

冯 军 著

行政处罚法 新论

- 行政执法法治概说
- 平衡论与行政处罚法
- 行政处罚法的继承与创新
- 行政处罚的设定权问题
- 行政处罚的体制问题
- 一事不再罚原则及其适用
- 行政处罚的证据问题
- 行政处罚程序的突破及其不足
- 行政处罚的监督纠错机制
- 行政处罚法的发展与完善

D922.114
F 333

✓

行政处罚法新论

冯 军 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政处罚法新论 / 冯军著. —北京: 中国检察出版社,
2003. 1

ISBN 7 - 80185 - 025 - 4

I. 行... II. 冯... III. 行政处罚法 - 中国 - 学习
参考资料 IV. D922. 115

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 092026 号

行政处罚法新论

冯 军 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: [www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com)

电子邮箱: [zgjccbs@vip. sina. com](mailto:zgjccbs@vip.sina.com)

电 话: (010) 68650028 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

张: 9. 375 印张

字 数: 258 千字

版 次: 2003 年 1 月第一版 2003 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 025 - 4 / D · 1020

定 价: 20. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

导言	(1)
第一章 行政执法法治概说	(3)
一、行政执法的涵义与特征	(3)
(一) 本土化的行政执法概念	(3)
(二) 行政执法概念及其分歧	(4)
(三) 行政执法的基本特征	(5)
二、法治是行政执法不可偏离的方向	(7)
(一) 什么是法治	(7)
(二) 坚持行政执法法治的理由	(8)
三、行政法治的一般原理	(13)
(一) 对行政法治的不同理解	(13)
(二) 行政法治原理的共同性	(17)
(三) 依法行政与行政法治	(19)
四、行政法治原理对于行政执法的基本要求	(21)
(一) 须有法律依据	(21)
(二) 不得违法	(22)
(三) 确保程序的正当性	(23)
(四) 承担与公民违法相当的法律責任	(25)
(五) 合理补偿合法损害	(27)
(六) 具备以司法审查为核心, 以社会监督 为基础的强有力监督机制	(28)
五、法治理想与现实的结合	(30)
(一) 结合的必要性	(30)
(二) 判断标准	(30)

第二章 行政处罚的概念问题	(32)
一、我国行政处罚的概念	(32)
(一) 主流观点	(32)
(二) “尚未构成犯罪”是否为行政处罚的 本质属性	(33)
(三) 行政处罚的概念及其主要特征	(34)
二、中外不同的行政处罚观念	(37)
(一) 三种并存的观念	(37)
(二) 比较的前提	(41)
三、行政处罚演进过程的启示	(42)
(一) 演进过程	(42)
(二) 问题与启示	(45)
第三章 平衡论与行政处罚法	(47)
一、平衡论的由来及其理论体系	(47)
(一) 理论的提出	(47)
(二) 思想体系	(48)
二、分析与评价	(50)
(一) 围绕平衡论的争论	(50)
(二) 平衡论的疏漏	(52)
(三) 平衡论的价值及其完善方向	(63)
三、平衡论在行政处罚法中的运用与体现	(69)
(一) 关于行政处罚法理论基础的两种认识	(69)
(二) 平衡论的合理运用	(70)
(三) 平衡论在行政处罚法中的反映和体现	(71)
第四章 行政处罚法的继承与创新	(77)
一、立法缘由	(77)
(一) 法律传统的影响	(78)
(二) 原有立法的不足及其实施状况的不良	(79)

