

论行政裁量基准的法律效力

陶子辰

中国政法大学法学院, 北京

收稿日期: 2024年6月6日; 录用日期: 2024年7月1日; 发布日期: 2024年7月11日

摘要

作为行政平等对待、抑制恣意的规则机制, 行政裁量基准在为行政裁量活动划定统一标准的基础上, 能够产生对外法律效力。裁量基准存在的必要性、行政的自我拘束和裁量基准作为软法规范的效力, 共同形成裁量基准具有法律效力的法理基础。行政裁量基准法律效力的具备, 需符合制定主体适格、规则公开、符合基本法律原则等合法性要件。鉴于裁量规则包容范围的有限性, 拘束裁量和允许逸脱构成了行政裁量基准法律效力的双向特征。

关键词

行政裁量, 裁量基准, 法律效力, 行政自我拘束

On the Legal Effect of Administrative Discretionary Standards

Zichen Tao

School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing

Received: Jun. 6th, 2024; accepted: Jul. 1st, 2024; published: Jul. 11th, 2024

Abstract

As a rule mechanism for administrative equal treatment and the suppression of arbitrariness, administrative discretionary benchmarks are able to produce external legal effects on the basis of setting uniform standards for administrative discretionary activities. The necessity of the existence of discretionary benchmarks, administrative self-restraint and discretionary benchmarks as a soft law norms of the effectiveness of discretionary benchmarks together to form the legal basis of legal effect of discretionary benchmarks. The legal effect of administrative discretionary benchmarks, need to comply with the formulation of the main body eligible, open rules, in line with the basic principles of law and other legality requirements. In view of the limited scope of the discre-

文章引用: 陶子辰. 论行政裁量基准的法律效力[J]. 争议解决, 2024, 10(7): 45-50.

DOI: 10.12677/ds.2024.107327

tionary rules, constraints on discretion and allow escape constitute the two-way characteristics of the legal effect of administrative discretionary benchmarks.

Keywords

Administrative Discretion, Benchmarks for Discretion, Legal Effect, Administrative Self-Restraint

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

裁量是行政法的精髓所在，避免行政权的滥用尤其是行政裁量权的滥用，是近现代行政法学研究的重要命题，以至于有学者将行政法称为控制自由裁量权的部门法[1]。行政裁量源于行政权的扩张，随着社会结构分化、社会生产工业信息化以及社会价值评判多元化，行政权的运作也趋于复杂，这要求行政机关有效运用裁量权对利益复杂事项进行处理。行政主体在适用法律作出决定和采取行动时所享有的自由判断的空间，构成了行政裁量的基本意涵([2], p.31)。为了实现对裁量权行使的自我控制，行政机关通过制定裁量基准以量化裁量行使的规则，体现了行政施策的理性化、精准化、科学化。

作为行政裁量基准的规范载体，行政机关制定的有关裁量权行使的规则、指南、指令等文件通常不具备制定法意义上的强制约束力。行政裁量基准约束行政裁量权的法律效力如何构成，不仅关涉行政执法相对人抵御行政恣意、行政权滥用的权益保护问题，也牵制着行政裁量基准能否有效实现对行政执法标准的细化、量化作用。对行政裁量基准法律效力产生机制及效力体系的研究，成为需要以理论视角进行检视的重要命题。

2. 行政裁量基准法律效力的法理基础

自 2010 年《国务院关于加强法治政府建设的意见》明确提出建立行政裁量权基准制度后，《法治政府建设实施纲要(2015~2020)》和《法治政府建设实施纲要(2021~2025 年)》分别强调了行政裁量权基准制度对行政裁量标准的细化、量化及其公布公开制度。在法治国家、法治政府、法治社会一体建设的政策背景下，从行政系统整体层面全局建立健全行政裁量基准制度，能够有效助推依法行政原则在中国本土法治环境中的落实。通过裁量基准制度推动完善行政的自我控权，需要充分阐释行政裁量基准的效力来源，为裁量基准有效规范行政裁量权的运作铺垫理论基础。裁量基准存在具有必要、行政自我拘束原则的遵循以及软法规范的有效性，共同形成了行政裁量基准法律效力的法理基础。

