



行政违法行为的检察监督·····	江国华 王 磊	3
民间技术标准的行政利用·····	王贵松	18
行政处罚协商程序构造论·····	杨彬权	29
行政处罚上违法所得的认定和处置研究·····	郑 琳	45
行政罚款与行政执行罚的关系之辨·····	王明喆	59
行政处罚决定公开过程中的裁量权及其规范路径·····	翁明杰	75
“具有一定社会影响”的行政处罚决定公开之认定·····	卢荣婕	90
论行政处罚裁量基准的逸脱适用·····	王 杰	103
论算法行政的技术性正当程序·····	朱 瑞	119
行政处罚主观归责模式的反思与调整		
——基于处罚种类多元化的思考·····	王明喆	134
自动化行政中算法的法律控制·····	王 宾	148
法律询问答复的类型与适用控制		
——对《立法法》第 69 条的解释·····	巢永乐	163

行政违法行为的检察监督

江国华 王磊*

内容提要：行政违法检察监督将检察机关的法律监督范围从诉讼领域向诉讼领域外拓展，丰富了检察权的内容。行政违法检察监督符合法律监督基本原理。检察权介入对行政行为的监督，这符合当下依法治国和国家治理体系现代化建设的需要。行政违法检察监督仍然具有检察权的“法律监督”属性，监督的对象、权力性质和监督原则都有限度。当前实践运作中，需要从线索来源、监督范围、监督方式上进行探索，尤其要处理好与现有检察制度设计的衔接，同时强化机制保障，建立案件化办理机制、检察一体化机制和外部协作机制，以实现检察监督的规范化运行。

关键词：行政违法行为 检察监督 实践运行

• 3 •

2021年《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》提出检察机关“在履行法律监督职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的，可以依照法律规定制发检察建议等督促其纠正”，这与党的十八届四中全会提出的“检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为，应该督促其纠正”一脉相承，再次为检察机关开展行政违法行为监督提供了依据。近年来，地方立法和检察工作中也多有探索。^{〔1〕} 检察机关开展行政违法行为监督（以下简称“行政违法检察监督”）已经成为实践命题。但从文本概念到实践定型，还需要理论层面和实务层面的持久努力。本文试就行政违法检察监督的理据、内涵进行分析，并对制度构建提出设想。

* 江国华，武汉大学法学院教授；王磊，武汉大学法学院博士研究生、湖北省人民检察院行政检察部主任。

本文为湖北省人民检察院2020年度检察理论研究重点课题“行政检察监督基础理论研”（HJ2020A07）的阶段性成果。

〔1〕 2019年以来，山东、湖南、湖北等省人大常委会对行政违法检察监督进行了规定。《山东省人民代表大会常务委员会关于加强新时代检察机关法律监督工作的决议》第4条第3款规定：“强化对行政权力的制约和监督，探索建立相关工作机制，对履行职责中发现的行政机关违法行使职权或者不行使职权行为，依法督促纠正。”《湖南省人民代表大会常务委员会关于加强新时代人民检察院法律监督工作的决议》第5条规定：“……对行政机关及其工作人员违法行使职权或者不行使职权的，应当依法督促纠正。……”《湖北省人民代表大会常务委员会关于进一步加强新时代检察机关法律监督工作的决定》第4条第3款规定：“加强对行政违法行为法律监督，对履行职责中发现的行政机关违法行使职权或者不行使职权行为，依法督促其纠正。”

一、行政违法检察监督的合理性

行政权本身具有扩张性、侵犯性、任意性的内在基因，是最易被滥用的权力，也是最不愿接受监督、最难以监督的权力。客观上需要对行政权进行监督制约以防止其滥用是不言而喻的，但检察机关作为国家法律监督机关，其法律监督是否包含对行政违法的监督呢？现实中作出这种安排的合理性又在哪里？

（一）行政违法检察监督符合法律监督原理

行政违法检察监督是否符合法律监督原理，其实质是检察机关的法律监督理论能否涵盖对行政权的监督。由于我国检察监督存在从“一般监督”到“法律监督”的历史变迁，在此问题上容易产生误解。我国检察制度并非内生于中国传统文化，其一方面受西方法治文化冲击的产物，另一方面很大程度上受苏联“一般监督”理念影响，最终形成我国“法律监督机关”之定位。^{〔2〕}借鉴和脱胎于苏联检察制度，我国1954年《中华人民共和国人民检察院组织法》从立法层面明确了检察权的具体内容，并且确立了我国检察权“一般监督”的基础。^{〔3〕}“一般监督”的目的是维护法律的统一实施，检察机关可以对各级国家机关、国家机关工作人员和公民遵守法律进行监督。但基于检察力量等各方面因素的影响，“一般监督”并未在实践中实施，只存在于国家权力设计理念和宪法规定之中。1982年《宪法》是我国新时期检察制度发展的基础，规定了检察机关为国家法律监督机关，检察监督就此进入“法律监督”阶段。从现实情况来看，“法律监督”主要局限于诉讼领域发挥作用。行政违法行为监督是直接面向行政权的监督，是否违背了法律监督原理以至于产生理论实践的错位呢？

其一，“法律监督”不等于“诉讼监督”。检察制度作为国家制度不能仅从诉讼制度角度进行研究，而应当考虑国家权力安排中的功能需求，从国家制度层面考察。在国家制度设计层面，国家机构定位与功能作用相生相伴，性质归属在中国特色语境下应该退居其次，而更多地满足功能需求。为了全面了解我国的检察制度，就不能限于以往的研究范围和研究方法，仅仅或者主要把检察制度作为诉讼制度来看待，而应当从国家制度的更高层次上加以研究。^{〔4〕}中国国家权力机构设置中由检察机关承担法律监督功能，体现了鲜明的中国特色。我国人民代表大会制度下产生

〔2〕 参见秦前红：《全面深化改革背景下检察机关的宪法定位》，载《中国法律评论》2017年第5期。

〔3〕 1954年《宪法》第81条规定：“中华人民共和国最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律，行使检察权。……”1954年《人民检察院组织法》第3条规定：“最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律，行使检察权。”第4条规定了地方检察机关的主要职权，包括：（1）对于地方国家机关的决议、命令和措施是否合法，国家机关工作人员和公民是否遵守法律，实行监督；（2）对刑事案件进行侦查；（3）对于侦查机关的侦查活动是否合法，实行监督；（4）对于人民法院的审判活动是否合法，实行监督；（5）对于刑事案件判决的执行和劳动改造机关的活动是否合法，实行监督；（6）对于有关国家和人民利益的重要民事案件有权提起诉讼或者参加诉讼。第8条规定了最高人民检察院的职权，即最高人民检察院发现国务院所属各部门和地方各级国家机关的决议、命令和措施违法的时候，有权提出抗议。这赋予最高人民检察院纠正行政违法的职权。为方便检察机关行使纠正行政违法权，1954年《人民检察院组织法》第19条还规定：“人民检察院为执行检察职务，有权派员列席有关机关的会议，有权向有关的机关、企业、合作社、社会团体调阅必要的决议、命令、案卷或者其他文件，有关的机关、团体和人员都有义务根据人民检察院的要求提供材料和说明。”

〔4〕 参见王桂五：《中华人民共和国检察制度研究》，法律出版社1991版，第154页。

的国家机关都向人大负责,受人大监督,由于人大监督宏观性的特点,需要设置专门的法律监督机关来实现对权力的监督制约。我国检察机关拥有的法律监督权是一种独立的国家权力,其目的和功能是监督、保障和促进宪法和法律的统一正确实施。检察机关的权力来源于国家权力的分配,通过权力监督来实现国家意志。

检察权与行政权属于同一层级的国家权力,在我国两者之间并不存在制约关系,而检察权对行政权应当具有有限的监督权。这符合检察权的作用和功能。检察机关“法律监督”在实践中更多地作用于诉讼领域,但诉讼性是检察权不得已而为之的实然状态,还是检察权本身应具备的品质,值得探讨。实际上,诉讼性只是对检察权实际特性的归纳,反映的是一种现状或实然状态。但“法律监督”与“诉讼监督”不应等同,“对诉讼活动的法律监督”只是“法律监督”的一部分。尽管我国检察机关的法律监督目前仍局限于诉讼活动中的司法监督,但宪法明定检察机关为国家的法律监督机关显然为检察权的拓展预留了广阔的空间。^{〔5〕}从实践来看,检察监督也有对行政领域的涉足,如检察机关开展社会治理提出的检察建议;从检察制度发展来看,检察公益诉讼制度也突破了诉讼领域。因此,“法律监督”集中于诉讼领域只是实然状态,或受限于检察力量等诸方面因素,但并不意味着将行政违法监督排除在外。对于检察机关的宪法定位与实际作用不相符的质疑,解决思路不在于降低宪法定位,而在于实际运作中强化检察权对于保证宪法和法律正确统一实施的功能,构建起具有中国特色的、既不同于苏联“一般监督”又非“诉讼监督”的法律监督定位。