二、法律地位	(82)
(一) 主要内容	(82)
(二) 与单行法律、法规和规章的关系	(84)
三、继承与发展	(87)
(一) 主要进展与创新	(87)
(二) 行政处罚法的继承性	(90)
四、与国外同类制度的比较	(91)
(一) 行政处罚设定权	(92)
(二) 行政处罚主体	(96)
(三) 行政处罚程序	(99)
 第五章 行政处罚法的基本原则	(101)
一、行政处罚法的基本原则及其意义	(101)
(一) 基本原则的涵义与意义	(101)
(二) 行政处罚法确立的基本原则	(103)
二、处罚法定原则	(103)
(一) 涵义	(103)
(二) 应用问题	(106)
三、公开、公正原则	(108)
(一) 公开原则	(108)
(二) 公正原则	(109)
四、处罚与教育相结合原则	(110)
(一) 法律规定与体现	(110)
(二) 基本要求	(110)
五、权利保障原则	(111)
(一) 原则的确立	(111)
(二) 原则的体现和要求	(111)
六、权力分工制约原则	(112)
(一) 原则的确立	(112)
(二) 原则的体现和要求	(112)

第六章 行政处罚的种类问题	(114)
一、中外立法例的比较	(114)
(一) 国外的立法例	(114)
(二) 我国行政处罚的法律类型	(115)
二、行政处罚的理论分类	(116)
(一) 申诫罚或名誉罚	(116)
(二) 人身罚或自由罚	(116)
(三) 财产罚	(117)
(四) 行为罚	(117)
三、涉及行政处罚种类的几个问题	(118)
(一) 通报批评及其衍生形式	(118)
(二) 责令改正或责令赔偿	(119)
(三) 没收违法所得	(120)
(四) 依法取缔	(120)
 第七章 行政处罚的设定权问题	(121)
一、“设定”的涵义	(121)
(一) “设定”作为法律术语的由来	(121)
(二) “设定”的涵义	(122)
(三) “设定”与“规定”的联系与区别	(123)
二、行政处罚设定权的立法配置	(124)
(一) 法律和法规的设定权	(124)
(二) 规章的设定权	(125)
三、行政处罚设定权的立法限制	(127)
(一) 正面限定有权设定行政处罚的规范性 文件的种类	(127)
(二) 反面排除不能设定行政处罚的规范性 文件	(128)
(三) 限制设定行政处罚的种类	(132)
(四) 对规章行政处罚设定权的特别限制	(132)

(五) 上位法规范已有规定时, 对另行 设定的禁止	(133)
四、关于“其他规范性文件”能否“具体规定”	
行政处罚的探讨	(136)
(一) 问题的提出	(136)
(二) 对问题的分析	(136)
第八章 行政处罚的体制问题	(140)
一、行政处罚体制概述	(140)
(一) 行政处罚体制的涵义	(140)
(二) 类型	(141)
二、我国行政处罚体制的特色	(142)
(一) 我国行政处罚的主体范围及其权限 划分	(142)
(二) 改革开放前的状况	(143)
(三) 改革开放后的发展变化	(144)
(四) 我国行政处罚体制的特色	(149)
三、对我国行政处罚体制利弊得失的分析	(150)
(一) 现行体制之利	(150)
(二) 现行体制之弊	(151)
第九章 一事不再罚原则及其适用	(156)
一、一事不再罚原则的提出及其问题	(156)
(一) 一事不再罚原则的由来	(156)
(二) 围绕一事不再罚的不同观点	(157)
(三) 对一事不再罚原则的分析	(158)
二、一事不再罚原则的法律表现	(160)
(一) 法律规定及其理由	(160)
(二) 与国外的比较	(162)
三、一事不再罚原则的适用	(163)

