

# 行政裁量的治理

周佑勇\*

---

**内容提要：**行政的生命在于裁量，行政法的核心在于通过法治实现对行政裁量问题的有效治理。在以英美为代表的西方法治发达国家，治理方案已从传统主流的规范主义控权模式拓展到功能主义的建构模式。在我国，着眼于全球化的视野和中国的现时状况，应当着力倡导一种以“原则”为取向的功能主义建构模式，即在法定、均衡和正当等行政法原则的统制之下，通过行政规则、利益衡量、意志沟通和司法审查等功能因素的有效发挥，达到行政裁量的最佳建构。

**关键词：**行政裁量 法治 规范主义 功能主义

---

在现代社会，行政裁量作为公共行政的典型特征，已经完全渗透到行政法领域的每一个角落，从而成为了“行政法的核心问题”。<sup>〔1〕</sup>美国威廉玛丽学院的科克教授（Charles H. Koch）甚至说，“行政法被裁量的术语统治着”。<sup>〔2〕</sup>这一论断并不过分，在很大程度上我们可以说，现代公共行政的生命就在于裁量，行政法的中心任务就在于通过法治解决行政裁量的问题。然而，行政裁量问题如此复杂广泛而又令人揣摩不定，要想实现行政法对这一问题的有效治理，无疑是一项十分宏大而艰巨的系统工程，也是一个值得行政法学去认真对待的重大课题。本文从分析行政裁量与法治的关系入手，通过考察以英美为代表的西方法治发达国家解决行政裁量问题的治理模式，着眼于我国当下社会变革的要求和未来法治发展的趋势，试图探求切合中国特色的解决方案。

## 一、行政裁量与法治的关系及其治理现状的反思

法治以客观的规则为标志，而裁量作为“人类对事物考虑之内部心理意识的过程”，<sup>〔3〕</sup>却更多

---

\* 东南大学法学院教授。

本文受“国家教育部新世纪优秀人才支持计划”资助。

〔1〕 H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, p. 35.

〔2〕 Cf. Charles H. Koch, *Judicial Review of Administrative Discretion*, (1986) 54 Geo. Wash. L. Rev. p. 469.

〔3〕 参见翁岳生：《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》，载翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾祥新印刷有限公司1990年版。从法律意义上讲，所谓行政裁量，是指在法律授权的情况下，行政机关对同一事实要件的处理方式根据具体情况进行选择的权力，并不包括对该事实要件的价值判断。参见周佑勇、邓小兵：《行政裁量概念的比较观察》，《环球法律评论》2006年第4期。

呈现出行为者的主观意志,满怀“人治”的色彩。然而实践证明,现代法治并不当然地排斥行政裁量,相反,行政裁量的存在是现代法治的必要补充和必然要求。

首先,行政裁量是现代法治所要求的行政能动性的必然结果。在现代法治国家,虽然其成立的最基本要素仍为“依法行政”,即行政须受法的拘束,但亦非百余年前形式法治主义仅仅强调的“依法律行政”。现代法治已经从形式主义法治走向实质主义法治,现代行政已从机械行政走向能动行政,从消极行政走向积极行政。由于行政具有主动、积极的性格,负有形成公共事务及实现公共利益的责任,因此“行政固然须法律的拘束,但行政本身的机动性,亦须加以维护”。〔4〕惟有行政机关拥有一定的裁量空间,具有灵活机动的选择余地,而非只是单纯的“执法机器”,才能充分发挥行政权的主动性、创造性和形成性,才能更加有效地实现法律的实质正义,从而积极主动地促进社会的发展。同时,行政裁量不仅为充分发挥行政权的能动性提供了现实可能性和施展的空间,也为行政权能动地发挥作用提供了合理的标准和合法性的保障。〔5〕惟有行政权在行政裁量的法定目的和空间范围内行使,才能保证其能动性的合理运用,并防止其能动性的失控。

其次,行政裁量也是形式法治状态下实现个案正义的最佳途径。立法者制定法律的目的,乃在于实现正义公平,追求实质法治与形式法治的统一。根据形式法治的要求,〔6〕立法者所制定的法律首先追求的是形式的合理性或公正性,即对任何人和事都必须一视同仁,具有平等的普遍的约束力。故立法者透过法律仅能作抽象、一般的规范,而无法决定个案情况。然而,正义的另一重要内容是“个案正义”,即在法律适用过程中,根据个案情况的需要作出公正适当的决定或裁判。显然,抽象、一般的规范并非当然可以满足个案正义的要求。这是因为,“所有规范都是内在地不确定的”,而且,“说一个规范是显而易见的,仅仅意味着它已经被公平地论证过了;只有这个规范的公平运用,才导致一个案例的有效判决。普遍规范的有效性还不能保证单个案例中的正义”。〔7〕惟有借助于行政裁量,才能将法定的目的与具体个案结合起来,从而缩小法律之下的形式公正与个案正义之间的距离。

从某种意义上讲,立法机关之所以授予行政机关裁量权,最根本的原因就在于裁量权能够在形式法治状态下更大程度地满足法律适用中对个案正义的要求。这在现代社会来看,几乎已成为了一条公认的法治原理和裁量定律。一方面,由于立法者在设定法律规范的构成要件时,往往无法充分考量到实现个案正义所需要顾及的具体情况与特殊情节,特别是在相关规范所涉及的个案情节复杂多变时,尤其无法预设明确的行为规则,由此,“于法律中授予行政机关一定的活动与决定余地,以满足个案正义与衡平性的要求,便显得理所当然而且必要”。〔8〕另一方面,即使立法者能够制定明确性的规则,行政机关在适用法律的过程中,也需要有一定相对独立的自治空间。因为,行政机关的任务在于将立法者所制定的普遍性规则适用于具体的个案之中。但是社会事务纷繁复杂,个案情况千变万化。行政机关在面对不同个案的情况下就不能只适用同一法律规则,或者机械地将普遍性的规则不加区别地适用于具体的个案之中,而应当具体问题具体分析,不同情况不同对待,否则就会用形式公正掩盖了实质公正,无法实现形式公正状态下的个案正义。为了满足个案正义的要

