

【专题】

过罚相当原则的司法适用

陈太清

【摘要】过罚相当原则与民法上的全额赔偿原则、刑法上的罪刑相适应原则一脉相承,而在行政法学上的地位却远不及后两者显赫,但这并未影响其在司法实践中常被援引为行政量罚审查之说理依据。过罚相当原则的司法适用目前存在诸多隐忧,突出体现在:与行政法一般原则中的比例原则、合理性原则、平等原则的边际不清;仅以未予相关考虑的量罚行为作为适用对象,而将裁罚因素上的不相关考虑排除在外;匹配的司法审查标准明显不当,滥用职权标准被忽略;个案选择的酌定裁罚因素变动不羁,适用结果的可预期性不足。过罚相当原则由手段与目的两个层面的要素组成,目的在于实现处罚与违法相当,依凭的手段是综合权衡裁罚因素。该原则与行政法一般原则并不当然构成特殊与一般的关系,其在正当性基础、参酌对象、价值取向等方面呈现出明显的独立性。未考虑相关裁罚因素与考虑不相关因素均属于典型的裁罚目的瑕疵,二者一体构成对过罚相当原则的背反,因而该原则对滥用职权标准具有适用余地。过罚相当原则适用之关键在于酌定裁罚因素的定型化,可借鉴刑事量刑经验,在裁罚因素类型化基础上不断尝试提炼常态的酌定裁罚因素。

【关键词】过罚相当;行政量罚;裁罚因素;滥用职权;司法审查

【作者简介】陈太清,南京理工大学法学系,江苏省知识产权发展研究中心。

【原文出处】《法学》(沪),2021.10.48~63

【基金项目】本文系教育部规划基金项目“行政处罚的司法控制实证研究”(项目编号:16YJA820002)阶段性成果,同时受中央高校基本科研业务费专项资金(No.3091801413)资助。

行政领域之浩瀚,违法形态之纷杂,远非立法者所能概括与预见,规范行政行为法律规则供给不足在所难免。法院审查行政裁量实质合法性时,法律原则便成了法律适用的不二选择。行政法学界对于比例原则、合理性原则、正当程序原则、信赖保护原则和平等原则等基本原则的司法适用,已有较为深入的研究。行政处罚在行政案件中的体量一直居高不下,法院在审查行政量罚合理性时频繁适用过罚相当原则。然而,学界多把过罚相当作为“公正、公开原则”中“公正原则”的具体要求,而不是作为一个独立的处罚原则加以看待,有关该原则内涵、构成及其适用的研究相对贫乏。在这种背景下,该原则适用中潜在的问题未得到及时澄清,司法实践积累的有益经验也未能有效提炼。有鉴于此,本文拟在裁判文书梳理基础上,针对过罚相当原则司法适用

所呈现出来的与行政法一般原则的适用分际、对不相关考虑及滥用职权标准的可适用性、裁罚因素类型与具体形态等问题展开探究,以期对该原则司法适用准确化、定型化有所裨益。

一、过罚相当原则司法适用的实证考察

过罚相当原则指的是对符合行政处罚构成要件的行为人科加的处罚,应当与其违法行为相均衡的处罚准则。该原则的实定法依据是《行政处罚法》第5条第2款,即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。^①过罚相当原则作为行政处罚基本原则,在司法适用中不仅可用于解释处罚规则的真意,更重要的是当处罚规则缺位时用于行政量罚审查说理之依据。哈特认为,法律原则相对于规则有三个明显的特性,即抽象性与价值导向性,以及建立在这两个

特性上的非决断性;非决断性之原则的存在,是裁判过程以及法律推理的一个重要特征。^②从这个意义讲,所谓法律原则的司法适用,主要是指原则不断地被援引为必须加以考量的裁判理由。本文所谓“过罚相当原则的司法适用”,就是指在处罚规则用尽情形下,以过罚相当原则作为评价行政量罚适当性的依据。

(一)总体状况

在司法实践中,援引过罚相当原则裁判的行政处罚案件已初具规模。截至2021年4月4日,在北大法宝司法案例库以“行政处罚”为“案由”裁判文书中,“本院认为”部分援引“《行政处罚法》第4条第2款”的有388例,进一步将该条款概括为“过罚相当”的有180例,占比46%。在审结年份上,此类案件由2011年1例增长至2020年62例,尤其是近5年保持年均超3倍的速度增长。在审理程序上,一审42例,二审128例,再审6例,执行4例。二审、再审程序占比较高,达到74.44%,说明案件争议较大。在终审结果上,二审维持98例,发回重审1例,改判29例,改判率22.66%;再审改判5例,改判率83.33%。改判率之高,凸显审判质量提高之必要性。

从具体审查情况看,法院对于过罚相当条款的适用方式非常不统一。有的在援引该条款之后,进一步将其解读为过罚相当原则乃至比例原则、合理性原则等。有的虽援引该条款,而对其所体现的法律原则未加诠释,隐隐透露出法院对法律原则的提炼存在一定顾虑。有的以过罚相当的实质内容作为说理前提,而对实定法条款及相应法律原则只字未提,似乎认为过罚相当已然成为一种普世的价值。

(二)适用特点

通过进一步个案梳理,可以发现过罚相当原则的司法适用呈现出如下三个鲜明的特点:

1. 在适用位阶上,过罚相当原则与行政法一般原则存在不同程度的重合。行政法一般原则适用于审定行政行为实质内容,法院审查行政裁量权往往必须诉诸一般法律原则予以判断。^③而过罚相当原则属于行政处罚领域一个特有原则,从形式上看,其与行政法一般原则存在上下位阶关系。法院审查行政量罚时,往往把过罚相当原则与比例原则、合理性

原则、平等(或公平)原则等行政法一般原则合并适用。在“本院认为”部分,援引过罚相当条款并概括出的原则中有比例原则的65份,概括出“合理性”或合理性原则的36份,概括出平等原则的26份。

2. 在适用对象上,法院基本上以未考虑对相关裁罚因素的量罚作为过罚相当原则规制对象。在裁判文书中,有的采用正面表述——“考虑到”——间接反衬行政量罚决定对相关裁罚因素的遗漏,如“曾丽娟诉广州市天河区食品药品监督管理局行政处罚二审案”,^④有的则直接采用否定性描述——“未考虑”“没有考虑”“没有全面考虑”“未充分考虑”等类似表述指出量罚瑕疵,如“苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案”。^⑤

3. 在审查标准上,法院通常把过罚相当原则仅适用于明显不当标准成就与否之判断。在援引过罚相当原则作为说理依据的156例判决中,71份以该原则作为“明显不当”判定依据,另有23份将其作为“显失公正”的判断依据,仅有1例涉及滥用职权标准,而且系当事人主张,最终并未获得法院采信。

(三)司法适用过罚相当原则存在的突出问题

过罚相当原则运用于行政量罚审查说理有其正当性与必要性,但倘若运用不当,就可能背离该原则的初衷,破坏法律安定性。检视过罚相当原则适用的整体情况,在一派繁荣现象背后有几个问题值得省思。

1. 过罚相当原则与行政法一般原则之间是一种什么关系?具体说来,行政法一般原则与过罚相当原则是否构成一般与特殊的关系,即后者系前者在行政处罚领域的具体化吗?过罚相当原则的适用须搭配行政法一般原则,并以其作为“分析框架”吗?

2. 行政量罚中的不相关考虑是否居于过罚相当原则的射程之内?过罚相当条款设定了一般裁罚因素,如果行政量罚对其中某些应予考量的裁罚因素未予考虑,当然构成对过罚相当原则的背反。问题是,行政量罚过程中进行不相关的考虑,是否也应受到过罚相当原则的干预呢?

