

取决于行政任务的不确定法律概念定性

——再问行政裁量概念的界定

郑春燕

(北京大学 宪法与行政法研究中心, 北京 100871)

[摘要] 不确定法律概念是否属于行政裁量,直接影响到作为行政法“重镇”的行政裁量概念的建构与导控。分析显示,不确定法律概念内在的事实张力,否定了不确定法律概念的适用属于纯粹法律问题的设想。而对德国不确定法律概念学说脉络的回顾,更透视出行政任务的变迁对不确定法律概念与行政裁量分分合合的主导作用。由此可见,我国的行政法学应以我国政府当下面临的主要行政任务为切入点,选择包含不确定法律概念的“统一裁量理论”。

[关键词] 不确定法律概念; 行政裁量; 行政任务

[中图分类号] D912.1

[文献标志码] A

[文章编号] 1008-942X(2007)03-0166-09

The Indefinite Concept of Law Inferred from Administrative Tasks

ZHENG Chun-yan

(Constitutional and Administrative Law Research Centre, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: The exercising rule and supervision of administrative discretion power has long been the focal point in the research field of administrative law. Authority scope of administrative discretion and the shift of its guiding and controlling route obviously indicate the different tasks of administrative power and the change of relevant fundamental theories of administrative law and constitutional theories. The analysis shows the dividing line between the indefinite concept and the administrative discretion, coming of the judgment on whether the indefinite concept is question of fact or law in theory. The bipartite structure comprising the centre of the concept of law and the borderline of the concept of law, makes the concept of law indefinite. The indefinite space, large or small, on the borderline of the concept of law or even on the centre of the concept of law, results in the common character of the indefinite concept of law-polysemy, which indicates the applying of the indefinite concept of law certainly includes the course of choosing the most appropriate meaning to the specific case. The inherent factual intension of the indefinite concept of law denies the assumption that its applying is a pure legal problem. By sorting out the doctrines and practice of state administrative discretion in major countries under the rule of law such as Germany, we can find that the connotation and denotation of administrative discretion depends on the current situation and development trend of administrative tasks. In view of this, the paper defines China's

[收稿日期] 2007-01-04

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[基金项目] 中国博士后科学基金资助项目(20060400012)

[作者简介] 郑春燕(1980-),女,浙江瑞安人,北京大学宪法与行政法研究中心博士后,主要从事行政法学研究。

s administrative discretion on the basis of major administrative tasks at present, and puts forward a definition of administrative discretion in a broad sense, including essential condition discretion and effect discretion. The innovativeness of this idea is that it uncovers the inherent relation between the definition of administrative discretion and the orientation of administrative power, thus bringing about the factual background of regulation environment and structure with regard to the characteristic of individual cases in administrative discretion.

Key words: the indefinite concept of law; administrative discretion; administrative task

行政裁量作为立法授权行政机关进行个案斟酌的权力,已经得到普遍认可。但个案斟酌的范围究竟是局限于涉及是否作为以及如何作为的法律效果(所谓的效果裁量),还是可以扩展至包含不确定法律概念的构成要件(所谓的要件裁量),在学术界却始终存在争议。近年来,主张借鉴德国行政法上有关不确定法律概念和行政裁量存在“质的区别”之学说、移植“判断余地”理论的呼声日高,更似有将其纳入行政诉讼法修改议程的决心与魄力。然而简单地“人云亦云”,只会酿成“淮南橘,淮北枳”的“苦果”。对该问题的分析,除却学理探讨外,更须关注到理论变迁背后的行政任务变化,如此方能给出“中国应该建立何种范围的行政裁量”的正确答案。

一、不确定法律概念定性的法理:事实问题还是法律问题?

不确定法律概念与行政裁量的分野,在学理上根源于对不确定法律概念是事实问题还是法律问题的性质判断。在主张不确定法律概念与行政裁量存在“质的区别”的学者看来,尽管行政机关在不确定法律概念下拥有具体化、个案化法律规范构成要件的权力,但对这些概念的解释与适用,是执法者探讨立法者意图的客观认识活动,“法律概念的确定,是一项可受客观审查的认知活动,裁量活动则是承载价值、目的和结果取向的行为”^[174]。因此,就不确定法律概念而言,行政机关拥有的是对法律问题的判断权限,只有在行政裁量过程中,才允许基于事实考量的选择,两者不能混淆。然而,不确定法律概念真的只是法律问题吗?正确答案的给出,依赖于对法律概念结构和法律适用步骤的把握。