〔4〕 翁岳生编:《行政法》上册,中国法制出版社2002年版,第19页。

〔5〕 参见胡延广:《现代社会中的行政裁量》,《理论月刊》2005年第9期。

〔6〕 尽管二十世纪的法治已从形式法治走向实质法治,但形式法治所体现出法律所固有的形式公正却仍然是法治社会的标志之一。

〔7〕 [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年版,第267页以下。

〔8〕 李建良:《论行政裁量之缩减》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会:《当代公法新论》中册,台湾元照出版有限公司2002年版,第110页注2。

求，法律亦必须授予行政机关在个案中根据具体情况对行为作出独立选择判断的权力。立法机关授予行政机关裁量权的功能之一，“乃在于避免因普遍的平等所造成具体个案的不正义，亦即追求具体个案的正义”。〔9〕

上述可见，在当代，行政裁量的广泛存在已成为一个不争的事实，而且它作为行政能动性的体现和实现个案正义所必须的一种政府工具，也为现代法治所不可缺少，国家因其存在的合理性内核而必须加以肯定和承认。然而，“每一种被推崇的裁量都有危险的事实相随”。〔10〕在当代行政领域，我们既要强调对裁量权的需要，也应当警醒裁量权的危险性或危害性。一方面，“所有的自由裁量权都可能被滥用，这仍是个至理名言”；〔11〕另一方面，尽管必要的裁量权是实现个案正义不可缺少的一种政府工具，但过度的或不必要的裁量权则构成对个案正义的一种潜在的威胁或直接的危害。显而易见，这些问题的存在又是与法治背道而驰的。因此，我们的任务并不是要去反对或拒绝行政裁量的广泛存在，而是要对这些问题加以治理，以剔除那些不必要的裁量，并对那些可能或者已经被滥用的裁量权加以防御和控制，从而使其符合法治的价值和目的，真正发挥其应有的促进社会发展的积极作用。

在我国，针对行政裁量有可能被滥用的事实和法治现状，多数学者主张应当加强对行政裁量权的“法律控制”，主要包括立法控制、行政控制和司法控制。在目前我国司法审查十分有限而立法又显得相形见绌的情况下，加强对行政裁量的立法控制又成为人们普遍强调的重点。有人认为，我国目前滥用行政裁量权的现象之所以得不到有效遏制，其根本原因在于作为国家权力体系中心的立法权没有很好承担起用立法规制行政权的责任，因此我国现阶段必须下大力气通过细致而严密的立法抑制行政裁量权的泛化。〔12〕甚至有人断言，“立法宜粗不宜细的时代已经成为历史”，目前我们应当努力加强立法统制，从立法上尽量缩小行政裁量的范围。〔13〕

诚然，由于我国有着数千年的封建专制传统，行政权力一直在国家权力体系中处于支配地位，而新中国成立后长期推行的高度集权性的计划经济管理体制又进一步导致行政权力的空前膨胀，由此使得立法地位低下，尤其欠缺法律对行政权力的可操作性的全面调整，进而导致对行政裁量的法律控制明显不足，甚至处于空白地带。在这种情况下，人们不可避免地对“严格规则主义”的理想存在着一种理所当然的期盼，立法、行政和司法机关也都或多或少存在着“规则至上”，并予以简单和机械适用的倾向。然而，不可否认的是，经过最近二十多年的改革和发展，中国社会已进入现代化的转型期，法治已成为治国的基本方略。而且，以市场经济改革为推动力，无论是政治、法律还是社会文化等各个领域都呈现出多层面和不同程度的发展，整个社会正在日益趋向于多元化和复杂化。这些新的社会变革及由此带来的政府角色的重新定位，无疑都对行政裁量的治理提出了更为深层次的挑战。在这种情况下，我们没有理由不去更加理性地重新审视和对待行政裁量的治理问题。

为此，笔者认为，在对待行政裁量的治理问题上，我们既要考虑中国时下的现实情况及未来发展的需要，也要充分借鉴西方法治发达国家的经验。任何试图洞悉并运用某个单一行政法模式的努力，都具有潜在的扭曲作用，而且它可能会分散我们对世界复杂性的注意，阻碍我们去发展解决所

〔9〕 刘鑫桢：《论裁量处分与不确定法律概念》，台湾五南出版公司2005年版，第590页。

〔10〕 前引〔9〕，刘鑫桢书，第25页。

〔11〕 [英] 威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第70页。

〔12〕 闫国智、周杰：《论行政自由裁量权的泛化及其立法防范》，《政法论丛》2000年第5期。

〔13〕 杨建顺：《行政裁量的运作及其监督》，《法学研究》2004年第1期。

面对的各种问题的现实主义方案。<sup>[14]</sup>站在更加全面的视角,可能的确需要建立一个包括立法、行政、司法等在内的“多管齐下”的裁量监控体系。但是,在我国的现时状况下,仅仅呼吁建立一个形式上的治理框架还远远不够,更重要的是对治理内容和方式作出更加深层次的填补和完善。这就需要我们进一步着眼于全球化的视野,对西方法治发达国家关于解决行政裁量问题的治理模式进行深入细致的考察,并在此基础上,对行政裁量的中国治理模式作出理性选择。

