

●公法名著译丛●

罗豪才 主编



# 裁量正义

〔美〕肯尼斯·卡尔普·戴维斯 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

公法名著译丛

# 裁量正义

——一项初步的研究

[美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯 著

毕洪海 译

商务印书馆

2009年·北京

图书在版编目(CIP)数据

裁量正义/(美)肯尼斯·卡尔普·戴维斯著;毕洪海译. —北京:商务印书馆,2009

(公法名著译丛)

ISBN 978 - 7 - 100 - 06574 - 0

I. 裁… II. ①戴…②毕… III. 公法理论 IV. F820

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 148617 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

裁 量 正 义

——一项初步的研究

[美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯 著  
毕洪海 译

---

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

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 06574 - 0

---

2009年9月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2009年9月北京第1次印刷

印张 12 1/4

定价: 27.00 元

## 《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 (按姓氏笔画为序)

王振民 包万超 卢建平 朱苏力 米 健  
张千帆 陈弘毅 陈新民 季卫东 信春鹰  
姜明安 贺卫方 夏 勇 韩大元

## 前 言

如果在一个横轴上排列所有针对个体当事人之正义的决定，左端是受具体规则支配的决定，右端是包含不受限制之裁量的决定，中间是以规则、原则、标准与裁量构成的各种混合形式为根据的决定，那么在这一横轴上，最严重而且最经常出现非正义的是哪里？我认为政府官员和法官在横轴的规则那一端做得还是相当不错的，因为规则有助于公平无私，制定规则通常是相对理性的，而当有必要个别化时，决策者很少会犯过于严格方面的错误。而在向横轴中间发展时，非正义现象很可能也并不常见，在这里原则或其他指南会对裁量进行限制或控制。我认为最严重而且最经常发生非正义情形的是横轴的裁量一端，在这里几乎没有规则和原则提供指导，决策官员的情绪会影响其工作，政治或其他方面的偏袒会对决定产生影响，而做出的选择往往也会体现人性的缺陷。

就非正义是否在横轴裁量一端更为常见这一问题而言，还应该根据另外一个重要的问题进行考量：相关研究关注的主要是该横轴的哪一部分呢？该问题的答案显而易见。越向横轴的规则一端发展，可用文献的数量就越多；越向横轴的裁量一端发展，著作和文章就越少。事实上，到目前为止，我尚不知有什么系统的学术

## 2 裁量正义——一项初步的研究

成果深入到裁量正义领域。<sup>①</sup> 研究法律与政府问题的学者的特点是,承认裁量的作用并探索其周边,但很少试图深入其中。

几项简单的分析就可以很容易地概括出法理学、公共行政与行政法等文献存在之不足的总体特征:法理学忽视了关于正义的许多现实情况,因为过于关注法官和立法者因而对行政官员、执行机关、警察部门和检察官的关注不足。此外,法理学承认法律/裁量的二分法,但其本身几乎全都投在法律那一半。公共行政学者在否认行政涉及到决策内容的同时采取鸵鸟政策,埋首于构建价值中立的行政科学,而非对政府过程进行观察、描述和批评,我认为他们应当做的恰恰是这后者。令人高兴的是,这种关注点可能会发生转变,因为该领域的领军人物在最近的一份报告中指出:“努力让公共行政成为科学与现实相冲突。”<sup>②</sup>除了各处边缘性的研究之外,行政法文献对裁量正义的研究显然同样没有什么裨益。行政法文献关注的主要是那些涉及到正式程序或司法审查的百分之十或二十的行政行为,而在很大程度上忽视了那些没有进入正式程序与司法审查的百分之八十或九十的行为。

---

① 主要关注实体政策(例如监狱管理、铁路管制、课刑)的作品往往会论及裁量的运用,可能包括正义问题。但我认为主要关注横跨各领域之裁量正义的作品与这些是完全不同的。

② 约翰·C·霍尼(John C. Honey):“公务员高等教育报告”(“A Report: Higher Education for Public Service”),载《公共行政评论》(*Pub. Ad. Rev.*)第27卷,第294、301页(1967年)。另见诺顿·朗(Norton Long):“待价而沽的政治家:教育的困境与研究的任务”(“Politicians for Hire—The Dilemma of Education and the Task of Research”),载《公共行政评论》第25卷,第115、118页(1965年):“下述误解给公共行政官员的教育问题带来了阴影,即只有科学的知识才能作为可靠且有用的指导。”参见下文第八章注释②。

