

面向司法审查的行政行为说明理由

——郴州饭壑堆矿业有限公司与国土资源部等
国土资源行政复议决定再审案评析

章剑生*

目次

一、引言	(一) 作为行使准司法权和专业判断权的行政复议权与法院的“充分尊重”
二、基本案情与裁判理由	(二) 行政行为说明理由的方式与判断过程审查
(一) 基本案情	(三) 不说明理由与行政行为违法类型
(二) 裁判理由	
(三) 问题切分	
三、评析	四、结语

摘要 郴州饭壑堆矿业有限公司与国土资源部等国土资源行政复议决定再审案争点之一是行政行为说明理由。在司法审查中,对于涉及专业性判断理由的审查,法院应当保持对行政必要的尊重。将“程序过程审查”作为一种司法审查的方式导入本案,使得法院审查更具有针对性,审查方法也呈多元化。对于行政行为不说明理由的,可以认定为适用法律、法规错误。

关键词 行政行为说明理由 程序过程审查 司法审查 专业性判断

一、引言

权力行使若不说明理由,那么专断、任性就不可避免。1989年《集会游行示威法》第9条规定:“主管机关接到集会、游行、示威申请书后,应当在申请举行日期的二日前,将许可或者不许可的决定书通知其负责人。不许可的,应当说明理由。逾期不通知的,视为许可。”在国家立法史上,这是一个较早确立行政行为说明理由的立法例。2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》要求:

* 浙江大学法学院教授、法学博士。

“行政机关行使自由裁量权的，应当在行政决定中说明理由。”〔1〕这个要求把行政行为为说明理由确认为行政机关行使裁量权的一项普遍性原则，为依法行政原理添加了以权力制约权力的力量。

如果让别人接受对其不利的决定，那么给出决定的理由则应是一种逻辑必然，否则就如同强盗用枪抵着你的脑袋然后掠去你的全部财产一样恶劣。如果政府要信奉法治，那么就on明白，“法治所要求的无非是，国家无论做什么都是以一种可预期的、持续一致的方式做出，并通过理由加以证成。同样地，给出理由可以作为实质性主张的核心来加以描述。实质法治观旨在通过法律的治理方式来产生某些公正的结果。与其他做出决定的形式相比，要求法律决定的做出者给出理由被认为更易于保护我们免受权力的滥用”。〔2〕因此，以司法审查的方式来评判行政行为的合法性，担保落实依法行政原理，这是现代法治国家的必然选择。中国也是如此。行政机关面对司法审查，在法庭上不能只说被诉行政行为是“合法”的，还需要呈上支持“合法”的理由。因为，“真正的合法性并不建基于孤立的字面意义符合度之上，而是需要一系列的理由来支撑，直至总体上满足一定的充分性水平。在此，理由的角色举足轻重，无可替代”。〔3〕

本文选取最高人民法院“郴州饭垄堆矿业有限公司与国土资源部等国土资源行政复议决定再审查”〔4〕(以下简称“饭垄堆案”)，就其裁判理由中有关行政行为说明理由部分内容展开分析，从司法审查角度观察、描述法院心目中“行政行为说明理由”的样式。本文研究的实益不外是：一方面从裁判理由中整理出裁判思路、逻辑，为法院今后审理类似案件提供某种法理引领；另一方面从裁判理由中提炼出来的理论框架，也为行政机关确立起一个行政行为说明理由的“样本”。当然，上述两方面的论述也可能会在不同程度上巩固现代行政法学中行政行为说明理由的法理基础。

二、基本案情与裁判理由

(一) 基本案情

2006年1月16日，湖南省国土厅向郴州市兴光矿业有限公司颁发4300000620008号《采矿许可证》，矿山名称为“郴州市兴光矿业有限公司红旗岭矿”，开采矿种为“锡矿、钨、砷”，有效期限为2006年1月至2010年1月。2009年，矿山与中信集团合作，成立中信兴光公司作为经营主体，并于2010年在湖南省国土厅办理转让和变更(延续)登记手续，采矿权人变更为中信兴光公司。由于锡矿储量达到中型以上，中信兴光公司在2010年11月和2011年10月赴国土资源部办理了采矿许可延续登记手续，证号为C4300002010013210053832。经延续，该采矿证的有效期为2011年10月7日至2012年10月7日，发证日期为2011年12月26日。同时，国土资源部在该采矿许可证上标注：“请在本证有效期内解决重叠问题，重叠问题解决后，再申请办理延续登记。否则不再予以延续。”