## 二、英美行政裁量治理模式的考察

考察西方主流公法思想的基本风格,我们可以将以英美为代表的西方国家对行政裁量问题的治理模式概括为规范主义的控权模式和功能主义的建构模式两种基本类型。

### (一) 传统主流的规范主义控权模式

规范主义是西方传统主流公法思想的一种基本类型或风格。“它根源于对分权理想以及使政府服从法律的必要性的信念。这种风格强调法律的裁判和控制功能,并因此而关注法律的规则取向和概念化属性。”<sup>[15]</sup>规范主义风格的智识源泉主要是保守主义和自由主义这两种政治意识形态或思想形式。前者的主要信条是尊崇传统、关注权威,并视个人为社会秩序的有机组成部分;后者则以“个人自治”为理论预设,主要关注的是自由权。两者虽有区别但在设计公法形象——处理法律与政府之间的关系上,它们的核心价值都是强调个人自由的首要性和法治原则运作之下的有限政府的必要性。

在规范主义看来,裁量是行为人将自己的意志强加给他人并强制对方接受的一种政治权力。为使法治得到维护,任何一种权力都必须受到其他权力的严格制约和控制。这是因为,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。”<sup>[16]</sup>因此,“任何权力都应当受到法定的限制”,<sup>[17]</sup>凡是不受限制的权力必将导致专制。就行政裁量而言,它作为一种重要的政治权力,必须受到来自行政系统之外的立法权和司法权的控制。而且,这种权力控制都是以立法机关制定的“法律规则”或“立法指令”为取向,是一种“法律控制”。对行政裁量的立法控制,主要在于运用立法手段为行政裁量提供尽可能详尽的“法律规则”或“立法指令”;而对行政裁量的司法控制,则主要侧重于对行政裁量的“合法性”审查,以确保行政机关在立法机关授予的法定权限内行事。由此形成一个内在封闭的以立法为取向并严格服从于法律规则的裁量权控制体系。

受保守主义和自由主义这两种思想形式的影响,规范主义控权模式十分推崇这样一种形式主义的法治理念:政府只有依据事先知晓的一般性规则、不偏不倚地适用,才被允许侵入受保护的私人领域。<sup>[18]</sup>以戴雪(Dicey)为代表的早期保守规范主义者,更是极端地主张着一种绝对的形式主义法治观念,即认为议会的最高立法权或议会主权原则是“我们政治制度的首要特征”,<sup>[19]</sup>支持着法律的至上性,行政部门必须严格地限定在法律的疆界之内。在戴雪看来,“(法治)意味着作为专制权力对立面的正式的法的绝对优势地位或优越,它排斥政府任何方面的专断、特权和广泛的裁

[14] See Handler, *Controlling Official Behavior in Welfare*, (1966) 54 Calif. L. Rev., pp.480-482.

[15] [英] 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第85页。

[16] [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1987年版,第154页。

[17] 前引[1], H. W. R. Wade & C. F. Frolyth书,第35页。

[18] See F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p.206.

[19] A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan Education Ltd., 10<sup>th</sup> ed., 1959, p.34.

量权”。〔20〕相应地，立法机关通过严格的“禁止授予立法权原则”或者“法律保留原则”以从源头上压制行政裁量权的生长空间，而法院则扮演着“红灯”的角色，它的存在完全就是为了确定行政权力是否严格遵循了“禁止授予立法权原则”。

直到19世纪末，随着社会经济的高速发展和行政权的迅猛扩张，行政裁量权的广泛存在已成为一个事实并逐步得到承认。尤其在美国，为了解决工业迅速发展而引起的一系列社会经济问题，美国建立了大量独立管制机构（Independent Regulation Agency），这些独立管制机构集行政权、准立法权和准司法权于一身，对私人商业行为产生了十分普遍而深入的影响。为了协调这种新兴的政府权力主张与长期存在的对私人自由的关怀，一系列原理和技术得到发展，以使这种协调所使用的各种控制方式既限制这种权力又使其合法化。由此逐渐形成了美国行政法的“传统模式”。斯图尔特等人将这一传统模式归纳为四个基本的组成因素：（1）针对私人行为的强制性决定必须由立法机关授权，并通过颁布规则、标准、目标或某个“可理解的原则”来指引和控制行政裁量；（2）行政机关所依循的决定程序必须旨在确保其准确地、不偏不倚地、合理地将立法指令适用于特定案件或各类案件；（3）司法审查必须确保行政机关遵从上述立法指令和公正的决定程序；（4）行政机关的决定程序必须使司法审查是可以获得的。〔21〕

可见，这种行政法的“传统模式”仍然将行政机关设想为一种纯粹的“传送带”（transmission belt），行政机关的职责仅仅是对立法指令的执行。按照这种法律控制模式，只要行政机关受命于立法机关的立法指令，其拥有的裁量权就具有合法化的来源。但与此同时，它也为司法审查提供了一个法定依据。为把行政机关禁锢于立法机关所颁发的指令范围内，法院对行政机关的裁量行为具有最终的司法审查权。这说明，在这一时期，裁量权的控制体系已由最初以立法为中心转变为以司法为中心。但这种司法控制仍然是以“立法指令”为导向，旨在确保裁量权符合立法旨意，因此无疑还是一种规范主义的控权模式。

规范主义的控权模式在本质上主要是一种规则之治。这种治理模式对于协调行政裁量与法治的关系，保证行政裁量严格受制于法治原则，有着重要的作用。但是，这种模式往往片面追求形式法治，而忽视实质法治。在对裁量治理的动因上，它更多关注的是行政裁量的广泛存在并可能被滥用的外在事实，忽视了行政裁量的主观能动性和实现个案正义的内在品质；在影响裁量的因素上，更多考虑的是立法意图这个单一的规范因素，而欠缺对具体个案中各种事实因素的综合考虑。因而，这种模式在治理方式的设计上，更多强调的是通过规则对裁量进行一种外在的权力控制，而轻视对行政裁量内在自我调节功能的充分发挥和自我生长规律的应有尊重。其结果，只能是压制行政裁量的生长空间及其个性的自主发展。功能主义的建构模式则旨在弥补这一局限性。

