



中国法学学术丛书

行政裁量 治理研究

一种功能主义的立场

The Government
of the Administrative Discretion
A Functionalism Perspective

周佑勇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家法治与法学理论研究项目成果
教育部新世纪优秀人才支持计划资助



中国法学学术丛书

行政裁量 治理研究

一种功能主义的立场

The Government
of the Administrative Discretion
A Functionalism Perspective

周佑勇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政裁量治理研究:一种功能主义的立场/周佑勇著.
—北京:法律出版社,2008.8
ISBN 978-7-5036-8669-6

I.行… II.周… III.行政法—研究 IV.D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第106637号

© 法律出版社·中国

中国法学学术丛书	行政裁量治理研究: 一种功能主义的立场	周佑勇 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
----------	------------------------	-------	----------------------

开本 A5

版本 2008年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.25 字数 217千

印次 2008年8月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8669-6

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社
2008年4月

序 言

在现代社会,裁量作为公共行政的典型特征,已经完全渗透到行政法领域的每一个角落,从而构成了行政法的最核心部分。很大程度上讲,现代公共行政的生命就在于裁量,行政法的中心任务则在于通过法治解决行政裁量的问题。某种意义上也可以说,行政法就是关于治理行政裁量权的法,而行政法学则是一门关于治理行政裁量权的艺术和事业。然而,行政裁量问题又是如此的复杂广泛而又令人揣摩不定,要想实现行政法对这一问题的有效治理,这无疑是一项十分宏大而艰巨的系统工程,也是一个值得行政法学去认真而理性对待的重大课题。

本书从分析行政裁量与法治的关系入手,以一种功能主义的立场,围绕行政裁量的治理模式选择,以及作为行政裁量法治化治理模式的四个环节即“作为规则之治的裁量基准”、“实体上的利益衡量”、“过程中的利益沟通”、“对裁量的司法制衡”等问题展

开研究,旨在通过科学创建行政裁量的法治化治理框架及其运行规则体系,勉力构建系统而成熟的行政裁量理论体系,探求切合中国特色的行政裁量治理方案。

第一,行政裁量的治理模式。考察以英美为代表的西方法治发达国家,其关于解决行政裁量问题的治理模式已从传统主流的规范主义控权模式拓展到功能主义的建构模式。在我国,着眼于全球化的视野和我国当下社会变革的要求以及未来法治发展的趋势,应当着力倡导一种以“原则”为取向的功能主义建构模式,即在法定、均衡和正当等行政法原则的统制之下,通过行政规则、利益衡量、意志沟通和司法审查等功能因素的有效发挥达到行政裁量的最佳建构,以实现行政裁量的法治化治理。

第二,作为规则之治的裁量基准。现代法治背景下,伴随着行政裁量治理转型而大量涌现的裁量基准,日益成为一种普遍的行政法现象和创新的行政自治制度。它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、平等性和公开性。考察裁量基准的正当性基础,除了其本身具有限定裁量范围、防止“同案异判”而有损个案正义的内在功能之外,直接源于西方限制性授权理论的发展。裁量基准作为一种解释性行政规则,对下级行政机关及公务员存在当然的拘束力,并具有一定的外部效力,可作为行政执法的依据。但只要说明正当的理由,仍可以逸脱裁量基准的边界,以实现个案正义。为保证裁量基准作为一种规则治理的正当性,除了裁量基准的设定不得越出法律规范本身的范围和法定权限,并遵守法定程序之外,在制度上还应当引入比例原则,完善行政参与和公开公布机制。

第三,实体上的利益衡量。利益衡量作为一种基本的法解释方法论,已被日益广泛地运用于行政法领域之中,并构成了行政裁量的核心内涵。行政裁量实际上就是一种利益衡量的过程,它

