

论过罚相当的判断

李 晴

【摘 要】过罚相当原则是设定和实施行政处罚的法定原则之一,却面临判断困境。实践中,“过”“罚”“相当”三个核心要义均在不同程度上被改良,其他法律原则也被引入用以共同实现过罚相当原则的法定功能。实践中的改进映射出过罚相当原则存在不足。应当重新反思过罚相当原则的释义,将“过”重构为应受处罚要素和处罚裁量要素,处罚裁量要素可依社会危害性和人身危险性进行类型化;将比例原则和平等原则作为相当性判断标准,以比例原则设定和确定个别罚则,通过智能量罚系统的普及实现平等原则。

【关键词】行政处罚;过罚相当;比例原则;平等原则;智能量罚系统

【作者简介】李晴,南京大学法学院助理研究员(江苏 南京 210093),南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员(江苏 南京 210097)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2021.6.28~38

【基金项目】国家社科基金重大项目“新时代中国改革创新试验的法治问题研究”(项目编号:18ZDA134);国家社科基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设研究”(项目编号:19ZDA165);北京市法学会2020年市级法学研究课题“面向新时代实践需要的首都社会信用法治问题研究”(项目编号:BLS(2020)C008)。

《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第5条第2款规定:“设定和实施行政处罚,必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”该条款是过罚相当原则在我国法律中的具体表述。^①过罚相当原则是设定和实施行政处罚的法定原则之一。只是,越来越多的学者意识到过罚相当原则存在考量要素^②和判断机制^③的不足。如何进行过罚相当的判断,是当前面临的困境。

一、实践中的改进映射出不足

从立法和司法实践来看,过罚相当原则^④总体上虽被遵循,却存在诸多改进的情景。改进的路径不尽相同,或对过罚相当原则的规范内涵进行改良,或在过罚相当原则之外引入其他法律原则。

(一)规范内涵的改良

从规范结构上来看,过罚相当原则包括“过”

“罚”和“相当”三个构成要件。根据条文的字义,“过”即“违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度”,“罚”即“设定和实施行政处罚”,“相当”即相当性判断。大量行政立法和司法个案对过罚相当的规范内涵进行改良。

“过”在立法和司法实践中存在三种完善形式。第一种形式是对“过”的某个考量因素进行具体化。如《规范环境行政处罚自由裁量权若干意见》将“情节”解释为:第一,环境违法行为的具体方法或者手段;第二,环境违法行为危害的具体对象;第三,环境违法行为造成的环境污染、生态破坏程度以及社会影响;第四,改正环境违法行为的态度和所采取的改正措施及其效果;第五,环境违法行为人是初犯还是再犯;第六,环境违法行为人的主观过错程度。第二种形式是增加“过”的考量要素。该形式又表现为两种方式。一是在现有考量因素之外增加新的考量空

间,主要体现为增加“等”字作为兜底,如《交通运输部关于规范交通运输行政处罚自由裁量权的若干意见》和《国家工商行政管理总局关于工商行政管理机关正确行使行政处罚自由裁量权的指导意见》。二是在事实、性质、情节和社会危害程度之外增加新的考量要素。如《财政部门行使行政处罚裁量权指导规范》第9条第2款增加了“实施违法行为的主客观因素”;《质量监督检验检疫行政处罚裁量权适用规则》第5条增加了“违法行为的手段”和“当事人主观过错等因素”。该种方式在司法实践中体现得也尤为明显。^⑤第三种形式是重构“过”的考量要素。如《安全生产行政处罚自由裁量适用规则(试行)》第7条第1款将“过”解释为“违法行为的主体、客体、主观方面、客观方面等因素”。又如《成都市规范行政处罚自由裁量权实施办法》第6条将“过”的因素归纳为:“(1)违法行为人的年龄及精神状况;(2)违法行为人的主观过错程度;(3)两年内是否有两次以上同类违法行为;(4)违法行为的具体方法或手段;(5)违法所得或非法财物的数量;(6)违法行为对具体对象造成的破坏程度及社会影响;(7)对违法行为所采取的措施及效果;(8)法律、法规、规章规定的其他因素。”《沈阳市规范行政处罚自由裁量权实施办法》第9条和《长春市规范行政处罚自由裁量实施办法》第6条也有类似规定。

立法和司法实践对“罚”的明确主要体现在处罚后果的具体化。如《浙江省行政处罚裁量基准办法》第6条将“罚”理解为是否处罚、单处或者并处处罚、处罚种类和处罚幅度。司法实践中,多数案件对于“罚”的理解限定在处罚幅度,但也有个别案件涉及处罚种类和单处并处。如济南奥信数控机械制造有限公司与济南市工商行政管理局平阴分局等处罚上诉案^⑥和苏州鼎盛食品有限公司诉苏州市工商行政管理局行政处罚纠纷案^⑦涉及处罚种类;上海东兆化工有限公司诉上海市工商行政管理局静安分局行政处罚案^⑧涉及单处或并处罚。

