

聚焦《行政处罚法》修订

论我国行政处罚制度的完善

——兼评《中华人民共和国行政处罚法(修订草案)》

李 洪 雷*

摘 要:《中华人民共和国行政处罚法》是一部在我国行政法治建设进程中具有里程碑意义的法律,但在制度设计方面仍存在一定缺失。在修法中,应围绕如下问题对其相关规定加以完善:行政处罚的概念与种类;应受行政处罚行为的主观要件;地方性法规的行政处罚规定权;行政处罚的不成立与无效;一事不再罚;行政处罚的管辖;行政处罚的期限(时效);以及行政处罚的听证程序。

关键词: 行政处罚 主观要件 地方性法规 行政行为无效 一事不再罚 听证程序

行政处罚是行政执法和行政管理的一种基本手段,同时也是一类重要的法律责任形式,行政处罚制度是国家行政法律体系中的一项基本制度。1996年制定的《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)是一部在我国行政法治乃至整个法治建设进程中具有里程碑意义的法律。其贡献体现在多个方面,如很大程度上解决了实践中较为突出的行政处罚“乱”和“滥”的问题;开创了从设定与实施两个方面规范行政权的立法模式;初步确立了中国式阶层化的法律保留制度;^①将正当程序原则制度化、法律化,立法中首次规定听证程序,等等。但是,《行政处罚法》制定和实施20余年来,随着我国经济、社会和法治水平的不断提升,其制度设计的缺失也日益凸显。在此背景下,根据全国人大常委会的立法规划,2020年6月第十三届全国人大常委会第二十次会议对《中华人民共和国行政处罚法(修订草案)》(以下简称《修订草案》)进行了初次审议。《修订草案》有效回应了《行政处罚法》实

* 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

① 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76页。

施中暴露出的诸多不足,相较于2019年10月印发的《中华人民共和国行政处罚法(修正草案)》(征求意见稿)(以下简称《征求意见稿》)有很大改进,但同时仍然存在一些值得进一步讨论的问题。本文拟对现行《行政处罚法》的不足进行探讨,并对《修订草案》的相关规定加以评论。

一、行政处罚的概念与种类

不同于《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)和《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》),《行政处罚法》没有对作为该法核心概念的行政处罚作一立法上的定义,这导致法律的调整对象存在很大的不确定性。另一方面,《行政处罚法》放弃了传统上的申诫罚、财产罚、资格罚、行为罚、自由罚等分类方法,转而以更加具体的警告、罚款、吊销许可证等作为行政处罚的种类。这一立法方式的本来目的在于实现处罚名称尽可能简化和统一,以方便设置行政处罚设定权的规则和有利于执法机关明了执法行为的性质。^①但是,行政处罚概念界定的付之阙如和种类划分的过于具体这两个因素相结合,使得在很多情形中对行政处罚的认定出现很大困难。对于一些显然具有惩罚性质的行政管理措施,一些地方或部门以其不在《行政处罚法》所列举的行政处罚种类中为由而认为其不属行政处罚,导致《行政处罚法》的适用范围被不当限缩,严重影响了《行政处罚法》的实效性。为解决《行政处罚法》在行政处罚概念方面存在的缺失,《修订草案》从规定行政处罚的立法定义和增加行政处罚的种类两个方面进行了完善。

《修订草案》第2条规定:“行政处罚是指行政机关在行政管理过程中,对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以依法减损权利或者增加义务的方式予以惩戒的行为。”^②这一规定大致符合理论与实务界对行政处罚概念的理解,但有如下问题值得讨论:(1)关于“违反行政管理秩序”。应受处罚行为的重要特征是违反行政法上的义务,而所谓违反行政管理秩序概念具有高度的不确定性,根据法治原则的要求,当事人没有违反行政法规定的,不得仅以其违反行政管理秩序为由进行处罚,因此宜将“违反行政管理秩序”改为“违反行政法上的义务”。此外,将“依法”惩戒作为行政处罚的特征规定在行政处罚的定义中,在法理上也存在疑问:行政处罚的定义解决的是一个行为是否构成行政处罚的问题,而行政处罚是否“依法”解决的是一个行政处罚是否合法的问题,二者分属不同层面,不应混同。换言之,违法的行政处罚仍然是行政处罚。(2)关于“减损权利或者增加义务”。这一表述尽管有《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第80条和第82条作为依据,但运用于行政处罚定义的场景中并不完全恰当。行政处罚固然会给当事人带来不利后果,但并非所有行政处罚都构成对权利的减损或者义务的增加。例如,降低资质等级和警告,就很难说减损了某种权利或增加了某种义务。因此,用“限制其权利或利益、科处其义务或负担等不利益决定”的表述,或许更为准确、全面。(3)关于“惩戒”。对于行政处罚的本质存在不同的观点,包括制裁、惩戒和惩罚等。“制裁”的基本语义为用强力管束并惩处。^③行政制裁的概念有广义和狭义之分。广义的行政制裁是指因当事人违反行政法上义务,为了确保行政法规范的实效以及达成行政目的,而对其施加一定的不利益,其中不仅

① 参见汪永清编著:《行政处罚法适用手册》,中国方正出版社1996年版,第42页。

② 《修订草案》这一规定的基本考虑,参见黄海华:《行政处罚的重新定于与分类配置》,《华东政法大学学报》2020年第4期;相关评论,参见马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,《华东政法大学学报》2020年第4期。

③ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年第7版,第1688页。

包含行政处罚,也包括行政强制执行等。^①狭义的行政制裁,则是指“对于违反行政法上义务之人,施以财产、自由或其他权益上之限制或剥夺,以示对其违反义务予以非难,并兼具吓阻将来再度违反之预防作用”。^②由于我国《行政处罚法》中的行政处罚是一个较为宽泛的概念(详见后文分析),制裁概念的包容性与这种宽泛性较为契合,但广义制裁概念又存在难与其他不利行政措施区分的弊病。惩戒的基本语义为通过处罚来警戒,^③更能凸显教育与警示的意涵,彰显处罚与教育相结合的理念,但对行政处罚的定义并无更多说明或限定价值。^④此外,惩戒一词在我国实践中已经被泛化使用,如所谓信用惩戒包含的措施即林林总总,如果将这些“惩戒”都定性为处罚,可能难以得到认同,也非立法者所愿。^⑤惩罚一词的优势在于与处罚的涵义高度契合,也避免了舍近求远,符合“如无必要,勿增实体”的奥卡姆剃刀原理。不仅如此,尽管行政处罚可以具有惩罚(报应)和预防等多种目的和功能,但是其最显著的特征和直接的目的应当还是惩罚违法者的违法行为,^⑥因此是否具有惩罚性应可作为行政处罚与其他行政管理措施相区别的关键标准。

