

论行政自由裁量权及其法律控制

姜明安

第二次世界大战以后,行政法学中“法治”原则(The Rule of Law)的内容发生了一个重大的变化,或者说有了一个重大的补充:战前,行政法学讲“法治”,主要是讲“依法行政”、“依法办事”(Everything must be done according to law);战后,行政法学讲“法治”,除了继续讲“依法行政”、“依法办事”外,另以重点讲“控制自由裁量权”、“防止滥用自由裁量权”(Prevention of the abuse of discretionary power)。①为什么会有这一变化呢?行政自由裁量权究竟是一种什么样的权力?为什么要加以控制?我国行政管理中存不存在滥用自由裁量权的问题?应不应加以控制?应怎样加以控制?本文拟就这些问题作一些初步的探讨。

行政自由裁量权

行政自由裁量权是法律、法规赋予行政机关在行政管理中依据立法目的和公正合理的原则,自行判断行为的条件,自行选择行为的方式和自由作出行政决定的权力。

首先,行政自由裁量权相对于一般法定行政权来说,是一种“自由的”权力;法律法规赋予行政机关管理某种事项、作出某种行为的权力,但对于相应管理行为的具体内容、范围、形式、实施方法都未予以明确规定,甚至对于行为的条件、时机也未加以确定或只是以某种弹性用语(如“认为适当时”、“若不违反公共利益”、“如其有足够的资金和信用”等)确定。据此,行政机关享有自行判断、自行选择和自行决定是否作出某种行为,在何时何地行为,怎样行为的广泛自由。而行政机关实施羁束行为却不存在这种自由,法律法规对相应行为的条件、内容、形式、程序、范围、方法等都作了详细、明确、具体的规定,行政机关只能依法行事,不能或很少能以自己的评价、权衡、裁量参与其间。

其次,行政自由裁量权又不是一种绝对自由的权力,它有其外部和内部的限制。就外部而言,它应受合法性的限制;自由裁量是在法律法规规定的一定范围内的自由裁量,而不是完全没有范围、没有边际的裁量;就内部而言,它应受合理性的限制;自由裁量是法律法规赋予行政机关为了执行公务、实现社会公益而进行合理判断、斟酌、选择行为方式的自由,而不是任意所为、更不是根据私益选择行为方式的自由。英国大法官科克曾指出:“如我们说由某当局在其自由裁量之内做某事的时候,自由裁量权意味着,根据合理和公正的原则做某事,而不根据个人意见做某事;……根据法律做某事,而不是根据个人好恶做某事。自由裁量权不应是专断的、含

① H. W. R. Wade:《行政法》第6版,第23-24页。

糊不清的、捉摸不定的权力,而应是法定的,有一定之规的权力”。^①台湾现代行政法学者翁岳生认为,“裁量乃裁度推量之意,是人类对事物考虑之内部心理意识的过程。裁量不是随意,而是有其准据和目标,因此和毫无准则限制之恣意不同。裁量具有积极性,以追求‘正确性’为目的,虽然这种‘正确性’不是能客观加以确定的,而是纯主观斟酌的正确性”。^②

可见,行政自由裁量权既是自由的,但又不是无限制的自由权力。它是一种在一定范围内根据一定原则可以自由行使的权力。至于某一种自由裁量权的自由度(即范围)有多大,则取决于相应法律法规的规定。就我国现行法律法规授权的情况分析,我国目前行政自由裁量权的自由度大致可分为广度、中度、小度三种情形。

广度裁量。“广度裁量”指法律法规就相应管理事项授予行政机关以广泛的自由裁量权,裁量范围通常包括行为条件、行为方式、行为度及行为时空范围等要素。例如,《中华人民共和国草原法》第14条规定:“地方各级人民政府应当采取措施,防治草原地区牲畜疾病和人畜共患疾病。”这里,法律赋予行政机关以采取防治措施权,但对采取什么措施、时空范围可多大、需具什么形式等,全留给行政机关自由裁量。

中度裁量。“中度裁量”的裁量范围通常包括行为条件、行为方式、行为度、行为时空范围等要素中的两个或两个以上要素。例如,《中华人民共和国土地管理法》第44条规定:“乡(镇)村企业未经批准或者采取欺骗手段骗取批准,非法占用土地的,责令退还非法占用的土地,限制拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施,可以并处罚款”。这里,法律赋予行政机关以处罚权,并规定了处罚条件,但对处罚方式却赋予行政机关以一定的选择、裁量权。至于罚款的幅度,法律没有规定任何标准,可以认为是授权行政机关自由裁量。

