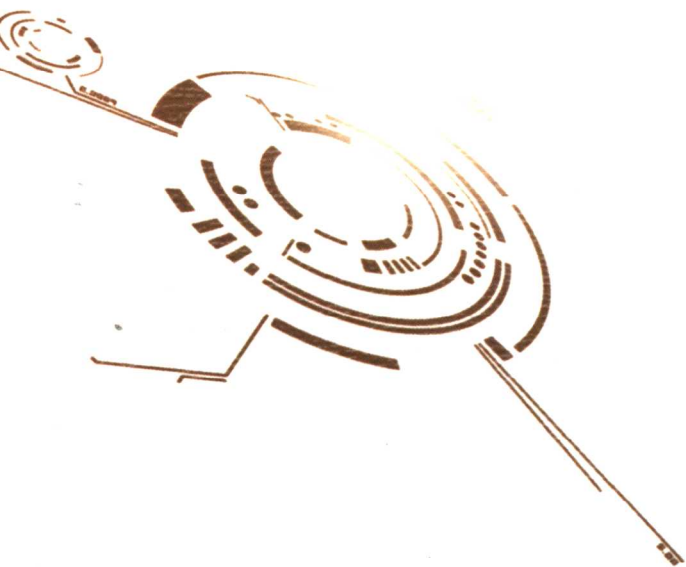


行政自由裁量论

■ 余凌云 / 著



中国人民公安大学出版社

行政自由裁量论

余凌云 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政自由裁量论/余凌云著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 6

ISBN 7-81109-130-5

I. 行... II. ①余... III. 司法监督—研究—世界

IV. D916.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 072937 号

行政自由裁量论

XINGZHENG ZIYOU CAILIANGLUN

余凌云 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2005 年 8 月第 1 版

印 次: 2005 年 8 月第 1 次

印 张: 19.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 326 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-130-5/D·125

定 价: 45.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

本研究得到了国家社会科学基金“行政自由裁量的司法控制”（青年项目，项目批准号：03CFX004，2003～2005年）以及国家留学基金委的资助，是这些项目的最终研究成果。特此致谢。

作者简介



余凌云，中国人民公安大学教授，三级警监，硕士生导师，宪法与行政法学科带头人，享受公安部部级津贴，科研处副处长。兼任中国法学会行政法学会研究会理事、比较法学会研究会理事，中国人民大学宪政与行政法治研究中心客座教授。研究领域为行政法学、警察法学、宪法学。

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。曾被聘为香港城市大学法学院研究助理（1998年2月~1999年1月），英国剑桥大学法学院访问学者（2002年3月~2003年3月），英国布莱姆希尔警察学院高级警官培训（2004年11~2004年12月）。

个人学术专著有：《行政契约论》（中国人民大学出版社2000年版）、《警察行政权力的规范与救济》（中国人民公安大学出版社2002年版）、《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年版）。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40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、司法部课题等多项课题。

获得首届中国青年法律学术奖“法鼎奖”（2005）、北京市第八届哲学社会科学优秀成果二等奖（2004年）、全英剑桥中国学生学者联谊会第十八届委员会授予的学术成果奖（2002年）等奖项。多次参加国家立法起草或论证工作。

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”、公安部“中国警务报道”、中央人民广播电台“新闻观潮”等栏目上做过大量法制宣传工作。

序一

行政自由裁量是现代行政法的核心问题，它就像一把“双刃剑”，用得好，能够实现个案正义；用得不好，会极大地侵害相对人的合法权益。为了防止行政机关滥用行政裁量权，很多地方行政机关都在摸索制定一些裁量基准，从事前、事中的角度进行控制。法院也在探索如何从事后的角度、从司法审查的角度有效地控制行政自由裁量的滥用。但是，《中华人民共和国行政诉讼法》第45条中规定的一些审查标准，比如，滥用职权、显失公正，至今缺少详细的司法解释。这不便于各级法院在行政审判中准确地适用上述法律，在审判实践中也容易发生偏颇。这种现状与行政法理论研究在这方面还没有完全展开很有关系。因此，余凌云博士选择行政自由裁量这个专题进行研究应该是很有意义的。

