

论行政行为说明理由

章剑生*

一、行政行为说明理由界说

行政行为说明理由是指行政主体在作出对行政相对人合法权益产生不利影响的行政行为时,除法律有特别规定外,必须向行政相对人说明其作出该行政行为的事实因素、法律依据以及进行自由裁量时所考虑的政策、公益等因素。

行政行为说明理由就内容而言,可以分为合法性理由和正当性理由。前者用于说明行政行为合法性的依据,如事实材料、法律规范;后者用于说明行政机关正当行使自由裁量权的依据,如政策形势、公共利益、惯例公理等。

行政主体在作出对行政相对人合法权益不利影响的行政行为时是否必须说明理由,在行政法的发展史上,它表现为一个从不说明理由向说明理由发展的渐进过程。如在英国普通法上,行政主体并没有对其所作出的行政行为承担说明理由的义务,当事人也不具有法律上的强制手段要求行政主体说明作出行政行为的理由。^{〔1〕}法国尽管存在着若干例外的情况,但传统的行政习惯也并不要求行政主体对作出的行政行为说明理由。^{〔2〕}产生这种现象的原因可能与当时的民主政治制度不尽成熟有关。

在君主专制的年代里,法律并不承认个人独立的权益,国家如何行使权力不必向个人展示理由。社会结构将绝大多数人定位在服从权力的角色上,并通过各种说教使他们意识到自己处于这种社会角色是尽服从管理的义务,是一种天经地义的无奈。他们不能要求国家展示权力运作的依据,是“因为这些服从他人指令的人们承担了其角色所应该履行的义务。”^{〔3〕}在民主政治制度创建之后的相当一段时期内,尽管“为获得人类基本自由或公民自由权而进行的斗争是仅次于民族独立斗争的重大事件,”^{〔4〕}但是,公民权的范围基本上限于保障“生命、自由和追求幸福”。^{〔5〕}这种公民权的消极性与自由资本主义时期的政府职能相吻合。二次世界大战后,随着民主参与权理论的日趋发达,公民自由权中的积极性得到了迅猛发展、释放。公民

* 杭州大学法学院副教授。

〔1〕 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第164页。

〔2〕 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第157页。

〔3〕 [美]安东尼·奥罗姆:《政治社会学》,张华青、孙嘉明等译,上海人民出版社1989年版,第111页。

〔4〕 上海社会科学院法学研究所编译:《宪法》,知识出版社1982年版,第286页。

〔5〕 参见美国1776年的《独立宣言》。

权开始由消极向积极发展,公民通过行使这些权利,主动介入国家权力的运作过程,以便更加有效地监督政府合法行使权力。知情权在法律上的确立就是积极的公民自由权内容之一。最早确立公民知情权的宪法是1949年联邦德国的基本法。^[6]然而,美国知情权(the right to know)的法理与实践,在世界范围内引起了相当大的影响,并成为其他国家相关立法的典范。知情权的基本内容是指公民有权获得与国家机关行使权力相关的资料、信息。知情权理论和实践的发展不仅促使许多国家纷纷进行知情权的立法,同时也促使不少国家在司法审查中改变了对行政机关就行政行为向行政相对人不说明理由的态度。

在英国,说明决定的理由过去从未成为自然正义原则中的当然内容,甚至在法院司法审查中似乎也不存在这样的规则,也并不认为给行政机关确立这样的规则是合适的。但后来人们发现,“没有哪一个单独的因素比公共机构不负说明决定理由的义务更为严重地阻碍过英国行政法的发展了。”^[7]因此,在法律有明确规定的情况下,行政机关对作出的行政行为不说明理由,就构成法院撤销行政行为的理由之一。法院也可能根据情况认为行政机关不说明理由是因为它没有理由,因而撤销行政机关的决定。^[8]美国1946年《联邦行政程序法》第557条规定:所有行政裁决都应当包括“根据案卷中所记载的所有实质性的事实问题、法律问题、自由裁量权等问题所作的裁定和结论及其理由或根据。”这是美国成文法上要求行政机关对行政行为说明理由的法律依据。美国联邦法院的判例则更进一步认为:“行政机关必须说明裁决理由……这是行政法的基本原则。”^[9]因此,美国行政程序法是相当重视行政行为说明理由的。^[10]法国基于改善行政机关和公民之间的关系,在1979年7月11日公布了《行政行为说明理由和改善行政机关和公民关系法》,该法律规定了这两种情形下行政决定必须说明理由:第一,对当事人不利的具体行政处理;第二,对一般原则作出例外规定的具体决定。^[11]日本现代行政法理上要求行政机关对行政行为说明理由是明确的,除非有法律规定,行政行为才可以不说明理由。^[12]日本1962年《行政不服审查法》第41条规定:“裁决应以书面作出,并附具理由,由审查厅签名盖章。”类似成文法的规定在日本行政法中还有不少。

