

自由裁量与行政正义

——阅读戴维斯《自由裁量的正义》

王锡梓

Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*

University of Illinois Press, 1971

一、引论

自从亚里斯多德在他的《政治学》一书中明确提出“法律的统治，而非人的统治”¹这一法治理念以来，法治已经成为西方社会公共生活中的一个基本信念和制度基础。人们已经相信或乐于相信有关公共生活的一个“事实”，即在一个法治社会中，个体受且只受事先公布的法律规则和原则的支配，而公共权力必须受到事先制定和公布的法律规则的约束，只有这样才有个人自由。²难怪坐落于美国首都华盛顿宾西法尼亚大道上的司法部大理石门墙上镶嵌着这样一句格言：“法律终止之处，即暴政发轫之地”。³

但是，任何一个走进司法部大楼的人都将很快发现，在这座大楼中行使公共权力的人们--上至司法部长，下至普通办事员--并非仅受法律的统治。他们的工作不仅仅涉及到法律的适用，更涉及到自由裁量权的行使。虽然人们不能断定法律终止之处必为暴政发轫之地，但理想化的法治主义者却不得不接受一个虽然令人失望但却无法回避的事实：法律终止之处，乃是自由裁量权发轫之地。由于法律规则对社会生活进行调整的局限性，我们甚至可以说，法律的统治不可避免地蕴含了自由裁量权的存在。

事实上，在现代行政国家中，人们已经认识到，严格意义上的“依法行政”不仅不可求，而且不欲求。行政自由裁量权广泛存在并且渗透于行政过程的各个环节。为什么行政过程中会存在如此众多的自由裁量权？这些自由裁量权的存在都是可以得到正当化的吗？自由裁量权的广泛存在是否可能导致“行政国”的法治困境？现代法治系统应当如何有效并富有理性地回应自由裁量权广泛存在的事实？对这些问题的追问已涉及到“行政国”时代法治之实现的核心要素。但是长期以来，不论是法理学还是行政法学对这些问题都缺乏系统化的研究。⁴确实，自由裁量权可能导致暴政，但也可能有助于不同情况下所要求的“个别正义”（individualized justice）和“创造性行政”（creative administration）的实现，如果这种权力能够以一种理性化方式行使的话。对自由裁量权问题进行研究的核心目的，就是要回答这样一个问题：如何才能确保法律终止之处并不是暴政发轫之地？正是从这一角度出发，二十世纪美国最重要的公法学者戴维斯教授（Kenneth Culp Davis）在其《自由裁量的正义》一书中对行政过程中广泛存在的自由裁量权问题及其与行政公正的内在关联性进行了系统的探讨。

二、作为一种事实而广泛存在的自由裁量权

行政过程中的自由裁量因素

一般认为，行政过程中自由裁量因素最为明显的表现，乃是由于某种具体、明确的法律规则的缺乏，致使行政机关及其官员合法地获得某种根据其判断与斟酌而作出决定的权力。这种对自由裁量权范围的描述，显然遵循“规则--自由裁量”的两分法。法律规则和原则的缺位，就意味着自由裁量权的存在。但是，行政过程中的自由裁量权范围实际上要远远大于这个范围。从任何一个行政决定的制作过程来看，行政决定的制作都涉及到三个要素：（1）发现与认定事实；（2）适用法律；（3）作出相应的决定。如果相关法律规则对上述要素都作了明确的规定，是否就意味着执法者完全不具有自由裁量权呢？回答是否定的。因为：（1）执法者在发现与认定事实的过程中对事实的性质、准确性程度、与法律规则适用的相关性、

以及评估和取舍相互冲突的事实等问题仍然具有作出自己判断的权力。(2) 执法者在适用原则或规则之时, 首先需对该原则或规则的内容进行理解, 也必须对这些原则或规则相对于特定事实的可适用性进行判断。因此, 法律的适用过程并非是一个简单的将规则适用于特定事实从而自动产出某个具体决定的机械过程。执法过程不是一条决定之制作的“自动流水线”。(3) 在事实和法律基础上的决定之作出, 不仅仅受到事实和法律的影响, 而且也受到执法者个人的价值判断、个性以及个人情感等因素的影响。从以上三个方面看, 我们完全有理由认为: 在行政决定制作的过程中, 认定事实和适用法律的活动本身就包含着自由裁量的因素。⁵在这个意义上, 法律规则并不能完全消灭自由裁量。只受到法律统治的政府在历史上并不存在, 在将来也同样不会存在。“历史上所有的政府和法律制度, 无一不是法律规则与自由裁量共存。从自由裁量权广泛存在的意义上讲, 没有一个政府能够做到‘只受法律的统治’而不受‘人的统治’。所有法治政府都是法律统治和人的统治的结合。”⁶