小度裁量。“小度裁量”指法律法规对相应管理事项作了较明确的规定,仅留给行政机关以较小的裁量余地,裁量范围通常仅限于行为条件、行为方式、行为度、行为时空范围等要素中的某一个要素。例如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第20条规定:“有下列妨害公共安全行为之一的,处15日以下拘留、200元以下罚款或者警告”,行政机关可在拘留、罚款、警告三个罚种上选择其中一个或两个。

法律法规授予行政机关自由裁量权,均必须采取一定的授权形式。有些授权形式是明示的,有些授权形式是暗示的。明示的授权形式通常有:(1)法律法规仅规定职责权限,将行使职责权限的方式留给行政机关自由裁量;(2)法律法规仅规定行政行为的范围,将行政行为的幅度留给行政机关自由裁量;(3)采用“可以”、“也可”、“或”、“或者”等选择法律用语。法律法规暗示授予行政机关自由裁量权的形式有:(1)通过规定相对人的行为规范暗示规定行政机关自由裁量权。如《中华人民共和国公民出入境管理法实施细则》第17条规定:“中华人民共和国护照有效期5年,可以延期2次,每次不超过5年。”(2)采用有一定弹性的法律用语(或称“不确定法律概念”)^③如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第16、17条采用的“情节特别轻微”、“主动承认错误”、“及时改正”、“有较严重后果”等语。行政机关适用这些弹性法律用语,有自行判断、自定标准和自行解释的一定自由。

① 《科克判例汇编》1598年版,第5卷,第99页。

② 翁岳生:《行政法与现代法治国家》第9版,第40页。

③ 翁岳生:《论‘不确定法律概念’与行政裁量之关系》,《台湾社会科学论丛》第17辑。

对行政自由裁量权的几点评说

行政自由裁量权是现代社会经济必然发展的产物。在早期资本主义时代,政府管的事较少,且职能也较为简单,具有稳定性和可预见性的特点,从而议会能以法律对之予以详细、明确、具体的规范。行政机关必须严格按照议会法的规定行使职权。而现代,政府要管的事越来越多,且其管理无一不涉及专门知识和专门技术。对此议会再没有可能对之都以法律予以详细、明确、具体的规范,而只能对之作出一般原则性的规定,具体管理范围、形式、方法等都不能不留给行政机关去自由裁量。

行政自由裁量权是管理现代社会经济的必需。行政自由裁量权日益扩大的事实引起了许多政治学家和法学家的忧虑,认为它对公民权利和自由的威胁,是对“法治”和宪政的威胁,主张要对之加以严格限制,回到消极、机械的法治主义时代去^①,这种主张自然是不现实的。这种主张所基于的对行政自由裁量权的认识和价值判断也是不全面或不正确的。行政自由裁量权决非只能为恶,不能为善。行政自由裁量权在正确运用的条件下,不仅不会给公民带来祸患,而且能为公民创造福祉。因为任何一部法律法规,无论它如何严密、周详,都不可能规范当时相应社会生活的一切方面,更不能规范其未来将要发生的变化。行政机关在执法中,如果没有任何自由裁量权,只能刻板地、机械地加以执行,那反而会导致很多不合理、不公平的现象,违反法律法规的初衷。

没有控制的行政自由裁量权是对公民权利和自由的严重威胁。行政自由裁量权对于现代行政管理是必需的,不可缺少的。但是如果对它不加控制,任凭行政机关随心所欲地行使,它就会构成对公民权利和自由的严重威胁或造成对国家、社会利益的严重损害。因为权力不加控制必然被滥用。法定权力被滥用构成明显违法,滥用者滥用时多少还会有所顾忌。自由裁量权滥用构成的违法往往是隐蔽的,不易为人们所识破,如果对之没有一定的控制,滥用者将会无所顾忌地滥用权力。

滥用自由裁量权的表现形式是各种各样的,主要有:

考虑不相关因素。行政机关及其工作人员行使法律法规赋予的自由裁量权,本应基于法律法规授权的目的,选择最适当的行为方式,以达到最佳的管理效果。但某些行政机关及其工作人员作出实施某种行为的决定和选择某种行为方式是为了给个人或本单位带来某种经济利益或某种好处,或者是为了挟嫌报复,打击与已有隙的人,或者是为了表现其才能、政绩,以邀功请赏,或者是为了满足自己的一时兴趣、欲望,等等。总之,是基于与立法目的无关的考虑。

