

裁量基准的技术构造

周佑勇^{*}

摘 要 在我国,受“统一裁量观”的影响,实践中裁量基准的技术构造呈现出“情节细化”和“效果格化”的总体面貌,但其具体技术模式又是复杂多样的。以处罚领域为观察对象,“情节细化”可以划分为“与违法行为相关的裁量情节”、“与违法行为人相关的裁量情节”以及“与违法相关的特殊裁量情节”等类型,需要受到“法律保留”、“行政法益的必要性和等同性”等规则的限制。从对实践的观察情况来看,现阶段“效果格化”也大体有“经验评估模式”、“寻找基础值模式”、“数学模式”等多种类型,为不同的实务部门所青睐。基于裁量基准双重属性的考虑,“效果格化”应当提倡采取一种多元、开放的方法论体系,综合运用多种不同类型的技术模式。

关键词 裁量基准 情节细化 效果格化 行政裁量

裁量基准作为一种特殊的“规则之治”,在“律令—技术—理想”的法律模式理论中,^{〔1〕}更多体现出来的是一种“技术”——适用法律和规制裁量的技术。可以说,技术是裁量基准的灵魂,而技术的合理度和科学性则构成评判裁量基准优劣的核心标准。那么,需要追问的是,我国裁量基准在其实践的推进过程中究竟创造出了什么样的技术构造?这样的技术构造及其具体技术模式究竟是否科学合理?对此,本文的主旨是:在收集整理各类裁量基准文本的基础上,通过对其中典型的技术模式加以分析和提炼,为进一步完善裁量基准的技术构造奠定必要的制度基础,并提供科学合理的样本。

^{*} 东南大学法学院教授。本文获国家社会科学基金项目资助,项目号:08BFX020。感谢东南大学法学院熊樟林博士、杨洁博士对本文资料收集及数据处理等方面的贡献。

〔1〕 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,页370—373。

一、裁量基准技术构造的总体面貌

(一)行政裁量的内在构造:一元论抑或二元论

裁量基准是行政机关基于对行政裁量的规则细化而设定的一种具体判断选择标准,裁量基准的技术构造通常要取决于行政裁量的内在构造。因此认识裁量的内部构造是理清裁量基准技术构造的前提。而行政裁量的内部构造即裁量存在于何处的问题,与对裁量本质认识上的“一元论”抑或“二元论”之争紧密关联。对此,英美法与德国法之间存在较大的不同认知。

在英美法中,行政裁量是一个较为粗糙的概念。他们偏向于将行政机关所有的选择性行为都纳入到行政裁量的范畴之中,学者们往往“只做一种比较宽泛的事实性描述”。〔2〕譬如,戴维斯(K.C.Davis)在《裁量正义》里便直接说道:“只要公职人员权力的真实界限准许其在可能的作为或不作为方案中任意地做出选择,那么他就有裁量权”。〔3〕伽利根(D.J. Galligan)更是把行政裁量的中心含义描述为:官员在运用权力作出决定时,对确定该权力赖以行使的理由和标准以及据此作出某些决定所拥有的自由空间,从查明事实(the finding of facts),把确定的标准运用到事实上(the application of settled standards to the facts),直至决定的形成,都存在着裁量。〔4〕这种较为宽泛的裁量构造观念,与对裁量本质认识上的“一元论”是相关联的,即认为裁量问题与法律问题并非各自独立的二元,“所有的行政裁量都是法律授权的结果,根本不存在不受法律拘束的自由裁量”。〔5〕

与此不同的是,传统德国法上则一直奉行一种较为保守的裁量二元论立场,即坚持把裁量问题与法律问题作为各自独立的二元来理解。在自由裁量领域里,行政机关是自由的,既不受法律的拘束,也不受司法审查。以此为立场,在裁量的构成论上存在着“效果裁量”与“要件裁量”之争,即裁量问题究竟存在于行为效果的选择上,还是存在于行为要件认定问题上。德国通说认为,行政裁量仅限于效果裁量,并不包括要件裁量。在他们看来,法律要件作为法律构成中的事实,立法者不可能意欲使其具有多样性,其自身也不可能成为裁量之标的。因而,法律要件与法律效果之区分,实际上便是不确定法律概念与行政裁量的分界标记。裁量的客体是法律后果,而不确定法律概念的客体是法定事实要件。〔6〕行政机关对于不确定法律概念的判断,只是一种认识过程,应当以认识之方法认定,不能以意志之运用来探求。〔7〕同时,对于不确定法律概念的解释即阐明其意义,如同其他的法律解释一样,都属于法律问题,要接受司法的完全审查。而行政裁量则是行政机关基于主观意志的作用而对法律效果的选择,对

〔2〕 周佑勇、邓小兵:“行政裁量概念的比较观察”,《环球法律评论》2006年第4期。

〔3〕 Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1971, p. 4.

〔4〕 See D.J. Galligan, *Discretionary powers: a legal study of official discretion*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 20, 21, 23.

〔5〕 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。

〔6〕 参见(德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,页132。

〔7〕 参见翁岳生:“论‘不确定法律概念’与行政裁量之关系”,载翁岳生主编:《行政法与现代法治国家》,台湾祥新印刷有限公司1989年版,页42—86。

于裁量行为,法院一般只审查其合法性,即适用有限审查的标准。^{〔8〕}由此,德国学者和法院将不确定法律概念与行政裁量明确区分开来,仅仅将行政裁量限定在法律效果中,否认法律要件可以裁量。

在我国理论研究中,上述两种观念都不乏支持者。总体来看,英美法国家基于实用主义路径而建构起来的裁量一元论的观点,似乎获得了更多学者的支持。他们开始提倡一种“统一的裁量理论”,认为:“无论是法律要件之中对不确定法律概念的解释和对案件事实的评价,还是法律效果中决定的作出和措施的选择等,均存在着裁量”,^{〔9〕}“我国的行政法学应以我国政府当下面临的主要行政任务为切入点,选择包含不确定法律概念的‘统一裁量理论’”。^{〔10〕}但是,亦有学者仍然坚持认为应该效仿德国经验,将行政裁量范围仅仅限于法律效果上,反对要件裁量的提法。^{〔11〕}

(二)“统一裁量观”下的裁量基准技术构造

不过,颇有意思的是,而对上述理论上的不同观点,行政机关在执法实务中并没有受到影响。长期以来,行政法上的实用主义立场(Administrative Law Pragmatism)一直被我国行政执法机关奉为圭臬。^{〔12〕}他们总是乐于接受较为宽泛的行政裁量观,理论界所出具的“统一的裁量观”理论,也似乎与这种背景不谋而合。对此,笔者认为,按照区分要件和效果的“二元裁量观”,裁量权是行政机关对同一事实要件产生的法律效果做出处理决定的权力,只存在于法律效果的选择之中。但是,任何个案中的裁量决定都必然涉及到对各种事实情节的综合考量,并建立在权衡各种利益关系的基础上,其实质是一个复杂的利益衡量过程。对事实要件的认定为处理决定的裁量奠定了基础。^{〔13〕}而个案裁量中的这种对“事实要件的认定”涵摄在法律规范之“要件—效果”的逻辑结构中,也就是对“法律要件的判断补充”,其必然面临着对法律要件中不确定法律概念作出解释和具体化。从这种意义上讲,行政裁量就是行政机关在对法律要件做出判断补充后对法律效果做出的适当选择,由此可以得出这样一个公式:裁量=要件判断+效果选择。在这里,即使将法律构成要件中对不确定法律概念的解释排除在行政裁量范畴之外,但是对于法定构成事实之外的那些影响法律效果选择的其他事实情节的判断补充,仍然为法律效果的选择提供了前提和基础,因此两者之间的关系是如影随形、密不可分的。基于这样的认识,任何一个裁量基准的设定,并不是单纯对法律效果的格次化,也包含着对引起该效果的事实情节的细化,两者共同构成裁量基准对裁量规范中的“事实—效果”结构的一种完

〔8〕 参见(德)平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,页65。

〔9〕 王贵松:“行政裁量的内在构造”,《法学家》2009年第2期。

〔10〕 郑春燕:“取决于行政任务的不确定法律概念定性——再问行政裁量概念的界定”,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2007年第3期。

〔11〕 参见余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社2005年版,页35。

〔12〕 需要注意,这里并不是说行政法上的实用主义立场(Administrative Law Pragmatism)是错误的。相反,它实际上一直为被国外学者所提倡。See Ronald M. Levin, Administrative Law Pragmatism, 37 Washington University Journal of Law & Policy, 227-236(2011); Sidney Shapiro, Pragmatic Administrative Law, Symposium: The Reformation of American Administrative Law, 2005, p.1-24.

