

现代政府与 行政裁量权

王周户 徐文星 主编

西北政法大學學術文庫

行政法系列

法律出版社



Administrative Discretion
and Modern Government

现代政府与 行政裁量权

王周户 徐文星 主编

西北政法大學學術文庫

行政法系列



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代政府与行政裁量权/王周户,徐文星主编. —
北京:法律出版社,2010.12
(西北政法大学学术文库)
ISBN 978-7-5118-1430-2

I. ①现… II. ①王…②徐… III. ①行政法—研究
IV. D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第210664号

西北政法大学
学术文库

现代政府与行政裁量权

王周户
徐文星 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 16.625 字数 439千

印次 2010年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1430-2

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学缘结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

序 言

“人类往往在历史的神秘法则面前感到困惑不已,为何许多名声显赫的庞大帝国逐渐衰亡或毁于一旦?为何许多蛰居荒蛮默默无闻的民族却悄然崛起,创造了巨大的财富和灿烂的文明?”^{〔1〕}思想家奥尔森提出了这个理论难题。毫无疑问,这个学术难题因个中原因错综复杂,至今仍莫衷一是。但可以肯定的是,在国家崛起抑或衰落问题上,政府扮演着重要的角色。

放眼世界,现代化程度不断提升,全球一体化呈不可阻挡之势。资本、技术、人才在世界范围内自由流动,并得到高效配置;世界各国间的联系较之以往更为密切,相互依存性不断增加;科技革命尤其是信息技术风起云涌,迅猛发展。但现代社会也是一个风险社会,全球化、流动性将风险的规模迅速放大。经济的、政治的、生态的和技术的各种风险不断形

〔1〕 转引自郑永年:《中国模式:经验与困局》,浙江人民出版社2010年版,第167页。

成。例如食品安全问题、气候环境问题、公共安全问题、卫生健康问题等，都潜在着极大的风险，各国对此无不闻之色变。而持续至今的金融危机更是肆虐全球，几无幸免。可以说，现代化、全球一体化背景下现代政府是机遇和危机并存。

就我国而言，“‘中国模式’的崛起是21世纪的大事件”。虽然对“中国模式”的概念、内涵、特征、意义等依然存在着激烈的论争。但不可否认，三十年的改革开放的的确确给国家、民族和人民都带来了翻天覆地的变化，这种里程碑式的发展给中华民族乃至全世界都带来了深刻的意义。从人治、贫穷、封闭、停滞的国家逐渐向法治、富裕、开放、发展的国家之转型是艰难而漫长的，而在过程中政府究竟扮演着何种角色？下一步应该如何定位？现存任何一种博大精深的理论体系在回答此中国问题时似乎都显得有点儿捉襟见肘和苍白无力。

在对政府“摸着石头过河”并取得瞩目成绩欣喜之余，我们也亟须进行深刻的反思和理论总结。实际上，我国“转型社会”的独特背景，决定了政府角色定位的尴尬、矛盾和艰难。关于政府职能和行政权的定位，西方理论界有强调市场机制的经济自由主义理论，也有相应的政府干预理论。但由于我国转型时期是我国从计划经济向社会主义市场经济过渡时期，既要发挥市场机制的作用，又要发挥政府的积极作用。这种独特的现代化道路决定了政府角色定位的复杂性。一方面，需要政府勇于担当，通过公权力的行使，解决层出不穷的社会问题和社会矛盾，最终达到社会的和谐与发展；另一方面，又需要政府能够恪守界限，遵循市场规律和法治原则。这就是我国政府和我国行政法学所面临的最大挑战。^{〔1〕}“由于我国有一个权责不对应的机制，权利不承担相应的责任。往往存在着权力太大和责任太小的问题。在这种背景下，我们要警惕抽象的谈什么大政府、

〔1〕 经济学上有所谓的“转型经济学”，实际上，我国的行政法学业应该有“转型行政法学”，以研究转型中政府的角色定位问题。

小政府,在中国,大政府理论和小政府理论,常常同时存在,往往讲的就是,一讲大政府就是要扩张政府的权力,一讲小政府就是要推卸政府的责任,这两种取向反复交叉的结果就是使责任越来越小,权力越来越大。”〔1〕