(一) 裁量基准存在的必要性

在行政机关执法、适用法律的过程中，裁量基准主要扮演解释性规则的角色[3]。有学者指出，对于相应主体行政裁量基准制定权的肯定，自然亦应当承认其具备法律效力[4]。为控制裁量权的行使并保持权力行使的民主本质，行政机关以规范性文件为载体针对裁量行使制定专门规则指南，以维持法律适用的一致。行政机关在说明理由过程中对裁量基准的引用，能够发挥以成文固定内容对行政裁量予以理由附记的功能作用([5], p.179)。裁量基准将行政决定中有关政策、伦理、文化和形势等因素的影响以成为规范的形式表现于外界以被感知，保障行政相对人对行政权行使的确定性的预期，同时有助于消弭司法机关审查行政行为时的行政专业领域隔阂([6], p. 68)。从行政裁量基准拘束裁量权的功能视角观察，一方面，

政府通过制定裁量权行使或解释的基准，对自身行政决定过程中的裁量恣意问题制定规则予以控制，保证裁量权的运作符合法治；另一方面，为外界提供行政权行使的裁量依据参考，以具有规范特征的文件文本将裁量权行使过程中的考量予以展现，并成为司法审查中判断行政行为是否符合合法性或合理性的约束标准。

（二）行政的自我拘束与裁量控权

有学者指出裁量基准的拘束性与制定法意义上的拘束力不同，它通常是受行政自我拘束原则等行政法原则规范而转继对行政机关发生拘束力。行政自我拘束原则指，行政机关应当受到此前做出决定内容的约束，面对后续发生的近似或本质上相通的事实状况，应当采取相同的处理。行政机关通过制定规则实现对相同事实状况的一致处理，或通过政治责任的制度动因促使行政机关工作人员的避免恣意，都是行政机关从内部实现行政决定做出过程中对法律适用的安定性体现，有利于建立人民对政府行为稳定性的预期。其中，行政机关以规范性文件或内部文件形式制定具备成体系规则的行政裁量基准，作为行政自制的规范、工具和行为[7]，是实现行政自我拘束原则的较好展现。

行政裁量基准通常由上级行政部门制定，作为权力的领导与被领导关系双方，基层执法部门需要服从上级行政机关制定的规则、决定、命令。在行政的权力级别体系内，行政裁量基准自然能够实现对下级行政机关的拘束力量。同时，基层行政执法部门作为法律的最直接执行者，需要对大量事实复杂、利益交错的执法案件作出直接、具体的行政处理。基层行政机关面对大量行政裁量权行使，亦需要结合自身需求制定裁量基准以填补上级规则的空白，将执法过程中形成的惯例予以规范固定([8], p.73)，同样体现了以成文形式对行政自我拘束原则。接受裁量基准的拘束力量，既是对行政惯例的事实遵守，也是行政裁量遵循自我拘束的原则的体现。

（三）裁量基准作为软法规范的效力生成

以行政内部规则形式作为规范载体，是行政裁量基准存在主要方式。从法律的制定体系来看，行政裁量基准并不属于立法机关制定法律或行政立法的范畴。制定法规范的法律效力由国家强制力作为产生前提，裁量基准通过对裁量权规范的情节细化和效果格化的技术，对裁量的判断进行填充，其无权设定新的权利义务规范，亦不能直接构成司法机关进行行政诉讼司法审查的法律依据[9]。不具备制定法形式的裁量基准并无国家强制力保障实施，如何产生法律效力或如何对国家机关和社会主体产生类似法律约束力的力量？作为公共治理中软法理论的开创者，罗豪才教授提出，“软法”指那些效力结构未必完整、无须依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范[10]。裁量基准性质的规范虽不属于国家硬法，但因其其在公共治理中发挥的自我控制作用而属于软法范畴。在法治政府建设的路径中，软法亦属于法规范的范畴，行政裁量基准以软法规范的形式，成为法治政府建设中对执法裁量进行规范的文本依据[11]。

同时，对于行政裁量基准体系中制定法规范和软法规范并存的问题，有学者指出，目前运用裁量基准进行的法律规制，呈现硬法与软法混合规制的模式。其中，作为软法的裁量基准二次规制了行政裁量的过程，既能克服了硬法规制定性化、静态化的不足，也以软法规范自身的针对性、动态性对裁量权发挥正向的规制作用[12]。还有学者指出，裁量基准作为一种软法规范，其对内拘束力的来源在于行政机关的自我约束机制，就对外效力的获取而言，可以借由说明理由制度或自身体现的法律原则而获得与硬法相同的司法适用地位[13]。作为软法规范的裁量基准虽然未必能直接被法院适用而产生强制力，但是在软法与硬法共同发挥治理效能的社会治理模式下，软法的有效性已经无法与硬法的强制作用分割，进而产生能够产生外部约束作用的法律效力。

