity) 也必须予以同样尊重。我们在摩根第三案中已经指出,尽管行政过程的展开方式和法院的司法过程有些不同,但是它们都应被视为实现正义的协作工具 (collaborative instrumentalities),每一方适当的独立性都应当被另一方所尊重。^{⑤②}

摩根第四案确立的“不探索决定者的思维过程”之原则,大大削弱了摩根第一案确立的“决定者必须听证”原则。因为,如果法院不探索决定者的思维过程,要想证明决定者是否认真考虑了听证材料非常困难。由于不探索决定者的思维过程会给司法审查带来障碍,因此,在前述 1971 年“奥弗顿公园案”中,联邦最高法院宣称,对行政行为的审

^{④⑤} See *Morgan v. United States*, 298 U. S. 468 (1936); *Morgan v. United States*, 304 U. S. 1 (1938); *United States v. Morgan*, 307 U. S. 183 (1939); *United States v. Morgan*, 313 U. S. 409 (1941).

^{④⑥} See *Morgan v. United States*, 298 U. S. 468, 481 (1936).

^{④⑦} *Id.*, 481.

^{④⑧} 农业部长在地区法院出庭作证时绘声绘色地辩称,在签署规章之前他如何考虑了这些证据。当然,农业部长在法庭所作的申辩不一定完全符合事实。See *Morgan v. United States*, 304 U. S. 1, 18 (1938).

^{④⑨} *Id.*, 18.

^{⑤①} *Id.*, 22.

^{⑤②} See *United States v. Morgan*, 313 U. S. 409, 422 (1941); *United States v. Morgan*, 307 U. S. 183, 191 (1939).

查应当“严密、仔细”(searching and careful);行政行为不能逃避“完全、彻底、深入的司法审查”(thorough, probing, in-depth review)。^{⑤②}这实际上是废止了“不探索决定者的思维过程”,而改采“探索决定者的思维过程”。美国自1970年代通过一系列案件逐步确立“严格检视”审查标准和“过程性审查方法”,其本质就是探索决定者的思维过程。

那么,如何探索决定者的思维过程呢?借用中国古人的话来说:“子非鱼,安知鱼之乐?”^{⑤③}探索决定者的思维过程,当然有一定困难,但这并不意味着人的思维过程完全无法探索。决定者的思维过程并非纯粹的“黑箱”。虽然从人类对思维活动的认识来看,绝对的“白箱”也许可望而不可即,但通过一定的方式将决定者的思维过程转化为“灰箱”甚或“白箱”是可以做得到的。^{⑤④}在法律领域,这种探索方式是借助于决定者的“说理”,即由决定者说明:我为什么这么做(即前述过程性审查所针对的问题“why”)。不难理解,一个合理的(reasonable)行政行为最起码要有理由(reason),附具理由的行政行为才属于理性的(rational)行政行为。法院的裁判文书同样如此。——从20世纪70年代起,行政行为说明理由制度在美国得到了长足发展,正是过程性审查方法促成的结果。D. C. Cir. 在1973年的一个案件中宣布:“行政机关必须说明行政决定的理由,这是行政法的一项基本原则。”^{⑤⑤}在同年的另一个案件中,该法院指出,说明理由的义务不限于正式行政程序,而适用于所有的行政决定。^{⑤⑥}可以说,过程性审查对美国的行政程序法发挥了明显的推动作用,它使得“正当程序”的内涵和外延都得到极大的丰富和发展。^{⑤⑦}美国的“正当程序革命”正是在司法审查方法革新的大背景下才得以产生的;这也是司法审查制度对行政程序发挥反向作用的一个鲜明例证。

(三)“过程性审查”的审查路径:要求“合理的解释”和对“推理过程”之审查

如前所述,法院在探索决定者的思维过程时,要求行政机关必须对行政决定提供合理的解释(reasoned explanation)。而在审查行政机关的解释时,什么样的解释算是支持行政行为的充分理由(good reasons)呢?技术方面并非擅长的法院如何评估行政机关的解释的合理性法官如何避免被行政机关或者被反对行政行为的当事人的律师和专家“牵着鼻子走”(being snowed)^{⑤⑧}

在利文撒尔最初提出“严格检视之审查”时,“严格检视”只是要求法院确保行政机关认真考虑了行政决定涉及的所有重要事实和问题。然而,随着时间推移,这一术语逐

^{⑤②} See *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U. S. 402, 415, 417 (1971).

