

主编 汪永清

行政处罚运作原理

中国政法大学出版社

行政处罚运作原理

主编 汪永清

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

行政处罚运作原理

汪永清 主编

*

中国政法大学出版社出版

北京昌平三工印刷厂印刷

新华书店经销

*

850×1168 大 32 开本 12.75 印张 323 千字

1994 年 1 月第 1 版 1994 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1186-9/D·1138

印数:8000 定价:8.50 元

前 言

如何进一步规范我国的行政处罚,使其在设定和适用上既合法、又高效,一直是摆在法学理论界和实际部门面前的一项重要任务。我们从1987年起,着手分析、研究行政处罚在立法和执法实践中存在的问题,并于1990年3月开始研究起草行政处罚法。其间,我们曾多次将研究起草行政处罚法碰到的若干重点问题及我们对这些问题的认识,通过培训班、座谈会等形式向广大政府法制干部和执法人员作了介绍,并反复听取了他们的意见。之后,我们又对这些问题作了进一步分析、筛选和研究,对各方面意见反复推敲、归纳,在此基础上,编写成这本《行政处罚运作原理》。

本书作者力图从理论和立法对策的角度,对行政处罚的设定权、授权或者委托组织实施行政处罚的条件、一行为违反两个以上法律规范的处罚规则、行政处罚案件的管辖、处罚证据的收集与审查、当场处罚的条件以及罚款决定权与罚款收缴权相分离等“热点”问题,作了较系统的阐述,回答了行政机关在设定和适用行政处罚中应注意的问题。本书不想为行政处罚构造某种理论框架和实践指南,而是老老实实把我们的做法和体会写出来,以抛砖引玉,求得法学界和实际部门的同志们批评指正。

本书是在国务院法制局研究室高帆主任、袁建国副主任的指导下完成的,他们二位还承担了本书部分章节的编写工作,高帆主任的论文《市场经济与行政权力》还作为本书的序编入。在本书编写过程中,我们还参考吸收了一些同志的研究成果,得到了国务院法制局和地方一些政府法制工作机构有关领导同志的支持和帮助。在此,对上述同志一并表示感谢。

主 编

1993年10月

目 录

市场经济与行政权力(代序).....	高 帆(1)
第一章 行政处罚概述	(11)
一、行政处罚的概念.....	(11)
二、行政处罚与行政权.....	(15)
三、行政处罚的功能.....	(21)
四、行政处罚在法律制裁体系中的地位.....	(26)
五、行政处罚的立法模式.....	(32)
第二章 行政处罚原则	(40)
一、处罚法定原则.....	(40)
二、处罚公正性原则.....	(42)
三、违法行为与处罚相适应原则.....	(44)
四、处罚与教育相结合原则.....	(46)
五、一事不再罚的原则.....	(48)
六、无救济即无处罚原则.....	(49)
七、处罚不适用调解原则.....	(51)
第三章 行政处罚与刑罚	(52)
一、研究这一问题的意义.....	(52)
二、行政处罚与刑罚的异同.....	(54)
三、行政处罚与刑罚的适用范围.....	(56)
四、行政处罚与刑罚的竞合问题.....	(62)
第四章 行政处罚与行政处分	(66)
一、问题的提出.....	(66)
二、行政处罚与行政处分关系的由来与发展.....	(66)

三、我国现行立法规定行政处罚与行政处分	
存在的问题	(68)
四、行政处罚与行政处分的异同	(69)
五、行政处罚与行政处分的竞合	(72)
六、行政处罚与行政处分的立法衔接	(74)
第五章 行政处罚与民事责任	(76)
一、问题的提出	(76)
二、行政处罚与民事法律责任的异同	(77)
三、行政处罚与民事法律责任的适用范围的界定	(80)
四、行政处罚与民事法律责任的立法衔接	(82)
五、行政权与民事法律责任的追究	(87)
第六章 行政处罚的种类	(92)
一、划分处罚种类的意义	(92)
二、行政处罚种类的划分标准	(94)
三、行政处罚种类的适用条件	(97)
四、行政处罚的类推适用	(104)
五、行政处罚种类的并科和易科	(107)
第七章 行政处罚设定权	(111)
一、行政处罚设定权与立法权	(111)
二、我国行政处罚设定中存在的主要问题	(114)
三、设定行政处罚的经济分析	(116)
四、设定行政处罚的条件	(121)
五、我国行政处罚设定权的划分	(123)
第八章 实施行政处罚的主体	(125)
一、处罚主体资格与处罚权性质	(125)
二、行政机关取得处罚主体资格的条件	(126)
三、授权组织与处罚主体资格	(131)
四、委托组织与处罚主体资格	(134)

