

# 裁量基准公众参与模式之选取

周佑勇<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**公众参与作为一种直接的民意表达方式，可以提供类似议会立法一样的民主形式和内容，因而成为补充裁量基准正当性基础的首选方案。但是，基于裁量基准行政自制属性和行政成本的考量，它仍然不宜作为一项强制性义务强加给行政机关，而应由行政机关自主决定。实践中，行政机关应当以裁量基准的“质量要求”和“可接受性要求”为基本参考因素，比对相对人与自己的预期目标是否一致，根据其特殊性及其实际情形，在“改良的自主管理决策”、“分散式的公众协商”、“整体式的公众协商”、“公共决策或共同决定”四种程度不同的公众参与模式中选择适用。

**关键词：**裁量基准 公众参与 模式选择

---

为了提升裁量基准作为一种行政规则的民主形象，我国多数学者主张，在裁量基准制定过程中应当充分征求公众的意见、广泛采取公众参与的形式。这种观点在裁量基准制定的实践中已经得到相当程度的体现。然而，裁量基准作为一种“自制”风格的控权体系，何以需要添加公众参与这样一种源自“他制”的民主元素，究竟又应该采用何种程度的公众参与模式，以及可以实施哪些具体的公众参与技术，学界并没有给出十分明确的答卷。这非但影响裁量基准的制度发展，由此也造成一些涉及裁量基准的地方性立法出现一些不切实际的公众参与要求。<sup>[1]</sup>

## 一、公众参与：裁量基准民主正当性的补充及其限度

从形式上看，裁量基准作为一种立法性裁量权或规则制定权的运用，其效力来源并不是

---

<sup>\*</sup> 东南大学法学院教授。

本文获国家社会科学基金项目“行政裁量基准制度研究”（项目号：08BFX020）资助。

[1] 如《宁夏回族自治区规范行政裁量权办法》第14条明确规定：“行政执法部门应当采用召开座谈会、论证会、听证会和媒体征求意见等方式，广泛征求、听取基层行政执法部门、行政执法人员和行政管理相对人对行政裁量基准的意见和建议，确保行政裁量基准科学、合理、具有可操作性。”

立法机关，而是行政机关，它是行政机关自己颁行的规则，是一种行政自制规范，或者说是一种自制型的行政规范。<sup>〔2〕</sup>按照传统的民主观念，“政事裁决于大多数人的意志”，<sup>〔3〕</sup>只有代表人民意志的民意代表机关才具有立法的民主正当性，而行政机关并不具备类似的代表性或民意基础，“相较之下，（行政）命令订定的整个过程基本上可说是封闭的‘暗箱操作’，对外公开的只是讨论的成品，而非讨论的过程”。<sup>〔4〕</sup>从这个意义上讲，出自行政机关制定的裁量基准从一开始就与传统的一元民主制不相容，“是一个不得不予以容忍的祸害”。<sup>〔5〕</sup>它要在一国宪政体制的“正当性链条”中获得接纳，就必须对其民主正当性不足加以必要的补充。

从比较法上的经验来看，人们最先用以解决这个问题的方法，是在承认委任立法的基础之上，采用授权明确性原则加以实现。无论是在德国法律保留原则的发展与演变中，还是在美国禁止立法授权原则的放弃与另立中，<sup>〔6〕</sup>都不难找到立宪者尝试这一技术的历史痕迹。行政立法尽管并不建立在“民意表达”的基底之上，却可以从形式上将立法机关所承载的民意，以授权方式传递给行政机关，并配置包括目的、范围、内容三方面的明确性原则，从实质上扶正行政立法的正当性角色。这常被称为“传送带理论”。“传送带理论解释有关行政权行使的正当化问题时，基本的出发点，乃是将行政权的行使与一般民主理论相结合，探究行政权是否从民意机关那里获得人民主权的传送。”<sup>〔7〕</sup>

需要注意的是，“传送带”模式尽管在转达民意的形式逻辑上通畅无阻，但实践中行政立法并不能单凭传送带理论便可以合法化。斯图尔特曾一针见血地指出：（1）现实世界变动不居，授权规范总是迟到的，委任立法的主观性局限永远都跟不上这种速度；（2）更为重要的是，当更为微观地察看传送带模式时，其仅有的形式逻辑——民意转达——是否能够成立也显得岌岌可危。批评者们以一种体现既定观念的教条口吻，翻来覆去地宣称：“在执行宽泛的立法指令时，行政机关不公正地偏向有组织的利益，尤其是那些受管制的或保护的商业企业利益以及其他有组织集团的利益，而损失分散的、相对而言未经组织的利益，如消费者、环境保护主义者以及贫困者”，“许多立法者、法官和法律与经济评论家都接受了一种论点，即行政机关的政策持续固执地存在着偏见”。<sup>〔8〕</sup>

可见，裁量基准的民主正当性难以从委任立法那里获得直接证明。问题的根源在于，被转达的民意往往不再真实，也很难设计出一个规制体系能够保证被委任的民意内容不会流失。相反，必须找到一种和议会立法类似的民主形式，让公民做更为直接的利益表达，通过民主参与来保证类似行政立法的裁量基准的正当性。在20世纪的公法学中，人们习惯于将这种高度效仿立法程序的思路称为“公众参与”，其曾是现行美国行政程序法的制度精

〔2〕 参见周佑勇：《裁量基准的制定定位——以行政自制为视角》，《法学家》2011年第4期。

〔3〕 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第312页。

〔4〕 [英]威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第558页。

〔5〕 许宗力：《法与国家权力》，台湾月旦出版社1993年版，第182页。

〔6〕 See Andrew J. Ziaja, *Hot Oil and Hot Air: the Development of the Nondelegation Doctrine through the New Deal, A History, 1813 - 1944*, 35 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 925 (2008).

