

面向不确定性的行政裁量及其法律控制

苏 宇

摘 要：现代行政法已经对行政裁量建立了内容丰富的程序性及实体性法律控制体系，此种法律控制体系能够提升行政裁量的合目的性与可接受性。但是，随着不确定性程度的增长，既有控制体系在前述两方面的能力都面临冲击。对此，行政法应当建立一种具备开放性、调试性、统合性的法律控制体系，超越单纯的个案考量，形成处理不确定性问题的积累型框架。

关键词：不确定性；行政裁量；法律控制；风险

[中图分类号] D912.11 [文献识别码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 04-0068-13

“不确定性”（uncertainty）是现代社会面临的巨大挑战。从澳大利亚山火到新型冠状病毒引起的肺炎疫情，从飞机的意外事故到原油期货价格的异动，不确定性所引起的种种风险已经对世界范围内的社会经济秩序产生了深远的影响。许多由不确定性引起的风险需要政府进行回应和处理，而行政法也就因此需要直面不确定性带来的种种挑战。“风险行政法”的出现反映了行政法学回应不确定性挑战的理论尝试。现实生活中的不确定性在很大程度上来源于“无知”（ignorance）。在整个“无知”图式中，不确定性处于“不完整”（incompleteness）的分支之中，意味着我们对于认识对象缺乏充足的信息。⁽¹⁾在绝大部分情形下，风险可以被认为是不确定性带来的负面后果⁽²⁾，而风险行政法面对的特有问题正是“无知”问题。⁽³⁾在风险行政法之外，现代行政机关也经常需要面向各种各样的不确定性作出裁量决定，例如优化区域性行政规划、调整由中央政府管理的商品和服务价格、决定信息基础设施建设工程的拟支持项目名单等。在这些行政决定面前，风险问题只是其中一部分，行政机关还需要考虑优化经济结构、实现社会发展目标等更广泛的因素，这些因素同样包含了各种各样的不确定性。易言之，不确定性条件正在深刻地影响着行政裁量权的行使。

事实上，行政裁量本身就意味着很可能存在无法为立法者所完全预见的不确定性情境，现代

【作者简介】苏宇，中国人民公安大学法学院副教授，法学博士。

【基金项目】司法部2019年度国家法治与法学理论研究项目“区块链治理的制度工具库研究”（项目批准号：19SFB3013）。

(1) M. Smithson, *Understanding Uncertainty*, in *DEALING WITH UNCERTAINTIES IN POLICING SERIOUS CRIME* 29 (G.Bammer, ed., 2010).

(2) J. Kadavany, *Taming chance: Risk and the quantification of uncertainty*, 29 *POLICY SCIENCE* 1, 1 (1996).

(3) 金自宁：《风险行政法研究的前提问题》，《华东政法大学学报》2014年第1期，第10页。

行政法对行政裁量建立的各种法律控制手段也能够一定程度上应对此种不确定性。然而，随着不确定性的增长，行政裁量之法律控制体系是否会发生不可忽视的变化？什么样的法律控制体系能够更为有效地规范不确定性条件下行政裁量权的行使？这是当代行政法需要回答的重要问题。

一、行政裁量控制的既有进路

行政裁量是现代行政法学中最引人瞩目的研究主题之一，中外学界对行政裁量的研究成果可谓琳琅满目。在行政法的理论与实践，除与羁束性行政行为相似的法律授权及司法审查外，行政裁量的法律控制已经形成了若干较具代表性的制度手段，大体上可以分为程序性控制与实体性控制两种基本进路。

（一）程序性控制

对行政裁量从程序上进行控制的代表性思路是构造裁量（structuring discretion，或译“建构裁量”“组织裁量”等）。构造裁量实际上是一系列裁量控制手段的总称。美国著名公法学家戴维斯（K. C. Davis）在《裁量正义》一书中将行政裁量权的控制分为限定（confining）和构造（structuring）两部分，前者旨在确立裁量之界限，后者旨在调整行政官员在裁量界限范围内的所作所为。^{〔4〕}在构造裁量的努力中，一系列主要基于公开原则的控制手段皆为可用之手段。戴维斯认为，“建构裁量权最有效的工具有七：公开计划、公开政策说明、公开规则、公开裁定、公开理由、公开先例以及公正的非正式程序”。^{〔5〕}亦有美国学者进而将此种构造裁量的思想扩展至整个行政过程的构造，认为构造行政过程有助于国会和法院对行政活动的审查，并且提升行政决定的质量^{〔6〕}，自然也有利于提升行政裁量的质量。在系列控制手段中，戴维斯还特别强调非正式程序（弱于审判型程序的保障措施）之公正价值，尤其是认为“优良程序就是让当事人了解不利于他的证据的属性并且听取的陈述”^{〔7〕}，确保行政裁量能够公正地进行。

在整个程序性控制的思路之下，以下若干重要机制对于控制行政裁量已经发挥了重要的作用。

1. 预先告知与听取意见

在不利于相对人的行政决定作出前进行预先告知，并听取当事人的陈述和申辩，是正当程序的题中应有之义。^{〔8〕}正当程序对于保障执法者正确行使裁量权、防止其滥用具有特别重要的意义。^{〔9〕}听证作为一种最为正式的听取意见方式，如能充分结合“审裁分离”和“案卷排他”法则之

〔4〕〔美〕戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第108-109页。

〔5〕〔美〕戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第109页。

〔6〕W. West, *Structuring Administrative Discretion: The Pursuit of Rationality and Responsiveness*, 28 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 340, 342 (1984).

