

裁量基准的制度定位

——以行政自制为视角

周佑勇

摘要 面对裁量基准在我国行政执法实践中的发展，亟待从制度层面对裁量基准的性质、功能和边界加以合理的定位。在行政自制的视角下，考察各地所推行的裁量基准实践，裁量基准在性质上应当被看作一种行政自制规范。它对裁量权正当行使的自我控制功能，主要是通过情节的细化和效果的格化技术，来达到对裁量权的限定、建构和制约。然而，裁量基准作为一种“规则化”的“自制”，亦有其难以克服的局限性，对此必须在制度设计上充分把握三个方面的平衡，即在羁束与裁量之间的平衡、规则与原则之间的平衡以及自制与他制之间的平衡。有必要倡导一种功能主义的行政自制观，以此推进中国行政法治的新发展。

关键词 行政裁量 裁量基准 行政自制 功能主义

作者周佑勇，东南大学法学院教授。

在当前的行政执法实践中，行政机关通过设定一种规则化的裁量基准来实现对裁量权的自我控制，已日益成为一种普遍的行政自制现象和创新的行政法律制度，并引起了中国行政法学理论界和实务界的共同关注。然而，究竟应当如何从制度层面对裁量基准进行合理的定位，在理论上存在较大的分歧，在实践中又有着各种不同的做法，这已成为当前该项制度进一步推进与发展中亟待解决的一个问题。本文拟从行政自制理论的视角，^① 对裁量基准的性质、功能与边界等方面的制度定位问题做些初步探讨。

一、裁量基准的性质定位：一种行政自制规范

任何裁量权的行使都必须有一定的判断标准，否则就会导致裁量权的滥用或不当。当立法者没有提供这种判断的标准或提供的判断标准不完备时，就需要由行政机关在行使裁量权的过程中来加以设定或补充。这种由行政机关在裁量权行使过程中设定的判断标准，就是所谓的“裁量基准”。

* 本文系作者主持的国家社会科学基金项目“行政裁量基准制度研究”（项目编号：08BFX020）的阶段性成果之一。

① 所谓行政自制，是指行政系统或者行政主体对自身违法或不当行为的自我控制，包括自我预防、自我发现、自我遏止、自我纠错等一系列内设机制。该理论的提出，旨在为推进中国行政法治的发展而探求一条新型的行政自我控权路径。参见崔卓兰、于立深：《行政自制与中国行政法治发展》，载《法学研究》2010年第1期。

面对裁量基准在我国行政执法实践中的发展,目前理论上争议最大的是关于这一制度的性质如何定位的问题,而能否合理地解决这个问题将直接涉及到裁量基准的一系列制度安排。

(一) 理论上的不同认识

对于裁量基准的性质问题,理论上有着不同的认识。概括起来,目前主要存在三种观点,即“规则化裁量基准观”、“具体化裁量基准观”和“规则性的具体裁量基准观”。

按照“规则化裁量基准观”,裁量基准是行政机关行使“行政立法权”制定的具有法律效力并为司法所直接适用的一种立法性规则。如有学者认为,“在法律属性上,这些裁量基准有的属于规章,但更多是行政机关内部的解释性规则。无论裁量基准以什么形式出现,从其实践效力来看,基准一旦制定颁布,便成为执法人员执法的重要依据,具有规范效力和适用效力。这种内部适用效力,又将进一步延伸至行政相对方,因而具有了外部效力。此可以说,裁量基准的制定,本质上就是行政立法权的行使,是行政机关对立法意图、立法目标的进一步解释和阐明。”因此,“裁量基准的制定本质上就是次级立法”。“虽然在理论上,法院对以规章或者规范性文件表现出来的裁量基准,只是可以‘参照’或‘参考’,但在实践中,法院对此类行政规则事实上没有审查权,往往给予尊重并加以适用。”^②持类似观点的学者还认为,“基准在构筑裁量具体过程与效果的同时,也形成了对相对人权利义务处分的一种定式。由内而外的样式,不断重复、中规中矩,也就变成了法的规范。”“承载裁量基准的形式也因此必然是多样的,可以是规章,也可以是规范性文件。”^③

“具体化裁量基准观”则认为,裁量基准是行政执法机关对其所执行的行政法律规范的具体化。具体而言,裁量基准是指“行政执法者在行政法律规范没有提供要件-效果规定,或者虽然提供了要件-效果规定但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整的判断标准时,按照立法者意图、在行政法律规范所预定的范围内、以要件-效果规定的形式设定的判断标准。”其存在形式包括两种——上级行政机关事先以规范性文件形式设定的裁量基准和行政执法机关在做出行政行为时以行政行为理由形式设定的裁量基准。由上级行政机关以规范性文件形式设定的裁量标准也只是一种行政内部规定,并不是具有拘束力的规则。^④

关于裁量基准的性质,笔者曾经提出了一种不同于上述两种观点的认识即“规则性的具体裁量基准观”,认为在性质上,裁量基准是对有关裁量权行使范围等方面的法律规范加以具体化的解释,它作为一种解释性行政规则,对行政执法机关具有当然的拘束力,非有正当理由并经严格程序,行政执法人员必须依此规定行事。但是与法律规范不同,法院有权而且应当审查该裁量基准的合法性,并以此作为衡量和判断行政行为是否合法的标准和尺度,而不能作为依据直接予以适用。^⑤

(二) 基于实践的观察

观察各地所推行的裁量基准实践,我们发现,在裁量基准的制度生成中有两个不容忽视的客观事实或显著特色值得关注:一是基层治理的创新,二是“规则之治”的进路。作为一种制度创新,

^② 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。

^③ 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。

^④ 参见王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,载《浙江学刊》2006年第6期;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’行政处罚案”评析》,载准左一枫博客<http://chenyuefeng.fyfz.cn/blog/chenyuefeng/index.aspx?blogid=429327>,2010年1月17日访问。

