

行政处罚种类扩张论批判

王明喆*

目次

一、问题的提出	(三) 基于行政处罚内涵对新法以及处罚扩张论进行评析
二、行政处罚种类的扩张论	四、立法政策与处罚种类
(一) 通过对行为措施定性而扩张行政处罚	(一) 提升公共治理能力与扩张处罚种类无关
(二) 为了提升公共治理能力而扩张行政处罚	(二) 为规范公权力而扩张处罚种类将逐渐失去意义
(三) 为了规范行政公权力而扩张行政处罚	(三) 扩张处罚种类将带来法律适用问题
三、行政处罚的内涵与处罚种类	五、结语
(一) 学说的异同与争议焦点	
(二) 行政处罚内涵之厘清	

摘要 在此次《行政处罚法》修订过程中,处罚种类扩张论得到广泛支持。学者们将实践中出现的一些新型行为措施定性为行政处罚,并且基于提升公共治理能力、规范行政公权力的良好愿景,主张扩张处罚种类。修订通过后的《行政处罚法》有限度地扩张了处罚种类。然而,从行政处罚内涵和立法政策两个方面进行考察可以发现,处罚种类扩张论并不合理。一方面,通过考察刑罚处罚的特征和狭义行政管理权与行政处罚权之区别可以发现,科处额外负担和非难是处罚的本质要素,典型非处罚行为应当排除在行政处罚之外。另一方面,提升公共治理能力与扩张行政处罚种类并无直接关系,为了规范公权力而扩张处罚种类之考量也将随着行政法制的不断完善而逐渐式微,贸然扩张处罚种类可能造成法律适用上的障碍,因而中间类型行为不宜纳入处罚种类。确立“少而精”的处罚种类,才有利于实现对行政处罚的专业性精准规制。

关键词 行政处罚种类 扩张论 制裁 立法政策

* 日本东北大学法学研究科博士研究生。

一、问题的提出

《行政处罚法》修订工作已尘埃落定，该法完成了生效实施二十余年后的首次大修。在此次修法学界关注的诸多问题中，行政处罚的种类是重要问题之一。修订前的《行政处罚法》（以下简称“旧法”）第8条规定了警告，罚款，没收违法所得、没收非法财物，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照，行政拘留等六种具体处罚种类，并且同时规定了“法律、行政法规规定的其他行政处罚”这一概括兜底条款。然而，随着现代风险社会、信息社会的到来，在这次修法过程中，不少学者主张扩充行政处罚种类，^{〔1〕}将失信惩戒、公布违法事实、公布黑名单、禁入等新型措施纳入处罚种类。修订通过的《行政处罚法》（以下简称“新法”）沿袭了这一思路，有限度地扩张了行政处罚种类。新法虽未完全采纳学理上扩张论的意见，但仍然将通报批评、降低资质等级、限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业等措施纳入处罚种类范畴。

然而，旧法在制定之初就被赋予了“规范行政处罚的设定和实施”的功能。立法当时，尽管有观点认为仅规定六种处罚种类是“不切实际的”“不能适应行政管理的需要”，并且提出在规定的每种行政处罚种类后加一个“等”字，但旧法仍然仅列举了六种处罚种类，从中不难看出立法者希望限缩行政处罚种类的目的。^{〔2〕}同时，在最近的研究中，也不乏对行政没收、责令停产停业等行为措施的处罚性质提出质疑的观点。^{〔3〕}那么，旧法规定的处罚种类是否全面，新法规定的处罚种类是否准确，处罚种类扩张论是否合理，我们又应当如何把握行政处罚的种类范围；这些问题的研究不仅有助于理解修订后的《行政处罚法》，科学地评价、总结这次修法的利弊得失，而且在新法仍然保留了“法律、行政法规规定的其他行政处罚”这一概括兜底条款的前提下，对于实定法上处罚种类未来的发展与变迁仍有重要意义。本文将尝试对处罚种类问题进行分析，不辞浅薄，以求教于方家。本文将首先对行政处罚种类的扩张论进行分析梳理，继而从行政处罚的内涵与立法政策两个方面对处罚种类的“扩张热”进行“冷思考”，探讨行政处罚种类的合理范围。

二、行政处罚种类的扩张论

在此次修法过程中，许多学者提出扩张行政处罚种类的意见，他们主张对旧法第8条列举的处罚种类予以补充，增加行政处罚种类。学者们主张扩充处罚种类的理由多种多样，建议增加的处罚类型也不尽相同。总体来说，学理上的处罚种类扩张论主要基于以下三点理由：一是某些行为措施在性质上属于行政处罚因而应当纳入处罚种类，二是提升公共治理能力需要扩张处罚种类，三是为了规范行政公权力应当扩张行政处罚种类。

〔1〕 例如熊樟林：《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》，载《政治与法律》2020年第3期，第88页。

〔2〕 参见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〉讲话》，法律出版社1996年版，第33页。

〔3〕 参见王青斌：《行政法中的没收违法所得》，载《法学评论》2019年第6期，第161—165页；黄镛：《行政执法中责令改正的法理特质与行为结构》，载《浙江学刊》2019年第2期，第167—168页。

(一) 通过对行为措施定性而主张扩张行政处罚

现有研究中,一些学者将一些法律性质有争议的行为措施,尤其是一些新型行为措施界定为行政处罚,进而主张将其纳入处罚种类。早在20世纪90年代,学界就有观点认为除人身罚、财产罚、能力罚、精神罚之外,还存在一种处罚类型——救济罚,即“回复被侵害的权利、秩序或为了使侵害不再继续而对违法者采取的处罚”,责令赔偿损失、责令拆除非法建筑等行为便属于救济罚。^{〔4〕}然而,由于旧法明确将行政处罚与责令改正区别对待,“救济罚”的观点基本已被抛弃,目前学界普遍认为责令改正不是行政处罚而是行政命令。^{〔5〕}

近来,学者们更多关注的是交通违法记分、失信惩戒、公布违法事实、公布黑名单、禁入等新型行为措施的法律性质问题。有学者认为,交通违法记分行为符合行政处罚的特性和构成要件,很好地体现了行政处罚的功能,实践中记分行为基于与行政处罚同样的程序做出,因此其属于一种新形态的行政处罚。^{〔6〕}关于失信惩戒规制,有观点认为“基于黑名单措施对当事人声誉的减损,基于从业限制措施对当事人重要行为资格的剥夺,应将这两类失信惩戒措施定性为行政处罚”。^{〔7〕}有学者进一步将行政黑名单制度分解为拟列入行为、列入行为、公布行为和惩戒行为,进而认为纯粹的黑名单公布行为在性质上属于行政事实行为,不属于行政处罚,而列入黑名单之后的限制贷款、限制出境等惩戒行为属于行政处罚。^{〔8〕}另外,关于实践中大量出现的公布违法事实行为,有观点认为其在很多场合具有处罚的功能,不仅具备行政性、外部性,并且可以对违法者产生巨大的心理压力,因此属于声誉罚。^{〔9〕}此外,对于《食品安全法》《药品管理法》《政府采购法》等法律中规定的一定期限内不得从事食品生产经营活动、一定期限内不得从事药品生产经营活动、一定期限内禁止参加政府采购活动等规定,有学者认为这种禁入措施“构成了以剥夺或限制违法相对人行为能力、任职资格为内容的处罚,应被归入资格罚的类型”。^{〔10〕}学者们将这些行为措施认定为行政处罚,进而主张将其纳入处罚种类范围,“通过明确列举将其处罚属性示之以法,消弭争议”。^{〔11〕}

(二) 为了提升公共治理能力而扩张行政处罚

另外,有一些学者通过对行政实践的考察,认为旧法规定的处罚种类已经不能适应社会治理的需要。随着社会治理方式不断转变、社会治理手段不断创新,行政处罚种类反映出“不

〔4〕 张尚鸾主编:《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第225页。

〔5〕 参见李孝猛:《责令改正的法律属性及其适用》,载《法学》2005年第2期,第57—58页;前注〔3〕,黄锦文,第169页。另外,仍有部分学者认为责令改正、责令恢复原状等措施在性质上属行政处罚(行为罚),参见张淑芳:《〈行政处罚法〉修订应拓展处罚种类》,载《法学》2020年第11期,第91页。

