

裁量基准的规范体系定位

鲍律帆

【摘要】当前我国裁量基准的规范体系定位仍然是一个值得探讨的问题,有必要进一步明确裁量基准的规范载体与规范类型。就规范载体而言,将规章与规范性文件一同作为裁量基准的规范载体,不仅符合我国行政规范体系的特殊性,而且有助于平衡权力制约与个案正义的双重要求;就规范类型而言,既有的观点并不足以完整揭示裁量基准的规范特征,裁量基准应当同时包括“解释性基准”和“裁量性基准”两种规范类型。

【关键词】裁量基准;行政裁量;规章;规范性文件

【作者简介】鲍律帆,中国人民大学法学院博士研究生。

【原文出处】《法治现代化研究》(南京),2022.5.154~165

【基金项目】本文系中国人民大学科研基金重大项目持续支持计划“创新完善行政执法制度和体系研究”(17XNL010)的阶段性成果。

一、问题的提出

裁量基准的概念核心在于“规范”,而非“基准”,^①是以,有必要了解裁量基准在我国行政规范体系中的具体定位。在域外的行政法学中,裁量基准的规范体系定位大多从两个维度来展开:一是裁量基准的规范载体,即裁量基准应当以什么形式的行政规范存在;二是裁量基准的规范类型,即裁量基准可以表现为哪些特定类型的行政规范。

2021年新修订的行政处罚法首次对裁量基准制度进行了规定,^②但是,当前的法律规范尚未对裁量基准的规范体系定位加以明确。与此同时,尽管裁量基准的实践在我国已经开展多年,围绕裁量基准进行的研究也不胜枚举,但是学界对裁量基准的规范体系定位也并未达成明确的共识。就裁量基准的规范载体来看,有观点表示裁量基准当以规范性文件的形式存在,^③另有观点表示“在法律属性上,裁量基准有的也可以属于规章”;^④就裁量基准的规范类型来说,一些学者认为裁量基准属于“解释性规范”,^⑤还有学者则认为裁量基准并非“解释性规范”,而应当是一种“裁量性规范”。^⑥如是种种,莫衷一是。鉴于此,有必要对裁量基准展开进一步的讨论,

从理论上厘清我国裁量基准的规范体系定位。

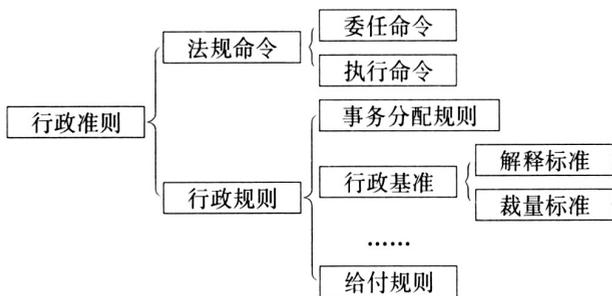
二、比较法的借鉴

虽然我国的裁量基准制度是“本土化的、自然生成的”,^⑦但是相应的制度建构和理论探索已然吸收了大量的域外经验,^⑧因此,参考比较法上的经验能为我们提供更多的借鉴。本文暂以日、美两国为例,尝试对裁量基准在域外行政规范体系中的定位进行简要的介绍,为明确裁量基准的规范体系定位提供一定的参照。

(一)日本法中的行政基准

在日本行政法上,“裁量基准”一词早已存在,它被认为是“裁量权行使的类型性基准”,亦即日本“行政程序法”上所谓的“审查基准”“处分基准”。就其概念而言,“裁量基准”也常常被称为“行政内规”“行政内部基准”,一些学者认为,最为恰当的概念当为“行政基准”。^⑨

确定“行政基准”在规范体系中的具体定位需要从日本行政准则的维度来展开(如下页图1)。在日本,由行政机关制定的规范行政机关活动的准则被称为“行政准则”(也作“行政立法”),这些行政准则通常是以法条形式规定的具有一般抽象性和假设性的



命题。^⑩根据其是否具有影响国民权利义务的效力，“行政准则”被分为“法规命令”和“行政规则”。^⑪法规命令是指由行政机关制定的规范行政机关与私人之权利义务关系的一般准则，具有影响国民权利义务的效力，具体包括委任命令与执行命令。其中，委任命令是指依据法律的委任，能够创设新的权利义务关系的命令；而执行命令则是执行上位法，对上位法中规定的权利义务之内容加以详细说明的命令。相应地，行政规则是指行政机关制定的不直接关系到国民权利义务的准则，不具有拘束国民的外部效力，具体包括事务分配规则、行政基准、给付规则等。^⑫在此意义上，法规命令与行政规则的概念可谓判若鸿沟，不过，在事实上，法规命令与行政规则之间却并不是非此即彼的关系。就两者间的效力而言，一般认为法规命令无异于法律，不但对行政机关和国民有着完全的拘束力，而且还是法院审判的依据，相反，行政规则却并不能对私人的权利义务造成影响，往往只能在行政内部发挥有限的拘束作用。但是，观念上的效力差异并没有完全排除行政规则可能“例外性地具有‘法规’性”，在实践中，行政规则也时常和法规命令一样，事实上发挥着与“裁判基准一样的功能”。^⑬不仅如此，作为法规命令的执行命令除了在名称、是否需要公布等形式方面与一般的行政规则有所区别外，在议会立法的授权问题上似乎难以发现区别于行政规则的实质差异。^⑭而且，由于“执行命令的法规性与法律本身的法规性在性质上并不相同”，故学界往往认为“法规命令与行政规则的差异只是相对的”。^⑮

