

# 论《行政处罚法》修改的基本立场

熊樟林

**【摘要】**修改《行政处罚法》，应当从法的规制目标、调控视角、规范结构、功能定位四个方面明确其基本立场。在规制目标上，《行政处罚法》需要回应风险社会的环境变迁，从单一走向多元，构建“以法律威慑为主，以风险预防为辅”的规范体系，增设风险预防原则，增加行政处罚类型，拓展行政处罚的目标预设；在调控视角上，应从相对人行为达到何种标准才能予以处罚的全新视角，为行政处罚权提供科学的启动标准和运行法则，明确应受行政处罚行为的成立要件，创建应受行政处罚行为的概念条款和责任条款，搭建新的《行政处罚法》控权模型；在规范结构上，应考虑从程序法转向实体法，将此次修法重心置于完善和创设实体法条款上，从而丰富《行政处罚法》的控权手段；在功能定位上，应进一步明确《行政处罚法》的总则角色，从提供行政处罚依据转向统领行政处罚立法，旨在设计框架性规则，重点对行政处罚活动中的共性问题加以规定，从而保证《行政处罚法》的总论地位。

**【关键词】**行政处罚法；规制目标；规范结构；功能定位；应受行政处罚行为

**【作者简介】**熊樟林，东南大学法学院副教授，法学博士。

**【原文出处】**《当代法学》（长春），2019.1.101～111

**【基金项目】**本文系最高人民检察院检察理论研究课题“公益诉讼制度框架下行政违法行为检察监督”（GJ2018D35）和中央高校基本科研业务费专项资金资助课题“软法反腐机制构建问题研究”（2242018S30027）的阶段性成果。

## 引言

我国《行政处罚法》自1996年颁布实施以来，在法治政府建设上功不可没。但是，伴随法治国家及法治政府建设的不断发展，22年前立法设计的局限性也逐渐显现出来，《行政处罚法》在诸多层面上已经不适合法治实践的需求。有的行政执法领域开始回避《行政处罚法》提供的规制手段，呼吁新型执法方式的创设与应用；有的行政处罚疑难案件无据可循，暴露出《行政处罚法》实体规则的不足；严格的处罚程序设计，也让程序裁量的合法性成为新的理论议题；《行政处罚法》的建构的惩罚逻辑能否“自圆其说”，也面临不少诘问和挑战。

在这一背景下，2018年9月10日，全国人大常委会对外公布了《十三届全国人大常委会立法规划》。其中，修改《行政处罚法》被列为第一类项目，即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。这意味着，1996年为有效遏制“乱罚款”现象而出台的相对“粗线条”的《行政处罚法》，在实施了22年之后，将面临首次大修。<sup>①</sup>

从我国既往的法律修改习惯来看，在法律草案公示之前，全国人大常委会一般不会对外公布修法的基本立场和主要内容。现阶段，法学理论与立法实务部门对此也尚未形成统一的认识。因此，在法学理论上充分展开《行政处罚法》修改

的立法政策研究,梳理问题、总结经验、凝聚共识、明确方向,对于促进《行政处罚法》的科学变革,具有重要意义。

### 一、立法目标之扩张:从单一到多元

总体来看,1996年的《行政处罚法》秉持传统的行政处罚观念,诸多原则性规定和具体制度设计已经相对滞后,立法者提供的处罚手段也非常有限,无法满足现代政府治理对多元治理工具的迫切需求。在行政执法实践中,以下两方面的问题比较明显。

第一,行政处罚的预设目标单一,无法适应风险社会的现实需求。长期以来,同行政许可、行政强制一样,行政处罚被定性为一种命令控制型手段。这一认识在《行政处罚法》立法文本中明确体现,同时在理论界也被普遍认可。<sup>②</sup>立法者对《行政处罚法》的目标设定,往往只落在“法律威慑”这个单一目标上,即“通过法律责任为违法行为设置后果,从而为行为人创造在事前放弃违法行为的激励”。<sup>③</sup>也正因此,《行政处罚法》存在大量的威慑性条款。譬如,《行政处罚法》第8条规定的罚款、行政拘留等等。

但是,通过强化威慑和惩罚目标,究竟能否达到预定的社会治理效果,也是难以准确评估的。正如有学者所言:“惩罚一直无法实现其雄心而令人失望,同时危机与矛盾也不断削弱它的效果”。<sup>④</sup>从根本上来说,由于我们所面临的社会环境已经发生了根本性变化,传统以结果为导向的行政处罚体系,是建立在奉行自由意志与风险自担的传统社会之中的,其主要任务是想要在制度上防止公权力的任意扩张,拒绝政府的积极行为。但随着科技发展,现代社会已经进入风险社会。“风险社会的特质表明基于自由主义原理的风险观已经不能适应现实,客观现实和社会心理均要求国家扩大干预范围,国家的安全保障职责从关心现状、保护或重建一个不受干扰的状态为己任,发展到以未来为目标全面型塑社会”。<sup>⑤</sup>在风险社

会中,国家的角色和任务发生了根本性转变,政府不再扮演单纯“守夜人”角色,人们开始要求政府扮演更为积极的角色,“政府被要求强化规划未来生活”。<sup>⑥</sup>在这种关系中,国家不仅“可以”干预风险,而且有“义务”干预风险。<sup>⑦</sup>

