

21世纪法学研究生参考书系列

行政法案例分析和研究方法

余凌云◎著

中国人民大学出版社

余凌云◎著

行政法案例分析和研究方法

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法案例分析和研究方法/余凌云著.

北京:中国人民大学出版社,2008

(21世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-09837-1

I. 行…

II. 余…

III. 行政法-案例-分析-中国-研究生-教学参考资料

IV. D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 158467 号

21 世纪法学研究生参考书系列

行政法案例分析和研究方法

余凌云 著

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)

010-62511398 (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 涿州市星河印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 张 23.5 插页 3

印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

字 数 381 000

定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

余凌云 清华大学法学院教授，博士生导师，公法研究中心主任；研究领域为行政法学、行政诉讼法学、警察法学。

兼任中国法学会行政法学研究会常务理事，中国法学会案例研究专业委员会常务理事、副秘书长，中国法学会比较法学研究会理事，首都社会治安综合治理研究会理事，中国人民大学宪法与行政法治研究中心客座教授，北京大学法学院软法研究中心客座研究员，中央民族大学法治政府与地方制度研究中心客座教授，中国警察协会学术委员会委员，中国安全防范产品行业协会专家委员会委员。

1989年于南京大学法律系获法学学士学位。1994年、1997年于中国人民大学法学院获法学硕士、博士学位。1989年—1991年在安徽省马鞍山市人民检察院工作。1997年—2006年在中国人民公安大学工作，担任讲师、副教授、教授，三级警监，享受公安部部级津贴。1998年2月—1999年1月被聘为香港城市大学法学院研究助理（Research Associate）；2002年3月—2003年3月在英国剑桥大学法学院做访问学者（visitor）；2004年11月—12月在英国布莱姆希尔警察学院接受高级警官培训。

个人著有《行政契约论》（中国人民大学出版社，2000年1版，2006年修订2版）、《行政自由裁量论》（中国人民公安大学出版社，2005）、《警察行政强制的理论与实践》（中国人民公安大学出版社，2003年1版，2007年修订2版）、《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》（中国人民公安大学出版社，2004年1版，2007年修订2版）等5部学术专著。曾在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法

学》、《法学家》、《中外法学》、International Journal on Minority and Group Rights 等国内外学术刊物上发表论文八十余篇。主持国家社会科学基金项目、教育部优秀青年教师资助计划项目、北京市哲学社会科学规划项目、公安部部级重点课题和工作专项项目、司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目等多项课题。

入选2007年教育部“新世纪优秀人才支持计划”。获得首届中国青年法律学术奖(法鼎奖)(2005年)、北京市第八届哲学社会科学优秀成果二等奖(2004年)、第二届“钱端升法学研究成果奖”三等奖(2008年)等奖项。参加《行政程序法》、《紧急状态法》、《禁毒法》、《政府采购法》、《政府信息公开条例》、《安全技术防范服务管理条例》等立法研究、论证或起草工作。

在中央电视台综合频道“今日说法”、新闻频道“法治在线”和“东方时空”、社会与法频道“法律大讲堂”,公安部“中国警务报道”,中央人民广播电台“新闻观潮”和“中国之声”,凤凰卫视“鲁豫有约”,东方卫视“新闻纵横”等栏目做过大量法制宣传工作。

我们为什么要重视行政法案例 (代序)

只有在学生们实际运用时，只有在被实际运用到解决具体法律问题时，方法论才能被很好地理解和吸收。^①

——Phillip E. Areeda

我听见的事情，我忘记。我看见的事情，我记住。我去做的事情，我理解。^②

——Lee Stuesser

或许，作为一本有关案例教学方面的教材，开门见山地谈眼下我们关心的这个话题，多少有点说教的味道，但似乎是再恰当不过了。就像很多教师在上第一堂课时都喜欢强调学习这门功课的重要性，尽管在学生们眼里，似乎已“老生常谈”得让人多少有些厌烦 (boring)，但我认为，这却是一个完整教学体系不可轻易逾越的、不能随意涂抹的过程。