〔6〕 参见王学辉、王亚栋:《论作为行政处罚种类的交通违法记分》,载《西部法学评论》2019年第3期,第52—53页。

〔7〕 张晓莹:《行政处罚视域下的失信惩戒规则》,载《行政法学研究》2019年第5期,第141页。

〔8〕 参见范伟:《行政黑名单制度的法律属性及其控制——基于行政过程论视角的分析》,载《政治与法律》2018年第9期,第100页。

〔9〕 参见章志远、鲍燕娇:《作为声誉罚的行政违法事实公布》,载《行政法学研究》2014年第1期,第49页。值得注意的是,章志远教授似乎并不认为所有的违法事实公布行为均为行政处罚,其中还存在“作为行政强制执行手段的违法事实公布”和“作为公共警告的行政违法事实公布”。参见章志远:《作为行政强制执行手段的违法事实公布》,载《法学家》2012年第1期,第52页以下;章志远、鲍燕娇、朱湘宁:《作为公共警告的行政违法事实公布》,载《河南司法警官职业学院学报》2012年第2期,第63页以下。

〔10〕 宋华琳:《禁入的法律性质及设定之道》,载《华东政法大学学报》2020年第4期,第50页。

〔11〕 见前注〔7〕,张晓莹文,第141页。

够用”的问题。^{〔12〕} 旧法第8条虽然列举了若干种处罚种类,但是在当今风险社会与信息社会中还远远不够。行政机关必须更加积极地解决问题,固守古典自由主义的立法规则可能会不当压缩行政机关对规制工具的创新,旧法试图限制处罚种类的想法,既不现实也无必要,反而有可能引起更多的法外行为。^{〔13〕} 基于违法行为泛化、违法行为丧失底线这样的背景,行政处罚必须拓展处罚种类,并适当补强。^{〔14〕} “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。”^{〔15〕}

同样,还有一些学者认为,《行政处罚法》修改必须回应时代背景的变化,应当通过事前对风险的预警和防范控制风险,增加风险预防的法律目标。具体到处罚种类问题上,要认识到原有处罚种类已经无法满足实践需要,应当增加行政处罚种类。^{〔16〕} 由于新型行为措施类型的出现和旧法在处罚种类上采用的“名称列举”方式,旧法第8条规定的处罚种类已被“架空”,应该根据处罚的功能、目的和性质来划分行政处罚,将降低信用、禁止入市等行为纳入行政处罚。^{〔17〕}

在环境行政领域,有学者认为应该重视行政处罚在法律威慑、风险预防和生态恢复三个维度的规制功能的发挥,从理论上证成生态恢复责任的行政处罚性质,系统性建构生态恢复行政处罚责任形式。^{〔18〕} 在地方法制领域,有学者认为“行政三法”在制定之初更多地考虑了如何避免滥权的问题,却弱化了对地方改革发展实际需要的考量,因此应当适度扩大地方立法权,扩大行政处罚的种类范围。^{〔19〕} 在主张扩大地方的行政处罚设定权时,他们并不满足囿于旧法第8条列举的处罚种类,而是主张将名誉罚、信誉罚等新型行为措施纳入地方立法可以设定的处罚种类中。^{〔20〕}

(三) 为了规范行政公权力而扩张行政处罚

除上述两点理由之外,另有一种观点主张,为了使行政实践中已经出现并且普遍适用的一些新型规制工具“有法可依”,应当将其纳入行政处罚种类,通过适用《行政处罚法》实现对行政权力的约束和规范。

在我国,判断某种行政措施是否属于行政处罚的背后,隐藏着某种价值关怀,即“在缺少系统的行政程序立法的状态下,行政处罚法对行政机关的约束以及对行政相对人的保护显得尤为重要”。^{〔21〕} 将性质有争议的行为措施归类为行政处罚,可以使行政机关在执法时有依据、法院在审查时有准绳,可以约束行政机关、保障当事人权利,对行政机关、法院和公民三方有利,可谓“一石三鸟”。“尽可能地将一些不利性处分行为纳入《行政处罚法》中,有利于监督行政权规范

〔12〕 参见应松年、张晓莹：《〈行政处罚法〉二十四年：回望与前瞻》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期，第8页。

〔13〕 见前注〔1〕，熊樟林文，第78—81页。

〔14〕 见前注〔5〕，张淑芳文，第87页。

〔15〕 熊樟林：《论〈行政处罚法〉修改的基本立场》，载《当代法学》2019年第1期，第103页。

〔16〕 参见曹臻：《论“基本法”定位下的我国〈行政处罚法〉修改——以2016年至2019年的行政处罚复议及申诉案件为视角》，载《政治与法律》2020年第6期，第36页。

〔17〕 参见杨解君、蒋都都：《〈行政处罚法〉面临的挑战与新发展——特别行政领域行政处罚应用的分析》，载《行政法学研究》2017年第3期，第30页。

〔18〕 参见谭冰霖：《环境行政处罚规制功能之补强》，载《法学研究》2018年第4期，第165页。

〔19〕 参见刘莘、陈悦：《“三个行为法”与地方立法权》，载《浙江社会科学》2017年第122期，第23页。

〔20〕 参见李晴：《论地方性法规处罚种类创设权》，载《政治与法律》2019年第5期，第131页。

〔21〕 陈鹏：《界定行政处罚行为的功能性考量路径》，载《法学研究》2015年第21期，第103页。

行使,保护当事人合法权益。”^[22]以公共警告为例,若将公共警告定位为行政事实行为,在行政法上没有完善的规制和救济制度,若将其定位为行政处罚,“行政法上有一套完备的效果机制与之相配套,该行政处罚的合法性、其所依据的程序、救济手段等一系列问题迎刃而解”。^[23]因此,为了消除行政实践中新手法的形式合法性和实质合法性危机,“要抓住行政处罚法修订的契机,将黑名单公布、终身禁入等失信联合惩戒措施中明显具有处罚属性的手段纳入法律规范调整之中”。^[24]

以上三点理由并非泾渭分明、非此即彼的排他关系。学者们在将行为措施界定为行政处罚进而主张将其纳入处罚种类的同时,也强调这些措施对提升公共治理能力的重要作用。而以提高公共治理能力、规范公权力为由主张增加处罚种类的观点,背后隐含这些行为措施属于行政处罚这一基本前提。理由一是通过明确行政处罚的内涵来决定行政处罚的外延,理由二和理由三则是基于某些现实因素考量来决定行政处罚的种类范围。由此可知,考察行政处罚的种类范围至少要从以下两个角度出发。一方面,分析处罚种类首先需要在学理上界定行政处罚的内涵。行为措施的性质界定是判断是否将其纳入处罚种类的首要关键,一项行为措施如果是行政处罚,那么将其纳入行政处罚种类乃是当然之理。反之,如果不是行政处罚,便不宜将其纳入行政处罚种类之中。另一方面,立法政策也是分析行政处罚种类范围时不可忽视的重要因素。一些行为措施的性质界定并非易事,而且即使某项行为措施被认为不属于行政处罚,基于提升公共治理能力、规范行政公权力等特定的立法考量,也可以将其归入行政处罚种类。因此,下面将从这两方面展开分析行政处罚的种类问题。

三、行政处罚的内涵与处罚种类

界定行政处罚的内涵是分析处罚种类外延的前提。行政处罚究竟为何?对这一看似简单的问题,学界长久以来未能形成有效共识,在本次法律修订之后,行政处罚才有了明确的法律定义。那么,行政处罚在学理上应当如何定义,新法的内涵界定是否妥当,从处罚内涵的角度来看,处罚种类扩张论是否合理?

