

司法实践中的行政裁量基准

王天华*

摘要 行政裁量基准制度给司法实践带来了新的问题:在行政行为合法性审查中,应如何对待其根据或参照的裁量基准?对此,我国出现了几种方向各异的判例理论:有的认可或者要求行政机关严格适用裁量基准,甚至事实上将之作为裁判规范;有的则相反,认可或者要求被告考虑个案情况,背离裁量基准。这种分歧的背后是裁量一元论与裁量二元论的对立。与裁量基准的严格适用相链接的裁量二元论是过去时代的教义,与实质法治主义不相容;与个别情况考虑义务相链接的裁量一元论,则有着更强的体系性和解释力。但这并不意味着裁量基准在任何情况下都不可以是行为规范乃至裁判规范。妥当的立场毋宁是:裁量基准原则上不应当被严格适用,除非裁量授权规范的意旨是可以免除行政机关的个别情况考虑义务。

关键词 行政裁量 裁量基准 解释基准 个别情况考虑义务 裁量一元论

我国的行政裁量基准实践始于2004年前后,^{〔1〕}经江苏、辽宁、北京等地人民政府的试点和推广,至2008年成型为“行政裁量基准制度”。^{〔2〕}星火燎原的行政裁量基准实践成型为“制度”,使得行政裁量基准是否有法律效力等问题凸现了出来。由于行政法规范首先是面向

* 北京航空航天大学法学院教授。本文为国家社科基金课题(一般项目)“我国行政裁量基准制度研究”(项目编号:11BFX128)的阶段性成果。写作过程中先后两次在会议中接受了高家伟、刘飞、何兵、成协中、赵鹏、张力、朱芒、章剑生、李洪雷、宋华琳、凌维慈、王贵松、陈越峰、赵宏、李冷焯、杜仪方等同行的批评,笔者获益良多。当然,文责自负。

〔1〕 2004年2月,浙江省金华市公安局经一年试点,下发了《关于行政处罚自由裁量基准制度的意见》。同年3月,国务院《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)发布并开始实施。

〔2〕 2008年,《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》(国发[2008]17号)明确要求市县政府及其部门“根据各地发展的实际,对行政裁量权予以细化、量化并将行政裁量标准予以公布、执行。”同年,国务院法制办政府法制协调司副司长江凌在讲话中指出:“建立和推行行政处罚裁量基准制度是党的十七大关于规范行政执法要求的重要内容。”

行政机关的行为规范,这一问题不仅在行政诉讼中无法绕过,在行政过程中也难以回避。如,法院在行政诉讼中应否认可行政机关适用裁量基准?法院应否审查裁量基准本身的合法性?上级行政机关在设定裁量基准时要求下级予以严格适用是否妥当?行政机关作出行政行为时可否乃至应否逸脱上级行政机关或其自身设定的裁量基准?这些问题在理论上亟需廓清。

2007年发生的“周文明诉文山交警案”之所以引起广泛关注,^{〔3〕}就是因为它提出了这一问题:被告文山县公安交警大队在对原告作出行政处罚时可否甚至应否逸脱云南省公安厅设定的裁量基准?从本案被告的答辩来看,^{〔4〕}其主张的实质毋宁是:考虑到事发路段的特殊性,其有义务逸脱省公安厅设定的裁量基准,在法定幅度内实施上限处罚(个别情况考虑义务)。^{〔5〕}对此,该案二审判决没有正面回应,而是以系争裁量基准“仅属云南省公安厅内部下发的规范性文件,其效力明显低于法律、法规规定”为由判决维持系争行政处罚。这一“技术性回应”表明,我国法院面对这一问题不无困惑。

转眼十年过去了。这十年中,我国是否已经形成了关于这一问题的判例理论?若是,该判例理论是否有进一步完善之处?其对我国行政机关设定行政裁量基准的实践又有何意味?本文将对此加以检视。

一、本文的分析框架

(一)判例理论的总体状况

总体而言,关于这一问题的判例理论尚处于混沌状态。一方面,相关判决多数是寡言的,特定立场(是否认可或要求裁量基准的严格适用)的理由在多数情况下并未得到充分的阐述。另一方面,那些可以探知其理由的判决,又呈现出这样那样的分歧,且分歧既发生于行政裁量基准是否有法律效力这个问题本身,又可以溯及如何理解行政裁量、如何审查行政裁量等更为本质的问题。这意味着,我国是否已经形成关于行政裁量基准法律效力问题的判例理论,这个描述性问题暂时还难以回答。

(二)本文的分析框架

为此,本文不得不采取如下两个方法:第一,对材料进行取舍,聚焦于那些可以探知其采取

〔3〕 [2007]文行初字第22号,云南省文山县人民法院2007年11月2日审结;〔2008〕文行终字第3号,云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院2008年1月16日审结。参见陈娟:“驾车超速该罚多少?云南省公安厅红头文件惹争议”,载《人民日报》2008年4月2日,第15版。

〔4〕 本案中,被告的答辩集约于两点:第一,事发路段2006年以来交通安全形势严峻,且超速行驶是造成事故的主要原因,故对此类违法行为要从严处罚;第二,被告一直对发生在该路段的超速行驶行为实施上限处罚。

〔5〕 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”,《交大法学》第2卷,第229页。

特定立场的理由的判决展开描述；第二，在描述的同时，立足于特定理论观点对判决进行分类。也就是说，本文对司法实践的描述是带着“有色眼镜”的观察，描述本身已经是一种整序。这可能导致描述的科学性、客观性存疑，却是无奈之举。因为，法律是实践理性，在对象（判例理论）本身处于上述混沌状态的当下，非此无法展开有实益的法学思考。正如法官在案件审理中面对“裁量条款”，必然会带着其各自的裁量观展开司法审查，否则无法完成裁判。

上述“有色眼镜”其实就是本文的分析框架。其核心是这样两个递进的问题：第一，是否认可或要求裁量基准的严格适用？第二，是否认为裁量问题与法律问题是相互区隔的两个问题？这两个递进的问题可以理解为对初步筛选出的判决的“提问”（以下简称“提问一”和“提问二”），它们之间的关系是：“提问一”对判决（的立场）进行分类，“提问二”则对其理由展开追问。换言之，特定判决对“提问一”的“回答”，实际上是其对“提问二”的“回答”（行政裁量观念）的技术性表达。

需要特别交待的有两点：

第一，“提问一”是出于“周文明诉文山交警案”所触发的问题，着眼于行政裁量基准的法律效力问题本身对判决进行的分类。它体现的是各个技术性表达之间的逻辑关系（参见图1），尚未对其背后的理由进行追问。相应地，各类型之间肯定是并列关系，但不一定是对立关系。如，个别情况考虑义务论与裁量基准司法审查论两者是并列关系，但并不对立。因为，是否有个别情况需要考虑，因案而异。只有那些有个别情况需要考虑的案件，个别情况考虑义务才有用武之地。否则，个别情况考虑义务“虚化”为背景，裁量基准本身是否接受司法审查等问题将凸显出来。这意味着，这两个类型在“提问二”面前完全可能合流。

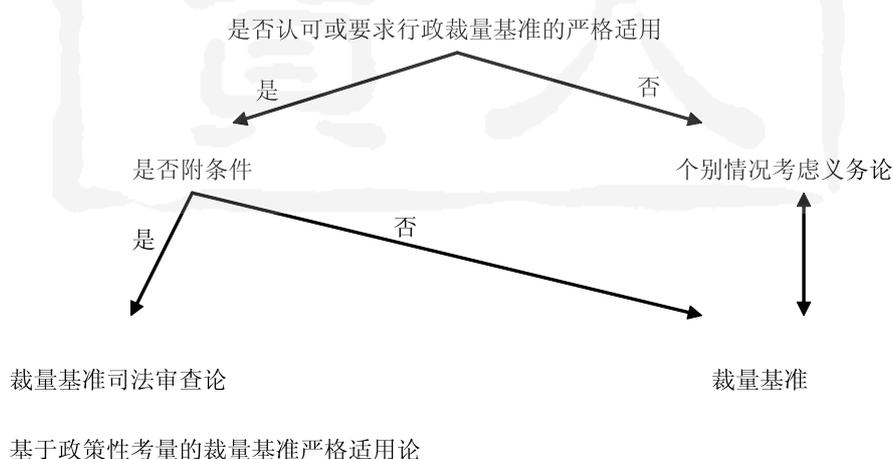


图1 行政裁量基准法律效力问题的判例理论的分类

第二，“提问二”对应着行政法学说中的“裁量一元论”与“裁量二元论”之争。裁量一元论

认为:裁量问题外面包裹着法律问题,两者的关系状如“甜甜圈”;换言之,行政裁量也受法律拘束(尽管它可能是宽缓的),绝非法律彼岸的任意。裁量二元论则认为:行政裁量是行政的自由“领地”,裁量问题不同于法律问题,不容法院置喙。这两种行政裁量观的对立,作为行政裁量理论变迁的核心线索,清晰地呈现于德国、日本等大陆法系国家,^{〔6〕}但实际上也是我国晚近行政裁量理论展开的一个基本线索。^{〔7〕}