立法和司法实践引入行政法基本原则对“相当”进行阐释。一方面,从平等的角度出发理解“相

当”。这又存在两种方式。一是在处罚裁量规范中直接引入“平等原则”,如《中华人民共和国海事局海事行政处罚裁量权管理办法》第6条第1款、《安全生产行政处罚自由裁量适用规则(试行)》第7条第2款和《交通运输部关于规范交通运输行政处罚自由裁量权的若干意见》。二是基于“平等原则”对“相当”进行阐发和适用。如《消防行政处罚裁量导则》第6条规定“同一时期、同一地区,对同一类违法主体实施的性质相同、情节相近或者相似、危害后果基本相当的消防安全违法行为,在处罚裁量时,适用的处罚种类应当基本一致,处罚幅度应当基本相当”。邬学勋诉舟山市市场监督管理局金塘分局处罚案^⑨体现了若行政处罚中同种情况不同对待,则过罚不相当;魏锡铭与启东市公安局等治安行政处罚上诉案^⑩体现了若行政处罚中不同情况相同对待,过罚也不相当。另一方面,依比例原则解释“相当”。这主要体现在司法裁判。在苏州鼎盛公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案^⑪中,将比例原则中的适当性原则和均衡性原则作为过罚相当性判断的标准;在郭建军不服诸暨市国土资源局土地处罚案^⑫和延津县国土资源局与王协兰行政处罚纠纷案^⑬中,通过比例原则中必要性原则的适用,判断是否相当。

(二)其他法律原则的引入

除了对过罚相当原则规范内涵的改良,若干立法引入其他法律原则与过罚相当原则共同用于合理设定或行使行政处罚权。根据引入原则的功能,这些立法可分为两类。一类是引入大陆法系或者普通法系约束行政裁量权的法律原则,如比例原则、平等原则、合理性原则。例如《淄博市规范行政处罚自由裁量权若干规定》第6条和《福州市规范行政处罚自由裁量权规定》第6条在过罚相当原则的综合考虑因素之外,增加了比例原则的三个要求,规定了“符合法律目的”和“所采取的措施和手段应当必要、适当”。《甘肃省规范行政处罚自由裁量权规定》第4条在列举过罚相当原则内涵之外,既增加了比例原则的三个释义,也增加了合理性原则中的因素考虑要求,规定“符合法律目的”“排除不相关因素的干扰”

“所适用的措施和手段应当必要、适当”和“行政执法机关可以采取多种方式实现行政管理目的的,应当尽量采用对行政管理相对人没有损失或损失较小的方式”。《青海省规范行政处罚裁量权办法》第3条除了规定过罚相当原则,还混合了平等原则和合理性原则的因素考虑要求,规定“平等对待公民、法人或者其他组织,排除不相关因素干扰”。

另一类则在引入以上约束行政裁量权的法律原则之外,还引入了其他并非直接用于裁量权约束的行政法原则。如《规范农业行政处罚自由裁量权办法》规定合法原则作为行政处罚自由裁量权的原则;《生态环境部关于进一步规范适用环境行政处罚自由裁量权的指导意见》规定合法原则和公开公平公正原则;《交通运输部关于规范交通运输行政处罚自由裁量权的若干意见》规定处罚法定原则等。

(三)实践中的改进映射出不足

以上实践揭示了过罚相当原则的不同改进路径。但改进的背后蕴含着过罚相当的判断困境。首先,实践中对过罚相当原则的改进,已一定程度上暗含了过罚相当原则的不足。一般来讲,如果过罚相当原则是完美无缺的,作为《行政处罚法》的法定原则应当得到普遍地、毫无修正地适用和遵循。这是因为,下位法的制定者和司法裁判者均不想冒着突破上位法的风险进行改造乃至创造。然而,当现有立法规定无法满足立法和司法需求时,也即现有立法存在不足时,改进也就变得必要了。过罚相当原则即是如此,之所以大量的立法实践和司法实践对过罚相当原则进行改进,就是因为过罚相当原则无法完美地解决目前实践中的相关问题。其次,不同的改进路径也凸显了过罚相当原则存在的多方面局限。一方面,立法和司法实践对“过”“罚”“相当”进行改良,意味着这三个构成要素的内涵是狭隘、不明确或者不清晰的。“过”一词包含的“事实”“性质”“情节”和“社会危害程度”四个概念无法将手段、过错、主体、未遂等因素囊括进去,相对于实践的丰富,其内涵便是狭隘的。“罚”一词在适用中被具体理解为罚或不罚、何种罚、罚多少、单处或并处等多种情形,

可见其有不明确之处。“相当”一词的主观性极强,为了提高立法的明确性和司法的说服力,也需要更清晰的判断标准。另一方面,在过罚相当原则之外引入比例原则、平等原则、合理性原则乃至合法原则、公开原则等,意味着实践中意识到了过罚相当原则对其功能的实现存在局限和缺失,因而需要通过其他原则予以补足。

尽管改进本身已经突破过罚相当原则的既有规范,但这是否仍然符合过罚相当原则作为原则或者一般准则而不同于规则的特性呢?相较于规则要么有效要么无效的方式适用,原则不是以要么有效要么无效的方式适用,并且原则可能互相冲突。^⑭这样的不同,导致原则是相对模糊的,且需要衡量适用的。然而,过罚相当原则由于是法定原则,且其中包含了较为明确的“过”“罚”“相当”三个要素,因此其内涵和外延相对周延。在此基础上对三个要素的进一步完善、明确和阐释,可说明其内涵和外延尚有不足。《行政处罚法》将过罚相当原则定位为合理设定和实施行政处罚的法定原则,说明了其唯一性。在此之外引入其他原则,足以体现其功能的局限。如何更为周延地展开过罚相当的判断,从而充分发挥《行政处罚法》赋予的功能,是当前过罚相当原则面临的重大困境。