## （二）正在生长的功能主义建构模式

功能主义是西方主宰公法思想的另一种基本类型或风格。如果说规范主义基本上反映了一种“法律自治”的理想，功能主义则体现着一种政府“进化式变迁”的理想。“这种功能主义风格不是把法律当作一种与政制完全不同的东西，而是将其视为一种作为政制机器的一部分的工具。”“这部政制机器乃是用来实现一套特定目的的。这些目的就是与能动型国家（positive state）的目标紧密相关的目的，它们凝聚在这样一种观念之中：政府是一种促进进步的进化式变迁的机构。”〔22〕

〔20〕前引〔19〕书，第202页。

〔21〕See Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, Matthew L. Spitzer, *Administrative Law And Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, New York: Aspen Publisher, 2002, pp.20-21; 另见〔美〕理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岩译，商务印书馆2002年版，第6页以下。

〔22〕前引〔15〕，马丁·洛克林书，第188页。

如果说规范主义风格的根源在于保守主义和自由主义的话,功能主义的这些独具特色的观念则“充分体现在社会实证主义、进化论社会理论和实用主义的学说之中”。〔23〕受这些思想的影响,功能主义逐步设计出这样一种公法形象:从总体上说,公法应当确保一种法律框架,在这种框架中,有效运作的政府可以提供一种有效和公正的结构来促进公共福利,这正是国家的积极职能旨在推进的目标。从这个角度来看,委任立法和行政审判都不是专制权力的征兆,而是体现了国家角色的转变。因此,框架性立法的使用和委任立法的实践都被看作是有效分配立法任务的方法。这一方面是为了减轻议会关注细节的负担,以使其得以专注于重要的政策事项;另一方面,在目前这个科学和专业化的年代,具有专业素养的行政部门比议会更有能力处理复杂而又细节繁多的技术性事项。同时,这种功能主义的进路还强调应当建立一套新的行政审判体系,即“由新的人员组成的新机构来为我们的时代发展出一套新的法律理念”。〔24〕这是因为,普通法院并不具备相应的专业素养或技术性知识,在程序上也无法胜任这一工作;而且,普通法方法所凭藉的那种意识形态对现代政府的积极目标怀有敌意,司法机构在审查行政行为的时候,显示出一种哲学、文化或政治上的偏见。正如米切尔说道:“法院在思想上是如此地将自己隔绝于行政过程之外,以至于它们的方法在许多方面都变得不合时宜。它们所能利用的控制工具是如此的生硬,以至于很难加以使用,而它们所采用的技术又使得它们的控制只能针对形式,而无法触及到实质。”〔25〕

可见,在公法中的功能主义看来,由于福利国家的出现和积极行政的生长,原有的议会和法院仅仅通过严格的规则来对这种服务型政府及其能动性裁量权的机械法律控制已不再有效,行政法必须从控制和权利转向功能和效率,以有效发挥行政裁量权的自身能动性和促进社会发展的积极功能,这已成为时代的必然。

对此,美国行政法的发展作出了有力的回应。形成于20世纪前60年的美国行政法的传统模式,因其基本上符合当时美国经济的发展和政府管制的时况而发挥了对行政裁量权过于庞大的有效控制,并为人们所广泛接受。但是,自20世纪中期以来,“福利国家已经征服了美国法律,正如已在社会其他领域发生过的情况一样。亚当·斯密无形的手已经被政府及其机构所确定的日益增多的‘公共利益’所取代。”〔26〕在已经变化了的社会条件下,传统模式“这种卓有成效的协调已经趋于失灵”,并因其出现的“系统性偏见问题”,以及明显无力矫正行政机关的某些“失败”问题而受到人们激烈的批评,由此“自由裁量权问题再度兴起”。〔27〕为了解决再度兴起的行政裁量问题,人们提出了一系列可替代性解决方案。〔28〕其中,戴维斯提出的塑造行政裁量之合理建构的方案以及法

〔23〕在社会实证主义那里,许多人相信,“社会进步是可能的,社会组织可以在理性原则的指导下获得重构”。在19世纪英国最显赫的社会学家、社会有机体论的创始人赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)看来,任何成文法的干预都扼杀了自由,并且导致了僵化和整齐划一,“社会这个不断成长的生命体,一旦被置于一个了无生气的、呆板的和机械化的格式化样板之中,就难免受到挤压和牵绊”。实用主义者更加激进地说道:“法律并非抽象逻辑的事务,而是一种社会工程的实践演练”,“法律的生命不是逻辑,而是经验”。所有这些思想在塑造功能主义风格的过程中都起到了非常特殊的作用。参见前引〔15〕,马丁·洛克林书,第146页以下。

〔24〕前引〔15〕,马丁·洛克林书,第237页以下。

〔25〕J. D. B. Mitchell, *Constitutional Law*, Edinburgh Press, 1968, p. 62.

〔26〕〔美〕伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第205页以下。

〔27〕所谓系统性偏见问题,即传统模式将其保障范围仅仅局限于以往所公认的自由和财产利益,而对于已被政府行政权力广泛渗入的国民福利领域内的私人利益却无法加以有效保护;行政机关“失败”问题主要是指许多行政机关失于履行各自维护公共利益的责任,往往“为了受管制企业和受保护企业之私人利益而暗中破坏公共利益”,而传统模式明显无力矫正行政机关的这些“失败”。参见前引〔21〕,理查德·B. 斯图尔特书,第19页以下。

〔28〕这些方案包括:放松管制和撤销管制机关;贯彻实施禁止授予立法权原理;要求行政机关通过制定标准而使其自由裁量权的行使具体化;采用资源配置效率作为衡量行政决定的一个实体标准等。参见前引〔21〕,理查德·B. 斯图尔特书,第29页。