我国行政法理上对行政行为说明理由问题论述不多,因而对行政执法影响甚微。如公安机关的治安管理处罚裁决书中,只有记载裁决的不全面合法性理由,即简要事实和法条数,更缺乏裁决的正当性理由。在成文的立法中,尽管要求行政主体向行政相对人说明合法性理由的并不少,如行政处罚法第39条规定,行政处罚决定书中应当载明“违反法律、法规或者规章的事实和证据,”但没有要求行政机关记载行政处罚的正当性理由。这是一个欠缺的规定。

法理分析显示,行政行为说明理由具有如下法律特点:

[6] 联邦德国《基本法》第5条第1款规定:“人人有用口头、书面和绘画自由地表达和传播自己意见的权利,并有自由采访一般可允许报道的消息的权利。新闻出版、广播与电影报道的自由予以保护,不受检查。”这里虽然没有直接规定知情权,但其中已蕴涵着知情权的内容。

[7] [英]威廉·韦德:《行政法》,楚建译,中国大百科全书1997年版,第192页以下。

[8] 前引[1],王名扬书,第164页。

[9] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第391页。

[10] 美国1946年《联邦行政程序法》的其他条款也有行政行为说明理由的规定。如第553条规定:“机关有正当理由认为不必在生效前30天公布的规章,此理由应与规章一同公布。”第555条规定:“除非维持原否决定性裁决或否决的理由是不言而喻的,否则,在发出的通知中必须附上对否决议由的简要说明。”

[11] 前引[2],王名扬书,第157页。

[12] 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法出版社1995年版,第182页以下。

1. 附属性。行政行为说明理由的附属性是指,行政行为说明理由是附带在一个法律上已成立的行政行为之上,没有在法律上已成立的行政行为,也就不存在行政行为说明理由之必要性。行政主体作出的行政行为是否说明理由,不影响行政行为成立,但牵涉到行政行为是否有效。换言之,行政主体作出的行政行为,对一个只要求在法律上成立的行政行为,可以不说明理由,但要使该行政行为产生法律效力,它就必须说明理由,除非法律规定某种情况下行政主体可以对作出的行政行为不说明理由,如紧急情况下作出的行政行为。因此,行政行为说明理由不是行政行为的成立要件,而是行政行为的有效要件。

2. 论理性。行政行为说明理由的论理性是指,行政行为说明理由是行政主体就作出行政行为的依据所进行的一种主观法理上的论证、阐述,从而充分体现现代行政法治下行政行为以理服人之特点,以提高行政相对人对行政行为的可接受性程度。这一特征形成取决于如下两个客观因素:其一,现代社会中的法律大量使用“无固定内容的条款”,^[13]使法律规范日趋模糊,法律概念的不确定性程度普遍提高;其二,每一个案件事实之间的同一性几乎不存在。在这样的法制背景下,行政主体处理案件时法律适用的机械性就应当被法律适用的说理性所代替,即行政主体必须论证、阐述某一内容不确定的法律规范为什么能够适用到某一具体案件的理由,并将这种理由告诉行政相对人。行政行为说明理由的论理性可以排除或减少行政主体行使行政权的独断、专横、恣意。

3. 明确性。行政行为说明理由的明确性是指,行政主体就行政行为所作的说明理由在内容上必须是确定、清楚的,避免行政相对人对行政行为的理由在理解上产生歧义。在通常情况下,许多法律规范的内涵和外延是不确定的,行政主体依据该法律规范作出行政行为时,应当将这一模糊的法律规范向行政相对人阐释清楚,不能将一个模糊的法律规范指给行政相对人,由其自己捉摸、猜测。这是其一。其二,行政主体在对可定案证据的选择上,尤其是排除行政相对人提供的证据时,必须明确地说明排除的理由,既不能言而不及,也不能言之不清。行政行为说明理由的明确性是确保行政主体就行政行为所作的说明理由的质量,否定行政行为说明理由的形式意义。

4. 程序性。行政行为说明理由的程序性是指,行政主体在作出行政行为的同时,必须随附作出该行政行为的理由。这种程序性排除如下两种情形:其一,行政主体在作出行政行为之前告知行政相对人拟作决定的理由,是为了确保行政相对人行使听证权的有效性,是行政行为作出之前的告知理由,不是本文所指的行政行为说明理由。因为此时行政主体在法律上并没有作出行政行为,行政行为的理由也就没有存在的基础。其二,在不服行政行为时,行政相对人启动了行政或司法救济程序后,行政主体为证明被诉的行政行为合法性而提示的事实依据和法律依据,也不是行政行为说明理由,而是承担行政行为合法性的举证责任。因此,在行政程序上,行政主体就行政行为说明理由的时间是与作出行政行为同时进行,否则,任何事后说明理由都将构成行政行为的程序违法,除非法律有特别规定。行政行为说明理由的程序性要求保证行政相对人在接到一个不利的行政行为时,同时得到作出行政行为的理由。至于行政行为说明理由的形式,可以由法律作出具体规定。就行政主体而言,说明行政行为理由的根本目的在于说服行政相对人,减轻他的对抗情绪;就行政相对人而言,有助于他以同意的态度接受行政行为。如行政相对人不认同行政行为的理由时,可从中找出提起行政救济或者司法救