二、刑法与域外行政处罚立法双重参考

化解过罚相当原则的判断困境,既需扎根实践的观察,也需高屋建瓴的比较。刑罚与行政处罚同属于惩罚体系的重要组成部分,刑法理论和刑事立法可为过罚相当提供参照。不同国家或地区的行政处罚均面临过罚相当的判断问题,域外行政处罚立法和理论可为我国过罚相当的判断提供借鉴。

(一)可参照的刑法维度

刑罚权是一项重要的国家权力,其是必要的,也是危险的。危险主要体现在裁量性上。正如有学者提到的那样,裁量性刑罚权力(discretionary penal power)“权限大得可怕,而本质上无法控制”。^⑮尽管如此,有关合理设定和实施刑罚权的尝试始终没有放弃。有学者将之视为“建构刑事法律制度的基

石”。^⑩也有学者认为其是刑法制定者和解释者的首要目标。^⑪

在认识到该问题的重要性之后,诸多先贤试图建构合理配置和行使刑罚权的规范,并形成不同视角下的罪刑均衡理论。以贝卡里亚、边沁、费尔巴哈为代表的古典功利论将刑罚的目的界定为预防犯罪,将预防犯罪的必要限度作为确定罪刑均衡的标准。以康德、黑格尔为代表的古典报应论主张刑罚是对犯罪的报应,刑罚的质和量应与犯罪相适应,刑罚的轻重应当以犯罪对社会造成的损害为尺度。以龙勃罗梭、加罗法洛、菲利为代表的刑事实证学派提出刑罚个别化,强调刑罚应当与未然的、个别的犯罪人的人身危险性相适应。直至后期古典学派,既论证了行为作为刑罚核心根据的合理性,也开始关注行为人因素。^⑫这一流变呈现了罪刑均衡背后的考量要素从行为走向行为与行为人的综合。除此之外,学者们同样关注罪刑均衡的实现或权衡标准。贝卡里亚提出“相应的、由强到弱的刑罚阶梯”是实现“刑罚与犯罪相对称”的工具;^⑬R. S. De Vere认为“使惩罚与罪行相称”是法律制定者和解释者的首要目标;^⑭哈特将“惩罚必须以某种方式对称于或等于其犯罪之恶”作为刑罚的正当理由之一;^⑮福柯坚持惩罚的适度原则。^⑯

我国《刑法》同样从考量要素和判断标准两个层面规范设定和实施刑罚权的合理性。一个层面是以罪责刑相适应原则为核心的考量要素罗列。《刑法》第5条规定“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。该条款被解释为“对犯罪规定刑罚和对犯罪分子量刑时,应根据其所犯罪行的性质、情节和对社会的危害程度来决定”。^⑰有学者认为该条款强调刑罚的轻重应当与行为的社会危害性程度以及行为人的危险性程度相适应,确立了具有中国特色的折中主义刑法论的量刑公正观。^⑱有学者认为罪责刑相适应原则“实质上是刑法主观主义与客观主义,行为人主义与行为主义碰撞的结果”。^⑲亦有学者将罪责刑相适应原则解读为刑事法律规范设定的支撑性理念,认为以罪责刑相适

应为依据,形成了以社会危害性程度为标准的预备犯、中止犯、共犯、主从犯、教唆犯等处罚规则,以人身危险性大小为标准的累犯、自首、缓刑、减刑、假释等刑罚制度,根据社会危害性大小、罪行轻重排序的科学的刑法分则体系。^⑳另一个层面是对罪责刑均衡标准的探索。《刑法》第4条规定“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”该条款被认为是《宪法》平等原则在刑法中的体现。^㉑除此之外,近来也有学者或积极^㉒或者警惕^㉓地探讨比例原则入刑。

由上观之,无论是刑法学的发展流变,抑或是我国刑事立法和刑法理论,皆从两个维度探索合理设定和实施刑罚权的方案。一是关注罪刑均衡抑或罪责刑相适应的考量要素。与学界的主张趋势一致,我国定罪量刑的考量要素同时涵括了行为和行为人要素,兼顾了客观主义和主观主义的统一,体现的是后期古典学派的思考进路。二是关注如何均衡、如何相适应。对此的讨论存在较大争议。目前西方刑法学界提出的“相应的、由强到弱的刑罚阶梯”和“不多不少”的罚当其罪等标准相对模糊、主观。反倒是我国《刑法》平等原则的规定和近来比例原则的引入为罪刑相适应提供了具有建设性意义的参考方案。

(二)可借鉴的比较法维度

除了刑法维度的建构,一些国家或地区的行政处罚立法中也逐渐形成了较为完善的合理设定和实施行政处罚权的机制,其中德国《秩序违反法》(Gesetz über Ordnungswidrigkeit)和我国台湾地区“行政罚法”与“社会秩序维护法”较为典型。^㉔