因此, 不论有无法律规则的明确规定, 只要执法者在认定事实、适用法律和作出决定的过程中拥有判断和选择的可能性, 就存在着自由裁量权。从这样一个非常现实的角度出发, 戴维斯将自由裁量权理解为“只要对公共权力的有效限制不足以排除权力行使者进行判断和自由作出选择的可能性, 就存在着自由裁量权。”⁷

根据这种理解, 当法律规则没有作出具体规定, 而是要求执法者依据具体情形作出“适当”处理时, 执法者无疑具有广泛的自由裁量权。这是行政过程中自由裁量权最明显、最典型的表现形式。但是, 自由裁量权存在的情形并不仅限于此: (1) 虽然存在着具体的法律规则, 但如果行政机关在该规则的“有效限制”之内仍然有选择权, 自由裁量就依然存在; (2) 行政自由裁量既包括行政机关在多种作为行为之间进行选择, 也包括不作为, 而且从实际中看, 基于自由裁量权而进行的不作为之情形比作为情形更为普遍; (3) 自由裁量不仅存在于实体性行政过程中, 而且也存在于行政程序之中。

自由裁量与个体正义

行政决定过程中广泛存在的自由裁量权对个体 (individual parties) 的权利具有重要影响。虽然在行政过程中, 行政立法作为一种规则制定过程具有更广泛的自由裁量因素, 而且行政立法最终也会对个人权利产生影响, 但这种影响是间接的。行政立法所具有的确定行政政策 (policy-making) 的特征, 直接涉及到的是一种“群体正义”或社会正义。例如, 有关福利发放的标准、价格与费率的确等等, 都直接与社会正义相关。与此相反, 行政决定所影响的是特定的个体。在这个过程中, 自由裁量权的行使将直接影响个体权利, 从而提出“个体正义” (individualized justice) 的问题。

如同其他公共权力的行使将涉及正义问题一样, 自由裁量权的行使也不例外。戴维斯将基于自由裁量权的行使而产生的正义问题称为“自由裁量的正义” (discretionary justice)。例如, 对于两个存在违法行为的个体当事人, 行政机关决定对其中之一进行调查或予以制裁, 而对另外一个个体不采取任何行为; 或者对于具备类似条件的申请人, 行政机关批准某个人的请求但驳回另外一个人的请求, 等等。在这些情形中, 自由裁量权的行使对于这些特定当事人来说都可能引至这样一个问题: 这种权力的行使是否公正, 是否符合正义的要求?

当然, 自由裁量的正义不仅仅存在于行政决定的制作过程中, 而且广泛存在于司法过程中, 例如法官和陪审团对案件的裁决过程就包含着大量的自由裁量因素⁸。但是, 戴维斯对自由裁量的正义的考察, 主要以行政决定过程中的自由裁量权为对象。在他看来, 行政过程中的自由裁量权不仅在范围上远远大于司法过程中的自由裁量权。行政自由裁量权的普遍性, 可以从以下几个方面得到说明: 第一, 从行政权行使的方式看, 90%以上的行政行为是通过非正式方式而进行的。在非正式行政行为中, 行政权受到的原则和规则的制约很少, 因而具有很强的自由裁量特征; 第二, 行政机关对特定当事人作出直接影响其权利义务的最终行为 (final decision) 之前, 需要作出一系列“初步决定” (interim decision)。例如, 某个行政机关得到举报, 称X公司有违法行为。此时, 该行政机关面临着一系列选择: 是否对X公司展开调查? 以何种方式进行调查? 何时进行调查? 在获取有关X公司违法事实后, 是否给X公司自我纠正的机会, 或者将X公司作为一个“典型”加以处理? 这些初步决定行为具有很强的自由裁量性, 但是它们对X公司将产生重要影响, 即便调查表明X公司根本没有违法行为, 行政机关的调查行为也可能使X公司付出几百万美元的代价。第三, 行政机关对于某种违法行为是否进行追究, 属于“检控自由裁量权” (prosecutory discretion), 基于这种权力, 行政机关的不作为 (inaction) 基本上属于行政自由裁量之范围, 不受法院的司法审查。