2006年3月24日，郴州市国土局颁发2006年《采矿许可证》，采矿权人为“苏仙区饭垄堆北段有色金属矿”，矿山名称为“苏仙区饭垄堆北段有色金属矿”，开采矿种为“铅矿、锌、银”，有效期限为2006年3月至2011年3月。2010年12月，郴州市国土局进行换证，证号变更为C4300002010123230090905。2011年

〔1〕 国务院《全面推进依法行政实施纲要》(2004)。在之后的相关决定中，说明理由不断被强调。国务院《关于加强市县政府依法行政的决定》(2008)：“对听证中提出的合理意见和建议要吸收采纳，意见采纳情况及其理由要以书面形式告知听证代表，并以适当形式向社会公布。”国务院《关于加强法治政府建设的意见》(2010)：“做出重大决策前，要广泛听取、充分吸收各方面意见，意见采纳情况及其理由要以适当形式反馈或者公布。”中共中央、国务院《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》(2015)：“各级行政机关特别是市县两级政府要加强公众参与平台建设，对社会关注度高的决策事项，应当公开信息、解释说明，及时反馈意见采纳情况和理由。”

〔2〕 [美] 玛蒂尔德·柯恩：《作为理由之法的法治》，载《中外法学》2010年第3期，第356页。

〔3〕 苏宇：《走向“理由之治”——行政行为说明理由制度之透视》，中国法制出版社2019年版，第1页。

〔4〕 最高人民法院行政判决书，(2018)最高法行再6号。

该证到期后,由湖南省国土厅办理采矿权延续登记手续,并将开采矿种变更为“锡矿、铅、锌,综合回收钨、银、铜”。同时,由于原矿山企业不具备法人资格,矿山重新登记成立了饭垄堆公司作为新的采矿权人,并办理了变更登记手续,证号不变,即2011年《采矿许可证》。经延续和变更登记,该采矿许可证的有效期限为2011年9月1日至2014年9月1日。

据地质资料和矿山储量核实,红旗岭矿与饭垄堆矿存在矿区垂直投影重叠。2010年起,为了确保矿山安全生产,郴州市人民政府和郴州市苏仙区人民政府将红旗岭矿区列为重点整合矿区,拟通过资源整合彻底解决矿区矿山设置过密及部分矿区范围垂直投影重叠等问题。2011年5月16日,饭垄堆公司与中信兴光公司签订承诺书,双方承诺在采矿生产过程中保证做到合法开采、安全生产,不超深越界。因在采矿许可证有效期内无法解决重叠问题,中信兴光公司于2012年11月向国土资源部提出行政复议申请,以湖南省国土厅授权郴州市国土局向饭垄堆公司颁发《采矿许可证》违法、湖南省国土厅在该公司矿业权坐标范围内重叠、交叉向饭垄堆公司设置采矿权侵权、湖南省国土厅授权郴州市国土局向饭垄堆公司颁发《采矿许可证》违反法定程序等为由,请求撤销湖南省国土厅(授权郴州市国土局)于2006年向饭垄堆公司颁发、于2011年又经湖南省国土厅延续的2011年《采矿许可证》的具体行政行为。2012年12月12日,国土资源部决定受理中信兴光公司提出的复议申请,并通知饭垄堆公司参加行政复议。因认为需要进一步查明有关事实和依据,国土资源部于2013年1月30日中止该案的审理。2014年7月14日,国土资源部恢复该案审理,并于同日做出被诉复议决定,撤销湖南省国土厅向饭垄堆公司颁发的C4300002010123230090905号《采矿许可证》。

(二) 裁判理由

“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。行政复议决定是复议机关居中行使准司法权进行的裁决,且行使着上级行政机关专业判断权,人民法院对行政复议决定判断与裁量及理由说明,应当给予充分尊重。与此相对应,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做出决定。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。

