论行政处罚规则

汪永清

对违法行为实施行政处罚，是一个对违法行为予以认定、评价和适用法律的复杂过程，既涉及到行为人的主客观因素和从重、从轻处罚事由，更涉到违法行为本身的复杂与多变，涉及到实施处罚的机关之间的分工与协作。比如，一行为违反了两个以上法律规范，依法应当由两个以上的行政机关或者组织处罚的怎么办？连续几个违法行为又应如何处罚？等等。我们把解决这些由于受处罚行为和行政处罚本身的一些特性引起的问题而形成的一套规则称之为违法行为的处罚规则，简称行政处罚规则。其中包括：行政处罚竞合规则，连续几个违法行为处罚规则，以及共同违法行为的处罚规则等。

作为一项法律制裁措施，行政处罚具有其他法律制裁所具有的共同特点，遵循法律制裁措施运作的一般规则，如法无明文规定不为罚、违法行为与处罚相适应、一事不再罚等规则。但是，行政处罚又是寓于行政管理中的一种法律制裁，行政管理的复杂性、广泛性、专业性等诸多特点，都毫无例外地折射到行政处罚上，尤其是划分行政管理领域的困难和行政管理关系的不确定，更使得多样化的行政处罚在客观上就不可避免地带有重叠或者交叉。在我国，行政处罚是由行政机关或者授权的组织实施的，它还与行政权、行政机关的设置和行政结构的布局相联系。因此，行政权在社会生活中的份量及其走向，行政机关的调整和职责的变化，都会使原本就重叠或者交叉的行政处罚，变得更加脉络不清。显然，在立法上，行政处罚的竞合不可避免，解决诸如行政处罚竞合等处罚本身特性引起的重复处罚和不处罚的现象，不能完全靠提高立法质量（当然这很重要）来解决，而还要靠建立行政处罚的规则来解决。因此可以说，研究行政处罚规则，是探索行政处罚运作规律的重要环节，对提高行政处罚的合法性和高效率，推进行政处罚规范化进程，都有重要意义。

一、确立行政处罚规则的理论基点

确立行政处罚规则，首先涉及到的是其理论基点，即应遵循的原则问题。基点不同，规则的构成和取向就不同。笔者认为，确立行政处罚规则似应以下列几项原则为理论基点。

（一）消除危险性原则

危险性属行为的社会危害性，主要是指违法行为可能带来的尚未发生或者尚未成为客观存在的危害事实或后果。违法行为给社会造成的危害后果一般表现为两种情形：一种是已经成为客观存在的危害后果，如驾驶员驾车闯红灯把人撞倒，商店出售变质食品使消费者中毒等；另一种是尚未成为客观存在的危害后果，但这种后果按常理完全可能发生。比如，驾驶员驾车闯红灯虽未撞倒人，但撞倒人、撞上其他车辆或者影响正常交通管理秩序完全是可能的，商店

出售变质食品虽未发现有人中毒,但变质食品可能损害消费者身心健康是显而易见的。我们把后一种危害后果称为违法行为的危险性。

需要指出,同一主体的一个违反法律、法规或者规章(以下简称法律规范)的行为,既可能有单一的危险性,又可能有多重危险性。驾驶员驾车闯红灯就只有扰乱交通管理秩序这个单一的危险性;而书店销售淫秽书刊,既扰乱了出版管理秩序、社会治安秩序,又影响书刊市场的平等竞争,破坏了市场秩序,因而具有多重危险性。总体来说,违法行为的危险性是由法律规范界定的,除了少数由于立法质量不高造成的某些法律规范的交叉或重复外,违法行为触犯了几个调整不同社会关系的法律规范,就应当具有几个危险性。因此,违法行为的危险性不是象有的学者认为的那样,是一种主观意测,可能带来反法治的倾向,而是以行为的违法性为前提,以法律规范为界定标志的客观事实。

作为行为人对国家承担的一种法律责任,行政处罚通过对行为人的惩戒,使行为人形成一种得不偿失的主观状态。它关注的不是违法行为已然的危害后果,而是将要发生的危害后果即危险性,其着眼点不是违法行为已经造成什么,而是将要造成什么。因此,对违法行为实施行政处罚,核心要件就是由法律规范确立的行为的危险性(即行为的违法性),而不是行为的已然后果。这是立法和执法都必须贯彻的价值准则,确立行政处罚规则也不例外,必须以此为基点。