〔7〕〔美〕戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第132-133页。

〔8〕我国司法实践中已有不少案例，例见于艳茹诉北京大学案，北京市第一中级人民法院（2017）京01行终277号行政判决书；戎占军诉汝州市人力资源和社会保障局案，平顶山市中级人民法院（2017）豫04行终11号行政判决书等。

〔9〕姜明安：《论行政裁量权及其法律规制》，《湖南社会科学》2009年第5期，第55页。

要求，对于裁量权的行使还可以起到更加严格的控制作用。

2. 说明理由与遵循行政先例

单独通过行政惯例及偏离行政惯例的司法审查对行政裁量进行控制亦是一法。说明理由与行政惯例的结合对行政权力的行使形成了深度监督，行政机关裁量必须形成相对稳定的理由体系，而对理由的伪饰将面临高昂的成本。⁽¹⁰⁾ 说明理由的说服功能、权利保护功能、控制功能、说明或证明功能等“四大功能”可以明确行政裁量的依据、增进裁量的法治化水平，学理上还出现了“无理由，不裁量”的主张。⁽¹¹⁾

3. 利害关系人和公众的参与

利害关系人的参与体现了正当程序的价值内涵，是必不可少的权益保障机制；在行政裁量行使过程中导入公众参与机制，亦是各国行政程序法典的普遍做法。“参与型行政”对于监督和制约行政裁量权的行使甚为紧要。⁽¹²⁾ 现代公众参与的广泛兴起伴随着利益代表模式在行政法中的形成，使行政过程（尤其是行政裁量）一定程度上成为多元利益互动和竞争的“政治过程”。⁽¹³⁾ 虽然公众参与一般适用于涉及不特定公众的行政立法裁量过程，但也有学者主张将公众参与扩展和渗透至裁量基准等其他控权手段之中，实现行政裁量的“交往型法治”。⁽¹⁴⁾

4. 专家咨询（论证）制度

邀请专家参与行政裁量过程在当代行政活动中并不鲜见，但若法律规范要求行政裁量经过某种形式的专家咨询（论证）程序，则是一种特殊的程序性控制手段。我国《核安全法》《西安市行政程序规定》《福州市湿地保护管理办法》等法律规范中已经包含了此方面的规定⁽¹⁵⁾，《南宁市重大行政决策程序规定》更是专节规定了面向专家和专业机构的咨询论证程序，甚至出现了《合肥市人民政府重大行政决策专家论证办法》一类的专门性行政立法。

5. 其他程序性控权机制

除上述常见机制外，裁量权的行使还存在其他形式的程序性控权机制，例如行政机关的内部程序控制、裁量依据和结果的公开、执法质量评议等；未来也有可能出现新的程序性控权机制，例如已经有学者主张全自动行政行为也应当适用于部分行政裁量问题。⁽¹⁶⁾

（二）实体性控制

行政裁量的实体性控制直接影响行政裁量的措施选择甚至幅度考量。总体上看，对行政裁量

(10) 苏宇：《走向“理由之治”：行政说明理由制度之透视》，中国法制出版社2019年版，第137页。

(11) 王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第80-81页。

(12) 杨建顺：《行政裁量的运作及其监督》，《法学研究》2004年第1期，第13-16页。

(13) 此种认识以斯图尔特教授对美国行政法模式转型的反思为代表，在国内学界亦影响甚广。See Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1670, 1684, 1790 (1975).

(14) 苏海雨：《论行政裁量权的交往控制》，《政治与法律》2017年第2期，第90页。

(15) 例如，《核安全法》第34条第2款规定：“制定核安全规划和标准，进行核设施重大安全问题技术决策，应当咨询核安全专家委员会的意见。”

(16) 查云飞：《人工智能时代全自动具体行政行为研究》，《比较法研究》2018年第5期，第175页。

进行实体性控制的方法较为丰富，从抽象的一般原则直至精细的量化分析，均不同程度上影响着裁量决定的具体内容。

1. 比例原则

源自德国的比例原则被称为行政法的“皇冠原则”，以适当性、必要性、均衡性及新近发展的目的正当性原则⁽¹⁷⁾为内容对行政裁量提出了层次丰富的要求。行政裁量是比例原则发挥作用的“主舞台”，自汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局一案⁽¹⁸⁾后，比例原则也在我国的法律实践中日益活跃。其他一些类似的行政法原则如正当预期原则、公平原则、公正原则等也在实体性控制中发挥着重要作用。⁽¹⁹⁾

2. 公共政策

公共政策是政府系统地影响行政裁量决定的重要途径，它可以作为行政裁量的考量依据。需要注意的是，公共政策可以提升裁量的效率与社会效果，但也容易助长裁量怠惰和规避裁量的行为⁽²⁰⁾，需要得到规范、合理的定位与适用。

