

以指导案例制度消除歧视性行政执法

孟鸿志

近日，司法部下发《关于开展涉及不平等对待企业法律法规政策清理工作的公告》（以下简称“公告”）。在行政监管执法方面，“公告”提出清理“违法对不同企业设置歧视性检查事项、检查频次；违法对不同企业区别设置行政自由裁量权基准，对特定企业作出明显具有歧视性的行政处罚、行政强制措施、行政强制执行决定”等针对企业的歧视性行政监管执法行为。歧视性行政监管执法违反法治的平等原则，破坏营商环境，阻碍企业的正常发展，需要认真对待和解决。

歧视性执法的实质是“同案异罚”

平等是法治的基本原则和内在精神，既包括对适用对象的普遍性，即“法律面前人人平等”，也包括适用结果上的无差别性，即“同等情况同等对待”，二者缺一不可，共同构成法律平等适用的基本内涵。早在春秋战国时期，我国先贤就对法的平等性有深刻认识，《韩非子》有言：“法不阿贵，绳不挠曲。法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争。刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。”此后两千多年，这构成了民众朴素正义观和法感情的重要组成部分。

在行政执法领域，法律平等适用直接表现为同案同罚（包括与之紧密相关的行政强制措施和行政强制执行）。行政机关是公共利益的代表，法律是人民共同利益的体现，因而行政执法作为行政机关实施法律的重要活动，必须是公共性的。行政执法不仅是对单一事项的个别处理，还要为全社会树立共同的行为标准，这就要求执法的结果不止要实现个案公平，还要考虑对社会全体成员的示范效应。当行政机关对两个案情相同的案例作出相同的处罚，为民众作出了一致的示范，即符合了民众对于法律平等性的普遍认知。相反，对两个案情相同的案例作出不同的处罚，前后作出的示范彼此不一致甚至冲突，破坏了法的可预期性，就会产生歧视性执法的评价。由此可见，歧视性执法的实质就是同案异罚，消除歧视性执法，就是在消除行政执法过程中的同案异罚现象。

行政监管执法指导案例的功能

2010年，最高人民检察院、公安部、最高人民法院先后建立了指导案例制度，至今已有十余年历史。指导案例制度在统一法律适用、指导司法裁判等方面发挥了重要作用。出于消除歧视性行政监管执法、改善营商环境的目的，在行政监管执法领域建立指导案例制度，实现公平监管执法，正当其时。

指导案例有利于消除歧视性行政监

- 当行政机关对两个案情相同的案例作出不同的处罚，前后作出的示范彼此不一致甚至冲突，破坏了法的可预期性，就会产生歧视性执法的评价。由此可见，歧视性执法的实质就是同案异罚。
- 以相对稳定的法律对迅速变化的市场开展监管，需要善于使用既有的法律应对新的问题。行政监管执法指导案例的首要功能，就是通过对有关法律条文进行解释，统一各级执法机关对法条的理解，筑牢法律统一适用的规范基础。
- 一般的指导性案例只需对案情本身进行分析和解读，但歧视性行政监管执法案例还需要重点分析歧视性的判定如何成立，这就必然涉及类案的比较和分析。因此，歧视性行政监管执法案例不仅需要介绍案情本身，还需要对同类案件的普遍情况进行整体分析，以便分析和认定案件的歧视性。

管执法，源于其具备下列功能：

第一，解释功能。执法是实施法律的活动，法律本身是抽象的条文，而现实生活纷繁复杂。为了使静态不变的法条能够始终成为处理各类事项的依据，就必须对其加以解释。我国作为世界上最有活力的单一大市场，新的经济业态层出不穷，市场形势一日三变，法律却要保持相对的稳定性。以相对稳定的法律对迅速变化的市场开展监管，不仅需要及时对法律进行修改和更新，更需要善于使用既有的法律应对新的问题。行政监管执法指导案例的首要功能，就是通过对有关法律条文进行解释，进而统一各级执法机关对有关法条的理解，筑牢法律统一适用的规范基础。

第二，指导功能。法律适用是以法律规范为大前提，以案件事实为小前提，最终推导出结论的过程。在这一过程中，具体的案件事实必须经过分解和抽象，转化为法律事实，才能被抽象的法律规范所涵摄。对于大部分案件而言，同案同罚的难点在于“何为同案”难以识别。尤其在一线执法场景中，执法人员面临较为繁重的执法任务，缺少现场检索类案的条件，往往只能就案论案，增大了同案异办的概率。通过指导案例，执法机关及其工作人员省去了类案检索和比对的大量成本，可以直接参照典型案例对案件进行处置，既有利于保障执法公平，也有助于提升执法效率。

第三，规范功能。行政执法的一大特点，就是执法机关常拥有较大的自由裁量权。行政裁量权的存在有其必要性，通过赋予执法机关及其工作人员一定的灵活空间，能够避免执法陷入僵化和刻板，更有助于实现个案的实质公平。但是，自由裁量权如不加以规范，也会为执法不公和权力寻租大开方便之门。因此，从中央部委到地方各级行政机关，都开始推行行政裁量权基准制度。但是，行政裁量权基准对行政裁量空间的细化程度有限，为了保证能够充分涵盖现实情况，不可能完全消除其抽象性，也无法完全避免“较大”“较重”“其他”等不确定概念的使用。因此，依然需要发挥指导案例的作用，通过具体案例直接明确法律条文所指涉的现实情况，对执法机关的行政裁量权作更加细致和准确的规范。

