

论行政许可裁量基准

郭跃

(安徽中医药大学人文学院, 安徽合肥, 230012)

摘要: 许可裁量权的滥用及许可实施的机械主义均为行政许可的恣意, 并不符合许可正义实施的要求。许可裁量权的存在及其功能主义的检视突破了裁量基准对行政处罚的原初和典型适用, 实质上多数情形下许可标准是法律标准与裁量基准的混合。行政许可裁量基准有区别于其他行政行为裁量基准的法律个性, 包括全面公开性要求、类别化的技术构造和直接的对外效力, 并且这种特性构成了其作为司法审查依据的基础。

关键词: 行政许可; 行政许可标准; 裁量基准; 司法审查

中图分类号: D912.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)05-0045-08

一、缘起与视域——行政许可的恣意及因应

许可规制最早作为应对自由主义经济模式的危机而产生, 国家干预主义被认为是解决西方国家经济发展疑难杂症的良方。对于长期实施计划经济的中国而言, 曾盛行所谓之“审批经济”。规范行政许可权的运用并实现其法治化便成为我国行政许可制度实施的目标, 2005年《行政许可法》的出台促进了以实现控权为目的的我国规范主义行政许可模式的生成。

包括行政许可在内的规制行政构成了传统干预行政的主要方式, 近些年却屡遭批判。“虽然这种规制整肃了社会秩序, 但同时也使个人失去了自由, 进而使社会失去了内在的动力。”^[1]日本是世界上较早实施行政许可的国家, 日本学者根岸哲最早对行政许可的消极作用进行了系统的总结^①。我国学者将行政许可实施中出现的问题归结于许可裁量的恣意, 未必全面却较为客观。行政许可的核心价值并不是相对人乞于政府“权利赋予”恩惠, 而在于“自由恢复”的属性。这种“自由恢复”的核心价值对于行政许可具有本位主义的地位, 以行政许可的核心价值来审视我国的行政许可制度更易透视行政许可存在的问题, 防止行政许可构建的制度性偏斜。然而政府管制亦不可或缺, 善治的政府总是千方百计地寻找实现有限管制与适度自由的最佳平衡点。

学界倡导行政实现方式从规制向给付的嬗变, 并

且认为这种嬗变是回应实践、实现善治的需要。在国家极力推进行政审批制度改革的背景下^②, 以削减、下放、规范行政许可并适度、有限创设行政许可成为当前我国行政审批制度改革的指导思想和方向, 也衍生出对政府职能的重新定位。

如何实现行政许可作为刚柔并济、行之有效而又不可或缺的行政权运行方式, 许可裁量基准要担当起许可裁量的控制与保障的功能。首要在于有效防止行政许可裁量权的滥用, 滥用为许可裁量恣意的表现, 消除滥用必须要实现许可的一致性和正当性, 消解许可权力寻租导致的腐败。然许可裁量基准却并不以消灭许可裁量权为目标, 设定许可裁量基准既要防“不及”, 也要防止“过度”。这并不是因为我国现有的立法水平与能力的缺位, 而是出于个案正义的考量: “之所以存在大量的自由裁量因素, 不是因为无法设计出法律原则或规则, 而是因为自由裁量可能更具有‘可欲性’。”^[2]过度的许可裁量基准将会使行政许可退化为僵化机械的教条, 将会使行政许可失去“实现个案公正”的手段而难保灵活多变的品格, 这是作为另类的许可恣意形态而存在的。在克服行政许可恣意、实现行政许可法治化的目标中, 单一的规范主义控权模式将无能为力, 而要寄予功能主义裁量基准的建构模式。

二、裁量基准从行政处罚走向行政许可适用的争议与理性

目前学界对裁量基准适用范围存有争议, 发端于

收稿日期: 2016-12-07; 修回日期: 2017-01-17

基金项目: 2017年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“行政许可裁量基准研究”(17YJC820048)

作者简介: 郭跃(1979-), 男, 安徽肥西人, 安徽中医药大学副教授, 东南大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 行政法

行政处罚的行政裁量基准究竟是严格限定在行政处罚的狭隘空间,还是以一种功能主义行政自治观的有效经验挺进行政规划、行政许可等领域备受关注、饱受争议。

倡导严格裁量基准适用的学者认为,行政裁量基准应限于行政处罚或相关的专有领域,这本质上是由行政行为的特点和行政裁量的功效所决定的。“在我国,由于现阶段的裁量基准仅限于行政处罚领域,因而‘格次划分’最为主要的对象是罚款数额。”^[3]裁量基准仅存在于对相对人产生直接影响且有较为宽泛的处罚幅度的行政处罚领域,依据“情节细化”的事实,产生“效果格化”的效果。对于其他有裁量权存在的行政行为是否有“引入”裁量基准的必要性和可能性应持审慎态度。就行政许可而言,一方面,从行政许可的最终结果来看,准予行政许可或者不予行政许可“非此即彼”的二元许可结果,使得许可裁量基准的弹性空间丧失;另一方面,从行政权运行的特点来看,过于细化的裁量基准固然能有效防止行政权行使的恣意,也会使行政活动丧失灵活多变的品性,“个案公正”也失去了调控的空间。

