谦抑理念在行政处罚中的展开

邓佑文

【摘　　要】行政处罚的谦抑蕴含谦和、节制和恰当三层意涵。行政处罚的谦抑理念可分两步予以证立。首先从权力属性、行政方式、制度目的和实践价值四重维度证成谦抑的正当性;其次通过理念与性质、原则、指导思想等相关概念辨析,释明谦抑是对行政处罚立法和执法的理念要求。处罚谦抑理念的具体内容涵括处罚的审慎介入和恰当适用:前者需明确受处罚行为的构成要件和处罚的必要性,从而区分违法行为和受处罚行为;后者需遵守过罚相当基本要求,并达致利益保护的均衡性。处罚谦抑理念可通过立法和执法两条路径予以实现。立法上,行政处罚基本法确定处罚谦抑的基本范畴,其他立法根据行政处罚基本法的规定进一步体现处罚谦抑理念;执法上,依法认定处罚介入的要件和必要性,且严格遵守处罚恰当适用的原则和条件。

【关 键 词】行政处罚;谦抑理念;处罚审慎;处罚恰当

【作者简介】邓佑文,浙江师范大学法政学院。

【原文出处】《法学》(沪),2022.10.18~31

【基金项目】本文系国家社科基金一般项目“行政参与风险防范法治化研究”(20BFX043)、浙江师范大学自主设计科研课题(ZZ323205020520013032)的阶段性成果。

实践中,时常发生行政主体对行政相对人的一些轻微违法行为,甚至不当行为予以重罚而引起公众质疑的事件。例如,贵州女子在业主群内因不满社区书记工作失职,骂其“草包书记”而被警方跨市拘留3日;湖北省洪湖市一药店在新冠肺炎疫情暴发早期销售口罩,因进价每只0.6元,卖价每只1元,而被罚款4万余元;甚至连疫情期间村民“不当”说出打疫苗核酸检测阳性,也被罚款500元;等等。这些事件不仅损害了当事人的合法权益,也引发了公众对执法公正和公权滥用的批评,无疑有损执法威信和法治政府形象。与此相反,在疫情防控时期,成都等一些地方政府出台了《不予处罚清单》《减轻处罚清单》《从轻处罚清单》等文件,针对市场主体的轻微违法行为进行审慎监管,根据情节轻重分别作出不予、减轻或从轻处罚,既纠正了企业的违法行为,又帮助企业走出了困境,收到了良好的社会效果。如今,这些审慎处罚做法,已被各级行政机关在常态化管理中推广运用。

上述两种行政处罚的态度和方式实际涉及行政处罚的谦抑问题。公权或公法行为谦抑问题的研究主要集中在刑法(刑罚)谦抑,且强调谦抑对防止公权滥用、推进法治建设和保护人权的重要价值。从学者对刑法谦抑的阐述来看,其重心一般是刑罚适用的谦抑问题,且有时刑法谦抑和刑罚谦抑互用。[①]因此,刑法的谦抑实质主要是指刑罚的谦抑(下文中的刑法谦抑都蕴含刑罚谦抑之意)。同属于公权惩戒手段的行政处罚,其谦抑对于防止处罚权滥用、保护相对人权益和促进行政法治,也具有重要价值。而且,行政处罚谦抑还有助于时下倡导的信用规制[②]和营商环境优化[③]。

可见,行政处罚谦抑的研究具有重要的学科价值和实践意义。然而,少有学者对此问题进行专门

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

研究。基于此，本文尝试对行政处罚的谦抑问题进行专门探讨，阐释处罚谦抑的基本意涵，证立处罚的谦抑理念，解析处罚谦抑理念的具体内容及其实现路径，以期为更好规范和控制行政处罚权，促进行政处罚的合法、合理与效能，提供新的学理支持。

一、行政处罚谦抑的基本意涵

关于行政处罚谦抑的基本意涵，可在借鉴刑罚谦抑理论的基础上，结合行政处罚的性质、目的和功能予以阐明。作为法律概念的谦抑源于日本现代刑法学者对刑法谦抑理念的阐述。平野龙一明确提出刑法谦抑的概念且阐明了其含义。他认为，刑法谦抑的意涵包括宽容性、补充性和不完整性三个方面。[④]宽容性意指不是所有的违法行为都需适用刑法，对有些可以刑罚也可不刑罚的，则可不用刑罚；补充性意指刑法不是社会统治手段的优先选择，只有其他社会统治手段无法保护法益和救济损益时才能出场；不完整性意指刑法不可能覆盖所有社会生活领域，亦即有些社会领域不宜适用刑法。如前所述，刑法谦抑主要意指刑罚的谦抑，所以这也是刑罚谦抑的基本意涵。

行政处罚与刑罚皆为具有制裁性的社会治理手段，二者的适用既可维护社会秩序，也可能侵害公民的合法权益(过度适用甚至滥用)，因此二者都应保持谦抑，且因同属于公权力和公法范畴，刑罚的谦抑理论也可资行政处罚借鉴。但行政处罚作为秩序行政的重要方式，在行政管理中较为常用，且其制裁性远弱于刑罚，行政处罚谦抑理念的基本意涵又不能完全照搬刑罚的谦抑理论，而需进行新的理论诠释。笔者认为，在借鉴刑罚谦抑理论的基础上，结合行政处罚的性质、目的及功能，可析出行政处罚谦抑的谦和、节制和恰当三层意涵。

(一)行政处罚的谦和

行政处罚的谦和是贯穿行政处罚全过程的整体理念。其要义是，行政处罚权的行使主体(主要是行政主体)不应呈现高高在上的管制者形象，而是相对人合法权益的保护者角色，设定和实施行政处罚时，应保持应有的谦逊、谨慎和温和，避免处罚过于刚性和强势。进言之，首先，要求行政主体谨慎地将行政处罚介入行政管理，严格介入要件，能不动用处罚可达到行政目的，则不规定和适用处罚，而不能动辄用之，视之为无所不能的管理工具。其次，若确有必要适用行政处罚以实现行政目的，亦即采用教育劝诫、告知承诺等其他手段难以达致行政目的，需适用处罚时，也应当符合公正和效能要求，在坚持处罚公正的基础上，能轻罚实现行政目的，则不规定和适用重罚，而不能应轻罚也重罚，使处罚过于刚性和严厉，与行政处罚的谦和相抵牾。

(二)行政处罚的节制

行政处罚的节制主要是对其审慎介入行政管理的理念要求。节制的要义是，基于处罚权的扩张性、制裁性和损益性，行政主体应当根据法律要求，约束和控制行政处罚介入与扩张的冲动，不得任意扩展处罚的边界和宽度。申言之，作为维护公共利益和公共秩序的惩戒性行政方式，行政处罚与刑罚相似，具有规制效用的补充性。其一，在行政管理场域的全部工具箱里，行政处罚并不是主要的管理工具，而是补充性工具，[⑤]甚至是最后规制手段，只有穷尽其他非制裁性行政手段，难以实现行政目的和任务，行政处罚等制裁性规制手段才须入场。其二，即使直接针对相对人违法行为的管理，亦即相对人发生违法行为后，行政处罚也不是必须出场，需要符合介入的要件，如果违法行为轻微，但通过其他行政措施能使当事人改正违法行为，维护公共秩序，实现利益保护，也可以不适用处罚。

