行政裁量的均衡原则

周 佑 勇*

内容提要:行政裁量即法律赋予行政主体可以选择判断的权力,是现代公共行政的典型特征。但在现代法治国家,行政主体的这种选择判断权力并不是恣意的,应当受到一定法律原则的限制。行政均衡原则正是作为控制行政裁量权之内部实体规则而产生和成立的,其目的是使行政裁量在法治的框架内进行,以实现其实体内容上的"均衡合理",体现现代法治国家所要求的实质正当性,符合公平正义的法律观念。行政均衡作为利益衡量之一般法律准则,全面涵盖着均衡各种利益关系的准则,可导出平等对待、禁止过度和信赖保护三项具体原则。

关键词:行政裁量　行政均衡　利益衡量

一、法治国家行政裁量的必要性与行政均衡原则之提倡

"行政裁量"[1]一词源自德日行政法学,系指行政机关处理同一事实要件时可以根据具体情况选择不同的处理方式。它具体表现为两种情况:一是行政机关决定是否采取某个法定措施,此谓"决定裁量";二是在各种不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择哪一个,此谓"选择裁量"。[2]

行政裁量是现代公共行政的典型特征,"它通过行政活动的所有过程,涉及一切行政领域"。[3]在20世纪以前,资产阶级为巩固反对封建专制的成果,奉行的是严格的形式主义法治原则,即要求行政必须受到严格的法律限制,"无法律即无行政"。英国宪法学家戴雪提出"法治"的原则,强调为了抑制恣意性的权力,保障公民权利不受侵犯,行政部门必须遵守议会制定的正规法律。在他的概念中,任何实质性的自由裁量行为,都是与专制联系在一起的,都构成对个人自由的威胁。[4]当时资本主义处于自由竞争时期,政府所扮演的仅仅是"守夜人"角色,公共行政仍处于消极阶段,因此这种观点

---

* 武汉大学法学院教授。

〔1〕目前我国行政法学中,学者们通常将行政裁量称为"行政自由裁量"。严格地说,自由仅指公民在不侵犯他人权利的情况下为或者不为一定行为的活动空间。在法治社会里,行政机关不只享有权力,更不享有自由,有的只是职责和义务。就此而言,我国行政法学上"自由裁量"的提法是不适当的。参见杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,《法学研究》2004年第1期。

〔2〕[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第125页。

〔3〕[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26页。

〔4〕参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第345页。

能够得到大多数人的赞同。

但到 20 世纪初,西方国家的政治经济形势发生了巨大的变化。尤其是二战以来,国家主动干预社会经济生活,政府管理社会经济事务的职能不断扩大,由此行政行为的技术性、专业性大大增强,行政活动的多样性、复杂性更加明显。在这种形势下,法律已经不可能对全部行政活动的各个方面都作出详尽的规定以作为行政机关行动的准则,不得不容许行政机关具有适度的裁量权,以使之适应复杂多变的社会生活。洛克曾说,"有许多事情非法律所能规定,这些事情必须交由握有执行权的人自由裁量,由他根据公众福利和利益的要求来处理。"[5] 不过在这里,洛克与前述戴雪的观点一样,将"自由裁量权"看作与法不相容的东西。在当代,这种广泛裁量权的存在与法律不相容的观念已被否定,取而代之的是"法治所要求的并不是消除广泛的自由裁量权,而是法律应当能够控制它的行使。现代统治要求尽可能多且尽可能广泛的自由裁量权。"[6] 法治与人治相对立,它排除权力行使者的专横、武断和凭个人意志行事的方式,但是法治并不排除执法人员的主动精神,法治应允许执法人员发挥创造性、主动性和积极性,选择判断以最佳的方式达到法律目的的实现。因此,行政裁量权的确定,不仅不与法治相冲突,相反还是法治的要求和补充。可以说,现代行政主要表现为裁量行政,绝对的羁束权限行为几乎是不可能的。王名扬教授在《美国行政法》中,详细分析了现代行政为何要被授予广泛的裁量权。他指出,法律授予行政机关自由裁量权力出于下列原因:第一,现代社会变化迅速,立法机关很难预见未来的发展变化,只能授权行政机关根据各种可能出现的情况作出决定;第二,现代社会极为复杂,行政机关必须根据具体情况作出具体决定,法律不能严格规定强求一致;第三,现代行政技术性高,议会缺乏能力制定专业性的法律,只能规定需要完成的任务或目的,由行政机关采取适当的执行方式;第四,现代行政范围大,国会无力制定行政活动所需要的全部法律,不得不扩大行政机关的决定权力;第五,现代行政开拓众多的新活动领域,无经验可以参考,行政机关必须作出试探性的决定,积累经验,不能受法律严格限制;第六,制定一个法律往往涉及到不同的价值判断。从理论上说,价值判断应由立法机关决定,然而由于议员来自不同的党派,议员的观点和所代表的利益互相冲突,国会有时不能协调各种利益和综合各种观点,得出一个能为多数人接受的共同认识,为了避免这种困难,国会可能授权行政机关,根据公共利益或需要,采取必要的或适当的措施。[7]

可见,行政裁量为现代法治所必要,国家必须承认行政裁量权的存在与作用。但这只是问题的一个侧面。问题的另一侧面是"所有的自由裁量权都可能被滥用,这仍是个至理名言。"[8] 因此,我们既要强调行政裁量权的需要,也要注意到它的危险性,强调对这种权力的监督与控制。[9]事实上,任何权力都必须受到监督与控制,没有监督和控制的权力必将导致专制。正如孟德斯鸠指出:"一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一种经验。有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。"[10] 对于行政裁量权而言,由于行政机关的决定具有广大的选择空间,更应受到监督与控制,否则权力滥用、损公肥私现象将难以避免。随着政府行政裁量权不断扩张,人们亦日益感受到来自于它的威胁。人们逐渐认识到,行政法不仅应控制政府的羁束行为,同时更应控制政府的裁量行为。对此,美国行政法学者 B·施瓦茨指出,"自由裁量权是行政权的核心。行政法如果不是控制自由裁量权的法,那它是什么呢?"[11] 英国学者 H·韦德认为,"在公法中没有不受约束的自由裁量权。……绝对的和无约束的自由裁量权的观点必须受到否定。为公共目的所授予的法定权力类似于信