另外，我也想借此机会，通过这样的自我追问，从学术上认真整理、反思已经积累的教学经验和学术研究，认真梳理一下案例 (case) 在行政法的实践和理论发展过程中究竟起到了什么样的作用。然后，把这方面的研究发现和心得体会比较系统地传输给学生。

的确，撰写本书的初衷是为了进一步加强案例教学，探索教学方法的革新，但我却十分不情愿把自己的思考就仅仅局限在这样狭隘的境界之中。我始终坚信，案例分析的教材不能，也不会仅仅是“以案释义”，仅仅是行政法理论脚注，永远是行政法的一个“婢女”，不能登堂入室。就是从行政审判的制度性效应的角度说，我们也完全有理由把案例分析教材做得更加精致一些，甚至变成一本很有品味的学术性著作。

这也是我撰写本书时孜孜不倦地追求的一种学术境界、一个学术目标，也是让我心醉神迷的一个学术梦想。我盼望能够超越传统，把学生

① See Phillip E. Areeda, "The Socratic Method", (1995—1996) 109 *Harvard Law Review* 915.

② See Lee Stuesser, *Skills for the Masses: Bringing Clinical Skills to More Students at Less Cost*, 10 *J. ORF. Legal Educ* 119, 121. 转引自杨欣欣主编：《法学教育与诊所式教学方法》，142~143页，北京，法律出版社，2002。

引领到更加广阔的思考空间；我希望能够超越自我，能够给我的学生更多的、更广阔的视野与学术内涵。我也热切希望读者们不要仅仅把本书看作是一本教材，而更多的是当作一本学术著作来看待。

那么，我们为什么要重视行政法案例呢？

早在20世纪90年代就有学者开始审视、批判和反思我国法学教育的弊端。比如，方流芳教授就曾指出：“法学教育被当作真理的传授，而不是激发怀疑和批判精神的一种方法。因此，教授的任务是灌输，而不是鼓励学生怀疑现成的理论、探究理论的背景。”^①贺卫方教授也说：“在中国近代乃至现代法律教育的学术研究谱系和实际操作谱系两者之间，可以发现一个有趣的‘不曾间断’的理论与现实的紧张关系：一方面，研究者呼吁灵活启发式的教学；另一方面，法律教育从基本上来看事实上总是‘规训’填鸭式的。”^②

但是，“灌输”、“填鸭”似乎并没有因为受到批判而喊停，因声讨而销声匿迹。从现今每个法学院的每门必修课的闭卷考试看，的确是或多或少地存在着这个问题。那么，如何进一步改进呢？加强案例教学，或许是一个路径。

对一个个具体、鲜活而真实的案例进行思考与研究，谋划着解决之道，无疑能够加深我们对行政法理论的理解，品味出理论的精妙，领略到理论的魅力，知道理论是怎么“从实践中来，到实践中去”，同时也能够让我们从中发现某个（些）制度与理论上存在的问题，思考完善的对策。这种测试，“必须把一个漫长的活体生命挤压在特定时间、特定地点、特定程序之中，而这种挤压又是书面化的”^③。案例研究也就成了连接理论与实践的一个重要桥梁，变成了一个逼真的演练场。

我们可以把司法经验的积累分为两个阶段：一是调查案件的事实。这必须与一个个活生生的人或者组织打交道，会受到调查方法、人际关系、具体情境等诸多变量的影响，需要积累丰富的社会经验、对人情世故的体察。二是在事实基本确定的前提下，纯粹作法律上的分析。

① 方流芳：《中国法学教育观察》，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，43页，北京，中国政法大学出版社，1997。

② 贺卫方编：《中国法律教育之路》，序，北京，中国政法大学出版社，1997。转引自 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=32555。