第四，教育功能。从指导案例的发展历程看，其对民众的宣传教育功能越发突出。无论是审判机关还是检察机关，近年来都开始以专题形式集中选取和发布指导案例，这种方式既能聚焦实践需求，对办案过程中问题较为集中的领域进行批量回应，更重要的是发挥指导案例的宣传教育功能。审判机关和检察机关通过案例的选取和解读，回应公共议题，解读司法政策，力图实现法律效果与社会效果的统一。从民众的角度看，相较于抽象的法律条文，案例的形式也更便于理解和接受。同时，指导案例也为法学教育和研究提供了宝贵的现实素材。

指导案例的上述功能，匹配了消除歧视性行政监管执法，优化营商环境的现实需求。尤其是在中央要求加快建设全国统一大市场的背景下，执法机关开展监管执法需要清晰的统一指导，促进其合理行使行政裁量权；营商主体也需要加强法治学习，提升法治意识。故而，应当在行政监管执法领域，全面建立指导案例制度。

建立行政监管执法指导案例制度

截至目前，我国已有多个国家部委发布过执法指导案例，如文化和旅游部发布的旅游市场执法指导案例、农业农村部发布的农业行政执法指导性案例、国家知识产权局发布的知识产权行政保护指导案例等。但目前专门针对歧视性行政监管执法的指导案例还很少。2021年《行政处罚法》修订后，国务院和各部委都下发了贯彻实施的相关通知，但基本没有提及发布指导案例。因此，建议在行政监管执法领域建立指导案例制度，对歧视性行政监管执法进行集中指导和规范。具体而言，行政监管执法指导案例制度应由下列方面构成：

第一，在发布主体方面，建议由司法部和国家市场监督管理总局牵头，会同最高法、最高检联合参与，以兼顾市场监管执法活动和法制审核活动的专业性。

第二，在发布内容方面，除了常规的案情介绍、处理要旨、指导意义、涉及的法律规范等内容外，还应当格外注重歧视性行政监管执法与其他类型案例

的区别。一般的指导性案例只需对案情本身进行分析和解读，但歧视性行政监管执法案例还需要重点分析歧视性的判定如何成立，这就必然涉及类案的比较和分析。因此，歧视性行政监管执法案例不仅需要介绍案情本身，还需要对同类案件的普遍情况进行整体分析，以便分析和认定案件的歧视性。这实际上对歧视性行政监管执法案例的编写提出了更高的要求。

第三，在发布流程方面，应当分为案例收集、调研分析、组织编写、集中发布等环节。在案例收集环节，不仅可以通过各级行政机关报送案例，还应当综合运用互联网等多种信息渠道，直接向社会大众征集有关案例。在调研分析环节，可以采取抽查案卷、座谈交流等方式，重点核查案例的真实性、典型性、代表性。在组织编写环节，可适当吸纳法学领域的专家学者，就案件情况提供分析意见。此外，还需配套建立指导案例定期清理制度，对于法律依据发生变化、时效性不强的指导案例，定期由发布机关宣布失效。

第四，在案例的效力方面，我国不是判例法国家，指导案例也不是正式的法律渊源，对执法机关没有法律上的拘束力。但作为上级机关发布的规范性文件，其仍对下级机关具有事实上的拘束力。尤其是行政机关不同于审判机关，上下级行政机关间属于领导关系，上级机关对下级机关有更强的控制力，指导案例的拘束力更为刚性。从统一法律适用的角度看，这种刚性的拘束力也正是达成该制度的目的所需要的。

第五，在与其他制度的协调联动方面，指导案例制度应当建立一系列与相关制度进行联动的机制，形成制度合力。首先是建立与立法、行政裁量权基准等规范修改制度的联动机制，如在编写指导案例过程中发现法律漏洞或行政裁量权基准制定不当，应当及时向有关立法机关和行政机关反馈，促进法律和行政裁量权基准的修改完善。其次，应建立与执法机关、纪检监察机关的联动机制，在案例征集和研究的过程中，不仅会判断案例本身的合法性，可能还会发现部分单位和个人的违法违纪行为。案例编写过程中发现的线索，应当及时向相关执法机关和有管辖权的纪检监察机关反映，交由其进一步深入调查。最后，建立与审判机关的联动机制，在案例编写过程中，审判机关可以从案例构成、法律适用、编写规范等多方面提供有参考价值的意见，不仅如此，通过案例编写过程中的充分沟通，统一执法机关和审判机关对法律适用的理解，也有助于在行政争议发生时，在前端化解行政争议，缓解审判机关的诉讼压力。

【作者系东南大学法学院教授、博导，江苏省人大常委会地方立法研究基地主任，中国行为法学会行政法治研究会副会长，中国法学会行政法学研究会常务理事，中国法学会立法法学研究会常务理事。本文系国家社科基金重大项目“突发重大公共卫生事件防控的法治体系研究”（项目批准号：20&ZD189）的阶段性成果。】

