

可接受性论证：行政裁量的治理新机制

余煜刚*

目次	
引言	辨析
一、现代行政法立体式发展图景中的行政裁量治理新机制	(二) 何种接受：理性的可接受性及其光谱
(一) 现代行政法的立体式发展图景	(三) 小结：可接受性的复式理论与行政法治的复合要求之关系
(二) “过程—效果”的公法哲学旨趣型塑“论证—可接受性”新机制	三、经由论证获致“理性的可接受性”
二、理性的可接受性：行政裁量治理效果的衡量标准	(一) 裁量过程与司法审查的多阶论证
(一) 谁之接受：行政裁量中的“听众”	(二) 与可接受性光谱交织的多元论证
	结语

摘要 致力于在行政过程中通过理性商谈促成合作治理从而具有实质法治趋向的现代行政法立体式发展图景，蕴涵着“过程—效果”的行政裁量治理公法哲学旨趣，这一旨趣型塑了行政裁量“论证—可接受性”治理新机制的内核。“理性的可接受性”是行政裁量治理效果虽非唯一却行之有效的衡量标准：依其强式理论，行政裁量首要的是获得遵守理性论证规则的法律共同体内的多数接受；依其弱式理论，行政相对人及社会公众的可接受性也应予以重视。“理性的可接受性”的复式理论因此一方面具有更大的弹性和包容度，能回应行政的现实流变，一方面也契合行政法治的核心/最优的复合要求。而要获致“理性的可接受性”则要在裁量过程和司法审查中展开多阶、多元的论证。

关键词 理性的可接受性 论证 行政裁量 治理

引 言

就行政法治而言，无论是干预行政的一般裁量、给付行政的形成裁量，还是风险行政的政策裁

* 广州大学法学院讲师、复旦大学法学院博士研究生。本文系 2019 年教育部人文社会科学研究青年基金项目“法经济学视角下企业社会责任(CSR)法律化的规则体系建构研究”(项目编号：19YJC820068)、2020 年广东省普通高校青年创新人才类项目“突发公共事件背景下企业社会责任的制度化研究”(项目编号：2020WQNCX059)的阶段性研究成果。

量,裁量权均有被滥用或怠于行使的风险。^{〔1〕}因此,行政裁量需要治理。行政裁量及其治理是推进国家治理能力现代化和法治中国建设的重要一环,行政裁量治理的效果是中国特色社会主义法律体系实施效果的重要部分。

而要在机制层面上治理行政裁量,则要靠法律思维和法律方法。其中,法律解释制度必不可少,而法律论证在法律解释制度中自成一脉,甚至有学者说“解释即论证”。

在法律论证视域下研究行政裁量的治理机制,学界虽有所阐发却未深入研究。

宏观而言,以往的法律论证理论研究主要集中于引介和述评国外理论、将论证理论运用于司法裁判领域等主题,与部门法相结合的研究还不够广泛和深入,尤其是与行政法学相关的研究成果很少。这种情况在2016年才有所改变,行政法学中直接使用法律方法论作为研究工具和视角的成果明显增多。^{〔2〕}因此,法律论证理论与行政法相结合是行政法研究中极具潜力、亟待开垦的领域。

微观而论,就行政裁量治理机制来说,其发展趋势是由规范主义向功能主义特别是“规范框架下的功能主义”变迁,其典范是“协商行政治理模式”,旨在通过信息公开和说明理由实现以规范的路径规制外在于现行法律秩序的事实因素。^{〔3〕}这一治理模式内在蕴含着法律论证的机制,虽有一些学者论及理由说明、可接受性等与法律论证相关的概念和理念,但尚未将论证理论作为方法论一以贯之,未形成统一的研究进路和体系。详言之:

其一,对理由说明制度的分析,更多地停留在行政法固有内涵的分析层面上,^{〔4〕}未在法律论证理论的层面将“理由说明”转化为“理性论证”,探究各种适于行政裁量的论证方法、构建行政裁量的论证体系。

其二,对可接受性的论证效果的阐述,代表性观点如下:1.有学者仅做出“中国的行政法治将迈入‘可接受性’的时代”这样宏大的预判;^{〔5〕}2.指出合法性的本质是可接受性;^{〔6〕}3.指出行政活动应赢得行政相对人的认可从而获得可接受性。^{〔7〕}以上研究囿于其主题,对行政裁量治理的可接受性论证研究浅尝辄止,体现为:第一,未在行政裁量的语境下对可接受性的概念进行详细解析;第二,未对“论证—可接受性”的逻辑关系作深入探讨;第三,未理论化、系统化地形成一套行政裁量治理的可接受性论证机制。

职是之故,本文旨在建构行政裁量治理的可接受性论证机制。理念上依循“过程—效果”论,既阐释论证的过程,又论及可接受性的效果。路径上采取交叉学科研究,旨在行政法学与法理学之间寻求学术契合点和生长点,重点是将行政裁量治理的研究与法律论证理论有机结合起来。

一、现代行政法立体式发展图景中的 行政裁量治理新机制

“论证—可接受性”作为行政裁量的治理新机制,植根于深厚的理论背景,彰显出崭新的时代

〔1〕 参见郑春燕:《现代行政中的裁量及其规制》,法律出版社2015年版,第4—20页。

〔2〕 参见孙光宁、陈金钊:《法律方法论学科的拓展——2016年中国法律方法论研究报告》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2017年第5期,第141—151页。

〔3〕 见前注〔1〕,郑春燕书,第30页。

〔4〕 参见王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版。

〔5〕 参见张治宇:《合作论:从政治哲学、法哲学到行政法哲学》,法律出版社2016年版。

〔6〕 参见沈岿:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版。

〔7〕 参见郑雅芳:《行政裁量基准研究》,中国政法大学出版社2013年版。

气象。现代行政法的公法哲学渊源主要包括行政过程论、理性商谈论、合作治理论、实质法治论等,由此可勾勒出现代行政法的立体式发展图景:致力于在行政过程中通过理性商谈促成合作治理,具有实质法治的趋向。其内涵有三:一则,行政过程论为实然之主线,贯穿现实行政。二则,实质法治为应然之复线,宣示法治理想。三则,理性商谈为过程,具动态性;合作治理为效果,具指向性;两者不可割裂,共绘发展图景。

通过对该图景的深度诠释,可抽绎出“过程—效果”的行政裁量治理公法哲学旨趣。这一旨趣型塑了行政裁量“论证—可接受性”治理新机制的内核。

(一) 现代行政法的立体式发展图景

1. 行政过程论为实然之主线,贯穿现实行政

整体而言,行政过程论为一主线二结构。

现实行政纷繁复杂,由于传统的行政行为概念不能完全涵盖行政手段的多样化,导致难以有效规范行政行为之外的行为,加之传统行政法学将现实行政割裂为单独的行政行为,忽视行为之间的关联,^{〔8〕}因此区别于以“行政行为”作为核心概念的传统行政法学的“行政过程论”应运而生,其基本观点是“全面、动态考察行政过程”。行政过程论贯穿现实行政构成实然主线,现代行政法的发展趋势之一便是以此为方法论研究行政裁量、行政相对人的行为等问题。^{〔9〕}

