

## 公共行政给付中的裁量权治理\*

尹建国 余 睿

**内容提要:**公共行政给付是当代行政给付制度的核心,它体现了国家为社会成员所提供的全方位社会保障与人文关怀。由于担负给付职责的行政主体通常掌控着宽泛的行政裁量权,为防止公共行政给付出现目标偏差和行政专横,必要的裁量治理不可或缺。就公共行政给付所蕴涵的服务性行政理念而言,以公法权利为主导的行政程序治理是相对优化的裁量权治理路径。具体而言,可考虑通过构建并完善“一揽子”的公共行政给付请求程序、保护程序及参与程序,实现对公共行政给付裁量权运行全程的规范制约。

**关键词:**公共行政给付 行政裁量 公法权利 行政程序

尹建国,华中科技大学法学院讲师,新闻传播学博士后流动站研究人员。

余 睿,广西大学法学院副教授,法学博士。

近年来,随着国家职能的扩张和服务行政理念的兴起,政府对公民负有了更多的生存照顾、物质帮助和福利保障义务,“行政给付”作为一种新型行政行为模式也日益得到行政主体的充分重视与广泛采用。经过相当长一段时期的发展,在德、日等传统大陆法系国家,“行政给付”的概念、制度与模式业已逐步成型,并与侵害行政或秩序行政日呈并立之势。<sup>[1]</sup>如今,在关注民生、转变政府职能、建设“服务型政府”的新理念之下,“行政给付”制度在我国也逐步得到重视与推广。尤其是其中的公共行政给付,更因其法律地位的基础性、所涉对象的广泛性、延续时间的持久性而得到行政主体的特别关注与青睐,现今俨然已成为政府从事行政管理、构建“服务型政府”的一项关键职能与必要手段。但是,公共行政给付的兴起与扩张,也引发了一系列新的问题。尤其是我国至今尚未制定独立、完善的法律制度来规范公共行政给付权力的正当运行,使得公共行政给付过程中出现了大量的裁量权滥用情形,导致了诸多暗箱操作、权力寻租等腐败行为。例如,当给不给、少给,不当给而给等。整体言之,立法对公共行政给付条件、范围与标准规定的极大缺失,程序保障机制的不足与参差不齐,导致了公共行政给付裁量权运行的恣意与怠惰,极大侵害了相对人的合法权益。<sup>[2]</sup>凡

\* 本文系国家社科基金西部项目“公物利用法律问题研究”(项目号 09XFX009)及第 46 批中国博士后科学基金面上资助项目(项目号 20090460936)的阶段性成果。

[1] 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社 1995 年版,第 23 页。

[2] 行政给付虽然是一种授益性行政行为,但拒绝提供国家给付给公民造成的侵害可能并不亚于对财产和自由的侵害。总体来看,无论是给付还是不给付,国家的行为都可能在事实上造成对公民权利的侵害。参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 113 页。

此种种,均应引起我们的充分关注与积极应对。

## 一 公共行政给付与行政裁量权滥用

在德国,学者一般认为,“给付行政是指为共同体成员提供或者改善生活条件,通过给付直接或者间接地协助或者追求利益的行为。另外,还包括以间接方式建设公共设施、提供服务或者与行政机关合作的机会、共同执行行政任务等。”<sup>[3]</sup>同时,德国行政法学界常从两个方面理解给付行政的概念:实体上是指作为行政目的的给付;手段上是指作为行政方式的给付。前者是指,一方面通过为个人提供特定目的的支持(社会救助、助学金),另一方面通过建设公共设施(交通企业、养老院、幼儿园、学校、医院等),保障和改善公民的生活条件;后者是指行政机关采取救助和资助的方式为公民提供给付或者其他利益。从手段意义来看,这并不是两个独立的、对应的领域,而是在许多方面相互交叉,但二者的区分在探讨法律保留原则和研究行政行为的撤销和废止方面将有所裨益。<sup>[4]</sup>20世纪60年代日本行政法学界引进了德国的“给付行政”概念,并将其作为与规制行政相对的概念。“所谓规制行政,是指通过限制私人的权利、自由来实现其目的的行政活动……与此相对,所谓给付行政,是指设置、管理道路、公园,设置、运营社会福利设施,进行生活保护,给予个人及公众便利和利益的行政。”<sup>[5]</sup>并将给付行政的内容描述为以下几方面:第一,国民生活不可缺少的水电、煤气等的供给事业;公共汽车、铁路等的运输事业;邮电通信事业的行政经营;第二,社会保险或公共扶助等的社会保障行政;第三,补助金交付、融资、债务保证等的资金补助行政等。<sup>[6]</sup>