〔7〕 王锡锌、章永乐：《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程中的一个分析框架》，《中国社会科学》2003年第3期。

〔8〕 Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 8 *Harvard Law Review* 1684 - 1685 (1975).

髓。相较传送带模式而言，公众参与至少有以下三个优势：首先，公众参与是程序面向的，只关注利益当事人对程序的公平参加以及由此获得的形式理性，对于实体上的事实究竟是否精确却并不十分关注，这恰好可以避免前述主观与客观之间难以协调的紧张关系。其次，公众参与的核心，是逻辑上体现了对大众利益的高度重视。公众参与制度想要昭告的是，“对于一个人的福祉，本人是关切最深的人；除在一些私人联系很强的事情上外，任何他人对于他的福祉所怀有的关切，和他自己所怀有的关切比较起来，都是微薄而肤浅的”。〔9〕（3）通过广泛的公众参与程序，社会大众的利益能够得到更为充分的表达，裁量基准文本也会摄入大量的社会习惯和风俗，这有利于提高裁量基准的可接受性。

也许正是基于上述理由，我国许多学者纷纷主张，“裁量基准的制定应当充分征求和体现行政相对人、公众的意见，不能由行政主体自行决定”，〔10〕“裁量基准要具备可接受性，必须要有各个阶段公众的广泛参与，……没有公众参与的行政裁量基准是不能被公众所接受的”。〔11〕毋庸置疑，这样的建议至少能够从程序层面大幅拉升裁量基准的民主形象。不过，类似探讨还仅仅停留在倡导阶段，尚未涉及裁量基准公众参与的具体操作技术。更为关键的问题是，裁量基准作为一种行政自制规范，其有效性的发挥主要取决于主体自身的专业、技术和经验，是否需要将公众参与作为一种立法强加的义务，值得进一步加以检讨。

需要考量的核心因素，是来自裁量基准所蕴含的“自制”控权逻辑。和传统的诸如司法审查、正当程序等控权方案不同，裁量基准的控权力量并不是国家公权力，而是社会力量，它追求的是行政机关的自我约束，是自己对自己的道德反思，其“制定初衷只是为裁量权的正当行使提供一种具体化的约束标准，而并不构成立法规则或者法律规范”。〔12〕裁量基准针对的是法定授权范围内的裁量权，行政机关在裁量基准上的制定权限，只是行政执法权，而不是行政立法权。在生成模式上，“裁量权总是与制定规则的权力相伴而无须单独授予”。〔13〕也就是说，裁量基准“是依附在裁量权之中的，只要享有裁量权，就有权制定裁量基准，不需要法律的特别授权，行政机关可以自行判断有无制定的必要”。〔14〕因此，是否制定以及如何制定裁量基准，都是行政机关自我决定的事务，行政机关完全可以根据行政事务的重要程度、行政成本的大小等方面的考量，作出更为合适的选择。显然，裁量基准这种自制性控权风格及其内在自我生成模式，与讲求外部公众的力量来推动和监督的公众参与机制，根本上是有冲突的。因此，尽管倡导公众参与有助于补充裁量基准的民主正当性，但是基于裁量基准行政自制属性的考量，公众参与仍然不宜作为一项强制性义务强加给行政机关，其程度类型的选取是有限度的。

需要考量的另一种更为实际的因素是，让公民广泛参与到裁量基准的制定过程中，无论对于参与者还是行政机关来讲都存在一定程度的障碍和操作难度。首先，并不是所有公民都愿意参与到制定裁量基准的过程中。一方面，裁量基准并不像立法性规则或法律规范一样，可以创设新的权利与义务关系，它往往只是在行政行为的合理性上锦上添花，而并

〔9〕 [英] 约翰·密尔：《论自由》，许宝驎译，商务印书馆2007年版，第91页。

〔10〕 王霁霞：《论裁量基准制度有效实施的条件》，《法学杂志》2010年第2期。

〔11〕 郑雅方：《行政裁量基准研究》，中国政法大学出版社2013年版，第44页。

〔12〕 参见周佑勇、熊樟林：《裁量基准制定权限的划分》，《法学杂志》2012年第11期。

〔13〕 [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第74页。

〔14〕 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》，《清华法学》2008年第3期。

不对公民既有的私人生活造成实质性影响,因而参与或不参与无关痛痒。另一方面,大部分公民还存有坐享其成的心理。裁量基准作为一项公共物品,对所有公民都是开放的,且是无偿的,而这正是奥尔森在《集体行动的逻辑》中所担心的“搭便车效应”的根本前提。实践中,“大部分人都是搭便车者,并不愿承担集体行动的组织成本”。<sup>[15]</sup>从根本上来说,这是因为“正式程序所需的资源和拖延成本,不仅需要行政机关予以承担,相对人同样也需要承担”,<sup>[16]</sup>而为了规避这一成本,大多数人尤其是社会弱势群体往往更加愿意选择不参与集体行动,但这并不会影响他们对公共物品的享有。这当然也包括裁量基准在内。其次,对于行政机关而言,裁量的方式更加灵活,而“过于司法化的程序显得笨重,带来拖延、费用高昂及官僚主义”,<sup>[17]</sup>尤其是何以能够负担起公众参与所要消耗掉的巨额的行政成本,成为行政机关普遍担忧的问题。更何况,实践中几乎所有的行政机关都有制定裁量基准的权力,在这种情况下,“要提供一个公正而又有序的征询意见的论坛,并为政府方案可能影响到的个人和团体安排发表意见的合适地方,还真不是一件容易的事儿”。<sup>[18]</sup>同时,行政机关还担心,过于刻板的公众参与程序会阻碍行政执法的改革与创新。从本质上来说,制定裁量基准是一项追求理性主义(行政行为的合理性)的事务,而公众参与的核心却是经验主义,“由于公民常常不能理解政策质量中包含的知识和常识,所以,他们可能会对专业领域或科学界认定的政策质量标准提出质疑”。<sup>[19]</sup>很明显,这会使得裁量基准的质量大打折扣。

