

行政裁量的 构造与审查

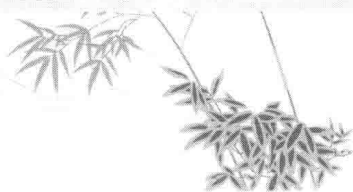
王贵松◎著



中国人民大学出版社

行政裁量的 构造与审查

王贵松◎著



中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

行政裁量的构造与审查/王贵松著. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 5
ISBN 978-7-300-22887-7

I. ①行… II. ①王… III. ①行政法-研究 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 108029 号

行政裁量的构造与审查

王贵松 著

Xingzheng Cailiang de Gouzao yu Shencha

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511770 (质管部)
010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)
010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>
<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京易丰印捷科技股份有限公司

规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2016 年 5 月第 1 版
印 张	20.75 插页 2	印 次	2016 年 5 月第 1 次印刷
字 数	335 000	定 价	59.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

目 录

绪 言	1
一、行政裁量的复眼观察	1
二、本书的主要思考	2
第一章 行政裁量的类型与构造	5
第一节 行政裁量与行政权的裁量	5
一、行政裁量的语意	5
(一)“自由裁量”从何而来	5
(二)从“自由裁量”到“行政裁量”	9
(三)行政裁量的不同内涵	12
二、行政权的裁量	13
(一)行政立法裁量与行政裁量	13
(二)行政规划裁量与行政裁量	15
(三)行政权的裁量一统	18
三、行政裁量的价值	20
第二节 行政裁量的羁束与自由	22
一、行政裁量与依法律行政原理	22
二、裁量与羁束的区分及其相对化	23
(一)裁量与羁束的历史类型	23
(二)裁量与羁束的区分标准	24
(三)裁量与羁束的相对化	27
三、裁量与羁束的再认识	30

(一) 裁量与羁束分类的历史变迁	31
(二) 区分裁量与羁束的必要性思考	32
(三) 中国区分行政裁量的标准及其相对化	33
四、另辟蹊径话裁量	37
第三节 行政裁量的内在构造	38
一、行政裁量构造论争的发轫	38
二、着眼于法规范的行政裁量构造论争	40
(一) 关于行政裁量构造的各派学说	40
(二) 要件裁量难以否定	42
(三) 效果裁量与要件裁量的相对性	44
三、着眼于法适用的行政裁量构造分析	46
(一) 案件事实的认定	48
(二) 法律要件的解释	49
(三) 等置-涵摄	50
(四) 法律效果的确定	52
四、关于行政裁量的基本认知	54
第四节 不确定法律概念与行政裁量	55
一、不确定法律概念的由来与价值	56
二、不确定法律概念的构造与类型	58
(一) 不确定法律概念的基本构造	58
(二) 不确定法律概念的常见类型	59
三、不确定法律概念的具体化过程	60
(一) 经验性不确定法律概念的具体化	61
(二) 价值性不确定法律概念的具体化	62
四、不确定法律概念具体化的司法审查强度	63
(一) 原则上全面审查	64
(二) 价值判断上有所尊重	66
五、不确定法律概念的具体化与行政裁量	70
第二章 行政裁量与行政过程论	71
第一节 行政裁量与判断过程的合理性	71
一、行政过程论视角下的行政裁量	71
二、行政裁量与行政判断的形成	72

(一) 行政判断的考虑因素	72
(二) 判断过程的合理性保障	75
三、功能主义的程序性行政裁量论	76
第二节 行政裁量理由的说明与审查	77
一、行政裁量说明理由的缘由	78
二、行政裁量理由的说明要求	81
(一) 裁量理由的内容构成	81
(二) 裁量理由的说明程度	83
(三) 裁量理由的说明方式	86
三、行政裁量理由的追加与替换	90
(一) 行政裁量理由的追加	90
(二) 行政裁量理由的替换	92
四、裁量理由与行政裁量的审查	97
第三节 行政裁量基准的设定与适用	98
一、行政裁量基准的界定	98
(一) 我国行政裁量基准的由来	98
(二) 行政裁量基准的表现形态	99
二、行政裁量基准的设定义务	101
(一) 行政裁量基准的功能	102
(二) 设定裁量基准的义务化	103
三、行政裁量基准的性质与拘束力	105
(一) 行政裁量基准的两面性	105
(二) 行政裁量基准的拘束方式	107
(三) 事实上的拘束力与裁量基准的适用	109
四、行政裁量基准的设定要求	111
(一) 行政裁量基准的设定主体	111
(二) 行政裁量基准的设定程序	112
(三) 行政裁量基准的具体内容	113
(四) 行政裁量基准的变更	115
五、裁量基准与裁量决定的合法性判断	115
(一) 裁量基准自身的合法性审查	115
(二) 裁量基准适用的合法性审查	116

