

行政自由裁量权及其法律控制

张明杰

行政自由裁量权是现代行政法的一个核心内容。现代行政法正是在行政自由裁量权不断扩大与对行政自由裁量权的控制不断加强这样一个过程中得到发展的。

一、对行政自由裁量权的确认

行政自由裁量权是现代行政法的一个基本概念,是现代行政法发展的成果。在奴隶制或封建制国家中,统治者享有的任意决定权,不是现代意义上的行政自由裁量权,而是一种专制权。现代意义的行政自由裁量权概念,在十九世纪末至二十世纪初才得以确立,促使这一概念得以确认的因素主要有三个:

一是法治思想的变化。十八世纪末至十九世纪初,在反对君主专制的斗争中,资产阶级提出了个人主义和自由主义的口号,为防止政府滥用统治权侵犯个人自由、干预企业的自由竞争,采用了“机械法治主义”的思想。机械法治主义要求法律规定应具体详尽,主张政府应严格依法行政,不承认政府的自由裁量权。到十九世纪末二十世纪初,以个人为本位的权利观念有所修正,国家由消极地维持社会秩序,转变为积极地促进社会福利发展,国家越来越多地干预社会生活,行政权力随之扩张,“机械法治主义”已成为限制行政职能发挥的障碍。在这种情况下,“机动法治主义”取代了“机械法治主义”。“机动法治主义”认为适用法律最重要的是实现法律精神,而不是机械地适用条文,在符合法律授权的范围内,行政机关灵活地行使被授予的权力,更有利于实现法律的目的,从而确认了行政自由裁量权存在的必要性,行政机关在法律规定的范围内,可以依法律的精神和原则进行自由裁量。

二是经济的发展。随着现代工业的发展,分工合作显得日益重要,政府组织和调整经济生活的功能不断加强,行政事务增多,政府需要灵活地行使行政权力以便对纷纭复杂的社会问题作出迅速的反应。但是,国家的法律是抽象的、静态的行为规则,行政机关将这些抽象的法律适用于具体的管理对象时,必须有一定的自由选择、判断的余地,有一定的自由裁量权,才能提高行政效率,适应经济的发展。

三是技术因素。行政的发展是权力因素和技术因素有机结合的动态过程。行政法的内容含有较强的技术性,而技术性较强的法律又不宜定得过细,这样就需要既具有专门知识又具有一定自由裁量权的行政管理人员去处理具体的技术性事务。因而专家治国曾一度成为时髦的

口号。专家治国的传统在美国新政时期发展到了顶点,甚至自由裁量权与专家评断成了同义语。^[1]行政自由裁量权不再被视为与法治观念相抵触,相反,由于行政自由裁量权能够最大限度地实现立法的意图,调动人的积极性,更好地发挥政府的调整作用。因此,行政自由裁量权成为实现公正的社会秩序不可缺少的手段。

二、行政自由裁量权的概念和分类

行政自由裁量权是法律授予的在某种情况下依据自己的判断力和道德心,而不是依据他人的判断力或道德心而作出公务行为的权力。^[2]

行政自由裁量权是相对于羁束裁量权而言的。自由裁量权和羁束裁量权的区别并不十分严格。因此确认行政自由裁量权的标准也就成为行政自由裁量权理论的一个重要内容。关于判定自由裁量行为的标准,日本学者提出了两种代表性学说,第一种是“要件裁量说”,以公益概念作为行为要件,并以此为根据确定自由裁量权的范围;第二种是“效果裁量说”,认为限制国民权利与自由的权力是羁束裁量权,赋予国民以新的权利与自由的权力是自由裁量权。目前在各国行政法理论中影响较大的有两个标准:

1. 以法律授权的形式为标准。法律、法规授予行政机关自由裁量权和羁束裁量权的形式是不同的。对羁束裁量权的规定比较具体、详细,没有选择的余地,而对自由裁量权规定得比较抽象概括。

2. 以行政行为成立的要件为标准。一个依法采取的行政行为成立的要件是:(1)事实要件;(2)行政行为的程序;(3)行政行为的结果。如果法律、法规对这三个要件都有明确规定,那么行政机关就没有自由裁量的余地;如果法律、法规对上述某些要件是以不确定的方式规定的,那么行政机关就有自由裁量权。

行政自由裁量权可以表现为各种形式,而不同的行政机关又享有不同的自由裁量权,因此可以从不同的角度对行政自由裁量权进行分类。以行政自由裁量权表现的形式不同,可以分为两类^[3]:1. 制定准立法性政策的行政自由裁量权;2. 如何将一般的政策适用于具体情况的行政自由裁量权。前者表现为抽象的行政自由裁量权,后者表现为具体的行政自由裁量权。