院通过司法审查发展起来的以多元主义的合法化理论为基础的“利益代表模式”，已经引起了人们广泛的关注。

为了在最大程度内避免宽泛的制定法所引起的危险，实现高质量的“裁量正义”，戴维斯基于“专家知识”理论提出，应当由行政机关自身通过行政规则等手段重塑行政裁量行使的合理结构，即要求行政机关通过制定标准而使其裁量权的范围具体化，以替代要求立法机关制定具体细致的立法；并且，要求行政人员将每一个行政裁量所涉及的规范目的、事实认定、说明理由、公正程序等要素系统化，不仅要使这些诸要素组织成有机的结构，以建构起一定的内部秩序，而且要“使每一个裁量权的每一个方面都得到最佳程度的建构”，以使他们的影响个人利益的裁决更为公正。<sup>[29]</sup>而面对看起来难以处置的行政裁量问题，法院也已经在改革和拓展传统模式的过程中通过司法审查发展了一种实用性的利益代表模式。它要求在行政决定的过程中把正式参与的权利扩展到更大范围的利害关系人，并适当考虑所有参与行政政策决定的利益，以“确保所有受影响利益在行政机关行使其被授予的立法权力过程中得到公平的代表”。<sup>[30]</sup>戴维斯的观点强调法律应当赋予行政机关一定立法性裁量的权力，通过自己的行为，设计出行政裁量行使的合理结构；而后一种方案则强调行政机关在行政过程中对不同利害关系人的利益评估和实体政策上的利益调和。可见，这两种模式虽各具特色但在本质上都明显趋向于功能主义的建构模式。

与规范主义控权模式主要属于一种“法律自治”的进路相比，功能主义的建构模式则主要是一种“政府自治”的风格。它通过行政裁量运行系统的自我合理建构，来充分展现行政裁量固有的能动性和个案性的品质。因此，这种模式在充分发挥行政裁量的功能、提高行政效率、促进个案正义更好实现等方面具有极大的优势。但是，持这种模式的人往往过分强调行政机关制定行政规则的作用以及形式上的过程建构。显然，对行政裁量的建构，如果不关注其实质内容上的利益均衡和利害关系人对行政过程的实质性参与，那么就会出现与规范主义控权模式一样的弊端，即过于依赖规则和要求形式公正，其所追求的个案实质正义就要大打折扣。同时，过分依赖行政机关的“自治”或对行政机关立法性裁量权的大量授予，很可能会耗费大量的行政成本，而且会导致一种新的“专制”。为此，这种“自治”仍然必须被置于“框架性立法”之下，服从于一般性的立法规则或“法律原则”，并接受司法审查。可见，从本质上讲，功能主义的建构模式应当是一种“原则”之治。它既反对绝对意义的“规则至上”，也非不受任何法律制约的“政府自治”，而是在法律原则主导下的行政自我治理。惟有如此，它才能够既保证行政的必要灵活性又能够有效制约行政专断这种技术性问题的。<sup>[31]</sup>

### 三、行政裁量的中国治理模式选择与制度构建

行政裁量作为行政法的一个核心问题，虽然在西方倍受青睐，在我国却并没有受到学界应有的重视和深入细致的研究。在对待行政裁量的治理问题上，很显然，西方国家行政法的焦点也已经逐渐从“规则之治”转向了“原则之治”，从“外部控制”转向了“内部建构”、从“规范主义”转向了“功能主义”。但是在我国，由于长期受西方“规则中心主义”的影响，学理上主要采取的却仍然是一种规范主义控权模式的思路。显然，我们应当着眼于全球化的视野，倡导一种以“原则”为

[29] Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1971, pp. 97-99.

[30] 前引[21]，理查德·B. 斯图尔特书，第63页。

[31] See Phillip J. Cooper, *Public Law and Public Administration*, Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall, 1988, p. 103.

取向的功能主义建构模式。具体要求是：在法定、均衡和正当等行政法原则的统制之下，<sup>[32]</sup>通过行政规则对行政裁量范围加以适当限定；通过均衡性的利益衡量对裁量的实体内容作出合理建构；通过实质性的利益沟通对裁量过程作出最佳建构；通过司法审查技术的相应跟进和完善确保这些裁量的建构最为适当。

### （一）通过行政规则对行政裁量范围的适当限定

通过必要的裁量可以保持行政的能动性，最大限度地实现个案正义，但是当裁量太宽或过度时，公正也可能被专断和不平等所侵害。我们所要做的并不是去反对那些与政府承担的工作相当的裁量权，而是去反对超出这些工作需要的裁量权，剔除那些不必要的裁量权。尽管应当力图让立法机关穷尽一切法律细节来详细地确定所授出裁量权的范围，但是，这种理想状态已被实践证明往往很难实现。因此，“对裁量权的限定的期望并不能寄予法律的颁布，而在于比法律更为广泛的行政规则的制定。”<sup>[33]</sup>

在限定过度的裁量权方面，通过行政机关制定具体化的行政规则无疑是一种非常有效的办法。它不仅弥补基于模糊的立法授权而导致裁量权的过宽，限缩行政裁量行使的空间，而且它作为沟通普遍性法律与个案裁量之间的一个桥梁，比立法授权更贴近社会生活和事实真相，更切合行政裁量的实际需要。更为重要的是，“裁量虽是在追求个案正义，但如遇相同或相似个案，如作出差异性过大的裁量决定，不仅违反宪法平等原则，亦与个案正义所追求的内容不相符合，因此行政机关为避免此不当情况出现，基本上会经由行政内部制定具有行政规则性质之裁量基准来作为所属公务员与下级机构为裁量权行使的标准。”<sup>[34]</sup>可见，通过作为裁量基准的行政规则，还可以防止行政裁量中可能出现的“同案异判”和违反平等对待而对个案实质正义的损害，有效地实现行政机关的自我约束。正因如此，在西方，理论上已逐步冲破“禁止授予立法权原理”的禁区，使行政机关事实上已拥有广泛的立法性裁量权；在实践中，各国行政规则的数量也在与日俱增，并获得不同程度的司法尊重。<sup>[35]</sup>在我国，由于并不存在西方分权理论和禁止授予立法权问题的障碍，甚至宪法直接授予了政府的立法权，所以从中央到地方，各级各类行政机关都有权制定不同效力层级的行政规则。这些行政规则既包括解释性的规则，也包括创制性的和指导性的规则。<sup>[36]</sup>而且，一些具有行政规则性质的专门的裁量基准也已经在实践中初步显露出来。<sup>[37]</sup>