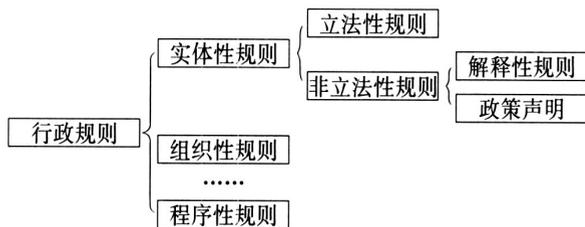
在上述行政准则的图谱中，行政基准以行政规

则为规范载体。作为行政规则，行政基准不能增加或减少国民的权利义务，亦不能扩大或缩减行政机关的行政权力与行政职责。同样地，由于行政基准属于行政规则，没有法规命令那样的法效力，而法律效力的缺失则意味着行政基准只能在行政系统内部发挥有限的作用，不具备直接的对外效力，也不能作为法院的裁判基准。是以，法院的裁判并不受行政基准的拘束，同时，是否遵循行政基准也并不能作为法院对行政行为之合法性的判断依据。^⑯就规范类型而言，行政基准则表现为“解释标准”和“裁量标准”。其中，解释标准是指行政机关对相应法令进行细化解释的行政规则，裁量标准则是指行政机关对其裁量权行使方式进行规范的行政规则。尽管解释标准与裁量标准之间的实际差异并不明显，但将两者进行区别仍被认为存在着一定的理论意义，日本学者认为，两者的类型差异决定了司法审查密度的高低。具体来说，解释标准在司法诉讼的过程中应当面临法院更加严格的司法审查，而裁量标准则只需接受法院较为宽松的审视。^⑰

(二)美国法上的非立法性规则

不同于日本，一般认为，在美国行政法中并不存在“裁量基准”这样的概念。然而，《美国联邦行政程序法》也构建了他们独特的行政规范体系，其中，非立法性规则(non-legislative rules)在事实上发挥着与我国“裁量基准”相近的功能。

根据内容的差别，美国行政法学者一般将行政规则体系中的“规则”区分为程序性规则和实体性规则(事实上还存在组织性规则等其他规则)。其中，实体性规则包括立法性规则和非立法性规则，而非立法性规则又可被分为解释性规则与政策声明，^⑱如图2所示。



不过,在多数情况下,“规则”一词仅指“实体性规则”。一般来说,某些由行政机关制定的规则就如同国会颁布的法规,通常具有法律上的拘束效力(binding legal effect),违反这些行政规则将会触发民事或刑事的罚则。此时,这些具有“法规性”的规则即为“立法性规则”,而不具有“法规性”的规则便被称为“非立法性规则”。^①普遍来讲,立法性规则与非立法性规则在许多方面都存在差别:立法性规则具有法律效力,制定立法性规则需要依据通告评论程序进行,而且在行政诉讼中,立法性规则对法院有拘束力(即受“谢弗林尊重”);相反,非立法性规则一般缺乏法律效力,其制定亦无特别的程序要求,也很少得到来自审查法院的遵从。^②然而,在实践中,立法性规则与非立法性规则之间的差异却并不明显,他们的区别常常被视为是“模糊的(fuzzy)”“细微的(tenuous)”“变幻的(baffling)”“朦胧的(blurred)”,有学者甚至表示,二者间微小的差异就像“被笼罩在了浓厚的迷雾之中”一样难以分辨。^③

正如上文所示,非立法性规则没有绝对的法律效力,它只能以事实上的拘束力影响行政机关的活动,因此,法院并不依据非立法性规则进行裁判,^④行政机关的行政活动也可以合法地偏离非立法性规则的规定。^⑤如图2所示,非立法性规则包括解释性规则和政策声明两种规范类型。其中,解释性规则是对已有法律规范中所涉及的行政机关行使行政权相关的职责、法律关系等内容进行解释的规则,而政策声明是表明行政机关将如何在法律法规确定的行政管理领域内行使其行政裁量权的一种指示性规范。^⑥相较于立法性规则与非立法性规则,同属于非立法性规则的解释性规则与政策声明具有许多相似之处,加之缺少明确的规范定义,区分两者“更具难度”。^⑦在实务过程中,解释性规则和政策声明有时更是直接被统称作指导性文件(guidance documents)。^⑧但是,在美国法中区解释性规则和政策声明仍具有重要的意义。例如,在对非立法性规则进行事前审查时,法院往往会支持针对解释性规则的审查请求,而拒绝有关政策声明的事前审查。^⑨

无论是在日本,还是在美国,“裁量基准”都被作为规范行政裁量的重要手段而存在于各自的行政规范体系之中,并有着较为明确的规范载体和规范类型。如上所述,由于在理论上缺乏绝对的拘束效果,日、美两国的“裁量基准”以行政规则(或非立法性规则)的形式存在。与此同时,基于其特殊的规范性质,两国的裁量基准也被分为“解释标准”与“裁量标准”(或“解释性规则”与“政策声明”)两种规范类型。不过,虽然“裁量基准”在两国的行政规范体系中具有相对独立的定位,但这种独立性却是相对的。一方面,以“行政规则”(或“非立法性规则”)为规范载体的裁量基准与“法规命令”(或“立法性规则”)之间其实“泾渭难分”,彼此间缺少本质上的差别;另一方面,尽管存在重要的区分价值,但是裁量基准的不同规范类型之间也常常是“牛马难辨”。