国内的学术著作中,有一种观点,简单地将行政自由裁量行为理解为具体的行政自由裁量行为,而将抽象的行政自由裁量行为排除于自由裁量行为之外。而实际上行政自由裁量行为,不仅是指具体的行政自由裁量行为,同时也包括抽象的行政自由裁量行为。对此,我们可以从两个方面来分析:首先从逻辑关系上看。自由裁量行为和羁束裁量行为是以行政行为受法律拘束程度的不同而作的划分,具体行为和抽象行为是以行政行为表现的方式不同而作的划分。自由裁量行为与具体行政行为 and 抽象行政行为都是相交的关系,所以不能将抽象行政行为排除于自由裁量行为之外。其次,从行政自由裁量权的概念来看也没有排除抽象的行政行为。抽象行政行为主要是行政立法行为,是在法律授权的前提下将法律进一步具体化,在这个过程中,行政机关将以什么方式、在什么时间、以何种程序行使被授予的权力是有一定的自由裁量权的。

[1] Martin Shapiro,《Administrative Discretion: The Next Stage》, The Yale Law Journal, Vol92:1487, 1983.

[2] Black's Law Dictionary, P. 419, West Publishing Co. 1979.

[3] Gary C. Bryner: Bureaucratic Discretion, Law and Policy in Federal Regulatory Agencies, P. 6.

以行政行为成立的要件来划分,可以分为以下几类行政自由裁量权:

1. 在事实要件不确定的情况下,行政机关有是否作出一定行政行为的自由裁量权。如《中华人民共和国消防条例》第21条规定,火场总指挥在一定条件下有权拆除毗连火场的建筑物、构筑物。
2. 在行政行为程序不确定的情况下,行政机关有选择行政程序方面的自由裁量权。如选择期限的自由裁量权。
3. 在行政行为的结果不确定的情况下,行政机关有选择行为种类和幅度的自由裁量权。

三、对行政自由裁量权控制的依据

行政自由裁量权的滥用,对行政法治是一个极大的威胁。无限制的行政自由裁量权是残酷的统治,它比其他人为的统治手段对自由更具破坏性。

现代行政权力的扩张和行政自由裁量权的急剧增加,使许多人感到惊恐。那么应如何看待自由裁量权的增加呢?随着社会经济文化生活的不断发展,人类生存空间的拓展,社会生活内容的日益丰富,国家的行政管理职能在相当长的时间内是会绝对增加的,作为行政权核心内容的自由裁量权也是绝对扩大的。自由裁量权的存在是否破坏了法治,不是看其量的多少,而要看对其进行控制的机制是否完善。

对自由裁量权控制的依据主要有三个:

第一,行政自由裁量权易于被滥用。行政自由裁量权也具有行政权的一般特征,即国家意志性、法律性、强制性和主动性。除此之外,还具有其本身的特点。首先,行政自由裁量权数量多、范围广、情况复杂。它既涉及相对人的人身权,也涉及财产权;行政机关既可以作出抽象的自由裁量行为,也可以作出具体的自由裁量行为。自由裁量权存在于行政活动的一切领域,可以说有行政活动的地方就有自由裁量行为。其次,自由裁量权具有很大的灵活性。灵活性是自由裁量权的一个最为显著的特征。从权力本身的性质来看,任何一项权力都具有腐蚀性,总是趋于滥用。而自由裁量权的灵活性又决定了它更易于被滥用。

第二,行政自由裁量权不是不受限制的权力。在法治社会中,一切权力都要受到法律的限制。行政自由裁量权是一种被授予的权力,它要受到授权法的限制。自由裁量权只是在一定范围内的选择行为的权力,超出了法律的限定就是滥用。

第三,行政法的主旨。行政法的存在是以国家的行政权力与职责、行政管理相对人的权利和义务的相互作用为前提。行政法的主旨应该是保障行政管理相对人的权利,虽然从行政法的内容看,行政法大部分是规定行政机关的职能、行政行为程序等内容的行政主体规则,但从其实质看,行政效率的提高,管理职能的实现,最终还是要创造良好的社会秩序,使行政管理相对人的权利得以实现。因此,绝不能以牺牲公民的权利保障为代价换取行政效率的提高。对自由裁量权控制的实质就是在不影响行政效率的前提下,最大限度地保障行政相对人的权利。英国法院在对自由裁量权进行司法审查时,正是遵循了这一原则,他们力图在行政效率和公民的法律保护之间作出最佳平衡。