^⑤ 参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,载《中国法学》2007年第6期。

裁量基准进入中国行政法治的视野,源于我国基层社会治理中对基层执法的典型经验总结与实践性创造,它凝结了地方基层执法者的智慧。这可以从浙江省金华市行政处罚裁量基准的实践予以观察。作为裁量基准实践的先行者,金华市公安局于2004年2月率先在全国推出了《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》,^⑥由此产生了广泛的影响。从制度生成的路径看,金华行政处罚裁量基准的产生肇始于金华市公安局在2003年4月组织开展的裁量基准试点工作。面对公安执法中比较突出的“执法随意、裁量不公”的问题,金华市公安局要求各县市局和分局选择一至两个治安状况复杂、案件数量较多、执法比较规范的科所队作为试点单位,在深入调查的基础上再确定一至两种最易滥用处罚裁量权的热点、难点违法行为展开裁量基准试点。^⑦在将近一年的试点、总结和完善的基础上,金华市公安局制发了《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》,在全市公安机关推广对赌博、卖淫嫖娼、偷窃、无证驾驶、违反互联网营业场所规定等五种违法行为的行政处罚裁量基准制度。裁量基准制度在公安系统的实践,引起了金华市政府的关注和重视,从而得以从2006年开始在全市范围予以推广。^⑧可见,金华裁量基准的产生所走的是“县级公安局的科所队→市公安局→市政府”的自下而上之路,其制度设计是处在行政执法第一线的基层部门在微观行政执法领域的经验总结和实践创造。显然,作为我国“自下而上”来自于基层社会治理中的典型经验,大量裁量基准的制定都是出自于基层的市县级行政机关,而并非具有行政立法权的行政机关。这些由基层行政机关制定的裁量基准只是为裁量权的正当行使提供一种具体化的约束标准,并不能构成一种立法性规则或者法律规范。

在实践中,裁量基准作为“规则之治”的进路以及可能导致过度规则化的倾向,也不容忽视。有人观察认为,“我们发现,这一制度的核心技术,主要是通过‘规则细化’甚至‘量化’的方式而压缩、甚至消灭自由裁量。”^⑨这样一种将裁量基准完全纳入传统规则主义控权模式的解读,或许只是一种“误读”,但不可否认的是,目前我国裁量基准毕竟普遍采取的是事先制定规范性文件或规则设定的方式,带有明显“规则之治”的控权色彩。比如《湖南省行政程序规定》^⑩第90条规定,“本规定所称裁量权基准,是指行政机关依职权对法定裁量权具体化的控制规则。”“裁量权基准由享有裁量权的行政机关制定,或者由县级以上人民政府制定。裁量权基准的制定程序,按照规范性文件的制定程序办理。裁量权基准应当向社会公开。”“行政机关应当遵守裁量权基准。”《湖南省规范行政裁量权办法》^⑪第12条第4款进一步规定:“制定行政裁量权基准适用规范性文件管理规定。”《广州市规范行政执法自由裁量权规定》^⑫第9条也做了同样的规定:“市行政执法主体应当以行政规范性文件的形式对行政执法自由裁量权的标准、条件、种类、幅度、方式、时限予以合理细化、量化,报送市人民政府法制机构审查后公布实施。”可见,无论从裁量基准制定的主体(一定层级的行政机关)、时机(在具体裁量权行使之前)、形式(以规范性文件的形式)、程序(按照规范性文件的制定程序)及其对内效力等要求来看,实践中都是将其作为一种对裁量权的“规则之治”在进行制度设计和安排。而且,其目的都是为了“规范”并防止裁量权的滥用。既然如此,

⑥ 《金华市公安局关于印发〈关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见〉的通知》,金市公通字〔2004〕23号。

⑦ 参见《金华市公安局关于开展行政处罚裁量基准试点工作的意见》,金市公字〔2003〕36号。

⑧ 参见《金华市规范行政处罚自由裁量权工作实施意见》,金华市人民政府办公室金政办发〔2006〕49号。

⑨ 同注②。

⑩ 2008年4月17日湖南省人民政府令第222号公布,自2008年10月1日起施行。

⑪ 2009年11月12日湖南省人民政府令第244号公布,自2010年4月17日起施行。

⑫ 2009年5月27日广州市人民政府令第18号公布,自2009年7月4日起施行。

完全排除裁量基准作为规则的拘束力也是欠妥的。

(三) 作为行政自制规范的裁量基准

基于以上这两个方面的观察,笔者仍然坚持“规则性的具体裁量基准观”,但是这里需要结合行政自制理论做进一步的深化和展开。笔者认为,裁量基准在性质上应当定位为一种行政自制规范,或者说是一种自制型的行政规范。具体而言,所谓“裁量基准”是指行政机关根据授权法的旨意,对法定授权范围内的裁量权予以情节的细化和效果的人格化而事先以规则的形式设定的一种具体化的判断选择标准,其目的在于对裁量权的正当行使形成一种法定的自我约束。这一界定包含如下要素:

其一,裁量基准针对的对象是法定授权范围内的裁量权。行政机关在行使法律赋予的裁量权时,拥有根据具体情况自行做出判断选择的权力,但是这种判断选择必须按照某种标准进行。由于立法者不可能对任何问题都通过详细的规则来为裁量权的行使提供所有明确的标准,或者即使是规定一定的标准,也往往具有较大的灵活性,因此就需要行政机关来提供裁量的标准。也就是说,在立法没有为裁量权行使提供明确的法定标准时,行政机关就应当根据授权法的旨意为裁量权的行使设定一种具体的判断选择标准即“裁量基准”。从表面上看,行政机关设定这种标准只是为裁量权的行使提供一种判断标准,但是如果欠缺这种标准,就可能导致裁量权的滥用或不当,因此设定裁量基准的内在目的在于保证裁量权的正当行使,或者说是裁量权的正当行使形成一种自我约束。

其二,裁量基准设定的主体是拥有裁量权的行政机关。“任何行政官员只要拥有裁量权,就必定拥有公开说明如何行使相关裁量的权力,而不管立法机关是否单独赋予该官员制定规则的权力”,^⑬因此,设定裁量基准的权力源于立法授予行政机关的裁量权,它与裁量权的授予相伴而无需单独授予。但是,裁量基准一旦制定出来,它的实施则依赖于行政机关上下级之间的一种层级指挥监督权。正是基于这种内部层级指挥监督权,裁量基准具有一种对内的拘束力,以保证其在行政系统内部得以贯彻执行,并成为一种自我拘束的内在机制。从这个意义上讲,裁量基准作为一种自我拘束机制,无论是它的设定还是运行都是在行政系统内部完成,体现的是行政系统内部的一种纵向科层制管理。

