

2010年秋季卷 总第21卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 张成敏

東吳法學

倪徵暎題



论法院对僵化地适用政策限制裁量权行使的审查

—— 澳大利亚的相关立法和司法判决研究 —— 朱应平

论国际劳工组织的经济和社会权利的救济机制

—— 兼与其他全球性和区域性经济和社会权利救济机制相比较 —— 郭曰君

蒋涤非：刑法的对象和死刑的存废 —— 死刑存在正当性的另一种论证 —— 郭曰君

再论问题与主义 —— 中国法学：理想与现实之间 —— 于语和 刘志松

唐律中家畜侵权法律规定之探析 —— 王霞云

學大吳東

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2010年秋季卷 总第21卷

東吳法學

倪徵曉題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2010 年秋季卷: 总第 21 卷/周永坤主编.
—北京: 中国法制出版社, 2011. 3
ISBN 978 - 7 - 5093 - 2670 - 1

I. ①东… II. ①周… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 025816 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 蒋云羽

《东吴法学》2010 年秋季卷 (总第 21 卷)

DONGWUFAXUE 2010NIAN QIUJIJUAN (ZONG DI 21 JUAN)

主编/周永坤

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/ 20.75 字数/ 361 千

版次/2011 年 3 月第 1 版

2011 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2670 - 1

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

东吴法学

Soochow Law Review

2010 年秋季卷

总第 21 卷



主编 周永坤

副主编 张成敏

学科编辑

法理学: 庞 凌

法律史学: 方 潇

宪法学: 上官丕亮

行政法学: 章志远

民法学: 方新军

刑法学: 王昭武

诉讼法学: 刘 磊

经济法学: 朱 谦

国际法学: 赵艳敏

编务编辑: 刘 倩

张 顺

英文编辑: 魏玉娃

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号

苏州大学王健法学院

Kenneth Wang Law

School, Soochow University

《东吴法学》编辑部

联系电话

0512 - 65227483

编辑部电子信箱

dwx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

东吴前沿

论法院对行政机关僵化适用政策限制裁量权的审查

——澳大利亚的相关立法和司法

判决研究……………朱应平(1)

论国际劳工组织的经济和社会权利救济机制

——兼与其他全球性和区域性经济和社会

权利救济机制相比较……………郭曰君(23)

无证经营取缔制度的研究报告……………王 波(37)

中国式问责制的公法学思考……………钱宁峰(59)

美国宪法第九修正案的汉语译法探讨……………夏泽祥(72)

法理学研究

法学和社会学利益博弈视野下程序正义……………王永杰(83)

法律与运气……………陈 坤(96)

再论问题与主义

——中国法学: 理想与现实之间……………于语和 刘志松(121)

法起源观念的中西比较……………李德嘉(133)

刑事法学研究

论法律监督定位下的我国刑事公诉权

之完善……………江 涌(147)

国有企业职务犯罪的特点及其危害……………李洪欣(177)

论德国刑法中的“风险升高理论”……………陈珊珊(188)

论夫妻间刑法作为义务

——由郑某见死不救其妻案说起……………韩新远(198)

论刑事强制处分权分配与制衡的引申

理念……………宋远升 黄婷婷(209)

利用影响力受贿罪刑法适用疑难问题

研究……………谢 杰(223)

刑法的对象和死刑的存废

——死刑存在正当性的另一种论证……………蒋涤非(237)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 21

Autumn 2010

No. 2

CONTENTS

Investigating into the Inflexible Application of Discretionary Power by Courts on Policy Grounds —— A study of Australian Legislation and Judicial Decisions ... Zhu Yingping(1)	
Review on Remedial Mechanisms of Economic and Social Rights of ILO Guo Yuejun (23)	
Report on Operation with Licence Wang Bo(37)	
Thoughts on Accountability of Chinese Characteristics from a Perspective of Public Law Qian Ningfeng(59)	
Discussions on some Experience in Translating Ninth Amendment of the United States Constitution into Chinese Xia Zexiang(72)	
Procedural Justice in Connection with Legal and Social Interests Wang Yongjie(83)	
Law and Fortune Chen Kun(96)	
Discussion the Issues and Theory: The Law Science of China between the Future and Reality Yu Yuhe Liu Zhisong(121)	
The Comparison Between the Western Concept and Eastern Concept Concerning the Origin of Law Li Dejie(133)	
Improving China's Power of Criminal Public Prosecution under Legal Supervision Jiang Yong(147)	
The Characteristics and Harms of Jobbery Crimes in State Owned	

Enterprises	Li Hongxin(177)
“Elevated Risk Theory” in German Criminal Law	Chen Shanshan(188)
The Prescriptive Duties Between Spouses inCriminal Law	Han Xinyuan(198)
On the Extended Philosophy of Disposing and Balancing Criminal Forcible	
Execution	Song Yuansheng Huang Tingting(209)
Difficulties of Criminal Law Applicaition on Bribery of Using Influence	
.....	Xie Jie(223)
Object of Criminal law and Retention or Abolishment of Death Penalty	
.....	Jiang Difei(237)
On Rechtssche in Doctrine	Zhang Hongsong(248)
The inspiration Drawn from the Principles of Contract Interpretation in EU	
.....	Fu Junwei(271)
On the Methods to Restrict and Deal with the Misuse of Trade Remedy Measures	
.....	Chen Lihu(285)
On the Reform of Choice of Law Rules in Modern Conflicts Law	
.....	Bao Yongen(297)
Shrinking and Withering of the Living Space of Law	Xu Cheng(309)
On Infringement of Domesticated Animals in Tang’ s Law	Wang Xiayun(318)