人非生而知之。我国行政案件的主审法官们在审理相关案件时,其行政裁量观念是且应当是从行政法学说,特别是我国的行政法学说中习得的。将“裁量一元论”与“裁量二元论”之争作为相关判例理论的分析框架,有着重要的理论和实践意义。

二、个别情况考虑义务论

正如我们在“周文明诉文山交警案”中看到的那样,“行政机关负有个别情况考虑义务”实际上可以翻译为这样一个命题:行政机关作出行政行为时,可以且应当逸脱裁量基准,哪怕该裁量基准是其上级的“作品”。从裁量基准的法律效力角度来看,这个命题意味着:行政机关负有个别情况考虑义务时,其在法律上被要求“不得适用裁量基准”。在此意义上,裁量基准没有法律效力。

归结是如此明确,以至于可能会令人怀疑到行政裁量基准制度的存在意义,至少是其在法律上的存在意义。故而,行政机关何时负有个别情况考虑义务是一个必须首先加以探讨的问题。

(一)法定义务

十年来我国法院认定被告行政机关负有个别情况考虑义务的情形,总体上有两类。第一类是被告根据(或曰参照)上级行政机关设定的裁量基准作出行政行为,但法院以裁量授权规范(法律或法规)为据,认定被告负有个别情况考虑义务而未履行该义务,从而构成违法。

典型案例是“虹口大酒店诉烟台市食药监局案”。^{〔8〕}原告的餐厅在《餐饮服务许可证》到期后,继续经营8天。被告根据其从原告处取得的《餐厅每日客人消费报表》,认定其违法所得为46137元。以此为前提,被告根据《食品安全法》(2015年修订前)第84条、^{〔9〕}《山东省食品

〔6〕 参见王天华:“从裁量二元论到裁量一元论”,《行政法学研究》2006年第1期,第25页。

〔7〕 参见郑春燕:“‘隐匿’司法审查下的行政裁量观及其修正——以《最高人民法院公报》中的相关案例为样本的分析”,《法商研究》2013年第1期,第64页。

〔8〕 “烟台市食品药品监督管理局与烟台虹口大酒店有限公司食监行政处罚上诉案”,[2014]烟行终字第35号,山东省烟台市中级人民法院2014年8月12日审结。

〔9〕 《食品安全法》(2015年修订前)第84条规定:“未经许可从事食品生产经营活动”,由有关主管部门“没收违法所得……货值金额一万元以上的,并处货值金额五倍以上十倍以下罚款。”

药品监督行政处罚裁量标准》,〔10〕对原告没收违法所得 46137 元,并处罚款 230685 元(前者的五倍)。而在听证期间,原告还主张:被告所认定的违法所得中,包含 30993 元的内部消费以及 9840 元的免费券,不应当计算在内。但被告没有采信。对此,法院判示:被告“应认真审查被上诉人提出的关于内部消费和免费券的相关证据,并进行相应的调查取证,客观评价被上诉人的经营行为,而上诉人却未充分行使该项职责,致其所作处罚决定对违法所得认定中是否包含内部消费和免费券认定事实不清、主要证据不足。”

本案中,系争行政行为的违法事由是“认定事实不清、主要证据不足”,即“违法所得”的金额认定错误,看起来与裁量无关,也与个别情况考虑义务无关。但是,案涉法条的意旨是:被告在行使效果裁量即确定罚款金额时,须根据违法所得的“货值金额”按倍数计算。也就是说,违法所得作为一个事实认定问题本身与裁量无关,但被告的效果裁量须以之为据。而违法所得所链接的正是个案情况。由于本案中被告未考虑原告经营形态的特殊性(消费报表中包含着大额的内部消费和免费券),仅根据消费报表就认定了其违法所得,导致效果裁量发生错误。〔11〕易言之,法律在授予行政机关以效果裁量的同时,对其课予了个别情况考虑义务;被告未充分地履行该义务,从而导致其效果裁量违法。

事实上,我国采用这种立法技术的立法例还见于《产品质量法》(第 49 条)、《药品管理法》(第 73 条)、《社会保险法》(第 84 条)等。这种立法技术的特点在于,法律在授予行政机关以效果裁量的同时,课予其(违法所得、应缴社会保险费数额等的)调查义务,并将两者捆绑在一起,要求行政机关以该调查义务的履行结果作为效果裁量的考虑要素,以确保其符合比例原则。在此意义上,其所立足的法律思想可以追溯至《行政处罚法》第 4 条第 2 款:“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。”

由于此种个别情况考虑义务是法定的,裁量基准通常会予以忠实转述。这意味着,行政机关适用此种裁量基准作出行政行为时仍须考虑个案情况,相关法条的具体化至裁量基准并未完结。换言之,此种裁量基准并未提示一个封闭的要件——效果规定,本无“严格适用”这样的问题。故而行政机关对此种个别情况考虑义务的不履行所获得的违法性评价通常都是“事实不清”或“主要证据不足”,与裁量基准是否应当被严格适用这个问题本身并无直接关联。换言

〔10〕《山东省食品药品监督管理局行政处罚裁量标准》规定:餐饮服务许可证超过有效期限仍从事餐饮服务的,“2、从轻:2000 元以上 2 万元以下罚款,或者 5 倍以上 7 倍以下罚款。”

〔11〕当然,考虑到餐厅消费与住宿消费的复杂关联(酒店在淡季为住宿客人提供餐厅免费券恰恰是一种常见的经营手段),至少,本案中的“免费券”是否应当计入“违法所得”可以商榷。但本案判决对此并未正面表态,为避免论点扩散,这里不予讨论。

之,法定个别情况考虑义务与“周文明诉文山交警案”所带有的问题性通常并无直接关联。^[12]

当然,如果裁量基准本身不将法定个别情况考虑义务予以忠实转述,而是径自设定一个罚款幅度,要求行政机关在此幅度内根据情节确定具体罚款金额,换言之,屏蔽了法定个别情况考虑义务,那么此种裁量基准的严格适用导致行政行为违法就是一个大概率事件。除非行政机关所确定的罚款金额恰好在结果上符合其履行法定个别情况考虑义务后所应确定的金额。

(二)基于裁量本质论的个别情况考虑义务

十年来我国法院认定被告行政机关负有个别情况考虑义务的情形,第二类是被告对裁量基准加以严格适用,而法院基于其对裁量本质的理解——裁量就是要针对个案情况具体问题具体分析——认定被告未履行个别情况考虑义务,从而构成违法。

典型案例是“何庆友诉香洲交警案”。^[13]原告驾驶机动车发生交通事故后,将肇事车辆停靠在道路中心机动车道内等候交警处理。被告在对事故进行调查处理的同时,根据《珠海经济特区道路交通安全管理条例》第71条的规定,^[14]对原告罚款500元。原告不服。被告辩称:其所使用的全省“公安交通管理综合应用平台”已设定此类违法行为罚款数额为500元,因处罚均要通过该平台出具及打印决定书,故无法对罚款额度进行调整,无自由裁量权。法院对此判示:被告的主张违背了《行政处罚法》第4条第2款的要求。本案审判长唐文法官在评析中还援引李洪雷教授的观点指出:裁量基准的意义在于提高行政效率、方便私人预测行政行为,但不能过于严格和僵化,必须“为因案而改变留有余地”,“否则就与法律赋予行政裁量权的目的背离”。^[15]显然,上述判示和评析包含着这样的判断:被告应用的电脑应用平台(只能统一适用的裁量基准)屏蔽了裁量本质所要求的个别情况考虑义务,是系争行政处罚违法的起因。法院在判决理由中对《行政处罚法》第4条第2款的援引,不过是这种裁量本质论的补强而已。