(一) 学说的异同与争议焦点

虽然旧法并未对行政处罚的内涵进行界定,但是学界从未停止过对行政处罚内涵的理论探索。有观点认为行政处罚是“行政主体为达到公共利益对违法者予以惩戒,促使其以后不再犯,(为实现)有效实施行政管理,维护社会公共利益和秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权利的目的,依法对行政相对人违反行政法律规范尚未构成犯罪的行为,给予人身的、财产的、名誉的及其他形式的法律制裁的行政行为”。^[25]也有学者认为行政处罚是“行政主体对违反法定行政管理秩序但不构成犯罪的公民、法人或者其他组织等社会成员予以制裁的具体行政行为”。^[26]同时也有观点认为行政处罚是“享有行政处罚权的行政机关依照法定的权限和程序对

[22] 见前注[12],应松年、张晓莹文,第9页。

[23] 李佳:《对行政行为形式理论的反思——以公共警告为例》,载《求索》2012年第2期,第148页。

[24] 章志远:《监管行政与行政法学的理论回应》,载《东方法学》2020年第5期,第8页。

[25] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第265页。

[26] 应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2009年版,第221页。

违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织给予行政制裁的行政行为”。〔27〕学理上各种观点的侧重点有所不同,但是基本都将行政处罚理解为一种“制裁”,认为制裁性是行政处罚的本质要素。

然而,也有观点反对以制裁性作为行政处罚的判断标准。有学者认为,“相对人的某种行为是否具有违法的性质,本身便是模糊的”,“被行政处罚法第8条明文列举的行政处罚种类是否都具有施加‘额外不利效果’的性质也引发质疑”,因此“以‘制裁性’作为界定某种行政措施是否属于行政处罚的标准,既不明确,又难与实定法体系相融贯”。〔28〕与此类似,有学者以没收违法所得和责令停产停业为例,认为其虽然是实定法明确列举的处罚措施,但却没有科处额外不利后果,因此“制裁性作为判断行政处罚的实质标准并不确切”。〔29〕

除上述争议之外,如何理解制裁性也是一个颇有争议的问题。首先,在是否必须对相对人科处额外负担这一点上,存在两种截然相反的观点。否定论者认为制裁行为所针对的利益应当是一种事实上的、价值中性的利益,不必考虑其合法性。〔30〕剥夺一定的价值、利益或者科以一定的负价值或者不利益即为制裁,无须局限于额外义务。〔31〕行政主体做出的减损权益之行为均受《行政处罚法》调整。〔32〕赞成论者则认为只有对违法行为人科处额外负担的行为才具备制裁性。〔33〕制裁是一种依法强加给相对人一般法律义务之外的额外义务,〔34〕主要表现为不利的法效果。〔35〕制裁应被理解为科处“新的不利负担”,制裁性的实质标准是“减损当事人合法权益或者增加新的义务”。〔36〕

另外,制裁是否必须包含对违法行为人的非难和谴责也是一个重要的争论焦点。主流观点认为制裁必须包含非难要素:制裁不仅是对违法者科处负担的行为,而且还包含着社会共同体对违法行为人的道德谴责,制裁是“针对违反社会规范的行为,以否定或者促使行为人放弃此种行为为目的而启动的反作用力”。〔37〕然而,也有观点认为,即使行为措施的目的不在于对违法行为人进行非难,只要其属于因违反行政秩序而科处的不利益行为,并导致相对人权利被限制或者克减,就可将其认定为制裁。〔38〕

如此,关于制裁性是否为行政处罚的本质要素,以及如何理解制裁性,学界存在不同的观点和主张。然而,无论肯定论者还是否定论者,学者在表明其观点态度的同时,都未能对其主张的理由进行充分的说明。对于制裁性为何是(不是)行政处罚的本质要素、制裁为何应当(不必)科处额外不利益、为何必须(无须)包含非难要素等关键问题,现有研究没有给出令人信服的答案,而是陷入一种“公说公有理,婆说婆有理”的自说自话的境地。因此,下文将重点阐述行政处罚内涵的应有之意,并说明理由,在此基础上对处罚种类扩张论进行评析。

〔27〕 应松年、章剑生主编:《行政处罚法教程》,法律出版社2012年版,第1页。

〔28〕 见前注〔21〕,陈鹏文,第101—102页。

〔29〕 见前注〔18〕,谭冰霖文,第166页。

〔30〕 参见马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,载《华东政法大学学报》2020年第4期,第8页。

〔31〕 见前注〔1〕,熊樟林文,第81页。

〔32〕 见前注〔16〕,曹鏊文,第35页。

〔33〕 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期,第23页。

〔34〕 见前注〔5〕,李孝猛文,第58页。

〔35〕 见前注〔3〕,王青斌文,第162页。

〔36〕 黄海华:《行政处罚的重新定义与分类配置》,载《华东政法大学学报》2020年第4期,第35页。

〔37〕 见前注〔1〕,熊樟林文,第81页。

〔38〕 见前注〔16〕,曹鏊文,第35页。

（二）行政处罚内涵之厘清

为理解行政处罚的内涵,我们可以从两方面进行考察。一方面,我们可以对同属国家制裁手段的刑罚处罚进行考察。另一方面,我们可以从狭义行政管理权和行政处罚权的对比中考察行政处罚的内涵。

1. 来自刑法的启示: 刑罚与保安处分的区分

从大陆法系国家和地区的行政处罚历史来看,行政处罚与刑罚处罚有着极深的渊源。在德国,随着近代以来各诸侯国君主权力的不断加强,在诸侯国制定的警察命令中产生了最早的警察处罚。1794年制定的《普鲁士普通邦法》将维持公共安全与秩序、回避危险等任务规定为警察的责任,并对违反警察命令之行为规定了警察处罚。^[39]然而,进入19世纪之后,在法国大革命的影响之下,基于严格的三权分立思想,处罚被认为应由司法机关排他性管辖,行政机关的处罚权被否定。^[40]这一时期制定的警察刑法乃至1871年制定的《帝国刑法典》都在原则上废除了行政机关的处罚权限,而统一赋权司法机关进行处罚。但是,伴随着夜警国家向福利国家的转变,在刑法典之外出现了大量的附属刑法、单行刑法,司法机关不堪重负,一元制处罚模式受到广泛质疑。^[41]正是在这种历史背景下,20世纪初,高尔德施密特(Goldschmidt)系统性地提出了行政处罚与刑事罚区别的学说,他将不法行为区分为侵犯法益的刑事犯与侵犯行政利益的行政犯,进而提出对行政犯科处行政处罚的主张。^[42]二战后,埃伯哈特·施密特(Eberhard Schmidt)进一步发展了行政刑法理论,在他的直接影响下,1949年经济刑法领域率先实现了经济犯罪行为 and 违反秩序行为的分离:犯罪行为作为侵害法益的不法行为被科处刑罚制裁,而作为侵害行政利益的违反秩序行为仅被科处行政处罚。^[43]1952年,《违反秩序法》正式颁布,犯罪行为和违反秩序行为的区分扩展至所有领域,1968年新《违反秩序法》进一步对实体规定和程序规定进行大幅度修改和完善,二元制处罚模式得到确立和加强。

在日本,1880年制定的旧刑法参照法国拿破仑刑法典,将犯罪行为分为重罪、轻罪与违警罪三类。然而,在1907年的新刑法中,违警罪被认为不应规定在刑法典中而被废除,立法者转而单独制定了《警察犯处罚令》和《违警罪即决令》,违警行为的处罚权限被赋予行政机关,行政处罚从刑法中分离,获得了独立地位。^[44]在我国,行政处罚与刑罚处罚同样有着千丝万缕的联系。我国的行政处罚制度源于1908年清王朝颁布的《大清违警律》。作为中国近代治安处罚法规的源头,《大清违警律》在制定时广泛参照了日本旧刑法第四编违警罪的规定,最终作为特别刑法面世。^[45]直到1943年国民政府《违警罚法》三读时,才脱离刑法性质,被正式宣告属于行政法。^[46]从上述梳理来看,行政处罚是从刑罚处罚中分离产生的,行政处罚和刑事处罚虽然有着性质上的区别,但是

[39] Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.74 ff.

[40] 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男等編『現代立憲主義の諸相』(有斐閣,2013年)266頁参照。

[41] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂,2017年)30頁参照。

[42] James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 529 ff.

[43] Eberhard Schmidt, Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 20 f.

