

现代行政裁量基准与统一规范执法

余凌云

清华大学法学院教授，法学院副院长

近年来，在“以人为本”“执法为民”的要求下，我国推行了一系列规范行政执法、推行行政执法责任制的运动，对行政自由裁量权的控制，也由外部监督逐渐扩展到内部规范的层面。这些实践基本上都有一个统一的“标识”，这就是裁量基准的制定和实施。现在，我国的指南、手册和裁量基准，都在实践中发挥着类似“规则”的作用，行政机关也越来越依赖这些“不是法的法”。

一、裁量基准的内容

实践中所说的裁量基准，裁量的对象以行政处罚居多，大致上也可称为“对行政处罚的裁量基本标准”。具体来说，按照官方的观点，裁量基准是行政执法主体在法律规定的自由裁量空间内，根据过罚相当等原则，再结合本地区经济社会发展情况和执法范围等条件，细化行政处罚的规定，设置若干的裁量格次，分别在每个格次规定一定的量罚标准，依据违法行为的性质、情节、社会危害程度和悔过态度等设定量罚的种类、幅度，同时明确从轻或从重处罚的必要条件。这样一种执法制度就是裁量基准制度。

从更宽泛的意义上讲，裁量基准是以规范行政裁量权为目的的一种制度，可以说是为了贯彻执行法律而实施的“二次立法”，裁量基准一般以规范性文件为载体，相关规范性文件的名目有很多，比如“自由裁量权实施办法”“裁量指导意见”“自由裁量实施细则”等。相对于传统的执法人员直接行使裁量权，裁量基准的适用少了一些主观色彩，显得更为统一和规范，但它的效力范围可能仅限于一个微观的行政执行领域，或者在特定行政区域与特定行政部门内。

裁量基准有的是外在性的，直接规范相对人的活动，可以授予利益或者课加义务，或者增进双方自愿合作。但有的裁量基准只有内在性，仅规范行政机关的权力行使。在中国，指南、手册和裁量基准不仅形态各异，涵摄范围亦不同。裁量基准仅解决量罚问题，指南、手册却是对裁量运行的系统控制。它们具有看似内在性的相关规则，但其中的很多内容却敞亮出外在性。

二、裁量基准在我国的实践情况

现在全国很多地方都已经推行了裁量基准制度，背后的原因是有很多的。从裁量基准的定义可以看出，它是解释法律规定、规范行政权运行、控制自由裁量的有力工具。在中国要谈裁量基准的实践，就一定要提浙江省金华市。因为它最先觉悟，并且付出行动。金华实践不仅受到了媒体的关注，也因为上级的肯定，进一步影响了很多地方的公安机关，之后“星火燎原”一般在公安系统迅速推广。

金华市公安机关之所以会想到裁量基准制度，是因为他们发现执法中还存在很多问题，比如执法随意、裁量不公，还有更突出的，因利益驱动而滥施罚款等。他们还发现，个案监督、案件评比、执法检查等这些常用的监督方式都属于事后监督，不能从源头上防止滥用自由裁量权，所以，这些执法上的问题就像痼疾那样，“年年出现，年年整改，却得不到根本解决”。而和英国学者戴维斯一样，他们发现“执法不一致”通过裁量基准就能很容易解决。因此，金华市公安局从

2003 年就开始在全市公安机关开展行政处罚裁量基准的试点工作，在裁决前控制自由裁量权的行使。

从更深层次的角度看，当前我国社会公众对行政执法的要求不断攀升，行政改革也在逐步推进，在这两者的相互作用下，行政机关加强内部执法的规范化建设是势在必行的。域外也面临着这些问题，从总体上看，有一点我们与域外是共同的，即都是在民主宪政迅猛发展的背景下，催生出了一定质的变化，这种变化就表现为，对行政自由的控制发生了由他律向自律、由外在到内在、由被动到主动的转变。

在我国，裁量基准只是近些年来才时兴的一种创新举措，它还没有普及所有的行政领域，行政法学界对它的关注也很不够。但它未来将成为行政法理论和实践的一个重要增长点。从实现法治主义的道路看，裁量基准实践无疑应当进一步扩大，适用到所有行政领域和所有行政事项，它应该成为今后我们政府法制建设的一个工作重点。

