

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第10卷·第2辑(2009)

主题研讨

行政裁量的法治空间

王锡锌

行政自由裁量权控制的四个模型

——兼论中国行政自由裁量权控制模式的选择

余凌云

行政裁量的治理

——以警察盘查为线索的展开

朱新力 唐明良

尊重与戒惧之间

——行政裁量基准在司法审查中的地位

王贵松

行政裁量权收缩的法理基础

——职权职责义务化的转换依据

论文

于明

法律规则、社会规范与转型社会中的司法

——《叔向使治子产书》的法理学解读

王慧

国际货物买卖合同中买方“拒受权”辨析

郭雳

美国证券集团诉讼的制度反思

评论

陈福勇

仲裁机构的独立、胜任和公正如何可能

——对S仲裁委的个案考察

胡凌

网站治理：制度与模式

谢进杰

中国刑事审判对象的实践与制度

何才林

夹缝中的变革——以行政审判管辖权为视角的叙事

侯猛

CSSCI法学期刊：谁更有知识影响力？

苏力

追求不可替代——《北大法律评论》十年感言

书评

卢超

经由“内部契约”的公共治理：英国实践

——评戴维斯的Accountability:

A Public Law Analysis of Government by Contract



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

創刊號 · 第一卷 (2005)

目錄

卷首語	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘

目錄

論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘

目錄

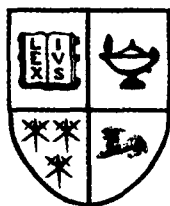
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘

目錄

論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘
論我國憲法上的基本權利保障	王澤弘

創刊號 (2005)

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 10 卷 · 第 2 辑 (2009)

《北大法律评论》编辑委员会



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论·第10卷·第2辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京:
北京大学出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 301 - 15582 - 0

I. 北… II. 北… III. 法律 - 文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 128032 号

书 名: 北大法律评论(第10卷·第2辑)

著作责任者: 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15582 - 0/D · 2376

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 19.25 印张 355 千字

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《北大法律评论》第 10 卷 · 第 2 辑(总第 19 辑)

目 录

编者按语	(305)
------------	-------

主题研讨 行政裁量的法治空间

王锡锌 行政自由裁量权控制的四个模型 ——兼论中国行政自由裁量权控制模式的选择	(311)
余凌云 行政裁量的治理 ——以警察盘查为线索的展开	(329)
朱新力 唐明良 尊重与戒惧之间 ——行政裁量基准在司法审查中的地位	(343)
王贵松 行政裁量权收缩的法理基础 ——职权职责义务化的转换依据	(354)

论文

于 明 法律规则、社会规范与转型社会中的司法 ——《叔向使诒子产书》的法理学解读	(375)
王 慧 国际货物买卖合同中买方“拒受权”辨析	(398)
郭 雳 美国证券集团诉讼的制度反思	(426)

评论

- 陈福勇 仲裁机构的独立、胜任和公正如何可能
——对 S 仲裁委的个案考察 (447)
- 胡 凌 网站治理:制度与模式 (478)
- 谢进杰 中国刑事审判对象的实践与制度 (499)
- 何才林 夹缝中的变革
——以行政审判管辖权为视角的叙事 (520)
- 侯 猛 CSSCI 法学期刊:谁更有知识影响力? (546)
- 苏 力 追求不可替代
——《北大法律评论》十年感言 (563)

书评

- 卢 超 经由“内部契约”的公共治理:英国实践
——评戴维斯的 *Accountability: A Public Law Analysis*
of Government by Contract (569)

编后小记 (582)

《北大法律评论》总目录(第 1 卷—第 10 卷) (588)

Peking University Law Review
Vol. 10 , No. 2 (2009)

Contents

Editors' Notes	(305)
-----------------------------	---------

Symposium :

Wang Xixin

Four Models of Regulating the Administrative Discretion; On the Choice of Models of China's Regulating the Administrative Discretion	(311)
---	---------

Yu Lingyun

Governance of Administrative Discretion; Unfolding through the Clue of Police Stop and Search	(329)
--	---------

Zhu Xinli & Tang Mingliang

Between Respect and Precaution; The Status of the Administrative Discretion Standard in the Judicial Review	(343)
--	---------