在我国大陆地区,学者对行政给付的概念一直有广义和狭义两种理解,且较少使用德、日行政法中的“给付行政”概念。<sup>[7]</sup>在我国,狭义上的行政给付限于物质帮助,“指行政主体在公民年老、疾病或者丧失劳动能力等情况下,以及在公民下岗、失业、低经济收入或者遭受天灾、人祸等特殊情况下,根据申请人的申请,依照有关法律、法规、规章或者政策的规定,赋予其一定的物质权益或者与物质有关的权益的具体行政行为。”<sup>[8]</sup>较广义的行政给付指“行政主体为保障个人和组织的生存权和受益权,维持和促进国家与社会的稳定和发展,依照法律规定和相关政策向个人和组织,尤其是出现生存困难并符合法定保障条件的个人和组织,提供物质、安全、环境、精神等各方面保障的行政活动及相关制度。”<sup>[9]</sup>行政给付的外延尽管非常广泛,但在具体给付的方式、程度、受益人群的大小等方面都不尽相同。公共行政给付便是其中较为特殊的形态。相比之下,公共行政给付之所以具有一般行政给付手段所无法比拟的社会影响与价值,是因为其以“全民参与、全民共享、全民受益”为特征,而非

[3] [德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第31页。

[4] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,第8页以下。

[5] [日]盐野宏:《行政法I[第四版]行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第6页。

[6] 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,第18页以下。

[7] 一般认为,“行政给付”概念源自“给付行政”理念,两者在理论基础和性质特征上有诸多共通之处。但“给付行政”的内涵和外延要明显广于“行政给付”。同时,“给付行政”多被视为与干涉行政或规制行政相对的一种国家行政模式,“行政给付”则主要被当作一种具体行政行为类别。我国学者多从具体行政行为视角使用和研究“行政给付”概念及相关问题。

[8] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第273页。

[9] 柳砚涛:《行政给付研究》,山东人民出版社2006年版,第14页。

其他给付措施如救济金、助学金、扶贫款那样只针对特定社会群体的单一社会需求。

除了具有“全民性”的重要特征以外,公共行政给付制度在价值诉求、实施方式和制度设计上也具有鲜明特点。首先,从价值诉求上看,公共行政给付始终着眼于广大公众的最基础、最普遍、同时又是最为薄弱的社会需求,如医疗、教育、住房、失业和养老等。其次,从实施方式上看,公共行政给付并不是一次性或者单纯财产性的行政给付,而是强调给付的持续性与稳定性,同时在给付手段上注重提供公共服务与提供财产帮助并重。最后,就制度设计而言,公共行政给付并非简单的政府帮扶,而是意图通过严谨而完整的制度改革,来构建国家、社会与公民个人三位一体的给付体系,以求在国家财力与社会效应之间获取平衡。

在我国,自改革开放以来,国力民生均得到了较大提升,但普通民众仍然承受着教育、住房与医疗的“新三座大山”所带来的沉重社会压力。要想缓解人民的生活负担,确保全体国民都能分享到改革开放30年来中国经济发展的社会成果,仅仅依靠市场经济的自我调控显然是无法实现的,系统而彻底的公共行政给付制度改革已成为必然之举。

以公共医疗给付制度为例,2009年4月,备受国人瞩目的《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》正式公布。新医改方案无疑为今后我国公共医疗行政给付制度的构建描绘了一张伟大的蓝图。但不容忽视的是,各级政府、主管机关乃至医疗机构在承担了更多的公共给付职责的同时,也掌控了巨大的给付权力。由此,社会公众最为关注的问题,还是在于如何确保公共医疗“公益性”的实现?国家所投入的大量资金,是否能够及时、足量 and 有效地落实到公共医疗中让老百姓真正受益?国家所承诺的公共医疗基本保障制度能否得以切实践行?公众正当的公益性给付诉求,是否会异化为有关部门敛财收费的工具?值得警醒的是,上述疑惑不仅存在于公共医疗保障体系,也普遍存在于所有的公共行政给付制度中。并且,这些疑惑不仅关乎老百姓的切身利益,更关乎当前正日渐脆弱的政府公信力。毕竟,类似“武汉经适房六连号事件”、<sup>[10]</sup>“温州安置房事件”<sup>[11]</sup>等诸多承担公共行政给付职责的组织以公益之名行“特权”之实的例证,在反复刺激公众神经的同时,也正在一点一点地侵蚀政府公信力的根基。