^{⑤③} 《庄子·秋水》。

^{⑤④} 人工智能领域近年来的飞速发展已经充分说明,人的思维过程不仅是可探索的,甚至可以模拟“阿尔法狗”战胜人类棋王就是一个绝佳的例子。

^{⑤⑤} *Brooks v. AEC*, 476 F.2d 924, 927 (D. C. Cir. 1973).

^{⑤⑥} See *Citizens Assn. v. Zoning Comm.*, 477 F.2d 402 (D. C. Cir. 1973).

^{⑤⑦} 关于“正当程序”的内涵和外延之发展,参见刘东亮《什么是正当法律程序》,载《中国法学》2010年第4期;刘东亮:《论实体性正当程序》,载《法治研究》2017年第2期。

^{⑤⑧} See Gary Lawson, *supra* note 6, 630, 631 (2009).

渐扩展到要求法院对行政机关作出行政决定的过程进行“严格检视”。^{⑤⑨}这种变化并不奇怪。因为,除非法院充分知晓某一问题而能识别其重要特征,否则法院就不清楚行政机关是否真正考虑了该问题涉及的诸要素。或者说,除非法院充分了解需要讨论的专门问题以区分可信的推理和不可信的推理,否则法院就不能评估行政机关推理的可信性。如果法院不打算在那些复杂案件中仅仅扮演橡皮图章的作用,法院就必须置身其中,深入了解行政机关所面临的问题的技术细节。^{⑥⑩}

劳森教授指出,考虑到法院堆积如山的案件,这是一项没有希望完成的任务。法官需要复审很多涉及各不相同的主题的上诉。法官不是,也不可能是,足以胜任完全弄清楚哪怕是这些主题的一小部分内容的专家。如果法官打算严肃审查复杂的规制领域产生的行政决定,他们就需要帮助。^{⑥⑪}对此,一度与利文撒尔意见相左但后来亦转向“过程性审查”的贝兹伦法官指出:“在具有高度技术复杂性的案件中,防止不合理或者错误的行政决定的最好办法并不是由法官自己审查每一决定的技术问题,相反,最好的办法是建立一种能够容纳科学共同体(the scientific community)和公众(the public)之审查从而确保行政机关作出合理决定的决策过程。”^{⑥⑫}这段评论深刻揭示出合理的行政决策过程应当包含的两个重要方面:充分发挥科学共同体的作用和保障广泛的公众参与。特别是在涉及科学不确定性问题时,这两个方面是严格检视之审查的重要内容。

需要指出的是,法院在运用过程性审查方法时,要求行政机关提供“合理的解释”只是一个突破口,换用中国的话语说,它只是一个“抓手”。因为,对“理由”的审查具有一定的局限性。不难理解,事后的解释常常会添油加醋、添枝加叶,行政机关的呈堂证供未必是其作出决定时的真实理由。^{⑥⑬}因而,法院真正需要关注的是行政机关作出决定时的推理与论证过程。从这个角度而言,劳森教授把过程性审查称为“推理过程之审查”是十分切题的。

管理科学决策理论指出,任何决策在本质上都是一个辨别、分析和选择的逻辑过程。^{⑥⑭}逻辑就是研究评价一个论证的前提是否合理地支持其结论的方法。^{⑥⑮}因而,过程性

^{⑤⑨} See Matthew C. Stephenson, *A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review*, 58 *Administrative Law Review*, 754 (2006).

^{⑥⑩} See Gary Lawson, *supra* note 6, 631 (2009).

^{⑥⑪} *Id.*

^{⑥⑫} *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1 (D. C. Cir. 1976).

^{⑥⑬} 1943年美国证券交易委员会诉切纳里公司案确定:法院仅根据行政机关作出决定时所根据的理由判断其行为是否恰当,事后的解释是无效的。该原则后被称为“第一切纳里原则”(the First Chenery Rule)。See *SEC v. Chenery Corp.* 318 U.S. 80 (1943)。——在司法审查程序中,是否可以接受当事人提交的新的证据和理由?笔者认为可以接受,但仅仅限于那些构成“完整理由”(complete reasons)之内容的证据和理由。因为,在很多时候,当人们给出理由时,他们并不给出完整的理由。完整理由的观念并不是过分热衷于逻辑清晰的哲学家的杜撰,它奠定了我们理解“理由”的基础。关于“完整理由”的含义,参见[英]拉兹《实践理性与规范》,朱学平译,中国法制出版社2011年版,第11页。