(一) 一事与多事	(163)
(二) 一事不再罚的适用问题	(164)
(三) 解决问题的方案	(164)
第十章 行政处罚的证据问题	(166)
一、行政处罚证据概述	(166)
(一) 行政处罚证据涵义和特征	(166)
(二) 证明对象	(168)
(三) 证据的分类	(171)
二、行政处罚机关的举证责任	(177)
(一) 举证责任的含义和性质	(177)
(二) 在诉讼中并存的两种举证责任	(179)
(三) 关于举证责任配属的诸科学说	(181)
(四) 行政诉讼原、被告双方举证责任的 比较	(184)
三、行政处罚机关的调查取证	(185)
(一) 调查、收集证据的方式和程序	(185)
(二) 证据保全	(186)
(三) 调查、收集证据时应注意的问题	(186)
四、对行政处罚证据的审查和判断	(187)
(一) 不能作为定案依据的证据材料	(187)
(二) 对证据真实性、相关性与合法性的 审查和判断	(188)
(三) 对各类证据的审查判断	(189)
第十一章 行政处罚程序的突破及其不足	(193)
一、行政程序概说	(193)
(一) 程序的概念和功能	(193)
(二) 传统行政程序与现代行政程序	(196)
(三) 法治行政和科学行政离不开现代	

行政程序	(202)
二、行政处罚法颁布前行政程序立法的状况	(205)
(一) 立法状况	(205)
(二) 立法的滞后性	(207)
三、行政处罚法程序立法的突破	(214)
(一) 行政程序法治化的基本要求	(214)
(二) 行政处罚法的突破	(214)
四、行政处罚法程序立法的主要不足与疏漏	(218)
(一) 关于告知义务与申辩权利	(218)
(二) 关于听证	(220)
(三) 关于程序效力	(221)
(四) 补充与完善	(221)
 第十二章 行政处罚的监督纠错机制	(223)
一、行政处罚法规定的自我保障措施	(223)
(一) 必要性	(223)
(二) 具体内容	(223)
(三) 不足与完善	(225)
二、行政机关的内部监督措施	(227)
(一) 行政处罚案卷评查	(228)
(二) 行政处罚决定备案	(228)
(三) 重大案件督查	(229)
(四) 行政执法投诉	(230)
三、关于健全行政处罚外部监督机制的 几点建议	(230)
(一) 建立行政申诉专员制度, 促进人大监督的 专门化、经常化	(231)
(二) 建立人大对行政机关执法状况以及行政 机关负责人的评议制度	(232)
(三) 扩大行政诉讼原告的范围, 发挥行政诉讼	

在制约行政机关消极处罚中的作用	(232)
(四) 保障新闻单位的监督权, 加大新闻监督 的力度	(233)
第十三章 行政处罚法的完善与发展	(234)
一、关于改革现行体制的几点思考	(234)
(一) 综合执法的思路	(234)
(二) 现行思路的优点与问题	(235)
(三) 革新传统思维方式和体制	(238)
二、对行政处罚设定权理论与立法的反思	(240)
(一) 行政处罚设定权与行政法治理论的 矛盾	(240)
(二) 关于行政处罚设定权的现实合理性	(240)
(三) 关于行政处罚设定权立法的完善	(242)
(四) 行政处罚设定权的辅助性和过渡性	(246)
三、进一步推动行政处罚程序的司法化	(249)
(一) 司法化是完善行政处罚程序的基本 方向	(249)
(二) 推进司法化的两个重要方面	(250)
附论 我国行政执法的法治实践	(251)
一、行政执法法治: 改革开放以来的进展	(251)
(一) 行政执法主导地位的确定	(251)
(二) 行政执法机构的发展与人员素质的 提高	(255)
(三) 非权力性执法手段受到重视	(258)
(四) 规范行政执法过程的程序规则不断 完善	(259)
(五) 行政执法机关法律责任体系的发展	(261)
(六) 新的权利救济渠道的设立	(263)

(七) 行政执法监督机制的进步	(265)
二、行政执法法治：存在的主要问题	(269)
(一) 执法不严与执法腐败的问题	(270)
(二) 执法手段不足的问题	(271)
三、问题的成因	(272)
(一) 对立法原因应作具体分析	(272)
(二) 利益驱动与监督乏力	(273)
四、对我国行政执法法治状况的总体评价	(277)
 参考书目	 (279)
英文目录	(281)
后记	(285)

