



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

 

## 郑雅方:行政裁量基准法律属性研究——一个类型化视角的分析

ubuntu 发表于: 2013-10-31 23:48 点击: 178

**摘要:** 立足功能主义的立场,可以发现我国当下实践中存在着三类典型的行政裁量基准。创设性行政裁量基准的存在与上位法的空白授权条款过多有关,从法律保留原则的适用上看,应当尽量减少乃至取消这类裁量基准。为了体现对行政裁量的有效治理,应当大力发解释性行政裁量基准,并以指导性行政裁量基准辅之。对解释原则和解释方法的实践关注和理论提炼,有助于解释性行政裁量基准科学性的提升。

**关键词:** 行政裁量基准 创设性基准 指导性基准 解释性基准

行政裁量基准是我国近年来行政法学研究中的热点课题之一,学者们围绕行政裁量基准的功能、性质、效力等基本理论问题展开了较为深入而系统的研究。笔者赞同有的学者关于行政裁量基准研究应当实现“从专注裁量基准基本理论研究转向提升裁量基准质量、保障裁量基准实施的研究”[1]的主张,并认为这一转向是建立在在对行政裁量基准进行细致的类型化区分基础之上的。就功能意义而言,行政裁量基准可以分为创设性行政裁量基准、指导性行政裁量基准和解释性行政裁量基准三种类型,以下将就这三类不同的裁量基准的属性进行分析,希冀借此推动行政裁量基准课题研究的深入。

### 一、作为创设性行政规则的裁量基准

根据我国《立法法》第64条规定的关于立法权限的划分,我们可以将地方性法规分为创设性的和执行性的。“针对地方性事务制定的地方性法规和针对中央专属立法权之外、中央尚未立法的事项制定的地方性法规”<sup>①</sup>没有直接的上位法,所以在理论上这类法规通常被称为创设性的地方性法规。在行政裁量基准的制定中,也存在大量的类似于创设性的地方性法规。创设性行政裁量基准是指在行政处罚裁量基准的制定中,在法律、法规没有规定和明确授权的前提下,基层行政机关以特定条件下有效的行使行政裁量为目的而自行创设的行政裁量基准。笔者认为,这种行政机关自行创设的行政裁量基准主要分为两种情况,一种是“从宽”的创设性行政裁量基准,另外一种是“从严”的创设性行政裁量基准。以下笔者将结合实践中的具体案例来阐述之。

#### (一)“从宽”型创设性行政裁量基准

受全球金融危机影响,国内大部分工矿商贸企业经济发展受阻,一些地方安监部门积极贯彻中央应对当前严峻经济局面而提出的“三保”(保增长、保民生、保稳定)政策,相继出台了“三不罚”(首查不罚、隐患及时整改不罚、改进过程中不罚或未整改但未造成严重后果的不罚)<sup>②</sup>原则,目的就是为企业健康发展创造良好的环境。<sup>③</sup>有的省级工商部门专门出台了针对民营企业的“不处罚”(除对危害公共安全、食品安全、生产安全、环境安全的违法行为给予严厉打击外,对其他一般性违法行为,未造成直接危害后果或主观恶性不大,事后能够及时消除违法状态的,进行提示、警示、告诫,责令改正,一般不予以处罚)、“不追缴”(参加2008年度年检的企业,因受宏观经济影响,已逾期出资的,经企业提出申请,经批准后可暂不予以追缴,并免于处罚,允许企业延长出资期限)、“不吊销”(2008年6月至2009年年底前成立的企业,超过6个月未开业或者开业后自行停业连续6个月以上的,可以视情况延缓处理)等“三不”政策,试图扶持地方民营企业渡过难关。<sup>④</sup>有的省级工商部门甚至还专门出台文件,严格控制前置许可事项,除娱乐场所、化工生