^{⑥⑭} 参见[美]巴纳德《经理人员的职能》,王永贵译,机械工业出版社2016年版,第136页。

^{⑥⑮} 参见[美]雷曼《逻辑的力量》,杨武金译,中国人民大学出版社2010年版,第1页。

审查非常关注行政机关的逻辑推理过程。在司法审查中,复审法官的核心任务是分析、辨别行政机关提供的理由及其所包含的论证中,哪些是有效论证/无效论证、可靠论证/不可靠论证、强论证/弱论证、可信论证/不可信论证,然后根据其论证的总体有效性作出行政决定成立或者不成立的判断。

当然,过程性审查关注行政机关的逻辑推理,并不是说逻辑推理是唯一需要关注的内容。事实上,在法律推理过程中,白纸黑字的法律条文与具体的案件事实并不总是一一对应的。尤其是在疑难案件中,法律规则和案件事实之间根本不存在单一的逻辑对应关系。那种认为所有的推理都可用三段论的演绎推理模式加以解决的简单化想法是典型的机械主义推理观。^{⑥⑥}霍姆斯大法官的名言“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”,即是说,把法律推理归结为纯粹的逻辑推理是站不住脚的,尤其是,法律推理决不仅仅是演绎推理和归纳推理等传统逻辑方法的运用,也包括模糊推理和概率推理等现代逻辑方法;在逻辑推理之外,还必须借助于经验方法(常识推理、直觉推理、类比推理、解释推理)、科学方法(自然科学推理、经济分析推理、社会心理推理)和哲学方法(辩证推理、因果推理)等多种推理方法。^{⑥⑦}

值得注意的是,1971年,国际法哲学—社会哲学协会(IVR)在布鲁塞尔召开的第五届世界大会将“法律论证”作为大会的议题。此后,法律论证理论成为各种国际和国内法哲学学术研讨会的主题,一大批法学家在此领域进行了开拓性的研究,取得令人瞩目的成果。例如,1974年,美国法学家博登海默(E. Bodenheim)修订再版其1962年初版的《法理学:法律哲学与法律方法》时,将原版中的“法律逻辑”一节更新为对“法律推理模式”的分析,并对价值判断在法律中的作用作了重新评估。^{⑥⑧}1976年,德国学者阿列克西(R. Alexy)在哥廷根大学完成了其研究法律论证的博士论文;1978年,其著作《法律论证理论》出版。同年,英国爱丁堡大学教授麦考密克(N. MacCormick)的《法律推理与法律理论》出版。^{⑥⑨}虽然难遽下结论说,过程性审查方法促成了西方法理学对法律推理问题的研究,但至少可以说,从20世纪70年代起,法律推理成为西方法理学的一个热点问题。这一热点问题的形成不是偶然的,从时间上看,它与过程性审查方法的兴起有内在联系。或许可以说,过程性审查的发展和学界对法律推理的关注与研究是互相促进、互为因果的。^{⑦①}

^{⑥⑥} 参见张保生《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第39页。

^{⑥⑦} 参见前引^{⑥⑥},张保生书,第244页。

^{⑥⑧} See E. Bodenheim, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, 1962 & 1974.

^{⑥⑨} 参见[德]阿列克西《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2012年版;[英]麦考密克《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版。

^{⑦①} 对法律推理的探讨,仍是我国法学研究的一块短板。由于法律推理是一个相当复杂的问题,需另作专文探讨,限于篇幅,本文不作展开。

三、中国适用“过程性审查”的司法实践和存在的问题

从功能等值(functional equivalence)的角度而言,各国法律制度的共同点远远大于它们之间的差异性。为了解决与前述域外先进法治国家面临的同样问题,当下中国在司法实践中实际上也发展出了“过程性审查”方法,只是我们的学说没有予以充分的留意和及时的提炼。^①