在传统行政法中,行政给付往往被归属于羁束行政行为和依申请的行政行为类型中,行政给付的实现须以相对人的申请为前提,审查的标准也严格遵循法定条件,给付机关并不享有行政裁量的空间。然而,随着公共行政给付的普遍建立,我们不难发现,任何一种公共行政给付制度实际上都是一个庞杂的体系,也同时是一个循序渐进的过程,它们通常是以政策为导向,缺乏明晰的法律制度,<sup>[12]</sup>而对承担给付职责部门的“自觉”与“自律”有着较大的依赖性。由此,公共行政给付的条件、范围、标准甚至程序都依托于给付机关的能动性,这在客

[10] 参见陈世昌、舒均:《经适房摇号,播出一串疑问》,载《楚天都市报》2009年6月17日。

[11] 参见叶铁桥:《温州安置房多为政府官员购买,户均售价过百万》,载《中国青年报》2009年4月14日。

[12] 我国涉及行政给付或与行政给付相关的法律、法规、规章主要有:《残疾人保障法》、《残疾人就业条例》、《老年人权益保障法》、《农村五保供养条例》、《农村敬老院管理暂行办法》、《人民警察法》、《兵役法》、《军人抚恤优待条例》、《革命烈士褒扬条例》、《退伍义务兵安置办法》、《伤残抚恤管理暂行办法》、《城市居民最低生活保障条例》、《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》、《经济适用住房管理办法》、《城镇最低收入家庭廉租住房管理办法》、《防震减灾法》、《汶川地震灾后恢复重建条例》、《民办教育促进法》、《中小企业促进法》、《法律援助条例》等。我国至今没有关于行政给付制度的独立单行法,且现有立法及行政法规规范性文件多仅从宏观层面明确政府负有行政给付的职能与义务,但对行政给付的条件、范围、标准、实施程序、救济措施等微观问题涉猎甚少。同时,相较于其他类型的行政给付行为而言,公共行政给付的适用依据更是集中体现于大量的政策性文件(《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》便是力证),立法不足与粗放的弊端表现得尤其明显。

观上给予了行政权以巨大的裁量空间。但长期以来,行政给付在我国一贯被视为政府对公民的一种“恩赐”,而不被当做公民的权利或行政主体的天然义务。这一观念不仅在政府官员的头脑中根深蒂固,也往往为社会公众所容忍和默许。一定程度上可以说,在当下中国,行政给付很难作为一种可期待的权利而存在,政府在公共行政给付领域本应具有的“自觉”与“自律”,也是几乎难以充分依靠和指望的。由此,以公共行政给付中行政裁量的治理来预防公权力的异变就显得格外重要。

## 二 公共行政给付裁量权的困境与理性评析

出于鼓励行政组织积极主动提供公共服务的灵活性考量,公法——尤其是行政法并不能像私法那样,对绝大多数民事关系当事人的权利进行明文规定。行政法中采取较多的方式,是在主要规定行政主体职权的基础上,附带对公民权利进行明示,由此形成相对人的公法权利。例如,公民在身患疾病时,可以获得国家公共医疗保障,享受国家公益性医疗救助。可见,存在于公法之中的公民权利,与公权力一样,都是以公共利益为依托的。倘若排除公共利益的存在,公法权利也就丧失其公法属性而转化成了私法利益之上的私权利,公益性也随之消失,此时,一个重大疑惑在于:作为识别公法权利存在基础的公共利益究竟应当由谁来界定呢?换言之,谁来主导公共行政给付的条件、范围、标准以及程序?

严格意义上,公共利益的界定不仅是事关公法权力与公民私权利的分水岭,也是关乎公民公法权力是否存在的重要参照。一般而言,唯有国家立法机关的权力立法,才是体现这种公共利益界定的最合适途径。因为“若未透过立法,由法规取得其内容时,则该公益是对国家无价值之存在,因而,并没有一个先验的公益概念,一切端赖立法者之创制之后,公益的内容方会产生”。<sup>[13]</sup>可见,公共利益的具体内涵如何,范围有多大,以何种权力和权利形态出现,都应当由权力机关来代表人民以立法做出认定。行政主体则应当是在法律所概括的公共利益范围内来确定公共利益在个案中的具体实现。然而,作为一个最典型、关注度最高的不确定法律概念,以致从古到今,还没有哪部立法能一劳永逸地对公共利益给出一个公认的可操作性定义。正如美国著名行政伦理学家库柏曾坦率指出的:“要想给出一个能得到理论界或实际工作者公认的‘公共利益’定义,是不可能的。”<sup>[14]</sup>由于公共利益是一个历史性概念,它的具体化过程往往涉及对现时环境下政治、经济、文化、自然环境等多种因素的综合考量。正如有学者指出的:“公共利益概念既极具抽象性,又是一种正面价值评断的概念,因此,必须以一个变迁中之社会中的政治、经济、社会及文化等因素及事实,作为考量该价值的内容。”<sup>[15]</sup>由此,由行政权力在法律授权之下在个案中能动地界定公共利益的内涵与外延已成为应然之需。“行政机关除可以依法律行使制止私人有害公益行为之权力,复可由法律授权,积极行使增进公益之行为。行政机关这种创设公益的行为,可以存在于一般传统之干涉行政的行政权力之中,亦可以在给付行政的权力方面,促使公益的实现。”<sup>[16]</sup>而上述设