三、裁量基准的规范载体

如前所述,裁量基准在日、美等国的行政规范体系中都有其特定的规范载体,或为“行为规则”,或为“非立法性规则”。但在我国,裁量基准的规范载体却总是游走于“规章”和“规范性文件”之间。尽管当前学界对“裁量基准多数以规范性文件为载体”^⑩并无争议,但“裁量基准是否也以规章的形式存在”却总能引起理论上的争论。所以,有必要对此展开讨论,从而明确裁量基准的规范载体。

(一)作为规范载体的规章

通过规章对行政机关的行政裁量权进行规范并没有操作上的困难,实践中也存在不少这样的规章。^⑪不过,这些关涉行政裁量权的规章是否可以被视为裁量基准却仍有待讨论。

首先,需要明确裁量基准是否对行政裁量行为具有绝对的拘束力。通常认为,裁量基准不具备严格意义上的法律效力,换言之,裁量基准并非是对行政裁量权的刚性限制。一则,根据他国经验,裁量基准一般不具有完全的“法规性”,也缺乏绝对的法律拘束力,裁量基准的运作模式主要通过对行政机关的事实影响(而非法律上的拘束力)来约束相应的行政裁量活动;二则,如果承认裁量基准拥有完全的法

律效力,那么,同样具有制约行政裁量权之效果的行政法规(如执行性法规)与裁量基准之间便不再有本质的区别,裁量基准的独立价值也将荡然无存;三则,行政机关对个别情况的考虑义务决定了裁量基准不应具有绝对的拘束力,个案的灵活性要求需要裁量基准以柔性的方式来规范行政裁量权的行使。^③事实上,裁量基准的非绝对性也受到了我国司法实践的普遍认同,人民法院往往不会把裁量基准作为判断裁量行为合法性的直接依据,^④违反裁量基准的裁量行为同样可以被法院所允许。因此,裁量基准并不具有绝对效力。

考虑到裁量基准的柔性效力,如果规章具备绝对的法律效力,那么规章便不能作为裁量基准的规范载体。有鉴于此,为了判断规章能否作为裁量基准的规范载体,便需要考察规章的法律效力。根据行政诉讼法第63条的规定,法院在行政诉讼中以行政法规为“依据”,并“参照”规章,^⑤就此而言,“依据”与“参照”的不同表达意味着行政法规与规章在司法审查中存在着规范意义上的效力差别。通常认为,与“依据”不同,“参照规章”意指法院在适用规章之前需对其进行合法性判断,对合法的规章应当适用,对违法的规章则排除适用,相关的司法实践似乎也对这种理解予以默认。^⑥但是,这种解释并不能真正消除理论上的质疑。一方面,这种观点模糊了行政法规与规章之间的效力区别。纵然该观点将“参照”解释为“有条件地适用”,即在法院对规章进行合法性判断的前提下,依据合法的规章(不含违法的规章)作出裁判,但却忽略了作为“依据”的行政法规亦不能完全脱离法院之合法性审查的现实。实际上,法院在适用行政法规时,同样不能无视行政法规的合法性问题而直接将行政法规作为裁判依据。与规章一样,违反上位法的行政法规同样得不到法院的适用。另一方面,“参照”主要是指法院结合案件事实,将“规章”在一定程度上反映到司法裁判中的行为。然而,上述看法错误地将法院对规章的合法性审查当作“参照”的一部分,事实上,法院对规章的合法性判断只不过是法院“参照规章”的前置性行为。规章

的合法性判断并不直接作用于法院的判决,而“参照”却意味着规章同法院判决之间应当存在现实的、直接的因果联系。就此意义来说,通说中对“参照”的理解并不准确。囿于主题与篇幅的限制,本文无意于探讨“参照”的具体内涵,但至少可以明确,规章的“参照”效力与行政法规的“依据”效力并不相同。因此,按照行政诉讼法的规定,规章并不一定能够成为法院审查行政裁量行为时的合法性判断标准,换言之,规章对法院没有必然的拘束力,行政机关违反规章行使裁量权并不一定意味着违法,^⑦是以法院在实践中也并不完全依据规章进行裁判。^⑧就此而言,规章并没有绝对的法律效力,裁量基准或可以规章为其规范载体。

此外,在一般观念中,规章属于行政立法,与规范性文件有着根本上的区别。然而,行政立法与规范性文件之间的实际界限却并不总是那么清晰,理论上泾渭分明的图景似乎不同于现实世界中的真实投射。^⑨事实上,行政立法与规范性文件在制定程序、制定主体、规范性,乃至法律效力等方面都没有表现出本质上的不同,两者之间的差异大多还是形式化的。^⑩仅就制定程序来说,规范性文件并不仅仅根据《国家行政机关公文处理办法》的规定来制定,公众参与等程序要求的不断注入早已使得规范性文件与规章在制定程序上日益趋同。^⑪比如,在权限范围内,一个具备规章制定权的行政机关完全可以将同样内容的文件制定为规章或规范性文件,由于制定主体重合、制定程序趋同等因素,判断其是规章还是规范性文件并非易事。因此,尽管行政立法与规范性文件存在着概念上的抽象差异,但是两者之间可能并不具有理论上的本质区别,^⑫更不应是非此即彼的关系。从比较法层面来看,这种相对的差异也实属自然。如前所述,在日本法中,法规命令与行政法规之间也呈现出一种界限虚化的现象;在美国,立法性规则和非立法性规则的关系更是模糊不清,虽然各级法院发展出了实质性影响测试(substantial impact test)、拘束力测试(binding effect test)、行政机关本意测试(agency intent test)等一系列判断标准来对其