行政处罚的概念界定为其内涵问题,行政处罚的分类为其外延问题,二者具有密切联系。《修订草案》第9条将行政处罚的种类规定为:“(一)警告、通报批评;(二)罚款、没收违法所得、没收非法财物;(三)暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件、不得申请行政许可;(四)责令停产停业、限制开展生产经营活动、限制从业、责令停止行为、责令作出行为;(五)行政拘留;(六)法律、行政法规规定的其他行政处罚。”相较于现行法,《修订草案》将相关法律、行政法规中所规定的通报批评、降低资质等级、不得申请行政许可,以及限制开展生产经营活动、限制从业、责令停止行为、责令作出行为等,明确为行政处罚的种类,有利于增强法律的明确性。但尚有如下问题值得讨论:(1)责令停止行为和责令作出行为,与《修订草案》第26条规定的“责令当事人改正或者限期改正为违法行为”的关系。一般认为,责令当事人改正或者限期改正违法行为,只是要求违法行为人履行法定义务,停止违法行为,消除不良后果或恢复原状,其本身并不是制裁和处罚。^⑦如果不加限定地将责令停止行为和责令作出行为规定为行政处罚的种类,可能会造成认识上的混乱。这一规定已经引起实务部门的很大关切,建议在条文中予以限定。(2)降低资质等级、不得申请行政许可、限制开展生产经营活动、限制从业等措施,是否属于行政处罚?实践中,一些行政管理措施以防范当事人在未来从事特定危害社会的行为为目的,属于危险防御措施,或者以排除危害公共秩序与安全的状态、恢复秩序与安全为目的,属于危害排除措施,但作为对违法行为人造成不利后果的行为,具有谴责、报应违法行为人的目的,也有一定的

① 参见洪家殷:《行政制裁》,载翁岳生编:《行政法》(下册),中国法制出版社2002年版,第823页;詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,台湾元照出版公司2016年版,第431页。

② 詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,台湾元照出版公司2016年版,第431页。

③ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年第7版,第170页。

④ 有学者认为,处罚的本质为对违法行为予以法律上的谴责及非难,并以特定之不利益(剥夺生命、自由、财产、名誉)作为违法过犯之代价,其目的不外以资警戒,并惕励改过从善。参见李建良:《行政处罚法中“裁罚性之不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,台湾《月旦法学杂志》2010年第181期。

⑤ 参见张晓莹:《行政处罚视域下的失信惩戒规制》,《行政法学研究》2019年第5期。

⑥ 参见应松年:《行政行为法》,人民出版社1992年版,第464页;汪永清:《行政处罚运作原理》,中国政法大学出版社1994年版,第21页;杨解君:《秩序·权力与法律控制》,四川大学出版社1995年版,第42页。

⑦ 参见最高人民法院(2018)最高法行申4718号行政裁定书。但实践中认识也不完全一致,如对于《中华人民共和国城乡规划法》第64条规定的责令限期拆除,《国务院法制办公室关于“责令限期拆除”是否是行政处罚行为的答复》(国法秘函[2000]13号)认为不是行政处罚,《中华人民共和国土地管理法》第83条则明确将责令限期拆除定性为行政处罚。

惩罚性。^①像命令拆除具有公共危害的违法建筑,其重要目的在于危险排除;而限制从业的重要目的在于防止违法行为人继续从事危害社会的行为,但基于对当事人的影响,其惩罚性也难以否认。^②其实,行政处罚作为一个目的性概念,^③对于那些在惩罚违法之外还具有危险防御、危害排除等多重目的或双重性质的行政措施,是定性为行政处罚还是普通不利行政决定,具有很强的政策性。从比较法上看,《德国违反秩序罚法》仅将罚款作为处罚的形式,日本的行政秩序罚也如此。但是,我国法律体系中的行政处罚概念比其他法域要宽泛许多,其中不仅包括以惩罚过去违法行为为主要目的的行政措施(狭义行政处罚),也包括以危险防御或者危害排除为主要目的、同时兼具处罚目的的行政措施(管制罚)。^④长期以来,无论立法还是实践中,一直将暂扣或者吊销许可证或执照统一作为行政处罚,而不考虑其目的是惩罚违法还是危险防御。考虑到我国目前尚无行政程序法和行政法典,对于不利行政行为缺乏统一的规范,在此情况下通过扩大行政处罚范围的办法加强对不利行政行为的规范,对于行政法治建设具有积极意义。(3)关于没收违法所得。对于没收违法是否属于行政处罚,学界一直存在争议。^⑤“否定说”认为,没收的违法所得并不是违法者的合法财产,当事人也没有因此而承担额外的义务,因此并不构成惩戒,其实质是一种追缴措施。^⑥在我国刑法上,没收违法所得并不属于刑罚。“肯定说”则认为,违法所得在事实上仍然属于违法行为人自身所占有使用的权益、财产,那么剥夺这种权益和财产自然会对当事人产生不利的制裁和惩戒效果;^⑦违法所得也是“所得”,其在未被没收之前处于当事人的控制和支配之下,对其没收同样会对当事人产生惩戒的精神效果,^⑧因此没收违法所得属于行政处罚。本文认为,没收违法所得的性质较为复杂,以上观点各有其力量。在德国法上,对于“不法获利的追缴”具有制裁性质还是保全或赔偿修复性质,也存在争论。^⑨尽管多数说认为其是“一种不具处罚成分的准不当得利之措施”,认为其与处罚和非难无关,而纯粹以剥夺不当所得为目标。^⑩但是,根据《德国违反秩序罚法》,追缴不当得利的一个重要途径是在罚款中考量违法所得,^⑪

① 参见李建良:《行政处罚法中“裁罚性之不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,台湾《月旦法学杂志》2010年第181期;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。

② 参见宋华琳:《禁入的法律性质及设定之道》,《华东政法大学学报》2020年第4期。可供对比的是刑罚中的人身自由刑,其特点即是通过采取与社会隔离的方法,使社会免受犯人社会危险性的侵害,以抑制犯罪。参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第463页。

③ 参见林锡尧:《行政处罚法》,台湾元照出版公司2013年版,第36页。

④ 我国台湾地区的相关讨论,参见廖义男:《行政处罚之基本争议问题》,台湾行政法学会主编:《台湾行政法学会学术研讨会论文集:(1999)行政救济·行政处罚·地方立法》,台湾元照出版公司2000年版,第275页以下;廖义男:《宪法及行政法制》(二),台湾元照出版公司2018年版,第182页以下;洪家殷:《行政处罚法论》,台湾五南图书出版公司2006年第2版,第22页。

⑤ 参见王青斌:《行政法中的没收违法所得》,《法学评论》2019年第6期。

⑥ 参见汪永清编著:《行政处罚适用手册》,中国方正出版社1996年版,第51页;应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第261~262页;章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第228页。

⑦ 参见马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,《华东政法大学学报》2020年第4期。

⑧ 参见冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第120页;马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,《华东政法大学学报》2020年第4期;晏山嵘:《行政处罚实务与判例释解》,法律出版社2016年版,第100页。

⑨ 参见陈清秀:《行政处罚法》,法律出版社2016年版,第282页。

⑩ 参见林明昕:《论不法利得之剥夺:以行政处罚法为中心》,《台大法学论丛》2016年第3期。

⑪ 《德国违反秩序罚法》第17条第4款规定:“罚鍰应超过行为人基于违反秩序行为所得之经济上利益。如果法定罚鍰最高金额尚未达到此一程度时,则罚鍰可超过该法定额度。”

