

服务理念下的程序裁量及其规制

郑春燕*

内容提要：在服务理念的指引下，为更好地实现行政任务，行政机关及其他承担行政任务的主体通过行使程序裁量，自主地确定规范之外的程序形式与种类。“万元大奖下的暂住证登记”就是典型个案。程序裁量的运作，模糊了行政功能的绝对划分界限，打破了严格法律保留原则的适用前提；形成了多项行政行为共谋行政目标的现象，彰显了单一行政行为形式作为行政法学分析工具的不足。对这类新型行政活动的分析，除了遵守法律已有的界限外，也应关照行政目的的引导作用，并将多个行政行为构成的整个行政过程视为一幅动态的行政法律关系图式，在互动、多元的关系中探讨行政机关及其他承担行政任务的主体、行政相对人的复合法律地位。

关键词：服务型政府 程序裁量 法律保留 复合行政法律关系

一、引言

尽管服务型政府的提法，自20世纪80年代西方国家掀起“政府再造”运动的高潮之后才渐普及，但关于公共行政中服务理念的法理学探索，却早在20世纪20、30年代，就引起行政法学家的关注。这其中，法国著名法学家狄骥（Léon Duguit）的公共服务理论与德国著名法学家福斯多夫（Ernst Forsthoff）的服务行政理论，可谓丰碑之作：前者在《公法的变迁》一书中犀利地指出，〔1〕公共服务观念已取代主权概念，成为现代公法理论的基础；后者则在《当成是服务主体的行政》一文中明确主张，〔2〕应由行政担负起民众生存照顾的责任。需要特别注意的是，虽然两者都强调行政任务正向服务转型，但其倡导的服务范围并不一致：对狄骥来说，公共服务既包括传统的干预行政，也涵盖以供给行政、福利行政为代表的给付行政；在福斯多夫的分析中，生存照顾的范围主要针对具有对价特征的供给行政（排除单方面的“济助”），作为干预行政典型

* 浙江工商大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金项目“协商行政的原理与制度研究”（批准号07CFX013）的阶段性成果，并由浙江工商大学青年人才基金资助（项目编号Q09-4）。

〔1〕〔法〕莱昂·狄骥：《公法的变迁，法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第40页以下。

〔2〕转引自沈政雄：《给付行政之理论发展与行政法学课题》，《宪政时代》2006年第2期。

的警察行政因构成民众的基本生活所需，亦被划归为服务的范畴。^{〔3〕}时至今日，当我们倡导建设意在促进全民福祉的服务型政府时，除将服务的外延扩张到干预行政、给付行政、计划行政等所有行政领域，更意在发展政府惩戒功能以外的预防与诱导作用。因此，服务型政府概念中的“服务”，不仅意味着行政向社会提供公共服务以及公共服务类型的拓展，尤为重要是突破传统行政中“高权”观念的束缚，强调以行政形塑社会的理念。

在这样一种服务理念指引下，我国的行政现象也在发生着从事实层面到制度层面的变迁：行政任务再界定基础上的公共行政组织架构、行政许可范围的限缩、行政指导与行政契约等非权力性行政活动类型的广泛应用、行政程序中公众参与和信息共享的推进。这些新举措，都是除给付行政、计划行政的范围扩张之外，对服务型政府的最佳诠释。我国的行政法学者亦将研究的视域投向这些问题，并致力于由此引发的行政法学理论更新与变革。但学者的聚焦点，大多集中在公共行政组织的定位、新型行政活动方式的合法要件、行政程序的法典化等方面，对正式行政行为作出前采取的、未被定型化的诱导性、预防性措施，却鲜有深入的探索。如缺陷汽车的指令召回，可在汽车未造成车主或他人人身、财产损害前的特定条件下作出，显然不同于以往基于个案损害事实采取的行政处罚等惩治性措施。^{〔4〕}除此之外，更多的诱导性、预防性措施，系行政机关及其他承担行政任务的主体在没有直接根据规范的前提下，基于更好地实现行政任务的考量，在行政过程中采取的创新手段。对这类新型行为引发的行政法律关系的具体内容，始终未见系统的论述。缺乏理论支撑的直接后果是，这些能够有效提升行政效能、回应服务理念的行为，因定位不明晰和合法性审查标准的缺失，处于进退两难的发展境地。