(一) 静态不确定法律概念的事实张力

语言与事物的非对应关系和语言使用情境的限制,决定了所有的概念都具有狭隘特征,法律概念也不例外。迪普洛克勋爵(Lord Diplock)就曾指出:“法律语言有时是晦涩不清的、言简意赅的。”^[2155]实际上,按照哈特的分析,法律概念之所以会出现模糊地带,缘起于法律概念核心与法律概念边界的二分结构。概念核心指涉欲定义对象的主要特征,而概念边界涵盖了欲定义对象的其他方面。由于后者不具备与其他事物明显区分的特征,因此难免会出现适用时的不确定性。当然,对概念核心的理解也可能存在着分歧,但相对而言,概念核心所表征的事物属性已经获得了较为普遍的认可与支持,因此承认概念核心的相对确定性。

根据法律概念的二分结构,除极少数概念核心与概念边界都明晰的“自然概念”外,如《中华人民共和国治安管理处罚法》第15条的“本人”,大多数的法律概念都属于不确定法律概念。这其中,一部分不确定法律概念根据所在的语境,核心较为具体清晰,边界较为狭小,基本上已经明晰了所要描写对象的有意义的主要特征,因此在适用时依照逻辑推演的方式,通常能够得出大致相同的理解,不容易引起争论。这类概念一般被称为封闭的不确定法律概念或经验概念,如《中华人民共和

国治安管理处罚法》第 23 条第 2 款规定的“聚众实施”。另一部分不确定法律概念因核心较为笼统模糊,边界较为广泛,尤其是一些类型化不确定法律概念具有“一般化”与“具体化”的双向功能,在适用时容易引发不同的理解,故被称之为开放的不确定法律概念或价值概念,如《中华人民共和国行政许可法》第 8 条第 2 款规定的“公共利益”。

但不论是哪一种类型,由于概念边界甚至概念核心中或大或小的模糊领域,使得多义性成为不确定法律概念的共同特征。多义性的存在,预示了不确定法律概念的法律适用过程,必然会包含结合个案具体情况确定最妥适含义的环节。当不确定法律概念属于价值概念时,确定最妥适含义的过程,就不可避免地成为行政机关的价值评估活动营造巢穴。这一点是主张区分不确定法律概念与行政裁量的学者也不得不承认的事实,“不确定法律概念之适用必须渗入法律适用者之主观的价值判断”^[317]。只是,在这些学者眼中,价值评估也可循着立法者预设的目标,纳入法律问题的范畴。然而,正如提及价值判断无法回避适用者的主观认识一样,价值评估并不存在可以追溯的既定的、公认的立法者意图。所谓的价值评估,毋宁是执法者识别生活事实、把握管制环境、汇总以往经验、结合具体规范的整合,早已超出了纯粹法律问题的界限。此外,由于价值与经验、事实与规范本身就是一个相互转化、相互融合的过程,“如不确定与确定概念,经验与价值概念之间亦互为流动”^[4170]。因此,对经验的判断有时仍需价值观念的辅佐,规范的设计也免不了事实的渗透。这就使得封闭的不确定法律概念或经验概念也具备包容事实的可能性。

(二) 动态法律适用过程的事实转化空间

法律适用,即法律规范如何运用到具体的个案过程之中的问题。一般认为,法律适用包括四个阶段:(1)调查和认定案件事实;(2)解释和确定法律规范的构成要件;(3)涵摄;(4)确定法律后果。不确定法律概念的适用就辐射了前三个环节。

法律适用的第一个阶段,实施的是搜集证据、查明案件来龙去脉的步骤;第二阶段,是发现法律、精确法律的过程。在许多学者看来,这两个阶段,一个涉及生活事实,一个涉及法律解释,前者有真实世界为参照,后者以法学方法的运用规则为依据,故都不可能成为培养价值评估、容留事实因素的“土壤”。问题在于,对于法律秩序而言,所谓的案件事实并非生活事实的“克隆”,而是经由证据证明而成的法律事实。对法律事实的认识,实则是对生活事实的特征加以抽象、提炼,并与规范构成要件设置的条件进行对比、归类的过程。它与对法律构成要件的解释,在实践中往往是一个相互作用、同步进行的阶段,“以陈述的形态存在之生活事实,必须取向于评价者所将据之为评价标准的法条,才能被终极地描述出来。反之,这些法条也必须取向于所将评价之生活事实,才能被选出,而且于必要时能被进行适当的具体化”^[51190-191]。而法律解释的方法虽大致形成以文义解释优先的序列,但这种排序并非强制性的、一成不变的公式,具体解释方法的选择最终仍待执法机关根据个案的具体情境酌定^[615]。由此可见,只有在构成要件的表述直接采用反映生活事实的“自然概念”时,法律适用小前提中的主观评估空间才近乎压缩至零。如果构成要件采用了允许评估余地的不确定法律概念,则不仅在该不确定法律概念的解釋方面,即使在案件事实的认定环节也可能打上评估者的个人烙印,为事实因素敞开大门。

