

论给付行政裁量的规制完善

杨建顺

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 讨论法治思维、法治政府评价的问题, 就离不开对行政裁量的考察。考察行政裁量的本质论, 就不能绕开对要件裁量说和效果裁量说这种两分法的再认识。探讨自由(便宜)裁量和羁束(法规)裁量的区别问题, 不仅有助于把握行政裁量司法统制的界限和基准, 而且有助于促进法规范的制定和解释之完善。结合给付行政的增大和裁量权的扩展这种世界性发展趋势, 在给付行政领域建构符合该领域特点和规律性的行政责任论, 裁量规制和裁量机制本身的完善必不可少。在具有较强裁量性的给付行政领域, 宜进行功能性、程序法性的合目的性裁量, 而运用和“羁束裁量行为”相对应意义以外的“自由裁量行为”观念, 则是不适宜的。在给付行政领域, 需要根据每个受给者的具体情形展开具有针对性的、各种各样的灵活应对, 这种特点决定了该领域的裁量需要更广阔的空间, 同时也需要完善相应的程序和准则, 确立基层工作人员状况判断的优位等独具特色的权力运用规则, 重视和强调规制手段的活用。

关键词: 给付行政; 裁量; 准则; 功能性责任; 组织内裁量; 相对性

中图分类号: D912.1

文献标志码: A

文章编号: 1009-1971(2014)05-0001-20

引言

中共十八大报告要求“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力”。^① 这里所说的“法治思维和法治方式”, 恰是法治行政原理的核心价值。对于推进法治政府建设来说, 提倡“法治思维和法治方式”, 亦即强调程序法治和实质法治的有机结合, 重视过程论和利益均衡论的视角。唯有运用法治思维和法治方式, 才能依法、合理地行使权力, 充分、及时地实现权利。而行使权力和实现权利, 皆须“依照法律规定”确立相应的秩序, 以法规范为基础, 以明确的标准规定、完善的操作规程为支

撑; 当法规范、标准和规程不足之时, 则辅之以理以情。而相应的变通之举, 其自身应当成为既有法规范、标准和规程的重要组成部分。

行政主体行使国家的行政权, 一方面须受法规范的羁束, 另一方面须适应社会千变万化的复杂事态。由于行政事项繁琐, 而客观情况和形势变动不居, 所以, 法规范的规定往往难以避免滞后, 难以做到绝对周延, 对各种不同情形很难规范无遗, 不同规范之间难免存在不一致性。法规范的这些特点决定了, 如果完全拘泥于法规范的具体条款, 有时候将难以达到便民、利民和实现公共利益的目标。因此, 法规范对某些事务允许行政主体行使职权时, 在进行相应授权或者委托

^①胡锦涛:《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗》, 第五部分第(四)项“全面推进依法治国”。

收稿日期: 2014-07-20

基金项目: 中国人民大学法学院重点标志性研究基金资助课题“行政过程中的权利形成与纷争解决机制”

作者简介: 杨建顺(1963—), 男, 山东招远人, 教授, 博士生导师, 《法学家》副主编, 比较行政法研究所所长, 日本法研究所所长, 海关和外汇法律研究所所长, 从事行政法学、行政诉讼法学、立法政策学、规制行政论、给付行政论、行政裁量论和利益均衡论等研究。

的同时,亦应设定相应的裁量空间,允许行政主体在行使职权的过程中对相应事务进行(自由)判断。这种“行政裁量”权即便在个别情况下可称之为“自由裁量权”,也并非完全的放任自流。

关于行政裁量的问题,我曾经连续两年先后写过两篇文章^{[1]63-72[2]3-17},并在后来的拙著中对前面写下的文字进行了收录,对相关内容加以整合,也提出了“行政裁量的运作及其监督是一个永恒的研究课题”之命题^{[3]501-526}。不过,对于这个“永恒的研究课题”,我在之后的数年并没有继续进行专门研究,而是将研究重点置于了给付行政方面。近年来,在研究给付行政的过程中,尤其是在思考给付行政的法原理^{[4]11-21},探究法律保留原则等法治行政原则在给付行政领域的适用问题的过程中,伴随着不断明晰化的问题意识和渐次累积的研究素材的增多,使我更确切地认识到裁量权对于给付行政的深入展开具有远比在其他行政领域重要的意义。切实了解和把握这种不同领域、不同阶段的差异性,对于法治政府评价体系的科学建构来说,具有重要的方法论支撑意义。

2009年11月14日,西北政法大学行政法学院举办“现代政府与行政裁量”研讨会,为我就行政裁量问题展开再度思考提供了重要的契机。我为参加该研讨会撰写并提交了《论给付行政中的裁量权》。^①2010年春,我承担了中国人民大学法学院重点标志性研究课题“行政过程中的权利形成与纷争解决机制”,其中设两章,分别是“行政裁量与权利形成”和“行政裁量与纷争解决机制”。在该课题相关研究的过程中,痛感给付行政裁量的总论性课题亟需深入研究。此外,2010年以“论给付行政中的裁量权”为中国人民大学法学院博士生授课,在和学生们互动的过程中进一步斟酌,进而冷处理了一个学期之后,为参加比较行政法研究所2010年年会而再度打磨^[5]。此后的两年半,该问题一直在研究中。2013年8月16—19日,以“法治中国背景下的行政法治”为主题的中国行政法学会2013年年会在哈尔滨举行,又一次为我提供了完善该研究成果的契机。本文是在对笔者当时提交的同名参会论文进行修改的基础上完成的。

在本文的最初构思阶段,我曾试图将行政裁量置于给付行政的各个领域中分别进行考察,在分别厘清给付行政各个领域中行政运作特点的基础上,深入探讨该领域的裁量权与其他行政领域的裁量权之异同,以为相关制度和机制的建构和完善提供一定的参考或者借鉴。但是,写作过程中,随着相关资料积累的增加,我认识到给付行政裁量的各论性课题还需要大量基础性研究成果的积累,宜于作为一项长期性的任务,于是,各论性课题的研究也只好留待他日。我抓住研讨会、授课和年会所提供的契机和动力,对行政裁量研究展开了持续性再检讨,结合自己延续了数年并决意继续致力于其研究的给付行政领域,将题目确定为能够把给付行政和行政裁量结合起来研究的《论给付行政裁量的规制完善》。

自从参加中国行政法学会2013年年会后,我对拙稿的打磨工作一直处于进行时,却也因为诸多原因而进展缓慢。沉淀近一年来,除了补充相应注释,使其更具论据充分性和内容现代性外,还对部分表述进行了调整、润色,使其尽量褪去“翻译”色彩,尽可能结合中国实践状况和理论界的相关研究成果,从总体上进行了再度审视和确认。

本文将在探讨行政裁量相关问题的基础上,结合以满足和保障人民的生存权与受益权为崇高使命的现代国家主要职能的变迁和发展,重点对给付行政领域中行政裁量的课题进行探讨,适应一系列机制和制度的转换尤其是给付行政法律制度的转换,为给付行政领域中的裁量权及相关制度建设提供相应的理论支撑。在这层意义上,可以说本文的目的和任务主要在于揭示给付行政裁量的总论性课题,运用行政法学、行政学和社会福祉学的方法,为将来展开各论性研究奠定基础,为准确而全面地把握给付行政中的裁量权提供一定的参考,凸现行政法治建设和行政法学研究的发展方向,同时,通过对给付行政裁量的多层性、多样性、发展变动性和利益均衡性等规律的揭示和探究,对中国推进法治政府和法治政府评价体系的科学建构提供一定的参考和借鉴。

^①杨建顺著:《论给付行政中的裁量权》,载王周户、徐文星主编:《现代政府与行政裁量权》,法律出版社,2010年版,第412页—第459页。该文尚有大量需进一步完善的工作,本想“仅供研讨会期间讨论交流用”的,承蒙会议主办方好意,收录入公开发行的刊物。之后,该文的相关完善工作一直在继续进行中。

一、一般行政裁量的理论构成

在现代国家,对行政主体的判断过程本身进行统制的手段在不断地延伸着,尤其是通过“程序性侧面”进行统制越来越受到各国的重视,并得以广泛运用^{[3]255,766}。这是值得充分肯定的,也是值得认真研究的。考察行政裁量理论本身的形成和发展历程^[6],对于准确把握行政裁量权、推进实务层面的制度建设和理论层面的深入研究,都具有重要意义。从一般行政裁量的理论构成来看,各国具有较强的一致性,多由概念、特征和基本原则、基本制度的考察以及对现有理论和制度的反思所构成,相关研究成果亦可谓汗牛充栋。本文不进行如此体系性考察,而是选择其中围绕行政裁量本质论的相关讨论,进行梳理和评析,以为准确把握行政裁量和给付行政裁量提供准确的向度性支持。

(一)行政裁量的本质论

考察行政裁量的本质论,就不能绕开对要件裁量说和效果裁量说这种两分法^①的再认识。这是因为,正是围绕着要件裁量说和效果裁量说的探讨,才形成了“行政裁量的本质论”。在日本,有人将要件裁量和效果裁量的讨论本身作为“自由裁量的本质论”来理解^[7],而在德国,这种分类本身并不是作为自由裁量本质论的唯一构成要素来展开的,而是只将其作为“自由裁量的本质(Das Wesen des freien Ermessens)”问题的要素之一。随着人们对行政裁量认识的加深,区分要件裁量说和效果裁量说的命题受到了诸多挑战,时间裁量说、程序裁量说以及事实认定裁量说等受到重视^{[8]286-287}。尤其是针对从前较多使用的“自由裁量”(freien Ermessen, freies Ermessen)这个概念,形成了诸多不同的观点,呈现出众说纷纭的局面。虽然人们的表述各有不同,但是,对于被视为行政法精髓之所在的行政裁量的本质^{[3]序1},只要是对行政裁量问题有过真正深入研究的人,都不会否认其在于“选择”和“判断取舍”的空间、幅度或者余地。伴随着行政法规范的发达和完善,有人试图否定要件裁量说和效果裁量说的二分法,甚至对这种区分的意义予以全面否定,主张只要按照法规范去做就可以了,没有必要对裁量处于

何种阶段或者方位加以区分。这是由于对人类有限理性的制约缺乏足够深刻的认识所致之武断。

如果说法构造上只能对法律问题范围内的裁量问题进行一元性把握和考虑的话,那么,从前将法律问题和裁量问题理解为不同领域的二元存在,并以此为前提进行要件裁量说和效果裁量说的分类,其方法论是值得商榷的。并且,要件裁量说和效果裁量说所探讨的所谓“行政裁量的本质论”,其实是围绕裁量存在于何处的问题而展开的讨论,很难揭示裁量的“本质”。在这一点上,其实时间裁量说、程序裁量说和事实认定裁量说也都相同。要件裁量说认为,行政裁量的本质在于对属于法律要件的事实认定乃至将事实适用于法律要件的过程(尽管也有人认为这种观点中的“事实认定”只是单纯的事实问题,而并非裁量问题);效果裁量说则认为,行政裁量的本质在于对何时采取何种行为进行行为选择^[9]。可见,将该分类方法作为行政裁量的本质论来把握,在方法论上是值得商榷的。

不过,需要强调的是,就如同公法、私法二元论^{[10]168}并不会因为近来一元论的主张变得有力而失去其自身独特的学术指引价值乃至立法政策指导意义一样,要件裁量说和效果裁量说这种分类方法并未因为其方法论上的不足而完全失去其存在的意义,故而不仅不宜一概而论地予以否定,而且有必要充分认识其在法规范结构论和立法政策论层面的重要意义,并进一步展开深入研究。

伴随着法治行政的展开,各种行政裁量统制论得以形成并不断完善,与裁量相关的各种法规范得以逐步建立和完善。在这种背景下,依然拘泥于裁量存在于要件还是存在于效果的问题,似乎没有必要了,正如同“有法必依”所揭示的那样,只要法规范做出了规定,行政活动的推行者依法采取行动就可以了。然而,这种理解具有将法规范适用过程简单化的危险,因而在运用中需十分谨慎,它只适合于作为执法层面的法规范适用一般论来把握,并不适合于作为具体执法中的准则,更不能将其作为否定要件裁量说和效果裁量说这种分类在立法政策层面的意义。换言之,在立法政策层面,基于对要件裁量说、效果裁量说乃至前面提到的时间裁量说、

