



on Ethical Governance of
Administrative Discretion

行政自由裁量权的 伦理规治研究

洪兴文 著

CTS 湖南人民出版社



Ethical Governance of
Administrative Discretion

行政自由裁量权的 伦理规治研究

洪兴文 著

CBS 湖南人民出版社

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目（CIP）数据

行政自由裁量权的伦理规治研究 /洪兴文著. —长沙：湖南人民出版社，2015.3 重印

ISBN 978-7-5561-0036-1

I. ①行… II. ①洪… III. ①行政自由裁量权—伦理学—研究
IV. ①D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字（2013）第296062号

行政自由裁量权的伦理规治研究

编 著 者 洪兴文
责任编辑 彭富强 曾诗玉
装帧设计 李 平

出版发行 湖南人民出版社 [<http://www.hnppp.com>]
地 址 长沙市营盘东路3号
邮 编 410005
经 销 湖南省新华书店

印 刷 永清县晔盛亚胶印有限公司
版 次 2015年3月第1版
2015年3月第2次印刷
开 本 880×1230 1/32
印 张 8.75
字 数 250千字
书 号 ISBN 978-7-5561-0036-1
定 价 30.00元



营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）



作者简介：

洪兴文，女，湖南株洲人，民盟党员，哲学博士，律师，中南大学法学副教授，硕士生导师，长期从事行政法与伦理学的教学与研究。

内容提要

行政自由裁量权，作为法律授权范围内自行判断、自行选择和自行决定的行政权力，其行使过程不可避免地隐含着权力行使者的人性、价值观及道德选择向度等等，可以说，它实质上是一种“法治”授权的“人治”。同时由于其自由性、选择性、相对性和专断性的伦理特质，又可以说它是一种伦理性裁量权。由于它的“人治”和特权色彩，自存在的那天起，法律对它的认可和限制就一起对立地存在着。对行政自由裁量权的控制仅立足于行政法学的和政治学的视角是远远不够的，它还应受到伦理学的关注和伦理向度的规治，这是由其伦理特性和裁量空间的法律盲点所决定的。

行政自由裁量权存在的正当性是对其进行伦理规治研究的前提。没有“存在”就没有“规治”生发的基础。人类社会选择法律来治理人性的弱点，同时又由这些有着人性弱点的人们行使自由裁量权来执行法律，如何认识 and 解决这个“二律背反”问题？只有从“亦善亦恶”的人性前提出发才能得到合理的诠释。另外，适度的行政自由裁量权不但满足了现代服务行政的需要，体现了正义秩序的价值诉求，而且克服了法治内在的不

足，补充了法的统治。这些都使其存在得以正当化。

行政自由裁量权作为一种伦理性裁量权，其行使的过程，与其说是在法律规则框架内对复杂的行政事务采取何种手段、方式和程序的过程，不如说是权力行使者基于什么样的信念及价值追求的一种道德选择过程，因而必然涉及对影响道德选择的相关因素，如道德能力、行政信仰和权力运行的场合力等因素的考量，并由此探索行政自由裁量权在运行过程中可能遇到的价值冲突、伦理困境和出现的道德风险。

正当存在的行政自由裁量权并不意味着其必然能够正当行使。如何保障行政自由裁量权在各种价值冲突、伦理冲突和可能出现的伦理困境面前，能够真正实现个案正义和实质正义？显然它离不开伦理的支撑和道德的约束。这些伦理的支撑和道德的约束主要是通过一定的伦理原则彰显出来。具体来说，要求行政主体和行政人员遵循公正、理性、诚信、适度和责任原则。通过伦理原则的建构，与法律规则一道形成对行政自由裁量权规治的合力，使行政自由裁量权能在法律框架和道德边界内正当行使。

行政自由裁量权逾越边界容易异化，其异化所导致的非正义必须加以伦理的矫治。鉴于权力自身固有的扩张性、自腐性以及权力运行环境的非纯洁性，行政自由裁量权行使中更容易出现张力、异化，甚至独断、专制、暴政等非正义。如何对这些问题进行矫治？在分析现有的司法矫治模式的特点和局限的基础上，提出通过德性培育、责任救济、制度良善、正义环境营造等机制和路径对行政自由裁量权的“非正义”进行伦理的矫正和治理。

目 录

第一章 导 论 /001

一、问题缘起及其研究意义 /001

（一）问题缘起 /002

（二）研究意义 /022

二、中外学术界相关问题探讨 /026

（一）国外相关问题研究综述 /026

（二）国内相关问题研究综述 /034

三、本书论证方法、框架及创新 /039

（一）本书论证方法 /039

（二）本书论证框架 /040

（三）本书创新之处 /043

第二章 行政自由裁量权存在的正当性 /046

一、亦善亦恶的人性支撑 /047

- (一) 人性本善：权力善与人治可能的基础 /049
- (二) 人性本恶：权力恶与法治必要的预设 /051
- (三) 人性可塑：自由裁量权存在的人性根据及德法并治的可能 /056