法律适用的涵摄,被视为是执法者将查明的案件事实适用到构成要件的过程。对此阶段,主张区分不确定法律概念与行政裁量的学者认为,涵摄无非是将案件事实所具有的特征推演至大前提下的构成要件、寻求大前提下统一法适用效果的努力。它属于严格的逻辑推理,至多只存在法律问题的判断而不容许自主性的选择。但即便我们认可涵摄在逻辑学上的意义,那么按照拉伦兹的说法,要改变的也应是法律适用过程中的“涵摄”用语,而非对这一阶段存在事实转换空间的看法,“将某生活事件归入某类型或某须填补的标准之意义范围中,其并非涵摄,毋宁为评价性的归类”^[71172]。

既然涵摄是将案件事实“归属”于法律规范构成要件的环节,就无法否定行政机关在不确定法律概念下,根据管制环境、管制结构的变迁调整生活事实与法律事实涵摄关系的价值,也就无法回避在调整过程中的主观选择性因素。这恰恰是成文的法律制度减少滞后与固化弊端、缩短形式正义与个案实质正义差距的捷径,同时也是法律制度获得自我更新动力的最佳渊源。涵摄过程对事实的回应,保障了法律成为“一个在规范上封闭而在认知上开放的系统”^{[8]20},也攻破了不确定法律概念作为法律问题区别于行政裁量的理论城堡。

二、不确定法律概念定性的实质:要件裁量还是判断余地?

割裂地、单独地审视不确定法律概念的相关学说,就会误认为只要分析不确定法律概念的事实或法律属性,就能得出不确定法律概念究竟是属要件裁量还是判断余地的结论。但是,当我们将目光投向德国行政法上不确定法律概念相关理论产生、发展和变化的完整学说脉络,并联系当时的管制环境、管制结构时,隐藏在学说背后的行政任务关怀,就会引领我们去探索界定行政裁量范围的更深层原因。

(一) 德国不确定法律概念学说脉络的回顾

德国行政法上的不确定法律概念,并非与行政裁量相伴产生的术语。事实上,德国早期的行政法学理论没有区分不确定法律概念与行政裁量,“在德国早期学说与判决之见解,很重要一点是,行政裁量指决定之自由,它同时存在于规范之构成要件与法律效果面”^{[9]137}。

不确定法律概念与行政裁量的“分道扬镳”,始于柏林从业律师兼公证人罗伊斯(Reuss)于1953年发表的《不确定法律概念》一文。文中认为:“对于所有现实的生活事实,法律本身已设定好一切答案。即使是在法律使用价值概念的情形,亦复如是。盖在价值概念的情形,立法者其实系将客观上已存在于社会共同体的价值观作为概念内容的填补,因此法的适用者只能去探求并依循这个既定的,已客观存在的价值作为其决定基础,他并不能以自己主观的价值作为判断的依据。”上述有关法律概念的适用存在唯一正确答案的观点,从法学原理上来看,滥觞于区分法律适用与价值选择的概念法学。作为罗伊斯唯一正确答案说的思考背景,德国法学界在整个二战时期均处于概念法学的掌控之下,又经凯尔森的纯粹法学理论将规范主义分析方法的适用推演到了极限。概念法学者坚信:“不仅对法律的全面把握,而且法律适用的确定性,均取决于对包含在法律规定中之概念的内容作穷尽的理解。”^{[10]313} 不确定法律概念作为法律概念的一支,自然也可根据逻辑推演的方式求得唯一正确的结论。