倡导宽泛裁量基准适用的学者认为,行政裁量基准适用于一切有行政裁量权存在的行政活动领域,包括行政许可领域中广泛存在的许可标准实质上就是许可条件细化和展开的许可裁量基准。裁量成为行政许可应对日益复杂、繁琐多变的行政许可情势,进而保持行政机关以灵活多变的品格实现行政许可“个案正义”的手段。《行政许可法》虽极力进行精细化设计,但难以避免出现诸如“能够有效调节、自主决定”等模糊性范畴和表达,必须依靠许可裁量予以判断,并且这种裁量贯穿着行政许可的申请、决定、执行等全过程。何以防控行政许可裁量权,不至于其因滥用而异化?对于行政许可裁量的控制无外乎有来自外部的“规范主义”控权模式和来自行政主体内部的“功能主义”建构模式,实践证明,“用改进立法性标准去控制行政裁量简直就是一个莫大的幻想”^[4]。基于许可种类、条件的多层次性和差异性,立法没有穷尽一切的可能性;基于保持行政机关灵活多变的品格以实现许可“个案正义”,立法没有穷尽一切的必要性。防控行政许可裁量权运用合法却不合理的恣意问题,功能主义的许可裁量基准建构模式是治理的良方。

裁量基准对许可适用的范围扩张,必须正面回应来自理论的质疑。准予行政许可或者不予行政许可的“非此即彼”的二元许可结果并不是行政许可裁量基准本身,而是其结果,据以衡量是否授予许可的具体标准才构成行政许可的裁量基准,因而行政许可的结

果并没有使行政裁量基准的裁量空间丧失。因担心行政许可裁量基准过于细化会使许可行为丧失灵活性和实现“个案正义”手段,进而否定裁量基准适用扩张的担忧并非行政许可裁量基准面临的专有问题,而是裁量基准在适用过程中面临的普遍性问题:既要控制行政许可裁量权防止运用恣意,又要保障一定的裁量权空间进而实现“个案公正”。“行政需要规制,否则它会变‘坏’,但是,它必须保持应有的灵活性,否则它会‘死’去。”^[1]这就要求在许可裁量基准设定中,针对情节细化的适用前提,仍然必须保证效果格化中每一格次效果幅度的存在,效果格化应当是一个有较小幅度的区间,而不是一个僵化的点,建立一个“一一对应”的机械主义的裁量基准既不可能,也会使行政活动的本性丧失而无必要。

即使是认为应严格裁量基准适用的学者也认为“在规制类型上,裁量基准不是仅限于行政处罚,而是涉及行政许可、行政强制、行政征收、行政规划等其他类型的行政行为”^③。过于单一化研究行政处罚领域的裁量基准使得我们在“个案-规范”的分析框架下对裁量基准的本性有了“管窥”,但却可能丧失了裁量基准的整体性本质。“但遗憾的是,我国行政执法实践乃至学界把主要兴趣和目标都聚焦到行政处罚领域,对其他行政领域中的裁量基准制度缺少系统的梳理和个性化研究。”^[5]从十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对“建立健全行政裁量权基准制度”的要求,到《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》对行政裁量权制度构建的布局,一种国家战略的裁量权基准制度呼之欲出。

三、行政许可裁量基准的存在形态 ——对行政许可标准的评析

行政许可标准属于《行政许可法》的法定范畴,却不是由其详细规定标准内容的实定法标准,整个行政许可制度都是围绕行政许可标准的设定、实施、保障而展开的。然而对于这一重要的实质问题,《行政许可法》竟以较为模糊的表述草草了事。有关行政许可的标准在《行政许可法》中共出现4次,分别是第5条第3款、第38条第1款、第49条和第57条,主要是规定行政许可申请的情形并且和行政许可条件并列出现。

对行政许可标准需要厘清的第一个问题就是其与行政许可条件的关系。基于《行政许可法》对于行政许可标准与条件的关联性、并列式表达,厘清行政许可标准与条件的联系和界限成为认清许可标准的前

提。行政许可标准与行政许可条件虽密不可分，但多数学者认为二者有着严格的界限。一种观点认为，行政许可标准是行政许可条件的具体展开，二者在内涵、外延和功能等方面存有差异。“在我国《行政许可法》中，已经对这种裁量基准做出了规定，这就是作为行政许可条件具体展开的许可标准。”^[6]另一种观点认为，行政许可标准包含了行政许可条件的外延。“许可的条件，简称准入标准。”^[7]持有此观点的学者认为许可标准分为准入标准和后续标准，行政许可准入标准和后续标准在适用阶段、严格程度和实施效果等方面存在差异。