3. 裁量基准

在我国，行政机关制定的裁量基准已经为法律实践所广泛认可，成为控制行政裁量权行使的重要制度手段。⁽²¹⁾裁量基准的运用除防范滥用裁量权的执法风险外，还能贴近社会生活和事实真相，促进平等和个案的实质正义。⁽²²⁾当然，裁量基准也有可能出现随意设置、僵化运用、违反法律目的等问题，且仅适用于行政处罚等有限范围，需要结合其他实体性控制手段加以调节。

4. 考虑因素与方法的结构化

当代行政法已经在一定程度上打破了“不审查行政思维过程”的限制⁽²³⁾，在行政裁量领域，法律规范要求行政机关考虑一定因素甚至使用某种分析方法的规定已不鲜见，行政裁量考虑不相关因素和未考虑法定相关因素都有越权之嫌，甚至在某些案例中，不遵从特定的考量方法也会遭遇司法的否定。⁽²⁴⁾此种手段对于行政裁量权的行使构成了相当深入的限制。德国法上界定裁量误用（Ermessensfehlgebrauch 或 Ermessensmissbrauch）时也包含了是否充分考虑相关要素在内。⁽²⁵⁾

(17) 刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，《中国法学》2014年第4期，第133-150页。

(18) 参见黑龙江汇丰实业发展有限公司诉黑龙江省哈尔滨市规划局案，中华人民共和国最高人民法院（1999）行终字第20号行政判决书。

(19) 例如，正当预期（legitimate expectation）原则、公平原则等其他行政法原则也在裁量控制中发挥着不可忽视的作用，后者例见农桂丽与田林县烟草专卖局烟草案，百色市中级人民法院（2015）百中行终字第53号行政判决书。

(20) 邓小兵、孙锋：《公共政策在行政裁量中的角色定位及其规制》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2016年第1期，第165-166页。

(21) 章志远：《行政裁量基准的兴起与现实课题》，《当代法学》2010年第1期，第69页。

(22) 周佑勇：《行政裁量的治理》，《法学研究》2007年第2期，第128页。

(23) 苏宇：《走向“理由之治”：行政说明理由制度之透视》，中国法制出版社2019年版，第129-134页。

(24) *N. M. Cattle Growers Ass'n v. United States Fish & Wildlife Serv.*, 248 F.3d 1277 (10th Cir. 2001).

(25) Maurer/Waldhoff, ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT 153 (2017).

5. 对行政释法的审查

实体性控制方法的重要方面是对行政机关解释法律的审查。在当代行政法中，行政裁量经常涉及对法律目标、价值或考虑因素的解释，通过对行政释法中论证过程的权衡以及行政解释空间的控制，行政裁量权亦能受到调控。美国法上的“斯基德莫权重”（Skidmore Weight）及“谢弗林空间”（Chevron Space）⁽²⁶⁾即是此种控制手段的代表。⁽²⁷⁾

6. 其他实体性控权机制

其他的实体性控权机制包括裁量目的合法性之审查、示范性的行政裁量决定、监察专员对裁量合法性与合理性的调查、量化的实体分析方法等；成本利益分析和规制影响分析等高精度的实体控制方法亦不可忽视。这些实体性控权机制跨越了从高度抽象到高度具体的“光谱”。高度抽象的控权机制几乎不包含任何固定的计算或数值比对，如对裁量是否符合法律目的之审查⁽²⁸⁾；具体入微的实体控制机制则通过预先公布的计算公式决定行政裁量结果，使裁量决定高度羁束化，部分地区已经开始施行的“积分落户”计算公式即为一例。

虽然传统的行政裁量也要面对一定程度的不确定性，但从整体上看，以上法律控制手段（尤其是实体性控制手段）的应用情境仍具有较高程度的确定性，大多数情况下可以较为明确地判断事实及预测直接后果。前述法律控制体系归根到底是从两方面强化行政裁量的合法性：一方面，在裁量中加入量化分析、比例原则、裁量基准、法定因素等方面的考量，可以提升裁量决定本身的合目的性，进而增强裁量与法律目的及规范价值体系的符合程度；另一方面，听取意见、信息公开、说明理由、公众参与等，可以增强裁量决定的可接受性，在遵守法定程序及程序正义价值之外，也为行政裁量赢得更充分的实质合法性基础。在确定性条件下，以上裁量控制手段对行政裁量的合目的性与可接受性都有着实质性的提升作用，构筑了控制行政裁量的现代行政法知识图谱。

然而，“风险社会”的全面来临使得社会生活中的不确定性因素越来越多，信息科技的急剧发展更是加剧了未来社会经济发展的不确定性条件，使行政裁量面对的不确定性程度急剧加深。这种高度不确定性给行政裁量的程序性控制和实体性控制都带来了有力的挑战，而行政裁量的合目的性和可接受性也都面临新的考验。

二、不确定性条件对行政裁量及其法律控制的影响

（一）不确定性条件的三种情形

不确定性是非常复杂的一种处境，它在部分情况下可以被数理方法所描述和度量，部分情况

(26) Peter L. Strauss, “Deference” is Too Confusing – Let’s Call Them “Chevron Space” and “Skidmore Weight”, 112 COLUM. L. REV. 1143, 1145–1147 (2012).

