

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第三辑



商務印書館

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 三 辑

主 编：胡建森

副主编：孙笑侠 章剑生

商 務 印 書 館

2005 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第三辑/浙江大学公法与比较法研究所编.
北京:商务印书馆,2005
ISBN 7-100-04496-0

I. 公… II. 浙… III. 公法—研究—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 053876 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

公 法 研 究

第 三 辑

浙江大学公法与比较法研究所 编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京中科印刷有限公司印刷

ISBN 7-100-04496-0/D·371

2005 年 10 月第 1 版

开本 787×960 1/16

2005 年 10 月北京第 1 次印刷

印张 32 3/4

定价:43.00 元

顾问：

罗豪才 许崇德

陈光中 应松年

编委会：

李龙(主任)

(以下以姓氏笔画为序)

公丕祥 孙笑侠 朱苏力

张文显 姜明安 胡建森

夏 勇 徐显明 韩大元

前 言

法治昌明,莫基于私法发达,更有赖于公法兴盛。自罗马法学家乌尔比安以来,公、私法的划分几经沉浮,到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美法系,甚至一度与西方法制决裂的前苏联和东欧诸国,在当代也无力抗拒公、私法的划分。

导控公权力行使的法律即公法,探究以公法导控权力之精神、制度与技术的学问为公法学。无公法则权力不受制约,公法学实与一国法治文明唇齿相依。布丹以《国家论六卷》首开近代公法学先河,至拿破仑时代编纂一系列公私法典,法国率先进入法治国家行列。德国公法学姗姗来迟,19世纪末始有公、私各项法典,直到二战后法治复兴,公法学名家鹊起,臻于繁盛,德国终能跻身法治强国。

两千年来,中国法制诸法合体,法律既无部门区分,亦无公、私法治划分。清末丁韪良移译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观,清末修律、北洋立宪至国民政府颁行《六法全书》,近代法制形式始告确立。然志士有心,时势无情。废除《六法全书》以后,步前苏联后尘,中国一度法治废弛,法律沦为权力的工具,以致法制崩坏,动乱迭起,国家与民众倍遭祸殃。历经半世纪沧桑岁月,法治国家已成人心所向、大势所趋,公法学也随之生机重现。而与国家法治化的进程,私法学繁荣的气象相比,公法研究仍显先天不足,后天乏力。

有感于此,我们愿以绵薄之力,与海内外同仁戮力同心,共举《公法研究》之事业,为公法学掘一泓清泉,开一畦绿地。

浙江大学公法与比较法研究所

《公法研究》编辑部

2003年6月12日

目 录

论行政裁量的性质及其构成	李 琦 (1)
关于行政主体理论的几个问题	梁凤云 (41)
行政处分概念与具体行政行为概念的比较分析	余 军 (69)
行政事实行为之再阐释	闫尔宝 (100)
行政计划论	朱新力 苏苗罕 (123)
论行政法上的没收——行政权和财产权相对化的产物	刘运毛 (146)
公共危机管理·行政指导措施·行政应急性原则——公共危机 管理中的行政指导措施引出的行政法学思考片断	莫于川 (193)
论行政相对人程序性权利	胡敏洁 (201)
日本的行政程序法与信息公开制度	葛 虹 (234)
我国宪法解释机关研究——来自比较法的考察	周 伟 (266)
作为行政许可法基本原则的平等原则	朱应平 (287)
竞选资金规制改革中的里程碑——评 BCRA 系列案	田 雷 (313)
版权保护期限的合宪性之争——从美国 1998 年《松尼·波诺 版权期限延长法案》谈起	毕竟悦 (331)
政府采购对中小企业优先政策的利弊衡量	杨小强 (341)
新加坡彩票业政府规制的历史演进及启示	张 渊 (368)
彩民权利研究	高春燕 (386)

2 公法研究

审查基准、程序性义务与成文化

- 有关裁量自我拘束的一则参考资料…… 恒川隆生著,朱芒译 (410)
- 正当期待——公共官员行事一贯 L. 哈罗德·利维森著,骆梅英译 (426)
- 澳大利亚行政法的发展 安东尼·马森爵士著,朱中一 秦绪栋 黄静译 (455)
- 消费者权利是人权吗? 西奈·多伊奇著,钟瑞华译 (478)

