

# 行政处罚的预防目的及其规范建构

谭冰霖\*

**内容提要：**将报应作为行政处罚的目的，不仅存在法哲学上的正当性疑虑和法释义学上的逻辑困境，也无法充分解释现代行政处罚的制度现实。现代意义上的社会风险已超越传统秩序行政中的危险范畴，对行政法治提出一系列挑战，进而形塑了行政处罚的预防目的。在行政处罚的设定和实施过程中，法律威慑机制着眼于对常规违法行为风险的消极排除，风险预防原则承载着对新兴社会风险的分配和管控。基于法律威慑和风险预防的二元构造，预防目的主要从构成要件和法律效果两个层面，对行政处罚的规范构造产生深刻的体系效应。基于风险预防原则，应当从风险认知、危害预期、预防措施和证明机制等维度，调适应受处罚行为的构成要件；基于法律威慑机制，应当从定罚和量罚两个维度优化行政处罚的法律效果，更好发挥一般威慑和特殊威慑的作用。为了防止行政处罚的不当扩张，有必要从法益侵害约束、义务创设约束和比例原则约束等方面为预防目的划定必要的法治界限。

**关键词：**行政处罚 预防目的 法律威慑 风险预防 法治约束

## 引言

“正义只是确定了正当的形式，为了得出法律的内容，就必须引入第二种观念：合目的性。”〔1〕行政处罚的目的关乎处罚的正当性，也深刻影响着处罚设定和实施的方方面面。实践中，许多行政处罚领域的疑难案件或争议，都可追根溯源至行政处罚的目的。例如，在某治安管理处罚案件中，一名球迷冲入球场拥抱球星，导致比赛一度中断。公安机关依据治安管理处罚法对其处以行政拘留，同时责令其12个月内不得进入体育场馆观看同类比赛。〔2〕针对该案，学者们发表了针锋相对的意见。有学者认为，虽然球迷冲入球场扰乱了比赛秩序，但并未干扰比赛的正常进行。治安管理处罚原则上应以处罚结果犯为主，故对球迷直接科以最重的

\* 中南财经政法大学现代行政法研究中心编审。

本文系国家社科基金一般项目“地方立法行政处罚设定权的优化配置与制度扩容研究”（24BFX027）的阶段性成果。

〔1〕〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2013年版，第58页。

〔2〕参见《北京警方依法行政拘留冲入球场拥抱梅西的球迷》，<http://ent.people.com.cn/n1/2023/0617/c1012-40016015.html>，2024年10月8日最后访问。

拘留处罚有违过罚相当原则。<sup>〔3〕</sup>有学者则指出，若不对该球迷予以拘留而仅罚款 500 元，可能引发日后球迷竞相模仿，导致更多的赛事失控。<sup>〔4〕</sup>在上述事例中，学者们对于处罚的形式合法性并无太大争议，之所以存在意见分歧，是因为不同学者对行政处罚的目的持不同立场：如果认为行政处罚的目的是对违法行为进行制裁或报应，那么对球迷并未产生明显危害后果的行为处以重罚确无必要；如果认为行政处罚追求阻吓违法的预防目的，那么仅仅对该球迷处以罚款还不足以实现该目的，还必须同时科以拘留才能达到预期效果。

从学界研究情况看，传统观点认为，行政处罚作为一种法律制裁，其目的是给违法者造成精神、自由、财产等方面的额外不利后果，惩罚违法者的违法行为。<sup>〔5〕</sup>实务部门工作者编写的行政执法培训教材也把“目的的惩戒性”归为行政处罚的核心特征。<sup>〔6〕</sup>此类关于行政处罚目的的见解，可被归纳为“报应主义”或报应目的论。<sup>〔7〕</sup>行政处罚法在 2021 年修订时，新增第 2 条作为行政处罚的定义条款，其中“以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒”的表述带有制裁意味，这使报应主义更被奉为圭臬。<sup>〔8〕</sup>尽管学者对预防目的偶有提及，但仍强调行政处罚“应当以报应论为主要目的，预防论可以在适当范围内作为次要目的加以补充”。<sup>〔9〕</sup>

既有研究为行政处罚目的理论提供了基本的知识积淀和讨论前提。在此基础上，仍需进一步思考：将报应目的论适用于行政处罚领域，是否具有正当性和融贯性；随着自由法治向风险法治演进，预防性行政处罚的实践已在全球范围蓬勃兴起，报应目的论能否充分解释现代行政处罚的制度现实，又是否有助于行政处罚的学理更新和实践发展；相对报应目的而言，预防目的更具有扩张性，若在理论上忽视已成现实的预防性行政处罚，实践中如何能够防范预防目的的不当扩张所带来的法治风险。基于对上述问题的思考，本文拟对报应目的论适用于行政处罚的合理性展开理论反思，并以预防目的在国内外行政处罚实践中的兴起作为现实背景，揭示将预防作为行政处罚目的的正当性，然后基于“法律威慑—风险预防”的二元分析框架，从构成要件和法律效果两个方面，阐明预防目的的引入将对行政处罚的规范构造带来何种体系效应，最后为预防目的在行政处罚中的适用划定法治界限，以防范预防目的的不当扩张带来法治风险。

## 一、行政处罚报应目的论之理论反思

行政处罚报应目的论的核心主张可概括为以下几点：第一，绝对主义。在执法方面，报应

〔3〕 参见赵宏：《拥抱梅西的少年：真的需要处罚吗，不需要吗？》，[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_23539632](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_23539632)，2024 年 11 月 8 日最后访问。

〔4〕 参见何兵：《拘留“拥抱梅西的少年”，为什么是对的？》，[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_23552278](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_23552278)，2024 年 11 月 8 日最后访问。

〔5〕 参见应松年主编：《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》，人民出版社 1992 年版，第 464 页；汪永清主编：《行政处罚运作原理》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 21 页。

〔6〕 参见曹康泰主编：《行政处罚法教程》，中国法制出版社 2011 年版，第 3 页。

〔7〕 参见应松年、刘莘主编：《行政处罚法理论与实务》，中国社会科学出版社 1996 年版，第 5 页。

〔8〕 参见胡建森：《论“行政处罚”概念的法律定位——兼评〈行政处罚法〉关于“行政处罚”的定义》，《中外法学》2021 年第 4 期，第 929 页以下。

〔9〕 熊樟林：《行政处罚的目的》，《国家检察官学院学报》2020 年第 5 期，第 43 页。

目的论主张“有过必罚”，即不法行为在任何情况下都应当受到惩罚，无不予报应之理。<sup>〔10〕</sup>第二，过去责任。报应目的论主张行政处罚是对过去违法行为的责难和制裁，“它的证成完全是向后的，因为它所要报应的行为都发生在过去。因此，无论何种形式的惩罚，它都不能是为了实现或者促进任何未来的善或者目的”。<sup>〔11〕</sup>第三，自己责任。报应目的论决定了行政处罚的打击对象必须是违法行为人本人，而不能扩及他人。第四，结果无价值。报应目的论强调损害事实必须客观存在，以便计算报应尺度。基于这一逻辑，报应目的论秉持结果无价值立场，认为没有造成实际法益侵害结果的行为，即使违反社会伦理秩序或者法律规则，也不能发动行政处罚。<sup>〔12〕</sup>第五，相称报应。基于报应目的，处罚力度应与违法行为相称，行政机关不能随意加重处罚，不能借助对违法行为人的制裁追求“杀鸡儆猴”的社会效果。上述主张一定程度上契合了行政法的控权理念，但从法哲学和法释义学上深入考察，将报应目的作为行政处罚的目的，不仅存在正当性疑虑，也面临解释论困境。

#### （一）行政处罚报应目的论的法哲学疑虑

在法哲学的视野中观察，将报应目的论适用于行政处罚领域，无法充分观照行政的实质价值取向，且存在道德基础不坚实、谴责对象不适格、难容于法律归责的非决定论逻辑等问题。

第一，报应以追求个案公正为己任，旨在矫正不法者的违规行为以恢复正常的法秩序，但行政管理的核心任务是积极形塑社会和增进公共福祉，其宗旨并非仅限于执行法律，还包括在不抵触法律的前提下，积极考量各种社会因素以形成利益均衡的理想状态。就此而言，报应目的只能确保行政处罚符合消极的矫正正义的要求，却无法为行政处罚的设定和实施提供通往公共利益的实质指引。

第二，将报应目的作为行政处罚的目的，难以为谴责违法行为提供充分依据。报应目的论把违法者作为道德行动者来对待，报应的正当性依据在于，违法者实施了社会成员共同谴责的行为，具有道德上的可非难性。这在刑法领域或许可以讲得通，但行政违法与刑事违法在行为性质和危害程度上有显著差异。刑事违法在质上具有较高的社会伦理非难性，在量上具有较大的社会危害性；而行政违法在质上具有较低的社会伦理非难性，甚至不具有社会伦理上的非难内容，在量上也并不具有较大的社会危害性，有些行政违法行为甚至属于纯粹的秩序违反而不会带来直接的危害后果。

第三，满足受害人及社会公众对不法者进行谴责和打击的心理诉求，防止私力惩罚，也是报应的正当性依据之一，但行政处罚在很多情况下并无直接的报应对象。刑罚将报应建立在清晰的“加害人—受害人”链条之上，其实质是国家代表受害人对加害人实施的法律报应。但是，上述逻辑在行政处罚中未必成立。在报应对象（加害者）方面，为解决生态环境破坏、食品药品安全、市场垄断等问题，除警察法等个别领域外，现代行政处罚常将企业法人作为处罚对象。<sup>〔13〕</sup>企业法人作为法律拟制人格，“既无灵魂可被谴责，也无肉体可被打击”，<sup>〔14〕</sup>行政处罚事实上无法使之感受到心理上的羞耻和身体上的痛苦。在报应主体（受害者）方面，行

〔10〕 参见前引〔9〕，熊樟林文，第32页。

〔11〕 [德] 诺伯特·霍斯特：《何以刑罚？》，王芳凯译，北京大学出版社2023年版，第51页。

〔12〕 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第25页。

〔13〕 例如，环境保护法法律责任部分有多个罚则以“企业事业单位和其他生产经营者”“建设单位”“重点排污单位”“环境影响评价机构”等作为处罚对象。

〔14〕 John C. Coffee, Jr., “No Soul to Damn; No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 Mich. L. Rev. 386 (1981).

