

行政处罚法理论与实务

主编 应松年 刘 莘

中国 社 会 出 版 社

行政处罚法理论与实务

主 编 应松年 刘 莘
撰稿人 王克稳 刘 莘 朱新力
李新生 应松年 杨解君
章剑生

中 国 社 会 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

行政处罚法理论与实务 / 应松年, 刘莘主编. —北京:
中国社会出版社, 1996. 6

ISBN 7-80088-844-4

I. 行… II. ①应… ②刘… III. 行政处罚法-概论-中
国 N. D922. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 09141 号

行政处罚法理论与实务

应松年 刘 莘 主编

中国社会出版社出版发行

北京西城区西黄城根南街 9 号 邮政编码 100032

北京时事印刷厂印刷

新华书店北京发行所经销

*

开本: 850×1168 毫米 1/32 * 印张: 9 字数: 219 千字

1996 年 6 月第一版 1996 年 6 月第一次印刷

印数: 1—10,000 册 定价: 15 元

ISBN7-80088-844-4/D · 85

目 录

第一章 行政处罚概述	(1)
一、行政处罚的性质和意义	(1)
(一)行政处罚的性质.....	(1)
(二)行政处罚的意义和局限性.....	(7)
二、行政处罚的概念和特征.....	(11)
(一)行政处罚的概念	(11)
(二)行政处罚的特征	(18)
三、行政处罚原则.....	(22)
(一)处罚法定原则	(24)
(二)处罚与教育相结合的原则	(28)
(三)公开、公正原则.....	(29)
(四)一事不再罚原则	(31)
(五)保障当事人权利原则	(35)
四、行政处罚与刑罚.....	(37)
(一)行政处罚与刑罚的共同点	(38)
(二)行政处罚与刑罚的区别	(39)
(三)行政处罚与刑罚在立法上的衔接	(40)
五、行政处罚法的制定.....	(54)
(一)国外行政处罚立法简况	(54)
(二)我国行政处罚立法的现状	(57)
(三)行政处罚法的制定	(59)

第二章 行政处罚的设定	(63)
一、行政处罚罚则	(63)
(一) 罚则的含义	(63)
(二) 行政处罚种类	(63)
(三) 行政处罚形式	(67)
二、行政处罚设定	(76)
(一) 我国行政处罚设定现状的主要问题	(77)
(二) 行政处罚设定问题的症结所在	(79)
(三) 行政处罚设定的理论基础	(83)
(四) 行政处罚设定的条件	(86)
(五) 行政处罚的设定权限及划分	(89)
第三章 行政处罚适用	(94)
一、行政处罚适用的概念与基本构成	(94)
(一) 概念	(94)
(二) 基本构成	(94)
二、行政处罚适用的前提	(95)
(一) 违法主体由作为行政管理对象的公民、法人或 其他组织构成	(96)
(二) 在客观方面存在违反行政法律规范的行为	(97)
三、行政处罚适用的主体	(98)
(一) 行政机关作为行政处罚适用主体的条件	(99)
(二) 被授权组织作为行政处罚适用主体的条件	(101)
(三) 受行政机关委托的组织具体实施行政处罚的条件	(101)
四、行政处罚适用方法	(104)
(一) 不予处罚与免于处罚	(104)
(二) “应当”处罚与“可以”处罚	(106)

(三)从轻、减轻处罚与从重处罚	(107)
(四)单处与并处	(109)
(五)行政处罚与刑罚的竞合适用	(110)
(六)法人或其他组织违法的“两罚”处罚适用	(112)
(七)关于外国人、外国组织违法的行政处罚适用	(115)
第四章 行政处罚的管辖	(119)
一、管辖基本原理	(119)
(一)管辖与行政处罚权	(119)
(二)划分管辖权的基本思路	(120)
二、职能管辖	(122)
(一)专业化的原则	(122)
(二)一事不再罚适用范围的界定	(123)
三、层级管辖	(126)
(一)层级管辖的含义及原则	(126)
(二)层级管辖权逾越问题	(128)
(三)层级管辖与处罚批准权	(129)
四、地域管辖	(130)
(一)地域管辖的一般原则	(130)
(二)共同管辖问题	(133)
五、其他管辖处理规则	(133)
(一)移送管辖	(134)
(二)指定管辖	(134)
(三)管辖权的转移	(135)
第五章 行政处罚程序	(137)
一、行政处罚程序的法理基础	(137)
(一)行政处罚程序的法律意义	(137)
(二)行政处罚程序的法律特征	(140)