[44] 大矢根岩雄『警察犯処罰令・違警罪即決令解義』(清文社,1923年)17頁参照。

[45] 参见沈岚:《〈大清违警律〉立法源流探析》,载《法学杂志》2012年第2期,第16页。

[46] 参见沈岚:《中国近代治安处罚法规的演变——以违警罚法的去刑法化为视角》,载《政法论坛》2011年第4期,第178页。

这种区别只具有相对的意义。^{〔47〕}因此,在对处罚内涵等关键问题的理解上,对刑罚处罚的考察具有重要意义。

那么,刑法上如何理解处罚的内涵呢?是否刑法规定的所有限制个人权益的行为措施都是刑事处罚呢?理解刑事处罚内涵的关键就在于如何认识刑罚与保安处分的关系,质言之,刑罚之外是否还存在着其他种类的刑事不利益处分。对于这个问题,学理上曾经存在着二元主义与一元主义之争。最早提出保安处分理论的德国刑法学者克莱因指出,刑罚是基于对违法行为的否定评价确定的,而保安处分则是以行为人的犯罪危险性来确定的。^{〔48〕}也就是说,刑罚是以报应和非难为内容,而保安处分仅以预防未来犯罪的危险为目标,因而二者在性质上是不同的。^{〔49〕}与此相对,一元主义则否定刑罚与保安处分的差别。一元主义论者或者着眼于预防行为人的危险性,将二者统合为社会防卫处分(保安处分一元主义),或者将保安处分的机能融入刑罚而消解二者的差别(保安刑一元主义),主张根据行为人的危险性程度而非责任的轻重来科处刑罚。^{〔50〕}

目前,二元主义论得到广泛支持。学理普遍认为刑罚与保安处分是两种性质不同的法律措施。刑罚和保安处分均以犯罪行为为前提,但是刑罚以罪责为根据,是对犯罪行为科处的制裁,具有报应的性质,^{〔51〕}是一种“道德化的愤怒”。^{〔52〕}而保安处分并非基于罪责,而是以行为人将来实施犯罪的危险性为根据,其目的在于对再犯的预防,并伴随着改善和帮助犯罪人的功能。^{〔53〕}刑罚指向犯罪人已犯下的罪行,是一种面向“过去”罪责的制裁,而保安处分以未来的危险性为基础,是一种面向“未来”危险的预防处分。“保安处分不是与所实施的构成行为所具有的不法相联系的,而是与行为人在未来所具有的危险性相联系的。”^{〔54〕}

我国《刑法》也采取了二元主义。^{〔55〕}现行《刑法》中虽然没有出现保安处分等字样,但是在第33条和第34条规定的主刑和附加刑之外,还存在一些其他的限制个人权益的行为措施,其中既包括收容教养(第17条第4款)、强制医疗(第18条第1款)等限制人身自由的措施,也包括禁业规定(第37条之一)、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物(第64条)等限制资格和财产权的措施。刑法学界普遍认为,这些行为措施并非刑罚,它们在性质上属于保安处分,与刑罚一同构成我国《刑法》所规定的法律后果。^{〔56〕}

通过以上分析可以发现,在刑法中,并非所有依职权做出的不利益行为措施均为刑罚,在刑罚之外还存在保安处分。保安处分作为一种防止再犯、面向未来的行为措施,虽然限制犯罪人的人

〔47〕 参见陈兴良：《论行政处罚与刑罚处罚的关系》，载《中国法学》1992年第4期，第27页。

〔48〕 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第404页。

〔49〕 参见敦宁：《后劳教时代的刑事制裁体系新探》，载《法商研究》2015年第2期，第98页。

〔50〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第638页。

〔51〕 关于刑罚目的的认识，学理上虽然存在报应论、特殊预防论、一般预防论、综合论等诸多不同观点，但是刑法学界普遍认为刑罚包含报应要素，报应要素是区分刑罚和保安处分的关键。参见时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期，第145页。

〔52〕 王立峰：《惩罚的哲理》，清华大学出版社2013年版，第164页。

〔53〕 参见武晓雯：《论〈刑法修正案（九）〉关于职业禁止的规定》，载《政治与法律》2016年第2期，第30页。

〔54〕 〔德〕克罗斯·罗克辛：《德国犯罪原理的发展与现代趋势》，王世洲译，载《法学家》2007年第1期，第152页。

〔55〕 见前注〔50〕，张明楷书，第638页。

〔56〕 关于没收，参见张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期，第64页。关于禁业规定，参见童策：《刑法中从业禁止的性质及其适用》，载《华东政法大学学报》2016年第4期，第138页。

身、财产权益,但却并非刑事制裁。而作为对犯罪人过去行为进行制裁的刑罚,必然是对犯罪人合法权益的限制和剥夺,^[57]同时包含着社会共同体对违法行为的道德责难。^[58]

2. 不同行政权力的对比分析:狭义行政管理权与行政处罚权

一般来说,行政权是一种面向将来的、以维持或者促进公益为直接内容的国家权力。然而,除此之外,行政机关还具有对私人过去的违法行为进行非难并且科处不利益的权能,即处罚权。^[59]需要注意的是,行政处罚权并非行政机关与生俱来的权限,而是一种来自刑法让渡的“舶来品”,行政处罚权的出现与正当化经历了漫长的过程。

在德国,随着启蒙运动的发展,行政处罚权的正当性受到三权分立以及人权保障思想的严峻挑战。刑法被认为是“统一的惩罚法”,针对个人的惩罚权被认为应当归属于司法机关,而不是行政机关。^[60]在纳粹时期,这种一元制处罚模式被打破,立法者通过规定秩序罚赋予行政机关广泛的处罚权。然而,由于犯罪行为与秩序罚行为界限不明、行政处罚程序与救济规则缺失,行政处罚沦为纳粹的统治工具。^[61]二战后,立法者对纳粹法制进行了根本性改造,在这一过程中,德国法并没有简单地回归到一元制惩罚模式,而是在对行政处罚权进行合法性改造的基础上肯定了其正当性。行政处罚具有快速、高效应对违法行为的优势,为了迅速处理社会生活中大量出现的轻微违法行为、减轻司法机关负担,行政处罚权必不可少。^[62]时至今日,行政处罚还具备了维持刑罚处罚的最后性和保障刑法谦抑性的功能和意义。^[63]

在日本,行政处罚权的发展与演变更加曲折。《警察犯处罚令》和《违警罪即决令》确立的行政机关的处罚权限,在二战前被滥用为弹压民众的工具,在战后遭到否定。立法者废除了《警察犯处罚令》和《违警罪即决令》,并制定《轻犯罪法》,将相关违法行为重新升格为犯罪行为,由法院依据刑事诉讼程序进行裁处。^[64]战后日本在新宪法体制之下,基本形成了以刑事处罚为中心的司法执行模式,行政处罚的适用范围被严格限定。^[65]然而,进入20世纪70年代之后,伴随着环境公害治理、消费者权益保护等新任务的出现,反则金、课征金等新型行政手段陆续出现并不断强化,行政处罚权再次受到重视。时至今日,实定法层面虽然尚未实现德国法意义上的行政处罚制度化和大规模非犯罪化,但是扩充和活用行政处罚权的主张已经成为学界共识。^[66]

在我国,自1949年新中国成立以来,行政处罚始终在社会治理中扮演着重要角色。1957年,《治安管理处罚条例》制定颁布,明确肯定了行政机关的处罚权限。学理也同样支持行政机关拥有处罚权限,在同一时代的苏联行政法教科书中,警告、罚款、没收、劳动教养等措施的科处被认为是行政机关的正当权限。^[67]20世纪80年代后,行政处罚更是进入爆炸性增长时

[57] 见前注[51],时延安文,第156页。

[58] 见前注[52],王立峰书,第25页。

[59] 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男等編『現代立憲主義の諸相』(有斐閣,2013年)255頁参照。

[60] 参见时延安:《犯罪化与惩罚体系的完善》,载《中国社会科学》2018年第10期,第113页。

[61] 福田平『行政刑法』(有斐閣,1978年)23頁参照。

[62] 参见1968年《违反秩序法》的立法理由说明。BT-Drs., v/1269. S. 29 f.

[63] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeine Teil, 3. Aufl, 1997, § 2, Rn.40.