(一) 中国法院适用“过程性审查”的典型案列

1. 杨锦成、陈雪莲诉启东市公安局确认尸体无主侵权案^②

1992年8月27日,江苏省启东市境内发生车祸,一名男子丧生。启东警方接到报告后,即派员赴现场勘验,处理善后工作,并在报纸上刊登了认尸启事。之后,杨锦成、陈雪莲夫妇及顾某夫妇等多方前往认尸,都称死者是其亲属。9月8日,启东市公安局委托有关部门对死者进行了耻骨联合面鉴定,鉴定其年龄为24岁左右。9月10日,启东市公安局宣布,因顾某夫妇称失踪亲属年龄为37岁,杨锦成夫妇称失踪亲属年龄为29岁,因此该死者既非顾某亲属,也非杨锦成夫妇之子,属无主尸体。对此,杨锦成夫妇提出异议,要求保存尸体并对死者声带、毛发、血型等作进一步鉴定。与此同时,杨锦成夫妇所在的乡、村干部及部分群众前往启东认尸,都称死者系杨锦成夫妇之子。9月23日,启东市公安局认为继续冷藏尸体已无实际意义,指令殡仪馆将尸体火化。杨锦成夫妇不服,于同年10月7日向启东市人民法院提起行政诉讼。

启东市人民法院受理案件后,办案人员到原告所在地调查了未到启东认尸的、与原告之子相识的干部、群众、学生,他们所陈述的原告之子的相貌、身体特征与车祸死者相符。启东法院审理认为,对于面容未遭损伤、特征明显的尸体的辨认,主要从其外部特征与认尸者提供的失踪人容貌和身体特征予以比较识别。法医对死者的耻骨鉴定是判定其年龄的一个依据。不过,由耻骨联合面推断人的年龄,虽能确定一定的年龄范围,但由于每个人生长发育情况和生理状态各不相同,以及鉴定结论本身允许有误差,使得用耻骨联合面推断年龄没有绝对的排他性,不能作为确认“死者是谁”的证据使用。被告在多方争尸发生后,既未采取亲子、血型、毛发等鉴定补证措施,也未作细致深入的社会调查,仅以耻骨鉴定得出的允许误差的结论,绝对排除死者是原告之子,显然不妥,故被告认定该尸体无主的结论主要依据不足,裁判撤销被告对死者尸体无主的认定,并责令被告对死者的身份重新进行认定。

启东市公安局不服一审判决,向南通市中级人民法院提起上诉,称曾先后三次委托有关部门对“8.27”交通事故中死亡男子进行耻骨联合面骨骼年龄的人类学鉴定,鉴定结论均排除了死者是被上诉人亲属,请求二审法院查明事实,撤销一审判决。

^① 王天华教授在研究日本的“判断过程审查方式”时亦指出这一点。参见前引^③,王天华文。

^② 参见宋随军、梁凤云主编《行政诉讼证据案例与评析》,人民法院出版社2005年版,第389页。

二审期间,南通市中级人民法院将上诉人提供的车祸中死亡男子的耻骨和被上诉人提供的失踪人的毛发,一并委托南京医学院进行血型鉴定,结论是两者均为“A”型。

南通市中级人民法院审理认为,启东市公安局在多方争尸的情况下,未能对认尸者提供的失踪人容貌、身体特征与尸体进行分析辨认,也未采取亲子、血型、毛发等鉴定补证措施,仅委托有关部门对死者的耻骨进行年龄鉴定,措施明显失当。尽管耻骨鉴定年龄是客观公正的,但该鉴定只能确定一定的年龄范围,没有绝对的排他性,仅凭该鉴定来认定死者尸体无主,证据不足。被上诉人提供的证据与原审法院查证的结果相符,且有南京医学院对耻骨与毛发血型鉴定佐证。据此,上诉人认定死者尸体无主存在错误,判决驳回上诉,维持原判。

从本案的案情和一、二审判决书的裁判理由来看,两级法院均明显采取了“过程性审查”方法。

2. 丰浩江等人诉广东省东莞市规划局房屋拆迁行政裁决纠纷案^③

该案属于典型的房屋拆迁行政裁决纠纷。在一审程序中,尽管原告诉称被告作出的拆迁裁决所依据的房屋《评估报告》在委托主体、使用条件和范围、适用程序等方面存在错误,但东莞市中级人民法院对其中的核心事实问题“两位评估师是否具备法定评估资格、评估师是否依法取证”并未触及,即判决驳回了原告诉讼请求。

在二审程序中,广东省高级人民法院认为,由于作出被拆房屋评估报告的两位评估人员有一位不具备法定评估资格,且评估人员既未对委托方提供的资料进行审核,亦未依法取证证明其所采纳的租金标准,程序上严重违法;原审法院在没有明确上述两个事实问题的情况下以该《评估报告》作为认定被诉行政裁决合法的定案根据,属于认定事实不清,判决撤销原判和被告的行政裁决,并责令被告人在60日内重新作出裁决。

