

行政自由裁量论

(第二版)

Administrative Discretion Treatise

余凌云 著



清华公法丛书
Tsinghua Public Law Series

中国人民公安大学出版社



CPPSUP

行政自由裁量论

(第二版)

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. —2 版. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 6

ISBN 978 -7 - 81139 - 569 -3

I. 行… II. 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 (2009) 第 083093 号

行政自由裁量论 (第二版)

XINGZHENG ZIYOU CAIJIANGLUN (DIERBAN)

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2009 年 6 月第 2 版

印 次: 2009 年 6 月第 3 次

印 张: 27.75

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 453 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

ISBN 978 -7 - 81139 - 569 -3/D · 477

定 价: 65.00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

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。1989年至1991年在安徽省马鞍山市人民检察院工作。1994年、1997年于中国人民大学法学院获法学硕士、博士学位。1997年至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月至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月至2003年3月在英国剑桥大学法学院做访问学者（visitor），2004年11月至12月在英国布莱姆希尔（Bramshill）警察学院接受高级警官培训，2008年11月至2009年2月在荷兰乌特列兹大学（Utrecht University）法学院做访问教授（visiting professor）。

个人著有《行政法案例分析和研究方法》（中国人民大学出版社2008年版）、《行政契约论》（中国人民大学出版社2000年第一版，2006年修订第二版）、《警察行政强制的理论与实践》（中国人民公安大学出版社2003

年第一版、2007年修订第二版)、《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年第一版、2007年修订第二版)等6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80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)、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)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”等栏目上做过大量法制宣传工作。

第二版自序

本书于2008年11月获得了第二届“钱端升法学研究成果奖”三等奖。这对我既是一种鼓舞，又是一种鞭策，让我在学术道路上丝毫不敢懈怠。其实，自本书出版之后，我也并没有停止对行政自由裁量问题的思考。2007年我申请了北京市哲学与社会科学“十一五”规划项目“北京市行政执法自由裁量权问题研究”，继续进行研究工作。

但这段时间的研究重点稍微做了些调整，一是侧重于对立法控制技术、行政裁量基准制度、法院审查偏好的研究，甚至涉入了一个更宏大的话题——行政裁量的治理理论，当然只是浅尝辄止。二是更加重视我国实践的基本问题。当然，可能有些专题的研究因为样本微观而显得微观，但却不容小觑。拔高一点说，“微言大义”嘛。的确，我们可以从中透视出、引申出一些深层次的问题与道理。相应的，我在研究方法上也自然更多地采用了案例分析和实证研究。

如果说，我在上卷中主要是以英国法的知识为背景，大量运用比较研究的手法，那么，在下卷中我已经自觉地离开了这样的路径，开始密切关注中国的行政实践，力图发掘深藏在生动活泼的中国行政实践之中的经验与问题，思考本土化的裁量理论。在我看来，控制行政自由裁量就是一项努力迈向本土化的任务，也是一个不断走向本土化的实践。我们必须思考的是，在中国的情境下（in China context），我们怎么才能让行政自由裁量这张“普

洛透斯似的脸” (a Protean face) 不再那么难以琢磨? 我们能够有效地回应我国行政实践的诉求吗? 我们应该采取什么样的主导性控制模式呢? 近年来我的研究趣味促使我去做这样的探索。

我也注意到, 近年来, 不少学者对行政自由裁量问题表现出强烈的兴趣, 不断涌现一些高品质的学术成果。更让人感到兴奋的是, 学者们开始在这个话题上展开了学术对话、批判与争鸣。对自由裁量的控制与治理也名副其实地成为了行政法的核心问题。

我一直怀揣着一个梦想, 企及着一种境界, 想通过逐步的学术积累, 随着一部部作品的问世、再版, 形成一个有自己风格、有一定品位、能够不断充实的学术系列。从《行政契约论》修订第二版(2006年)到《警察行政强制的理论与实践》第二版(2007年)、《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》第二版(2007年), 包括本书第二版的付梓, 都是基于这样的想法与规划。在我看来, 行政自由裁量是一个充满魅力、永远也研究不完的课题, 我还会继续思考下去。或许在不远的将来, 大家还会看到本书的三版、四版。

今年年初, 北京市中银律师事务所深圳分所陈忆、彭章建和范卡律师热诚资助清华大学法学院公法研究中心的学术活动。我曾与他们约定, 将在他们的资助下设立“清华公法丛书”, 陆续出版若干本学术著作。今年已经列入计划的, 除了本书之外, 还有一本关于行政契约的论文集。趁在荷兰期间, 我曾与 Tom Zwart 教授和法国的 Auby 教授约定, 将于十月份在北京召开“全球时代下的行政契约”国际研讨会, 他们都将带来高水准的论文, 我还与国内一些近年来关注行政契约问题、很有才华的青年学者约稿, 准备开完这次国际研讨会之后结集出版。

余凌云

2009年新春来临之际

于荷兰 Utrecht

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，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的理论成果，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年被中国人民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，例如说，竞争委员会（the Competition Commission）和公平交易机构（the Office of Fair Trading）对市场干预的目的之一就是为了防止出现垄断。

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。从更广泛的意义上去理解，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洛克（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（如征收另一个人的土地），或者侵犯相对人的自由（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、让权力不致滥用，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。一方面，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，并热忱地向读者推荐之。

福赛 (Forsyth)

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

Professor of Public Law, University of Cambridge

Extraordinary Professor of Law, University of Stellenbosch

目 次

第二版自序

序一(许崇德)

序二(Forsyth)

上 卷

一、引言:解决现代社会中面临的行政自由裁量滥用问题

二、行政自由裁量的含义

三、对行政自由裁量的实质性审查:合理性原则? 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标准: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

下 卷

- 一、行政裁量的治理——努力迈向本土化的实践
- 二、游走在规范与僵化之间——对金华市行政裁量基准实践的思考
- 三、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

主要参考文献

后记