[13] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第184页。

济的理由。因此,不少国家行政程序立法都很重视这一特征,如日本《行政程序法纲要案》(1991)第25条规定:“行政厅在作出不利处分的场合,除因紧急而无暇出示理由外,对不利处分的接受者,须出示构成该不利处分根据的理由。但是,当因紧急未出示理由时,应在处分后一定期限内出示理由。”强调行政行为说明理由的程序性具有重要的法治意义,因为“在没有程序保障的情形下,说服极易变质为压服,同意也就成了曲意。”^[14]

二、行政行为说明理由的依据

是什么因素促使现代行政法上确立起行政行为说明理由这一法律制度?目前行政法学理论上语焉不详。^[15]我认为,确立行政行为说明理由制度的依据是:

(一)制约权力的要求

现代行政权的核心是行政自由裁量权。现代法治实践表明,对公民权利与自由危险最大的莫过于行政自由裁量权的滥用。于是,人们为了控制行政权并使其正当行使创设了多种法律制度。这种法律制度最初是通过宪法的分权原则来实现对行政权的制约,后来又建立了行政诉讼制度,通过司法审查控制行政权,但实践证明,这种事后控制行政权的法律制度成本很高,且效果也没有达到人们的预期目标。^[16]于是,人们发现,“通过健全规范行政自由裁量权的法律程序,在行政自由裁量权行使始初和过程中控制其行为结果趋于合理性,可能是一种比较有效的法律控制方法。”^[17]行政程序法因此在二次世界大战之后获得空前的发展,“新一代行政法学者对法院控制的作用,不如过去重视,而更多地注意总统和国会对行政的控制,以及行政公开和公众参与行政程序等民主方式。”^[18]行政法的重心从制定实体规则转移到了程序控制。制约行政权机制多元化局面逐步形成。

作为行政程序的核心,听证制度以一种全新的法律机制发挥着其控制行政权的功能,但是,听证制度也有其自身不可克服的局限性。听证制度尽管能够保证行政主体作出决定所需要的正反两方面的依据,但听证制度无法左右行政主体对这些依据的正当筛选。因此,要求行政主体在作出行政行为后,对支持行政行为的依据如何筛选的理由向行政相对人、社会展示。由此可见,行政行为说明理由不仅可以防止听证制度流于形式,而且也是确保行政权正当行使强有力的法律机制。从某种意义上说,行政行为说明理由是听证制度缺陷的一种补救机制,是制约行政权机制的新发展。

(二)行政合作的趋势

传统的行政权通过以“命令——服从”为内容的行政法律关系实现对社会秩序的控制,行政相对人作为这一行政法律关系的一方主体是被动承受着行政权的作用。20世纪后随着民主政治的日益发达,行政法律关系的内容开始发生变化。现代行政权的行使尽管仍然借助于

[14] 季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

[15] 台湾学者黄异教授认为,行政行为附理由的原因是:“(一)促使行政机关对于决定为全盘而详细的衡量。(二)使行政处分对象或涉及之第三人,能对主文的含意及范围有正确的了解。(三)使行政处分对象或涉及之第三人,得以检视行政处分是否适当或违法。”见其《行政法总论》(增订新版),台湾三民书局,第134页以下。

[16] 参见王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第66页。

[17] 章剑生:《行政程序法比较研究》,杭州大学出版社1997年版,第14页。

[18] 前引[16],王名扬书,第68页。

“命令——服从”的法律关系,但因行政程序的发达,导致这种法律关系的内容有别于传统行政权作用下产生的法律关系。“行政程序被视为形成人民客观权利、主观权利及义务之有效手段,其禁止将人民视为国家程序之客体,以维持宪法对人性尊严(Menschenwurde)之保障”^[19]行政程序要求行政主体在行使行政权时,尽可能减少与行政相对人的对抗,通过设置行政程序让行政相对人参与到行政权运用的过程中,并作为一个独立的权利主体获得行政主体的尊重,并建立起一个互相信任与合作的关系。“行政程序法之基本作用及要式性要求,在于藉行政程序民主化、透明化,使人民具有行政程序之主体性,并追求预防纷争及权利保护之平常性与事先性。行政决定附具理由,可防止行政之反民主及反法治,使行政得以自我审查,确保行政之合理及效率化,并达成满足权利保护及控制三大功能。”^[20]受此种行政法治思想影响,澳门《行政程序法》第7条确立了行政当局与私人合作的原则,“它反映了现代民主法治国家摒弃过去警察国家只重国家单方管治,不问民意的专制独断,趋向开放行政的发展方向。”^[21]由此我们可以发现,现代行政法中合作、民主的法律精神已逐渐在行政法律关系中生长,行政主体与行政相对人之间通过合作来实现行政权运用目的,成为新一代行政法的主题。而这种关系的建立基础则是行政主体与行政相对人之间的互相信任。行政主体在行政行为中附具理由,是促成、稳固这种合作关系的重要力量源。不少国家或地区的行政程序法对此作了明确的规定,便是一个具有相当说服力的例证。^[22]因此,要求行政主体就作出的行政行为向行政相对人说明理由,是符合现代行政法中行政合作发展的趋势。