导 言

行政处罚是最常见的一种侵害性行政行为，同时又是最基本的权力性行政行为之一，由此决定了行政处罚是行政法治理论时时紧盯的对象，是行政法学不变的主题。

中国行政法学理论、行政法治实践与行政处罚之间有着不解之缘。十年来，中国行政法制建设最耀眼的进步首先是从行政处罚上取得的；中国行政法制最让人诟病的问题同样还是来自于行政处罚，或者在行政处罚上得到了最集中的反映。

六年前，为了治理行政处罚之“乱”，中国制定了《行政处罚法》，这部法律在中国行政法的发展史上具有里程碑的意义，创造了中国行政法的多项第一：第一次引入了“听证”的概念；第一次确立了当事人的陈述、申辩权，以及行政机关的告知义务；第一次明确规定了行政行为（行政处罚）不遵守法定程序无效；第一次使用了“设定”以及“设定权”的概念，等等。大家对《行政处罚法》好评如潮。

六年后，回过头来再看这部法律，我们的认识深化了许多：不仅看到《行政处罚法》先进的一面，而且还看到它相对不足、相对落后的另一面。在经过多年的贯彻实施后，今天再来研究这部法律，当然要有新的视角、新的思路，要立足于回答它将来如何进一步发展的问題。这就需要从行政法治的一般原理和原则出发，力求在行政执法法治的大视野内，对《行政处罚法》展开理性的、批判的思考，而在进行这种理性的批判时，必须充分考虑中国行政处罚法制建设的具体环境，把法治的理想与现实的国情条件结合起来，进而客观地分析《行政处罚法》的利弊得失及其未来完善和

发展的基本方向。本书努力从中外行政违法处罚制度的巨大差异中探寻它们之间的相似性和可比性，尽力拓宽研究的思路和视野，结果发现一些我们过去深信不疑的东西，比如说，行政处罚的体制；再比如说，源自行政处罚、差不多已经形成思维定式、正向其他领域扩展的行政权力设定理念及其模式，恰恰是最应该引起警惕和重视，最可能代表我国行政处罚法制未来变革进步的方向，最值得我们认真研究的。

第一章 行政执法法治概说

行政处罚是国家行政管理中常见的行政执法现象，是最重要的行政执法行为之一。行政处罚理论是在法治、行政法治以及行政执法法治原理的指导下构建的，最直接、最具体地体现和诠释了行政执法法治的一般原理。为拓宽行政处罚理论研究的视野，加深对行政处罚理论来源和背景的认识，有必要从行政执法法治的原理入手，展开对行政处罚的理论探索。

一、行政执法的涵义与特征

（一）本土化的行政执法概念

“行政执法”一词是我国行政法学的常用术语。与行政、行政法、行政法律关系、行政主体、行政行为、行政程序、行政诉讼等早已进入西方行政法学或前苏联东欧社会主义国家行政法学体系的传统行政法概念不同，行政执法源于我国行政法制实践的首创，其进入行政法理论体系，是我国行政法学理论对改革开放以来我国行政法制实践经验的能动反映和总结。在改革开放以前，以及改革开放的初期，我国行政法学理论中没有“行政执法”的提法。“行政执法”，是80年代中后期我国行政法制建设取得初步成就以后出

现的新提法和新概念,^①很可能是上个世纪70年代末期提出的我国社会主义法制建设十六字方针中的“执法必严”的衍生品。

(二) 行政执法概念及其分歧

对于行政执法的涵义,目前学术界的理解并不一致。大致有两种认识:一种认识认为“行政执法是行政机关执行法律的行为”。^②其他观点,如“行政执法指国家行政机关及其他得到行政授权的非行政组织,按照法定程序执行、适用行政法律规范的行政行为”^③;“行政执法是指行政主体实施宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等法律规范的行为”^④等,基本上也属于同一类型。按照这一认识,行政执法行为既包括抽象行政行为,也包括具体行政行为,行政执法实际上是是与行政行为相当的概念。另一种认识认为行政执法是行政机关及其他行政主体针对特定的人和事实施法律规范的具体行政行为。如认为行政执法“即是主管行政机关依法对相对人^⑤采取的、具体的、直接影响其权利义务,或者对相对人权利义务的行使和履行情况进行监督检查的行为”^⑥,即为此类认识中具有代表性的观点。习惯上将第一种对行政执法的认识称为广义的行政执法,将第二种对行政执法的认识称为狭义的行政执法。由于我国行政法学界流行采用行政立法、