通过对裁量过程中所涉及各种不同利益的博弈、协调和权衡,以实现各利益之间共同“最大化”,并最终达成其实体内容的“均衡合理”。为实现这一目标,行政裁量中的利益衡量必须以具体案件的事实情节为基础,充分而全面地考虑具体个案中可能会影响裁量结论的种种法定事实情节与酌定事实情节,而不能脱离具体的情节去抽象和泛泛地空谈所谓的公平与正义。同时,行政裁量中的利益衡量侧重于追求“事情的本质”,但决不是说裁量主体可以忽视“既存法规及所谓法律”,而仅凭纯粹的“自由心证”得出最终的结论。现代法治虽然允许行政主体在裁量过程中,尽可能地发挥主观能动作用,但依然强调行政活动应在“立法框架”内进行,行政裁量的利益衡量必须是在充分考虑立法规范、行政惯例、公共政策等规范因素基础上的“缘法之治”。因此,这里所倡导的是一种均衡性的利益衡量理论,它通过对裁量过程所涉及的事实情节、法律规范、行政惯例、公共政策等各种实体影响因素的全面考察和权衡,以实现对行政裁量实体内容上的最佳建构。

第四,程序上的利益沟通。利益均衡需要通过利益沟通的过程来实现。沟通是协调利益关系、统一不同利益、保护各种合法利益以达致利益均衡的有效途径。在行政裁量中引入利益沟通机制,对于解决行政裁量滥用带来的公正与效率的矛盾以及对社会秩序的危害,实现行政的民主化,促使形式法治走向实质法治等都具有重要的价值。为实现对行政裁量的过程建构,有必要在行政正当原则的统领下,进一步完善现有的参与、听证和公开的利益沟通方式,并构建新型的契约、磋商、和解、调解等实质性利益沟通方式,尤其是和解在行政裁量过程中的引入。

第五,对裁量的司法制衡。对于法治国家而言,法院是最终确定“法律是什么”的地方,司法审查是自由和正义的最后一道防线。重塑行政裁量的治理模式,并不意味着司法审查的退出。相反,对裁量的司法制衡,已成为现代法治的基本标志。但是,伴随

着行政裁量治理模式的转型,司法制衡的策略不再仅仅是一种严格的法律控制;而应当秉承着一种“司法尊重与严格审查相并存”的司法态度,在保证行政的必要灵活性的同时又能够有效制约可能出现的行政专断问题;司法制衡的路径也不再仅仅是追求一种单纯的“规则至上”,而应当通过法律原则在司法审查中的适用以及案例指导制度的作用,更加有效地发挥司法对行政裁量的能动性制衡功能。

本书系司法部“国家法治与法学理论研究项目”结项成果,同时获得教育部“新世纪优秀人才支持计划”的资助,特此致谢!在本书的写作过程中,我的博士研究生伍劲松、邓小兵、尹建国、钟芳、陈实、戴建华等在资料的收集整理、部分内容的合作研究、文稿校对等方面提供了诸多帮助。同时,本书的部分成果已发表在《法学研究》、《中国法学》、《环球法律评论》、《法商研究》、《法律科学》、《行政法学研究》等刊物,所发刊物的编辑们也提供了宝贵的意见,他(她)们是:马怀德教授、周汉华教授、吴雷编审、何柏生编审、谢海定博士、戚建刚博士等。在此,谨向他(她)们表示崇高的谢意!

