

论裁量基准中的逸脱条款

熊樟林^{*}

摘要:裁量基准总则中广泛存在的逸脱条款,是严格规则主义缺陷的“放大器”,其既是对裁量基准事实拘束力的抗争,也是行政机关行政裁量权诉求的佐证,具有理论和现实层面的正当性。但是,设置逸脱条款也存在冲击行政相对人信赖利益和造成差别对待的制度风险。在逸脱条款的设置上,应遵守“必要性规则”“从轻规则”“总则化规则”的限制性要求。同时,还要在逸脱条款的具体适用中保持谦抑性,建立事前、事中、事后三个方面的监督机制,防止逸脱条款的滥用,提高基准文本的遵从度。

关键词:行政裁量 裁量基准 逸脱条款 个案正义

一、问题的提出

所谓逸脱,就是行政机关基于逸脱权而不适用裁量基准。逸脱权是指行政机关在执法时根据个案情况而超越裁量基准的边界,选择不予适用或变更适用基准的决定权。^①判断行政机关有没有逸脱权,需要在制定法上具有依据,而这便是本文所要讨论的主题:逸脱条款。

在我国现存的裁量基准文本中,已有大量逸脱条款的设计,它们通常见诸于裁量基准的总则之中,^②旨在防止裁量的僵化。例如,浙江省金华市在《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》中规定,按基准裁量仍有过重之嫌的,应当提交行政机关集体讨论决定,以保证执行自由裁量制度的严肃性和统一性。^③而且,司法实践中也有逸脱案件发生。例如,在近年来备受关注的“周文明诉文山县交警大队案”^④中,二审法院认为一审法院的裁量基准只是规范性文件,原审法院依照裁量基准变更处罚内容,违反《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》),应将严峻的交通安全形势纳入考量,承认逸脱行为的合法性。

在理论界,学者们对逸脱问题也有一定的关注,内容常常散见于裁量基准法律效力和适用规则的研究之中,^⑤专门成果尚不多见,^⑥多数认识仅停留在逸脱行为是否具有正当性的问题上,较少涉及逸脱条款的设定准则和适用方法。在立场上,也大多认可逸脱行为的正当性,认为只要行政机关逸脱基准是基于特殊

^{*} 东南大学法学院副教授、教育部教育立法研究基地研究员

基金项目:国家社会科学基金项目(15CFX021)、“仲英青年学者”项目

^① 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。

^② 裁量基准总则本身并不是裁量基准,而是对裁量基准制定规则、适用方法、法律效力等问题作出的统一规范。参见周佑勇、熊樟林:《裁量基准制定权限的划分》,《法学杂志》2012年第11期。

^③ 参见金华市公安局《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》(金市公通字〔2004〕23号)。

^④ 参见云南省文山县人民法院(2007)文行初字第22号行政判决书,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。

^⑤ 参见伍劲松:《行政执法裁量基准的适用效力》,《行政法学研究》2010年第4期;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》2011年第1期;章志远:《行政裁量基准的理论悖论及其消解》,《法制与社会发展》2011年第2期;周佑勇:《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社2015年版,第75~78页;谭冰霖:《论行政法上的减轻处罚裁量基准》,《法学评论》2016年第5期。

^⑥ 目前仅能检索到一篇论文,参见张雪薇、冷勇:《行政裁量基准的逸脱技术——以湖南省实证文本为考察对象》,《辽宁行政学院学报》2013年第4期。

情况,便是合法正当的。而且,将特别情形、个别因素纳入考量,既是行政机关的一种“权利”,也是一种对个别情况考虑的义务。^①

诸如此类的观点,看似妥当,但问题在于,如果轻易承认逸脱条款的正当性,可能会使有关裁量基准的制度设计重新回到原点。这是因为,裁量基准作为一项控权技术,对其加以制度化,是为了对行政裁量权予以规则性地管控。而且,这一制度是行政机关基于行政自制初衷自发建立的,理应得到遵从。因此,如果通过承认逸脱条款的正当性,允许行政机关不遵守自己制定的基准文本,那么就需要从学理上构建防范逸脱条款滥用的机制和方法,否则是无法自圆其说的。

二、设置逸脱条款的正当性基础

为特殊情况下的例外选择留下余地,既是逸脱条款的存在形式,也是其价值所在。但是,这也可能使裁量基准原有的严格规则主义控权目标落空,使裁量权运行又回到不稳定状态,这难免会引发人们对设置逸脱条款的正当性质疑。因此,我们首先必须为逸脱条款寻找正当性依据。这大致包括两个方面:

(一)规范基础

意欲证明逸脱条款的正当性,首先必须澄清一个逻辑问题,这便是裁量基准的对内拘束力。质疑者的声音尽管各有不同,但终极命题只有一个:作为规则(规范性文件)形式存在的裁量基准,应当具有类似行政立法一样的法律拘束力,尽管其并不一定具有对外效力,但在行政机关内部肯定是具有拘束力的,行政机关应当像对待法律一样对待基准文本,否则便是违法的。因此,对逸脱条款正当性的证明,需要从裁量基准的法律效力尤其是对内拘束力入手,这才是最为根本的方法。

对于裁量基准的对内拘束力,现行理论存有两种看法:一种观点认为,对内拘束力是裁量基准与生俱来的,并不需要借助任何其他转化途径。在证明方法上,这一认识选择将裁量基准归位于行政立法的范畴,认为其具有行政立法一样的法律效力,在法律性质上属于规章,^②并认为“执行性地方政府规章与‘裁量基准’并无不同”,^③“承载裁量基准的形式也因此必然是多样的,可以是规章,也可以是规范性文件”。^④另一种观点认为,裁量基准的对内拘束力需要借助公法上的“平等对待原则”“信赖保护原则”“行政自我拘束原则”来实现。^⑤根据平等对待原则,行政机关必须一视同仁,不得差别对待,而这正是裁量基准所追求的形式平等;根据信赖保护原则,行政机关必须遵循信用,不得朝令夕改,而这正是裁量基准所追求的规则信赖;根据行政自我拘束原则,行政机关必须遵守先例,不得前后矛盾,而这正是裁量基准所追求的规则安定。很明显,以上3项原则提出的要求都是施加给行政机关的,而它们最终起到的法律效果,也正是裁量基准追求的法律目标。因此,“如果不适用裁量基准,则可能因违反这些原则而构成违法”。^⑥

这两类认识尽管在证明思路上存有差异,但结论其实是一致的,即都认为裁量基准具有对内拘束力。而且,这一拘束力是法律拘束力,因为作为行政立法的一种类型,裁量基准是《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)认可的法源。同时,3项公法原则在国内立法和比较法上也都已被成文化,^⑦具有法律层面的规范效力。因此,按照上述认识,逸脱条款不具有正当性。那么,意欲得出相反的结论,就必须对裁量基准的对内拘束力进行重新检讨,尤其是要对上述认识的理由加以反思。笔者认为,上述认识并不成立,理由如下:

① 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》2011年第1期;伍劲松:《行政执法裁量基准的适用效力》,《行政法学研究》2010年第4期。