这样一个面向行政过程的新行政法框架包含了二维结构:一是以确定行政活动边界、规范公权力行使、保障相对人合法权益为指向的合法性考量;二是以探索良好行政的制度设计、促进行政改革提高行政效能指向的最佳性考量。合法性考量向来是新旧行政法聚焦之处,自不待言;最佳性考量主要是讨论何种程序设计可以达至最佳的行政、提升行政的效率、实现行政民主化和提高行政决定的可接受性,其追求行政过程的理性和民主性。^{〔10〕}

2. 实质法治为应然之复线,宣示法治理想

行政裁量的治理进路主要有两种。一是规范主义,其中的立法控制主要在于运用立法手段为行政裁量提供尽可能详尽的规则指令;司法控制则侧重于对行政裁量的合法性审查,以确保行政机关依授权行事。^{〔11〕}二是功能主义,旨在赋予行政机关一定立法性裁量的权力,自我设计出行政裁量行使的合理结构;同时强调行政机关在行政过程中对不同利害关系人的利益评估和调和。^{〔12〕}

两种进路各有弊端。规范主义的模式本质上是规则之治,往往片面追求形式法治而忽视了实质法治,轻视对行政裁量内在调节功能的充分发挥和自我生长规律的应有尊重。而功能主义虽然承载着实质法治的重担,若不关注行政裁量实质内容的利益均衡和利害关系人对行政过程的实质性参与,也会出现问题。^{〔13〕}在实质法治观之下,不仅要求行政裁量权受到法律的形式约束,更要求法律的规制促进裁量实现个案正义,推动裁量能动和高效完成行政任务。^{〔14〕}

〔8〕 参见江利红:《论行政法学中“行政过程”概念的导入——从“行政行为”到“行政过程”》,载《政治与法律》2012年第3期,第79—90页。

〔9〕 参见江利红:《行政过程论在中国行政法学中的导入及其课题》,载《政治与法律》2014年第2期,第50—63页。

〔10〕 参见朱新力、唐明良等:《行政法基础理论改革的基本图谱:“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径》,法律出版社2013年版,序言第2、4页,第3—4、12页。

〔11〕 参见周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版,第34—35页。

〔12〕 同上注,第40页。

〔13〕 见前注〔11〕,周佑勇书,第40—41页。

〔14〕 参见钱卿、周佑勇:《论行政裁量规制系统的建构——基于功能主义的范式》,载《湖北社会科学》2012年第11期,第151—156页。

这与行政过程论中的合法性考量与最佳性考量二维结构深度契合。与作为实然主线的行政过程论遥相呼应,实质法治构成现代行政法的立体式发展图景的应然复线,宣示着法治理想。

3. 理性商谈与合作治理共绘发展图景

哈贝马斯的理性商谈论是现代民主与法治的重要理论基石,旨在解决立法、司法、行政等领域的现代化困境。就行政裁量的治理困境而言,一方面,随着行政过程论的充分发展、实质法治论的深入人心,如何有效、妥善地协调不同主体的利益成为裁量的难题。另一方面,裁量过程中除了规范性因素外尚有政策及惯例、效率及成本、技术及风险等事实因素,故其治理困境在于“以定型化行政行为理论及其司法审查为核心的传统行政法模式,未能直面行政权扩张带来的宪政理念冲击,并就影响行政裁量运作的规范与事实因素作出回应”。^[15]

为此需探索可有效整合各方利益、沟通规范与事实的协商行政路径。理性商谈是一个动态过程,一方面往返于商谈各方之间,各方的规范性观点与事实性陈述均能在此过程中予以充分表达;另一方面穿梭于事实与规范之间,法律规则、政策惯例、道德价值、经济技术等诸多裁量因素均能纳入考量,恰好能弥合横亘在行政裁量合理运作面前的规范与事实之鸿沟。

行政法学基础理论奠定了行政裁量治理的价值和模式取向。“管理论”认为,行政法是通过法律赋予行政机关行政特权以保障公共利益的法;“控权论”则认为,行政法是有有效控制行政权以保障个人权利的法;带有调和性质的“综合论”认为,行政法是既保障又控制行政权,以兼顾公共利益和个人权利的法。^[16]“综合论”虽正确指出了行政机关与相对人、公益与私权都是行政法的视域范围,但两者是何种关系,如何处理好两者的关系的问题仍有待进一步研究。

实际上,无论是“管理论”抑或“控权论”,在本质上均是从主体、利益这两大静态范畴出发而阐述的理论,与现代行政法的行政过程论、实质法治所强调的动态过程性相去甚远。若以体现动态过程性的理性商谈为逻辑起点,则可阐发行政裁量的“合作治理”论。第一,理性商谈意味着主体之间是合作而非冲突的关系。第二,其蕴含着如何通过商谈这种理性的模式去构造这一关系。

因此,“合作论”认为,行政法从本质上说是构建、保障和修复“官”“民”之间代理型合作关系的法。^[17]由此可引申出“有利合作原则”:凡是有助于促进和扩大良性社会合作关系的就是合理的、具有可接受性的,反之则是不合理的、不具有可接受性的。^[18]

就此而言,作为过程的理性商谈直接指向了合作治理的效果,因两者之间具有内涵的一致性、逻辑的蕴含性,故形成有机统一、不可割裂的整体,共同描绘现代行政法的立体式发展图景。

(二)“过程—效果”的公法哲学旨趣型塑“论证—可接受性”新机制

从现代行政法的立体式发展图景中,可抽绎出“过程—效果”的行政裁量治理公法哲学旨趣,由此型塑“论证—可接受性”新机制。

第一,就行政过程论而言,主要有两种旨趣:

首先是过程性。纵向来看,行政裁量并非一个独立成事的行为,而是一个“事实查找—事实调查—事实分析—逻辑分析—事实认定—法律选择—法律分析—法律适用—结果判断—做出决定”的过程,其中任一阶段都包含着裁量者的分析、判断与选择,^[19]因而需要经由过程中的合法性和

[15] 见前注〔1〕,郑春燕书,第28—29页。

[16] 见前注〔5〕,张治宇书,第32—33页。

[17] 见前注〔5〕,张治宇书,第121页。

[18] 见前注〔5〕,张治宇书,第156页。

[19] 见前注〔7〕,郑雅芳书,第17页。

最佳性论证加以规范。横向来看,行政裁量治理既要关注裁量的实体性结论又要关注裁量权的行使过程;既要关注行政相对人又要关注利害关系人;既要关注裁量中的规范因素又要关注政策、经济等因素。^[20]