首先，将行政许可标准因存在时序不同而划分为准入标准和后续标准，并且认为准入标准要严格于后续标准的观点在逻辑上是错误的。目前行政许可在实施过程中遭遇的一个较为严重的问题就是行政许可的准入标准及后续阶段的认定不统一。作为行政许可核心的行政许可标准是衡量申请能否取得许可的关键，是行政许可“质”的规定性和条件。主观将许可标准划分为准入标准与后续标准，因不统一带来的就是彼许可而非此许可了。至于存在“执业许可的授予机构十分热衷于筛选申请人，排除那些不适格的申请人，然而它们对被许可人的管理却显得有些松懈”^[8]。这种现象根本不能解释为所谓准入标准严于后续标准，只能归结于执法与监管不严格的许可实施问题。

其次，以许可标准和许可条件审查时机不同，认为行政许可标准和许可条件目标指向不同的观点值得商榷。行政许可条件不同于获得行政许可的其他前置性条件。如在我国实行司法职业资格许可制度，有学者认为《国家司法考试实施办法》规定的报名参加司法考试的条件，与行政机关依据每年“合格分数线”实施行政许可的标准目标指向不同，并因此认为行政机关对行政许可标准和条件在审查时间和空间上有不“同步”的情形。报名参加司法考试的条件与“合格分数线”的标准当然不同，但是却不能说明许可标准与许可条件的时空分离。虽然司法考试的报名条件是获得司法考试职业从业资格的许可条件的前置条件，但其许可条件属性不同却不能混淆。

笔者认为行政许可标准与许可条件并无实质区别，本质上是一种差别化的理论分析框架。从审查的内容来看，在行政许可的设定、实施和监督适用的都是统一的标准和尺度。将标准分开并差异化对待，客观上破坏了整体性政府形象，侵害了平等性要求和信赖保护原则。从审查的时机来看，行政机关对于行政许可标准和条件的审查在时间和空间上是“同步”的。从行政许可过程看，行政许可标准与许可条件程序上

的要求也完全一致。

对行政许可需要厘清的第二个问题就是行政许可标准是否可以归结于行政裁量基准的属性。目前多数学者认为行政许可标准属于行政许可裁量基准。“行政许可标准，是对行政许可的法定条件、程序的解释和细化，在学理上属于许可的裁量基准。”^[9]然而，对行政许可标准是否可以归属于裁量基准的范畴在笔者看来是个伪命题，从方法论上犯下了“一刀切”的错误。我国《行政许可法》第14、15条规定了可以设置行政许可的规范性文件限于法律、行政法规、地方性法规、规章，以及国务院可以通过发布决定的方式设定。这些可以设定行政许可的法律、行政法规、地方性法规、规章，我们称之为法律性规则。如果法律性规则没有能提供行政许可的标准或者行政许可的标准不完备、难以实施，就需要行政机关在行使行政许可裁量权的过程中来加以规定和补充，这种设定或补充性的行政规则才构成行政许可裁量基准。因而行政许可能够具体衡量的审批与准备标准，既有可能在法律性规则中规定，也可能在行政规则中规定。

一是法律规则设定的行政许可标准。法律规范当然可以设定具体的、实质性的、可直接适用的行政许可标准，而无需其他规范性文件予以补充。这类许可审查条件就是许可审查标准，如《中华人民共和国律师法》第5条对申请获得律师执业资格的条件及审批标准作了规定。4项条件是法律设定的标准，然而这4项条件却不是每条都可以直接具体适用的，其中“(二)通过国家统一司法考试和(三)在律师事务所实习满一年”两条可以直接作为律师执业资格许可的标准，无需再进一步援引其他行政规范。

二是行政规则设定的行政许可标准。如在《中华人民共和国律师法》第5条对申请获得律师执业资格的条件中“(一)拥护中华人民共和国宪法；(四)品行良好”等两项条件无法直接作为标准适用，可能形成的结果有：①作为虚化适用成为形式主义的条件，这两条作为导向和宣传的价值而存在并无实际标准意义；②由行政机关出台更为具体和具有操作性的行政规则，弥补由于法律规定过于宏观和概括而难以直接作为许可标准的缺点，这种以“要件-效果”为内容的行政规定就成为行政许可的裁量基准。如就“品行良好”的要求，司法部《执业律师证管理办法》第5条将其细化为5条禁止性消极标准^④。

四、行政许可裁量基准的法律个性

行政许可裁量基准具有一般裁量基准所具有的共

同特征,体现在其性质定位、整体性技术构造和生成程序等。然而,由于行政许可的属性不同,尤其是在与行政处罚的关联对比中,显现了行政许可裁量基准较为鲜明的法律个性。

第一,行政许可裁量基准的公开性。受政务公开影响以及《政府信息公开条例》的支持,多数学者认为应当全面公开裁量基准,这在裁量基准的适用过程中得到了印证,如《湖南省行政程序规定》中规定“裁量权基准应当向社会公开”^[9]。基于行政自制的控权逻辑,有学者认为,裁量基准必须公开过于绝对,“建构一种‘相对公开’理念,或许更加能够与裁量基准控权原理予以融合”^[10]。并且将相对公开归结于裁量基准不直接涉及相对人利益的本因,将相对公开解释为努力公开的行为方式。