Wang Guisong

On the Legal Foundation of the Shrink of Administrative Discretion; Why the Norms of Authority and Responsibility Can Be Transformed to Duty?	(354)
---	---------

Articles

Yu Ming

Legal Rules, Social Norms, and Justice in Social Transformation; An Interpretation of <i>Letter from Shuxiang to Zichan</i> from the Perspective of Jurisprudence	(375)
---	---------

Wang Hui

- On the Buyer's Right to Reject Goods in the Contract of International
Sale of Goods (398)

Guo Li

- Further Thoughts on the US Securities Class Action (426)

Notes & Comments**Chen Fuyong**

- How Could Arbitration Institution Become Independent, Competent,
and Fair? A Case Study of S Arbitration Commission (447)

Hu Ling

- The Regulation of Websites in China: Institutions and Models (478)

Xie Jinjie

- The Practice and System of Criminal Trial Object in China (499)

He Cailin

- Reforms in the Crack: Description Taking the Administrative Litigation
Jurisdiction as a Perspective (520)

Hou Meng

- Law Journals of CSSCI: Which One Is More Influential in Knowledge
Production (546)

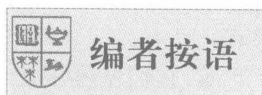
Su Li

- Pursuing the Irreplaceability: Some Thoughts on the 10th Anniversary of *Peking
University Law Review* (563)

Book Review**Lu Chao**

- Government by Internal Contract: Practice of UK—A Review of
A. C. L Davies' *Accountability: A Public Law Analysis of
Government by Contract* (569)

Afterword (582)**General List (Vol. 1—10)** (588)



《北大法律评论》(2009)

第10卷·第2辑·页305—310

Peking University Law Review

Vol. 10, No. 2, 2009, pp. 305—310

编者按语

如何有效控制行政裁量,是现代行政法的一个永恒话题。近年来,裁量权太大、裁量权滥用等问题,引起了公众、媒体和政府越来越多的关注,成为中国社会转型时期一个矛盾汇聚的焦点。长期以来,法治主义在控制自由裁量权问题上的种种努力,所体现的都是过分强调“规则之治”的形式法治理念。然而,现代行政过程的现实一再证明,裁量权是行政权的内在要素,裁量权的普遍存在是行政国家中的一个基本事实。这一方面源于人类知识和理性的局限,另一方面则源于对行政回应性、灵活性的需求,以及人们对个案正义的诉求。特别是在转型时期的中国法治建设过程中,这几方面的因素同时存在。因此,行政裁量的问题,既是法治面临的一个普遍性问题,也是中国特定时空背景下的特殊性问题。为此,我们组织了“行政裁量的法治空间”的主题研讨,共由四篇论文组成。

建构控制行政裁量的基本制度,必须在特定的控制理念指导之下进行。在不同控制理念的指导之下,行政裁量的控制主体、控制制度、控制技术都各不相同。王锡铤在《行政自由裁量权控制的四个模型——兼论中国行政自由裁量权控制模式的选择》一文中,根据控制主体、控制理念、控制制度和控制技术的不同,将行政自由裁量权的控制模式归纳为四种类型——通过规则的命令控制模式、通过原则的指导控制模式、通过程序的竞争控制模式和通过监督的审查控制模式,并深入分析了各种模式的特点和不足。传统的控制理念基于行政裁量的消极后果,试图割裂行政规范中“人”的因素,建构一种法律规范与法律效果之间的直接关联机制。王锡铤对这种控制理念提出了批判。他认为,自由裁量控制的核心目标,是实现不同条件下裁量的理性化。要实现这一目标,必须

