



论行政自由裁量权的滥用及其程序性控制

周丽婷

摘要: 行政自由裁量权是行政权的核心,它既能适应行政权不断扩张的需要,也能适应行政管理活动的特殊性和灵活性的原则要求,可以有效地弥补法治的局限性。然而,在产生积极影响的同时,其滥用也是不争的事实,这不仅损害了行政主体的形象,还助长了官僚作风和特权思想。因此,实行政程序性控制可以在行政自由裁量权行使的过程中督促其行为趋于科学合理,在当前不失为一种行之有效的控制方法。

关键词: 行政自由裁量权; 程序性控制; 依法行政

行政自由裁量权 (Administrative Discretion) 是现代行政法的一个基本概念,据考证,行政裁量一词由德国学者 F. F. Mayer 首创,后经奥国 F. Tezner 等学者的发展而将“不确定法律概念”从行政裁量中分离出来。二战后的德国在继承这一学说的基础上进一步作出更加精细化的研究。英美法中的“裁量”往往具有较为宽泛的内涵,例如,美国学者 K. C. 戴维斯认为:“一个公共官员所能享有的裁量权就是对其权力进行有效约束后所留下的在各种可能性中作为或者不作为的自由选择权。”^①英国学者戴雪 (A. V. Dicey) 提出裁量权的不存在被认为是英国法治的一大要素,“英国人依法,而且只依法进行统治”,任何实质性的自由裁量行为,都是与专制联系在一起^②。我国有学者将其行为定义为:法律规范仅对行为目的、范围等作出原则性规定,而将行为的具体条件、标准、幅度、方式留给行政机关自行判断、决定的行政行为^③。

总体而言,学者们对行政裁量问题的阐释大同小异。笔者认为,行政自由裁量权即是指行政主体在法律法规确定的原则和范围内,在实施具体行政行为的过程中,基于客观实际情况,通过主观合理判断而作出的是否行使行政权力和怎样行使权力的决策。行政自由裁量权的存在虽然极大地提高了行政效率,但行政主体滥用自由裁量权则会严重违背法律授权的意愿和目的。

一、行政自由裁量权滥用的具体表现

(一) 片面强调行政合法性原则,导致执法冲突

我们要建设的法治政府,其中一个重要方面就是依法治权,即依法行政的问题,因此,合法性就成为行政的基本原则。行政合法性原则主要是审查行政自由裁量权的行使是否符合法律规定的范围;而合理性原则主要是审查在法定范围之内行使自由裁量权是否合

① K. C. Davis. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. University of Illinois Press, 1971, p. 4.

② A. V. Dicey. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan Education Ltd., 1959, pp. 202~203.

③ 罗豪才:《行政法学》,北京大学出版社 1999 年,第 118 页。

理适当,包括动机的正当性以及是否考虑到相关因素等。换言之,合理性原则才是控制自由裁量权行使的原本意义,但是,长期以来我们片面强调合法性而没有对合理性给予足够的重视。根据《行政诉讼法》的有关规定,我国行政诉讼的受案范围,法院只能就具体行政行为的合法性进行审查,只有在行政处罚有失公正时,才可以对其合理性进行有限度的审查,并做出变更判决。实践中有很多执法冲突,是因为行政机关坚持其行为的合法性,但在过程和结果上却忽视了许多“需要考虑”的因素,导致相对人感到不平,形成冲突。行政自由裁量权在合法形式下的滥用,往往有悖情理,其实质是不合法。