〔13〕 周佑勇:《行政裁量治理研究——一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版,页16。

整补充。

基于实践的观察,在“统一裁量观”这样一种较为宽泛的裁量观指导下,我国裁量基准的技术构造亦呈现出“情节细化”和“效果格化”的总体面貌。譬如,《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第23条规定:“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:①扰乱机关、团体、企业、事业单位秩序,致使工作、生产、营业、医疗、教学、科研不能正常进行,尚未造成严重损失的……。”针对这一规定,《东莞市公安局行政处罚自由裁量标准》(2011年9月15日发布)设定如下细化标准:

①轻微:经劝阻能及时改正且未造成损失,处警告或者二百元罚款;②一般:经劝阻拒不改正或已造成轻微财物损失,处五日拘留,并处二百元罚款;③严重:多次扰乱单位秩序,扰乱单位秩序时故意损毁公私财物;无理推拉、纠缠、辱骂、围攻他人造成恶劣后果;围堵、封闭单位主要通道,造成通道长时间堵塞;占据工作场所时间较长,且经反复劝阻仍不改正,处十日拘留,并处五百元罚款。

这一“细化标准”中的②、③两项,一方面将《治安管理处罚法》第23条规定的“处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”这一法律效果格化为“处五日拘留,并处二百元罚款”和“处十日拘留,并处五百元罚款”两个处罚格次。另一方面,则将《治安管理处罚法》第23条规定的“扰乱单位秩序”这一违法行为中的“情节较重”,根据违法程度分为“一般”和“严重”两种情节,并进一步将情节“一般”解释为“经劝阻拒不改正或已造成轻微财物损失”;将情节“严重”解释为“多次扰乱单位秩序,扰乱单位秩序时故意损毁公私财物;无理推拉、纠缠、辱骂、围攻他人造成恶劣后果;围堵、封闭单位主要通道,造成通道长时间堵塞;占据工作场所时间较长,且经反复劝阻仍不改正”。

可见,在我国,实践中的裁量基准从一开始就没有遵循德国法上严格的“行政裁量”的构成,而是选择了“统一裁量观”的理论路径,同时扮演了细化法律效果的“裁量标准”和解释法律要件的“解释标准”双重角色。^{〔14〕}这既是裁量基准的双重属性,也是裁量基准技术构造的总体面貌。因此,实践中,行政机关制定裁量基准的主要任务就是这两个部分:情节的细化和效果的格化。

二、情节细化的实践类型与适用规则

所谓“情节”,是指事情变化和经过的各种情形与环节。行政裁量中的情节(以下简称裁量情节),则是指那些对裁量最终处理决定具有直接影响和作用的、法定构成事实之外的其他各种主客观事实情况。^{〔15〕}从行政机关制定裁量基准的技术上看,其首要的任务是对这些裁量的事实情节作出准确的认定并加以类型化的区分,即情节的细化,由此构成指向适用不同效果

〔14〕 王天华,见前注〔5〕。

〔15〕 周佑勇:“论行政裁量的情节与适用”,《法商研究》2008年第3期。

格次的基础和依据。对情节细化技术进行科学合理的设计,有利于防止情节考虑的恣意。正如德国联邦宪法法院判例所云:“如果一个法律上之区别对待或相同对待不能有一个合乎理性、得自事物本质或其他事理上可使人明白之理由,简单地说,如果该规定被认为是恣意时,则违反平等原则。”^{〔16〕}情节考虑的恣意就是对裁量基准所追求的平等对待的背反。对于执法者来说,应当避免“不相关考虑”;考虑应当考虑的情节,而不考虑不应当考虑的情节;纳入考量范围的裁量情节应与个案事实之间具有合理的、充分的、实质上的联系和理由。科学合理的裁量基准的确立,可以有效地避免执法者由于“不相关考虑”而产生的裁量恣意或不当等问题。

(一)情节细化的类型划分:以行政处罚为观察对象

以行政处罚领域内的裁量基准为观察对象,行政机关在裁量基准中细化情节时所要区分考虑的裁量情节,大致可以划分为如下三种类型:

1.与违法行为相关的裁量情节

概括来说,与违法行为相关的裁量情节包括违法动机与目的、违法手段与方法、危害结果、违法对象等方面。实践中,这些都是行政机关制定裁量基准时需要考虑的情节。

第一,违法动机和目的。“人的任何故意实施的行为,都是在一定动机的支配下,去追求一定的目的的”。^{〔17〕}因此,行政机关需要使用社会伦理标准,评估违法动机与目的在伦理上与道德上的价值,以作为采用裁量基准规范从重处罚或从轻处罚的依据。实践中,以违法动机和目的为情节细化的参考因素十分常见,它甚至于还会成为一项决定性的裁量情节。譬如,对于《中华人民共和国居民身份证法》第17条第1款第2项规定的“购买、出售伪造、变造的居民身份证”这一违法行为,《宜昌市公安局行政处罚自由裁量权实施标准》(2009年1月1日发布)将其细化为如下“一般”和“严重”两种不同程度的违法类型:“购买的伪造、变造的居民身份证的姓名、住址、年龄、身份证号码等身份信息与使用者真实身份明显不符,但无其它违法犯罪动机的……”;“购买的伪造、变造的居民身份证的姓名、住址、年龄、身份证号码等身份信息与使用者真实身份明显不符,且有其它违法犯罪动机的……”。在这里,裁量基准就将有无“违法犯罪动机”作为区分“一般”与“严重”这两种违法类型所主要考虑的裁量情节。

第二,主观过错的大小。在我国,尽管《行政处罚法》和《治安管理处罚法》并没有规定应受行政处罚行为的成立需要相对人具备主观上的过错,但这并没有妨碍执法人员在行政处罚过程中,将相对人的主观过错作为一项裁量情节予以考量,并以“过失”与“故意”的区分为据,将其写入裁量基准之中。譬如,对于《治安管理处罚法》第23条第1款第2项规定的“扰乱车站、港口、码头、机场、商场、公园、展览馆或者其他公共场所秩序”这一违法行为,《河南省公安机关治安管理处罚裁量标准》(豫公通〔2009〕239号)便规定:“具有下列情形之一的,构成情节较重:(1)在公共场所故意违反公共行为准则,起哄闹事,制造混乱,造成较坏影响的……”。

第三,违法手段和方法。在执法过程中,同种性质的违法行为与不同性质的违法行为在危害公共秩序过程中,相对人所使用的手段和方法同样会呈现出多种样态,并会表现出一定的差

〔16〕 参见张锦盛:“论析禁止恣意原则”,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》(一),台湾三民书局1994年版,页203—204。

〔17〕 韩光军:《量刑基准研究》,法律出版社2010年版,页140。

异,或使用暴力、威胁、诈骗,或使用武器,或使用违法公共安全的手段等。这些手段和方法之间的差异,表现出了违法行为危害程度的不同,因而自当会被作为一项裁量情节纳入到裁量基准中去。譬如,针对《治安管理处罚法》第45条第1项规定的“虐待家庭成员,被虐待人要求处理”这一违法行为,《湖南省公安行政处罚裁量权基准》(湘公通[2012]116号)通过细化将“虐待家庭成员使用手段恶劣或造成被虐待人心理和身体伤害,被虐待人要求处理的”规定为“情节较重的违法行为情形”。

第四,危害结果。在我国,危害结果并不具有决定性意义,它往往并不被纳入到应受行政处罚行为的认定体系之中。行政相对人的一项行为是否有危害结果,并不是成立应受行政处罚行为的必备要件。譬如,实践中,行政机关对诸如闯红灯、超速等违反交通管理秩序的行为,“虽然没有引起危害后果,但一般也属于行政违法行为,须受到行政处罚”。^{〔18〕}不过,在执法实践中,将危害结果作为裁量情节而不是违法行为成立要件予以考量,却并不鲜见,因而危害后果也是裁量基准情节细化技术的主要适用对象。围绕危害结果的不同程度,裁量基准往往将情节细化为“一般违法行为”、“较重违法行为”和“严重违法行为”等不同类型。

第五,违法对象。违法对象是指行政处罚性法律规范规定的违法行为所作用的客观存在的具体人或具体物。违法对象的不同,会影响到违法行为的危害程度,因此也可以作为一项裁量情节被写入裁量基准之中,尤其是在以诸如未成年人、妇女、老年人、残疾人等自然人作为违法对象时。譬如,对于《治安管理处罚法》第40条第3项规定的“非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体”这一违法行为,《湖南省公安行政处罚裁量权基准实施办法》通过细化将“非法搜查妇女、未成年人、老年人、残疾人身体的”规定为“情节严重的违法行为情形”。

2.与违法行为人相关的裁量情节

在法哲学上,法律只调整行为,而与行为人关联甚少,这一直被奉为金科玉律。诚如马克思所言:“我只是由于表现自己,只是由于踏入现实的领域,我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象”。^{〔19〕}正因如此,在行政裁量过程中,与违法行为人相关的各种因素往往只能被作为裁量情节加以观察,而不会在罚与不罚上起到决定性作用。实践中,在应受处罚行为成立要件尚未获得满足的前提下,即使行为人的个体特征具有严重的反公共利益倾向,我们也不能因此便将其定性为应受处罚行为。只有在行为已经获得定性的情况下,我们才能将与违法行为人相关的各项因素作为裁量情节纳入裁量基准文本之中。实践中,这些因素具体包括:

第一,违法行为人的生活状况。一方面,由于违法行为人的生活状况会直接影响到行为人的教育程度、智力发展、日常生活等方面,会从根源上决定行为人的心理健康和规范意识;另一方面,违法行为人的生活状况亦会影响到行政处罚决定是否能够得到有效执行。因而在裁量基准中,违法行为人的生活状况往往会被作为从轻或减轻处罚的裁量情节,行政机关会根据行