诚如概念法学教条式法律观遭受的批判那样,认为不确定法律概念只有唯一正确答案的观点,由于脱离了行政实务,很快受到了判断余地理论的修正。学者们注意到科技发展和行政经验潜在地形成了高度专业性或高度属人性的行政任务,为此,他们承认在例外的情况下行政机关拥有“最后决定权”。当然,这种“最后决定权”仍然来源于属法律判断的构成要件部分,与司法不予干涉的法律效果选择有着本质的差异。恰如判断余地理论的创始人、德国著名行政法学家巴霍夫(Bachof)所阐述的那样:“理论成立的前提应是承认法构成要件为司法审查之必然对象,但为尊重行政机关之专业判断,特别是近来科技法规之规定,在法构成要件上形成一行政自我领域,在此领域中行政机关所为之决定,法院仅能审查行政机关是否有逾越此领域范围,其余在此领域中所为之行政决定,法院必须尊重,不得为审查之。”^{[11]455} 可见,巴霍夫的“判断余地”理论只是对罗伊斯“唯一正确答案”说的部分修正,两种学说都秉承了不确定法律概念属于法律问题的核心观点。

转引自盛子龙《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度》,台湾大学法律学研究所1998年博士论文,第50页。

近来,随着行政权向风险管制领域的渗透,立法机关能够提供行为准则的地位再一次受到了震撼,行政机关对事实因素的关注也充斥着整个执法过程。面对新的挑战,有学者提出以因素理论完善判断余地学说:“与直接判断的事实不同,这种判断针对的是间接影响事实要件的个别因素,它们广泛地蕴涵在行政决定之中,影响不确定法律概念的适用。”^{[12][353]}这有别于判断余地理论将不确定法律概念视同于法律问题的观点,因素理论突出了间接影响不确定法律概念的事实因素,回应了新型行政任务下行政活动更多地取向于事实的现实。但遗憾的是,对事实因素辐射力的承认,仍被局限于法律适用的“前奏”部分,不确定法律概念下的事实张力始终未被正名。

另一部分学者则摒弃了对判断余地理论的修修补补,主张直面不确定法律概念下的裁量空间,回归到传统的、不区分不确定法律概念与行政裁量的统一裁量理论。“近来德国不仅出现回复昔日裁量与不确定法律概念不予区分之主张,即便倡言二者应有区别之学者,亦承认其差异渐形缩小且有互相接近之趋势。”^{[13][83]}随着这种观点支持者的壮大,统一裁量理论在经历了半个多世纪的颠沛流离之后,又有重塑正统地位的征兆。

(二) 学说发展背后的行政任务变迁

德国早期不区分不确定法律概念与行政裁量的事实,并不意味着当时的德国行政法学者已经认识到不确定法律概念内在的事实属性。其本质的原因在于,奉行政府仅有“古典的维持秩序任务”的自由国家时期,行政裁量权作为自由的对立面,更多地是在严格法律保留原则下作为立法授权范围的内容被讨论。经立法过滤的狭窄范围内的行政裁量活动,并未引起学界和法院对司法审查密度方面的关注,自然也就无区分不确定法律概念和行政裁量的学说出现。

同样,那些支持“唯一正确答案”说的行政法学者,他们对概念法学的青睐,也绝非一时之兴。真正推动他们在行政裁量领域引入概念法学方法的,是福利国家下政府职能转变与扩张带来的冲击。立法授权的频繁出现,干预行政任务的加重,使严格法律保留原则难以再承担控制不断膨胀的行政裁量权之重任。在这种环境下,法院使用何种道具扮演好“最后的正义防线”角色,就成为行政法学者关注的问题。除了进一步发展详尽完备的裁量瑕疵审查标准之外,一些学者尝试用概念法学的方法,将不确定法律概念定性为法律问题,通过在学理上强调法院对法律问题的最终审查权,延伸法院审查行政活动的触角。

“判断余地”理论虽然意识到了唯一正确答案的不可能性,但仍寄希望以限缩司法不能审查范围的途径,实现保障行政相对人合法权益的目的。于是,这些学者转而以法律规范中构成要件和法律效果的两分,甄别立法者有无授权意图,进而区分法院可以涉及的不确定法律概念和应保持尊重的行政裁量。问题在于,行政干预的拓展与行政任务的复杂化,已使行政裁量成为高效行政不可或缺的需要,这其中就包含大量根据行政任务的需要灵活适用不确定法律概念的活动。在理论上否定不确定法律概念下的裁量,只会演绎“掩耳盗铃”的闹剧。而且,从立法技术而言,在一定情况下,法律效果的选择也可以转化为增加构成要件的表述。“不确定法律概念的运用与效果裁量中对法律后果的权衡均可有效实现相同的立法目标”^[1178],立法者既可以不确定法律概念的形式赋予行政机关自主斟酌的权限,也可在法律效果中表达授权的意思。尤其是法律体系中存在着大量的结合条款,如“必要时得……”之类的规定,行政机关在具体个案中,实难割裂不确定法律概念的适用和效果裁量的行使。以规范结构上所处位置不同,区分行政机关究竟系拥有判断余地还是裁量空间的进路,诚值探讨。