(三)行政处罚程序的法律价值·····	(143)
二、一般处罚程序·····	(144)
(一)立案·····	(145)
(二)调查·····	(147)
(三)听证·····	(149)
(四)决定与送达·····	(155)
三、当场处罚程序·····	(155)
(一)表明身份·····	(156)
(二)说明理由·····	(156)
(三)制作当场处罚决定书·····	(157)
四、执行程序·····	(157)
(一)执行条件·····	(157)
(二)执行方式·····	(158)
第六章 强制执行措施与执行 ·····	(161)
一、行政处罚强制执行概述·····	(161)
(一)行政处罚强制执行的涵义和特征·····	(161)
(二)行政处罚强制执行与其他强制执行制度的联系 和区别·····	(163)
二、行政处罚强制执行主体·····	(167)
(一)行政处罚强制执行主体概况·····	(167)
(二)我国行政法上对行政处罚执行主体的规定·····	(170)
(三)我国行政处罚执行主体的界定·····	(172)
三、行政强制执行措施·····	(174)
(一)行政强制执行措施概述·····	(174)
(二)直接强制执行措施·····	(176)
(三)执行罚·····	(180)
(四)行政处罚中的担保及保全措施·····	(182)

四、行政强制执行程序	(188)
(一)普通行政强制执行程序	(188)
(二)简易行政强制执行程序	(193)
(三)协助执行和委托执行	(195)
(四)罚款决定的执行程序	(198)
(五)执行中止与执行终结	(200)
五、人民法院的强制执行	(202)
(一)人民法院强制执行概述	(202)
(二)申请执行	(203)
(三)审查和受理	(204)
(四)执行措施	(205)
第七章 行政处罚的监督	(207)
一、要把行政处罚纳入法制轨道	(207)
二、权力机关的监督	(209)
(一)对行政处罚设定权的监督	(209)
(二)对行政处罚实施的监督	(211)
三、司法监督	(213)
四、行政监督	(214)
(一)行政监督的特点	(214)
(二)行政监督的分类	(214)
五、社会监督	(217)
六、法律责任	(220)
第八章 行政处罚的救济	(225)
一、行政处罚救济概述	(225)
二、行政复议制度	(227)
(一)行政复议的概念和特征	(227)
(二)行政复议的基本原则	(228)

(三) 行政复议的管辖·····	(229)
(四) 行政复议的申请和受理·····	(231)
(五) 审理与决定·····	(232)
三、行政诉讼制度·····	(234)
(一) 行政诉讼的概念和特征·····	(234)
(二) 行政诉讼的原则·····	(237)
(三) 行政处罚行为·····	(240)
(四) 行政处罚诉讼的受案范围·····	(243)
(五) 举证责任与合法性审查·····	(244)
(六) 判决、裁定·····	(247)
(七) 执行程序·····	(249)
四、行政赔偿制度·····	(253)
(一) 行政赔偿的概念和特征·····	(253)
(二) 行政赔偿的范围·····	(254)
(三) 行政处罚赔偿义务机关·····	(256)
(四) 行政处罚赔偿程序·····	(258)
附录一 《中华人民共和国行政处罚法》·····	(260)
附录二 《奥地利行政罚法》·····	(268)
后记·····	(280)

