



优化营商环境背景下行政处罚过罚相当原则的适用

于志强,徐 蕾

(浙江理工大学法政学院,杭州 310018)

摘 要: 在优化营商环境的政策导向下,行政处罚的实施需兼顾优化市场环境与维护市场秩序,这对过罚相当原则的灵活性与公正性提出了更高的要求。过罚相当原则缺乏明确的判断标准与适用方式,面临适用难题。准确评估过罚相当原则的适用以“过”和“相当”为前提。一方面,应细化“过”的相关考量因素,并将之尽可能完整地纳入评估体系,以实现“过”之程度的准确判断。另一方面,应在相当性的判断中引入比例原则,以实现“相当”之程度的精准衡量。为降低过罚相当原则适用的不确定性,《行政处罚法》中应增加“可以式”从轻、减轻处罚规范,设立“酌定式”从轻、减轻处罚规范。为了避免裁量基准僵化适用和同案不同罚等不利于营商环境的行政处罚方式,应优化裁量基准的逸脱适用规则,并发展自动化处罚裁量等行政处罚的技术支持手段。

关键词: 行政处罚;比例原则;营商环境;过罚相当;裁量基准

中图分类号: D922.1

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2025)02-0076-09

The application of the principle of suiting penalty to fault in the context of business environment optimization

YU Zhiqiang, XU Lei

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Under the guidance of the business environment optimization policy, both market environment must be optimized and market order must be maintained while implementing administrative penalties, which puts higher requirements on the flexibility and fairness of the principle of suiting penalty to fault. However, it is difficult to apply this principle due to the lack of clear judgment criteria and application methods. The accurate evaluation of the application of this principle is based on "fault" and "equivalent". On the one hand, the relevant "fault" considerations should be refined and incorporated as fully as possible into the evaluation system to accurately judge the severity of "fault". On the other hand, this principle should be introduced into the proportionality assessment to accurately measure the level of "equivalent". To reduce the uncertainty in the application of this principle, provisions for lenient and mitigated penalties in "possible" forms and "discretionary" forms should be included in the *Administrative Penalty Law*. To avoid administrative penalties that harm the business environment, such as rigid application of discretion standards and different penalties for the same case, it is necessary to optimize the rule for escaping discretion standards and to develop technical support such as automated penalty discretion for administrative penalties.

Key words: administrative penalty; proportion principle; business environment; penalty commensurate with offense; discretion benchmark

收稿日期:2024-05-08 网络出版日期:2024-10-14

基金项目:浙江理工大学基本科研业务费专项资金资助项目(22256203-Y)

作者简介:于志强(1976—),男,河南洛阳人,教授,博士,主要从事网络法、知识产权法方面的研究。

优化营商环境的难点与行政权的运行尤其是行政机关的市场监管措施紧密相关^[1]。陕西榆林个体工商户罗某夫妇售出5斤不合格芹菜,所得仅20元,却被处以罚款人民币6.6万元^①;湖北省某地餐厅销售两份兽药残留量超标的武昌鱼菜品,所得107元,却被处以罚款5万元整^②。此类案件中市场监管部门所作的过重处罚,尽管明显与一般公众的认知相悖,却是按照《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)的相关规定作出。市场监管部门的本意是通过严格监管市场秩序以打造良好的营商环境,然而如此过罚不当,尽管维持了市场秩序却破坏了营商环境,颠倒了手段与目标的关系。这种片面适用法律导致的过罚不当行为,让“民无所措手足”,对经营主体的生产经营活动产生了严重干扰。此类过罚不当问题屡见报端,映射出过罚相当原则存在适用模糊的倾向。这一现象引发了双重困境:一方面,行政相对人和社会舆论对某些天价行政处罚不满;另一方面,行政部门执法遇难。

目前,关于过罚相当原则适用的判断标准,学界缺乏系统性的理论研究。聚焦于过罚相当原则的考量要素,有学者认为应当重构过罚相当原则的考量要素,确立“过”的体系^[2];有学者主张借鉴刑事量刑对量刑构造的分析,在裁罚因素类型化的基础上提炼常态的酌定裁罚因素^[3];也有学者认为无需类型化考量因素,只需要将《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第5条第2款规定的四类一般考量因素作为处罚裁量的首要考量因素^[4]。聚焦于“相当性”的判断,尽管学界大多认为比例原则可以作为相当性的判断标准,但对于二者之间的关系众说纷纭,存在具体表现说^[5]、包含关系说^[6]的不同观点,其中包含关系说又存在两种对立观点:一种意见认为比例原则包含过罚相当原则^[7];另一种意见则认为过罚相当原则包含了比例原则^[8]。由上可见,过罚相当原则的适用缺乏明确的判断标准,如何实现“过”之程度的准确判断,如何“罚”至“相当”,是目前亟须厘清的问题。