② 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。

③ 王太高:《权力清单中的地方政府规章——以〈立法法〉第82条为中心的分析和展开》,《江苏社会科学》2016年第3期。

④ 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。

⑤ 参见王贵松:《行政裁量基准的设定与适用》,《政治与法律》2016年第3期;周佑勇:《作为行政自制规范的裁量基准及其效力界定》,《当代法学》2014年第1期;伍劲松:《行政执法裁量基准的适用效力》,《行政法学研究》2010年第4期。

⑥ 王贵松:《行政裁量基准的设定与适用》,《政治与法律》2016年第3期。

⑦ 例如,《德国基本法》第3条第1项规定:“法律面前人人平等”;《日本宪法》第14条规定:“一切国民在法律面前一律平等”;《中华人民共和国宪法》第33条第2款规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”。

一方面,裁量基准不可能是行政立法,根据《立法法》的规定,具有法源身份的行政立法只有“行政法规”和“行政规章”两种类型,裁量基准作为一种行政自制规则,只是对行政裁量权的规则化,本身并不创设权利与义务。在规范类型上,一般认为其只是规范性文件,不可能是规章。这是因为:(1)从理论上讲,裁量基准虽然也可以表现为规章,但是制定规章所要求的民主程序以及对制定主体的层级要求,要远远高于规范性文件。因此,一旦需要以规章形式制定裁量基准,必然难以像规范性文件那样将基层执法机关的政治、经济以及文化方面的特殊需求全部反映出来,而是需要具有较高的普遍性和原则性。但问题在于,一旦基准文本中含有大量体现普遍性和原则性的抽象条款,它便不是裁量基准了,因为裁量基准说到底还是情节细化和效果格化的规则,应当具有较强的可操作性,这也是其与普通立法之间的根本区别;(2)从实践层面看,以规章形式制定裁量基准也不现实。在我国,根据《立法法》的规定,能够制定规章的只有国务院各部委以及设区的市人民政府。首先,人民政府一般不可能制定裁量基准,因为在多数情况下,人民政府是作为一个不具体履行行政管理职能的行政主体而存在的,其具体行政任务多由其各职能部门分担。因此,人民政府往往不具有制定裁量基准的需求,难以想象由人民政府来制定一份裁量基准而同时适用于国土、公安、税务等多个部门;其次,国务院各部委作为部门行政的最高管理机关,也不可能制定裁量基准。实践中,国务院各部委的主要工作是为各下级行政机关制定宏观政策,这些政策往往需要具有较高的普遍性,不可能像裁量基准那样细致。否则,其便会由于严重忽视地区差异而招致抵制。因此,裁量基准不可能是行政立法,无法借助行政立法的概念通道而获得法律拘束力,这当然也包括对内拘束力在内。

另一方面,借助公法原则的转化路径,其法律效力终究只是公法原则本身而不是裁量基准所具有的。对此必须予以明确区分,这是因为:首先,上述3项公法原则本身具有严苛的适用条件,裁量基准并不能直接适用。例如,平等原则“并非要求机械式的、形式的、于日常生活中不容有差别待遇的平等,而应从机动的、实质的观点,本于‘正义’理念,视事物之本质,而可有合理的差别”。^①这种可以容忍差别的实质平等观,才是真正意义上的平等对待,才是“平等的最终目标和价值所在”。^②因此,平等对待原则实际上也要求“不同情况区别对待”,但这显然超出了裁量基准的功能范围,因为裁量基准追求的是极致的形式平等。其次,三项公法原则在我国是否具有规范效力,也有待考证。例如,信赖保护原则本身的教义化和适用性,可能并不像我们想象的那么高。有学者通过考证指出,非但《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)第8条和第69条不能被简单地理解为信赖保护原则的立法例,而且从与德国有着亲密地缘关系的欧盟诸国来看,也“都没有在法律规范中认可信赖保护原则”。^③例如,在法国,信赖保护原则不单需要被适用于比行政给付(授益行为)更为狭窄的“创设权利处分”上,而且法院还会在个案中采取与德国相反的立场,特别强调依法行政原则而不是信赖保护原则。^④

因此,裁量基准的对内拘束力其实并不是法律拘束力。其既没有法源意义上的效力,也不能借助公法原则的规范效力加以转化。实际上,它只具有事实拘束力。法律拘束力和事实拘束力的区别在于,法律拘束力依靠国家强制力保障实施,而事实拘束力则依靠行政机关的道德觉悟,是从道德层面对行政机关提出的一种自律要求,其主要凭借“诚信”“美德”之类的非法律因素实现遵从。可见,蕴含在裁量基准之中的是道德义务。这一义务的实现机制,是从行政机关内部的科层制评价考核系统中构建的,依靠的是行政机关的自觉。因此,实践中其往往也会被朴素地理解为行政裁量权。在执法过程中,是否需要遵守裁量基准,应由行政机关自己定夺,从外部给行政机关施加太多限制,在组织法上很难找到依据。

将裁量基准的对内拘束力确定为事实拘束力以后,设置逸脱条款的正当性便是不证自明的,因为作为一种自律义务,对裁量基准的遵从并不能从法律上予以过重的束缚,而只能依靠行政机关的内部考核机制

① 周佑勇:《行政法上的平等原则研究》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2007年第4期。

② 李薇薇:《平等原则在反歧视法中的适用和发展——兼谈我国的反歧视立法》,《政法论坛》2009年第1期。

③ 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,《法学研究》2010年第6期。

④ 参见陈淳文:《违法授益行政处分与信赖保护》,载汤德宗、李建良主编:《2006行政管制与行政争议》,台湾新学林出版股份有限公司2007年版,第18~25页。

加以约束。因此,“违反上级行政机关以规范性文件形式设定的裁量标准作出具体行政行为并不必然导致该具体行政行为违法”。^①“对于特殊情形,应该允许执法机关作出不同于裁量标准的规定而作出处理决定”,^②显然,要想事先对这些“违法”行为提供合法性保障,在裁量基准总则中设置逸脱条款是不二之选。

(二)功能需求

站在功能主义立场上,亦能找到催生逸脱条款的现实需求。这主要体现在:

第一,行政裁量的内部需求。裁量基准尽管可以实现形式正义,但过度规则化也会带来扼杀行政裁量权的副作用,而这恰恰是裁量基准适用过程中不可或缺的元素。这是因为:(1)基准文本的更新成本。随着科技日新月异的发展以及社会经济和文化生活的变迁,裁量基准必然会显现出不合时宜的问题。例如,原本未予考虑的因素,伴随形势发展和类似情况的增多,滋生了需要加以规范的必要;又如,原本“情节严重”的行为,随着社会观念的转变,获得了社会的理解与包容,从而有必要从基准文本中予以剔除;等等。对此,在立法技术上,当然可以选择对基准文本予以更新。但是,任何立法都需要成本,裁量基准也不例外,除了行政机关本身必须投入一定的经济成本以外,相对人对基准文本任意变更产生的不满和投诉,也是行政机关必须加以考虑的政治成本。(2)基准文本的主观局限性。正如美国行政法学家凯斯·桑斯坦所言:“企图事无巨细地将每一项行政决定以规则形式事先布控,是不切实际的。”^③过度细化的规范标准,伴随着规则过多、程序繁杂等问题,将造成文本的冗长和条文简明扼要性的折损,裁量基准的制定亦是如此。实践中,基准制定者不可能将裁量情节、法律效果与生活中每一种可能对号入座,“就复杂的事项而言,规则从来不可能预先提供全部的答案……规则制定活动的大大增加是可取的,但不可能推而广之取消通过逐案裁决发展法律与政策的所有活动”。^④立法者的主观局限性决定了其永远都在追赶变易不居的行政事务,而裁量基准作为规则的一种形式,自然也难以逃脱这一窠臼。而且,法律中存有大量的不确定法律概念,^⑤这些概念有的“是与主观之价值观念结合之概念”,^⑥不是基准制定者所能掌控的,而是需要根据执法经验和专家知识予以综合考量。更何况,实际操作中,基准制定者和使用者并非同一,他们对基准适用是否进行过深入沟通,也难以保证,这往往使得基准文本或多或少地会背离实践,造成基准执行者迫切需要超越基准文本的行政裁量权。因此,在裁量基准文本中设计逸脱条款,其实也是为了给具体执行者留出必要的灵活处理的空间。

第二,司法审查的外部压力。来自行政诉讼的外部监督力量,同样可以为设置逸脱条款的正当性提供一种观察视角,从而呈现多元的促成因素。除前述“周文明案”中原告要求行政机关必须遵守基准文本之外,行政诉讼中亦有要求行政机关逸脱基准文本的情形。而且,颇有意思的是,法院对原告的诉求予以了肯认,要求行政机关在特殊情况下必须逸脱基准文本,从而为行政机关施加了制定逸脱条款的外部压力,实践中比较典型的如“何庆友诉香洲交警案”。^⑦该案中,原告因交通违章被被告处500元罚款,被告出具罚款决定必须经由全省“公安交通管理综合应用平台”,该平台内含的裁量基准已将罚款数额限定为500元(顶格处罚),不容变更。因此,被告认为必须严格遵循,但原告不服。法院最终认为,被告违背了《中华人民共和国行政处罚法》第4条第2款的规定,未合理运用其合法享有的行政裁量权,属于裁量怠惰。该案主审法官撰文指出:“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机关裁量权的目的背离’。”^⑧对于逸脱条款而

① 王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,《浙江学刊》2006年第6期。

② 王贵松:《行政裁量标准:在裁量与拘束之间》,《法制日报》2005年6月13日。

③ Cass R. Sunstein, Problems with Rules, 83 California Law Review, 1022 (1995).

④ [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第73页。

⑤ “对法律规定中充斥的不确定法律概念(undefined legal concept, unbestimmte Rechtsbegriff)进行解释,是裁量基准制度的一个重要任务。”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。

⑥ 翁岳生:《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》,载翁岳生:《行政法与现代法治国家》,1976年自版,第70页。

⑦ 参见广东省珠海市中级人民法院(2015)珠中法城终字第34号行政判决书。

⑧ 参见唐文:《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。

言,这一案件具有典型意义,与前述行政机关主动以行政裁量权为由要求设立逸脱条款有别,该案从司法审查层面提供了一种必须制定逸脱条款的外部证明,其对外释放的信息是:逸脱从来都不是行政机关自我决定的问题,而是国家从法律层面为行政机关设定的一项义务。因此,如果说逸脱行为在裁量基准的事实拘束力下无法运行,那么行政机关就必须创设诸如逸脱条款的其他通道,否则便会遭到司法审查的诘难。

三、设置逸脱条款的风险及其限制性规则

具有正当性基础的逸脱条款,尽管在制度层面是被允许的,但并不代表其是安全的。恰恰相反,在裁量基准总则中设计逸脱条款,可能会带来一系列法律风险,对此必须通过限制性规则加以防范。

(一)设置逸脱条款的风险

对逸脱条款正当性的质疑声音时刻提醒着我们,逸脱条款并非“有百利而无一害”,而是面临着大量的实施问题。

首先,逸脱条款可能会冲击行政相对人的信赖利益。尽管裁量基准并不具有外部效力,但实际上,伴随着裁量基准正当程序义务的增设,公开基准文本已经成为行政机关的一项普遍义务,而这便会给行政相对人带来一种期待,“会外化为相对人的一种合法预期,使其对行政机关的未来行为产生一种信赖,就是严格遵循基准”。^①因此,细化格次的基准文本会内化为行政相对人的合理预期,并使其做出如下预判:根据同一基准,相同或者类似性质的案件应当获得相同或者近似的处理结果,行政机关有义务维护相对人基于合理信赖产生的合法权益。但是,逸脱条款的设置成了一种不确定因素,其在为行政行为跳脱基准文本预留空间的同时,也破坏了行政相对人的合理预期,从而使得原本应被严格遵守的裁量基准,难以在行政相对人心中形成诸如“行政惯例”“行政先例”一般的稳定信赖。行政相对人对裁量基准文本的认同和遵从,也会因逸脱条款的冲击而大打折扣。显然,这是设置逸脱条款首先必须权衡的问题。

其次,蕴含在逸脱条款中的是“特殊情况特殊对待”的理念,虽然其在名义上有时会被称为“个案正义”,但在形式上易给人造成一种差别对待的感受,使行政机关陷入违背公平正义的泥淖之中。诚然,逸脱条款具体问题具体分析灵活性,确实可以在一定程度上防止裁量基准的僵化套用,但并非有了逸脱条款,就一定能够确保实现个案正义。正如不分情况一律遵照基准文本可能有损个案公平一样,一味地以追求个案正义为目标,也有破坏形式平等之虞。逸脱条款如果适用不当或过度适用,同样会引发“同案不同判”的问题。而且,从比较的层面来说,行政机关依照对外公布的裁量基准作出行政行为,是有迹可循的,其行为的步幅大小、习惯与偏好等,都具有高度的透明性和确定性,可以提供一种手册般的参考指南。这在现有的控权手段中,是一种最为简单但又最为有效的手段。但问题在于,通过设置逸脱条款追求个案正义时,如果没有可供固定的技术细节,而是凭借行政执法人员的专业素养和工作经验,甚至需要临场判断的灵活技巧,那么其根本无法被格式化、数字化地展现在行政相对人眼前,也难以形成固定的规则。这些因素无疑增加了行政裁量权被滥用的可能性。

(二)设置逸脱条款的限制性规则

当行政机关制定裁量基准以期“相同案件、相同处理”,同时又设置豁免规则(逸脱条款)以期“特殊案件,不同处理”时,如何在平衡二者的过程中确保公平公正,“恰到好处地对规则与裁量进行混合”,^②便成为行政机关的棘手之事。否则,动辄以个案正义为由将逸脱条款搬上台面,裁量基准必将形同虚设,一切又会回到行政裁量权过于宽泛的无序状态。因此,必须为设置逸脱条款建立一些限制性规则。这些规则包括:

1. 必要性规则

逸脱条款作为裁量基准整体制度的一个部分,不能超过必要的限度,而需遵守必要性规则。具体来

① 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。

② [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第45页。

说,这可以从如下两方面展开:

第一,设置逸脱条款的领域。在行政执法中,并非所有领域都需要灵活的规则空间,有些领域实际上更加需要稳定的政策,包括裁量基准在内。总体而言,这些领域一般具备如下两个特征:(1)传统行政领域而非新型行政领域。传统领域意味着寓于其中的社会关系已经处于相对稳定的状态,法律所需调整的行为类型也已固定。更为关键的是,人们对这一领域事先设定好的执法政策已经形成较为稳定的预期,并且能够得到绝大多数人的认可和遵从。因此,从总体上来看,现有的基准文本可能已经能够很好地对其加以调整,没有设置逸脱条款的必要;(2)执法经验丰富的领域而非陌生领域。裁量基准说到底是对执法经验的总结和归纳,^①任何基准文本所载明的内容,都应该是对行政机关已有执法经验的固定化和规则化。因此,一般情况下,执法经验是否丰富,与裁量基准“情节细化”和“效果格化”的科学程度是呈正比关系的。对于实践较为熟悉的领域,执法机关只不过是将其经验转化为基准内容而已。而且,丰富的执法经验也能够最大程度地保证基准文本的科学性和前瞻性,此时自然没有设置逸脱条款的必要。

第二,设置逸脱条款的情形。对此,现有理论给出的答案是“个案特殊情况”,^②或者是所谓的“非典型性案件”。^③但是,并没有人对“个案特殊情况”和“非典型性案件”作出具体解释。笔者认为,应围绕“个案”本身来理解,这表现为:(1)法律要件上的个案性,即案件出现了基准制定者事先根本无法预料的法律事实;(2)法律效果上的个案性,即出现了需要在法律效果上加以变更的现实需要,或者是需要从严,或者是需要从宽。当然,需要指出的是,满足上述两个条件并不意味着一定要设置逸脱条款。这是因为,我国现有基准文本在情节细化上并没有精细到一一对应的程度,实践中的大量文本仍然是原则性的,留有一定的解释空间,“仍然无法完全避免‘情节较重’、‘情节较轻’等原则性规定”。^④此时,裁量基准仍然是具有解释力的,完全可以涵摄一些普通的“个案”。因此,除了上述条件以外,设置逸脱条款还需满足一项条件,即案件的特殊性已经十分显著,已经达到穷尽运用现有法律解释技术但结果仍有失公平公正的程度。

2. 从轻规则

从轻规则是从实体上附加的限制性规则。根据这一规则,逸脱条款只能按照有利于行政相对人的方向进行设计,而不能通过逸脱加重行政相对人的法律责任。从根本上来说,这是基于平衡行政裁量需求和行政相对人信赖利益保护的结果。一般情况下,行政相对人会以基准文本作为信赖基础安排自己的行为活动。此时,尽管从规范层面来讲,裁量基准没有法律效力,不是司法审查的裁判依据。但是,其作为行政相对人的行为依据,业已形成一定的信赖和期待,应当得到行政机关的尊重和保护。

现实世界是变动不居的,设置逸脱条款则可以保留一定的裁量空间。因此,留给行政机关的是一个两难选择:既要尊重行政相对人基于基准文本而产生的信赖利益,又要通过设计逸脱条款摆脱基准文本的束缚。显然,这是一项几乎无法完成的任务。现阶段,平衡这一问题的最好方式是设计“从轻规则”,即要求逸脱条款只能向有利于行政对的方向设计,或者只有在需要从法律效果上从轻处罚时,才能设置逸脱条款。只有如此,方能在保障行政裁量权的同时,也能为行政相对人的信赖利益提供保护。因为在通常情况下,行政相对人对减少自身损益的结果是可以接受的。

从目前的法律规定看,“从轻规则”已经获得部分立法者的认可,在现有的逸脱条款中,不乏体现“从轻规则”的立法例。例如,2004年浙江省金华市《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》规定,行政处罚一般情况下执行已经确定的自由裁量基准制度,但具有法定从轻、从重或酌情从轻情节,按规定基准进行裁量仍有过重之嫌的,可以提交行政机关集体讨论决定,以作出例外处理。^⑤又如,《北京市农业行政处

① 参见余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

② 参见周佑勇:《建立健全行政裁量权基准制度论纲——以制定〈行政裁量权制定程序暂行条例〉为中心》,《法学论坛》2015年第6期。

③ “对于裁量基准适用的典型案件,通常应适用裁量基准。对于非典型案件,基于个案的考虑,行政机关有可能背离裁量基准作出裁量决定。这是合法的行为。”王贵松:《裁量基准的设定与适用》,《华东政法大学学报》2016年第3期。

④ 参见余凌云:《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。

⑤ 参见浙江省金华市公安局《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》(金市公通字〔2004〕23号)。

罚裁量基准(2016年版)》第6条规定:“本基准中,针对各类违法行为设定的基础裁量档,其对应的裁量幅度为依法‘从轻’处罚的下限至‘从重’处罚的上限。属于行政处罚法应当或可以减轻处罚情节的,可以跨越本基准规定的基础裁量档实施处罚”。

从法理上讲,“从轻规则”的设计需要注意3点:(1)从轻规则中的“从轻”,是一个概念术语而不是法律术语。转化到立法文本中,从轻应包括“从轻”“减轻”两种类型,而不仅是“从轻”,其实质是一种有利于行政相对人的授益行为;(2)考虑到晚近裁量基准向非行政处罚领域扩展和蔓延的趋势,“从轻规则”也不单单只是行政处罚上的“从轻”和“减轻”,同样也可以包括行政许可裁量基准中行政许可条件的豁免或放宽,以及行政强制裁量基准中行政强制情形的消减或收缩,等等;(3)对于是否构成“从轻”的认定具有相对性,因为在从轻决定对一方有利的同时,也可能会损害另一方的权益。在双方同为利害关系人但利益诉求相反的情况下尤其如此。例如,甲殴打乙,按现行裁量基准,甲应被公安局行政拘留15天。此时,对甲而言,通过逸脱条款,15天以下的任何处罚决定都可以构成从轻。但对乙而言却是不利的。此时是否构成“从轻”便成为一个问题。对此,应当明确的是,认定“从轻”处罚具有一定的相对性,应仅限于行政行为的直接承受者,并不包括间接的利害关系人。

3. 总则化规则

所谓总则化规则,是指立法者应当在裁量基准总则中对逸脱条款进行制度设计,而不是在基准文本中进行。这是因为,逸脱条款是就所有裁量基准适用者而言的,并不局限在一个特定领域的基准文本上。而且,在立法技术上将逸脱条款放置在总则中也更为合理,因为逸脱条款在条文结构上与基准文本并不相同,并非按照情节细化和效果格化的经典结构进行撰写的。具体设计如下:

第一,在位置上,逸脱条款需要和基准文本分离,单独放在一类规范中予以规定。一般而言,我们将此类规范称之为“裁量基准总则”。^①目前,这样的总则性规范已经十分常见。^②从内容上来看,它们主要是在对裁量基准的整体制度运行进行统一调整,包括裁量基准的立法技术、制定程序、法律效力等。类似地,由于逸脱条款只是裁量基准制度运行中的一个环节。因此,其应当也置于此类总则中加以规定。当然,在具体的制度安排上,可以将其放在有关裁量基准的专门性总则中进行规定,如《河北省人民政府关于建立行政裁量权基准制度的指导意见》即是采用这种做法;也可以放在有关行政裁量的一般性总则中,如《湖南省规范行政裁量权办法》的规定方式。

第二,在内容上,对于逸脱条款的文字描述,需要奉行概括性和原则性思维,避免过于具体。这是因为,逸脱条款的调整对象是十分宽泛的,应能够涵摄裁量基准情节细化中的各种情形,而过于具体的要件设定,无疑会限缩逸脱条款的解释空间。一般来说,逸脱条款只需就如下3项内容加以规范即可:(1)对是否可以逸脱进行授权,允许行政机关在特殊情况下可以不适用现行基准。在表述上,宜采用诸如“可以做出例外的裁量”“可以结合个案作出灵活或者特殊处理”之类的措辞。这是逸脱条款的核心内容。尽管裁量基准本身并不具有法律拘束力,但执法人员仍然会受制于内部考核机制,裁量基准也因而产生事实拘束力,导致其不敢随意逸脱。因此,在逸脱条款中明确这一内容,是执法人员用以阻却行政系统内部考核压力从而启动逸脱的关键依据,意义重大。(2)对何种情况下可以逸脱进行概括,这在立法技术上可以采用“列举+概括”的方式展开,表述上可以采用诸如“存在行政处罚法规定的应当或可以减轻处罚情节等特殊情况的”之类的措辞。(3)对需要经过何种程序作原则性的要求,如“应由处罚机关的负责人集体讨论决定”等。

四、逸脱条款的适用规则

受限于篇幅和字数,逸脱条款的设置一般应当从简,只在是否可以逸脱上做出规范。但是,这对于逸

① 参见周佑勇、熊樟林:《裁量基准制定权限的划分》,《法学杂志》2012年第11期。

② 参见《湖北省关于在省级行政执法机关开展细化量化行政处罚裁量权工作的通知》(鄂政办发〔2009〕68号),《湖南省规范行政裁量权办法》(湖南省人民政府令第244号),《重庆市规范行政处罚裁量权办法》(重庆市人民政府令2010年第238号)。

脱行为的实际运行而言是远远不够的,我们还需要更为详细的适用规则。

(一)逸脱条款的事前启动规则

1. 遵守为原则,逸脱为例外

《湖南省行政程序规定》第91条第4款的规定:“行政机关应当遵守裁量权基准。”实践中,大部分的基准文本是用来遵守的,不得恣意逸脱。因此,在逸脱条款的启动规则上,行政机关需要在整体上奉行“遵守为原则,逸脱为例外”的准则。行政机关不仅在设置逸脱条款时需要遵守必要性规则,在逸脱条款的启动上,同样需要遵守必要性规则,只有在个案案情和其他同类案件差异极大时,才需要考虑启动逸脱条款。

2. 多元化收集线索

只要逸脱条款是公开可查的,启动逸脱条款的线索来源就不仅限于行政机关依职权的自我发现。实践中,也允许行政机关之外的其他主体提供线索,特别是行政相对人的主动申请。而且,行政机关需要特别注意的是,有些线索在表现形式上并不是启动逸脱条款的申请,而可能只是一份内容相似的个案请求,如“投诉”或“申诉”等。对此,行政机关都可以作为启动逸脱条款的线索加以审查,只要其符合“例外”的标准即可。而且,在线索收集的具体时段上,并不一定要局限于正式行政决定做出之前。恰恰相反,在行政决定做出以后,也应当允许申请。申请形式既可以是申诉或投诉,也可以是行政复议或行政诉讼。

需要特别考虑的是,如果一项行政行为已经合法生效,是否仍然允许启动逸脱条款?对此,笔者持肯定立场。启动逸脱条款的最终结果,要么是不可逸脱,要么是可以逸脱,而这一决定权属于行政机关自身。对于不可逸脱的情形,行政机关只需延续已经合法生效的行政行为效力即可,并未增加或减少任何效力内容,在操作上也并不存在任何技术问题。但对于可以逸脱的情形,由于涉及对先前的行政行为的否定,因此需要借助其他的制度手段才能实现。尽管如此,这在行政行为效力体系中并不存在障碍,现有的行政行为“撤回”“变更”以及“废止”制度,都可以为其提供有效的制度通道。《行政许可法》上就有类似的规范依据可供参考。该法第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。”最后,需要指出的是,尽管对于不同来源的线索,行政机关都应当加以审查。但是,在行政自我拘束的整体框架内,或者将逸脱条款置于行政裁量框架内加以理解时,应当明确行政机关并没有必须对上述线索统统加以处理的强制性义务。原因在于,无论是裁量基准,还是逸脱条款,都属于行政机关作茧自缚的行为。实践中,非但“裁量基准不是法,不会具有法的拘束力,行政机关在个案中没有必须遵守的法定义务”,^①而且逸脱条款也不是法,不会对行政机关产生法律拘束力。

3. 混合决策

对于逸脱决定权的分配,目前存有3种观点:(1)首长负责制,即是否逸脱应由行政机关负责人决定。这一认识基于我国各级人民政府实行的是行政首长负责制,行政首长对本行政组织所管辖的重要事务具有最后决策权,并对此全面负责。因此,从政治常识上来说,是否逸脱亦应遵循首长负责制的基本原理,将决定权交由机构负责人行使。实践中,持这观点的总则性文本并不鲜见。例如,《湖南省工商行政管理机关行政处罚自由裁量权实施办法》规定,逸脱应在程序上经过“案件承办人提出—承办人所在机构负责人同意—法制机构负责人审核—执法机关负责人决定”四个环节。^②(2)委员会制,即是否逸脱应经过集体讨论决定。这一观点的出发点是民主理念,认为启动逸脱条款关系重大,应经民主讨论决定,而这其实就

① 王贵松:《裁量基准的设定与适用》,《华东政法大学学报》2016年第3期。

② 例如,《关于〈湖南省工商行政管理机关行政处罚自由裁量权实施办法〉的适用说明》第3条“特别情形的处理方法”规定,为了避免因《参照标准》可能存在单一、机械的问题而使违法者受到畸重或畸轻的处罚,做到既要使违法者受到符合立法目的的制裁,又要防止执法人员滥用裁量权、擅自决定处罚幅度,在执法实践中,出现该标准未能涵盖的裁量情形,依法需要结合个案作出灵活或特殊处理的,在程序上应经案件承办人提出、承办人所在机构负责人同意、法制机构负责人审核及执法机关负责人决定等4个环节,对于重大或疑难复杂的案件还应当由执法机关有关会议集体研究决定。参见湖南省湘西土家族苗族自治州人民政府:《关于印发〈湖南省工商行政管理机关行政处罚自由裁量权实施办法〉的通知》,http://www.xx.gov.cn/xxgk/auto247/006686373/fggw/bmwj_438/201109/t20110916_20114.html, 2018-07-28。