第三章 行政裁量的瑕疵与司法审查	118
第一节 行政裁量的界限与瑕疵	118
一、法律的授权与合义务性裁量	118
二、行政裁量界限论的提出与形成	119
(一) 行政裁量界限论的提出	120
(二) 耶利内克的裁量界限论	121
三、行政裁量界限的定型化与实定化	123
(一) 行政裁量的双重界限论	124
(二) 行政裁量的瑕疵类型	126
四、行政裁量双重界限的相对性	127
第二节 无瑕疵裁量请求权	129
一、无瑕疵裁量请求权在德国的形成与展开	130
(一) 德国相关学说的提出与发展	130
(二) 德国相关判例的接受与展开	132
二、无瑕疵裁量请求权的性质与依据	133
(一) 无瑕疵裁量请求权的性质	133
(二) 无瑕疵裁量请求权的依据	134
三、无瑕疵裁量请求权的要件与效力	135
(一) 无瑕疵裁量请求权的构成要件	135
(二) 无瑕疵裁量请求权的法律效力	136
四、中国引入无瑕疵裁量请求权的意义	138
第三节 行政裁量与司法的关系变迁	140
一、裁量不予审理的形成及其修正	141
(一) “裁量不予审理”的由来	141
(二) “裁量不予审理”的修正	142
二、行政裁量之不当与违法的吊诡	144
(一) 裁量问题与法律问题	144
(二) 合法性与合理性审查	146
三、司法之于裁量问题的应有立场	147
(一) 司法何以要尊重行政裁量	148
(二) 司法何以要审理行政裁量	149
第四节 行政裁量的司法审查强度	150

一、类型化司法审查行政裁量强度的意义	150
二、司法对行政裁量的最小审查	153
(一) 裁量权不得超越与滥用	154
(二) 裁量权超越滥用论的审查方法	155
(三) 正当程序论的程序性审查	159
三、司法对行政裁量的中等审查	161
(一) 根据判断余地说的司法审查	161
(二) 补充要件的司法审查	163
(三) 判断过程的司法审查	164
四、司法对行政裁量的严格审查	165
(一) 代为实体性判断的司法审查	166
(二) 明显不当型的司法审查	167
(三) 行政裁量收缩论的司法审查	169
五、司法审查强度选择的考虑因素	171
第四章 防止危险与行政裁量收缩论	175
第一节 行政裁量收缩论的源与流	175
一、行政裁量收缩的概念	176
(一) 概念的界定	176
(二) 与相关概念的区分	178
二、行政裁量收缩理论的产生与发展	182
(一) 德国行政裁量收缩论的发展	182
(二) 日本行政裁量收缩论的发展	183
(三) 中国行政裁量收缩论的存在与前景	188
三、行政裁量收缩论的适用领域	190
(一) 危险防止行政领域	190
(二) 给付行政和其他领域	190
四、行政裁量收缩论的特点与地位	192
(一) 有关行政裁量收缩论的争论	192
(二) 行政裁量收缩论的特点	196
(三) 行政裁量收缩论的地位	198
(四) 行政裁量收缩论的界限	198
第二节 行政裁量收缩的理论基础	199