总之,对于裁量基准的制定来说,公众参与更适合被当作一项非强制性的程序义务,其“最适程序”的选择权应当交由行政机关自我处理。这应当是确定裁量基准公众参与程度的基本前提,裁量基准公众参与的所有程序设计都应该在这一前提性条件下加以展开。

## 二、影响裁量基准公众参与模式选取的参考变量

公众参与作为一项非强制性的程序义务,一方面表现为是否需要引进公众参与程序,另一方面则是该选择何种程度的公众参与模式。尽管这种“最适程序”的选择权最后交由行政机关自我决定,但本着追求合理行政的根本目的,仍然需要出具一些学理上的操作框架,以供执法实务参考。

### (一) 公众参与的典型模式

不同学者对公众参与模式有着不同理解。譬如,在公众参与模式首创者阿恩斯坦的阶梯理论中,公众参与约有八个档次,<sup>[20]</sup>而麦克格雷迪(Thomas O. McGarity)认为公众参与只有六种模式,美国学者托马斯(John Clayton Thomas)则将其进一步压缩为五种。<sup>[21]</sup>但无论如

[15] 王锡锌、章永乐:《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》,《法商研究》2010年第5期。

[16] 前引[8], Richard B. Stewart文。

[17] [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398页。

[18] 同上书,第393页。

[19] [美] 约翰·克莱顿·托马斯:《公共决策中的公民参与》,孙柏瑛等译,中国人民大学出版社2010年版,第19页。

[20] See Sherry R. Arnstein, *A Ladder of Citizen Participation*, 4 AIP Journal 217 (1969).

[21] 参见前引[19], 托马斯书,第27页以下。

何，人们对公众参与模式的理解，实际上已经达成了如下共识：（1）在不同的模式中，公众参与的严格程度存有差异。公众参与并不仅仅限于类似“听证”这类严格的程序形式，实践中它的类型可以是多样的，甚至于仅仅简单的公开程序也可被认为是公众参与的一种方式；<sup>[22]</sup>（2）尽管关于公众参与的理论研究已经延续数年，但国内外学者几乎一致认为，阿恩斯坦 1969 年发表的《公民参与的梯子》一文所提出的分析，时至今日依然有效。<sup>[23]</sup>关于公众参与的后期理论见解，也基本都是在这一基础上加以改进的。

按照阿恩斯坦的理解，实践中的公众参与可以分为八个档次，并可以进一步被归结为公众参与的三种模式：（1）无参与；（2）形式性参与；（3）实质性参与。<sup>[24]</sup>其中，“形式性参与”和“实质性参与”的区分关键是公众是否享有决策权，而“无参与”则是一种不含有任何参与因素的虚假模式。实践中，由于阿恩斯坦的三种模式显得过于概念化，难以被推广至其他领域，美国学者托马斯便在这一基础上做了更为细致的诠释，建立了一种可被称为“有效决策模型”的理论体系。托马斯认为，公众参与模式包括以下五种模式：（1）自主式管理决策，即无参与；（2）改良的自主管理决策，行政机关从公众参与中获得信息从而做出决策，“公众的要求可能会也可能不会得到反映”；<sup>[25]</sup>（3）分散式的公众协商，行政机关采用各个击破的方式，分别听取不同团体的信息，从而制定反映这些团体的决策；（4）整体式的公众协商，行政机关采用整体对待的方式，听取公民团体代表的建议，然后制定反映公民团体要求的决策；（5）公共决策或共同决定，行政机关和公众共同决定一项事务，此时公众享有全部的决策权，或者说享有大部分席位。<sup>[26]</sup>

归纳起来，理论界关于公众参与的模式之争，主要集中于如下两个问题上：（1）公众究竟是否享有决策权。肯定者如阿恩斯坦所说的“授权”和“公众控制”模式、托马斯所说的“公共决策或共同决定”模式，剩下模式都持否定态度；（2）行政机关究竟是否想从公众那里获取信息。否定者如阿恩斯坦所说的“无参与”模式、托马斯所说的“自主式管理决策”模式，剩下模式都持肯定态度。

## （二）影响裁量基准公众参与模式的两项变量

在功能上，上述归纳可以为裁量基准公众参与的模式选取提供一个总体的思考方向。在裁量基准制定实践中，当将公众参与作为一项非强制性程序义务予以对待时，行政机关所要履行的初始步骤大抵不会超出如下两个问题：（1）制定某项基准是不是真的需要履行公众参与程序？这一判断的实质等同于上文所说的“行政机关究竟是否想从公众哪里获取信息”；（2）如果需要，行政机关是只想获取制定裁量基准的相关信息，还是想将裁量基准的制定权限交给公众？类似地，这种判断和上文“公众究竟是否享有决策权”并无二致。

[22] 这种极为简单的参与方式往往被称为“纯粹性公布”。参见张文贞：《行政命令订定程序的改革》，台湾大学法律研究所 1995 年硕士论文，第 154 页。

[23] “这一分析的广泛应用对今天仍有影响”。[英] 安德鲁·弗洛伊·阿克兰：《设计有效的公众参与》，苏楠译，载蔡定剑主编：《公众参与：欧洲的制度和经验》，法律出版社 2009 年版，第 296 页。“她（Arnstein）的 1969 年‘市民参与的梯子’一文，至今仍被公认为市民参与的最佳指导文章。”梁鹤年：《公众（市民）参与：北美的经验与教训》，《城市规划》1999 年第 5 期。

[24] 参见前引 [20]，Sherry R. Arnstein 文。

[25] 参见前引 [19]，托马斯书，第 27 页。

[26] 参见前引 [20]，Sherry R. Arnstein 文。

将公众参与运用到裁量基准制定中，无非就是要选取合适的公众参与模式，而可选对象，大致就是上文托马斯所说的五种模式。问题是，行政机关究竟该如何具体选择呢？“界定公民参与的适宜度主要取决于最终决策中政策质量要求和政策可接受性要求之间的相互限制”，〔27〕在裁量基准的语境下，即主要看裁量基准的质量要求和可接受性要求这两个变量。