其二,行政违法检察监督不是“一般监督”。检察机关对行政权进行监督,其监督范围更加广泛,只要是行政机关的违法行为都可纳入检察监督的视野。有观点认为这是对“一般监督”的回归,应当在借鉴苏联一般监督权理论的基础上,保证检察机关对政府权力进行全面监督,这既是对实现行政法治这一时代诉求的回应,也是基于检察监督本义的必然选择。^{〔6〕}但现行法律规定和理论实务层面,一般都不认为检察权属于一般监督权。一般监督的范围不仅包括对违反法律的行为实施的监督,还包括对国家机关、企事业单位及其工作人员违反一般性的决议、规定或党和国家的方针政策的行为实施的监督。^{〔7〕}这种监督具有全方位、全能型的特点。从“专项监督”反观“一般监督”,两者之间的本质区别是监督对象是否具有一般性,即一般监督不针对特定主体、特定事务或特定对象。^{〔8〕}而法律监督与此不同,法律监督的基本属性包括法定性、程序性、事后性、随机性、谦抑性,特别是行政违法检察监督还遵循协同补充的重要原则,可以将其看作国家监督体制中的“专项监督”。漫无边际的“一般监督”,检察机关难以做到,也非其应承担的使命。由“一般监督”发展到“法律监督”,有其历史的必然性和合理性。同时,在一定的历史时期和条件成熟时可吸纳“一般监督”的合理内核。检察院专门的“法律监督”是对行政权力规制最有效和最可靠的制约手段。^{〔9〕}法律监督的行使以程序控制为限,而不是追求实体性、终局

• 5 •

〔5〕 参见石少侠:《检察权要论》,中国检察出版社2006年版,第9页。

〔6〕 参见谢佑平等:《中国检察监督的政治性与司法性研究》,中国检察出版社2010年版,第299页。

〔7〕 参见张运萍、严然:《行政违法行为检察监督研究》,载《法学杂志》2009年第9期。

〔8〕 参见韩成军:《人民代表大会制度下检察机关一般监督权的配置》,载《当代法学》2012年第6期。

〔9〕 参见前引〔6〕,谢佑平等书,第280页。

性的裁决权。行政违法检察监督也符合这一特点，作为事后监督和程序监督，并不影响行政行为的程序和实体。在“法律监督”中强化行政违法检察监督，万变不离其宗，仍契合法律监督最根本的特点，即“有限性”，而非“一般监督”的“一般性”。

（二）行政违法检察监督因应现实需求

中国进入社会主义新时代，建设法治国家、法治政府、法治社会，推进国家治理体系和治理能力现代化成为时代命题。“检察之治”在“中国之治”中承担了重要历史使命，行政违法检察监督因应了这一时代需求。

其一，检察权是依法治国和国家治理的重要力量。党的十九届四中全会强调了对法律实施的监督，以推进国家治理体系和治理能力现代化、推进全面依法治国。法律监督的产生基于法制统一性的需要，加强对法律实施的监督有助于把法律制度优势转化为国家治理效能。从权力控制论的理论观察，在法律实施的各个环节上对国家机构具体执行和适用法律的情况进行有组织的、制度化的监察和矫正，是在现实中维护法制统一所不可或缺的保障。^{〔10〕}维护法制的统一是与法律相伴而生的制度性要求，法律作为一种制度性、规则性的设计，其目的是为人们的行为提供统一的准则，要求在一国的范围内被统一适用。中国特色社会主义法律体系形成后，确保法律统一正确实施的任务已经摆到更加重要的位置。加强法律实施的监督，就是要以严密的法治监督体系，更好解决保证法律统一正确实施这个法治中国建设的主要矛盾。^{〔11〕}检察机关作为我国宪制秩序下的法律监督机关，是权力监督体系中的必要环节。^{〔12〕}在中国特色社会主义法治体系、司法制度中，检察机关的法律监督是法定的防错纠错机制，是司法监督的重要组成部分。^{〔13〕}

检察机关的法律监督，既是中国特色社会主义法治“高效的法治实施体系”的重要组成部分，又是“严密的法治监督”的重要组成部分。我国已有的对行政权运行的监督体系中，行政监察、复议均是内部监督机制，受人事关系、利益驱动等因素影响较大，舆论、网络、群众监督没有强制约束力，法院通过司法审查对行政权进行监督只限于进入诉讼程序的行政行为。而检察权作为主动积极的公权力，发挥监督作用的空间比较大，又是程序性的权力，不直接配置、处分权利义务，易于保持对行政权监督的超然地位。由此，在国家治理体系现代化改革的背景下，行政检察与法治政府不再是两个相互分立平行的系统，而是两个互相利用和依赖的复杂系统。^{〔14〕}

其二，行政违法检察监督契合对检察权功能的需求。依法治国和国家治理对检察权功能提出新需求。检察权功能和检察职能的含义有所不同。检察职能是基于国家机构分工所应该承担的工作及具有的能力。检察权功能则是检察机关通过行使检察权而对社会生活产生的作用和影响。在我国这样的社会主义国家，由于制度上的某种一体化特点，检察制度的社会政治功能更为突出。

〔10〕 参见中国法学会检察学研究会检察理论委员会编：《诉讼规律和诉讼监督规律与检察职能的优化配置》，湖北长江出版集团、湖北人民出版社2011年版，第182页。

〔11〕 参见《在国家治理体系和治理能力现代化进程中落实检察责任（权威方谈）——访最高人民检察院党组副书记、副检察长邱学强》，载 <https://china.huanqiu.com/article/9CaKrnKogwj>，最后访问时间：2021年1月10日。

〔12〕 参见秦前红、张演锋：《习近平法治思想指引下的行政检察探索与发展》，载《人民检察》2012年第8期。

〔13〕 参见前引〔11〕。

〔14〕 参见刘艺：《行政检察与法治政府的耦合发展》，载最高人民检察院行政检察研究基地、武汉大学行政检察研究中心编：《中国行政检察发展报告（2020年）》，中国检察出版社2021年版，第645页。

检察机关兼顾法治原则与特定的政治需求,通过司法手段贯彻国家政策,强调服从服务于党和国家工作的大局。^[15] 基于检察权在社会政治生活中的作用和影响,可对其功能作出不同层次的分析,如检察权的法治功能和政治功能。^[16] 从社会学领域来看,结构决定功能是指事物的结构决定着事物功能的发挥程度,功能对结构的反作用主要体现在功能指导着结构的构建。基于结构的决定作用,要想使制度设计的功能得到发挥,必须在功能的指导下设计事物的结构,使结构向更有序的方向发展,符合事物功能的需要。在我国权力结构体系中,检察权功能的发挥,取决于检察权结构的制度设计;检察权结构要在检察权功能的指导下进行构建,才能够确保检察权功能的实现。^[17] 新中国检察制度经过七十余年发展,检察职能也发生变化。特别是十八大以来检察职能的减损和扩大,都是基于国家权力功能进行的调适。行政违法检察监督的开展,符合调整职能适应功能之需的内在要求。

(三) 行政违法检察监督不乏国外的制度借鉴

我国与西方国家的检察权在性质与定位上有着本质不同,总体上西方检察权隶属于行政系统,检察权本质上不被认为具有监督属性,但从检察制度的起源和历史作用来看,在西方“三权分立”结构下,检察权作为二级权力依附于一级权力(行政权)参与权力制衡,具有隐性监督特质。更为重要的是,不论检察权性质如何,仍可抽离出与行政权相关的检察职能,作为域外的借鉴与参考。

其一,各国检察职能的设置不尽相同,普遍存在检察权对行政权的介入。现代世界各国检察机关的职能总体上以刑事诉讼为主,但是作为国家与社会公共利益的代表,检察机关职能及于民事诉讼领域。如大陆法系国家中,法国检察官有权参加一切涉及社会公共利益和公民权益的行政诉讼案件,包括就行政机关因不当或违法行政行为而损害社会公益的案件提起诉讼,并且拥有对行政法院违背社会公益的判决提出上诉的权力。^[18] 法国检察机关还行使一定的行政监督职能。^[19] 除此之外,检察官还负责监督司法辅助人员,监视司法救助机构的运行,监督户政官员,监督私立教育机构,监督公立精神病院,对开设咖啡店、酒店等特种营业的资格进行审查,对新闻、杂志等定期刊物进行审查等。^[20] 德国检察机关有权参与一切涉及社会公共利益的行政诉讼案件。^[21] 英美法系中,英国对凡涉及公共权力和利益的诉讼,并要颁布令状或宣布加以保护的,必须有检

