

论司法权对行政自由裁量权的控制

曾凡珂¹,徐景波²

(1.四川理工学院 法学院,四川 自贡 643000;2.黑龙江政法管理干部学院 法理教研部,哈尔滨 150080)

摘要:行政自由裁量权是当代行政法发展的重要标志,其在发挥积极作用的同时,又极易被滥用,对相对人的合法权益造成侵害,并影响政府自身职能的实现,因此必须对之加以规范和控制。司法权与行政权的关系及司法权的中立性决定其控制行政自由裁量权不仅是可行的,而且是有效的。然而,为防止司法权干预行政权,司法权对行政自由裁量权的控制必须在一定的限度内进行,这一限度依法院审查行政机关行使行政自由裁量权行为的合法性与合理性而有所不同,即合法性审查其度应强,而合理性审查则应以不合理性达到滥用的程度为限。

关键词:行政自由裁量权;司法控制;滥用

中图分类号:D912.1

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2011)03-0067-04

随着行政权的扩张和膨胀,行政自由裁量权已现实地成为行政权力的重要组成部分,成为当代行政法发展的重要标志。行政自由裁量权的存在有其必然性和合理性,它的扩张也是现代依法行政的必然趋势,然而历史的经验告诉我们:“一切有权力的人都会滥用权力,这是万古不变的一条经验”^[1]。因此,行政自由裁量权也有被滥用的可能,必须对之加以控制。在控制行政自由裁量权的诸多手段中,司法控制手段被认为是一种控制自由裁量最有力和最有效的手段^[2]。本文试图就此问题作一初探,以求抛砖引玉。

一、行政自由裁量权的概念

行政自由裁量权是现代行政法的一个基本概念,无论是西方国家,还是我国,对行政自由裁量权都没有给予确切的界定,学术界对这一概念的表述也存在诸多的不同。西方国家对行政自由裁量权的界定大致可分为广狭两种定义,其区别主要在于是否将不确定法律概念包含在行政自由裁量之内^①。相比之下,我国对行政自由裁量权的概念大都趋向于从狭义的角度加以界定,认为行政自由裁量权是在法律规定的条件下,行政机关根据其合理的判断,决定作为或不作为,以及如何作为的权力^[3]。笔者认为,要厘清行政自由裁量权的概念,应明确以下几个问题:

一是行政自由裁量权产生的前提。依据依法行政原则,行政主体取得和行使行政权力,必须基于法律、法规的授权,凡法律法规未授权的,行政主体不得为之。另外依法行政还要求行政权力的行使应符合合法的一般原则和精神,对其违反同样是不允许的。因此,行政自由裁量权产生的前提不仅是法律、法规的明确授权,还应包括“法律的消极默许”,即法的一般原则和精神。

二是行政自由裁量权的自由度。行政自由裁量权是一种相对自由的权力。这种相对性主要表现在:一方面它相对于一般法定行政权来说是“自由的”,即法律法规赋予行政机关实施一定行政行为的权力时,对相应行为的具体内容、范围、形式、实施方法都未作明确的规定,让行政机关自行判断、自行选择和自行决定,体现出自由裁量权行使的自由性;另一方面它必须受到合法性原则和合理性原则的限制,前者将行政自由裁量权的“自由”限定在法律法规规定的范围内;后者将这种“自由”限定在合理性的范围内,排除自由裁量权的随意专断行使。

三是行政自由裁量权的外延。我国学术界对这一问题尚存在争议,有的学者将行政自由裁量权限定在具体行政行为范围之内,认为抽象行政行为中的自由裁量权是立法学、政策学和行政决策学的研究对象,只

收稿日期:2011-02-20

作者简介:曾凡珂(1978-),女,四川自贡人,讲师,硕士,主要研究方向为宪法学与行政法学;

徐景波(1968-),男,黑龙江哈尔滨人,副教授,硕士,主要研究方向为行政法学。

网络出版时间:2011-5-20 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20110520.1018.001.html>

有行政执法意义上的行政自由裁量权才是我们研究的行政自由裁量权¹⁴。笔者认为,在现代行政中,抽象行政行为中同样存在行政自由裁量权,因为一方面法律法规虽授权行政机关制定行政规范性文件的权力,但对于规范性文件以什么方式、在什么时间、以何种程序予以制定都没有明确的规定,在此情形下,行政机关同样具有较大的自由裁量权;另一方面尽管在我国抽象行政行为中的自由裁量权尚未进入司法领域,但对抽象行为的间接审查却是存在的¹⁵。因此,不应将抽象行政行为排除在行政自由裁量权的处延之外。