三、设立裁量基准的主体和程序

按照现在的发展趋势，裁量基准将涉及社会生活的方方面面，这样设立裁量基准的主体和程序又成了一个新问题。

1. 裁量基准的制定主体

从制定主体来看，在我国，从国务院到乡镇人民政府都有权制定规范性文件，这有着宪法和组织法的依据。这样看来，指南、手册和裁量基准的制定主体也应该一样广泛，但事实上争议还是很大的。

官方的声音似乎是要把制定权收归到各省级政府和国务院各部门，稍微宽容点的，也只能下放到设区的市。原因很显然，在目前的行政科层制下，限定机构的级别，能够保证裁量基准的权威性，也能够保证政策和执法的统一性，避免各自为政的情况出现。

但这种态度实际上是有问题的：首先，它忽视了法律空间内，一

个政策的形成必须先由基层试错开始，经过不断试错之后，才有可能形成较为稳定的政策取向，另外试错的风险也需要一个集体的载体来降低。其次，它也没注意到，裁量本身就允许地域、部门的差异，离开了地域性、部门性，也谈不上真正的统一。所以，一味地排斥基层制定指南、手册和裁量基准，既不务实，也缺乏灵活性，还与现行组织法的规定相抵触。

我的观点是，如果省、市已有指南，基层就不用再花费心思，画蛇添足。除非是省、市的规定过于笼统，那么基层可以根据实际再做一定细化。当然，我也反对基层一哄而上，方方面面都开展裁量基准的制定，只需要关注实践矛盾频发的部分就足够了。

2. 裁量基准的制定程序

在程序方面，指南、手册或裁量基准关注的重点不同于立法。它们追求灵活性和便捷，因势而变，制定成本较为低廉。这使得立法的繁文缛节，比如听证、专家参与、草案公布和征求意见等，对裁量基准来说是不适宜的。可以说程序规定的越多，就越背离了裁量基准的制定原意。

此外，关于公众参与的环节，周佑勇教授认为：“裁量基准的订立既是对法律认识理解的过程，也是行政机关与相对人沟通、协作、服务的过程，它最大的优势是规制对象广泛而直接的参与”，因此“必须引入公众协商机制，强化行政过程中的利益沟通”。但我看来，像行政处罚这样较为具体的行政活动中，裁量基准的设定更多要依靠行政知识和经验，而缺乏这方面知识的公众参与可能是盲目的、低效的。基准草案的事先公布和征求意见，不仅增加了行政成本，拖延了时间，而且收益并不大。媒体和公众对个案不公的关注，采取对裁量基准事后批判的方式，可能更有助于对基准有针对性的改进。但是专家参与起草和论证的制度应该是必不可少的，关注他们对基准的意见和批评，是提高裁量基准质量最有效、成本也最低的方法，能够实现由实践到理论的升华。

3. 我国的规定及其评析

在国务院先后发布的有关依法行政的四个重要文件中，除《国务院关于全面推进依法行政的决定》（国发〔1999〕23号）没有对规范性文件作出专门规定外，其余三个都有较大篇幅的规定，突破了早先的《国家行政机关公文处理办法》，引入了现代正当程序的理念，汲取实践精华，贴近规程序，有同构化的趋势。通过阅读，我们可以耙剔、滤出如下规定：

- (1) 采取多种形式广泛听取意见。
- (2) 要积极探索建立对听取和采纳意见情况的说明制度。
- (3) 法制机构进行合法性审查。
- (4) 领导班子会议集体讨论决定。
- (5) 应当在政府公报、普遍发行的报刊和政府网站上公布。
- (6) 统一登记、统一编号、统一发布。探索建立规范性文件有效期制度。
- (7) 评估。规范性文件施行后，制定机关、实施机关应当定期对其实施情况进行评估。实施机关应当将评估意见报告制定机关。
- (8) 定期清理。规范性文件一般每隔两年清理一次，清理结果要向社会公布。
- (9) 备案审查，加强备案工作信息化建设。
- (10) 纳入实绩考核指标体系。