〔18〕 杨解君:《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》,四川大学出版社1995年版,页182。

〔19〕 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,页16—17。

为人的生活状况适当减轻相对人的违法责任。譬如,《中华人民共和国人口与计划生育法》第41条规定:“不符合本法第十八条规定生育子女的公民,应当依法缴纳社会抚养费”。对此,《垫江县社会抚养费征收自由裁量基准》(2011年8月1日施行)第28条规定:“《征收社会抚养费处理决定书》下达后,管理相对人本人或其子女患重大疾病或者家庭因不可抗力蒙受重大经济损失等特殊情况可以申请减征社会抚养费”。

第二,违法行为人的责任能力。所谓责任能力,是指行政相对人辨识和控制自己行为的能力。辨识能力,就是行为人对自己的行为在行政法上的性质、意义、作用及后果的分辨识别能力,即对自己的行为是否为行政法所禁止的认识能力。控制能力,是行为人选择自己实施与不实施行政法所禁止的某些行为的能力,即决定自己是否违反行政法而采取行为的能力。^{〔20〕}行政处罚责任能力是应受行政处罚行为成立的必备要件,不具有行政处罚责任能力的人,不具备有责性,从而也不成立应受行政处罚行为。正因如此,执法实践中的裁量基准往往会对违法行为人的责任能力翻来覆去地予以宣告。譬如,《湖南省公安行政处罚裁量权基准》明确将“已满十四周岁不满十八周岁的未成年人或在校学生威胁他人人身安全,造成后果和影响较轻的”列为“情节较轻的违法行为情形”。

第三,违法行为后的表现。严格来说,当违法行为已经完成,所有定罚活动都应该以此作为时间节点对应受行政处罚行为加以评价。因此,从这一角度来说,行为人在违法行为后所做出的各种表现,是不能被纳入定罚过程中去的,而只能被作为裁量情节予以考量。因此,违法行为后的表现天生就是一项裁量情节,裁量基准不可能忽略它。譬如,《重庆市食品药品监督管理局行政处罚裁量权实施基准》(渝食药监[2011]40号)第9条规定:“减轻处罚,是指当事人实施的违法行为具有减轻处罚情形的,按照本基准第十五条相对应的罚款幅度处罚,但违法产品和违法所得予以没收。当事人有下列情形之一的,应当减轻处罚:(一)违法责任人已满十四周岁不满十八周岁的;(二)受胁迫实施违法行为,且积极配合查处的;(三)发现违法后主动报告并中止违法行为,并有效避免危害后果发生的;(四)积极配合查处且有立功表现的……”

3.与违法相关的特殊裁量情节

通过对基准文本的考察,我们不难发现,实践中还存有一些特殊的裁量情节,既与行政相对人的违法行为毫无关联,同时也与违法行为人本身关联甚少,但它们在裁量基准中却是客观存在的,这具体包括“社会影响”、“社会形势”等。譬如,《舟山市环境保护局规范行政处罚裁量行为实施细则》(舟环发[2013]36号)将如下“对社会影响的程度”列为“从重情节”,要增加20%的处罚:“1.环境违法行为对周围居民造成直接的污染,导致周围居民越级上访、群体上访的;2.环境违法行为造成公共媒体、网络媒体高度关注,并产生重大社会影响的;3.环境违法行为对社会造成其他严重影响的。”

(二)情节细化的限制性适用规则

裁量基准作为一种特殊的“规则之治”,其与立法性规则最大的区别在于:后者具有规范创造力,能够创设新的权利义务;而裁量基准则是行政机关制定的内部规则,只能通过对裁量规

〔20〕 参见杨小君:《行政处罚研究》,法律出版社2002年版,页167。

范进行情节细化和效果格化的技术,补充裁量权行使的判断选择标准,并不能创设新的法律规范。因此,裁量基准的制定者首先需要认识到,他们只能对授权规范中的裁量情节予以细化,而非创造,更不能藉由解释性的情节细化技术,间接地创造裁量情节。除非如后文所述,授权规范中存在空白构成要件,需要裁量基准作出创造性的补充。笔者认为,无论是作为一种解释性的细化技术,还是作为对空白要件之补充规则,裁量基准的情节细化在整体上均必须遵守“法律保留原则”,并辅之以“行政法益必要性和等同性规则”之限制。

1. 在整体上遵守法律保留原则

在我国现行立法体系中,以《立法法》第8条的规定为基底而建立起来的法律保留体系,从根本上否认了裁量基准的规范创造力,从而为裁量基准的情节细化设定了基本的适用限度。除《立法法》第8条之外,行政法领域内其他一些基本的法规范,同样也会限制裁量基准情节细化技术的适用。这些规范包括:①《行政处罚法》第二章有关“行政处罚的种类和设定”的第8、9、10、11、12、13、14条等7个条文的规定。它们共同将创造行政处罚裁量情节的任务交由法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章五个层级的法规范共同完成,拒绝诸如裁量基准之类的行政规则介入行政处罚裁量情节的创造过程之中。②《行政许可法》第二章有关“行政许可的设定”的第14、15、16、17条等4个条文的规定。它们共同将创造行政许可裁量情节的任务交由法律、行政法规、地方性法规、地方政府规章四个层级的法规范共同完成,同样拒绝诸如裁量基准介入行政许可裁量情节的创造过程之中。③《行政强制法》第二章有关“行政强制的种类和设定”的第10、11、13条等3个条文的规定。它们共同将创造行政强制(包括行政强制措施和行政强制执行)裁量情节的任务交由法律、行政法规、地方性法规三个层级的法规范共同完成,同样拒绝诸如裁量基准介入行政强制裁量情节的创造过程之中。

可见,无论是行政处罚类的裁量基准,还是行政许可类的裁量基准,抑或是行政强制类的裁量基准,^[21]都无法跳脱《立法法》第8条、《行政处罚法》第8—14条、《行政许可法》第14—17条、《行政强制法》第10、11、13条所确定的法律保留的制度限制。因此,行政机关在运用裁量基准细化情节时,必须尊重这个以《立法法》为基底而建立起来的法律保留体系,恪守《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》所确立的法律保留精神。只有如此,才能保证裁量基准的合法性。

2. 行政法益必要性和等同性规则之限制

该规则主要是针对因授权规范中广泛存在的空白要件而需要裁量基准予以补充时的一种特殊限制。一般而言,法律规范会对违法行为的基本特征做详尽描述,包括违法行为类型、损害结果等等方面。但在特殊情形下,它也会以“违反国家规定”、^[22]“违反规定”^[23]等方式不

[21] 如《宁夏交通运输行政裁量权裁量基准(包括宁夏交通运输行政许可、行政强制、行政确认、行政征收裁量权裁量基准)》(宁交办发〔2012〕193号)。该文件同时包含《宁夏交通运输行政许可裁量权裁量基准》、《宁夏交通运输行政强制裁量权裁量基准》、《宁夏交通运输行政确认裁量权裁量基准》、《宁夏交通运输行政征收裁量权裁量基准》等4类裁量基准。

[22] 如《治安管理处罚法》第30条:“违反国家规定,制造……”。

[23] 如《治安管理处罚法》第24条第2项:“违反规定,在场内燃放烟花爆竹或者其他物品的”。

做直接性的情节描述。对此,我们一般将其称为空白构成要件。^[24]就行政处罚而言,空白构成要件往往只规定处罚种类、或部分构成要件及法定处罚范围,而将应受行政处罚行为构成要件的某些或全部委托给包括行政规则在内的其他规范来细化。空白要件的客观存在,为裁量基准的情节细化提供了事实前提。但是从本质上来说,对空白要件的任何细化都是一种创造性活动。因为空白要件几乎不会提及任何情节,它往往只扮演授权角色,以“相关规定”、“国家规定”等词汇替代现实性的情节描述,因而,试图对空白要件进行“细化”的任何一份裁量基准,实际上都是在原创性地描述情节,它不仅仅是解释,而毋宁是一种创造。对此,如果严格限制情节细化的操作空间,将裁量基准仅仅限制在“解释”角色上,实际上并不现实。相反,我们需要设置一些更为细致的限制性规则,即行政法益的必要性和等同性规则,来弥补前述“遵守法律保留原则”的整体立场与执法实践之间的裂缝。

所谓行政法益必要性和等同性原则,是指裁量基准对情节的设定需要以必要性为原则,而且裁量基准与空白要件之间所要保护的行政法益应该是同一的,即应当与空白要件基于一个相同的法益。^[25]其既可能是个人法益,譬如《治安管理处罚法》第46条规定:“强买强卖商品,强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款”;也可能是超个人法益,譬如《治安管理处罚法》第28条规定:“违反国家规定,故意干扰无线电业务正常进行的,或者对正常运行的无线电台(站)产生有害干扰,经有关主管部门指出后,拒不采取有效措施消除的,处五日以上十日以下拘留;情节严重的,处十日以上十五日以下拘留”。