法国规定了包括内部行政措施在内的各种行政文件“原则上应当公开”。以指导纲要、训令、通达形态出现的裁量基准,一般将其认定为法律解释标准,裁判所不将其作为裁判基准适用。在日本并没有践行一种主观化的统一的公开性要求,而是赋予公开性以实现行政目的的功效。“对于行政厅而言,通过公布裁量标准向公众表明行政厅的意图,从而能达到预期的目的。”^[11]并且强调公开是监督审查机关依法行政及判断行政处理适当性的前提。美国对于非立法性规则,无需经历公开通知并接受评论经30天才发生效力,但需要在联邦登记上公布。韩国要求有关行政规定(特别是直接涉及国民利益的)都要进行行政预告。我国台湾地区要求裁量性行政规定都要登载于政府公报进行公开。

裁量基准作为自律技术的属性,具有或难见规范性法律文件公开要求的文本支持,并不能构成行政许可裁量基准的不予公开或相对公开的正当性基础。建立行政许可裁量基准公开的正当性与必要性在于:即使作为“作茧自缚”的许可裁量基准,本质上通过直接或间接的方式都会涉及相对人许可目标是否能够实现,特别是以许可标准形态存在的行政裁量基准,包含了许可的条件,如果不公开,相对人何以知悉,又怎会不涉及相对人利益?行政机关作为公主体的存在形态,其行为都会与相对人直接或间接相关,根本不存在与相对人利益绝对无关的“纯粹”的行政机关内部行为。许可裁量基准的公开作为许可正当程序之一,对申请人、许可机关和第三人均有公平正义的保障与呵护价值。对于普遍存在的行政许可主体的两造对立,裁量基准的公开更是能实现有效的行政沟通,增进行政许可的向心力,有利于实现行政目的。此外,相对人对许可裁量基准的知悉程度与裁量基准的公平性形

成一种非直接性的关联作用:“私方当事人对行政机关的法律与政策了解得越多,该制度就越公平;私方当事人了解得越少,正义的质量就越低。”^[12]如若倡导努力公开的行政许可裁量基准公开理念,则会因“努力”模糊的导向和评价标准而难以实现,最终可能会沦丧为伦理倡导而失去应然的规制价值。

第二,行政许可裁量基准的技术构造。作为一种特殊的“规则之治”,技术的合理性构成了裁量基准科学性的前提和关键。

对于行政许可的技术构造,学界并没有专门的探讨,大多认为其应当遵守与适用裁量基准的一般技术构造。这是目前在学界形成共识的由“情节细化”与“效果格化”构成的基准技术构造,又称“要件-效果”的裁量基准构造模式。有学者提出异议,认为“对此,笔者持商榷态度,因为‘要件-效果’的规范构造并不能囊括行政行为的全部,至少行政规划行为就无法完全适用”^[5]。“要件-效果”的裁量基准技术构造模式,除了能廓清上位法晦涩不清的表达,更是提供了清晰的行为模式,有助于实现裁量的实质正义。然这种技术构造在实施的过程中也面临诸多问题:基于“要件-效果”的模式对于各类行政裁量行为进行的基准技术构造设计,须具有高度概括的特点。然而“要件-效果”的裁量基准技术构造模式主要从行政处罚的实践中提炼生成,因而这种构造带有明显的依职权行政行为的印记。

需要指出的是“要件-效果”并非对行政许可裁量不适用,而是需要打上行政许可的“个性”烙印。基于行政许可存在因自身性质差异而形成的类型划分,其中按照许可的享有程度分为“排他性许可与非排他性许可”两类,行政许可裁量基准的技术构造便不能适用统一的技术模板,而要体现这类划分的差异(见表1)。

表1 行政许可裁量基准的技术构造

许可类型 \ 一般构造	情节细化	效果格化	
	非排他性许可	情节量化	给予许可
排他性许可	情节量化+ 情节优化	效果选择	不予许可

对于行政许可而言,建立在情节细化基础上的法律效果格次化判断多元结果丧失,或者沦丧为给予许可或不予许可的效果选择。从最终的许可结果来看,除了给予或者不予许可两种结果以外,行政许可效果并不能见较为宽泛的选择空间,行政许可裁量基准的

