

第一编 行政侵权及其救济

第一章 行政侵权行为概述

本书把当前我国国家机关侵权行为主要分为行政侵权行为和司法侵权行为两大类。要了解行政侵权行为，必须首先了解两个重要概念，一个是行政违法行为，一个是侵权行为，因为行政侵权行为与这两个概念都有关，它既是行政违法行为的一种，又是侵权行为的一种。行政侵权行为主要是行政机关行政行为违法造成公民、法人和其他组织权益损害的行为，因此它肯定是行政违法行为，但行政违法行为不止是行政侵权行为，它的外延比行政侵权行为范围广。^①同时侵权行为作为不法侵害他人人身或财产权利而负赔偿责任的行为，最初是作为民法概念提出的，行政侵权行为则作为一种特殊的侵权行为，从一般侵权行为中分化出来而后独立的。

一、侵权行为的含义

“侵权行为”是一个极其古老的法律概念，它在各国不同语种中有着不同的表现形式，例如英语为“tort”，法语为“delict”，

也有人认为行政侵权行为不仅限于违法的行政行为，还包括行使行政职权中的事实行为。我们认为这些“事实行为”也是违法的。

拉丁语为“*de lictum*”等。尽管表现形式不同，但都含有“不正当行为”、“不法行为”、“过错”、“侵犯他人权利”等意思。它在各国文字中已经取得了法律上的专门涵义，是一种违反公共行为规范的致人损害的行为，亦即行为人故意或过失地不法侵害公共财产、公民个人财产、人身等权利的行为。

从十一届三中全会以来的我国立法进程来看，侵权行为是由（民法通则）最初加以明确规定的。《民法通则》第 106 条规定，侵权行为，一般是指行为人由于过错侵害他人的财产、人身，依法应承担民事责任的行为；行为人虽无过错，但法律特别规定应对受害人承担民事责任的其他致害行为，也属于侵权行为。可见，“侵权行为”最初的确定，是一个民法上的内涵比较广泛的概念。

（一）侵权行为与犯罪行为不同

侵权行为既与犯罪行为有一定的联系，又与犯罪行为有着根本的区别。就其联系而言，侵权行为有时与犯罪行为发生着规范竞合的情况。这种情况常见于杀人、放火、伤害及重大责任事故等案件中，行为人的这些行为，可能既构成侵权行为又构成犯罪行为，在这种情况下，两种责任并行不悖，互不排斥，即行为人承担民事责任不影响其承担刑事责任，反之亦然。

从侵权行为法的历史沿革中可以看出人们对侵权行为的认识是不断深化的。人类社会初期，对侵权行为所引起的损害，习惯上是通过受害人及其血亲公开地对致害人及其血亲的对等损害的复仇方式来解决的。随着社会的进步，这种对等血亲复仇的方式渐为财物赔偿的做法所代替。侵权损害赔偿作为一种法律制度，是人类进入成文法时期才得以确立的。罗马法已区别了“私犯”与“公犯”，“公犯”是指危害国家的行为，凡罗马公民都可控告，而且受刑事制裁；“私犯”则指危害他人人身或个人财产的行为，违犯者负损害赔偿责任，但仅蒙受损失人方可起诉。可见

在古罗马，侵权行为属民事责任，与犯罪行为有着严格的区分。在现代社会中，更加注意侵权行为与犯罪行为之间的区别。一般认为侵权行为作为民法中对民事主体权利的侵害，其法律后果是对受害人的补救；犯罪行为是对社会秩序和公共利益的侵犯，其法律后果是对行为人的惩罚。

（二）民事侵权行为、行政侵权行为和司法侵权行为

侵权行为在我国《民法通则》中作广义的解释，它分为一般侵权的民事责任和特殊情况侵权的民事责任，国家机关及其工作人员因执行职务致人损害的民事责任属于一种特殊的民事侵权责任。《民法通则》第 121 条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。”可见，在《民法通则》中没有行政侵权行为、司法侵权行为的专门划分，它们都是一种特殊的民事侵权行为。

《行政诉讼法》和《国家赔偿法》颁布后，才将行政侵权行为和司法侵权行为从侵权行为中独立出来，这是实践和理论发展的需要，也是法律制度进步的表现。

二、行政违法行为的含义

行政违法行为不仅具有同一般违法行为相同的性质，而且具有自己的特征。

行政违法行为是一种独立于民事违法行为、刑事违法行为（即犯罪行为）并与后两者相并列的违法行为。

严格的行政违法行为概念是指行政主体（行政机关和法律、法规授予其行政职权的组织）所实施的，违反行政法律规范，侵害受法律保护行政关系而尚未构成犯罪的有过错的行政行为。

