

论行政审判中平等原则审查基准的完善及适用

林莉红, 任沫蓉

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 平等原则是行政审判中审查行政行为实质合法性的标准之一。在平等诉求日滋月益的现实背景下, 既有学理观点存在疏漏, 实务上的审查基准不成体系, 难以应对审判需求。同时, 平等原则的广泛内涵也造成其在适用过程中存在司法权过度干涉行政权的风险。基于司法适配性和实践操作性的考量, 平等原则在行政审判中的审查基准应采用双阶审查标准: 第一阶段为条件审查, 要求涉诉案件有适宜进行比照的参考依据; 第二阶段为对比审查, 法院应根据形式平等为主、实质平等为辅的适用原则, 比照参考依据作出行政行为是否违反平等原则的认定。

关键词: 行政审判; 平等原则; 形式平等; 实质平等; 实质合法

中图分类号: DF74

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)01-0032-10

平等原则是行政审判中审查行政行为实质合法性的标准之一, 其核心要义为同等情况同等对待, 不同情况差别对待。近几年, 涉及平等原则的行政诉讼案件数量与日俱增, 行政处罚、行政许可、行政登记、行政撤销、行政征收、行政给付等领域均有适用平等原则的现实案例。作为我国法治体系的基石, 平等原则的学理探讨可谓汗牛充栋。然而, 行政法领域平等原则审查基准的具体化研究相对不足, 从司法审查视角探讨平等原则审查基准的研究更是几近空白。平等原则的外延广阔, 可适用于各个领域、各种事项, 审查基准的模糊会造成平等原则的适用边界不清, 既不利于保持司法权与行政权的合理界限, 也不利于保护当事人的合法权益以及维护正常法秩序。为增强平等原则审查基准的可操作性、明确平等原则适用的司法边界, 笔者拟对行政审判中平等原则的审查基准进行细致系统的探讨, 以为平等原则的

具体适用提供思路指引。

一、平等原则审查基准的行政法论述及维度划分

(一) 平等原则审查基准的行政法论述

目前, 虽然行政法领域对平等原则的研究较为欠缺, 但学界大体上已经对平等原则的审查基准形成了一致观点。其主要内容为, 平等原则要求行政机关在对多个行政相对人实施行政行为时应遵循禁止恣意原则和行政自我拘束原则。禁止恣意原则要求行政机关的行政行为要符合“事物的本质”“正当目的”和“合理差别”的要求; 行政自我拘束原则指行政决定的作出应受合法的行政惯例或者行政先例拘束, 若无正当理由, 行政机关应对相同或同一性质的事件作出相同的处理^[1](185-192)]。在这一基础上, 针对“同种情况同种对待”方面, 有学者进行了深入的行政法分

收稿日期: 2022-06-19; 修回日期: 2022-11-21

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金项目“基于行政裁判文书的‘明显不当’行政行为研究”(21YJA820022)

作者简介: 林莉红, 女, 江苏射阳人, 武汉大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 行政诉讼法; 任沫蓉, 女, 山西侯马人, 武汉大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 行政诉讼法, 联系邮箱: 136078657@qq.com

析。其指出,判断情况是否相同,应关注本质上的要件是否相同,而不是细节等的完全相同,故应以实质正当标准判断具体事务是否属于同一情况;而同种对待的“同种”指行政行为的方式相同,法律效果相同,故行政机关应在程序上以及实体上均实现同等对待,以在结果上对行政相对人的权利义务产生一致的影响^[2]。在“不同情况差别对待”方面,有学者从宪法角度提出的观点可供借鉴。其认为,“判断区别待遇是否构成歧视,不仅应从宏观上考察区别对待的目的正当性、区别对待的手段与目的之间是否存在正当联系以及手段的正当性,还应从微观上考虑区别对待所实现的公共利益的性质与重要性、区别对待所限制的权益的性质、区别对待所依据的特征是否包含在宪法有关平等的规定之中、归类是否存在过多包含或过少包含的情况等因素”^[3]。以上论述构成了当前行政法领域平等原则审查基准的基本内容。

(二) 平等原则审查基准的维度划分

平等可分为形式平等与实质平等。一般认为,形式平等是指不加区分地同等对待,而实质平等是指根据个体差异,提供相对应的待遇,如给予弱者更多的保护。比如有学者认为不论当事人事实上的差异而给予同等的对待是形式的平等,根据当事人不同的情形给予合比例的对待才是实质的平等^[4]。由于形式平等不关注个体境况的不同而给予同等待遇,导致弱者在同等的机会竞争中不具优势,进而招致结果上的不平等。因此,形式平等受到较多非议,实质平等则作为补足这一问题的存在得到关注和发展。不过也有观点指出,形式平等应适用于抽象的个体之中,也就是形式平等的适用不需要关注个体的具体特征,只聚焦于其“人”的属性,一般的适用情形包含人身自由、精神自由、人格尊严、政治权利等宪法权利的保障^[5]。在适用范围的如此限制下,形式平等可摆脱负面影响,不过行政诉讼领域对此类问题较少涉及。

笔者认为,司法审查中形式平等与实质平等的概念可以重新理解,以使二者不再有褒贬之分,共同在平等原则项下发挥积极作用。从“同种情况同等对待”这一表述来看,不加区分地同