在此,必须对此种个别情况考虑义务的理论意味予以足够的重视。因为,作为法定义务的个别情况考虑义务,其基础在于个别具体的法律规定;而基于裁量本质论的个别情况考虑义

[12] 这个问题的适例是“濮阳市三冠实业有限公司与濮阳市城市管理综合执法局行政判决书案”,[2016]豫09行终75号,河南省濮阳市中级人民法院2016年8月3日审结。本案中,被告根据《濮阳市经济适用房管理办法》第25条(经济适用房项目的利润不高于3%)认定原告预售房屋的违法所得为房屋全款的3%,而没有进行具体的调查,被法院认定为违法。

[13] “何友庆与珠海市公安局交通警察支队香洲大队行政处罚纠纷上诉案”,[2015]珠中法程(行政)终字第34号。

[14] 《珠海经济特区道路交通安全管理条例》第71条规定:“驾驶机动车发生交通事故后,应当撤离现场而未撤离现场,妨碍交通的,对机动车驾驶人处200元以上500元以下的罚款。”

[15] 唐文:“电脑应用平台顶格设定罚款金额且不能调整的司法应对”,《人民司法·案例》2016年第29期,第97—98页。其所援引的李洪雷教授的观点,参见李洪雷:《行政法释义学:行政法学的更新》,中国人民大学出版社2014年版,第338—339页。

务,其基础则在于裁量的本质。后者的普遍性在逻辑上归结为裁量基准法律效力的一般性否定。更为重要的是,“何庆友诉香洲交警案”中被告以电脑应用平台的技术特征为理由,主张个别情况考虑义务的免除,但法院明确否定了这一主张。这意味着主张严格适用裁量基准的观点,须在此之外拿出更强的理由。而从法院的判示和法官的评析——必须为因案而改变留有余地,否则就与法律授予行政裁量权的目的背离——来看,基于裁量本质论的个别情况考虑义务几乎没有为这种“更强的理由”留有余地。

如果此种个别情况考虑义务成为我国法院的普遍观点,那么学说中基于“行政自我拘束”或“行政立法权”的“规则化裁量基准观”,^[16]将承受巨大的压力。同时,作为“法治政府建设”的一个重要举措而推行的行政裁量基准制度也可能受到巨大的冲击。反之,如果基于裁量本质论的个别情况考虑义务尚未或不能成为我国法院的普遍观点,则意味着我国相关判例理论的分裂。如何就此找寻一种统合性立场,将成为我国判例理论无法绕过的一个重要课题。

到目前为止,基于裁量本质论的个别情况考虑义务看起来还并非我国法院的普遍观点,但援引《行政处罚法》第4条第2款(过罚相当)从而在实质上可以归为同一立场的判决,不在少数。如,在“刘德生诉胶州环保局案”中,^[17]原告建设经营的冷库未经环保部门批准,需要配套建设的环境保护设施未建成,主体工程未经验收即正式投入生产或使用,违反了《建设项目环境保护管理条例》(2017年修订前)第16条。被告根据当地有关环保处罚裁量权量化标准,“结合本案违法情节,特别在可酌处6万元罚款的幅度下,考虑到该冷库用于仓储土豆,有季节性因素且调查当时正处于停产状态,故本着从轻处罚原则罚款3万元”。这一判断得到了法院特别是最高人民法院的认可。^[18]再如,在“鼎盛食品诉苏州工商局案”中,^[19]原告因商标侵权被责令停止侵权行为,并罚款50万元。法院以原告“侵权性质、行为和情节显著轻微,尚未造成实际危害后果”为由,判决变更。该判断也得到了最高人民法院的肯定。^[20]

[16] 高秦伟教授认为,“周文明诉文山交警案”二审判决“把裁量基准看作可有可无的东西,似乎违背了设立裁量基准制度的初衷”。高秦伟:“论行政裁量的自我拘束”,《当代法学》2014年第1期,第47页。王锡锌教授和余凌云教授则认为,裁量基准是行政机关行使“行政立法权”,以“细化的规则”对执法人员裁量空间的“挤压”或者“压缩甚至消灭”。参见王锡锌:“自由裁量权基准:技术的创新还是误用”,《法学研究》2008年第5期,第40页;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”,《清华法学》2008年第3期,第57页。

[17] “刘德生诉胶州市环境保护局环保行政处罚案”,[2014]胶行初字第104号,山东省胶州市人民法院2014年11月27日审结。

[18] 本案入选最高人民法院公布的人民法院环境保护行政案件十大案例(第二批),见《人民法院报》2016年3月31日,第3版。

[19] “‘乐活’商标侵权行政处罚案——苏州鼎盛食品有限公司与江苏省苏州工商行政管理局工商行政处罚案”,[2011]苏知行终字第0004号,江苏省高级人民法院2012年7月31日审结。

[20] 本案入选最高人民法院公布的2012年中国法院知识产权司法保护10大案件,见《人民法院报》2013年4月23日,第3版。本案还是公报案例,见《最高人民法院公报》2013年第10期。

三、裁量基准司法审查论

个别情况考虑义务论的展开有两个条件:第一,裁量基准已经被设定;第二,个案中存在着该裁量基准并未涵盖甚至加以排斥的个别情况需要考虑。不具备这两个条件的案件,个别情况考虑义务论无用武之地。换言之,如果①裁量基准(在行政行为作出之前)并未被设定;或者②裁量基准虽已设定、但行政机关作出行政行为时有意地不适用它;又或者③裁量基准虽已设定、但裁量基准本身要求行政机关在作出行政行为时对个别情况加以考虑(裁量基准本身课予行政机关以个别情况考虑义务),那么需要另行开发某种判例理论。

生活是复杂的,远非“法律法规→裁量基准→行政行为”这种逐级递进的简单图式。十年来我国的司法实践,直面了这种复杂的法律生活,给出了案件承办法官各自的解法。关键是,要有一种理论将这些解法串起来,使之具有统合性。下面以“裁量基准司法审查论”为题,对这些解法顺次予以考察,并尝试对其加以统合性说明。

(一)作为法的具体化的裁量基准

首先看①裁量基准(在行政行为作出之前)并未被设定的情况。

在“鄞学勋诉金塘市监局案”中,^[21]被告发现原告经营的餐馆中放有五种超过保质期的食品,总价104元,遂对原告作出没收过期食品、并处2万元罚款的行政处罚。被告的根据是《食品安全法》第85条(2015年修订前)。该条对“经营超过保质期的食品”规定了一个处罚幅度:“货值金额不足一万元的,并处二千元以上五万元以下罚款。”至于在该处罚幅度内如何选择,被告并未出示裁量基准,而是在诉讼中着重主张了从重处罚的两点理由:①2万元罚款仅占法定最高处罚数额的40%,并不畸重;②原告在被告已进行前期指导后仍实施违法行为,主观过错明显。对此,法院综合考量了原告所涉货值金额偏低,查处的过期食品并未使用等情节,并对比了定海区相同职能部门对类似违法行为的处罚决定,根据比例原则,判决变更罚款金额为1万元。

本案意味深长之处是,被告作出行政行为时并无裁量基准可资参照或执行,其裁量理由是在诉讼阶段提出的。那么,其在诉讼阶段提出的裁量理由与裁量基准是什么关系呢?只能认为它其实也是一种裁量基准,只不过并未事先成文化。反言之,裁量基准不过是事先成文化的裁量理由而已。^[22]

[21] “鄞学勋与舟山市市场监督管理局金塘分局食品行政处罚案”,[2015]浙舟行终字第16号,浙江省舟山市中级人民法院2015年8月13日审结。

[22] 笔者视野所及,“裁量基准是裁量理由的事先成文化”这一命题最早明确出现于Bertrand氏作为政府专员对著名的“法国地产信贷公司案”判决所作评述(CE Sect. 11 déc. 1970, Crédit foncier de France c/Demoiselle GAUPELLAT et Dame ADER, Rec. 750, concl. Bertrand.)。参见张莉:“行政裁量指示的司法控制——法国经验评析”,《国家行政学院学报》2012年第1期,第115页;(日)交告尚史:“個別審査と画一的処理——フランスの行政事例に見る裁量統制の一側面(三)”,自治研究第61卷第4号138页。