如何认定行政违法行为呢？它有以下几个主要特征：

（一）行政违法行为的主体是行政主体，而不是行政相对人

“行政违法行为”的概念可以在广义上使用，也可在狭义上使用。广义上的使用，是指宽泛意义上的使用，凡违反行政法律规范的行为，不管其主体是谁，都可称为行政违法行为，因此行政主体和行政相对一方违反行政法律规范的行为都属行政违法行为。通俗点说，行政机关可以作出行政违法行为，老百姓违反行政法，如违反《治安管理处罚条例》，也可构成行政违法行为。但从严格意义上讲，由于行政行为由行政主体作出，行政违法行为也只能由行政主体作出，因此行政违法行为是指行政主体的违法行为。这样理解，是为了更好地强调行政主体的法律责任，更好地捍卫行政相对人（公民、法人和其他组织）在行政法上的合法权益。因此，本书所称的行政违法行为，其主体仅指行政主体，采用的是狭义的行政违法概念。行政相对人违反行政法律规范的行为如何称呼呢？我们想，把它称为行政相对人违反行政法的行为，或称“违反行政管理秩序的行为”也可。

另外，行政机关只有以行政主体身份出现时，其行为才可能是行政违法行为。如果行政机关以民事主体身份出现，其行为违反了民事法律规范，甚至违法侵害了公民、法人和其他组织的合法权益，也只能是民事违法行为，甚至是民事侵权行为，而不可能构成行政违法行为。例如目前推行的政府采购制度，就其行为性质来讲是一种民事行为，如果政府在采购过程中违反合同，那么就是一种民事侵权行为，只能追究行政机关的民事责任。

（二）行政主体的行政行为是通过公务员的行为表现出来的

这里要注意区别公务员的行为是职务行为还是个人行为。当公务员以行政主体的名义行使行政职权时，其行政违法的后果和法律责任应归属于行政主体。但公务员以他个人名义活动时，其身份是公民，其违法行为的后果和法律责任应归属于他自己。公务员的职务行为和个人行为的区分在实践中有时是使人十分困惑的问题，必须对其行为涉及的时间（是否上班时间）、地点（是

否职务活动范围)、作出行为时的名义(是机关还是个人)、行为的实质意义(行为涉及公共利益还是私人利益)等各种因素全面综合考虑加以认定,特别要注意不要把个人行为(非职务行为)简单认定为职务行为。

(三) 行政违法行为是违反行政法律规范、侵害受法律保护的行政关系,但尚未构成犯罪的行为

法律规范是社会规范的一种,在现实生活中,社会规范有很多形式,如道德规范、宗教规范、团体规范等;在我国,党纪、团纪以及社会团体章程等也属规范,但违反党纪、团纪和社会团体章程的规范的行为一般不属于行政违法行为。行政违法行为的违法性是指行政行为具有违反行政法律规范的性质,是对行政法律规范所设定的权利和义务的违反。这里特别要强调行政主体对法律赋予的权力必须行使,不得自由处分,否则可构成滥用职权或违法失职。

行政违法行为违反行政法律规范,一般都属尚未构成犯罪的行为。行政违法行为与刑事违法(犯罪)行为有质的区别:它们由不同的法律规范调整,依法追究不同的法律责任(行政法律责任和刑事法律责任)。但它们也有联系,行政违法超过一定的“度”,就会发生变化,就可以成为犯罪行为。例如行政工作人员的失职行为一般属于行政违法行为,但如果失职行为严重,造成严重后果,就可以构成渎职罪。再如根据我国新刑法规定:纳税人偷税金额占应纳税额的百分之十以上并且偷税数额在一万元以上的,构成偷税罪;在这个数量界线以上的则以偷税违法行为论处。

另外,行政违法行为侵犯的行政关系可能是多方面的,例如可能侵犯内部行政关系,也可能侵犯外部行政关系;可能给国家公共利益造成损害,也可能给公民、法人或其他组织造成损害,甚至给国家与社会都造成损害。由此可见,行政违法行为并非全