• 7 •

[15] 参见龙宗智:《检察制度教程》,中国检察出版社2006年版,第8-11页。

[16] 参见甄贞等:《法律监督原论》,法律出版社2007年版,第28-34页。

[17] 参见王会甫:《我国检察权的功能——以我国宪政体制为视角的分析》,载《中国检察官》2010年第5期。

[18] 参见洪浩:《检察权论》,武汉大学出版社2001年版,第63-66页。

[19] 法国检察官通过日常的司法行政活动参与对法院的管理,实现对法院的监督。参见张培田:《检察制度本源刍探》,载《中国刑事法杂志》2000年第5期。具体的活动比如检察官可参加法官会议以解决法院内部活动及程序问题、讨论法院内部管理规则;参与对同级法官人事档案的管理和考核;会同主管法院院长向司法部长推荐该职位的候选人;记载一切法官的个人事务并向司法部长主送对法官的考语;对法官审判的治安案件进行监督和查核。参见金明焕主编:《比较检察制度概念》,中国检察出版社1991年版,第18页。以上转引自李征:《中国检察权研究——以宪政为视角的分析》,中国检察出版社2007年版,第14页。

[20] 参见王然冀主编:《当代中国检察学》,法律出版社1989年版,第70页。

[21] 《德国行政法院法》第35条规定:“在联邦行政法院内任命一名检察长,他可以参与联邦行政法院的每件诉讼,以维护公共利益。”第36条规定高级行政法院和行政法院内的公益代表人普通案件或指定案件中都可以作为州或者州政府的代表参加。因而德国检察官有权参加一切涉及社会公共利益和公民权益的行政诉讼案件。参见卢建平:《检察学的基本范畴》,中国检察出版社2010年版,第55页。

察长参加。^[22] 英国检察机关还对地方机关的活动进行监督，对由地方机关违法行为造成的损害，给予受害者以救济。这一职能类似在行政诉讼中的监督职能。^[23] 总检察长还可以就相关法律问题向政府各部门提供意见，对慈善事业行使普遍监督权等。^[24] 美国检察官亦有参与行政诉讼的职权。^[25] 当然，以上各国检察权对于行政权的介入主要是行政公益诉讼，但不难看出检察权向行政领域的延伸。

其二，苏联及俄罗斯检察权对行政领域监督范围广泛。众所周知，苏联在检察权配置方面突出表现在“一般监督权”，即检察机关对遵守宪法和法律实行一般监督。^[26] 苏联还赋予了检察机关广泛的诉讼监督职能，包括刑事诉讼的全过程及支持民事诉讼的职能。^[27] 俄罗斯在苏联解体后对国家权力结构进行了重大调整，但在一定程度上还保留了检察权的监督权能，甚至在很多方面更加完善和丰富。^[28] 根据《俄罗斯联邦检察院组织法》，涉及行政权的检察职能主要有对法律执行的监督权（这项监督权也被认为继承了苏联的“一般监督”权^[29]）和诉讼监督权，^[30] 以及一定范围的提起违宪审查权。^[31] 需要重视的是，俄罗斯检察机关在行政检察中拥有抗告、消除违法建议、预防违法警告、诉诸法院、提交结论、抗诉、检察检查、行政调查、预防约谈、预防审计、预防检查、处罚等丰富多样、刚柔并济的手段，使得其无论面对的是行政权还是司法权，无论在行政程序中还是在司法程序中，无论面对何种违法行为，无论在违法行为出现前、进行时或完成后，都可以选择适用最恰当、最有效的手段。^[32] 这对于完善中国行政检察的具体监督方式提供了有益借鉴。

• 8 •

[22] 参见前引 [21]，卢建平书，第 52 页。

[23] 参见施业家、吴忠良、罗林、谭明、郎艳辉：《检察机关职能研究》，中国地质大学出版社有限公司 2013 年版，第 37 页。

[24] 参见王运生、严军兴：《英国刑事司法与替代刑制度》，中国法制出版社 1999 年版，第 18 页。

[25] 美国检察机关能够参与行政诉讼，在行政诉讼中享有更为广泛的权力，当诉讼影响到公共利益时，检察机关可以提起私人性质的诉讼，如联邦总检察长可参与他认为为维护美国的利益而需要他参与的任何行政案件，同时，检察机关可以直接调查和提起诉讼的方式介入那些关系到合众国或州的公共利益的行政案件中。美国对利益的保护比较周密，法律授权公民个人对侵害公共利益的行为提起诉讼，当公民个人提起诉讼时，他们被称为“私人总检察长”，只要私人检察总长能起诉，就由他来发动司法审查程序，如果私人总检察长不能，则由检察总长发动司法审查程序。参见韩大元主编：《中国检察制度宪法基础研究》，中国检察出版社 1991 年版，第 278 页。

[26] 苏联检察机关所享有的“一般监督权”是一种最广泛的监督，无论政权机关、企事业单位、合作社、社会团体，还是全体公民，检察机关都享有对他们执行法律情况的监督权，检察机关还对各级机关、组织发布的文件是否与法律冲突执行监督，保证法律被统一正确执行。参见前引 [19]，李征书，第 31-32 页。

[27] 参见前引 [19]，李征书，第 34-38 页。

[28] 参见刘天来：《俄罗斯行政检察制度研究》，载《北方法学》2019 年第 3 期。

[29] 俄罗斯检察机关负责对联邦执行权力机关、各主体代表权力机关和执行权力机关、地方自治机关、军事管理机关、监督机关以及上述机关的公职人员，商业组织和非商业组织的管理机构及其领导人员遵守宪法、法律的情况实行监督，对上述相关主体颁布的法律文件是否合法实行监督。具体来说，如检察长和副检察长发现与法律抵触的文件，可以向制定机关和公职人员提出抗告，也可以向上一级机关提出抗告，或者依法向法院提出认定法律文件无效的请求。对发现违法行为的，检察长和副检察长有权直接向作出行为的机关和公职人员提出。参见前引 [21]，卢建平书，第 252 页。

[30] 新的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》取消了旧法典第 25 条关于检察机关对刑事诉讼实行法律监督的原则性规定，但检察机关在刑事诉讼中对侦查机关、调查机关的监督权仍然存在。检察长可以在自己职权范围内依照审判监督程序向上一级法院提出抗诉，即检察机关只能以抗诉的方式监督、制约审判权。参见前引 [19]，李征书，第 39-40 页。

[31] 参见孙谦主编：《中国特色社会主义检察制度》，中国检察出版社 2009 年版，第 84 页。

[32] 参见前引 [28]，刘天来文。

二、行政违法行为检察监督的内涵

行政违法检察监督将检察监督的范围从诉讼领域延展至行政领域，这是其最显著的特点。学界对此已形成基本共识。行政检察是出于维护行政法秩序的需要，依法对特定行政机关的活动、特定类型的行政行为、行政诉讼活动、行政公职人员严重违法进行监督、纠正和追究的活动与制度。^{〔33〕}行政检察监督权是指人民检察院依据宪法和法律的规定，对行政行为和行政审判行为的合法性与公正性予以监督的权力。^{〔34〕}行政检察是检察机关为了有效地支持和促进依法行政，根据宪法授予其享有的法律监督权，以相关法律规定为基础，按照一定的法律程序，监督行政机关行使职权，并对履行监督职责过程中发现的损害国家利益、社会公共利益以及公民法人合法权益的违法行为进行纠正的活动。^{〔35〕}我国检察院监督各方主体实施公共行政活动是否严格遵守宪法法律。^{〔36〕}可将新时代行政检察的范围分为三大类别：行政诉讼检察监督，行政判决、裁定执行和非诉执行检察监督，以及对违法行政行为的检察监督。^{〔37〕}以上观点的分歧在于“行政检察”的广义或狭义的表达使用上，有的将其专属用于对行政违法的监督，有的将其概指与行政领域相关的诉讼监督和行政违法行为的监督，但对于检察机关有权监督行政行为均不持异议。在整体认可行政违法检察监督的基础上，还需要对其内涵深入研究，才能对实践予以准确指导。

（一）行政违法检察监督对象的限定性

行政权力内容丰富、涉及面广，行政行为种类繁多，但并非所有行政行为都是行政违法检察监督的对象。对此学界从不同角度进行了分析，有观点将其提炼为“公共行政”，认为检察监督之面向并非“行政权”，也不是一般意义的“行政行为”，而是“公共行政”，其含义指的是各方主体在国家公权力范畴内管理公共事务实施的具有受控性和执行性的外部活动。^{〔38〕}有观点从行政活动类型化视角探讨，将行政活动分为制定规范、执法和解决纠纷。检察机关对制定规范中规章以下一般规范性文件的监督可以论证研究，行政执法亟须行政检察监督介入，对解决纠纷的活动包括调解、裁决、复议等应该介入。^{〔39〕}还有观点从检察机关实际能力出发，认为一个地方的行政检察监督不可能、不应该及于所有领域的所有违法行政行为，而应该根据各地实际情况确定对行政行为监督的范围。^{〔40〕}根据以上观点，可以认为行政违法检察监督的范围包括：