“对本案而言,颁发采矿许可证属于典型的许可类授益性行政行为,撤销采矿许可必须考虑被许可人的信赖利益保护,衡量撤销许可对国家、他人和权利人造成的利益损失大小问题。确需撤销的,还应当坚持比例原则,衡量全部撤销与部分撤销的关系问题。同时,被复议撤销的2011年《采矿许可证》有效期自2011年至2014年9月;国土资源部2014年7月14日做出被诉复议决定时,该《采矿许可证》的有效期已经临近届满。在许可期限即将届满、双方均已经因整合需要停产且不存在安全生产问题的情况下,被诉复议决定也未能说明撤销的紧迫性和必要性,反而使饭垄堆公司在可能的整合中处于明显不利地位,加大整合并购的难度。

“坚持依法行政和有错必纠是法治的基本要求,但法治并不要求硬性地、概无例外地撤销已经存续的、存在瑕疵甚至是违法情形的行政行为,而是要求根据不同情况做出不同处理。《行政复议法》第28条第1款第3项规定,复议机关对违法的行政行为,可以做出撤销、变更或者确认违法等行政复议决定。因此,复议机关应当审慎选择适用复议决定的种类,权衡撤销对法秩序的维护与撤销对权利人合法权益造成损害的程度以及采取补救措施的成本等诸相关因素;认为撤销存在不符合公共利益等情形时,可以决定不予撤销而选择确认违法等复议结果;确需撤销的,还需指明因撤销许可而给被许可人造成的损失如何给予以及给予何种程度的补偿或者赔偿问题。如此,方能构成一个合法的撤销决定。在对案涉采矿权重叠问题有多种处理方式以及可能存在多种复议结论的情况下,国土资源部选择做出撤销决定,更应充分说明理由。但是,从复议机关所提供的证据

与全案卷宗情况来看,被诉复议决定并未体现相应的衡量因素,也未进行充分说理,仅简单以构成重叠即做出撤销决定,难以得到人民法院支持。人民法院认为复议机关所提供的证据材料不能满足司法审查需要而复议机关未完全履行说明理由义务的,可以要求复议机关重新调查处理,并提供可以进行审查的证据、依据以及相应的理由说明。”

(三) 问题切分

1. 行政机关说明理由与法院的尊重。最高人民法院认为:“行政复议决定是复议机关居中行使准司法权进行的裁决,且行使着上级行政机关专业判断权,人民法院对行政复议决定判断与裁量及理由说明,应当给予充分尊重。”在宪法确定的国家框架性制度中,基于行政与法院之间的不同职能,法院对于行政领域的事务不可能“全知全能”。因此,在司法审查中法院必须守住某种界线,保持某种必要的谦抑姿态。^{〔5〕}在饭垄堆案中,最高人民法院似乎划出了这样的一条界线。但是,确立这样的界线是否需要考虑若干前提性规则?最高人民法院从“行政复议决定说明理由义务”中提出的“界线”,可否适用于法院对所有行政机关说明理由的审查?若是,那么它的法理基础又在何处呢?

2. 法院司法审查的基础与行政行为说明理由的方式与限度。最高人民法院认为:“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。”法院在对行政行为是否说明理由作合法性审查时,需要行政机关以一定的方式提供其所说的理由。如果仅仅凭着或者允许行政机关在法庭上以“本机关认为”这样的方式说明理由,那么法院可能难以达到司法审查的目的。反过来,若站在行政机关立场上,它需要说明哪些理由,把理由说明到何种程度才能满足司法审查的要求,即“说理限度”,也需要通过某种规则加以明示;若无,强制行政机关在做出行政行为时说明理由,则可能损及现代行政效率的价值。