根据哈贝马斯的分析,政府任务间有着大致的分期,本文对西方国家不同时期行政任务的分类,基本上沿用了哈贝马斯的用语,即自由国家、福利国家和预防国家。参见[德]哈贝马斯《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年8月版,第537页以下。

更何况,新兴的风险管制领域中的行政活动,具有高度的复杂性、情境依赖性和不确定性,难以通过立法机关的具体条件预设加以规范,甚至连作为行政裁量指导的立法目的,也因灵活性的需要呈现出模糊化、多元化的趋势。行政任务日渐浓郁的情境化色彩,使行政裁量的进一步扩张成为不变的趋势。正是在这种背景下,德国的行政法学者重新反思了区分不确定法律概念与行政裁量的学说,对传统的以法院为中心以及与之相配套的法律问题和事实问题的界分思路进行了批判。这些学者认为,问题的关键在于迎合行政任务的新特征,探索相应的行政裁量导控路径。与过去适法性模式下的立法控制、司法控制、行政规则控制方式不同,这种面向未来的行政活动,由于缺乏可供参照的明确依据,需要配备动态的、个案化的控制手段。

德国行政法上不确定法律概念的学说脉络,在揭示界定不确定法律概念所需的法学方法与技艺的同时,更展开了行政法学基础理论随管制环境变化而调整的总体画卷。行政任务重心的移转,虽不能改变行政法背负的保障公民、法人和其他组织合法权益的使命,但却决定着立法授权的范围、行政活动的方式和司法审查的姿态,从而左右着不确定法律概念与行政裁量的亲疏离合。

三、我国不确定法律概念的归属:“质的区别说”还是“统一裁量论”?

在剖析不确定法律的性质、并透视德国不确定法律概念与行政裁量学说变迁的实质之后,当我们关注点重新转移到中国行政法中行政裁量概念的界定时,不确定法律概念的归属就不再是一个简单的理论移植问题,而更需要我们判断我国政府当下的主要行政任务,把握行政裁量概念背后管制环境的内在需求。

(一)“质的区别说”在我国内地的兴起与相关论据的反思

战后德国行政裁量研究上的分野,随着相关译作的出版与文章的发表,在内地的行政法学界也泛起了波澜。浙江大学法学院的朱新力教授早在1994年就曾指出区分不确定法律概念和行政裁量的理论“有非常深刻的法理基础,它本应为国内研究所汲取”^[14]。新近支持“质的区别说”的代表性观点,当属清华大学法学院余凌云教授有关“查明事实和法律适用上不存在着裁量”^[15]^[62]的论述。综观这些支持“质的区别说”的理论,其核心理由也主要是围绕判断性认识与选择性裁量的差别而展开,并援引了德、英、美、法相关学者对行政裁量的定义证明“质的区别说”的普遍性。

就除德国以外其他国家有关行政裁量的研究成果来看,认为“质的区别说”已被广泛接受的观点也有失偏颇。如在英国,牛津大学著名行政法专家克雷格(Craig)就认为:“所有对公共机构的授权规定,都可以分成两个部分:如果X存在,行政机关可以或应该实施Y……行政裁量也可能存在于X之中。”^[12]^[52]从规范的静态结构来看,X和Y分别对应于规范的构成要件与法律效果,由此可知克雷格教授赞同要件部分也可能存在裁量。即使一部分学者在分析行政裁量时,将X中包含的主观语言单列加以研究,也只是研究路上的选择,而不代表他们是区分说的追随者。以最为内地学者熟悉的英国行政法专家韦德(Wade)为例,在其专著《行政法》第五章就有“主观语言”一栏的设计,但他的相关讨论

笔者认为,欲实现对福利行政、预防行政下高科技、高风险、高预测型行政裁量的全面导控,就必须拓展动态的、综合性的、往返于“事实与规范之间”的协商导控模式,增加以行政契约为典范的协商行政活动类型。详细内容,笔者将另文阐述。

参见朱新力《行政法律规范中的不确定法律概念及其司法审查》,载《杭州大学学报》(哲学社会科学版)1994年第24卷第1期,第172-176页。这是笔者通过“中国期刊全文数据库”查找到的最早专题论述不确定法律概念与行政裁量关系的文章。不过,朱新力教授关于不确定法律概念区别于行政裁量的观点,在其最近的作品中有所调整,更倾向于认为“从事实认定到法律适用,从行为与否到怎样行为,从实体到程序都存在自由裁量问题。”参见朱新力《行政行为的概述》,载应松年主编的《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2005年3月版,第119页。