部都直接造成对行政相对人合法权益的损害。行政违法行为概念不能等同于行政侵权行为，可以作这样的理解：行政侵权行为必定是行政违法行为，而行政违法行为未必构成行政侵权行为，行政违法行为并不必定构成行政侵权责任，而行政侵权行为则当然引起承担行政侵权责任的法律后果。

（四）行政违法行为的法律后果是要承担行政法律责任

所谓法律责任，就是指不履行法律规定的义务，即指违法行为，包括作为和不作为的违法行为，所应承担的法律后果。可见，法律责任通常以违法行为的存在为其前提。法律责任因违法行为的性质不同，一般分为刑事法律责任、民事法律责任和行政法律责任。行政法律责任是法律责任的一种，是由于不履行行政法律规范所规定的义务所必须承担的法律后果。在行政管理活动中，作为管理者的行政机关及其工作人员，以及作为被管理者的公民、法人和其他组织都可能违反行政法律规范，都可以成为行政法上违法行为的主体。但由于前面已指出了的：本书所称的“行政违法行为”是在狭义意义上使用的，主体只是行政主体，因此这里所讲的行政法律责任的主体也只是行政主体，即研究和着重追究行政机关及其工作人员的行政法律责任，我国（行政处罚法）等重要行政法律已作了这样明确的规定，也表明了这一点。

三、行政违法行为的构成要件

行政违法行为，兼具行政性和违法性，它是行政主体与违法行为的结合，为此，我们有必要继续讨论其构成要件。

所谓行政违法行为的构成要件，是指由行政法所确定的行政主体及其行政工作人员行政违法行为所具备的各种主观和客观条件。如果够不上这些条件，就不能确认行政机关及其工作人员构

成了行政违法行为。

要确定某种行政行为是否构成了行政违法行为，主要看它是否同时具备了以下几个要件。

（一）行为人必须负有相关行政法上的义务（包括必须正确行使行政权力的要求，这也是一种义务）

违法行为，一般就是不履行、不承担行政法上确定的包括作为和不作为义务的行为。这是构成违法行为的大前提，如果法律（行政法）并未确定行为主体必须履行的义务，那就不可能发生违法的问题。现代法治社会一个最明显的前提是有法可依，有法律明确规定公民、社会团体、国家机关的义务。中华人民共和国宪法规定了法律面前人人平等的原则，一切违法行为都要受到追究，国家机关包括行政机关也决不例外。对于行政机关及其工作人员来讲，行使法律赋予的权力本身就是最根本的义务，“权力就是责任”，“管理就是服务”，这是新时期对行政机关及其工作人员提出的新要求。

需要注意的是，不同的行政机关及其工作人员往往依照不同的具体的法律、法规履行自己的义务，因此它们之间有着职权的分工，有着不同的具体的义务；特定的法律、法规所规定的义务，往往只要求特定的机关和特定的机关工作人员去履行，因此本要件所指的法定义务具有“相关性”，即它具体地、明文适用于具体行政机关及其工作人员。例如《中华人民共和国执业医师法》（1998年6月26日九届人大常委会第三次会议通过）第4条规定：“国务院卫生行政部门主管全国的医师工作。县级以上地方人民政府卫生行政部门负责管理本行政区域内的医师工作。”也就是说有关执业医师的执法管理工作要由卫生行政部门主管，不能由别的部门（例如工商部门、公安部门）来执法，例如对个体行医医师注销注册，收回医师执业证书就不能由卫生行政部门以外的机关来执法。

（二）行为人必须有不履行法定义务的行为

必须有法定义务的规定，行政违法行为的发生才有可能性，这是一个大前提，但这只是行政违法行为发生的前置条件。只有当行政机关或其工作人员具体作出不履行、不承担法定义务的行为时，行政违法行为才真正发生。当然，对这种法定义务不能作过于狭窄的理解，法定义务中的“法定”，不光是指有明确的法律条款和法律规范的规定，而且包括行为必须符合法律原则和法律精神等。而行政机关对法定义务的不履行，主要是指行政机关对必须行使法律赋予的权力这一基本义务的不履行。

对于构成行政违法行为，必须把握两层意思：1. 它的客观性，即它必须是一种行为，表现在行为人的客观实践中，而不是停留在人们主观意识活动范围内。2. 这种行为的性质必须是违反了行政法律规范，是一种不履行法定义务的作为或不作为，它实实在在地侵犯了受法律保护的行政关系，对正常的社会秩序和社会关系有一定的危害性。