论行政裁量的性质及其构成

李 琦

法律终止之地，即暴政肇始之端

——洛克^①

法律终止之地，即个性化的裁量开始之处

——K. C. Davis^②

裁量，一向被称为法学中的“歌德巴赫式的命题”。将其与数学中的“猜想”相类比，足以表明裁量是法学中最普遍、最基本同时又是最复杂的理论。在行政法律实践中，裁量得到了淋漓尽致的运用。“一般认为，裁量权是行政机关依据赋予其权力的法律、法规所确定的目标、精神、原则、范围和行政合理的法治原则，基于客观事实情况自行决定行政行为的权力。因此，行政裁量权几乎成了行政权的代名词。”^③裁量的普遍性可见一斑。裁量，是最基本的法学命题，因为它承载着法学的终极价值的思考——对正义的不懈追求，向普遍正义的无限接近以及在此过程中与个案正义的和谐。同时裁量又是最复杂的法学难题，它集中凸现了对人类理性的充分肯定与理性有限性之间深刻的悖论，折射出人性善恶分殊这一法学预设的逻辑上难以自治以及贯彻中的两难困境：人性善，反而极力控制裁量；人性恶，却不得不授予裁量。裁量的这种内在紧张已为学人所肯认：“不明确的裁量性法律规

① 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第301页。

② K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1969, p. 55.

③ 章剑生：《论行政公开原则》，载《法商研究》2001年第5期。

则,也许更具有实质公平,但有损于效率,也更容易招致腐败。”^①

无知是探索的力量之源,需求是人类的文明之基。面对“神秘”的裁量,人们是如此的束手无策而又禁不住需求的迫切,故古今中外对此问题的研究文献可谓异彩纷呈,“引无数英雄竞折腰”。我国年轻的行政法学对行政裁量的探讨同样不吝笔墨。纵览我国学者的论述,显著的特点是关注的焦点往往集中于对行政裁量的控制,特别是司法控制方面。这种状况是与我国的行政诉讼法的规定相一致的,也与行政处罚显失公正的变更判决,超越职权、滥用职权的撤销判决相吻合,为司法实践提供了有利的理论支持。从控制的角度审视行政裁量,实质上是从外部、从反面、从否定的方面折射出对行政裁量本体的认识,是对“栅栏”的设置^②,是对“面包圈”的烘烤^③。然而,裁量控制的有效性,从逻辑上讲,首先取决于对裁量本体的认识。本体论是对事物本质属性的把握,最终将高度浓缩为一个概念范畴。基于本文写作的主旨,仅选取行政裁量的性质及其构成这个视角,作一番通往行政裁量本体的尝试。

与以往对行政裁量的认识路径不同,本文力图从正面揭示行政裁量的性质。通过历史考察,充分展示行政裁量的性质从绝对自由向合义务性的过渡历程,详细探讨合义务裁量与行政法的目的和一般原则的内在联系。通过以上分析,能够达到对行政裁量性质的重新定位,为公正行使、有效控制裁量权奠定逻辑一致的前提条件。^④对行政裁量构成的探讨,实际上是构造行政裁量权“合理化的结构”。裁量权“结构合理化”的核心在于表达这

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第330页。

② 拉德布鲁赫说,“法律对行政一般是栅栏”。参见拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第130页。

③ 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第51页。罗纳德·德沃金说:“自由裁量权,恰如面包圈中间的洞,如果没有周围一圈的限制,它只是一片空白,本身就不存在。”

④ 我国许多学者乐于使用“自由裁量”这一概念。其实这种用法不够准确,容易导致概念模糊不清的结果。并且,将行政机关的裁量权一律界定为“自由裁量权”,反过来又大谈特谈对其控制,往往导致一种自相矛盾的境地。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社1999年版,第176页。

样一种思想,即裁量权结构上的合理化,可以减少裁量权恣意行使所带来的危险,促进从实体角度看“更好”(better),从程序角度看“更公平”(fairer)的决定。^① 本文运用比较法学的基本方法在分析德国行政法学关于要件裁量、效果裁量、不确定法律概念和判断余地等实体裁量和程序裁量的基础上,构架了行政裁量的合理化结构。从中可以看出,行政裁量的结构逐渐由封闭走向开放,裁量的构成要素由严格的界定逐渐松动进而趋向多样化。行政裁量结构的这种演变趋势恰好与行政裁量性质由自由向合义务性的转化相辅相成。表面上行政裁量的无限扩展与裁量的合义务性的内在要求体现了裁量的性质与构成之间的辩证关系。裁量在这一层次上的运作,使其远离专横而复归法治。因此裁量升华到了其根本的标准——善。^②