不考虑相关因素。法律法规赋予行政机关自由裁量权,其目的在于使行政机关在作决定时能根据政策、形势、任务和相对人及相应事项的具体情况,选择最适当的行为方案。但某些行政机关及其工作人员在作决定时,对各种有关情况全然不加考虑,凭“想当然”办事,主观臆断,将自由裁量变成了胡乱裁量,变成了主观武断。

对弹性法律用语任意作扩大或缩小解释。法律法规采用弹性法律用语,意味着授予行政机关一定的解释自由。但行政机关解释弹性法律用语,必须根据法律法规的目的,整个法律法规的内容以及社会公认的基本规则。如果行政机关离开这一切标准,甚至不顾人们的一般常识,对弹性法律用语任意作扩大或缩小解释,法律法规就会变成握于行政机关之手的一种捉摸不

^① 关于消极、机械的法治主义,参见林纪东著《行政法新论》第27版,第41-42页。

定的东西。法将不法,被管理者就会无所适从,管理者就可为所欲为。

在法定范围、幅度内作显失公正的选择。行政机关行使职权,在法定范围、幅度内自由选择行为的适当方式和度,是自由裁量权的题中应有之义。但行政机关在作选择时,如果抱有私心或偏见,违反社会基本公正原则,则为滥用自由裁量权的表现。例如,行政机关对相对人科处行政处罚畸轻畸重。

反复无常。法律法规授权行政机关实施某种行政行为,有时会同时赋予行政机关在一定条件下变更或撤销相应行为的自由裁量权。即使法律法规没有明确的规定,根据行政法理,行政机关因一定条件的变化也可自行改变或撤销自己原已作出的行政行为。但是这种改变应有正当的理由,并遵循适当的程序。否则,即构成“反复无常”,属于对自由裁量权的滥用。

故意拖延。法律法规对行政机关办理某一事项,通常规定一定时限,如半月、一月、半年、一年等。在这个时限内,行政机关在何时办理某事有自由裁量权。但在某种特定情况下,由于某种特殊原因,相对人的某种事项必须紧急处理,否则将给相对人或国家、社会利益造成不可弥补的损失。在这种情况下,如果行政机关故意拖延,一定要等到时限届满之日或等到某种损失已经发生或不可避免之时再办理,即是对自由裁量权的滥用。另外,对于行政机关办理的某些事项,法律法规有时没有(或不可能)规定任何时限,何时办理完全由行政机关自由裁量。在这种情况下,行政机关的裁量也应根据相应事项的轻重缓急程度和各种有关因素,依序办理。如果行政机关故意将某些应紧急处理的事项压后处理,应及时办理的事项故意拖延,同样构成滥用自由裁量权。

行政自由裁量权的法律控制

二战以后,世界许多国家的行政法学者都在关注行政自由裁量权问题,都在探讨建立控制行政自由裁量权的法律机制问题,并已取得了显著的成果。根据一些国家的经验,对行政自由裁量权的法律控制主要集中在行政程序和司法审查两个方面。

程序控制。法律法规通常在实体问题上授予行政机关以自由裁量权,但在程序上却对其自由裁量权的行使严加控制。早先,程序控制通常是由授予行政机关自由裁量权的授权法同时规定的,即授权法一方面授予行政机关处理相应问题的自由裁量权力,另一方面规定行政机关处理相应问题必须遵循的程序。以后一些国家在继续以授权法规定程序控制的同时,开始制定专门的行政程序法,对行政自由裁量权实行总的控制。行政程序法对自由裁量权的控制主要有下述制度:

1. 听证制度。行政机关行使自由裁量权,凡是涉及相对人权益的,事前通常要举行听证,听取相对人的意见,考虑相对人提出的有关证据、材料,然后再作出决定和实施相应行为。有些事项特别紧急,事前不能举行听证,事后要允许相对人提出异议或向上级机关进行申诉。对于相对人提出的异议和申诉,行政机关要进行审查和予以答复。

2. 告知制度。行政机关行使自由裁量权,作出涉及相对人权益的决定,必须以书面形式(个别特殊情况下可以口头形式)通知相对人,并告知其决定的理由和根据(需要保密的除外)以及对决定不服表明异议和提出申诉的权利。

3. 职能分离制度。行政机关对相对人实施行政处罚,行使调查和控告职能的人员、机构与行使作出处罚决定职能的人员、机构通常应分离,行使处罚职能的人员、机构,要保持与行使调查、控告职能的人员、机构的相对独立性,事前不能相互协商和交换意见。