其一，具体行政行为。行政违法检察监督不是涉及所有具体行政权能，外交权、军事权、审计权、赦免权、内部管理权，大多与公民权利没有直接关系，不属于法院行政诉讼受案范围，显然也不属于检察机关监督范围。在行政权中，只有行政执法权对公民权利有直接、重大的影响，

〔33〕 参见张步洪：《行政检察制度论》，中国检察出版社2013年版，第14页。

〔34〕 参见周佑勇、汪艳：《论行政检察监督权》，载孙谦、刘立宪主编：《检察论丛》第3卷，法律出版社2001年版，第177页。

〔35〕 参见肖中扬：《论新时代行政检察》，载《法学评论》2019年第1期。

〔36〕 参见秦前红：《两种“法律监督”的概念分野与行政检察监督之归位》，载《东方法学》2018年第1期。

〔37〕 参见姜明安：《论新时代中国特色行政检察》，载《国家检察官学院学报》2020年第4期。

〔38〕 参见前引〔36〕，秦前红文。

〔39〕 参见应松年：《以行政检察监督推进法治政府建设》，载《人民检察》2021年第16期。

〔40〕 参见前引〔37〕，姜明安文。

监督的必要性最突出，行政违法检察监督主要应集中在这个方面。对于具体行政行为中的违法进行监督不存在理解歧义，从违法行为情形来看，主要是行政行为证据不足、适用法律错误、违反法定程序、超越权限、滥用职权、不履行或拖延履行法定职责、行政处罚显失公正等。^{〔41〕}

从行为类型来看，行政许可、审批、征收、处罚等具体行政执法行为中，那些会损害相对人合法权益的损益性行政执法行为是行政检察的重点。但是在具体实施中，仍然有限度的考量。（1）主要对严重违法进行监督。行政违法检察监督的范围广泛，但实际上不可能做到全覆盖，应当限于行政行为严重违法。轻微行政违法则由其自动纠正。如对案件范围不加以限制，可能大量行政相对人为降低维权成本而放弃行政复议、诉讼等渠道，转向检察机关提出监督申请，既不利于行政复议、行政诉讼制度的发展，检察机关也没有能力承担。（2）主要对合法性问题进行监督。合理性问题主要取决于具体行政行为所面对的事实，具有一定特殊性，属于行政机关自由裁量的内容。权力之间可以相互监督和制约，但是不能相互替代。自由裁量权既有职责专司带来的专业性、亲历性问题，更有不同权力的界限区别，检察机关难以有效进行监督，应对行政权保持必要的尊重。（3）行政复议、行政裁决、行政调解和行政仲裁等行政司法活动，具有“受控性”和“执行性”两大根本特征，是源于立法授予，裁判之过程受法律制约，其本身出于执行法律以实现社会管理之目的，而非以司法身份对社会纠纷作出终局性的裁判。^{〔42〕}有观点认为这些行政司法行为不是行政检察的对象。^{〔43〕}以上行政司法活动诚然有行政机关的准司法活动性质，但涉及对原行政行为的维持或改变，应当属于检察监督范围，而且基于两者之间的关联性，可对于行政行为和行政司法活动一并进行监督。

其二，抽象行政行为。有观点认为，由于抽象行政行为的普遍约束性、反复适用性和准立法性，其中可能包含大量的专业设定和较全面的行为考虑，就检察机关特别是基层检察院现阶段的力量来看，难以对抽象行政行为实现有效监督。^{〔44〕}这仅仅从能力角度考虑，而未从权力角度考量。检察机关作为国家的法律监督机关，负有维护法制统一的基本职责，其监督应及于抽象行政行为，应该有权对规范性文件的合法性进行检察监督，而且这一职责在整个检察监督中应该居于首要地位。^{〔45〕}但检察监督亦应有重点，主要针对行政主体制定的规范性文件违反上位法或制定规范性文件的程序违反法律规定的情况。行政立法权中，对于行政法规、规章等文件，《立法法》已经明确规定了裁决、改变、撤销的程序和权限。只有对于规章以下规范性文件，检察机关可以进行附带审查，认为该文件不合法的，应向制定机关提出处理建议。需要注意的是，对于抽象行政行为监督还包括提请违宪审查。对于规章和法律，检察机关应当具有提请违宪审查权，必要时可以提请国家权力机关进行违宪审查，通过权力机关改变或撤销违宪的规章和法律。检察机关作为国家的法律监督机关，对规章和法律进行监督并提请启动审查，从而形成检察监督与权力机关违宪审查相衔接的格局，可以使中国违宪审查由虚变实、由弱变强。^{〔46〕}但违宪审查有其自身的

〔41〕 参见王学成、曾聿：《我国检察权制约行政权的制度构建》，载《行政法学研究》2007年第4期。

〔42〕 参见前引〔36〕，秦前红文。

〔43〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔44〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔45〕 参见韩成军：《人民代表大会制度下检察机关一般监督权的配置》，载《当代法学》2012年第6期。

〔46〕 参见傅国云：《行政权检察监督的定位与方式》，载《汕头大学学报（人文社会科学版）》2009年第1期。

独立性,可作为检察职能或行政检察职能,不宜将其归于行政违法行为监督。

(二) 行政违法检察监督属于程序性权力

法律监督权的显著特征之一是其属于程序性权力,而没有实体上的处分权,其特点还包括附带性、偶然性、随机性等。行政违法检察监督也不违背法律监督的基本原理,其监督本质上属于程序性权力。

其一,行政违法检察监督是程序性权力而非实体性权力。检察权与行政权、审判权不同,它没有实体上的处分权,所作决定并无终局性,实质上属于程序性权力。行政违法检察监督没有终局权和强制力。检察机关发现行政违法只能对行政机关提出检察建议,而不能取代其作出决定,也不能强制行政机关执行。检察建议的强制性体现于启动程序,有关行政机关必须在程序上接受,不得拒绝、推脱,而要按照检察建议对涉及行政事项的实质内容予以审议并作出有根据的答复。作为监督者的检察机关只有异议权而没有实体处分权或代行使决定权,两者从权力行使的程序和实体上相互分离,从而达成相互制约、平衡的局面。^[47]至于更具刚性的监督方式,如检察意见、纠正违法通知书、检察令状甚至行政公诉,还有待实践中的探索。

其二,行政违法检察监督是结果监督而非过程监督。对于行政违法检察监督是过程监督还是结果监督,存在不同认识。有观点认为,因传统行政检察的介入时间点是行政违法行为或行政不作为已经导致了损害人民利益的事实,此时作为末端监督的行政检察再介入显然为时已晚。因此,只有聚焦于行政运作全过程的检察监督才能真正维护人民权益。^[48]对正在运行的行政行为实施程序控制具有十分重要的意义。行政行为的运行有了其明确的法定程序后,检察机关所要跟踪、监督的就是这一法定程序是否得到遵守。^[49]但检察机关对行政过程的监督既不可能,也不符合法律监督原理。行政违法检察监督不同于行政诉讼监督,检察环节并不属于其必经程序。如果建立类似审核或备案的机制,则超出法律监督的范畴,造成对行政权的侵害,同时不具备现实可行性。只有行政行为既已违法,检察机关才有可能发现并开展监督。因此,行政检察,即检察院对于行政权的监督,必须以不损及行政过程的完整性为前提,这就为具体的监督手段及其法定效果确定了一条总体界限。^[50]

(三) 行政违法检察监督遵循补充谦抑原则

检察权嵌入行政执法活动的法律监督,是以积极主动的形式出现的,不同于行政复议、行政诉讼等被动监督方式。但是这一主动性具有前提,只有法律规定的情形出现时才能实施法律监督。检察机关要坚持司法能动检察,同时也要坚持监督的基本原则。

其一,行政违法检察监督具有协同补充性。在当前制度条件下进行行政检察的制度探索,应当在宏观层面充分了解依法行政制度积累、制度保障的现状,尽量避免来自检察院的监督与既有的监督机制之间形成叠床架屋、甚至互相扯皮的状况。^[51]行政权监督体系由多元主体构成,各项监督制度均有其优势。法律监督并非全能型监督,行政违法行为监督在行政权监督体系中要找