究竟这些未能直接对应于现行行政行为类型理论的诱导性、预防性措施背后，蕴含着何种行政法学理论？诱导性、预防性措施的采取，是否需要明确的法律授权，甚或在服务理念之下，需要反思的恰是法律保留原则的适用范围？这些措施可被归类为何种行政行为形式，甚或定型化的行政行为研究思路本身，才是检讨的对象？如果答案是肯定的，那么诱导性、预防性措施的合法性审查该如何展开，行政相对人在此过程中又具有怎样的“权利”？^{〔5〕}为使问题的探索不偏离真实世界的现实考量，下面引入温州市瓯海区梧田派出所所以万元抽奖形式激励外来人口办理暂住证登记的个案，期待在个案分析的过程中，发现剖析服务型政府与依法行政之间张力的行政法学分析工具。

二、聚焦个案：万元大奖彰显的服务理念与程序裁量的定位

暂住证登记是基层派出所的一项基础性工作。公安机关能不能有效地预防与打击违法犯罪活动，与暂住证登记率高高低有很大关系。温州市瓯海区属于外来人口较多的区域，仅梧田街道就有12万左右的外来人口。多年来，梧田派出所主要依靠“人海战术”，使用警告、罚款等强制手段办理暂住证登记，但仍有25%左右的外来人口以各种方式逃避登记，部分已经办理登记的人员提供的信息也存在着不实、不全的情况。这给当地治安预防、违法责任追究工作造成了很大的障

〔3〕 服务行政的范围大于给付行政，学界将给付行政简单等同于服务行政的做法，值得商榷。参见陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第47页。

〔4〕 2004年，国家质量监督检验检疫总局、国家发展和改革委员会、商务部、海关总署总结实践经验，制定了《缺陷汽车产品召回管理规定》（2004年10月1日起施行），明确汽车召回程序的合法地位。

〔5〕 权利是一个最重要的法律概念，却也是一个在不同的含义上被使用的、界定混乱的法律术语。为求论述的清晰，文章用引号限定的权利即“权利”，来概括美国著名法学家霍菲尔德所指的、可能包含权利、特权、权力、豁免中的一种或多种法律地位的现象。Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Foundation Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, p. 55.

碍,定期的清查也浪费了大量的警力。在强制办理暂住证登记的过程中,民警、协警与外来人员之间甚至还出现过磨擦和矛盾。为有效调动外来人员办理暂住证的积极性,提高登记信息的准确率,2008年3月初,梧田派出所四处张贴告示并派巡逻车上街广播:从即日起,外来务工人员办暂住证可抽万元大奖。外来务工人员拿到暂住证后,可以把身份证号码通过手机短信发送到抽奖平台(短信仅收取1角钱的基本信息费),2008年12月31日统一开奖。具体奖励金额是一等奖1万元、二等奖5000元、三等奖2000元。所需经费从社会治安综合治理专项资金中列支。消息公布后,梧田派出所门前人头攒动,20多天的时间里,就有2万余名外来人员前往登记。这个数字比上个月增长4倍,比去年同期增长268%。^{〔6〕}

这项显著提升工作效率并有效保障登记信息准确性的新举措,经媒体报道以来,引起了广泛争议。虽然大多数受访者肯定梧田派出所变“命令式管理”为“激励型诱导”的行政思路,认为其体现了和谐社会建设中的服务理念,但仍然担心缺乏法律法规明确依据的抽奖办证举措,是否违背了依法行政的内在要求。这样的质疑,也让梧田派出所的上级行政机关——温州市公安局持谨慎态度。该局一位负责人指出:“梧田派出所以办证抽奖的方式,在调动外来务工人员办理暂住证方面作了一些探索,其做法值得鼓励,但不宜大张旗鼓地宣传与推广。”^{〔7〕}