转变传统控制模式的单一性、封闭性视角,而代之以多元的、开放的、复合的视角,在控制模式的选择上,从单一控制模式走向复合控制模式。

对行政裁量四种控制模型的归纳,无论在学术上是否严谨,它们基本上已涵盖了我们所能想象到的控制制度和技术。但这些控制技术多半是“洋货”,它们能否解决中国的“疑难杂症”呢?基于这些疑问,余凌云在《行政裁量的治理——以警察盘查为线索的展开》一文中,以两种引起盘查裁量偏差的情形作为强有力的例证,证明我们已知的技术和策略远远不足以解决裁量偏差问题。因为行政裁量乃是运行于一个复杂的系统之中,系统内的各种因素都可能对裁量发生作用,所以,欲求解决裁量偏差,绝不能只着眼于行政裁量的控制,而应该更加注意各种因素的影响。这样的追寻,必然会将我们带到一个更为广袤的、超脱传统的治理领域。一方面,在我国现阶段,裁量权的滥用,很多是由于各种制度的运转过程中存在着某种(些)不尽合理的制度或因素而在运行挤压下产生的。因此,要彻底解决裁量滥用,绝不是从控制入手,而是需要我们去理顺有关的制度,剔除不合理的因素或影响,通过制度性舒缓和释放来解决问题。这个发现,能够让我们跳出传统的板块式控制结构,从另外一个角度审视自由裁量的控制问题。另一方面,当前自由裁量的滥用,在很多情形下是行政机关与相对人不能形成很好的互动关系而形成的。因此,我们要积极引入协商式的裁量模型,通过强化相对人的服从义务意识,进一步推进行政机关的柔性执法,在塑造良好互动关系的过程中有效规范自由裁量。

对行政裁量控制技术的学理概括和探讨,有助于我们从整体上认识行政裁量控制模式和技术,而实践中兴起的裁量控制技术,更有助于我们深刻认识中国行政实践中的控制行政裁量的现实情景。行政裁量基准就是我国行政实践中普遍使用的压缩裁量权的一种重要手段,在细化法律规范、提供执法指引、避免执法风险等方面,裁量基准都具有重要意义。但其在司法审查中的地位,尚有待学理上的深入探讨。朱新力和唐明良的《尊重与戒惧之间——行政裁量基准在司法审查中的地位》一文,通过考察司法审查与裁量基准的应然关系以及司法实践对裁量基准的真正态度,提出裁量基准既是实质意义上的司法审查规范,同时又是司法审查的对象。这一在中国语境下看似吊诡的悖论,实际上导源于两种法律传统之间的张力,即司法对行政裁量的尊重与“信任法院、戒惧行政”传统之间的一种撕扯与平衡。至于个案中究竟倾向于尊重抑或戒惧,除了受在人类社会具有通约性的一些司法规律影响外,更赖于一国某一时期的司法政策以及法官的司法理念,当然,一个不可或缺的因素还在于个案中裁量基准本身的“品质”。而且,法院也正是在“尊重与戒惧之间”或明或暗、或有意或无意地输出自己的公共政策意图。

如果说上述三篇文章都是旨在从外部视角将行政裁量导入法治轨道,那么

王贵松的《行政裁量权收缩的法理基础——职权职责义务化的转换依据》则是从行政权本身的内部视角,通过法解释学的方法,将实在法上关于行政主体职责职权的规定转换成义务性规定,从而压缩行政裁量的空间。在多数情况下,行政主体在适用法律规范的时候必定享有一定的裁量权,如此,法律上对行政主体的职权或职责规定,就无法直接转化为义务的规定,私人也难以请求行政主体作出特定的行为。但在现代社会,随着私人在行政法上地位的变迁、行政法律关系向着三面乃至多极化方向发展,私人的行政介入请求权逐渐获得承认;随着基本权利由主观公权利向兼有客观法属性转变、国家由注重自由转向兼顾福利,国家保护义务亦得以确立。正是由于行政介入请求权和国家保护义务的存在,行政裁量权在特定情形下就会发生收缩,职权职责规定的义务化才获得了规范上的支持。作者通过证明两者的存在及其要求,为整个危险防止领域行政裁量权收缩提供一体的法理基础。