一、行政职权职责、义务的区分与转换	200
二、私人地位的变迁与行政介入请求权	205
(一) 主观公权利的判断标准	205
(二) 宪法原理的转换与行政介入请求权的引入	207
三、行政法律关系的三方性与行政介入请求权	211
(一) 从两方关系到三方关系	211
(二) 三方行政法律关系中的第三人公权	213
四、基本权利的双重属性与国家保护义务	215
(一) 基本权利属性的演变	215
(二) 客观法与国家保护义务	217
五、行政职能的变迁与国家保护义务	220
(一) 从夜警国家到福利国家	220
(二) 防止危险与国家的保护义务	222
第三节 行政裁量收缩的构成要件	225
一、被害法益的重大性	225
(一) 被害法益的范围	225
(二) 被害法益重大性的程度	226
二、危险的迫切性	228
(一) 危险的样态	228
(二) 迫切性的程度	230
三、危险发生的预见可能性	232
(一) 预见可能性的判断标准	232
(二) 预见可能性的程度	234
四、损害结果的回避可能性	237
(一) 回避可能性的判断标准	237
(二) 结果回避义务的程度	238
五、规制权限发动的期待可能性	239
(一) 规制权限的存在与私人的期待性	240
(二) 期待可能性的判断标准和程度	242
(三) 规制权限发动的补充性	245
六、裁量收缩要件的判断与缓和	250
(一) 裁量收缩要件的判断方法	251
(二) 收缩要件的缓和及其界限	252

第四节 行政裁量收缩的救济	255
一、行政裁量收缩的救济概述	255
(一) 几种可行的救济路径	256
(二) 可能涉及的问题点	259
二、课予义务诉讼	260
(一) 课予义务诉讼的容许性	261
(二) 课予义务诉讼的诉讼要件	262
(三) 课予义务诉讼的胜诉要件	267
(四) 分权、人权与法院的履行判决	268
三、国家赔偿诉讼	272
(一) 国家赔偿的必要性	273
(二) 国家赔偿责任的构成要件	275
(三) 国家赔偿责任的承担	283
本章小结：行政防止危险中的裁量正义	290
结语：作为要件补充的行政裁量	293
参考文献	295
事项索引	312
初出一览	317
后 记	319

绪 言

在我国，行政裁量已渐渐成为行政法学的核心概念之一。行政裁量具有丰富内涵和多重面相，可以从不同角度观察研究，可以说是一个极具魅力的基本范畴。

一、行政裁量的复眼观察

行政裁量，可以有种种界定，简单而言，即行政在法定限度内所享有的判断和行动的自由。从微观的行政决定过程来看，行政机关首先认定要件事实（主要证据），对是否符合法定要件作出判断，进而根据其他因素，作出是否处理、如何处理的选择。如果要彻底贯彻法治行政的原理，法规就要以一义性的概念来规定行政决定的要件和内容，并在认定了要件之后即课予作出该行政决定的义务。但如此则难以应对复杂多变的社会生活现实。这时，立法者就要以抽象的概念来表达行政决定的要件和内容，用可以式规定授权给行政机关。当然，如果能有更为具体的概念来规定时，也不允许立法者使用不必要的高度抽象的概念，否则将违反宪法上的人格尊严和平等原则。在宪法的制约范围内，拘束行政机关到何种程度、授予其何种程度的裁量权，取决于立法者的意志。^①基于立法者的政策判断，现实中多数的法律均在一定程度上承认行政机关判断和行为选择的自由。我们常说的行政裁量，到底是在法的执行层面上，还是在法的实现层面上而言的，值得深思。研究行政裁量，既要

① [日] 杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970年）201～202頁参照（附注：日文文献的中文译法可参见本书的参考文献日文部分）。

考虑其法的执行性，也要顾及行政的有限创造性。

行政裁量，可谓行政法根本问题的缩影。这里既有立法、行政、司法三种国家机关之间的权限分工与制约，又有国家对私人权利的尊重与保护。剥夺行政机关的裁量权，由立法者预定一切规则，不仅在事实上不可想象，在原理上也违反分权原则。行政裁量有其存在的价值，在社会高度复杂化的今天，裁量领域呈现出扩大的趋势，但行政机关恣意行使裁量权的可能性也在扩大。立法者授予行政机关裁量权，目的在于藉由行政裁量实现法律之下的个案正义，而这又构成了行政裁量的限制。在行政裁量权的行使过程中，行政机关享有的只是一定限度内的自由。其限度或者界限何在，司法机关能否为受到侵害的私人提供救济、能够提供怎样的救济、进行何种强度的审查，关系到立法者的意志在行政领域的实现，关系到行政机关与司法机关的权限分配，关系到个人权利的空间与效力，归根到底均关涉法治行政的实现。根据法治行政的要求，应当将法的规定和价值贯彻到行政裁量领域，确保法在行政裁量中的实现。

