

论裁量基准制度的困境与出路

陈 雷

(中国政法大学,北京 100088)

[摘 要] 现代社会发展模式的背景既需要行政裁量的灵活应对作用,又不得不对其进行一些限制。在这样一种矛盾情形下,裁量基准制度因其自身的相对性特征、适用范围不确定等问题,面临着诸多的困境。要走出这些困境,就必须构建合理的裁量基准打破机制,恰当的定位其有限的作用和适当的适用范围,这样才能正确发挥裁量基准制度可以被期待的作用。

[关键词] 裁量基准; 自由与限制; 相对性特征

[中图分类号] D915 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673- 0755(2009) 05- 0057- 04

现代社会越来越走向一种广泛、高速、多元和复杂的发展模式,仅仅依靠国家层面的制度建构难以应对纷繁复杂的社会现实。而同时,在我国,自下而上的制度建构模式还在艰难的孕育之中。此种情形下,具有诸多自由裁量余地的行政权力却恰恰适应了社会现实,得到了极大的扩张。面对日益扩张的行政权,以及随之而来越来越广泛的行政自由裁量,行政权本身的缺陷与弱点日益暴露,自由裁量余地也成为了滋生腐败的土壤,对行政裁量的限制成为了现代行政法治所要面临的一个“核心问题”。

对行政自由裁量权的限制,主要有事前和事后两种方式。事后方式主要通过行政诉讼的事后审查,事前方式主要依靠行政程序进行规范,而其中主要包括行政信息公开制度,公众参与制度以及裁量基准制度,前两者是通过外部的行政程序规则对行政自由裁量权进行限制和监督,而裁量基准制度则是在行政自由裁量内部设定标准,实现对自由裁量的限制。

裁量基准制度是一个处于自由与限制之间的制度。现代社会发展模式的背景既需要行政裁量的灵活应对作用,又不得不对其进行一些限制。在这样一种矛盾情形下,裁量基准制度将面临着诸多的困境。要走出这些困境,必须从更广阔和长远的视角介入,协调裁量基准制度与其他相关制度的关系,在限制裁量权的制度体系中寻求自身恰当的定位。

中国首个地方性行政程序规定《湖南省行政程序规定》在第 4 章第 7 节专门规定了裁量权基准制度。本文基于理论和现实两个方面针对裁量基准制度的困境进行分析,以期在自由与限制之间,理想与现实之间,事实与规范之间寻求裁量基准制度的恰当定位和出路。

一 裁量基准基本问题释义

[收稿日期] 2009- 05- 21

[作者简介] 陈雷(1985-),男,湖南衡阳人,中国政法大学宪法与行政法学硕士研究生。

(一)裁量基准产生的前提

裁量基准产生的前提问题,简单的说,就是有裁量才有设定裁量基准必要的问题。行政机关处理同一事实要件时可以选择不同的处理方式,构成裁量^{[1] 124}。裁量产生的基础在于法律的规定,是立法对行政的一种弹性赋权。而对裁量中可选择的方式进行细化,具体化,这是裁量基准所要完成的任务。这一过程是在行政权内部完成的,因此裁量基准的制定主体是拥有行政裁量权的行政机关。《湖南省行政程序规定》作为省级政府制定的地方规章,是在立法权的范围内对裁量基准进行原则性的规定,裁量基准的最终制定要落实到具体行使裁量权的行政机关。

然而,是否只要存在裁量的地方就可以设定裁量标准呢? 裁量表现为两种情况:一是行政机关决定是否采取某个法定措施,此谓之决定裁量;二是在各种不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择哪一个,此谓之选择裁量^{[1] 124}。在选择裁量存在的场合,需要裁量基准去控制某一具体情况对应着某一法定措施,确定的是法律事实与法律后果之间对应的关系,这一点是容易理解的。而在决定裁量存在的场合,是否有裁量基准存在的基础呢? 笔者认为,决定裁量所指向的法律后果为两项,即采取法定措施和不采取法定措施,同样也存在法律事实与法律结果之间的对应关系。因此,我们可以得出结论,只要存在着裁量的地方就可以存在裁量基准。

既然有裁量才有裁量基准,任何裁量余地之中都可以设定裁量基准,那么是否有裁量就必须设定裁量基准呢? 这其实就是一个裁量基准适用范围的问题。对于这个问题,笔者在后文将进行阐述。