与司法自由裁量权相比, 行政自由裁量权的行使往往更少受到原则和规则的指导, 在许多情况下也不受司法审查, 从而也就缺乏“富有意义的”制约, 更容易导致针对特定个体来说“非正义”的结果。即便存在着指导自由裁量权行使的原则和规则, 个人情感、价值观、政治压力、直觉、职业伦理以及行政机关执法资源的有限性等因素都可能左右权力的行使。从这个意义上讲, 关注自由裁量的正义对于个体权利的实现和保障具有无法否认的重要性, 而自由裁量的非正义也就意味着个体权利的灾难。

三、法治与行政自由裁量权

行政自由裁量权的广泛存在及其可能导致的非正义，对法治的理念和制度而言无疑是一种威胁。正是基于对公共权力恣意行使的担忧，法治主义强调政府权力必须受到法律规则的明确制约，从而实现“法律之下的政府”。因此，对行政过程（也包括立法和司法过程）中自由裁量权的深入研究将不可避免地面临以下问题：法治主义是否必然排斥自由裁量权的存在？在一个法治政府中，为什么会存在如此广泛的自由裁量权？自由裁量权的广泛存在是否意味着法治主义的失败？以法治主义为基础的现代行政法应当如何处理法律规则与自由裁量的关系？

严格法治主义与自由裁量权

严格法治主义强调通过事先制定并明确公布的法律规则对政府权力进行控制。其基本思想可以被概括为：通过一个由明确、合理法律原则和规则组成的“模范法律”（model of law）而实现“模范政府”。严格法治主义在强调法律规则之重要性的同时，对自由裁量权怀有一种深深的敌意，甚至将自由裁量权与“恣意”（arbitrariness）相等同。

例如，早在1885年，严格法治主义的著名代表人物戴雪（A. V. Dicey）赋予法治主义三个基本要素，其中之一乃是法治意味着“绝对的法律至上或法律统治，而排除恣意的权力、特权或政府所拥有的广泛自由裁量权。”⁹在欧洲大陆，法治主义的这一思想通过宪法和行政法上的“合法性原则”而得到阐述。狄骥对这一原则的理解是“任何国家机关所作出的特定决定都不得与事先公布的一般法律规则相抵触。”¹⁰在当代，最有影响的严格法治主义的推崇者可能非哈耶克莫属。在1944年出版的《通往奴役的道路》一书中，哈耶克认为法治“意味着政府在所有活动中都受到事先确定并公布的规则的约束--这些规则使人们有可能明确预见政府在某种给定情况下将如何行使其强制性权力，从而依据这种知识而安排个人事项。”¹¹在1960年出版的《自由宪章》中，他进一步指出：“法治意味着，除非为了执行某项具体法律规则，政府不得以强制力对个人权利进行限制……法治要求政府在实施强制性行为时必须遵循明确的规则，这些规则不仅必须规定何时和何种情况下可以行使强制性权力，而且必须规定这种强制性权力的行使方式。”¹²而且，“只有当行政对公民的私人领域（private sphere）进行干涉时，自由裁量权问题才具有相关性。在这一方面，法治原则意味着行政当局不应当拥有任何自由裁量权。”¹³

严格法治主义并不仅仅表现为一种理论，而且也表现为行政法制度化的努力。在1957年，英国著名的行政裁判所与调查委员会，即弗兰克斯委员会（The Franks Committee），在向议会提出的一份行政法改革报告中提出：“法治意味着行政决定必须依据明确的原则和法律而作出。一般而言，这种决定是可预测的，因而公民可预测其行为的后果。与此相对立的就是恣意，即决定并非依据某些明确的原则或规则而作出，因而不具有可预测性。这正是法治的对立面。”¹⁴

在我看来，作为一种理念，严格法治主义所主张的“法律的统治而非人的统治”无疑具有难以拒绝的理性力量。但是从作为一种制度实践的层面看，严格法治主义对自由裁量权的排斥是否成功？对此，戴维斯的回答是否定的，他认为严格法治主义在这一点上无疑是失败的。他进一步提出，具有嘲笑意味的是，现代法治系统中自由裁量权的泛滥，某种意义上可以归因于严格法治主义的过份感情化和天真。