等对待并不是平等原则的应有之义,这已然忽视了对“同种情况”的认定,故形式平等不能被这样理解。形式平等与实质平等的理解可类比形式合法与实质合法。行政法上的形式平等应指行政机关的对待方式符合法律法规、裁量基准等政府规范性文件以及行政惯例、行政先例的要求。而实质平等则是指行政机关对同种情况的认定正确以及采取的对待方式合理。就形式平等与实质平等的关系而言,落实形式平等所依据的法律法规、裁量基准、行政惯例、行政先例等应符合实质平等的要求,在形式平等被质疑产生不平等的法律后果时,应以实质平等检验或纠偏。

基于这一划分,前述学者所提及的平等原则的审查基准可分别归于形式平等与实质平等项下。在形式平等方面,由于法律规定的具体条文要先于法律原则适用,故行政机关违反法律法规并不需要以平等原则进行审查;而裁量基准属于行政机关的内部规范,不对行政相对人直接产生法律效力^[6]。因此,行政诉讼中平等原则的要求在形式平等项下体现为:行政机关是否违反了裁量基准、行政惯例或行政先例等对行政裁量行为具有约束力的事项。在实质平等方面,平等原则的要求主要表现为:从实质正当的角度审查当事人与参考依据中的情况是否属于同种情形,以及行政机关的对待方式是否合理。

二、行政诉讼视角下平等原则审查基准的问题审视

(一) 学理疏漏: 参考依据的审查内容缺失

存在能够进行比较的对象是适用平等原则的重要前提。从前文的论述中可知,当前学者对平等原则的研究主要集中于行政机关应如何作出同等对待或合理的差别对待,却对与案情进行比较的对象的审查较少涉足。笔者将与案件进行比较的对象统称为参考依据,主要包含:裁量基准,即行政机关在裁量权行使过程中设定的判断标准^[7];行政惯例,即行政机关在处理行政事务的过程中,基于长期实践而形成的得到社会成员广泛认可的习惯性做法^[8];行政先例,即行政机关先于被诉行政行为对同种或类似情形所采取

的处理方式^①。

参考依据的审查被忽视的原因主要在于行政法与行政诉讼法研究视角的不同。既有观点主要是在探讨行政机关应如何遵循平等原则,也就是说,其是基于行政机关自我拘束的角度,而非司法机关进行司法审查的角度。从行政机关自我拘束的角度出发,对平等原则的遵守应该是一个一以贯之的过程,行政机关对某一类案件作出的第一个行政行为即对后续行政行为的作出产生约束力;而从司法审查的角度出发,行政机关对平等原则的落实存在理想与现实的差距,实践中行政机关对同一类问题的不同处理屡见不鲜,平等原则对行政行为自始应产生的约束力大多未能形成,进而形成了众多可供选择的参考依据,法院首先面临的问题就是审查原被告提供的参考依据是否可以被采纳。研究视角的不同,导致已有观点对参考依据的研究主要局限在合法性问题上,即违法的行政行为是否会对后续行政行为产生约束力。这就导致目前对平等原则审查基准的探讨未能回应司法实践中的一大痛点,即法院应如何认定与涉诉案件进行对比的参考依据是适宜的。这一问题在行政先例中格外凸显,因为可供参考的行政先例数目庞杂且内容相左,原告肯定偏向选取对自己更为有利的行政先例,此时法院对参考依据的审查就显得格外重要。

(二) 现实境况: 审查基准难成体系

我国法院对平等原则的适用尚处于探索阶段,实务界并没有对平等原则的审查基准形成系统的看法。笔者以平等原则为关键词在中国裁判文书网搜索行政案件,共得2292份裁判文书^②。通过阅读分析收集到的相关案例,发现多数案例对行政机关是否违反平等原则的理由论述过于简单,在部分指出平等原则审查基准的案例中,法院所采用的审查基准呈现出分散化的特点,难以形成平等原则审查体系。具体而言,各地法院已经采用的审查基准可划分为三类。

1. 合目的性标准

平等原则在不同领域表现不同,合目的性标准主要审查行政行为是否违反平等原则在某一领域的具体要求。平等原则在相关领域的目的要求可根据宪法及法律法规规定、立法解释、行政

解释等加以确定。如在“吴玥不服中山市高等中专学校招生委员会办公室教育行政决定”一案中^③,法院认为,《中华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)第37条规定的“受教育者在入学、升学、就业等方面依法享有平等权利”,实际是指受教育者不因民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限而在入学、升学、就业方面享有宪法意义上的平等权利。案件中的行政机关并没有在以上方面加以区分对待,所以不构成对平等原则的违反。法院对教育平等的认定一方面来自宪法中法律面前人人平等的具体内涵,另一方面来自《教育法》第9条的规定,即“公民不分民族、种族、性别、职业、财产状况、宗教信仰等,依法享有平等的受教育机会”,因此该案是合目的性标准的具体体现。

但是合目的性标准存在明显的问题。民族、种族等被明确指出的具体特征仅是该领域落实平等原则的重点要求,而不是判断行政机关是否违反平等原则的唯一标准。也就是说,违反目的要求的行政行为一定违反平等原则,而行政机关区别对待的内容在目的范围之外并不能直接证明其符合平等原则。故合目的性标准仅能在平等原则的认定中起到辅助作用。