产、拆船和危险废物经营行业外，环保事项的审批不作为其他行业企业登记的前置许可；除娱乐场所外，消防事项的审批不作为其他行业企业登记的前置许可。⑤不难看出，这些具有行政许可裁量基准性质的文件，目的就在于回应当前“促进企业又好又快发展、保持经济稳定增长”政策的现实需要。“安监三不罚”作为一种具有行政许可裁量基准性质的文件，表面上看起来是一种解释性的规则，原因在于这种行政裁量基准看起来是对行政许可范围的一种解释，是一种解释性的行政裁量基准。但笔者认为，解释只是表象，其实这是一种创设性的行政裁量基准。从本质上讲，“安监三不罚”是对原本应该处罚事项，在金融危机的大环境下，为了贯彻中央政府“保增长、保民生、保稳定”的要求，而对首次、隐患及整改阶段的不予处罚。也就是说，对原本应该给予处罚的情况，因为行政机关另外制定了“从宽的”裁量基准，而免于处罚。“从宽”的创设性行政裁量基准虽有减轻行政相对人负担、打造服务型政府的表面功效，但这种“创造”却逾越了国家法律规范的规定，并不具有合法性和正当性。更重要的是，以各种情势变迁为由肆意修改国家法律规范的规定一旦形成风气，将直接销蚀依法行政的精髓。因此，对类似“安监三不罚”这样的裁量基准应当保持足够的警惕。

## （二）“从严”型创设性行政裁量基准

与“从宽”的创设性行政裁量基准相对应的就是另外一种极端的“从严”的创设性行政裁量基准。这种创设性的行政裁量基准的表现形式就是以限缩性解释为特征的，提高原有的处罚幅度。以重庆烟民被拘案为例⑥，重庆消防部门给出了重罚依据是公安部在2009年8月20日发布的一则通知。⑦该通知要求，为确保60周年国庆安全，严令全国公安机关在非正常时期采取非常手段，对消防违法行为实施“六个一律”，其中第四个“一律”明确规定：违反规定使用明火作业者，或者在具备火灾爆炸危险场所吸烟者，一律行政拘留5日。然而，在2009年5月1日实施的新《消防法》第63条规定：

“违反规定在具有火灾、爆炸危险的场所吸烟的，处警告或者五百元以下罚款；情节严重的，处五日以下拘留。”从逻辑结构上看，该条规定的处罚实际上包括三个基本档次，即警告、五百元以下罚款和五日以下拘留；而且，该条规定还涉及两个不确定法律概念的解释，即“具有火灾、爆炸危险”和“情节严重”。公安部“8·20”通知有关“非正常时期采取非常手段”、“在有火灾危险场所吸烟者一律拘留5日”的新规，采取的就是对“情节严重”的一种间接性解释方法和“违规吸烟处罚”的缩限性解释方法，事实上这种裁量基准的所扮演的也是一种“从严型”的创设性基准的角色。“吸烟者拘留5日”的重罚所存在的问题，不仅仅是超出了多数公众尤其广大烟民的心理承受范围，更重要的是，这是一种超越了上位法所规定的5日以下拘留的封顶性处罚限制而采取了一刀切的一律拘留5日的规定。作为一则裁量基准，“公安部8·20通知”取消了上位法的阶次性规定，规避了“情节严重”这个不确定概念的解释。

创设性行政裁量基准虽然在一定程度上体现了应对特定时期行政执法的需要，但我们首先要质疑的就是，基层行政机关对此种类型的行政处罚裁量基准究竟有无设定权限。我国《行政处罚法》第14条规定：“其他规范性文件不得设定行政处罚。”无论是“公安部8·20”通知“一律拘留5日”还是“安监三不罚”都扩大了行政处罚的范围，增加了行政相对人的义务，而这种创设性的裁量基准更多产生的是负面的影响。值得关注的是，创设性行政裁量基准的正当性也得到了部分学者的支持，如周佑勇教授认为：“在我国，裁量基准设计的范围十分广泛，既可以是立法性规则，也可以是解释性规则和指导性规则。但考虑到既要克服行政裁量基准的固有局限，又要充分发挥其内在的功能，因此我们应当尽量限制采取立法性规则，也不宜仅仅将其定位于指导性规则，而主要应当发挥裁量基准作为解释性规则的功能。”[1]笔者认为，创设性行政裁量基准是应该禁止的。即使创设性行政裁量基准具有法律明确授权，也应该由法规的名义表现出来，切实贯彻落实行政法上的法律保留原则。