实践中,需要注意,一方面,启动裁量基准对裁量情节的创设权并不是任意的,其必须要以保护行政法益为前提。无法益的行为,既不需要以构成要件方式加以调整,也不需要以裁量基准的方式加以补充,必要性规则是限制情节细化技术的实质标准。譬如,《治安管理处罚法》第28条规定:“违反国家规定,故意干扰无线电业务正常进行的,或者对正常运行的无线电台(站)产生有害干扰,经有关主管部门指出后,拒不采取有效措施消除的,处五日以上十日以下拘留;情节严重的,处十日以上十五日以下拘留”。该条中“违反国家规定……”便是一项空白构成要件。在填补规则上,我们首先需要确定该条所要保护的行政法益是确保无线电通讯秩序。如果某一裁量基准将构成要件限制的过于僵化,将某些尽管也涉及无线电业务但并未威胁到行政法益的行为也纳入其调整范围,便是有违初衷的。

另一方面,裁量基准创设裁量情节必须与授权规范处于同一水平,裁量基准与授权规范所要保护的行政法益不能出现偏差,越权的裁量基准与残缺的裁量基准皆是对法律保留原则的违背。在授权规范中,可以作为裁量基准比标准的内容存有两处:一个是授权规范中已经列明的基础性构成要件,它们尽管还需要裁量基准作为补充,但已经能够决定其所要调整的应受行政处罚行为的基本性质;另一个是授权规范中已经列明的否定性法律后果。基础性构成要件和否定性法律后果,是空白构成要件遵守等同规则的具体参照标准,对空白要件的补充也必

[24] 参见洪家殷:“行政秩序罚上空白构成要件之探讨”,载法治斌教授纪念论文集编辑委员会:《法治斌教授纪念论文集:法治与现代行政法学》,台湾元照出版社2004年版。

[25] 参见熊樟林:“行政处罚上空白要件及其补充规则”,《法学研究》2012年第6期。

须要在二者的应有内涵中完成。^{〔26〕}譬如,就上述《治安管理处罚法》第28条而言,将仅仅只是在局部空间内进行无线电实验且尚未对无线电业务造成干扰的行为纳入调整,或者将一种已经明显构成犯罪的行为纳入调整,都是有违同性规则的。

此外,原则上,我们主张禁止在裁量基准中再次设定空白要件,相应地,对其予以二次补充也应当加以禁止。实践中,我们不难发现,在裁量基准中同样会有以空白要件形式存在的授权条款。譬如,《治安管理处罚法》第37条第1项规定:“有下列行为之一的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:(一)未经批准,安装、使用电网的,或者安装、使用电网不符合安全规定的”。该条中的“安全规定”是一个合法的、往往需要运用裁量基准才能得以细化的情节。但是,作为细化情节的《湖南省公安行政处罚裁量权基准》同时又规定:“违法行为情形和处罚基准:1.一般情节的违法行为情形:初次安装、使用电网不符合安全规定的。处罚基准:处五日以下拘留或者五百元以下罚款。2.情节严重的违法行为情形:①安装、使用电网不符合安全规定,经劝阻不听或经指出后拒不改正的;②安装、使用电网不符合安全规定,造成人员损伤和财物损毁等后果的;③其他情节严重的情形。处罚基准:处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”。不难发现,《湖南省公安行政处罚裁量权基准》中同样有“安全规定”的字眼,这从本质上来说还是一种授权。对此,我们认为,裁量基准不具有授权的资格,它作为细化情节的一种权限,尽管在执法实践中无可避免地会创造裁量情节,但我们对这一创造性活动合法限度的承认,应该仅限于此,而不能承认其可以将这一权限授权给其他规范性文件。

(三)情节冲突与竞合的适用规则

裁量情节是一个复杂多元的体系,以裁量情节是否具有明确、具体的法律规定为标准,可以将其划分为法定情节和酌定情节;^{〔27〕}而以裁量情节在行政裁量中所能起到的作用大小为标准,我们又可以将其划分为基本情节和辅助情节。^{〔28〕}实践中,由于各种不同类型的情节之间既可能呈现出层次分明的有序状态(如法定情节与酌定情节之间),也有可能出现互相冲突、情节竞合的无序情形。因而,在裁量基准的制定过程中,有必要确立一套多项情节冲突和竞合的适用规则。我们认为,这大体包括如下内容:

1.法定情节和酌定情节的选择适用

如上所述,由于情节细化必须在整体上遵循法律保留原则,因而在裁量基准制定过程中,当面临需要在法定情节和酌定情节之间加以选择时,基准制定者出于行政行为的合法性考量,大多认为法定情节优先于酌定情节,这在刑法学中也获得了较为趋同的认识。^{〔29〕}但我们认为,这种将法定情节和酌定情节加以区别对待的做法,并不符合对事物进行客观评价的一般规律。“利益衡量的重心往往是法定情节以外的酌定情节,从某种程度上来说,利益衡量的精义

〔26〕 同上注。

〔27〕 参见周佑勇,见前注〔13〕,页98—100。

〔28〕 参见周佑勇、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”,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2010年第4期。

〔29〕 参见胡学相:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,页208。

和目的就在于对法定情节以外的酌定情节所体现和代表的利益的一种关照和衡量”。^{〔30〕}在具体个案中,酌定裁量情节是大量存在的,主观地认为酌定情节没有法定情节重要,并不利于了解个案情节,也无法实现裁量正义。在行政裁量过程中,酌定情节与法定情节是居于等同位置的,二者相辅相成,缺一不可。因此,当发生法定情节与酌定情节的冲突时,我们需要根据个案的基本情况具体权衡两种情节的轻重,然后再确定优先适用何种情节,再以次要情节予以修正。法定情节与酌定情节之间并无先后顺序,对二者的判断理应是灵活的、个案的。

2. 同向情节和逆向情节的竞合适用

在行政处罚执法实践中,行政机关经常会遇到多项情节竞合的情况,其既包括同向情节的竞合,也包括逆向情节的竞合。所谓的同向情节竞合,主要是指从重情节的竞合、从轻情节的竞合、减轻情节的竞合和免除情节的竞合;而逆向情节的竞合,则主要是指同一案件并存着数个“从宽情节”和“从严情节”,情节之间互相冲突,功能完全相反。我们认为,行政机关在裁量基准制定过程中应该明确以下适用规则:

第一,对于同向情节竞合的处理规则。一般认为,从重情节的竞合适用,只要在所对应的具体的法定幅度内,无论多少个从重情节的竞合适用都不能超过法定幅度的上限;从轻情节的竞合适用则正好与之相反;减轻情节的竞合适用,无论多少个减轻情节的竞合适用最终只要不免除即可;免除情节的竞合适用,只适用一个免除情节即可。

第二,对于逆向情节竞合的处理。在充分考虑个案现实的前提下,应当遵循以下规则:

其一,当出现“免罚情节”与“其他情节”逆向竞合时,一般情况下“其他情节”被“免罚情节”吸收。但在“免罚情节”与“从重情节”逆向竞合这一特殊类型中,^{〔31〕}应该适当估量“从重情节”对公共利益所造成的损害的大小。当损害大时,应先适用“免罚情节”,然后再适用“从重情节”;而当损害小时,则由“免罚情节”所吸收。这是因为,如果“从重情节”作用过大,由“免罚情节”予以吸收,很明显是显失合理性的。

其二,当出现“从重情节”和“从轻情节”逆向竞合时,一般应当先考虑“从重情节”,在从重处罚的基础上再考虑从轻处罚情节。采用先从重后从轻的好处在于:先从重可以在法定处罚范围内确定上限,使行政执法人员知道相对人行为最多能够判处多大程度的行政处罚责任;再从轻可以使从轻情节得到充分的体现。如果采用先从轻后从重的方法,则可能产生上浮过限的问题,也无法体现“从轻情节”。当然,如果“从重情节”的分量明显大于“从轻情节”,且“从重情节”已使裁罚达到了极限,可视为“从轻情节”起不了作用,不予从轻处罚。

其三,当出现“从重情节”与“减轻情节”逆向竞合时,一般认为先适用“减轻情节”,在授权规范给定的裁量空间以下考虑,然后在“减轻情节”的基础上再适用“从重情节”。原因是如果采用相反的思路,“从重情节”的功能就无法在裁量基准得到体现,这是因为先从重并不会改变量罚幅度,再减轻仍然是在基本量罚幅度以下考虑处罚结果,这就不具备从重情节、其他情

〔30〕 周佑勇,见前注〔13〕,页107。

〔31〕 主要有四类:①从重情节与免罚情节的逆向竞合;②从重情节、减轻情节和免罚情节的逆向竞合;③从重情节、从轻情节和免罚情节的逆向竞合;④从重情节、从轻情节、减轻情节和免罚情节的逆向竞合。

节相似的应受行政处罚行为没有差别。〔32〕

三、效果格化的方法论检讨及模式选取

相较于情节细化技术会涉及到法律保留问题而言,效果的格化只是裁量基准在享有上位法的授权范围之内作业,因而它从一开始就不会遭到正当性质疑。一种基于“道德自律”的控权技术自然不需要从宪政层面附加过于苛刻的要求,因此它只是一项自我约束的行为。因此,在效果格化问题上,一般并不存在诸如合法性和正当性方面的障碍。对它的检讨,往往只是在具体方法的选择上,即行政机关究竟应该采用何种方法,才能合理地划分不同的法律效果。概括而言,现阶段主要有经验评估、寻找基础值、数学方法三种模式可供参考。