(三)行政处罚的恰当

行政处罚作为秩序行政的重要方式，其适用在所难免，因此，需要明确处罚适用中的谦抑理念，亦即处罚的恰当观念，通俗地说，就是处罚适用应恰到好处，防止过度处罚，保障处罚的公平和效能。具体包括以下两方面要求：(1)行政处罚适用的相当性。行政主体适用行政处罚时，种类和幅度的确定，应与违法行为的情节、性质、过错、危害后果等相匹配，做

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

到处罚公平公正,而不能畸重畸强。行政处罚适用的相当性是行政处罚制裁性和公平原则使然,通过过罚相当的考量,防止制裁畸重,抑制制裁强度,避免制裁超越合理限度,维护处罚公平。(2)行政处罚适用的效能性。行政处罚目的不只是实现制裁的公平,更需讲究整体效能目标的实现。行政处罚适用的效能性是全面实现行政处罚目的之要求,是行政处罚利益保护均衡性之体现,亦即行政处罚既要保护公共利益或受害人利益,也要保护被处罚人的合法权益,从而使被处罚人心悦诚服接受处罚,达到改正违法行为之目的。效能性重点是利益衡量,要求以最小的处罚成本促进行政目的之实现,重在处罚的效益,这无疑蕴含了处罚适用的谦抑。

此外,正确理解行政处罚谦抑的基本意涵,还需分辨其与"不履行职责""依法行政"的关系。

1.区分"不履行职责"。不履行职责,是指行政主体对负有的法定职责(义务),有能力履行而不履行。与行政处罚相关联的不履行职责,是指行政主体对违法行为负有监管责任,却放任不管。行政处罚谦抑并非不履行职责,而是强调处罚的节制和慎用。即对于违法行为,只有符合处罚要件且有处罚必要的,才进行处罚;不符合处罚要件的,则不处罚;虽符合处罚要件但无处罚必要的,也可以不处罚。可见,处罚谦抑只是严格处罚介入和适用的条件,以抑制任意处罚和扩张处罚,而不是对违法行为放任不管,行政主体虽然对符合不予处罚条件的违法行为不进行处罚,但仍需采取教育劝诫、告知承诺等其他方式使当事人改正违法行为。

2.明晰与"依法行政"的关系。行政处罚谦抑与依法行政既有联系又有区别。二者的联系表现为:谦抑首先是依法谦抑,因此依法行政(依法处罚)是处罚谦抑的基础,二者的目的都指向处罚权的规范和控制,同时谦抑又能促进依法行政(合法处罚),若处罚不谦抑,亦即处罚权滥用和泛化,则容易违法行政(违法处罚)。二者区别在于对处罚权规范和控制的侧重点不同:依法行政要求行政主体依法设定和实施处罚,强调处罚的合法,是从总体合法性上规范和控制处罚权,防止处罚权滥用;而行政处罚谦抑则是在处罚法定的基础上,特别要求处罚的节制和慎用,强调处罚的合理与必要,防止处罚权过度扩张进,一步抑制处罚权的滥用,从而促进处罚既合法又合理且有效能。

二、行政处罚谦抑理念的证立

行政处罚为何应保持谦抑?又为何属于一种理念?这是在明确处罚谦抑的基本意涵基础上需要进一步释明的问题。

(一)行政处罚谦抑的正当性证成

行政处罚谦抑的正当性,可从权力属性、行政方式、制度目的和实践价值四重维度予以证成。

1.权力属性维度之考察。行政的核心是行政权。从权力维度看,行政处罚是行政处罚权的使用。因而行政处罚的核心为行政处罚权,且是一种制裁性的消极行政权。行政权是庞大且与公民权利关系密切而紧张的权力,对公民的影响直接且广泛,而行使过程的条件限定和程序控制又相对宽松,拥有较大的裁量空间,滥用并侵权的可能性较大,需要进行严格控制。而作为行政权的行政处罚权,不但具有行政权的强制性、扩张性及滥用后的损益性等属性,而且具有制裁性。行政处罚权的制裁性意味着直接减损被处罚人的权益或增加其义务,这样更呈现损益性的可能,与相对人权利关系也就更为紧张,行政处罚权如果滥用或泛化,极容易以权谋私和侵害当事人合法权益,因此更需要加以严格控制。行政权控制包括行政权行使者的自我节制和其他主体的外部制约,但都体现了行政权的谦抑,要求行政权法无明文授权不可为,法有授权才可依法且合理而为。因此,需要更严控制的行政处罚权也就更需谦抑,行政主体行使行政处罚权时,应当严格做到法有授权才可为,且需依法、合理、有效(能)而为,行政处罚的设定和实施应尽可能保持谦和、节制和恰当,以缓和与抑制行政处罚权的强制性、扩张性、制裁性和损益性,进而防止权力滥用和权利侵害。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

2.行政方式维度之考察。随着社会发展,公共行政范式已由传统行政向现代行政转型。政府职能从全面管制转向“放管服”张弛有度;政府角色从主要充当管理者转向主要担当服务者;行政理念从以强制为核心的管制转向以政社合作为核心的治理;行政目标从秩序效率优先转向公平效率兼顾;行政法治从合法律的形式法治转向合法律且合理的实质法治;[6]行政过程从命令—服从转向协商—指导;行政方式从强制型转向合作型。[7]为回应公共行政的现代转型,政府尤其应当进行行政方式的变革。在具体的行政方式选择上,行政机关宜多采用商谈方式,少用强制方式;宜以积极方式为主,消极方式为辅;宜柔性方式在先,刚性方式置后;宜将指导激励方式作为最优选项,强制惩戒方式是不得已而为之。因此,为适应现代行政方式变革需求,基于行政处罚的强制性、消极性和制裁性,在出场顺序上,行政处罚一般应成为行政方式的或然选项,甚至最后选项。[8]

3.制度目的维度之考察。关于行政处罚的目的,学界有报应论和预防论两种基本理论。[9]报应论有两个基本主张:(1)只要存在违法行为就必须加以制裁,但应过罚相当;(2)只有过去的违法行为,才能施加制裁,制裁是为了打击和报复过去的违法行为,而不包括对未来违法行为的预防。预防论的主要观点则是:行政处罚的目的是通过制裁违法行为人,促使当事人和潜在违法者引以为戒,不再或不敢发生违法行为,以取得积极的社会效果。基于两种处罚目的论的各自局限,当下学界一般都主张兼顾两种理论主张。其中,根据二者的价值位阶,又可分为两种观点。一种观点认为教育改正和预防目的为主,惩罚目的为辅。如有的认为:“行政处罚的目的是教育和惩罚,这是个基本法律常识。这个顺序不能错,处罚的主要目的是教育,其次才是惩罚。”[10]有的甚至认为:行政处罚只是手段,服务发展才是目的。[11]另一种观点则认为制裁目的为主,教育预防次之。如有学者主张:行政处罚的目的仍应围绕报应论建构行政处罚的目的体系,预防论尽管有可能是《行政处罚法》的立法目的,但并不适宜作为行政处罚的主要目的,而只是次要目的。[12]