〔5〕 [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆 1964 年版,第 99 页。

〔6〕 [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 55 页。

〔7〕 参见王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社 1995 年版,第 546 页以下。

〔8〕 前引〔6〕,威廉·韦德书,第 70 页。

〔9〕 Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1971, P. 25.

〔10〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆 1987 年版,第 154 页。

〔11〕 [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社 1986 年版,第 566 页。

托,而不是无条件地授予。”[12] E·博登海默也指出,“为使法治在社会中得到维护,行政自由裁量权就必须受到合理的限制。”[13] 这说明,行政裁量虽然意味着在法律所未及之范围内,行政享有某种程度的决定空间,但同时它也不应是“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。”[14] 换言之,任何行政裁量都是有一定限度的,都应受到法律的约束。具体而言,在外部界限上,不得逾越裁量权,亦不得有其他违反法律的情形;在内部界限上,不得滥用裁量权,或有裁量不足、考虑不周或权衡不当的情形。[15] 这就是说,行政裁量除了在外部界限上要遵循合法性原则的要求之外,在内部界限上也应受到一定裁量规则的限制。

正是在这种历史背景下和理论基础上,各种从内部控制行政裁量权的法律规则先后在世界各国产生和确立。在法国,为了加强对行政裁量权的控制,行政法院通过判例发展出了“均衡”原则。该原则要求,在法律没有明确规定的情况下,行政行为必须合理、适度、均衡。该原则的本质就在于通过对行政行为的均衡性审查,防止行政裁量权的滥用,以维护行政机关和相对人之间、公共利益和个人利益之间的平衡。[16] 在德国,随着法治国思想从形式意义法治原则到现代实质意义法治原则的变迁,比例、信赖保护原则作为控制行政裁量之实体法律规则构成了德国行政法基本原则的重要组成部分。尤其是比例原则对于保障基本人权、限制行政裁量权具有积极的不可替代的功能,而且以其内容明确、逻辑缜密、操作性强在世界各国获得了广泛的肯定和适用。[17] 与一向有重实体轻程序传统的法、德等大陆法系国家不同,深受英国自然正义传统影响的英美法系国家,其行政法更多地“信奉实体权利主要由程序来保障这样一种理念”。[18]但是,20 世纪以来,尤其是二战以后,面对行政裁量权的日益扩张,为了有效防止其被滥用,英美法系国家发展出合理性原则。该原则亦是从行政实体内容方面要求行政行为必须符合公平正义的标准,“它在实体方面对行政法的贡献与自然公正原则在程序方面的贡献相同”,[19] 其主要追求的也是实质正义。其目的都是为了使行政裁量能够在法治的框架内进行,以实现实体内容上的“均衡合理”,符合公平正义的法律观念,可概称之为“行政均衡原则”。

二、行政均衡:利益衡量之一般原则

在提出了“行政均衡”这一范畴之后,必须对其作出科学的界定。“行政均衡”一词实际上是一个组合范畴,“行政”是对“均衡”的限定。“均衡”一词的含义很丰富,有数学上的“成比例”,美学、哲学上的“和谐”、“协调”、“相称”等含义。它指的是事物与事物之间、事物的部分与整体、部分与部分之间一种合理的量、度、大小、重要性等比例关系。[20] “均衡”之于“行政”,实质是一个利益衡量的过程,要求行政衡量各种利益之间是否成比例。

虽然从技术层面看,行政行为是行政主体运用行政权对行政相对人所作的法律行为。[21] 但如果从利益分析的角度来观察的话,行政行为则实质上表现为“行政主体对公共利益的集合、维护和分配”。[22] 行政主体在集合、维护和分配公共利益的过程中必然要与代表个人利益的行政相对人之间

---

[12] [英]威廉·韦德:《合理原则》,李湘如译,《法学译丛》1991 年第 6 期。

[13] [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 369 页。

[14] 1958 年《科克判例汇编》第 5 卷第 99 页,转自前引[11],伯纳德·施瓦茨书,第 568 页。

[15] 陈敏:《行政法院有关依法行政原则裁判之研究》,《政大法学评论》1987 年第 36 期。

[16] 王桂源:《论法国行政法中的均衡原则》,《法学研究》1994 年第 3 期。

[17] 参见喻文光:《论行政法上的比例原则》,中国政法大学硕士论文,2001 年。

[18] J. Schwarze, *European Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell, 1992, p. 147.