政违法行为以法定犯为主，且不以产生实害后果为必要构成要件，因而很多情况下并无直接被害人，或者只有抽象意义上的不特定被害人。

第四，报应作为处罚目的是基于非决定论的，但行政处罚的归责并不完全基于非决定论。关于人类行为的原因，哲学上存在决定论和非决定论两种立场。决定论认为，人是不自由的，其行为必须被视为由其他事实引起的，是被决定的；非决定论认为，人的各种行为并非单纯由物质或精神等因素所支配，而是出自于人的自由意志选择。<sup>〔15〕</sup>就人的责任能力而言，报应主义的制裁观依赖非决定论。这意味着，如果行为人对某个事件无法施加决定性影响，就该事件对行为人施加报应的做法，不仅在道德上可堪质疑，也会使制裁失去意义。但是，行政违法行为涉及较为复杂的因果关系，其产生和认定在很多时候并不完全取决于当事人的决策。例如，根据安全生产法第114条，发生生产安全事故，由应急管理部门对负有责任的生产经营单位处以相应罚款。实践中，造成生产安全事故的因素常常十分复杂，<sup>〔16〕</sup>生产安全事故的发生很大程度上并非个人意志所能决定。再如，食品质量、生态环境等技术标准，发挥的只是“安全阀”的作用，<sup>〔17〕</sup>即便当事人违反有关技术标准，也未必会即刻造成损害人体健康或生态环境的危害后果。但是，按照食品安全法、环境保护法的规定，只要违反有关技术标准即视为违法。

#### （二）行政处罚报应目的论的法释义学困境

除法哲学上的正当性疑虑外，行政处罚报应目的论在法释义学上也存在诸多不能自洽之处，无法保证法秩序的融贯性。

第一，行政处罚法第2条中的“以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒”，常被作为报应目的论的文本依据，但“惩戒”一词意图定义的并不必然是行政处罚的目的，它也可能只是一项用来揭示行政处罚制度形态的认知标准。<sup>〔18〕</sup>这正如，行政许可法第2条将行政许可定义为“行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为”，“准予”一词只是描述了行政许可的制度形态而非制度宗旨。行政许可可作为“对一般禁止的解除”，其核心目的恰恰在于“实现对特定行为的控制”。<sup>〔19〕</sup>

第二，报应目的论秉持的结果无价值立场，与应受行政处罚行为的构成要件存在矛盾。报应目的论强调过去责任，即报应只针对已发生的事实，按此主张，对于未引起实际法益侵害结果的行为不能予以处罚。然而，“行政违法行为一般属于‘行为犯或举动犯’，法律并不要求发生特定的结果，只要实施了行为就构成行政违法行为”，“行政违法理论中并不十分强调违法行为的后果，有些可能但尚未引起危害后果的违法行为也须受到行政处罚”。<sup>〔20〕</sup>对仅违反

〔15〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森：《纯粹法学说》，〔德〕马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第118页。

〔16〕 例如，宁夏银川富洋烧烤店事故调查报告指出，该事故的直接原因包括“送错气瓶”“接错瓶阀”“擅自拆装”“遇到明火”“没有组织疏散”“通道被堵”等。参见国务院事故调查组：《宁夏银川富洋烧烤店“6·21”特别重大燃气爆炸事故调查报告》（2023年12月），<https://www.mem.gov.cn/gk/zfxxgkpt/fdzdgknr/202401/P020240127590412114157.pdf>，2024年10月25日最后访问。

〔17〕 参见宋华琳：《论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步观察》，《中国法学》2006年第6期，第128页。

〔18〕 在关于刑罚目的的讨论中，也有学者提出，惩罚是刑罚的固有属性，而不应作为刑罚的目的。参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第400页以下。

〔19〕 〔英〕Colin Scott：《作为规制与治理工具的行政许可》，石肖雪译，《法学研究》2014年第2期，第35页。

〔20〕 杨解君：《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》，四川大学出版社1995年版，第182页。



行政管理秩序，而未造成实际法益侵害后果的行政违法行为给予处罚，与报应目的论的理论逻辑存在矛盾。

第三，报应目的论主张的自己责任原则，并不能在行政处罚中得到彻底贯彻。报应目的论奉行严格的自己责任原则，即“只有实施了规范违反行为的人才可以受到惩罚，在任何情形下，人们都不得因某人实施的行为而将惩罚恶害加诸行为人之外的其他人”。<sup>[21]</sup>但是，在实证法上，行政处罚的打击范围并不完全限于违法行为人，而是可能扩及未直接实施或参与违法行为的案外第三人。例如，德国违反秩序法第29a条第2款规定，“本条第1款所称金钱的没收决定，可以针对非行为人即符合下列条件的其他人作出：……通过行为人为其作出的违法行为而获益的”。<sup>[22]</sup>此外，从法社会学的角度观察，对单位违法的行政处罚可能产生“水波效应”，即制裁可能像水波扩散一样，使较大范围的无辜者受到波及，企业法人的股东、债券持有人、债权人和其他投资者可能要承担权益贬值等不良后果。正如美国公司法学者科菲所指出的，“威慑的成本往往会溢出到那些不能被定性为有罪的各方身上。不言自明，企业不承担罚款的最终成本；简单地说，当公司感冒了，别人就会打喷嚏”。<sup>[23]</sup>

第四，报应目的论所奉行的绝对主义，无法与行政处罚的便宜性原则相容。报应目的论认为，在任何情况下不法行为都应受到惩罚，一般不得宽宥。但是，出于行政效能的考量，行政处罚不得不在繁杂的执法任务与有限的行政资源之间寻求平衡，并赋予行政机关一定的权变空间。“尽管行为人的行为已经满足了行政法上的要件，具有可罚性，但在个案中仍然可以放弃对此行为的追诉和处罚。”<sup>[24]</sup>为此，我国行政处罚法第32条规定了从轻或减轻处罚的法定情形，第33条规定了法定不予处罚和首违不罚制度。德国违反秩序法走得更远，该法第47条第1款规定，“对违反秩序行为的追诉，由追诉机关经合义务裁量决定。只要在追诉程序进行期间内，追诉机关都可以决定终止该程序”。<sup>[25]</sup>

第五，基于报应目的论的行政处罚，逻辑上只能与罚款、没收违法所得等过去责任形式相容，而与预期责任形式难以相容。但是，在实证法上，着眼于对当事人未来的活动自由进行预防性规制的行政处罚责任大量存在。例如，行政处罚法第9条规定的限制从业、《市场监督管理严重违法失信名单管理办法》第2条规定的列入严重违法失信名单等责任形式，都已超出对违法行为进行报应的过去责任范畴，试图对当事人未来的某种行为资格进行限制或褫夺，具有鲜明的预期责任特征。这些责任形式，在报应目的论的过去责任框架中难以得到圆融解释。

## 二、行政处罚预防目的之实践兴起

晚近以来，将对违法行为及其后果的预防作为行政处罚的法定目的，在世界各国的行政处罚立法中渐成趋势。这背后的逻辑在于，现代行政国家正从自由法治国向风险法治国转变。

### （一）预防目的兴起的实证法表现

约自20世纪90年代起，以预防目的指导行政处罚的设定和实施逐渐成为一种世界性趋势。1991年的奥地利行政处罚法将预防作为“可罚性的一般前提”，该法规定，“行为（作为

[21] 前引[11]，霍斯特书，第24页。

[22] 熊樟林编：《中外行政处罚法汇编》，北京大学出版社2021年版，第110页。

[23] 前引[14]，Coffee文，第401页。

[24] 金成波：《行政处罚便宜原则研究》，《华东政法大学学报》2022年第2期，第142页。

[25] 前引[22]，熊樟林编书，第119页。

或不作为) 只有在其实实施前业已被以处罚相威吓时, 方可作为行政违法行为而受罚”。〔26〕1994 年的荷兰行政法通则规定, “强制执行罚款的目的应当是补救侵害行为, 以及防止侵害行为的进一步发生或者再次发生”。〔27〕2001 年的俄罗斯联邦行政违法法典更是对预防目的作了系统表述。该法典总则部分第 1 条明确指出“行政违法立法的任务”是“保护自然人的、法人的、社会的和国家的合法的经济利益, 以免受行政违法行为的侵害, 以及预防行政违法行为”。该法典第 3 条之一“行政处罚的目的”第 1 项规定: “行政处罚是国家针对行政违法行为规定的责任措施, 其适用的目的是为了预防违法者本人和其他人实施新的违法行为”; 第 2 项规定: “行政处罚的目的不应当是降低实施行政违法行为的自然人的品格, 或者造成其肉体上的痛苦, 也不应当是给企业法人的声誉造成损害。”〔28〕