③ 余秋雨：《山居笔记》，231页，上海，文汇出版社，2002。

从某种意义上讲，前者是动态的，后者是静态的。在窗明几净的课堂上，在有限的时空内，无法与各色人物交锋，没有调查的情境，要对客观发生的案件事实进行还原、核实十分不易。但是，要做到后者，却不是遥不可及。在课堂上的案例分析，实际上是在操练后一个阶段的任务，是在假定案件的基本事实已经清楚、无须调查的前提下进行的法律上的推演。这当然也是很能够锻炼人的。

而且，加强对本国实践案例的研讨，自然有助于加深对本国问题的了解，获得真实的问题感，透彻理解法律，校正理论研究的态度、路径与方向。法律是一门实践的学科，也必然是一种地方性知识。

二

对案例的行政法分析，完全可以放到更加宏观的视野之中去操作，其意义也就更为悠长深远。我们可以仔细地考察法院是如何发展行政法的。这种具有制度效应的逐步推进，毫无疑问，是通过一个个案件的审判、一个个案件的突破来完成的。那么，法院创制规则的边际又在哪里呢？怎样保证“法院造法”是在宪法允许的制度角色之限度内呢？又有什么样的特征呢？

在这个学术考问过程中，我们发现了“制度是如何形成的”（苏力语），制度是如何发展的或者应该怎样发展。我们还发现了法院是如何“通过判案发展法律”（何海波语）的，“个案促进法治”（吴革语）是如何发生的。我们就不会，也不敢轻视行政法案件，我们就会把个案之中的努力和成就看作具有“滴水穿石”的效应，会由“点”发展成“面”，会成为法治主义实践的一个重要路径；也会使得我们的理论研究不再是“不食人间烟火”，会把我们的脸更近地贴在中国实践的“黄土地”上。

要做到这一点，我们仍然必须从大量的创新性判决（实践）之中去观察、归纳和总结。我们还可以求助于对西方类似经验的考察、比较与分析。当然，我们必须十分警惕，西方的经验是特定情景下产生的，具有地方性。^①但这并不否认其中也会揭示出一些共性问题，供我们汲

^① 余秋雨曾写道：“清代来华的不少西方传教士在考察科举制度之后曾大为赞叹，认为发现了一种西方也还没有找到的完善的‘文官选拔制度’，便急切地向世界介绍。但他们的考察毕竟是浮浅的，只是粗略瞭望了一下科举考试的程序和规则，而未能窥及深潜的隐患，因此他们也就无法理解，有着如此完善的‘文官选拔制度’的中国，怎么会造成国家管理人才的严重匮乏、整体文明素质的日益枯萎、陷于越来越混乱和贫困的境地？”（余秋雨：《山居笔记》，219页，上海，文汇出版社，2002。）现在我们在对西方制度急切引进之时，是否也会有同样的问题？

取、佐证。而弄清楚我国法官实践所形成的合理边际之后，又反过来可以成为我们评判今后其他个案的依据和标准，为我国法院的创新性实践寻找理论的支点。这一点很重要。

我曾经参加北京市第一中级人民法院组织的关于“行政诉讼协调问题”的论证会，对法院制度创新的艰难与顾忌深有感触。显然，他们有更多的条条框框，在理论、法律、传统和责任的夹缝之中彷徨、犹豫，踟蹰而行。法院的协调，这个在《行政诉讼法》实施伊始就相伴而生的现象，是不是像有些学者责难的，在现行制度中没有生存的法律空间？这种羁绊像一张挣脱不开的网，始终束缚着人们，挥洒不去。

2008年年初最高人民法院出台的《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》，之所以要字斟句酌地改为“撤诉”，而不是直截了当地用“协调”，有着几许无奈。

在司法审查完毕之后，法院不直接作出裁判，反而是建议行政机关拿回去再“三思而行”，这也不是《行政诉讼法》里面原本就有的！^①在环环相扣的诉讼程序之间挤进的这个程序，循着批判者刚才的批判，也难逃合法性的质疑。