[13] [德]阿道夫·墨考:《国家目的及公共利益》,转引自陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第195页。

[14] Cooper, Terry L., *The Responsible Administrator* (3rd ed.). (Jossey-Bass Publishers, 1991), p. 68.

[15] 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),第205页。

[16] 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),第197页。

定公共利益的具体表征,便是赋予行政主体在公共行政给付中对公共利益的行政裁量权。

现代法治原则之下,通过必要的裁量不仅可以保持行政的能动性,而且能够最大限度地实现个案正义。因此,我们所要做的并不是去反对那些必要的裁量权,而是要限定那些过度或太宽的裁量权,剔除那些不必要的裁量权,以防止裁量权的恣意和滥用。<sup>[17]</sup>而“对裁量权的限定,并不能将期望寄予法律的颁布,而在于比法律更为广泛的行政规则的制定”。<sup>[18]</sup>由此,以法律所授予的行政立法与行政规则制定权来形成裁量基准,通过对有关裁量权行使范围等方面的法律规范加以具体化的解释,以确保裁量权行使的统一性和平等性,已成为行政机关对裁量权实行自我拘束的一种较为常见的行政法现象。<sup>[19]</sup>

然而,“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手,自由便不复存在”,<sup>[20]</sup>允许行政主体通过行政立法与行政规则制定来充当公共利益解释者的角色,这在保障行政权对公共利益积极介入的同时,也不可避免地带来了巨大的风险。这种风险在行政给付领域尤其突出。大量实践表明,在公共行政给付之中,行政机关往往会利用裁量及其行政规则的制定权来变“可以”为“有可能”,变“允许”为“看情况”,从而在高位阶立法所遗留的裁量空间甚至是尚未被立法所关注的社会生活领域中将自己的角色由公共利益解释者的身份进化为公共利益的界定者,形成权力法定盲区内的“权力权定”局面。更为严重的是,无论是对公共利益的解释还是界定,公民公法权利的身形往往被遮挡在权力的伟岸身影之下,而欠缺客观法的有效支撑。如果说在规制行政中,客观法对公民既得个人利益之下的自由尚可给予较为全面的保护,用以抵抗裁量权侵害的话。那么在给付行政之中,倘若将公民对公法利益的权利期待完全寄希望于行政主体对公共利益的裁量,其结果无外乎要么使其成为权力的对价商品,要么被权力无情遗弃。可以预见的是,当行政机关所“界定”的公共利益范畴与个人利益范畴之间的冲突随着人民权利意识的提升而日趋复杂、愈加激烈之时,将导致人民对行政主体所界定的公共利益“结论”的严重不满。但由于忌惮公权力的强制性,人民不得不被动服从,这反而促使矛盾进一步加剧。尤其在公共行政给付领域,行政主体“自行”控制了给付的条件、标准、范围、方式与程度,以此作为公共利益来要求公民遵从,而公民获得给付的受益权受到侵害之后,却由于地处国家立法的盲区,加之在行政立法与行政规则中又很难找到相关的权利规定,最终使得原本应得的利益被涂炭,应有的民意被抹煞。从地方到中央,与规制行政所引发的行政诉讼、行政复议的受案率相比,给付行政尤其是公共行政给付所引发的行政救济案件少之又少。但与此同时,事关各种教育、医疗、住房等问题的信访案件却数量激增,这进一步说明,相比规制行政中的公共利益裁量,给付行政中的公共利益裁量的窘迫现状更值得我们警醒。

### 三 立法、行政和司法对公共行政给付裁量权的治理

面对上述问题,以德、日为代表的大陆法系国家业已从规范行政给付权力运行的整体路径上给出了初步回应,为我们提供了宝贵的经验借鉴。其中,德、日行政法兼采的一项核心

[17] 参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,《中国法学》2007年第6期。

[18] Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, (University of Illinois Press, 1971), p. 56.