(二)国家行政权统一原则

一国的行政权均来自法律授予,是一个有机整体。我国宪法第85条、第89条和第108条的规定,表明国家行政权是统一的。我们把这称之为国家行政权统一原则。根据这一原则,行政权有如下特点或要求:(1)不可重复性。指一个行政机关或者组织对某事项已行使行政权力,其他行政机关或者组织在非经法定程序撤销该权力之前,不能以同一的理由和方式,再对该事项行使行政权力。行政权力的不可重复性是行政权运行中的经济考虑(称便宜主义),也是行政效率所要求的。实践中,重复管理、重复处罚现象较为普遍,这实际上是行政权力人格化、国家利益部门化的表现,是分割国家行政权的行为。(2)不可替代性。指不同领域的法定行政权力是不可相互替代的,如环保领域的行政权力,不能用药品管理领域的行政权力替代,反之亦然,除非行政管理领域的划分是非科学的,行政权力是非法定的。因为不同领域的行政权力都有自己的专业特点,其目的、功能和所涉及的社会关系都是特定的,有自己的内在规律。但是,行政权的这种不可替代性,是就行政权的属性而言的。就权力主体而言,不同领域的行政权力在不同主体之间是可以依法转移的,行政权不是"从一而终"的,究竟归属于谁当然要依法而定。因此,当两个以上的行政机关依法对某事项都可以行使处罚权,而由其中一个机关行使时,只要所行使的处罚权发生量或者形态上的变化(如加重),就是权力的转移,而不是权力的替代。需要指出,对一些属性和功能都相似或者相同的权力,应允许相互替代,但这应通过立法来认定,属立法协调的范畴,在执行过程中不应提倡。(3)政府有权调整其所属部门的权力。所谓调整,是指政府根据本地的实际情况,依法对部门的法定权力予以再分配。比如土地管理权,政府可以把它交给土地部门行使,也可以不设土地部门而把它交给建设部门行使。

这一原则要求在确立行政处罚竞合规则时,充分考虑行政权的不重复、不替代和可调整的特点。

(三)有限规则主义原则

这一原则要求确立行政处罚规则应采取有限规则主义,既要限制处罚中的自由裁量权,使规则明确、具体,具有可操作性,又不可能面面俱到,要留有余地,给实施处罚的机关一定的选

择权、裁量权。在论及确立行政处罚规则问题时，有二种针锋相对的观点，一种观点认为，行政管理的实践复杂多变，违法行为林林总总，既然单项立法已把处理行政处罚竞合问题、连续几个违法行为的处罚问题的权力赋予给法的实施，那么在立法上确立一套对各种违法行为予以处罚的规则，既无必要，也无可能。另一种观点则认为，作为法的实施者，行政机关只能把违法事实与具体、明确的法律条款联系起来，从中寻找显而易见的法律后果。强调对违法行为实施行政处罚，必须有明确、全面、严格的规则制约，法的实施者不应有裁量权。否则，就难以保证处罚的合法与高效。这两种观点实际上是西方法学界在立法问题上长期争论不休的“绝对自由裁量主义”和“严格规则主义”的翻版。难以成之以理、于实际相符。

(四)个人利益与公共利益兼顾原则

行政处罚以维护社会秩序和公共利益为目的，这与其他公法上的责任是相同的。但是，在实施行政处罚过程中，在依法剥夺或者损害行为人个人利益的同时，要不要充分考虑维护行为人的合法利益，这是确立行政处罚规则不容忽视的问题。剥夺、损害和维护之间好象是一对矛盾，个人利益与公共利益在行政处罚的价值取向上也好象难以相容。其实不然，这两者应当而且完全可以兼顾。这种兼顾主要是通过在不直接损害国家的、公共的利益前提下，确立有利于行为人的价值取向来实现的。具体来说，除非法律有明文的禁止性规定，行政机关或者组织在实施行政处罚时，都应当本着有利于行为人的原则来适用处罚。