^①要件裁量是指在法律要件的认定即法律要件的解释或者将事实适用于法律要件之际所承认的裁量,也称为判断裁量。效果裁量是指对法律效果(处分)的选择所承认的裁量,也称为行为裁量或者选择裁量。参见杨建顺著:《行政规制与权利保障》,第508—509页。

程序裁量说和事实认定裁量说等所阐述的裁量所在之深刻认识,才能为相关制度的建构和完善提供相应的支撑和保障。

从理论上说,要件裁量说和效果裁量说这种分类,其本身也存在与一元性把握相结合的可能性,而且在立法政策层面充分运用这种分类方法,更有助于准确把握行政权的本质,有助于准确认识和掌握行政裁量的构成和分布情况,进而有的放矢地制定或者完善相关法规范。在行政执法层面准确掌握这种分类方法,有助于指导执法者准确理解法规范并将其运用于个案之中,构成选择判断的重要支撑,从而实现个案正义,彰显行政裁量在目标价值和手段价值均衡上的至关重要性。

总之,从认识和把握行政裁量本身规律性以及建构相应规制实效性的角度来看,展开对要件裁量说和效果裁量说这种分类理论的再探讨具有重要意义。但是,从行政裁量本质论的角度来看,径直探讨自由(便宜)裁量和羁束(法规)裁量的区别问题,也许会更有意义。

(二)自由裁量与羁束裁量的区别基准

根据其性质,将行政裁量区分为适合司法审查的裁量和不适合司法审查的裁量,应对这种二分论,前者称为自由裁量或者便宜裁量,后者称为羁束裁量或者法规裁量,这在现代国家早已为理论界和实务界所接受。但是,关于两者的区别基准的问题,则是向来存在诸多争议^{[11]146[10]385}。

1.自由裁量与越权理论

在行政裁量的研究过程中,笔者曾经提出遏制“行政自由裁量权”概念泛化的命题^{[3]501}。这也反映了行政裁量领域相关概念使用上的规范化趋势。例如,盐野宏先生将“自由裁量”设定为“行政行为与裁量”的一项重要内容,讨论了“传统的方法——要件裁量和效果裁量的区别”以及“现代的问题状况——裁量领域的扩张和干预手段的多样化”,其所使用的说明概念主要是“裁量”、“行政裁量”、“行政的裁量”、“行政厅的裁量”和“行政行为的裁量”,而“自由裁量”只限于对“美浓部三原则”的引用以及用于对“传统的方法”进行说明^{[12]81-90}。南博方先生除引述判例而提及“自由裁量”外,只有用于批判性语感时才使用这个概念:“在宪法规定的法治行政之下,即使是裁量,也不可能是独立于法的自由裁量,不过是在法的范围内所赋予的裁量。”^{[13]45}原田尚彦先生则是在“裁量行为的司法审查——羁束裁量和便宜裁量”

的项下,作为“便宜裁量”的替换概念而论述“自由裁量”,讨论自由(便宜)裁量的判断基准以及对便宜裁量事项的司法审查方式等问题的^{[11]146-150}。伴随着行政法研究的推进,经典行政法研究成果的影响渐次彰显,近年来,这一命题在中国学界已得到越来越多的支持,当然,也有依然坚持广泛使用“自由裁量权”的。对于这类使用方法,可以作为学术自由的一种体现而予以尊重,但是,即使从学术研究求同存异这种意义上看,也非常有必要再次强调对这个概念的正确认识。

所谓“自由裁量”,如果是在“技术性裁量(technisches Ermessen)”的意义上使用,则是可以支持的。绝对的“自由”裁量是不存在的,“所有的行政行为都受法律的拘束”,故而只能是“受到法规羁束的,与义务相适应的裁量”,也就是羁束裁量^{[13]41}。在要件裁量说看来,技术性裁量的范畴(Categorien des technischen Ermessens),是指在将事实涵摄于某法律的概念之际,该涵摄需要使用相当复杂的一系列推论,使用“相当”(Angemessenheit)、“有效”(Nützlichkeit)、“危险”(Gefahr)等不确定概念的情形。将事实涵摄于这种技术性裁量范畴,只有少数专家才能够对其要素做出判断,并且这种情况下只有行政机关才能拥有或者承担专家职能,所以对于这种技术性裁量范畴的判断,宜于承认行政机关的“自由裁量”。

即使限于技术性裁量的范畴,认为在这种领域不可能进行法统制,即不可能对法律问题再审理(revisio in iure),也并不意味着在该领域不可能进行所有的统制,因为绝对的“自由”裁量依然是不存在的^{[13]41,45}。法国法上的越权(excès de pouvoir)理论认为,行政法院认为行政机关的行政行为明显地(offenbar)逾越了其裁量的界限时可以予以撤销。很显然,“越权”超出了裁量的界限,也就理所当然地要受到统制。于是,为了治愈这种越权,就需要建构一系列原则。不过,法国法上的越权理论并不一定要求“明显性”,而裁量界限论则要求“明显性”。只有在“明显性”这一要件得以满足的情况下,法院的审查才会被承认合理性;而在具有“明显性”的前提下承认法院的司法审查,也能够相应地消解不合理的“自由裁量”决定。换言之,只要不存在明显的瑕疵,就存在不允许法院审查介入的“自由裁量”领域;只要存在明显的越权,则“自由裁量”领域便不复存在。可见,在与司法审查的关系上,讨论自

由裁量和羁束裁量的区分标准,具有重要的理论意义和实践价值。

2. 作为公益考虑的自由裁量

作为公益考虑的自由裁量论,是着眼于“目的”来架构的自由裁量理论^[14],而法国法上越权理论中的权力滥用,则构成了其裁量界限论。在日本行政法上,一般不单独论述权力滥用的问题,^①而是作为裁量权的逾越或者裁量权的滥用两种情形来讨论的。总的来说,权力滥用是指“行政机关为了与立法者所规定的目的不同的目的,以及出于与立法者所规定的动机不同的动机而使用自由裁量”的情形。分而述之,则裁量权的逾越,是指超出了法所承认的裁量的客观性范围而行使裁量权的情形;裁量权的滥用,是指不符合授予裁量权的法规范的旨趣、目的而行使裁量权的情形^{[13]176}。如果行政主体及其公务员明知某种行政行为违反了公益,却依然执意要实施该行政行为,则构成了义务违反,应当追究其职权滥用的责任。如果为了阻止某种被认为不受欢迎的事业之许可申请,而专门设置一种成为其阻却要件的被认为符合公共利益的事业,并以其为理由而拒绝相关许可申请,那么,则构成“行政权的严重滥用”。^②自由裁量得以承认,仅限于与“公益”相关的情形。属于技术性裁量范畴的“危险”、“对健康有害的”等概念,在其他情形中也只能是构成羁束裁量。这样理解大大缩减了由不确定概念所构成的自由裁量的范围,有助于“非常严格地限制行政裁判上不能再审查的不确定概念的范围”。

作为公益考虑的自由裁量,既有要件裁量,也有效果裁量。效果裁量说认为,自由裁量就是选择的自由(Wahlfreiheit),并且该“选择仅存在于作为和不作为(Handeln Unterlassen)之间、这种行为(Handlung)与那种行为之间,但是,并不存在于关于事实的存在或者不存在的这种判断和那种判断之间”。承认行政裁量,意味着让行政机关的判断优先于法院的判断。在承认行政裁量的场合,即使在由行政机关进行统制时,也并不妨碍对于裁量事项的审查^{[8]284}。裁量逾越划定了允许法

院审查介入的领域,架构这样的裁量界限论,强调“裁量的界限,绝不会使得自由目的选择与受法拘束的目的选择的界限消失”,在论述行政裁量之际,重要的是要由某个机关来进行统制^{[8]284}。为了防止行政机关行使裁量权而滑向恣意,要求行政机关至少就大量地、反复地做出的行为(类行为或者批行为),事先制定应当遵守的实体性和程序性的基准(裁量基准),并且应当将该裁量基准告知相对方,甚至予以一般公开^[15]。

3. 裁量二元论与裁量一元论

为了确立不允许法院审查介入的自由裁量领域,就必须重视自由裁量与羁束裁量这种裁量二元论的分类方法;同时,为了防止自由裁量流于恣意,则不得不强调裁量界限论。从裁量界限论的角度来看,虽然其所立足的是裁量一元论,不存在法院绝对不能审查的自由裁量领域,但是,同样必须重视自由裁量与羁束裁量的区别等标准。

首先,裁量二元论认为,由于存在基于公益原则对“自由”裁量的羁束,所以,并不存在完全的“自由”裁量,故而自由裁量和法规裁量(或者便宜裁量和羁束裁量)的区分,只是体现了量上的相对性差异。尽管如此,裁量二元论者还是试图确立不允许法院审查介入的自由裁量领域,如技术性裁量范畴等。虽然也曾有人将行政理解为自由裁量,但是,对于只是存在“量上的相对性差异”的自由裁量和法规裁量,试图确立绝对的质的不同——确定自由裁量不审理的原则,这在理论上是矛盾的^{[16]92,94}。

其次,既然承认裁量界限论,那么,对不允许法院审查介入的自由裁量领域的理解和认识就应当随之而变化,并从理论上做出应对,以消除根本性的理论矛盾^{[16]95-96[17]}。

再次,从法的自律理论和自然法论来看,法的拘束力的终极根据存在于服从者的良心和正义感情(Rechtsgefühl)。所以,必须反对恣意的权力行使,使得行政权力的行使获得基于伦理规范的“真法”的妥当性。但是,对于裁量的认识,不宜全面反对法实证主义,毋宁说,实定法上也出现了支

^①第二次世界大战以后,在以田中二郎先生为代表的日本经典行政法学家的具有代表性的行政法教科书中,几乎找不到以“权力滥用”为词条的“事项索引”。与之相对,在许多教材的“事项索引”中都有“权利滥用”的词条。只是最近的行政法教科书中列出了“权限滥用”,并在正文中围绕“行政机关权限的滥用”或者“行政权的严重滥用”等展开了论述。[日]宇賀克也著:「行政法概説Ⅰ行政法総論」[第2版]、有斐閣、2007年、第422頁、第288—289頁を参照。

^②[日]最高裁昭和53年5月26日判決,「民集」32卷3号第689頁;[日]宇賀克也著:「行政法概説Ⅰ行政法総論」[第2版]、有斐閣、2007年、第422頁、第288—289頁を参照。

持裁量界限论的裁量行使方法的规定。^①

最后,判断“自由裁量”的标准包括如下要素:其一,关于不确定概念的具体化;其二,注重内心的价值或者无价值;其三,由法赋予了权威;其四,无瑕疵地做出个人的见解。

4. 判断余地说与裁量基准设定说

采取一元性构成的理论,把行政裁量问题作为法律的内部问题来把握,这种一元性把握的理论,在西德和日本分别形成了判断余地说和裁量基准设定说。判断余地说是西德的通说,也支配着判例;裁量基准设定说在日本是有力说,且判例也曾采取同样的观点^[18]。“行政行为虽然也有仅仅限于对法律的单纯执行的,但是,有时法律也赋予行政厅作出行政行为一定的判断余地。后者即所谓裁量问题。行政活动和裁量并不限于行政行为的场合。委任命令,在委任的范围内也存在着法规命令制定权者的判断余地,即存在裁量。不过,那不是以裁量的形式,而是作为委任命令的界限展开论述的。与此相对,以前作为行政裁量的最为重要的情形而论述的,是行政行为中的裁量问题,说行政裁量的话,有时仅指行政行为的裁量。”^{[12]73-74}“法律上经常使用不确定的概念,在要件判断上给行政厅留下了判断余地(要件裁量、判断裁量);或者在其选择是否采取行为以及采取何种行为方面,赋予其选择余地(行为裁量、效果裁量)。这样,进行判断或者采取行为,行政厅被赋予从多种可能性中进行选择的余地时,行政厅便被赋予了裁量权。”^{[13]41}换言之,“判断余地”和“裁量”可以用于互相说明、表述,“判断余地说”和“裁量基准设定说”的区分也只是相对的。