《行政处罚法》虽然界定了“过”和“罚”的要素,但对于过罚相当判断标准以及适用方式并无明确规定。优化营商环境背景下的行政处罚,一方面应有助于维护市场秩序,另一方面应有利于优化市场环境,这对过罚相当原则适用的客观性与明确性提出了更高要求。基于行政处罚公正性与灵活性的双重要求,本文从过罚相当原则的构成要素和“相当”的判断标准等方面讨论行政处罚的适用标准,并探寻有利于优化营商环境的适用方式。

一、过罚相当:优化营商环境背景下行政执法的基本面向

(一)包容审慎监管规范内涵具象化的要求

从政策背景来看,过罚相当契合“包容审慎监管”的要求。如果说科学立法为营商环境优化奠定了规则基础,那么行政执法便是将其从“理论的规则”转变为“实践的规则”的关键^[9]。考察我国各地市对制定轻微违法行为不予行政处罚的具体办法,在文件开篇中普遍存在类似的表述——“为推进市场监管领域包容审慎监管,规范市场监管执法行为,持续优化营商环境……”。包容审慎监管是各地市对深化“放管服”改革、优化营商环境政策导向积极响应和贯彻实施的直接表现。

《优化营商环境条例》《法治中国建设规划(2020—2025年)》“十四五规划”等文件均明确倡导探索实施包容审慎监管,旨在为新兴业态与产业的发展营造更为宽松的成长环境^[10]。深入探究其本质,包容审慎监管理念最初虽针对新业态、新模式提出,但其适用范围不应局限于新经济领域,而应拓展至政府监管的整个领域^[11]。包容审慎监管的价值根基在于维护市场经济的自由竞争、提升效率,以及激发市场活力,通过适度放宽管制,鼓励创新与企业成长,彰显“包容”之意;而其实践路径,则聚焦以最小化负面影响的方式保障市场稳定与安全,优化市场生态,贯彻“审慎”要旨。尽管包容审慎监管在法律与行政立法层面已初步形成了一套相对统一的概念框架,但这一框架内蕴的不确定性法律概念,依然存在诸多晦涩模糊之处。当前,“包容审慎监管”更多的是提供宏观的监管导向与基本原则,缺乏具体而微的操作指引,作为优化营商环境的重要手段,其规范内涵亟待进一步具象化^[12]。在实践中,包容审慎监管赋予了执法者在判定是否包容、如何包容、何时监管以及采取何种审慎监管措施等方面的裁量空间,这既是其灵活性的体现,亦是探索其实施路径时需克服的障碍。优化营商环境背景下需要全面探索包容审慎监管,在规则合理的基础上体现出对规则的正确理解,实现精准执法^[13]。为提升包容审慎监管的效能,避免包容过度而审慎不足,抑或是包容不足而审慎过度,对过罚相当原则的适用需要满足更精细的要求。

① (2020)陕08行终19号行政判决书。

② (2021)鄂0106行审21号行政裁定书。

(二)行政处罚自由裁量权的限度要求

1. 过罚相当的法律原则性质

过罚相当原则之于《行政处罚法》，相当于罪责刑相适应原则之于刑事法。尽管在《行政处罚法》当中并未直接使用“过罚相当原则”这一表述方式，但从其适用方式、规范体系中所处的位置以及实体法当中的规范依据，都能明确“过罚相当”的原则地位。

从适用方式的角度来看，过罚相当与法律原则的适用方式一致，过罚相当的应用通过权衡实现，法律原则之间出现矛盾或冲突时“必须互相衡量或平衡”，二者的适用方式相同。就规范体系中的地位而言，《行政处罚法》第5条第1款规定：“行政处罚遵循公正、公开的原则。”《行政处罚法》第5条第2款规定了过罚相当原则，即“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。由此可见，过罚相当属于行政处罚公正原则的子原则，在体系中居于总则的核心地位，确保行政处罚的公平合理，关键在于严格遵循并践行过罚相当原则的精神与要求。就实体法中的规范依据而言，相关法律、部门规章和地方性法规中所采用的表述方式，或与《行政处罚法》第5条第2款的规定一脉相承，例如《中华人民共和国治安管理处罚法》（以下简称《治安管理处罚法》）第5条第1款^①、《甘肃省规范行政处罚自由裁量权规定》第6条第2款^②；或直接使用“过罚相当原则”一词，例如《江苏省生态环境行政处罚裁量基准规定》第4条第1款^③。

2. 行政处罚设定和实施需遵循过罚相当

制定行政处罚时，必须严格遵守过罚相当的原则，这是基于行政处罚的性质和行政处罚权的设定来确定的。行政处罚不只是对违法行为的一种惩戒方式，它还具有教育功能。根据违法行为的性质、情节以及后果，立法机构应制定不同类型的处罚措施和相对应的处罚幅度。可见在确定行政处罚的具体内容时，必须对行政处罚裁量权进行合理限制，以达到惩戒违法行为和促使行为改正的双重目的。与此同时，行政处罚权的构建是多层次和分散的，各层级的法规都有对应的行政处罚措施，因此需要建立统一的实体标准，以确保行政处罚设定权的合法性、有效性和一致性。这意味着，任何有权制定行政处罚的机构，在其初步决策阶段，都应深入、客观且全面地分析违法行为的本质及其对社会造成的危害或潜在危害，并据此来制定相应的行政处罚措施。在行政处罚的实施过程中，遵循过罚相当的必要性根植