而罚款本身又是秩序罚中最主要的种类,可见追缴不当得利不具有惩罚性这一主张在逻辑上也有未洽之处。此外,德国在1992年之后,对不当得利的追缴放弃了之前的“净额主义”而采取“总额主义”(区分标准为是否扣除获得不法利益过程中所支出的费用),其中混杂了违法行为人的合法财产与非法获利,否定其惩罚性质更不合理。我国法治实践中一直采用宽泛的行政处罚概念,由于没收违法所得对当事人所造成的实际影响与罚款并无不同,基于规范没收权行使的需要将其纳入行政处罚之中,使其接受严格的法律规制,具有重要的法治价值。当然,由于没收违法所得与狭义行政处罚仍有不同,在责任能力、责任条件等方面需要作出与狭义行政处罚不同的处理。与此相关的一个问题是,《修订草案》第26规定:“有违法所得的,应当予以没收。”本条规定为行政机关进行了没收违法所得的一揽子授权,并且将其确定为羁束性而非裁量性的义务。对这一规定可提出如下批评:其一,没收违法所得对相对人权益影响重大,其适用条件、没收范围等适宜在单行法中规定,不宜在《行政处罚法》中作出一揽子授权。其二,对违法所得并非一概要没收,是否要予以没收要根据个案的情况判断。例如,如果罚款的设定和实施中就已经将违法所得考虑在内,就不宜再单独处以没收违法所得。又如,在有受害人的情况下,是否没收违法所得还要考虑赔偿受害人损失的需要。

二、应受行政处罚行为的主观要件

根据我国刑法的规定,刑事责任的追究以行为人存在犯罪的故意或者过失为前提。^①那么,行政机关要处罚一个行为人是否要以其存在主观过错为前提?《行政处罚法》对此没有明确规定,在解释论上有不同的观点。一种观点认为,《行政处罚法》对当事人过错没有规定,这就意味着不以当事人存在过错为条件,只要当事人实施了违反行政管理法律法规的行为,行政机关就可以对其进行处罚,除非单行法另有规定。其合理性在于,一是行政处罚对当事人权益的影响和刑罚相比要轻微;二是如果要求行政机关证明当事人存在过错,将严重影响行政效率;三是行政处罚对于维护行政管理秩序意义重大。^②另一种观点认为,尽管《行政处罚法》没有明确规定行政处罚应当以当事人存在过错为前提,但从法理和相关条文中可以解读出这样的要求。例如,全国人大常委会法工委国家法行政法室认为,实施行政处罚要遵循违法行为构成主观与客观相统一的原则。其在解释《行政处罚法》第26条的规定时强调,进行行政处罚,不能仅因当事人客观上侵犯了行政管理秩序,还要求其存在对自己所实施的违法行为具有故意或者过失,从而具备承担违法责任的能力,否则不应予以处罚。^③第三种观点认为,行政处罚应当采取过错推定的原则。行政处罚的主观因素只有相对意义,即对绝大多数行政处罚的实施来说,行为人的主观因素往往内含于行为的违法性之中而没有独立意义,但允许行为人举证、

^① 《中华人民共和国刑法》第14条规定:“故意犯罪应当负刑事责任”;第15条规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”。

^② 前两点理由参见袁曙宏:《行政处罚的创设、实施和救济》,中国法制出版社1997年版,第68页以下。应松年教授在与笔者的交谈中提出了第三点理由。很多学者赞同解释论上的这一观点,但在立法论上予以批评。参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第228页;王贵松:《论行政处罚的责任主义》,《政治与法律》2020年第6期;熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,《比较法研究》2020年第3期。

^③ 参见全国人大常委会法工委国家法行政法室编:《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》,法律出版社1996年版,第73页。

反驳,以表明自己没有过错,因此不同于客观归责。^① 在我国行政处罚实践中,除相关法律有特别规定之外,一般采取的是第一种观点。

从比较法上看,行政处罚的归责原则主要有三种模式:(1)过错模式。这种模式又分为两种,一种以德国为代表,行政处罚和刑罚的归责原则相同,都是以故意为原则、以过错为例外,并且由行政机关证明当事人有过错。另一种以我国台湾地区为代表,根据其2015年“行政罚法”的规定,无论是故意或过失,均可以处罚,并且不采取过失推定。(2)过错推定模式。这一模式的代表是奥地利。根据《奥地利行政罚法》的规定,如行为人不能证明(或释明)其违反法律无可归责的,应认为有过失。^② (3)严格责任模式。我国台湾地区起初采取严格责任,不需要当事人有过错,只要实施违法行为就可以进行处罚。但是,1994年台湾地区“司法院大法官会议”作出的275号解释明确应采取奥地利式的过错推定,这一做法一直维持到“行政罚法”的实施。^③

《征求意见稿》第30条第3款规定:“当事人有证据证明没有主观过错的,不予行政处罚。法律、行政法规有特别规定的,依照其规定”。过错推定原则的目的是对行政处罚的道义基础和行政效率进行适当权衡,这一方向本身值得赞许,但在规则设计上需要考虑行政处罚的概念与范围问题。如前所述,我国的行政处罚范围较为宽泛,不仅包括以惩罚过去违法行为为主要目的的行政措施(狭义行政处罚),也包括以危险防御或者危害排除为主要目的、同时兼具处罚目的的行政措施(管制罚)。一般而言,只有狭义行政处罚才应以行为人存在过错为要件(包括过错推定),而对于管制罚,当事人主观过错不具有决定性影响,否则将对行政效能和公共秩序带来损害。而在德国和日本,由于其仅将罚款作行政处罚的主要形式,其他的不利处分(处理)一般不被认为是行政处罚,因此对行政处罚实行过错主义不致过度影响行政效率。我国台湾地区的“行政罚法”采取广义行政罚概念的同时采取过错主义,即遭到学者的批评,认为不利于行政目的的达成。^④ 因此,建议将《征求意见稿》第30条第3款修改为:“在当事人有证据证明没有过错的,减轻、从轻或者不予处罚。”

三、地方性法规的行政处罚规定权

为解决行政处罚过多过滥的问题,《行政处罚法》对地方性法规的行政处罚规定权作了限制。《行

^① 参见汪永清编著:《行政处罚适用手册》,中国方正出版社1996年版,第126页;江必新:《论应受行政处罚行为的构成要件》,《法律适用》1996年第6期;姜明安:《行政违法行为与行政处罚》,《中国法学》1992年第6期;杨利敏:《论我国行政处罚中的责任原则——兼论应受行政处罚的过失违法行为》,《华东政法大学学报》2020年第2期。

^② 《奥地利行政罚法》原第5条第1款规定:“在行政法规对责任条件无特别规定时,过失行为已足为处罚之理由,但对于只要违反禁止或作为命令而无须以引起损害或危险,即符合违反行政义务行为之构成要件者,如行为人不能证明其无法避免行政法规之违反,应认为有过失。”参见城仲模:《行政法之基础理论》,台湾三民书局1999年第3版,第489页以下。奥地利的规定曾被指控违反《欧洲人权公约》第6条第2款的无辜推定原则,奥地利宪法法院虽认定并不违反公约,但为减轻行为人的举证责任,《奥地利行政罚法》在2002年做了修改,将行为人不能证明改为不能释明。所谓释明(Glaubhaftmachung),是指只要说明事件原委大概如此即可,而不必达到能证明(Beweis)使人确信的程度。参见吴庚、盛子龙:《行政法之理论与实用》,台湾三民书局2017年增订15版,第458页。此外,澳大利亚和加拿大的司法实务中,对规制罚大体上也采取过错推定的模式。参见[英]奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第86页以下。

^③ 参见洪家殷:《行政罚法论》,台湾五南图书出版公司2006年第2版,第204~205页。

^④ 参见陈敏:《行政法总论》,2016年自印第9版,第710页;李建良:《行政罚法中“裁罚性之不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,台湾《月旦法学杂志》2010年第181期。

