

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200208022

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

论行政自由裁量权的司法控制

A Study on Juridical Control
on the Administrative Discretionary Power

陈兆焰

陈兆焰

指导教师: 刘连泰副教授

指导教师姓名: 刘连泰 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2005年10月

论文答辩时间: 2005年 月

学位授予日期: 2005年 月

答辩委员会主席_____

评阅人_____

厦门大学

2005年10月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密 ()，在 _____ 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密 ()

(请在以上相应括号内打“√”)

作者签名: _____ 日期: _____ 年 月 日

导师签名: _____ 日期: _____ 年 月 日

内 容 摘 要

行政自由裁量权是一种可选择但又受一定条件限制的行政权力。它是一柄双刃剑，既有消极的一面，又有积极的一面。一方面，行政自由裁量权是不可或缺的，它的存在有广泛的社会基础。另一方面，行政自由裁量权又具有潜在的危害性，其一旦被滥用将造成严重的后果。控制行政自由裁量权需要从立法、行政、司法等多角度入手，其中最为关键的是司法控制。法治建设较为成熟的国家都是以丰富的司法实践为依托，形成完整的控制行政自由裁量权的理论体系。以英国、美国为代表的英美法系国家与以法国、德国为代表的大陆法系国家对行政自由裁量权司法控制方面各有所长：英美法系国家在对行政裁量行为的司法控制上“重程序而轻实体”，实行正当程序模式；大陆法系国家在对行政裁量行为的司法控制上“重实体而轻程序”，实行严格规则模式。虽然模式有所不同，但它们在追求实质正义的道路上殊途同归——对行政自由裁量权实行了有效的控制，这对于我国有重要的借鉴意义。我国行政自由裁量权司法控制现状不容乐观，应从司法审查受案范围、审查标准、审查程度三个方面着手加以完善。

关键词：滥用；司法控制；司法审查

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

As a discretionary power, administrative discretion is restricted under some circumstances. It is just like a double-edged sword. On one hand, administrative discretionary power is indispensable. But on the other hand, if the power of administrative discretion is abused, it will give birth to serious results. Therefore, the power of administrative discretion should be controlled in legislative, administrative and juridical aspects, among of which the juridical control is most important. The legal developed-countries have developed a full theoretical legal system, which are based on rich judicial practice. The juridical control systems on the administrative discretion in Anglo-American Law systems represented by British and American law and the Civil Law systems represented by France and German law, both have their owned strong-points. The administrative law in Anglo-American Law systems stresses much more attention on procedure than substance, which implements due process mode. But the administrative law in Civil Law systems stresses much more attention on substance than procedure. It implements statute law mode. Though the modes of the judicial control between the two law systems are different, they all go in for substantial justice that the administrative discretion should be under effective controls. The modes have significances to our country. However, the current systems of judicial control on the administrative discretion in China are not perfect. Therefore, we should improve the regulations on the scope of accepting cases, standards and extent of the judicial review.

Key words: Abusing powers; Judicial Control; Judicial Review

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

前 言	1
第一章 行政自由裁量权存在的正负效应	3
第一节 行政自由裁量权存在的正面效应	4
一、有利于弥补成文法的局限性	4
二、有利于提高行政效率	5
三、有利于实现个体实体正义	5
四、完善立法工作的需要	6
第二节 行政自由裁量权存在的负面效应	6
一、我国滥用行政自由裁量权的表现形式	7
二、滥用行政自由裁量权的负面影响	8
第二章 行政自由裁量权的司法控制模式及其对我国的借鉴意义	10
第一节 英美法系	10
一、英国	10
二、美国	13
第二节 大陆法系	16
一、德国	16
二、法国	18
第三节 对我国的借鉴意义	20
一、理论借鉴	21
二、具体制度借鉴	23
第三章 我国行政自由裁量权司法控制的完善	25
第一节 我国行政自由裁量权司法控制的现状分析	25
一、我国司法审查的受案范围现状	25
二、我国司法审查标准的现状分析	26

三、我国司法审查的程度现状分析	28
第二节 我国行政自由裁量权司法控制的完善	29
一、适当拓宽司法审查的受案范围	29
二、科学界定合理性审查标准	31
三、司法审查的程度的理性定位	32
参考文献	34