过去三十年是翻天覆地的三十年,但过去的三十年也是各类问题和矛盾不断形成、积累,逐渐激化的三十年。区域之间、城乡之间、民族等之间的发展和分配差异加剧扩展,甚至成为社会冲突的导火索。由于外部性、公共物品、垄断、信息不对称以及分配不平等原因,最终引发“市场失灵”,这就需要政府的调控。但是,政府如何进行调控?如何摆脱“尺蠖效应”?就像那一放一缩却只朝着一个方向移动的尺蠖,我们的政策一“左”,老百姓的自由就减少,但福利却难以增加;政策一“右”,老百姓的福利就收缩,但自由却难以扩大。一讲“小政府”官员就推卸了责任,但权力却依然难以限制;一讲“大政府”官员就扩大权力,但责任却仍旧难以追问。“右手”大动,公共资产就快速“流失”,但老百姓的私产并无多少保障;换上“左手”,老百姓的私产就受到侵犯,但公共财富仍然看守不住。〔2〕这个问题行政法必须要面对,要解决。

我国的行政裁量理论基础基本借鉴西方传统的行政法理论。这实际上是建立在斯图尔特所谓的“传送带”模式基础之上的。也就是行政权的正当性是由立法权传递过来。也正是因为此,也才会有所谓的行政权就是立法意思的執行者这样的定位。这种模式固然符合我们对于法治、民主、宪政的基本认识,也与古典行政法(法律保留、法律优先、授权明确性等)的基本原则相符。但是,不可否认,这种建立在“一元民主”基础上的裁量权理论已经越来越不能适应这个复杂的现代社会了。这种过于简

〔1〕 秦晖:“‘大政府,小责任’的趋势必须逆转”,载 <http://www.blogchina.com/20070327259909.html>。

〔2〕 秦晖:“中国奇迹的形成与未来:改革三十年之我见”,载 <http://www.blogchina.com/20080221478808.html>。

陋、朴素的观点已无法精确地描述行政权的定位与运行了。人们虽然可以通过一些似是而非的标签对这一事实进行掩盖,进而将行政机关所实际具有的裁量权视为立法机关的广泛授权。但是,这种做法却无法回应来自非法学学科的挑战。例如,政治学认为“裁量权所具有的政治性”,社会学对“非授权裁量”的研究等。这一方面是传统模式对于行政任务的有效完成缺乏考虑,另一方面,在面对现代社会的挑战,行政权已经从“消极行政”一跃成为“积极行政”的过程中,传统行政法理论已经无法从容应对。现代政府下的行政权该如何定位?现代行政法究竟应该如何定位?是一如既往的消极控制,还是其他?

行政裁量权问题是行政权问题的核心。美国行政法巨擘戴维斯(K. C. Davis)在其名著裁量正义(Discretionary Justice)中曾言,裁量权问题较之其他任何议题都更为有趣。而德沃金与哈特的论争更是激发了人们对此研究的热情。一点儿都不错,实际上,又何止有趣,裁量权问题就是现代行政法的核心问题,如何对待行政裁量权实际上就是现代社会中如何正确定位行政权以及如何通过行政法机制达到规范行政权和保障公共利益的缩影。尤其是在现代国家、福利国家的背景下,行政权和裁量权更是凸显出重要意义。

正是考虑到行政裁量权在现代政府中的重要意义,西北政法大学行政法学院在2009年11月举行了“现代政府与行政裁量权”专题研讨会。会议邀请了国内行政裁量权研究领域的权威与代表。但天公不作美,会议因突然而至的暴风雪而受到影响。好几位老师辗转奔波于全国各大机场,但终究因天气原因,飞机未能落地。许多学者最终未能成行,甚为遗憾。幸亏各位教授执著的学术态度以及现代网络技术的发展,他们极有分量的学术论文如期而至,弥补了这次会议的遗憾。现在我们将这些从不同角度研究行政裁量权的论文集结成册,供各位研究者参考、学习。