德国《秩序违反法》的行政处罚裁量约束机制由第17条第3款、第24条第1款和第2款以及第47条第1款四个条款构成。就考量要素,第17条第3款被认为“包含着罚款裁量的规则”,违反秩序行为的严重程度和应受谴责程度作为第一考虑要素(in erster Linie),而其他要素,如经济状况(wirtschaftlichen Verhältnisse)作为次要因素。^㉕德国Joachim Bohnert教授将以上要素进一步阐释为相较于其他事件的严重程度、有无共犯、对被保护利益的风险及伤害程

度、案件发生的频率和可以客观描述行为的所有内容。^③就判断标准,第24条第1款和第2款被认为是“对宪法中比例原则的强调,并将之具体化为没收权”。^④对于该条款的功能,有学者认为它“包含了裁量的边界,而非裁量规则”。^⑤第47条第1款被称之为便宜原则(die Opportunitätsgrundsatz),是德国秩序罚裁量的原则之一。^⑥以上四个条款将违反秩序行为的严重程度、应受谴责程度作为主要考量因素,将行为人的经济状况作为次要考量因素。而在没收的约束机制中,比例原则是衡量目的与手段关系的标准。

与德国《秩序违反法》类似,我国台湾地区的处罚裁量约束机制也由若干条款组成,且同样包含考量要素和判断标准两个部分。就考量要素,“行政处罚法”第18条第1款规定违反行政法上义务应受责难程度、所生影响、因违反行政法上义务所得之利益和受处罚者的资历作为裁处罚缓审酌因素。陈清秀教授在四项审酌因素框架下进行了进一步阐释。^⑦“社会秩序维护法”第28条“从‘动机’到‘结果’”规定了包含具体的行为方式、密度、损害法益的程序、次数、结果、累犯、态度等十项处罚考量因素。^⑧就判断标准,“行政处罚法”第18条第1款规定了“具体认定个案中罚缓目的与方法间所生的各种应加斟酌之利益与不利益”。^⑨第19条第1款是便宜原则,^⑩用于“合义务的裁量”,其适用需满足受法定最高额新台币三千元以下罚缓之处罚、情节轻微、认为以不处罚为适当者三个要件。便宜原则被视为适用行政罚之重要法律原则,^⑪甚至有观点主张将其“可普遍地适用在所有行政罚之案件中”,并成为“行政法上之一般法律原则”。^⑫以上两个条款均被认为体现了比例原则的精神。^⑬洪家殷教授将比例原则的三阶理论进一步演绎为:适当性指对于行为人之违反行政法义务之行为处以行政罚时,必须足以达到维持秩序的目的;必要性指当对于人民之违反行政法上义务之行为处以行政罚时,若有多种处罚种类或额度可以采行时,应以在可以达到维持秩序目的之范围内,选择最轻的处罚种类或额度;均衡性指违法行为人的制裁结

果,对其权利所造成的损害与支付的行政成本和所欲维护的社会秩序是成比例的。^⑭陈清秀教授也将比例原则演绎为:必要性即处罚谦抑原则;^⑮法定额度应进行类型化;行政裁罚应符合个别案件的妥当性;处罚手段有多数可选择时,应选择足以达成目的之最轻手段。^⑯

德国《秩序违反法》和我国台湾地区“行政处罚法”及“社会秩序维护法”具有很大的相似性:一方面,通过罗列若干考量因素约束处罚裁量;另一方面,试图在小范围内提出更为明确的判断标准辅助处罚的裁处。可见,以上行政处罚的裁处受到考量因素和判断标准的双重限定。需要注意的是,两个地区三部立法均将相应机制适用在量罚上,也即行政处罚的适用上,这是因为德国和我国台湾地区的处罚设定权相对集中在规范制定者手中,毋须过多强调其设定的自由空间,这与我国大陆地区的现实有所不同。

(三)对过罚相当原则的启示

可参照的刑法维度和可借鉴的域外行政处罚立法维度皆从考量要素和判断标准两个方面建构惩罚权设定和实施的合理化方案。这是过罚相当原则在接下来需要进一步明确的。尽管过罚相当原则本身涵括了考量要素和判断标准两个方面,但以此为框架的规范建构始终没有实质性展开,应当借助考量要素和判断标准的双重限定形成合理设定和实施处罚权的相对理想规范模型。尽可能周延、清晰地罗列行政处罚设定和裁处应当考量的因素,能够形成对应受处罚行为性质和处罚后果相对全面、准确的认识。尽可能合理、明确、客观地呈现判断标准,能够对应受处罚行为进行相对清晰排布,形成轻重适宜的谱系,并分别对应适当的处罚。

至于应当如何罗列设定和裁处应当考虑的因素,如何确立判断标准,域外刑法和行政处罚有共识,也有区别。就考虑因素,域外刑法学和我国刑事立法兼顾了行为和行为人要素,定罪量刑同时考量社会危害性和人身危险性;德国《秩序违反法》和我国台湾地区“行政处罚法”及“社会秩序维护法”尽管罗列的要素或抽象或具体,但大体也可总结为社会危