二、本书的主要思考

行政裁量的理论问题林林总总，在各论中的问题更为复杂。有关行政裁量的研究文献已浩如烟海，所涉领域也是非常广阔。鉴于自身的研究能力和兴趣、基于对中国当下行政裁量理论和实践的判断，本书并不打算体系性地研究行政裁量问题，而拟展开专题探讨，以法释义学为径路，剖析行政裁量的内在构造，从行政过程论的角度构建行政裁量的规范和审查之道。本书所作行政裁量总论性思考主要涉及以下一些方面：

◎行政裁量的本质

行政裁量的本质何在，曾是行政裁量学说史上的一大焦点。从立法与行政的关系而言，是法为行政设定的限制或边界，还是法授予行政的自由权限？从行政与司法的关系而言，是行政不受干预的自由，还是让其合乎目的行使的义务？是设定独立基准的承认，还是决定和选择的自由？行政裁量究竟是一个怎样的过程，能否归结为法律解释的问题，利益衡量、价值判断在其中扮演怎样的角色？裁量是仅为意志问题，还是兼有认识和意志的问题？

◎行政裁量的存在空间

在行政裁量的学说史上，一直存在要件裁量和效果裁量的论争。法律要件中是否存在裁量选择，还是只存在认识判断？法律效果中是否存在裁量？如果承认效果裁量，那么，在得出法律效果的过程中，哪些环节存在裁量？事实的认定是否存在裁量？法律的解释、法律的涵摄过程中是否存在裁量？通常的所谓裁量，只是在实体意义上而言的，程序的裁量在裁量的体系中占据何种地位，又该如何定性？

◎行政裁量的立法技术

行政裁量可以说是一把双刃剑。在行政领域，法律的实现必须借助于行政裁量。法律在授予行政机关以裁量权时，也要有防止行政裁量权滥用的立法技术。将原先的粗放式立法改为精细式立法，详细规定行政权限的发动要件与效果，是非常必要的。但只要是立法，就可能多多少少存在裁量。纯粹实体上的规范是不够的。那么，可否从程序上、过程上进行整体设计呢？除了私人参与的法定化、信息公开制度的充实等之外，说明理由义务的法定化、设定裁量基准的义务化等，如何在裁量的规范化中发挥其功能？

◎行政裁量基准

行政裁量基准是近年来的一大热点。为什么要设定裁量基准？其规范上的要求来源于何处？设定裁量基准是否与授权裁量的目的相悖？能否承认裁量基准具有法的性质？裁量基准为什么在行政过程中会具有拘束力？谁有权设定裁量基准，究竟是有裁量权的一切主体，还是只“下放”到某一层级的行政机关？设定裁量基准是要遵循特定的程序，还是仅遵循个案中的裁量行为一般程序？在设定了裁量基准之后，公务人员机械适用裁量基准，又该如何处理？裁量基准与个案考虑的义务之间存在冲突，这种冲突该如何解决？司法如何审查裁量基准？裁量基准在合法性的判断中起着怎样的作用，违反裁量基准是否就意味着违法？

◎行政裁量的界限与瑕疵

在传统行政法的实定法和理论中，秉持着裁量不予审理的原则。那么，行政裁量有无界限与瑕疵的问题？行政裁量的界限论或瑕疵论的提出，对行政裁量的传统理论会造成怎样的影响？行政裁量存在怎样的界限？哪些才能称为行政裁量的界限？由此，行政裁量的瑕疵有哪些，如何类型化？