4. 不单方接触制度。行政机关处理两个以上相对人具有互相排斥利益的事项(如两个相对人申请某种只能由其中一人取得的许可证),或裁决某种法律、法规规定由行政机关裁决的民事争议(如商标、专利、著作权争议等),行政机关在作出决定或裁决前不能在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人单独接触,听取其陈述,接受其证据材料等。

控制行政自由裁量权行使的行政程序制度是多种多样的。可以认为,规定行政行为行使的方式、过程、步骤、形式、时限的所有法律规范,无论是单行法律法规规定的,还是独立的行政程序法典规定的,对于制约行政自由裁量权行使都具有或大或小、或多或少的作用,都应该视为防止行政自由裁量权滥用的法律机制的组成要素。

司法控制。战后许多国家的经验表明,对行政自由裁量权的司法控制是最有力和最有效的控制。但是,确立这一控制有着许多困难。首先,行政自由裁量权是法律法规赋予行政机关运用其专门知识、技术、经验,依据形势、任务和个案的具体情况机动灵活处理特定问题的权力。法院对此种权力能否加以干预?如加以干预,是否有司法权侵越或篡夺行政权之嫌?其次,法院如果能够对行政自由裁量权加以司法控制,其能控制到什么程度?过“度”会导致法院代替行政机关行使行政权,不够“度”又不能达到有效控制的目的。再次,法院如果能够控制行政自由裁量权,怎样进行控制?法院怎样审查行政机关行使自由裁量权的行为?审查从何入手?

1. 司法审查的可行性。法院对行政自由裁量行为审查是法院执行维护和保障法治神圣使命的要求。法治首先要求行政机关依法办事,而行政自由裁量权的行使在很多情况下可能脱离法的轨道,背离法治。行政自由裁量权的不当行使引出的不只是合理性问题,在很多情况下引出的是法律问题。例如,行政自由裁量超出法定界限,超出法定范围,行政机关行使了法律法规未授予的权限;行政自由裁量违反法定的条件,行政机关行使自由裁量权未遵守法律法规规定的时间、地点、对象、方式、程序等;行政自由裁量违反法定目的,行政机关利用自由裁量去实现其个人私利或打击报复等;行政自由裁量违反法律法规的基本精神、原则,行政机关对法律法规的错误理解或其他原因,错误地解释法律法规中使用的弹性法律用语,导致适用法律法规错误等。所有这些问题,都不是行政裁量的适当性问题,而是合法性问题,法院对之加以干预是其使命和职能内所应为之事,而非是对行政权的侵越、篡夺。

2. 司法审查的程度。法院对行政自由裁量行为审查的“度”依审查的问题属合法性问题还是属合理性问题而有所不同。法院审查行政自由裁量的合法性问题,其度可强。例如,法院审查自由裁量行为是否超越法律法规授予的裁量权限,是否符合法律法规规定的条件,其审查如同审查法定行为一样,法院完全可以撤销行政机关违法的自由裁量行为。但法院审查行政自由裁量行为的合理性问题,其度则有限。对于行政裁量行为,法院即使认为不适当、不合理,通常也不能自行加以改变或撤销。但是行政自由裁量行为的不合理如果属于下述两种情况,法院则应加以干预:(1)有证据证明、行政机关实施行政裁量行为是出于非法的目的;(2)有证据证明,行政机关实施的自由裁量行为是出于主观武断,或有严重过失。对于这些行为,法院可以依法予以撤销或改变(我国变更判决仅适用于行政处罚显失公正的情况)。

对行政自由裁量行为司法审查的“度”,是一个较难把握的问题。我国司法实践中往往发生“过”与“不及”的偏向。“不及”者,往往源于对行政自由裁量行为进行司法审查的可行性认识不足;“过”者,则往往源于对我国行政诉讼法确定的合法性审查原则认识不足。

3. 司法审查的部位。即法院具体应对行政自由裁量行为的哪些方面进行审查。根据国外的经验和我国的实践,法院审查行政自由裁量行为,通常应审查相应行为的四个方面:行为根

据、行为目的、行为内容、行为程序。

(1)行为根据审查。法院审查自由裁量行为的根据是指审查行为的法律根据。即自由裁量权的权源。审查法律根据首先要审查行政机关实施的自由裁量行为是否有法律、法规的授权,没有法律法规授权的自由裁量行为自然是无效的。其次,要审查行为是否超越法律法规授予的自由裁量权范围。如前所述,自由裁量权不是无限制的自由权力。法律法规授予行政机关自由裁量权,通常要为之设立一定的范围(包括时间、地域、事项等的范围)和界限(权力的限度)。行政机关超越法律法规规定的范围和界限行使自由裁量权,如同其行为没有授权一样,是无效的。