严格法治主义的尴尬：一个评论

严格法治主义所强调的规则统治和对自由裁量权的排斥，与法制系统中自由裁量权广泛存在的事实形成极为强烈的对照。¹⁵那么，造成这一尴尬局面的原因是什么呢？戴维斯认为主要有两个原因：第一，严格法治主义人为地将规则与自由裁量相对立，并在此基础上“天真地”相信通过规则就可以消灭自由裁量存在的空间；第二，严格法治主义者坚持一种理想化的法治模式，而没有采取一种“脚踏实地”（down-to-earth）的态度，因而一厢情愿地拒绝承认现实存在的自由裁量权。因为相信规则可以取代自由裁量，所以严格法治主义并没有认真对待可能存在的自由裁量权；因为一厢情愿地拒绝承认法治社会中自由裁量权存在的空间，所以严格法治主义也没有为如何有效控制自由裁量权开出“药方”，其结果是助长了自由裁量权的泛滥。¹⁶

从法治社会中自由裁量权广泛存在这一事实上讲，严格法治主义（或严格规则主义的法治）的尴尬是一个具有普遍性的事实。正是在这个意义上，戴维斯反复强调一个事实，即在历史上任何一个法制体系中，法律规则与自由裁量都是共生共存的。实际上，亚里斯多德在谈到“法律的统治而非人的统治”这一命题时，就已经清楚地表明，他并不认为一个没有任何自由裁量权的政府是能够存在的。¹⁷罗斯科·庞德通过实证归纳的方式提出：“没有一个法制体系能够做到仅仅通过规则而不依靠自由裁量来实现正义，不论该法制体系的规则系统如何严密，如何具体。所有的实施正义的过程都涉及到规则和自由裁量双方

面”。¹⁸这样看来, 严格规则主义法治对规则的崇拜并不能消除自由裁量权与规则共存的事实。

如果严格规则主义法治的信奉者能够采取一种冷静与理性的态度对待法治的实践, 而不是一厢情愿地迷信规则无所不能的力量, 他们本来可以避免这样的尴尬。他们对法律规则所寄托的期望太大, 大到不切实际的程度, 因此注定了要面对这种尴尬。对此, 戴雪的后来者韦德 (E. S. C. Wade) 在为戴雪《宪法导论》一书第九版所作的序言中作了相当中肯的分析: “如果他 (戴雪) 对当时已经存在的行政法的范围和内容进行了考察, 他就不得不认识到, 即便是在1885年, 就已经有一系列议会制定的法律容许行政自由裁量权的行使, 而且这些权力的行使不受法院审查。”¹⁹更进一步, 从政府职能实现的过程看, “如果赋予政府部门或行政官员自由裁量权与法治相违背的话, 那么, 法治就无法适用于任何现代政府。”²⁰

在笔者看来, 严格法治主义面对自由裁量权的困境, 从根本的意义上说来源于一种“认识论上的两难”。一方面, 在普通法系传统中, 严格法治主义承认, 法律规则并不是完全通过事先的、有计划的制定法而创设的。恰恰相反, 通过法院对个别案件的处理而积累起来的知识, 即“法官所发现的法律”, 在一定程度上乃是制定法的基础。普通法发展的历史就是法律知识不断积累、法律规则不断确立的过程。这一过程是一个由“无知”到“有限知识”的进化过程。所以, 在普通法系传统中发展起来的严格法治主义, 首先不得不假定作为一种人类活动的法律发展过程, 在认识论上是“以人的‘有限知识’为前提的, 用哈耶克的术语来说, 就是‘进化理性主义’”。另一方面, 在这种历史语境中发展起来的法治主义又强调法律规则无所不能的力量, 强调事先制定的法律规则对将来行为的绝对指引作用。这就等于假定人们可以拥有对“未来”的足够知识, 可以运用这些知识制定无所不包的规则来调控未来发生的事件。因此, 当严格法治主义坚持法律规则的唯一指导意义而否认自由裁量存在空间时, 它在认识论上实际上走向了被哈耶克称之为“建构理性主义”的道路。这不仅与前面所分析的“有限知识”之假定相冲突, 而且也与普通法发展的历史相背离。因此, 在普通法传统中发展起来的严格规则主义法治对自由裁量权的排斥, 反映出其内在的认识论上的混乱, 它所面临的现实困境不过是这种认识论混乱的一个外在表现。不无讽刺意味的是, 作为“进化论理性主义”提倡者的哈耶克, 又极度强调“事先制定的规则”对未来事件的调整和指引作用, 而排斥自由裁量权在法治系统中存在的必要性。在这一点上, 他事实上走向了他所提倡的道路的对立面。²¹

为什么存在广泛的行政自由裁量权?