笔者认为,在两种目的论兼顾的前提下,对行政处罚目的需要有更精准的定位:以惩戒制裁为辅,具有手段性;以教育预防为主,具有终极性。其理由如下:(1)从实定法依据看,新修改的《行政处罚法》第6、33条第3款规定,对于相对人违法行为的规制,不管是依法应当处罚的,还是依法不予处罚的,最终目的都是教育改正违法行为,包括通过教育相对人自觉守法,预防违法行为的发生。(2)从行政处罚的惩戒功能看,“惩”的落脚点在于“戒”,亦即通过对违法当事人的惩罚,促使当事人和其他相对人引以为戒,改正和预防违法行为,达到“惩前毖后”之目的,“惩罚已发生违法行为”只是手段,“警示与教育不再违法”才是终极目的。(3)从行政处罚实践来看,行政主体把违法行为的制裁作为目的,不重视教育预防,则难以消除违法行为,如行政机关对汽车超载行为的治理,常常以罚代管,结果超载依旧;相反,坚持处罚与教育相结合,则能取得良好执法效果,如近年来城市管理执法中对摊贩的监管,注意处罚与教育相结合,结果乱摆摊现象大大减少。上述两种目的论兼顾下的处罚目的精准定位,可较好解释行政处罚的谦抑。预防论解释行政处罚的慎入,如果违法行为轻微,能够通过批评教育,改正和预防违法行为,则行政处罚不必介入;报应论则解释行政处罚适用的相当性,亦即行政处罚若确有必要适用(介入),行政主体不能随意加大制裁力度和制裁范围,而应做到过罚相当。

4.实践价值维度之考察。行政处罚谦抑的实现具有重要的实践价值。(1)防止处罚权滥用,促进公平正义。在行政处罚的立法和执法实践中,尊重和践行处罚谦抑,可抑制处罚的立法扩权冲动和执法滥权现象,从而使处罚的设定和适用既具合法性又具合理性,继而实现处罚的实质法治,促进社会公平正义。(2)促进义务履行,降低执法成本和救济成

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

本。行政处罚因谦抑而达致合法合理,能得到当事人的内心认同,并自觉履行处罚科以的义务,这样,行政主体无须因被处罚者不自觉履行义务而启动强制执行程序,从而降低执法成本,而被处罚者因自觉认罚而不会再提起各种救济请求,救济机关无须启动包含司法救济在内的各种救济程序,从而降低救济成本。(3)有利于优化营商环境,增进社会经济效益。对相对人经济违法行为乱处罚进行合理抑制,可以防止执法者增加当事人的生产、生活成本,促进营商环境的优化,从而保障生产经营正常开展和顺利进行;既保护当事人合法权益,又能促进社会经济健康发展,增进社会经济效益。(4)有助于纠正和预防违法行为,化解社会矛盾和风险。被处罚者对体现谦抑的合法合理处罚心悦诚服,会意识到自己行为的违法性和应罚性,从而自觉改正违法行为。被处罚者也不会产生对受害方或社会的报复思想,这既有助于纠正和预防违法行为,也有助于化解处罚所涉社会矛盾,防止矛盾冲突的再次发生,从而消解社会风险。(5)有助于信用规制和诚信社会建设。行政主体践行处罚谦抑理念,实行“首违不罚”和“轻违不罚”,对这些违法行为,以告知承诺方式责令其限期改正,教育公民信守承诺,改正违法行为,这与行政许可、行政确认中证明事项办理的告知承诺实践一样,有助于信用规制的开展,培养公民的诚信观念,从而促进诚信社会建设。

(二)行政处罚谦抑理念属性的释明

以上已从四个维度充分证成行政处罚谦抑的正当性,然而行政处罚谦抑的属性如何,学界却存在争议。一些学者受刑法谦抑性话语的影响,将谦抑性引入行政法领域用来阐释行政权和行政行为的谦抑性。如有的学者认为行政权具有谦抑性,[13]还有的学者认为行政行为具有谦抑性。[14]这些学者虽没有直接论及谦抑性是行政处罚权或行政处罚的性质,但上述观点中隐含了谦抑性是行政处罚(权)的性质,因为行政权包含行政处罚权,而行政行为也涵括行政处罚行为。当然也有学者论及行政处罚的谦抑问题,把谦抑表述为行政处罚的理念。[15]实务中还有判例将行政处罚的谦抑表述为原则或理念。[16]可见,对于行政处罚谦抑属性的认识,无论是理论界还是实务界都尚无定论。行政处罚谦抑的属性究竟是什么,是属于行政处罚的性质,还是原则、指导思想或理念,需要对其进行释明。

1.谦抑不是行政处罚的性质。从权力视角看,行政处罚权具有内在的扩张性和干预性,作为行使行政处罚权的行政处罚行为自然也具有上述性质。而谦抑性则是与扩张性、干预性反向的属性,彼此不可能同属于行政处罚的性质,就像一块石头不可能既是硬的又是软的一样,这完全是不可能存在的事情。因而,具有扩张性、干预性的行政处罚不具有内在的谦抑性,不会自动谦抑,而是基于抑制和弱化行政处罚的扩张性、干预性之目的,赋予行使行政处罚权、实施行政处罚的主体之要求。

2.谦抑不是行政处罚的原则。行政法的原则应具备法律性、部门法特性、普遍适用性和可操作性。[17]谦抑是对设定和实施行政处罚的主体控制行政处罚权之要求,其主要目的在于规制行政处罚权,因而具有一定的规范性,亦即具有法律性。但谦抑并不完全具备其他三方面属性。(1)行政处罚谦抑的部门法特性不足。谦抑不是所有行政法规范的共有特征,许多服务性行政法规范则要求积极行政,谦抑也不是行政处罚的专有要求,刑法中的刑罚更强调谦抑。(2)行政处罚谦抑的普遍规范性不足。并非所有行政处罚都应接受谦抑理念的约束,亦即处罚谦抑有一定限度,谦抑只适用大部分违反行政管理秩序的处罚,对于有些违法行为的处罚可不体现谦抑理念。如为了加强受害人重要权益、公共利益和公共安全的保护,危害公民生命健康权的违法行为处罚、突发事件应对时期的违法行为处罚等可以不谦抑。(3)行政处罚谦抑的直接可操作性不足。行政处罚的谦抑对行政处罚活动不具备直接的规范作用,需要将其转化为相应的法律原则和具体规则,方能实现其指引价值。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