[47] 参见前引[46],傅国云文。

[48] 参见前引[12],秦前红、张演锋文。

[49] 参见前引[41]王学成、曾翀文。

[50] 参见黄明涛:《法律监督机关——宪法上人民检察院性质条款的规范意义》,载《清华法学》2020年第4期。

[51] 参见前引[50],黄明涛文。

到合适的定位，要尊重其他监督机关职权的行使和职能的发挥，并尽可能依托其他监督机制和行政系统内部监督机制作用的发挥，在其他各种外部监督和内部监督方式不能或难以发挥预防、制止和纠正行政违法行为的情况下，秉持谦抑有限理念，根据相关法律、法规、政策性文件明确授权而开展“特定监督”，确保行政检察的实效。^{〔52〕}在行政权监督体系中，检察监督应与其他监督发挥合力。凡是其他监督主体已经在进行监督的事项，检察机关不应重复介入，检察监督应当是制止和纠正违法行政行为，维护国家利益、社会公共利益或公民、法人、其他组织的合法权益的“最后一道防线”。^{〔53〕}

其二，行政违法检察监督具有谦抑性。检察机关应当在宪法法律的框架内行使行政检察监督权，遵守宪法关于国家权力分工的规定，对行政审判权、行政执法权保持一定的尊让和克制。检察机关可以直接监督行政行为，即依职权进行，体现出监督的主动性。但主动性不能是肆意的、放任的，相反要保持谦抑性、有限性。^{〔54〕}

第一，不替代行政权。行政违法检察监督针对行政行为的违法性开展，不介入行政权运行过程、不取代行政权行使。无论是监督对象的限定，还是监督权力的局限，都是为了明确检察权与行政权的界限。检察监督不是行政权运行的必经程序，其监督不伴随行政权运作的过程，不介入行政机关执法活动的进程之中；检察监督职能的发挥和权力行使以程序控制为限，只具有提请行政机关重新审视行为并作出调整纠正的请求权，并不影响行政行为的程序和实体；检察监督具有补充性，对于行政机关能够主动纠正的，不必开展监督。由此，才能保证行政违法检察监督不构成对行政权的干预。

• 12 •

第二，不替代当事人救济权。行政相对人认为行政行为违法、侵犯其自身合法权益的，其救济方式包括行政复议、行政诉讼以及一定条件下的调解、和解等。行政违法检察监督与行政相对人的救济权是否会产生冲突？从指向来说，行政违法检察监督指向的是公权力，体现的是公权力对公权力的监督，只要行政违法存在，对其监督的必要性就存在。但在实践中需区分情况处理。（1）如果当事人丧失了救济权，检察机关可以进行监督纠正行政机关的违法行为，弥补当事人权益是其附带后果。（2）如果当事人正在行使救济权，启动了行政复议或行政诉讼来寻求救济，此时应由行政权或审判权先行确认。如果检察机关认为法院审判有误，则可通过行政诉讼监督职能继续监督。（3）如果当事人有救济权而不行使，产生这种情况的原因较为复杂，有当事人因行政违法而不当获利的，如应处罚不处罚、不应许可而许可，也有行政程序违法而对当事人实体权益未发生损害的，还有当事人放弃救济的，此时检察机关可以进行监督。

第三，不替代对“人”的监督。行政违法检察监督的对象是“机关”或“行为”，而不是“人员”。行政违法行为监督中发现的“个人”违法在实际中有可能涉及政纪、党纪和监察三方面，由于三种情形分别规定有不同的处理和追责机关，应当根据不同情况分别处理。（1）发现行政机关工作人员违法需予以行政处理的，向行政机关提出检察建议。^{〔55〕}（2）发现党员涉嫌违反

〔52〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔53〕 参见前引〔37〕，姜明安文。

〔54〕 参见前引〔35〕，肖中扬文。

〔55〕 根据《人民检察院检察建议工作规定》第11条规定，需要给予有关涉案人员、责任人员或者组织行政处罚、政务处分、行业惩戒，或者需要追究有关责任人员的司法责任的，此时应当以社会治理检察建议进行监督。

党纪或者公职人员涉嫌职务违法、职务犯罪线索的,按照规定移送纪检监察机关或者有关党组织、任免机关和单位依规依纪依法处理。行政违法检察监督中发现的人员违法,检察机关并不自行处理,而是采取移送方式。这既不会替代和干扰有权机关的处置,而且能够弥补不足、形成合力。监察监督主要聚焦于纪律作风监督、权力腐败监督,但对权力运作过程是否符合法律规范的要求,是否存在应当适用而未适用或错误适用法律法规的情况,以及是否存在权力不作为等问题,缺少正面回应。^{〔56〕}而这正是行政违法检察监督可以弥补的。

三、行政违法检察监督的实践运作

行政违法检察监督相对于传统检察业务是新的工作安排,实践运行中还面临规范化定型化的任务,首要需解决其案件来源、监督范围和监督方式问题,同时需与原检察制度安排进行衔接。

(一) 明确线索来源渠道

行政违法检察监督要求“在履行法律监督职责中发现”,这既是对线索渠道的规定,也体现了监督的限度,具有双重价值。一方面要求与检察职能具有关联性,防止监督范围的盲目扩大,避免权力的扩张。检察机关对行政违法行为进行监督,不可能另行建立一套监督行政违法的体系,只有不脱离检察活动发现和监督行政违法才是适当的、合理的。另一方面,也赋予检察机关自主性,防止当事人急于行使救济权,凡事向检察机关申请监督,检察机关既无能力处置,也减损其法律监督的地位和权威。

其一,明确和建立线索来源渠道。应当明确,“履行法律监督职责”不等于“检察办案”。检察机关对于办案中发现的行政违法进行监督早有规定,如作此限制体现不出监督的拓展,特别是行政违法检察监督的初始阶段,需要一定的案件规模来扩大影响,较为恰当的是将检察活动中发现的案件线索均纳入监督视野。具体可包括:(1)检察机关在办理行政诉讼监督案件或非诉执行监督案件中发现;(2)检察机关在服务大局、走访调研中发现;(3)检察机关受理当事人申请或控告;(4)检察机关在参与社会治理中,通过参加专项治理活动、参与多元矛盾纠纷化解机制发现;(5)刑事检察、民事检察、公益诉讼检察或其他部门移送线索;(6)检察机关在与行政机关建立和运用信息共享、案件移送等机制中发现;(7)检察机关主动运用“两法”衔接平台中发现;(8)国家机关、社会团体和人大代表、政协委员等转交的;(9)新闻媒体、社会舆论等反映的。

其二,建立线索研判机制。对于发现的线索只能称之为案源,能否成为案件,尚需检察机关进行研判。而这也体现了检察机关的主动性,能够保持“监督”属性,避免沦为信访机构。检察机关对于发现的线索进行初步研判,分析行政行为是否已经作出,是否属于监督的重点范围,当事人是否存在救济权利,是否存在与行政权、司法权的冲突。通过研判,确定是否受理并开展监督。

(二) 明确行政违法检察监督范围

行政违法检察监督是对检察权的拓展,但原来检察职能中并非完全没有涉及行政权监督的内

〔56〕 参见前引〔12〕,秦前红、张演锋文。

容，需要从原有职能与新增职能的关系角度来明确行政违法检察监督的范围。

其一，面对行政违法的“直接监督”。这是当前开展行政违法检察监督的重点，要根据行政违法检察监督的对象特点，明确选取监督的重点领域，形成社会共识，扩大社会影响。在工作推进层面，应当坚持“系统抓、抓系统”的方法，结合服务营商环境案件办理，加强对市场监管、税收管理、市场准入、经营许可、安全生产监管等部门的行政违法行为监督，通过监督纠正行政违法，实现对市场主体合法权益的保护；围绕当地党委政府统一开展的执法专项整治、社会治理活动，有针对性选取行政执法重点领域确定小专项，在一段时间内集中力量攻坚、接续推进。选取监督重点，围绕行政许可、行政处罚、行政强制、行政确认、行政收费中存在的突出问题开展行政违法行为监督。梳理群众反映强烈的问题，结合“检察为民办实事”要求，聚焦扶贫救助、社会保障、房屋征迁安置、违章建筑拆除、农民工等弱势群体保护等方面开展行政违法检察监督，维护人民群众合法权益。

其二，原行政诉讼监督中的“间接监督”可转化为“直接监督”。行政违法检察监督可以直接面向行政领域，对此不难理解。实践中更为困惑的反而是原行政诉讼监督中的“间接监督”“穿透监督”。对于行政诉讼监督中涉及对行政违法的监督，有观点认为，将监督行政诉讼之被告纳入行政检察监督无法区分“行政权”和“有行政属性的活动”，行政主体参加行政诉讼并非“公共行政”，而是参加“司法裁判”，应纳入诉讼监督序列。^{〔57〕}此观点不免偏颇。行政诉讼监督的对象既包括行政机关的诉讼活动，也包括经由法院司法审查的行政行为，需要一并监督法院审判活动和行政行为合法性，将其纳入监督范围并不存在明显的不合理。检察机关在行政诉讼监督中对法院是直接监督，而对行政机关则是间接监督。原来基于“穿透监督”理念，对行政违法行为的监督主要是通过监督法院的行政审判和执行活动，以及通过延伸参与社会治理触角来间接实现。^{〔58〕}这种“穿透监督”和“间接监督”存在限制条件，包括：（1）办理行政诉讼监督案件或者执行监督案件中发现有行政违法，需要符合“行政违法可能影响法院公正审理和执行”的条件；（2）社会治理检察建议主要是督促行业主管部门完善制度、改进工作、依法履职，其中包含行政违法检察监督的含义，但对于涉及具体行政违法而缺少普遍性倾向的问题，采用社会治理检察建议显得有些牵强。