五、综合执法机构的法律地位	(138)
第九章 行政处罚案件管辖	(141)
一、行政处罚管辖概述	(141)
二、地域管辖	(144)
三、职权管辖的内容及发展趋势	(148)
四、级别管辖与管辖权的转移	(152)
五、指定管辖的条件	(157)
第十章 应受处罚行为的要件	(160)
一、应受处罚行为的责任基础	(160)
二、行政处罚的归责原则	(160)
三、应受处罚行为的构成要件	(166)
四、决定处罚的情节	(171)
五、行为违法性的免除	(174)
第十一章 违法行为的处罚规则	(177)
一、违法行为的处罚规则含义及意义	(177)
二、确立违法行为处罚规则的理论基点	(178)
三、一行为处罚规则	(183)
四、连续几个违法行为处罚规则	(187)
五、共同违法行为的处罚规则	(188)
第十二章 行政处罚证据	(191)
一、行政处罚证据的概念、属性和意义	(191)
二、证据的种类	(194)
三、证据在理论上的划分	(199)
四、行政处罚证据的收集、审查与证明	(202)
第十三章 听证程序	(205)
一、听证程序的本质与功能	(205)
二、我国行政处罚中确立听证程序的必要性和可行性	(207)
三、我国听证程序的基本内容	(211)

第十四章 调查和决定程序	(215)
一、调查取证的意义及原则	(215)
二、立案条件及程序	(218)
三、调查取证程序构成	(221)
四、处罚决定程序	(225)
第十五章 当场处罚程序	(229)
一、当场处罚存在的客观基础	(229)
二、当场处罚的原则	(232)
三、当场处罚的适用条件	(234)
四、当场处罚程序的内容	(237)
五、完善我国当场处罚的几个问题	(240)
第十六章 罚款的收缴程序	(243)
一、决定与收缴分离制度：我国行政处罚的必由之路.....	(243)
二、专门机构收缴罚款的范围及程序	(247)
三、当场收缴罚款的范围及程序	(249)
四、罚款收缴障碍的排除	(251)
第十七章 行政处罚救济制度	(253)
一、行政处罚救济的意义	(253)
二、行政处罚复议制度	(256)
三、行政处罚诉讼制度	(263)
四、行政处罚赔偿制度	(269)
五、乱施、滥施行政处罚的法律责任.....	(271)
第十八章 国外行政处罚简介与比较	(273)
一、行政处罚地位之比较	(273)
二、处罚的种类和设定权异同	(278)
三、行政处罚程序的共同特点	(281)
四、行政处罚的发展趋势	(283)
附 录	(285)

市场经济与行政权力^①

(代 序)

高 帆

行政处罚是一项重要的行政权力,它涉及行政权力与相对人合法权益的关系问题,也涉及行政权力与其他国家机关的权力的关系问题。因此,不给行政权力“定位”,就很难给行政处罚“定位”,就很难规范行政处罚的具体运作规则。正如《当前行政处罚需要研究的若干问题》^②中指出的“行政权介入社会生活的程度和方式问题,行政处罚在行政权中的含量问题,是规范我国行政处罚必须解决的两个理论前提问题”。

理论研究与立法、执法的实践一再告诉我们,要从深层次研究行政处罚问题,必须认真研究市场经济与行政权力的关系问题。

一、完善制约行政权力侵害市场经济的法律机制,是规范行政处罚行为的重要前提

行政处罚在近几年成为立法和执法实践中的“热点”问题,这决不是偶然的。它是在我国确立了以市场取向的经济改革之后,人们迫切要求对行政权力进行规范和控制的集中反映。

行政权力是国家政权的重要组成部分,是国家行政机关执行法

①原载《中国法学》1993年第2期。

②见《中国法学》1992年第3期。

律、管理国家行政事务的权力。行政权力是全部行政法理论的基点，是行政法学的核心问题。行政法学的所有问题，诸如行政主体、行政行为、行政监督、行政诉讼等等，都是围绕着行政权力这一中心范畴展开的。正因为如此，有关行政立法和执法实践中的“热点”问题，无不与行政权力有关。行政处罚的问题，当然也不能例外。