2. 事物本质标准

事物本质标准是指法院以案件事实之间是否本质相同去判断其是否属于同一情形,而不去关注其他细枝末节的事实。对于本质相同的行政案件,行政机关应同等对待。在“卢学友诉大连市金州区大魏家街道办事处渔船转产补偿”一案中^④,最高人民法院指明,案件当事人的船舶与案外人的渔养船舶性质相同,案外人的船舶被征收产生的转产补助16万元系经大魏家街道办、村委会、建设单位共同确定,根据平等原则,案件当事人亦应获得相同的转产补助款。虽然最高人民法院仅是简单说明船舶之间性质相同,并未对缘由进行具体论述,但还是可以从“性质”一词看出,法院采用了事物本质标准去审查案件之间是否情况相同。

3. 比例原则

比例原则“从行政行为所欲达成的目的与所

采取手段之间适当性的角度来考察行政行为”^[9], 具体包括妥当性原则、必要性原则以及狭义比例原则^⑤。由于平等原则要求类似情况比例对待, 故结合比例原则判断行为是否构成对平等原则的违反较为常见。实践中有案例即实质体现出这一认定方法^⑥。该案中, 原告主张行政机关拆除其未取得规划建设许可证的房屋的行为违反平等原则, 因为比原告情形更为严重的违建房屋并未被拆除。对此, 法院认为行政机关对原告所有的违章建筑予以拆除的处罚决定超出必要限度, 故以违反比例原则为由判决行政行为违法。从文字层面观之, 法院仅论述了行政行为违反比例原则, 没有回应原告的平等主张。但是从裁判逻辑层面分析, 法院认定行政处罚力度过大, 定然参考了比原告情形严重的其他违建房屋未被拆除这一事实, 此时法院认定行政机关违反比例原则, 实质就是以比例原则为工具认定行政机关违反了平等原则。

除上述标准之外, 还有法院以法律法规的规定为依据适用了平等原则。比如在男女平等问题上, 法律法规有明确集体经济组织确认成员资格和具体待遇时构成女性歧视的具体情形^⑦。法律原则被法律法规细化后便属于形式合法性的审查, 本文在实质合法性审查下探讨平等原则的适用, 故对此类情形予以排除。

结合以上实践内容可以看出, 法院尚未形成认定行政行为违反平等原则的统一标准。已有的审查方法是法院适用平等原则的有益探索, 亦是部分学理观点的实践体现。但是, 相关标准较为分散, 且与具体案情结合紧密, 未能跳脱出涉诉案件而提出一个具有普遍指导意义的审查基准。故在面对其他类型的行政案件时, 法院适用平等原则仍然存在较大障碍, 具体表现为法院会担心错用平等原则, 或者认为认定行政机关违反平等原则的理由单薄, 难以支撑判决结果。因此, 有必要从司法审查的角度出发, 将平等原则的审查基准规范化、系统化。

三、平等原则审查基准的范式完善

根据学理及实务中对平等原则审查基准的

既有认知及其缺憾, 笔者认为, 为完善司法审查中对平等原则的适用, 法院对行政行为违反平等原则的认定应分为两个阶段: 第一阶段为条件审查, 具体审查涉诉案件的参考依据是否适宜; 第二阶段为对比审查, 法院比照参考依据以确定行政行为是否构成对平等原则的违反。两个阶段的审查呈递进关系, 即第二阶段的审查以第一阶段的审查成立为前提。

(一) 条件审查: 涉诉案件参考依据的采纳规则

明确参考依据审查基准的原因在于, 参考依据中裁量基准的细化程度可否提供规范支撑、行政惯例是否成立的具体认定以及矛盾的行政先例应如何处理等问题都存在裁量余地。在裁量空间内, 或开放或保守的法官态度, 会导致法院对参考依据可否被采纳的判断不同。若无适宜的参考依据, 法院便不能适用平等原则, 故法院对参考依据是否成立的判断直接影响到平等原则的适用。这也就意味着法院对参考依据的认定可以直接调节平等原则的适用范围, 因此有必要确立条件审查的具体标准, 以界定平等原则的适用范围。笔者认为, 适宜的参考依据应符合三个要求。

1. 参考依据具备合法性

行政诉讼中的参考依据应具备合法性。首先, 违法的参考依据不具有参照意义。平等原则的适用不得违背法的拘束, 参考依据应在正常法秩序的规制之下^{[1](190)}。对行政机关而言, 其应该纠正违法的行政行为或裁量基准, 而非继续延续违法状态; 对法院而言, 其不能使原告通过平等原则获得违法利益, 违背行政诉讼法仅保护原告合法权益不受侵害的规定^⑧, 故违法的参考依据对行政机关和法院都不具有拘束力。其次, 不法的平等问题不应由行政诉讼解决。平等原则的最终目的在于平衡个体之间的利益关系^[10], 在大多数人获得违法利益而当事人没有获得时, 个体间利益关系的不平衡难以避免, 平等原则不能回避这一执法问题。但是, 鉴于不告不理原则的约束, 法院无法适用平等原则予以解决。以行政处罚案件为例, 对于已受处罚的原告以及本应受处罚而未被处罚的案外人, 法院撤销行政机关对原告的处罚决定仅是一种情况的恢复, 恢复至原告与案