[19] 前引[6],威廉·韦德书,第 67 页。

[20] 参见前引[16],王桂源文。

[21] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版,第 141 页。

[22] 叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社 1999 年版,第 195 页。

发生各种复杂的利益关系。其中,最基本的利益关系是公共利益与个人利益的关系,但并不仅限于这种利益关系,还可能涉及到多重的利益关系。因为现代行政既有公权力行政与私经济行政(国库行政)之分,还有干预行政、给付行政和计划行政的区别等。[23] 多元化的行政,必然体现多元化的利益及利益关系。正如我国台湾学者董保城先生所述:"过去以干预行政为导向的行政管制,最多也仅涉及行政机关与单一私人,在公益与私益衡量二元化对立之讨论,如今,行政法律关系转趋多样化、多元化,如大型工厂、垃圾掩埋场等设立除涉及设立申请人与主管行政机关之外,还包括相邻之居民、其他利害关系人、环保团体与其他相关主管机关,行政机关所面临(的)不再是单一的私人,而是复杂多元的当事人与利害关系人。"[24] 这就是说,在行政行为的实施过程中,除了在行政主体与行政相对人之间发生公共利益与个人利益的关系之外,还可能因行政权的行使而在不同的行政相对人间发生个人利益与个人利益的关系。当然,这种个人利益之间的关系,实质上也是公共利益与个人利益间关系的体现。因为在利益上,"如果所有人都要拥有足够的多,就没有人拥有很多;如果有某些人要拥有得多,其他人必定拥有得较少。"[26] 也就是说,如果某个社会成员不承担公共负担,就必然会加重其他社会成员的公共负担;如果某个人多占公共利益,就必然会减少其他社会成员所能享受的公共利益。

无论是公共利益还是个人利益,都应受到法律的保护和尊重。"任何权利主体的正当利益,无论是个人利益,团体利益还是公共利益,都必须受到社会的尊重和法律的保护。任何主体以非法形式侵害了其他主体的正当利益,都必须承担起相应的法律责任。"[27] 但是利益关系往往表现为冲突与矛盾,在此种情况下,就需权衡各种利益从而作出最佳选择。从这个角度而言,行政裁量实质上就是法律赋予行政主体在权衡各种利益关系的基础上作出选择判断的权力。行政均衡原则意在为这种利益权衡和选择判断提供一种具体的标准。它要求行政主体在对各种利益权衡时,应当综合衡量各种利益因素,充分协调各种利益关系,使之有机地统一起来,在尽可能的范围内保护各种合法利益。不能借口某种利益的重要而牺牲其他利益主体的利益,即使必须在相冲突的利益之间作出选择,也应将牺牲减少到最低的程度,补偿利益牺牲者的损失。总之,"利益衡量的结果应当促使各种利益尽可能的最大化"[28]。这正是行政均衡原则作为利益衡量之一般准则存在和广泛运用的意义所在。

由上可见,行政均衡原则所调整的利益关系主要有两类,第一是公共利益与个人利益之间的关系。以行政违法行为为例,行政违法行为本身就是一种具有"公害"的行为,是对公共利益的破坏与侵害,理论上来说所有的违法行为都应撤销,但具体涉及某一行政违法行为时,还必须权衡该行为与个人利益的相互关系。例如德国行政程序法(1997 年)第 48 条规定:对于某些授益的违法行政行为(给受益人提供金钱或可分物给付),如受益人已信赖行政行为的存在,且其信赖依照公益衡量在撤销行政行为时需要保护,则不得撤销;违法行政行为得撤销的,行政机关须依相对人申请,赔偿有关财产不利,"该财产不利是因相对人相信行政行为的确定力而生,但以其信赖依公益需要保护为限。"[29] 第二是,在权衡公共利益与个人利益间关系的基础上,进一步权衡和比较不同的个人利益关系。如对于涉及多方利益主体的授益性行政行为,原则上更多地考虑到行政行为的利害相关人。"对行为的相对人来说是授益的,然而对第三人则构成权益的侵害,反之,对相对人来说是负担的,然而对第三人则构成利益,在这种所谓双重效果的行政行为的情形下,有必要进一步对相对人的权益与第三人的权益进行比较与衡量。而且在第三人的权益被认为处在优越的情形下,应撤销前者的行为,而撤销后者的行

[23] 吴庚:《行政法之理论与实用》,台湾 1996 年版,第 10 页以下。

[24] 董保城:《行政程序法基本法理之初探》,转引自杨解君:《走向法治的缺失言说 ——法理、行政法的思考》,法律出版社 2001 年版,第 321 页。

[26] [英]米尔恩:《人的权利与人的多样性 ——人权哲学》,夏勇等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 52 页。

[27] 郑成良:《权利本位说》,《政治与法律》1989 年第 4 期。

[28] Paund, *A Survey of Social Interests*, 57. Hav. L. Rev. 1943, p. 14.

[29] 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社 1999 年版,第 182 页。

为,原则上要受到限制。”[30] 因此,“行政均衡原则”具体应当导出上述两个方面的法律规则。

考察法国的均衡原则和德国的比例原则,前者的基本内涵是“平衡、协调行政机关与相对人之间的权利义务关系。……其根本目的是监督、制约行政权力,维护公共利益和公民的权利与自由。”[31] 后者亦主要在于“协调公共利益与个人自由权利的限制或侵害之间的冲突”。[32] 可见,这两个原则实质就是均衡公共利益与个人利益之间关系的准则,其主要作用在于“制止过度的侵犯人权”,可以概称为“禁止过度原则”。[32] 但是,均衡公共利益与个人利益之间关系的准则又不仅限于该原则,还表现为“信赖保护原则”。按照信赖保护原则的要求,只要政府实施的行政行为对相对人产生了值得保护的信赖利益,不允许政府随意变更或者撤销该行政行为,即使为了公共利益的需要而必须改变原行为的,也应当对受到特别损害的当事人给予相应的补偿。这实质上也是均衡公共利益与个人利益之关系。同时,如上所述,行政主体在行政裁量时,往往还要权衡和比较不同的个人利益关系。在这个方面,各国行政法中所称的“平等原则”或“平等对待原则”即行政主体针对多个相对人实施行政行为时应遵循的规则。笔者在此提出的“行政均衡原则”,正是在吸收和借鉴了上述原则(均衡原则或比例原则、信赖保护原则、平等原则)中合理因素的基础上,经概括提炼而命名的。它全面涵盖着均衡各种利益关系的准则,可具体导出“平等对待”、“禁止过度”和“信赖保护”三项子原则。