是我们所说的委员会制。“委员会制的最高决策权属于集体,委员会的领导者发挥的是组织指挥作用,而不是行使最终决定权。”^①因此,任何逸脱行为都需要经过深入的民主讨论,由集体决定。例如,《深圳市市场和质量技术监督委员会行政处罚裁量权适用规则》第20条规定:“情节复杂的重大、疑难行政处罚案件及案情特殊可能需要在《实施标准》之外确定处罚档次的……以及法定监督机关依法予以监督的案件等其他需要集体讨论的案件,市场和质量监管委各级办案单位应当根据有关规定,依照权限集体讨论后作出决定”。(3)混合制,即是否逸脱应从多个层面考察,既要承认首长负责制的效率优势,又要兼顾委员会制的民主长处。这一观点表明应根据个案做具体化的处理,同时承认两种决策方式的可行性。实践中,混合制往往表现为两种形式:一种是选择型,即行政机关可以在首长负责制和委员会制之间加以选择,如《广州市工商局规范行政处罚裁量权实施办法(试行)》第14条规定:“各级工商行政管理机关在实施行政处罚时,一般应当按照《若干经济违法行为罚款参照执行标准》执行。如办案部门作出低于或高于《若干经济违法行为罚款参照执行标准》的罚款处罚,必须在案件调查终结报告中专项说明,经分管局长批准后,报请局长决定或提交案件审批委员会讨论决定”;另一种是合并型,认为既要采用首长负责制,又要经过集体表决,如《湖北省税务行政处罚裁量权实施办法》第16条规定:“适用本原则作出的税务行政处罚,具有正当、合理理由的,可以低于本办法规定的税务行政处罚基准,但拟处罚决定应当经过集体审议,并由本级税务机关的主要负责人批准决定”。

可见,启动逸脱条款的决定权分配十分复杂,不同地区的做法和要求莫衷一是。那么,我们究竟应该采用何种规则呢?笔者认为,相较而言,混合制模式中的合并型制度更为妥当,原因如下:(1)逸脱与否本身只是一种行政裁量。目前,真正能够阻却逸脱的只有基准文本。但是,如前所述,基准文本对行政机关并没有法律层面的拘束力,而只是行政机关的一项道德义务。因此,逸脱条款只需在行政裁量的整体框架内进行设计。在决定权的分配上,并不需要做过多的限定,这既是对裁量基准行政自治控权逻辑的尊重,也有助于更为灵活地处理逸脱问题。但是,由于逸脱滥用必然会破坏裁量基准制度,因此在决定权的分配上,仍然需要施加一些限制。对于是否逸脱的决定权,只能在首长负责制和委员会制之间进行选择,而不能下放到行政执法部门的内设科室、派出机构或具体的执法人员。(2)尽管从民主性上来说,委员会制可能更加符合当下的社会诉求,而且逸脱问题事关行政机关的声誉,可能会破坏裁量基准事先确立的政策目标。因此,从理论上来说,只有采用委员会制,才能最大程度地保障启动逸脱条款的正当性。但是,这并不意味着一定要舍弃首长负责制。这是因为,一方面,我国现阶段绝大多数行政机关仍然以首长负责制为主,这也是宪法所认可的决策制度,^②而采用委员会制的行政机关却非常少见,在制定法上也鲜有依据可循。^③而在缺少宪法基础的情况下,极易导致形式上的委员会制,实质上最终变为行政机关负责人决策。同时,委员会制是以牺牲效率为前提的,存在放弃科学性而盲目追求一致性的风险。而且,委员会制意味着集体担责,而集体恰恰是一个笼统的概念,这可能会使委员会制成为推卸责任的一种方式,这在我国已有的审判委员会制中已经得到印证。^④因此,在各有利弊的情况下,并不能对二者作出非此即彼的处理,故采用混合制是最好的选择。(3)对于混合制中的选择型决策和合并型决策,合并型决策更为合理。这是因为,选择型决策可能会产生决策冲突问题,结果要么是对决策权的积极争夺,要么是对决策权的消极应对,而这最终取决于案件本身的性质,尤其是能否产生积极的政治评价、社会认可和经济效益。很明显,对于逸脱行为本身而言,这些都属于不利的后果。因此,选择型决策并不可取。合并型决策则不存在这一问题。合并型决策在经过集体审议环节的民主过程之后,并不直接决定是否逸脱,而只是形成一个可以限制

① 参见孙力:《破解民主运作的难题:委员会制和首长负责制的正确运用》,《浙江学刊》2009年第5期。

② 《中华人民共和国宪法》第86条规定:“国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制”;第105条规定:“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制”。

③ 参见孙贵斌:《委员会制行政机关法律制度浅析》,《甘肃政法成人教育学院学报》2006年第3期。

④ “所谓‘集体承担责任’,往往是谁也不承担责任。”赵钢:《正确处理民事经济审判工作中的十大关系》,《法学研究》1999年第1期。

行政机关负责人决策的集体倾向性意见,最终仍由行政机关负责人作出决策。但是,一般情况下,行政机关负责人的决策过程并不是随意的,集体讨论形成的倾向性意见或多或少地会成为其决策参考。

(二)逸脱条款的事中运行规则

1. 说明理由

在逸脱条款的运用中,说明理由是一项得到广泛承认的适用规则。例如,有学者指出,“从确保裁量权的公正行使、平等对待以及信赖保护等原则的要求来看,行政机关要作出与裁量基准不同的判断,必须具有合理的理由”,^①“不能通过指南、手册和裁量基准实质上剥夺执法人员的裁量权,应当允许执法人员离开指南规定,但要求说明理由。执法考评的重点就是审查理由说明是否正当、充分”。^②

此类观点主张,当适用裁量基准处理特殊情形有不当之虞时,行政机关可以逸脱裁量基准。但是,其前提是应当具备充分正当的理由并向上级说明,以此限制对裁量基准的恣意逸脱。之所以需要建立说明理由规则,除了不说明理由或理由不成立的行政处理属于越权行为之外,^③还有一个重要原因在于,行政机关既然要脱离裁量基准文本做出不同的决定,那么这一可能引起信赖利益损害、引发公平公正性质疑的选择,势必应当具备更充分的论证理由。

实践中,许多裁量基准的逸脱条款已经初步规定了“说明理由”的要求。例如,《绍兴市规范行政处罚自由裁量权若干规定》第21条规定:“执法人员提出的处罚建议中涉及行政处罚自由裁量权适用的,应当予以说明”;《浙江省行政处罚裁量基准办法》第9条规定:“行政处罚实施机关可以在不与法律、法规和规章相抵触的情况下,变通适用裁量基准,但必须经行政处罚实施机关集体讨论决定,并充分说明理由”,等等。由此可见,逸脱裁量基准的理由应当充分合理,已经基本形成共识。但是,是否所有的逸脱行为都必须说明理由?向谁说明理由?如何说明理由?目前立法并无统一、明确的规定,尚待进一步讨论。