目 录

制度预留空间的个案分析

——兼论罚没收入作为国家赔偿费用来源的可行性

安子明/1

论公共服务领域的行政裁量及其法律控制

蔡乐渭/19

街头官僚的行动逻辑及其裁量治理

杜国强/40

行政裁量的瑕疵与司法审查的标准

——《行政诉讼法》第五条和第五十四条之解读

邓小兵/56

论行政违法与犯罪的裁量基准

姬亚平 葛春晖/69

立法与行政裁量权的规制:无奈而有为

李春燕/76

行政执法协调中裁量权的运用与规范

——以食品安全协调为例

李大勇/90

警察开枪之实践检讨

李富成/109

论行政程序对行政裁量权的约束

彭涛/123

行政许可审查基准研究

——以国内航线经营许可基准为例证

宋华琳/138

作为规范方向的行政裁量基准

邵亚萍/158

集体征地补偿中对裁量标准的程序控制

王丹红/179

行政裁量基准制度研究

王德星 张振/188

论裁量基准制度有效实施的条件

王霁霞/217

裁量基准与个别情况考虑义务

——从一起特殊案件反思我国的行政裁量理论和行政裁量基准制度

王天华/231

论行政裁量权的公正行使及公众参与

王玉楼/269

行政裁量治理的几个疑难问题

张向东/283

警政革新与警察裁量权之规范

——兼论裁量基准制度

徐文星/299

警察盘查论

余凌云/316

行政法中不确定法律概念的规范解释

——一个实证分析的视角

尹建国/393

论给付行政中的裁量权

杨建顺/413

依法增强农村人力量

——减少养老服务“行政立法”裁量时歧视农村人的一种路径

袁维勤 丁新循 沈彦君/460

规制行政许可裁量权的若干思考

郑 艳/479

裁量基准在中国的本土实践

——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究

周佑勇 钱 卿/496

制度预留空间的个案分析

——兼论罚没收入作为国家赔偿费用
来源的可行性

安子明*

内容摘要 国家赔偿费用在财政上得不到保障的制度设置,使赔偿义务机关先行支付赔偿金后向财政部门要不到钱,结果干脆不支付申请人赔偿金。解决该问题的出路是由财政收入中的罚没收入作为国家赔偿费用的专项来源,这样不仅解决了“由纳税人的钱为国家机关和其工作人员违法行为埋单”的理论困境,而且在实践上也能够使国家赔偿费用有充分的保障,同时也附带地解决了罚没机关对罚没收入的利益追求等问题。

关键词 国家赔偿 赔偿费用 财政 罚没收入

自由裁量是法律为执法和司法机关预留的自主

* 作者简介:安子明(1975—),安徽萧县人,西北政法
大学行政法学院讲师。

决定空间,而这个空间的大小对于法律目标的实现具有至关重要的作用,在此预留空间之下,法律把权力实际上完全委托于具体的司法和执法机关,因此法律目标的实现也完全决定于该执法和司法机关自身的取向。本文以我国国家赔偿制度在国家赔偿费用的管理制度中预留的巨大裁量空间为例,从具体个案开始,分析制度预留空间对制度实施的影响,以及完善和改进现行国家赔偿费用管理制度的具体对策。我国《国家赔偿法》的修改历时5年都没有涉及国家赔偿费用管理制度的修改,该方面在制度上和现实中存在的问题没有得到足够的重视。反观现行的制度规定,问题的根本症结在于制度层面为执法机关预留了过大的裁量空间,从而使执法机关获得了几乎不受任何限制的处置权力,结果导致我国的国家赔偿制度近十几年来几近虚置,令人叹惋。

一、问题的提出:实践的任意缘起于制度上预留的过大空间

(一)441.67元的国家赔偿案引发四大省级机关的博弈

2005年云南省检察院对一起441.67元的国家赔偿案件进行法律监督时,却意外地经历了一场公、检、法三机关联合向省财政部门施加压力的机关博弈。李某曾因涉嫌包庇罪被刑事拘留后,后因证据不足,案件被撤销;他申请国家赔偿,法院于1999年11月作出决定,由某县检察院向其赔偿441.67元;该县检察院于2000年3月向县财政申请核拨经费,但经费一直没有拨付。

2005年年初该案被云南省检察院发现,经进一步调查,云南省检察院还发现另外4起刑事赔偿案件的国家赔偿费用财政部门也一直没有核拨,并且还有11起案件,财政部门虽然核拨了赔偿费用,但在核拨时间上拖延情况严重。

云南省检察院与省高级法院、省公安厅多次协商,联合向该省财政厅提交报告,建议该省财政厅要求各级财政部门按照《国家赔偿费用管理办法》的规定,将国家赔偿费用列入当地财政预算并及时核拨。经省政府的协调,云南省财政厅在一周内足额核拨通报了4件案件的赔偿费用,并就

核拨费用问题与该省检察院等相关单位展开磋商。经协商,云南省财政厅、省高级法院、省检察院、省公安厅会签了《实施国家赔偿法有关问题的通知》,明确将国家赔偿费用列入同级财政预算,在规定期限内足额核拨。至此,李某也在拿到国家赔偿决定书的6年后,终于领到441.67元的国家赔偿金。^[1]