害性和人身危险性两大方面,除此之外还考虑了行为人经济状况、资历等其他要素。就判断标准,域外刑法学的讨论相对主观,反倒是我国《刑法》对平等原则的规定和近来比例原则的引入提供了更为清晰的方向;而德国《秩序违反法》和我国台湾地区行政处罚制度将比例原则实定化,并衍生出便宜原则,只是适用领域有所限定。

三、“过”考量要素的重构

过罚相当原则中“罚”的要素较为清晰,即是否罚、处罚种类、处罚幅度、单罚还是并罚。相较而言,如何理解“事实”“性质”“情节”“社会危害程度”,四要素能否全面覆盖设定和实施处罚所要考虑的全部要素,争议较大。

(一)“过”的不足

相较于以社会危害性和人身危险性为基础确定刑法中定罪量刑考虑要素和域外行政处罚中“罚”的考量要素,当前过罚相当原则中包含的“事实”“性质”“情节”和“社会危害程度”四大考虑要素存在明显不足。第一,过于抽象,难以把握。德国《秩序违反法》第17条第3款和我国台湾地区“行政罚法”罗列了严重程度、应受谴责程度、影响、经济状况等考量要素。我国台湾地区“社会秩序维护法”则包含了具体的行为方式、密度、损害法益的程序、次数、结果、累犯、态度等考量因素。相较而言,过罚相当原则中包含的“事实”“性质”“情节”“社会危害程度”四要素均属于更为抽象的用语。如何在设定和实施处罚时把握以上四要素存在较大困难。当前立法和司法实践试图将四要素予以明确,却导致实践中对于“过”的认识不统一。

第二,缺乏体系,难免挂一漏万。当前刑法通说形成了以构成要件该当性、有责性和违法性为核心的三阶层犯罪论体系,体现社会危害程度的预备犯、中止犯、共犯、主从犯、教唆犯和体现人身危险性的累犯、自首、缓刑、减刑、假释定罪量刑体系。相较于刑法,过罚相当原则中“事实”“性质”“情节”“社会危害程度”四要素的逻辑关系并不清晰,何种要素是应受处罚行为构成要素,何种要素是处罚裁量要素并

不明确。在此前提下,立法和司法实践中细化或增加了诸多“过”的考量要素,却无法将之准确纳入“过”的考量体系之中,且在设定和实施具体的行政处罚时很容易有缺漏。

(二)考量要素的重构

本文认为应当从过罚相当原则在《行政处罚法》中的功能出发,确立包括应受处罚行为构成要素和处罚裁量要素在内的“过”的体系。其中处罚裁量要素可根据人身危险性和社会危害性进行体系化整合。一方面,过罚相当原则是合理设定行政处罚的基本原则。这要求对应受处罚行为的构成要素进行考量。对于应受行政处罚的构成要件,《行政处罚法》第3条规定为“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为”。对此,学界将之解读为构成要件的该当性、违法性以及有责性三个判断标准。^⑧这实际上援引了刑法上犯罪构成的“三阶层”理论。根据德国的学说,构成要件该当性是指能够从法律上进行评价的事实,即以行政处罚为威胁的,违反了不应为或应为要求的规定的行为,如行为人、行为、故意或过失,等等。违法性是指排除不法的前提,即阻却违法事由,如正当防卫、紧急避险,等等。有责性则是针对个人满足应为要求的能力,通常包括法定责任年龄、精神状态,等等。^⑨

另一方面,过罚相当原则是用于约束行政处罚裁量的基本原则。这意味着,过罚相当原则的考量因素应当包括行政处罚裁量时需要包含的因素。对此,《行政处罚法》第32条规定了主动消除或者减轻违法行为危害后果、受他人胁迫或者诱骗实施违法行为、主动供述行政机关尚未掌握的违法行为、配合行政机关查处违法行为有立功表现的从轻、减轻因素。《治安管理处罚法》第12条规定年龄、第14条规定身体状况(盲人或又聋又哑的人)、第19条规定情节、主动消除或减轻违法后果并取得被害人谅解、被胁迫或诱骗、主动投案如实供述、立功等从轻减轻处罚因素和第20条规定严重后果、教唆、胁迫、诱骗、打击报复、再犯等从重处罚因素。以上因素较为全面地囊括了行政处罚裁量因素,且与域外立法和理

论罗列的考虑因素具有很大的相似性,可以作为过罚相当原则在约束行政处罚裁量时的考量因素。尽管这些因素已经较为全面,但却错乱复杂,应当根据人身危险性和社会危害程度进行整理。体现人身危险性的要素包括年龄、身体状况等行为人状态和主动消除或减轻违法后果、主动投案如实供述、立功等行为后的态度。体现社会危害性的要素包括是否有胁迫、诱骗、教唆的意图以及是否被胁迫、诱骗、教唆等违法状态和后果是否严重。以上大体囊括了《行政处罚法》《治安管理处罚法》等立法中的法定裁量因素。

重构后的过罚相当原则的考量要素应当划分为两类:一类是应受处罚行为构成要素;另一类是处罚裁量要素。前者包含构成要件该当性、违法性、有责性需要考量的行为人、行为、故意或过失、正当防卫、紧急避险、法定责任年龄、精神状态等要素;后者包括体现人身危险性的行为人状态和行为后的态度、体现社会危害性的违法状态和违法后果等。