此外,还需要说明的是行政均衡原则与行政合理性原则之间的关系问题。行政合理性原则起源于英国判例,是法院通过判例在不断限制行政裁量权的滥用中发展起来的。该原则后来为美国所接受,成为英美法系国家控制行政裁量权之一般原则。在我国,许多学者受英美法系国家的影响,将行政合理性原则亦作为我国行政法上控制行政裁量权的基本原则。然而究竟什么是合理性原则,或者说合理性的标准是什么,却始终是一个有争议的问题。为此,英国的司法审查尽可能避免正面阐述合理的含义和要求,而习惯于作一种反向思维,即努力找出到底什么或哪些属于“不合理(Unreasonableness)”,从而找出行政合理性的最低标准。根据英国司法审查的判例,“不合理”主要有:背离法定目的、虚假的动机、不相关的考虑、非正常判断或者说严格的“非理性”(Irrationality)等。[33] 在美国,最高法院对于什么是不合理的标准,也没有明确的定义,只是通过判例“指出抽象的原则”;下级法院和学术界通过对判例的研究,从学理角度,认为不合理主要表现为:不正当的目的、忽视相关的因素、不遵守自己的先例和诺言、显失公正的严厉制裁、不合理的迟延等。[34]在我国行政法学界和行政法治实践中,行政合理性多指行政行为应具有内容上的公正性。[35] 但是“合理”和“公正”等概念本身都是抽象的。如果用“公正”来界定“合理”,实际上是在用一个不确定概念来解释另一个不确定概念,因此并没有对合理性作出准确的解释和回答。事实上,由于合理性问题本身的意义相当笼统,十分抽象和复杂,加之人们的判断都是主观的,到底哪种判断更符合实际也难以把握,因此,要想准确把握行政合理性这一主观性标准的确很困难。然而,现实和法律要求把抽象的概念具体化、确定化,把主观观念客观化和标准化。而行政均衡原则作为一种利益衡量的准则,可以通过数和量的比较进行判断,包含着评价行政裁量行为适当性的可操作的具体标准,从而解决了行政合理性原则的适用性和可操作性问题。同时,行政均衡原则和行政合理性原则也是相通的。两者均建立在一种“更重要的、更科学的关于行使自由裁量权的目的、方法、理由及效力关系的基础之上”,[36] 均是对行政裁量权的控制,在根

[30] 前引[3],室井力主编书,第107页以下。

[31] 前引[16],王桂源文。

[32] 王周户、柯阳友:《行政法治与行政程序法》,《行政法学研究》1997年第1期。

[32] 陈新民:《德国行政公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第374页;前引[23],吴庚书,第57页。

[33] 周佑勇:《论英国行政法的基本原则》,《法学评论》2003年第6期。

[34] 前引[7],王名扬书,第687页以下。

[35] 参见张尚鷟主编:《行政法学》,北京大学出版社1990年版,第37页。

[36] [印]M·P·赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,台湾五南图书出版公司1991年版,第213页。

本上都要求行政裁量行为应具有内容上的适当性。只不过行政合理性原则在一定意义上只是一个定性原则,即确定某一裁量行为是合理的还是不合理的;而行政均衡原则是一个定量原则,通过利益衡量手段,为评价行政裁量行为的合理性提供可操作的具体标准。总之,这两个原则在根本上有相通的一面,即都是为了解决行政裁量的适当性问题,但也有不同之处,就是行政均衡原则比行政合理性原则更具有客观性、具体性和可操作性。基于此,笔者提出用行政均衡原则取代行政合理性原则。

三、行政均衡原则具体内容之展开

通过以上分析,所谓行政均衡,即行政主体在实施行政裁量时得全面权衡各种利益关系以作出最佳的选择判断。它全面涵盖着均衡各种利益关系的准则,可具体导出平等对待、禁止过度和信赖保护三项原则。

(一) 平等对待原则

"平等对待原则",是作为宪法原则的"平等原则"在行政法中的具体化。"平等"这一概念,就其字面含义加以理解,系指"身为人之价值与地位皆无差等、无特殊之谓"[37]。其渊源,可溯及亚里士多德在其"正义论"中,将"正义"分为矫正正义与分配正义,即富有现代"形式平等"与"实质平等"的思想。此后,洛克和卢梭为了反对封建专制和封建特权,先后提出了"自然平等论"和"天赋平等论"。1776 年美国的《独立宣言》,率先宣告了人人平等的原则。1789 年法国《人权宣言》第 1 条宣称:"人生来就并将始终是自由的且享有平等的权利。"1793 年法国宪法在列举个人自然权利时,则进一步明确将平等权放在第一位:"在法律面前人人生就是平等的"。[38] 此后,公民在法律面前人人平等的原则和平等权的观念逐步得到各国宪法的确认。如 1949 年联邦德国基本法第 3 条第 1 项规定:"法律面前人人平等";1946 年日本宪法第 14 条规定:"一切国民在法律面前一律平等"。我国现行宪法第 33 条亦明确规定公民在法律面前一律平等的原则。可见,平等原则系宪法位阶的法律原则,可拘束行政、立法和司法。宪法的平等原则在行政法中具体化为"平等对待原则",是行政主体针对多个相对人实施行政裁量行为时应遵循的规则。