[64] 伊藤榮樹『輕犯罪法』(立花書房,第二版,2018年)5頁参照。

[65] 市橋克哉「行政法上のエンフォースメント」法律時報85卷12号(2013年)32頁参照。

[66] 曾和俊文「行政の実効性確保の課題」行政法研究第20号(2017年)57頁参照。

[67] 参见[苏]司徒节尼金:《苏维埃行政法:总则》,中国人民大学国家法教研室译,中国人民大学出版社1955年版,第163页。

代,行政处罚进入社会生活的方方面面,行政处罚权成为行政权的重要组成部分。^{〔68〕} 行政处罚权在我国并未遭到真正的抵抗,始终处于与狭义行政管理权相辅相成、浑然一体的状态。但是,即便如此,在学理上也无法否认二者的不同。尽管二者的终极目的均为维护公共利益,但是在具体层面上,二者发挥作用的途径和机制不同。^{〔69〕} 对比分析二者的不同,有助于我们理解和把握行政处罚的内涵。

首先,二者调整的对象不同。狭义行政管理权直接设定、确立或者变更行政相对人的权利义务,调整行政主体和行政相对人之间的法律关系,是实现法律规范所设定的第一性法律义务的途径与方式。^{〔70〕} 通过行使狭义行政管理权,行政法律规范规定的一般性、抽象性义务具体化为个别的、具体的义务。这些义务内容可能是作为义务,也可能是不作为义务,但是义务内容本身在行政命令做出前后并无本质变化。与此相对,行政处罚权则要求行政违法者承担第二性义务(法律责任),通过惩罚使其感受到切肤之痛,防止其再次违反第一性义务。^{〔71〕} 行政处罚科处的义务,与行为人原本应当履行的义务往往并无直接关联,义务内容从做出某种行为、忍受某种状态变为罚款、拘留等。当行为人不遵守行政法律规范,或者对抗狭义行政管理权行使时,行政机关便会动用处罚权。因而,行政处罚是一种保障性行政行为。^{〔72〕}

其次,二者的具体目的不同。狭义行政管理权是一种积极的、面向未来的社会塑造活动。^{〔73〕} 面对行政违法行为,狭义行政管理权关注的是如何及时制止、纠正违法行为,恢复乃至促进公共利益。它是一种着眼于未来的权力行使。与此相对,行政处罚权与刑事制裁类似,是对行为人过去所作违法行为的回应。虽然行政处罚也具备一般预防和特殊预防的未来性效果,但是仍然以报应论为主要目的。^{〔74〕} 行为人只要做出违法行为便会受到行政处罚,而行为人能否在未来履行其仍未履行之义务则非行政处罚的主要关注点。^{〔75〕} 换言之,狭义行政管理权是“恢复被违法者破坏的理想秩序”的“管”,而行政处罚则是“通过额外惩罚对存量违法者及潜在违法者实施心理威慑”的“罚”。^{〔76〕}

另外,二者调整对象和具体目的的不同导致二者采取的手段也不相同。行使狭义行政管理权可使用的行政手段非常丰富,典型手段包括下令、免除、许可、禁止等命令性行为 and 特许、剥夺、认可等形成性行为。^{〔77〕} 既有行政机关依职权做出的行为措施,亦有依当事人申请做出的行为措施。其中,下令、禁止等依职权做出的不利益处分是秩序行政领域适用最广泛、最具代表性的行为之一,在外观上与行政处罚最为相似。而且,随着福利国家、社会国家的兴起,狭义行政管理权范围不断扩大,行政手段也更加丰富,行政指导、行政诱导措施、行政契约等新型行政手段也逐渐受到

〔68〕 新中国的第一部行政法教材中,就包含行政处罚的内容。参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第129—133页。

〔69〕 参见田宏杰:《行刑诉讼交叉案件的裁处机制——以行政权与刑罚权的双重关系为视角》,载《法学评论》2020年第1期,第74页。

〔70〕 见前注〔3〕,黄镔文,第162页。

〔71〕 见前注〔3〕,黄镔文,第162页。

〔72〕 参见曹实:《行政命令与行政处罚的性质界分》,载《学术交流》2016年第2期,第112页。

〔73〕 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6页。

〔74〕 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43页。

〔75〕 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13页。

〔76〕 参见黄镔:《“以罚代管”行政执法方式生成的制度机理研究——以公路货运“治超”执法领域为基点的社科学分析》,载《政治与法律》2016年第5期,第14页。

〔77〕 田中二郎『新版行政法上卷』(弘文堂,全訂第二版,1974年)121頁参照。

重视。由于狭义行政管理权直接目的在于维护公益,因而这些手段的行使与行政相对人行为是否违法没有必然联系。^[78]与此相对,行政处罚权是以惩罚为目的科处第二性义务的权力,因而其采用的都是可以让违法行为人感受到“切肤之痛”的行为手段,主要集中在拘留、罚款等限制当事人人身、财产权利的措施种类上,其性质固定为依职权做出的不利益处分。并且,这些手段的行使,一定基于行政相对人的违法行为。处罚手段的行使,不仅意味着对相对人科处不利益,而且包含着对相对人违法行为的负面评价和道德谴责。

由此可知,狭义行政管理权是一种面向未来的社会塑造活动,通过下令、禁止等手段直接设定、确立或者变更行政相对人的权利义务,使行政法律规范设定的第一性法律义务得以具体化。而行政处罚权则是一种面向过去违法行为的制裁行为,通过要求行政违法者承担第二性义务(法律责任),实现对违法者的惩戒。

综合以上对刑罚处罚和狭义行政管理权与行政处罚权的区别的分析可知,制裁性应当是行政处罚的根本要素。在具体理解上,应当承认制裁是向相对人科处额外负担的措施,同时包含着对违法行为人的非难和谴责。并非所有依职权做出的不利益处分都是行政处罚,只有满足科处额外负担和非难这两项要素的制裁性措施才可能是行政处罚。

(三) 基于行政处罚内涵对新法以及处罚扩张论进行评析

基于以上考察可以发现,新法对行政处罚内涵的定义值得肯定,但是关于行政处罚种类的规定并不准确。新法第2条规定:“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。”这一定义突出了“科处额外负担”和“惩戒”这两项基本要素,值得肯定。^[79]但是,新法第9条列举的具体处罚种类并不完全符合其第2条规定的行政处罚内涵。一方面,一些行为措施明显没有科处额外负担,目的也不是对违法者进行非难。例如,没收违法所得、没收非法财物仅是将当事人原本不应获取和占有的利益、物品等予以剥夺,并未科处额外负担,直接目的也并非对当事人进行谴责。另外,任何人都没有违法生产经营的权利,停止和改正违法行为乃当然之理,因而责令停产停业、责令关闭等责令类行为也没有对违法者科处额外负担,其目的也不是谴责违法行为,而是制止、纠正违法行为。^[80]另一方面,一些措施虽然科处额外负担,但是否具备非难要素值得怀疑。暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件等措施虽然对行政相对人科处额外负担,但是目的并不必然是对过去行为的非难。这是因为,继续保留违法者的生产经营资格将导致再犯的风险,限制、取消资格的行为措施与刑法上的保安处分类似,具有防止再犯、直接维护公共利益之目的。

另外,新法规定的行政处罚种类与行政命令行为相互交叉、边界不明。新法第28条规定,行

[78] 例如,《行政许可法》第8条规定,行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。

[79] 依据全国人大常委会法工委行政法室处长黄海华的解释,减损合法权益或增加新的义务就是科处额外负担的意思。见前注[36],黄海华文,第35页。

[80] 有观点认为责令停产停业使相对人丧失继续获取收益的可能性,因而属于行政处罚。见前注[33],王贵松文,第24页。对此笔者持反对意见。这是因为,任何人都没有违法生产经营的权利,法律不能允许违法者继续从事违法行为,法律也不能为其保留继续违法的基础和条件,任何人都不能在保有继续违法的条件和可能性的情况下生产经营。而且,责令停产停业的主要目的也不在于对违法者进行非难,而是在于“让行政相对人首先停下来,不要再生产了”,“责令其停下来的目的不是让其彻底停业,不要再从事某一行业,而是让其整改”。见前注[27],应松年、章剑生书,第78页。

政机关实施行政处罚时应当责令当事人改正或者限期改正违法行为,而且当事人有违法所得的,除依法应当退赔的外,应当予以没收。新法与旧法相同,都承认了应当对行政命令与行政处罚进行区分。然而,新法规定的行政命令与其列举的处罚种类之区别并不明确。依据责令改正的意思表示内容,我们可以将其分为责令停止违法行为和责令恢复原状两个阶段。^[81] 由此不难发现,责令改正与作为处罚种类的限制开展生产经营活动、责令关闭等行为措施相互交叉,区别不明显。此外,没收违法所得同时出现在行政处罚种类条文和行政命令条文也让人产生不解。立法者如果认为没收违法所得属于行政处罚,那么在处罚种类条文处列举已经足够,在下文将其与责令改正同时规定,意义不明。反之,如果认为没收违法所得不属于行政处罚,则应该将其从处罚种类条文的列举中删除。