(27) 斯基德莫权重与谢弗林空间均来自 20 世纪美国联邦法院系统判决的著名案件。据施特劳斯（Peter Strauss）教授的理解，斯基德莫案处理的是行政权行使的理性化程度及司法权对此给予相应认可权重的问题，所以应当称“斯基德莫权重”；谢弗林案处理的则是行政解释（在立法者意图不明确且不违反宪法的范围内）免受司法介入的保留空间问题，所以应当称“谢弗林空间”。

(28) *Supra* note (25).

下则完全超出了人类既有分析方法可以触及的认知边界。自既有学理认识观之，人类面临的不确定性条件主要有三种情形，对行政裁量产生了不同的影响。

1. 可度量且易于理解的不确定性

从数学上看，不确定性意味着“与度量结果相关的参数，它表征了可以合理地归因于被度量对象的值的离散度”。⁽²⁹⁾相当一部分不确定性是可以度量的，只要构成不确定性的全部可能事件集合均已明确，即存在通过数学工具度量不确定性的基础。如果不确定性的状况能够以单一概率的形式表述，则此种不确定性是可度量且易于理解的，普通公众能够形成对不确定性状况的有效认知。即便可能事件集合并非只有发生或不发生特定危害两种情形，而包含了发生一系列危害后果的可能性，只要这些后果之间相互独立且均能以单一概率表述，不确定性状况仍然易于为公众所认识，而成本收益分析等实体性裁量控制仍然有效，因为数值上仍然可以简单地比较损益状况。

2. 可度量但不易理解的不确定性

如果某种不确定性状况可被度量但不能通过单一的概率刻画，而需要借助一定的数学分布（包括复合分布）、香农熵、粗糙度、知识粒等方法或指标进行阐述，此种不确定性就是可度量但不易理解的；如果可能事件集合中包含多种相互之间有一定相关性的不同危害结果，即各种危害结果的概率不完全相等且不完全独立，亦属于此种情况。此时，风险受众将依数学水平的程度不同而产生显著的认知分化，不确定性的数学形式越复杂或者风险沟通越欠缺，风险认知和治理的共识就越难形成，影响行政裁量的可接受性。同时，尽管行政裁量在合目的性方面依然有理论上的最优解，不确定性的数学形式越复杂或者规制策略组合的连续性越差，达成最优解的难度和成本也越高。不仅如此，如果不确定性的数学形式达到一定的复杂程度，度量方法的选择、度量准确性的检验和规制策略的匹配也都将成为棘手的问题。部分不确定性虽然理论上可度量，但实际操作中专家不一定能形成统一的度量结果；而在规制策略优化方面，即使能够完全由现实世界的优化问题转换为清晰的数学优化问题，大部分非凸优化的问题仍然很难在限定时间或步骤内求得全局最优解。

3. 不可度量的不确定性

现实生活中还存在完全无法度量甚至估测的不确定性。在当代，认识客观世界不确定性的主要科学基础是概率论⁽³⁰⁾，它以及基于它的一系列数学方法能够很大程度上刻画和度量已知可能后果的不确定性，从而为人类处理风险提供重要的知识前提。但是，概率依赖于对可能发生的事件之划分，它是“划分依赖”（partition-dependent）的，需要首先给出精确的可能性事件集合（a finite set of possible events），才能对可能发生的事件概率进行划分和计算⁽³¹⁾；如果连可能发生的事件集合都无法得知，在这种更高层次的不确定性条件下，概率论以及基于概率的各种数理方法都无从

(29) EURACHEM/CITAC Guide, QUANTIFYING UNCERTAINTY IN ANALYTICAL MEASUREMENT 4 (3th ed., 2012).

(30) *Supra* note (1), at 29.

(31) *Supra* note (1), at 30.

措手。此时不确定性的具体情况就难以通过数学的方式被度量和界定。不仅如此，许多风险中还混杂着不可预测及度量的不确定性和可度量的不确定性，使行政机关表面上能够进行风险分析，但实际上却无法真正提供对风险的完整认知。如果不确定性条件处于此种状态，严格适用比例原则与成本收益分析等传统实体控制方法在理论上已不可能，风险共识的欠缺和风险沟通的困难又将困扰程序控制方法，更加考验行政法应对和处理不确定性的能力。

总之，客观世界的不确定性对行政裁量及其法律控制的影响正在日益显现，给行政裁量的传统法律控制体系带来了实质性的挑战。无论是合目的性面临的挑战，还是可接受性面临的挑战，都值得我们深入省思。

（二）合目的性面临的挑战

行政裁量具有合目的性，意味着行政机关理解法律之目的，并且知晓所作出的裁量行为能够尽可能地符合此目的。在不确定性条件下，姑且不论行政机关能否充分理解法律之目的（有时法律目的本身也具有模糊性），行政机关是否清晰地知晓裁量行为能够促进法律目的，即存疑问。

在不确定性之下，三个原因阻碍着裁量行为实现法律目的：首先，如果裁量的前提依赖于由不确定法律概念构成的法定条件，行政机关可能并不清楚客观情势的变化是否满足了此种法定条件；其次，行政机关可能难以充分预测某一行为所可能引起的各种后果；最后，行政机关可能也并不清楚采取何种措施或其组合方能实现法律目的。如果不能有效消减或限制不确定性的影响，裁量行为与法律目的之间就不能建立充分而可靠的逻辑联结。