四、相当性判断机制的明确

过罚相当原则中的“相当”如何判断是困扰适用者的另一大难题。这一难题追根究底归因于“相当”本身的主观性、不确定性,需要通过更为客观、更为确定的标准和机制予以明确。

(一)相当性的判断困境

过罚相当原则中的“相当”,是不确定法律概念,仅从字面来看是直觉性的。“直觉主义的正义论按罗尔斯的话来说,‘只是半个正义观’,因为它停留在一批最后标准尚就认为它们是不可追溯的而逡巡不前了,不去寻找那种唯一的根本标准,这在理论上是不彻底的,且易走向相对主义。”^⑧作为一个直觉性概念,“相当”存在着两大判断困境。

第一,缺乏某一规则或个案中过与罚均衡的量子度。德国《秩序违反法》和我国台湾地区“行政罚法”均将比例原则作为过罚相当的判断标准。比例原则的必要性、适当性、均衡性三原则纵深式论证逻辑应用于行政处罚规则设定或个案判断时,得以“详尽考量具体个案中所有相关因素与法益的分量,充分检

验与个案具体脉络相扣的所有相关理由与论据的说服力,以为基本权利与其他法益的每个具体冲突,分别寻找兼顾各方合理要求的解决方案,求取各方的动态合理平衡。”^⑨相较而言,过罚相当原则包含的相当性判断是一种横向对比,体现的是一种普及性思维,通过对比试图达成处罚相对人、处罚机关、社会公众、司法机关乃至立法机关一种朴素的共识。然而“相当”往往由于主观性强,难以对个别规则和个案进行充分论证。

第二,缺乏个案与个案之间相当性判断的有效机制。我国《刑法》第4条明确规定了平等原则。有刑法学者认为,平等原则要求“对实施了犯罪行为的人规定了同样的追究刑事责任的根据、同样的免除刑事责任和刑罚的根据、同样的消灭前科法律后果的条件”。^⑩相较于《刑法》中规定的平等原则,“相当”同样是一种主观判断,如何实现“同案同罚、异案异罚”,缺乏明确的标准。

(二)依比例原则设定和确定罚则

比例原则可以作为过罚相当性的分析工具和判断标准。^⑪在行政处罚设定场景中,需要考虑是否罚和如何罚的问题。是否罚,也即某一社会失序行为是否纳入行政处罚的范畴。对此,首先需要权衡针对该失序行为予以行政处罚,是否有助于维护社会秩序,这是适当性原则的考量;其次需要综合社会危害性和人身危险性考量行政处罚是否是对该失序行为予以处罚的最小侵害手段,也即道德谴责能否足以实现维护社会秩序的目的,行政处罚是否过于严厉而无须用来维护社会秩序,这是最小侵害原则的考量;最后需要权衡适用行政处罚所耗费的成本与所维护的社会秩序是否均衡,这是均衡性原则的考量。确定应当行政处罚之后,需要考虑如何罚,也即应当针对该应受行政处罚行为处以何种种类和多大程度的处罚。对此,同样可依循适当性、最小侵害原则、均衡性原则的分析逻辑,在综合考虑该行为的社会危害性和人身危险性的基础上考虑适用何种处罚种类和幅度有助于对违法的行政相对人施以惩戒;该处罚种类和幅度是否是可选择的手段中对行政相

对人影响最小的;选定的处罚种类和幅度所耗费的行政成本与所维护的社会秩序是否均衡。需要注意的是,由于规则本身所固有的抽象性,基于比例原则设定的罚则难免包含审酌空间,例如确立的处罚种类可以是单一的,也可以是多元且层层递进的;确立的处罚幅度往往并非固定数额,而是一个可选择的数段。

此外,在行政处罚实施场景中,依比例原则方能确定针对特定场景中应受处罚行为最为适宜的处罚种类和额度。具体而言,首先应当根据构成要件该当性、违法性、有责性的判断,确定某失序行为是否构成应受行政处罚行为,并确定适用的罚则,也即基准罚。在此基础上,结合专家判断,具体分析各类不同的酌定考虑要素,确定适用何种罚则在有助于实现行政目的的情况下,既足以形成对相对人的威慑,对相对人的影响还是最小的,逐步累积形成各个酌定要素考虑的权重,从而形成更为精准的量罚指南。

(三)依平等原则普及智能量罚系统

裁量因素相同的违法行为的处罚应当也是相同的,裁量因素不同的违法行为的处罚也应当不同。这其实是平等理念的表现,也即同种情况同样对待、不同情况不同对待。因此,平等是过罚相当判断的重要标准。那么,如何保障同案同罚、异案异罚呢?近年来,刑事司法系统进行了诸多尝试。例如湖北省检察系统建立了包括量刑起点、调节基准刑、常见量刑情节的适用和调整、确定量刑建议的智慧刑检智能量刑辅助子系统;安徽怀宁形成了区域和罪名选择、定罪量刑情节选择、一键生成预测报告三步走智能量刑预测系统。^②而在行政处罚领域,南京市公安局全市推广应用行政案件自动量罚系统,该系统以规范自由裁量权行使为核心,将治安行政案件的违法情节、处罚标准、裁量规则预先统一设定,由执法人员根据违法情节直接点选,自动生成处罚结果;达州市公安局建成“达州市公安行政处罚均衡量罚系统”,对不予处罚、减轻、从轻或者从重处罚的情形规定,结合违法行为的目的、冻结、方式以及违法行为的性质、对象、次数、后果及社会危害程度等方面