二、法治内在不足的吁求 /061

- (一) 法治须良法之治 /061
- (二) 法治的不足：法律的局限 /063
- (三) 法治内在不足的弥补：行政自由裁量权 /067

三、服务行政的必然生成 /069

- (一) 政府主要职能：执行和服务 /069
- (二) 行政自由裁量：主动行政的最好方式 /070

四、公平的正义的价值诉求 /071

- (一) 对正义及其与权力关系的基本考察 /072
- (二) 公平的正义：行政自由裁量权的价值取向 /078

第三章 行政自由裁量的伦理困境与风险 /084

一、选择、理性与标准：行政自由裁量权构成要素 /084

- (一) 裁量权：一种选择权 /085
- (二) 理性：选择的主体性基础 /086
- (三) 公共行政价值：选择的标准 /089

二、行政自由裁量中的道德选择 /091

- (一) 行政自由裁量的道德能力 /091
- (二) 影响行政自由裁量的场合力 /102
- (三) 行政自由裁量的伦理困境 /109

三、行政自由裁量的道德风险 /123

- (一) 欲望遮蔽理性 /123
- (二) 自由侵犯权利 /128
- (三) 守法掩盖违约 /134

第四章 行政自由裁量权行使的伦理原则 /137

一、行政自由裁量权伦理行使的内在依据 /137

- (一) 契约精神：行政自由裁量权伦理行使的道德依据 /138
- (二) 自我意识：行政自由裁量权伦理行使的心理依据 /147

二、伦理原则与法律规则的关联和作用 /149

- (一) 原则与规则的关联和区别 /149
- (二) 严格规则与伦理原则 /151
- (三) 伦理原则对行政自由裁量指导的必要和可能 /152

三、行政自由裁量权伦理行使的主要原则 /153

- (一) 公正原则 /154
- (二) 理性原则 /167
- (三) 诚信原则 /173
- (四) 适度原则 /178

(五) 责任原则 /182

第五章 行政自由裁量权非正义的伦理矫治 /191

一、非正义：行政自由裁量权的张力后果 /192

(一) 权力的弊病 /192

(二) 行政自由裁量权的张力与非正义 /194

二、司法审查对裁量非正义矫治的评说 /202

(一) 司法审查及其特点 /203

(二) 司法审查矫治作用的局限 /204

三、伦理对行政自由裁量权非正义的矫治 /207

(一) 矫治与伦理矫治内涵诠释 /207

(二) 伦理矫正与治理机制的设计 /208

结 语 /242

参考文献 /248

致 谢 /268

第一章 导 论

一、问题缘起及其研究意义

自由裁量，作为人类的一种意识和行为方式，一方面是指一种思维特点、一种审慎和周详的态度，另一方面是指在可能做出的诸多行为之中进行判断与选择的过程。概括地说，自由裁量，是人们基于个人价值取向、判断能力和道德能力对事物考虑的一种内部心理意识及判断、选择的过程。国家行政管理生活中的自由裁量必须以拥有行政自由裁量权为前提。何谓“自由裁量权（Discretion）”？在西方法律文化中它是指“为法官和行政人员所享有的，在他们认为合适或必需的情况下行为或不行为的选择权”^①。既然自由裁量权是一种选择权，那么在其行使过程中不可避免地隐含着权力行使者的人性、价值观及

^① Henry Campbell Black. *Black's Law Dictionary* (6th edition) [Z]. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990: p. 476.

道德选择向度等等，这样，作为国家行政权的特殊情形的行政自由裁量权不可避免地带有浓厚的人治色彩及特权色彩。正因为如此，在人类社会生活和政治生活中，行政自由裁量权走过了一条从遭法治排斥到与法治融合的道路，也由最初受到法学和政治学的关注，进而走进伦理学的视野。

（一）问题缘起

1. 法治中的“人治”：行政自由裁量权需要伦理学的关注

在国家产生后的相当长的时期内，西方专制国家中以君主、国王为首的统治集团大肆宣扬权力“神意说”“天命说”，为专制者们所执掌的国家权力披上了至高无上的“神圣”外衣。按照此逻辑，既然国家权力来自于“上帝”“天命”，自然就可以成为主宰一切臣民并不受任何限制的“主权”，于是君主、国王可以染指一切，其一切权力的行使都是“自由”的，不存在受法律约束、法律之下的权力。在东方专制国家中，皇帝集全国立法、司法、行政权力于一身，从中央到地方，一切事务的最高决定权都集中在皇帝手中，即所谓的“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。也就是说，在前资本主义社会，国家的管理职能与统治职能处于混沌的统一状态，国家权力是一种一体化的整体性权力，不存在立法权、行政权与司法权的划分，这种垂直的、单线的权力结构使权力仅仅接受来自某一特定方向的约束。总之，在法治出现之前的高度集权的专制统治时期，皇帝享有不受任何权力制约的任意决定权和专断权，这种权力肯定是自由裁量权，但它不是现代意义上的自由裁量权，而是