其三,裁量基准以规则的形式表现出来,但在性质上并不属于法或者立法性规则的范畴,而是行政机关制定的内部行政规则。法或者立法性规则必须创设相对人的权利义务,具有普遍法律效力并为司法所统一适用。在我国,根据《立法法》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》的规定,行政机关制定的具有法源地位的立法性规则仅限于行政法规、行政规章和法定解释性行政规范。^⑭而裁量基准主要是通过对裁量权规范的情节细化和效果人格化的技术,补充裁量权的判断标准,并不为相对人创设权利和义务,不对相对人产生直接的法律效力,也不构成一种裁判性规范,不能为司法所直接适用。尽管裁量基准也可以通过其体现出的法律原则并在个案的反复适用中形成一种行政惯例而获得一种间接的法律效力,但是在承认行政惯例和法律原则具有司法适用效力并作为裁量基准的效力依据的前提下,作为行政规则的裁量基准本身也并不具有直接的法律效力,而仅

^⑬ Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1971, p.68.

^⑭ 法定解释性行政规范即行政法规和规章的解释。《行政法规制定程序条例》第31条规定,“行政法规的解释与行政法规具有同等效力”;《规章制定程序条例》第33条规定,“规章的解释同规章具有同等效力”。

仅只是行政惯例和法律原则的载体,因此并不直接构成对法院审判具有强制性和拘束力的依据。^⑮当然,法院可以通过审查裁量基准的合法性,并以此作为审查具体行政行为合法性的标准。

其四,裁量基准的设定必须根据授权法的旨意,受到并体现“法的约束”。裁量基准的设定体现的是行政机关的一般裁量权,行政机关据此可以自行设定具体裁量权的标准。但是这种标准的设定并非不受任何外部法的约束:一是必须在授权法范围内;二是严格根据授权法的旨意。授权法的旨意包括立法的目的和基本的法律原则。比如《湖南省行政程序规定》第92条规定,行政机关制定裁量基准应当根据“所依据的法律、法规和规章规定的立法目的、法律原则”。由于裁量基准受到“法的约束”,实际上意味着整个裁量权的行使过程也就受到了法的约束。从这个意义上讲,裁量基准作为一种自我约束机制,仍然是一种“法的约束”。裁量基准的设定只是法律对裁量权约束的一种继续。对裁量权的法律约束而言,尽管法的外部约束已经停止,但是法的内部约束并没有结束,只不过这种“法的约束”是以裁量基准的形式延伸到裁量权的整个判断选择过程之中,且主要是来自于法律原则的约束。在性质上可以说,裁量基准就是连接抽象的法律与具体的裁量之间的桥梁,它既是对抽象的法律具体化,又为下一步针对个案作出具体裁量决定提供一般化的行为规则。

上述可见,裁量基准存在于行政系统内部,是政府自身制定的一种具有内部拘束力的行政规则,在性质上应当属于一种行政自制规范。尽管它仍然要受到外部法的拘束,但这正是保证其作为一种行政自制规范正当化的基础和前提,为其良性运作提供一种法律的内部界限,否则就丧失了其存在的合法性基础。另外,裁量基准作为一种行政自制规范,虽然包含着某些“规则之治”的元素,但有别于纯粹“规则化”的立法控制;同时它还体现了行政内部自我约束的特征,而不能完全视为不具有任何拘束力的一种具体化的内部规定。

二、裁量基准的自我控制技术与功能

“目光在事实与法律规范间‘来回穿梭’,是法律适用的普遍特征。”^⑯ 尽管行政裁量权是行政机关对同一事实要件产生的法律效果做出处理决定的权力,只存在于法律效果的处理之中,但是任何裁量决定都必然涉及到对各种事实情节的综合考量,并建立在权衡各种利益关系的基础上,其实质是一个复杂的利益衡量过程。对事实要件的认定,为对处理决定的裁量奠定了基础。^⑰ 因此,任何一个裁量基准的设定,并不是单纯对法律效果的格化,也包含着对引起该效果的事实情节的细化,两者共同构成了裁量基准对裁量规范中的“事实—效果”规定的一种完整补充。裁量基准作为一种特殊的“规则之治”,正是借助于情节细化和效果格化这两种技术,来实现对裁量权行使的自我控制功能。这种控制功能具体表现为对裁量权的限定、建构和制约。

(一) 裁量权的限定

针对裁量太宽或过度的问题,通常需要立法机关穷尽一切法律细节来详细地确定所授予裁量权的范围,但是这种理想状态已被实践证明很难实现。为了剔除那些不必要的裁量权,防止裁量权的恣意和滥用,往往还需要将法定授权范围内的裁量权进一步限定在一定界限范围内。裁量基准作为

^⑮ 参见周佑勇:《在软法与硬法之间:裁量基准效力的法理定位》,载《法学论坛》2009年第4期。

^⑯ [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第296页。

^⑰ 参见周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版,第16页。

一种确定裁量权行使标准的行政规则，它通过诉诸情节细化和效果格化这两种技术，使模糊的立法标准明确化，宽泛的裁量权范围具体化，从而达到对裁量权的限定。

对此，我们可以金华市公安局《赌博违法行为处罚裁量基准（试行）》^⑬（以下简称《裁量基准》）为样本进行分析。根据《治安管理处罚法》第70条的规定，“以营利为目的，为赌博提供条件的，……处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节严重的，处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上三千元以下罚款。”针对这一规定，金华市公安局的《裁量基准》细化规定如下：

“十一、为赌博提供条件，获利不满二百元的，处五百元以下罚款。

十二、为赌博提供条件获利二百元以上不满一千五百元的，处五日以下拘留处罚。

十三、为赌博提供条件获利一千五百元以上，处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上三千元以下罚款。

十四、以营利为目的为赌博提供条件，具有下列情形之一的，依照本规定的量罚幅度提高一个档次处罚；依照本规定已是最高档次处罚的，从重处罚：

1. 多次或者在公共场所为赌博提供条件的；
2. 一年内曾因赌博或者为赌博提供条件受过治安处罚的；
3. 通过计算机网络为赌博提供条件的；
4. 发行、销售“六合彩”等其他私彩的；
5. 组织、招引中华人民共和国公民赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的；
6. 其他情节严重情形的。”