3. 过罚相当原则是否仅可适用于明显不当标准的判断说理之中?换言之,行政量罚违背过罚相当原则,是否必然导致处罚结果明显不当?是否存在

尽管结果适当而主观上却存在滥用职权之虞的情形?或者说违背过罚相当原则的行政量罚只有达到客观结果明显不当时,才能成为司法规制的对象?

4.过罚相当原则中的裁罚因素的类型及具体形态有哪些?过罚相当条款中的一般裁罚因素极尽抽象,需要依托处罚规则与个案裁量加以具体化。那么,如何从个案诸多情节中提取对量罚有影响的裁罚因素呢?

上述问题的解决,对于廓清过罚相当原则适用边界,构建行政裁量适宜审查强度,统一司法裁判基准,无疑具有十分重要的意义。

二、过罚相当原则与行政法一般原则的适用分际

行政法一般原则,作为行政法的不成文法渊源,得到了以德国、法国为代表的大陆法系国家普遍承认。过罚相当原则与行政法一般原则,尤其是比例原则、合理性原则、平等原则,在内涵与价值取向上多有关联。

(一)过罚相当原则与行政法一般原则的竞合

依竞合程度为标准,可将司法裁判中二者的适用关系概括为如下类型:

1.排他型适用。所谓排他型适用,指的是法院仅将“过罚相当”一般条款解读为过罚相当原则、比例原则、合理性原则等原则中的一种,并单独以该原则作为量罚适当性的审查依据。如此,二者之间在事实上形成了排他关系,赢者出现在裁判文书之中,败者遁于无形。比如,在公报案例“陈超案”中,山东省济南市中级人民法院二审认为:“比例原则是行政法的重要原则,行政处罚应当遵循比例原则。对当事人实施行政处罚必须与其违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度相当。”^⑥从说理逻辑来看,该案将过罚相当条款仅解读为比例原则,而不是过罚相当原则。

2.并合型适用。这种类型把过罚相当条款解读为过罚相当原则之后,在裁判说理过程中同时又至少援引比例原则、合理性原则、平等原则中的一个。其中,最典型的要数一并援引过罚相当原则、比例原则、合理性原则的情形。在“吴振亚诉兰州市城市交通运输管理处罚上诉案”中,法院认为:“行政处罚明

显违背‘过罚相当原则’,使行政处罚结果与违法程度不相适应,应当认定属于行政处罚显失公正……该行政处罚的结果与违法行为的社会危害程度之间明显不适当,其行政处罚20 000元缺乏适当合理性和违反比例原则,属于行政处罚明显不当,依法应当予以变更。”^⑦该判决一并将过罚相当原则及行政法一般原则中的比例原则、合理性原则作为说理依据。

3.等同型适用。法院将过罚相当条款同时解读为包含过罚相当原则在内的多个原则,或者解读为某一原则之后,在论证说理过程中复以其他原则指代前一原则,本文将此等情形称作等同型适用。此时,过罚相当原则与比例原则、合理性原则、平等原则被在同等意义上加以适用。以“曲阜东周文化发展有限公司诉曲阜市市场监督管理局案”为例,再审法院援引过罚相当条款并解读为过罚相当原则后,接着指出:“本案中被申请人对申请人的违法行为同时并处100万元罚款和吊销营业执照,处罚结果与违法行为的社会危害程度之间明显不适应,不符合行政处罚比例原则。”^⑧上述说理,以比例原则对过罚相当原则进行了“同语替换”。

当然,上述三种适用类型并非泾渭分明,有时也存在不同程度的交叉。尽管有这些不同适用组合存在,但目前尚无判决对为何适用此原则而非彼原则作出说明,或者就不同原则在规范量罚功能上的差别进行诠释。由此可见,法院对于过罚相当原则与行政法一般原则适用关系较为随意,它们之间的界限与衔接亟待厘清。

(二)过罚相当原则与比例原则

比例原则,亦称禁止过度原则,源自法治国家理念,最早作为宪法原则出现,后来逐步为包括行政法在内的其他部门法所吸收。在行政法领域,该原则发端于19世纪的德国警察法学,认为警察权力唯有在必要时,才能限制公民权利。^⑨后来,比例原则在大陆法系被作为行政法一般原则广为接受。与此同时,该原则也在英美法系的行政法中逐渐受到重视。比如,自“惠勒案”后,受欧洲法院和欧洲人权法院经常适用比例性原则的影响,乔威尔和莱斯特等学者主张英国法吸取“比例性”原则,公开将进行衡量的权力转给法院,促进司法审查向实体审查

发展。^⑩

比例原则在我国行政法中的地位较为微妙。虽然学界与实务界对该原则极为推崇,但对于该原则有无实定法依据问题存在较大分歧。^⑪其中,很大一部分原因是学界对比例原则的内涵及其表现形式理解上存在差异而引发的。笔者认为,比例原则目前处于逐步为我国行政立法接纳的过程中,正由非成文法源走向成文化。例如,《行政强制法》第5条规定:“行政强制的设定和实施,应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。”该规定基于行政强制手段对相对人权利的影响要比非强制手段大,明确在同样可以实现行政目的时,应选择影响较小的非强制手段。从中,可以看到比例原则的影子。此外,还有一些行政规章也作出了类似规定,如《规范农业行政处罚自由裁量权办法》第5条规定:行使行政处罚自由裁量权应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰,所采取的措施和手段应当必要、适当;《湖南省规范行政裁量权办法》第9条第4项规定:所采取的措施和手段必要,可以采取多种方式实现行政目的的,应当选择对当事人权益损害最小的方式,对当事人造成的损害不得与所保护的法定利益显失均衡。在上述规章用语中,比例原则跃然纸上。可见,比例原则已在某种程度上为我国现行立法所采纳。

关于比例性原则与过罚相当原则的关系,学界目前有两种较有影响的主张。一种观点认为,过罚相当原则系比例原则在行政处罚中的具体化。譬如,比例原则在“行政处罚法”上适用广泛,适用类型有三:处罚规定必要性原则,也称处罚谦抑原则;法定处罚额度之必要性;行政裁罚应符合个别案件的妥当性。^⑫其中,“个案妥当性”在我国台湾地区称之为责罚相当原则,实质意义与内地过罚相当原则几近一致。援此逻辑,过罚相当原则系比例原则在行政处罚中之具体化。我国大陆也有学者持此相同或相近之见解,认为过罚相当条款就是比例原则在现行法中的体现,^⑬或者至少体现了比例原则的精神。^⑭司法实践中,也有典型判决持此立场,如在前述“陈超案”中,法院即是透过过罚相当来解释比例原则的。倘依此主张,既然过罚相当原则构成比例原则

的具体化,那么二者之间形成特殊与一般的关系,通常情况下援引前者之后断无援引后者之必要。另一种观点认为,两原则功能互补,应当一并适用。此种立场以过罚相当原则适用功能有限为由,^⑮主张将比例原则引入处罚决定是否违反过罚相当原则分析判断之中,或者说是“借助比例原则的分析框架”来实施过罚相当条款。^⑯在“苏州鼎盛案”中,法院在援引过罚相当原则说理过程中,即借用了“必要性、妥当性”等比例原则的分析构架,主张处罚应“尽可能使相对人的权益遭受最小的损害”。