① 在1983年出版的我国首部行政法学教科书《行政法概要》以及同一时期的其他行政法著作中尚无行政执法的提法,80年代中期开始有人在行政法学研究中使用行政执法的概念,讨论行政执法问题,1988年以后行政执法成为行政法理论界与实务界普遍使用的一个术语。

② 罗豪才主编:《行政法学》,第183页,中国政法大学出版社1996年版。

③ 黄子毅、陈德仲主编:《行政法学基础教程》,第123页,中共中央党校出版社1992年版。

④ 王连昌、吴中林主编:《行政执法概论》,第16页,中国人民公安大学出版社1992年版。

⑤ 相对人,也称行政相对方或相对一方,行政法学常用术语,指处在被管理地位、为行政行为所指向的公民、法人和其他组织。参见罗豪才主编:《行政法学》,第20页,中国政法大学出版社1996年版。

⑥ 应松年、朱维究主编:《行政法与行政诉讼法教程》,164页,中国政法大学出版社1989年版;罗豪才主编:《行政法学》,第183页,中国政法大学出版社1996年版。

行政执法、行政司法这一组概念去架构行政行为的理论体系,因此,在行政法学中,行政执法一般是狭义上的,特指行政机关以及其他行政主体作出的、制定法律规则和处理法律纠纷之外的其他任何具体行政行为。^①

本文中的行政执法概念采用行政法学界的通说,即从狭义的角度理解行政执法,将行政执法定义为:行政机关以及其他行政主体为执行有关法律规范,依照法定职权,就特定的具体事项、对特定的公民、法人或其他组织作出的直接或间接影响其权利义务的行为。

(三) 行政执法的基本特征

行政执法与行政立法、行政司法一起构成了行政行为的三大类型。^② 作为与行政立法和行政司法并列的一个概念,行政执法的基本特征在于:

第一,行政执法的对象具有特定性。行政执法对象的特定性表现在对人和对事两个方面。对人方面特定性表现为,行政执法所指的对象是具体而特定的公民、法人或其他组织;对事方面的特定性表现为,特定行政执法行为所涉及的事务必定是具有各种个性特征的具体事务,而不是具有共性特征的某一类事务。一般认为,行政执法的特定性在对人和对事两个方面缺一不可,倘若某一行政行为为只有对人的特定性而无对事的特定性,或者只有对事的特定性而无对人的特定性,那么该行为就不是狭义上的行政执法行为,而属

① 最高人民法院对于行政诉讼法中的具体行政行为曾经作出司法解释,依此解释,具体行政行为仅指在特定具体事项上直接影响特定的公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为,范围较窄。而在学理上,具体行政行为的涵义与最高人民法院过去的司法解释有所不同,其范围更宽泛一些,除直接影响特定公民、法人或组织权利义务的单方行为外,还包括对公民、法人或其他组织的权利义务无直接影响的行政监督检查行为、行政机关的内部管理行为、无强制性的行政指导行为以及双方性的行政合同行为。

② 尽管有人将涉及国家行政管理的立法活动统称为行政立法,将涉及国家行政管理的司法活动统称为行政司法或者将行政司法理解为行政诉讼,但在行政法学中,行政立法与行政司法的涵义通常是特定的,其中,行政立法特指特定行政机关依法制定行政法规和规章的活动;行政司法特指行政机关依法处理有关法律纠纷的活动(如行政复议),与行政诉讼有较大差别。