效果格化裁量转变为效果的二元选择。对于情节细化,许可裁量基准构建技术的特殊性主要表现为排他性许可情节细化的特性。排他性许可呈现出相对性的特点:一是要求许可申请人的申请条件符合许可裁量基准的底线要求。二是并非所有符合许可裁量基准的申请都会获得许可,可能存在区域或部门的许可限额,因而要“优中选强”,使得最终获得许可的条件就超出了许可的裁量基准,行政许可的裁量基准就成为底线的许可要求。“通过审查基准的确定,来明确遴选标准,明确在相互竞争的行政相对人 A、B、C 之间,究竟哪个更有益于社会。”^[13]排他性许可的情节细化包含了情节量化及情节优化的内涵。这种优化包括了时间优先(如商标授予中的先申请原则)、条件优先(通过招投标方式实施的许可)等。

第三,行政许可裁量基准的对外效力。对于裁量基准的效力边界,历来存在相互矛盾的假设:如若裁量基准没有效力,其是否有存在的必要?如若具有效力,是否存在因过于精细化的设定导致适用上的僵化?裁量基准基于行政自制规范的属性取得了内部的效力,除非有十足的正当性理由并履行申请审批,否则不得逸脱。然而这种自制规范的属性导致了人们对于其外部效力的争议:多数学者认为,基于行政自制规范的属性,实质上是行政机关的“作茧自缚”的自我约束,因而不具有对外的效力。“行政基准不具有外部法的效力,其理由在于行政基准基本上不是根据议会之‘立法’授权制定的。”^[14]然而这种认识却难以解释事实上存在的裁量基准的对相对人的规范作用,于是产生了两种理解范式:一是将裁量基准的规范性归结于“其上位的法律规范,即行政规定自身不应该具有外部效力”。二是将裁量基准对相对人的影响解释为裁量基准所具有的间接法律效力^⑥。

然而,我们对裁量基准产生的对相对人的规范作用 and 实际影响却不能熟视无睹,将裁量基准的外部效力概括为具有间接的法律效力比较符合裁量基准的行政属性和功效。审视裁量基准的影响,这种外部效力在不断增强,从内部走向外部,并且这种效力作用方式正从间接走向直接。我国台湾地区的学者认为:“若行政规则性质上属于裁量性或政策方针之指示者……此类行政规则之违背,可能影响对外行为之效力。”^[15]

笔者在比对各类具体行政行为裁量基准的外部效力时察觉,存在于各类具体行政行为的裁量基准外部效力并非一概而论,而是依据行为属性而有所差异。对于依职权行为与依申请行为而言,端视国家法之构造,法律保留原则的应用程度不同。对于以行政处罚为代表的依职权行政行为,行政主体依据法律赋予的

职权而为,无需相对人呼应而主动作出,因而其合法性应以有法律的明文依据,“法律系干涉行政之刹车及油门,若无法律干涉行政即不能行使”^⑦。其行为因受到法律的严格拘束,裁量基准的对外效力程度便降低。对以行政许可为代表的依申请行为,以相对人申请作为启动条件,相对人具有了许可申请的选择权并且这种选择权建立在对许可条件与许可应用认知的基础上,裁量基准的对外效力就明显。

行政许可裁量基准的作用向度构成了其直接对外效力的实体正当性基础。行政处罚类依职权行政行为由行政主体依据规范性文件法律和裁量基准单方作出,相对人就失去了必须而完整知悉裁量基准内容的必要性和形成裁量基准对相对人直接约束的可能性。行政许可类依申请的行政行为的实现过程却不同,行政许可以当事人的申请为前提,这又蕴含着申请人对许可条件的知悉及许可条件对行政机关和申请人的拘束力,否则这个过程将毫无意义。因而行政许可裁量基准便具有两维的作用向度,即作为行政主体的审批标准和行政相对人的准备标准而存在:作为行政主体的审批标准取得了对内效力,作为相对人的准备标准取得了直接的对外效力。

公开性成为裁量基准形成直接对外效力的程序正当性基础。许可裁量基准具有相对人准备标准的作用维度,公开便成为其实现的路径。没有行政许可裁量基准的全面公开,相对人无法准确、全面知悉许可条件,行政许可便无法申请和实施,公开就成为许可裁量基准外部效力发生的媒介。行政许可裁量基准作为相对人申请许可的准备标准而存在,以公开的方式获得社会知悉,行政许可审批机关应当以“信赖保护原则”的价值理念来践行和保护申请人和相对人的信赖利益。如若行政许可裁量基准的公开无法获得对审批机关和相对人的拘束力,许可信赖利益便荡然无存。同时作为行政许可自我规制的审批标准,必须置于内部与外部的监管之下,才能消解作为审批规制固有的缺陷。

行政许可裁量基准因行政许可对内与对外的双重作用向度、公开的程序要求而取得了高于行政处罚裁量基准间接对外效力的直接对外效力的特质,行政许可裁量基准直接的对外效力又为其成为司法审查的依据提供了基础。