这两项变量在公众参与模式选择上的意义在于：（1）如果一项裁量基准更多地需要满足其质量要求，那么对公众参与的需求程度便十分微弱。“技术的复杂性为专家参与程度的研究提供了更有利的分析视角”，〔28〕而不是人民大众。相反，当“许多选民被问及自己对重大问题的看法时，会回答说，他们不太了解情况，不好妄加评论。换句话说，让精英分子去处理吧”。〔29〕在裁量基准的质量要求面前，尽管排斥公众参与的主张看起来十分反常，也似乎与平等主义的要求格格不入，但若在这一类基准上寻求公众参与，却是十分危险也是不必要的。在比较法上，普拉姆里、斯塔林和卡莱莫曾选择美国联邦环境保护总局在—项水质规划上大力引进公众参与作为反面案例，很好地说明了这类选择的严重后果。他们曾直截了当地说：技术和经济上的限制已经把—些规划固定住了，把公民参与作为—种有利于规划执行的手段，在这里没有太大的需要。〔30〕（2）如果—项裁量基准更多地需要满足其可接受性要求，那么对吸纳公众参与的需求程度和分享决策权力的需求程度就越强。此时，需要选择较高程度的参与模式。从根本上来说，行政机关制定裁量基准的目的是执行，如果说—项裁量基准从—开始就难以被公众所接受，那么整个制度就会落空。较高程度的公众参与模式，往往能够藉由如下两种方式达成其政策可接受性要求：其—是根据从大众中获取的关键信息，提高裁量基准本身的民主基础。实践中，广泛的公众参与能够让行政机关及时、准确地获得公民对待某项公共事务的基本态度，这种信息经过行政机关的加工处理，往往会内含于裁量基准之中；其二是通过决策权的分享，让公众自己选择裁量基准在“情节细化”和“效果格化”上的基本设计。由于此种情形下的决策权是由公众自己决定的，它自然不存在可接受性方面的障碍。下文以裁量基准的“质量要求”和“可接受性要求”为基本参考因素，对公众参与模式的选取做—步研究。

### 三、裁量基准的质量要求与公众参与模式的选取

#### （一）质量要求的判断标准

实践中，判断某项裁量基准是否具有较高的质量要求，往往可以从如下三方面入手。

1. 是否涉及—些限制性条件。限制性条件—般包括技术约束、立法约束、资金约束三个方面。〔31〕它们中的任何一个方面都含有正当理由来限制公众参与，从而保护裁量基准的质量。就技术约束而言，倘若裁量基准的调整对象涉及大量的专业知识与技术手段，“这—

〔27〕 前引〔19〕，托马斯书，第25页。

〔28〕 [美]安德鲁·里奇：《智库、公共政策和专家治策的政治学》，潘羽辉等译，上海社会科学院出版社2010年版，第118页。

〔29〕 [美]威廉·亨利：《为精英主义辩护》，胡利平译，译林出版社2000年版，第20页以下。

〔30〕 See John P. Plumlee, Jay D. Starling & Kenneth W. Kramer, *Citizen Participation in Water Quality Planning: A Case Study of Perceived Failure*, 15 *Administration & Society* 462-463 (1985).

〔31〕 参见前引〔19〕，托马斯书，第28页。

条件可能约束公民参与的进入性,限制公民参与的深度和范围”,<sup>[32]</sup>实践中如《湘乡市科技局行政处罚裁量权基准》、《澧县食品药品监督管理局自由裁量权基准》之类的基准等。就立法约束而言,如果授权规范已经严格限制了行政机关在具体情节和处罚效果上的裁量空间,或者说某一事项涉及对其他商业秘密的保护,此时应该限制公众参与的介入。<sup>[33]</sup>就资金约束而言,如果行政机关所能承担的行政成本并不支持程度较高的参与水平,此时也应该限制公众参与的程度。

在上述三项常见的限制性条件中,资金约束对公众参与的排斥程度最为微弱。在法治发达国家,政府一般不会单凭某一条件拒绝公众参与,它们往往是一项综合的考量和评价。而且,这一过程还需要与公务人员单纯的价值偏好、行政机关谋取私利等问题保持距离,质量要求的判断需要客观公正,且应该消极、严格地加以运用。但这并不等同于说,行政机关可以放弃对裁量基准质量要求的考察。相反,如果一项基准存在较为明显的技术、立法或资金等方面的约束,就应该以追求质量为核心设定公众参与的模式,否则便可能与预定的行政目标相差甚远,从而损害到公共秩序,尤其是在风险社会中的药品、环境、食品监管等领域内。这些领域往往需要借助一些专业技术才能更好地确定管制手段与目标之间的恰当关系。

2. 行政机关是否具有充分的制定裁量基准的信息。技术、立法和资金方面的约束,只是裁量基准质量要求的基本内容,除此之外,信息亦是促进裁量基准质量水平不可或缺的因素。由于裁量基准以追求行政行为合理性为根本宗旨,对于一项优质的裁量基准来说,以下两种信息十分可贵。

(1) 公众对一项公共事务的价值偏好。实践中的裁量基准并不只涉及一些法律效果中的行政裁量问题,往往也会对法律要件中的不确定法律概念加以解释。前者即“效果的格化”技术,后者则涉及“情节的细化”技术,都是制定裁量基准的基本任务。严格来说,这两者都与公众的价值偏好存有关联。在“情节的细化”上,裁量基准的主要任务是对法律要件进行细化,也就是对可以将哪些行为纳入上位法的调整范围进行解释。这一判断过程的某些内容与公众的价值偏好存有关联,执法人员单凭自己的价值观,往往不能很好地处理诸如“究竟要不要处罚”、“是否属于后果严重”这类问题,而需要在获知公众认知之后才能做出优质判断,否则便会滋生冲突。