进行区分,但仍难以明确两者之间的根本差别。^④换言之,完全分离行政立法和规范性文件既不科学,也不可能。故将裁量基准的规范载体严格地限定为规范性文件或许并不现实。

当然,正视行政立法和规范性文件之间的相对化,并不意味着完全无视两者间的差异。行政立法和规范性文件的区别仍是现实的。仅就本文而言,行政立法与规范性文件的区别依然左右着特定规范是否可以成为裁量基准的规范载体。一方面,鉴于裁量基准自身不能设立裁量权,故创设性的行政立法(如根据行政处罚法第13条第2款有权设定行政处罚的规章)自然绝无可能成为裁量基准;另一方面,考虑到裁量基准不具有完全拘束法院的效果,所以作为法院裁判“依据”的行政法规自然也不能够成为裁量基准。不过,这种差异显然并不构成规章作为裁量基准的实质障碍。

因此,就理论上来看,目前并不存在拒绝规章成为裁量基准之规范载体的有力理由。

(二)层级式的裁量基准制度

当然,理论上的分析最终仍需要现实中的回应。在实务中,以“规章”形式存在的裁量基准虽不常有,但也并不罕见。以《环境保护主管部门实施查封、扣押办法》(下文简称为“《查封、扣押办法》”)为例,环境保护法赋予了相应环境主管部门以行政强制权,^⑤而生态环境部则以部门规章的方式发布了《查封、扣押办法》,对环境主管部门行使查封、扣押的行政裁量权进行了规范。^⑥同时,根据行政强制法的规定,规章不得设定行政强制措施,^⑦所以《查封、扣押办法》中针对环境主管部门行使行政强制权的有关规定不应成为对其行政强制裁量权的重构,而应当视作生态环境部在环境保护法的范围内对环境主管部门行使行政强制权的一种规范化的指引和约束。就此来说,《查封、扣押办法》并不对环境主管部门具有绝对的拘束力,否则,作为规章的《查封、扣押办法》可能会违反行政强制法中规章不得设定行政强制措施的禁止性规定。因此,《查封、扣押办法》应当被认定为裁量基准。

承认以规章形式存在的裁量基准并非是对客观现实“无原则”的妥协,而是裁量基准制度融入我国行政规范体系、保证裁量基准制度的灵活性的实际需要。具体来说,我国的行政规范体系具有独特的构造,不同于日本法或美国法中以效力差异为基础所构建的“二元规范体系”,^⑧我国的行政规范一般被分为行政法规、规章(包括部门规章和地方政府规章)以及规范性文件,虽然行政法规与规章被统称为“行政立法”而与其他规范性文件相区别,但这三者之间的关系却并不简单地呈现为日、美行政法上那种二元化的情境。我国的三种行政规范不仅在法律效力上相互区别,而且在制定主体方面也有着各自的特殊要求。实际上,考虑到行政法规的绝对效力和高层级的制定主体,规章与规范性文件之间的相似性反而更为突显。如前所述,规章的效力特点以及规章与规范性文件之间的趋同已经为规章成为裁量基准的载体提供了契机。事实上,规章与规范性文件的效力差异使得以规章为载体的裁量基准和以规范性文件为载体的裁量基准呈现出不同的拘束效果,而这也恰好成就了我国层级式的裁量基准制度,有别于日、美那种单一层次的裁量基准制度,同时以规章和规范性文件为载体,可以构建一种层级式的裁量基准制度。正如《查封、扣押办法》所显示的那样,对于行政强制措施等严重影响公民、法人或其他组织的人身权、财产权等权利的行政裁量行为,以规章形式制定的裁量基准在理论上具有更强的拘束力,可以更有效地规范这些行政裁量权的行使。这类裁量基准通常要求行政机关严格依照基准行使裁量权,即便在某些特殊情况下,一般也要求行政机关在提供更为充分的、更具说服力的理由后,方可偏离具备规章形式的裁量基准。相反,对于规范常规行政裁量权所涉事项的裁量基准,则应当以一般的规范性文件作为规范载体。规范性文件的弱拘束效果可以容许行政机关拥有更多的行为可能。对于这类裁量基准,在行政机关偏离裁量基准活动时,对理由的说明不需要过高的要求,如此可以保证行政裁量的灵活性,防止出现“作为裁量基准的规则将裁量行

为变为羁束行为”的荒谬现象。^⑤换言之,根据对行政相对人的权利影响的大小有区别地设定不同形式的裁量基准,可以对各类行政裁量权进行有差别的规制,从而有针对性地平衡行政裁量的灵活性要求和裁量基准拘束行政恣意的制度功用。