五、行政许可裁量基准纳入司法审查依据的合理性建议

基于行政裁量基准的行政自制规范属性,多数学

者认为其不具有外部法的效力,裁量基准不能构成法院的裁判依据,以行政许可裁量基准增设的许可条件多数会被法院判定无效^⑧。然而在司法审判的实践中仍存在大量的基层法院引用裁量基准进行断案的情形,形成了与规范上否定对裁量基准适用的尴尬,也引发了人们对此举正当性的质疑与讨论^⑨。

裁量基准能否成为法院审判的依据在司法实务领域是一个十分简单的形式识别问题。《行政诉讼法》第63条确定了人民法院审理行政案件应当依据“法律、行政法规、地方性法规、自治条例与单行条例,参照规章”,并没有出现类似“等”之类兜底性解释,排除了其他规范性文件包括裁量基准作为审理依据的可能。然法律形式主义并不能构成现代理性的全部,更不构成否定裁量基准作为审理依据的正当性证成。

首先是对于裁量基准一般性纳入司法审查依据的实践探索与事实认可。裁量基准在国外与国内都呈现出冲破传统法律形式主义束缚的倾向,逐渐获得了事实上审理依据的地位。在英国并没有关于抽象与具体行为的划分,所有行政行为均可进行司法审查,而事实上法院对行政行为的是否进行司法审查取决于该行政行为是否影响了申请人。法国法院经历了对裁量基准的认识转变,从最初的否定到事实上的承认^⑩。美国将政府发布的行政规则区分为解释性规则与具体化法律规范的规则,其法院否认解释性规则对法院的拘束力,认可具体化法律规范的行政规则对法院具有拘束力,并且严格限定了具体化法律规范的行政规则的标准与界限:主要适用于技术安全和环境领域,这两类也是我国当前许可裁量基准适用的重要领域。我国台湾地区“司法院大法官”会议也有对行政命令之违宪审查法规命令。日本对于裁量基准作为司法审查依据设定了合法与合理的双重条件,与我国倡导功能主义的裁量基准观不谋而合。在我国基层法院呈现出逐渐冲破法律制度的束缚而将裁量基准作为司法适用依据的倾向。“裁量基准法律效力的外部化已经能够从司法审查中获得确证,相对人事实上已经受到此种规则的拘束,否则其不会将基准作为诉求。”^[16]在周佑勇教授节选的涉及裁量基准司法审查的15则案例中,直接援引基准并将其作为裁判依据的有8则^⑪。印证了裁量基准不仅作为“自律规范”,亦可作为“审查依据”而取得了对外效力。当司法实践进行了适用的尝试,欢呼雀跃的欣喜之后,并不能见较为理性的深入思考,透过裁量基准作为司法审查依据的司法审查实践,裁量基准适用采取的是与上位法一并出现与适用的方式。裁量基准究竟是法院司法审查的直接依据,或是上位法适用的解释与说明(可以称之为间接适用依

据),在学界并没有引起足够的关注和形成较为统一的认识。

其次是行政许可的属性赋予了行政许可裁量基准更强大的作为司法审查依据的效力与动力。行政许可与行政处罚构成了依职权与依申请行为的区分,这种区分首先形成了对裁量基准公开性的实质性影响。行政处罚类依职权的行政行为,其裁量基准不公开实际上并不影响其实施,因而尚可践行“相对公开”的理念和要求;行政许可类依申请行为的裁量基准不公开则行政许可根本无法实施。行政许可类与行政处罚构成了依职权与依申请行为的区分,同时形成了对其效力维度的影响,行政处罚裁量基准可以是单维度的,行政许可裁量基准作为审批标准和准备标准必须是双维度的。

裁量基准的对外效力形成了其作为司法审查依据的基础,行政许可裁量基准可以成为司法审查依据的根源在于行政许可所具有的直接对外效力。作为相对人准备标准的公开的行政许可裁量基准,因信赖保护和责任行政的要求而获得了拘束力:不仅行政主体自己必须遵守,不得随意变更和撤销,除非有法定情形否则行政机关不得“逸脱”;而且具有对相对人和社会的效力,相对人以符合裁量基准的条件和程序申请许可,除非排他性许可或其他正当性理由,否则必须予以许可。行政处罚裁量基准具有对内效力与不完整、不直接的对外效力,行政许可裁量基准不仅具有对内效力,而且其依申请的行政行为属性形成了完整的、直接的对外效力。正是由于许可裁量基准所具有的全面的、直接的对行政主体及相对人双向的效力,许可裁量基准获得了成为司法审查依据的基础:必要性与正当性基础。与其他行政裁量基准所具有的间接对外效力不同,行政许可裁量基准作为审批标准和准备标准而存在,取得了直接的对外效力,并且因公开而形成的信赖利益保护强化这一对外效力。