一、行政裁量的性质——合义务裁量

(一) 问题的提出——由“自由裁量”引发的思考

裁量(Discretion),美国《布莱克法律字典》对其界定为:“指为法官和行政人员所享有的,在他们认为合适或必要的情况下行为或不行为的选择权;如果没有表明滥用裁量权,这种行为或不行为不能被推翻。”^③ 这一定义指出了裁量的实质是一种选择权,同时也标明行使选择权的标准是“合适或必需的情况”。情况的合适或必需是检验裁量的“石蕊试纸”,即是说裁量的颜色不能“自由”地变红或变蓝,裁量的效果必须通过“石蕊试纸”所设定的关卡——对合适或必需的情况予以考虑并得出确定的结论。正如罗纳德·德沃金所坚持的对裁量性质的观念:“如果一个法官拿不准是应该做出有利于原告的判决,还是应该做出有利于被告的判决,那么,他肯定没有自由地做

① K. C. Davis, *Discretionary Justice*, 1965, p. 145

② 刘善春:《行政诉讼原理及名案解析》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 78 页。

③ Henry Compel Black, *Black's Law Dictionary*, 6th edition, West Publishing Co., 1990, p. 467.

出上述任何一种判决的裁量权。”“裁量权的命题是考虑各种方面情况后必须肯定地确立的,而不是空缺。”^①由此可知,裁量的内涵中包含了诸多义务性的甚至是强制性的要素,而并非看上去那么“自由”。“所以,它是一个相对的概念。从某一立场出发,一个官员可能会有自由裁量权,从另一个立场出发则可能没有。”^②可以肯定,在裁量的本义中,是没有“自由”(free)这一层含义的。

在 discretion 汉译过程中,虽然出现过“裁量”“酌情裁量”等比较贴切的表述,但学者更愿意接受“自由裁量”。这一现象不仅仅反映了语言学的分歧,深层次的原因也许是在当代中国行政法治状况下,解读“裁量”这一概念时,赋予其内涵以某种行政法观念和价值取向。具体而言,“自由裁量”直接导源于我国行政法基本原则的理解——行政合法性与行政合理性的二元划分,截然对立。接下来对行政行为的分类,必然产生“自由裁量”和“羁束裁量”的区别,最后行政违法中出现“违法和不当”,在行政救济中导出“合法性审查”原则。所以,对“自由裁量”的理解是贯穿我国行政法理论和实践的基石,是整个行政法体系保持逻辑统一性的一个极其重要的环节。对裁量的这种认识,也许是与我国行政法学理论的重建,行政法治实践初步正轨的国情相适应。然而,随着法治实践的进一步发展以及国外行政法治理论的启迪,我国对行政裁量理论有必要进行整体性反思和重新定位:行政合法性与行政合理性截然区分的后果是将所有行政行为“专横”地分为两类,或将一个行政行为“恣意”地区分为两部分,并将其中的一类的一部分排除“法治”的规制,这实际是法治的失职和自我放逐。另外,依法行政这一基本原则的丰富内涵被关于“自由裁量”的“行政合理性”这个原则所侵蚀、掏空。而相比之下,国外理论,尤其英美行政法中,合理性原则(reasonableness)正是捍卫行政法理论的坚强柱石——“如此荒谬以至任何有一般理智的人不能想象行政机关在正当地行使行政权力时会有这种标准”(Green 法官语)

① 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第102页。

② 同上,第52页。

“如此错误以至有理性的人会明智地不赞成那观点”(Denning 法官语)“如此无逻辑或所认可的道德标准令人不能忍受,以至任何认真考虑此问题的正常人都不会同意”(Diplock 法官语)。^① 对比中外理论的差别,对合理性原则的再造势所必然。在对行政行为的认识上,“羁束裁量”本身就体现了一种内在的矛盾。^② 将行政行为在横向上分为“自由裁量”和“羁束裁量”,实践证明,这种认识路径是狭隘的、有限的。其实,“从本质上讲,任何一个行政行为都同时包含有羁束性和裁量性两个因素。”^③ 所以,尝试从纵向把握羁束性和裁量性的衔接问题,考察裁量的构成,注重司法审查的强度和密度,而不再局限于受案范围,这种纵向理解也许会对行政行为理论提供更加开阔的前景。