在讨论了严格规则主义面对自由裁量权的困境之后, 有必要进一步从现实层面来分析行政过程中自由裁量权广泛存在的原因。在行政过程中为什么会存在如此众多的自由裁量权呢? 对于这一问题, 戴维斯提出了四个原因。第一, 在我看来也是非常重要的一个原因, 之所以在行政过程中存在着如此众多的自由裁量权, 是因为存在着自由裁量权的泛滥, 许多自由裁量权是“不必要的” (unnecessary)。这种不必要性既表现在自由裁量的范围上, 也表现在自由裁量的程度上。这也就是说, 并非所有已经存在的自由裁量权都是合理的, 大量的自由裁量空间应当被法律的原则或规则所代替, 或受法律规则和原则的指导。因此, 对自由裁量权进行研究的一个首要目的就是对各种自由裁量因素进行“提炼”从而确定合理的自由裁量空间。第二, 在许多情况下存在自由裁量权而缺乏规则, 是因为人们不知道如何针对这些具体情况而制定相应的规则。从英美法的传统来看, 法律规则和原则乃是作为对实践理性或经验的归纳积累起来的, 而非人们对将来可能发生之事件的理性设计; 从成文法传统来看, 虽然制定法确实具有理性设计和指引将来的功能预期, 但一般都不能否认的是, 成文法的局限性也在于它无法穷尽将来的多样性。因此, 当某种超出现存的所有法律规则和原则射程之外的事实或情形出现时, 对这些事项的处理将不可避免地涉及到自由裁量。这种情况在行政过程中极为常见, 特别是当一个社会处在剧烈的改革或转型过程时, 旧的规则已经打破, 而新的规则和原则尚处于酝酿之中, “无法可依”的情况将更加突出。第三, 在有些情况下, 之所以存在大量的自由裁量因素, 不是因为缺乏法律原则或规则, 而是因为自由裁量可能更具有“可欲性” (desirability)。没有自由裁量性的规则一旦付诸实施, 虽然在形式上满足了“法律规则平等适用于人人”的普适性, 但是也可能导致规则的僵化和实质上的不平等。在这里, 戴维斯特别强调“个体化的正义” (individualized justice) 这一概念, 即, 有时候正义的实现并不能仅仅通过适用规则而获得; 对于特定个体来说, 根据规则和个体情况的特殊性而加以裁量的正义 (tailored justice) 更符合法律“实质合理性”的要求。因此, “个体化的正义”以及法律的“实质合理性”在很多情况下可以使自由裁量的存在获得正当化。²²

自由裁量权必定构成对法治的威胁吗?

上述对自由裁量权存在之理由的扼要讨论表明, 行政过程中对自由裁量因素的容忍不仅仅出于一种无奈, 而且出于一种对“个体化正义”的希求。由于法律规则的创制者“无法”为将来制定出无所不包的规则, 所以行政过程的自由裁量性客观上不可避免; 由于法律实施过程对“个体化正义” (individualized justice) 和创造性行政 (creative administration) 的吁求, 所以行政过程的自由裁量在主观上成为“可欲” (desirable)。法治并非意味着“纯粹的法律规则的统治”。在作为一种制度的法治之运行过程中, 我们需要认识到在“制度——人”的互动关系中, 规则与制度的力量是巨大的, 但是无论如何严密的规则和制度

都无法彻底排除自由裁量及其赋予“人”的能动性。认识到这一点极为重要，因为只有基于这一认识，我们才可能以一种理性而又现实的态度“认真地对待自由裁量”。

四、认真对待自由裁量

至此，我们已经看到，行政过程中自由裁量权的存在既是一种事实，也是实现“个体化正义”和“创造性行政”的需要。虽然从古典法治主义的传统看，我们总是有理由对自由裁量权的存在和行使深怀戒心，但是从法治主义实践的历史看，自由裁量权并不必然地等同于恣意(arbitrariness)或专横与反复无常(capriciousness)。事实上，法律实施过程对个体化正义的吁求，已经为行政过程中自由裁量权的存在提供了正当化理由。因此，戴维斯认为，那种试图将自由裁量权驱逐出行政过程的态度或者“努力”，不仅是非理性的，而且也是徒劳的。他进而提出一种对待行政过程中自由裁量权的立场，即，行政法应当界定出“自由裁量权的适度之范围”(the optimum breadth of discretionary power)。²³ 自由裁量权的范围既有可能太宽，也有可能太窄。如果自由裁量权范围太宽，个体就可能承受行政的专横和恣意之苦；如果自由裁量权范围太窄，正义就可能因为缺乏必要的“个别化”(individualization)而被扭曲。虽然，我们应当承认自由裁量权的问题主要集中在范围太宽和“泛滥”这一方面，但是也必须注意，有时候立法机关或者行政机关自己可能基于某些不能得到正当化的目的而对自由裁量权之范围作出过于狭窄的界定。²⁴因此，认真对待自由裁量，就是要尽可能获致和维持一种“自由裁量与法律原则及规则的平衡”。