在我国现行有效的法律中, 超三分之一的法律设置有含“预防”或“防范”语词的专门章节或条款, 同时还有大量以预防为目标导向的法律规定, 构成了蔚为大观的预防性法律制度群。〔29〕在一般法层面, 行政处罚法第 6 条规定, “实施行政处罚, 纠正违法行为, 应当坚持处罚与教育相结合, 教育公民、法人或者其他组织自觉守法”。其中, 处罚与教育相结合的规范意涵在于, “引导企业和群众依法经营、自觉守法, 努力预防和化解违法风险”, 这体现了对“预防为主”的执法模式的追求。〔30〕在特别法层面, 许多行政管理领域的单行法明确宣示了预防目的。例如, 道路交通安全法第 1 条明确规定了“预防和减少交通事故”的立法目的; 突发事件应对法第 1 条将“预防和减少突发事件的发生, 控制、减轻和消除突发事件引起的严重社会危害”作为立法目的; 环境保护法第 5 条、食品安全法第 3 条将“预防为主”确立为一项法律原则。凡此种种, 不胜枚举。在以预防为导向的立法目的指引下, 行政处罚的具体制度设计也呈现出鲜明的预防性色彩。

其一, 不以实际危害结果作为可罚条件。例如, 在规制行政领域, 根据药品管理法第 116 条, 只要生产、销售假药即该当行政处罚, 无论该药品是否给消费者身体健康造成实际损害。在秩序行政领域, 道路交通安全法第 91 条对“酒驾”作出的处罚规定、2024 年 7 月公布的治安管理处罚法修订草案(二次审议稿)第 43 条对“高空抛掷物品”行为作出的处罚规定, 也都以引发盖然的危险或风险作为处罚条件。越来越多的立法针对尚未引发危害后果但具有安全风险的行为设定法律责任, 彰显了行政处罚的预防趋势。

其二, 单独评价和处罚不履行预防义务的行为。为了保护重要的行政法益和避免风险后果的发生, 部分领域的行政法律规范直接从行为前端入手, 课以当事人采取风险预防措施的专门义务, 并将之作为一种独立的构成要件加以评价。例如, 大气污染防治法第 121 条第 2 款规定, 拒不执行重污染天气应急措施的, 处以罚款; 网络安全法第 59 条规定, 网络运营者不履行实行网络安全等级保护制度或者制定网络安全事件应急预案等网络安全保护义务的, 给予警告, 拒不改正或者导致危害网络安全等后果的, 处以罚款。上述“执行重污染天气应急措施”“实行网络安全等级保护制度”“制定网络安全事件应急预案”均属专门的风险预防措施。

其三, 违法行为所受处罚的严厉性大幅提升。为实现预防效果, 对侵害重要法益的违法行

〔26〕 前引〔22〕, 熊樟林编书, 第 233 页。

〔27〕 Dutch General Administrative Law Act, Article 5:32, <https://www.acm.nl/en/publications/publication/15446/Dutch-General-Administrative-Law-Act>, 2024 年 5 月 21 日最后访问。

〔28〕 《俄罗斯联邦行政违法法典》, 刘向文译, 中国人民大学出版社 2004 年版, 第 3 页, 第 8 页。

〔29〕 参见黄文艺:《论预防型法治》,《法学研究》2024 年第 2 期, 第 21 页。

〔30〕 参见《国务院关于进一步规范和监督罚款设定与实施的指导意见》(国发〔2024〕5 号)第 11 条。

为施以重罚以阻吓潜在的违法行为，已经成为各领域行政处罚立法的普遍趋势。在规制行政领域，根据“四个最严”监管理念，针对生产、销售假药的行为，2019年修订的药品管理法第116条将原法规定的“货值金额二倍以上五倍以下的罚款”大幅提高为“货值金额十五倍以上三十倍以下的罚款”。即便在传统的秩序行政领域，重罚倾向也十分明显。例如，在2024年7月公布的治安管理处罚法修订草案（二次审议稿）中，罚款数额上限普遍从原来的500元、1000元上升到2000元、3000元、5000元，对同类违法行为的拘留天数也有所延长。实践中，许多处罚的严厉性在某种程度上已超越违法行为本身的法益侵害程度。

## （二）预防目的兴起的必然性

预防目的的兴起并非偶然，而是具有深刻的时代背景和法理逻辑。防控可能对人民生命、健康和财产造成损失的各种危险，保障公共安全，是国家的基本职能。行政处罚作为国家实施行政管理的重要手段，其目的导向和制度逻辑都服务于国家角色。在工业革命之前的自由治国时期，对公共安全的威胁主要源于妨害社会安宁、秩序、交通以及侵犯他人人身财产权利等治安领域的常规危险。这类危险相对确定和可控，因而“早期的政府不过多参与社会生活的塑造过程，行政权力的发动也遵守相当严格的限制。政府权力大多局限于事件发生后进行反应，只在较少的情况下根据预测，事先采取行动防止危害的发生，这样的预防职能被称为危险防卫”。<sup>[31]</sup>危险防卫模式塑造了行政处罚的报应目的，其基本预设是，存在一个具有确定秩序的世界，当危害后果出现后，只要回溯至致害的因果关系及肇事者，并通过事后追责的方式消除危险源，即可将受损的法律关系恢复原状，从而在法律意义上消弭对公共安全的威胁。<sup>[32]</sup>基于危险防卫的报应逻辑，“法治意义上的安全保障不在于预防性地排除所有风险，而在于依照确定的防卫和补偿规则来阻止风险后果的外部化”。<sup>[33]</sup>由此实现的，是基于消极制裁的矫正性安全。当然，这并不意味着传统的行政处罚毫无预防性可言，而是说，在传统行政法框架中，处罚只是通过个案制裁来杜绝或排除违法侵害，缺乏有意识的、体系化的制度设计和方法自觉，所谓预防只是从制裁措施中衍生出的附带心理效应，而非独立的法律策略。<sup>[34]</sup>

近代以降，伴随工业革命和技术文明的发展，人类社会步入风险治国时代。有学者将现代社会中行政违法行为的本质解释为对公共权利造成的“过度风险”。<sup>[35]</sup>现代意义上的社会风险已超越传统秩序行政中的“危险”范畴，对行政法治提出一系列挑战，进而形塑了行政处罚的预防目的。

第一，风险的不确定性之挑战。传统行政处罚的作出要求有确定的规则依据、清晰的事实认定和确凿的证据支撑。但是，在环境保护、转基因食品的生产销售、人工智能应用等新兴领域，风险具有高度的不确定性。“经由风险而建立的因果关联，亦即实际或潜在的损害作用与工业化生产之间的联系，揭开了近乎无穷无尽的个别解释……很多联系是不能被证实的。即便

[31] 赵鹏：《风险、不确定性与风险预防原则——一个行政法视角的考察》，载姜明安主编：《行政法论丛》第12卷，法律出版社2009年版，第189页。

[32] 参见王旭：《论国家在宪法上的风险预防义务》，《法商研究》2019年第5期，第113页。

[33] [德]莱纳·沃尔夫：《风险法的风险》，载刘刚编译：《风险规制：德国的理论与实践》，法律出版社2012年版，第85页。

[34] 参见谭冰霖：《行政处罚设定的威慑逻辑及其体系化》，《环球法律评论》2021年第2期，第24页。

[35] See Eithan Y. Kidron, *Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice*, 51 U. Mich. J. L. Reform 351 (2018).



是那些被证实的联系，也要经受长期的系统化质疑。”〔36〕风险的不确定性对行政处罚的认知范式及证明标准造成巨大冲击，行政处罚必须摆脱对确定模型的依赖，以容许法律推定、调整证明标准等方式回应风险的不确定性挑战。

第二，风险的灾难性和不可逆性之挑战。除了传统类型的风险外，现代社会还涌现出诸如生态灾难、气候变化、核泄漏等灾难性风险。尽管这类风险后果发生的统计学概率较低，但其一旦成为现实，就将对人类的生存基础造成难以逆转的毁灭性打击。传统危险防卫模式赖以运行的前提是：“如果公共安全不能预防性地得到保护，那么也应该可以镇压式地得到恢复……即业已形成的干扰至少在法律秩序可得恢复的范围内是可以逆转的。”〔37〕但是，在大量涌现的不可逆的灾难性风险面前，危险防卫模式赖以维系的基础已经岌岌可危，“保护自由的那些制裁性手段对于已经出现的损害只能提供并不充分的弥补，甚或根本提供不了任何弥补”。〔38〕针对过去违法行为的事后报应型处罚，亟需转向对未来违法行为的事前预防型处罚。

第三，风险的反事实性之挑战。秩序行政中的危险往往可以通过结果验证、勘察、检测等经验性的方式直接感知和判断，而风险则通常仅在科学思维中显现，具有一定的“反事实性”，不易直接及时地被经验察觉。〔39〕安东尼·吉登斯针对气候变化风险提出“吉登斯悖论”：全球变暖带来的危险“在日复一日的生活中不是有形的、直接的、可见的，因此许多人会袖手旁观，不会对它们有任何实际的举动。然而，坐等它们变得有形，变得严重，那时再去临时抱佛脚，定然是太迟了”。〔40〕现代社会中的风险预防不能仅关注现实化和具象化的危害后果，而须结合价值判断与科学预测，适度拓展作为行政处罚基础的“法益侵害”的概念内涵。