就某种发展中的法律制度需要进行的研究而言,可以将其比作修理一个庞大建筑物的旧屋顶。我们学术屋顶的现状很难让人理解。该屋顶规则一端大部分相当坚固,而裁量一端很多部分已经腐烂,留下了巨大的窟窿,雨水不断冲进并造成巨大的破坏。照看这些大窟窿的只有一位临时工,其他大多数工作者则蜂拥在规则一端,阻止或预防那些缓慢的渗漏,而且在似乎不可能渗漏的地方进行加固。这些加固不仅过剩而且还很不规则。在有些地方,屋顶已经有一百英尺厚,而这些地方仍然还在吸引着更多的工作者。但除了补丁之外也没有更多的尝试,而这也正是工作者们忽视那些大窟窿的原因,因为许多人都在呼吁的结构性变动需要建筑学上的想象力。

每有一部试图就学术屋顶那些大窟窿做点什么的新作,就会有无数试图加固那些已经非常牢固之部分的作品出现。

当然,我并不是说我可以修补那些窟窿,或者画出修补的蓝图。尽管本书提出了多项建议以改进我们的裁量正义制度,但我认为这些建议对我的主要目标而言只具有从属性质,我的目标是:(1)消除裁量正义难以进行研究的普遍印象;(2)提出可以进一步研究与思考的问题;(3)阐明未来研究的框架。

我希望本书可以促使拥挤在规则一端的某些工作者将其才华用在亟需加以修补的裁量领域,这里的建设工作需要许多工作者许多年的投入。

#### 4 裁量正义——一项初步的研究

### 致谢

我很感谢路易斯安那州立大学盛情邀请我于1966年4月举行爱德华·道格拉斯·怀特讲座,感谢在此次演讲时该校法学院同仁给予我和妻子的热情接待,特别是保罗·M. 赫伯特(Paul M. Herbert)主任夫妇、梅尔文·G. 戴金(Melvin G. Dakin)教授夫妇与韦克斯·马隆(Wex Malone)教授夫妇。这些讲座作为早期的版本逐渐发展成为本书。

我还要向下述提出宝贵批评与建议的各位表达我的感激与感谢之情:

感谢阅读了整部书稿的四位朋友:哥伦比亚大学的沃尔特·盖尔霍恩(Walter Gellhorn)教授、芝加哥大学的斯坦利·开普兰(Stanley Keplan)教授、加州大学伯克利分校的弗兰克·纽曼(Frank Newman)教授和在本书出版时即将成为里德大学校长的西北大学维克托·罗森布卢姆(Victor Rosenblum)教授。感谢阅读了演讲中宣读的早期版本的一位朋友:芝加哥大学的沃尔特·布卢姆(Walter Blum)教授。感谢阅读了关于刑事程序部分的两位朋友:芝加哥大学刑事司法研究中心正副主任诺弗尔·莫里斯(Norval Morris)教授与汉斯·马蒂克(Hans Mattick)博士。感谢五位就欧洲法律与实践提供特别帮助的朋友:芝加哥大学的马克斯·赖因斯坦(Max Rheinstein)教授、德国最高行政法院的恩斯特·巴古舍尔(Ernst Pakuscher)博士、康斯坦茨大学的弗里茨·沙普夫(Fritz Scharpf)教授、芝加哥大学的格哈德·卡斯珀(Gerhard



Casper)教授以及芝加哥与弗莱堡大学的彼得·施莱希特里姆(Peter Schlechtriem)教授。

感谢下述各位就华盛顿的夏季采访以及观念与设想方面提供的帮助:纽约州立大学布法罗分校的丹尼尔·吉福德(Daniel Gifford)教授、加州大学洛杉矶分校的诺曼·艾布拉姆斯(Norman Abrams)教授、拉特格斯大学的杰拉德·莫兰(Gerard Moran)教授。