因此,在立法技术上,较之于传统的以结果为本位的法律规范而言,预防性法律规范能够更好地满足公众的安全心理需求,正如刑法学者所言,“随着风险社会的来临,必然意味着现实社会的法是预防性的法”,<sup>⑧</sup>这当然包括《行政处罚法》的目标定位。在风险社会中,《行政处罚法》必须改变目前仅以惩罚为目的的功能预设,应当将整个法律评价机制前移,增加“风险预防”的法律目标。现在看来,这一需求在环境法上已经越来越明显,大量研究表明,“在风险社会背景下,环境行政处罚的预防功能需要进一步拓展,并具有独立的意义,即不仅要基于处罚附随产生避免再犯的主观预防效果,还要在危害后果发生之前,通过行为阻却具有重大环境风险的违法行为”。<sup>⑨</sup>

第二,行政处罚种类较为单一,无法应对行政执法的复杂现状。对于行政处罚种类,《行政处罚法》第8条前6项规定了“警告”、“罚款”等8种方式,理论界一般将其概括为“财产罚”、“人身罚”、“行为罚”、“申诫罚”。这看起来是似乎是十分丰富的,而且第8条第7项还配备了一个兜底条款,授权法律、行政法规可以进一步补充。

但是,从对目前实践的观察来看,这还远远不够,尤其是在我们将“风险预防”也一并纳入《行政处罚法》的规制功能之后,这一问题将更为凸显。首先,现有处罚种类功能不足。虽然现有处罚种类确实可以对公民权益施加影响,能够限制行为人从违法行为中获益。但是,却无法避免违法成本过低的情况,甚至会形成“违法成本低,守法成本高”的尴尬境地。正因如此,实践中很多生产经营者为了节省成本,宁愿接受罚款,甚至于主动将罚款内化为企业的成本核算,也不愿意建设配套

的环保设施。这其中,关键的原因是现有规制手段的功能不足。譬如,“建设项目的大气污染防治设施没有建成或者没有达到国家有关建设项目环境保护管理的规定的要求,投入生产或者使用的……可以并处1万元以上10万元以下罚款。而一个铜冶炼厂,要建设起符合规定要求的大气污染防治设施至少也要几百万元,甚至于上千万元投资。而且一个中型的铜冶炼厂生产一天就可以得到几万元甚至几十万元的利润……显然违法要比守法合算得多”。<sup>⑩</sup>其次,现有处罚类型有限。社会急速发展所带来的复杂性,远远超出了《行政处罚法》的立法预期,现有处罚手段根本不能满足实践需求,很多违法行为无法找到适合的处罚类型,<sup>⑪</sup>“我国《行政处罚法》所采用的概念不仅落后于西方国家行政处罚的立法发展,而且也落后于我国的法律实践,其结果是疏忽了对许多应当用行政处罚的方法调整的行为的关注,特别是一些轻微的不构成犯罪的刑事违法行为在我国找不到对应的处罚法规”。<sup>⑫</sup>

总之,《行政处罚法》的规制目标必须扩充。新的社会环境提出了新的命题和任务,立法者应当秉持更加开放的立场,主动调整《行政处罚法》的目标预设,丰富《行政处罚法》的规制手段,提高《行政处罚法》的涵摄能力。具体来说,立法者可尝试做如下修订:

第一,增加“风险预防”的规制目标,设立风险预防原则,构建“以法律威慑为主,以风险预防为辅”的规制体系。无论是食品药品安全还是环境保护领域,行政监管机关都实际承担着风险预防的重任,对此,《行政处罚法》不能置身事外,立法者必须转变规制理念,在传统的“法律威慑”规制目标中增加“风险预防”的内容,从而建立“以法律威慑为主,以风险预防为辅”制度体系。现阶段,彰显这一功能的主要抓手,就是在立法文本中创建“风险预防原则”。风险预防原则的对立面是处罚法定原则。处罚法定原则要求所有行政处罚决

定都必须建立在“稳定、明确、清晰、绝对”的事实基础之上,尤其是因果关系的认定,要求违法行为与损害结果必须具有可靠的因果关联。在立法文本上,《行政处罚法》第30条往往被视为其依据。该条规定:“违法事实不清不得给予行政处罚”。

长期以来,处罚法定原则既是《行政处罚法》中一项不可违背的基础性原则,同时也是被行政机关奉为圭臬的行为准则。但是,这在风险社会中却难以恪守,因为基于科技而产生的风险往往是不确定的,风险本身究竟是否存在?是否真的具有危害性?以及危害与损害结果之间究竟是否具有因果关系?都将因为技术上的复杂性而变得扑朔迷离。

但是,尽管如此,行政处罚作为一种规制手段却不得不加以干预,国家需要将风险降到最低,从而“满足公众的安全心理需求”。<sup>⑬</sup>因此,处罚法定原则需要建立“例外”通道。在比较法上,这一“例外”往往被称之为风险预防原则。所谓风险预防原则,是指“在缺乏充分科学确定性证明人类的行为会损害环境的情况下,要求采取预防措施”。<sup>⑭</sup>在环境法上,它被理解为“在受到严重或不可逆转的损害的威胁时,缺乏科学确定性不应被用来作为延缓采取有效措施防止环境退化的理由”。<sup>⑮</sup>与处罚法定原则不同,风险预防原则允许一定程度的推定,主张适度缓和“有害性不确定则不规制”的绝对立场,从而对那些“在科学上不确定、结果上不可预见”但风险却昭然若见的行为加以干预。从对实践的观察来看,这样的制度需求在我国也是客观存在的。长期以来,环境法上大量的“怪味案”,就是因为根据处罚法定原则而无法实施必要的干预与惩戒。因此,立法者应将风险预防原则引入《行政处罚法》之中,可考虑创设如下文本:“当存在造成严重或不可逆转的损害的威胁时,行政机关不应当以科学上没有完全的确定性为理由拒绝做出行政处罚决定”。

