

中青年法学文库

行政裁量基准研究

郑雅方 著



中国政法大学出版社

郑雅方

女，吉林人，美国爱荷华大学与吉林大学联合培养博士，现为对外经济贸易大学法学院讲师。主要研究领域为行政法学、行政诉讼法学、比较行政法学等。至今已在《政法论坛》、《法制与社会发展》、《当代法学》、《苏州大学学报》、《社会科学战线》等法律及综合性社会科学CSSCI核心期刊上公开发表专业学术论文10余篇，多篇被《人大复印资料》等转载。

中青年法学文库

行政裁量基准研究



郑雅方 著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

行政裁量基准研究 / 郑雅方著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4662-2

I. ①· II. ①郑· III. ①行政法-研究 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第023144号

- 书 名 行政裁量基准研究 XING ZHENG CAI LIANG JI ZHUN YAN JIU
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 fada.jc@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908435(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮部)
- 承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 6.625 印张 160 千字
版 本 2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4662-2/D·4622
定 价 26.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

对外经济贸易大学学术著作出版资助项目
对外经济贸易大学重点培育学科项目

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科确立其独立的地位。然而一个世纪以来，中国坎坷曲折的历史始终使法学难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。既先天不足，又后天失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20世纪70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展为我国法学发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，

II 行政裁量基准研究

法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在注重建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的法制现代化建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望此文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

刚刚得知雅方的专著《行政裁量基准研究》即将付梓，约我作序，我很高兴。这本书是她在博士论文的基础上修改而成的，作为她的博士生导师，我自然欣而往之。

行政裁量的研究，被称为是行政法学的“哥德巴赫猜想”，是各国学者长久以来一直共同致力研究的课题。之于行政法，行政裁量是一个常谈常新的问题，无论从哪个角度凿井，都是可以打出鲜活的水来。而行政裁量基准，作为行政裁量的内部控制技术研究，是当下行政裁量研究中的极其重要的问题，也是一个理论与实践价值并重的课题。《行政裁量基准研究》这本书，就是在探讨这些问题，本书可以说是国内第一本系统的研究行政裁量基准的专著。

这本书对各国的行政裁量的研究范式进行了细致的梳理，选取了行政裁量基准的概念、渊源、生成模式以及行政裁量基准制度的发展与完善作为研究对象，通过对行政裁量和行政裁量基准既有的研究成果的梳理、相关概念的厘清，找到了行政裁量基准的形式渊源和实质渊源之所在，并进一步明确了行政裁量基准的研究课题和将来需要发展和完善之处。整本书的框架明析，逻辑清楚，每一章

IV 行政裁量基准研究

内容都体现出了作者的原创性观点，十分难得。尤其是，文中运用大量的英文文献，将英美法中以行政规则作为行政裁量主要控制技术的学术贡献做了很好的介绍、梳理与评价，弥补了我们长久以来对德国、日本行政法中行政裁量控制技术理解的空缺，具有重要的学术价值。

本书采用了法的渊源的分析方法，将行政裁量基准分为形式渊源与实质渊源两部分进行探讨，认为以行政规则为表现形式的行政裁量基准，仅仅是行政裁量基准的形式渊源，而行政裁量基准实质渊源则在于公共政策与行政惯例，这些观点是本书的精华所在。行政裁量是法理学、公共行政学和行政法学学者的共同研究任务，法理学的研究现实关注有所缺失，公共行政学的研究侧重于建立价值中立的行政科学，尤其是中立的行政决策学，而传统的行政法学则关注的是规则、程序和司法审查，对影响行政裁量的知识源头性的公共政策和行政惯例关注较少。事实上，科学的行政裁量的研究，既要关注法内控制技术，也要关注法外的控制技术，既要从规范性的角度去思考，也不能偏离实证性的轨道，全面的思考和综合性的研究也是本书的亮点所在。

这本书是雅方在美国留学期间所写，从文中材料的选取、行文风格和英文引注的规范性也可以看出，这本书难免要受到英美法研究风格和思维习惯的影响。希望她能够将国外所学的知识进一步吸收整理，深度研究，为美国行政法的引介做好自己的研究，并能够进一步的回应我国的本土化要求。这本书将由中国政法大学出版社正式出版，收录在“中青年法学文库”中，作为导师，看到自己的学