(三)司法审查的基础

司法审查是事后监督行政主体依法行使行政权的一种法律制度。它以行政相对人起诉为前提,以行政行为成立为条件,通过司法审查权来确认行政行为的合法性。然而,法院如果不涉及行政主体作出行政行为的理由,则它无法判定受司法审查的行政行为是否具有合法性。因此,依法行政的基本原则要求行政主体必须有理由支持其所出的行政行为的合法性,并在行政行为成为行政诉讼客体时,将行政行为的理由展示给法院,接受司法权的审查。

行政行为的理由在司法审查中的基础功能体现在:其一,确认行政行为合法性的参照系。司法审查以确认行政行为合法性为目的,一个被诉的行政行为是否具有合法性,以行政行为本身的内容是不能自证其明的,只有将行政行为的内容与支持行政行为的理由加以印证、比照,才能发现行政行为内容上所存在的不合法性;离开行政行为的理由,司法审查就难以达到目的。其二,构造司法裁判理由的基础。法院对受理的任何一个行政争议,必须以一个具有充足

[19] 洪家殷:《行政程序之基本制度——以行政处分为中心》,海峡两岸行政程序法学术研讨会提交论文(1997,北京)。

[20] 罗传贤:《行政程序法基础理论》,台湾五南图书出版公司版,第19页以下。

[21] 朱林:《澳门行政程序法典——释义、比较与分析》,澳门基金会出版,第15页。

[22] 西班牙《行政程序法》(1958)第43条规定:“下列行为必须作记录并简要说明事实理由和法律依据:(1)限制主体权利的行为;(2)处理提出诉愿的行为;(3)与先前行为中所遵循的标准或咨询机构意见不一致的行为;(4)由法律规定的行为;(5)成为诉愿对象的行为的中止协议。”我国澳门地区《行政程序法》第106条规定:“除法律特别要求应说明理由之行政行为外,下列行政行为亦应说明理由:a)以任何方式全部或部分否认、消灭或损害权利或受法律保护之利益,又或课予或加重义务、负担或处罚之行政行为;b)就声明异议或上诉作出全部或部分决定之行政行为;c)作出与利害关系人所提出之要求或反对全部或部分相反之决定之行政行为;d)作出与意见书、报告或官方建议之内容全部或部分相反之决定之行政行为;e)在解决类似情况时,或在解释适用相同之原则或法律规定时,以有别于惯常采取之做法,作出全部或部分之决定之行政行为。f)全部或部分废止、变更或中止先前之行政行为。葡萄牙国宪法第268条第3款规定:“应依据法律规定方式,将行政行为通知利害关系人,如行政行为损害公民权利或受法律保护利益,亦应明示说明理由。”

理由的裁判结束行政诉讼程序。然而,司法裁判的理由不是空穴来风,而是直接建立在肯定或否定被诉的行政行为理由之上,如法院认为被诉的行政行为合法,则可将该行政行为的理由吸纳为自己作出维持判决的理由;如法院认为被诉的行政行为不合法,则可在否定该行政行为理由的基础上作出撤销等判决。其三,行政主体行使抗辩权的依据。作为被告的行政主体在行政诉讼中要在形式上成功地行使抗辩权,必须以作出被诉行政行为的理由为依据。尽管这种形式上的抗辩权最终是否成功要取决于法院对行政行为的理由审查后才能决定,但是行政主体的抗辩权如果没有任何依据的支撑,则形式上的成功抗辩也不可能实现。

这里特别需要指出的是,行政主体就行政行为说明理由并不是为了应付事后可能引发的司法审查,而应是基于诚信原则将行政行为的理由如实告诉行政相对人,以便行政相对人自觉履行行政行为为其设定的义务,减少对抗情绪,提高行政效能。

三、行政行为说明理由的内容及其规则

以上论证了行政主体作出行政行为时应当说明理由的依据。如果这一论证可以支撑这一命题成立的话,那么接下来的问题是,行政主体作出行政行为时应当说明哪些理由?即行政行为说明理由的内容范围。支撑一个行政行为的理由是多样的,这种理由多样性与行政效率性决定了行政行为说明理由应当是有范围的,并受一定规则之约束,行政主体不可能也没有必要将作出行政行为时所考虑的全部理由随附于行政行为之后。不少国家或地区也正是据此作了相应的规定。^[23]因此,我认为,行政行为说明理由的内容及其规则是:

(一)行政行为的合法性理由

用于支撑行政行为合法性的事实依据和法律依据,我们称之为行政行为的合法性理由。基于现代行政法中依法行政的基本原则,行政主体只有在获得了符合法律规定的事实依据和法律依据之后,才能作出行政行为。当这一行政行为对行政相对人的合法权益产生不利影响时,除法律有特别规定外,行政主体必须将这一行政行为的合法性理由告诉行政相对人,以接受行政相对人对这一行政行为合法性的评判。一个不附合合法性理由的行政行为,其内容可能是合法的,但形式却是专横的,不可接受的。基本人权的发达要求行政主体在行使行政权时,应尽可能做到对行政相对人的基本人权的尊重与保障,“因为给予决定的理由是一个正常人的正义感所要求的。”^[24]对基本人权的尊重与保障,可演绎出如下结论:行政主体依行政权实施的行政行为如对行政相对人的合法权益产生不利影响时,除法律有特别规定外,应当随附作出该行政行为的合法性理由。

1. 事实依据。事实依据不仅仅是指案件发生后在客观世界中留下的各种痕迹,而且还要要求这些痕迹应当是行政主体通过合法程序收集的证据可以证实。由此推定,这里的“事实依据”是法律事实依据,即被合法证据所证实了的客观事实。以行政程序规范行政权的价值目标并不仅仅是为了确保行政主体通过行政权发现案件事实真相,更重要的是防止行政权的不合法行使。因此,行政主体通过不合法的行政程序收集的证据,其内容即便可以反映案件的真实

[23] 如荷兰《基本行政法典》第4.1.4条规定:“决定应当根据适当的理由作出,可能的话,决定所依据的实体法规也应当被言明。在合理地推测出理由不需言明的情况下,理由不需被言明。”

[24] 前引[7],韦德书,第193页。

情况,也不能作为定案的证据,并依此作出对行政相对人合法权益产生不利影响的行政行为。如行政主体通过秘密录音有时可以发现案件的真实情况,但秘密录音是一种不合法的取证行为,这一证据就不能作为定案的依据。^[25]

事实依据对行政主体说明理由产生如下规则:(1)禁止主观臆断规则。禁止主观臆断规则是指,行政主体不得依主观臆断的“法律事实”作为行政行为的依据,并将这种“法律事实”强加于行政相对人。行政主体在行使行政权时,可以对案件事实是否存在进行“内心确认”,但这种确认必须建立在一定的证据基础上。因此,任何先入为主所获得的“法律事实”都不得列为说明理由的内容。(2)符合证明逻辑规则。作为说明理由内容之一的“法律事实”是行政主体通过一系列证据在遵循证明逻辑的前提下获得的。在遵循证明逻辑规则下,法律事实能最大限度地接近客观事实的真实性,由此可以最大限度地提高行政行为事实理由的说服力。(3)主要事实依据规则。一个行政行为的事实依据可以分为主要事实依据和次要事实依据。主要事实依据是指足以影响行政行为性质,或是否作出、改变和废除行政行为等情况的事实依据。基于行政行为的效率性和事后补救途径的多样性。我认为,只有主要事实依据才有必要列入行政行为说明理由内容之一,如德国联邦《行政程序法》第39条规定:“书面的或书面确认的行政行为,得书面说明理由。行政机关得说明其决定所考虑的事实上和法律上的主要理由。行政机关亦得在裁决中,说明其进行裁量时所持的观点。”奥地利《行政程序法》第60条也规定:“理由中应将调查手段之结果,认定证据时之主要考虑以及基于此等考虑就法律问题所为之判断,明白简要地综合说明之。”

2. 法律依据。法律依据是指用于支撑行政行为具有合法性的法律规范。法律规范具有确定性、预测性和稳定性之特点。行政主体在已经确定的法律事实基础上能否或者如何作出行政行为以及作出怎样的行政行为,都已由法律作出了明确的规定。依法行政的基本原则要求行政主体作出的行政行为必须具有法律依据,并将所依据的法律规范作为行政行为的理由之一告诉行政相对人,从而使行政相对人根据自己的经历、体验和法律认知水平来判断行政行为的合法性,继而作出是否接受的决定。一个确有法律依据但不展示法律依据的行政行为,无论行政主体可以列出多种理由,如实际需要、领导意见等都难以提高行政相对人对行政行为的可接受性程度。如果行政相对人不知道行政行为的法律依据,就无法判定行政行为的合法性,更遑论寻求司法救济的途径。正如英国行政法学家威廉·韦德所说:“如果公民找不出决定背后的推理,他便说不出是不是可以复审,这样他便被剥夺了法律保护。”^[26]

法律依据对行政主体说明理由产生如下规则:(1)全面展示法律规则。全面展示法律规则是指,凡是用于支撑行政行为的法律规范,必须以不会引起行政相对人误解的方式,全部展示给行政相对人。任何保留、部分保留或者误导的展示,都是违反此规则的行为,如行政主体以“根据有关规定作出决定”之方式展示法律依据都应当列入禁止范围。(2)法律冲突择上规则。法律冲突择上规则是指,当行政主体面对两个以上,且又发生效力上冲突的法律规范时,必须选择处于法律效力位阶最上的法律规范作为行政行为的理由。尽管在法律上行政主体没有审查法律规范合法性的权力,但它应有甄别法律规范合法性并选择合法的法律规范作为行政行

[25] 1995年3月6日最高人民法院在《关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》中指出:“证据的取得首先要合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。”