外人均未受处罚的状态,而平等原则的真正落实,应是使情况相同的二人获得同样的行政处罚。然而,法院在不告不理原则的约束下无法对作为参考依据的其他行政案件作出行政判决。因此,不法的平等问题还需寻求其他纠纷解决途径,法院对平等问题的处理必须在法律的框架之中。

2. 参考依据内容具有确定性

参考依据内容的明确具体是其具备操作性的重要前提。参考依据需要具备“同种情形”的认定条件以及“同种对待”的具体内容,否则便不能发挥参照作用。如某些裁量基准在“同种情形”的认定条件中仍存在模糊概念,使得其本身对行政行为尚难以形成拘束力,更遑论将其作为参考依据去审查行政行为是否违反平等原则。一些情况下,内容模糊的行政行为本身即不符合法律规定。如我国《行政处罚法》规定,“违法事实不清的,不得给予行政处罚”^⑨,同时,行政处罚决定书应载明“违反法律、法规或者规章的事实和证据”“行政处罚的种类和依据”等内容^⑩,其他法律亦有类似规定,并多采用格式文本,以保障行政行为作出时事实认定清楚、法律依据明确。因此,参考依据应符合内容明确这一基本要求。

3. 参考依据与“明显不当”标准具有适配性

参考依据的选择与司法权对行政权的干涉限度相关联。司法解决纠纷的能力是有限的^[11]。司法审查有限原则作为现代行政法的基本原则,划定了司法权介入行政权领域的范围,旨在为行政权在司法审查过程中保留一个不受司法权牵制的“自由空间”,以满足控制社会秩序所需,否则行政权控制社会秩序的能力会被行政诉讼程序彻底耗尽^[12]。因此,司法权在行使过程中应给予行政权足够的尊重。接上文观点,对参考依据的选择可以调节平等原则的适用范围,而该适用范围又应体现司法审查有限原则的要求,基于这一关联性,法院审查参考依据是否成立应考虑到司法审查有限原则的约束。

参考依据的选择应与“明显不当”标准相匹配。从法律规定的层面探讨,《行政诉讼法》第70条关于“明显不当的行政行为可适用撤销判

决”的规定既是司法审查可适用平等原则的裁判法依据,也指明了法院对行政行为的实质合法性审查为有限审查。参考依据的选择当然应符合该条法规的要求。从理论研究的角度出发,对于平等原则适用范围的限制,日本有学者从裁判的专业性角度指出,判断裁量事项是否符合平等原则的要求,需要有行政上专门的判断能力,此时行政机关的判断能力要高于法院,故应在平等原则的一般性适用问题上赋予行政机关的判断以优越性,只有在行政行为严重违反平等原则的情况下,才赋予法院的判断以优越性^[13]。也就是说,对平等原则的一般性违反不属于行政诉讼中平等原则的适用情形。因此,平等原则在司法审查中的适用应以“明显不当”为限。法院在审查参考依据时,应采取严格的审查标准,即该参考依据应具有明显的不可忽视的参照价值,以至于行政机关作出的与该参考依据不一致的行政行为构成诉讼法意义上的明显不当。

(二) 对比审查:形式平等为主,实质平等为辅

如前所述,平等原则项下形式平等与实质平等的审查侧重点不同。形式平等审查行政机关是否违反参考依据对行政相对人实施了不同对待;实质平等则审查涉诉案件与参考依据的情形是否实质相同,或者行政机关的差别对待是否合理。违反平等原则的认定应以形式平等为主,实质平等为辅。其原因在于:

第一,行政的特性使然。首先,行政是对法律的执行。遵照依法行政原则的要求,行政行为受到法律、法规、规章等法律规范性文件及其内部制度的严格约束,对规则的遵循实质就是对形式平等的落实。其次,效率亦是行政的价值导向。实质平等的认定中含有较多不确定性因素,为减少矛盾结论、提高执法效率,行政执法以形式平等为主要方式。实质平等的作用则在于预防行政机关在落实形式平等的过程中过分僵化,反而侵犯了当事人的合法权益,故实质平等在适用上处于补充地位。以形式平等为主的行政方式映射到司法审查之中,便是以形式平等为主适用平等原则。

第二,司法权应尊让行政权的要求。在对行

政行为进行实质合法性审查的过程之中, 司法权有被不当扩张的风险, 形式平等的适用是防控这一风险的重要方式。在形式平等下, 法院根据行政机关制定或作出的参考依据去判断行政行为是否违反平等原则, 故法院对行政裁量行为的审查是以行政机关的既有判断为基准的。而在实质平等下, 参考依据或仅具有参考作用(如与涉诉案件属于不同情况), 或具体标准受到质疑, 使得法院对行政行为是否有违平等原则的判断要优先于行政机关, 进而有否定行政机关裁量结果的可能。因此, 基于对行政权的尊重以及对行政行为实质合法性的有限审查, 法院应优先以形式平等审查行政行为的实质合法性。