仍然是放在行政裁量的背景之下展开的。诚如他自己所指出的,裁量里包含了主观因素,而类似于“如果大臣感到”的表述与“由他选择合适方式”的授权仅有程度上的差异^{[16][417]}。

提及美国的行政裁量研究,著名行政法学家 K. C. 戴维斯的《裁量的正义》一书是无法回避的经典。在该书中,戴维斯教授指出,裁量权是政府的必须工具,“无论何时对行政权加以有效制约,都会为公共官员留出选择作为还是不作为的裁量权”^{[17]4}。将行政裁量的形式限于选择作为还是不作为,这似乎表明戴维斯教授只承认在法律效果上行政机关的选择权。然而,顺着戴维斯教授分析的笔触,我们可以发现他并没有拒绝行政裁量与规范构成要件部分的联结,在他看来,“合理决定的做出,不仅包含对适当性的衡量,更囊括对未知事实的推测以及对疑难法律的判断,做出决定的理性思考过程并不必然区分事实、法律和裁量。更进一步说,‘裁量’的术语可能包括也可能不包括在冲突的证据中发现事实、以及解释不清晰法律过程中的判断;术语的使用存在着分歧”^{[17]4-5}。“在冲突的证据中发现事实”、“解释不清晰法律过程中的判断”,类似于德国行政法上探讨不确定法律概念下行政机关事实认定、法律解释的裁量权限。戴维斯教授对此种判断权可能属于裁量范畴的认可,划清了他与主张构成要件不存在裁量的学者之间的界限。

而在法国,尽管从法治的传统上区分,它与德国一样都属于大陆法系国家,但法国对行政裁量范围的界定,却基本上认同统一裁量的观点。“当行政权力机关可以根据其意愿自由行动时,就称之为拥有自由裁量权;当法律迫使行政权力机关以某种方式行动时,就称之为羁束权。”^{[18]43}“根据其意愿”,并非指行政机关完全可以按自己的想法行事,而是要求行政机关按照自己对公共利益的理解选择最适当的措施。因此,这里的裁量权,包含了构成要件下的对立法意图的判断以及在此基础上对法律的理解,“此和德国将裁量局限于法律效果之裁量,而不及于构成要件有所不同”^{[19]71}。而在行政实务领域,特别是在行政机关拥有有限行政裁量权的案件中,行政法院对裁量权力的司法控制,更是“扩展至在一名英国律师看来属于法律错误甚至是事实错误的领域”^{[20]256}。

可见,认为不确定法律概念和行政裁量存在“质的区别”的我国行政法学者,不论在学理上对不确定法律概念性质的分析,还是在界定行政裁量概念时对他国行政法学说和制度的借鉴,都未能为此种理论在我国内地的“落地生根”,提供足够的证明。

(二) 取决于我国主要行政任务的“统一裁量论”之建构

事实上,我国行政法学关于行政裁量的界定,从肇兴之时就包括了不确定法律概念下的裁量。1927 年白鹏飞的《行政法总论》在论述行政裁量时,就指出可细分为“‘法律问题’之自由裁量及便宜问题之自由裁量”^{[21]220}。建国后的第一本行政法教材也沿袭了这种学术传统,认为:“凡法律没有详细规定,行政机关在处理具体事件时,可以依照自己的判断采取适当的方法的,是自由裁量的行政措施。”^{[22]113}其中的“法律没有详细规定”,既指涉法律规范构成要件部分的不明确,亦囊括了法律效果上的模糊规定。此后其他学者的个人专著或学术论文,对行政裁量的论述大多涵盖了不确定法律概念与效果裁量两个部分。

统一裁量理论之所以在我国的行政法法学研究中占据权威地位,这其中既有行政法学研究处于起步阶段、有关行政法基础理论研究尚未深入的原因,也不乏受早期外国法学说影响的因素。但真正促使统一裁量理论被学界普遍认可,却是该理论符合我国当时和当下行政任务的需求所致。