[19] 参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》。

[20] [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第248页。

策略是,均意图通过法律保留原则的运用实现对行政给付的有效规制。在德国,虽然学界对给付行政是否完全适用法律保留原则还有少数分歧,但实践中大多给付行政要受法律保留原则支配几乎已成定论。德国行政法学者坚持:“国家资金的分配是为了确保实现特定的社会、经济和文化政治的目标,必须由具体规定其分配、赋予公民相应主观权利的、具有约束力和可预测性的法律予以确定。在社会法治国家,自由不仅来自国家,存在于国家之中,而且需要通过国家。”<sup>[21]</sup>据此,德国联邦社会救助法规定了社会救助,联邦培训资助法规定了培训资助,负担调整法规定了均衡负担补助等。德国《社会法典》第31条更是明确规定:“本法典规定的社会给付方面的权利和义务只能在法律规定和允许的情况下才能予以设定、决定、变更和取消。”显然,德国学理和立法原则上已明确将法律保留适用于行政给付领域。日本学界也存在类似观点:“在现代行政中把‘法律保留’当作问题之时……应该应用‘全部保留’论,因为该理论主张成为法律保留对象的应是全部的行政行为。当然对给付行政来说,法律上的根据和授权也是必不可少的。”<sup>[22]</sup>

受此影响,近年来我国学者也多因袭了行政给付领域应遵循法律保留原则的基本观点。<sup>[23]</sup>柳砚涛教授则认为,在国家目的和行政模式已经发生重大变化的今天,法律保留原则出现了与时代相适应的新动向,进而主张行政给付应当采取以法律保留为原则,以排斥法律保留为例外的折中原则。<sup>[24]</sup>

但是,缘于立法本身的滞后与不足,加之法律保留原则本身的余量性“例外”,我们仍需从行政给付实施的技术角度克减公共行政给付裁量权运行的惰怠与恣意。<sup>[25]</sup>对此,我国行政法学界也已从行政裁量权治理的整体路径上给出了积极建议。典型进路是通过揭示行政裁量治理理念的转型,倡导一种多元化的治理机制,具体包括:通过行政规则即裁量基准的制定对行政裁量范围进行适当限定;通过均衡性利益衡量即行政均衡原则对行政裁量进行实体建构;通过实质性利益沟通即强调公众参与与行政公开对行政裁量进行过程建构;通过司法审查技术的跟进与完善来对行政裁量进行司法控制。<sup>[26]</sup>

我们认为,上述行政裁量治理要件的提出,是建立在立法、行政、司法与公众四位一体架构上对公共利益具体化所提出的全新要求。这对于保留行政主体的机动性,并确保其能动裁量权的正当运行殊为可贵。更为重要的是,它也引发了我们的一项重大疑问——作为公众,应当如何以权利的名义介入到对公共利益具体化的行政裁量过程之中?出于防止行政裁量权在对公共利益具体化过程中的独断与滥用,当代社会通常采取“权力约束权力”的方式来对行政裁量进行治理。即主要以立法权、行政权与司法权的手段来规范与审视裁量的正当性。

首先,从立法权来看,立法者对裁量的治理突出显现在一贯坚持法律优先、法律保留以

[21] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,第113页。

[22] [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第60页。

[23] 参见黄学贤:《给付行政适用法律保留原则若干问题探讨》,《江海学刊》2005年第6期。

[24] 参见柳砚涛:《行政给付研究》,山东人民出版社2006年版,第343-349页。

[25] 其实,我国学者在坚持应在行政给付领域引入法律保留原则的同时,均承认法律保留的运用其实不可避免地存在例外情形。例如,有学者指出,现代行政面广量大、纷繁复杂,不可能对所有给付行政均精确化、数字化。在许多情况下只能给出相应的情形而授权行政机关或者决定是否采取有关行为,或者自行选择某种结果。因此,给付行政受法律保留原则的支配并不否认在给付行政问题上存在自由裁量,也并不否认在给付行政适用法律保留原则问题上出现紧急情况时的例外。参见黄学贤:《给付行政适用法律保留原则若干问题探讨》。

[26] 参见周佑勇:《行政裁量的治理》,《法学研究》2007年第2期。

及越权无效等行政法定基本原则,以防止行政立法与行政规则越界裁量公共利益。而在给付行政之中,公民的身份是对公共利益的积极分享者,但法律要么缺位,要么是大量采用允许、可以等抽象性的职权规定来划定行政主体对公共利益的裁量空间,这种立法方式不可避免地模糊了行政机关的权力体系,忽略了相对人在不同形态的公权力作用下所处的不同身份与地位。这恰恰又是行政机关职责义务之所在,也是人民对法律秉承的关键权利期待之所在。可见,公共行政给付中的公共利益裁量处于这样一种半真空状态:一则缺乏国家权力立法的足够支撑,往往无法体现出法律的优先性;二则通常并不涉及法律保留的事项;三则权力的界限极不明显,越权无效的规制沦为行政立法与行政规则的自弹自唱。