从以上规定可以看出，《治安管理处罚法》对于以营利为目的为赌博提供条件的行为，在事实要件方面，只是用“情节严重的”这一模糊的语言将之区分为一般情节和较重情节两种情况，并分别施以不同的处罚，而金华市公安局《裁量基准》则将该事实要件细化为各种具体的情节。同时，在法律效果方面，《治安管理处罚法》不仅规定了可供选择的拘留和罚款两类处罚，而且规定了十五日以下拘留及三千元以下罚款这样一个宽泛的处罚幅度，而该裁量基准则使用处罚的格化技术，将《治安管理处罚法》所规定的处罚种类和量罚幅度进行分割，分格为Ⅰ档（五百元以下罚款）、Ⅱ档（五日以下拘留处罚）和Ⅲ档（十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上三千元以下罚款）三个处罚格次。这样，裁量基准通过对情节的细化和处罚的格化，在法定的裁量范围内进一步确定了裁量权行使的界限，明细了不同的裁量空间，从而发挥着对裁量权的限定功能。

（二）裁量权的建构

对裁量权的限定旨在剔除那些不必要的裁量权，但是对于必要的裁量权还必须进一步采取有效的方式加以控制，以保证裁量权在界限范围内的正当行使。这就涉及到对裁量权的建构。“无论是对裁量权的限定还是建构，行政规则的制定都是一项尤为重要的工具，其中确立裁量权界限的规则是对它的限定，而对行政官员在界限内如何行使裁量权加以具体化的规则就是对裁量权的建构。”^⑭这种对裁量权的建构功能主要通过裁量情节的细化技术体现出来。所谓裁量情节“作为裁量个案所涉各类利益的最直观表现，意指那些对裁量最终处理决定具有直接影响和作用的各种主客观事实情

^⑬ 2004年制定，2006年根据《治安管理处罚法》修订。

^⑭ Same as note ⑬, p.97.

况”。^② 在行政处罚裁量行为中，裁量的情节具体表现为违法行为的危害后果、方式手段、地点场所、次数前科、目标对象、完成状态、主体身份、目的动机和事后态度等各种要素。情节的细化即在于对违法行为的各种主客观事实情况加以具体列举和区分，而对情节的区别化考虑构成了指向适用不同处罚效果格次的基础和依据。在某种意义上，情节的细化技术扮演着更为核心的角色，决定着裁量基准设定的合理程度和实施的效果好坏，从而决定着其建构功能的发挥。

对此，仍然可以上述《裁量基准》为例。该基准首先将裁量的情节划分为基本情节与辅助情节，分别加以细化规定。基本情节是执法人员需要考量的首要情节，一般是以行为所产生的可量化的危害后果（如盗窃的数额、赌资的数额）为标准。该裁量基准即是以为赌博提供条件而获利的金额为基本情节，将之细化为 A1（获利不满二百元）、A2（获利二百元以上不满一千五百元）和 A3（获利一千五百元以上）三种情形。基本情节直接指向和决定所对应的处罚格次，是处罚格次最主要的适用依据。辅助情节是指基本情节之外、体现着行为的违法程度和主观恶性的其他情节，它不是处罚格次划分的直接依据，但是会影响处罚格次的适用，导致处罚结果在格次之内幅度的增减或者格次之间的偏移。在该裁量基准中，违法行为的次数（B1：多次为赌博提供条件）、场所（B2：在公共场所为赌博提供条件）、方式（B4：通过计算机网络为赌博提供条件）等构成了裁量者应当考虑的辅助情节。假设某违法行为人在公共场所为赌博提供条件获利一千元，虽然基本情节为 A2，应按照Ⅱ档（五日以下拘留）处罚，但是由于符合辅助情节 B2，导致提高一个档次处罚，所以最终的量罚结果是Ⅲ档（十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上三千元以下罚款）而不是Ⅱ档。

此外，情节还可以被划分为法定情节与酌定情节，从轻情节、一般情节与从重情节，等等。作为处罚格化的基础和依据，情节的细化使得裁量格次的划分更加合理、科学又具有可操作性。而无论何种情节，都属于对裁量个案中的利益衡量与处理决定具有直接影响和作用的各種事实情况，是行政机关行使裁量权作出处理决定应当全面考虑的因素，对与之无关的因素则不得予以考虑。否则，就属于“不相关考虑”而有悖于立法授权的真实意图，从而导致行政裁量权行使的违法或不当。可见，裁量基准通过诉诸情节的细化技术，确定了行政机关行使裁量权应当综合、全面考虑的各项要素，以及不应当考虑的因素，从而保证裁量权的正当行使，实现对裁量权实体内容的有效建构。

（三）裁量权的制约

裁量基准通过诉诸情节的细化和效果的格化技术，事实上公开了行政机关行使裁量权的判断过程。而公开是专断的天敌，“是对抗裁量权专断行使的最有效武器”。^③ 公开不仅能够保证裁量基准对裁量权的建构功能得以实现，也为对裁量权的制约提供了保障措施。正如有学者指出，“如果没有裁量基准，行政机关行使裁量权的过程就被封闭于‘暗箱’之中，法院对行政机关的监督（司法审查）、上级行政机关对下级机关的监督和行政机关对行政执法人员的监督、乃至权利对权力（私人对行政）的监督都会缺少必要的信息来源。”^④ 此外，通过对裁量基准运行机制的微观考察，相对于来自行政系统之外的立法和司法控制而言，在性质上无疑属于行政系统内部的自我控制、自我约束，但是在行政系统内部的视角下，则更多地带有“他律”的分权制约色彩。其中，横向的分权

^② 周佑勇：《论行政裁量的情节与适用》，载《法商研究》2008年第3期。

^③ Same as note ③, p.111.