政处罚法》第 11 条第 2 款规定：“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”本款规定在实践中引发了很多问题，解决相关问题是修改《行政处罚法》的主要动因。

第一，法律或行政法规对某一领域中的违法行为已有规定，地方性法规可否增加新的违法行为种类。例如，《中华人民共和国大气污染防治法》(以下简称《大气污染防治法》)在 2015 年修改之前，没有规定排污企业应当设置大气污染排放口的要求。但是，很多地方在制定地方性法规时认为，要求排污企业设置大气污染排放口的要求对于促进大气质量好转具有重要作用，因此希望在地方性法规里给企业设定设置大气污染物排放口的义务，若不履行该义务则予以处罚。这样规定是否违反《行政处罚法》第 11 条第 2 款？^① 对此有不同的观点。一种观点认为，由于《大气污染防治法》对大气污染防治领域中的违法行为已经作出明确规定，地方性法规如果超越这一范围规定违法行为，就违反了上位法。另一种观点认为，《大气污染防治法》并未对企业是否必须设置大气污染排放口这一事项作出规定，而适用第 11 条第 2 款的前提是上位法“对违法行为已经作出行政处罚规定”，因此地方性法规的规定并不违法。这两种观点涉及“领域说”和“事项说”的争论。^② “领域说”认为，所谓上位法已经作出规定，是指在某一领域中已经作出规定，如果该领域中上位法已对相关违法行为及其处罚进行规定，则下位法不应增设该领域中的违法行为。“事项说”则认为，所谓上位法已经作出规定，是指在某一事项上上位法已经作出规定，相应地，只有针对某一具体事项上位法已经对违法行为作出规定，下位法才不得超越该范围规定违法行为。“领域说”有利于防止地方性法规滥设行政处罚，但伴随着全国性立法日益增多，在经济、社会、政治、文化和环境等几乎所有领域中都已经有了法律、行政法规规定，如果宽泛地理解领域说，可能导致地方性法规的范围受到极大限缩。“事项说”为地方性法规考虑地方的特殊性进行制度创新留下了较大空间，但如果宽泛地理解“事项说”，则可能导致《行政处罚法》第 11 条第 2 款给地方性法规所设定的在上位法“给予行政处罚的行为”的“范围内”这一限制的立法意图完全落空。因为所有地方性法规希望列为违法行为的事项，其均可主张在该事项上上位法尚未作出规定，除非该规定与上位法明确抵触。因此，无论是“领域说”还是“事项说”都存在不合理之处，对其确切含义和范围需要进一步加以限定。

第二，法律或行政法规对一个违法行为已经做了规定，但是地方认为处罚的力度不足，需要加大违法行为制裁力度的，能否规定更加严厉的处罚。例如，《中华人民共和国道路交通安全法》第 89 条规定，行人、乘车人、非机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的，处警告或者 5 元以上 50 元以下罚款。有的经济发达地方认为，这种处罚力度过轻，无法发挥行政处罚应有的威慑功能，主张增加处罚种类或者提高罚款额度。在生态环境领域也经常会有这样的立法需求。很多人认为，出于维护生态环境公共利益的考量，法律规定的应是最低处罚幅度，地方性法规的处罚力度不应低于法律规定。这种规定尽管形式上与上位法不一致，但与上位法维护秩序、保护生态环境的目的的一致，与地方居民对美好生活的要求一致，并且合理考虑了地方经济社会发展状况，具有正当性。^③

依本文之见，《行政处罚法》第 11 条第 2 款的规定存在如下不足。首先，它没有区分全国性事务

^① 参见乔晓阳：《如何把握〈行政处罚法〉有关规定与地方立法权限的关系——在第二十三次全国地方立法工作座谈会上的讲话》，《地方立法研究》2017 年第 6 期。

^② 参见金自宁：《地方立法行政许可设定权之法律解释：基于鲁潍案的分析》，《中国法学》2017 年第 1 期。

^③ 参见寇秉辉：《地方立法加大处罚力度该不该？》，《中国环境报》2016 年 9 月 28 日。

还是地方性事务。对于全国性事务,需要更多强调标准的统一;但在地方性事务上,典型的如城市建设和管理、环境保护、历史文化保护等等,则应当更加重视地方的特殊性和标准的多样性。其次,它没有考虑国家立法的不同宗旨和目的。在有的领域当中,在进行国家立法时,立法者希望独占对哪些行为为违法行为的设定权,以及规定一体遵循的标准。但是在其他一些领域中,立法者可能并不希望独占这种设定权,而只是在立法中规定在全国范围内比较普遍和典型的违法行为形态,以及设定最低程度的要求。第三,《行政处罚法》第11条第2款严格限制地方性法规在“给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内”加以规定,但给予行政处罚的行为和行政处罚的种类、幅度,二者需要不同对待。因为在一个领域中,判定到底哪些行为是危害秩序的行为,对立法者理性的挑战要更大,故一般可推定国家立法主体希望为地方立法留下更大的空间;而对于某一种违法行为到底要给予什么种类和幅度的处罚,立法者的意志表达的要更为清晰,这种决断理应获得地方立法更大程度的尊重,地方立法要突破,就需要有更加重大的理由或者符合更加严格的条件。

对于这些问题,可能的应对方案有以下几种:(1)综合考虑事务的性质,国家立法的意图与目的,并区分违法行为的种类和处罚的种类、幅度,对地方性法规的规定权加以规范。这一方案的优点在于更加精细和明确,但缺陷是难于周延。在一些关键问题上,如关于地方性事务和全国性事务的区分标准,判断国家立法机关目的或意图的方法等,一时难以达成共识。(2)设立一个事先授权的程序性规定。根据这一方案,地方性法规如果要在某个方面突破法律和行政法规的规定,需要经过全国人大常委会或者国务院的事先授权(批准)程序。^①在实践中,一些地方的改革如果要突破法律、行政法规的现行规定,一般都是通过这种事先授权的方式。^②但由于地方性法规需要突破上位法关于行政处罚的规定并非依托于某一项重大改革,缺乏与推进重大改革相伴的政治意志。在这种情况下,地方想要取得全国人大常委会或者国务院的授权非常困难,从而严重影响该方案的实践效果。(3)规定得更加原则和概括。根据这一方案,《行政处罚法》只须要求地方性法规不能与法律、行政法规关于行政处罚的规定相抵触,至于认定是否抵触的标准,可以留给备案审查机关和司法机关的实践去逐步明确。^③《中华人民共和国宪法》和《立法法》规定,地方性法规和法律、行政法规之间,需要遵循不抵触的原则。不抵触这个概念,比《行政处罚法》第11条第2款的规定更加原则、概括,包容性更强。例如,当法律、行政法规就一个领域中的违法行为作出规定,地方性法规出于与其相同的宗旨和目的,在该领域中增加违法行为的范围,就不一定认定为抵触。这一方案可以把法制统一和法治多样性的需求良好统一起来,为实践探索留下空间。

《修订草案》第12条第3款规定:“地方性法规为实施法律、行政法规,对法律、行政法规为规定的违法行为可以补充设定行政处罚。”本款旨在增加地方性法规补充设定行政处罚的权力,拓宽了地方性法规在实施性立法中的权限范围,总体而言具有积极意义,但仍有进一步讨论的空间。一方面,它只解决了对于法律、行政法规未规定的违法行为,地方性法规是否可以补充规定的问题,但未解决法律、行政法规尽管有规定,但地方性法规存在正当理由以增加处罚幅度等方式进行突破的问题。另一