四、行政自由裁量权的控制原则

对行政自由裁量权的控制应该是积极的控制而不是消极的控制。限制行政自由裁量权的目的是不是完全剥夺或取消自由裁量权,而是要使行政机关合法、合理地行使自由裁量权。因此,

控制自由裁量权的原则应包括两个:一个是合法性原则,另一个是合理性原则。

行政自由裁量权具有双重的性质,首先它是一种行政权,任何一种行政权力都必须受到合法性原则的限制,所以自由裁量权也必须受到合法性原则的限制。其次,作为一种有自由裁量余地的行政权力,又要受到合理性原则的限制。只有从这两个方面入手,才能建立有效的控制机制。合法性原则的功能在于控制超越自由裁量权的行为。超越自由裁量权的行为通常表现为两种方式。一是根据授权法是明显无权实施的行为,如作出在授权法的范围内绝不会期待的行为;二是未行使自由裁量权。

合理性原则是控制自由裁量行为的主要原则。合理性原则的功能在于控制滥用自由裁量权的行为。合理性原则是比较模糊的,德国行政法学者将其具体化为适当性原则、必要性原则和比例原则。适当性原则是指行政机关在执行法律时,只能使用适合实现该法目的的方法,必须根据客观的标准而不是按照行政机关的主观判断来决定某种措施的适当性。必要性原则又称为最温和方式原则,它要求行政机关在若干个适用于实现行政法律目的的方法中,选择那些对个人造成最小损害的措施,以及对社会造成最小损失的措施。比例原则要求应当平衡一种行政措施对个人造成的损害和社会获得利益之间的关系,禁止那些对个人的损害超过了对社会的利益的措施。在比例原则的控制下,行政机关必须在个人利益和社会公共利益之间作出明智的平衡,不得以公共利益为借口滥用自由裁量权。

五、自由裁量权司法审查的标准

行政自由裁量权的控制手段有很多种,主要有立法控制、行政控制和司法控制,而最主要的是司法控制即司法审查。

世界各国对滥用自由裁量权进行司法审查的标准不尽相同,总的看来主要有以下几个方面:

1. 不正当的目的。任何法律、法规在授予行政机关自由裁量权时都有其内在的目的。行政机关行使自由裁量权时,必须正确理解授权法的立法意图和精神实质。如果自由裁量行为违背了授权法的意图,就是不当的行为。与授权法的目的不符的不当行政行为主要有两种情况:一种是以机关自身或者个人利益取代法定的公共利益,如行政机关出于财政动机加收过往车辆的某些费用;另一种是虽然符合公共利益的目的,但违反法定的特殊目的。从自由裁量行为的目的分析其适当性有一种情况是比较困难的,那就是双重目的或多种目的的混合。行政机关容易以合法的目的为借口,掩盖不适当的目的。对于这种情况判定其行为的适当性是比较困难的,必须对自由裁量行为的全过程进行细致的调查和分析。

2. 不相关的考虑或没有充分考虑相关因素。行政机关在行使自由裁量权时,必须考虑一切应当考虑的因素,如果没有充分考虑相关因素而考虑了不相关的因素就是滥用自由裁量权。

3. 任意的迟延或不作为。任意的迟延或不作为可能给当事人带来巨大的损害,违背了授权法的目的,是超越自由裁量权的行为,法院应强制行政机关履行非法拒绝履行或不当迟延的行政行为。

4. 有明显的公正或不一致。行政机关在行使自由裁量权时,应根据具体情况作出判断,作出适当的行为,不得带有偏见。对同等情况,必须同等对待,不同情况不能同等对待,更不能反复无常。不得有明显的公正,不能畸轻畸重。

5. 行政机关应受它自己制定的法规约束。行政机关制定的法规、规章是具有法律效力的,

它对行政机关本身也具有拘束力,行政机关不能违背自己的规章。

6. 要有充分、客观的根据。行政机关在行使自由裁量权时,必须有充分、客观的事实根据和法律根据。

六、关于我国行政自由裁量权的控制问题

目前,我国正处于由计划经济体制向市场经济体制过渡的过程之中,因此,研究我国的行政自由裁量权问题,必须充分考虑历史背景,只有这样才能建立起适于我国具体情况的行政自由裁量权的控制机制。

当前我国行政自由裁量权问题的一个最大的特点就是授权过滥与授权不足同时存在。过去在计划经济体制下,行政权力异常强化,授予行政机关的自由裁量权过滥。在转轨时期,经过一系列的改革,虽然在某种程度上限制了某些自由裁量权,但还很难做到真正有效的控制。同样也是由于计划经济体制的影响,地方政府或具体行政机关又相对地存在授权不足,不能灵活地运用行政自由裁量权处理行政管理事务。在改革开放的过程中,为了市场经济的发展,必须适当调整行政管理的方式,但是由于没有有效的控制机制,有的法律授权过宽,甚至出现无限制授权,而有些行政机关亟需的行政自由裁量权却没有被充分授予。例如,现在的滥处罚问题在一定程度上是授权过滥造成的,但是很多基层执法部门却没有必要的、充分的处罚权。建立我国的自由裁量权的控制机制必须从这一点入手,该限制的就要限制,该授予的就要充分授予。