二、一行为处罚规则

一行为处罚规则是行政处罚规则中最重要、最复杂的部分。所谓一行为是指同一行为主体基于同一事实和理由实施的单一行为。从行政处罚的实践来看，一行为有四种形式：(1)一行为违反一个法律规范，由一个机关或者组织实施行政处罚；(2)一行为违反一个法律规范，由两个以上机关或者组织实施行政处罚；(3)一行为违反两个以上法律规范，由一个机关或者组织实施行政处罚；(4)一行为违反两个以上法律规范，由两个以上机关或者组织实施处罚。违反一个法律规范是指违反了法律、法规或者规章的一个规定，违反属于同一领域(调整同一社会关系)不同层次的法律文件规定，也是违反一个法律规范。一行为违反一个法律规范，由一个机关或者组织实施行政处罚的，是最普遍的情况，对此，只要按着行政处罚的普遍要求和一般程序实施处罚即可，无需遵循特别规则。一行为违反一个法律规范，由两个以上机关或者组织实施行政处罚的情况也不少见，如对销售伪劣商品的行为，工商行政管理部门和技术监督部门都可以予以处罚。对这种情况，应根据一事不再罚原则，由其中一个机关实施处罚，其他机关不得以同一事实和理由再予以处罚。因此，一行为处罚规则实际上需要研究的是上述第三、第四种情况的处罚规则，即行政处罚竞合的规则。

(一)一行为违反两个以上法律规范由一个机关或者组织实施行政处罚的规则

这里所说的违反两个以上法律规范，是指同一个法律事实，同时符合两个以上法律规范关于违法要件的情形。例如，非法贩运、销售爆炸物品的，既违反了民用爆炸物品管理规定，又违反了投机倒把行政处罚的规定；再例如，制作、销售淫秽书刊的行为，既违反了治安管理规定，又违反了新闻出版管理规定，还违反了投机倒把行政处罚的规定等。学者把这种现象称之为规范竞合或者法条竞合。一般来说，一行为违反两个以上法律规范时，大多数情况下都是由两个以上的机关或者组织实施行政处罚，但也有是由一个机关或者组织实施行政处罚的情况。如非法收购或者出售电力设施器材的，既违反了《电力设施保护条例》第30条的规定，又违反了《投

机倒把行政处罚暂行条例》第3条的规定,但对这种违法行为都是由工商行政管理部门实施处罚的。在类似这种情况下,行政机关或者组织应遵循哪些规则呢?对此,首先必须明确,对这种违法行为一般只能根据其中一个法律规范给予一个行政处罚,就象刑法中法条竞合只按其中一个规定定罪量刑一样。至于根据哪个法律规范,给予一个什么样的处罚,笔者认为,似应按下列规则办理:

1.特别法优于普通法。仅就受行政处罚的违法行为而言,特别法与普通法是根据法律规范规定的受处罚行为构成要件的逻辑特性所分别确定的(有时也考虑法的调整对象和适用范围),二者的关系所反映的是法律规范规定的不同的受处罚行为构成要件之间的逻辑对比关系,即普通法规定的是类的受处罚构成,特别法规定的是种的受处罚行为构成,两者之间在逻辑上存在属种关系。[①] 例如,《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条的规定,与《电力设施保护条例》第30条的规定在受处罚行为的构成要件上,就存在属种关系,即投机倒把行为的构成要件的外延含非法收购、销售电力设施器材的行为要件。因此,《投机倒把行政处罚暂行条例》是普通法,《电力设施保护条例》是特别法,对非法收购或者出售电力设施器材的行为处罚,应适用《电力设施保护条例》第30条。

有的同志提出,在以特别法优于普通法为原则的同时,应以重法优于轻法为例外,即当特别法在处罚上轻于普通法时,应适用普通法,认为这样有利于实现行政处罚的功能,体现违法行为与处罚相适应的原则。笔者认为,这种看法不符合兼顾个人利益的原则,也有悖于行政处罚的价值和目的。至于重法优于轻法能否与特别法优于普通法相提并论,更涉及许多理论问题,在此不一一论及。

2.后法优于前法。"前法"、"后法"是指按颁布实施时间前后划分的法律种类。当行为所违反的两个以上的法律规范属于同一效力等级,或者这些法律规范在规定受处罚行为构成上不存在属种关系时,行政机关或者组织就应当根据"后法优于前法"的原则,依据后法适用行政处罚。