第一章 行政处罚概述

一、行政处罚的性质和意义

(一) 行政处罚的性质

行政处罚是我国行政法中最重要、影响面最广的制度之一。改革开放以来的十几年,是我国民主法制建设恢复并迅速发展的时期,这期间我国的行政处罚制度也经历了一个从小到大、从弱到强、从小面积到大面积覆盖这样迅速、发展的过程。可以这样说,今天我国的行政处罚几乎涉及行政管理所有领域,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,成为我国法律制度中,社会生活中不可忽视的一种“力量”、一种制度。我国的行政处罚制度在这十几年里获得如此长足的进步,如此迅速的发展,是有深刻的社会历史根源和社会意识根源的。了解行政处罚的性质,了解它产生和发展的原因,是解决行政处罚自身存在价值以及作为制度不断完善等问题的关键。

在近现代,在英美法系国家,Punishment(处罚、制裁)几乎与“行政”无关。处罚是法院的事。所以,许多在我国受行政处罚的行为,在英美法系国家,是由法院处罚的。^①大陆法系国家,象我们了解的法国、德国、日本等则有行政处罚制度,尽管它们的行政处罚制度远不如中国的行政处罚制度涉及面广、影响力大。但不论是

^① 参见后节“国外行政处罚立法简况”

英美法系还是大陆法系，制度上的差异虽说是明确的，可其制度发展过程中的某些现象却是值得玩味的。因为现象的出现并非都是偶然的，它可能反映出发展的某种倾向。例如美国，它沿袭了英国的传统，理论上不承认行政机关拥有处罚权，但实际上如果某一法律授予行政机关罚款的权力，在司法实践中大多为法官所接受，承认这种授权是有效的。既使是对人身权，美最高法院的判例也已“证明有关规定行政机关在驱逐外国人时可以行使逮捕权的法律是有效的。它的有效性几乎从建国开始就得到了承认。”^① 英国也有类似的情况，普通法原先并不允许行政机关拥有的权力，由于社会经济的发展，也通过制定法授予了行政机关，如公路交通法授权警察无需逮捕证就可逮捕由于饮酒、吸毒而不适合驾驶的人。又如根据英国的移民法，内政大臣（而不是法院）有权决定是否将非法入境者遣送回国^②。

在大陆法系的德国，其行政处罚制度的产生发展也有非常值得我们深思之处。德国行政处罚制度的产生得益于犯罪与违法行为的区分。德意志帝国建立之初，就有人主张区分犯罪行为与违法行为。1804年德国制订刑法典时，对是否将违法行为纳入刑法典发生了争论，大多数人主张把违法不轨行为作为专章规定在刑法典中，由法院按犯罪处理。但到了本世纪20年代，由于经济大萧条、物价失控，为恢复和稳定经济秩序，立法机关开始赋予行政机关有限的制裁权，处理违反法律情节轻微的案件，允许警察科处75马克的罚款。1949年联邦德国成立后，对犯罪行为与违反秩序行为作了某些极为严格细致的界定和区分，但警察处罚某些违法行为仍要通过法院确认，造成法院负担太重，积案太多，难以及时、准确地作出认定。基于这种客观现实，联邦议会于1952年制定了

^① 《美国最高法院判例汇编》第362卷234页，参见伯纳德·施瓦茨著，徐炳译《行政法》第68页—75页。

^② 见（英）丹宁勋爵著，李志强等译《法律的正当程序》（群众出版社，1984年版）第91页；第147—153页。

《违反秩序法》(此法几经修改,最后一次修改是在1992年7月),区分开犯罪行为与违法行为。犯罪行为,由法院定罪量刑,违法行为,由行政机关处罚。这样就将90%的案件从法院分离出去,大大缓解了法院的压力,也提高了行政效率^①。

可见,不论信奉怎样的原则,遵从怎样的传统,在社会发展、人与人交往关系日益错综复杂的情况下,法律必然设定比以前更多的行为规则。违反这些规则达到一定程度,就应受到制裁,否则法律所试图建立和维护的社会关系、社会秩序就会受到威胁和破坏。在这一前提下,一旦法院无力负担如此重负,立法机关作为反映统治阶级意志的专门机关,将必然会把制裁权中的部分授予行政机关。当然,授予处罚权的大小,又与各个国家自身制度状况、法律传统有关,不可能完全一样。例如英国最低级的刑事审级是治安法院,主要审理轻微的刑事案件,它们所处理的刑事案件占全部刑事案件90%的以上^②,如果没有治安法院,可以想象,立法机关只能把更多的制裁权授予行政机关。