进一步的研究则表明，大量创设性行政裁量基准的存在实际上是由上位法的“空白授权”条款所造成的。⑧例如，《行政许可法》第79条规定：“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，行政机关应当依法给予行政处罚；取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在三年内不得再次申请该行政许可；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”第80条规定：“被许可人有下列行为之一的，行政机关应当依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）涂改、倒卖、出租、出借行政许可证件，或者以其他形式非法转让行政许可的；（二）超越行政许可范围进行活动的；（三）向负责监督检查的行政机关隐瞒有关情况、提供虚假材料或者拒绝提供反映其活动情况的真实材料的；（四）法律、法规、规章规定的其他违法行为。”第81条规定：“公民、法人或者其他组织未经行政许可，擅自从事依法应当取得行政许可的活动的，行政机关应当依法采取措施予以制止，并依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”上述规定中的“依法给予行政处罚”即属空白授权条款。在实践中，究竟应当给予何种类

型的行政处罚、何种程度的行政处罚就完全听命于行政机关的裁量。在这种“一揽子”授权的情况下，大量创设性行政裁量基准的存在就不足为奇了。可见，创设性行政裁量基准的彻底消除还必须立足于上位法空白授权条款的减少乃至绝对禁止。

## 二、作为指导性行政规则的裁量基准

本文所说的指导性行政规则与国务院法制办下发的《关于规范行政裁量权的指导意见》(以下简称《指导意见》)的“征求意见稿”中对行政裁量的适用规则类似。“适用规则是指行政执法部门行使行政裁量权应当遵循的实体性和程序性规范，其主要内容应当包括行使行政裁量权的基本原则、适用范围、适用程序、保障机制以及制定裁量基准的制度安排等。”这种适用规则虽然是行政裁量的适用规则，但其在功能意义上也实际充当了一种执行行政裁量的基本准则，并以行政规则的形式表现出来。因此，笔者倾向于将其定位为指导性的行政裁量基准。

### (一) 指导性裁量基准与解释性裁量基准的区别

实践中，指导性行政裁量基准与解释性行政裁量基准之间在定位上通常存在着模糊地带，易被混淆。<sup>⑨</sup>例如，《大连市国土资源和房屋局行使行政处罚自由裁量权基准制度》第15条规定：“行政处罚没有体现基准制度、未遵循自由裁量指导标准的构成执法过错。”这是一条指导性的原则。而广州市公安局法制处印发的《广州市公安局办理治安案件指引》，从标题上看，“指引”似乎是指导性行政裁量基准的典型特征，然而，这个文本中规定的内容却是对《治安管理处罚法》第23条至第75条中有关行为的表述、处罚标准等内容的细化，指引广大民警在执法中参考，实质上是解释性的行政裁量基准。笔者认为，区分指导性的行政裁量基准与解释性的行政裁量基准是研究行政裁量基准类型化中的一个难点，至少可从以下两个方面入手：

第一，标题或文本内容是区分两者的形式要件。指导性行政裁量基准与解释性行政裁量基准首先要从文本本身(本身内容)或标题的宣示，如《适用规则》、《指引》等标题的宣示表示有可能是指导性的行政裁量基准。文本内容如《大连市旅游局关于建立行政处罚自由裁量基准制度的规定(试行)》第十八条规定：“各级旅游局在实施行政处罚时，应当按照本规定和《大连市旅游局行政处罚自由裁量权指导标准》、《大连市旅游局行政处罚先例制度(试行)》、《大连市旅游局行政处罚说明制度(试行)》执行。”这条文本内容本身就是一条指导性裁量基准。因此，这种形式上的辨别似乎是最为直接的区别方法。不过，诸如《广州市公安局办理治安案件指引》表面上宣示是指导性行政裁量基准的特征，而事实上却是解释性的基准。可见，还需要掌握指导性裁量基准的实质要件。

第二，上下级行政机关之间的指导关系是区分两者的实质要件。指导性行政裁量基准一般性的规律是上级行政机关制定、由下级机关执行。为了指导下级机关行使行政裁量而制定的诸如指导意见、实施意见等，大部分具有指导性行政裁量基准的特征。例如，2007年6月10日下发的《金坛市国土资源系统行政处罚自由裁量实施意见》第51条规定：“本指导意见由市局负责解释并对执行情况进行监督。”这是一条典型的指导性行政裁量基准，并以兜底条款的方式作为行政裁量僵化的应对机制。