行政许可裁量基准的效力与其作为司法审查依据是分属行政与司法的两个不同领域的问题,看似不相关联却形成了实质上的等同关应。行政许可裁量基准的对外效力与司法审查依据构成了互为前提和直接等价的逻辑关系:一方面,否认了许可裁量基准可以作为司法审查的依据就是对其对外拘束力的否定;另一方面,法院允诺依据许可裁量基准进行司法审查,事实上就承认了裁量基准对外的完整效力。“经过法院的司法审查,如果法律支持裁量基准作为行政决定的依据,则该裁量基准就具有了对相对人的约束力。”^[3]

对行政许可裁量基准的审视应沿循“公开性与双向度—对外效力—司法审查依据”的逻辑审查线路进

行识别，许可裁量基准的程序性公开要求与实体性双向度作用形成了许可裁量基准直接的对外效力，行政许可裁量基准的直接对外效力构成了其作为司法审查依据的基础。

法院以行政许可裁量基准作为司法审查依据的适用过程：①许可实施“法律终止”。法律终止之处为裁量基准开始之所。②许可裁量权的存在。只要行政机关及其公务员在许可法定职权界限内的作为与不作为方案与程度中可以作出选择，就存在许可裁量权。③许可裁量基准“合法性”审查。许可裁量基准作为“规则主义”审查依据的前提是首先将其作为审查对象进行合法性审查和合理性判断。④许可裁量基准适用审查。法院以许可裁量基准审查行政主体在行政许可实施过程中的“合基准性”，许可实施具有了“合法性”与“合基准性”的深入要求。

六、尊重与戒惧——行政许可裁量基准的展望

萌发于行政处罚的裁量基准具有浓厚的依职权行政行为性质的韵味，使得对以行政许可为代表的依申请行政行为裁量基准的研究具有了较为明显的个性。对许可裁量基准的理论论证与实践运用，既实现了对裁量基准制度的理论补充，又有利于行政许可的科学实施。事实上，对许可裁量基准制度的理论困惑及存在的制度与实践的脱节，本源上是法律形式主义与实质主义冲突的问题。然而，法律形式主义并不能构成正当性基础，公平正义的理念实质上是正当性关注的根本价值基础，而非单一的形式主义正当性，并要求实现形式与实质正当性的统一。实践催生了裁量基准的产生与适用，许可实践形成了许可裁量基准的特色与个性。回应实践需要，直面实践问题，只有尊重许可及司法审查的实践，许可裁量基准制度研究才有价值与生命力。

政治体制所确立的立法机关的功能与地位的界限不能被行政机关所突破，应秉承“越权无效”理念与标准，故而行政机关当对立法权限保持戒惧。规范性法律文件的生成有较为严格的实体与程序控制，制定机关有生成规范性法律文件的资源与技术、人员及经验条件，但许可裁量基准的制定主体却难以具有专业的主体及客体的“立法”条件，导致在实践中许可裁量基准表现出一定程度的滥觞，使得我们对于裁量基准的质量产生了担忧。确认许可适用裁量基准并非穷尽许可裁量基准的全部，如何规制许可裁量基准的制定主体与权限、如何设定裁量基准的细化程度、如何

设置科学的生成程序、如何厘清裁量基准的适用条件和效力位阶等，制度安排便成为关键。

注释：

- ① 参见日本学者根岸哲发表于《法与政府》上的《许可的优点和缺点》。在这篇文章中，根岸哲将行政许可的缺点概括为“自我永久持续性；自我增殖性；高费用性；非效率性；恣意裁量性；非效率、既得权益和特殊利益的保护性；腐败性；非关税障碍性；重复性；中央集权性”10个方面。这是目前有关行政许可缺陷最为全面的概括，国内学者对行政许可的缺陷认识主要集中于行政许可的裁量恣意与腐败。
- ② 2012年9月23日国务院发布《关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》，2012年6月19日国务院常务会议决定再取消和下放32项行政审批事项；2014年3月5日，李克强总理在政府工作报告提出分批取消和下放416项行政审批事项。
- ③ 参见周佑勇主编：《行政裁量基准研究》，中国人民大学出版社2015年版。在该书中有关裁量基准的规制类型上，一方面提出“在我国，现阶段的裁量基准仅限于行政处罚领域”，强调“有些领域天生就不是裁量基准的栖息之地，譬如在行政计划、环境保护、社会救助、安全预防等个案差异显著的领域”。另一方面，又提出了裁量基准在规制类型从行政处罚走向行政许可、行政强制等具体行政行为的扩张。这种看似相互矛盾的论断实则反应的是裁量基准的从试点应用到全面应用，从典型应用到非典型应用以及作为政府治理战略的深度推进。
- ④ 参见司法部《执业律师证管理办法》第5条：“有下列情形之一的，不予授予律师资格：（一）受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；（二）被开除公职或被吊销律师执业证的；（三）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（四）伪造证明材料申请考核授予律师资格的；（五）其他不适宜从事律师职业的。”
- ⑤ 参见2008年10月1日实施的《湖南省行政程序规定》“第七节裁量权基准”第91条。
- ⑥ 参见周佑勇教授主编的《行政裁量基准研究》。周佑勇教授认为，裁量基准的规范作用只是其上位法律规范的当然映射，相对人会产生一种事实上的反射，裁量基准的映射与反射功效使其取得了间接的法律效力。
- ⑦ I.v.München in Erichsen/Martens, aaO., S.33.
- ⑧ 参见“梅永荣与东台市民政局一审行政判决书”，中国裁判文书网2016年5月26日发布。该案中原告东台市民政局依据《关于规范全市殡葬车辆营运管理的意见》第3条“依据市相关规定，所有殡葬专用车须按所属镇(区、场)划定的区域服务范围并报民政局审定后从事营运”，对原告没有将殡葬专用车按所属镇(区、场)划定的区域服务范围并报民政局审定为由，作出《关于梅永荣申请殡葬车辆服务证一事的答复》而不予以许可。原告提出行政诉讼，东台市法院审理认为《关于规范全市殡葬车辆营运管理的意见》第3条的规定，并无上位法的依据，被告以此要求原告提交所在镇区域范围意见，属于违反上位法规定增设的行政许可条件，被告答复适用法律、法规错误。《行政许可法》第17条规定，除本法第14、15条规定的外，其他规范性文件一律不得设定行政许可。
- ⑨ 2007年8月2日，周某在云南省文山州超速驾驶机动车行政处罚案。争议的焦点围绕云南省公安厅制定了《云南省道路交通安全违法行为罚款处罚标准暂行规定》是否成为司法审查依据使法院陷入两难：一审法院认可该《规定》并以该《规定》为依据维持县交警大队对周某作出行政处罚；二审法院则否定