论法院对行政机关僵化适用政策限制裁量权的审查^{*}

——澳大利亚的相关立法和司法判决研究

朱应平^{**}

内容提要：如何防止行政机关制定僵化的政策限制或者剥夺裁量权的行使，这是一个重要的理论和实践问题。澳大利亚既有法律对此做出了规定，也有相应的判例处理这一问题。澳大利亚的经验主要有：第一，行政人员在作出行政行为时，有考虑政策的必要性；第二，行政人员可以用两种方式束缚他们对裁量权的行使；第三，在作出行政决定时，行政人员既应该考虑政策，也应该考虑特定案件的环境是否批准在该案件中偏离该政策；第四，如果政府认为一项政策不再受欢迎时，他们就应该放弃该项政策。

关键词：行政机关 僵化适用政策 限制裁量权 法院 司法审查

一、引言

在我国现实中，行政机关以自己制定或者上级行政机关制定的政策限制法定裁量权行使的情况经常发生。如上海在交通执法出现“钓鱼执法”事件之后，迫于压力，交通行政机关规定，第一次、第二次查处的黑车载客违法行为均不得进行处罚。一般在第三次发现违法行为才得以处罚。城市管理综合执法等诸多领域也有类似的部门政策规定或惯例。

笔者于1998—2000年在上海市卫生局工作期间亲历下列一件事。一位江苏籍公民Z在上海PT区居住并从事理发经营15年之久，但一直属于无证经营。无证经营的原因不在于其本人没有申请，而在于上海市PT区卫生行政机关不予办理，其理由是，该区政府领导人要求，不得为外地户籍的人员办理卫生许可证。笔者在1999年曾向

^{*} 本文系上海市教委重点课题“澳大利亚行政裁量审查基准及其借鉴”（07ZS127）阶段性成果。

^{**} 朱应平，法学博士，华东政法大学教授。

上海市卫生局一个主要领导反映此事,希望能够获得解决。我的理由是,国家和上海市都没有规定要求申请颁发卫生许可证必须具有上海市户籍。但是,上海市 PT 区卫生局不予办理。上海市卫生局这位领导亲自给 PT 区卫生局主要领导打电话询问此事。该区卫生局领导说,这是 PT 区政府的统一政策。据笔者跟踪了解,这位 Z 师傅至今尚无卫生许可证,但一直还在经营理发工作。

再一事例是,《生活饮用水卫生监督管理办法》(以下简称《办法》)(1996 年 7 月 9 日建设部、卫生部发布)规定了一定的处罚种类,为了统一执法标准,上海市卫生局制定了统一的指南(以下简称《监督指南》),作为执法人员执法的标准。部分内容例举如下:(1)《办法》第 11 条第 1 款规定,直接从事供、管水的人员必须取得体检合格证后方可上岗工作,并每年进行健康检查。第 25 条规定,集中式供水单位安排未取得体检合格证的人员从事直接供、管水工作或安排患有有碍饮用水卫生疾病的或病原从事直接供、管水工作的,县级以上地方人民政府卫生行政部门应当责令限期改进,并可对供水单位处以下 20 元以上 1000 元以下的罚款。《监督指南》规定:未体检人数为 3 人以下,罚款 200 元;未体检人数为 4—10 人,罚款 201—800 元;未体检人数为 11 人以上,罚款 801—1000 元。(2)《办法》第 11 条第 2 款规定,凡患有痢疾、伤害、病毒性肝炎、活动性肺结核、化脓性渗出性病及其有碍饮用水卫生的疾病和病原携带者,不得接从事供、管水工作。第 25 条规定,集中式供水单位安排患有有碍饮用水卫生疾病的或病原从事直接供、管水工作的,县级以上地方人民政府卫生行政部门应当责令限期改进,并可对供水单位处以下 20 元以上 1000 元以下的罚款。《监督指南》规定:患病人数为 1 人,罚款 200 元;患病人数为 2—4 人,罚款 201—600 元;患病人数为 5 人以上,罚款 601—1000 元。

无疑,《监督指南》对《办法》的细化统一了执法的标准,这是其优点。但是上述规定至少有以下几方面问题:第一,“未体检人数为 3 人以下,罚款 200 元”,这一规定有不太合理之处。因为据此规定,未体检人数无论是 1 人、2 人或者 3 人,都统一罚款 200 元。这种处罚不能体现违法人数多少所反映出违法者的违法程度不同的情况,行政机关本应有一定的裁量权,不应当只规定一个统一的尺度。第二,该规定忽视了其他因素。如某企业过去经常出现“未体检”的违法行为,按照《行政处罚法》第 4 条规定“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”的规定,即使这个企业某一次被查到只有 1 个人未体检,因为之前曾经有过几次被查出违法的情况,应当给予较重的处罚,如罚款 1000 元,而不是 200 元,这样才能体现过罚相当的原则。第三,《行政处罚法》第 27 条规定,“当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:(一)主动消除或者减轻违法行为危害后果的;(二)受他人胁迫有违法行为的;(三)配合行政机关查处