该书的主要成果是作者在英国剑桥大学法学院公法研究中心做访问学者时完成的。英国法院在司法审查方面积累了丰富的经验，英国行政法学者对司法审查方面的研究也非常深入、细致。作者采取比较研究的方法，阅读了大量的第一手英文文献，结合我国行政审判实践中遇到的问题以及现有理论成果，着重对行政自由裁量的实质性审查标准进行了较为深入的研究。从该作品中，我不仅感受到作者的勤奋，也看到不少作者自己独到的见解和观

点。当然，行政自由裁量是一个很复杂、很艰深的理论问题，本书只是从司法审查这么一个角度去研究，还有很多的理论问题没有涉及，希望有更多的学者继续这方面的研究，为我国的行政法制建设和行政法理论发展贡献力量。

余凌云教授是我指导的博士，他勤奋好学，奋发向上，著述颇丰，在行政法学、警察法学研究领域已经崭露头角，有一定的学术影响和知名度，于2003年被公安大学破格晋升为教授。新年伊始，他的专著《行政契约论》获得了首届中国青年法律学术奖“法鼎奖”，这是一个很高的学术荣誉，可喜可贺。希望他百尺竿头，更进一步，努力攀登学术高峰。“书山有路勤为径，学海无涯苦作舟”。是为序。

许崇德^①

2005年5月1日

^① 许崇德，中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国法学会理事，中国宪法学研究会名誉会长，北京市宪法学研究会副会长，最高人民检察院专家咨询委员会委员，民建中央特邀顾问。原香港、澳门特别行政区基本法起草委员会委员，原香港、澳门特别行政区筹备委员会委员。曾多次给胡锦涛总书记等中央领导人作法制讲座。

序二

20世纪对政府职能角色的认识经历了全球性的、根本的变革。例如，在英国，人们逐渐认识到，对于许多社会和经济“疾病”，国家有义务提供或者至少应该尽量提供救济。于是，建立了很复杂的福利国家机制来提供社会保障，其形式如为失业者提供救济、为无家可归者提供住处、为全社会成员提供医疗服务以及其他福利。同样，人们也逐渐认识到，公共利益要求国家必须对很多的经济活动进行规制。有时，这样的规制只是简单地包含着对遵从适度安全标准的要求。例如，行政机关用许可证方式规制民航运输和其他很多类似的活动。其他情况下，对经济政策的考虑也极其重要，竞争委员会（the Competition Commission）和公平交易机构（the Office of Fair Trading）对市场干预的目的就是为了，比如说，防止出现垄断。

为完成上述不同任务而建立起来的机制之中都不同程度地涉及授予政府官员裁量权。政府官员也因此在对公民的日常生活方面以及在对国家事务至关重要的许多决策上行使着巨大的权力。极其重要的是，要控制该权力不被滥用，要保证该权力公正地行使。从更广泛的意义上理解，行政法的基本使命就是要确保政府官员对裁量权的行使负责。

司法审查现象，也就是法院考量某些政府权力行使的合法性的能力，构

成了行政法的核心。这是保证责任落到实处的基本机制。独立且中立的法院非常适合于控制权力不被滥用。法院多年来发展起来的控制裁量权不被滥用、应该公正行使的司法审查原则，构成了本书的核心部分。而这些原则的发展，用英国杰出的法官迪波罗克（Lord Diplock）的话说，是“在我的司法生涯中英国法院所取得的最大的成就”。

司法审查原则可以通俗地理解为是法治的运用。韦德（H. W. R. Wade）和福赛（C. Forsyth）合著的《行政法》（2000年第8版）——有关英国法的权威教科书的第20页中写道：

“英国宪法奠定于法治之上，而行政法是该原则运用得最为活跃的领域。法治有若干含义和推论。其基本含义是必须依法律行事。运用到政府权力上，法治就是要求每一项政府权力的行使，不管是对相对人作出的不利益处分（比如，征收另一个人的土地），或者侵犯相对人的自由（比如，拒绝给相对人发放规划许可），都必须能够说明其行为是有法律授权……行使政府权力作出的每一个行为……都必须证明是有严格的法律依据。受到不利益影响的当事人可以诉诸法院，如果法院审查发现缺少法律依据，就将宣布行为无效，当事人也可以不理睬之，而不会招致不利的后果。”