第二,增加新型行政处罚类型。在新的“法律

威慑”和“风险预防”的二元功能体系下,行政处罚的目的和任务应从单一走向多元,创设多元化处罚类型。立法者可考虑在“财产罚”、“人身罚”、“行为罚”“申诫罚”之外,创建“声誉罚”。所谓声誉罚,是指“行政机关向违法者发出警戒,申明其有违法行为,通过对其名誉、荣誉、信誉等施加影响,引起其精神上等警惕,使其不再违法等处罚形式”。<sup>⑩</sup>声誉罚由于是“利用信息社会中的不利信息的传播达到制裁违法者的效果”,<sup>⑪</sup>因此,其在信息技术高度发达的时代倍受重视,开始被频繁地作为一种信息规制工具,用以缓解传统处罚类型在“法律威慑”上力不从心的局面。在《行政处罚法》修订之前,声誉罚已经在部门(以及地方)行政处罚法上广为应用,诸如“行政违法事实公布”、“黑名单”等手段,其实都是声誉罚的典型形式。但是,这些已经在实践中运行良好的制度,在制定法上却难以找到依据,而必须逐一通过部门行政法加以明确。很明显,这是极其不合适的,《行政处罚法》作为行政处罚的总论性文本,理应在总则层面做整体性布置。因此,立法者可考虑将“声誉罚”补充到《行政处罚法》第8条之中。参照我国台湾地区“行政罚法”第2条之规定,<sup>⑫</sup>立法者可考虑增设如下文本:“公布姓名或名称、公布照片或者其他类似的行政处罚行为”。

## 二、调控视角之转变:从行政到私人

控制行政处罚权,除了行政机关的视角,亦有相对人的视角。立法不仅可以以行政机关为对象,设定一系列限制行政处罚权运行的程序和实体规则。同时,立法也可以考虑以行政相对人为对象,从相对人行为达到何种标准才能予以处罚的立场,为行政处罚权提供科学的启动标准和运行法则。

与刑法上的犯罪成立要件类似,我们认为,转换成行政相对人的角度,可以跳脱出“规范主义”、“程序主义”以及“司法审查”的传统控权结构,转而从“相对人行为达到何种标准才能予以处罚?”

这一全新命题入手,建构更为科学的控权模型。在现有理论研究中,我们一般将其称之为“应受行政处罚行为的成立要件”。<sup>⑬</sup>在此次修法过程中,其主要功能是提供中心轴的功效。“中心轴是决定立法框架的关键要素,对整个文本具有提纲挈领的作用,任何立法都需要围绕一个中心轴展开”。<sup>⑭</sup>历史上,我国数次立法和修法都有明确的中心轴。譬如,在侵权法领域,“过失”便是其中心轴,“‘过失’始终作为侵权行为法的核心概念,塑造着侵权法的基本框架”。<sup>⑮</sup>因此,《行政处罚法》修改亦应围绕“应受行政处罚行为的成立要件”这一中心轴而展开。在法律修改过程中,所有实体法规则的配置与安放,都必须以“应受行政处罚行为的成立要件”为基本框架。只有如此,《行政处罚法》才能改变目前“逻辑混乱,体系不全”的松散局面,才能摆脱以往“对逻辑上的自洽与体系上的严谨并没有多少兴趣”的落后理念,<sup>⑯</sup>从而形成一部逻辑严密、体系完整的法律文本。

但问题在于,现阶段我们对于“应受行政处罚行为的成立要件”缺乏深入研究,对相对人违法行为达至何种程度或者说契合哪些要件才能予以处罚,依然无法提供系统的分析框架。因为我国《行政处罚法》没有提供此类规范,所以行政处罚权的实际运行也并无此类逻辑可循。如果简单套用刑法学的四要件体系,<sup>⑰</sup>非但存有牵强比附之嫌,同时“四要件”本身在刑法学界也已经是一种日渐式微的犯罪成立之术。“从20世纪80年代起,我国学者摆脱四要件犯罪构成体系的努力从来没有停止过”,<sup>⑱</sup>四要件本身的非科学性也已被广泛讨论。<sup>⑲</sup>

因此,意欲从现阶段的松散性结构迈向体系化结构,我们必须对“应受行政处罚行为的成立要件”重新予以解读。参照德国《违反秩序罚法》第1条之规定,<sup>⑳</sup>应受行政处罚行为的成立要件包括构成要件的该当性、违法性、以及有责性三个判定标准。<sup>㉑</sup>只有相对人行为同时符合这三个要件时,才

能够成立行政处罚。构成要件的该当性判断是行政处罚上的涵摄过程,<sup>③</sup>“这个过程就是将已确定的事实,看看是否能套进经过解释的法律,套进去与否,即一般所称‘Subsumition’的过程,目前常翻作‘涵摄’作用”。<sup>④</sup>比对符合之后的次序判断是违法性判断,即要确定符合法律规范所描述的客观行为,是否侵犯了其所要保护的行政法益。第三个阶段,要检查行政相对人是否具有可非难性(有责性),譬如核实相对人是否具有主观上的过错等等。这大致是应受行政处罚行为成立要件的基本轮廓,与刑法学中犯罪成立要件理论,如出一辙。<sup>⑤</sup>现在看来,这一判定标准正为德国、奥地利、希腊、荷兰、葡萄牙、我国台湾地区所沿用。<sup>⑥</sup>

根据这一标准,如果对《行政处罚法》予以体系化重构,现阶段至少还需要补充如下两项制度:

1. 应受行政处罚行为的概念条款。在立法文本中对法律概念加以交代,尽管算不上是主流做法,但在行政法上并不鲜见。譬如,《行政强制法》第2条专门对行政强制措施和行政强制执行的概念进行了界定。又如,《行政许可法》第2条也对行政许可的概念进行了界定。而且,从比较法来看,这也十分常见。譬如,德国《违法秩序罚法》第1条、<sup>⑦</sup>台湾地区“行政罚法”第1条、第2条等等。<sup>⑧</sup>因此,立法者可考虑创设如下文本:“应受行政处罚行为,是指符合法律、法规、规章规定的违法行为的事实特征,违法并应受到惩罚的行为”。在这一概念中,“符合法律、法规、规章规定的违法行为的事实特征”是该当性判断;“违法”是违法性判断;“应受到惩罚”是有责性判断。它们共同构成了判断应受行政处罚行为的成立要件,是依次进行的。因此,除了程序性规范之外,《行政处罚法》的大部分实体性规则,都应按照上述三个阶段加以布置。而且,在文本结构上,可考虑将其作为《行政处罚法》第2条,置于篇首,从而起到提纲挈领的作用。

2. 应受行政处罚行为的责任条款。理想状态

下,围绕应受行政处罚行为的概念界定条款,《行政处罚法》的实体性规则理应是饱满的,每一个阶段至少都应有相应的规则布置。但是,《行政处罚法》的制度残缺问题则较为严重。这其中,尤以“有责性判断”为甚。在功能上,有责性判断主要是要做到主客观相统一,是应受行政处罚行为成立要件中不可或缺的一个部分。对此,耶林曾说:“不是损害而是过错使侵害者负有赔偿义务”,<sup>⑨</sup>黑格尔也曾说:“行为只有作为意志的过错才能归责于我”。<sup>⑩</sup>因此,体系化的《行政处罚法》,必须要在现有基础上补充更多的应受行政处罚行为的责任条款。在类型上,责任条款主要分为“责任能力”和“责任条件”。责任能力是指行政相对人辨识和控制自己行为的能力;责任条件是指行为人的主观犯意,即行为人能对其行为有一定的意思决定,因此若其决定从事违反行政法上义务之行为,即得对其非难,要求其承担责任。对于责任能力,现行《行政处罚法》第25条和第26条已经做了很好的制度布置,<sup>⑪</sup>理论界也提出了更为详细的适用规则,<sup>⑫</sup>此次修法无须大改。<sup>⑬</sup>但是,对于责任条件,《行政处罚法》却只字未提,其成为理论界的猜测以及其他行政处罚规范的立法裁量权,甚至于有研究者判断说:“在行政处罚中,过错的意义没有民法、刑法那样明显,作为一项规则原则,过错责任不应成为行政处罚规则原则”。<sup>⑭</sup>因此,立法者可考虑创设如下文本:“违反行政法上义务之行为,不是出于故意或过失者,不予处罚”。

### 三、规范结构之重整:从程序到实体

从法律结构来看,除了行政处罚的设定权之外,现行《行政处罚法》更加偏重的是程序层面的权力控制,主要借鉴了英美行政法中的程序正义原理,《行政处罚法》文本是“以处罚程序为主要内容的”,<sup>⑮</sup>而不是实体规范。

第一,从篇章上来看,现行《行政处罚法》共8章64个条文。其中,除了第1条、第64条两个中性条款之外,程序性条款多达29条。应松年教授

对此指出：“《行政处罚法》中程序规范占了一半以上的篇幅”。<sup>④</sup>

第二,从体系上来看,程序性规范在《行政处罚法》中已经完成了体系性布置,其符合行政处罚行为的形成过程,从程序层面搭建了一个囊括事前、事中、事后三个阶段的立体型权力控制格局,确保正当程序原则在《行政处罚法》中的制度化,不仅具有文本数量上的优势,同时也形成了一个极具涵摄力的程序模型,为《行政处罚法》释放程序规制效果提供了制度保证。譬如,在事中阶段,立法者非但以第31条、第32条设置了独立的程序模块,同时还开辟了“简易程序”、“一般程序”、“听证程序”三个章节,共计11个条文,对行政处罚决定的做出过程实现了全方位覆盖。

总之,如果说1996年的《行政处罚法》对我国法治政府建设事业有所贡献的话,程序规范绝对是最大功臣,甚至可以说,我国《行政处罚法》所设定的程序义务,非但彼时已是立法先进之范本,而且现在看来,也仍然没有过时。现在,《行政处罚法》中的程序机制或许并不是十分完美的,但已基本成型,此次修法只需做技术性调整即可。

现阶段,真正值得注意的是,《行政处罚法》从实体上设定的控权技术则乏善可陈。实体性条款在《行政处罚法》中既没有占据文本上的多数,同时也没有形成体系性的权力控制框架。在既往,《行政处罚法》第二章“行政处罚的种类和设定”,往往为人所称道,被认为是一项实体性控权利器,可以用来平衡《行政处罚法》中“程序规范偏多、实体规范偏寡”的不对称问题。但是,我们通过研究发现并非如此,“行政处罚法第二章并没有在应受行政处罚行为构成要件的创设上设置任何障碍,有关空白构成要件的设置及其补充规则,其实是法律调整的真空地带”。<sup>⑤</sup>