(1) 判断余地说

第二次世界大战以后,在围绕不确定概念的论争中,界限事件说和判断余地说通常被作为要件裁量说的再抬头来把握^{[19]87}。界限事件说和判断余地说两者之间也存在差异,但是,这并没有妨碍人们将其两者视为相同的观点,因而在这里将其统一用“判断余地说”来表述。

所谓判断余地,是指将事实关系“涵摄”于某

种概念时,由于该要件是抽象的,对于什么该当该要件的问题难以做出一义性判断(有时称为不确定概念),对该要件的判断承认行政裁量的场合。^②对于事实关系是否存在以及法概念的解释,因为其是事实认定及法的解释问题,故而法院要予以审查。如果将确定的、没有疑问的事实关系涵摄于某种概念,对于能否导出某种一定的结论存在争议(可疑)的场合,也就是说,不明白哪个结论是正确的场合(存在着判断余地,并且这种情形即使使用鉴定也是可能发生的),那么,法院就应当服从行政主体的见解。例如,对于能否得出某许可违反“公共交通利益”这一结论,或者能否引出某种营业“有害健康”这一结论,当行政主体的见解能够基于确定的事实关系加以代替(vertretbar)时,法院应当服从行政主体的见解。这是因为,在一定的事实关系评价中,当能够得出多样的结论时,这些评价全部都属于不确定法概念的范畴,必须认为是适法的(rechtmäßig)。换言之,当存在这种判断余地时,不得以法院自身的价值判断来代替行政主体的判断。

判断余地说认为,这里所说的这种判断余地并不是“裁量”。将事实关系涵摄于法律要件之下的判断,即使为了该判断的活动余地存在,经常也是不伴随意思决定的认识行为。也就是说,裁量仅限于针对法律上规定的前提要件存在的情况下,对行政主体赋予行为自由的行为裁量(效果裁量),关于行为的前提要件的判断则不存在裁量(即对判断裁量或者要件裁量的否定),而只不过是存在判断余地而已。这是因为,判断余地只不过是作为多样的判断可能性的必然结果而发生,其中不包括作为裁量要素的选择这种意思要素。不过,裁量是选择的自由,判断余地说认为,判断余地内存在多样的判断可能性。那么,只要选择了其中之一,还是可以说是在进行选择。所以,通常这种判断余地还是被称为裁量^{[19]153[8]285}。

(2) 裁量基准设定说

长期以来,日本对于自由裁量和羁束裁量的

^①例如,1919年12月13日的德国《租税通则法》(Reichsabgabenordnung)第6条规定:“以法律的意思,对行政机关进行根据裁量作出决定的授权时,该规定要求根据正义及公平(nach Recht und Billigkeit)来进行”(RGI., 1919, S. 1994.)1931年的乌桑堡行政法典草案第65条也规定:裁量“决定需要在对公益及私益的正当且公平的考虑的基础上,根据适当、正确的观点作出”(Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, S. 22.)。西德1976年5月25日的《行政程序法》第40条的规定(BGBl. I, 1976, S. 1264.)。[日]田中二郎著:「公法と私法」、有斐閣、1955年、第342頁を参照。

^②[日]宇賀克也著:「行政法概説 I 行政法総論」[第2版]、有斐閣、2007年、第285頁を参照。需要注意的是,该书此处是作为“要件裁量”来说明的,与“判断余地的理论”有一定差异性。

区别基准问题展开了诸多探讨,人们对行政裁量的理解一直处于发展变化之中,包括要件裁量说和效果裁量说以及对这些学说的一般性批判,都是值得关注的。在发展变化的过程中,也形成了关于这个问题的通说,先有被称为“目的论的解释”的“佐佐木文法说”^①和“美浓部三原则”^②,后有“田中政治性和技术性判断基准”^③。其中“田中政治性和技术性判断基准”也得到了判例的支持。^④田中说认为,羁束行为(即使称为裁量,也是包含具有法的拘束的裁量=羁束(法规)裁量),是指由法拘束的行为,即是法律问题,所以“违反法的行为”=“违法行为”(违法问题),构成了“法”适用的问题;与此相对,自由(便宜)裁量的行为,是不存在由法拘束的行为,不能成为违法行为,“在法所承认的裁量范围内错误地进行该裁量,(只能是)违反行政上的目的、不妥当的行为”,即“不当行为”(裁量行为=不当问题),也就是说自由裁量的行为不能成为“法”适用的问题^[20]。所以,“能够审理的范围被限定在法律问题(包括事实问题)的范围内”,能够成为承担法的解释、“适用的保障性使命”的法院的审查对象的只有羁束行为,而自由裁量的行为不能成为该对象。以上就是“裁量问题被排除在法院审查的对象之外”这一命题的论据^[21]。

于是,法律问题与裁量问题的区别,便被归纳表述为如下关系图:羁束行为(包括羁束裁量)=法律问题=违法问题=合法性的问题=法适用的问题=以法的解释、适用为任务的法院的审查之对象;自由裁量行为=裁量问题=不当问题=合目的性的问题=不是法适用的问题=不成为法院审查的对象。而在现代行政中,伴随着需要政治性、技术性判断的因素增大,人们对“田中政治性和技术性判断基准”提出质疑,认为采取这种基准可能会导致过分广泛地承认行政裁量,并且,仅重视这种“实体性侧面”,将不利于现实中的国民权

利救济。于是,呈现出强化对行政判断过程的“程序性侧面”进行统制的倾向。^⑤

为了在裁量问题上有新发展,有必要对违法问题和不当问题严格区别的思维定式(“法律问题=违法问题”和“裁量问题=不当问题”的惯性思维)本身进行再检讨,而其中具有特别重要意义的检讨,便是形成于20世纪70年代的裁量基准设定说^{[16]32,92[22]189,245}。

裁量基准设定说认为,不确定概念、“可以……”之类的规定,意味着制定法上对行政机关承认了不具体地受到拘束的判断余地,对于这种行政裁量^{[22]258[23]190-192,196},应当也能够进行司法统制。这是因为,此类规定即使承认了行政裁量权,并不意味着行政机关可以恣意地行使该裁量权做出行政行为,并且,在行政机关做出裁量行为的情况下,对具体的行政行为之判断和决定也应当予以规范,以确保行政机关在内部制定具体的裁量基准(要件裁量),并根据该基准实施各个行政行为。这是为了实现相关根据法规范所追求的行政目的之内在要求^{[22]208,277-278[23]196-197[16]37-38,107-108}。

行政机关内部的裁量基准本来被认为不服从法院统制,而在这里,通过导入裁量界限论,使得内部裁量基准成为了法的问题,从而被纳入法院统制的范围之中。“行政法规范,在向行政机关进行行政行为授权之际,对其承认裁量权的情况下也是一样,应当规范行政机关所制定的行政行为的判断、决定的内部性具体性基准,违反根据法规范的内在性目的,或者违反了比例原则、平等原则而制定,按照该基准进行了具体行政行为的场合,以及即使前述具体基准不存在瑕疵的场合,在其适用之际,存在其要件事实的误认,或者违反了比例原则、平等原则而作出行政行为的情况下,应当理解为裁量权的行使是恣意性的,存在违法的裁量滥用。”^{[22]208,277-278[23]197[16]38,106-109[24]}不过,“对于行政机关的裁量权的行使,法院能将其判断和

①该观点将重点置于法规范的文字上,将法规范要件的“公益”、“必要”等不确定概念解释为自由裁量。

②参见杨建顺著:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社,2007年版,第508页—第509页、第511页。美浓部三原则所揭示的区别标准,主要着眼于法规范的效果部分是否限制、剥夺人民的权利、自由。

③[日]金子芳雄著:「行政裁量」,《公法研究》133号、1971年、第174页参照。田中说则以美浓部说为基础,认为法是否允许行政厅的政治性、技术性判断的宗旨就是区别基准。

④最高裁昭和33年7月1日判决,「民集」12卷11号1612页;最高裁昭和33年9月10日大法院判决,「民集」12卷13号1969页;最高裁昭和42年5月24日大法院判决,「民集」21卷5号1043页;最高裁昭和57年7月15日判决,「判例タイムズ」478号163页。

⑤东京地裁昭和38年9月18日判决,「行裁例集」14卷9号1666页;东京地裁昭和38年12月25日判决,「行裁例集」14卷12号2255页。[日]田村悦一著:「自由裁量論」,「判例展望」(「ジュリスト」500号)、1972年、第100页;[日]藤田宙靖著:「行政法Ⅰ」(総論)、青林書院、1980年、第85页以下参照。

决定予以推翻的,只限于法院以其法的判断能力所能够认定的过失和错误,所以,关于行政机关的专门技术性的知识及经验,对于法院即使利用鉴定也无法企及的那些事项,作为司法审查不能涉及的领域而保留下来,也是没有办法的”^{[22]278,208-209[23]197-198[16]111[25]}。可见,该学说对自由裁量的理解应当为“法院即使利用鉴定也不能企及的事项”。

(3)对违法和不当之二元性架构的完善

关于自由裁量和羁束裁量的区别标准,判断余地说和裁量基准设定说虽然在表述上有所不同,但是,它们都试图克服违法和不当之二元性架构的局限性。^①判断余地说认为,在“判断余地”中,“再审不可能的领域”是不存在的,所以,本来是再审可能的,就不应当依然为行政机关的判断让路,而应当承认对行政机关的羁束,从而使其接受司法审查^[26]。而裁量基准设定说认为,对于行政机关行使裁量权做出的判断和决定,法院能够予以推翻的,只限于法院以其法的判断能力能够认定其存在过失和错误的情形。因此,“关于行政机关的专门技术性的知识和经验,法院即使利用鉴定依然不能企及的事项”,就是法院审查不能介入的自由裁量领域。换言之,“法官完全不进行再审查的决定,那就是裁量决定”。当然,是否发动行政权的判断,即使现在,原则上首次性地被委任给作为公益管理者的行政厅的裁量判断。裁量权应当根据具体状况并针对个别的案件适切地做出判断,所以,伴随着发动行政权的紧要度增强,裁量权不得不渐次收缩。这就是“裁量权收缩论”。根据裁量权收缩论,当具备一定要件时,被赋予行政主体的裁量权便收缩,达到极限状况时,裁量权甚至会收缩至零。这种状态称为“裁量权的零收缩”^{[11]100-101}。在裁量权收缩甚至零收缩的情况下,法院不仅应当对行政进行审查,而且应当进行全面性、深入的审查,并做出代替性裁判。

判断余地说和裁量基准设定说都没有采取严格的、固化的二元性理解——成为法院审查对象的法律问题=违法问题,不成为法院审查对象的裁量问题=不当问题,而是以全部被限定为法院审查对象的法律问题内部来进行裁量问题的一元性理解的(违法一元的判断)^{[8]422}。将违法和不当进行二元性严格区别的架构是值得商榷的,“裁量

