



□ 政府规制

地方政府债务风险的宪法学释析·····	王世涛	3
民间技术标准的行政利用·····	王贵松	18
PPP 模式下政府的角色定位		
——兼论担保行政法学模式的兴起·····	杨彬权	29
国家知识基础设施的行政法治理		
——以行政特许为视角·····	翟 翌 刘 杰	44
烈士评定条款的适用及其漏洞填补·····	侯嘉淳 孟鸿志	59
失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制·····	聂帅钧	76
人体基因科技风险预防之尊严观的反思与重构·····	石 晶	94

□ 行政处罚法实施

行政处罚上违法所得的认定和处置研究·····	郑 琳	108
行政罚款与行政执行罚的关系之辨·····	王明喆	122
“具有一定社会影响”的行政处罚决定公开之认定·····	卢荣婕	138
论行政处罚裁量基准的逸脱适用·····	王 杰	151

□ 行政救济

行政违法行为的检察监督·····	江国华 王 磊	167
行政复议中止的纠纷化解路径		
——以“实质性解决行政争议”为视角·····	张 琦	182
行政机关变更解除行政协议的司法审查·····	张青波	196

行政争议的中立评估及其制度构建·····	施立栋	210
行政行为“明显不当”的司法审查·····	王正鑫	225

地方政府债务风险的宪法学释析

王世涛*

内容提要：地方政府债务风险的处理应当遵循宪法逻辑，即政府与公民是一种信托关系，只要公民权利的需求仍在，政府就没有破产的理由。因此，地方政府破产只是财政破产但行政不破产。在地方政府破产重整程序中，地方政府提供的保障民生的基本公共服务优先于地方债的债权，因为前者保护的是大多数人的基本生存权。诉诸民主体制才能从源头上控制政府的发债权进而从根本上消除地方政府债务风险。只有地方财政自主才能真正确立地方政府的财政主体责任，而央地关系的法治化是明确地方财政主体责任的基础。地方政府破产通常首先由上级行政机关进行干预，但为了保证破产程序的公正性，司法监督应当成为最终保障性程序。预算的议会中心主义原则决定了地方政府债务风险的宪法责任。

关键词：地方债 地方政府债务风险 地方政府破产 地方财政自主

• 3 •

一、引言

公债是政府破产的原因。国债可能导致国家破产，地方债则可能导致地方政府破产。前者需要由国际组织和外国救助，属于国际法范畴。后者则是在一个主权国家内由上级行政机关或司法机关干预，属于国内法的领域。

在自由资本主义时代，公共服务的需求较少且单一，大量的服务由市场提供。然而，随着国家从自由治国到社会福利国的转变，人们对政府提供公共服务的诉求在不断增长，小政府、少税收的理论被修正，其直接的结果是公共服务的价格虚高。20 世纪中期以后，西方国家的政府职能扩大，财政赤字也因福利国家政策的推行而日趋严重。政府的税收规模日益增加，预算议会主义受到严重贬损。^{〔1〕}近年来，西方各国越来越多的地方政府出现了债务风险，有的甚至宣告破

* 王世涛，大连海事大学法学院教授。

〔1〕 参见朱孔武：《财政立宪主义研究》，法律出版社 2006 年版，第 111 - 112 页。

产。虽然西方各国通过一定的法律程序处理破产问题，但未必都称其为破产，有的称为“支付不能”，有的称为“财政重整”。据公开资料显示，自20世纪30年代以来，美国已约有655次地方政府破产案例，日本也已有884个地方政府宣告财政重整。德国的《破产法》又称为《支付不能法》，其第12条规定了公法人破产问题。但根据德国《破产法》，联邦或州的财产不准许进入破产程序，这旨在维持国家和公共行政部门的职能。即便无力偿债或欠债过多，也只能靠国家或行政手段来解决。但受州监督的公法人的财产，在州法有特别规定时则可以进入破产程序。近年来欧洲经济危机导致州政府破产成为德国国内讨论的热点。

与西方国家不同，我国地方债产生的原因在于经济市场化背景下财政的地方分权。为重构中央与地方的财政关系，我国于1994年进行了分税制改革，把税源稳定、税基广的税种划给了中央，把税基较小、征收难度较大的税种划给地方。由此使中央财政收入占国家财政收入的比重从分税制改革前一年1993年的22%猛增至1994年的55.7%，此后维持在52%左右的水平；相应地，1994年地方财政收入所占比重较1993年骤降了32%。然而，中央财权增加，却没有相应增加事权；地方政府的财权锐减，但事权却反而逐渐增加。财权上收、事权下沉使地方政府的事权与支出责任非常不匹配，地方政府财政收支不平衡日益加剧。当地方政府土地财政难以维系时，发行地方债成为地方政府迫不得已的选择。然而，地方债的体制弊病和立法缺失又导致其滥发或超发，甚至一度失控。截至2016年，贵州和辽宁的债务率分别达到120.2%、197.47%，云南和内蒙古的债务率分别为111.23%、104.7%，均超过国际上100%债务率红线。^{〔2〕} 2020年的疫情使我国的地方财政面临巨大压力，也使地方政府的债务风险增加。

• 4 •

可以说，只有正视破产，将资不抵债的地方政府纳入破产的法律程序才能降低地方政府的财政风险。然而，长期以来我国对“政府破产”却讳莫如深，因为破产对于公有制经济与社会主义国家来说是禁忌。尽管我国经历了经济市场化的改造，企业破产得到理念与制度的认同，政府破产却仍处于意识形态的禁区。但近年来，越来越多的学者认识到，我国地方政府破产是可能的而且是必要的。如果地方政府还不起债，就应该让其破产。^{〔3〕} 尽管地方政府的债务以其税收作为担保（而且地方政府的税收在理论上可向未来无限延展，因而是很好的信用担保），地方政府完全可以通过向后代人征税的方式清偿债务，但“远水解不了近渴”，在一定时间内，税收的数量毕竟是有限的。同一预算周期内的税收不足以偿还到期债务时，即当地方政府出现了债务违约时，就不得不“破产”进行财政重整。但地方政府破产只不过是针对其暂时的财政能力而不是针对其公共职能，资不抵债不能导致地方政府丧失主体资格。正如破产法专家曹思源所言：地方政府破产是指地方财政破产，并不等于政府职能破产。^{〔4〕} 因此，地方政府破产意味着地方政府的债务风险，破产对于地方政府而言只是一种经济运行危险的警示，并不会产生地方政府作为一个

〔2〕 从法律意义上讲，地方政府破产指的是无力偿还到期债务，但各国评判标准各异。一些国家用偿债率指标来评判地方政府是否达到了破产的标准，对偿债率设置上限，超过该限度就被认为濒临破产。哥伦比亚把偿债率定义为偿债支出占经常盈余的比重。俄罗斯将其定义为偿债支出占总预算的比重。日本规定赤字额超过了标准财政规模的5%（都道府县）或20%（市町村）即发生破产。参见财政部预算司课题组：《地方政府举债的破产机制》，载《经济研究参考》2009年第43期。

〔3〕 参见廖钦福：《公债财政健全原则之研究》，载刘剑文主编：《财税法论丛》第2卷，法律出版社2003年版，第355页。

〔4〕 参见曹思源：《地方政府濒临破产怎么办？》，载《南方周末》2018年11月5日。

政治实体终结的结果。地方政府破产法律程序的适用只是为了避免政府陷入更严重的债务风险之中。^{〔5〕} 尽管地方政府破产可能会危及地方的政治秩序及社会稳定,导致政府公信力的贬损以及公共服务能力的降低,但地方政府破产是防范地方政府债务风险的有效机制:明确可预见的破产机制可以使地方政府时刻具有危机意识,重视财政可持续原则,对举债规模有所顾忌,倒逼政府成为“廉价”政府,从而达到防范债务风险的效果。另外,良好的破产程序能防止可能发生的道德风险。^{〔6〕} 因此,地方政府破产的结果是地方政府自我保护机制的启动——通过财政重整约束其各种非必要支出,通过预算和重整计划严格限制政府的不合理开支,恢复其偿债能力,形成对地方政府财政复兴的反向激励。可以说,对于地方政府而言,破产不是死亡而是重生。

我国地方政府的债务风险如何防范和化解?直接规定应对性的措施和预案只是权宜之计,而治本之策在于宪法体制的完善。因为,地方债及地方政府破产的债务风险背后隐含着宪法逻辑。为什么地方政府财政破产而行政不破产?因为地方政府“因公益而不倒”,政府作为公民权利的附属物,其存在的原因在于提供公共服务,只要公民权利的需求仍在,政府就没有破产的理由。而且政府提供的公共服务对应于一般纳税人,而地方债对应于特殊的债权。在对地方政府进行破产重整时,对应于一般纳税人的公共服务应当优先于地方债的债权,这是宪法人权保障原则的根本要求。毫不夸张地说,我国地方政府债务风险产生的根源在于宪法体制,如果预算的议会中心主义原则以及人大对政府预算的刚性约束确立的话,地方政府的发债权便能得到有效控制,从而能在源头上防范地方政府的债务风险。倘若我国央地之间事权与支出责任的法治化以及地方财政自主制度能够建立,那么地方政府独立承担偿债的主体责任才能确立,否则中央政府不可避免地要为地方政府的债务“背书”。怎样才能更好地处理地方政府破产案件?我国目前采取的单一行政手段虽高效但却有悖于公平原则,司法监督应当成为地方政府破产案件最终的保障性程序。我国目前地方政府债务责任的追究中,通常以法律责任甚至党纪责任代替宪法责任,导致权力与责任的错位,因而不能从根本上治理地方债的乱象。

• 5 •

二、处置地方政府债务风险的根本原则——民生保障优先

税收契约是基础性契约,地方债契约是附属性契约。因为,税收的对价是公共服务,体现的是国家与公民之间的普遍的基本的经济关系;而地方债只是税收的补充形式。税收作为基础性契约是政府之所以产生的原因,地方债作为附属性契约是政府存续的助力。地方债是一次性契约,而税收是永续性契约,地方政府可以因为债而破产,但却因为税收而不灭。

基础性契约权利的效力高于附属性契约权利的效力。即当两种权利发生冲突时,纳税人享受基本公共服务的权利优先于债权人的债权。因为前者具有公益价值取向,而且是更基本的权利——生存权利;而地方债的债权人主要是投资人、食利者(如银行等金融机构)。因地方政府

〔5〕 参见王世涛:《财政宪法学研究》,法律出版社2012年版,第200-203页。

〔6〕 参见孙悦:《地方政府破产与财政重建研究——以日本北海道夕张市为个案》,载《公共行政评论》2011年第1期。

破产造成的损失，在前者是民生保障的侵害，在后者则是少数债权人投资复利的丧失。也就是说，当地方政府出现债务风险时，必须首先保证其基本公共服务的支出——这是基本契约的义务，基本公共服务的满足是地方政府债务清理的前提。

在美国，因地方政府的大部分财产与公共利益的实现息息相关，即使该地方政府进入破产程序，也不允许债权人申请执行地方政府的财产，因为这样会损害其公共服务职能的履行（而晚近兴起的公共信托理论更是认为这些公共财产的所有权属于一般公众，债务却属于地方政府），故法院大部分时候会禁止债权人对地方政府财产的执行行为。因此债权人最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令，但即便如此，地方政府的税收收入仍必须首先满足其提供基本公共服务的需要，即地方政府的必要运营费用在破产程序中必须优先于一切普通债权得到满足，如有剩余才能分配给债权人。^{〔7〕}可见，美国地方政府破产制度赋予了地方政府超债务契约的特权，如地方政府有决定是否申请破产以及提出何种债务调整协议的完全自主权，其对于自身事务的管理权一般也不受破产程序的限制。这样地方债的债权人只剩下少得可怜的程序异议权和最终决定是否接受债务调整协议的权利。我国的地方债务处置程序也体现了民生优先的原则。在德国，根据《破产法》，一个州的公法人发生支付不能或者资不抵债的情形时，该公法人的雇员可以依《社会法典》第三编向劳工局和依《关于改善企业养老的法律》向破产保障机构请求薪酬或其他给付。在我国，地方政府实施财政重整计划的基本要求是必须在保障必要的基本民生支出和政府有效运转支出基础上，通过清缴欠税欠费、压减财政支出、处置政府资产等一系列短期和中长期措施，使债务规模和偿债能力相一致，以恢复财政收支平衡。

• 6 •

然而，地方政府债务风险中民生保障优先原则并不是绝对的，毕竟地方债的债权人基于契约享有的权利也应受保护，因此，不能为了公共服务而完全牺牲债权。也就是说，地方政府的公共服务也应当受到合理的限制，应寻求两者的合理平衡，遵循比例原则。首先，纳入破产程序的地方政府通常只提供基本的公共服务，如公共安全秩序、医疗卫生、道路交通等涉及公民基本权利（主要是生存权）的事项。其次，提供的基本公共服务只能是基础性标准，即破产后的地方政府提供的公共服务不可能达到破产之前的水平，其服务的品质和范围应当有一定的限缩，只要能够维持公共秩序的正常运行，不出现重大的公共安全和秩序危险即可。在这一合理的范围内，执行最低标准。这意味着因地方政府破产一般纳税人所享有的公共服务水平会降低，而且还要承受地方政府为还债而增加的税收。如日本夕张市进入破产程序后，终止了除必要最小限度的公共事业以外的一切其他事业，保持全国范围内最低水准的公共服务，而且提高了市税的税率和公共服务费，普遍向市民增税，并导入新型税，增加各种设施的使用费。破产后的四年间，夕张市公务员数量也从309人减少到127人，退休金在这四年里也阶段性地减少了四分之一，公务员的工资与2007年4月相比平均减少30%。^{〔8〕}2008年，美国阿拉巴马州杰斐逊县宣布破产后，该县地方

〔7〕 See Michael W. McConnell, Randal C. Picker, When Cities Go Broke, A Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy, 60 (2) *The University of Chicago Law Review*, 430-431 (1993). 转引自张力毅：《通过破产法解决地方政府债务危机——美国的经验和启示》，载《行政法学研究》2016年第3期。

〔8〕 参见前引〔6〕，孙悦文。

政府实施了一系列的重整措施,如解雇了一部分公务员,压缩了固定资产投资,削减了公共服务项目。但在美国,公民可以行使“用脚投票”的权利——迁徙自由——以规避这一损害。然而,人口数量的减少、财政复兴信心的下降可能会进一步增加地方政府的债务风险。

我国在处理地方政府债务风险时也注重民生保障与债权人权益之间的平衡,如《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》中规定:对于债务风险列入预警范围的地方政府“要通过控制项目规模、压缩公用经费、处置存量资产等方式”偿还债务。《财政部关于对地方债实行限额管理的实施意见》也规定,“列入风险预警范围的地方各级政府……通过控制项目规模、减少支出、处置资产、引入社会资本等方式,多渠道筹集资金消化存量债务”。对进入债务清偿程序的地方政府的财政进行“开源”与“节流”。在“开源”上,地方政府应当适当加大税费征收范围和征收幅度。在“节流”上,地方政府在保障基本公共服务前提下,应当适当减少或降低公共服务数量、规模。

三、防范地方政府债务风险的基本前提——财政民主

地方债的发行应当纳入当地预算审查的范围,遵循议会民主的原则。19世纪80年代,日本确立了“发行地方债务必须通过议会”的原则。后来这一原则被1946年《日本国宪法》进一步明确。正如洛克所言:“政府没有巨大的经费就不能维持,凡享受保护的人都应该从他的产业中支出他的一份来维持政府。但是这仍须得到他自己的同意,即由他们自己或他们所选出的代表所表示的大多数的同意。”〔9〕哈贝马斯程序主义民主观则把所有相关人参与了合理商谈之后的同意作为法律的正当性基础,这一民主观以交往为前提,以话语为核心内涵,可称为民主的话语模式。民主的形成过程是商谈和交往,民主的核心是交往的法治化和制度化。〔10〕哈贝马斯的程序主义民主观契合财政民主主义原则。即国家之收入与支出,对于国民生活有重大影响,应在民主宪制制度所提供的政治公共领域由国民参与,最后由人民对于重大财政事项作出决定。

按照洛克的观点,国家与人民之间不过是信托关系。财政民主原则着眼于财政的民意基础,财政权作为国家权力,其享有和行使必须经过人民的同意和授权才具有正当性。财政民主意味着财政的人民主体性、人民目的性,“取之于民、用之于民”只是财政民主的表层含义,实质意义上的财政民主是指财政的人民主权。国家财政应属于人民所有,受人民管理、制约,并为人民利益而存在。〔11〕财政民主就是经人民同意、按法定程序,公开透明地理财和治财的过程。财政民主基本上包括两个方面的内容,即:必须保障人民真正行使财政事务的权力;保证财政权力真正置于人民的监督之下。〔12〕地方债的发行、使用都应该由人民通过一定的法律程序加以决定。地方债的发行从国家理财到民主理财的转变,实际上是还权于民的过程。因为,公共财政的权利主

〔9〕〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第88页。

〔10〕参见任岳鹏:《哈贝马斯:协商对话的法律》,黑龙江大学出版社2009年版,第128-131页。

〔11〕蔡茂寅:《略论财政法之基本原则》,载《第二届中国财税法前沿问题高端论坛:财政立宪与预算法变革论文集》(上),第1页。

〔12〕姚来燕:《论财政民主》,载刘剑文主编:《财税法论丛》第5卷,法律出版社2004年版,第256-258页。

体是人民，国家只不过作为代理人对人民财产进行管理和经营。民主理财意味着财政议会主权对财政行政主导的否定，虽然政府作为人民财产代理人的身份没有改变，但政府财政权力形成于、受制于代议机构。

我国《宪法》第99条第2款规定了县级以上地方人大对地方预算和预算执行情况的审议权。对预算的审查内容就包括发行地方债的数量与规模。因此，我国地方人大对当地地方债的预算审查的民主原则具有宪法的规范依据。这一宪法规定实质上确立了我国财政议会中心主义原则，即保证人大对重大财政事项的最终决策权，这成为财政民主主义的首要内容。这一财政议会中心主义原则通过议会审议以及预算控制对地方债的发行进行严格的审查，包括发行地方债的上限、地方债的规模，在健全财政主义的指导原则下，考量地方债带来的本息支出是否已造成财政僵化的效果，并充分考量偿债能力的高低，以及国民对地方债的忍受程度来综合评判，通过程序的民主性来保证地方债发行规模的适度性。^{〔13〕}

可以说，只有通过一定的民主机制限制地方政府滥发地方债，才能从源头上防范地方债的风险，即将地方政府债务纳入地方政府预算由人大进行审议。当然，这依赖于人大对政府监督权的强化，但不能因为目前的实际效果而否定其制度价值。因为，在我国现行宪法体制下，对地方债的发行，除了人大的预算监督，没有更好的监督方式。政治实体的财政管理与经济实体的财产经营一样会面临风险。地方政府作为政治实体，以一定的财政资金为运行的基本物质保障，因而也有必要进行有效经营，提高政府的资产效能，降低财政运行的成本和风险。政府其实就是纳税人财政资金的经营者，经营不善就应当对纳税人负责。纳税人通过选票选择政府，一个重要的目的就是让称职的政府掌管纳税人的财政资金。因此，防范地方政府破产风险的最根本措施是保障公民对地方政府的选举权及对官员的选择权。地方政府财政风险防控任务与民主制度（财政资金的委托管理）存在意义关联。据此，地方民主选举制度的完善既构成地方债务风险治理的重要条件，也是消解地方政府债务风险的基本前提。

但需明确的是，地方债及地方政府破产机制所涉及的是地方民主，即一定地域范围内的民主。世界各国宪制实践表明，特定地域内的民主机制更具有真实性和有效性。地方民主的正当性理由是：只涉及地方利益的事务由本地公民自主决定，既排除本地政府的专制，也防范中央政府或上级政府以整体利益之名实施的多数人的专制。美国经济学家奥茨在“联邦财政主义理论”中提出“奥茨分权化定理”，其认为地方政府将一个帕累托有效的产出量提供给它们各自的选民，总是要比中央政府向全体选民提供的任何特定且一致的产出量有效率得多。因为与中央政府相比，地方政府更接近自己的民众，更了解其管辖区选民的效用与需求，在他看来，“地方政府之所以被创建出来，是由于偏好在地方区域内都相差无几，而在地方区域之间则相差悬殊”^{〔14〕}。从这个意义上出现了地方民主与地方自主的价值耦合。

然而，地方财政民主也会产生“外部效应”，具体表现为两个方面：

一方面，在市场经济条件下，各地财政之间存在一种竞争关系，基于地方保护，为了局部利

〔13〕 王锴：《论公债的宪法基础》，载《中州学刊》2011年第3期。

〔14〕 Wallace E. Oates, An Essay on Fiscal Federalism, 37 (3) *Journal of Economic Literature*, 1120-1149 (1999).

益,地方议会完全可能不顾当地财政的实际状况而盲目发债。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主发债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。我国各地的地方债也出现了类似的情形。

另一方面,地方债是由地方政府未来税收作为担保的,存在着代际间的公平问题。代际公平的实质是通过一定社会制度实现有关利益或者负担在当代人和后代人之间的分配。如果假定当代人和后代人都是具有道德感的主体,那么代际公平的核心就是要寻找不同时间的一致同意,即一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式。如果税收的正当性基础在于当代人的一致同意,那么可以说地方债的公平性前提在于当代人与后代人的价值信守,其主要约束的是当代人集体的自私的物欲冲动。由于各个世代存在时间上的先后顺序,而且这种时间顺序是不可能逆转的,当代人很容易运用对于后代人的压迫性力量,影响后代人的生存发展和享有人类文明。不同世代的人和同时代的人一样相互之间有种种义务和责任。现时代的人不能随心所欲地行动,而应受制于一定的正义原则的要求。^[15]有鉴于此,自2003年以来,德国后代人权基金会(Foundation for the Rights of Future Generations,简称FRFG)提议在宪法中加入代际公正基本原则的宪法修正案。该草案曾被移送给法律委员会等待进一步的审议。其内容为:“国家必须考虑可持续性原则,在制定政策中必须保护后代人的利益。”另外,其还提议第109条国家财政准则应该增加相应限制公债的内容。^[16]可以说,因地方债引发的代际利益突出尤为强烈,体现为地方债对未来税款的透支,纳税人与享受公共服务者之间出现了时间上的错位:享受公共服务者将来未必纳税,而真正的纳税人将来未必享受该项公共服务。在某种意义上,税收实际上是当期交易,纳税人缴纳税款的对价是现时的公共服务,而且税款的数额与公共服务的内容是双方经过博弈而达成一致的结果。而地方债却是非当期交易,后代纳税人要为前代的纳税人享受的公共服务买单。在宪法体制上,地方债的代际公平体现为先后不同届别的政府之间,决定发债的一届议会通常会将偿债的义务转嫁给下届议会。德国学者普特纳(Püttner)认为:“按民主政治体制下政府之权力系附有期限,不论政府或国会权力均只能行使到下届选期为止。现时对公债之发行,课未来政府以还返本息之义务,此侵犯到未来政府之收入权及未来国家之立法裁量权,而破坏宪法之限制,故属违宪之侵犯职权行为。”^[17]政府官员的任期制加剧了上下届政府之间的代际不公平。在我国,地方政府行政首长任期较短,更关注任期内的政绩,当无足够的财政资金时,多借债融资。发债的地方行政首长会因政绩而异地升迁,而下届政府却陷入财政困境。

总之,地方民主体制是防范地方政府债务风险的基本前提,只有当地方民主机制的结果产生了“外部效应”,中央政府才有必要依法进行调整。但中央政府应避免干预地方自主的活动,在

[15] 参见〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2014年版,第68页。

[16] See Marco Wanderwitz, Peter Friedrich, Anna Luhrmann, Michael Kauch, Changing the German Constitution in favour of Future Generations—Four Perspectives from the young Generation, 转引自冉富强:《公债的宪法控制》,中国政法大学出版社2012年版,第36页。

[17] 葛克昌:《国家学与国家法》,月旦出版社股份有限公司1996年版,第132页。

按照一定基准，满足各地方政府之基本财政收入需要，以维护全国统一的、最低的基本服务后，上级政府应尽可能维持中立，让地方政府自我治理、自主决定，并自行承担相应责任，使“自主”与“责任”相连接，这被称为财政调整的“事务中立原则”。〔18〕

四、确立地方财政主体责任的基础——地方财政自主

地方政府破产涉及地方政府财政的主体责任，但如果地方政府不是独立的财政预算主体，不具有独立公法人资格，其破产必然面临着责任最终无法确立的窘境。而只有地方自主治理，才能确立其独立的公法人地位。中央政府对地方政府破产不救助是上述原则的必然要求。众所周知，地方政府对外发行债务时，是以未来税收及其他财政收入作为担保的，如果央地收入规则明确，地方政府的未来收入是可以测定的，通过对未来收入规模与借债数量的对比，评估机构可以对地方债的信用进行评级，为债券投资者决策提供必要的参考。〔19〕但如果央地收支关系不明确，地方的未来收入就缺乏可预期性，地方债的信用就会降低，这也会增加地方债的风险。因此，地方政府破产的前提仍然是央地关系的法治化，财政纵向分权的规范化。

在联邦制国家，联邦与邦（州）各自预算独立，德国《基本法》第109条第1项即规定：联邦与各邦的财政收支管理各自独立，互不依赖。为实现宪法上的中央与地方均权制度，应确保地方政府的预算独立，地方政府在预算的编制上拥有自主权，此即所谓“预算自主原则”。因此，各邦有举债权，各邦也同样具有破产决定权以及独立承担债务的责任。美国联邦宪法第十修正案规定：“宪法既未委托给合众国，亦未禁止各州（使用）的权力，分别被保留给各州或人民。”由此可以推论：在联邦政府征税和举债之外，州和地方政府仍然享有自己独立的征税权和举债权。在美国，联邦与州是独立财政实体，进行独立预算，因此，州政府发行债券是其当然保留的权力，故而有联邦债券、州债券之区分。但实际上，因为州具有一定主权，所以州债券仍然属于国债的性质，而美国的地方债为市政债券。美国的州与市之间可视为中央与地方的关系，但州不决定市政债券的发行，而是通过立法将市政债券纳入法律控制体系中。美国联邦政府对地方政府的破产采取严格不救助原则，其债务风险由地方政府自行解决，这是地方政府破产的制度前提。其理念是权力自治、责任自负。这是联邦体制处理地方政府债务风险的必然要求。这一原则切断了地方政府对中央政府的财政依赖。如果中央政府对出现债务风险的地方政府给予救助，地方政府有了承担债务的依靠，会失去财政的自我约束能力，从而产生道德风险，而且对其他地方政府会形成扩散效应。与联邦政府原则上不救助相反，州政府一般会参与救助。美国各州对其辖区内的地方政府拥有广泛的权力，州法律对出现债务风险的地方政府通常要求其转让地方事务的控制权，在一定程度上部分接管地方政府的行政权力，包括修改或推翻原有预算方案、整合市政府各部门、削减政府官员薪水、变卖政府资产等重大事权。〔20〕然而，州政府参与地方政府破产的救

〔18〕 参见陈清秀：《财政宪法的基本原则——从比较法的观点探讨》，2017年11月14日在大连海事大学的演讲稿。

〔19〕 参见熊伟：《财政法基本问题》，北京大学出版社2012年版，第146页。

〔20〕 参见赵全厚、王珊珊：《美国地方政府债务危机与债务重组》，载《财政科学》2016年第3期。

助并不意味着州政府最后承担偿债责任。而且美国联邦政府对地方债不救济也不意味着其坐视不管。^{〔21〕} 晚近美国联邦制发展的主流趋势——合作联邦主义理念,体现在联邦层面的地方政府破产机制与州层面的特别财政干预相结合,让联邦与州通力合作以解决地方政府的债务风险。^{〔22〕}

地方政府享有独立发债权并非联邦制国家独有的现象,单一制国家也会如此。法国传统上是一个相对集权的单一制国家,但20世纪80、90年代的地方分权体制改革合理划分了中央与地方权责范围,规范了中央与地方的关系:中央政府主要职责是制定国家战略层面的规划,并对国民经济进行宏观管理,省级政府主要职责是负责实施国家的各项福利和保障政策,市镇政府负责为本辖区的居民提供公共产品服务。^{〔23〕} 此后,市政债券逐渐发展起来。在地方分权改革以前,法国地方政府只能通过中央政府审批后才可以发行债券。改革以后,地方政府可以自主发行地方政府债券。1947年,日本出台了《地方自治法》,允许地方政府在一定条件下发行地方债。地方债券基本上分为普通债券和公共债券。普通债券由地方政府包括都、道、府、县、市、町、村直接发行。但由于财政上的高度集权,日本地方政府举债受到严格限制。2006财政年度前,日本地方政府发行债券实行严格的审批制度:除非中央政府批准同意,地方政府原则上不得举债;地方政府发行债券须向总务省申报,总务省与财务省协商审批后下达各地发债额度。从2006年起,基于分权化改革,日本将严格的审批制转变为协商制。地方政府在一定条件下可直接举债,但报请总务省审批的地方政府可获两项优惠,总务省在计算对地方政府的转移支付时考虑偿债因素。^{〔24〕} 可见,单一制国家的地方政府也可以同样享有财政自主权。这表明,在地方债发行上单一制或联邦制并不是决定性因素,地方政府的自主发债权取决于地方独立的预算权。也就是说,如果地方保有独立的预算权,就应当有独立的发债权。而且只要实行地方自治,地方自治体与层级无关,任何层级都有独立的预算权和发债权以及债务责任能力。^{〔25〕}

• 11 •

不同层级代议制机关只意味着表达民意范围的不同,中央代议制机关体现的是全国范围内的

〔21〕 同属联邦制国家的澳大利亚,在有关地方债的问题上与美国有不同的进路:从放任,到管制,再到宽松,最终通过市场化机制调节联邦与州的发债权。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主借债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。1927年,澳大利亚借款委员会成立,代表联邦接管地方债务,实施严格管理。地方债券由中央政府代发,借款数量、利率、时间和种类都受到管制,这对规范借贷行为、提高政府信用起到了重要作用。但随着经济发展,这种管制政策逐渐暴露出过于僵化的弱点。20世纪50年代后,联邦政府放松了管制,澳大利亚各州通过成立国库公司,对地方债进行市场化运作,既规避了中央政府代发地方债券带来的信息不对称和道德风险问题,又避免了州政府自主发债模式容易产生的过度发债现象。参见陈碧声:《由乱到治:澳大利亚地方债管理式演变的启示》,载 http://www.xinhuanet.com/world/2014-07/18/c_126769891_3.htm,最后访问时间:2014年7月18日。

〔22〕 传统的二元联邦主义往往认为联邦与州的权力泾渭分明,并特别强调州主权不受联邦权力的侵犯,认为这是联邦制存在的必要基石。但随着经济的发展与社会生活的多样化,联邦与州的权力划分与管理范围却不再清晰,越来越多的领域(典型如环保、医疗保健)单纯依靠联邦与州都无法完成有效的治理,而必须有赖于二者的紧密合作,因此合作联邦主义的理念应运而生。地方政府破产对地方经济负有重大负面效应,对其他地方也会产生传导效应。因此,联邦和州有必要合作化解这一债务风险。参见前引〔7〕,张力毅文。

〔23〕 参见黄凯斌:《法国中央与地方政府行政职责划分情况及其启示》,载《江汉论坛》2007年第9期。

〔24〕 参见刘晓风:《美日法地方债制度的变迁及特点》,载《中国财政》2010年第6期。

〔25〕 我国现行《预算法》只允许省级地方政府发行地方债,省级以下地方政府的地方债只能由省级政府代发。实际上我国的地方债多数是由市级地方政府发行的,而且层级越低的地方政府面临着越严重的债务风险。下级政府不具有发债权却是实际的债务人,省级政府发债但却不是真正的债务人。最后的债务责任到底由哪一级政府承担?哪一级政府应当被宣告破产?我国的省级地方政府能破产吗?参见赵晓、陈金保:《“中央不兜底”地方债风险的前提》,载《金融博览》2014年第11期。

民意，而地方代议制机关体现的则是地方范围内的民意。同样作为代议制机关，全国性的代议制机关与地方代议制机关并不存在行政科层的上下级关系。在我国，宪法虽然没有对全国人大与地方人大之间的关系做出明确规定，但是地方人大也拥有其确定范围的法定职权。也就是说，地方人大在地方事务上依法拥有相对独立的法定职权。我国现行《宪法》第3条规定：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”，“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。上述宪法规定中的“民主集中制原则”中民主是集成的前提，这与人民主权的国体相适应，而“充分发挥地方的主动性、积极性的原则”实际上赋予了地方一定的自主权，当然包括财政自主权。根据《宪法》第96条、第99条的规定，作为地方国家权力机关，地方各级人大有权审查和决定地方的经济建设和公共事业建设计划，有权批准当地的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告。而目前地方债已成为地方国民经济和社会发展规划、预算的一部分。由此可以推论，地方人大发行地方债是宪法赋予地方人大的职权。但宪法的上述规范内涵是引而不发的，被实际运行的财政体制遮蔽了。

我国单一制的宪法体制并不排斥地方政府作为相对独立的财政主体的地位。1994年我国分税制改革后的中央与地方财政分权实行的是所谓的“财政联邦制”，地方政府取得了一定的财政自主权。但“宪制单一制”却严重压制了地方财政主体地位，地方仍不具有独立的财政自主权。在单一制国家，应当相信地方民主机制能够做出理性选择，因为当地民众是地方债的直接利害关系人，他们最有资格也最有能力做出决定。如果让中央替地方决策，实际上是让局外人或无直接利害关系人在替他们决策，而且如果中央代替地方在地方债问题上进行决策，就意味着中央要承担地方债的责任与风险。《企业破产法》适用的前提是企业法人主体资格的确立，如果企业法人主体资格未定、产权不明，就无法适用破产程序，破产还债的责任也无法落实。^[26] 同样，如果不具有独立的公法人资格，不享有独立的财政预算权，地方政府破产也会面临着巨大的体制上的障碍。尽管《预算法》规定一级政府一级预算，并要求各级预算收支平衡，但地方政府并没有独立的收入权，而受制于中央政府的单方决策。^[27] 而且由于我国财政立法权的法律保留，地方政府并无财政立法权，这极大地限制了地方政府财政预算的自主性。地方政府财政权力的非自主性决定了我国地方政府债务责任的非独立性。在地方不自治、财政不独立的体制下，中央不可避免地成为地方债的最后担保人。

1923年《中华民国宪法》在第十二章规定了地方制度，实行地方自治。1947年的《中华民国宪法》按照孙中山“均权主义”思想，确立了地方自治。关于地方债，即省债、县债，这部宪法划分了省、县之间的权限：“省债由省立法并执行之，或交由县执行之”；“县债由县立法并执行之”。由此确立了地方债由相应地方层级的政府享有立法及执法的自主权。这两部曾生效的宪法实际上已经开辟了中央与地方的财政关系的路径，即通过地方自治，让地方自主决定自己的财

[26] 我国1986年12月2日通过《企业破产法（试行）》，载明需等《全民所有制工业企业法》实施满三个月之日才开始试行。因为《全民所有制工业企业法》赋予了全民所有制工业企业自主经营、自负盈亏、独立核算的法人资格。此前全民所有制工业企业并无法人资格。当然，这一法人资格当时也只是理论上的、法定意义上的。因为全民所有制工业企业实际上仍处处受制于政府，并不真正享有自主经营权。结果导致《企业破产法（试行）》实施后相当长的时间内，全民所有制工业企业被宣告破产的寥寥无几。参见前引[19]，熊伟书，第145页。

[27] 参见前引[19]，熊伟书，第146页。

权行使。财权明确, 财政责任自然明晰。然而时至今日, 我国的财政法学者仍在不断地探讨中央与地方财权、事权以及支出责任的关系问题。这是因为我国现行《宪法》关于央地关系的体制上的弊病是财政法无法解决的。可以说, 没有宪法以法治为基础的地方自主治理, 我国的中央与地方的财政关系不可能理顺。

由此可见, 地方自主发债权、地方政府破产的前提是地方自主治理及其财政自主权。我国只有在法治基础上实现地方的自主治理, 才能完全厘清中央与地方的关系, 也才能明确中央与地方之间财权与事权的划分, 进而确立地方财政主体责任。

五、地方政府债务风险的公平性保障——司法监督

地方政府破产的债务风险是地方财政主体性失灵的体现, 是地方自主治理机制出现了“外部效应”的结果, 此时, 对地方政府进行外部干预是必要的。地方政府破产应当由行政机关介入还是由司法机关主持, 各国采用的模式不同。前者强调上级政府的积极干预, 程序简单、效率较高, 但容易导致行政擅断和偏私; 后者则重视司法体系的作用, 法治化与公平性较强, 但成本较高。

在日本, 政府破产要向总务大臣提交申请。由总务大臣作出“财政重建适用团体”的指定以后, 在国家的监督指导下制定财政重建计划。以北海道夕张市为例, 在接受中央政府与北海道厅监督的前提下, 地方政府制定了18年返还353亿日元的财政重建计划, 其财政规模也减少了七分之一。可见, 日本地方政府的破产重整主要是在上级国家机关督导下通过行政程序来完成的。但由于日本的法治化程度比较高, 其重整计划一般能够保证实施。

美国主要采用司法手段, 使法院在其中发挥关键作用。美国1934年批准了《地方政府破产法》(即 Summers-Wilcox Bill)。该法案对联邦破产法院的权力予以约束, 不允许其接管地方政府管辖权或控制地方政府财政, 以保障州政府控制地方政府的权力不受联邦破产法院侵犯。然而, 联邦最高法院并不认可这部法案, 并于1936年以5:4的投票结果判决其违宪。^[28] 根据美国《联邦破产法》的规定, 在地方政府申请破产保护之后, 联邦巡回法院任命一位资深法官来帮助市政当局进行债务重组和谈判。如2013年底特律市正式申请破产保护, 便是通过司法机关进入破产程序。2014年11月7日, 美国联邦法官对底特律市破产退出计划做出许可裁决。债权人实现其债权通常也是通过司法途径执行债务人的财产, 最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令。当然, 这并不意味着行政权力完全不发挥作用。美国《联邦破产法》明确规定地方政府在申请破产前必须得到州的特别授权。因此各个州完全可以根据自己的实际情况来决定是绝对禁止、有条件许可还是无条件许可本州的地方政府申请破产。^[29] 而且在实践中, 州政府往往还会参与债务重组, 缓解地方政府破产期间的流动性困境, 即通过向地方政府提供信用担保、提供贷款、协助偿还债券、技术援助等措施化解债务风险, 实现财政复兴。^[30] 经过破

[28] 参见陈松威、朱莎:《地方政府破产制度在我国的适用性研究》,载《上海金融》2017年第10期。

[29] 参见前引〔7〕,张力毅文。

[30] 参见前引〔20〕,赵全厚、王珊珊文。

产的一系统重整措施，使地方政府尽快恢复财政公信及偿债能力。

总体而言，各国在地方政府破产的行政干预手段上存在的最大问题是：上级行政机关倾向于维护地方政府的利益，从而使债权人受到不公平的对待。因为上级政府与下级政府利益攸关，上级政府不可避免成为下级政府破产的隐性担保人。在美国，地方政府申请破产会影响该州内其他地方政府的融资。因为美国的地方政府债券市场已经完全实现了市场化的运作，因而，一旦某个地方政府申请破产，投资者们就会对该州的整体债务偿还能力产生怀疑。因此，州政府会在保护破产地方政府资产的基础上制定债务调整计划，偏重于维护地方政府权利，债权人的利益不免受到挤压。因此，世界上实行地方政府破产制度的国家，多数都会兼容行政与司法两种手段，并将司法审查作为破产案件处理的最终选择。在南非，地方政府出现债务风险时，首先采取行政手段进行干预，努力化解财务风险，若这种干预无效，地方政府仍面临破产的危机，则转而采用司法手段。其实美国的地方政府破产也是行政与司法并用的模式。即当地方政府面临破产时，地方政府可提高税率或收费比率，增加财政储备，以提高偿债能力。但对暂时性或技术性财务风险，地方政府可与债权人直接协商，达成清偿债务的协议，按约定履行偿债义务。如上述债务风险自救机制无效，某些州政府会设立专门机构帮助地方政府摆脱债务风险。如果这一方案仍然无效，则只能依照《联邦破产法》，由司法机关适用破产程序。可见，美国的这一模式是以行政手段为前置程序，司法监督为最终程序。也就是行政手段解决不了的才通过司法手段处理，但司法手段是最后的保障性程序，因为无论如何地方政府破产案件的公正性价值至关重要。

• 14 •

我国对地方政府的债务风险采取的是纯行政手段。2016年11月，国务院发布的《地方政府性债务风险应急处置预案》（以下简称《预案》），应当被认为是我国关于地方政府债务风险的应对机制。《预案》规定：“省级政府对本地区政府性债务风险应急处置负总责，省以下地方各级政府按照属地原则各负其责。国务院有关部门在国务院统一领导下加强对地方政府性债务风险应急处置的指导。”《预案》的上述规定表明，我国地方政府性债务风险应急处置完全限于行政体制内部，并未提及司法权的介入。这是由于受我国财政行政主导的传统观念的支配，我国地方债的发行、使用和偿还被认为属于行政权的范畴，对其监督也封闭于行政权力体系内，而排斥司法监督。表现为：注重对地方债的问责，而忽略了对债权人的救济。然而，我国的上下级政府构成财政利益的共同体，下级政府债务重整的结果决定上级政府的财政总量，从而严重影响上级政府的财政状况和政绩指标。因此，上级政府参与下级政府债务重整，自然会维护政府的共同利益而不利于债权人。《预案》对司法监督的漠视凸显了我国地方政府债务风险处置的局限性，而且由于我国地方政府财政重整的法治化程度较低，也弱化了其救济功能及程序的公正性。

为此，应当实现我国地方政府破产的法治化，通过立法明确将地方政府破产案件纳入司法程序。当然，上级政府的行政干预仍有保留的必要，但司法程序应作为最后的保障性程序。其宪法意义在于，地方政府破产的司法程序构成一道制度屏障，保护公民的财产免受政府的进一步侵害。应当注意到，我国存在着司法地方化的问题，司法机关受制于地方政府特别是地方政府的财政部门，司法机关难以发挥对行政机关的有效监督作用，这在一定程度上限制了司法机关对地方政府破产案件审理的公正性。但这不应当成为否定将地方政府破产案件纳入司法程序的理由。无论如何，司法程序比行政程序公正性更强。正如，不能因为司法机关过分受制于行政机关而否定

将行政案件纳入司法程序一样，否则，整个行政诉讼制度变得毫无意义。

六、地方政府债务风险的责任形式——宪法责任

从某种意义上，地方政府破产责任是一种无限责任而不是有限责任。不能仅以破产清算时地方政府现有的财产为限进行清偿，而应当以未来的财政收入所得进行清偿。20世纪末21世纪初，巴西陷入了地方政府债务风险的泥潭。为此，巴西制定《财政责任法》确立了联邦“不救助”的规则，并以明确的量化指标设定了州政府在支出控制、债务上限、举债途径之禁止等多方面目标，^[31]以此确立了地方政府债务风险的法律责任。然而，基于民主宪制原理，包含地方债的预算案必须由立法机关审议通过，具有法律之形式，故被称为“措施性法律”，有别于通常意义的法律。因此，议会对地方债的预算进行审议并作出决定，承担的是一种政治责任，即宪法责任。在西方国家，因预算产生的财政风险导致的宪制危机时有发生，最终的结果可能是议会解散或内阁下台。然而，地方政府的破产只是财政破产，其政治上的法人主体资格永续，因此，地方政府破产一般不会产生地方政府整体的宪法责任。在美国，在一般情况下，地方政府一旦出现债务风险，州政府可以强势介入，其中最为彻底的一种方案为接管模式，即地方政府由州所任命的紧急管理委员会接管其职权，该紧急管理委员会拥有极为广泛的权力，有权决定原有政府工作人员是否留任，并有权进行财产变卖、税务改革、预算变更、开支审核、先期的财政重整以及决定该地方政府可否申请破产。但在特殊情况下，美国州法会撤销地方政府之政治实体资格，停止其公共权力行使，将此权力收归州所有。地方政府债务风险可能会导致地方政府的权力被取代。^[32]在日本，如果地方政府依照《地方财政再建促进特别措置法》成为财政重建团体的话，就意味着在重建期间其地方自治权被剥夺，而且其预算规模和公共服务范围要受到严格的限制。可以说，地方政府的政治实体资格被收回、地方自治权被剥夺是一种宪法责任。这一宪法责任是建立在地方自治宪法体制基础上的。

我国与西方国家的宪法体制迥异，所以地方债的预算可能会产生财政风险，但不会导致宪制危机。因为地方政府并不具有独立的公法人资格，很难追究地方政府整体的宪法责任。所有预算蕴含的债务风险都会被一院制的代议体制及政治化的纪律责任所消解。但这并不意味着，因地方债的预算产生的风险不存在宪法责任。2018年7月17日，财政部通报安徽、宁波、云南、广西

• 15 •

[31] 具体包括：其一，支出控制。它为各州及其政府分支确定了非常刚性、细化的支出上限。州人事支出不得超过当前净收入的60%，每个分支的人事支出上限是立法3%、司法6%、行政49%、检察官办公室2%。在州长、市长任期结束之前的180日内，不得增加人事支出。如果人事支出超过上述限制，则超出部分必须在此后的两个四月期内被减除。其二，债务上限。各州预期的借款收入不得超出年度《预算法》草案中的资本支出。联邦总统向参议院提交各州总债务数额上限的提案，由后者批准。如果州总债务在四月期结束时超出了其上限，它必须在下三个四月期结束前减至法定上限之内，第一个四月期最低削减不少于25%。其三，举债途径之禁止。禁止联邦政府以直接或间接方式接手各州债务，禁止一州向其所控制的金融机构借款，禁止以预期收入为担保进行借款。禁止中央银行购买各州的政府证券、将州债券转为联邦公债（地方债）和授予担保。通过这些禁止性规定，《财政责任法》堵住了此前各州举债的各种途径。参见谭道明：《巴西化解和防控地方债务危机的启示》，载《法学》2014年第4期。

[32] See Omer Kimhi, Reviving Cities, Legal Remedies to Municipal Financial Crises, 88 (3) *Boston University Law Review*, 641 (2008), 转引自前引〔7〕，张力毅文。

等地违法违规举债，对地方人大违法违规出具决议举债的，由上级人大常委会或本级人大全体会议作出决议，撤销原违法违规决议。这是我国首次由上级人大常委会撤销下级人大关于地方债的决议。可以说，这是地方人大承担的关于地方债的宪法责任。然而，令人困惑的是，这一宪法责任的追究却是由财政部通报的。这表明，上述责任并未作为宪法责任而是作为“违反财经纪律”处理的，财政的宪法责任被遗忘是集体无意识的结果。

可见，地方政府债务风险的宪法责任是现实存在的，只不过可能的宪法责任通常会被转化为实际的法律责任甚至是纪律责任。在上述财政部的通报中，同时对负有主要领导责任的时任地方人大常委会领导给予党内警告、行政记过等党纪政纪处分。^{〔33〕}笔者认为，这不符合宪法中关于国家机构的组织原则。与行政机关的首长负责制不同，人大是合议制机关，审议的事项由集体决议，因此，人大对集体决议的结果应当集体负责，人大常委会领导不应当承担个人责任。上述宪法责任的消解意味着权力与责任的分离，“罚不当责”的结果是地方政府债务风险得不到根本的治理。

在我国当下宪法责任缺失的情况下，应当加强人大及专门机关对地方政府财政权力的责任追究。通过预算的事先监督、审计的事后监督以及国家监察机关的特别监督来追究地方政府的财政责任。

七、余 论

• 16 •

地方债作为公债，属于公法范畴，相应地，地方政府破产应当纳入公法调整的范围。由于普通法传统，美国《联邦破产法》作为统一的破产法典在第九章专门规定地方政府破产。^{〔34〕}属于大陆法系的日本并未制定专门的地方政府破产法，但出台了《地方财政重建促进特别措置法》，该法相当于专门的地方政府破产法。我国秉承大陆法的特色，注重区分公法与私法，在《企业破产法》之后，单独制定《地方政府破产法》应当顺理成章。《地方政府破产法》应明确地方政府要承担的债务风险责任，在地方政府资不抵债时，允许地方政府宣告破产，并规定债务重组及债务清偿程序，确定上级及中央政府的责任。^{〔35〕}我国《地方政府破产法》的制定应符合我国的宪法体制，应明确政府可以申请破产的条件、标准，政府破产保护的司法救助程序和制度等内容。^{〔36〕}这是成熟的市场经济国家法律体系的重要组成部分，也是国家治理现代化的要求。

〔33〕 另一起违规发债的典型案列是：2016年8月，云南省宜良县金汇国有资产经营公司与光大兴陇信托公司签订信托融资协议，计划融资金额5亿元。宜良县人大常委会出具决议，承诺将该笔融资资金列入县本级财政公共预算，按时足额偿还贷款本息；宜良县人民政府签订了关于“财产信托标的债权”的《债券债务确认协议》，承担无条件和不可撤销的标的债权支付义务；宜良县财政局出具将相关偿付“财产信托标的债权”列入财政预算和中期财政预算的函。截至2017年2月底，该笔融资到位4.24亿元。整改期间，相关承诺函被撤回。对相关责任人问责处理情况包括，对负有主要领导责任的宜良县人大常委会副主任马某（时任宜良县委常委、常务副县长）给予党内严重警告处分。对负有主要领导责任的宜良县政协副主席许某（时任宜良县人大常委会副主任）给予行政记过处分。

〔34〕 美国《联邦破产法》第九章规定的政府破产不适用联邦政府与州政府，只适用于包括市、县、镇等的“政治性分支”。

〔35〕 参见周潇泉：《未来需研究地方政府破产法》，载《21世纪经济报道》2014年11月13日。

〔36〕 张婉苏：《中央政府不救助地方政府债务的纠结、困惑与解决之道》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2016年第5期。

尽管我国尚无《地方政府破产法》，但《预案》所要解决的其实就是地方政府破产的问题。《预案》虽然还不是严格意义上的法律，但其提供了我国地方政府债务风险的应对方案。就总体而言，地方政府的破产机制应该由两部分组成，首先是事前控制和规范，预先防范地方政府财政恶化陷入破产的境地，其次是地方政府破产时的重整。后者是下策，但却构成地方政府破产机制的主要内容。

我国 2016 年修改的《企业破产法》扩大了该法的适用范围，但并未当然也不可能将地方政府破产作为其调整范围。但政府破产与企业破产具有一定的相似性。在美国，地方政府破产程序在一定程度上是仿照公司破产制度设计的，因为地方政府与公司确实具有较大的相似性。正如地方政府的成立，主要是为当地居民提供公共产品，而公司之成立，主要是为了向社会大众提供产品和服务；就治理模式而言，围绕本地居民、代议机关、行政机关设计的地方政府治理模式，也颇类似于由股东、董事会、法人代表组成的公司治理结构。^{〔37〕} 因此，笔者认为，在我国《地方政府破产法》出台之前，地方政府的破产程序可以准用我国现行的《企业破产法》，其意义在于可将地方政府破产纳入司法程序，以确保地方政府破产的合法性和公平性。

Abstract: The local government debt risk follows the constitutional logic. As long as the demand for civil rights is still there, there is no reason for the government to go bankrupt. Therefore, local government bankruptcy is only financial bankruptcy but not administrative bankruptcy. In the process of local government bankruptcy reorganization, the basic public services provided by local government to protect the people's livelihood are prior to the claims of local debts. Only by resorting to the democratic system can we control the government's right to issue debt from the source and then fundamentally eliminate the local government's debt risk. Only local autonomy and financial autonomy can establish the financial responsibility of the local government, and the legalization of the relationship between the central government and the local government is the basis of defining the responsibility of the local financial subject. In order to ensure the fairness of bankruptcy procedure, judicial supervision should be the final safeguard procedure.

Key Words: local government debt, local government debt risks, local government bankruptcy, local financial autonomy

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔37〕 See Kevin A. Kordana, Tax Increases in Municipal Bankruptcies, 83 (6) *Virginia Law Review*, 1055 - 1058 (1997).

民间技术标准的行政利用

王贵松*

内容提要：民间技术标准可以转化为官方技术标准，也可以与其共同发挥规制作用。为了应对技术革新的要求，日本确立了将样式规定一律性能规定化的方针，着力推进行政对民间技术标准的利用。这种做法实现了官方性能标准与民间样式标准的差异化组合，既可以发挥官方标准的公定性和安定性作用，也可以发挥民间机构的技术能力优势，为及时更新标准提供可能性。性能规定是在技术标准领域实现“放”“管”结合、公私协力合作治理的一种重要方式。但由于技术标准存在公共性，得到采用的民间技术标准应当在制定时遵守正当程序要求，确保多元利害关系得到合理调整；国家在利用民间技术标准时应当对其实施技术评价，并对其承担最终责任。

关键词：技术标准 民间技术标准 性能规定 团体标准 合作治理

技术从来都不为国家所垄断，国家虽然基于安全保障义务的要求，有责任在技术产品上设定一定标准，但在设定技术标准上必然存在一定的能力局限性和因应科技发展的迟钝性。在“放管服”的改革背景下，以确保实现规制目标为前提，在保持技术标准效力的同时努力提高技术标准的科学性、多样性和灵活性，是我国技术标准改革的重要课题。实践表明，民间技术标准可为国家所用。本文拟考察日本的相关经验，对民间技术标准为何可用、如何方为可用的问题展开分析，为技术标准适应科技发展的革新、借由标准实现合作治理、在技术标准上官民关系的规范，提供可资借鉴之路。

一、民间技术标准与官方技术标准的关系

我国《标准化法》（1988年制定，2017年修改）第2条第2款规定：“标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准，行业标

* 王贵松，中国人民大学法学院教授。

准、地方标准是推荐性标准。”根据制定主体的不同，可将技术标准分为官方技术标准和民间技术标准两类。^{〔1〕}由国家机关制定的技术标准可称作官方技术标准，包括国家标准、行业标准（过去也称作“部颁标准”）和地方标准。由民间机构制定的技术标准可称作民间技术标准，包括团体标准（协会标准、学会标准）、企业标准等。与1988年版《标准化法》相比，2017年版《标准化法》为了“激发市场主体活力，鼓励团体、企业自主制定标准”，增加规定依法成立的社会团体可以制定团体标准，企业可以根据需要自行制定企业标准。^{〔2〕}由此，正式明确了民间技术标准的法律地位，这将有助于拓展民间技术标准发挥作用的空间。

民间技术标准与官方技术标准大致存在以下三种关系：第一是转化关系。民间技术标准可成为官方技术标准的基础。技术标准起源于交换性生产，只有进入大规模生产和销售的历史阶段，才有技术标准的必要性。企业置身于市场之中，了解产品的技术问题和市场需求，最有可能、也最有动力去设定技术标准。通常先是企业根据自己的生产经营经验确立一定的标准，并逐步以某种方式获得行业内部的认可，之后再转换为官方技术标准。也就是说，技术标准首先产生于个别企业内部，之后逐步推广，以至广泛接受，为官方所采用。当然，这并不是说民间技术标准的终极发展方向就是被国家接纳为官方技术标准。

第二是并存关系。国家在人才、技术、时间等方面存在局限性，无法、也不应该垄断技术标准的设定权，否则就可能无法反映科学技术的最新发展，甚至妨碍科学技术的更新换代。官方技术标准具有公定性和普适性，而民间技术标准在反映最新科技发展水平上更具灵活性和及时性。两种技术标准具有各自的优势，难以相互取代。官方技术标准与民间技术标准可以并存，民间技术标准在官方技术标准之外仍有发挥作用的空间。2021年，中共中央、国务院印发的《国家标准化发展纲要》也指出：“充分释放市场主体标准化活力，优化政府颁布标准与市场自主制定标准二元结构，大幅提升市场自主制定标准的比重。”例如，我国《食品安全法》（2009年）第25条曾规定：“企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的，应当制定企业标准，作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案，在本企业内部适用。”该规定明确了企业标准的两种情形：其一是横生型标准，即在官方技术标准体系树上“横生”出来的标准，在国家和地方都没有就特定事项制定标准的情况下，企业可自主制定标准，规范自身的生产经营行为；其二是上浮型标准，即比国家标准、地方标准更严格的标准。^{〔3〕}前者属于义务性要求，需要在制定之后备案，后者属于鼓励性要求。但2015年修法时仅明确鼓励上浮型标准，而对横生型标准未予表态。《食品安全法》（2015年）第30条规定：“国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准，在本企业适用，并报省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门备案。”《标

• 19 •

〔1〕当然，从制定主体上来说还存在一类标准，即由国际组织制定的国际技术标准。在我国，国际技术标准虽然不能直接适用于国内企业，但在国际贸易日益频繁、国际交往日益密切的今天具有十分重要的意义，对于制定官方技术标准也有参考价值。

〔2〕参见田世宏：《关于〈中华人民共和国标准化法（修订草案）〉的说明——2017年4月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第6号，第823页。

〔3〕有学者将这两种情形称为“更严型标准”和“填空型标准”，较为形象。参见沈岷：《食品安全、风险治理与行政法》，北京大学出版社2018年版，第121-122页。

准化法》第21条也要求“团体标准、企业标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求”。当然,这种立场就是官方技术标准与民间技术标准的并存关系。

第三是取代关系。民间技术标准在官方技术标准颁布实施之后即行失效。在《食品安全法》施行之后,曾有关于企业标准存废的争议。质疑企业标准存在必要性的观点认为,只有国家标准才是强制性标准,也是判断食品安全的唯一标准,企业标准并无意义。的确,在判断食品安全性上,有国家标准,就没有企业标准作用的空间。在这一意义上,存在官方技术标准取代民间技术标准的关系。但这并不意味着就可以否定民间技术标准价值。如前所述,它可以转化为国家标准,也可以补充国家标准,同时也是企业提升竞争力的重要手段,在民事法领域也具有重要意义。需要改变的或许是提升企业标准的质量,并废除企业标准的备案制度。^{〔4〕}

概言之,民间技术标准在标准体系之内具有独立的存在价值,应当受到尊重和积极利用,这既是企业、团体等民间机构的独立价值的体现,也是国家和社会确保安全、提升质量的需要。然而,我国的一个现状是,标准体系不够合理,不适应社会主义市场经济发展的要求,标准的制定由官方主导为主,民间标准缺乏必要的法律地位,不能有效供给快速反映需求的标准。其原因在于,“现行标准体系和标准化管理体制是20世纪80年代确立的,政府与市场的角色错位,市场主体活力未能充分发挥,既阻碍了标准化工作的有效开展,又影响了标准化作用的发挥,必须切实转变政府标准化管理职能,深化标准化工作改革”^{〔5〕}。为此,2017年修改《标准化法》,在一定程度上修正了不合理的标准体系,但官民互动关系的形成还没有得到应有的重视,还缺乏必要的支持机制和规范要求。

• 20 •

二、规制改革背景下日本对民间技术标准的利用

既然民间技术标准的价值获得了确认,那么,国家如何利用好民间技术标准、如何充分而适当地发挥民间技术标准的作用,便成为一个现实的课题。这里,先来简要考察日本利用民间技术标准的一项改革。

(一) 强化风险规制与放松规制的协调

技术标准是行政规制的一种手段,在风险管理上也扮演着重要角色。通常而言,风险规制是要强化的,但在重视市场经济地位的立场上,放松规制又是一项基本要求。在何种情形下应强化规制、在何种情形下应放松规制,可否协调乃至如何协调两者之间的矛盾,成为加强利用民间技术标准的认识前提问题。

所谓规制(regulation),是指政府限制私人权利、课予私人义务的活动。在经济危机爆发或经济发展初期,政府常常介入市场,甚至过度规制。在自由主义经济理念复兴之后,放松规制

〔4〕 参见前引〔3〕,沈岷书,第145页。2017年《标准化法》第27条第1款规定:“国家实行团体标准、企业标准自我声明公开和监督制度……”借此,企业标准的备案制度在《标准化法》上被取消。但是,《食品安全法》等相关规定仍然存在。按照2015年国务院《深化标准化工作改革方案》的设想,应“逐步取消政府对企业产品标准的备案管理,落实企业标准化主体责任”。

〔5〕 《深化标准化工作改革方案》(国发〔2015〕13号)。

(deregulation, 或规制缓和, 又被称作不规制运动) 成为新的需要, 它是指政府放松对市场的干预, 缩小政府的规制, 恢复市场的自由。但社会发展的不均衡又显示出, 仅仅放松规制是不够的, 有的领域恰恰是需要政府加强规制, 把该管的地方管起来。所以, 适当的做法是规制改革, 亦即以经济的活性化为目标, 根据具体情形放宽、废除或强化对市场的规制。我国现阶段的“放管服”改革(简政放权、放管结合、优化服务)就是一场规制改革, 虽然主要是简政放权, 但诸如环境、食品、药品等领域又是在加强监管, 难题就在于如何把握好“放”和“管”的关系、如何让“放”和“管”得到恰当的组合。

在 20 世纪末, 日本面临着经济全球化、少子化老龄化、信息通信技术革命 (IT 革命)、环境问题严重化等结构性环境变化。为了应对这种变化, 推进经济社会的结构改革, 日本政府在 1994 年设置行政改革委员会, 1995 年在其之下设立规制缓和委员会。1998 年在其任务完成之后设置行政改革推进本部, 并在其之下设立规制缓和委员会, 1999 年更名为规制改革委员会。1998 年 3 月 31 日, 日本内阁通过《推进规制缓和三年计划》,^{〔6〕} 试图对日本经济社会进行彻底的结构改革, 建立向国际开放、立于自我责任原则与市场原理的自由而公正的经济社会, 同时使行政由事前规制型行政向事后检查型行政转换。为此, 计划在三年间推进规制缓和等: 经济性规制原则上自由, 社会性规制在最小必要限度的原则下撤销废止或转向更为宽松的规制; 通过检查转交民间机构实施等使规制方法合理化; 规制内容的明确化、简洁化; 规制的国际整合化; 规制相关手续的迅速化; 重视规制制定程序的透明化。在标准规格及检查检定的重估部分, 该计划指出: “在标准、方法上, 接受外国数据、引入相互承认制度, 实现国际整合; 同时对引入自我确认、自主安保、自主检查等进行重估, 政府的直接规制以最小必要限度为准。这时对于利用业界团体、公益法人等民间力量的认证及检查检定, 以实现引入竞争原理为基本。从减轻受规制的国民负担、促进技术开发、促进设备管理的有效实施等观点出发, 在适当的情形下实施性能规定化。” 1999 年 3 月 30 日《推进规制缓和三年计划 (改定) 》将后一句改为 “从减轻受规制的国民负担、促进技术开发、促进设备管理的有效实施等观点出发, 探讨将样式规定的基准原则上一律性能规定化”。^{〔7〕} 在计划的附件 “基准、规格及检查、检定的重估” 中也写明: “探讨为了让标准的内容能够柔软地应对技术革新, 原则上将现在样式规定的基准一律性能规定化。” 这一做法也为 2001 年《推进规制改革三年计划》所承继: 在经济活动日益全球化的今天, 标准、规格及检查、检定 (以下称 “标准认证等”) 对企业活动和消费活动在成本上升、选择范围的限定等方面产生很大影响。为此, 在标准认证等的制定和运用之际, 保护国民的生命、身体和财产等是各自制度的本来目的, 在不妨碍实现诸多政策目的的前提下, 尽可能减少对这些活动的影响就是一个重要的考虑。因此, 在重估标准认证等之际, 要从根本上重估各个制度是否真的有必要维持国家介入的体制, 即使有必要维持国家介入的制度, 也要在使行政介入必要最小限度的方向上, 向以企业自我确认、自主安保为基本的制度转型, 推进标准的国际整合化、性能规定化、排除重复

• 21 •

〔6〕「規制緩和推進3か年計画」1998年3月31日閣議決定。

〔7〕「規制緩和推進3か年計画 (改定)」(1999年3月30日閣議決定) 2. 横断的検討、見直しの推進等 (4) 基準・規格及び検査・検定の見直し。

检查等。^{〔8〕}这是在自由主义经济理念指导下的规制改革，样式规定的性能规定化就是既强化政府规制要求、又给企业一定自由的巧妙之策。

（二）从样式规定到性能规定

在技术标准的规定方式中，有样式规定和性能规定两种基本方式，过去的技术标准是以样式规定为中心的。所谓样式规定（日语为“仕様規定”，specification standard），是指关于产品必须满足的材料、形状、尺寸、含量等具体要求的规定。样式规定的好处是，可以根据样式规格的内容明确、快速而公正地判定是否合乎标准，简单易行，而且适合同一标准产品的大量生产；而其不足之处在于，因其整齐划一，难以富有弹性地适应技术革新和经济社会的全球化。样式规定本身是服务于保障安全、保护环境等一定目标的，但符合样式标准是否就一定能实现目标，有时还需要其他因素的配合发挥作用。在现实的适用中，若长期对样式规定不做检讨，容易将样式规定当作当然的前提，使其自我目的化。

所谓性能规定（performance standard），是指关于产品必须实现的目的和功能的规定。对于性能规定化、应用民间规格，原日本核能安全保安院将其背景和优势概括如下：对于设备等所要求的功能和性能，存在多种多样的实现手段。对于规制当局设定的技术基准，希望尽可能避免限定手段，确保选择的自由度。为此，不是规定机器和设备的样式，而是以所要求的功能和性能为中心来规定，通过其他方法寻求判断合乎技术基准的合理而具体的根据，才是有效的。如此，为了受规制者能利用满足技术基准的根据，事前由规制当局认定学会协会样式，由此就能将学会协会样式作为对应性能规定化之技术基准的判断基准来使用。另外，为了满足技术基准，也能有其他的具体对策，不能因为是在认定特定的样式，就排除其他对策。以前在国家规定样式的样式认定中，必须由国家作为主体变更，缺乏迅速性，常常有僵硬的倾向。对此，可期待学会协会积极收集新的技术知识，并据此规定新的样式，因而，在规制中也能更为迅速高效地进行。^{〔9〕}概言之，性能规定的好处在于，性能明确化，就能让社会结合地域特性、自然环境、企业特点等自由选择实现目标性能的手段，使新材料、新技术的开发成为可能，同时也能拓展企业的创造空间，促进技术之间的公平竞争，企业通过提高技术竞争力也能提升产品质量、降低生产经营成本。不利之处在于，性能（特别是安全性）的确认是存在困难的。如果行政一方不能确保判断特定样式是否满足性能要求的专门能力，性能规定就不能发挥出其应有的功能。虽然性能的责任所在变得明确起来，但因性能规定的供用期间通常较长，企业的责任和风险也会加大，有时也因期间较长，应当承担责任的主体可能都已经消失了。

相对而言，样式规定是手段性要求、具体要求，而性能规定是目的性要求、抽象要求。性能标准直接反映着规制的目标，相对于产品而言则是间接的规制，因为符合性能标准的样式标准可能是多种多样的，一个性能标准可以通过多种样式标准去实现。如此，既可以实现规制的目标，又可以保留技术标准的多样性和技术开发的自由度。“规制要有对违反行为的一定监视、确保实效性的措施等，这给规制当局带来一定的负担和费用。因而，在规制成本等太高，而且内容没有

〔8〕「規制改革推進3か年計画」（2001年3月30日閣議決定）Ⅱ横断の措置事項4.基準認証等関係。

〔9〕橘川武郎、武田春人『原子力安全・保安院政策史』（独立行政法人経済産業研究所、2016年）86頁。

多大偏差时，使用样式规定可能更为方便。一般而言，如果确保规制实效性的成本等仅在一定水平之下，并且可以大幅度改善样式规定所引起的规制僵硬的弊端，那么尽可能将过去的样式规定转为性能规定就是合理的。”〔10〕应当说，两种标准各有优劣之处，如果能合理组合，由官方的性能标准维持灵活性功能，向民间开放，由民间的样式标准维持明确性功能，向官方靠拢，将实现多重价值的共赢。

通常而言，在技术发展迅速时，技术标准的内容容易陈腐化，难以得到及时的更新。这时，业界或学会等制定的任意性民间标准与国家制定的标准相比更容易更新，更能对应技术的发展速度。〔11〕“利用学会协会规格本来的目的是放松规制，而学会协会规格重视公平性、中立性和公开性，具有汇集、反映该时点上最新技术知识的公共财产性质，也期待通过学会协会规格反映最新的知识、迅速完善，提升安全性。”〔12〕在性能规定化之后，原先的样式规定如果合乎性能要求，则仍可在判断中使用，但该样式规定并不能排斥其他规格标准的适用。举例而言，在核能技术标准性能规定化上，在规制体系规定的内容上分为目标、功能要求、性能水准要求、可接受的实施方法四个阶层。目标是指规制所要实现的目标，功能要求是指为实现规制目标而要求设施所应具备的功能，性能水准要求是指为实现各项功能要求的目的而特定要求的定量的判断标准或应当满足的水准，可接受的实施方法是指确认符合性能水准要求或者满足性能水准要求的具体方法或技术手段。规制目标一般是法定的，技术标准是实现规制目标的技术上要求，因而，技术标准的性能规定化就要整理规定功能要求、性能水准要求的内容以及可接受的实施方法。需要省令（部门规章）规定的核能技术标准仅规定功能要求和性能水准要求，而可接受的实施方法就可以利用民间技术标准。具体的民间技术标准（主要是学会协会规格）自然是由学会协会等制定的，而此前的具体规格是由省令告示规定的。〔13〕再如，2000年日本修改《建筑基准法》开始引入性能规定，排除样式规定。建筑基准的性能规定也是四个阶层，即目的、功能要求、性能水准、实现手法，形成了“目的→副目的→功能要求→性能要求→检验方法→复数的实现手法”的展开顺序。在性能要求的规定上，当然是希望能定量地记述，但现状是很多情形只能定性记述。这时，作为实现手法的一部分，要规定定量的“视作性能要求”及与其相对应的“视作检验方法”。〔14〕在实现手法、检验方法上就需要利用民间技术标准。如此，就可以形成以性能规定为中心、积极利用民间标准的局面，两者组合起来共同完成规制目标。

• 23 •

三、行政利用民间技术标准的方式与规范

行政利用民间技术标准有多种方式，不同的利用方式也会产生不同的利用效果。而且，并非

〔10〕 福井秀夫「都市計画・建築規制における性能規定の意義」都市住宅学95号（2016年）10頁。

〔11〕 堀井秀之編『安全安心のための社会技術』（東京大学出版会、2006年）165頁参照。

〔12〕 下山憲治「原子力規制の变革と課題」環境法研究5号（2016年）16頁。

〔13〕 原子力安全・保安部会原子炉安全小委員会「原子力発電施設の技術基準の性能規定化と民間規格の活用に向けて」（2002年7月）5-6頁、原子力安全・保安部会原子炉安全小委員会性能規定化検討会「原子力発電施設の技術基準の性能規定化と体系的整備について～中間とりまとめ～」（2005年3月）4頁参照。

〔14〕 社団法人日本建築学会建築法制委員会「建築基準法の性能規定化のあり方に関する提言」（2007年）2-3頁参照。

什么样的民间技术标准都是可用的，民间技术标准应当符合怎样的条件才能为官方所用，需要探讨和检证。我国《国家标准化发展纲要》也提出“建立健全政府颁布标准采信市场自主制定标准的机制”。这表明，这里需要一种采信机制。

（一）利用民间技术标准的方式

在日本，行政利用民间技术标准有很多方式，大致存在以下几种类型：第一，将行政的技术标准性能规定化，将民间技术标准定位于行政程序法上的审查基准。在技术标准仅规定性能时，为了审查是否合乎技术标准，可以对民间技术标准进行技术评价，进而将其作为审查基准来使用，亦即通过民间技术标准来审查是否符合官方的性能标准。第二，将行政的技术标准性能规定化，将民间机构制定的例示基准通过通知来表示。严格地说，这不是利用民间规格，而是可以解释为行政将例示基准委诸民间机构作成。类似的手法是，在技术标准的解释通知中引用民间技术标准，使其反映民间技术标准的内容。第三，在规定行政技术标准的告示等中直接引用民间技术标准。第四，将民间技术标准的内容反映在规定行政技术标准的告示等中，这种方式可以形象地称之为“翻译”。^{〔15〕}但“翻译”方式可能存在一定的问题。一方面，民间技术标准可能每隔几年根据最新科技信息进行修订，行政的告示无法及时赶上这种修订速度。因为行政机关的人员体制不充分，还可能涉及民间技术标准的著作权问题，导致技术标准修订迟延，无法与最新科技信息充分相适应。另一方面，技术标准的“翻译”是选择性的。而民间技术标准可能是成体系的，各种规格组合起来形成安全防护体系。如果技术标准是有选择性地“翻译”或者只是节选其中一部分，容易造成缺漏和空白。^{〔16〕}相对来说，前三种方式相对妥当，第一种方式更为可取，它明确了两种技术标准的不同性质和地位，既保持了官方技术标准的稳定性，又为技术标准的革新提供了便捷的可能性。只要民间机构能根据科技的发展及时灵活地更新样式规格，样式规格的持续改善就成为可能。

行政利用民间技术标准，是希望在规范的预测可能性与规范的过度详细化之间寻求合理的协调。规范要让相关人员能够预测自身行为的法律后果，就需要具体化。但是，如果过于详细化，又难以根据科学技术的发展柔软地予以应对。行政设定性能标准之后，采用民间技术标准作为审查基准等，因为符合性能标准的样式标准并不唯一，即使不符合行政用作审查基准的样式标准，只要满足性能标准，也应当被承认。也就是说，这里存在“容许脱逸的规则”。在实际的运用中，审查基准、例示基准、规制指针中表示的单一民间技术标准被用作事实上的样式规定，不采用满足性能标准的其他规格，就未能活用容许脱逸的潜在可能性。^{〔17〕}行政在适用性能规定时存在双重审查：其一是审查用作审查基准的样式标准是否符合性能要求，其二是审查具体对象是否符合样式标准。因为性能要求常是抽象的表述，故也赋予行政机关在审查上的裁量权，前一种审查是裁量行为，后一种审查是羁束行为。行政在利用民间技术标准时，始终要注意把握性能标准的

〔15〕 城山英明「民間機関による規格策定と行政による利用——原子力安全分野を中心として」ジュリスト1307号（2006年）86頁参照。

〔16〕 城山英明「原子力安全規制の基本的課題——技術基準の設定と実施に焦点を当てて」ジュリスト1245号（2003年）84-85頁参照。

〔17〕 城山英明「リスク評価・管理と法システム」城山英明＝西川洋一編『法の再構築 Ⅲ 科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007年）108-109頁参照。

一定性与样式标准的多样性之间的关系。既然原本就是这样的预设，那么在审查基准的运用上，就可能比通常的行政裁量决定有更多的脱逸情形。

（二）利用民间技术标准的规范

行政利用民间技术标准，实质上也是在利用社会上所蓄积的专门知识。国家与民间机构合作完成规制任务，但两者在实现规制任务中的角色是不同的，国家负责法律的执行，而民间机构则是负责专业技术。但是，“决定‘何者为法’的不是科学技术，而必须是法自身”。为此，国家将科学技术知识带入法的决定时，就必须从法的角度整顿其程序，而且必须在法上重构该知识。“若非如此适当为之，国家的规制就可能为社会的部分特殊利益所不当劫持。国家与社会的分工是不可避免的，国家在这种分工体制中成为一方当事人，同时也必须控制相关整体，从法的角度将其正当化。”〔18〕

从内容上看，技术标准并非仅为依托于专家理性的专业性体现，也带有基于价值判断的行政属性。〔19〕民间技术标准可能因制定主体的原因而带有偏向性，偏向于特定利益团体、特别是大企业的经济利益，也可能因技术能力的原因而不具有妥当性。因而，民间技术标准固然可为行政机关所用，但却并非当然可用，只有经过一定的规范和审查方可利用。一方面，行政机关将民间技术标准利用于自己的风险行政规制中，这是行政机关履行法定职责的一种方式，行政机关应当对是否采用民间技术标准保有判断权限和最终责任。行政机关首先就要确认民间技术标准适合做行政规范，民间技术标准只有在制定程序和实体内容上符合一定要求，才能加以利用。另一方面，得到采用的民间技术标准就具有一定的公共性，民间机构在设定民间技术标准时就应当符合一定的要求。民间机构原本是自由的，但在加入公私协作的合作治理之后就要在组织和程序上受到公法原理一定程度的约束。〔20〕民间机构应当具备相应的标准制定能力，应当具备保证标准质量的措施，应当符合正当程序的要求。

在利用民间技术标准时，行政机关不能无批判地盲目信赖民间机构具有专门性及利益调整能力，而有必要从确保公正性、科学的客观中立性、透明性及利害多元性的角度对标准制定过程进行控制，同时严格对所制定的民间标准的可接受性进行评价。〔21〕行政机关应当采取一定措施促进民间技术标准具有可接受性，并检验其是否具有可接受性。首先是技术标准的制定主体要求。行政机关应当检验利益的中立性，审查设定标准的民间机构是否受到所属企业、产业的特殊利益的影响。现实中，各种技术人员团体采用个人、法人加盟制，标准制定委员会的成员很多也由企业单位提名。至少在学会设定标准时，应当以个人本位来提名，相关专家不仅是某领域的专家，还应有其他工学领域、具有人文社科素养的专家，还有利害关系团体推荐的专家等选项。其次是技术标准制定程序的要求。行政应促进技术标准各个判断的可视化、透明化。使与价值判断密切相关的技术判断过程合理化，将来也有助于技术判断内容的合理化。再次是民间技术标准的技术

〔18〕 戸部真澄『不確定性の法的制御』（信山社、2009年）140頁。

〔19〕 参见王贵松：《作为风险行政审查基准的技术标准》，载《当代法学》2022年第1期。

〔20〕 私主体受到的这种约束，有学者称之为“私行政法”。参见〔日〕山本隆司：《日本公私协力之动向与课题》，刘宗德译，载《月旦法学杂志》第172号（2009年）。

〔21〕 岸本太樹「新規制基準における原子力安全の論理——継続的更新性・科学的客観性・民主的正統性・公益適合性確保の視点からの検討」山下竜一編『原発再稼働と公法』（日本評論社、2021年）92頁参照。

评价。在许可认可之际援用民间技术标准的前提是,行政机关要对规格标准进行“技术评价”。这时,行政机关聘请的专家学者会发挥重要作用,但行政机关内部的专门职员具有可检验其判断过程妥当性的判断能力也是不可或缺的条件。行政机关配备一定的人才,能通盘考察从民间机构设定过程到技术评价的全过程,摆脱企业、特定业界利益,而从全体国民利益立场进行判断,这对确保技术评价的实效性是不可或缺的。^[22]例如,在日本,核能规制委员会对民间规格的技术评价过程是,由核能规制委员会委员、核能规制厅职员、技术支援机构职员组成“讨论组”,必要时可有未参与协会规格制定的专家参与;讨论组作成技术评价书草案及引用民间规格的规则解释等文书草案,再付诸意见公募程序,在征求意见后再行修改;最后由核能规制委员会决定技术评价书和规则解释。^[23]“通过实行政程序法上的意见公募程序,来确保实现学会协会规格背书中的透明性。”^[24]经技术评价之后,行政机关还要通过公告、通知等方式将确认结果予以公开。

(三) 我国对民间技术标准的利用

我国的法律并未规定民间技术标准可为行政所用,也没有相应的转换机制规定。但实践中,行政机关在制定官方标准时常常以委托协议或购买服务的方式委诸民间机构完成起草,这样在人员的构成上为转换提供了可能性。在团体标准上,因其也具有一定的公共性,国家在支持社会团体制定团体标准增加标准供给的同时,也要“对制定团体标准予以必要规范”^[25]。为此,《标准化法》第18条以三款的形式作出了专门规定。该条第1款规定:“国家鼓励学会、协会、商会、联合会、产业技术联盟等社会团体协调相关市场主体共同制定满足市场和创新需要的团体标准,由本团体成员约定采用或者按照本团体的规定供社会自愿采用”。这就表明了国家对团体标准的支持立场,同时也明确了团体标准的任意性效力。既然团体标准具有这种功能,该条第2款就要对团体标准的制定提出要求:“制定团体标准,应当遵循开放、透明、公平的原则,保证各参与主体获取相关信息,反映各参与主体的共同需求,并应当组织对标准相关事项进行调查分析、实验、论证。”同时,该条第3款也要求有关国家机关对其进行监督,即“国务院标准化行政主管部门会同国务院有关行政主管部门对团体标准的制定进行规范、引导和监督”。近年来,随着对团体标准的重视,国家开始对团体标准的制定主体、制定程序、评价程序等进行规范指导。^[26]这样的团体标准也就具备了为行政利用的基本要求。但团体标准终究还不是官方技术标准,而只是民间技术标准的一种。现在需要的是建立起团体标准与官方技术标准共同发挥作用的机制,将官方技术标准性能规定化应是一个不错的选择。而企业标准作为另一种民间标准,在法律上只是说“企业可以根据需要自行制定”(第19条),其“技术要求不得低于强制性国家标准的相关技

[22] 高橋滋「行政上の規範——安全基準を中心とした一考察」同『科学技術と行政法学』(有斐閣、2021年)54頁参照。

[23] 原子力規制委員会「原子力規制委員会における民間規格の活用について」(2018年6月6日)。

[24] 黒川哲志「規制基準とリスクの社会的受容性」山下竜一編『原発再稼働と公法』(日本評論社、2021年)73頁。

[25] 丛斌:《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国标准化法(修订草案)〉修改情况的汇报——2017年8月28日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第6号,第824页。

[26] 国家标准《团体标准化 第1部分:良好行为指南》(GB/T 20004.1—2016)于2016年4月25日发布并实施,提供了团体开展标准化活动的一般原则,以及团体标准制定机构的管理运行、团体标准的制定程序和编写规则等方面的良好行为指南。《团体标准化 第2部分:良好行为评价指南》(GB/T 20004.2—2018)2018年7月13日发布、2019年2月1日实施,确立了对社会团体开展团体标准化良好行为评价的基本原则,提供了评价内容和评价程序等方面的指导和建议。

术要求”（第 21 条），此外在制定标准上就没有实际的规范要求。在结果上，只是通过公开来接受社会监督。^{〔27〕} 这样的企业标准还缺乏必要的公共规范，通常是不能直接为行政所利用的。相较而言，团体标准更具有转换的基础，更具有与官方标准共同发挥作用的可能。

2019 年，国家标准化管理委员会、民政部制定了《团体标准管理规定》（国标委联〔2019〕1 号），对团体标准的制定和实施进行规范、引导。在团体标准与官方标准的关系上，该规定体现了三层关系：其一是团体标准应当是上浮型标准和横生型标准（第 12 条、第 13 条）；其二是团体标准发布机构可以申请转化为官方标准（第 28 条）；其三是各部门、各地方可以应用团体标准（第 29 条），但并未言明如何应用、如何方可应用。这里不仅存在衔接机制的问题，还有团体标准自身的质量问题。在制定团体标准上，该规定第 9 条重申了《标准化法》的开放、透明、公平的原则要求，并要求“吸纳生产者、经营者、使用者、消费者、教育科研机构、检测及认证机构、政府部门等相关方代表参与，充分反映各方的共同需求”，“支持消费者和中小企业代表参与团体标准制定”。这一规定不仅让更多元的社会主体有机会参与团体标准的制定，还特别提及“政府部门”亦可参与，借由参与主体的多元性忠实地反映社会的多元利害关系，促进团体标准的中立性。在这里，政府部门的代表是作为监督者参与，还是公益的代表者参与，并不清楚。应当说，团体标准的制定是民间团体自身的事务，政府无需全过程监督，故而，政府部门的代表以公益代表者的身份参与更为妥当。当然，参与的某个政府部门代表并不能代表所有的公益，甚至都不代表所在政府部门的意见，并不因为政府部门派员参与就表明团体标准合乎公益要求，或者政府部门今后就不再予以技术评价了。同时，该规定第 14 条第 2 款还规定“涉及消费者权益的，应当向社会公开征求意见，并对反馈意见进行处理协调”。参与标准制定的主体多是利害关系主体，而这里则将征求意见的范围扩大至一般的消费者。这也是借由公告评价程序让团体标准接受社会监督，提升团体标准的公正性。正如有学者所指出的那样，民间机构在标准制定时应该重点考虑程序的公开、平衡、合意与协调因素，强化对自我规制的“再规制”，避免形成大企业的垄断地位。如此，方能在一定程度上遏制标准落后的现象。^{〔28〕}

当然，虽然行政机关在设定技术标准上难以应对科学技术的迅速发展，但民间技术标准也并不必然能保证迅速应对，有时可以通过课予民间机构定期重新评估、及时修订的义务来实现这一目的。民间机构也未必有动力去从事技术标准的制定工作，国家需要以一定的激励机制促进民间机构设定技术标准，有时可以允许民间机构通过调整技术标准促进企业的市场战略，进而在不同组织之间形成制定标准的竞争之势。

四、结语：中国的民间技术标准空间

技术标准种类繁多、数量庞大，这些标准主要源自民间技术标准。在风险规制中，民间技术标准可以转化为官方技术标准，两者也可以并存发挥作用。官方技术标准保证了技术标准的安定

〔27〕《标准化法》第 27 条第 1 款规定：“……企业应当公开其执行的强制性标准、推荐性标准、团体标准或者企业标准的编号和名称；企业执行自行制定的企业标准的，还应当公开产品、服务的功能指标和产品的性能指标。……”

〔28〕参见高秦伟：《私人主体与食品安全标准制定——基于合作规制的法理》，载《中外法学》2012 年第 4 期。

性和明确性,民间技术标准保证了技术标准的效率性和灵活性,应当在两者之间建立起转化和吸收的必要通道。国家可以将技术标准规定为性能标准,确立规制的目标、功能要求、性能要求,而将具体的标准、规格、方法等交由民间技术标准来完成。国家借此也能从社会上获取更多的知识和信息,提升技术标准的质量。如此,通过这种差异化的组合,形成政府组织与民间机构在风险规制中的一种新型公私协作关系,既能实现风险规制的目标,履行行政的应有法定职责,又能灵活应对技术革新,同时为企业留下自我研发的空间。性能规定具有共通性,这种组合方式对于消除国际贸易上的技术壁垒也是有帮助的。但是,民间技术标准并非当然地可以得到采用,应当在利用之前加强对民间技术标准的制定过程审查和内容技术评价,确保技术标准的应有品质。目前,我国的民间技术标准并不发达,需要一定的机制促进民间技术标准的发展。而要发挥民间技术标准的作用,首先是要求国家尊重市场经济的要求,确保企业、行业协会、学会研究会的独立地位,再以性能规定等方式制定官方技术标准,为民间技术标准的发展提供可能空间。当然,在引入这种性能规定的合作规制的同时,还需要提升技术标准的实质确认能力,加强相应的安全检查体系建设,为标准体系上的合作治理提供坚实的保障。

Abstract: Private technical standards can be transformed into official technical standards or can play as regulatory tools together with official technical standards. In order to respond to the requirements of technological innovation, Japan has established the policy of making all specific regulations into performance regulations, and has made efforts to promote the use of private technical standards by the administration. This approach enables the differentiated combination of official performance standards and private specific standards, which can play the role of official standards in terms of fairness and stability, have the advantage of the technical capabilities of private institutions, and provide the possibility of timely updating of standards. Performance regulations are an important way to realize the combination of “liberalization” and “management” in the field of technical standards and public-private cooperation in governance. However, because of the public nature of technical standards, adopted private technical standards should comply with due process requirements when they are developed to ensure that multiple interests are reasonably adjusted; the state should perform technical evaluation of private technical standards when they are used, and be ultimately responsible for them.

Key Words: technical standards, private technical standards, performance regulations, group standards, cooperative governance

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

PPP 模式下政府的角色定位 ——兼论担保行政法学模式的兴起

杨彬权*

内容提要：PPP 是政府和社会资本共担风险、合力达成公共任务的创新模式。在 PPP 模式下政府不再承担公共任务的履行责任，转而承担国家担保责任。政府承担国家担保责任，使得政府角色从公法上的公共任务的“履行者”转变为“担保者”和“合作者”。政府角色和职能的重大转变导致传统行政法学模式转向担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。

关键词：PPP 模式 担保行政法学 国家担保责任

• 29 •

20 世纪 70 年代以降，福利国家遇到了前所未有的挑战，^{〔1〕}“但资本主义又不能没有福利国家”^{〔2〕}。同理，社会主义更不能没有福利国家。“福利国家已成为几乎无法撼动的图腾，不论何种国家形态皆不会轻易掠其锋，其不但不会消失，反而会继续推动，只是福利国家当初形成的社会环境与现今已有显著不同，福利项目与给付内容亦有所变化，国家财政问题日益恶化迫使必须

* 杨彬权，西北政法大学行政法学院讲师。

本文为司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究课题“政府与社会资本合作（PPP）纠纷解决机制研究”（18SFB2013）的阶段性成果；河南省 2017 年度哲学社会科学规划项目“政府与社会资本合作的行政法规制问题研究”（2017BFX014）的阶段性成果；西北政法大学行政法学院中青年教师学术能力提升基金项目“论 PPP 背景下政府角色定位与行政法学模式的转变”的阶段性成果。

〔1〕 福利国家面临人口挑战、经济挑战、社会挑战、国际挑战和文化挑战。详见〔德〕弗兰茨-克萨韦尔·考夫曼：《社会福利国家面临的挑战》，王学东译，商务印书馆 2004 年版，第 56-121 页。

〔2〕 〔德〕克劳斯·奥菲：《福利国家的矛盾》，郭忠华等译，吉林人民出版社 2006 年版，第 7 页。

对给付国家作全面性的检讨,以便能够在革新后,以新的面貌出现,因应现代社会的需求。”〔3〕由于PPP模式〔4〕将私人部门引入公共服务的提供中,既缓解了公共财政压力,发挥了私人部门的创造性,又引入了债权人监督机制,提高了公共服务质量,〔5〕因此被福利国家作为改革的首选举措推上了历史舞台。在PPP模式中,私人部门承担了公共任务的履行责任,政府不再承担履行责任,那么政府的角色和职能如何定位?这种角色定位对传统行政法学模式提出了哪些挑战?传统的行政法学模式应该如何予以回应?这些都是PPP模式亟需解决的关键问题,事关PPP模式的可持续健康发展和国家治理能力之现代化。

一、PPP模式下政府角色定位的争论与重塑

政府角色是将政府人格化来定位其功能作用。〔6〕整个国家不同的政治、经济、社会运行方式决定了政府扮演不同的角色,又决定了政府所拥有的职能。〔7〕PPP模式下,政府的角色也在发生相应地转变。

(一) PPP模式下政府角色定位的争论

2014年以来,随着PPP模式在我国的大力推进和迅猛发展,学界对PPP模式中政府角色及职能进行了初步研究,主要形成了以下观点:

第一,“双重职能说”。“双重职能说”认为,政府在PPP过程中既是监管者又是参与者或合作者。例如叶晓甦、徐春梅认为,政府在PPP项目上必须定位于促进、主导和管理的功能,但同时又应是参与合作的一方。〔8〕邢会强教授认为,在交易成本公共物品理论之下,政府不再是公共物品的垄断提供者,尤其是在PPP模式之下,政府应该转变角色,转变为合作者和监管者。〔9〕

第二,“三重职能说”。例如湛中乐、刘书燃认为,在PPP模式中政府具有三重角色与职责,分别为规则的制定者与执行者、公共服务的采购者和提供者、公共服务的监管者。〔10〕而王俊豪、付金存则认为,政府及其公共部门在PPP模式中至少承担三种职能:其一,作为公众利益的代表,须保证公共产品的质量和数量符合标准,一旦公共产品数量和质量不能满足公众需要,或在公共服务活动中出现重大事故,政府就必须承担相应的政治责任;其二,作为PPP模式的主要参与主体之一的政府和公共部门还应承担规则制定与执行的职责,包括法规政策和PPP规则程序的制定、违规行为的纠正等;其三,作为公共服务的采购者,公共部门主要承担确定采购标

〔3〕 萧文生:《福利国家与财政行政法——国家辅助私人经费之财政监督》,载台湾地区行政法学会主编:《全球化、福利国家、特别权力关系、公私协力》,元照出版公司2012年版,第55页。

〔4〕 PPP具有广义和狭义之说,广义PPP是指公共和私营部门共同参与生产和提供物品与服务的任何安排。但是由于广义PPP的内涵和外延不好掌控,难以有效规范和约束,因此从多数国家的PPP运作实践来看,一般都是从狭义的意义谈论和开展PPP模式。狭义PPP,是指公部门和私经济主体间本于自由意愿,透过正式之协议形塑合作关系,并且彼此分担风险与责任的行政任务执行模式。根据财政部《关于规范政府与社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156号)文件规定,我国的PPP模式是指在基础设施和公共服务领域,政府与社会资本基于合同建立的一种合作关系。

〔5〕 参见刘尚希、王朝才:《以共治理念推进PPP立法》,中国财政经济出版社2016年版,第46页。

〔6〕 参见彭澎:《政府角色论》,中国社会科学出版社2002年版,第2页。

〔7〕 参见前引〔6〕,彭澎书,第208页。

〔8〕 参见叶晓甦、徐春梅:《我国公共项目公私合作(PPP)模式研究述评》,载《软科学》2013年第6期。

〔9〕 参见邢会强:《PPP模式中的政府定位》,载《法学》2015年第11期。

〔10〕 参见湛中乐、刘书燃:《PPP协议中的法律问题辨析》,载《法学》2007年第3期。

的、选择合格的私方合作者、签订与履行合约等职责。政府主管部门要履行好这些职责就必须由传统的“经营者”向“监管者”转变，由传统的“命令—控制”的管理理念向“经济—激励”的服务导向转变。^{〔11〕}

第三，“多重职能说”。该种观点认为，PPP 模式中政府至少具有四种以上的角色，四种以上的职能。例如有学者认为，PPP 模式中，政府承担四种职能：规则的制定职能；项目的参与职能、公共产品或服务的购买职能；项目的监管职能以及争端的仲裁职能。^{〔12〕}也有学者认为政府的职能更多，例如，王东认为政府在不同的阶段承担着不同的角色与职能：PPP 项目启动阶段的规划者、PPP 项目的发起者、PPP 项目产品的购买者、PPP 项目建设和运行进程的保障者、PPP 项目的监管者及各方利益的协调者。^{〔13〕}

学者们普遍认为，PPP 模式中政府的角色职能不具唯一性，但是对于具体的政府职能认定上存在差异，尚未达成一致。有的学者仅认识到政府公法上的角色和职能，没有认识到其私法上的角色和职能；有的是按 PPP 项目的全生命周期中的阶段不同，来认识政府的角色和职能定位的。从总体上来看，都没有从国家形态的转变和国家责任方式的转变来研究国家的角色定位。上述学者基本上都认为在 PPP 模式中，国家仍然要承担监管职能，可是并没有阐述清楚，PPP 模式中的国家管制或监管职能与给付行政时代国家作为公共任务的直接提供者时的管制职能和管制手段的区别，从而有可能导致陷入传统的管制窠臼，而这显然与国家采行 PPP 模式的宗旨不符。国家采取 PPP 模式不仅是为了融资，更重要的是为了实现公共部门的改革和政府治理模式的转变。另外，虽然大多数学者认识到了 PPP 模式中政府承担的管制责任，但是没有认识到政府应该承担的合作责任。尽管持“双重职能说”观点的部分学者也认识到了政府的合作职能，但却是站在公法的角度来谈论合作职能，而没有站在私法的平等民事主体角度。

• 31 •

（二）重新定位 PPP 模式下的政府角色

PPP 模式中行政任务提供方式和履责模式的转变与革新，使得政府的角色转变为公法上的担保者和私法上的合作者，政府的职能也相应地转变为担保职能和合作职能。

1. 政府作为公法上的担保者

20 世纪后期，受新自由主义思潮的影响，伴随国家形态的转变，公共任务的责任与公共任务的国家履行逐渐脱钩，国家不再承担给付行政任务的履行责任，但仍须承担国家担保责任。所谓国家担保责任（Gewährleistungsverantwortung des Staates），是指在特定行政任务转由私人机构履行的情况下，国家承担的必须通过管制立法与措施，积极促进其符合一定公益与实现公共福祉的责任。^{〔14〕}政府承担的国家担保责任是一种公法上的预期责任。^{〔15〕}作为一种公法上的预期

〔11〕 参见王俊豪、付金存：《公私合作制的本质特征与中国城市公用事业的政策选择》，载《中国工业经济》2014 年第 7 期。

〔12〕 参见任超：《政府和社会资本合作（PPP）模式下政府职能重构》，载顾功耘主编：《公私合作（PPP）的法律调整与制度保障》，北京大学出版社 2016 年版，第 158 - 167 页。

〔13〕 参见王东：《PPP 主体关系中的政府：角色定位与行为机制框架》，载《中国政府采购》2015 年第 3 期。

〔14〕 Vgl. Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1175 ff.; J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001, S. 179 ff.