行政违法检察监督重塑了行政检察格局，其拓展也体现在行政诉讼监督中，监督对象不限于可能影响法院公正审理和执行的情况，原“间接监督”可转化为“直接监督”。目前由于检察建议工作规定尚未修改，事实上出现了“间接监督”与“直接监督”的并存，这种区分完全是因为过渡期造成的，应当尽快修改相关规定，避免引起混乱。在实践操作中还要注意，对于法院经过实体审查而裁判确有错误的案件，即法院对行政行为的司法审查判断有误，检察机关应抗诉或提出再审检察建议而不宜对行政违法行为直接监督，否则会造成法院生效裁判与行政行为之间的冲突。对于法院未经实体审理的裁判，由于行政行为未经司法审查认定，行政机关经监督改变原行政行为亦不会影响审判权威，检察机关可以直接监督。

〔57〕 参见前引〔36〕，秦前红文。

〔58〕 参见张相军：《加强行政检察理论研究 为做实行政检察提供理论引领和支撑》，载《人民检察》2019年第15期。

其三,其他与行政权相关监督的性质归属。(1)行政公益诉讼与行政违法检察监督存在重合交叉的可能,对此应区分情形。广义来说,行政公益诉讼也属于行政检察的范围。有观点认为,行政公益诉讼的三角关系与民事公益诉讼、刑事公诉相似,检察公诉方与被告方处于同等的地位,区别于行政检察对公共行政行为主体的“单向监督”,应归于公诉职能之扩张,而不宜纳入行政检察范畴。^[59]此观点有一定道理,但并非所有行政公益诉讼都具有完整的构造,大部分行政公益诉讼案件都止步于督促履职,审查前置程序与行政公益诉讼程序具有相继性,通过诉前程序理顺检察监督与行政公益诉讼的关系,前者是行政检察监督,后者是提起公诉。也正基于此,行政公益诉讼与行政违法检察监督存在交叉重合的可能。对于凡不属行政公益诉讼领域或虽属该领域但不具备“公益”性质或不具有“可诉性”的线索,均可进行行政违法检察监督;对于行政公益诉讼前督促履职后,行政机关据此作出的具体行政行为,检察机关对其合法性进行的“二次监督”,也可归于行政违法检察监督。检察权统一对外行使,无论运用哪种方式,在权力性质上并不存在必然冲突,可以从监督效率、效果方面来进行考量和选择,尤其基层检察院大多实行民事、行政和公益诉讼“三合一”或“二合一”的机构设置,有利于发挥检察一体化机制的功能,实现案件在一定条件下的转化。

(2)刑事检察部门对侦查活动、刑事执行和监管活动的监督,体现的是对行政权的制约,但不是对公共行政的制约。公安和其他专门机关刑事侦查活动一定程度上可视为具有司法属性,从根本上说其产生的是诉讼意义而不是行政意义上的法律效果。如将其纳入行政违法检察监督,未能区分“行政权”和“公共行政”,混淆了检察职能本身和检察职能产生的法律效果。但监管场所中的拘留所是执行行政处罚和治安处罚的机构,检察院对拘留所监管活动的监督可归属于行政违法检察监督。^[60]

(3)对行政执法机关移送涉嫌犯罪案件工作的监督,即通常所说“行政执法和刑事司法衔接”,虽有监督行政执法之意,但主要归入刑事检察部门,作为侦查活动监督的范畴。目前正探索扩大监督范围,实行双向移送,对于检察办案移送行政机关的线索,行政机关后续的执法行为可纳入行政违法检察监督的范围。

(4)检察机关目前正在开展行政强制措施监督的探索,包括对公安机关行政强制隔离戒毒决定和司法行政机关强制隔离戒毒所执行行为的监督。^[61]《行政强制法》规定的限制公民人身自由和财产的行政强制措施,可分为执行性强制措施、即时性强制措施和一般性强制措施。即时性强制措施和一般性强制措施做出时并没有为被强制的相对人设定义务的具体行政行为存在,原则上应当单独作为行政强制措施进行监督,但为促使行政相对人履行义务而采取的执行性强制措施,可以作为行政违法检察监督的对象。

(三)明确行政违法检察监督的方式

目前,已经明确的行政违法检察监督的法定方式主要为检察建议,但能否创设专门的检察建议类型,能否探索和运用其他监督方式,还有待实践中探索。

[59] 参见前引[36],秦前红文。

[60] 参见前引[36],秦前红文。

[61] 参见征汉年、王盟、季军:《四方面探索开展行政强制隔离戒毒检察监督》,载《检察日报》2018年5月6日,第3版。

其一，尽快创设检察建议新类型。由于《人民检察院检察建议工作规定》出台在前，目前行政违法检察监督没有独立检察建议类型，只能借用“社会治理”检察建议，这通过修改相关工作规定即可解决。但社会治理类检察建议仍然存在，如何对两者进行区分，是运行中需要解决的。深入分析，两者存在不同的指向：（1）社会治理类检察建议指向普遍性、倾向性违法背后的制度缺漏，行政违法检察监督指向的是具体行政违法本身；（2）社会治理类检察建议的目标指向将来不再产生同类违法，行政违法检察监督的目标指向对已发生的不依法履职进行纠正；（3）社会治理类检察建议的采纳主要是完善制度、改进工作等，行政违法检察监督往往存在行政行为的回转可能，当然不排除有些违法行政行为没有纠正或重作的必要性、可行性。

其二，加强规范性文件的附带审查。行政违法检察监督的对象包括规章以下规范性文件合法性的审查，检察机关发现规范性文件与上位法相冲突的，可提请制定机关修改和纠正，在其不予纠正情况下应向其有权机关提出。此项措施更有利于实现诉源治理。至于检察机关的合宪性审查提请权，因其指向行政法规、地方性法规和自治条例、单行条例等，其着眼点并不在于具体行政执法，不宜纳入行政违法检察监督范围。

其三，探索其他监督方式。有观点提出可以创设检察异议。所谓检察异议是由检察机关向行政机关提起启动行政程序的检察异议申请，推动行政机关依职权重启行政程序以纠正原违法或者侵害相对人合法权益的行政行为。^{〔62〕} 检察异议的特点是检察机关介入行政程序，引发行政程序的启动。检察异议和检察建议的区分在于，检察建议的监督督促有赖于行政机关的主动接受，并不必然引发程序重启。但是此种方式是否过度影响行政权，还需要谨慎把握。有观点提出开展行政公诉。在公益诉讼制度创设形成之前，行政公诉实际主张的是行政公益诉讼。^{〔63〕} 目前对于行政公诉的探讨主要及于行政违法侵害行政相对人私益方面。检察机关对行政违法进行监督，在行政机关不采纳检察建议的情况下，可以向法院提起行政公诉。行政公诉本质上仍是程序启动权，并不涉及对行政权的最终判断与裁决；行政公诉是由检察机关发动的诉讼，体现的是公权力对公权力的监督；行政公诉构造可参照形成类似行政公益诉讼诉前督促履职、过期不纠则诉讼的模式。

（四）建立健全工作机制

行政违法检察监督在实践运作中，还需要建设、完善相关的工作机制，为其提供机制层面的保障。

其一，建立案件化办理机制。行政违法检察监督要实现精准监督、规范监督，应当实行类似诉讼监督案件的案件化办理机制。将监督过程中的线索研判、受理立案、调查核实、审查终结、提出检察建议、后续跟踪等各个环节都纳入办案系统，由系统生成相关法律文书和工作文书。案件办理中实行司法责任制，为保证审慎监督，开展初期可将提出检察建议的决定权确定由检察长行使，今后逐步放权，对于向县市级政府发送检察建议的一律呈省级检察院批准。加强案件的监督管理，实行备案审查制度。

〔62〕 参见刘艺：《检察机关合理介入程序促进行政争议实质化解的必要性与可行性分析——以冒名登记结婚类“过期之诉”切入》，载《人民检察》2021年第15期。

〔63〕 行政公诉，是指当行政机关的违法行为或不作为对公共利益造成侵害或有侵害危险时，法律规定由特定国家机关为维护公共利益提起行政诉讼的制度。参见前引〔33〕，张步洪书，第249页。