[26] 前引[7],韦德书,第193页。

为理由之职责。(3)排除非法律性规范规则。非法律性规范是指行政规章以下的其他规范性文件。排除非法律性规范规则是指,行政主体不能将行政规章以下的其他规范性文件作为行政行为为理由的内容,因为这些规范性文件主要由行政主体自己制定的,凭此规范性文件来说明其行政行为的合法性本身缺乏正当性,不容易为行政相对人、社会一般人所接受。

(二)行政行为的正当性理由

用于支撑行政行为自由裁量的事实依据和法律依据,我们称之为行政行为的正当性理由。要求行政主体就行政行为说明正当性理由的客观依据是行政自由裁量权的广泛存在,主观依据是防止行政自由裁量权的滥用。行政行为的自由裁量如果仅仅依赖于行政主体的主观判断,个人好恶与偏见,那么,自由裁量权很可能质变为专横的、不可捉摸的权力,从而偏离设定自由裁量权的法律目的。在实际生活中,这种现象尽管不具有普遍性,但确实无法避免。因为作为行使自由裁量权的主体实际上是充满着爱动情感的个人,无论他有多么强烈的自律能力,都不能保证他在每次行使自由裁量权的过程中不渗入一点私心杂念。在几个世纪以前,英国大法官柯克(Edward Coke)就曾经指出:“如我们说由某当局在其自由裁量权之内做某事的时候,自由裁量权意味着,根据合理和公正的原则做某事,而不是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。自由裁量权不应当是专断的,含糊不清的、捉摸不定的权力,而应是法定的,有一定之规的权力。”^[27]因此,如何制约行政自由裁量权成了现代行政法发展的一个主题。

为了制约行政主体滥用自由裁量权,现代行政法发展了多元的控权机制。这种多元的控权机制表现为在法律程序上从事先、事中和事后对行政权实施全方位、立体式的监控。行政程序法上要求行政行为说明理由便是其中的一种。这一法律制度内含如下法治意义:行政主体仅说明行政行为裁量的合法性依据是不够的,必须同时说明行政行为裁量的正当性依据。客观效果显示,行政行为裁量的正当性理由更能有效地约束行政主体的行政自由裁量权。尽管我国目前法律上没有明确要求行政主体向行政相对人说明其行政行为的正当性理由,但我国《行政诉讼法》第54条中“显失公正的行政处罚,人民法院可以判决变更”的规定,已经蕴涵着要求行政主体说明行政处罚的正当性理由。因此,行政行为的正当性理由必须列入行政行为应当说明的理由之一。

1. 筛选事实。行政行为的裁量并不仅仅表现在对法律的适用权上,对事实的确定同样也存在着自由裁量权。^[28]行政主体在定案过程中经常要对在调查过程中获得的事实进行筛选,将认为与案件有关的事实列入作出行政行为的事实依据,同时排除与案件无关的事实。行政主体的这一筛选行为是一种主观判断,是一种“内心确认”,就本质而言它是一种自由裁量权。如果法律不要求行政主体将支持这一内心确认的依据,作为行政行为的理由向行政相对人予以说明,则这种内心确认有可能质变成一种专横的、捉摸不定的权力。尤其令人关注的是,在我国确立行政处罚听证制度之后,对于行政相对人在听证中提出的事实依据,如果行政主体否定这类事实依据而不必说明理由的话,那么听证制度必将流于形式。因为,行政相对人无论提出多么有利的事实依据,行政主体都可以在不展示理由的前提下毫不费力地加以否定,并以自己在听证之前所收集的证据和确定的法律依据作出行政行为。因此,强调行政行为必须说明

[27] 前引[9],伯纳德·施瓦茨书,第568页。

[28] 参见薛刚凌:《对行政诉讼审查范围的几点思考》,《行政法学研究》1997年第2期。

正当性理由的法治意义是显而易见的。

筛选事实产生如下规则:(1)排除非法证据规则。行政主体用于定案的事实必须是被合法收集的证据所证实,因此,凡是非法证据所证实的事实,必须从定案事实中排除,即使非法证据能够证明案件的真实情况也不能例外。确立这一规则的法理基础是证据的合法性。行政主体可以依据此规则排除某些案件事实。(2)遵循因果联系规则。遵循因果联系规则是指,行政主体只能排除与案件没有任何因果联系的事实,因为这些事实对于案件恢复真相没有任何价值。(3)疑惑事实从无规则。疑惑事实是指根据已有的全部证据仍不能确定,但可以推测与案件有联系的事实。对于疑惑事实行政主体应当推定为并不存在的事实,并从定案的事实中排除出去。