(2) 公众对一项公共事务的经验判断。一般而言,行政机关习惯于将制定裁量基准的具体工作指派给有着丰富执法经验的专业人士,但专业人士只是在技术本身的理性知识上占有优势,而不能广及经验领域,“制定具体规则的专业人士不一定在实际经验以及规则用语细微差别的敏感上有同等专业的水平”。<sup>[34]</sup>美国环境保护局在一项研究计划中曾经指出,“制定规则的工作人员……通常对他们管制的设备的类型和行业集团没有足够的了解或接触……一些员工缺少实地工作的经验和接触,这就限制了他们设计既明白易懂又适合操作的规则的能力”。<sup>[35]</sup>因此,对于某些公共事物的判断,可能仍然需要借助公众的经验知识,

[32] 孙柏瑛:《公民参与形式的类型及其适用性分析》,《中国人民大学学报》2005年第5期。

[33] 基于保护商业秘密而排斥公众参与的相关探讨,参见[美]Thomas O. McGarity:《风险规制中的公众参与》,载金自宁编译:《风险规制与行政法》,法律出版社2012年版,第235页。

[34] [美]科尼利厄斯·M.克温:《规则制定——整部部门如何制定法规与政策》,刘璟等译,复旦大学出版社2007年版,第109页。

[35] OSWER, *Nation's Hazardous Waste Management Program*, p. 37. 转自上引书,第109页以下。

尤其是在一些涉及价值判断的道德问题上，公众往往能够做出更为贴切的判断。从总体上来说，“该类议题不仅在道德层面远远复杂过技术层面，而且在解决问题时，人们通常会诉诸道德标准的考量，将技术层面的讨论抛之脑后”。<sup>[36]</sup>如《北京市关于规范行政处罚自由裁量权的若干规定》第10条规定，“行政处罚自由裁量权规范应当由市级行政执法部门负责人集体讨论决定”，便显得过于封闭，无法满足制定裁量基准的信息需求。

3. 所涉问题是否已经结构化。结构化是指在裁量基准的制定过程中，用以解决问题的方案已经被限定，它要么是唯一的，要么只有几种由行政机关提出的备选方案，只能从中选取。简单来说，就是所有被争议的问题，行政机关已有明确答案，公众只能作出非此即彼的选择。从某种程度来说，“问题结构为限制公民参与的范围提供了理由。要保护这种既定的结构，管理者要么需要完全避免公众参与，要么把公众的影响力限定在可替代方案的选择上”。<sup>[37]</sup>实践中，结构化的主要表现方式是裁量基准草案的公布。如果说行政机关从一开始就将裁量基准起草完毕，然后再引入公众参与对草案进行讨论，这既有可能打击公众的参与热情，人们会认为自己没有必要花费时间和精力去关心一个已经有明确答案的基准文本，同时公众也有可能被这种礼节性的参与所激怒，从而威胁到裁量基准的后期执行。因此，从理论上来说，一项已经被结构化的裁量基准是应当排斥公众参与的。

#### （二）质量要求主导下的公众参与模式

如果上述问题的答案表明，拟被制定的裁量基准涉及大量的限制性条件，行政机关并不需要从公众那里获取任何信息，而且相关问题也已经被结构化了，那么，整个公众参与就应该被设定为前述托马斯所说的第一个模式“自主式管理决策”。这一模式从总体上来看是排斥公众参与的，因而也被称为“排他模式”。<sup>[38]</sup>尽管按照托马斯的分析来看，“自主式管理决策”具有其独立价值，在整个公众参与体系中也和裁量基准质量要求最为贴近，但这种模式由于缺少面向公众的反馈机制和协商权利，<sup>[39]</sup>并不被学界所提倡。同时，考虑到民主力量的影响，几乎所有的行政机关也都会信誓旦旦地拒绝该模式的适用。实践中，“自主式管理决策”往往会在一些掩饰性手法下，被变相地加以适用。比如，裁量基准的纯粹性公开、无利害关系人参加的裁量基准草案座谈会、禁止反复交叉询问的座谈会、排除不相关证据或观点的座谈会等等。<sup>[40]</sup>

事实上，裁量基准并不存在完全独立的质量要求。尽管如前所述，裁量基准从本质上来说是一种行政自制规范，其有效性的发挥主要取决于主体自身的专业、技术和经验，但是实践中裁量基准往往并不只是涉及专业性、技术性的事实判断，与价值毫无关联。相反，许多科技标准的订定，表面上看起来只是需要专业的判断，但实际上往往与专家个人的价值偏好息息相关。<sup>[41]</sup>因此，作为“自主式管理决策”唯一支撑的质量要求，实际上也是无

[36] 前引〔28〕，里奇书，第118页。

[37] 前引〔19〕，托马斯书，第30页。

[38] 参见前引〔33〕，Thomas O. McGarity文。

[39] 前引〔20〕，Sherry R. Arnstein文。

[40] See Jacks, *The Public and the Peaceful Atom: Participation in AEC Regulatory Proceedings*, 5 *Texas Law Review* 506 - 511 (1974). 转引自前引〔33〕，Thomas O. McGarity文。

[41] 在科技哲学领域，甚至于有学者指出，风险社会中的大部分风险源自于内在的决策，它和传统社会来自于自然界的风险迥然相异。参见〔美〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第190页。