① 何海波教授在全国人大常委会法工委召开的《行政处罚法》修改专家座谈会上提出了这一方案。

② 《中华人民共和国立法法》第13条规定:“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”

③ 最高人民法院2004年印发的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]第96号)可资参考。

方面,法律、行政法规未规定的违法行为,地方性法规是否都可以补充设定,还需要考虑全国性事务还是地方性事务的区分,以及国家立法的不同宗旨。建议对于法律、行政法规规定了违法行为和处罚的,地方性法规不得与其相抵触。至于如何认定是否抵触,《行政处罚法》可暂时不作规定,待将来条件成熟时再加以明确。^①

四、不予行政处罚的条件

现行《行政处罚法》第27条第2款规定:“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。”这一关于不予行政处罚的条件规定得过于严苛。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条规定:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”该条只要求危害不大,而没有要求未造成危害后果,也没有要求及时纠正。此外《刑法》中还有很多虽然构成犯罪但免除处罚的情形,而《行政处罚法》中并没有规定免除处罚,因此不予行政处罚的范围不宜过严。对这一问题更深入的讨论,需要将其置于合法主义和便宜主义这两种行政处罚的模式之中进行。

行政处罚的合法主义是指,只要当事人的行为符合法定构成要件,主管机关即应作成该当法律效果的处罚。便宜主义则是指,即使当事人的行为符合处罚的要件,主管机关基于各种合理考虑,包括违法情节、行为人之经济能力、处罚所付出之社会成本等,如果认为不处罚更适当,即可以不予处罚。^②在从世界各国情况来看,在行政执法领域,一般均承认行政机关的便宜性。例如,英国的行政执法是一种合作主义的模式,执法时强调最低限度地使用惩罚或指控手段,注重通过教育、建议、说服和协商等手段促使企业自觉遵守法律。^③《德国违反秩序罚法》第47条明确规定:“违反秩序之追究,属于追究机关依合义务之裁量。追究机关对于程序上已系属者,得停止之。”这些实践和规定,都体现了便宜主义的原则和精神。行政执法中的便宜主义,有以下依据:(1)执法资源的有效配置。行政执法面临的最基本矛盾,是执法资源的有限性和违法行为大量存在的矛盾。在有限的执法资源约束下,执法机关为了有效配置执法资源,必须有所取舍,将执法资源运用到那些性质恶劣、后果严重、行为人主观恶性大的案件的同时,必然会导致另一些违法行为无法查处。美国联邦最高法院在1985年的一个重要判例中确立了一条规则:推定法院对于行政不作为不可以审查,仅在有例外的情况可以推翻这个推定。^④(2)执法和规制理论的新发展。近年来,在执法尤其是规制执法领域,出现了很多具有启发意义的新理论,如执法金字塔理论、回应性规制理论、合作式执法理论,其要义均在于考虑相对人违法的具体情况,在说服教育、行政指导、信息提供、行政处罚等执法多种手段中作出合理的选择,强调行政机关和相对人之间的合作,将处罚作为最后手段。^⑤之所以要强调合作,是因为惩罚的成本很高,行政机关为实施惩罚,不仅要检查、收集证据,还要面临被诉、被申请复议的风险。强调合作也有

^① 关于地方性法规是否与法律、行政法规抵触的认定标准,参见孙波:《地方立法“不抵触”原则探析——兼论日本“法律先占”理论》,《政治与法律》2013年第6期。

^② 参见洪家殷:《行政罚论》,台湾五南图书出版公司2006年第2版,第57页以下;陈清秀:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第63页以下;吴庚、盛子龙:《行政法之理论与实用》,台湾三民书局2017年增订15版,第528页。

^③ 这在理论上被称为遵从式执法(compliance),是与威慑式执法(deterrence)相对的执法模式。学理上的相关探讨参见Robert Baldwin & Martin Cave, *Understanding Regulation*, Oxford University, 1999, p.97; Hawkins and Thomas (eds.), *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984, pp.23-26.

^④ 参见[美]理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第3卷),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第1233页。

^⑤ 参见李洪雷:《营商环境优化的行政法治保障》,《重庆社会科学》2019年第2期。

利于形成社会主体自觉守法的意识。此外,还要考虑所谓“最后10%”或者叫“迈向最后一英里”的问题,即规制者将完全守法或者彻底清除某种有害物质作为目标,是不合理的。这是因为随着守法程度的提高,执行成本也趋于提高,当到达某个临界点后,进一步执行的成本超过了收益。^① (3)立法质量。法治的经典定义是:“已成立的法律获得普遍的服从;而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”^②但是,如果法律不是良法是否也要严格执行?在我国诸多领域立法质量尚存在很大提升空间的背景下,这一问题是非常现实的。习近平同志在十八届四中全会决定的说明中指出,“立法质量需要进一步提高,有的法律法规全面反映客观规律和人民意愿不够……立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出,有的立法实际上成了一种利益博弈……一些地方利用法规实行地方保护主义”。^③按照法律实证主义的观点,即使不是良法一般也要遵守,但是这一要求并不绝对,而是需要根据个案对法律安定性原则与正义原则的分量进行合理权衡。^④通过法律解释、漏洞补充以及对法律原则的运用,尽可能限制其适用范围、降低其危害,而非不加区分地执行。否则可能背离法治目的。近年来我国的行政执法实践,也表现出与便宜原则的亲合性。例如,一些地方制定裁量基准时,作出首犯不罚的规定。^⑤再如,国务院提出监管方面要遵循包容审慎的理念,就是对那些未知大于已知的新业态、新事物,只要不触碰安全底线,就应允许其发展,不要一上来就“管死”,要给它一个“观察期”,给创业者提供成长空间,给企业提供发展新动能的环境。^⑥中国证监会于2015年发布了《行政和解试点实施办法》,将行政和解作为证券期货领域行政执法制度的重大创新。无论是首犯不罚、包容审慎监管还是执法和解,均须以执法的便宜主义为法理基础。

便宜主义具有坚实基础,但片面强调便宜主义也可能对法治的权威性和全民守法观念的产生负面效果。^⑦尤其是我国欠缺法治的文化传统,实践中还存在大量执法机关不作为、慢作为、怠于执法的现象,有的给公共利益、公共秩序、人民群众的生命财产安全造成很大损害。因此,对便宜原则适用的领域和条件,需要进行审慎的考虑和设计。^⑧为此,可以在现行《行政处罚法》第27条中增加第3款。与第2款规定“不得”处罚的情形不同,第3款规定行政机关“可以”不予处罚的情形,其赋予执法机关根据具体情况决定是否处罚的选择权,但条件可以比第2款更加宽松。在列举可以不予处罚的典型情形的同时,强调在食品、药品安全等关系人民群众生命健康的领域,应坚持严格执法。

五、行政处罚的不成立与无效

行政处罚不成立是指一个行为不构成行政处罚,而构成行政处罚的行为可能合法也可能违法。《行政处罚法》第41条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第31条、

① See Robert Baldwin & Martin Cave, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 1999, p.110; [美] 史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第11~12页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