生不断地成长，我感到很欣慰。希望她能够按照自己的研究风格，继续深入研究，产生更多的高质量的学术成果，取得更好的学术成绩！

是为序。

崔卓兰
2012年12月

内容提要

行政裁量基准制度在我国是一个以规制行政裁量为目的的新兴制度，发展态势之猛烈已经得到学术界的高度重视。当然，新兴制度伊始，理论研究和实践操作中都会存在很多问题，这是无法规避的事实。然而，作为法律人，我们能做的，就只有让有生命力的制度不因为理论研究的滞后而在实践中困难重重。

行政裁量基准在我国还是一个备受质疑的制度，笔者首先对裁量基准的概念、功能及正当性进行了剖析，指出了质疑的根源在于控制技术，从而肯定了该制度本身的价值。之后笔者又从该制度的根源上去找寻，引入了法理学中法的渊源理论作为分析工具，结合实证材料、各国相关制度的比较和学科交叉的相关知识，分析了行政裁量基准的形式渊源，即行政规则，是行政裁量基准的表现形式。笔者指出了我国行政规则中的研究误区，并提出了行政规则的研究应当从功能的视角类型化，然后根据此种功能性类型化的研究方法，进一步对行政裁量基准作了类型化的分析。行政裁量基准的实质渊源是行政裁量基准的知识源头和材料来源。笔者指出，公共政策和行政惯例是行政裁量基准的知识源头和材料来源，并分析了公共政策和行政

惯例之所以成为行政裁量基准实质渊源的原因、对行政裁量基准制定的正负面影响以及如何对公共政策和行政惯例的影响予以规范。

笔者以行政过程论为依托，力图建立一个理想的行政裁量基准的生成模式。现有行政裁量基准生成模式可以分为两种，即自我生成模式和公众参与模式，两种模式的优点和弊端都很显著，故笔者主张建立一种结合两者优点的理想模式，从而拓宽裁量基准的研究疆域。最后，笔者以行政裁量基准的后评估制度为例，对行政裁量基准的发展和完善提出了自己的构想。

目 录

I	总 序	
III	序	
VI	内容提要	
1	第一章 绪论	
1	第一节 行政裁量的研究范式述评	
14	第二节 恢复行政裁量的本义	
19	第三节 行政裁量的核心性质	
21	第四节 行政裁量研究的新视角	
24	第五节 我国行政裁量基准制度的发展状况述评	
28	第六节 行政裁量基准的研究课题	
31	第七节 本书的研究方法与创新	
32	第二章 行政裁量基准概述	
32	第一节 行政裁量基准的概念辨析	
37	第二节 行政裁量基准的功能	
40	第三节 行政裁量基准的特性	
45	第四节 行政裁量基准存在的正当性	

52	第三章 行政裁量基准的形式渊源
53	第一节 行政裁量基准的形式渊源 ——行政规则
54	第二节 我国行政规则研究误区及其克服
71	第三节 行政裁量基准的法律属性研究 ——一个类型化视角的分析
89	第四章 行政裁量基准的实质渊源
90	第一节 行政裁量基准的实质渊源之一 ——公共政策
110	第二节 行政裁量基准的实质渊源之二 ——行政惯例
131	第五章 行政裁量基准的生成模式
131	第一节 两种生成模式之争
138	第二节 行政裁量基准第三种生成模式之提倡
170	第六章 通过科学评估机制的建立完善行政裁量基准
170	第一节 行政裁量基准的评估动力
172	第二节 行政裁量基准的评估方法
181	第三节 评估的标准
184	第四节 行政裁量基准评估结果的处理
186	结 论
188	参考文献
198	后 记

第一章 绪 论

行政裁量产生于法律，而法律却不知如何有效地控制它。

——题记

行政裁量基准是行使行政裁量所依据的基本标准，是规制行政裁量的制度。研究行政裁量基准首要的任务是要清晰地认识行政裁量并确立正确的研究视角。笔者通过对中外行政裁量研究成果的比较考察，可以看出行政裁量的研究呈现出概念化、以司法审查为中心、类型化、以行政机关为中心及法社会学等五种不同类型的研究范式，并基于对既有的研究范式的分析确定了行政裁量研究的新视角，也就是说，打破传统行政法否认非授权裁量的观点，正确认识规则和裁量的关系，统一认识裁量，淡化裁量的类型化，将研究视角由外转向内，研究中心由程序转向实体，以行政裁量基准的研究为中心。行政裁量基准作为一种新兴的制度，实践中积极发展，理论上争议不断，笔者将现有的行政裁量基准的研究成果予以总结，明确问题与任务，并为将来的行政裁量基准研究的重点课题提出了自己的前瞻性建议。