因此，我想通过不断追问“法院是如何发展行政法的”，为其明晰创新的边际。如此良苦用心，只为了给法院解缚，为其寻求理论的空间、合法的殿堂。

还有一个最高的境界，是我还不能企及的。我们还可以通过及时观察、研究和总结最新的法院判案，敏锐地捕捉审判发展的动向，梳理出一些有规律性的东西，指导以后的行政审判实践。所以，我相当佩服剑桥大学法学院的De Smith教授，他做到了这一点，他的名著《对行政行为的司法审查》(Judicial Review of Administrative Action)因此而不朽。对实践，他甚至比法官们还要敏感，还要身临其境，法官们没有感受到的动向，他觉察到了，还归纳、总结了出来。实践的发展也一再印证了他的预测是正确的。

我们还可以通过对案件的分析，去观察行政法与行政诉讼之间的内在关系。就像梳理线团一样，找出一根根对应的线头，形成对行政法“支架性结构”的完整认识，进而有意识地去搭建更多的、更漂亮的、

① 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释〔2008〕2号)第1条规定：“人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当，可以在宣告判决或者裁定前，建议被告改变其所作的具体行政行为。”

更精致的“支架”。

由此，我们也能够澄清一个问题，知道行政法与行政诉讼之间的关系，和刑法与刑事诉讼、民法与民事诉讼之间的关系很不一样，进而在研究方法上也自觉地摆脱诉讼程序的强烈影响，向行政法靠拢、靠拢，再靠拢，不断积攒行政法自己的语言和东西。

我们还可以在个案的研究中更加关注具体问题，更加关心部门行政法的特殊问题，实现一种理论研究趣味的逐步转移。我始终有一种强烈的感觉与预期，在不久的将来，行政法学者将大量涌入部门行政法领域，部门行政法的“个性”将会愈发彰显。

三

重视行政法案例，还源于对未来制度的憧憬。

最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》中明确提出：要“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用”。而且，由“最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件，规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等”。

未来的案例指导制度将会是什么样子？它和普通法上的判例有什么异同？在司法实践中具有什么样的法律效力？诸如此类的问题扑面而来，引起了学者的强烈关注，也刺激了新一轮的判例（法）研究热潮。据我们粗略地统计，1996年至2006年之间，关于宪法与行政法方面的判例制度研究，论文有17篇，其中2004年之后短短的两年内的就有9篇，约占53%。^①

另外一个行政法学者赵正群教授也表达过类似的观点，他说：“行政判例的数量过少，显然与我国法院的四级两审终审体制有关。这一司法体制使得最高人民法院极少直接审理案件，在极少直接审理的案件中其类型又必然有限。结果，使最高人民法院公布的判例在长时间以来，不得不主要采取选择编辑下级人民法院典型案例加以发表的做法。在增加了以‘法公布’形式发布最高人民法院审结的判决原文以后，又使同为最高人民法院发布的判例，出现了种类不一，构成形式不一，发挥拘束和指导作用也难以统一的问题。”^②

① 对判例制度进行总体研究的，从1985年至2006年论文有131篇，其中2004年之后的有24篇。从1997年到2004年，涉及这方面的著作（包括译著）有29部。感谢清华大学法学院管君所做的统计工作。

② 赵正群：《行政判例研究》，载《法学研究》，2003（1）。

从自我选择和自我决断的角度看，的确会有上述问题。但我认为这种勾连似乎还是受到了西方判例理论的潜意识影响。“判例”不见得只能自己亲手创造。随着地方高级人民法院的审判水平的迅速上升，最高人民法院也不是没有可能从地方高级人民法院（也包括中级人民法院）的判决之中遴选一些有意思的案件，通过《最高人民法院公报》（以下简称公报）认可这种地方性创新，变成最高人民法院的指导意见，赋予普适性效力，形成一个个审判的规则。