了法院对该《规定》的适用,推翻了一审判决。该案中一审、二审法院对裁量基准适用截然相反的态度反映了法院对于裁量基准适用模棱两可的态度与倾向。具体案情参见陈娟:《驾驶机动车超速,究竟罚多少:云南省公安厅红头文件引争议》,载《人民日报》2008年4月2日第15版。

- ⑩ 一直以来,法国法院对于束缚自己和下级机关的滥用自由裁量权的“指示”,予以否认,并认为其不合法。自最高人民法院1970年12月11日在CréditFoncier de France一案中明白承认指示的合法性,以后在1973年6月29日的Société Géa案件以及其他案件中,继续维持了1970年的观点。
- ⑪ 参见周佑勇著:《裁量基准的司法审查研究》,《中国法学》2012年第6期。在论证裁量基准作为司法审查依据时,超过半数的案例援引裁量基准进行适用。

参考文献:

- [1] 章剑生. 现代行政法基本理论(上卷)[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [2] 王锡铤. 自由裁量权基准: 技术的创新还是误用[J]. 法学研究, 2008(5): 36-48.
- [3] 周佑勇. 行政裁量基准研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
- [4] Kenneth Culp Davis. Discretionary justice: A preliminary inquiry[M]. Louisiana: Louisiana State University Press, 1969: 217.
- [5] 孟鸿志. 行政规划裁量基准初探[J]. 法学论坛, 2015(6): 31-38.
- [6] 王太高. 行政许可条件研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [7] 张卿. 行政许可: 法和经济学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [8] B. Shimberg. Occupational licensing: A public perspective[M]. Princeton: Center for Occupational and Professional Assessment, Educational Testing Service, 1982: 101.
- [9] 骆梅英. 行政许可标准的冲突及解决[J]. 法学研究, 2014(2): 46-60.
- [10] 周佑勇, 熊樟林. 争议与理性: 关于裁量基准的公开性[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2012(1): 146-151.
- [11] 吴东镐, 徐炳喧. 日本行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [12] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯. 裁量正义[M]. 毕红梅译. 北京: 商务印书馆, 2009.
- [13] 宋华琳. 行政许可审查基准理论初探——以国内航线经营许可领域为例证[J]. 浙江学刊, 2010(5): 151-159.
- [14] 平冈久. 行政立法与裁量基准[M]. 宇芳译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [15] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [16] 周佑勇. 裁量基准司法审查研究[J]. 中国法学, 2012(6): 166-179.

On administrative permission standard

GUO Yue

(School of Humanity, Anhui University of Traditional Chinese Medicine, Hefei 230012, China)

Abstract: Both the abuse of permission discretionary power and mechanism of permission implementation can be regarded as arbitrary administrative license, which does not comply with the licensing requirements of the implementation of justice. The existence of the right of discretion and the examination of its function have broken through the original and typical application of the discretion benchmark to the administrative penalty. In essence, the licensing standard is the mixture of the legal standard and the discretion benchmark. The administrative licensing discretion of legal personality is different from other administrative discretion, including constructing comprehensive public requirement, classification and direct external validity, and the characteristics of its foundation constitute the basis for its judicial review.

Key Words: administrative permission; administrative permission standard; discretion standard; judicial review

[编辑: 苏慧]