春秋末期的昭公六年(公元前536年),晋国大夫叔向与郑国执政子产围绕“铸刑书于鼎”一事,曾有过一次著名的对话,后来为《左传》所记载。近代以降,“叔向使诒子产书”被学者们作为中国历史上首次“公布成文法”的基础史料,频繁地为各种法学著作所引用。区别于先前的此类研究,于明的《法律规则、社会规范与转型社会中的司法——〈叔向使诒子产书〉的法理学解读》一文,结合春秋时代社会转型的历史背景,对子产与叔向的言辞与追求进行重新理解,用现代社会科学的语言将其转化成可交流的“普遍的信息与共识”,试图揭示这一古典文献中所隐含的一般性的法理学意涵。于明指出,无论子产的“铸刑书”,还是叔向的“议事以制”与“惧民之有争心”,都并非传统的“进步”与“保守”那样简单,他们的思想与意涵都不能仅仅在理念上予以理解,而要回归到具体精细的制度层面上来理解。于明在本文中的真正目的,并非只是做一番别出心裁的史料解读,而是意在借此探讨这份古典文献所包含的有关转型社会中的司法裁量与法律解释等诸多问题的深刻意蕴,以及这一著名的历史论争对于近现代中国的法治与法学的理论启示。

在《国际货物买卖合同中买方“拒受权”辨析》一文中,王慧主张在中国法中确立一种新的违约救济方式——拒绝接受。对本论题如此专门的论述,在国内似尚无前例。王慧不仅考察和分析了英美法系国家和大陆法系国家以及有关的国际商事法律、惯例中关于买方拒受货物的规定以及相关的学说,对材料的占有和论述的展开已达到相当充分的地步;而且,她从多方面,如概念、性质、成立条件、法律后果等,对此话题本身进行了分析,较为实在与具体。这些研究工作,对于拓展和深化中国学界对相关制度的认识,颇具价值。

郭雳的《美国证券集团诉讼的制度反思》一文,不仅给读者呈现出证券集

团诉讼的前世今生、基本制度价值、制度缺陷所在、社会文化背景、理想与现实的差距,而且结合上述讨论,开出了相应的“什锦药方”。虽然全文大范围地涵盖了证券集团诉讼的相关背景,但其核心并未因此淡化,而是围绕着因现行和解与保险机制所放大的弊端而导致填补投资者损害和惩戒阻却违法者两大目标的双双落空,展开了详尽的分析。不同于在中国炒美国的“剩饭”,文章并未止于对美国制度的引介,而是引出了其在我国的“适应性”问题与改良方案。

对于我国地方仲裁机构,很多学者都持怀疑态度,怀疑它们不能独立于地方政府,专业性程度不够,对此,陈福勇在《仲裁机构的独立、胜任和公正如何可能?——对S仲裁委的个案考察》中进行了实证性的个案研究,有力地回应和反驳了这种怀疑。借助于长达两年的参与观察,以及对于材料的谨慎筛选和运用,陈福勇发现,S仲裁委在中国的现实语境中,通过政治话语这一杠杆,巧妙地实现了仲裁机构的独立;通过考核和筛选机制,不断提高仲裁员和秘书的胜任程度;以及通过预防和惩罚机制,尽量预防腐败,追求公正。作者细致而清晰地分析了S仲裁委所采取的各种措施和效果,并且在学理上分析了这些措施的可推广性,提炼了超越这一个案研究的具有普遍性的理论意义和实践意义。

随着互联网的进一步发展,以网站为平台开展的各种活动也日益增多。一方面,国家需要互联网作为新的媒介进行宣传和发 展网络经济与文化产业;另一方面,对日益增多的成本低廉的网上言论、表达以及非法行为,国家也需要采取措施加以管理和控制,以免危害社会秩序和国家安全。这一切的网络空间中的基础架构就是网站,可以说,对网站的治理构成了中国互联网治理的核心内容。胡凌在《网站治理:制度与模式》一文中,对我国网站治理的基本制度进行了深入分析,集中梳理了国家管理一般网站的正式制度、基础架构、各部门之间的分工流程,并对网站治理形成基本的认识。胡凌以其严密的制度法学视角,对我国网站治理的具体制度进行的细致梳理,不仅有助于我们深刻认识我国网站治理的基本制度和模式,而且对于我们分析其他领域的管制实践和管制模式也大有裨益。

在很长时间内,“审判对象”都没有进入中国刑事诉讼研究的关键词之中。而谢进杰的《中国刑事审判对象的实践与制度》一文进行细致研究的,正是中国的审判对象。谢进杰指出,中国刑事审判对象的问题在于强职权主义的诉讼构造:以案件事实为审判对象,强调控审权力、忽略权利保障。这导致审判效果欠佳。因此,需要从理念、结构和程序层面寻求基础资源,构建遵循被告人主体性理念的诉讼结构和程序。其鲜明特点是从中国问题切入,并颇具实践色彩。文章也在对诉因制度和公诉事实制度比较研究的基础上,呼应了程序性裁判及侦查合法性审判等前沿研究。最终有一定的理论分析与制度提升,一定程度上