那么，如何才能实现自由裁量与法律原则及规则的平衡呢？为了回答这一关键问题，戴维斯首先分析了行政过程中自由裁量权“失衡”的现象，并提出自由裁量失衡的问题主要归因于自由裁量权的泛滥、行使过程中程序制约的非充分性、以及对自由裁量行为事后监督体系的单一性。针对这三个方面的原因，戴维斯提出了认真对待自由裁量权的具体思路，即，（1）通过对自由裁量的范围进行限制（confining），消除那些不受任何原则和规则指引的自由裁量；（2）通过自由裁量权行使方式和程序的合理构造（structuring），使自由裁量权的行使能够产出“高质量的正义”；以及（3）通过完善对自由裁量权行为的事后监督体系（checking），对因为自由裁量而产生的非正义进行校正。值得注意的是，戴维斯在分析上述问题时，特别强调行政过程“内部控制”和“自我控制”（self-confinement）。他甚至认为：“对自由裁量权范围进行控制的主要希望--或许是唯一的希望--就在于行政的自我控制”。²⁵这种态度与传统上强调“外部控制”--主要是立法机关的控制和司法控制--的实践大相径庭。

行政立法作为限制自由裁量权范围的途径

对自由裁量权范围的限制，就是要消除过于泛滥的自由裁量，为自由裁量权设定边界并将其限制在边界内活动。但是与传统的通过立法机关明确确定“细化的”标准而试图“清除”(eliminate)自由裁量权的做法不同，戴维斯认为，立法机关虽然可以通过制定法对行政自由裁量权行使的某些标准作出原则性的规定，但是很难提供那些具有实际操作性的标准，因为后者需要以行政的实际经验为基础。因此，戴维斯认为对自由裁量权进行“提炼”(refining)和“限制”的希望，在于鼓励行政机关以制定规则的方式而进行“自律”。从法律实施的实际过程看，行政机关为了执行法律而制定的每一个法规或者规章，都将对其所拥有的自由裁量权之范围产生限制作用。例如，如果制定法规定“确有必要时，行政机关可以采取……行为”，而行政法规或自其内部的执法手册对“确有必要”的情形进行大致的规定或者明确化，执法者对于何谓“确有必要”这一问题的理解就由漫无边际的主观判断趋向受一定标准限制的合理判断。随着行政过程中个案的不断积累，行政机关对于诸如此类的问题可以进行不断的明确化，从而既促使自由裁量权之范围能够以一种行政机关不断总结经验的方式得到限制，又使其保有一定的开放空间。

因此，为了对行政过程中的自由裁量权进行有效限制，应当鼓励行政机关通过连续的行政立法，将行政过程中积累起来的理性和智慧规则化。戴维斯认为，即便是行政机关内部制定的“执法手册”、“工作人员手册”(staff manual)等“解释性的立法”(interpretative rules)对限制执法人员的自由裁量权也具有不可忽视的贡献。行政机关制定的、用以指引自由裁量权行使的规则不必一定是“一步到位”的，而可以是循序渐进的。²⁶

自由裁量权行使方式和程序的合理架构

对自由裁量权进行的限制和“提炼”，并不意味着应当或者能够以法律规则取代所有的行政自由裁量。因此，面对作为一种事实而广泛存在的行政自由裁量权，行政法的一个核心任务就是要对自由裁量权行使的过程进行合理的“组织”(structuring)。戴维斯将“组织自由裁量”(structuring discretion)定义为“行政机关通过规范、安排自由裁量权的行使方式，从而使自由裁量权的行使能够产生秩序，并促使相关的行政决定符合更高质量的正义”。²⁷因此，“组织自由裁量”的核心问题实际上就是如何通过程序的合理化而规范自由裁量和促进决定的理性化与正当化。