梧田派出所真的没有采取抽奖办证形式的权限吗?让我们先来看看法律法规的相关规定。1958年《户口登记条例》第15条规定:“公民在常住地市、县范围以外的城市暂住3日以上的,由暂住地的户主或者本人在3日以内向户口登记机关申报暂住登记,离开前申报注销;暂住在旅店的,由旅店设置旅客登记簿随时登记。”可见,立法者在制定《户口登记条例》时,主要期待由公民主动申报实现暂住登记管理任务。公安部于1995年6月2日公布实施的《暂住证申领办法》秉承了这一立法精神。依据该法第3条有关“离开常住户口所在地、拟在暂住地居住一个月以上年满十六周岁的下列人员,在申报暂住户口登记的同时,应当申领暂住证”的规定,申领暂住证是公民的一项法律责任。至于申领的程序,该法第5条列举了3种由公民主动申领暂住证的情形。除此之外,两部法律法规均未明确规定公安机关在办理暂住证登记过程中,可采取何种积极措施促进公民的主动申报,只是对不按规定申报暂住户口登记的行为,赋予公安机关相应的行政处罚权限。综上可知,对现有法律法规的文义解释,并不能得出授权梧田派出所采取抽奖办证的结论。

那么,梧田派出所可否自主确定办理暂住证登记的程序呢?对此,我国的法律法规没有作出直接的回答,学理上的研究也语焉不详。但若以比较的视角,德国联邦行政程序法第10条的规定或能提供些借鉴:“如果没有关于程序形式的特别法律规定,行政程序不受确定形式的拘束。行政程序应当简单、合乎目的和迅速地进行。”^{〔8〕}这就是所谓的程序裁量,即在法律法规没有特别规定的情况下,行政机关及其他承担行政任务的主体有权选择作出行政行为的程序种类与形式,自主确定行政过程的内容。程序裁量的这种特性,使其在过去强调公民的自由和权利免受行政不必要干预的阶段,未能占据重要地位。但随着服务型政府对行政形塑社会功能的偏爱,以程序裁量的运作强化行政机关及其他承担行政任务的主体在行政活动中的积极作用,已渐成为全球公共行政的普遍特征。正因为此,美国著名行政法学家戴维斯(K. C. Davis)教授的行政裁量研究,早就将程序裁量纳入视野之中:“裁量并不局限于实体选择,而是延伸至程序,方法,形式,

〔6〕 详细情况可参见顾春:《办暂住证,能中万元大奖?》, <http://society.people.com.cn/GB/1062/7125209.html>, 2008年4月16日访问。

〔7〕 陈东升:《温州办暂住证可抽万元大奖事件真相调查》,《法制日报》2008年3月25日第8版。

〔8〕 [德]埃贝哈德·施密特-阿斯曼等:《德国行政法读本》,乌尔海希·巴迪斯编选,于安等译,高等教育出版社2006年版,第412页。

时间,重要程度以及其他补充因素。”〔9〕日本的“个人出租汽车案”(东京地方法院1963年9月18日判决)、“群馬中央公共汽车案”(东京地方法院1963年12月25日判决),也可谓程序裁量扩张之后法院加强程序控制的典型个案。〔10〕

遗憾的是,尽管政府在经济、社会发展过程中的主导地位一直是我国行政的特色,但程序裁量引发的法律问题,并未博得我国学者的青睐。依笔者的资料收集,到目前为止,专以程序裁量为题的论文仅有一篇。〔11〕研究的滞后,使行政法学对程序裁量运作下采取的诱导性、预防性措施的解能力大大受限。以本案为例,《户口登记条例》与《暂住证申领办法》没有明确涉及暂住证登记的具体程序,这就暗含了对公安机关的程序裁量授权,即允许公安机关在实际工作中自主选择开展暂住证登记的形式和流程。由此,梧田派出所既可以选择以往一直采用的清查、强令方式办理暂住证登记,也可以改用激励、诱导的抽奖方式,提高公民主动申报暂住证登记的积极性。后者虽无明确的法律依据,但只要程序裁量的行使,不突破滥用裁量的底线,且有助于行政任务的实现,则形式上的创新并不因为直接根据规范的缺失,而一概与违法划上等号。