通过与具有法律效力的行政规范相区别,日、美等国的裁量基准在其二元结构的规范体系中保持着特定的独立性,然而,不同规范间(如行政规则与法规命令)的相对化却又无时无刻不在侵蚀着彼此间本已模糊的界限,这种根本上的矛盾使得裁量基准自身的地位也晦暗不明。尽管我国层级式的裁量基准制度并不能完全消弭规章与规范性文件边界暧昧的问题,但是认可裁量基准的多元规范载体将该问题限制在尚可容许的范围之中,规章同规范性文件之间模糊的界限问题并不会导致根本上的矛盾,其差异相对化所带来的难题被限制在形式上的差异之中。此时,无论一项行政规范是规章还是规范性文件,只要其不具备绝对的拘束力,它都可以成为裁量基准,此时,规章与规范性文件的相对化并不会引发某一特定行政规范“是否属于裁量基准”这一本质上的判断问题;尽管仍然有必要判断该行政规范是规章还是规范性文件,但这时的主要任务在于确定不同规范载体导致的拘束效果,即个案中对应的理由需要达到何种程度才能偏离裁量基准,裁量基准制度本身的独立性并不因此而被弱化。

是以,在我国,裁量基准既能够以规范性文件为载体,也能够以规章为载体。以不同规范形式存在的裁量基准不仅同我国的行政规范体系相吻合,也更有助于兼顾保证灵活裁量和规范恣意裁量的双重功能,更为重要的是,这也缓解了规章和规范性文件相对化带来的制度性难题。

四、裁量基准的规范类型

规范载体的确定并没有完全解决裁量基准的规范体系定位问题,裁量基准的规范类型仍然是亟须明确的重要内容。

(一)规范类型的当下观点

就目前来看,学界对裁量基准的规范类型已经

有了相当程度的研究。然而,多数学者往往习惯于把裁量基准视为一种单一类型的行政规范,很少有学者考虑将裁量基准当作不同类型的规范集合来对待。而对于裁量基准究竟是“解释性规范”,还是“裁量性规范”,抑或是“具体化规范”,学界实际上也没有达成真正意义上的共识。

一些学者将裁量基准视为是一种“解释性规范”。例如伍劲松教授认为裁量基准“从内容上还是援引法律规范的相应条款”,故其属于“解释性规范”;^⑥陈婴虹副教授对此也曾给出过相近的表述,表示行政裁量基准“并没有独立设定、变更或消灭相对人的新的权利义务,不具有独立的新的法律效果”,但其“具有一定程度的拘束力”,亦有异于“无拘束效果”的指导性规范,进而,他认为裁量基准属于解释性规范。^⑦如果仅从大多数裁量基准的内容来看,将其认定为“解释性规范”确实存在一定的合理性基础。因为行政法律规范中本身便存在着大量的“不确定法律概念”,“裁量基准”之中也确实存在着许多对“法律要件”的解释,^⑧是以人们在实践中无法将裁量基准与解释性规范相分离也情有可原。^⑨但是,一些裁量基准往往并不直接涉及对法律规范的解释,^⑩将裁量基准全部划归为“解释性规范”可能与实际并不相符。

此外,也有学者认为裁量基准应当是一种“裁量性规范”。该观点认为裁量基准无论是其目的、运用技术还是相应的司法审查密度,都不同于“解释性规范”。在他们看来,裁量基准的主要目的并不在于消除法律上的歧义,而在于规范行政机关的裁量活动;而且大多数的裁量基准往往使用“情节细化”“效果格化”的制约技术,而不求助于文意解释、目的解释等传统的法律解释技术;另外,较之一般的解释性规范,纯粹的裁量基准也更多地受到司法机关的遵从。^⑪事实上,将裁量基准视作“裁量性规范”的观点确实能在实践中得到相当程度的证实,许多裁量基准也确实会在法律文本的语词之外对行政裁量权进行规范化的限制,而不仅仅拘泥于对具体语词的解释。^⑫不过,即便是将裁量基准归为“裁量性规范”的

学者,有时也不得不承认裁量基准的“解释性”,^⑤否认裁量基准同时作为“解释性规范”的理由往往也十分模糊。

此外,把裁量基准当作“具体化规范”的观点也在一些学者间流行,他们通常认为“裁量基准是行政法律规范的具体化”。^⑥不可否认,多数裁量基准确实是在相应法律规范的基础上通过加大规则密度来细化行政裁量的范围,从而利用更具体的规则来制约行政裁量权的恣意行使。然而,以“法律的具体化”这种笼统的描述来界定裁量基准的规范类型或许并不具有重要的实际意义。事实上,几乎所有的行政立法、规范性文件都是“法律的具体化”,即使是并非行政规范的行政行为,也可以在一定程度上被视为法律在实际案件中的具体化。是以,将裁量基准定位为“具体化规范”虽然并无不妥,但却缺乏足够的理论价值。

综上所述,现下的观点大多言之有物,但是,这些观点并未摆脱“盲人摸象,各执一见”的学术困境,片面地探讨裁量基准的规范类型显然并不可行。

(二)裁量一元论下的规范类型

“行政裁量”和“行政裁量基准”有着不同的概念本质,想要探究作为“后在概念”的(行政)裁量基准,在逻辑上不应避开关于“行政裁量”本身的讨论。因而,研究(行政)裁量基准的规范类型,务必应当重视作为“种差”的“行政裁量”。^⑦

关于行政裁量的概念一直存在着诸多争议。有观点认为,行政裁量“是法律、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力”,^⑧这种认知不仅将行政机关对法律效果的决定纳入裁量的领域,而且把行政机关对法律规范的解释也置于“行政裁量”的概念之中;然而,亦有观点将行政裁量的概念严格限制在决定“法律效果”的范畴,表示“对事实存在的判断和法律条文含义的理解”与“行政裁量”虽有密切的关系,但“它们之间不是一回事”。^⑨前者将法律要件的确认与法律效果的决定都视为行政裁量的一部分,而后者则严