那么，如何“组织自由裁量”呢？值得注意的是，戴维斯在回答这个问题时，一连用了七个“公开”（open），即：公开的行政计划、公开的政策说明、公开的事实、公开的理由、公开的先例、公开与公平的非正式程序。他特别指出：“重复‘公开’一词的理由是强有力的：因为公开是恣意与专横的天敌；公开是与非正义进行战斗的天然盟友。”²⁸ 我们可以认为，从程序正义的角度看，公开乃是一项理性的人们无法拒绝的程序要求，因为公开本身就构成一种有效的制约机制；反过来，如果没有公开，所有防止权力滥用的机制的有效性都将值得怀疑。

对自由裁量“非正义”的校正与救济

通过行政立法和公开程序对自由裁量权的存在范围和行使方式所进行的规范，无疑是非常必要的“预防措施”，但对于因为自由裁量而产生的“非正义”（injustice），我们仍然需要一套有效的校正与救济体系。在讨论这一问题时，戴维斯将重点放在对行政系统内部的层级监督、独立的申诉裁判所、以及监督专员（ombudsman）等制度的讨论上，而对司法审查并没有给予太多关注。戴维斯对司法审查在监督自由裁量行为方面之有效性的疑虑，主要来自于以下几个方面：第一，法院对以司法自由裁量来取代行政自由裁量的做法一直持一种非常谨慎的态度；第二，即便法院对自由裁量的行政行为进行司法审查，其审查的“强度”也是相当有限的；第三，在通常情况下，自由裁量的行政决定所涉及到的利益都是“小额”的，所以，面对巨额诉讼费用和严格的诉讼程序，当事人一般都不愿诉诸法院。从这种非常现实的角度看，通过司法之外的途径而提供监督和救济，应当说确实具有相当的合理性。

在讨论对自由裁量权的控制、监督和救济以及由此而产生的正义或非正义等问题时，我们最终可能都会追问这样一个问题：在一个法治化的社会中，是否仍会存在绝对的自由裁量权（absolute discretion）？是否应当允许绝对的自由裁量权？戴维斯在讨论自由裁量的正义这一主题之后，对此作了实际但并不悲观的回答。他认为，在美国，绝对的、不受监督和制约的自由裁量在事实上是存在的，例如，总统的赦免权、行政机关的追诉裁量权（prosecutory discretion）等都属此类；但是这些事实上存在的“绝对自由裁量”并非都能够得到正当化。从法律与行政相结合的角度看，清除这些绝对的自由裁量权，正是法治在行政过程中所面临的一项基本的、但有可能是永恒的任务。

[注 释]

*北京大学法学院讲师，法学博士。

注释:1 See Ernest Barker, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, (Dover, 1959), p.112.

2 例如，作为在当代法治理论中具有重要影响的一位学者，哈耶克在其《通往奴役的道路》一书中写道：“政府在其所有的行为中都必须受到预先制定并且明确公布的规则的约束，而那些规则可以使人们能够相当明确地预见在某种情况下权威机构将如何行使其具有强制性的公共权力，从而在这一知识的基础上有效地安排个人自己的事情。”F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, University of Chicago Press, 1994, p.72.

3 'Where law ends tyranny begins.'见K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press (1971), p.3.

4 根据戴维斯教授对二十世纪六十年代之前的美国法理学、公共行政学和公法学文献的检索与分析，六十年代之前，没有任何一部法理学、公共行政学或公法学著作对行政过程中自由裁量权问题进行过系统研究。法理学秉承“法律/自由裁量权”的两分法，将重点放在对法官，立法者，法律原则和规则的研究上，而对行政过程、行政政策、警察权力等自由裁量权广泛存在的领域缺乏足够关注。公共行政学在整体上否认行政机关具有“政策考量”的权力，其主要旨趣在于将公共行政学构建为一个技术化的、价值无涉的“公共行政科学”。行政法学的情况也好不了多少。几乎所有的行政法学研究都集中于仅占行政行为10%-20%的正式行为和司法审查等问题上，而对80%-90%的不受正式程序和司法审查约束的行政行为则持一种几乎是视而不见的态度。如果将行政法学比作一个巨大的屋顶，我们所看到的是一副奇怪的图景：对这个屋顶最为严密和结实的部分，工匠们忙碌地进行修补和加固；而对于这个屋顶布满漏洞的巨大部分，他们却似乎没有多少兴趣。他们忘记了一个基本的事实：居住在这个屋顶下的人们最担心的乃是烈日和雨水经由这些那些巨大的漏洞而对他们造成痛苦。

5 从心理学、情感因素等角度对决定制作过程所进行的研究表明，所有这些具有自由裁量因素的活动都可能受到个人价值观和直觉的影响；所有的价值判断最终意义上都将受个人感情的影响，而在某些情况下，直觉甚至可能排除人们对某些价值的充分考虑。Walter, *Critique of Religion and Philosophy*, Harvard University Press, 1961, p.410.