(一)经验评估模式

正如街头官僚理论的开创者李普斯基(Lipsky)所说:“最好不要把公共政策理解为立法机关或最顶层高级行政官员制定的,因为从很重要的方面看,它实际上是在拥挤的办公室、在街头层次工作者日常遭遇到的情境中形成的”,“是街头官僚的决定,他们所确立的例行程序,所发明的应对不确定性和工作压力的装置,有效地成为了他们所实施的公共政策”。〔33〕在秉承这一立场的学者看来,作为公共政策的一种形式,裁量基准的格次划分并不具有太多的理性元素,而毋宁是一种经验考量的产物。“从本质上说,裁量基准是大量行政案例上升为部门惯例、专业经验的过程,因此,规律只能在具体的行政生态中寻找,应当充分重视裁量基准形成过程中的实践素材和底层经验。”〔34〕“裁量基准的制定是一种经验总结的过程,并不需要较高的抽象技术,而是丰富的执法经验。”〔35〕在此,我们可以将这种凭借经验进行格次划分的模式称为“经验评估模式”。

直截了当地说,经验评估模式的核心技术就是没有技术。它的主要特征是裁量基准的制定者在掌握事实的基础上,根据行政相对人行为对公共利益的影响程度和相对人个人情况所反映出来的实际问题,进行分析、综合、判断,一次性地估量出效果格化的基本方案。从功能主义的角度来看,这种模式具有如下两点优势:其一,它充分尊重了裁量基准行政自制的品质,有效利用了行政机关的执法经验,能够很好地满足实践需要;其二,更为重要的是,它与行政执法实践中“案多人少”的现状是契合的,同时以经验为准则进行效果格化,也能够照顾到各地经济发展和文化环境方面的差异,从而制定出适宜本土的裁量基准文本。

毋庸置疑,经验评估模式在裁量基准早期得到了大量运用,特别是在那些并没有公开的基准文本中,裁量基准往往只是作为一种内部手册被加以遵守,在大多数时候,裁量

〔32〕 参见廖瑜:“论逆向情节的适用”,《光华法学》2009年第1期。

〔33〕 Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York: Russell Sage Foundation, xi-xii (1980).转引自宋华琳:“基层行政执法裁量权研究”,《清华法学》2009年第3期。

〔34〕 朱新力、骆梅英:“论裁量基准的制约因素及建构路径”,《法学论坛》2009年第4期。

〔35〕 周佑勇、熊樟林:“裁量基准制定权限的划分”,《法学杂志》2012年第11期。

基准只不过是一种行政惯例而已。譬如,作为在中国本土实践中最早成功推行裁量基准的浙江金华,其裁量基准的生成就是“一种实践先行和主导的生成模式”,其具体的制度设计就是“建立在对本地区基层执法经验的总结和完善基础上”,“成熟的实务经验,是裁量基准制度设计的科学性的基石所在”。^{〔36〕}不过,在行政法学界,有学者后来提出了不同观点,认为“从宽泛的意义上讲,裁量基准是以规范行政裁量的行使为内容的建章立制,一般以规范性文件为载体,是较为程式化的、结构性的、相对统一的裁量要求,而不是执法人员颇具个性化的、经验性的、甚至是随机的算计”。^{〔37〕}对此,我们认为,一方面,无论我们再怎么否认经验评估模式的存在,我们都应该明确,行政执法的实践经验应是裁量基准的核心精神之一,经验评估模式在效果格化过程中肯定会起到一定的影响,这种影响是客观存在的,不容忽略;但是,另一方面我们也需要注意的是,相较于情节细化而言,经验主义在效果格化上能够起到的作用可能并不明显。在执法实践中,行政机关可能会在将哪些行为纳入从重或从轻等问题上(即情节细化)具有丰富的经验,因为情节细化往往涉及到价值问题,它具有或左或右的可能,需要借鉴经验的力量。但是,格次划分则不一样,将授权规范给定的裁量空间划分为几个格次、以及格次大小的设定等问题,与价值无涉,它们更多地是一种追求科学和理性的活动,追求的是客观性,我们只需运用诸如数学、统计等方面的技术,就能做出较为妥当的处理。因此,我们认为,经验评估模式只能作为效果格化的一种参考,而不能成为主要方法。

(二)寻找基础值模式

执法实践中,行政机关在进行效果格化时,亦会根据裁量情节的实际情况,习惯或潜意识地估量出授权规范内的一个基准点,然后对该基准点进行调整,之后决定最终的格次划分。该基准点是决定效果格化最为基本的参考值,或者说是效果格化的基础值。它是制定裁量基准的基准,主要用以回答诸如行政机关到底在依据什么准则进行效果格化之类的问题。在此,我们将这种方法称为“寻找基础值模式”。

1.效果格化的基础值

在行政法学研究中,涉及效果格化基础值的主要问题是基础值的确定方法,即它是如何被确定的。这是裁量基准技术构造的核心内容,也是效果格化的关键技术。不过,在展开具体的方法论检讨之前,我们有必要对有关效果格化基础值的如下三项内容加以澄清:

第一,效果格化的基础值是否真的客观存在?实践中,一般存在两种反对理由:其一,效果格化的正当性依据是授权规范,因此,是否格化、以及该怎样格化似乎只是行政机关自己的事务。实践中,行政机关会根据执法环境的不同而选择不同的效果格化方法,很难说有一个客观存在的方法在潜在地指导裁量基准的制定者;其二,如果真的存在一个统一的基础值供裁量基准制定者参考,那么,为什么不同的行政机关会制定出效果格化差异很大的裁量基准呢?

〔36〕 周佑勇等,见前注〔28〕。

〔37〕 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》2012年第3期。

我们认为,否定效果格化基础值的客观存在是有欠妥当的,原因有二:其一,行政机关对于授权规范给定的裁量空间的权衡并不是任意的。除行政法定原则之外,行政机关还必须运用诸如“比例原则”或“行政合理性原则”之类的均衡方案,提高行政裁量的合理性和可接受性。因此,任何一种效果格化过程都会遵循一定的规律,行政机关必须寻找一个客观存在的对象作为行政裁量的参照物,方能实现裁量正义。在裁量基准制定过程中,这个参照物其实就是一个基础值,尽管它在大多数时候只是存在于执法人员的思维中,但这并不影响它的客观性。其二,观察基础值的方法有归纳和演绎两种。演绎法主张从授权规范中寻找基础值,归纳法则主张从现行裁量基准文本中寻找基础值。实践中,由于不同文本的效果格化之间会出现差异,甚至于完全不同,因而归纳法必然会在一定程度上妨碍我们对基础值是否客观存在的判断,甚至于诱导我们认为其完全不存在。但是,我们并不能因为寻找基础值所选择的方法的不同,便断然否认基础值的真实性。研究裁量基准的根本意义并不是要从理论角度描述裁量基准这一现象,而毋宁是要运用学术研究的理性思维,去引导裁量基准工程发展出更为科学的体系和制定技术。归纳法更多地是对现实的总结,由于它是从现实中形成理论,因而必然会包含现实中既有的非理性因素,这就是为什么会出现基准文本相互差异的根本原因。相反,演绎法却是反向的。它是从理性思维中形成理论,运用理性思维从授权规范中为行政裁量设定基础值。这一思路有可能会和部分基准文本相吻合,也有可能和部分基准文本相背离,但这恰好就是预判基准值的价值所在。它能够指引裁量基准的效果格化技术向“法律平等”的价值逐步靠近,从而实现真正的裁量正义。

第二,基础值是否客观存在涉及的第二个问题是,行政机关必须要遵守基础值吗?在传统观念看来,这一问题的答案是十分明确的。据此,在行政执法中,除了立法机关(包括国会和有立法权的行政机关)设定的授权规范外,行政机关并不受到其他形式的约束,授权规范中客观存在的裁量空间是作为一项权力被赋予行政机关的,行政机关享有行政裁量权。在英美国家,有所谓的“行政裁量不受拘束之原则”(the principle of non-fetter)^[38]或“裁量不审理原则”。^[39]同时,在德日国家亦有行政裁量与不确定法律概念的区分,^[40]并进而伴生了对行政裁量采取“软司法审查”(soft-edged judicial review)的理念。因此,如果说存有基础值,它也只是从实践中归纳而出的学理概念,而并不是一个必须要被遵守的裁量准则。

我们认为,这种看法并不妥当,它只是一种局限于“合法行政”层面的认识。实际上,自上

[38] See Chris Hilson, *Judicial Review, Policies and the Fettering of Discretion*, *Spring Public Law*, 112—114(2002); See also Chris Hilson, *Policies, the non-fetter principle and the principle of substantive legitimate expectations: between a rock and a hard place?*, 11 *Judicial Review*, 283—293(2006)。美国联邦《行政程序法》第701条(a)(2)亦规定:“法律赋予行政机关自由裁量的行为(committed to agency discretion by law)不受司法审查”。

[39] 刘宗德:《行政法基本原理》,台湾学林文化事业有限公司1998年版,页132。

[40] 德国在二战前也曾有过将行政裁量与不确定法律概念不予区分的做法,但基于纳粹教训,他们对行政自主性便不再信任,遂对行政裁量与不确定法律概念进行了泾渭分明的区分。参见杨伟东:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,中国人民大学出版社2003年版,页160—161。同时,在日本明治宪法下,亦曾存在认为裁量根本不能成为裁判权的对象的见解。参见(日)美浓部达吉:《行政裁判法》,邓定人译,中国政法大学出版社2005年版,页157。