3.比照"一行为违反两个以上法律规范由两个以上机关或者组织实施处罚的规则"予以处罚。这是前两种规则的例外,主要考虑到现行行政管理领域的划分不尽合理,机构变动较大,违法行为所违反的两个以上的法律规范有可能是跨领域的或者调整不同社会关系的。同时也不排除多领域的法律规范由一个机关或者组织实施等情况。在这些情况下,一行为违反两个以上法律规范,由一个机关或者组织实施行政处罚具有由两个以上机关或者组织实施行政处罚的某些特性。

(二)一行为违反两个以上法律规范由两个以上机关或者组织实施处罚的规则

一行为违反两个以上法律规范是由一个机关或者组织实施行政处罚,还是由两个以上机关或者组织实施行政处罚,实际上涉及到违法行为是侵犯一个行政管理关系还是多个以上行政管理关系。尽管,我国现行行政机关的设置和行政管理领域的划分不尽科学,由一个还是由几个机关或者组织实施行政处罚可能并不反映问题的实质,但从行政管理科学化的角度来看,行政管理关系与关系主体是成正比的。因此,一行为违反两个以上法律规范由两个以上机关或者组织实施行政处罚的规则,不同于由一个机关或者组织实施行政处罚的规则。该规则的具体内容包括:

① 参见龚培华:《评法条竞合重法优于轻法原则》,载《中国法学》1992年第4期。

1. 一个机关或者组织对行为已经给予行政处罚的，其他机关或者组织可以对行为人从轻或者免予处罚。这一规则存在的理论基点之一，就是行为人应受到的几个行政处罚可以折抵或者吸收。所谓从轻处罚是指在依法应给予的处罚范围内剔除前一个处罚而表现出来的从轻，是对前一个处罚的补充。比如，前一个处罚是罚款 200 元，后一个处罚应当是 300—800 元，那么后一个处罚的实际罚款数应当是大于或者等于 300 元，小于或者等于 600 元(800 元减法 200 元)，在这个范围内决定处罚，均是从轻处罚。而免予处罚的情况是，前一个处罚的严厉程度超过后一个处罚，或者前一个处罚的实施已消除了行为的社会危险性，如违章建筑的被拆除、黄色书刊的被没收等，在这种情况下，如果法律没有明文规定予以其他种类处罚外，就应予免除处罚。

2. 两个以上机关或者组织共同查处违法行为的，可以商定由一个机关或者组织依法处罚，其他机关或者组织不再处罚。这是前一规则的补充，其适用的条件是：能否由其中一个机关或者组织依法处罚，必须经过共同查处违法行为的机关或者组织的商定；由一个机关或者组织所实施的处罚，应当与其他机关或者组织本应实施的处罚同属一类，可以相互折抵或者吸收；实施处罚的机关或者组织应当依法从重处罚。

3. 分别处罚。这一规则是前二个规则的一种例外情况，即在不可以从轻或者免除处罚，或者无法商定由一个机关或者组织实施处罚时，就应当分别处罚。其具体适用的条件是：两个以上的机关或者组织依法所实施的处罚种类不同。在我国，一些处罚是某些行政机关的专有权力，如吊销营业执照是工商行政管理部门的权力，吊销卫生许可证是卫生行政部门的权力，而行政拘留是公安机关的权力。如果某个体餐馆经销变质食品致使他人中毒，卫生行政部门要依法吊销其卫生许可证、工商行政管理部门要依法吊销其营业执照，公安机关还可能要依法拘留该个体户。对此，既不能合并处罚，也无所谓从轻或者免除处罚。至于还要予以财产罚，则可以考虑适用其他规则。

三、连续几个违法行为处罚规则

连续几个违法行为是指同一个违法主体在同一时间或者连续的时间内所实施的两个或者两个以上的违法行为。其基本特征是，行为人有数个违法行为而且这些行为在时间上有某种连续性，或者这些行为相互间有一种牵连性。例如，某甲在道路边设摊售酱肉，如果其设摊未经批准，又无照经营，出售的酱肉还未经检验，那么某甲即实施了公安交通违法行为(影响车辆通行)、工商违法行为(无照经营)和卫生违法行为(经销未经检验的肉制品)。这几个违法行为很显然在时间上具有连续性，在相互关系上又互为因果。连续几个违法行为不同于一行为违反数个法律规范，二者的区别如同于刑法中的数罪与法条竞合的区别。