关于此点,康德在其道德哲学——道德与法均是规范,因而其内在逻辑的共通性毋庸置疑——中的概念设定,即“准则”与“法则”的界分有启发意义。在康德的概念设定中,“准则”是主观的,只对主体自身的意志有效;而“法则”是客观的,对每个有理性的存在者的意志都有效;〔23〕每个行为都必然有“准则”,但特定行为是否配称道德行为,取决于它能否满足这样的条件:其所从出的“准则”(存在)符合普遍法则(当为)。〔24〕如果我们把“准则”替换为“裁量基准”,把“法则”替换为“法”,那么(事先成文化的)裁量基准与(行为或诉讼阶段行政机关所主张的)裁量理由的同质性就非常清楚了,它们与法律法规之间的关系也一目了然。申言之,裁量基准的司法审查可能性与必要性甚至是无需证立的,因为它不是“法则”而只是“准则”。其合法性是一个未决问题。设定裁量基准的行政机关的级别也无法消弭其与法之间的区别。

例如,在本案一审阶段,被告曾经主张:查处原告时正值食品集中整治期,应予“严打”。一审判决对此指摘说:“依法行政应避免运动式执法,而应加强日常行政监管。”到了二审,被告转而主张:并未因原告在食品安全集中整治期被查处而加重本案处罚。这一转变意味着,被告已经认识到“严打”这个“准则”(裁量基准)不符合“法则”(依法行政),哪怕它出自高级别的行政机关。〔25〕

裁量基准有两种形态,一种是事先成文化的,另一种是作为裁量理由的。无论哪种形态的裁量基准,都是行政机关(与其级别无关)的“准则”而非“法则”,作为法(就本案而言,这里的“法”是比例原则)的具体化,其合法性未决。这是本案所能得到的最为融贯的说明。

这一说明同样适用于②裁量基准虽已设定、但行政机关作出行政行为时有意不适用它的情况。如,上级行政机关已经设定裁量基准,被告却未予援引,但仍被法院认定为合法的案例;〔26〕或者上级行政机关已经设定裁量基准,但被告因其不敷执法之用而加以“续造”并得到

〔23〕 (德)康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2016年第2版,第21页。

〔24〕 康德将“纯粹实践理性的基本法则”表述为:“要这样行动,使得你的意志的准则任何时候都能同时被看作一个普遍立法的原则”。同上注,第37页。参见张传有:“康德道德哲学中的准则概念”,《西北师大学报(社会科学版)》2004年第6期,第24页。

〔25〕 康德指出:“现在如果我说,我的意志服从一条实践法则,那么我就不能援引我的爱好(例如在当前情况下即我的占有欲)来作为意志的适合于某条普遍实践法则的规定根据;因为这种爱好要说它适于用作某种普遍的立法,那就大错特错了,毋宁说,它在一个普遍的立法形式中必定会自我耗尽。”康德,见前注〔23〕,第33页。本文以为,“严打”的问题就在于此。

〔26〕 “关勇坚与佛山市南海区食品药品监督管理局、佛山市食品药品监督管理局食品药品安全行政管理案”,〔2015〕佛南法行初字第204号,广东省佛山市南海区人民法院2015年10月29日审结。本案中,《佛山市食品药品监督管理局规范行政处罚自由裁量权暂行规定》第13条第(2)项将“违法行为被新闻媒体、网络曝光,引起较大社会负面影响”作为从重处罚的事由,被告在诉讼中对此未予援引。

法院支持的案例。^{〔27〕} 因为,这些案件中被告对事先成文化的裁量基准的“未予援引”或“续造”本身也是裁量基准,行政对法的具体化并未因裁量基准的事先成文化而完结。

(二)裁量基准的司法审查权限

值得注意的是,“施素兵诉南通市公安局开发区分局案”从另一个路径论证了(事先成文化的)裁量基准的司法审查可能性。^{〔28〕}

本案中,原告因赌博受到被告的行政处罚,双方就原告的违法行为是否属于《治安管理处罚法》第70条规定的“参与赌博赌资较大、情节严重”有争议。被告一方面认定原告赌资为50元,另一方面根据《江苏省公安厅关于赌博违法案件的量罚指导意见》,以民警现场查获的无法确定持有人的赌资为43150元,按照参赌人员14人来计算,人均赌资超过3000元为由,对其从重处罚。法院认可了被告的判断,但对《意见》本身进行了司法审查。^{〔29〕} 其理由是:《意见》是规章以下的规范性文件,“不是行政法上的法律根据,经实质审查,只有在确认《意见》作为行政裁量的基准,其相关条款自身合法性的前提下,才能进一步据此确认被诉行政行为的合法性。”^{〔30〕}

本案属上述之“③裁量基准虽已设定,但裁量基准本身要求行政机关在作出行政行为时对个别情况加以考虑(裁量基准本身课予行政机关以个别情况考虑义务)”的情况。具体而言,参赌人员为逃避打击,想方设法使“赌资”难以确定这一情况,是《治安管理处罚法》所未预见的个别情况。《意见》针对这一情况补充规范,预备了“人均赌资”这一手段。法院以其在我国实定法中的位阶为据,论证了《意见》的司法审查可能性,并实施了司法审查。

从《行政诉讼法》第53条、第63条的规定来看,法院对《意见》的审查在我国现行法下有足够的正当性。但是,重要的是,如果我们不满足于仅仅把这两个法条理解为立法者对我国法院的司法审查权限的决断,而是去追问这一决断本身的理由,那么我们所到达的将仍然是“裁量

〔27〕 “重庆三旺饲料有限公司与重庆市盐务管理局沙坪坝区分局、重庆市盐务管理局行政处罚案”, [2016]渝01行终753号,重庆市第一中级人民法院2016年12月15日审结。本案中,《重庆市盐业行政处罚自由裁量基准》规定:“对于违规购进饲料添加剂氯化钠的违法行为,数量在10吨以上20吨以下,……并处违法购进的盐产品价值2倍以上3倍以下的罚款”。而本案原告违规购进盐产品的数量为36.95吨,超出裁量基准预定的上限。为此,被告对该裁量基准进行了续造,决定对原告处以违法购进盐产品价值三倍的罚款。得到了法院的认可。同样情况还有“彭运强诉厦门市海沧区城市管理行政执法局城建行政处罚案”, [2014]厦行终字第40号,福建省厦门市中级人民法院2014年6月19日审结。

〔28〕 “施素兵与南通市公安局开发区分局等行政处罚纠纷上诉案”, [2016]苏06行终55号,江苏省南通市中级人民法院审结。载《人民司法·案例》2017年第2期。

〔29〕 其要旨是:参考公安部《关于办理赌博违法案件适用法律若干问题的通知》第6条,《意见》“有其历史解释根据”;参考最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第(2)项、第(3)项,“可通过对比刑法规范作出体系解释”,《意见》合法。

〔30〕 殷勤:“对赌资较大、情节严重行政裁量基准之司法审查”,《人民司法(案例)》2017年第2期,第97页。

基准是法的具体化”命题。换言之，“法院在审查行政行为合法性时，可以审查其所根据的裁量基准的合法性”这一法律规则的证成，归根结底还是要回到“裁量基准是法的具体化”。如此，“邬学勋诉金塘市监局案”与“施素兵诉南通市公安局开发区分局案”才能得到融贯的说明。