在新的社会背景下，无论规制行政领域还是传统的秩序行政领域，都在不同程度上对行政处罚提出风险预防的要求，预防目的正全方面、多维度地塑造着行政处罚的实定法体系，由此实现的将是一种基于积极预防的分配性安全。

### 三、预防目的之二元构造：法律威慑和风险预防

以预防目的指导行政处罚的设定和实施，需先在学理上对预防目的进行结构性阐释，探究实现该目的的法理机制或原则。法律威慑是实现预防目的的重要机制。借助法律责任的激励约束，法律威慑对常规危险或风险的风险预防发挥着不可替代的基础性功用，但其在风险社会背景下也暴露出局限性，亟需引入风险预防原则加以补强。风险预防和法律威慑分别聚焦行政处罚的构成要件与法律效果，二者相互配合，构成一个完整的逻辑链条，服务于行政处罚预防目的的实现。

#### （一）法律威慑的作用机理及其局限

“确立罚则的根本目标并非制裁或谴责本身，而在于通过制裁的威慑，阻吓违法并促使行为人遵从法律。”〔41〕法律威慑是指通过对违法行为设置后果，为行为人创造在事前放弃违法动机的激励。苏联行政法学者很早就提出法律威慑的二元作用机制，指出“行政处分的目的

〔36〕 [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第20页。

〔37〕 参见前引〔33〕，沃尔夫文，第86页。

〔38〕 [德] 迪特尔·格林：《宪法视野下的预防问题》，载前引〔33〕，刘刚编译书，第125页。

〔39〕 参见前引〔32〕，王旭文，第114页。

〔40〕 [英] 安东尼·吉登斯：《气候变化的政治》，曹荣湘译，社会科学文献出版社2009年版，第2页。

〔41〕 汤洁茵：《避税行为可罚性之探究》，《法学研究》2019年第3期，第122页。



在于教育违法者本人（个人预防）和其他公民（一般预防）”。〔42〕所谓“个人预防”和“一般预防”，现在一般称为“特别威慑”和“一般威慑”，〔43〕在许多立法中都有体现。例如，1984年美国环保署发布的《行政处罚政策：环保署一般执行政策》即将威慑作为行政处罚的首要目标，并主张处罚应该是说服违法者采取预防措施，防止再次违规（特别威慑），以及阻吓他人违法（一般威慑）；〔44〕欧盟2006年发布的《根据〈1/2003号条例〉第23(2)(a)条规定处以罚款的确定方法的指南》第4条明确指出：“罚款应有充分的威慑效果，不仅仅是为了制裁涉案企业（特别威慑），也是为了阻止其他企业从事或继续违反《欧共同体条约》第81条和第82条的行为（一般威慑）。”〔45〕

特别威慑和一般威慑的作用机理不同。特别威慑系从个案情节出发，根据行为人的个人因素对法律责任进行微观层面的配置，使行为人为自己所实施的违法行为付出应有代价，从而慑于惩罚而避免再次违法。〔46〕一般威慑的任务则是根据社会需要从宏观层面对法律责任进行配置，以实现普遍预防效果，其需要考虑两个核心变量：（1）行为危害。行政处罚的设定应当在一定程度上反映违法行为的社会危害程度，从而通过外部成本内部化来激励社会成员守法。〔47〕（2）查处概率。现实中，由于执法者与违法者之间信息不对称，以及执法资源有限，执法者仅能实际查处一部分违法行为，而留下大量逃脱执法的违法“暗数”。〔48〕考虑到违法暗数的存在可能导致威慑不足，行政处罚的设定还须考虑查处概率，处罚的最佳威慑水平大致相当于违法行为的平均社会危害与查处概率之商。

作为一种被动反应性的预防机制，法律威慑的实质是为行为人创设一种预防导向的第二性义务，即通过查处业已发生的违法行为来抑制再犯，〔49〕故在预防时机上具有一定滞后性。法律威慑机制聚焦行政处罚的法律效果，对违法行为的构成要件缺乏有意识的体系化的设计，难以担负起行政干预早期化和法益保护前置化的安全保障任务，也难以对各类新型风险的预防提供有针对性的策略。例如，在生态环境污染治理领域，依赖传统的罚款手段进行威慑，可能发生企业将罚款纳入成本核算的执法悖论。〔50〕针对生产经营假疫苗、劣质疫苗的违法行为，即便对违法者施以严惩重罚，也无法挽回人民群众的生命健康损失。此外，法律威慑主要奉行点状的干预逻辑，对现代社会大规模、泛在化的风险难以发挥理想的预防效果。

〔42〕 [苏联] B. M. 马诺辛等：《苏维埃行政法》，黄道秀译，群众出版社1983年版，第200页。

〔43〕 “Deterrence”作为一个法经济学术语，其约定俗成的译文就是“威慑”，系指通过法律责任激励实现心理意义上的主观阻吓（区别于风险预防意义上的客观预防）。

〔44〕 See Policy on Civil Penalties, EPA General Enforcement Policy #GM-21, p. 3.

〔45〕 此类规定还有不少，如德国《卡特尔违法行为行政处理程序中确定罚款的指南》“原则”第4项、英国《CMA关于确定适当罚款金额的指南》第1.4条。参见王健主编：《反垄断罚款指南》，法律出版社2021年版，第2页，第8页，第20页。

〔46〕 参见前引〔34〕，谭冰霖文，第26页。

〔47〕 See Daniel P. Selmi, *Enforcing Environmental Laws: A Look at the State Civil Penalty Statutes*, 19 Loy. L. A. L. Rev. 1297-1298 (1986).

〔48〕 有学者估测，20世纪90年代，美国酒后驾车的查处概率只有3%左右，个人纳税申报的审计率仅为1.7%左右。See A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam: North Holland Press, 2007, p. 421.

〔49〕 See David Markell, “Slack” in the Administrative State and its Implications for Governance: the Issue of Accountability, 84 (1) Or. L. Rev. 53 (2005).

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

## （二）风险预防原则的引入及其要素

因应形形色色的社会风险和法律威慑机制的局限，风险预防原则在行政处罚法上登堂入室，该原则主要用于指导行政处罚构成要件的设计，其秉持行政干预早期化和法益保护前置化的逻辑，主张为行为人创设一种预防导向的第一性义务。基于对风险不确定性的科学评估，风险预防原则试图更新行政处罚的认知规则，降低行政处罚对风险行为的干预门槛。虽然风险预防原则有“弱”和“强”两种形态，<sup>[51]</sup>但无论强形态还是弱形态的风险预防原则，其规范内容基本都涉及风险认知、危害预期、预防义务、证明机制四项要素，<sup>[52]</sup>核心思路都包括以下四方面。

其一，合理设置空白要件，使应受行政处罚行为的构成要件面对风险的不确定性保持认知的开放性。现代社会风险的本质特征是不确定性，而风险预防是典型的“决策于未知之中”的活动，故预防风险的前提首先是认知风险。为了控制不确定性，科学界发明了诸多风险评估的模型、公式或标准，试图通过调查风险发生的可能性和影响程度来预测可能造成的危害后果。囿于立法者理性的局限性，事先规定的构成要件往往都落后于关于风险的科学知识，在处罚法定原则的经典框架下，行政处罚要贯彻风险预防原则需要解决的首要问题是，如何在相对封闭的构成要件中，缓解风险不确定性与法的安定性之间的张力，而引入空白要件，是经实践检验较为行之有效的立法技术。

其二，在构成要件中预留必要的安全边际，为灾难性或者不可逆性的风险保留容错空间。在认知风险后，只有预期到法益可能受到威胁，才需要法律进行干预。这意味着，相关风险活动可能造成的损害，必须达到一定程度方能启动预防机制。由于风险预防不同于对已知确定的危害进行消除，对不确定性程度的判断便十分关键。基于明确性原则，立法者在设计应受行政处罚行为的构成要件时，通常会参考危害后果的不确定性程度，设计一个安全区间或特定阈值作为门槛，一旦风险活动逾越门槛，即可启用行政处罚措施来进行干预。当然，要厘定阈值标准，还需立法者进行实质性的价值决断。

其三，为行为人设置专门的风险预防义务，并将义务违反行为纳入构成要件单独予以评价。为了周延应对风险的不确定性及其可能引发的危害后果，立法通常要求行政相对人采取积极的预防措施，并将此种要求融入应受行政处罚行为的构成要件中。由于无法基于既有知识和信息对风险的危害程度作出准确评估，风险预防原则往往课予行政相对人某种“过度负担”。<sup>[53]</sup>当然，这种预防义务的设定不得超出必要限度。

其四，采取反向证明机制。不能强迫任何人自证其违法是一项重要的公法原理。行政处罚法第40条规定“依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实”，这实际上是将举证责任分配给了行政机关。但是，当某些行为可能导致重大法益侵害，特别是不可逆转的侵害时，根据风险预防原则，有必要实行举证责任倒置，由相对人承担证明风险不存在或风险可控的义务。