第一,关于是否所有的逸脱行为都必须说明理由,这一看起来不是问题的问题,仍然有检讨的必要,原因有二:一是从立法例上来看,说明理由并不是漫无边际的,而只是要求行政机关在作出不利于行政相对人合法权益的行政行为时,才需要说明理由。例如,2005年《日本行政程序法》第8条规定:“行政厅驳回许可认可等的申请时,必须同时对申请人说明理由”;第14条规定:“行政厅在作出不利处分时,必须同时向其相对人说明该不利处分的理由”。^④1979年《法国行政行为说明理由和改善行政机关和公民关系法》规定下列两种行政决定必须说明理由:“(1)对当事人不利的具体行政处理……”;并且规定,下列几种行政决定不在该法适用范围内:“……(2)不损害当事人利益的行政决定”。^⑤二是从实际操作层面来看,当逸脱行为有利于行政相对人时,要求行政机关说明理由,似乎没有任何必要,行政相对人也没有听取理由的动机。因此,不分青红皂白地要求所有逸脱行为都必须说明理由,显然是不妥当的。

那么,这是否意味着说明理由制度完全没有必要?答案也是否定的。需要加以区分的是,在逸脱条款中设置的说明理由义务与行政程序法上的说明理由制度并不一样。二者之间的最大区别在于,行政程序法上的说明理由是向行政相对人说明,而逸脱条款中的说明理由是向行政机关内部领导或上级部门说明。换句话说,当行政机关需要逸脱裁量基准时,其只需向内部领导或上级部门进行解释即可,并不需要向行政相对人进行说明。从根本上讲,认识这一问题仍需回归裁量基准的对内效力上。由于裁量基准对内仅具有事实拘束力,并依靠行政机关内部考核机制保障遵守。因此,当行政机关意欲跳脱内部考核机制的束缚时,自然只需在内部监督体系内进行解释和说明即可。

第二,在说明理由的具体操作上,主要涉及以下问题:(1)说明理由的形式。原则上应当采用书面形式呈报,这主要是为了方便备案和查阅。在内容上,书面报告的主要内容应当是对案件特殊性的说明,尤其

① 周佑勇:《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社2015年版,第76页。

② 余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

③ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第183页。

④ 《日本行政程序法》,王贵松译,载章剑生主编:《公法研究》(第16卷),浙江大学出版社2016年版,第255~256页。

⑤ 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第128页。

是要对逸脱案件与其他非逸脱案件进行比较。(2)说明理由究竟要达到何种程度,亦即说明理由的标准。对此,有学者提出,对逸脱个案的情形要区别对待,首先要分清行政机关逸脱的是上一级行政机关设定的基准文本,还是本级行政机关设定的基准文本,不同情况需要采用不同类型的说理标准。一般而言,逸脱上级行政机关基准文本,可实行从宽说理原则,主要将在同一行政区域内本地与其他地区的差异情形具体说明即可。但是,如果逸脱的是本级行政机关设定的基准文本,则需实行从严说理原则,逸脱机关必须将需要逸脱的个案与之前所处理案件之间的差别明确表述出来,包括个案在法律事实上的特点以及为何区别对待并逸脱相关基准,等等。^①这一标准赋予了说明理由制度宽严相济的政策空间,能够很好地防止逸脱的随意性,不失为值得推行的做法。这是因为,对逸脱本级裁量基准附加更为严格的说理要求,从根本上来说是因为逸脱是对其自己意志的违背,而对逸脱上级裁量基准实行从宽说理原则,则是对裁量基准适用机关的行政裁量权的应有尊重。

2. 有限公开

在公开问题上,需要区分逸脱条款的公开和逸脱案件的公开。实践中,逸脱条款的公开任务往往是附随在裁量基准总则之中一并规定的,会随着裁量基准总则是否公开而决定是否公开。与裁量基准不同,^②裁量基准总则一般情况下都会对外公布,这是因为,总则往往不仅涉及裁量基准的内容,还包括诸如行政处罚的监督检查、责任追究等制度。实践中,其往往被冠以《河南省人民政府关于规范行政处罚裁量权若干意见》《吉林省规范行政处罚裁量权办法》之类的名称,意在对外行政处罚行为作出全方位的控权设计,承载着多项政策目标,而不只是裁量基准制度。因此,公开逸脱条款具有充分的正当性和必要性。

但是,对于适用逸脱条款的案件是否需要公开,便有商讨的空间。与逸脱条款不同,逸脱案件本身具有较强的个案性和明确的指向性,其是否需要像逸脱条款一样公开,不能一概而论,在裁量基准适用的主要领域——行政处罚行为——中尤其如此。尽管从立法文本上来看,支持公开的法律依据在《行政处罚法》和《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《政府信息公开条例》)中都不难发现。例如,《行政处罚法》第4条规定:“行政处罚遵循公正、公开的原则,对违法行为给予行政处罚的规定必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据”;第42条第1款规定:“除涉及国家机密、商业秘密或者个人隐私,处罚听证公开举行”。又如,《政府信息公开条例》第2条规定:“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息”。据此,行政处罚政府信息可以解释为行政机关在行政处罚过程中获取的,以一定形式记录、保存与案件有关的信息,制作的相关法律文书。但是,对逸脱案件的公开仍然需要慎重,原因如下:

第一,从立法文本上来看,现有的法律规范并没有要求必须将行政处罚决定书对外公开。根据《行政处罚法》的规定,需要公开的只有“行政处罚的规定和依据”以及“事先告知”“听证”等一些执法程序。因此,“行政处罚决定书应当遵守不公开为原则、公开为例外;在依法公开的情况下,应当遵循有限和适度公开原则”。^③这意味着,即使是普通的行政处罚类案件,行政机关也没有必须公开行政处罚决定书的义务,更不用说通过逸脱条款作出处理的特殊行政案件了。

第二,与一般的政府信息不同,行政处罚是对行政相对人权利的剥夺或限制,是一种消极的法律评价。而且,与政府信息面对的不特定公众不同,行政处罚面临的是特定的公众,具有强烈的个案性。因此,行政处罚类案件的公共属性并没有一般的政府信息那样强烈,在公开问题上可以有所折衷。

第三,根据前述的从轻规则,逸脱行为对行政相对人而言,意味着行政处罚的豁免或减轻。而且,逸脱行为必然会减损裁量基准的规则主义价值,从而给执法带来一定的不安定性。因此,为了避免逸脱条款成为行政相对人权利滥用的借口,逸脱案件也不宜全部对外公开。

① 参见章志远:《行政裁量基准的理论悖论及其消解》,《法制与社会发展》2011年第2期。

② 参见周佑勇、熊樟林:《争议与理性:关于裁量基准的公开性》,《兰州大学学报》(社会科学版)2012年第1期。

③ 杨寅:《行政处罚类政府信息公开中的法律问题》,《法学评论》2010年第2期。

综上,在逸脱条款的运行过程中,应当实行有限公开的规则,适度公开逸脱案件的案情,而不宜在公开时间、对象、内容等方面无限开放。实践中,可以选择不公开行政处罚决定书,而是对其内容进行提炼,撰写“行政处罚摘要”予以公开,并且无须在公开文件中标注该案系逸脱案件。