其次是可接受性的效果。行政行为主体要吸取私法平等、自愿、协商、诚信的积极旨意,改变行政的高压姿态和单方恣意,平衡行政主体和相对人的权利义务,营造依法行政的软环境,^[21]以期实现可接受性,避免执法冲突和社会风险。^[22]

要言之,行政过程论要求对行政裁量的治理必须依靠论证手段达致可接受性;可接受性也非仅指行政裁量的最终效果,而是贯穿于整个行政过程中的论证可接受性效果。

在这个意义上讲,“可接受性论证机制”与“行政过程论”互契互补。一方面,若将行政裁量的过程理解为法律论证的过程,则这些要旨可归结为论证的方法与规则、论证的说者与听众等。在这点上,行政过程论与法律论证理论契合。另一方面,行政过程论强调行政裁量的过程,而甚少考虑效果。法律论证是过程性与效果性的统一,不仅讲究论证的方法,也追求论证的可接受性效果,此为行政过程论之有益补充。在行政过程论的背景下将论证理论导入行政裁量,可发展出“过程—效果”/“论证—可接受性”的治理机制。

第二,就实质法治论而言,体现了具有开放反思性的“过程—效果”旨趣。实质法治实际上是在形式法治的基础上而为超越,亦可称之为“开放反思型的形式法治”。一方面,这种理解认为实在法的制定和执行均应与开放性、参与性的过程紧密勾连,而且开放的立法过程及开放的执法过程都应是可检验、可反驳、可推翻的。另一方面,反思过程可使针对政府行为可接受性的辩论充分展开,可以重新考虑未被注意或重视的事实与价值因素。即使最终以某种决断结束也能获得“一时的可接受性”,同时也为继续反思提供可能。^[23]

简言之,理解为“开放反思型的形式法治”的实质法治体现了两方面的内涵:裁量过程的实质权衡和实质参与,以及裁量的可接受性效果,由此也构成了“论证—可接受性”新机制的内核。

第三,就理性商谈论而言,其旨趣在于:其一,强调行政相对人的地位。在行政过程中,行政相对人的权利和行政主体的权力均为宪法法律赋予,具有同等的法律地位,享受同等的法治保障。由此,行政相对人与行政主体的行为构成双方的共同交往与协商,体现行政交互的过程。^[24]其二,强调实质性利益沟通。不仅充分发挥相对人在事实认定和理由说明中的参与作用,还强调相对人对行政决定的做出具有实质意义上的影响,主要依靠行政契约、和解、磋商等交往协商方式,使行政裁量从一个行政机关主导性的权力控制过程转变为一个交往协商式的利益沟通过程。^[25]其三,强调可接受性。“通过直接吸纳相对人参与规制政策的制定过程,借助相对人的知识,与相对人共同形成个案中行政裁量权具体运作的条件与基准,从而个别限制行政裁量权的行使,赢得行政相对人的配合,达到良性行政的目标。行政相对人的加入,使受行政行为影响的利害关系人能够通过行政与行政的正式或非正式协商,自由地表达自己的意见,并以自己可以接受的方式承

^[20] 见前注〔4〕,王贵松书,第72页。

^[21] 参见孙光宁:《可接受性:法律方法的一个分析视角》,北京大学出版社2012年版,第12页。

^[22] 参见张斌峰、盘长丽:《“依法行政”该如何“依”——法律论证在行政执法过程中的应用研究》,载《理论学刊》2016年第2期,第135—143页。

^[23] 见前注〔6〕,沈岷书,第21—23页。

^[24] 参见苏海雨:《论行政裁量权的交往控制》,载《政治与法律》2017年第2期,第83—91页。

^[25] 见前注〔11〕,周佑勇书,第48页。

受行政行为。”^[26]这三项旨趣正体现了“论证—可接受性”新机制的核心要义。

第四,就合作治理理论而言,其旨趣主要体现为:行政裁量中的可接受性是一种合作关系中的接受,是行政机关与相对人所共有的,既包括相对人对裁量过程及结果的接受,也包括行政机关对自我说服、自我规制的接受。于此,双向互动的接受体现了良好的合作治理理念。要达成这种合作的状态,必须理顺并协调好行政机关与相对人、公益与私权之间错综复杂的关系,而这有赖于“可接受性论证机制”的建构。

在这个意义上讲,“可接受性论证机制”是“协商行政治理模式”的纵深挖掘,是合作治理理论的现实化。在理念上,可接受性论证的哲学渊源之一是哈贝马斯的理性商谈论,其强调事实与规范之间的沟通,这与协商治理模式和合作治理理念相吻合。在操作上,信息公开与理由说明恰是可接受性论证与协商治理模式共有的重心。因此,行政裁量治理机制的进一步探索可尝试聚焦于“协商行政治理模式”中的法律论证过程与效果进行纵深挖掘,从而构建行政裁量治理的可接受性论证机制。

二、理性的可接受性:行政裁量治理效果的衡量标准

立足于国家治理体系和治理现代化的语境,由管理迈向治理,不仅是语义上的变化,更重要的是由一元性管理迈向多元化治理,垂直性管理迈向扁平化治理,随意性管理迈向法治化治理,单向性管理迈向体系化治理。在此语境之下,行政裁量的现代化治理便意味着需扭转行政机关与相对人、利害关系人乃至社会公众话语权失衡的局面,将具有法治底色的可接受性考量纳入行政裁量治理的立体框架之中。可接受性不仅是行政裁量的公法哲学旨趣,也是行政裁量治理效果的衡量标准。那么,究竟是谁之接受?何种可接受性?

(一) 谁之接受:行政裁量中的“听众”辨析

听众本位是可接受性的最重要特征,^[27]评判行政裁量治理效果应考虑听众的可接受性。“听众”是修辞学的重要概念,传统修辞学强调言说者的支配地位,^[28]听众只具有从属性、被动性的地位,而新修辞学则将“听众”的概念立于核心之地,修辞论证的任务围绕“听众”展开。

行政裁量中,听众主要有行政相对人及利害关系人、法律职业人、法律学术人、社会公众等,甚至行政主体也可以由言说者转化为听众,也具有可接受性的要求。^[29]很容易理所当然地认为,行政裁量首要的是赢得行政相对人的接受,继而才是其他听众。但是深究起来,行政相对人包括强势相对人与弱势相对人,理性人与非理性人,法律人与非法律人等诸多类型,其可接受性要求各不相同。这便带来一些疑惑,不同样态的行政相对人可以获致不冲突的可接受性吗?更进一步地,行政相对人的接受确实优先于其他听众吗?