然而，严格规则之下无裁量。行政规则作为一种规则化的行政自我管制，力图用普遍的规则统一裁量的标准，实际上延续了规范主义控权模式的进路，仍然存在着与后者类似的局限性。而且，通过行政规则的制定，这种行政自我管制也是有限的，“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手，自由便不复存在”，<sup>[38]</sup>大量授予行政机关立法性的裁量权具有一定潜在的危险性。对此，一方面要强调行政裁量实体内容上的利益均衡和行政过程上的利益沟通，实现行政自我管制路径的转移，以弥补规范化形式之不足；另一方面必须将行政规则限制于行政法定原则之内，以协调

[32] 这些原则的提出及其具体内容的展开，参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版，第111页以下。

[33] 前引[29]，Kenneth Culp Davis书，第56页。

[34] 陈慈阳：《行政裁量及不确定法律概念——以两者概念内容之差异与区分必要性问题为研究对象》，载台湾行政法学会编：《行政法争议问题研究》上册，台湾五南图书出版公司2001年版。

[35] See Foster H. Sherwood, *Judicial Control of Administrative Discretion 1932-1952*, (1953) 6 *The Western Political Quarterly* 750.

[36] 参见叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》，法律出版社2002年版，第78页。

[37] 如金华市公安局出台的《常见劳动教养案件期限裁量标准》。<http://www.zj.xinhuanet.com/magazine/2006-02/13/content-6226469.htm>.

[38] [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第248页。

这种行政自我管制与依法行政之间可能发生的冲突，并防止出现新的“行政专断”。根据法律保留和法律优先这两项行政法定原则的要求，凡属法律保留范围的事项，行政机关非经法律的明确授权不得自创规则；凡是在法律已有规定的情况下，行政机关制定的规则都必须与之相一致，不得与之相抵触。只有这样，通过行政规则限缩行政裁量的空间才具有合法性和适当性。

### （二）通过均衡性利益衡量对行政裁量的实体建构

从本质上讲，行政裁量是“对受行政政策影响的各种私人利益之间相互冲突的主张进行调节的过程”，因此，持利益代表理论的多元主义者针对行政机关在其裁量的政策选择中所出现的偏见，提出“行政官员还必须广泛考虑各种各样相关的利益，这些利益会因为可能的不同政策选择而受到不同的影响”。〔39〕

强调行政裁量中的利益衡量，也是适应现代行政多元化的需要。现代行政既有公权力行政与经济行政（国库行政）之分，还有干预行政、给付行政和计划行政等。〔40〕多元化的行政，必然体现多元化的利益及利益关系。正如学者董保城指出，“过去以干预行政为导向的行政管制，最多也仅涉及行政机关与单一私人，在公益与私益衡量二元化对立之讨论，如今，行政法律关系转趋多样化、多元化，如大型工厂、垃圾掩埋场等设立除涉及设立申请人与主管行政机关之外，还包括相邻之居民、其他利害关系人、环保团体与其他相关主管机关，行政机关所面临的不再是单一的私人，而是复杂多元的当事人与利害关系人。”〔41〕面对现代社会日趋多元化和复杂化的利益关系，试图通过统一和确定的标准加以调节和处理显然是不可能的。行政决定的作出必然会成为一个个案权衡各种利益关系的过程。〔42〕

通过利益衡量对行政裁量的建构，是为了实现其实体内容的“均衡合理”，体现个案实质主义，因此必须遵循行政均衡的法律原则。它要求行政机关在对各种利益权衡时，应当综合衡量各种利益因素，充分协调各种利益关系；使之有机地统一起来，在尽可能的范围内保护各种合法利益。不能借口某种利益的重要而牺牲其他利益主体的利益，即使必须在相冲突的利益之间作出选择，也应将牺牲减少到最低的程度，补偿利益牺牲者的损失。总之，“利益衡量的结果应当促使各种利益尽可能的最大化”。〔43〕因此，行政均衡原则全面涵盖着均衡各种利益关系的准则，具体包括平等对待、禁止过度和信赖保护等原则。〔44〕根据这些原则的要求，“事情的本质”、行政惯例、立法目的、管制政策、事实情节等各种可能影响到行政机关进行利益均衡和结果选择的事实和法律因素，都应当予以全面考虑，并使其相互有机地联系在一起，从而达到最佳的效果和最适当的建构。

### （三）通过实质性利益沟通对行政裁量的过程建构

利益均衡需要通过利益沟通的过程来实现。比如行政公开就是这样一种沟通机制，它通过政府的坦诚布公与行政的持久开放、公众对政府信息的了解与对行政活动的参与，以及双方积极的协商、交流与对话，使双方对事实与法律的认识得以交融，使相对人能够更加有效的表达自己的愿望和要求，使行政机关有可能采纳和吸收相对人的意志，从而有利于实现相互间的信任，增进相互间的合作，并达成利益均衡的决定。同时，“公开是专横独断的天敌，也是反抗不公正的自然盟

〔39〕 前引〔21〕，理查德·B. 斯图尔特书，第21页，第127页。

〔40〕 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，台湾三民书局1996年版，第10页。

〔41〕 董保城：《行政程序法基本法理之初探》，转引自杨解君：《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》，法律出版社2001年版，第321页。

〔42〕 See Gifford, *Decisions, Decisional Referents, and Administrative Justice*, (1972) 37 *Law & Contemporary Problems*.