假如我们再认可梁慧星先生提出的，对于公报中认可的具有创新意味的规则，地方法院在审理相同案件时如果不采用，就必须说明理由，必须指出本案具有与公报案件有着实质性不同，或者雄辩地论证公报案件所认可的规则有问题。在当事人（包括其律师）、上诉法院、媒体和学者的监督或牵制之下，公报案件的指导效力无疑会得到进一步加强^①，使得公报上的判案变成一种地方法院不得不遵从的、不敢轻易逾越的类似法规范的规则。^②

同样，我们对地方法院出台的规范性文件的作用也不能小觑。这种规范性文件表面上类似于行政化的操作，或许我们会指责它是法院行政化的一种表征，但实际上，它仍然是对一定地区的行政审判实践的总结，也是建立在个案的基础之上的。从某种意义上讲，这也可以认为是一种案例指导制度的变形。^③

① 王学辉、邵长茂认为，“指导性案例”的效力来自两个层次：一是以国家权力作为支撑的法院内部上下级的监督关系构成了“指导性案例”效力的形式基础；二是彰显知识和经验价值的实践理性构成了“指导性案例”效力的实质基础。参见王学辉、邵长茂：《“指导性案例”在行政诉讼中的效力——兼论案例分类指导制度之构建》，载《行政法学研究》，2006（2）。

② 从大陆法系国家的经验看，审级制度的存在的确会对下级法院产生制约作用，使其在突破或者背离已有判例或者规则的时候必须审慎考虑。要想突破或者背离，比较有把握的情况是：（1）持有充分自信，向被认为不应继续具有合法或公正性的判例挑战，作出自认为合法或公正的判决。当作出这一选择时，法官的自信通常要达到这样的程度，即认为即使当事人上诉，上级法院也会改变在以往判例中所持的立场而支持自己的判决。（2）发现本案与判例事实之间存在着某种实质性不同，从而使判例不适用于本案。参见赵正群：《行政判例研究》，载《法学研究》，2003（1）。

③ 这种看法也许会一不小心把司法解释也拉了进来，引起轩然大波。所以，我还是小心翼翼地把司法解释剔除在未来的案例指导制度的形态之外。其实，我在和甘文（最高人民法院行政庭的法官）的交谈中获知，在司法解释的草拟中，基本上每一个条文也是有具体案件作支撑和来源的，只不过这些出处被隐匿了。所以，司法解释也不是“从一般到一般”，而是案例指导的变形。

上述公报案件和地方法院的规范性文件应该算是相当正式的制度，也很可能会成为中国式判例法的雏形。^①与此同时，我们还可以从更加宽泛的意义上谈案例的指导作用，把因案例的权威性来源而产生的指导（参考）作用也算在内。也就是说，由有权威性的机关公布的案例，也可能基于机关的权威性而对法院的判决以及行政机关的相关制度建设发挥作用。

章剑生教授对可能成为未来中国判例法前身的“典型案件”的研究是细腻的、开创性的，尤其是他对那些处于边缘的“典型案件”的观察和归纳，对我很有启发。我把他的一段研究摘抄如下：

除此（公报案件）之外，最高人民法院“对有重大影响的案件的裁判文书，商请《人民日报》、《法制日报》等报刊予以公布”。这类案件公布的目的不在于它对下级法院的“指导作用”，更多的是一种教育、宣传的意义，一般也没有“裁判摘要”。另外，由最高人民法院行政庭编的《行政执法与行政审判》，迄今已公布了29份“最高人民法院行政判决书”。由最高人民法院行政庭编的《行政审判指导》，迄今已公布了3份“最高人民法院行政判决书”。在形式上与《行政执法与行政审判》公布的行政判决书相同，但其中若干行政判决书已经在公报上公布过。其第1辑中的“卷首语”称：“随着行政诉讼制度的不断完善和行政审判实践的不断丰富，《行政审判指导》将会更好地发挥业务指导刊物的积极作用。”^②