“在任何时代，预防都是公权力所需要的一种手段。即使是自由国家，也会允许警察事

[51] 弱风险预防原则是指，“当存在严重或不可逆转的损害前，缺乏充分科学的依据，不应当成为推迟（管制）措施的理由”；强风险预防原则主张，“对于损害的性质或风险存在科学上的不确定性时，除非（并在此之前）科学证据证明损害不会发生，应当作出决定制止从事此类活动”。[美]凯斯·R.桑斯坦：《恐惧的规则——超越预防原则》，王爱民译，北京大学出版社2011年版，第16页以下。

[52] 参见苏宇：《风险预防原则的结构化阐释》，《法学研究》2021年第1期，第39页以下。

[53] 同上文，第41页。

前预防，而不只是在警局坐等违法行为的出现，同理，也没有哪个国家能够把对不法行为的预防措施配置得如此精妙，以至于可以完全放弃事后惩戒。”〔54〕在行政处罚的设定和实施过程中，法律威慑机制着眼于对常规违法行为风险的消极排除，风险预防原则承载着对新兴社会风险的分配和管控。在法律威慑层面设置相对严苛的处罚责任，本身即可对潜在违法者构成阻吓。根据风险预防原则为行为人创设预防义务后，仍需借助法律威慑机制对违反预防义务的行为人进行事后惩戒，从而发挥预防行为人再度违法和震慑其他社会成员的效果。作为事前预防机制的风险预防与作为事后惩戒机制的法律威慑必须发挥合力，才能有效实现行政处罚之预防目的。

#### 四、预防目的对行政处罚规范构造之影响

基于法律威慑和风险预防的二元构造，预防目的主要从构成要件和法律效果两个层面，对行政处罚的规范构造产生深刻的体系影响。

##### （一）基于风险预防原则的构成要件调适

##### 1. 风险认知：借助空白要件应对风险不确定性

基于处罚法定原则及法安定性的考虑，传统行政处罚的构成要件呈现封闭结构，各种构成要件要素均须事先由立法详尽规定。但是，这种方式无法对风险进行穷尽的界定和涵摄。为与时俱进地吸纳科学知识以有效应对社会风险，行政处罚“必须撤回对于法律的确定制度的期待”，“强化其认知和规范的潜力”。〔55〕立法者需要引入空白要件，借助“技术标准”“安全规范”等开放性的构成要件要素来识别风险。例如，大气污染防治法第99条第2项规定，超过大气污染物排放标准或者超过重点大气污染物排放总量控制指标排放大气污染物的，责令改正或者限制生产、停产整治，并处10万元以上100万元以下的罚款。其中，“超过大气污染物排放标准”，即属于空白要件。

空白要件的适用有助于提升风险规制的敏锐性和效率性，但其适用亦应遵循基本的授权明确性原则。创设空白要件时，应当明确规定补充规则的类型或位阶，是仅包括法律、法规、规章，还是同时包括技术标准等其他规范性文件，原则上不得作出诸如“违反国家规定”“违反有关规定”之类的模糊性授权。当然，由于风险具有不确定性，授权在很多时候只需达到相对明确即可，授权的明确性程度也可视规制对象的不同而有差异：风险的不确定性越强，对空白要件明确性的要求就越宽松；空白要件所影响的公民权利越重要，对空白要件明确性的要求就越高。

##### 2. 危害预期：在构成要件中预留安全边际

传统理论认为，空白要件的填补应遵循必要性和等同性原则，原构成要件与空白要件所要保护的法益应该是同一的。〔56〕但是，这只是一种形式上的要求。加载预防目的之后，填补空白要件时还须增加法益保护的前置性要求，即在许多情形下，规制者不仅要已知对危险进行排除，还有必要设置一个安全边际，从而提供更为充足的预防性保护。这也被学者称为安全边际预防原则，该原则更加关注预防措施的整体预防强度。具体而言，规制者需要先确定某个行

〔54〕前引〔38〕，格林文，第112页。

〔55〕〔德〕奥利弗·雷普希思：《通过行政法风险调控：对革新的促进还是限制？》，载前引〔33〕，刘刚编译书，第207页。

〔56〕参见熊樟林：《行政处罚上的空白要件及其补充规则》，《法学研究》2012年第6期，第75页。



为的最安全水平，风险行为仅在低于最安全水平的一定程度范围内才被允许，从而留有一定的容错余地。<sup>[57]</sup>以对食品安全法第124条第1项中“农药残留超过食品安全标准限量”之要件的填补为例，行政机关在制定残留标准时增加了至少100倍的安全系数，这使残留标准具有很高的保险系数，即使误食农药残留超标的农产品也可能不会发生安全事故。<sup>[58]</sup>

安全边际并非越宽越好。事实上，风险规制的收益曲线呈现明显的边际递减趋势，当规制者设置的安全边际将风险发生的可能性削减至某个临界点后，想要继续降低风险直至完全消除风险，将付出不成比例的高昂代价。这就是所谓风险规制的“最后一英里”问题。<sup>[59]</sup>例如，在美利坚合众国诉奥塔迪和高斯公司案中，<sup>[60]</sup>清除案涉垃圾场中最后一部分有毒废弃物需要花费930万美元。但是，有证据表明，即使不再额外投入，也可保证儿童在这个已经得到基本清理的垃圾场附近安全玩闹70天。为了解决“最后一英里”问题，需要区分“风险”与“剩余风险”，科学划定构成要件中的安全边际。界定“剩余风险”，意味着要标识出某种损害出现的可能性门槛，在此门槛之下，出于节约规制资源的考虑，可以不再继续预留安全边际提供保护。这是因为，剩余风险变为现实损害的概率极低，可以根据实践理性的标准予以容忍。<sup>[61]</sup>这种基于成本收益分析而被容忍的可接受风险，是经济发展和科技进步必须付出的代价。

### 3. 预防措施：将预防义务纳入客观要件

通过行政处罚来防控风险，势必要求课予相对人专门的预防义务，并在构成要件中赋予其规范意义。从实践来看，预防义务大致有以下四类。

其一，信息披露义务。客观了解和识别各种风险源，可以为风险预防提供信息基础。信息收集作为一种行政检查手段，本属行政机关的职责。但是，由于规制对象组织复杂且数量庞大，规制者与规制对象之间存在严重的信息不对称，加之规制资源有限，规制者无法持续全面地对规制对象展开监控。在信息获取不易或调查成本较大时，为实现风险预防的目的，立法不得不课予行政相对人自我监控或者披露信息的协力义务，并配置相应罚则。例如，根据药品管理法第127条第2项，药物临床试验期间，临床试验申办者发现存在安全性问题或者其他风险，有义务向药品监督管理部门报告，否则将被处以警告或罚款；银行业监督管理法和《商业银行信息披露办法》课予了商业银行披露信用风险状况、流动性风险状况、市场风险状况和操作性风险状况等多项义务。

其二，内部管理义务。现代社会中的系列安全事故，证明企业内部管理的疏漏也是诱发风险的重要因素。为此，行政法开始介入企业内部管理过程，以提前风险的干预时机。<sup>[62]</sup>例如，食品安全法第126条规定，食品生产经营企业未按规定建立食品安全管理制度，未按规定

[57] See Richard B. Stewart, *Environmental Regulatory Decision Making under Uncertainty*, in T. Swanson (ed.), *An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*, Oxford: Emerald Group Publishing Limited, 2002, p. 77.

[58] 参见《农业部详细解答农产品中的农药残留及安全等问题》，[https://www.gov.cn/gzdt/2012-05/17/content\\_2139848.htm](https://www.gov.cn/gzdt/2012-05/17/content_2139848.htm)，2024年10月14日最后访问。

[59] 参见[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页。

[60] See *United States v. Ottati & Goss, Inc.*, 900 F.2d 429 (1<sup>st</sup> Cir. 1990).

[61] 参见[德]乌尔里希·K.普罗伊斯：《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》，载前引[33]，刘刚编译书，第142页。

[62] 参见谭冰霖：《论政府对企业的内部管理型规制》，《法学家》2019年第6期，第75页。



建立并遵守进货查验记录、出厂检验记录和销售记录制度,或者未制定食品安全事故处置方案的,予以警告、罚款、责令停产停业直至吊销许可证的处罚;生物安全法第75条、环境保护法第42条第2款、安全生产法第96条等也有类似规定。此种规制也被称为内部管理型规制。以规制标准为变量,传统行政规制可分为“设计标准规制”和“绩效标准规制”。〔63〕设计标准规制即规定企业在生产阶段应当采用或禁止采用的技术标准或行为措施,属于前端控制;绩效标准规制则规定企业在产出阶段须达到的结果目标,属于末端控制。相较于仅将前端的技术工艺和末端的结果产出纳入行政处罚构成要件的传统规制手法,内部管理型规制没有把企业的经营管理过程视为行政机关无法介入的“黑箱”,而是采取事中的穿透式监管措施,将组织内部的管理过程视为控制风险的关键因素,以此促使行政相对人将风险预防的社会价值内部化。

其三,状态恢复义务。传统行政处罚采取行为责任的归责模式,即处罚对象仅限于因自身行为违反行政管理秩序或招致危害后果者。但是,在生态环境法、建筑法等特殊领域,行政处罚的对象逐渐超出行为责任人的范畴而扩大至状态责任人,即立法会课予对特定物的状态具有事实管领力者或权利拥有者以排除风险、恢复原状的义务,义务人若拒不履行或者怠于履行此种状态恢复义务即构成行政违法而该当处罚。例如,根据土壤污染防治法第92条,土壤污染责任人或者土地使用权人未按照规定实施后期管理的,处1万元以上5万元以下的罚款。其中的“土地使用权人”通常未必是造成土壤污染的行为责任人,其只是基于对土地的占有和利用而负担义务。