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Positive and Negative Effects of the Administrative Discretion	3
Subchapter 1 Positive Effects of the Administrative Discretion	4
Section 1 Avoiding Limitations of the Statute Law	4
Section 2 Promoting the Efficiency of Administration	5
Section 3 Realizing Individual and Substantive Justice	5
Section 4 Improving Legislation Activities	6
Subchapter 2 Negative Effects of the Administrative Discretion	6
Section 1 Manifestations of the Abusing the Administrative Discretion in China	7
Section 2 Negative Effects of Abusing the Administrative Discretion	8
Chapter 2 Judicial Control Modes of the Administrative Discretion in Foreign Countries and Its Significations to China	10
Subchapter 1 Judicial Control Mode in Anglo-American Law System	10
Section 1 Judicial Control Mode in British Law	10
Section 2 Judicial Control Mode in American Law	13
Subchapter 2 Judicial Control Mode in Civil Law System	16
Section 1 Judicial Control Mode in German Law	16
Section 2 Judicial Control Mode in France Law	18
Subchapter 3 The Significations of Judicial Control Modes to China	20
Section 1 The Theoretical Significations of Judicial Control Mode to China ..	21
Section 2 The Significations of the Concrete Systems to China	23
Chapter 3 Perfections of Judicial Control on the Administrative Discretion in China	25
Subchapter 1 A Study on the Problems of the Present Legal Systems of Judicial Control on the Administrative Discretion in China	25
Section 1 A Study on the Scope of Accepting Cases of the Judicial Review	

in China	25
Section 2 A Study on the Present Standards of the Judicial Review in China	26
Section 3 A Study on the Extent of the Judicial Review in China.....	28
Subchapter 2 Perfections of Judicial Control on the Administrative Discretion in China	29
Section 1 Widening the Scope of Accepting Cases of Judicial Review Suitably.....	29
Section 2 Defining the Standards of Accepting Cases of Reasonableness Review Correctly.....	31
Section 3 Determining the Extent of Judicial Review Reasonably	32
Bibliography	34

前 言

行政自由裁量权是指法律、法规赋予行政机关在行政管理中依据立法目的和公正合理的原则,自行判断行为的条件,自行选择行为的方式和自由作出行政决定的权利。^①行政自由裁量权是一柄双刃剑,既有消极的一面,又有积极的一面。一方面,行政自由裁量权是不可或缺的,它的存在有广泛的社会基础。另一方面,行政自由裁量权又具有潜在的危害性,其一旦被滥用将造成严重的后果。滥用行政自由裁量权违背了法律授权的目的和意愿,干扰和破坏了法制秩序,具有很大的危害性。行政自由裁量权作为行政权的核心及其主要表现形式,越来越多地呈现出被滥用的趋势。然而,立法机关赋予行政机关自由裁量权绝非是放任行政权作恶的表现,而是为了克服相对稳定性、一般性、作为行政权行使之依据的法律与动态的、极具专业性的、作为行政权行使之对象的行政事务之间的矛盾所做出的重大让步。^②行政自由裁量权功能上的不可或缺性与潜在危害性不止一次地为历史所证实与解读。这也是对行政自由裁量权司法控制原因最好的阐释。

一部行政法的历史,就是围绕强化自由裁量权与控制自由裁量权两种因素此消彼长或互相结合的历史。^③控制行政自由裁量权需要从立法、行政、司法等多角度入手,其中最为关键的是司法控制。法治建设较为成熟的国家都是以丰富的司法实践为依托,形成完整的控制行政自由裁量权的理论体系。20世纪以前,行政自由裁量行为不受司法监督几乎是各国的通例。英美法系国家基本上对行政自由裁量权持拒斥态度,政府消极行政,“无法即无行政。”而大陆法系国家则基本上实行行政便宜主义,赋予行政主体广泛的活动空间。他们认为行政自由裁量权是行政机关的天然权力,司法机关无权干预。在行政自由裁量权范围内的不当行为只能通过行政机关自身或其上级机关加以更正。之后,为了提高“行政国”、“福利国家”管理社会经济和处理纷繁芜杂行政事务的效率,立法机关不得不从法律上赋予政府大量相关的自由裁量的权力。行政权迅速扩张导致行政权在内容上发生了重大变化,即行政权基本内容从羁束行政转变为裁量行政,自由裁量权构

① 姜明安.论行政自由裁量权及其法律控制[J].法学研究,1993,(1):44.

② 高秦伟.论行政自由裁量权与行政法治的关系[J].鲁行经院学报,2001,(4):29.