上述这些边缘性的“典型案件”尽管不具有规范意义，但却很可能成为地方法院法官审理类似案件时查阅的资料来源，在参考之中受到潜移默化的影响，在非规范之中得到规范。我很赞成这种见解——“一个先前判决是否对正在审理的案件具有某种正式的或者非正式的约束力，也是由后来的法官选择、决定的。当代中国指导性案例不是正式意义的法律渊源，它的效力主要是一种说服力，这种说服力的基础是案例本身所提出的、对法律规则具有一般性的解释，或者有关某一或某些法律尚无规定或规定不清的问题的法律解决方法，而这更应当主要是由后来的法院在审理他们所面临的新案件来判断、决定的。”^③ 让后来的法官接

① 法院如何通过公报和规范性文件发展法律，详见余凌云：《法院如何发展行政法》，载《中国社会科学》，2008（1）。

② 章剑生：《作为行政法上非正式法源的“典型案件”》，载 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=40389。

③ 张琪：《试论指导性案例的“指导性”》，载《法制与社会发展》，2007（6）。

受、被说服、主动选择，是指导性案例的内核。

所以，甚至，我们还可以跳出法院的圈子，把案例指导的界定再扩大一些，我们会发现，近年来，政府有关职能部门、司法机关、学界开始热衷于向社会公布本年度发生的“十大典型案件”，也可以算是一种广义上的案例指导制度，与前面章剑生教授所说的后三种“典型案例”有着某种异曲同工之妙。比如，由《法制日报》社与中国律师协会共同主办，由清华大学法学院、北京大学法学院、中国政法大学法学院、中央财经大学法学院等单位协办的“2005年中国十大影响性诉讼评选活动”中，杜宝良巨额罚单案、北京市二环路奥拓车撞人案等案件成为“2005年中国十大影响性诉讼”^①。当然，这类案件的指导作用不在于规则的确定与指导，而是更加侧重于揭示有关制度的缺失与改进方向。通过媒体的宣传与监督，行政机关自我反省和自我约束，它也可能会起到制度化构建的作用。

总之，上述实践已经预示了我们将形成有中国特色的判例制度。“中国特色”的定语不是脱口而出的套话，而是有客观实在的依据。上述实践似乎强烈地暗示我们，这种制度将会是多元的、色彩斑斓的，是中央统一化努力和地方分散化实践并存的格局。我们的努力方向是使它们在发展中更加和谐，在互动中实现统一。

四

最后还有必要对本书的体例作一番交代。本书共分两编。

第一编突破了以往的行政法案例分析教材只重视个案的分析，而是用大量的篇幅介绍和研究如下问题：法院是如何发展行政法的？行政诉讼法对我国行政法理论与立法实践的影响究竟有多大？行政诉讼与行政法之间的内在关系怎样？整个行政法是呈现出一个漂亮的支架性结构吗？它有着怎样的内涵？行政法案例研究和教学的方法有哪些？通过对这些问题的探讨，希望能够帮助学生进一步认识到研究行政法案例的重要性，具有更加广袤的视角。

第二编精选了一些近年来媒体关注、学界讨论过的案件或者事例，运用多种形式进行分析，关键是将案例研究方法融入这些分析模式之中。包括：

① 《2005中国十大影响性诉讼评选揭晓》，载 <http://news.sina.com.cn/c/2006-01-09/21548817169.shtml>。

(1) 传统的案例分析模式。也就是在详细梳理和介绍整个案件发生、发展的基本情况的基础上,提炼出一些比较重要的法律问题,然后针对这些问题逐个进行理论分析。比如,“麻旦旦处女嫖娼案”、“汇丰公司诉哈尔滨市规划局案”、“‘夫妻看黄碟’案”、“北京市二环路奥拓车撞人案”都属于这种路数。

(2) 论文形式的案例研究模式。比如“对行政许可法第八条的批判性思考——以九江市‘丽景湾花园’项目纠纷案为素材”,就是围绕着九江市“丽景湾花园”项目纠纷中的几个核心问题展开对相关制度的分析和思考,完全是以一种学术论文的形式来研究一个典型的个案。