在市场经济的条件下，如何给行政权力“定位”，换言之，如何正确认识和处理政府与市场的关系，摆正行政主体与市场主体的地位，在一定的历史时期经常成为理论界争论的焦点。简单地说，对此，有两种截然不同的主张：一种意见认为，自然秩序是由一只“看不见的手”所操纵的，这种秩序比政府的管制秩序更好，因此主张自由放任，反对政府干预，主张对行政权力严加限制；另一种意见则认为，在经济活动中，各种不同的利益集团之间经常发生冲突，各市场主体的盲目竞争会浪费资源，并造成社会不公，因此政府应当运用手中的权力进行干预。这两种观点此消彼长，争论很激烈。在本世纪三十年代，特别是二战以后，资本主义世界发生了空前的经济危机。无限制的自由竞争产生了垄断，严重地妨碍了经济发展和社会公正，迫使政府不得不进行必要的干预。随着行政职能和行政权力的扩大，行政立法和行政执法活动日益加强，行政处罚的地位和作用也显得十分突出了。

当代中国的情况与二战前后的西方国家的情况不同：当时西方资本主义国家已经由自由竞争发展到垄断阶段，过分崇尚自由放任和市场调节作用的弊端已经暴露出来；而中国的行政权力本来就很大，又实行了高度集权的经济体制，否定市场的调节作用，政府管了许多不该管也管不好的事情，致使行政主体代替了市场主体的地位。政府几乎垄断了所有资源配置的权力和职能。本来应当发挥市场作用的领域，政府却横加干预，甚至实行强制代替。而行政处罚作为一种制裁措施，就成了推行这种强制代替的法律手段。考察中国的经济管理体制，给人最深刻、最突出的印象就是行政审批和行政许可制度复杂而又完备。市场主体的任何活动，都休想摆脱这种制度的羁绊。

据反映,许多地方“立一个法,就增设一个机构,加一层审批手续,多一道收费、罚款”。有些部门和地方,利用审批、许可权吃卡拿要,增加了企业和群众的负担,妨碍了正常的商品流通秩序,以致于在一个时期内“三乱”(乱收费、乱摊派、乱罚款)成为一种社会公害。仅此一点,就不难明白为何行政处罚成为立法和执法实践的“热点”了。

当然,不能说在市场经济条件下所有的审批、许可制度都是不必要的,也不能否认行政权的实现有时需要法律制裁手段。但是,发展市场经济的前提条件是,市场主体必须是有自主权的法人。行政主体故然有维护公共秩序的权力和责任,但市场主体只要不去做法律禁止的行为,就不要去干预。如果行政主体把市场主体视为自己的附属物,就不可能有市场经济,也不可能有公平竞争的市场秩序。行政主体与市场主体的“错位”,必然造成上述怪现象,最终必然伤害公共利益。因此,在市场经济条件下,应当科学调整市场主体的权利与国家行政权力的关系,建立行政权力保护市场主体权利的法律机制。如果没有法律的约束,没有制约行政权力侵害市场主体权利的法律机制,就会导致行政权力的滥用和乱用,就会妨碍社会主义市场经济的建立和发展。

有些同志认为,目前有些行政权力过大,有些行政权力过小,表现在行政处罚问题上,一是处罚“疲软”,二是处罚太“滥”。他们担心,如果在立法中过分强调保障相对人的合法权益,会在实际工作中造成偏颇。这种担心是不必要的。行政处罚法的主要内容是规范行政机关享有的处罚权限,以及适用实施处罚权的程序。其侧重点是约束行政机关,防止滥施行政处罚,以保障相对人的合法权益。同时,通过立法确认了行政机关应当享有的行政处罚权,保障行政机关依法行政,从而克服处罚“疲软”现象。总之,制定和完善行政处罚法,既有利于搞活企业,又有利于加强政府对经济活动的调控作用,是与建立社会主义市场经济相适应的。