受封建官僚体制下集多权于一身传统的影响,我国政府早期的任务与西方政府“守夜人”的角

20 世纪 80 年代初期,我国内地陆续出版了直到今天仍有深远影响的译作或介绍外国行政法的经典,如[美]伯纳德·施瓦茨《行政法》,徐炳译,群众出版社 1986 年版;龚祥瑞《比较宪法与行政法》,法律出版社 1985 年版;王名扬《英国行政法》,中国政法大学出版社 1987 年版;王名扬《法国行政法》,中国政法大学 1988 年版等。上述作品在提及行政裁量时均未严格区分不确定法律概念与效果裁量,甚至明确将“公共利益”等不确定法律概念列举为行政裁量的典范。

色大相径庭。计划经济下无所不包的行政模式,使政府不仅担负着确保国民生命安全、防止危害、防止公害和保护环境的规制责任,更通过许可、认可手段包揽了企业进入或退出市场、价格、生产数量、招工等一切经济规制事项。“国家运用统一计划、统一政策、统一指挥的办法管理经济;政府部门直接参与企业的生产经营活动,政府权力无所不及,政府成为了无所不管的‘万能政府’。”^[23]⁸⁷⁻⁸⁸直到20世纪80年代实行改革开放、建设社会主义市场经济需要法治的配套措施,政府才退出部分经济性规制领域,塑造了适当放权的形象。

与此同时,在全球化浪潮的席卷之势下,我国政府与西方国家一样,也面临着福利建设和安全预防的重大任务:新农村建设难以以完全依赖市场运行的方式得以推进;改制后原国有企业的下岗职工、农民工的社会保障体系亟待完善;亚洲金融危机敲响了我金融系统的安全警钟;SARS、艾滋病、禽流感又警示着我国卫生防疫机制的重要性;核能、反恐下的安全问题亦不容忽视。欲巩固市场经济建设的成果,就要进一步捆绑政府“超级保姆”的手脚,国务院《全面推进依法行政实施纲要》第3点中关于“政企分开、政事分开,政府与市场、政府与社会的关系基本理顺”的目标,就是这一指导思想的体现。但解决“三农”问题,缩小贫富差距,完善社会保障制度,建立全方位的安全防控系统,又不得不要一个强大的政府,“政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能基本到位”是全面推进依法行政另一不可偏废的重大目标。政府在同一时期既要从某些领域撤退,又要向另一些领域进军,这就是中国政府面临的特殊时代背景。

交织的行政任务尤其是发展经济、解决矛盾、确保安全的主导职责,使中国不可能循着西方国家已有的发展轨迹,依次经历关于行政裁量概念的“合—分—合”的三个阶段,而应探索适合中国国情的行政裁量概念。转型时期政府的领军作用与科技时代政府的“掌舵人”形象,为立法机关授予行政机关广泛的行政裁量权赢得了正当性根基,虽然政府同时也要为保障市场经济的发展做些退让的举措,但对公民合法权益的保护只能通过发展适合行政裁量现状的导控模式来实现,而不是漠视行政机关行使裁量权的实际情况。行政的灵活性不仅体现在对法律结果的选择上,更渗透在结合个案情况对构成要件的理解过程中。行政机关正是通过往返于事实和规范之间的行政裁量的运作,追求着个案实质正义的目标,缓冲着立法机关立法滞后和成文法自身局限性所产生的弊端。

因此,所谓的行政裁量是指行政机关依据立法授权,以实现个案实质正义为目标,以政府的行政任务为背景,在一定范围内自主确定贴近事实的条件、程序、方式与结果的行政权力。它既包含要件裁量,也囊括效果裁量,在正当程序日益受重视的今天,甚至有将程序裁量单列加以研究的必要。这三者都需要行政机关结合个案所在的管制环境、管制结构以及个案特殊的生活事实,协调个案实质正义与形式正义之间的关系。只是,在效果裁量下立法机关明确了裁量行使的幅度和范围,而在要件裁量下行政裁量的边界并不甚清楚。依此而言,要件裁量与效果裁量存在着量的差异,但这并不影响将不确定法律概念划归于行政裁量的范畴。

[参 考 文 献]

- [1] Yutaka Arai-Takahashi. Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited [J]. *European Public Law*, 2000, (6): 69 - 80.
- [2] Craig, P. P. *Administrative Law* [M]. London: Thomson Sweet & Maxwell, 2003.
- [3] 张桐锐. 从“判断余地”理论谈司法审查的界限[J]. *宪政时代*, 1995, (3): 69 - 79. [Zhang Tongrui. A Study of the Boundary of Judicial Review through the Margin of Appreciation Doctrine [J]. *Constitutional Review*, 1995, (3): 69 - 79.]