新修辞学的代表佩雷尔曼将“听众”定义为:论证者想通过其论证来影响之人的总称。^[30]听众可以指一个具体的人群,例如议会中的成员,言说者如果针对他们展开论证则目的在于劝服

[26] 见前注[1],郑春燕书,第184—185页。

[27] 见前注[21],孙光宁书,第17页。

[28] 见前注[21],孙光宁书,第27页。

[29] 参见杨猛宗:《法律论证可接受性的内涵与类型之探析》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第108—114页。

[30] See Ch. Perelman and L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*, University of Notre Dame Press, 1969, p.19.

(persuade)他们。听众也可以指所有能回应逻辑谈话的合乎理性的人,^[31]佩雷尔曼将其称为“普泛听众”,其“普泛性”在于所有的理性人都拥有同一种普遍的价值体系。面对普泛听众进行论证可以称为说服(convince)。在佩雷尔曼的理论中,如果论证获得了普泛听众的“接受”,那么论证便是合理的。但是,“普泛听众”这个概念具有非常大的含糊性,一方面它主张一种普遍的价值,一方面又不得不与特定的社会文化因素相联系。^[32]为澄清其中的含糊,芬兰的法律论证学者阿尔尼奥对“听众”概念进行拓展,区分了四种不同类型的“听众”:

1. 普遍的具体听众:指的是在某一特定时刻生活在世界上的所有人类个体。在论证领域,这种听众是没有实际意义的。

2. 特殊的具体听众:这种听众是特殊的,因为它并没有假定一套对所有人都普遍适用的价值体系。这种听众是具体的,因为不一定所有的听众都会遵循理性规则。听众接受某个观点,可能建立在理性的基础之上,也可能建立在非理性的基础之上,例如基于言说者的权威、所施加的心理影响等因素。

3. 普遍的理想听众:相当于佩雷尔曼的“普泛听众”,即所有的理性人。其概念缺陷前已揭示。

4. 特殊的理想听众:这种听众受约束于理性论证规则,就此而言,它与“普泛听众”类似。然而,它并没有佩雷尔曼所言之“普泛性”的内涵,因为它背后并没有对所有人都适用的普遍(客观)价值的假设,相反地,它满足了佩雷尔曼所设定的另一些条件,即特殊的理想听众是由文化和社会所决定的。^[33]

阿尔尼奥认为,只有“特殊的理想听众”才具有可接受性的意义。在论证过程中,必须说服特殊的理想听众,规范性观点必须获得他们的接受。在法律论证中,“特殊的理想听众”有两种意蕴:首先,它是“理想听众”,即遵守着理性论证规则;第二,它是“特殊听众”,即它必须持有法律共同体内的大多数共识。^[34]

循此理路,初步的结论是:第一,与一般认识不同,行政裁量首要的并非是要获得作为“特殊的具体听众”的行政相对人的接受,而是要获得遵守理性论证规则的法律共同体内的多数接受(即“特殊的理想听众”的接受),这种可接受性体现为法律职业人认可和经得起法律学术人的批判。第二,相对人虽然不具有优先的可接受性,但也是可接受性的重要目标,因其在行政裁量中处于法律关系的一方,且相对人中也会有“特殊的理想听众”。在此有必要区分论证过程的参与者和论证结果的接受者。在论证过程中,行政相对人与行政主体是参与者,两者之间互为听众,彼此说服自然可以实现裁量的个案正义。但这种个案正义并不当然是行政法治意义上的裁量正义,个案正义可能会扭曲可普遍化的裁量正义,而可普遍化则是法治的重要意蕴。因此,置于行政法治的语境中,区别于论证过程的参与者,论证结果的接受者应是“特殊的理想听众”。换言之,在行政法治的

[31] 参见[比]佩雷尔曼:《旧修辞学与新修辞学》,杨贝译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛(八)》,北京大学出版社2005年版,第40页。

[32] 对“普泛听众”概念的详细批判可参见:Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable—A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, p.221-222; [荷]爱默伦、格鲁腾多斯特:《佩雷尔曼与谬误》,杨贝译,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》2006年总第1卷,北京大学出版社2006年版,第30页; [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第203页。

[33] See Aarnio, *supra* note [32], at 222-225.

[34] See Aarnio, *supra* note [32], at 226-227; Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Science+Business Media B.V., 2011, p.135.

背景下,行政裁量的论证起点是个案中的实际参与者,但论证的终点则应是可普遍化的法律共同体之多数接受。第三,如将行政裁量的治理置于国家治理的大背景下,则社会公众的接受也关乎行政权行使的最广泛接受。

(二) 何种接受:理性的可接受性及其光谱

学界对于可接受性是客观的抑或主观的有不同观点。^[35]实际上,可接受性是主客观相统一的,主观方面涉及听众认同、响应等非理性的心理状态,客观方面则涉及逻辑推演、论证规则、理由说明、规范与事实的互相诠释等理性的过程因素。客观方面是极其重要的,因实际的接受可能根据完全偶然的因素得到证立,接受的基础可能是非理性的,譬如通过操纵。如果对于社会活动应当提出理性要求,那么解释的社会重要性不能仅仅建立在实际接受上。必须要求,解释在理性商谈中得到接受。^[36]换言之,我们必须区分实然层面上的可接受性与应然层面上的可接受性,前者将可接受性置于现实语境中,着重考察可接受性的主观状态;后者则将可接受性视为一种具有规范意义的理想标准,呈现出可接受性的客观状态,并以此衡量、检视、评判实践中的可接受性相距其规范理想究竟有多远,进而提出优化实践的指南与方案。

故此,在现代法治的语境中,行政裁量所应努力获致(或者无限接近)的是具有一定规范理想色彩的“理性的可接受性”,其包含逻辑理性、推论理性和可接受性三个维度,蕴含着逻辑、程序、实体三重治理。这也与关于“听众”的分析相互呼应。

首先是理性。理性的观念越狭窄,非理性蔓延的空间就越广阔,^[37]我们所要实现的目标是尽可能多地排除非理性因素的影响,所以相应地,理性的观念就应该宽广些。我们并不满足将理性单纯理解为“符合逻辑”,因为“证立”的概念要比逻辑推演的概念更为宽泛。^[38]因此,我们需要两种类型的理性:其一,逻辑理性,适用于评价裁量过程中内部证成的成效;其二,推论理性,适用于约束外部证成的过程。^[39]推论理性表现为“理性商谈规则”,如论证的一致性规则、效率规则、真诚性规则、可普遍化规则以及支持规则等,^[40]实质上是一种对于裁量过程的程序性控制。^[41]

其次是可接受性。为了达致可接受性,裁量决定必须与法律共同体的多数共识相一致,在此意义上是一种价值论上的可接受性。通过图1可以更好地理解“理性”(R)与“可接受性”(A)之间的关系:

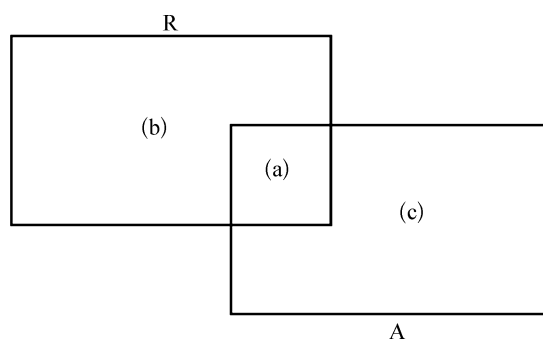


图1

[35] 见前注[29],杨猛宗文。

[36] 参见[芬兰]奥利斯·阿尔尼奥、[德]罗伯特·阿列克西、[瑞典]亚历山大·佩彻尼克:《法律论证的基础》,冯威译,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》第2卷,中国法制出版社2014年版。

[37] 参见[瑞典]亚历山大·佩彻尼克:《法律科学:作为法律知识和法律渊源的法律学说》,桂晓伟译,武汉大学出版社2009年版,第178页。

[38] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第7页。

[39] See Aarnio, *supra* note [32], at 189-190.

[40] 阿列克西详尽地罗列出了这些规则,但阿尔尼奥认为他的列举之中有些规则具有自然法之特征,有些却带有经验色彩,因此是不同要素之混合。为此,阿尔尼奥对这些规则做了进一步的梳理。见前注[32],阿列克西书,第366—369页;Aarnio, *supra* note [32], at 195-204.

[41] 见前注[32],阿列克西书,第223页。

其中, $R \& A$ 部分记为(a), $R \& \sim A$ 部分记为(b), $\sim R \& A$ 部分记为(c)。

对于(a)来说, 裁量决定同时满足了两个条件: 第一, 它是理性论证的结果; 第二, 它是可接受的结果。这便是“理性的可接受性”。

对于(b)来说, 由于在价值论上可接受性并不是普遍的, 所以对于一个理性的结论, 并不能总是达成接受性意见。但是, (a)并不是封闭着的, (b)有向(a)流动的可能, 这意味着基于理性的可接受性有时不能一蹴而就。

至于(c), 则意味着在众多可接受的解释之中任意选择一个解释, 其并不严格遵循逻辑理性和推论理性。^[42]

狭义而言, 行政裁量的“理性的可接受性”意指遵守逻辑理性和推论理性的法律共同体内的多数接受; 广义而言, 从内涵上看, 可接受性体现了符合事物的情理、体现法律原则、契合司法经验、吻合社会常识等诸多要求,^[43]其中一些属于法律共同体的规范性要求, 一些却不是; 从对象上看, 如前所述, 广义的可接受性也不仅指“特殊的理想听众”的接受。如此便有必要对“理性的可接受性”进行广义且细致的解释。

为此可引入“理性的可接受性”的弱理论,^[44]其在两个维度上是“弱”的: 第一, 弱的理性。首先, 为获致可接受性, 非单调逻辑、模糊逻辑等“弱”逻辑理论也是符合逻辑理性的。其次, 理性论证规则和理想商谈环境具有强规范意义, 在现实中无法百分之百实现, 所以不强烈违反也是符合推论理性的。第二, 弱的可接受性。可接受性也是流动的规范要求, 法律共同体的多数接受是强可接受性, 同样不能拒斥通过广义的理性获得非法律共同体的弱式接受。

由是观之, 理性的可接受性犹如光谱, 铺排着强可接受性和弱可接受性, 强弱之中可能再有程度之别。需要说明的是, 并非就此落入无原则相对主义的泥沼, 首先, 达致涵盖强弱可接受性的、最广泛的接受性是行政裁量治理的最优目标; 其次, 将弱可接受性推至极端, 便是不可接受性, 其既不满足理性的标准, 也不符合事物情理、法律原则、司法经验、社会常识的要求——这是非正义的裁量。

(三) 小结: 可接受性的复式理论与行政法治的复合要求之关系

基于强式的“理性的可接受性”理论, 行政裁量首要的是获得遵守理性论证规则的法律共同体内的多数接受, 这体现了行政法治的核心要求。基于弱式的“理性的可接受性”理论, 行政相对人及社会公众的可接受性也不能排除, 这反映了行政法治的最优要求。

随着行政法治的深化, 行政裁量治理效果可能有多元的评价标准, “理性的可接受性”是虽非唯一却行之有效的衡量标准, 同时这个标准也因其强弱之分而具有更大的弹性和包容度, 能回应行政的现实流变。

三、经由论证获致“理性的可接受性”

行政裁量治理效果的实现要依靠一定的途径, 对于获致“理性的可接受性”而言, 论证是其必

[42] See Aarnio, *supra* note [32], at 190 - 191.

[43] 见前注[5], 张治宇书, 第 152 页。

[44] 瑞典的法律论证学者佩策尼克认为, 我们必须放弃那些忽视甚至无视现实世界之复杂性的“强理论”, 而代之以“弱理论”。比如, 关于法律约束力的弱理论, 即无须做出任何规范性理论的承诺, 我们便可认为, 法律具有约束力和规范性; 弱契约论, 即契约的观念不过是证成或辩护的一种形式化策略, 规范性的确切内容必须来自社会; 弱逻辑理论, 如非单调逻辑和模糊逻辑等等。见前注[37], 佩岑尼克书, 第 117—119 页。

由之路。一般而言,论证是理由的呈现与追加,由此形成论证的理由之链。理论上任何官员只要拥有裁量权,就必定要公开说明如何行使相关裁量的理由。^[45] 行政法治实践中,如我国的《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》和地方政府规章也都有说明理由的规定。裁量权越广泛、其所涉权益越重要,则越应详细说明裁量理由。^[46]

(一) 裁量过程与司法审查的多阶论证

裁量过程与司法审查虽是两种不同的法律活动,但以论证理论的角度观之,两者共同形成多阶论证的链条。

1. 裁量过程中的论证

按照统一的裁量理论,法律要件和法律效果,尤其是不确定法律概念的具体化,都存在裁量。^[47] 因此,裁量过程中的论证分为要件裁量和效果裁量论证。

第一,要件裁量。事实与规范之间的不同使行政裁量成为一种必要,同时它们之间的照应也使行政裁量成为一种可能。^[48] 在这个意义上讲,要件裁量便是一个事实与规范的等置过程,而论证贯穿于其中。所谓“等置”,是“一种事实向着规范抽象化、规范向着事实具体化、包含着逻辑的归纳和演绎两个不断交互、寻找法律要件与案件事实之间相似性的过程”。“等置过程结束之后,还是会出现三段论的逻辑演绎,最终确定法律效果,这一最后的过程勉强可以称为涵摄。”^[49] 在等置过程中,事实也不仅具有客观属性,“对法律事实的认识,实则是对生活事实的特征加以抽象、提炼,并与规范构成要件设置的条件进行对比、归类”。^[50] 当然,事实认定包含了法律要件的解释、等置,不等于先有结论后去取证,这里的前期判断是临时性、假设性的,随时准备被证据推翻,最终结论必须经过严密论证才能成立。^[51]