虽然《最高人民法院公报》提炼出的裁判理由是“主要证据不足”和“程序严重违法”,但在该案的二审程序中,广东高院对房屋评估过程中的评估主体资格、是否依法取证等问题进行了全面、深入、彻底地审查,因而,实际上适用的是过程性审查方法。也正是这种审查方法的运用,发现了一审程序没有处理的错误并对其错误裁判作出了纠正。

3. 郴州饭垄堆矿业有限公司诉国土资源部案^④

该案是截至目前由最高人民法院作出的运用“过程性审查”方法的最新典型案例。对该案涉及的多个问题,最高人民法院均进行了详细的论证和说理。例如:

关于重叠采矿许可证的处理与撤销的条件问题,最高人民法院认为:

……各方当事人对重叠的比例及计算方法存有不同意见。即使按国土资源部在作出复议决定后答辩主张的垂直投影部分重叠面积占57%,饭垄堆公司2011年《采矿许可证》仍有43%面积不构成重叠。被诉复议决定既未认定重叠的比例和计算方法,也未认定现有重叠是否存在影响安全生产等情形,又未征求安全生产等行政主管部门意

^③ 参见《最高人民法院公报》2004年第7期,第35页。

^④ 参见(2018)最高法行再6号判决书,2018年3月7日。

见或者专业机构鉴定意见,即简单以构成重叠为由作出撤销决定,未能全面认定事实,属于认定事实不清。

关于被诉复议决定说明理由的义务问题,最高人民法院指出:

国务院《全面推进依法行政实施纲要》规定,行政机关行使自由裁量权的,应当在行政决定中说明理由。……行政复议决定和复议卷宗也应当依法说明理由,以此表明复议机关已经全面客观地查清了事实,综合衡量了与案情相关的全部因素,而非轻率或者武断地作出决定。因为只有借助书面决定和卷宗记载的理由说明,人民法院才能知晓决定考虑了哪些相关因素以及是否考虑了不相关因素,才能有效地审查和评价决定的合法性。不说明裁量过程和没有充分说明理由的决定,既不能说服行政相对人,也难以有效控制行政裁量权,还会给嗣后司法审查带来障碍……

在最终的裁判理由部分,最高人民法院指出:

综上,……《采矿许可证》载明的矿区范围存在部分垂直投影重叠情形属实,但被诉复议决定未全面查清案件事实与重叠情形,在对重叠问题有多种处理方式、有多种复议决定结论可供选择的情况下,未履行充分说明理由义务,也未能提供有关撤销的必要性和紧迫性的相应证据,径行撤销2011年采矿许可,且援引法律规范不明确不具体,依法应予纠正。一、二审法院支持行政复议决定的裁判结果不当,亦应一并予以纠正……

从该案的审查方法来看,中国式的“过程性审查”已经呼之欲出。最高人民法院对该案的裁判,特别是其对被诉行政复议决定论证和说理部分的审查(最高人民法院反复强调行政机关须说明裁量过程并说明行政决定的理由),以及对法院裁判结论本身的论证和说理,都表现出了相当高的专业水准。

但是,由于“过程性审查”在当下尚未发展成为一种成熟的、为人们广泛接受的理论。在很大程度上,对“过程性审查”方法的运用还是出于法院的某种不自觉。因为,我们同时还可以找到许多本该适用“过程性审查”而未予适用,结果造成某些不良判决效果的“反面教材”。

(二) 中国法院未适用“过程性审查”的不当例证

1. 甘露诉暨南大学开除学籍决定案^⑤

本案原告甘露系暨南大学2004级语言学及应用语言学专业硕士生。2005年,该生在“现代语法专题”课程期末考试(提交论文形式)中,所提交的《关于“来着”的历史发展》被任课老师认定为从网络上抄袭,经批评教育后,被要求重新提交。甘露第二次提交的论文《浅议东北方言动词“造”》,又被任课老师发现与《江汉大学学报》2002年第2期发表的《东北方言动词“造”的语法及语义特征》雷同。2006年3月,暨南大学对甘露作出开除学籍的处分决定。甘露不服提起诉讼,经广州市天河区人民法院和广州市中级人民法院一审、二审,均认为暨南大学的开除学籍决定正确而维持了学校的决定。甘露向广东省高级人民法院申请再审被驳回后,继续向最高人民法院申请再审。2011年