3. 行政裁量基准法律效力的合法性建构

裁量基准产生对内、对外拘束法律效力的前提在于其自身具备合法性。若行政机关依据的裁量基准

设定的规则已超出裁量权行使的范畴，即使在行政程序中说明理由中辨明该裁量基准的运用，仍无法承认该裁量基准能够产生拘束，该行政行为页可能被宣告违法而撤销或确认无效。裁量基准具备法律效力，至少应当具备制定主体合法、依法公开、符合基本法律原则的合法性要件。

（一）行政裁量基准制定主体

裁量基准的制定主体较为广泛，通常来说，行政裁量权与行政裁量基准制定权应当共同存与行政机关的权力谱系中，这也决定了行政裁量基准制定主体的多样性特征。对于行政裁量基准的制定主体，在较为传统的法治主义观念看来，由越高层级的国家机关制定的规范规则，将具有更高的科学性、民主性与权威。实践中曾出现将裁量基准制定权收回至国务院部门、省级执法部门或较大的市的观点。对此有学者指出行政裁量基准的制定需要贴近行政执法现实，应当充分释放基层执法部门创制裁量基准的积极能动性，发挥其对地域差异的深度了解并结合以往执法经验，才能有效释放裁量基准在基层社会治理中的效能^[8], p. 72)。通过制定主体级别划定裁量基准制定权限的做法，忽视基层部门在法律空间内政策形成过程中的重要地位，以及裁量本身便保持了对地域、领域的内在容许^[14]。同时，有学者指出，在我国现行行政立法体系下，不应将行政裁量基准制定主体的层级与行政裁量的规范属性划定直接关联标准，否则可能导致裁量基准概念外延的模糊与对裁量基准和其他标准规则的混淆^[15]。

裁量基准不属于法律规范体系制定的框架，行政机关无需法律专门授权既可制定裁量基准。同时，需要指出的是，这并不意味所有行政执法部门都有制定行政裁量基准的权力。行政机关制定裁量基准的，必需经过法律法规授予裁量权，并应当在上位法规定的行政裁量职权范围内制定。对于法律法规并未授予裁量权限的，或者上级行政机关制定裁量基准已经将裁量权予以适当收缩的，应当严格受上位法规范羁束，避免自行制定涉及行政权的裁量规范，在法外创造权力空间。

（二）行政裁量基准的公开

2021年修订的《行政处罚法》第34条规定了行政处罚裁量基准的公开制度。行政处罚的具体实施，存在较为广泛的行政裁量空间，也是行政裁量基准作用并产生外部效力的最直接体现。行政机关经常将行政处罚裁量权范围内的处罚数额、方式、种类制定为裁量基准，并结合行政决定依据的法律规范，形成行政处罚决定的关键内容。行政处罚裁量基准的公开，既是行政公开原则的体现，也构成了说明理由制度的重要环节。正当程序原则起源于英国法中的自然正义，公民有权知晓行政决定作出的理由构成其关键内涵之一。对于一线执法人员而言行政裁量基准构成了形成执法判断的重要凭据，甚至直接形成了决定行政行为内容，对裁量基准进行公布亦是正当程序原则的体现。

对于行政裁量基准的公开，学界存在一定争议。有学者认为在行政过程中公布抑或广泛公开裁量基准并无本质差异，行政裁量基准对行政机关的约束程度与相对人的利益关涉程度成正比，政府应当以能被广泛知晓的方式主动公开、公布行政裁量基准文件^[16]。亦有学者对行政裁量基准的广泛公开持保留态度，一种“相对公开”观点认为公开裁量忽视了裁量与裁量基准之间的张力，裁量基准的公开可能使裁量权的运作趋于僵化，进而违背了行政裁量的行政自我控权的逻辑^[17]。本文认为，裁量基准作为行政自我控权的规则，并不能作为充分论证行政许可裁量基准不予完全披露的正当理由。行政的自我拘束既包括了行政机关制定规则对权力行使的自我规范，也包括了通过规则所产生的外部效力，故应当主动为外部拘束的实现创制必备条件。行政裁量基准的公开，有利于相对人建立行为和法律后果的预期，也是行政裁量基准产生合法性的必要条件。只有能够被外界充分知晓的规则，才能具备法律效力，否则其拘束作用的外部效果便无从谈起。同时，为保留裁量灵活处理的空间和权限，应当在裁量基准的设定中为行政机关保留适当的判断余地，以避免行政裁量失去其实现实质法治的天然优势。当然，这对行政裁量基准的制定提出了更高的要求。