中国人治理社会，喜欢统一整理，规范步调，化繁为简，最好是诉诸立法，这样有力度，纲举目张。这也无可厚非，实践也证明有效。所以，我对上述程序总体持肯定态度。

但是，指南、手册或裁量基准的趣味不同于立法。它们追求灵活、便捷，随时而动、因势而变、成本低廉。繁文缛节与之格格不入。从程序入手的控制，实在要小心。程式愈多，去趣愈远。这一层英美看得比较通透，它们没有在程序上下足劲。

第一，在上述程序中，评估太过正式，实际上是要形成一种意见

的反馈与回应机制。基层在使用指南、手册和裁量基准时有何意见，可随时反映，制定机关应及时研究，修改跟进。而且，定期清理和规范性文件有效期制度，功效相近，取一即可，无须叠床架屋。

第二，征求公众意见、听证、说明理由，这在一些学者中颇有市场，但是，从我们与四川交警合作的经验看，我实在找不出要履行这些程序的必要。作为立法执行工具的指南、手册或裁量基准，其内容的民主性已很大程度上在立法过程中解决了。解释条文、确定执法标准、建立操作规程，更依赖专业知识、注重实践经验。专家的意见是中肯的，专家参与论证是必要的，但征求公众意见，就有些不着边际了。当然，如果在执行法律过程中需要形成政策，且有着多种选择，俯仰之间，关涉相对人权益较大得失，尤其需要公众理解、支持和配合的，那么，就要考虑适度的公众参与了。所以，是否要履行上述程序，最好给出一些标准，让行政机关去裁量。

第三，之所以在法律中要以大量的不确定概念、裁量等方式授权给行政机关，就是希望后者有发展政策的空间，以适应快速发展、变化不拘的社会。这也就从根本上否定了通过立法控制的可行性。这也解释了为什么尽管宪法与组织法上规定有权力机关的监督和撤销权，但实际效果却不彰显。

我之前在一篇文章里研究了金华实践。金华对裁量基准的制定经验有自下而上的特点，是建立在各区县公安机关的实践经验基础之上，再做进一步总结提升。

首先，金华确定一些有条件的区县公安机关，先“摸着石头过河”，由他们选择辖区内一个至两个案件数量多，执法较规范的科、所、队作为试点单位，总结以往的实践经验和做法，先行制定出若干裁量基准。

其次，考虑到违法行为的种类较多，在短时间内很难全部建立裁量基准，所以只选取占处罚量80%以上的赌博、卖淫嫖娼、偷窃、无证驾驶、违反互联网营业场所管理五类违法行为，试点单位从中选择一种至两种，开展裁量基准制度试点。

显然，由于各地以往实践的差异，裁量基准必然会出现地区性差异。因此，在试点工作基础上，市局又召开了一系列交流会，对执行中发现的不合理及时修改和完善。最后形成一个统一的裁量基准实施意见，统一认识、规范执法。

因此，金华的裁量基准是经验的总结，从某种意义上说，是“遵循先例”原则的一种中国化运作方式。但仍然有可以改进的地方，使程序更加的精致、科学。比如，分别遴选几个有代表性的派出所，像城区派出所、城乡接合部的派出所以及农村派出所等，再以近几年来治安案件的处理情况为样本，分门别类的进行整理和归纳，包括考量的因素、违法情节及其量罚的幅度、事后有无申请复议或起诉等指标，比较同类案件处理中的异同，找出产生误差的原因，在此基础上制定统一的行政裁量基准。

四、裁量基准的公开

（一）我国实践的分歧

在我国，裁量基准、指南、手册的公开，存在不规范、随意的问题，夹杂着中国情境下的利害考虑。大致三种意见：

（1）应当公开。理由有二：一是指南、手册和裁量基准关乎行政权运行，其中的法律解释、执行标准、操作规程，“涉及公民、法人或者其他组织切身利益的”，“需要社会公众广泛知晓或者参与”，对规范行为、预测后果、消弭行政纠纷、监督执法，大有裨益。无论是依据《政府信息公开条例》第9条，还是2010年国务院颁发的《关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号），都应该公开。二是根据《行政处罚法》第4条第3款规定，“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”。