违法行为有立功表现的；（四）其他依法从轻或者减轻行政处罚的。”“违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。”据此规定，即使卫生行政机关检查发现，某企业有未体检人员从事直接供、管水工作的，如果有上述属于《行政处罚法》第27条情形的，也可以减轻处罚或者不予处罚，并非一定要处罚。但是，在实践中，由于《监督指南》规定的裁量标准通常被作为衡量执法人员决定合法和合理程度的强制性标准，执法人员只能依据其规定进行处罚，由此导致个案不正义。

上述事例表明，行政机关自己或者其上级制定的政策（规范性文件）对法律法规授予行政机关的裁量权予以限制或者剥夺，这种情况比较普遍。这几年，按照中央要求，各地各部门都在制定规制行政裁量权的相关规章或政策，这一问题更为突出。如何防止和纠正行政机关以自己或其上级制定的政策作为行使权力的依据限制其法定裁量权这种情况的进一步发展呢？立法上、行政复议和司法措施上如何采取措施进行防范纠正呢？澳大利亚在此方面有立法和司法方面的经验。研究澳大利亚的经验，对我国解决此类问题具有借鉴价值。

在澳大利亚，行政裁量经常涉及行政人员在执行法律时如何处理与政策之间的关系。一般来说，行政人员采用政策构建它们裁量权的行为，并不是违法的行为，如法院评论说，他们这样做是令人愉快的^{〔1〕}。然而，如果行政人员僵化地适用政策，他对政策的适用没有考虑特定案件中的事实，那么他行使的裁量权就是越权的^{〔2〕}。对此类不行使裁量的审查是由《行政决定（司法审查）法》第5条第2款第6项和第6条第2款第6项规定的：根据某个规则或政策行使裁量权而不考虑该特定案件的事实。^{〔3〕}本文主要探讨法院对行政人员僵化地适用政策限制其行使裁量的情况是如何进行审查的。

二、政策概述^{〔4〕}

立法和法规只代表了管制官僚行为诸多类型规则中的一种。部门运作也建立在政策、裁决和部门手册列举的规则的基础上。政策并不享有立法或根据法律制定的法规的地位。但是，政策具有相当大的政治地位、许多行政性地位以及日益发展的一定程

〔1〕 British Oxygen Co Ltd v. Minister of Technology [1971] AC 610; R v. Eastleigh Borough Council; Ex parte Betts [1983] 2 AC 613; Sawyer v. Secretary to Department of Primary Industry (1988) 15 ALD 742.

〔2〕 R v. Port of London Authority; Ex parte Kynoch Ltd [1919] 1 KB 176; British Oxygen, supra, (cf the special position of members of the Conciliation and Arbitration Commission, when sitting alone, described in R v. Clarkson; Ex parte Australian Telephone and Phonogram Officers' Association (1982) 29 ALR1.

〔3〕 See Margaret Allars, Introduction to Australian Administrative Law, Butterworths 1990, p. 199.

〔4〕 这一部分主要来自 Roger Douglas, Douglas and Jones's Administrative Law, 4th, ed., The Federation Press 2002, at 502-508.

度的法律地位。戴维斯也认为,“政策说明通常要比规则宽松,而且不像立法性规则那样对行政机关必然具有约束力。但政策说明仍然非常有用。倘若行政机关认为尚未完全准备好发布规则,或许这种说明就是适当的;行政机关实际上可以说:我们认为这就是我们的方向,而且如果可以达到这就是我们希望采取的方向。政策说明本质上是行政机关某个活动领域计划的宣告,因而在建构裁量权方面很有帮助。”〔1〕

政策在行政活动中有重要的作用,但是如果处理不当,也会带来很多消极的影响。学者克拉克讨论了非正式政策和行政法的关系,〔2〕其论述极为深刻。

(一) 关于非正式政策的定义和地位

1. 含义和形式

政策可能以多种外表形式表现出来。非正式政策是指任何类型的指南,不管其是否出版,是否书面写出来,它对根据法律批准的一系列决定起着调整或指导作用。〔3〕

政策通常确定目标,也包括了被设计来实现该政策目标的某些因素。非正式政策区别于正式政策,因为后者是以法律通常是立法的形式出现的。相比较而言,非正式政策不是立法,可以采取多种形式。它可以以活页或小册子形式出版〔4〕,或甚至在政府公报上〔5〕,也可以采用指南的形式〔6〕或对一般指导的注释〔7〕,或只是某个部门的实践做法〔8〕。某些部门有一份政策手册〔9〕,其他部门则出版了新闻稿〔10〕、争议准则(issue codes)、实践备忘(practice notes)〔11〕、书信〔12〕、一般命令(gen-

〔1〕 [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,商务印书馆2009年版,第114页。

〔2〕 Clark, D, Informal Policy and Administrative Law, (1997) 12 AIAL Forum 30 at 31-35.

〔3〕 以这种语气在司法中的运用参见: James v. Pope [1931] SASR 441 at 463 (SC); Crouch v. Minister of Works (1976) 13 SASR 553 at 558 (SC); Leppington Pastoral Ltd v. Department of Administrative Services (1990) 23 FCR 144 at 156; Auckland Regional Council v. North Shore City council [1995] 3 NZLR 18 at 23 (CA). 就这种运用法律方面的例证参见: 1991年南澳大利亚《信息自由法》第4条第1款。

〔4〕 Red Dainty and MIEA (1987) 6 AAR 259, 266 (AAT); Re Secretary, Department of Social Security and Bosworth (1989) 18 ALD 373, 375 (AAT). (MIEA是Minister for Immigration and Ethnic Affairs的缩写)

〔5〕 New Zealand Co-operative Dairy Co v. Commerce Commission [1992] 1 NZLR 601, 610 (HC).