（三）与个别情况考虑义务的关联

“裁量基准是法的具体化”命题不仅可以为我国司法实践中的裁量基准司法审查论提供统合性说明，而且可以将之与个别情况考虑义务论统合起来。因为，“裁量基准是法的具体化”意味着裁量也受法律拘束、绝非法律彼岸的任意（裁量一元论）。从“虹口大酒店诉烟台市食药监局案”中的法定个别情况考虑义务，到“邬学勋诉金塘市监局案”中的比例原则，这些中国案例雄辩地印证了德国学者毛雷尔的指摘：“自由裁量”已经退化成为一种“误导性措辞”，“只有‘合义务的裁量’或者更好一些：‘受法律约束的裁量’”。^{〔31〕}其中，法律原则对行政裁量的拘束性有关键意义。一方面，法律原则在制定法的尽头拘束行政裁量；另一方面，其价值要求的实现以执法者在个案事实与法律原则的规范内容之间往复目光为必要条件。换言之，一方面，如果不承认法律原则对行政裁量的拘束性，那么裁量基准司法审查论基本上是无法想象的；另一方面，法律原则的适用必然指向个案情况的考量。如，在“邬学勋诉金塘市监局案”中，比例原则指引法院（要求被告）将目光投向原告所涉过期食品的货值和使用情况，以及相邻行政区域的量罚情况，而不能仅仅着眼于罚款金额在法定幅度内是否畸重，或者片面地着眼于原告是否有过错。

我国司法实践中的个别情况考虑义务论与裁量基准司法审查论背后的行政裁量观念，可以确定无疑地归类为学说中的裁量一元论。

四、裁量基准法源论

十年来我国还有大量的行政案例，采用了看起来与上述案例截然相反的立场：认可或要求被告适用裁量基准，甚至以裁量基准为据作出判决。这是否意味着这些案例所立足的行政裁量观念，与裁量一元论有着本质的不同？

（一）理由的缺位

探究这些案例背后的行政裁量观念，需要从其采用这一立场的理由入手。但判决书的寡言使得这一工作殊非易事。

是什么造成了判决书的寡言？从笔者掌握的材料来看，原告如何主张是一个关键因素。

〔31〕（德）毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第129页。

如,在“余彬诉珠海卫计局案”中,^[32]被告根据《珠海市卫生局行政处罚自由裁量权细化标准(暂行)》,以伪造病历为由,对与原告有医疗纠纷的医师(第三人)作出了警告处罚。原告认为畸轻,但迟至二审才要求法院对该裁量基准进行附带性审查。这导致本案二审判决才对系争裁量基准进行了极为简略的评述,也大大增加了我们探究其背后的行政裁量观念的难度。何况在更多的案例中,根本看不到原告主张裁量基准应受司法审查的痕迹。

这种状况意味着我们无法断言,那些认可或要求被告适用裁量基准的案例,都采用了与裁量一元论不同的行政裁量观念。从经验上看,毋宁说,相关判决书的寡言可能有不同成因:①可能是由于原告并未要求或未及时要求法院审查裁量基准,因而法院简单地确认了该裁量基准与上位法的符合性,即以其“与上位法并不冲突”^[33]或“并无不当”^[34]等简要评述,认可或要求被告适用该裁量基准;②可能是原告既未要求审查裁量基准,法院也未对其合法性进行确认或评述,就认可或要求被告适用该裁量基准(至于被告适用该裁量基准作出的行政行为是否合法,则完全是另外一个问题)。^[35]如果特定行政判决属于前者,那么它应归类为裁量基准审查论,换言之,其所立足的行政裁量观念很可能是裁量一元论。尽管其审查是极为浅显、评述是极为简略的,远未达到“施素兵诉南通市公安局开发区分局案”承办法官所说的“主动介入”的程度。至于后者,则无法确知其立足于何种行政裁量观念。

(二)裁量基准法源论

即使是那些明确要求被告严格执行裁量基准,或者直接“参考”裁量基准作出判决的案例,其将裁量基准作为规范加以适用的理由也是语焉不详的。不过,行政法学就“行政规则(包括裁量基准)的外部效果”问题已经有一定的学术积累,结合各个案件的事实关系,我们仍然可以大体上捕捉或推测到各个案例中法院的理由。

例如,德国学者毛雷尔在谈到“裁量准则”外部效果时,指出德国学界对此有不同观点。在这些观点中,“裁量准则”发生外部效果的理由主要有三个选项:平等原则、信赖保护原则、“原始行政立法权”。前两者起“中介”作用,通过这两个法律原则的“中介”“裁量准则”发生外部效

[32] “余彬与珠海市卫生和计划生育局、广东省卫生和计划生育委员会卫生行政管理、计划生育行政管理行政判决书案”,[2016]粤04行终6号,广东省珠海市中级人民法院2016年4月6日审结。

[33] “黄昌富与珠海市交通运输局交通运输行政管理一其他行政判决书案”,[2016]粤04行终27号,广东省珠海市中级人民法院2016年6月12日审结。

[34] “史德强与长葛市交通运输局交通运输行政管理一其他二审行政判决书”,[2016]豫10行终21号,河南省许昌市中级人民法院2016年4月18日审结。

[35] 此类案例数量很多,如:“周爱华与泰州市公安局海陵分局处罚上诉案”,[2015]泰中行终字第00128号,江苏省泰州市中级人民法院2015年11月23日审结;“珠海横琴新区智顺地下空间投资有限公司与珠海市人力资源和社会保障局行政处罚行政判决书案”,[2015]珠中法行终字第68号,广东省珠海市中级人民法院2015年11月10日审结。

果；而所谓“原始行政立法权”，是指行政机关设定裁量基准本身是在行使立法权。不是将之作为“法定标准的具体化”，而是在“创设必要的决定标准”。〔36〕毛雷尔评述道：原始行政立法权观点“引发了许多宪法问题（如分权、法律保留、基本法第 80 条第 1 款有关授权行政机关制定法规命令的规定）”；包括“裁量准则”在内的行政规则，其收件人是行政机关，即便它被公开，信赖保护也“缺乏必要的信赖要件”，除非“行政规则在个案中成为针对特定公民的一种保证”。〔37〕所以，“通行观点认为，行政规则外部效果的根据是行政惯例和平等原则”——“当行政机关通过行政规则将裁量标准具体化并且实践中予以稳定适用时，即必须个案中坚持”；前提是它“符合法律规定……尤其应当遵守法律授权的范围和目的”。〔38〕

在讨论“一般裁量”（在毛雷尔的用语中，“一般裁量”和“裁量准则”都可以用来指称裁量基准）时，毛雷尔还指出：“一般的裁量权行使必须受法律目的的拘束；它的出发点不是特定的个案，而是典型的个案。显而易见，一般裁量与个别裁量可能发生冲突，此时应当审查一般裁量是否以及在何种程度上具有适法性。”〔39〕结合上述通行观点，可以认为，裁量基准发生外部效果的条件，在毛雷尔（及其所梳理的德国通说）看来主要有两个：①裁量基准本身合法；②裁量基准被稳定适用从而形成行政惯例。只有满足了这两个条件，裁量基准才能以平等原则为“中介”发生外部效果。

但是，何谓“稳定适用”仍然令人困惑。据毛雷尔介绍，尽管“第一案例问题重重”，德国司法“仍然借助‘预期的行政惯例’，以可期待的将来案件为标准，认为行政机关违反平等原则”。〔40〕问题是如此一来，稳定适用、行政惯例云云可能完全落空，裁量基准已经事先成文化本身就构成了适用平等原则的理由。可能是意识到了这个问题，毛雷尔加上了一个限定：“以行政规则形式进行的一般裁量原则上适用于个案中的裁量决定。”〔41〕这个“原则上”是一个不容忽视的限定，它意味着，对裁量基准外部效果的承认仍然为考虑个别情况预留了活口。〔42〕同时，考虑到毛雷尔一再强调的大前提，裁量基准须符合法律规定，毋宁说，在毛雷尔的评述中，德国通说即便认可裁量基准的适用，其背后的行政裁量观念仍然是裁量一元论。换言之，以裁量基准司法审查论为前提，以平等原则为中介，原则上认可或要求裁量基准的适用，同时为考虑个别情况留下余地。