承认行政裁量有可能存在瑕疵，也就是也可能违法，那么，裁量问

题与法律问题是对立的问题（二元论，是裁量，就没有合法性问题），还是裁量问题包含于法律问题之内（一元论，裁量也要接受合法性的评价）？

◎行政裁量与权利的关系

在最初的理论中，行政裁量与权利是无关的：有行政裁量，就不承认私人的权利；有权利，就不能交由行政去裁量。后来逐渐承认了“无瑕疵裁量请求权”，即便存在行政裁量，私人的请求权也可以成立。问题是这种权利对行政裁量的效力到底有多大，既能为私人提供适当的保障，又能避免给行政裁量权造成不适当的限制？

◎行政裁量与司法审查

行政裁量集授权与限制于一身。对于司法而言，行政裁量与一般的行政行为差别在哪里？传统理论一般认为，行政裁量对司法具有限制的功能，司法在审查行政裁量时应当尊重裁量的价值，甚至不予审查。但在现代法治主义之下，司法仍要表现出如此的谦抑吗？即便表示出尊重，其根据源于何处？过去的行政裁量问题只产生合理性问题、裁量问题不是法律问题或法适用的问题等基本命题，还能否成立？

虽然司法已可以审查行政裁量，但这里仍然存在司法审查的限度问题，仍然要处理司法权与行政权的关系。面对行政裁量问题，司法能采取何种强度的审查？可否类型化？有哪些审查标准可用？为什么要采取不同的强度和标准去审查？

◎行政裁量的收缩

行政裁量权是法定界限内的判断和选择自由，其自由在一定条件下会受到压缩。在私人遭受第三人甚至自然界的侵害时，为什么能将行政的职责、任务等规定，转换为行政的介入义务？在哪些情况下会发生行政裁量权的收缩，甚至只有一种选择才是合法的决定？有无可能在理论上作一体性的把握？怎样把握裁量收缩的要件方为妥当？在行政裁量问题的行政诉讼中，法院作出何种类型的判决、对行政裁量提出怎样的要求，方能合乎法院的宪法定位？

第一章

行政裁量的类型与构造

从行政裁量的发生史开始，从其类型的角度入手，均可在一定程度上认知行政裁量。在此基础上剖析行政裁量的内在构造，或许才是行政裁量研究的关键所在。它构成了行政裁量的基础原理，为后续的裁量控制问题奠定基础。

第一节 行政裁量与行政权的裁量

行政裁量的相关概念繁多，尚需甄别。这里先对行政裁量的语意作出说明，之后再探讨行政裁量与立法裁量、规划裁量等之间的关系，以便确定本书研究的行政裁量之前提。

一、行政裁量的语意

在中国，行政裁量的语词无论在理论上还是在实务中均经历了一番变迁，其变迁史也能反映出现实需求的一种变化。

（一）“自由裁量”从何而来

在中国“自由裁量”一词远比“行政裁量”用得更为广泛，甚至一度达到泛滥的地步。说“行政裁量”，或许要加上“就是自由裁量”的补充说明，对方才可能明白。杨建顺认为，“中国学者对‘自由裁量权’的理解，大多是将与‘自由裁量权’相联系的一组概念即羁束裁量和自由裁量相混淆的结果。这种混淆，追根溯源，也许源于对英语中的‘discretion’翻译上的误差。英语 discretion，本义是慎重、辨别力、考

虑、处理权的意思。作为行政法上的专有概念，译成‘行政裁量（权）’最为适宜。在‘行政裁量权’前面添加‘自由’，根本无法揭示‘行政裁量权’的丰富含义”^①。但笔者以为，“自由裁量”的使用很可能来源于大陆法系“自由裁量”的影响，而非英语中“discretion”的误译。

何为行政裁量，行政裁量为何受到不同待遇，这还需从行政裁量的产生谈起。在19世纪前半叶欧洲绝对王权松动之后，行政与司法的分离逐渐明显，为避免行政措施遭遇法院的干预，裁量的概念产生，并确立了对属于行政部门或官僚体系裁量范围的，普通法院或行政裁判机关的审查应受限制的原则。^②所谓行政裁量，就是行政不受审查的自由空间。行政裁量，系由德国19世纪学者F. F. 迈耶（F. F. Mayer）以法国 *pouvoir discrétionnaire* 所发展形成的一个概念^③，其对应的德语为 *Ermessen*，英语为 *administrative discretion*。