可见,在立法结构上,与程序规范形成强烈反差的是,《行政处罚法》并没有完成架构实体性控权体系的任务,其作为一项未竟事业,需要在修法

过程中予以重点关注。现在,我们不仅需要对既有的实体性条款加以修改,同时还需要借鉴国外相关立法文本,创设更多的实体性规则。

### (一)改良现有实体规范

首先,应着手对现有实体性条款加以完善,包括对现有条款的修改和补充两项工作。立法者既要对立法技术上的逻辑问题进行修正,同时也要将今非昔比的新发展和新问题也一并纳入考量。譬如,对于《行政处罚法》第1条仅将行政处罚对象限定为“公民”,<sup>⑥</sup>而不包括外国人的情况,可以考虑效仿《行政诉讼法》第98条的做法,<sup>⑦</sup>为其配备一个补充条款,规定“对外国人、无国籍人、外国组织予以行政处罚,适用本法。法律另有规定的除外”。从总体上来说,这是对我国近年来日趋凸显的外国人违法问题的回应,<sup>⑧</sup>也是《行政处罚法》作为总论性规范不可回避的对象。又如,对于《行政处罚法》第3条将应受行政处罚行为的违法性本质仅仅界定为“违反行政管理秩序的行为”,<sup>⑨</sup>可考虑将其扩充为“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序或侵犯合法权益的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定……”这是因为,《行政处罚法》并不单单保护超个人法益,还包括个人法益,尽管在行政法中,“行政法益的大部分内容是超个人法益,但这并不意味着行政法益中没有个人法益的内容”。<sup>⑩</sup>在立法文本上,典型如《治安管理处罚法》第49条:“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款;情节较重的,处10日以上15日以下拘留,可以并处1000元以下罚款”。因此,侵害个人利益但并不违反行政管理秩序的行为,同样也是应受行政处罚行为,也需要受到《行政处罚法》的调整。再如,对于《行政处罚法》第9-12条关于设定权问题的缺陷,可考虑将“授权明确性原则”予以具体化,从而防止行政机关通过“空白要件”架空第9-12条的规定。在立法表述上,建议在

《行政处罚法》第14条中增设第二款,内容为:“法律、法规和规章应明确规定违反行政管理秩序行为的基本类型和特征,需要授权其他规范加以描述的,应对授权的内容、目的与范围予以明确”等等。

## (二)创设其他实体规范

结合域外行政处罚立法文本,此次修法至少需要对如下三个实体问题加以回应。

第一,共同违法行为。和刑法上共同犯罪类似,共同违法行为也是行政处罚中较为常见的问题。现阶段,尽管《行政处罚法》第27条对此有所涉及,<sup>④</sup>但并不规范,<sup>⑤</sup>仍有以下问题需要明确:其一,共同违法行为的认定标准究竟是什么?是否需要将主观层面的“共同故意”、“责任能力”也纳入成立条件?实践中,由于其关系到是否可以处罚哪些不具有共同故意或未达责任能力的共同违法行为人,因此意义重大。<sup>⑥</sup>对此,本文认为,共同违法行为并不是为了认定每一个相对人所犯的是何种违法行为,而毋宁是要证明那些即使不是实施行为(正犯)的人,同样也要对已经发生的违法结果承担责任。因此,认定共同违法,只需就行政相对人行为是否具有关联性或联系性加以判断即可,一旦客观行为是关联的,共同违法行为便可以成立,无须考量主观上是否具有共同故意,更加不需要考虑行为人的“责任能力”。换句话说,“共同实施违反行政法上义务行为之意思,不以各行为人均具有直接故意”<sup>⑦</sup>,只要主要行为因故意之行为且构成要件该当而构成违反秩序时,该参与行为即可成立,而不论主要行为人是否得受非难,如欠缺责任能力或有其他免除之事由”。<sup>⑧</sup>其二,共同违法行为的处断规则究竟是什么?是“一事共罚”,在整体上只当作一个法律行为加以非难?还是“一事各罚”,对每一个行为人的有责性内容分别判断,从而做出数个不同的处罚决定?<sup>⑨</sup>对此,本文认为,“共同违法行为的评价只解决是否可以处罚,至于究竟该怎样处罚,仍然需要就各个相对人

的有责性内容分别判断,它不是连带的,而是个别的。因而,对于各个相对人而言,我们仍然可以做出数个不同的否定性法律后果”。<sup>⑩</sup>因此,关于共同违法行为,立法者可考虑创设如下文本:“多人参与违反行政管理秩序的,每一个参与人的实施行为,均独自成立应受行政处罚行为。参与人之一不受处罚,并不排除对他人的处罚。行政机关应根据参与人在共同违法行为中所起的作用,分别予以处罚”。<sup>⑪</sup>

第二,单位违法行为。“尽管单位违法在形态结构、责任类型与责任承担方式上都与自然人违法之间存在很大不同,不能完全适用后者的处罚方式,但我国《行政处罚法》却并未对单位违法的概念及其罚则单独加以规定”,<sup>⑫</sup>这给执法实践带来了一系列问题。实践中,各部门法做法不一,单罚模式、双罚模式、以及混合模式都不乏立法实例,严重损害了行政执法的严肃性和统一性。如《治安管理处罚法》第18条规定:“单位违反治安管理的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照本法的规定处罚。其他法律、行政法规对同一行为规定给予单位处罚的,依照其规定处罚”,采用的是单罚模式。但是,《建设工程质量管理条例》第73条规定:“依照本条例规定,给予单位罚款处罚的,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款”,采用的却是双罚模式。因此,我们必须要在本次修法过程中对此予以明确,立法上可考虑创设如下文本:“对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员在职务行为过程中,由于故意或重大过失致使构成应受行政处罚行为的,一并处罚,法律、法规、规章另有规定的除外”。

第三,处罚竞合行为。处罚竞合作为公法学上的哥德巴赫猜想,不仅在国内理论与实践争议颇大,而且在理论相对较为成熟的刑法学中也一直悬而未决。而且,由于我国现行《行政处罚法》仅以第24条简单加以规定,<sup>⑬</sup>使得其更为神