(二) 侵犯相对人的“平等对待权”,造成社会不公

“平等对待权”是“公民在法律面前一律平等”原则在行政中的体现,如果在相同情形下产生不同的执法结论或在相似情形下出现反差较大的执法结论,就会导致对相对人的歧视。我国许多法律法规都赋予行政主体可以根据权力的目的自由地判断其行为条件、选择其行为方式并作出相关决定的权力,这样立法的初衷及一条重要原则就是合理和公正,法律法规要求行政主体将处罚措施合理地施加于相对人,努力做到标准统一,结果公正合理。但是,由于行政行为的具体决定者是自然人,只要是人就难免会出现法律理解方面的局限性或容易受到不良外界因素的影响,在行使自由裁量权时,往往易出现自由裁量超过一定标准或规定范围,造成权力的滥用。例如,《税收征收管理法》及其实施细则中,对当事人的税收违法行为追究法律责任一栏,出现“情节轻微”字样的条款1处,出现“情节严重”字样的条款9处,但都没有对情节轻重的法定条件作出规定,法律条文语义含糊,缺乏操纵性。实践中一些行政主体考虑到相对人的社会地位、政治背景、经济状况等因素,往往从本部门、本地区的局部利益出发,对类似的事实、情节作出不一致的处理结果。

(三) 自由裁量行为前后不一,降低了政府公信力

保证社会生活形成一种比较稳定的秩序是立法不可或缺的目的,所以我们不仅要坚持立法的连续性,还应该注意执法的一贯性,即在同等情况下,先前所作的行政行为和以后作出的行政行为要基本相当,不能朝令夕改。“惯例”是经过实践检验为正确的既定做法,通常情况下没有充分理由行政机关应当遵守。当然,形势的变化决定了“遵循先例”不可能成为行政执法的基本原则,所以法律法规根据社会和行政管理的需要,赋予行政主体在法定范围内有自由选择和决定的权力。例如,我国《渔业法》第30条规定,“未按本法规定取得捕捞许可证擅自进行捕捞的,没收渔获物和违法所得,可以并处罚款……”。但是,既没有规定处罚数额,也没有限制处罚幅度,完全靠行政机关自行把握。现实生活中执法结果的差异性往往不是由客观情况变化引起,而与该行政机关内部工作不规范、与领导者的个人素质等因素有关,如此下去,难免会降低政府部门的公信力。

(四) 拖延履行法定职责,引发行政相对人产生不满

在我国现行的法律法规中,对履行法定职责有时限要求的有两类:一类是行政保护行为;另一类是行政许可行为。对于这两类行为,法律法规的时限规定有的明确,有的含糊,但无论哪种情况,行政主体于何时履行法定职责都有自由裁量的权力。根据行政管理的效率原则,行政主体应及时行使行政权力,履行法定义务和职责。但在实践中,拖延履行法定职责的行为一般也分两种:一是出于某种不廉洁动机,故意刁难、拖延时间;另一则是违反效率原则,办事推诿拖拉。虽然最终履行仍在法定期限内,但这种行为也是对自由裁量权的滥用。比如,公安机关对行政拘留的暂缓执行方面,就有视情况自由裁量的权利,但大多数情况下,行政相对人不会被决定暂缓执行,这对于符合条件的相对人来说,人身权益无疑受到了行政权的侵害。由于行政机关及其工作人员总能找到合法的借口推卸责任,行政相对人“欲告无门、欲罢不甘”,很容易引发不满情绪。

二、行政自由裁量权程序性控制的现实意义

(一) 程序性控制能限制随意行政,保护行政相对人的权利

在行政行为运行的过程中,行政主体与行政相对人的地位并不平等。其一,行政主体代表国家和社会的公共利益,而行政相对人一方所要求的仅是局部或个人的利益,二者利益基础不对等。其二,行政

主体可以规定行政相对人的义务,并以国家暴力作为后盾,强制行政相对人履行义务,而相对人作为被管理一方,只能处于服从地位。因此,行政主体与行政相对人这种事实上的不平等集中体现在行政主体享有过多的权利,而行政相对人承担过多的义务,这种境况从而决定了行政自由裁量权若不加以限制极易造成对行政相对人权利的威胁与侵犯。

行政程序性控制创设的初衷就是要改变这种不对等关系,通过对强大的行政权予以控制和约束达到有效保护行政相对人的权利。行政程序视行政主体为程序义务人,行政相对人为程序权利人,即赋予行政主体以程序性义务,赋予行政相对人以程序性权利的方法,对行政主体进行反向监控。因此,行政程序通过权利与义务的相互转化,将以不平等为特征的行政管理关系在管理与被管理的过程中,转化为行政主体与行政相对人之间权利与义务的协调,实现限制随意行政,保护行政相对人权利的目的。