格区分法律要件与法律效果,将两者视为截然不同的两类行为,否定了行政裁量在确认法律要件时的作用。

对“行政裁量”截然不同的看法促使我们不得不通过行政裁量的内在构造来进一步窥探行政裁量。从本质上来看,上述观点的差异主要源自对“要件裁量”与“效果裁量”的观念分歧。实际上,早在贝尔纳奇克-特茨纳论争时,学界便已将“要件裁量”与“效果裁量”的分析视为探讨“行政裁量”的关键。^⑩对此,施密特、科赫等学者提出了具有说服力的观点,他们将裁量视为对不完整的构成要件的补充,进而将要件裁量和效果裁量一并置于“法律要件”的层面予以审视。^⑪从该视角出发,我国目前普遍认为要件裁量与效果裁量并无本质上的区别,两者之间只存在量上的差异,“无论是法律要件的解释适用,还是法律效果的选择确定,均可统一于法律要件的判断之上,两者都要对法律要件作解释”。^⑫因此,否定要件裁量在理论上难以成立,实践中也往往不会作出本质的区分。要件裁量与效果裁量的趋同也体现了从裁量二元论到裁量一元论的理论转变,事实上,如今的要件裁量与效果裁量已被纳入“行政裁量”的概念之中。^⑬

如果说行政裁量包括了要件裁量和效果裁量,那么,裁量基准也便当然地包括了“解释性基准”与“裁量性基准”两种规范类型。通过对现有裁量基准的分析,学界认为裁量基准规范行政机关的关键技术在于对裁量情节的细化和裁量效果的格化。^⑭这种技术模型恰好分别同“要件裁量”与“效果裁量”这两类裁量相对应(“情节细化”是对“要件裁量”的制约,“效果格化”是对“效果裁量”的规范)。因此,单独地将裁量基准认定为“解释性基准”或“裁量性基准”都不全面,裁量基准应当包括“解释性”和“裁量性”两类基准。就日、美两国的经验来看,裁量基准也应当同时将“解释性基准”与“裁量性基准”纳入其规范类型之中。正如前文所示,“解释标准”(或“解释性规则”)和“裁量标准”(或“政策声明”)的规范划分同样是域外学界的共识。如果再把目光投射到我

国的执法实践,可以更加肯定地得出上述的结论。如《河北省公安机关治安管理处罚裁量标准》第1条,一方面该规定对治安管理处罚法第23条第1款第1项中的“情节较重”这一法律要件进行了解释,此时,该部分的裁量基准便为“解释性基准”;另一方面该规定也对“扰乱单位秩序的行为”之常规情节的处罚进行了区分,通过抽象的裁量对不同的情况分别处以“警告”“五日以下拘留或二百元以下罚款”,是为“裁量性基准”。值得注意的是,这两种类型的裁量基准有时并不容易区分。^⑤上文比较法部分的讨论已经提供了足够的参考,日、美两国在裁量基准的规范类型问题上,往往也只能作出原则性的区分,实现完全的分离着实不易。而且,行政裁量理论的复杂性也决定了区分裁量基准不同规范类型时的困难程度。“要件裁量”和“效果裁量”在理论上的相互纠缠从逻辑上决定了“解释性基准”与“裁量性基准”之间的模糊性。

不过,区分二者的现实困难并不会遮掩探讨不同规范类型的现实价值,明晰裁量基准的规范类别仍有意义。从域外的研究经验来看,从规范层面将裁量基准分为“解释性基准”与“裁量性基准”两种不同的规范类型一直都是各国理论和司法实践的共识。对我国来说,裁量基准规范类型的厘定也有着独特的价值。举例来说,区分裁量基准的规范类型可以指导有关裁量基准的司法审查。我国的行政诉讼法规定了针对规范性文件的附带性审查制度,^⑥由于多数裁量基准仍以规范性文件的形式存在,故现有的司法审查制度实际上能够覆盖大部分的裁量基准。但是,因为我国附带性审查的制度重心仍在于对规范性文件的合法性审查,所以法院在对裁量基准进行附带性审查时仍需恪守合法性审查的制度要求,避免过多的合理性判断。此外,考虑到“解释性基准”主要是制定主体对法律要件的依法解释,而“裁量性基准”往往涉及行政机关对行政裁量权的合理行使,因此,法院应当针对不同规范类型的裁量基准采取不同的审查策略。换言之,法院对(以规范性文件为规范载体的)裁量基准的审查应主要针对

“解释性基准”展开,考虑相应解释的合法性问题,而对于“裁量性基准”,法院在原则上不应过多干涉,避免突破司法审查的制度设计。此外,“解释性基准”与“裁量性基准”的相对化也意味着司法机关对裁量基准的整体性管辖。尽管“裁量性基准”主要涉及行政裁量活动的合理性问题,但在裁量一元论的视角下,“裁量性基准”也不得完全脱离于法院的审查之外,合法性审查的制度要求依然可以容许法院对“裁量性基准”展开适度的司法审查活动。明显不合理而偏离了法律目的的裁量基准并不能以“裁量性基准”的名义而脱离司法的监督。^⑦区分裁量基准的规范类型主要是为了区别法院对不同裁量基准施以不同的司法审查密度,而非限制法院对裁量基准进行司法审查的规范类型。