西方国家另一个有趣的现象是非犯罪化或非刑罚化刑事政策思想的出现。非犯罪化或非刑罚化建议在本世纪中期被提出。非犯罪化思想主张对某些道德方面和公共福利方面的犯罪,如流浪、赌博、堕胎、通奸、吸毒、无照卖酒、公共场所醉酒、轻微违反交通法规以及一般违反秩序行为等,不作为犯罪,而不予以刑事制裁,必要时可适用行政制裁或民事制裁。非刑罚化思想主张上略有不同,即认为某些行为仍属犯罪行为,但适用刑罚以外的方法如以社区劳动、赔偿被害人、限制自由(而不是剥夺自由)去处理。但两者在刑事政策思想上是一致的:“在预防和控制犯罪斗争中尽可能动员社会力量而限制刑法适用的范围。”^③西方国家之所以出现上述学

^① 见1994年第2期《行政法学研究》“关于德国行政处罚制度的本案报告”

^② 见龚祥瑞、罗豪才、吴锦英《西方国家的司法制度》(北京大学出版社,1980年版)第39页

^③ 见杨春洗、高铭喧、马克昌、余叔通主编《刑事法学大辞典》(南京大学出版社,1990年版)第162页

说,是因为 19 世纪末以来,政府的社会管理职能越来越宽泛,而每一项规定新的管理活动的立法,几乎都伴随着新的刑事内容,如对机动车辆、食品药品以及其它各种经济活动的管理法规均有刑罚条款。刑法规范的数量日益增长。这实际上也意味着犯罪行为的增长,意味着预防、控制犯罪行为的力量投入应有相应的增长。我们同意这样的观念,法律是政府对社会的控制,^①就社会控制而言,在其他社会控制如家庭、村落、邻里、职业、宗教等力量相对薄弱的时候,法律就相对强大;^②但法律控制社会的方式有若干种,刑法只是其中之一,在历史的某一点,法律控制的总量是一定的,但其中的方式是可变的。换句话说,控制社会的反映统治阶级意志的法的本质并没有变,但技术方法可能有所变换,而这种方式上的转变又取决于社会的发展和需要。

那么,我们应该对行政处罚的性质作一个什么结论呢?应该说,行政处罚是国家制裁体系的一个组成部分,是国家进行社会控制的强制性保障手段之一。但这仍然是一种初步的分析。下面应该研究的是行政处罚的本质是什么,对此我们不妨借鉴一点刑罚学说。因为刑法与行政法都是公法,而且刑罚与行政处罚都是国家制裁体系的组成部分,具有较强的可比性。关于刑罚的存在有三种基本的学说^③一为报应主义,即说刑罚是一种报复,是社会对危害社会的人给予成比例的制裁;二为功利主义,认为国家适用刑罚,为的是使受刑人以后不想再犯罪,以及使可能犯罪者不敢以身试法,以此来保护大多数人的最大利益;三为折衷主义,即以功利主义说明刑罚的基本理由,从报应角度考虑刑罚的轻重,是一种受到报应主义制约的功利主义。我国关于行政处罚的论述,多类似于第

① 见(美)布莱克(唐越苏力译)《法律的运作行为》第一章导论(中国政法大学出版社,1994 年版)