〔15〕 所谓预期责任，主要指在一个事件发生前，责任主体应当尽自己最大努力完成的事项，其常常与责任主体具有的特殊角色和地位相关。参见〔澳〕皮特·凯恩：《法律与道德中的责任》，罗李华译，张世泰校，商务印书馆 2008 年版，第 49、50 - 51 页；〔德〕底特·本巴赫尔：《责任的哲学基础》，易小明、聂文军译，载《齐鲁学刊》2005 年第 4 期。

责任,国家担保责任要求政府积极采取管制监督等措施去促成公益之实现,“不能等到不幸或者危机发生之后才去反应,而必须尽可能预见错误的发展方向,并通过及早的应对措施把它消灭在萌芽当中”〔16〕。如果私人部门出现运营困难,公共服务供给中断或有严重不利于公众的不良事态时,政府应该采取临时接管或最终接管的措施,以保障公众利益不受损。因此,国家担保责任本质上是一种管制、监督和接管的责任,其目的是担保私人主体及其他竞争者能够在一个公平的、开放的市场中进行有序竞争;担保一般公众能够获得普适的、便宜的给付产品和给付服务。〔17〕

PPP模式中政府转而承担确保公益实现的国家担保责任,使得政府的角色定位从“履行者”转变为“担保者”。“担保者”既表明了政府在公共服务提供方面严格贯彻了国家辅助性原则,〔18〕具有行政“辅助者”的角色和地位,又能够证成PPP模式的正当性和合法性,更能凸显行政管制方式的重大革新和转变。担保行政,简单来说就是行政机关落实国家担保责任的行政行为状态或过程模式。〔19〕作为担保国家之展现和作用领域的担保行政是管制、影响与监督的行政,并借由国家最低限度的影响来确保私人执行公共任务可以符合公益或法定之要求。〔20〕然而政府履行担保行政职能所采用的管制和监督手段已经不同于以往所采用的强制性的命令与服从式的管制手段,而是采取比较温和的契约、认证、验证、设置诱因等手段间接“驯服”私人部门,以达成PPP模式之目的。这种管制手段的变化刚好契合政府的“担保者”的角色定位。作为“担保者”,政府管制监督的重点应该是透过公平、公正的具有竞争性的甄选程序选出合格的私人部门,然后持续性地监控私人部门对合作契约之履行。在公私部门伙伴关系的整体调控结构中,如何利用市场竞争机制选定受托执行任务之私人部门,以及决定合作对象后,如何持续性地调控私人部门履行任务之行为,实为公部门担保行政任务得以实现之两大关键问题。〔21〕只要政府立于“担保者”角色,严格依法履行担保行政职能,采用新式的管制手段和措施进行重点监控,PPP模式中的公益必然得以确保,也不会出现所谓“利润私人化,损失国家化”的固有弊端。

2. 政府作为私法上的合作者

在PPP模式中,公共任务的完成必须依靠公私双方的相互协助、真诚合作、严格履约,唯有在双方平等、互信的基础上,尤其是政府要脱下“制服”,换上“便装”,将自己置于私法上的平等地位,成为一个真正的“合作者”,才能完成公共任务的高效提供。在PPP模式中,“热爱多样的公民们,他们会顾及使之联系在一起的相互依存性,自愿接受合作,接受共同体规则,并为共同体的利益和生存而放弃他们的一部分自由”〔22〕。PPP强调各个参与方平等协商的关系和

〔16〕〔德〕迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第105页。

〔17〕参见杨彬权:《论国家担保责任:担保内容、理论基础与类型化》,载《行政法学研究》2017年第1期。

〔18〕按照辅助性原则,本于国家权力行使的补充特性,对于公共物品的制造与服务的提供等涉及人民生存照顾之事项,首先应由人民自身透过工作权等自由权行使之方式自由实现,唯有待人民或社会无法自行满足时,国家始得介入,进而扮演给付者与执行者之角色。参见詹镇荣:《民营化法与管制革新》,元照出版公司2010年版,第287页。

〔19〕参见林明锵:《担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色》,载《政治思潮与国家法学》(吴庚教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司2010年版,第584页。

〔20〕参见许登科:《德国担保国家理论为基础之公私协力(ÖPP)法制》,台湾大学法律学研究所2008年博士学位论文,第158页。

〔21〕Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts J, 2. Aufl., 2012, S. 119.

〔22〕〔法〕皮埃尔·卡蓝默、安德烈·塔尔芒:《心系国家改革——公共管理建构模式论》,胡洪庆译,上海人民出版社2004年版,第116页。

机制，故伙伴关系是其首要特征。^{〔23〕}为了能够实现各自所需，公私双方必须进行具有伙伴关系的合作。其次，PPP 模式中公私双方是一个“责任共同体”，都负有私法上的合作责任。与人民发生私法上法律关系或从事私法上行为，而依私法或契约应负协作与配合责任。最后，各国政府大多陷于“预算赤字”“绩效赤字”“执行赤字”的困局中，为了满足民众多样化需求，提升行政效能和扩大内需，政府借用私人部门的资金、专业技术和先进的管理方式促进和提高行政效率和服务产品质量。

政府作为私法领域的“合作者”应当积极履行合作职能。具体来说，在 PPP 契约履行的全过程中，政府要为私营合作者及时办理和提供 PPP 项目建设所需的各种许可文件与文书，协助办理土地审批、政府补贴、投融资协助、筹资协助等事务，配合私营合作者做好物有所值评价、财政承受能力评价等技术工作，严格依据法律和契约的规定履行合同的相关条款，遇到订立合同无法预料之情势时，及时沟通协商解决，禁止单方擅自变更和调整合同条款。当然，如公共产品和服务的持续供给有中断、停止之先兆时，政府作为公益的“担保者”，在与私人合作者协商未果时，有权单方采取解除合同、临时接管等措施，但应该严格遵守正当行政程序。营运期满，私营合作者移交项目、设施和相关资料时，政府应当积极不迟延的予以配合和接收。PPP 模式出现纷争时，政府应当主动与私营合作者商定或约定纠纷解决管道机制。特别要注意的是，PPP 的本质是合作，^{〔24〕}是共享裁量权^{〔25〕}。因此，应该与私营合作者在共享自由裁量权的基础上就相关的风险、责任与义务进行合理的分配，从而达到既促进公共利益，又能使私人合作者获得合理利润回报的目的。

综上所述，政府在 PPP 模式中的角色定位应当是公法上的“担保者”和私法上的“合作者”，并相应地履行担保行政职能和合作职能。政府“担保者”的角色定位不仅可以正当化政府行为，同时也可以约束政府行为。政府担保行政职能的发挥确保了公共利益不因 PPP 模式而受损害。政府“合作者”的角色定位不仅能够正当化政府的合作伙伴身份，也可以规范政府契约行为。政府的合作职能强调政府应当作为真正的“合作者”积极履行义务，善意配合私营合作者顺利达成公共任务。但是，PPP 模式中政府的两种角色定位虽说都是为了公共利益而设，但也有可能存在冲突。例如，政府作为合作者应该完全按照合同的约定全面履行义务，但是如果严格按照合同履行将要或已经损害公共利益时，政府履行合同的责任就和担保公益的责任发生冲突。平衡和消弭冲突的方法就是在 PPP 契约中细化公共利益，科学论证 PPP 合作契约条款和相关内容，严格履行契约条款，如果履行契约条款危害到公共利益，政府此时应该作为“担保者”履行担保职责。PPP 模式中政府的双重性角色定位决定了对 PPP 模式既有来自公法的规制，又有来自私法的规制，更有来自 PPP 契约群的规制。具体来说，在 PPP 模式之规制中，要以公私法“相互援助秩序理念”^{〔26〕}为指导，发挥公私法秩序之不同管制效能。“两秩序的相互援助过程，目的在

• 33 •

〔23〕 参见刘薇：《PPP 模式理论阐释及其现实例证》，载《改革》2015 年第 1 期。

〔24〕 参见孙洁：《政府和社会资本合作模式概论》，山西出版传媒集团、山西经济出版社 2016 年版，第 20 页。

〔25〕 参见〔美〕约翰·D. 多纳休、理查德·J. 泽克豪泽：《合作：激变时代的合作治理》，徐维译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 259 页。

〔26〕 “相互援助秩序理念”联系公私法秩序的不同管控效能，强调公共任务的一体性，在一部分法秩序框架下无法有效达成规制的必要性时，探询与另一法秩序有关之效力要素来使之获得满足。参见〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 276 页。

于维持两法秩序之手段上的差异性,同时有意识地重构其复杂结构来总体地提升法体系之问题解决能力。”〔27〕政府角色的重新定位(本文主要指政府的“担保者”角色定位,政府的“合作者”角色将另文论述)对传统的行政法学模式构成了冲击和挑战,亟需传统行政法学模式予以积极回应。

二、PPP模式下政府角色转变对传统行政法学模式的挑战

模式就是“用以解释现象和影响现象的模型”〔28〕。模式的本质就是某一固定的学术共同体认同、接受的基本理论和基本研究方法,这些理论和方法不仅划定了一定时期他们的研究内容和研究领域,也为后续的科学研究的奠定了基础。具体到行政法领域,所谓行政法学模式,就是行政法学者对一定时期内的行政实践及行政法的理念、理论体系、基本观点以及基本方法所形成的一种相对稳定的观察和解释行政法发展和变革的固定模式,其目的是为了能够更好地指导行政立法实践和推动行政法学的发展。传统行政法学模式是建立在国家与社会二元分立基础之上,以行政行为形式理论作为行政法学体系建构的砥柱,主要采用高权管制手段进行社会管制,通过行政程序控制行政权的运作过程,并使法院处于纠纷解决的中心地位的理论模型。PPP模式的兴起对传统行政法学模式提出了巨大的挑战,这些挑战主要体现在以下方面。

(一) 对国家理念和行政法学理论基础的挑战

传统的行政法学模式无论是维持秩序,抑或提供给付服务,基本上都是建立在国家与社会二元对立基础之上。国家独占公共事务,私人原则上不得染指。私人在法律规定的范围内从事自己的事务,行政机关不得非法干涉,是这一时期的国家图像的典型写照。在此基础之上秉持的国家理念就是“行政作为预防主体”的秩序国理念,抑或是“行政作为给付主体”的社会国理念,也即行政作为秩序和给付的履行主体,亲身提供秩序维护和公共服务,并承担由此而产生的全部法律责任。此时行政法学的理论基础只能是建立在两元对立基础之上的“管理论”“控权论”“服务论”等。然而,在公私部门透过PPP模式共同实现公共任务的情况下,私人部门成为公共任务的履行主体,国家行政机关仅承担担保责任,履行担保行政职责,从而使得国家从给付行政的履行主体,转变为公共任务提供的“担保者”和“合作者”。政府这一角色和职能的重大转变使得建立在国家与社会对立基础之上的“秩序国”理念、“社会国”理念和相应的行政法学理论基础无法有效因应。

(二) 对行政行为形式论的挑战

行政行为形式理论,系指有关“行政行为法律形式之学说”(Die Lehre von den Rechtsformendes Verwaltungshandelns),此一理论构成传统行政法教义之核心概念。行政行为形式理论之任务,主要是借由厘清各行政活动基本单元之概念内涵与外延(范围)、容许性与适法性要件,以及法律效果等问题,确保依法行政要求,并同时保障人民权利。〔29〕行政行为形式理论自提出以来,最大的功能和作用在于将行政机关的行为予以类型化和模式化,从而实现了法律的有效规

〔27〕 前引〔26〕施密特·阿斯曼书,第276页。

〔28〕 〔法〕莫里斯·迪韦尔热:《政治社会学——政治学要素》,杨祖功、王大东译,华夏出版社1987年版,第200页。

〔29〕 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,元照出版公司2002年版,第53页。

制，构成了传统行政法学体系建构的砥柱。

行政行为形式理论只集中观察具有基准行为性质的行政机关意志形成的行政行为，而对于其他法律关系主体特别是人民的行为，则常常忽略；只集中在“瞬间捕捉”（Momentaufnahmen）发生关系的那一个点，而无法掌握行政与人民间之法律关系的时间与程序面向；^{〔30〕} 建立于国家与相对人此一双面法律关系之前提上，先天即有忽略或不重视第三人利益之倾向，对于日趋复杂之行政法律关系或法现象，此一理论亦未提供足够之认识与解释工具。

然而，随着 PPP 模式的兴起和政府角色的变化，私人部门参与了公共服务的提供，成为了公共服务的提供者，其他第三人也以不同的面貌参与了法律关系成为复数利益主体。公私部门之间的合作关系往往不再只是短期的，甚至是单次性的，合作的事项通常也不是单一的，而是彼此之间具有计划执行上紧密关联性的阶段性措施，从而使得行政机关在履行国家行政职责的过程中与相关主体之间发生的法律关系，成为了一种持续性的、长周期性的多边合作法律关系。这种多边合作关系不仅涉及行政主体与行政相对人之间的利害关系，行政主体与第三人之间的利害关系，也涉及行政相对人与第三人之间的利害关系，更涉及公共利益与私人利益之间的平衡协调问题，然而行政行为形式论只能捕捉和解决有限的利害关系，难以掌握和关怀 PPP 模式中的所有关系。此外，PPP 模式的管制手段不再受限于传统的形式化的行政行为，更多地适用和灵活选择未形式化的行政行为，实现行政任务最佳履行的目的追求。^{〔31〕} 由此导致以行政行为形式论为支柱建构的传统行政法学模式无法适应合作行政的结构性变革，无法全面、动态地观察 PPP 模式中的法律关系，无法有效规范公私合作行为，无法有效保护公共利益和正当的私益。

• 35 •

（三）对行政程序理论的挑战

20 世纪以降，由于社会、经济的迅速发展和市场在“自由”运作过程中不断发生“失灵”，政府不得不广泛介入人们的社会、经济生活，从而使得权力作用的领域越来越宽，管理的事务越来越复杂。“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制在 20 世纪中叶以后也开始部分“失灵”，作为事后监督的司法审查构建的控权、救济机制，也随着行政事务的增多和案件复杂程度的增加，导致公民维权需要付出高成本的代价。这些缺陷和不足导致了新的控权机制的出现，这种新的控权机制就是行政程序。相较于实体控权机制，“行政程序可以避免传统实体控权机制的僵硬、死板，用行政程序规范行政权的行使既可不过于束缚政府行为的手脚，又可防止政府实施行政行为的恣意、滥权”^{〔32〕}。但是传统的行政程序主要是建立在国家与社会对立基础之上，是通过控制行政权达到保护公民权益之目的。此时的行政程序就是行政机关行使行政职能所应该遵循的程序，此时的行政程序法适用的主体范围就是行政机关，例如美国联邦《行政程序法》（APA）第 551 条的规定。然而，随着行政任务民营化和 PPP 模式的兴起与发展，私人部门和行政机关以合作方式履行公共任务将成为一种新常态。这种合作履行公共任务的模式，对建立在两元对立基础上的以行政机关为主要规范对象的行政程序理论提出了巨大的挑战。

〔30〕 Vgl. D. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, S. 912 (914).

〔31〕 参见章志远：《迈向公私合作型行政法》，载《法学研究》2019 年第 2 期。

〔32〕 姜明安：《行政程序研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 5 页。

（四）对传统行政管制方式的挑战

我国传统行政法的建构立基于“高权行政”的行政国家或全能政府思维，公共任务不仅由国家所独占，并且具有上下支配的优越性和隶属性，行政行为形式充满单方性与强制性。国家实现公益主要依靠高权色彩较浓的行政行为形式来完成，确切来说，主要依靠命令服从式的单方行政行为完成。方便性、高效性和易于合法性控制，使得单方行政行为作为一种有效的管制手段成为传统行政法学模式研究的核心内容。然而，PPP模式下，政府的角色发生了重大转变，公益实现的方式由强制命令手段转变为柔性合作方式，行政行为遂趋向契约、协商、诱因或事实行为等多样化发展，特别是契约手段取代了命令与服从的单方管制手段，一跃成为主要的管制手段。契约、协商、诱因以及非正式行政行为等作为PPP模式的管制手段，对以规制单方高权行政行为为内容的传统行政法学模式提出了巨大的挑战，仅靠无限拉伸行政行为内涵和范围已经无法因应PPP模式治理的需要。契约作为PPP模式最主要的管制手段，也对传统行政法学模式下的行政契约范式提出了挑战。传统行政契约范式受到上下（官民）秩序两分关系的限制，是一种具有浓厚的纵向色彩的行为态样，既无法应付多元的利益关系，也缺乏公私合作的理念。与此相适应，传统行政契约法制规范的对象“以取代行政处分的隶属性契约为主，强调对于弱势人民权益的保障，对于对等性的合作契约，欠缺规范的框架，实不足以因应在公私协力趋势下行政与私人合作的多元关系发展所带来的挑战。”〔33〕

（五）对法院纠纷解决中心地位的挑战

传统的行政法学模式中的法律关系相对较为简单，采取司法中心主义的行政诉讼模式对行政行为进行合法性审查，甚至有限的合理性审查，即可达到监督行政和保护行政相对人合法权益的目的。然而，PPP模式的兴起让行政法律关系由双方法律关系演变成多方法律关系，行政法律关系的利益主体增多，复数利益交织且错综复杂，司法审查的解决管道和救济方式就显得有点捉襟见肘、力不从心。另外，PPP项目又都牵涉到公共利益的不中断持续供给，而传统的事后司法审查救济手段旷日持久，效果不彰，难以及时保障公共利益。最重要的是，PPP模式中公私主体之间的角色和责任的重新架构，使得纠纷解决的司法任务民营化于社会组织，从而将法院从行政法的中心转移到纠纷解决的边缘，〔34〕使得其用武之地严重收缩。因此，PPP模式的兴起和政府角色的转变对法院纠纷解决中心地位构成了严峻的挑战。

综上所述，PPP模式的兴起和政府角色与职能的转变，对传统行政法学模式提出了一系列挑战。面对这些新挑战，传统行政法学模式自身难以应对和化解，逐渐陷入困境。走出困境的办法之一也许就是转变传统的行政法学模式，确立新的行政法学模式。

三、PPP模式下行政法学模式的转变

行政法学模式是一个动态系统，是不断由低级向高级发展的，每一新的行政法学模式的出现都是对以往旧的行政法学模式的否定，但不一定是全盘否定。如果旧的行政法学模式在本质上是

〔33〕 江嘉琪：《德国（含欧盟）行政契约理论发展之局势》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司2013年版，第5页。

〔34〕 参见〔美〕朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆2010年版，第130页。

过时的，我们应该全盘更替它，如果只是个别的外在形式过时，可以进行适当修改与调整，在此基础上形成新的行政法学模式。^{〔35〕} PPP 模式的兴起，对传统行政法学模式提出了巨大的挑战，传统行政法学模式对此难以积极应对，因此，必须转变行政法学模式。行政法学模式转变的最终目标就是担保行政法学模式，其主要体现在行政法学的国家理念和理论基础、体系建构的砥柱、行政程序、行政管制手段和纠纷救济机制等内容的转变和革新上。

（一）国家理念的更新与行政法学理论基础的调整

1. 国家理念更新——由“给付国家”转变到“担保国家”

传统行政法学模式转变为担保行政法学模式最主要的体现就是国家理念的革新。“理念是重要的，人的行为不仅受到利益的支配，也受理念的支配；社会的变革和人类的进步基本上都是在新的理念推动下出现的，没有理念的变化就没有制度和政策的改变”。^{〔36〕} 因此，“没有任何事物比一个时机已经成熟的理念更强有力”^{〔37〕}。一个时机恰当并已经成熟的国家理念对一个国家行政法学模式的影响是巨大的，甚至决定着这个国家的行政法学模式的根本走向。PPP 模式的兴起，代表着国家理念的重大变迁。国家理念从昔日的“给付国家”变迁到今日之“担保国家”。担保国家（Gewährleistungsstaat）理念生根于 20 世纪 90 年代的德国。担保国家理论的代表性人物舒珀特教授（Gunnar Folke Schuppert）认为，“担保国家作为一种具有前瞻性的先进理念，促进了新的历史时期国家与社会之间相互关系的重新构建”^{〔38〕}，其本质上是国家角色与定位的改变。在担保国家理念下，公共任务是一种通过市场自由竞争方式而提供的“私经济活动”。而国家则对涉及公共事务的私经济活动，透过引导、管制和监督等多种担保措施，确保人民所需的相关产品和服务得以如同由自己提供一般，能够由私人部门为普及、无差别待遇，且质与量兼顾地提供，甚至在价格及质量上较国家提供更具优势。担保国家的本质就是国家和社会之间通过合作行政法律制度共同完成公共任务时，国家立于“担保者”的角色，对公共利益履行担保职能，从而形成一个不同于传统给付国家的新的国家形态或理论。“每一种行政法理论背后，皆蕴藏着一种国家理论。”^{〔39〕} 而且，“行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的”^{〔40〕}。因此，当国家理念从给付国家转变到担保国家时，建立在给付国家理念基础上的行政法学模式也就必然要发生相应的变化与革新。

2. 行政法学理论基础的调整

行政法的理论基础“是指能够揭示行政法所赖以存在的基础，并用以解释各种行政法现象以及指导行政法学研究和行政法制建设的最基本理论”^{〔41〕}。“行政法理论基础是要解决一个行政与人民、政府与人民之间基本关系的问题。”^{〔42〕} 行政与人民、政府与人民之间具有什么样的基本关

〔35〕 参见关保英：《行政法模式转换研究》，法律出版社、中央文献出版社 2000 年版，第 13-14 页。

〔36〕 张维迎：《理念的力量》，西北大学出版社 2014 年版，序言第 2 页。

〔37〕 Vgl. Von Bargen, Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive, EuR2008, S. 200.

〔38〕 Gunnar Folke Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat-modische Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit” ? in ders (Hrsg.): Der Gewährleistungsstaat-Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden, 2005, S. 13ff.

〔39〕 [英] 卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》（上卷），杨伟东等译，商务印书馆 2004 年版，第 29 页。

〔40〕 [美] C. 阿曼：《面向新世纪的行政法》（上），袁曙宏译，载《行政法学研究》2000 年第 3 期，第 85 页。

〔41〕 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》，载《法律科学》1999 年第 2 期，第 41 页。

〔42〕 杨海坤：《行政法的理论基础——政府法治论》，载《中外法学》1996 年第 5 期，第 53 页。

系,相应就有什么样的行政法的理论基础。行政法的规范对象是国家与其公民的关系,因此,无论是基于社会环境事实条件的变迁,还是因为宪法中国家观念的变动,只要国家与其公民之间的关系有重大的改变,行政法体系就不能不随之变化。^[43] 昔日的行政法理论基础例如“控权论”“管理论”“平衡论”都是建立在国家与社会两元分立的基础之上,价值体系单一,无法解释 PPP 模式的新事实和新现象。以 PPP 模式实现公共任务使得国家的形态从“给付国家”迈向“担保国家”;国家的角色从“执行者”转化为“担保者”;国家应负的责任从“执行责任”转化为“担保责任”。国家责任的这种重大转变使得国家与人民之间的基本关系从直接的提供关系转变为间接的担保关系,即国家与人民之间成为了一种担保与被担保的基本关系。国家与人民、政府与人民之间的担保基本关系的确立,必然要求调整这种担保基本关系的行政法的理论基础是“国家担保责任论”。

以“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,一方面,使得政府始终位于“担保者”的立场,明确自己“担保者”的角色和责任,更多地依靠契约、认证和验证等新型管制手段,监督和担保公共产品、公共服务的高质量持续供给;另一方面,责任不仅是政府存在的合理性和治理过程的基础,也是担保行政法律制度建构的根基。从责任的角度出发,摒弃传统行政法学“先权力——后责任”的权力配置程序规则,采用科学的“先责任——后权力”的权力配置程序规则来配置行政权力,理顺了国家责任和行政权力的源与流、目的与手段之正确关系,能够利用责任机制之绳索有效控制 PPP 模式中行政权力的滥用和扩张,从而为 PPP 合作法律制度之构建提供了民主的责任制度根基。^[44] 但是需要说明的是,行政法学没有永恒不变的理论基础,行政法的理论基础只有相对性,没有应用上的绝对性。它要随着时代发展,社会变化而发展变化,是行政法理论源头在特定历史条件下的具体化,具有阶段性。^[45] 因此,“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,是仅就 PPP 模式下的担保国家构建的政府与社会合作法律制度(PPP 法律制度)而言的,而非对任何国家形态下构建的行政法而言,例如秩序行政法和给付行政法。

(二) 法律关系理论作为行政法学体系建构的另一砥柱

行政行为形式理论为传统行政法学体系的建构起到了中流砥柱的作用。然而,面对 PPP 模式中复数的利益主体和多边法律关系,行政行为形式理论难以有效作为担保行政法学体系建构之砥柱,法律关系理论可以作为 PPP 模式中担保行政法学体系建构的砥柱。法律关系论者认为,整体的法秩序是由无数的法律关系所组成,法律关系是由法律规范所形成的两个或多个主体之间的关系。^[46] 法律关系理论以生活关系的连续性和持续性作为观察的重心和焦点。与行政行为形式理论不同的地方,在于法律关系理论不只关心决定,而是以当事人相互间的关系作为联系点,并将之归整为法律关系。^[47] 法律关系理论的提出,能够满足行政行为体系之启发、结构与释义

[43] 参见陈爱娥:《契约作为公私部门合作的行政行为形式》,载《程序正义、人权保障与司法改革》(范光群教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司 2009 年版,第 315-328 页。

[44] 关于“国家担保责任”作为 PPP 模式下行政法理论基础的缘由及对传统行政法理论基础的缺陷的论述,请详见杨彬权、王周户:《论我国 PPP 行政法规划制框架之构建》,载《河北法学》2018 年第 3 期。

[45] 参见孙笑侠:《法律对行政的控制》,光明日报出版社 2018 年版,第 34-35 页。

[46] Vgl. Norbert Acherberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 31.

[47] 参见前引〔26〕,施密特·阿斯曼书,第 282 页。

学等不同功能的需求，促使行政法学界跳脱传统的行政行为形式理论的偏狭格局，从全方位的、动态的角度观察和思考 PPP 模式中的行政法问题，并将长周期性和复杂性因素纳入行政法学的思维体系，不再只是捕捉静止的 PPP 事实现象，而是要关照 PPP 全程运作过程中的社会关系。法律关系论下的担保行政立法或政府与社会资本合作（PPP）立法，不再采用行政行为形式理论下的“条件模式”，^{〔48〕}而是采用“目的模式”^{〔49〕}规范和调整公私合作行为，从而实现行政机关维护公共利益之担保行政职责。如果没有法律关系，PPP 模式中不同法律主体及其法律地位均无法从程序法或契约法上获得观察和总结，并最终获得救济。正是由于法律关系理论能够满足行政行为体系之启发、结构与释义学等不同的功能的需求，德国公法学者彼得·哈贝勒（Peter Haberle）宣称行政法律关系将成为行政法学体系重新建构的砥柱。^{〔50〕}

但是，必须注意的是，法律关系理论并非完美无缺，其也面临制度化和体系化程度不高、核心理论难以突破等困局，^{〔51〕}且目前可见者只有基于 PPP 债务法律关系所产生的损害赔偿请求权，以及在确认诉讼中确认 PPP 法律关系存在与否而已。如果过分偏爱“法律关系论”，难免再陷入像“行政行为形式论”那样的单一理论体系之迷思，衍生新的问题与困境，除非“行政行为形式论”因逻辑之谬误不堪，已达到难以修补以致有结构松动或解构之虞，方需扬弃，^{〔52〕}但现实是“行政行为形式论”仍是行政法的砥柱。“法律关系论”与“行政行为形式论”不应该被建构成两个相对立的理论或理念，而应该取长补短、相互支援。“这种结合传统以法律形式为中心与重视法律关系的实质内容要素的补充，有助于一个完备的行政法体系的建构。”^{〔53〕}因此，法律关系理论作为担保行政法学体系建构的另一砥柱实属行政法学模式发展之必然。^{〔54〕}

（三）行政程序担保化并成为公私合作的平台

在 PPP 模式中，社会资本承担了公共任务的具体履行工作，其提供的公共任务的质量优劣、收费高低等会直接影响消费者和一般公众的合法权益。因此，规范和约束行政机关行为、保障公众利益的行政程序应该进行相应的改革，也即要进行行政程序的担保化。所谓行政程序的担保化，就是随着行政任务的民营化和行政机关的角色转变为“担保者”，行政程序相应地从控制行政机关合法履行公共任务撤退到担保公共利益实现所应遵循的程序，也即担保行政程序。担保行政程序主要包括选择私人合作对象的程序、确保私人提供给付产品和服务品质的程序、特许经营的撤回和接管程序、PPP 合作契约条款的设计和瑕疵效力等程序。行政机关严格贯彻和执行这些

• 39 •

〔48〕 条件模式是指法律规定一定的构成要件与效果，一旦构成要件被满足，便会发生一定的法律效果。条件模式与相应之形式理性是传统行政法学模式的基本运作逻辑，也是现代法治国家的基本前提，然而其制式、呆板以及欠缺灵活性使人无法容忍。

〔49〕 所谓目的模式是指法律并不规定明确的构成要件，仅规范要达成的目的，至于达成的手段则须通过个案才能确定。也就是说，行政决定不再着重于过去的事实调查，而是预测行政决定未来之效果。通过取向目的模式的立法，能够确保行政机关切实履行担保行政职能，维护公共利益。

〔50〕 参见李建良：《行政法基本十讲》，元照出版公司 2012 年版，第 185 页。

〔51〕 参见赵宏：《法律关系取代行政行为的可能与困局》，载《法学家》2015 年第 3 期。

〔52〕 参见李震山：《行政法导论》，三民书局 2019 年版，第 234 - 236 页。

〔53〕 张锦盛：《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》，载《当代公法新论》（中），元照出版公司 2002 年版，第 58 页。

〔54〕 有学者甚至认为，在民营化架构秩序下，“行政法律关系”势将取代“行政行为态样”的思维模式，在依法行政原则的基础上，不再只是探求、审视行政行为的合法性，而是建立以行政法律关系为基础的“行政法上之请求权体系”。参见李建良：《2011 行政管制与行政争讼——民营化时代行政法的新局势》，新学林出版公司 2012 年版，第 11 页。

具体的担保行政程序，可以有效地确保公共任务的顺利达成。同时由于PPP背景下，私人部门不可避免地要作出决策和行使一部分公法上的权力，例如收费权、进入权等，这有可能会涉及公民宪法权利的保障和公共利益的维护。因此，行政程序的适用范围应该逐渐扩展到承担公共任务履行的私人机构；行政程序法的透明、公平和参与等价值也必须延伸到各种混合的公私制度安排之中，以确保合作关系的正当性。^{〔55〕}行政程序适用范围的扩展和程序法价值的延伸渗透，使得私人机构成为了行政程序的适用主体，私人机构适用的行政程序也可以称为私行政程序。因此，PPP模式下的行政程序应该理解为行政机关和私人机构合作履行行政任务应该遵循的程序，也即行政机关作为“担保者”应该履行的担保行政程序和私人机构作为“执行者”履行的私行政程序。私行政程序具有补充功能，是对担保行政程序已经撤回事项范围的补强。由于“程序参与者在角色就位之后，各司其职，互相之间既配合又牵制，恣意的余地自然受到压缩”^{〔56〕}。故而，在PPP模式下，将行政机关与私人机构按照不同的角色定位纳入行政程序法的规制范畴，不仅可以控制公私权力之滥用，又可以担保公共利益的顺利达成。

政府和社会资本的合作者地位也要求公私双方抛弃命令服从关系，在平等的基础上进行对话与合作。这必然要求行政程序从传统的对立程序转向为合作程序，行政程序法的建构必须要有合作化的要素。这种合作化要素主要表现在让公众和人民提早参与、及早将潜在的不同意见者及利益第三人纳入行政程序、提早对公众为信息告知和意见听取。例如，为了确认PPP项目在PPP契约签订后是否具有“融资可行性”，政府部门应该考虑在采购程序的早期阶段或者竞标激烈阶段就让贷款银行及相关机构开始参与。由于公私双方借用了行政程序这个合作平台，进行了充分的协商，PPP项目的落地率和成功率会大为增加。在PPP模式的执行、移交和终止阶段，“人民仍应享有向行政机关请求阅览卷宗的权利；相对而言，行政机关据以作成行政行为的资讯或事实基础若有改变，人民亦负有告知的义务，俾利行政机关做进一步的因应”^{〔57〕}。因此，在PPP模式盛行之今日中国，行政程序就是公私双方通过对话与合作共同实现公共福祉的合作平台。行政程序法也就相应地从具有隶属关系的公私对立程序法走向具有公私合作因素的行政程序法，也即行政合作程序法。PPP背景下行政合作程序法的目标并不仅在于控制行政权，而是调整公权力部门与私人机构之间的合作关系，引导和担保公私主体顺利达成公共任务。

（四）合作契约成为重要的管制手段和规制对象

契约是PPP模式运作的主轴和公私部门合作的行政行为形式，同时也是一种重要的管制手段。凡是实行PPP模式的国家，必然是或者正在变成契约国家。这是因为契约是由当事人合意创造拘束彼此之法秩序的手段，在强调公私部门合作（而非公部门单方强制）的领域里，其为形塑双方法律关系的重要手段。^{〔58〕}以PPP合作契约条款作为担保国家的主要管制手段，除了可以充分发挥PPP模式的制度特性，也即公私部门双方透过平等对话，共商双方在任务执行以及规范框架、财务、人事等方面的风险及公益责任分担之解决方案，更可以使PPP双

〔55〕 参见〔美〕C. 阿曼：《由下而上的全球化——一个国内的观点》，林荣光译，载《全球化下之管制行政法》，元照出版公司2011年版，第57页。

〔56〕 季卫东：《法律程序的意义》，中国法制出版社2012年版，第26页。

〔57〕 前引〔50〕，李建良书，第184页。

〔58〕 参见前引〔43〕，陈爱娥文，第317页。

方当事人于形塑合作法律关系时，对于彼此权利义务事项具有预见可能性，并且可以将“给付提供”及“公益实现”视为契约的整体责任，列入双方权利义务具体形塑之考量，使双方当事人于议约时即可以对主要风险及责任分担方式有一定程度的掌握，避免进入履约阶段后，使私人部门产生过多因当初申请时始料未及的“契约外义务”而生之讶异，降低“民间参与失灵”的风险。^{〔59〕}

PPP 合作契约较以往的行政行为或传统的行政契约，涉及公共建设的规划、资助、兴建、营运以至移转和接管等。此种长生命周期取向的特性，使契约关系因长期合作且事项多元，往往呈现出极为复杂而利益交织的事实与法律关系。^{〔60〕}因此，为了落实国家担保责任，履行担保行政职能，保障公共利益，PPP 合作契约就成为行政法重点规制的对象。行政法应该重点规制和调整 PPP 契约缔结前（包括投标人的资格、甄选机制等）、契约履行（包括给付标的、不履行给付、契约的调控与管理、契约的变更与调整等）以及契约的终结（包括接管、财产移交等）三个阶段的法律关系。通过对 PPP 合作契约全程的动态的合法性规制，确保 PPP 契约管制手段的“依约行使”和“依法行使”。当然，由于 PPP 契约的不完备性和无法预见性，“法律对于公私合作的条件规定就不能是事无巨细的、僵化严苛的，法律更宜做出框架性条件规定，而为合作双方未来的合作内容的调整留下灵活处理的空间”^{〔61〕}。

在公私部门合作履行行政任务领域，行政契约法学的重要任务在于透过“法所引导的契约形塑准则”发展不论公法或私法契约皆可适用之合作契约类型与条款。然而由于我国没有行政程序法，也没有相关的部门行政法的指引，行政契约法学形塑契约条款内容的素材只能来自实务中政府与社会资本为合作执行行政任务所缔结的各种 PPP 合作契约。行政法学的任务在于透过法律所引导的观点，整理实务上所运用的契约类型与条款并检验其适法性，以建构并储存适应各种合作契约的基础结构，并提供合法的契约条款以供使用。^{〔62〕}

最后，必须指出的是，除合作契约管制手段外，担保管制手段的“弹药库”十分丰富，例如协商、指南、认证、鉴证、接管等都可以成为 PPP 模式的担保管制手段。

（五）诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显

在 PPP 模式下，公私协力思想和政府角色的转换也使得法院的角色从传统的纠纷的“裁判者”转换为纠纷解决的“担保者”和“监督者”。作为“担保者”，法院不再垄断纷争解决之权力，而是提供多元管道，由当事人选择最符合其利益之途径。法院之功能不仅在于裁判纷争，更应积极提供当事人更多纷争解决途径，^{〔63〕}并与其他纠纷解决主体解决纠纷提供指导和帮助。作为“监督者”，法院不仅要确保其他多元纠纷解决管道合法和有效，而且要确保行政机关不贱卖公共利益。法院“担保者”和“监督者”的角色定位，必然要求协商、调解、仲裁、裁决等诉讼

〔59〕 参见詹镇荣：《国家担保责任之实践与检讨》，载台湾地区行政法学会主编：《现代行政之正当法律程序/公私协力与行政合作法制》，元照出版公司 2014 年版，第 184-185 页。

〔60〕 参见江嘉琪：《我国行政契约法制之建构与发展》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司 2013 年版，第 209 页。

〔61〕 马怀德：《行政法前沿问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 334 页。

〔62〕 Vgl. Hartmut Bauer, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2Aufl., 2012, S112f.

〔63〕 参见刘建宏：《法治国图像变迁下司法权功能之再探讨——德国行政诉讼中法官调解制度之研究》，载《政大法学评论》2015 年总第 142 期。

外纠纷解决机制逐渐进入 PPP 领域,诉讼外纠纷解决机制为民众提供了便利,帮助当事人节省了时间和金钱,减轻了法院的案件负担,有利于提高民众对司法系统的满意度,有助于保持当事人间原有的合作关系,使纷争得到迅速的解决。^[64]正是基于这些原因,诉讼外纠纷解决机制“前移”到纠纷解决的“前线”,成为纠纷解决的“排头兵”,诉讼机制慢慢地“退隐”于纠纷解决的“第二线”,仅对诉讼外纠纷解决机制的良善运行进行担保和监督。实质上,诉讼外纠纷解决机制就是法院将垄断纷争解决的权力释放由民间行使,由非司法机关和相关机构对 PPP 纠纷做出处理决定,司法机关仅做担保和监督的纠纷解决机制,也即受担保的纠纷解决机制。我们可以将这种由诉讼纠纷解决机制和诉讼外纠纷解决机制形成的“担保与被担保、监督与被监督”的纠纷解决机制称作为“担保纠纷解决机制”。

诉讼外纠纷解决机制在国际上的运用非常普遍,基本上实行 PPP 的国家都在法律法规、政策指南或指导手册中规定了仲裁、调解等诉讼外纠纷解决机制,即使没有明确法律规定的国家对 PPP 模式的诉讼外纠纷解决机制也不明确禁止或排斥。从国内来看,PPP 模式的大力推进和迅猛发展、PPP 专业化和经济化的高压要求,以及社会经济的发展和国家治理体系现代化等多种因素的综合作用也使得仲裁、^[65]调解等诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显,必将成为 PPP 模式下司法权有限撤退后,契约当事人和第三人纷争解决的首选和主要的救济管道。尽管诉讼外救济机制,也即受担保的救济机制成为 PPP 纠纷解决的主要管道,但人民法院基于“担保者”和“监督者”的角色定位,应该担保诉讼外纠纷解决机制不会失灵,以免侵害宪法所要求的民主法治与人权保障的基本秩序。^[66]

• 42 •

四、结 语

政府与社会资本合作模式(PPP)导致国家责任发生了重大转变,国家不再承担公共任务的执行责任,转而承担担保责任和合作责任。相应地,PPP 模式中政府的角色从公共任务的“提供者”“垄断者”,转变为“担保者”和“合作者”。从公法的角度来看,这种重大的政府角色和职能转变对传统行政法学模式提出了严峻的挑战,传统行政法学模式在其自身理论框架内难以解释和应对,从而使其发展为新的担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础,以行政法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱,通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为,以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段,通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。担保行政法学模式是传统行政法学为了回应 PPP 实践以及政府职能向担保行政职能的变革发展而做出的一种理论选择。担保行政法学模式并不是对传统行政法学模式的全盘否定,并非要全然逃脱传统行政法学模式

[64] 参见林福来:《活用诉讼外纷争解决机制解决劳资争议问题——以检视协调、调解机制为中心》,载《国立中正大学法学集刊》2013 年总第 41 期。

[65] 尽管《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 26 条规定,行政协议约定仲裁条款的,人民法院应当确认该条款无效。但对于 PPP 协议来说,其并非由单一的行政协议组成,而是一个协议群,因此,应该根据行政协议的定义确定具体的 PPP 协议的法律属性。如果不属于行政协议,而是民事合同,则合同中约定的仲裁方式有效。参见最高人民法院行政审判庭:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 360 页。PPP 协议中的大多数纠纷都属于民事纠纷,因此仲裁在 PPP 协议纠纷解决中具有重要的地位和作用。

[66] Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Justizdienstleistung im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 422.

及理论体系的束缚，而是在借鉴和吸收传统行政法学模式合理因子的基础上对行政法学理论体系的进一步发展和完善，是对 PPP 模式下政府角色转变和担保行政法律制度建构现实需求更好的回应和解决。

Abstract: PPP is an innovative model in which government and social capital share risks and work together to provide public tasks. In the model of PPP, the government no longer assumes the responsibility for the performance of public tasks, and instead assumes the responsibility of state guarantee. The government's responsibility for state guarantees transforms the role of the government from a "fulfiller" of public tasks in public law to a "guarantor" and a "collaborator" in private law. The significant transformation of the role and function of the government inevitably requires the traditional administrative law mode to turn to a model of guarantee administrative law. The guarantee administrative law model is the administrative jurisprudential model which is based on the theory of state guaranty responsibility as the legal basis of PPP administrative cooperation, takes legal relationship as one of the pillars of the construction of administrative law system, regulates public-private cooperation through privatization and cooperation of administrative procedures, takes cooperative contract as the basic control means of PPP model, and introduces dispute resolution mechanism outside the jurisdiction to effectively solve disputes and protect public interests.

Key Words: PPP mode, guaranteed administrative law model, state guarantee

• 43 •

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

国家知识基础设施的行政法治理 ——以行政特许为视角

翟 翌 刘 杰*

• 44 •

内容提要：中国知网是重要的国家知识基础设施，对其进行行政法治理具有必要性。中国知网并不是普通许可，而是具有行政特许之法律属性，向用户过于频繁提价、不提供普遍及平等的服务等，违背了其应有的公共性定位。可从行政特许的视角对中国知网进行相关治理，明确中国知网是在完成国家知识基础设施的公共性任务。监督中国知网切实履行相关的公共性义务，中国知网应设置特殊的定价机制使其对各用户的报价不会过高，确保其提供的产品或服务价格的稳定性而不能随意进行任意幅度之调价，对不同主体的收费标准应体现公平性。中国知网应履行普遍、平等服务等公共性义务，让更多社会公众可以便利、平等、普遍的使用国家知识基础设施。应规范中国知网的特殊权利和垄断地位，加强相关信息的披露和公开。国家知识基础设施的建设与运营不仅事关公民社会权、文化权的实现，也是高等学校、科研院所等教学科研人员工作的基础与工具，亦是我国面对国际科技竞争的重要基本资源，并事关国家总体安全的维护，有必要对其从行政特许角度进行治理。

关键词：国家知识基础设施 中国知网 行政特许 社会文化权

一、问题的提出：逐年跳涨的使用费与不普遍、不平等的服务

近期我国多所高校对中国知网（CNKI）之服务价格过高及涨价问题提出质疑。如武汉理工

* 翟翌，重庆大学法学院教授；刘杰，重庆大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“行政特许基础理论研究”（18CFX023）、司法部国家法治与法学理论研究中青年课题“‘国民经济和社会发展规划’实现‘公民社会权’研究”（17SFB3010）、重庆大学中央高校基本科研业务费项目（2021CDJSKJC32）（2018CDJSK 08 PT 15）、专业学位研究生教学案例建设项目“行政法与行政诉讼法前沿案例教学研究”的阶段性成果。

大学表示，学校将暂停中国知网的使用，原因是续订价格太过高昂，且每年报价都在上涨，2010—2016 年之间，中国知网的使用费共上涨高达约 132%，年均涨幅约 19%，学校已无力承担；北京大学也因为续订中国知网的价格大幅上涨，在学校官网发布即将停用中国知网的通知；〔1〕2019 年，太原理工大学亦在官网上发布暂停使用中国知网的通知，理由仍然是报价上涨过多过快，学校无法就续订价格与中国知网达成一致〔2〕。还有河北、山东、云南等地的多所高校也都曾因中国知网使用费问题而引发停用风波。

实际上，中国知网已然成为高校师生（尤其是人文社会科学学科）进行科学研究的基础性工具，重要性不言而喻。因此原先宣布停用中国知网的各高校不久便被迫重新订用了中国知网服务，但这并不意味着中国知网同高校之间的相关问题得到了妥善解决。中国知网向各高校收费的逐年走高，对学术电子资源市场造成了一定的负面影响。如影响资源的优化配置，使学术电子资源配置出现低效率；高校教师及学生承担的间接成本越来越高昂，负外部性越来越严重；中国知网和国家知识基础设施密切相关，但其服务价格却未体现基础设施工程所应具备的稳定性和公益性，国内各大高校已成为中国知网强势调价行为的利益受损者，进而影响了我国高校的学术科研。故近年来各界对中国知网存在的问题都颇为关注，在 2020 年召开的两会上，上海市教委副主任倪闽景明确指出中国知网需要转型。〔3〕

此外，中国知网作为一个收集和存储我国期刊论文、报刊文章、学位论文、会议论文、统计年鉴、工具书、专利信息等众多知识成果的平台，对科研工作发展、文化普及和繁荣有着极为重要的基础性作用。但是在现实中，除了对高等院校、科研院所等收取逐年走高的服务费用外，中国知网对社会上的众多个人或非单位用户实际上采取了并不友好的态度：一方面，对个人或非单位用户采取更为高昂的收费方式（按下载论文的页数计费，如期刊论文每页 0.5 元，学位论文 15~25 元每本等〔4〕），使得个人客户使用中国知网下载资料十分昂贵。另一方面，中国知网的一些服务如“学术不端检测服务”，仅由能购买该服务的高校本科生、研究生管理部门限制使用，并不对个人用户、社会个体用户开放使用权限，即便是必须使用“学术不端检测服务”的高校毕业生也只能从学校处获得 1~2 次的检测机会，但随着“翟天临事件”后各高校对研究生学位论文学术规范的重视，不开放且过少的重复率检测机会已难以满足高校学生的需求，为了顺利毕业，不少学生被迫以高价从“不正当渠道”购买中国知网的学术不端检测服务，价格畸高之下的该种现象成为某些“商家”牟取暴利的工具，也严重损害了学生群体的正当利益。近日，武汉一高校的大四学生论文查重账号被盗，而这种情况近年来常有发生，中国知网法务部的相关负责人

• 45 •

〔1〕 参见《中国知网大幅涨价 多所高校暂停续订》，载 <http://news.sohu.com/20160412/n443952046.shtml>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔2〕 参见《关于 2019 年暂停访问“CNKI 中国知网系列数据库”的通知》，载 <http://www2017.tyut.edu.cn/info/1026/11127.htm>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔3〕 参见《倪闽景委员：中国知网，免费？免费？》，载 <http://www.rmzxb.com.cn/c/2020-05-21/2577013.shtml>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔4〕 参见《中国知网会员·流量计费标准表》，载 <https://vipcard.cnki.net/ec/czzx/account/account.html>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

提到存在学校内部人员倒卖知网账号的可能性。^{〔5〕}这些现象的发生正是由中国知网所提供的服务有限导致的。

可见,从社会功能的整体角度看,中国知网不向具有知识、科研需求的社会公众和其他用户提供普遍、平等服务的做法,对全社会知识水平提升、科研事业发展等产生了极为负面的影响。

中国知网与公共利益有着直接关系,但其单方面逐年大幅度提高产品使用费的行为,以及虽然收集、存储来自社会的知识及科研成果,却不对有使用需求的非单位及个人用户提供普遍、平等服务的做法,对我国知识信息的传播、学术电子资源的正常使用和科研工作造成巨大负面影响。故如何在行政法学视阈下,对中国知网进行性质界定,并提出恰当的规制方案,有着重要的实践意义。

二、作为国家知识基础设施的中国知网

(一) 国家知识基础设施的内涵

“基础设施指支持一个国家社会经济运行的一系列系统,是一国经济活动得以进行的基础。”^{〔6〕}有形的基础设施如常见的铁路、公路等交通基础设施,电话、网络等通信基础设施。世界银行的报告提到了在交通、能源、通信等三大有形基础设施外的第四类基础设施即“National Knowledge Infrastructure, NKI”(国家知识基础设施)。^{〔7〕}国家知识基础设施是一个复杂、完善的基础设施系统,它集合了各个学科的公共知识,且融入了各个学科专家的学术知识与成果。^{〔8〕}它的建设促进了全社会知识资源的传播、共享、应用,为社会提供了多样、全面的知识服务,是经济社会发展和学术科研的重要基础之一,加强知识基础设施的建设是知识经济时代的必然要求。

基础设施涉及社会众多群体及个人,故其与公共服务密切相关,作为国家知识基础设施,亦与其他类型的基础设施一样,具有以下特性:首先,应具备普遍服务性,即为人们提供平等的、标准化的知识服务,不会因为性别、肤色、地域、文化水平、贫富差距等原因而区别对待。其次,要保持服务内容的全面性和丰富性,提供多样化的知识服务,满足不同群体的不同需求,提供的知识服务应涵盖各方面学科内容。再次,国家知识基础设施是政府于国家层面进行的统筹规划,应与国家的知识传播与科研、实现相关公民文化社会权利等战略一致。

(二) 中国知网是重要的国家知识基础设施

20世纪末,我国认识到知识作为国家软实力在世界各国竞争中的重要性,将“科教兴国”作为国家战略提出。在此基础上,“1999年3月,以全面打通知识生产、传播、扩散与利用各环

〔5〕 参见《论文查重费暴涨10倍?多名大学生免费知网账号遭盗卖……》,载 <https://kd.youth.cn/mobile/detail?id=q9b8ne3myXKLv0lpjr2RaBJX50EIWaxP5OAdZD6NYMBgwzVQGW>,最后访问时间:2021年7月17日。

〔6〕 黄元元:《国家知识基础设施建设刍议》,载《华东经济管理》2000年第4期,第6页。

〔7〕 参见孙家枢:《关于〈国家知识基础设施〉》,载《天津理工学院学报》1999年第3期。

〔8〕 参见曹存根:《国家知识基础设施的意义》,载《中国科学院院刊》2001年第4期。

节信息通道，打造支持全国各行业知识创新、学习和应用的交流合作平台为总目标，王明亮提出建设中国知识基础设施工程（China National Knowledge Infrastructure, CNKI）”〔9〕。中国知网从建设之初，便从全国、全局的立场出发，与科教兴国、人才强国战略保持一致。而在21世纪初进入知识经济时代时，中国知网也把目标从提供信息服务向提供知识服务转变。〔10〕随着计算机技术的发展，中国知网也随之更新，资源的丰富多样、获取手段的快速便捷使其得到了众多高校、研究者的倚重。根据其学术推广网页上的介绍，中国知网是全球最大的学术论文数据库和学术电子资源集成商，而且市场占有率极高，处于绝对的主导地位。可见，无论是中国知网建立时的初衷，还是其现时在实践中展现的部分功能，都体现中国知网作为国家基础设施的定位。

另外，随着市场需求及相关投入的增长，在中国知网诞生后，逐渐亦有其他类似知识数据库及公司诞生。除中国知网以外，目前我国学术电子资源市场上的其他知识库还包括：万方数据知识服务平台、龙源数据库、维普期刊资源整合服务平台、超星数据库等。这些知识库经营的业务与中国知网具有相似之处，从功能来看，它们事实上亦发挥着类似的功能。这些其他数据库暂远未达到中国知网具有的支配地位和市场占有率，但该行业存在着共性的问题，相关的行政法治理策略亦存在共通之处。本文探讨作为国家知识基础设施的中国知网的行政法治理措施，亦可在将来应用于其他与国家知识基础设施相关的数据库或平台的治理上。

三、行政法视野下中国知网法律性质的重新定位

• 47 •

（一）并非普通许可：中国知网现有行政法定位存在问题

根据公开的资料，目前与中国知网相关的经营许可证主要有：国家新闻出版广电总局颁发的（总）网出证（京）字第271号“中华人民共和国网络出版服务许可证”，许可《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司经营社会科学、科学技术、文学、艺术（含动画、图片）、教育内容互联网出版业务；〔11〕北京市新闻出版广电局颁发的新出发京批字第版170001号“中华人民共和国出版物经营许可证”许可《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司经营图书、报纸、期刊、电子出版物批发、零售、网上销售的业务〔12〕。《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司作为市场化主体，在政府许可下，获得了参与国家知识基础设施工程建设与运营资格。

在学理上，普通许可是指“只要申请人依法向主管行政主体提出申请，经有权主体审查核

〔9〕《CNKI工程》，载 <https://cnki.net/gynki/gynki.htm>，最后访问时间：2021年7月17日。

〔10〕参见赵蓉英、邱均平：《CNKI发展研究》，载《情报科学》2005年第4期。

〔11〕参见“中华人民共和国网络出版服务许可证”，载 <https://piccache.cnki.net/index/images/gb/271.jpg>，最后访问时间：2021年7月17日。

〔12〕参见“中华人民共和国出版物经营许可证”，载 <https://piccache.cnki.net/index/images/gb/170001.jpg>，最后访问时间：2021年7月17日。同方知网（北京）技术有限公司、中国学术期刊（光盘版）电子杂志社公司、同方知网数字出版技术股份有限公司等单位共同运营“中国知网”。笔者在中国知网官方网站上查找到《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司获得的以上两个许可证。

实,符合法定的条件的,该申请人就能够获得从事某项活动的权利或者资格”^[13]。《行政许可法》第12条规定了普通许可的类型,^[14]普通许可本质上是对权利人自身权利的解禁。中国知网近年来向各大高校频繁提高报价,作为许可主体的政府对该行为并未进行特殊的限制。在实践中,中国知网在服务价格上的调价自主权,实际上被认为是其经营上的自由,这符合对普通许可的定位。

这种对中国知网运营业务的普通许可定位,不仅忽视了其国家知识基础设施工程的性质,也忽略了它应承担的职责,进而影响了相关的公共性服务。我们认为,目前中国知网相关的学术电子资源服务出现系列问题的一个重要原因在于其行政法性质的定位模糊不清,或被错误地定位为普通许可,使得它的国家知识基础设施工程的属性被忽视。基于此,本文将尝试从行政特许的角度出发,矫正中国知网定位存在的偏差,为解决相关问题提供思路与方案。

(二) 应明确中国知网的行政特许法律定位

1. 行政特许及其与普通许可的区别

我国《行政许可法》第12条规定了在公共资源的配置、有限自然资源之开发利用、直接关系公共利益特定行业之市场准入领域可设定行政特许。^[15]姜明安教授指出,“特许是基于行政、社会或者经济上的需要,将本来属于国家或者某行政主体的某种权利(力)赋予私人的行政行为”^[16]。结合一些学者的观点可见,行政特许是在有限资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等非干涉行政领域,作为特许人的行政主体赋予受许人与自己相似的特殊权利以便于从事与行政主体相似的活动,促进行政任务的完成,同时受许人亦需承担与行政主体相似的公共义务。与此同时,在行政特许中,行政主体也承担着一定的潜在义务。受许人(被许可人)与作为特许人的行政主体在从事活动、享有的特殊权利、负有的义务等各方面的“相似性”是行政特许的本质特征之一。^[17]实施行政特许的重要目的之一,在于“透过对特许经营权的授予,交换民间机构对公共设施的建设与运营……,增加公共产品与服务的供给,改善产品与服务质量”^[18]。

[13] 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第221页。

[14] 《行政许可法》第12条规定:“下列事项可以设定行政许可:(一)直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项……”一般认为,该款规定是普通许可在实定法上的体现。参见杨景宇:《关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉的说明——2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2003年第5期。

[15] 《行政许可法》第12条规定:“下列事项可以设定行政许可:……(二)有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项……”在行政许可法的草案中,将该款认定的行政许可内容定性为行政特许,尽管在最后的法律文本中取消了“特许”的明确称谓,但一般将该条款的内容认为是行政特许。参见王克稳:《论行政特许及其与普通许可的区别》,载《南京社会科学》2011年第9期。

[16] 前引[13],姜明安书,第223页。

[17] 这一对行政特许的界定是对研究者各种观点之概括与综合,还可参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第413-414页;Mark A. Jamison, Should Google Be Regulated as a Public Utility? 9 *Journal of Law, Economics & Policy*, 4 (2013);朱芒:《日本的行政许可——基本理论和制度》,载《中外法学》1999年第4期;翟翌:《基于“相似性”本质的行政特许界定及其应用》,载《中国法学》2016年第1期等。根据《行政许可法》第12条第(二)项,行政特许类型大致包含公共资源配置的行政特许、直接关系公共利益特定行业市场准入的行政特许、对有限自然资源进行开发利用的行政特许等几大种类,该从受许人和作为特许人之行政主体在从事的活动、负有的义务、享有的权利上之“相似性”视角对行政特许所作的界定可以解释及涵盖这几种行政特许种类,具有较完备之解释能力。

[18] 邓敏贞:《论公用事业特许经营中的政府责任》,载《山东社会科学》2010年第9期,第139页。

普通许可与行政特许有着重要的差别，主要体现在：首先，权利来源不同。普通许可中的被许可人经许可后从事活动的权利本身就属于被许可人，经许可后，被许可人的权利被恢复。行政特许则是赋予了被许可人新的原本不属于他的权利。其次，公益性程度不同。由于行政特许往往是行政主体利用受许人完成特定的行政任务（如公用事业特许等），故有着较浓厚的公益属性。而普通许可由于主要是对被许可人原有自由的解禁，故并不一定具有该属性，或者该属性并不浓厚。再次，裁量性不同。由于普通许可是对被许可人自由的恢复，故满足一定的条件后，行政主体即给予其许可，一般无裁量权。而行政特许由于往往是行政主体选择公私合作的伙伴，故其对行政特许权的授予有一定的自由裁量权，受许人获得特许的前提是行政主体愿意将该权利出让。最后，被许可人享有的特殊权利和负担的特殊义务不同。普通许可中的被许可人享有的权利和负担的义务与作为特许人的行政主体并不具有相似性。而行政特许中，为了让受许人更好地完成相应的行政任务，作为特许人的行政主体授予受许人与自己相似的权利，同时由于事关公共利益，受许人还需要负担与行政主体相似的公共性义务，且行政特许的受许人负担的义务相较于其享有的特殊权利而言，义务更为重要。

2. 中国知网行政特许性质之论证

基于上文对行政特许内涵及其与普通许可区别的论述，我们认为，中国知网的法律性质应定位为行政特许而不是普通许可，主要理由如下：

第一，中国知网学术电子资源行业属于特许相关的“公共资源的配置”范畴。根据《行政许可法》的规定，在一些公共资源的配置中，需要赋予特定权利的事项属于行政特许。至于什么是公共资源，《行政许可法》并没有对其内涵及范围予以明确，目前理论上对公共资源的概念亦未有清晰的共识，但一般认为公共资源可包括航道、无线电频谱资源、航线、出租车的运营执照、市政设施等。^{〔19〕}结合《行政许可法》相关规范的意旨及国家知识基础设施的内涵，我们认为，中国知网（学术电子资源市场）作为国家知识基础设施的一部分，属于学术、科研资料等的公共资源配置，是与公共利益密切相关的行业，需国家特别规制和许可，故可归入“公共资源配置，需要赋予特定权利”行政特许类型。

第二，国家知识基础设施事关重大公共利益，政府对其有运营权，通过特许使受许人获得了运营中国知网等国家知识基础设施的资格，享有与行政主体自己运营该设施时相似的特殊权利。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定的政府职权^{〔20〕}及其内涵

〔19〕 参见王智斌：《行政特许的私法分析》，北京大学出版社2008年版，第75页。

〔20〕 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定：“县级以上地方各级人民政府行使下列职权：（一）执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令；（二）领导所属各工作部门和下级人民政府的工作；（三）改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令；（四）依照法律的规定任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员；（五）执行国民经济和社会发展规划、预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作；（六）保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，维护社会秩序，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利；（七）保护各种经济组织的合法权益；（八）保障少数民族的权利和尊重少数民族的风俗习惯，帮助本行政区域内各少数民族聚居的地方依照宪法和法律实行区域自治，帮助各少数民族发展政治、经济和文化的建设事业；（九）保障宪法和法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利；（十）办理上级国家行政机关交办的其他事项。”

的解释,包括国家知识基础设施在内的各基础设施的建设运营属于行政主体职权范畴。国家知识基础设施事关我国知识资源、学术期刊论文、博硕士学位论文、会议论文、专利、工具书等大量的中文学术信息的存储、使用,是我国高校、科研机构、企事业单位进行科研的基础性工具,有着关键的公共性、重要性,故其与普通许可只是对被许可人自由的恢复不同。“公私合作制……逐步发展成为各国政府实现其经济目标和提升公共服务水平的核心理念与措施”^[21],行政特许是公私合作完成行政任务的典型方式之一。中国知网作为国家知识基础设施,对其进行建设和运营是政府的权利,现许可市场主体进行中国知网的建设与运营,表明行政主体已将该权利出让,通过公私合作的方式促进行政任务的完成。受许人在运营国家知识基础设施的过程中,享有一些特殊权利。如教育部、科技部、新闻出版总署、国家版权局、国家计委给予其大力支持,^[22]“1999年4月30日CNKI主体工程被列为国家级火炬计划项目……1999年10月国家科技部、国家税务总局、国家对外贸易经济合作部、国家质量技术监督局、国家环保总局等五部委将CAJ-CD评为‘国家重点新产品’重中之重项目”^[23],除此之外,还可享受其他在经营方面的特殊优惠条件。这是普通许可所不具有的,类似于政府自己运营该设施时享有的一些特殊权利。

第三,作为国家知识基础设施,中国知网的公共性、重要性决定了其应承担与行政主体相似的公共性义务。首先,中国知网提供的服务应面向公众,目的在于满足公众对知识的需求,提供的均等化服务对促进人的全面发展、提升国民素质、推动精神文明建设具有重要意义。其次,中国知网应致力于提供标准化、规范化的知识,使知识能够被我国科研机构、科研人员利用,其提供的产品及服务是我国科学研究、高等教育的基础性资源。再次,作为国家知识基础设施,中国知网对于我国学术和文化的传承、丰富及发展有重要意义。一方面,中国知网对知识的系统留存,使文明成果能够被传承下去;另一方面,通过与国外相关学术科研机构合作,对国外的知识文化进行汲取和引进,使我国的国家知识内容更加丰富。作为国家知识基础设施,由于其重要的公共性,中国知网应承担保持业务事业运营不中断、平等对待用户、接受政府基于特许的较为强力的监管、承担运营中的延续性责任等与行政主体相似的特殊义务。^[24]

四、从行政特许角度规制中国知网的必要性与优越性

(一) 从行政特许角度规制中国知网的必要性

在论证了中国知网的法律性质应被定位为行政特许而不是普通许可,从而具有公共性后,从行政特许角度对中国知网进行规制是必由之路,存在着必要性。

首先,有利于维护国家知识基础设施的公益属性。中国知网作为国家知识基础设施的一部分,与其他国家基础设施如通信、电、水、气等类似,相关服务具有公益性及公共性,尤其是中

[21] 李嘉娜:《市政公用事业监管的行政法研究》,中国政法大学出版社2012年版,第20页。

[22] 参见中国知网官网,载 <http://service.cnki.net/project/project.html>,最后访问时间:2021年7月17日。

[23] 前引[10],赵蓉英、邱均平文,第628页。

[24] 参见〔法〕让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第480-482页。

国知网作为中国科研与学术的重要基础性工具，对我国高校和科研机构的科研工作起着不可或缺的重要作用。只有明确中国知网的公益性，并从行政特许角度对其进行必要的规制，方可保持这一重要国家知识基础设施的公益性。如果混淆其许可性质，仅认定行政主体对中国知网的许可是普通许可，将被许可人通过行政许可获得的权利视为被许可人自身的权利，完全市场化，那么有可能导致市场的失灵，且对被许可人将难以进行基于公益性的足够规制。“出于对公共利益和公共需要的反应，政府必须介入市场，目的是防止企业对价格进行垄断或者对消费者滥用权力。”〔25〕因此，为了确保我国科研、学术资源的公益性和可获得性，避免完全市场化带来的负面效应，应从行政特许的角度，对中国知网进行必要的规制。

其次，是政府履行其法定职责的必然要求。对中国知网国家知识基础设施运营的行政许可属于行政特许，而在行政特许中，行政主体对接受特许服务的公民或用户仍负有间接潜在义务，这包括行政主体对受许人规制的职责。行政特许是公私合作的方式之一，“从本质上来看，公私协作就不应被理解成是单纯的‘国家从公共事业的撤退’”〔26〕，“仅意味着国家责任由原来的‘履行责任’转变为‘保障责任’与‘补充责任’，是责任承担方式的转变却并非对政府责任的免除”〔27〕。行政特许的性质定位要求行政主体不可忽视其应尽的职责。只有行政主体积极地承担起应有的职责，对中国知网进行必要的规制，才能保障中国知网这一特许事业的公益性和持续运营。

再次，有利于维护国家知识基础设施用户的合法权益。为确保中国知网这一有普遍使用需求的国家知识基础设施之用户可以便利地使用其进行工作，相关的服务价格应保持稳定性，所提供的服务也应确保普遍性。然而，作为国家知识基础设施工程，中国知网的产品及服务的价格却连年持续上涨，陡增教学科研单位等用户的负担，且其不提供普遍、平等服务的做法也加大了非单位用户的压力，进而影响了国家知识基础设施被普遍、广泛的运用。另一方面，目前几乎所有高校都需要购买中国知网的使用权方能维持学校的科研运行，个人进行科学研究也离不开中国知网所提供的资源及服务，但由于中国知网在被许可进行国家知识基础设施的建设和运营时一家独大，处于实质的支配地位，实力强大，与各用户处于不平等的状态，如果不进行必要的规制，将导致中国知网可能滥用自身的优势地位，从而影响我国科研、学术事业的发展。政府从行政特许视角对中国知网进行规制，通过干预将使用费维持在一个合理水平，并监督中国知网对各用户提供普遍、平等的服务，这对国家知识基础设施用户而言收益无疑是巨大的，而且也会促使中国知网进一步提升自身运营水平和效率，而不是把收益的希望仅放在提高服务价格上。

（二）从行政特许角度规制中国知网的优越性

从行政特许角度对中国知网进行规制不仅存在必要性，而且也具有优越性。在我国相关部门

〔25〕 杨海坤、郭朋：《公用事业民营化管制与公共利益保护》，载《当代法学》2006年第5期，第50页。

〔26〕 杜仪方：《公私协作中国家责任理论的新发展——以日本判决为中心的考察》，载《当代法学》2015年第3期，第40页。

〔27〕 前引〔18〕，邓敏贞文，第140页。

法的规定中,对中国知网的规制思路,除行政特许外,主要还可依据《反垄断法》展开。但根据《反垄断法》第3条、第17条的规定,^[28]即使可认定中国知网滥用支配地位或构成垄断并依此进行规制,却仍无法解决中国知网在运营中存在的问题,反而可能会出现新的问题。正如其他类型的基础设施如电网、自来水、天然气等一样,由于自然垄断和经济成本等因素(同一区域架设一套以上的管网系统会导致浪费,没有必要),在同一区域一般只有一个或有限数量的运营商,国家知识基础设施的治理可能基于类似因素(经济成本、知识信息数据的国家安全、便于管理等),亦可能采取这样的管理思路,故若片面地按《反垄断法》对中国知网进行反垄断规制,可能会影响相关政策目的的达成,实际上《反垄断法》第7条亦豁免了某些情形的反垄断审查。^[29]

相较于反垄断这样的干涉行政的规制方式,从行政特许视角对中国知网进行治理具有显著优势。行政特许作为一种公私合作的方式和社会多元参与治理的途径,相比于传统的行政规制手段,其强制性色彩较弱,更有利于以平等协商的方式达致行政目的。行政主体与中国知网运营双方可协商在国家知识基础设施运营中所要达致的公法性任务,中国知网负有的公法性义务、享有的特殊权利等。首先,行政主体可与作为受许人的中国知网运营方协商和确定国家知识基础设施特许要实现的公共服务、实现公民社会文化权等公法性任务,明确其并非普通的营利性商业活动。其次,行政主体可以与中国知网运营方约定其作为受许人所需负担的特殊义务,如提供普遍、平等服务的义务,不得随意调价的义务等。再次,为了更好地确保实现国家知识基础设施所欲实现的公共性任务,及基于中国知网运营方负担了公共性义务等因素,行政主体可与作为受许人的中国知网运营方协商约定和确定中国知网可保持一定的市场优势地位,及相应税收等方面的政策优待、特殊权利等。可进一步通过双方订立行政特许契约的方式,明确中国知网的公法任务和缔约双方的权利义务等内容,以平衡中国知网公共任务的完成和运营方适度盈利的双重目标。

五、基于行政特许对中国知网规制措施的完善

基于本文对中国知网运营许可的行政特许性质之论证,及对其进行规制的必要性和优越性,

[28] 《反垄断法》第3条规定:“本法规定的垄断行为包括:(一)经营者达成垄断协议;(二)经营者滥用市场支配地位;(三)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”《反垄断法》第17条规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:(一)以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;(二)没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;(四)没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;(五)没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;(六)没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;(七)国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”

[29] 《反垄断法》第7条第1款规定:“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护,并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控,维护消费者利益,促进技术进步。”

我们认为，从行政特许角度，可对知网这一国家知识基础设施进行相关的社会性规制。一般认为，行政规制包括经济性规制和社会性规制，经济性规制的历史早于社会性规制，行政主体最早在经济领域进行规制，后来才发展到社会其他领域，对存在信息不对称的领域（如保险、银行业等）和自然垄断领域一般实行经济性规制，对涉及公共安全、健康、卫生等领域一般实行社会性规制。^{〔30〕} 知网涉及的是教育、文化领域，这些领域与一般的纯为牟利的商业领域不同，应当对其进行社会性规制。

（一）明确知网是在完成国家知识基础设施的公共性任务

国家知识基础设施建设的目标在于实现全社会知识资源传播共享与增值利用，^{〔31〕} 知网在进行国家知识基础设施建设和运营中，需要围绕这一目标完成相应的公共性任务。尽管知网实际上进行了国家知识基础设施建设与运营，但如前文所言，既往对知网相关许可定性为普通许可，导致对知网建设运营所完成的任务性质并未能明确，从而使得知网过度以营利为目标。

在明确知网的行政许可性质为行政特许后，以行政特许对知网的建设与运营进行规制首先需对其应承担的公共性任务予以明确。具体包括：第一，加大国家知识基础设施的资源建设，充足的资源是进行知识创新与再生产的前提条件。知网作为国家知识基础设施的重要组成部分，还需要加大对知识信息资源的大规模集成与整合，保障知识信息资源的多样化、全面化。第二，推动知识信息资源的传播与共享、传承与发展，为知识的创新化、高效化利用提供条件，为社会各方面提供知识服务。提供均等化的服务是推动知识的传播与共享之前提，知网要推动均等化服务的更进一步实现，应使公众获取知识服务的手段更为便捷、成本更为低廉、资源更加优质。要推动文化的传承与发展，既要不断利用先进的技术，也要注重对国外优质知识资源的吸收。第三，推动图书业、文化出版行业的线上发展，促使其转型升级和做大做强，从推动文化的传播与共享角度来说，知网与传统出版行业的目标是一致的，平衡好电子出版行业与传统出版行业、纸质期刊等之间的关系是知网重要的公共性义务。第四，知网在推动文化传播的过程中需注重对知识产权的保护及人才的培养，随着知识经济时代的发展，保护知识产权得到了越来越多的重视，对于知识产权的保护程度反映了一个国家科技文化的发展水平，在国家知识基础设施建设的过程中，更应该注重对知识产权的保护，这不仅是对创作者的激励，也保证了我国科技文化产业的有序发展。同时，国家知识基础设施的建设离不开对人才的培养，对文献检索人才、技术人才等人才的培养是知网应承担的重要任务之一。第五，知网应注重国家利益、国家秘密的甄别与分类存储，作为国家知识基础设施工程，知网包括了我国科技论文及相关科研数据、专利信息等重要知识资产，在目前中美科技竞争加剧的背景下，应对知网的重要性予以高度关注。

〔30〕 参见王俊豪：《政府管制经济学导论》，商务印书馆 2017 年版，第 42 页。

〔31〕 参见中国知网官网，载 <http://service.cnki.net/project/project.html>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

（二）监督中国知网切实履行相关公共性义务

为了行政任务能更有效率地完成，行政主体将国家知识基础设施建设与运营的资格特许给中国知网运营者，其也因此负有与行政主体相似的义务。

首先，中国知网应设置特殊的定价机制，使其对各用户的报价不应过高。国家知识基础设施的建设和运营是基于公共利益，目的是使公众和高校师生、科研院所研究人员等可以便利、低价地获取知识和文献，对国家基础设施提供的服务即便收费，费用一般应较低。正如公共交通特许经营中，行政主体将进行公共运输服务的资格通过行政特许赋予公交公司，公共交通的票价低廉。通过特殊的定价机制降低中国知网对高等院校、科研院所及社会个体用户的报价，使该报价与中国知网的国家知识基础设施工程地位相匹配，这是中国知网应承担的义务。在科技传播使科研成本增加的背景下，国际学界普遍认可开放获取（open access）、知识共享是学术出版的未来，尽管出现了一些新问题，但开放获取运动仍发展迅速。^{〔32〕}在我国，开放获取学术资源在短时间内可能还难以实现，设置特殊的定价机制、降低中国知网的报价是现今保护各用户权益、推动科研资源传播的必要之举。行政主体需加强对中国知网定价机制的监督，确保中国知网定价的科学性、合理性、低廉性。

其次，中国知网应确保其提供的产品或服务价格的稳定性，不能时间随意、任意幅度地调价。如公交车行政特许中，公司不能随意上涨票价，若基于成本等情况确需上调价格，应按法定程序进行，如征求公众意见，经行政主体审核等程序方可作出价格调整。另外，中国知网的服务价格上涨幅度和频率也不应过高，以使更多的社会主体可以经济地使用国家知识基础设施提供的知识服务。高校、科研院所是中国教学科研的核心单位，对国家科研竞争力有重要价值，故行政主体尤需加强对中国知网面向高校、科研院所定价机制的监督，避免中国知网随意涨价影响我国高校科研、教学工作开展。

再次，中国知网对不同主体的收费标准应体现公平性。作为具有公共性服务特征的国家知识基础设施，中国知网对各用户应同等对待，不能对不同用户设置不同的收费标准。实际上，根据中国知网网站上发布的信息，其收费标准存在较大的不公平性，其对单位用户（高校、科研院所、医院等）实行包年收费，但对社会个人用户，则采取常规下载论文（包括会议论文）0.5元每页、独家数字出版（新产品）1元每页、硕士学位论文15元每本、博士学位论文25元每本的标准进行收费，^{〔33〕}针对个人用户的收费标准畸高。中国知网这种因购买产品或服务的对象不同采取不同收费标准的行为属于不合理的考虑，这种收费模式违反了行政特许中的公平原则，应当予以纠正。行政主体应通过监督收费标准的制定，甚至直接参与该收费标准的制定过程，保证作为国家知识基础设施重要组成部分的中国知网对各用户公平对待。

最后，中国知网应该履行普遍、平等服务的公共性义务，让更多的社会公众可以便利、平

〔32〕 参见《博士论文被盗卖，谁让开放获取成为开放盗窃？》，载 https://www.sohu.com/a/477871477_199523，最后访问时间：2021年7月17日。

〔33〕 参见前引〔4〕。

等、普遍地使用国家知识基础设施。社会、经济、文化的发展取决于人口的知识水平，中国知网的数字资源目前主要提供给购买了其服务的高校、科研院所、医院、杂志社等单位，一些基于国家知识基础设施、数据资源的服务不向社会其他用户、个人主体提供，这违反了国家知识基础设施行政特许本应具有的服务义务要求。比如以国家知识基础设施为基础进行海量数据分析的中国知网学术不端检测（查重）等服务，目前仅针对单位用户，且一般仅能由高校内部负责管理研究生论文查重的研究生院、研究生科、本科毕业论文教务管理人员、编辑部内部编辑等使用该查重权限，中国知网还对测试数量严密监控，如果发现测试数量多的账号，可能对其实施警告、削减使用次数，甚至停止账号使用等处罚。^{〔34〕}而个人包括高校内的教师、学生以及其他社会个体作者，由于正当的教学科研和学术合作需要使用该服务（如导师监督所带研究生学位论文初稿是否存在学术不端以决定是否同意其进入毕业答辩环节、教师监督论文合作学生是否有抄袭剽窃、导师监督学生撰写的公开发表论文投稿是否有抄袭剽窃等），却无任何正当途径（包括付费购买）获得该服务。正是中国知网的学术不端检测系统仅向机构提供服务，才导致了盗用或窃取账号行为、高价查重产品买卖等现象的出现。中国知网的这种行为没有体现国家知识基础设施的公益性和普遍服务性，影响了我国科研合作、导师对研究生的管理、诚信建设等教学工作，应该改进其服务模式，以使更多的社会公众可以使用中国知网资源，构建知识型社会，推动我国学术合作及科研的发展。行政主体也应积极参与中国知网服务模式转型升级的过程，监督中国知网履行提供普遍、平等服务的义务。

• 55 •

除以上提到的公共性义务外，还可参照《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的相关规定，要求中国知网运营方履行其作为国家知识基础设施运营方应尽的其他义务。

以上所阐明的义务是作为行政特许之受许人的中国知网运营方应当承担的公共性义务，其更好地履行相关义务，离不开具有特许人和监管者双重身份的行政主体的干预。除上文所顺带提及的一些监管措施外，行政主体还可通过特许相关的行政契约来明确中国知网的义务。一方面，行政主体需事先明确中国知网应承担的公共性义务，如在特许合同中对其义务加以明确，“利用资源的服务目标、绩效、质量、期限、价格、普遍服务义务、消费者投诉机制等等，都是公共利益的细化。而这些行业规范或行业标准等事项完全可以转化为合同条款明确下来”^{〔35〕}；另一方面，行政主体需对中国知网履行公共性义务的行为进行切实有效的监督，为促使中国知网履行明确的公共性义务，应重视行政契约责任条款的功能，对中国知网不履行义务的行为，应进行相应的惩罚及处理。

（三）规范中国知网的特殊权利

行政主体将国家知识基础设施建设和运营权利特许给中国知网运营方，使其获得一些与行政主体所具有的权利相似的特殊权利，且包括某些特殊的强势地位。包括：相对支配优势的经

〔34〕 参见中国知网（<https://check.cnki.net/>）右下角弹出的《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司提示，通知时间为2020年4月7日，最后访问时间：2021年5月2日。

〔35〕 许军：《论资源配置行政特许的私法定性》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2014年第1期，第108页。

营地位、获得某些财政上支持、得到一些国家知识基础设施工程相关的政府政策的支持等。由于中国知网运营公司获得政府的支持以运营国家知识基础设施,并且由于中国知网“在目前国内高校(含职院)、科研机构的市场占有率高达99%”^[36],其竞争对手如万方数据、龙源数据库、超星数据库、维普数据库等市场占有率相较中国知网而言微不足道,故中国知网实际上处于极为强势的地位,这些特殊权利和地位是一般的市场竞争主体不具备的。因此,为了防止中国知网滥用其优势及不当侵害高校、科研院所等用户的正当利益,需对这些权利加以规范。

对中国知网享有的特殊权利和垄断地位进行规制可从以下几个方面着手:第一,适度降低给予中国知网的各方面政策乃至财政支持。由于中国知网实际上在建设及运营国家知识基础设施的过程中形成了一家独大的近似垄断地位,故不宜再给予其太多的支持。第二,加强和提升对中国知网的规制措施。一方面,需在相关规定或特许合同中明确中国知网享有的特殊权利相应的边界,这是对其进行规范的前提和依据;另一方面,行政主体要规范中国知网行使特殊权利、优势地位的手段、方式、程序,防止其滥用权利。第三,可适当以优惠政策扶持其竞争对手万方数据、龙源数据库、超星数据库、维普数据库等,以形成竞争较为充分、合理的国家知识基础设施多方运营格局。

(四) 加强有关信息的披露和公开

《政府信息公开条例》规定了公共企事业单位的政府信息公开义务。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条规定了政府和受许人的信息公开义务,依法披露行政特许的相关信息是行政主体及特许经营者的义务。通过信息的披露,有利于用户和公众在了解相关信息的基础上保护自身权利,监督政府和受许人履行相关义务。依据相关规定,具体而言,中国知网相关的国家知识基础设施运营中的信息公开可主要从政府和中国知网运营方两个方面着手:

首先,政府具有公开国家知识基础设施相关政府信息的义务。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》明确了政府对行政特许相关信息的公开义务,^[37]作为特许人和监管者的政府,应依《政府信息公开条例》的一般规定和《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的相关规定,将中国知网运营方建设和运营国家知识基础设施的相关政府信息主动或依当事人申请予以公开,从而使社会或相关用户可以依据公开的政府信息更好地监督政府履行特许人及监管者职责的情况,督促政府更好地促进国家知识基础设施的建设和管理。

其次,中国知网运营方应履行信息公开的相关义务。《政府信息公开条例》第55条第1款规定:“教育、卫生健康、供水、供电、供气、供热、环境保护、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位,公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息,依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行。全国政府信息公开工作主管部门根据实际需要可以制定专门的规定。”中国知网运营方作为国家知识基础设施的建设和运营方,符合该条规定的

[36] 中国知网推广网站,载 <https://a.cnki.net>,最后访问时间:2021年7月17日。

[37] 《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条规定:“县级以上人民政府应当将特许经营有关政策措施、特许经营部门协调机制组成以及职责等信息向社会公开……”

“公共企业单位”的性质定位，故其具有履行信息公开的义务。而《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条亦规定：“……实施机构和特许经营者应当将特许经营项目实施方案、特许经营者选择、特许经营协议及其变更或终止、项目建设运营、所提供公共服务标准、监测分析和绩效评价、经过审计的上年度财务报表等有关信息按规定向社会公开。特许经营者应当公开有关会计数据、财务核算和其他有关财务指标，并依法接受年度财务审计。”而现实中亦存在中国知网未向学位论文、期刊论文作者廉价付费，却对外高价销售作者的论文成果等种种情形。故中国知网运营方应将国家知识基础设施的行政特许经营中的相关成本、价格、服务、下载使用情况、服务社会情况等信息依法予以公开，接受社会公众和用户的监督。相关信息的公开化、透明化不仅可以使用户对知网的产品及服务价格进行更好的监督，也可增加社会公众对该行政特许经营事业各方面的了解，在此基础上，亦可促使社会公众增加对国家知识基础设施的参与。

六、结 语

中国知网的行政法治理并非只是一个行政法上的技术性问题，而是与社会权、文化权利密切相关。公民的受教育权、科学研究权、文化活动权等经济、社会和文化权利，并不能自动实现，它们的实现和发展需要国家投入额外的资源或进行相关政策的配套，故需要政府的积极介入。作为宪法上受教育权、科学研究权、文化活动权实现的重要基础之一，中国知网相关的国家知识基础设施的建设与运营，仅由中国知网以市场化的手段去实施往往难以有效达到相关目的。政府将国家知识基础设施建设的权利特许给中国知网运营方，该特许经营由于横亘公私两个领域，同时具备市场性、公益性，片面地强调其私法属性，对其公法属性及政府的应有监管措施的忽视，将导致国家知识基础设施建设和运营的公共性目标难以实现。明确和丰富行政主体对中国知网等国家知识基础设施的规制措施，有着重要的权利实现意义。

应当高度重视中国知网等国家知识基础设施的建设和运营，为我国高等院校、科研机构、医院等单位的科研人员和学习者提供良好、平等、充足、便利的全方位知识服务。同时，由于中国知网为代表的国家知识基础设施，存储了我国期刊论文、报刊文章、学位论文、会议论文、统计年鉴、工具书、专利、科技成果、国家标准、学术图片等众多知识成果，有必要在促使中国知网等国家知识基础设施在国内更广泛提供平等服务的同时，要求国家知识基础设施运营商认真履行相关的保密等国家安全义务。总之，完善对中国知网等国家知识基础设施的治理，是贯彻科教兴国、人才强国战略的必然要求，有利于推动我国在未来的科技竞争中占据优势地位，有利于实现关键技术独立自主，最终有利于实现中华民族伟大复兴。

Abstract: CNKI is an important entity of the national knowledge infrastructure, and it is necessary to conduct administrative law governance on CNKI. CNKI is not an ordinary license, but has

legal attributes of an administrative franchise. It raises prices too frequently to users year by year, and does not provide universal and equal services, etc., which violates its due public positioning. Relevant regulations can be made on CNKI from perspective of administrative franchise. It is clear that CNKI is completing the public tasks of the national knowledge infrastructure. It is important to supervise CNKI to fulfill the relevant public obligations. CNKI should set up a special pricing mechanism so that the price quotations to users should not be too high, and ensure the stability of the prices of the products or services which it provides, and not to adjust the prices at any time and in any range, and the charging standards for different entities should reflect fairness. In addition, public obligations such as universal and equal services should be fulfilled so that more public can use the national knowledge infrastructure conveniently, equally and universally. The special rights and monopoly position of CNKI should be regulated, and the disclosure and publicity of relevant information should be strengthened. The construction and operation of national knowledge infrastructure is not only related to the realization of civil social rights and cultural rights, but also the basis and tools for teaching and research work of teaching and research personnel in universities, scientific research institutes, etc. It is an important basic resource for our country to face the international technological competition, and it is related to the maintenance of overall national security. Thus, it is of great significance to govern from the perspective of administrative franchise.