五、结语

行政处罚法的最新规定以立法的形式肯定了裁量基准的制度价值,有关裁量基准的实践更是日渐增多,关于裁量基准的进一步研究更显必要。^⑧通常来说,裁量基准作为一种“行政规范”往往存在于特定的规范体系之中,而探讨裁量基准的规范体系定位也注定是研究裁量基准的必要环节。对此,域外的相关经验为我们探讨裁量基准的规范体系定位提供了许多有益的指引,不过具体的讨论仍需要立足于我国特殊的行政规范体系来展开。是以,我国裁量基准的规范载体应当包括“规章”及“规范性文件”,而裁量基准的规范类型也应分为“解释性基准”和“裁量性基准”。当然,明确裁量基准的规范体系定位只是探讨裁量基准制度的基础性工作,更多的理论和实践课题需要通过进一步的讨论来展开。

注释:

①参见熊樟林:《裁量基准的概念限缩与扩容》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2019年第3期。

②《中华人民共和国行政处罚法》第34条:“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。行政处罚裁量基准应当向社会公布。”

③参见余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,载《中国法学》2012年第4期。

④王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,载《法学研究》2008年第5期。

⑤伍劲松:《行政执法裁量基准的性质辨析》,载《华南师范大学学报》(社会科学版)2012年第1期。

⑥周佑勇、钱卿:《裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2010年第4期。

⑦余凌云:《游走在规范与僵化之间——对金华行政裁量基准实践的思考》,载《清华法学》2008年第3期。

⑧目前,许多学者通过比较法的研究对裁量基准进行理论建构,这些理论也往往推动着裁量基准的实践运行。例如余凌云教授曾结合英国法中的“非立法性规则”为裁量基准的设立程序给出了相关的意见,参见前引③,余凌云文。朱芒教授也曾结合日本法的经验为我国裁量基准的设定和公开程序提出了相应的建议,参见朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,载《华东政法大学学报》2006年第1期。

⑨参见[日]平冈久:《行政立法与行政基准》,宇芳译,中国政法大学出版社2014年版,第205-207页。

⑩参见[日]市桥克哉等:《日本现行政政法》,钱蓓蓓等译,法律出版社2016年版,第81-82页。

⑪参见[日]藤田宙靖:《日本行政法入门》,杨桐译,中国法制出版社2012年版,第100页。

⑫参见吴东镐、徐炳烺:《日本行政法》,中国政法大学出版社2011年版,第87-95页。

⑬前引⑨,平冈久书,第179,252页。

⑭参见前引⑨,平冈久书,第177-178页。

⑮[日]中西又三:《日本行政法》,江利红译,北京大学出版社2020年版,第126-127页。

⑯参见前引⑮,中西又三书,第128页。

⑰参见前引⑩,市桥克哉等书,第94页。

⑱参见 Sean Croston. "It Means What It Says: Deciphering and Respecting the APA's Definition of 'Rule'", Washburn Law Journal 53, No. 1(2013).

⑲参见 William F. Funk, Richard H. Administrative Law: Examples and Explanations, Wolter Kluwer, 2015, p. 143.

⑳参见 William Funk. "When Is a 'Rule' a Regulation? Marking a Clear Line Between Nonlegislative Rules and Legislative Rules", Administrative Law Review 54, No. 2(2002).

㉑参见 Richard J. Pierce, Jr. "Distinguishing Legislative Rules from Interpretative Rules", Administrative Law Review 52, No. 2(2000).

㉒参见 United States v. Mead Corp., 121 S. Ct. 2164(2001).

㉓参见 Brock v. Cathedral Bluffs Shale Oil Co., 796 F. 2d 533(D. C. Cir. 1986).

㉔参见 Tom C. Clark, U. S Dep't of Justice, Attorney General's Manual on The Administrative Procedure Act 30 n. 3(1947).

㉕胡敏洁:《美国行政法中的“政策声明”》,载《行政法学研究》2013年第2期。

㉖参见 Michael Asimow. "Guidance Documents in the States: Toward a Safe Harbor", Administrative Law Review 54, No. 2(2002).

㉗参见 Nat'l Mining Ass'n v. McCarthy, 758 F. 3d 243, 251. (D. C. Cir. 2014).

㉘王贵松:《行政裁量基准的设定与适用》,载《华东政法大学学报》2016年第3期。

㉙金自宁教授就在《科技专业性行政行为的司法审查》中表示生态环境部的规章《建设项目环境影响评价分类管理名录》实质上是裁量基准,意在规范相应的行政裁量行为。参见金自宁:《科技专业性行政行为的司法审查——基于环境影响评价审批诉讼的考察》,载《法商研究》2020年第3期。

㉚参见王天华:《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》,载季卫东主编:《交大法学》(第二卷),上海交通大学出版社第2011年版,第234页。

㉛参见周文明诉文山县公安局交警大队案,云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院,(2008)文行终字第3号行政判决书。

㉜参见《中华人民共和国行政诉讼法》第63条:“人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院审理行政案件,参照规章。”