在量化情况下,平等对待原则是容易掌握和运用的。亚里士多德指出,"所谓平等有两类,一类为其数相等,另一类为比值相等。'数量相等'的意义是你所得到的相同事物在数目和容量上与他人所得者相等;'比值相等'的意义是根据个人的真价值,按比例分配与之相衡称的事物。举例来说,3 多于 2 者与 2 多于 1 者其数相等;但 4 多于 2 者与 2 多于 1 者,比例相等,两者都是 2:1 之比,即所超过者都为一倍。"[39] 然而,在行政法领域,许多问题往往难以量化。因此,我们就有必要用"模糊语言"来表述这一原则。米尔恩指出,"比例平等原则要求:(a) 某种待遇在一种特定的场合是恰当的,那么在与这种待遇相关的特定方面是相等的所有情况,必须受到平等对待;(b) 在与这种待遇相关的特定方面是不相等的所有情况,必须受到不平等的对待;(c) 待遇的相对不平等必须与情况的相对不同成比例。"[40]这就是说,平等对待包括三种情形,一是同等情况同等对待,要求行政主体在同时面对多个相对人时应当一视同仁,反对歧视;在先后面对多个相对人时应当前后一致,反对反复无常。二是不同情况区别对待,要求行政主体在实施行政行为时应当认真区别各相对人的具体情况。三是比例对待,要求行政主体应当按不同情况的比重来设定相对人的权利义务。[41] 概括这三种情况,可以从中具体导出禁止恣意原则和行政自我拘束原则。

---

[37] 邱基峻、邱铭堂:《论行政法上之平等原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(二)》,台湾三民书局 1997 年版。

[38] [法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版,第 177 页。

[39] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1983 年版,第 234 页。

[40] [英]米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 59 页。

[41] 周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社 2002 年版,第 60 页。

1. 禁止恣意原则。平等对待要求“同等情况同等对待,不同情况区别对待或按比例对待”,如果作反向思维,这项原则要求“同等的情况不应有差别待遇,不同的情况可以有差别待遇”,亦即国家行政机关不可恣意采取差别待遇,由此可以推知所禁止者乃恣意妄为的差别待遇。德国联邦宪法法院正是通过判例对基本法第3条第1项规定之“平等原则”的解释而提出“禁止恣意”原则之著名公式:“如果一个法律上之区别对待或相同对待不能有一个合乎理性、得自事物本质或其他事理上可使人明白之理由,简单地说,如果该规定被认为恣意时,则违反平等原则。”[42] 可见,“禁止恣意”系由“平等对待”原则所导出之具体准则,意指行政机关的任何措施必须有其合理的、充分的实质理由,与其所要处理的事实状态之间保持适度的关系。此处所谓之“恣意”是指任性、专断,毫无标准,随个人好恶而决定。所以,“一个宪政、法治国家,如果任何行政行为能被证明是专断恣意时,其行为即属违法。”[43]

禁止恣意原则不仅禁止故意的恣意行为,而且禁止任何客观上违反宪法基本精神以及事物本质的行为。因此,凡是欠缺合理的、充分的实质上的理由,或者说未依照“事物的本质”及“实质正义”所为的行为皆为“恣意”。这里,“事物的本质”一词为德国联邦宪法法院在诸多判决中所引用,并作为衡量行政裁量是否违反平等对待原则而构成行政恣意的基本标准。依德国学者拉伦兹的解释,“事物的本质”是“一种有意义的,且在某种方面,已具备规律性的生活关系,也就是社会上一种已经存在之事实及存在之秩序。”[44] 因此,事物本质就是存在于一特定生活关系中既存的秩序,亦即“社会生活关系中就事物之性质所分析出之法律上的重要特征”。其中,所谓“事物”系指受法律规范的“物”和“人”。前者包括“自然事实”如地球的转动等,“法律关系之既存模式”如习惯、传统、风俗、惯例等,以及“受法律规范之法律关系”如买卖、租赁等;后者包括人的“生物学上之特征”如男女之别,“心理上之特征”如行为能力、责任能力,以及“社会上之特征”如商人、军人、公务员等身份。至于“本质”系指本身之“秩序”、“法则”、“法律上之重要特征”,即所谓“事物”的客观性质及意涵。[45] 据此,禁止恣意原则并不是说机械、无条件地不容有差别待遇的平等,而是容许透过客观的衡量合理地加以区别,是否或在何种程度内容许对于特定情事秩序加以区别,应当依现存事物范围的本质而定,即与“事物的本质”相符。例如参政权之行使因需有成熟的判断经验,故设有年龄限制;为保护未成年人在健全生活环境成长等。但以外观之美丑作为决定公务员录取之标准者,则不合乎事项本质必要性之要求。

此外,即使依“事物的本质”须有差别对待之必要,但也不可以“过度”或“过早”地予以差别对待,超过合理程度的差别对待,亦构成“恣意”。例如在蒋韬诉中国人民银行成都分行案中,被告限定招录公务员的身高条件,[46] 侵犯了公民享有的依法担任国家机关公职的平等权,应允许向法院提起行政诉讼,以保障其平等权。

2. 行政自我拘束原则。平等对待原则的主要意义和内容在于禁止行政恣意,但行政裁量决定只有在严重违反该原则时才构成被撤销的理由,因此“仅依靠禁止恣意还不能充分保护私人的平等权,为了填补这种权利保护的欠缺,行政自我拘束的原则便成为必要。”[47] 所谓行政自我拘束原则系指行政机关在作出行政裁量决定时,若无正当理由,应受行政惯例或者行政先例的拘束,对于相同或同一性质的事件作出相同的处理。该原则之适用主要是针对先后发生的同类案件中的多个相对人而言的,它要求行政机关在后案中,必须受其在前案中所作出的决定的拘束,对有关行政相对人作出与之相同的决定。后案中的相对人亦可依此提出平等权之请求,而由行政机关作出相同的处理。所以,该

---

[42] 张锟盛:《析论禁止恣意原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(一)》,台北三民书局1994年版。