Key Words: national knowledge infrastructure, CNKI, administrative franchise, social and cultural right

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

烈士评定条款的适用及其漏洞填补

侯嘉淳 孟鸿志*

内容提要：新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发巨大争议，其根源在于和平时期烈士认定的标准不清。烈士评定行为属于包含价值判断的行政确认行为，烈士评定条款的适用应当符合行政法释义的内在逻辑要求。《烈士褒扬条例》第8条规定了烈士评定的法定情形，综合各种法律解释方法可以确定烈士评定条款的规范标准，包括牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、具有烈士精神品质。经过法律解释后的烈士评定条款的规范标准仍存在法律漏洞，需要通过政策填补和学理填补的方式初步实现漏洞填补，获取烈士评定的非规范标准。透过司法对烈士评定条款的漏洞填补，烈士评定的具体标准可进一步概括为自愿性、有突出事迹、非义务性、利他性、排除意外事件等。

关键词：烈士评定 行政确认 《烈士褒扬条例》

• 59 •

一、问题的提出

2011年国务院制定的《烈士褒扬条例》废止了1980年颁布的《革命烈士褒扬条例》，并在2019年经过两次修订，成为当前我国烈士评定的主要法律依据。但是，进入和平发展时期后，烈士评定行为的具体确认标准并不明确，滥用烈士评定事件时有发生。譬如，一篮球运动员在训练中病逝，被认定为“革命烈士”，让公众难以接受。^{〔1〕}2020年疫情暴发，许多平民英雄为保卫祖国和人民牺牲，烈士评定行为激增，但被评定为烈士的却是少数。不少学者和媒体呼吁“医护人员因公殉职不应当只评定为工伤，还应当评定为烈士”^{〔2〕}，“在防疫工作中牺牲

* 侯嘉淳，东南大学法学院博士研究生；孟鸿志，东南大学法学院教授。

本文为2020年国家社科基金重大项目“突发重大公共卫生事件防控的法治体系研究”（20&ZD189）、2020年江苏省研究生科研创新计划项目“疾病预防控制机构职能法治改革研究”（KYCX20_0065）的阶段性成果。

〔1〕 参见戴佳：《烈士评定，别让人“雾里看花”》，载《检察日报》2012年7月30日，第5版。

〔2〕 陈云良：《建议评定防疫一线牺牲的医护人员为烈士》，载 <http://www.chinawx.com/xwdt/469.html>，最后访问时间：2021年3月21日。

的志愿者也应评定为烈士”〔3〕。根据媒体统计,截至2020年4月3日,在疫情防控期间牺牲的医护人员、民警、志愿者等约有3500人。〔4〕但根据官方披露,2020年4月湖北省人民政府评定牺牲在疫情一线人员为烈士的只有14名。〔5〕

早期烈士评定仅限于革命年代和军事领域,涉及面窄、政治性强,评定对象多属军人、警察群体,以至于法学理论上对烈士评定行为的研究并不多见。学者们主要聚焦于烈士评定之后对“烈士群体”的法律保护。〔6〕然而,进入和平时期后,烈士评定的条件发生了巨大的变化,烈士评定条款如何准确适用亟待研究。《烈士褒扬条例》第8条规定了五项烈士评定的情形,基于文义解释的理解,可能得出这样的结论:只要符合法条中任何一项情形都应当评定为烈士。〔7〕换言之,每一项法定情形都构成烈士评定的充分条件。有学者认为“我国《烈士褒扬条例》对公民评为烈士提供了详细的条件,对哪些人属于烈士有明确规定”〔8〕。但事实上,以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”为例,烈士评定条款的规范内涵十分宽泛。以文义解释的方法分析,公民只要参与了抢险救灾等情形不幸牺牲,就应当评定为烈士。规范上的烈士评定条款难以明确烈士评定的具体标准,给烈士评定工作带来困难,不可避免地造成烈士评定滥用、误用等混乱局面。

如何避免烈士评定被滥用、误用?烈士评定是否有人数的限制,是否有身份的要求?烈士评定的具体标准有哪些?诸如此类的疑问,已为烈士评定条款的理解与适用带来了挑战。对此,本文拟采取法释义学方法,在明确烈士评定行为法律性质的基础上,论证烈士评定条款的适用及其漏洞填补,具体研究分为三个步骤:第一,通过法律解释方法论证烈士评定条款的规范标准;第二,通过法律漏洞填补的方法进一步确立烈士评定条款的非规范标准;第三,在案例中获取司法对烈士评定条款的漏洞填补内容,提炼烈士评定的具体标准。

二、烈士评定的法律性质

如何评定烈士,烈士评定行为是否应遵循行政法解释的逻辑要求,首先应当明确烈士评定行为的法律性质。如果烈士评定行为是一项国家的政治行为,〔9〕则本质上未形成法律上的权利义

〔3〕 吴元中:《志愿者因“疫”牺牲,也应评定为烈士》,载《新京报》2020年2月19日,第A02版。

〔4〕 参见邹莹:《3500个不能忘却的纪念》,载 <https://static.nfapp.southcn.com/content/202004/04/c3364929.html>,最后访问时间:2021年3月21日。

〔5〕 参见《湖北14名新冠肺炎疫情防控一线牺牲人员被评定为首批烈士》,载《人民日报》2020年4月3日,第6版。

〔6〕 法学界的研究,主要集中在烈士特殊人格权保护问题上:第一,从解释论的角度,阐述《民法典》第185条中烈士人格权特殊保护的内涵;第二,从诉讼制度的角度,探究烈士人格权保护在公益诉讼制度上的建构;第三,从侵权损害赔偿的角度,确定侵犯烈士人格权的民事责任。参见刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学》2018年第2期;黄忠顺:《英烈权益诉讼中的诉讼实施权配置问题研究——兼论保护英雄烈士人格利益的路径抉择》,载《西南政法大学学报》2018年第4期;王叶刚:《论侵害英雄烈士等人格权益的民事责任——以〈民法总则〉第185条为中心》,载《中国人民大学学报》2017年第4期。

〔7〕 《烈士褒扬条例》第8条规定:“公民牺牲符合下列情形之一的,评定为烈士……”

〔8〕 康天军:《英烈保护司法实务问题探析》,载《法学论坛》2018年第6期,第127页。

〔9〕 烈士评定行为长期以来是一项面向革命事业牺牲者褒扬的政治行为,这也使得法学上对烈士评定的规范研究颇为鲜见。时至今日,烈士评定仍常被误解为一项只面向军人群体的政治行为,这也是为什么学者、媒体对疫情期间因公殉职医护人员评定烈士进行呼吁的原因。

务关系，难以进一步研究其合法性问题。早期烈士评定具有革命化、政治化色彩，1980年制定的《革命烈士褒扬条例》并未规定公民烈士评定的资格，烈士评定不是公民依申请评定而是行政机关依职权评定，评定程序规范也几乎空白。而且烈士评定情形集中在对敌作战、执行革命任务等革命牺牲情形。^{〔10〕}事实上，能够被评定为烈士的只有军人团体，受特别权力关系理论的影响，烈士评定属于军人内部管理事务，排除司法审查。如果烈士评定是行政机关依职权作出的裁定奖励，或是其他行政机关最终裁决的行政行为，也将难以进行司法的审查。^{〔11〕}现行《烈士褒扬条例》确定的烈士评定是否为行政行为？是什么类型的行政行为？是否具有可诉性？这些问题攸关烈士评定行为的法律性质，决定了烈士评定行为研究的必要性和可行性。笔者认为，申请烈士评定是一项公民的法定权利，烈士评定是一个包含价值评定的行政确认行为，具有可诉性，公民和烈士评定机关之间形成了法律上的权利义务关系。

第一，从公民的角度看，申请烈士评定是一项公民的法定权利。依据《民法典》第13条的规定，自然人的民事权利始于出生，终于死亡。烈士评定发生在公民死亡后，其是否仍享有相应的民事权利存在争议。但承认死者生前的人格财产权益保护，将死者生前人格上之无形财产权，由继承人继承的观点在域外判例学说上已获确认，在我国司法实践上也有所体现。^{〔12〕}此外，《民法典》第185条专门规定了对英雄烈士群体人格权利的特殊保护。虽然烈士评定发生在自然人死亡后，但从权利保障的角度而言仍有必要将其认定为一项公法上的权利。我国《宪法》第45条第2款规定：“国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。”这一条款规定的国家对烈士家属的社会补偿制度，是指因战争、自然灾害和公共突发事件对公民造成损害所进行的补偿。^{〔13〕}《宪法》上并未直接将烈士评定规定为公民的法定权利，但从这一条款可以看出，当公民因为在战争、突发公共事件中牺牲，符合评定烈士情形时，国家应当承担起对烈士遗属抚恤的责任。这也就意味着，当公民牺牲符合烈士评定标准时，死者生前所在单位或死者遗属等组织、公民可代为向烈士评定机关请求牺牲者被评定为烈士，从而使烈士遗属获得国家抚恤待遇。《烈士褒扬条例》第8条进一步规定，公民在特定情形下牺牲应评定为烈士。只要牺牲公民符合烈士评定法定情形，行政机关应当履行依法进行烈士评定的义务。

第二，从行政行为的角度看，烈士评定属于行政确认行为。实践中，地方政府在政务服务网站将“烈士评定”的事项类型标注为行政确认。^{〔14〕}行政确认行为是指，行政主体根据法律、法规的规定，依职权或当事人的申请，对一定的法律事实、法律关系、权利、资格或法律地位进行评定、甄别、证明并予以宣告的行政行为。^{〔15〕}简言之，行政确认行为是确认某人的权利或者具

〔10〕《革命烈士褒扬条例》（已废止）第3条规定：“有下列情形之一的，批准为革命烈士：（一）对敌作战牺牲或对敌作战负伤后因伤死亡的；（二）对敌作战致成残废后不久因伤口复发死亡的；（三）在作战前线担任向导、修建工事，救护伤员，执行运输等战勤任务牺牲，或者在战区守卫重点目标牺牲的；（四）因执行革命任务遭敌人杀害，或者被敌人俘虏、逮捕后坚贞不屈遭敌人杀害或受折磨致死的；（五）为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲的。”

〔11〕例如我国《行政诉讼法》第13条规定，国防外交行为、行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定、法律规定由行政机关最终裁决的行政行为，不是行政诉讼的受案范围。

〔12〕参见张红：《死者生前人格上财产利益之保护》，载《法学研究》2011年第2期。

〔13〕参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2004年版，第244页。

〔14〕参见浙江政务服务网，载 <http://www.zjzfw.gov.cn>，最后访问时间：2021年6月20日。

〔15〕参见周佑勇：《行政法原论》，北京大学出版社2018年版，第261页。

有法律意义的资格的行为。^[16] 烈士评定行为是典型的行政确认行为。但理论上对于行政确认的法律性质认定却存有分歧。一种观点认为,行政确认行为是“准行政行为”,只能间接产生行政法律效果,具有预备性、中间性及阶段性等特征,原则上不可诉。^[17] 另一种观点认为,行政确认可以分为“独立的行政确认”和“附属性的行政确认”,附属性行政确认是指基于其他行政目的的需要,作为其他行政行为成立的必要前提的行政确认行为,典型情形是行政许可必须以申请人的相关资格进行行政确认作为先决条件。^[18] 附属性行政确认符合“预备性、中间性及阶段性”等准行政行为的特征,被认为研究意义不大。^[19] 而“独立的行政确认”则对特定的行政相对人的权利义务产生实质性影响,是行政机关依法行使职权作出“意思表示”的行为,具有可诉性。^[20] 烈士评定确认牺牲者是否为烈士时,直接产生了资格认定的法律效果,决定了牺牲者遗属能否获得相应的物质抚恤。可见,烈士评定应属独立的行政确认行为,具有可诉性。

行政确认行为意味着,烈士评定应当依照法律和相关规定对特定的法律事实进行确定,只要符合烈士评定的法律事实就应当确认为烈士。由于烈士评定赋予了牺牲者特殊的荣誉称号,极易与行政奖励行为混淆。烈士评定虽然在法律后果上对烈士进行褒扬并对烈士遗属提供一定的物质抚恤,但并不属于行政奖励。如果烈士评定是行政奖励行为,那么就有可能出现“竞争中获胜”^[21] 的做法,即烈士评定被设定为事先有名额限制的评选。在这种情况下,烈士评定只能从基本的行政程序、原则上加以规制,其结果难以获得司法救济。^[22] 而行政确认行为属于羁束行政行为,^[23] 必须严格依照法律规定进行,确保符合条件者应评尽评,不能事先限制烈士评定的人数。

第三,从司法审查角度看,烈士评定争议属于行政诉讼的受案范围。虽然行政确认行为的可诉性有过争议,^[24] 但由于独立的行政确认行为对行政相对人的权利义务产生实质影响,学界通说也趋于将行政确认行为纳入行政诉讼的受案范围。从《革命烈士褒扬条例》到《烈士褒扬条例》的立法变迁来看,烈士评定的程序逐渐规范化、精细化,烈士评定从依职权行政行为转变为依申请行政行为。如前文所述,烈士评定不属于行政奖励的范畴,相关争议具有纳入行政诉讼受案范围的法律基础。烈士评定作为典型的行政确认类型,相关的司法案例早已有之。截至2021年3月,笔者以“烈士评定”“烈士认定”“《烈士褒扬条例》第八条”为关键词,在中国裁判文书网、北大法宝等司法案例数据库中进行检索,搜到相关案例约40个。正所谓“有权利必有救

[16] 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第207页。

[17] 参见皮宗泰、王彦:《准行政行为研究》,载《行政法学研究》2004年第1期。

[18] 参见应松年主编:《当代中国行政法》(第四卷),人民出版社2018年版,第1337页。

[19] 参见刘志坚:《行政法原理》,兰州大学出版社1998年版,第207页。

[20] 参见前引〔18〕,应松年主编书,第1338页。

[21] 参见崔卓兰:《行政奖励若干问题初探》,载《吉林大学社会科学学报》1996年第5期。

[22] 例如地方创设的见义勇为奖,行政机关对若干相对人进行表彰,某人认为自己作出的贡献最大,而未得到应得的奖励而向法院提起诉讼。由于这种类型的行政奖励的依据并非国家或地方立法,而是由有关行政主体依据自由裁量权作出,相对人与行政主体之间没有形成法律上的权利义务关系。参见林莉红:《行政奖励诉讼初探》,载《法学杂志》2002年第2期。

[23] 参见姜明安:《行政法》,北京大学出版社2017年版,第387页。

[24] 参见孟昭阳、李伊龄:《论交通事故责任评定的不可诉性》,载《公安研究》2003年第4期;陈建平:《论生产安全事故调查中事故责任评定的性质及可诉性》,载《社科纵横(新理论版)》2008年第3期;戚建刚:《反恐行政评定行为的不可诉性商榷》,载《中外法学》2018年第4期。

济”，一个人获得了救济也就获得了权利。^{〔25〕}烈士评定争议纠纷可获得司法救济，意味着申请烈士评定已经成为一项公法上的权利。如何正确地适用烈士评定条款，作出准确的行政确认，解决烈士评定争议，不仅考验着行政机关，同时也考验着司法机关。行政确认对司法判决发挥辅助性作用，减轻法院认定事实的负担，但行政确认对法院一般不具有拘束力。^{〔26〕}烈士评定案件是否被依法受理，行政机关是否依法作出确认，司法审判机关有权进行审查。

综上所述，烈士评定属于行政确认行为，公民与行政机关之间构成法律上的权利义务关系，烈士评定行为具有可诉性，烈士评定的过程应当符合行政法的内在逻辑要求。据此，行政确认中烈士评定条款的适用及其漏洞填补的规范分析得以展开。

三、烈士评定条款的规范标准

法律的适用离不开对法律条款的解释，对于法律条款的不同情形，可针对性地采取相应的解释方法，以获取对法律条款的规范内涵。萨维尼对法律解释总结为“四个基本要素”，即“语法要素”“逻辑要素”“体系要素”和“历史要素”。^{〔27〕}四个基本要素衍生为不同的法律解释方法，为探求法律条款的规范内涵提供了解释路径。在依法治国背景下，烈士评定首先需要“选择从事法律判断及形成终局案件事实之基础的法条”^{〔28〕}。烈士评定情形条款属于“被类型化了的生活事实”^{〔29〕}，也是行政机关和法官在具体案件中的判断基础。《烈士褒扬条例》第8条、^{〔30〕}《军人抚恤优待条例》第8条^{〔31〕}是我国烈士评定的直接依据，分别规定公民和军人评定烈士的情形。和平时期烈士评定问题的争议焦点是公民的烈士评定情形，2020年新冠肺炎期间死亡的医护人员能否被评定为烈士的系争条款为《烈士褒扬条例》第8条。因此，对烈士评定条款的规范分析将

• 63 •

〔25〕 在英国1703年的“阿什比诉怀特案”中，首席大法官宣称：“如果原告拥有一项权利，他就必然要有维护和保持该权利的方法，如果他在行使权利时遭到侵害则必须要有救济……对权利的需求和对救济的需求是相互的……一个人得到救济，也就得到了权利；失去救济，也就失去了权利。”胡建森：《外国宪法案例及评述》（下卷），北京大学出版社2004年版，第501-502页。

〔26〕 参见前引〔23〕，姜明安书，第391页。

〔27〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社2005年版，第304页。

〔28〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司2013年版，第168页。

〔29〕 〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，颜阙安审校，吴从周译，新学林出版股份有限公司2016年版，第105页。

〔30〕 《烈士褒扬条例》第8条规定：“公民牺牲符合下列情形之一的，评定为烈士：（一）在依法查处违法犯罪行为、执行国家安全工作任务、执行反恐怖任务和处置突发事件中牺牲的；（二）抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的；（三）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（四）在执行武器装备科研试验任务中牺牲的；（五）其他牺牲情节特别突出，堪为楷模的。现役军人牺牲，预备役人员、民兵、民工以及其他人员因参战、参加军事演习和军事训练、执行军事勤务牺牲应当评定烈士的，依照《军人抚恤优待条例》的有关规定评定。”

〔31〕 《军人抚恤优待条例》第8条规定：“现役军人死亡，符合下列情形之一的，批准为烈士：（一）对敌作战死亡，或者对敌作战负伤在医疗终结前因伤死亡的；（二）因执行任务遭敌人或者犯罪分子杀害，或者被俘、被捕后不屈遭敌人杀害或者被折磨致死的；（三）为抢救和保护国家财产、人民生命财产或者执行反恐怖任务和处置突发事件死亡的；（四）因执行军事演习、战备航行飞行、空降和导弹发射训练、试航试飞任务以及参加武器装备科研试验死亡的；（五）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（六）其他死难情节特别突出，堪为楷模的。现役军人在执行对敌作战、边海防执勤或者抢险救灾任务中失踪，经法定程序宣告死亡的，按照烈士对待。批准烈士，属于因战死亡的，由军队团级以上单位政治机关批准；属于非因战死亡的，由军队军级以上单位政治机关批准；属于本条第一款第六项规定情形的，由中国人民解放军总政治部批准。”

以《烈士褒扬条例》第8条为核心,通过综合运用多种法律解释方法,全面掌握烈士评定条款的规范标准。

(一) 单一的文义解释造成烈士评定标准过宽

文义解释是获得法律条文规范内涵的首要方式。《烈士褒扬条例》第8条规定了对公民评定烈士的五项情形,包含四种具体情形,以及“其他牺牲情节特别突出,堪为楷模的”兜底性条款。四类烈士评定的具体情形规整地体现了烈士褒扬的价值精神之要求,使得烈士评定条款具备较高的指引作用。但是,如何理解与适用烈士评定具体情形与兜底条款之间的关系,却左右着烈士评定的标准。在规范主义的立场上,司法机关在裁判中很容易形成“《烈士褒扬条例》第8条界定了可以批准为烈士的五种情形,只要符合任何一种法定条件即应评定为烈士”^[32]的结论。如此一来,烈士评定的条件可转化为《烈士褒扬条例》第8条的任一项情形。

法律论证的核心范围(涵摄到法律或其他法规则之下)显示了三段论的结构,^[33]即“从大前提(法律规范)、小前提(法律事实)到结论”的逻辑推论。若认为“符合任一情形即可评定为烈士”,则法律三段论的大前提可以限缩为《烈士褒扬条例》第8条中的任何一项情形。以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”为例,其规范构成要件要素可分为“抢险救灾”(P1)、“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”(P2)、“牺牲”(P3)。这一法律规范语句的逻辑可表达为:P1或P2且P3→结论(烈士评定)。评定烈士的判断,只需要通过涵摄的方式,将外延较窄的概念划归外延较宽的概念之下,就能推定事实是否符合法律规范语义的范畴。^[34]通过文义解释可知,“抢险救灾”是指在任务重、危险大等事件中抢救和保卫公民生命财产安全、为国家和集体财产而奋斗的行为,多与自然灾害相关。“抢险救灾”是“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”行为的代表。“牺牲”即在抢救行为过程中不幸遇难死亡。新冠肺炎疫情作为突发重大公共卫生事件,具有任务重、危险大的特征,在疫情中抢救、保护公民的行为符合“抢救、保护公民生命”的规范含义,若不幸牺牲,则应当评为烈士。

然而,单从文义解释上对烈士评定进行判断却存在很大的问题。从字面含义看,第8条第2款“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”只是对突发应急事件的概括性规定。新冠肺炎疫情属于典型的突发应急事件,但由于疫情暴发并蔓延至全国,所有政府部门乃至社会各行各业人员都参与到防控疫情的任务中来。不同于自然灾害中参与抢险救灾而牺牲的情形,新冠肺炎疫情具有传播速度快、感染范围广、防控难度大的特点,人人都有感染离世的风险。不仅是医护人员、社区工作者、民警等职业群体,在疫情防控地区内的超市导购员、出租车司机、外卖员等普通行业公民亦面临巨大风险,他们在疫情防控期间工作,都为救治病人、维持医护人员以及患者们生活付出了巨大的努力,其行为均可以解释为“保护公民的生命财产”。是否参与到疫情防控中的所有公民,因病毒感染或其他原因不幸离世,都能评定为烈士呢?若单纯对第8条第2项进行文义解释,仅从客观结果上认定是否属于烈士评定情形,

[32] 参见安徽省宣城市中级人民法院(2016)皖18行终115号行政判决书。

[33] 参见〔德〕乌尔弗里德·诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第18页。

[34] 参见〔德〕阿图尔·卡夫曼:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第180-186页。

无疑会得出这样一个荒谬的结论：所有在疫情中因公殉职的公民，都符合烈士评定的情形。

事实上，《烈士褒扬条例》第8条第2项一直存在被滥用的危险。由于公务人员的工作内容具有公共利益属性，公务人员因公殉职符合文义上“为了保护国家财产而牺牲”的规范意义。依照单一条款对烈士评定进行判断，存在着对烈士评定工作简单化、群体化、脸谱化和宽松化的问题。不考虑立法本意、法条上下的逻辑关系，仅从文义上片面地理解、引用单一规范条款作为烈士评定的判断依据，无疑是烈士评定被误用和滥用的根源。

（二）论理解释方法阐明烈士评定的规范标准

在烈士评定条款的适用过程中，单一的文义解释方法使一些明显违背烈士精神要求的情形也被纳入烈士评定范围。这反映出文义解释的空泛，昭示了单一烈士评定情形无法准确得出烈士评定结果的局限性。通过论理解释^{〔35〕}的相关解释方法，则可以进一步获得烈士评定条款的规范标准。

1. 牺牲情节特别突出

烈士评定情形需要满足标准统一的要求，利用体系解释的方法，“使法条与法条之间，法条前后段间，以及法条内各项、款间，相互补充其意义，组成一个完整的规定”^{〔36〕}。《烈士褒扬条例》第8条规定的五项烈士评定情形中只有兜底条款对牺牲情节的事实情形作出了价值化判断的规定，需要达到“特别突出”的程度，而前四项情形却没有具体价值判断的要求。烈士评定的具体条件是符合相应的情形即可，还是需要满足对牺牲情节的价值要求，存在疑义。

从体系解释来看，烈士评定的兜底性条款应该理解为对前四项评定情形的概括和总结。即前面四项烈士评定情形只是对烈士评定的描述性列举，而兜底性条款则概括了烈士评定的实质要求。《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”的适用需要与第5项“其他牺牲情节特别突出，堪为楷模”相结合。易言之，第2项烈士评定情形仍需要符合“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的要求。如此方能实现烈士评定标准的统一。

此外，《军人抚恤优待条例》规定的烈士评定条件也是体系解释的重要考量依据。《军人抚恤优待条例》第7条对依法可享受抚恤的军人死亡区分为病故、因公牺牲和烈士三种类型，烈士是最高荣誉性称号。军人因公死亡，但死难情节尚未达到烈士认定标准的，不能评定为烈士，而是认定为“因公牺牲”。在统一的法律体系下，公民烈士评定应参照《军人抚恤优待条例》的评定标准，需要考虑牺牲情形的壮烈程度，而不能仅以牺牲结果作为评定依据。换言之，烈士评定的实质标准需要满足“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的规定。

2. 值得褒扬和宣传

“法律的适用自非只是单纯逻辑的机械推演，而是带有某种程度之评价作用与创造成分的思维过程。”^{〔37〕}从烈士评定的目的来看，应当考虑牺牲者是否具有值得褒扬和宣传的事迹。《烈士

〔35〕 论理解释，是指参考法规范制定的成因和目的、法理、法规范历史沿革等等与法律相关的因素，阐明行政法规范的意义的方法。不拘泥于法律条文文字，带有浓厚的价值判断色彩，包括体系解释、目的解释和历史解释三种。参见高秦伟：《行政法规范解释论》，中国人民大学出版社2008年版，第54页。

〔36〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第107页。

〔37〕 李建良：《行政法：第十一讲——行政裁量与判断余地》，载《月旦法学教室》2010年第98期，第36页。

褒扬条例》第2条和《英雄烈士保护法》第2条,作出了“在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲”与“为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身”的规定,体现了我国对评定烈士的价值要求。^[38]从《烈士褒扬条例》的立法目的来看,具有超乎常人的品质和为了集体牺牲自我的事迹,能激励我国公民为建设祖国、保卫祖国而贡献力量,为实现中华民族伟大复兴而奋斗的,才值得褒扬并被评定为烈士。唯有为了国家和人民的利益,主动舍弃自己生命的行为,才称得上“牺牲”。牺牲者的事迹和精神是决定烈士评定的核心标准。单纯将烈士评定解释为描述性规范,无疑会扩大烈士评定范围,放宽烈士评定标准。不对牺牲者的具体情形和事迹进行实质的价值判断,会出现损害烈士英雄形象的不良后果。现实中存在这样的案例,一群人结伴游玩,同伴不幸落水,而救助同伴者也不通水性,溺水身亡。^[39]这种情形虽然也符合《烈士褒扬条例》第8条第2项规定“抢救公民生命财产而牺牲”的情形,但同伴之间结伴出行存在救助义务,与烈士褒扬的精神要求存在一定差距,尚未达到“值得褒扬和宣传”的立法目的。判断是否“值得褒扬和宣传”,可以参照社会主义核心价值观。在疫情防控期间,习近平总书记强调:“我们弘扬社会主义核心价值观,全国各族人民风雨同舟、和衷共济,爱国主义、集体主义、社会主义精神广为弘扬,涌现出大批英雄模范,铸就起团结一心、众志成城的强大精神防线。”^[40]以大批英雄模范的典型事迹为参照,依照目的解释的方法,可以最大限度地避免烈士评定被滥用,损害烈士的荣誉和形象。

3. 符合历史上烈士评定制度的价值要求

历史上的烈士评定制度为当代烈士评定制度提供了参照,基于对烈士评定制度的历时性考察,探寻法律发展所遵循的并将继续遵循的路线,可以将法律的稳定与法律的变化统一起来。^[41]

新中国成立以来,我国烈士评定制度经历了去革命化、去职业化的变迁,但烈士的精神价值却一直传承下来。为了国家独立和民族解放投入革命而牺牲的革命先驱们,集中体现了爱国主义、集体主义的精神。建国初期,国家便着手开展对革命烈士的褒扬优抚工作。1950年12月,原内务部公布了《革命军人牺牲、病故褒恤暂行条例》《革命工作人员伤亡褒恤暂行条例》《民兵、民工伤亡抚恤暂行条例》,奠定了我国烈士褒扬制度的基础。评定为烈士者,是为国家独立和民族解放伟大事业而牺牲的人。1980年《革命烈士褒扬条例》规定评定烈士应属于“壮烈牺牲”的情形,凸显了对牺牲情节“特别突出,堪为楷模”的内在要求。2011年颁布的《烈士褒扬条例》删除了“壮烈”一词,并非《烈士褒扬条例》不再考虑牺牲情节,而是因为“壮烈”一词不是规范的法律术语,这是为了规范立法语言而作的删改。^[42]《革命烈士褒扬条例》第3条规

[38] 《烈士褒扬条例》第2条规定:“公民在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲被评定为烈士的,依照本条例的规定予以褒扬。烈士的遗属,依照本条例的规定享受抚恤优待。”《英雄烈士保护法》第2条第2款规定:“近代以来,为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身的英雄烈士,功勋彪炳史册,精神永垂不朽。”

[39] 参见广东省揭阳市中级人民法院(2016)粤52行终6号行政判决书。

[40] 《中共中央召开党外人士座谈会 习近平主持并发表重要讲话》,载 http://www.xinhuanet.com/2020-05/08/c_1125958977.htm,最后访问时间:2021年6月25日。

[41] 参见〔美〕罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,商务印书馆2017年版,第14-15页。

[42] 参见民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著:《〈烈士褒扬条例〉释义》,中国社会科学出版社2012年版,第29页。

定，除了四项与革命战争相关的烈士评定情形外，还明确了在和平年代“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲”的情形可评定为烈士，为革命年代转向和平年代的烈士评定工作提供了制度衔接条款。革命烈士精神价值在和平年代得以传承，和平年代保卫国家财产和人民生命而牺牲的情形，成为烈士精神价值的新体现。

通过对烈士评定制度的历史梳理可以发现，从革命年代到和平年代，随着时代特征的改变和立法技术的提高，立法规范中的烈士评定情形不断地细化和完善，烈士精神也传承至今。烈士评定具有一定的价值要求，烈士的事迹和精神应当是人民学习的典范。符合烈士评定情形只是申请评定为烈士的条件，行政机关还需要根据牺牲的具体情节作出行政确认。烈士评定机关可以通过历史解释的方法，以历史上烈士评定的立法规范和烈士评定的人物事迹作为参照，分析牺牲者是否具有同等值得褒扬的情节和事迹，再作出评定。

四、烈士评定条款的非规范标准

通过法律解释的方法，可以探求到规范原本要表达的内容，但也仅限于法律条款规范的文字本身，而不能对条款的规范内涵进行增减。^{〔43〕}诚然，综合运用多种法律解释方法，可以获得规范性的法律意义，但无论如何准确地解释法律，仍不能确保法律规范的内涵可以对具体的事件提供答案，而必然存在法律漏洞。因为，法律漏洞是伴随着法律的产生而出现的法律现象。^{〔44〕}前文虽然通过法律解释方法排除了以《烈士褒扬条例》第8条中任一项情形就确认为烈士的错误评定方式，并进一步论证出烈士评定应包含牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、符合历史上烈士评定制度的价值要求等规范标准。但是，这些规范标准并不能对评定烈士提供精准的指引，此外烈士评定所依据的“法律事实”也具有强烈的主观价值判断色彩。烈士评定条款的规范标准包含价值性不确定法律概念，不仅需要进行具体化解释，更需要通过法律漏洞填补的方式补充规范标准之外的“非规范标准”。

理论上法律漏洞类型^{〔45〕}具有不同的分类标准，其填补方式^{〔46〕}也各有不同。依据法律解释方法所获取的《烈士褒扬条例》第8条的规范标准的特征，可以将其归类于“开放的法律漏洞”，

〔43〕 参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第219页。

〔44〕 参见孔祥俊：《裁判模式、自由裁量与漏洞填补》，载《法律方法论》第3卷，人民法院出版社2007年版，第1395页。

〔45〕 如拉伦茨将法律漏洞分类总结为“真正的漏洞”和“不真正的漏洞”、“规范漏洞”和“规整漏洞”、“开放的漏洞”和“隐藏的漏洞”、“自始的漏洞”和“嗣后的漏洞”。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第218-290页。学者李秀芬将法律漏洞分为宪法漏洞、法律漏洞、行政法规漏洞、地方性法规漏洞等；从部门法学来看，分为刑法上的漏洞、行政法上的漏洞、民商法的漏洞等；根据法律语言的构成要素，分为概念漏洞、修辞漏洞与格式漏洞。参见李秀芬：《法律漏洞的特征与填补路径》，载《华东政法大学学报》2019年第6期。

〔46〕 王利明将填补法律漏洞的方法分为类推适用、目的性扩张和目的性限缩、基于习惯法的漏洞填补、基于比较法的漏洞填补和基于法律原则的漏洞填补五种类型。参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2017年版，第583页。梁慧星将法律漏洞填补的方法分为依习惯填补、依法理填补、依判例填补三类。参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第271页。拉伦茨依据不同的法律漏洞类型将漏洞填补方式总结为类推适用、目的论限缩、目的论扩张等不同方式。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第290-312页。李秀芬将法律漏洞填补方式分为立法填补、司法填补、法官的裁量与学理填补。参见前引〔45〕，李秀芬文。刘作翔将法律漏洞的填补方式总结为习惯、司法解释、指导性案例、国家政策、权利推定五种方式。参见刘作翔：《司法中弥补法律漏洞的途径及其方法》，载《法学》2017年第4期。

在“法律内法的续造”下，主要可通过政策填补和学理填补两种方式填补相关法律漏洞，进而总结出烈士评定条款的非规范标准。

（一）烈士评定条款漏洞的政策填补

由于成文法具有有限性、模糊性、滞后性等弊端，将成文法视为法治的唯一圭臬容易陷入形式法治的牢笼，难以适应社会秩序的动态发展。烈士评定立法的规范条款同样存在这样的弊端。为克服成文法弊端，狄骥提出“规则行为说”，认为公法上的行政规定和特许行为中的规章条款具有弥补实定法的价值。^{〔47〕} 德沃金在批判法实证主义时提出“规则—原则—政策”法律模式（渊源）理论。^{〔48〕} 可见，政策填补是法律漏洞填补重要方式。行政机关制定的行政规范性文件属于狄骥所言“弥补法律漏洞的行政规定”，在法律基础上对法律漏洞进行政策填补，可以将法律上抽象的政策目标明确化和细致化。^{〔49〕}

曾主管烈士评定的民政部颁布过一系列烈士评定政策文件，为烈士评定提供了具体的政策指引，一定程度上实现了对烈士评定条款的漏洞填补。民政部出台行政解释文件对《革命烈士褒扬条例》中“壮烈牺牲”“因战牺牲”“受折磨致死”“事迹特别突出”等概念作出进一步的解释。^{〔50〕} 例如，“壮烈牺牲”是指“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产，勇于献身，给人民群众树立了堪为学习榜样的”。此外，行政机关颁布了两个文件专门就《革命烈士褒扬条例》第3条“因执行革命任务遭敌人杀害”的条款规定增列具体情形。^{〔51〕} 在《烈士褒扬条例》颁布后，民政部颁布文件对第2条的“牺牲”作出解释，即“被评定为烈士的，应当死难情节突出，堪为楷模”^{〔52〕}。

2020年退役军人事务部及时发布了针对新冠肺炎疫情防控期间烈士评定的政策指引。退役军人事务部提出，“医务人员和防疫工作者因履行防控工作职责感染新冠肺炎以身殉职，或者其他牺牲人员，符合烈士评定（批准）条件的，应评定（批准）为烈士”^{〔53〕}。该文件从三个方面提出了疫情防控期间的烈士评定要求：第一，明确了疫情防控期间烈士评定褒扬的精神价值为“舍弃个人安危，敢于担当，勇于作为，英勇奋战”；第二，在把握烈士评定条款的规范内涵下，进一步限缩了烈士评定的范围，提出以“直接接触”为具体认定范围；第三，聚焦赴湖北的医疗救援人员牺牲情形的烈士评定。

这些行政规范性文件结合了时代变迁特点在一定程度上填补了烈士评定规范标准的不足，在统一的法秩序下创制了新的评定标准，更好地指引烈士评定工作展开。烈士评定工作在行政政策

〔47〕 参见〔法〕狄骥：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1962年版，第236页。

〔48〕 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第320-323页。

〔49〕 参见鲁鹏宇：《法政策学初探——以行政法为参照系》，载《法商研究》2012年第4期。

〔50〕 参见《民政部关于贯彻执行〈革命烈士褒扬条例〉若干具体问题的解释》（民发〔1980〕63号）（已废止）。

〔51〕 参见《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的解释》（民〔1982〕优26号）（已废止）；《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的补充解释》（民〔1983〕优89号）（已废止）。

〔52〕 《民政部、人力资源社会保障部、财政部、总政治部关于贯彻实施〈烈士褒扬条例〉若干具体问题的意见》（民发〔2012〕83号）。

〔53〕 《退役军人事务部 中央军委政治工作部关于妥善做好新冠肺炎疫情防控牺牲人员烈士褒扬工作的通知》（退役军人部发〔2020〕6号）。

的填补下，评定范围更为明确。

（二）烈士评定条款漏洞的学理填补

学理填补是一项非正式填补，不具有应然的效力，一般是指由学者或其他个人及组织对法律规定所作的不具有法律约束力的填补。^{〔54〕}学理填补虽然不具备有权机关进行法律漏洞填补的效力，但从学理角度阐明规范漏洞填补的思路和方向，具有重要的借鉴意义。学者通过论文写作、立法建议等方式阐明实定法的缺陷，可以为立法填补法律漏洞做准备。疫情中因公殉职医护人员曾引发“应评定为烈士而非工伤”的呼吁。从《工伤保险条例》和《烈士褒扬条例》的规定看，两者在保障待遇、名誉价值和优待范围上都有所差别。从某种意义上而言，烈士评定是对工伤死亡评定的进一步优抚。评定为烈士者不仅有更多财产补偿，^{〔55〕}而且还具有特殊名誉权，烈士人格权受法律特殊保护，^{〔56〕}烈士遗属享有多方面的优待^{〔57〕}。事实上，我国《宪法》以及多个部门法都有抚恤烈士的规定，构成完备的烈士优抚制度体系。^{〔58〕}

为何法律需要对烈士制定如此优厚的抚恤保障？烈士优抚与历史上人类早期军事冲突密切相关，由于军人对国家政权的取得和巩固具有重要地位，历代统治者都将优抚军人特别是阵亡烈士视为激励军人忠勇作战、维护军队稳定的国策加以推行，并逐步向法制化方向发展。^{〔59〕}为烈士提供丰厚待遇保障的理论基础，可以从行政征收补偿理论“特别牺牲说”中获得支持。奥托·迈耶提出，对于特定人所遭受的特别牺牲，应由全体成员负担而对之进行补偿，如此才能符合公平正义的精神。^{〔60〕}“对于因公共福祉而牺牲权利及利益之人，国家应予补偿。”^{〔61〕}虽然“特别牺牲说”主要适用于行政征收补偿领域，但从某种意义上来说，烈士可以视为国家对人的“征用”。在国家民族危难之际，正是需要个人为社会和国家挺身之时，能够自告奋勇身往困境，因此不幸牺牲者，堪为世人楷模。国家对个人的财产征收征用都必须予以补偿，为了公共福祉而牺牲宝贵生命者，更应当予以补偿，乃至优抚。故而，出于对烈士精神品质的褒扬，法律赋予烈士显著高于工伤评定的财产抚恤，并对烈士名誉权予以特殊保护。

烈士褒扬制度表明，烈士优抚不只是对客观上牺牲结果的利益补偿，也是对烈士主观精神价值的褒扬。与一般的行政确认事项不同，烈士的评定不只是对牺牲的客观结果确认，还包含着对牺牲情形主观价值层面的评定。

〔54〕 参见前引〔45〕，李秀芬文。

〔55〕 一般公民烈士评定待遇主要规定在《烈士褒扬条例》第14条至17条中，包括：（1）烈士褒扬金；（2）遗属特别补助金；（3）一次性工亡补助金；（4）烈士遗属定期抚恤金。

〔56〕 《民法典》第185条规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”

〔57〕 《英雄烈士保护法》第21条第1款规定：“……英雄烈士遗属按照国家规定享受教育、就业、养老、住房、医疗等方面的优待。……”

〔58〕 我国烈士抚恤制度的相关规定包括《宪法》第45条第2款、《兵役法》第56条、《国防法》第66条、《耕地占用税法》第7条第4款、《邮政法》第15条第2款等。

〔59〕 参见周士禹、李本公主编：《优抚保障》，中国社会科学出版社1996年版，第5页。

〔60〕 参见曹竞辉：《国家赔偿法立法与案例研究》，台湾三民书局1988年版，第9页。

〔61〕 翁岳生主编：《行政法》，台湾翰芦图书出版公司2000年版，第1429页。

五、司法对烈士评定条款的漏洞填补

在德国法学家卡尔·拉伦茨看来,法官在审理案件过程中采取超越解释界限的“法的续造”是法律漏洞的填补方式之一,法官不仅能进行“法律内法的续造”,还能进行“法律外法的续造”。^[62]这反映在司法上,可以归纳为两条法律漏洞填补路径:规则引入(有规则填补)与规则创设(无规则填补)。^[63]司法对法律漏洞的填补具有更大的自由裁量空间。在私法领域,法官往往直接承载着对法律漏洞填补的任务,在判例法国家中,法官作出的判决具有确立先例的效力,司法填补成为法律漏洞填补最主要的方式。案例是法治的细胞,对于烈士评定条款的漏洞填补来说,审视烈士评定案件中司法形成的个案裁判规则,对填补烈士评定条款漏洞具有重要价值。实践中,司法机关处理烈士评定纠纷可以分为两类,第一类是对革命烈士追认的历史遗留问题,第二类是在和平时期各种意外身亡能否评定为烈士的纠纷,如在刑事犯罪中被害、^[64]在见义勇为中牺牲、^[65]公职人员在执行公务时因意外事件丧生^[66]等情形。与革命烈士评定相比,和平时期的烈士评定情形具有多元性、复杂性和差异性。

(一) 烈士评定纠纷的司法审查模式

1. 程序标准审查为主

烈士评定的程序规定在《烈士褒扬条例》第9条,包含受理(县级政府退役军人事务部门)、初审(县级政府退役军人事务部门)、申办(县级政府)、审核(省级政府退役军人事务部门)、申报(省级政府退役军人事务部门)、评定(省级政府)、告知与备案(各个部门)等程序,《烈士褒扬条例》对不同情形的烈士评定作出具体化规定,形成规范化、体系化的烈士评定程序制度。由于烈士评定程序规定不涉及行政机关的专业评定,属于完全的规范解释范畴,法官在处理涉及烈士评定纠纷中的程序问题时进行全面审查。譬如,在“刘云卿与河南省人民政府案”中,法院通过对《烈士褒扬条例》第9条的解释,指出“刘乃龙所在单位直接向被告河南省人民政府提出评烈申请不符合《烈士褒扬条例》规定的申报程序,被告不具有直接受理刘乃龙评烈申请并予以批准的职权”^[67]。在“罗山县人民政府、张明涛民政行政管理案”中,罗山县政府因为未履行《烈士褒扬条例》第9条“逐级上报”的制度规定导致败诉。^[68]需要说明的是,行政机关在烈士评定纠纷案件中败诉,不意味着应当对申请人的烈士评定申请作出肯定答复,只是需要按照规定规范烈士评定的受理、评定和答复工作。

行政确认本质是行政机关行使职权的行为,法院可以纠正,但是不方便直接代为行使行政职权,可以选择作出确认违法判决,并责令行政机关重新作出行政行为。法院对烈士评定的行政确

[62] 参见前引[28],卡尔·拉伦茨书,第278页。

[63] 参见黄泽敏:《法律漏洞填补的司法论证》,载《法学研究》2020年第6期。

[64] 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01行终354号行政判决书。

[65] 参见广东省高级人民法院(2017)粤行申4号行政裁定书。

[66] 参见湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12行终38号行政判决书。

[67] 河南省郑州市中级人民法院(2016)豫01行初312号行政判决书。

[68] 参见河南省高级人民法院(2016)豫行终2155号行政判决书。

认行为往往只是进行形式审查，而不进行实质审查。

2. 弱实质标准审查为辅

实践中，司法机关对烈士评定纠纷作出判决类型以确认判决、撤销判决为主，鲜少直接作出责令行政机关确认烈士身份的实体性履行判决。譬如，“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”载明，司法机关对是否评定为烈士的情节进行了论证，并倾向原告所提供的申请材料足以评定亡者的烈士身份，然而，即使司法机关对烈士评定材料作出了实质的审查，在判决中还是告知烈士资格“由相应审批权的行政机关进行审核批准”，而并未直接作出确认烈士身份评定的判决。^{〔69〕}只要行政机关事实上履行了烈士评定事项的答复，并且评定程序符合法律规定，其烈士评定的判断结果通常都能获得法院的尊重。

（二）司法有限审查凸显行政评定结果的价值性

烈士评定本质上是行政机关基于亡者生前事迹材料，形成对牺牲者烈士品质的确认。根据大陆法系司法审查的一般理论，事实的判断只是认知问题，法院具有完全的司法审查权，^{〔70〕}依此逻辑，法院似乎应当对烈士资格的确认保持弱尊重，可以根据自己对相关规范的解释判断推翻行政机关对烈士的评定。然而，规范条款中包含着价值性不确定法律概念，行政机关对事实的确认渗透着行政权威和价值判断，因而享有该领域内的“判断余地”，法院应对此保持相当程度的尊重。

在德国，法院对行政机关的“判断余地”的类型化，具体包括考试法或公务员法中考试成绩评分或高度属人性决定、文化法领域的决定、地方自治机关所为合法性判断的审查、环保法和计划法制等判断余地类等，^{〔71〕}基于“权限分配”“功能最适”“民主正当”“规范授权”等理论，法院仅能对行政机关评定事项进行有限度的审查。^{〔72〕}美国“谢弗林案”确立了法院对行政机关司法审查的限度，提出“国会在立法对行政机关行为未进行明确规定或规定的概念模糊时，法院不可简单以自己的解释，而应判断行政机关的解释是否为法律所准许，只要行政解释是合理的，法院就应当予以尊重”^{〔73〕}。法国行政法院奉行不干预行政政策（l'opportunité），但不允许政策与行政道德的原则相违背。^{〔74〕}在行政机关享有“绝对的”裁量权领域，行政法院通常在一般原则的基础上，判断是否有干预行政行为的权限，确保行政机关无法律上或事实上的错误，以及没有“权力挪用”，当没有这一权限时法院不能干预行政机关的专业判断，因为“行政法官不是行政主体的上级”^{〔75〕}。

• 71 •

〔69〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01行终350号行政判决书。

〔70〕 参见林锡尧：《行政法要义》，台湾三民书局1998年版，第215页。

〔71〕 参见张志伟：《专家知识作为行政决定的关键因素——以委员会组织之判断余地类型为检视对象》，载《东吴法律学报》2019年第1期。

〔72〕 参见盛子龙：《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度——德国实务发展与新趋势之分析》，载《法令月刊》2000年10期。

〔73〕 Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

〔74〕 参见〔英〕L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、〔法〕让-米歇尔·加朗伯特：《法国行政法》，高秦伟、王锴译，中国人民大学出版社2006年版，第242页。

〔75〕 前引〔74〕，L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、让-米歇尔·加朗伯特书，第243-245页。

我国《行政诉讼法》规定,只有在行政机关作出行政行为合理性存在“明显不当”〔76〕时,法官才能进行撤销判决,确立了以合法性审查为主、有限的合理性审查为辅的司法审查模式。烈士评定作为行政确认行为,关键问题是审查烈士评定情形的事实评定。而在我国行政诉讼中,事实评定的核心是自由裁量权的问题。法院在司法审查中对事实问题审查的实质是合理性问题,〔77〕应“切忌以自己认为正确的事实结论‘代替’行政主体的事实结论”〔78〕。

实践中司法机关审理烈士评定纠纷的审查模式也主要集中在审理法律适用和烈士评定程序的问题,呈现出“程序标准审查为主,弱实质标准审查为辅”的司法审查模式。行政机关凭借专业知识、经验和政策所作的解释,只要不是严重违背法律原则、明显缺乏合理性,法院应予尊重。〔79〕面对烈士评定这一事实问题,由于行政机关拥有专业性的判断,其所提出烈士评定标准的观点往往成为具体案件中牺牲者能否被评定为烈士的最终标准。就此而言,法院在烈士评定纠纷案件中,对于行政机关作出的烈士评定行为进行回应和认可,既形成个案中烈士评定的具体标准,也是对烈士评定条款的司法填补。

(三) 司法案例中烈士评定的具体标准

行政机关虽然通过政策填补的方式弥补了烈士评定条款的规范漏洞,使烈士评定工作更具操作性,但在实践中依旧存在新的情形需要行政机关对烈士评定工作说明理由。评定为烈士除了需要在形式上满足《烈士褒扬条例》第8条中所列举的情形外,还需要符合“牺牲情节突出,堪为楷模”的具体标准。有学者提出,行政机关在具体行政行为中形成的说明理由内容,是“具体行政行为的解释”,即具体行政行为作出后,行政机关对该具体行政行为的内容进行解释。〔80〕从司法判决中法院对行政机关解释的确认来看,可以构建出个案中烈士评定应当遵循的具体标准。

1. 对“突出事迹”的具体化解释

符合评定为烈士的情形必须是牺牲情节突出堪为后人楷模的情形。若牺牲情节不够突出而被评为烈士,不仅有违烈士称号的严肃性,而且容易造成不良的社会影响,违背烈士褒扬的本意。在“王某某诉连山壮族瑶族自治县民政局行政确认纠纷案”中,法院认定“评定邓某在维护社会治安过程中的见义勇为行为不具有‘英勇搏斗’等特征”,因而“不符合追认为革命烈士的条件”〔81〕。在“张开富诉麻阳苗族自治县民政局等撤销案”中,一名政府值班巡逻人员不幸被撞身亡,民政局做出不予评定为烈士的答复,提到“张刚同志的牺牲情节没有感人肺腑的情景,达不到牺牲情节十分突出,堪为楷模的烈士评定条件”〔82〕。从这些判决中可以看出,在满足烈士评定情形的前提下,死难情节包含突出事迹是实践中烈士评定的重要实质标准。

〔76〕《行政诉讼法》第70条规定:“行政行为有下列情形之一的,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为:……(六)明显不当的。”

〔77〕参见朱新力:《司法审查的基准:探索行政诉讼的裁判技术》,法律出版社2005年版,第430页。

〔78〕前引〔77〕,朱新力书,第431页。

〔79〕参见何海波:《具体行政行为的解释》,载《行政法学研究》2007年第4期。

〔80〕参见前引〔79〕,何海波文,第3页。

〔81〕广东省高级人民法院(2017)粤行申4号行政裁定书。

〔82〕湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12行终38号行政判决书。

2. 烈士评定“利他性”的要求

评定为烈士者应当具有崇高的精神品质，集中表现出为国家、集体或他人的利益而献身，即“舍生取义”的精神，其重要特征之一是“利他性”。“利他性”在烈士评定的情节中应作狭义理解，指牺牲情节与牺牲者本人无直接利益关联，如疫情中为拯救他人生命而奔赴疫区的医护人员，在地震、火灾等灾害中拯救他人的战士、消防员、志愿者们，而若拯救的他人生命是亲属、朋友则不满足“利他性”的要求。譬如，在“庞敬高、陈丽坚烈士评定纠纷案”中，庞宗钊在广州市为抢救晕倒在井下的姑丈张有兴而中毒窒息，后经抢救无效死亡。法院在判决书中认为，“庞宗钊救助相邻居住且又是近亲属的姑丈，具有明显道义上的救援义务，不符合烈士评定的价值要求”^{〔83〕}。

3. 烈士评定“自愿性”的要求

符合评定为烈士的情形必须是能体现敢于牺牲精神的情形。在保卫祖国和社会主义建设事业中为了国家和人民的利益，勇于献出自己生命的行为，是一种主动献身的行为，死难情节中应包含直面危险、奋不顾身、敢于牺牲的主观态度和具体行为表现。在“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”中，行政机关认为“沈某某被杀害时并不知道对方是抢劫犯，打斗中不知道罪犯的动机，主观上不存在保护集体财产的意愿；整个事件过程中，沈某某表现也仅能评定为自我防卫，其死亡原因不能算是因抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”^{〔84〕}。而法院的最终判决也强调《烈士褒扬条例》第8条第2款的“牺牲”应当是“勇于献出自己的生命，体现敢于牺牲的精神，是一种主动献身的行为”。可见，在烈士评定的实质标准中，主观上认识到危险，仍旧自愿献身的精神方符合烈士评定的实质标准。

4. 烈士评定“非义务性”的要求

正如里格斯诉帕尔默案（Riggs v. Palmer）中法官所确立的“无人应当从他自己的错误中获得好处”^{〔85〕}原则一样，能够评定为烈士的事迹应当是非因本人过错造成的情形。易言之，若因自身错误或履行义务而亡，死难情节难以堪称楷模。在一起结伴出游救助落水同事而身亡的事件中，行政机关提出：“评定烈士要考虑系列因素：参与抢救或者保卫的死难人员与被救对象是否有利害关系或救援义务，特别是那些恋爱期间的男女犯险相救，好朋友好伙伴之间的犯险相救，主观上与奋不顾身抢救和保卫人民群众生命安全有一定的距离，必须慎重对待。”^{〔86〕}该解释最终获得法院的认可。现实中因救助落水者而牺牲的事件较为典型，实践中也有不少地方将牺牲者评定为烈士。^{〔87〕}从烈士评定的严肃性和目的性来看，存在救助义务者应当排除在烈士评定的情形之外，非义务性应作为实践中评定烈士的具体标准之一。

〔83〕 广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2018）桂09行终31号行政判决书。

〔84〕 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01行初123号行政判决书。

〔85〕 本案提出，不允许一个谋杀了立遗嘱的遗产继承人，享有遗嘱收益。参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第20-21页。

〔86〕 广东省茂名市茂南区人民法院（2016）粤0902行初43号行政裁定书。

〔87〕 2011年10月22日上午，为抢救相约外出游玩溺水同伴而牺牲的张世鸿，被广东省人民政府批准评定为烈士。参见王漫琪等：《饶平14岁少年被迫认为革命烈士》，载《羊城晚报》2013年8月8日，第6版。

需要特别说明的是,“义务性”应当与“职务性”相区分。打击犯罪、抢险救灾和拯救公民生命是警察、消防员、医护人员等职业人员的职务要求,但这并不影响其牺牲时评定为烈士。在烈士评定案件审核过程中,行政机关提出“非义务性”标准应作狭义理解,即因自身先行为产生的义务,由于本可以避免的个人过失造成自身死亡的,不能评定为烈士。例如,在森林中某人不小心丢弃烟头引发火灾,随后进行救灾时不幸牺牲。单从牺牲的情形来看,完全符合《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾而牺牲”的情形,但因牺牲情节不符合“非义务性”的具体标准而不应当评定为烈士。

5. 排除意外事件

符合评定为烈士的情形应当与意外死亡的情形严格区分。符合评定烈士情形的,应该是在执行相应任务中导致的牺牲情形,牺牲情形的发生是由所执行的任务直接导致或者与所执行的任务直接相关的,而不是在执行任务过程中因其他原因导致的或者与执行任务间接相关的。因此,符合评定烈士的情形,就不包括执行任务的途中或者在执行任务过程中因意外事件死亡以及因病猝死的情形。^[88]譬如,在一起交通事故中,大足县养路段安全办公室负责人李明玖在执勤过程中被强行撞岗的汽车碾压身亡,单位申请评定为烈士,大足区政府批复高度认可了李明玖同志的事迹,但认为根据有关条例的规定,李明玖同志尚不符合追认烈士的条件。^[89]可见,烈士评定实质标准应排除意外事件情形。

六、结 语

新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发的讨论,暴露出和平时期烈士评定条款的解释与适用问题。避免烈士评定被滥用、误用需要以烈士评定条款为前提,论证烈士评定的规范标准,并透过法律漏洞填补的方法明确烈士评定的非规范标准,在司法中进一步明确个案中烈士评定的具体标准。经过分析可知,烈士评定是包含价值评定的行政确认行为,不属于行政奖励的范畴,因而不能限制烈士评定人数。烈士评定经过去革命化、去政治化的制度变迁后,已经不再限制评定者的身份。疫情防控期间,并不只是医护人员牺牲才可以评定为烈士,也不是所有牺牲的医护人员均可评定为烈士。部分人员在保卫祖国和社会主义建设事业中,因正常执行公务而殉职,虽然其精神也值得弘扬,但其牺牲情节与烈士的要求还有一定的距离,不宜评定为烈士。^[90]烈士评定标准应当采取“形式上从宽,实质上从严”的方式,减少因程序问题而导致无法评定为烈士的情况,严格把关烈士评定的实质标准,避免烈士评定泛化。法律不外乎人情,因公殉职人员即便达不到烈士评定标准,也可以通过其他表彰形式追授相关荣誉。在疫情中不幸感

^[88] 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第53页。

^[89] 参见重庆市大足区人民法院(2017)渝0111行初18号行政裁定书。

^[90] 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第54页。

染病毒或者因其他原因去世的同胞们，都值得纪念和缅怀。^{〔91〕}

Abstract: Whether the medical staff who died during the corona virus disease epidemic can be assessed as a martyr has caused great controversy, which rooted in the unclear standards for martyrs assessment in peacetime. Martyrs assessment is an act of administrative confirmation including assessment of value, and the application of the clause of martyrs assessment should meet the inherent logic requirements of administrative law interpretation. The article 8 of Regulations on Honoring Martyrs stipulates legal circumstance of martyrs assessment, and normative standards of the clause of martyrs assessment can be determined by synthesizing legal interpretation methods, including particularly outstanding sacrifice plots, worthy of praise and publicity, and spiritual qualities of martyrs spirit. After legal interpretation of normative standards of the clause of martyrs assessment, there remain law loopholes which require to be filled preliminary by policies and theoretical analysis, in order to capture the non-normative standards of martyrs assessment. By means of loophole filling of the clause of martyrs by judiciary, the specific standards for martyrs assessment can be further summarized as voluntary, having outstanding deeds, non-obligation, altruism, exclusion of accidents and so on.

Key Words: martyrs, administrative affirmation, Regulations on Honoring Martyrs

• 75 •

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔91〕 在2020年5月21日，全国政协十三届三次会议开幕式上，全体政协委员为新冠肺炎疫情牺牲烈士和逝世同胞默哀一分钟。参见《全国政协十三届三次会议在京开幕》，载《人民日报》2020年5月22日，第1版。

失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制

聂帅钧*

内容提要：失信联合惩戒措施作为一种新型的复合行政行为，在社会治理的各个领域得到广泛运用，但其有效性与合法性之间存在张力，可能会不当限制公民的人格尊严、隐私权、平等权、财产权等基本权利，所以需要进行合法性控制。通过运用依法行政、职权法定、禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务等公法原理加以检讨，可以发现失信联合惩戒措施在形式与实质合法性两个层面均存在一定的问题。为了防止失信联合惩戒措施的泛化与滥用，确保其制度发展符合法治国家的建设方向，有必要从立法设定、实施程序、权利救济三方面予以完善。

关键词：失信联合惩戒措施 复合行政行为 公法原理 合法性控制

一、问题提出：解决有效性与合法性之间的张力

当前，我国正处于经济高速发展和社会急遽转型的时期，多元价值并存、利益诉求迥异、社会结构分化等因素共同加剧了社会治理的难度与风险。面对纷繁复杂的社会治理问题，传统行政执法手段日渐式微，无法应对逐年激增的行政管理事务，“徐玉玉电信诈骗”“高铁霸座”等事件接踵发生即为明证。于是，失信联合惩戒措施作为社会信用体系建设中的具体制度安排，在行政执法的诸多领域被广泛运用且适用范围迅速扩张，现已成为整个国家治理体系的重要组成部分。

从发生学上考察，失信惩戒制度的促成^{〔1〕}至少得益于三点因素：一是由计划经济向市场经

* 聂帅钧，上海交通大学凯原法学院博士研究生，安徽法治与社会安全研究中心研究人员。

本文为安徽法治与社会安全研究中心项目“行政法视野下的信用惩戒制度法治化研究”（fzsh2018cx-17）的阶段性研究成果。

〔1〕亦有全国人大常委会法工委相关负责人指出多种因素综合促成了失信惩戒制度的形成和不断强化。具体参见朱宁宁：《发挥失信惩戒功效适度且合法》，载《法制日报》2019年6月18日，第5版。

济的转轨。市场化改革打破了国家与社会高度一体化的格局,为市场经济交易中信任机制的发挥提供了制度生成土壤。二是消除司法执行赤字的需要。伴随《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》等文件的相继发布,以失信被执行人为中心的惩戒制度初步建立,此后,地方立法进一步将失信惩戒制度从司法执行扩散到行政管理活动的各个领域(如烟花爆竹管理、生活垃圾管理等),失信惩戒制度的行政权力特征不断强化。三是便捷的信息技术提供了技术支持。大数据、云计算、人工智能等互联网科技的发展,促使行政机关能够及时、有效地获取自然人和法人的失信信息,从而精准定位失信主体并增强惩戒措施的边际威慑力。实践表明,作为一种社会治理的创新手段,失信联合惩戒措施在确保义务履行、提高行政效能、增强信用意识、维护公共利益等方面发挥了重要作用。较为典型的例子比如,在外务工人员张某因被列入失信黑名单无法乘坐高铁回沙县过端午节,后积极主动还清欠款;^[2]又如,刘某因担心其失信记录影响女儿公务员考试政审,主动缴纳了执行款^[3]。

然而,近年来失信联合惩戒措施的泛化滥用已严重侵入私权领域,其有效性与合法性之间呈现出张力、撕扯乃至冲突的状态。同时,其适用范围不断扩大的态势随时可能会突破基本权利限制的边界并打破行政法治的基本框架,从而在一定程度上面临着合法性危机,这一危机也引发了公法学界的重点关注与积极回应。总体上看,既有研究成果聚焦于社会信用体系的法治化建设这一议题,或从立法论出发直接提出立法建议,^[4]或从整体视角切入理解社会信用体系建设的制度逻辑,^[5]或从制度构造上厘清失信行为标准、^[6]明确备忘录的运作逻辑;^[7]等等。尽管这些激烈的学术讨论从不同侧面触及失信联合惩戒措施的合法性问题,共同表达了对失信联合惩戒权滥用的警惕以及公民基本权利保护的忧虑,但是缺乏对行政活动中最后呈现法律效果之惩戒措施(手段)的重点关注,尤其是没有对其合法性基础进行深入系统且逻辑严密的学理论证。不容置疑,失信联合惩戒措施的设定与实施不能仅仅考量有效性指向,还应追求以保障个人权利为主的合法性基础。对此,全国人大常委会法工委在关于2018年备案审查工作情况的报告中明确指出了这个问题;^[8]《国务院办公厅关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意

• 77 •

[2] 参见《福建沙县:无法购票回家过端午 被执行人主动还款》,载 <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/06/id/5313881.shtml>,最后访问时间:2020年6月26日。

[3] 参见周凌如:《担心女儿政审,老赖秒交执行款》,载《潇湘晨报》2018年6月11日,第A05版。

[4] 参见刘松山:《失信惩戒立法的三大问题》,载 <http://www.aisixiang.com/data/119102.html>,最后访问时间:2020年6月26日。

[5] 参见戴昕:《理解社会信用体系建设的整体视角——法治分散、德治集中与规制强化》,载《中外法学》2019年第6期。

[6] 参见杨丹:《联合惩戒机制下失信行为的认定》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2020年第3期。

[7] 参见吴增琳、刘恒:《信用联合奖惩合作备忘录:运作逻辑、法律性质与法治化进路》,载《河南社会科学》2020年第3期。

[8] 全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出:“有关方面通过出台规范性文件,建立信用惩戒制度,推动社会信用体系建设;同时也引发了一些滥用信用惩戒侵犯公民隐私权和其他合法权益的担忧……针对这些情况,我们加强对有关规范性文件的审查研究,跟踪了解有关立法动态,防止出现侵犯公民合法权益的情况,防止出现超越立法权限和违背上位法规定的情形。”(朱宁宇:《收到公民组织审查建议来信来函1229件》,载《法制日报》2018年12月26日,第02版。)亦有学者指出当下的社会信用体系建设存在致命的合法性问题。(参见沈岩:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期。)

见》（国办发〔2020〕49号）也强调“合理把握失信惩戒措施，坚决防止不当使用甚至滥用”。基于此，为了深刻认识与科学评估失信联合惩戒措施对法治中国建设所造成的影响，本文将依循“实践考察—学理定位—制度检讨—制度完善”的逻辑思路，先从宏观上描摹我国失信联合惩戒措施的实践特征，尔后基于既有行政法学的概念体系分析该措施的法律属性，同时根据公法原理探讨失信联合惩戒措施的合法性，并回归法治国家立场，提出如何对该措施进行合法性控制，从而保障失信联合惩戒措施实施的有效性和合法性。

二、理论基础：失信联合惩戒措施的特征与性质

就失信联合惩戒措施这一研究对象的概念内涵而言，本文将其限定在以下三个方面：其一，本文将围绕针对相对人具有侵益性的惩戒措施展开合法性分析，不包括受益性的守信激励措施。其二，本文所讨论的是由政府主导（非市场自发形成的）实施的惩戒措施，^{〔9〕}不包括司法机关。就实施主体而言，表现为行政主体与社会主体的联合，不仅包括行政机关及被授权的组织，还包括部分履行公法义务的私人主体；^{〔10〕}不仅是同一地区不同行政主体之间的分工合作，还是跨地区、跨部门之间行政机关的执法联动。其三，本文聚焦于行政机关或授权行政主体针对行政相对人所实施的具体惩戒措施，不是分析整个社会信用制度，但包括公布黑名单行为。这是因为黑名单事实上已经具备了惩戒性质，^{〔11〕}所以可将其视为一种惩戒措施。

（一）失信联合惩戒措施的实施特征

本文通过梳理19部^{〔12〕}关于社会信用的省级地方性法规，将失信联合惩戒措施不周延地分为四类，并总结出各类措施包含的具体内容和所涉及的基本权利。（见表1）需说明的是，表1仅列举了现行法律规范中具有代表性的几种失信联合惩戒措施，并不全面，可能有所遗漏，且惩戒措

〔9〕 有学者根据党和国家的信用政策，将我国失信惩戒措施分为市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒、行政性惩戒和司法性惩戒5个层面。（参见王伟：《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计》，载《中州学刊》2019年第5期。）本文主要探讨中央与地方之间、横向部门之间、政府与私人部门之间行政性惩戒的合法性问题，也就是行政权力介入社会信用体系中的部分，而不讨论社会自治、商业交易过程中所形成的信用制度。

〔10〕 例如，国家信息中心与滴滴出行签署《信用信息共享合作协议》，旨在推动各类信用信息共享共用，严厉惩戒失信行为，扩大联合奖惩应用效果。（参见《国家信息中心与滴滴出行签署信用信息共享协议并举办“信易行”项目启动仪式》，载 <http://www.sic.gov.cn/news/87/8869.htm>，最后访问时间：2021年1月17日。）又如，国家发改委与阿里巴巴集团签署《关于推进商务领域诚信体系建设合作备忘录》，双方围绕信用信息数据共享、守信联合奖励与失信联合惩戒等方面加强合作。（参见《国家发改委与阿里巴巴共建商务领域诚信体系建设》，载 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201612/02/t20161202_18347172.shtml，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔11〕 参见李富莹：《信用惩戒在地方立法制度设计中的应用研究》，载《北京人大》2012年第6期。

〔12〕 截至2021年1月17日，全国共出台了20部关于社会信用的省级地方性法规，其中陕西省出台了《陕西省公共信用信息条例》和《陕西省社会信用条例（草案）》，本文仅选取前者作为分析对象，是故，分析样本数量为19部。这些地方性法规以是否施行作为标准可分为两类。一类是已实施的省级法规，分别是《天津市社会信用条例》《山东省社会信用条例》《河南省社会信用条例》《辽宁省公共信用信息管理条例》《浙江省公共信用信息管理条例》《河北省社会信用信息条例》《上海市社会信用条例》《湖北省社会信用信息管理条例》《陕西省公共信用信息条例》。另一类则是草案或征求意见稿，分别是《陕西省社会信用条例（草案）》《海南省社会信用条例（草案）》《重庆市社会信用条例（草案）》《黑龙江省社会信用条例（征求意见稿）》《内蒙古自治区公共信用信息管理条例（草案）》《江苏省社会信用条例（草案）》《广东省社会信用条例（草案修改征求意见稿）》《青海省公共信用信息条例（送审稿）》《吉林省社会信用条例（草案送审稿）》《贵州省社会信用条例（草案）》《甘肃省公共信用信息条例（送审稿）》。

施所规制的对象是自然人而不包括企业法人。就本表所涉基本权利的种类而言，有些权利（如出行权、个人信息权等）能否作为基本权利在学界也尚未形成通说，但它们至少都属于宪法上未列举的基本权利，可根据《宪法》第38条的人格尊严规范，通过宪法解释推导出来。

表 1 失信联合惩戒措施的实践样态

类型	具体措施的例举	所涉的基本权利
资格限制	1. 限制相关任职资格 2. 限制进入相关行业 3. 限制参加政府采购等市场活动 4. 取消依据信用承诺获取的资格 5. 限制享受财政资金补助	财产权、劳动权、社会保障权、平等权
日常监管	1. 列为重点监管对象，增加检查频次 2. 在行政许可等工作中不适用告知承诺等简化程序 3. 取消已经享受的行政优惠措施 4. 书面警示、约谈告诫 5. 列入重点关注名单 6. 限制出境	平等权、人格尊严、人身自由、隐私权（个人信息权）
剥夺荣誉	1. 撤销相关荣誉称号 2. 在表彰奖励中给予限制 3. 取消参加政府组织的各类表彰奖励资格	人格尊严
限制消费	1. 限制乘坐高级交通工具 2. 限制购买不动产 3. 限制旅游度假	财产权（出行权）

• 79 •

从表 1 可以看出失信联合惩戒措施具有以下特征：第一，从内容上看，失信联合惩戒措施已广泛运用于财政补助、政府采购、市场准入等诸多政府监管领域，呈现出一种泛化趋势。这也说明在执法资源稀缺与监管任务繁重的双面压力下，传统行政执法手段的治理效果愈发显得捉襟见肘，失信联合惩戒措施已在事实上承担着社会管控功能。但仍需深思失信联合惩戒措施是否真的能够做到包治百病，对其过度依赖是否会架空已建立起来的行政管理法律制度，其究竟是对原有监管手段的修正、补充、改造，还是要替代原有监管手段。厘清这一点对于旧有法律制度与作为政府规制手段的信用工具^{〔13〕}之间的衔接设计具有重要现实意义。对此，有学者指出社会信用体系的“信任规则”治理模式正从根本上改变我国法律体系：一方面，“信任规则”通过对失信行为施加额外制裁来增强我国薄弱执法制度的执行效果；另一方面，“信任规则”实际上在很多方面破坏了法治理想，并极有可能取代依法治国的宪法原则。^{〔14〕}从行政活动流程上观察，失信联合惩戒措施的兴起已促使行政决定的作出发生了两点结构性变化：（1）将信用信息嵌入行政行为

〔13〕 参见王瑞雪：《政府规制中的信用工具研究》，载《中国法学》2017年第4期。

〔14〕 See Yu-Jie Chen, Ching-Fu Lin, Han-Wei Liu, “Rule of Trust”: The Power and Perils of China’s Social Credit Mega-project, 32 (1) *Columbia Journal of Asian Law*, 3 (2018).

作出决定之中。行政机关在作出决定之前需要主动核查行政相对人是否存在失信情形，^{〔15〕}并根据相对人的信用状况采取增加检查频次、取消评奖评优或从严审批程序等相应措施。（2）实现失信联合惩戒的自动化决定。行政机关借助联合奖惩监管系统，在办理行政许可、资金安排等管理活动过程中，对失信主体信息进行自动比对、自动警示、自动拦截、自动惩戒。然而，鉴于惩戒措施属于负担行政，可能会对相对人权利造成严重损害，所以应保留人工介入的要求。^{〔16〕}

第二，从效果上看，失信联合惩戒措施涉及公民多项基本权利。概括而言包括：（1）人格尊严。在声誉机制作用下，失信信息公示会不当减损信用主体的人格尊严，使其标签化、污名化，造成类似于罗马法上“人格减等”的法律效果。进言之，无论是侵犯自由权还是社会权的惩戒措施均可能会触及人的尊严这一人权核心内涵，所以说其一般化影响是侵犯人格尊严。从社会结构层面观察，当前我国已从身份社会走向契约社会，但这种基于信用状况而采取分类惩戒措施的制度安排，在一定意义上将公民分为三六九等，重塑了个人身份，可视为从契约关系退回到身份关系。（2）隐私权（个人信息权）。^{〔17〕}失信联合惩戒的逻辑在于让可识别的信息为社会公众知晓并接受社会评判，进而调动私人决策，可这恰恰是损害公民的隐私权，因为其不是去识别化，而是特定化。比如，中国人民银行副行长陈雨露表示：“我们看到很多女孩找男朋友，未来的岳母说你得把人民银行的个人征信报告拿来让我看看。”^{〔18〕}（3）平等权。联合奖惩是依公共信用状况的不同，在履行职责或提供服务过程中对公民予以区别对待，此种区别对待实际上关乎平等权限制的问题。^{〔19〕}当然，针对某一特定失信联合惩戒措施所引发的区别对待是否属于合理差别也不无探讨空间。此外，平等权具体通过政治平等权、经济平等权、文化平等权与社会平等权体现其权利的价值。这就意味着损害平等权时，必然会限制其他基本权利，如限制任职资格会同时损害劳动权和平等权。（4）财产权。行政机关和公共事业组织往往会限制失信主体买房、乘坐高铁飞机等消费行为。在学理上，限制高消费的实质是对财产处分权的限制。^{〔20〕}当然，失信联合惩戒措施还会限制其他基本权利，以上仅是不完全列举。

（二）失信联合惩戒措施的法律属性

目前学界针对失信联合惩戒措施的法律属性争议很大，至今仍未形成通说。根据各学者研究立场和观察角度的不同，可将现有的理论大致归纳为以下四种。（1）行政处罚说。如有学者认为列入“黑名单”的处罚兼有精神罚（上网声誉受损）、财产罚（限贷、限购等）、资格罚（取消许可资格等）和人身罚（禁止出国旅游限制了人身自由）等单一功能或多种功能，其处罚的严厉程度远

〔15〕《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）明确要求“各级人民政府及其部门应将全国信用信息共享平台信用信息查询使用嵌入审批、监管工作流程中，确保‘应查必查’、‘奖惩到位’”。地方性法规贯彻了这一要求，如《湖北省社会信用信息管理条例》第24条；《厦门经济特区社会信用条例》第14条；《浙江省公共信用信息管理条例》第21条。

〔16〕参见查云飞：《人工智能时代全自动具体行政行为研究》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔17〕本文将隐私权视为个人信息权的上位概念，但也有学者认为个人信息这一概念远远超出了隐私权的范畴。（参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。）

〔18〕刘孙恒：《“丈母娘看征信报告”或将成社会常态》，载《春城晚报》2019年3月11日，第A16版。

〔19〕参见沈毅龙：《公共信用立法的合宪性考察与调整》，载《行政法学研究》2019年第1期。

〔20〕参见谭秋桂：《论限制债务人高消费的法理基础及其制度完善》，载《时代法学》2011年第6期。

超过警告和罚款。^{〔21〕}（2）行政强制说。如有学者认为对不履行法定义务失信人，失信联合惩戒是强制其履行义务的措施，在诉讼领域属于司法强制执行，在行政管理领域属于行政强制执行。^{〔22〕}（3）事实行为说。如有学者认为违法信息行政公告的行为目的是追求一种社会效果，而非法律效果，其虽带有信息惩罚的意味，却没有强制约束力，是一种典型的行政事实行为。^{〔23〕}（4）类型化说。如有学者将联合惩戒视为由多重行政行为叠加而成的制度整体，实践中既可能呈现为行政检查、行政指导等行政事实行为，亦可呈现为行政处罚、行政许可、行政合同、行政补贴等行政法律行为。^{〔24〕}学者们对失信联合惩戒措施的法律属性有着不同的认识。但客观地分析，各说各话背后实质隐藏着深层次的内在共识，即上述各种学说都是建构在行政行为这一“阿基米德支点”之上，采用了行政行为形式理论的研究范式。学者们对失信联合惩戒措施的法律定性其实就是抓取惩戒措施的某些特征，如是否产生外部法律效果以及产生何种法律效果，尔后将其比附于型式化行政行为的构成要素，进而将其归入某类行政行为（如行政处罚、行政强制等），以求得“唯一正解”与“标准答案”。

这种试图将惩戒措施纳入已型式化行政行为，以既有行政行为体系来解释惩戒措施法律属性的研究进路固然值得肯定，但也存在明显的缺陷，即无法在真正意义上穷尽惩戒措施的类型。具言之，在行政行为形式理论的指引下，惩戒措施能否妥当安置在行政行为体系之中取决于“行政行为库”的完备程度。但面对多样复杂的行政现实时，行政行为形式理论已“令人无法忍受地与现实严重脱节”^{〔25〕}。从实用主义出发，再去纠结失信联合惩戒措施到底属于何种行政行为似乎不具有太多现实意义，原因无外乎两点：其一，由于观察角度的差异，各种针对惩戒措施法律属性的理论论战陷入了自说自话的困境，甚至不是在同一个平面上展开对话讨论，难免出现“鸡同鸭讲”的情况。“行政处罚说”主要专注惩戒措施对行政相对人所产生的制裁效果，“行政强制说”重点关注生效法律文书所课予被执行人的义务，“事实行为说”侧重考察行政机关作出惩戒措施是否具有意思表示，“类型化说”则从不同角度进行观察定性，这就导致学界不能形成统一的见解与结论。尽管不同学者共享着行政行为形式理论的思考路径，但如果继续拘泥于行政行为类型化的研究范式，实际上无法对种类繁多的失信联合惩戒措施法律属性作出准确定位，也很难得出一个“放之四海而皆准”的定论。其二，依托型式化行政行为的既有各种学说难以对惩戒措施进行全景式描述。复杂的行政实践使得许多非正式的行为形式很难予以恰当的类型化。^{〔26〕}随着行政主体行使自由裁量权与适应现代社会行政管理需要的双轮驱动，产生了诸多未型式化行政行为。尤其是在惩戒措施适用范围日益泛化的背景下，量大面广的惩戒措施在现有行政行为理论体系中是无法完全被“正名”的，难免发生挂一漏万的情形。

为解决以上两方面问题，笔者将失信联合惩戒措施界定为一种复合行政行为，其不是单一的

〔21〕 参见胡建森：《行政诉讼法学》，法律出版社2019年版，第157页。

〔22〕 参见徐继敏：《明确黑名单性质功能避免泛化滥用》，载《法制日报》2019年12月11日，第5版。

〔23〕 参见禹竹蕊：《权利保障视野下的违法信息行政公告研究》，知识产权出版社2017年版，第67-68页。

〔24〕 参见沈毅龙：《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》，载《法学家》2019年第4期。

〔25〕 赵宏：《法治国下的目的性创设：德国行政行为理论与制度》，法律出版社2012年版，第452页。

〔26〕 参见朱新力、唐明良：《行政法基础理论改革的基本图谱：“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径》，法律出版社2013年版，第89页。

行政行为，而是多种行政行为组合的制度叠加。较之现有“百家争鸣”的理论而言，这种观点另辟蹊径，不再纠缠于惩戒措施多种类型之间的差异，而是基于当前惩戒措施已是一种行政行为的学理共识，^{〔27〕}采用“复合”这样一种标签式的前置描述，凸显惩戒措施法律属性的独特、复杂多样与不确定性，不失为一种理想的解决方案。之所以作出这样的界定是因为：（1）尝试以某一种单一行政行为来界定惩戒措施的性质不具有现实可行性。失信联合惩戒措施在规制行政相对人过程中自身属性浮现出多重面孔，很难从理论上予以精准定性，需要依据具体事实作出个案判断。无论作为裁量因素还是构成要件，其最终要么依附行政处罚等法律行为，要么表现为行政检查等事实行为。纷繁复杂的惩戒措施样态构成了对其定性的最大障碍。所以，在某种程度上可将其视为多种行政行为的集合叠加，是一种具有多种表现形式与多重法律效果的复合行政行为。如此，既固守了传统的行政行为形式理论，又避免了肢解目前尚未型式化的惩戒措施。（2）复合行政行为的定性具有较大的理论包容性，能够统合型式化行政行为与未型式化行政行为。随着行政法调整对象的发展变化，新的行政行为不断出现。既有的行政行为模式必然无法包容某些新型惩戒措施，姑且不论对这些新型惩戒措施予以类型化作业的可行性如何，若一定要将其“对号入座”，势必会扩大现有行政行为模式的内涵外延，以至于产生“削足适履”的不良后果。表1里面种类繁多的惩戒措施已说明其非单一类型的行政行为所能囊括，有学者也指出失信联合惩戒措施的类型有1000多种。^{〔28〕}因此，将其定性为复合行政行为是一种折中妥协的理论表达，既体现了从行政法学框架思考惩戒措施的定位问题，又为新型惩戒措施的开发创设留下了法律空间。

• 82 •

三、症结诊断：失信联合惩戒措施的合法性检讨

作为一种常态化的行政管理方式，失信联合惩戒措施会对公民合法权益产生重大影响，必须具备合法性。尽管其具有赖以存在的社会基础，但仅能说明惩戒措施的必要性与可行性，而不能成为证成其合法性的论据。下文将根据公法原理诊断失信联合惩戒措施的合法性。其中，检讨惩戒措施是否符合依法行政、职权法定两项原则的要求属于形式层面的审查，而检讨其是否违反禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务将涉及对其否合理的实质判断。

从研究进路上讲，以失信联合惩戒措施的合法性为研究对象，存在着“群案”定量与“个案”定性两种范式。前者是对现有全部失信联合惩戒措施进行整体性样本分析，在既有法律体系之中寻找这些惩戒措施的合法性依据，从统计学意义上精确得出惩戒措施在多大程度（或比例）上合法或违法。后者则是通过在微观意义上随机选取某一规范、个别事例进行细致深入分析，以达到对惩戒措施合法或违法的总体认识。基于惩戒措施种类繁多的现实考量，本文采取了后一种研究进路，选取法律规范、实践事例作为个案研究素材。这种研究进路不是以偏概全，而是严格

〔27〕 国内主流学说认为行政行为是指行政主体为行使职权而作出的具有行政法意义的法律行为，是一个能涵盖事实行为和法律行为、抽象行为和具体行为，并适应行政法制建设需要的基础性范畴。从这个意义上讲，作为各类行政机关实施行政管理职权而存在的失信联合惩戒措施，应当归属于行政行为的范畴。（参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2019年版，第149页。）

〔28〕 参见王锡铭：《社会信用体系的概念地图及实践展开》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/NSMIwJoFOvm-iueQTEWJQQ>，最后访问时间：2021年1月17日。

秉持“合法”与“违法”的二元区分立场，在形式逻辑上将两者视为并列且对应的不同范畴，遵循“部分违法即违法”的判断思路。就惩戒措施的合法性问题，在合法与违法之外不存在第三种中间状态，“部分违法”“部分合法”因包含违法因素，当然不应归入合法范畴，而应归入违法范畴。

正如“良性违宪”也是违宪一样，就本质而言，部分违法根本上也是违法，同全部违法没有实质差别，两者均不符合法治国家的建设方向。只要认定实践个案中的某一项具体惩戒措施在形式上不存在合法性依据，或者在实质上不具有内容合理性，就能充分说明现实中至少部分惩戒措施是存在一定的违法性，亦即证伪了其在制度整体上具有合法性这一命题。反过来看，如果失信联合惩戒措施在制度整体上具有合法性，那么不会也不应该出现违法的惩戒措施，反例的存在即否定了整个制度的合法性。退一步讲，即便经过全样本实证数据的分析检验，证明违法的惩戒措施只占很小比例，但也不能以此为由否定这些违法惩戒措施的存在，更不能淡化它们对整体法秩序的严重破坏，甚至忽视它们对民主、法治、人权等宪法原则的抵牾。无论在实践中还是理论上，惩戒措施的部分违法现象更值得我们深思与警惕，如果不及时加以纠正，一旦全方位无漏洞地实施失信惩戒，失信联合惩戒权的运行完全可能会脱离法治的轨道。

（一）形式合法性检讨

1. 偏离依法行政原则的要求

失信联合惩戒措施作为一种复合行政行为，理应纳入依法行政的规制范围。而依法行政原则具有两大构成要素，其一为法律优先原则，其二为法律保留原则。^{〔29〕}

（1）法律优先原则的拷问

法律优先原则要求一切行政活动均应符合法律的要求，而不得违反现行的法律。^{〔30〕}其中的“法律”是指由全国人大及其常委会通过立法程序制定的法律。法律优先实质上强调的是法律效力高于其他法律规范，维护的是法律权威。据此原则，失信联合惩戒措施的实施依据不得与法律相抵触，惩戒措施的设定权不得与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等上位法的规定相冲突。但若根据“行政三法”的框架检视实践中的惩戒措施，则不难发现一些违法之处。

其一，置于行政处罚的框架内，存在扩大处罚种类与形式的情况。例如，《社会团体登记管理条例》第29条规定社会团体在申请登记时弄虚作假的，由登记管理机关予以撤销登记，但《社会组织信用信息管理办法》第17条却规定撤销登记情形被列入严重违法失信名单两年后才可移出，该部门规章在撤销登记的基础上又增设了失信公示这一申诫罚，明显违背了《行政处罚法》关于部门规章的规定权限。其二，置于行政许可的框架内，存在改变许可要件的情况。例如，《郑州市城市管理领域信用信息管理暂行办法》第13条规定“对列为较重失信行为的单位和个人，三个月内不予办理郑州市城市管理领域的各项行政许可事项”，很显然，该办法在原有行政许可条件的基础上增加了3个月这一时间要件，违反了《行政许可法》第17条。其三，置于行政强制的框架内，存在超越设定权限的情况。例如，《门头沟区企业失信行为联合惩戒实施办

〔29〕 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版有限公司2016年版，第156页。

〔30〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

法》规定“对有履行能力但拒不履行的严重失信主体实施限制出境”，而限制出境已具有限制公民人身自由的外观，根据《行政强制法》第10条之规定，此类措施应由法律设定，而不能由该办法设定。综上，鉴于当前惩戒措施多数由规范性文件设定，仅有少数为部门规章或地方性法规所创设，这就决定了失信联合惩戒措施很容易逃逸出“行政三法”设定权的分配框架，违反不抵触原则，难以通过法律优先原则的拷问。

（2）法律保留原则的拷问

从法理上讲，部分失信联合惩戒措施涉嫌构成对公民基本权利的限制，而此种限制可能会在一定程度上剥夺公民的基本权利。根据基本权利限制的法律保留，对于基本权利的限制必须由法律来规定，或者说公权力对基本权利的限制行为必须有法律的授权。^{〔31〕} 据此原则，在审查失信联合惩戒措施的合法性时，形式上要求其必须有法律上的根据，不能是规范性文件。凡是限制基本权利的失信联合惩戒措施必须由全国人大及其常委会通过法律作出明文规定，或者在法律授权的情况下才可由行政机关作出规定，如果法律未规定或未授权行政机关时，行政机关不得实施失信联合惩戒措施。回归到实定法层面，《立法法》第8条第5项规定了限制人身自由属于法律保留领域事项。根据举轻以明重之法理，高于人身自由的人格尊严自然也是法律保留。这就意味着，凡涉及减损人格尊严的惩戒措施，必须采用法律的形式，否则就涉嫌违反《立法法》第8条之规定。很显然，在既有法律尚未对惩戒措施予以明定以及全国层面尚未出台统一《社会信用法》的情况下，无论是中央各部门联合签订的备忘录，还是地方人大出台的社会信用条例，都无法为减损人格尊严的惩戒措施提供正当化的法律依据。因此，鉴于相关法律、行政法规的缺位，影响基本权利或减损人格尊严的失信联合惩戒措施很难经受住法律保留原则的拷问。

2. 对职权法定原则的松动

以上是从外部行政法视角考察失信联合惩戒措施的合法性，如果转换视角，将目光投向内部行政关系，可以看到，为了达成“一处失信、处处受限”的联合惩戒目标，行政机关之间开展了多种合作，具体包括签订行政协议、召开联席会议以及成立领导小组。这些行政组织结构虽然能大幅提高行政效率、加强部门之间互动合作以及有效完成联合惩戒的行政任务，但也极可能会背离法治的要求。从实质面上考察，由于其牵涉人财物等行政资源的重新分配以及既定行政权力的再次组合，不免违反职权法定原则的约束。例如，签订的行政协议会“授予”行政机关所不拥有的行政权力，临时召开的联席会议因不具有明确的组织法地位而缺乏法律保障实施机制，成立的领导小组也可能会“创设”某些非法定的工作机构而处于违法状态。

职权法定原则为行政机关的内部行政活动划定了边界，这些行政机关内部的协调组织作为失信联合惩戒权的运行载体，也理应服从该原则的基本要求，在各自职权范围内从事行政活动。根据职权法定原则，行政机关的行政权必须依法授予，任何法外的行政都不具有合法性。该原则包含三层含义：一是行政职权来源于法；二是行政职权受制于法；三是越权无效，并应承担法律责任。^{〔32〕} 作为行政依据的“法”是指“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国

〔31〕 法律保留原则为现代宪法普遍接受的原则，具体参见张翔：《基本权利的规范建构（增订本）》，法律出版社2017年版，第109页。

〔32〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，法律出版社2019年版，第143-147页。

务院部门规章和地方政府规章”三类五种的集合体，^{〔33〕} 不包括行政规范性文件。这表明，行政组织的权限、机构设置、具体任务等是不能由行政机关通过的会议纪要、备忘录、通知等规范性文件加以设定或变更的。相应的，目前以规范性文件的形式宣布召开联席会议、成立领导小组的做法均可能有失妥当。如果只注重职能部门的协调沟通，过分重视失信联合惩戒措施的有效性，却忽视对内部行政行为的监督与约束，不仅会加剧行政组织的混乱，还会违反职权法定原则。

（二）实质合法性检讨

行政法治的关键不是政府行为是否符合形式上的法律，而是政府行为是否符合法律的“正义性”。^{〔34〕} 这就意味着，我们不仅需要关注惩戒措施设定与实施主体的形式合法性问题，更应该注重惩戒措施是否合理的实质正当性问题。为了贯彻实质法治国的意旨以及防止惩戒措施不当扩大、漫无边界，需要引入不当联结禁止原则检验可不可以采取这种惩戒措施，引入比例原则检验所采取的惩戒措施是否达到目的与手段之间最佳平衡，引入平等原则检验惩戒措施的后果是否造成差别待遇，引入生存照顾义务检验公用企业是否尽到公共服务的责任。

1. 违反不当联结禁止原则

不当联结禁止原则要求行政机关追求一定行政目的之同时，须认真考虑对相对人之侵害是否合理妥当。^{〔35〕} 就失信联合惩戒措施的实施而言，它要求行政机关采取的惩戒措施与所欲实现的行政目标之间具有合理、正当的关联，不能根据不相关因素选择行政手段，即不能为了实现 A 目的而采取与之无关的 B、C 手段。倘若所采取的措施与追求的目的不具有事理上关联，惩戒措施即可能构成违法，且行政机关有滥用职权之嫌；反之，若具有事理上关联，则不为该原则所禁止。判断“事理上关联”时必须回头探寻法律对系争措施所设定之要件或规范意旨，若行政机关所联结之事项与系争法规范意旨相同或类似，即属具有合理之关联。^{〔36〕} 而合理关联本身也是一个不确定法律概念，需要在个案中依具体情形做出判断。表面上看，这种内在合理关联的判断，是根据社会常识作出认定，但本质上也掺杂了价值判断因素。

其中，较为稳定的判断标准是，行政机关所采取的惩戒措施是否符合特定行政管理领域法律规范的立法目的，如若惩戒措施与该领域立法目的之间没有正当关联性，则这一联结不具有正当性。例如，我们很难在“限制司机购房买车”与避免出租车司机拒载议价的服务管制目的之间找到合理关联，^{〔37〕} 同样的，也很难在“限制担任金融行业公司的高管”与促进公民在婚姻登记领域诚信的目的之间发现合理关联^{〔38〕}。上述两个例子中的联结执法行为确能提高执法效率、降低行政成本以及完成行政任务，并从整体目的上考察也符合公共利益的要求，但根据普通公众的经验与直觉，很难认定这种联结具有本质上的因果联系，毕竟限制购房买车、限制担任高管的目的

• 85 •

〔33〕 参见方润、邢昕：《论权力清单与职权法定的内在逻辑》，载《广西政法管理干部学院学报》2016年第5期。

〔34〕 参见胡建森：《关于中国行政法上的合法性原则的探讨》，载《中国法学》1998年第1期。

〔35〕 参见赵义德：《析论不当联结禁止原则》，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，第223页。

〔36〕 参见周佳宥：《行政法基本原则》，台湾三民书局2016年版，第151页。

〔37〕 参见成希：《的哥信用差将致贷款入户难》，载《南方日报》2016年5月5日，第A06版。

〔38〕 《关于对婚姻登记严重失信当事人开展联合惩戒的合作备忘录》（发改财金〔2018〕342号）规定了婚姻登记领域严重失信当事人可能会受到限制招录（聘）为国家公职人员、限制登记为事业单位法定代表人等十四项惩戒措施。

可能是为了实行宏观调控、稳定金融市场，与治理出租车行业乱象、维护婚姻登记秩序的目的并不相同。此外，这种联结的内在合理性也缺乏令人信服的实证数据作为政策支持。简言之，如果根据失信主体在特定领域的行为，无法预测该主体在其他社会生活领域也会同样失信，那么此种联结就是不当的，是行政裁量权的滥用，更是一种“有罪推定”的思维定势。

就不当联结禁止原则与比例原则之间的关系而言，二者虽然都是从实质层面判断失信联合惩戒措施合法性的技术工具，且均着眼于目的与手段之间的关系，但这两个原则还是有着明显的区别，不能混为一谈。实际上，不当联结禁止原则与必要性原则、狭义比例原则是比较容易区分的，必要性原则关注损害最小，狭义比例原则是一种利益衡量（即是否合乎比例），不当联结禁止原则重点考察目的与手段之间应具有实质上的关联。问题在于，不当联结禁止原则与广义比例原则中的妥当性原则极为相似，确实容易混淆。如果将其置于“四阶论”比例原则^{〔39〕}的操作流程中加以定位，可以发现不当联结禁止原则在某种程度上与第二层次的妥当性原则发生了竞合：即从适用合法性审查工具的逻辑顺序来看，若判断目的与手段之间违背了妥当性原则，其自然也无法通过不当联结禁止原则的检验，更无需进入比例原则下个层面的判断；若通过检验的，一般情形下也会满足不当联结禁止原则的要求。但这并不意味着比例原则完全可以替代不当联结禁止原则，不当联结禁止原则没有独立存在的必要，否则的话，比例原则也就成为无所不包的“万能原则”了。换言之，不当联结禁止原则具有自身独特的功能，可以作为独立的行政法原则，其与妥当性原则之间存在细微差别。不当联结禁止原则要求目的与手段之间具有合理关联，是一种质的要求，而妥当性原则更多考虑手段能否实现目的，要求的是成比例的关系，是一种量的判断。前者的审查强度要高于后者，某些情形下的惩戒措施虽能通过妥当性原则的审查，但可能无法通过不当联结禁止原则的检验。

2. 不符合比例原则的要求

立足实质法治的立场，公权力的行使须受到比例原则的约束，失信联合惩戒措施自不例外。新近以来，比例原则已由传统上的三阶论发展为四阶论，因此，下文将依据目的正当性、妥当性、必要性以及狭义比例原则的审查顺序分析惩戒措施的实质合法性。

第一，失信联合惩戒措施的目的难谓正当。如果从立法目的条款考察，可以看到诸如“增强公众诚信意识”“营造诚实守信的社会环境”等目的具有充足的正当性。但若从体系角度考察这些法律规范，则不难发现信用信息已包含行政处罚信息、不履行生效法律文书的执行信息等违法信息，现有的公共信用立法已将失信与违法这两个概念混同。^{〔40〕}立法将一些与信用根本无关的信息纳入公共信用档案，意图实现一般性社会管控以及促进执法、推行政策的目的是不当的。^{〔41〕}因此，当前社会信用立法将违法内容注入“诚信”内涵之中的这种目的难谓正当，其实质上是通

〔39〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

〔40〕 就失信与违法两者之间的关系而言，学界一直颇有争议。有学者认为偏重于经济领域的信用观有失偏颇，违法行为与社会信用存在关联关系，社会信用可以被界定为信用主体履行法定或者约定义务的客观状态。（参见罗培新：《善治须用良法：社会信用立法论略》，载《法学》2016年第12期；罗培新：《社会信用法：原理·规则·案例》，北京大学出版社2018年版，第56-57页。）也有学者的观点与此相反，认为失信与违法是两个不同概念，前者偏于不诚实、言行不一、违反自己的承诺，后者偏于违反国家制定的规则。（参见前引〔8〕，沈岷文。）

〔41〕 参见前引〔19〕，沈毅龙文。

过失信联合惩戒措施弥补既有法律约束的不足。

第二,失信联合惩戒措施基本达到妥当性。妥当性原则指所采取的措施必须能实现行政目的或至少有助于目的的达成,其以有效性为基本导向。从实施效果上观察,“一处失信、处处受限”的惩戒效果有助于达成建设诚信社会的目标。各类惩戒措施都能或多或少地促进社会信用体系建设,但是也存在部分与失信领域诚信建设无关联的惩戒措施。这些惩戒措施或许符合妥当性原则的要求,但因违反了不当联结禁止原则而不具有实质合法性。

第三,失信联合惩戒措施是否符合必要性仍值得商榷。必要性原则要求行政机关在有多种行政手段可供选择时,选择一种对失信主体基本权利侵害最小的措施。然而,各地所实施的失信联合惩戒措施未必损害最小。首先,如果还可以通过加强原有行政管理措施的执法力度来治理失信问题,就无须实施惩戒措施。其次,不同惩戒措施的规制力度相差较大,如增加检查频次的损害程度就远远小于限制行业准入,但实践中并未依循规制力度由弱到强的次序拾级而上,而是多种惩戒措施相辅而行。最后,不是所有的失信行为都需要多部门联合惩戒,如果单个部门的惩戒措施已能取得治理效果,就无需启动失信联合惩戒。

第四,失信联合惩戒措施是否符合狭义比例原则仍有待讨论。狭义比例原则要求惩戒措施应与失信主体的失信行为相当。但现有惩戒措施已不局限在失信主体的某一失信领域,而是浸入其社会生活的方方面面,甚至影响子女的公务员录用、^[42] 限制失信主体的子女就读高中、^[43] 限制家庭成员领取困难补助,^[44] 这种要求子女等家庭成员承担连带责任的做法已明显具有连坐嫌疑,不仅违反了罪责自负的现代法治精神,突破了行政行为的相对性,还侵犯了子女的受教育权以及家庭成员的社会保障权。以例示之,熊某女儿高考达到某重点特殊院校的录取分数,却因熊某被列为失信被执行人导致女儿入学资格“政审不合格”而落榜。^[45] 从深层次上讲,失信治理连带责任在法理上是存在瑕疵的,会增加失信惩戒制度异化为侵权工具的风险。^[46] 基于此,惩戒措施对失信主体家庭成员的限制是否与所追求之目的成比例还有讨论的余地。

3. 不符合平等原则的要求

根据行政法上平等原则之要求,“相同的,相同对待;不同的,不同对待”^[47]。为保障人民法律地位上的实质平等,同领域的失信惩戒措施应适用同一标准,而不得有恣意的差别对待,否则即违反平等原则的要求。实践中,各地各部门的惩戒标准不尽相同,这就会导致因同一事由被列入惩戒对象的失信主体在不同地区遭受不同的惩戒措施。具体而言:一方面,不同省份针对同一领域的惩戒标准相差较大。以兵役义务领域为例,天津市相关规定相较于陕西省而言,在惩戒

• 87 •

[42] 参见胡斌:《怕影响儿子考公务员,“老赖”主动还款》,载《河南法制报》2018年7月19日,第20版。

[43] 参见陈有谋:《家长有失信记录,孩子禁报名》,载《华商报》2018年4月27日,第B2版。

[44] 《关于对拒服兵役新兵张欣处理的通报》中的惩戒措施包括“其本人和家庭成员不得纳入困难补助及保障性安居工程保障范围”。(参见《警示!新兵拒服兵役,被部队除名,地方再重罚!》,载 http://m.sohu.com/a/283868283_601257,最后访问时间:2021年1月17日。)

[45] 参见《岳阳一父亲被列为失信被执行人,致其女儿考上重点院校却政审不合格而落榜》,载 <https://new.qq.com/omn/20200618/20200618A0REGA00.html>,最后访问时间:2020年6月28日。

[46] 参见李声高:《失信治理连带责任的法理质辩与规则适用》,载《法学杂志》2019年第2期。

[47] 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第40页。

对象方面排除了民兵这一主体，并且多了限制交通工具和限制电信服务这两种惩戒措施。^{〔48〕} 另一方面，即使是在同一省份，各地的惩戒措施也不一致。以在江苏省内实施的城市管理领域惩戒为例，扬州市规定对自然人严重失信行为采取缓评相关职称、引导商业银行提高贷款利率等措施，宿迁市则规定对自然人严重失信行为采取不予办理机动车驾驶教练员资格证、限制办理执业登记等措施。^{〔49〕}

各地差别化的惩戒措施既会增加跨地区协同推进联合惩戒的难度，又会降低失信惩戒措施的可接受性。在本质上，其是由地方分散立法的格局所传导决定的。那么，判定惩戒措施是否符合平等原则就转换成作出惩戒措施所依据的法规范是否符合平等原则之要求，即地方规定惩戒措施是否是在具有正当理由前提下的合理、适当之差别对待。答案是否定的。根据法律保留原则，设置何种惩戒措施须由法律统一规定，而不能由地方加以创设。当然，考虑到地区间差异以及地方自主性，各地在实施具体种类的惩戒措施时可以设置差异化的操作标准，但这是制度实际操作层面的问题。类似于刑罚中的盗窃罪，尽管全国范围内统一实施盗窃罪，但有关数额标准认定仍可由各省自主确定。同样的，各领域失信行为的认定标准也应采取全国统一标准，否则就会导致被甲地政府认定成失信行为的却在乙地无须惩戒，与平等原则有所违背。

4. 克减生存照顾义务的疑虑

随着民营化改革的推进，惩戒措施除由行政机关直接实施外，还交由公用事业企业主体加以执行，诸如铁路航空公司、供水供电企业。从法律定位上看，这些企业所提供的服务与应履行的职能都具有公共属性，其要承担许多行政法上的义务。^{〔50〕} 公用事业企业承担着与行政主体相似的给付行政功能，这就决定了其应履行对公民的生存照顾义务，且须提供普遍公共服务以保障公民的生存权和发展权。从实定法上看，《行政许可法》第 67 条第 1 款对此做了明文要求。据此规定，航空公司取得了《公共航空运输企业经营许可证》，铁路公司取得了《铁路运输许可证》，所以它们均需承担提供普遍服务的责任，不能随意拒绝提供这些服务。但在实践中，失信主体被限制乘坐火车、民用航空器，被禁止驶入高速公路，甚至被断水断电、暂停通信服务的现象屡见不鲜。表面上看，尽管公用事业企业与接受公共服务的公民之间是民事法律关系，但本质上讲，这些惩戒措施无疑剥夺了公民在现代社会生活中的行为能力，在一定程度上造成了对生存照顾义务的克减，进而面临着合法性质疑。从私法角度表达，公用企业的生存照顾义务其实就是合同法中的强制缔约义务，因此，克减生存照顾义务的合法性问题就被转化为公用企业能否解除强制缔约义务这一命题。

从法律的角度来看，强制缔约制度中受要约人的强制承诺义务实质上是一种法律上的作为义务，即对相对人的要约非有正当理由不得拒绝承诺。^{〔51〕} 这就意味着公用企业基于其在市场经济

〔48〕 分别参见《关于对全省履行兵役义务领域失信主体实施联合惩戒的合作备忘录》（陕发改财金〔2018〕1185号）、《关于对全市履行兵役义务领域失信人员实施联合惩戒的实施方案》（警动〔2019〕36号）。

〔49〕 分别参见《扬州市城市管理领域失信联合惩戒实施意见》（扬城管〔2019〕44号）；《宿迁市市区城市管理领域失信联合惩戒办法（试行）》（宿信用办〔2016〕30号）。

〔50〕 参见高秦伟：《私人主体的行政法义务？》，载《中国法学》2011年第1期。

〔51〕 参见刁伟民：《航空旅客“黑名单”的法律分析》，载《法学杂志》2012年第7期。

条件下的优越性、垄断性和服务性特征,仅享有有限的缔约自由。以铁路运输为例,承运人(铁路公司)的承诺自由受到限制,无权自主地选择是否做出承诺。^[52]但这种强制缔约义务并不是绝对的,公用企业在具有正当理由的情况下可以拒绝与要约人签订合同。因此,问题的关键就在于认定要约人的失信行为是否构成正当理由。若是,公用企业(受要约人)豁免强制缔约义务就是正当行使权利,惩戒措施即为合法;反之,即为违法,其还可能涉嫌侵犯消费者的合法权益。

四、完善路径:失信联合惩戒措施的合法性控制

基于形式和实质两个层面考察,可以发现失信联合惩戒措施存在合法性不足的问题,因而需对其设定和实施进行合法性控制,遏制政府运用惩戒措施的管制冲动。在设置失信联合惩戒措施的合法性控制机制时,应采用体系性反思的视角,正确评估其对我国既有行政管理法律制度所带来的冲击与变革,然后矫正与完善失范之处,使制度走向公权控制与私权保护的平衡,以促使失信联合惩戒权运作得更为合法、合理。

(一) 对惩戒措施设定的立法控制

根据依法行政原则,失信联合惩戒措施应当由法律和授权行政法规加以设定,而不能通过地方性法规加以创设。然而,大量地方性法规在整个行政管理领域设定了失信惩戒这一新的行政处罚种类。^[53]这种地方先行立法的模式已严重破坏了《立法法》所采取的设定权分配方式,并极大削弱了全国人大及常委会的立法权威。惩戒措施的设定不是地方事务,而须由中央设立全国统一标准,如果完全交由地方决定,则不仅会带来违反平等原则的问题,更不利于解决跨行政区的联合惩戒问题。比如,实施失信联合惩戒措施地区的企业在未实施惩戒地区将会面临不公平竞争的问题。又如,究竟什么失信构成严重失信以及失信到何种程度应予以联合惩戒将会面临标准不一的问题。所以应及时通过制定法律的方式明确失信联合惩戒措施的设定权,这也是做到重大改革于法有据的必然要求。对此,有学者立足中央与地方之间立法权划分的视角,建议《行政处罚法》第8条第7项修改为“法律、法规规定的其他行政处罚”,给地方性法规留出创设处罚的空间,并提出《行政处罚法》应规定符合比例、动态适时调整等基本要求。^[54]但是,这一观点值得商榷。原因在于,社会信用体系建设具有一定的综合性,在《行政处罚法》中明确失信联合惩戒措施的设定权,虽能为地方立法中的惩戒措施提供法律根据,但不能对社会信用信息的收集共享、失信行为的认定标准以及失信主体的权利救济等问题作出制度安排,尤其是无法规定守信激励措施。因此,保障失信联合惩戒措施的最佳路径是制定一部全国统一的《社会信用法》,对整个社会信用制度法律框架进行全面的顶层设计。尽管全国社会信用立法已被列入立法规划,

[52] 参见张长青、项琰:《铁路旅客黑名单制度的问题分析与破解》,载《北京交通大学学报》(社会科学版)2019年第4期。

[53] 参见李晴:《论地方性法规处罚种类创设权》,载《政治与法律》2019年第5期。

[54] 参见余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期。

《社会信用法（草案）》也正在征求各方意见，^{〔55〕}但受制于立法资源有限以及新冠疫情的影响，其立法进程难免受到减缓，预计短期之内难以出台。

《社会信用法》应采用框架立法的模式，准确界定信用、社会信用、失信行为、守信行为等基础概念或范畴，明确社会信用信息收集共享和联合奖惩的原则、组织、程序、救济等法律框架，赋予地方人大或政府因地制宜的设定权限，至于更为细致的规范内容可授权其他单行法律或行政法规予以补充。同时，还要通过立法过程中的专家论证、公众参与等程序提高地方立法的质量。此外，大量惩戒措施还须由中央部门、地方政府及其工作部门印发的规范性文件进行具体化，这就需要借助前置审查制度和备案审查制度纠正越权设定惩戒措施的规范性文件，从而维护国家法制的统一。一方面，通过建立规范性文件前置审查制度，由地方政府法制机构将失信惩戒规范性文件中与上位法相抵触的内容过滤掉，从而在源头上预防违法规范性文件的公布实施。另一方面，通过修改《监督法》第29、30条的规定将备案审查范围扩大至所有规范性文件，同时引入说明理由与适当性审查制度。进一步讲，各级人大常委会要在规范性文件的审议报告中就该规范性文件的合法性做出科学、详细的说明，使合法性审查结论作为审议报告的组成部分；并且，各级人大常委会在进行备案审查时，须对失信联合惩戒措施的种类、幅度进行适当性审查，并就未通过适当性审查的规范性文件，向制定部门提出审查意见。

为了实现从源头上控制惩戒措施的不当创设，可推广构建失信惩戒措施清单这种辅助性方案，对惩戒措施的种类与数量进行固定。根据国办发〔2020〕49号文件的要求，在中央层面，要制定全国失信惩戒措施基础清单，以确保惩戒措施的种类实现全国统一；在地方层面，可在地方性法规的授权范围内，制定适用于本地的失信惩戒措施补充清单，以应对地方纷繁复杂的管理实践。当然，无论是基础清单还是补充清单，都要听取不同主体的利益表达，吸收专家的意见建议，以最大限度地确保清单制定过程的民主性和科学性。同时，惩戒措施清单还应当建立一种动态化调整机制，保持必要的开放性与灵活性，如此方能因应信用管理的现实需要。

（二）对惩戒措施实施的程序控制

行政主体对失信主体实施联合惩戒，涉及对公民基本权利的限制与克减，需要严格遵循正当程序作出。这也是基本权利客观功能面向中程序保障的内在要求，^{〔56〕}如此方能确保惩戒措施的实质合法与可接受性。但是，惩戒措施是一种复合行政行为，其所包含的不同种类惩戒措施对行政相对人权益的减损程度差异较大，所以应建构层级化的正当程序，根据惩戒措施所影响公民基本权利的重要性程度设置阶梯式的程序规范。其中，针对严重影响行政相对人基本权利的惩戒措施应采取较高的行政程序要求，反之，则须适用相对简化的程序规定。

首先，行政主体收集、利用与共享信用信息应获得信用主体的事先授权。这是最低限度的程序要求，因为所有惩戒措施的作出均是以信用信息作为基础。行政主体在采集失信主体信息时，

〔55〕 目前全国社会信用立法位列第三类立法项目。〔参见《十三届全国人大常委会立法规划（共116件）》，载《中国人大》2018年第18期。〕国家发改委副主任连维良指出，国家层面的《社会信用法（草案）》正在征求各地方和相关部门意见。（参见《国家发改委：加快推动信用立法进程》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10401166，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔56〕 参见张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期。

应明确告知其信用信息的使用范围、目的与方式,并取得信用主体的同意。即便是为了实现联合惩戒的目的,行政机关之间实施的通报、抄送违法信息等内部共享也需要取得信用主体的授权,遵循知情同意规则,因为信用信息共享可视为一种收集信用信息的方式。也就是说,信息的收集者和持有者未经信息权利人同意,不得实施信息共享行为;^[57]如果未经过信用主体授权而共享信用信息,就会使被共享行政主体依据信用信息作出惩戒措施的合法性受到质疑。

其次,行政主体作出惩戒措施前应履行充分的告知与说明理由义务。行政主体应当把作出惩戒措施所依据的规则、查明的事实、决定的理由以及有关证据材料以书面形式送达失信主体,同时还要在作出惩戒措施的法律文书中载明救济渠道、救济期限。当然,并非所有惩戒措施均需履行告知义务,对失信主体不产生权利义务影响的措施就无需告知,比如增加检查频次等措施。

再次,行政主体应当保障失信主体的陈述申辩以及听证权利。当然,听取陈述申辩和举办听证也仅限于对失信主体造成实际影响的惩戒措施。各地的社会信用立法有必要制定专门程序规则明确陈述申辩的方式、内容和时间,以及规定失信主体有权就涉及重要权利的惩戒措施申请听证。只有失信主体有效参与到失信联合惩戒措施的实施程序之中,才能保证失信主体的合法权益,提高惩戒措施实施的正当性与可接受性。

最后,行政主体所实施的惩戒措施应设定合理期限和评估机制。一方面,实施惩戒措施必须有相应的期限限制,如果对失信主体一直实施惩戒措施而不解除,就会挫伤其改正自身失信行为的积极性,无助于实现提升诚信意识、预防违法行为的监管目标。而是否对相对人予以惩戒则与其是否被列入联合惩戒黑名单相挂钩,因此这就要对黑名单实行动态管理,设计相应程序规则将失信主体及时移出黑名单,进而解除失信联合惩戒措施。另一方面,为了实现行政目标与惩戒措施之间的有效匹配,需要检视行政目标的实现效果并对惩戒措施的必要性、关联性进行及时评估。在惩戒措施设立时和实施后也需要再进行评估,以便进行动态调整,取消那些不具有实质合法性的惩戒措施。

(三) 对联合惩戒对象的权利救济

失信联合惩戒措施对失信主体的权益影响巨大,应建立行之有效的权利救济途径,着重可从以下两个方面展开:一是信用信息的行政救济,二是行政诉讼的司法救济。

其一,健全信用救济制度。在惩戒措施作出之前的信用信息收集利用阶段,若信用主体认为行政机关收集披露的信用信息有错误、遗漏或侵犯个人隐私的,可向有关部门提出异议,要求其更正相关信用信息。而在运用惩戒措施完成预期行政目标后,应允许失信主体按照一定条件、程序撤销自身的失信记录,行政机关应及时更新失信主体的信用状态,并依规定解除惩戒措施。这既是保障失信主体被遗忘权的必然举措,又是重建其社会信用的内在要求。对此,行政机关需根据失信行为的不同情形设定相应的信用修复条件,针对较为严重的失信行为可不予修复信用,但应对失信主体充分说明理由。当然,如果从实际效果上考察,仅仅从数据库中删除特定当事人的失信记录是不能够完全修复其名誉的,这是因为在“互联网+”时代,信用信息会迅速传播流动并被其他不特定的人所使用。在权利救济方面,若行政机关拒绝失信主体的信用修复申请,失信

[57] 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

主体可以通过复议或诉讼进行救济。^{〔58〕}同时，为了防止行政机关在信用修复过程中滥用裁量权，还须明文规定行政机关处理信用修复的期限、方式，加强国家权力机关（如各级人大及其常委会、人民检察院等）和社会媒体对信用修复行为的监督。

其二，发挥行政诉讼功能。实践中许多受到失信联合惩戒的相对人救济无门，不符合司法最终救济的法治国家原则。就具有法律效果的惩戒措施而言，失信主体可像遭受传统行政行为侵害一样提起诉讼，^{〔59〕}法院应将其纳入司法审查范围，并撤销违法的惩戒措施。就不具有法律效果的惩戒措施而言，法院的制约作用就很难实现。比如，作为要件裁量、增加检查频次等惩戒措施。原因在于，这些惩戒措施因属于高度专业性领域而具有判断余地，法院出于对行政机关专业判断的尊重，很难对惩戒决定的作出过程进行实质性审查，否则就会导致司法权僭越行政权的边界，产生司法不当干预行政管理事务的后果，此时也就形成了决策黑箱。但是，针对明显不当的惩戒措施，法院还是要压缩行政机关的裁量空间，并再次审视行政机关的首次判断权。而对于错误信用评价结果所引发的失信联合惩戒措施，法院可基于“违法性继承”的考量对信用评价行为进行审查，因为前阶段的信用评价行为与后阶段的惩戒措施之间在整体上构成了多阶段行政行为。

五、结论：亟待纠偏的失信联合惩戒措施

失信联合惩戒措施是一把“双刃剑”。就行政机关而言，其能够补足原有管制手段的欠缺，提高行政效能，契合有效实现目标和效益最大化原则；^{〔60〕}就行政相对人而言，不当或过度使用失信联合惩戒将会误伤公民及法人的合法权益，瓦解行政法治的基本精神，引发法治大厦的坍塌。从国家治理视角来看，作为一套自上而下推动建构的国家治理策略和社会治理技术，尽管失信联合惩戒措施极大提升了行政效率并有效实现了多元行政任务，但对行政相对人的权利保护仍不容乐观。例如，因父亲失信而被取消录取资格、^{〔61〕}录取后不入学会限制志愿填报数量、^{〔62〕}因体罚学生而进信用黑名单、^{〔63〕}闯红灯将会记入个人信用、^{〔64〕}在公共场所不佩戴口罩属于失信行为，^{〔65〕}……诸多事例表明，失信联合惩戒措施已经全面铺开实施，深度介入社会生活的方方面面，并且出现了异化、脱法的现象。

必须看到，失信联合惩戒措施的合法性基础仍面临着不少质疑和诘问：就形式上的合法性要求而言，部分惩戒措施不具备法律形式，一些内部行政活动在一定程度上悖离了职权法定原则；

〔58〕 参见胡元聪、闫晴：《纳税信用修复制度的理论解析与优化路径》，载《现代法学》2018年第1期。

〔59〕 参见最高人民法院（2017）最高法执复50号执行决定书；最高人民法院（2016）最高法委赔监65号赔偿决定书。

〔60〕 沈岍：《论行政法上的效能原则》，载《清华法学》2019年第4期。

〔61〕 参见《儿子考上知名大学，差点因爸爸的这个行为无法被录取》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2258456，最后访问时间：2021年1月17日。

〔62〕 参见杜晓：《河南规定考生被录取后不入学会受信用惩戒引关注》，载《法制日报》2018年8月6日，第5版。

〔63〕 参见《山东五莲县“教师体罚进信用黑名单”：官方撤销追加处理决定》，载 <http://society.huanqiu.com/article/2019-07/15210849.html?agt=959>，最后访问时间：2021年1月17日。

〔64〕 参见《南京市文明交通信用管理实施细则》第10条第1款第1项。

〔65〕 参见《关于在疫情防控新型冠状病毒疫情期间信用激励与惩戒的适用规定》（荣信建办〔2020〕1号）。

就实质上的合法性要求而言,部分惩戒措施违反了不当联结禁止原则、比例原则、平等原则以及克减了生存照顾义务。从制度建设角度来看,失信联合惩戒措施亟待纠偏,其设定与实施应在法治框架下运行,并要解决有效性与合法性之间的张力。为防范失信联合惩戒措施脱法的危险,加快社会信用立法势在必行。

Abstract: As a new type of compound administrative act, joint punishment of dishonesty measures are widely used in all areas of social governance, but there is a tension between their effectiveness and legitimacy, and they may limit citizens' basic rights such as personal dignity, privacy, equality, property rights, etc, so legality control is needed. Based on the review of the principle of public law, such as administration by law, legal functions and powers, prohibition of improper connection, proportionality principle, the principle of equality and survival care obligation, it can be found that there is a lack of legitimacy in joint punishment of dishonesty measures in both form and substance. In order to prevent the generalization and abuse of the joint punishment of dishonesty measures, and to ensure its institutional development that it conforms to the construction direction of the rule of law, it is necessary to put it on the track of rule of law from three aspects: legislative setting, implementation procedure, and rights relief.