(二) 程序性控制能实现行政公正与效率的统一和协调

19世纪以来,政府职能从早期的社会“守夜人”角色,转变为社会生活的积极参与者。政府管理社会经济事务的功能不断扩大,现代行政管理的对象不仅面广量大,而且处于不断变化之中,专业性、技术性大大增强,行政活动日趋复杂多样,由此滋生了行政自由裁量权迅速膨胀的土壤。人们能够接受政府运用行政自由裁量权干预社会关系,是为了达到灵活迅速地对社会事务及其变化作出反应,更好地维护公民个体的利益,并推动社会公共利益的实现,即达到行政效率与行政公正的统一。

行政程序把行政主体作出行政行为的步骤、方式等程序性规定置于统一的规范之中,并公之于众,吸纳行政相对人参与,这就建立了政府与公民互相协作的程序性机制,在客观上把此环节与彼环节、管理者与被管理者紧密联结起来,因而在事实上起到沟通协调的作用。正是在相互沟通的基础上,行政程序实现了行政行为的有序化,从而避免了重复的、不必要的步骤和环节,促进行政效率的提高。在通过规范达到沟通理解并实现有序运行的过程中,行政主体必须协调与行政相对人之间的矛盾,这种协调不是以一方的行政命令和另一方的被迫同意为前提,而是建立在沟通基础上的平等的协调和磋商。

(三) 程序性控制能解决“三权制衡”和行政权扩张之间的矛盾

“立法、司法、行政”三权分立与制衡一直是法治国家推崇的权力分配模式,在这三权中,如果不赋予行政机关一定的自由裁量权,那它就只能呆板地遵循立法及司法机关的意志,丧失其作为制衡所应有的权力。从本质上讲,行政裁量就是这样一种利益均衡的过程:“对受行政政策影响的各种利益之间相互冲突的主张进行调节的过程,行政官员必须广泛考虑各种各样的相关利益,这些利益会因为可能的不同政策选择而受到不同的影响”^①,因而,追求行政权相对独立的弹性空间是依法行政的必需。

从防止其他两类机关介入行政过深的目的出发,行政自由裁量权的存在是三者间有效的平衡点,但因此也容易导致权力缺乏监督被滥用的行为,出现“执法真空”、“重复执法”现象,产生所谓的“执法密集地带”。从这方面出发,行政程序所包含的听证制度、信息公开制度、行政调查制度、说明理由制度、行政案卷制度、行政回避制度等基本制度在对行政权的全面调适过程中,在促使行政权效率化、效能化、社会效果化方面作用明显。程序性控制能使行政主体更加注重法律效益,规范和制约行政权的合法行使,为维护相对人的法律地位和人格尊严提供程序性保障,从而实现相关执法效能,有效缓解现代社会“三权制衡”和行政权扩张之间的矛盾。

三、完善行政自由裁量权程序性控制的相关制度

(一) 信息公开制度

信息公开又称情报自由,是指凡涉及到相对人权利、义务的行政信息资料时,除法律规定应予保密的外(主要限于涉及国家安全、商业秘密、个人隐私等事项),有关机构应依法向社会公开,使其他组织机构和公众个人可以基于任何正当理由并采用尽可能简便的方法获得上述信息。信息公开这一新兴的民主制度作为行政公开原则的重要体现和保证,是程序性控制的关键,也是现代行政程序发展的必然。通

^①理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,商务印书馆2002年,第127页。

过公开,行政相对人可以有效地参与行政程序,维护自己的合法权益,也可以监督和制约行政权的行使,而且还可以增加人民对政府的信任,从而更加自觉地配合行政管理活动,加速服务型、高效型政府的建设。