〔36〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 595 页。

〔37〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 601—602 页。

〔38〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 599、606 页。

〔39〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 128 页。

〔40〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 600 页。

〔41〕 毛雷尔，见前注〔31〕，第 607 页。

〔42〕 毛雷尔的表述是：“行政机关应当接受有关裁量权行使的行政规则的拘束，但在特殊情况下可以撇开这个拘束。”毛雷尔，见前注〔31〕，第 128 页。

在我国的司法实践中,法院明确要求被告严格执行裁量基准,或者直接“参考”裁量基准作出判决的理由,集中于一个关键词:“规范性文件”。如,在“玉庆公司诉信阳物价办案”中,^[43]原告主张:被告在行政处罚决定书中援引的《价格违法行为行政处罚规定》“不是正式法律渊源”,不应适用。对此,法院判示:该裁量基准“虽不是行政规章,但系由河南省发展和改革委员会为了规范行政处罚裁量权而发布的规范性文件”,被告“应参照执行”。再如,在“姜国富诉攀枝花交警支队案”中,^[44]原告在限速 60 公里每小时的滨江大道上超速 35% 驾车,被罚款 200 元、扣 6 分。而公安部交通管理局《关于规范查处机动车违反限速规定交通违法行为的指导意见》(公交管[2013]455 号)和四川省公安厅《道路交通安全违法行为行政处罚裁量标准》(川公发[2014]98 号)都明确规定,对此类超速驾驶行为,只警告、不罚款。对此,被告答辩说:① 公交管[2013]455 号在 2015 年 5 月 7 日才由省公安厅发文落实,原告的超速驾驶此前已录入“公安交通管理综合应用平台”,故而被告对其按原代码作出罚款处罚是正确的;② 川公发[2014]98 号将公交管[2013]455 号中的“公路”扩展为“道路”,违反“上位法”,所以被告适用《道路交通安全法》第 90 条之规定对原告作出罚款处罚是正确的。法院则判示:公交管[2013]455 号和川公发[2014]98 号“是对公安交通管理部门在查处机动车违反限速规定的交通违法行为工作的具体指导意见”,被告“应该予以遵照执行”。“该行政处罚不符合上述规范性文件的规定”“应依法认定为违法”。

上述两个案例有一个意味深长的共通之处:当事人明确主张上级行政机关设定的裁量基准不应被适用。后者提出这一主张的还是被告,且其主张的理由还涉及到一点:位裁量基准是否与上位裁量基准有龃龉。对此,法院在判断两者并无龃龉后,以“规范性文件”为由,判示被告“应该予以遵照执行”。如果说法院对不同层级裁量基准之间的整合性所作判断,可以视为对裁量基准合法性的审查与确认,那么其与前述毛雷尔所阐述的德国通说在此限度内是一致的。即认可或要求裁量基准的适用以司法审查为前提。但是,“玉庆公司诉信阳物价办案”则不存在任何裁量基准司法审查论的头绪。同时,两个判决都是以强调裁量基准是“规范性文件”来认可或要求被告适用裁量基准的,这与德国通说有着明显的区别——既未提及“行政惯例”也未借助平等原则,更未给考虑个别情况留下余地。由此可以推断:上述案例基本上将裁量基准视为“法源”,尽管其分量低于制定法和规章。^[45]

[43] “信阳市玉庆酒店管理有限公司与信阳市物价管理办公室处罚上诉案”, [2015] 信申法行终字第 10 号, 河南省信阳市中级人民法院 2015 年 1 月 27 日审结, 载《人民司法·案例》2011 年第 22 期。

[44] “姜国富与攀枝花市公安局交通警察支队一大队公安道路行政处罚纠纷二审行政判决书”, [2016] 川 04 行终 13 号, 四川省攀枝花市中级人民法院 2016 年 5 月 6 日审结。

[45] 关于法源分量论, 参见雷磊:“指导性案例法源地位再反思”, 《中国法学》2015 年第 1 期, 第 277 页。

这一推断可以在“韩勇诉海南质监局案”中得到有力验证。^[46] 本案中,被告以销售假冒伪劣产品为由,根据《产品质量法》第39条、第50条,对原告作出①责令停止销售不合格电线产品;②没收违法销售的不合格电线产品;③罚款209484元(货值总额的3倍)的行政处罚。由于同法第50条规定了一个罚款幅度:“违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款”,故而被告事先设定了一个裁量基准:《海南省质量技术监督系统行政处罚自由裁量实施标准(试行)》(以下简称《自由裁量实施标准》)。问题是一审判决根据本案事实关系,认为:按照被告设定的裁量基准,原告的违法行为“不具备处货值金额2倍以上3倍以下的罚款情形”,而“应按‘处货值金额1倍以上2倍以下’幅度,处以货值金额1.8倍的罚款”。对此,被告上诉称:“《自由裁量实施标准》是省质监局制定和出台的适用的自由裁量标准,省质监局有权解释和适用”;结合韩勇的违法行为适用该裁量基准中的“严重违法”有关规定完全正确。二审法院则根据本案查明的事实,得出了与一审判决相同的结论。要言之,法院适用被告所设定的裁量基准,对被告适用该裁量基准作出的行政行为实施了判断代置。对这一判决思路可以有不同理解,但恐怕还是将之理解为“裁量基准法源论”最为通畅。事实上,采用同样思路的案例不在少数。如“金洋天蓝公司诉北京工商局案”,法院“参考”被告设定的裁量基准判决变更被告作出的行政处罚。^[47]

当我们用毛雷尔所评述的德国通说来回望上述裁量基准法源论,会发现其与“原始行政立法权”理论最为接近。法院之所以径直将裁量基准作为行政机关的行为规范,是因为在法院看来,裁量基准是(多为上级)行政机关“创设”的决定基准,而非法的具体化;法院之所以进而将裁量基准作为裁判规范,是因为在法院看来,裁量基准是行政机关“创设”的,即在本来“无法”之处“立法”,是在法律原则指引下的意志决断。否则法院对裁量基准与法(包括制定法与法律原则)的符合性不置一词无法说明。易言之,裁量基准法源论与学说中的裁量二元论(裁量之内本“无法”,因而法院无权审查)最具有亲和性。由于“裁量基准是法的具体化”命题和法律原则的适用在裁量基准法源论这里是受排斥的,故而个别情况考虑义务在采用裁量基准法源论的案例中是难以寻觅的。

毋庸讳言,裁量基准法源论的问题不仅在于其“正确性”存疑(如,法律原则是否对行政裁量构成法律拘束?如何面对《行政诉讼法》第53条?),更在于其解释力和体系性严重不足。如前所述,法律生活是复杂的,远非“法律法规→裁量基准→行政行为”这种逐级递进的简单图式。既有行政机关行使裁量权时并无事先成文化的裁量基准可资参照或执行的情况,又有裁

[46] “韩勇诉海南省质量技术监督局质量监督行政处罚纠纷案”,[2014]琼行终字第45号,海南省高级人民法院2014年4月28日。

[47] “北京金洋天蓝科技发展有限公司不服北京市工商行政管理局行政处罚案”,[2006]一中行终字第668号,北京市第一中级人民法院2006年7月27日审结。

量基准虽已事先成文化,但援引它在法律上并不正确的情况;既有事先成文化的裁量基准不敷执法之用的情况,又有不同位阶的裁量基准先后出台令下级行政机关无所适从的情况。显然,裁量基准法源论难以为这种复杂的法律生活提供体系化说明。

五、基于政策性考量的裁量基准严格适用论

除了裁量基准法源论,我国还有案例基于政策性考量,排斥了行政机关对个别情况的考虑,换言之,认可了其对裁量基准的严格适用。

(一)法律框架外的政策性考量

关于此点,“梁占峰诉广州交警案”是一个适例。^[48]原告作为机动车所有人、管理人未按规定投保交强险,被罚款1900元。原告签收决定书后,于同日向保险公司交付保险费665元。而《道路交通安全法》第98条第1款规定:“机动车所有人、管理人未按照国家规定投保机动车第三者责任强制保险的,……并处依照规定投保最低责任限额应缴纳的保险费的二倍罚款。”原告发现,1900元远远高出其所缴纳保险费的两倍。遂起诉。但是,法院认可了被告的做法:根据保监产险[2008]27号文所附《机动车交通事故责任强制保险费率方案》附表《机动车交通事故责任强制保险基础费率表》,家庭自用车6座以下基础保费为950元,被告“以此作为标准计算罚款数额依据充分”(原告所缴保险费之所以低于这个基础保费,是因为其享受了交强险保费向下浮动的优惠)。