处于该法学分支研究的前沿地带。

与其他诉讼类型比较起来,行政诉讼由于与地方政府的关系密切,其审判的独立性问题历来备受关注。基于对法官中立存在的疑虑,众多当事人选择了上访而不是诉讼,这是行政审判存在危机的一项例证。如何尽可能摆脱地方政府干预、实现独立审判,也就成了行政诉讼不容回避的现实问题。在行政诉讼立法未予变革之前,最高人民法院通过司法解释为摆脱行政干预作出了重要努力,也取得了一定的积极效果。然而司法改革也并未显得一帆风顺。何才林在《夹缝中的变革——以行政审判管辖权为视角的叙事》一文中,结合司法解释流动的变化过程,从管辖权变革的角度,对法院为摆脱行政干预所作的抗争实践进行一番考察。通过研究,何才林指出,无论是我国《行政诉讼法》本身,还是“1991年解释”以及“2000年解释”,均未对主动报请提级管辖以及请求异地管辖设置严格的法律禁区,可以说给了地方法院以相当大的裁量余地,然而实践效果却并不理想,基层审判在行政干预面前常常“溃不成军”。即使是在最高人民法院不断出台审判解释予以“加油打气”,明确提供制度支持的背景下,不少基层法院仍然“不思进取”。何才林认为,在意志不能足够自主的审判生态中,强求基层法院的法官们超然世外,无疑构成了一种道德强制。寻找问题的根源并努力作出理论解释,是这篇论文的研究目的。

在今天中国的法学界,一个众所周知的事实是,“中文社会科学引文索引”(Chinese Social Science Citation Index,简称“CSSCI”)数据影响巨大,早已被作为科研评估、成果评奖、人才培养等方面的重要考核指标。因此,CSSCI法学类来源期刊,对中国法学的知识生产有着极其重要的影响。2008—2009年CSSCI来源期刊的遴选标准是,每类期刊按照总被引次数与2004—2006年三年他引影响因子的加权值高低顺序排序。在《CSSCI法学期刊:谁更有知识影响力?》中,侯猛认为,CSSCI现有这种以引证次数和引证率(影响因子)为遴选标准的做法,并不能全面、真实地反映法学期刊的影响力,甚至会对法学的知识生产带来不利影响。因此,我们应当审慎地考虑改善CSSCI法学期刊的现有评价标准,充分发挥引证的积极功能,减少引证的负面影响,促进法学期刊在更新法学知识、建立法学知识传统中发挥更大的作用。在侯猛看来,一个可行的做法便是将法学期刊的相互引证程度,即“期刊影响系数”,作为重要的修正。

自1998年创刊以来,《北大法律评论》至今已走在第11个年头。《追求不可替代——〈北大法律评论〉十年感言》一文,系苏力于2008年末为《北大法律评论》十周年而写。从形式上看,如今刊登此文,似已显滞后,但就实质而言,则并非如此。正如苏力在文中所言,“我们真正想纪念的,无论人物、机构还是事件,都不会仅仅因为他或她或它的时间悠久,而更可能因为他或她或它的(无论过去还是现在)独特性,以及对于我们此刻的意义。”“创造《北大法律评

论》对于这个社会的不可替代性”,苏力的这一期许,实际上正是我们 11 年来孜孜以求的目标。困难重重,但我们始终如一地为此努力不懈。

在传统的夜警国家下,行政权高于公民权,高权行政盛行,整个国家与社会呈纵向金字塔体系。而现代社会的发展,特别是国家行政任务的扩充,使得传统的高权行政日趋掣肘。在此种背景下,行政契约作为一种更加柔和、富有弹性的行政手段,适应了时代需求。社会结构由金字塔向扁平社会的变革,提升了个人在整个国家体系中的地位,使得原本依附于国家公权力的个体拥有了独立与公权主体进行磋商协议的空间。行政契约的出现,不仅适应了现代行政的迫切需要,更是社会结构变迁引发的必然结果。卢超在《经由“内部契约”的公共治理:英国实践——评戴维斯的 *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*》一文中,对英国公法学者戴维斯女士的《责任机制:契约治理的公法探析》一书进行了深度评析,分析了内部契约制度在英国公共治理中的作用。在戴维斯看来,以公法手段来规制内部契约是一项有效和公平的责任机制,内部契约已经成为推进政策实施和提供服务的重要模式。