比例原则与过罚相当原则适用关系的厘定,宜从二者正当性基础、参酌对象、价值取向等方面入手。比例原则着眼于“目—手段”之间的关系,强调作为实现某种目的(或结果)手段的措施必须符合三方面的要求:(1)妥当性,即所采取的措施可以实现所追求的目的;(2)必要性,即除采取的措施之外,没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施;(3)相称性,即采取的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例(狭义比例性)。^⑰具体到行政处罚领域,该原则对量罚施加了三重限制:处罚手段须与目的相匹配,在确保目的实现前提下应科加损害最小之处罚,处罚科加应当具有社会利益边际递增的效果。简言之,比例原则评判量罚决定的“参照坐标”有三:目的、对相对人影响、社会效果。其偏重功利主义之考量,总体上是“前瞻性”的,强调处罚能够实现的价值。与此不同,过罚相当原则抱持纯粹的报应主义立场,评价处罚参酌的是已然违法行为,因而是“回顾性”的,凸显的是受处罚人的自然正义。由此可见,二者在正当性基础、利益偏好、均衡方式上存在明显差异。

至于一些学者提出过罚相当原则无法提供相当性判断,而后者需要借助比例原则来实现的问题,也不尽然。过罚相当原则强调处罚与违法相当,而处罚与违法属于不同性质的事物,确实无法直接画等号。但过罚相当原则的适用,仍可通过对裁罚因素作用力的分析,对过罚是否相当作出评判。譬如,在其他处罚要件不变的前提下,尚有对个案处罚结果具有较大影响的酌定从轻裁罚因素存在,处罚机关仍然在法定范围内选择了较重的处罚手段或按某一

处罚之上限科处,那么这个处罚就是失当的。当然,如果存在多个影响不同的酌定裁罚因素、作用力大小无法判断,此时可以借助比例原则工具予以评价。

可以说,过罚相当原则从自然正义角度正面规定处罚限度与依据,而比例原则则以公共利益为出发点从反面对处罚结果进行二次调整与规制。在审查量罚适当性时,法院可先行适用过罚相当原则对处罚与违法之间的均衡性作出评判的基础上,如仍具备适用比例原则之条件与必要,不妨再以比例原则为依据对处罚效果加以考量。换言之,过罚相当原则与比例原则存在功能上的互补性,可一并适用于行政量罚的司法审查之中。至于无论是以“最小损害原则”来解释过罚相当,还是以过罚相当来解释比例原则的主张与做法,均属于对二者的混淆与误用。

(三)过罚相当原则与合理性原则

合理性原则是一个主要以英国为发源地并在英美法系中发挥重要作用的行政法原则,而在以德国为代表的大陆法系行政法中,其功能被更有影响的比例原则所取代。^⑩

英国法院不断加强其对政府裁量权利滥用之控制,而其控制之手段即是透过合理原则以检视行政裁量权之行使是否逾越权限。^⑪在英国法上,合理性原则与比例性原则是存在竞争关系的两个原则。合理性原则在英国的运用,具体体现在温斯伯里标准上,即当一项权力被用来做一些看起来“如此荒诞以至于任何有理性的人做梦都不会想到属于相应权力主体的权限范围”的事情的时候,或者用另一种表达方式的话来说,当权力的行使导致了一个“与逻辑或大众普遍接受的道德标准如此相悖以至于任何一个动脑筋对相应问题进行过思考的理性人都不那样做”的结果的时候,该项权力即被滥用了。^⑫温斯伯里标准与比例原则多有交叉,甚至前者出现了向后者靠近的趋向。但目前比例原则主要还是1998年《人权法》下的考虑因素,适用于对基本人权的限制措施的合法性审查当中,除此之外,仍然适用温斯伯里标准。

美国司法审查,以控制行政行为的合法性与合理性为目标。^⑬自Citizens to Preserve Overton Park,

Inc. v. Volpe案以来,^⑭美国法院对于行政行为的审查采取了事实问题与法律问题相区分的原则。作为美国被引用次数最多的两个联邦最高法院行政案例之一的Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.案,^⑮建构了Chevron规则,即对法律问题的审查采用“两步分析法”,其第二步便是审查行政机关的决定是否属于国会立法留下的空间内作出的“合理”选择。^⑯

在我国行政法上,行政合理性原则是一个与行政合法性原则位阶相同的原则,一般认为其下辖的子原则至少包括比例原则与平等对待原则。该原则在行政合法的基础上,进一步对行政行为提出了合理性要求,即在法律范围内运作的行政裁量同样不得恣意,彰显了对实质法治精神的追求。正如有学者所言,我国行政合理性原则完全不同于英国行政法上的合理性原则。^⑰在一些规范行政裁量权的规章中,除极少数将合理性原则单列外,多数已选择将其内含的子原则如比例原则、平等原则等作为裁量原则。^⑱如此一来,合理性原则与过罚相当原则的适用有关,实际上转为比例原则、平等原则与过罚相当原则之间的关系。

需要指出的是,合理性原则作为控制行政裁量权的总原则、总要求,其他可作为裁量权行使依据的原则,包括但不限于前述之比例原则、平等原则,均可纳入该原则辐射范围之内。过罚相当原则作为行政量罚的主要依据,当然可以纳入合理性原则之中。换言之,对于过罚相当原则的违反,同时构成对合理性原则的背反。但就说理的精准性而言,援引过罚相当原则之后,实无援引作为上位原则的合理性原则之必要。如果行政量罚涉及过罚相当原则之外的因素,宜具体援引其他具体的行政法一般原则。

(四)过罚相当原则与平等原则

平等原则,亦称公平原则、公平公正原则,指的是基于分配正义的要求,对条件相同的人给予相同的对待,对于条件不同的人给予不同对待,“禁止恣意的差别待遇”。平等原则应该说是英国行政法基本原则与大陆法系行政法基本原则共同要求的内容。^⑲其中,在大陆法系法域,该原则被定性为“宪法位阶之行政法一般原则”,^⑳并作为行政裁量的边界

在司法实践中得到大量的运用。从德国的经验看,平等对待与比例原则一样,属于有效控制滥用自由裁量的诸多司法审查标准之一。^②在法国,“平等原则可能是最知名也是在实践中运用最频繁的一个一般原则”。^③日本通说认为,违反平等原则的裁量构成对外部界限或客观界限的逾越,应以此防止恣意的行政权之滥用。^④

在我国,该原则在《行政处罚法》上并未有明确规定,理论上通常将该原则置于行政合理性原则之下。不过,也有学者提出平等对待原则或者一致性原则有可能、也有必要被提升为行政法的基本原则之一。^⑤在新近公布的一些规范裁量权的行政规章中,也出现了将平等原则与过罚相当原则相并列的做法。^⑥

在司法实践中,平等原则也常被用作评价量罚是否违背过罚相当的工具。尽管平等原则也是一个抽象原则,但法院在实践中演绎出了多种具体、便宜的评判方法。法院所认定的违背平等原则的情形,除了违背形式平等的“同案不同罚”外,还包括违背实质平等的“不同案同罚”。在作为比照对象的“处罚”选择上有三种:(1)同案其他行为人所受之处罚,如“安吉县大丰液化气有限公司诉安吉县工商行政管理局工商行政处罚纠纷上诉案”,法院以对同案主要责任人的处罚要比起帮助作用上诉人的处罚轻为由作出了变更判决;^⑦(2)案外第三人所受之处罚,如“金淳吉诉延吉市林业局行政处罚案”中,法院选择的是“同一事实上对他人(孙杰、金都成)的处罚”;^⑧(3)行政处罚“惯例”,如“邬学勋诉舟山市市场监督管理局金塘分局处罚案”,选取的是当地“其他相同职能部门对类似情形的处理”。^⑨法院在处罚裁量审查中对于平等原则运用十分灵活,但问题的关键是:以平等原则作为过罚相当的分析工具是否合适?