不过，这并不意味着数理科学和专业知​​识在面向不确定性的行政裁量中无所作为，相反，它们在行政裁量中更加必不可少。由于状态空间完全不可知的绝对不确定性在行政裁量实务中较少遇见，只要存在一定范围的事件集合、既有经验及约束条件，数理分析就可以为行政裁量及其法律控制提供若干关键信息。例如，基于信息论的研究，不确定性可以通过以下途径被度量和约简：（1）通过泛函分析及熵对随机性进行度量，并在存在量化约束条件的前提下，通过最大微分熵等方法限制不确定性的范围^{〔32〕}；（2）从信息熵序列刻画分层递阶商空间的不确定性，并基于不确定性度量进行知识粒计算^{〔33〕}；（3）通过粗糙度、隶属度、属性依赖度等不确定性指标的建构与分析，推进约简不确定性的算法设计。^{〔34〕} 在一些相对更简单的不确定性条件下，通过数理分析给出最优的规制策略已经被证明是可行的。^{〔35〕} 在数理分析的基础上，面向某种不确定性条件的学科门类就有机会进一步提供专业的分析与判断。结合信息技术尤其是大数据和人工智能的发展，数理分析甚至可以在高度复杂的不确定性条件下为行政裁量过程提供有用的参考信息。

尽管如此，我们能从林林总总的确定性中提炼的有效信息仍相当有限；一般情况下，能够

〔32〕 张殿祜等：《熵——度量随机变量不确定性的一种尺度》，《系统工程与电子技术》1997年第11期，第1-3页。

〔33〕 王国胤等：《知识不确定性问题的粒计算模型》，《软件学报》2011年第4期，第686页。

〔34〕 邓大勇等：《全粒度粗糙集的不确定性》，《模式识别与人工智能》2018年第9期，第810页。

〔35〕 Marshall, W., *Optimal Regulation Under Uncertainty*, 4 THE JOURNAL OF FINANCE 919 (1981).

从经验中获取的数据量及数理特征越少，对不确定性的把握就越困难。这导致面对新生事物和新兴领域的行政裁量尤其不易满足合目的性之要求。随着不确定性的增加，行政裁量及其法律控制的思路 and 手段亦需要发生相应变化：一方面，高度不确定性条件可能导致损益不可计算与衡量⁽³⁶⁾，行政裁量的一些实体性控制手段，例如成本收益分析、比例原则（需要衡量行政措施的收益与相对人等的负担）、裁量基准等均难以得到充分的应用；另一方面，在不确定性条件下，消除不确定性的措施同样可能产生潜在危险，即所谓“次阶危险”（second order dangers），在此种情况下，建构准确无误的风险分析模型是困难的，不如对不可预见的后果保持必要的敏感性 or 灵活应对能力。⁽³⁷⁾ 行政裁量在此势必需要诉诸科学知识及专家理性之外的合法性基础，也不能一味依靠比例原则、成本收益分析等“传统”的实体性控制手段。

（三）可接受性面临的挑战

各种程序性控制对于增强行政裁量的可接受性起到了非常积极的作用，但它们并不能独立解决行政裁量面临的难题。对面向不确定性的行政裁量施加公众参与和说明理由等多元化程序性控制，是与风险的社会和文化视角相适应的。风险的社会和文化研究强调不同个体及群体在特定背景下对风险的主观认知与评价，致力于从情境性而非系统性的方法中考虑风险问题，并主张以“不确定性”代替“风险”。⁽³⁸⁾ 这一进路认为可计算性（calculability）只是局部有效的文化建构产物，仅有技术和统计层面的风险管理不足以处理风险相关的复杂性⁽³⁹⁾；必须综合考虑多种因素以把握不确定性，尤其强调社会文化和制度对风险的影响。⁽⁴⁰⁾ 既然产生风险意识与冲突的政治动力已经开启了原先封闭的行动区域与机会⁽⁴¹⁾，公法也就不可能再忽视此种力量。

然而，尽管风险的“社会—文化”视角（socio-cultural perspective）影响甚广，在其浓重的人文关怀之下还有另外两重隐忧：一是“社会—文化”视角倾向于过度简单地对待极其复杂的、动态的风险发生与处理过程⁽⁴²⁾；二是在高度不确定性条件下，主观的风险认知与评价可能与客观的风险状况及发展趋势相去甚远，基于利益代表和程序正义的种种控权机制未必能起到预见并消减风险及其危害后果的作用，反而有可能削弱行政机关作出合理裁量决定的能力与责任。

试图简单化风险分析的专业过程，有时反而会使问题更趋复杂化。在当代社会，社会公众甚至部分利益相关方对某些风险可能缺乏基本的认识，专家对这些风险亦可能出现重大意见分歧，例如允许自由发行数字代币的风险、允许网络用户活动痕迹匿名数据集进入数据交易市场的风险、

(36) 金自宁：《风险行政法研究的前提问题》，《华东政法大学学报》2014年第1期，第10页。

(37) See J. Zinn, *Recent Developments in Sociology of Risk and Uncertainty*, 31 HISTORICAL SOCIAL RESEARCH 275, 277 (2006).

(38) *Id.*, at 276–278.