以形式平等为主进行审查并不意味着保守或落后。虽然在哲学领域的平等主义理论中, 关注分配正义的运气平等主义、关注社会关系和结构的关系平等主义^[14]以及关注机会结构与人的兴盛的机会多元主义^[15]等无一不在追求着实质平等的实现, 以形式平等为主的审查也必然会导致平等问题的探讨不够充分, 但是不同视域下的平等存在多个侧面, 其本身的复杂性使得实质平等的真正实现注定困难, 或者说我们只能不断接近实质平等。比如平等主义下的经典观点——按劳分配, 就被认为没有关注到劳动者不同的工作能力和不同的家庭负担, 故仍为形式平等而非实质平等, 但其消除了资本家对剩余价值无偿占有的不平等现象, 对平等的发展仍有积极意义^[16]。鉴于此, 司法审查若能有效落实当前语境下的形式平等, 便已然是一个长足的进步。

四、平等原则审查基准的具体适用

(一) 参考依据的要件审查

1. 参考依据的形式合法性

在合法性审查方面, 法院应该对参考依据进行形式合法性审查。形式合法性要求行政行为形式上符合法律规定即可, 实质合法性则要求行政行为符合平等原则、比例原则、正当程序原则等法律原则的要求。以形式平等审查行政行为的要义在于涉诉案件形式上与参考依据一致即可, 将

参考依据是否实质合法的判断权交由先前制定裁量基准或作出行政行为的行政机关。若以实质合法性的标准审查参考依据, 则与以实质平等的标准审查行政行为的合法性无异, 使形式平等丧失了其本应具有审查意义。因此, 法院对参考依据进行形式合法性审查即可。具体而言, 法院应审查裁量基准、行政惯例以及行政先例是否符合成文法的规定, 即是否属于对模糊法律概念的细化或是否在法律规定的裁量空间内。

对参考依据进行形式合法性审查可能会与不告不理原则产生冲突。笔者认为, 不告不理主要是指法院不主动对其他案件进行违法性审查, 但是法院可以对其进行合法性审查。如此说法的变换是为了明确, 法院的审查只为确认参考依据的合法性, 若参考依据违法, 法院仅是不予适用, 而不会对作为参考依据的案件作出任何判决。因此, 为消解与不告不理原则的冲突, 法院对参考依据应只进行适用上的审查, 不进行受理和裁判。

2. 参考依据的内容明确性

参考依据内容的明确体现为“同种情形”认定条件的明确以及“同种对待”方式的明确。就裁量基准而言, 法院应审查其是否对不确定性法律概念进行了明确界定, 或对裁量范围内不同的裁量种类或裁量位阶进行了明确划分。若裁量基准没有具体化的规定可供参照, 则不应以裁量基准作为参考依据。就行政惯例而言, 法院应审查其对适用案件的事实情节及行政机关的处理结果和处理程序的规定是否明确, 或者行政机关对某一存在解释空间的规定的理解适用是否具体。就行政先例而言, 法院应审查其事实认定、法律依据以及行政处理的具体程序和处理结果, 在事实认定中应明确行政案件的发生时间、行政相对人的类型及其行为类型、情节轻重程度以及是否具有从轻、减轻或从重、加重情节等内容。这样一来, 法院才可比照事实认定的具体内容判断涉诉案件与作为参考依据的行政案件是否属于同种情形, 比照法律依据、处理程序及处理结果确定该案当事人是否得到程序及实体上的同等对待。

3. 参考依据与“明显不当”标准的适配性

参考依据有助于判断行政行为“明显不当”，意即被诉行政行为与该参考依据不一致便构成对平等原则的严重违反。为达至“明显不当”标准的要求，不同类型的参考依据应分别符合以下条件：

第一，裁量基准仅在其效力范围内具有参照价值。实践中有原告以相邻城市的裁量基准作为主张行政机关违反平等原则的参考依据^①。笔者认为，裁量基准的参照价值应仅限于制定机关的辖区范围。首先，行政裁量权的行使本身即要求因地制宜，不同行政机关的裁量背景不同、逻辑不同，参考依据自身就带有明显的区域性特征；其次，其他区域行政机关的裁量基准对被诉行政机关没有拘束力，故被诉行政机关不需要遵守；最后，虽然行政机关在制定裁量基准时不免会参考情况类似的区域的做法，但是在“明显不当”标准之下，可以不要求被诉行政行为与情况相近市区的同类行政行为保持一致或类似。因此，参考依据的选择应具有区域性，裁量基准仅在制定机关的辖区范围内有效。

第二，行政惯例的认定应接受严格审查。行政诉讼当事人应提供充分的证据证明行政惯例在客观上具备长期性和反复性，并在主观上获得社会公众的内心确信^[17]。在对客观要件的审查中，反复性的认定是相对明确的，故严格审查标准应主要体现在“长期性”的认定之上。行政惯例是具有社会规范效果的事实，也就是说，行政惯例不仅对行政机关具有内部规范效果，对社会公众亦具有规范效力。普遍性的对外效力并非一朝一夕可以形成，故行政机关的反复性行为必须经过较长年限才可符合“长期性”的要求。有学者在研究行政惯例时，所列举的经司法认定的行政惯例均经过了长达十年甚至几十年的反复适用^[18]。在对主观要件的审查中，由于社会公众的内心确信难以审查，故有观点认为可以将“有可以说得过去的理由”作为判断标准^[18]，但为严格审查，法院至少应明确对该行政惯例形成内心确信的除当事人之外还有其他人。