〔6〕 Smoker v. Pharmacy Restructuring Authority (1994) 53 FCR 287 at 299 (FC); Re Bryer and Secretary, DSS (1987) 13 ALD 334 at 336 (AAT); Re Webster and Minister for Veterans' Affairs (1990) 21 ALD 583 at 584 (AAT); Minister for Human Services & Health v. Haddad (1996) 137 ALR 391 at 399 (FCA, FC).

〔7〕 Re Becker (1977) 15 ALR 696, 701 (AAT).

〔8〕 Seldan Pty Ltd v. Liquor Licensing Commission [1990] VR1009, 1014 (SC).

〔9〕 Green v. Daniels (1977) 51 ALJR 463, 466 (HCA); Hook v. Registrar of Liquor Licences (1980) 35 ACTR1, 5.

〔10〕 Stott v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1985) 59 ALR 747, 749 (Fed Ct).

〔11〕 Weir Family Supermarket v. Liquor Licensing Commission [1992] 1VR 305, 311 (App Div).

〔12〕 Shire of Gattton v. Gelhaar (1966) 10 LGRA 228 (Qld FC); Parker v. Commissioner for Motor Transport (1970) 91 WN (NSW) 273, 275 (SC); R v. Minister for Sea Fisheries; Ex parte Byrne (Tas SC NomM 242/1987, 15 September 1987), 10; Parole Board; Ex parte Palmer (1993) 68 A Crim R324, 325 (Tas SC).

eral orders)〔1〕, 以及警示。政策通常为产业部门的人所熟知。政策可以得到宣布或长期持续存在〔2〕。在许多案件中, 内部使用的政策甚至没有被写出来, 但是实际上达到惯例或经验法则的程度〔3〕。这些是很少看得见的政策, 但在实践中可能最重要。有些政策由某个机构产生〔4〕, 并通常与某个被调控的产业进行协商〔5〕。其他政策来自上级政府施加的规定, 尽管其他政策出现于官僚机构, 但是它是在政治水平上获得批准的。

由此断定, 一种非正式政策是指非严格法律形式的指南, 并与法律形式即法定政策〔6〕和由法院制定的政策形成对照。〔7〕一项政策是正式还是非正式, 对这一问题的回答并不明显, 而且法院已经说过, 某些自称的政策不只是没有约束力的政策, 而且引起法律的期待。在此情况下, 有人建议, 在具有法律后果的政策与不具有法律后果的政策之间作出新的区别〔8〕。一般的规则是, 非正式政策既不是法律, 也不会被看

-
- 〔1〕 Re Pigdon and Minister for Veterans' Affairs (1989) 19 ALD 658, 661 (AAT); Re Williams and Defence Service Homes Corporation (1989) 10 AAR 565n, 569 n (AAT); Re Currie and Secretary, Department of Veterans' Affairs (1991) 13 AAR 282, 284AAT 26; Hamood v. Forsyth and Tower Hotel Pty Ltd (1972) 58 ISJS 565, 568; (1972) 3 SASR 496, 500 (FC) .
- 〔2〕 Hughes v. DHSS [1986] AC 776, 784 H (HL (E)); Somerville v. Dalby (1990) 69 LGRA 422, 427 (NSW Land & Envir Ct); R v. Minister For Sea Fisheries; Ex parte Byrne (Tas SC No M 242/1987, 15 September 1987), 5.
- 〔3〕 Hamood v. Forsyth and Tower Hotel Pty Ltd (1972) 58 LSJS 565, 568; (1972) 3 SASR 496, 500 (FC) .
- 〔4〕 机构 (Agency) 在这里是有法定决定权力的政府行政部门的任何决定者 (decision-maker) 的同义词, 包括部长、秘书, 集体性决定者如委员会 (commission) 或当局 (authority), 以及根据法律的定义具有裁决和制定政策功能的裁判所, 参看 1991 年南澳大利亚《信息自由法》第 4 条第 1 款。
- 〔5〕 Re Aston and Secretary to the Department of Primary Industry (1985) 4 AAR 65 (AAT); 1993 年南澳大利亚《环境保护法》第 28 条第 5 款第 1 项。
- 〔6〕 如参见 1982 年联邦《信息自由法》第 3 条。在有些情况下, 明确提到该机构制定政策的功能。如参看 1993 年南澳大利亚《环境保护法》第 26-33 条。也看 Morton v. Union Steamship Co of NZ Ltd (1951) 83 CLR 402 at 410 (HCA); Carjay Pty Ltd v. Superintendent of Licensed Premises (1972) 3 SASR 484 at 490 (FC); Curtis v. Beaudesert Shire Council (1982) 48 LGRA 8 (Qld FC)。法律性政策也可以以附属性立法 (subordinate legislation) 的形式得到表现: Rosemount Estates Pty Ltd v. Minister for Urban Affairs & Planning (1996) 90 LGRA 1 at 19 (NSW Land & Environment Ct) .
- 〔7〕 在阐述政策和其他事项之间的区别时法院是否比行政人员更好, 这是一个开放的问题, 这一点也得到法院的承认: Sutherland Shire Council v. Heyman (1985) 157 CLR424 at 468-9 (HCA) per Gibbs CJ。也看 Brennan 法官对司法外的评论 (原本于他的论文: "The Purpose and scope of judicial review" in Taggart (ed), Judicial review of administrative action in the 1980s (Auckland, OUP, 1986), 20 cited in NCA (Brisbane) Pty Ltd v. Simpson (1986) 13 FCR 207 at 225-6 (FC) where he is quoted as having written: "the courts are not very good at formulating or evaluating policy" .
- 〔8〕 Lewins v. ANU (1996) 33 ALR 452, 463 (Fed Ct) per Lee J.