(二)裁量基准的定义与特征

对于裁量基准的定义,学界主要有“细化说”和“对应

说”两种。“细化说”是指,行政机关在法律规定的裁量空间内,依据立法者意图以及比例原则等要求并结合执法经验的总结,按照裁量涉及的各种不同事实情节,将法律规范预先规定的裁量范围加以细化,并设以相对固定的具体判断标准^[2]。而“对应说”是指,行政执法者在行政法律规范没有提供要件-效果规定,或者虽然提供了要件-效果规定但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整的判断标准时,按照立法者意图,在行政法律规范所预定的范围内,以要件-效果规定的形式设定的判断标准。”^[3]《湖南省行政程序规定》在第90条中规定:“裁量权基准,是指行政机关依职权对法定裁量权具体化的控制规则。”可见,裁量基准的定义要旨在于细化和具体化,目的在于控制,而“对应说”在强调要件与效果的对应关系时,其本质仍旧是通过更明确、更细致的对应关系控制裁量权,这与“细化说”的本质是一致的。因此,笔者认为裁量基准制度的定义应是,为实现对法定裁量权的控制,裁量权行使者依据立法原则与立法目的,并综合考虑裁量权所涉及的具体事实,将法律规范预先规定的裁量余地加以细化,并设定相对固定的具体判断标准。

裁量基准的特征与定义紧密相联,而且深切反映了其所面临的困境。主要包括以下几点:其一,公开性与明确性。裁量基准虽然不是法律,但同样需要行政机关通过公开明确的方式发布,相当于“行政立法”。如果裁量基准丧失了公开性和明确性,那么行政裁量将会重新回归于“暗箱操作”之中。因此,可以说,公开性和明确性是裁量基准的基础性特征;其二,可预测性。裁量基准的设立,就是为了进一步提高行政相对人的预测能力,同时,裁量基准的可预测性既是其本身的一个特征,也是为了实现行政裁量权可预测性的一个手段;其三,综合性。裁量基准的设定,要以规范性法律文件所赋予的裁量权为蓝本,综合考虑具体事实情况和以往执法经验,并且还要注重对于比例原则的考量,因此具有极大的综合性;其四,媒介性。裁量基准是抽象的法律与具体的事实之间进行合理对应的媒介,正是在寻求这种实质的合理性的目的下,裁量基准制度得以发展;其五,相对性。裁量基准的相对性特征还可以用灵活性或可打破性来表述。裁量基准毕竟不是法律,虽然其拥有公开、明确和可预测等特征,但只要在裁量权范围之内,对裁量基准的打破在形式上都是符合法律的规定和要求的,这正为裁量基准制度的困境埋下了伏笔。这里面主要涉及了几个关键的问题:首先,裁量基准的效力如何?违背裁量基准的后果又如何?其次,裁量基准的相对性特征是否构成对其自身的打破?是否是一种对于无基准裁量的回归?第三,裁量基准的相对性是否构成对行政信赖利益的侵犯?

二 裁量基准制度的困境

笔者认为,建立一项始终适应最广泛和最长远利益的制度是非常困难的。裁量基准制度是从内部对行政裁量进行约束和限制,制度设计本身就是从一个单一的角度而进行的,其必然与行政裁量权外部的某些制度设计、社会的现实和利益考量产生冲突,因此困境在所难免。