(39) *Id.*, at 276–277.

(40) Stuart Anderson & Massimo Felici, *Classes of Socio-Technical Hazards: Microscopic and Macroscopic Scales of Risk Analysis*, 11 RISK MANAGEMENT 208, 212–213 (2009).

(41) [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第93页。

(42) *Supra* note (37), at 278.

应用某种新型基因编辑技术的风险、发展人工道德智能体（artificial moral agents, AMAs）的风险、向外太空发射特定信号的风险等，都难以被社会公众甚至专业人士断定。即使是相对较直观的风险，专业人士之间往往也会出现不同意见，而社会公众更是难以获得准确、可靠的专业知识，此种情况下若单纯采取风险社会学进路，有时问题反而更棘手。例如，使用某一中药方剂的副作用及禁忌事项，即使在医学专家中也可能争议甚大，药品说明书上经常出现“尚不明确”的表述，一般公众更可能持大相径庭的观点；如果行政机关决定在某些条件下限制或禁止使用某些可能具有毒副作用的中药方剂，此种裁量所可能引起的复杂争议同样难以通过风险治理的“社会—文化”进路解决，因为谁有资格对公众参与进行引导性教育、公众参与应当形成何种代表结构、专家咨询采取何种专家的观点、专家意见与公共政策之间如何协调，都将是相当棘手的问题。

事实上，风险的文化理论被形象地描述为“得过且过”⁽⁴³⁾并非毫无道理，风险的社会学视角也只是更多地着力于描述问题而非解决问题，这种进路所依仗的方法论基础并不包含诸如机制设计、动态规划之类的解决问题之手段，它们所提供的阐释与分析更多地是辅助多元主体在特定程序中探寻问题的解决方案。这些阐释与分析甚至可以使面向不确定性的行政裁量变得更加复杂、更加无从着手。行政机关即使已经进行了各种参与和咨询程序，仍可能难以从各方主体的观点分歧及利益冲突之中走出不确定性的迷雾。易言之，仅有程序合法性既不足以防范某些不确定性造成的严重危害后果，也不足以满足行政行为合理性的要求。

与此同时，不确定性程度的增长也将削弱行政程序本身的合法化能力。程序的合法化能力不仅仅来自合法性（legality），也来自利害相关方对自身利益诉求的有效阐述、来自各方主体从不同角度提供的信息与价值支持、来自行政机关更加公正和全面的考虑与权衡。但是，如果行政裁量所面临的不确定性程度太高，利害相关方对其权益受影响情况的认识和表述、各方主体能够有效提供的信息和价值、参与过程的利益代表均衡性与公正性以及行政机关对待各利害相关方的程序公正性都有可能受到负面影响。如果当事人难以充分认识和表述其所面临的风险，行政机关无法说清裁量理由，行政裁量决定所可能影响的利害关系亦不明确，无法确定参与各方的范围及比例等，即使形式上完全符合程序合法性要求的裁量决定也难以具备充分的可接受性。这就使得不确定性条件下的行政裁量并不能单纯借助程序性控制而获得充分的行政合法性水平。

（四）行政裁量传统控制方式受影响的深层原因

传统的法律控制方式之所以会随着行政裁量所面临的不确定性之增长而受到冲击，其深层原因在于不确定性对于信任的削弱，进而冲击行政裁量的正当性基础。所有在当下获得广泛接受的程序性或实体性控制方法都可以被看作是建构信任机制的一部分。许多学者已经聚焦风险与信任之间的关系，它们之间的关系能够解释“社会—技术”系统的不同行为，风险认知和信任构筑之

(43) *Supra* note (37), at 277.

间的互动对于理解风险问题相当重要。⁽⁴⁴⁾几乎所有的实体性和程序性法律控制都不能绝对保证行政裁量决定的合目的性与可接受性，但它们能够促使相对人和社会公众更有理由信任行政机关作出的裁量决定符合法律目的、具备可接受性。由于不同主体的信任基础千差万别，建立信任的途径也是多元而丰富的。一种能够赢得各方信任的法律机制必然需要兼容法治精神、科学方法与人文关怀，因为不确定性的负面后果很难被单纯的数值计算或社会交往完全消除，只能在直觉与理性、经验与逻辑、多元视角与专业意见、多元利益与法律价值交织的特定情境中被有限消减、被不同主体分担与接纳。“没有社会理性的科学理性是空洞的，没有科学理性的社会理性是盲目的”⁽⁴⁵⁾，建立信任和规范裁量的工作需要一种统合性的立场。这也正是行政裁量的法律控制体系为何如此发达、呈现如此丰富层次和维度的原因。

不仅如此，面对各种各样的不确定性，行政机关也很难凭借单方面的思考与决断直接建立和维系充分的社会信任。在当代，由于多元利益的博弈已经有相当一部分进入行政过程之中，行政过程的政治性内涵日益明显⁽⁴⁶⁾；法律共同体也已经一定程度上将现代行政作为政治过程认识。⁽⁴⁷⁾涉及复杂技术和价值内涵的许多不确定性问题本应经由政治过程、通过代议机关的立法作出制度安排，但由于立法机关在许多场合下难以提供应对不确定性挑战的完整法律方案，只能对行政机关进行宽泛的授权，应对不确定性风险的重任有相当一部分被委诸行政裁量。⁽⁴⁸⁾对此，行政过程不可避免地需要一定程度上吸纳政治过程的民主合意价值，避免专断与闭塞；行政裁量也必然需要持开放而谨慎的立场，避免过度依赖精确计算的方法和封闭式的结论；行政裁量的合法化路径，亦应当是开放性、渐进性的路径。