第三，行政先例应具备典型性或明显参考价值。在行政先例具备一致性的情况下，法院对行

政先例的选择没有特殊要求。但是，在行政先例存在矛盾的情况下，笔者认为，可作为参考依据的行政先例有以下两类：其一，行政先例属于行政机关发布的行政典型案例。目前，已有行政机关开始发布行政典型案例，以为实践中行政行为的作出提供经验和方向。其二，同时同地发生的同类型案件。同时同地的要求最大程度上排除了影响行政行为作出的不稳定因素，使得行政机关的不同对待明显不当。在具体认定中，同时指同一时间段，同天作出的行政行为自是无可争议，而何为同一时间段则需要法院根据行政行为作出的背景、被诉行政行为的发生频率等因素综合判断。而同地不仅是指同属行政机关的辖区范围，还指对同种情形的判断产生实际影响的具体区域，如不同地段的房屋价值明显不同，这肯定会影响行政机关制定的拆迁安置补偿标准。需要说明的是，依据行政先例进行对比参照一般都是向前比照，而非向后比照。但是，属于同一行政案件或者由同一行政行为引发的多个行政案件中，存在向后比照的例外。因为在这类情形下，行政机关在作出相关行政行为时需要综合考虑，均衡各方利益，此时即便其他行政行为稍晚于被诉行政行为作出，亦不影响其参照作用。

(二) 形式平等的具体适用

在明确了一个适宜的参考依据后，违反形式平等的具体认定会相对简单。法院只需要比照参考依据中的事实认定及行政机关的对待方式，审查被诉行政行为是否违反平等原则。在对比参照的过程中，法院应审查二者的主要事实要件是否一致，以及行政机关程序及实体上的对待方式是否一致。程序上同等对待是指行政机关对情况相同的当事人应该采取相同的行政程序，如提交相同类型的申请材料、证明材料，均举办听证会等。实体上同等对待是指行政机关对情况相同的行政相对人的案件处理内容相同，如相同情况的行政相对人的拆迁补偿金标准应相同。通过行政机关在程序上及实体上的同等对待，行政行为对行政相对人在结果上产生的影响应与参考依据中的当事人相同。需要注意的是，事实的细枝末节不一致以及轻微的程序瑕疵不构成认定行政机关违反平等原则的理由。

(三) 实质平等的具体适用

实质平等标准适用的前提为形式平等无法适用, 具体分为两种情形。首先, 在行政诉讼当事人质疑形式平等产生了不平等的法律后果时, 法院可适用实质平等进行检验或者纠偏。对形式平等的质疑可能有如下两种表现: 其一, 行政诉讼当事人认为参考依据对同种情况的事实认定存在局限性, 原告虽然符合参考依据的事实要件, 但是实质上与参考依据中的情形属于不同情况, 不应该被同等对待; 其二, 行政诉讼当事人认为其虽然不符合参考依据中体现的事实要件, 但是本质上与参考依据中的情形属于同种情况, 行政机关应同等对待。其次, 被诉行政行为与参考依据的情况不一致, 但行政诉讼当事人认为被诉行政行为的差别对待与参考依据不成比例。因此, 实质平等下, 法院主要审查被诉行政行为与参考依据本质上是否属于同种情况, 以及行政机关的差别对待是否合理。

1. 所诉事实是否属于同种情况的认定

法院应以事物的本质去判断被诉案件与参考依据中的情形是否属于同类情况。意即, 法院要从行政行为的目的出发, 根据行为目的所指向的主要特征进行对比。如在违规建筑这一问题上, 若行政机关以违反限高规定的违规建筑为目标实施强制拆除, 则各违规建筑之间进行对比的主要事实在于建筑所处位置以及建筑高度。事物本质标准的主要问题在于其内容具有一定的开放性, 只提供了审查方向而无实质内容。但是, 不确定性概念作为平等原则的标准是无法避免的, 实践重点应在于如何为这一不确定性概念提供一个良好的运行环境, 以使得不确定性概念的适用较为确定。为更好地考察事物本质, 我国可通过加强法律以及政策的解释工作, 明确相关规则背后的立法目的及政策目的, 为法院分析事物本质提供更为明晰的路径。

2. 行政机关差别对待是否合理的认定

审查行政机关差别对待是否合理应以比例原则为工具。关于差别对待的合理性与比例原则的关系问题, 有学者指出, “平等指群体成员达到心理平衡时利益、权利、义务配置形成的合理的比例关系。满足此要求的就是实质平等, 否则

就是徒具形式的平等”^[19]。平等关系的实现需要人对平等要求的正当性的肯定^[20]。因此, 合理的判断以平衡为基点, 需要比例原则的介入。当前, 在平等原则的审查中引用比例原则已成通识^[21], 域外如美国^[22]、英国^{[23](148-154)}、德国^[24]等亦有同样的见解。不过, 比例原则与平等原则共同作为行政法基本原则, 在内容上的侧重点不同: 比例原则的适用本身属于个案问题, 主要在于衡量行政手段与行政目的之间的合理性; 而平等原则的认定则需要在不同案件之间进行比较才可得出结论, 主要在于维护行政相对人之间的利益平衡。故在平等原则项下适用比例原则与单独适用比例原则有所不同, 主要体现为比例原则的适用结果会受到来自参考依据的影响^[25]。以比例原则审查行政机关差别对待的合理性, 具体应考虑如下四方面的要求:

第一, 差别对待的目的具有正当性。首先, 目的正当性的认定较难形成统一标准, 司法审查可结合是否有助于公共利益的实现、是否违反宪法及法律法规规定、是否有悖于宪法及行政法精神, 抑或是否有违公序良俗等进行综合判断。其次, 行政目的应是基于客观的事由或原因, 而不是行政机关的良善动机^{[23](120-129)}。比如行政机关对男女实行差别对待, 应是基于男性群体与女性群体的客观不同, 而不是出于保护女性这一具有好意的动机; 如果在某一事项上, 男女均能胜任, 但行政机关出于不想让女性过于劳累的目的对女性区别对待, 就属于没有正当目的。不过, 如果能够认定差别对待行为是因为行政机关主观歧视, 那么可直接认为差别对待的目的没有正当性。

第二, 差别对待行为有助于行政目的的达成。在这一问题上, 美国对平等原则的审查要求分为两种情况: 若行政行为涉及宪法规定的基本权利以及性别分类和非婚生分类下的相关权利, 法院则要求行政行为实质上有助于目的的达成, 行为与目的之间有充分的联系; 若行政行为涉及的是除上述权利以外的其他权利, 法院则仅要求行政行为形式上有助于目的的达成, 行为与目的之间有间接的联系亦可^[26]。笔者认为, 差别对待行为有助于目的的达成是一项基本要求, 过于微

弱的间接联系并不利于行政相对人合法权益的保护,也不利于提高行政机关的专业判断能力和公信力。故行政机关的差别对待行为必须与行为目的有实质的合理的联系,这一标准并不要求通过行政行为的实施一定能够实现行为目的,但至少有助于目的的达成。

第三,差别对待行为是达成行政目的的必要方式。行政行为的必要性应根据行政行为类型进行分类论证。对于涉及人民基本权利的差别对待行为,其必要性应接受严格审查,即在有多种手段可以实现行政目的时,该差别对待行为必须是对相对人损害最小的手段,体现为行政机关的分类行为不存在过多包含或过少包含,以及行政机关差别对待的限度能够最大程度地降低对当事人的不利影响。对于涉及人民其他合法权益的差别对待行为,过于严格的论证会增加行政机关在行政程序上的压力,不利于行政效率的提高,故对这一类行为应进行合理审查,即主要审查差别对待行为的实施是否存在合理理由,至于该行为是否为损害最小的手段则在所不论,涉诉行政行为对当事人所造成的负担与参考依据相比不至于畸重即可。

第四,差别对待行为所带来的弊端不大于行政目的所追求的利益。手段之弊大于目的之利,行政行为便不具备实施价值。在衡量二者的具体价值时,应考虑财产损失程度、社会危害程度、其他间接损失等各个方面的影响。由于在对比过程中,并不是所有事物均可以用金钱衡量,因此价值对比的结果具有不确定性。如在建筑限高问题上,就涉及建筑所承担的公益用途(如教育价值、医疗价值、实验价值等)与目的所追求的公益价值的对比(如风景区景观、古建筑群维护等),两方的公益价值都难以用金钱衡量。在这种情况下,可以借鉴马斯洛的需求层次理论,根据公益所对应的人的需求层次,来判断孰轻孰重^[27]。

五、结语

一般认为,平等原则概念的广泛性是行政审判对其进行适用的最大阻碍。误用、错用的担忧,以及司法权对行政权过度干涉的风险,都对平等原则的适用提出了挑战。因此,本文的双阶审查

标准在设定了契合于司法审查需求的平等原则审查基准的同时,亦明确了其适用的有限性。若想在既有框架内进一步扩大平等原则的适用范围,必须辅之以配套制度的完善,如裁量基准的全面设定、行政指导案例的公布、行政惯例制度的构建等。除此之外,行政执法智能化促使行政执法更加标准有序,这使得行政先例的认定更为简单明确。在各方制度的构建与完善下,法院便可在不过度干涉行政权的基础上,进一步扩大平等原则的适用范围。

注释:

- ① 从理论上讲,行政先例应指最先采取的处理方式,然后经不断重复最终形成行政惯例。然而根据我国实际,溯及何为最早的行政先例已无必要。因为已经不断重复的行政先例可以作为行政惯例进行对比参照,更多情形下,行政先例未能一以贯之地延续下来。故宜对行政先例进行宽泛理解,认为其只要先于被诉行政行为作出即可。
- ② 访问时间为2022年9月27日。
- ③ 参见广东省中山市中级人民法院(2015)中法行终字第11号行政判决书。
- ④ 参见最高人民法院(2019)最高法行申8681号行政裁定书。
- ⑤ 妥当性原则是指行政机关实施行政管理时所采取的手段必须是能够达成行政目的的手段;必要性原则是指行政机关可以采用手段达成行政目的时,应选择对人民权益损害最少的手段;狭义的比例原则是指行政机关采取的措施与其所欲达到的目的之间必须合比例或相称。参见周佑勇:《行政法总则中基本原则体系的立法构建》,载《行政法学研究》2021年第1期。
- ⑥ 参见湖南省石门县人民法院(2016)湘0726行初12号行政判决书。
- ⑦ 如《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第2条规定:“村民代表会议或者村民大会决议、村规民约和股份制章程中涉及土地承包经营、集体经济组织收益分配、股权分配、土地征收或者征用补偿费使用,以及宅基地使用等方面的规定,应当坚持男女平等原则,不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由,侵害其合法权益。”
- ⑧ 参见《中华人民共和国行政诉讼法》第12条之规定。
- ⑨ 参见《中华人民共和国行政处罚法》第30条之规定。
- ⑩ 参见《中华人民共和国行政处罚法》第39条之规定。
- ⑪ 参见广东省佛山市中级人民法院(2016)粤06行终4号行政判决书。