③ 习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,《求是》2014年第21期。

④ 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67~68页。

⑤ 参见何思:《“首违不罚”优化长三角营商环境》,《国际金融报》2020年7月13日。

⑥ 参见李克强:《在第十二届夏季达沃斯论坛开幕式上的致辞》(2018年9月19日), http://www.gov.cn/guowuyuan/2018-09/19/content_5323722.htm, 2020-09-09。

⑦ 参见李娜:《守法社会的建设:内涵、机理与路径探讨》,《法学家》2018年第5期。

⑧ 有学者提出,行政处罚究竟采取便宜原则还是法定原则,应依“职务密度”而定,也即考虑职务执行对公共利益或公民权利保护的重要性。参见李惠宗:《行政法要义》,台湾五南图书出版公司2002年版,第499页。

第 32 条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”这一规定混淆了行政处罚的违法与不成立。《修订草案》对此进行了修改,其第 57 条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,未依照本法第 41 条、第 42 条的规定向当事人告知拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,不得作出行政处罚决定;当事人明确放弃陈述或者申辩权利的除外。”但这一规定并无实际意义,因为《行政处罚法》已经规定行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前应当遵守的法定程序,不遵守法定程序当然不得作出行政处罚决定,并且陈述和申辩作为当事人的权利,当然可以放弃。因此,本条规定基本属于赘文,可以删除。

在行政法学理论上,行政处罚无效不同于行政处罚违法,因为违法的行政行为在被有权机关撤销之前仍然有效,只有重大明显违法的行政处罚才构成无效,也即自始不发生效力。《行政处罚法》第 3 条规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”这一规定中的无效,其实是指违法,并非行政法学理论上的无效。为了避免实践与理论的脱节,并与《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)保持一致,《修订草案》第 35 条规定:“行政处罚没有法定依据或者实施主体不具有行政主体资格的,行政处罚无效。不遵守法定程序构成重大且明显违法的,行政处罚无效。”本文认为,为弥补《行政处罚法》第 3 条的缺陷,可以直接将该条删除。《行政诉讼法》第 75 条规定:“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形,原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效。”已经可以涵盖第 35 条规定的情形,建议不在《行政处罚法》中再作规定。主要考虑是:(1)尽管《行政诉讼法》规定了行政行为的无效,但由于行政行为无效确认之诉并未构建与撤销诉讼不同的程序规则,实际意义不大。^①(2)“实施主体不具有行政主体资格”的表述与《行政处罚法》相关规定存在冲突。根据现行《行政处罚法》第 19 条的规定,行政机关可委托符合第 20 条规定条件的组织实施行政处罚,这意味着被委托组织为行政处罚的实施主体,而符合第 20 条规定条件的被委托组织并不具有行政主体资格。(3)不具有法定依据的行政处罚,是否一概无效,尚存在争议。关于《行政诉讼法》第 75 条的规定,一般理解为没有依据就构成重大明显违法,但这种理解并不合理。由于行政法律规范体系的复杂性,在很多情形中,尽管事实上没有法律依据但在形式上存在依据的(例如有与上位法冲突的规章或者其他规范性依据),在解释上或许要做限缩解释,也即并非所有没有依据的行政行为都构成重大明显违法,只有不具有法定依据同时构成重大明显违法的才属无效。比较法尚可资参考的立法例是,我国台湾地区“行政程序法”明确规定欠缺事务管辖权限的行政处分(行政处理)无效,在解释上则普遍将其限缩于欠缺事务管辖权限且构成重大明显违法的情形。^②(4)尽管大陆法系国家关于行政行为无效规定很多与程序有关,如《德国联邦行政程序法》第 44 条规定,在书面行政处理中未表明作出处理的行政机关、行政处理依法应作出证书而未颁发证书、违反土地专属管辖等情形下,行政处理无效。^③但无论在《行政诉讼法》还是有关司法解释中,均未明确规定行政程序重大明显违法可导致行政行为无效。(5)如果要规定行政处罚的无效,那么还应增加行政处罚的可撤销、行政处罚程序违法的补正等相关规定,才能够保持体系完整。

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》将其细化规定为“减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据”。

② 参见吴庚、盛子龙:《行政法之理论与实用》,台湾三民书局 2017 年增订 15 版,第 364~365 页。

③ 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 252 页。

六、一事不再罚原则

一事(一行为)不再罚原则是《行政处罚法》制定中得到高度关注的问题,在表述上也经过了很大变动。在试拟稿中曾经规定:“对违法当事人的同一个违法行为,不得以同一事实和理由,给予两次以上的处罚。”征求意见稿修改为,“对违法当事人的同一个违法行为,不得以同一事实和同一依据,给予两次以上罚款的行政处罚。”^①最终通过的《行政处罚法》第24条规定:“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。”但该规定仍存在一些需要完善之处。

第一,处罚结果的随机性问题。对《行政处罚法》第24条规定的一般理解是:对当事人的一个违法行为,不论触犯的是一个还是多个法律规范,也不论法律规定由一个还是多个行政机关处罚,都只能罚款一次。^②这种理解符合本条的立法目的,即解决多头处罚、重复处罚的问题。但是从这一理解出发,本条存在两个问题:(1)当一个行为违反多个法律规范(但不构成法规竞合)时,只要在同一程序中进行并罚(主管机关为同一个行政机关或者通过联合执法),既然只有“一次”罚款,就不违反本条规定,但这会造成对违法行为人的重复评价,有违比例原则。因此,本条在表述上宜加以修改,避免这一情况发生。(2)这一规定会导致,相同的违法行为,只是因为首先查处机关的不同,罚款数额却相差很大。这种处罚结果的随机性,显然有违正义和平等原则的要求。我国台湾地区“行政罚法”第24条规定:“一行为违反数个行政法上义务规定而应处罚者,依罚鍰最高之规定裁处。但裁处之额度,不得低于各该规定之罚鍰最低额。”相比现行《行政处罚法》的规定,从一重处罚在平衡罚当其错的正义原则要求和防止重复处罚、保护公民权利方面,更加妥当,值得借鉴。^③

第二,是否禁止不利益变更问题。在实践中有这样的案例:有的行政机关认为之前作出的罚款决定偏低,但如果补充罚款有违《行政处罚法》第24条,所以选择依职权撤销原决定并作出一个数额更大的罚款决定。这种不利益变更的做法是否可被允许?一事不再罚的一个重要功能,在于禁止重复追诉,防止将当事人置于多次被处罚的危险之中。^④因此,原则上不应允许行政机关重启处罚程序并对当事人作出新的处罚决定,包括作出补充决定或者变更原决定。但也应允许一些例外,如原处罚过重需要减轻处罚,或者因当事人存在重大过错(如故意提供虚假证据、行贿)导致行政处罚偏轻。^⑤对此宜在立法中加以明确。

第三,罚款之外其他种类行政处罚的适用问题。现行《行政处罚法》第24条仅对实践中较为常见的多次罚款问题进行了限制,但在法理上,一事不再罚不应仅适用于罚款。最高人民法院在裁定中也曾明确指出,一事不再罚应当是指同一违法行为不能给予两次以上的相同或者类似性质的行政处罚。^⑥因此,对于罚款之外其他相同或者类似性质的行政处罚,如在一定期限内暂扣许可证或执照、行政拘留等,从一重罚已经可以达到行政目的,同样也应根据一事不再罚原则限制处罚次数。