法独当一面的，它必须和公众参与之间加以协调，折衷为托马斯所说的“改良的自主管理决策”，从而在保证质量要求的情况下，尽可能地让公众获得参与的机会。从比较的视角来看，“自主式管理决策”和“改良的自主管理决策”都是用以满足裁量基准质量需求的模式，都以专家技术为重点，但不同之处在于，后者可能会从公众中收集信息，然后制定裁量基准，而前者却绝无可能。尽管“改良的自主管理决策”依据公众信息制作裁量基准只是一种可能，并不是一项义务，是否采纳公众信息的决定权在行政机关自己手中，但是它能够“在允许的范围内寻求最小程度的公民参与，这既能防止由于引入不合理或不需要的参与而错误地提高公众的期望，又能达到满足法定要求的目的”。<sup>[42]</sup>更为关键的是，从本质上来说，裁量基准作为一种自制规范，追求的是一种理性主义，而公众参与的核心却是经验主义。很明显，对于裁量基准的质量要求而言，“改良的自主管理决策”是一个能够在理性与经验之间取得共识的两全其美的模式，因而在一般情况下应当成为裁量基准公众参与模式的首选方案。诸如此类的基准文本也十分常见。譬如，《河北省人民政府关于建立行政裁量权基准制度的指导意见》规定：“建立行政裁量权基准制度要严格按照规范性文件的程序办理，听取意见、进行合法性审查、集体审议决定、备案登记、向社会公布。”该意见通过“听取意见”的方式满足制定裁量基准的信息需求，同时又以“集体审议决定”的方式保证裁量基准的质量要求不会落空。

#### 四、裁量基准的可接受性要求与公众参与模式的选取

##### （一）可接受性要求

1. “可接受性要求”并不等同于“信息获取需求”。裁量基准质量要求之外的所有需求基本上都可以从其他类型的公众参与模式中获得满足，这也正是公众参与在时下被泛化的原因之一。不过，需要区分的是，“可接受性要求”和“质量要求”主导下的公众参与模式存有本质上的区别。尽管这种区分看起来十分明显，也似乎不会被人所混淆，但一旦将二者置于实践操作中加以观察，就显得真假难辨。譬如，在前述质量要求中曾经谈到，一项优质性的裁量基准往往需要从公众那里获取信息，问题是，从公众中获取信息难道不属于“可接受性要求”吗？

这一问题的答案是十分明确的。行政机关需要从公众中获取信息，并不能决定裁量基准公众参与模式的实质性变化。“可接受性要求”主导下的公众参与模式的典型特征是，行政机关往往会将其中一部分决策权限交由人民大众来掌控，<sup>[43]</sup>但在获取信息的“改良的自主管理决策”模式中，决策权依旧是由行政机关自我控制的，行政机关只是要从大众中获取信息，最后是否将信息反馈到裁量基准中，并不是一项义务行为，行政机关有可能会也有可能不会采纳通过公众参与程序所获取的信息。换句话说，任何参与模式都会从公众中获取信息，但是，只有在“可接受性要求”因素占据主导地位的参与模式中，公众信息才具有实质性意义。这种区分看起来过于学理，似乎与裁量基准公众参与的实践情况关联不

[42] 前引〔19〕，托马斯书，第35页。

[43] 参见付宇程：《行政决策中的公众参与类型初探》，《法学杂志》2011年第12期。

大,但其实不然。在我国,公众参与经常以听证、座谈会等具体形式展开,这些形式看起来是要促进行政相对人对裁量基准的接受,但实际上公众所提供的信息往往不会在裁量基准中得到反映,它依然是以满足质量要求为中心的。

2. 公众参与并不是裁量基准可接受性的必备条件。在没有公众参与的情况下,大部分裁量基准实际上也可以获得行政相对人接受。一般而言,判断公众参与对可接受性要求是否具有影响,可以从如下两方面入手:(1) 公众对裁量基准的接受程度是否对其有效执行至关重要?在实践中,有的裁量基准的有效执行并不需要行政相对人完全接受。譬如,在一些事关公共安全的科技、信息等领域(如航空安全管制标准的制定、污染控制标准的制定等),公众接受对裁量基准的执行不起关键性作用。而且,“技术性特征的决策对决策质量要求高,对民主参与要求程度较低,公众一般也没有意愿和动力参与进来”。<sup>[44]</sup>因此,在这类裁量基准中,即使没有履行充分的公众参与程序,可能也不会妨碍其被公众所接受。(2) 行政机关运用“改良的自主管理决策”模式单独制定裁量基准,是否有相当的把握来认定公众会接受裁量基准?实践中,行政机关往往习惯于只从技术和知识角度回答公众参与的可接受性,而完全不顾及公共事务与公民权益之间的关系。与前述第一个问题的区别在于,对于这一问题的回答,需要考虑的关键因素是公共事务与公民之间的利害关系,而这在裁量基准中需要被区分对待。与一般行政决策不同,裁量基准在制定技术上采取的是“情节的细化”与“效果的格化”这种特殊的技术构造,因此在对待“可接受性要求”上亦需要采取区分技术。

具体而言,在“效果的格化”这类基准中,由于其非但没有创生新的权利与义务关系,只是对上位法给定的裁罚空间的细化,是一种积极向善的行政措施,其一般不会遭到公众的抵制,行政机关也有相当大把握来认定公民会接受裁量基准。但是,在“情节的细化”这类基准中情况则大不相同。尽管行政机关细化情节的方式不能创生新的法律关系,但在实践中,却往往会凭借上位法给定的“空白要件”而实现实质上的权力僭越,<sup>[45]</sup>凭借自己的认识将一些行为涵射到上位法规定的法律要件中去,从而产生新的公法效果。严格来说,这类裁量基准是违法的,与立法法所确定的法律保留原则存有根本冲突,但是在实践中已经广泛存在。由于它们对公民权益产生了新的影响,公众往往会对这种基准产生抵制,如《佛山市公安局行政处罚自由裁量权细化标准(试行)》将在公园打麻将的行为一律列入应予处罚的情形。<sup>[46]</sup>行政机关在“情节的细化”这类基准上,需要谨慎评估自己是否有相当的把握来认定公民会接受裁量基准,否则便会产生执行上的障碍。

## (二) 可接受性要求下的公众参与模式

严格来说,只有“可接受性要求”主导下的公众参与模式才具有实质意义,因为公众只有在这种模式下才享有一部分决策权限。而在托马斯的有效决策模型中,这一情形下还有“分散式的公众协商”、“整体式的公众协商”、“公共决策或共同决定”三种不同模式,对此又该如何选取呢?