6 K. C. Davis,前注[3]引书, 页17。

7 见前注, 第2页。

8 关于司法过程中事实认定和法律适用的自由裁量因素,参见KarlLlewellyn, *The Common Law Tradition*(1960)。

9 A.V. Dicey, *The Law of Constitution*, (8th ed., 1915), p. 198.

10 Leon Duguit, *Traite de Constitutionnel*(2d ed., 1923), p. 681。转引自, K. C. Davis, 前注[3]引书, 页31。

11 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, University of Chicago Press, 1944, p.72。

12 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, p. 205-206。

13 见前注, 页213。

14 Franks Committee Report(1957), p.6. 转引自K. C. Davis, 前注[3]引书, 页29。

15 戴维斯甚至认为, 在美国, 自由裁量权的范围已经大于法律规则适用的范围, 从而造成规则与自由裁量“失衡”的局面。这无疑是对严格规则主义所希望的法治政府的嘲弄。参见K. C. Davis, 前注[3]引书, 页27。

16 见前注, 页27-33。

17 关于这一点, 戴维斯在一个脚注中引证了杰瑞·弗兰克《假如人是天使》中的分析。“至此我们可以确定地说, 对于亚里斯多德来说, ‘法律的统治而非人的统治’这一命题, 并不表明他对今天我们所称的自由裁量权的敌意。”Jerome Frank, *If Men Were Angels*(1942), p.203. 见K. C. Davis, 前注[3]引书, 页17。

18 R. Pound, *Jurisprudence*, Harvard University Press, 1959, p. 355。

19 转引自K. C. Davis, 前注[3]引书, 页28。

20 Wade and Phillips, *Constitutional Law*, 1965, 7th ed., p. 67。

21 我的目的只在于提出: 哈耶克法治理论中对待规则和自由裁量的态度, 与他所坚持的社会理论的知识论基础, 即进化论理性主义相冲突。在其1960年出版的《自由宪章》一书中, 这种冲突已经有所表现: 在《自由宪章》一书第62页, 哈耶克指出: “我们……之所以能够成功地根据我们的计划行事, 是因为在大多数的时间中, 我们文明社会中的成员都遵循一些并非有意建构的行为规则, 从而在他们的行动中表现出了某种常规性。这里需要强调指出的是, 这种行动的常规性并不是命令或强制的结果, 甚至也不是有意遵循众所周知的规则的结果, 而是牢固确立的习惯和传统所导致的结果。”在该书的第205-213页, 哈耶克在讨论其法治理论时, 对法治做了一个很有影响的界定: “法治意味着, 除非为了执行某项具体法律规则, 政府不得以强制力对个人权利进行限制……法治要求政府在实施强制性行为时必须遵循明确的规则, 这些规则不仅必须规定何时和何种情况下可以行使强制性权力, 而且必须规定这种强制性权力的行使方式。”如果必须通过事先制定的规则对政府所有未来的行为进行制约和指引, 那么这样的法律规则体系的设计难道不是显然超出哈耶克所认为的人类理性的认知能力吗? 参见F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, p62, pp. 205-213。如果将他在《通往奴役的道路》(1944), 《自由宪章》(1960), 《法律、立法与自由》(1973)等著作联系起来考察, 哈耶克法治理论中的认识论冲突就更为明显。

22 K. C. Davis, 前注[3]引书, 页16-17。

23 见前注, 页52。

24 例如, 美国联邦最高法院在FCCv. RCA一案中, 认为联邦电讯委员会(FCC)过分地限制了自己的自

由裁量权，以至于无法保障个体化正义的实现。参见346U. S. 86（1953）。

25 K. C. Davis, 前注[3]引书, 页69。

26 "一个规章可以不必包含任何概括性的规定" (A rule need not contain any generalization)。行政机关可以通过裁决过程积累起来的理性，甚至针对"假象的情形"而制定规章 (rulemaking through hypotheticals)。K. C. Davis, 前注[3]引书, 页60-61。

27 见前注, 页97。

28 见前注, 页98。

载《中外法学》2002年第1期

转载自北京大学公法研究中心网

相关文章

行政程序理性原则论要

波兰的违宪审查制度与宪法裁判所

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720