这也是本书的重要性之所在。该书深入地探讨了在几个法律体系中司法审查原则的发展历程。因此，对于中国和其他地方想要了解其他国家怎么能够使政府服从法、让权力不至滥用，以保护公民和公共利益的人们，该书也是很有价值的。

最后要强调的一点是，行政法与政府机关之间没有必然的、内在的冲突。明智的管理者愿意看到其行政决定是合法、公正地作出的，也对有关这方面的控制机制持欢迎态度。另一方面，对于行政官员行使裁量权，堪称上乘的行政法绝不会课加过分的约束，不会把政策的形成权从有关的政府官员和部长那里转移到法院手上。必须允许政府去管理，但却应该是公正地去管，而不是滥用权力。

余凌云教授在我的指导下，于2002年在英国剑桥大学法学院法律图书馆中完成了本书的基础性研究工作。这项研究得到了中国国家社科基金和国家留学基金委的资助。余凌云教授对行政法有着深入细致的研究。在我们之

间就其著作的英文概要（报告）而进行的多次讨论之中，我洞悉了其著述的高品质。因此，我确信本书的价值，并热忱向读者推荐之。

福赛

剑桥大学法学院公法中心主任

剑桥大学公法教授

斯泰任布思大学客座法学教授

Foreword

Across the world the twentieth century saw a profound change in the conception of the proper role of government. In the United Kingdom, for instance, it became recognized that it was the duty of the state to provide or at least to attempt to provide, remedies for many social and economic ills. And hence the formidably complicated mechanism of the welfare state was set up providing for social security in the form of the payment of benefits to unemployed persons, homes for the homeless, medical care for all and many other benefits as well. Similarly, it has also become recognized that the public interest requires that many forms of economic activity have to be regulated by the state. Sometimes this regulation will simply consist of ensuring that proper safety standards are complied with. For instance, authorities set up by the state license civil aviation and many other similar activities. On other occasions, economic policy considerations are paramount as with the Competition Commission and the Office of Fair Trading that may intervene in markets to ensure that, for instance, monopoly conditions do not develop.

The mechanisms set up to carry out these various tasks invariably involve placing discretionary power into the hands of officials. Officials thus wield great power over the everyday lives of citizens as well as taking many decisions vital to the life of the nation. It is most important to ensure that that power is not abused but is fairly exercised. The crucial and vital task of administrative law, broadly conceived, is to ensure that those officials are held accountable for the exercise of discretionary powers.

At the heart of administrative law lies the phenomenon of judicial review – the ability to test before the courts the legality of some exercise of governmental power. This is the crucial mechanism for ensuring that accountability. The courts,

independent and impartial, are well suited to ensure that powers are not abused. The principles of judicial review that the courts have developed through the years to ensure that discretionary powers are not abused but fairly exercised form the central part of this book. The development of those principles has been said by the eminent English judge Lord Diplock "was the greatest achievement of the English courts in my judicial lifetime".

Those principles of judicial review may be simply considered as the operation of the rule of law. As a leading textbook on the relevant UK law, Wade & Forsyth, *Administrative Law*, (8th ed, 2000) p. 20 states:

"The British constitution is founded upon the rule of law and administrative law is the area where this principle is seen in its most active operation. The rule of law has a number of different meanings and corollaries. Its primary meaning is that everything must be done according to law. Applied to the powers of government, this requires that every governmental authority which does some act which would otherwise be a wrong (such as taking another man's land), or which infringes a man's liberty (as by refusing him planning permission), must be able to justify its action as authorised by law... Every act of governmental power... must be shown to have a strictly legal pedigree. The affected person may always resort to the courts of law, and if the legal pedigree is not found to be perfectly in order the courts will then invalidate the act, which he can then safely disregard".

Hence the importance of this book. It provides an insightful account of the development of those principles of judicial review in several important legal systems. And will thus be of value to those in China and elsewhere interested in seeing how other countries have been able to render governmental power accountable to the law in ways that protect the citizen and the public interest by seeing that power is not abused.