世纪末以来,以“合理行政”为核心的行政法理论已经在全球获得了认同,并获取了制度上的印证,已经相互之间获取了成功经验和失败教训。^[41]现在,无论是英国行政法上的 *Wednesbury* 不合理原则,^[42]还是德国行政法上的比例原则,^[43]都是对上述传统观念的颠覆。同时,我国《行政诉讼法》第54条也明确规定:“人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:(4)行政处罚显失公正的,可以判决变更”。因此,我们必须承认,行政机关在执法过程中除了要遵循授权规范之外,实际上还不可避免地需要尊重存在于授权规范背后的“法的法”。^[44]我们认为,在多数情形下,它就是基础值。因此,基础值本身就是法,是合理行政的根本依据,行政机关必须遵守。以基础值进行格次划分,是行政法治的应有之义。

第三,效果格化的基础值是否是一个具体的数值?顾名思义,在大多数人看来,基础值似乎就是一个具体的数值。譬如,授权规范中规定了100元~500元的罚款范围,那么,有可能300元这个具体数值就是基础值,行政机关会以300元为轴心进行格次划分,从而呈现出“100~250”、“250~350”、“350~500”的基准文本。但问题是,如果仅从这一角度去为裁量基准设定基础值,认为它是一个具体值,那么便有可能无法照顾到各地经济条件和文化环境等方面的差异,特别是在地域跨度很大、各地生活条件差异明显的我国。因此,我们必须扩充基础值的伸缩范围,将基础值描述为一个“域”。当然,需要说明是,作为“域”的基础值和作为“域”的授权规范并不相同,基础值包含在授权规范之中,往往只是授权规范中很少的一个部分。我们不能将基础值的“域”设定的过宽,否则便丧失了“合理行政”的实际意义,也有可能带来第三次裁量约束的问题。^[45]

2. 基础值的确定方法

“寻找基础值模式”的核心问题就是该采用何种方法确定基础值,即基础值的确定方法。现阶段,从刑法学以及裁量基准的实践发展来看,认定基础值的方法大抵有如下几种:

第一,中间线法。中间线法来源于刑法学的量刑方法,其主张把基础值“固定在法定刑幅度内的二分之一处,从重,在中线之上;从轻,在中线之下”,^[46]即“凡从重处罚的应在平均值以上,最高刑以下量刑;反之,则在平均值以下,最低刑以上量刑”。^[47]在刑法学领域,有学者主张中间线法简单易行,有实定法依据,具有客观性和公正性,并经实践检验能起到良好的实

[41] 参见余凌云:“英国行政法上的合理性原则”,《比较法研究》2011年第6期。

[42] 英国 *Wednesbury* 不合理审查标准,是一个从 *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* 判例中发展出来的司法审查标准,现在已是英国行政行为司法审查的主要标准。参见罗明通、林惠瑜:《英国行政法上合理原则之应用与裁量之控制》,台湾罗明通1995年自版,页35—53。

[43] 总体来说,*Wednesbury* 合理性和比例原则是现今两大法系最为典型的两类实体性审查标准。参见蒋红珍:《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,页18。

[44] (德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,页98。

[45] 如果将合法行政视为第一次裁量控制,合理行政视为第二次裁量控制,那么,对于过宽的基础值加以限制的控权机制,很明显就是第三次裁量控制。

[46] 李艳玲:《量刑方法论研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,页123。

[47] 李光灿、林汉宁、马克昌:《中华人民共和国刑法论》,吉林人民出版社1984年版,页544。

际效果。^{〔48〕}在行政法学中,有部分学者对这一方法表示认可,他们主张,“在行政处罚自由裁量基准的格次划分问题上,可以考虑采用‘中间线说’作为一般的适用方法,面对特异情势再作具体调适”,^{〔49〕}并认为“在行政裁量基准的格次划分问题上,采用‘中间线说’作为一般的适用方法,符合比例原则的要求,亦可保障其实体内容上的客观性和公正性”。^{〔50〕}

由于中间线法在刑法学上已经有所实践,同时这种思路也与中国传统文化上的中庸思想不谋而合,因此,中间线法在我国当下基准文本中十分常见。譬如,《中华人民共和国海洋环境保护法》第32条第3款规定:“拆除或者闲置陆源污染物处理设施的,必须事先征得环境保护行政主管部门的同意”。该法第78条规定:“违反本法第三十二条第三款的规定,擅自拆除、闲置环境保护设施的,由县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门责令重新安装使用,并处一万元以上十万元以下的罚款”。对此,《嘉兴市环保局行政处罚自由裁量标准(修正)》(嘉环发〔2008〕131号)将其细化为:“违法行为情形和处罚基准:①情节较轻的,并处1万元以上3万元以下罚款;②情节较重的,并处3万元以上7万元以下罚款;③情节严重的,并处7万元以上10万元以下罚款”。很明显,该裁量标准在处理“处一万元以上十万元以下的罚款”的裁量空间时,所采用的便是中间线法,其以5万元为中线,做了“情节较轻”、“情节较重”、以及“情节严重”三个档次的格次划分。又如,《宁波市行政处罚自由裁量权行使规则》(宁波市人民政府令2007年第150号)第15条明确规定:“除法律、法规、规章另有规定外,罚款处罚的数额按照以下标准确定:①罚款为一定金额的倍数的,从重处罚不得低于中间倍数;从轻处罚应当低于中间倍数;一般处罚按中间倍数处罚……”。再如,杭州市《杭州市城市管理行政处罚自由裁量权实施办法》(杭城法〔2010〕124号)第8条规定:“未列入《自由裁量基准表》的违法行为,除法律、法规、规章另有规定外,罚款处罚的数额按照以下标准确定:①罚款为一定金额的倍数的,从重处罚不得低于中间倍数;从轻处罚应当低于中间倍数;一般处罚按中间倍数处罚……”。

当然,需要说明的是,由于基础值并不是一个数值,而是一个域,所以在某些情况下,一些看起来似乎并不是采用“中间线法”确定基础值的基准文本,实际上也是可以纳入到这一模式之中的。实践中,只要一项基准从总体上看是从“中线”这一轴心进行格次划分的,那么,它所采用就应该是中间线法。譬如,倘若上述《嘉兴市环保局行政处罚自由裁量标准(修正)》做了“1万元到4万元”、“4万元到8万元”、“8万元到10万元”的格次划分,从理论上来说,它仍然应该被归入中间线法的行列。

第二,固定值法。与中间线法不同的是,另有一种方法往往会将基础值确定在一个固定点上,而不是采取评估中间值的方式,我们将其称为固定值法。实践中,裁量基准的制定者之所以会采取固定值法,一般是基于以下两种考虑:

其一,授权规范只规定了最高形式的法律效果,欠缺最低形式的法律效果,执法机关无法在最高值和最低值之间取中间值,即中间线法无法适用。譬如,国务院颁布实施的《价格违法

〔48〕 赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,页29—31。

〔49〕 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”,《行政论坛》2010年第3期。

〔50〕 周佑勇,见前注〔13〕,页78。

行为行政处罚规定》第13条规定:“经营者违反明码标价规定,有下列行为之一的,责令改正,没收违法所得,可以并处5000元以下的罚款:①不标明价格的;②不按照规定的内容和方式明码标价的;③在标价之外加价出售商品或者收取未标明的费用的;④违反明码标价规定的其他行为”。在固定值法适用过程中,固定值有时会和中间值发生重合。如《广东省物价局关于规范价格行政处罚自由裁量权的适用规则》(粤价[2012]176号)第14条第1项第3款便规定:“(3)罚款规定为最高限额以下固定金额的,从轻处罚应当不高于规定最高限额的30%,一般处罚在最高限额的30%~70%,从重处罚应当不低于规定最高限额的70%”。但在更多的时候,它是作为一种独立方法被适用的,与中间值存有较大偏差。譬如,前述《杭州市城市管理行政处罚自由裁量权实施办法》第8条便规定:“(3)只规定最高罚款数额未规定最低罚款数额的,从轻处罚一般按最高罚款数额的20%以下确定,一般处罚按最高罚款数额的50%以下确定;只规定最低罚款数额未规定最高罚款数额的,从重处罚一般按最低罚款数额的2倍以上确定,一般处罚按最低罚款数额的2倍以下确定”。