下面我们两则有关行政失职案件的报道来说明行政主体不履行法定的作为义务而构成行政违法的情况。据新华社 1998 年 7 月 9 日电讯，青海省西宁市三位女初中生因考试成绩不好，产生了离家的念头，结果被人诱骗到一家名为“金苹果乐园”的酒吧，当晚，老板让三个女孩在酒吧过夜，并有意让她们观看黄色录像，引诱、威逼她们拉客、接客，并威胁三个女孩子说：“谁要跑，就整死谁。”家长发现孩子失踪后急切地寻找，经过几天几夜终于在酒吧找到了这些孩子，惊讶地发现她们已被这家酒吧雇佣为“服务员”，实际上从事色情服务，于是立即向当地派出所报告。令人吃惊的是，该派出所民警向孩子家长说：“现在改革开放，我们不好查，影响了人家正常营业怎么办？”该派出所公然拒绝处理此事，使老百姓实在感到迷茫。后向西宁市有关部门反映，最后依法取缔了这家“金苹果乐园”。无独有偶，在广

东省近年发生了“烈士事件”，即有外来妹被人诱骗到卖淫火坑，结果不愿卖身而跳楼。有位记者对此案作了深入调查，发现该地有个“吉兆旅游度假区”，是一个“远近闻名”的“三陪”场所。为什么产生这样一个“色情地带”，长期无人过问呢？记者调查中才了解到当地不法分子活动猖獗，而公安部门不闻不问是其主要原因。公安部门十三年只来此“扫黄”四次，而两次是最近的事。

不正确地行使行政权力也属于行政主体不履行法定义务，通常表现在行政机关不正当地行使自由裁量权，以致达到滥用行政权力。例如，行政机关工作人员因受不正当动机和目的支配，致使行为背离法定目的和法律原则，或者反复无常地适用法律，致使行政相对人受害。这样的事例在实际生活中更多地发生，不在此举例。

行政执法必须遵守法定程序，这也是对行政机关的要求，行政机关无理由地省略法定步骤、无根据地增加步骤或不遵守时限都可能构成行政违法行为。

行政机关都有自己的职权范围，行政机关必须在自己的职权范围内行使权力，若超过职权范围，即构成行政违法，也是属于行政机关不履行法定义务的情况。

以上种种表明，对行政机关不履行法定义务应作较广义的理解。

（三）行为人必须有一定的过错

任何行为都是人们有意识的活动。行政行为是否违法，都与行为人的过错有联系。这里所说的过错，不仅指故意，而且包括过失。犯罪行为，大多数情况下是有故意的；行政违法行为一部分由行为人的故意所造成，但在相当多情况下会与过失有关，因此不能因为没有出于行为人故意，而是由于其仅有过失，而不认定或不追究行政违法行为及其责任。当然，从法理上讲一种行为

在行为人既无故意又无任何过失的情况下发生，行为人的某种行为（包括不作为）一般来讲可以不构成违法行为。但对行政机关及其工作人员来讲情况有所不同。因为在判断行政机关及其工作人员行为的合法性时，有一个不言而喻的前提：行政机关及其工作人员应该谙熟有关法律并能正确执法，这样行政机关及其工作人员任何一种不合法的行为应认定都是有过错的，违法本身就包含了一定程度的过错。当然由于行政机关的行为有时也会有特殊性，有些行为往往是集体决策的结果，行政实践中行政相对人常常很难直接证明行政机关及其工作人员执法中在实施加害行为时具体有哪些主观上的过错，因此《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等都没有把过错责任原则作为追究行政赔偿责任的归责原则，这是为了更有效地保护相对人的合法权益。

四、行政侵权行为的含义

前已论及，行政侵权行为与行政违法行为有密切的直接的联系，或者说，行政侵权行为是行政违法行为的一种，行政侵权行为必定是行政违法行为。但并非所有的行政违法行为都是行政侵权行为，理由前已论及：并非所有的行政违法行为都能直接对行政相对方造成合法权益的损害。

为此，有必要再强调一下行政侵权行为具有以下三个法律特征：

（一）行政侵权行为必定是行政违法行为，即行政侵权行为以行政违法为前提

行政违法行为有多种形式，多种原因，可以作许多分类，例如可以有行政失职形成违法，可以由行政越权形成违法，也可以因滥用职权形成违法等等，这种种形式的违法行为未必都是行政侵权行为，因为它们都有可能没有直接造成相对方的实际损失。