根据我国的情况,应从以下几个方面加强对行政自由裁量权的控制。

1. 加强立法控制。行政自由裁量权是在法定范围内的裁量权,是通过立法授予行政机关的。所以控制自由裁量权,首先必须加强立法控制。加强立法控制包括两方面的内容:一是通过实体法规范控制自由裁量权。对某些需要授予的自由裁量权要通过立法及时授予,将应由法律调整的比较稳定的社会关系及时纳入法律调整的范围。对已明显不适合实际发展的自由裁量权也应通过修改法律,给予严格的限制或取消。在立法上要对自由裁量权的范围、幅度等作科学的规定,增加可操作性。应加强各部门、各地区、不同层次法律规范之间的协调。二是要从程序上控制自由裁量权。加强行政程序立法就能够从方式、期限和步骤等方面对自由裁量权加以控制,同时也使自由裁量权的行使有章可循。我国的行政程序立法还很薄弱,还没有行政处罚程序法等重要的行政程序法,这也是造成滥用自由裁量权的一个重要原因。

2. 加强国家权力机关控制。权力机关对自由裁量权的监督分为两类:一类是对抽象的自由裁量行为的监督。我国宪法第67条规定,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;县以上地方各级人大常委会有权撤销本级人民政府不适当的决定和命令。另一类是对具体的自由裁量行为的监督。各级国家权力机关有权监督各级人民政府的工作,当然包括对具体自由裁量行为的合理性的监督。权力机关对具体自由裁量行为的监督,一般是采用指导和建议的方式,它不能代替行政机关作出具体的决定。目前权力机关对行政机关的监督已经发挥了一定的作用,但是基层权力机关对政府合理行政的监督作用尚未充分发挥,还必须进一步加强地方政权建设,提高权力机关的威信,宣传权力机关对政府合理行政进行监督的意义,充分发挥国家权力机关对行政机关的监督作用。

3. 加强司法控制。我国行政诉讼法的颁布为行政自由裁量权的司法控制提供了法律依据,但是行政自由裁量权受司法审查的范围仍很有限。行政诉讼法只是在第54条规定行政处罚显

失公正,可以判决变更。我国行政诉讼法只审查具体行政行为不审查抽象行政行为,而抽象行政行为的对象又是不特定的,因此抽象的行政自由裁量权一旦被滥用,涉及的面更广,给当事人造成的损失可能更严重。目前采取的仅依靠权力机关和行政机关对抽象行政自由裁量行为进行监督的方式,不能有效地控制抽象自由裁量权的滥用。应将抽象自由裁量行为纳入行政诉讼的范围,同时扩大对其他滥用自由裁量权行为进行审查的范围。

4. 加强行政机关的内部监督。由于行政机关对行政工作的程序、内容比较熟悉,易于判定自由裁量权适当与否,而且行政机关的内部监督程序比较简便,有利于及时纠正滥用自由裁量权的行为,所以应加强行政机关内部的监督。行政机关内部监督可以分为三种:(1)一般监督。一般监督是按照行政隶属关系进行的监督。上级行政机关作为下级行政机关的领导机关有权监督下级行政机关适当地行使自由裁量权,对下级行政机关的不适当的行政行为有权改变或撤销。(2)行政复议机关的监督。行政复议机关依法对具体行政行为的合法性和合理性进行审查。复议机关对监督自由裁量权的合理使用有着不可替代的作用。复议机关不审查抽象行政行为的适当性,但在审查具体行政行为时,发现具体行政行为所依据的规章或具有普遍约束力的决定、命令与法律、法规相抵触的,在职权范围内依法予以撤销或改变。复议机关无权处理的,向其上级机关报告,由上级机关处理。因而行政复议对控制抽象自由裁量行为也有一定的作用。(3)监察机关的监督。监察机关的监督主要是对违反政纪、滥用自由裁量权的有关责任人员给予行政处分,对不当的行政行为向有关主管机关提出撤销或改变的建議。

上述各种监督机制,其方式和作用是不同的,仅靠某一种监督形式是不行的,必须从多个侧面多个角度加强对行政自由裁量权的监督。

责任编辑:林 炎

责任校对:默 予