③ 袁曙宏.行政处罚法的创设、实施和救济[M].北京:中国法制出版社,1994.71.

成了现代行政权的核心。然而，严格规则主义在防止行政主体滥用自由裁量权方面束手无策。至此，各国纷纷探索建立对行政自由裁量权的司法控制机制，完善控制理论，以更好把握行政自由裁量权的行使。如德国的比例原则、法国的权力滥用理论及均衡原则、英国的越权无效原则及合理性原则、美国的正当法律程序等等。在我国，行政自由裁量权的司法审查是基于行政诉讼这一形式而实现。由于历史的原因，我国直到 20 世纪 90 年代初期才开始真正意义上的针对行政自由裁量权的司法审查。对行政自由裁量权的审查是一个关于权力行使是否合理的问题，而对什么行为合理或不合理，其标准是什么，不仅司法界没有统一认识，就连学术界也是众说纷纭，没有形成通说，更没有对行政实践形成指导。这对于过于自抑或过分依赖规则的法院来讲，《行政诉讼法》第 54 条规定了滥用职权、拖延履行、行政处罚显失公正三种滥用行政自由裁量权的形式过于抽象与笼统，不具有可操作性。我们十分有必要根据我国法治传统和诉讼理念，结合当前的实际情况，借鉴西方国家先进经验进一步完善我国行政自由裁量权的司法控制体系。

在本文中首先明确行政自由裁量权的概念，评价其存在的客观基础和负面影响；其次拟对西方分权体制下行政自由裁量权司法控制的理论研究及控制模式进行探讨，最后提出进一步完善我国行政自由裁量权的司法控制体系的构想。

第一章 行政自由裁量权存在的正负效应

行政自由裁量权是一个难以界定的概念,对其定义的陈述众说纷纭,莫衷一是。英国著名的法官霍尔斯伯勋爵在一个案件中提出:自由裁量是指任何事情应在当局自由裁量权范围内去行使,而不是按照个人观点行事,应按照法律行事,而不是随心所欲。它应该是法定的和固定的,而不是独断的、模糊的、幻想的,它必须在所限制的范围内行使。^①有的学者认为:行政自由裁量是指行政机关对于作出何种决定有很大的自由,可以在各种可能采取的行动方针中进行选择,根据行政机关的判断采取某种行动,或不采取行动;行政机关自由选择的范围不限于决定的内容,也可能是执行任务的方法、时间、地点或侧重面,包括不采取行动的决定在内。^②有的学者认为:行政机关处理同一事实要件只设定一种法律后果,而是授权行政机关自行确定法律后果,例如设定两个或两个以上的选择,或者赋予其特定的处理幅度。^③有的学者认为,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,亦即发生了规定和构成要件相连结的不是单纯一个法律效果;其中该规定至少有两种或者多种可能性或被赋予某种程度的行为自由,此即为所谓的行政裁量。^④又有的学者认为:行政自由裁量权,是指法律、法规赋予行政机关在行政管理中依据立法目的和公正合理的原则,自行判断行为的条件,自行选择行为的方式和自由作出行政决定的权利。^⑤总之,对行政自由裁量权的概念陈述多种多样,不胜枚举。经过分析归纳其共性,可以得出行政自由裁量权是一种权力,其具有选择性和受限性的特点。因此,宽泛地说,行政自由裁量权是一种可选择但又受一定条件限制的行政权力。

行政自由裁量权是行政权的一种,是行政权的核心及主要表现形式。作为一种权力,行政自由裁量权具有两面性,它是一种需要正确评价的权力:它既是不可或缺的,又可能纵横肆虐,给人们的权益造成巨大的损害。

① [英]威廉·韦德.行政法[M].徐炳译,北京:中国大百科全书出版社,1997.63.

② 王名扬.美国行政法[M].北京:中国法制出版社,1996.545.

③ [德]哈特穆特·毛雷尔.行政法总论[M].高家伟译,北京:法律出版社,2000.125.

④ 姜明安.论行政自由裁量权及其法律控制[J].法学研究,1993, (1):44.