三、规范之外的程序裁量与法律保留原则的修正

简单地肯定程序裁量的价值,并没有从根本上解决程序裁量带给行政法学理论的挑战。对程序裁量的承认,首先要处理的就是程序裁量与法律保留原则之间的张力。

众所周知,法律保留原则是依法行政的题中之义,其意指“在特定范围内对行政自行作用的排除”。〔12〕也就是说,公民的权利或自由,除非有法律对此作出规定或基于法定的理由,否则排除行政的干涉。鉴于法律保留原则产生之初,是对干预行政的防备,因此通说以为,给予人民一定利益的给付行政,不受法律保留原则的严格约束。“只要在行政组织法规定的权限范围内,且有国会通过的预算为依据,纵使缺乏行为法上的根据,仍可为给付性的行为,但倘涉及公共利益之重大事项者,仍应有法律或法律授权之命令为依据。”〔13〕虽然近年来,随着给付行政实践的发展,考虑到给付行政常伴随着资源分配的公平性异议,学界也不乏对于社会对立程度较高的给付行政活动,仍应以法律保留为前提的声音,但给付行政与干预行政应受不同程度法律保留约束的观点,始终占据主流地位。这也是区分某一行政行为究属干预行政还是给付行政的意义所在。

然而,程序裁量的运作,却抛给法律保留原则一个尴尬的难题。因为行政机关及其他承担行政任务的主体,在行使程序裁量权的过程中,可能采取一个与最终的行政决定功能完全相反的行政行为。以梧田派出所的个案为例,根据传统行政法学理论对行政功能的分类,暂住证登记行为无疑属于课与人民负担的干预行政范畴。此类行政通常借助命令与强制的手段实现,因而被视为对人民“权利”最具侵害性的领域。悖反的是,梧田派出所所在办理暂住证登记过程中采取的抽奖形式,非但未增加行政相对人的额外负担,相反还可能使行政相对人纯粹受益,从而具有明显的给付行政蕴味(更确切地说,属于给付行政下的促进行政类型)。同样的现象也出现在其他国家的行政实践之中。如美国对社会福利受惠者的认定,就常以午夜检查(midnight inspection)的形式出现。为查证受惠者的资助资格,有时需要以偷袭式搜查辅助常规的资助资格检查,以获取更多真实的申请者家庭境况信息。若受惠者拒绝行政机关的午夜检查时,将导致资助项目的拒绝

〔9〕 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1971, p. 4.

〔10〕 [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第92页。

〔11〕 马立群:《论程序性裁量的存在及其效应——以工商行政执法程序的运作为考察对象》,《法制与社会》2007年第2期。

〔12〕 [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第72页。

〔13〕 翁岳生:《行政概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》上册,台湾元照出版社2006年第3版,第24页。

或者废止。^[14]在这里,我们同样看到给付行政行为的实施过程中,运用了限制甚至侵犯公民宪法上住宅自由权的干预行政手段。

于是,呈现在我们面前的是这样一幅行政画卷:在服务理念的指引下,干预行政与给付行政经由程序裁量的运作,完美地融合在一起,灵活地应对现代行政的艰巨任务。无怪乎戴维斯教授认定:“行政的生命力不在于任何形式的裁决,而在于‘非要式的裁量行为’,包括非要式的裁决。”^[15]但对此类行政活动,若主张其干预特征,强调严格的法律保留,则扼杀了行政机关及其他承担行政任务的主体在服务理念下的积极性;若偏重给付色彩,期待法律保留的退让,却又不免陷公民的权利与自由于危险之中。面对这样的新型行政活动,我们不能再固守传统的干预行政与给付行政的绝对分类,也难以绝对地主张某一行为与干预行政或给付行政的联系,而严格地适用法律保留原则或放宽法律保留的界限。在服务型政府的建构中,兼具干预与给付内容的行政活动将越来越具有普遍性。正确的做法,是将一项行政活动视为动态的行政法律关系形成、变化的过程。行政活动的每一个阶段,行政法律关系内容都可能出现变化,行政相对人拥有的“权利”,也将会随之调整。通常情况下,当行政相对人处于和行政机关及其他承担行政任务的主体的“权力”相对应的“责任”地位时,可以主张对“权力”行为适用严格法律保留原则。但是,若“权力”行为系程序裁量运作的结果,法律保留原则就要退守到目的保留的底线。