[44] 黄小勇:《公共决策的公众参与困境及其管理策略——以广东番禺区垃圾焚烧发电厂风波为例》,《国家行政学院学报》2010年第5期。

[45] 参见熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,《法学研究》2012年第6期。

[46] 参见王晓云:《公园内老年麻将遭禁 七旬老伯打官司告广州警方》,《羊城晚报》2009年8月6日。

1. 分散式的公众协商模式的适用情形。分散式公众协商模式的特色在于，公众参与的力量是逐一的，公众被分为很多不同的个体类别表达自己对裁量基准的看法。从形式上来看，这一模式的魅力在于，它往往能够避免与公众的整体接触，从而也能够化解裁量基准遭到公众的强烈抵制。很明显，一旦行政机关采用这一模式制定裁量基准，那就表明这项裁量基准所设定的行政目标，可能难以在公众中获得认可，但是它又需要公众加以接受，或者说法律法规要求必须采用实质性的公众参与模式加以制定。在这种情形下，应该采用分散式的公众协商模式。归结起来，适用分散式公众协商模式的条件为：（1）行政机关已经设定好了制定裁量基准的整体目标，这一目标是符合理性的，不可变更；（2）公众的看法与行政机关设定的目标之间存有根本性分歧；（3）公众反对的意见是一致的，而且他们内部并不存在不同意见。其中，条件（1）决定了制定裁量基准的决策权不能完全交由公众，从而排除公共决策或共同决定模式；条件（2）决定了制定裁量基准的决策权必须有一部分交由公众，从而排除改良的自主管理决策模式；条件（3）决定了不能让公众做整体的意见表达，否则便会影响裁量基准原有目标的实现，从而排除了整体式的公众协商模式。实践中，分散式的公众协商模式往往采用“电话咨询”、“逐个访谈”等多种一对一的方式进行，也可以采用“圆桌会议”、“分别征求意见”等多种有限开放的方式进行。

2. 整体式的公众协商模式的适用情形。整体性公众协商模式的启动，同样需要满足前述条件中的前两项，只是在第（3）项上，公众的反对意见并不是一致的，他们存有意见上的分歧，这种分歧使得行政机关需要采用整体对待的方式加以处理，但又不会出现大范围的反对。而且，这种整体对待的方式能够将公众对裁量基准的不同意见，置于同一个背景之下加以探讨，这有利于让分歧各方的公众明确分歧的性质和原因。借由这种途径，“公共管理者面对各种不同观点做出决策的困难，就很清楚地显现在了公民的视线里。这种理解和认同反过来会提高公众对最终决策的接受程度”。<sup>[47]</sup>在裁量基准制定过程中，较有可能适用整体式公众协商模式的情形是，一份基准文本同时涉及两种或多种不同的利益群体，尤其是在基准制定者意欲将涉及其中某一方利益的行为划定为“情节较重”的类型问题上，这种冲突往往会更为激烈。譬如，《重庆市公安机关治安管理行政处罚裁量基准》规定，“不听从民警及管理人员劝阻燃放物品，致使活动的正常进行受到影响”的行为属于治安管理处罚法第24条中“情节较重”情形。公众很可能就此产生意见上的分歧，有些人可能认为在一些重大节日和祭祀活动上燃放物品是理所当然之事，但另一些人可能会认为燃放物品会产生噪音，妨碍公共秩序。此时，行政机关应该采用整体式的公众协商方式，将双方意见置于一个交流平台上进行协调，一方面提升基准本身的民主程度，另一方面相较于行政机关的说辞而言，让第三方来说服反对者也会更加容易，从而提高该基准的可接受性。

3. 公共决策或共同决定模式的适用情形。由于裁量基准的决策权限交由行政机关和公众共同行使，这种模式自然会对公共管理的既定目标造成威胁，甚至在行政机关准备并不充分的情况下，因为公众共同决策而可能制定出与公共利益完全背离的基准文本。因此，一方面，在适用该模式的首要前提上，要求公众与行政机关的预期目标必须一致，二者对于裁量基准在“情节细化”和“效果格化”上并没有太大异议；另一方面，“公共决策方法

[47] 前引〔19〕，托马斯书，第53页。

并不意味着公共管理者要将所有权力让渡给公众”。<sup>[48]</sup>我国学术界对公众参与制度普遍抱以“公民不享有决策权”的观念固然有问题，<sup>[49]</sup>在法治发达国家的公众参与机制中，即使是参与程度最高的公共决策或共同决定模式，也并不等同于说行政机关只是一个给公众提供参与平台的平庸角色，相反，公共决策或共同决定模式中所分享的决策权同样是有限的。一般来说，行政机关依然需要对以下三个方面加以掌控：（1）涉及裁量基准质量方面的决策；（2）对整个公共决策或共同决定模式的程序设计；（3）扮演会议督促人身份，以中立角色对公众意见提供引导，防止偏离主题，并对专业性术语提供权威解释。

然而，在裁量基准制定过程中，期望行政机关运用公共决策或共同决定模式，可能并不现实。“政策制定是一场很难玩的游戏，因为任何人都可以玩，而且也确实在玩，但是规则只有几条。”<sup>[50]</sup>对于裁量基准而言，其所蕴含的“自制”控权逻辑，决定了它实质上是行政机关自我向善的内在理念的一种外化形式，不能期望行政政机关将自己合法的裁量权让渡给一个合理性并不确定的公众参与机制，这与裁量基准行政自制的基本内涵也并不相符。在现行做法上，我们通过对21个省、4个直辖市有关裁量基准总则性规定的观察发现，<sup>[51]</sup>几乎没有任何一个省市采取公共决策或共同决定模式制定裁量基准。相反，在总则中直接写明“由单位领导集体讨论决定”的基准文本，几乎占了半壁江山。从比较法来看，诸如此类的做法也并不鲜见。譬如，尽管美国行政程序法第553条规定了制定规章要采取听证程序，<sup>[52]</sup>是现今较为少见的程序技术，但其并不包括裁量基准在内，只是针对立法性规则而言的。可见，尽管公共决策或共同决定模式在理论上成立，也可能存在于立法性规则及其他公共决策的制定之中，但是在裁量基准制定中基本不应适用该种公众参与程度过高的模式。