平等原则与过罚相当原则一样,具有适用于行政量罚审查,尤其是行政量罚是否明显不当评判的正当性。在过罚相当被置于处罚公正公开原则之中的背景下,基于处罚公正之目标,似乎难以避免地会与以平等对待为内核的平等原则产生交集。平等与公正,均是一个正义有涉的法律范畴。不过,二者所追求的正义维度有别,前者寻求主体之间的正义,而

公正系单一主体自身的行为与责任均衡而言。^⑩如此一来,追求平等对待的平等原则与以自然公正为目标的过罚相当原则之间的关系就变得清晰起来。二者不同于比例原则,采用的都是一种“回顾性”的评价方式;但过罚相当原则选择的是将处罚与行为人自身已发生的违法行为进行“纵向”均衡,而平等原则则越出行为主体自身,将本案处罚与他人已受之处罚进行横向比较。

(五)小结:过罚相当原则之独立性

过罚相当原则与行政法一般原则中的比例原则、平等原则,均可适用于行政量罚审查,但他们有着不同的价值向背,体现着对量罚适当性不同层面的要求。在司法适用时,可结合个案情形予以单独适用或合并适用。

司法实践中过罚相当原则与行政法一般原则混同或误用,与其在实定法上独立性欠缺有莫大干系。过罚相当条款位于《行政处罚法》第5条第2款,本条第1款是关于处罚公正公开的原则性规定。正因如此,学界大多将过罚相当视作处罚公正公开原则的一个内容,从而导致其显示度被大大降低,在一定程度上妨碍了其评价行政量罚功能的发挥。无论是就正当性基础,还是现实必要性而言,过罚相当原则均具备成为独立的处罚原则的条件。

过罚相当,是行政处罚必不可少的正当性基础之一。报应主义饱受功利主义者的诟病,但这无法动摇其在诠释法律制裁正当性基础方面的支柱性地位。无论是相对报应主义的提出,还是报应基础上实用主义规制主张,都无法斩断报应之于制裁正当性之间的联系。依报应主义,行政处罚只有与违法行为相均衡,方能取得道义上的正当性。如果没有此等约束,一般预防之目的可能会将行为人置于被过度处罚的危险之中。

三、过罚相当原则对不相关考虑及滥用职权标准的适用

过罚相当原则的适用范围,从不同角度可以包涵不同的内容,本文主要述及其所规范的量罚方式及其相应的司法审查标准范围。如前所述,不同法律原则在规制行政量罚时有着不同的价值取向,其中过罚相当原则即是透过裁罚因素的选择与评价达

致处罚与违法的均衡,以实现行为人的自然正义。与此等手段与目标不符的量罚方式,均构成对过罚相当原则的背反,从而成为该原则适用的裁罚方式范围。裁罚方式范围不仅反映出过罚相当原则适用的审查方式与内容,而且间接影响着司法审查标准的匹配。

在我国现行行政诉讼体系架构下,裁量争端须借助一定的司法审查标准与特定判决类型产生联系。依据通说,我国行政裁量司法审查标准有二:滥用职权与明显不当。那么,适用过罚相当原则评判上述行政量罚方式时,在两种标准之间如何选择,可视为该原则适用的审查标准范围。不同的审查标准选择,除决定了其相应的判决类型外,实际上也体现出了司法对于行政量罚的审查强度。过罚相当原则这两个层面的适用范围不仅关系其功能发挥的空间,而且在很大程度上影响司法权与行政权在行政处罚领域的衔接,不可不察。

(一)当下适用范围之局限

目前,法院主要将过罚相当原则适用于对相关裁罚因素未予考虑,或对某一裁罚因素未给予充分考虑这类“不作为”型裁罚因素选择瑕疵,并涵摄至明显不当标准之下。换言之,过罚相当原则在所规范的量罚方式类别上,排除了“作为型”不相关考虑;在司法审查标准匹配上,将滥用职权标准摒弃在外。为了说明我国过罚相当原则适用范围上的缺失,不妨与域外典型做法进行一个比较。

根据德国联邦行政程序法第40条之规定,行政裁量违背授权目的,逾越法律规定的裁量界限的,其活动就是“有裁量瑕疵的”,从而成为司法审查对象。毛雷尔教授将裁量瑕疵细化为四种类型:裁量逾越,即未选择裁量规范规定的法律后果;裁量怠慢,即不履行法定裁量权;裁量滥用,没有遵守裁量规范的目的;违反基本权利和一般行政法原则,其中特别是必要性和比例性。^⑨在日本,裁量行为在《明治宪法》下,曾被认为根本不能成为司法审查对象,而在现阶段,虽说是裁量处分,当出现错误地使用裁量权,便导致处分的违法的情况时,在该限度内成为司法审查的对象。^⑩日本的裁量错误,包括未考虑本应考虑的事项,或考虑了本来不应当考虑的事项,与

违反裁量目的一样,均构成裁量瑕疵。^⑪在我国台湾地区,有关行政裁量司法审查的规定主要见于“行政诉讼法”第4条第2项,即逾越权限或滥用权力之行政处分,以违法论。一般认为,该项系有关行政裁量司法审查范围及密度之规定。^⑫我国台湾地区学界借鉴德国理论,将裁量权行使的瑕疵界定为行政裁量流于恣意、专横或反复无常而显然欠缺合理性,同样划分为包括裁量怠惰在内的四种情形,并且认为不问情节轻重、一律科处最高金额罚款这种裁量怠惰系比较常见之情形;在个案利益衡量时,当然应予考虑的事项未予考虑,或原本不应纳入考虑(不当连结禁止),或原本不应过度评价之事项予以过度评价之情形,均纳入裁量滥用之中。^⑬

美国法典第5卷第706条(2)(a),将武断、反复无常、滥用裁量权与其他违法行政行为并列作为司法审查的对象。^⑭裁量权的行使行为,在美国很难简单归结为一个事实或法律问题,^⑮因而对它进行司法审查的标准比较特殊。美国一些法院,如哥伦比亚特区巡回法院认为滥用裁量标准与武断、反复无常标准可以交互使用。^⑯此类标准适用于控制行政政策制定裁量权过程中,其审查强度因审查内容不同而发生急剧变化。^⑰在United States v. Merced案中,^⑱美国联邦第三巡回法院认为滥用职权标准适用于程序错误与实体合理性审查两个阶段。Citizens Ass'n of Georgetown, Inc. v. Zoning Comm'n案,^⑲确立了美国法院以滥用职权标准审查合理性的限度,即在特定事实上明显不合理。法院可以在缜密审查的基础上,以行政行为无证据支持或依行政机关所阐述的理由无法作出为由,推定该行为是基于未言明的理由或不适当的考虑作出的,从而认定该行为因武断或滥用职权而违法。^⑳在英国,公权力主体被法院判定为出于不当的动机、基于不相关的考虑或者未考虑相关因素的案件,要与其他“权力滥用”案件完全区分开来是不可能的。^㉑换言之,英国将未考虑相关因素和不相关的考虑放在一起,与主观动机并列,作为权威滥用之表征。

上述典型法域,一律将未予相关考虑与不相关考虑合并在一起,作为裁量滥用之典型表现,而且司法审查重在评估裁量目的,而与裁量结果无涉。与

域外相比,我国实践将未予相关考虑与不相关考虑相区隔,把不相关考虑类量罚排除在过罚相当原则适用范围之外;同时,对于未予相关考虑的量罚,选用明显不当标准予以审查,体现出更为重视量罚结果的倾向。在适用范围上排除不相关考虑类量罚的做法,可能会破坏过罚相当原则在规范量罚功能上的完整性。尽管结果明显不当在本质上属于滥用职权的一种形式,^⑨滥用职权确有可能导致处罚结果失衡;但是,滥用职权标准旨在控制裁量目的的正当性,而且主观目的上的不当并不必然导致处罚结果明显不当。同时,处罚结果明显不当的评判方式,除了将处罚与违法行为进行均衡外,还可与他人所受之处罚、处罚所取得的社会收益进行比较。简言之,明显不当并不都是违反过罚相当原则的结果。然而,如果将违反过罚相当原则的量罚仅限于适用明显不当标准,而忽略裁罚目的考量,势必降低司法对于行政量罚的审查强度,可能导致一些目的不当的量罚行为溢出司法审查范围。