问题=不当问题”只能作为“法律问题=违法问题”内部的问题来理解(裁量一元论)。

二、对行政裁量的统制与行政的自我拘束

(一)法规范的解释、适用与裁量

现代国家中虽然也存在不成文法,但是,绝大多数的法规范是以法条款的形式存在的,并且,相关法规范伴随着时间的推移和形势的发展得以逐步修正和完善。不过,无论人们如何致力于法规范以及法条款的完善,无论看起来相关法规范和法条款写得如何完美、规定得如何全面,多么直截了当、简明扼要,也无论书写得多么详细周到,只要是作为具有一定普适性的法规范,都依然会存在诸多需要解释的余地。例如,中国《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”这一规定乍看起来似乎是很明确的,可是,其中蕴含着诸多解释的余地,不仅“处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”及“处三年以上十年以下有期徒刑”本身就意味着广泛的裁量,而且“故意”、“人”和“情节较轻”等概念的使用,使得对该规定的解释、适用整个过程的几乎每个阶段都需要“裁量”发挥作用。仅围绕“人”这一个概念,在解释上就会出现非常困难的问题,诸如“人”是什么,从何时成为了“人”,从何时不再是“人”,关于不再是“人”的问题,还牵涉到“植物人”等的界定和相关规制问题,在大多数情况下,这些解释都会因为所处阶段和解释者的立场不同而呈现出不同的情形。法规范解释上存在诸多空间,法规范的解释、适用就是“裁量”的具体体现,通过解释和运用将其带向何方,这本身便是一种创造性工作,在某种意义上可以说是一种类似于立法的作用。因此,对制定法自身的完善应当是对行政裁量最好的立法统制,而现实中的立法统制却必然伴随着其自身所无法克服的弱化行政统制的倾向。

(二)给付行政的增大与裁量权的扩展

从前面的分析可知,即使在高度重视罪刑法定原则(强调狭义的“法律”)的《刑法》上,许多规定也难免存在着解释、运用的余地,并且,相关解释和运用也会因为解释者的不同而在内容上有所变化;在这种解释运用的过程中,法规范解释的立

^①关于违法和不当之二元性架构,[日]宇賀克也著:「行政法概説Ⅱ行政救済法」[第3版]、有斐閣、2011年、第421—423頁を参照。

法意义和法哲学的实用性将会得到广泛认知和重视。在充满多样性、复杂性和变动性的行政领域,相关法规要确保其相应的普适性和持续性,更需要相关条款的规定保持一定程度的抽象性、概括性和宏观性,于是,行政法规范为行政裁量权的行使提供了更为广阔的空间。

从近代国家到现代国家,意味着从“夜警国家”到“社会国家”、“福祉国家”的转换,同时也意味着从“立法国家”向“行政国家”的转换,因而也就意味着政治的行政化或者行政的政治化取得了突飞猛进的发展,行政权成为了现代国家中立法功能和政策立案功能的主要承担者,行政规制及行政给付(服务)的扩大以至于传统的司法审查不得不为之而修正原有的守备范围^{[3]45}。也就是说,不仅法律保留的领域不断缩小,代议(权力)机关的立法统制逐渐为大量的授权行政立法所取代^{[13]65-66},而且司法审查的范围和强度亦不断修正,法院的司法统制逐渐被行政的(自由)裁量或者行政的自我拘束所取代^{[1]69-70}。尤其是在给付行政领域,一方面是强调依法律行政的呼声日渐高涨,另一方面则是政策性裁量、计划性调整、合意性协调等行政活动铺天盖地般展开。给付行政的增大本身就意味着裁量权的进一步扩展。

(三)行政裁量与依据法律行政的原理

依据法律行政的原理是近代民主主义社会赖以成立的理论基础。所谓依据法律行政的原理,是指“行政的诸活动必须根据法律的规定,按照法律进行”的法原则,意味着无论行政是以什么名目(“公共福祉”、“国民的生命安全”等)出现的,其都必须根据作为国民代表的议会(国会)所规定的一般规则(法律)来进行,而不得以行政权承担者的独自判断来进行^{[13]6-8}。这是由行政活动追求法的安定与民主性统制的要求所决定的,而这些要求是以抽象性、一般性的法规范为前提的,将国民代表机关(代议机关)所规定的法规范(法律)拟制为全体国民总体意思表示,是依法律行政的原理得以广泛承认并长期坚持推行的理论基础。

传统行政法学将依据法律行政的原理分解为法律的(专权性)法规范创造力、法律的优位和法律的保留三个原则^{[3]99-100},强调在探讨这些原则的基础上来把握行政裁量。法律的(专权性)法规

范创造力的原则要求,关于国民的权利、义务的行政立法(法规命令),没有法律的授权不得进行。法律优位的原则要求,任何行政活动不得违反既存法律规定而进行。而法律保留的原则最具争议性,但其基本精神就是行政活动必须有法律根据及法律的授权才能进行,即使在与既存的法律不存在任何抵触的情况下,行政活动也需要有法律的积极性授权。围绕需要有法律的根据或者授权中的“根据”、“授权”,理论界依然存在争议。传统的法律保留论认为,这里所要求的“根据”、“授权”,仅有目的规范、组织规范和程序规范等还不够,还必须具有作为“根据规范”性质的“根据”、“授权”。现在很有说服力的一种观点认为,这里所要求的并不一定限于根据规范,只要是对既存的权利设定框架范围的“范围规定”以及国家行政组织中的“权限分配规定”就足够了。^①

一般认为,当法律进行了广泛授权,对行政行为的“要件”、“效果”中的任何一方或者双方都没有做出明确规定,明显地将其委任给行政机关的自由、技术性、政策性、行政性判断的情况下,行政机关便被承认了“自由裁量”或者“裁量行为”;当法律采取了严格拘束的规定方式,对行政行为的“要件”和“效果”都进行了一义性明确规定的情况下,则行政机关只能做出“羁束行为”。

如果依据法律行政的原理所追求的目的是对行政活动予以法的安定性和民主性统制,那么,为了贯彻执行这一原理,必须将“法律”设定为“抑制行政权的恣意”的规范,针对所有的行政活动,对行政机关在什么情况下能够采取什么样的行动,以及在什么情况下不能采取什么样的行动,分别具体地以法律加以详细规定。可是,传统行政法理论总是背负着两种相反方向上的课题:一是为了保护国民的自由而抑制行政机关的行动;二是为了促进公共利益而应当对行政活动的灵活性(裁量性)运用给予评价。于是,在现实的法制上,大多采取对行政机关进行总括性授权的做法,行政机关的政策性、行政性判断,在诸多领域受到法规范和包括法院在内的相关各方面的尊重,这对于现代国家目标的实现,尤其是对于给付行政的展开,发挥了并将继续发挥极其重要的作用。

^①关于法律保留的学术探讨状况,参见杨建顺著:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社,2007年版,第103页—第113页;杨建顺著:《行政强制法18讲》,中国法制出版社,2011年版,第122页—第132页。

(四)对行政裁量进行司法统制的视角

1.司法审查与违法性和不当性的区别^[27]

应当或者适合于全面委任给行政机关判断的领域是有限的,所以“裁量问题被排除在法院审查的对象之外”这种法命题本身是值得商榷的。

“裁量”一般是指“根据自己的意见做出判断并予以处置”,而行政裁量则可以理解为行政机关进行选择(判断)的自由(余地)。关于法规范的解释、适用和裁量,理论界讨论的重点是是否排除或者容许法院对裁量(自由裁量)进行审查的问题,而裁量问题与司法审查的根本出发点则是违法性、不当性及如何区别违法性、不当性的问题。

在德国,自19世纪中叶建立起行政裁判制度以后,裁量不审理的原则成为不让行政法院介入行政问题的壁垒,或者为了削弱行政方面对引进行政法院制度的反对,作为交换的对价而提出了行政法院不能审查行政机关的裁量^{[19]1},并且制定了明文规定^{[19]6注3,4}。在日本,“裁量(正确地说是自由裁量)问题被排除在法院的审查对象之外”这种不成文的法命题(原则)也体现在早期的诸多制定法中,例如,1890年《关于行政厅的违法处分的行政裁判之事宜》(1947年5月2日失效)所规定的“违法处分”;1947年4月16日《法院法》第3条所规定的“法律上的争讼”;1962年《行政案件诉讼法》第30条则将这一点“作为当然的事情”加以规定^{[28]258[29]}。根据现行《行政案件诉讼法》第30条规定,只有在行政厅的裁量处分超越其裁量范围或者存在滥用的情况下,法院才能撤销该处分。为上述这些明文的规定或者不成文的法命题提供理论根据的,就是“法律问题=合法性的问题=违法问题;裁量问题=合目的性的问题=不当问题”的架构。

“行政行为全部必须基于法并根据法而行使,但是,其由法所羁束的程度、形态则是根据场合的不同而各异。”法对其要件、内容几乎完全予以羁束,只能限于法的具体化或者执行的行政行为是羁束行为,除此以外的情形是裁量行为^[30],于是,根据法律是否进行了严密的规定,首先导出了裁量=选择(判断)的自由(余地)的问题^[31]。并且,即使在没有法律的行政领域,行政活动最终也将受到宪法的拘束,所以,对该领域相关问题的考

察,宜于在裁量的各个领域中来分别对待。

裁量界限论即裁量的逾越、滥用理论认为,在某些情况下,自由裁量行为“并不仅限于单纯的不当,也构成违法”问题^{[32]27,258}。从裁量界限论的内容^{[28]258}来看,裁量逾越=在“法律”所规定的范围外的裁量行使以及“法”的目的违反,完全是“法律”问题;所谓事实误认这种问题是指不包含在法律问题之中的事实问题;所谓违反平等原则和违反比例原则,则是违反“法”原则的问题。最成问题的是“不正当的动机”,因为这在客观方面可以与违反平等原则、违反比例原则等相联结^[33],在这种限度内,成为法律(法)问题当是没有问题的,而所谓裁量界限论却只能是指法律问题,可以说法律问题与裁量问题的区别是首尾一贯的。

值得注意的是,如前所述,将法律问题与裁量问题进行所谓二元性理解,也是存在问题的。关于裁量问题,依然存在着法的拘束,从法构造上说,必须在法律问题内对裁量问题进行一元性理解。^①原则上,羁束行为和羁束裁量行为要接受法院的全面统制,而便宜裁量行为则被排除在法院的审查之外。这是因为,对于完全从政策性、行政性的见地出发所做出的决定,对其适当与否的统制,本来就在法院的权限之外。传统的行政法理论为了谋求“依据法律行政的原理”之实质性扩展而展开了“自由裁量的界限”论,主张即使是从羁束裁量行为中分离出来的自由裁量行为,当其超越裁量权限而构成“裁量权的逾越”时,或者滥用裁量权而构成“裁量权的滥用”时,该行为便具有了违法性,因而成为司法裁判的审查对象^[34]。

判断余地说被称为“行政决定的适法性之推定”。如前所述,裁量基准设定说则对法院即使利用鉴定也不能企及(也就是不能够明确地断言适法、违法)的事项=自由裁量的领域承认了对行政活动的“适法性之推定”。裁量基准设定说认为,关于专门技术性问题,存在着利用鉴定也不能企及的事项,至少关于政策问题也可以得出同样的结论。裁量基准设定说是值得支持的。

2.自由裁量的相对化^[35]

(1)“自由裁量行为”观念的否定

行政行为的决定过程,由事实的认定——法律要件的解释——涵摄——行为类型的选择——

^①不过,即使在行政裁量之中,税务行政的裁量也不过是羁束裁量的问题而已(〔日〕北野弘久著:「新财政法学·自治体财政权」、勤草书房、1977年,第65页)。在这种主张的限度内,法律问题和裁量问题的二元性构成的缺陷,在该领域中可以说是不存在的。

行为程序的选择——行为的决定等阶段所构成。对于这样的决定过程,即使在其中某个法律要件的环节上承认了解释或者涵摄的裁量,也不应当总括性地将该行为解释为“自由裁量行为”,而是只要对该法律行为承认裁量就足够了。所以,若是将法规裁量行为和自由裁量行为作为相对性概念来使用,那么,这种相对性概念区分是可以肯定的;若是将自由裁量作为独立的范畴来广泛使用,则这种用语本身将妨碍人们对行政裁量本质问题的正确理解,因而是不可取的^{[3]501-503}。