3. 未履行说明理由义务与行政行为违法。最高人民法院认为:“被诉复议决定援引《行政复议法》第28条第1款第3项作为法律依据时,未明确具体适用该项五种违法情形的具体类型,更未阐明具体理由,给当事人依法维权和人民法院合法性审查造成障碍,构成适用法律不当。”行政机关做出行政行为时未说明理由的情形,法院可以认定为何种违法类型,《行政诉讼法》也没有直言。^{〔6〕}在饭垄堆案中,最高人民法院为何将其归入“适用法律不当”情形,裁判理由本身并没有作进一步展开。与此相关的问题可能还有,行政机关做出行政行为时未完全说明理由、事后补充说明理由等情形,也需要在本题框架下一并阐释。

三、评析

(一) 作为行使准司法权和专业判断权的行政复议权与法院的“充分尊重”

行政机关的准司法权是行政机关如同法院那样居中裁断法律争议的一种权力行使样态。受裁断的法律争议可以是民事的,如土地权属争议;也可以是行政的,如饭垄堆案中行政争议。行政机关的专业判断权——如饭垄堆案中是否存在“垂直投影重叠”采矿权——是一种不具有法律、政策因素的技术性判断权。在“法适用—法裁判”的制度框架中,对行政机关的准司法权和专业判断权,法院基于专业限制形成的谦抑性,行政诉讼司法审查有限原则得以确立。^{〔7〕}

在饭垄堆案中,最高人民法院“对行政复议决定判断与裁量及理由说明充分尊重”之说是建立在如下两个前提之上的:(1) 复议机关居中行使准司法权。关于行政复议是否是准司法权问题,

〔5〕 参见江必新:《行政审判的理念、政策与机制》,人民法院出版社2019年版,第237页。

〔6〕 参见《行政诉讼法》第70条。

〔7〕 参见章剑生:《现代行政法基本理论》(上卷·第2版),法律出版社2014年版,第104页以下。

学理上还是有很大争议的。总体上,依照《行政复议法》建立的行政复议制度看,它是一种侧重于行政机关内部的层级监督制度。2007年《行政复议法实施条例》在立法目的中添加了“解决行政争议”,这使得行政复议似乎又有准司法化的倾向。(2) 上级行政机关专业判断权。行政复议机关是被申请行政机关的上一级行政机关或者本级人民政府。这里的“上一级行政机关”是指“条条”上的行政关系(如“县公安局—市公安局”),“本级人民政府”是指“块块”中的行政关系(如“县公安局—县人民政府”)。但无论是哪一种行政关系,相对于司法审查中“法院—行政机关”之间的外部异质国家机关之间关系而言,它们都是内部同质行政机关之间的关系。正是这种“内部同质”行政关系,使得行政复议权也具有了专业判断权的性质。尤其在“条条”行政关系中,这种专业判断权更为突出。如饭垄堆案中,在“湖南省国土资源厅(被申请人复议机关)—国家国土资源部(复议机关)”之间就是否存在“垂直投影重叠”采矿权的判断,两行政机关具有共同的专业基础,行使着相同的专业判断权。基于上述两个前提,最高人民法院认为,“对行政复议决定判断与裁量及理由说明”应当给予“充分尊重”。

在饭垄堆案中,最高人民法院将行政复议权定性为居中行使的准司法权,以示它不同于行政机关如行政处罚等那样的一般性行政权,进而形成对这两种不同行政权的梯度式尊重。从这个意义上讲,这种区分是有意义的。若此,本案确立的“充分尊重”规则似乎难以适用到非行政复议决定说明理由之中。本意上,“充分尊重”意味着法院对行政行为中的“判断与裁量及理由说明”采用一种较弱的司法审查方式,从程序原理上讲也是说得过去的。毕竟,在行政复议程序中,申请人与被申请人具有对等的程序地位,具有一定的对抗性,在此基础上行政复议机关居中对事实、法律做出“判断与裁量及理由说明”,在法律事实认定上也能更近于“真实”,在法律依据适用上也能更趋于妥当,相关的理由说明也能更为全面。就这个角度看,最高人民法院在“饭垄堆案”中确立“对行政复议决定判断与裁量及理由说明”应当给予“充分尊重”的规则,在法理上也是说得过去的。但就此是否可以导出对于非行政复议的其他行政决定做出的“判断与裁量及理由说明”,法院只能给予“一般尊重”呢? 本文认为,在这里对于这个问题下肯定性结论可能为时尚早,毋宁由最高人民法院今后通过判例加以确认更为妥当。