一种绝对自由裁量权或无限自由裁量权。^①

“权力神授”论在近代遭到了洛克、孟德斯鸠、卢梭、汉密尔顿、潘恩、杰弗逊等思想家的揭露和批判。这些思想家不仅揭露了“权力神授”的荒谬性，而且从逻辑上解构了“主权在民”的根据，即“一切管理国家的权力必定有个开端。它不是授予的就是僭取的。此外别无来源。一切授予的权力都是委托。一切僭取的权力都是篡夺”^②。也就是说国家权力只有来自人民的委托和授权，才具有正当性和合法性。社会契约论者认为人类从自然状态向社会状态过渡的途径就是社会契约，“社会契约的根本任务和目的，就是通过人民以社会契约形式组成的政治共同体，保障每个结合者的利益和权利”^③。即人民通过契约转让权利，授予国家权力，目的是源于对共同体权威的信赖，以共同力量来捍卫和保护每一个参加者的人身自由和私有财产，维护社会公共利益和社会公共生活秩序。社会契约论构成了现代宪政原理的基础，它告诉我们，任何一种国家权力都不是自然生成的，作为国家权力源头的人民主权，它实质上是一种假设的权力，要转化为现实的权力需要经过一个权力分解和传递的过程，即在现代宪政国家，人民主权首先表现为人民代表的制宪权，而制宪权的成果便是宪法。宪法是国家权力配置的基本法，它将国家行政权授予行政机关，这样行政机关便拥有了宪法上的行政权，然后再由法律把这种宪法上的行政权再做进

① 洪兴文. 行政自由裁量权在法治中的歧变与融合 [J]. 求索, 2010 (12).

② [美] 托马斯·潘恩. 潘恩选集 [M]. 马清槐等译. 北京: 商务印书馆, 1981: 250.

③ 于凤梧. 卢梭思想概论 [M]. 北京: 北京师范大学出版社, 1986: 132.

一步的分解和传递，形成行政法上的行政权。^①自此，在国家权力体系中，行政权力开始独立于其他国家权力，在国家政治、经济、文化领域中发挥其应有的作用。行政权从国家权力体系中分化和独立，为行政自由裁量权的孕育萌生提供了政治基础。^②

管理国家的权力从神授到契约，从集权到分权的过程，实质上就是一个从人治到法治的过程，也就是从拥有绝对行政自由裁量权到否定行政自由裁量权再到承认适度的行政自由裁量权的嬗变过程。在人治社会，治理国家的规则主要是君主命令、惯例、经验、道德、教义等等，权力是随着执政者的意志和习惯而运行的，这种“绝对自由裁量权所到之处，人们总是蒙受苦难……绝对自由裁量权是个暴君，对于自由，它比人类任何其他创造都更具破坏性”^③。“无限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。”^④显然，这种绝对行政自由裁量权是专制的人治，必定会退出历史的舞台。

随着古希腊城邦的衰落，哲学王统治的理想破灭，推崇贤人之治的柏拉图转而也开始关注法律之治。尤其亚里士多德在回答“由最好的一个人或由最好法律统治，哪一方面较为有利”问题时，他采用三段论逻辑推理方式，得出了“法律是最优良

① 张明杰、莫纪宏. 行政法的新理念 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社，1997：26-29.

② 洪兴文. 行政自由裁量权在法治中的歧变与融合 [J]. 求索，2010 (12).

③ [以] 巴伦·巴拉克. 司法自由裁量权 [C]. 公法 (3)，信春鹰译. 北京：法律出版社，2003：467.

④ [美] 伯纳德·施瓦茨. 行政法 [M]. 徐炳译. 北京：法律出版社，1985：567.