第一节 行政自由裁量权存在的正面效应

对于行政自由裁量权存在的积极作用,王名扬先生在《美国行政法》中精辟地总结归纳为:^①一是现代社会变迁迅速,立法机关很难预见未来的发展变化,只能授权行政机关根据各种可能出现的情况作出决定。二是现代社会极为复杂,行政机关必须根据具体情况作出具体决定,法律不能严格规定强求一致。三是现代行政技术性高,议会缺乏能力制定专业性的法律,只能规定需要完成的任务功目的,由行政机关采取适当的执行方式。四是现代行政范围大,国会无力制定行政活动所需要的全部法律,不得不扩大行政机关的决定权力。五是现代行政开拓众多的新活动领域,无经验可以参考,行政机关必须作出试探性的决定,积累经验,不能受法律严格限制。六是制定一个法律往往涉及到不同的价值判断。为避免统一纷争的困难,国会可能授权行政机关,根据公共利益和需要采取必要或适当的措施。因此,在我国现阶段,行政自由裁量权的存在是不可或缺的,其正面效用如下:

一、有利于弥补成文法的局限性

现代社会新情况层出不穷,行政机关必须拥有行政自由裁量权来应对法律没有明确规定的情况以应对成文法的稳定性、滞后性与不完备性。“完全按照成文法的统治的政体不会是最优良的政体,因为法律只能订立一些通则,不能完备无遗,不能规定一切细节,把所有问题都包括进去,而一个城邦的事务又是非常复杂经常变幻的,法律不可能及时地适应这个需要,所以还得让个人根据理智审裁处理国家事务,包括对法律的修改和补充,可见,‘人’仍然是有用的,不应当完全否定。”^②而且,法律规范是一套语言符号系统,其基本单位是概念,概念的边际情形常常难以确定。尽管法律在界定行政权时,可能使用的是一些非常确定的概念,但是我们也只能说,在典型的情况下这些概念是确定无疑的,如果调整对象属于概念的边际情形时,仍无法避免争议。行政机关在执法当中并不总是面对典型的情况,经常会遭遇到边际情形,此时,行政机关也需要借助法律文字之

^① 王名扬.美国行政法(上册)[M].北京:中国法制出版社,1995. 546-547.

^② [古希腊]亚里斯多德.政治学[M].吴寿彭译,北京:商务印书馆,1983.199.

外的因素作出裁量。

二、有利于提高行政效率

效益原则要求行政机关在行使其职能时，力争以尽可能短的时间，尽可能少的人员，尽可能低的经济消耗办尽可能多的事，并使之办得尽可能好。行政机关的工作速度、效率对于国家的各方面协调发展至关重要。为防止行政机关在复杂多变的各种社会问题面前束手无策，法律法规赋予行政官员在规定的原则和范围内行使自由裁量权，以灵活果断地处理实际问题，提高行政效率。由于行政自由裁量权的灵活性、创造性、主动性，使其能够对不同的具体问题因地制宜、因势利导，达到低投入、高产出的目标。尤其对于紧急突发情况发生时，自由裁量显得更加重要。“紧急情况包括战争、政变、分裂活动、动乱、恐怖活动、严重暴力犯罪成风、流行病变、自然灾害等威胁国家安全和独立、社会秩序稳定和公共利益的情形。”^①我国在应对 SARS 方面问题是深有体会的。为了防止疾病的快速蔓延，政府迅速采取措施，对可能感染者采取非常手段强制观察、治疗。这时行政自由裁量权的巨大效用体现得淋漓尽致。

三、有利于实现个体实体正义

法律的普遍公正和现实的个别不公正之间的矛盾，需要行政裁量来调和。古希腊伊壁鸠鲁认为，“在稍微具体地适用法律的时候，它对某些人是不利的、错误的，而对另一些人可能是有利的、正确的，法律同样会因条件变为恶法。”行政裁量有利于法律规则的普遍适用，这也是达致法治的最低形式要求的一个较好途径。我国幅地辽阔，人口众多，经济文化发展很不平衡，国家行政管理的范围极其广泛，涉及的问题极其复杂，甚至是千变万化，从国防外交到公安民政，从工农业、商业到交通运输、通讯，从科技到文教卫生，可以说行政机关几乎什么事管，使得行政关系发展变化较快，情况纷繁复杂。“不能保证具体由法律调整的单个社会关系的公正，这是法律作为社会调控方法的不足之处，而行政自由裁量权则允许行政执法者地实施具体行政管理时考虑到具体社会关系的特殊性，在法定裁量范围内调动执法者的主观能动性，最大限度地保证立法意图的实现，从

^① 罗豪才.行政法学[M].北京:中国政法大学出版社,1996.62.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库