目 录

第一章 行政裁量及其治理模式 / 1

一、域外行政裁量理论之考察 / 1

(一) 德国法中的行政裁量学说溯源 / 2

(二) 英美法中对行政裁量的认识 / 5

二、我国对行政裁量的研究状况 / 9

(一) 台湾地区学者的研究 / 9

(二) 大陆地区学者的认识 / 10

三、行政裁量的理论界定 / 13

(一) 外延: 行政裁量与不确定法律概念的关系 / 13

(二) 内涵: 行政裁量是否存在“自由”的问题 / 16

(三) 行政裁量的存在形态剖析 / 20

四、行政裁量与法治: 排斥或补充 / 22

(一) 实质法治与行政的能动性 / 23

(二) 形式法治与个案的正义性 / 27

(三) 裁量的另一面——危害与治理 / 31

五、英美行政裁量的治理模式 / 33

(一) 传统主流的规范主义控权模式 / 34

(二) 正在生长的功能主义建构模式 / 36

(三) 两种治理模式之比较 / 40

六、行政裁量的中国治理模式选择与制度构建 / 41

(一) 通过行政规则对行政裁量范围的适当限定 / 42

(二) 通过均衡性利益衡量对行政裁量的实体建构 / 44

(三) 通过实质性利益沟通对行政裁量的过程建构 / 46

(四) 司法审查技术的跟进与完善 / 49

第二章 作为规则之治的裁量基准 / 53

一、引言：现象、问题与理论回应 / 54

二、裁量基准的正当性基础 / 57

三、裁量基准的范围与效力 / 63

(一) 裁量基准的功能范围 / 64

(二) 裁量基准的适用效力 / 70

(三) 小结 / 73

四、裁量基准制度的构建 / 74

(一) 裁量基准设定的原则 / 75

(二) 事实情节与裁量格次的划分 / 77

(三) 裁量基准制定中的公众参与 / 79

(四) 裁量基准的公开公布机制 / 80

(五) 对裁量基准的监督制约 / 81

第三章 实体上的利益衡量 / 85

一、利益衡量的必要性及其一般原则 / 86

(一) 利益衡量方法及其在行政裁量中适用的必要性 / 87

(二) 行政均衡：利益衡量之一般准则 / 90

(三) 均衡性利益衡量的实现 / 96

二、裁量的情节与适用 / 98

(一) 裁量情节的体系及其影响 / 98

(二) 多项情节的适用冲突与竞合 / 106

(三) 构建裁量情节适用的新模式 / 111

三、惯例、公共政策与利益衡量 / 117

(一)行政惯例的影响 / 119	
(二)公共政策的调整 / 125	
四、个人社会资本的影响 / 136	
(一)个人社会资本的类型及其对裁量的作用方式 / 138	
(二)个人社会资本影响裁量的原因分析 / 143	
(三)削减个人社会资本对裁量不当影响的策略 / 147	
 第四章 过程中的利益沟通 / 160	
一、利益沟通的价值及其一般原则 / 160	
(一)在行政裁量中引入利益沟通机制的价值 / 161	
(二)行政正当:利益沟通的一般原则 / 165	
(三)实质性利益沟通之提倡 / 169	
二、参与、听证和公开:利益沟通的一般方式 / 170	
(一)参与的形式 / 170	
(二)听证的价值 / 172	
(三)公开的作用 / 174	
三、构建新型的实质性利益沟通方式 / 178	
(一)行政契约 / 180	
(二)磋商抑或协商 / 184	
(三)和解与调解 / 189	
(四)小结 / 192	
四、和解的引入 / 193	
(一)裁量:和解在行政法中引入的前提与空间 / 193	
(二)和解:行政裁量有效运行的一种制度选择 / 196	
(三)构建我国行政裁量的和解制度 / 199	
(四)行政诉讼和解的制度改革 / 203	
 第五章 对裁量的司法制衡 / 215	
一、司法制衡的必要性及其策略调整 / 215	
二、司法审查的范围与标准 / 217	
(一)对裁量的司法审查范围 / 218	

(二)对裁量的司法审查标准 / 224

三、从规则到原则：司法审查标准的抽象化路径 / 231

(一)法律原则在法律体系中的引入 / 232

(二)法律原则的司法适用功能与效力 / 235

(三)法律演进中的法律原则 / 240

(四)法律原则司法适用的个案分析 / 243

四、从案例指导到判例制度的发展 / 249

(一)观察对象：“行政[2005]004号案例” / 250

(二)案例指导制度对以往案例编纂制度的超越 / 251

(三)现行案例指导制度存在的不足与未来发展 / 255

(四)结语 / 260

主要参考文献 / 262

第一章 行政裁量及其 治理模式

行政法被裁量的术语统治着。

——[美]科克(Charles H. Koch)

裁量权是行政法的核心问题(heart)。

——[英]韦德(H. W. R. Wade)

裁量权是行政权的核心。行政法如果不是控制自由裁量权的法,那它是什么呢?