于行政处罚过程中时刻存在的裁量可能性。赋予相关部门裁量权的初衷是为了防止由于处罚过于轻微而未能达到对非法行为的有效处罚，或者因为处罚过于严厉而给受害者带来不合理的过重负担。这要求在实施行政处罚时，行政机关必须始终追求过罚相当的目标，裁量权的行使始终要在过罚相当原则的引导、规制之下运行，处罚过程中对违法行为作出的处罚既要符合法律规定，又要根据违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度等加以调整，确保赋予相关机关裁量权的目的能够切实达成。

过罚相当原则在一方面被视为规范行政处罚自由裁量权时必须遵守的法律原则，而在另一方面，如何客观地评估“过”的程度以及如何公正地判断过罚是否“相当”，这一原则并未给出明确的判断标准，致使其在实践中存在适用模糊的情况。行政执法实践中，运用过罚相当原则在具体决定处罚的种类、幅度、是否应该取消处罚，以及如何从轻、减轻或加重处罚等方面存在过于抽象的问题，使执法者在实践中出于“渎职”之忧往往不敢或不愿运用过罚相当原则以实现个案正义，也为裁量权的滥用埋下了隐患。

二、过罚相当原则适用的考量因素及规范依据

过罚相当原则强调无过不罚、小过小罚和大过重罚，只有客观并准确地评估“过”的程度，才能确保“罚”的适当^[14]。2021年修订的《行政处罚法》第5条第2款规定：“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”从法律文本来看，过罚相当条款中的“过”一词仅规定了违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度四类。而“事实”“性质”“情节”和“社会危害程度”四个抽象概念无法将手段、过错、主体、未遂等因素囊括进去，相对于实践的多样性和复杂性，其内涵便相对狭隘，难免挂一漏万，存在不足^[2]。根据“过罚相当”字面含义来说，“过”可以解释为过错，即当事人的过错，包括主观过错和违法行为造成

① 《治安管理处罚法》第5条第1款规定：“治安管理处罚必须以事实为依据，与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害程度相当。”

② 《甘肃省规范行政处罚自由裁量权规定》第6条第2款规定：“行政机关实施行政处罚应当将法律、法规、规章规定的可裁量的处罚种类和幅度，依照过罚相当原则……以确保处罚与违法行为的事实、性质、情节及社会危害程度相适应。”

③ 《江苏省生态环境行政处罚裁量基准规定》第4条第1款规定：“适用生态环境行政处罚裁量基准，应当遵循合法、合理、过罚相当及公开公平公正原则。”

的客观过错。考察相关法规与案例中对“过”的考量,可以发现其主要以情节细化的方式出现,即通过细化“过”的相关考量因素并将之尽可能完整地纳入评估体系,以实现“过”的大小进行准确判断。

(一)情节中“过”的考量

在行政裁量中,情节指的是超出法定构成事实的,对裁量的最终决策产生直接效果的各种主观和客观的事实情况^[15]。在“过”的规范内涵中,应当细致地考虑“情节”因素,并将主观过错、后果和其他相关因素尽可能完整地纳入评估体系之中,如此可以有效避免执法者因“不相关的考虑”而在执法过程中产生裁量任意或裁量不适当等问题^[16]。

1. 主观过错因素

新修订的《行政处罚法》第33条第2款将主观过错纳入了行政处罚的考虑之中^[17],在与过与罚之间确立了一个相对明确的对应关系,给不确定的过罚相当原则注入了相对确定的内容^[18]。在规范性文件对过罚相对原则的论述中,对相对人主观过失的考量因素进行的规范也颇为普遍,规范性文件中对主观过失的处理方法,一种是将人的主观过失列入“综合考虑”或“全面考虑”的裁量体系中,与手段、次数等其他考量因素并列,这种处理方式是在《行政处罚法》第5条规范框架内对“情节”要求的补充与具体细化,如《旅游行政处罚办法》第16条第1款第4项^①、《渔业行政处罚规定》第3条^②。另一种则是将主观过错作为一个独立的裁量情节,与事实、性质、情节、社会危害程度四因素相并列,以“根据”一词统领,单独突出主观过错要素的存在,如《杭州市民政局行政处罚自由裁量权暂行办法》第7条^③、《湖南省审计厅规范行政处罚自由裁量权实施办法》第6条^④。

2. 危害后果因素

一般情况下,后果并不是将一项行为认定为违法并应受行政处罚的必备要件。闯红灯、超速等交通违法行为,即使没有引起危害后果,一般也属于需要受到行政处罚的行政违法行为。但是,越来越多的司法实践和规范性文件开始在裁量情节考虑违法行为所导致的危害后果。以最高人民法院的公报案例苏州鼎盛食品公司案^⑤为例,被告鼎盛公司因其旗下公司制作的一款月饼包装中的“乐活 LOHAS”商标被认定构成对东华企业注册商标专用权的侵害,被责令停止侵权行为并处以人民币50万元的处罚决定。但江苏省高级人民法院在二审中指出,鼎盛公司未对商标权人东华公司造成实际的损害后