这是因为,程序裁量虽和要件裁量、效果裁量同属于行政裁量的分支,但在选择空间与法律规范之间的关系上,三者并不一致。在要件裁量下,行政机关及其他承担行政任务的主体虽可对不确定法律概念进行价值衡量,却不能偏离不确定法律概念的基本文义。在效果裁量下,行政机关及其他承担行政任务的主体自主选择的权限有所扩张,但正如德沃金(R. Dworkin)教授所言:“裁量,就像是面包圈中的洞,如果没有环绕周边的限制圈,也就不复存在了。”^[16]除非是出现了法律漏洞等特殊情况,否则效果裁量的运作,仍应在法律授权的范围內展开。但是,程序裁量的意义恰在于法律未对程序作出特别规定时,赋予行政机关及其他承担行政任务的主体以行政过程的形成自由。因此,对前两者而言,除了个别的例外情况,法律保留原则仍是合法性的基本要求,而对程序裁量来说,在规范之外运作恰是其存在的常态。当然,这并不意味着行政机关及其他承担行政任务的主体可以恣意行使程序裁量权。虽然法律未对程序的形式和种类作出明确规定,行政机关及其他承担行政任务的主体在行使程序裁量权时,仍应遵守目的保留的底线。换句话说,“行政有义务关于手续执行与手续形成之决定,以规范拘束力,手续目的为方向,并且所有宪法上及法律上有关行政手续目的规定,特别是相关行政事务之最佳决定与最佳履行,包括国民权利之保护与实现。”^[17]此外,法治原则内含之目的,如简单、迅速、理性、经济性、节约等原则,亦属于程序裁量应遵守的目的保留范畴。

四、程序裁量下的复合式行政行为及其行政法律关系的展开

在划分行政的功能之后,传统行政法学理论分析问题的进一步思路是,定型化行政行为,并进而对照特定行政行为(如行政处理、行政契约、行政指导、行政计划等)的构成要件判断其合

[14] Charles A. Reich, *Midnight Welfare Searches and the Social Security Act*, The Yale Law Journal, Vol. 72, No. 7 (Jun., 1963), p. 1347.

[15] K. C. Davis, *Administrative Law: Cases—Text—Problems*, West Publishing Company, 1977, p. 440.

[16] Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 1997, p. 102.

[17] 陈春生:《行政法之学理与体系(一)——行政行为形式论》,台湾三民书局1996年版,第165页。这里的“手续”,系德文“程序”的另一种译法。

法性。“在行政机关与法院裁判实务上一再出现的大量类似问题，可以藉抽象形式的语句加以界定并提供典型的答案。于此，行政行为法律形式扮演重要的角色。”〔18〕可以说，传统的行政法体系就是以行政行为法律形式为核心而展开的，行政法学的重心就在于设定、解释、运用定型化行政行为的构成要件。这种分析思路成功的前提在于，行政过程的一元化与行政行为之间的独立性。该理论假设行政机关及其他承担行政任务的主体在实现行政任务的过程中，仅使用一种行政行为形式，或者虽使用了多种行政行为形式，但各行政行为之间存在清晰的界限，因此可对照学理上某一特定行政行为的构成要件，对单一行政行为的合法性作出判断。然而程序裁量的运作，不仅促成了行政过程的多元化，使行政的功能划分成为困难，也打破了单一行政行为实现行政任务的格局，出现了多项行政行为共谋行政目标的现象。

仍以梧田派出所的个案为例，由公安机关单方形成行政相对人的户籍关系的暂住证登记行为，具备明显的高权特征，应划入行政处理的范畴。而为促进登记采取的抽奖措施，虽不具备书面形式，然梧田派出所“四处张贴告示并派巡逻车上街广播”的行为已构成要约，行政相对人在要约规定的时间内前去办理暂住证登记的行为，就是承诺。双方实际上已经缔结了以“一方在规定时间内办理暂住证登记，另一方提供公平参与抽奖活动的机会”为内容的契约。至于契约的性质，依据“对某一未明身份之契约究属行政还是民事的辨别，最终要追溯至该行政主体有无相应的行政裁量权的判断”的标准，〔19〕结合抽奖办证系程序裁量运作结果的事实，应界定为行政契约。可见，为实现及时掌握人员流动信息、维护社会稳定的行政任务，梧田派出所同时运用了行政契约与行政处理两种行政行为方式。