② 参见上书第 125 页—130 页

③ 见杨春洗、高铭喧、马克昌、余叔通主编《刑事法律大辞书》(南京大学出版社,1990 年版)第 339 页

一、三种学说。如《行政行为法》^①论道：“行政处罚是一种制裁行为，以损害违法者的自由、财产能力或其他利益为目的。行政处罚的直接目的并不是促使行政法上义务的实现，而是要造成违法者精神、自由和经济利益受到限制或损害的后果，惩罚违法者的违法行为。”这是颇具报应主义色彩的论述。类似的说法还有：“行政处罚，作为国家矫正违法行为的一种法律制裁，其目的在于惩罚违法者的行政违法行为，即给予违法者人身自由、经济利益等造成损害或限制的后果，促进和保证行政法律规范的实施和行政法上义务的实现。”^②，当然这两者在行政处罚是否以促进“行政法上义务的实现”为目的上，是有区别的。而且后者在具体论述行政处罚的功能时，又罗列了行政处罚的“预防性功能”和“教育性功能”，所以使之接近于折衷主义的学说。另一本专著《秩序·权力与法律控制》^③对行政处罚存在理由的说明，也接近于折衷学说。在这里，笔者不打算罗列再多，所要说的是：实际上“本质”与“存在的理由”是两回事。就本质言，行政处罚是一种制裁，也即是社会对某种反社会行为的报复，没有这一本质，行政处罚的其它功能就不可能存在，正所谓“皮之不存毛将焉附”的道理；功利主义的说法只是从制裁的客观效果上论述了制裁存在的必要性，抑或制裁的一种功能或功用，甚至是制裁所追求的目标。在这里，我们强调行政处罚的本质与功用不同，本质与其追求的目标、效果不同，并不意味着我们将行政处罚仅视为惩治手段，就不再坚持教育与惩罚相结合的原则，也不追求制止违法的客观效果了。恰恰相反，我们反对以教育者自居随意处罚老百姓的行为，处罚的本质是制裁，是报复反社会的行为，而任何反社会的行为都是由反映统治阶级意志的法所规定的。所以，处罚的本质也要求“法治”。如果“报复”是个人性质的，要么它是“血亲复仇”，要么它是“施虐”。我们只能基于行政处

① 应松年主编，人民出版社，1992年版，第464页。

② 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

③ 杨解君著，四川大学出版社，1995年版

罚的制裁性去追求行政处罚制止违法,预防违法犯罪的客观效果。

到此,我们是否已完全解决了行政处罚“质”的问题?否。我们还需探讨进一步的问题。那就是,行政处罚的惩罚性质如何体现?目前我国这方面的论述并不多,概括起来大致有两种不同的说法。一种认为行政处罚是“使被处罚人承受不利的法律后果,就是要对其权利和利益作出限制和剥夺,或科处惩罚性义务。”^①另一种认识认为,行政处罚“有两种基本形式:一是相对性惩罚,一是绝对性惩罚。所谓相对性惩罚,是指行政处罚未使违法者承担新的义务,而是促使其在能够履行义务时,继续履行原应履行的义务,不再重新违法,或者以其他方式达到与履行义务相同的状态。”“所谓绝对性处罚,是指行政处罚主管机构对违法者科以额外义务,使其承担原法律关系以外的义务。”^②对相对性惩罚,该书作者举例,如责令退还非法占用的土地(《土地管理法》第43条)、限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施(同法,第44条)、责令退赔补偿费和安置补助费(同法,第49条)等。这两种不同的认识,焦点在于何者为“罚”。如果违法者的“违法”是应作为而不作为,责令其作为即履行原来应予履行的义务,是否为“罚”?如果违法者的“违法”是违反了禁止性规范,作了不应该作的事,责令其恢复到未违法的状态,是否为“罚”?笔者同意第一种认识的观点:“行政处罚的直接目的并不是促使行政法上义务的实现,而是要造成违法者精神、自由和经济利益受到限制或损害的后果,惩罚违法者的违法行为。”如果只有使违法者纠正了违法行为,达到与守法者守法所达到的状态,是不能称之为“处罚”的,它仅是使违法者承担违法后果的一种行政法律责任。行政处罚也是一种行政法律责任,但那是另一种行政法律责任。行政处罚既不能涵盖所有行政法律责任,也不能代替其它行政法律责任。所以“那种‘相对性惩罚’是不成立的。”“相对性惩罚”,“并未使违法者承担新的义务,而仅仅使其履行原