果,对其处以人民币50万元罚款的行政处罚未能遵循过罚相当原则,其中就将损害后果纳入了行政执法机关认定“过”时应当考量的要素之一。另外,在规范性文件中也能够看出对后果因素的强化,例如《浙江省民政行政处罚裁量基准实施办法》第7条^⑥。

3. 其他因素

前述的主观过错和危害后果是违法行为中“过”的细化情节中最为突出的两个因素。而其他的因素涉及更广泛的领域,并且使用的表述也有所不同,包括但不限于违法的次数、持续时间、在整体违法行为中的角色,以及违法的动机和目标等。根据《宜昌市公安局行政处罚自由裁量权实施标准》的规定,非法购买伪造或篡改的居民身份证的行为可以被划分为普通和严重两个类别。行政机关在作出罚款或减轻处罚的决策时,应根据是否有其他违法或犯罪的动机来区分,对行为人的违法动机进行评估,以便将动机作为加重或减轻处罚的依据。《鹰潭市人民政府办公室关于全面开展规范行政处罚自由裁量权工作的通知》将认知态度的客观表现定义为对违法行为后果和影响的纠正程度,并将认知态度纳入考量“过”的程度的要素之一。特殊情节因素包括社会影响、经济发展水平、政策等,通常与违法行为及违法行为人无直接关联,但仍在规范性文件中得以考虑,例如《北京市国家税务局、北京市地方税务局税

① 《旅游行政处罚办法》第16条第1款规定:“国家旅游局逐步建立,完善旅游行政裁量权指导标准。各级旅游主管部门行使旅游行政处罚裁量权应当综合考虑下列情节:(一)违法行为的具体方式、手段、程度或者次数;(二)违法行为危害的对象或者所造成的危害后果;(三)当事人改正违法行为的态度、措施和效果;(四)当事人的主观过错程度。”

② 《渔业行政处罚规定》第3条规定:“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚。”

③ 《杭州市民政局行政处罚自由裁量权暂行办法》第7条第1款规定:“根据违法行为的事实、性质、情节及社会危害程度和主观过错等因素,违法行为可分为轻微违法行为、一般违法行为、严重违法行为。”

④ 《湖南省审计厅规范行政处罚自由裁量权实施办法》第6条规定:“根据违法行为的事实、性质、情节及社会危害程度和主观过错等因素……将行政处罚分为免予处罚、从轻处罚、一般处罚、从重处罚。”

⑤ (2011)苏知行终字第0004号行政判决书。

⑥ 《浙江省民政行政处罚裁量基准实施办法》第7条规定:“实施行政处罚,应当综合考虑下列因素(一)违法行为人主观恶性;(二)违法金额;(三)违法行为持续时间;(四)违法行为涉及的区域范围;(五)违法次数;(六)违法行为手段;(七)违法行为的危害后果、社会影响程度;(八)其他依法应予考虑的因素。”

务行政处罚裁量权实施办法》第6条^①。

(二)社会危害程度中“过”的考量

过罚相当原则强调行政处罚必须与违法行为对社会造成的危害程度相匹配,这意味着只有当违法行为具有一定的社会危害性时,才应该对其施加相应的处罚。社会危害性的程度需要通过危害性评估进行量化,尽管《行政处罚法》没有明确规定社会危害性评价机制,但在法律层面可以从《行政处罚法》及其有关法规当中,找到有关社会危害性评价的要求。

《行政处罚法》第3条规定中的“违反行政管理秩序的行为”涵盖了一系列可能违规的行为,但并不是所有这些行为都会导致行政处罚,这一条文表述并未对这些行为进行具体定义,而只是指出了某种违反行政管理秩序的可能性。只有那些违反行政管理秩序并被认为“应当受到行政处罚”的行为,才可能触发相应的行政处罚后果。“应当给予行政处罚的”这一表述强调了对违反行政管理秩序的行为实施行政处罚之前,必须进行全面的综合的评估,只有在满足“应当给予行政处罚”的条件后,才能正式启动行政执法程序。而这个全面综合的评估不仅涵盖了违法性评估,即行为人究竟触犯了什么法律规范,也包括了危害性评价,即违法行为的危害性是否达到了需要处罚的程度。

此外,《行政处罚法》第5条第1款^②和《治安管理处罚法》第5条第1款^③均包含危害性评价的要求,通过危害性的准确评价,可以确保行政处罚与违法行为的社会危害程度相适应。由上可见,为精确评估“过”之程度,在执行行政处罚的调查、决策等关键环节,需综合考虑部门行政法的禁止性规定和立法目标,以全面评价违法行为的社会危害程度^[19]。