那么,法律规定的“依照规定投保最低责任限额应缴纳的保险费”是指被告所理解的基础保费,还是原告所理解的浮动后最终缴纳的保费?按照被告的理解,只需查阅《机动车交通事故责任强制保险基础费率表》即可算出罚款金额。但若按照原告的理解,被告还应按照保监会《机动车交通事故责任强制保险费率浮动暂行办法》,以交强险基础保险费与道路交通事故相联系的浮动比率的乘积确定原告投保交强险的最终保险费,并据此确定罚款金额。稳妥起见,可能最好还是待原告缴纳交强险后,再根据其金额确定罚款金额。换言之,两种不同理解关系着被告是否承担繁琐的调查义务(个别情况考虑义务)。

法院审理时出现了两种不同意见。^[49]第一种意见认为:①从法条的文意上理解”,原告的观点“更贴切”。“如立法本意是以基础保费为处罚基数,则道路交通安全法第98条第1款直接定为‘并处依照规定投保(交强险)的基础保险费的二倍罚款’即可。”“正因立法时已考虑到我国实行交强险费率浮动机制,……法律才有‘投保(交强险)最低责任限额应缴纳的保险

[48] “梁占峰与广州市公安局交通警察支队内环路大队行政处罚纠纷上诉案”,[2011]穗中法行终字第290号,广东省广州市中级人民法院审结。

[49] 郭小玲:“未依法投保交强险应按基础保费处罚”,《人民司法·案例》2011年第11期,第98页。

费’如此繁杂的表述”；②“相关法律条文可从旁印证。”：《机动车交通事故责任强制保险条例》（以下简称《条例》）第9条规定：“保监会、国务院公安部门、国务院农业主管部门以及其他有关部门应当逐步建立有关机动车交通事故责任强制保险、道路交通安全违法行为和道路交通事故的信息共享机制。”《条例》之所以要求建立这个信息共享机制，“正是为了便于公安机关在对机动车所有人、管理人未依法投保交强险的违法行为进行查处时，可根据其所掌握的该肇事机动车的相关信息计算得知该车辆投保交强险的最终保险费，从而以此为基数确定应处罚的具体数额”。

第二种意见则认为：“上述意见虽有一定的合理性，但存在现实障碍。”①《条例》虽然要求建立信息共享机制，“但现况是各相关部门只实现了本地区的信息共享。……由于交警部门无从全面掌握机动车发生有责任道路交通事故的信息，不清楚该车辆与道路交通事故相联系的浮动比率，就不可能计算得知该车辆责任人投保交强险需支付的最终保险费。当然，交警部门也可通过向保险公司查询得知该信息，但如要求交警每处罚一次就向保险公司咨询一次，既不符合行政高效原则，也会造成对同样的违法行为处罚尺度不一的问题”；②“以较大的数额作为处罚基数，有利于推动、鼓励责任人享受政策优惠，依法及时投保”；③“目前国内其他省市的执法现状都是以基础保险费为处罚基数，广州市交警过去也一直是照此执行。”

第二种意见的理由③实质上表达了一种裁量基准，或者更严密地说是一种不确定法律概念（“规定投保最低责任限额应缴纳的保险费”）的解释基准（不确定法律概念与裁量的关系这里不予讨论^[50]），理由①和②则是在论证，为什么要适用这一裁量基准、免除（原告所主张的）被告应承担的个别情况考虑义务。而第一种意见则是在强调，被告应承担的个别情况考虑义务是法定的，不能免除，以基础保险费为处罚基数的裁量基准不应被适用。

从内容上看，第一种意见在法律上无疑有着更强的说服力。因为，其所采用的是语义解释和体系解释，这两种解释在诸种法律解释技术中的优先性是毋庸置疑的。^[51]而第二种意见基本上是成本和效率考量，以“现况”（存在）和“政策”（基于行政立场的价值判断）来论证。如果说其中有站得住脚的法律解释的话，那么基本上只存在于理由③，其实质是行政惯例与平等原则。但这两者在制定法面前的优先性如何不遑多言。如果裁量基准本身不合法，那么坚持适用它所实现的不过是平等而稳定的不合法状态而已。

（二）法律框架内的政策性考量

不过，如果法律法规所预留的框架足以容纳下第二种意见，或者说法律法规在立法当时就

[50] 参见王天华：“行政法上的不确定法律概念”，《中国法学》2016年第3期，第86页。

[51] 最高人民法院印发的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法[2004]96号）明确指出：“人民法院对于所适用的法律规范，一般按照其通常语义进行解释；有专业上的特殊涵义的，该涵义优先；语义不清楚或者歧义的，可以根据上下文和立法宗旨、目的和原则等确定其涵义”。

将“现况”和“政策”考虑进去,那么第二种意见作为一般论(与本案无关)则可以说提示了一种裁量基准的可能形态:行政机关在法律框架内,以行政的意志“创设必要的决定标准”(毛雷尔语)。这种裁量基准的特点在于:第一,它是可以严格适用,排斥个别情况考虑义务的;第二,它还是可以根据行政需要适时调整的。

如,《行政处罚法》将“较大数额罚款”作为听证程序的启动条件之一,而何谓“较大数额罚款”,条条块块各有不同规定。青海省的规定是:“对非经营活动中公民的违法行为处以500元以上、法人或其他组织的违法行为处以1000元以上,对经营活动中的违法行为处以1万元以上的罚款”为“较大数额罚款”;^[52]厦门市的规定则是:“对个人处以2000元以上的罚款或对单位处以3万元以上的罚款。”^[53]公安部对公安机关实施的行政处罚,又有特殊规定:“对违反边防出境入境管理法律、法规和规章的个人处以六千元以上罚款”为“较大数额罚款。”^[54]甚至在同一个行政区划内都有不同规定。如,《上海市行政处罚听证程序试行规定》将“对非经营活动中的违法行为处以1000元以上、对经营活动中的违法行为处以3万元以上的罚款”作为“较大数额罚款”,^[55]《上海市税务系统行政处罚听证程序暂行办法》的规定则是“对公民作出2000元以上(含本数)罚款或者对法人或者其他组织作出1万元以上(含本数)罚款”。^[56]

“较大数额罚款”的这些复杂多样的具体化形态有问题吗?如果说法律使用该不确定法律概念的意图即在于为因地制宜、因时制宜、因事(行政领域)制宜预留空间,那么这种不同就是没有问题的。统一适用,于法治有益无害——法规,规范性文件为据判断系争行政处罚是否为“较大数额罚款”、是否应当履行听证程序,恰恰是我国法院惯常、普遍的做法。^[57]——,于法治有益无害;若“较大数额罚款”需要逐案判断,数量巨大的行政处罚案件会带来极大的执法成本,甚至导致系统瘫痪;如果担心不同规范性文件之间出现龃龉,那么预备好协调手段(如事先批准或设置但书)即可。

同样道理也适用于“小型微利企业”。这个不确定法律概念在行政实务中呈现出了不同的

[52] 《青海省行政处罚听证程序暂行规则》青海省人民政府1998年6月29日发布。

[53] 《厦门市行政处罚听证程序暂行办法》厦门市政府2000年8月24日发布。

[54] 《公安机关办理行政案件程序规定》2012年12月19日公安部令第125号修订发布。

[55] 《上海市行政处罚听证程序试行规定》上海市人民政府1996年8月26日发布。

[56] 《上海市税务系统行政处罚听证程序暂行办法》上海市国家税务局、上海市地方税务局2013年3月27日发布。

[57] 参见“宜昌市妇幼保健院不服宜昌市工商行政管理局行政处罚决定案”,湖北省宜昌市中级人民法院2000年11月21日审结,《最高人民法院公报》2001年第4期;“赵长来诉金湖交警大队程序违法行政处罚案”,[2015]金行初字第4号,江苏省金湖县人民法院2015年7月23日审结;“保定市青年国际旅行社有限公司不服保定市旅游局行政处罚决定案”,[2012]北行初字第1号,河北省保定市北市区人民法院2012年6月7日审结等。

具体化形态。^[58]如果说《企业所得税法》第 28 条将之作为税收减免措施的条件加以规定,意图即在于为税务机关根据宏观经济形势调整企业所得税优惠政策留下空间,那么这种具体化形态的不同,原则上就是没有问题的。当然,考虑到我国特殊的政商关系现状以及税务行政的特点,“小型微利企业”是由国务院税务主管机关在全国范围内统一具体化,还是由各地税务机关配合当地的“工商新政”在本地范围内分别具体化更为妥当,可以在同法第 28 条的法律框架内展开讨论。