学理上的扩张论同样无法完全令人信服。首先,责令改正、责令恢复等行为并未对相对人科处额外负担,学理上的“救济罚”主张不能认可。其次,禁入措施等影响行为人资格能力之行为同刑法中的从业禁止类似,其主要目的并不在于对违法者进行谴责,而是通过在一定时间内禁止从业,防止再次发生违法行为的可能性,进而达到维护公共利益之效果。将禁入措施定性为行政处罚必须要回答这样的问题:刑法中被定性为保安处分的从业禁止为何在行政法中摇身一变成为对行为人进行非难的制裁行为。此外,公布违法事实、行政黑名单等所谓的“声誉罚”行为也并非一定属于行政处罚。行政法律法规为行政机关规定了信息公开的义务,当危险发生时,行政机关公布信息是为了提醒公众注意、防止危险扩大。^[82] 此时,即使行政机关将包括违法行为人在内的信息公之于众,也不属于行政处罚而是狭义行政管理权的行使行为。^[83]

综上可知,新法列举以及学理主张的处罚种类外延远远超出行政处罚的内涵。实际上,处罚种类不应扩张而应适当限缩。即使是被一些扩张论学者作为参照标准的我国台湾地区“行政罚法”,台湾地区学界主流意见也认为其“如此广泛之多种类处罚类型,显然存有极大缺失”,“‘本法’所规定之无限制处罚种类,并非妥适”,“应可适度地限缩”。^[84] 那么,哪些行为措施应当排除在处罚种类之外? 基于以上对行政处罚内涵的分析,我们可以将旧法、新法以及学理上扩张论列举的措施种类分为以下三类。

第一,典型的处罚行为。罚款、拘留这两种措施是对违法行为科处的额外负担,并且包含对违法行为的否定性评价,其处罚性质毫无疑问,应当受《行政处罚法》之调整。^[85]

第二,典型的非处罚行为。没收违法所得、没收非法财物等没收类行为,责令停止行为、责令做出行为、责令停产停业等责令类行为并非科处额外负担之惩戒行为,不属于行政处罚。虽然它们与行政处罚比较类似,同属依职权做出的不利益处分,但是应当归类于狭义行政管理权行使中

[81] 见前注[3],黄镔文,第164—167页。

[82] 《政府信息公开条例》第19条规定,“对涉及公共利益调整、需要公众广泛知晓或者需要公众参与决策的政府信息,行政机关应当主动公开”。类似的主动公开信息的规则在《食品安全法》《药品管理法》等其他法律法规中也大量存在。

[83] 日本法上,违法信息的公开被分为作为制裁的公开和作为信息公开的公开,两者在法律保留、权利救济方式等方面存在种种差异。宇贺克也『行政法概説Ⅰ』(有斐閣,第7版,2020年)293页参照。

[84] 翁岳生主编:《行政法(上)》,中国法制出版社2009年版,第803页。

[85] “行政拘留”是否具有制裁性并无太多争议,问题在于其是否属于“行政制裁”,近年来主张行政拘留司法化的学说屡见不鲜(例如李晓明:《“行政拘留”的扩张与行政刑法的转向》,载《法学评论》2017年第3期,第50页),按照这种观点,行政拘留不能被纳入行政处罚范围之内。这一问题需要专门讨论,在这里无法深入展开。笔者在这里所主张的是,如果承认行政拘留有存在之必要,那么其毫无疑问属于行政处罚而非其他行政管理措施。

的行政命令行为,所以应当排除在处罚种类之外。

第三,中间类型行为。除上述两类行为之外,还存在一种中间类型行为。这类行为虽然具备科处额外负担之特征,但是在是否具备非难目的上并不明确,或者在非难目的之外尚具有特定行政目的。所谓“声誉罚”和“资格罚”多属于这一种类。公共警告、公布违法事实等行为措施,既可以被认为是对违法者的惩戒,也可以被认为是提醒社会公众注意的一般行政措施。^[86] 暂扣、吊销许可证和执照等行为,除了系限制相对人营业自由之外,亦由于放任该违法者继续生产,可能直接危害社会公共利益。对于这类行为,有观点认为即使在惩罚之外另有其他目的也可视为行政处罚。^[87] 然而笔者认为,这类具有多重目的的行为措施如何定位具有很强的政策性,^[88] 中间类型行为是否应当归入行政处罚种类(或排除在外)尚需进一步探讨。

四、立法政策与处罚种类

界定行政处罚的内涵是判断行政处罚外延的首要关键,然而立法政策层面的影响同样不可忽视。如前文所述,一方面,一些中间类型行为往往同时具有双重目的,立法上既可以将其定位为狭义行政管理权之行使,也可以将其纳入行政处罚范围内。另一方面,立法者可以为了提升公共治理能力,或者为了使行政权力“有法可依”而扩张处罚种类。尤其是在行政命令行为的设定、适用、救济等法律规定不完备之时,通过适用《行政处罚法》,可以实现对行政权的规范和约束。

在我国,受传统法律观念和阶级斗争法学理论的影响,“法即刑”“法即罚”的观念深入人心。由此,对于行政机关依职权科处的不利益处分,立法机关都倾向于将其定位为“处罚”。学理上的处罚种类扩张论同样具有这样的倾向。从比较法来看,大陆法系国家和地区的行政处罚种类存在两种模式。第一,“小处罚”模式。这种立法模式恪守处罚的学理内涵,仅规定罚款、行政拘留等典型制裁行为,其他依职权不利益处分和中间类型行为被排除在处罚种类之外,受行政程序法等一般法调整。德国为此种模式之代表。德国《违反秩序法》仅规定了罚款这一种处罚种类,另外规定了物品的没收、利益的没收两种附带后果。^[89] 命令、禁止、撤销许可、吊销执照等行为作为狭义行政管理权的行使被排除在处罚种类之外。第二,“大处罚”模式。这种立法模式将中间类型行为乃至部分行使狭义行政管理权的行政命令行为纳入处罚种类之中。我国台湾地区“行政罚法”为此种模式代表,其采取“列举+兜底”的方式,将限制、禁止为一定行为之处分,剥夺、消灭一定资格或权利之处分,影响名誉之处分和警告性处分定位为行政处罚。抛开上文已经分析的行政处罚内涵问题,单从立法政策之角度分析,哪种处罚模式更为合理? 出于提升公共治理能力或者规范行政公权力之考量而主张扩张处罚种类的观点是否应该支持?

(一) 提升公共治理能力与扩张处罚种类无关

为了防控现代社会中的风险、提升公共治理能力,不少学者主张扩张行政处罚种类。然而,笔者认为公共治理能力的提升与扩张行政处罚种类并无直接关联。

[86] 参见朱春华:《公共警告与“信息惩罚”之间的正义——“农夫山泉砒霜门事件”折射的法律命题》,载《行政法学研究》2010年第3期,第69页。

[87] 见前注[33],王贵松文,第24页。

[88] 类似的见解,参见李洪雷:《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)〉》,载《法商研究》2020年第6期,第6页。

[89] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5. Aufl., 2016, § 2, Rn.125.