第一节 行政裁量的研究范式述评

行政裁量伴随着行政过程而生，并贯穿于行政过程的始终。正如查尔斯·小科赫（Charles H. Koch, Jr.）所说“行

政法被裁量的术语统治着”。〔1〕近年来，关于行政裁量的研究可谓汗牛充栋。然而，各种研究所关注的视角及采用的研究范式也各不相同。笔者将近年来研究行政裁量的各种研究成果予以总结，将其划分为不同的研究范式，并对有关各种研究范式形成过程及主要思想进行整理分析，希望能够推进行政裁量研究的不断深入，并为未来行政裁量的研究划清思路。

一、偏重于概念的研究范式

任何科学研究都是以概念分析作为起点的。对于任何一种思想理论来说，概念表述是否清楚、内涵界定是否明确直接关系到理论本身的科学性和实用性。美国当代著名人类学家霍贝尔在论及概念的重要性时就曾指出：“一个探索者在任何领域中的工作总是从创造该领域中有用的语言和概念开始……实际上科学工作者也是一个教师，他们总是以熟悉的措辞，以似乎更好的方式表达着自己的思想，假如这不影响事实及其意义的真实性的话。因此，在任何法律的研究中，理想的情况是法理学在尽可能的限度内同时创造词汇和概念。”〔2〕

在传统的行政裁量的研究范式中，关于行政裁量是什么、如何定义的问题一直争论不休。很多学者主张研究行政裁量的第一步一定要给行政裁量界定一个概念，然后才能研究行政裁量的其他问题。于是很多学者都致力于行政裁量概念的厘清，从而揭开行政裁量这个“拿来概念”的面纱。很多学者对行政裁量的概念作了深入的研究，我们现在看到的学者对“行政裁量”、“行政自由裁量”、“行政自由裁量权”、

〔1〕 Charles H. Koch, Jr., “Judicial Review of Administrative Discretion”, 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 469 (1986).

〔2〕 [美] 霍贝尔：《原始人的法》（修订译本），严存生等译，法律出版社2006年版，第18~19页。

“行政裁量权”的研究其实都是针对“行政裁量”的研究。

（一）偏重于精致概念的研究范式

强调精致的概念一直是德国法研究的传统，行政裁量的概念也不例外。行政裁量的概念最早由德国的行政法学者迈耶（F. F. Mayer）在1862年提出，之后便引起了德国学者对行政裁量的浓厚兴趣，如德国行政法学者哈特穆特·毛雷尔（H·Maurer），将裁量定义为行政机关处理同一事实要件时可以选择不同的处理方式。并将行政裁量划分为行政机关决定是否采取某个法定措施的决定裁量和行政机关选择某个法定措施的选择裁量。^{〔1〕}

我国台湾地区的行政法学研究深受德国研究模式的影响，将行政裁量与不确定法律概念分开研究。翁岳生教授认为：“行政机关在法律规定的构成要件实现时，得选择不同的行为方式，亦即法律规定和构成要件是相连结的，不是单纯一个法律效果，其中该决定至少有两种甚或数种可能性或者被赋予某种程度的行为自由，此即所谓行政裁量。”^{〔2〕}

先有行政后有行政法学，行政法要有自己的概念和基石，使自己的学科有独特的研究使命。德国行政法把纷繁复杂的现象概括为概念，这与德国整个行政法理论的研究分不开。德国式的概念研究范式，将行政裁量的行使建立在遵守一般法律原则的基础上，符合法律授权目的，还不得逾越法定裁量范围，限制极其严格。其目的是将行政裁量完全限制在一定的范围内，从而不脱离司法审查的视野，以达到有效控制行政裁量的目的。

（二）比较的概念研究范式

更多的学者倾向于从比较分析的角度去给行政裁量下定

〔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页。

〔2〕 翁岳生：《行政法》（上），翰芦图书出版公司2000年版，第205页。