综上所述,行政自由裁量权是指行政主体在法律、法规的范围内,基于公正、合理的原则,对行政行为进行自由斟酌、自主判断、自主选择 and 自主决定的权力。

二、司法权控制行政自由裁量权的依据

(一)行政自由裁量权的二重性决定司法权控制行政自由裁量权的必要性

任何事物都有积极和消极的两面性,行政自由裁量权也同样具有这样的二重性:

一方面,行政自由裁量权的出现是现代行政发展的必然结果,它的存在起着一定的积极作用,一是能保证行政管理快速高效地进行,使行政主体根据客观情况和自己的判断灵活应对复杂多变的行政事务;二是能弥补立法的不足,使行政主体根据现实需要对缺乏法律规定的事项合理处理;三是能保障实现实体正义,使行政主体根据具体而特殊的社会关系,在法定裁量范围内进行自立判断、自主选择 and 自主决定,最大限度地保证立法意图的实现。

另一方面,行政自由裁量权作为权力,具有权力的一般特征,即自我腐蚀性和自我扩张性,极易被滥用。一旦被滥用,就会造成一定的消极影响,这主要表现为:一是行政主体与行政相对人地位悬殊导致处于主导地位的行政主体一旦滥用行政自由裁量权将会对处于弱势的行政相对人的权益造成直接的侵害;二是行政自由裁量权的滥用会使权力的运行背离政府职能的目标指向,影响政府自身职能的实现,同时还会为行政主体提供利己选择的机会,为腐败的滋生提供条件;三是滥用行政自由裁量权还违反了行政的合理性,违背了法治的基本要求。

因此,行政自由裁量权的二重性客观上要求我们既要肯定其存在的必要性,又要对之加以规范和控制。战后各国为防止过于宽泛的自由裁量导致武断和对公民地位及权利保障构成威胁,纷纷放弃了传统的“裁量不审理原则”,转向“裁量必须受司法控制主义”¹⁶就是证明。

(二)司法权与行政权的关系决定司法权控制行政自由裁量权的可行性

在国家权力结构中,行政权与司法权虽同属于执行权,但两者具有本质的区别:行政权是管理权,司法权是判断权。行政权的主要内容是行政机关代表国家对行政事务进行组织管理,在行政权的行使过程中,作为管理者的行政机关与作为被管理者的行政相对人之间因法律地位上的差异、具体利益上的相互对立及管理者的执法水平等原因¹⁷,使行政争议的产生不可避免。而司法权的主要内容是司法机关对各类争议作出裁判,这样行政争议就自然成为司法机关行使司法权的对象。因此,司法权对行政权的监督与制约决定司法权控制行政自由裁量权是行政权是可行的。

(三)法院的特殊地位和作用决定司法权控制行政自由裁量权的有效性

法院的职责就是以中立的第三者的身份对争议和纠纷作出权威性的判断,以维护和保障法治。而且,在人们的观念中,“司法”与“公正”是紧密结合在一起的,法院的作用不仅在于适用法律、解决纷争,更重要是它体现了公正、合法的法制精神,防止专断¹⁸。法院创造公正性与合法性,是法律精神的最终体现者和保护者。因此,当行政自由裁量权被滥用时,法院能以中立的地位运用司法权做出公正的判决,以实现行政自由裁量权的有效控制¹⁹。

三、司法权控制行政自由裁量权的具体内容及尺度

司法权对行政自由裁量权的控制实质是通过法院在行政诉讼中,对行政主体行使行政自由裁量权的行为进行合法性与合理性的审查来实现的。司法权在控制行政自由裁量权同时,其自身也应受到一定限制,即司法权应在有限的范围内对行政自由裁量权加以控制,以防止司法权任意干预甚至替代行政权,影响行政效率与社会稳定。

(一)司法权控制行政自由裁量权的具体内容

司法权控制行政自由裁量权的具体内容是指拥有司法权的司法机关(人民法院)应从哪些方面对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行司法审查。根据国外的经验和我国的司法实践,法院一般从以下几个方面对行政机关行使行政自由裁量权的行为加以审查。