[43] 翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第153页。

[44] K. Larenz, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für A. Nikich, 1958, 275 ff. 转自前引[32],陈新民书,第676页。

[45] 前引[42],张锟盛文。

[46] 参见周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第270页以下。

[47] 杨建顺:《论行政裁量与司法审查》,《法商研究》2003年第1期。

原则的实质在于要求行政机关对先后发生的同类案件中的多个相对人必须予以平等对待。

行政自我拘束原则要求行政主体在法律法规未有明确、具体规定的情况下,应受行政惯例的约束,因此该原则的适用首先要有"行政惯例"或"行政先例"的存在。所谓"行政惯例"或"行政先例"是指"关于行政上同一或具有同一性的事项,经过长期的、一般的、继续的或反复的施行,则即可认为已成为行政上措施的通例"。[48] 因此,必须至少有两个以上的相同案件存在,才可形成行政惯例或行政先例,此时也才有行政拘束原则的适用。如果该案件是行政机关处理的第一个案件,则无该原则的适用问题。同时,作为行政自我拘束之依据的行政惯例或先例本身必须合法,违法的行政先例也不能构成平等原则的基础。因为,"不法的平等"是被排除的,当法的拘束与平等处理问题间有冲突时,应以法的拘束为优先。否则,行政机关便可有意或无意地透过违法的行政先例而排斥法的适用或变更法的适用。就相对人的请求权而言,亦不可要求行政机关援引不法的先例而给予平等的待遇。如公民不能以公安未取缔他人违规,而主张自己遭取缔为违法之决定。[49]

行政自我拘束原则的适用还需行政机关享有决定余地,即只限于行政裁量领域。否则羁束行政事项,行政机关应严格地受法律羁束,自无行政自我拘束原则之适用。因为,在接受法律严格羁束的领域,如果法律为行政机关设定了进行某种特定行为的义务,则行政机关依据该法律的规定在某个案件中做出该种行为,在以后的同种案件中,自当也应依据该法律的规定做出相同的行为。这种情况显然应当直接看作是受法律规范拘束的效果,而非行政自我拘束的效果。换言之,在这种情况下,直接适用依法行政或行政法定原则就可以认定前后不一致的行政行为是违反法律的,而没有必要在此外特地提出行政自我拘束原则作为评价根据。行政的自我拘束,在法律规范上,意味着在一定范围内承认了行政的判断乃至行为余地的情况下,行政自己朝着一定的方向来规范或者限定这种余地。所以,"在完全不能承认这种余地的严格受法律羁束的行政领域中,行政的自我拘束是不可能的"。[50]

(二)禁止过度原则

禁止过度原则,亦可称行政适度原则,是作为宪法位阶的"比例原则"在行政法中的具体化。比例原则,又称均衡原则或平衡原则[51],首创于德国,曾被德国行政法学鼻祖奥托·迈耶(Otto Mayer)誉为行政法中的"皇冠原则",被我国台湾学者陈新民教授称为行政法中的"帝王条款"。[52] 该原则最初起源于十九世纪德国的警察法制,是为限制警察权力的行使而提出的,即警察只有在必要时才能行使行政权力限制人民的权利。第二次世界大战后,随着民主、法治的发展,比例原则在德国超越了警察法领域而被联邦法院赋予宪法原则的地位,对行政、立法及司法都具有拘束力。作为拘束行政的基本准则,比例原则在行政法中具体化为"禁止过度原则",主要是行政机关在实施负担行政行为或干预行政行为时所应当遵循的利益衡量准则。因为该行政行为的内容是限制个人利益,即通过限制个人利益来达到实现公共利益的目的。"禁止过度原则"就是要求行政机关应当在两者之间进行利益衡量,以作出最佳的选择判断,不能为了公共利益的目的而过度侵害个人利益,具体包括必要性原则和合比例性原则。

1. 必要性原则。又称最少侵害原则或最温和方式原则,是指在存在多个限制个人利益的手段可供选择的情况下,行政机关应当选择对行政相对人利益限制或损害最少的,但同时又是为实现公共利益所绝对必要的手段。该原则的基本要求在于使用"最温和手段",即对行政相对人利益限制或损害最少的手段。而对行政相对人权益限制或损害最少,从另一方面来看也就意味着采取的手段是为实

[48] 林国彬:《论行政自我拘束原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(一)》,台北三民书局 1994 年版。

[49] 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 41 页。

[50] 前引[47],杨建顺文。

[51] [德]格奥尔格·诺尔特:《德国和欧洲行政法的一般原则——历史角度的比较》,于安译,《行政法学研究》1994 年第 2 期;于安:《德国行政法》,清华大学出版社 1999 年版,第 29 页。

[52] 陈新民:《行政法总论》台湾三民书局 1997 年版,第 3 页。

现公共利益所绝对必要的,所以可以认为,必要性原则所指的必要性是指“绝对必要性”(absolutely necessary),即对目的的实现来说,所采取的手段是绝对必要的,除此之外,别无它法。如对于某违法的企业,行政机关可依法给予罚款、吊销执照或者责令停产停业的处罚,如果只需对企业处以罚款即可达到制裁和防止其违法的效果时,行政机关即不得施以其他影响更大的行政处罚措施。该原则意在防止行政机关在作出决定时“小题大作”,正如德国学者弗莱纳(F. Fleiner)所比喻的一样“不可用大炮打麻雀”(只用鸟枪即可)——若换成中国俗语类似“杀鸡焉用牛刀”,表明最严厉的手段惟有在已成为最后手段时方可行之。[53]