(2)法院的判断能力说与裁量权的逾越、滥用之法理的重视

现在,对于裁量接受法的拘束这个问题,几乎是不存在异议的,问题的关键在于其界限应当如何划定。在传统行政法学中,围绕着是法规裁量还是自由裁量的区别基准,已经对裁量权的逾越、滥用之法理展开了较为充分的讨论,该法理使得法院的裁判统制也渗透到了行政行为适当与否的层面,故而,区分违法与不当的一般性基准也就相应地被忽略。于是,人们所展开的司法审查界限论,更多地聚焦于“法院的判断能力说”。过分强调法院的判断能力,而忽略对裁量权的逾越和滥用之法理的重视,在如下两个方面是令人担忧的:其一是令人感到似乎只要法院的能力允许就可以制约裁量权的行使,甚至可以对行政的合目的性活动做出否定判断;其二是这种相对性能力的理论有时候反而可能被作为回避法院审理的口实而加以利用。为了避免这种负面效应,应当将“法院的判断能力”与行政机关的政治性或者专门技术性裁量之必要性等结合起来,重视运用裁量权的逾越和滥用之法理,划定一定的分界线。

(3)行政机关专门技术性裁量的拓展

从前,人们较普遍地认为,即使对不确定概念,只要在具体的情况下可以通过解释来客观地、一义性地确定其内容,那么,对相关规定的违反就构成违法,应当服从法院的全面统制。可是,伴随着现代行政权能之专门技术性的增加,日本判例理论和学说都认为,政策性、专门技术性判断中存在裁量性,对一般不确定概念也承认了专门技术裁量。于是,出现了行政裁量扩散至包括规制行政和给付行政等全部行政法领域的局面。问题在于应当如何把握对行政厅的专门技术性裁量进行

司法审查的深度。日本伊方原发诉讼最高法院判决^①指出,考虑到“关于原子炉设施的安全性的审查……被认为需要基于涉及多方面的极其高度的最新的科学性、专门技术性的知识和见识的综合性判断”的特殊性质,“被委任给尊重基于拥有各专门领域的学识经验者等的原子能委员会的科学性、专门技术性的知识和见识的意见而实施的内阁总理大臣的合理性判断”,法院对于像“安全性”这样需要科学性、专门技术性的知识和见识的事项进行审查,只限于对行政厅是否存在“调查审议及判断的过程中难以发现的错误、缺陷”进行审查。这种被称为“判断过程审查方式”的确立,为行政机关专门技术性裁量的拓展和司法审查的界限提供了重要的支撑^{[13]43}。

(4)对要件裁量和效果裁量之视角的再认识与功能主义见解的贯彻

如前所述,对于是要件裁量还是效果裁量的这种视角不宜一概而论地予以否定。考察行政裁量的本质论,就不能绕开对要件裁量说和效果裁量说这种两分法的再认识。是要件裁量还是效果裁量的这种视角,是以由法律要件和法律效果所构成的法规范构造为前提的,它揭示了通过法规规范的分析来确定裁量权的所在及其范围的方法论。换言之,这是以法的规定方法为基准,通过其合理的解释来研究裁量问题的方法论。通常情况下,根据这种方法论来判断“可以……”规定的问题,可以将其解释为立法者承认了效果裁量的旨趣。可是,在给付行政的情况下,如果依然这样理解则似乎存在问题:一方面规定属于法律要件的实施,另一方面却承认不做出行政行为或者不行使权限的自由。这种行政裁量所包含的问题,通过如下原则而得以缓和。

首先,在受益(授益)性法规范的情况下,若存在着“可以……”的规定,就应当根据相关法规范的旨趣、目的来进行合理性解释,将其理解为“应当……”的情形。并且,在法律要件方面的多义性不确定概念与“可以……”规定相结合的情况下,如果进行行为裁量,则应当考虑如下视点:在对包含不确定概念的法律要件进行认定之际,如果已经全部考虑了全部要素,那么,“可以……”规定实质上也就转换成为“应当……”的规定。

其次,对于给付行政等领域的受益(授益)性行

①最高裁平成4(1992)年10月29日判决,「民集」46卷7号1174頁。

政活动,应当注重裁量的自我拘束。有时行政机关须在法规范所承认的裁量范围内设定裁量基准,以确保裁量权行使的统一性(裁量基准设定说)。裁量基准最初或许只是采取通知形式的行政规则,因而只具有内部性效力,但是,伴随着裁量基准的适用不断积累,对于相同种类的案件,只要不存在合理的理由,就不能允许做出与以前的处理不同的处理。这是因为,在给付行政领域特别强调平等的受给权,若行政机关脱离了通过其所设定的裁量基准适用而形成的长期的行政实务,不仅会构成对受给者信赖保护原则的破坏,而且还会构成对平等原则的违反。在这种情况下,给付行政领域通常存在的广泛裁量便收缩了,相关行政机关便受到其自己设定的裁量基准的拘束(自我拘束)^{[1]69-71}。

在这里,裁量甚至自由裁量的问题皆被归结为合乎功能与合乎目的之考虑的问题。于是,将问题视为合理性分工的问题,关于什么应当委任给法院的判断,什么应当委任给行政机关的判断,这些问题皆被还原成寻求最合理的权能分工问题,其裁判基准也就取决于该行为是应当尊重行政机关的专门性、技术性判断的行为,还是应当通过法院裁判这种形式上的程序交由法官来做出判断的行为了。这种功能主义的见解得以贯彻,现代国家较多地呈现出以如下规则进行权力配置的局面:实体性判断专属于行政机关,而程序上的统制归属于法院;或者说,事实性判断委任给行政机关,而法律性判断委任给法院。

现代行政过程论^{[12]56-58}对这种理论和实务层面的推进予以积极支持,认为只有在将法适用于事实的简单案件中,才可以承认法院判断优于行政判断,而在复杂多样化的现代行政中,则不应当承认法院判断优于行政判断。这种行政过程,往往要求经过利害关系人的参与、向审议会的咨询等复杂程序,才能够做出个别的行政行为,与其说这是法律的执行,倒不如说是面向公益实现而进行政策创造的过程。所以,法院以其自己的判断来取代这种创造性政策决定行为,不仅在实质上是不可可能的,而且有时还会违反民主行政决定的旨趣、目的。这样看来,法院的使命与其说是对行政行为的适法性进行实体法的审理,倒不如说是对行政决定的程序和过程是否公正进行审查^{[32]136-144}。尤其是在给付行政领域,这种基于功能性、程序法性观点而展开的行政和司法的分界标准说,越来越显示出其强大的生命力。

三、给付行政领域的裁量权行使及规制

前面探讨了对“自由裁量行为”观念的否定、法院的判断能力说、行政机关专门技术性裁量的拓展以及功能主义见解的贯彻等有关自由裁量相对化的问题。这些探讨皆以一般行政活动为对象,对于给付行政领域,则具有更强的针对性。在给付行政领域探讨裁量权的行使及规制问题,首要的视点在于和行政责任相结合,以相关组织内裁量为依托,以内在性制度性统制为支撑,真正做到裁量权的行使依法、合理、灵活、及时而具有实效。

(一)行政责任论与裁量规制

给付行政作用极为广泛,而受给者所处境况及其自身需求的多样化,使给付行政权力的行使基准或者条件往往难以进行整齐划一的规定。对于给付行政领域的裁量权来说,其终极目的在于确保给付行政作用的充分实现,因而总体上要求全面确保相关行政机关的裁量权。

既然行政机关肩负着实施给付行政的职能和职责,那么,以要件裁量和效果裁量这种二者择一的概念构成是远远不够的,应当对其活动全面地确认裁量余地,以确保其按照给付行政自身的规律性做出更加合乎目的性的选择判断。这是给付行政领域全面确认裁量余地的逻辑起点和价值归宿。

既然羁束裁量行为和自由裁量行为的二分论已经揭示出不同裁量活动之间在范围和程度上的差异性,那么,针对给付行政的各个不同领域中各类活动设定相应的裁量权,并为之提供相应的原则和程序要求,便应当作为行政责任来加以贯彻和推进。尽管要从实定法层面来架构行政责任依然存在诸多困难,但它毕竟是有意义的,而且只要假以时日,也是具有可行性的。

既然给付行政中存在着较多裁量领域,给付行政作用本身也往往具有较强的裁量性,那么,即使确立了相关领域的行政责任制,往往也难以以通常的行政责任论来进行所谓的“追责”,因为该领域自身的复杂多样性决定了往往难以明确责任所在,甚至在许多情况下需要注重免责机制的运用。例如,在宪法或者人权保障层面所建构的给付行政法关系,虽然也是由政府的给付义务和国民的受给权利所构成的给付行政法关系,但是,这里的相关责任,首要的和重要的是将社会国家原理或者原则通过立法和政策予以体现,即主要是推进政策制定和立法的责任,在“受给权”尚没有成为实定法

层面的权利之前,相关权利救济制度亟待完善。不应该将社会权作为整体来把握其特定的法性质,而是应当在与给付行政的对应中,具体而个别地判断确定其法的性质^{[4]13}。如果司法机关否认“诉的利益”,^①或者承认司法机关的能力存在界限(司法权的界限论)^{[10]60-61},将享受给付行政所带来的利益视为反射性效果(利益)^{[10]198-199},在相关法律亟待完善而立法部门不能及时提供之并有效地予以规范,司法部门又以自我抑制为首要的价值取舍标准,怠于对给付行政裁量领域进行介入时,那么,对该领域的裁量规制就需要开发能够代替这些手段的有效统制手段^{[4]21-42}。

既然给付行政领域要建构和完善相应的实体法规范需要较长的时间,那么,从扩展司法审查的范围来看,就有必要克服条理法^②的不确定性,致力于制定行政程序法,并具体地发展可以操作的条理法等。不过,鉴于给付行政领域裁量规制的特点,即使强调程序统制甚至条理法规制,也有必要对行政系统的自我规制予以更多强调和关注。

根据统制手段是否具有法的根据以及统制是在行政系统的外侧还是内侧的不同,责任被区分为外在性制度性责任(对于通过立法和司法进行统制的责任)、外在性非制度性责任(对于国民的责任)、内在性制度性责任(对于上级机关的指挥监督的责任)和内在性非制度性责任(对于行政担当的自己规范的责任)共四种类型。前两种类型的责任是通常的组织论所不能覆盖的责任领域,内在性制度性责任与组织内部的管理统制等相对应,而内在性非制度性责任其性质上却不存在对其统制的手段。

给付行政领域的行政责任论,可以说在很大程度上是针对非制度性责任的领域而展开的。尤其是在行政担当者对相关状况做出的判断是技术性专门性的,超出了统制者的理解能力时,即对于状况判断来说,担当者方面具有“权威”,因而超脱了统制的能力界限时,传统的对于立法、司法或者上级机关的行政责任便失去了意义,制度性责任也就很难成立。在这里,存在着固有的行政责任

论的领域,这种领域与前述立法机关不能有效地进行规范,司法机关有自我抑制介入的裁量领域相对应。鉴于行政部门已拥有广泛的立法功能这种现实,对给付行政中裁量权的规制就不应当仅强调通过立法部门和司法部门来进行统制,就应当特别重视以行政的专门性、技术性为前提的“功能性责任”或者“自律性责任”。换言之,在给付行政领域研究行政裁量规制,须以行政自律性责任机制为基础支撑。

(二)非制度性责任

传统的行政责任论强调外在性责任,是指行政主体及其公务员违反行政法律规范而应承担的法律责任。行政的违法和不当,都是对行政法律规范的违反。行政主体必须依照法律、法规的规定行使职权和履行职责,超越其责任领域行使行政权或者滥用职权,当然要承担一定的行政责任。不履行法定的职责,表现为不作为,同样可以构成行政违法或者不当,也必须承担相应的行政责任^[36]。作为对传统行政责任论的补充和完善,有“功能性责任”和“对于市民感情的直接责任”这两个责任概念。

“功能性责任”,是指根据客观上确立的技术性、科学性的标准来进行判断、行动的责任,将同样具有专门技术或者科学知识的专职集团设定为问责者。例如,对于因行政的违法作为或者不作为而受到侵害的国民,原则上应该承认其排除违法行为请求权或者行政介入请求权,法律甚至承认了国民的无瑕疵裁量请求权。但是,即使在法律上的要件都具备了的情况下,是否行使行政权以及何时、如何行使行政权,原则上也应该由行政机关的裁量判断来决定^{[10]204-205}。在专职集团的问责与制度性制裁不相连结这种意义上,可以说功能性责任是非制度性责任。但是,如果没有法律的保证,这种责任是不能成立的,于是,这里便存在着功能性责任与制度性责任的两难选择。为了完全回避这种两难选择,其条件就是能够成立关于专职集团的目标价值的公共性合意,持续地保持对于专职集团的信赖。