(一)裁量基准的相对性特征带来的困境

如前所述,裁量基准的相对性特征为裁量基准的困境埋下了伏笔。如若裁量基准没有相对性或者说可打破性的特征,那么行政机关则可能丧失裁量的自由,如果再遇到超出裁量基准制定时所考虑因素之外的具体事实,则很可能造成个案的不公正。如若裁量基准的相对性存在,则可以很好的解决个案正义的问题,但是对公开明确的裁量基准的打破又构成对于其他相对人行政信赖利益和“同等情况同等裁量”间接利益的侵犯,这就是裁量基准的相对性特征给其自身带来的两难境地。有学者认为将比例原则引入裁量基准则可以很好的解决实质正义与形式正义冲突的问题,“比例原则是现代实质主义法治的典范。在裁量基准中引入比例原则,旨在透过形式正义到达实质正义。违反比例原则而制定的裁量基准,将丧失其存在的正当性”^[2],笔者认为,裁量基准的相对性特征所造成的两难境地并不是一个在制定裁量基准时所面临的问题,而是一个在适用裁量基准时所面临的问题,即出现了一个裁量基准制定时所考虑因素之外的具体事实,这一事实在形式上符合裁量基准,但在实质上却又具有超越裁量基准。在这种情况下有两种选择,一则是行政机关坚决从形式上适用裁量基准,则很可能造成个案的不公正。另一则是由行政机关运用比例原则加以裁量,实现个案公正,则构成对其他行政相对人间接利益的侵犯,此时在比例原则的介入之下,原本被裁量基准限制住的裁量权重归于自由,行政自由裁量权的滥用也重归于可能。这里需要指出的是,裁量基准制度与比例原则在发挥限制裁量权的作用时会发生重叠,或者在某种程度上可以说,正是由于对行政机关能否恰当适用比例原则的不信任,才使得裁量基准制度这一规则得到了极大的重视,同时也造成了两者之间的紧张与冲突。

(二)裁量基准适用范围的困境

裁量基准适用范围问题,回答正是笔者前文所提到的是否有裁量就必须设定裁量基准的问题。裁量是裁量基准产生的前提,有裁量就可以设定裁量基准,但是否必须设立裁量基准则需要考虑其他各方面的诸多因素。

其一,裁量余地的大小。在裁量余地很大的裁量权之中,裁量基准设定可以很好的防范恣意行使裁量权可能造成的不公正结果,而在裁量余地很小的裁量权之中,裁量基准的作用是否能够得到真正的发挥呢?是否能够因为裁量余地很小而不制定裁量基准加以限制呢?其二,利益结果差异的大小。如若对于一个裁量来说,虽然在事实要件方面存在着诸多的可能,但是在处理结果方面的差异却是很小的,那么在此裁量基准是否还有必要的意义呢?其三,滥用裁量可能性的大小。上海市南汇区在进行裁量基准的制定中,按照相关的法律法规,选择执法范围最贴近实际、最易受人情干扰、易滥用自由裁量权而可操作性强的类别,将法律法规规定的行政处罚自由裁量空间分割成若干裁量档次,对每个档次又规定具体的量罚标准,最后明确从轻或从重处罚的条件^[4]。行政裁量权分布在不同的“冷部门”和“热部门”之中,其与现实生活的贴近程度是大不相同的,从而对于受到人情因素影响的程度和权力滥用可能性的大小也是不同的。

这时,裁量基准设定的整体模式应是采取先“热”后“冷”的方式,还是统一推进呢?其四,具体事实的复杂程度和变化程度。对于一项裁量权,其所面临的事实要件方面如若呈现纷繁复杂、变化迅速等特征,这时候裁量基准的设置必然是无法真正能够涵盖事实要件的,这样一来,与其设定一个不甚完善的裁量基准去束缚行政机关的裁量,还不如放开让行政机关自由行使裁量权。这就是裁量基准如何在自由和限制之间进行把握的问题。

(三)影响裁量基准制定因素的困境

社会现实的多样性与变化性的背景下,裁量余地呈现出复杂和难以把握的局面,裁量权本身正是一个应对多元与多变社会现实的手段。因此,制定裁量基准是一个必须综合考量的问题,影响其制定的因素也是来自各个方面。

石家庄交通局把 172 个行政处罚项目根据违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度和当事人主观过错等因素,按不同处理类型进行界定,最后分解细化成 471 个量化分项的自由裁量标准^[5]。漳州公路稽征处在“三倍以下、十倍以下罚款”幅度的弹性空间中,确定了 7 大种类的违法行为,根据每一种类违法行为的轻重又划分为“轻微、一般、较重、严重、特别严重”5 个档次,并分别设定了相应的、明确的处罚标准^[6]。深圳市在制定裁量基准时,根据相关法律法规,依照处罚相当的原则对处罚种类、量罚幅度予以相对固定,使各项处罚与违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度相当^[7]。《湖南省行政程序规定》第 92 条中规定,行政机关应当根据下列情形,制定裁量权基准:(1)所依据的法律、法规和规章规定的立法目的、法律原则;(2)经济、社会、文化等客观情况的地域差异性;(3)管理事项的事实、性质、情节以及社会影响;(4)其他可能影响裁量权合理性的因素。