2. 选择法律。对于一个事实已经确定的行政案件,行政主体随即面临着对法律适用的选择权。这种法律适用的选择权本质上是一种自由裁量权。它主要表现在以下几个方面:其一,多种适用情况的确定。当行政主体所确定的案件事实在法律上存在着多种适用情况规定时,必须基于一定的正当性理由,确定其中一种规定作为处理本案的依据。如对于赌博行为,法律规定可以处15天以下的拘留、可以单处或者并处3000元以下罚款;或者依照规定实行劳动教养。^[29]行政主体依此规定对当事人的具体行政处罚应当具有当事人可以接受的裁决理由。其二,不确定法律概念的界定。不确定法律概念是存在于成文法的一种必然现象,其原因是人类语言文字表达思想的有限性和客观世界中事物的复杂性矛盾所致。对不确定法律概念的界定,其本质是让隐藏的东西显现出来,使不清楚的东西变得清楚,^[30]从而将一般规则适用于具体案件。然而,行政主体在界定不确定的法律概念时,必须有自圆其说的理由支撑,而这些理由又能为社会一般人所接受。如《中华人民共和国义务教育法》第79条规定:“在国家教育考试中作弊的,由教育行政部门宣布考试无效……”这里的“作弊”显然包括个人作弊和集体作弊。其三,法律空白规范的弥补。当没有明确的具体法律规范可适用时,行政主体应当通过解释立法目的和基本原则创造可适用的法律规范。现代行政法应当承认行政主体在无法律规范前提下,基于正当性理由而实施的行政行为仍是一种合法的行政行为,否则将有碍于行政主体维护正常的社会秩序。现代行政法尽管没有丧失控权的功能,但现代社会的发展需要行政法同时也体现出确保行政权有效行使的功能。

选择法律产生如下规则:(1)遵守惯例公理规则。惯例是行政主体在以前对同类案件所作出的相同处理而形成的一种习惯性做法。公理是现实生活中人们所遵守的,不言自明、不用论证的行为规范。如不准随地吐痰,那么任何随树、墙等吐痰自然也在禁止之列。惯例与公理具有很强的说服力,行政主体选择法律时援引惯例与公理,可以提高行政行为理由的正当性程度和行政相对人可接受性程度。(2)体现政策形势规则。政策是国家或者政党为实现一定时期的路线而制定的行为准则,它是现代社会政治领域中客观存在的现象。形势是指“一定社会所处的某种状态。”^[31]它可以影响国家权力的运作方向。政策与形势是支配行政主体选择法律的重要客观因素,但政策与形势具有不稳定性,这就要求行政主体在适用法律时,应当适应政策与形势不确定性所提出的要求。因此,行政主体必须根据政策和形势选择确定对具体案件的法律适用。如假冒伪劣产品泛滥成灾可以成为从重处罚生产、销售假冒伪劣产品这一违法

[29] 参见《中华人民共和国治安管理处罚条例》第32条。

[30] 参见张汝伦:《意义的探究——当代西文释义学》,辽宁人民出版社1987年版,第3页以下。

[31] 王勇:《定罪导论》,中国人民大学出版社1990年版,第234页。

行为的正当性理由。(3)符合公共利益规则。“公共利益是由社会总代表所代表的、凌驾于社会之上的,形式上或实质上的社会利益。”^[32]公共利益是现代社会存在和发展的物质基础,行政主体在行使权力时必须充分关切这一点。

四、不说明或错误说明理由的行政行为之效力

不说明或错误说明理由的行政行为属于行政程序违法,它在行政法上效力如何?这是一个行政实践亟待解决的,但至今我国行政法理论上一直没有解决的问题。许多行政法的论著在论及行政行为的效力问题时,都没有将行政主体就行政行为是否说明理由与行政行为的效力联系起来讨论,^[33]其原因显然与我国行政程序法理论不尽发达有关。

(一)不说明理由

不说明理由是指行政主体在作出影响行政相对人合法权益的行政行为时,没有说明作出该行政行为的理由。行政主体不说明行政行为的理由有两种情况:

1. 法定可以不说明理由的行政行为。如果法律要求行政主体在作出影响行政相对人合法权益的行政行为,都必须向其说明行政行为的理由时,对行政相对人来说,他可能获得了公正的对待,但对于行政主体来说,却可能丧失了应有的行政效率。因此,不少国家的行政程序法都规定了行政主体可以不说明行政行为理由的若干情况。如德国联邦《行政程序法》第39条规定:“具备下列情形之一的,可不说明理由:(1)行政机关准许一申请或一声明,且该行政行为未侵犯他人的权利的;(2)行政行为针对或涉及之人,已知悉行政机关对事实情况和法律状态所持的观点,或即使未书面说明理由,当事人也能立即知悉的;(3)行政机关大量公布类似之行政行为,或借助于自动化设备公布行政行为,且根据具体情况,无说明理由之必要的;(4)依法无须说明理由的;(5)一般命令经公告的。”此外,其他国家也有类似的规定。^[34]这些规定说明,行政主体在行使行政权时,需要存在一个可以不说明行政行为理由的范围,以确保行使行政权的效率。由于行政行为不说明理由会导致行政主体滥用行政权的可能性和影响行政相对人行使救济权的及时性,因此,行政行为不说明理由的范围不能由行政主体自己界定,而应当由法律加以明确规定。我国将来的“行政程序法典”应当对这个问题作出明确规定。当然,对法定可以不说明理由的行政行为,行政主体不说明理由并不影响行政行为的效力。