可是,正如俗语所说,智者千虑,或有一失。

^①诉的利益这个术语,在广义上,作为处分性、原告适格、(狭义的)诉的利益之总称而使用,有时候也将原告适格称为主观的诉的利益,而将(狭义的)诉的利益称为客观的诉的利益。这里是指(狭义的)诉的利益,即进行诉讼的实际上的必要性。参见[日]盐野宏著,杨建顺译:《行政救济法》,北京大学出版社,2008年版,第64页、第94页、第96页、第147页;[日]原田尚彦著:「行政法要論」(全訂第七版[補訂版]),学陽書房,2011年、第388頁;[日]宇賀克也著:「行政法Ⅱ行政救済法」(第3版)、有斐閣,2011年、第199頁。

^②作为合乎正义的普遍原理而得以承认的主原则,称为一般法原则或者称为条例,有时也被当作法来运用,例如平等原则、比例原则、禁止翻供原则、诚实信用原则等。参见杨建顺著:《日本行政法通论》,中国法制出版社,1998年版,第157页。

持续地保持对于专职集团的信赖,在某些情况下或许难免遭受莫大损害。正因为如此,在专家治理的基础上,还有必要强调建立和完善民主统制的保障。更何况,即使是经专家进行技术论证所确立的公共事业的计划,一旦经过较长时间的放置,也会发生变化,应当实施公正的“政策评价”,随时进行修正。^① 如果上述客观性和外在性不那么容易成立,那么,功能性责任概念便不得不退化为“自律性责任”概念。在实务层面,由于国会以法律具体地对应行政组织的技术性和特殊性质而予以规制时,必定留有一定的空白领域,故作为广义上的立法裁量的结果,承认了由行政机关对行政组织的自律性规制^{[10]228}。换言之,“功能性责任”必须通过“对于市民感情的直接责任”来补充和完善。为此而要求“市民”参与及“社区”参与,而这种参与很容易转变为“利益关系人”参与及组织化了的“利益集团”参与。为了防止和克服人们对“利益关系人”和“利益集团”的偏见,便不得不要求建立和完善参与过程的准则,并确保参与过程的充分而切实的公开性。虽然这种要求在某种程度上与制度性责任的范畴相关联,但是在社会福祉等给付行政领域中,为了避免或者减少对象者或者受给者受到社区的批判甚至忍受不必要的耻辱(stigma),则必须综合衡量公开与保密的利弊得失问题,需要将机密性(confidentiality)作为至上价值来考虑。从某种程度说,在给付行政领域,个人信息保护更需要有法制化作为支撑,而兼顾信息公开和个人信息保护双重使命,是实现给付行政之最终价值追求的基础性条件。

(三)组织内裁量

在给付行政领域,同样适用官僚制内部的裁量关系,即同样适用关于组织体的裁量和个别成员的裁量之间的关系。根据成员行动的程序化程度不同,程序包括“什么情况下”发动该程序的发动要件或者启动要件,还包括“应当如何采取行动”的行动要件。这种分类恰好与前述要件裁量和效果裁量基本上是相对应的。当这两种要件都明确而详细时,就不存在裁量的余地。可是,现实中的给付行政作用往往处于难以确定的状态,因而不得不保留了关于发动要件的事实认定和围绕适用于该行动要件的要件裁量领域。并且,有时程序

虽然得以体系化,但其并未得以客观化,因而可能存在于行为人的内部。有时候,目的和手段的因果关系尚不明确,程序只不过是规定了抽象目的。在这里,不仅要进行程序的解释,而且还需要进行程序的修正和开发,于是,应否修改和开发,有谁来负责相关工作,何时、如何展开相关工作,往往需要通过组织内的裁量来决定。

换言之,既然行政活动的程序化不可能完全达到明确和细致入微的程度,那么,从决策顶层到基层执法人员等组织成员便都拥有各自的裁量领域。决定权限者所做出的决定,往往不过是对基层执法人员所制作的方案予以承认而已。在程序被内部化的情况下,行为人也许并不具有裁量的自觉,但是,裁量却无处不在地存在于整个行政过程。正所谓“行政法的精髓在于裁量”^{[3]序1}。在这里,便存在着官僚制中裁量与责任分离的原因。

对于官僚制而言,最大的裁量存在于所谓的“不作为”之中。诸如:在程序化成为可能的时候,却不予以程序化;对所确立的程序不进行客观化、准则化;即使围绕程序的环境条件已经发生了变化,也不修正相关程序;等等。换言之,理论上的计划和实务中的计划之间往往存在一定的差异性。理论上的计划是指基于计划对象的专门性、技术性来科学地描绘未来的过程或者其结果,因而计划领域本身也被视为科学的、技术的、专门的、中立的行政理性支配的领域;而现实中的计划却始终难以达到这种理性状态,毋宁说一直伴随着浓厚的政治色彩^[37]。为了纠正这种不作为,就必须健全和完善行政计划中的裁量。

上述组织内裁量论,一方面具有长处,能够明确内在性责任的构造;另一方面也具有不足,即在完全欠缺外在性责任的问题上,对于行政裁量问题的考察是不足的。

(四)内在性制度性统制

众所周知,无论是在日本还是在中国,抑或在其他国家或者地区,政府提出法案已成为现代立法的基本形态,确定法律所规定范围的决定本身,实际上已经是行政裁量的结果了。鉴于此,无论如何强调要强化立法机关和司法机关对行政实行统制的必要性,都不为过。20世纪以来,在行政国家或者福祉国家,行政的使命呈现出快速增加

^①日本「行政機関が行う政策の評価に関する法律」3条など;〔日〕原田尚彦著:「行政法要論」(全訂全訂第七版〔補訂版〕),2011年、第128—129頁を参照。

的倾向,除了抑制权力、保护自由和财产以外,还要保障人的生存,尤其是推进保障社会弱者的给付行政制度化。在制定了给付行政法的场合,只要符合一定的要件,就应当赋予一定的给付及保护。如果对符合法定要件者怠于实施给付、不予所规定的给付及保护的话,则应当对国民承认请求实施该给付及保护的权能(给付受给请求权)。然而,或许是由于从前自由国家型的法治行政观依然根深蒂固地发挥作用的缘故,给付受给请求权在许多国家和地区并未得到积极承认和推进。其结果是,只要尚不能从法条文上特别明确地读取保护国民利益的旨趣,那么,通过行政活动而获得的国民的利益便只能是行政的公益活动之结果,即所谓反射性地产生的反射性利益^{[11]94-95}。

如果现实中行政立法的余地和行政的裁量领域依然是非常广泛的,那么,对于行政机关的内在性制度性统制的问题,应当予以更加重视和进行体系化处理。在这里,裁量的有效统制手段多种多样,包括通过计划、政策方针、准则的公开,事先明确展示行政活动的目的,并且通过认定事实、决定理由、先例的公开等而明确展示法定根据,为关系人提供反论的线索。只有“公开性(openness)才是恣意性的天敌,是与不正义斗争的朋友”,因而有必要确立准则、推进公开、整备行政行为等的事前程序。虽然由行政机关制定准则是比较完备的,也是比较科学合理的,但是着眼于给付行政作用等裁量领域的“限定”和“规制”,则有必要推进准则的制定及其公开,强调其“公开性”。^①

四、给付行政的法原理及裁量机制的完善

在自由主义的法治国家阶段,依据法律行政的原理主要针对的是侵害行政,强调没有法律的规定或者授权,不得做出对国民赋课义务或者侵害国民权益的行政活动(侵害保留说)。与这里所强调的对于国家的自由相对,伴随着社会国家观的出现,适应社会经济的发展,由国家保障或者通过国家实现的自由越来越显示出其重要性。对于

那些不能让个人承担责任的、由于社会性理由而不能自主地维持个人生存的事态,由国家和地方政府乃至社会组织等积极地推进公行政,予以积极的生活考虑或者生存考虑(Daseinsvorsorge),^②这种包括社会保障等社会行政、通过公共设施及公企业等进行服务及财货之提供的供给行政以及资金补助行政等助成行政的新型的公行政,形成了给付行政的主要内容^{[13]32-33[11]10-11},也构成了现代国家共通的重要课题^{[11]9-10}。

(一) 给付行政的主要法原则^③

1. 社会国家的原则

社会国家的原则要求国家肩负其积极地实现社会性公正的义务和责任。这种社会国家原则虽然首先是面向立法者的,但是,作为实定法的解释原理,如在解释不确定概念之际,也具有拘束裁量的功能。进入21世纪,人们从事产业及贸易等活动的规模进一步扩大,人类活动的影响广泛,产生了世界范围的不景气乃至地球规模的环境破坏等问题,加之人口老龄化等普遍的社会问题所带来的生活不安,形成了仅凭个人的能力无法抵御的新风险。人们期待政府构筑起安全网络,履行守护人们的生活安全和安心之职责。可以说,行政的作用不仅限于对弱者进行救济,而且将其范围扩展至全部生活者的安全和福祉。人们对行政的依赖越加强烈,而被委任给市民社会自律的事项也就相应减少,市民社会与行政的领域分界变得更加模糊,呈现出更加强烈的“共同体国家”的色彩^{[11]12}。在这种背景下,伴随着进行生存考虑而需要发动行政权的紧要度增强,给付行政裁量的范围渐次收缩(裁量权收缩论),在一定条件下,甚至可能收缩为零(裁量权的零收缩),从法规范的角度对行政做出一定的选择予以强制^{[11]100-101}。

2. 法治主义的原理(法律适合性的原则)

法律适合性的原则与依据法律行政的原理,在内容上二者是相同的,但是,从历史上看,依法行政的原理只适用于侵害行政(侵害保留说),除此以外的行政被视为国家本来拥有的自由的行

^①“作为中国行政法基本原则的公开原则,其内容非常丰富,但表述可以是极其简洁的——行政的行为或者活动的过程应当公开,涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的除外;行政的行为或者活动,应当注意听取各有关方面的意见,并切实履行说明理由的责任。”参见杨建顺著:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社,2007年版,第121页。

^② Vgl. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 4 ff. 参见杨建顺著:《论给付行政的法原理及实现手段》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社,2008年版,第6页。

^③ 参见杨建顺著:《论给付行政的法原理及实现手段》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,中国人民大学出版社,2008年版,第11页—第21页。基于逻辑链的完整性,在这里进行了框架引用,而对原文所阐述的详细内容进行了删减,也省略了相关注释,并根据强调给付行政裁量之规制完善的需要,增加了相应注释。讨论相关问题的详细内容和文献注释等,请参见原文。

政领域。基于这种原理,在给付行政的领域,存在着由于专门技术性要素很大,委任立法及行政裁量的必要性很强,所以没有法律根据更好的政策论^{[4]14}。当然,也有人基于民主主义原则及社会保障原则而强烈要求给付行政领域也需要有法律根据,但是,迄今为止给付行政领域依然存在不要求法律根据的理论,其论据主要包括如下三点:其一,行政权在现行宪法下是通过民主方式得以组织的;其二,行政不应仅限于单纯执行法律;其三,公行政需要弹性(灵活性);等等。关于这一点,依然存在理论上的对立。

3.基本权拘束的原则

这里所说的基本权,是指自由权性质的基本权,包括其基本权作为防御权而发挥作用的情形和赋予国民以积极地要求国家给付的权利的情形。对于基本权作为防御权而发挥作用的情形,值得注意的是,在给付行政中对受益性行政行为附加了赋课义务性附款的情况下,自由权内在的比例性原则发挥作用,要求具有必要性和适切性。对于赋予国民以积极地要求国家给付的权利的情形,基本权所发挥的作用是保障国民对于国家给付的分配参与。例如,即使是基于纲要而进行了给付行政的情况下,根据基于平等权而产生的平等原则,分配请求权应当得到充分尊重。

