

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

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“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，还是制定机关的有意为之，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]“邬学勋与金塘分局案”、^[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)珠中法程(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刍议》，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,这也是司机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〕}而在前文述及的“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，加以控制而非自由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就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

〔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。