作法律。^{〔1〕}如这样的政策不能确立强制的或最后的^{〔2〕}要求,因为这将等同于制定事实上的法律,除了缺乏如此制定的权力外,还会规避公共辩论、立法审查,以及与正式的法律制定相联系的其他保障^{〔3〕}。由此产生下列结果:在与法律冲突的情况下,非正式政策必须遵循或服从法律。^{〔4〕}但是其困难在于^{〔5〕},没有给非正式政策作出过法律的定义,甚至由这些机构自己使用的术语也不是决定性的^{〔6〕},因为有重大关系的是,政策的功能和作用如何,而不是选择术语。因此,比如用法说明(directions)有时候意味着有约束力的指示,而在其他背景下,只不过是必须考虑的但在适当情况下可能被偏离的指南^{〔7〕}。可见,识别政策并不是一件容易的事情。

2. 政策与具体决定

在实践中,政策和具体决定可能密切地交织在一起:一项政策可以产生于某个具体决定,而某个具体决定可以是实施政策系列相似决定中的其中之一。在某一点上,这两个概念融合并变得不可区分。^{〔8〕}在传统法律理论中,政策被假定为具有高度灵活性并容易改变,而法律被假定是相对稳定和确定的^{〔9〕}。在实践中,这种区别很模糊,因为有些政策是如此深深地受到保障,以致于它们实际上不可能改变,而有些法律规则则几乎在一夜之间发生变化。

-
- 〔1〕 Re Aston and Secretary to the Department of Primary Industry (1985) 4 AAR 65 at 74-8 (AAT) (“政策不是法律。一项关于政策的声明不是有约束力标准的命令”,“政策不是一种立法性命令……”); Minister for Industry and Commerce v. East-West Trading Co Ltd (1986) 10 FCR 264 at 269 per Fox J; Gerah Imports Pty Ltd v. Minister for Commerce (1987) 17 FCR 1 at 10-1; Re Dainty and MIEA (1987) 6 AAR 259 at 266 (AAT); Williams and Defence Service Homes Corporation (1989) 10 AAR 565 n at 567 n (AAT) .
- 〔2〕 Re Habchi and MIEA (1980) 2 ALD 631 (AAT); Gerah Imports Pty Ltd v. Minister for Industry, Technology and Commerce (1987) 17 FCR 1 at 12 (Gen Div) . (“这样的规则不具有约束性特征”); Re Uyanik and MILGEA (1989) 10 AAR 38 at 43 (AAT) . (注释: MILGEA 是 Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs 的缩写形式)
- 〔3〕 Marlborough Education Board v. Blenheim School Committee (1987) 15 NZLR 551, 556 (SC) .
- 〔4〕 Re Becker and Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1977) 15 ALR 696 at 700 (AAT) per Brennan J: “在某个政策制定者形成管理或影响其法律自由裁量行使的政策的时候,该政策必须符合法律”。See also Santos Ltd v. Saunders (1988) 49 SASR 556 at 569 (FC) .
- 〔5〕 Howells v. Nagrad Nominees Pty Ltd (1982) 66 FLR 169 at 195 (FCA, FC): “政策很难界定”。
- 〔6〕 许多政策不被称为政策。参看 Independent Holdings Ltd v. City of Adelaide Planning Commn (1994) 63 SASR 318 at 323 (FC), 在那里,政策被包含在“发展控制的原则”(the principles of development control) 中。另一方面,许多政策实际上是附属性立法的形式: Rosemount Estates Pty Ltd v. Minister for Urban Affairs & Planning (1996) 90 LGERRA at 19 (NSW) Land & Environment Ct) .
- 〔7〕 Riddell v. DSS (1993) 42 FCR 443, 450 (FC) .
- 〔8〕 Elston v. State Services Commission [1979] 1 NZLR 210 at 238 (SC); R v. Roberts [1908] 1 KB 407 at 438 (CA): “在政策和行政之间划一条界限,或者给出一个定义并不容易”。这也是议会监督专员立法中的一个问题,该立法允许对行政事项进行调查但是不允许对政策本身进行调查,只有在下列情况下,即在政策变成一个行政事项的情况下,某项政策被适用: Salisbury City Council v. Biganovsky (1990) 70 LGRA 71 at 74-5; (1995) 54 SASR 117 at 120-1 (SASC); Booth v. Dillon (No2) [1976] VR 434 at 439.
- 〔9〕 Re Cole's Sporting Goods Ltd (1965) 50 DLR (2d) 290, 297 (Ont CA) .