就事实、观念、信心与灵感方面,我要感谢无数的政府官员,可能达数百位之多,他们慷慨地花费时间与精力回答问题,并且在行政过程的事实方面帮助我继续接受教育。

感谢沃尔特·迈耶(Walter E. Meyer)法律研究所与芝加哥大学提供的经费帮助,感谢布鲁金斯学会和阿诺德—波特(Arnold & Poter)律师事务所在华盛顿提供的免费办公场所。

K. C. 戴维斯

# 目 录

第一章	什么是裁量,缘何需要裁量 .....	1
第二章	法治与禁止授权学说 .....	28
第三章	裁量之限定 .....	56
第四章	裁量之建构 .....	108
第五章	裁量之制约 .....	160
第六章	选择性执法与特权理论的勾联 .....	184
第七章	检控权之限定、建构与制约 .....	213
第八章	总结与展望 .....	244
附录一:	戴维斯教授的行政法遗产 .....	267
附录二:	普通法传统:肯尼斯·卡尔普·戴维斯 .....	315
后记	.....	389

# 第一章 什么是裁量,缘何需要裁量 3

## 一 法律终止之处

华盛顿司法部大厦,在毗邻宾夕法尼亚大道一侧的门石上镌刻着这样五个大字:“法终暴政兴”,<sup>①</sup>芸芸众吏与其他人等都会由此经过。

窃以为,在我们的政府体制之下,法律终止之处未必就是专制起始之所。法律终止之处实乃裁量起始之所,而裁量之运用既可能是仁行,亦可能是暴政,既有正义,亦有非正义,既可能是通情达理,亦可能是任意专断。

进入司法部大厦的人们很快就会发现,那里运用政府权力的人关注的是适用法律、做出裁量性的决定以及法律与裁量的各种混合形式。他们更上心的乃是裁量而非法律。任何熟悉其工作的人都不会认同法律终止就会出现暴政。司法部自部长以下每一位有责任感的职员都竭力保证在法律终止的情形下明智而仁慈地行使裁量权。

---

<sup>①</sup> 引语来自威廉·皮特(William Pitt)。

## 2 裁量正义——一项初步的研究

本书考察的核心问题就是如何保证在法律终止的情形下不会出现暴政。更确切地说,核心问题就是倘若要将裁量权之运用所造成的非正义降至最低程度,目前尚未采取但可以采取的措施有哪些。泛泛而言,答案就是我们应取消大量不必要的裁量权,而且与现在相比,我们还要采取更多的措施限定、建构和制约必要的裁量权。这里的目标并不是要找到限定、建构和制约的最大程度;而是各种情境下每一项权力的最佳范围。

这里不再强调行政法文献关注的两个主要问题:审判型听证和司法审查,因为我们关注的主要是超越司法审查和审判型听证范围的大量裁量正义问题。

### 二 什么是裁量?

只要公职人员权力的实际界限允许其在可能的作为或不作为方案中自由做出选择,那么他就拥有裁量。

该定义的某些要素需要特别予以强调。下述命题尤为重要,即裁量并不仅限于所授予的或合法的内容,而是包括公职人员权力“实际界限”之内的所有内容。这种措辞之所以必要,是因为大量的裁量都不合法或合法性存疑。该定义的另一个层面是必然包括选择不作为或暂时不作为的情形;不作为决定的频率或许是作为决定的十倍或二十倍。裁量的运用不仅存在于案件或问题的最终处置方面,而且存在于每个中间步骤当中;并且中间的选择远多于最终的选择。<sup>②</sup> 裁量并不限于实体性的选择,而且还扩展

---

<sup>②</sup> 本章第八节会讨论中间决定。

到程序、方法、形式、时限、强调的程度以及其他许多附属性的因素。

决定采取或不采取什么措施的公职人员通常会:(1)认定事实;(2)适用法律;(3)在已知事实和法律的情形下做出可取的决定。这当中的第三项作用通常被称为“裁量的运用”,这就是本书的主题。