对于上下级之间仅存在业务指导关系的行政执法机关来说，或仅规定只适用于本机关，或明确承认下级行政执法机关有权另行制定裁量基准。前者如《哈尔滨市司法局行政处罚自由裁量基准制度》第2条规定“局机关执法机构(含法律、法规授权组织)实施行政处罚自由裁量权应遵守本制度”，并未规定对下级司法局的拘束力；后者如《南通市环境保护局行政处罚自由裁量权适用规定》第9条规定：“以南通市环保局为主体实施的环境行政处罚案件的建议、审查、决定严格按照本规定执行。各县(市)、区环保局可根据本地区实际情况制定本地区环保行政处罚自由裁量规定。”

### (二) 指导性裁量基准的辅助地位

首先，指导性行政裁量基准的辅助地位是由制定机关的相对高的级别决定的。指导性行政裁量基准一般是由相对高级别的行政机关为了指导下级机关正确有效行使行政裁量而制定的。例如，《指导意见》中规定：“适用规则的制定主体只能是各省级政府和国务院各部门。市县政府及其部门已经制定适用规则，与省级政府和国务院有关部门制定的适用规则

有不一致的，应当进行修订；省级政府和国务院有关部门制定的适用规则有不一致的，同为规章的，依据《立法法》的有关规定进行处理，同为规范性文件的，可以优先执行省级政府制定的适用规则。”该规定实际上明确了指导性行政裁量基准只是为“指导”而用，是上级政府监督、指导下级政府行使行政裁量的依据，具体的裁量基准还是要由基层行政机关来制定。这与行政裁量基准应当由具体执行行政裁量的基层行政机关制定的理念并不矛盾。

其次，指导性行政裁量基准的辅助地位是由其兜底条款的功能决定的。指导性行政裁量基准是解释性的行政裁量基准的一种补充，当解释性行政裁量基准不能穷尽行政裁量对基准的要求之时，指导性行政裁量基准便发挥了一种兜底条款的功能，弥补解释性规则在具体情境中的不足。然而，在实施行政裁量的具体情境中，解释性行政裁量基准的精确性是指导性行政裁量基准不可替代的。在肯定指导性行政裁量基准价值的同时，还要进一步强调其地位仅是辅助性的，主体地位还是要由解释性行政裁量基准来担当。很显然，指导性行政裁量基准是不能满足行政裁量基准限缩裁量空间的要求的。

值得注意的是，在行政裁量基准类型化的研究过程中，有的论者对指导性行政裁量基准的定位作了一分为二的分析。按照论者的说法，“裁量基准作为一种规则化的限制裁量权的行政自治制度在我国还刚刚起步，尚处于初步探索阶段。若一律定性为指导性行政规则，就可能无法发挥应有的功能，甚至失去制定的必要了。不过，随着我国公务员素质的提高，执法水准的提升以及法制的不断健全与完善，解释性行政规则也有可能逐步转化为指导性行政规则”[2]。笔者认为，这种观点值得商榷。如果说现阶段裁量基准制定几成运动、行政机关纷纷倾巢出动尚可根据不同机关之间隶属关系进行粗略分析的话，在裁量基准制定逐步得到规范、行政裁量权迫切需要得到有效遏制的未来，指导性裁量基准的地位将日益弱化，甚至完全应当退出行政裁量基准大家族。对于中国这样一个人治传统极为深厚、行政权力的滥用极为普遍的国度，试图依靠所谓的指导性裁量基准来治理裁量无异于缘木求鱼。