情况,将涉及裁量幅度的法律条款予以细化、量化,将每一种违法行为确定为多个处罚阶次,每个阶次对应一种具体行政处罚情形,合理设置裁量情节和阶次勾选项,形成722项行政处罚自由裁量标准。在合理设定和实施罚则的基础上,将罚则纳入可视化、可持续性的智能量罚系统,是实现同案同罚、异案异罚的重要措施。将该系统全面普及至全国各个行政管理领域的行政处罚,方能真正实现过罚相当。

感谢杨登峰教授、章剑生教授、查云飞博士、郑琳博士、康骁博士、张运昊博士、陈楚凤、蒋宇凡等师友提出的宝贵意见,然文责自负。

注释:

①参见全国人大常委会法制工作委员会国家法律法规室编著:《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》,法律出版社1996年版,第8-9页。

②参见赵本东:《行政处罚罚款倍率确定的方法》,载《中国质量技术监督》2016年第2期;周海源:《危害性评价应纳入行政处罚制度的基本范畴》,载《法学》2020年第6期。

③参见杨登峰、李晴:《行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨》,载《交大法学》2017年第4期。

④从搜集的31部以“处罚裁量”或“处罚自由裁量”为题的行政立法来看,部分立法直接照搬了过罚相当原则。在梳理的大部分案件中,过罚相当原则往往通过罗列违法行为的构成要素直接适用。

⑤蔡东兴与启东市公安局等处罚上诉案和开平市方圆路桥金属制品有限公司与广东省江门市质量技术监督局监督行政处罚纠纷上诉案增加了对违法主体主观方面、是否有过错或是否有主观故意的考量。参见江苏省南通市中级人民法院[2012]通中行终字第0082号行政判决书、广东省江门市中级人民法院[2014]江中法行终字第85号行政判决书。刘兴福与大庆市公安局龙岗分局治安行政处罚纠纷上诉案和郭曙华与福安市公安局公安道路行政处罚决定案增加了对时间、地点、手段和后果的具体考察。参见黑龙江省大庆市中级人民法院[2014]庆行终字第2号行政判决书、福建省宁德市中级人民法院[2014]宁行终字第11号行政判决书。北京金洋天蓝科技发展有限公司不服北京市工商行政管理局行政处罚案增加了对

认罪态度的审查。参见北京市第一中级人民法院[2006]一中行终字第668号行政判决书。江苏宏兴化学有限公司诉涟水县公安局处罚决定案、朱强与南通市公安局崇川分局行政处罚上诉案和郭曙华与福安市公安局公安道路行政处罚决定案增加了对重犯、未遂和其他从轻、减轻、从重情节的考查。参见江苏省涟水县人民法院[2013]涟行初字第6号行政判决书、江苏省南通市中级人民法院[2012]通中行终字第0134号行政判决书。济南奥信数控机械制造有限公司与济南市工商行政管理局平阴分局等处罚上诉案加入了立法目的的考量。参见山东省济南市中级人民法院[2013]济行终字第167号行政判决书。

⑥参见山东省济南市中级人民法院[2013]济行终字第167号行政判决书。

⑦参见江苏省高级人民法院[2013]苏知行终字第0004号行政判决书。

⑧参见上海市第二中级人民法院[2004]沪二中行终字第169号行政判决书。

⑨参见浙江省舟山市定海区人民法院[2015]舟定行初字第7号行政判决书。

⑩参见江苏省南通市中级人民法院[2014]通中行终字第00303号行政判决书。

⑪参见江苏省高级人民法院[2013]苏知行终字第0004号行政判决书。

⑫参见浙江省绍兴市中级人民法院[2008]绍中行终字第37号行政判决书。

⑬参见河南省新乡市中级人民法院[2010]新行终字第14号行政判决书。

⑭参见[美]迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第12-13页。

⑮[美]David Garland:《控制的文化——当代社会的犯罪与社会秩序》,周盈成译,巨流图书有限公司2006年版,第75页。

⑯[美]保罗·罗宾逊、[美]迈克·卡希尔:《失义的刑法》,谢杰等译,上海人民出版社2018年版,第11页。

⑰Cf. R. S. De Vere, “Discretion in Penalties”, The Law Quarterly Review, Vol. 27 Issue 3, 1911, p. 317.

⑱参见郑延谱:《从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2014年第6期。

⑲参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第79-81页。

⑳Cf. R. S. De Vere, “Discretion in Penalties”, The Law Quarterly Review, Vol. 27 Issue 3, 1911, p. 317.