^④ 同注④，王天华：《裁量标准基本理论问题刍议》文。

存在于同一行政机关内的规则制定者（法制办、法制处、法制科）和具体执法者（如基层民警）之间，纵向的分权则体现在上级行政机关和下级行政机关之间的分权。在这种行政决策权和行政执行权分离的前提下，裁量基准对于具体执法者和下级行政机关来说，就是来自于规则制定者或者上级行政机关的“他律”式的权力制约。

通过诉诸裁量基准这样一种行政规则对裁量权行使的控制，可以发挥对裁量权限定、建构和制约等三个方面的功能作用。而在这三个方面均可以加上“自我”的修饰词，即对裁量权行使的自我限定、自我建构与自我制约。由此彰显出裁量基准作为一种行政自制规范对行政裁量权的自我控制功能。

三、裁量基准作为行政自制规范的边界

无疑，裁量基准作为一种行政自制规范，对保证裁量权的正当行使具有不可替代的优越性和内在功效。然而，裁量基准作为一种自制型的行政规范，也存在着来自于它作为“规则之治”与作为“自我控制”难以克服的局限性。首先，严格规则之下无裁量。裁量基准作为一种“规则化”的行政自制，力图用普遍的规则来细化和统一裁量的标准，一定程度上延续了传统“规则中心主义”的进路，仍然存在着与后者类似的局限性，即过分依赖于严格的规则而导致裁量过窄，进而丧失其应有的能动性。这样的裁量有如戴着脚镣跳舞，又怎能实现个案正义呢？从根本上讲，裁量的存在主要服务于个案正当性，而一种“规则化”裁量基准的制定则是“一般裁量”或立法性裁量权的体现，由于“一般裁量与个别裁量可能发生冲突”，^②因此过度规则化的裁量基准必然会损害个别裁量权的正当性。^③其次，“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手，自由便不复存在”。^④过分依赖于行政机关的“自制”或对行政机关立法性裁量权的大量授予，很可能会耗费大量的行政成本，而且会导致一种新的“行政专制”。

要克服裁量基准这种固有的局限性，就必须对这样一种作为行政自制规范的裁量基准划定一个合理的边界，以实现其在沟通法律与个案之间的结构功能优势，真正发挥其在限定、建构和制约裁量权等方面的内在作用。对此，笔者认为在裁量基准的运行机制中必须充分把握三个方面的平衡，即在羁束与裁量之间的平衡、规则与原则之间的平衡以及自制与他制之间的平衡。

（一）羁束与裁量之间的平衡

裁量基准技术旨在通过规则羁束限制裁量，但是从行政过程的实践来看，由于规则往往过于僵化而使得执法者蜕化为类似于自动售货机的执法机器，由此给裁量的个别正当性造成损害，这正是裁量基准作为“规则之治”的最大局限性之所在。因此，一个设定科学、运行合理的基准，应该能够满足在行政裁量的规范性与能动性、羁束与裁量之间平衡的技术要求。正如《金华市公安局规范行政处罚自由裁量基准制度实施意见》中所要求的，“制定裁量标准时既不能将裁量行为限制得过

② [德] 哈特雷特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 128 页。

③ 对此，有学者专门提出了裁量基准过度规则化存在的弊端：（1）规则的膨胀致使行政人员无所适从；（2）大量的规则会使行政人员以规则为目的而忽视行政活动本来的目的；（3）大量的规则忽视了行政人员的能动性，从而将行政人员变成了规则的执行机器；（4）大量的规则会提高行政成本并导致行政效率低下。参见崔卓兰、刘福元：《析行政自由裁量权的过度规则化》，载《行政法学研究》2008 年第 2 期。

④ [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年版，第 248 页。

死,甚至羁束行政行为,也要防止借制定行政处罚自由裁量基准滥用自由裁量权行为。”

首先,在效果的格化上,应当预留一定的裁量幅度。一般来说,基准不宜采用直接指向一个单一固定的处理结果的“定额制”,基准应把法律规定的裁量种类、幅度分割和格化为相互衔接的“段”而不是孤立的“点”,使得执法者在基准之下仍能能动地根据不同个案的具体情况而选择效果与情节相当的最优结果,不至于完全剥夺个案裁量的空间。例如,杭州市旅委制定的《〈导游人员管理条例〉行政罚款裁量规则》^⑤将《导游人员管理条例》第23条规定的“1000元以上3万元以下的罚款”格化为1000元、2000元和4000元这三个孤立单一的固定金额。这在实践中容易陷入粗糙和粗放的尴尬之境,并不能很好地体现个案正义的要求。^⑥同时,在划分具有幅度空间的处罚格次的基础上,格次之间应有升降的机制,格次之内亦应有增减的机制。例如,上述金华《裁量基准》规定,具备特定的严重情节的,应提高一个档次处罚;而具备特定的酌情从轻情节的,则可考虑在同一格次内降30%以下幅度裁量。这两个技术细节令基准对处罚的格化不再机械和呆板,而使各个处罚格次成为一个衔接有致、转换畅通和有机联系的整体,所以为基准所应必备。

其次,在情节的细化上,应当预先设定有限的情节判断余地。情节判断余地,是指裁量者在情节的提取认定、判断比较和考量适用等方面所拥有的自主决定空间。赋予执法人员相应的情节判断余地,对于鼓励能动执法以追求个案正义、避免基准陷入僵化之虞来说,同样是有必要的。一方面,执法人员对基准所列明的各项情节,根据其在具体个案中的重要程度,享有“具体个案具体决定”的判断余地。另一方面,执法人员对于基准所没有具体列举但又在个案中出现的情节,具有增加和补充的权力。^⑦当然,这种情节的判断余地应该是有限的。一是要禁止情节考虑的恣意或“不相关考虑”,考虑应当考虑的情节,而不考虑不应当考虑的情节。二是情节的设置也不能过于宽泛。在现实中我们也看到某些裁量基准只把情节粗糙地细化为“情节较轻”、“情节一般”和“情节较重”。^⑧实际上,这样的基准在实践中能否有效规制裁量是很值得怀疑的。

再次,在基准的适用上,应当预设逸脱程序和例外条款。基于行政系统内部的层级指挥监督权,裁量基准具有一种对内的拘束力,下级行政机关和执法人员对裁量基准应当严格遵照执行。但是,行政机关在行使个别裁量权中对于裁量基准并未予以揭示的考虑事项,仍然负有个别情况考虑的义务,而不能机械地、僵硬地适用裁量基准作成具体决定。对此,裁量基准应通过“授权规定”预设逸脱程序,允许行使裁量权的机关根据个案可以逸脱裁量基准的边界,以实现个案正义。但也要对逸脱程序加以严格限制,如说明理由制度、集体会办制度和逐级报批制度等。此外,基准还应当设定例外条款,即明确法律法规、政策或者情势变更对于基准的优先适用效力。例如,《金华市公安局规范行政处罚自由裁量基准制度实施意见》规定,“行政处罚自由裁量基准与法律法规冲突的,应以法律法规为准;行政处罚自由裁量基准实施后,在实际操作中发现问题的,或当地社会治安形势发生重大变化,应及时进行修改。”