从以上各地制定裁量基准的情况来看,《湖南省行政程序规定》可以说是集大成者,考虑得非常全面,不仅就行为的性质、情节和影响方面进行考虑,而且考虑到了地域差异性的客观情况,并且将立法目的与法律原则这两个裁量权应当遵循的基础性依据加以涵盖,最后还设计了一个“其他因素”做为对未知因素的考量,可以说立法者对此的考虑是十分到位的。不过,笔者认为,即使是集各方面优势因素而成的《湖南省行政程序规定》中对于裁量基准考虑因素的规定也是空泛的。其中仍然存在着不小的困境,而根本在于事实与规范之间的冲突关系。在《湖南省行政程序规定》中,惟有立法目的和法律原则因素可以从法律中得以进行确定的考究,但事实的性质、情节、社会影响和地域差异性,这些概念之下所涵盖的具体情况仍旧是千差万别和变化多样的。笔者在此并非要指责《湖南省行政程序规定》制定得过于原则,而是要说明这就是制定行政裁量基准过程中对于各方面因素进行考虑时的困境问题。或者说在立法层面规定行政机关在制定裁量基准时的统一考虑因素只能是原则性的,也没办法进行过于细致的考量,但是这样一来,即使行政机关根据这一规定制定好了具体的裁量基准,在每一个特殊裁量基准之下仍旧可能存在着裁量余地和不明确的地带,这就是在事实与规范之间的张力难以协调的问题。

三 裁量基准制度面临困境的出路

为寻求裁量基准制度所面临困境的出路,必须从整体上把握裁量基准的性质与功能。第一,裁量基准是在自由与限制之间实现裁量的实质合理性;第二,裁量基准是在事实与规范之间实现利益的合理协调。同时,裁量基准的功能是在裁量权内部设定限制,其只是限制裁量权和保障裁量合理性的一个手段,其必须与行政诉讼、公众参与与信息公开等制度相结合,正确对自身功能进行定位,才能发挥优势,走出自身的困境。笔者认为,裁量基准要走出自身的困境,主要依靠以下几点:其一,严格规范裁量基准打破机制。要防止裁量基准的随意打破造成的对于无基准裁量的回归,更要防止可能因此带给行政机关随意裁量的借口。途径有二:第一,裁量基准的打破必须具有强有力的依据。所谓强有力的依据是指来自于行政权范围之外的,具有更高效力与规范意义的依据,因此必须依靠法律事先加以规定,哪怕只是原则性的规定,比如由立法对比例原则进行规定,也是对于行政裁量权的很好控制;第二,正如前文所述,对于裁量基准的打破是因为出现了在制定裁量基准时未考虑到的特殊因素,那么也可能是法律的原则性规定在事前无法涵盖的。此时,面临着实质上的个案正义和形式上“同等情况同等裁决”的冲突,可以分两步来解决。一则是适用实质高于形式的原则,允许行政机关打破裁量基准进行裁量,二则是允许同类案件的其他行政相对人通过行政诉讼等方式要求法院进行事后审查,虽然其他相对人在此并不是直接利害关系人,但“同等情况同等裁决”的间接利益被侵犯,应赋予其起诉的权利,这一点与公益诉讼有类似之处。同时,赋予其他相对人事后起诉的权利既有利于实现行政效率,又有利于促进公众的公共意识,更重要的是有利于形成对于行政机关裁量权的监督与限制。

其二,在理想与现实相结合中考量裁量基准的适用范围问题。前文已述,现代社会日新月异,各种问题层出不穷,如若单单依靠法律的频繁修改来实现对社会现实的规制,很可能对法的稳定性产生极大的冲突,而此时裁量基准制度却可以大有作为。不过,“因为地方实践的差异性、经验的多样性以及惯例的部门性,我们无法从各地的裁量基准之中再进一步抽象提炼,并总结提升为一个可以适用于全国范围的普适性规则。为了增强法律的适应性和覆盖面,也不宜或不好这么做。所以,从这个意义上讲,由行政机关规定较为详尽的裁量基准,就变成立法延伸(遗留)下来的未尽义务,是立法机关在立法中默示授权的行政机关必须承接的任务。”^[8]从理想角度来看,将制定裁量基准视为行政机关的一项未尽义务,促成有裁量就有裁量基准固然很好,或者可以严格的依法行政,实现具体案件中的“裁量压缩为零”,即实现严格法治主义所强调的“规则统治”,那更是完美的。但这不论从立法技术还是从社会现实的变动和复杂程度来看,都是难以实现的。戴维斯认为,在美国,自由裁量权的范围已经大于法律规则适用的范围,从而造成规则与自由裁量“失衡”的局面。这无疑是对严格规则主义所希望的法治政府的嘲弄^[9]。因此,我们必须从现实角度出发,在倡导行政机关