### 三、作为解释性行政规则的裁量基准

行政规则是确定如何正确行使行政裁量的制度依托，而为了确保行政裁量的统一行使，行政机关则更加偏向于使用解释的方法将裁量权的行使办法具体化，从而形成一种特有的以解释性为典型特征的行政规则，笔者称之为解释性规则。美国行政法学者戴维斯曾言：“拥有裁量权的行政机关针对具体问题制定‘公开性声明’是尤为重要的，因为这种‘公开性声明’是一种最实际、最有效的限制行政裁量的方法。”[3]68这种“公开性声明”从行政理论的角度讲也是解释性行政规则的一种。解释性行政规则的表现形式有很多种，如“规则、指南、指令、标准、准则、备忘录、信件、通知、会议纪要、公务员手册、培训材料”等。[4]笔者认为，解释性规则是行政裁量基准未来的发展趋势，而解释性规则所解释的对象、方法和技术必将成为行政裁量基准未来研究的重点。

#### （一）解释性裁量基准的法律效力

“尽管我们应当力图让立法机关穷尽一切法律细节来详细地确定所授出裁量权的范围，但是，这种理想状态已被实践证明往往很难实现。”[2]解释性规则的作用就在于弥补这种理想状态的遗憾。美国行政法学者安东尼曾言：“可以肯定的是，解释性规则对公众没有拘束力。用这样的非立法性规则去约束公众违反行政程序法，而且有辱我们限制政府的体制。行政机关无论是作为法律问题还是事实问题去约束公众都是一个事实。除非依照国会授权和程序，行政机关不能制定有拘束力的法律规范。通过规则制定行为制定法律规范，行政机关必须使用依照《联邦行政程序法》第553条规定的‘通告—评论’程序的制定的立法性规则。”[5]

传统行政法习惯于把诸如解释性行政裁量基准这样的行政规则定位于内部行政规则上，原因在于这种行政规则并没有创设新的权利义务，对公民和法院都没有实质的关联，不具有外部效力，自然也就没有拘束力，更谈不上法律上的拘束力。⑩然而，解释性裁量基准显然已经突破了内部效力的限制而具有外部效力。笔者认为，解释性行政裁量基准虽不具备法律上的拘束力，但基于其外部效力而产生的事实上的拘束力，对相对方已经产生了事实上的影响。例如，在云南的“周文明诉文山交警不按红头文件行政处罚案”中，云南省公安厅颁布的《云南省道路交通安全违法行为罚款处罚标准暂行规定》实际上就是裁量基准，但文山县交警大队在处理周文明超速案时并未遵循该基准，而是直接根据《道路交通安全法》第90条授予的裁量权作出了“顶格”处罚。按照美国、法国行政法中的相关规定，已经细化的行政裁量基准不

予适用，行政机关必须说明理由。正如“不说明理由或理由不成立的行政处理是越权行为”[6]。笔者并不赞成解释性行政裁量基准具有约束公众的效力或法律上的约束力，正确的定位应当是一种作为执法依据的事实上的拘束力。在美国，解释性规则(Interpretive Rules)是不能拿来约束公众的，但是法院却给予了解释性规则极大的尊重。(11)原因很简单，就是解释性行政规则虽然不像立法性规则(Legislative Rules)那样要通过严格的“通告——评论”的规则制定程序去解释法律，但是它也是在解释法律，尽管这种解释并不能像立法性规则一样具有约束公众的效力，甚至连做的解释是不是解释性规则自己都不能确定。[7]

## (二) 解释性裁量基准的解释对象

解释性行政裁量基准是行政裁量基准中最为常见的，适用范围最广、效果最好的，也是行政裁量基准将来重点研究的类型。“解释性规则解释成文法的语言并且具有现实意义，而不是一些诸如像‘公平和平等’或者‘基于公共利益’这样空洞含糊的语言。”[8]笔者认为，解释性行政裁量基准的解释对象主要包括不确定法律概念和适用规则。

### 1. 不确定法律概念

美国法理学家德沃金教授曾言：“法律是一种阐释性的概念。”[9]364法律规范实施之日便是法律规范解释之时。尤其是在现代风险社会，囿于立法者认知的有限性，法律文本之中往往充斥着大量不确定概念，更需要得到及时的解释方能运用于具体的个案。一般来说，不确定法律概念是指未明确表示而具有流动的特征的法律概念，包含一个确定的概念核心以及一个多多少少广泛不清的概念外围。不确定法律概念具体可以区分为经验性概念以及规范性概念两类，前者涉及实际的标的、事件，亦即涉及可以感觉的或其他可体验的客体；后者则缺乏实际的关系而必须经由评价态度始能阐明其意义，这种评价态度不可避免的内含主观因素。[10]37可见，各类不确定的法律概念是行政裁量基准首要的解释对象。