其次,从行政权的自身约束来看,一般要求行政主体裁量权的行使应当达到行政均衡原则的基本要求。同样的分野在此又一次出现于规制行政与给付行政之中。规制行政中的均衡,主要是以公共利益的维护程度和对个人利益的损害大小为比较对象。即便涉及授益性行政行为的信赖保护,也仍是在考量公共利益与对个人已获取的利益剥夺之间的均衡。严格来讲,上述均衡都是以公共利益与个人利益的此消彼长为核心的,体现了公共利益与个人利益的对立。而在给付行政之中,均衡的对象变成了公共利益的分享与个人利益的需求,并且这两种利益形态具有“通向性”,体现了公共利益与个人公法利益的融合。此时在适用均衡原则的过程中,便形成这样一种困惑:如果将这种具有通向性利益诉求的公共利益与个人利益均衡裁量,像规制行政那样,完全交付给行政主体来独自完成,能否保证利益实现的融合价值呢?

最后,从司法权的约束来看,司法机关是判断行政主体对公共利益裁量正义的终极审查者,由司法来“复审自由裁量权是法治制度的基本特征”。毕竟,我们可以用来衡量行政法律制度有效性的可靠标准是允许法官复审自由裁量权的程度。<sup>[27]</sup>可见,裁量权的行政自我管制和内在秩序建构,既需要获得一定的司法尊重,也需要施以严格的司法控制。法院应当适应变化后的治理模式对司法审查技术做出相应的调整与完善。<sup>[28]</sup>然而,我们也不能忽视目前司法权在对公共利益行政裁量的约束中所遭遇到的阻碍。司法是以权利为其救济对象的,规制行政中,违法行政所造成的损害,一般集中于原本就隶属公民自由范畴之下的个人权利,司法救济并无障碍。而在给付行政之中,公民的权利往往融合于公共利益之中,受制于法律的客观权利规定,那么当法律规则缺位,而又被行政立法与行政规则所忽视之时,给付行政中的相对人往往由于权利要素的欠缺而被阻挡于司法救济的大门之外。更为重要的是,由于司法救济不可避免的事后干预性,实践中的公共利益早已被行政主体的单方裁量所定性而转化为现实,即便司法机关做出确认违法的裁决,对于已经受到伤害的相对人权利而言已经于事无补。

综上所述,在行政给付尤其是公共行政给付之中,对行政主体在公共利益上的裁量权治理,仅仅依靠“权力来约束权力”是并不充分的。仅有的抽象性立法往往过分淡化行政给付职权所对应的公民公权利的形态,而行政主体对公共利益的解释性裁量又往往形成独断的利益黑洞。行政主体通常只需要避开“不应当”的行为,便可以在“允许和可以”的裁量空间中对职责加以怠慢,或者辅以巨大的附加义务来作为履行这些应当和可以的给付职责的对

[27] 参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,法律出版社2007年版,第1页以下。

[28] 参见周佑勇:《行政裁量的治理》。

价。并且司法机关的事后介入也缺乏可供救济的权利依据。一言以蔽之,在目前的行政给付尤其是公共行政给付之中,仍旧缺乏公众主动参与的身影,我们几乎看不到公民参与行政给付的公法权利踪迹与有效通道。

#### 四 以公法权利为主导的公共行政给付裁量权治理

公民公法权利的缺失,造成目前我国的公共行政给付呈现出一种尴尬局面:一方面,良好的政策与制度构想总是高高在上;另一方面,政策和制度在落实的过程中沦为行政裁量的牺牲品。其根本的原因在于,同样是对公共利益的具体化,在给付行政与规制行政这两种行政法基本模式中存在着巨大的差异。给付行政应当是以保障公民的分享而非对公共利益的保护为起点;给付行政应当是以倾听公民利益主张而非行政权力单方强制为过程;给付行政应当是以实现公民的公法权利而非行政权力的控制为目标;给付行政所涉及的公共利益裁量应当由公民与行政机关共同发起并完成,而非行政主体的“威权决断”。因此,笔者认为,给付行政中行政裁量的治理,除却以权力来约束权力的手段之外,我们更需要以公民权利为主导,以权利来引导权力,以权利来监督权力,以权利来制约权力。