透过以上论述，不难发现，除了授权立法的通道之外，裁量基准的正当性需求还可以从公众参与中获得满足，公众参与作为一种直接的民意表达方式，可以提供类似国会立法一样的民主形式和内容，是补充裁量基准正当性基础的首选方案。不过，基于对裁量基准

[48] 前引〔19〕，托马斯书，第50页。

[49] 参见彭峰：《中国环境法公众参与机制研究》，《政治与法律》2009年第7期；王春业：《最关键的是决策权问题——再论行政听证的公正性》，《湖北社会科学》2006年第12期。

[50] [美] 盖伊·皮得斯：《美国的公共政策——承诺与执行》，顾丽梅、姚建华译，复旦大学出版社2008年版，第75页。

[51] 我们收集的主要有：《辽宁省规范行政裁量权办法》、《宁夏回族自治区规范行政裁量权办法》、《北京关于规范行政处罚自由裁量权的若干规定》、《福建省人民政府办公厅关于进一步规范行政裁量权工作的意见》、《甘肃省规范行政处罚自由裁量权规定》、《广东省规范行政处罚自由裁量权规定》、《贵州省人民政府法制办公室关于开展规范行政执法自由裁量权工作的通知》、《海南省规范行政处罚自由裁量权办法》、《河北省人民政府关于建立行政裁量权基准制度的指导意见》、《河南省人民政府关于规范行政处罚裁量权的若干意见》、《湖北省人民政府关于加强市县依法行政的实施意见》、《湖南省规范行政裁量权办法》、《吉林省规范行政处罚裁量权办法》、《江西省规范行政处罚裁量权规定》、《内蒙古自治区人民政府法制办公室关于进一步规范行政处罚裁量权工作的指导意见》、《青海省规范行政处罚裁量权办法》、《山东省关于开展规范行政处罚裁量权工作的意见》、《陕西省规范行政处罚自由裁量权的规定》、《上海市政府关于本市建立行政处罚裁量基准制度的指导意见》、《四川省规范行政处罚自由裁量权的规定》、《天津市人民政府关于开展规范行政处罚自由裁量权工作的意见》、《云南省人民政府法制办公室关于建立行政处罚自由裁量权基准制度的意见》、《浙江省人民政府办公厅关于开展规范行政处罚裁量权工作的通知》、《重庆市规范行政处罚裁量权办法》。

[52] 美国行政程序法第553条第3款规定：“法律规定必须根据听证的记录制定的规则，则不适用本款的规定，而适用本章第556条和第557条的规定。”第556条和第557条是关于行政机关举行事实审型听证的规定，主要是用于正式程序的行政裁定。

行政自制属性、公众参与成本等方面的考虑，仍然应该将是否启动公众参与程序的决定权交由行政机关自己定夺。在这一前提下，行政机关应该以裁量基准的“质量要求”和“可接受性要求”为主要参考因素，在比较公众和行政机关预期目标是否一致的基础上，根据实际情形在“改良的自主管理决策”、“分散式的公众协商”、“整体式的公众协商”、“公共决策或共同决定”四种模式中选择适用。同时，在运用公众参与程序制定裁量基准的时候，往往还需要在平衡裁量基准的质量要求和可接受性要求的过程中，谨慎选取具体的参与模式。既不能过度地向程度最高的“公共决策或共同决定”模式靠近，将基准的制定权完全交由公众，也不能完全忽略裁量基准的可接受性，一意孤行地运用“自主式管理决策”模式制定裁量基准。实践中，这应该是一个具体、灵活的选取过程，对四种模式的适用往往并不是独立的，它需要结合裁量基准的实际形态予以综合考虑，尤其是当行政机关并不十分肯定某项基准究竟是偏向质量要求还是可接受性要求的时候，可能需要采取多元的公众参与程序，以满足裁量基准的正当性需求。

---

**Abstract :** As the application of legislative discretion power or a rule-making power, the legal effect of discretion standard is not from legislature, but administrative agency. In essence, discretion standard is a self-regulation rule which is made by administrative agency. In China, to enhance discretion standard's democratic image as administrative rules, most of scholars believe that rule-makers should take advantage of the procedure of public participation to solicit public suggestions as much as possible. In the practice of discretion standard, this view has been recognized by the majority. However, there is no answer to the question why discretion standard should be controlled by public participation, which is a heteronomous system contrary to the autonomous nature of discretion standard, and no one refers to the answer about what extent to be used and the specific operating techniques of the public participation to the discretion standard. This is not only detrimental to the development of discretion standard, but also has produced many unrealistic requirements about discretion standard in the local laws and regulations. In my opinion, although public participation is probably the first choice because it is a direct public expression mechanism which can offer the form and content of democracy similar to the parliament, public participation should be treated as an alternative rather than mandatory obligation to administrative agency taking into account the discretion standard's self-regulation nature and the administrative costs. In practice, administrative agency should take the quality requirement and acceptability requirement as two main factors, consider the goal of the administrative parties, and then make a choice among the four kinds of public participation mode by the reference to its particularity and the reality, that is, the mode of modified autonomous managerial decision, the mode of segmented public consultation, the mode of unitary public consultation, and the mode of public decision.

**Key Words:** discretion standard, public participation, mode choice

---