在这种情况下，如果秉承传统行政法学理论分析问题的思路，就要分别对照行政契约和行政处理的合法性构成要件，将登记行为割裂为行政契约与行政处理两个阶段各自作出判断。结合我国行政诉讼法第11条的规定，若行政相对人认为暂住证登记行为侵犯了其合法权益，还要分别就行政契约违法争议和行政处理违法争议提起行政诉讼。这样的理论建构与制度设计，未能在多边的行政法律关系中厘清行政机关及其他承担行政任务的主体与行政相对人的“权利”关系。相似的困境也在考验着首创法律形式理论的德国行政法学家们，以“法律关系”补充以“法律形式”为中心的传统行政法释义学的不足，已渐成为他们努力的方向。自1971年O. Bachof提出在法律形式之外应更多留意持续性的法律关系后，另一位德国法学家Harmut Bauer也在1991年的任职演说中倡导：“从法释义学的角度而言，法律关系通常是由当事人彼此相互关联的权利义务所构成；由此出发，个别权利义务不致被区分为个别的法律地位，毋宁应致力于掌握相互的作用关系。其因此能在法释义学上发展出诸如相互尊重与注意的补充性规则，所谓的附随权利、附随义务、告知义务、协力义务等亦不难藉此安排进法释义学的秩序框架里。”〔20〕根据行政法律关系理论，不论行政机关及其他承担行政任务的主体为实现行政任务采取了哪些行政行为，整个行政过程将构成一幅动态的行政法律关系图式。各个行政行为的合法性，也将被置入互动的行政法律关系之内考察。

然而，具体行政法律关系的展开，仅凭借权利和义务这对法律概念构成的二维法律空间，恐难承载现代行政维护社会秩序和促进社会福祉的不同行政角色。就此问题，笔者曾建议借鉴霍菲尔德（W. N. Hohfeld）的分析法学视角，借助权利与义务、特权与无权利、权力与责任、豁免

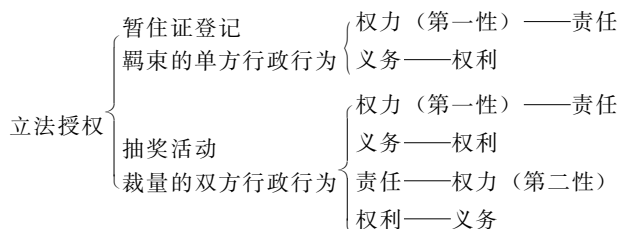
〔18〕 陈爱娥：《行政行为形式——行政任务——行政调控：德国行政法总论改革的轨迹》，《月旦法学杂志》2005年第120期。

〔19〕 郑春燕：《论裁量视角下的行政契约》，《浙江学刊》2007年第5期。

〔20〕 陈爱娥：《德国行政法学的创新发展》，载《“各国行政法学发展之方向——以德、法、日、美为中心”学术研讨会论文集》（2008年1月26日），第7页。

与无资能等组成的“相依方”(correlatives)图表,展开相应的行政法律关系。^[21]其中,尤其要注意霍菲尔德有关“权力是对他人特定法律关系的肯定性的控制力”的界定。^[22]在他看来,权力是价值无涉的法律概念,它仅表明意志控制占主导地位的个人,在实现他人法律关系特定变化方面的资能。只要某人具备通过自己的意志控制的事实改变他人既存法律关系的能力,都可以称其拥有法律上的权力,包括由权威统治产生的第一性权力和由利益状态、信息或科技优势等情况产生的第二性权力。当我们在行政法领域使用行政权这一术语时,除了第一性权力应有的规范意涵外,更融合了其他“权利”现象:若立法机关授予的行政权属于羁束权时,行政权一词实际上是权力与义务的复合形式;若立法机关授予的行政权属于裁量权时,行政权一词则是权力与特权的复合体。另一方面,在信息优势倒置、行政成本减负、管理效率提升等因素的综合作用下,行政机关及其他承担行政任务的主体亦需要借助行政相对人的知识、经验、技术等资源共同实现行政任务。由此,行政相对人也可能具备对行政法律关系的肯定性控制力,即所谓的第二性权力。