〔43〕 Paund, *A Survey of Social Interests*, (1943) 57 *Hav. L. Rev.* 14.

〔44〕 参见周佑勇：《行政裁量的均衡原则》，《法学研究》2004年第4期。

友”,<sup>[45]</sup>因此,将行使行政裁量权的依据、标准、条件、决策过程和选择结果予以公开,已成为世界各国行政程序法典中较有普遍性的内容。

美国联邦最高法院法官弗兰克福特(Frankfurter)曾宣称:“自由的历史很大程度上是奉行程序保障的历史。”<sup>[46]</sup>源自英国自然正义和美国正当法律程序的行政正当原则,涵盖着以“公平听证”为核心的避免偏私、行政参与和行政公开等丰富的具体内容,并已成为现代法治国家对行政权力公正行使的最低限度的要求。<sup>[47]</sup>在行政裁量的过程构建时,首先必须要求行政裁量权的运行符合这样一个最低限度的程序公正标准。其次,为了使行政裁量过程的构建最为适当,还应当进一步拓展正当程序保障的利益范围,并强化利益沟通的实质性方式。传统上,美国宪法所确立的正当程序原则只适用于涉及保护自由权或财产权领域的正式行政程序,特别是涉及当事人重大财产利益的经济管制领域。但自1960年代以后,政府在服务职能方面的活动有了显著的拓展,其所涉及对个人福利的权力范围日益增多,导致这些原来被认为是非政府赋予的利益即特权的理论受到了广泛质疑,<sup>[48]</sup>并最终在“戈德伯格诉凯利案”(1970年)中被法院所抛弃。此后,凡是法律上可以主张的权利都受正当法律程序的保护。<sup>[49]</sup>相应地,正当法律程序也不再仅仅要求庭审型的正式听证,是否需要一种正式的听证形式,应当取决于一系列的因素,“所主张权利的特征、裁决本身的特征、可能会因裁决而引起的负担这些方面的问题都要进行考虑”。<sup>[50]</sup>据此,听证可分为正式的听证和非正式的听证。而非正式的听证可以适用于任何涉及私人利益的非正式行政活动。

在我国,行政处罚法关于听证程序的规定已经开了我国行政程序立法中相对人参与的先河,价格法、立法法和行政许可法中关于举行听证会的规定,则使参与原则的范围和内容进一步扩大了。但是,在一个正当的行政程序中,无论是行政相对人还是行政裁量的利害关系人都应当享有同样的听证权利。而我国行政处罚法并没有明确规定这种利害关系人可以参与行政处罚听证。尤其是在行政立法听证与行政决策听证中,由于不存在特定的直接相对人,因而所有认为该行政行为可能侵害其合法权益并申请(或被邀请)参加听证的人都是听证利害关系人。如何在既能保障行政效率又能确保这类听证的参与人具有广泛的代表性,也需要做出更佳的选择。

另一个问题是,即使是将参与听证的权利扩大到所有的利害关系人,也未必能够真正实现行政过程的利益沟通价值。尽管现代行政法已将行政行为作为一个意志沟通的过程,而不再将其仅仅当作一个纯粹单方面的最终决定,这种意志沟通仍旧被认为只是行政意志与相对人意志的相互融合,在法律上起支配力的只能是行政意志。<sup>[51]</sup>显然,这样的意志沟通并不能发挥行政相对人对行政裁量过程的有效参与。在这个过程中,相对人的意志并不能对行政意志的形成起到制约的作用,相对人只是形式上的参与而已,最终的决定还是行政机关说了算。一个实质性的利益沟通不仅要充分发挥相对人在事实认定和理由说明中的参与作用,还应当强调相对人对行政决定的作出具有实质意义上的影响。要达此目的,就必须在行政裁量过程中进一步强化实质性利益沟通的方式,如行政契

[45] 前引[29], Kenneth Culp Davis书,第97页。

[46] *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332 (1943).

[47] 参见周佑勇:《行政法的正当程序原则》,《中国社会科学》2004年第4期。

[48] [美] 欧内斯特·盖尔霍恩、罗纳德·利文:《行政法和行政程序法》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版,第120页。

[49] 根据美国学者C·赖克1964年的统计,在1960年代,个人和组织在美国可能享有的政府所创造的特权有:社会保障收入和福利津贴、政府雇佣、酒类营业执照、政府合同、公共住房和教育、监狱行政等。这些特权在1970年代均已经不同程度地受到正当法律程序的保护。参见王名扬:《美国行政法》上册,中国法制出版社1995年版,第403页。

[50] B. Schwartz and H. W. R. Wade, *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*, Oxford: Clarendon Press, 1972, p.131.