^⑤ 参见(2011)最高法行提第12号。

10月25日,最高人民法院再审后做出裁判:“鉴于开除学籍决定已经生效并已实际执行,甘露已离校多年且目前无意返校继续学习,撤销开除学籍决定已无实际意义,但该校开除学籍决定的违法性仍应予以确认。”其判决理由是:

《普通高等学校学生管理规定》第五十四条第(五)项和《暨南大学学生管理暂行规定》第五十三条第(五)项规定的“剽窃、抄袭他人研究成果,情节严重的,可给予开除学籍处分”中的“剽窃、抄袭他人研究成果”,系指高等学校学生在毕业论文、学位论文或者公开发表的学术文章、著作,以及所承担科研课题的研究成果中,存在剽窃、抄袭他人研究成果的情形;所谓“情节严重”,系指剽窃、抄袭行为具有非法使用他人研究成果数量多、在全部成果中所占的地位重要、比例大,手段恶劣,或者社会影响大、对学校声誉造成不良影响等情形。甘露作为在校研究生提交课程论文,属于课程考核的一种形式,即使其中存在抄袭行为,也不属于该项规定的情形。因此,暨南大学开除学籍决定援引《暨南大学学生管理暂行规定》第五十三条第(五)项和《暨南大学学生违纪处分实施细则》第二十五条规定,属于适用法律错误,应予撤销。一、二审法院判决维持显属不当,应予纠正。

“甘露案”是由最高人民法院审结的首个高校行政案件。在某种意义上,它可以说是又一个具有里程碑意义的案件。但是,该案作为典型案例在《最高人民法院公报》2012年第7期公布之后,却引起了法学界的强烈反弹。尤其是对于最高法院的审查方法,学界多认为其对不需要解释的问题“强加解释”,审查技术明显失当。^{①⑥}因为在该案中,最高法院用自己对“剽窃、抄袭”的解释取代了被告暨南大学对“剽窃、抄袭”的解释。也就是说,最高法院用自己的判断完全取代了行政主体的判断,从而使自己变身为一个“超级行政机关”(super-agency)。这是否逾越了法院应当遵守的司法审查的界线,确实值得商榷。

2. 杨文浩诉长沙市公安局交通警察支队不履行公开政府信息法定职责案^{①⑦}

与甘露案相反,在本案中,两级法院均为被告“帮腔”,对于其应当行使的司法审查权退避三舍、逡巡不前,有不当放弃司法审查职责之嫌。比如,对于是否应当公开“禁摩措施制定过程”的信息,^{①⑧}一审法院以“长沙市公安局交通警察支队可不予公开,且长沙市公安局交通警察支队已告知杨文浩关于禁摩措施的制定过程”一笔带过;二审法院则认为该信息“不是被上诉人现有的信息,而是需要被上诉人向其他政府部门搜集信息、统计数据、并对相关资料和会议纪要进行汇总加工,故上诉人的该项申请不属于依法应

^{①⑥} 参见施立栋《立法原意、学术剽窃与司法审查:甘露案判决理论之检讨》,载《行政法论丛》2014年第2期;陈金钊、杨铜钊《重视裁判的可接受性:对“甘露案”的再审理由的方法论剖析》,载《法制与社会发展》2014年第6期;管瑜珍《大学行政行为的司法审查技术:以甘露再审判决为分析对象》,载《甘肃政法学院学报》2016年第5期。

^{①⑦} 参见(2015)长中行终字第00696号行政判决书。

^{①⑧} 根据当事人的申请,该事项包括“在2003年开始在部分路段至2009年在整个市区实行禁摩这样的重大行政决策,具体是长沙交警哪个部门哪些人员,经过多长时间在市区哪些范围内收集了多少样本,是否组织政府多个部门与相关专家学者探讨论证过多少次,请公开该经办人员原始的调查统计数据研究资料以及重大行政决策前交警部门组织的专家学者对该调查统计数据的论证会议纪要,公开专家签字的书面论证意见”。

公开的政府信息,被上诉人不负有公开义务”,判决驳回了原告诉讼请求,同时也放弃了审查行政决策信息应否公开的职守。——虽然本案并非直接针对行政决策过程的合法性提起诉讼,而是当事人以“迂回”方式要求公开决策过程的相关信息,但由于法院的审查方法运用不当,致使公民希望借助司法审查监督行政决策过程的美好愿望成为“镜花水月”。