正因为行政侵权行为必定是行政违法行为，因此，我国大量的行政法律、法规都以违法性作为确定行政侵权责任的标准，并使违法责任原则成为我国行政侵权法上最根本的归责原则。

（二）行政侵权以行政相对人的合法权益受到损害为条件

仅是违法行为，但并没有给行政相对人造成合法权益的实际损害，这只是行政违法行为，不能说是行政侵权行为。这种损害，必须是实际存在的，而且这种受损害的权益是公民、法人或其他组织的被法律保护的权益（如物权、知识产权、人身权等）。如果行政相对人违法取得的利益受到行政机关行为的损害或影响，这种行为不构成行政侵权。总之，行政赔偿如果归责的话，它必须以行政行为违法并实际造成损害为前提。

需要注意的是，在我国，合法行政行为损害或影响他人合法权益，一般都以行政补偿来解决。我国已有不少法律、法规规定了行政补偿制度，但没有统一的行政补偿制度。在落实行政补偿制度方面目前还存在问题，一是立法不够完善，二是已有的条文没有很好地贯彻。

另外一种特殊情况是：在我国，还碰到国有公共设施致害问题，例如邮电、医院等国有企业、事业单位、桥梁、道路等国有公共设施，因设置、管理欠缺发生伤害事件，尽管有损害事实，尽管受害人可以向负责管理的企业、事业单位请求赔偿，但通常以（民法通则）为依据和准绳，其理由是上述事项不属于违法行使行政职权问题，不纳入行政侵权赔偿和其他国家赔偿范围是正确的。

（三）行政侵权行为主要以行政主体承担行政赔偿责任为后果

行政侵权行为可以在以下两种情况下发生：一种是行政行为本身构成了侵权，例如行政机关及其工作人员作出了违法的行政行为，造成了相对人合法权益的损害；另一种是行政过程中的侵

权。行政行为是行政机关及其工作人员行使行政权的过程，但在实际形成或实施这一行为过程中发生了许多事实行为，这些事实行为也可构成侵权。例如公安机关对违反治安管理的人作出了拘留五天的决定，这个决定本身并没有法律错误，但在拘留期间，公安人员对被拘留人进行了拷打，造成了被处罚人的人身伤害，其性质同样是违法行为，但这是行政行为进行过程中的一种侵权。

行政侵权行为主要以行政主体承担行政赔偿责任为后果。法律上有一句术语，叫做“有权利，必有救济”，也就是说，公民的合法权益不是虚置的，不是作摆设的，当这种合法权益实际受到损害时，就要有予以弥补的制度。纠正行政侵权行为以及弥补行政侵权行为给公民或组织的权益造成损害的救济方式很多，侵权主体既有可能承担行政赔偿责任，也有可能承担其他法律责任形式，但主要承担的法律形式是行政赔偿。

行政侵权行为主要侵害行政相对人的人身权和财产权，行政侵权事件发生后，行政主体首先有义务自我纠正，把侵权后果和危害减少到最低限度，但已造成损害的，行政机关应该承担起责任。如果被受害人确实不提出赔偿要求的，行政机关可免于承担行政赔偿责任，但行政相对人提出赔偿要求的，行政机关应该依法承担行政赔偿责任。

至此，我们可以给行政侵权行为下一个定义了：行政侵权行为是指行政机关及其工作人员在行使职权过程中违法侵害公民、法人或者其他组织的人身权、财产权等合法权益，并应承担行政赔偿责任的行政行为。

第二章 行政处罚

行政机关及其工作人员每天都在与社会打交道，每时每刻在管理社会，大量的具体行政行为使行政机关及其工作人员同公民、法人和其他组织联系起来。因此行政行为是行政主体行使职权，并能产生法律效果的行为，在一般情况下，它具有单方意志性、效力先定性和国家强制性。行政行为涉及到对行政相对人权利义务的设定、变更、确认和证明，因此对行政相对人的法律地位及利益产生重要影响。行政行为，特别是具体行政行为有许多形式和种类，例如有行政许可、行政奖励、行政处罚、行政征收、行政强制、行政裁决、行政监督等等，由于本书篇幅有限，不能对上述具体行政行为都一一介绍，只选择其中行政处罚这一当前广大人民最关注，而且在立法上已有明确规定的制度作一介绍。介绍的侧重点则放在行政机关行使行政处罚权应如何保障行政相对人的合法权益，与本书主题相吻合。