^① 见杨解君著《秩序·权力与法律控制》第47页

^② 见汪永清主编《行政处罚运作原理》第21页-22页

应履行的义务,或以其他方式达到与履行义务相同的状态”。^① 所以这是其他行政法律责任,而不是行政处罚责任。“罚”,就是要使违法者承担比守法者更多的义务。

把处罚与其他行政法律责任公开,是十分有益的。在设定行政责任时,立法者首先应考虑使违法行为得到纠正,纠正后不必处罚的,就可不规定处罚;不罚不行的可规定处罚。一是可以避免“不教而诛”、唯“罚”是举之嫌,使违法者、守法者皆心服口服;二是避免了目前实践中存在的某些处罚变“许可”的弊端。所谓处罚变许可,就是只罚了违法者而对违法行为未予纠正,那么这种处罚就成了通行证、许可了。例如只对超标排污单位罚款处理,而不责令其限期治理,这种罚款不就成了“许可”?车辆超载,只对其罚款,不责令其卸下超载部分,这种罚款不就成了“通行证”?广而言之,把行政处罚与其他行政法律责任区分开,也有利于我国的法制建设。正如顾昂然同志所说^② 我国的民事法律责任体系、刑事法律责任体系已经建立,但行政法律责任尚未有完整统一的体系。要建立这一体系,当然要把行政法律责任的外延、内涵搞清楚。那种以为行政处罚法颁布实施后,我国的行政法律责任体系就建立起来的说法是不能成立的。行政处罚责任是行政法律责任中最主要的部分,但不是全部。

(二)行政处罚的意义和局限性

行政处罚的意义是一种理论上的归纳也即对行政处罚的作用或功能,以及其存在必要性的说明。那么,行政处罚的意义何在呢?

1. 行政处罚是使行政法律规范得以遵守的保障之一。违反民法规,要承担民事法律责任,如侵权责任,违约责任,违反刑法规范,要承担刑事法律责任——受到刑罚处罚,而违反行政法规范,

^① 见杨解君著《秩序·权力与法律控制》第49页。

^② 见顾昂然同志在1996年1月9日行政处罚法草案修改座谈会上的讲话,载于1996年2月13日《法制日报》第2版。

则应承担行政法律责任——许多情况下要受到行政处罚。当然行政法律规范如同其它法律规范一样,要得到遵守,受制于多种因素,立法的客观合理,充分的法律宣传,公民对法的认同及自觉遵守等都是法律规范得以遵守的重要条件。但是,除了上述因素之外,使法律规范得以遵守的另一个重要因素,是法的预测性告诉人们:不遵守法律规范所规定的行为模式,将招致怎样对他们不利的后果。也正因为如此,行政法律规范如同其它法律规范一样,“从逻辑上讲,每一个法律规范由行为模式和法律后果两个部分构成”^①。行政处罚作为不遵守行政法律规范的法律后果,既是执行实施行政法律规范的现实保障,也是行政法律规范自身的逻辑组成部分。

2. 行政处罚是维护社会秩序、市场经济秩序的必要手段。维护社会秩序是法所追求的目标。行政法所调整和规范的社会关系和行为,大多与社会公共利益有关,如环境保护、核设施安全、医药卫生、交通运输、航道河运、爆炸物品、枪支刀具等等。可以说老百姓的衣、食、住、行、生、老、病、死,无一不与行政管理发生关系,无一不受行政法的调整和规范。行政处罚在维护行政法所试图建立的社会秩序方面所起的作用,是不可替代的。行政处罚制裁违法行为,刑罚作为最终制裁手段制裁犯罪行为,从而形成错落有致、层次分明的社会防卫体系。在我国目前市场经济初建阶段,由于新的体制交替而产生的漏洞,和新形势下迅速膨胀的个人主义、金钱至上的交互作用,偷税漏税、不正当竞争、假冒伪劣、暴利以及其它种种欺诈行为大量出现,不打击不制裁,就不足以遏制违法行为的浪潮,就谈不上良好的市场秩序的建立。

3. 行政处罚在法律制裁体系中,具有便宜、经济、有效的优势,其作用非其它制裁手段可以替代。如前所述,西方国家社会经济的发展,促使立法机关授予行政机关越来越多的管理权限,同时也规定了相应的越来越多的罪名,造成刑法的膨胀和法院的难承重负,

^① 见沈宗灵主编《法学基础理论》(北京大学出版社,1994年版)第34页。