——[美]伯纳德·施瓦茨
(Bernard Schwartz)

一、域外行政裁量理论之考察

“行政法的精髓在于裁量”,美国威廉玛丽学院的科克教授(Charles H. Koch)甚至说,“行政法被裁量的术语统治着”。^①无论是德奥等欧陆国家还是英美国家都十分重

^① Cf. Charles H. Koch, *Judicial Review of Administrative Discretion*, (1986) 54 Geo. Wash. L. Rev. p. 469.

视行政裁量问题的理论研究。在我国,如同其他的许多社会科学概念一样,行政裁量是一个“舶来品”。但是由于我国学者在“拿来”这一概念时欠缺科学的梳理与借鉴,因而直接导致我国行政法学界长期以来对这一概念的误读、泛化,甚至滥用。由此不仅使得我国行政裁量的理论研究一直处于“无所作为”的状况,而且极大地制约了行政裁量功能的有效发挥,无法满足行政法实践的现实需要。有鉴于此,我们首先有必要对域外行政裁量理论之演变加以梳理与考证,以求正本清源、统一话题,并指导我们的理论与实践。

(一) 德国法中的行政裁量学说溯源

从世界范围内来看,行政裁量学说与德奥等欧陆国家行政诉讼制度的发展息息相关。根据我国台湾学者翁岳生教授的考证,行政裁量一词源于德国学者 F. F. Mayer 之首创,后经奥国 F. Tezner 等学者的发展而将“不确定法律概念”从行政裁量中分离出来;“二战”后的德国在继受这一学说的基础上进一步作出了更加精细化的研究。

1. 德国学者 F. F. Mayer 与奥国学者 F. Tezner 对行政裁量学说的贡献

德国学者 F. F. Mayer 在其 1862 年出版的《行政法之原则》一书中最早表述了行政裁量学说。他在该书中,从裁量与法律的关系出发,将行政裁量分为两种,即纯行政裁量与法律适用裁量。前者如行政机关管理国家财产,以及公法上形成权的行使等;后者乃是一种弹性法条的适用问题,行政机关对具体案件有较大斟酌及较多的考虑。此种分类是其最重要的一项贡献,成为后来“自由裁量”与“羁束裁量”概念的区分,以及“自由裁量”与“不确定法律概念”区分的滥觞。但是由于缺少实务经验,F. F. Mayer 尚未能从本质上说明行政裁量的必要性及分类的科学依据,由此也误导了后世学者的研究,如对“自由裁量权”一词的使用。另

外,由于客观原因,当时并没有建立行政诉讼制度,因此该理论完全未考虑法院对行政裁量审查的问题,而是代之以上级行政机关的审查,不过他所列举的具体审查标准为后世提供了研究路径。^①

如果说 F. F. Mayer 是行政裁量学说的创造者,那么奥国学者 F. Tezner 则是有关“不确定法律概念”学说的开拓者。其主要贡献是主张将“公益”、“合目的性”、“必要性”、“公共安宁与秩序”等不确定概念视为法律概念从行政裁量中分解出来,可以由法院审查。“自由裁量”与“不确定法律概念”则不同,“自由裁量”只有在法律使行政机关对各种不同执行的可能性有“选择的自由”时才有意义,而行政机关由法律授权行使对各种执行可能性选择时,法院不得加以审查。^② F. Tezner 关于“不确定法律概念”的学说对其后德国法学者研究行政裁量与不确定法律概念产生了重大的影响,并为德国行政法院所接受。

2. 战后德国学者对行政裁量学说的发展

“二战”后,基于对行政的不信任和对法治的渴望,德国法学者对行政裁量问题进行了激烈的探讨,并比较一致地认为,从严格限制行政自主性出发,应当将行政裁量与不确定法律概念明确区分开来。如平特纳教授认为,“裁量是在已确定事实要件的情况下,法定地确定法律效果的酌量余地;而在不确定法律概念的解釋或判断活动范围内,相反仅涉及对法定事实要件或活动方式的理解和认定。一般在裁量中可具有多个正当的决定,只有行政机关有权进行选择,法院不得变更;相反,对不确定法律概念的解釋,法院可进行全面审查”。^③