法院也假定政策相对地抽象和概括性,而法律规则和决定是准确的^[1]。事实上,有些政策高度地具体,甚至可能达到规则的程度。^[2]因此,重要的不是术语,因为一项政策可能被称为规则^[3],重要的是政策的作用。

(二) 政策的作用

根据克拉克的研究,行政政策的发展是对行政人员面临问题作出的回应,特别是在行政机构从事大量决策问题时更是如此。^[4]行政政策具有下列作用:

1. 政策有助于法定命令的执行

法定命令可能很模糊,以致于行政人员对他们必须做什么真地感到迷惑。他们也许选择发布更详细的内部指南以便操作,或者制定更具体的法律标准^[5],这就需要政策。

需要注意的是,作为内部指南的政策不能随意缩小行政机关的裁量权。在内部指南会使法律授予行政决定者裁量权范围缩小的情况下,可能会带来法律问题。在一件英国哥伦比亚案中^[6],法律许可摩托车车辆管理人给那些“合格和适当的”人发放驾驶执照。管理人通过采用严格的视力测试指南的方法来实现该标准。该标准测量双目视力,其假定,缺乏双目视觉的人不可能判断距离,因而不可能是“合格和适当”持有驾照的人。该案申请人在加拿大某省获得执照有20年时间, he 被发现单眼视觉。这种情况自出生就具有,他提供了必须的医疗证据以证明他已经学会纠正其视力,进而在事实上能判断距离。但是该部门决定,任何不能通过双目测试的人都不能持有驾

[1] Crouch v. Minister of Works (1976) 13 SASR 553, 558 (SC); Howells v. Nagrad Nominees Pty Ltd (1982) 66 FLR 169, 175 (Fed Ct) .

[2] 在下列案件中参看政策的争议: British Oxygen Ltd v. Minister of Technology [1971] AC 610 at 623 (HL (E)) See also at 635 在那里, Reid 勋爵说:“但是一个部或者大的机构不得不已经处理了大量的类似的申请,然后他们几乎必然地使一项政策逐步演进如此准确以致于它可以被很好地称为一项规则。在该机构总是愿意听取任何人说一些新的东西的情况下,也不会有理由对此反对。”在 Auckland Regional Council v. North Shore City Council [1995] 3 NZLR 18 at 23 (CA) 案件中, CookeP 说:“在建议……政策不能包括一些高度特定化时,法律顾问没有完备的理由。”

[3] 由此,自由信息立法通常指的是规则和实践做法:1982年联邦《信息自由法》第3条第1款;1991年南澳大利亚州《信息自由法》第3条第2款第1项;1989年新南威尔士州《信息自由法》第6条第1款;1992年昆士兰州《信息自由法》第7条。注意比较:1989年澳大利亚首都地区《信息自由法》;1982年维多利亚州《信息自由法》;1991年塔斯马尼亚州《信息自由法》;1992年西澳大利亚州《信息自由法》,它们均没有这些可比的定义。

[4] Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs v. Gray (1994) 50 FCR 189 at 206 (FC); R v. Minister for Sea Fisheries; Ex parte Byren and Smith (unreported, SC (Tas), 15 September 1987, No 47/1987 List A, M242/1987) at 9 citing British Oxygen Co Ltd v. Minister of Technology [1971] AC 610 at 625 (HL (E)) . 1989年曾经对作出的大量的决定给出过一个实际经验的显示图,据报道,在1981-1989年期间,社会安全部作出16百万个决定,其中1380件被提交行政上诉裁判所: D Volker: “The effect of administrative Law reform: primary - level decision making” (1989) 58 Canberra Bulletin of Public Administration 112.

[5] Britten v. People [1916] AD150, 158 (AD) .

[6] Re Lewis & Superintendent of Motor Vehicles (1980) 108 DLR (3d) 525 (BC SC) .

驶执照。法院决定,行政管理人已经错误地把他的指南与相关标准混淆起来。尽管很少但仍有可能发生下列情况:申请人不能通过部门标准但仍符合法定标准。从此事可以引申出两个教训:第一,任何机构不应假定,他们已经明白了所有一切。换言之,部门必须抵制那些容易的和懒惰的假定,即过去的做法对将来来说总是准确的指南。第二,希望制定高度特定化标准的任何机构必须确信,这些标准与法律同样扩张,或者被准备看作是处于政策之外但处于相关法律范围之内的事例。

2. 政策可以推动效率

法律可以在事实上使用准确的语言规定需要考虑的那些变量,在此情况下,更少有有必要通过政策对模糊事项加以详细规定。因为,通过政策对模糊事项作出详细规定的更大危险在于,政策将诱导行政机构忽视法律的标准,进而不履行法定职责〔1〕。但是,这一点并非总是能够容易做到,政策的作用仍然存在。