二、从建立和发展市场经济出发，科学地配置国家权力和完善我国的法律机制体系，是规范行政处罚行为必须考虑的重要内容

行政处罚作为一项重要的国家权力，涉及到整个国家权力配置的问题，也涉及到完善我国的法律制裁体系问题。关于权力配置，主要指两个方面：一是中央与地方的权力配置，二是国家权力机关、行政机关、执法机关的权力配置。关于法律制裁体系，是指行政制裁、民事制裁与刑事制裁的协调配套问题。在市场条件下研究这些问题，具有重大的现实意义。

关于中央与地方的权力配置，体现在行政处罚问题上，主要是行政处罚的设定权问题。所谓行政处罚设定权，是指哪些国家机关通过什么形式的规范性文件可以创设什么种类的处罚权。

由于行政处罚设定权与公民的基本权利关系十分密切，它将限制甚至剥夺公民的某些权利，因此现代法治国家对此都十分谨慎。一般说来，在单一制的国家里，行政处罚的设定权大都集中在国家的议会手里，通过制定全国一体遵行的法律来行使。但是，在某些国家，地方也可以设定行政处罚，如日本、意大利。

我国理论界和实际部门的同志，对行政处罚设定权还存在着不小的意见分歧。一种意见认为，所有的处罚都应由全国人大及其常委会通过法律来设定；第二种意见认为，除了有关人身罚的处罚由法律加以设定外，其他种类的处罚行政法规、地方性法规也可以设定；第三种意见认为，国务院各部门和地方人民政府的规章也可以设定财产罚、申诫罚和某些行为罚。由于意见分歧，在行政处罚的设定上各行其是，其结果是互不衔接，彼此抵触，为滥施处罚提供了依据。

笔者认为，中央与地方的关系是个极其复杂的问题，应作动态的、多角度的研究，似乎很难找出一个十全十美的模式来。在当前，解决中央和地方行政处罚设定权问题，不能过于简单化，要从政治、法律、经济等多方面着眼，应当考虑怎样有利于社会主义市场经济体制的建立和发展。

为此,我们不妨简要地回顾一下历史。在经济体制改革以前,我国实行的是高度集权的中央计划经济体制,中央是唯一的经济利益主体,地方是从属于中央的,没有自己的独立的经济利益,在执行国家的政策、法律时几乎没有自由处理权。改革以来,这种局面已经打破。在权力下放、“分灶吃饭”等改革措施推行以后,各地方政府日益关心本地区的利益。为了争夺紧俏的资源,“生猪大战”、“羊毛大战”、“蚕茧大战”等此起彼伏,冲突激烈。在市场不景气、销售困难时,各地方划地为牢、市场封锁的现象普遍存在。改革开放以来,国务院虽然制定过一些促进联合、保护竞争的法规,但是,由于利益驱动,各地方以手中的权力为后盾,大搞行政垄断,遍布关卡,人为地为商品流通设置了难以跨越的藩篱。发展市场经济,需要建立全国统一的市场,但地区分割、以地方性市场为主的格局,在我国很难打破。其中原因之一,就是地方以行政的、经济的和法律的手段,强行割断商品流通的渠道。而行政处罚作为一种法律制裁手段,就常被拿来为此服务。有鉴于此,许多同志主张提高行政处罚设定权规范文件的层级,认为行政处罚只能由中央通过法律和行政法规设定,没有专门授权,地方、特别是地方政府的规章,不能设定行政处罚。

笔者认为,中国是一个经济发展水平低、地区经济发展很不平衡的大国,市场机制很不完善,如果削弱中央的调控权力,让地区之间自由竞争,可能会加剧业已存在的地区冲突,甚至造成严重的社会动荡。但是过分强化中央的权力,又不利于调动地方的积极性。处理中央与地方关系的主要途径,应当是以立法的形式明确中央与地方的责、权、利,使之科学化、规范化。在明确了中央与地方之间的事权与财权划分之后,行政处罚设定权的划分才能更合理。