综观我国当下诸多的行政裁量基准文本，对不确定法律概念进行解释是行政裁量基准的重要组成部分。一般来说，“情节严重”、“数额巨大”、“公共利益”等多个不确定概念往往都充斥在行政法律规范之中，而通过裁量基准的制定加以具体化的解释就是重要的法律实施路径。例如，《湖南省公安行政处罚裁量权基准(试行)》将《治安管理处罚法》第23条第1款第1项“情节较重”解释为六类具体情形：多次扰乱机关、团体、企业、事业单位秩序的；在机关、团体、企业、事业单位内损毁办公用具、物品、门窗等物造成较大损失或者毁坏文件材料的；无理推拉、纠缠、辱骂、围攻或者殴打有关国家工作人员、职工、教师、科研人员、医务人员，造成伤害后果或者恶劣影响的；围堵、封闭机关、团体、企业、事业单位的主要出入通道，造成较长时间交通堵塞的；占据办公室、实验室、教室、生产车间以及其他工作场所时间较长，经多次劝说拒不离开的；其他情节较重的情形。再如，《株洲市粮食局行政处罚自由裁量基准制度》主要是针对违法违规罚款可以量化的行政处罚，按照违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度和当事人的主观过错等因素，结合行政执法实际，运用分格技术，对粮食经营者的具体违法违规行为，依据情节和法定处罚幅度，确定不同档次的处罚基准额，提高粮食行政执法的规范性和可操作性。每一种情节对应一种处罚基准额，情节严重的处以最高的基准额，这样就弥补了情节严重等不确定法律概念的模糊性给基层执法人员带来的不便。又如，《金坛市国土资源系统行政处罚自由裁量实施意见》第13条对“既不改正又不缴纳复垦费”的情况下，应处以罚款的标准作了规定，依据是被破坏的土地的类型，即“被破坏的土地为基本农田的，每亩处以土地复垦费2倍的罚款；被破坏的土地为基本农田以外的耕地的，每亩处以土地复垦费1倍的罚款；被破坏的土地为其他土地的，每亩处以土地复垦费1倍以下的罚款。这样巧妙地将“既不改正又不缴纳复垦费”所存在的诸多不确定的因素，根据对土地的破坏情况作了清晰的处理，依据明确，过罚相当。

### 2. 适用规则

《指导意见》中将行政裁量的适用规则定义为“行政执法部门行使行政裁量权应当遵循的实体性和程序性规范，其主要内容应当包括行使行政裁量权的基本原则、适用范围、适用程序、保障机制以及制定裁量基准的制度安排等”。显然，适用规则在基层一线执法工作的依据仍然具有很大程度上的不确定性，还是需要做进一步解释。当然，这种解释并不是机械的、程式化的解释，而是应当与具体的执法情况以及相关条款结合在一起考虑所做的情境化解释。如此一来，不仅避免了适用规则被束之高阁的危险，同时也能将行政裁量的灵活性保存下来。例如，《南通市环境保护局行政处罚自由

### (三) 解释性裁量基准的解释原则和方法

法律解释是一门专业性极强的活动，必须遵循相应的解释原则和方法。尤其是对于一些不确定法律概念的解释，更应当体现法律解释活动内在的原则。以工伤认定三个基本要素“工作时间、工作场所、工作原因”以及“上下班途中”等关键用语的解释为例，就必须遵循如下三项基本的解释原则：