状态责任是一种以物为中心的风险预防义务,其责任基础在于义务人对发生危害之物具有事实管领力。按照过罚相当原则,状态责任是行政处罚归责模式的例外而非常态,其仅适用于满足重大且急迫的法益保护需求,或应对因果关系较为复杂的风险状态。课予当事人状态恢复义务的前提是,行政机关已经穷尽必要的调查手段,但仍无法确定行为责任人。基于状态责任的处罚应有限度,即一般不宜超过状态责任人为获得物权所支付的对价或者基于物的管领力而取得的财产收益。此外,状态责任人受到行政处罚后,若行为责任人被查处,状态责任人可要求行政机关撤销行政处罚或者退还罚没款项。

其四,反向证明义务的引入。风险预防原则对证明机制的影响体现在两方面:一是引入作为客观要件的反向证明义务。在实行引发风险的行为前,行政相对人必须履行法定的风险评估义务以证明行为的安全性,否则行政机关可通过实施行政处罚予以制止;二是引入作为主观要件的反向证明责任。即便行政相对人的行为造成了实际的危害后果,其若能证明自己已经尽到充分的注意义务,也可以认为其不具有主观过错并免于处罚。

作为客观要件的反向证明义务依托于风险评估来实现,环境影响评价领域是反向证明义务主要的应用场景。例如,环境影响评价法第31条规定,建设单位未依法报批建设项目环境影响报告书、报告表而擅自开工建设的,将被处以建设项目总投资额1%以上5%以下的罚款;土壤污染防治法第94条第2项规定,土壤污染责任人或者土地使用权人未按照规定进行土壤污染风险评估的,处2万元以上20万元以下的罚款。我国现行的风险评估标准整体上倾向于对风险进行单向度控制,没有充分考虑风险行为的收益。事实上,一些风险行为可以带来公共收益,如果脱离收益片面地评估风险,反而可能造成社会整体福祉的降低。桑斯坦曾以“药品滞后”现象为例来说明这个问题。他指出,政府以高度的预防标准评估新药投入市场的风

〔63〕 参见〔美〕史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2006年版,第131页。

险，这固然有助于保护人民免受损害，但也可能阻碍人民从这些产品中获取健康收益，甚至会使用一些患者陷入巨大的风险之中。<sup>[64]</sup> 基于同样的逻辑，我国 2019 年修订的药品管理法第 78 条试图转变思路，该条规定：“对附条件批准的药品，药品上市许可持有人应当采取相应风险管理措施，并在规定期限内按照要求完成相关研究；逾期未按照要求完成研究或者不能证明其获益大于风险的，国务院药品监督管理部门应当依法处理，直至注销药品注册证书。”该条在坚持适用反向证明义务的基础上，在风险评估中引入了“获益”的要素，试图在成本收益的综合比较中证明风险的可接受性。此类风险评估方法不仅能够减轻行政相对人的负担，也有助于增进社会整体的公共福祉，值得推广到更多的反向证明义务适用场景中。

行政处罚法第 33 条第 2 款规定：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。”这意味着，我国行政处罚法采取过错推定的形式，将主观过错纳入应受行政处罚行为的构成要件中，从而形成一种反向证明机制。但是，主观过错条款如何适用以及主观过错如何判断，尚存解释空间。从预防的角度来看，应将是否履行合理注意义务作为判断当事人主观过错的重要标准。如果当事人违反合理注意义务，制造了法所不容许的风险，那么行政机关可以认定其存在主观过错；如果当事人能够证明其已经尽到合理注意义务，但仍不能避免违法行为发生，则应当认为其不具有主观过错。在单行法上，已有将合理注意义务融入主观过错判断的立法例，这具体包括两种情形：（1）设置法定的合理注意义务，即立法对当事人注意义务的内容作出明确要求。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”，可以免于处罚。（2）设置推定的合理注意义务，即借助“知道规则”明确当事人有注意义务。例如，药品管理法第 120 条规定，“知道或者应当知道属于假药、劣药……而为其提供储存、运输等便利条件的，没收全部储存、运输收入，并处违法收入一倍以上五倍以下的罚款”。判断当事人是否“知道或者应当知道”，有“一般人标准”和“行为人标准”两种标准。从报应目的论和责任主义的立场出发，应当奉行行为人标准，即根据行为人的知识结构、认知能力及案件具体情况来推断行为人是否知道。基于预防目的论以及容许风险的理念，则应采取一般人标准，即以所属领域标准人物的风险认知作为判断标准，如果当事人所实施的行为没有偏离这一标准，就认为风险在法所允许的范围内。<sup>[65]</sup>

## （二）基于风险预防原则的威慑机制优化

在法律效果维度，预防目的主要在行政处罚的设定（定罚）和实施（量罚）两个层面得到贯彻：在定罚层面，可将预防目的融入行政处罚的立法政策；在量罚层面，可提炼出若干影响预防目的的因素作为行政处罚的裁量情节。

### 1. 定罚：预防目的对处罚设定的指引

行政处罚的设定主要遵循一般威慑的逻辑，适用法经济学上的“倍数公式”，该公式表达为： $f=h/p$ 。其中， $f$  代表最佳处罚水平， $h$  代表社会危害程度， $p$  代表查处概率。基于预防目的，在查处概率既定的前提下，违法行为对法益的危害程度越大，行政处罚法律效果的设定就应当越严苛。在理论上，社会危害的严重程度可以从三个维度加以把握。

第一，危害后果的最差情形。桑斯坦认为，风险预防的首要任务是消除“最差的情形”，防止出现灾难性后果。即便最差情形出现的概率很小，规制者也应考虑灾难性风险的预期代

[64] 参见 [美] 凯斯·R. 桑斯坦：《最差的情形》，刘坤轮译，中国人民大学出版社 2010 年版，第 122 页。

[65] 参见于佳佳：《过失犯中注意义务的判断标准》，《国家检察官学院学报》2017 年第 6 期，第 86 页；周光权：《法定刑配置的优化：理念与进路》，《国家检察官学院学报》2022 年第 4 期，第 38 页以下。

价,并设置较为严苛的行政处罚责任。例如,为了预防重大安全事故,2021年修正的安全生产法提高了对各类违法行为的罚款数额,并新设按日连续处罚制度。

第二,危害后果的不可逆性。“当规制者处理一种不可逆损失,并且当他们不确定那种损失的事实性和可能性时……规制者应当愿意购买一种保持他们本身灵活性的选择权。”〔66〕如果某类违法行为的危害后果不可逆转或者受损法益的恢复成本过于高昂,立法者就有理由设置相对严苛的法律责任。例如,为了防控遗传资源和基因数据流失、外来物种入侵等难以逆转的生物安全风险,2020年制定的生物安全法设置了最高1000万元的罚款,这远超传统单行法上的处罚力度。

第三,危害后果的弥散性。“权益的公共性越强,发挥影响者的数量越多,涉及该权益的行为可能性的选择面越广,那么该权益所面临的风险就越高。”〔67〕如果危害后果大大超出个体损害的范围,发散性地对某一领域不特定人员造成系统性损害,固守传统行政处罚的报应追责模式,难免遭遇因果关系复杂或“公地悲剧”等困境。此时,立法应当考虑设置更为严苛的行政处罚。例如,垄断行为通过限制竞争实质上剥夺了消费者的选择权并抬高市场价格,会对海量不特定消费者的权益造成弥散性损害。基于“预防和制止垄断行为”的立法目的,反垄断法以“上一年度销售额”作为罚基,对垄断行为的实施者开出天价罚单。〔68〕

违法行为的查处概率对处罚设定具有杠杆效应。鉴于查处概率在现实中不可能达到100%,处罚的严厉性须在一定程度上超过违法行为的社会危害程度,才能达致预期的预防水平。在社会危害程度给定的条件下,可从两个方面分析查处概率对处罚设定的影响:其一,一些违法行为具有较强的可查处性,如超市出售过期食品的行为往往“跑得了和尚跑不了庙”,还有一些违法行为的查处概率较低,如非法从事道路客运经营的流窜作案行为。一般而言,对于查处概率较高的违法行为,可设定相对较轻的处罚,而对于查处概率偏低的违法行为,则应考虑设置较重的处罚。其二,要发挥一般威慑的功能,必须先对违规行为的发生概率进行预估,如果某类违法行为在实践中可能普遍发生,那么在执法资源有限的前提下,其查处概率可能呈边际递减,因而有必要采取足以遏制其他人仿效违法的更为严厉的处罚措施。

## 2. 量罚:预防目的对处罚裁量的指引

在量罚层面,预防目的主要通过特别威慑机制来实现,其具体操作是,根据当事人的人格特征、违法行为的重复性、易被模仿性和风险性等裁量基准,来预测当事人再次违法的可能性和预防的必要性,从而确保裁量公正。

首先,特别威慑的基本逻辑是“按照行为人之个人人格标准处罚”。实践中,人格性因素已经被各类行政处罚裁量基准或指南所充分考虑,以有针对性地预防当事人再犯。例如,美国环保署发布的《行政处罚政策:环保署一般执行政策》将当事人“故意或疏忽的程度”“合作或不合作的程度”等人格性特征作为确定罚款的灵活性调整因素,据此环保署可在0-20%的幅度内上下调整处罚额度;〔69〕我国国家药品监督管理局印发的《药品监督管理行政处罚裁量适用规则》(国药监法〔2024〕11号)第6条将“当事人的年龄、智力及精神健康状况”“当事人的主观过错程度”“当事人对违法行为所采取的补救措施及效果”等人格性特征作为

〔66〕前引〔64〕,桑斯坦书,第170页。

〔67〕前引〔33〕,沃尔夫文,第89页。

〔68〕“阿里巴巴二选一垄断行为案”即为典型案例。参见国家市场监督管理总局国市监处〔2021〕28号行政处罚决定书。

〔69〕See Policy on Civil Penalties, EPA General Enforcement Policy #GM-21, p. 17.