① 冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第160~161页。

② 全国人大常委会法制工作委员会国家法行政法室编著:《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》,法律出版社1996年版,第68页;汪永清编著:《行政处罚法适用手册》,中国方正出版社1996年版,第112页。

③ 相似的主张,参见熊樟林:《论〈行政处罚法〉修改的基本立场》,《当代法学》2019年第1期。

④ 参见洪家殷:《行政罚法论》,台湾五南图书出版公司2006年第2版,第122页以下。

⑤ 参见冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第162页。

⑥ 参见最高人民法院(2017)最高法行申1242号行政裁定书。

七、行政处罚的管辖

关于行政处罚的管辖,现行《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”这一规定存在如下问题。

第一,不符合执法权下沉的行政执法体制改革方向。《行政处罚法》第20条规定把实施行政处罚的主体规定的层级限定在县级以上,但近年来行政体制改革强调执法权下沉,这就要求强化街道乡镇的行政执法能力。2016年中办、国办联合印发的《关于深入推进经济发达镇行政管理体制改革的指导意见》,强调整合现有的站、所、分局力量和资源,由经济发达镇统一管理并实行综合行政执法。但是这一改革面临立法困境。尽管《行政处罚法》第20条规定法律和行政法规可以另作规定,但是法律、行政法规都是中央立法,而我国东中西部的乡镇情况差别非常大,中央立法很难对乡镇执法权作出统一规定。实践中一些地方的做法是利用《行政处罚法》第16条关于相对集中处罚权的规定。但有学者认为,《行政处罚法》第16条中行使处罚权的行政机关,也必须符合第20条规定的条件(县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关)。^①另外,《行政处罚法》第16条规定的“有关行政机关”,也具有将该条中的行政机关限定于政府职能部门的意涵。因此,该条难以作为支持乡镇综合执法的规范基础。从我国的宪法体制来看,乡镇政府是由乡镇人大选举产生的,向乡镇人大负责的一级政府,其宪法地位应该比县政府的职能部门还要高,应当赋予其足够的行政执法权。街道作为区县政府的派出机关,具有综合性行政职能,承担行政执法权体现了行政一体原则的要求。

第二,不当限制中央行政机关的行政处罚权。《行政处罚法》第20条将行政处罚权限定于“地方人民政府”具有行政处罚权的行政机关,法律、行政法规另有规定除外。我国是单一制国家,中央行政机关对地方行政机关具有领导或指导的权力,对于一些影响重大或涉及地方保护的案件,应该具有直接的执法权。但是《行政处罚法》第20条的规定不当限制了中央行政机关的执法权,根据这一规定,除非法律、行政法规明确授权,中央行政机关才能行使行政处罚权。这导致目前一些中央政府部门规章中规定的本部门管辖权面临合法性难题。^②

第三,不符合信息网络时代的发展趋势。《行政处罚法》第20条将违法行为发生地作为确定行政处罚地域管辖的基本规则,其基本考虑是有利于行政机关及时有效地打击违法行为。但在网络环境下这一规定可能导致一些负面效果。例如,网络交易案件由第三方平台所在地查处可能更为合适。对此,原国家工商行政管理总局颁布的《网络交易管理办法》第41条规定,对于通过第三方交易平台开展经营活动的经营者,其违法行为由第三方交易平台经营者住所所在地县级以上工商行政管理部门管辖。其管辖异地违法行为人有困难的,可以移交违法行为人所在地工商行政管理部门处理。

针对这些问题,《修订草案》将现行《行政处罚法》第20条拆分为两条并对其内容进行了修改。《修订草案》第21条规定:“行政处罚由违法行为发生地的行政机关管辖。法律、行政法规、部门规章另有规定的除外。”这一规定为国务院部门根据具体情况调整地域管辖规则提供了制度基础,值得赞许。《修订草案》第22条第2款规定:“省、自治区、直辖市根据当地实际情况,可以决定符合条件的

^① 参见金国坤:《基层乡镇执法体制改革与〈行政处罚法〉修改》,《行政法学研究》2020年第2期。

^② 例如,《工商行政管理机关行政处罚程序规定》第6条规定:“国家工商行政管理总局依职权管辖应当由自己实施行政处罚的案件及全国范围内发生的重大、复杂案件”。

乡镇人民政府、街道办事处对其管辖区域内的违法行为行使有关县级人民政府部门的部分行政处罚权。”这一修改,一方面体现了执法权下移、为基层治理赋权的原则和精神,有利于解决实践中权责不匹配给街道乡镇政府带来的困境;另一方面,又考虑到我国区域发展不平衡的客观现状,由省级政府根据当地实际情况决定是否授权以及授权的具体条件和范围等,总体较为合理。当然,要实施好这一规定,不仅执法权力要下移,而且执法力量、执法资源也要下沉,人财物配置要向基层倾斜。同时还要加强人大、法院、检察院的监督以及政府内部监督,落实行政执法责任制和责任追究制度。

但是,《修订草案》未能解决不当限制中央行政机关行政处罚权的问题。《征求意见稿》第21条第3款曾规定:“上级行政机关可以直接查处下级行政机关管辖的行政案件,也可以将其管辖的行政案件交由下级行政机关管辖。”尽管这一规定为中央行政机关行使行政处罚管辖权提供了法律依据,但违背了级别管辖的基本原理,导致级别管辖名存实亡:根据级别管辖原理,只有在案件重大复杂、存在被延误的危险或者下级不执行上级机关的指示等特殊情况下,上级机关才可以直接查处下级机关管辖的行政案件。这一规定在《修订草案》中被删除,这样一来虽然法理问题消失了,但中央行政机关对行政处罚的管辖权问题仍未得到解决。《修订草案》第22条第1款规定:“行政处罚由县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”对此有两个解决方案:一个方案是将其中的“地方”二字删除;另一个方案是对原《征求意见稿》在21条第3款的规定进行优化,限定管辖权转移的条件。

与行政处罚管辖相关的另一个问题是综合执法和相对集中行政处罚权问题。现行《行政处罚法》第16条是相对集中行政处罚权的依据。《修订草案》第17条第1款进一步明确了综合执法和相对集中行政处罚权的领域,规定:“国家在城市管理、市场监管、生态环境、文化市场、交通运输、农业等领域实行综合行政执法,相对集中行政处罚权,由一个行政机关统一实施相关领域的行政处罚。”这一规定有利于解决实践中的多头执法、重复执法、执法权力交叉和碎片化等问题,有利于明确职权职责、统筹执法资源、提高执法效率。但目前的表述存在模糊之处。本款规定是否意味着列举领域中的相对集中行政处罚权不再需要其他依据?如果是,会否给行政事务管辖权的配置带来混乱?需要警惕。此外,《征求意见稿》第17条第2款保留了现行《行政处罚法》的规定:“国务院或者省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权。”这一规定是否意味着相对集中行政处罚权必须要有国务院或者省、自治区、直辖市人民政府的决定作为依据?如果如此,第1款意义何在?总之,《修订草案》第17条第1款的立法意图尚须进一步明确。

八、行政处罚的期限

在《行政处罚法》制定之前,除了原《中华人民共和国治安管理处罚条例》等个别单行法外,立法对行政处罚期限(时效)缺乏规定,不利于维护法律安定性,这构成我国行政处罚制度的一个重要缺陷。为此,《行政处罚法》第29条规定:“违法行为在两年内未被发现的,不再进行行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限,从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。”但是本条规定也存在一些不足。