秘。因此,其亦是此次修法过程中不可回避的问题。我们认为,从整体上来看,解决这一问题需要从两个层面入手:其一,一个违法行为。对于一个违法行为违反数个法定义务的,只能实施一次罚款。在立法表述上,立法者可考虑创设如下文本:“同一个违法行为违反了数个法定义务,依法定数额最高的规定处以罚款,法律、法规另有规定的除外”。这一条文包含如下三层含义:其一,所谓“同一个违法行为”,应理解为包括“自然的一行为”和“法律的一行为”,这可将连续违法行为、持续违法行为都一并纳入规范;<sup>⑧</sup>其二,“依法定数额最高的规定处以罚款”,避免了《行政处罚法》第24条仅有禁止并处,却没有说如何处罚的问题;其三,“法律、法规另有规定的除外”,是为了给当下日渐增多的“按日连续处罚”、“按次连续处罚”等处罚方式留下制度通道,因为它们从根本上是对“法律一行为禁止多罚”原则的破坏。其二,数个违法行为。对于数个违法行为违反同一或不同法定义务的,应分别予以处罚。这一规则是一事不二罚原则之外的正常理解,之所以需要在立法条文中加以明确,是要打消行政机关对于同一个行为人“数次”违法“同一个法定义务”而又不构成连续行为不敢多罚的担忧。在比较法上,在德国《违反秩序罚法》、<sup>⑨</sup>台湾地区“行政罚法”中都不难发现类似的文本。<sup>⑩</sup>

#### 四、法律功能之回归:从处罚依据到统领立法

在我国行政处罚法律体系中,《行政处罚法》理应居于统领地位,是一种总则性规范,主要对行政处罚活动中的共性问题加以规定,重在建立健全框架性规则,而不能贪大求全、事无巨细。否则《行政处罚法》将导致部门和地方行政处罚立法丧失弹性空间,无法灵活回应社会治理现实需求。因此,《行政处罚法》一方面需要在规则设计上保持一定的张力,给低位阶行政处罚立法预留规则创设空间。同时,也要保持一定的开放性,授权地方立法可以进行补充规定,而不是仅将制度创设

权限定在中央立法上。对此,从现有文本来看,1996年《行政处罚法》已经基本达标,立法者彼时已有一定的总则角色的制度定位,文本之中的大部分规范都是用以指导全局的,其他行政处罚规范也基本是在《行政处罚法》所确立的框架之下发展起来的。

但是,《行政处罚法》在处罚设定权下放问题上,仍然存在巨大的调整空间和改革必要性。现行《行政处罚法》奉行中央集权的理念,立法者原初的立法功能定位就强调,行政处罚活动中的大部分问题都必须放在中央层面解决,而不能被下放至地方。本着这一理念,《行政处罚法》做了大量的封闭性设计,无论是在实体性规则上,还是程序性规则上,立法者都对地方立法表现出了极不信任的态度。在这一理念之下,《行政处罚法》无可避免地被预设成一种所有其他行政处罚立法的“依据”角色,而不是抽象化的总则。《行政处罚法》必须以中央立法的姿态逐一去对每一类行政处罚活动表达立场,并形成细致化的规则。毋庸置疑,这必然会大大限制《行政处罚法》的“宏观调控”功能,弱化《行政处罚法》的总则性地位,使得《行政处罚法》只能发挥事无巨细的“管家婆”作用,而难以发挥指点江山的“统领”作用。以行政处罚类型为例,《行政处罚法》本来完全可以只设计类型化的抽象规则,而不必以第8条的方式一一加以列举。但是,立法者基于防止行政处罚权滥用的逻辑,仍然在第8条中采取了详细列举的立法技术,并且还在该条配备的兜底条款中,将新型处罚类型的创设权限限缩在“法律”、“行政法规”之上。我们认为,这是典型的封闭式立法,其最终结果必然会造成大量的行政处罚行为由于无法被《行政处罚法》所囊括,而不得不沦为缺少正当性的法外行为(如“行政黑名单”制度),而这反过来损害的恰恰是《行政处罚法》的统摄地位。

因此,在此次修法过程中,必须重申《行政处罚法》的总则角色,其法律功能应当从处罚依据转

向统领立法,提高《行政处罚法》的法律地位,尤其是要明确《行政处罚法》在央地关系的处理上,应当给予地方政府一定的制度空间,只做原则性规范,而不宜将权力过度集中。

具体而言,针对上述处罚类型的问题,《行政处罚法》可尝试适度放权,承认地方性法规和规章可以创设行政处罚类型。在行政处罚类型多元化上,除了在《行政处罚法》之中创设新的处罚类型以外,还可以考虑通过兜底条款,将创设权从中央下放到地方。应当认识到,《行政处罚法》第8条第(七)项的兜底条款,不仅具有限制处罚权滥用的“控权功能”,其实还具有丰富行政处罚类型的“赋权功能”。从某种程度上来说,兜底条款正是释放《行政处罚法》总则功效的典型文本。需要注意的是,现有的兜底条款由于受制于“法律、行政法规”的位阶,功能仍然十分有限,权力被过度集中在了中央层面,地方政府根本无法运用多样化的处罚类型去应对大量的新型违法问题。现在看来,这一问题必须要加以重视,因为这不仅是部门行政法的技术问题,而且还触及宪法层面中央与地方的分权话题。

因此,对于这一问题,我们建议立法者将《行政处罚法》第8条第(七)项修改为“法律、法规和规章规定的其他行政处罚”。对此,除了上述原因之外,还有如下因素值得考量:

第一,限制处罚类型没有任何意义。实践中,基于执法实践的强烈需求,尽管立法者确实将创设权限定在了法律和行政法规层面,但是地方政府仍然会去创新的处罚类型,实践中的黑名单、违法事实公布都是如此。因此,限制处罚创设权,只会导致地方政府所创设的新的处罚类型无法被纳入《行政处罚法》中加以调整,破坏《行政处罚法》的体系性,从而形成一系列的法外行为。很明显,这是得不偿失的。

第二,只要在立法上建立完善的配套制度,将权力下放到地方性法规和规章层面以后,就可以

做到在提升《行政处罚法》总则地位的同时,仍然能够限制处罚权力滥用。具体而言,可以做如下两个方面的改革:其一,修改《行政处罚法》第8条的现有结构,对现有行政处罚类型的列举方式进行改革,改为“概念+列举”的模式。按照“财产罚”“人身罚”“行为罚”“申诫罚”“声誉罚”的大类分为五项,然后在每一个类别里进行列举。譬如:“财产罚:罚款、没收违法所得……”“人身罚:行政拘留……”等等;其二,修改《行政处罚法》第9-12条规定,将现行的按照“行政拘留”“吊销企业营业执照”等行政处罚类型进行分类规制的做法,改为按照“财产罚”“人身罚”“行为罚”“申诫罚”“声誉罚”进行分类。如此,方能提高《行政处罚法》第9-12条的规范容量,从而将现阶段无法预见但未来可能出现的新的处罚类型也一并纳入规范体系。

注释:

①这期间,《行政处罚法》亦有两次微小的修改,分别为2009年8月27日第1次修改,将《行政处罚法》第42条中“治安管理处罚条例”修改为“治安管理处罚法”,将第61条“比照刑法第一百八十八条的规定追究刑事责任”修改为“依照刑法有关规定”;2017年9月2日第2次修改,在第38条中增加一款,作为第三款:“在行政机关负责人作出决定之前,应当由从事行政处罚决定审核的人员进行审核。行政机关中初次从事行政处罚决定审核的人员,应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格”。

②章志远:《我国国家政策变迁与行政法学的新课题》,《当代法学》2008年第3期,第5页。

③戴昕:《威慑补充与“赔偿减刑”》,《中国社会科学》2010年第3期,第129页。

④David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford Clarendon Press, 1990, p. 1.

⑤[德]埃贝哈特·施密特—阿斯曼、乌尔海希·巴迪斯编选:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社年版,第53页。

⑥赵鹏:《风险社会的自由与安全》,载沈岷主编:《风险规制与行政法新发展》,法律出版社2013年版,第3页。

⑦赵鹏:《风险社会的自由与安全——风险规制的兴起及其对传统行政法原理的挑战》,《交大法学》2011年第2卷,第48页。

⑧何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第143页。

⑨谭冰霖:《环境行政处罚规制功能之补强》,《法学研究》2018年第4期,第154页。

⑩王灿发:《环境违法成本低之原因和改变途径探讨》,《环境保护》2005年第9期,第33页。

⑪譬如,对于近期出现的“高铁霸座男”事件,根据《治安管理处罚法》第23条规定:“扰乱公共汽车、电车、火车、船舶、航空器或者其他公共交通工具上的秩序的,应处警告或者二百元以下罚款,情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”,乘警只能予以罚款,只有严重情形,才可以处拘留。

⑫孙晓璞、汪劲:《我国野生动物犯罪的立法问题及其完善对策——对林某伤害野生动物案的思考》,《中国环境法治》2006年,第119页。

⑬何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第144页。

⑭高秦伟:《论欧盟行政法上的风险预防原则》,《比较法研究》2010年第3期,第5页。

⑮王曦:《国际环境法》,法律出版社1998年版,第116页。

⑯姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社1999年版,第223页。

⑰章志远、鲍燕娇:《作为声誉罚的行政违法事实公布》,《行政法学研究》2014年第1期,第49页。

⑱台湾地区“行政罚法”第2条:“本法所称其他种类行政处罚,指下列裁罚性之不利处分:……三、影响名誉之处分:公布姓名或名称、公布照片或其他相类似之处分”。

⑲参见熊樟林:《应受行政处罚行为的构成要件》,《南京大学法律评论》(2015年秋季号),法律出版社2015年版,第193-207页。

⑳熊樟林:《地方行政程序规定的体例构造》,《法商研究》2016年第4期,第65页。

㉑刘勇:《侵权法上之损害》,《南京大学法律评论》(2005年春季号),法律出版社2005年版,第103页。

㉒熊樟林、孟星宇:《概念行政法学的传统、挑战及重估——以应受行政处罚行为的成立要件为例》,《北京行政学院学报》2013年第6期,第84页。

㉓譬如相关理论分析,参见杨解君:《论行政违法的主客体构成》,《东南大学学报》2002年第3期;应松年、杨解君:《论行政违法的主客观构成》,《江苏社会科学》2000年第2期;辛庆玲:《试论行政处罚的构成要件》,《青海师专学报(教育科学)》,2009年第1期;杨小君:《行政处罚研究》,法律出版社2002年版。

㉔陈兴良:《犯罪构成论:从四要件到三阶层——一个学术史的考察》,《中外法学》2010年第1期,第49-69页。

㉕参见张明楷:《违法阻却事由与犯罪构成体系》,《法学杂志》2010年第1期,第34页。

㉖“违反秩序行为是违法的和应受谴责的、是法律规定的事实构成得到实现并为该法律准予罚款处罚的行为。”参见郑冲译:《德国违反秩序法》,《行政法学研究》1995年第1期,第87页。