(三) 符合基本法律原则

裁量基准将行政裁量权的行使过程予以适当的固化, 极大程度地引导着行政决定作出的走向。行政裁量基准之所以能够对行政机关产生约束效力, 在于对平等对待原则、信赖保护原则、行政自我拘束原则等原则的运用转换[6], p. 71)。不仅裁量基准运用是上述原则的体现, 其内容与适用方式也应当符合这些行政法原则的要求。例如, 裁量基准对法律适用的解释应当符合对相对人信赖利益保护的一致性, 除重大公共利益变动, 不得随意因政策调整变动规则或设定条件, 这不仅违背裁量基准制定的行政处理一致化的初衷, 也与为社会公共提供预期的价值内涵不符。更重要的是, 裁量基准应当符合授予裁量权的法律规范所设定的原则。在“方林富炒货店诉杭州市西湖区市场监督管理局行政处罚案”中, 原告因违反《广告法》第9条规定被处以20万元罚款。本案法院在审理过程中, 认定行政机关除适用《广告法》规定外, 还应当遵循《行政处罚法》的过罚相当原则而适当予以减轻处罚。虽然本案并未提及行政机关决定依据的裁量基准, 但可以从中窥探的是, 裁量基准的制定不仅应当遵守法律授予的裁量权范围, 亦包括对基本法律的法律原则的充分采纳。在行政执法实践中, 下位法的特别规定往往更容易获得优先适用的地位, 往往忽视基本法律的原则规则[18], 这种裁量基准也属于违法。裁量基准需要在下位法设定的裁量权框架内, 以上位法的基本原则、立法目的作为指引, 制定符合整体法制安排的规则体系。

4. 拘束与逸脱: 行政裁量基准效力的双向特征

传统行政法理论认为, 作为行政规则的裁量基准仅得以在行政系统内部产生效力, 不能产生外部法律效果[5], p. 72)。亦有论者指出, 在行政机关与相对人的实际接触中, 裁量基准成为行政执法适用和决定的重要依据, 作为行政惯例载体和外化的裁量基准, 其内部效力延伸成为外部效力[19], 尽管裁量基准没有相应的法律效果, 但不等于没有法律效力。目前, 行政裁量基准具有内部与外部效力, 既已获得学界认同。同时, 由于裁量行使的自在价值, 个案的裁量始终存在, 裁量基准的法律效力应当具有拘束行政和允许逸脱的双向特征。

(一) 裁量基准的拘束效力

行政自我拘束原则作为裁量基准法律效力产生的重要理论基础, 意味着裁量基准能够发生对行政裁量的拘束效力作用。行政裁量基准将既往行政惯例凝练为行政规则从而促进行政公正平等, 是其正当化的直接来源。行政机关在不具有正当理由的情况下, 在具体案件中需要遵守这种确立为规则的、稳定的行政惯例, 否则将因违反合理性原则或平等对待原则而被认定违法。裁量基准通过诉诸情节的细化和效果的格化技术将裁量权的判断过程予以公开, 亦能事实上从外界对行政机关形成拘束。

行政裁量基准对外部的法律效力在于行政机关受裁量基准拘束时作出的行政行为, 能够产生对相对人权利义务处分的法律效果。当裁量基准仅作为行政规则而未在行政决定中体现时, 公民受约束的主要规则来源于法律规范。相对于个案裁量权的行使, 裁量基准的规范性特征使其能够对相同个案中的裁量产生规范作用, 产生对相对人权利义务的实质影响。经由裁量基准的公开制度后, 行政惯例得以被外界知晓。公众有合理理由信赖行政权的公正行使和对行政事务的平等处理, 行政机关未遵照裁量基准确立的规则作出决定, 则相对人可主张其违法, 得诉诸平等对待等原则请求权利的救济[20]。