3.谦抑不宜确定为行政处罚的指导思想。谦抑虽然对行政处罚活动具有观念层面的指引作用,但也不宜确定为行政处罚的指导思想。法的指导思想是人们对法律目的和价值的普遍认识和整体观念,对人的行为的指导作用是全局性和整体性的,譬如,依法行政,保障和监督行政权,严格规范公正执法,维护公共利益、社会秩序和保护相对人合法权益是行政处罚法的指导思想,也是行政处罚的指导思想。而谦抑的直接价值主要体现为规范和控制行政处罚权,且不是所有的行政处罚都需谦抑,可见,谦抑对行政处罚的指引作用的全局性和普遍性不足,难以达到指导思想的高度。

4.谦抑宜定位为行政处罚的理念要求。法律理念是每个人以及由此连接成的集合体对法律规范和法律现象的理解、解释、观点与信念。[18]亦即是对法律现象的理性认识,是关于法律的一种意识和观念。法律理念对法律实践具有指引作用。[19]可见,它与法的指导思想具有相关性。一般而言,法的指导思想涵摄各种法律理念,法律理念则共同反映法律思想。但法律理念又区别于法的指导思想。法的指导思想是人们对法律价值的普遍认识和整体观念。而法律理念既有对法律的普遍性价值的认识,如法的公平正义理念,也有对某一法律领域某一方面价值的认识,如行政处罚的谦抑理念,此时的法律理念外延相对较小,尚不具备法律指导思想的全局性和整体性。另外,法律理念也具有一定的法律原则的规范作用,但又区别于法律原则。如前所述,法律理念对法律实践具有指引作用和一定的规范作用,但这种作用是方向性和间接性的,不是直接的规范功能,如行政处罚的谦抑主要是对立法者设定处罚,以及执法者实施处罚的观念导向,其作用的实现还需适用行政处罚的各种原则和规则。而法律原则是体现法律指导思想和法律理念的法律原理,虽然也具有抽象性,但已完全是一种规范层面的准则性原理,能直接规范人的行为和法律实践。

综上,通过对法律理念与处罚性质、法律原则、指导思想的全面辨析,可知谦抑不是行政处罚的性质,也不宜确定为行政处罚的原则或指导思想,而宜定位为立法者设定处罚和执法者实施处罚的理念。

三、行政处罚谦抑理念的具体内容

谦抑理念是个抽象概念,若要在实践中实现,还需从规范层面解析其具体内容。如前分析,行政处罚的谦和、节制和恰当之谦抑理念要求,共同指向处罚的审慎介入和恰当适用。因而,行政处罚谦抑理念的具体内容涵括审慎介入和恰当适用两方面的规范要求。

(一)审慎介入:处罚要件+处罚必要

行政处罚谦抑理念的践行,首先要求框定好处罚的边界,控制处罚的广度和宽度,使处罚审慎介入行政管理场域,解决好行政主体是否有必要运用处罚方式完成行政任务,实现行政目的之问题。其关键在于通过明确受行政处罚行为(以下简称"受处罚行为")的构成要件和处罚的必要性,区隔违法行为与受处罚行为。廓清违法行为与受处罚行为的区别,首先在于精准确定受处罚行为的构成要件。关于受处罚行为的构成要件,行政法学界整体上受犯罪构成体系的影响,有要件说和阶层论两大理论。要件说主要从违法行为的主体、客体、主观、客观等四方面,阐释受处罚行为的构成要件,形成构成要素不一的四种观点,包括一要件说、二要件说、三要件说和四要件说。这些学说的最大分歧在于相对人的主观过错是否应成为构成要件的必备要素。[20]一般只有四要件说把主观过错视为处罚的必备要件。[21]另外,受犯罪行为构成要件理论的影响,较多主张要件说的学者把违法行为的构成要件视同受处罚行为的构成要件。主张阶层论的学者主要受德国和我国台湾地区学者观点的影响,借鉴犯罪构成的阶层论理论,阐释受处罚行为的构成要素,其中又有三阶层论和四阶层论两种观点。三阶层论认为受处罚行为的构成主要包括该当性、违法性和有责性三项要素。[22]四阶层论在三阶层论的基础上增加了决定裁量判断要素。[23]阶层论受刑罚有责性的影响,都主张

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

把主观过错纳入构成要件之中。

综合分析上述各种学说的利弊，笔者认为，宜采纳更有逻辑性、更具可操作性和更符合中国语境的要件说，[24]确定受处罚行为的构成要件，但应厘清要件说的分歧，汲取四要件说和阶层论的有责性观点，将主观过错纳入构成要件。具体而言，根据主客观相统一的归责原理，从违法性和有责性两个维度解析受处罚行为的构成要件，形成新的四要件说，亦即受处罚行为应当符合“违法行为+责任能力+主观过错+危害后果”四个构成要素。(1)违法行为是指违反行政管理秩序，符合行政处罚制定法规定的各种客观要素的行政违法行为。它是受处罚行为的客观(行为)要件，也是处罚法定的根本体现。但违法行为只是行政处罚的基础要件，还需符合责任能力、主观过错、危害后果这些有责性要件才能处罚。(2)责任能力是指行为人受行政处罚之制裁，必须以具有能对自己行为负责之能力为前提。[25]它是受处罚行为的主体资格条件。判断一个人是否具有责任能力，从根本上来说，是看他是否具有辨认和控制自己行为的能力。[26]其依据主要是违法行为人的年龄与智力状况。(3)主观过错是指行为人的违法行为是其有意识的行为，所以存在可谴责性，亦即具有主观上的可归责性。它是受处罚行为的主观要件。行政相对人只有主观上存有过错才能归责，既是新近公法理论的一致主张，也是比较法上的常见规范。[27]而且它也被我国新修改的《行政处罚法》第33条第2款所确认。主观过错包含故意和过失两种情形，一般情况下，受处罚行为的过错只要求过失，强调故意的主观过错则应有特别处罚规范明确规定。[28]至于过错的认定，可由相对人证明逐步转向由行政主体证明。(4)危害后果是指违法行为的社会危害性，是受处罚行为的后果要件。需要说明的是，危害后果表现为“可能的危害后果”和“实际的危害后果”。[29]一般情况下，受处罚行为的后果要件为可能的危害后果，特殊情况才把产生实际的危害后果作为必备要件。