㉝参见章剑生:《行政诉讼中规章的“不予适用”——基于最高人民法院第5号指导案例所作的分析》,载《浙江社会科学》2013年第2期。

㉞本文并不否认规章在特定情况下可以具备绝对的拘束效力,如根据行政处罚法第13条第2款设立行政处罚权的规章本身便是行政裁量权的设定依据,此时,在法律的授权下,规章便成了法院的裁判依据,但是这并不意味着所有的规章在任何情况下都具有绝对的法律效力,“参照规章”的规范用语为规章效力的理解提供了足够解释空间。“参照”并不是特指一个固定的效力级别,而是指一个效力的范围,例如当有法律特别授权时,规章可以成为司法裁判的依据。但在另外其他情况下,规章也可能并不是判决的依据,而只具有一种参考的作用,即在“行政审判中把握规章的精神”。参见刘俊祥:《论我国抽象行政行为的司法审查》,载《现代法学》1999年第6期。

㉟参见王素珍、李小梅:《行政规章在行政审判中的适用问题研究——以最高人民法院公报案例判决为考察对象》,载《中国海洋大学学报》(社会科学版)2014年第1期。根据文

中的统计,尽管多数法院会适用规章进行裁判,但实务中也存在着不以规章为裁判基准的司法现实。

③⑥参见王留一:《论行政立法与规范性文件的区分标准》,载《政治与法律》2018年第6期。

③⑦参见廖希飞:《论行政规定在行政诉讼中的效力》,载《行政法学研究》2011年第2期。

③⑧参见刘磊:《美国非立法性规则之公众参与及其借镜》,载《行政法学研究》2016年第6期。

③⑨参见前引③⑦,廖希飞文。

④⑩参见 Morgan Douglas Mitchell. "Wolf or Sheep?: Is an Agency Pronouncement a Legislative Rule, Interpretive Rule, or Policy Statement?", *Alabama Law Review* 62, No. 4(2011).

④⑪《中华人民共和国环境保护法》第25条、《环境保护主管部门实施查封、扣押办法》第6条。

④⑫《环境保护主管部门实施查封、扣押办法》第4条。

④⑬《中华人民共和国行政强制法》第10条第4款:“法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。”

④⑭如上文所述,根据法律效力的大小,日本的行政规范可直接分为“法规命令”与“行政规则”,美国的行政规范可分为“立法性规则”与“非立法性规则”。

④⑮参见关保英:《行政自由裁量基准质疑》,载《法律科学》2013年第3期。

④⑯前引④⑮,伍劲松文。

④⑰参见陈婴虹:《行政处罚自由裁量基准设定的适当性——以近年浙江省行政处罚自由裁量基准为观察点》,载《行政论坛》2010年第3期。

④⑱如治安管理处罚法第23条第1款第1项对“扰乱单位秩序”的内容作出了规定,并规定“情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”,《河北省公安机关治安管理处罚裁量标准》对其中的“情节较重”概念作出了解释说明,将其细化为六类具体的情形。

④⑲参见朱新力:《法治社会与行政裁量的基本准则研究》,法律出版社2007版,第176页。

④⑳如《中华人民共和国教育法》第82条规定:“违反本法规定,颁发学位证书、学历证书或者其他学业证书的,由教育行政部门宣布证书无效,责令收回或者予以没收;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的……撤销招生资格、颁发证书资格。”但在《河南省教育厅行政处罚裁量权基准》第2条中对于《中华人民共和国教育法》并未涉及的“一般违法”和“较重违法”的情形进行也进行了规定,已超越了法律解释的范畴。

④㉑参见前引④⑱,周佑勇、钱卿文。

④㉒以《河北省公安机关治安管理处罚裁量标准》为例,治

安管理处罚法第23条第1款第1项规定了“扰乱单位秩序”的罚则,但只提及“有下列行为之一的,处警告或者二百元以下罚款;情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”,并未对“情节较轻的”情况进行规定。但《河北省公安机关治安管理处罚裁量标准》独立地规定了“情节较轻的”情况以及相应的处罚标准,超越了对《治安管理处罚法》的规范解释。

④㉓周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,载《中国法学》2007年第6期。

④㉔参见王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,载《浙江学刊》2006年第6期。

④㉕葛先园:《行政裁量基准的逻辑》,载《行政论坛》2014年第4期。

④㉖姜明安:《论行政自由裁量权及其法律控制》,载《法学研究》1993年第1期。

④㉗余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第33页。

④㉘参见[日]田村悦一:《自由裁量及其界限》,李哲范译,中国政法大学出版社2016年版,第51-58页。

④㉙参见王贵松:《行政裁量的内在构造》,载《法学家》2009年第2期。

④㉚前引④㉙,王贵松文。

④㉛参见王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,载《行政法学研究》2006年第1期。

④㉜参见前引④⑱,周佑勇、钱卿文。

④㉝参见王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版。

④㉞《中华人民共和国行政诉讼法》第53条第1款:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。”

④㉟青岛金华瑞钢塑制品有限公司诉黄岛区安监执法局及黄岛区政府案,山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02行终497号行政判决书。在该案中,法院以“行政处罚不是以罚款为目的”,而应当以“教育公民、法人或者其他组织自觉守法”“维护公共利益和社会秩序”为目的,认为参照该裁量基准作出的行政处罚“不符合立法本意,存在明显不当”,进而排除了该裁量基准在案件中的适用,在事实上实现了对裁量基准的合理性审查。

④㊱参见陈文清:《行政裁量基准适用的现实悖论、消费思路及其构建——以〈行政处罚法〉修改为背景》,载《甘肃政法大学学报》2021年第2期。