(二)适用范围之拓展

目前,过罚相当原则司法适用的实然范围,与过罚相当条款预留的应然空间相比还存在较大的局限,而且此等实然处理还面临着一定的逻辑悖论。为缓解这种紧张关系,过罚相当原则司法适用范围可从如下两个方面加以拓展:

1. 将不相关考虑类量罚与相关裁罚因素未予考虑类量罚,一并纳入过罚相当原则的规整范围。从释义学上讲,过罚相当条款由手段与目的两个层面构成,由于目的(处罚与违法均衡)中“违法”过于抽象,无法直接计量,不得以须借助限定裁罚因素的方式来评估;该条款所设定的四个一般裁罚因素,从整体上来说属于强制性裁罚因素,量罚时必须对四个一般裁罚因素所涵盖的具体裁罚因素纳入考量,而对一般罚款因素覆盖范围之外的因素不得予以考量。由此,超出一般裁罚因素范围、对与量罚本不相关因素给予考虑,与对一般裁罚因素范围内的因素未进行必要的分析,都违反了过罚相关条款的精神,因而也应成为过罚相当原则的规制对象。

如前所述,英美法上合理性原则也可适用于裁量上存在不相关考虑的情形,但就我国大陆地区而

言,在行政处罚实定法已规定过罚相当原则的背景下,援用行政合理性原则来进行规范,不免有舍近求远之嫌。

2. 滥用职权标准应当与明显不当标准一道作为违背过罚相当原则量罚行为的审查标准。滥用职权标准,旨在维护裁量目的正当性,裁量须符合法律授权的目的。如上所述,相关裁罚因素未予考虑与考虑不相关因素,是两种典型的裁量目的滥用方式。基于目的上的关联性,滥用职权标准对于违反过罚相当原则的裁罚因素选择瑕疵具备适用条件。

2014年《行政诉讼法》修改时,在滥用职权标准之外增加明显不当标准,主要是考虑到刑法上有所谓的“滥用职权罪”,法院判决认定行政行为为滥用职权时,就存在一个追究刑事责任的问题,导致该标准在实践中极少适用。^⑩引入明显不当标准后,二者的主要区分在于:明显不当标准强调处理结果在客观上畸重畸轻,而滥用职权标准强调裁量主观目的与授权法的旨趣相悖。

令人遗憾的是,在明显不当标准确立后,其与滥用职权标准之间的适用关系在学界并未展开深入讨论,而且为数不多的学理主张可能还存在这样或那样的一些问题。譬如,有学者认为,如对“一般不当”采用“滥用职权”标准审查,可能导致行政裁量审查范围过宽。^⑪更有学者甚至提倡,对行政处罚的滥用自由裁量权应尽可能按明显不当来对待。^⑫这些观点总体上对裁量司法审查适用滥用职权标准持反对立场。依此逻辑,既然“一般不当”不应纳入审查,遑论结果适当而裁量目的不当的行为。此等唯结果论的主张,可能会导致滥用职权标准完全为明显不当标准所取代,这显然不符合引入明显不当标准的立法初衷。

对于违背过罚相当原则的量罚行为,在选择司法审查标准时,可适用两阶段分析法。第一阶段,将处罚结果与违法行为进行比对,以判断处罚是否违背经验法则、超出一般理性人的认知。如果存在此类情形,应便宜选择明显不当标准,不必上升至裁罚目的是否滥用层面予以分析,以节约司法成本并提升审判效率。第二阶段,如果对处罚结果与违法行为是否均衡无法直接作出认定时,即应进入裁罚因

素选择有无瑕疵的考察,进而依据滥用职权标准作出相应裁判。

四、过罚相当原则裁罚因素的类型与具体形态

为与刑事量罚(亦即量刑)相区分,本文将行政机关依法律原则就处罚作出的种类选择、幅度确定、便宜调整等事宜,称为“行政量罚”。过罚相当原则作为行政裁量的基本准据之一,其适用的关键是全面、适度评价裁罚因素。过罚相当条款仅规定了违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度等四类一般裁罚因素。这些裁罚因素如何进行类型化分析,在实践中通常有哪些具体形态,对于处罚决定的生成具有重要影响,是过罚相当原则适用必须面对的问题。在行政法领域,学界既有研究鲜少围绕行政量罚问题展开。相较之下,刑事量罚作为世界性之难题,在刑法领域受重视程度颇高,相关研究较为深入,已取得了一些较为成熟的成果。其中,尤其是对量刑情节的构造分析,可以为行政量罚所借鉴。

尽管行政量罚与刑事量罚相比,在主体、内容、程序等方面并不相同,但二者所面临的问题基本相同——如何在法定裁量空间内确定适宜的处罚。法院对行政裁罚适当性进行的审查、评价,与刑事量罚所做的工作几无差别。在处罚裁量方面,二者遵循基本一致的原则。量刑的基本原则是罪刑相适应原则,与之对应的实定法条款是《刑法》第61条:“对犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”过罚相当原则自罪刑相适应原则演化而来,过罚相当条款与罪刑相适应条款的内容几近一致。

(一)裁罚因素的类型化

裁罚因素类型化,是洞悉裁罚因素内部构造的重要方式,也是行政量罚精细化研究的必由之路。刑法学界划分量刑情节类型的标准多达6种,并在此基础上细化出14种具体类型。^⑥基于过罚相当原则的适用环境为行政裁罚的司法审查,对于功能确定的应当型裁罚因素,行政机关享有的裁罚因素选择权几乎“收缩为零”,故本文不纳入考量。参酌量刑情节类型化范式,并结合行政量罚审查之特殊性,可对裁罚因素内部构成作如下划分:

1. 以有无规范依据为标准,分为法定裁罚因素与酌定裁罚因素。过罚相当条款所规定的四个层面的一般裁罚因素,在适用于个案时有待具体化。其具体化的路径有二:一是,透过法律规范对裁罚因素名称及其法律效果予以明定,此种路径确定下来的因素可称为法定裁罚因素;二是,由行政机关或法院在个案中酌定,这种方式所归纳的因素可称为酌定裁罚因素。以《行政处罚法》为例,该法第31条至第33条依据便宜原则确定了几种典型的应当型裁罚因素,同时也赋予行政机关法律效果裁量权:第31条对限制行为能力人违法、第33条对行为人具备“初次违法且危害后果轻微并及时改正”情形,以“可以”方式授权行政机关进行效果裁量;第32条以“应当”方式规定各情节对应的法律后果,但行政机关可在“从轻”与“减轻”之间进行选择,因而仍保留有裁量空间。酌定裁罚因素是在法律没有明文规定的情况下,由行政机关或法院在实践中总结出来的酌情调整或免除相对人处罚责任的因素。其与法定裁罚因素之规范维度不同,属于经验维度的裁罚因素。实践中,处罚裁量争端大多因此类裁罚因素所引发。