其二,完善检察一体化机制。完善内部线索移送、统一办理机制。基层院刑事、民事检察业务中发现的行政违法线索或社会治理问题,可交由行政检察办案组办理,市级院可由各部门办理后交由行政检察部门送达,逐步实现行政违法监督“一个窗口”对外,增强行政检察的权威性和专门性。利用机构和人员设置“二合一”的便利,与行政公益诉讼相互借力,甄别研判线索,对于存在重合或交叉的案件或不易区分的案件,可作为行政违法检察监督案件办理。

其三,健全完善外部协作配合机制。各地充分利用当地的矛盾纠纷多元化解机构和机制,加强与各方的配合与协作,在发现线索、共同纠违方面发挥合力。加强与行政机关的联系沟通,以与自然资源部门建立衔接机制为切入点,由点及面,扩大与行政机关之间的机制建设,在工作中注重沟通协调,与行政机关共同促进法治政府建设,实现双赢多赢共赢。加强与纪检监察机关衔接,对于行政违法检察监督中涉及行政人员违法犯罪的线索及时移送。

四、结 语

行政违法检察监督丰富了检察制度和检察权内容,较之传统以诉讼监督为依托的法律监督,更能凸显检察院法律监督机关的宪法定位,必将对保障宪法法律统一实施产生积极作用。目前在实践运行中,要把握好其拓展与限度的关系,检察机关据此既可直接监督行政行为,又必须坚持监督的程序性、事后性、谦抑性。行政违法检察监督必不可少,又非无所不能,其在对行政权的监督体系中发挥补充和协同作用。检察机关在制度构建中,还要处理好行政违法检察监督与原有检察制度安排之间的关系,推动其规范化与定型化,为争取立法层面的支持做好实践准备。

• 17 •

Abstract: Administrative illegal procuratorial supervision expands the scope of legal supervision of procuratorial organs from the litigation field to outside the litigation field, and enriches the content of procuratorial power. The procuratorial supervision of administrative violations is in line with the basic principles of legal supervision. It should be involved in the supervision of administrative acts, which is in line with the needs of the current rule of law and the modern construction of national governance system. The procuratorial supervision of administrative violations still has the attribute of "legal supervision" of procuratorial power, and the object, nature and principle of supervision are limited. In the current practical operation, we need to explore the clue source, supervision scope and supervision mode, especially deal with the connection with the design of the existing procuratorial system, strengthen the mechanism guarantee, and establish the case handling mechanism, procuratorial integration mechanism and external cooperation mechanism, so as to realize the standardized operation.

Key Words: administrative violations of law, prosecutorial supervision, practical operation

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

民间技术标准的行政利用

王贵松*

内容提要：民间技术标准可以转化为官方技术标准，也可以与其共同发挥规制作用。为了应对技术革新的要求，日本确立了将样式规定一律性能规定化的方针，着力推进行政对民间技术标准的利用。这种做法实现了官方性能标准与民间样式标准的差异化组合，既可以发挥官方标准的公定性和安定性作用，也可以发挥民间机构的技术能力优势，为及时更新标准提供可能性。性能规定是在技术标准领域实现“放”“管”结合、公私协力合作治理的一种重要方式。但由于技术标准存在公共性，得到采用的民间技术标准应当在制定时遵守正当程序要求，确保多元利害关系得到合理调整；国家在利用民间技术标准时应当对其实施技术评价，并对其承担最终责任。

关键词：技术标准 民间技术标准 性能规定 团体标准 合作治理

技术从来都不为国家所垄断，国家虽然基于安全保障义务的要求，有责任在技术产品上设定一定标准，但在设定技术标准上必然存在一定的能力局限性和因应科技发展的迟钝性。在“放管服”的改革背景下，以确保实现规制目标为前提，在保持技术标准效力的同时努力提高技术标准的科学性、多样性和灵活性，是我国技术标准改革的重要课题。实践表明，民间技术标准可为国家所用。本文拟考察日本的相关经验，对民间技术标准为何可用、如何方为可用的问题展开分析，为技术标准适应科技发展的革新、借由标准实现合作治理、在技术标准上官民关系的规范，提供可资借鉴之路。

一、民间技术标准与官方技术标准的关系

我国《标准化法》（1988年制定，2017年修改）第2条第2款规定：“标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准，行业标

* 王贵松，中国人民大学法学院教授。

准、地方标准是推荐性标准。”根据制定主体的不同，可将技术标准分为官方技术标准和民间技术标准两类。^{〔1〕}由国家机关制定的技术标准可称作官方技术标准，包括国家标准、行业标准（过去也称作“部颁标准”）和地方标准。由民间机构制定的技术标准可称作民间技术标准，包括团体标准（协会标准、学会标准）、企业标准等。与1988年版《标准化法》相比，2017年版《标准化法》为了“激发市场主体活力，鼓励团体、企业自主制定标准”，增加规定依法成立的社会团体可以制定团体标准，企业可以根据需要自行制定企业标准。^{〔2〕}由此，正式明确了民间技术标准的法律地位，这将有助于拓展民间技术标准发挥作用的空間。

民间技术标准与官方技术标准大致存在以下三种关系：第一是转化关系。民间技术标准可成为官方技术标准的基础。技术标准起源于交换性生产，只有进入大规模生产和销售的历史阶段，才有技术标准的必要性。企业置身于市场之中，了解产品的技术问题和市场需求，最有可能、也最有动力去设定技术标准。通常先是企业根据自己的生产经营经验确立一定的标准，并逐步以某种方式获得行业内部的认可，之后再转换为官方技术标准。也就是说，技术标准首先产生于个别企业内部，之后逐步推广，以至广泛接受，为官方所采用。当然，这并不是说民间技术标准的终极发展方向就是被国家接纳为官方技术标准。

第二是并存关系。国家在人才、技术、时间等方面存在局限性，无法、也不应该垄断技术标准的设定权，否则就可能无法反映科学技术的最新发展，甚至妨碍科学技术的更新换代。官方技术标准具有公定性和普适性，而民间技术标准在反映最新科技发展水平上更具灵活性和及时性。两种技术标准具有各自的优势，难以相互取代。官方技术标准与民间技术标准可以并存，民间技术标准在官方技术标准之外仍有发挥作用的空間。2021年，中共中央、国务院印发的《国家标准化发展纲要》也指出：“充分释放市场主体标准化活力，优化政府颁布标准与市场自主制定标准二元结构，大幅提升市场自主制定标准的比重。”例如，我国《食品安全法》（2009年）第25条曾规定：“企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的，应当制定企业标准，作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案，在本企业内部适用。”该规定明确了企业标准的两种情形：其一是横生型标准，即在官方技术标准体系树上“横生”出来的标准，在国家和地方都没有就特定事项制定标准的情况下，企业可自主制定标准，规范自身的生产经营行为；其二是上浮型标准，即比国家标准、地方标准更严格的标准。^{〔3〕}前者属于义务性要求，需要在制定之后备案，后者属于鼓励性要求。但2015年修法时仅明确鼓励上浮型标准，而对横生型标准未予表态。《食品安全法》（2015年）第30条规定：“国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准，在本企业适用，并报省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门备案。”《标

• 19 •

〔1〕当然，从制定主体上来说还存在一类标准，即由国际组织制定的国际技术标准。在我国，国际技术标准虽然不能直接适用于国内企业，但在国际贸易日益频繁、国际交往日益密切的今天具有十分重要的意义，对于制定官方技术标准也有参考价值。

〔2〕参见田世宏：《关于〈中华人民共和国标准化法（修订草案）〉的说明——2017年4月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第6号，第823页。

〔3〕有学者将这两种情形称为“更严型标准”和“填空型标准”，较为形象。参见沈岷：《食品安全、风险治理与行政法》，北京大学出版社2018年版，第121-122页。

标准化法》第21条也要求“团体标准、企业标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求”。当然,这种立场就是官方技术标准与民间技术标准的并存关系。

第三是取代关系。民间技术标准在官方技术标准颁布实施之后即行失效。在《食品安全法》施行之后,曾有关于企业标准存废的争议。质疑企业标准存在必要性的观点认为,只有国家标准才是强制性标准,也是判断食品安全的唯一标准,企业标准并无意义。的确,在判断食品安全性上,有国家标准,就没有企业标准作用的空间。在这一意义上,存在官方技术标准取代民间技术标准的关系。但这并不意味着就可以否定民间技术标准的价值。如前所述,它可以转化为国家标准,也可以补充国家标准,同时也是企业提升竞争力的重要手段,在民事法领域也具有重要意义。需要改变的或许是提升企业标准的质量,并废除企业标准的备案制度。^{〔4〕}