一是尊重立法原意原则。准确捕捉和遵循《工伤保险条例》的立法原意是工伤认定条件解释的首要原则。与1996年原劳动部发布的《企业职工工伤保险试行办法》相比，《工伤保险条例》的规定明显体现出对劳动者权益的倾斜性保护。也就是说，无论劳动者对其所受伤害是否存在过错，只要不是主观故意，都应认定为工伤。特别是适用法律和认定事实模糊不清时，一般都需要对工伤职工的利益予以倾斜保护。这种立法原意的形成是基于对我国当下劳动法律关系双方当事人地位悬殊的深刻体察。相对于用人单位而言，劳动者特别是地位极弱的农民工阶层始终处于弱势，为劳动者提供劳动保护和工伤保险待遇是每一个用人单位的基本义务。而用人单位通过参加工伤保险，也能够起到分散赔偿责任、降低行业风险的作用。因此，在实践中对“工作原因”、“上下班”等立法用语就不能作非常狭隘的解释，如拒绝将劳动者“串岗”、“早到早退”等情形认定为工伤。其实，无论劳动者是在自己的岗位上还是在别人的岗位上发生伤害，只要是为企业工作而发生伤害，都应当认定为工伤。劳动者即便是提前到岗，也是出于工作目的，更何况一些工作本来就是计件付酬的；劳动者提前下班固然违反了单位的劳动纪律，但提前下班的途中仍然是“下班途中”，不能因为劳动者违反单位劳动纪律就否定其应该享有的工伤保险待遇。(12)

二是符合生活情理原则。一般来说，民事活动除了要遵守法律规定之外，还必须遵从民间习俗、生活习惯等自然法则。由于工作、劳动涉及每一个劳动者的日常生活，因而也必须照顾到一般的生活情理。[15]例如，随着我国计划生育政策的推行以及人口流动的加快，现代城市家庭大多呈现典型的“三口之家”特点。如此一来，在上下班途中顺便接送孩子、下班途中去菜场买菜即属人之常情，也是当下中国普通劳动者平常生活的真实写照。因此，即便是绕路接送或买菜甚至赴宴，都应当从宽解释为“上下班途中”。又如，上厕所不仅是劳动者正常的生理现象和需要，而且劳动者本来就享有法定的获得劳动安全卫生保护的权利要求。因此，劳动者不仅在工作场所上厕所受到伤害需要认定为工伤，而且如果因为用人单位没有为劳动者如厕提供方便，劳动者就近在工作区域外如厕受到伤害也应当认定为工伤。

三是适应社会需要原则。任何法律规范的制订都只是对特定历史阶段社会关系的记载，因而对法律文本中不确定概念的解释也必须适应当下时代发展的现实需要。(13)例如，在中国的官场文化中，“接待陪同”是一项极为重要的日常工作。在官场文化的浸润下，无论是企业还是事业单位，也同样视“接待陪同”为本单位的重要工作内容。特别是在企业内部分工日益细密、市场竞争日渐激烈的背景下，成立专门内部机构招募专门人员从事公关、接待事务已经成为普遍现象。因此，对在陪同用人单位客户吃饭、娱乐过程中发生的事故伤害就不能机械地拒绝认定为工伤。相反地，应该立足中国的现实国情、作出符合当代中国社会形态的解释。

注释：

①我国《立法法》第64条规定：“地方性法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；（二）属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。除本法第八条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。”

②笔者在下文的论述中将该政策简称为“安监三不罚”。

③《县安监局坚持“三不罚”，助力企业发展》，<http://xspf.nbxs.gov.cn/Article/ArticleShow.asp?ArticleID=2436>。

④参见浙江省工商行政管理局文件：《关于促进全省民营企业平稳较快发展的若干意见》，浙工商企[2009]1号。

⑤参见江苏省工商行政管理局文件：《关于贯彻落实科学发展观促进企业又好又快发展的意见》，苏工商办

⑥2009年8月29日《重庆晚报》报道，来自湖北省孝感市的56岁男子赵某，在重庆市朝天门金海洋批发市场内吸烟被行政拘留5天，成为重庆市公共场所吸烟被拘第一人。

⑦以下简称为“公安部8·20通知”。

⑧我国台湾地区行政法学者陈春生教授曾指出：“代替法律之行政规则指在特定须法律规范之领域，但却全无规范法律或虽有规范之法律存在，但是却概括须进一步之具体规定时，所订定之行政规则。就法律只是概括规定情况，于过渡时期有时会类似裁量基准之行政规则，但与裁量基准行政规则之区别在于，裁量基准之行政规则为对已给予之决定基准加以具体化，而此时因法律只是概括规定之代替法律之行政规则，首先即须提供必要之决定标准。”陈春生：《行政法之学理与体系(二)》，元照出版公司2007年版，第130页。论者虽将裁量基准之行政规则与代替法律之行政规则并列置于行政规则大家族之中，但就本文面向行政实践的功能主义理解而言，将创设性裁量基准列为裁量基准的一种亚类型并无矛盾。