(二) 行政行为说明理由的方式与判断过程审查

然而,既然行政诉讼法允许各方当事人在法庭上讨论支撑被诉行政复议决定的理由是否成立,那就意味着行政复议机关的准司法权不是最终裁判权,专业判断权也不是专断权。也就是说,“充分尊重”并不排除法院对行政复议决定说明理由的司法审查。在一般意义上,通过司法审查来强制行政机关说出行政行为的理由,就个案而言,可以提高行政相对人对不利决定的可接受度。但是,“真正决定‘理由’在当代行政法中的重要地位,还是司法审查从一个简单、苍白的行政决定向广阔的理由空间的扩展”。〔8〕 因此,我们可能需要有一种“大视野”的眼光看待司法审查的意义。

给予“充分尊重”的行政复议决定也要接受司法审查,这是不容置疑的。但随之而来的问题是“如何司法审查”? 在饭垄堆案中,最高人民法院提出了如下两个有关联性的问题:

1. 行政行为说明理由的方式。就说理方式而言,最高人民法院强调了“书面决定”和“卷宗记载”两种方式。在行政法原理上,行政机关原则上应当以书面方式做出行政行为,除非法律有特别规定,行政机关才可以“口头”“动作”以及“自动化”〔9〕等方式做出行政行为。的确,除了书面方式之外,行政机关以其他方式做出的行政行为,一般都没有如同书面决定那样可以附记理由;即使有理由,也只能以难以固定的方式说理,如口头说理。虽然以“自动化”方式做出行政行为可以记载法条、事实,但为什么要适用这个法条,为什么要这样认定事实等解释、裁量性说明均没有办法加

〔8〕 见前注〔3〕,苏宇文,第52页。

〔9〕 参见胡敏洁:《自动化行政的法律控制》,载《行政法学研究》2019年第2期,第56—66页。

以附记。因此,对于以“口头”“动作”以及“自动化”等方式做出行政行为,法院要对其说明理由进行司法审查,尚需要通过制定法或者判例确立其他规则。卷宗是看得见的程序正义载体,也是支撑行政行为理由的各种证据材料的总汇、固定。“案卷排他原则”^{〔10〕}的法律意义在于,在行政行为做出之后,与之相对应的案卷自动封闭,原则上,行政机关不得再添加用于支撑已经做出的那个行政行为说理的材料。可见,无论是“书面决定”还是“卷宗记载”,都对支撑行政行为说理的材料产生一种“封冻”功能,它们为法院提供了一个已经固定化的司法审查范围。当然,就行政行为说明理由而言,“书面决定”为司法审查提供了可审查的“对象”,而“卷宗记载”则为司法审查“书面决定”提供了材料,两者在司法审查行政行为说明理由中具有不同的功能。对此,在饭垄堆案中最高人民法院似乎并未加以区分,只能留待今后的判例加以发展。

与此相关的两个问题需要加以讨论:(1)“书面决定”和“卷宗记载”之外的说理。有时,行政机关在与行政相对人沟通过程中的说理,未必能以书面决定的方式呈现于法官面前。我们知道,说理的目的不在于说服行政相对人,说服的标准在于行政相对人接受不利于自己的结论。因此,在“理由—结论”框架中,似乎以什么方式呈现“理由”并不重要,重要的是行政相对人是否接受了不利于自己的“结论”。如果这样的判断能够成立的话,那么,除了“卷宗记载”外,以书面决定的方式呈现理由并不是“说明理由”的唯一方式。由此,我们是否可以作这样的理解:在饭垄堆案中,尽管最高人民法院说,“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”,但这个结论并没有排除行政机关说理其他方式,更没有将行政机关以其他方式的说理排除在司法审查范围之外。因此,对于行政行为说理的方式应当呈开放性,不宜固化于若干方式为好。(2)说理限度。行政机关做出行政行为要说理,这已经成为法治政府的一种常识。中国法治传统十分稀薄,且还有很多与法治要求背道而驰的“陋习”。就行政机关做出行政行为要说理这个事上,“言多必有过短之处,议其短验之”^{〔11〕}之古训,让不少行政机关恪守“能不说尽量不说,能少说尽量少说”之陋习。正如凌斌在分析司法裁判说理制度时所言:“本质而言,说理是虚弱的,而且说理还会暴露虚弱之处。”^{〔12〕}但是,从司法审查角度看,似乎不应该存在“说理限度”的问题,因为,“说明所有决定的事实结论和理由鼓励了决定人更加谨慎,带来了更为准确的事实结论、更好的推理、更正确的判断、更少的专断性以及决定的更高统一性。它还有助于当事人和其他人知道某个决定是为什么做出的,更好地计划未来行为,以及接受不利决定”。^{〔13〕}所以,本文认为,与其强制性要求行政机关说尽所有做出行政行为的理由,倒不如倡导、激励行政机关尽可能多说理。毕竟面对司法审查,行政机关十分清楚不说理、不完全说明理由的法律风险;同样,行政机关也十分清楚充分说理所带来的法律“红利”。