三、有利于营商环境的量罚标准确定

(一)采用比例原则为“罚”提供“相当”的判断方法

过罚相当原则作为《行政处罚法》的法定原则,虽然界定了“过”和“罚”的要素,但对于二者是否“相当”的判断标准以及分析方法并不明确,存在过于抽象的问题。比例原则主要关注公权力的合理运用,同时其三个子原则对公权力施加了限制^[20]。比例原则的核心在于对权力的合理控制,以防止公权力的滥用,优化营商环境背景下同样需要对行政处罚中的过罚“相当”进行控制,以避免行政处罚裁量权的滥用,对行政处罚相当性的控制与比例原则控权

的内涵一脉相承。“比例原则是基于价值衡量的一种具有相对成熟操作方法的规则性原则。这正好可以弥补过罚相当原则的不足。”^[6]通过适当性、必要性与均衡性的“三阶理论”能够为过罚相当原则提供分析技术上的补充。

1. 适当性原则:行政处罚应具备正当目的

该原则是指对行政处罚行为进行适当性的审查。行政处罚不仅要有法律依据,而且必须确保行政处罚具备正当的目的,这是实现行政管理目标、保护公民权利和维护社会公共利益的前提条件。以相杰干鲜菜门市诉濮阳县市场监督管理局案^④为例,在销售的韭菜中可能含有对人体有害的超标物质的情况下,市场监督管理局并没有对韭菜进行及时的物质检测,也没有采取及时的没收和处理等有效措施。过了二十多天后,市场监督管理局才决定对经营者处以5万元的罚款,而在此期间,商家已将含有超标物质的韭菜全部售空。本案中的执法机关“以罚款为目的,本案行政处罚执法目的不当”,将行政处罚作为一种经济手段,为罚而罚,这种“罚款创收”的做法就严重背离了行政处罚所应具备的正当目的,不仅未能达到违法行为应有的惩戒教育目的,反而可能激发公众对行政执法的不信任和抵触感,此种目的异化的行政处罚行为明显不符合过罚相当原则。

2. 必要性原则:行政处罚应造成最小损害

该原则是指对行政处罚行为的必要性进行审查。在实施行政处罚时,必须审慎考虑所采取的处罚手段可能对当事人造成的不利影响。一旦某一违法行为对应着多种处罚种类及幅度,行政执法人员就需要在必要性原则之下进行权衡,以达到行政执法目的和目标为边界,尽可能选择对当事人权益造成最小损害的方式。选择行政处罚手段时要注意,采取平和的措施通常造成的损害相较激烈的措施要小,限制财产权的措施相对于限制人身权的损害也

① 《北京市国家税务局、北京市地方税务局税务行政处罚裁量权实施办法》第6条规定:“税务机关行使税务行政处罚裁量权应当符合立法目的和法律原则,全面考虑相关事实因素和法律因素,作出的处罚决定……与违法行为发生地的经济发展水平相适应。”

② 《行政处罚法》第5条第1款规定:“治安管理处罚必须以事实为依据,与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害程度相当。”

③ 《治安管理处罚法》第5条第1款规定:“治安管理处罚必须以事实为依据,与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害性相当。”

④ (2020)豫09行终23号行政判决书。

要小。行政机关在实施处罚时要根据不同情境,避免对其合法权益造成过度损害,在能够达到同样处罚目的的前提下,选择对当事人侵害最小的方式进行行政处罚。如汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案^①中,二审法院认为责令采取相应的改正措施,应以达到行政执法目的和目标为限,最大程度地减少对相对人权益造成的侵害。

3. 均衡性原则:行政处罚的损害和收益应成比例

该原则是指利用均衡性原理加以调整。在实施行政处罚时,应当注意所造成的损害与收益之间的比例关系。当行政处罚所造成的损害与收益成比例的情况下,才能被视为过罚相当;损害与收益不成比例的情况下,则是“过罚失当”。在确定了可以达到处罚目的的最小损害处罚手段之后,还需要进一步确定对当事人所带来的损害同促进的公共利益之间的比例关系。过罚相当并不等于单纯的“等价”报复,而是要求惩罚所带来的最大损失同处罚所产生的最大化的公共利益成比例。均衡性原则在行政处罚的适用中能够确保处罚行为对当事人权利的限制与其对公共利益的保护保持适当的关系。在胡以锋诉淄博市周村区食品药品监督管理局案^②中,法院认为处罚的手段和目标并不相称,能够为社会公共所带来的利益远远小于对上诉人造成的伤害,因此认定其不符合过罚相当原则。

(二)《行政处罚法》中从轻、减轻处罚判断标准的完善

根据过罚相当原则以及《行政处罚法》的相关条款,对于满足条件的违法行为适当减轻其处罚,2021年对《行政处罚法》的修订中,法规通过扩大从轻、减轻处罚情形、引入首违不罚、加强行政处罚裁量基准等,为过罚相当原则注入了更具适用性的空间。但该法规在“可以式”从轻、减轻处罚规范,以及酌定从轻、减轻处罚规范方面尚存在一定的缺陷。

1. 完善“可以式”从轻、减轻处罚规范

《行政处罚法》中关于从轻、减轻处罚的规定主要为“应当式”,仅在第31条^③中表述为“可以式”规范。然而,在地方的裁量标准中却融入了大量的“可以式”规定,这与《行政处罚法》形成了明显的差异。《杭州市民政局行政处罚自由裁量权暂行办法》规定了5种应当依法从轻或减轻行政处罚的情形,如已满十四周岁不满十八周岁、主动消除或减轻危害后果、受他人胁迫等。《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》中规定了6种应当依法从轻