尽管这里所持的任何见解都无需进一步精炼裁量的含义,但裁量的整个实际情形多少更为复杂。要确定什么措施可取或许不仅包括可取性的权衡,还包括推测未知的事实并且对存在合法性问题的法律做出判断,而做出决定的意见并不一定会区分事实、法律和裁量。再者,“裁量”一词是否包括下述判断,即根据存在冲突的证据认定事实以及解释模糊的法律;裁量的习惯用法就此存在分歧。还有另外一种必须予以考虑的复杂情形:进行裁量的公职人员需要的不仅是引发裁量问题的事实;他还需要指引其运用裁量的事实。例如,警察认定一个小青年犯有轻罪,但他做出训诫并释放还是做出逮捕的决定,就会取决于他认定的两种裁量性选择会给小青年产生的比较后果的认定;评价或推测这第二种事实显然是运用裁量的组成部分之一。因而实际情况是相当混乱的:运用裁量可以是认定事实和适用法律的一部分,而认定事实也可以是运用裁量的一部分。<sup>③</sup>

---

<sup>③</sup> 认定事实亦可能是确定法律的一部分。有关法律所适用之当事人的事实被称为裁判性事实;用于确定法律、政策或运用裁量的事实被称为立法性事实。参见戴维斯:《行政法论》(*Administrative Law Treatise*)第2卷,1958年,第15章第3节。

#### 4 裁量正义——一项初步的研究

当析出我们所谓裁量之运用的内容时,我们就会发现三种主要的成分:事实、价值和影响。但运用裁量的公职人员却很少区分这三种因素;大部分裁量决定都是直觉性的,而对影响的回应往往会排除关于价值的思考。<sup>④</sup>

### 三 面向单个当事人的裁量正义、 社会公正与决策

虽然未试图进行精确的划分,但本书关注的主要是部分的裁量权以及部分的正义,也就是与正义有关的那部分裁量权,以及与  
6 单个当事人有关的那部分正义。<sup>⑤</sup>

虽然有些不可避免地会被引入到讨论当中,但本书的首要关注点并不包含下列重要的主题:(1)有别于个案裁决的宽泛的政策制定活动;(2)有别于面向单个当事人之正义的社会公正,即面向全体人民各个部分的正义;(3)法院制定、修改与适用法律

---

<sup>④</sup> 研究裁量正义的进路之一(但并非本书所采取的进路),可以是考察在做出涉及裁量正义之决定时起作用的精神、心理和情感机理。或许所有的价值选择最终都是由情感决定的,但即便如此,理智仍会起到重要作用。下述见解很有吸引力:“现代哲学的伟大洞见在于……最终信念既不可能建立在理性的直觉之上,也不可能建立在最终必定以其预设为基础的根据之上……的确,我们的评价与我们的情感密切相关,而非建立在理性的绝对价值观之上,但我们不应忽略粗野的情感和有教养的情感之间的差别……在富有见识和愚昧的决定之间、负责任的和不负责任的决定之间存在巨大的差别。”参见沃尔特·A.考夫曼(Walter A. Kaufmann):《宗教与哲学批评》(*Critique of Religion and Philosophy*),1961年,第410页。

<sup>⑤</sup> “单个当事人”包括公司、协会甚至政府单位(例如根据民权法案设置的校董会),也包括个人。

的裁量;⑥(4)陪审团的裁量。⑦

虽然我们关心法院之内和法院之外面向单个当事人的正义,但面向单个当事人的行政裁量正义的情形为数不下司法裁量正义的百倍;法院通常不会就是否启动、调查、逮捕、检控、交易、和解以及是否不采取措施这种问题做出裁量性的决定。

裁量正义显然和政策制定存在交叉,因为二者的核心部分都是决定什么是可取的,但这两个概念仍然相去甚远。所有的政策制定就其内在本质而言都是裁量性的,但却只有部分关乎正义。让一个人在月球上待六年还是十二年,这是一个政策问题而非正义问题。白宫做出的重大决定都是裁量性的,但很少关系到裁量正义,例如计划由国会通过的方案中包含的外交政策、军事政策、国内政策。这些政策或许包括我们所谓的社会公正的成分,但很少包括对单个当事人权利的决定。当然,总统在准予或拒绝赦免、签署或否决私法案等等情形下,确实会涉及到对单个当事人的裁量正义。