关于行政处罚权涉及到的国家机关权力的配置问题,以及完善法律制裁体系问题,许多同志对此都有明白的阐述,这里只想从行政权力与市场经济关系的角度谈一点不成熟的看法。

长期以来,我国忽视商品经济的发展,把市场经济看成是资本主

义性质的东西,对民商事立法没有给予应有的重视。现在许多人都说市场经济是法制经济,似乎计划经济就不是法制经济。其实,在传统的计划经济体制下,也是有法制的,不过是重视用行政法律关系去调整经济活动。在整个经济领域的立法中,行政管理的法律、法规、规章占有很大的份量,而且主要是为生产经营者设定义务性规范和禁止性规范。一些本来应由民事法律规范调整的领域,往往也为行政法律规范所代替或者所左右。在经济活动中,重身份,轻契约,一切唯行政机关的马首是瞻。在处理经济、民事纠纷时,行政机关干预较多,有时人民法院难以独立办案。凡此种种,都阻碍了商品经济的发展。但是,由于国家机关的权力配置不尽科学,法律制裁体系不太完善,行政处罚无孔不入,要改变这种状况并非容易的事情。

本来从法理上说,违法行为——法律责任——法律制裁,具有密不可分的相关性。不同性质的违法行为,是因为违反了不同性质的法律规范;不同性质的违法行为,必然招致不同程度的法律制裁。各种性质的法律规范的设定和实施,都是由不同的国家机关来承担的。例如,刑事和民事法律规范,以及重大的行政法律规范,其设定权都在最高国家权力机关,而刑事法律规范、民事法律规范的执行,都在人民法院。这就是说,各种法律制裁的设定、执行,都必须由法律规定的机关依照法定的职权和程序来进行。一个国家的法律制裁体系,应当是一个有机联系的、严密的科学体系。每一种法律制裁手段,都有其独特的地位和作用。缺少某一种制裁手段,法律制裁体系就不能发挥整体功能;过分突出或者削弱某一种制裁手段,法律制裁体系也不能成为一个严密的科学体系。人们经常批评的“以罚代刑”、“行政处罚款民事化”,就是使法律制裁体系的各个组成部分发生了“错位”,影响法律实效的典型例子。因此,在任何时候,我们都不能混淆法律制裁的性质,不要忘记法律制裁是一个科学体系,执法机关是一个整体。如果把行政权力摆到不适当的地位,把行政处罚突出到不适当的地位,就会妨碍法律制裁体系整体功能的发挥,就会搞乱国家机关权力

的合理配置,就不能建立和谐、稳定、有力的社会秩序。

有的论者认为,法律规范的性质很难划分,因而很难科学地界定法律责任和法律制裁的性质。他们还以“私法公法化”作为佐证。诚然,随着社会生活的日益复杂化,以及伴随而来的行政权力膨胀,行政法律规范与民事法律规范的界限确实难以划分了。在这种情况下,传统上某些应当由法院追究民事责任的案件,改由行政机关追究行政法律责任,即对违法者处以行政处罚,或者承担民事责任后,还要给予行政处罚。这也就是所谓的“私法公法化”。对此,笔者不想全部否定。问题是,我国在很长时期里不重视甚至不承认“私法”,如果再助长“私法公法化”会给发展市场经济带来什么恶果?“私法公法化”,是自由资本主义发展到垄断资本主义的产物。我国目前商品经济很不发达,公平竞争的秩序远未形成,行政性垄断比较严重。在这种背景下,怎能助长“私法公法化”的趋势?笔者主张:那些本来应当由民法调整的经济关系,不要再由行政管理法规调整;凡是由民事制裁可以处理的问题,不要再规定行政处罚;对同一性质的违法行为,不能在一个法规中给予民事制裁,在另一个法规中却给予行政处罚;对那些既违反了民事法律规范,又违反了行政法律规范的行为,视不同情况,明确规定处理的程序;凡是应由法律单独处理的民事纠纷,行政机关不要再去插手。总之,要加强民事立法,改变行政机关管理过多、行政处罚过分突出的倾向。

三、为使市场与政府协调一致地运行,规范行政处罚应当注意的几个问题

市场经济与行政权力的关系是一篇大文章,从这个角度研究行政处罚问题,更是一篇难作的文章。

世界银行的《1991年世界发展报告》中,总结了四十多年来发展方面的经验和教训,指出发展的核心问题是政府与市场的相互作用。该报告以大量翔实的资料证明:“当市场和政府能协调一致的运行