具体而言,在要件裁量中等置过程的论证是如何展开的?一方面,事实必须与规范产生关系,我们需要在规范的观点之下对特定事实进行筛选。另一方面,规范也必须与事实关联,我们需要探求规范在现实生活中的意义,回溯到有关的具体事实。要件裁量应当“从存在的领域探索前进至当为的领域,以及从当为的领域探索前进至存在的领域,是一种在事实中对规范的再认识,以及在规范中对事实的再认识之过程”^[52]。这个过程也并非平面式的,而是螺旋式向上发展的。规范与事实“并非一次并在同一诠释层次上相互决定,而是多次并分别在其他‘更高’层次上相互决定”。^[53] 这是一个逐步“收缩”的过程。在行政裁量的初始,我们把众多规范、可能的解释和具体事实都纳入考虑范围之内。继而,一些规范由于被认为与事实不具相关性而被排除在外。对于剩下的规范,还需要结合事实来分析各种解释之可能,并进行细致考量,最后做出选择。对于事实亦同此理,我们需要根据能否被规范涵摄的标准选出“重要的”事实,即是说,规范作为拣选事实的“前理解”而存在。^[54] 在这个规范和事实的筛选和限缩过程中,一个重要的考量是可接受性的效

[45] [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第74页。

[46] 见前注[4],王贵松书,第85—86页。

[47] 参见周佑勇:《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社2015年版,第87页。

[48] 见前注[4],王贵松书,第54—55页。

[49] 见前注[4],王贵松书,第50页。

[50] 见前注[1],郑春燕书,第41页。

[51] 见前注[4],王贵松书,第48页。

[52] [德] 考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第87—95页。

[53] 参见郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期,第140—149页。

[54] 参见[德] 齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第129—131页。

果因素：法律规范的解释、法律事实的建构是否具有可接受性？是否符合事物情理、法律原则、司法经验、社会常识的裁量正义要求？

第二，效果裁量。效果裁量主要包括决定裁量、选择裁量、时期裁量、程序裁量等，是行政机关在法律要件补充充足之后适当选择的自由。法律要件的解释适用和法律效果的选择确定均可统一于法律要件的判断上，两者都要对法律要件做解释。要件裁量直接针对法律要件，解释要件中的不确定法律概念；效果裁量在补充法律要件之后也面临着要件裁量的问题，也要对法律要件中的不确定法律概念做出解释和具体化。^[55] 亦即，效果裁量同样要回溯至事实与规范的等置过程以及其中可接受性的论证。

简言之，可接受性能够超越事实与规范的紧张关系，避免了抽象谈事实与规范的关系，而将二者出现紧张关系化解为“面向谁”和“谁接受”的问题。因此，无论是要件裁量还是效果裁量，核心是要弥合事实与规范之间的鸿沟，归根结底就是要通过论证获致裁量的“理性的可接受性”。

2. 司法审查中的论证

行政裁量是初次判断，对裁量的司法审查是二次判断，从论证理论的角度看，司法审查是二阶论证。行政过程与司法过程有机结合起来便是完整的论证/理由链条：其一，裁量理由推导出裁量决定的过程需要论证；其二，裁量理由本身也需要追加多层理由论证；其三，司法审查也是一个理由论证的过程。

裁量理由的瑕疵主要有几种类型：未说明裁量理由、不完整说明裁量理由、错误说明裁量理由等。^[56] 在我国实定法上，行政机关没有说明或不充分说明理由的，法院撤销裁量决定或确认违法。理由不能正当化决定的，如行政机关不替换理由，则法院撤销其决定；行政机关替换理由，则在主要事实或主要理由不发生改变的情况下，法院一并审查。^[57]

随着司法外部政治环境的变迁，各国法院对理由说明的审查逐渐从程序性审查标准转为实体性审查标准。^[58] 2014年我国新修改的《行政诉讼法》也增加了“明显不当”的司法审查根据，确认了法院对行政行为合理性问题的审查。一方面，立法者鼓励法院对行政裁量的合理性进行适度审查；另一方面，立法者在合法性审查的概念上坚守了实质合法的观点，合理性审查也纳入合法性审查的范畴。亦即，明显不当也是违法。当然，明显不当也有其适用范围，其只适用于行政实体处理的裁量，也可能适用于不确定概念的解释。那么，何谓“明显不当”？大致包括没有考虑依法应当考虑的因素、处理方式违反比例原则、没有正当理由的区别对待等，而且“不当”要达到“明显”的程度才予以审查，这意味着司法机关给予行政裁量必要的尊让。^[59]

归结起来，司法审查对行政裁量的治理，从过程方面来说，便是要审查论证的相关性和充足性，一致性和融贯性，反思性和权衡性——裁量论证必须理由相关且充足，与规则、先例、原则、价值保持一致和融贯，对各方权益进行反思权衡。从效果方面来说，即是要审查裁量是否具有理性的可接受性，不可接受也就相当于明显不当。

[55] 见前注[4]，王贵松书，第45—46、52—54页。

[56] 见前注[4]，王贵松书，第90页。

[57] 见前注[4]，王贵松书，第91—92、97—98页。

[58] 参见徐文星：《行政裁量权行使之理由说明——以法律论证为分析视角》，载《时代法学》2006年第4期，第45—51页。

[59] 参见何海波：《论行政行为“明显不当”》，载《法学研究》2016年第3期，第70—88页。

(二) 与可接受性光谱交织的多元论证

论证的核心是提供理由,但并非单方面的“说明理由”。过程论、商谈论、合作论、实质法治论图景下的论证是理由的交互链条或者说递进论辩的过程。就一项行政裁量而言,行政主体和行政相对人实际上互为听众和言说者,其论证图式为:“理由1——辩驳1——理由2——辩驳2……”此论证图式揭示出任一理由都不具有绝对的终极权威性,而是具有可辩驳性的;裁量论证的意义在于通过主体间性的建构、理性的可接受性的获致,达成一种行政裁量的共同治理模式。