另外,在行政违法和救济中,由“自由裁量”理论所支持的“违法与不当”的区别以及“合法性审查原则”,为行政主体逃避行政责任大开方便之门。这种区分激起了诸多质疑:“行政机关所为处分,应该不仅在形式上要具合法性,在实质上亦应合法。若认为一个行政处分可以‘符合法规,却实质上违反公益’从而认定为‘不当处分’在法治国家诚为不可思议。故一个行政处分的违法与不当,都应以‘全程的适用法规’以观。且皆是违法处分,两者之界线已趋向模糊。”^④ 所以,裁量的违法与不当,合法性与合理性在本质上并无差别,均受法的拘束,只是量的程度不同而已^⑤。因此,司法审查过程中,不是完全放弃对裁量的审查,而是针对不同性质的裁量适用不同强度和密度的标准。

综上所述,对中外裁量概念的比较认识,显示出我国行政裁量理论的偏

① 威廉·韦德:《合理原则》,李湘如译,载《法学译丛》1991年第6期。

② 羁束裁量一词被认为矛盾之用法,因为羁束与裁量之观念互不相容……羁束裁量与自由裁量之区分,既有上述语病,容易引起误解,所以近来德国法学者均避免采用这些名词,而仅以裁量标之。参见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台大法律丛书1989年版,第50页。

③ 姚锐敏:《依法行政的理论与实践》,法律出版社2000年版,第28页。

④ 陈新民:《行政法学总论》,三民书局1995年版,第367页。

⑤ 合法性,就其本质而言,是与合理性问题紧密相关的;合理性通过合法性表现,合法性应以合理性作为实质内容。参见舒国滢:《战后德国法哲学的发展路向》,载《法理学论丛》第1卷,法律出版社1999年版,第177页。

差、机械性和僵化性。通过分析自由裁量在我国整个行政法学理论体系中(行政法的基本原则——行政行为论——行政责任论——行政救济论)所处的至关重要的地位,以及行政实践中存在的诸多缺失和困境,上述状况均源自对行政裁量性质认识的偏差。因而,重新阐释行政裁量的性质显得非常必要。

(二) 对行政裁量性质认识的历史嬗变过程的考察——一般规律与我国的特殊国情

法律与行政的实质性勾连肇始于近现代的资产阶级革命或改良,对裁量性质的认识也相应地经过了肯定、否定与否定之否定的正题——反题——合题这样一种辩证过程而更加符合现实并趋于合理。

1. 警察国家的“无法”行政

在警察国家时代,^①统治者的意志就是最高的法律,因而权力是法律的渊源而不是相反,法律是权力的根据。警察国家时期法律与权力的关系倒置,甚至权力等于法律。行政机关仅负责遵行内部性的训令的义务,国家与国民之间仅存在权力服从关系,被统治者陷于“强忍与废业”的唯一选择的境地,所谓法规仅为治民,不得治官,有官权而无民权。此时根本不具备国家与国民同道共守且同受拘束的行政法规。^② 法律与行政的这种关系状况,使行政获得了真正“自由”的品格。“在警察国家时期,无所谓国家活动的界限,专制警察国家,根本不可能实现法律对行政首脑、统治者的拘束,因为,专制统治者作为行政首脑,甚至可以在偏离法律时,作为立法主体随时

① 警察国家思想发端于法国,但欧洲警察国家却是以19世纪之普鲁士为典范。依据1530年《帝国警察法》之规定,除新教诸侯所拥有之教会行政权外,所有国家之行政均称为警察,因此,警察之概念乃是以公权力维护世俗(与教会相对立)社会生活秩序的作用。其后,外交、司法、军政、财政逐渐排除于警察概念之外,警察概念遂仅限于直接与社会公共安宁及福祉有关之内政行政。最后专制君主以履行国家对内政任务为由,将统治权之发动建立于警察权之基础上,此即所谓德国警察国家时代。参见王和雄:《论行政不作为之权利保障》,三民书局1994年版,第2页。