政策的一个共同功能是,它是对那些被确认为日常事务的决定进行编序的一种方法。这在那些政策环境相对稳定的场合,以及具有极大预见性性质的问题中,可以推动效率。人们正在期待太多的某类机构重新开始每项决定的训练〔2〕。但是,这种效率的实现不能以剥夺或者严重限制行政裁量权和牺牲行政相对人的权利为代价。在一个来自英国哥伦比亚案件中〔3〕,摩托车辆管理人在确信驾驶执照持有人被确定犯有某些罪行时,他有法定裁量权取消驾驶员执照。注销没有被设定为自动的,但是行政管理人决定,在某些情况下注销驾驶执照是自动的。相应地,他预先给一批命令性注销的表格盖好图章,并命令官员在他们收到某些类型的定罪通知后即分发出去。法院认为,尽管行政效率值得重视,但是裁量权的行使必须根据每个案例为基础,且只有在考虑每个案件的是非曲直之后才能作出。该案中的行政人员根据政策所作行为剥夺或者严重限制了裁量权的行使。

3. 政策可以服务于每个组织内的许多功能

政策是行政机构领导人把下级作出的决定限制在某些容许范围内的一种方法。它提高了连续性决策的可能性,增强了结果的可预见性。但是连续性只是决策的价值之一,且有可能是连续性地错误〔4〕。非正式政策的危险在于,它们自身可能被看成一种目标,可能助长官僚性的惰性和僵化性。由此断定,某机构没有义务盲目地遵守它

〔1〕 Re Oliver et al Fed Ct, VGT No 140 of 1984, 17 September 1984, 6.

〔2〕 对此一个极好的理解参看 Crouch v. Minister for Works (1976) 13 SASR 553, 559 (SC) .

〔3〕 Re Lloyd & Superintendent of Motor Vehicles (1970) 20 DLR (3d) 181 (BC CA) .

〔4〕 Nevistic v. MIEA (1981) 34 ALR 639, 647 (FC), per Deane J. (MIEA 是 Minister for Immigration and Ethnic Affairs 的缩写)

自己以前的决定或政策。^{〔1〕}

在某些情况下,政策只是为了内部组织的运用^{〔2〕},而且只要它不被运用在任何给定的情形中,就没有理由加以反对。另一方面,这些内部指南可能影响该机构内部工作人员的权利和利益,因而不得与该机构运行下的工作人员法相冲突^{〔3〕}。

4. 政策可以帮助行政机构避开对偏见和主观性批评

有证据表明^{〔4〕},行政机构运用政策是为了实现其政治目的,特别是为了避开对偏见和主观性批评。在此意义上,政策充当保护伞,便于庇护和避免对行政决定承担责任。

5. 行政机构有阐明政策或发展实践经验的义务

与法院不同,行政机构通常有明确的义务对个案或争端进行裁决,并在涉及的政策领域系统阐明政策或发展实践经验。^{〔5〕}如在劳动关系或产业委员会的情况下,该机构不仅要对特定争议作出决定,而且必须考虑整个工业的甚至国家的事务。在某些情况下,如在工资案件情况下,他们也制定工资增长的标准,此时他们可能同时做此工作^{〔6〕}。换言之,行政机关可能把解决争议个案和考虑行政政策结合起来。

6. 政策可以避免从头学习造成的技能浪费

政策代表某些管理领域机构专门技能的积累情况。在此意义上,政策对机构新成员可能有用,因为他们不必从头学习每一项东西。甚至对现行官员来说,政策降低了重新开始这项决定过程的压力。^{〔7〕}它允许机构对经验已经证明不必加以考虑的某些方面问题加以筛选^{〔8〕}。

7. 政策代表了一套某个机构欲求的目标或目的

一项政策陈述也可能包括原本打算朝着该项政策目的发展的因素,但政策的基本的质仍然是其目的性本质。有证据表明,行政机构有时候可能把法律只看作是实现政策的一种方法,并对法院和裁判所已经明显地阻碍朝向该政策的这些目的的做法表示

〔1〕 没有行政先例的原则,即某个机构受法律约束以遵循以前的决定: Hall v. Vacluse MC (1947) 16 LGR 139 at 142 (NSW Land & Val Ct) .

〔2〕 Mashaw, JL (1983), *Bureaucratic Justice*, Yale UP, New Haven, p. 213.

〔3〕 Phillips v. Development of Immigration (1994) 48 FCR 57, 72-3 (FC) .

〔4〕 Jowell, J, (1975) *Law and Bureaucracy: administrative discretion and the limits of legal action*, Dunellen, Port Washington, Mass. .

〔5〕 就这种作用的申明参见: Pezim v. British Columbia (1994) 114 DLR (4th) 385 at 409 (SCC); CJA Local No 579 v. Bradco Construction Ltd (1993) 102 DLR (4th) 402 at 416 (SCC) .

〔6〕 See Ex parte Angliss Group (1969) 122 CLR 546 (HCA) 就是澳大利亚这种现象的一个例证。

〔7〕 Noel v. Chapman 508 F 2d 1023 at 1030 (2nd Cir 1975) "one of the values of the policy statement is the education of agency members in the agency's work" .

〔8〕 Starr v. FAA 589 F 2d 307, 312 (7th Cir, 1978) .