4.补充性(补完性)的原则——给付行政向支援行政的倾斜

补充性的原则,或者称为补完性的原则,是指在给付行政领域中,国家对国民进行生存考虑应当是补充完善性的。换言之,首先应当由个人或团体承担生存考虑责任,其次才是国家对其不足部分进行补充完善。对于这里所说的“首先”和“其次”两个层面的责任加以区分判断,这本身就存在相关标准和程序问题,是典型的裁量判断问题,因而有必要展开关于依据和程序等方面的研究。

在德国,补完性原则的实定法根据是《联邦社会援助法》、《青少年保护法》以及各州的市町村法;在日本,《生活保护法》上也有同样的规定,而其他福祉法及《地方自治法》上不存在具体对应的规定,所以,从解释论上看,是否应当承认这一原则,是存在争议的。在目前中国各界普遍主张所谓有限政府理念的情况下,对给付行政领域的补充性的原则,应当慎重考虑。只有根据各个领域的不同情况,有限度地加以确立或者更加强调国家和社会的责任,强调社会国家的原则,才有助于

小康社会乃至和谐社会的构建。

5.禁止过剩给付的原则

实际上,只要贯彻落实了前述补充性的原则,也就实现了禁止过剩给付的原则。换言之,禁止过剩给付的原则和补充性的原则处于极为密切的关系之中,甚至可以说是一个问题的两个方面。不过,这两个原则的着眼点和射程范围各有不同。所谓禁止过剩给付的原则,顾名思义,是指不得对不需要给付者予以给付,不得对需要给付者予以超出其所不足部分的给付,不得对起初需要给付、经受给之后不再需要给付者予以继续给付的原则。其与补充性原则的共同点在于,强调自国民到社会、再到国家的顺次责任,将国家的给付限定为国民和社会需要这种客观需求上,同时将国家的给付规定为“查漏补缺”的积极责任或者义务。适可而止,恰到好处,正所谓“授人以鱼,不如授人以渔”。而每个环节的裁量判断几乎都成为给付行政的重要组成部分。为使各个环节的裁量判断做到合法、适度,就需要制定和完善相应的程序,尤其是需要明确相应的裁量基准。这种裁量基准具有行政规则的性质,虽然不属于法规命令,但是,在一定限度内也具有外部效果^{[12]67-68}。在这种意义,对于贯彻禁止过剩给付的原则来说,政策制定阶段的充分授权和政策执行阶段的基准约束,是相关行政裁量规制完善的关键所在。

6.诚实信义原则和信赖保护原则

在给付行政领域,如果适用诚实信义原则或者信赖保护原则将在实质上产生违反法规范的状况时,应当优先适用法律行政的原则;只有在形式上适用法律行政的原则会产生具体妥当性问题的事态时,才应该适用诚实信义原则或者信赖保护原则。换言之,坚持依法律行政的原则是常态,适用信赖保护的原则是针对某些个别情况的具体特殊对待。这里也牵涉到平等对待和相关部门及时纠正违法的行政活动,尽早恢复常态的作为义务应如何把握的问题^{[1]69}。在现实的给付中,通常是在行政系统内部制定规定交付基准等的给付规则或者交付规则,只要法律上没有具体的规定,相关工作便被委任给行政主体的裁量判断。这种给付规则不是法规命令,只是给付主体应该依据的大致基准,相对人不能以此规则为根据便具有补助金等请求权。但是,从补助金行政中所适用的平等对待原则来看,没有合理的理由而给一方给付,不给另一方给付,则是不应当被允许的^{[12]68-69}。在这种意义上说,给付规则具有一

定的外部效果,有助于在给付行政领域更好地实现诚实信义原则和信赖保护原则,并助推以法律行政的原理在该领域的落实和发展。

(二) 给付行政的发展与行政裁量机制的完善

对给付行政中裁量问题的检讨,当然可以进行总论性的行政法学及行政学探讨,同时也更需要作为学术研究领域的给付行政法学和给付行政学来推进各论性探讨。鉴于人们较为普遍采用的给付行政论研究方法是基于宪法的相关规定而展开具体制度和理论的探讨^{[4]4-5},对给付行政中裁量的研究,则应当在确认相关制度和理论研究成果的基础上展开。从这种观点出发,关于给付行政中当事人参与选择和行政裁量的问题,应当根据各类相关领域中给付行政的发展情况,进一步建立和健全行政裁量机制。

1. 给付行政法体系和法体制的完善

首先,给付行政法体系和法体制,是依法、合理且及时有效地行使行政裁量权的基础性保障,因而是必须首先致力于其健全和完善的。

其次,应当认识到行政法体系和法体制的完善是一个长期性的任务,不可能一蹴而就,要认识到对给付行政领域的行政裁量进行统制更需要强调尊重该领域行政的自身规律性,充分运用好法规范解释及授权和委托。完善的法规范是基础,可是,无论如何完善相关法规范和制度规定,几乎在所有场合,法律要件方面都包含不确定概念。所以,提升法规范解释能力本身也是法体系和法体制完善的重要组成部分。例如,如前所述,在给付行政领域,有时候“可以……”规定实质上应当理解为“应当……”规定。诸如此类,合目的性解释手段的运用成为必要。

2. 给付行政的相对性

给付行政领域中的权利,大多是社会性权利或者道德性权利。在与本人、家属、地域社会的自助和互相扶助相关这种意义上,依然保留着未必可称其为法的权利的侧面。例如,在婴幼儿及老人的照看方面,给付行政到底应当在多大范围内和多大程度上发挥作用的问题,其标准往往是相对性的。或者让家人放弃工作而致力于婴幼儿及老人的在家照看(介护),或者是让家人选择工作而将婴幼儿及老人的照看(介护)托付给托儿所、幼儿园、敬老院及家庭照看(介护)服务等来完成。

无论在何种情形下,给付行政的应对往往只能是相对性的。这里包含了用比例原则及平等原则等无法完全说明的部分。虽然在立法和政策制定层面可以主张前述补充性(补完性)的原则,但是,在具体实施层面往往难以避免千差万别的各种不同情形,全部予以补充或者补完,又会牵涉到平等原则的问题。所以,相关给付规则等裁量基准的完善本身就是给付行政领域执法规范化的重要课题。换言之,如果附近没有相关社会福祉设施,或者没有家庭服务员,或者建构了设施、配备了服务员,周边居民却根本就没有对相关服务的需要,即使出现这方面的需要,应当如何应对相关需要等,这一系列问题的解决,仅凭法律要件的认定是不充分的,还必须添加上计划裁量及优先顺位的认定等相对性判断。这种极富裁量性的相对性判断,与给付行政内容本身所具有的相对性相结合,为现代国家给付行政的展开提出了重要课题。

(三) 行政程序的完善

在给付行政领域,靠实体法规定的完善,对于行政权的规制效果毕竟是有限的,由于给付行政本身的多样性和具体应对性的需要,甚至在诸多方面制定实体法本身存在困难。所以,为了确保给付行政领域的裁量权得以合法、合理且及时有效地行使,保护作为受给者的个人和组织的合法权益,就必须最大限度地完善相应的行政程序。

(四) 准则与裁量

在给付行政领域,几乎每一位受给者或者给付行政对象者都具有独特的个性,实际的福祉需要是多种多样的,因而需要进行个别而多样化的应对。尽管如此,给付行政活动还是要接受一定的制约,要将各种福祉需要予以某种程度的归类 and 范畴化,进行分门别类的服务应对。这里便存在一个悖论:一方面是应当制定明确、细致的准则,并将其予以公开,让相关部门和相关人员遵照执行;但是,另一方面,在实际中这种应然要求几乎是不可能实现的,或者说,如果过分强调详细地制定准则,过分强调比例原则,过分强调平等原则,在对照所公开准则展开给付行政的同时,反而难免无法提供优质服务的危险。

例如,弃婴问题是我国社会福利领域中长期存在的问题。针对弃婴现象,近年来相关部门积极作为,在“及时发现和妥善照顾弃婴,是政府和社会的共同责任”^①这

①2013年7月26日《民政部办公厅关于转发中国儿童福利和收养中心开展“婴儿安全岛”试点工作方案的通知》(民办函[2013]234号)。

种基本认识下,由民政部等相关部门指导实施的弃婴救助和“婴儿安全岛”或曰“弃婴岛”试点得以展开,并先后程度不同地遭遇挫折。通过设置“弃婴岛”,本可以期待为被遗弃婴儿提供获得救助的机会,保护、延长他(她)们的生命,为其实现《未成年人保护法》所保障的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利,提供最大限度的可能性。可是,从目前中国相关法规范来看,设置“弃婴岛”,在客观上对可能构成《刑法》所严禁的遗弃罪之结果予以承认、支援,而且对遗弃者免予追责,要得出“与刑法惩处弃婴犯罪并行不悖”的结论并得到普遍认可,其实并非易事。既然设置“弃婴岛”及其试点均没有明确的法律依据,那么,就不能将对弃婴实施救助的相关活动定位为政府的法定职责,就应当努力推进相关立法,为其提供充足的法律支撑^[38]。问题的关键在于如何确立应当普遍遵行的准则,如何划定弃婴这种客观实在是否构成遗弃罪的界限,也就是如何为应受惩罚的弃婴行为和免责的弃婴行为明确划界。罪与非罪,应受惩罚和应予免责,划定这种界限本身需要进行高度的政治裁量或者政策裁量,故而亟待从法律层面展开深入探讨,提供具有专业性和可操作性的建议。而在具体实施层面,尤其是在尚不存在明确的裁量准则的现阶段,如果过度强调相关准则,则弃婴救助工作将无从展开。

如果将相关准则细化为针对具体服务和福祉提供的详细规定,那么,过分详细地制定准则,推进服务的专门分化,将会在实现各种服务均质化的同时也失去了其地域特性,降低了利用者的可接近性。如果以裁量的统制为目标,将准则客观化并予以公开,一般来说也许会强化利用者的权利性,在某些个案中或许更有助于权利救济,但是,与“比例性公正”相比,社会福祉更追求“创造性公正”的目标,所以准则必须作为含有充分裁量余地的弹力性的准则加以客观化。换言之,给付行政领域的准则往往亦难免具有抽象性、概括性和普适性、持续性。这就意味着应当将程序的开发、计划以及对程序开发和计划的民主性参与问题纳入视野之中。可是,如果固执于弹性(灵活性)和即时适应性,准则就会形骸化。

准则同时也是统制的手段。准则既可以成为确保服务水准的有效手段,亦可以成为抑制、缩小服务水准的有效手段。在这里,裁量判断又成了达至正义的重要支撑。既应当制定和不断完善相

关准则并予以公开,以供相关主体参照执行,同时,对于在符合相关准则旨趣的基础上进行随机应变的给付行政裁量,也应当得到高度评价。

(五)基层工作人员状况判断的优位

与其他领域的裁量相比较,使得社会福祉等给付行政领域中的裁量凸现其特色的,一是该领域行政活动的专门技术性,二是该领域基层工作人员的状况判断在相关行政过程中的优位性。当然,这种对给付行政基层状况的认识和判断本身就要求能够包含一定程度的专门性,而奋战在基层工作岗位上的人员最了解关于受给者或者对象的状况,并且最适于将其与先例进行比较。于是,这里就存在一个重要的命题——分权和放权,为基层工作人员赋予裁量的“权威”条件。