② 城仲模:《行政法之基础理论》,三民书局1980年版,第20页。

为此而更改法律,使不可能作为行政行为的行为,倒作为立法行为而具有效力。”^①

2. 形式主义法治国对裁量的拒斥

资产阶级革命或改良是对警察国家的颠覆,从而迎来了立宪国家(形式主义法治国)的曙光,“无法律即无行政”是形式主义法治国家的坚定不移的信念。戴雪(Dicey)以其权威的论述^②彻底地清除了警察国家中自由裁量权的残余,并树立起了“保守的规范主义”行政法这一英美法系行政法的经典学术传统。同时,由此发展出了“控权模式”行政法、司法审查模式行政法或行政法的“红灯理论”。戴雪从英国古典自由主义、个人主义出发,紧密结合英国宪法的“法治原则”指出“与专断的权力相比,正式的法律具有绝对的至高性和主导性,排除政府中的任何形式的专断的特权和宽泛的自由裁量权的存在。英国公民受法律而且只受法律的管理,我们中的每个人可以因触犯法律而受处罚,但不能因任何别的事情而受处罚。”承继戴雪形式主义法治的经典学术传统,哈洛与罗林斯提出了著名的“红灯理论”,即法律指令行政“刹车”,控制自由裁量权。“在形式主义传统的背后,我们常常洞见对一种最小限度的国家(小政府)的偏好。因此我们毫不惊奇地发现,许多行政法学者相信,行政法的主要功能是控制政府任何形式的越权行为,并使之从属于法律,尤其是司法审查的控制。正是这种行政法观念,我们称之为“红灯理论”。^③

形式主义法治排斥行政裁量权实质上反映了“法律自治体”的理想。以法律缚住专横的权力的人们视法律为科学和圣物。在行政法开始受到关注之时,近代社会科学正集结在“实证主义”和“科学统一性”的旗帜之下,沿着

① 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第131页。

② 戴雪是第一位将“法学方法”应用于英国公法学研究的法学家,他对英国公法的发展一直发挥着巨大的影响。也许这样说是恰当的,没有一个国家曾对一位谢世的公法学家像戴雪之与英国一样如此被看重。

③ Carol Harlow, Richard Rawlings, *Law and Administration*, London, Butterworths, 1997.

牛顿力学和达尔文进化论的科学大道大踏步走向知识的分工。历史学、经济学、社会学、政治学、人类学由此率先发展为独立的学科并被划归为社会科学的范畴。这是一个“科学祛除愚昧”的时代。法学家同样坚信,实证方法和分析哲学最终也会造就一门“科学的法学”。因而对“神秘的”行政裁量的拒斥就是建立在实证主义法学对法律的确信性和可预测性的预设基础上。法律的确信性是至高无上的,“无法律即无行政”。结果,行政裁量被法律所排除。法律使行政陷于瘫痪的情形在当时是屡见不鲜的。“几乎每一项有关治安、行政的重要措施都被法律禁止……别的国家在行动前提交行政、检查、监督的事情,我们都交给法院。……将行政限于无以复加的最小限度,在当时被认为是我们这个政体的基本原则。换言之,当一些人走向一个极端并接受官僚的支配时,我们却走向了另一个极端并接受法律的支配。”

总之,19世纪控权论结合英美国家占主导地位的分析法学潮流,认为法就是国家制定的正式法律规则,主张政府行为应严格依据法律,意在创造一种“法的统治而非人的统治”,并且在这种规则主义法治观念的影响下,对行政自由裁量权基本上持否定态度。^①

3. 行政管制国家裁量的自由化

形式主义法治国家建立了彻底的“法的统治”,“无法律即无行政”这种僵化的关系使行政机能瘫痪。因而,“功能主义”行政法学派起而挑战“规范主义”行政法,行政裁量权得到立法和理论上的支持。“法律并非万能,法律不存在也不意味着总是公正,现实的多变和复杂往往需要执法人员灵活应变、具体对待,否则难以实现真正的公正。美国学者杰罗姆·弗兰克曾评论说:“那些主张通过制定严格立法消除自由裁量的人忽视了一个基本事实,行政是人的活动,而人的活动并不能与机器相比较。”^②“功能主义”行政法

① 李娟:《行政法控权理论研究》,北京大学出版社2000年版,第176页。

② Phillip J. Cooper, *Public Law and Public Administration*, 2nd edition, Eglewood Cliffs, 1988, p. 225.