(2)行为目的审查。法律法规授予行政机关一定的自由裁量权,是为了使行政机关能更好地履行其相应管理职能,完成其相应管理任务。行政机关行使其自由裁量权,如果不是为了实现法律法规授权的目的,其行为参与了个人的非法动机,即构成滥用自由裁量权,法院审查行政机关实施自由裁量行为的目的,应严格依据授予行政机关自由裁量权的法律法规的立法目的,以相应立法目的为行政裁量行为目的的参照系,审查行政裁量行为的目的是否偏离立法目的。当然,有些法律、法规的立法目的难以从法律条文中推导出,这就必须考查有关立法的资料,包括立法草案提案人对立法提案的说明,全国人大或全国人大常委会对相应立法草案的讨论、辩论的记录等,从所有有关相应立法的原始材料中发现立法机关的立法目的。

(3)行为内容审查。法院审查行政自由裁量行为的内容,首先要审查相应行为是否违反法定明示条件。法律法规授予行政机关自由裁量权,通常为之明确设定一定的条件,行政机关只有在法定条件具备时,才能行使法律法规授予的裁量权。例如,《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条规定了投机倒把行为的定义和11种表现形式,第9条规定了对相应行为的9种行政处罚形式。根据《条例》,工商行政机关对相对人适用9种处罚形式中的哪一种或哪几种有自由裁量权,但前提条件应是相对人实施了《条例》第3条规定的11种投机倒把行为中的一种或几种。不具备法定前提条件,工商行政机关对相对人无论适用何种处罚形式都是违法的,法院可以予以撤销。其次,法院要审查行政自由裁量行为是否违反法律法规暗示的条件。法律法规授予行政机关自由裁量权,有时未明确规定相应权力行使的条件,但根据一般法理或根据法律法规的整个规定,显然可以推导出某种条件,行政机关行使裁量权时不遵守此种条件亦构成违法,法院可以加以干预。例如,《中华人民共和国治安管理处罚条例》第5条规定公安机关对因民间纠纷引起的违反治安管理行为,情节轻微的,可以调解处理。这里法律仅规定了“情节轻微”一个明示条件,但我们根据一般法理,可以推导出调解还应有纠纷双方当事人同意调解这个条件(法律虽未规定,但根据法理,这是不言而喻的,因此我们可视此为法律暗示的条件),如果公安机关违反这一暗示条件,不顾双方或一方当事人的反对,硬行进行调解,其调解行为应认为是违法的,法院可确认其调解行为无效。再次,法院审查行政自由裁量行为的内容还应包括审查行政机关是否对法律弹性用语滥加解释。法律法规使用弹性法律用语,意味着赋予行政机关对该用语的解释上的一定自由裁量权,但行政机关解释弹性法律用语应有一定的标准,不得任意滥加解释。例如,法律法规中经常使用“情节轻微”、“情节特别轻微”、“情节严重”、“情节特别严重”、“有严重后果”、“有较严重后果”、“有特别严重后果”等不确定法律弹性用语。对此,行政机关在一定时期、一定地域范围内应有相对统一的解释。如果行政机关在同一时间、同一地域范围内适用不同的标准解释,即是滥用自由裁量权,法院自然应加以干预,认定其裁量行为无效。此外,法院审查自由裁量行为的内容还应审查行为是否符合社会的基本公正原则。如

行政机关在自由裁量时,背离社会普遍公认的一般公正标准,其行为显失公平,即使该行为未超出法定范围、幅度,法院也应加以干预,撤销或变更相应行为。

(4)行为程序审查。程序审查是对行政自由裁量行为司法审查的重要环节。法律法规授权行政机关就相应事项处理作实体上的自由裁量时,通常要求其裁量遵守一定的程序。此种程序或是由专门程序法典规定,或是由某种单行法律法规规定,或者是由行政惯例确立。行政机关行使自由裁量行为必须遵守相应的程序,如果违反法定程序或重要行政惯例,该裁量行为即不具有法律效力。当然,法律法规规定的行政程序有时不是命令性的,而仅仅是指导性的(法律法规对这种程序的规定往往使用“可”、“认为适当时”、“如认为必要”等)行政机关未遵循此种指导性程序不一定导致行为无效。只有根据相应行政行为的性质、内容或行为当时当地的情况,行政机关实施相应裁量行为理应采用此种指导性程序而故意不采用,导致行为明显不合理时,法院才应加以干预,确认相应行为无效,或撤销相应行为,责令行政机关重新作出行政行为。

(作者单位:北京大学法律系)

责任编辑:刘翠霞