2. 程序过程审查。传统的司法审查方式是结果取向的。如对于一个罚款1000元的行政处罚决定,法院审查的方式通常是,处罚主体是否合法,事实是否清楚,适用法律是否正确,程序是否合法。至于为什么做出这样的事实认定,为什么不不确定法律概念做出这样的解释,在500元到5000元的处罚幅度内为什么罚1000元,依法规定这样的罚款“可以”听证为什么不举行听证会等行政机关思考过程中的理由,尽管它们也是司法审查的要点,但并不是司法审查的重点。在本案中,最高人民法院说:“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。”从这段裁判理由中我们隐约可见,最高法院在本案中似乎已经导入了“程序过程审查”方式。

〔10〕 参见金承东:《论行政案卷排他原则的运用原理——听证者与决定者的统一机制》,载《行政法学研究》2009年第3期,第46—52页。

〔11〕 《鬼谷子·中经》。

〔12〕 凌斌:《法官如何说理:中国经验与普遍原理》,载《中国法学》2015年第5期,第103页。

〔13〕 [美] 迈克尔·D.贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第96页。

所谓“程序过程审查”方式,就是说,法院可以从行政行为做出过程切入,对行政机关在过程中“考虑了哪些相关因素以及是否考虑了不相关因素”加以审查。在“程序过程审查”中,“所谓的‘程序’实质上是一种包含着‘考虑事项’的‘实体性程序’,与一般而言的作为行政行为步骤、方式、时限和顺序的‘程序’有着显著区别”。^[14]在“程序过程审查”方式之下,“给出理由”作为程序性要素,仅仅是说明理由的第一步;更重要的是,在“理由—结论”关联框架中,该结论是否获得了充足理由的支持。在这个框架中,联结“理由—结论”的相关“考虑”重要性就突现出来,成为“程序过程审查”方式的审查焦点。在审查相关“考虑”中,法院可以判断说理的前提是否成立,逻辑规则运用是否有矛盾等。正如贝勒斯所说:“理由是支持其他陈述、信念或决定的陈述或信念。通常来说,当一个人被要求说明一个决定的理由时,该人可能并不会说明其进行推论的各种前提和逻辑规则,但是,在从其给出的理由推导到结论的推理过程中,这些前提和逻辑规则却被实际运用着。”^[15]由此,法院可以借助于这些前提与逻辑规则,从中找出行政机关说理中的矛盾,进而做出合法性与否的判断。

(三) 不说明理由与行政行为违法类型

行政行为说明理由是行政机关自我约束的一种外在机制,因为如果理由随行政行为公开,行政机关在处理以后类似事务时就面临着一旦偏离“一致性”原则就有更为沉重的说理负担的问题。所以,除非对行政机关不说理有制度性的保障,且不会在法庭上受到中立法官的诘难,行政机关才一定会在做出行政行为时附随理由。但事实上,为什么行政机关做出行政行为时经常不愿说理呢?凌斌在分析影响法官裁判说理方式普遍因素时归纳有三:(1)掩饰比说理重要,自我防卫是裁判说理的首要原则;(2)判断比说理重要,息讼止争是裁判说理的主要目的;(3)沟通比说理更重要,判前沟通是裁判说理的基本前提。^[16]其结论是,“不是通常所谓的腐败、无能以及激励机制和政治体制这些特殊原因,而是裁判说理的防卫原则、息讼目的和沟通前提这些普遍因素的综合影响,导致了法官的裁判文书呈现为‘简约化’‘个案化’和‘程式化’的说理风格”。^[17]应该说,这个解释基本上也可以适用到行政行为说明理由制度之中。