在重新检讨“权利”概念的基础上,我们再来审视梧田派出所一案展现的行政法律关系。根据《暂住证申领办法》第5条的规定,只要申领的公民持有居民身份证及其他相关材料,公安机关就应当予以暂住证登记。因此,登记行为本身属于羁束的单方行政行为。相应地,梧田派出所与申领暂住证的公民之间的行政法律关系为权力(第一性)——责任、义务——权利。另外,抽奖的活动形式系程序裁量运作的结果,该行为虽未形成书面的决定,但我们在上文的分析显示,梧田派出所与申领暂住证的公民之间已经构成行政契约关系。因此,抽奖活动属于裁量下的双方行政行为。梧田派出所在程序裁量下原本拥有的特权即选择程序的形式和种类的自由,因“告示和上街广播”的要约为行政相对人创设了决定是否形成行政契约法律关系的第二性权力,已转化为责任与义务的复合体。由此,行政法律关系表现为权力(第一性)——责任、义务——权利、责任——权力(第二性)、权利——义务。



在这样一幅复杂的行政法律关系图式中,行政相对人的积极法律地位分别为在符合法定条件的前提下要求公安机关办理暂住证登记的权利、缔结行政契约的权力(第二性)以及在履行契约义务后要求公安机关兑现抽奖的权利。这三项“权利”无论哪一项不能得以实现,行政相对人都可以寻求救济。“为保护特定的利益,法律可以设定前后相连的一组权利,前面的权利因违法行为的发生受到侵害后,可以产生后面的权利以获得救济,即原权利和次权利。”^[23]当然,在行政相对人不具备国家强制力为后盾的情况下,上述“权利”的救济最终要依赖司法的力量。只是,若期待上述“权利”在同一行政诉讼中得到救济,还需打破现行行政诉讼法建构的以单一行政行为类型为案由的立案审查体制,改采依诉的种类为标准的起诉条件。

需要注意的是,“程序裁量权的行使必须考虑有关程序规范的目的、有关实体法的特点和个

[21] 郑春燕:《现代行政过程中的行政法律关系》,《法学研究》2008年第1期。

[22] 前引[5], Hohfeld文,第55页。

[23] 前引[5], Hohfeld文,第753页。

案的特殊性。一般情况下不存在针对特定程序形式的请求权。”〔24〕也就是说，本案中行政相对人缔结行政契约的权力（第二性）和履行契约义务后要求公安机关兑现抽奖的权利，均以公安机关行使决定采取抽奖形式的权力（第一性）为前提。在公安机关未将程序裁量下自主选择程序形式和种类的特权固定化为抽奖方式之前，行政相对人无“权利”要求以抽奖方式办理暂住证登记，自然也就不具有上述权力（第二性）和权利。

与此相应，公安机关在此过程中拥有决定办理暂住证登记的权力（第一性）、决定采取抽奖形式的权力（第一性）和要求行政相对人履行契约义务的权利。前二项积极法律地位若受到行政相对人的阻碍，公安机关可通过自行强制执行或申请法院强制执行的方式获得救济。问题在于，若公安机关在行政契约中享有的权利受到侵犯，该如何寻求救济？对此，有学者认为，选择行政契约“即同时宣示着其专以契约方式来解决彼此间之法律问题，亦‘默示’放弃以处分单方之法律形式来发生、变更或消灭彼此间之权利义务关系”，〔25〕所以在出现行政相对人一方违约的情况下，行政机关及其他承担行政任务的主体不能自行救济，而应诉诸法院。与该理论相配套，德国与我国台湾地区专为行政契约提供了通过诉讼强制执行的救济途径（除非行政契约中已有相应约定）。我国现行行政诉讼法并未为行政机关及其他承担行政任务的主体留出以原告身份提起行政诉讼的可能，若移植德国与我国台湾地区的做法，不仅需要学理上进一步探讨，也将面临规范上的修改与制度方面的调整。