Key Words: joint punishment of dishonesty measures, compound administrative act, principle of public law, legality control

人体基因科技风险预防之尊严观的反思与重构

石 晶*

内容提要：人体基因科技风险的预防立场取决于相应的价值观念。自由尊严观坚持尊严自主论，强调自尊和自主决定，相应的科技风险预防立场为弱式风险预防。秩序尊严观包括主客二分论、自然中心论、人性中心论，相应的科技风险预防立场为强式风险预防。自由尊严观和秩序尊严观存在论证疏漏和内涵空洞等理论弊端。与之相应的弱式风险预防指向不明，强式风险预防缺乏理性，二者在指引国家公权力预防人体基因科技风险时均会产生实践危害。人体基因科技风险预防的价值应当被重构为包含平等、自由、安全和共同福利四个维度的正义尊严观。正义尊严观涵括的风险预防立场为充分风险预防，充分风险预防较其他预防立场更具有优势。

关键词：人体基因科技风险预防 自由尊严观 秩序尊严观 正义尊严观 充分风险预防

一、问题的提出：人体基因科技风险预防的价值遵循

科技发展影响着人类的生活方式和生活质量，人体基因科技甚至影响了生命形态，由此产生了一系列的技术风险和伦理风险。风险预防原则作为一项法律原则回应科技风险尤为必要。然而，风险预防在理论和实践中存在多种版本，^{〔1〕} 即便其作为一项法律原则也蕴含多种价值理念。风险预防在本质上是一个价值判断和价值选择的过程。不同的价值理念决定了不同的预防立场，国家预防行为的立场选择同样遵循此种认识论规律。价值立场的选择体现了国家对于人体基因科技发展和风险预防的价值偏好，表明了国家意志，进而，国家通过立法等行为体现国家意志。然而，国家的权力并不能够说明什么样的法律是正确的法律，国家权威的正当性无法建立在权力之

* 石晶，东北师范大学政法学院博士后研究人员。

〔1〕 See Richard B. Stewart, Environmental Regulatory Decision Making Under Uncertainty, 20 *Research in Law & Economics*, 74-76 (2002).

上，人性尊严是国家权力伦理的正当性根据，或者说，人性尊严在本质上是法的原则，并且，人性尊严作为宪法的基本原则能够从公民文化中找到依据。^{〔2〕}可见，人性尊严是国家意志的核心关照。人体基因科技风险对人性尊严构成了威胁，这必然要求风险预防将人性尊严作为核心要义。因此，尊严观念是国家预防人体基因科技风险的价值依据和内在理由。这种将风险预防与尊严观念进行本体与价值勾连的观点属于风险预防的尊严内置论。而尊严属于一个诠释性概念，具有可争议性，不同主体对尊严存在不同的解释性观念。^{〔3〕}这意味着无法对风险预防的尊严内置论进行单一解读，需要对不同尊严观及其涵括的不同风险预防强度进行拆分式解读。多向度的尊严观念阐释有助于为人体基因科技风险预防的立场选择提供价值依据。

从学界关于人体基因科技风险预防的研究现状看，法学研究者更多地从风险规制措施的制度层面建构国家预防科技风险的法治路径，^{〔4〕}哲学研究者更倾向于从伦理原则、^{〔5〕}伦理界限^{〔6〕}和“帕累托改善”^{〔7〕}等道德哲学角度分析现代科技的价值选择问题。鲜有学者从尊严内置论的角度阐释风险预防的价值立场。既有研究仅将人性尊严作为风险预防的外在影响因素，并未对风险预防进行充分的价值解读，也未提出明确的风险预防立场。这会导致风险预防原则的价值指引不明确，无法一以贯之地将特定尊严观念落实到国家风险预防的制度构建中。本文将运用法学与哲学交叉研究方法，从风险预防的尊严内置论视角探讨国家预防人体基因科技风险的价值遵循和立场选择问题。本文研究的问题聚焦于，应当选择什么样的尊严观念作为国家预防人体基因科技风险的价值基础。该问题的重要性在于，价值立场的选择决定了风险预防应当达到何种程度。

• 95 •

二、自由尊严观与弱式风险预防

人体基因科技的发展无法脱离自由尊严观。自由尊严观坚持以自尊为核心的人的尊严，且自尊与自主决定密不可分，德沃金主张的伦理个人主义的尊严自主论便属于自由尊严观。自由尊严观对于人体基因科技秉持着全面支持的态度，此种自由伦理观的价值立场对人体基因科技的研究和应用缺乏必要限制。

（一）尊严自主论的自由尊严观

尊严自主论体现为人性尊严两原则：一为客观重要性原则，即任何人的生命一旦开始便应当是成功的而非失败的，生命的潜力应当被实现而不应当被浪费，这对每个人的生命在客观上都同

〔2〕 参见〔德〕瓦尔特·施瓦德勒：《论人的尊严：人格的本源与生命的文化》，贺念译，人民出版社2017年版，中文版导言第3-5页、第149、159页。

〔3〕 参见朱振：《基因编辑必然违背人性尊严吗？》，载《法制与社会发展》2019年第4期。

〔4〕 参见郑戈：《迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，载《法商研究》2019年第2期。

〔5〕 参见陆俏颖：《人类基因编辑与基因本质主义——以CRISPR技术在人类胚胎中的应用为例》，载《自然辩证法通讯》2019年第7期。

〔6〕 参见李建军、王添：《人类胚胎基因编辑研究引发的伦理关注和规制策略》，载《自然辩证法研究》2016年第11期。

〔7〕 参见姚大志：《基因干预：从道德哲学的观点看》，载《法制与社会发展》2019年第4期。

样重要。所谓的“客观”重要性是强调,一个人生命的成功不仅对他自己或他身边的人重要,而且人们都有理由关心其他人的生命,并希望他拥有一个成功的人生。二为自主决定原则,即在承认每个人的生命具有客观重要性的基础上,每个人对自己的生命都具有一个特殊的责任,根据这种具有内在美德的特殊责任,个人有权作出关于什么是成功的人生的基本决定。〔8〕

这两个原则作为伦理命令具有实际效力,均体现出了尊严观的自由向度。第一条原则强调自尊(self-respect),即每个人都应该认真对待自己的生活,承认自己的生活应当是一次成功的表现,而非一次机会的浪费。这里的“自尊”是承认性尊重(recognition respect),是基于人之地位的承认而必须表现出的尊重,体现为生命同等重要的尊严观,是对内在于事物本身超然价值(detached values)自身的尊重,不同于评价性尊重(appraisal respect),并非根据某个人的品质或成就表现出对人的尊重,与存在于特定主体利益之中、涉及效用和公正的派生价值(derivative values)不同。〔9〕第二条原则强调本真性(authenticity),即每个人都有一种特殊的个人责任,确定在自己的生活中什么算是成功,以及通过自己认同的前后一贯的叙述创造这种生活的个人责任。〔10〕自尊和本真性构成自由尊严观的双重向度:自我尊重是尊严的首要方面,每个“自我”均具有承认自身具备尊严的自由,且这种自由具有本真性指向的伦理独立性,在自己和他人的关系中试图作出确立尊严的决定时,这种决定应当由本人自主作出。

自由尊严观为人体基因科技辩护:人体基因科技利于提升自尊,它并不涉及具体人群的利益,而是关系到了以何种方式产生什么样的人这一问题。基于伦理道德反对人体基因科技的理由不能为终止相关研究提供恰当理由。〔11〕人体基因科技的研究会带来诸多医学收益,会使人类后代的生命更长久、更富有才华,并因此取得更大的成就,其本身并没有错。如果扮演上帝意味着努力改善我们人类物种,在漫长的自然发展过程中加入我们有意识的设计,那么,客观重要性原则会认同这种努力,并且,根据自主决定原则,在缺乏确定的证据能够证明危险时,禁止阻碍那些自愿引领改善人类物种的事业、为此付出努力的科学家和医生。〔12〕据此可知,自由尊严观对人体基因科技秉持的价值是:人体基因科技发展符合自由尊严观的自尊原则和本真性原则,公众以道德和伦理信念为根据反对人体基因科技会阻碍科学进步和人类发展。

(二) 自由尊严观涵括的弱式风险预防

在自由尊严观之下,由于每个拥有生命的人都有权作出关于什么是成功生活的基本决定,因此,政府应当让人们自由地为自己作出关于生活成功标准的决定。〔13〕本真性原则所具有的伦理独立性具有明确的自由指向,其伦理意义在于,国家的刑法或者其他形式的国家行为所施加的或者潜在的强制,在保护“好好生活”所要求的个人尊严方面起到作用,但是,珍惜自己尊严的人

〔8〕 See Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, pp. 448-449.

〔9〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 428 页。

〔10〕 参见〔美〕罗纳德·德沃金:《刺猬的正义》,周望、许宗立译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 224-227 页。

〔11〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 447 页。

〔12〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 451-452 页。

〔13〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 449 页。

必须拒绝基于对社会和政治制裁的恐惧而塑造自己的伦理价值观。^{〔14〕} 与之相应的国家预防立场则体现为弱式风险预防。弱式风险预防指公权力机关不得以缺乏科学确定性为由拒绝采取风险应对措施，其为公权力机关拒绝采取行动排除了缺乏充分的科学确定性这一理由，^{〔15〕} 在实质上仅提出了一个反对采取预防措施的可能理由。^{〔16〕}

弱式风险预防的本身蕴含自由尊严观，秉持着自由的价值立场，其坚持法律保障每个人在主观和客观的各个层面得到最大限度的自由发展状态，^{〔17〕} 这种发展导向每个人所追求的具有客观重要性的成功。自由尊严观推导出来的国家预防立场也有所特指：自尊原则为派生价值提供了理由，主张应当以取得“成本—收益的效用”为根据展开国家预防行为，本真性原则要求伦理独立性，旨在解决超然价值问题，只有个人才能够决定什么是以及如何达至成功的人生，而不应当受到国家行为的威慑而被迫进行伦理选择。基于此，国家对于人体基因科技的干预是极为有限的，在缺乏确定的证据能够证明危险的情况下，禁止对科学家和医生所从事的人体基因科技活动进行干预。基于这种自由尊严观的立场，德沃金主张用“成本—效益”的分析方法解决派生价值的问题，同时强调风险的科学确定性，这指向了国家对人体基因科技的弱式风险预防。

从风险预防的尊严内置论看，自由尊严观与弱式风险预防的内在关联在于：第一，从衡量方法看，弱式风险预防排除了缺乏确定性的损害证据作为拒绝监管的理由，通常运用成本效益分析方法对风险决策进行考虑。^{〔18〕} 自由尊严观基于派生价值同样对人体基因科技作出评价，要求衡量一部分群体的收益和另一部分群体的损失，以及成本和效益存在的公平性问题。^{〔19〕} 二者均遵循本益衡量的方法论。第二，从证明机制上看，弱式风险预防强调国家不得以缺乏风险的科学确定性为理由拒绝采取风险预防行动；自由尊严观主张，只有存在明确证据足以证明危险的存在，才可以对科学家和医生的行为予以限制。且客观重要性原则强调，国家应基于超然价值对人体基因科技进行评价，并建立相应的制度和政策。^{〔20〕} 可见，二者均为国家采取预防措施提供正当性或合法基础，虽然并未涉及采取何种干预手段，对预防手段类型的证明要求较低，但是对采取预防措施提出了“危险存在”的证明要求。

（三）自由尊严观与弱式风险预防的弊端

自由尊严观本身存在难以克服的逻辑悖论。尽管自由是人拥有尊严的最终秘密，是最直接明了的、不可再还原的规范性道德起点，^{〔21〕} 也是任何主体不可或缺的利益和法律必须保障的价值，

〔14〕 参见前引〔10〕，罗纳德·德沃金书，第234页。

〔15〕 See Cass R. Sunstein, Beyond the Precautionary Principle, 151 *University of Pennsylvania Law Review*, 1013 (2003).

〔16〕 See Julian J. Koplin, Christopher Gyngell, Julian Savulescu, Germline Gene Editing and the Precautionary Principle, 34 *Bioethics*, 51 (2019).

〔17〕 参见卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社2006年版，第463页。

〔18〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein文，第1007页。

〔19〕 参见前引〔8〕，Ronald Dworkin书，第428页。

〔20〕 参见前引〔8〕，Ronald Dworkin书，第429页。

〔21〕 参见前引〔2〕，瓦尔特·施瓦德勒书，译者导言第22页。

但是, 纯粹的实践理性和理性法则的反思会将我们带入一个无条件的价值理念, 自由并非毫无限度, 特定主体无限度的自由必然会影响其他主体的自由。自由尊严观在客观重要性方面强调的“成功标准”会威胁本真性原则下的自主决定, 使“自主”背离其本质而成为“他主”, 由此产生了自由尊严观反而会危害自由的逻辑悖论。

自由尊严观涵括的弱式风险预防同样存在理论弊端。弱式风险预防被视为微不足道, 如果预防原则仅声称完全的确定性不是采取预防措施的先决条件, 那么, 它实质上没有明确的预防指向, 因为这是每一个理性决策制定者都已然接受的。^[22] 桑斯坦认为, 预防是规制风险的一种粗糙的、有时是反常的方式, 可以通过其他更好的途径实现这些目标, 弱式风险预防原则是没有用处的, 它“不会把人引入任何方向”, 只会因为可识别的认知机制而给人一种(虚假的)可行的假象, 这种认知机制导致人们的视野狭窄。^[23] 其他学者同样认为, 弱式风险预防“弱得无益”, 难以为决策提供任何方向上的指导, 表现得微不足道, 其只是拒绝了决策者在采取预防措施之前完全确定威胁存在的要求, 事实上, 它没有规定任何具体方法来衡量现代科技可能的成本和效益, 其适用范围非常狭窄。^[24]

自由尊严观及其涵括的弱式风险预防不仅存在理论弊端, 在国家预防人体基因科技风险的实践中同样会产生危害。如果国家秉持自由尊严观并遵循弱式风险预防, 则会导致国家对于任何存在危害预期的人体基因科技风险均保持谨小慎微的态度, 国家的立法权和行政权均无法对公民的科研自由、行为自由进行事前干预, 国家对具有自由属性的公民行动进行限制会被视为违反过度禁止原则的公权力肆意。国家预防行为在立法上缺乏基于风险理由限制私主体自由的明确法律规范, 由此导致缺乏对科技风险进行事前预防的风险行政机制, 国家对具有科学不确定性的人体基因科技风险保持相对消极的态度, 无法及时精准定位科技风险并采取积极的风险规制措施。其实践危害为, 一旦国家对自由保障的程度过重, 则会影响与自由价值相对应的秩序价值的实现, 也会反过来危害自由本身。国家预防科技风险时的公权力行使因保障公民自由而止步不前, 则无法对社会秩序进行有效维持, 缺乏必要限度的自由尊严观和弱式风险预防会导致无序状态。此外, 自由尊严观支持自由主义优生学, 对于任何类型的人体基因科技研究与应用均缺乏必要限制, 其涵括的弱式风险预防难以发挥规制风险的理论效用。

三、秩序尊严观与强式风险预防

相较于自由尊严观, 面对人体基因科技存在更为保守的人性尊严观, 这种尊严观蕴含着秩序的价值内核, 诉诸秩序的内在价值, 存在着对确定性、可预见性的价值诉求, 因此被称为秩序尊严观。

[22] See Daniel Steel, *Philosophy and the Precautionary Principle: Science, Evidence, and Environmental Policy*, Cambridge University Press, 2015, p. 17.

[23] 参见前引[15], Cass R. Sunstein 文, 第 1008-1011 页。

[24] 参见前引[16], Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文, 第 51-52 页。

（一）秩序尊严观的三种形态

1. 主客二分论的秩序尊严观

欧盟对人体基因科技秉持主客二分论的秩序尊严观。1997年欧盟《〈人权和生物医学公约〉关于禁止克隆人类的附加议定书草案》规定：克隆使人类选择性繁殖成为可能，将人类视为储存零件的仓库，使人类工具化，把人从主体变成客体，违背了人本身的目的性存在，故侵犯了人的尊严。^{〔25〕}1998年《欧盟议会关于克隆人的决议》要求成员国颁布立法，对克隆人实行具有法律约束力的禁令。^{〔26〕}相较于克隆技术，欧盟对人体基因科技采取了相对宽容的态度，但依然强调人作为目的的绝对地位。1997年欧盟《人权和生物医学公约》规定：“必须认识到确保人类尊严的重要性和滥用生物科技可能危害人的尊严的行为”，“修改人类基因的干预只能用于防治疾病目的，且不得对后代的基因进行任何修改。”^{〔27〕}尽管如此，由于改造胚胎被视为对人的亵渎，胚胎与人类一样，具有全部的道德地位，^{〔28〕}治疗型的人体基因科技同样备受诟病。

欧盟坚持康德的主客二分论的尊严内涵，人与物的绝对分裂思想一直充当着限定人性尊严的原理：在目的的王国中，一切东西要么有一种价格，要么有一种尊严，有价格的东西可被其他等价物取代，与此相反，超越一切价格、不容许有等价物的东西则具有一种尊严。^{〔29〕}而欧盟的尊严立场恰恰在于，人作为目的性存在，不能够被当成客体地位的工具，胚胎同样具有完全的道德地位。这种对目的与手段进行严格区分的价值秩序观，与自由尊严观忽略人类胚胎的道德地位迥异。

2. 自然中心论的秩序尊严观

桑德尔主张的尊严观以自然为核心，体现为自然秩序主导的尊严观，其坚持人体基因科技应用以自然为限度。基因改良最深层次的道德疑虑在于，“对人类地位的理解和提升人类地位的愿望”，但伦理上的自主、平等及技术上的不安全均不足以成为禁止该技术的理由，真正的理由是自然的道德地位，^{〔30〕}即自然存在的生命是自然的馈赠，这种馈赠与生俱来，不能被其他生命操控^{〔31〕}。自然中心论的秩序尊严观并不反对合理的技术应用（如救死扶伤），而反对超越自然界限的滥用（如基因增强制造“比好更好”的完美），其中的“度”即是自然的状态。^{〔32〕}一个以往由自然命运决定的领域不应当成为可以进行人为选择的竞技场。^{〔33〕}

自然中心论的秩序尊严观认为，“技术是对自然所给定的秩序和结构的否定，它可以按照人

• 99 •

〔25〕 See Draft Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings (1997).

〔26〕 See Resolution on Human Cloning, European Parliament (1998).

〔27〕 Convention on Human Rights and Biomedicine (1997).

〔28〕 参见〔美〕弗朗西斯·福山：《我们的后人类未来：生物科技革命的后果》，黄立志译，广西师范大学出版社2017年版，第175页。

〔29〕 参见〔德〕康德：《道德形而上学基础》，李秋零译，中国人民大学出版社2005年版，第443页。

〔30〕 参见〔美〕迈克尔·桑德尔：《反对完美：科技与人性的正义之战》，黄慧慧译，中信出版社2013年版，第10、46页。

〔31〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第119页。

〔32〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，导论第X、XIII页。

〔33〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第86页。

类的欲求而‘万能地’改变自然之所是 (the nature as it is), 把自然变成它所不是的那样 (what it is not)”, “对此应设定限制规则, 包含具体的、适合人类生命初始之谜的道德约束”〔34〕。此种秩序尊严观强调尊重自然之道、自然的偶然创造, 人类的改造行为应与自然秩序相吻合, 而自然秩序下的伦理观与物种的自然属性相关联, 且这种自然属性被其置于规范金字塔的顶端, 比“自主权”“公正”和“个人权力”更重要。〔35〕在此观念之下, 人体基因科技应用以自然为限度, 低于生命自然标准的疾病被视为可以运用人体基因科技治疗, 但禁止超越生命自然限度地打造完美状态。

3. 人性中心论的秩序尊严观

哈贝马斯主张的尊严观以人性为中心, 坚持尊严的人性秩序内核, 属于人性中心论的秩序尊严观。他认为, “人的尊严”是在严格的道德和法律意义上的对称关系, 表明了一种“不可侵犯性”〔36〕, 其核心指向了人的内在本质, 即人性。然而, 至今仍然缺乏对人性的明确界定。〔37〕根据人性中心论的秩序尊严观, 物种遗传的优化不能够被看作是增加了个体自主性, 相反, 它会破坏独立生活、彼此尊重的人性规范。〔38〕如果把人的生物基础理解为不可丢弃的人性, 那么, 保护基因遗传的完整性则被视为正当的。而干预人体基因则意味着, 生命体在诞生前受到了支配, “设计生命”的干预行为侵犯了人的存在方式; 设计者以不可撤销的方式改变生命的初始条件, 从内部侵入了另一个人的自主意识, 成为他人生活的共同创造者 (co-author)。〔39〕

这实际上强调, 只有基于偶然事实自然出生的人才能确保其在道德意义上的自主性, 经过基因设计的生命体无法从根本上摆脱其与设计者的从属、控制关系。〔40〕生命的偶发性决定了人类生命道德形态, 〔41〕人性要求出生的偶然性和个人作为生命中的“唯一作者”, “设计生命”的干预行为打破了生命的偶然性和自主性, 被视为对人性的侵犯。对人生命体的根本改造使“自然人”“自然生命”沦为“技术人”“人工生命”, 彻底改变人的本性与结构, 从根本上颠覆了作为道德起点的人性基础。〔42〕故人性中心论的秩序尊严观要求, 在人类的生命发展史上要维护以人性为基础的秩序尊严观, 排除对基因进行的人为干预。

(二) 秩序尊严观涵括的强式风险预防

秩序尊严观强调人的尊严不能违逆人作为绝对目的的秩序、自然的秩序和人性的秩序, 秩序尊严观论者相较于自由尊严观论者而言, 对人体基因科技持有更保守的态度, 其风险偏好更低, 且往往将国家视为维护秩序的积极行动者, 秉持强式风险预防的规制立场。强式风险预防指, 当存在严重威胁他人 (包括后代) 健康或破坏环境的风险时, 即使这种风险存在科学不确定性, 也

〔34〕 前引〔30〕, 迈克尔·桑德尔书, 第119页。

〔35〕 参见前引〔2〕, 瓦尔特·施瓦德勒书, 第79页。

〔36〕 Jürgen Habermas, *The Future of Human Nature*, Polity Press, 2003, pp. 27-29.

〔37〕 参见前引〔28〕, 弗朗西斯·福山书, 第129页。

〔38〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第30-33页。

〔39〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第53、81页。

〔40〕 参见朱振:《反对完美?——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》,载《华东政法大学学报》2018年第1期。

〔41〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第75页。

〔42〕 参见樊浩:《基因技术的道德哲学革命》,载《中国社会科学》2006年第1期。

应当作出防止此类情况发生的决策，除非有足够的证据表明损害不会发生。^{〔43〕}强式的积极预防强调必须采取广泛的预防行动，以完全消除对人类福祉的任何潜在威胁，而不考虑预防行动的成本、威胁可能发生的程度以及威胁造成的危害程度。^{〔44〕}强式风险预防的意涵在于，即使存在着风险不确定性，依然要求国家积极作为，同时并未对举证责任进行限定，国家采取积极预防措施不以能够证明确定损害为前提，也不受制于成本效益分析方法，甚至在面对事关重大的风险的情况下被视为一种不计代价的国家预防行为。^{〔45〕}秩序尊严观相较于自由尊严观更追求稳定和可预期性，这种价值偏好影响了风险预防强度。

主客二分论的秩序尊严观严禁不以诊断或治疗疾病为目的干预人类基因的行为，且主张对任何修改后代基因的行为均予以禁止。^{〔46〕}该尊严观诉诸禁止性命令进行预防。主客二分论蕴含着强式积极预防中的禁止性预防方式，即通过禁止可能造成重大损害的活动来预防风险，除非该活动的支持者表明该活动不存在损害危险。^{〔47〕}禁止性预防是强式风险预防中力度最强硬的规制手段，从根源上杜绝了行为引起风险的任何可能性，因此，禁止性预防也是效果最明显的风险规避方式。主客二分论的秩序尊严观通过禁止的方式排除克隆技术和非治疗型人体基因科技带来的风险，涵括强式风险预防的禁止性预防手段。

自然中心论的秩序尊严观主张以恢复自然状态为限度对人体基因科技进行合理利用。这种秩序尊严观区别于自由尊严观支持的自由主义优生学（市场化的逻辑），而主张对人体基因科技的发展设置自然状态的限度，即对增强型的人体基因科技予以禁止，同时对于人体干细胞的研究设定限制规则，由此保持尊严内涵的自然道德地位。^{〔48〕}自然中心论的秩序尊严观对特定增强型的基因科技同样采取禁止措施，且阐明人体基因科技的限度立场，这实际上与强式风险预防的积极作为禁令方式一脉相承，主张对相关科学研究设置限制规则，且并不要求国家对采取积极预防措施进行举证。

人性中心论的秩序尊严观要求对与生命体相关科技活动采取谨慎、适度的措施，通过道德共同体所创造的法律，用权利和义务对相关事项予以规范。^{〔49〕}可见，该秩序尊严观并非通过禁止这种效力最强的措施进行绝对限制，而是通过立法规制相关科技活动。在这个意义上，人性中心论的秩序尊严观对风险预防的态度并非像其他秩序尊严观一样诉诸最强意义的禁止性风险预防，而是通过法律配置权利义务的方式要求道德共同体制定法律。而所立之法需要尊重以偶然事实为基础、具有道德意义上的自主性的人性，确保个人作为自己生命“唯一作者”。这种主张国家通过制定法律的积极作为方式应对人体基因科技风险的观点契合强式风险预防所要求的国家积极作为面向，且这种积极预防措施相较于禁止而言更具开放性，能够为不同类型的人体基因科技提供

〔43〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1013 页。

〔44〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 51 页。

〔45〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1013、1017-1018 页。

〔46〕 参见前引〔27〕。

〔47〕 参见前引〔1〕，Richard B. Stewart 文，第 76 页。

〔48〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第 119 页。

〔49〕 参见前引〔36〕，Jürgen Habermas 书，第 33 页。

多样化的风险预防空间。

（三）秩序尊严观与强式风险预防的弊端

秩序尊严观存在内涵空洞的理论弊端，且对自由价值构成排他性限制。尽管康德将自由视为原初规范的道德起点，但他却用尊严主体目的论对人性尊严进行了绝对的主客二分。主客二分论的秩序尊严观即是将康德诉诸主体性的人性尊严观予以落实的体现。虽然主客二分论观点鲜明，但却论证无力，以空洞的价值观回避对真正问题的论证，即主客二分论既未界定“尊严”或“尊重”的明确内涵，也未阐明尊严的理论基础，仅将尊严当作一个不可再简化的绝对价值，欧洲议会的议员们受到了多个人权公约和保护人性尊严基本原则的影响，实际上遵循了价值观至上的立场。^{〔50〕} 自然中心论和人性中心论的秩序尊严观都注重机遇（chance）的偶发性，二者能够为国家对不同类型的人体基因科技采取不同预防手段提供理由，但并未彻底解决胚胎的道德地位，并未阐明生物人与位格人的同一性。^{〔51〕} 与此同时，秩序尊严观将主体目的、人性、自然的价值秩序予以最大化保留，具有限制自由的倾向。

强式风险预防的理论弊端在于欠缺理性。强式风险预防断言，任何具有不可忽略的损害风险的活动都是不允许的，通常会以禁止命令方式进行风险预防，而此类禁令措施本身会带来不利后果。^{〔52〕} 强式风险预防最严重的问题在于，它没有提供指导，而是禁止了所有的行动，包括不作为。由于风险存在于社会状况的各个方面，而管制行为也会因产生替代风险而违反预防原则。这意味着，任何普遍预防的努力都将使运转瘫痪，政府在风险广泛存在且不确定的情况下采取严格的监管措施，将在事实上赋予政府和国家决定权以及采取监管行动的广泛事由，为政府过度限制公民基本权利提供正当理由。^{〔53〕} 此外，强式风险预防的非理性表现为不计成本地进行预防。预防的成本高昂不仅是消除了“机会利益”或增加了替代风险，而且会造成巨大损失，使得预防措施难以实施。由于预防措施的成本支出本身就带有风险，故不应当对任何可能致害的风险都花费大量资金来进行预防。^{〔54〕}

秩序尊严观涵括的强式风险预防不仅存在理论弊端，也会产生实践危害。国家权力秉持秩序尊严观意味着，国家权力的行使遵循着绝对主体性、自然与人性的抽象秩序价值，这些价值决定了国家预防人体基因科技风险的立场遵循如下逻辑：除非有证据表明人体基因科技风险造成的损害不会发生，否则国家机关应当积极采取行动预防该科技风险。此时国家机关基于保障秩序尊严观下的抽象公共利益，不再以私主体的自由作为行使公权力的界限。这便为国家公权力介入公民基本权利提供了正当化的理由，且介入程度并不存在明显的限度，国家预防行为在缺乏明确限度的情况下会过度限制公民基本权利。此外，国家预防人体基因科技风险主要诉诸禁止的手段，导致了秩序的维持将以牺牲公民普遍的行动自由为代价，对科技风险的过度规制会阻碍科技发展，

〔50〕 参见前引〔40〕，朱振文。

〔51〕 See John Finnis, *Intention and Identity (Collected Essays: Volume II)*, Oxford University Press, 2011, pp. 277 - 301.

〔52〕 参见前引〔22〕，Daniel Steel 文，第 17 页。

〔53〕 参见陈景辉：《捍卫预防原则：科技风险的法律姿态》，载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

〔54〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1020 - 1028 页。

进而影响人体基因科技进步带来的福利。

四、人体基因科技风险预防的价值选择

当前关于生物科技的论辩已经极化为两大阵营：一大阵营为坚持自由至上者，其主张不对新技术发展施加限制，要求去除管制的自由市场，且能够从被松绑的技术进步中获利；另一大阵营为对生物技术有道德担忧的异质性群体，包括宗教信徒和新技术的反对者、担忧优生学卷土重来的人士。这两种极化状态下的观点，不论是主张对生物技术的发展完全放任自流抑或进行大范围禁止，都具有误导性。^{〔55〕} 自由尊严观和秩序尊严观反映了这两大阵营的价值观取向。而不同的价值取向所对应的风险偏好和风险预防强度不同，只有承认尊严观与情感或知觉紧密相连，才能真正连接“实然”与“应然”，^{〔56〕} 才能在特定的尊严观指导下明确国家预防人体基因科技风险的立场和强度。接下来要解决的问题是，我们应秉持何种尊严观应对人体基因科技风险。可以根据既有尊严观建构人体基因科技风险预防的价值依据。

（一）正义尊严观的证成

自由尊严观和秩序尊严观具有逻辑悖论、过于绝对、内涵空洞、论证疏漏等特点，不仅存在理论弊端，而且会导致实践危害，不足以成为人体基因科技风险预防的价值基础。人体基因科技风险预防的价值遵循需要吸收上述不同尊严观的合理内核。

由于每个人的生命具有同等的客观重要性，因此，应当将每个公民的生命视为具有平等的重要性。与此同时，每个人都应当受到尊重具有正当性，而不论其遗传特征如何，都不能因个人的遗传特征使人的尊严受到贬低，应当同样尊重个体的独特性和多样性。^{〔57〕} 客观重要性能够推导出平等价值。其中，尊严之平等从消极层面而言是指，所有个体的人格都拥有不可侵犯的尊严，一种不可剥夺且须受法律保护的权利；从积极层面而言是指，每个单独的个体基于道德法则所体现出来的德性并不相同，从而配享的尊严并不完全相同，前者指法权，后者指德性。^{〔58〕} 基于此，客观重要性原则中的平等应作为重构的尊严观的内核之一。

从整体的自由尊观看，其提供的重要价值内核为自由。一方面，客观重要性原则要求每个生命都应遵循成功标准，人体基因科技的发展在实践层面体现为技术福利，这种福利作用于通过基因治疗提升生命质量。这种福利也提升了尊严，是实现客观重要性的重要手段。而该技术发展在价值层面取决于科研自由，因此，自由及其实践指向的福利应作为重要因素被提取。且基于平等的福利表达为共同福利。另一方面，本真性原则强调的自主决定从生命个体层面体现了尊严内涵。自由尊严观通过本真性建构尊严的内涵，由此最大程度地排斥公权力主体对个人自主决定的领域进行干预。若放任客观重要性之下的自由，则会对生命自主决定产生影响，从而减损生命个体的

〔55〕 参见前引〔28〕，弗朗西斯·福山书，第182-183页。

〔56〕 参见前引〔28〕，弗朗西斯·福山书，第117页。

〔57〕 See Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1998).

〔58〕 参见前引〔2〕，瓦尔特·施瓦德勒书，译者导言第19页。

人性尊严。因此,自由不能成为没有边界的价值遵循,应当为自由尊严观之下的自由价值划定界限。

秩序尊严观不失为限定自由价值的有效手段。将人作为目的、坚守人性和自然无疑为限定自由价值提供了有益的参考,但是目的、人性和自然本身过于绝对和抽象,甚至这种秩序尊严观仅为对生物技术有道德担忧的异质性群体所持有。尽管未受到人体基因科技干预的生命状态符合人性、自然和人是目的的抽象秩序观念,但是对于被疾病所困扰的生命体而言,尊严的价值极为有限。因此,从秩序尊严观中提取的价值要素不仅构成自由的限度,也要弥补秩序价值观本身的缺陷。从秩序尊严观的内涵构成看,秩序存在安全性和可预见性两方面的诉求,其中,安全性是可预见性诉求的目的,可预见性是安全性诉求的手段。^[59] 此种安全观能够弥补秩序尊严观仅关注价值秩序的抽象缺陷,安全价值要求对技术风险采取预防措施,安全是人体基因科技得以应用的前提,也是科技应用的标尺,超越安全限度被视为违反人性和自然,由此克服秩序尊严观过于绝对的缺陷。与此同时,安全是风险预防的目的,风险预防受到国家履行安全保障义务的指引。^[60] 鉴于上述理由,安全应当作为风险预防尊严内置论的核心价值之一。

上述论证初步证成了重构的尊严观应当包含四个维度,即平等、自由、安全和共同福利。任何一个维度都并非绝对的,而需要以其他价值作为限度。在法学领域,与平等、自由、安全和共同福利产生直接价值关联的乃是正义,法律被视为正义的综合体。^[61] 在伦理学领域,正义被视为“应然之理”,包含“自然之理”和“人性之理”。^[62] 因此,蕴含着多重维度的尊严观可被概括为正义尊严观。

(二) 正义尊严观涵括的充分风险预防

与自由尊严观和秩序尊严观均不相同,正义尊严观指向了包含价值界限的四重价值维度,其所涵括的风险预防强度也不同于前两种尊严观所涵括的弱式风险预防和强式风险预防。学界通过吸收二者的合理性对风险预防原则予以发展和改造,提出了充分风险预防作为对强式和弱式风险预防的弥补。充分风险预防涵括于正义尊严观,并可以通过正义尊严观在既有充分预防原则版本的基础上,对其进行内涵填充,进而将其作为人体基因科技风险预防的价值依据。

充分预防原则(sufficientarian precautionary principle, SPP)建议对实现或维持“足够水平”福祉的威胁采取预防措施。然而,就像其他版本的预防原则一样,面临特定类型的风险时,充分风险预防要求偏离标准的成本效益分析,这被视为积极预防的决定性特征。就人体基因科技而言,如果健康安全具有内在价值,则不应仅根据最高预期效用作出可能影响公共健康的决策,还应当避免对健康安全造成重大威胁。这种权重安全性的目的是降低可能远远大于潜在效益的损失风险。充分风险预防在很大程度上体现了这种安全的重要性,它特别重视避免可能导致个体降

[59] 参见于文轩:《生物安全立法研究》,清华大学出版社2009年版,第108页。

[60] 参见王贵松:《论法治国家的安全观》,载《清华法学》2021年第2期。

[61] 参见〔美〕E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第298-339页。

[62] 参见李德顺:《中西“正义”理念之异同》,载《北京日报》2020年6月29日,第010版。

至某种极端福利水平以下的威胁。^{〔63〕}

正义尊严观中的自由、平等、安全和共同福利与充分风险预防的内在关联体现为：充分风险预防关注的健康安全观与正义尊严观的安全面向具有内在一致性，旨在对威胁人生命健康的技术风险进行预防。同时，这种安全阈值并不以最高预期为标准，而强调需要考虑在整体福利水平以下的特定个体的健康安全。这便是对原本处于健康弱势状态的个体的重视，在充分水平的限度内给予这些个体以足够尊重，体现了正义尊严观的平等价值。此外，充分风险预防能够矫正自由尊严观：自由价值仅为人体基因科学研究提供了一个理由，这些研究旨在保持基因健康，增强人类物种的长期生存能力，却忽略了风险存在，过度促进健康而超过充分的程度。充分预防原则对风险有更充分的关注，力图避免换取短期利益的情形，将后代面临不平衡的长期损害风险降至最低。^{〔64〕}充分风险预防对弱式风险预防的无力和强式风险预防的严苛进行了弥补，同时吸收这两种风险预防的合理性。通常而言，尽管弱式风险预防在某些情况下可能实用，但其对人体基因科技政策的辩论几乎没有作用；强式风险预防更为相关，存在采取积极行为进行风险预防的指向，充分风险预防吸收了其积极指向，特别重视避免在认知上被低估、理解不足的威胁、对实现充分福利水平的威胁以及对健康安全的威胁。虽然很难从多个版本的必要预防措施中获得任何直接的政策建议，但充分风险预防体现的正义尊严观仍具有合理性。^{〔65〕}这便是充分风险预防在不忽略风险的同时，意识到人体基因科技创造共同福利的一面，这同时也是对自由的尊重，且是通过吸收弱式风险预防将自由限定在平等和安全的限度内。

（三）充分风险预防的优势

首先，充分风险预防能够为风险预防提供相对明确的方向指引，增强可行性。通常而言，在具体应用场景之下，风险预防原则包含两个要素：第一，风险损害后果的严重性，该原则适用于对环境或人类健康产生潜在不利影响并可能造成严重后果的情况；第二，即使没有“完整的”科学证据，存在科学争论或知识分歧，政府也应该采取行动。^{〔66〕}在人体基因科技领域，充分风险预防旨在预防生命健康、人的主体地位、社会秩序等方面的潜在威胁，风险预防的指向性被该领域的风险特征和风险类型所限定。存在科学争议、知识分歧等不确定性因素的情况下，国家是否以及如何采取预防措施取决于正义尊严观的四重指向，这弥补了弱式风险预防“不会把人引入任何方向”的缺陷。

其次，充分风险预防能够最大限度地避免强式风险预防可能导致的国家公权力过度行使，进而防止公权力侵犯公民基本权利。强式风险预防缺乏明确法律定位和法定约束力，同时也没有必要的法定条件和程序对其规制措施予以审查，由此对公民基本权利构成威胁。充分风险预防则意味着，科技领域的国家预防措施行使不再是完全由国家机关（特别是行政机关）自由裁量的事

〔63〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 57 页。

〔64〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 58 页。

〔65〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 59 页。

〔66〕 See René von Schomberg, The Precautionary Principle and its Normative Challenges, in Elizabeth Fisher, Judith Jones, René von Schomberg ed., *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, 2006, p. 23.

项。充分风险预防促使国家风险预防成为一项遵循正义尊严观的法定义务。正义尊严观之下的平等、自由、安全和共同福利对国家风险预防的条件、程序和内容存在特定要求和法定限度。正义尊严观为公民基本权利不受侵犯提供制度性保障的价值指引,避免国家机关的强式风险预防侵犯公民基本权利。

再次,充分风险预防能够通过充分性限度防止预防成本过高,并克服成本效益分析的价值困境。风险预防的适当应用必须通过预防程度予以确定,而预防程度恰恰是风险预防的难点:预防程度过高或者过低都会影响预防科技风险的正当性与实效性,若预防程度过高则会加大预防成本,导致收效甚微、抑制技术发展;若预防程度过低则无法起到预防效果、威胁秩序。充分风险预防遵循预防人体基因科技风险的充分性限度。一方面,在援引预防原则、确定特定领域和时间段内的预防程度时,一致性、非歧视和比例性构成预防程度的充分性限定,^[67]由此确保风险预防的成本达到合理水平,风险预防措施受到成本效益分析的约束。另一方面,充分风险预防并不完全受成本效益分析方法的限制,其在价值的不可通约性方面仍然尊重公民的主体地位,遵循正义尊严观的伦理限度,不完全以成本效益作为行使预防措施的标准。

最后,充分风险预防尊严内置论的价值平衡有助于实现利益平衡。正义尊严观克服了价值绝对化倾向,其蕴含的平等、自由、安全和共同福利四重价值互为界限,进行风险预防决策时根据特定价值的重要性或分量这种类似于原则的方式予以权衡。^[68]正义尊严观涵括的充分风险预防也会采取重要性权衡的方式平衡国家利益与个人利益,平衡科技创新利益与科技风险,以确保科研自由、自主决定、技术福利维持在充分水平。

五、结论:正义尊严观的风险预防指引

本文在尊严内置论的视角下立足于解决人体基因科技风险预防的价值依据和预防立场问题,这不仅是一个法律问题,同时也是复杂的哲学和伦理学问题。本文研究表明,自由尊严观涵括的弱式风险预防与秩序尊严观涵括的强式风险预防均存在理论弊端和实践困境,正义尊严观涵括的充分风险预防能够为预防人体基因科技风险提供价值依据。

在正义尊严观之下,自由表达为,每个个体具有自主性、具备自由发展的能力,如果在生命体发展的最初阶段运用基因技术手段使生命体受到过度干预,则违背了自主决定。平等的约束力体现为,对突破自然力和生命规律的生命个体进行基因增强,会造成生命体之间悬殊且难以通过后天弥补的差距,国家对人体基因科技应用范围的干预应当避免造成基因改造人与自然人之间的极化差异。安全则要求,个体的生命、健康免除技术威胁,人体基因科技应当满足安全标准。共同福利意味着,国家并不禁止全部类型的人体基因科技,其所带来的共同福利对于弥补在自然状态下存在严重缺陷的特定生命体具有不可或缺的矫正作用。综上,正义尊严观派生出了遵循必要

[67] 参见前引[66],René von Schomberg文,第24页。

[68] 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,孙健智译,五南图书出版股份有限公司2013年版,第74页。

限度的人体基因科技应用，在技术安全的前提下，对任何一个尚未达到普遍健康水平的生命状态予以矫正，这构成了在人体基因科技领域充分风险预防的内涵。充分风险预防遵循正义尊严观的指引，在价值、利益、公权力与私权利之间划定充分性限度。需要说明的是，充分风险预防作为决策工具尚须厘清其实质权重和临界值，对充分风险预防进行大量的细化和澄清后，才能将其用于具体决策。^{〔69〕} 总之，正义尊严观及其涵括的充分风险预防为预防人体基因科技风险的制度性建构提供了相对明确的价值指引和预防限度，充分风险预防在规则层面的建构有待于法学、哲学和伦理学学者共同探讨。

Abstract: The prevention position of human genetic technology risk depends on the corresponding values. The freedom dignity view adheres to the theory of dignity autonomy, emphasizes self-respect and the independent decision, and the corresponding prevention position of technological risk is weak risk prevention. The order dignity view contains subject-object dichotomy, nature-centrism and humanity-centrism, and the corresponding prevention position of technological risk is strong risk prevention. The freedom dignity view and the order dignity view have theoretical drawbacks such as omissions in argumentation and hollow connotations. The corresponding weak risk prevention is ambiguous and the strong risk prevention lacks rationality, both of which will produce practical harm when exercising the state public power to prevent human genetic technological risk. The value of preventing human genetic technological risk should be reconstructed as the justice dignity view including equality, freedom, security and common welfare. The risk prevention position contained in the justice dignity view is sufficientarian risk prevention, which has more advantages than other prevention positions.

Key Words: human genetic technological risk prevention, the freedom dignity view, the order dignity view, the justice dignity view, sufficientarian risk prevention

(责任编辑：赵 真 赵建蕊)

〔69〕 See G. Owen Schaefer, What is the Sufficientarian Precautionary Principle? 33 *Bioethics*, 1083 (2019).

行政处罚上违法所得的认定和处置研究

郑 琳*

内容提要：违法所得的认定和处置，一直是行政处罚上具有争议性的议题。新《行政处罚法》明确了违法所得的定义，增设了退赔程序，以及允许法律、行政法规和部门规章做例外规定，是对执法实践的立法回应。然而违法所得在具体实践中如何认定，退赔程序所要实现的对受害人权益救济的功能如何与执法效率相平衡，以及无违法所得和违法所得难以计算时，如何与罚款组合适用以防止处罚倒挂，是实践部门面临的难题。没收违法所得，兼具公法上追缴不当得利的功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。违法所得的认定应当以“总额说”为原则，“差额说”为例外，并遵循五项基本准则。没收违法所得前的退赔，要具有退赔的现实可能性，并且要完善退赔的方式和期限。无违法所得或违法所得难以计算时，可以与比例罚的方式组合适用，以实现过罚相当。

关键词：没收违法所得 退赔 过罚相当 行政处罚

一、问题的提出

违法所得的认定和处置一直是行政处罚上关注的焦点。2021年修订的《行政处罚法》关于“违法所得”的规定，在征求意见稿的基础上，吸收各方意见，多次修订，最终成形。^{〔1〕}新修订

* 郑琳，大连海事大学法学院讲师。

本文为国家社科基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设”（19ZDA165）的阶段性成果。

〔1〕 历次草案版本及最终版本如下：《行政处罚法（修订草案征求意见稿）》第25条：“有违法所得且有受害人的，应当责令退赔或者返还受害人；退赔、返还受害人后的剩余部分或者没有受害人、无法确定受害人的，应当依法予以没收。”《行政处罚法（修订草案）》第26条：“……有违法所得的，应当予以没收。”《行政处罚法（修订草案二次审议稿）》第27条：“……当事人因违法行为获取的违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。”《行政处罚法》（2021年修订）第28条：“……当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”

的《行政处罚法》“重申了没收违法所得的性质属于行政处罚的基本立场”〔2〕,在此基础上进一步明确违法所得的定义,增设了退赔的程序,并且允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算做例外规定。上述制度的完善,都是本次新《行政处罚法》关于违法所得的修改亮点。

其实在原《行政处罚法》适用过程中以及新《行政处罚法》草案发布后,没收违法所得的性质、认定标准和处置方式就一直是争议的焦点。应当说,新《行政处罚法》并没有将没收违法所得从行政处罚种类中删除,没收违法所得将仍然发挥行政处罚的制裁功能,在立法上消除了关于没收违法所得不是行政处罚的争议。〔3〕自1996年没收违法所得写入《行政处罚法》,关于其性质的讨论一直是学界争议的焦点。比如冯军教授认为,没收违法所得对当事人产生惩戒的心理和精神效果,属于行政处罚。应松年教授认为没收违法所得具有追缴性质,不是违法者实施违法行为付出的代价。新《行政处罚法》修订之初,没收违法所得的性质再次引起讨论。比如王青斌教授认为,没收违法所得不应当属于行政处罚的种类,因为其不具有行政处罚的法律作用。马怀德教授则认为,没收违法所得是对当事人违法利益的剥夺,具有制裁和惩戒效果,视为一种行政处罚并无不可。新修订的《行政处罚法》虽然明确了违法所得的定义,即“违法所得是指实施违法行为所取得的款项”,并且作了例外规定优先的表述,确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求,但是在实践中如何具体操作,还需要进一步提炼基本准则。此外,新《行政处罚法》将退赔作为没收违法所得的前置程序,在补偿受害人的同时,也给行政机关的执法带来一定的困扰,如何平衡权益救济和执法效率,需要更为周延的退赔制度设计。最后,如果没有违法所得或违法所得难以计算时,如何与罚款组合适用,体现过罚相当原则,同样是困扰实践部门的难题。

新《行政处罚法》关于违法所得认定和处置的规定,是经过深思熟虑考量的。只有正确理解和适用新法的规定,才能发挥没收违法所得的制度功效。为此,本文将剖析没收违法所得的三重功能,在此基础上探讨违法所得的认定标准、退赔程序和有无违法所得的处置等具体的制度设计,希冀能够服务于行政处罚实践,给执法人员带来思维碰撞的火花。

• 109 •

二、行政处罚上没收违法所得的三重功能

没收违法所得的功能定位,是认定标准、退赔程序以及没收处置等具体制度构建的前提。我国《行政处罚法》上的没收违法所得,具有公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。

(一) 公法上不当得利的追缴功能

谚语有云:“任何人不得因自己的违法行为获利。”这不仅体现在私法领域,公法上法律制度

〔2〕 杨伟东:《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第102页。

〔3〕 参见冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第120页;应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第261-262页;王青斌:《行政法中的没收违法所得》,载《法学评论》2019年第6期;马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

同样不允许当事人获得财产上的利益以牺牲公共利益为代价。否则，该财产的取得就不具有正当性，国家应当予以剥夺。^{〔4〕} 公法上不当得利的追缴功能具体体现在以下三个方面：

一是追求衡平价值。“公法上不当得利的功能是补救不正当的财产转移，使得行政主体与公民间恢复原有衡平。”^{〔5〕} 以《草原法》为例，草原等自然资源属于国家所有。^{〔6〕} 公民买卖或者以其他形式非法转让草原、非法开垦草原的，即是对国家资源的不合法占有，财产欠缺法律原因而发生不合法的变动。《草原法》明确规定执法机关应当没收其违法所得，^{〔7〕} 就是为了使财产秩序恢复到合法状态，^{〔8〕} 以追求衡平价值。

二是实现行政机关的权益救济。当公民侵犯行政机关的权益时，行政机关在“法律明确授权的情况下可以作出侵益行政处分以实现其返还请求权”^{〔9〕}，没收违法所得即是典型的侵益行政处分。例如在《食品安全法》中，当事人未取得食品生产经营许可从事食品生产经营活动或者未取得食品添加剂生产许可从事食品添加剂生产活动的，食品安全监督管理部门没收其违法所得就是排除可能存在的食品安全隐患，及时救济部门的权益。^{〔10〕} 因为一旦酿成食品安全事故，行政机关将遭受巨大的问责压力。

三是填补制裁的漏洞。当行政处罚的威慑力不足时，没收违法所得的追缴不当得利功能还能够填补制裁的漏洞，起到威慑补充的作用。例如在海事行政处罚领域，海事管理机构先是对船舶所有人或者经营人予以罚款，有违法所得的再进行没收违法所得。^{〔11〕} 没收违法所得在这里主要起到的就是补充制裁的作用，防止行政处罚的威慑力不够，造成违法成本小于获利的执法尴尬局面，从而筑起行政制裁的第二道防线。

综上所述，没收违法所得的第一重功能就是公法上不当得利的追缴。该功能是基于宪法上的公共财产权神圣不可侵犯而对公法上衡平价值的追求，其同时还是行政机关实现自身权益救济的重要途径。此外，在部分行政处罚领域，没收违法所得还兼有填补制裁漏洞的作用，这也是其第一重功能的辐射效果。

（二）行政处罚的制裁功能

没收违法所得，作为我国《行政处罚法》上行政处罚的种类之一，同样具备行政处罚的制裁功能。因此，没收违法所得不仅“惩罚实施违法行为的违法者，课予其本来义务之外的额外负担”^{〔12〕}，而且使当事人心生畏惧，避免将来再犯^{〔13〕}。概括言之，没收违法所得的制裁功能可体现为惩罚和预防两个面向。

〔4〕 参见李惠宗：《追缴不法利得作为主要行政罚的法理基础》，载《法令月刊》2015年第7期。

〔5〕 汪厚东：《公法上不当得利研究》，载《北方法学》2012年第2期，第48页。

〔6〕 我国《宪法》（2018年）第9条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有……”

〔7〕 参见《草原法》（2021年）第64条和第66条。

〔8〕 参见林明昕：《论不法利得之剥夺：以行政处罚法为中心》，载《台大法学论丛》2016年第3期。

〔9〕 熊勇先：《公法不当得利及其救济》，载《法学杂志》2012年第6期，第109页。

〔10〕 参见《食品安全法》（2021年）第122条。

〔11〕 参见《内河海事行政处罚规定》（2019年）第21条。

〔12〕 王贵松：《论行政处罚的制裁性》，载《法商研究》2020年第6期，第19页。

〔13〕 参见翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第796页。

关于惩罚面向的制裁功能,行政处罚制裁功能最直接的表现就是对违法当事人的惩罚,其又可细分为两个层次,一是确认行为的违法性,二是惩戒后果的更不利性。执法机关作出没收违法所得的决定,就已经确认当事人的行为违法。确认行为的违法性必然会给当事人的权益造成重大影响,产生惩罚的效果。例如,经营者没有明码标价的行为被价格监督管理部门确认违法后,消费者就会对经营者的诚信产生怀疑,其后续的经营肯定会受到影响。没收违法所得在确认行为违法性的同时,在某些处罚领域会产生惩戒后果的更不利性,以强制当事人的额外付出为代价。^{〔14〕}例如,执法机关没收违法所得的款项,除了当事人的获利收入外,还包括其前期投入的成本,以及缴纳的税费,产生的惩戒效果显然使当事人处于更不利的境地。

关于预防面向的制裁功能,行政处罚制裁功能的预防作用,是为了警示违法当事人,使其不敢再犯。没收违法所得的制裁功能不仅是面向过去的,而且是着眼未来的。在当前的风险社会中,为了预防损害的发生,维护社会秩序和公共利益,没收违法所得作为政府机关实施行政处罚的重要手段,同样要发挥风险预防的作用。没收违法所得预防面向的制裁功能,体现在两个方面:一是对违法当事人的特殊预防,二是对潜在行为人的一般预防。^{〔15〕}对于违法当事人而言,没收违法所得能够让其知晓实施违法行为要付出不菲的代价,从而防止其再次实施。对于潜在行为人而言,没收违法所得能够给其“敲响警钟”,吓阻其从事违法行为,最终消灭其违法意图。例如在疫情期间,针对经营者售卖假冒伪劣口罩、破坏市场秩序、侵犯消费者健康权益的行为,市场监管部门及时出手进行行政管制,对其违法所得进行没收,就起到很好的治理效果。该举措不仅防止违法的经营者继续从事违法行为,对于意欲跟风的其他经营者而言,也起到了很好的警戒作用。^{〔16〕}

• 111 •

总而言之,没收违法所得同样发挥着行政处罚的制裁性功能,该制裁功能不仅是对于既有行为的确认违法和形成惩戒后果的更不利性,而且是面向未来对违法当事人的特殊预防以及对于潜在行为人的一般预防。

(三) 处罚权延伸的教育功能

处罚和教育相结合是行政处罚法上的重要原则。没收违法所得,在发挥公法上追缴不当得利的制度功效、实现行政制裁的威慑作用时,也应具备处罚权延伸的教育功能。

没收违法所得的威慑要注意限度。没收违法所得“一方面要制裁违法行为人以维护公共管理秩序和保护受害人权益,另一方面对于违法行为人的正当权益予以保护,防止因行政处罚不当侵犯行政相对人的正当权益”^{〔17〕}。例如在价格执法领域,经营者哄抬物价、暴利倾销等价格违法行为,有一定的市场因素在里面,如果将其全部销售收入都认定为违法所得而进行没收,很可能导致有些中小经营者彻底丧失经营能力,客观上不利于营商环境的建设。

应经由比例原则调适实现处罚和教育相结合。在优化营商环境的背景下,政府在尊重市场规律的同时,应避免“有形的手”过度干预。在市场监管领域,没收违法所得形成的制裁威慑要注

〔14〕 参见胡建森:《〈行政处罚法〉通识十讲》,法律出版社2021年版,第77页。

〔15〕 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

〔16〕 参见刘如慧:《行政处罚法上剥夺不当得利制度之比较法研究》,载《兴大法学》2017年第22期。

〔17〕 江必新、夏道虎主编:《中华人民共和国行政处罚法条文解读与法律适用》,中国法制出版社2021年版,第93页。

意限度，注重教育效果的体现。没收违法所得的威慑限度，可以通过比例原则加以调适，以“一般的合目的性观点及其个别案件的情况为准”〔18〕，实现处罚权延伸的教育功能。首先，要判断没收全部违法所得是否有助于处罚目的的实现，如果没收其获利收入就能够对价格违法的中小经营者起到足够的警醒和教育作用，就没有必要没收全部违法所得。其次，甄别没收违法所得是不是诸多侵益性处分中对行政相对人侵害最小的手段，如果行政约谈、责令改正等手段就能起到规制效果，就没有必要作出没收违法所得的行政处罚。最后，衡量没收违法所得能否在私人利益和公共利益之间取得相对平衡，如果将经营者全部销售收入都定性为违法所得而进行没收会对市场秩序形成负面影响的话，其实并不符合公共利益的需要，这也是得不偿失之举。

一言以蔽之，没收违法所得的处罚权延伸的教育功能，本质上是对于制裁功能的威慑限制，通过适度的处罚体现教育警醒作用，防止蜕变为严厉的制裁对社会市场秩序产生消极影响。

（四）小结：三重功能的关系

公法上不当得利的追缴是没收违法所得的核心功能，没收违法所得的本质就是剥夺违法行为人所占有的违法所得，维护国家和社会的公共利益。行政处罚的制裁功能是没收违法所得的次要功能，相比于其他处罚种类而言，没收违法所得虽然也有制裁性，但是属于弱功能。处罚权延伸的教育功能，是没收违法所得的限制功能，防止制裁功能的扩大化。（三重功能的关系参见图1）

理解没收违法所得的功能，是构建违法所得的认定标准、制定退赔程序和违法所得难以计算时与罚款组合适用的基础。正是因为没收违法所得具有三重功能，所以不同处罚领域违法所得的认定和处置，体现出差异化的特征。不过，违法所得认定和处置的差异化，并不代表无章可循，其仍然遵循着一定的规律，而且有些硬性准则是执法机关应当遵守的。

• 112 •

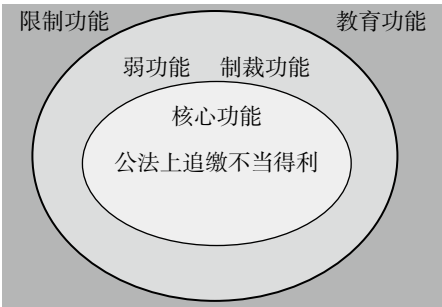


图1 三重功能的关系

三、行政处罚上违法所得的认定标准

违法所得的认定标准一直是颇具争议性的话题。新《行政处罚法》将违法所得定义为“实施违法行为所取得的款项”，并且允许法律、行政法规和部门规章作出例外规定，因此确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求，但是在具体的实践操作层面，还需要提炼基本的

〔18〕 陈清秀：《行政处罚法》，法律出版社2016年版，第303页。

认定准则。

（一）“总额说”和“差额说”的理据

“总额说”的观点认为，计算违法所得时不应当扣除违法行为前期投入的合法成本。因为没收违法所得必然会涉及合法利益，^{〔19〕}具有适法性的成本在违法活动中已经与收益实质混同而无法排除，而且在执法实践中也存在成本难以计算的问题^{〔20〕}。在食药领域，执法部门一般采用“总额说”的观点，违法所得包括“成本和收入”，^{〔21〕}“所取得的相关营业性收入”^{〔22〕}或是“全部经营收入”^{〔23〕}。此外，在动物防疫领域，违法所得也是“全部收入”。^{〔24〕}

“差额说”的观点认为，计算违法所得时应当扣除成本乃至缴纳的税费。因为没收的违法所得应当是“非法收益”^{〔25〕}，追缴的是“违法得利”^{〔26〕}。在工商领域，执法部门一般采纳“差额说”的观点，违法所得的认定“应当扣除合理的支出”。^{〔27〕}在价格领域，违法所得是“消费者或者其他经营者的多付价款”。^{〔28〕}在环境领域，当事人违法所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的合理支出，为违法所得。^{〔29〕}此外，在能源领域也持“差额说”，要“扣除直接用于生产、经营等活动的合理支出”。^{〔30〕}

应当说，“总额说”优点在于能够发挥没收违法所得的制裁作用，缺点在于可能造成过罚不当，侵犯当事人的权益。“差额说”的优势在于充分考虑到当事人的利益，劣势在于仅剥夺不当得利而无法实现惩戒效果。

（二）“‘总额说’是原则、‘差额说’是例外”的理解与具体适用

基于违法所得的定义是“实施违法行为所取得的款项”，宜认定《行政处罚法》主要是采用“总额说”的观点，这也是立法机关的看法，^{〔31〕}符合法治国家的立法趋势。^{〔32〕}为何认定“总额说”是新《行政处罚法》没收违法所得的原则，可以从法律解释的角度进一步阐述。首先，在文义解释层面，“取得”一词更贴切“总额说”，^{〔33〕}“所取得的款项”解释为“全部款项”，即全部

• 113 •

〔19〕 参见熊樟林：《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》，载《政治与法律》2020年第3期。

〔20〕 参见前引〔3〕，马怀德文。

〔21〕 参见《卫生部关于对如何认定食品生产经营违法所得的批复》（卫监督发〔2004〕370号）。

〔22〕 《餐饮服务食品安全监督管理办法》（2010年）第44条。

〔23〕 《国家食品药品监督管理局关于〈药品管理法〉〈药品管理法实施条例〉“违法所得”问题的批复》（国食药监法〔2007〕74号）。

〔24〕 参见《农业部办公厅关于〈中华人民共和国动物防疫法〉违法所得问题的函》（农办政函〔2010〕9号）。

〔25〕 前引〔3〕，王青斌文，第160页。

〔26〕 冯博：《没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用》，载《法商研究》2018年第3期，第139页。

〔27〕 参见《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》（2008年）第2条。

〔28〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条。

〔29〕 参见《环境行政处罚办法》（2010年）第77条。在《行政处罚法》修改后，环境法学者撰文仍然坚持“差额说”。参见刘飞琴：《我国环境没收违法所得制度之重构》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2021年第6期。

〔30〕 参见《国家能源局关于印发〈国家能源局行政处罚案件违法所得认定办法〉的通知》（国能发监管〔2020〕2号）。

〔31〕 参见黄海海：《新行政处罚法的若干制度发展》，载《中国法律评论》2021年第3期；张晓莹：《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》，载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔32〕 结合德国的经验来看，其对不当得利的追缴也从“净额主义”走向“总额主义”。参见李洪雷：《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法〉（修订草案）》，载《法商研究》2020年第6期。

〔33〕 参见傅玲静：《行政处罚法上不法利益之审酌及追缴》，载《月旦法学杂志》2009年第174期。

销售收入，语句逻辑上更通畅，符合常理认知。其次，结合体系解释，新《行政处罚法》第9条保留没收违法所得作为财产罚，理应发挥行政处罚的制裁性。既然是制裁，就应当使当事人较于违法行为发生前处于更不利的地位，“总额说”的计算方式不扣除成本，增强了没收违法所得的惩戒性，减损了当事人的权益。^{〔34〕}最后，从目的解释出发，“总额说”的制裁性后果，对于通过行政处罚手段实现行政管理以及维护社会秩序和公共利益的目的，更具有实质性的效果。当然，对于“违法所得”的定义解释，只是确立“总额说”的原则性地位。由于新《行政处罚法》允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算另行规定，作为“总额说”的补充，“差额说”取得合法性地位。例如价格执法领域，采用“差额说”就更为合理。根据与上海、天津等地的价格监督管理部门的同志访谈发现，实践部门基本倾向于采用“差额说”。在优化营商环境的大背景下，从保护市场和中小经营者的角度出发，采用“总额说”进行没收违法所得，很可能导致经营者无力继续经营，进而影响市场的活力。因此，《价格违法行为行政处罚规定》在修订时，就可以确立“差额说”作为违法所得的计算标准，《市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法（征求意见稿）》第3条也是采取的“差额说”，^{〔35〕}这样不会过于严苛。^{〔36〕}

虽然其他法律、行政法规和部门规章可以规定是采用“总额说”还是“差额说”作为违法所得的计算标准，但是在立法、执法和司法实践中要遵循以下五项准则：第一，规范性文件不得首次规定。新《行政处罚法》只允许法律、行政法规和部门规章可以对违法所得的计算另行规定，当前大量的规范性文件在没有上位法依据的情况下，规定违法所得计算标准是违法的。在新法正式生效实施后，部门行政管理领域的违法所得计算标准，至少应当在规章以上法律层级进行规定，规范性文件可以细化补充，但是不能首次规定。第二，生命健康标准是“总额说”和“差额说”的重要界限。关乎个人生命和身体健康领域的违法事项，宜采用“总额说”没收违法所得。最典型的就是在食药领域，通过没收全部违法所得，可以惩戒违法行为人，从而有效打击食药领域的违法行为。相比而言，工商领域虽然存在质量不合格产品，但产品质量一般不会关乎生命健康，按“差额说”计算违法所得即可。第三，特别法优于一般法适用。相比于《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》，《餐饮服务食品安全监督管理办法》就属于特别法。因此，在法律适用过程中，对于餐饮业的违法所得，应适用后者这一特别法，按销售收入计算违法所得。^{〔37〕}第四，执法惯例予以法制化。行政管理中违法所得的认定，许多已经形成执法惯例。比如，证券交易中对于内幕交易违法所得的计算，就已经形成执法标准和惯例，以实际获利作为违法所得。^{〔38〕}司法一般也予以尊重，除非“明显不合理，或者明显侵犯被处罚人权益”^{〔39〕}，法院

〔34〕 参见前引〔31〕，张晓莹文。

〔35〕 该条规定：“市场监督管理部门计算违法所得的基本方式：以当事人因实施违法行为所取得的全部款项扣除直接用于生产经营活动的必需支出，为违法所得。”

〔36〕 参见陈清秀：《行政处罚法上不当利益之追缴问题》，载《法学业刊》2010年第10期。

〔37〕 参见甘肃省天水市中级人民法院（2015）天行终字第8号行政判决书。

〔38〕 参见北京市第二中级人民法院（2019）京02行终858号行政判决书。

〔39〕 耿宝建：《行政处罚案件司法审查的数据变化与疑难问题》，载《行政法学研究》2017年第3期，第14页。

可以另行选择合理的计算标准。^{〔40〕} 不过在新《行政处罚法》生效实施后,因为有了上位法的依据,对于违法所得认定不同于“总额说”的执法惯例,如果要在部门行政管理领域继续适用,至少需要在部门规章中予以明确。第五,综合考量。无论是按照“总额说”还是“差额说”计算违法所得,都要综合分析案件的实际情况,考虑当事人的违法情节以及对社会的危害程度,以确保计算违法所得时做到过罚相当,兼顾国家利益与当事人利益。

四、行政处罚上违法所得的退赔处置

执法机关在认定当事人的违法所得后,下一步就是作出退赔处理。责令退赔,作为新修订的《行政处罚法》在没收违法所得的处置中增设的制度,是一种“行政附带民事纠纷解决机制”^{〔41〕},主要是为了实现对受害人的补偿救济功能^{〔42〕}。具体而言,“‘退’是将违法所得中的原物从违法行为人处追缴后返还受害人,‘赔’是在退还不足的情况下,按照行政机关裁决确定的赔偿数额强制执行违法行为人的合法财产以弥补受害人的损失”^{〔43〕}。当然退赔制度的增设也给实践部门带来一定的挑战,比如在一定期限内寻找受害人会存在难度,可能会影响行政执法效率。为此在具体的行政处罚领域完善退赔制度的设计就显得尤为重要。

(一) 退赔违法所得的制度缘起

退赔违法所得是处罚领域既有实践的推广。其实,在新《行政处罚法》增设退赔制度前,部分行政处罚领域已经将退赔作为没收违法所得的前置程序。例如,价格领域就要求经营者限期退还消费者或者其他经营者多付的价款。^{〔44〕} 民办教育领域要求民办学校退还所收费用后没收违法所得。^{〔45〕} 财政领域要求违法人员限期退还违法所得。^{〔46〕} 既有的制度实践,为新《行政处罚法》在没收违法所得前增设退赔程序奠定了经验基础。作为处罚领域具有总则地位的《行政处罚法》,^{〔47〕} 其对退赔违法所得制度的增设,相信会促进该制度在其他处罚领域的铺开。

退赔违法所得是多元化纠纷解决机制的重要手段。责令退赔是在处罚过程中附带解决民事纠纷,整体上有利于争议的迅速、一并解决。如果按照以往的纠纷解决方式,行政的归行政,民事的归民事,往往是行政处罚结束,没收的违法所得已经上缴国库,民事责任才最终确认,受害人的民事权益无法得到有效保障。^{〔48〕} 如果在处罚过程中就附带解决民事纠纷,将违法所得先退赔受害者,这一矛盾就能得到解决。当然,也有实践部门的执法人员提出质疑,利用行政措施处理

• 115 •

〔40〕 在“胡华光与沅江市卫生健康局行政处罚纠纷案”中,法院就没有参照当时卫生部文件的规定来认定违法所得包括成本在内的全部收入,而是采纳了最高人民法院研究室的答复意见,在认定违法所得时扣除了当事人的合理开支。参见湖南省沅江市人民法院(2019)湘0981行初202号行政判决书。

〔41〕 袁雪石:《行政处罚附带民事纠纷解决机制研究》,载《中国法律评论》2020年第5期,第18页。

〔42〕 参见韩志红、付大学:《没收违法所得返还受害人制度研究》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

〔43〕 李洪雷主编:《中华人民共和国行政处罚法评注》,中国法制出版社2021年版,第215页。

〔44〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

〔45〕 参见《民办教育促进法》(2018年)第62条。

〔46〕 参见《财政违法行为处罚处分条例》(2011年)第3—6条和第8条。

〔47〕 参见黄学贤:《确立〈行政处罚法〉总则地位的几个问题》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

〔48〕 参见前引〔41〕,袁雪石文。

民事责任是否合理。应当说,在当前公私法交融的背景下,行政诉讼中可以附带解决民事纠纷,行政处罚过程中也未尝不可。更何况,该种纠纷解决模式是有利于受害者民事权益实现的,总体有利于多元化纠纷的实质性解决。

退赔违法所得有利于保持法律的协调统一。《行政处罚法》作为行政管理领域的一部重要法律,应当与其他领域的法律保持协调统一。我国《刑法》第64条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还……”《刑法》明确规定了“责令退赔”制度,作为处罚机理和具体制度建构都与《刑法》联系密切的《行政处罚法》,^[49]应当与刑法的规定协调一致。

(二) 退赔违法所得的价值功能

价值功能之一是补偿受害人的合法权益。新《行政处罚法》之所以增设退赔程序,很大程度上是为了实现第三人的权利救济。如果按照旧法的规定,执法机关在违法所得认定完后就直接没收上缴国库,虽然国家和社会公共利益得到补偿,但是受害者的权益无法得到有效保障。对于受害者而言,获得退赔不仅在经济方面得到补偿以弥补损失,在精神方面同样得到慰藉,因为公平正义得到伸张。从价值衡量的角度分析,公平价值要优于效率价值。虽然退赔违法所得在一定程度上会影响执法实践中的执法效率,^[50]但是相比于补偿受害人的合法权益而言,后者则更为重要。

价值功能之二是实现处罚的制裁功能。责令退赔,对于违法当事人而言,同样能够实现惩戒的目的。首先,违法当事人退赔违法所得需要查找受害人,这其实要消耗时间和金钱成本,可能会影响当事人的正常生产经营,是一种间接经济损失。其次,受害者较多、数额较大的退赔行为,本质是对当事人财产的重大剥夺,当事人甚至要付出额外的对价。最后,违法所得是否退赔以及退赔的数额,会影响违法当事人最终的处罚结果。如果当事人不退赔违法所得,显然要承担更为不利的制裁后果。

(三) 退赔违法所得是没收的前置程序

首先,这是条文的逻辑结构使然。新《行政处罚法》第28条规定:“……当事人有违法所得,除依法应当退赔的外,应当予以没收。……”从条文的逻辑结构分析,退赔是在没收前规定的,应当是“先退赔、后没收”。而且退赔前置是建立在“依法”的基础上,要求存在法律、行政法规和部门规章的明确规定,否则可以直接没收。不过,结合退赔的制度缘起和价值功能分析,相信会有越来越多的部门行政管理领域的处罚立法会增设退赔制度,“先退赔、后没收”将成为执法惯例。需要注意的是,这里的退赔前置是要求行政机关科加责令的义务。因为该条款在结构上是“责令改正条款”后的特别条款,要求行为人改正违法行为,返还没有法律和合同上原因的不当得利。^[51]

其次,这符合民事责任优先的原则。退赔前置,还有重要的原因就是民事责任优先的考虑。

[49] 参见尹培培:《双面向之处罚法定原则的困境及其出路——基于法的明确性原则》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第5期。

[50] 参见前引[3],马怀德文。

[51] 参见袁雪石:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国法制出版社2021年版,第196页。

这充分体现了社会主义市场经济中,优先保护私权的立法价值取向,更符合公平公正原则。^[52]一般而言,当事人的违法行为虽然对公共利益和第三人利益都有侵害,但是对于第三人而言,侵害外在表现更为明显,救济途径比较单一。因此,需要及时通过民事救济以弥补损失。如果当事人的违法所得直接上缴国库,第三人再向违法当事人寻求民事赔偿,权益就有可能得不到有效保障。结合《民法典》的规定,当事人在同时承担民事、行政和刑事责任时,如果财产不足以支付,优先承担民事责任。^[53]此外,在《证券法》中,也有类似的规定。^[54]

当然,对于“短时间内难以退赔的金额,行政机关可以先没收违法所得再按照国库退库制度予以退赔”^[55]。需要注意的是,该种情形属于例外,是由案情复杂、涉案金额大等客观原因造成的。如果是当事人拒不退赔或超期退赔等主观原因造成的退赔不能,行政机关没收违法所得后,第三人要求退还时,由当事人依法承担民事责任。^[56]

(四) 退赔违法所得制度的完善

当然,新《行政处罚法》关于退赔制度的规定是比较原则的,在具体的处罚实践中,需要细化相关规则和程序的设计,以平衡执法效率和实现补偿救济功能。

退赔不影响违法所得的认定。在处罚实践中,执法人员比较困惑的问题就是违法所得是以退赔后的款项计算,还是退赔前的款项计算。《价格违法行为行政处罚规定(修订征求意见稿)》第21条规定了“退还多付价款的数额不影响违法所得的认定”。由此可见,退还违法所得不影响违法所得的计算,但是积极退赔可以作为从轻、减轻处罚的考量因素。

退赔要有现实可能性。执法部门针对退赔反映比较强烈的问题是,有些个体工商户连账簿都没有,买卖行为没有登记,也没有联系方式,无法查找受害人。结合目前的执法实践来看,针对医院、教育系统的违法所得的退赔可操作性比较强,因为在电子系统中都有记录,方便查找受害人。退赔的现实可能性还有一个重要的判断标准,就是“法律关系要明确,这样符合效率原则,也有利于整个社会迅速回归正常秩序,如果法律关系模糊的,应当通过诉讼途径加以解决”^[57]。

退赔期限需要进一步明确。退赔的期限,是实务部门比较关注的问题。期限过短,无法完成退赔任务;期限过长,影响执法效率。虽然有实务部门人员建议退赔期限可以不予写明,将裁量权留给执法机关,但是期限的明确可以提高执法效率,只要期限的设置遵循执法规律,应当予以写明。根据与大理州价格监督管理部门的同志访谈得知,大部分违法所得的退赔,在15个工作日都能够完成。因此,可以将15个工作日作为退赔期限的标准。如果存在数额较大、受害者较多的情况,15个工作日无法完成退赔任务的,经过行政机关负责人的批准,可以延长至30个工作日。

[52] 参见李建华、麻锐:《论财产性民事责任优先承担规则》,载《社会科学战线》2011年第8期。

[53] 《民法典》第187条规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。”

[54] 《证券法》第220条规定:“违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金、违法所得,违法行为人的财产不足以支付的,优先用于承担民事赔偿责任。”

[55] 黄海华:《新行政处罚法的若干制度发展》,载《中国法律评论》2021年第3期,第56页。

[56] 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

[57] 前引[51],袁雪石书,第197页。

退赔方式的改进，一是取消公告查找受害人的方式。公告查找受害人的方式在实践中效果不明显，不仅影响办结期限，而且还存在不能公告的情形。因此，《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》第21条，就取消了原来行政法规中关于公告查找受害人的规定。^{〔58〕}在其他行政处罚领域，同样可以借鉴。二是执法机关在做出处罚决定后，知悉受害人的，可以增加抄送告知的规定，^{〔59〕}这样也方便违法所得退赔工作的开展。

五、行政处罚上违法所得的没收处置

当事人退还受害人后剩余的违法所得，或是拒不退赔以及超期退赔的违法所得，执法机关应当予以没收。这里又存在两种情况：一种是有违法所得且能计算清楚的，可以直接没收；另一种情况是无违法所得或违法所得难以计算的，可以与其他处罚手段组合适用，以实现惩戒目的。

（一）有违法所得且能计算的：一般退赔后予以没收

单行法明确规定“违法所得条款”的，优先适用单行法。有学者统计，“有近130部法律、200件行政法规和大量地方性法规、规章规定了没收违法所得的行政处罚”^{〔60〕}。对于单行法中明确规定没收违法所得条款的，并且在处罚实践中违法所得能够计算清楚的，执法机关在经过退赔程序后，优先适用单行法，对当事人的违法所得直接予以没收。需要注意的是，违法所得的计算需要建立在事实清楚、证据确凿、程序合法的基础上，否则行政处罚决定书将会被撤销。^{〔61〕}特别是事实认定部分对违法所得的计算，不仅要按照账目明细与笔录进行逐一核对，而且应当严格核实，否则很容易出现事实认定错误。^{〔62〕}如果相关票据没有得到保存，可以通过“比照的估算方法”^{〔63〕}，酌情确定金额。

单行法没有规定“违法所得条款”的，但实际中违法当事人有违法所得的，可以适用《行政处罚法》第28条的规定。法律文本中确实存在有些单行法只规定了罚款，但没有规定违法所得的情况，造成了该领域“违法行为屡禁不止、违法成本低、处罚威慑力不够”^{〔64〕}。《行政处罚法》作为“行政处罚领域的通用规范，为行政机关实施行政处罚提供基本遵循”^{〔65〕}。这说明，《行政处罚法》可以为行政机关实施行政处罚提供直接的依据。申言之，新《行政处罚法》第28条关

〔58〕《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条规定：“…难以查找多付价款的消费者或者其他经营者的，责令公告查找。……”

〔59〕参见前引〔51〕，袁雪石书，第197页。

〔60〕黄海华：《行政处罚的重新定义与分类配置》，载《华东政法大学学报》2020年第4期，第42页。

〔61〕在“诸暨华明医疗器械有限公司诉诸暨市食品药品监督管理局处罚案”中，被告对原告违法所得的认定属事实不清，且被告在举证期限内也未提供浙江省药监局关于违法所得计算的相关依据，最终行政处罚决定书被予以撤销。参见浙江省诸暨市人民法院（2014）绍诸行初字第14号行政判决书。

〔62〕参见内蒙古自治区满洲里市人民法院（2020）内0781行初20号行政判决书。

〔63〕王锴：《没收违法所得的合宪性分析——基于德国刑法上特别没收合宪性改革的启示》，载《法学杂志》2022年第1期，第131页。

〔64〕前引〔60〕，黄海华文，第42页。

〔65〕许安标：《关于〈中华人民共和国行政处罚法（修订草案）〉的说明——2020年6月28日在第十三届全国人民代表大会常委会第二十次会议上》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/5936c4478a8b4d79a0edcdc589151a9b.shtml>，最后访问时间：2021年7月11日。

于违法所得的规定,是“有限度的普遍授权条款,性质是漏洞补充。对于单行法中没有规定违法所得而形成的制度漏洞,可以予以填补”〔66〕。因此,执法机关在处罚过程中,对于当事人有违法所得,但是单行法没有直接适用依据的,可以径直适用《行政处罚法》第28条的规定。不过,在适用过程中要注意符合过罚相当原则,否则可能造成该条款被滥用。比如有学者就提出,《广告法》中对于“虚假广告的发布”就只规定对违法当事人处以罚款而没有规定没收违法所得,因为没收违法所得,对当事人可能处罚过重。〔67〕

然而,无论是适用单行法中关于违法所得的规定,还是适用《行政处罚法》中的没收违法所得条款,在适用过程中要注意违法行为与违法所得之间存在直接的因果关系。如果不存在,则不应当予以没收。例如,公司在未办理备案期间从事经营活动所获得的款项,与其未办理备案行为之间就没有直接的因果关系,此时公司的收入就不宜认定为未办理备案行为的违法所得。〔68〕

最后值得注意的是,是否没收违法所得可以由行政执法机关决定,并不是单行法或行政处罚法规定了“没收违法所得条款”,行政执法机关就必须适用。执法机构对于没收违法所得方式的选择性适用,是其行政裁量权的体现,也是为了更好地实现行政处罚“过罚相当”的原则。在执法实践中,存在执法部门对违法对象只进行罚款而没有没收违法所得的情形。例如国家市场监督管理总局在对阿里巴巴和美团作出的滥用市场支配地位的反垄断处罚中,就只进行了罚款而没有计算违法所得。〔69〕根据《反垄断法》第47条的规定,滥用市场支配地位的行为,是应当没收违法所得的。〔70〕国家市场监督管理总局对阿里巴巴和美团“二选一”的滥用市场支配地位的垄断行为只进行了罚款而没有没收违法所得,是坚持处罚和教育相结合的原则,考虑企业的实际情况而进行适度惩戒,目的在于创造一个更加公平公正的电子商务环境和网络餐饮环境,让竞争者和消费者获得福利。

(二) 无违法所得或违法所得难以计算的:与罚款手段组合适用

罚款,是最常见的与没收违法所得组合适用的手段。当无违法所得或违法所得难以计算时,罚款就要发挥剥夺不法利益的特别威慑作用,〔71〕以实现惩戒的效果。例如在价格处罚领域,当出现低价倾销、哄抬价格、价格歧视等违法行为时,由于无违法所得和违法所得难以计算的情形普遍存在,就规定了“没有违法所得时,处A以上B以下罚款”。

不过,无违法所得或违法所得难以计算时,如何通过行政罚款实现过罚相当原则,是实践中颇为棘手的问题。实践中确实存在按无违法所得处理比有违法所得处理轻的情况。以哄抬物价为例,能计算违法所得如1000元的话,只能没收1000元,处以5倍罚款5000元,共计6000元,

〔66〕 前引〔51〕,袁雪石书,第198页。

〔67〕 参见黄锴:《论没收违法所得设定权的分配与收回——基于行政处罚法相关条文的展开》,载《法治现代化研究》2022年第1期。

〔68〕 参见黄璞琳:《新行政处罚法规定应予没收的违法所得是否扣除成本?》,载《中国市场监管报》2021年6月30日,第003版。

〔69〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号);《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号)。

〔70〕 该条规定:“经营者违反本法规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”

〔71〕 参见谭冰霖:《行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化》,载《环球法律评论》2021年第2期。

如果不能计算违法所得的，则处以5~50万罚款。此时，对于经营者而言，就会千方百计提供证据证明自己有少量违法所得从而少缴纳罚款。对于执法机关而言，则会寻求法律依据按照无违法所得处理，以实现制裁目的。比如当事人经营标的单价低、交易额小，如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，则量罚过重；反之，如果当事人经营标的单价高，交易额大（比如房地产、电商平台），如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，又量罚过轻。其结果就可能违背过罚相当原则，出现威慑不足或威慑过度的问题。^{〔72〕}在司法实践中，有法官试图通过法律解释，当违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限时，应当按没有违法所得情形处理，以实现过罚相当原则。在“深圳市市场监督管理局等与陈书伟行政处罚上诉案”中，法院认为：“对有违法所得的价格违法行为之处罚应重于对没有违法所得的价格违法行为之处罚。即，当价格违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限5万元时，应属于《价格违法行为行政处罚实施办法》第九条第（五）项所规定的‘其他应当按没有违法所得论处的情形’。”^{〔73〕}在无违法所得和违法所得难以计算时，科学合理地设置罚款额度和区间，就显得尤为重要。

在无违法所得和违法所得难以计算时，比例罚是优先考虑的设置方式。比例罚是科学立法的趋势，其优势在于可以较好地实现处罚中的过罚相当原则。具体而言，可以“违法行为发生期间的涉案销售额”^{〔74〕}为比例罚基数，这充分考虑了当事人的经济实力和应受处罚行为的波及范围，从而避免定额罚对小微企业的过度处罚和对大型企业的处罚威慑力不足。此外，比例罚的数值和范围可以结合既往的执法案例进行科学设置，以体现应受处罚行为的社会危害程度。当然比例罚也有缺点，对于实践部门而言，不如定额罚可操作性强，特别是对于日常经营财务信息记录、保留不完善的小微企业和个体工商户而言，存在销售额难以明确和罚款数额难以计算的问题，此时可以考虑设置定额罚，但是要注意区间的合理设置。因此，条款可以设置为“没有违法所得或者违法所得难以计算的，可以并处违法行为发生期间的涉案销售额X%以上Y%以下的罚款，涉案销售额难以计算的，可以并处A万元以上B万元以下的罚款”。

六、结 语

新《行政处罚法》完善了没收违法所得制度，不仅明确了违法所得的定义，而且增设了退赔程序以及普遍授权法律、行政法规和部门规章可以做例外规定。正确适用新《行政处罚法》关于违法所得制度的规定，首先要知悉没收违法所得在我国行政法语境中所具备的公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能以及处罚权延伸的教育功能这三重重要功能，在此基础上以“总额说”为原则、“差额说”为例外认定违法所得，并遵循实践操作中的五项基本准则。其次，违法所得没收前具有退赔现实可能性的应当退赔，通过行政附带民事的纠纷解决手段实现受害人的权益救济，同时注意退赔制度的改进避免对执法效率造成过多负面影响。最后，退赔后的违法所

〔72〕 参见张红：《行政罚款设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期。

〔73〕 广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法行终字第459号行政判决书。

〔74〕 叶平、陈昌雄：《行政处罚中的违法所得研究》，载《中国法学》2006年第1期，第107页。

得能够计算清楚的，可以适用单行法中的规定或《行政处罚法》中的规定予以没收；违法所得无法计算或难以计算清楚的，可以与比例罚组合适用，以实现过罚相当原则。

Abstract: The identification and disposal of illegal income has always been a controversial issue in administrative punishment. The new Administrative Punishment Law clarifies the definition of illegal income, adds compensation procedures and allows exceptions of laws, administrative regulations and departmental rules, which is a legislative response to law enforcement practice. However, how to identify the illegal income in the specific practice, how to balance the function of relief for the rights and interests of the victims and the efficiency of law enforcement, and how to combine with the fine to prevent punishment from hanging upside down when there is no illegal income and illegal income are difficult to calculate, are the problems faced by the practice departments. Confiscation of illegal income has the function of pursuing unjust gains in public law, the sanction function of administrative punishment and the education function of the extension of punishment power. Therefore, the determination of illegal income should take “total amount theory” as principle, and take “difference theory” as exception, and follow the five basic principles. The return and compensation of illegal income before confiscation should have realistic possibility, and the way and time limit of return and compensation should be improved. When there is no illegal income or the illegal income is difficult to calculate, it can be applied in combination with the proportional penalty method to achieve retributivism.