连续几个违法行为有两种情形：一种是依法由两个以上机关或者组织实施行政处罚；另一种是依法由一个机关或者组织实施行政处罚。对连续几个违法行为应如何处罚？这两种情况能否适用同一个规则?这是实践中急需回答的问题。笔者考虑，行为人有连续几个违法行为的，应适用下列规则予以处罚：

1. 依照法律、法规或者规章的规定，由两个以上机关或者组织实施行政处罚的，应当依法分别给予处罚。理由是，这种情况难以合并处罚，不同的行政机关或者组织均有各自特定的权限范围和适用处罚的条件，各自的角色在单个情况下难以彼此代替。

2. 依照法律、法规或者规章的规定，由一个机关或者组织实施行政处罚的，应当合并处罚。

所谓合并处罚既包括量罚上的合并,也包括执行上的合并。其表现形式是行政机关或者组织作出一个处罚决定。合并不排除多种处罚的并用。在量罚上的合并允许同一性质的处罚(如罚款)参照刑法上的"数罪并罚"来确定。设定这一规则主要是基于对行政处罚的经济原则和效率原则的考虑,同时兼顾行为人的利益。

四、共同违法行为的处罚规则

(一)什么是共同违法行为

共同违法行为是指两人以上共同实施的违法行为。从主体上看,共同违法行为必须是两人以上实施的,单个人实施违法行为,无论是一次还是多次,均不存在共同违法问题;从客观要件上看,各个共同违法行为人必须有共同的作为或者不作为。各个共同违法行为人在实施某一违法行为时,他们的具体分工和参加的程度可能不同,但每个人的活动都指向同一个目标,使他们的不同分工有机地结合起来,成为一个统一的违法行为。因此,各个共同违法行为人的活动是彼此联系、互为条件的,对于所造成的社会危害性来说都是必不可少的。比如,甲、乙为建房均需把宅基地填高,便商定由甲出车、乙出人到河道范围内取土。在这里,甲、乙的分工尽管不同,但都是围绕在河道范围内取土这一目标而进行的,每个人的活动都是损害河道管理安全的必要条件。因此,甲、乙取土的行为,是共同违法行为,均应对自己的行为负责。

一般来说,各个共同违法行为人都有共同的故意,都能认识到自己是和他人一起实施某种行为。只有这样,才能使各个共同违法行为人的个人意志联结成一个共同的意志,从而使他们的活动具有内在的统一性和协调性。但是,从实施行政处罚的角度而言,各个共同违法行为人是否有共同故意,并不必然成为是否予以行政处罚的前提条件。也就是说,受行政处罚的共同违法行为,在行为的主观要件方面,并不象共同犯罪那样严格。两人以上共同实施违法行为的,只要行为人不能证明自己无故意,就应推定为有故意,就是共同违法行为。因为,受行政处罚的行为必须以违反法律的明文规定为前提,在行政管理领域,违法即可推定为有过错。

(二)对共同违法行为如何予以行政处罚

对此,现行立法没有明文规定,实践中的做法也不一样,有的参照刑法上处罚共同犯罪的做法予以行政处罚,有的只对共同违法行为中的某一人予以处罚,而有的则各打五十大板,由行为人分担处罚责任。笔者考虑,共同违法行为较之单个人实施的违法行为而言,具有较大的社会危害性,因此不能简单地按照单个人的违法行为实施处罚,而应当分清各自在违法中所起的作用,确定各自应承担的处罚之责。但是又不能完全比照处罚刑法上的共同犯罪的做法,把共同违法行为作为一种特殊的违法行为予以处罚。基此,笔者认为,处罚共同违法行为应遵循这样的规则:两人以上共同实施违法行为的,应当根据各自的违法情节,依法分别给予处罚。

确立这一规则的基点是,各个共同违法行为人应当分别对共同违法行为承担处罚之责,由于各人在实施违法行为中的作用不同,各自实际承担的责任也就不完全一样。既不允许一人独自对共同行为负责,也不允许因共同违法行为引起的责任由大家平摊。规则中的"根据各自的违法情节",即指行为人在实施共同行为中的作用,作用大的,情节严重,应依法从重处罚;作用小的,应依法从轻、减轻或者免除处罚。

(作者单位:国务院法制局)

责任编辑:刘翠霄