主题研讨：
行政裁量的法治空间

《北大法律评论》(2009)

第10卷·第2辑·页311—328

Peking University Law Review

Vol. 10, No. 2, 2009, pp. 311—328

行政自由裁量权控制的四个模型

——兼论中国行政自由裁量权控制模式的选择

王锡铎*

Four Models of Regulating the Administrative Discretion: On the Choice of Models of China's Regulating the Administrative Discretion

Wang Xixin

内容摘要:自由裁量权是行政权的核心要素。根据控制主体、控制理念、控制制度和控制技术不同,行政自由裁量权的控制可被归纳为四种模式:通过规则的命令控制模式,通过原则的指导控制模式,通过程序的竞争控制模式,通过监督的审查控制模式。控制自由裁量的核心目标,应当是将自由裁量的行使引向“理性化”。行政自由裁量“失衡”和滥用情形的复杂性,决定了单一控制技术无法现实地控制目标。因此,控制行政自由裁量的模式需要从单一控制模式转向复合控制模式。

关键词:自由裁量权 模式选择 行政理性

* 法学博士,北京大学法学院教授,北京大学公众参与研究与支持中心主任,电子邮箱:xxwang@pku.edu.cn。

一、自由裁量的存在作为一个普遍事实

以“法律的统治”为核心价值的法治理念及其制度实践,始终将“对人的控制”视为其基本目标。^{〔1〕}在理想的法治国中,统治个体的只是那些体现公意的、经过民主程序制定的并事先公布的法律规则和原则,而且公权力的创设、运作无不受制于这些法律规则和原则。在这一图景中,法律规则成为恣意和专制的对立面。难怪坐落于美国首都华盛顿宾夕法尼亚大道上的司法部大理石门墙上镶嵌着这样一句格言:“法律终止之处,即暴政发轫之地。”^{〔2〕}

不幸的是,与这一“法律统治”理想相映照的现实情境,却是自由裁量的广泛存在。即便是法治概念的鼻祖亚里士多德,在强调法律规则统治必要性的同时,也不得不为“人治”存在的事实可能性及意义留出空间。^{〔3〕}其实,通过常识和经验,我们也会发现,规则统治总是或多或少为人的能动作用留出空间。因此,法律规则发生作用的真实过程永远是“人一规则”之间的互动过程。即便规则看起来明确具体,适用规则的主体对规则的理解、对事实判断以及对纠纷、事务决断的存在,也表明规则带给我们的其实只是一种“确定的不确定性”。我们不难发现,个人基于主观的理解、判断而作出选择的过程,正是典型自由裁量过程。^{〔4〕}

在当代行政领域,行政自由裁量权广泛存在,并且渗透于行政过程的各个环节,行政自由裁量权俨然成为行政权力的当然组成部分。首先,在行政立法

〔1〕 在《政治学》一书中,亚里士多德对法治的理解,明显突出了规则对人进行控制的重要性。他强调所有的人都必须遵守法律;同时,人们遵守的法律必须是好的法律。参见亚里士多德:《政治学》,吴寿、彭中译,商务印书馆1964年版,第168—171页。

〔2〕 “Where law ends tyranny begins.”参见 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Urbana: University of Illinois Press, 1971, p. 3.