2. 法定必须说明理由但行政主体没有说明行政行为理由。这种情况在行政行为的范围上可以分为两类:(1)主动说明理由的行政行为。这类行政行为在作出时,行政主体必须随即说明行政行为的理由。(2)依请求说明理由的行政行为。这类行政行为在作出时,不需要说明行政行为的理由,但事后如行政相对人提出请求,行政主体必须说明行政行为的理由。^[35]在

[32] 叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版,第59页。

[33] 这个问题可以参见王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版;罗豪才主编:《行政法学》(新编本),北京大学出版社1996年版;叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版等。

[34] 如美国联邦《行政程序法》第555条规定:“除非维持原否决议或否决议理由是不言而喻的,否则,在发出的通知中,必须附上对否决议理由的简要说明。”意大利《行政程序法》(草案)第36条规定:“除法律规定不需附理由之行政行为或仅要求宣告关于行政行为之特别理由者外,行政权者如为驳回当事人申请之行为或限制公民之权利及自由范围之行为时,均应详尽附理由。”

[35] 前一种情况可参见西班牙《公共行政机关及共同的行政程序法》第54条,后一种行政行为可参见韩国《行政程序法》第23条和荷兰《基本行政法典》第4.1.4条。

说明理由的时序上,可以分两种情况:(1)行政相对人提起行政诉讼之前行政主体始终没有说明行政行为的理由。如果行政机关“采纳含糊、矛盾或不充分之依据,而未能具体解释作出该行为之理由,等同于无说明理由。”^[36]这种行政行为在法律上可以推定为没有理由的、不合法的行政行为,因而是一种无效的行政行为。在行政复议中,复议机关可以对此种行政行为作出撤销决定;在行政诉讼中,法院可以对此种行政行为作出撤销判决。(2)对应当主动说明理由的行政行为,在行政相对人提起行政复议或行政诉讼之前,行政主体通过法定形式向行政相对人说明了行政行为理由。对于这种行政行为的效力,日本判例认为:“即使事后阐明理由,也不治愈附加理由不全的瑕疵。”^[37]因此,在日本行政法上,行政主体事后说明理由是行政行为的形式瑕疵,是引起行政行为无效的原因之一,它不能使行政行为从无效归复到有效。^[38]但也有国家将这种行为可以视为行政主体对行政行为的一种更正,因而不影响行政行为的效力。如德国联邦《行政程序法》第45条规定,必须说明之理由行政机关在事后已予说明的,可视为程序上和方法上错误的更正,但这种更正必须在预审程序结束前,如未进行预审程序的,则必须在向行政法院起诉之前予以补做。这一规定的依据是只要行政行为仍在行政程序中,那么,行政主体就可以更正行政行为在程序上的错误。基于行政权行使的效率性、行政程序瑕疵可自愈性和法律形式正义的局限性,我认为,行政主体事后说明行政行为理由,应当视为行政行为在程序上的一种瑕疵,这种瑕疵如果在行政相对人提起行政复议或行政诉讼前已经作了补救,应当不影响行政行为在程序上的合法性。

(二)说明理由错误

说明理由错误是指行政主体尽管在程序上向行政相对人说明了行政行为的理由,但是,经过行政复议或诉讼后,复议机关或者法院认为,行政主体向行政相对人所说明的行政行为理由并不能支持行政行为的合法性。在这种情况下,应当如何确定行政行为的效力。我认为可以分为两种情况讨论:

1. 行政主体就行政行为所作的说明理由经复议或诉讼审查是错误的,但在复议或诉讼过程中提出的证据和规范性文件能支持行政行为的合法性的,则不应影响行政行为的效力。但这些证据和规范性文件不能是在作出行政行为之后收集的。^[39]在英国行政法中,我们也可以看到解决这种问题的方案。在英国“行政机关说明的理由如果是错误的,并不一定引起行政决定无效,除非理由的错误可以表示法律的错误时,法院才可以撤销行政机关的决定。”^[40]这一结论是建立在这样的法理基础这上,行政主体的行政行为实质上是具有合法性和正当性依据的,其说明理由的错误并不改变该行政行为的合法性。

2. 行政主体就行政行为所作的说明理由经复议或诉讼审查是错误的,而在诉讼过程中提出的证据和规范性文件也不能支持行政行为合法性的,则应当认定行政行为无效。因为这种行政行为在法律上应当视为根本没有理由,其行政行为自然不能产生法律效力。

[36] 参见澳门《行政程序法》第107条。

[37][38] 前引[12],室井力书,第183页;第105页。

[39] 我国行政诉讼法第33条规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”我一直认为这一规定是有缺陷的,它不能制约行政机关实施先裁决后取证的违法行政行为。因为根据此规定,行政机关在作出行政行为之后,在行政相对人起诉之前收集证据仍然是合法的。因此,这一条款应当修改为:“在具体行政行为作出之后,行政机关不得自行向当事人或证人收集证据。”

[40] 前引[1],王名扬书,第164页。