2. 以时间节点为标准,可分为事前裁罚因素、事中裁罚因素、事后裁罚因素。事前裁罚因素,即在违法行为发生之前能够揭示行为人对公共秩序威胁程度的裁罚因素,包括日常表现、有无实施过违法行为等。事中裁罚因素,是指应受处罚行为本身的情节,包括行为场域、方式、后果等因素,它是决定处罚类别与幅度的核心因素。事后裁罚因素与事前裁量因素除了发生时间不同外,在功能上多表征为相对人社会危险性,表现形态有:是否承认违法行为、消除违法后果、赔偿受害人损失,等等。这种以时间点为标准的类型化,实益在于可有效避免裁罚因素遗漏,将事前、事中、事后因素一体纳入考量,以便在更大范围内实现处罚均衡。

3. 以因素功能为标准,分为危害后果裁罚因素与违法可能性裁罚因素。危害后果裁罚因素,即体现违法行为对公共秩序危害程度的裁罚因素,如行为涉案金额、违法所得、持续时间等。从发生时间看,此类因素多为事中因素。违法可能性裁罚因素,指的是用于判断行为人未来再次违法可能性大小的

因素,往往体现于行为人事前事后的表现。就与规范的密切度而言,前者不少属于法定裁罚因素,后者多属于酌定裁罚因素。

(二)酌定裁罚因素的实践形态

司法实践中,有关过罚相当与否的争议,主要集中于对酌定裁罚因素的识别与评价上。酌定裁罚因素本身带有裁量性,行政机关与法院之间乃至上下级法院之间,往往会对其作出不同判断。透过酌定裁罚因素常见形态的提炼,可在一定程度上破解过罚相当原则司法适用的确定性及可预期性难题。

1. 处罚前科。属于事前裁罚因素的具体形态,主要表现为行为人违法前的一贯表现,特别是有无实施过类似违法行为。处罚前科,在相当程度上可反映出行为人主观恶性及再次破坏公共秩序的危险性。目前,实定法仅规定有“初次违法且危害后果轻微并及时改正的,可以不予行政处罚”,那么不具备“危害后果轻微并及时改正”要件的一般违法行为,有无前科便成了一个酌定裁罚因素。实践中,有无处罚前科一般作为处罚酌情从重或从轻、减轻的情节来处理的。“陈德龙诉成都市成华区环境保护局环境行政处罚案”中,法院以存在“二次违法”为由认定处以顶格罚款“并无不妥”,^⑤即为行为人因处罚前科被从重处罚而不失过当。“宋林燕诉兰州市城市交通运输管理处行政处罚案”、“张亦清诉苍南县道路运输管理局行政处罚案”,^⑥法院均将行为人之前有无类似违法作为裁罚因素以判断处罚是否违反过罚相当原则。

2. 过错程度。立基于报应主义的自然责任论,认为行为人承受法律制裁的正当性基础在于其道义上的可非难性,即主观过错。主观过错,在大陆法系通常作为处罚责任要件,即以“无过错不处罚”为原则。^⑦修改后的《行政处罚法》第33条第2款也采纳了此立场:“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚。”据此,主观过错之有无属于构成要件,而过错程度,包括行为动机、有无客观原因、是否故意为之、过错大小等,属于酌定裁罚因素。

行为动机指的是行为人实施违法行为所追求的目的,不同于主观过错,但间接反映过错程度及行为社会危害性大小。在“池洋明等诉建始县公安局处

罚案”中,^⑧法院以“池洋明殴打李先明的动机是出于保护妻子免受非法侵害”作为理由之一,撤销了罚款处罚。如果违法行为的发生存在客观原因,说明行为人的主观恶性相对较低。在“万祥云诉吉水县公安局交通警察大队道路交通管理处罚案”中,法院以行为人违法行为发生的部分原因是交通信号灯设置不科学为由判决撤销处罚。^⑨就过错程度而言,故意显然高于过失。在“成都协宏商贸有限责任公司诉四川省工商行政管理局工商处罚案”中,法院作出变更判决的一个重要理由就是“协宏商贸公司并无商标侵权的主观故意”。^⑩在多数违法情形下,通过过错大小的横向比较可评判一方责任的合理性。在“肖中根诉汤阴县公安局治安处罚案”中,法院作出“明显不当”认定的理由便是双方均有过错但一方过错较低,而过错小的一方所承担的罚款数额未相应降低。^⑪

3. 客观行为。客观行为系处罚科加的直接依据,居于整个裁罚因素体系的中心。过错客观化进程逐步否定对行为人的主观过错作出评价的可能性和必要性,提倡根据客观外在的行为判断行为人的过错。^⑫同样,损害后果属于违法行为的产物,甚至行为方式本身有时也体现着社会危害性之大小。按照密切程度,客观行为因素可细化行为场域与行为方式两类。行为场域包括行为发生的时代背景、社会关系领域等,前者往往意味着特定的价值取向,后者则蕴含纠纷性质与行为社会危害性之大小。“陈超案”中,法院在说理中指出“当一种新生事物在满足社会需求、促进创新创业方面起到积极推动作用时,对其所带来的社会危害的评判不仅要遵从现行法律法规的规定,亦应充分考虑是否符合社会公众感受”。在“蔡美萍诉大连市公安局金州分局华家屯派出所等处罚案”、“杜玉林等诉靖远县公安局处罚案”、“肖中根诉汤阴县公安局处罚案”^⑬等案件中,法院基于化解矛盾、促进社会和谐之考虑,均以违法行为发生场域为“邻里”为由而作出对行为人有利的变更或撤销判决。

行为方式,主要包括行为是否既遂、持续时间、^⑭涉案金额等。一般而言,既遂行为要比未遂、中止行为的社会危害性大,所体现出的行为人的主观恶性

也较大。在“杨铎诉福建省连城县烟草专卖局、龙岩市烟草专卖局行政处罚案”中,^⑩法院考量了违法行为是否完成。“邹拥军诉襄阳市城市公共客运管理处行政处罚案”中,^⑪法院考虑了违法行为持续时间;“陈绍申与苍南县道路运输管理局交通行政处罚上诉案”中,^⑫法院则将行为人“行为人是否以违法为业”纳入裁量情节。涉案金额,包括销售金额、商品货值等,体现违法行为影响范围及其损害大小。在“强隆超市诉上犹县市场监督管理局、上犹县人民政府行政处罚案”中,法院将“生产经营超过保质期的食品仅为三瓶汽水、销售金额仅在20元以内”,^⑬作为判定明显不当的裁罚因素。在“邬学勋案”中,法院对涉案商品货值与罚款金额予以对比后,认为二者“明显不相对应。”

4. 损害后果。损害后果即行为结果的代称,在通常情况下属于法律责任构成要件或确定责任大小的依据,与违法行为之间有着千丝万缕的联系。在民法上,违法性学说有行为违法说与结果违法说两种代表性主张;在刑法中,刑事违法性素有结果无价值论与行为无价值论之争。在行政法上,应受处罚之行为不以造成实际损害为必要,但损害结果与主观过错一样,也是一个不可或缺的裁罚因素。在实定法中已有一些条款将损害后果作为法定裁罚因素固定下来,^⑭但在超出实定法范围后,损害后果就转化为酌定裁罚因素。在“覃仕琼诉长阳土家族自治县工商行政管理局行政处罚案”^⑮、“哈皮妞也商贸有限公司诉西华县工商行政管理局行政处罚案”^⑯、“许金福诉福州市城乡建设委员会行政处罚案”等案中,^⑰法院判定处罚过罚失当的一个重要依据就是未造成实际损害。

此外,违法行为的影响范围、违法所得,也属于损害后果层面的裁罚因素。在“方林富炒货店诉杭州市西湖区市场监督管理局行政处罚案”中,法院认为处罚过罚不当的理由就是“广告影响力和影响范围较小”。^⑱在“安吉县大丰液化气有限公司诉安吉县工商行政管理局行政处罚上诉案”^⑲、“山西省襄汾县陶寺乡半山里三号铁矿诉武汉市工商行政管理局江岸分局行政处罚上诉案”中,^⑳“未实际获利”或“未获取非法利益”被法院作为判定过罚相当与否的裁