首先需要明确,行政处罚并非行政主体拥有的唯一的社会治理手段。除行政处罚之外,还有行政命令、行政指导、行政诱导措施等行使狭义行政管理权之行为措施。若将“行政”理解为以保护公共利益为目的、针对将来的、积极的社会塑造活动,^[90]那么相对于以追究违法行为人责任为首要任务的行政处罚,以防止违法行为继续、直接恢复公共利益为首要任务的行政命令等其他行政管理措施更应当是行政活动的主要方式。因此有学者直言不讳地说,“与其说在处罚做出时要责令改正,不如说,有些情形下除了责令改正外,还需要处罚”。^[91]

在我国,行政处罚相比于行政命令等其他行为手段受到立法和学界更多的关注。行政处罚对行政相对人权利影响较大、滥用风险较高,对其重点关注本无可厚非,但是这却可能带来一种误解,即行政处罚是行政机关行使管理职能的唯一途径。在处罚种类扩张论中便可以发现这种误解。在风险社会和信息社会下,的确需要丰富行政应对手段、提升公共治理能力,但是这并不必然意味着扩大行政处罚种类。行政处罚不是行政的全部,行政手段的丰富并不必然意味着行政处罚种类的丰富。提升公共治理能力的关注焦点在于行政主体拥有何种社会规制手段,换言之,是治理手段的“有”或“无”。而界定处罚种类则是关心这种治理工具“是”或“不是”行政处罚。提升公共治理能力需要的是在各个单行实体法中授权行政机关配备治理工具,而《行政处罚法》只是对这些治理工具的程序性规范和约束。某种治理工具不属于行政处罚并不意味着行政主体不能采用,在“小处罚”模式下,责令改正、责令停止、撤销许可、公布违法事实等治理手段仍被广泛使用,只是未被定位为“行政处罚”。因此,提升公共治理能力和扩张行政处罚种类属于不同维度的问题,二者并无直接关联,提升公共治理能力的需要无法证成应当扩张处罚种类的观点。

(二) 为规范公权力而扩张处罚种类将逐渐失去意义

为了使行政实践中已经出现并且普遍适用的一些新型规制手段“有法可依”,部分学者主张将其纳入行政处罚种类。然而,随着行政法制不断完善,我们需要重新思考《行政处罚法》与相关法律法规的关系问题,进而思考扩张论是否恰当。

在大陆法系国家和地区,一般而言,狭义行政管理权和行政处罚权是被分别制定法律法规进行规制的。在德国,通过适用《行政程序法》等通则性法典,行政命令等典型的狭义行政管理权的行为措施受到法律的调整与规范。行政处罚的设定、程序、救济等不受《行政程序法》《行政诉讼法》等法典的规范,而受《违反秩序法》的调整。^[92]狭义行政管理权与行政处罚权所适用的法律相互区别,行政处罚仅受《违反秩序法》之调整。与此相对,在我国台湾地区,狭义行政管理权受“行政程序法”等法律调整,而行政处罚不仅受“行政罚法”之规制,亦受“行政程序法”等法律调整,行政处罚同时受到特殊法和一般法的规制。^[93]然而,无论是德国模式还是我国台湾地区模式,狭义行政管理权与行政处罚权都有精准的法律规制,二者相互区别,各依各法。

在我国,由于行政程序法等通则性行政法律规范的缺失,《行政处罚法》长期以来一直是规范依职权不利益处分的唯一准据法。因此,扩张行政处罚种类便具备一种提供法律规范的现实意义。然而,笔者认为,随着我国行政法制不断完善,这种价值也将逐渐降低。

[90] 见前注[73],毛雷尔书,第6页。

[91] 夏雨:《责令改正之行为性质研究》,载《行政法学研究》2013年第3期,第42页。

[92] 依据德国《行政程序法》第2条第2款第2项,刑事惩罚、违反秩序的惩罚与制裁不受本法调整。

[93] 见前注[75],洪家殷书,第278、322页。

首先,伴随行政法制不断完善的过程,为了“有法可依”而将行政命令等行为强行纳入处罚种类之必要性将逐渐减弱。关于行为措施的设定,旧法第9条至第14条详细规定了法律、行政法规、地方性法规和规章等各类规范设定处罚的权限。在《立法法》出台之前,行政命令等行为的设定处于无法可依的状态,只有将其定位为行政处罚才能实现有效规制。然而,在《立法法》制定之后,法律、行政法规、地方性法规和规章的立法权限得以明确,为了适用设定规则而扩张处罚种类之做法将无必要。不仅如此,《立法法》第80条第2款、第83条第6款规定,没有法律、法规等依据,规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。对比旧法第12条和第13条(新法第13条和第14条)关于规章的处罚设定权的规定,《立法法》的规定显然更加严厉。关于行为措施的救济,行政处罚和行政命令均属于行政诉讼的受案范围,二者在审理、判决上并无本质差别,^[94]自然也无必要强行扩大处罚种类。唯一有所差别的,乃行为措施的程序规范。行政处罚有专门立法,其中规定了处罚的程序规则、适用规则,而我国并无行政程序法,其他依职权不利益处分的行政程序处于无法可依的状态。从这一点来看,扩张论并非完全没有意义。但是我们不能仅仅据此便轻易肯定处罚扩张论。“对相对人产生不利影响的行政行为的规范,对行政权行使的制约和对相对人的救济不是《行政处罚法》一部法律所能和所应完成的使命,这个使命主要是应由统一的行政程序法典来完成的”,“我们需要做的是应促使立法机关尽快制定统一的行政程序法典,而不是将所有不利行政行为都纳入行政处罚”。^[95]

其次,扩张处罚种类不利于对行政处罚进行精准规制。在一般意义上,事物的外延越宽泛则其内涵就越模糊。外延越广,各种外延之间共同点越稀少,对各种外延进行准确规制也越为困难。在处罚种类问题上同样如此。只有面对“少而精”的处罚种类才可能提供精准的法律规范。以德国法为例,在“小处罚”模式之下,《违反秩序法》规定了责任主义、适用刑事诉讼规则、检察机关的例外管辖权、法院的例外处罚权、救济程序中处罚决定的“失效”以及法院对处罚决定的全面审查等内容。^[96]《违反秩序法》实现了比《行政程序法》《行政诉讼法》更加灵活但又更加严厉的法律规制,而这必然建立在“小处罚”模式之基础上。无法想象当责令停止行为、责令做出行为、限制从业、公布违法事实等行为措施也纳入处罚种类后,《违反秩序法》还能维持同样的高密度专业性规制。如前文所述,中间类型行为往往具备制裁和直接维护公益的双重目的,因而不能仅仅关注制裁性,更要关注公益性、效率性,二者之间不免存在着张力。如果希望针对行政处罚设计更为专业、更加精密的法律规范,那么应当将中间类型行为排除在处罚范围之外。只有在限缩处罚种类之后,才可以对行政处罚进行专业性规范:可以规定比《立法法》更为严格的法律保留,比一般依职权不利益处分更为严格的程序规定,还可以规定更为严格的高密度司法审查。

(三) 扩张处罚种类将带来法律适用问题

在处罚种类的问题上,还有一点不容忽视,即处罚种类的扩张是否会带来法律适用上的问题。行政处罚作为一种对违法行为人的制裁,其设定、适用、决定、救济都有特殊规则。扩张论虽然可以实现“有法可依”之局面,但是也可能导致出现“衣不称体”的法律适用问题。

行政处罚适用的法律规则具有鲜明的特色。首先,在处罚要件上,学界主流观点认为行政处

[94] 但是,在能否适用变更判决等问题上,二者有微妙差别,详见下文讨论。

[95] 姜明安:《精雕细刻,打造良法——修改〈行政处罚法〉的十条建议》,载《中国法律评论》2020年第5期,第3页。

[96] 参见德国《违反秩序法》第1条、第40条、第42条、第46条、第71条、第72条等。

罚的成立应当遵循责任主义原则，^[97]新法第 33 条也采纳了这一观点。同时，新法第 30 条、第 31 条规定违法行为人不满十四周岁或者精神病人、智力残疾人在不能辨认、控制自己行为时有违法行为的不能处罚。其次，在实施、管辖和适用上，新法规定了相对集中处罚权（第 18 条）、管辖权下移（第 24 条）、轻微违法初次不罚（第 33 条）等特殊规则。而且，行政处罚程序也比一般的依职权不利益处分更加复杂。例如，新法第 63 条规定在做出较大数额罚款、没收较大数额违法所得、没收较大数额非法财物、降低资质等级、吊销许可证件、责令停产停业、责令关闭、限制从业等较重的行政处罚时，应当组织听证。此外，在救济程序中，《行政诉讼法》也有特殊规定。比如，行政处罚明显不当时人民法院可以判决变更（第 77 条）。除此之外，在未来的法律适用中，正当防卫、紧急避险、认知错误、共同违法等更多与行政处罚制裁性密切相关的特殊规则都可能出现，甚至规定在将来的司法解释中。

法律之所以如此规定，正因为处罚具有制裁性，其设定、适用、救济等当然应当遵循更加严格的规则。贸然扩张处罚种类，虽然可以实现“有法可依”，但是同时也会造成“水土不服”。