Key Words: confiscation of illegal income, return and compensation, retributivism, administrative punishment

• 121 •

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

行政罚款与行政执行罚的关系之辨

王明喆*

内容提要：罚款和执行罚是行政机关常用的执法手段。行政罚款具有一般威慑和特别威慑的效果，同样具有强制的目的和功能，可以适用于不履行具体行政义务的情形，也可以采用按日计罚的数额计算方式。目的、功能、适用对象和按日计罚等，都不是罚款和执行罚的本质区别。行政执行罚的根本特质在于其“告诫—决定—执行”的规范结构。“告诫”是产生强制效果的根源，而“决定”和“执行”仅在当事人不履行义务时才需作出。“告诫—决定—执行”的规范结构决定了行政执行罚是强制执行手段而非行政处罚，它只能适用于不履行具体义务的情形，并且可以反复适用。我国《行政强制法》中的执行罚规定过于简略，应当对执行罚的告知、决定、执行和反复适用等内容进行完善，同时为执行罚冠以特殊名称，以解决识别困难的问题。《环境保护法》上的“按日连续处罚”是一种执行罚，但是相关规定仍有逻辑不统一之处。

关键词：执行罚 告诫 加处罚款 滞纳金 按日连续处罚

一、问题的提出

行政罚款与行政执行罚是公法上常见的行政执法手段。根据 2021 年修订后的《行政处罚法》，行政处罚是“行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。行政执行罚并非我国实定法上的法律概念，学理上一般认为，行政执行罚是“行政强制执行机关对拒不履行不作为义务或者不可为他人代履行的作为义务的义务主体，课以新的金钱给付义务，以迫使其履行的强制执行”^{〔1〕}。但是，在法律文本和行政实践中，行政处罚与行政执行罚的区别并非泾渭分明。有些法律法规规定的“罚款”，以保证

* 王明喆，日本东北大学法学研究科博士研究生。

〔1〕 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2015 年版，第 286 页。

相对人及时履行行政义务为直接目的,具有明显的“执行性”,不像是传统意义上的纯粹性行政处罚,但是将其纳入执行罚,又不符合行政执行罚的法律特征,因而被视为“灰色地带”的“罚款”。〔2〕法律属性的不确定势必会给行政执法和司法实践带来困惑。

行政处罚与行政执行罚二者有何区别?应当如何区分行政罚款与行政执行罚?我国行政法律法规中处于“灰色地带”的“罚款”,究竟是行政处罚还是执行罚?本文将对这些问题进行探讨。首先,本文将对现有研究提出的行政罚款与行政执行罚的区别予以分析,指出其缺陷与不足。其次,对行政执行罚的规范结构进行考察,探求行政罚款与行政执行罚的本质区别。在此基础上,对我国《行政强制法》中的执行罚规定进行分析,并对困扰学界已久的《环境保护法》上的“按日连续处罚”的法律性质和法律规范进行分析。

二、行政罚款与行政执行罚的区别学说及分析

在我国,行政罚款与行政执行罚的关系问题一直受到学界关注。总的来说,一般认为二者在行为属性、目的、功能、对象、适用次数、适用法律、实施程序等方面有所区别。行政罚款和行政执行罚在行为属性上的区别基本没有异议,虽然有学者认为行政处罚和行政强制具有同一性,它们属于同一范畴的问题,〔3〕但是通说认为行政罚款是行政处罚方式,而行政执行罚是强制执行方式,二者在性质上并不相同〔4〕。然而,即使肯定二者在行为属性上的差别,也无法直接解决行政执法与司法实践中的困惑,因为一般情况下,法律文本不会指明其所规定的手段究竟是行政罚款还是行政执行罚。而且,它也无法解决我们的根本性疑惑:为什么行政罚款被认为是行政处罚,而行政执行罚则被认为是行政强制执行手段,行政罚款和行政执行罚之性质区别的根本原因是什么。

除了行为属性上的区别外,现有研究还提出了行政罚款和行政执行罚在目的、功能、对象、适用次数、适用法律、实施程序等方面的不同。适用法律、实施程序的不同确实是行政罚款与行政执行罚的区别,但是它们同样不是二者的根本性差别,无法用来当作区分二者的标准。这是因为,适用法律、实施程序的区别,不是二者之所以不同的原因,而是二者有所不同的结果。我们不能倒果为因,以这些区别来论证行政罚款和行政执行罚在性质上的不同。因此,可以用来区分行政罚款和行政执行罚的,仅存目的区别、功能区别、对象区别、适用次数区别。那么,这些区别是否能够成立,又是否能准确区分行政罚款与行政执行罚呢?

(一) 目的、功能区别

有观点认为行政罚款和行政执行罚在目的、功能上有重要区别。具体而言,行政罚款的直接目的是制裁违法行为,而行政执行罚的直接目的是为了实现相对人义务被履行的状态。〔5〕一些

〔2〕 参见胡建森:《论作为行政执行罚的“加处罚款”——基于〈中华人民共和国行政强制法〉》,载《行政法学研究》2016年第1期。

〔3〕 参见张淑芳:《行政强制与行政处罚关系的若干问题探讨》,载《中国法学》1999年第3期。

〔4〕 参见前引〔2〕,胡建森文;应松年:《论行政强制执行》,载《中国法学》1998年第3期。

〔5〕 参见前引〔2〕,胡建森文;前引〔1〕,姜明安主编书,第286页。

學者則從制度功能角度進行論述，認為執行罰的作用是督促、威懾當事人按時履行繳納罰款的義務，而罰款的作用是制裁違法的當事人。^{〔6〕}然而，行政罰款和行政執行罰在目的、功能上的區別並非涇渭分明，行政罰款同樣具有迫使當事人履行義務的目的和功能。

一方面，在大陸法系國家和地區，行政罰款一直以來都被認為具有督促義務履行之效果。在德國，高爾德施密特最早提出行政罰概念，在他看來，強制履行（Zwang zur Erfüllung）和行政罰（Verwaltungsstrafe）都是迫使個人履行義務的手段。^{〔7〕}“二戰”後，立法者繼承並發展了高爾德施密特的理論，實現了違反秩序行為（行政罰款）與犯罪行為（刑罰）的分离。對於行政罰款（Geldbuße），學界觀點和司法實務均認為其具有義務督促（Pflichtennahmung）的功能和效果。^{〔8〕}在日本，秩序罰同樣被認為具有督促當事人履行義務的意義和功能。作為確保行政上的義務得以履行之手段，不僅有代執行等強制履行義務的手段，同時還有通過科處制裁以間接迫使當事人履行義務的行政制裁手段。^{〔9〕}在我國台灣地區，行政罰被認為是一種法律制裁，著重於對過去已違反行政義務者之處罰，但是它也具有阻吓之作用，“此種制裁之裁處，亦不排除帶有預防將來再行違反義務之效果在內”^{〔10〕}。

另一方面，在我國，行政罰款的威懾和預防效果同樣得到學界的普遍承認。有觀點認為，行政處罰的目的不僅在於制裁違法行為，預防也可以成為行政處罰的目的，“適當添加預防論具有一定的必要性，其至少能夠緩解風險社會的規制需求”^{〔11〕}。行政罰款具有懲罰和預防兩個目的，懲罰是對行政處罰的前提性限制，而預防是對行政處罰的價值性追求。^{〔12〕}具體來說，行政罰款可以通過一般預防和特別預防的方式，形成對潛在違法者的一般威懾和對特定違法者的具體威懾，進而形成督促義務履行的強制效果。所謂一般威懾，就是通過對犯罪人的懲罰形成對犯罪人以外的潛在犯罪人的威懾；所謂具體威懾，就是通過對犯罪人進行懲罰而對犯罪人本人產生的威懾。^{〔13〕}特別是在經濟行政法和環境行政法領域，基於預防和威懾來確定行政罰款之數額的意見不僅受到學界的廣泛青睞，^{〔14〕}而且也為我國立法者所接受^{〔15〕}。因而，行政罰款在制裁過去的違法行為的同時，也具有震懾當事人以促使其積極履行義務的面向未來的強制效果。

行政罰款是一種法律制裁，但是它同樣具有強迫當事人履行義務的目的和功能。行政罰款完全可以作為擔保行政義務履行的強制手段。^{〔16〕}因而，目的和功能不是行政罰款與行政執行罰的

〔6〕 參見應松年、章劍生：《行政處罰法教程》，法律出版社2012年版，第223頁。

〔7〕 Vgl. James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 548f.

〔8〕 Vgl. Eberhard Schmidt, Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 46.; BVerfGE 27, 18 (33).

〔9〕 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣、2020年）239頁參照。

〔10〕 洪家殷：《行政罰法論》，台灣五南圖書出版公司2006年版，第14頁。

〔11〕 熊樟林：《行政處罰的目的》，載《國家檢察官學院學報》2020年第5期，第46頁。

〔12〕 參見張紅：《行政罰款設定方式研究》，載《中國法學》2020年第5期。

〔13〕 參見王立峰：《懲罰的哲理》，清華大學出版社2006年版，第48頁；譚冰霖：《行政罰款設定的威懾邏輯及其體系化》，載《環球法律評論》2021年第2期。

〔14〕 參見王健、張靖：《威懾理論與我國反壟斷罰款制度的完善——法經濟學的研究進路》，載《法律科學》2016年第4期；徐以翔、梁忠：《論環境罰款數額的確定》，載《法學評論》2014年第6期。

〔15〕 參見吳衛星：《我國環保立法行政罰款制度之發展與反思——以新〈固體廢物污染環境防治法〉為例的分析》，載《法學評論》2021年第3期。

〔16〕 參見余凌雲：《行政強制執行理論的再思考》，載《中國人民大學學報》1998年第4期。

本质区别，不是区分二者的关键。

（二）适用对象的区别

有观点认为，行政罚款和行政执行罚的适用对象不同，行政罚款是对不履行行政法律法规规定的抽象性义务（第一性义务）而作出的行为，行政执行罚则是对不履行具体行政行为确定的具体性义务（第二性义务）而作出的行为。行政罚款是依据法律或者其他抽象行政行为作出的，而行政执行罚则是依据已生效并具有可执行内容的具体行政行为作出的。^{〔17〕}行政处罚属于“基础行为”，而行政执行罚则属于“执行行为”。^{〔18〕}

一般来说，行政执行罚的适用对象，应当是不履行由具体行政行为确定的具体性义务（第二性义务）的行为，行政机关不能直接依据法律进行行政强制执行。法律规定的义务是一般的、抽象的，只有在行政机关先行作出具体行政行为，而行政相对人不履行该具体性义务时，才可以采取强制执行手段（如图1）。在德国法的语境中，先行行政行为被称为基础性行政行为，或者“执行名义”，^{〔19〕}在我国，则是《行政强制法》所称的“行政决定”。需要注意的是，虽然我国《行政强制法》将行政执行罚的适用对象限定在不履行金钱给付决定的行为上，然而从学理来看，以增科新的金钱义务为内容的执行罚，并非一定要以金钱给付的行政决定为前提，它同样可以适用于其他类型的行政决定。^{〔20〕}

违反法律法规的行为——→作出行政命令——→行政执行罚

图1 行政执行罚的适用

行政罚款的适用对象为何？诚然，行政罚款的适用并不需要“执行名义”，立法者可以直接对违反法律规定的行为科处罚款，其常见的法律文本表达为“作出某行为的（或者不作出某行为的），处以××元罚款”。但是，立法者也可以规定行政机关先作出具体行政行为，当事人违反具体行政行为时，再科处罚款，其法律文本表达为“行政机关责令作出某行为（或者禁止某行为），逾期未作出的（仍然从事该行为的），处以罚款”。例如，《食品安全法》第125条第2款规定：“生产经营的食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵但不影响食品安全且不会对消费者造成误导的，由县级以上人民政府食品安全监督管理部门责令改正；拒不改正的，处二千元以下罚款。”

可见，行政罚款的适用有直接适用和间接适用两种情况。行政罚款的直接适用，是指行政机关直接对违反行政法律法规的行为科处罚款的情况；行政罚款的间接适用，是指行政机关首先作出行政命令，在当事人不履行该命令时再科处罚款的情况（如图2）。^{〔21〕}在间接适用的情况下，不遵守行政命令是科处罚款的法定条件，行政机关不能跳过先行行为而直接科处罚款。换言之，行政罚款的处罚对象，是不履行具体性行政义务的行为。由此可知，行政罚款和行政执行罚都可

• 125 •

〔17〕 参见程雨燕：《环境罚款数额设定的立法研究》，载《法商研究》2008年第1期。

〔18〕 参见胡建森：《“其他行政处罚”若干问题研究》，载《法学研究》2005年第1期。

〔19〕 参见应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社2016年版，第1590页。

〔20〕 参见前引〔19〕，应松年主编书，第1573页。

〔21〕 法律有时同时规定直接适用和间接适用。例如，《传染病防治法》第76条规定：“在国家确认的自然疫源地兴建水利、交通、旅游、能源等大型建设项目，未经卫生调查进行施工的，或者未按照疾病预防控制机构的意见采取必要的传染病预防、控制措施的，由县级以上人民政府卫生行政部门责令限期改正，给予警告，处五千元以上三万元以下的罚款；逾期不改正的，处三万元以上十万元以下的罚款，并可以提请有关人民政府依据职责权限，责令停建、关闭。”

以適用於不履行具體性行政義務的行為，二者的適用範圍可以重合。因此，行政罰款與行政秩序

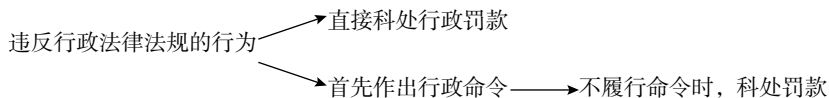


圖 2 行政罰款的適用

罰的適用對象區別也不是絕對的，適用對象也不是區分二者的關鍵。

（三）適用次數的區別

一些學者將是否可以反復適用視為行政罰款與行政執行罰的區別。他們認為，行政執行罰可以反復適用，而行政罰款必須遵循“一事不再罰”原則，因而只能適用一次。在德日行政法中，主流觀點同樣認為行政執行罰可以反復適用，而行政處罰必須遵循一事不再罰原則。由此看來，適用次數的區別似乎能夠成立。然而遺憾的是，我國學界對於反復適用的理解似乎並不準確。

在我國，許多學者將反復適用理解為按日計罰。例如，對於《行政處罰法》規定的“加處罰款”，有學者認為“它在當事人不履行第一個罰款義務的狀態下，可以每日加處3%的罰款，因而屬於可以重複適用的‘連續行為’”^{〔22〕}。按日計罰根據違法日期數來計算最終的處罰金額，擁有“連續計罰”的外觀，但是按日計罰是否屬於“反復適用”仍有討論的余地。學理上一般認為，具體行政行為的成立必須具備行政權能的存在、行政權的實際運用、法律效果的存在和表示行為這四個要件。^{〔23〕}依此來看，按日計罰雖然按照違法行為的日期數計算最終的處罰金額，但是在本质上仍為一個具體行政行為。這是因為，其一，即使法律規定按日計罰，執法中也只有一行政權的運用。行政權限的發動、運行都只有一，並非違法幾日便啟動幾次行政權。其二，按日計罰只有一個法律效果，雖然最終金額的計算採取按日計罰的方式，但是法律效果只有一個，僅對相對人科處一次金錢負擔。其三，行政機關的表示行為只有一，意思表示的送達也只有一，而非按照計罰日期反復表示。因此，按日計罰只是一種計罰方式，按日計罰的結果仍是一次處罰。^{〔24〕}假使當事人10日未履行義務，行政機關科處的也只是基於10日計罰的一個具體行政行為，而非十個具體行政行為，否則，行政機關則需要按日立案、按日調查，甚至按日聽證、按日決定、按日送達。因此，按日計罰並非等於反復適用，數額計算的“連續性”並不等同於適用次數的“反復性”，不論是行政罰款還是行政秩序罰，都可以採用按日計罰的方式來確定金額。

上述觀點在比較法上也能得到印證。在德國，《聯邦行政執行法》承認強制金可以反復適用，但是強制金的金額計算卻不是按日計罰。該法第11條第3款採用了數距封頂式，規定強制金的金額為25000歐元以下。在日本，作為行政強制的一般法，戰前《行政執行法》同樣採用數距封頂式，規定執行罰的金額為25日元以下。由此可知，按日計罰既非行政執行罰的必要條件，更非充分條件。德日公法均承認行政執行罰可以反復適用，但是均沒有採取按日計罰，反復適用應當如何理解，它是否可以成為區分行政罰款和行政執行罰的關鍵標準還需進一步探討。

〔22〕 前引〔2〕，胡建淼文，第69頁。

〔23〕 參見前引〔1〕，姜明安主編書，第185-191頁。

〔24〕 參見姜明安：《〈水污染防治法〉實施中“按日計罰”的可行性——行政法學家視角的評述》，載《環境保護》2007年第24期。

综上,现有研究虽然提出了行政罚款和行政执行罚的种种区别,但是这些理解未必准确。行政罚款具备预防和威慑的效果,同样可以间接地促使当事人履行义务,而且行政罚款也可以适用于不履行具体行政义务的行为,同样也可以采用按日计罚的方式。因而,这些所谓的区别都不是区分二者的关键因素,也无法说明为何行政罚款和行政执行罚拥有不同的法律性质。

三、行政执行罚的规范分析

行政执行罚并非我国的“本土资源”,它也是一种来自域外的舶来品。为了探求其与行政罚款的区别,有必要对大陆法系国家和地区规定的行政执行罚进行考察。

(一) 比较法上的行政执行罚

行政执行罚在德国、日本以及我国台湾地区均有规定。在德国,行政执行罚可以溯源至中世纪法兰克王国的强制罚(Zwangsstrafe)。近代,在普鲁士行政法中,执行罚正式成为一种行政强制执行的方式。普鲁士1880年《一般国家行政组织法》规定,当行为人不履行行政命令时,行政机关可以作出科处罚金(Geldsstrafe)的告诫,其后可以作出科罚决定并执行之。在1883年的《一般国家行政法》中,同样出现了执行罚的规定。进入20世纪后,1931年制定的普鲁士《警察行政法》基本继承了旧法对于执行罚的规定,但是为了与作为刑罚的罚金相区别,立法者使用了强制金(Zwangsgeld)这一新概念。^[25]

时至今日,执行罚依然是德国行政强制执行的重要手段之一。根据德国《联邦行政执行法》第11条,在义务不可能由他人代为履行或者代履行不适宜时,为了督促义务人实施没有实施的行为,可以科处强制金。^[26] 学界认为,执行罚不是一种处罚,而是一种督促方法,它不是对违法行为科处的制裁,而是强制实施将来行为的手段。^[27] 然而执行罚与代执行、直接强制不同,它不是通过行使物理实力从而实现义务履行的手段,而是通过给当事人施加心理压力而迫使其自主履行义务的方法。执行罚需由行政机关先行告诫,告知当事人如果他不履行行政义务将受到行政机关的惩罚,由此形成对当事人的压迫,迫使其自动履行义务。在执行罚的实施过程中,告诫是形成心理压迫的关键所在,执行罚的决定和实施必须以告诫为前提。^[28] 告诫既可以在基础行政行为之后单独作出,也可以与基础行政行为一同作出。^[29] 但是,无论以何种形式作出,行政机关在告诫中必须向当事人清晰地说明应当履行义务的内容、期限,以及不履行时将面临的处罚等重要内容。^[30] 在告诫之后,如果当事人自觉履行义务,那么行政机关则不能作出执行罚决定,更不能强制征收执行罚。^[31] 如果当事人在告诫期满后仍不履行义务,行政机关则可以再次告诫,

• 127 •

[25] 以上关于执行罚的制度史的分析,参见廣岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、1961年)19頁以下。

[26] 参见〔德〕沃尔夫、巴霍夫、罗尔夫:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第309页。

[27] 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487页。

[28] Vgl. Christian Waldhoff, Vollstreckung und Sanktionen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 3, 2. Aufl., 2013, § 46, Rn. 132ff.

[29] 参见李升、庄田园:《德国行政强制执行的方式与程序介绍》,载《行政法学研究》2011年第4期。

[30] 参见前引〔26〕,沃尔夫、巴霍夫、罗尔夫书,第314页。

[31] Vgl. Gerhard-Sadler, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz: Kommentar anhand der Rechtsprechung, 9. Aufl., 2014, § 9, Rn17.

並且可以在第二次告誡中提高執行罰的金額，形成更好的強制效果。^{〔32〕}

在日本，戰前的《行政執行法》在參照普魯士法制的基礎上建立起了包含代執行、執行罰和直接強制在內的行政強制執行的完整體系。該法第5條第1款規定，行為人不履行不能由他人代替的義務或者不作為義務時，可以科處25日元以下的罰款，同時該法第2款規定，行政強制執行原則上非告誡不得實施。戰後，行政強制執行制度經歷了根本性改造，《行政執行法》被廢止，新的《行政代執行法》只規定了行政代執行這一種強制執行方法，執行罰和直接強制不作為一般性強制執行方法，僅在需要時由個別法作具體規定。在現行法中，僅有《防沙法》規定了執行罰，該法第36條規定，當事人不履行或者不充分履行行政上的義務時，行政機關可以對其作出科處500日元以下的罰款的預告，並命令、執行之。

在學理上，執行罰被認為是通過向不履行義務的行為人作出將要科處一定金額處罰的通告，間接地督促義務人履行義務，如其依然不履行義務，則強制地征收該項處罰，以確保義務履行的制度。^{〔33〕}執行罰的目的在於對當事人造成心理壓迫而強制其自行履行義務，這種強制的產生是通過行政機關的告誡實現的。^{〔34〕}行政執行罰的實施以具體的告誡為前提，“行政代執行在情況緊急時可以免於告誡而直接實施，但是對於執行罰來說，告誡是絕對性要件”^{〔35〕}。告誡是不可缺少的內容，“這是因為，執行罰是一種心理強制的手段，它的強制機能，與其說是通過征收執行罰來實現，倒不如說是通過告誡來實現，而且，不進行告誡立刻作出執行罰決定，會給行政相對人帶來難以預料的損害”^{〔36〕}。當事人受到告誡後自主履行義務時，則不必科處執行罰，而對於罰款來說，只要當事人的違法行為滿足法律規定的處罰要件，即使當事人事後改正違法行為，行政機關也可以作出處罰決定。^{〔37〕}

執行罰同樣存在於我國台灣地區。在我國台灣地區“行政執行法”中，執行罰作為“怠金”出現。所謂怠金制度，“系指依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行者，執行機關對義務人，科處一定數額金錢的告誡，希借此造成其心理上威吓或負擔，以影響其履行義務之意志，間接促使其自動履行行政義務之強制方法”^{〔38〕}。怠金的實施需要先行告誡，在告誡期間內，行政機關允許義務違反之狀態，但是在告誡期限屆滿後當事人仍未履行義務時，則按照告誡之內容作出執行罰決定。^{〔39〕}由此可見，行政執行罰的實施需要給予當事人科處金錢的告誡，通過告誡產生心理壓力，以此強迫當事人履行義務。在這一過程中，“心理上威吓或負擔”來源於行政機關作出的不履行義務則要科處懲罰的告誡。告誡是形成強制力之關鍵，因而“行政執行法”第27條和第31條規定，處以怠金必須進行事前告誡。

（二）行政執行罰的規範結構與特徵

通過對大陸法系國家和地區行政執行罰進行分析可以發現，無論是立法實務還是學理觀點，

〔32〕 西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006年）96頁參照。

〔33〕 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、2015年）262頁參照。

〔34〕 田中二郎『新版行政法 上卷』（弘文堂、1974年）174頁參照。

〔35〕 美濃部達吉『日本行政法 上卷』（有斐閣、1936年）335頁。

〔36〕 前引〔25〕，廣岡隆書，第283頁。

〔37〕 參見前引〔32〕，西津政信書，第33頁。

〔38〕 翁岳生主編：《行政法》（下），中國法制出版社2009年版，第1198頁。

〔39〕 參見蔡震榮：《怠金與連續處罰》，載《月旦法學教室》2011年第105期。

都特别强调行政执行罚的事前告诫,行政执行罚的决定和执行必然以告诫为前提。为何告诫被视为行政执行罚的关键要素?行政执行罚与行政罚款又有何不同呢?

前文已述,行政罚款具有威慑效果,同样可以迫使当事人履行行政义务。行政罚款威慑效果的产生需要两个基本条件,其一,行政罚款的威慑首先依赖于行政法律法规对罚款作出规定,通过制定并公布法律,使公民知晓从事或不从事某种行为将会受到罚款的惩罚。其二,行政罚款的威慑还需要行政罚款在行政实践中得到运用,如果行政罚款仅停留在法律文本中,那么它不过是“纸老虎”,很难形成真正的威慑力,只有行政罚款在实践中得到运用,公民才会了解到行政罚款不是停留在纸面的法律宣言,而是具有生命力的执法手段。行政罚款威慑作用的形成,正是通过对违法行为的处罚机制而展开的。在这一过程中,行政机关通过立案、调查、决定等处罚过程追究违法行为,最终形成罚款决定,而威慑作用是行政处罚机制产生的“副产品”。

与此相对,在行政执行罚中,强制效果并非基于执行罚的文本规定和现实运用而自然产生,而是通过行政机关的主动告诫而个别形成。当事人不履行义务时,行政机关对其实施告诫,告知当事人应当履行的义务、具体的履行期间、不履行义务时将面临的法律后果等内容,由此形成对当事人的心理压迫,迫使其履行义务。如果当事人在受到告诫后自觉履行行政义务,那么行政机关的目的已经达到,此时无需真正作出执行罚决定,自然也无征收执行罚之必要。只有在当事人受到告诫后仍不履行义务时,才有作出执行罚决定并征收执行罚的必要。因此,完整的行政执行罚过程包含三个阶段:告诫阶段、决定阶段和执行(征收)阶段,行政执行罚的基本规范结构可以抽象为“告诫—决定—执行”结构,它的基本特征就是“先告诫后决定”。在这一过程中,“告诫”是产生强制力的关键所在,它在向当事人提示不履行义务将会面临处罚后果的同时,指明了履行义务以避免处罚的出路,给予当事人心理压力,迫使其积极履行义务。而“决定”和“执行”则是对预告之处分的实现,它仅在当事人不履行义务时才需作出。在这种意义上,告诫是行政执行罚的必经程序,而行政执行罚的决定和执行反而并非必须环节。如果没有行政机关的主动告诫,将无法形成具体的强制效果,这时当事人仍然可能出于担心遭受不利处分而主动履行义务,但是这种意义上的强制效果与行政处罚的威慑效果无异。因此,告诫是行政执行罚中不可缺少的关键要素,行政执行罚特有的“告诫—决定—执行”规范结构使它与具有威慑效果的行政罚款区别开来。

行政执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构决定了它的法律性质是行政强制执行而非行政处罚。一方面,告诫是督促当事人履行义务的行为,告诫的实施不以满足处罚要件为前提,即使当事人的行为不具备违法性和有责性,也可实施执行罚的告诫。另一方面,决定和执行的确为当事人增加了额外负担,但是在执行罚过程中,它并非必然出现。行政执行罚并非是为了真正作出“罚”,通过告诫迫使当事人履行义务,达到“不战而屈人之兵”之效果才是其追求的目标,如果真正到了需要作出执行罚决定的阶段,反而意味着强制效果的失败。另外,即使行政机关在当事人不履行义务时作出了执行罚决定,它也仅仅是对告诫中的预告处分的实现,并非对当事人违法行为作出的法律惩戒,行政机关在作出执行罚决定时并不关心当事人的行为是否符合法律规定的处罚要件,它关心的是行政法律义务是否得到履行。因此,从行政执行罚“告诫—决定—执行”的规范结构来看,它不是对当事人过去实施的违法行为所作的惩戒,而是以迫使当事人主动履行

義務為目標的面向將來的強制執行手段。由於行政執行罰和行政罰款性格不同，二者可以並處（如图 3）。

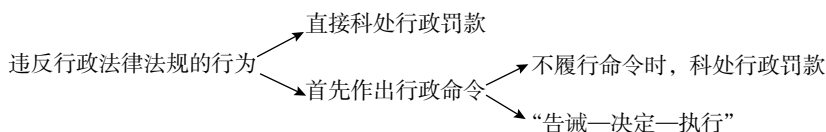


图 3 行政罰款與行政執行罰的並處

行政執行罰的“告誡—決定—執行”規範結構決定了它只能適用於不履行具體行政義務的行為。在情況緊急等例外情況下，行政機關可以不作出具體行政行為而直接強制執行。^{〔40〕}但是對行政執行罰來說，不存在跳過具體行政行為而直接進行執行罰的可能性。這是因為，行政執行罰是通過個別性告誡形成心理壓迫從而迫使當事人履行義務的強制方式，如果具體行政行為尚未作出，當事人應當履行何種義務、如何履行義務等問題尚處於模糊狀態，行政機關無法作出具體性告誡。即使行政機關作出告誡，也只可能是對法律規定的一般性、抽象性行政義務的簡單重複，無法形成有效的心理強制。因而，只有當行政機關已經作出具體行政行為，當事人應當履行的義務已經清晰明了時，才有可能和必要通過“告誡—決定—執行”的方式實施強制。

行政執行罰的反复適用，原則上是“告誡—決定—執行”過程的重複。行政執行罰不是行政處罰，而是一種強制執行手段，因而可以反复適用。然而需要注意的是，行政執行罰的反复適用並非是指按日計算處罰金額，而是“告誡—決定—執行”過程的反复適用。原則上，當告誡中的義務履行日期屆滿而當事人仍未履行義務時，行政機關可以按照告誡內容作出行政執行罰決定並執行之，而且可以對當事人再次告誡，以此形成持續性壓迫。第二次告誡期限屆滿時仍不履行義務，在作出執行罰決定後仍可以繼續告誡。每次的“告誡—決定—執行”都是一個新的執行罰，因而被認為是反复適用。

在行政執行罰的反复適用中，是否每次都需告誡、每次都需決定並執行，目前大陸法系國家和地區的做法並不相同。在德國，《聯邦行政執行法》第 13 條第 6 項規定，所為之告誡無效果時，便可實施新的告誡，第二次告誡的實施並不以第一次執行罰的決定和執行為要件。並且，執行罰的決定和執行程序較為寬松，未能在第一次告誡屆滿時履行義務，行政機關也並不立即作出執行罰決定，而是作出第二次告誡，若在第二次告誡期內自覺履行義務，則第一次告誡之執行罰也不必再征收。^{〔41〕}由此，在重複適用的問題上，德國法形成了“多次告誡—一次決定、執行”的變種模式。在我國台灣地區，情況剛好相反，只要當事人未在告誡期限內履行義務，行政機關便作出執行罰決定並執行之，^{〔42〕}同時，“行政執行法”第 31 條第 2 款規定，法律有特別規定時，怠金之重複適用無需每次都實施告誡。由此，台灣地區出現了“一次告誡—多次決定、執行”的變種模式。在這種模式中，只有第一次適用遵守了執行罰的基本結構，其後的反复適用並沒有告誡的過程，因而其督促意味大大降低，反而由於多次決定、多次執行的做法而隱含懲戒之性質。

〔40〕 參見我國《行政強制法》第 52 條規定。

〔41〕 參見前引〔39〕，蔡震榮文。

〔42〕 參見前引〔38〕，翁岳生主編書，第 1201—1202 頁。

因而，有学者主张修改“行政执行法”第 31 条第 2 款的省略告诫的规定，遵循执行罚制度的基本原理，保证行政执行罚的每次适用都必须以告诫为前提。^{〔43〕}由此更加可以看出告诫在行政执行罚中的关键性作用。

综上可知，“告诫—决定—执行”是行政执行罚的基本规范结构，它决定了行政执行罚的法律性质，说明了执行罚在适用对象、适用次数等问题上的特征。行政处罚与行政执行罚之区别与联系也一目了然（如表 1）。行政罚款和行政执行罚都可以是强迫当事人履行义务的手段，但是它们的规范结构有所差别。立法者在制度设计时，既可以设计行政罚款制度，通过处罚的威慑效果迫使当事人履行义务，也可以设计行政执行罚制度，通过“告诫—决定—执行”的执行罚模式实现强制效果，当然也可以同时规定行政罚款和行政执行罚。但是，如果立法者的原意是设定行政执行罚，那么就应当遵循执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构，否则会导致立法原意与实定法制度的南辕北辙，混淆行政执行罚和行政罚款。

表 1	行政执行罚和行政罚款的区别	
	行政执行罚	行政罚款
基本规范结构	告诫—决定—执行	立案—调查—处罚—执行
性质	行政强制执行	行政处罚
目的和功能	强制当事人履行义务	主要为惩戒，同时具备预防和威慑的目的和功能
强制效果来源	告诫	处罚
适用对象	具体行政行为确定的具体义务	既可是法律法规直接规定的抽象性义务， 也可是具体行政行为确定的具体义务
可否反复适用	可	否，法律另有规定除外

• 131 •

四、对我国现行法中执行罚的检视

通过上文分析可知，行政执行罚之根本特质在于其“告诫—决定—执行”的规范结构。下文将对我国《行政强制法》中的执行罚规定进行分析，并对现行法中一部分“罚款”处于灰色地带的原因及改善方法进行探讨，最后对困扰学界已久的《环境保护法》上的“按日连续处罚”的行为属性和法律规定进行分析。

（一）《行政强制法》中执行罚规定的不足与完善

我国《行政强制法》第 12 条规定了“加处罚款或者滞纳金”的强制执行方式，但是该法中执行罚的具体规定十分简略，仅在第 45 条和第 46 条进行了简单规定。通过对法律规范和行政实务进行考察可以发现，目前我国行政执行罚的执法过程主要包含以下阶段。

第一，告知。根据全国人大常委会法工委的权威解释和学界通说，行政执行罚的实施不以催

〔43〕 参见前引〔38〕，翁岳生主编书，第 1204 页。

告為前提，當事人逾期不履行義務的，行政機關可以依法直接加處罰款或滯納金。^{〔44〕}然而，《行政強制法》第45條規定：“加處罰款或者滯納金的標準應當告知相對人。”根據一般理解，這一規定是指行政機關在作出執行罰決定時應當告知執行罰標準，^{〔45〕}但是實踐中，行政機關往往在作出先行行政行為時就已經向當事人告知不履行義務將面臨進一步處罰的情況。例如，在徐州市銅山區人力資源和社會保障局與江蘇盛寶實業集團有限公司非訴執行審查裁定案中，行政機關在行政處罰決定書中已經告知當事人，逾期不繳納罰款的，將依據《行政處罰法》第51條每日按罰款數額的3%加處罰款。^{〔46〕}

第二，決定。當事人未在規定期限內履行義務時，行政機關可以作出加處罰款或者滯納金的決定。但是實務中，行政機關有時並不會作出執行罰決定。例如，在博羅縣環境保護局與葉廣平非訴執行審查案中，行政機關在先行行政處罰決定中告知相對人加處罰款的相关事項，但是其後並未作出加處罰款的決定，而是直接進行強制執行的催告。^{〔47〕}

第三，催告。行政機關在執行加處罰款或滯納金之前，應當進行催告。實務中一些行政機關並不作出加處罰款或滯納金的決定，因而在這種情況下，催告變成了改變當事人權利義務狀態的行政行為。例如，在戴某某訴鹽城市亭湖區運輸管理處催告通知案中，法院認為，行政機關作出的催告通知書不僅是對戴某某履行義務的通知，還包含有加處罰款的決定，是可訴的行政行為。^{〔48〕}

第四，執行。《行政強制法》第46條規定，加處罰款或者滯納金超過30日，經催告仍不履行的，具有行政強制執行權的行政機關可以強制執行，沒有行政強制權的行政機關應當申請人民法院強制執行。

• 132 •

從上述考察不難看出，實務中執行罰的執法過程雖然基本具備“告誡—決定—執行”的架構，但是行政實務與法律規範之間存在齟齬，實務中行政機關的做法也不完全相同。《行政強制法》對執行罰的規定過於簡略，既沒有突出執行罰的規範特徵，也未能給行政實務提供準確的規範指導。《行政強制法》至少需要在以下方面進行完善。

首先，應當明確行政執行罰的實施必須以告誡為前提。執行罰的告誡是產生強制力的關鍵，是行政執行罰不可缺少的關鍵環節，因而必須突出事前告誡在執行罰過程中的地位。《行政強制法》僅規定加處罰款或者滯納金的標準應當告知當事人，但是並未詳細規定告知的時間，告知內容也不夠充分。為了突出執行罰的“先告誡後決定”的特徵，一方面，應當明確執行罰的實施必須以事前告誡為前提。建議立法者將第45條第1款第2句的告知規定改為單獨一款，並作為第1款放置在現有第1款之前，表明行政執行罰必須事前告知。另一方面，應當完善事前告誡的內容。為了充分发挥執行罰的強制作用，至少应当在告知中补充以下内容：其一，行政機關在事前告知中，应当向當事人說明履行義務的內容、期限，特別是明確告知當事人不履行義務時將面臨

〔44〕 參見全國人大常委會法制工作委員會行政法室：《〈中華人民共和國行政強制法〉釋義與案例》，中國民主法制出版社2011年版，第148頁；應松年、楊偉東：《行政強制法教程》，法律出版社2013年版，第159頁。

〔45〕 參見前引〔44〕，全國人大常委會法制工作委員會行政法室書，第172頁。

〔46〕 參見徐州市銅山區人民法院（2017）蘇0312行申13號行政裁定書。

〔47〕 參見廣東省博羅縣人民法院（2016）粵1302行申233號行政裁定書。

〔48〕 參見鹽城市中级人民法院（2017）蘇09行終14號行政判決書。

的不利后果,不能仅告知加处罚款的标准,应该结合义务履行的期限和加处罚款的标准清晰地告知当事人逾期不履行义务时将面临的执行罚金额;其二,为了形成良好的强制效果,应当重点向当事人强调,如果当事人及时履行义务则不会被处罚,如果不履行义务行政机关将会作出执行罚决定;其三,应当告知当事人,行政执行罚可以反复适用,如果当事人不积极履行义务,可能反复面临“告诫—决定—执行”的不利后果。

其次,应当对执行罚的决定和执行作进一步规定。在执行罚的规范结构中,执行罚的决定是改变当事人权利义务状态的行政处分,因而,执行罚决定不可省略,行政实务中省略执行罚决定的做法并不合理。《行政强制法》应当强调执行罚决定的意义和地位,明确执行罚决定在执法过程中的必要性。另外,执行罚的意义在于强制当事人履行义务而非科处制裁,如果当事人在告知期限内已经履行原行政义务,则无需作出执行罚决定,更不可强制执行,因而,《行政强制法》应当明确,当事人在告知期限内履行原行政义务的,行政机关不能作出执行罚决定。此外,《行政强制法》规定,行政机关在强制执行或者申请法院强制执行执行罚之前需要催告,笔者认为这一规定并无必要。行政机关在作出执行罚决定前已经进行事前告诫,为当事人提供了自行改正的机会,无需叠床架屋,再次催告。况且,如下文所述,行政执行罚可以反复使用,如果行政机关认为当事人仍有自行履行义务之可能,可以暂不作出执行罚决定,再次对当事人实施告诫即可。

最后,应当对执行罚的反复适用作出规定。行政执行罚可以反复适用,然而,在反复适用的过程中,行政机关是否需要每次告诫、是否应当对先前的执行罚进行决定和执行等问题没有立法上的明确规定。从德国和我国台湾地区的经验来看,在行政执行罚的反复适用中,至少需要注意以下两点。其一,反复适用中的告诫不可省略。反复适用必须以每次告诫为前提,告诫是产生强制力的关键,省略告诫而反复处罚,不符合执行罚之制度原理。其二,反复适用中的先前执行罚之决定和执行可以省略。行政执行罚不是行政处罚,如果当事人尚有意愿和能力履行义务,行政机关未必一定要作出执行罚决定,可以再次告诫以持续性压迫当事人,督促其履行义务。当然,这并不意味着行政机关不可以径行作出执行罚决定,行政机关认为必要时,可以决定并征收执行罚,同时再次实施告诫,以反复适用来督促当事人履行义务。因此,《行政强制法》应当增加一条规定,表明行政执行罚可以反复适用,并且规定行政执行罚的反复适用必须每次告知,当事人在告知期限内未履行义务的,行政机关可以(而非应当)作出执行罚决定并执行。

(二) 行政执行罚的识别困难与改进对策

文初已经提到,在我国,行政执行罚的识别存在一定困难。问题产生的根本原因在于长期以来我们未能准确理解行政罚款与行政执行罚的区别。但是,即便我们根据“告诫—决定—执行”的规范结构对《行政强制法》的规定进行改造,仍然不能完全解决识别困难的问题。这是因为,《行政强制法》没有为行政执行罚确定一个专属名称。

在行政执行罚的识别问题上,大陆法系国家和地区存在两种判断方法。其一,德国采用一般性规定并冠以特定名称的方法。一方面,立法者在行政强制执行的通则性法律《联邦行政执行法》中对执行罚作出规定,确定其“告诫—决定—执行”的规范结构;另一方面,立法者为执行罚冠以特殊名称,用“强制金”概念来排他的指代行政执行罚。如此一来,当具体部门法的法律文本中出现“强制金”时,通过专属概念的指引,便可以适用《联邦行政执行法》的“告诫—决

定一執行”規定，在實質層面確定其執行罰的法律屬性。其二，日本採用具體性規定的方法。立法者沒有對執行罰進行統一規定，也沒有為其冠以特殊名稱，而是在具體的行政部門法中完整地規定“告誡—決定—執行”結構，以區別執行罰和行政罰款。

我國現行法的做法比較接近德國式的判斷方法，筆者認為這是合理的。戰後日本，行政執行罰僅在需要時由個別法作具體規定，實際立法中規定行政執行罰的情況並不多，因而可以採取具體性規定的方法。在我國，如果立法者將行政執行罰視為一種一般性的行政強制執行手段，那麼在行政部門法中一一規定“告誡—決定—執行”內容未免過於繁瑣，徒增立法成本。但是，德國式判斷方法的一個關鍵點在於法律為行政執行罰確定了一個專屬概念，從而架起連接行政部門法和《聯邦行政執行法》的橋梁，而我國現行法規定的問題恰恰在於，立法者沒有為行政執行罰找到一個專屬的法律概念，而是用“加處罰款”來指代行政執行罰。如此一來，行政部門法中規定的形形色色的“罰款”究竟是《行政處罰法》意義上的金錢罰，還是《行政強制法》意義上的“加處罰款”便無從判斷。因此，為了解決行政執行罰的識別困難問題，亟需尋找一個新的法律概念來指代行政執行罰，它可以是“強制金”，也可以是“怠金”。在未來的法律修改中，一方面，《行政強制法》應當統一使用“強制金”或者“怠金”等專屬概念，並為其配備完整的“告誡—決定—執行”規範結構，另一方面，在行政部門法中，立法者如果希望規定行政執行罰手段，也應當使用該特定概念，與《行政強制法》對接，只有這樣才能在形式和實質兩個層面確定行政執行罰的獨特地位和規範特徵，解決行政執行罰的識別困難問題。

需要注意的是，在《行政強制法》中還存在“滯納金”這一法律概念，那麼“滯納金”是否可以成為指代行政執行罰的專屬概念？筆者認為，答案是否定的。這是在我國現行法體系下，“滯納金”的含義仍是多義的，它不具备排他性指代行政執行罰的功能。

在學界，滯納金被視為典型的行政執行罰。^{〔49〕}但是，稍加分析便可發現，這種認識並不準確，因為現行法中的一些滯納金並非適用於不履行具體行政義務的情形。以《稅收徵收管理法》的滯納金為例，該法第32條規定：“納稅人未按照規定期限繳納稅款的，扣繳義務人未按照規定期限解繳稅款的，稅務機關除責令限期繳納外，從滯納稅款之日起，按日加收滯納稅款萬分之五的滯納金。”從該法條規定來看，行政機關並非在當事人不履行“責令限期繳納”義務後再對其不履行義務的行為徵收滯納金，而是在“責令限期繳納”的同時徵收滯納金，二者不是先後關係，而是並行關係。當行政機關發現納稅義務人滯納稅款時，就可以開始滯納金程序，而無需先作出繳納命令，再基於繳納命令而展開後續的滯納金程序。因而，這種滯納金雖具有間接強制的效果，但它不是對不履行具體行政行為確立的具體性義務的強制，從根本上就不具備成為執行罰的條件。從性質上看，這種滯納金是對不履行法律法規規定的第一性義務而作出的不利益處分，反而更像是一種行政處罰。由此可見，在現行法上的“滯納金”概念的背後，實際上存在著不同類型的行政行為，“滯納金”與“罰款”一樣，具有不同的法律內涵，因而它也不能成為指代行政執行罰的專屬概念。

〔49〕 參見張婉蘇：《論滯納金的法律性質》，載《學海》2013年第4期。

（三）《环境保护法》中的“按日连续处罚”

为了应对“守法成本高，违法成本低”的环境治理困境，2014年《环境保护法》第59条正式确立了“按日连续处罚”制度。本条规定的按日连续处罚究竟是行政罚款还是行政执行罚，学界有着不同的认识。有学者认为该条规定的连续处罚是行政处罚。^{〔50〕}也有学者认为，该条规定的连续处罚是具有行政强制执行性质的行政处罚，^{〔51〕}按日连续处罚具有执行罚的外观和行政处罚的内涵^{〔52〕}。还有学者认为，《环境保护法》中按日计罚的法律性质取决于违法者违反的是何种义务，如果违反的是禁止违法排放的义务，则系秩序罚，如果违反的是限期治理、限期改正等义务，则属于执行罚。^{〔53〕}

要对《环境保护法》上的“按日连续处罚”进行定性，首先需要厘清行政罚款和行政执行罚的区别。遗憾的是，上述论者未必准确理解了行政罚款与行政执行罚的区别，因而迷失在了目的、功能、义务对象等所谓的区分标准上。行政执行罚的根本特质在于它的“告诫—决定—执行”的规范结构，以此为据对《环境保护法》的“按日连续处罚”进行分析，便可清晰地了解其法律性质。

从《环境保护法》59条来看，当事人违法排污的，行政机关一方面要作出罚款处罚决定，另一方面要“责令改正”，当事人拒不改正时才可以适用“按日连续处罚”，“责令改正”与“按日连续处罚”是先后关系，前者是对当事人作出的具体行政行为，后者是对前者的担保。^{〔54〕}然而，行政罚款同样可以适用于不履行具体行政义务的情形，按日计罚也不是证成行政执行罚的关键，因而仅凭《环境保护法》的规定，很难判断法律规定的究竟是行政执行罚还是行政罚款。

• 135 •

通过进一步对《环境保护主管部门实施按日连续处罚办法》（以下简称《办法》）规定的“按日连续处罚”的实施过程进行分析，可以判断它属于行政执行罚。《办法》第9条规定：“责令改正违法行为决定书应当载明下列事项：……（四）责令立即改正的具体内容；（五）拒不改正可能承担按日连续处罚的法律后果……”第12条第2款规定：“环境保护主管部门复查时发现排污者已经改正违法排放污染物行为或者已经停产、停业、关闭的，不启动按日连续处罚。”由此可知，行政机关在实施按日连续处罚前必须告知当事人，行政机关虽然没有作出单独的告诫，但是在责令改正命令中已经对当事人需要履行的义务、不履行将面临的后果（按日连续处罚）进行了告知，当事人在收到责令改正命令后及时履行义务的，行政机关不启动按日连续处罚。这种规定完全符合行政执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构。同时，《办法》第14条还规定当事人拒不改正时可以再次责令改正、再次复查，这也符合行政执行罚可以反复适用的一般规律。相反，如果“按日连续处罚”属于行政罚款，那么行政机关无需告诫，当事人行为满足法律法规规

〔50〕 参见熊樟林：《连续处罚行为的性质认定——以新〈环境保护法〉第59条为中心》，载《华东政法大学学报》2015年第5期。

〔51〕 参见杜群：《环境保护法按日计罚制度再审视——以地方性法规为视角》，载《现代法学》2018年第6期。

〔52〕 参见刘佳奇：《对按日连续处罚适用问题的法治思考——兼评〈环境保护主管部门实施按日连续处罚办法〉》，载《政治与法律》2015年第7期。

〔53〕 参见杜辉：《环境法上按日计罚制度的规范分析——以行为和义务的类型化为中心》，载《法商研究》2015年第5期。

〔54〕 参见黄学贤、杨东升：《“按日连续处罚”的法律性质——〈环境保护法〉第59条评析》，载《法治研究》2015年第6期。

定的處罰要件時，徑行啟動行政處罰程序即可。而且，如果當事人行為滿足法律法規規定的處罰要件，除《行政處罰法》規定的免罰情形外，行政機關应当一律予以處罰，不能僅因為違法行為已經改正就放棄處罰。因此，《環境保護法》上的“按日連續處罰”實質上屬於行政執行罰。

《環境保護法》和《辦法》實質上確立了“按日連續處罰”的執行罰屬性，但是其中的相關規定卻並不合理。首先，《環境保護法》中“按日連續處罰”的規定過於簡略，需要借助《辦法》才能厘清其法律性質，而《辦法》屬於部門規章，位階較低，且容易修改，環保法之“按日連續處罰”的法律性質存在不確定性風險。建議《環境保護法》直接在法條中明確“告誡—決定—執行”結構，將第59條修改為：“企業事業單位和其他生產經營者違法排放污染物，受到罰款處罰，被責令改正，拒不改正的，行政機關對當事人進行告誡，告誡後仍不改正的，依法作出處罰決定的行政機關可以自告誡之日的次日起，按照原處罰數額按日連續處罰。”或者可以配合《行政強制法》的修改，使用“強制金”或“怠金”等特定用語，借助《行政強制法》的“告誡—決定—執行”結構明確執行罰性質。

其次，《辦法》對“按日連續處罰”的法律定性自相矛盾。《辦法》為“按日連續處罰”確立了行政執行罰的規範結構，然而卻將其理解為行政罰款，規定實施“按日連續處罰”應當符合法律規定的行政處罰程序。^{〔55〕}《辦法》應當保持邏輯上的統一性，明確“按日連續處罰”的行政執行罰性質，規定“按日連續處罰”應當適用《行政強制法》的相關規定。

再次，《辦法》規定的告誡需進一步完善。《辦法》並未單獨規定告誡，而是在責令改正命令中對相對人進行告知，先行行政行為與告誡的合併無可厚非，但《辦法》規定的責令改正違法行為決定書的載明內容不夠完整。告誡是形成強制效果的關鍵，為了充分发挥執行罰的功能，至少需要補充應當履行義務的期限、期限截止時“按日連續處罰”的罰額、及時履行義務則可免罰、“按日連續處罰”可以反復適用等內容。

最後，《環境保護法》第59條第3款規定地方性法規可以增加第1款規定的“按日連續處罰”的違法行為的種類，而《行政強制法》第13條規定行政強制執行由法律設定，並不允許地方性法規設定行政強制執行，因而該款規定似有違反《行政強制法》第13條之嫌。在未來的修法中，應當對其進行修改，避免將行政執行罰的設定權限賦予地方性法規。

五、結語

行政執行罰是確保義務履行的重要手段，然而長期以來，我國學界對執行罰的理解並不準確，以致混淆了行政執行罰和行政罰款。行政罰款同樣具有強制的目的和功能，可以適用於不履行具體行政義務的情形，也可以採用按日計罰的數額計算方式。目的、功能、對象等均非行政罰款和行政執行罰的本質區別。行政執行罰的根本特質在於“告誡—決定—執行”的規範結構。“告誡”是產生強制效果的關鍵步驟，而“決定”和“執行”則是在當事人不履行義務時對告誡中的處罰的實現，如果當事人在受到告誡後自行履行義務，則無需作出執行罰決定。因而，行政

〔55〕 參見《辦法》第1條、第15條。

执行罚不是面向过去的、对违法行为实施的惩戒，而是面向未来的、促使当事人履行义务的手段。它既可以与行政罚款同时存在，也可以反复适用。

为了确保行政义务得到履行，立法者既可以规定行政罚款，也可以规定行政执行罚。但是，一旦立法者决定采用行政执行罚，就应当尊重执行罚的基本原理，配备完整的“告诫—决定—执行”规范结构。目前《行政强制法》的执行罚规定过于简略，并未构建起完整的“告诫—决定—执行”结构，以“罚款”“滞纳金”等概念指代行政执行罚也不合理。在厘清行政执行罚和行政处罚之区别的基础上，完善我国《行政强制法》的规定，并对行政部门法中五花八门的“加处罚款”“滞纳金”进行梳理，才能为这些处于灰色地带的行政手段找到合理的位置，避免行政执法和司法实践中的困惑。

Abstract: Administrative penalty and executive penalty are commonly used by administrative organs. Administrative penalty has the effect of general deterrence and special deterrence, and also has the purpose and function of coercion. It can be applied to the situation of not performing specific administrative obligations, and can also be calculated by the amount of daily penalty. The purpose, function, application object and punishment by day are not the essential differences between administrative penalty and executive penalty. The fundamental characteristic of administrative executive punishment lies in its “warning-decision-execution” normative structure. “Warning” is the root of compulsory effect, while “decision” and “execution” needs to be made only when the parties fail to perform their obligations. The normative result of “warning-decision” determines that administrative executive penalty is a means of compulsory execution rather than administrative penalty, which can only be applied to the situation of non performance of specific obligations and can be applied repeatedly. The provisions on executive penalty in China’s Administrative Enforcement Law are too brief. We should improve the contents of notification, decision, execution and repeated application of executive penalty, and give a special name to the executive penalty to solve the problem of difficult identification. The “continuous punishment by day” in the Environmental Protection Law is an executive penalty, but there are still logical inconsistencies in the relevant provisions.

Key Words: executive penalty, warning, additional penalty, late fee, continuous punishment by day

“具有一定社会影响”的行政处罚决定公开之认定

卢荣婕*

内容提要：新《行政处罚法》第48条对于行政处罚决定公开的范围予以限制，行政处罚决定公开是选择性公开而非全部公开，其公开是以“具有一定社会影响”为限。但何谓“具有一定社会影响”并未形成统一明确的标准，使得行政处罚决定公开的功能并未得到很好的实现。“具有一定社会影响”的认定存在着被处罚者隐私权与社会公众知情权之间的冲突，履行法定职责与保护个人信息之间的冲突。为了有效防止行政处罚决定的不当公开对行政相对人合法权益造成损害，需要从主体认定标准、行为类型标准以及公共利益权衡标准三个维度，对“具有一定社会影响”这一不确定法律概念进行有效认定。

关键词：行政处罚决定公开 具有一定社会影响 知情权

一、行政处罚决定公开的理论争议与问题提炼

2021年10月21日，北京市朝阳区警方发布关于李某迪嫖娼案件的通报，引发了社会公众对行政处罚决定公开的范围及其功能的关注。行政机关针对李某迪所做出的通报行为是否符合《行政处罚法》的相关规定？为何行政机关的“依法行政”与公众的朴素认知出现巨大差异？这些问题实质上是由于新《行政处罚法》第48条^{〔1〕}规定不明，即“具有一定社会影响”本身的模糊与不确定性所致。立法层面上，关于“具有一定社会影响”的认定，新《行政处罚法》并未形成一套明确的判断标准。从《行政处罚法（修订草案）》一审稿行政处罚决定全部予以公开，到二审稿通过准用《政府信息公开条例》进行判断，直至最后通过的审议稿以“具有一定社会影响”为标准实现对公开范围的限缩。

* 卢荣婕，东南大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“《行政处罚法》归责性条款修改研究”（19CFX023）、教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“全面依法治国视域下司法行政职能定位及作用发挥问题研究”（20JZD021）的阶段性成果。

〔1〕《行政处罚法》第48条第1款规定：“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。”

理论层面上，学界主要从以下四个维度展开论述：一是从社会公共利益视角出发，认为对社会影响较大、对社会公共利益有危害的行为应当认定为“具有一定社会影响”。〔2〕行政处罚机关对于行政处罚决定的认定，应牢牢把握“社会公共利益”原则，同时遵循最小侵害原则，使行政处罚决定的公开对处罚相对人造成的非必要伤害最小化。〔3〕行政处罚决定公开是知情权与隐私权平衡的结果。〔4〕因而，只需要公开与社会公共利益有关的处罚决定，对于与社会公共利益不相关的，则没有公开的必要性。〔5〕二是从行政违法行为出发，审视违法行为是否与行政监管、风险管理有关，进而实现对处罚决定公开的认定。〔6〕主要从行为对社会的危害性与违法行为发生的时间点来判断，尤其是后者，在特殊时期公示往往更具有紧迫性，更有助于实现一般预防。〔7〕三是从案件的类型入手，认为对人身权、财产权有重大影响的案件，行政机关自由裁量权较大的案件，社会关注度较大的案件，〔8〕适用听证程序的案件，符合《政府信息公开条例》第19到21条规定的行为以及需要重大法制审核的案件，都应当公开〔9〕。四是从处罚决定公开的原则出发，认为新《行政处罚法》采取相对公开的立场，以不公开为原则、公开为例外，可以有效实现知情权与隐私权之间的动态平衡。〔10〕行政机关应当避免出现有较大社会影响而不公开，或者没有社会影响而予以公开的情形，即行政处罚决定不宜采取一律公开的方式，而应当确定一定范围，符合“具有一定社会影响”才予以公开。〔11〕相反的观点则从政府信息公开的角度出发，认为《政府信息公开条例》第22条确立了行政机关应当主动增加公开的内容，将行政处罚看作是政府信息的一种，所以行政机关应当做到能公开的全部予以公开。〔12〕司法实践中，对于何谓“具有一定社会影响”并没有详细地展开论述，一些案件只是通过援引《政府信息公开条例》第19条与第20条规定等相关条款进行判决。

• 139 •

上述成果可为行政处罚决定公开范围的界定提供良好的理论基础与实践指引，但仍然存在以下较为明显的问题：（1）对行政违法行为并未进行类型化分析。针对违法行为标准提出社会危害性与公共性两个指标，但是两者需要达到何种程度并没有进一步阐述。（2）公共利益标准的模糊性与不确定性。抽象地从维护公共利益角度分析需要予以公开，但对于何种公共利益优先于私人利益则鲜有论述。（3）行政处罚决定公开所适用的原则并不统一。行政处罚决定是以公开为原则还是以不公开为原则，目前并没有形成统一的观点。可见，无论是立法、理论还是司法层面都需要对“具有一定社会影响”予以明确界定，以期明确行政处罚决定公开标准，有效减少行政处罚决定公开的乱象，进而实现行政处罚决定公开的应有功能。

〔2〕 参见孔祥稳：《行政处罚决定公开的功能与界限》，载《中外法学》2021年第6期。

〔3〕 参见李洪雷主编：《中华人民共和国行政处罚法评注》，中国法制出版社2021年版，第329页。

〔4〕 参见朱兵强、陈指挥：《行政处罚信息公开中知情权与隐私权的平衡》，载《电子政务》2015年第4期。

〔5〕 参见许安标主编：《中华人民共和国行政处罚法释义》，中国民主法制出版社2021年版，第138-139页。

〔6〕 参见王锡锌：《行政处罚决定的公开及其限度》，载《中国司法》2021年第8期。

〔7〕 参见杨伟东主编：《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第17页。

〔8〕 参见前引〔7〕，杨伟东主编书，第160页。

〔9〕 参见袁雪石：《中华人民共和国行政处罚法》，中国法制出版社2021年版，第290-291页。

〔10〕 参见熊樟林：《行政处罚决定为何不需要全部公开？——新〈行政处罚法〉第48条的正当性解释》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第6期。

〔11〕 参见前引〔5〕，许安标主编书，第138-139页。

〔12〕 参见江必新、夏道虎主编：《中华人民共和国行政处罚法条文解读与法律适用》，中国法制出版社2021年版，第166页。

二、行政处罚决定公开的价值冲突

行政处罚决定公开源于行政执法公示制度,旨在保障社会公众知情权、参与权、表达权、监督权的实现,确保行政处罚权在阳光下运行。行政处罚决定公开具有以下几种正向功能:一是有利于规范行政执法程序,提高行政执法的精准性与透明度,增加行政处罚决定的可接受性,促进透明型政府的建设;二是有助于社会公众了解行政处罚相关措施,实现一般预防的功能,减少违法行为的发生,实现行政处罚的教育与警示作用,保障公民知情权的实现;三是有助于公众的社会参与,真正实现行政主体与行政相对人的有效互动,增强社会公众对处罚结果的认同感,增加行政处罚结果的透明度,进而实现透明型政府的建设。

然而,行政处罚决定是一种损益性行政行为,是对相对人行为的否定性评价。行政处罚决定书公开的形式一般为公开全文或摘要。如《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》第7条第1款规定:“主动公开行政处罚案件信息,应当公开行政处罚决定书的摘要信息;有条件的,也可以公开行政处罚决定书全文。”《泸州市行政处罚案件信息主动公开办法》第7条第1款规定:“主动公开行政处罚案件信息,应当公开行政处罚决定书全文。”《浙江省行政处罚结果信息网上公开暂行办法》第6条规定摘要信息所应当包含的内容,涉及被处罚者的姓名,违法事实等。可见,行政处罚决定书本身不可避免地会涉及相对人的个人信息与隐私,尤其是道德类行政违法,具有一定的伦理性与情感性,其公开所带来的不利与消极评价远高于行政处罚决定本身,会对相对人的财产权、人格权甚至是生存权与发展权产生不可逆的负面影响,可能会产生违背处罚适当原则之嫌。行政处罚决定的公开需要平衡好隐私权与知情权之间的冲突,需要处理好履行法定职责与保护个人信息之间的冲突。

(一) 个人隐私权与社会公众知情权之间的冲突

行政处罚决定的公开不仅会影响行政处罚相对人的人身权与财产权,也关系着行政处罚相关人或者其他社会公众相关权益。随着数字时代的到来,物理空间的限制不断被打破,使得社会公众能够多元化地实现行政执法监督。换言之,权力的运行已不再仅仅局限于行政主体与行政相对人之间,而是将行政权尽可能地置于社会公众全链条、全方位、全过程的监督。“具有一定社会影响”认定的困境主要是如何平衡好被处罚者与社会公众之间的利益冲突,一方面是社会公众知情权与被处罚者隐私权之间的冲突,另一方面是公共利益的界限问题。在隐私权保护方面,《民法典》第1032条对于何谓隐私予以明确规定,隐私主要包括生活安宁与私人秘密。如果该信息属于与公共利益无关的隐私信息,社会公众应当予以尊重,不能为了满足自己的窥私欲而破坏公众人物的生活安宁。第1033条对于侵犯隐私权的典型方式予以列举,第1034条第3款针对个人信息中的私密信息优先予以隐私权的保护。在公共利益界限方面,可以根据违法行为与公共利益的联系程度予以确认。以公示交通违法行为为例,交通安全关系到公众的生命与财产安全,该类行为所涉及的法益则是公共利益。行政机关在进行行政处罚决定公开时,一方面应及时履行“具有一定社会影响”处罚决定公开的义务,弥补社会公众的信息差,另一方面也要防范被处罚者由于违法信息公示而产生的人格侮辱、身份地位降低与社会评价降低等“二次处罚”的风险。^{〔13〕}

〔13〕 参见章志远、鲍燕娇:《作为声誉罚的行政违法事实公布》,载《行政法学研究》2014年第1期。

行政处罚决定公开的限度主要是审查是否与公共利益相关，而公共利益又是不确定性的法律概念。具言之，在开篇所述案件中，“具有一定社会影响”的认定是基于嫖娼这个违法行为本身造成的社会影响，还是基于李某迪这个公众人物的身份所具有的社会影响我们不得而知。能否基于公众人物本身所具有的社会影响力而当然地将其违法行为纳入与公共利益相关的范围之内，进而认定“具有一定社会影响”，都是在进行判定时需要回应的问题。

行政处罚决定公开具有双重价值趋向：一方面由于行政处罚决定书承载着被处罚者的个人信息与隐私，其公开会不可避免地对被处罚者产生不可逆的消极评价；另一方面基于行政处罚权所具有的公共性，公权力的运行需要置于社会公众监督之下，而监督权有效行使的前提是知情权的有效实现，为了保障公民知情权的实质性实现，需要对行政处罚决定予以公开。此时，便产生被处罚者隐私权与社会公众知情权之间的保护悖论，要想对行政处罚决定公开实现合规性公示，需要平衡好违法行为人隐私权与社会公众知情权之间的冲突。行政处罚决定属于特殊类型的政府信息，行政处罚决定公开会对相对人权利产生潜在的伤害。^{〔14〕} 行政处罚结果公开的实践中，虽然将处罚对象划分为个人、法人和其他组织，但是并没有形成统一的处罚标准。以浙江省处罚决定公开为例，2021年每月19日以后，处罚决定整体上呈现先上升随后下降的趋势，除了六月、七月与八月呈现一直上升趋势。因而，选取具有特殊走向的月份，即一直处于上升趋势的月份，以六、七、八每月中的19日所公开的处罚信息为样本，样本数据一共273条。以个人作为被处罚者，6月19日卖淫嫖娼行政处罚决定共72条，其中共有15条能够确定违法行为发生地，并未进行任何匿名化处理；7月19日卖淫嫖娼处罚决定共78条，其中共28条能够确定违法行为发生地；8月19日卖淫嫖娼处罚决定共129条，其中22条可以确定违法行为发生地。^{〔15〕} 以法人作为处罚对象，选取6月19日到8月19日期间，卖淫嫖娼处罚决定共19条，其中共5条能够确定行政违法行为发生地。^{〔16〕} 行政处罚决定涉及隐私与个人信息，有的行政处罚已经部分采取去标识化处理，如卖淫嫖娼类行政处罚决定书的公开，当被处罚人是自然人时，对于相对人姓名以及大部分违法行为发生地，通过采取剔除一部分识别信息进行匿名化处理。当被处罚者是法人时，有的进行去标识化，有的则直接出现完整的信息。还有很多处罚类案件，如赌博、^{〔17〕} 吸毒^{〔18〕}等当事人的姓名、住址等全部予以显现，并未进行任何脱敏技术的处理。换言之，未进行剔除部分信息而是将全部信息予以公示，使得相对人的社会评价降低，有侵犯相对人的名誉权、隐私权、人格尊严、财产权以及信息权益之嫌。

（二）履行法定职责与保护个人信息之间的冲突

国家机关作为信息收集者与处理者，与私主体进行信息搜集与利用具有很大区别。国家作为最大的信息处理者，其在履行法定职责中将会主动或者被动知晓很多个人信息甚至是敏感信息，如果该信息被不当泄露或者公开，将会对个人的权益产生很大伤害。因而，国家机关处理个人信

〔14〕 参见前引〔10〕，熊樟林文。

〔15〕 参见《浙江省人民政府行政处罚结果信息公开》，载 <https://www.zjzfw.gov.cn/zjzw/punish/frontpunish/showadmins.do?webId=1>，最后访问时间：2022年2月19日。

〔16〕 参见前引〔15〕。

〔17〕 参见前引〔15〕。

〔18〕 参见前引〔15〕。

息时需在法定的权限范围内进行,搜集信息以处理目的为限。国家机关在进行信息处理时,只要遵守履行法定职责所必需的程序,不需要取得信息主体的同意,仅需告知信息主体,^{〔19〕}即可作为处理信息的免责事由。此外,国家机关在进行信息处理时也应遵循比例原则,以对相对人权益损害最小为限,如果所追求的公共利益大于对相对人私人利益的侵害,则符合处理信息时所遵循的适当性原则;处理信息所采取的手段需要以履行法定职责规定的手段为限,符合妥当性原则;采取对个人权益损害最小的方式,在最小范围内处理个人信息,需符合必要性原则。国家机关在进行信息处理时所采取的手段与其所要追求的公共利益要符合比例,个人利益不能一味地让位于公共利益,不能明显失衡。除非有重大的公共利益需要予以考虑,否则国家作为信息最大处理者应实现履行法定职责与保护个人信息之间的动态平衡。^{〔20〕}

以李某迪嫖娼案为例,其不仅是钢琴家还担任很多社会兼职,具有多重身份,基于其所担任职位的公共属性,很多行为如果不加以规制,不利于社会正面风气的弘扬,因而对其道德需要提出更高的要求。社会公众监督权的行使与社会公共利益维护的需求,是否能为李某迪行政拘留的通报提供足够的合法性基础?该问题的关键在于嫖娼类道德违法信息是否属于禁止公开的范畴。如果卖淫嫖娼的违法行为不属于禁止公开的范围,官方通报对姓名采用“某”的方式隐名处理,是符合《公安机关执法公开规定》第14条规定的对于向社会公开法律文书的形式要求的。针对公众人物的加重曝光并没有侵犯其隐私权,是符合《公职人员政务处分法》第40条规定的对于公职人员参与嫖娼予以撤职或者开除处理的,令其不仅承担行政处罚本身带来的法律后果,还需接受政务处分。而普通人员的卖淫嫖娼的违法行为可能只需要接受行政拘留或者罚款即可,因此,针对卖淫嫖娼明星的“封杀”不能一概而论,完全否定其合理性。

三、“具有一定社会影响”的主体界定标准

学理层面上,对于何谓“具有一定社会影响”目前讨论很少,并没有针对“具有一定社会影响”展开全面讨论,未形成统一的认定标准。立法层面上则将“具有一定社会影响”的判断权交由行政机关自行裁量。行政处罚决定公开的目的是为了实现在信息监管,通过处罚决定的公开实现一般预防与特殊预防,满足社会公众的知情权,进而更好地实现公众对行政处罚权的监督。因而,可以根据被处罚者本身所具有的社会影响力,对行政处罚主体进行类型化划分,分为公众人物、社会公众、企业等不同的社会主体,确立相对应的公开规则。

(一) 公众人物作为处罚对象的界定标准

行政处罚决定的公开是将被处罚者不利的、消极的评价予以公开化,存在对相对人相关权利进行变相剥夺或限制之风险,如可能影响其财产权、人格权、劳动权甚至是生存权、发展权。因而需要进行全面的利益衡量,尤其是涉及道德类的行政违法,如卖淫嫖娼,并不一定要全部予以公示,应予以主体类型化处理,不能不区分处罚对象全部公开。公众人物的隐私权保护程度与其本身所具

〔19〕 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《比较法研究》2021年第5期。

〔20〕 参见龙卫球主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社2021年版,第163页。

有的社会影响力呈负相关，公众人物社会影响力越大，对其业务能力与道德标准要求越高，其隐私权保护也就相应地越弱。针对公众人物的嫖娼案件，应当予以全部公开，如黄某波、李某迪等嫖娼案件，应当予以全部公开。李某迪嫖娼案之所以能够引起社会广泛的讨论与关注，主要是受其主体身份的影响，基于李某迪本人所具有的社会影响力，以及为了更好地传播正能量与实现社会主义核心价值观，营造一个风清气正的社会环境，对于其行政违法信息的公布并无不当。针对不同主体法律应给与对应的保护与制裁，确保其基于身份所获得的收益与其违法所获得的惩罚相适应。一般而言，公众人物的隐私权、名誉权等人格权以及个人信息权益保护程度相对较低，其违法行为公开的范围应大于普通公众。但是也应当遵循过罚相当原则，不能有违比例原则。为了更好地规制行政机关关于何谓“具有一定社会影响”认定的自由裁量权，可以采取主体类型标准。

针对公众人物的违法行为尤其是道德类行政违法行为，可认定为“具有一定社会影响”。一方面公众人物代表着一个行业的形象和声誉，具有很大的社会影响力，其违法行为的公开有助于净化行业氛围，实现社会公众对于公众人物全方位的了解，进而保障公众知情权与监督权的实现；另一方面，通过对行政处罚决定的公示，加大行政违法成本，实现一般预防功能，有利于促进德艺双馨艺人的培养。根据公众人物的职责属性可将其分为政治人物和非政治人物。政治人物又可划分为很多类型，以国家公职人员为例，其职责与公共利益息息相关，涉及法治政府建设中的决策与执行环节，需要对该类公众人物予以更多的限制，对于其道德也应提出更高的要求，即便是轻微的行政违法也应当予以公开。非政治人物的公众人物本身多具有一定的社会影响力，具有广泛的知名度，如明星，也需要对其行为予以全部公开，以实现对该类人物的监督。

公众人物行政处罚决定的公开，仍需遵循比例原则，对于行政处罚信息与个人隐私需进行区分处理后再予以公开。公众人物行政处罚决定公开需要把握以下几个要素：第一，对于可以进行区分处理的信息与个人隐私，应当以进行信息分割处理为原则，不进行分割处理为例外。如果行政处罚信息是与职务行为完全无关的个人隐私信息，则应当受到隐私权的保护，不能一味地进行处罚决定的全部公开，否则有违处罚相当原则之嫌。第二，公众人物尤其是具有较大社会影响力的公众人物，其所享有的隐私权权限与其所担任的职位高低成反比。级别越高的政治人物，其所掌握的公共资源越多，对于公共资源的配置起着关键性作用。因而，其道德素养对社会公众利益产生直接影响，针对该类公众人物的行政处罚决定应予以全面公开，以实现公众的社会监督。第三，尤其是政治类公众人物，如果是通过选举、调任等方式产生的工作人员，其隐私保护则弱于通过考录程序进入的工作人员，对于后者则需予以更高层次的隐私保护。^{〔21〕}如果是与公共利益没有关系的违法行为且属于个人信息甚至是个人隐私类信息，其公开的价值并未以绝对优势超过对相对人权利的损害，则不需要公开。

（二）社会公众作为处罚对象的界定标准

社会公众的行政违法与公众人物违法所带来的社会影响不同，社会公众的一般违法行为，尤其是道德类行政违法如卖淫嫖娼，该类处罚决定的公开对被处罚者会产生很大的伤害，公开所带来的惩戒效果远大于行政处罚决定本身，存在侵犯社会公众人格权、财产权、个人信息权益之风险。针对普通公众的行政违法行为，尤其是道德类行政违法，公开行政处罚决定所带来的规制收

〔21〕 参见王敬波：《政府信息公开中的公共利益衡量》，载《中国社会科学》2014年第9期。

益并不必然超过被处罚者损害的权益,其行政违法行为不宜一揽子认定为“具有一定社会影响”,应遵循以不公开为原则,以公开为例外。具言之,被处罚者是社会公众时,该类行政处罚决定书除非有必要,否则只需要对相对人与相关人公开即可。将处罚结果以及救济程序告知相对人,以便相对人能够知悉处罚决定并知道如何进行救济。如果涉及相关人的信息与隐私,则应当严格进行区分处理以防对相关人造成“二次伤害”。对于涉及未成年人隐私的行政处罚决定,除非涉及重大公共利益,否则就没有必要予以公开。

值得注意的是,即使是同一个行政处罚决定针对不同的对象,其公开的价值也并不等同,不同主体对知情权与监督权的需求不尽相同。行政处罚行为对于被处罚者而言影响最大,其次是行政相关人,最后其他社会公众,对于处罚决定知悉的需求与程度呈现出依次递减的趋势。对于受害人而言,其对于行政处罚决定的公开具有强烈的知情与公开需求,通过公开能够实现对处罚决定是否合法合理进行实质性审查;对于一般社会公众而言,其对于行政处罚决定结果只是进行一般性的监督,并没有很强烈的公开需求,因而,行政处罚决定公开只需进行一般性公开即可。根据不同主体对于公开的差异化需求,应采取部分去标识化处理,如“李*”“李某”等匿名化处理,并不会影响公开的效果。因为针对特定的主体而言,其还掌握其他信息,可以实现主体的再识别。数字时代通过信息挖掘与额外信息的耦合,很难做到完全匿名化,更为重要的是,如果通过技术处理将行政处罚信息完全匿名化,那么将失去处罚决定公开的功能,既无法有效行使监督权,也无法获得有用的风险信息。实现处罚决定公开的全匿名化既不现实也无必要,只需要做到不借助额外信息不可识别,^[22]将风险控制在可控范围内即可。通过对社会公众的个人信息与违法行为信息相分离,确保社会公众能够知晓行政处罚内容,保障社会公众知情权与监督权,同时也保护被处罚者隐私权等权利。

当然,上述要求仅是一般性规则,当利益衡量中存在更重要的法益时,相关规则还需调整。例如,对《个人信息保护法》第28条规定的敏感个人信息,应采取更严格的必要性判断标准。又如,当自然人的违法行为构成严重交易风险时,针对该类自然人的处罚决定公开具有较强的预警、制裁功能,需要考虑实名公开,如证券监管中对自然人违法行为及处罚决定的公开。再如,当去识别化或匿名化不足以保护特定群体时,相应处罚决定应不予公开。《未成年人保护法》第3条规定,国家有义务保障未成年人的发展权,这意味着对于可能影响未成年人发展的行为,需有足够重大的公共利益方可公开,即未成年人的发展权、人格尊严、隐私权和个人信息权益相对于其他法益而言具有优先性。因此,以未成年人为处罚对象的行政处罚决定应豁免公开。^[23]

(三) 企业作为处罚对象的界定标准

针对企业行政处罚决定的公开,不同于以自然人作为处罚对象的公开。前者主要为财产性利益与公共利益之间的博弈,造成的多为财产损失,具有可赔偿性;后者主要涉及被处罚者的人格权、劳动权,甚至是生存权与发展权,会对其产生不可逆的负面评价。生态环境、食品药品、公共安全、金融监管等领域,^[24]企业的经营活动与社会公众联系紧密,该类违法行为具有很强的

[22] 参见金耀:《个人信息去身份的法理基础与规范重塑》,载《法学评论》2017年第3期。

[23] 从这个角度来说,完全不公开是对当事人保护力度最强的处理方式。参见侯学宾:《裁判文书“不公开”的制度反思——以离婚诉讼为视角》,载《法学》2020年第12期。

[24] 参见谭冰霖:《单位行政违法双罚制的规范建构》,载《法学》2020年第8期。

公共属性，一旦出现行政违法行为会对公共利益产生不利影响。因而，对于企业的行政处罚决定应遵循以公开为原则，以不公开为例外，除非是涉及国家秘密、商业秘密，以及存在公开后会国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定与公共秩序造成不利影响等法定不公开事由，否则针对企业的行政处罚决定应一律予以公开。当然，企业行政处罚决定的全面公开，可能会对企业商誉造成负面影响，商誉受损造成的损失可能会远高于处罚本身，商誉受到负面评价最直接的表现就是股价的波动，企业可能会面临破产的风险，存在侵犯商业秘密或商业敏感信息以及财产权之嫌。因而，对于该部分处罚信息可进行信息分割处理，针对商业秘密等法定不公开类信息，除非该类信息是认定违法行为的核心信息，否则该类信息应当不予公开，如果是适用行政处罚双罚制，针对法定代表人等个人隐私与信息也需进行匿名化处理。

此外，对于企业行政处罚决定在进行公开时，需遵循比例原则，处罚所采用的手段应以处罚目的实现为必要，可以从以下三个角度进行衡量：第一，针对受害人不特定的行政处罚应当予以全面公开，如食品安全、产品质量、金融监管等领域，对于不特定人都存在潜在的风险，此时公共利益以绝对优势超过企业商誉等财产性利益。第二，如果该企业是上市公司，为了保护中小股东权益以及社会公众的知情权与监督权，针对该类企业的行政处罚应当予以全部公开。第三，针对从事基础设施的企业如供水供电供气供暖以及通信企业，该类企业从事的都是与社会公众生活息息相关的行业，对于该类企业的行政处罚决定也应当予以全部公示，保障公民的知情权，实现信息规制的目的。

可见，针对企业的行政处罚决定遵循的是能公开则全部予以公开，公开也许会导致经济秩序动荡、企业倒闭等潜在风险，但由于该类企业违法行为具有很强的公共属性，与社会公众生活密切相关，需要通过处罚决定的公开让社会公众广泛知晓，进而作出精准的判断。当然，在全面进行公开之前，也需要进行合规检查、风险评估，有的行政处罚信息对社会影响很大，一旦公开处理不当，可能会引发社会风险，因而针对该类处罚案件的公开，应当进行全过程、全流程、全链条、全方位、全覆盖的审查，建立处罚信息公开评估与纠错制度。^{〔25〕}

• 145 •

四、“具有一定社会影响”的行为类型标准

基于被处罚者身份来认定是否属于“具有一定社会影响”，此为原则性标准，为了更好地实现平等保护，应将违法行为作为补充判断标准。是否属于“具有一定社会影响”的违法行为，主要在于该行为是否与公共领域相关联，行为与公共性联系越紧密，该违法行为被认定为“具有一定社会影响”的可能性与必要性也就越大，进而行政处罚决定公开的范围也就越广。何谓公共性，实质上是与社会公共利益相关，以证监会对内幕交易案件行政处罚决定公开为例，尤其是上市公司的企业并购重组，该领域一直是内幕交易的高发领域，内幕信息的知情人及其相关方利用信息差进行内幕交易，不仅会对资本市场秩序的稳定性带来巨大冲击，更会严重侵害其他投资者尤其是中小投资者的合法权益。公开内幕交易行政处罚不仅可以实现社会公众的监督权，更有利于治理内幕交易的不良风气，维护广大投资者的合法权益，最终形成良好的营商环境。可见，证券业行政处罚决定的公开正是基于证券业违法行为所具有的社会影响力。“具有一定社会影响”

〔25〕 参见戴建华：《行政处罚决定应当依法公开》，载《学习时报》2020年8月19日，第2版。

的行为判定标准,可以违法行为为切入点,公共卫生、公共安全等与社会普遍性利益相关的违法行为,可以认定为“具有一定社会影响”。〔26〕根据行为所造成的社会危害性来判断是否公开以及公开的范围,如食品安全领域违法行为对社会危害性较大,处罚结果应予以公开。〔27〕

(一) 适用听证程序的行政违法行为

“具有一定社会影响”的行为标准是基于违法行为的公共性,违法行为一旦与公共利益相关就有了公开的必要性。行政处罚决定公开的核心功能是实现信息规制,通过处罚决定的公开实现一般预防与特殊预防,能够更好地引导市场主体与社会主体作出正确的行为预判。有学者认为明星的交通违章行为不属于《行政处罚法》第48条规定的“具有一定社会影响”,因为其只是违反行政管理秩序,与公共利益并没有很强的关联性,该类行政处罚决定不符合“具有一定社会影响”的行为标准,不应当予以公开。〔28〕笔者并不十分认同该观点,首先,明星属于公众人物,尤其是偶像类明星,具有很强的社会影响力,即使只是简单的交通违章或者在公共场合吸烟等,看似未对公共利益造成实质性损害,但基于明星本身所具有的社会影响力,也会产生很多人尤其是未成年人模仿的风险,造成不良的社会影响。其次,交通违章行为关系到社会公众的财产权、身体权、生命权等重大权利,对于交通违章行为的公示,可以实现对其他人的警示,具有很强的社会属性与公共属性。因此,该类行政处罚决定应当认定为“具有一定的社会影响”并予以公开。

《行政处罚法》第9条根据违法行为人的主观状态、违法行为所造成的损失以及社会危害性综合评价,由轻到重递进排列了行政处罚类型。警告是行政处罚措施中最轻的一种处罚类型,而且通报批评已作为独立的行政处罚类型,因而,对于警告类行政处罚决定的公开没有必要,否则警告与通报批评就失去了分开规定的意义。罚款属于一种金钱之债,较轻的罚款,如对于公民200元以下,法人或者其他组织3000元以下的罚款,不需要予以公开。换言之,适用简易程序处理的处罚决定不需要公开,无论是警告还是小额罚款,都属于对相对人或者相关人权益影响不大、违法事实清楚、社会危害性不大的处罚。因而,没有公开的必要性。〔29〕而适用听证程序的处罚决定则相反,适用听证程序的处罚大多都是较严重的行政处罚:有的严重影响被处罚者的财产权,如较大数额的罚款以及没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物;有的影响到被处罚者的经营自由,如责令停产停业、责令关闭、限制从业;有的影响被处罚者的劳动权,如降低资质等级,吊销许可证件等。该类处罚决定的公开有利于保障行政处罚权的合规行使,使得相对人知道如何进行权利救济。因而,对于适用听证程序的行政违法行为应当予以全部公开。〔30〕

(二) 主动公开类政府信息中的行政违法行为

《政府信息公开条例》第19条规定政府信息公开的原则性规定,形式上是为了满足社会公众知情权,实质上是为了实现对公共利益的合理分配,功能上是为了保障社会公众的实质性参与。《政府信息公开条例》第20条规定了主动公开的内容,主要是行政机关的履职依据、机关简介、规划信息、统计信息、行政许可、行政处罚与强制、预算与决算、收费项目、政府采购、重

〔26〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文。

〔27〕 参见前引〔7〕,杨伟东主编书,第17页。

〔28〕 参见前引〔6〕,王锡锌文。

〔29〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文,第1629页。

〔30〕 参见前引〔9〕,袁雪石书,第291页。

大项目、招考录用，以及其他法定公开信息。^{〔31〕}《法治中国建设规划（2020—2025年）》中针对完善依法行政制度体系与严格规范公正文明执法提到一些重点领域执法问题，如食药、公共卫生、生态环境以及劳动保障等与社会公众息息相关的领域，确保行政执法的公开透明，接受社会监督，该类信息应当予以全部公示。《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》第6条规定：“行政执法单位适用一般程序作出的行政处罚决定，应当向社会主动公开。”第13条规定：“行政处罚案件信息主动公开满5年的，不再主动公开。被处罚当事人是自然人的，主动公开满2年的，不再主动公开。行政执法单位应当将不再主动公开的行政处罚案件信息从公开平台上撤下。公民、法人或者其他组织需要查询的，可以依法申请政府信息公开。”《北京市优化营商环境条例》第63条根据市场主体违法行为所造成的后果，将其分为一般违法行为与严重违法行为，前者最短公示期为3个月，最长为1年，后者公示期为1到3年。《浙江省行政处罚结果信息网上公开暂行办法》第8条规定行政机关在作出处罚决定或者变更处罚决定的一定期限内将处罚结果予以公开。

主动公开类政府信息是政府信息中最重要、最核心的信息，针对该类违法行为应当全面予以公开，以便社会公众能够知悉相关政府信息。政府信息公开作为新型社会治理方式，其首要功能在于实现对行政机关的监督，不忘行政机关行使权力的“初心与使命”。在一个民主、法治的国家中，政府信息公开制度是一个较为有效的权力防腐剂，通过政府信息公开倒逼行政机关依法行政。而对于公民来说，由宪法、法律所确认的权利能否得以有效实现，也依赖于政府信息公开及其公开程度，即政府信息公开具有限制权力行使、保障权利实现的双重功能。阳光是最好的防腐剂，路灯是最好的警察，将行政处罚权置于阳光之下有助于实现对于国家权力的监督，规范行政权力的运行，将行政处罚公开裁量控制在合理区间内，保障公众实质性民主参与，防止行政权力腐败，提升行政执法的能力与水平，进而实现公民对于行政权力的信任。

• 147 •

行政处罚决定公开于行政机关而言，可以实现处罚权的规范化，有利于实现公众对处罚结果的全过程监督，提高公众对处罚结果的可接受性；于其他社会成员而言，有助于根据法律对他人的惩戒评估自己的行为，自觉遵守法律规定；于当事人而言，会影响当事人的声誉甚至隐私权，对当事人影响很大。^{〔32〕}以公开食品药品监督检查情况为例，该领域的信息属于重大民生类信息，与社会公众的生命财产安全紧密相关，一旦出现违法情况必须全面予以公示，通过违法信息的公开警示公众，避免社会公众再次陷入购买的风险。政府信息公开能够保障社会公众对行政权行使的实质性参与，实现全过程人民民主，提高社会公众对于政策的可接受度。此外，行政处罚决定公开是一种损益性行政行为，应当对行政处罚权的行使予以限制，不能一味地牺牲个人利益去满足公共利益，要以保护重大法益为私权限制的前提。

五、“具有一定社会影响”的公共利益权衡标准

“具有一定社会影响”的认定不仅要考虑主体标准、行为标准，还需结合公共利益权衡标准予以统筹衡量。公共利益权衡标准是指，综合地将被处罚者私人权益与公开所取得的收益进行比较。

〔31〕 参见后向东：《中华人民共和国政府信息公开条例（2019）理解与适用》，中国法制出版社2019年版，第49-51页。

〔32〕 参见前引〔7〕，杨伟东主编书，第16页。

如果违法行为涉及较大的社会公共利益,如危害到国家安全、社会安全、经济安全等,该类行为必须予以全部公开。此类行为会涉及不特定相关人的权益,社会影响范围较大,将其行政处罚决定进行公开,不仅有助于恢复被破坏的行政管理秩序,还可以保护潜在的受害人,降低社会整体风险。^{〔33〕}

主体标准、行为标准与公共利益衡量标准在某些情况下有交叉,总体而言,行政违法行为的严重性与社会公共利益受侵害程度呈正相关态势,当行政违法行为严重侵害社会公共利益时,即使是被处罚者是社会公众,也应当予以全部公开,此时社会公共利益以绝对优势超过社会公众的私人利益。对于行政违法行为侵害公共利益的程度可以通过以下方式予以判定:首先,从构成要素上看,如若违法行为手段恶劣,涉案金额较大,造成严重的违法后果等,可以判断该类违法行为属于严重侵害社会公共利益。其次,从场域上看,如若违法行为危害到公共安全、经济安全甚至社会稳定,则可以认定该类行政违法行为属于严重侵犯公共利益的行为。如食药、生态环境等与社会公众生命财产安全息息相关的领域,一旦涉及该类场域,所造成的后果往往具有不可控性,受害人也不特定,此时,进行公共利益权衡时,应当偏向于公共利益,被处罚者个人利益需要让位于社会集体利益。^{〔34〕}换言之,进行公共利益权衡时,如若需要被处罚者的私人利益让位于公共利益,必须要有足够强的公共利益需要保护,才具有减损相对人权益的正当性基础。

无论是“具有一定社会影响”的主体标准还是行为标准,都需要坚持以公共利益权衡为核心。主体身份的不同以及行为的公共性都属于形式上的标准,对于“具有一定社会影响”的全面认定,还需要借助“具有一定社会影响”的公共利益权衡标准即实质性标准。《政府信息公开条例》第19条规定行政机关应当主动公开的内容,主要是与公共利益相关的政府信息,属于原则性规定。第20条以明确列举的方式规定了15种具体需要公开的政府信息,尤其是第6项将实施行政处罚的依据、条件、程序,以及本行政机关认为“具有一定社会影响”的行政处罚决定明确列入主动公开的内容。“具有一定社会影响”主要是指与社会公共利益、公共健康、公共安全有关联的行为。基于保护公共利益的需要,我们可以对公众人物的隐私权进行限制,甚至可以直接排除隐私权从而实现对公共利益的保护。而公共利益作为不确定性法律概念,在界定上也比较困难。从主体角度看,公共利益是有益于每一个人的利益,与私人利益或特殊利益相对而言,它不是某些个人、集团或阶层的特殊利益,而是全体社会成员共同的、普遍性的利益。从内容角度看,公共利益包括国家利益和社会公共利益。它不仅是目前的利益,也包括长远的利益;它不限于物质财富,还包括精神财富。^{〔35〕}行政处罚决定公开是一种威慑型规制工具,处罚决定公开可填补信息赤字,具有信息规制工具的功能。但是与一般信息工具不同,学界普遍认同处罚决定公开的核心作用是以不利信息的公开为威慑,迫使相对人守法。^{〔36〕}这种以不利后果为威慑迫使守法、以权益减损为制裁的特性,表明处罚决定公开基于传统的威慑型规制机理而产生规制效果。有学者根据侵益程度将不同执法策略划定为“规制金字塔”,由“下”而“上”侵益性逐渐加强,^{〔37〕}依

〔33〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文。

〔34〕 参见孙丽岩:《论行政处罚决定公开的利益权衡——从与刑事制裁公开的对比角度》,载《政法论坛》2021年第6期。

〔35〕 参见侯健:《公众监督与国家工作人员隐私权的立法建制》,载《复旦学报(社会科学版)》2016年第5期。

〔36〕 参见后向东:《论“信息公开”的五种基本类型》,载《中国行政管理》2015年第1期。

〔37〕 参见〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联出版社2017年版,第140页。

此标准，处罚决定公开应属“顶端”的惩戒性措施，区别于一般信息工具。

如图1所示，我们对“具有一定社会影响”进行综合判断时，应该把握临界值，即公共利益的需要。应以满足公共利益需要为限，行政处罚决定的公开或者说道德类违法信息公开并不是全部公开或者公开越多规制效果越好。如果想实现最小成本最大收益，需要对公共利益予以明确，知道公共利益的上限与下限。当公共利益上限与下限予以明确之后，我们可以将“具有一定社会影响”的认定标准界定为：第一，至上不能超过信息过载，即公开的信息不能过多，不能公开过度。该类处罚具体表现为轻微违法，社会危害程度不大，并不会涉及公共利益、公共安全，或者公开对相对人的侵害会大于公开所保护的公共利益，使得被处罚人面临“二次处罚”的风险，如果公开该类信息则是属于超出临界状态，造成信息过载。第二，至下不能低于公共利益的需要。如果“具有一定社会影响”的认定标准能够在信息过载与满足公共利益需要的区间内，则大体能够实现被处罚人私权与社会公共利益之间的动态平衡。反之，就会使“具有一定社会影响”认定出现倒退现象，即要么严重侵犯被处罚者的合法权益，违背处罚相当原则，要么不能达到信息披露或者公开威慑的效果。

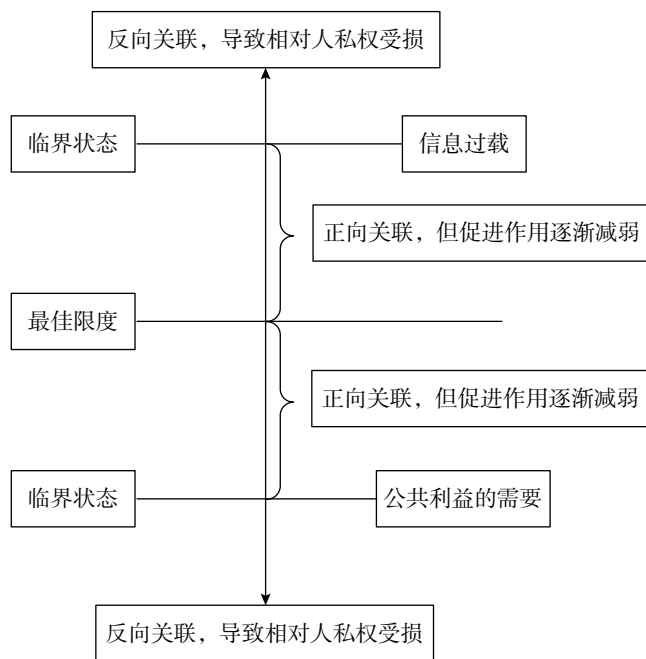


图1 “具有一定社会影响”标准界定合理区间示意图〔38〕

六、结 语

行政处罚决定的公开一方面要处理好社会公众知情权与个人隐私权之间的权益冲突，另一方面也要避免公开行为异化为合法的“窥私”。应对行政处罚决定进行类型化分析，针对不同的处罚类型，公开的程度与方式应当不同。行政处罚决定的公开尤其是道德违法类的行政处罚决定，

〔38〕 参见龚向和、黄宏伟：《经济发展要求下社会权保障的合理区间》，载《思想战线》2015年第1期。

需要采取主体、行为以及公共利益权衡三重标准进行审查。针对“具有一定社会影响”的判断，可从以下三个维度展开。首先，“具有一定社会影响”主体认定可区分处理，针对社会公众与公众人物予以不同程度的公开。公众人物作为“具有一定社会影响”认定的主体标准是基于其所具有的广泛影响力，公众人物的违法行为如果不加以公开，使其接受社会公众的监督，会使很多未成年人进行模仿，不利于弘扬社会主义核心价值观。因此，需要将公众人物的行政违法行为认定为“具有一定的社会影响”并予以公开。普通社会公众的卖淫嫖娼等问题属于个人违法问题，一般并不会引起社会群体的模仿，没有公开的必要性。其次，“具有一定社会影响”行为标准可采取类型化处理，区分风俗类、风险信息类以及普通违法行为，以是否与社会公众利益密切相关，作为行为判断的核心标准。除教育、环境保护、食品药品安全等与人民群众利益密切相关的领域，对自然人做出的行政处罚决定，应当经过脱敏处理后再公开或者隐名公开，甚至是不公开。最后，“具有一定社会影响”公共利益权衡标准的认定，公共利益是“公开”的红线，行政处罚功能的实现要积极关注相对人的信息权益，避免“二次伤害”，处罚不是目的而是手段，教育才是最终目的。如果对于相对人处罚决定的公开不守住公共利益这个红线，将会给社会带来更大的不安宁，每个人都将处于随时被公之于众的风险之中。据此，对于“具有一定社会影响”的认定应把握好公共利益这个必要限度，平衡好个体利益和公共利益之间的关系。强化社会公众对于行政机关公信力的认同感，提升行政决策的执行力，全面推进严格规范公正文明执法，促进行政权力规范透明运行，进而建立一个积极向善、公开透明的法治社会。

• 150 •

Abstract: Article 48 of the new Administrative Punishment Law limits the scope of the disclosure of administrative punishment decisions. The disclosure of administrative punishment decisions is selective rather than all, which is limited to “having a certain social impact”. However, what is “having a certain social influence” does not form a unified and clear standard, which makes the function of administrative punishment decision open has not been well realized. The identification of “having a certain social influence” has a conflict between the privacy right of the punished person and the public’s right to know, and between the performance of statutory duties and the protection of personal information. In order to effectively prevent the improper disclosure of administrative punishment decisions from causing damage to the legitimate rights and interests of the administrative counterpart, it is necessary to analyze the uncertain legal concept of “having a certain social impact” from the three dimensions of the subject identification standard, the behavior type standard and the public interest weighing standard.