[51] 参见叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版,第50页。

约、和解、磋商等交往协商方式。惟有如此，才能使行政裁量真正地从一个行政机关主导性的权力控制过程转变为一个交往协商式的利益沟通过程。

#### （四）司法审查技术的跟进与完善

对于法治国家而言，法院是最终确定“法律是什么”的地方，司法审查是自由和正义的最后一道防线。重塑行政裁量的治理模式，并不意味着司法审查的退出。相反，“（司法）复审自由裁量权是法治制度的基本特征”，“我们可以用来衡量行政法律制度有效性的可靠标准是允许法官复审自由裁量权的程度”。<sup>[52]</sup> 上述对裁量权的行政自我管制和内在秩序建构，既需要获得一定的司法尊重，也需要施以严格的司法控制。法院应当适应变化后的治理模式对司法审查技术作出相应的调整与完善。

对行政裁量的司法审查，首先遇到的一个问题是司法审查的权利保护范围。因为它与行政过程参与权利的拓展联系紧密。既然在行政裁量的过程建构中，正当程序保障的利益范围得到进一步扩展，相应地就应当降低行政起诉的“门槛”，让更多参与行政过程的利害关系人取得起诉的资格。具体而言，就是要将我国现行行政诉讼法在起诉资格上所确立的“法定保护利益”标准扩展到“事实上利益保护”的标准。<sup>[53]</sup> 也就是说，只要特定的相对人因事实上所享受的利益受到行政行为的侵害即属于法律上的利害关系，具有作为行政第三人起诉的资格。这也是现代公权理论发展的必然趋势。<sup>[54]</sup>

另一个更加重要的问题是司法干预的边际。在我国，行政诉讼法第5条很好地把法院对行政的干预边际限定在“合法性审查”之内，较为恰当地反映了分权结构下的法院与行政机关之间的基本关系。以此为基调，该法第54条进一步将司法审查的标准分为三类：涉及“主要证据不足”、“适用法律法规错误”和“超越职权”的形式合法性审查；涉及“滥用职权”（不合理）、“不履行或者拖延履行法定职责”和“显失公正”的实质性审查；以及涉及“违法法定程序”的程序适当性审查。<sup>[55]</sup> 而这其中，除了形式合法性审查是一个确定性的是非评价之外，对裁量权滥用等的实质性审查和程序适当性审查都是一种模糊性的判断标准。问题是，行政裁量作为行政机关的带有明显主观色彩的判断选择活动，司法机关如何尽可能找出相对客观的审查标准，尽量避免用法院的主观判断来代替行政机关的判断，以在两者之间真正形成一种良好的既相互合作又相互竞争的权力关系。

也许，解决这个问题的方案有两种，一种是谋求法院和行政机关都能够遵循的相对客观的标准，即法定、均衡和正当原则，并将它们分别适用于对行政裁量的不同建构之中。就作为裁量依据的行政规则而言，本着对行政规则既予以一定司法尊重又有一定司法约束的原则，只需要行政规则遵循法定原则即可，否则才可以“不予适用”该行政规则。就对行政裁量实体内容的利益衡量来说，放弃学界长期倡导的“合理性”这一主观色彩浓厚的标准，而采取平等、比例、信赖保护等客观性较强的均衡原则。对行政裁量的过程建构，则运用避免偏私、公平听证和公开等正当性原则作为审查标准。另一方案是将对行政裁量权的“是非评价”与司法控制强度联系起来。就裁量权滥用而言，法院只需要行使是非评价的权力（或职能），至于否定评价后的处理措施，仍然留待行政机关自己去解决。具体说来，对行政诉讼法第54条第4项的规定“行政处罚显失公正的，可以判决

[52] 前引[26]，伯纳德·施瓦茨书，第567页。

[53] 《中华人民共和国行政诉讼法》第2条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第12条进一步规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。”

[54] 参见王和雄：《论行政不作为之权利保护》，台湾三民书局1994年版，第51页。

[55] 参见余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社2005年版，第10、15页。

变更”进行修改，取消法院的“变更”行政裁量行为的权力，只要求人民法院对“显失公正的行政处罚行为”作出“显失公正”的“确认判决”即可，或者再要求行政机关重新作出新的行政裁量行为，而不是代替行政机关作出“变更”的具体决定。同样，除显失公正的行政处罚行为外，对其他“滥用”性质的行政裁量行为，人民法院都有权进行是非评价，因此也就没有必要单独把显失公正的行政处罚行为单独列出了。这样，法院作为司法机关，既不用承担过度干预行政权力的名声，也能够达到法院应有的对行政裁量进行司法审查的控制目的。

此外，在美国等西方国家，法院通过建立具有很大灵活性的司法判例构建出了一系列多元化的审查标准，这不仅可以弥补制定法之不足，也可以更加有效地发挥司法审查对行政裁量的能动性控制功能。在我国，尽管现有司法实践中存在的案例编纂制度和正在进一步推行的“案例指导制度”，都对全国法院审判工作具有重要的指导、参考作用，但是它们都迥异于英美法系典型的判例制度。<sup>[56]</sup>在人们的观念中，法仍然仅仅局限于宪法、法律、法规、规章等由国家机关制定的、形之于纸上的制定法条文。在我国法院判决中真正起作用的也只能是这些“法定依据”。显然，这种司法观念需要制度变革的洗礼，为了充分发挥法官的司法能动性，判例制度在我国司法实践中的引入和建立亦当属必然。

当然，无论何种制度的建立，都不应当是扼杀行政裁量权，而应当是以肯定行政裁量权服务并促进社会发展的积极作用为前提，以有利于行政裁量权功能的充分发挥、有利于行政裁量权在法治原则之下的正常运作为目标。无疑，要完成这一伟大的历史使命，未来中国行政裁量问题的治理必将是一项十分宏大而艰巨的系统工程。

---

**Abstract:** The administrative life lies in discretion, and the core of the administrative law lies in the effective governance to the administrative discretion through the rule of law. In the western developed rule-of-law countries represented by Great Britain and America, their governing scheme has already expanded from the traditional controlling mode of normativism to the structuring mode of functionalism. In our country, taking consideration of the globalization vision and current state, we should advocate a principle-oriented structuring mode of functionalism, i. e., under the governance of administrative law principles such as legal, balanced and justice, give full play of the many functional factors such as the administrative rule, benefits weighing, will communication and judicial review to achieve a best structure of administrative discretion.

**Keywords:** the administrative discretion, rule of law, normativism, functionalism

---

[56] 周佑勇：《作为过渡措施的案例指导制度——以“行政〔2005〕004号案例”为观察》，《法学评论》2006年第3期。