从上述正反两方面的案例可以看出,其一,法院如果运用过程性审查方法,通常能够取得较好的裁判效果;相反,如果法院应适用过程性审查而未予适用,要么由于审查强度不足,不能发现行政行为存在的问题,导致以司法权监督行政权的司法审查制度之功能定位不能实现;要么因法院放弃“司法谦抑”和对自我的约束而越俎代庖,混淆了司法和行政的界限,同样也会导致行政行为司法审查制度有坍塌之险。

其二,过程性审查的缺位往往导致司法裁判的释法说理不足。在司法审查中,“过程性审查”具有双重作用,它既是对行政行为推理过程的审查,也反映司法裁判的推理过程并最终裁判文书释法说理的方式体现出来。应适用过程性审查而未予适用的“反面案例”,都存在一个共同的问题:裁判缺少充分的论证和说理。例如在杨文浩案中,特别是一审法院的判决,几乎谈不上有什么说理,法院径以“杨文浩的诉讼请求,无事实与法律依据,不予支持”,而驳回了原告全部诉讼请求。这类缺乏释法说理的裁判很难取得司法公信力。

其三,对过程性审查的背离,难以为司法裁判提供正当性。由于法律推理具有正当性的证成功能,法律推理的首要作用即在于为结论提供正当理由。^⑦因而,对过程性审查方法的背离,难以为司法裁判提供正当性基础。即便是被最高人民法院作为典型案例(如甘露案),由于其论证过程存在瑕疵,也预示着其难以作为适格的典型案例为下级法院审理同类案件提供指导力。^⑧

结 语

“没有革命的理论,就不会有革命的运动。”^⑨分析、研究“过程性审查”,有助于中国的司法审查实践在审查方法方面从自发走向自觉。概言之,明确过程性审查是与实体性审查和程序性审查相并列的独立的第三种司法审查方法,有多方面的学理和制度意义。

笔者曾撰文指出,确立“过程性审查”,有助于还原“正当程序”(due process)的本义,重塑“正当过程”的程序观,将“反思理性”之理念嵌入未来的《行政程序法》,促进行政行为说明理由制度的发展;有助于充分发挥科学共同体的作用,保障广泛的公众参

^⑦ 参见前引^⑥,张保生书,第92页。

^⑧ 参见前引^⑦,施立德文。

^⑨ 《列宁选集》第1卷,第109页。

与,提高行政决策的科学化、民主化和法治化水平;有助于完善我国的行政行为司法审查方法和审查标准体系。^⑫除此之外,笔者认为,明确“过程性审查”方法,更有助于落实最高人民法院日前提出的“加强和规范裁判文书的释法说理”。^⑬

虽然最高人民法院较早以来就重视裁判文书的释法说理,先后发布的多个“改革纲要”均对裁判文书改革做了安排,但从实际效果来看,裁判文书说理性不强、说理不充分、论证不到位等问题仍未得到较好解决。^⑭而在行政诉讼领域,“过程性审查”的方法论价值非常突出。采用“过程性审查”方法,有助于实现裁判文书释法说理的要求和目的,即通过前述“过程性审查”的双重作用,在对行政行为推理过程的正当性作出评价的同时阐明法院裁判的形成过程和正当理由,提高裁判的可接受性,提升司法的公信力,最终实现法律效果和社会效果的有机统一。

Abstract: In order to deal with the increasing challenges of complexity from the field of administrative actions, the judicial review method “process review” has been developed out in many advanced rule of law countries. This method is different from other traditional methods such as substantive review and procedural review. Its essence is exploring the thinking process of the decision-maker, i.e., to review the legal reasoning process of the decision-maker. This review method has promoted the development of the system of explaining the reasons for administrative actions and has promoted academic circles’ concern and research on legal reasoning. In China, this review method is also applied unconsciously by the judiciary. However, owing to the shortage of systematic theoretical guidance, there are deviations from time to time. It is very important to establish the review method, especially, it will help strengthen and standardize the interpretation of judicial documents.

(责任编辑:吴 蕾)

^⑫ 参见刘东亮《还原正当程序的本质:“正当过程”的程序观及其方法论意义》,载《浙江社会科学》2017年第4期;刘东亮《涉及科学不确定性之行政行为的司法审查》,载《政治与法律》2016年第3期。

^⑬ 《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号)。

^⑭ 参见前注所引司法解释发布时所附最高人民法院副院长李少平文《新时代裁判文书释法说理改革的功能定位及重点聚焦》。