必要性原则适用的前提,是存在若干实现行政目的的手段可供选择,即行政机关具有选择判断的裁量权。如果不存在这种选择余地或者说只有惟一的手段方可达到目的时,则不可能产生适用一种“最温和”的手段问题。如房屋年久失修,虽有倒塌的危险,如有修缮的可能,且其所有人也准备修缮,则不必要坚持非拆除不可。但如果当此危房已无法维修时,拆除就为惟一之手段,这时采取拆除方法是符合必要性原则的。所以,本原则考虑的焦点集中在各种手段之间的取舍上。依本原则,手段与目的存在一个相对关系,并且从客观的角度来考虑及评估两个方面的因素:一是诸种手段可否同样程度地达成目的?二是诸种手段间,哪个手段对个人利益损害最小?所以该原则要求行政机关既要在限制个人利益的手段与实现公共利益的目的之间进行权衡,又要在限制个人利益的手段之间进行衡量,以选择一种既为实现公共利益所绝对必要,也对相对人利益限制或损害最少的手段。

在我国,必要性原则已开始为一些法院所援用而作为对行政裁量进行司法审查的标准。如在汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案中,汇丰公司在尚未全部取得建设工程规划许可证的情况下,在哈尔滨市中央大街建成一栋九层的建筑物,受到哈尔滨市规划局的处罚,从而产生行政争讼。最高法院在该案的上诉审判决中指出,“规划局所作的处罚决定应针对影响的程度,责令汇丰公司采取相应的改正措施,既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。”[54]这实际上是对必要性原则的直接表述,对于该原则在我国行政法领域的确立具有重大的意义。

2. 合比例性原则。又称狭义的比例原则或“法益相称性”原则,是指行政机关对相对人个人利益的干预不得超过行政目的所追求的公共利益,两者之间必须合比例或者相称。虽然行政机关采取了必要的手段以试图达成所追求的目的,但是,若该手段所侵害的相对人利益,与其实现的目的所追求的公共利益相比较,两者显不相当,那么,行政机关采取该项措施就违反了合比例原则。因此,行政机关在行使某项行政权力前,必须将其对相对人可能所造成的损害与达成行政目的可能所获得的利益之间进行权衡,只有在后者重于前者时才能采取;反之,则不能采取。台湾陈新民先生认为,若以中国俗语,可比喻成“杀鸡取卵”,形容一个行为(杀鸡,剥夺鸡的生命)和所追求的代价(一个鸡卵)之间,不成比例、失去均衡。[55] 德国学者麦耶尔·柯普(Mayer Kopp)对该原则也曾作过形象的比喻:“警察为了驱逐樱桃树上的小鸟,虽无鸟枪,但也不可用大炮打小鸟。”另一位德国学者希尔希贝格还曾以弗莱纳“以炮击雀”之名言,比喻必要性原则和合比例性原则之间的差异:用大炮击麻雀,是违反必要性原则的,因为只需使用鸟枪即可;而用大炮击麻雀,不论击中鸟与否,炮声会惊吓邻居(即造成了不堪设想的后果),则是违反了合比例性原则。[56]

可见,合比例性原则要求行政主体即使依法可以限制相对人的合法权益,设定相对人的义务,也不应当使相对人所受的损失超过所追求的公共利益。如在王甲诉某县东乡人民政府案中,[57] 原告

[53] 前引[32],陈新民书,第370页。

[54] 最高人民法院行政判决书(1999)行终字第20号,http://www.court.gov.cn/study/political/200303050081.htm.

[55] 前引[32],陈新民书,第370页。

[56] 同上书,第397页。

[57] 案情详见姜明安主编:《行政案例精析》,中国人民公安大学出版社1991年版,第28页以下。

未办理有关手续,擅自在批给他人使用的土地上建房,故被告依法作出限期其拆除该违法建筑的处罚决定是合法的。但是,本案中原告符合建房条件、主管部门也愿意批给宅基地,所建房屋亦在乡政府规划的居民点上,符合规划要求,并不妨碍行政目的所要追求的保护有限土地资源的公共利益。因此,在房屋已经建成的情况下,仅仅是为了加强管理(即要求原告履行申请手续)这一行政目的,拆除决定给原告造成的损失就要大于该行政目的所追求的公共利益,就不符合比例原则的要求。

(三)信赖保护原则

信赖保护原则是诚信原则在行政法中的运用。诚信原则即诚实信用原则,其基本含义在于行使权利、履行义务,应依诚实及信用之方法,其宗旨在于实现当事人之间及当事人与社会之间利益关系的平衡,保持社会稳定与和谐的发展。因此,诚信原则亦属于利益均衡原则的范畴,是对行为主体在实施某种行为时必须具备诚实、善意的一种"内心状态的要求"。[58] 诚信不仅是私法的要求,也是公法的精神,"苟无诚信原则,则民主宪政将无法实行,故诚信为一切行政权之准则,亦为其限界。"[59] 从目前的情况看,不仅德国、日本等大陆法系国家已明确确立了诚信原则在行政法中的地位,而且英美法系国家行政法也有相关规定或观念,如英国的"保护合理期待原则",即具有诚信原则的实质意义。在美国,诚信原则主要通过充分忠实和信任原则、一事不再理原则、禁止翻供原则、遵守先例原则、限制法规或规章的生效日期及其溯及力等途径表现出来。[60] 我国台湾行政程序法第 1 条将"增进人民对行政之信赖"作为行政程序法的立法宗旨;第 8 条规定:"行政行为,应以诚实信用之方法为之,并应当保护人民正当合理之信赖",从而将诚信原则明确规定为行政法的基本原则。