㉗参见韩忠谟:《行政犯之法律性质及其理论基础》,《台大法学论丛》1980年第10卷第1期,第43页以下。

㉘参见[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123页。

㉙Vgl. H. Maurer, aaO., S. 106 u. 120, 转引自翁岳生:《法治国家之行政法与司法》,元照出版有限公司2009年版,第89页。

㉚“构成违反秩序行为之基本要件与刑罚行为并无不同”。Vgl. Göhler, OwiG, Vor § 1 Rn. 10. 转引自洪家殷:《行政处罚法》,五南图书出版公司2008年版,第15页。

㉛参见王世洲:《罪与非罪之间的理论与实践——关于德国违反秩序法的几点考察》,《比较法研究》2000年第2期,第190页。

㉜德国《违反秩序罚法》第1条:“(1)违反秩序行为是违法和应受谴责的、使法律规定的事实构成得到实现并为该法律准予罚款处理的行为;(2)应受罚款处罚的、使本条第(1)款所指的法律规定的事实构成得到实现的行为,即使其实施不应受谴责、仍属违法行为”。郑冲译:《德国违反秩序法》,《行政法学研究》1995年第1期,第87页。

㉝台湾地区“行政罚法”第2条:“本法所称其他种类行政处罚,指下列裁罚性之不利处分……”。需要指出的是,台湾亦有学者认为这并不是一个完整的概念性条款。参见洪家殷:《行政处罚法》,五南图书出版公司2008年版,第6页。

㉞Konrad Zweigert and Hein Kötz, Introduction to Comparative Law, 1987, Vol 2. p. 325. 转引自周汉华:《论国家赔偿的过错责任原则》,《法学研究》1996年第3期,第137页。

㉟[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书

馆1961年版,第119、220页。

⑳《行政处罚法》第25条:“不满十四周岁的人有违法行为的,不予行政处罚,责令监护人加以管教;已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的,从轻或者减轻行政处罚”。第26条:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的,不予行政处罚,但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的,应当给予行政处罚”。

㉑参见熊樟林:《判断行政处罚责任能力的基本规则》,《江苏行政学院学报》2016年第6期,第126-132页。

㉒当然,需要指出的是,关于行政处罚的责任年龄,公安部2017年1月16日公布的《中华人民共和国治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)》中有所调整,将行政拘留的执行年龄从16周岁降低至14周岁。另外,我们注意到,国外理论研究也有类似的讨论。See Laurence Steinberg, Elizabeth Cauffman, Jennifer Woolard, Sandra Graham, and Marie Banich, “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA ‘Flip-Flop’”, 64 American Psychologist 583-594(2009).

㉓汪永清主编:《行政处罚运作原理》,中国政法大学出版社1994年版,第164、165页。

㉔孙笑侠:《法律程序设计的若干法理——怎样给行政行为设计正当的程序》,《政治与法律》1998年第4期,第25页。

㉕应松年:《中国行政法发展的创新之路》,《行政法学研究》2017年第3期,第48页。

㉖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,第73页。

㉗《行政处罚法》第1条:“为了规范行政处罚设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,根据宪法,制定本法”。

㉘《行政诉讼法》第98条:“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法。法律另有规定的除外”。

㉙参见韩亦彤:《我国涉外行政处罚立法研究》,复旦大学2009年硕士学位论文。

㉚《行政处罚法》第3条:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法

律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施”。

㉛熊樟林:《行政违法真的不需要危害结果吗?》,《行政法学研究》2017年第3期,第36页。

㉜《行政处罚法》第27条规定:“当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:(一)主动消除或者减轻违法行为危害后果的;(二)受他人胁迫有违法行为的……”

㉝相关讨论参见熊樟林:《共同违法行为的认定标准与处断规则》,《法律科学》2015年第3期,第151页。

㉞譬如,甲与未满14周岁的乙,共同实施了数额为200元的扒窃行为。由于乙未满14周岁,不构成应受行政处罚行为。因此,如果将责任能力纳入共同违法行为的认定标准之中,则无法实现对甲的处罚。

㉟廖义男:《行政罚法》,元照出版有限公司2008年版,第126页。

㊱洪家殷:《行政罚法》,五南图书出版公司2008年版,第178页。

㊲譬如,甲、乙、丙构成共同违法的行为,法律规定罚款500元,此时是需甲、乙、丙三人共同承担500元(一事共罚),还是甲、乙、丙三人分别承担500元(一事各罚)。

㊳参见熊樟林:《共同违法行为的认定标准与处断规则》,《法律科学》2015年第3期,第156页。

㊴在立法例上,可参照《治安管理处罚法》第17条第1款规定的“共同违反治安管理的,根据违反治安管理行为人在违反治安管理行为中所起的作用,分别处罚”。

㊵喻少如:《论单位违法责任的处罚模式及其〈行政处罚法〉的完善》,《南京社会科学》2017年第4期,第88页。

㊶《行政处罚法》第24条:“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚”。

㊷参见熊樟林:《连续处罚行为的性质认定——以新〈环保法〉第59条为中心》,《华东政法大学学报》2015年第4期,第93-103页;熊樟林:《应受行政处罚行为构成要件的个数——判断一事不二罚的根本途径》,《政治与法律》2012年第8期,第102-111页。

㊸德国《违反秩序罚法》第20条:“如果应当科处多项罚款,则每项分别科处”。

㊹台湾地区“行政罚法”第25条:“数行为违反同一或不同行政法上义务之规定者,分别处罚之”。