该图式与可接受性的光谱相交织,勾勒出行政裁量治理的复杂图景:在理想的状态下,可接受性随着论证的深入呈正相关增强(图2);在次理想状态下,可接受性随着“理由—辩驳”的反复推进而呈波浪式增强(图3);另一种可能是,论证中的辩驳力量太大以至于双方立场无法圆满调和,可接受性随着论证层次的增加反而减弱(图4);最差的情况是,尽管经过多回合的论证与辩驳,都无法达到接受(图5)。

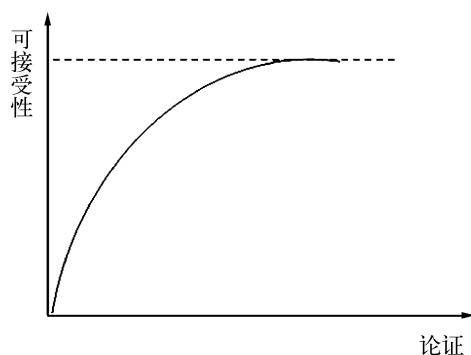


图 2

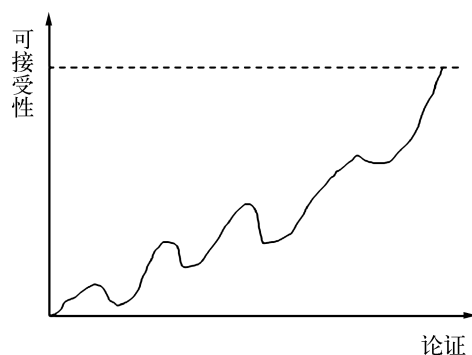


图 3

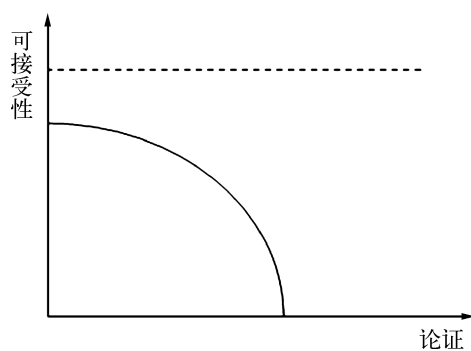


图 4

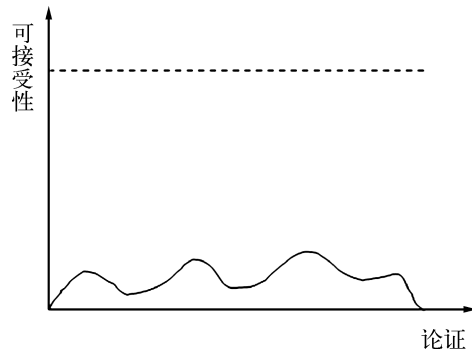


图 5

更为复杂的是,不同领域的行政裁量所需的论证强度也各有殊异。大致而言,国家的行政任务主要有三种类型:干预行政、给付行政与风险行政。干预行政的主要目的在于维护良好的社会秩序,典型的例证为治安管理处罚。在这个领域,虽然立法者通过条件设定与分层技术来确保行政行为在立法所设定的框架内来运行,但是不可避免地,立法者又以“不确定的法律概念”或者直接的效果授权等方式,赋予行政机关以一定的裁量空间。诸如社会救助等的给付行政的裁量空间则更加宽广,行政机关可以根据当地的政治、经济、文化等社会状况形成具有规范意义的标准或文

件。风险行政则需要行政机关根据社会风险的特征形成灵活应对的政策,甚至可以授权行政机关改变法律的规定,如应对处置突发公共事件时行政机关的“非常态”政策形成。^[60]大体来说,上述三大领域的行政裁量空间由窄至宽,干预行政因在较大程度上受法律的既定约束,故相对而言最窄;给付行政对于现实状态具有较大的裁量权,因此次之;风险行政则可能逸脱既定法律规范,所以最宽。这种不同行政领域裁量空间的渐进图景意味着对其论证强度的要求也相应地具有渐进性:干预行政<给付行政<风险行政。裁量空间越大,所受的拘束则应越大,因此须施加更多的论证义务,最大程度限制裁量权的恣意妄为。当然,这是一种类型化的大致概括,我们无法排除干预行政的某种行为的裁量空间宽于风险行政的某种行为,但就基本的领域类型而言,这一图景描摹了裁量空间与论证强度之间的比例关系。

“论证—可接受性”的动态关系图景与“裁量空间—论证强度”的比例关系图景决定了在行政裁量之中必须采用多元的论证方式,包括但不限于语义文本论证、意图主义论证、后果主义论证、比较论证、类比论证、不可接受性论证、诉诸未完全理论化的协议、修辞等。这种多元的取向既能适应论证与可接受性之间在不同情境下的动态博弈,又能根据不同行政领域的裁量空间之宽窄选择强度适切的论证方式。与前述强弱的可接受性相对应,理性论证的方式也有强式、弱式之分。最典型的强式论证是不可接受性论证。较为典型的弱式论证如诉诸未完全理论化的协议、修辞等。裁量的弱式理论本质上源于裁量的内涵。裁量拒绝过高的法治理念,^[61]所以裁量所要求的论证、可接受性也拒斥绝对的法治理念而呈现出交织的光谱分布。在此无法论及所有的论证方式,仅选择具有代表性的几种论证方式加以阐述。

首先谈不可接受性论证,其“强式”体现为:不可接受性是一个非常强的论证目标,相应地,其论证的标准也因此而严格。行政机关在特殊个案中脱离基准的裁量并非绝对禁止,只是需要更为充分的说理。^[62]亦即,若要突破刚性规则,则应承担一定的论证责任,论证按原有规则裁量会导致某种不可接受性。法律的合理适用应与理性立法者的意图、规则的目标和价值相容,否则就是不可接受,其论证包括两个层次。第一,主要论证层次,包括正反两方面。首先论证假如适用某项规则或解释会产生不可接受的结果,那么该项规则或解释则应当不适用。其次论证适用另一项可选择的规则或解释可以达到可接受的结果,则该项规则或解释可适用。第二,次要论证层次,也包括正反两方面。就“可接受/不可接受”展开进一步论证:适用某项规则或解释产生的结果如何与规则意图实现的目标、目的、原则、价值一致/不一致,其中所谓的目标是一个由有效法律秩序规定的客观上的理性目标。此外,若进一步追问,则有更深层的论证链条:某种结果真的是不可接受的?某项规则或其解释真会导致这样的结果出现?规则意图的目标如何探求、确定?^[63]只有经由若干层次的论证,才能使不可接受性充分证成,使突破刚性规则的行政裁量免受理性的指摘。

其次,谈作为“弱式论证”的未完全理论化的协议。行政主体和行政相对人有时之所以不能互相说服,是因为他们停留在深层次的争议上,倘若他们愿意下降到一个较低的水平上,或许会发现在这个层次上他们的意见其实并无不同,以此低层次的共识为起点来展开论辩,那么到最后他们