^⑤ 杭旅政法[2008]222号。

^⑥ 还有一种“公式化”的裁量基准也是不妥的。例如,《〈杭州西湖风景名胜区管理条例〉行政罚款自由裁量权适用规则》就规定了一种罚款公式,即在风景区内饲养家禽家畜的,罚款数额=最低额(20元)+自由裁量度(1000元-20元)×(家禽数量/10只)×100%(10只以上按最高额处罚)。按照该公式,养1只鸡罚118元,多养一只鸡多罚98元,养10只鸡以上罚999元。如此精细化的公式计算,实际上取消了个案裁量。

^⑦ 例如,前述《裁量基准》关于“其他情节严重情形的”兜底性规定,对执法实践中可能出现的法定以外的其他严重情形,如为未成年人赌博提供条件等,执法人员就拥有纳入情节考量范围的增补权,有利于最终的处罚结果更好地符合个案正义的要求。

^⑧ 例如,《苏州市交通局交通行政处罚裁量标准(试行)》规定,“未取得道路运输经营许可,擅自从事道路运输经营的,情节较轻或危害性较小处罚3万元;情节较重或危害性较大处罚5万元;情节严重或危害性很大处罚10万元。”

（二）规则与原则之间的平衡

在对待裁量基准的边界上，不仅要避免裁量基准的过度“规则化”，还要防止裁量基准成为一种新的“行政专断”。对此，法律原则以其特有的抽象化特征而发挥着解决规则之间的冲突或者填补规则之漏洞的作用，并发挥着较之于行政规则更强的规范化预期作用。^③无疑，法律原则在保证行政的必要灵活性的同时又能有效制约行政专断这两个方面，都是有益的。^④从另外一个角度而言，裁量基准作为立法对裁量权进行“法的约束”的一种延伸，主要来自于法律原则，法律原则是设定裁量基准的法律依据。因此，裁量基准作为一种规则化的行政自制，并非一种绝对的“规则至上”，也非不受任何法律制约的“政府自治”，而仍然应当以法律原则为取向，定位为一种在法律原则主导下的行政自我控制机制。对此，一方面必须将裁量基准限制于法律优先、法律保留等行政法定原则之内，以协调这种行政自我管制与依法行政之间可能发生的冲突，并防止出现新的“行政专断”。另一方面，裁量基准作为对裁量权行使的一种程序性实体约束，实际上就是一个利益衡量的过程，与个案裁量中利益衡量并无实质的区别，因此必须遵循作为利益衡量一般原则的比例、平等对待、信赖保护等行政均衡原则，^⑤以保障其实体内容上的客观、公平、公正，使裁量的实体内容获得最佳建构。

根据比例原则的要求，行政机关行使裁量权应当符合法律目的，全面考虑各种因素，综合衡量各种利益关系，使其所采取的措施和手段与所追求的行政目的相适应、成比例。平等对待要求行政机关“同等情况同等对待，不同情况区别对待或按比例对待”，具体包括禁止恣意、行政自我拘束两项子原则。其中，禁止恣意原则不仅禁止行政机关的故意恣意行为，而且禁止任何客观上违反宪法基本精神以及事物本质的行为。行政自我拘束原则要求行政机关在作出行政裁量决定时，若无正当理由，应当受先例或惯例的约束，对于相同或同一性质的事件作出相同的处理。根据信赖保护原则的要求，行政机关实施的行政行为对相对人产生了值得保护的信赖利益后，不允许政府随意变更或者撤销该行政行为。无论是比例原则，还是平等对待和信赖保护原则，都要求行政机关在制定裁量基准时，应当综合衡量各种利益因素，充分权衡各种利益关系以设定最佳的判断选择标准。不仅如此，平等对待和信赖保护原则还直接影响到裁量基准的有效适用，要求行政机关对已经设定和公布的裁量基准必须适用并不得随意变更，如需逃逸或变更，都必须有正当理由。

（三）在自制与他制之间的平衡

裁量基准作为一种行政自制的形式，在性质上主要是对裁量权的一种自律性约束，因此在没有“他制”的情况下，其有效性的发挥取决于主体自身的专业、技术和经验。尽管行政机关在这个方面具有优势，但毕竟也是有局限的，依赖于这种技术专家式的自制，有可能出现一种新的“行政专断”。因此，这种自律机制的设计必须依赖于他律因素的嵌入。对此，既需要适当引入行政系统外部的“他制”，也需进一步完备行政系统内部的“他制”。这些制度通常被设计为公众参与制度、公开制度以及行政系统内部的评议考核、责任追究、责令说明理由和报备审批程序等制度。当然，这里需要对这些制度作进一步的检讨。

^③ 参见[英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版，第358页。

^④ See Phillip. J. Cooper: *Public Law and Public Administration*, Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall, 2nd edition, 1988, p. 103.