或减轻行政处罚的情形,如主动供述、配合市场监管部门查处有立功表现的、受他人胁迫或诱骗等。地方规定多而不统,《行政处罚法》中的“可以式”从轻、减轻处罚情形过少,过于碎片化的地方规定可能导致法律适用上的不一致,不同地区、不同部门对相似情形的处罚标准和力度各不相同,缺乏明确的上位法依据使得过罚相当原则的实施难以得到充分的保障。

因此,为公正地实施过罚相当原则,需要在限制与放宽裁量权之间寻求平衡。应该对《行政处罚法》中的“可以式”从轻、减轻处罚规范进行完善,使得执行者能根据案件的具体情况做出更加合理、符合实际的处罚决定。具体做法可以借鉴《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中存在的大量“可以式”从轻、减轻刑罚规定,将更多的可以从轻、减轻处罚的情形纳入《行政处罚法》中。例如,对违法行为及时中止的当事人、在共同违法行为中起次要或辅助作用的当事人、提供相关证据和线索,能够积极配合执法机关调查取证的当事人,可以从轻、减轻处罚。

2. 增设“酌定式”从轻、减轻处罚规范

酌定从轻、减轻处罚是指在没有法定从轻、减轻处罚的情形下,行政机关根据案件具体情况而决定是否实施较轻或突破法定罚则的处罚^[14]。《行政处罚法》中缺乏明确的酌定裁量规范,酌定从轻、减轻处罚规范的缺失易导致过罚失当。社会现象的复杂性与多样性,使得单一的法律规定难以涵盖所有特殊情形,面对个案,执法人员可能因缺乏明确的法定规范,明知“过罚不当”,但出于对自身的“渎职”之忧而不敢或不愿在个案中灵活运用裁量权,直接适用明文规定的具体罚则从而使得处罚结果显得过于僵硬、不具有合理性,难以贯彻过罚相当原则。

增设酌定从轻、减轻处罚规范,让执法人员拥有从轻、减轻处罚的法定依据,打消其不敢或不愿运用裁量权的忧虑,有利于实现过罚相当。现行《刑法》在众多法定从轻、减轻处罚规范之外,于第63条第2款^④设立了酌定减轻处罚的规范。为了确保“酌定

① (1999)行终字第20号行政判决书。

② (2017)鲁03行终212号行政判决书。

③ 《行政处罚法》第31条规定:“……尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人、智力残疾人有违法行为的,可以从轻或者减轻行政处罚。”

④ 《刑法》第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”

式”从轻、减轻处罚规范有效运作,一方面,应充分尊重行政执法人员的专业判断,赋予其必要的自由裁量空间;另一方面,通过建立健全的监督制度,防止裁量权的滥用,确保处罚的公正性和合理性。增设“酌定式”从轻、减轻处罚规范,能够使行政执法人员敢于行使裁量权,更有利于实现个案当中的过罚相当。

四、过罚相当原则下的裁量方式探索

过罚相当原则的实施需要在裁量基准的细化中进行权衡,但对裁量基准过度细化反而会导致在某些具体案例情境下违反过罚相当原则,甚至违背裁量基准的价值目标。在坚持行政处罚裁量基准作为控权工具的基础上,完善逸脱适用制度能够有效防止裁量基准陷入机械化的僵硬适用,这是优化营商环境背景下的一项有益探索。自动化行政处罚是另一个重要探索方向,完善裁量辅助系统以降低出现选择执法、人情执法的可能性,是对自由裁量权进行有效控制的技术手段。

(一)完善逸脱适用的裁量基准调节机制

2021年修订的《行政处罚法》第34条^①是裁量基准在我国首次进入中央立法文本,作为一项控制和规范行政裁量权的工具,裁量基准已经获得了全方位认可和接纳^[21]。“游走在规范与僵化之间”^[22]的裁量基准决定了其不应过于死板,必须为其自身和下属行政部门在案件执行中预留规则的调整空间。如果不在裁量基准中保留逸脱的适用空间,会将裁量基准的适用推向极致僵化,使得行政处罚难以实现过罚相当。为了解决行政处罚裁量基准存在的问题,应根据具体情况设计裁量权的逸脱机制^[23]。通过裁量权逸脱机制的完善,避免裁量基准的僵化适用。

1. 合理设置裁量基准中的逸脱条款

逸脱权即在执行法律的过程中,行政机关有权根据实际状况,超出其自主判断的界限,自主决定不适用或更改适用的范围^[24]。逸脱问题的核心在于对裁量基准文档中逸脱条款的明确授权。具体的逸脱情形需要结合要件裁量和效果裁量进行规定,使减轻处罚的裁量标准更具可操作性。采用规则细化的方式时,需平衡规范性与可操作性之间的关系,避免过于详细的规定。采用相对灵活的表述方式能够使逸脱裁量更具适用性,如可以在不违反比例原则、平等原则、过罚相当原则的情况下作出例外的裁量。