的统治者”的结论，提出了“法治优于一人之治”的主张^①。在这一主张的基础上，他进一步阐述了“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”^②。可以说，这段话已经从逻辑上粗略地勾画出法治的两大基石。还有，被视为近代西方法治理论奠基人的英国法学家戴雪在他的《宪法性法律研究导言》里第一次比较全面地阐述了法治概念，提出了法治应包含三层意思：第一，人人皆受法律统治而不受任性统治；第二，人人皆须平等地服从普通法律和法院的管辖，无人可凌驾于法律之上；第三，宪法源于裁定特定案件里的私人权利的司法判决，故宪法为法治之体现或反映，亦因此，个人权利乃是法律之来源而非法律之结果。^③ 无论是亚里士多德的法治思想，还是戴雪的法治内涵，无不揭示出：法治是一种理性之治，与专制、特权、任性相对立。法治所蕴含的理性精神主要体现在：一是法律至高无上。法律具有最高的权威，法大于权，不能因局部政策变化而随意修改。二是良法之治。按照亚里士多德的话来讲，良法应具备以下要素：（1）理性是良法的基础。法律应当具有“不受欲望所影响的理性”。（2）正义是良法的一种美德。正义应当是法律的化身和生命。（3）善是良法的终极追求。因为人类的一切追求，归根到底都是为了善。（4）体现民主意志是良法的

① [古希腊] 亚里士多德. 政治学 [M]. 吴寿彭译. 商务印书馆, 1997: 171.

② [古希腊] 亚里士多德. 政治学 [M]. 吴寿彭译. 商务印书馆, 1997: 199.

③ 夏勇. 法治是什么——渊源、规诫与价值 [J]. 中国社会科学, 1999 (4).

基本品格。必须通过理性来公平地分配各种利益。^① 三是无差别适用。富勒认为,法律的一般性是法律区别于更直接和更狭隘的规则和命令的核心。法律适用不承认个别(特殊)情况,只承认普遍规则的效力。^② 非经法定程序不得因个别情况而改变法律的普遍性,即使这种改变的目的是正当的,目标是正义的。四是制约权力。国家、政府享有公权力,但是这种权力必须接受法律、权力和权利的制约,禁止滥用权力,政府和官员的行为应当与法律保持一致性^③。由此,法治必然成为人类政治文明的选择。

到了近代,随着法治精神的高扬及市民社会与政治国家的分化,国家的一切权力来源于法律是法治的必然要求。具体到行政权力来说,法律在授予行政机关以行政职权的同时,也对这些职权的行使提出了条件、程序和目的上的要求。行政机关必须遵守这些要求,否则就会被认为是违法。强调“无法律则无行政”,要求政府的任何行为都必须有法律的明确授权,凡是涉及个人权利义务的行政行为最为明显。这一时期正是资产阶级夺取政权并巩固政权,发展资本主义的时期,资产阶级尚未摆脱封建专制统治阴影的笼罩,深感丧失自由和财产的恐惧,对专制的不受制约的权力深感厌恶和焦虑。为此,资产阶级启蒙思想家和政治家不仅通过“三权分立”的政治权力架构来限制权力的无限扩张,而且为防止政府滥用统治权侵犯个人自由,

① 汪太贤. 西方法治主义的源与流 [M]. 北京: 法律出版社, 2001: 39-43.

② [美] L·富勒. 法律的道德性 [M]. 郑戈译. 商务印书馆, 2005: 46-48.

③ [美] L·富勒. 法律的道德性 [M]. 郑戈译. 商务印书馆, 2005: 81.

提出了“管得最少的政府是最好的政府”的主张，将政府行政仅限于国防、外交、税收、治安等少数领域，将国家职能缩小到了不能再小的程度，政府只是作为市民社会的“守夜人”而存在。这种“机械法治主义”思想和倾向在18世纪初至19世纪末尤为突出，难怪有人曾说：“直到1914年8月，除了邮局和警察以外，一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却没有意识到政府的存在”。在这种行政权受到严格控制的背景下，行政机关的一举一动基本上就是法律之下的亦步亦趋，政府仅仅是充当“传送带”的角色。可以说，在“无法律则无行政”的严格规则主义时期，行政自由裁量权因其带有人治色彩遭到了敌意和否定。^①

在此要强调的是，正是法治的诞生，依法行政的确立，使古代意义上的绝对专断性的行政自由裁量权嬗变成现代意义上的具有法律和道德边界的相对性的行政自由裁量权。从某种意义上说，行政自由裁量权作为法治中的“人治”得到了包括宪政国家在内的许多国家的确认。

到了19世纪末20世纪初，资本主义在经济上创造出了比以往任何社会都要丰富的物质财富，资本主义的生产方式已由自由竞争发展成为垄断经营，同时，由于交易的外部性带来的重大环境问题和其他一些严重的社会不公现象，亚当·斯密关于市场机制那只“看不见的手”的神话破灭，国家权力开始赋予一种服务的职责。政府的职能和角色必须从“守夜人”转变到“行政国”，这无疑为行政权行使创造了广阔的自由裁量领域和

^① 洪兴文. 行政自由裁量权在法治中的歧变与融合 [J]. 求索, 2010 (12).