① 翁岳生:“论‘不确定法律概念’与行政裁量之关系”,载《行政法与当代法治国家》,台湾祥新印刷有限公司 1990 年版。

② 翁岳生:“论‘不确定法律概念’与行政裁量之关系”,载《行政法与当代法治国家》,台湾祥新印刷有限公司 1990 年版。

③ [德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 56~57 页。

德国另一位著名学者哈特穆特·毛雷尔教授则对行政裁量与不确定法律概念进行了更为细致的区分。他认为,裁量是指行政机关处理同一事实要件时可以选择不同的处理方式,具体表现为两种情况:一是行政机关决定是否采取某个法定措施,此谓之决定裁量;二是在各种不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择哪一个,此谓之选择裁量。裁量并没有给予行政机关自由或任意,“自由裁量”是不存在的,只有“合义务的裁量”或者“受法律约束的裁量”。裁量与不确定的法律概念具有严格的区别,裁量的客体是法律后果(“法律后果裁量”、“行为裁量”),而不确定的法律概念和判断余地的客体是法定事实要件。^①

根据巴霍夫在1955年提出的判断余地理论,行政机关通过适用不确定的法律概念获得了一种判断余地,即独立的、法院不能审查的权衡领域或判断领域;行政法院必须接受在该领域内作出的行政决定,只能审查该领域的界限是否得到遵守。毛雷尔却认为:不确定的法律概念可以并且必须受到全面的司法审查。只有在情形或者事务特殊、不可能审查或者不可能全面审查,即遇到不可逾越的事实界限及与其相应的法律界限的情况下,例外才是合法的。司法提出的例外也只有在这种条件下才是正当的。有关行政机关终局裁决的法律授权本身是不充分的,只有在设定特别条件的例外情况下,对行政机关的终局裁决授权才符合宪法,才可以适用。判断余地或者——从规范授权理论中发展出来的——判断余地授权只有在具体案件适用不确定法律概念(涵摄)时才予以考虑。对扩大不确定法律概念抽象理解的做法应当予以反对,因为这种做法可能造成法律的支解或者不确定,而消

^① [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124~132页。

除或者阻止这种不确定性正是法院的任务之一。^①所以在德国,直到毛雷尔这儿,行政裁量行为与不确定法律概念才有了更为清晰的区分,并且更多地从司法审查的角度对其进行了探讨。

由此可见,德奥等大陆法国家对行政裁量的研究,更多的是在一步步地缩小自己的研究范围,从而将不确定法律概念从裁量理论中排除,重点研究行政裁量与司法审查的关系。

(二) 英美法中对行政裁量的认识

英美法国家因其不成文法的特征,学者对行政裁量与不确定法律概念等问题,并未引起激烈的探讨。这些国家,对于有关行政裁量问题,概以越权或者权力滥用的法理处理。因此,在研究视点上,英美学者与德国学者不同,英美学者往往从行政裁量与法治的关系着眼,以越权原则为出发点,以是否接受司法审查为标准研究行政裁量的具体权限,而不像德国学者更多地从逻辑的角度出发去探讨行政裁量的范围及其分类。

1. 关于行政裁量与法治的关系

在英国传统法治(rule of law)概念中,裁量权被认为是专断权力的集中体现而被完全否定。这一观念源于戴雪(A. V. Dicey)对法治的经典界定。戴雪认为,“英国人依法,而且只依法进行统治”,任何实质性的自由裁量行为,都是与专制联系在一起的,都构成对个人自由的威胁,因而决不允许政府享有任何方面的自由裁量权。^②戴雪的这种法治观是19世纪资本主义自由放任政策的反映。到了20世纪,由于资本主义社会经济的发展,英国人的法治观念开始发生变化,戴雪这种将“专断”(arbitrary)与“行政裁量”(discretionary)相提并论而加以全面排斥的法治观,受到了现

① [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134~147页。

② A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan Education Ltd., 10th ed., 1959, pp. 202-203.