1. 审查行政机关行使行政自由裁量权的行为是否有法律依据

一方面要审查行政主体行使行政自由裁量权是否有法律、法规的明确授权,没有法律法规授权的行政自由裁量行为是无效的;另一方面,还要审查该行为是否超越

了法律法规的授权范围,对于越权行使行政自由裁量权的行为,同没有法律法规授权的行为一样,是无效的。

2.审查行政机关行使行政自由裁量权的行为目的是否合法

行政机关行使行政自由裁量权必须符合法律法规授权的目的,不能凭自己的主观臆断,胡乱裁量,更不能受私利的驱动或一时的兴趣、欲望等行使行政自由裁量权。一旦背离法定目的,滥用行政自由裁量权,法院可以予以撤销。

3.审查行政机关行使行政自由裁量权的行为内容是否合法

首先,要审查行政自由裁量行为是否违反法定明示的条件。法律法规在授予行政机关自由裁量权时,通常明确地设定了一定的条件,行政机关只有在具备法定的条件时,才能行使法律法规授予的自由裁量权。

其次,要审查行政自由裁量行为是否违反了法律法规默示的条件。法律法规在授予行政机关自由裁量权时,有时对权力行使的条件未作出明确的规定,但如果能依据法的一般原理或根据法律法规的规定,明显得出行政自由裁量权行使时须遵守的条件,那么行政机关只要违反了该种条件同样是违法的,法院可以行使撤销权。

最后,还要审查行政自由裁量行为是否符合公正的基本原则。如果行政机关在法定的范围和幅度内行使行政自由裁量权,但却违背了社会道德公认的公正原则^⑨,其行为虽合理,但却显失公正,法院同样可以撤销或变更该行为。

4.审查行政机关行使行政自由裁量权的行为程序是否合法

法律法规在授予行政主体相应的行政自由裁量权时,通常要求在其行使时必须遵守一定的法定程序。对法定程序的违反并不必然导致行政自由裁量行为无效。这是因为行政程序分为强制性程序与指导性程序两种。前者是法律法规规定必须遵守的程序,通常带有命令性,对它的违反,必定行政自由裁量行为无效,法院可对之加以撤销;但后者不具有命令性,法律法规通常使用“可”、“认为适当时”、“如认为必要”等加以规定,对它的违反,并不必然导致行政自由裁量行为无效,而应根据该行为的性质、内容或行为当时当地的具体情况进行判断,即只有在行政机关行使行政自由裁量权时应当采取指导性程序而故意不采取,且导致行为明显不合理时,才能认定该行为无效,法院可以撤销,并责令行政机关重新作出行政行为。

(二)司法权控制行政自由裁量权的“度”

司法权控制行政自由裁量权的“度”是指法院在何种情况下才能对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行司法审查。笔者认为,司法权对行政自由裁量权审查的“度”依审查的问题是合法性问题还是合理性问题而有所不同。

1.法院在对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行合法性审查时其度应强

(1)法院应严格按照法定的条件对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行审查,并且可以撤销行政机关违法行使行政自由裁量权的行为。依据我国《行政诉讼法》第54条的规定,法院主要就五个方面对行政自由裁量行为进行合法性审查:一是证据是否确凿、充分;二是适用法律法规是否正确;三是是否符合法定程序;四是是否超越了法律法规授予的权限;五是是否有不履行或拖延履行法定职责。

(2)当出现法律法规不能应对的特殊情况时,法院应根据法的一般原则和精神,如公平、公正,或者是相关法律的一般原则,对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行审查,并可以撤销违背这些原则和精神的行政自由裁量行为。

这主要是因为行政行为错综复杂、不断变化,很可能出现法律法规所不能应对的问题^⑩。在这时就必须援引法律的一般原则,甚至是法的一般精神,对行政自由裁量行为进行审查。如果该行为不符合这些原则和精神,即便没有法律法规的规定,仍然可被认定为违法的行政自由裁量行为,法院可以行使撤销权。

2.法院对行政机关行使行政自由裁量权的行为进行合理性审查时其度是有限的

这种有限性主要体现在法院通常不会审查一般的不合理的行政自由裁量行为,以最大程度地尊重行政权。只有当行政行为的不合理达到足够荒谬、错误、无逻辑或有违道德以致于有理性的人不会赞同或不能容忍或“用专断的或反复无常的方式行使自由裁量权”的程度时^⑪,法院才能对之加以审查。

依据《行政诉讼法》第54条的相关规定,在我国,只有当行政自由裁量行为的不合理性达到“滥用”的程度时,法院方可对之加以审查。至于“滥用”的涵义,我国立法界迄今为止没有作出相关的解释,也未对其具体的表现形式作出列举,学术界的看法也各异。笔者认为,行政自由裁量行为的不合理如果属于下述的几种情况,就可判定自由裁量行为的不合理性已达到“滥用”的程度,法院应当对之加以审查:

(1)有证据证明,行政主体行使行政自由裁量权的行为是出于非法的目的;

(2)有证据证明,行政主体行使行政自由裁量权的行为是出于主观臆断或严重过失,包括故意或非故意严重曲解法律或其他依据、明显应考虑的因素没有考虑、显属不应当考虑的因素却被考虑;

(3)有证据证明,行政主体行使行政自由裁量权的行为与多数有理性的一般人的观点违背;

(4)有证据证明,行政主体行使行政自由裁量权的行为在行为手段方面强人所难,要求苛刻,明显地侵害到了行政相对人的合法权益;

(5)有证据证明,同一行政主体对同类事件实施处理变化无常,违反同一性和平等性。

对以上几种滥用行政自由裁量权的行为,法院可以予以撤销或变更,其中变更判决只适用行政处罚显失公正的情况。

总之,司法权是控制行政自由裁量权的诸多手段中最有力和最有效的一种方式,是现代民主、法治国家有普遍要求。随着我国社会主义民主建设的深入进行,以及依法治国,建设社会主义法治国家进程的推进,司法权对行政自由裁量权的控制将进一步完善。

注释:

①行政自由裁量权和不确定法律概念的区别主要表现在两个方面:第一,行政自由裁量的作用部分是法律效果,而不确定法律概念作用在构成要件;第二,法院对行政裁量行使有限审查权,而对不确定法律概念解释则有本面审查权。参见:[德]平特纳.德国普通行政法[M].朱林译,译.北京:中国政

法大学出版社,1999:56-57.

②在我国没有明文规定法院对行政机关的抽象行政行为的司法审查权,但是法院在审理行政案件时,可以“参照”规章及其他规范性文件,即人民法院有权对规章和其他规范性文件的合法性进行审查,以决定是否适用。因此,抽象行为在我国是司法间的接审查的对象。参见:傅思明.中国司法审查制度[M].北京:中国民主法制出版社,2002:258-259.

参考文献:

- [1] [法]孟德斯鸠.论法的精神:上[M].北京:商务印书馆,1961:154.
- [2] 姜明安.论行政自由裁量权及其法律控制[J].法学研究,1993,(1):48.
- [3] 罗豪才.行政法学[M].北京:北京大学出版社,2001:23.
- [4] 司久贵.行政自由裁量权若干问题探讨[J].行政法学研究,1998,(2):66.
- [5] 杨伟东.行政裁量问题探讨[C]//行政法论丛.北京:法律出版社,2000:354-355.
- [6] 廖非.论对行政执法自由裁量权的控制[J].中南林业科技大学学报:社会科学版,2009,(6):35-37.
- [7] 梁三利,郭明.法院管理模式比较——基于对英国、德国、法国的考察[J].长江师范学院学报,2010,(1):74-79.
- [8] 郑锋.试论行政文化系统的内在结构及重塑[J].莆田学院学报,2010,(4):14-17.
- [9] 董雯婧.论诚实信用原则与公序良俗原则的区别[J].西南交通大学学报:社会科学版,2010,(6):36-42.
- [10] 宋曙光.西方公共行政价值演变对我国行政改革的启示[J].黄石理工学院学报:人文社会科学版,2009,(1):64-66.
- [11] [英]韦德.行政法[M].北京:中国大百科全书出版社,1997:79.

责任编辑:万东升

Judicial Control of Administrative Discretionary Power

ZENG Fan-ke¹, XU Jing-bo²

(1. School of Law, Sichuan University of Science and Engineering, Zigong 643000, China; 2. Department of Legal Teaching and Research, Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law, Haerbin 150080, China)

Abstract: Administrative discretionary power is an important symbol of the contemporary administrative law development. It plays an active role, and it is easily abused for invading the private party's legal rights and affecting the implementation of government functions. So administrative discretionary power should be regulated and controlled. The relation between judicial power and administrative power and the judicial objectivity all decided that judicial control was not only feasible but also effective. In order to prevent judicial power against administrative power, the judicial control must be limited. The limit is different when people's courts make legal examination or reasonable review in the judicial review of administrative discretionary behavior, which means the limit of legal examination, should be strengthened, while the reasonable review must be limited by the un-reasonable that is extent to the abuse of administrative discretionary power.

Key words: administrative discretionary power; judicial control; abuse