诚信原则作为一种利益均衡原则,作为对行为主体一种内心状态的要求,"乃行政裁量之最高法律原则"。[61] 任何法律行为,都是主体的一种意思表示,是沟通"主观权利"和"客观法"之间的桥梁。[62] 而诚信首先体现的是人自身的一种价值观念,意味着一种基本的道德要求,"是一个以道德的存在为先决条件的概念"。"不论社会生活采取什么样的特殊方式,都存在某些为社会生活本身所必须的道德要素。由于文化和文明的传统必定延续在所有的社会生活方式之中,这些道德要素就成了每种传统的一部分。诚实的美德就是一个这样的要素。共同生活的人们至少绝大部分要能相互信赖。"[63] 诚实信用作为人自身发展和完善的必然结果,已成为现代文明社会里人们所应奉行的一种基本道德准则。这种道德准则适用于法律领域,就不仅仅是一种抽象的道德说教,而是具体的法律义务。在民法中,"诚实信用主要对当事人提出具备善意、诚实的内心状态的要求,以此实现当事人之间外部利益关系上的平衡。"[64] 而在行政法中,行政主体的行政行为也是行政主体实施的旨在发生一定法律效果的意思表示,是沟通主观意志与客观存在的桥梁。尤其对于行政裁量而言,"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。"[65] 因此,诚实信用同样是对行政主体在实施行政行为时必须信守承诺的一种内心状态的要求,对行政主体进行行政裁量活动起着指导作用,并具有适用性和拘束力。通过这种内在的要求和限制,诚信原则同样发挥着平衡行政裁量中各种利益关系的功能。从这个角度来看,诚信原则在行政法中的运用也是十分广泛的,但最能够直接体现诚信原则的是信赖保护原则。所谓信赖保护原则,是指当行政相对人对授益性行政行为形成值得保护的信

---

[58] 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 79 页。

[59] 罗传贤:《行政程序法基础理论》,台湾五南图书出版公司 1993 年版,第 65 页。

[60] 前引[7],王名扬书,第 87 页(充分忠实和信任原则)、第 521 页(一事不再理原则)、第 525 页(禁止翻供原则)、第 526 页(遵守先例原则)、第 352 页以下(法规的效力)。

[61] 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台北祥新印刷有限公司 1989 年版,第 53 页。

[62] 参见[法]狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆 1962 年版,第 128 页,第 255 页;韩仲谟等:《法律之演进与适用》,台湾汉林出版社 1977 年版,第 69 页。

[63] 前引[40],米尔恩书,第 16、44 页。

[64] 前引[58],徐国栋书,第 90 页。

[65] 前引[61],翁岳生书,第 40 页。

赖时,行政主体不得随意撤销或者废止该行为,否则必须合理补偿行政相对人信赖该行为有效存续而获得的利益。该原则的适用必须具备如下条件:

1. 存在信赖基础。"要构成信赖保护之大前提为:人民信赖什么?信赖的客体为何?亦即先要有一有效表示国家意思的'法的外貌'。"[66] 行政行为只有在生效之后,才能对行政相对人产生拘束力,其内容也才能获得相对人的信赖。因此,授益性行政行为生效且此生效事实被相对人获知是适用信赖保护原则的前提。"受益人如不知有该行政处分之存在,即无信赖之可言",[67] 无信赖感,也就无从适用信赖保护原则。

2. 具备信赖行为。信赖行为亦称信赖表现,是指相对人基于对授益性行政行为的信赖而采取的具体行为。信赖保护原则的适用,必须是相对人已采取了信赖行为,且信赖行为具有不可逆转性。其主要表现为:授益性行政行为赋予行政相对人的是某种物质利益,而行政相对人已对该物质利益进行了处分,如对作为物质利益载体的特定物、不可分物等进行了处分;或授益性行政行为赋予行政相对人的是某种资格,而行政相对人依此资格从事了某种行为。[68]

3. 信赖值得保护。即值得保护的信赖须是"正当的信赖",且信赖利益须显然大于撤销或废止原行政行为所欲维护的公共利益,否则该信赖也不值得保护。这就得对信赖利益与否定原行政行为所欲维护的公共利益进行客观的对比或权衡。

通过对信赖利益与撤销或废止之公共利益间的权衡,在前者显然大于后者时,就不得撤销或者废止原行政行为,即维持原行政行为的效力;在相反的情形下,行政主体虽可撤销或者废止原行政行为,但必须给予相对人合理的信赖补偿。可见,行政相对人的信赖都值得保护,只是公共利益与信赖利益相较量的结果不同。当信赖利益占上风时,授益性行政行为不得被撤销或废止;当公共利益占上风时,虽可撤销或废止授益性行政行为,但并不能因此而无视信赖利益受损害的事实。至于信赖补偿的范围,应由信赖利益受损害的程度决定。

Abstract: Administrative discretion is the power invested to administrative subjects by the law to make choices and decisions, which is the characteristic property of modern public administration. In modern countries ruled by law, however, this power making choices and decisions by administrative subjects is not arbitrary, rather, it should be regulated by certain legal principles. Thus we have the administrative balance principle produced and established as an internal substantial principle to control the administrative discretion power, with the aim to make the power executed within the framework of the rule - of - law, realizing the balanced reasonableness of its substantial matters, materializing the substantial justice required by modern rule - of - law countries, and according with the legal mind of fairness and justice. As a general legal principle of benefits - weighing, the principle of administrative balance covers all the rules weighing the various benefits relationships, among which it could bring into being 3 concrete rules, i.e. the rule of equal treatment, the rule of prohibition of excess, and the rule of protection of reliance.

Key words: administrative discretion, administrative balance, benefits weighing

[66] 吴坤城:《公法上信赖保护原则初探》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(二)》,台湾三民书局 1997 年版。

[67] 陈敏:《行政法总论》,台湾 1999 年第 2 版,第 419 页。

[68] 李春燕:《行政信赖保护原则研究》,《行政法学研究》2001 年第 3 期。