其二,授权规范规定了最高形式的法律效果,但基于某种行为在大多数情况下的社会危害性“并不严重”或者是“过于严重”,抑或是影响行政裁量的因素比较稳定,同种类型的基础值较为一致。此时,裁量基准的制定者往往可能会将基础值有意偏向于“较轻”或“较重”一侧,从而回应社会现实。譬如,《河北省制止乱收费、乱罚款、乱摊派的若干规定》^[51]第15条规定:“乱收费行为由财政、物价部门按照各自职责负责查处。有本规定第6条第4项乱收费行为的,责令改正,将违法收费收缴同级财政,并视情节轻重处以违法收费金额百分之十至百分之二十的罚款;有其余几项乱收费行为之一的,责令改正,限期将违法收费退还被收费单位或者个人;不能退还的,收缴同级财政,并视情节轻重处以违法收费金额百分之十至百分之五十的罚款”。对此,《河北省价格主管部门行政处罚自由裁量权暂行规定》(2011年8月1日施行)中的“河北省价格监督检查行政处罚裁量标准”,将其格化为:“从轻处罚:没收违法所得,并处违法收费1%以上10%以下的罚款。一般处罚:没收违法所得,并处违法收费10%以上15%以下的罚款。从重处罚:没收违法所得,并处违法收费15%以上20%以下的罚款”。很明显,这一基准将基础值偏向于“从轻”方向。

(三)数学模式

所谓数学模式,是指采用数学方法,使行政裁量数学化的效果格化模式。实践中,这一模式得到了实务工作者的广泛青睐,诸如此类的基准文本不胜枚举。譬如,《垫江县社会抚养费征收自由裁量基准》(2011年8月1日施行)第11条规定:“符合从轻征收规定情形之一,且管理相对人在《违法生育行为告知书》规定期限内主动一次性预缴社会抚养费的,按第九条规定的计征基数的2倍征收社会抚养费。符合从轻征收规定情形之一,管理相对人在《违法生育行为告知书》规定期限内主动预缴社会抚养费,但未全部缴清的,参照预缴比例从轻征收,一方征收金额按以下公式计算:计征收入基数 $\times$ 3—计征收入基数 $\times$ (3-2) $\times$ 预缴比例(%)。其中,

[51] 1994年12月22日河北省第八届人民代表大会常务委员会第十一次会议通过,1994年12月22日公布施行。

预缴比例(%)=(预缴金额÷应征金额)×100%。”

从裁量基准的实践推进中我们可以进一步观察到,许多原来在效果格化模式上采取“中间线法”或“固定值法”的裁量基准,后来逐渐演变为“数学模式”的方法。譬如,浙江省舟山市环境保护局于2013年6月24日发布的《舟山市环境保护局规范行政处罚裁量行为实施细则》,就废止了采取“中间线法”的原《舟山市环境保护局行政处罚裁量细则(试行)》,重新采取“数学模式”的方法来确定罚款额度。具体裁量公式如下:“罚款额度=裁量额度+罚款低限。其中,裁量额度=裁量幅度×综合系数;综合系数=裁量平均系数×(1+调整系数)”。对此,《舟山日报》报道称,“这意味着我市环保行政处罚的自由裁量行为得以进一步规范、细化,公平性和合理性得到提高”。舟山市环保局相关负责人说,“该细则和原来相比,更加合理、细致了,而且也杜绝了处罚的随意性”。^[52] 数学模式这种方法不仅备受我国内地实务部门的青睐,在域外也十分常见。譬如,在我国台湾地区《违反环境影响评估法罚鍰额度裁量基准》^[53]中,便有十分精准的数学公式。

从对实践的观察来看,数学模式主要有如下三项特点:其一,数学模式习惯于从严格的“三权分立”的角度看待行政裁量权,认为行政权在本质上就是执行权,并不存在真正自由的裁量权限,行政机关只是法律的嘴巴。^[54] 因此法律效果只能机械地、僵化地从数学公式中获取,从而最大限度地防止权力滥用。其二,数学公式在处理裁量基准技术构造的两大部分——“情节细化”和“效果格化”——的关系问题上,并不像经验模式或基础值模式那样需要呈现出——一对应的关系。一般来说,在采用数学公式进行效果格化的基准文本中,我们并不能直接看到已经被格化好的法律效果,恰恰相反,所有法律效果都是被蕴含在数学公式之中的,需要将相应情节带入到公式之中加以计算,才能得出相应的裁量结果。其三,相比较其他两种模式而言,数学模式的优势在于它能够同时将多个裁量情节同时纳入考虑。一般而言,数学模式的计算公式中至少包含两个以上的参考变量,这些变量能够更为全面地反映诸如行政相对人行为的社会危害程度、相对人主观态度等情节。很明显,由此计算出来的裁量结果肯定更为全面。

从我们对裁量基准实践情况的观察来看,正是由于存在上述优势,数学模式有逐渐兴起的趋势,而且各种具体的数学方法也层出不穷。但是,问题在于,这种模式在行政法学理论界并不被广泛认可。2007年11月8日,浙江省杭州西湖风景名胜区管理委员会颁布实施了名为《〈杭州西湖风景名胜区管理条例〉行政处罚自由裁量权适用规则》的裁量基准。它在效果格化上较早采用了数学公式的方法,以单独部分规定了所谓的“自由裁量权公式”。例如,《风景名胜区条例》第40条第1款第1项规定:“违反本条例的规定,有下列行为之一的,由风景名胜区管理机构责令停止违法行为、恢复原状或者限期拆除,没收违法所得,并处50万元以上100万元以下的罚款:①在风景名胜区内进行开山、采石、开矿等破坏景观、植被、地形地貌的活动的……”。针对这一罚则,该《适用规则》设定了如下“自由裁量权公式”(即罚款公式):“罚款额=

[52] 沈元丹:“我市规范环保行政处罚自由裁量权”,载《舟山日报》2013年8月4日,第1版。

[53] 台湾“行政院环境保护署”2009年5月20日环署综字第0980042490号令。

[54] 孟德斯鸠曾说“法官只是法律的嘴巴”。参见(法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1993版,页163。

罚款最低额+自由裁量度 $\times$ (开山面积/500平方米) $\times$ 100%(面积以平方米为单位,500平方米以上按最高额99%处罚)”。该基准颁布之后不久就成为理论研究上的众矢之的。有学者曾不留情面地指责说:“自由裁量范围太宽固然容易造成滥用,但是,裁量基准越细化,越会削弱自由裁量本身所具有的功能,甚至使其功能丧失。但如果按照上述基准执法,无疑会造成另一种情形的合法但不合理”。^[55]“罚款公式的出台极大地限制了自由裁量的空间,对于防止自由裁量的滥用产生了积极的作用,但也可以看到这项规则也存在诸多弊端:数量成为了裁量的几乎是唯一的,也是最主要的因素,将罚款的数额具体到个位数,使自由裁量权的幅度规制到了毫无余地的程度”。^[56]

那么,数学公式到底能不能被运用到裁量基准之中?对此,我们认为答案应该是肯定的。首先,我们不能也不可能否认数学对法律科学发展所起到的巨大推动作用。数学既不归属于自然科学的序列,也不归属于社会科学的序列,它是一个独立的门类。它非但能够指导自然科学,同样对于社会科学的发展也起到不可或缺的作用。^[57]其次,问题的关键在于,我国行政法学研究者所质疑的对象,并不是数学公式这一方法本身,而是适用数学方法的人。在效果格化中适用数学方法本身是成立的,但是如果裁量基准的制定者不能设计出很好的数学公式,那么,其当然会遭遇正当性方面的诘难。

对此,我们仍然可以以《〈杭州西湖风景名胜区管理条例〉行政处罚自由裁量权适用规则》为例加以说明。根据《杭州西湖风景名胜区管理条例》规定,风景区禁止饲养家禽家畜,违反者处以20元~1000元罚款。而依据该《适用规则》中设定的罚款公式:“罚款数额=最低额+自由裁量度 $\times$ (家禽家畜数量/10只)(10只以上按最高额处罚)”,如果养10只鸡,罚款数额就是:20元+(1000-20元) $\times$ 10只/10只=1000元。以这一公式本身为参考,我们至少可以看到其存在以下不足:第一,这一公式仅仅将“家禽家畜数量”作为裁量考虑的情节,显然所纳入的参考变量过少,不能真实反映行为人的违法情节,譬如违法次数的问题。按照这一公式,第二次和第一次违法的裁罚结果是一样的,这显然没有达到裁量正义的要求。第二,这一公式并不评估裁量情节的系数,仅仅将“家禽家畜数量”区分在1只~10只之间,“10只以上按最高额处罚”,显得过于简单,有违比例原则。譬如,如果当事人养了50只鸡,尽管按照这个公式得出的答案是5100元,但也只能按照1000元的最高额处罚,似乎不在“加重”处罚的考量范围之内,显然也是不合理的。第三,即便仅仅按照区分1只~10只的“家禽家畜数量”作为参考变量所设计出来的上述罚款公式,也是欠缺科学性的。譬如,根据该参考变量,情节最轻微的情况为饲养1只,按照上位法规定的“20元~1000元罚款”的裁量幅度,理应处以20元的罚款。但是,按上述罚款公式,当饲养数目为1只时,罚款额度为20+(1000-20) $\times$ 1/10=118元,这样就并不是最轻微的处罚额度。

[55] 黄学贤:“行政裁量基准:理论、实践与出路”,《甘肃行政学院学报》2009年第6期。

[56] 陈婴虹,见前注[49]。

[57] 何柏生:“数学对法律文化的影响”,《法律科学》2000年第6期。

实际上,从统计学来看,在这种情况下往往需要采取数据的“无量纲化”处理方法,^[58]先对数据统计分析过程的原始数据进行理论预处理,得出“理论罚款值”,然后再计算实际收取的罚款额。具体而言:

第一,“理论罚款值”计算方法。若条款为“饲养一定规模的家禽家畜,处以 a 元到 b 元不等的罚款”,设“一定规模的家禽”种群数量的上限值为 max,下限值为 min,种群规模为 x,罚款额度为 y,则:

$$\frac{y-a}{b-a} = \frac{x-\min}{\max-\min}$$

由此可得:

$$y = a + (b-a) \times \frac{x-\min}{\max-\min}$$

当 max=10, min=1, a=20, b=1000 时,则:

$$y = 20 + 980 \times \frac{x-1}{9}$$

如果将饲养 1 只~10 只家禽家畜的数值分别输入这个公式,则各自的理论罚款值分别可得:

X	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Y	20	128.8889	237.7778	346.6667	455.5556	564.4444	673.3333	782.2222	891.1111	1000

第二,实际收取罚款值计算方法。考虑实际收取罚款的可操作性,可以设计如下几种方案:

方案 1:直接对计算结果 y 四舍五入取整,即实际收取的罚款数均为 1 的倍数。例如,当计算罚款值为 128.8889 元,实际收取 129 元。

方案 2:以 5 元为单位罚款额度,即实际收取的罚款数均为 5 的倍数。例如,当计算罚款值为 128.8889 元,实际收取 130 元;当计算罚款值为 346.6667 元,实际收取 345 元。

方案 3:以 10 元为单位罚款额度,即实际收取的罚款数均为 10 的倍数。例如,当计算罚款值为 128.8889 元,实际收取 130 元;当计算罚款值为 564.4444 元,实际收取 560 元。

方案 4:以 20 元为单位罚款额度,即实际收取的罚款数均为 20 的倍数。例如,当计算罚款值为 128.8889 元,实际收取 120 元;当计算罚款值为 237.7778 元,实际收取 240 元。

设理论罚款计算值为 y,实际收取值为 Y,单位罚款额度为 n, n 可取任意整数,如 n=1, n

[58] “无量纲化”,也叫数据的标准化、规格化。它是通过简单的数学变换来消除各指标量纲(dimension)影响的方法。在统计学中,对具体问题进行统计分析离不开统计指标,统计指标是对分析对象的数量特征进行描述和分析的基本工具。统计分析更多的是针对较复杂的社会经济现象,需要用比较广泛的统计指标,即利用由众多指标构成的统计指标体系进行描述与分析。然而,各指标由于性质不同、计量单位不同,往往缺乏综合性。当各指标间的水平相差很大时,如果直接用原始指标值进行分析,就会使各指标以不等权重参加运算分析。为避免这一点,解决各指标数值可综合性的问题,需要对各指标数值进行无量纲化处理。参见马立平:“统计数据标准化——无量纲化方法”,《北京统计》2000 年第 3 期。

$=5, n=10, n=20$ 等, 则有

$$y = \text{floor}\left(\frac{y}{n}\right) \times n + \text{round}\left(\frac{\text{mod}(y, n)}{n}\right) \times n$$

式中, 函数 $\text{floor}(X)$ 表示向下取整, 即取不大于 X 的最大整数, 所以 $\text{floor}(y/n)$ 表示 y 可以被多少个 n 整除; 函数 $\text{mod}(P, Q)$ 是一个求余函数, P 为被除数, Q 为除数, $\text{mod}(y, n)$ 即可求得 y 被 n 整除后所得的余数。我们需要判断该余数是否四舍五入进位。将余数值除以单位罚款额度 n , 即可得到一个在区间 $[0, 1]$ 之间的值, 通过四舍五入取整函数 $\text{round}(X)$, 判断其是 0 还是 1。如果是 0, 则是 $0 \times n = 0$, 不进位; 如果是 1, 则是 $1 \times n = n$, 进一个单元罚款额度。

X		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Y		20	128.8889	237.7778	346.6667	455.5556	564.4444	673.3333	782.2222	891.1111	1000
Y	n=1	20	129	238	347	456	564	673	782	891	1000
	n=5	20	130	240	345	455	565	675	780	890	1000
	n=10	20	130	240	350	460	560	670	780	890	1000
	n=20	20	120	240	340	460	560	680	780	900	1000

(四) 模式选取之立场

通过以上分析, 笔者认为, 无论是经验评估模式, 还是寻找基础值模式, 抑或是数学模式, 都存有一定的理论基础, 而且它们在裁量基准的具体实践中也都有所应用。因此, 我们没有必要刻意去要求裁量基准的制定者必须采用其中的某一种方法。相反, 我们主张, 在裁量基准效果格化模式的选取上, 应该保持一种开放、多元的方法论立场, 针对行政执法的实际情况, 扬长避短, 综合运用各种模式, 制定出科学合理的裁量基准。当然, 仍然需要注意以下几点:

1. 在经验与理性之间寻找平衡。裁量基准在性质上应当定位为一种行政自制规范, 或者说是一种自制型的行政规范。其具体是指为了对法定授权范围内的裁量权予以情节的细化和效果格化而事先以规则的形式设定的一种具体化的判断选择标准, 其目的在于对裁量权的正当行使形成一种法定自我约束。^[59] 作为行政自制规范的裁量基准, 决定了其效果格化方法只能在对行政自制与规则主义予以平衡的基础上得出, 既要尊重行政自制所追求的自我反思性, 亦要尊重规则主义所需达到的形式合法性。这是决定多元、开放立场的根本前提。如果将“经验评估模式”置于经验主义一则, 将“寻找基础值模式”和“数学模式”置于理性主义一则, 那么, 裁量基准的制定者就需要在经验与理性之间寻找平衡: 在行政自制的权力范围内有限地适用“经验评估模式”, 在规则主义的合法框架内最大限度地适用“寻找基础值模式”和“数学模式”。

2. 将“经验评估模式”融入其他模式之中。基于追求理性的要求, “经验评估模式”并不可以作为制定某一项基准文本的主要方法。“经验评估模式”可以在一些特殊条款上有所体现,

[59] 周佑勇: “裁量基准的制度定位——以行政自制为视角”, 《法学家》2011年第4期。

或者是将其融入到寻找基础值和设计数学公式之中,变相地加以利用。但是,如果单独采用“经验评估模式”,可能极易导致裁量滥用的结局,过分地保护了裁量基准的行政自制属性。其实,对于“寻找基础值模式”而言,无论是“中间线法”还是“固定值法”,均来源于基层执法经验和执法实践的归纳总结,比较符合行政执法人员的经验法则,也容易被执法人员所掌握和相对人所接受,因此它在各地裁量基准的实践推进中通常被作为一种普遍适用的模式而得以广泛应用。但是,该种模式往往考虑的只是裁量中的一些主要或重要情节,因而比较适合于情节相对简单的裁量基准。而对于一些裁量情节较为复杂,特别是存在多项情节冲突或多项情节竞合的情况,则需要综合衡量各种利益关系,全面考虑各种相关因素。在这种情况下,适用“数学模式”则比较科学、合理。

3.科学运用“数学模式”。必须承认,“数学模式”亦有其不足之处,的确存有压缩行政机关合法裁量权的倾向,过分地追求了裁量基准的规则主义属性。但是,问题的关键并不在于数学方法本身,而在于运用数学方法的人。因此,我们不能舍本逐末地认为“数学模式”不能作为效果格化的具体方法。这种认识既忽略了法律与数学之间密切关系,也与当下载量基准的实践情况有所脱离。换句话说,我们的态度不应当是去片面地否定“数学模式”,而应当是如何科学地去运用“数学模式”。特别是,“数学模式”由于并不直接出具效果格化的具体结果,而是依赖于具体的裁量情节而最终决定,因而裁量基准的制定者应该尽可能地将各种裁量情节都归入数学公式中予以反映,并综合运用多种统计学中的数据统计分析方法,从而提高数学公式的科学水平,切实回应行政执法的实际需求。

此外,值得我们注意的是,执法人员并不是穿着制服的公民,他们享有授权法给定的裁量权限,因而无论是追求理性主义的“数学模式”还是“寻找基础值模式”,都必须保持基本的限度,仍然要给行政机关一定的裁量空间,尊重裁量基准的行政自制属性。实践中,裁量基准的制定者一方面需要在效果的格化上,“预留一定的量罚幅度,不宜采用直接指向一个单一固定的处罚结果的‘定额制’,基准应把法律规定的处罚种类和量罚幅度分割和格化为相互衔接的‘量罚段’,而不是孤立的‘量罚点’,使得执法者在基准之下仍可能动地根据不同个案的具体情况而选择过罚相当的最优结果,不至于完全剥夺个案裁量的空间”;〔60〕另一方面,在划分具有幅度空间的处罚格次的基础上,格次之间应有升降的机制,格次之内亦应有增减的机制,〔61〕并在基准文本中设置相应的脱逸和例外条款,允许裁量者根据具体的案情排除或者变更适用基准,以更好地实现个案的正义。

(责任编辑:章永乐)

〔60〕 周佑勇等,见前注〔28〕。

〔61〕 例如,浙江省金华市《赌博违法行为处罚裁量基准(试行)》规定,具备特定的严重情节的,应提高一个档次处罚;而具备特定的酌情从轻情节的,则可考虑在同一格次内降30%以下幅度裁量。