在“饭垄堆案”中,最高人民法院认为:“被诉复议决定援引《行政复议法》第28条第1款第3项作为法律依据时,未明确具体适用该项五种违法情形的具体类型,更未阐明具体理由,给当事人依法维权和人民法院合法性审查造成障碍,构成适用法律不当。”^[18]从这一裁判理由中可以看出,若行政机关仅明确做出行政行为所依据的法律条文,但未进一步明确本案属于该条文所列五种违法情形中的哪一个“具体类型”,更没有阐明“具体理由”,则构成适用法律不当。为什么会得出这样的结论呢?最高人民法院在裁判理由中指出:“复议机关应当审慎选择适用复议决定的种类,权衡撤销对法秩序的维护与撤销对权利人合法权益造成损害的程度以及采取补救措施的成本等诸相关因素;认为撤销存在不符合公共利益等情形时,可以决定不予撤销而选择确认违法等复议结果;确需撤销的,还需指明因撤销许可而给被许可人造成的损失如何给予以及给予何种程度的补偿或者赔偿问题。如此,方能构成一个合法的撤销决定。”也即,《行政复议法》第28条第1款第3项规定了五种违法情形,在被告做出撤销《采矿许可证》的复议决定时,是否“权衡”过相关因素?如果没有,那复议决定可能是“随意”的;如果权衡过,那么书面决定和卷宗中并没有这样的材料可以证明。需要指出的是,虽然《行政诉讼法》第70条中并没有所谓因“适用法律不当”而撤销被诉行政

[14] 王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2007年版,第118页。

[15] 见前注[13],贝勒斯书,第90页。

[16] 见前注[12],凌斌文,第102—106页。

[17] 见前注[12],凌斌文,第106页。

[18] 这种做法与中国传统法制实践也有几分相似。“刑名师爷起草判词,为求稳妥,一定要仔细推敲,斟酌‘天理、人情、国法’。一般来说自理词讼的判词不必具引法例,往往只要提一句‘例载禁条’或‘律条可据’就算是交代了判词在法律上的依据。”郭建:《绍兴师爷》,上海古籍出版社1995年版,第133页。

行为的情形,但本案中“适用法律不当”的处理结果与《行政诉讼法》第70条“适用法律、法规错误”是相同的。如果我们不去就“适用法律不当”作过度解读的话,那就把它作为“适用法律、法规错误”的另一种相对缓和的表达吧。

对于不说明理由究竟属于何种行政行为违法类型,最高人民法院在同期的两个判例中似乎也没有坚持同一标准。如在上海复兴广场文娱有限公司诉上海市人民政府中外合作企业行政审批及行政复议案中,最高人民法院认为:“上海市人民政府在案涉行政复议过程中,经审查认为上海市商务委员会做出案涉撤销决定时没有说明具体理由,不符合《中华人民共和国行政许可法》第38条第2款有关‘行政机关依法做出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利’规定精神,确认上海市商务委员会案涉撤销决定违法,适用法律正确。”^[19]

本案中,针对上海市商务委员会做出的撤销行政许可决定,上海市人民政府在行政复议中比照“不予许可”决定应当说明理由的规定,确认上海市商务委员会案涉撤销决定违法,这个结论得到了最高人民法院的认可。但是,在最高人民法院的其他判例中,不说明理由也因被认定为属于“瑕疵”,所以不足以否定涉诉行政行为的合法性。如在崔某诉开封市顺河回族区人民政府信息公开案中,最高法院认为:“本案中,崔某向顺河区政府申请公开的信息不属于行政机关在履行职责过程中制作或者获取的信息,同时该信息与崔某的生产、生活等自身需要无关。顺河区政府未就崔某申请中部分事项不予公开进行告知并说明理由,虽然存在一定瑕疵,但不足以否定涉诉行政行为的合法性。因此,原审法院判决驳回再审申请人的诉讼请求并无不当。”^[20]