^⑤ 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版，第200页及以下。

首先,关于公众参与制度。鉴于实践中裁量基准的制定完全依托行政机关自身力量,纯粹采取一种“自下而上”的内部自我生成机制,笔者曾经建议,“为了保证裁量基准的民主性和规范化,行政主体应当尽可能为行政相对人提供参与裁量基准订立的各种条件和机会,透过立法引导与行政推进并举,保障民众广泛和直接参与裁量基准的制定过程。”^③对此,有学者提出,“裁量基准是在立法授予的裁量空间中的再创造,而立法的民主性已然解决,在十分有限的授权空间中,民主元素添加与否,意义并不彰显,这种再创造将更多的依靠行政机关的经验、技术和智慧。”^④但是,笔者仍然认为,尽管裁量基准制定的程序有别于立法程序,因为前者应当“既经济又有效率”,^⑤因此不必过分加入立法程序的民主元素而完全采取类似如正式听证这样的公众参与形式,但是为了增强裁量基准的科学性和相对人的可接受性,必须适当引入具有他制元素的相对或有限的公众参与机制。如广泛征求、听取一线行政执法人员和相对人的意见。^⑥特别是一线执法人员的经验十分重要,基准实际上是执法经验的总结,其设定是否科学很大程度上取决于执法经验是否成熟。此外,让专家参与裁量基准的起草和论证,也有助于裁量基准的理性化和正当化。

其次,关于裁量基准的公开制度。裁量基准作为行政系统内部的规则,严格说对外并不具有拘束力,但由于它构成了裁量权的判断标准,对相对人的权利义务也会产生实质性影响,因此目前理论上普遍坚持裁量基准“必须公开”的观念。这种观念直接影响到制度的设计,如《湖南省行政程序规定》第91条第2款规定:“裁量权基准应当向社会公开。”《广州市规范行政执法自由裁量权规定》第8条也做了同样的规定:“行使行政执法自由裁量权应当坚持公开原则,自由裁量标准应当向社会公开。”然而,在对待裁量基准的公开性问题上,我国目前的实践以及域外的态度都是相当谨慎的。例如,较早在我国推行裁量基准的金华公安局在实践之初并没有做到完全公开,而是采取“逐渐公开”的策略。^⑦更有意思的是,《金华市规范行政处罚自由裁量权工作实施意见》只要求各行政执法机关将本机关制定的裁量基准“在办公场所”进行“公示”。在美国,《联邦行政程序法》第552节规定,必须在联邦登记簿上公布“机关制定和采取的基本政策的说明,和机关采取的普遍使用的解释的说明”。然而事实上“法院是很少强迫行政机关执行上述条款的”。^⑧同样,在日本,《行政程序法》对审查基准采取的表述是“必须”公开,而对“处分基准”却是“尽量”或“努力公开”。^⑨另外,需要注意,日本《行政程序法》在裁量基准公开性问题上,亦区分了“公布”与“公开”的不同含义,立法者采用的是“公开”而非“公布”。这一区分的重要意义在于——“‘公开’并不要求行政厅承担如‘公布’那样广而告知的义务”。^⑩从裁量基准的实践及域外在对待公开性问题上的这种“谨慎”态度来看,我们有必要对裁量基准“必须公开”的观念予以重新检讨。

③ 同注⑤。

④ 同注③。

⑤ See note 13, p. 65.

⑥ 如海南省人民政府办公厅《关于全面开展规范行政处罚自由裁量权工作的通知》(琼府办[2009]3号)规定:“在(基准的)细化过程中,应当广泛征求市、县相应行政执法部门的意见,同时要听取行政管理相对人的意见。”“要在广泛征求、听取一线行政执法人员和行政管理相对人意见的基础上,科学划定行政处罚自由裁量阶次,列举与行政处罚阶次相对应的情形,确保行政处罚自由裁量细化基准具有可操作性。”

⑦ 参见注③。笔者于2009年7月23日-25日赴金华市进行的专门实证调研也基本印证了这一事实。

⑧ Russell L. Weaver. “An APA Provision on Non-legislative Rules”, In 56 *Administrative Law Review* (2004), p.1187.

⑨ [日]横川隆生:《审查基准、程序性义务与成文法化——有关裁量自我拘束的一则参考资料》,朱芒译,载《公法研究》2005年第1期。

⑩ 朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,载《华东政法学院学报》2005年第1期。

笔者认为,或许建构一种“相对公开”的理念,更加能够与裁量基准控权原理相融合。从裁量基准作为一种自律技术来看,行政机关并不负有“必须公开”的义务,因此裁量基准的公开可以树立类似《日本行政程序》对“处分基准”采取的基本态度——“努力公开”的立法表述。而即使是努力公开,在具体公开方式上,也并不科以广而告之的义务,不要求像行政立法程序那般严肃和僵化。实际上,“行政机关公开法律与政策的方式不一而足,有非正式的也有非常正式的。例如,工作人员的非正式谈话、行政机关成员的私下说明、行政机关代表的公开讲话、行政机关的新闻发布会、官方的政策说明等类似的形式。……所有这些沟通方式都是非常有益的,应当加以利用”。^①无疑,“相对公开”的理论预设,能够较好地满足在“自制”与“他律”之间的平衡要求。此外,按照“相对公开”的理念,裁量基准的公开可以根据其成熟度来决定,对于已经成熟的裁量基准应当尽量公开,使之普遍化,而对于那些认为还不成熟的裁量基准,也可以在个案裁量中以说明理由的形式向特定相对人予以公开。这样,通过具体个案经验到典型个案经验的积累再到基准的普遍化,基准的科学性也会得以大大增强。

此外,尽管在裁量基准设定中,“职能分离”机制已成为一种内在的“他律”因素,但这还远远不够。在行政系统内部,为了确保裁量基准制度的有效运行,还必须建立相关的评议考核、责任追究、责令说明理由和报备审批程序等制度。这些制度的联动,相对于裁量基准制度而言也属于行政系统内部的“他律”因素。如,山东省淄博市人民政府办公厅发布的《淄博市规范行政处罚自由裁量权工作实施方案》^②第5项专门规定了“建立评议考核制度”;《南京市文化局(市文物局)行政处罚自由裁量权规定》^③第12条规定,“对违反本规定的,应当依据《南京市文化局(市文物局)行政过错责任追究规定》和《南京市文化局(市文物局)行政执法责任制规定》的规定,追究相关责任人的责任。”《深圳市工商行政管理局行政处罚自由裁量规则(试行)》^④第12条规定,对当事人依法从轻、减轻、从重或者免予行政处罚,相应法定情节必须有充分、有效证据证明。第14、15条规定,逸脱裁量基准的案件在审批程序上要经过:办案机构→核审机构→分管局长→局长办公会议的审查批复。这说明裁量基准的约束力是刚性的,公务员没有适当的理由和有效的证据以及履行逐级报请批准的程序就无法逸脱裁量基准的边界。

四、结语:迈向功能主义的行政自制观

行文至此,言犹未尽。通过以上研究,笔者意识到,裁量基准作为一种行政自制规范,更多体现的是一种“自我调控”式的功能主义建构模式。

所谓功能主义的建构模式,是相当于传统规范主义控权模式而言的一种重要的裁量治理模式。在传统的规范主义看来,为使法治得到维护,任何一种权力都必须受到其他权力的制约和控制。行政裁量作为一种重要的权力,必须受到来自于行政系统之外的立法权和司法权的控制。而且,这种权力控制都是以立法机关制定的“法律规则”或“立法指令”为取向,是一种“法律控制”,在本

① Same as note ⑬, p.102.