One final point should be stressed. There is no necessary or inherent conflict between administrative law and the executive government. The wise administrator will wish to see that decisions are lawfully and fairly made and so will welcome mechanisms that ensure that this is the case. And, on the other hand, sound administrative law will never impose such far-reaching restrictions upon the exercise of discretion by officials, so that the formulation of policy shifts to the courts from the

state officials and ministers involved. The government must be allowed to govern; but it must do so with fairness and without abuse.

Professor YU Lingyun, working under my guidance, in Squire Law Library in the Faculty of Law in the University of Cambridge during 2002 carried out the basic research for this book. The National Planning Office of Philosophy and Social Sciences and the China Scholarship Council funded this research. Professor YU's investigation into administrative law was thorough and far-reaching and during our many discussions over the English language summaries of his work I became fully aware of the penetrating quality of his work. I am confident thus of its value and have no hesitation in commending it to the reader.

Christopher Forsyth

Director of the Center for Public Law, University of Cambridge

Reader in Public Law, University of Cambridge

Extraordinary Professor of Law, University of Stellenbosch

目 次

序一(许崇德教授)

序二(Prof. C. F. Forsyth)

一、引言:解决现代社会中面临的行政自由裁量滥用问题

二、行政自由裁量的涵义

三、对行政自由裁量的实质性审查:合理性原则? 还是比例原则?

四、滥用职权(I):目的不适当

五、滥用职权(II):考虑不相关因素或不考虑相关因素

六、滥用职权(III):显失公正

七、滥用职权(IV):对裁量权的不适当拘束

八、对行政自由裁量的程序性审查:程序违法

九、合法预期之保护

十、结束语:对我国行政诉讼中行政自由裁量司法审查标准的再构造

主要参考文献

后记

目 录

序一(许崇德教授)	1
序二(Prof. C. F. Forsyth)	1
一、引言:解决现代社会中面临的行政自由裁量滥用问题	1
1. 解决问题的途径	1
2. 司法的能动性与其有限性:从行政自由裁量角度解读分权结构之下 法院与行政机关之间的互动关系	7
2.1 司法干预的有限性与能动性	8
2.2 司法干预的边际	10
3. 研究范围的限定	12
3.1 裁量类型	12
3.2 审查标准	14
4. 研究的视角、方法与进路	20
二、行政自由裁量的涵义	23
1. 概念	23
1.1 西方国家的理解	23
1.2 我国的理解	32
2. 分类	38
2.1 克鞠从与司法审查的关系上所作的五种概念界定	38
2.2 从行政行为的过程论进行的分类	41

三、对行政自由裁量的实质性审查:合理性原则? 比例原则?	43
1. 实质性审查的正当性基础:宪法的分析	43
1.1 基本权利保障之需要	43
1.2 法治	45
2. 大陆法比例原则	46
2.1 历史渊源与作用	47
2.2 德国的“三阶理论”	49
2.3 德国公法中的合理性观念:另一个审视比例原则与 合理性关系的角度	56
2.4 比例原则在欧共体的地位和作用	57
3. 普通法的合理性原则	58
3.1 两个重要的案件:术语的澄清	59
3.2 不合理:两个涵义	61
4. 英国引进比例原则的实践	64
4.1 普通法中的比例元素	64
4.2 欧共体比例原则对英国法的侵蚀	64
4.3 从 Smith 案看合理性原则与比例原则 在审判效果上之根本不同	66
4.4 Wednesbury 之终结	67
5. 对我国相关理论的反思	71
5.1 对合理性原则与合法性原则二元结构的质疑	71
5.2 我们需不需要比例原则	76
5.3 从什么层面上引入比例原则	83
四、滥用职权(I):目的不适当	85
1. 问题的提出	85
2. 什么是目的不适当	86
2.1 目的不适当和不相关考虑	87
2.2 目的不适当和恶意	89
2.3 目的和动机	90
3. 不适当目的的发现及其对行政自由裁量决定效力的影响	91
4. 双重或多重目的	94