(二) 裁量基准拘束力的逸脱

在行政裁量的个案实施中, 行政机关仍会对个案的特殊情况进行充分的考虑, 当裁量基准的运用与行政针对个案的合理性判断出现差异时, 是否可以脱离裁量基准? 这是否意味着裁量基准在此种情况不拘束力? 从裁量基准所产生法律效力的原理观之, 这种拘束力二元化的观点无法实现逻辑自洽的。逸脱裁量基准的规则, 本身应当也是裁量基准的内在精神或法律效力所允许的。在“周文明诉文山交警案”中, 周文明主张被诉违反相关裁量基准的行政处罚决定属于违法。在案件审理中, 一审法院认定被告应

受裁量基准的法律效力拘束,认定违反裁量基准的行政处罚决定违法,二审法院对此观点则并不予支持。行政机关是否能“逸脱”行政裁量基准,根据行政实践中的新的具体情况和需要,不受裁量技术的约束而进行针对个案的重新裁量,构成了裁量基准的逸脱或作为裁量基准效力例外“个别情况考虑义务”的问题。

允许行政机关在个案中考量裁量基准未能包容的细节,是行政裁量基准效力所允许的,构成了其效力构成的双向特征。对于裁量基准未予覆盖的,行政机关在行使个别裁量权中仍应当进行具体考量,避免裁量行使过程的僵化。另外,有观点指出,在承认裁量逸脱条款的正当性基础的同时,需正视其引发的行政裁量权被滥用风险,并为其设定必要性、从轻、总则化等规则限制,以维护裁量基准文本的拘束效力作用。虽然行政机关既已形成裁量基准,但并不意味着行政决定的实施机关失去相关事项的裁量权力。即使裁量基准已经对相关事项进行考虑,但规则安排并非总是充分万全的,如何在法律的具体实施和解释中进行裁量,仍应当为行政机关保留判断和权衡的余地。行政机关应当对逸脱裁量基准的行政决定进行较为充分的解释,并在行政程序中通过说明理由制度予以实现。

参考文献

- [1] 伯纳德·施瓦茨. 行政法[M]. 徐炳, 译. 北京: 群众出版社, 1986: 566.
- [2] 王贵松. 行政裁量的内在构造[J]. 法学家, 2009(2): 31-40.
- [3] 周佑勇. 裁量基准的正当性问题研究[J]. 中国法学, 2007(6): 23-32.
- [4] 黄学贤. 完善行政裁量基准若干问题探讨[J]. 江海学刊, 2009(6): 144-150.
- [5] 盐野宏. 行政法总论[M]. 杨建顺, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [6] 王贵松. 行政裁量基准的设定与适用[J]. 华东政法大学学报, 2016, 19(3): 65-76.
- [7] 陈文清. 行政裁量基准适用的现实悖论、消解思路及其建构——以《行政处罚法》修改为背景[J]. 甘肃政法大学学报, 2021(2): 137-138.
- [8] 章志远. 行政裁量基准的兴起与现实课题[J]. 当代法学, 2010, 24(1): 68-75.
- [9] 周佑勇. 裁量基准的制度定位——以行政自制为视角[J]. 法学家, 2011(4): 1-14.
- [10] 罗豪才, 宋功德. 认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践[J]. 中国法学, 2006(2): 3-24.
- [11] 罗豪才, 周强. 法治政府建设中的软法治理[J]. 江海学刊, 2016(1): 125-130.
- [12] 宋功德. 行政裁量法律规制的模式转换——从单一的硬法或软法模式转向软硬并举的混合法模式[J]. 法学论坛, 2009, 24(5): 31-37.
- [13] 周佑勇. 在软法与硬法之间: 裁量基准效力的法理定位[J]. 法学论坛, 2009, 24(4): 12-16.
- [14] 余凌云. 现代行政法上的指南、手册和裁量基准[J]. 中国法学, 2012(4): 125-135.
- [15] 熊樟林. 裁量基准的概念限缩与扩容[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2019, 21(3): 74-85.
- [16] 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, 2(3): 54-80.
- [17] 周佑勇. 行政处罚裁量基准的法治化及其限度——评新修订的《行政处罚法》第34条[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(5): 53-61.
- [18] 章志远. 作为行政处罚总则的《行政处罚法》[J]. 国家检察官学院学报, 2020, 28(5): 19-31.
- [19] 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: 600.
- [20] 陈春生. 行政法之学理与体系(一)——行政行为形式论[M]. 台北: 三民书局, 1996: 110.