量罚必须考虑的因素。

其次，特别威慑的目标是阻却行为人再次实施同类违法行为，故针对再次或多次违法的累犯有更大的威慑必要性。累犯可能抱有某种“概率重置”或“赌徒谬误”的心理，其一旦受罚，就会“重置”其观念中再次被查处的概率，就像赌博的人在赌输后认为自己会转运而提高赌注一样。<sup>[70]</sup>根据倍数公式，当重复违法的当事人调低对被查处概率的心理预期时，只有对其加大处罚力度才能实现充分威慑。在规范上，对累犯的量罚至少包括两个层次：（1）从重处罚。对于一般违法行为的累犯，可以在裁量幅度内从重处罚。例如，国家市场监督管理总局发布的《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》在第16条第3项中规定，“因同一性质的违法行为受过刑事处罚，或者一年内因同一性质的违法行为受过行政处罚的”，可以从重处罚。（2）加重处罚。对于具有重大风险的重复违法行为，可对其升格科处褫夺资格的行为罚，以达“永绝后患”的预防效果。食品安全法第134条创设的“三振出局”制度就是一种典型的加重处罚，该条规定“食品生产经营者在一年内累计三次因违反本法规定受到责令停产停业、吊销许可证以外处罚的，由食品安全监督管理部门责令停产停业，直至吊销许可证”。

再次，通常来讲，行政违法的模仿性越强或者案发频率越高，预防的必要性就越大，也越有理由从重量罚。这方面的典型例证是传销执法。传销行为的开展多采取“拉人头”“缴入门费”“团队式计酬”等经济激励机制，故社会模仿性和复制性极强。为此，在执法实践中，行政机关经常依照《禁止传销条例》第24条对组织、介绍、参与传销等违法行为从重甚至顶格处罚。<sup>[71]</sup>

最后，在食品安全管理、药品安全管理等部分领域，执法实践已经将风险严重程度纳入行政处罚的裁量基准中。例如，在某口腔诊所未按规定贮存医疗器械案中，<sup>[72]</sup>行政机关认为，“鉴于当事人首次出现未按照医疗器械标签标示要求贮存医疗器械的行为，且无病人出现不适情况，涉案产品风险性低、危害后果较小”，符合《浙江省药品监管行政处罚裁量适用规则（试行）》第8条第3款第2项规定的“涉案产品风险性低、危害后果较小”的从轻或者减轻处罚情形，依法决定从轻处罚。实践中，这种将涉案产品风险大小作为量罚因素的规定不在少数。<sup>[73]</sup>

风险程度迄今尚未成为一项普适的法定裁量情节，这导致一般威慑和特别威慑之间存在张力。以国务院督查组通报的“榆林芹菜案”为例，<sup>[74]</sup>按照食品安全法第124条，行政机关对售卖5斤农药残留超标芹菜的行为处6.6万元罚款已属从轻处罚，符合一般威慑的要求；从特别威慑的角度看，对本案中案值小且未造成实际危害后果的低风险行为予以重罚，预防的必要

[70] 参见[美]劳伦斯·弗里德曼：《碰撞：法律如何影响人的行为》，邱遥堃译，中国民主法制出版社2021年版，第135页。

[71] 参见山东省市场监督管理局平市监处字〔2019〕13号行政处罚决定书、广东省深圳市市场监督管理局深市稽罚字〔2019〕44号行政处罚决定书、浙江省金华市义乌市市场监督管理局义市监罚字〔2016〕00027号行政处罚决定书。

[72] 参见浙江省温州市瑞安市市场监督管理局瑞市监处罚〔2022〕412183号行政处罚决定书。

[73] 类似的规定还有《福州市市场监督管理机关行政处罚自由裁量权适用规则》（榕市场监管法〔2017〕789号）第12条第6项、《江苏省市场监督管理行政处罚裁量权适用规定》（苏市监规〔2022〕10号）第5条第8项、《湖北省药品行政处罚裁量权适用规则（试行）》（鄂药监发〔2021〕17号）第9条第1项、《江西省药品监督管理局行政处罚裁量权适用规则》（赣药监规〔2023〕5号）第6条第2项。

[74] 参见符向军：《纠正“卖5斤芹菜罚6.6万”个案警示了什么》，《北京青年报》2022年8月29日第A2版。



性并不大,且违反过罚相当原则。但是,由于低风险性并非食品安全法所明定的减轻处罚情节,行政机关无权擅自减轻处罚。针对这类问题的治本之策,不是对执法者求全责备,而是在立法上将风险高低确立为一项普适的裁量因素。

### (三) 预防目的的整体适用

现代社会风险多产生于科技革命带来的工业化进程之中,故行政法学界最初对风险预防的关注和讨论集中在科技、环境、人类健康等部分领域。但是,“风险的本质是社会子系统认识和行动的双重不确定性,而每个系统都处在不停地认识与行动之中,因此社会各个系统既是风险的制造者、受益者,也是风险的承担者、受损者”。〔75〕基于对现代社会复杂风险形势的深刻认识,我国创造性提出总体国家安全观,强调全领域防控风险的“大安全”理念。〔76〕还有学者从宪法文本出发,提炼出“国家面临的整体性风险”“政治领域的风险”“法律领域的风险”“经济领域的风险”“社会领域的风险”“科技领域的风险”“文化领域的风险”等七大风险领域。〔77〕在此背景下,行政法对于风险的认知和对风险预防的强调不应再局限于科技、环境和健康风险领域,而应将一切可能影响公共安全的风险纳入视线,实现各领域安全统筹治理、系统预防。

在规制行政中,预防目的应当全面贯彻于总体国家安全观所涵盖的各个领域。随着社会环境的变迁,秩序行政中也出现了对预防的强烈需求。“传统的警察危险排除的框架下的预先防止,在原则上也被迫需将其关注范围和侵犯的范围逐渐地不断提前。”〔78〕这是因为:首先,现代科技应用放大了传统秩序违反行为的危害后果。例如,过去对于侮辱谩骂、造谣诽谤等侵犯他人人身权利的秩序违法行为,依照治安管理处罚法予以事后制裁即可矫正。但是,在信息技术加持下,通过互联网发布的侮辱谩骂、造谣诽谤等网络暴力信息具有极强的传播性和人格杀伤力,仅靠传统的治安管理处罚力有未逮。为此,2024年6月出台的《网络暴力信息治理规定》确立了源头防范、防控结合的原则,并专门规定了预防预警制度及相应的罚则。其次,在现代超大规模社会中,诸如赛事组织、文艺表演、交通运输等传统的秩序行政管理事项,因存在规模集聚效应,容错率有所下降,稍有不慎就可能引发严重事故,因而立法有必要适当增加预防性的制度安排。〔79〕最后,风险具有社会心理所建构的主观面向。近年来,为提升人民群众的安全感和获得感,即便在传统的治安管理领域,公安机关也提出“主动警务”“预防警务”等理念,提倡把预防做到打击前、把打击做到升级前,最大限度减少群众的损失。〔80〕

## 五、行政处罚预防目的之法治约束

“预防性国家行为比制裁性国家行为更加广泛地逃脱了对国家权力的传统控制机

〔75〕 前引〔32〕,王旭文,第116页。

〔76〕 参见陈文清:《牢固树立和践行总体国家安全观 谱写新时代国家安全新篇章》,《中国信息安全》2022年第4期,第14页。

〔77〕 参见前引〔32〕,王旭文,第116页。

〔78〕 前引〔33〕,沃尔夫文,第97页。

〔79〕 《体育赛事活动管理办法》第55条规定:“体育赛事活动组织者违反《体育法》规定,有下列行为之一的,由地方体育行政部门或其委托的综合行政执法部门责令改正,处五万元以上五十万元以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,给予一年以上三年以下禁止组织体育赛事活动的处罚……(五)未按要求采取风险防范及应急处置预案等保障措施的。”

〔80〕 参见《加强新时代公安派出所工作三年行动计划(2023-2025年)》。

制。”〔81〕行政处罚在追求前瞻性预防效果的过程中，本身也伴随着预防范围泛化、不当增加公民义务、责任趋于严苛等侵蚀行政相对人权利的制度风险。因此，预防目的在行政处罚中的贯彻落实，还须接受一系列法治约束。