② 山东省淄博市人民政府办公厅 2005 年 10 月 31 日发布。

③ 南京市文化局(市文物局) 2006 年 5 月 12 日发布,自 2006 年 6 月 1 日起施行。

④ 深工商法字[2005]16号。

质上属于一种以“法律自治”为风格的“规则之治”。这种模式对于协调行政裁量与法治的关系,保证行政裁量受制于法治原则,有着重要的作用。但是,这种模式往往片面追求了形式“法治”,而忽视了实质法治;过分强调了规则和机械的法律控制,而忽视了行政裁量固有的能动性与内在的自我调节功能,其结果只能是压制了行政裁量的生长空间及其个性的发展。功能主义的建构模式则主要是一种“政府自治”的风格。它强调的是一种行政的自我治理,即通过行政裁量运行系统内部各种功能要素的自我合理建构,来充分展现其固有的能动性和实现个案正义的内在品质。这种模式在充分发挥行政裁量的内在功能、提高行政效率、促进个案的正义等方面具有优势。但是为了防止由于过分依赖于行政机关的“自治”而可能导致一种新的“专制”,这种“自治”仍然必须被置于“框架性立法”之下,服从于一般性的立法规则或“法律原则”。因此在对待裁量的治理问题上,我们倡导的是一种以法律原则为取向的功能主义建构模式。^⑤

裁量基准是一种对裁量权的自我控制方式。这种自我控制虽然也以“规则”的形式出现,体现的是一种“规则之治”的控权进路,但是有着不同于传统规范主义控权模式的明显特征:一是裁量基准强调的是对裁量权的一种主动、内发的“自我约束”而非机械式的“自我压制”,更不是一种来自于外部力量的“被迫”。二是裁量基准强调的这种“自我约束”主要通过一种“自我调控”式的“建构”功能来实现,是一种积极、能动的自我建构。尽管裁量基准也具有限定和制约的功能,但这种“限定”主要是为了将裁量权限定在合适的限度内,以便更好地发挥其对裁量的调节建构功能,“制约”更是“建构”的延伸和保障。因此都是为了达到裁量权的正当行使这一目的,而非对裁量空间的“压制”甚至“取消”。三是裁量基准强调的这种“自我约束”以“法律原则”为取向,本质上体现的是一种“法的拘束”,并非不受任何外部法律制约的纯粹“自制”或“自治”。四是裁量基准机制的运行不仅要求“内外互补”,还要求与行政系统内部其他制度之间形成相互联动、协调一致,以达到“自律”与“他律”之间的平衡。基于以上几个方面的特征,裁量基准作为一种行政自制规范,它对裁量权的自我控制在本质上应当属于一种功能主义的建构模式。无疑,这一认识对于拓展行政自制理论的视野,以及进一步完善和创新行政自制的内在机制,都是十分有益的。

笔者以为,在我们倡导行政自制作为一种新型控权理论的同时,必须解决这样两个基础性问题:一是行政自制作为一种对行政权的内部控制,与立法权、司法权对行政权的外部控制相比,除了控权主体的“内外”有别之外,还必须充分把握这种控权的性质、功能与方式等方面的特殊性,否则将难以奏效,既无法取得与立法控制、司法控制相同的地位,与传统规范主义所强调的“行政控制”也难有所创新;二是行政自制的边界问题,过分强大的“自制”不仅可能会导致一种新的行政专断,也会让立法与司法的功能大打折扣。对此,以功能主义的进路,至少应当强调三点:其一,自我建构。行政自制存在于行政系统内部,通过各种内设的机制来完成,而无论行政系统整体还是各种内设机制都是独立的系统。按照功能主义的建构模式,必须充分发挥系统内部各要素的调节功能并加以有机结合,使其到达最佳的建构。行政自制就应当成为这样一种通过自我建构、自我调节而到达自我控制的体系。其二,原则之治。功能主义在本质上是一种“原则之治”。行政自制也并非不受“法的约束”,只不过这种“法的约束”主要来自于法律原则,因此行政自制应当是以法律原则为取向的自我控制。其三,融合“他制”。行政自制并不是“自我封闭”,强调自制并不能排斥“他制”。按照功能主义,这种行政自制既应当被置于“框架性立法”之下,也要接受变化了

^⑤ 参见注⑦,第41页。

的司法审查,即作为“过程控制”而非单纯“法律控制”的司法审查。同时,功能主义既要求系统内部各要素相互协调,也要求其相互制约,所谓“独木难支”,只有将“自律”与“他律”统一起来才能形成有机整体。因此,行政自制功能的有效发挥并获得正当化的源泉,不仅要以立法功能为前提并以司法功能做保障,而且其内在的制度设计也不能完全排除“他制”要素的嵌入,不仅各种内设机制之间应当相互联动、协调一致,也应当适当注入民主的公开与参与,成为一种开放对话的建构过程。

可见,“功能主义”可以也应当成为行政自制这样一种新型控权理论的根基或基本的理论支撑。迈向一种功能主义的行政自制观,不仅是必要的也是可行的。这样的行政自制,作为推进中国行政法治发展的新路径,必将大有作为。

【主要参考文献】

1. 崔卓兰、于立深:《行政自制与中国行政法治发展》,载《法学研究》2010年第1期。
2. 王锡铤:《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。
3. 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。
4. 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。
5. 周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,载《中国法学》2007年第6期。
6. Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice*, University of Illinois Press, 1971.
7. [德] 伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版。
8. 周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社2008年版。
9. [德] 哈特雷特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版。
10. [英] 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版。
11. [日] 横川隆生:《审查基准、程序性义务与成文法化——有关裁量自我拘束的一则参考资料》,朱芒译,载《公法研究》2005年第1期。
12. 朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,载《华东政法学院学报》2005年第1期。

(责任编辑:张 翔)