出失望^{〔1〕}。换言之,行政机关与司法机关对政策与法律之间的地位关系上的看法存在差异。就法院和裁判所来说,政策通常被看作是达到目标的一种方法,特别是在司法审查管辖方面。在任何案件中,法治宣称法律对政策的至上性。其结果是,律师把遵守法律自身看作是一种目标,而行政人员则把法律看作达到目标的一种方法。行政机关和司法机关在法律领域产生冲突,这并不奇怪。

(三) 行政政策可能产生的问题

尽管行政政策很有用,但是过分依赖政策,则可能引起某些问题。

首先,政策很少象立法那样准确地写出来,因此实际上可能相当地不清楚。在出现此种情况时,法院通常不会对其进行密切地检查^{〔2〕}。戴维斯也指出,“政策说明通常要比规则宽松,而且不像立法性规则那样对行政机关必然具有约束力。”“有时候政策说明或规则可以由司法机关审查,而较不正式的说明就不可以……”。^{〔3〕}另一方面,不清晰的政策也有下列风险,或者被采用与该机构目标相反的方式加以解释,或者被看作不适用于特定的案件。在某些场合,法院和裁判所对政策非常挑剔,其理由是政策过于模糊并起草得非常拙劣^{〔4〕}。

其次,查明政策的术语可能很困难。在有些案件中,为了司法审查的目的,法院可能要求公开。^{〔5〕}在其他案件中,或者考虑到对政策声明的发布或者要求把它们制定出来,在有些情况下法律则要求,它们必须以某种形式和以某种公开方法如政府公报等加以出版。在同样主题事项上可能存在两项政策,而且在某特定时候实际运行的政策不可能总是清楚的^{〔6〕}。

再次,还有下列危险的可能,即行政机构偏爱其政策到了假定政策在决策因素中是惟一变量的程度,这可能意味有关法律标准和个案的是非曲直根本得不到考虑^{〔7〕}。

最后,政策可能诱导懒惰,鼓励决策者缺乏创造力。行政人员可能停止寻找新的答案。

克拉克和其他学者关于政策作用以及可能产生问题所作的阐述,不仅适用于澳大

〔1〕 Argument, S (1994), 'Quasi - Legislation: Greasy Pig, Trojan Horse or Unruly Child', 1 Aust J of Admin L 144, at 150 - 1, 159 (举例各种公务员)

〔2〕 Bell & Colville Ltd v. Environment Secretary [1980] JPL823, 825 (QBD) .

〔3〕 [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,商务印书馆 2009 年版,第 114 页。

〔4〕 Phillips v. Secretary, Department of Immigration and Ethnic Affairs (1994) 48 FCR57, 81C - E (Fed Ct); Gerah Imports Pty Ltd v. Minister for Industry, Technology and Commerce (1987) 17 FCR1, 10 (Fed Ct) .

〔5〕 在新西兰,这个做法得到确认: New Zealand Fishing Industry Association Inc v. Minister of Agriculture and Fisheries [1988] 1 NZLR 544 at 554 - 5, 561 - 2, 568 (CA); Minister of Energy v. Petrocorp Exploration Ltd [1989] 1 NZLR 348 at 352 (CA); Attorney - General v. New Zealand Maori Council [1991] 2 NZLR 129 at 136 (CA) .

〔6〕 Re Commonwealth and El - Hassan (unreported, Federal Court of Australia, 1 October, 1985), par 19.

〔7〕 Re MT, KM, NT, and JJ and Secretary, DSS (1989) 9 ALD 146, 150 (AAT) .

利亚，实际上适用于很多国家的情形。正因为政策对行政活动极其重要，而处理不当又会带来严重的消极后果，因此有必要从法律上对此作出相应的规制。澳大利亚相关立法对此作了规定，而法院在司法审查中，也将行政机关是否机械地适用政策作为审查行政裁量的重要理由。

三、机械地适用政策的司法审查案例

(一) 案情

在格林诉丹尼斯案中^[1]，格林16岁，在1976年11月26日完成第四年级学年学习。在该学年结束之前的这一天，她访问联邦就业服务一个分部办公室，申请就业登记并寻求帮助找工作。她被告知，当时没有工作可做，并要她在完成其全部的学校成绩时再来访问。1976年12月20日，她做了这项工作，当时她被再次接待并被告知没有工作可做，而且她不能收到失业救济金，因为中途辍学者要到1977年2月22日才能收到。社会保障部门给她提供了一份打印形式的书信，这个表格显然是为那一年离开学校的学生准备的，连同由该部门签发的两个表格，其题名分别为“就业申请登记”和“第一份收入陈述”。她被告知要带回这些资料，正式完成日是在1977年2月22日。然后她也完成了一份失业救济金申请。

在12月、1月和2月期间，原告作了许多努力寻找工作。她对广告做了回应，并在两个私人就业机构作了登记，但所有这些都没有成功。在1977年2月22日，她再次访问联邦就业服务办公室，并随身带来当时已经完成的那些表格，然后存放在那里。她询问工作职位空缺，被告知没有职位。她填写了另一份表格，涉及到税收分期付款折扣，而且在不久之后，收到了她的第一份失业救济金支票，核算的日期是从1977年2月22日开始。格林认为，当局支付的失业救济金应该从1976年12月20日计算，对此不服提起诉讼。

(二) 高等法院的判决及理由

高等法院斯蒂芬法官代表法院阐述了下面观点：

1. 结论

在1976年11月学年结束时，原告已决定离开学校并寻找工作；从1976年12月向前，她遵守了这个决定并尽其最大能力寻找工作，但没有获得成功；她没有获得成功，不是因为她的努力不够，而是因为她相对差的条件与豪巴特（Hobart）地方低迷的就业条件综合作用的结果。正是根据这些事实，以及我在判决过程中将提到的其他

[1] Green v. Daniels (1977) 51 ALJR 463, 13 ALR1.