如果政策制定意味着决定什么可取,那么裁量正义通常就包括政策制定,除非认为政策制定仅限于制定那些超越具体案件而以普适化形式表现出来的政策,除非政策决定被视作独特而且不会重复出现的因而不适于普适化。

最常见的行政过程研究路径是把其视作执行立法机关颁布之

---

⑥ 关于这一主题,参见卡尔·L. 卢埃林(Karl Llewellyn):《普通法传统》(*The Common Law Tradition*),1960年。

⑦ 参见哈里·卡尔文(Harry Kalven)和汉斯·蔡塞尔(Hans Zeisel):《美国陪审团》(*The American Jury*),1967年。

## 6 裁量正义——一项初步的研究

政策的工具,增加下位政策的工具。这种路径强调的是管制机关;实际上往往会忽略所有不进行管制的机关。于是通常的判断标准就是所形成之政策宽泛的经济和社会后果。如果不是太过,这种路径在很大程度上是有效的,因为管制是一项至关重要的功能。

然而,与此迥然有别的一项重点同样也是有效的。行政过程有很多种,每一种都有多个面向。除了阐述一般政策之外,还有一项主要功能就是对单个当事人司理正义,也即,就影响特定当事人的问题做出公平的处置。不管行政机关的功能是否是进行管制,考察其表现的正确焦点应当是其所作所为的实体正义和程序正义。许多联邦、州和地方行政官员首先关注的问题就是对单个当事人的正义问题,其次才是一般政策的阐述,这远远超过了相关文献意识到的程度。或许与联邦法院案件包括的政策决定的平均水平相比,每年由联邦行政机关做出的 80 万份正式裁决中,有四分之三强都不会超过这种水平。

与法院相同,我们某些最重要的行政机关追求的亦非实现政策目标;它们的主要关注点乃至唯一关注点就是司理正义。以裁判相关请求的社会保障部为例。对老年人和幸存者请求的答复非常明确,大部分工作都是由计算机完成的;对少部分有争议请求的  
8 处置也是非常高效的;虽然仍会产生重要的政策问题而且可能会一直如此,但这非常罕见。困难的是伤残请求的情形,这些请求往往有争议。甚至当申诉委员会在行政申诉阶段做出决定之后,很多请求还会被诉至法院。社会保障部远非扩大社会福利的改革者,而是一直力图遵循在法律及其立法沿革中表现出来的国会意



图,而且总的来说,社会保障部对请求者远没有法院那么慷慨,后者会在数量让人惊讶的案件中撤销社会保障部拒绝给予补助的决定。社会保障部的任务基本上是司理正义性质的,而非阐述某些立法指令中的一般政策。

警察位居美国最重要的行政官员之列,总共有 42 万人。他们会制定某些对我们而言至关重要的政策,他们很大一部分的职能是司理对单个当事人的正义。<sup>⑧</sup> 保护和服务职能消耗的时间要多于执法,但两者存在交叉,可能都会涉及到司理正义。警察经常会遇到对个体的公平问题,而这些问题又往往和政策问题交织在一起。什么时候他们可以逮捕但不应逮捕?他们什么时候可以盘查和搜身?什么时候应该说“散开”?什么时候他们可以和已知的犯罪分子进行交易,如本身是瘾君子的线人?他们可以调停甚或裁决哪种较轻微的纠纷?正如总统犯罪委员会<sup>⑨</sup>所述,令人诧异的是,这些混合了正义和政策的问题很少由警察局长决定,而是在很大程度上交由个别警察裁量,这些警察经常在其上司默许的情形下违法行事。

仅就主要问题乃对单个当事人司理正义的机关进行简单罗列,就可以深刻地提醒我们管制功能仅是整个行政过程的冰山一角而已。在刑事正义领域,不仅有法官和警察,还存在检察官、假释委员会、缓刑监督员、司法部和各州监督赦免的检察官、司法部

---

<sup>⑧</sup> 参见下文第 80—96 页。

<sup>⑨</sup> 总统执法与司法委员会 (President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice):《自由社会中犯罪的挑战》(The Challenge of Crime in a Free Society),1967 年,第 91—123 页。