罚因素。

5. 悔错态度。违法行为实施完毕后,以行为人是否配合执法机关调查查处、采取补救措施、赔偿受害人损失为主要表现形态的悔错态度,也是法院评价行为人主观恶性及再犯可能性的重要依据。在“邹拥军诉襄阳市城市公共客运管理处行政处罚案”中,法院以存在“被告在查处原告的违法行为时,原告主动配合”因素而处罚未区别对待为由,认定处罚过罚失当。在“潍坊新航塑业有限公司诉该坊子区安全生产监督管理局行政处罚案”中,法院以行为人存在事后采取积极措施消除或减轻危害后果、赔偿受害人损失、配合安全监管监察部门查处的情节,而无充分证据证明处罚决定对上述情况一并结合在内予以全面考量为由,认定处罚明显不当。^㉑

6. 经济能力。经济能力因素,对于财产罚,尤其是罚款的科处具有影响力。在行为人经济承受能力限度内,罚款威慑效应与行为人财力呈负相关关系:财力越强,同等数量的罚款威慑效应愈弱。在承受限度之外,要么危及基本人权,要么导致罚款处罚落空。因此,经济能力应当纳入裁罚因素范围内。以德国及我国台湾地区为代表的大陆法系法域,明确将经济能力作为裁罚因素。^㉒我国民事赔偿领域,在确定赔偿数额时通常将当事人的经济能力作为考量因素。^㉓行政处罚领域,目前仅有因应行为人经济困难的处罚执行变通措施,而无将其作为裁罚因素的规定。司法实践中已有案件将行为人财力作为裁罚是否相当的考量因素,如“半山里案”中的“企业规模小且亏损大”考量、“崔秀喜诉被临颖县工商行政管理局行政处罚案”中的“处罚对象为下岗失业人员”考量、^㉔“双峰县精制大米厂诉该县工商行政管理局工商行政处罚案”中的“受处罚人的实际情况”考量,等等。笔者认为,缴纳方法的变通虽可在一定程度上纾解罚款执行与行为人经济能力之间的矛盾,但仍属治标不治本之策,应将行为人经济能力纳入裁罚范围以对罚款数额作出预先调整。

五、结语

除目标与手段上的特色外,仅基于司法适用频率,过罚相当原则亦足以逸脱处罚公正公开原则的羁绊而成为一个独立的处罚实定法原则。行政处罚

立法宜顺应时势,在未来修法时将过罚相当条款单列出来,以强化过罚相当原则的独立性与显示度。承载该原则的过罚相当条款仍系一个抽象的法规规范,其具体化实践不仅有赖于行政机关之遵行,更须借助“一个实质而有效且具体的司法审查”;否则,该原则“恐将沦为‘万事俱备,只欠东风’之具文”。^④在这方面,法院对于过罚相当条款所确立的一般裁罚因素具体形态的推演,显得尤其关键。同时,理论界从法教义学视角对司法实践总结出来的酌定裁罚因素及时予以提炼,以便形成一般裁罚审查基准,责无旁贷。

过罚相当原则的适用以处罚裁量为固有对象,不可避免地触及规范维度的分权理想与现实维度的权利保护需要之间紧张关系。^⑤分权主义相对化,为司法干预行政裁量打开了突破口。此时,需要防止裁量权无意之间由一个机关转移到另一个机关,而这种裁量权的重新分配甚至这不如初次分配来得好。^⑥基于人民主权及权力效能的原则,法院适用过罚相当原则审查处罚裁量时应当保持适度克制,尊重行政机关作为“初始决策者”的裁量余地,避免以司法裁量取代行政裁量。可喜的是,我国一些适用过罚相当原则的判决已表达“尊重行政机关初始判断权”的立场。^⑦但这更应当成为一种常态,而不是例外。

注释:

①在2021年修改《行政处罚法》之前,该款序号为第4条第2款,修改前后内容无变化。为表述便宜,下文将该条款简称为“过罚相当条款”。考虑到新法2021年7月份才实施,故在案例梳理中仍以原条款序号作为检索依据。

②参见[英]哈特:《法律的概念》(第三版),李家馨等译,法律出版社2018年版,第333、336、338页。

③参见邱基峻、邱铭堂:《论行政法上之平等原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》(二),三民书局股份有限公司1997年版,第142页。

④参见广东省广州铁路运输中级人民法院(2017)粤71行终1700号行政判决书。

⑤参见《苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案》,载《最高人民法院公报》2013年第10期,以下简

称“苏州鼎盛案”。

⑥《陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案》,载《最高人民法院公报》2018年第2期,第45-48页,以下简称“陈超案”。

⑦甘肃省高级人民法院(2017)甘行终511号行政判决书。

⑧山东省高级人民法院(2019)鲁行再72号行政判决书。

⑨参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第42页。

⑩参见[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239页。

⑪譬如,余凌云教授认为,比例原则在行政诉讼法和有关司法解释中迄今“遥无踪影”;刘权教授则认为,我国宪法并没有直接明确规定比例原则,但如今已经有越来越多的法律、行政法规、地方性法规、行政规章、内部行政规则等法律文本,开始规定比例原则的相关内容;蒋红珍教授对比例原则的规范基础从超实证规范与实证法规范、隐含规范与明示规范、诫命性规范与适用性规范等层面逐一作了分析。参见余凌云:《对行政机关滥用职权的司法审查》,载《中国法学》2008年第1期,第28页;刘权:《行政判决中比例原则的适用》,载《中国法学》2019年第3期,第85页;蒋红珍:《比例原则适用的规范基础及其路径:行政法视角的观察》,载《法学评论》2021年第1期,第54-58页。

⑫参见陈清秀:《行政处罚法》,法律出版社2016年版,第71-74页。

⑬参见李洪雷:《行政法释义学:行政法学的更新》,中国人民大学出版社2014年版,第85页。

⑭参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,第65页。

⑮关于过罚相当原则的功能有限性分析中,许传玺教授认为该原则的适用须以损害实际发生为前提,通常不适用于行政处罚这种以遏制损害发生为目的的手段;而杨登峰教授等认为该原则无法提供相当性判断。参见许传玺:《行政处罚的确定标准:寻求一种新的思路》,载《中国法学》2003年第4期,第4页;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,第9页。

⑯参见章剑生等:《行政法判例百选》,法律出版社2020年版,第61页。

⑰参见[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238-239页。

⑱参见汪燕:《行政合理性原则与失当行政行为》,载《法学评论》2014年第5期,第60页。

①⑨参见林惠瑜：《英国行政法之合理原则》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则》，三民书局股份有限公司1994年版，第174页。

②⑩[英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛：《行政法》（第十版），骆梅英等译，中国人民大学出版社2018年版，第268页。

③⑪See Peter L. Strauss, *Administrative Justice in the United States*, 3rd ed, Carolina Academic Press, 2016, p. 455.

④⑫See 401 U.S. 402(1971).

⑤⑬See 467 U.S. 837(1984).

⑥⑭See Peter L. Strauss, *supra* note 23, at 496.