确定受处罚行为的构成要件后，首先可在违法行为中剥离出不应受行政处罚行为(以下简称“不应罚行为”)，只有符合构成要件的违法行为才能受到处罚，不符合构成要件的违法行为不应当受处罚。这也就意味着可根据构成要件直接划定不应罚行为的边界，从而判定哪些违法行为不应受到处罚。如不满十四周岁的未成年人有违法行为不应当处罚；违法行为轻微并及时改正，且没有造成实际危害后果的情形不应当处罚；当事人有证据足以证明没有主观过错的情形不应当处罚；等等。但应受行政处罚行为(以下简称“应罚行为”)和可不受行政处罚行为(以下简称“可不罚行为”)的区分和判定，还需对符合构成要件的违法行为进一步进行比例原则的必要性检验(当然也要进行适当性考量)。若处罚手段与行政目的相适应，且违法情节较重，通过其他方式不足以改正违法行为，亦即行政处罚具有必要性，则该违法行为属于应罚行为，这是符合构成要件的违法行为承担法律后果的一般情况。反之，有些违法行为虽然符合构成要件，但是情节轻微，通过批评教育等其他措施，能取得更好的改正违法行为效果，亦即行政处罚不具有必要性，则可以不予处罚，亦即这些违法行为属于可不罚行为。如对于初次违法且危害后果轻微并及时改正的情形，行政处罚就没多大必要，亦即该情况可以不处罚。虽然这种情况予以处罚也具有合法性，但不予处罚既具合法性，又更具合理性，从而能更好地践行行政处罚介入的谦抑理念，体现行政执法的善意和温度，并能达到政通人和的执法效果。

(二)适用恰当：过罚相当+符合比例(利益保护均衡性)

经过行政处罚介入谦抑条件的检验后，若仍有必要运用行政处罚手段实现行政目的，继而需要解决的是行政处罚适用的谦抑问题，亦即如何恰当适用行政处罚，把握行政处罚轻重强弱的纵向限度，从而合理限定行政处罚的强度和深度。

1.守住过罚相当原则的底线。过罚相当原则是指设定和实施行政处罚必须以事实为根据，与违法

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

行为的事实、性质、情节及社会危害程度相当。[30]简言之，即行政处罚的轻重强弱应当与行为人违法事实的过错程度相匹配。其谦抑价值在于抑制行政处罚的畸重畸强，保障行政处罚的公平公正。因此，行政主体在适用行政处罚贯彻谦抑理念时，应当遵循过罚相当原则的基本要求，以相对人违法事实为根据，对违法行为的情节、性质、手段、主观过错、危害后果等进行全面考量，确定行政处罚的种类和幅度，实现处罚公平，以防止行政主体考量不相关因素，滥用行政处罚权，适用过重的处罚种类和过强的处罚幅度，损害当事人合法权益。

2.符合比例原则的利益保护均衡性。过罚相当聚焦于违法行为与处罚程度相当性的衡量，因其对行政处罚的利益关系缺乏具体的判断标准和控制手段，而难以进行处罚所涉各种利益保护的权衡，从而只能实现处罚制裁性的公正，难以实现利益保护的均衡。另者，过罚相当强调有过必有罚，并在法律规定的处罚幅度范围内进行从轻或从重的裁量，以达到过与罚的相当，因而难以理由充足地解释和适用减轻处罚，逻辑上和“处罚与教育相结合原则”也不够吻合，难以有效实现教育改正违法行为的目的，从而难以达致法律效果和社会效果的统一，无法实现行政处罚的整体效能目标。所以，行政处罚适用时的谦抑要求，除遵守过罚相当原则外，还需经过比例原则的均衡性检验，进行行政处罚所涉利益保护的综合考量，实现利益保护的均衡，更好地实现行政处罚的目的，当然也是行政目的。

比例原则的均衡性是指行政主体在实施行政处罚时，应当考量各种利益(公共利益和受害人利益)保护(行政目的)与被处罚者利益减损(处罚手段)的合比例性，尤其强调尽可能以被处罚者最小的利益损害，实现最大的处罚目的所保护利益。我国最高人民法院在《中国行政审判指导案例第1卷》(2010)中第一次对比例原则进行了界定，认为比例原则是“行政主体实施行政行为应当兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益，如果行政目标的实现可能对相对人的权益造成不利影响，则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围之内，二者应当有适当的比例。”[31]可见，比例原则兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益，即对公共利益、受害人利益和被处罚者利益进行全面衡量，并特别强调利益保护之间有适当比例。因此，比例原则虽有过罚相当的意涵，但内涵并不完全相同，具有过罚相当不具备的利益衡量意蕴，可以进行行政处罚利益保护的均衡性判定。比例原则的均衡性分析体现了效能原则，可以促进社会整体福利。[32]在适用行政处罚时，运用比例原则对公共利益、受害人利益、被处罚者利益进行全面衡量，兼顾公平与效益，确定利益保护的比例，从而决定处罚谦抑程度，亦即处罚手段的轻重强弱，合理选择处罚种类和幅度。如果选择的处罚手段使利益得失相当或者得大于失，则为均衡。[33]需要说明的是，公共利益得之大，被处罚者利益失之少，实质是加强了被处罚者的权益保护，对被处罚者而言实际也是利益之得，因此，这种“得大于失”情形仍是利益保护的均衡。利益保护达至均衡，则实现了行政处罚的整体效能目标，也体现了处罚谦抑理念。

四、行政处罚谦抑理念的实现路径

行政处罚谦抑是对行政处罚立法和执法的理念要求，需在行政处罚立法和执法实践中将其内容加以贯彻，方能实现其实践价值。其中，立法是实现行政处罚谦抑理念的首要环节，执法则是关键所在。

(一)行政处罚谦抑理念的立法实现

基于处罚法定原则，行政处罚的谦抑首先需在立法上加以体现。这是行政处罚谦抑理念实现的源头。一方面，立法自身通过规定体现处罚谦抑的原则，确立处罚谨慎介入所要求的受处罚行为构成要件，以及恰当适用的原则和相关条件，贯彻处罚谦抑的要求；另一方面，为行政执法提供处罚谦抑的规范依据。具体来说，立法应从以下两方面体现行政处罚的谦抑理念。

1.行政处罚基本法确定处罚谦抑的基本范畴。行政处罚谦抑理念首先应在行政处罚的基本法(如

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

我国的《行政处罚法》中加以体现，并为其他规范行政处罚的立法提供谦抑的基本遵循。(1)为行政处罚的介入定边界。在行政处罚基本法中，应当对行政处罚进行精准定义，一般而言，该定义需能涵摄受处罚行为的构成要件，若因立法技术原因未能完全表达所有要件，则另用专门条款补充规定其他要件，如规定主观过错要件等，以便执法机关可以据此初步判定哪些行为可能处罚，哪些行为不应处罚。为了更加明确行政处罚介入的条件，在确定构成要件的基础上还可规定不予处罚(应当不罚和可以不罚)的情形，从立法上精准地划定行政处罚的介入边界，从而抑制执法实践随意扩张行政处罚。(2)为行政处罚的适用定轻重。行政处罚基本法应为处罚恰当适用确定基本原则，以及根据基本原则确定从轻、减轻处罚的情形及条件，从而抑制执法实践滥施行政处罚。申言之，一是，需区分过罚相当与比例原则，既规定过罚相当原则，又规定比例原则，且明确表达各自内涵和适用要求，以便执法机关正确适用；二是，明确从轻处罚、减轻处罚适用的情形与条件，可采取“概括+肯定列举”模式加以规定，为处罚的适用提供从轻、减轻处罚的法定条件，防止执法实践规避或不恰当适用从轻、减轻处罚。(3)为行政处罚的设定定权限。为使各行政领域和各级政府部门实施行政处罚具有充分的规范依据，除行政处罚基本法外，还需其他立法根据各地各领域行政的具体情况设定行政处罚。因此，为防止其他立法违背谦抑理念设定处罚，需要行政处罚基本法限定其设定权，包括对设定主体、设定事项和设定种类的限制，以明确各级立法机关的设定权，抑制其他立法滥设行政处罚。