Key Words: disclosure of administrative penalty decisions, with certain social influence, right to know

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

论行政处罚裁量基准的逸脱适用

王 杰 *

内容提要：裁量怠惰与滥用两种瑕疵的存在，使得作为最适控权工具的裁量基准，既要保证控权规则的普遍遵循，又要关照个案情况的特殊考量。无论是填补规则漏洞的需要，还是依法行政的要求，抑或是实质法治的需要，都可以证成个案特殊情况下，执法者基于立法目的和裁量原意之考量，例外逸脱适用裁量基准的正当性。为了减轻逸脱适用可能导致的权力滥用风险，又有必要通过事前设定正当合理的逸脱启动条件、事中提供具体翔实的逸脱操作程序、事后创设安全可靠的逸脱监督机制之方式，确保逸脱行为始终作为一种合法的、例外的、必要的、谦抑的裁量基准调节装置而存在。

关键词：行政处罚 行政裁量 裁量基准 基准逸脱 个案正义

• 151 •

一、问题的提出

如何防止权力滥用，一直是过往裁量研究中的核心议题，以致论及裁量必称控制。施瓦茨更是认为，行政法就是一部关于自由裁量权的控制法。^{〔1〕}面对“裁量权控制”这一行政法学领域的“哥德巴赫猜想”，学术界大致形成了“消除不必要裁量权，对必要裁量权进行立法、行政与司法控制的三重控制论通说”^{〔2〕}。但是，疲软的立法规制与空洞的司法审查，导致行政裁量权的控制逐渐发生了由外到内的方向转移。一种强调树立行政机关内部优良行为范式、完善政府自我控制体系、架构可操作性规则系统的内部行政法观念日益勃兴。^{〔3〕}作为自制工具出现的行政处罚裁量基准就是这种观念的产物，并在制度竞争中逐渐成为最适裁量治理模式，裁量权控制由此迈入了行政自制的时代。2021年修订的《行政处罚法》第34条也新增了“行政机关可以依法制定行政

* 王杰，中国政法大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年版，第566页。

〔2〕 章志远：《行政法学总论》，北京大学出版社2014年版，第288-289页。

〔3〕 参见刘福元：《行政自制：探索政府自我控制的理论与实践》，法律出版社2011年版，第145页。

处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权”的规定。

我们不能否认行政处罚裁量基准制度的控权价值,及其对于依法行政和法治政府建设的正面意义。尤其是在当前的法治中国实践背景下,行政处罚裁量权仍然存在着内容宽泛、行使随意、监督不可及等问题,强调规则式控权逻辑的建构作用,应当被视作法治意识觉醒前的黎明曙光。^{〔4〕}但是,我们同样不能无视行政处罚裁量基准适用过程中出现的诸多问题。一方面,部分裁量基准缺乏足够的科学性,规范之间存在效力的冲突,导致执法人员在规则选择中迷失自我,最终放弃对于最佳裁量基准的适用。另一方面,行政裁量权细化过度,裁量基准内部拘束力过于刚性,缺少个案变通执行的特殊规定,存在着挤占裁量空间、剥夺裁量权限、僵化裁量适用的风险。这些问题使人们不得不重新思考裁量基准控权逻辑的科学性以及规则遵守的必然性。既要保证控权规则的普遍遵循,又要关照个案情况的特殊考量,裁量基准面临制度目的的调整与转型。

为了缓和行政处罚裁量基准适用过程中存在的裁量与规则之间的固有矛盾,使得处罚裁量权的行使既不至于恣意滥用也不至于机械僵化,有必要在坚持行政处罚裁量基准作为最适控权工具的基础上,建构一套特殊场景下的裁量基准逸脱适用制度。如果在个案特殊情况下,适用裁量基准将不利于司理个案正义,执法者可以基于立法目的和裁量原意之考量,合理运用自身裁量权限,选择不适用裁量基准,转而直接依据上位法作成行政处罚决定。通过这种方式重新引入裁量权限与裁量空间,肯认裁量权存在的价值和意义,有利于更新行政处罚裁量权的建构理念,推动裁量基准制度的补充与完善,避免广泛制定的行政处罚裁量基准变成法治建设进程中的“观赏法”,实现行政处罚裁量权在规范与僵化之间的灵活游走。

其实,自2007年的“周文明诉文山交警案”^{〔5〕}后,学术界关于裁量基准逸脱适用的讨论就已呈现相当规模。^{〔6〕}已有文献主要着眼于裁量基准逸脱适用的正当性基础以及逸脱适用的约束机制建构。例如,有学者认为,“行政机关对于裁量基准并未予以揭示的事项,仍然负有个别情况考虑的义务”^{〔7〕},也有学者认为“任何机械地、僵化地适用裁量基准行为,不顾执法效益和个案正义的做法,都是不能被接受的,都应当受到严厉的批判”^{〔8〕}。同时,为了避免个案逸脱破坏裁量基准遵照适用形成的整体秩序,逸脱条款的设置原则、^{〔9〕}逸脱适用的理由说明、^{〔10〕}逸脱决定的集体讨论、^{〔11〕}逸脱行为的司法审查,^{〔12〕}都成为我国学者最常论及的裁量基准逸脱适用约束

〔4〕 参见王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,载《法学研究》2008年第5期。

〔5〕 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。

〔6〕 比较有代表性的文章如下,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》,载《交大法学》2011年第1期;王天华:《司法实践中的行政裁量基准》,载《中外法学》2018年第4期;熊樟林:《论裁量基准中的逸脱条款》,载《法商研究》2019年第3期;周佑勇:《裁量基准个别情况考量的司法审查》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;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》,载《辽宁行政学院学报》2013年第4期。

〔7〕 周佑勇:《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》,载《法学家》2011年第4期,第9页。

〔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》,载《清华法学》2008年第3期,第78页。

〔9〕 参见前引〔6〕,熊樟林文。

〔10〕 参见王贵松:《行政裁量基准的设定与适用》,载《华东政法大学学报》2016年第3期;章志远:《行政裁量基准的理论悖论及其消解》,载《法制与社会发展》2011年第2期。

〔11〕 参见谭冰霖:《论行政法上的减轻处罚裁量基准》,载《法学评论》2016年第5期。

〔12〕 参见前引〔6〕,王天华文,《司法实践中的行政裁量基准》;前引〔6〕,周佑勇文。

机制。

总体观之，一方面，关于逸脱行为正当性的讨论仍然停留在抽象的个案正义理论，缺乏更深层次与更加具体的学理支撑；另一方面，并没有足够的实证经验表明，过于偏重程序控制的裁量基准逸脱适用约束机制，能够有效引导逸脱行为的规范行使。正是基于上述背景的考量，本文选择以行政处罚裁量基准逸脱适用为研究对象，通过深入探寻正当性基础、全面描摹实践图景、系统建构行为规范的方式，希冀对于行政处罚裁量基准的适用规则加以整饬与调适，使得处罚权力的行使能够真正回归能动行政的裁量本质。

二、超越个案正义的逸脱行为正当性

个案正义要求执法者在例外场景中逸脱适用行政处罚裁量基准，但如果动辄援引抽象的正义理论，肯认逸脱行为的正当性，又可能诱发规则式控权目标的幻灭，^{〔13〕}因而有必要在个案正义的基础上进一步探寻逸脱行为的正当性理据。

（一）逸脱裁量基准是填补规则漏洞的需要

1. 规则式控权逻辑具有天然局限性

作为一种“规则之治”，裁量基准拥有无法克服的天然局限性。任何不适当的裁量基准，都对实现裁量目的无所助益，注定会出现“规则的漏洞”。首先，裁量基准在保证一般正义的情况下，难免丧失对于个案正义的追求，这种不能因案适用的性格，忽视了个别案件的特殊情况，执法者只能机械地满足基准规范的要求。其次，具有确定性特征的裁量基准作为一种“凝固的智慧”，无法预见未来可能发生的一切情况，不管怎样都会存在规范的缺漏与盲区，从某种程度上来讲，任何裁量基准都是千疮百孔的。最后，运动化的裁量基准制定浪潮，带来了规则数量的激增，但这只会助推执法者精心挑选需要遵循的规则，以致事实上扩大而非缩小了裁量空间。

2. 逸脱符合个案裁量的原则属性

规则漏洞的存在，决定了裁量基准的运作仍然不能缺少人的参与。因此，在个别疑难案件中，我们必须肯认执法者跳脱裁量基准束缚、重新获得个案裁量空间的合理性。疑难案件中的个案裁量，实际上就是作为规则例外形态的原则，在发挥填补规则漏洞的作用。相较于作为一种确定性命令的规则，原则更加信奉最佳化命令的诫命，着重展现规则的不确定性，赋予适用者相当程度的选择空间，具有自由裁量的特征与属性。^{〔14〕}与司法审判人员面对疑难案件不得拒绝审理一样，行政执法者也不能够在裁量基准存在规则漏洞时拒绝作成具体行政行为，相反，还应当个案特殊情况下主动逸脱适用裁量基准，运用公法原则的精神填补裁量基准的规则漏洞。

（二）逸脱裁量基准是依法行政的要求

1. 不具有绝对性的信赖保护原则

如果裁量基准能够成为信赖保护原则的诸多客体形式之一，^{〔15〕}似乎就可以借助该原则来保

〔13〕 参见前引〔6〕，熊樟林文。

〔14〕 参见陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，载《法学研究》2006年第5期。

〔15〕 参见前引〔10〕，王贵松文。

障裁量基准的法律效力,拒绝执法者逸脱裁量基准作成行政处罚的行为。毕竟相对人可以主张,自己基于对裁量基准规范权威的尊重,以及对行政机关过往执法方式的信任,有理由产生值得法律保护之“过去如何执法,现在亦会如此”之合理预期。^{〔16〕}行政机关因而必须严格遵守裁量基准,不能随意搁置适用,以免破坏相对人对于基准文本的认同与遵从,维护法秩序的安定。

但是,裁量基准真的可以成为信赖保护原则的信赖基础吗?有观点指出,信赖保护原则不一定是裁量基准拘束力得以产生的基础,任何基于相对人信赖利益保护而僵化适用裁量基准的行为都是值得批判的。^{〔17〕}无论是制定程序的非严格性与非正式性,还是规范内容适用的非僵化性,都决定了裁量基准只是一种低位阶的行政自制规范。行政自制规范区别于效力层级更高的法律规范,也区别于概念意涵清晰的具体行政行为,因而即便是适用撤销的法定程序,作为行政自制规范的裁量基准所能产生的信赖利益也是极其薄弱的。^{〔18〕}相对人之于裁量基准的信赖基础并不可靠。为了最大程度地实现公共利益,对于相对人的信赖利益保护主张,应当保持高度审慎的态度。

如果说上述观点已经觉察到裁量基准可能并不必然符合信赖保护原则的适用要求,那么“信赖保护原则与行政处罚裁量基准不存在任何实际联系”^{〔19〕}的观点则更加具有冲击力。实际上,信赖保护原则的适用范围本就十分狭窄,仅能在违法的行政给付决定领域予以适用,^{〔20〕}法国更是将其限制在比行政给付更为狭窄的创设权利处分上。之所以如此,首先是因为合法的行政给付行为可以依据依法行政原则继续自身的存续力保护,而与行政给付相对的负担行为,也不会因行为的撤销或废止而减损相对人权益,故不存在信赖保护的问题。其次,对于作为上位法具体化的行政处罚裁量基准而言,几乎不存在合法性的问题,个案情况考量也只是为了让裁量权行使得更加合理。最后,作为一种典型的负担行为,行政处罚并不满足行政给付的行为特征。因此,行政处罚裁量基准想要借助信赖保护原则主张法律效力,几乎是不可能的。

2. 逸脱符合依法行政原则的要求

之所以否定信赖保护原则对于裁量基准适用的绝对效力,肯认逸脱适用裁量基准的容许性,根本原因在于授权法对于灵活而非僵化实现裁量正义的目标追求,这也正是依法行政原则的核心要义。如果特殊情况下仍然要求执法者严守裁量基准,不考虑个案正义,坚持漫无边际的信赖保护,无疑是有违授权法原意的。相反,允许执法者逸脱裁量基准,重新回溯至上位法赋予的裁量权限内作成行政处罚决定,才是其贯彻依法行政原则的良好表现。此外,信赖保护原则能否构成一个独立的公法原则尚存争议,如果从规范适用的维度进行观察,信赖保护原则的核心要义早已完全包容在了具体的法规范之中,这从域外行政程序法的某些规定中就可窥见一斑。^{〔21〕}换言之,任何适用信赖保护原则的主张,都不能逸脱依法行政原则的核心范畴,其毋宁是作为依法行政原则的应有之义而存在。因此,当个案特殊情况出现时,信赖保护应该让位于依法行政,首先考虑

〔16〕 参见前引〔6〕,熊樟林文。

〔17〕 参见周佑勇、周乐军:《论裁量基准效力的相对性及其选择适用》,载《行政法学研究》2018年第2期。

〔18〕 参见周佑勇:《裁量基准的变更适用是否“溯及既往”》,载《政法论坛》2018年第3期。

〔19〕 熊樟林:《行政裁量基准运作原理重述》,北京大学出版社2020年版,第104页。

〔20〕 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》,载《法学研究》2010年第6期。

〔21〕 参见前引〔20〕,刘飞文。

逸脱裁量基准之适用，而非羁绊于相对人不那么稳固的信赖利益。

需要进一步追问的是，既然逸脱适用裁量基准是依法行政原则的要求，那么遵照适用裁量基准难道就不是践行依法行政原则的表现吗？毕竟裁量基准也是一种“法规范”。这个问题的解答，需要我们先理清“裁量基准的性质是什么”以及“依法行政所依何法”两个问题的答案。一方面，行政法规和规章是我国《立法法》限定的两种行政立法类型，很显然，在制定主体权限不明与性质效力认识不一的现实面前，裁量基准并不能归类于行政立法的类型之列。同时，作为一种具体化上位法规范的技术工具，裁量基准又缺乏法律制定的民主性与程序性，这使其效力位阶始终低于作为裁量授权法的上位法，不具有法律渊源的性质，更多被当作一种不具有强制执行力的行政软法、行政规则或者非立法性规则。^{〔22〕}另一方面，为了维护代议制确立的秩序观念，服膺代议机关的规范制定权威，确立立法权与行政权之间的位阶序列关系，依法行政原则所依之法，只能是作为最高立法机关的议会遵循民主、正当的规范创制程序制定的最狭义法律。^{〔23〕}

（三）逸脱裁量基准是实质法治的需要

1. 形式法治面向的遵照适用

面对法律授予的行政裁量权，作为领受者的行政机关出于规避不相关因素侵扰的考量，通过理性的规则设计创设出了规范裁量权限、缩减裁量空间、可以计算和预测裁量运作方向的裁量基准制度。基准制定者相信，通过建立具有规范形式的裁量基准约束权力，显然要比倚赖执法者不可捉摸的自由裁量更为可靠。可以看出，奉行规则式控权逻辑的裁量基准具有浓厚的形式法治色彩，同样主张权力需要经过理性规范，同样信奉规则的价值无涉，同样追求行政行为的可预测与可计算，笃信只要严格适用作为裁量运作规则的基准文本，做到相同情况相同对待，遵循行政执法实践中积淀的经验惯例，就能实现追求公平正义的裁量价值和目标。

然而，一视同仁、不得差别对待的形式法治，掏空了裁量基准保障公民自由、限制政府权力的实质内核，并不能带来真正意义上的平等与公正。相反，不顾个案差别、不具体问题具体分析、盲目呆板地适用裁量基准，只会持续背离平等对待的正义要求，同时也会不断消减整个社会对于法治权威的信仰力与遵从度。表面看来，这只是裁量基准制度遭遇的困局映射，但深究其理，则会发现这是形式法治必然失败的现实表现。推崇“使人的行为符合规则治理目标”的形式法治并不乏合理性，但如果将其推向极致，当法律规则适用结果导致的不正义将达到不可容忍的程度、仍然不允许偏离规则以追求个案正义时，法律本应具有的实质理性将被悉数隐匿，个案当事人的人格尊严也将遭受无视，这无疑具有极大的危险性。^{〔24〕}

2. 实质法治面向的个案逸脱

形式法治失败的教训告诫我们，法治不仅需要追求规范形式上的理性，同时也需要满足社会价值观的基本要求，得到严格遵从并不是法律的根本目的，而只是追求最大正义的手段与途径。有必要在法律的形式框架下重新进行自由、平等、民主、正义等实质价值的填补与嵌入，以便在

〔22〕 参见高秦伟：《美国行政法上的非立法性规则》，载《法商研究》2011年第2期。

〔23〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

〔24〕 参见赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度》，法律出版社2012年版，第30页。

形式主义法治观的基础上,进一步践行实质主义法治观的目标要求。^{〔25〕}

裁量基准虽然没有经过民主正当的制定程序,尚且达不到议会制定法的理性高度,但对于执法者而言,必须遵从与适用的事实拘束力仍然存在。这种事实拘束力固然有利于抑制行政裁量权的滥用,但裁量权的运作也会因为裁量基准的过分拘束而变得机械僵化,这就好比舞者戴着脚镣跳舞,难以真正实现个案的实质正义。^{〔26〕}正确的做法还是应该正视个案特殊情况,系统考量相对人的违法情节与裁量基准的适配性,坚持相同情况相同对待、不同情况不同对待的实质平等观,允许执法者例外逸脱适用裁量基准的规定,重新探寻授权法的裁量原意,追求个案实质正义。此举可能会招致“无视裁量基准的规则性,放纵自由裁量权滥用”的形式法治诘难。^{〔27〕}但是,主张追求个案正义的实质法治,并不等同于规则的破坏者,也不是自由裁量广泛存在及滥用的原因。强调具体情况具体分析,不是放纵执法者自由裁量,而是指出了法律对于行政执法的道德要求,可以指导执法者更好地行使行政裁量权,保障个案当事人的基本权利。

三、充满误解与分歧的逸脱适用实践

在逸脱行为正当性得证的基础上,本部分将通过检视裁量基准文本中的逸脱条款、行政执法实践中的逸脱行为以及司法审查程序中的逸脱现象,力争进一步勾勒出一幅裁量基准逸脱适用的现实图景。

(一) 逸脱规范制定现状

1. 正面设定逸脱条款

为了让下级机关百分之百地执行裁量基准,裁量基准制定机关通常不愿意在基准文本中直接正面地设定逸脱条款。这个结论可以得到相关数据的佐证。如在现行有效的1812篇行政处罚裁量基准文本中,^{〔28〕}存在“执法者在个案特殊情况下可以暂时搁置适用裁量基准”之类规范表述的文本仅有14篇,占比不足千分之八,裁量基准制定机关对于逸脱行为的直观态度可见一斑。

14篇正面设定逸脱条款的裁量基准,集中分布于浙江、江苏、重庆、北京、宁夏五个省级地方以及公安行政处罚领域。浏览这些基准文本可以发现,各个行政机关对于逸脱行为的认知水平参差不齐。例如,重庆市只是原则性地加以规定,如果不执行裁量基准,行政机关的处罚决定书应当说明理由。而公安部的处罚裁量基准则进一步认为,如果确实存在个案特殊情况,那么可以偏离裁量基准作成行政处罚,但必须有充分的理由,并且需要遵循严格的审批与集体讨论程序。内容最为翔实的莫过于浙江省,其基准办法为执法者逸脱适用裁量基准设定了详细的条件与程序,即“适用行政处罚裁量基准将导致个案处罚明显不当的,行政处罚实施机关可以在不与法

〔25〕 参见前引〔24〕,赵宏书,第33页。

〔26〕 参见前引〔7〕,周佑勇文。

〔27〕 参见李桂林:《实质法治:法治的必然选择》,载《法学》2018年第7期。

〔28〕 行政处罚裁量基准参考文本来源于北大法宝法律法规数据库,以“处罚 AND 裁量”为标题关键词进行检索,共得到现行有效参考文本1812篇,其中部门规章1篇,部门规范性文件17篇,部门工作文件1篇,地方政府规章15篇,地方规范性文件1336篇,地方工作文件442篇,最后检索时间:2020年9月1日。

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”。同时，“裁量基准非由本机关制定的，还应当将处罚实施情况报制定机关备案”。

缺乏正面设定的逸脱条款，是各领域及各地行政处罚裁量基准文本普遍存在的问题。即使存在正面设定的逸脱条款，基准制定机关也大多不能完全体认该制度存在的重要意义，导致机械僵化适用裁量基准的裁量怠惰风险一直存在。

2. 间接保留逸脱接口

相较于逸脱适用裁量基准直接规定的阙如，各地裁量基准文本中的许多制度装置，又为执法者间接逸脱适用裁量基准预留了较大空间，集中表现为大量条文规定了情势变更、集体讨论、例外条款等内容。

首先，当行政机关在具体执法活动中遇到裁量基准不能囊括的个案特殊情况时，可以认为发生了基准文本不适应执法实际的情势变更，从而催生逸脱基准适用的可能，并为裁量基准的补充、修订和完善积累实践经验。其次，集体讨论主要适用于重大复杂案件的处理，一旦个案执法环境变得疑难复杂，执法部门负责人不得不就该案进行集体讨论，逸脱适用裁量基准自然就会成为一种可资选择的潜在行为模式。最后，例外条款往往作为处罚先例制度的配套规范存在，主要是指执法者可以主张个案情况属于行政处罚先例制度未予规定的例外情形，进而逸脱裁量基准的适用，因为参照先例并不妨碍执法者在说明特殊理由的前提下做出例外裁量。^{〔29〕}

不管以上内容是规范创制的无意疏漏，还是制定机关的有为之为，裁量基准文本中广泛存在的间接逸脱规定，都会因为缺少合理设定的逸脱前提与完备齐整的逸脱程序，而间接打开行政机关逸脱适用裁量基准的大门，增加行政机关任意逸脱的裁量滥用风险。

3. 严禁任何逸脱行为

虽然正面设定逸脱条款与间接保留逸脱接口都不能完全实现规范基准适用、避免裁量僵化的制度目标，但二者至少初步体认了逸脱行为的正当性机理。严禁任何逸脱行为，将逸脱视为裁量基准控权逻辑背反者的观点，则可能会把基准适用推向极致僵化，从而抛弃对于个案实质正义的追求。比较遗憾的是，这种观点竟然是当前裁量基准制定运动化浪潮中的主流，诸如“任何不执行裁量基准的行政机关及其负责人，都将遭受严肃责任追究”之类的规定，频繁出现在各种行政处罚裁量基准文本中。

事实上，各级行政机关都喜欢将裁量基准适用情况与行政执法责任制度挂钩，对于不执行或者乱执行裁量基准的行为，要进行扣分处理，并永久记入个人档案，同时依法给予相关当事人行政处分。^{〔30〕}更有甚者，直接规定年度依法行政考核不得评定为合格。^{〔31〕}之所以如此，主要还

〔29〕 如辽宁省《关于规范行政处罚自由裁量权工作的实施意见》即规定：“……参照先例，并不妨碍行政执法机关在说明特殊理由的前提下做出例外的裁量。”

〔30〕 参见《襄樊市规范行政处罚自由裁量权工作方案》（襄樊政办发〔2009〕37号）；《巴彦淖尔市人民政府办公厅关于印发规范行政处罚自由裁量权工作实施方案的通知》（巴政办发〔2011〕28号）。

〔31〕 《江西省关于继续做好规范行政处罚自由裁量权工作的实施方案》（赣府法办字〔2009〕7号）第4点规定：“对工作不力或者不执行行政处罚自由裁量权细化标准的，要追究行政执法机关领导和有关人员的责任，年度依法行政考核将不得评定为合格。”

是因为各地裁量基准制定机关一刀切地认为, 只要没有执行裁量基准, 就是工作不落实、^{〔32〕} 就是违背合理行政、^{〔33〕} 就是滥用行政处罚自由裁量权^{〔34〕}的行为。基于趋利避害的人性判断, 估计没有人会为了追求不甚明晰的个案正义, 而愿意遭受工作不力的评议考核责难。如此规定在某种程度上变相取消了行政执法人员应有的个案裁量权限, 同时加剧了行政执法人员机械僵化适用裁量基准的风险。

(二) 逸脱执法实践现状

1. 逸脱怠惰

有时候, 执法者会囿于裁量基准制定机关的权威, 以及行政执法责任制与依法行政评议考核制的束缚, 主动限缩甚至放弃自身拥有的个案裁量权, 机械僵化地适用裁量基准作成处罚决定, 这就是逸脱怠惰。逸脱怠惰不利于执法者主观能动性的发挥以及裁量创造力的释放, 无法针对个案情况作出与之匹配的处罚决定, 最终削弱了上位法授予裁量权目标的实现可能, 是一种行政不作为的懒政表现。之所以如此, 主要是受到了公共政策与行政惯例两大因素的影响。

将公共政策嵌入裁量活动之中, 固然有助于执法者抵御人情因素的干扰与侵蚀, 但过多依赖公共政策同样可能产生裁量怠惰, 阻塞个案正义的实现。例如, 在“肖鑫辉与宁乡客管局案”中, 针对原告肖鑫辉的网约车客运行为, 被告宁乡客管局直接依据市交通局《2019年防风险、保安全、迎大庆“打非治违”专项行动工作方案》关于“行动期间任何违章行为都必须从严处理”的要求, 决定从严从重地给予第一次违法的肖鑫辉罚款20000元的行政处罚。^{〔35〕}这种公共政策助推下的“从严处理”与“顶格处罚”, 无视个案特殊情况的考量, 自我放弃行政裁量权的行使, 将一个未向管理对象公示发布的内部专项行动方案作为处罚依据, 既不符合过罚相当的处罚原则, 也有违依法行政的法治要求。类似的案例还有许多, 如“重庆烟民被拘案”、^{〔36〕}“郭学勋与金塘分局案”、^{〔37〕}“林木银与海口交管局案”^{〔38〕}等等。

当以成文法为代表的规则控权模式出现漏洞时, 作为个案执法经验累积与总结的行政惯例, 往往就会凭借自己的成熟规范性补齐规则的漏洞。对于秉持规则式控权逻辑的裁量基准而言, 行政惯例也是其重要的实质渊源。^{〔39〕}正因如此, 行政惯例成为执法人员裁量权行使的规范指引。但是, 行政惯例在提高执法水准时, 也滋生了裁量怠惰, 助长了行政专横。例如, 在“何友庆与香洲交警案”中, 被告香洲交警以该市道路交通行政处罚均由电脑系统自动设定, 自己没有任何自由裁量权限, 无法调整与选择罚款额度为由, 对未及时撤离事故现场的原告何友庆直接顶格罚款500元。^{〔40〕}虽然基于电脑平台实施处罚已经成为香洲交警处理交通违法行为的一种行政惯例,

〔32〕 参见《娄底市规范罚款行政处罚自由裁量权暂行规定》(娄政发〔2009〕26号)。

〔33〕 参见《吉林省法制办关于规范行政处罚自由裁量权工作意见》(吉政办发〔2008〕10号)。

〔34〕 参见《陕西省规范行政处罚自由裁量权规定》(陕政办发〔2010〕118号)。

〔35〕 参见长沙铁路运输法院(2020)湘01行终112号行政判决书。

〔36〕 参见章志远:《“烟民被拘案”呼唤理性对待裁量基准》,载《行政法学研究》2009年第4期。

〔37〕 浙江省舟山市定海区人民法院(2015)舟定行初字第7号行政判决书。

〔38〕 海南省海口市中级人民法院(2019)琼01行终184号行政判决书。

〔39〕 参见郑雅方:《论行政裁量基准的实质渊源——以行政惯例为例》,载《法制与社会发展》2010年第3期。

〔40〕 参见广东省珠海市中级人民法院(2015)珠中法行(行政)终字第34号行政判决书。

但参照行政惯例不代表取消裁量权，香洲交警僵化适用电脑平台设定的裁量基准，不具体情况具体分析，无疑就是一种裁量怠惰的表现，背离了追求个案正义的裁量原意。

2. 逸脱滥用

与逸脱怠惰相对，执法者有时又会出现逸脱滥用，即无视裁量基准的控权功用，误解裁量基准的规范性质，陷入规范冲突的抉择囹圄，以致突破自身的裁量权限，随意逸脱适用裁量基准作成处罚决定。逸脱滥用的必然结果就是裁量基准控权价值的完全丧失，裁量权又将回到立法授权时的模糊与不稳定状态，成为行政机关专断恣意的助推器。之所以如此，一方面是因为对裁量基准的性质没有一个统一的认识，另一方面则是因为执法过程中存在着规范适用之间的位阶冲突。

关于裁量基准的性质，理论界存在着“规则化裁量基准观”^{〔41〕}与“具体化裁量基准观”^{〔42〕}两种不同的学说观点。这种不统一的观念认知直接导致了执法实践的混乱，以致不少执法者认为裁量基准只是作成处罚决定的辅助参考装置，不需要严格遵照执行，随意逸脱现象频现。例如，在“欣琦公司与安义质监局案”中，被告安义质监局认为工商处罚裁量基准只是一个可以参照的规范性文件，并不可以作为行政处罚的具体依据使用，自己选择适用商标法而非执行标准的做法并无不当。^{〔43〕}而在“王兴秀与永新派出所案”中，被告永新派出所更是选择无视“行政机关拟做出不予处罚的行政决定，应当在案件会商过程记录以及处罚决定文书中予以理由说明”的裁量基准规定，直接适用《治安管理处罚法》作成不予处罚的行政决定。^{〔44〕}

同时，由于裁量基准的产生不需要法律授权，凡是拥有裁量权的行政机关一般都可以设定裁量基准，以致极易产生规范适用上的冲突。这既包括同机关新旧裁量基准的冲突，也包括上下级机关裁量基准的冲突，还包括裁量基准与法律规范的冲突。^{〔45〕}无疑，这些规范冲突加大了执法者正确选择规范适用的难度，同时也助长了其逸脱适用最佳裁量基准的恣意。例如，在“天地缘网吧与崂山文化市场执法局案”中，被告崂山文化市场执法局面临多个可以选择的执法依据，^{〔46〕}最终选择逸脱《山东省文化厅行政处罚裁量基准》，而以另外两个规范性文件作为处罚依据。^{〔47〕}显然，此处的执法者陷入了裁量基准正确适用的选择困局，裁量权滥用的风险也因而变得更加不确定与不可控。

（三）逸脱裁量基准的司法审查现状

1. 当作法律渊源的裁量基准

当作法律渊源的裁量基准论者认为，裁量基准本质上就是一种行政立法，^{〔48〕}根本目的在于细化裁量标准、压缩裁量空间、建构裁量运作，具有设定目的上的正当性。只要经过法院单独审

〔41〕 前引〔4〕，王锡铨文，第40页。

〔42〕 王天华：《裁量标准基本理论问题议》，载《浙江学刊》2006年第6期，第127页。

〔43〕 参见南昌铁路运输中级法院（2018）赣71行终32号行政判决书。

〔44〕 参见兰州铁路运输法院（2017）甘7101行初636号行政判决书。

〔45〕 参见前引〔17〕，周佑勇、周乐军文。

〔46〕 分别是国务院《互联网上网服务营业场所管理条例》《山东省文化厅行政处罚裁量基准》与青岛市《互联网上网服务营业场所管理行政处罚事项自由裁量标准》。

〔47〕 参见山东省青岛市中级人民法院（2017）鲁02行终850号行政判决书。

〔48〕 参见前引〔8〕，余凌云文。

查后认定不违反法律规定,裁量基准就可以获得一个依据地位,^[49] 行政执法人员就必须遵照执行。加之裁量基准本身具有的内容说服力,可以为行政行为的合法性审查创造客观化的操作可能,^[50] 故不可把裁量基准当作一种可有可无的东西,随便搁置裁量基准的适用^[51]。这种对于裁量基准法律效力的承认,意味着对“当作法之具体化的裁量基准”命题的驱逐,裁量基准法源论因而可以在作为旧时代教义的裁量二元论中找到家族基因。裁量就是裁量,法律就是法律,彼此之间不存在任何关联,^[52] 司法审查也不可以干涉裁量决定的作出过程。因而,行政机关作出的逸脱适用裁量基准行为,应当得到司法机关的尊重,这也是司法机关恪守权力分工原则的重要表现。在我国的司法实践中,持上述论者不在少数。

例如,在“润硕种子公司与大城县农业局案”中,大城县人民法院就认为:“河北省种子管理处罚裁量基准是对《种子法》等法律规定的行政处罚标准进行量化和细化的结果,其目的在于指导行政执法工作的具体实施,使得行政处罚在合法性的前提下更具合理性,该规范性文件与上位法的规定并无抵触,故被告适用其作成行政处罚并无不当。”^[53] 在“潘宝全与长春北站派出所案”中,长春市中级人民法院也认为:“裁量指导意见虽然不属于法律规范,但属于行政机关制定的,与上位法不相抵触的指导意见,有利于规范行政机关的裁量权行使,下级行政机关应当遵循。”^[54] 而在“德威涂料公司与南通生态环境局案”中,南通市中级人民法院更是认为:“出台《启东市环境行政处罚自由裁量权适用规定》是为了指导本市各级行政机关探寻上位法的授权原意,谨慎把握与行使自身的行政裁量权,以便实现追求公共利益的行政本质,该规定符合上位法的精神要求,启东环保局在作出处罚决定时参照这一规定,可以避免处罚的随意性和不规范性,法院对其予以尊重并无不当。”^[55]

2. 当作法之具体化的裁量基准

与上述观点相反,当作法之具体化的裁量基准论者认为,法律之所以授予行政机关裁量权,就是为了能够在纷繁复杂的社会生活中,坚持具体问题具体分析,进而实现个案裁量正义。因而,即便是具有设立正当性的裁量基准,也不能要求行政机关必须无条件地严格遵照适用。相反,坚持个案考量作为一项行政义务,始终具有存在的必要性。^[56] 这种对于个案特殊情况考量义务的承认,直接否定了某些学者主张的裁量基准法律效力说,毕竟裁量基准只能成为法规范的一种具体化形式。^[57] 真正约束下级行政机关的仍然是上位法规范本身,所以没有遵照裁量基准作成具体行政执法决定也不必然违法。^[58] “裁量就是裁量、法律就是法律”的非黑即白式思维模式不再有效,裁量与法律重新具有了不可分割的联系,授权法圈定的范围构成了行政裁量的活动

[49] 参见前引〔6〕,周佑勇文。

[50] 参见熊樟林:《裁量基准在行政诉讼中的客观化功能》,载《政治与法律》2014年第8期。

[51] 参见高秦伟:《论行政裁量的自我拘束》,载《当代法学》2014年第1期。

[52] 参见王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,载《行政法学研究》2006年第1期。

[53] 河北省大城县人民法院(2018)冀1025行初46号行政判决书。

[54] 吉林省长春市中级人民法院(2019)吉01行终253号行政判决书。

[55] 江苏省南通市中级人民法院(2019)苏06行终356号行政判决书。

[56] 参见前引〔6〕,王天华文,《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》。

[57] 参见前引〔6〕,王天华文,《司法实践中的行政裁量基准》。

[58] 参见前引〔42〕,王天华文。

界限，裁量问题包容于法律问题之中。

与当作法律渊源的裁量基准论一样，在我国的司法实践中，很多人赞同当作法之具体化的裁量基准论。例如，在“陕西企业质量管理中心与国家市场监督管理总局案”中，北京市西城区人民法院就认为：“国家工商处罚裁量基准作为内部文件可以在行政执法中发挥指引参考的作用，但不应当在行政处罚决定中作为法律依据予以援引和适用，亦不能作为认定处罚行为合法的依据。”^{〔59〕}而前文述及的“何友庆与香洲交警案”中，主审法官也认为，为了规范法律授予的裁量权，行政机关可以制定相应的政策或者规则，以便提高自身行为的效率与可预测性，但行政机关制定的政策或者规则，也不能过于严格与僵化，必须为自己以及下级行政机关因案执法预留规则变动空间，否则就是对于立法原意的背离。^{〔60〕}

四、能动谦抑的逸脱行为规范建构

虽然逸脱行为具有正当性，但其实践现状还是提醒我们，需要进一步防范潜在的逸脱怠惰与滥用风险。本部分将为逸脱行为建构一个系统的操作制度，确保其始终作为一种合法的、例外的、必要的、谦抑的裁量基准调节装置而存在。

（一）事前的逸脱启动条件

1. 适用裁量基准将导致个案处罚明显不当

如果穷尽基准文本中的所有裁量可能，仍不足以保证执法者作成合理的处罚决定，那么就有必要考虑裁量基准的逸脱适用。实践中，必要性的识别标准通常为处罚结果的明显不当，^{〔61〕}而判断一个逸脱适用裁量基准作成的处罚决定是否适当，则可以诉诸比例原则的运用。首先，如果选择个案逸脱并不能达成裁量授权法追求个案实质正义的目的，反而有可能助长执法者裁量滥用的风险，那么逸脱行为的目的正当性就会遭受质疑。其次，当作为规则的裁量基准尚未完全穷尽时，如果通过解释裁量基准中不确定法律概念的方式，同样可以实现追求个案实质正义的目的，那么就应该放弃选择可能减损法安定性的逸脱行为。最后，如果选择个案逸脱所能实现的裁量正义价值小于逸脱行为减损的法秩序安定价值，那么裁量基准的普遍遵循就会成为适用规则的首选。

之所以选择明显不当而非一般不当标准，主要还是因为逸脱行为始终只能作为一种例外原则而存在。毕竟权限过于宽泛才是裁量实践的真实现状，加以控制而非放任才是法治实践的基本要求。如果以放弃法安定性为代价，来换取某种不确定的正义效果，不免会有舍本逐末之虞。^{〔62〕}那么，裁量基准遵照适用的不适当，是否达到了“明显”的程度，又是由谁来判断呢？执法者、相对人，抑或是普通大众？实践表明，执法者为了执法效率可能会忽视某些问题，而相对人为了自身利益则可能夸大某些问题。因此，只有那些能够摆脱利益纠葛与视野偏颇的一般理

〔59〕 北京市西城区人民法院（2019）京0102行初352号行政判决书。

〔60〕 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》，载《人民司法·案例》2016年第29期。

〔61〕 例如《浙江省行政处罚裁量基准办法》第9条第2款规定：“适用行政处罚裁量基准将导致个案处罚明显不当的，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……”

〔62〕 参见郑琦：《行政裁量基准适用技术的规范研究——以方林富炒货店“最”字广告用语行政处罚案为例》，载《政治与法律》2019年第3期。

性人,才能就遵照适用裁量基准导致的不适当是否达到了“明显”程度发表自己的看法。^[63]具体来讲,就是指普通领域具有客观中立性的社会大众,以及特定领域具有专业特长的技术专家。^[64]如果社会大众认为日常领域内的裁量基准适用,或者技术专家认为专业领域内的裁量基准适用,将会导致明显的不适当,那么执法者就应该考虑逸脱适用裁量基准作成处罚决定的可能。

2. 基准文本存在内容完备的逸脱行为规范

特殊情况下逸脱适用裁量基准,将相关因素纳入个案考量,既是法律课予行政机关的一种义务,也是行政机关获得裁量授权后应当具有的一种权力。^[65]为了保证这项权力能够得以实现,有必要在裁量基准文本中创设内容完备的逸脱行为规范,以提升执法者对于逸脱行为功能价值的认识水平,畅通个案中逸脱适用裁量基准的可能。所谓完备的逸脱行为规范,大致需要包括以下几项内容:第一,裁量基准是具有实际约束效力的规范性文件文本,各级行政机关制定的裁量基准,通常情况下都应该得到严格遵循与适用。第二,在规范适用次序上,当作法之具体化的裁量基准优先于上位法;不同级别的裁量基准,效力低的裁量基准优先于效力高的裁量基准;同一机关制定的裁量基准,新裁量基准优先于旧裁量基准。第三,穷尽裁量基准解释的所有可能,仍然无法作出合理的行政裁量决定,可以在履行相关程序要求后,逸脱裁量基准的适用。第四,无论是逸脱怠惰,还是逸脱滥用,只要背离了追求个案实质正义的裁量原意,都将遭受行政问责的诘难。

3. 逸脱效果行为符合裁量授权法的原则宗旨

逸脱效果行为是一个与逸脱决定行为相对应的概念,主要是指在决定逸脱基准文本划定的裁量空间后所作出的行政裁量行为。逸脱效果行为仍然需要受到裁量授权法的规则约束与原则指引,不得违反整个裁量授权法的体系性要求,这样才能确保逸脱行为具备足够的合法性,才能实现行政秩序维护与相对人权益保障的利益平衡。毕竟体系性要求同样会限制执法者的选择空间,不至于使广泛存在的行政裁量权异化为任性的裁量滥用。

需要特别强调的是,基于依法行政原则的要求,当公共政策、行政惯例等因素与裁量授权法的原则宗旨相抵牾时,裁量基准适用机关有且只能选择授权法作为逸脱效果行为的唯一考量依据,而不能基于公共政策或者行政惯例事实上的强约束力,选择无视个案实质正义并怠惰行使逸脱行为。例如,在前文提及的“邬学勋与金塘分局案”中,浙江省舟山市定海区人民法院就提出,不能将食品严打期间的公共政策作为行政执法的依据,运动式执法与依法行政原则相背离,应当尽量避免。

(二) 事中的逸脱操作程序

1. 说明理由

如果执法者逸脱适用裁量基准时不说明理由,人们就无法知晓为何要在法律授予裁量权的范围内作出这一决定。通过说明理由,公开作成逸脱决定的过程,既保证了相对人的知情权,又起到了监督行政机关的作用,符合行政裁量权控制的法治原理。^[66]相较于普通的裁量决定,作为例外的逸脱行为,是对裁量基准规则控权逻辑的背离,是对法安定性原则的挑战,可能引起违背

[63] 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,载《法学研究》2018年第6期。

[64] 参见何海波:《论行政行为“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期。

[65] 参见前引[6],王天华文,《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》。

[66] 参见王贵松:《论行政裁量理由的说明》,载《现代法学》2016年第5期。

公平正义的质疑，应该具有更重的说理义务。

其一，逸脱行为说明理由的对象更加多元。一方面，逸脱行为违反了行政系统的层级指挥监督原则，所以需要向上级制定机关说明逸脱适用裁量基准的理由；另一方面，当裁量基准适用于相对人时，其内部效力会进一步延伸至外部空间，因而还需要向相对人说明不适用裁量基准的理由。

其二，逸脱行为说明理由的强度更加多样。一方面，有些情况下的理由说明需要遵循从宽从松原则，如下级执法者选择不适用上级机关制定的裁量基准，应该着重就地域差异性进行说明；而有些情况下的理由说明则需要遵循从严从紧原则，如执法者不适用本机关制定的裁量基准，应该着重就个案特殊性、新颖性进行说明。^{〔67〕} 另一方面，当逸脱行为旨在减轻相对人的法律责任时，实行从宽说理原则，主要就如何践行依法行政进行说明；而当逸脱行为旨在加重相对人的法律责任时，则实行从严说理原则，主要就如何保证过罚相当进行说明。

2. 集体讨论

裁量基准逸脱制度中引入集体讨论，主要是为了防止执法者滥用处罚裁量权。一方面，相较于个体执法者的单方意见，集体讨论是多方智识的交流与融合，逸脱行为的作出因而获得了更多科学性，有利于防止执法者随意逸脱适用裁量基准；另一方面，在集体讨论制度下，承办案件的执法者只负责提出是否需要逸脱适用裁量基准的建议，后续的具体逸脱决定则由执法机关负责人在集体讨论的意见基础上作出，这无疑有利于打消执法者的行政问责顾虑，一定程度上可以规避部分逸脱怠惰的裁量瑕疵。

逸脱适用裁量基准的集体讨论，应当在部门会议上进行，这一程序主要由讨论和决定两个部分组成。讨论阶段是在案件承办人员介绍个案特殊情况以及逸脱考量因素的基础上，讨论人员针对逸脱行为的正当性与风险性发表个人意见。需要重点提及的是，所有参与集体讨论的人员，都应该提前阅读了解拟逸脱裁量基准文本的内容，并始终坚持独立自主的意见陈述原则，不得考虑与之不相关的案外因素。^{〔68〕} 决定阶段则秉持首长负责制和案卷排他原则，由执法机关负责人在集体讨论记录的基础上，作出准予逸脱、不准逸脱或者修改完善的决定。如果执法机关负责人针对逸脱行为的意见，与大会多数人意见存在较大出入时，应当亲自在会上就意见的形成过程作出解释与说明。同时还可以根据实际情况，邀请相对人或者专家代表列席集体讨论，就是否逸脱的问题提出建议。最后，逸脱行为集体讨论过程中产生的所有意见都应当完整收录，既包括赞成意见，也包括反对意见，以为后续行政责任的合理划分提供依据遵循。

（三）事后的逸脱监督机制

1. 备案审查

对于严重影响相对人权益的重大具体行政行为进行备案，已经成为行政执法实践的常态。^{〔69〕} 逸脱适用裁量基准作为一项关乎规则控权实效、关乎法秩序安定的具体行政行为，深刻地影响着公民的权利与义务，有必要也将其纳入重大具体行政行为的备案审查范围。特别是当下级执法者

〔67〕 参见前引〔10〕，章志远文。

〔68〕 参见陆洲、于晴晴：《论地方政府重大行政决策程序的立法进路——以河北省为例》，载《河北法学》2018年第11期。

〔69〕 参见《濮阳市人民政府重大具体行政行为备案管理办法》（濮政〔2013〕43号）。

逸脱上级机关制定的裁量基准时,事中的说明理由与集体讨论程序通常都局限于本级机关内部,难免会阻碍行政执法机关逸脱理由的“上传”,以及基准制定机关逸脱意见的“下达”,因而,需要行政执法机关将逸脱适用裁量基准后的行政处罚实施情况报制定机关备案,以便裁量基准制定机关了解情况、掌握动态,进而通过检查监督保证逸脱行为的合法性与合理性,提高个案裁量质量与基准适用水平,最大程度地保障相对人的合法权益。^{〔70〕}相较于作为强规制工具的事先批准、传统的运动式行政执法检查以及案卷抽查等监督机制,逸脱行为的备案审查具有更好的持续性、系统性与和缓性,不至于过分压制下级行政机关的主动裁量意愿,可以使其更加理性地选择裁量基准的遵守与逸脱,最大限度地规避逸脱滥用的裁量风险。

具体而言,逸脱行为的报送备案,应当遵循“一案一报”以及备案审查期间不停止逸脱行为的原则。报送材料主要包括逸脱行为备案报告表、个案特殊情况说明、法制机构合法性审查意见、部门集体讨论记录、逸脱效果行为决定书以及备案审查机关认为应当报送的其他材料。上级机关收到报送材料后,将对逸脱效果行为的合法性与合理性进行全面审查,具体包括作成逸脱行为的事实基础是否清楚明晰、授权法依据是否准确无误、法定程序是否得到必要遵循,等等。经过审查,如果发现报送的逸脱行为存在违法或者不当瑕疵的,审查机关可以作成行政执法监督检查意见书,责成报备机关予以整改和纠正。

2. 逸脱激励

逸脱怠惰之所以存在,主要就是因为个案的复杂情况以及行政问责的压力,使得执法人员缺乏打破裁量基准、追求实质正义的动力。因此,有必要在行政监督系统中增设一套逸脱激励机制,以避免执法者在个案特殊情况下仍然僵化适用裁量基准。主动逸脱的正向激励与逸脱怠惰的反向激励,共同构成了该机制的主要内容。

当执法者基于个案正义的考量,主动逸脱适用裁量基准,并获得相对人接受时,可以对其进行正向激励,以肯定其能动行使裁量权力、积极践行裁量原意的重要意义。^{〔71〕}正向激励的考察标准主要为“个案正义考量+主动逸脱+获得相对人接受”。其中,个案正义考量是指执法人员逸脱适用裁量基准时没有考虑不相关因素,个案正义成为其唯一目标追求。主动逸脱则是指执法人员主动就个案特殊情况进行翔实说理,积极申请集体讨论,并在事后主动报送备案材料。获得相对人接受则是“顾客至上”之新公共管理理念的体现,主要以个案的申诉、信访、复议以及诉讼情况作为接受度的衡量判断指标。

当行政执法人员无视个案正义,怠惰逸脱适用裁量基准,并引发相对人不满时,就可以对其进行反向激励。反向激励是将逸脱怠惰行为的执法检查结果纳入依法行政工作责任目标考核内容,并建立权责明确的责任追究机制,以行政问责的制度形式,反向推进逸脱权力的合理行使。当然,这种行政问责也需要坚守最基本的法治意识,^{〔72〕}不能一刀切地将所有逸脱怠惰行为都纳入责任追究范围,必须注意该机制的适用前提是“无视个案正义+逸脱怠惰+引发相对人不

〔70〕 参见陈鹏:《重大具体行政行为备案审查制度的规范阐释》,载《政治与法律》2012年第5期。

〔71〕 参见朱新力、罗利丹:《裁量基准本土化的认识与策略——以行政处罚裁量基准为例》,载《法学论坛》2015年第6期。

〔72〕 参见杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,载《法学研究》2004年第1期,第14页。

满”，任何错误适用都将背离反向激励的制度初衷，过泛的打击范围只会更加抑制执法人员的逸脱能动性。

3. 适度司法审查

随着“裁量不予审理观”逐渐被“裁量界限理论”替代，逸脱作为执法者实施的一种裁量行为，需要接受司法审查已经没有多大争议。需要进一步思考的是，法院应该如何运用这项司法审查权，才能既尊重行政机关基于专业性获得的裁量首次判断权，也有效防止出现逸脱怠惰与逸脱滥用的裁量瑕疵。

针对逸脱怠惰，司法机关可以从以下两个方面进行审查。首先是考察裁量授权法规范是否规定了裁量基准实施机关考虑个案特殊情况的义务，如果存在此义务而未被履行，则可以径直裁判裁量基准实施机关的逸脱怠惰行为违法。此时，个案特殊情况考虑义务作为一种法定义务出现，司法机关的解释可以优先于行政机关的判断，且不生侵犯行政机关专业性的风险，因为在释法说理这个问题上，司法机关的独特优势是无可比拟的。^{〔73〕}其次，当裁量授权法规范并没有明示是否需要在个案特殊情况下逸脱适用裁量基准时，司法机关也可以基于自身对裁量本质的理解，认定裁量基准实施机关没有履行个别情况考虑义务而违法。此时，司法机关实际上是在代替行政机关作出实体裁量判断，这是一种最严格的司法审查，对于行政机关的干涉程度也是最深的。正是因为存在背离权力分工原则的危险，所以不能将这种审查方式适用于所有的逸脱怠惰情形，而只能适用于逸脱怠惰导致行政处罚明显不当时。毕竟当一般理性人基于通常的知识经验就可以一致得出处罚明显不当的判断时，行政机关的专业判断权也就必须让位于司法机关的一般理性人标准了。

针对逸脱滥用，司法机关则可以运用低、中、高三种不同的强度加以审查。遵守逸脱行为的作出程序是对行政机关的最低要求，所谓低强度审查主要是指基于正当程序的一种审查方式，即司法机关并不正面审查逸脱行为的实体合理性，而是着重关注逸脱行为的作出是否已经践履了必要的程序性要求。^{〔74〕}具体而言，就是审查逸脱行为是否履行了说明理由、集体讨论、处罚决定备案等程序和步骤。之所以如此，是因为逸脱适用裁量基准也是裁量权行使的一种方式，过度的司法审查有违裁量正当化事由的要求，有违司法不得侵犯立法的要求。所谓中强度审查，则是指司法机关居于中立第三者的地位，剖析逸脱行为具体作出的判断过程，进行一种程序性的实体审查。^{〔75〕}与正当程序审查只关注程序是否履行不同，判断过程审查进一步深入到了程序履行过程之中，对说明理由之理由与集体讨论之意见等实体内容进行合理性审查，主要着眼于逸脱行为说明理由是否考虑了相关因素、是否做到了从宽说理与从严说理相结合，集体讨论是否听取了与会反对者的意见、是否研讨了逸脱行为的替代性方案。^{〔76〕}所谓高强度审查，则是指当个案并不存在需要特别考量的情况，且逸脱适用裁量基准将导致公民生命与财产等重大法益遭受迫切而具

• 165 •

〔73〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第166页。

〔74〕 参见何海波：《正当程序原则的正当性——一场模拟法庭辩论》，载《政法论坛》2009年第5期。

〔75〕 参见王天华：《行政裁量与判断过程审查方式》，载《清华法学》2009年第3期。

〔76〕 参见王贵松：《论行政裁量的司法审查强度》，载《法商研究》2012年第4期。

体的侵害危险时,行政机关的逸脱裁量权就会出现向零收缩的情形,^{〔77〕}因而只能依据裁量基准作成行政处罚决定。如果行政机关仍然坚持裁量基准的逸脱适用,司法机关就可用自己的专业意见加以替代,责令其依据裁量基准履行行政处罚职能。

五、结 语

裁量理论与裁量基准理论是我们理解逸脱行为的前见知识库,任何对于逸脱行为的批判与赞扬,都必须放置在这一理论背景下进行,否则就会只见树木、不见森林。作为优化行政处罚裁量基准适用的调节器,逸脱行为从来都不是破坏裁量基准规则控权逻辑的洪水猛兽。相反,最大限度地考虑个案特殊情况,反而是真正践行了追求实质正义的裁量原意。从某种程度上来讲,复归裁量本质的逸脱行为本就应该裁量基准制度的重要组成部分。在裁量基准遭受逸脱怠惰与逸脱滥用双重瑕疵责难、控权价值不断衰减的现实面前,我们需要拾起逸脱行为这一理论工具,沿着立法机关授予裁量权的原初目的,周密构筑逸脱行为的实体规则、操作程序与监督机制,以对作为最适控权工具的裁量基准加以整饬与调适,真正实现既自由灵活、又严谨规范的裁量运行旨趣。

Abstract: The existence of two kinds of discretion flaws, laziness and abuse, makes the discretion standard, as the most suitable tool for power control, have to rectify and adjust its own applicable rules, which should not only ensure the general compliance of power control rules, but also pay attention to the special considerations of individual cases. Whether it is the need to fill the loopholes in the rules, the requirements of administration according to law, or the need of the substantive rule of law, it can prove the legitimacy of the application of the discretion standard in exceptional deviation based on the legislative purpose and the original intention of discretion. However, in order to avoid the risk of power abuse that may be caused by emphasizing the application of deviation, it is necessary to set proper and reasonable conditions for starting deviation in advance, provide specific and detailed operation procedures for deviation, and create a safe and reliable supervision mechanism for deviation afterwards, so as to ensure that deviation behavior is always a legal, exceptional, necessary and modest discretion standard adjustment device.

Key Words: administrative penalty, administrative discretion, discretionary standard, deviation of discretionary standard, case justice

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

〔77〕 参见王天华:《裁量收缩理论的构造与边界》,载《中国法学》2014年第1期。

行政违法行为的检察监督

江国华 王 磊*

内容提要：行政违法检察监督将检察机关的法律监督范围从诉讼领域向诉讼领域外拓展，丰富了检察权的内容。行政违法检察监督符合法律监督基本原理。检察权介入对行政行为的监督，这符合当下依法治国和国家治理体系现代化建设的需要。行政违法检察监督仍然具有检察权的“法律监督”属性，监督的对象、权力性质和监督原则都有限度。当前实践运作中，需要从线索来源、监督范围、监督方式上进行探索，尤其要处理好与现有检察制度设计的衔接，同时强化机制保障，建立案件化办理机制、检察一体化机制和外部协作机制，以实现检察监督的规范化运行。

关键词：行政违法行为 检察监督 实践运行

• 167 •

2021年《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》提出检察机关“在履行法律监督职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的，可以依照法律规定制发检察建议等督促其纠正”，这与党的十八届四中全会提出的“检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为，应该督促其纠正”一脉相承，再次为检察机关开展行政违法行为监督提供了依据。近年来，地方立法和检察工作中也多有探索。^{〔1〕}检察机关开展行政违法行为监督（以下简称“行政违法检察监督”）已经成为实践命题。但从文本概念到实践定型，还需要理论层面和实务层面的持久努力。本文试就行政违法检察监督的理据、内涵进行分析，并对制度构建提出设想。

* 江国华，武汉大学法学院教授；王磊，武汉大学法学院博士研究生、湖北省人民检察院行政检察部主任。

本文为湖北省人民检察院2020年度检察理论研究重点课题“行政检察监督基础理论研”（HJ2020A07）的阶段性成果。

〔1〕 2019年以来，山东、湖南、湖北等省人大常委会对行政违法检察监督进行了规定。《山东省人民代表大会常务委员会关于加强新时代检察机关法律监督工作的决议》第4条第3款规定：“强化对行政权力的制约和监督，探索建立相关工作机制，对履行职责中发现的行政机关违法行使职权或者不行使职权行为，依法督促纠正。”《湖南省人民代表大会常务委员会关于加强新时代人民检察院法律监督工作的决议》第5条规定：“……对行政机关及其工作人员违法行使职权或者不行使职权的，应当依法督促纠正。……”《湖北省人民代表大会常务委员会关于进一步加强新时代检察机关法律监督工作的决定》第4条第3款规定：“加强对行政违法行为法律监督，对履行职责中发现的行政机关违法行使职权或者不行使职权行为，依法督促其纠正。”

一、行政违法检察监督的合理性

行政权本身具有扩张性、侵犯性、任意性的内在基因，是最易被滥用的权力，也是最不愿接受监督、最难以监督的权力。客观上需要对行政权进行监督制约以防止其滥用是不言而喻的，但检察机关作为国家法律监督机关，其法律监督是否包含对行政违法的监督呢？现实中作出这种安排的合理性又在哪里？

（一）行政违法检察监督符合法律监督原理

行政违法检察监督是否符合法律监督原理，其实质是检察机关的法律监督理论能否涵盖对行政权的监督。由于我国检察监督存在从“一般监督”到“法律监督”的历史变迁，在此问题上容易产生误解。我国检察制度并非内生于中国传统文化，其一方面西方法治文化冲击的产物，另一方面很大程度上受苏联“一般监督”理念影响，最终形成我国“法律监督机关”之定位。^{〔2〕}借鉴和脱胎于苏联检察制度，我国1954年《中华人民共和国人民检察院组织法》从立法层面明确了检察权的具体内容，并且确立了我国检察权“一般监督”的基础。^{〔3〕}“一般监督”的目的是维护法律的统一实施，检察机关可以对各级国家机关、国家机关工作人员和公民遵守法律进行监督。但基于检察力量等各方面因素的影响，“一般监督”并未在实践中实施，只存在于国家权力设计理念和宪法规定之中。1982年《宪法》是我国新时期检察制度发展的基础，规定了检察机关为国家法律监督机关，检察监督就此进入“法律监督”阶段。从现实情况来看，“法律监督”主要局限于诉讼领域发挥作用。行政违法行为监督是直接面向行政权的监督，是否违背了法律监督原理以至于产生理论实践的错位呢？

其一，“法律监督”不等于“诉讼监督”。检察制度作为国家制度不能仅从诉讼制度角度进行研究，而应当考虑国家权力安排中的功能需求，从国家制度层面考察。在国家制度设计层面，国家机构定位与功能作用相生相伴，性质归属在中国特色语境下应该退居其次，而更多地满足功能需求。为了全面了解我国的检察制度，就不能限于以往的研究范围和研究方法，仅仅或者主要把检察制度作为诉讼制度来看待，而应当从国家制度的更高层次上加以研究。^{〔4〕}中国国家权力机构设置中由检察机关承担法律监督功能，体现了鲜明的中国特色。我国人民代表大会制度下产生

〔2〕 参见秦前红：《全面深化改革背景下检察机关的宪法定位》，载《中国法律评论》2017年第5期。

〔3〕 1954年《宪法》第81条规定：“中华人民共和国最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律，行使检察权。……”1954年《人民检察院组织法》第3条规定：“最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律，行使检察权。”第4条规定了地方检察机关的主要职权，包括：（1）对于地方国家机关的决议、命令和措施是否合法，国家机关工作人员和公民是否遵守法律，实行监督；（2）对刑事案件进行侦查；（3）对于侦查机关的侦查活动是否合法，实行监督；（4）对于人民法院的审判活动是否合法，实行监督；（5）对于刑事案件判决的执行和劳动改造机关的活动是否合法，实行监督；（6）对于有关国家和人民利益的重要民事案件有权提起诉讼或者参加诉讼。第8条规定了最高人民检察院的职权，即最高人民检察院发现国务院所属各部门和地方各级国家机关的决议、命令和措施违法的时候，有权提出抗议。这赋予最高人民检察院纠正行政违法的职权。为方便检察机关行使纠正行政违法权，1954年《人民检察院组织法》第19条还规定：“人民检察院为执行检察职务，有权派员列席有关机关的会议，有权向有关的机关、企业、合作社、社会团体调阅必要的决议、命令、案卷或者其他文件，有关的机关、团体和人员都有义务根据人民检察院的要求提供材料和说明。”

〔4〕 参见王桂五：《中华人民共和国检察制度研究》，法律出版社1991版，第154页。

的国家机关都向人大负责,受人大监督,由于人大监督宏观性的特点,需要设置专门的法律监督机关来对权力的监督制约。我国检察机关拥有的法律监督权是一种独立的国家权力,其目的和功能是监督、保障和促进宪法和法律的统一正确实施。检察机关的权力来源于国家权力的分配,通过权力监督来实现国家意志。

检察权与行政权属于同一层级的国家权力,在我国两者之间并不存在制约关系,而检察权对行政权应当具有有限的监督权。这符合检察权的作用和功能。检察机关“法律监督”在实践中更多地作用于诉讼领域,但诉讼性是检察权不得已而为之的实然状态,还是检察权本身应具备的品质,值得探讨。实际上,诉讼性只是对检察权实际特性的归纳,反映的是一种现状或实然状态。但“法律监督”与“诉讼监督”不应等同,“对诉讼活动的法律监督”只是“法律监督”的一部分。尽管我国检察机关的法律监督目前仍局限于诉讼活动中的司法监督,但宪法明定检察机关为国家的法律监督机关显然为检察权的拓展预留了广阔的空间。^{〔5〕}从实践来看,检察监督也有对行政领域的涉足,如检察机关开展社会治理提出的检察建议;从检察制度发展来看,检察公益诉讼制度也突破了诉讼领域。因此,“法律监督”集中于诉讼领域只是实然状态,或受限于检察力量等诸方面因素,但并不意味着将行政违法监督排除在外。对于检察机关的宪法定位与实际作用不相符的质疑,解决思路不在于降低宪法定位,而在于实际运作中强化检察权对于保证宪法和法律正确统一实施的功能,构建起具有中国特色的、既不同于苏联“一般监督”又非“诉讼监督”的法律监督定位。

其二,行政违法检察监督不是“一般监督”。检察机关对行政权进行监督,其监督范围更加广泛,只要是行政机关的违法行为都可纳入检察监督的视野。有观点认为这是对“一般监督”的回归,应当在借鉴苏联一般监督权理论的基础上,保证检察机关对政府权力进行全面监督,这既是对实现行政法治这一时代诉求的回应,也是基于检察监督本义的必然选择。^{〔6〕}但现行法律规定和理论实务层面,一般都不认为检察权属于一般监督权。一般监督的范围不仅包括对违反法律的行为实施的监督,还包括对国家机关、企事业单位及其工作人员违反一般性的决议、规定或党和国家的方针政策的行为实施的监督。^{〔7〕}这种监督具有全方位、全能型的特点。从“专项监督”反观“一般监督”,两者之间的本质区别是监督对象是否具有一般性,即一般监督不针对特定主体、特定事务或特定对象。^{〔8〕}而法律监督与此不同,法律监督的基本属性包括法定性、程序性、事后性、随机性、谦抑性,特别是行政违法检察监督还遵循协同补充的重要原则,可以将其看作国家监督体制中的“专项监督”。漫无边际的“一般监督”,检察机关难以做到,也非其应承担的使命。由“一般监督”发展到“法律监督”,有其历史的必然性和合理性。同时,在一定的历史时期和条件成熟时可吸纳“一般监督”的合理内核。检察院专门的“法律监督”是对行政权力规制最有效和最可靠的制约手段。^{〔9〕}法律监督的行使以程序控制为限,而不是追求实体性、终局

• 169 •

〔5〕 参见石少侠:《检察权要论》,中国检察出版社2006年版,第9页。

〔6〕 参见谢佑平等:《中国检察监督的政治性与司法性研究》,中国检察出版社2010年版,第299页。

〔7〕 参见张运萍、严然:《行政违法行为检察监督研究》,载《法学杂志》2009年第9期。

〔8〕 参见韩成军:《人民代表大会制度下检察机关一般监督权的配置》,载《当代法学》2012年第6期。

〔9〕 参见前引〔6〕,谢佑平等书,第280页。

性的裁决权。行政违法检察监督也符合这一特点，作为事后监督和程序监督，并不影响行政行为的程序和实体。在“法律监督”中强化行政违法检察监督，万变不离其宗，仍契合法律监督最根本的特点，即“有限性”，而非“一般监督”的“一般性”。

（二）行政违法检察监督因应现实需求

中国进入社会主义新时代，建设法治国家、法治政府、法治社会，推进国家治理体系和治理能力现代化成为时代命题。“检察之治”在“中国之治”中承担了重要历史使命，行政违法检察监督因应了这一时代需求。

其一，检察权是依法治国和国家治理的重要力量。党的十九届四中全会强调了对法律实施的监督，以推进国家治理体系和治理能力现代化、推进全面依法治国。法律监督的产生基于法制统一性的需要，加强对法律实施的监督有助于把法律制度优势转化为国家治理效能。从权力控制论的理论观察，在法律实施的各个环节上对国家机构具体执行和适用法律的情况进行有组织的、制度化的监察和矫正，是在现实中维护法制统一所不可或缺的保障。^{〔10〕}维护法制的统一是与法律相伴而生的制度性要求，法律作为一种制度性、规则性的设计，其目的是为人们的行为提供统一的准则，要求在一国的范围内被统一适用。中国特色社会主义法律体系形成后，确保法律统一正确实施的任务已经摆到更加重要的位置。加强法律实施的监督，就是要以严密的法治监督体系，更好解决保证法律统一正确实施这个法治中国建设的主要矛盾。^{〔11〕}检察机关作为我国宪制秩序下的法律监督机关，是权力监督体系中的必要环节。^{〔12〕}在中国特色社会主义法治体系、司法制度中，检察机关的法律监督是法定的防错纠错机制，是司法监督的重要组成部分。^{〔13〕}

检察机关的法律监督，既是中国特色社会主义法治“高效的法治实施体系”的重要组成部分，又是“严密的法治监督”的重要组成部分。我国已有的对行政权运行的监督体系中，行政监察、复议均是内部监督机制，受人事关系、利益驱动等因素影响较大，舆论、网络、群众监督没有强制约束力，法院通过司法审查对行政权进行监督只限于进入诉讼程序的行政行为。而检察权作为主动积极的公权力，发挥监督作用的空间比较大，又是程序性的权力，不直接配置、处分权利义务，易于保持对行政权监督的超然地位。由此，在国家治理体系现代化改革的背景下，行政检察与法治政府不再是两个相互分立平行的系统，而是两个互相利用和依赖的复杂系统。^{〔14〕}

其二，行政违法检察监督契合对检察权功能的需求。依法治国和国家治理对检察权功能提出新需求。检察权功能和检察职能的含义有所不同。检察职能是基于国家机构分工所应该承担的工作及具有的能力。检察权功能则是检察机关通过行使检察权而对社会生活产生的作用和影响。在我国这样的社会主义国家，由于制度上的某种一体化特点，检察制度的社会政治功能更为突出。

〔10〕 参见中国法学会检察学研究会检察理论委员会编：《诉讼规律和诉讼监督规律与检察职能的优化配置》，湖北长江出版集团、湖北人民出版社2011年版，第182页。

〔11〕 参见《在国家治理体系和治理能力现代化进程中落实检察责任（权威方谈）——访最高人民检察院党组副书记、副检察长邱学强》，载 <https://china.huanqiu.com/article/9CaKrnKogwj>，最后访问时间：2021年1月10日。

〔12〕 参见秦前红、张演锋：《习近平法治思想指引下的行政检察探索与发展》，载《人民检察》2012年第8期。

〔13〕 参见前引〔11〕。

〔14〕 参见刘艺：《行政检察与法治政府的耦合发展》，载最高人民检察院行政检察研究基地、武汉大学行政检察研究中心编：《中国行政检察发展报告（2020年）》，中国检察出版社2021年版，第645页。

检察机关兼顾法治原则与特定的政治需求,通过司法手段贯彻国家政策,强调服从服务于党和国家工作的大局。^{〔15〕}基于检察权在社会政治生活中的作用和影响,可对其功能作出不同层次的分析,如检察权的法治功能和政治功能。^{〔16〕}从社会学领域来看,结构决定功能是指事物的结构决定着事物功能的发挥程度,功能对结构的反作用主要体现在功能指导着结构的构建。基于结构的决定作用,要想使制度设计的功能得到发挥,必须在功能的指导下设计事物的结构,使结构向更有序的方向发展,符合事物功能的需要。在我国权力结构体系中,检察权功能的发挥,取决于检察权结构的制度设计;检察权结构要在检察权功能的指导下进行构建,才能够确保检察权功能的实现。^{〔17〕}新中国检察制度经过七十余年发展,检察职能也发生变化。特别是十八大以来检察职能的减损和扩大,都是基于国家权力功能进行的调适。行政违法检察监督的开展,符合调整职能适应功能之需的内在要求。

(三) 行政违法检察监督不乏国外的制度借鉴

我国与西方国家的检察权在性质与定位上有着本质不同,总体上西方检察权隶属于行政系统,检察权本质上不被认为具有监督属性,但从检察制度的起源和历史作用来看,在西方“三权分立”结构下,检察权作为二级权力依附于一级权力(行政权)参与权力制衡,具有隐性监督特质。更为重要的是,不论检察权性质如何,仍可抽离出与行政权相关的检察职能,作为域外的借鉴与参考。

其一,各国检察职能的设置不尽相同,普遍存在检察权对行政权的介入。现代世界各国检察机关的职能总体上以刑事诉讼为主,但是作为国家与社会公共利益的代表,检察机关职能及于民事诉讼领域。如大陆法系国家中,法国检察官有权参加一切涉及社会公共利益和公民权益的行政诉讼案件,包括就行政机关因不当或违法行政行为而损害社会公益的案件提起诉讼,并且拥有对行政诉讼法院违背社会公益的判决提出上诉的权力。^{〔18〕}法国检察机关还行使一定的行政监督职能。^{〔19〕}除此之外,检察官还负责监督司法辅助人员,监视司法救助机构的运行,监督户政官员,监督私立教育机构,监督公立精神病院,对开设咖啡店、酒店等特种营业的资格进行审查,对新闻、杂志等定期刊物进行审查等。^{〔20〕}德国检察机关有权参与一切涉及社会公共利益的行政诉讼案件。^{〔21〕}英美法系中,英国对凡涉及公共权力和利益的诉讼,并要颁布令状或宣布加以保护的,必须有检

• 171 •

〔15〕 参见龙宗智:《检察制度教程》,中国检察出版社2006年版,第8-11页。

〔16〕 参见甄贞等:《法律监督原论》,法律出版社2007年版,第28-34页。

〔17〕 参见王会甫:《我国检察权的功能——以我国宪政体制为视角的分析》,载《中国检察官》2010年第5期。

〔18〕 参见洪浩:《检察权论》,武汉大学出版社2001年版,第63-66页。

〔19〕 法国检察官通过日常的司法行政活动参与对法院的管理,实现对法院的监督。参见张培田:《检察制度本源刍探》,载《中国刑事法杂志》2000年第5期。具体的活动比如检察官可参加法官会议以解决法院内部活动及程序问题、讨论法院内部管理规则;参与对同级法官人事档案的管理和考核;会同主管法院院长向司法部长推举该职位的候选人;记载一切法官的个人事务并向司法部长主送对法官的考语;对法官审判的治安案件进行监督和查核。参见金明焕主编:《比较检察制度概念》,中国检察出版社1991年版,第18页。以上转引自李征:《中国检察权研究——以宪政为视角的分析》,中国检察出版社2007年版,第14页。

〔20〕 参见王然冀主编:《当代中国检察学》,法律出版社1989年版,第70页。

〔21〕 《德国行政法院法》第35条规定:“在联邦行政法院内任命一名检察长,他可以参与联邦行政法院的每件诉讼,以维护公共利益。”第36条规定高级行政法院和行政法院内的公益代表人普通案件或指定案件中都可以作为州或者州政府的代表参加。因而德国检察官有权参加一切涉及社会公共利益和公民权益的行政诉讼案件。参见卢建平:《检察学的基本范畴》,中国检察出版社2010年版,第55页。

察长参加。^{〔22〕}英国检察机关还对地方机关的活动进行监督,对由地方机关违法行为造成的损害,给予受害者以救济。这一职能类似在行政诉讼中的监督职能。^{〔23〕}总检察长还可以就相关法律问题向政府各部门提供意见,对慈善事业行使普遍监督权等。^{〔24〕}美国检察官亦有参与行政诉讼的职权。^{〔25〕}当然,以上各国检察权对于行政权的介入主要是行政公益诉讼,但不难看出检察权向行政领域的延伸。

其二,苏联及俄罗斯检察权对行政领域监督范围广泛。众所周知,苏联在检察权配置方面突出表现在“一般监督权”,即检察机关对遵守宪法和法律实行一般监督。^{〔26〕}苏联还赋予了检察机关广泛的诉讼监督职能,包括刑事诉讼的全过程及支持民事诉讼的职能。^{〔27〕}俄罗斯在苏联解体后对国家权力结构进行了重大调整,但在一定程度上还保留了检察权的监督权能,甚至在很多方面更加完善和丰富。^{〔28〕}根据《俄罗斯联邦检察院组织法》,涉及行政权的检察职能主要有对法律执行的监督权(这项监督权也被认为继承了苏联的“一般监督”权^{〔29〕})和诉讼监督权,^{〔30〕}以及一定范围的提起违宪审查权。^{〔31〕}需要重视的是,俄罗斯检察机关在行政检察中拥有抗告、消除违法建议、预防违法警告、诉诸法院、提交结论、抗诉、检察检查、行政调查、预防约谈、预防审计、预防检查、处罚等丰富多样、刚柔并济的手段,使得其无论面对的是行政权还是司法权,无论在行政程序中还是在司法程序中,无论面对何种违法行为,无论在违法行为出现前、进行时或完成后,都可以选择适用最恰当、最有效的手段。^{〔32〕}这对于完善中国行政检察的具体监督方式提供了有益借鉴。

• 172 •

〔22〕 参见前引〔21〕,卢建平书,第52页。

〔23〕 参见施业家、吴忠良、罗林、谭明、郎艳辉:《检察机关职能研究》,中国地质大学出版社有限公司2013年版,第37页。

〔24〕 参见王运生、严军兴:《英国刑事司法与替代刑制度》,中国法制出版社1999年版,第18页。

〔25〕 美国检察机关能够参与行政诉讼,在行政诉讼中享有更为广泛的权力,当诉讼影响到公共利益时,检察机关可以提起私人性质的诉讼,如联邦总检察长可参与他认为为维护美国的利益而需要他参与的任何行政案件,同时,检察机关可以直接调查和提起诉讼的方式介入那些关系到合众国或州的公共利益的行政案件中。美国对利益的保护比较周密,法律授权公民个人对侵害公共利益的行为提起诉讼,当公民个人提起诉讼时,他们被称为“私人总检察长”,只要私人检察总长能起诉,就由他来发动司法审查程序,如果私人总检察长不能,则由检察总长发动司法审查程序。参见韩大元主编:《中国检察制度宪法基础研究》,中国检察出版社1991年版,第278页。

〔26〕 苏联检察机关所享有的“一般监督权”是一种最广泛的监督,无论政权机关、企事业单位、合作社、社会团体,还是全体公民,检察机关都享有对他们执行法律情况的监督权,检察机关还对各级机关、组织发布的文件是否与法律冲突执行监督,保证法律被统一正确执行。参见前引〔19〕,李征书,第31-32页。

〔27〕 参见前引〔19〕,李征书,第34-38页。

〔28〕 参见刘天来:《俄罗斯行政检察制度研究》,载《北方法学》2019年第3期。

〔29〕 俄罗斯检察机关负责对联邦执行权力机关、各主体代表权力机关和执行权力机关、地方自治机关、军事管理机关、监督机关以及上述机关的公职人员,商业组织和非商业组织的管理机构及其领导人员遵守宪法、法律的情况实行监督,对上述相关主体颁布的法律文件是否合法实行监督。具体来说,如检察长和副检察长发现与法律抵触的文件,可以向制定机关和公职人员提出抗告,也可以向上一级机关提出抗告,或者依法向法院提出认定法律文件无效的请求。对发现违法行为的,检察长和副检察长有权直接向作出行为的机关和公职人员提出。参见前引〔21〕,卢建平书,第252页。

〔30〕 新的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》取消了旧法典第25条关于检察机关对刑事诉讼实行法律监督的原则性规定,但检察机关在刑事诉讼中对侦查机关、调查机关的监督权仍然存在。检察长可以在自己职权范围内依照审判监督程序向上一级法院提出抗诉,即检察机关只能以抗诉的方式监督、制约审判权。参见前引〔19〕,李征书,第39-40页。

〔31〕 参见孙谦主编:《中国特色社会主义检察制度》,中国检察出版社2009年版,第84页。

〔32〕 参见前引〔28〕,刘天来文。

二、行政违法行为检察监督的内涵

行政违法检察监督将检察监督的范围从诉讼领域延展至行政领域,这是其最显著的特点。学界对此已形成基本共识。行政检察是出于维护行政法秩序的需要,依法对特定行政机关的活动、特定类型的行政行为、行政诉讼活动、行政公职人员严重违法进行监督、纠正和追究的活动与制度。^{〔33〕}行政检察监督权是指人民检察院依据宪法和法律的规定,对行政行为 and 行政审判行为的合法性与公正性予以监督的权力。^{〔34〕}行政检察是检察机关为了有效地支持和促进依法行政,根据宪法授予其享有的法律监督权,以相关法律规定为基础,按照一定的法律程序,监督行政机关行使职权,并对履行监督职责过程中发现的损害国家利益、社会公共利益以及公民法人合法权益的违法行为进行纠正的活动。^{〔35〕}我国检察院监督各方主体实施公共行政活动是否严格遵守宪法法律。^{〔36〕}可将新时代行政检察的范围分为三大类别:行政诉讼检察监督,行政判决、裁定执行和非诉执行检察监督,以及对违法行政行为的检察监督。^{〔37〕}以上观点的分歧在于“行政检察”的广义或狭义的表达使用上,有的将其专属用于对行政违法的监督,有的将其概指与行政领域相关的诉讼监督和行政违法行为的监督,但对于检察机关有权监督行政行为均不持异议。在整体认可行政违法检察监督的基础上,还需要对其内涵深入研究,才能对实践予以准确指导。

(一) 行政违法检察监督对象的限定性

行政权力内容丰富、涉及面广,行政行为种类繁多,但并非所有行政行为都是行政违法检察监督的对象。对此学界从不同角度进行了分析,有观点将其提炼为“公共行政”,认为检察监督之面向并非“行政权”,也不是一般意义的“行政行为”,而是“公共行政”,其含义指的是各方主体在国家公权力范畴内管理公共事务实施的具有受控性和执行性的外部活动。^{〔38〕}有观点从行政活动类型化视角探讨,将行政活动分为制定规范、执法和解决纠纷。检察机关对制定规范中规章以下一般规范性文件的监督可以论证研究,行政执法亟须行政检察监督介入,对解决纠纷的活动包括调解、裁决、复议等应该介入。^{〔39〕}还有观点从检察机关实际能力出发,认为一个地方的行政检察监督不可能、不应该及于所有领域的所有违法行政行为,而应该根据各地实际情况确定对行政行为监督的范围。^{〔40〕}根据以上观点,可以认为行政违法检察监督的范围包括:

其一,具体行政行为。行政违法检察监督不是涉及所有具体行政权能,外交权、军事权、审计权、赦免权、内部管理权,大多与公民权利没有直接关系,不属于法院行政诉讼受案范围,显然也不属于检察机关监督范围。在行政权中,只有行政执法权对公民权利有直接、重大的影响,

〔33〕 参见张步洪:《行政检察制度论》,中国检察出版社2013年版,第14页。

〔34〕 参见周佑勇、汪艳:《论行政检察监督权》,载孙谦、刘立宪主编:《检察论丛》第3卷,法律出版社2001年版,第177页。

〔35〕 参见肖中扬:《论新时代行政检察》,载《法学评论》2019年第1期。

〔36〕 参见秦前红:《两种“法律监督”的概念分野与行政检察监督之归位》,载《东方法学》2018年第1期。

〔37〕 参见姜明安:《论新时代中国特色行政检察》,载《国家检察官学院学报》2020年第4期。

〔38〕 参见前引〔36〕,秦前红文。

〔39〕 参见应松年:《以行政检察监督推进法治政府建设》,载《人民检察》2021年第16期。

〔40〕 参见前引〔37〕,姜明安文。

监督的必要性最突出，行政违法检察监督主要应集中在这个方面。对于具体行政行为中的违法进行监督不存在理解歧义，从违法行为情形来看，主要是行政行为证据不足、适用法律错误、违反法定程序、超越权限、滥用职权、不履行或拖延履行法定职责、行政处罚显失公正等。^{〔41〕}

从行为类型来看，行政许可、审批、征收、处罚等具体行政执法行为中，那些会损害相对人合法权益的损益性行政执法行为是行政检察的重点。但是在具体实施中，仍然有限度的考量。（1）主要对严重违法进行监督。行政违法检察监督的范围广泛，但实际上不可能做到全覆盖，应当限于行政行为严重违法。轻微行政违法则由其自动纠正。如对案件范围不加以限制，可能大量行政相对人为降低维权成本而放弃行政复议、诉讼等渠道，转向检察机关提出监督申请，既不利于行政复议、行政诉讼制度的发展，检察机关也没有能力承担。（2）主要对合法性问题进行监督。合理性问题主要取决于具体行政行为所面对的事实，具有一定特殊性，属于行政机关自由裁量的内容。权力之间可以相互监督和制约，但是不能相互替代。自由裁量权既有职责专司带来的专业性、亲历性问题，更有不同权力的界限区别，检察机关难以有效进行监督，应对行政权保持必要的尊重。（3）行政复议、行政裁决、行政调解和行政仲裁等行政司法活动，具有“受控性”和“执行性”两大根本特征，是源于立法授予，裁判之过程受法律制约，其本身出于执行法律以实现社会管理之目的，而非以司法身份对社会纠纷作出终局性的裁判。^{〔42〕}有观点认为这些行政司法行为不是行政检察的对象。^{〔43〕}以上行政司法活动诚然有行政机关的准司法活动性质，但涉及对原行政行为的维持或改变，应当属于检察监督范围，而且基于两者之间的关联性，可对于行政行为和行政司法活动一并进行监督。

其二，抽象行政行为。有观点认为，由于抽象行政行为的普遍约束性、反复适用性和准立法性，其中可能包含大量的专业设定和较全面的行为考虑，就检察机关特别是基层检察院现阶段的力量来看，难以对抽象行政行为实现有效监督。^{〔44〕}这仅仅从能力角度考虑，而未从权力角度考量。检察机关作为国家的法律监督机关，负有维护法制统一的基本职责，其监督应及于抽象行政行为，应该有权对规范性文件的合法性进行检察监督，而且这一职责在整个检察监督中应该居于首要地位。^{〔45〕}但检察监督亦应有重点，主要针对行政主体制定的规范性文件违反上位法或制定规范性文件的程序违反法律规定的情况。行政立法权中，对于行政法规、规章等文件，《立法法》已经明确规定了裁决、改变、撤销的程序和权限。只有对于规章以下规范性文件，检察机关可以进行附带审查，认为该文件不合法的，应向制定机关提出处理建议。需要注意的是，对于抽象行政行为监督还包括提请违宪审查。对于规章和法律，检察机关应当具有提请违宪审查权，必要时可以提请国家权力机关进行违宪审查，通过权力机关改变或撤销违宪的规章和法律。检察机关作为国家的法律监督机关，对规章和法律进行监督并提请启动审查，从而形成检察监督与权力机关违宪审查相衔接的格局，可以使中国违宪审查由虚变实、由弱变强。^{〔46〕}但违宪审查有其自身的

〔41〕 参见王学成、曾翀：《我国检察权制约行政权的制度构建》，载《行政法学研究》2007年第4期。

〔42〕 参见前引〔36〕，秦前红文。

〔43〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔44〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔45〕 参见韩成军：《人民代表大会制度下检察机关一般监督权的配置》，载《当代法学》2012年第6期。

〔46〕 参见傅国云：《行政权检察监督的定位与方式》，载《汕头大学学报（人文社会科学版）》2009年第1期。

独立性,可作为检察职能或行政检察职能,不宜将其归于行政违法行为监督。

(二) 行政违法检察监督属于程序性权力

法律监督权的显著特征之一是其属于程序性权力,而没有实体上的处分权,其特点还包括附带性、偶然性、随机性等。行政违法检察监督也不违背法律监督的基本原理,其监督本质上属于程序性权力。

其一,行政违法检察监督是程序性权力而非实体性权力。检察权与行政权、审判权不同,它没有实体上的处分权,所作决定并无终局性,实质上属于程序性权力。行政违法检察监督没有终局权和强制力。检察机关发现行政违法只能对行政机关提出检察建议,而不能取代其作出决定,也不能强制行政机关执行。检察建议的强制性体现于启动程序,有关行政机关必须在程序上接受,不得拒绝、推脱,而要按照检察建议对涉及行政事项的实质内容予以审议并作出有根据的答复。作为监督者的检察机关只有异议权而没有实体处分权或代行使决定权,两者从权力行使的程序和实体上相互分离,从而达成相互制约、平衡的局面。^{〔47〕}至于更具刚性的监督方式,如检察意见、纠正违法通知书、检察令状甚至行政公诉,还有待实践中的探索。

其二,行政违法检察监督是结果监督而非过程监督。对于行政违法检察监督是过程监督还是结果监督,存在不同认识。有观点认为,因传统行政检察的介入时间点是行政违法行为或行政不作为已经导致了损害人民利益的事实,此时作为末端监督的行政检察再介入显然为时已晚。因此,只有聚焦于行政运作全过程的检察监督才能真正维护人民权益。^{〔48〕}对正在运行的行政行为实施程序控制具有十分重要的意义。行政行为的运行有了其明确的法定程序后,检察机关所要跟踪、监督的就是这一法定程序是否得到遵守。^{〔49〕}但检察机关对行政过程的监督既不可能,也不符合法律监督原理。行政违法检察监督不同于行政诉讼监督,检察环节并不属于其必经程序。如果建立类似审核或备案的机制,则超出法律监督的范畴,造成对行政权的侵害,同时不具备现实可行性。只有行政行为既已违法,检察机关才有可能发现并开展监督。因此,行政检察,即检察院对于行政权的监督,必须以不损及行政过程的完整性为前提,这就为具体的监督手段及其法定效果确定了一条总体界限。^{〔50〕}

(三) 行政违法检察监督遵循补充谦抑原则

检察权嵌入行政执法活动的法律监督,是以积极主动的形式出现的,不同于行政复议、行政诉讼等被动监督方式。但是这一主动性具有前提,只有法律规定的情形出现时才能实施法律监督。检察机关要坚持司法能动检察,同时也要坚持监督的基本原则。

其一,行政违法检察监督具有协同补充性。在当前制度条件下进行行政检察的制度探索,应当在宏观层面充分了解依法行政制度积累、制度保障的现状,尽量避免来自检察院的监督与既有的监督机制之间形成叠床架屋、甚至互相扯皮的状况。^{〔51〕}行政权监督体系由多元主体构成,各项监督制度均有其优势。法律监督并非全能型监督,行政违法行为监督在行政权监督体系中要找

〔47〕 参见前引〔46〕,傅国云文。

〔48〕 参见前引〔12〕,秦前红、张演锋文。

〔49〕 参见前引〔41〕王学成、曾翀文。

〔50〕 参见黄明涛:《法律监督机关——宪法上人民检察院性质条款的规范意义》,载《清华法学》2020年第4期。

〔51〕 参见前引〔50〕,黄明涛文。

到合适的定位，要尊重其他监督机关职权的行使和职能的发挥，并尽可能依托其他监督机制和行政系统内部监督机制作用的发挥，在其他各种外部监督和内部监督方式不能或难以发挥预防、制止和纠正行政违法行为的情况下，秉持谦抑有限理念，根据相关法律、法规、政策性文件明确授权而开展“特定监督”，确保行政检察的实效。^{〔52〕}在行政权监督体系中，检察监督应与其他监督发挥合力。凡是其他监督主体已经在进行监督的事项，检察机关不应重复介入，检察监督应当是制止和纠正违法行政行为，维护国家利益、社会公共利益或公民、法人、其他组织的合法权益的“最后一道防线”。^{〔53〕}

其二，行政违法检察监督具有谦抑性。检察机关应当在宪法法律的框架内行使行政检察监督权，遵守宪法关于国家权力分工的规定，对行政审判权、行政执法权保持一定的尊让和克制。检察机关可以直接监督行政行为，即依职权进行，体现出监督的主动性。但主动性不能是肆意的、放任的，相反要保持谦抑性、有限性。^{〔54〕}

第一，不替代行政权。行政违法检察监督针对行政行为的违法性开展，不介入行政权运行过程、不取代行政权行使。无论是监督对象的限定，还是监督权力的局限，都是为了明确检察权与行政权的界限。检察监督不是行政权运行的必经程序，其监督不伴随行政权运作的过程，不介入行政机关执法活动的进程之中；检察监督职能的发挥和权力行使以程序控制为限，只具有提请行政机关重新审视行为并作出调整纠正的请求权，并不影响行政行为的程序和实体；检察监督具有补充性，对于行政机关能够主动纠正的，不必开展监督。由此，才能保证行政违法检察监督不构成对行政权的干预。

第二，不替代当事人救济权。行政相对人认为行政行为违法、侵犯其自身合法权益的，其救济方式包括行政复议、行政诉讼以及一定条件下的调解、和解等。行政违法检察监督与行政相对人的救济权是否会产生冲突？从指向来说，行政违法检察监督指向的是公权力，体现的是公权力对公权力的监督，只要行政违法存在，对其监督的必要性就存在。但在实践中需区分情况处理。（1）如果当事人丧失了救济权，检察机关可以进行监督纠正行政机关的违法行为，弥补当事人权益是其附带后果。（2）如果当事人正在行使救济权，启动了行政复议或行政诉讼来寻求救济，此时应由行政权或审判权先行确认。如果检察机关认为法院审判有误，则可通过行政诉讼监督职能继续监督。（3）如果当事人有救济权而不行使，产生这种情况的原因较为复杂，有当事人因行政违法而不当获利的，如应处罚不处罚、不应许可而许可，也有行政程序违法而对当事人实体权益未发生损害的，还有当事人放弃救济的，此时检察机关可以进行监督。

第三，不替代对“人”的监督。行政违法检察监督的对象是“机关”或“行为”，而不是“人员”。行政违法行为监督中发现的“个人”违法在实际中有可能涉及政纪、党纪和监察三方面，由于三种情形分别规定有不同的处理和追责机关，应当根据不同情况分别处理。（1）发现行政机关工作人员违法需予以行政处理的，向行政机关提出检察建议。^{〔55〕}（2）发现党员涉嫌违反

〔52〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔53〕 参见前引〔37〕，姜明安文。

〔54〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔55〕 根据《人民检察院检察建议工作规定》第11条规定，需要给予有关涉案人员、责任人员或者组织行政处罚、政务处分、行业惩戒，或者需要追究有关责任人员的司法责任的，此时应当以社会治理检察建议进行监督。

党纪或者公职人员涉嫌职务违法、职务犯罪线索的,按照规定移送纪检监察机关或者有关党组织、任免机关和单位依规依纪依法处理。行政违法检察监督中发现的人员违法,检察机关并不自行处理,而是采取移送方式。这既不会替代和干扰有权机关的处置,而且能够弥补不足、形成合力。监察监督主要聚焦于纪律作风监督、权力腐败监督,但对权力运作过程是否符合法律规范的要求,是否存在应当适用而未适用或错误适用法律法规的情况,以及是否存在权力不作为等问题,缺少正面回应。^{〔56〕}而这正是行政违法检察监督可以弥补的。

三、行政违法检察监督的实践运作

行政违法检察监督相对于传统检察业务是新的工作安排,实践运行中还面临规范化定型化的任务,首要需解决其案件来源、监督范围和监督方式问题,同时需与原检察制度安排进行衔接。

(一) 明确线索来源渠道

行政违法检察监督要求“在履行法律监督职责中发现”,这既是对线索渠道的规定,也体现了监督的限度,具有双重价值。一方面要求与检察职能具有关联性,防止监督范围的盲目扩大,避免权力的扩张。检察机关对行政违法行为进行监督,不可能另行建立一套监督行政违法的体系,只有不脱离检察活动发现和监督行政违法才是适当的、合理的。另一方面,也赋予检察机关自主性,防止当事人急于行使救济权,凡事向检察机关申请监督,检察机关既无能力处置,也减损其法律监督的地位和权威。

其一,明确和建立线索来源渠道。应当明确,“履行法律监督职责”不等于“检察办案”。检察机关对于办案中发现的行政违法进行监督早有规定,如作此限制体现不出监督的拓展,特别是行政违法检察监督的初始阶段,需要一定的案件规模来扩大影响,较为恰当的是将检察活动中发现的案件线索均纳入监督视野。具体可包括:(1)检察机关在办理行政诉讼监督案件或非诉执行监督案件中发现;(2)检察机关在服务大局、走访调研中发现;(3)检察机关受理当事人申请或控告;(4)检察机关在参与社会治理中,通过参加专项治理活动、参与多元矛盾纠纷化解机制发现;(5)刑事检察、民事检察、公益诉讼检察或其他部门移送线索;(6)检察机关在与行政机关建立和运用信息共享、案件移送等机制中发现;(7)检察机关主动运用“两法”衔接平台中发现;(8)国家机关、社会团体和人大代表、政协委员等转交的;(9)新闻媒体、社会舆论等反映的。

其二,建立线索研判机制。对于发现的线索只能称之为案源,能否成为案件,尚需检察机关进行研判。而这也体现了检察机关的主动性,能够保持“监督”属性,避免沦为信访机构。检察机关对于发现的线索进行初步研判,分析行政行为是否已经作出,是否属于监督的重点范围,当事人是否存在救济权利,是否存在与行政权、司法权的冲突。通过研判,确定是否受理并开展监督。

(二) 明确行政违法检察监督范围

行政违法检察监督是对检察权的拓展,但原来检察职能中并非完全没有涉及行政权监督的内

〔56〕 参见前引〔12〕,秦前红、张演锋文。

容，需要从原有职能与新增职能的关系角度来明确行政违法检察监督的范围。

其一，面对行政违法的“直接监督”。这是当前开展行政违法检察监督的重点，要根据行政违法检察监督的对象特点，明确选取监督的重点领域，形成社会共识，扩大社会影响。在工作推进层面，应当坚持“系统抓、抓系统”的方法，结合服务营商环境案件办理，加强对市场监管、税收管理、市场准入、经营许可、安全生产监管等部门的行政违法行为监督，通过监督纠正行政违法，实现对市场主体合法权益的保护；围绕当地党委政府统一开展的执法专项整治、社会治理活动，有针对性选取行政执法重点领域确定小专项，在一段时间内集中力量攻坚、接续推进。选取监督重点，围绕行政许可、行政处罚、行政强制、行政确认、行政收费中存在的突出问题开展行政违法行为监督。梳理群众反映强烈的问题，结合“检察为民办实事”要求，聚焦扶贫救助、社会保障、房屋征迁安置、违章建筑拆除、农民工等弱势群体保护等方面开展行政违法检察监督，维护人民群众合法权益。

其二，原行政诉讼监督中的“间接监督”可转化为“直接监督”。行政违法检察监督可以直接面向行政领域，对此不难理解。实践中更为困惑的反而是原行政诉讼监督中的“间接监督”“穿透监督”。对于行政诉讼监督中涉及对行政违法的监督，有观点认为，将监督行政诉讼之被告纳入行政检察监督无法区分“行政权”和“有行政属性的活动”，行政主体参加行政诉讼并非“公共行政”，而是参加“司法裁判”，应纳入诉讼监督序列。^{〔57〕}此观点不免偏颇。行政诉讼监督的对象既包括行政机关的诉讼活动，也包括经由法院司法审查的行政行为，需要一并监督法院审判活动和行政行为合法性，将其纳入监督范围并不存在明显的不合理。检察机关在行政诉讼监督中对法院是直接监督，而对行政机关则是间接监督。原来基于“穿透监督”理念，对行政违法行为的监督主要是通过监督法院的行政审判和执行活动，以及通过延伸参与社会治理触角来间接实现。^{〔58〕}这种“穿透监督”和“间接监督”存在限制条件，包括：（1）办理行政诉讼监督案件或者执行监督案件中发现有行政违法，需要符合“行政违法可能影响法院公正审理和执行”的条件；（2）社会治理检察建议主要是督促行业主管部门完善制度、改进工作、依法履职，其中包含行政违法检察监督的含义，但对于涉及具体行政违法而缺少普遍性倾向的问题，采用社会治理检察建议显得有些牵强。

行政违法检察监督重塑了行政检察格局，其拓展也体现在行政诉讼监督中，监督对象不限于可能影响法院公正审理和执行的情况，原“间接监督”可转化为“直接监督”。目前由于检察建议工作规定尚未修改，事实上出现了“间接监督”与“直接监督”的并存，这种区分完全是因为过渡期造成的，应当尽快修改相关规定，避免引起混乱。在实践操作中还要注意，对于法院经过实体审查而裁判确有错误的案件，即法院对行政行为的司法审查判断有误，检察机关应抗诉或提出再审检察建议而不宜对行政违法行为直接监督，否则会造成法院生效裁判与行政行为之间的冲突。对于法院未经实体审理的裁判，由于行政行为未经司法审查认定，行政机关经监督改变原行政行为亦不会影响审判权威，检察机关可以直接监督。

〔57〕 参见前引〔36〕，秦前红文。

〔58〕 参见张相军：《加强行政检察理论研究 为做实行政检察提供理论引领和支撑》，载《人民检察》2019年第15期。

其三,其他与行政权相关监督的性质归属。(1)行政公益诉讼与行政违法检察监督存在重合交叉的可能,对此应区分情形。广义来说,行政公益诉讼也属于行政检察的范围。有观点认为,行政公益诉讼的三角关系与民事公益诉讼、刑事公诉相似,检察公诉方与被告方处于同等的地位,区别于行政检察对公共行政行为主体的“单向监督”,应归于公诉职能之扩张,而不宜纳入行政检察范畴。^{〔59〕}此观点有一定道理,但并非所有行政公益诉讼都具有完整的构造,大部分行政公益诉讼案件都止步于督促履职,审查前置程序与行政公益诉讼程序具有相继性,通过诉前程序理顺检察监督与行政公益诉讼的关系,前者是行政检察监督,后者是提起公诉。也正基于此,行政公益诉讼与行政违法检察监督存在交叉重合的可能。对于凡不属行政公益诉讼领域或虽属该领域但不具备“公益”性质或不具有“可诉性”的线索,均可进行行政违法检察监督;对于行政公益诉讼前督促履职后,行政机关据此作出的具体行政行为,检察机关对其合法性进行的“二次监督”,也可归于行政违法检察监督。检察权统一对外行使,无论运用哪种方式,在权力性质上并不存在必然冲突,可以从监督效率、效果方面来进行考量和选择,尤其基层检察院大多实行民事、行政和公益诉讼“三合一”或“二合一”的机构设置,有利于发挥检察一体化机制的功能,实现案件在一定条件下的转化。

(2)刑事检察部门对侦查活动、刑事执行和监管活动的监督,体现的是对行政权的制约,但不是对公共行政的制约。公安和其他专门机关刑事侦查活动一定程度上可视为具有司法属性,从根本上说其产生的是诉讼意义而不是行政意义上的法律效果。如将其纳入行政违法检察监督,未能区分“行政权”和“公共行政”,混淆了检察职能本身和检察职能产生的法律效果。但监管场所中的拘留所是执行行政处罚和治安处罚的机构,检察院对拘留所监管活动的监督可归属于行政违法检察监督。^{〔60〕}

(3)对行政执法机关移送涉嫌犯罪案件工作的监督,即通常所说“行政执法和刑事司法衔接”,虽有监督行政执法之意,但主要归入刑事检察部门,作为侦查活动监督的范畴。目前正探索扩大监督范围,实行双向移送,对于检察办案移送行政机关的线索,行政机关后续的执法行为可纳入行政违法检察监督的范围。

(4)检察机关目前正在开展行政强制措施监督的探索,包括对公安机关行政强制隔离戒毒决定和司法行政机关强制隔离戒毒所执行行为的监督。^{〔61〕}《行政强制法》规定的限制公民人身自由和财产的行政强制措施,可分为执行性强制措施、即时性强制措施和一般性强制措施。即时性强制措施和一般性强制措施做出时并没有为被强制的相对人设定义务的具体行政行为存在,原则上应当单独作为行政强制措施进行监督,但为促使行政相对人履行义务而采取的执行性强制措施,可以作为行政违法检察监督的对象。

(三)明确行政违法检察监督的方式

目前,已经明确的行政违法检察监督的法定方式主要为检察建议,但能否创设专门的检察建议类型,能否探索和运用其他监督方式,还有待实践中探索。

〔59〕 参见前引〔36〕,秦前红文。

〔60〕 参见前引〔36〕,秦前红文。

〔61〕 参见征汉年、王盟、季军:《四方面探索开展行政强制隔离戒毒检察监督》,载《检察日报》2018年5月6日,第3版。

其一，尽快创设检察建议新类型。由于《人民检察院检察建议工作规定》出台在前，目前行政违法检察监督没有独立检察建议类型，只能借用“社会治理”检察建议，这通过修改相关工作规定即可解决。但社会治理类检察建议仍然存在，如何对两者进行区分，是运行中需要解决的。深入分析，两者存在不同的指向：（1）社会治理类检察建议指向普遍性、倾向性违法背后的制度缺漏，行政违法检察监督指向的是具体行政违法本身；（2）社会治理类检察建议的目标指向将来不再产生同类违法，行政违法检察监督的目标指向对已发生的不依法履职进行纠正；（3）社会治理类检察建议的采纳主要是完善制度、改进工作等，行政违法检察监督往往存在行政行为的回转可能，当然不排除有些违法行政行为没有纠正或重作的必要性、可行性。

其二，加强规范性文件的附带审查。行政违法检察监督的对象包括规章以下规范性文件合法性的审查，检察机关发现规范性文件与上位法相冲突的，可提请制定机关修改和纠正，在其不予纠正情况下应向其有权机关提出。此项措施更有利于实现诉源治理。至于检察机关的合宪性审查提请权，因其指向行政法规、地方性法规和自治条例、单行条例等，其着眼点并不在于具体行政执法，不宜纳入行政违法检察监督范围。

其三，探索其他监督方式。有观点提出可以创设检察异议。所谓检察异议是由检察机关向行政机关提起启动行政程序的检察异议申请，推动行政机关依职权重启行政程序以纠正原违法或者侵害相对人合法权益的行政行为。^{〔62〕} 检察异议的特点是检察机关介入行政程序，引发行政程序的启动。检察异议和检察建议的区分在于，检察建议的监督督促有赖于行政机关的主动接受，并不必然引发程序重启。但是此种方式是否过度影响行政权，还需要谨慎把握。有观点提出开展行政公诉。在公益诉讼制度创设形成之前，行政公诉实际主张的是行政公益诉讼。^{〔63〕} 目前对于行政公诉的探讨主要及于行政违法侵害行政相对人私益方面。检察机关对行政违法进行监督，在行政机关不采纳检察建议的情况下，可以向法院提起行政公诉。行政公诉本质上仍是程序启动权，并不涉及对行政权的最终判断与裁决；行政公诉是由检察机关发动的诉讼，体现的是公权力对公权力的监督；行政公诉构造可参照形成类似行政公益诉讼诉前督促履职、过期不纠则诉讼的模式。

（四）建立健全工作机制

行政违法检察监督在实践运作中，还需要建设、完善相关的工作机制，为其提供机制层面的保障。

其一，建立案件化办理机制。行政违法检察监督要实现精准监督、规范监督，应当实行类似诉讼监督案件的案件化办理机制。将监督过程中的线索研判、受理立案、调查核实、审查终结、提出检察建议、后续跟踪等各个环节都纳入办案系统，由系统生成相关法律文书和工作文书。案件办理中实行司法责任制，为保证审慎监督，开展初期可将提出检察建议的决定权确定由检察长行使，今后逐步放权，对于向县市级政府发送检察建议的一律呈省级检察院批准。加强案件的监督管理，实行备案审查制度。

〔62〕 参见刘艺：《检察机关合理介入程序促进行政争议实质化解的必要性与可行性分析——以冒名登记结婚类“过期之诉”切入》，载《人民检察》2021年第15期。

〔63〕 行政公诉，是指当行政机关的违法行为或不作为对公共利益造成侵害或有侵害危险时，法律规定由特定国家机关为维护公共利益提起行政诉讼的制度。参见前引〔33〕，张步洪书，第249页。

其二,完善检察一体化机制。完善内部线索移送、统一办理机制。基层院刑事、民事检察业务中发现的行政违法线索或社会治理问题,可交由行政检察办案组办理,市级院可由各部门办理后交由行政检察部门送达,逐步实现行政违法监督“一个窗口”对外,增强行政检察的权威性和专门性。利用机构和人员设置“二合一”的便利,与行政公益诉讼相互借力,甄别研判线索,对于存在重合或交叉的案件或不易区分的案件,可作为行政违法检察监督案件办理。

其三,健全完善外部协作配合机制。各地充分利用当地的矛盾纠纷多元化解机构和机制,加强与各方的配合与协作,在发现线索、共同纠违方面发挥合力。加强与行政机关的联系沟通,以与自然资源部门建立衔接机制为切入点,由点及面,扩大与行政机关之间的机制建设,在工作中注重沟通协调,与行政机关共同促进法治政府建设,实现双赢多赢共赢。加强与纪检监察机关衔接,对于行政违法检察监督中涉及行政人员违法犯罪的线索及时移送。

四、结 语

行政违法检察监督丰富了检察制度和检察权内容,较之传统以诉讼监督为依托的法律监督,更能凸显检察院法律监督机关的宪法定位,必将对保障宪法法律统一实施产生积极作用。目前在实践运行中,要把握好其拓展与限度的关系,检察机关据此既可直接监督行政行为,又必须坚持监督的程序性、事后性、谦抑性。行政违法检察监督必不可少,又非无所不能,其在对行政权的监督体系中发挥补充和协同作用。检察机关在制度构建中,还要处理好行政违法检察监督与原有检察制度安排之间的关系,推动其规范化与定型化,为争取立法层面的支持做好实践准备。

• 181 •

Abstract: Administrative illegal procuratorial supervision expands the scope of legal supervision of procuratorial organs from the litigation field to outside the litigation field, and enriches the content of procuratorial power. The procuratorial supervision of administrative violations is in line with the basic principles of legal supervision. It should be involved in the supervision of administrative acts, which is in line with the needs of the current rule of law and the modern construction of national governance system. The procuratorial supervision of administrative violations still has the attribute of "legal supervision" of procuratorial power, and the object, nature and principle of supervision are limited. In the current practical operation, we need to explore the clue source, supervision scope and supervision mode, especially deal with the connection with the design of the existing procuratorial system, strengthen the mechanism guarantee, and establish the case handling mechanism, procuratorial integration mechanism and external cooperation mechanism, so as to realize the standardized operation.