时,就会取得惊人的成就,而当它们相互对立时,则会带来灾难性的后果。”^①这个结论是很有启发性的。

发展社会主义市场经济,既要重视市场调节机制的作用,又要重视行政权力这种社会调节机制的作用,这两者都有其不可替代的作用,又有各自的弱点和不足,因此必须将市场机制这只“看不见的手”与社会调节这只“看得见的手”结合起来。在我国目前的情况下,由于市场体系和机制还不完善,市场主体还不到位,企业还不能成为市场的“第一推动力”,这就要求政府成为市场发育的“第一推动力”。这也就是政府调控市场的客观基础。在这种情况下,显然不能否定政府的作用,否认行政权力的作用。但是,政府的职能必须转变,行政权力的实现方式也必须改变。

所谓政府调控市场,是包括政府运用各种手段培育市场、组织市场、调节和管理市场的一系列活动在内的系统工程。首先是培育市场,其中最重要的是维护市场主体的权益,使其真正成为自我经营、自我发展、自我约束、自负盈亏的商品生产者。在市场主体缺位的情况下,单靠市场的自发发展,市场关系的形成将经过漫长的选择道路,而且还可能被强大的行政权力扭曲和扼杀。为此,政府应当废止那些不利于市场发育的规章制度和行政措施,包括那些不利于市场发育的行政处罚制度,为市场关系的形成创造良好的社会环境。其次是组织市场。要精心规划市场的种类、规模,建立各种要素市场,并从政策、法律、人力和物力上给予扶持。再次是调节市场。政府要通过财政、税收、物价、信贷等经济手段和与之相对应的法律制度,对市场关系进行调节,弥补市场作用的不足与缺陷。最后是管理市场。要建立健全市场规则,包括进出市场的规则、市场交易规则和公平竞争的规则,建立完善的经济法规体系和相应的执法制度,维护市场秩序。

^①世界银行:《1991年世界发展报告》第2页,中国财政经济出版社。

为了实现上述任务,我们在完善行政处罚制度时,应当注意以下几个问题:

第一,行政处罚的适用范围不能过宽。为了建立和完善社会主义市场经济体制,政府的职能和工作方式都应当转变。政府应当尽可能地减少审批、许可,确认“准则主义经济”。凡是市场主体借助民法进行自我调节能够解决问题的,政府不应当去干预,也不要为此设定行政处罚。有些事情虽然单个的市场主体难以自我调节,也要尽可能地通过民间组织,如商会、行业协会等,进行调节,也不要为此设定行政处罚。在减少审批、许可的同时,应相应建立和实施经济生活的各种准则,加强对市场经济运行的监督和控制。对市场主体的活动,应当更多地设定权利规范,尽量少设定禁止性规范和义务性规范;尽量多用奖励、说服教育、行政指导等方式诱导、规范市场主体的行为,尽量少用行政处罚约束市场主体的行为。

第二,行政处罚必须以法设定和实施。行政处罚是最严厉的一种行政行为,它有限制乃至剥夺相对人权益的特征。因此,必须以法设定和实施。目前有一种颇有影响的观点:认为有了行政权力,特别是制定规范性文件的权力,就取得了行政处罚的设定权;行政机关就是行政执法机关,就可以实施行政处罚。由于这些认识的偏差,致使行政处罚设定权的层级很低,重复处罚、多头处罚的现象屡禁不止。要解决这些问题,理论上的廓清固然重要,但更重要的是通过立法来解决。目前,我国虽然有了一些单项的关于行政处罚的法律、法规,但还没有一部统一的行政处罚法来规定不同层级的行政机关在行政处罚设定及实施方面的权限及程序。制定这样一部行政处罚法,实在是十分必要的。

第三,加强对实施行政处罚的监督。同所有的行政权力一样,行政处罚权也具有扩张的本性,因此加强对行政处罚行为的监督,实属必要。我国已经颁布了《行政诉讼法》和《行政复议条例》,对于违法和不当的行政处罚有了补救的法律手段。特别是通过司法审查对违法