我国《行政处罚法》颁布伊始即秉持谦抑的立法理念，确立了处罚与教育相结合、过罚相当等原则，规定了从轻、减轻和不予处罚等情形。新修改的《行政处罚法》进一步体现了谦抑理念，[39]除继续保留上述规定外，增加了初违不罚、轻违不罚、无错不罚、减缓执行罚款等规定，增设了法律适用的从旧兼从轻原则等。而对处罚设定权的限制如前文所述，也较为严格。当然，在体现处罚谦抑理念上尚存进一步完善之处，如完整表达受处罚行为的构成要件，区分过罚相当与比例原则并对比例原则进行明文规定，过错认定由过错推定转向行政主体证明过错，适度扩大从轻、减轻、不予处罚范围等。

2.其他立法根据行政处罚基本法的规定进一步贯彻处罚谦抑理念。其他有关行政处罚的立法包括专门规定行政处罚的法规范和各行政领域立法涉及行政处罚的法规范。前者如《治安管理处罚法》《海关行政处罚实施条例》《广东省违法收费行为处罚规定》《渔业行政处罚规定》等；后者如《大气污染防治法》《浙江省大气污染防治条例》《金华市大气污染防治规定》等。这些法规范体现行政处罚基本法谦抑规定的要求是：(1)对于行政处罚基本法体现处罚谦抑的基本原则、构成要件和适用要求，这些立法都应当遵守，对此可以不再重复规定，但不得规定与基本法谦抑理念相抵触的处罚原则、条件和要求。(2)这些立法不得超越基本法确立的设定权、规定权，设定和规定处罚。(3)同一领域的立法中，对上位法遵循行政处罚基本法谦抑要求所作的规定，下位法应当遵守；上位法若没规定处罚，下位法可以设定处罚，但不得超越设定权限设立处罚；下位法对上位法已有的处罚规定再作具体规定，不得超越已有处罚规定的行为、种类和幅度。

立法实践中，基于管理效率的片面追求，一些立法机关，尤其是行政立法机关容易产生利用立法扩张行政处罚权的冲动，从而导致违背处罚谦抑理念进行立法。一是超越设定权立法；二是超越规定权立法。前者主要是违背行政处罚基本法确定的设定权设定处罚，如对无权限设定处罚的事项设定处罚，设定没有权限规定的处罚种类等；后者主要是下位法违背行政处罚基本法和上位法的有关规定，规定超出行为、种类和幅度的处罚。对违背行政处罚法基本法和上位法的谦抑规定的下位法规范，应当通过立法监督的合法性审查进行矫正。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(二)行政处罚谦抑理念的执法实现

对于行政处罚谦抑而言,立法只是提供处罚谦抑的基本准则,实现处罚谦抑的关键,在于执行体现处罚谦抑理念的基本原则和具体规则。因而执法是处罚谦抑理念实现的关键环节。行政执法实现处罚谦抑理念具体应从以下两方面进行。

1.依法认定处罚介入的要件和必要性。执法实践中,具有行政处罚权的执法者应严格按照受处罚行为构成要件和处罚必要性,确定处罚的介入与否。首先,根据受处罚行为的构成要件识别不应罚行为,不符合构成要件的违法行为不应进行处罚;其次,在确定构成要件的基础上,根据比例原则的必要性,判定应受处罚行为和可不罚行为。这样通过依法认定受处罚行为构成要件和判定必要性,从而在执法实践中落实处罚审慎介入的谦抑理念。直接体现审慎介入谦抑理念的是不应罚行为和可不罚行为两种情况,而且识别了这两种情况,也就明确了应受处罚行为,因而下面以两起典型案例对行政处罚介入谦抑的不应处罚和可不处罚两种情况予以阐释。

(1)根据构成要件判定不应罚行为。该问题以"任某某赌博治安处罚案"为例进行阐释。2011年8月19日,任某某和他人在成都市××路"金海岸"茶楼打麻将时,被温江公安分局抓获,同时查获赌资人民币575元,对任某某涉案赌资人民币135元当场予以扣押。后温江公安分局根据《治安管理处罚法》第70条的规定,对任某某作出行政处罚决定,对任某某行政拘留12日,并处罚款500元。[35]该案行政机关对仁某某打麻将的参与人、时间、地点、数额等事实的认定没有问题,执法程序也基本合法,但根据《治安管理处罚法》第70条"情节严重的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款",认定任某某打麻将行为属于应受罚行为并作出拘留和罚款决定,显然属于适用法律错误。本案再审程序中四川省高院也是以处罚畸重、适用法律错误为由,作出了撤销判决。[36]

笔者认为,虽然从处罚本身看,本案显然属于适用法律错误,且违背过罚相当原则,但根据案发时适用的法律规范,对照受处罚行为构成要件分析案情,本案实际上属于不应罚行为。受处罚行为的第一个要件是相对人具有行政违法行为,回到本案即是判定任某某打麻将行为是否属于赌博行为,这需根据关于赌博行为的规范依据对事实进行分析。案发时可能适用或援引的规范依据有《治安管理处罚法》(2005年通过)、《四川省禁止赌博条例》(1989年通过、2016年废止)和《公安部关于办理赌博违法案件适用法律若干问题的通知》(公通字〔2005〕30号)(以下简称《通知》)。根据上述规范的性质、效力及适用原则,本案应当优先适用《治安管理处罚法》第70条。根据该条规定,任某某的行为是否属于赌博行为,需认定赌资数额是否较大。但是该条对数额较大没有具体规定,所以数额认定需适用《四川省禁止赌博条例》。但当时还在生效的该条例也没有规定处罚的数额标准,而第2条"凡以财物作赌注比输赢的活动,都是赌博行为"的规定,又与《治安管理处罚法》第70条相冲突,不能适用。只能再援引公安部专门规定赌博处罚的《通知》。《通知》虽没规定赌资数额,但第9项规定:"不以营利为目的,亲属之间进行带有财物输赢的打麻将、玩扑克等娱乐活动,不予处罚;亲属之外的其他人之间进行带有少量财物输赢的打麻将、玩扑克等娱乐活动,不予处罚。"因此,根据处罚谦抑理念,参照当时多数省份规定的一般性赌博个人赌资较大数额200元以上标准,仁某某135元赌资属于少量财物,不属于《治安管理处罚法》第70条规定的数额较大。可见,依据《治安管理处罚法》第70条,并援引《通知》第9项规定,不管仁某某与其他参与人是否是亲属,都可认定其打麻将行为不属于赌博行为,行为要件都不具备,则无须再考察其他要件,便可判定任某某打麻将行为属于不应罚行为。四川省高院在再审中作出了撤销判决,而未作出变更或重作判决,也意味着任某某打麻将行为不应处罚。