- [4] 翁岳生. 行政法与现代法治国家[M]. 台北:台湾大学法学丛书编辑委员会,1990. [Weng Yuesheng. Administrative Law and the Modern Country under the Rule of Law[M]. Taipei: The Redactor Commitment of Jurisprudence Series of Taiwan University, 1990.]
- [5] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. [Huang Maorong. Legal Methodology and the Modern Civil Law[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2001.]
- [6] 桑本谦. 法律解释的困境[J]. 法学研究,2004,(5):3-13. [Sang Benqian. The Dilemma of Legal Interpretation[J]. Chinese Journal of Law, 2004,(5):3-13.]
- [7] [德]卡尔·拉伦兹. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 台北:五南图书出版有限公司,1996. [Larenz, K. Legal Methodology[M]. Trans. Chen Aie. Taipei: Wunan Book Inc.,1996.]
- [8] Niklas, Luhmann. The Unity of Legal System[A]. Teubner, G. Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society[C]. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. 12-35.
- [9] 陈春生. 行政法之学理与体系(一)[M]. 台北:三民书局,1996. [Chen Chunsheng. The Theory and System of Administrative Law(1)[M]. Taipei: Sanmin Book Company,1996.]
- [10] 罗伯特·阿列克西. 法律论证理论[M]. 舒国滢,译. 北京:中国法制出版社,2002. [Alexy, R. Theory of Legal Argumentation[M]. Trans. Shu Guoying. Beijing: China Legal System Publishing House,2002.]
- [11] 陈慈阳. 行政裁量及不确定法律概念[A]. 台湾“行政法学会”. 行政法争议问题研究:上[C]. 台北:五南图书出版有限公司,2001. 449-472. [Chen Ciyang. Administrative Discretion and the Indefinite Concept of Law [A]. Taiwan Administrative Law Association. The Research of the Disputation of Administrative Law (I) [C]. Taipei: Wunan Book Inc., 2001. 449-472.]
- [12] 汉斯·J. 沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔. 行政法[M]. 高家伟,译. 北京:商务印书馆,2002. [Wolff, H.J., Bachof, O., Stober, R. Administrative Law[M]. Trans. Gao Jiawei. Beijing: The Commercial Press, 2002.]
- [13] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005. [Wu Geng. The Theory and Practicality of Administrative Law[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2005.]
- [14] 朱新力. 行政法律规范中的不确定法律概念及其司法审查[J]. 杭州大学学报(哲学社会科学版),1994,24(1):172-176. [Zhu Xinli. On the Indefinite Law Concepts in the Executive Law and its Judicial Examination [J]. Journal of Hangzhou University (Philosophy and Social Science), 1994, 24(1): 172-176.]
- [15] 余凌云. 对行政自由裁量概念的再思考[J]. 法制与社会发展,2002,(4):56-62. [Yu Lingyun. Think Again: The Concept of Administrative Discretion[J]. Law and Social Development, 2002,(4):56-62.]
- [16] Wade, W. Administrative Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- [17] Davis, K. C. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry[M]. Illinois: University of Illinois Press, 1971.
- [18] 古斯塔夫·佩泽尔. 法国行政法[M]. 廖坤明,周洁,译. 北京:国家行政学院出版社,2002. [Peiser, G. French Administrative Law [M]. Trans. Liao Kunming, Zhou Jie. Beijing: China National School of Administration Press,2002.]
- [19] 陈世民. 中法行政裁量权之比较研究[J]. 宪政时代,1997,(1):70-87. [Chen Shimin. A Comparative Study of Administrative Discretion between China and France[J]. Constitutional Review, 1997,(1):70-87.]
- [20] Brown, L. N., Bell, J. S. French Administrative Law[M]. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- [21] 陈新民. 公法学札记[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. [Chen Xinmin. The Reading Notes of Public Law[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2001.]
- [22] 王珉灿. 行政法概要[M]. 北京:法律出版社,1983. [Wang Mincan. The Summary of Administrative Law [M]. Beijing: Law Press, 1983.]
- [23] 蔡立辉. 论中国转轨时期的政府公共行政及其改革[A]. 张梦中,马克·霍哲. 探索中的中国公共管理[C]. 广州:中山大学出版社,2002. 87-115. [Cai Lihui. Public Administration in China's Transitional Period and the Analysis of Its Reform[A]. Zhang Mengzhong, Holzer, M. Chinese Public Administration in Exploration [C]. Guangzhou: Zhongshan University Press, 2002. 87-115.]