行政裁量的研究，以F. F. 迈耶1862年出版的《行政法的原则》一书为嚆矢^④，迈耶堪称行政裁量论的鼻祖。在该书中，他将不受法的羁束，从而也就不能作为法律问题给予权利救济的领域称为“纯粹行政”（*reine Verwaltung*）并将其分成考虑法的职务行为（相当于内部事项）、一般性处置和命令、单个命令和处置三种类型。他将纯粹行政的单个命令和处置领域的行政作用作为自由裁量权支配的领域，具体又分为三类：第一种裁量见于行政作为国家或团体在司法上私人人格的代理，即国家或团体的财产的管理者，与私人完全一样，对他人行使权利的情形。当时，国库理论居于支配地位，这是很有意义的，但在今天，其基本上属于私人的行为。第二种裁量主要是国家高权上的赋予、分配或通过公共团体的自由决议等初次赋予权利，例如国籍的赋予、外国人的入境许可、营造物给私企使用的特许、公共团体法人资格的赋予等。

① 杨建顺：《行政规制与权利保障》，502页，北京，中国人民大学出版社，2007。

② 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，74页，北京，中国人民大学出版社，2005。

③ 参见陈慈阳：《行政裁量及不确定法律概念——以两者概念内容之差异与区分必要性为研究对象》，载台湾行政法学会编：《行政法争议问题研究》上，458页，台北，五南图书出版公司，2001。

④ 参见翁岳生：《行政法与现代法治国家》，36页，台北，三民书局，2015。

行政机关对赋予的相当性、有用性、衡平性、容许性等进行自由判断，进而作出决定。当时，将多义性的概念理解为在赋予权益的行为中存在裁量的概念，赋予与否不产生违法的问题。第三种裁量是通过高权对已获承认的个人或团体权利的范围作出限制性影响。在限制个人权利、课予义务的领域也承认裁量的理由是，生活现象和事情具有不确定、多样性和程度的差别时，法律至少应当满足一般性根据和一般性框架的设计要求。但不能只顾及权利的形式平等、合法性，以免无理地导致不正确的状态，法律就应当容许在这些一般性的根据和框架中为考虑个别的、处所、时间等情形保留充分的余地。积极的行政就需要对技术性事项作出衡量判断。^① 由于当时行政诉讼制度尚未建立，迈耶的理论完全未考虑法院对行政裁量的审查问题，而仅对行政裁量本身加以分析。他从裁量与法律的关系入手，将行政裁量分为两种，即纯粹行政的裁量和法律适用的裁量，这一分类是一个伟大的贡献，成为后来自由裁量与羁束裁量或不确定法律概念区分的滥觞。^②

在行政裁量理论的研究初期，只有“自由裁量”（freies Ermessen）与羁束行为的对立，只是到了1910年时，奥地利学者劳恩（von Laun）将“自由裁量”一分为二，即“羁束裁量”和“狭义的自由裁量”，“自由裁量”开始成为行政裁量的下位概念。羁束裁量是行政机关根据立法者的目的作出行为，行政机关不得考虑不同于立法者的目的，不允许有独立的判断；而狭义的自由裁量是立法者授予行政机关作公益性的比较衡量的权限，行政机关与立法者居于相同的地位。前者受行政法院的审查，后者则排除行政法院的审查。^③ 此后，真正受到关注的正是狭义的“自由裁量”。这一学说经由美浓部达吉、佐佐木惣一等人的介绍传至日本，而美浓部达吉的学说又被介绍至中国。“自由裁量”的概念经由这一途径传入中国。

美浓部达吉的行政裁量理论早在20世纪初就传入了中国。当时，

① [日] 锅泽幸雄「ドイツにおける行政裁量概念の成立序説」早稻田法学会誌12号（1962年2月）205～208页参照。

② 参见翁岳生：《行政法与现代法治国家》，36～37页，台北，三民书局，2015。

③ 参见[日] 田村悦一：《自由裁量及其界限》，李哲范译，17～18页，北京，中国政法大学出版社，2016。详细介绍，可参见本章第二节一。