(三)逸脱条款的事后监督规则

逸脱行为的完成并不意味着限制规则的布控也相应结束,对逸脱条款的监督同样十分重要。具体而言,逸脱条款的事后监督规则应包括:

1. 合法性审查

由于“当下级行政机关完全一律地适用裁量基准作成行政决定时,是否与立法者授予裁量权追求个案正义的本旨相违背,不无疑义”,^①故赋予行政机关在既有裁量权范围内制定裁量基准的权能,在法理上是正当的。^②但是,裁量基准的行政自制属性也暗含着一定风险,单凭借行政机关的内部考核机制也难以保障裁量基准的正当实施。因此,能否通过司法审查防范裁量基准滥用的风险,特别是能否通过行政诉讼对逸脱行为加以审查甚至限制,就成为值得检讨的问题。

其中的核心问题在于,对属于行政裁量范畴的逸脱行为,究竟能否借助司法审查的外部力量进行监督,从而防止逸脱条款的滥用?对此,笔者认为,应该建立以“合法性审查规则”为中心的监督体系。首先,“行政机关在行使个别裁量权中对于裁量基准并未予以揭示的考虑事项,仍然负有个别情况考虑的义务,而不能机械地、僵硬地适用裁量基准作成具体决定”。^③应当在整体上承认,逸脱行为属于行政机关依法行使行政裁量权,其行为过错只涉及合理性问题,一般情况下不涉及合法性问题,“当行政机关的具体决定仅单纯地违反裁量基准时,未必会被评价为行政程序法或行政诉讼法中所称之‘违法’”。^④因此,对于是否需要逸脱的决定而言,司法监督的强度应该是十分有限的,正常情况下,法院应当奉行合法性审查规则,只有当逸脱行为存在合法性疑问时,才介入审查。其次,在合法性审查过程中,法院需要特别关注逸脱条款的滥用问题。从某种程度上说,当逸脱条款被反复启动时,既有可能存在行政机关滥用职权的行为,也可能说明既有的基准文本已经不合时宜。对此,行政诉讼都可以对此展开监督。对于前者,法院可以依据《行政诉讼法》第70条展开实质审查;对于后者,可以依据《行政诉讼法》第53条展开附带审查。

2. 评估更新规则

基于我国现有的行政诉讼体制,合法性审查的最终结果,要么是对逸脱个案进行否定,要么是对逸脱条款提出司法建议,而不能直接影响逸脱条款的效力。因此,来自法院的外部监督实际上不能直接对逸脱条款进行矫正。因此,有必要确立相应的“评估更新”规则对逸脱条款进一步予以限制。总体而言,评估更新规则的任务是事后定期对逸脱条款的实践价值进行全面评估并适时更新。具体来说,这主要包括两个方面:

第一,对逸脱案件的评估。评估逸脱案件,目的是为评估逸脱条款寻找经验性材料。实践中,这既包括为评价既有逸脱条款提供历史数据和材料,也包括为设立新的逸脱条款提供参考案例和方法。具体而言,评估逸脱案件主要有两项任务:一是对已经完成的逸脱案件进行排查,寻找问题,尤其是对逸脱频率较高的案件和涉诉案件进行自我纠正;二是对已有的案件进行梳理,总结经验、寻找规律,从而为及时更新基准文本和逸脱条款提供参考,减少逸脱案件的发生,提高基准文本的遵从度。

第二,对逸脱条款的评估。逸脱条款评估是评估更新规则的重心,也是事后监督的主要手段,旨在从根本上减少逸脱条款的使用,从而保持逸脱条款的谦抑性。对此,可从如下方面着手:(1)结合评估结果,对逸脱条款本身进行更新。这主要包括逸脱条款的修改和废止。例如,浙江省金华市《关于推行行政处罚

① 王志强:《论裁量基准的司法审查》,硕士学位论文,东吴大学,2005年,第104页。

② 参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,《中国法学》2007年第6期;章志远:《行政裁量基准的理论争论及其消解》,《法制与社会发展》2011年第2期。

③ 周佑勇:《作为行政自制规范的裁量基准及其效力界定》,《当代法学》2014年第1期。

④ 程明修:《行政法之行为与法律关系理论》,台湾新学林出版股份有限公司2005年版,第333页。

自由裁量基准制度的意见》规定,行政处罚一般情况下应当执行已经确定的自由裁量基准制度,但具有法定从轻、从重或酌情从轻情节,按规定基准进行裁量仍有过重之嫌的,即出现可能突破基准制度情形时,应当提交行政机关集体讨论决定,以保证执行自由裁量制度的严肃性和行政处罚的法制统一。由于该逸脱条款中有“从重”情节的逸脱情形,可能导致涉诉次数较多、争议较大,不符合设置逸脱条款的从轻规则。因此,可考虑删掉“从重”二字。又如,当逸脱条件设置过于宽泛,导致滥用职权案件大量滋生、裁量基准被弃之不用时,可以考虑直接废止逸脱条款,从而释放基准文本的控权功效。当然,对逸脱条款进行更新,还应当包括逸脱条款的增设,这既包括增设一个全新的逸脱条款,也包括新增逸脱条件、逸脱程序等操作规则。(2)结合评估结果,对裁量基准文本进行更新。逸脱条款评估结果另一项可资利用的功能是,用来对基准文本本身进行更新,从而起到“晴雨表”的作用。尤其是当逸脱条款的评估结果显示其具有较高适用频率时,二者之间的关系便会更加密切。这是因为,一旦存在高频率使用逸脱条款的情形,则意味着行政机关保持着对行政裁量的高需求量,而这反映出基准文本在科学性和抽象性上仍然有待提高。例如,这是否意味着基准文本在情节细化上设定的条件过于细致,以至于严重限制了行政机关的裁量权,导致其必须逸脱基准?抑或,基准文本在效果格化上采用的规定是否过于严苛,以至于与当前社会经济水平严重不符,从而削弱了行政处罚结果的可接受性,导致行政机关必须逸脱基准?因此,基准制定者需要保持对逸脱案件和逸脱条款评估结果的动态关注,适时对基准文本进行更新,从而有效限制逸脱条款的启动和运行。

五、结语

缺乏裁量基准或者裁量基准制定得过于宽泛,将留给行政机关过多的自由空间,从而难以确保裁量权运行的合法性。裁量基准规制技术的过度施展,则如同作茧自缚,机械地将各式案件一一对应,从而将裁量推向僵化,导致只有“批发的正义”,没有“裁量的正义”。^①因此,不论是裁量的恣意行使还是僵化适用,都将折损裁量基准实现个案实质正义的价值追求。不论是细化行政裁量还是运用逸脱条款,始终应当明确的是,维护个案正义、避免相同案件或类似案件出现差异较大的结果,才是裁量基准追求的价值目标。立法机关赋予行政机关裁量权的初衷在于,使执法者能以“具体问题具体分析”的方式做出合乎理性的决定,而逸脱条款的设置正是个别情况考虑义务在行政裁量领域的体现。这也是所谓“个别化正义”^②和“个案正当性”^③的奥妙所在。

责任编辑 谭冰霖

① 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》2011年第1期。

② 参见[美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第73页。

③ 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,第127页。