〔3〕 在《政治学》一书中,亚里士多德认为“法治应当优于人治”,并且认为法治的两个核心原则是:“对已成立的法律普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”但亚氏在承认“法律是优良的统治者”的同时,并没抹杀人们尤其是政治家的智慧,认为“如果既是贤良政治,那就不会乱法”。参见亚里士多德:《政治学》,吴寿、彭中译,商务印书馆1964年版,第168—171、199、271页。

〔4〕 学界对于自由裁量的理解存在不同认识。如伽利根(D. J. Galligan)认为,几乎所有的权力都有裁量性,在决定作出的所有环节,从事实认定,到法律适用,到最终决定的作出,都存在行政裁量。参见 D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 20。而戴维斯(K. C. Davis)认为,行政裁量是指行政机关在可作为、也可不为之之间作出选择的权力,他认为行政裁量只存在于行为选择过程中,在事实认定阶段不存在行政裁量。参见 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Urbana: University of Illinois Press, 1971, p. 4。余凌云教授也持此种观点,认为尽管在查明事实和解释法律阶段存在判断,但这种判断不同于裁量,行政裁量只是在法律许可的情况下,对作为或不作为以及怎样作为进行选择的权力。参见余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第23—38页。本文不想陷入概念上的无谓争论,而是对行政裁量采取广义的理解,即认为在行政的整个过程,包括事实认定、法律解释、行为选择等阶段,都存在裁量。

过程中,行政机关享有相当的自由裁量权。作为行政机关实现行政管理目的之重要手段的行政立法(包括决策)本身并不是只是对立法指令的严格执行,行政机关需要根据立法所给定的宽泛目标来确定实现目标的路径和手段,在此情境中,对立法机关指令的理解(判断)以及对实现目标的手段、技术、方式的选择,都涉及自由裁量。其次,行政执法的过程是行政机关行使行政权最经常和最广泛的领域。传统行政法的研究倾向认为,自由裁量权只存在于法律规则和原则不明确或留下选择空间的情境,但即使是在法律规则规定完备的情况下,也无法避免行政执法人员在事实判断、法律的取舍上融入个人的价值因素、个性甚至情感,而影响决定的作出。概言之,自由裁量权无处不在,在行政过程中集中表现为:(1) 选择性裁量。这是一种最具典型意义的裁量权,包括确定是否作为、选取实施作为的模式、进行作为的幅度和范围等。例如,根据《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定,对于违反治安管理处罚法的行为人,行政主体可以根据其违法的具体情况处以警告、罚款、行政拘留、吊销公安机关发放的许可证,对违反治安管理的外国人,可以附加适用限期出境或者驱逐出境。(2) 判断性裁量。行政执法人员在对特定相对人采取行为之前,首先需要对行为事实的性质、严重程度等问题予以判定,这是一种判断性自由裁量权。例如,法律对于行政违法行为情节或其他情形未作出具体规定,而是运用诸如“情节较轻”、“情节较重”等模糊和不确定的法律概念,这就需要行政执法人员通过自身的经验和认识,对违法事实进行认定并判断其严重程度。^{〔5〕} (3) 混合性裁量。主要表现为行政立法和决策过程中对某些宽泛目标界定时的自由裁量权。例如在公共决策过程中,法律规定“为了公共利益,行政机关应采取必要措施……”。在这种情境中,将同时存在判断性裁量和选择性裁量,此时两种裁量空间形成数学意义上的并集,将意味着更加宽泛的裁量空间。最后,在行政司法中,裁量权的存在自不待言。行政机关作为中立的裁判者在解决民事或行政争议的过程中,必然涉及对涉案事实的认定,对相关法律的解释和在此基础上作出裁判,其中,公务人员的法律素养、职业伦理、认知差异等,都会影响行政司法的整个过程和最终裁决的作出。

行政过程中自由裁量广泛存在的事实,与当代行政的“积极功能”、行政的创新需求、个体化正义(individualized justice)的背景具有紧密联系。这表明自由裁量的存在有其现实必要性。“历史上所有的政府和法律制度,无一不是法

〔5〕 关于不确定法律概念与行政裁量的关系,学理上存有不同理解。对相关学术争论的梳理,参见陈慈阳:“行政裁量及不确定法律概念——以两者概念内容之差异与区分必要性问题为研究对象”,载台湾行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),台湾五南图书出版有限公司2001年版,第462—464页;郑春燕:“取决于行政任务的不确定法律概念定性——再论行政裁量概念的界定”,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2007年第3期。本文认为二者在内涵上并不完全一致,但二者存在交叉之处,在不确定法律概念的适用方面,也存在裁量空间和可能。