(二)是制度上预留的巨大空间给了财政部门无限的权力

云南省的上述做法在2005年度曾经受到一些媒体的表扬。^[2]2005年年初云南省检察院发现此中隐藏的国家赔偿费用的财政保障问题令人担忧。在核拨上存在问题的司法赔偿案件共有16起,而该省自《国家赔偿法》1995年实施到2004年十年间,全省各级人民法院共受理司法赔偿案件414件,决定赔偿152件。^[3]也就是说,假定云南省检察院的法律监督是全面而彻底的话,该省在司法赔偿决定赔偿的案件中,至少有10%的案件在国家赔偿费用核拨方面存在问题。出现这种情况的原因,除了财政部门有法不依外,制度设置本身也存在问题。

1995年1月1日《中华人民共和国国家赔偿法》实施,该法第29条规定:“赔偿费用,列入各级财政预算,具体办法由国务院规定。”于是,国务院于1995年1月25日制定《国家赔偿费用管理办法》,该《办法》第6条规定:“国家赔偿费用,列入各级财政预算,由各级财政按照财政管理体制分级负担。各级政府应当根据本地区的实际情况,确定一定数额的国家赔偿费用,列入本级财政预算。”

国务院规定的这种由“各级政府应当根据本地区的实际情况,确定一

[1] 杨健鸿、刘廷梅、肖凤珍:“云南杜绝‘赔偿白条’”,载《检察日报》2005年9月26日。

[2] 这个案件当然存在的违反现行法律法规的地方有不少,其中之一是某县检察院作为赔偿义务机关没有履行先行支付的义务;遗憾的是,6年后公检法三机关联合向财政厅交涉成功,还是按照“先核拨、再支付”的违法程序赔付受害人。当然,本文的重点在于国家赔偿费用的财政保障,对前述问题不作深入探讨。

[3] 吴卫:“司法赔偿 不让有冤者伤心”,载《云南日报》2005年2月7日。

定数额的国家赔偿费用,列入本级财政预算”的规定,是在无限授权地方政府任意设定国家赔偿费用。由于对“本地区的实际情况”可作各种理解,实际上主动权完全交给了地方政府。例如与本案有关的云南省政府是在国务院的《国家赔偿费用管理办法》出台4年后的1999年才“根据本地实际情况”制定《云南省国家赔偿费用管理规定》;直到2005年经过公检法三机关的联合交涉,各级财政部门才“明确将国家赔偿费用列入同级财政预算”。而“确定一定数额的国家赔偿费用”,实际上是一个灵活到无法操作的规定,随意性之大,几乎接近没有规定。例如在本案中,尽管在云南省高级法院、省检察院、省公安厅的联合交涉下,财政厅明确要求各级财政部门“将国家赔偿费用列入同级财政预算,在规定期限内足额核拨”,但在没有“足额”预算的条件下,所谓“足额核拨”还是空话。即使财政部门有专门的国家赔偿费用的预算,但它不支付给赔偿义务机关,或是拖延支付,实际上谁都对之奈何不得。441.67元的赔偿费用的支付都需要省高级法院、省检察院、省公安厅与财政厅“协商”,本身就说明了这个问题。这种过大的财政决定权交给各级财政机关,导致它们在实践中专横跋扈是不可能避免的。我们从表面上担忧或批评赔偿义务机关进行“机关赔偿”,而不向财政部门申请国家赔偿费用,导致“国家赔偿”落空,真正的根源应该在此,因为赔偿义务机关向财政部门申请国家赔偿费用实际上是另一种意义上的“与虎谋皮”。

上述问题的存在,使我们不得不质疑国家赔偿费用制度设置的科学性。本文认为,在国家赔偿费用的制度设置上,应该在考察我国财政具体构成的基础上,寻找适合于国家赔偿的专项财政收入上作为国家赔偿费用的来源,使我国的国家赔偿制度在赔偿费用的管理方面更加精细和准确,在操作上更加适合我国的实际情况,以使国家赔偿在最终的赔付源头上有真正充分的保障。在国家赔偿费用上做到“专款专用”,对财政部门也进行明确的限制,减小其在支付国家赔偿费用方面的自由裁量权。

二、财政收入构成简析:从国家赔偿费用来源的视角

探讨该制度预留空间在多大程度上是适合的,需要具体考察国家赔