[60] 见前注[1],郑春燕书,第4—20页。

[61] 见前注[45],戴维斯书,第二章。

[62] 见前注[7],郑雅芳书,第107页。

[63] 参见[荷]伊芙琳·T.菲特丽丝:《不可接受结果之论证与法律的合理适用》,刘巧巧、王彬译,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》第3卷,中国法制出版社2015年版。

很可能便会对具体结果达成共识。这种解决问题的方法来自桑斯坦的“未完全理论化的协议”，是一种实用主义的策略。^{〔64〕}在这种策略之中，深层价值冲突被暂时搁置了，论证链条在一个较易达成一致的证据上被阻却了。称其为“理性”，是因为即使在较低的层次上，论证的基本规则仍应遵守。而称其为“弱式”，是因为当论证者并不满足于表面化的协议时，他们便会深入到更高层次的价值论辩之中，一时的可接受性被打破，而深层的可接受性却难以获致。^{〔65〕}即使如此，也不妨碍它是行之有效的论证方法。

至于另一种“弱式论证”的修辞，主要是指：第一，以辞服人，即运用言辞技巧来说服他人，旨在增强言辞的感染力，从而使听众更容易地接受言说者的观点。第二，以情感人，即触动听众内心的情感，使其接受。^{〔66〕}这并不意味着修辞仅仅指语言辞藻的修饰，更重要的是，它是论证理论的特别形式。^{〔67〕}在修辞的运用过程中，必须受到法律和逻辑的限制。^{〔68〕}举例说，比喻既是修辞也作为论据，^{〔69〕}它不仅仅在于对一个事物进行形象化的说明，构建一个惟妙惟肖的喻体，更重要的是，它构成了论据链条的一部分。比喻的目的不是炫耀论证者的语言能力，而是为论证者的观点提供一个更具有说服力的论据。论证者经由理性论证已然获得了一个观点，修辞的功用就在于使用言辞修饰这个观点，让真理听起来更像真理，这样便使听众更容易接受。^{〔70〕}这样理解的话，修辞与理性便不矛盾，只有过度修辞才会丧失理性而成为强词夺理。^{〔71〕}作为一种可接受性的弱式论证方法，修辞的具体策略大致有：对事实进行合理的筛选、剪裁；细节深描、春秋笔法；使用评价性语言、模糊语词；比喻；重构语序、强调语气、转换语调；角色融入、换位思考；情感唤起；等等。同样地，无论选择何种权宜策略，都不能违背论证最基本的原则。

结 语

致力于在行政过程中通过理性商谈促成合作治理从而具有实质法治趋向的现代行政法立体式发展图景，蕴涵着“过程—效果”的行政裁量治理公法哲学旨趣，这一旨趣型塑了行政裁量“论证—可接受性”治理新机制的内核。

“理性的可接受性”是行政裁量治理效果虽非唯一却行之有效的衡量标准：依其强式理论，行政裁量首要的是获得遵守理性论证规则的法律共同体内的多数接受；依其弱式理论，行政相对人及社会公众的可接受性也应予以重视。因此，“理性的可接受性”的复式理论一方面具有更大的弹性和包容度，能回应行政的现实流变，一方面也契合行政法治的核心/最优的复合要求。而要获致“理性的可接受性”则要在裁量过程和司法审查中展开多阶、多元的论证。

〔64〕 关于“未完全理论化的协议”的具体论述参见[美] 凯斯·R. 孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，金朝武译，法律出版社2003年版。

〔65〕 参见张超：《法律推理中的“未完全理论化协议”：理路与检讨》，载陈金钊、谢晖编：《法律方法》第12卷，山东人民出版社2012年版，第275页。

〔66〕 参见焦宝乾：《法律论证：思维与方法》，北京大学出版社2010年版，第184—186页。

〔67〕 参见郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社2008年版，第7页。

〔68〕 参见陈金钊等：《法律方法论研究》，山东人民出版社2010年版，第80—81、475页。

〔69〕 见前注〔31〕，佩雷尔曼文，第41页。

〔70〕 参见[美] 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第599、604—605页；前注〔68〕，陈金钊等书，第77—79页。

〔71〕 见前注〔68〕，陈金钊等书，第81页。

这种“可接受性论证”的新机制能在“过程—效果”两个层面上有效地规范行政裁量，消减行政裁量的恣意。这种应然上具有规范意义的理论建构对实然的行政实践具有一定的指导意义。

其一，作为行政裁量效果取向的“可接受性”并非空中楼阁，在现实行政中可从这一规范理想出发，考察并评估行政裁量典型案例中的可接受性的实现情况，构建具有规范性质的可接受性评估指标体系，比如可接受性评估的主体、可接受性效果作用的对象、可接受性的强度（普遍可接受性、不可接受性等）、可接受性的时间辐射性（近期、中期、远期等）、可接受性的诸种连带性（个案可接受性、法律可接受性、政策可接受性、社会可接受性、政治可接受性等）。这一可接受性评估指标体系既有可接受性的规范理想因素，又来自现实行政的实践考察，沟通了规范与事实，以此可以评价行政裁量的治理效果，进而提出优化行政裁量治理的指南与方案。

其二，作为行政裁量过程取向的“论证”也并非凭空想象，基于法律论证理论提出的关于“论证”的最佳要求，通过考察并评价行政裁量典型案例中论证过程的运作情况，可构建并优化一套论证方法与规则体系。何谓好的论证？外在标准主要是运用论证能达成可接受性的效果。内在标准关乎论证方法如何依行政裁量案件的不同场域正确地选择与综合、不同行政裁量案件中论证的强度应如何恰当地把握、行政裁量案件中论证的技巧如何娴熟地运用等。内外标准的合理建构在一定程度上可实现行政裁量过程的有效治理。

Abstract The picture of the development of modern administrative law is to realize the cooperative governance through rational dialogue in administrative process, tending to substantive rule of law. There is the philosophical intention of “process-effect” in the governance of administrative discretion and it forms the core of “argumentation-acceptability” of the new mechanism. The “reasonable acceptability” is not unique but effective criteria on the effect of the governance of administrative discretion. According to the strong theory, the primary goal of the administrative discretion is to obtain the majority acceptance in the legal community that abides by the rules of rational argumentation. According to the weak theory, the acceptability of administrative counterpart and the public should also be taken seriously. Therefore the compound theory of “reasonable acceptability” could respond to the real change of administration with greater flexibility and tolerance, and correspond to the core/optimal compound requirements of administrative rule of law. To achieve “reasonable acceptability”, we should make multi-level and multi-disciplinary arguments in the discretion process and judicial review.

Keywords Reasonable Acceptability, Argumentation, Administrative Discretion, Governance

（责任编辑：蒋红珍）