行政行为不说明理由是否需要依据个案不同情况作类型化处理,而不是仅仅限于“不说明理由——违法”这样单一的关联框架,的确是值得进一步讨论的问题。从比较法上看,如日本也并非将所有行政行为不说明理由的情形都划入撤销之列,似乎只有欠缺“必要充分的理由”时,该行政行为才被撤销。^[21] 本文认为,在判例积累基础上再进一步作类型化分析,或许是一种明智的学术研究策略。

四、结 语

在“法适用—法裁判”这一框架中,我们要求行政机关做出行政行为时说明理由,一方面是用程序性机制强制行政机关在多方面考虑之后理性地做出行政行为,另一方面也是出于行政行为“以理服人”而不是“以力压人”的需要。在相当程度上,这个问题一定会涉及更为深层次的行政与司法的关系。如马修所言:“我们要求机关的行为既理性又合理,但是合理是一个难以控制的标准。在司法审查背景下,它也是一个引起重要的体制性问题的标准。”^[22] 因为,有时行政机关做出行政行为不说明理由,可能并不是行政机关不想说理,而是理由不能说或者不能直接地说。如为国家重点工程建设用地未批先用等引发的争议中,行政机关在回应行政相对人的行政行为中,因某种体制性的因素,有时的确难以直言其理。^[23] 如同法院一样,有时行政机关做出行政行为时也

[19] 最高人民法院行政裁定书,(2018)最高法行申1984号。

[20] 最高人民法院行政裁定书,(2018)最高法行申9144号。

[21] 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣,2008年)262頁参照。

[22] Jerryl L. Mashaw, *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, Cambridge University Press, 2018, p.105.

[23] 说的不做,做的不说——这种现象在中国实践中可以说是一种政治潜规则。所以,黄宗智说:“在清代法律实践历史中,说的是一回事,做的是一回事,两者合起来又是另一回事。”[美]黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与实践》(卷三),法律出版社2014年版,第5页。这一观察结论相当精妙。

无法回避政治等与体制相关联问题。但是,在理由中隐藏、躲避这些问题并不是一种良策。如有学者所言:“为了使得国家治理变得简单、高效,诉诸法律是重要技巧。政治问题法律化乃是现代治理重要的技巧。”^[24]“对政治问题的考虑和关照,切不可超越合法有效的法律规范。要善于在法律的框架内实现政治意图和发挥司法的政治功能,即通过准确把握法律的精神实质、正确解释法律的意旨、合理填补法律漏洞、正确运用自由裁量权、合理进行价值判断和利益衡量等方法实现司法的政治功能。”^[25]这样的判断或者也同样适用于行政机关做出行政行为时的说理方式。

Abstract One of the disputes in the retrial of administrative reconsideration decision of Chenzhou Fanlongdui Mining Co., Ltd. v. the Ministry of Land and Resources is the reason-giving for the administrative action. In judicial review, the court shall maintain the necessary respect to administration when reviewing the grounds of professional judgment. The introduction of the “procedural review” as a judicial review method has made the court review more targeted and the review methods have been diversified. If there is no reason given for the administrative action, it could be regarded as an error in the applicable laws and regulations.

Keywords Reason-Giving for Administrative Action, Procedural Review, Judicial Review, Professional Judgment

(责任编辑:蒋红珍)

勘 误 声 明

由于我们的工作疏漏,本刊 2020 年第 1 期第 2 页“本期特集策划”应为“李学尧”,特此更正。谨向读者、特别是李学尧老师致以深深的歉意。

《交大法学》编辑部

[24] 邵六益:《审委会与合议庭:司法判决中的隐匿对话》,载《中外法学》2019 年第 3 期,第 733 页。

[25] 江必新:《正确认识司法与政治的关系》,载《求是》2009 年第 24 期,第 52 页。