学对行政裁量权自由度的肯认源于美国的行政学理论。将英国的行政法学传统(议会主权、否定裁量)视为占主导地位的实证分析学派是恰当的,但美国的传统并非如此清晰。除了共同分享普通法的智慧和戴雪的思想资源外,美国行政法学还强烈地受到行政功能主义和法律社会学的影响。在美国行政学的鼻祖威尔逊看来,传统的公法和政治学只关心政府行为的合法性问题(形式主义法治)是欠妥的,效率至关重要。“政治”和“行政”应当分离,他把政治界定为制定公法、设计公共政策;公共行政被界定为详细系统地执行公法。为实现行政效率最大化,威尔逊对传统公法提出了挑战:一是反对分权,提倡集权和加强行政科层制。威尔逊的核心观念是“权力越分散就越不负责任”。二是明确提出以“效率原则”代替“合法性原则”建立公共行政的理论基础。三是尊重职业专家和行政自由裁量权。^① 美国行政法学之父古德诺(Frank Goodnow)试图摆脱传统“平衡宪法”(强调分权制衡,特别是议会、法院对行政的控制)的束缚,创立“非以法院为中心的行政法理论”,强调行政法既要尊重和保障个人自由权利,又要尊重行政自由裁量权和提高行政效率。^② 进而,“尊重行政自由裁量权”成了时髦的原则,大批学者提出要抛弃传统宪政观念,声称“美国人应当根据一种对公共官员的信任理论来重建政府。”

功能主义法学的张扬,使人们对国家作用的认识产生了偏差。由于被一些表面的暂时的现象所迷惑,如西方国家在上世纪30年代经济大危机后通过政府广泛干预而使经济得以恢复并走向繁荣的事例,苏联建国后通过全面的政府计划经济使之由农业国迅速转变为工业国等,进而人们认为国家和政府无所不能,从而赋予政府全面干预经济、干预社会,甚至干预人们私生活的种种职能,使人们“从摇篮到坟墓都依赖国家和政府”,“立宪国家”逐步演变成“行政国家”、“福利国家”。^③ 随着福利国家的到来,政府行政自

① 包万超:《阅读英美行政法的学术传统》,载《中外法学》2000年第4期。

② F. Goodnow, *The Principle of the Administrative Law of the United States*, H. Y. Putnam, 1905, p. 66

③ 姜明安:《新世纪行政法发展走向》,载《中国法学》2002年第1期。

由裁量权逐渐突破了传统的“硬法治”的框架。旧的传统理论明显与权力需求的现状难以调和,逐步转向所谓“软法治”,对依法行政中法的理解相应地扩展到规章、行政条例。^①此时期备受赞誉的美国《联邦行政程序法》(APA),与其说是传统控权理论的结晶,不如说是对行政权力大肆扩张的法律上的承认,因为行政取得了行政裁决和规章制定的权力,而这两种准司法、准立法权并非旧法治题中应有之义。

随着时间的推移,行政裁量的极端自由化导致行政国家的异化,以至于“行政权=行政自由裁量权”,并完全演变成一个社会的毒瘤,致使立法控制完全失效,使司法审查难以介入复杂的官僚制壁垒,带来了种种弊端。

4. 新公共管理运动背景下对裁量性质认识的理性化——

裁量的含义务性

行政国家长期奉行的管制政策造成了规模日益庞大的政府、巨额预算开支和居高不下的财政赤字。而令人遗憾的是,政府管制殊少代表公共利益,官僚机构有自己的利益诉求,并主要受到利益集团的驱动(自由裁量权异化为自私裁量)。^②严格的等级结构和繁琐的内部控制程序僵化死板,行政官僚缺乏灵活性和创新精神;通过扭曲市场规律,官僚制抹杀了个人、家庭和社会群体的创造性,毫无效率地生产和分配产品,并忽视公共服务的多样性。充分发达的官僚机构不但束缚住职业官僚,把公民变成依附性群众,而且使其政治“主子”变成软弱无能的外行,使宪政规则空洞化——议会的监督和法院司法审查难以有效地控制行政权,以达到保护个体权利的目的。管制政策的结果是法律和行政两败俱伤,国家与社会双双被缚:社会、市场受到行政的全面规制,失去了灵活性和原创力,成为行政的依附;同时,在传统的法治观念下,伴随行政裁量扩张,控权的范围也无以复加。因而行政也被复杂的法律和繁琐的程序紧紧束缚,管制者与被管制者均被重重管制。

① 李娟:《行政法控权理论研究》,北京大学出版社2000年版,第50页。

② 井涛:《法律适用的合谐与归一——法官的自由裁量权》,中国方正出版社2001年版,第2页。