当然,从客观法向主观公法权利的过渡并非一日之功,公共行政给付也不可能在漫长的立法过程中停滞不前。在此情形下,通过强化行政程序、明示公民在行政给付中享有的程序权来对公共行政给付中的裁量权进行治理,无疑是一种较为便捷的路径。正因如此,我国已有学者在法律保留的前提下,提出了通过完善程序制度规范行政给付权的初步思路。相当部分的学者均指出,在给付行政中,法律不宜对给付内容做过多限定,但行政机关可通过行政公开、行政听证、行政告知、行政回避以及说明理由等制度,严格控制其行政过程,以消减其对公益的恣意处分。<sup>[29]</sup>笔者认为,就公共行政给付所蕴涵的服务性行政理念而言,以公法权利为主导的行政程序治理无疑是相对优化的裁量权治理路径。然而,为实现对行政给付裁量权的有效规制,仅通过完善给付过程中某一或某些单独的程序保障恐难以达致目标。有效且完满的公共行政给付裁量权治理路径,应当是由自“启动”至“过程”再到“事后”的多维给付程序所构成的一个完整、彼此配合、相互衔接的“一揽子”程序体系。

第一,公共行政给付请求程序。给付请求程序是基于给付相对人的利益满足请求权而构建的。这种公法权利是指“仰赖行政活动而满足自己利益之请求权”。<sup>[30]</sup> 给付请求权不仅可以来源于客观法规范,而且也可以来源于主观法精神。换言之,当立法者不能面面俱到地在法律中列举给付相对人享有的权利形态时,相对人可以依据法律的原则与精神,甚至是公共行政给付组织的性质和承诺来发起行政给付请求程序。公共行政给付请求程序的核心在于相对人可以基于对法律的主动“裁量”来启动给付程序,作为负有给付义务的组织则必须履行受理、审查、做出行政决定并说明理由的程序义务。实际上,由于公共行政给付在特定阶段的有限性理论,给付机关显然不可能对所有的给付请求都有求必应,但通过给付请求程序,一方面可以防止给付部门利用裁量权单方面缩小和屏蔽应当履行的给付范围,另一方

[29] 参见江必新、部长茂:《共享权、给付行政程序与行政法的变革》,《行政法学研究》2009年第4期;戴建华:《论给付行政中法律保留原则的适用》,《学术论坛》2009年第6期;高秦伟:《论给付行政中的听证制度及其构建》,《甘肃行政学院学报》2008年第4期等。

[30] 王和雄:《论行政不作为之权利保护》,台湾三民书局1994年版,第46页。



面也可为相对人要求救济机关对公共行政给付裁量的合理性加以裁判提供救济权依据。

第二,公共行政给付保护程序。在公共行政给付实施过程中,通常存在着复合式的行政法律关系。相对人的给付权利,往往并非直接受到行政权的侵害而是受到第三方当事人的侵害。例如,在公共医疗保障给付中,作为履行公共医疗义务的医院和药店必须为公民提供国家指定的基本限价药品。又如,在公共住房保障给付中,只有符合法定条件和要求的相对人才享有获得经济适用房、廉租房的权利。那么,一旦第三方当事人违反法律侵害到相对人的给付权利,如公立医院和药店拒绝提供国家基本限价药品,或者不享有公共住房保障资格的当事人以欺诈手段获取了不当利益,则受害人可以向负有监督管理职责的给付机关提出保护合法利益的请求,进而启动公共行政给付保护程序。值得注意的是,这种保护程序不应仅停留在对违法第三人的规制和惩处层面上,如何弥补相对人的利益损害才是保护程序的最终目的。这便要求,该程序的环节不仅包括及时的受理、调查和惩处,还应包括对违法行为的纠正、对相对人的反馈以及采取相应的补救措施。而为保证这种救济权利的充分实现,在行政诉讼中增加给付判决几乎已成为我国行政法学界的共识。<sup>[31]</sup> 具体而言,可考虑在修订《行政诉讼法》过程中,将给付之诉和给付行政判决种类都予以法定化、类型化,以为公共行政给付的保护程序提供一道相呼应的“最后防线”。