我国立法确立的公开制度,内容至少应包括以下几方面:首先,公开职权依据。如果行使行政权的依据是抽象的,必须事先以法定形式向社会公布,这样有助于行政相对人预测行政权的运作。《行政处罚法》第4条第3款规定:“对违法行为给予行政处罚的规定必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据。”如果行使行政权的依据是具体的,必须在作出决定前将该依据以法定形式告知相关相对人。其次,行政信息公开。这是相对人参与行政程序,维护自身合法权益的重要前提。根据《政府信息公开条例》第15条规定,行政机关应将主动公开的政府信息,通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、电视等便于公众知晓的方式公开。最后,行政决定公开。行政机关作出行政决定后,必须向行政相对人公开,这样有利于相对人知道并认同行政决定,进而履行行政决定所设定的义务,使之得以顺利执行,同时还有助于相对人及时获得救济。

(二) 法律咨询、援助制度

由于资本,特别是社会资本分布的非均衡性,相对强势群体,弱势群体往往成为被蹂躏和压迫的对象,行政机关工作人员基于某些天然秉性,极易滋生一种“欺软怕硬”的本能思想。当手中握有的权力成为炫耀的资本和发泄工具时,受伤害的常是社会弱者。面对强大的公权力,保障弱势群体平等与之展开对话的最简单且有效的方式,便是为其寻找一个可以依靠和信赖的“中间人”。正如林南所言:“一个处在好位置的中间人,拥有嵌入型和控制性资源,呈现出良好的社会信用,因此,如果他愿意作为中间人,会确保或提高自我的社会信用。”^①

为了适时而充分地为社会弱势群体提供这样一类“中间人”,有两种制度可以借鉴:一是进一步完善行政咨询制度。行政机关应就本机关的职责职权、行使程序、相对人权利救济等设立专门的咨询窗口,并设专人负责受理、处理相对人的咨询和反映,目前各级行政服务中心提供的“一站式”服务模式不失为一种方便快捷的途径。二是大力促进法律援助制度。法律援助制度是一项充分体现“以人为本”思想的现代法治制度,但在我国,法援的适用范围太过狭窄,浪费了大量的法律资源。当前律师、法律工作者队伍急剧增长,这部分人大多拥有良好的法律技能和一定的法律资源、人际资源,具备从事法律实务的激情和兴趣,政府应通过构建良好的沟通协调机制,引导和鼓励这部分人从事法律援助和公益事业,并进一步渗透到社会生活的方方面面,发展出“多赢”的长远策略。这样相对人在满足一定条件后,就可以免费或以低廉的价格获得“中间人”的法律援助,而过度“非均衡性”障碍一旦得到突破,则可以迫使行政主体更加公正地行使自由裁量权,避免恣意行政、损害行政相对人的合法权益。

(三) 听证制度

所谓听证,即“听取意见”,它源于英美普通法上的自然公正原则,该原则包含两项基本内容:一是听取对方意见;二是不能作自己案件的法官。最初适用于司法程序,后来移用到行政程序,成为约束行政机关活动的程序性规则。就听证本身来讲,主要是弄清事实、发现真相,其核心程序是质证、抗辩,它是“给予当事人就重要事实发表意见的机会。”当事人可以针对自己不利的证据提出异议,并要求指控方加以证明,同时还可以提出对自己有利的证据。通过当事人的这种特殊参与、介入行为,有利于发现真实情况,使行政主体有可能采纳和吸收相对人的意志,从而促进公共利益与私人利益的一致性。通过听证双方的辩论,还可以使当事人的意见得到充分反映,保障相对人平等有效地参与行政决定。

此外,在听证过程中,听证主持人处于中间地位,不偏袒任何一方,这样可以保证裁决的中立,更体现出程序的公正性。正因如此,各国行政程序法都规定了听证制度,其中,美国关于听证的规定最为完备,成为《联邦行政程序法》的核心内容。我国的《行政处罚法》、《价格法》、《立法法》和《行政许可法》中也正式规定了听证制度,表明行政行为结束过去的集权隐蔽状态,正向“公开、公平、公正、民主”的方向纵深发展,充分展示了“鱼缸效应”的透明作用。遗憾的是,《行政处罚法》中并没有明确规定行政裁量的