第一,“未被发现”问题。在实践中有这样的案例,一个企业在违法行为5年之后被执法机关处罚,执法机关认为尽管是5年之后才予以处罚,但是在违法行为发生1年后就已被发现,只是一直没有启动处罚程序,这实际上规避了《行政处罚法》第29条第1款的规定。有人认为,发现的标准是行

政执法机关已经对违法行为予以立案。否则,属于没有发现。^①但行政机关从发现违法行为到立案之间一般有一定的时间间隔,将立案作为发现的标准在法律解释上欠缺合理性,解决这一问题须通过立(修)法途径。

第二,决定期限问题。《行政诉讼法》第81条规定,人民法院一般应当在立案之日起6个月内作出第一审判决,《行政许可法》第42条规定,行政机关一般应当自受理行政许可之日起20日内作出行政许可决定。但《行政处罚法》没有规定行政机关在发现违法行为之后多长时间内作出决定。为了防止行政机关发现违法行为或者立案之后怠于作为,维护法律安定性,提高行政效率,需要对决定期限加以明确,同时规定在特殊情况下的延长期限,以符行政实践需求。

第三,执行期限问题。行政机关作出行政处罚决定后,如果当事人不履行,行政机关应当依法强制执行。《行政强制法》第53条规定,行政机关申请法院强制执行有3个月的期限,但对行政机关自己强制执行却没有设定期限。从法律安定性原则角度出发,也需要给行政机关自己执行处罚决定设定一个期限。

第四,期限起算问题。《行政处罚法》第29条规定处罚期限从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。这一规定较为粗疏,需要进一步精细化:(1)这一规定仅适用于行为犯,对于结果犯,应当从结果发生之日起算。(2)这一规定不适用于状态犯。例如,违法建筑一旦完成,违法状态则继续存在,但行政处罚时效应当自违建行为完成之日起算。(3)这一规定主要适用于作为犯,不完全适用于不作为犯。例如,应履行备案登记义务而未履行的,则可能会导致当事人一日没有作为,则一日不能起算时限。这显然不公平,也不符合立法规定时效制度的目的。(4)在行政处罚和刑罚竞合的情形,应当以刑事程序终了之日起计算行政处罚时效。^②

第五,期限停止问题。期限(时效)规定有利于督促行政机关及时行使执法权力、稳定社会关系。但如果行政机关因不可抗力或其他不可避免的事由导致无法行使处罚权,并非属于行政机关的过错,应当停止期限的计算。在停止原因结束后,应继续计算期限。为保证法律秩序的安定性,督促行政机关及时行使处罚权,行政处罚不宜采取时效中断制度,继续进行的时效应与之前的时效合并计算。^③

九、行政处罚的听证程序

听证程序是正当程序理念的重要体现。《行政处罚法》第42条和第43条对此作了规定,具有很大的进步意义。但这两条规定也存在一些问题,需要加以完善。

第一,关于案卷排他性原则。《行政处罚法》第42条第1款第7项规定,听证应当制作笔录,笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。但并未规定行政机关只能依据听证笔录来作出决定。在实践中,有的行政机关在举行听证后发现所收集的证据不充分,进而补充调查和重新收集证据,将经过听证和未经过听证的证据共同作为认定事实的根据,这就导致行政处罚的听证程序被架空。《行政许可法》第48条第2款规定行政机关应当根据听证笔录做出行政决定,《行政处罚法》也应当作出相同规定,以增强听证程序的实效性。

第二,听证范围问题。根据《行政处罚法》第42条规定,行政机关作出责令停止停业、吊销许可证

^① 参见梁风云:《最高人民法院行政诉讼批复答复释解与应用》(法律适用卷),中国法制出版社2011年版,第10页。

^② 参见廖义男主编:《行政罚法》,台湾元照出版公司2008年版,第235~236页。

^③ 参见洪家殷:《行政罚法论》,台湾五南图书出版公司2006年第2版,第311页。

或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,要告知当事人有听证的权利。在实践中,根据最高人民法院行政诉讼庭的答复以及最高人民法院公布的第6号指导案例,该条中的“等”系不完全列举,应当包括与明文列举的“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款”类似的其他对相对人权益产生较大影响的行政处罚。^①但法律解释的方法仍存在不确定性,宜通过立法将严重影响公民权益的行政处罚都纳入听证范围。此外,《行政处罚法》第42条规定:“当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的,依照治安管理处罚法有关规定执行。”而《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)并未规定对治安拘留进行听证。在全面推进依法治国的背景下,应当考虑将限制公民人身自由的处罚决定纳入听证范围。尤其是近年来人身自由罚在一些领域有扩张趋势,不再局限于《治安管理处罚法》的“治安拘留”、《中华人民共和国道路交通安全法》中的“交通拘留”和《中华人民共和国海关法》中的“海关拘留”,而是扩展到环保和网络安全等领域,这一立法需求显得更为迫切。

第三,听证主持人意见的拘束力问题。听证主持人的意见是否对行政机关作出行政决定具有拘束力,有不同的观点。一种观点认为应当有拘束力,现在司法改革要求“让审理者裁判,让裁判者负责”。参考这一要求,听证程序作为一种司法化的听证程序,听证主持人是审理的亲历者,应该由其来作决定。另外一种立场认为行政处罚作为一个行政决定,应该遵守行政首长负责制,由行政首长作出最终的判断和决定。第三种观点认为,行政首长原则上要依照行政听证主持人的意见,但是如果有特别的理由也可以偏离其意见,但要说明理由。第三种主张恰当平衡了听证程序的实效性和行政首长负责制,更为妥当。

第四,听证主持人的资格问题。我国听证制度主要借鉴自美国。美国主持听证程序的人员被称作行政法官,^②资格要求很高,立法对其独立性、中立性也有很强的保障。但《行政处罚法》对于听证主持人的资格及专业性、独立性、中立性保障都缺乏规定,这也是听证程序流于形式的一个重要原因。现阶段,至少应规定听证主持人须具备法律职业资格。

《修订草案》对现行听证程序的缺陷进行了一定回应,但仍有不足。《修订草案》第58条第1款将没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物,以及不得申请行政许可、责令关闭、限制开展生产经营活动、限制从业等,均明确纳入听证程序,增加了法律的明确性,同时删除了对限制人身自由的行政处罚依照《治安管理处罚法》执行的规定。尽管不能依据这一修改将人身自由罚纳入听证范围,但也体现了立法者的积极态度。但现行规定还需要进一步完善,具体包括:(1)在听证程序的适用情形中,目前的第5项兜底条款仅规定“法律、法规和规章规定的其他情形”,宜修改为“法律、法规和规章规定的其他情形,以及其他严重影响公民权利的行政处罚”,以避免挂一漏万,为实践中对听证程序适用范围的扩张留下空间。(2)关于听证笔录的效力,《修订草案》第60条规定“行政机关应当结合听证笔录”作出决定,未能充分反映案卷排他性原则的精神,应修改为“行政机关应当根据听证笔录”作出决定。此外,关于听证主持人意见的拘束力和听证主持人的资格问题,也应作出规定。

责任编辑 谭冰霖

^① 参见最高人民法院案例指导工作办公室:《指导案例6号的理解与参照》,《人民司法(案例)》2014年第6期。

^② 参见王静:《美国行政法官制度研究》,国家行政学院出版社2009年版。