2. 明确裁量逸脱的程序性要求

明确逸脱适用中的程序性要求不可或缺,缺少

相应的程序设计,一方面可能导致行政机关在执行减轻处罚的法律过程中随意更改减轻的种类和程度,导致案件的不公正处理;另一方面也可能因程序性要求不明,导致执法人员在执行时出现裁量怠惰的情况。关于逸脱适用的程序性要求,一是需要经过内部的审核或者是集体的讨论。执法人员在通过逸脱行为进行调整之前,必须得到本行政机关主要负责人的同意或集体讨论的批准。在集体讨论的过程中,所有参与人都应该独立和自主地表达意见,不能考虑与该文本无关的非正式因素^[25]。与个体执法者的单一观点相比,集体讨论可以增强逸脱行为的科学性和合理性,从而有效地避免个体执法者随意逸脱并应用裁量标准的行为,也有助于规避个体执法者逸脱怠惰的情况。二是作出解释说明的义务。通过详细解释原因,并公开地作出逸脱的决策,这不仅确保了当事人的知情权,也起到了对行政机关进行监督的作用^[26]。一方面,执法体系中的分层指导和监督原则要求必须向上级相关部门解释和说明适用的裁量标准;另一方面,当自由裁量基准被应用于相对人的情况下,其对内部的影响将会扩散到外部环境,因此有必要向相对人阐明为何不将其纳入自由裁量基准的适用范围内。这种双向的说明义务,既确保了逸脱行为在内部层级得到妥善监督,也保障了相对人对于逸脱决策的知情权。

3. 建立事后的逸脱监督机制

逸脱适用裁量基准是一种涉及规则控制效果和法律秩序稳定的具体行政行为,有必要将其纳入备案审查^[23]。当执法人员逸脱适用裁量标准时,集体讨论大多只在机构内部进行,这使得他们难以及时向上级部门报告造成逸脱的主要原因,以及向基准制定部门提出避免逸脱的建议。因此,政府和执法部门都有责任及时将逸脱适用的具体情况报告给制定机关,以便制定机关可以更好地了解实际情况,及时检查和监督来证明其应用逸脱标准的行为是合理的,从而提高个案自由裁量的质量^[27]。

具体而言,逸脱监督机制应当建立严格的备案和报送程序,遵循“一案一报”原则,确保每一起适用逸脱的案件都能够得到充分的关注和审查。在备案审查期间,逸脱行为不应停止,以保持实时的监督和反馈机制。行政执法机关在执行逸脱裁量时,应当

^① 《行政处罚法》第34条规定:“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。行政处罚裁量基准应当向社会公布。”

按照规定的程序填写备案报告表,附上个案信息描述、合规性审核建议等有关资料。上述材料将成为监督机构进一步审核的基础,有利于保证审核的全面性和准确性。上级单位在接收上报资料以后,需要对逸脱适用活动的合法性和合理性作出充分检查。如果监督机构认为逸脱活动有违规或不合理的瑕疵,应当及时向行政执法机关提出监督意见,并责成其进行整改和纠正。行政执法机关应当积极响应监督意见,及时采取措施加以整改。整体而言,备案审查机制作为有效的逸脱行为监督体系,能促成合规逸脱决策,并最终保障公民合法权益。

(二)裁量辅助系统的完善路径

裁量辅助系统通过程序化和数字化的执法过程,能够有效约束自由裁量权的运用空间。在传统的执法过程中,行政执法人员在作出处罚决定时可能受到个人情感、知识水平和理解差异的影响,导致相似案件之间的处罚结果出现较大差异。与此不同,自动化决策可以在很大程度上减少人为因素的干扰,降低执法过程中出现选择执法、人情执法等情况的可能性,使得裁量程序更加规范。自动化处罚裁量系统是规范自由裁量权的运用,实现过罚相当原则的有效技术手段,技术手段的优化与相对人合法权益的保障需要同步提升^[28]。

裁量辅助系统可以客观保障同案同判,在一定程度上能够弥补人工裁量的缺陷。然而,在实际执法实践中,当裁量系统所作结果与执法人员个人判断存在差异时,执法人员更倾向于直接接受自动化裁量辅助系统的结果,将辅助裁量系统视为对自身判断的防错装置,执法人员在实践中过度依赖辅助裁量系统,反而使辅助裁量系统成为实际的裁量主体。尽管目前的自动化裁量系统已经相对完善,但其远远无法达到像人类一样进行因果性裁量判断的水平,因而自动化系统不能也不应当取代执法人员的裁量主体地位。裁量系统的角色应通过工具化的手段来协助法律更为有效地完成其职责^[29],强化执法人员的裁量主导作用,明确自动化处罚裁量系统的工具定位,确保执法人员在参考自动化裁量辅助系统的成果后,能够切实执行他们的裁量职责。换言之,我们必须确保裁量辅助系统和执法人员之间的关系是替代而非取代关系,是依靠而非依赖关系^[30]。