^①林南:《社会资本:关于社会结构与行动的理论》,上海人民出版社2005年,第59页。

利害关系人可以参与行政处罚听证,如何在既能保障行政效率又能确保这类听证参与人具有广泛的代表性方面,需要作出更佳的制度选择。

(四) 行政裁量基准制度

行政裁量基准制度,是指行政主体在法律规定的裁量空间内,根据行政均衡等原则并结合本地区经济发展实际和执法经验等情况,将裁量的幅度分割为若干裁量格次,每个格次规定一定的量罚标准,并依据裁量涉及的各种具体事实情节,处以相对固定的裁决种类,同时明确从轻或从重处罚必要条件的一种制度。其目的也是为了限制和缩小行政主体的裁量余地,增强法条的可操作性,科学合理地细化量化行政裁量权,完善适用规则,保障程序公正。实际上,通过制定裁量基准来控制行政自由裁量权的做法早就成为西方诸国的一种较为常见的现象。譬如,德国的行政机关制定众多的业务准则、解释准则、裁量准则来指导行政机关正确把握裁量权,从而减少裁量行使的随意性。日本行政机关也将裁量基准视为其基本行动准则,而且裁量基准制度是日本《行政程序法》中所设立的一项具有本国特色的程序制度。

裁量基准制度在我国的建构与完善值得注意以下几方面:第一,依据过罚相当原则,制定违法行为裁量标准。这是裁量基准试点能否顺利开展和取得实效的关键。标准制定需要在行政法规规定的处罚行为、种类和幅度范围内予以具体化,而不能突破法律法规的规定设定新的处罚。第二,定期进行跟踪检查,不断完善裁量标准。同级和上级法制部门应当建立动态的检查和静态的审核相结合的监督机制,规范执法人员正确使用裁量标准,一旦发现问题,应当及时修改,不断完善裁量标准。第三,公开裁量标准,接受群众监督。当事人可以对照自己的违法行为,得出行政机关将要给予他的量罚尺度。这样行政处罚的标准既得到社会的认可和当事人的认可,也有利于社会公众、新闻媒体尤其是“第四媒体”对行政执法的监督。当然,无论何种制度的建立或完善,都不应当是扼杀行政裁量权,而应是以肯定行政裁量权服务并促进社会发展的积极作用为前提,以有利于行政裁量权功能的充分发挥、有利于行政裁量权在法治原则下的正常运作为目标。

四、结 语

行政自由裁量权是行政机关进行行政立法、行政司法、行政执法时最常运用的方式,它贯穿几乎所有行政行为的运作过程。在社会发展日趋专业化、技术化以及社会关系不断复杂化的情况下,行政自由裁量权的存在显得非常必要,它能满足行政事务全球化、多元化发展的新要求,是行政机关不可或缺的权力之一。但是,行政自由裁量权就像一把双刃剑,关键是如何运用。用之得当,将有助于社会公平正义和积极行政的实现;用之失当,则可能会因为权力滥用而出现“专断”与“暴政”,要实现“行政自由裁量的正义”,就必须使这种选择性权力的运行遵循法律法规尤其是行政程序的监控。因此,对行政自由裁量权进行控制,必须进一步强化其程序性控制的理念和方法,加强程序法制建设,使之充分暴露在依法行政与阳光行政的范围内。但是,任何一种法律制度都不能孤立地存在,控制行政自由裁量权的程序机制应是一个有机的统一整体,各种制度间只有互相配合,方能达到有效实施控制与约束的作用。实体法制固然重要,但若没有程序法制的保障,实体法制仍然存有潜在的危害倾向,如何从设定程序的角度对其加以规范,就更成为一个需要各领域专家学者们长期探索的研究课题。

■ 作者简介:周丽婷,华南师范大学南海校区法政系讲师;广东 佛山 528225。

■ 基金项目:2010年度广东省知识产权局软科学研究计划项目(GDIP2010-G05)

■ 责任编辑:车 英