⑦⑮参见叶必丰：《行政合理性原则的比较与实证研究》，载《江海学刊》2002年第6期，第123页。

⑧⑯如《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》第1条、《甘肃省规范行政处罚自由裁量权规定》第4条、《山西省规范行政执法裁量权办法》第4条之规定。在前二者中，相关条款虽名为合理性原则，但其内容却实为过罚相当原则及比例原则的要求。

⑨⑰同前注⑤，叶必丰文，第123页。

⑩⑱同前注③，邱基峻等文，第120页。

⑪⑲参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》2002年第2期，第34页。

⑫⑳王名扬：《法国行政法》，北京大学出版社2016年版，第219页。

⑬㉑参见[日]田村悦一：《自由裁量及其界限》，李哲范译，中国政法大学出版社2016年版，第44页。

⑭㉒余凌云：《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对〈中华人民共和国行政诉讼法〉第54条第(4)项的批判性思考》，载《法商研究》2005年第5期，第48页。

⑮㉓譬如《规范农业行政处罚自由裁量权办法》第6条、《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》第1条。

⑯㉔参见浙江省湖州市中级人民法院(2007)湖行终字第13号行政判决书。

⑰㉕吉林省延吉市人民法院(2018)吉2401行审49号行政裁定书。

⑱㉖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，以下简称为“邬学勋案”。

㉒㉗参见林莉红：《行政处罚显失公正新论》，载《华中理工大学学报》（社会科学版）1999年第1期，第65页。

㉓㉘同前注⑬，哈特穆特·毛雷尔书，第129-131页。

㉔㉙参见[日]盐野宏：《行政救济法》，杨建顺译，北京大学出

版社2008年版，第192页。

㉕㉚同前注⑩，田村悦一书，第43页。

㉖㉛参见盛子龙：《“行政诉讼法”第4条释义》，载翁岳生主编：《“行政诉讼法”逐条释义》（2018最新版），五南图书出版股份有限公司2018年版，第68页。

㉗㉜参见陈清秀：《行政处罚》，载翁岳生主编：《行政法》（上），元照出版公司2020年增订四版，第276-278页。

㉘㉝5 U. S. C. §706(2)(a).

㉙㉞See Gary Lawson, *Federal Administrative Law*, 8th ed, West Academic Publishing, 2018, p. 748.

㉚㉟See Christopher R. Stevenson, *Abusing Abuse of Discretion: Judicial Review of ERISA Fiduciaries' Discretionary Decisions in Denial of Benefits Cases*, Hofstra Lab. & Emp. L. J. 2009, 27, p. 115.

㉛㊱See Gary Lawson, *supra* note 48, at 869.

㉜㊲See 603F. 3d 203, 214(3d Cir. 2010).

㉝㊳See 477F. 2d 402(D.C. Cir. 1973).

㉞㊴See Kristin E. Hickman, Richard J. pierce, Jr, *Administrative Law Treatise*, 3rd ed, Wolters Kluwer, 2019, p. 1908.

㉟㊵同前注⑩，威廉·韦德、克里斯托弗·福赛书，第293页。

㊱㊶同前注⑪，余凌云文，第24页。

㊲㊷参见江必新、邵长茂：《新行政诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第265页。

㊳㊸同前注⑪，刘权文，第102页。

㊴㊹原文发表在《行政诉讼法》修改之前，所以用的是“显失公正”。同前注⑤，叶必丰文，第122页。

㊵㊺量刑情节类型包括：法定量刑情节、司法解释规定的量刑情节和酌定量刑情节；应当型情节和可以型情节；从宽量刑情节与从严量刑情节；罪中情节、罪前情节和罪后情节；体现犯罪社会危害性的量刑情节和体现犯罪人人身危险性的量刑情节；功能确定性情节和功能选择性情节。参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第六版），北京大学出版社·高等教育出版社2014年版，第254-257页。

㊶㊻参见指导案例138号，四川省成都市中级人民法院(2014)成行监字第131号裁定书。

㊷㊼参见甘肃省兰州铁路运输中级人民法院(2017)甘71行初88号行政判决书。

㊸㊽参见浙江省苍南县人民法院(2015)温苍行初字第77号行政判决书。

㊹㊾同前注④，陈清秀文，第827-828页。以民事侵权为

例,构成要件可在三种语境上使用:侵权行为构成要件,侵权责任构成要件,损害赔偿要件。责任要件,虽涉及的是责任承担问题,也可称之为责任构成要件。申言之,当把行政处罚视为一种责任时,那么责任要件其实也是构成要件。

⑩参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2017)鄂28行终189号行政判决书。

⑪参见江西省新干县人民法院(2018)赣0824行初53号行政判决书。

⑫参见四川省成都市中级人民法院(2013)成行初字第97号行政判决书。

⑬参见河南省内黄县人民法院(2017)豫0527行初11号行政判决书。

⑭参见杨立新、梁清:《客观与主观的变奏:原因力与过错——原因力主观化与过错客观化的演变及采纳综合比较说的必然性》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期,第10页。

⑮参见辽宁省高级人民法院(2014)辽行提字第4号行政判决书。

⑯参见甘肃省兰州铁路运输中级人民法院(2018)甘71行终35号行政判决书。

⑰同前注⑬。

⑱需要说明的是,持续时间在有的领域已被作为法定裁罚因素固定下来,如《反垄断法》第49条规定:“反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”

⑲参见福建省龙岩市中级人民法院(2018)闽08行终176号行政判决书。

⑳参见湖北省襄阳市樊城区人民法院(原湖北省襄樊市樊城区法院)(2018)鄂0606行初18号行政判决书。

㉑参见浙江省温州市中级人民法院(2014)浙温行终字第298号行政判决书。

㉒江西省赣州市中级人民法院(2019)赣07行终218号行政判决书。

㉓《行政处罚法》第32条将“主动消除或者减轻违法行为危害后果”作为“应当从轻或者减轻行政处罚”的裁罚因素;第33条将“危害后果轻微”作为“可以不予行政处罚”的必要裁罚因素。

㉔参见湖北省宜昌市中级人民法院(2001)宜中行终字第

19号行政判决书。

㉕参见河南省太康县人民法院(2016)豫1627行初100号行政判决书。

㉖参见福建省福州市中级人民法院(2016)闽01行终465号行政判决书。

㉗浙江省高级人民法院(2019)浙行申64号行政判决书。

㉘参见浙江省湖州市中级人民法院(2007)湖行终字第13号行政判决书。

㉙参见湖北省高级人民法院(2000)鄂行终字第64号行政判决书。以下将本案简称“半山里案”。

㉚参见山东省潍坊市坊子区人民法院(2018)鲁0704行初46号行政判决书。

㉛德国《违反秩序法》第17条第(3)项规定:“裁量罚款数额的依据为违反秩序行为的严重程度和应受谴责程度。行为人的经济状况也应予以考虑;但是,对于轻微违反秩序行为,一般不考虑经济状况。”我国台湾地区“行政处罚法”第18条第1款规定:“裁处罚鍰,应审酌违反行政法上义务行为应受责难程度、所生影响及因违反行政法上义务所得之利益,并得考量受处罚者之资力。”二者不同之处在于,前者将经济能力作为法定裁罚因素,但限制其适用范围;后者则作为酌定裁罚因素,并且不限制范围,具体适用交由行政机关负责。

㉜如依据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第5条第5项之规定,“侵权人承担责任的经济能力”即为确定精神损害赔偿数额的裁量情节之一。

㉝参见河南省漯河市中级人民法院(2011)漯行终字第12号行政裁定书。

㉞谢世宪:《论公法上之比例原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》,三民书局股份有限公司1994年版,第137页。

㉟分权属于一种规范主义的理想,而裁量基于现实需要,二者之间这种规范维度与经验维度的紧张关系恐怕是一个永恒的问题。参见[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第76、85页。

㊱See Kristin E. Hickman, *supra* note 53, at 1902.

㊲譬如,山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01行终155号行政判决书,南宁(柳州)铁路运输中级人民法院(2019)桂71行终90号行政判决书等。