对于分权和放权给基层工作人员、赋予其裁量权的主张,或许会有人提出反驳,强调基层工作人员素质如何不够高等。但是,笔者依然主张这种分权向度上的裁量权扩展,并且需要强调的是,对于基层工作人员须完善相应的制约监督机制,而能够担负起这项“权威”性工作的,应当是同样知悉状况,能够将基层工作人员所提供的状况与其他状况进行比较考量并做出判断取舍的监督者(supervisor)。所以,行政法学关于给付行政以及给付行政裁量权的研究,应当致力于这种监督者和基层工作人员自身能力和素质提高方面的机制建设,在确立、确认和拓展给付行政领域的知识及经验方略的同时,致力于完善相关人事制度,为基层工作人员更好地提供给付行政服务创造更加完备的环境条件。只有公务人员确实树立了服务意识,以健康活泼的姿态,积极而认真地对待每一项来自公民、法人和其他组织的要求,形成“通风”良好的工作环境,才能确保政府职能不越位、不缺位、不错位,及时而充分地回应个人和社会的各种需要^[39]。

给付行政中的裁量权限虽然基于状况判断的优位而存在于基层工作人员,但是,对于这种状况的认识和重视往往远不到位,尤其是在处理权限分配的过程中,人们容易陷入“集权”和“收权”的泥潭而不能自拔。所以,只有法规范和制度对权力分配做出科学合理的规定,赋予基层工作人员以必要的裁量权,基层工作人员也能够具有这种自觉和自信,才可能期待给付行政中的裁量更加得到尊重,从而更加充分地发挥其应有的作用,达至给付行政中对行政裁量统制的规范性要求:尊

重行政是“有生命之物”^{[13]初版序2}的命题。

结 语

20 世纪以来,确保公民的生活和安全,成为社会国家的目标和任务。然而,随着时间的推移,这种目标和任务被认为明显地超出了国家所能够保障的范围,于是,许多国家相继推行改革,重新确立政府职能,使得国家和公民之间的关系也不得不随之进行重新定义和架构。如果依然固执于“全能政府观念”或者“保护的逻辑”,那么,面对来自公民的越来越多样化和多元化的意思表示及需求,国家将无法应对,不仅无法将公民的诉求予以正当化,而且还将不得不自上而下、整齐划一地实行一元化。如果着眼于“有限政府论”或者“规制的观念”,则可以确立法律保留主义在相关领域的支配性地位,并可以确立如下规制的总原则:“应当遵循经济和社会发展规划,有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性,维护公共利益和社会秩序,促进经济、社会和生态环境协调发展。”^①如是,则可以实现法治行政,让规制成为给付的支撑和保障。在这层意义上说,重视和强调规制手段的活用,对于实现给付行政法原理的手段保障具有不可或缺的作用^{[4]41-42}。

给付行政具有高度的政治性。该制度的存在方式及其行政运用的存在方式,在现代国家都应当具有法律规范和制度的坚实基础。然而,给付行政自身的诸多特点决定了该领域中法律规范的不完善甚至缺失,在很多层面需要活用行政裁量——包括立法政策层面的政治裁量和政策裁量,也包括法规范执行层面的具体适用裁量,还包括没有相应法规范甚至没有可供参照的操作准则情形下对“创造性公正”之目标的追求——来应对。于是,给付行政裁量的规制完善成为现代行政法制度建设和行政法研究的共通课题。

公务员行使裁量权,必须遵守法律优位原则,依据一般法规范和诚信原则、平等原则及比例原则等一般法原则,在合法范围内,经过深思熟虑的抉择、公平公正的考量,针对具体事实和个别情况做出个别判断。公务员行使裁量权,必须尊重法定的程序,以认真、负责的态度,追求合法、至善及有实效的行政目的,使兴利与避害得以兼容并顾,使裁量的行政事宜既符合法定程序又符合实质公

平正义。公务员行使裁量权,不能只求达到目的而不择手段,而应当始终致力于依法裁量,依照程序进行,其中,过程的“透明化”也是至关重要的。另一方面,没有法律规定或者法律没有规定,这不能成为政府不实施救助的理由。尤其是在给付行政领域,社会国家的原则为国家确立了对国民予以积极的生活考虑或生存考虑的职责,要求国家超越国民利益,通过一系列积极的行政作用而展开保护国家社会全体之利益的公益活动^{[11]11-12}。

毋庸置疑,行政裁量的运作及其监督是“一个持久的研究课题”^{[2]16-17}或“永恒的研究课题”。本文所讨论的内容尚停留在给付行政裁量总论层面,希望接下来能用更多的时间和精力对该领域中行政裁量的各论性问题展开全面而深入的研究。

参考文献:

- [1]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).
- [2]杨建顺.行政裁量的运作及其监督[J].法学研究,2004,(1).
- [3]杨建顺.行政规制与权利保障[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [4]杨建顺.论给付行政的法原理及实现手段[G]//杨建顺.比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究.北京:中国人民大学出版社,2008.
- [5]杨建顺.给付行政裁量的规制完善[C]//行政裁量专题学术研讨会论文集.中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较行政法研究所,2010:1-22.
- [6]高橋靖.行政裁量理論の始原的形態[J].早稲田法学会誌,1980,31:189-217.
- [7]山田幸男.自由裁量の觀念について[J].法律時報,1950,22(7):58.
- [8]宇賀克也.行政法概説Ⅰ行政法總論(第二版)[M].東京:有斐閣,2007.
- [9]山田幸男.自由裁量[G]//田中二郎,原龍之助,柳瀬良幹.行政法講座:第二卷.東京:有斐閣,1964:142.
- [10]杨建顺.日本行政法通论[M].北京:中国法制出版社,1998.
- [11]原田尚彦.行政法要論(全訂第七版補訂版)[M].東京:学陽書房,2011.
- [12][日]盐野宏.行政法总论[M].杨建顺,译.北京:北京大学出版社,2008.
- [13][日]南博方.行政法(第六版)[M].杨建顺,译.北京:中国人民大学出版社,2009.
- [14]高橋靖.我国裁量理論へのLaun 説の導入(一)[J].早稲田法学会誌,1979,29:263.
- [15]芝池義一.行政法總論講義(第四版補訂版)[M].東京:有斐閣,2006:86.

①中国《行政许可法》第 11 条。

- [16]渡辺洋三. 現代国家と行政権[M].東京:東京大学出版会,1972.
- [17]磯部力.行政裁量[G]//山田幸男,市原昌三郎,阿部泰隆. 演習 行政法: 上巻.青林書院新社,1979:206.
- [18]高橋靖.法律行為の行政行為と準法律行為の行政行為[C]//早稲田大学大学院法研論集.1982;146(注 42).
- [19]田村悦一.自由裁量とその限界[M].東京:有斐閣,1967.
- [20]成田頼明,南博方,園部逸夫.行政法講義: 下巻[M].東京:青林書院新社,1970:243.
- [21]田中二郎.行政争訟の法理[M].東京:有斐閣,1954:100(注 1),117,343—344.
- [22]杉村敏正.法の支配と行政法[M].東京:有斐閣,1970.
- [23]杉村敏正.全訂 行政法講義総論:上巻 [M].東京:有斐閣,1969.
- [24]石井良三.自由裁量の処分(三・完)[J].法曹時報,1955,7(4):57,54—55.
- [25]小沢文雄.行政庁の裁量処分[J].公法研究,1951,(5):75,78.
- [26]田村悦一.行政訴訟における国民の権利保護[M].東京:有斐閣,1975:82.
- [27]高橋靖.行政裁量における違法性・不当性峻別論への批判[J].早稲田法学会誌,1982,33:147—168.
- [28]南博方.注釈行政事件訴訟法[M].東京:有斐閣,1972.(田村悦一執筆)
- [29]阿部泰隆.違法性と不当性の間——人事行政を中心として[J].自治研究,1978,54(10):5.
- [30]田中二郎.新版行政法:上巻(全訂第二版)[M].東京:弘文堂,1974:116.
- [31]今村成和.行政法入門(新版)[M].東京:有斐閣,1975:82.
- [32]田中二郎.行政争訟の法理[M].東京:有斐閣,1969.
- [33]高橋靖.裁量限界論における主観性と客観性[C]//早稲田大学大学院法研論集.1982,(26):228—229.
- [34]藤田宙靖.行政法Ⅰ(総論):現代法律学講座 6[M].東京:青林書院,1982:82.
- [35]宮田三郎.行政裁量[G]//雄川一郎,塩野宏ほか.現代行政大系 2 行政過程.東京:有斐閣,1984:33—62.
- [36]杨建顺.规制行政与行政责任[J].中国法学,1996,(2):80.
- [37]杨建顺.计划行政的本质特征与政府职能定位[J].中国人民大学学报,2007,(3):119.
- [38]杨建顺.设置“弃婴岛”应当有法律明确授权[N].检察日报,2014—04—16(7).
- [39]杨建顺.论基层政府法治建设的定位及其发展方向[J].南阳师范学院学报:社会科学版,2005,(11):6.

On Improving the Regulation of Leistende Verwaltung Discretion

YANG Jian-shun

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Discussion on the rule of law thinking, law—based government evaluation questions, it is not separate from the study of administrative discretion. On the study of the nature of administrative discretion, we can not bypass the recognition of dichotomy method between the Theory of Discretion of Legal Elements and the Theory of Discretion of Legal Effect. Exploring the difference between free (facilitate) discretion and restrictive (statutory) discretion, not only helps to grasp the limits and criterion of judicial control on administrative discretion, but also helps to improve the formulation and interpretation of legal norms. Combined with the global development trend of the increased Leistende Verwaltung and the extension of discretion, we should establish the theory of administrative responsibility that meets the characteristics and laws in the area of Leistende Verwaltung, it is indispensable to improve the regulation of discretion and discretionary mechanisms. Leistende Verwaltung is an area with a strong discretionary nature. Thus, it is better to apply the purposive discretion that is functional and procedural, while the free discretion which is not corresponding to restrictive discretion is not appropriate. In the area of Leistende Verwaltung, various flexible responses with pertinence should be given according to the specific situation of each affected person. This feature determines discretion in this area needs a broader space, but also need to complete the appropriate procedures and guidelines to establish grass—roots staff to determine the priority of the situation, such as the use of rules unique powers, and stress the importance of utilizing regulation means.

Key words: Leistende Verwaltung; discretion; criterion; functional responsibility; intra—organizational discretion; relativity

[责任编辑:张莲英]

本刊作者简介



陈春龙

中国社会科学院法学研究所研究员，国家法官学院教授；享受国务院政府特殊津贴，曾任第八届、第九届全国政协委员，中国民主建国会中央常务委员、法制委员会副主任，国际法律哲学和社会哲学协会会员，中国法学会法理学研究会常务理事、秘书长，中华法国研究会常务理事。长期从事法学理论研究和司法实践工作，发表专著、译著、合著20余部，论文100余篇，代表作有《民主政治与法治人权》、《法学通论》等，三次获得社会科学优秀著作奖。陈春龙教授在国家赔偿领域有专门研究：1992年参与《国家赔偿法（试拟稿）》、1993年参与《国家赔偿法（草案）》立法研讨。1994年出任北京市高级人民法院副院长兼国家赔偿委员会主任，组建国家赔偿审理机构，主管北京市国家赔偿审判工作。2009年向立法机关提交“关于修改《国家赔偿法》的十项建议”。出版《中国司法赔偿》、《冤假错案与国家赔偿：余祥林案法理思考》、《中国国家赔偿论》三部专著。

杨建顺

中国人民大学法学院教授、博士生导师，《法学家》副主编、比较行政法研究所所长、日本法研究所所长、海关与外汇法律研究所所长；兼任中国行政法学会研究会副会长、北京市法学会行政法学会研究会副会长、北京市人民政府立法工作委员会法律专家委员会委员、北京市人民政府行政复议委员会非常任委员等。1982年被中国教育部选派留学日本，先后在筑波大学攻读经济法 and 贸易法，获学士学位；在一桥大学攻读行政法，获法学硕士和法学博士学位，从事博士后研究。1993年回国后任教于中国人民大学至今。研究领域是行政法学、行政诉讼法学、立法政策学、行政过程论、政府职能论、规制行政论、给付行政论、参与型行政论、权利保障论、行政裁量论和利益均衡论等。主持国家社科基金项目等10余项，发表论文（包括译文）200余篇，编写教材20余部，出版著作10余部，获各类奖励10余项。代表作为《日本行政法通论》和《行政规制与权利保障》等。