参考文献:

- [1] 周佑勇. 行政法基本原则研究[M]. 武汉: 武汉大学出

- 版社, 2019.
- [2] 汪燕. 选择性执法及其治理研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2014: 2-4.
- [3] 肖泽晟. 我国景区门票优惠政策中的合理差别与歧视[J]. 行政法学研究, 2019(3): 3-15.
- [4] 城仲模. 行政法之一般法律原则(二)[M]. 台北: 三民书局, 1997: 108.
- [5] 林来梵. 宪法学讲义[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 358-362.
- [6] 周佑勇. 作为行政自制规范的裁量基准及其效力界定[J]. 当代法学, 2014(1): 30-38.
- [7] 周佑勇. 裁量基准的制度定位——以行政自制为视角[J]. 法学家, 2011(4): 1-14.
- [8] 章志远. 行政惯例如何进入行政裁量过程——对“钓鱼执法事件”的追问[J]. 江苏行政学院学报, 2010(4): 124-130.
- [9] 何海波. 实质法治——寻求行政判决的合法性[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 208-209.
- [10] 周佑勇. 行政法原论: 第三版[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 62.
- [11] 范伟. “法官不得拒绝裁判”原则的逻辑再造: 从绝对性到相对性[J]. 政法论坛, 2021(1): 41-53.
- [12] 章剑生. 现代行政法基本理论[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 104.
- [13] 杨建顺. 论行政裁量与司法审查——兼及行政自我拘束原则的理论根据[J]. 法商研究, 2003(1): 63-72.
- [14] 齐艳红. 关系平等主义及其困境——兼析分配平等与社会平等之辨[J]. 哲学研究, 2021(2): 30-37.
- [15] 张虎. 费西金对机会“平等化”的批判及其机会多元主义[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2018(4): 25-31.
- [16] 陈飞. 马克思对自由主义正义理论的扬弃及其当代启示[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2017(1): 110-116.
- [17] 罗英. 行政惯例的地位新探——基于行政法源与行政法治的双重视角[J]. 青海社会科学, 2011(1): 76-79.
- [18] 章剑生. 论“行政惯例”在现代行政法源中的地位[J]. 政治与法律, 2010(6): 2-13.
- [19] 曾云燕. 平等原则研究[D]. 长春: 吉林大学, 2014: 36.
- [20] 闫国智. 现代法律中的平等——平等的主体条件、法律平等的本体及价值[J]. 法学论坛, 2003(5): 20-26.
- [21] 邢益精. 论合理的差别待遇——宪法平等权的一个课题[J]. 政治与法律, 2005(4): 21-29.
- [22] 王名扬. 英国行政法比较行政法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 291.
- [23] 鲍勃·赫普尔. 平等法[M]. 李满奎, 译. 北京: 法律出版社, 2020.
- [24] 康德拉·黑塞. 联邦德国宪法纲要[M]. 李辉, 译. 北京: 商务印书馆, 2007: 343.
- [25] 林莉红, 任沫蓉. 平等原则在行政审判中的适用偏差与应对——基于对行政行为实质合法性审查的提倡[J]. 北京行政学院学报, 2022(1): 32-39.
- [26] 汪进元. 论宪法的平等保护原则[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2004(6): 827-832.
- [27] 宦吉娥, 任沫蓉. 事业单位国有资产处置的宪法约束——以武汉大学拆除工学部第一教学楼为例[J]. 甘肃政法学院学报, 2019(1): 91-106.

On the perfection and application of review criteria of the principle of equality in administrative trial

LIN Lihong, REN Morong

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The principle of equality is one of the standards for reviewing the substantive legality of administrative acts in administrative trials. Under the realistic background of the growing demand for equality, the existing academic views which are defective and judicial practices which are not systematic are not enough to respond to the needs of the trial. Meanwhile, the extensive connotation of equality principle also causes the risk of judicial power interfering with administrative power excessively in the process of application. Based on the consideration of judicial adaptability and practical operability, a "two-step" review strategy should be adopted. The first step is the conditional review, which requires that the cases should have a suitable reference basis for comparison. The second step is comparative review. Based on the principle of formal equality as the mainstay and substantive equality as the supplement, the court should determine whether an administrative act violates the principle of equality by reference.

Key Words: administrative trial; equality principle; formal equality; substantive equality; substantive legality

[编辑: 苏慧]