Key Words: administrative violations of law, prosecutorial supervision, practical operation

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

行政复议中止的纠纷化解路径 ——以“实质性解决行政争议”为视角

张 琦*

内容提要：我国行政复议中止制度仅对中止事由进行了详细规定，而如何启动行政复议中止及恢复案件审理的规定都不明晰，这使得实践中极易引发行政复议中止纠纷。在行政权主动扩张和司法权过度谦抑的背景下，申请人既没有提出异议的行政渠道，转而寻求法院进行司法审查的效果亦十分有限，从而造成了对行政复议及时原则和司法最终救济原则的破坏。具有丰富内涵的“实质性解决行政争议”命题对此能提供一定的思路，在这一理论的指引下，当发生行政复议中止纠纷时，行政复议机关应当允许行政复议申请人先向其提出异议，以追求纠纷的最便利解决；当行政复议内部救济未果，法院应当对符合条件的行政复议中止进行实质审查，确保司法最终救济原则的实现；而随着检察机关在行政争议实质性解决中的重要性不断攀升，应当发挥其对行政复议中止纠纷解决的监督作用。

关键词：行政复议 中止 实质性解决行政争议 行政诉讼 行政检察

行政复议和行政诉讼是我国行政救济的两种程式化制度，二者对公民、法人和其他组织合法权益的维护均具有重要作用。近年来，我国为建立“大复议、中诉讼、小信访”的行政争议解决格局作出了诸多努力，最新公布的《中华人民共和国行政复议法（修订）（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》）第1条也明确规定了“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”。相较于行政诉讼，行政复议具有及时性^{〔1〕}的特点，能使公民、法人和其他组织的合法权益得到快速的救济。要而言之，其一旦启动即应当持续不间断地进行。但为确保复议决定的正确性，在遇有

* 张琦，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“行政程序瑕疵的类型化及其司法审查研究”（18CFX019）、国家“2011计划”司法文明协同创新中心资助项目（教技函2013〔26〕号）的阶段性成果。

〔1〕《中华人民共和国行政复议法》第4条规定：“行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。”《征求意见稿》将“及时”替换为“高效”，笔者认为二者皆是对行政复议机关办案效率的原则性规定，“高效”在“及时”的基础之上，提高了对行政复议机关办案质量的要求。

法定事由时,行政复议机关得暂时中止复议程序,待相关问题明确后再行恢复,中止的时间也不计入行政复议的审理期限内。^{〔2〕}从规范层面来看,《中华人民共和国行政复议法》(下文简称《行政复议法》)第26条、第27条和《中华人民共和国行政复议法实施条例》(下文简称《实施条例》)第41条、第42条第2款对行政复议中止制度作出了相应的规定,^{〔3〕}由此可将行政复议中止分为五类:因申请人的原因^{〔4〕}所造成的中止、因被申请人的原因^{〔5〕}所造成的中止、因行政复议案件本身的原因^{〔6〕}所造成的中止、因附带审查规范性文件所造成的中止以及其他中止情形。因申请人自身原因和附带审查规范性文件所造成的中止,《行政复议法》和《实施条例》对中止期限及期限届满后的后果作出了明确的规定,实践中不易发生争议,而其余情形的中止期限则无明确规定,行政复议机关对中止后何时恢复案件的审理具有相当的话语权。除此之外,复议机关中止案件的审理后,申请人对此能否提出异议,其是否有权向复议机关申请恢复案件的审理,又应当以何种方式提出申请,复议机关应否予以回复等相关程序问题,在《行政复议法》和《实施条例》中均未有进一步的制度安排。这就导致实践中部分行政复议机关滥用行政复议中止,进而突破复议审查的最长期限,从而在申请人与行政复议机关之间产生新的纠纷,不利于行政争议的实质性化解。申请人就此向复议机关提出异议后无法获得有效的反馈,进而导致其无法在法定期间内实现对自身权利的救济。此时,申请人转而向法院寻求对行政复议中止的司法审查,法院囿于司法谦抑性和成熟性原则未必能实现申请人的诉求,于申请人而言审查效果不甚理想。如此一来,行政争议在行政复议中止后无法得到及时有效的解决。为此,笔者拟在重新审视行政复议中止制度的前提下,考察实践中行政复议中止之纠纷化解渠道的运行状况,试图以“实质性解决行政争议”理论为基础,对解决该纠纷的具体路径作一探讨。

• 183 •

一、现状检视:行政复议中止缺乏直接的救济途径

(一) 行政复议内部未提供救济渠道

我国1999年正式颁布的《行政复议法》仅规定了对行政行为作出依据进行审查时可以中止行政复议,并设有明确的中止期限。2007年,为发挥行政复议制度在构建和谐社会中的重要作用,把《行政复议法》规定的各项制度具体化,进一步增强行政复议制度的可操作性,国务院制定了《实施条例》。^{〔7〕}在该条例征求意见的过程中,许多地方和部门提出“《行政复议法》关于

〔2〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第396页。

〔3〕 《征求意见稿》已将上述多个条文整合为第45条,并且增加了“因调解双方当事人同意中止”这一情形,由此将行政复议中止的规定全部上升至法律层面。

〔4〕 如作为申请人的自然人死亡、丧失参加行政复议的能力、下落不明或者被宣告失踪,作为申请人的法人或者其他组织终止等情形。

〔5〕 如被申请人发生不可抗力情形。

〔6〕 如案件涉及法律适用问题、需要有权机关作出解释或者确认的,案件审理需要以其他案件的审理结果为依据、而其他案件尚未审结的情形。

〔7〕 参见2007年6月8日国务院法制办负责人就《中华人民共和国行政复议法实施条例》答记者问,载 <https://www.pkulaw.com/lawexplanation/28a6222a8e144a687d0074ceb6341f8ebdfb.html?keyword=%E8%A1%8C%E6%94%BF%E5%A4%8D%E8%AE%E6%B3%95%E5%AE%9E%E6%96%BD%E6%9D%A1%E4%BE%8B%E7%AD%94%E8%AE%B0%E8%80%85%E9%97%AE>,最后访问时间:2020年8月25日。

行政复议中止的情形规定太少，实践中行政复议案件情况复杂，行政复议案件审理期限比较短，有时难以及时结案，因此需要增加行政复议中止的种类”〔8〕。《实施条例》即在结合行政复议实践需要的基础上，比照着诉讼中止对复议中止的情形进行了列举规定，扩充了行政复议中止的情形，并以“其他需要中止行政复议的情形”兜底。〔9〕由此，实践中行政复议机关在案件审理过程中作出行政复议中止的比率大大提升。“在法律规范对程序没有作出明确规定时，行政裁量权本身蕴含着程序是否启动的可能性和具体的选择。”〔10〕行政复议机关适用兜底条款作出中止决定即属于其行政裁量权行使的结果。但行政裁量权的行使必须具备一定的前提，即“在一个逻辑法条主义的环境中，自由裁量权只被容许作为一种令人遗憾的最后补救措施，而且只能存在于令人满意的严格规制无法设计出来的场合”〔11〕。因此，作为一种备位性权力，裁量权的行使应当接受必要的约束——通过正当程序保障其合法行使，以避免出现行政机关滥用该权力的情形。遗憾的是，《行政复议法》和《实施条例》对此均未作出相应的规定，这也导致实践中行政复议中止具有随意性和频发性。再者，根据《实施条例》第41条第2款的规定，行政复议中止的原因消除后，应当及时恢复行政复议案件的审理。然而，关于“及时”究竟为何时，《行政复议法》和《实施条例》仅对个别情形〔12〕进行了规定，而其余大部分情形则未有明确规定。

“权利救济是行政复议制度的基本功能。”〔13〕从现有的制度安排来看，《行政复议法》和《实施条例》对行政复议中止的规定较为粗疏，行政复议机关具有较大的裁量空间，而行政复议申请人在其中的程序权利则被忽视。具言之，《行政复议法》和《实施条例》仅规定行政复议机关是有关中止和恢复案件审理的主体，但行政复议如何中止和恢复审理并无明确的规定。实践中，行政复议机关不仅可以依职权主动作出中止决定，还能依据申请人、被申请人以及相关案外人的申请作出该决定。总体而言，申请人在行政复议中止的启动程序中都较为被动。一方面，当行政复议机关依职权作出中止复议程序的决定时，立法并未对申请人创设提出异议的渠道，即便申请人对此发表异议，法律也没有规定行政复议机关必须对该异议进行审查或者给出答复。另一方面，如果行政复议的中止是由被申请人或者相关案外人提出的，行政复议机关是否需要向申请人征求意见也无明确规定，其有权直接决定是否中止行政复议。如此一来，行政复议被迫中止，申请人意欲通过行政复议获得快速权利救济的愿望落空，却也无法在行政复议程序中对此发表异议，其在行政复议中止制度中的权利保障遭遇冷落。此外，当中止事由消失后，行政复议机关应当主动作出恢复案件审理的决定，但恢复与否的决定权仍掌握在行政复议机关手中。申请人是否有权向复议机关提出恢复案件审理的申请、应当以何种方式提出，行政复议机关对此应否回应以及如何

〔8〕 邵风涛主编：《中华人民共和国行政复议法实施条例释解与应用》，人民出版社2007年版，第165页。

〔9〕 实际上，我国行政复议制度自创立之初便内含有一定的司法化特征，行政复议中诸如受案范围、复议不停止执行、决定方式等内容几乎照搬了行政诉讼的规定，对复议中止也仿照诉讼中止进行规定也不足为奇。参见马超：《“主渠道”定位下的行政复议“司法化”反思——兼谈行政复议的改革方向》，载《河南财经政法大学学报》2020年第6期。

〔10〕 杨建顺：《行政裁量的运作及其监督》，载《法学研究》2004年第1期，第9页。

〔11〕 〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第80页。

〔12〕 参见《行政复议法》第26条、第27条以及《实施条例》第42条第2款，这三个条款以规定期限的方式确立了在部分情形下行政复议中止后应当在三十日或六十日内恢复。

〔13〕 章剑生：《论作为权利救济制度的行政复议》，载《法学》2021年第5期，第49页。

回应等问题均无明确的法律规定。^[14] 因此,申请人在整个行政复议中止的过程中都较为被动,行政复议中止后,申请人所提请的行政争议无法及时解决,而《行政复议法》和《实施条例》对此却并未给予有效的程序回应,有违程序正当原则。

(二) 行政诉讼排斥单独审查行政复议中止

当行政复议中止并非基于申请人的本意时,极易引发申请人对行政复议中止的不满,但正如上文所述,申请人向行政复议机关寻求内部救济往往会陷入“于法无据”的困境,故而无法取得恢复案件审理的效果。此时申请人会转向法院寻求司法审查,既包括直接对原争议的行政行为提起诉讼,也包括对行政复议中止不服而提起的诉讼。从行政复议和行政诉讼的衔接来看,一旦当事人选择了行政复议这种救济渠道,在行政复议仅仅被中止而非终结的情况下,是不能针对同一行政行为再提起行政诉讼的,故而第一种诉讼往往不能得到法院的支持。那么,申请人是否有权在行政复议决定尚未作出之前即请求法院审查行政复议中止这一程序行为,进而督促复议机关恢复案件的审理呢?为考察实践中的具体做法,笔者在北大法宝上共检索得到188份有效的裁判文书。^[15] 通过这些裁判文书,可以探知司法权对行政复议中止这一行政权行使的监督力度。

首先,司法实务大规模否认行政复议中止的可诉性,导致申请人意欲通过司法渠道倒逼行政复议机关尽快作出复议决定的愿望落空。在笔者检索到的188个案例中,共有149个案件法院否定行政复议中止的可诉性并裁定不予立案或驳回起诉,致使案件未进入实体审理。具体来看,法院作此认定的理由有以下三种:第一,行政复议中止对当事人权利义务不产生实际影响;^[16] 第二,行政复议中止是一种过程性行为而不属于受案范围;^[17] 第三,将行政复议中止认定为“行政不作为”或者“不履行法定职责”没有事实依据^[18]。无论是何种理由,其内在的理论依据均为成熟性原则,即诉请法院审查的必须是行政机关成熟的、最终的行政行为,行政复议中止则不满足这一条件,其只能在法院审查行政复议决定时一并接受审查。但行政复议中止是否当然对申请人权利义务不产生实际影响、过程性行为是否当然不属于受案范围、行政复议中止是否当然不构成“行政不作为”或“不履行法定职责”,并非毫无疑问。毕竟行政复议中止不仅仅表现为一纸《行政复议中止通知书》,还包括中止事由是否符合法律规定、中止事由在起诉时是否已经消失、中止时间是否已超过合理期限等问题。因此,仅凭行政复议中止是一种通知行为为由,即否

• 185 •

[14] 在朱长英、杨守芳等诉马鞍山市人民政府房屋拆迁管理行政复议一案中,原告申请中止行政复议,中止事由消失后,原告多次与被告电话沟通催促恢复行政复议,并征询是否需要申请恢复,被告未予以正面答复,致使行政复议在中止一年后才恢复审理,但法院却认为被告决定中止和恢复审理行政复议均履行了相关法律程序,符合法律规定。事实上,由于法律并未对申请人是否有权申请恢复案件的审理及如何申请进行规定,导致恢复案件的审理仅表现为行政复议机关的权力,而忽略了行政复议申请人在其中的程序权利。参见马鞍山市中级人民法院(2017)皖05行初125号行政判决书。

[15] 检索条件的设置如下:案由选择“行政”,案件类型选择“行政案件”,再将关键词“行政复议中止”限定在“法院认为”部分,共得到449份有效裁判文书。其中,法院将诉的对象认定为“行政复议中止”的案件共有188件。

[16] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第1条第2款第(十)项规定,对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为不属于人民法院行政诉讼受案范围。这一规定延续了《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(已失效)第1条第2款第6项。

[17] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第1条第2款第(六)项规定,行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为不属于人民法院行政诉讼受案范围。

[18] 《行政诉讼法》第49条第(三)项规定,提起诉讼应当有具体的诉讼请求和事实根据。法院认为行政复议申请人以行政复议中止为由认为行政复议机关不履行法定职责,与行政复议尚在进行中的事实不符,故而缺乏事实根据。

认其可诉性，未能充分保护申请人的合法权益。在蒋波诉中国证券监督管理委员会中止审理通知书一案中，复议机关以“案件涉及相关问题复杂”为由中止复议程序两年半之后仍不予恢复审理，法院不考虑中止时间过长对申请人所造成的权利损害，仅简单适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《适用解释》）第1条第2款第（十）项的规定否定复议中止行为的可诉性，不仅使得申请人的权利无法得到及时的救济，同时也损害了司法权威。^{〔19〕}可见，直接否定行政复议中止的可诉性、作出不予立案或驳回起诉的裁定有可能导致已经侵犯当事人合法权益的行为无法进入法院接受审查，使得原本赋予当事人的权利救济选择权——行政复议或行政诉讼，在当事人选择行政复议而又被中止后，反而成为束缚当事人的枷锁。

其次，法院对已进入实体审理的行政复议中止的审查情况也不容乐观。其一，对行政复议中止的审查仅限于中止通知的作出是否符合法律规定，包括中止事由是否法定、是否依法履行通知和送达等程序义务，而对当事人提出的“中止事由已经消灭、应当恢复行政复议程序”不予审查。在何佛荣诉广东省人民政府行政不作为一案中，广东省人民政府以行政复议被申请人正在与当地有关部门协商处理为由，中止行政复议两年之久，对于何佛荣向其提出恢复案件审理的请求置若罔闻，法院在该案的审理中认为行政复议中止的作出符合法律规定，但是否恢复审查是行政复议机关依法审查行政复议案件的过程性行为，不属于其对外应当履行法定职责的范围，故而驳回何佛荣要求“确认被告对原告的行政复议申请未在法定期限内作出复议决定的行为违法”的诉讼请求。^{〔20〕}其二，对中止事由的审查流于形式。《实施条例》第41条第1款第（八）项是行政复议中止事由的兜底条款，^{〔21〕}行政复议机关对其有自行解释的裁量权，实践中有部分复议机关将“情况复杂”解释为“其他需要中止行政复议的情形”。^{〔22〕}但从规范层面来讲，“情况复杂”并不宜作为兜底条款的具体适用。根据《行政复议法》第31条第1款的规定，“情况复杂”乃是行政复议审理期限得以延长的条件，且延长期限最多不能超过30日。^{〔23〕}一方面，从下位法不得抵触上位法的原则出发，《行政复议法》应当优先于《实施条例》得到适用；另一方面，在法律有明确规定的情形下，不存在行政裁量权行使的空间。因此，如果行政复议机关认为案件情况复

〔19〕 参见北京市第一中级人民法院（2018）京01行初503号行政裁定书；北京市高级人民法院（2018）京行终4468号行政裁定书。本案中蒋波在裁定生效后向最高人民法院申请再审，最高人民法院维持了原审裁定，驳回了其再审申请。与此相反，在陈孝宽等诉山东省人民政府不履行行政复议法定职责再审案中，最高人民法院则认为虽然法律未明确规定中止期限，但山东省人民政府将行政复议中止了四年时间，明显超过了合理期限，造成陈孝宽等人获得法律救济的复议请求权不能在合理的期限内实现，已经对其合法权益产生了实际影响，其复议请求权应当得到复议机关的尊重和保障。参见最高人民法院（2017）最高法行申3680号行政裁定书。

〔20〕 参见广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法行初字第339号行政判决书。与此相类似的案件还可参见安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖01行初191号行政判决书、广东省高级人民法院（2016）粤行终282号行政判决书、广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法行初字第171号、340号行政判决书、湖南省长沙市中级人民法院（2018）湘01行初402号行政判决书、黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2018）黑01行终590号行政判决书、黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院（2017）黑0110行初101号行政判决书。

〔21〕 《征求意见稿》第45条保留了兜底规定。

〔22〕 在笔者检索到的188个裁判文书中，以兜底条款为由作出行政复议中止的案件共有59例，其中将其他事由进一步解释为“案情复杂”的案件便有16例，但法院均未认定该中止事由不符合法律规定。

〔23〕 《征求意见稿》第83条延续了这一规定，若行政复议机关继续将“案情复杂”认定为其他需要中止的情形，则变相将至多可延长三十日的行政复议期限无限期延长，使这一条款实际上被架空。

杂,仅有权依据《行政复议法》将审理期限延长,而无权中止行政复议。从法院对此类案件的实体审理来看,法院对这一中止事由却并未作出否定性评价。在金妹珍诉上海市浦东新区人民政府不履行行政复议法定职责一案中,浦东新区人民政府以“案情复杂”为由中止行政复议,法院认为《中止行政复议通知书》中明确记载中止审理的原因及依据,被告于庭审中亦明确说明中止原因,故原告的诉讼请求不能成立,但法院却没有意识到“案情复杂”并非合法的中止事由,最终未能对行政申请人的权利予以救济。〔24〕

二、因果探析:司法权的过度谦抑与双重原则的背离

实践中,行政复议中止纠纷缺乏直接的救济途径,首先与立法的不完善有一定的关系。我国向来主张“宜粗不宜细”的立法风格,条文内容也多重实体而轻程序,导致与行政复议申请人息息相关的程序权利未被纳入行政复议立法之中。但立法的缺憾并不必然造成权利无可救济,司法最终救济原则若能承担起其应有的责任,也可保证行政复议中止纠纷得以妥善解决。遗憾的是,在“强行政、弱司法”的背景下,司法权过度谦抑使得司法最终救济原则无法实现,与此同时还损害了行政复议的及时原则。

(一) 司法权的过度谦抑

行政复议申请人权利遭到损害,寻求行政复议内部救济未果,便向法院提起行政诉讼。此时问题就转移到司法权对行政权的审查与监督上来。司法要在有限的范围内对行政权进行审查,既要实现对行政权的有力制衡,又要避免对行政权的过度干预。〔25〕这里所说的避免过度干预就是指司法应当保持一定的谦抑性,对行政权保持必要的尊重与谦让。司法谦抑主要表现为司法审查的三大原则:成熟性原则、穷尽行政救济原则和最终性原则。〔26〕其中,成熟性原则是指行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段,即已经达到成熟的程度,才能允许进行司法审查。〔27〕我国的行政行为接受司法审查前也应当符合成熟性的要求。〔28〕从当前我国法院对行政复议中止行为的审查来看,一般认为在行政复议机关尚未作出行政复议决定前是不满足成熟性原则的,此时出于对行政权的必要尊重,法院不能对行政复议中止行为进行审查。表面上看,法院是在恪守司法谦抑原则,但实际上这种僵化的谦抑已然超过其该有的限度,并对行政复议申请人的权利造成了二次伤害。事实上,法院过分青睐“司法谦抑”并非是毫无缘由的。在“诉讼爆炸”的时代,司法谦抑有利于减少案件负担和个案中的审判工作量,是法院解决有限的司法精力与无限的权利诉求之间矛盾的良策。〔29〕此时的司法谦抑就是一个合法的理由可以用来回避对行政案件的审理,不仅能减轻其工作量,还能尽量与行政复议机关(大多数都是各级人民政府)友好共处。但随之所产生的结果或许就是行政诉讼中原告的诉讼请求得不到支持,权利得不到应有的保障。

• 187 •

〔24〕 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪行初275号行政判决书。

〔25〕 参见江必新:《司法审查强度问题研究》,载《法治研究》2012年第10期。

〔26〕 参见〔美〕理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第二卷),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第933-1074页。

〔27〕 参见王名扬:《美国行政法》(下册),北京大学出版社2016年版,第479页。

〔28〕 参见江必新:《论行政诉讼司法解释对行政诉讼制度的发展和创新》,载《法律适用》2018年第7期。

〔29〕 参见黄先雄:《司法谦抑论——以美国司法审查为视角》,法律出版社2008年版,第75页。

从司法谦抑的各种理论来看，司法谦抑强调的是司法权对立法权和行政权的尊重。行政复议有别于一般的行政行为，它具有一定的特殊性。行政复议是立足于行政系统内部的行政争议解决机制，它既有柔性行政性质，又带有一定的司法色彩。^{〔30〕}因此，法院审理行政复议案件不单单是对行政权进行审查，同时还包含着对准司法权的审查。这也就意味着，不同于一般的行政案件，司法谦抑在行政复议案件中的适用必须进行适当的压缩。在我国行政救济的制度设计中，行政复议和行政诉讼是两种并行的救济途径，除了复议前置的情形外，当事人可以任意选择行政复议或者行政诉讼实现自身权利的救济，但司法仍然是最终救济的方式。因此，行政复议一旦被中止，不仅行政复议程序无法进行下去，行政复议申请人寻求进一步司法救济的途径也被堵塞了。从这个意义上讲，行政复议中止不同于一般行政行为的中止，它所阻断的是行政复议申请人在原行政行为侵害其合法权益后获得行政复议救济的权利，如果法院保持对一般行政权的谦抑，对行政复议中止行为不予审查或仅作形式审查，那么行政复议申请人将彻底失去权利救济的途径，只能继续等待行政复议机关依靠其自觉性来履行行政复议职责。如此一来，“维护合法权益作为司法谦抑不可突破的底线”^{〔31〕}之目标则无从实现。

（二）双重原则的背离

1. 破坏行政复议的及时原则。及时原则作为约束行政复议机关审理行政复议案件的原则之一，要求其在正确、合法的前提下，提高工作效率，在行政复议的各个环节（受理、审查、决定和执行）都不拖延、不积压案件，切实保障公民、法人或者其他组织的合法权益。^{〔32〕}但是，“原则允许有例外，它们不要求绝对的排他性（全有或全无的适用性）”^{〔33〕}。行政复议中止便是及时原则的例外，它既是行政复议“正确性”和“及时性”相互博弈的结果，又是平衡实体正义与程序正义的产物，它允许行政复议机关在追求最终决定的“正确性”时，得暂时推后对及时原则的遵循。

然而，行政复议中止必须建立在合法的前提之下，且这种“例外”的使用必须审慎。具体来看，行政复议中止发生在行政复议期间，其主要在审查和决定环节对及时原则的实现产生一定的影响。如上文所述，当申请人缺乏对行政复议中止提出异议的可能性时，行政复议机关对于行政复议中止具有相当的权力，若行政复议机关无正当理由中止或不予恢复案件的审理，将会破坏行政复议的及时原则，进而对行政争议的解决造成阻碍。首先，当行政复议中止的事由不符合法律规定时，意味着不满足及时原则的例外所应具备的“正确性”要求，此时本应迅速而有效进行的行政复议被无理由叫停，加之中止的期限不被计入行政复议的审理期限内，所导致的后果就是行政复议决定将会被推迟作出，与及时原则相悖。其次，当行政复议中止期限已超出合理的限度，对申请人所产生的程序不正义已明显超出所谓的“正确性”追求所能承受之重，那么出于法安定性考量，不宜再对行政复议中止给予正当性评价，因而构成对及时原则的违背。最后，当法定中

〔30〕 参见莫于川：《行政复议机制和方法创新路径分析——从修法提升行政复议规范性、效率性和公正性的视角》，载《行政法学研究》2019年第6期。

〔31〕 黄永维、郭修江：《司法谦抑原则在行政诉讼中的运用》，载《法律适用》2021年第2期，第74页。

〔32〕 参见林莉红：《中国行政救济理论与实务》，武汉大学出版社2000年版，第68页。

〔33〕 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, transl. by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford University Press, 1989, p. 4.

止事由已消失,表明行政复议中止作为及时原则例外的条件已不复存在,若行政复议机关仍未恢复案件的审理,也直接构成对及时原则的违背。

2. 违反司法最终救济的原则。司法最终救济原则作为行政救济的原则之一,特指行政权力侵犯公民权利时应当设置司法救济的途径,使权利在受到侵害时可以直接地或者间接地通过司法的途径获得救济。^{〔34〕}直接的方式就是对侵害公民、法人或其他组织合法权益的行政行为设置司法救济途径,间接的方式则是指当其他救济途径不发挥作用时,司法权有权介入这种不作为,使行政诉讼成为当代中国权力制约“切实可行的突破口”^{〔35〕}。在这一意义上,司法最终救济是对有权利即有救济原则的进一步阐释,它要求司法在权利救济体系中发挥兜底作用,以切实保障当事人的权利。

行政复议中止作为一种程序行为,一般不直接对公民、法人或者其他组织的权利义务产生实际影响,不宜径直对其设置司法救济方式,其与行政复议决定一并接受司法审查更符合诉讼经济原则。但行政复议中止在突破其本身应有的限度时,司法权仍保持刻板的谦抑则会有损司法最终救济原则。一方面,行政复议申请人对于行政复议中止不服或者认为中止事由不复存在,向行政复议机关请求恢复案件的审理,行政复议机关对此置之不理,法院也持有一种保守的态度,否认行政复议中止的可诉性,将会使申请人陷入救济无门的困境中,造成对司法最终救济原则的背离。此时,法院本身存在的必要性会被质疑,诚如波斯纳所言,“若自制走的太远,那么法院在制衡体系中就不再能够扮演制定给他们的角色”^{〔36〕}。另一方面,行政复议不同于一般的行政行为,行政复议机关在此过程中发挥着“准司法权”的作用,行政复议不当中止将会对行政复议申请人造成二次伤害,因此,在行政复议中止案件中司法的谦抑性应当有所抑制,司法最终救济原则理应成为司法谦抑原则的底线。

• 189 •

三、理论预设:实质性解决行政争议

行政相对人针对行政行为申请行政复议,意味着对原权暂时无法通过行政诉讼的途径予以救济,而中止则意味着对原权的行政复议救济路径也被阻断。表面上来看,行政相对人对行政复议中止不满是对救济权行使不畅的不满,但其最终目的还是获得对原权的救济。因此,行政复议中止纠纷的解决也是为了实现原权的合法救济,也即解决原行政争议。如此看来,该纠纷的解决具有一定的复杂性和连环性。源自行政审判实践的“实质性解决行政争议”理论强调行政纠纷的一次性解决,恰好与行政复议中止纠纷解决所欲求达至的目标相吻合,可为行政复议中止纠纷的解决提供理论思路。

(一)“实质性解决行政争议”的基本意涵

自1989年第一部《行政诉讼法》颁布以来,我国行政审判实践已走过了三十余年。2014年修正《行政诉讼法》时,为了回应司法实践的需要,同时也为了凸显行政诉讼的基本功能,我国

〔34〕 参见林莉红:《论行政救济的原则》,载《法制与社会发展》1999年第4期。

〔35〕 参见喻中:《权力制约的中国语境》,法律出版社2013年版,第141页。

〔36〕 〔美〕理查德·A.波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第347页。

正式新增“解决行政争议”作为《行政诉讼法》的立法目的之一。在此之前，最高人民法院已经提出“实质性解决行政争议”的实践命题，并不断围绕这一命题出台有关行政审判的司法解释和规范性文件。从提出背景来看，“实质性解决行政争议”意在解决我国社会转型期所形成的司法供给与社会需求之间的尖锐矛盾与冲突，其要求在经过行政审判或调解结案后真正达成“官了民也了”的实质结果，避免行政诉讼程序空转，以推进实质法治主义。^{〔37〕}就这一命题所欲追求的效果而言，“实质性解决行政争议”是对《行政诉讼法》“解决行政争议”立法目的的更高要求，其重点在于如何理解“实质性”的含义。江必新从实质法治主义的角度出发，强调纠纷的实质性解决应当具有微观和宏观两个层面的意思，微观层面要求案件已经裁决终结且纠纷彻底解决，宏观层面则要求此类案件的处理界限得以明晰。^{〔38〕}贾亚强从实体和程序两个方面对“实质性解决行政争议”进行阐释，实体上要求纠纷解决的妥善性，程序上则要求纠纷解决的一次性和迅速性。^{〔39〕}王万华认为，“实质性”理当包含“行政诉讼程序终结后未再启动新的法律程序”和“行政实体法律关系经由行政诉讼程序获得实质处理”两方面内容。^{〔40〕}章志远对其进行法理解读时，强调司法审查广度上的整体性、深度上的一揽式、厚度上的可接受性。^{〔41〕}从上述各学者的观点来看，“实质性”至少要求行政争议在行政诉讼中的解决具有斩断效应，即本案诉争在一次行政诉讼程序中得以彻底解决，在不告不理的原则之下，行政诉讼的原告此后并未再次启动新的法律程序即为行政争议得以实质性解决的直接体现。

（二）“实质性解决行政争议”的最新发展

“实质性解决行政争议”虽源自行政审判实践，但并不意味着这一命题仅在行政诉讼中具有适用空间。在同样具有解决行政争议功能的行政复议领域，有学者指出，行政复议具有自我监督功能，行政复议可利用其高效、有效实现自我监督的天然优势，发挥过滤行政争议的作用，并使大量行政争议在行政复议程序中得到实质性化解。^{〔42〕}在修订《行政复议法》的背景下，也有学者提出，行政复议制度的定位已逐渐转向行政争议解决机制，因而有必要将“实质性解决行政争议”引入《行政复议法》的修订中。^{〔43〕}

在行政诉讼和行政复议两种解决行政争议的法定途径之外，有学者建议，将行政检察作为解决行政争议的第三条道路。^{〔44〕}实践中，全国检察机关自2019年10月起也开始开展“加强行政检察监督促进行政争议实质性化解”专项活动，着力解决行政争议得不到实质化解的问题。^{〔45〕}“检察机关推进行政争议实质性化解，是指检察机关通过履行对行政诉讼实行法律监督等法定职权，

〔37〕 参见江必新：《论行政争议的实质性解决》，载《人民司法》2012年第19期。

〔38〕 参见江必新：《论实质法治主义背景下的司法审查》，载《法律科学》2011年第6期。

〔39〕 参见贾亚强：《论行政诉讼实质性解决行政争议的实现——以争讼行政法律关系的确定为研究进路》，载《法律适用》2012年第4期。

〔40〕 参见王万华：《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》，载《法学研究》2019年第5期。

〔41〕 参见章志远：《行政争议实质性解决的法理解读》，载《中国法学》2020年第6期。

〔42〕 参见曹彦：《作为化解行政争议主渠道的行政复议：功能反思及路径优化》，载《中国法学》2020年第2期。

〔43〕 参见前引〔40〕，王万华文。

〔44〕 参见解志勇：《行政检察：解决行政争议的第三条道路》，载《中国法学》2015年第1期。

〔45〕 参见闫晶晶：《最高检部署开展“加强行政检察监督 促进行政争议实质性化解”专项行动》，载《检察日报》2020年3月8日，第001版。

运用监督纠正、公开听证、引导和解、司法救助等多种方式,促进解决行政机关在实施行政管理等活动中与行政相对人产生的争议,最终实现案结事了、政通人和。”〔46〕从当前的工作部署来看,检察机关主要通过行使行政诉讼法律监督的职权,间接达成推进行政争议实质性化解的目的。

由此可见,“实质性解决行政争议”已从行政审判领域延伸至其他行政争议解决渠道,理论界和实务界正在共同对其进行全局性的鸟瞰,以促进其在整个行政争议解决机制中发挥更为显著的作用。成为共同关注的话题后,“实质性解决行政争议”下一步应当着力解决各种纠纷解决渠道之间的衔接问题。

(三) 行政复议中止纠纷中的“实质性解决行政争议”

作为解决行政争议“2.0版”的实质性解决行政争议〔47〕虽然是一项宏观命题,但这一宏观命题也只有运用到微观案件中才能真正发挥其作用,行政复议中止纠纷即是具体的行政争议案件。解决因行政复议中止而引发的纠纷,虽然直观上体现为对“救济权”的救济,但其所产生的连锁反应是对“原权”的继续救济。正如学者所言:“原权与救济权、救济权与诉讼请求、诉讼请求以及判决内容上都保持着相当程度的一致性和连贯性,甚至是完全一致的。”〔48〕因此,在行政复议中止纠纷的解决中强调“实质性解决行政争议”至少应当包含以下内容:

首先,发挥行政复议的首要作用。因行政复议中止而产生的纠纷发生在行政复议程序中,行政复议机关对于这一纠纷的解决具有“近水楼台先得月”的优势,从追求便民、高效的角度出发,纠纷在行政复议程序中得以解决最符合实质性解决行政争议的本质要求。其次,发挥行政诉讼的辅助作用。尽管法院应当坚持司法最终救济的原则,但审判程序的启动也必须遵循不告不理的基本原则。由此,在因行政复议中止所引发的纠纷解决中,行政诉讼所充当的角色处于一种辅助性的地位,行政复议仍应当是解决这一纠纷的主阵地。最后,发挥行政检察的补充作用。行政检察并不具有直接解决行政争议的功能,其对于因行政复议中止所引发的纠纷之化解仅有间接作用,且这种间接作用必须依附于法律监督权,在前两种渠道发挥主要作用的前提下,行政检察补充促进纠纷的实质性化解即可。需要注意的是,这三种解决行政争议的途径不应当被割裂看待,即除了强调在各自程序中追求行政争议的实质性解决外,还应当强调行政复议中止纠纷在整个行政争议解决机制中得以实质性化解。

通过上文的分析可以看出,行政复议中止的纠纷化解遵循上述思路将会产生双重效果,具体体现为:第一,因行政复议中止而引发的纠纷得以实质性化解;第二,对原行政争议的实质性解决具有促进作用。意即,行政复议中止纠纷得以化解之后,行政复议程序将依法进行,从而有效推动原行政争议的实质性解决。

四、因应之策:行政复议中止纠纷化解的规范化路径

行政复议中止纠纷发生的起因是申请人对中止的不满,纠纷解决的目的是为了使行政复议得

〔46〕 闫俊瑛、张昊天:《推进行政争议实质性化解的理论根据与职责定位》,载《检察日报》2020年11月23日,第003版。

〔47〕 参见前引〔41〕,章志远文。

〔48〕 张旭勇:《行政判决的分析与重构》,北京大学出版社2006年版,第23页。

以继续进行。因此，在行政复议程序中对中止纠纷予以解决最符合经济原则，对申请人的权利保护最为有利，同时也能达到实质性解决行政争议的最佳效果。行政复议程序无法实现对行政复议中止纠纷的解决时，应当允许行政复议申请人就此提起行政诉讼，以确保司法最终救济原则的落实。与此同时，检察机关通过行使法律监督权，也可助力行政复议中止纠纷的解决。

（一）行政复议内部解决

笔者发现，此次《征求意见稿》增加了上级机关对行政复议中止有权进行监督的规定，^{〔49〕}说明立法者注意到实践中行政复议中止的频发性及其对行政复议及时原则的破坏，这对于解决现实问题具有重要意义。上级机关有权主动监督行政复议机关作出的行政复议中止，此乃行政机关层级监督的具体体现。行政复议申请人在不服行政复议中止决定时，也可依据宪法所规定的申诉、控告和检举的权利，请求上级行政机关履行其监督职能。但“行政机关内部督察，不对被监察对象以外的当事人的权利义务产生实际影响，因此不属于人民法院的受案范围”^{〔50〕}。也就是说，申请人向行政复议机关的上级机关请求其监督行政复议机关的中止行为，更多只是提供了层级监督的线索，而对于自身争议的解决，并不是最直接有效的方式，且会增加争议解决的复杂性。因此，与其舍近求远将行政复议机关的上级机关牵涉其中，不如直接赋予申请人向行政复议机关提出异议的权利。从《行政复议法》和《实施条例》对行政复议中止的规定来看，是否中止或恢复案件审理的裁量权在于行政复议机关，只需书面告知当事人即可。但“行政权力的行使应当遵循最低限度公正行政程序制度，其内容表现为行政权力行使者的义务，相应地表现为相对人的程序权利”^{〔51〕}。故此，赋予行政复议申请人对行政复议中止提出异议的权利是遵循最低限度公正行政程序的应有之义，同时也是化解行政复议中止纠纷的第一步。具言之，当行政复议机关中止案件的审理时，行政复议申请人若认为不属于可中止审理的情形并对此表示不服，可向行政复议机关提出异议，要求其恢复案件的审理。当行政复议申请人认为行政复议中止事由已经消失或中止时间过长，也可向行政复议机关提出恢复案件审理的书面申请，当行政复议机关收到行政复议申请人的异议时，应当作出必要的回应。

理想状态下，行政复议中止纠纷按照上述路径即可在行政复议程序内部予以解决，不必再诉诸其他途径，符合“实质性解决行政争议”的要求。于当事人而言，在纠纷产生的源头即对其予以化解，是最便利和快捷的权利救济方式。值得肯定的是，实践中有部分部门规章从保障申请人合法权益的角度对行政复议中止进行了细化。例如，自然资源行政复议中，双方当事人书面提出协商解决申请时，行政复议机构应当审核中止是否有利于实质性解决纠纷、维护申请人合法权益，且为确保案件审理不被拖延，双方当事人必须明确协商解决的期限，在期限届满未能协商解决的，案件恢复审理。^{〔52〕}又如，《国家发展和改革委员会行政复议实施办法》将《实施条例》所规定中止事由消除后应当“及时”恢复案件审理的期限确定为“7日内”。^{〔53〕}这些细化规定是正

〔49〕《征求意见稿》第46条规定：“行政复议期间，行政复议机构无正当理由中止行政复议的，上级行政机关应当责令其恢复审理；必要时，上级行政机关也可以直接审理。”

〔50〕最高人民法院（2018）最高法行申712号行政裁定书。

〔51〕应松年：《中国行政程序立法展望》，载《中国法学》2010年第2期，第9页。

〔52〕参见《自然资源行政复议规定》第25条第1、2款。

〔53〕参见《国家发展和改革委员会行政复议实施办法》第17条第3款。

当程序的具体体现,对于在行政复议内部解决行政复议中止纠纷具有促进作用,此次行政复议法修改时可斟酌参考之。

需要明确的是,行政复议本身是一种纠纷解决程序,理应具备程序正义的基本要素。^[54] 在发生行政复议中止纠纷时,应当首先寻求行政复议内的救济,即只有在行政复议内部未能给予有效救济的情况下,才允许行政复议申请人寻求他种救济途径,如此才更符合“实质性解决行政争议”在整个行政争议解决机制中的定位与要求。如若不然,只会进一步减损行政复议的公信力,在行政复议案件本就少于行政诉讼案件的背景下,想要发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用,怕是更加难以实现。

(二) 行政诉讼最终救济

司法是维护社会公平正义的最后一道防线,当行政复议申请人寻求复议内救济未果时,行政诉讼应当发挥“司法最终救济”的功能。有学者指出,当被诉行政行为存在违法侵犯当事人合法权益情形时,即便不符合起诉条件,法院也应当发挥行政诉讼的制度优势和体制优势,通过司法建议、多元化解行政争议平台等路径,实质解决争议。^[55] 面对行政复议中止纠纷,笔者以为首先可按照上述学者的观点对争议进行处理,以避免给当事人产生救济无门的错觉。而另一方面,法院也应当对符合起诉条件的行政复议中止进行司法审查。正如前文所述,行政复议申请人针对行政复议中止向法院提起诉讼,大部分法院都否定了其可诉性。有观点认为:“作为程序性行为的复议中止之所以不可诉,并非因司法机关不能替代复议机关进行权利救济,而是因为复议机关在权利救济上的功能优势,促使司法机关处理行政纠纷时保持谦抑的立场。”^[56] 但笔者从搜集到的188个案例中发现,法院对于行政复议中止可诉与否的判断过于僵化,此种僵化主要体现在对《适用解释》第1条第2款第(六)项和第(十)项的机械适用,认为行政复议中止作为一种程序性行为不会对申请人权利义务造成实际影响,而对于中止是否已经影响到当事人的合法权益并不加以审查,从而遗漏了一些已经对当事人合法权益造成损害的案件。诚然,法院在适用法律时必须遵循形式逻辑的约束,但法官也必须考虑实质法治的维度,否则,极易形成将诉讼程序作为遁词,回避实质判断的诉讼程序形式主义。^[57] 因此,在面对行政复议申请人针对行政复议中止提起的诉讼,法院应当灵活区辨不同的案件类型,对于不具有中止事由、中止事由消灭后仍不恢复案件审理以及中止期限过长等情形,且当事人已提供初步的证据予以证明时,不宜再固执地认为行政复议中止应当与行政复议决定一并接受审查,而应当将其首先纳入行政诉讼的受案范围。

其次,行政复议申请人向法院提起诉讼,应当提供其已向行政复议机关寻求过内部救济的证据,证明自身已穷尽行政内部救济。司法权要对行政权保持必要的谦抑,要求申请人穷尽行政内部救济即是为了确保司法谦抑的实现。但司法谦抑并非毫无限制的退让,否则将会异化为法院对

[54] 参见梁君瑜:《行政复议的功能定位再辨——兼评〈行政复议法(修订)(征求意见稿)〉》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期。

[55] 参见前引[31],黄永维、郭修江文。

[56] 沈福俊、徐海建:《行政复议中止的可诉性研究》,载《华东政法大学学报》2020年第3期,第188页。

[57] 参见刘艺:《检察机关促进行政争议实质性化解的必要性与可行性分析——以冒名登记结婚“过期之诉”为切入点》,载《人民检察》2021年第15期。

司法权的放弃，进而导致行政复议申请人丧失其诉权。正如有学者所提出的，可以将“是否具有法定救济途径”作为行政行为可诉性的补强标准。^{〔58〕}该标准是根据司法最终救济原则所延伸出的具体化标准，为司法最终救济原则的贯彻落实提供了可操作的方法。对应到行政复议中止纠纷中，行政复议申请人应当首先寻求行政复议内的救济方式，以此实现纠纷的最便利化解，同时满足实质性解决行政争议的要求。在申请人向行政复议机关寻求救济未果的情况下，应当首先肯定行政复议中止的可诉性，以避免行政复议申请人在行政复议中止后缺乏法定救济渠道。

最后，法院对行政复议中止应当进行一定程度的实质审查。我国明确列举的行政复议中止情形多达十种，《实施条例》甚至还设定了兜底条款，《征求意见稿》对此也予以延续，从而增加了行政复议机关适用行政复议中止的可能性。为此，从“实质性解决行政争议”的视角出发，法院应当对已经进入审理程序的行政复议中止进行实质的审查，而不单单只是从行政复议中止是否履行通知、送达程序的角度进行形式审查，以避免造成行政诉讼程序的空转。具体来看，对行政复议中止是否确有必要、是否满足法定条件等实质要件法院应当予以审查，唯有如此，行政复议中止纠纷才能得以化解，原行政争议才能尽快在行政复议程序中予以实质性解决。

（三）行政检察补充监督

在提倡“加强行政检察监督促进行政争议实质性化解”的背景下，行政检察在行政复议中止纠纷的解决中也占有一席之地。党的十八届四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为，应该督促其纠正。据此，最高人民检察院曾制定《行政违法行为监督试点方案》，但因国家监察体系改革的需要，检察机关未能开展行政违法行为检察监督的试点工作。^{〔59〕}近年来，检察机关发挥行政检察监督职能多集中在行政诉讼监督方面，而对行政权的直接监督有所忽略。“行政检察监督的根本价值应在规制国家公权、构建检察权威和保障公民权利之间寻求平衡。”^{〔60〕}一方面，行政复议作为一种行政司法活动，其本质仍是行政行为，行政复议机关履行复议职责应当接受检察机关的监督。且检察机关适度介入行政程序是促进行政争议实质性化解的可行路径，其“法律监督机关”的定位可突破法的形式主义，实质性维护法律秩序。^{〔61〕}另一方面，行政复议中止与行政诉讼中止具有一定的相似性，二者都是纠纷解决机关暂时性停止纠纷处理的情形，在检察机关有权监督行政诉讼中止^{〔62〕}的情况下，行政复议中止也应当接受其监督。

具体而言，当检察机关在履行职责中发现行政复议机关违法作出行政复议中止或者不依法恢复案件的审理时，应当发挥其行政检察监督的职能，督促行政复议机关予以纠正。在监督方法上，根据最高人民检察院发布的《人民检察院检察建议工作规定》，检察机关可以向行政复议机

〔58〕 参见宋国涛：《“是否具有法定救济途径”：行政行为可诉性之补强标准》，载《学习论坛》2019年第8期。

〔59〕 参见刘艺：《行政检察与法治政府的耦合发展》，载《国家检察官学院学报》2020年第3期。

〔60〕 秦前红：《两种“法律监督”的概念分野与行政检察监督之归位》，载《东方法学》2018年第1期，第179页。

〔61〕 参见前引〔57〕，刘艺文。

〔62〕 《人民检察院行政诉讼监督规则》第104条规定：“人民检察院发现人民法院行政诉讼活动有下列情形之一的，应当向同级人民法院提出检察建议：……（七）诉讼中止或者诉讼终结违反法律规定的……”

关提出社会治理检察建议。^{〔63〕}此乃在司法监督以外,对行政复议机关在执行与行政复议中止相关法律时所作的监督,不仅有效规制了国家公权,同时也间接保护了行政复议申请人的合法权利。除此之外,检察机关在诉讼监督中认为法院所作出的有关行政复议中止的裁判违反法律规定,可向人民法院提起抗诉,以实现行政复议中止纠纷的全面监督。如此一来,检察机关通过法律监督的方式,促进了行政复议中止纠纷的化解,实现了对行政复议申请人权利的全方位保护,同时也达到了行政争议实质性解决的实际效果。

Abstract: The suspension system of administrative reconsideration in China only stipulates the reasons for suspension in detail. But it is not clear that how to start the suspension of administrative reconsideration and resume administrative reconsideration. This makes it very easy to cause disputes over administrative reconsideration in practice. In this regard, the applicant has no administrative channels to raise objections, and the effect of seeking judicial review by the court is limited. It constitutes a breach of the principle of timely administrative reconsideration and the principle of final judicial relief. The proposition of “substantive resolution of administrative disputes” with rich connotations can provide certain ideas for this problem. Under the guidance of this theory, when an administrative reconsideration suspension dispute occurs, the administrative reconsideration agency should allow the administrative reconsideration applicant to raise an objection to it in order to pursue the most convenient settlement of the dispute. When the internal remedy of the administrative reconsideration fails, the court shall conduct a substantive review of the suspension of the administrative reconsideration that meets the conditions to ensure the realization of the principle of judicial final remedy. As the importance of procuratorates in the substantive resolution of administrative disputes continues to rise, they should play their role in supervising the suspension of administrative reconsideration disputes.

Key Words: administrative reconsideration, suspension, substantive settlement of administrative disputes, administrative litigation, administrative prosecution

• 195 •

(责任编辑:于文豪 赵建蕊)

〔63〕《人民检察院检察建议工作规定》第11条规定:“人民检察院在办理案件中发现社会治理工作存在下列情形之一的,可以向有关单位和部门提出改进工作、完善治理的检察建议:……(四)相关单位或者部门不依法及时履行职责,致使个人或者组织合法权益受到损害或者存在损害危险,需要及时整改消除的……”

行政机关变更解除行政协议的司法审查

张青波^{*}

内容提要：司法解释未明确行政机关变更解除行政协议的标准及裁判事由。行政机关行使优益权变更、解除行政协议，限于依据法律、法规、规章之规定，或为避免严重损害国家利益、社会公共利益。社会公共利益可具体化为明确规定的公共利益和由不特定多数人皆可分享的利益。行政机关可变更之协议应为其内容涉及公共服务之提供者。基于优益权变更、解除行政协议应遵守比例原则和协商、说理程序步骤，并补偿损失。行政机关可依民法规定，根据合同的法定解除权或情势变更而变更、解除行政协议。如果行政机关违法变更、解除行政协议，法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

关键词：行政协议 行政诉讼 优益权

一、问题的提出

2014年修改后的《行政诉讼法》在国家立法层面正式承认了行政协议，2019年12月颁布的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（简称《行政协议规定》）对行政协议案件司法审查做出了专门规定。《行政协议规定》第11条第1款规定：“人民法院审理行政协议案件，应当对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。”第16条又承接《行政诉讼法》第78条而规定：在履行协议过程中，被告变更、解除协议，原告请求撤销，变更、解除行为合法，法院判决驳回诉讼请求；给原告造成损失的，判决被告补偿。变更、解除行为违法，判决撤销。

^{*} 张青波，中南财经政法大学法学院副教授。

本文为国家社科基金后期资助项目“行政协议案件司法审查研究”（19FFXB063）的阶段性成果。

《行政协议规定》第11条第1款不仅针对变更、解除协议，还涵括了订立、履行行政协议的行为，而第16条显然是专门针对变更、解除协议所设定的。就此而言，第16条构成相对第11条的特别规则，应先于第11条审查变更、解除协议的合法性，第11条对第16条则应发挥拾遗补缺的作用。不过，就变更、解除协议来说，第11条其实并未比第16条规定更多的审查要件。第11条第1款所列的审查要件中“是否履行相应法定职责”为第16条指示适用的《行政诉讼法》第70条列举的撤销情形所无。在行政法学界，早就存在职权规范隐含相应行政职责的观点。^{〔1〕}如果说就变更、解除行为而言，司法解释没有必要重复规定同一个审查要件，那么第11条第1款中“是否履行相应法定职责”应是针对行政机关未订立行政协议导致当事人诉请法院依《行政诉讼法》第72条判决被告履行法定职责、订立协议而言的。在被告业已签订了行政协议的情况下，法院所要审查的应是被告是否具有法定职权（即有无超越职权）和有无《行政诉讼法》第70条中的其他违法情形，不必对是否履行法定职责再费周折。如此理解《行政协议规定》第11条第1款，则以优益权单方变更、解除协议的司法审查依据就集中由第16条所规定。

这样看来，优益权的行使条件取决于第16条中的“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”，对此应如何理解？行政机关究竟在何种情形下得行使单方变更、解除协议的优益权？进一步来说，如何将《行政协议规定》列举的主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权乃至明显不当作为行政优益权纠纷案件的裁判事由？这些事由又各自针对何种具体情形？与此同时，按照《行政协议规定》第27条第2款，参照民法规范，行政机关和相对人双方也皆有权在一定情形下变更、解除协议。那么，法院应当如何判断行政机关按照民法变更、解除协议是否合法？尤其是为了避免将源于合同法的变更、解除混淆于行政优益权，更有必要澄清两者的差别。本文拟根据相关法律规范、判例和学理，探讨行政机关变更、解除行政协议的实体情形、依循规则和程序条件，并释明法院针对各种违法行为之裁判事由，以利司法审查的合理开展和统一推行。

• 197 •

二、实体和程序的统一：行使优益权变更解除行政协议的标准

《行政协议规定》将行政机关单方变更、解除行政协议，明确作为行政行为，该行为自然应受行政程序规制。事实上，学理和实践都颇为重视其程序合法性。^{〔2〕}然而，程序既不能保证结果是不可错误的，也不能保证结果是意义明确、准时出现的。^{〔3〕}因而，纯粹靠双方在程序中的博弈很难实现对行政权的控制。^{〔4〕}程序权利仅具有有限的功效，私人必须在单纯的程序权利外获得更加坚实的保障。^{〔5〕}那么，为了合理控制行政机关变更、解除行政协议之优益权，司法审查不仅应考虑程序机制，还必须重视实体规范。

〔1〕 参见朱新力：《论行政不作为违法》，载《法学研究》1998年第2期。

〔2〕 参见韩宁：《行政协议行为司法审查规则研究》，载《浙江学刊》2018年第3期。

〔3〕 参见〔德〕于尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第582页。

〔4〕 参见余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社2014年版，第80页。

〔5〕 参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第331页。

（一）行政机关单方变更解除行政协议的事由

行政机关变更、解除行政协议的优益权，可谓悬在相对人头上的一把达摩克利斯之剑，实践中往往因为行政机关行政优益权的不当或违法行使引发诉讼。^{〔6〕}那么，如何把握单方变更、解除协议之优益权的事由，才能既允许行政机关行使这一权力以保护公共利益，又能防范行政机关对其的滥用呢？

纵向来看，《行政协议规定》第16条虽然摒除了2015年颁布、现已失效的《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》（简称“2015解释”）第15条第3款中的“其他法定理由”，但并不意味着专门的立法规定不能作为优益权的行使依据，如最高人民法院在“2015解释”失效后仍承认，行使行政优益权可出于其他法定事由。^{〔7〕}综合而言，行政机关以优益权变更、解除行政协议的事由应为：

1. 依据法律法规、参照规章

依《行政诉讼法》第63条第1款，法院依据法律法规审理行政协议案件。按照《立法法》第80条第2款、第82条第6款，规章不得独立设定负担性规范。就此而言，规章本不得作为行使单方变更解除权从而导致相对人权利缩减的法律依据。但是另一方面，实践中规章规定行政协议单方变更、解除的事由并不鲜见，^{〔8〕}完全否认规章中对行政机关单方变更解除行政协议之规定恐不现实。若规章并未抵触上位阶立法，可由法院依《行政诉讼法》第63条第3款参照。况且，规章所规定的单方变更解除条件更未必能称得上过分宽泛而构成对相对人的过大威胁。而对于行政协议这种新型行政行为，有相应的规范至少强于没有规范。因而应承认规章能够作为变更解除权的参照规范。

进而言之，应否承认规章以下的规范性文件作为单方变更解除权的参照规范？沈广明认为，对行政协议的单方变更解除权的行使条件限制过于苛刻，容易降低行政效率，浪费行政资源，因而公共利益或其他变更解除事由，应该是法律、法规、规章、规范性文件所规定的公共利益需要或其他理由。^{〔9〕}然而，行政机关基于法律、法规、规章之规定单方变更解除行政协议的条件未必能称得上过于苛刻。如果任由规范性文件规定这种事由，恐将导致行政机关自我编程或诉诸上级来决定协议的变更解除，“看人下菜碟”地在行政协议签订前后出台规范性文件，豁免自己的协议义务，减损相对人的权益。^{〔10〕}若要求法院对规范性文件予以参照，形同放弃对单方变更、解除合法性的审查。就此而言，规范之位阶仍以规章以上为宜。^{〔11〕}

对此，司法实践中有其适例。在张素兰诉漳平市教育局不履行教育行政合同案中，法院指出，漳平市教育局仅凭漳平市政府发布的规范性文件，单方变更合同约定违法无效。^{〔12〕}而在最

〔6〕 参见曾哲、韩锦霞：《我国行政合同司法审查的实践梳理及完善路径》，载《江西社会科学》2016年第6期。

〔7〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申3008号行政裁定书。

〔8〕 如《市政公用事业特许经营管理办法》第18条、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第36、38条。

〔9〕 参见沈广明：《行政协议单方变更或解除权行使条件的司法认定》，载《行政法学研究》2018年第3期。

〔10〕 参见最高人民法院行政审判庭编著：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第229页。

〔11〕 参见梁风云：《行政协议案件适用合同法的问题》，载《中国法律评论》2017年第1期。

〔12〕 参见福建省龙岩市中级人民法院（2002）岩行终字第68号行政判决书。

高人民法院发布的“崔某某诉徐州市丰县人民政府招商引资金案”中，法院也认为规范性文件对当时承诺的界定，是对优益权的滥用，表明规范性文件不宜作为优益权的行使依据。

因而，只有法律、法规、规章可以作为变更、解除行政协议的依据或参照规范，否则不啻承认行政机关可借出台规范性文件而轻易课予相对人义务。

2. 为了避免严重损害国家利益或社会公共利益

《行政协议规定》第16条^[13]中“严重损害国家利益或社会公共利益”属于不确定的法律概念。不确定法律概念虽然难以通过文义解释、体系解释加以界定，但仍应按照解释方法，并参考规范目的而努力澄清，不得过早放弃证成工作并遁入主观评价。^[14] 查阅各种辞典，所谓“利益”，通常理解为好处。而“严重损害”则为程度大、影响深的减少、丧失等消极不利后果。相比之下，在法学语境中迭生争议的却是何为国家、社会公共之利益。

首先，国家利益应作为国家代表公民享有的社会公共利益。沃尔夫等将公共利益区分为一般公共利益与特殊公共利益：前者包括国家所表达或阐明的公共大众利益以及经正确认识的国家共同体的利益，后者是特定地方或国家之内各种共同体的利益以及具有国家或大众意义的利益或作为公共机构的任务予以保护的个别成员的利益。^[15] 可见，国家利益可以理解为公共利益的下位概念，乃是由整个国家代表所有公民所享有的一种公共利益，它与作为国家成员的每个公民之利益息息相关，如国防利益，外交利益，国有资产占有、使用、收益等方面的利益。作为处理公共事务的一种组织形式，国家本身就是为了实现一定的重要目标而存在。^[16] 因此，严格来说，国家并无完全独立于社会公共利益之外的利益，而能够正当化行政优益权之行使的国家利益，更应具备公共性。不过，既然《行政协议规定》承袭《行政诉讼法》第74条第1款第1项等立法规定，将国家利益独立于社会公共利益之外，则应将国家利益这种特殊的社会公共利益与其他社会公共利益相提并论，并列作为优益权的行使依据。

其次，社会公共利益应予类型化。如果说国家利益是国家作为直接主体的社会公共利益，那么就明确社会公共利益的内涵。在司法实践中，法院往往援用社会公共利益，或者将国家利益和社会公共利益一并作为裁判标准，很少单纯依据国家利益，^[17] 这更彰显了社会公共利益的重要性。结合学说和实务，社会公共利益可以分为两个类型。

第一，法律、法规、规章及规范性文件所规定的公共利益需要。^[18] 在判断何者为应追寻之公益时，应主要以法律为认定标准。^[19] 故此，公共利益首先是由法律、法规、规章或合法有效的规范性文件之规则或其蕴含之原则承认、保护的利益。比如《宪法》第37、13条对个人人身自由和私有财产的尊重与保护；《传染病防治法》第1条所保障的人体健康和公共卫生；《招标投标

[13] 在法律、法规、规章对行政机关单方变更、解除协议有所规定时，行政机关应按此规定，不宜再援用《行政协议规定》第16条，既可避免法律、法规、规章相应规定丧失意义，又可防止两方面规定抵牾时无所适从。

[14] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 241-244.

[15] 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第326-329页。

[16] 参见〔德〕莱因荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第226页。

[17] 参见最高人民法院（2017）最高法行申8519号行政裁定书；最高人民法院（2015）行监字第881号行政裁定书。

[18] 参见前引〔9〕，沈广明文。

[19] 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版股份有限公司2013年版，第7页。

标法》第3条第1款第1项规定的大型基础设施、公用事业；《土地管理法》第45条第1款、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条所列举的各种事项；《环境保护法》等环境立法所体现之环境保护原则要求予以保护的大气、土壤、水等环境介质。

第二，在不能找到法律规则或原则的依据时，公共利益不能等同于某个群体、部分社会成员的利益，而应当是属于整个国家或特定地方不特定多数人、由社会成员皆可分享的利益，典型如公共安全的保障、政府职能的正常履行、文化教育的发展、为贫困人群提供的物质帮助等。如最高人民法院认为，社会公共利益为社会全部或者部分成员所享有的利益，强调利益享有者的公共性，受益范围一般是不特定多数人。^{〔20〕}王海峰法官也认为，行政协议目的语境下的公共利益，只能是全民共享的公共资源和公共秩序。^{〔21〕}

（二）变更行政协议仅限提供公共服务者

对单方的变更权与解除权，还有必要加以区分并考虑其各自不同的成立前提和行使范围。因为行政机关对某一协议能否单方行使变更权，对相对人的权益其实有着不容小觑的影响。盖解除权只是单纯地卸除缔约人的原始契约义务，并未增加任何新负担，故与变更契约内容显有不同，解除权对原始契约关系所造成的伤害不如变更权。所以契约解除权在一般私法契约中亦十分常见，非属公法范畴专有。^{〔22〕}况且，如果说相对人在缔结行政协议时多少可能考虑到行政机关行使优益权而解除协议所产生的法律后果，那么相对人对于行政机关如何变更协议、如何调整法律关系则根本无从预计。因而变更协议对相对人预期的损害也会更大。

在比较法上，法国的政府在行政合同履行过程中享有的优益权，完全是基于公共服务原则。行政机关的单方变更和解除权，其实都渊源于行政机关自然享有的组织公共服务的权力。为始终良好地组织公共服务，行政机关应可单方变更协议中约定的公共服务组织条款。^{〔23〕}行政机关很难在成为“协议当事人”后便完全抛弃“公共事务管理者”身份，须在必要时运用公法人权力，强制相对人进行承诺外的给付。^{〔24〕}而相对人则不能中断公共服务的提供，只能承担意外增加的义务。^{〔25〕}与德国法相比，法国传统的行政契约之内容原则上并不直接涉及公权力之行使，反而与私法契约较为相近。因此，主要是继续性契约构成了单方变更权最主要的适用场域。非继续性契约则只有契约解除的问题，无契约之变更或终止等问题。如德国法上常见的行政契约，因涉及直接行使公权力之事项，属行政决定之作成而不具继续性质，无单方变更权之适用机会。相反，如果行政契约之运用大多数仍与公权力之行使相联结，则法国法上之单方变更权即使使用的机会未必很多，仍然令人担忧。若摆脱“公权力”之束缚，而改以“公共服务”或“公共利益（公共照顾）之需求程度”之高低作为行政契约之界定指标，则在此领域中存有单方变更权，不仅不会

〔20〕 参见最高人民法院（2016）最高法行再2号行政裁定书。

〔21〕 参见王海峰：《试论行政协议的边界》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔22〕 参见陈淳文：《论行政契约法上之单方变更权——以德、法法制之比较为中心》，载《台湾大学法学论丛》2004年第2期。

〔23〕 参见陈天昊：《行政协议中的平等原则：比较法视野下民法、行政法交叉透视研究》，载《中外法学》2019年第1期。

〔24〕 参见陈天昊：《行政协议的识别与边界》，载《中国法学》2019年第1期。

〔25〕 参见李颖轶：《优益权的另一面：论法国行政合同相对人保护制度》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

阻碍行政契约之普遍运用,而且还是必需的制度设计。〔26〕

章程主张优益权应限于提供公共服务的继续性行政协议,并提出,国有土地使用权出让合同即便是行政协议,行政机关也不能行使变更、解除的优益权。〔27〕但是,如果无涉公共服务之非继续性行政协议并无优益权存在的余地,那么德国《联邦行政程序法》第60条第1款所设之单方解除权岂非多余?况且,若果真如此,《行政协议规定》第2条所列举的行政协议中,就只有特许经营协议、政府与社会资本合作协议可能存在优益权,行政机关将不能在其他行政协议中主张优益权以维护公共利益,比如不能以规划变更为由主张变更、解除协议。这恐怕不是一个合理的结论。〔28〕

其实,公共服务作为行政协议的内容,所应决定的并非优益权之有无,而是优益权的大小。保障性住房租赁买卖协议、土地房屋征收补偿协议、自然资源使用权出让协议,不宜由行政机关以优益权变更。因为它们并非是为了提供公共服务,与公共服务并无直接关系:土地房屋征补协议是为了柔性执法、促动相对人的配合,在行政机关与相对人达不成协议时,行政机关即可转而作出具体行政行为。比如房屋征收部门若与被征收人在签约期限内达不成补偿协议时,可作出补偿决定。再如自然资源使用权出让协议是为了优化自然资源使用效率、规范自然资源开采利用而签订,其签订是开采资源之行政许可(自然资源所有权、使用权登记)的前置程序。〔29〕而保障性住房租赁买卖协议,即便具有扶助弱势群体的公共服务目的,但从《廉租住房保障办法》第21条来看,作为协议必备内容的有停止发放补贴或配租之解除协议情形或调整租金之变更协议情形,这类协议应无出于公共利益需要而由行政机关在约定外单方变更协议之必要。如果将“行政法上的权利义务”作为判断行政协议的核心标准,〔30〕那么这三类行政协议倒是颇为契合德国《联邦行政程序法》第54条所规定以公法关系为内容的行政契约,与法国主要的行政契约〔31〕迥然有间。故此,将不直接涉及公共服务的这三类协议一并纳入行政机关可以单方予以变更的范围,至少不能以确保公共服务作为正当理由。

司法实践也可印证征收补偿协议并不需要行使变更的优益权。在多个征收补偿协议案件中,〔32〕行政机关解除或部分解除协议是因为不具备签约资格的相对人虚构、隐瞒事实或者由于行政机关工作失误导致与不具备签约资格的相对人签约,行政机关提出为避免公共利益损失而解除。最高人民法院于征收补偿协议的裁判中也主张,变更权应基于相对人欺诈、胁迫、不正确或不完整陈述,以及协议显失公平等情形。〔33〕但在协议存在这些违法瑕疵时,行政机关其实不必诉诸优益

• 201 •

〔26〕 参见前引〔22〕,陈淳文。

〔27〕 参见章程:《论行政协议变更解除权的性质与类型》,载《中外法学》2021年第2期。

〔28〕 司法实践中,法院多将规划变更作为行政机关出于公共利益需要而对征收补偿或招商引资协议行使优益权的正当事由。参见最高人民法院(2017)最高法行申4587—4595号行政裁定书;最高人民法院(2020)最高法行申3928号行政裁定书;辽宁省朝阳市中级人民法院(2018)辽13行终63号行政判决书。

〔29〕 参见《矿业权交易规则》第26条、《矿产资源开采登记管理办法》第6条、《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》。

〔30〕 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔31〕 参见〔法〕让·里瓦罗/让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第544—546页。

〔32〕 参见安徽省高级人民法院(2016)皖行终753号行政判决书;安徽省淮南市中级人民法院(2017)皖04行终61号行政判决书;湖南省永州市中级人民法院(2018)湘11行终4号行政判决书。

〔33〕 最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申9010号行政裁定书。

权。行政机关可于履约过程中，根据《民法典》第153条之规定，以行政协议违反法律、行政法规的强制性规定^{〔34〕}或违背公序良俗为由，主张协议无效或部分无效，不予履行并要求相对人返还给付。^{〔35〕} 相对人不服即可诉诸法院。这种做法在司法实践中亦为法院认可。^{〔36〕}

综上，对于不涉及公共服务、带有较强公权力色彩（如替代具体行政行为）的行政协议，除了法律、法规、规章赋予行政机关的单方变更权，行政机关在这些协议中既没有理由、也没有必要行使变更权。比如德国法上只承认行政机关对行政契约的单方解除权，并不有碍公共利益需要。因此，在这类协议中，行政机关不应基于公共利益单方行使对协议的变更权，由此，方可确保相对人不会被迫履行自身未承诺的义务，实现公共利益与相对人权益的平衡。相反，对目的在于提供公共服务的特许经营协议、政府与社会资本合作协议等，则不应排除行政机关基于国家或公共利益对协议的单方变更或解除。

（三）比例原则的制约

具备前述事由尚不足以表明行政优益权行为即为实体合法。我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款对于行政机关单方调整或终止隶属契约的权力，要求其行使须于必要范围内。这提示行政机关行使变更或解除行政协议的权力应遵循比例原则的要求。梅杨认为，行政机关决定变更、解除行政协议乃至如何变更等问题时，皆涉及裁量合理性的问题，应符合比例原则。^{〔37〕} 因而，具有前述变更、解除事由只是判断行政机关之单方变更、解除是否合法的必要条件，还需考虑比例原则。现代行政法不能偏执于个人利益、集体利益与全社会的公共利益中的某一者，而是应当追求各种利益的各得其所与相互协洽，避免无谓的浪费或牺牲。由于缺乏一个由所有法益及法价值构成的确定阶层秩序，以便像读取图表一样获得结论，就必须采取在个案中的法益衡量方法。^{〔38〕} 对各种利益，不能脱离个案情境抽象预定何者优先、何者退后，而是必须根据个案的实际情况考量。即使为了实现某种利益而必须牺牲其他利益，也要促使各种利益能够尽可能兼容并存，实现整个社会各种利益的最优化。只有为了实现更有价值的利益，牺牲某种利益才有正当性。行政机关在变更、解除行政协议时，应当依循比例原则，确保变更、解除协议确实能够有助于公共利益，对缔约相对人不构成不必要的损害，并且不得为了分量较小的公共利益而牺牲分量较大的相对人利益。

对此，司法实践中不乏例证。如在湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会案中，最高人民法院曾指出，行政优益权须符合比例原则，将副作用降到最低。^{〔39〕} 在另一个案例中，最高人民法院认为，仅以多支出补偿款就认定政府可单方变更协议，对相对人不公，他有值得保护的信赖利益。^{〔40〕} 后一个案例虽未明确提到比例原则，但却意味着，行政机关不应

〔34〕 强制性规定是保护具有一定重要性的公益或私益的规范。参见江必新：《行政协议的司法审查》，载《人民司法（应用）》2016年第34期。

〔35〕 章程反对在此参照《民法典》第153条，理由是行政机关无法提起无效之诉。参见前引〔27〕，章程文。但不能提起诉讼，不意味着不可以协议无效为由拒绝履约。

〔36〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01行终58号行政判决书。

〔37〕 参见梅杨：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔38〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

〔39〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申3564号行政裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申8980号行政裁定书。

以避免多支出补偿款有利于公共利益,即可要求相对人无条件地牺牲其信赖利益。毋宁说,只有在借由单方变更协议所能实现的公共利益,明显大于相对人不得不牺牲的个人权益时,行政机关方得单方变更行政协议,即变更权必须符合比例原则中的均衡性要求。哈贝马斯认为,利益或价值的权衡如果缺少合理的排序标准,就只能或者是任意进行的,或者是根据熟悉的标准和序列而非反思地进行的。^{〔41〕}因此,在适用比例原则中的均衡性要求时,应当尽可能参考和援用包括上述判例在内的相关判例所形成的既有客观标准。

(四) 单方变更解除行政协议的程序要求

优益权行为还须符合正当程序的要求。杨解君主张以听证、信息公开、说明理由、回避、教示等程序防止行政机关于行政协议中滥用权力。^{〔42〕}但是,过于繁杂的程序也会过度影响行政效率。因而,程序应主要有两个方面:

第一,协商沟通。行政机关基于公共利益必须行使单方变更权时,原则上应先行与其缔约伙伴沟通协商。若非时间异常紧迫,行政机关断无径行行使该权,不顾缔约伙伴反应的道理。^{〔43〕}此即行政机关所负之再交涉义务。^{〔44〕}也只有通过协商沟通,才能确保行政机关听取相对人的陈述、申辩,择取最适当的措施。最高人民法院于裁判中强调,行使行政优益权应履行正当程序,保障相对人的陈述、申辩等程序权利,充分听取其意见,否则为明显违反正当程序原则、程序严重违法。^{〔45〕}地方也有法院于裁判中主张协商之必要性。^{〔46〕}

第二,说明理由。行政机关必须充分论证公共利益存在被侵害之虞,方可正当化其优益权之行使。^{〔47〕}为此,宜仿效德国《联邦行政程序法》第60条第2款和我国台湾地区“行政程序法”第146条第3项,要求行政机关以书面方式对相对人叙明其变更、解除协议的理由,以促使行政机关反省其单方变更、解除协议是否具备正当性,并便于法院事后审查。这只不过是将被告诉讼中依《行政协议规定》第10条第1款承担的举证责任予以提前而已。在前引湖北草本工房案中,最高人民法院亦持此立场。而贵州省高级人民法院也主张,行政机关单方变更解除行政协议,应释明并以证据证实公共利益的具体情形。^{〔48〕}

(五) 补偿损失

在法国,根据最高行政法院的判例,对于单方变更或解除给相对人造成的损失,必须全额赔偿,包括合同相对人所承受之直接损失及预期收入的损失。这种赔偿构成了再平衡机制,以弥合打破合同既有承诺的调适行为所导致的合同关系失衡,维持合作关系的稳定。^{〔49〕}借由全额赔偿,方可维护契约的经济平衡,保护相对人在缔约时对成本及收益的预期。当事人还可约定赔偿的计

〔41〕 参见前引〔3〕,哈贝马斯书,第320页。

〔42〕 参见杨解君:《中国行政法的变革之道——契约理念的确立及其展开》,清华大学出版社2011年版,第174页。

〔43〕 参见前引〔22〕,陈淳文。

〔44〕 参见严益州:《论行政合同上的情势变更:基于控权论立场》,载《中外法学》2019年第6期。

〔45〕 参见最高人民法院(2018)最高法行申3007、3008、3009号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申8913号行政裁定书。

〔46〕 参见广东省湛江市中级人民法院(2018)粤08行初395号行政判决书。

〔47〕 参见李颖轶:《法国行政合同优益权重述》,载《求是学刊》2015年第4期。

〔48〕 参见贵州省高级人民法院(2019)黔行终451号行政判决书。

〔49〕 参见陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》2015年第6期。

算方法，甚至约定金额可以超过相对人的实际损失^{〔50〕}。此即“契约财务平衡原则”^{〔51〕}。就此而言，无过错相对人不能因为合法行政行为蒙受不利。^{〔52〕}无论如何，完整补偿才能既让行政机关审慎行使优益权，也让相对人不致惮于缔约。^{〔53〕}

同样，在我国，行政机关行使优益权也应补偿相对人损失，借以缓和优益权可能引发的争议。《行政协议规定》第16条第1款对此亦有规定。对补偿数额，有约定的按照约定，没有约定的适用民法规范，而不是按照较低的国家赔偿标准。^{〔54〕}单方变更、解除行政协议，等同于一种违约行为。应充分赔偿，^{〔55〕}综合考虑相对人的实际损失、预期利益、有无存在过错等因素判定^{〔56〕}。按照《民法典》第584条，补偿额度应是协议主体在签订合同时能预料的解除或变更协议产生的损失。^{〔57〕}这种观点也获得了司法实践的认同。^{〔58〕}

三、重在事由：依据民法变更解除行政协议的条件

基于行政协议对民法之援用，行政机关可依民法变更、解除行政协议。如何看待行政机关依优益权与依据民法变更解除协议之间的关系？在很多情形下，行政机关其实并无必要诉诸优益权，完全可以援用民法来变更、解除协议。在湖北草本工房案中，最高人民法院即提出，如相对人违约，行政机关可依民法采取措施，无行使优益权的必要。不过，也有法院在判断合同法规定之解约事由成立后又进一步审查优益权能否支持解除协议，^{〔59〕}似乎多此一举。但也不乏法院对此有清晰的认识。如在宁波高登控股有限公司与泗阳县人民政府土地行政管理案、深圳华腾生物医疗电子科技有限公司诉江西进贤经济开发区管理委员会案中，法院均认为被诉解约行为并非优益权之行使。^{〔60〕}

（一）基于民法变更解除行政协议的事由

参考司法实践，行政机关可诉诸民法相关规范变更、解除协议的情形为：

第一，根据合同的法定解除权解除协议。行政机关或相对人均可根据《民法典》第563条规定的4种情形，解除合同。^{〔61〕}相对人对行政机关解除协议不服的，可按照《民法典》第565条第1款，请求法院确认解除的效力。

〔50〕 参见前引〔23〕，陈天昊文。

〔51〕 前引〔22〕，陈淳文文，第243页。

〔52〕 参见前引〔47〕，李颖轶文。

〔53〕 参见前引〔22〕，陈淳文文。

〔54〕 参见前引〔11〕，梁风云文；前引〔10〕，最高人民法院行政审判庭编著书，第231页。

〔55〕 参见黄永维、梁风云、杨科雄：《行政协议司法解释的若干重要制度创新》，载《法律适用》2020年第1期。

〔56〕 参见南京铁路运输法院课题组：《行政协议案件判决方式研究》，载《法律适用》2019年第2期。

〔57〕 参见前引〔34〕，江必新文。

〔58〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申154号行政裁定书；辽宁省鞍山市中级人民法院（2018）辽03行终122号行政判决书。

〔59〕 参见广东省湛江市中级人民法院（2018）粤08行初395号行政判决书。

〔60〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申8467号行政裁定书；南昌铁路运输法院（2018）赣7101行初686号行政判决书。

〔61〕 参见前引〔11〕，梁风云文；最高人民法院（2016）最高法行申2513号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申6335号行政裁定书。

第二,基于缔约后的情势变更。《民法典》第533条对情势变更作出了规定,允许行政协议适用民法规范,则行政机关当可基于情势变更而变更、解除协议。虽然行政机关不能为此向法院提起诉讼,但《行政协议规定》既然规定的是“参照适用民事法律规范”,就应避免不合时宜的等量齐观。^{〔62〕}因此,行政机关得于诉讼外主张情势变更而对行政协议予以变更、解除。司法实践中的确存在持肯定态度的判例,^{〔63〕}也不乏令人信服的理由:情势变更可能导致显失公平,须防止公益损失^{〔64〕}。

于此又会涉及行政机关根据优益权变更解除与依据民法规范变更解除之间的关系问题:如果说行政机关基于情势变更而主张单方变更、解除行政协议的理由无外仍是避免公共利益的损失,那么这与履约过程中为避免严重损害国家利益或社会公共利益而行使优益权之情形究竟有无区别呢?

在《行政协议规定》颁布前,司法实践认为二者不分轩輊。如最高人民法院的不少裁判主张,优益权的行使应在国家法律政策、协议基础事实发生重大变化之时。^{〔65〕}蔡小雪撰文认为,因情势变更,行政机关可对行政协议行使行政优益权。^{〔66〕}严益州也指出,我国行政法所主张的情势变更制度是一种以行政优益权为基础的特殊制度。^{〔67〕}但在《行政协议规定》生效后,由于情势变更而变更、解除协议和避免严重损害公益之优益权,就不容混为一谈了。

首先,若两者可等量齐观,则《行政协议规定》第16条第1款之规定就略显多余了:行政机关大可凭借对情势变更的援引,主张变更、解除协议确保公共利益。但是,只有规范环境的演变导致在今天适用法律会造成全无目的、全无意义的结果时,才可不再适用法律。^{〔68〕}因此,不能将甫一生效的《行政协议规定》第16条第1款解释为并无独立存在的价值。

其次,就比较法言之,在毛雷尔看来,所有法律行为都会涉及在行为做出后,如果其所依据的事实或法律状况发生变化,会产生何种法律效果的问题。对于行政契约,决定性的条款是德国《联邦行政程序法》第60条第1款第1句,即“如果对于确定契约内容具有决定性的状况,自缔约后发生了根本变化,以至于不可期待缔约一方坚持最初的契约条款,那么该方可要求契约内容适应变化的状况,或者只要适应不可能或对一方是不可期待的,则可解除契约”。要求变更契约的请求权,针对缔约对方提出,通过双方协商一致行使,必要时也可通过给付之诉实施。而发挥辅助作用的解除契约,则是一个单方的意思表示,自其到达对方时生效。与第60条第1款第1句规定的辅助解除不同的是第2句所规定的特别解除之优益权,即“行政机关可解除契约,以预防或消除对公益的重大损害”。在行政机关据此解除契约后,应类推适用第49条第6款对相对人予以赔偿。^{〔69〕}德国法对两者分别设置了不同规范,表明两者的根据有所不同。

〔62〕 参见前引〔38〕,拉伦茨书,第141页。

〔63〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2018)黔27行终212号行政判决书。

〔64〕 参见前引〔34〕,江必新文。

〔65〕 参见最高人民法院(2017)最高法行申7679号行政裁定书;最高人民法院(2017)最高法行申4595号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申9005号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

〔66〕 参见蔡小雪:《审理涉行政协议行为案件与审理民事合同纠纷案件的区别》,载《山东法官培训学院学报》2019年第4期。

〔67〕 参见前引〔44〕,严益州文。

〔68〕 参见前引〔38〕,拉伦茨书,第225-226页。

〔69〕 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S. 414 f.

再次，基于情势变更对行政协议的变更解除，与行政机关为避免公益受严重损害而行使的优益权有着判然不同的功能。前者试图确保协议公平性和达成当事人目的，因而缔约双方皆可主张，只不过对于作为缔约方的行政机关，达成其目的不过就是实现特定公益；而后者则力图彰显作为一类行政活动的行政协议不能导致公益的严重损害，故此只能由作为公益担保人之行政机关单方行使。

最后，在具体行使条件上，区隔也有其必要。避免严重损害公益之优益权的实体情形如前所述，而成立情势变更，则要求在合同成立后，合同的基础条件发生了缔约时无法预见又不属于商业风险的重大变化，导致继续履行对一方明显不公。这种变化，如古里特所言——“由于行政契约的对象易受法律改变和事实变化的影响，要根据《联邦行政程序法》第60条第1款第1句来衡量”^{〔70〕}——既可能是法律规范的变动，也可能是客观事实的变化。在行政机关基于情势变更主张变更、解除协议时，由于情势变更而履行原约定将导致协议目的即公共利益不能得到实现即为已足，不必要求此时履行协议势必严重损害公益，正如相对人若以情势变更主张变更、解除协议时，也只需要申述其缔约时的目的将无从实现，无须说明对其是否会产生严重损害。况且，行政机关主张单方变更、解除之优益权的情形，未必如情势变更般于缔约时不可预见，比如导致原协议不能继续履行的规划变更，就很难说是无法预见的变化。

总之，基于情势变更而变更、解除行政协议，并非优益权行为。相对人可因情势变更而诉请法院判决变更、解除行政协议，行政机关则可单方做出非属行政行为之变更、解除协议的公法意思表示。^{〔71〕} 相对人对此不服时，即可诉诸法院以资救济，法院于审判时应根据《行政协议规定》第27条第1款参照《民事诉讼法》第64条第1款规定的“谁主张、谁举证”规则，要求主张情势变更的行政机关承担举证责任，足以化解对此可能滥用的顾虑。

（二）依民法变更解除行政协议无须遵守其他要求

陈敏指出，在行政机关与人民之行政契约法律关系中，若双方皆可能行使解除权，则解除之表示，为公法上之意思表示，并非行使公权力。^{〔72〕} 那么，行政机关行使民事权利时似不应再受制于前述制约公权力的比例原则、程序规则和补偿要求。^{〔73〕} 但另一方面，学说上公认，行政事项进入私法范围，不受公法原则之支配势必损害法治国家之基础。^{〔74〕} 为了防止行政机关“遁入私法”而规避公法约束，必须要求行政机关在以私法方式活动时，不能摆脱宪法基本权利、管辖规定和行政法原则的制约。^{〔75〕} 那么，行政机关此时应否遵守约束优益权的那些其他要求呢？

严格来说，行政机关签订、履行行政协议并非以私法方式活动，只不过由于行政法规范力所不逮而不得不援用民法规范，不能混同于行政私法活动而要求其遵循行政法原则。实际上，在行政机关依据民法变更、解除行政协议时，不必虑及前述比例原则和正当程序，自民法规范中也能

〔70〕 Elke Gurlit, Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen, in: Dirk Ehlers/Hermann Puender (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/Boston 2016, S. 765 f.