1996年3月17日八届全国人大第四次通过了《中华人民共和国行政处罚法》，这标志着我国行政法律体系中的一项重要制度——行政处罚制度的基本确立。

行政处罚是国家特定的行政机关或法律法规授权的组织，依法制裁违反行政法律规范者的一种重要的具体行政行为，它是使用频率最高的一种行政执法手段，在保障各级政府及其职能部门行使职权，维护公共利益和社会秩序方面发挥着重要的作用。因此为了实现政府职能，维护政府权威必须重视行政处罚制度的完善与研究。同时，随着改革开放以来我国民主法制建设的恢复发

展，我国的行政处罚制度也经历了一个迅速发展的过程，今天我国的行政处罚几乎涉及了行政管理的所有领域，时时刻刻可能对行政管理相对方——公民、法人或其他组织的权益产生直接影响。行政处罚又被公认为最有可能侵犯行政相对方权益的行政执法手段，因此我们在研究行政处罚制度时应当特别注意从保护公民、法人或其他组织的合法权益的角度出发。

一、中国行政处罚制度的现状和存在基础

（一）中国，被称为“行政处罚的大国”

大家知道，新加坡是一个美丽的花园国家，也是一个被称之为罚款的国家。因为在英文中“fine”一词既可作“美好”讲，又可称“罚款”。但是在新加坡，罚款虽然严厉，然而它被纳入法制轨道，不容许滥设罚款，也不容许滥施罚款，因此在稳定社会秩序、促进经济发展等方面发挥了很好的作用。中国目前是世界上有数的被称之为“行政处罚大国”之一的国家。行政处罚几乎涉及到行政管理的各个领域，包括公安、税收、交通、环保、工商、教育、文化、卫生、体育等等；法律、法规、规章等各类规范性文件中几乎都在“罚则”中规定罚款，全国每年的罚款数额很是可观，达数十亿元。应该说，行政处罚作为行政机关实施行政管理，维护经济秩序和社会秩序的一种重要制度，是必不可少的。

行政处罚制度在中国的发展有一个过程。党的十一届三中全会以前，我国行政法律、法规、规章也有一定数量，但当时专门规定行政处罚的条款并不多。因为当时在计划经济体制下，企事业单位都成为庞大的行政系统的一部分，政府与企事业单位之间没有成为法律上的外部行政关系。因此行政机关在很多事情的处理上都采用下政策、下措施、下指示的办法加以解决，如遇到阻

力与问题，大多采用内部行政命令以及内部发生效力的行政处分方式来解决。党的十一届三中全会以后，情况起了变化，特别是随着经济体制改革的逐步深入，企事业单位逐渐摆脱束缚，成为独立的主体，个人也不再成为社会大机器上一颗容易被忽视的“小螺丝钉”，而有了与社会、国家相对独立的经济利益。随着社会结构发生的巨大变化，政府的角色、地位和功能也在发生深刻变化。行政机关开始与企事业单位形成了外部行政法律关系，公民的法律地位也逐步提高，与行政机关之间的法律关系也趋向平等化。在这样的情况下，政府管理社会的功能，如果仅仅用一般号召与政策推行方式往往效果有限甚至出现无济于事的情况，那么作为体现国家根本利益的强制功能这时就要发挥其特有作用，对政府来讲其最高手段不是刑罚，而是行政处罚以及行政强制措施。因此，行政处罚的手段在依法治国、依法行政中的作用中突出出来。从八十年代中期开始，我国新出台的法律、法规、规章大部分都有了行政处罚的规定。可以说行政处罚制度的出台是事出有因，应运而生。

（二）我国行政处罚既存在“疲软”现象，又存在“过滥”情况

我国法律、法规、规章对于行政处罚内容的重视，反映了实践，尤其是市场经济发展这一实践对法律，对行政法的需求。市场经济解放了生产力，调动了人们的生产积极性，也激发了人们各方面的创造性和活力。但是也必然引发各种社会矛盾。“太阳底下有阴影”，建立正常秩序的需求与破坏正常秩序的力量同时存在，尤其是各种违法行为在新的社会背景和条件下滋生并有所抬头，因此为了维护社会公共利益和公共秩序，必须加强行政执法的力度，其中包括加强必要的行政处罚。因为如果执法疲软，打击不力，违法行为就会进一步蔓延，甚至给市场经济带来巨大冲击，对社会造成不可估量的损失。但是，行政执法，包括行政