#### （一）法益侵害应客观存在

尽管预防目的下的行政处罚不以危害结果的实际发生为前提，但其同样要考虑法益侵害是否客观存在。只不过，传统的危害防卫模式下，行政处罚的设定和实施强调法益侵害结果应当实际发生，预防目的下行政处罚的设定和实施还要将可能发生的法益侵害风险考虑在内。〔82〕“行政罚的义务违反行为，其本质并非单纯的行政上的义务违反，而是具有侵害法益的危险性”，“认为可以完全不考虑一个行为对法益的侵害威胁，而仅仅以其违反了行政上的命令为由就对其科处制裁的观点，恐怕是过于倾向权威主义的观点”。〔83〕即使应受行政处罚行为的构成要件中并不包含实际危害结果，行政机关也只能在违法行为足以造成可能的法益侵害风险时，方可实施处罚。如果当事人的行为仅带来较小的法益侵害风险或者不会带来法益侵害风险，依据行政处罚法第33条第1款，就没有必要给予行政处罚。〔84〕例如，药品管理法第124条第3款之所以增加规定“未经批准进口少量境外已合法上市的药品，情节较轻的，可以依法减轻或者免于处罚”，原因就在于，境外合法上市的药品已通过临床试验，不属于威胁人类健康的假药，如果进口的数量较少且情节轻微，就不具有较高的法益侵害风险，也就没有处罚的必要。

#### （二）义务创设应有必要限制

基于风险预防原则，立法者在设定应受行政处罚行为的构成要件时，往往需要课予行政相对人各种预防义务。但是，面对充斥着不确定性风险的社会，“确定义务应当在何处止步是社会哲学所面临的一项最艰巨的任务”。〔85〕基于形式法治和实质法治的要求，立法者创设行政相对人的预防义务时至少须遵循下列准则。

其一，在形式法治维度，预防义务的设定须遵循法律保留原则。为公民设定法律义务本质上属于对权利的限制或干预，必须遵循法律保留。在行政处罚的设定层面，根据行政处罚法第10条至第14条，不履行预防义务作为违法行为原则上应由法律创设，行政法规、地方性法规不能增加规定。当然，义务创设的法律保留仅适用于实施性行政法规或实施性地方性法规，原则上不适用于职权立法和先行立法。〔86〕许多预防性行政处罚所要解决的都是上位法未予规定的新问题，故应当容许行政法规或地方性法规先行创设预防义务。例如，我国尚未对温室气体减排进行立法规制，为满足现实需要，国务院《碳排放权交易管理暂行条例》作为先行行

〔81〕 前引〔38〕，格林文，第113页。

〔82〕 法益侵害风险不同于实际发生的法益侵害，但若没有行政权介入，法益侵害风险几乎必然会向实际的危害结果转化，因而其在客观上属于法益侵害的一种类型。例如，虽然超标排污未必造成即刻的生态环境损害，可一旦累计排放超过临界数值，就可能造成生态退化的实害。

〔83〕 [日] 佐伯仁志：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第16页。

〔84〕 行政处罚法第33条第1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”，其中的“危害后果”应包括“可能的危害结果”，否则我国立法中大量“行为犯”式的行政违法行为，都可以依据该条豁免处罚。

〔85〕 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第15页。

〔86〕 参见黄海华：《新行政处罚法的若干制度发展》，《中国法律评论》2021年第3期，第52页。

政法规，对重点排放单位课予了清缴碳排放配额的减排义务，并设置了相应的罚则。<sup>〔87〕</sup>

其二，在实质法治维度，预防义务的设定须符合有效性原则。“所有惩罚都是损害，所有惩罚本身都是恶。根据功利原理，如果它应当被允许，那只是因为它有可能排除某种更大的恶。”<sup>〔88〕</sup>将行政相对人的预防义务纳入应受行政处罚行为构成要件的基础在于，预防义务的设置能够降低风险发生的概率。如果基于预防目的对相对人设定了较重的法律义务，而该义务的设定在事实上并不能起到应有的预防效果，那么该义务的设定就欠缺正当性。例如，有实证研究发现，要求驾驶员系安全带并没有降低社会整体的伤亡风险，而是以更多的行人伤亡为代价，换取驾驶员致命风险的降低，因为系上安全带的驾驶员倾向于把车开得更快。<sup>〔89〕</sup>在这种情况下，是否应当将系安全带继续作为行政相对人的预防义务，并对违反者予以处罚，就值得审慎评估。

### （三）比例原则的限制

按照一般威慑的逻辑，立法者通常以某类违法行为的抽象风险及其平均危害后果作为行政处罚的责任基准，并通过查处概率的杠杆效应进一步放大处罚设定水平。这可能导致行政处罚实施中出现当事人所承担的法律风险超出违法行为个案危害的现象。例如，全国人大常委会的执法检查报告指出，“新食品安全法对大部分食品违法行为的罚款额度起点较高，这对食品违法行为起到了震慑作用。但同时也面临着在执法管理中执行难、结案难等问题”，<sup>〔90〕</sup>仅因出售几袋过期鸡柳或方便面即被处以高额罚款的报道不时见诸报端，<sup>〔91〕</sup>与社会公众的朴素法感相悖。对此，应基于比例原则对行政处罚的预防倾向予以限制。当然，与报应目的追求“过”与“罚”的等同关系有别，比例原则对行政处罚的作用是限制性的，而非决定性的。它并不直接指明违法行为应受处罚的精确刻度，而仅为处罚的设定和实施提供一种框架秩序，只有明显超出该框架的限制，行政处罚才是不适当的。

首先，行政处罚的设定应有合理上限，不能为了追求预防目的而过分拔高处罚水平。我国行政处罚法第13条、第14条明确规定，规章设定罚款不得超过国务院和省级人大常委会规定的限额，这体现了对处罚设定的合比例控制。行政处罚法作为行政处罚的基础法，其对罚款限额的要求不应仅仅适用于规章，还应约束相关法律、法规对于罚款的设定。并且，法律、法规、规章可以设定的罚款的上限也应在行政处罚法中予以明确。对此，或可借鉴俄罗斯联邦行政违法法典的立法模式。该法在第3条中规定：“对公民科处的，以最低劳动报酬额计算的行政罚款额，不得超过最低劳动报酬额的25倍；对公职人员科处的行政罚款额，不得超过最低劳动报酬额的50倍；对法人科处的行政罚款额，不得超过最低劳动报酬额的1000倍。”<sup>〔92〕</sup>

〔87〕《碳排放权交易管理暂行条例》第24条规定：“重点排放单位未按照规定清缴其碳排放配额的，由生态环境主管部门责令改正，处未清缴的碳排放配额清缴时限前1个月市场交易平均成交价格5倍以上10倍以下的罚款；拒不改正的，按照未清缴的碳排放配额等量核减其下一年度碳排放配额，可以责令停产整治。”

〔88〕[英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第217页。

〔89〕See Sam Peltzman, *The Effects of Automobile Safety Regulation*, 83 *Journal of Political Economy* 677-726 (1975).

〔90〕张德江：《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国食品安全法〉实施情况的报告——2016年6月30日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》，《中国人大》2016年第13期，第13页。

〔91〕参见《资阳一食品店售一袋过期鸡柳 挣了1.5元被罚款5万元》，<https://sichuan.scol.com.cn/zyxw/201701/55798201.html>；《销售过期方便面？没收违法所得，罚款5.6万元！》，[https://m.thepaper.cn/baijiahao\\_16646052](https://m.thepaper.cn/baijiahao_16646052)。均于2024年10月26日最后访问。

〔92〕前引〔28〕，《俄罗斯联邦行政违法法典》，第10页。

其次，行政处罚的实施应适当考虑当事人的经济状况，同时秉承行政处罚的谦抑理念。为防止一般威慑层面的罚款下限设定过高，导致个案失去裁量空间，可将当事人的经济状况增列为减轻处罚的法定情节。比较法上已有此类立法例，如德国违反秩序法第 17 条第 3 款规定，决定罚款数额的裁量“同时还要考虑行为人的经济状况，但于轻微违反秩序行为的情形通常不予考虑”。<sup>[93]</sup>在一般威慑的逻辑指引下，立法者设定行政处罚（罚款）起点时，往往已经考虑了违法行为的社会危害和查处概率，倘非情节严重，一般无须从重量罚。正因如此，《国务院关于进一步规范和监督罚款设定与实施的指导意见》强调，“不得随意给予顶格罚款或者高额罚款”，此即行政处罚谦抑理念的体现。

---

---

**Abstract:** Treating retribution as the purpose of administrative sanctions not only raises philosophical and legal interpretative doubts but also fails to fully explain the institutional reality of modern administrative sanctions. Modern social risks have transcended the danger categories of traditional order-based administration and posed a series of challenges to the administrative rule of law, thereby shaping the preventive purpose of administrative sanctions. In the process of setting and implementing administrative sanctions, the legal deterrence mechanism focuses on the passive elimination of routine violation risks, while the risk prevention principle is aimed at allocating and controlling emerging social risks. Based on the dual structure of legal deterrence and risk prevention, the preventive purpose has profound systemic effects on the normative construction of administrative sanctions in such aspects as constitutive elements and legal effects. Based on the principle of risk prevention, the constitutive elements of acts subject to administrative sanctions should be adjusted in such dimensions as risk perception, harm expectation, preventive measures, and the proof mechanism. Based on the legal deterrence mechanism, the legal effects of administrative sanctions should be optimized in the dimensions of the setting and discretion in imposing administrative sanctions, so as to give better play to the function of general deterrence and special deterrence. To prevent the arbitrary expansion of administrative sanctions, necessary legal boundaries need to be drawn for the preventive purpose in such aspects as the control of infringement of legal interests, the control of the creation of obligations, and the control through the principle of proportionality.

**Key Words:** administrative sanctions, preventive purpose, legal deterrence, risk prevention, legal constraint

---

---

---

[93] 前引 [22]，熊樟林编书，第 106 页。