〔71〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第608页；前引〔27〕，章程文。

〔72〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第316页。

〔73〕 参见闫尔宝：《行政机关单方解约权的行使与救济检讨》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔74〕 参见吴庚：《行政契约之基本问题》，载《台湾大学法学论丛》1978年第2期。

〔75〕 参见前引〔69〕，Maurer书，第49-53页。

推导出与其相当之界限。首先,民事主体变更、解除合同时,其范围应有合适限度,但这并非基于比例原则所致,而是因受制于《民法典》第563、633条所规定之“不能实现合同目的”,故不得对其目的尚能实现之合同标的主张变更、解除。可见,此乃民法规则而非比例原则之要求。在由于相应合同目的不能实现而为了保护自身权益不得不变更、解除合同时,也无从谈起服从狭义比例原则的均衡性要求以进行利益权衡。其次,民事主体依民法之不可抗力、情势变更等事由变更、解除合同时,皆负有源自诚信原则的附随义务,应实施通知、提供证据乃至再交涉等行为,^[76]《民法典》第533条甚至明确要求与对方协商。此于行政机关自无不同,但却与正当程序无关。最后,在民法上更无补偿对方损失之说,对行政机关亦无理由如此要求,何况《民法典》第563条所针对的情形中不乏对方违约所致者。^[77]

四、如何撤销:裁判事由的具体运用

在根据上文所述之标准认定行政机关变更、解除行政协议违法后,法院应如何裁判?根据《行政协议规定》第16条第2款,法院应做出撤销判决。行政机关依据民法变更、解除行政协议,虽在性质上不属于行政行为,而是公法意思表示,但鉴于这类行为由行政机关所为,亦可参照《行政诉讼法》的规定。那么,行政机关违法变更、解除行政协议的不同情形又如何对应《行政诉讼法》第70条规定的各种裁判事由呢?

第一,行政机关行使优益权,未遵循协商沟通、说明理由的必要程序步骤,法院应以程序违法为由判决撤销。

第二,行政机关变更、解除协议所提出的事由不符合法律、法规、规章规定或不是为避免国家利益、社会公共利益严重损害的,乃至行政机关变更协议并非出于确保公共服务的目的,或者不符合《民法典》第563条规定事由或情势变更事由,法院应以适用法律法规错误为由撤销变更、解除协议的行为。

第三,根据《行政协议规定》第10条第1款,被告对于自己变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。因而,行政机关若不能提供适足证据证明存在必须行使优益权或者依民法变更、解除协议的客观事实,法院应以主要证据不足为由撤销变更、解除协议的行为。^[78]

第四,行政机关能够证明存在需行使优益权的客观事实,同时该事实符合优益权之行使前提时,变更、解除行政协议尚须符合比例原则而适合、必要且均衡,否则法院应以明显不当为由撤销变更、解除协议的行为。因为明显不当涉及的是对行政行为实体裁量问题的审查标准,涉及行政机关对法定多重处理方式的裁量选择。^[79]

第五,超越职权的裁判事由,于此却并无用武之地。行政机关缔结行政合同应当符合法定权

• 207 •

[76] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第486、510页。

[77] 参见前引[27],章程文。

[78] 参见贵州省高级人民法院(2020)黔行终288号行政判决书。

[79] 参见何海波:《论行政行为的“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期。

限。^{〔80〕}法官也多认为，行政合同合法有效的前提是行政机关必须有相应的法定职权，法定职责范围外签订的行政协议可以迳行确认无效。^{〔81〕}因而，若行政机关所订协议并未因为超越职权而无效，行政机关行使优益权自无超越职权之可能。换言之，凡有缔约职权的行政机关，自然有变更、解除的职权。

第六，行政优益权的行使即便带有不当目的，也不大可能构成滥用职权。滥用职权是行政机关关于其职权范围内，基于不正当动机，以合法行为掩盖其非法意图所实施的行为。为使这种带有鲜明主观色彩的审查标准客观化，应审酌行政机关就相关对立利益有无适度衡量，以及若未适用裁量基准和指导案例时有无正当理由。^{〔82〕}然而，若行政机关行使优益权时权衡失当，据不重要的公益而严重损害相对人权益，乃是违反比例原则而构成明显不当的违法。至于行政机关行使优益权的行为若无视行政先例或未遵循裁量基准，也应作为明显不当予以撤销。^{〔83〕}况且就行政协议这一新型行政行为中优益权之行使，还鲜见裁量基准和指导案例。这意味着，至少对优益权的行使，行政机关并无滥用职权可言。超越职权和滥用职权之不予适用，凸显了法院审查单方变更、解除行政协议与审查具体行政行为有所不同。

此外，需要补充说明的是，若行政机关基于优益权或民法规范变更、解除协议违法而被法院撤销的，法院可按照《行政协议规定》第16条第3款、《民法典》第577条，判决被告继续履行协议、采取补救措施，造成原告损失的，还应判决赔偿损失。但在违反民法规范的情形，应以原告提出相应的诉讼请求为前提。^{〔84〕}行政机关优益权行为合法但给原告造成损失的，也应判决补偿损失。

• 208 •

五、结 语

陈天昊认为，若希望确保相对人权益免于公权力威胁，宜限缩行政协议的边界。但若要让通过此类协议提供的公共服务得到行政机关的根本保障，则难免将此类协议纳入行政协议之中。因而，作为公共利益与私人权益二者平衡结果的行政协议边界，必然呈现出流变性与开放性。^{〔85〕}由此不难理解民法学者对行政协议经久不绝的怀疑。如王利明认为行政协议范围之扩张将导致行政机关任意解除合同，有害交易安全和秩序。^{〔86〕}崔建远力主为了将行政权力关进制度的笼子，将国有土地使用权出让合同等合同不视为行政合同而作为民事合同。^{〔87〕}然而，这些见解却不尽符合《行政协议规定》第2条对行政协议外延的划定。如果能够假定在我国当下，行政协议在客

〔80〕 参见叶必丰：《行政合同的司法探索及其态度》，载《法学评论》2014年第1期。

〔81〕 参见倪志凤：《教育行政协议中免费师范生的配合与协助义务——黄某诉江苏省教育厅教育行政协议案》，载《法律适用》2017年第4期；李广宇：《新行政诉讼法司法解释读本》，法律出版社2015年版，第268页。

〔82〕 参见周佑勇：《司法审查中的滥用职权标准》，载《法学研究》2020年第1期。

〔83〕 参见前引〔79〕，何海波文。

〔84〕 参见前引〔27〕，章程文。

〔85〕 参见前引〔24〕，陈天昊文。

〔86〕 参见王利明：《论行政协议的范围》，载《环球法律评论》2020年第1期。

〔87〕 参见崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，载《环球法律评论》2017年第4期。

观上有其存在必要,行政机关于履约中变更、解除行政协议有其必要,那么关键的问题就不在于行政协议之外延大小,而是对行政优益权之合理控制。限定优益权的发动前提,同时明确行政机关援用民法变更解除行政协议的事由,不仅有助于法院开展司法审查,有效解决行政协议纠纷,而且还能让相对人获得较为稳定的规范期待、较为可靠的权益保障和较为有效的救济渠道。否则,相对人将视行政协议为畏途,遑论让行政协议担当推进治理现代化和公共服务改革之重任。

依据既有见解和司法实践,行政机关单方变更、解除行政协议应依据法律、法规、规章之规定,或者是为了避免严重损害国家利益或社会公共利益。为了防止后一事由的滥用,国家利益应为国家代表公民享有的社会公共利益,而社会公共利益则或者源于法律、法规、规章之规定,或者为由不特定多数人共享之利益。鉴于单方变更协议对相对人意思之过度凌驾,应将其限于提供公共服务的行政协议之中。另外,优益权行为尚须符合比例原则并遵循协商、说理的程序步骤,并应对相对人的损失予以补偿。同时,基于行政协议的合同性质及其对民法规范的援用,在行政法不敷使用时,如同相对人一样,行政机关既可根据合同的法定解除权主张解除协议,又可基于情势变更要求变更、解除协议。在行政机关变更、解除协议违法时,法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

Abstract: The judicial interpretation of administrative agreement by the Supreme People's Court does not clarify the standard with which the administrative organ changes or cancels administrative agreement and the corresponding cause for judgment. The administrative organs should exercise the privileges above according to the authorization by laws, administrative rules and regulations or to avoid serious damage to the national interests and social public interests which should be defined as public interests listed in legal norms or the interests that can be shared by members of the society. The agreement that can be changed by the administrative authority shall be those whose content involves public service. Based on the principle of proportionality, the procedure of negotiation and reasoning should be followed and the loss should be compensated. According to the civil law, the administrative organ can change or cancel the agreement according to the legal right to cancel the contract or the change of circumstances. When the administrative organ changes or cancels the administrative agreement illegally, the court should revoke it on the grounds of violating the legal procedures, applying the laws and regulations wrongly, insufficient evidences or obviously improper.

Key Words: administrative agreement, administrative litigation, privilege

行政争议的中立评估及其制度构建

施立栋*

内容提要：行政争议的中立评估机制是指由具备专门解纷知识的中立评估员对纠纷进入行政复议、行政诉讼等渠道的审理前景进行预测的一种制度。它能在降低当事人过高的解纷期望、促成当事人之间达成和解、克服评估式调解的弊端等方面发挥积极作用，亟待引入我国行政争议解决领域之中。中立评估机制处于合意型行政争议解决机制与决定型行政争议解决机制的连接点上，能克服这两类纠纷解决机制间的相互对峙状况，实现二者的有效衔接。从比较法上看，中立评估机制存在着两种模式，分别是独立于行政诉讼过程、评估意见供纠纷当事人参考的英美模式，以及附设于行政诉讼过程、评估意见供法官参考的欧陆模式。我国应借鉴英美模式构建行政争议的中立评估机制，并从评估员的遴选、评估事项、运行程序等方面展开具体的制度构建。

关键词：行政争议解决 替代性纠纷解决机制 中立评估 公开报告人

一、引言

近年来，我国行政管理领域开展了引入第三方评估机制的改革。通过吸纳独立的评估机构的参与和监督，该机制能够提升行政活动的客观性、科学性与公信力，被高层决策者视为推动政府管理方式改革创新的一种重要手段。^{〔1〕}目前，在行政立法、政府绩效管理等领域中，第三方评估机制已陆续建立。^{〔2〕}遗憾的是，此种改革浪潮尚未延伸至行政争议解决这一“下游”领域之中。

* 施立栋，苏州大学王健法学院副教授，南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员。

本文为司法部国家法治与法学理论研究课题“行政争议的中立评估机制研究”（16SFB5010）、苏州大学2019年高等教育教改研究课题“案例教学融入行政法课程体系的路径研究”的阶段性成果。

〔1〕 在2014年8月27日举行的国务院常务会议上，李克强总理提出要用第三方评估促进政府管理方式改革创新，并使之成为今后政府工作的常规机制。（参见肖楠：《李克强：用第三方评估促进政府管理方式改革创新》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2014-08/27/content_2741169.htm，最后访问时间：2021年1月10日。）

〔2〕 参见《全国人民代表大会常务委员会办公厅关于争议较大的重要立法事项引入第三方评估的工作规范》（常办秘字〔2017〕238号）；《财政部关于推进政府购买服务第三方绩效评价工作的指导意见》（财综〔2018〕42号）。

在当前行政争议数量居高不下,而行政复议、行政诉讼等正式的纠纷解决机制又难以有效化解纠纷的背景下,引入中立评估机制来改善行政争议解决状况的必要性和紧迫性日益凸显。

所谓行政争议的中立评估机制,是指在发生行政争议后,该纠纷被提交至具备专门知识的中立评估员,由该评估员对该案件进入行政复议、行政诉讼等渠道的前景作出独立预测,并出具评估报告供相关主体参考的一种纠纷解决机制。这一机制具有如下四个方面的特点。一是专业性。在中立评估机制中,行政争议被提交给专门的评估员进行评估。评估员精通法律知识,能够对案件进入行政复议、行政诉讼等渠道之后的前景进行准确预测。二是中立性。评估员依照自己对案件事实和相关法律的判断独立出具意见,不服务于任何一方当事人的立场或利益。就此而言,评估员与英美法上的法庭之友(amicus curiae)不同,后者往往代表其中一方当事人的利益。^{〔3〕}三是非拘束性。评估员作出的评估意见仅供相关主体参考,不具有约束力。在这一点上,中立评估有别于行政复议、行政诉讼、信访等具有约束力的纠纷解决机制。四是非自足性。评估员出具的意见能够对当事人选择相互和解或诉诸行政复议、行政诉讼产生影响,但它只有与当事人后续选择的这些机制结合起来才能化解纠纷。中立评估机制本身不能独立化解纠纷,毋宁是一种推动纠纷解决的催化剂和媒介。

在理论上,行政争议的中立评估机制归属于替代性纠纷解决机制(ADR)之范畴。在我国行政法学界,对于替代性纠纷解决机制的探讨为时已久,并形成了海量的研究文献。但纵观这些文献,学者们普遍将目光放在行政复议、信访、和解、调解等机制之上。相比而言,对中立评估机制的关注严重不足。仅有一些学者在介绍域外行政争议解决机制时,提及了英美法上的早期中立评估(Early Neutral Evaluation)、小型审判(Minitrial)以及法国法上的政府专员等机制。^{〔4〕}但这些为数不多的文献,存在着如下三个方面的不足之处:一是侧重于引介特定国家中一种或数种具体形态的中立评估机制,未将域外的中立评估机制作整体的比较法考察;二是没有从整个行政争议解决体系的视角出发,对中立评估机制与其他行政争议机制之间的关系进行深入论述;三是对我国应如何构建行政争议的中立评估机制缺乏具体阐述。有鉴于此,本文将对行政争议的中立评估机制的功能、制度定位等理论问题进行阐述,并通过考察与比较域外中立评估机制的主要模式,提出我国相应的制度构建方案。

二、行政争议领域引入中立评估机制的意义

当前我国的行政争议解决面临着当事人的解纷预期过高、当事人之间难以有效达成和解、行政复议与行政诉讼受案负担较重、调解活动呈现出评估化的不良倾向等诸多问题。而引入行政争

〔3〕 See Kirsten Borgsmidt, The Advocate General at the European Court of Justice: A Comparative Study, 13 *European Law Review*, 106, 116 (1988).

〔4〕 参见王锡锌:《规则、合意与治理——行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究》,载《法商研究》2003年第5期(介绍了美国的小型审判机制);余军:《私法纠纷解决模式在行政法上的运用——替代性纠纷解决(ADR)之理论原型、妥当性及其影响》,载《法治研究》2007年第4期(介绍了美国的早期中立评估和小型审判机制);余凌云:《论行政复议法的修改》,载《清华法学》2013年第4期(介绍了英国的早期中立评估机制);张莉:《法国行政诉讼政府专员制度改革述评》,载《国家检察官学院学报》2011年第4期(介绍了法国的政府专员制度)。

议的中立评估机制，有助于克服这些问题。

（一）降低当事人在纠纷解决中的过高期望

在法律现实主义者霍姆斯大法官看来，所谓法律，乃是行为主体对法院将会作出何种判决的一种预测。^{〔5〕}但在真实的行政争议解决情境中，霍姆斯的这种理论其实并不现实。当事人很难精确地开展此类预测，他们很容易对案件进入行政复议、行政诉讼等解纷渠道的前景产生不切实际的期望。理由有两点：

第一，当事人容易对案件事实作出高于实际情况的估算。从心理学上看，在发生纠纷之后，各方当事人在“本方有理”的心理驱使下，往往不会全面、客观地收集案件的所有证据，相反，更倾向于搜集支持本方主张的证据。即便当事人能够获取不利于支持本方主张的证据，在排斥心理的支配下，也往往会对对方证据的说服力作出抵触性的低估。^{〔6〕}在这些情形下，会导致当事人对本方证据的获胜概率作出高于真实情况的乐观估计。

第二，当事人难以具备解决行政争议的专门法律知识。对于行政相对人一方而言，他们往往是基于自身朴素的法感情，向纠纷解决机构提出权利救济诉求；而对于行政机关一方来说，在科层制运作逻辑的支配下，更多是基于政治、行政而非法律的逻辑行事。这就导致在发生纠纷之际，行政争议的各方当事人都会因不熟悉或不重视法律，对案件进入行政复议、行政诉讼等渠道可能获取的法律救济或产生的法律后果形成错误认知。

需要指出的是，对于当事人的上述认知偏差，无论是当事人的代理律师，还是行政复议人员与法官，都难以说服其加以纠正。一方面，对于代理律师而言，为了获取当事人的信任以及追求案件的代理费，往往可能会夸大当事人一方获胜的可能性。一项实证研究即显示，律师群体中也普遍存在着与当事人类似的对案件结果进行过高估计的情况。^{〔7〕}即便律师对案件的风险作了理性客观提示，也可能会因当事人对于本方胜算的过于自信而难获采纳，甚至会反过来使当事人对律师产生不信任感。另一方面，对于行政复议人员或者法官来说，让他们通过风险提示来削减当事人的不合理期望，容易让当事人认为其是对方当事人的“说客”，损害他们中立裁决的地位，这非但不能让当事人回归到理性的状态，反而会损害行政复议人员和法官的公信力。

因此，有必要诉诸独立于案件代理律师以及行政复议人员、法官以外的专业人员，由他们来承担对案件前景的评估工作，这样才能确保评估意见的准确性、中立性和公信力，削减当事人对案件的过高期望。

（二）促成当事人之间达成和解

在发生行政争议后，当事人之间在心理上已互生芥蒂，极易形成和解上的僵局，即谁也不愿

〔5〕 参见〔美〕小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《法律的道路》，载〔美〕小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《霍姆斯读本——论文与公共演讲选集》，刘思达译，上海三联书店2009年版，第17-18页。

〔6〕 See Jeffrey M. Senger, *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United State Government*, Jossey-Bass, 2004, pp. 20-21.

〔7〕 有美国学者在2010年调查了481个民事、行政和刑事案件，发现在44%的案件中，律师对处理结果作了过高估计，案件结果与预期结果相吻合的比例仅为32%，另有24%的案件律师作了过低估计。[See Jane Goodman-Delahunty et al., *Insightful or Wishful: Lawyers' Ability to Predict Case Outcomes*, 16 *Psychology, Public Policy, and Law*, 133, 140-141 (2010).]

意主动迈出第一步尝试与对方进行沟通谈判。这是因为,一旦提议与对方进行和解,会被对方解读为本方理亏或者本方急切地想结束纠纷,这会使本方在后续的谈判活动中处于不利地位。^{〔8〕}而在引入中立评估机制后,由于和解的提议工作将由评估员而非当事人来承担,此时可以有效避免上述僵局。更为重要的是,评估员作出的评估意见能帮助各方当事人客观地分析案件的是非曲直,以及其进入行政复议、行政诉讼等机制中的前景,避免当事人因过于自信而草率地将案件提交至行政复议、行政诉讼等决定型纠纷解决机制,从而显著提升行政争议中当事人达成和解的概率。这一点,已经被国外的相关实践所证明。例如英国在一个行政裁判所开展的运用早期中立评估机制的试点中,在运用早期中立评估之前,该裁判所中上诉人撤诉以及被上诉人改变原先决定的比率仅为9%,而在运用该评估机制之后,这一比率提升到了23%。^{〔9〕}

当然,中立评估机制要想发挥出促成和解的功能,需要满足一定的条件。一般来说,其前提是评估结果显示各方在决定型机制中的取胜概率大致相当。当行政相对人一方显然缺乏取胜可能性之时,要想让争议双方达成和解协议显得极为困难。此时,对于行政相对人一方来说,较为明智的选择是削减乃至放弃自己的不合理诉求。但反过来讲,当行政机关一方显然存在着违法行为的情况下,只要相对人一方具有和解意愿(例如当事人基于理性计算认为起诉会耗费过多时间、金钱等成本),双方之间达成和解协议是有可能的。此时,应由行政机关以主动纠正违法行政行为、采取其他补救措施等方式来达成和解方案。

(三) 减轻决定型纠纷解决机制的负担

引入行政争议的中立评估机制,还可以发挥减轻行政复议、行政诉讼等决定型机制负担的功能,具体表现为以下三个方面:

其一,如果通过中立评估促使当事人之间达成和解协议,这将使案件最终免于诉诸决定型机制。如此一来,案件就能被分流出去,当前困扰纠纷解决机构的“案多人少”矛盾,^{〔10〕}也可在一定程度上获得缓解。由此节省的司法资源可以使复议机关和法院从容用于其他案件之中,使紧缺的司法资源配置于更需要运用决定型机制裁决的案件之上。

其二,即便在经过中立评估之后,当事人并未达成和解协议,而是仍选择诉诸决定型机制,此时当事人对于本方在案件中的优势和劣势将十分清晰,诉求也将变得更为理性。这样一来,决定型机关可以从当前对当事人进行普法、说教以及帮助其降低不合理期望等繁重的事务性工作中解脱出来,将更多精力聚焦于对案件的裁决工作。

其三,在案件仍进入决定型机制的情况下,中立评估员所提供的评估意见也为当事人提供了一个大致的心理预期基准点,使得在解纷决定作出后,当事人不会因与自己的心理预期差距过大而造成失落感。在这一意义上,中立评估机制还具有促使当事人服判息讼的功能。

〔8〕 See Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolve Public Disputes*, Basic Books, 1987, p. 96.

〔9〕 See Carolyn Hay, Katharine McKenna, Trevor Buck, *Evaluation of Early Neutral Evaluation: Alternative Dispute Resolution in the Social Security and Child Support Tribunal*, MOJ Research Series 2/10, 2010, p. 44.

〔10〕 2014年修订的《行政诉讼法》第51条规定了登记立案制度,法院不能再以“不立不裁”等法外行为将案件阻挡在法院大门之外。这导致大量案件涌入法院,法院内的人案矛盾变得更为突出。

（四）克服评估式调解的弊端

需要指出的是，对行政争议的前景进行预测，并非是中立评估机制所独有的功能。在行政争议的调解过程中，为了说服当事人接受调解，无论是调解人还是当事人一方聘请的律师、亲友或其上级机关，在事实上均扮演着对系争案件进入行政复议、行政诉讼等渠道的胜败前景进行评估的角色。在一些调解活动中，当事人明确要求调解人对案件进入决定型机制之后获得决定机关支持的可能性及其成本进行预测，然后再决定是否参加调解活动。在过去的30年间，这种被称为“评估式调解”（evaluative mediation）的纠纷解决机制，在英、美等普通法世界以及其他国家逐步兴起，成为各国纠纷解决机制发展的一种潮流。^{〔11〕}

从内在构造上看，评估式调解同时融合了中立评估以及调解这两种纠纷解决机制，呈现出复合性的特征。但是，在调解活动中，让调解人、律师等主体同时承担中立评估以及促成和解的职能，存在着如下四点重大缺陷。第一，对案件进入决定型机制的前景进行评估与预测，需要具备极为专业的法律知识，在这方面，调解人以及当事人的亲友、上级机关等主体是难以胜任的。如果在调解活动中严格坚持这一专业性要求，就会人为地抬高调解人及其他参与主体的准入门槛，无法动员各种资源参与调解；而如果不坚持这一专业性要求，又无法保证评估意见的准确性。这就会陷入两难境地。第二，为了确保评估意见的准确性，不仅要求评估员具备丰富的法律素养，还需要诸如当事人举证与相互辩论、禁止法官单方接触等一系列程序制度的保障。^{〔12〕}但是，调解程序与这些程序要求之间是难以兼容的。例如，辩论制的引入，会强化纠纷当事人之间的对抗，使得整个调解活动变得富有竞争性，无法引导当事人展开建设性的合作。第三，当前我国行政争议调解人的设置实行“调审合一”的模式，即在一个案件中，法官、复议人员等决定人员同时出任调解人，让这些人员对案件的前景进行评估，无法防止他们基于完成调解率、撤诉率等考核指标或者惰于作出案件裁决等不良动机，向当事人歪曲评估结果以诱导他们接受调解。^{〔13〕}第四，即便调解人作出的是客观中立的评估意见，调解活动的特殊性质也决定了其意见不易获得当事人的信赖。这是因为调解人常常会陷入所谓的“当事人化”的困境之中，^{〔14〕}即只要调解人出具的是有利于一方当事人的评估意见，都会使得另一方当事人认为其与本方相对立，从而质疑其中立性，使评估意见难以获得充分信赖。

考虑到评估式调解活动存在的上述诸种缺陷，有必要贯彻“调评分离”的程序要求，在调解机制之外另行构建独立的中立评估机制。而行政争议的中立评估机制，正可以满足此种要求。

三、中立评估机制在行政争议解决体系中的定位

引入中立评估机制需思考的问题是，应如何定位它在整个行政争议解决体系中的角色，它与

〔11〕 参见〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩：《纠纷解决过程：ADR与形成决定的主要形式》，刘哲玮等译，北京大学出版社2011年版，第247页；范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第100页。

〔12〕 参见〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第57页。

〔13〕 对行政争议调解“调审合一”模式的弊端更为深入的分析，可参见施立栋：《行政诉讼调解人应实行“调审分离”》，载《中国社会科学报》2017年8月30日，第5版。

〔14〕 参见王亚新：《对抗与判定：日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社2002年版，第64-65页。

其他行政争议解决机制之间构成何种关系。对于中立评估机制的功能,也可从这一更为宏观的视角获得进一步认识。

(一) 两种“理想类型”的行政争议解决机制及其二律背反

在法社会学上,行政争议解决机制的谱系极广。位居这一体系最左端的解纷机制是忍受或者避让,即当事人以消极的方式让行政争议搁置;位居最右端的则是私力救济,即当事人通过诉诸自身力量寻求行政争议的解决。这两类极端的解纷机制尽管在现实中发挥着终结纷争的作用,但它们均是凭借其中一方当事人的意志与力量,即以非制度化的方式来寻求行政争议之解决,这在文明社会不应加以提倡。而在这两极之间,存在着行政复议、信访、申诉、复核、自行协商、调解等多种制度化的行政争议解决机制。以纠纷解决权力的归属为标准,可以将这些纠纷解决机制划分为两种类型,分别是合意型行政争议解决机制和决定型行政争议解决机制。^[15]前者是指通过纠纷当事人之间达成合意的方式来化解纠纷,自行协商和调解属于典型的例子;后者是通过某个主体单方作出裁断的方式来化解纠纷,其中,有权作出裁断的主体既可以是当事人以外的第三方(如行政复议以及向第三方机关进行的申诉),也可以是行政争议中的行政机关这一方当事人(如向原机关进行的申诉、复核)。^[16]合意型机制与决定型机制共同构成了文明社会中两种“理想类型”的行政争议解决方式,二者除了在纠纷解决权力的归属上存在差异之外,在纠纷解决的规则来源、当事人之间的关系、程序本质、运行过程等方面亦存在着显著不同。^[17]

我国当前行政争议解决体系的运行实况,存在着合意型解纷机制与决定型解纷机制之间的二律背反状况。一方面,由于受限于实定法规定、体制环境等多重因素,作为法定解纷机制的行政复议、行政诉讼等决定型机制,无论在法律层面上还是事实层面上均难以完全有效地化解纠纷。以行政诉讼为例,在制度设计层面,现行《行政诉讼法》在受案范围、审查标的、审查标准、救济手段等方面存在着诸多局限;另外,在实践层面上,还存在着当事人不想告、法院不愿审、判决难执行等问题。^[18]这就导致大量的行政争议不得不流向自行协商、调解等合意型解纷机制寻求解决。但另一方面,合意型行政争议解决机制在实际运行中又呈现出背离法治的状况,即日本法哲学家田中成明教授所说的“反法化”(anti-legalization)现象。^[19]在实践中,行政机关与行政相对人之间在法外达成交易、合谋侵害公共利益的现象比比皆是,从而偏离了纠纷解决的法治化轨道,这也是我国行政法学者对自行协商、调解等合意型解纷机制持反对意见的核

• 215 •

[15] See Patricia M. Wald et al., Use of Alternative Dispute Resolution: Better Ways to Resolve Some Public Sector Controversies, 1 *Administrative Law Journal*, 479, 487 (1987).

[16] 有学者认为,在决定型纠纷解决机制中,作出决定的主体仅为当事人以外的第三方。(参见前引[12],棚濑孝雄书,第7-8页;〔日〕六本佳平:《日本法与日本社会》,刘银良译,中国政法大学出版社2006年版,第79页。)这种观点在行政争议解决领域并不确切,例如,行政法上的复核机制便是由原机关作为纠纷解决裁断主体的。

[17] 对二者的详细比较,参见施立栋:《合意型行政争议解决机制刍议》,载《法制与社会发展》2015年第4期。

[18] 对行政诉讼在法律层面和事实层面存在的诸多局限的具体分析,参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第37-42页。

[19] 对“反法化”的分析,参见〔日〕田中成明:《现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用》,郝振江译,北京大学出版社2016年版,第22-43页。

心理由。^{〔20〕}

（二）作为衔接合意型解纷机制与决定型解纷机制的中立评估机制

合意型行政争议解决机制与决定型行政争议解决机制之间的紧张关系已经引起了顶层设计者的关注。早在2006年，中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于预防和化解行政争议 健全行政争议解决机制的意见》就提出，要建立行政复议、行政诉讼与调解有效结合的机制。2015年，中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》进一步指出，“要着力完善制度、健全机制、搭建平台、强化保障，推动各种矛盾纠纷化解方式的衔接配合”，并强调要“坚持依法治理，运用法治思维和法治方式化解各类矛盾纠纷”。遗憾的是，到目前为止，在我国行政争议解决领域，此类具体的衔接机制尚未有效构筑起来。

笔者认为，行政争议的中立评估机制恰好能够化解合意型解纷机制与决定型解纷机制之间存在的对峙状况，实现二者的有效衔接。一方面，中立评估机制是一种依法评估机制，从该机制的运作机理来看，它需要建立在对案件事实和相关法律依据的评估之上，就此而言，其运作机理与行政复议、行政诉讼等机制颇为类似，是对行政复议、行政诉讼等制度的一种预先、潜在的运用。由于聚焦于对特定案件事实背景下当事人的法定权利之判定，中立评估机制与行政复议、行政诉讼等纠纷解决机制一样，均属于权利导向的纠纷解决机制。^{〔21〕}在运用这一机制的过程中，法的形式价值得以维护，从而可以满足顶层设计者所提出的依靠法治思维和法治方式化解行政争议的基本要求，克服单纯的合意型行政争议解决机制在运行过程中罔顾事实与法律进行“和稀泥”、当事人之间合谋侵害公共利益等“反法化”之弊。另一方面，评估员出具评估意见后，又往往能够引导当事人更为理性地看待案件的前景，促使当事人达成和解，进而为行政复议、行政诉讼等决定型机制减负，实现案件的有效分流。即便案件最终进入行政复议、行政诉讼等决定型机制，该评估结果也有帮助当事人限缩案件争点之效。而在复议或诉讼的结果与评估意见相吻合的情况下，更能提升决定机关所作决定的说服力和可接受性，促使当事人服判息讼。

行政争议的中立评估机制之所以能够衔接上述两类行政争议解决机制，是由其所处的制度相位决定的。将行政争议解决机制划分为合意型机制与决定型机制，毕竟是一种基于“理想类型”的划分。在现实的行政争议解决体系中，上述二元划分并未能够穷尽所有的解纷机制。行政争议的中立评估机制便是一个实例。实际上，中立评估机制恰好处于合意型机制与决定型机制的空缺地带。这种制度相位，再加上其运作机理与决定型机制一致、运作结果又具有合意促成功能的复合性特征，决定了它能发挥出黏合两种“理想类型”的行政争议解决机制的功能。

〔20〕 参见张旭勇：《论行政诉讼和解的正当性困境及其化解》，载《法商研究》2010年第5期。英、美、德等国学者也多持此批判理由。[See Michael Supperstone, Daniel Stilitz, Clive Sheldon, ADR and Public Law, 2006 *Public Law*, 299, 313-314 (2006); Keith Werhan, Delegalizing Administrative Law, 1996 *University of Illinois Law Review*, 423, 460-466 (1996); Wolfgang Hoffmann-Riem, Irene Lamb, Negotiation and Mediation in the Public Sector: the German Experience, 72 *Public Administration*, 309, 315 (1994).]

〔21〕 参见前引〔6〕，Jeffrey M. Senger书，第37页。

四、行政争议中立评估机制的两种域外模式及其特质

从比较法的视野上考察,行政争议领域的中立评估机制呈现出英美模式和欧陆模式两种样态。二者在纠纷介入时点、评估员的身份、程序的性质、制度功能等方面存在显著差异。

(一) 独立于行政诉讼过程、评估意见供纠纷当事人参考的英美模式

在美国和英国的行政争议解决实践中,存在着早期中立评估、小型审判等具体形态的中立评估机制。

早期中立评估机制是在行政争议发生后的较早阶段,由当事人将纠纷提交至具备专业知识的评估员,由后者对案件进入决定型机制的可能结果做出评估的一种机制。该制度最初是由美国加州北区联邦地区法院于1985年创设出来的一项纠纷解决机制,起初仅适用于对民事案件的评估,随后被扩展适用到行政争议案件之中。例如,在联邦政府合同纠纷中,当事人往往会共同聘请该领域的专家对案件进行评估;当案件被诉至法院之后,法院也常常会任命一位评估员对案件的结果进行预测。此类纠纷的评估程序较为简单,通常由评估员主持评估过程,由各方当事人提交证据,在此基础上由评估员作出评估意见,随后依据该评估意见,在当事人之间展开达成和解协议的尝试。^{〔22〕}在英国,同样存在着有关早期中立评估的制度与实践。在2004年7月发布的一份有关行政救济机制改革的白皮书,就将早期中立评估制度列为替代性纠纷解决机制的具体形态之一。^{〔23〕}受此影响,在2007年9月至2009年1月间,英国社会保障和儿童抚养上诉裁判所在其受理的有关护理补贴和残疾生活补贴的行政案件中,开展了运用早期中立评估制度的试点项目。在该项目中,由一名地区裁判所法官担任评估员,他在裁判所服务局受理上诉案件的四周时间内,通过书面审查来对案件的可能结果作出评估,并以此为基础促成当事人之间达成和解。一旦和解失败,曾担任过评估员的这名裁判所法官不得再参与该案件的后续审理活动,后续审理该案件的法官甚至不会被告知该案曾经历过中立评估。^{〔24〕}

小型审判制度则是一种更为程式化的中立评估机制。所谓小型审判,是指行政争议各方当事人中拥有和解拍板权的高层代表出席一个协商会,就案件的解决进行协商,该协商会由中立的第三方进行主持,在当事人的要求下,该中立第三方可以作为评估员,对案件的是非曲直以及案件进入审判后法官的可能判决结果作出预测,在此基础上,各方当事人再决定是否进一步展开和解。在开始协商会之前,各方当事人需要在律师的协助下,在指定的时间内(通常为1至3个月)就案件中的主要事实问题交换证据,并可以引入证人。^{〔25〕}该程序实际上划分为两个独立的阶段,即评估阶段与调解阶段,中立第三方分别在这两个阶段承担评估员和调解人的角色,其中

〔22〕 See Frank Carr, *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes*, in Marshall J. Breger ed., *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*, American Bar Association, 2001, pp. 262-263.

〔23〕 See Department for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, Cm. 6243, para. 2.11 (2004).

〔24〕 参见前引〔9〕, Carolyn Hay、Katharine McKenna、Trevor Buck文,第1-3页。

〔25〕 See Philip J. Harter, *Points on a Continuum: Dispute Resolution Procedures and the Administrative Process*, 1 *The Administrative Law Journal*, 141, 147-148 (1987); 前引〔22〕, Frank Carr文,第258-260页。

前一阶段出具的评估意见是直接服务于后续的调解活动的，是促使当事人之间达成纠纷解决合意的一种手段。正是在这一意义上，有学者指出：“小型审判其实根本不是审判，而是一种高度结构化的和解程序”。〔26〕在美国，1996年的《行政争议解决法》明确将小型审判列为替代性行政争议解决机制中的一种。〔27〕

（二）附设于行政诉讼过程、评估意见供法官参考的欧陆模式

在欧洲大陆，虽然行政争议解决领域并不存在直接冠以“中立评估”之名的机制，但从功能比较的视角看，法国的公开报告人（Rapporteur Public）以及欧盟的法务官（Advocate General），也扮演着类似于英美法系的中立评估机制的角色。

公开报告人是法国行政法院内负责在行政诉讼过程中对案件的事实和法律问题独立发表评估意见的人员。它被视为法国行政诉讼的核心制度和象征。〔28〕这一制度的历史源远流长，可追溯至1831年在法国国家参事院中设立的“行使检察官职能的查案官”（又称“国王专员”）职务；自1849年起，这一职务被更名为“政府专员”。〔29〕但政府专员的名称常被人们误解为代表政府出具法律意见之人，这与其代表法律独立出具意见的实际角色不相符，为此，其在2009年1月7日被更名为“公开报告人”。公开报告人本身属于行政法院的一名法官，他与其他法官在法律地位上是平等的，只是在所从事的工作上存在分工。为了能够胜任案件评估之职责，公开报告人须从行政法院内具有丰富行政案件审判经验的法官中进行选拔。由公开报告人对行政案件进行评估，这是法国行政诉讼的一项法定程序，除紧急审案件、出入境等7类案件外，〔30〕其他案件必须要由公开报告人进行评估。公开报告人有权获得在预审阶段所形成的案卷材料。在阅读案卷材料后，他可以进一步调查任何其认为必要的问题。在对案件涉及的事实和法律问题形成意见后，公开报告人在庭审阶段中公开宣读该意见。在规范层面，公开报告人出具的意见并不具有强制拘束力，法官有权在作出判决时决定是否采纳。但从实际运行情况来看，公开报告人的意见具有极高的权威，通常会被审理案件的法官采纳，进而体现在判决之中。在贝尔教授看来，这一事实使得法国的行政诉讼程序呈现出“明显的联合领导元素”〔31〕，换言之，行政审判的权力在一定程度上被公开报告人共享了。不仅如此，由于公开报告人在行政案件审理方面具有丰富经验和卓越素质，其往往能在宣读的意见中提出十分重要的观点，法国行政法上的很多重要原则正是从该意见中生发出来的，其在很大程度上引领着法国判例法的发展方向。〔32〕

受法国行政法的影响，在欧盟的司法体系中也存在着与之类似的法务官制度。这一制度亦被

〔26〕 Jethro K. Liebermant, James F. Henry, Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement, 53 *The University of Chicago Law Review*, 424, 427 (1986).

〔27〕 See 5 U. S. C. § 571 (3).

〔28〕 参见陈天昊：《公正、效率与传统理念——21世纪法国行政诉讼的改革之路》，载《清华法学》2013年第4期。

〔29〕 参见前引〔4〕，张莉文。

〔30〕 参见《法国行政诉讼法典》，陈天昊译，载何海波编：《中外行政诉讼法汇编》，商务印书馆2018年版，第538、595页。

〔31〕 [英] 约翰·贝尔：《法国法律文化》，康家昕等译，清华大学出版社2012年版，第269页。

〔32〕 参见[法] 让·里韦罗、让·瓦利纳：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆2008年版，第850页。

视为“整个欧盟法律体系中最为重要的一项制度”^{〔33〕}。其产生背景是，在1951年的《巴黎条约》谈判过程中，有欧洲煤钢共同体的成员国提议在共同体法院中建立法官发表异议制度，但未获采纳。作为妥协方案，法国提出可建立类似于该国的政府专员制度，这一提议获得接受，最后通过的《巴黎条约》上设立了法务官制度协助法官判案。^{〔34〕}根据2007年通过的《欧盟运行条约》第252条的规定，欧洲联盟法院内设有8名法务官，其职责是完全公正、独立地提出附具理由的意见。法务官与欧洲联盟法院法官的法律地位是平等的。法务官在诉讼程序启动之初便介入案件之中，他可以全程参与案件的审理，直至庭审结束。期间，他有权阅读案卷材料，参与案件的预审，并对有关诉讼参与人进行提问。^{〔35〕}在法院庭审活动结束之际，法务官会对案件发表独立的意见，并公开发布。当然，如果系争案件并未涉及新的法律问题，法务官无需出具意见。法务官提交的意见虽不具有约束力，但法官在最后做出裁决时往往会遵从其意见。比如，在1996年上半年法务官出具意见的96个案件中，只有6份意见未获采纳。^{〔36〕}另外，法务官出具的意见由于说理透彻，往往会在之后的案件中被援引，它引领着欧盟判例法的发展。

（三）英美模式与欧陆模式之间的差异

无论是英美模式还是欧陆模式，都发挥着对系争案件中涉及的事实和法律问题进行评估的功能。但由于历史传统、问题情境等因素的不同，两种模式在具体的制度特质方面存在着不小的差异，具体表现为如下六个方面：

第一，程序的独立性不同。英美式的中立评估机制是独立于诉讼程序的一项解纷机制，而欧陆模式是附设于诉讼过程之中的一项制度。这一差异意味着，英美式的中立评估机制的适用范围要广于欧陆模式，其不仅可以被用于对诉讼前景的评估，还可以被用于对行政复议、仲裁等决定型机制前景的评估，而欧陆制度只能用于评估行政诉讼的前景。

第二，对行政争议的介入时点不同。由于英美式的中立评估机制是独立于行政诉讼机制的解纷机制，它们可以在当事人提起诉讼前便介入纠纷的处理；相反，欧陆式的中立评估机制必须在诉讼程序正式开启之后才开始运行。此种差别使得欧陆式的中立评估机制无法起到阻止案件进入法院的功能，而在英美式的中立评估机制中，若评估员在出具意见后当事人选择和解，则能够在诉前实现案件的分流。

第三，评估员的身份不同。在英美模式中，评估员一般是由退休法官或者律师担任，实现了与行政复议机关、法院等机构的完全分离；而在欧陆制度中，评估员由法院内的现职人员担任，但评估员独立履行职责，不受所在法院内审案法官及其他人员的影响，这是一种相对的职能分离制度。

第四，评估意见的受众不同。在英美模式中，评估员出具的意见是提交给纠纷当事人参考

• 219 •

〔33〕 Philip Moser, Katrine Sawyer eds., *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 6.

〔34〕 See Noreen Burrows, Rosa Greaves, *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, 2007, p. 2.

〔35〕 参见前引〔34〕，Noreen Burrows、Rosa Greaves书，第23-30页。

〔36〕 See Takis Tridimas, *The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections*, 34 *Common Market Law Review*, 1349, 1362-1364 (1997).

的；而在欧陆模式中，该意见的受众主要是法官，其核心功能是用于启发法官的判案思路，而帮助当事人知晓、理解法院裁判理由只是其附带性功能。尽管法国在晚近改革了公开报告人制度，允许当事人提前知晓公开报告人意见的结论部分，并在公开报告人发表意见后允许当事人对之发表意见，^{〔37〕}这在一定程度上加强了公开报告人与当事人之间的对话，但其与英美模式中评估意见仅供当事人参考的制度相比，还是存在着显著差异。

第五，程序的强制性不同。在英美制度中，中立评估机制属于一项任意程序，当事人有权自己决定是否将案件提交至该程序进行评估；而在欧陆制度下，除特定类型的案件外，中立评估机制原则上属于一项法定程序，尤其是当案件涉及重大复杂的法律争议时，由评估员对案件出具意见成为一种必经程序。

第六，制度功能存在差异。在欧陆模式下，中立评估机制并不止步于对案件作出评估的功能，还被寄寓了推动判例法发展的功能。评估员的目光并不拘限在当下个案之中，而是要超越个案，寻求推动法律发展之契机。从欧盟法院的实践来看，法务官往往会倾向于从比案件争点更宽广的背景中来分析案件，因而其意见往往比法院作出的裁判文书篇幅更长，涵盖主题更广。^{〔38〕}也正因为如此，法务官出具的意见不免带上如有的学者所评价的“东拉西扯的风格”（discursive style）^{〔39〕}。在法国，公开报告人也需要将其在案件中提出的解决方案与判例法联系起来，以便出具的意见能够影响判例法的发展。^{〔40〕}凡此种种，是英美式的中立评估机制难以企及的。

• 220 •

五、我国构建行政争议中立评估机制的模式选择与制度展开

（一）制度模式的取舍

行政争议的中立评估机制，并非仅是比较法上的一种言说。事实上，为了应对日益高发的行政争议案件，提升纠纷解决的品质，我国一些地方法院在近年来已陆续参考域外制度，开展了运用中立评估机制的试点。自2012年起，上海市黄浦区人民法院便开始试点在行政诉讼中引入“独立报告人”制度，规定在重大疑难复杂的案件中，由法院内部不属于案件合议庭成员的青年法官担任独立报告人，负责独立地出具有关案件处理意见的报告，并将该报告提供给审理案件的法官参考。^{〔41〕}从这一制度中可见，黄浦区人民法院的中立评估机制完全模仿了法国的公开报告人制度。更早开展中立评估机制试点的四川省成都市各基层法院和海南省第一中级人民法院，也以法国制度作为模板，并直接冠以了法国的“公共报告人”的名称，只是在评估员的选取上作了

〔37〕 参见前引〔4〕，张莉文。

〔38〕 See John Fairhurst, *Law of the European Union*, Pearson Education Limited, 2010, p. 155.

〔39〕 前引〔33〕，Philip Moser、Katrine Sawyer主编书，第6页。

〔40〕 参见〔英〕L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔：《法国行政法》，高秦伟、王锴译，中国人民大学出版社2006年版，第98页。

〔41〕 参见王川：《“民告官”法庭现“神秘专家” 揭密“独立报告人”制度》，载《上海法治报》2014年9月1日，第2-3版。

改造,邀请法学教授、律师等非法院成员担任案件的评估员。^{〔42〕}从上述三地的实践可以看出,我国目前在行政争议领域试点运行的中立评估机制,受欧陆模式的影响至深。但笔者认为,欧陆式的中立评估机制存在着诸多局限,不宜作为我国构建该制度的模板。理由有三:

第一,适用范围狭窄,难以完整地覆盖所有纠纷解决过程。如前所述,欧陆式的中立评估机制只能用于对行政诉讼案件的评估。然而,在行政执法争议、行政复议案件、行政信访案件等领域,同样存在着引入中立评估制度的迫切需求。以行政信访为例,在目前居高不下的信访案件总量中,有相当一部分是因当事人的纠纷解决期望不切实际所致。正是考虑到这一点,中央政法委于2015年6月8日发布《关于建立律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件制度的意见(试行)》,提出在信访案件中引入中立评估机制的要求。^{〔43〕}因此,在建立行政争议的中立评估机制之时,不能仅将目光限定在行政诉讼案件之上,而欧陆式的中立评估机制显然难以担当此任。

第二,介入纠纷的时点较晚,无法引导案件在诉前实现分流。欧陆式的中立评估机制,是在行政诉讼程序开启之后才开始进行案件评估的,其介入时点晚,无法在诉前阻止纠纷进入法院,因而仍然会占用有限的司法审判资源,难以使案件分流。

第三,由现职法官担任评估员,存在着诸多缺陷。首先,由现职法官担任评估员,很难阻断其与审理案件的法官之间的相互影响,其客观、中立地出具评估意见的条件难以得到保证。其次,与法国在普通法院外另行设置一套行政法院系统不同,我国的行政审判组织设置于各个普通法院内,是一种分散化的管辖制度,^{〔44〕}如果推行法国式的公开报告人制度,意味着要在各普通法院内一一设置相应的专职评估员,为此需要增设的岗位非常多,此一改革的难度和成本巨大。最后,在当前司法公信力不足的现实背景下,由现职法官出具评估意见难获当事人的充分信服。因为如果出具的评估意见与司法裁判相一致,当事人容易产生“官官相护”之怀疑;如果二者不一致,则易使当事人以法院内部对案件的处理意见不一致为由,质疑司法裁判的效力。而一旦邀请法院以外的专业人士担任评估员,则可以克服上述缺陷。这可以解释为何前述四川与海南两地法院在引入法国的公开报告人制度时,特意选择邀请法院外的专业人士担任评估员。

综上,当前我国实践部门以欧陆模式为蓝本所开展的中立评估机制试点,存在着诸多局限。相比而言,英美模式无论在适用范围、纠纷介入时点还是评估结果的可靠性方面均更具优势,适合作为我国构建中立评估机制的模板。为此,需要结合本土实际,从评估员的遴选、评估事项、运行程序等方面展开具体的制度构建。

〔42〕 成都市中级人民法院自2011年起,在所属的基层法院中引入了公共报告人制度。(参见王鑫等:《行政案件审理试点“公共报告人”》,载《成都商报》2012年2月17日,第8版;晨迪:《审理行政诉讼“公共报告人”首次出庭》,载《成都日报》2012年11月12日,第9版。)海南省第一中级人民法院在2012年也引入了公共报告人制度。(参见余德厚:《海南:庭审观摩“扎堆”推进》,载《人民法院报》2012年6月2日,第6版。)

〔43〕 该意见指出:“依据案件事实和相关法律规定,在调查核实案情基础上,由律师事务所或涉法涉诉信访法律服务机构对信访人的信访事项和诉求作出评议分析,研究解决问题的方案”,“经过分析、评议,认为原案件处理正确、信访人诉求不当的,通过摆事实、讲道理、析法理,耐心劝导信访人服判息诉。仍不息诉的,可邀请相关领域专家、对方当事人、群众代表、有信访经历的人员等,公开评议信访人的诉求是否有理合法。”

〔44〕 当然,目前正在进行改革试点的跨行政区划法院、集中管辖法院以及知识产权法院等改革举措,属于对行政案件的集中式管辖。此种改革涉及面虽较广,但改革后普通法院仍然保留着部分行政案件的审理权限。

（二）行政争议中立评估机制的具体构建

1. 评估员的遴选

对行政争议解决前景的研判与预测，涉及专业的法律及纠纷解决知识的运用，这项工作应交由在行政复议、行政诉讼等领域拥有长期从事经验的资深人士来承担。对此，首先应聘请退休的法官和退休的行政复议人员担任评估员。之所以应遴选此类人员，理由有三点：第一，退休的法官、行政复议人员在长期的任职过程中形成了良好的从业经验，有能力胜任预测案件结果这一工作。第二，在我国，法官和行政复议人员同属公务员序列，均实行年龄届满强制退休的制度。^{〔45〕}但这一规定与法官和行政复议人员所从事的工作性质并不契合，因为该工作主要属于智力判断活动，其工作能力并不会随着年龄的增大而有所降低。现行的强制退休制度，在一定程度上导致了行政复议人员和法官的智识资源浪费的情况，而让这部分退休人员承担评估工作，可以克服此种缺陷。第三，让退休的而非现职的公务员承担评估工作，可以使评估员免受原隶属机关各项考核管理制度的约束，并阻隔其与现职决定人员之间的相互影响，确保评估员的超脱中立地位。

此外，还可以聘请在系争案件领域有长期执业经验的律师参与行政争议案件的评估工作。律师具有“体制外”的独特身份，这决定了其开展评估工作将更为独立，更容易获得当事人的信任。但是，在律师参与案件评估时，需要注意防止其与案件代理律师之间存在利害关系。原则上，承担案件评估职责的律师，不能与当事人一方的代理律师来自于同一律师事务所，除非各方当事人知晓这一情况并书面同意该律师继续担任评估员。

无论是从评估活动所要求的纠纷客观中立预测的属性着眼，还是从其潜在的防范纠纷进入后续行政复议与诉讼渠道的功能来看，行政争议的中立评估活动均表现出较强的公共属性。因此，评估行业不宜实行市场化的运作模式。在具体制度设计上，应由各级司法行政机关负责组建当地的行政争议评估员名册，将前述退休的法官、退休的行政复议人员、律师等人员列入其中，并开展定期培训。在发生行政争议之后，由当事人向司法行政机关提出申请，挑选评估员。评估员的培训开支以及在具体个案中发生的评估费用，应由国家财政经费予以保障。

2. 评估的事项

评估员应对下述事项作出预测：一是案件进入行政复议、行政诉讼后的审理结果，既包括当事人的诉求获得裁决机关支持的可能性，也包括裁决机关可能为相对人提供的救济方式，以及行政机关可能要承担的法律后果。这是从法律层面对案件进入决定型机制之后的可能前景所作出的预测。二是运用决定型机制解决纠纷所需花费的时间、金钱等成本。这是对当事人运用决定型机制需要付出的经济成本所给出的一个评估。在时间成本的估算上，不仅应包括进入特定决定型机制所需花费的时间，还包括后续的上诉、再审、申诉等程序所将耗费的时间。而对于金钱成本，应包括案件审理费、律师代理费以及当事人自身的机会成本等。三是在案件进入决定型机制后可能面临的不确定性风险，包括受到政策变动的影响、受到有关机关干预的可能性等。这是从事实层面对运用决定型机制将遇到的困难作出的分析与评估。

〔45〕 虽然《法官法》（2019年修订）第62条规定“法官的退休制度，根据审判工作特点，由国家另行规定”，但目前我国并未出台有关法官退休年龄的特别规定，因而在退休年龄上法官与其他公务员仍适用同一规则。

3. 评估的程序

(1) 中立评估程序的启动。中立评估机制的启动,应基于行政争议当事人的一致同意,这样才能最大限度地发挥该制度在削减当事人不合理诉求方面的功能,同时,当事人双方的参与使得评估员能够兼听双方之词,在此基础上能查清案件事实继而得出更为准确的评估结论。为此,当事人之间可以通过事先订定协议,约定在发生争议之后将案件提交至中立评估机制。没有事先协议的,当事人之间也可以在发生争议之后,通过共同商定将纠纷提交至评估员进行评估。

(2) 禁止单方接触。在评估过程中,评估员不得私底下单独会见案件中的一方当事人或其代理律师。这一项程序要求的目的在于,确保据以评估的证据材料均为各方当事人所知晓,不存在评估员私下获得的其他材料,以保证最后出具的评估报告的公信力。^[46]

(3) 举行评估会议。评估会议由评估员主持。各方当事人应提交证据,并可以就相关事实和法律问题展开对质与辩论。当事人还可邀请证人在评估会议上作证,并进行交叉询问。

(4) 保密性保护。评估的过程应秘密进行,评估员和当事人均不得将相关的信息披露给其他人员,当事人也不得在案件进入决定型机制后使用在评估活动中获取的证据。保密性保护的目的在于避免使中立评估机制成为当事人探知对方证据情况的工具,同时可以消除当事人因害怕提前泄露行政复议与诉讼中的策略而惮于使用中立评估机制之顾虑。^[47]

(5) 出具评估报告。评估报告应当清楚地写明评估意见,同时简明扼要地载明评估意见的事实依据和法律根据。评估报告应仅提供给当事人,不得向包括后续审理案件的复议人员、法官等在内的其他人员公开。

(6) 尝试促成和解。评估员在出具报告后,应负责向当事人解释评估报告的内容。如果当事人展现出和解意愿,评估员可在各方当事人的一致同意下,将其身份切换成调解人,参与案件的调解。

• 223 •

六、结 语

行政法处于永恒的变动之中。美国行政法学家施瓦茨教授曾感喟道:“这是一个充斥着变动的领域。唯一不变的是它的变动性。”^[48] 行政争议解决机制作为行政法的具体场域之一,亦不能例外。为了提供贴合于个案情况且令当事人满意的纠纷解决服务,英、美、法、欧盟等地相继创设并使用了行政争议的中立评估机制。该机制兼具权利判定与合意促成的性质,具有降低当事人过高的纠纷解决期望、促使当事人达成和解、减轻正式纠纷解决机制负担等方面的积极意义,可以有效回应我国顶层设计者所提出的“运用法治思维和法治方式化解矛盾”“促进诉讼与非诉讼纠纷解决机制的有机衔接”等要求。中立评估机制在我国有着广阔的应用前景,能够运用于行政

[46] See Wayne D. Brazil, *Early Neutral Evaluation*, American Bar Association, 2012, p. 74.

[47] 关于纠纷解决过程信息的保密理由,更为深入的分析,可参见施立栋:《行政争议调解过程信息的保密性规则之构建》,载《法商研究》2018年第4期。

[48] Bernard Schwartz, Recent Administrative Law Issues and Trends, 3 *Administrative Law Journal*, 543, 543 (1989-1990).

诉讼案件、行政复议案件、行政信访案件乃至更为“上游”的行政执法争议案件之中，有助于推动行政争议理性、经济地得到解决，为社会转型期化解日益频发的行政争议提供一种新的思路。

倡议引入中立评估机制，或许将面临如下一种质疑：我国行政争议解决领域已有疑难案件的专家论证制度，如若再引入具有类似功能的中立评估机制，是否会造成制度上的叠床架屋。笔者认为，这种质疑是难以成立的。理由在于，本文所论述的中立评估机制，是一种由超脱于各方当事人且具有长期实务经验的人员担任评估员，评估员受到各方当事人合意选任、禁止单方接触等程序机制约束，并就案件胜败前景、纠纷解决成本等事项进行全面预测的机制，这与多服务于论证召集方之立场、参与人士未必具有专门实务经验、运行过程较少受到程序保障且评估内容并不全面的专家论证制度之间，有着云泥之别。事实上，在我国，专家论证制度无论是在人员的中立性、专业能力还是论证结论的公信力、可问责性等方面均备受质疑，在此背景下，仍期待借助该制度促使行政争议当事人息讼止争，是不现实的。这也是英美和欧陆国家纷纷在专家论证制度之外另行构建起中立评估机制的深层次原因。质言之，对于行政争议解决前景的评估，应交给专门的中立评估机制来承担，如此方能妥善化解行政争议。

Abstract: Neutral evaluation is a kind of alternative dispute resolution which predicts the possible outcomes of adjudication if the case is referred to the administrative litigation or reconsideration process. Introducing the neutral evaluation into the areas of administrative dispute resolution can cut the disputants' unrealistic expectations, promote the possibilities of settlement among disputants as well as overcome the harmful tendency of evaluative mediation. Neutral evaluation locates in the connection point of consensual dispute resolution mechanisms and adjudicative dispute resolution mechanisms, and thus can help to interlink these two ideal types of administrative dispute resolution mechanisms. In comparative administrative law, there are two distinctive models of neutral evaluation. The first one is the Anglo-American model whose evaluative opinion is for disputants' reference and this model is independent of the administrative litigation process. The second one is the European model whose evaluative opinion is for judges' reference and this model is annexed to the court. The Anglo-American model is more adaptable for China to construct the systems of neutral evaluation.

Key Words: administrative dispute resolution, alternative dispute resolution, neutral evaluation, rapporteur public

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

行政行为“明显不当”的司法审查

王正鑫*

内容提要：法官大范围地适用“明显不当”标准，有力地破除了多年来“显失公正”与“滥用职权”标准所遭遇的法律适用困境。法官在“明显不当”项下归纳衍生出多项子标准，从而形成过程性的行政裁量控制机制，有利于实现对行政裁量瑕疵的精准纠治。为了使“明显不当”标准符合行政裁量司法审查标准的立法定位，避免破坏司法审查标准体系的内在协调，应矫正将其作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向。借助“明显不当”标准，法官将非法定程序瑕疵作为程序性裁量瑕疵予以纠正，间接补足了“违反法定程序”标准的功能缺陷，有助于落实正当程序原则的核心理念，并由此形成正当程序原则的中国意涵。

关键词：行政行为 明显不当 行政裁量 司法审查标准

• 225 •

一、引言

1989年《行政诉讼法》在实施二十余年后的2014年被整体修订，行政裁量司法审查标准发生嬗变。“明显不当”取代“显失公正”，与“滥用职权”共同构成新的行政裁量司法审查标准。对于此次立法调整，有一个官方解答可供参考：“对于行政机关行使自由裁量权过程中极端不合理的情形纳入合法性范围，增加规定明显不当。”^{〔1〕}换言之，为加强对行政裁量的监督，2014年《行政诉讼法》修订时^{〔2〕}通过扩大合法性审查原则的内涵，将“明显不当”的行政行为纳入司法审查范围。^{〔3〕}“明显不当”背负着一项立法目的性预设，即“扩大合法性审查意涵，加强对行政

* 王正鑫，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第197页。

〔2〕 2014年《行政诉讼法》虽于2017年被再次修订，但“明显不当”条款未被改动。

〔3〕 参见童卫东：《进步与妥协：〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期。

裁量的监督”。

学界对“明显不当”的认知从两条路径展开：一是因循法释义学路径，对“明显不当”条款进行理论层面的规范分析。^{〔4〕}关注“明显不当”的内涵及判断标准、属于违法抑或不合理行为的性质界定、应适用合理性抑或合法性审查的司法审查原则、与“滥用职权”的关系等问题。二是基于案例进行经验分析。^{〔5〕}主要关注“明显不当”的适用范围及认定标准、司法变更权的行使标准、判决类型的选用等问题。前述学术探讨多从“司法权监督行政权”而非“司法权监督行政裁量权”的层面认识“明显不当”。即便强调“明显不当”对行政裁量的规制，也多是在理论层面作宽泛剖析，并未细致体现“明显不当”在规范行政裁量方面的具体功用。立法为加强行政裁量的司法监督而确立“明显不当”标准，关注“明显不当”的行政裁量司法审查功能实属必要。

值得探讨的问题在于，在诉讼实务中，法官是如何适用“明显不当”标准的？具体而言，法官是否敢于适用“明显不当”，是否将其用于纠正行政裁量瑕疵，又是如何在个案中完成行政裁量的监督任务的？有鉴于此，本文立足于行政裁量的司法审查功能，借由案例考量“明显不当”的司法适用状况。

在论述展开之前，有两点尚需强调。首先，本文将从形式层面、实质层面和拓展层面，对法官如何适用“明显不当”作一管窥。形式层面关乎“明显不当”的形式适用，实质层面关乎“明显不当”规范行政裁量的功能效果，拓展层面则关乎“明显不当”在与其他司法审查标准产生适用联系时的功用发挥。其次，本文内容将基于113个案例展开，^{〔6〕}所涉案例均以明确适用2014年《行政诉讼法》第七十条第（六）项，^{〔7〕}或第77条第1款为限^{〔8〕}。

二、形式层面：“明显不当”标准的广泛适用

“明显不当”标准是立法为司法审查行政裁量所提供的一件工具，那么法官是否勤于使用这件工具，便成为检视“明显不当”司法适用状况的起点。为了直观地观察法官适用“明显不当”

〔4〕 相关文章请参见张峰振：《论不当行政行为的司法救济——从我国〈行政诉讼法〉中的“明显不当行政行为”谈起》，载《政治与法律》2016年第1期；高鸿、殷勤：《论明显不当标准对行政裁量权的控制》，载《人民司法》2017年第19期；何海波：《论行政行为“明显不当”》，载《法学研究》2016年第3期；于洋：《明显不当审查标准的内涵与适用——以〈行政诉讼法〉第70条第（六）项为核心》，载《交大法学》2017年第3期；史笔、曹晟：《新〈行政诉讼法〉中行政行为“明显不当”的审查与判断》，载《法律适用》2016年第8期。

〔5〕 相关文章请参见张怡静、陈越峰：《公正适当裁量中的“相关考虑”——从对中国行政审判案例第71号的讨论切入》，载《法律适用》2019年第4期；石俊峰、李衡：《司法变更权的适用条件及强度把握——以某制药公司上诉某区市场和监督管理局行政处罚案为研究视角》，载《法律适用》2020年第16期；黄雪娇：《行政判决“明显不当”标准之探讨——以〈最高人民法院公报〉和最高人民法院指导性案例中的行政处罚案例为样本的分析》，载《河南财经政法大学学报》2017年第2期；王锴：《行政诉讼中变更判决的适用条件——基于理论和案例的考察》，载《政治与法律》2018年第9期。

〔6〕 在北大法宝、中国裁判文书网等案例检索网站，分别以“行政诉讼法第70条第（六）项”“行政诉讼法第77条第1款”为关键词作全文检索，共选择案例113件。所选案件以经二审以上程序为主，同时包括个别一审案件。

〔7〕 《行政诉讼法》第70条第（六）项规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：……（六）明显不当的。”

〔8〕 《行政诉讼法》第77条第1款规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”

的频次、范围，本文将选择1989年《行政诉讼法》中的“滥用职权”与“显失公正”作为参照。

（一）旧司法审查标准的适用困境

1989年《行政诉讼法》确立“滥用职权”与“显失公正”，并由此形成长达二十余年的行政法意象，“即行政诉讼法所提供的诸多司法审查标准之中，用来检验行政裁量的主要是‘滥用职权’和‘显失公正’”^{〔9〕}。那么在2014年《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”的适用状况如何呢？

有学者专就此做过统计分析，发现“显失公正”的适用状况不容乐观，整体适用频次低，被法院限定适用于行政处罚领域。“显失公正”并未成为监督行政裁量的有力手段。^{〔10〕}既然“显失公正”在规范行政裁量方面已经折戟沉沙，那么“滥用职权”又能否独挑大梁呢？现实状况同样令人担忧，“滥用职权”鲜被适用。^{〔11〕}一方面，学理以及实务往往将“滥用职权”与行政机关的主观过错相联系，^{〔12〕}从而使其不能完全涵盖行政裁量权的行使情形，这极大地限缩了“滥用职权”的功用发挥；^{〔13〕}另一方面，法院对于“滥用职权”的适用具有回避倾向，这便直接将“滥用职权”阻却在法律适用阶段^{〔14〕}。

（二）学理与立法对“明显不当”的肯认

早在《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”所遭遇的适用困境便被学界关注，学者尽力探求问题的成因所在并提出应对之方。在这次学理讨论中，“明显不当”首次出现。有学者认为，“明显不当”是为解决“显失公正”与“滥用职权”的适用难题而被引入的。“明显不当”是要确立一个包容性、实用性更强的标准。^{〔15〕}同时保留“滥用职权”标准，将之作为“最后的、剩余的司法审查标准”^{〔16〕}。更有学者坦言，“滥用职权”主要考虑行政机关的主观恣意，“明显不当”则要转向客观存在的法律规定和行政惯例。^{〔17〕}因此，在学理论述中，“明显不当”的提出是对“显失公正”和“滥用职权”的集中纠偏，目的在于以“明显不当”所具有的包容性消解掉“显失公正”和“滥用职权”的狭隘侧面，进而破除该两项司法审查标准的适用困境。

学理思辨得到了立法回应，立法者于2014年修法时，采用“明显不当”，同时保留“滥用职权”，并将“显失公正”删去。或许立法者已经觉察到，在司法实践中，受“法条主义”影响，法官倾向于认为不违反法律的明文规定便不属于违法，因而不愿监督行政裁量，也不愿适用“滥

〔9〕 沈岢：《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》，载《法商研究》2004年第4期。

〔10〕 参见前引〔5〕，黄雪娇文。

〔11〕 参见余凌云：《对行政机关滥用职权的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题》，载《中国法学》2008年第1期。

〔12〕 参见罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第407-409页。

〔13〕 参见前引〔9〕，沈岢文。

〔14〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔15〕 “（明显不当）这个标准可以涵盖行政机关因认知偏差、疏忽或失误而作出的与立法目的和精神、基本法治原则、一般公平正义观念或常理明显相背的裁量决定。”前引〔9〕，沈岢文，第35页。

〔16〕 前引〔9〕，沈岢文，第35页。

〔17〕 参见郑春燕：《论“行政裁量理由明显不当”标准——走出行政裁量主观性审查的困境》，载《国家行政学院学报》2007年第4期。

用职权”。而“显失公正”限于行政处罚，范围过窄。因此，“滥用职权”与“显失公正”的适用困境直接导致合法性审查的内涵被不当限缩，而“明显不当”得以被立法者采用，正是期冀其可以“扩大合法性审查意涵”。至于为何会保留“滥用职权”，原因在于保留“滥用职权”以纠正“行政职权目的不适当”。〔18〕

（三）“明显不当”标准得被法官广泛适用

只有在了解“明显不当”标准的历史过往之后，我们才可以理解，正是因为“明显不当”承载着破除旧标准适用困境的使命，所以需要首先观察法官是否勤于适用“明显不当”。而在司法实践中，法官正在凭借“明显不当”有力地克服旧标准所造成的适用困境。这主要体现于两方面：

其一，从行政处罚“显失公正”到行政行为“明显不当”。“任何行政行为都可能存在是否‘显失公正’的问题”〔19〕，但将其与行政处罚牢牢勾连实在是立法之过。“明显不当”的确立本身便有着纠错的意味，其不仅成为“行政处罚明显不当”适用变更判决的裁判依据，而且与“滥用职权”并列成为撤销判决的适用依据。经由观诸诉讼实践，可以得知“显失公正”与行政处罚之间的不当勾连已被打破。“明显不当”不仅被适用于行政处罚的司法审查，而且涵盖行政许可、行政强制、行政征收等各种行政行为。“明显不当”涵盖行政行为类型的案件列举，请参见表1。立法纠错得到了司法实践回应，二者走向契合归一。

表1 “明显不当”涵盖行政行为类型案件列举

行政行为类型	案由案号
行政处罚	曲兴林等与大石桥市公安局行政处罚纠纷上诉案，辽宁省营口市中级人民法院（2016）辽08行终227号行政判决书
行政许可	刘金裕与海林市规划局行政许可纠纷再审案，黑龙江省高级人民法院（2017）黑行申278号行政裁定书
行政强制	黎锦添与广州市南沙区人民政府等强制拆除违法建设决定纠纷上诉案，广州铁路运输中级人民法院（2020）粤71行终1429号行政判决书
行政确认	孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案，湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终52号行政判决书
行政登记	李巨虎与李积海、临高县人民政府行政登记纠纷上诉案，海南省高级人民法院（2018）琼行终42号行政判决书
行政给付	梁厚华等与德庆县民政局行政给付纠纷上诉案，广东省肇庆市中级人民法院（2016）粤12行终103号行政判决书
行政裁决	索贝尔实业有限公司与包头市东河区人力资源和社会保障局等行政裁决纠纷上诉案，内蒙古自治区包头市中级人民法院（2019）内02行终152号行政判决书

〔18〕 参见前引〔3〕，童卫东文。本文作者时任全国人大法工委行政室副主任，其所做解读在一定程度上可以代表立法者的考量。

〔19〕 前引〔11〕，余凌云文，第29页。

续前表

行政行为类型	案由案号
行政征收	欧源房地产开发有限公司与肃宁县自然资源和规划局行政征收纠纷上诉案，河北省沧州市中级人民法院（2019）冀行终 412 号行政判决书
政府信息公开	严常福等与兰州新区国土资源局政府信息公开纠纷上诉案，兰州铁路运输中级法院（2020）甘 71 行终 68 号行政判决书

其二，“明显不当”表征行政裁量的客观性审查。法官对行政裁量所进行的司法审查仍然主要是客观性审查，而非主观性审查。^{〔20〕}学界多认为，“滥用职权”易导向行政裁量的主观性审查，“明显不当”则是在客观结果层面判断行政行为是否存在裁量瑕疵。^{〔21〕}换言之，法院无需对行政机关的主观意志进行评价便可纠正行政裁量瑕疵。经由案件检索发现，“明显不当”有助于澄清修法前行政裁量的主观性审查误区，法院敢于直接适用“明显不当”条款作出裁判。^{〔22〕}

（四）“明显不当”的泛用趋向

法官敢用、勤用且较大范围地直接适用“明显不当”作出裁判，这使得“明显不当”并未沦为宣示性条款。但同时需要注意，广泛适用并不意味着恰当适用。在部分案件中，法官已经显露出泛用“明显不当”的趋向。当其他司法审查标准无法适用时，法官选择将“明显不当”作为最后的保留手段，实质上是将“明显不当”作为一般性违法对待。此时，“明显不当”等同于“违法”，“明显不当”的行政行为便是“违法的行政行为”，从而导致“明显不当”被作为其他司法审查标准的兜底条款。而这显然已经脱离了“明显不当”作为行政裁量司法审查标准的立法定位。这一泛用趋向的出现，根源于可供法院使用的司法审查标准不够丰富的客观现实。

在我国，与判决类型相匹配，《行政诉讼法》详细列明了六项司法审查标准。这意味着法院在对一项行政行为进行合法性审查时，不能直接认定行政行为违法继而将其撤销或作其他处理，行政行为合法与否的判定是与司法审查标准逐项比对的结果。这样的合法性判断方式并无问题，真正的问题存在于司法审查标准的设置方式上。《行政诉讼法》第 70 条明列六项司法审查标准，且呈现为穷尽式列举而未设有兜底条款，潜在的立法表达似乎是此六项司法审查标准足以涵盖行政行为的所有合法性瑕疵。

但是，六项司法审查标准均是针对行政机关的行为过错而设置，如若一项行政行为的合法性瑕疵完全归咎于相对人而与行政机关无涉，法院又将如何处理呢？如因相对人提供虚假材料而导致行政登记违法，行政机关因尽到审查义务并无过错，此时单因结果违法而适用“明显不当”是否适宜恐不无商榷余地。如在程某诉濮阳市华龙区民政局行政登记纠纷案中，法院便认为：“被告已尽到审慎义务，原告诉求确认结婚登记行为无效于法无据。但被诉结婚登记行为确因违反

〔20〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔21〕 参见前引〔4〕，史笔、曹晟文；前引〔5〕，黄雪娇文。

〔22〕 以北大法宝为例，以“行政诉讼法第七十条第（六）项”为关键词进行全文法律适用检索，可得适用“明显不当”的案例 1300 余件；以“行政诉讼法第七十七条第一款”为关键词进行全文法律适用检索，则可得适用“明显不当”的案例 180 余件。检索截止日期为 2021 年 5 月 19 日。

《中华人民共和国婚姻法》第五条的规定,明显不当。”^[23]在王海珍诉合阳县民政局行政登记纠纷案中,法院更是直接宣称:“虽然被告在办理离婚登记过程中本身不存在违法行为,其依法履行了一定的审查义务,但不能否定原告为限制民事行为能力人的客观事实。被告作出的行政行为违反了《婚姻登记条例》第十二条一款(二)项的规定,其作出的离婚登记行为明显不当。”^[24]

为矫治“明显不当”的泛用趋向,法官应致力于弥补现有司法审查标准未能覆盖的合法性“漏洞”,从而将“明显不当”从一般性违法的兜底条款中解放出来,使其回归行政裁量司法审查标准的法律角色,被专用于纠正行政裁量瑕疵。具体可从以下两个方面着手改进:其一,细化解释现有司法审查标准。通过细化解释现有司法审查标准使其涵盖非裁量性的合法性瑕疵。比如前文所提到的行政登记事项,或许法官可将行政机关基于相对人提供的虚假材料作出的行政决定认定为“主要证据不足”,继而将之撤销或做其他处理。其二,在规则缺失之处适用法律原则。基于一般法理,在法律适用的过程中,当规则缺失,法院尚可以根据法律原则作出裁判。当既有的司法审查标准无法满足法院的手段需求时,法院便可转而适用法律原则以作裁判。在前文提到的行政登记案件中,法院或可适用行政合法性原则,继而作出是否存在合法性瑕疵的司法判定。

三、实质层面:行政裁量控制机制的形成与调适

从形式层面检视法官是否敢用、勤用“明显不当”并不足够,因为这尚未触及行政裁量控制的实质层面。下文将进入实质层面的考量,即法官如何借助“明显不当”来纠正行政裁量瑕疵。

(一) 行政裁量控制机制的形成

作为适用“明显不当”的前提步骤,法官首先需要判定行政行为是否构成“明显不当”。借由案例可知,“明显不当”正在被经由个案归纳而来的子标准予以明确。一项项子标准为“明显不当”的判定提供了更为直观的标尺,我们亦可以借助这些子标准检视法官纠正行政裁量瑕疵的方式。通过案例可归纳出如下子标准。

(1) 未考虑相关因素。如在刘红军与湘潭市公安局雨湖分局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“明显没有考虑潘某的行为已构成犯罪的 facts 及作出行政处罚裁量的有关情节,该处罚决定存在不当”^[25]。在徐小强与孟津县工商行政管理局行政处罚纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“没有全面考虑徐小强违法行为的性质、程度及后果,不具有合理性,违反了行政合理性原则,明显不当”^[26]。

(2) 处罚结果畸轻畸重。如在陈超与济南市城市公共客运管理服务中心行政处罚纠纷再审案中,再审法院认为,行政机关“处罚幅度和数额畸重,不符合罚当其过的原则。原审法院判决认为被诉处罚决定属于行政诉讼法第七十条第(六)项所规定的明显不当情形,该认定并无不

[23] 河南省濮阳县人民法院(2016)豫0928行初106号行政判决书。

[24] 陕西省合阳县人民法院(2016)陕0524行初12号行政判决书。

[25] 湖南省湘潭市中级人民法院(2019)湘03行终49号行政判决书。

[26] 河南省洛阳市中级人民法院(2016)豫03行终129号行政判决书。

当”〔27〕。在广州市畅顺物流有限公司与广州市南沙区环保水务局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政机关作出的行政处罚决定，如果与事实、性质、情节以及社会危害程度不相称，明显超过合理裁量范围，导致处罚结果畸重，就不符合‘过罚相当’原则，构成《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第（六）项规定的‘明显不当’。”〔28〕

（3）违反比例原则。如在朱伯仁与兴化市综合执法局等行政纠纷上诉案中，一审法院认为：“直接作出限期拆除决定必然将对朱伯仁的权益造成过度损害，不符合比例原则的要求，应属明显不当。”〔29〕在梁卫英与广州市南沙区横沥镇人民政府行政强制纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告未对涉案建筑的征收补偿标准和具体情况进行调查，迳行作出穗南横政府处字〔2019〕00084号《违法建设行政处理决定书》……该决定书明显不当，不符合行政行为的比例原则。”〔30〕

（4）违反平等原则。如在曾宪荣与邵东市公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“仅对曾宪荣给予处罚，对同案违法行为人金贻军既未立案查处，亦未说明任何正当理由，不能排除选择性、差别执法的合理怀疑。……故可以认定邵东县公安局对曾宪荣所作行政处罚决定有违行政处罚的平等原则，存在明显不当。”〔31〕在梁德钦与三穗县公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“在梁德钦辱骂黄某的过程中，黄某亦对梁德钦进行了辱骂，上诉人三穗县公安局仅对梁德钦进行治安管理行政处罚，不符合公平公正原则，依法应予撤销。”〔32〕

（5）法律依据适用错误。如在郭四清与焦作市解放区城市管理局城乡建设行政管理纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告区城管局超期保存先行登记保存物品没有法律依据、明显不当。”〔33〕在谭某诉佛山市禅城区张槎街道办事处、佛山市禅城区人民政府行政确认及行政复议纠纷上诉案中，一审法院认为：“张槎街道办依据《张槎村章程》，认为谭某属于第一次界定股东资格后才出生的人员，按照《张槎村章程》第十条的规定，谭某不属于下会经济社、张槎经联社的配股对象，对谭某申请的事项不予处理，适用依据错误，处理明显不当。”〔34〕

（6）存在程序性瑕疵。如在九台区东湖街道办事处金雨牧业小区与长春市工商行政管理局九台分局等行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政许可有效期届满的，登记机关有权视情况决定撤销注册登记或者吊销营业执照，或者责令当事人依法办理变更登记，但是，决定适用何种程序应当符合行政合理性原则……九台工商局直接对金雨牧业小区作出吊销营业执照的处罚决定，取消其作为商事主体进行经营的权利，并由其承担行政处罚的不利法律后果明显不当。”〔35〕在赵全福等与黔西县城规划局、毕节市城乡规划局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，一审判

〔27〕 山东省高级人民法院（2018）鲁行申538号行政裁定书。

〔28〕 广州铁路运输中级法院（2018）粤71行终1892号行政判决书。

〔29〕 江苏省泰州市中级人民法院（2020）苏12行终266号行政判决书。

〔30〕 广州铁路运输中级法院（2020）粤71行终1605号行政判决书。

〔31〕 湖南省邵阳市中级人民法院（2020）湘05行终66号行政判决书。

〔32〕 贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26行终100号行政判决书。

〔33〕 河南省焦作市中级人民法院（2020）豫08行终190号行政判决书。

〔34〕 广东省佛山市中级人民法院（2017）粤06行终531号行政判决书。

〔35〕 吉林省长春市中级人民法院（2019）吉01行终153号行政判决书。

院认为：“黔西县规划局2013年4月15日又针对涉案房屋作出黔规通字（2013）第20409号《责令立即拆除通知书》……而被告时隔两年后，才于2015年3月30日对原告已经修建完毕的一栋两层占地586平方米建筑面积为1172平方米的房屋作出行政处罚告知，于2015年4月8日作出行政处罚决定，被告的行政行为存在明显不当，违反了程序正当性原则。”〔36〕

（7）追求不适当目的。如在刘洪艳与北京市海淀区城市管理综合行政执法监察局等行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政行为的作出应当符合法规规范的目的……城市管理综合执法部门的执法活动均须以此为依托，方能体现其正当性。”〔37〕在高志伟等诉延吉市林业局行政许可纠纷案中，法院认为：“行政机关作出的行政行为应当符合行政目的，原告看护房圈舍已经行政机关批准建设十年，原、被告及第三人并无异议。现因第三人意欲转让争议土地，而申请被告撤销《关于在果树地内建看护房的批复》，有理由认为被告因此作出的行政行为行政目的不当。”〔38〕

（8）未尽到合理审慎的审查义务。如在临汾市兴国实验学校与临汾市尧都区人民政府等行政登记纠纷上诉案中，二审法院认为：“临汾市尧都区人民政府未尽审慎审查义务登记，发证行为明显不当。”〔39〕在李巨虎与临高县人民政府等行政登记纠纷上诉案中，一审法院认为：“临高县政府及相关部门在颁证当时的相关审核、审批材料存在重大瑕疵，明显不当。”〔40〕

（9）事实认定错误。如在李自斌与绵阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告作出编号×××认定工伤决定书，符合法定程序，但认定事实明显不当，适用法律错误。”〔41〕在孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院更是直接宣称：“事实认定过程因其武断而表现出明显不当，故该行政认定行为应当撤销后予以重作。”〔42〕

（10）其他标准。〔43〕如违反一事不再罚原则、〔44〕行政复议决定违反禁止不利变更原则、〔45〕依照法院判决重新做出的行政行为加重相对人义务〔46〕等。

我们可以尝试作进一步的分析，法官为明确何谓“明显不当”，在个案中归纳、细化出诸项子标准，这些子标准同时指向行政裁量瑕疵。诸项子标准既是“明显不当”的判断标准，同时也是裁量瑕疵的识别标准。相应地，“明显不当”已经成为一个涵括诸多子标准的上位概念，其所表征的乃是一个概念体系或概念集。也正是在这一概念细化的过程中，“明显不当”规范行政裁量的法效力得以被体系性地扩张延展。法官可凭助多项子标准对接至“明显不当”，进

〔36〕 贵州省毕节市中级人民法院（2016）黔05行终96号行政判决书。

〔37〕 北京市第一中级人民法院（2018）京01行终367号行政判决书。

〔38〕 吉林省延吉市人民法院（2016）吉2401行初121号行政裁定书。

〔39〕 山西省临汾市中级人民法院（2016）晋10行终78号行政判决书。

〔40〕 海南省高级人民法院（2018）琼行终42号行政判决书。

〔41〕 四川省绵阳市中级人民法院（2020）川07行终147号行政判决书。

〔42〕 湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终52号行政判决书。

〔43〕 鉴于客观上无法统览司法实践全貌，也无法将子标准全部梳理出来，所以使用“其他”作为兜底项列明。

〔44〕 参见河北省张家口市中级人民法院（2019）冀07行终86号行政判决书。

〔45〕 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院（2019）湘31行终65号行政判决书。

〔46〕 参见河北省邢台市中级人民法院（2016）冀05行终77号行政判决书。

而纠正裁量瑕疵。而这便是“明显不当”在诉讼实务中所形成的行政裁量控制机制。关于该机制请参见图 1。

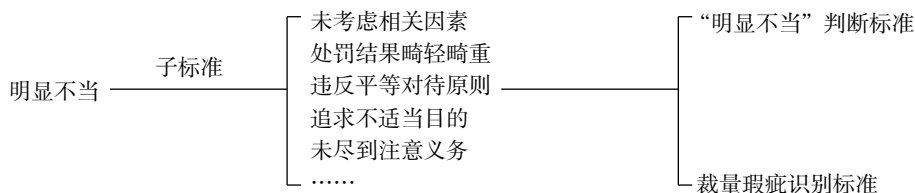


图 1 行政裁量控制机制示意图

（二）行政裁量控制机制的过程性特征

若对上述子标准作细致分析，则会发现它们不是在结果意义，而是在过程意义上而言的，是对行政裁量过程所课予的准则要求。行政机关行使裁量权进行判断选择，要对相关因素进行充分考虑、平等对待相对人、追求适当目的、避免程序性瑕疵并尽到合理注意义务。即便是“处罚结果畸轻畸重”，其所关注的也并非仅是行政裁量结果，而是会回溯至行政行为的做出过程，审查行政机关是否充分考虑违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度，进而判断处罚结果是否与前述因素相当。

可以认为，行政裁量是一个过程，法院原则上并不能指挥行政机关作出非 A 即 B 的选择，但却可以要求行政机关在存有选择和判断余地时恪守裁量准则，以此在最大程度上消除行政恣意，经由这一过程所作出的裁量结果便是可以被接受的。可以看到，以“明显不当”为上位标准的诸项子标准正在构建过程性的行政裁量控制机制，发挥控制行政裁量的规范效力。

• 233 •

（三）行政裁量控制机制的运行调适

“明显不当”被法官扩展延伸为过程性的行政裁量控制机制，继而对行政裁量瑕疵进行有针对性的纠正，这是一件值得称道的司法创举。但是，若对各项子标准作细致观察，则可以发现部分子标准所指征的合法性瑕疵已被其他司法审查标准所涵盖。“明显不当”与其他司法审查标准的效力范围出现了不适宜的交叉，审查标准之间的边界有被模糊的危险。这一问题在证据事实与法律适用方面表现得最为明显。

其一，将证据事实问题归入“明显不当”的调整范围。前文已经提及，在诉讼实务中，法官将“事实认定错误”作为“明显不当”的认定标准之一。此外，法院还依据“明显不当”纠正其他证据事实瑕疵。如在江生才与武夷山市交通综合行政执法大队行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“本院对被上诉人违法取得的证据不予采用。因此，被上诉人作出行政处罚证据不足，应予撤销。”^{〔47〕}

其二，将法律适用问题归入“明显不当”的调整范围。法官将“法律依据适用错误”作为“明显不当”的认定标准之一。如在石家旺与龙岩市公安局交通警察支队行政处罚纠纷上诉案中，一审和二审法院均认为被诉行政处罚决定适用法律错误，一审法院未适用《行政诉讼法》第 70

〔47〕 福建省南平市中级人民法院（2019）闽 07 行终 56 号行政判决书。

条第(二)项的“适用法律、法规错误”条款,而是仅适用“明显不当”撤销被诉行政处罚决定,二审法院对此亦予以认可。^[48]

较为明确的是,事实认定问题,属于证据规则的调整范围,对应《行政诉讼法》第70条第(一)项“主要证据不足的”;法律适用问题,则对应《行政诉讼法》第70条第(二)项“适用法律、法规错误的”。法官现将事实认定与法律适用方面的合法性瑕疵均通过“明显不当”予以矫正,客观上易导致其他司法审查标准被虚置,而“明显不当”标准的内涵外延也将随之无限扩张。更为重要的是,《行政诉讼法》第70条并列规定六项司法审查标准,潜在逻辑便是六项司法审查标准之间存有不同,不可混同适用。对任何一项司法审查标准的适用均需要照顾体系的和谐,“确保不同审查根据既有区分又能衔接,不能指望一个‘明显不当’包打天下”^[49]。法官动辄适用“明显不当”来纠正已为其他司法审查标准涵盖的合法性瑕疵,会破坏司法审查标准体系的内在协调性。

为应对上述问题,法官需要对既已成型的行政裁量控制机制做以下调整:首先,重新审视“明显不当”项下的子标准,将“法律适用错误”“事实认定错误”等可被其他司法审查标准所涵盖的子标准剔除,从而缓解“明显不当”与其他司法审查标准之间的适用紧张,维护司法审查标准体系内在的协调性。其次,立足“明显不当”的行政裁量司法审查功能,经由个案所生成的子标准需要侧重于裁量瑕疵的识别,从而实现对行政裁量瑕疵的精准纠治。

• 234 •

四、拓展层面:行政程序瑕疵的司法矫正

作为一项司法审查标准,“明显不当”并不孤单,《行政诉讼法》同时规定了其他五项标准。接下来所要探究的是,当“明显不当”与“违反法定程序”标准产生适用关联时,法官所进行的法律适用操作。之所以关注“明显不当”与“违反法定程序”标准之间的适用关联,乃是因为在司法实践中,通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”,进而将行政行为予以撤销已经成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。而除“违反法定程序”标准外,“明显不当”与其他四项司法审查标准之间的适用关联并不明显。

需要强调的是,此处所讨论的适用关联不包括上文提及的“明显不当”与其他司法审查标准的适用交叉问题。适用交叉乃是“明显不当”不适宜地侵入其他司法审查标准的效力范围。适用关联则是关注“明显不当”在纠正行政裁量瑕疵的过程中,客观上对“违反法定程序”标准所起到的补足作用。

(一)“明显不当”对“违反法定程序”的功能补足

《行政诉讼法》对行政程序瑕疵采取“违反法定程序”与“程序轻微违法”的二分法。^[50]根据学界主流观点,“违反法定程序”中的“法”包括法律、法规、规章,但是否还包括宪法与行

[48] 福建省龙岩市中级人民法院(2020)闽08行终90号行政判决书。

[49] 前引[4],何海波文,第75页。

[50] 参见梁君瑜:《行政程序瑕疵的三分法与司法审查》,载《法学家》2017年第3期。

政规范性文件则尚存争议。^{〔51〕} 不管宪法与行政规范性文件是否可被涵括其中，应无疑义的是，《行政诉讼法》所言的“程序”主要是指可寻得法律规范依据的行政程序。由于我国尚未制定一部行政程序法典，单行法中法定程序的规定既不全面，也不系统，这将直接限制“违反法定程序”标准的功能发挥。尤其是在行政行为未有法定程序可供遵循，法定程序标准难以发挥作用之时，如何经由司法手段纠正行政行为的程序性瑕疵便成为掣肘所在。

前已述及，“明显不当”的一项子标准便是“存在程序性瑕疵”。当行政行为的作出程序无实定法依据，或者虽有实定法依据，但行政机关就程序性事项具有选择权限，法院便可以“存在程序性瑕疵”为由适用“明显不当”，从而纠正行政行为的程序性裁量瑕疵。如在阿拉斯加杰克海产公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会行政管理纠纷案中，法院便认为：“一般来说，除了法律明文制定的羁束性程序规定外，应当属于行政机关自由裁量的范围，但自由裁量的行使并非没有限制，应当遵循一定的原则和规则……若行政机关对于行政程序不予提前告知，行政相对人亦无法依据惯例予以预判，则制约了行政相对人履行程序性义务的可能性，由行政相对人承担其带来的不利后果明显不当。”^{〔52〕}

因此，当法律规范未具明文，行政机关就履行何种、是否履行以及如何履行行政程序存有判断和选择余地时，作为行政裁量司法审查标准的“明显不当”便有了用武之地。更为重要的是，法官在借助“明显不当”纠正程序性裁量瑕疵的同时，客观上还可以补足“违反法定程序”标准的功能漏洞。具体来说，借助“明显不当”，法官将“非法定程序性瑕疵”作为“程序性裁量瑕疵”予以纠正，附带地填补“违反法定程序”标准难以覆盖的空白区域。

• 235 •

（二）行政程序瑕疵司法矫正机制

在司法实践中，通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”，进而将行政行为予以撤销已然成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。在此举出数例以供参详：超越合理期限实施行政行为明显不当、^{〔53〕} 从程序上制约相对人权利行使明显不当、^{〔54〕} 未充分履行告知义务和公开义务明显不当^{〔55〕}。

可以看到，在纠正非法定程序瑕疵方面，法官敏锐地觉察到“明显不当”的潜力所在。经由司法操作，“违反法定程序”与“违反非法定程序”均被司法审查所涵括，而程序性瑕疵司法矫正机制也在这一过程中渐渐成型。具体而言，程序性瑕疵司法矫正机制由“违反法定程序”标准和“明显不当”共同构成。“违反法定程序”标准负责纠正违反有法律规范依据的行政程序瑕疵，而“明显不当”则用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵。由此，针对行政行为程序性瑕疵的司法审查，法官已经探索出一种新的模式。

〔51〕 相关文献如章剑生：《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例》，载《法学研究》2009年第2期；章剑生：《论行政程序违法及其司法审查》，载《行政法学研究》1996年第1期；张步峰：《违反法定程序的诉讼法律后果——评〈行政诉讼法修正案（草案）〉的“违反法定程序”条款》，载《河北法学》2014年第11期；杨伟东：《行政程序违法的法律后果及其责任》，载《政法论坛》2005年第4期。

〔52〕 北京知识产权法院（2016）京73行初5973号行政判决书。

〔53〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2017）豫03行终215号行政判决书。

〔54〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终78号行政判决书。

〔55〕 参见重庆市第一中级人民法院（2016）渝01行终736号行政判决书。

（三）正当程序原则的发展危机与新动向

“违反法定程序”标准自被1989年《行政诉讼法》确立，一直延续至今。早在2014年修订《行政诉讼法》规定“明显不当”之前，“违反法定程序”标准无法涵盖非法定程序瑕疵的功能短板便受到关注。^{〔56〕}在当时，为纠正法律、法规及规章无明文规定的行政程序瑕疵，正当程序原则被推上台面。学理希冀法官通过适用正当程序原则，来纠正无法被“违反法定程序”标准所覆盖的行政程序瑕疵。而在司法实践中，法官亦有意无意地运用正当程序原则裁判案件。伴随一系列典型个案的出现，正当程序原则的轮廓逐渐清晰，内涵亦不断丰富。^{〔57〕}在学者与法官的合力下，正当程序原则已经涓汇成流，颇有可能成长为一项可被独立适用的法律原则。有学者将正当程序原则的这一发展态势喻作“晨光初现”。^{〔58〕}

然而，《行政诉讼法》确立“明显不当”标准后，该标准被法官用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵，正当程序原则的上述发展态势似乎被中道“斩断”。换言之，即便离开抽象缥缈且无实定法依据的正当程序原则，法官也可以凭借“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，同时还可以避免脱离实定法裁判案件的指摘。而在事实上，“违反法定程序”标准与“明显不当”也已共同构筑起行政程序瑕疵的司法矫正机制，并间接阻断了正当程序原则的原有发展路径。基本可以预见的是，正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则。

原有发展路径被阻却的同时，新的发展方向或许已被开启。在正当程序原则的要求下，行政行为的作出程序不管是否有实定法依据，均应遵循基本的程序正义。换言之，正当程序原则是作为一个整体概念而存在，并不局限于行政程序缺失实定法依据的情形。“不得违反法定程序”，同样构成正当程序原则的内在要求。因此，“违反法定程序”标准与“明显不当”所缔造的行政程序瑕疵司法矫正机制，致力于将有法定依据与无法定依据的程序瑕疵均纳入司法审查范围，这本身便是正当程序原则的要求。由此可以认为，法官借助“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，虽然此举阻断了正当程序原则的原有发展路径，导致正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则，但却将正当程序原则的理念以司法审查标准的方式固定下来。

进一步言之，在“违反法定程序”标准与“明显不当”的加持下，正当程序原则正呈现出一种新的本土化发展动向：不再倚仗立法采纳或法官适用而成为有形体的纸面条文，而是依托“违反法定程序”与“明显不当”两项司法审查标准来落实其核心理念，正所谓“形体不具而理念长存”。

五、结 语

凭借适当的司法审查标准，法官才可以撕裂行政裁量所依凭的自由壁垒，真正实现司法控制行政裁量的法治目标，而“明显不当”正是立法为法官纠正行政裁量瑕疵所提供的有效工具。基于诉讼实务状况，法官凭借“明显不当”正有力推动行政裁量的司法监督：将“明显不当”广泛

〔56〕 参见何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009年第1期。

〔57〕 参见前引〔56〕，何海波文。

〔58〕 参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2020年版，第93-132页。

适用于各类行政行为的合法性审查，细化“明显不当”的子标准并构建过程性的行政裁量控制机制，以及补足“违反法定程序”标准的功能缺陷。同时也要注意，“明显不当”是抽象的法律条款，当被适用于具体个案时，尚需完成一系列复杂的法律适用工作，其中就包括对裁量的识别、确定“明显不当”的适用范围等具体问题。法律适用过程中的任一环节出现失误，行政裁量的司法控制效果便会大打折扣，而法官对“明显不当”的不合理适用便是例证。

法官对“明显不当”的不合理适用，也表明应对“明显不当”的适用方式进行调整，及时纠正“明显不当”作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向，并恰当处理“明显不当”与其他司法审查标准的适用关系。与此同时，行政裁量的司法控制是一个长期的过程，司法实践一直向前推进从未终止，鲜活的案例素材正在不断生成进而更加充盈。对“明显不当”的司法适用状况应保有持续性的关切，以及时发现问题并不断进行动态调试。

Abstract: Judges make judicial review on administrative behavior in accordance with Obvious Improperness boldly and frequently, which has effectively overcome obstacles to the application of law presented by Abuse of Power and Obvious Injustice. A series of sub-standards developed by judicial practice around Obvious Improperness are forming a procedural normative mechanism of administrative discretion, which means focusing on the procedural control and correcting defects of administrative discretion precisely. However, as a judicial review norm of administrative discretion, Obvious Improperness should not become a fallback provision of other judicial review standards. Judges have made up the drawback of Violation of Legal Procedure with the help of Obvious Improperness by considering non legal procedural defects as procedural discretion defects. As a result, the judicial correction mechanism of administrative procedure defects has been constructed, and the Chinese meaning of due process principle is taking shape.

Key Words: administrative actions, obvious improperness, administrative discretion, standards of judicial review

• 237 •

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)