处罚，又是一把“双面刃”，如果执法者不善于运用，或者法律对这一制度不加以认真规范，那么它也会像脱轨的列车，横冲直撞，给社会带来危害。情况表明，正是在我们开始运用行政处罚手段管理社会的同时，不少地方和部门出于对法律的误解，更主要的是出于利益的盲目驱动，开始滥用行政处罚手段，甚至把它作为“摇钱树”，作为“生财之道”。因此，“三乱”现象在相当一些地区泛滥成灾，其中“乱罚款”是令人们最头痛，也最深恶痛绝的现象。

应该看到，在我国由于有着行政高度集权的历史传统，行政权力往往无所不在，无所不及，在行政处罚领域有着处罚权限自发膨胀的趋向，在利益驱动的情况下，处罚范围过大，惩罚过重的倾向也极容易发生，这些倾向特别要引起我们的警惕。

下面一个例子不过是万千同样例子中的一个。据 1998 年 8 月 1 日的《法制日报》报道，新疆维吾尔自治区一家最大的台资独资企业“三山广场”由于当地公安局某巡警支队严重违法执法，乱处罚、乱强制，导致该企业声誉受到致命打击，以致面临破产的困境。这个“三山广场”是新疆三山娱乐有限公司的主营场所，是一位台湾人投资了 3.3 亿元人民币，历时四年建成的。但刚刚开业三十多天，这个各种手续齐全的电子游戏厅就降临了厄运。1998 年 1 月 16 日，乌鲁木齐市公安局巡警支队出动了大批警察，身着便衣，冲进了“三山广场”。企业经营者要求对方出示《行政执法证》或者其它任何有效证件，然而他非但没有看到便衣人员出示任何合法的搜身证件，反而被当场没收手机，与几十名女服务员和近六十名客人一起被押往巡警支队。1 月 19 日三山公司向政府有关部门申诉，要求根据国家法律和《台湾同胞投资法》保护三山公司的合法权益。新疆维吾尔自治区有关部门高度重视，成立了调查组。在一个多月调查的基础上，形成了调查报告。调查组认为：“三山广场”开办电脑游戏项目是经工

商、文化、公安等部门核准同意的，对其使用机型、游戏方式等均予认可，手续、证件齐全。巡警支队在该次执法活动中，认定“三山广场”提供赌博场所缺乏有效的证据，对娱乐场所一般工作人员采取强制措施等活动中都存在一系列违法或没有法律依据的问题。例如以巡警支队名义对当事人作出处罚决定，在处罚主体上不符合《行政处罚法》规定，也不符合《城市人民警察巡逻规定》，同时处罚程序违法，在扣押有关财物时，没有按有关规定当场登记，并未开具任何收据。巡警支队将收缴的罚款及没收的“违法所得”，均以自己的名义存进银行，其行为明显违反法律规定，特别是对当晚的客人不分情节与性质，也不作认真笔录，绝大多数均处罚款 3000 元，明显存在处罚不公正，适用法律不当等问题。在对电子游戏厅采取封存措施中也表现出严重的随意性。该事件被称为“1.16”事件。事件发生之后，三山公司无法正常经营下去，每天入不敷出，终于陷入濒临倒闭边缘的困境。

（三）既要加强行政处罚的执法力度，又要制止违法的行政处罚

哪里有社会，哪里就有规则。人们对于社会有序和安宁的渴望，对于可预见、可期待利益的需求，必然要求有共同的社会规范。其中最具普遍性，最具约束力的就是法律规范。这种法律规范有多方面的功能，其中惩罚功能是不可缺少的。在现代社会，国家对于其违法公民的惩罚，按轻重程度及危害社会程度大体分为两类，即刑罚和行政处罚，触犯刑律构成犯罪的施之以刑罚，触犯行政法律规范的则被处以行政处罚。这两种处罚制度都不可缺少，也不能互相代替。如果说，在有些国家，刑罚和行政处罚的界线不那么清楚的话，那么在中国，这条界线一开始就比较清楚，这是我们的优点。在中国，刑罚必须交由法院审理判定，而行政处罚则由行政主体（主要是行政机关）决定和处理。对行政