⑨事实上，指导性行政裁量基准还与“行政指导基准之行政规则”相区别。按照我国台湾地区行政法学者陈春生教授的理解，所谓的行政指导基准之行政规则指“于特定行政领域，行政机关因业务性质常有发布行政指导之必要时，有关其为行政指导之方式，预先予以成文化之谓”。陈春生：《行政法之学理与体系(二)》，元照出版公司2007年版，第129页。可见，指导性行政裁量基准与行政指导基准分属不同的学术概念。

⑩参见陈春生：《行政规则外部效力问题》，载台湾行政法学会主编：《行政法争议问题研究》，五南图书出版公司2001年版，第366—367页；[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593页。

(11) 467 U. S. 837(1984)。

(12) 法律解释学中的“目的解释方法”就是贯彻立法原意原则的重要解释方法。一般来说，目的解释方法指以法律规范目的为根据，阐释法律疑义的一种解释方法。参见梁彗星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第226页。

(13) 法律解释学中的“社会学解释方法”就是体现适应社会需要原则的重要解释方法。一般来说，社会学解释方法指的是将社会学方法运用于法律解释，着重于社会效果预测和目的衡量，在法律条文可能文义范围内阐释法律规范意义内容的一种法律解释方法。参见梁彗星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第236页。

#### 【参考文献】

- [1] [法] 勒内·达维德. 当代主要法律体系[M]. 漆竹生译. 上海: 上海译文出版社, 1984.
- [2] 蔡志方. 行政救济与行政法学(一)[M]. 台北: 三民书局, 1993.
- [3] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社、北京大学出版社, 2007.
- [4] [德] 弗里德赫尔穆. 行政诉讼法(第五版)[M]. 莫光华译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [5] Susan Rose-Ackerman, “American Administrative Law under Siege: Is Germany a Model?”, Harvard Law Review, Vol. 107, No. 6(Apr., 1994).
- [6] Karl-Peter Sommermann, “Der Inhalt der Verwaltungskontrolle durch die Verwaltungsgerichte”, La Revue administrative, 52e AnnD411W701.JPGe, No. 7, Numero special 7: Les transformations de la juridiction administrative en France et en Allemagne(1999).
- [7] Charles F. Sabel and William H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, Harvard Law Review, Vol. 117, No. 4(Feb., 2004).
- [8] 马怀德. 《行政诉讼法》存在的问题及修改建议[J]. 法学论坛, 2010, (5).
- [9] 马怀德, 葛波蔚. WTO与中国行政诉讼制度的发展——兼论对现行行政诉讼法的修改[J]. 政法论坛, 2002, (2).
- [10] 章志远. 现行行政诉讼法的修改势在必行[J]. 政治与法律, 2003, (3).
- [11] 李红枫. 行政诉讼管辖制度现状及其对策[J]. 行政法学研究, 2003, (1).
- [12] 莫于川. 公民合法权益保护优先是行政诉讼立法的重要原则——关于修改我国《行政诉讼法》的若干建议[J]. 中国人民大学学报, 2005, (5).
- [13] 薛刚凌. 行政诉讼法的发展趋势[J]. 政法论坛, 2003, (1).
- [14] 湛中乐, 等. 行政调解、和解制度研究——和谐化解法律争议[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [15] 姜明安. 行政诉讼功能和作用的再审视[J]. 求是学刊, 2011, (1).

作者简介：吉林大学法学院与美国IOWA大学法学院联合培养博士，任教于对外经济贸易大学法学院，主要从事行政法学研究。

文章来源：《苏州大学学报：哲学社会科学版》2012年第2期。引用请以正式发表版本为准。

© 2009-2014 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址：中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编：130012 电话：0431-85166329 Power by Leeyc