（2）不公开。这是来自行政机关的多数意见。指南、手册和裁量基准是对法律缝隙的填充。在这个过程中，行政机关会形成一些政策，

会溢出一些法律之外的东西，要么是违法行为的识别标准、量罚策略；要么是加强自我拘束的更高要求；要么是权力运行的具体程序与操作规程。这些政策、纪律、要求一旦公之于众，行政机关的顾虑有二：一是怕万一做不到，岂不授人口实？当事人会不会诉至法院？法院又将如何对待这些政策、纪律、要求呢？二是如果相对人洞察了有关政策、纪律、要求，会不会“钻空子”？所以，不公开较为稳妥，即便执法人员做不到，至多只是执法考评上受到批评，绝不会被诉至法庭。

(3) 公布。只是在案件处理过程中，要求行政机关告知当事人有关政策，当事人也可以索要有关指南、手册或裁量基准。它的好处是不张扬，也不容易被媒体、公众抓住把柄、评头论足。

裁量基准细化了法律，仅对内有拘束效力。对相对人来说，裁量基准不存在为他们设定权利和义务问题，但是，裁量基准是规范、指导行政执法人员具体操作案件的指南，因此对相对人也是极有意义的。可以说，裁量基准对基层行政机关约束力越强，对相对人权益的影响也越大，从这个意义上来说，裁量基准的公开，就变得顺理成章了。所以，有关裁量基准的文件，应当属于《政府信息公开条例》第9条、第10条中规定的要求政府主动公开的信息范围。

(二) 发现问题的症结与解决问题的立场

其实，细细品鉴，我们不难有三点发现。首先，第一种观点有道理，但在说理上仍嫌乏力。另外，引用《行政处罚法》对公开的要求，显然是误读。这普遍见于文献、学者当中，实在太乱。对“依据”的理解，有执法和适用意义上的，也有诉讼意义上的，彼此并不相通。其实，指南、手册和裁量基准只是规范性文件，根本不可能作为处罚的依据。“依据”在行政诉讼上有着分权基础，只有法律、法规是依据，规章、规范性文件只是参考、引用，必须通过法官的合法性审查之后，才能作为“审判基准规范”来适用。在我看来，规范的效力只有归拢到诉讼意义上，才说得通。

其次，第一种和第三种观点没有根本分歧，实质上都是公开，只

不过前者是主动公开，后者是依申请公开而已。其实，现代政府的信息化建设已为公开提供了低廉、快捷的技术平台，文件上传仅在几秒之间，但是，实践部门却拒绝上传指南、手册和裁量基准，多愿采用依申请公开，其原因有三：一是新法出台之后，如何理解和执行，还需有权解释；条款所蕴含的裁量结构复杂多样，也有待实践、试错，仓促上传，行政机关害怕因其稚嫩而招来世人的讥嘲。二是行政机关人手不够、时间紧迫，上传之后，要想及时更新，恐怕有难度；不及时更新，又与《政府信息公开条例》第18条相悖。三是法律修订之后，行政机关更喜欢就其中修改的条款另作指南，简便之极，又易显工作成效。所以，在我看来，无论行政机关选择哪一种公开，都无可厚非。当然，我更青睐主动公开。

最后，第二种意见和另外两种却有着本质不同。之所以如此，从根本上讲，与法院如何看待指南、手册或裁量基准的效力有关。公开原本与效力无关，公开不意味着就有法律效力。但是，在中国情境下却变成了问题，因为效力不清，法院态度不可捉摸，所以，反过来影响了公开。

（三）金华实践的做法

金华在实践中也认识到公开的重要性，但或许是考虑到有些基准还在摸索中，不够成熟，基层恐怕承受不住完全公开之后公众的监督压力，因此金华公安局在实践一开始采取了“逐渐公开”的策略，“进行有限的公开，将裁量标准中的原则和从重、从轻、酌定情节的掌握，必须拘留的情形和不履行的后果等向社会公开”。

此外，这种设定基准是不是一种义务也有待商榷。在法律上从来没有课加行政机关这样的法律义务或者责任，从金华的实践看，也没有把设定基准当作是一种法定的、不得不为的义务，而是基于行政机关改进工作的热情，把它当作一种行政创新来尝试。最终它也作为一种成功经验得到了推广。

我认为，首要应从现有立法制度的角度来考虑，由于地域参数的