该行政处罚之所以明显违法,主因在于执法机关未能秉持处罚谦抑理念,而是先入为主认定任某

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

某属于应受处罚的赌博行为，继而错误适用法律，将一个不应罚行为进行了较重处罚。

(2)根据比例原则的必要性原理判定可不罚行为。此问题以“鼎盛公司乐活商标侵权案”为例予以诠释。鼎盛公司在自制月饼上使用“I will爱维尔”与“乐活LOHAS”连用的标识，该标识与东华公司已注册的“乐活LOHAS”商标构成近似，其行为侵害了东华公司注册商标专用权。苏州工商局依据《商标法》第53条以及《商标法实施条例》第52条的规定，作出苏工商案字(2010)第00053号行政处罚决定，对鼎盛公司作出责令停止侵权行为并罚款人民币50万元的处罚。《商标法》第53条规定，工商行政管理部门在处理侵犯注册商标专用权纠纷时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，并可处以罚款。由于根据行政处罚的内涵及新修改的《行政处罚法》对行政处罚的定义，责令停止侵权行为已不属于处罚，那么对该条款的正确理解是，对于商标侵权行为，可只承担停止侵权行为的法律责任，而不一定要进行罚款。亦即罚款并不必然介入商标侵权行为的管理，而需要根据处罚审慎介入的谦抑理念，在判定符合受处罚行为构成要件的基础上，再判定罚款的必要性。

本案中，鼎盛公司使用的食品标识与被上诉人东华公司的“乐活LOHAS”注册商标构成近似商标，其行为构成商标侵权，并存在过失和可能的危害后果，因此其行为符合受处罚行为的构成要件。但是否应进行罚款，还需运用比例原则分析判断处罚的必要性，检验是否可以运用其他手段而不必处罚也足以改正违法行为，并保护受害人利益。这主要考量商标侵权行为的严重程度及对商标权人和消费者利益的危害程度。东华公司的“乐活LOHAS”注册商标因未使用所以不存在市场知名度，鼎盛公司不存在攀附注册商标声誉的主观恶意，侵权时间非常短暂，加之尚未造成市场中相关公众实际的混淆和误认，故其侵权行为显著轻微，且未造成实际损害后果。基于上述原因，责令鼎盛公司停止侵权行为足以达到保护注册商标专用权，以及保护消费者和相关公众利益的执法目的，而不必进行罚款。但苏州工商局未考虑鼎盛公司上述主观上无过错，客观上侵权行为显著轻微，尚未造成实际危害后果等因素，在责令停止侵权行为的同时对鼎盛公司处以50万元罚款，其处罚缺乏必要性。根据新修改的《行政处罚法》的规定，责令停止违法行为不属于行政处罚，因此本案实际属于可不罚行为，这也完全符合行政处罚介入的谦抑理念。而本案二审中，江苏省高院变更原处罚决定“责令停止侵权行为、罚款人民币50万元”为“责令停止侵权行为”，[⑰]实质是对鼎盛公司没有处罚。

2.严格遵守处罚恰当适用的原则和条件。行政处罚有必要介入后，在具体适用中，执法者应当根据行政处罚基本法确定的过罚相当原则、比例原则等，判定从轻、减轻处罚的适用，并合理选择各领域法律规范确定的处罚种类与幅度，践行处罚谦抑理念，控制处罚裁量权的滥用，恰当适用行政处罚。具体来说，首先，执法者遵从过罚相当原则，根据违法行为的情节、性质、主观过错、认错态度、危害后果和改正违法行为程度等进行处罚轻重的裁量，保障处罚公平；其次，适用比例原则的均衡性原理，并根据处罚所涉利益性质和违法程度，确定利益保护之间的比例，决定被处罚者利益减损大小，进一步判定是否符合从轻或减轻处罚的条件，最终确定处罚的轻重强弱。如此，既落实处罚适用的谦抑，又保障处罚目的之实现。以下以“方林富案”为例阐释行政处罚恰当适用谦抑理念的实现。

(1)处罚适用谦抑的底线——处罚公正分析。方林富在其炒货广告中使用“最优秀的炒货店”“最好吃的栗子”等绝对化用语，属于广告违法行为，发布违法广告明显出于故意，使用绝对化用语广告会对其他经营者的公平竞争产生不利影响，因此，符合受处罚行为的构成要件。另外，方林富对自己的违法广告行为虽有所整改，将“最”字点涂或者涂划后改为“真”字，但“最”字仍然清晰可辨，整改并不彻底，

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

而且，所产生的误导消费者、对其他经营者公平竞争的不利影响的社会危害性不容忽视，故而对其实施的广告违法行为予以行政处罚有必要。可见，方林富的违法广告行为属于应受处罚行为，行政处罚有必要介入。根据行政处罚适用谦抑的基本要求，行政处罚有必要介入后，根据实质法治的要求，实施行政处罚除适用广告法的具体规定确定处罚种类及幅度以外，还应当遵循行政处罚法确定的过罚相当原则，在法律规定的处罚幅度范围内，根据方林富违法行为的过错程度，决定是否从轻处罚的裁量，以体现处罚谦抑底线的公正，当然公正是在处罚法定幅度范围内的过罚相当。

(2)处罚适用谦抑的根本标志——利益保护的均衡(符合比例)考量。如前所述，过罚相当原则对处罚裁量权的约束，从逻辑和法理上只能解决从轻处罚的问题，而难有充足理由解决减轻处罚的问题，不能完全实现处罚适用的谦抑。因此，还需运用比例原则的均衡性原理进一步实现处罚适用的谦抑。这主要通过利益衡量、违法行为严重程度考量，决定是否减轻处罚及减轻的具体比例，以达到处罚目的。其一，利益衡量。方林富的违法行为侵犯的公共利益是市场管理秩序，侵犯的个人利益是同类经营者及消费者的财产利益，而不是生命健康权益，但处罚影响的是小本经营者的生产经营利益，根据处罚所涉利益的性质，本案的行政处罚应当更谦抑，亦即应当选择对违法行为人利益侵害较小的处罚手段。其二，违法程度衡量。本案可从以下几方面衡量方林富违法行为的严重程度：广告违法行为持续时间并不长，受众范围较小；对消费者的误导程度相对有限；认错态度较好。由此可见，方林富违法广告行为的社会危害并不严重，结合上述利益保护的衡量，综合全案情形予以较大幅度的减轻处罚，也能达到改正违法行为、消除社会危害的目的，同时避免对被处罚者的生产生活产生消极影响，从而既实现行政处罚公正，又实现处罚的效能目的。