最后，由于不确定性的制约，保证得出正确答案或合理结果的专业依据或程序机制并不存在，试图“一步到位”地永久解决问题的构想不仅缺乏现实可行性，也容易导致规制僵化（regulatory ossification）等衍生风险或次阶危险。面对未知的风险和有限的信息，社会公众的信任必然呈现探索尝试、点滴积累的特征，不确定性问题的处理也必然是开放性、调试性的。这就要求我们通过多方面的努力，为处理不确定性问题形成一种“积累型框架”，使面向不确定性的行政裁量逐渐得以完善。

三、面向不确定性的裁量控制体系

如前所述，面对不确定性条件，行政裁量及其法律控制体系应当遵循开放性、调试性与统合性的进路，构建合理的过程性评价机制。开放，即推动不确定性认知、风险评估与规制策略组合

(44) *Supra* note (40), at 217.

(45) [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 30 页。

(46) 王锡锌：《公众参与和行政过程》，中国民主法制出版社 2007 年版，第 33 页。

(47) *Supra* note (6), at 345.

(48) 赵鹏：《知识与合法性：风险社会的行政法治原理》，《行政法学研究》2011 年第 4 期，第 48 页。

面向更广阔的时空和更多的参与者开放,保证持续凝聚共识、吸纳新知和积累经验的能力;调试,即促使裁量控制体系根据不确定性图景的变化及行政裁量实践的成效持续作探索性的尝试和调整,容纳一定的试错空间和改进机制;统合,即兼容有关风险的数理分析及“社会—文化”视角,能够整合对风险的不同认知与风险治理的不同诉求。所谓过程性评价机制,即在不确定性条件下,法律不必要求直接取得符合法律目标、法律价值与行政合理性原则的裁量结果,但行政机关需要证明为了达到此种结果付出了多方面的合理努力,建设一种能够持续达成更高的合目的性与可接受性程度的裁量机制,并且为受到不公正影响的个体或群体提供补救性或补偿性的渠道。对此,我们可以在综合既有的实体性与程序性法律控制的基础上,对行政裁量补充新的要求,使传统的法律控制体系能够形成某种“积累型框架”,将面向不确定性的行政裁量逐步引向成熟和完善。

(一) 开放性

规制策略的开放性以不确定性认知的开放性为基础。如前所述,前两种不确定性的全部和第三种不确定性的局部可以通过某种数学方式加以度量和刻画;区间数排序、粗糙集、模糊集、知识粒度、云模型等都可以一定程度上对不确定性进行度量,刻画不确定性的数学特征。基于数理分析之基础,相关学科的专业知识得以对不确定性加以刻画和处理。然而,基于数理分析等专业方法对不确定性的度量、刻画与处理的结果未必能为一般人所理解,为便于后续的公众参与及说明理由等行政程序的进行,宜将此种专业分析作为一种原则上公开进行的基础性工作,使行政机关、相对人及行政程序的其他参与者对不确定性有更深入的认识。由于参与不确定性分析的专家可能出现被利益相关方或规制者“俘获”、立场偏颇、角色越位、认知局限等情形⁽⁴⁹⁾,学界已经意识到专家作用的局限性,但专家的积极作用仍然有待进一步发挥。人类文明应对和处理不确定性的进程高度依赖于专业知识的积累与类型化解决方案的发展。对此,行政裁量过程中的专家咨询报告、可行性研究报告或论证意见等专业分析材料宜保持时间和空间上的双重开放性。在不涉密的行政裁量决定过程中,专家意见应被永久性存档及面向公众开放,如此既可丰富对同类不确定性进行后续研究的资料基础,也能接受不确定性度量方法和规制策略组合设计的竞争,并接受全社会的审视、监督、对比、修改和补充。有条件的情况下,基于此种开放性,政府和第三方机构甚至可以形成持续积累基础数据、估算模型、预测数值和最终观测结果等信息的分领域数据库,结合政府数据共享开放机制,推动面向同类不确定性的行政裁量逐渐走向成熟和合理。

(二) 调试性

正如计算机程序中调试是有效消减不确定性的办法,行政裁量也同样需要重视合理的调试甚至试错机制。虽然在个案层面上,行政裁量很难有调试的空间,但在某一领域或某一类别的不确定性问题上,构建合理的系统性调试方案却是必要的。对于数学形式超出了单一概率可刻画范围的不确定性,或根本上无法被有效度量的不确定性,法律应当考虑引入一定形式的系统性调试