五、结 语

过罚相当原则是约束行政处罚设定和实施的核心。在规范结构上,过罚相当原则仅做出抽象性的

表述,存在适用不明的难题。因此,需要通过情节细化的方式考察“过”的考量因素,将之尽可能完整地纳入评估体系,并借助比例原则弥补“相当性”判断标准的不足。为降低过罚相当原则适用的不确定性,《行政处罚法》中应完善“可以式”从轻、减轻处罚规范,增设“酌定式”从轻、减轻处罚规范。依托过罚相当原则,探索完善逸脱适用的裁量基准调节机制与裁量辅助系统是我国营商环境法治化背景下行政裁量方式的有益方向。实现宽严相济的处罚正义并非一日之功,如何在防止裁量滥用的同时又不过度限制其裁量空间,有赖于过罚相当原则考量要素和判断标准的进一步具体化,未来需要在规范和实践层面持续不断地共同探索。

参考文献:

- [1] 李洪雷. 营商环境优化的行政法治保障[J]. 重庆社会科学, 2019(2): 17-25.
- [2] 李晴. 论过罚相当判断[J]. 行政法学研究, 2021(6): 28-38.
- [3] 陈太清. 过罚相当原则的司法适用[J]. 法学, 2021, 479(10): 48-63.
- [4] 江必新, 贺译葶. 贯彻《行政处罚法》需重点把握的几个问题[J]. 法律科学(西北政法学报), 2021, 39(5): 43-52.
- [5] 舒畅. 过罚相当原则具体适用的发展: 基于对苏州鼎盛食品公司案的分析[J]. 公法研究, 2017, 18(2): 1-41.
- [6] 杨登峰, 李晴. 行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨[J]. 交大法学, 2017(4): 9-21.
- [7] 湛中乐. 行政法上的比例原则及其司法运用: 汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局案的法律分析[J]. 行政法学研究, 2003(1): 69-76.
- [8] 翟翌. 比例原则的中国宪法规范基础新论: 以宪法第33条为中心[J]. 新疆社会科学, 2012(5): 88-94.
- [9] 李芹. 优化营商环境视域下行政执法的失范与重塑[J]. 理论导刊, 2023(12): 78-86.
- [10] 刘权. 数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑[J]. 法学研究, 2022, 44(4): 37-51.
- [11] 张红. 免予行政处罚制度的现实困境与解决之道[J]. 中国司法, 2020(4): 57-61.
- [12] 卢超. 包容审慎监管的行政法理与中国实践[J]. 中外法学, 2024, 36(1): 143-160.
- [13] 张红, 岳洋. 行政处罚“首违不罚”制度及其完善[J]. 经贸法律评论, 2021(3): 20-34.
- [14] 刘权. 过罚相当原则的规范构造与适用[J]. 中国法学, 2023(2): 129-148.
- [15] 周佑勇. 论行政裁量的情节与适用[J]. 法商研究, 2008(3): 38-45.
- [16] 周佑勇. 裁量基准的技术构造[J]. 中外法学, 2014, 26(5): 1142-1163.
- [17] 金成波. 行政处罚中违法者主观认识论纲[J]. 当代法学, 2022, 36(4): 105-115.
- [18] 黄海华. 新《行政处罚法》制度创新的理论解析[J]. 行政法学研

- 究,2021(6):3-15.
- [19] 周海源. 危害性评价应纳入行政处罚制度的基本范畴[J]. 法学,2020(6):63-75.
- [20] 梅扬. 比例原则的适用范围与限度[J]. 法学研究,2020,42(2):57-70.
- [21] 周佑勇. 行政处罚裁量基准的法治化及其限度:评新修订的《行政处罚法》第34条[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2021,39(5):53-61.
- [22] 余凌云. 游走在规范与僵化之间:对金华行政裁量基准实践的思考[J]. 清华法学,2008(3):54-80.
- [23] 王杰. 论行政处罚裁量基准的逸脱适用[J]. 财经法学,2022(1):117-132.
- [24] 周佑勇,钱卿. 裁量基准在中国的本土实践:浙江金华行政处罚裁量基准调查研究[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版),2010,12(4):44-52.
- [25] 陆洲,于晴晴. 论地方政府重大行政决策程序的立法进路:以河北省为例[J]. 河北法学,2018,36(11):120-130.
- [26] 王贵松. 论行政裁量理由的说明[J]. 现代法学,2016,38(5):37-48.
- [27] 陈鹏. 重大具体行政行为备案审查制度的规范阐释[J]. 政治与法律,2012(5):74-83.
- [28] 周文清. 过程论视野下自动化行政行为的司法审查:以道路交通非现场执法时空情境分析为视角[J]. 行政法研究,2022(1):105-118.
- [29] 陈景辉. 算法的法律性质:言论、商业秘密还是正当程序? [J]. 比较法研究,2020(2):120-132.
- [30] 施立栋. 自动化行政中的人工干预机制:以公安领域为例[J]. 中国社会科学院大学学报,2022,42(6):83-99.

(责任编辑:秦红嫚)