在此,我们必须注意到裁量基准法源论与上述判例理论之间,在行政裁量观念上的原则性区别(如前所析,前者与裁量二元论最具亲和性)。因为,基于政策性考量的裁量基准严格适用论对裁量基准严格适用的认可是有条件的,必须在法律框架内。所谓法律框架,首先是裁量授权规范的语义与授权目的。如“较大数额罚款”,若特定行政区划内的规范性文件所确定的金额脱离了当地的实际(特别是经济社会发展水平),以至于罚款极少需要听证,则可以说其作为裁量基准已经超越法律的语义、背离法律的授权目的。同时,因时制宜也不意味着可以朝令夕改或“三拍决策”,因为其已涉嫌裁量滥用。毋庸讳言,伴随着“特殊时期”不确定法律概念(如“具有火灾、爆炸危险的场所”)的权宜性、一刀切式扩大解释的“运动式执法”,病根即在于此。^[59]就本文所涉猎的案例而言,“梁占峰诉广州交警案”二审判决的问题就在于,过多地考虑了行政便利而逸脱了法律框架。

综上,基于政策性考量的裁量基准严格适用论,其妥当性系于以个别法的法律解释为内核的法律框架的确定,有着指向裁量一元论的逻辑必然性。

六、结 论

本文对“周文明诉文山交警案”以来,我国关于行政裁量基准法律效力问题的判例理论进行了考察。相关判例理论还处于展开过程中,未来走向仍需持续关注。在此意义上,本文的考察是阶段性的。

通过本文的阶段性考察,我们看到,关于行政裁量基准的法律效力问题,我国的判例理论呈现出极为复杂的样态。如,同样是个别情况考虑义务论,在法定义务与基于裁量本质论的个别情况考虑义务之间,行政裁量理论的含量差异巨大——前者看起来只是在适用法律,后者才

[58] 如,国家税务总局在 2014 年发布了《关于扩大小型微利企业减半征收企业所得税范围有关问题的公告》([2014]第 23 号),将“上一纳税年度符合小型微利企业条件,且年度应纳税所得额低于 10 万元(含 10 万元)的,本年度采取按实际利润额预缴企业所得税款,预缴时累计实际利润额不超过 10 万元的”,作为享受小型微利企业所得税优惠政策的条件。这一条件在次年即进行了调整,其中的 10 万元被调整为 20 万元(国家税务总局《关于贯彻落实扩大小型微利企业减半征收企业所得税范围有关问题的公告》[2015 年]第 17 号)。

[59] 参见施燕燕等:“烟民被拘案:一个裁量,三种疑问”,载《检察日报》2009 年 9 月 3 日,第 3 版。

作为适用法律的前理解明确提示了一种行政裁量观念(裁量一元论)。又如,同样是裁量基准严格适用论,在裁量基准法源论与基于政策性考量的严格适用论之间,论证路径完全不同——前者可以追溯至某种裁量本质论(裁量二元论),后者则基本上是一种(个别法的)法律解释(其妥当性另当别论)。还有大量的行政判决并未展开充分的说理,因而难以确知其理论立场。这种复杂的样态意味着,对我国法院迄今为止就行政裁量基准的法律效力问题所展开的判例理论加以统合性说明,异常困难。

如果着眼于行政裁量观念上的差异,那么在上述复杂的判例理论样态中,裁量一元论与裁量二元论的理论对立极为醒目。无论是基于裁量本质论的个别情况考虑义务论还是裁量基准司法审查论,乃至在法律框架内、基于政策性考量的裁量基准严格适用论,都是以裁量不“自由”为前提的。而裁量基准法源论尽管对行政机关行使裁量权作出的行政行为进行了司法审查,在此意义上也可以说是裁量不“自由”,但审查的根据却是裁量基准,其背后赫然存在着行政机关设定裁量基准的“自由”。

裁量二元论与裁量一元论在历史上分属于不同的时代。前者产生于君主立宪制下的行政裁判制度,后者则伴随着二战后实质法治主义的确立而抬头。^[60]这两种分属于不同时代的行政裁量观念同时呈现于我国当下,耐人寻味。本文无意探求这一现象的社会学要因(如不同学说如何影响了司法实践),而只想指出,这两种行政裁量观念在我国现行法下何者更为“正确”另当别论,从解释力与体系性的观点来看,裁量一元论有着压倒性优势。

就行政裁量基准的法律效力这个问题本身而言,我们看到了两种看起来方向相反、却各自具有妥当性的立场:一种是立足于裁量一元论的个别情况考虑义务论与裁量基准司法审查论,其在逻辑上归结为(在行政机关不受其拘束这个意义上)裁量基准法律效力的否定;另一种是基于(裁量授权规范框架内的)政策性考量的裁量基准严格适用论,其在逻辑上归结为行政机关甚至法院可以乃至应当严格适用裁量基准,从而使之具备事实上的拘束力。这两种立场能否两立?能。因为两者均立足于裁量一元论;在这个共同的大前提下,前者是立足于裁量本质论的原则论,后者则是以个别法为据的例外论。由此,本文的阶段性考察归结为这样一个规范性命题:行政裁量基准原则上不应当被严格适用(换言之,行政机关在作出行政行为时原则上应当进行个案考量),除非裁量授权规范的意旨是可以免除行政机关的个别情况考虑义务。

上述规范性命题意味着行政裁量的法律授权其实有两种:一种是以个案正义为目标的,另一种则是为公共政策和行政便宜预留空间的;前者是行政裁量的原则性形态,后者则是个别法创设的行政裁量的例外形态。前者为个案“立法”(创设个别规范),^[61]后者为一类案件“立

[60] 参见王天华,前注[6],第24页。

[61] (德)恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第159页有一个非常精到的提法:法律适用机关在裁量时,“几乎成了法律制定者,成为具体案件的立法者”。

法”(由哪个级别的行政机关进行这种“立法”,原则上是一个行政问题而非法律问题),即创设必要的决定基准(创设一般规范)。至于行政裁量的发现形态是否只有这两种,上述之例外形态在我国实定法上还有哪些实例,其构造是否仅如本文所指摘,则尚需进一步积累素材,展开归纳性研究。而确保这两种行政裁量权行使的合法性,则是法院责无旁贷的任务。

对于行政实务而言,本文对我国判例理论进行考察所得出的上述结论意味着:行政裁量基准制度尽管取得了良好的政治效果,但作为一种执法实践,亟需在法律技术上进行推敲和调整。具体而言,通过压缩执法人员的裁量空间来防止执法不公、执法不廉等问题的初衷,与行政裁量的原则性形态所蕴含的个别情况考虑义务处于明显的紧张关系。这种紧张关系甚至是不能通过“参照”或“指导”等技术性表述来缓和的。因为表述得宽缓是一回事,实践中如何操作特别是事后是否被追究执法责任又是一回事。创设一般规范并严格执行的做法,在法律上,仅应适用于“较大数额的罚款”等不确定法律概念所链接的行政裁量的例外形态。

Abstract: Administrative discretion standard system brings new a problem to juridical practice: in legal inspection of administrative actions, how to treat with the discretion criteria? China reveals the different legal precedent theories about this problem: some of them approve or require the administrative body to use discretion criteria as code of conduct or use it as judgment criteria in fact. Some of them hold the opposite opinion, namely they approve or require defendants to consider the case situation and deviate from the discretion criteria. The opposition between discretion monism and discretion dualism hides behind the divergence. Discretion dualism is the doctrine in the past era, which is incompatible with the substantive constitutionalism; the discretion monism that is linked with obligations in individual cases has the stronger system and explanatory power, but it doesn't mean discretion criteria shouldn't be code of conduct or even judgment standards. The proper standpoint means that discretion criteria in principle shouldn't be strictly suitable unless that the intention of non-discretion authorization standards is to exempt from obligations of individual situations in administrative body.

Key Words: Administrative Discretion; Discretion Criterion; Interpretative Criteria; Individual Circumstances Consideration Obligation; Discretionary Monism

(学术编辑:彭 鐸)

(技术编辑:蔡培如)