本案中，西湖区市场监督管理局在《广告法》规定的“处二十万元以上一百万元以下”的处罚幅度内，将罚款数额裁量为最低限20万元，在适用《广告法》的同时，又根据过罚相当原则适用了《行政处罚法》规定的从轻处罚，在一定程度上体现了处罚适用的谦抑。但未能进一步适用比例原则对处罚所涉利益进行综合衡量，也未对违法行为程度进行包括情节、社会危害性、认错程度等因素的全面考量，从而未依此作出减轻处罚，没有完全体现处罚适用的谦抑理念。因而未能使被处罚者对处罚产生内心认同，被处罚者不服处罚，不断寻求各种救济，用尽所有救济程序。[⑧]这无疑增加了社会治理的公共资源成本，也影响了当事人的经营活动和生活，故而未能完全有效地实现行政处罚的目的。

注释：

①参见卢建平、张力：《如何实现刑罚在质上的谦抑》，载《检察日报》2021年9月1日，第3版；平野龍一『刑法総論Ⅰ』有斐閣(1984)47頁；卓泽渊：《刑法学者不可“独享”刑法谦抑性学术探讨》，载《检察日报》2021年5月25日，第3版。

②行政机关对一些轻微违法行为依法不予处罚，而通过告知承诺制度，督促相对人改正违法行为，培养其诚信意识，若违法行为人不履行承诺，则进行相应失信惩戒，并纳入信用记录，这样既有助于改正违法行为，又有助于诚信社会建设。

③2022年7月30日，为进一步推进“放管服”改革、优化营商环境，国务院发表了《关于取消和调整一批罚款事项的决定》(国发〔2022〕15号)，强调凡是罚款事项有失公允、过罚不当的，一律取消或调整；凡是可采取其他方式进行规范或管理的，一律取消。这实质上表明行政处罚谦抑具有优化营商环境的作用。

④参见简爱：《一个标签理论的现实化进路：刑法谦抑性的司法适用》，载《法制与社会发展》2017年第3期，第24页。

⑤一般而言，在行政管理过程中，行政主体先采取行政指导等积极行政手段，当积极行政手段难以实现行政目的时，再运用行政处罚等消极行政手段。就此而言，行政指导等积极行政手段是前置性管理工具，行政处罚等消极行政手段则属于后置性管理工具，亦即补充性工具。

⑥形式法治(formal rule of law)与实质法治(substantive

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

rule of law)是根据中国法律制度和学术争论建构的关于法治的两个类型，并作为中国法治建构中的两个对立模式出现。形式法治坚信，法治的生命在于严格遵守既定的规则，符合法律规定就是合法，违反法律规定就是违法，亦即合法律(legality)就是合法(legitimacy)的。而实质法治则认为，法律的确定性只是法律应当追求的价值之一，法治还应当关注法律自身的品质，考虑法律原则等基本的正义准则。参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2009年版，导言第9、14页。

⑦参见江国华：《行政转型与行政法学的回应型变迁》，载《中国社会科学》2016年第11期，第131页。

⑧同上注。

⑨参见熊樟林：《行政处罚的目的》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期，第42页。

⑩沈占明：《行政处罚的目的》，载《检察日报》2020年7月1日，第7版。

⑪参见谭炳辰、高建州：《行政处罚只是手段 服务发展才是目的》，载《中国市场监管报》2020年12月8日，第3版。

⑫参见熊樟林：《行政处罚的目的》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期，第32页。

⑬参见张弘：《论行政权的谦抑性及行政法的相应对待》，载《政法论丛》2017年第3期，第90页。

⑭参见黄温泉：《论行政行为的谦抑性——从“馒头必须是圆的”谈政府行为的边界》，载《江汉大学学报(社会科学版)》2012年第1期，第72页。

⑮参见吕楠楠：《新〈行政处罚法〉背景下税务行政处罚的理念嬗变与制度调适》，载《税务研究》2021年第5期，第84页。

⑯参见江苏省连云港市中级人民法院(2018)苏07行审复1号行政裁定书。

⑰参见方世荣、石佑启主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2005年版，第48-49页。

⑱参见汪习根主编：《法律理念》，武汉大学出版社2006年版，第3页。

⑲法律理念对法律实践的指引作用，也被学者称为导引作用(参见汪习根主编：《法律理念》，武汉大学出版社2006年版，第19页)，二者属于同一意涵。

⑳参见黄锫：《应受行政处罚行为成立要件的法理构造》，载《浙江学刊》2022年第2期，第46页。

㉑参见应松年、杨解君：《论行政违法的主客观构成》，载《江苏社会科学》2000年第2期，第1页；许海波：《略论行政违法的构成要件》，载《政法论丛》2003年第2期，第82-83页；冯健：《论证券行政违法行为的成立要件》，载《行政法学研究》2021年第1期，第172-174页。

㉒参见熊樟林：《应受行政处罚行为模型论》，载《法律科学》2021年第5期，第62页。

㉓参见黄锫：《应受行政处罚行为成立要件的法理构造》，载《浙江学刊》2022年第2期，第54-56页。

㉔要件说不仅是我国行政法学界的主流学说，而且在我国行政处罚法的相关规定中也有所体现，行政处罚实务中也主要是按照要件说进行判定和适用，因为它便于执法者、司法者和行政相对人理解与把握。

㉕参见洪家殷：《行政罚法论》，五南图书出版股份有限公司2006年版，第211页。

㉖参见江必新：《论应受行政处罚行为的构成要件》，载《法律适用》1996年第6期，第5页。

㉗参见熊樟林：《行政处罚上的“法盲”及其规范化》，载《华东政法大学学报》2020年第1期，第125页。

㉘参见李晴：《犯罪论体系对应受行政处罚行为的可参照性》，载《法学》2022年第4期，第46-47页。

㉙熊樟林：《行政违法真的不需要危害结果吗?》，载《行政法学研究》2017年第3期，第33页。

㉚参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社2011年版，第171页。

㉛最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判指导案例(第1卷)》，中国法制出版社2010年版，第96页。

㉜参见刘权：《比例原则的精确化及其限度——以成本效益分析的引入为视角》，载《法商研究》2021年第4期，第105页。

㉝参见杨登峰、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，第19页。

㉞参见吕楠楠：《新〈行政处罚法〉背景下税务行政处罚的理念嬗变与制度调适》，载《税务研究》2021年第5期，第84页。

㉟参见四川省成都市公安局温江区分局(云)决字〔2011〕第8471号《公安行政处罚决定书》。

㊱参见四川省高级人民法院(2017)川行再13号行政判决书。

㊲江苏省高级人民法院(2011)苏知行终字第0004号行政判决书。

㊳参见浙江省高级人民法院(2019)浙行申64号行政裁定书。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/