五、结 语

通过温州市瓯海区梧田派出所万元抽奖形式办理暂住证登记的个案，借助程序裁量的线索，我们发现在服务型政府的建构中，行政已不再扮演传统行政法学理论预设的纯粹执行角色。相反，她需要更多的灵活性与主动性，以一切可能调动的积极力量，包括与行政相对人的合作，更好地实现行政任务。

“行政法之发展决定于现代之行政状况及其需求。”〔26〕既然作为行政法学研究对象的行政，已经偏离了传统行政法学理论预设的前提，那么，传统行政法学确立的“通过确保行政机关遵守公平公正的决定程序、在立法机关授权的法律界限内活动和尊重私人权利，以捍卫法治，维护自由”的核心价值，〔27〕以及与此相应的不可逾越的法律保留原则、以行政行为为原点的行政法制度设计，都亟待反思与调整。规范之外的程序裁量，因其赋予行政机关及其他承担行政任务的主体的广泛形成权限，成为服务理念下行政形塑社会的重要甬道，却动摇了法律保留原则的基础地位，也突显了行政行为形式作为规范分析工具的不足。传统行政法学理论遭遇了难以突破的瓶颈。“在这里，行政法学的终点意味着学科的基本变量和框架已被限定，学者提出的新问题不能依据这些变量或在这个框架下获得解释。”〔28〕我们需要转变观察问题的视角：行政不再是割裂的、非此即彼的单一行政行为的写照，相反，干预行政、给付行政、计划行政中的各种已定型化行政行为、未定型化行政行为，正在以互补的姿态协同实现行政任务。对这类新型行政活动的分

〔24〕 [德] 汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》第二卷，高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 203 页。

〔25〕 林明锵：《行政契约与行政处分》，《台大法学论业》2003 年第 33 卷第 1 期。

〔26〕 张桐锐：《行政法与合作国家》，《月旦法学杂志》2005 年第 121 期。

〔27〕 Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty - First Century*, 78 N. Y. U. L. Rev. 437, 438 - 439 (2003).

〔28〕 Joseph P. Tomain & Sidney A. Shapiro, *Analyzing Government Regulation*, 49 Admin. L. Rev. 377, 380 (1997).

析,除了遵守法律已有的界限外,也应关照行政目的的引导作用,并将多个行政行为构成的整个行政过程视为一幅动态的行政法律关系图式,在互动、多元的关系中探讨行政机关及其他承担行政任务的主体、行政相对人的复合法律地位。相应地,我们的行政法律制度,也需要重新解释甚至修改。

Abstract: The concept of service government has gradually been universal after the high-tide of the western countries' Reinventing Government Movements since 1980. Under the guidance of service idea, administrative organ and other subjects who undertake the administrative tasks determine the forms and types of procedure with discretion in order to accomplish the administrative tasks better.

On the one hand, the exercises of procedure discretion make a fuzzy bound between different administrative functions, and also destroy the application premises of the strict principle of legal reservation. In modern administration, intervention administration and supply administration often cooperate with each other perfectly to accomplish the hard administrative tasks flexibly. So it is unadvisable to defend the traditional absolute differentiation between intervention administration and supply administration and to apply the strict principle of legal reservation.

On the other hand, the exercises of procedure discretion generate a new phenomenon that several administrative actions achieve one administrative target, which disclose the deficiency of the single administrative action form as the main analytical mean in administrative law. Hence the traditional theory of administrative law, which stereotypes administrative action and then judges its legality according to its constitutive requirements, will obstruct the dynamic administrative process artificially, and will obstruct the court to consider the whole and compound administrative actions comprehensively.

To analyze this new type of administrative activity, we should not only abide by the law, but also pay attention to the guidance of the administrative purpose, which requires us to consider the whole administrative process with several administrative actions as dynamic administrative legal relationship, and to explore the compound legal status of administrative organs and other subjects who undertake the administrative tasks and administrative counterparts in interactive and pluralistic relationship. The legality of each administrative action should also be judged in dynamic administrative legal relationship.

Key Words: procedure discretion, service idea, purpose reservation, compound administrative legal relationship