制定裁量基准、提高规范执法意识的基础上,有先后顺序地完善裁量基准制度。对于裁量余地大的裁量权,裁量后果差异显著的裁量权,贴近现实而容易受人情影响的裁量权应当率先制定裁量基准,以期尽早的在较大层面上实现裁量的合理性和限制裁量权。而对于在事实层面复杂而且多变的裁量,制定严格的裁量基准可能既实现不了对裁量权的限制,又无法发挥裁量权在面临具体现实时的灵活应对和适当处理的作用。因此,对于此种情况,裁量基准的制定宜采取原则性的态度,其作用也仅在于把握自由与限制之间的张力而已,而对于限制与监督裁量权的行使在此则需要其他的外部手段,笔者认为,比例原则应当发挥更重要的作用。

其三,以“软法”的视角看待裁量基准的有限作用。单纯的技术性调整和规则化并不足以解决自由裁量的问题。没有一个法制体系能够做到仅仅通过规则而不依靠自由裁量来实现正义,不论该法制体系的规则系统如何严密,如何具体。所有的实施正义的过程都涉及到规则和自由裁量两方面^{[9] 255}。因此,制定裁量基准时所考虑的因素不论多么详细具体都仍带有抽象性,面对纷繁复杂的社会现实,裁量的余地是一个很不确定的开放性领域,如若单单希望国家层面的法律对裁量基准能够做一个全面的考虑是不大现实的,必须发挥各个行政机关自身的规范执法意识,各自制定裁量基准。不过笔者相信,“规则之治”仍旧是法治发展的主流趋势,裁量基准的作用是有一定限度的,需要适时的——虽然这一过程可能会很漫长、很艰辛——将各种不同的裁量基准上升为统一的适用更广泛裁量权的裁量基准,实现裁量基准制度自下而上的完善,并在必要时将裁量基准上升为国家层

面的法律规范,实现“软法”到“硬法”的过渡。这样一来,裁量基准制度才能在自由与限制之间,实现二者优势的最大发挥,取得最终的良好综合效用。

[参考文献]

- [1] [德]哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟译,北京:法律出版社,2000:124
- [2] 周佑勇.裁量基准的正当性问题研究[J].中国法学,2007(6).
- [3] 王天华.裁量标准基本理论问题刍议[J].浙江学刊,2006(6).
- [4] 刘建.上海南汇区首推行政执法自由裁量基准制度——92家行政执法主体规范约束自由裁量权[N].法制日报,2006-10-27
- [5] 马竞,曹天健.石家庄推行自由裁量基准制度[N].法制日报,2008-04-07
- [6] 吴宏雄.全面推行行政处罚自由裁量基准制[N].福建日报,2008-03-17
- [7] 张妍.深圳试行治安案自由裁量基准制[N].深圳商报,2004-07-16
- [8] 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[J].清华法学,2008(3).
- [9] K. C. Davis Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry [M]. University of Illinois Press, 1971 转引自王锡锌.自由裁量权基准:技术的创新还是误用[J].法学研究,2008(5).

The Dilemmas of Discretion Standard System and the Way Out of It

CHEN Lei

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088 China)

Abstract Under the background of modern model of social development we need the flexibility of administrative discretion, but also have to set some restrictions to it. In such a contradictory situation, because of the character of relativity and the uncertainty of its scope, discretion standard system will face so many dilemmas. To overcome these dilemmas, we must design a reasonable mechanism for the breaking of discretion standard and seek the proper positioning for the limited function and applicable scope of it. Only in this way can discretion standard implement its function correctly in view.

Key words discretion standard freedom and restriction the character of relativity