(49) 赵鹏:《知识与合法性:风险社会的行政法治原理》,《行政法学研究》2011年第4期,第295-297页。

方案。这种系统性调试方案与信息技术中的程序调试尽管有一定程度的相似，但本质上存在重大差异，毕竟人生不能如同变量和代码一样被随意修改与恢复。为保证调试过程足够谨慎和有效率，三个方面的努力不可或缺：第一，在数学模型、信息技术及虚拟仿真技术等可用手段得到迅速发展的背景下，行政机关要尽可能避免在最终决定阶段进行尝试，而是在作出最终决定前就进行必要而谨慎的调试。为保证调试结果的公允性和准确性，调试过程也应容纳结构均衡、监督充分的公众参与，保证利益相关方在调试过程中有与裁量结果利害关涉程度相应的代表。第二，与计算机程序的调试不同，行政裁量方面的调试有可能伴随利害关系方在权利与利益上受损害的结果。如果在不确定性条件下尝试解决特定法律问题的努力对于公共利益是必不可少的，根据公共牺牲平等原则，应明确在调试过程中权益受损的主体可以基于特别牺牲请求权获得相应的补偿。第三，为保证调试的公正性及与裁量结果的相关性，行政机关有必要在调试前公开调试相关信息，对调试的方案作出必要的说明，并听取利害相关方意见；调试方法、过程及结果的数据也应当被完整保留并进入持续积累的信息档案之中，如果最终行政裁量决定引发的后果大幅度偏离调试的结果，行政机关负有充分说明理由并接受第三方严格审查的义务。

（三）统合性

在行政裁量控制中，能够兼容科学分析及“社会—文化”视角的法律机制、整合对风险的不同认知与风险治理不同诉求的空间主要在于行政程序之中。面向不确定性的行政裁量，在严谨与慎重之余必须保持一定的开放性和灵活性，这也要求行政程序能够合理应对不确定性的挑战。行政裁量需要根据其紧迫程度，确定需要采取何种程序性裁量控制手段。在待裁量事项存在不确定性的前提下，如果时间与成本完全允许，可以要求行政裁量经历最完整的行政程序；如果时间紧迫且成本限制明显，则至少应当遵守基本的正当程序要求，包括告知决定、说明理由及听取利害相关方意见等，并尽可能合理保障风险评估、公众参与、专家咨询等重要程序的进行；即便需要立即采取紧急措施，也可以通过及时通知、说明理由及事后评价等方式，尽可能使裁量决定具备程序正义的价值内涵。大部分的行政裁量决定可能在时间与成本方面处于上述两个极端之间的“中间地带”，由于不确定性的存在，立法者难以从一开始就断定何谓最合理的裁量程序。此时立法上亦应保留一定的“程序选择余地”，即在明确面向各类不确定性情形的基本行政程序要求基础上，允许行政机关根据自身行政实务需要及司法审查实践等对裁量程序及参与结构进行动态调整；所有调整都应公开进行，且所有裁量程序的调整都应有完整的记录和评估，为此后面对类似的不确定性风险时为立法及行政机关提供有益参考。

（四）过程性评价机制

行政机关在面向包含高度不确定性的新型风险时所作的裁量性决定，宜采用过程性评价机制衡量行政机关是否作了尽可能充分的考虑与周全的安排，不宜惟结果是论。行政机关是否充分考虑了法律规范明确要求或依据法律规范应当考虑的因素、是否考虑了与裁量目标无关的因素、是否全面收集了当前特定条件下可得的材料与证据、是否正确理解和适用了法律规范、是否充分遵

循了法定程序、是否认真考虑了已积累的经验和数据等，都能增进过程性评价的公正性。在裁量决定包含高度不确定性事项的前提下，司法审查的标准也应当在一定程度上体现此种评价方式。司法审查的关键目标并不是保证裁量决定的绝对正确，而是保证行政机关在法律授权的范围内，在当前的技术和信息条件下，为最大限度地达成合理的裁量决定付出了足够的努力。面对不确定性条件下的行政裁量，司法审查的密度和深度都应该较之一般行政裁量更充分，并且可以参照既有的同类不确定性事项处理经验，既避免因难以预测的客观风险导致行政裁量决定蒙受不公允的评价，也防止行政机关以客观条件的限制为托词而逃避应负的法律风险。

四、结语

不确定性条件下的行政裁量及其法律控制并不需要全新的框架，但亦不意味着行政法对此应当无所作为。对客观世界的不确定性及其引致的风险之认识与治理，已经成为人类社会在当代面临的巨大挑战。人类社会正在以多学科综合的系统性知识与方法体系应对不确定性之冲击。对此，行政裁量亦不应抱持单纯的个案化思考方式，而应在一种开放性、调试性与统合性的立场中，与整个人类社会的系统性努力一道为处理不确定性问题积累信息、数据、观点、机制与经验，同时构建和丰富不确定性条件下有效获取公共行政正当性的制度框架。由此，面向不确定性的行政裁量控制体系也将承载更深远的意义。

Administrative Discretion for Uncertainty and Its Legal Control

SU Yu

Abstract: Modern administrative law has established a rich procedural and substantive legal control system for administrative discretion, which can enhance the purposefulness and acceptability of administrative discretion. However, as the degree of uncertainty increases, the ability of existing control systems in both areas faces challenges. In this regard, administrative law should establish a legal control system with openness, explorativeness and integration to form an accumulation framework to deal with the uncertainty beyond the simple case consideration.

Keywords: Uncertainty; Administrative Discretion; Legal Control; Risk

(责任编辑: 楼秋然、孔祥稳)