(3) 围绕研究专题对若干案例分散式研究的案例研究模式。比如“对行政机关滥用职权案件的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题”,针对法院直接引用《行政诉讼法》第54条第2项“滥用职权”判案的案件比较少的现象,通过对三个典型案例的分析,同时辅以其其他案件,思考其中的缘由,了解法院的审查技术,评价其中的得失,从而使我们对第54条第2项“滥用职权”的实际运用有比较深入的、直观的认识。

(4) 与教科书配套使用的章节解说式的案例分析模式。比如完全按照行政契约、行政强制的理论结构,用编制或咀嚼过的案例进行直线型的逐一阐述,其特点是简约、直观,便于学生理解。^①

我以为,所谓的研究方法应该是多样的,因研究对象和目的而异。就像制作一个精美的紫砂壶一样,要根据壶的形状、雕琢的角度和追求的效果而使用不同的、顺手的工具。因此,对研究方法的介绍和阐述,最好是嵌套在每一个个案的研究之中,因势而变,如行云流水,自然流畅。所以,我对案例研究方法的专门介绍相对简单些、简练些,更多的是留待课堂上随机地讲述。

在本书的附录之中,我收录了一些近年来我所作的个案研究,包括对“杨叶模式”的分析,对中国安全防范产品行业协会的自律机制设计,对金华行政裁量基准实践的思考以及对泉州工商局行政指导的考察。

我在收集案例(事例)时,总是尽可能全面地收集,保持“原滋原味”。这种做法很有意义。因为,即便是读者(练习者)对我从中抽取

^① 具体样本可以参见我为胡锦涛教授主编的《行政法案例分析》(2版,北京,中国人民大学出版社,2006)中撰写的两章。

的法律问题不感兴趣或者不很“感冒”，也可以自己从原始资料之中去提炼感兴趣的法律问题，进行研讨。这样，就能够为案例分析的课程设计增加更大的伸缩空间，活跃课堂、活跃思维。

甚至，在未来的教学中，我还有这样的想法——把当事人邀请我参加的案件论证材料，全部原封不动地复印给学生，要求他们在一大堆材料之中自己去梳理问题点，对有关争议进行分析、评判和论证，最后给出自己的结论。然后，组织集体讨论，彼此对立的观点之间进行交锋。

真实的案例就是一个个透视社会和实践的窗口。不少创新性的实践让我们不能不折服于实践者的理性睿智。我在很多场合都说过，“我们要以一种更加宽容的心态，以一种更加欣赏的目光看待实践”。我自己近来的研究也有意识地加大了对实践的关注，不断从实践之中汲取养分，提升问题感，通过个案研究，进行理论的考问、思考与批判。

为实践服务，为实践呐喊，为精彩的实践鼓与呼。

余凌云

2008年仲夏于清华明理楼

目 录

第一编

- 法院是如何发展行政法的 / 3
- 行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗
——透视行政法的支架性结构 / 52
- 徜徉在经验与方法之中
——对行政法案例研究方法的思考 / 80

第二编

- 麻旦旦处女嫖娼案 / 117
- 汇丰公司诉哈尔滨市规划局案 / 131
- “夫妻看黄碟”案 / 150
- 北京市二环路奥拓车撞人案 / 166
- 对行政许可法第八条的批判性思考
——以九江市“丽景湾花园”项目纠纷案
为素材 / 180
- 对行政机关滥用职权案件的司法审查
——从若干判案看法院审理的偏好与问题 / 200
- 我们发现了什么
——从若干判案看行政契约问题 / 228

附录目

行业协会的自律机制

——对中国安全防范产品行业协会的考察 /243

行政指导之中的合法预期

——对泉州工商局实践经验的观察与思考 /268

治安承诺责任协议

——从行政契约视角对“杨叶模式”的
个案研究 /286

游走在规范与僵化之间

——对金华行政裁量基准实践的思考 /306

参考文献 /346

后记 /357