㉑参见[美]H. C. A. 哈特:《惩罚与责任》,王勇、张志铭、方蕾译,华夏出版社1989年版,第220页。

㉒参见[法]米歇尔·柯柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店2012年版,第100-101页。

㉓王爱立、雷建斌主编,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著:《〈中华人民共和国刑法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2016年版,第8页。

㉔参见赵廷光:《论量刑原则与量刑公正——关于修改完善我国量刑原则的立法建议》,载《法学家》2007年第4期。

㉕郑延谱:《从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2014年第6期。

㉖参见董玉庭、董进宇:《刑事自由裁量权与刑法基本原则关系研究》,载《现代法学》2006年第5期。

㉗参见王爱立、雷建斌主编,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著:《〈中华人民共和国刑法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2016年版,第7页。

㉘参见于改之、吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,载《现代法学》2018年第4期。

㉙参见田宏杰:《比例原则在刑法中的功能、定位与适用范围》,载《中国人民大学学报》2019年第4期。

㉚各国(地区)的惩罚体系不尽相同,大体可以分为一元惩罚体系和二元惩罚体系。一元惩罚体系,即由司法机关行使刑罚权用以惩罚所有不法行为;二元惩罚体系,即由行政机关和司法机关分别行使行政惩罚权和刑罚权,从而分别惩罚行政不法行为和刑事不法行为。我国属于二元惩罚体系。从功能的角度来讲,《行政处罚法》是用于规范行政机关惩罚权的立法。从比较法的角度,德国《秩序违反法》(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)和我国台湾地区的“行政罚法”具有功能上的一致性,此外“社会秩序维护法”也包含总则性的规定,同样值得参照。因此,本文以德国和我国台湾地区的行政罚制度中的裁量约束原则为参照物,形成与过罚相当原则的对比。

㉛Vgl. Dr. Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München: C. H. Beck, 2002, S. 137, Rn15.

㉜Vgl. Dr. Joachim Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, 5. Auflage, München: C. H. Beck, 2016, S. 55, Rn139.

③ Vgl. Dr. Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München: C. H. Beck, 2002, S. 195, Rn1.

④ Vgl. Dr. Erich Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München: C. H. Beck, 2002, S. 196, Rn4.

⑤ Vgl. Dr. Joachim Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, 5. Auflage, München: C. H. Beck, 2016, S. 16, Rn. 44, 45.

⑥ 参见陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第252-273页。

⑦ 参见余凌云、李金华:《我国台湾地区、德国与我国大陆治安处罚若干问题比较——〈治安管理处罚法〉的成就与可提升空间》,载《山东警察学院学报》2005年第6期。

⑧ 参见廖义男主编:《行政罚法》(修订二版),元照出版有限公司2017年版,第214页。

⑨ 参见林锡尧:《行政罚法》,元照出版有限公司2005年版,第63页。

⑩ 参见洪家殷:《行政罚法论》(增订二版),五南图书出版股份有限公司2006年版,第61页。

⑪ 参见洪家殷:《行政罚法论》(增订二版),五南图书出版股份有限公司2006年版,第70-71页。

⑫ 参见洪家殷:《行政罚法论》(增订二版),五南图书出版股份有限公司2006年版,第80页。采类似观点的还有黄俊杰教授。参见黄俊杰:《行政罚法》,翰芦图书出版有限公司2006年版,第55-58页。

⑬ 参见洪家殷:《行政罚法论》(增订二版),五南图书出版

股份有限公司2006年版,第79-80页。

⑭ 陈清秀教授在讨论“处罚规定之必要性:处罚谦抑原则”时也提出“如果行政罚之制裁效果相当严厉时,则基于衡平正义原则,其处罚之构成要件之解释,也应从严解释,必须有重大危害秩序行为时,才能适用该项严厉处罚规定,以符合责罚相当原则。”陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第71页。笔者认为责罚相当原则并非仅仅是必要性的问题,或者说其并非主要是必要性的问题,在此加以罗列不甚合适。

⑮ 参见陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第71-74页。

⑯ 参见熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,载《法学研究》2012年第6期。

⑰ 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、[美]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第77-86页。

⑱ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,译者前言第9页。

⑲ 杨登杰:《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》,载《中外法学》2015年第2期。

⑳ 赖早兴:《论平等在刑法中的地位》,载《法制与社会发展》2006年第2期。

㉑ 参见杨登峰、李晴:《行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨》,载《交大法学》2017年第4期。

㉒ 参见《智能量刑辅助系统——让认罪认罚从宽“看得见”“落得实”》,载《检察日报》2020年8月22日第3版。

The Judgment of Equivalent Penalties

Li Qing

Abstract: The principle of equivalent penalties is one of the statutory principles for the establishment and implementation of administrative penalties, but it faces a dilemma of judgment. In practice, the three core elements of "violation" "penalty" and "equivalent" have been clarified and expanded to varying degrees. In addition, other legal principles have been introduced to jointly realize the statutory function of the principle of equivalent penalties. The improvement of the principle in practice reflects the shortcomings. The interpretation of the principle of equivalent penalties should be reconsidered. "Violation" should be reconstructed as the element deserving penalty and the element of penalty discretion; the element of punishment discretion can be classified according to social harmfulness and personal danger. The criterion of equivalence should be clarified by the principle of proportionality and the principle of equality. The principle of proportionality can be used to set and determine individual penalty rules, while the realization of the principle of equality depends on the popularization of intelligent penalty system.

Key words: Administrative Penalty; Principle of Equivalent Penalties; Principle of Proportionality; Principle of Equality; Intelligent Penalty System