首先，行政命令等行为措施被纳入处罚种类之后，可能由于过错要件、免于行政处罚等规定造成适用阻碍，在需要及时做出行政行为的情况下，这种阻碍明显不利于维护公共利益。例如，依法不予处罚的违法行为人或者当行为人不具备主观责任时做出违法行为，严格遵守新法之规定，行政机关便无法做出责令停产停业、没收违法所得等行为措施。^[98] 这些行为措施具有强烈的直接维护公益之特征，即使违法行为人没有过错或者不应处罚，行政机关也应采取措施及时止损、恢复公益。另外，当公布违法事实行为可以及时唤起社会公众注意、防止损害扩大时，行政机关应当立即发布信息以便阻止损害扩大。然而若将公布违法事实定位为行政处罚，当违法行为是由可以免于处罚之行为人做出或行为人无过错实施违法行为时，违法事实公布将受到阻碍。

其次，扩张论与新法的程序规定是否相称也不无疑问。由于行政处罚的制裁性，正当程序原则要求行政处罚程序尽可能详细、周密。然而，由于行政命令等行为措施有维护公益之目的，复杂周密的程序可能不利于行政机关及时采取措施，进而可能导致公益受损。例如，新法将责令关闭、责令停产停业等责令行为纳入处罚种类，并规定适用听证程序，但是正如前文所述，责令关闭等行为措施的直接目的在于及时制止违法行为、防止危害进一步扩大，因而这类行为措施理应立即做出，将其纳入处罚种类并适用本意在于规范制裁性措施的处罚程序规定，反而有可能放任违法行为的继续。再如，有观点认为作为“声誉罚”的行政违法事实公布也需要遵循听证程序的规定。^[99] 但是这种严格的程序性规定却未必适合风险规制的“预防原则”和“应急原则”。^[100] “程序正当”和

[97] 参见杨利敏：《论我国行政处罚中的责任主义原则——兼论应受行政处罚的过失违法行为》，载《华东政法大学学报》2020 年第 2 期，第 128 页；熊樟林：《行政处罚责任主义立场证立》，载《比较法研究》2020 年第 3 期，第 155 页；王贵松：《论行政处罚的责任主义》，载《政治与法律》2020 年第 6 期，第 12 页。

[98] 为了防止这种现象的发生，一些法律做出了特殊规定。例如，《食品安全法》第 136 条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚，但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品；造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。”这样的规定虽然可以化解法律适用上的问题，但是没有在理论上说明为何对没收这种“处罚”另眼相看。

[99] 见前注[9]，章志远、鲍燕娇文，第 49 页。

[100] 为回应规制行政的现实要求，有学者主张将“预防原则”和“应急原则”纳入行政法基本原则体系之中。参见戚建刚：《风险规制的兴起与行政法的新发展》，载《当代法学》2014 年第 6 期，第 7 页。

“高效便民”的张力在这里得到充分展现。

此外,扩张行政处罚种类,意味着司法机关可以对更多的行政行为做出变更判决。变更判决作为撤销并责令重做判决的例外,是对行政诉讼中权力分工冲击最大的判决类型,因此法院在适用时必须谨慎。^[10] 然而,处罚种类的扩张可能使这种“例外”成为“常态”,对行政和司法的权力分工形成巨大冲击。除罚款和拘留等少数处罚措施外,没收违法所得、责令停产停业、吊销许可证、禁入等行为措施在适用时只存在“做出”或者“不做出”这两种选择(all or nothing),不存在“量的多少”的问题,法院的变更判决只能将“全有”变成“全无”。同时,随着处罚种类的增加,司法机关变更处罚种类之可能性也随之增大。扩张处罚种类,致使司法机关获得如此广泛的变更权是否合理不禁令人怀疑。而且,像“责令停止行为”和“责令停产停业”,“制裁目的的违法事实公布”和“信息公开目的的违法事实公布”这些本身极为接近的行为措施,一部分可以适用变更判决,一部分不可以适用变更判决,不仅其合理性值得怀疑,而且也会给实践中的法律适用带来困扰。

综上,从立法政策角度分析,行政处罚之外延不宜过大。公共治理能力之提升与扩张行政处罚种类并无直接关系,“用不用”“能不能用”与“是否作为处罚来用”是不同维度的问题。出于规范公权力之考量而扩张处罚种类的观点也将随着行政法制的不断完善而逐渐式微,确立少而精的处罚种类反而有利于精准立法。扩张处罚种类在实现“有法可依”的同时,可能导致意料之外的法律适用问题,出现“按下葫芦浮起瓢”的尴尬状况。

五、结 语

此次修法过程中出现的行政处罚种类扩张论,一方面来自提升公共治理能力之良好愿景,一方面来自规范行政公权力的现实需要,根本上是由于我们未能对行政处罚这一司空见惯的行政作用的内涵予以准确界定。在未对行政处罚内涵作准确界定的基础上,提升公共治理能力、规范行政公权力的愿望变成了扩张行政处罚种类的冲动。然而,从行政处罚内涵和立法政策两个方面进行考察可以发现,处罚种类扩张论并不合理。

明确行政处罚的内涵是确定其外延的首要关键。通过考察刑罚处罚和狭义行政管理权与行政处罚权之区别可以发现,科处额外负担和非难是处罚的本质要素。没收违法所得、没收非法财物、责令关闭、责令停产停业等典型的非处罚行为应当排除在处罚种类之外。

立法政策对确定处罚种类同样有重要影响。公共治理能力之提升与扩张行政处罚种类并无直接关系。为了规范公权力而主张扩充处罚种类之观点将随着行政法制的不断完善而逐渐式微。贸然扩张处罚种类可能带来意料之外的法律适用障碍,阻碍行政工作的顺利展开。因而,吊销许可证件、暂扣许可证件、公布违法事实、行政黑名单等中间类型行为也可以排除在处罚类型之外。

综上,笔者认为处罚种类扩张论并不合理。不论是从学理内涵、立法政策还是比较法的角度来看,采用“大处罚”模式都不是明智之举。学理上激进的处罚种类扩张论并不妥当,新法对处罚种类的规定虽然仅是有限扩张,但仍然过于宽泛。目前,法律修订工作虽然已经完成,但是仍需警惕在处罚种类扩张论的理论背景下,在本次修法中没有被列为处罚种类的各种行为措施,借由“法

^[10] 参见王锴:《行政诉讼中变更判决的适用条件——基于理论和案例的考察》,载《政治与法律》2018年第9期,第12页。

律、行政法规规定的其他行政处罚”这一兜底条款进入处罚种类之中。此外，由行政处罚种类扩张而带来的责任要件、程序规定、变更判决等法律适用上的问题也亟须解决。最后，也是最重要的，从长远来看，我们应该在准确把握处罚内涵，并且理顺《行政处罚法》与其他行政法律规范——特别是未来可能制定的行政程序法乃至行政法总则——的关系上，逐步限缩处罚种类，最终确立“少而精”的处罚种类。

Abstract In the process of the revision of the Administrative Punishment Law, the theory of expanding the types of punishment has been widely supported. Scholars define some new behavior measures in practice as administrative punishment, and advocate expanding the types of punishment based on the good vision of improving public governance ability and standardizing the administrative public power. The revised Administrative Punishment Law has expanded the types of punishment to a limited extent. However, from the two aspects of the connotation of administrative penalty and legislative policy, we can find that the theory of expanding the types of punishment is not reasonable. On the one hand, by examining the characteristics of penalty and the difference between the narrow sense of administrative power and the power of administrative punishment, we can find that the extra burden and censure are the essential elements of punishment, so the typical non-punishment behavior should be excluded from the administrative punishment. On the other hand, there is no direct relationship between the improvement of public governance ability and the expansion of the types of administrative penalties. The consideration of expanding the types of punishment to regulate public power will gradually decline with the continuous improvement of administrative legal system. Rashly expanding the types of punishment may cause obstacles in the application of law, so the intermediate type of behavior should not be included in the category of punishment. The Administrative Punishment Law should establish “less but better” punishment types to realize the professional and accurate regulation of administrative punishment.

Keywords Types of Administrative Punishment, Expansion Theory, Sanction, Legislative Policy

（责任编辑：黄宇骁）