第三,公共行政给付参与程序。现代法治原则之下,行政参与之于权力运行的重要价值,早已为法律人所熟知并推崇。诚如韦德所言:“随着政府权力持续不断地急剧增长,只有依靠程序公正,权力才可能变得让人能容忍。”<sup>[32]</sup> 在行政法领域,程序参与性是程序正义的最低限度要求之一。一个妥当行政结论的获取,有赖于行政过程正当程序之构建与维护,尤其需要赋予利害关系人对行政过程的参与权利。具体言之,应通过搭建一种平等、有效的沟通平台,让利害关系人与行政主体能就行政行为的考量因素、标准、拟议、结论等问题进行充分的协商与坦诚的交流,以消减行政权力运行的恣意与盲目,增进相对人的信任和服从,从而实现行政结论的正当性和可接受性。<sup>[33]</sup> 在公共行政给付中,由于长期以来存在的行政单方决断的管制型思想,衍生了许多弊端。比如,给付机关通常只是考虑自己履行给付职责的便利性而忽视相对人实现权利的效率;又如,给付机关掌控着大量的公共物资和财产,在缺乏足够外部监管的情况下很容易引发“监守自盗”的后果;再如,公共行政给付的效果好坏,往往都由给付机关自我评价,报喜不报忧的结局是导致上级部门的决策错误。在公共行政给付的行政参与程序中,相对人的参与尽管并不能直接对给付机关的行政裁量做出直接界定,但可以通过行政程序实现知情权、评价权和监督权。这包括:其一,督促行政主体公开公共给付所涉相关公共信息,进而要求其纠正损害公共利益的行为或者履行公共给付职责。其二,对行政主体基于公共给付的既定效果进行评价,以体现民意。其三,对行政主体的未尽行为或不合理行为要求利益上的重新权衡决策,以符合公共给付的效率性要求。与此相对应的,公共行政给付应设置相应程序以确保公众上述公法权利的实现。具体而言,在给付行政程序中,“咨询、建议、协调、协助等具有沟通功能的程序将大量使用,以解决信息不对

[31] 参见章志远:《给付行政与行政诉讼法的新发展——以行政给付诉讼为例》,《法商研究》2008年第4期;吴红宇、肖帮华:《试析给付判决应当成为我国行政判决的种类》,《行政法学研究》2009年第4期。

[32] [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第93页。

[33] 参见尹建国:《论“理想言谈情境”下的行政参与制度》,《法律科学》2010年第1期。

称问题,促使达成合意”。<sup>[34]</sup> 同时,也应对给付主体课以必要的说理义务,以“排除或减少行政主体行使行政权的独断、专横、恣意”。<sup>[35]</sup> 通过说明理由,行政主体可以明示的方式将做出公共行政给付结论的裁量过程形之于外,这可为给付行为的实体正当性奠定心理基础、提供明晰的司法审查对象。更重要的是,通过说明理由,相对人也可及时将自己认为行政主体为给付行为时应考量之因素知会行政主体。通过这种充分、自由的“对话”,既可防止给付主体考量不相关因素,也可以警示其遗漏、滥用必须考量的重要因素,从而更好地规制公共行政给付裁量权运行的恣意与怠惰。

总之,法律保留原则之下,政府依然对公共行政给付享有巨大的裁量权力。缘于立法的不足和法律适用技巧的单一,公共行政给付裁量权尚未得到有效和充分的监督与制约。尤其是公共行政裁量权运行的程序保障机制,极其不足与失衡。而行政给付行为一旦失去程序支持,必将引发两个方面的不利后果:一是给付主体的自由裁量权将脱逸于有效的监督之外,这将为裁量权滥用、暗箱操作、权力寻租埋下隐患;二是使相对人陷入被动,丧失对给付行为的事前、事中和事后参与权,行政给付将沦为一种单方“恩赐”,而不再是一种可期待的权利。为防止公共行政给付出现目标偏差和行政专横,以公法权利为主导的行政程序治理当是规范行政裁量权客观而必然的理性选择,体系化的程序保障机制也必然带来给付受益人程序上的主动权,最终将有效敦促行政主体及时、完整、公正地实施给付行为。

---

[Abstract] As the core of the contemporary administrative benefit system, public administrative benefit reflects a country's comprehensive social security and humane concern for its people. Since administrative subject who undertakes responsibility of granting benefits always has broad administrative discretion, a necessary control of administrative discretion is essential in order to prevent public administrative benefit from deviation of target and administrative autocracy. So far as the administrative notion of "service" implicated in administrative benefit is concerned, the control over administrative procedures characterized by dominance of right in public law is a relatively optimized approach to the control of administrative discretion. Concretely speaking, with the establishment and improvement of a package of methods of procedures of application, protection as well as participation, the regulation and restriction of the whole operational process of administrative discretion in public administrative benefit may be realized.

---

(责任编辑:支振锋)

[34] 江必新、邵长茂:《共享权、给付行政程序与行政法的变革》,《行政法学研究》2009年第4期。

[35] 章剑生:《行政行为说明理由判解》,武汉大学出版社2000年版,第39页。