概言之,民间技术标准在标准体系之内具有独立的存​​在价值,应当受到尊重和积极利用,这既是企业、团体等民间机构的独立价值的体现,也是国家和社会确保安全、提升质量的需​​要。然而,我国的一个现状是,标准体系不够合理,不适应社会主义市场经济发展的要求,标准的制定由官方主导为主,民间标准缺乏必要的法律地位,不能有效供给快速反映需求的标准。其原因在于,“现行标准体系和标准化管理体制是20世纪80年代确立的,政府与市场的角色错位,市场主体活力未能充分发挥,既阻碍了标准化工作的有效开展,又影响了标准化作用的发挥,必须切实转变政府标准化管理职能,深化标准化工作改革”^{〔5〕}。为此,2017年修改《标准化法》,在一定程度上修正了不合理的标准体系,但官民互动关系的形成还没有得到应有的重视,还缺乏必要的支持机制和规范要求。

• 20 •

二、规制改革背景下日本对民间技术标准的利用

既然民间技术标准的价值获得了确认,那么,国家如何利用好民间技术标准、如何充分而适当地发挥民间技术标准的作用,便成为一个现实的课题。这里,先来简要考察日本利用民间技术标准的一项改革。

(一) 强化风险规制与放松规制的协调

技术标准是行政规制的一种手段,在风险管理上也扮演着重要角色。通常而言,风险规制是要强化的,但在重视市场经济地位的立场上,放松规制又是一项基本要求。在何种情形下应强化规制、在何种情形下应放松规制,可否协调乃至如何协调两者之间的矛盾,成为加强利用民间技术标准的认识前提问题。

所谓规制(regulation),是指政府限制私人权利、课予私人义务的活动。在经济危机爆发或经济发展初期,政府常常介入市场,甚至过度规制。在自由主义经济理念复兴之后,放松规制

〔4〕 参见前引〔3〕,沈岩书,第145页。2017年《标准化法》第27条第1款规定:“国家实行团体标准、企业标准自我声明公开和监督制度……”借此,企业标准的备案制度在《标准化法》上被取消。但是,《食品安全法》等相关规定仍然存在。按照2015年国务院《深化标准化工作改革方案》的设想,应“逐步取消政府对企业产品标准的备案管理,落实企业标准化主体责任”。

〔5〕 《深化标准化工作改革方案》(国发〔2015〕13号)。

(deregulation, 或规制缓和, 又被称作不规制运动) 成为新的需要, 它是指政府放松对市场的干预, 缩小政府的规制, 恢复市场的自由。但社会发展的不均衡又显示出, 仅仅放松规制是不够的, 有的领域恰恰是需要政府加强规制, 把该管的地方管起来。所以, 适当的做法是规制改革, 亦即以经济的活性化为目标, 根据具体情形放宽、废除或强化对市场的规制。我国现阶段的“放管服”改革(简政放权、放管结合、优化服务)就是一场规制改革, 虽然主要是简政放权, 但诸如环境、食品、药品等领域又是在加强监管, 难题就在于如何把握好“放”和“管”的关系、如何让“放”和“管”得到恰当的组合。

在 20 世纪末, 日本面临着经济全球化、少子化老龄化、信息通信技术革命(IT 革命)、环境问题严重化等结构性环境变化。为了应对这种变化, 推进经济社会的结构改革, 日本政府在 1994 年设置行政改革委员会, 1995 年在其之下设立规制缓和委员会。1998 年在其任务完成之后设置行政改革推进本部, 并在其之下设立规制缓和委员会, 1999 年更名为规制改革委员会。1998 年 3 月 31 日, 日本内阁通过《推进规制缓和三年计划》,^{〔6〕} 试图对日本经济社会进行彻底的结构改革, 建立向国际开放、立于自我责任原则与市场原理的自由而公正的经济社会, 同时使行政由事前规制型行政向事后检查型行政转换。为此, 计划在三年间推进规制缓和等: 经济性规制原则上自由, 社会性规制在最小必要限度的原则下撤销废止或转向更为宽松的规制; 通过检查转交民间机构实施等使规制方法合理化; 规制内容的明确化、简洁化; 规制的国际整合化; 规制相关手续的迅速化; 重视规制制定程序的透明化。在标准规格及检查检定的重估部分, 该计划指出: “在标准、方法上, 接受外国数据、引入相互承认制度, 实现国际整合; 同时对引入自我确认、自主安保、自主检查等进行重估, 政府的直接规制以最小必要限度为准。这时对于利用业界团体、公益法人等民间力量的认证及检查检定, 以实现引入竞争原理为基本。从减轻受规制的国民负担、促进技术开发、促进设备管理的有效实施等观点出发, 在适当的情形下实施性能规定化。” 1999 年 3 月 30 日《推进规制缓和三年计划(改定)》将后一句改为“从减轻受规制的国民负担、促进技术开发、促进设备管理的有效实施等观点出发, 探讨将样式规定的基准原则上一律性能规定化”。^{〔7〕} 在计划的附件“基准、规格及检查、检定的重估”中也写明: “探讨为了让标准的内容能够柔软地应对技术革新, 原则上将现在样式规定的基准一律性能规定化。”这一做法也为 2001 年《推进规制改革三年计划》所承继: 在经济活动日益全球化的今天, 标准、规格及检查、检定(以下称“标准认证等”)对企业活动和消费活动在成本上升、选择范围的限定等方面产生很大影响。为此, 在标准认证等的制定和运用之际, 保护国民的生命、身体和财产等是各自制度的本来目的, 在不妨碍实现诸多政策目的的前提下, 尽可能减少对这些活动的影响就是一个重要的考虑。因此, 在重估标准认证等之际, 要从根本上重估各个制度是否真的有必要维持国家介入的体制, 即使有必要维持国家介入的制度, 也要在使行政介入必要最小限度的方向上, 向以企业自我确认、自主安保为基本的制度转型, 推进标准的国际整合化、性能规定化、排除重复

• 21 •

〔6〕「規制緩和と推進 3 年計画」1998 年 3 月 31 日閣議決定。

〔7〕「規制緩和と推進 3 年計画(改定)」(1999 年 3 月 30 日閣議決定) 2. 横断的検討、見直しの推進等 (4) 基準・規格及び検査・検定の見直し。

检查等。^{〔8〕}这是在自由主义经济理念指导下的规制改革，样式规定的性能规定化就是既强化政府规制要求、又给企业一定自由的巧妙之策。

（二）从样式规定到性能规定

在技术标准的规定方式中，有样式规定和性能规定两种基本方式，过去的技术标准是以样式规定为中心的。所谓样式规定（日语为“仕様規定”，specification standard），是指关于产品必须满足的材料、形状、尺寸、含量等具体要求的规定。样式规定的好处是，可以根据样式规格的内容明确、快速而公正地判定是否合乎标准，简单易行，而且适合同一标准产品的大量生产；而其不足之处在于，因其整齐划一，难以富有弹性地适应技术革新和经济社会的全球化。样式规定本身是服务于保障安全、保护环境等一定目标的，但符合样式标准是否就一定能实现目标，有时还需要其他因素的配合发挥作用。在现实的适用中，若长期对样式规定不做检讨，容易将样式规定当作当然的前提，使其自我目的化。

所谓性能规定（performance standard），是指关于产品必须实现的目的和功能的规定。对于性能规定化、应用民间规格，原日本核能安全保安院将其背景和优势概括如下：对于设备等所要求的功能和性能，存在多种多样的实现手段。对于规制当局设定的技术基准，希望尽可能避免限定手段，确保选择的自由度。为此，不是规定机器和设备的样式，而是以所要求的功能和性能为中心来规定，通过其他方法寻求判断合乎技术基准的合理而具体的根据，才是有效的。如此，为了受规制者能利用满足技术基准的根据，事前由规制当局认定学会协会样式，由此就能将学会协会样式作为对应性能规定化之技术基准的判断基准来使用。另外，为了满足技术基准，也能有其他的具体对策，不能因为是在认定特定的样式，就排除其他对策。以前在国家规定样式的样式认定中，必须由国家作为主体变更，缺乏迅速性，常常有僵硬的倾向。对此，可期待学会协会积极收集新的技术知识，并据此规定新的样式，因而，在规制中也能更为迅速高效地进行。^{〔9〕}概言之，性能规定的好处在于，性能明确化，就能让社会结合地域特性、自然环境、企业特点等自由选择实现目标性能的手段，使新材料、新技术的开发成为可能，同时也能拓展企业的创造空间，促进技术之间的公平竞争，企业通过提高技术竞争力也能提升产品质量、降低生产经营成本。不利之处在于，性能（特别是安全性）的确认是存在困难的。如果行政一方不能确保判断特定样式是否满足性能要求的专门能力，性能规定就不能发挥出其应有的功能。虽然性能的责任所在变得明确起来，但因性能规定的供用期间通常较长，企业的责任和风险也会加大，有时也因期间较长，应当承担责任的主体可能都已经消失了。

相对而言，样式规定是手段性要求、具体要求，而性能规定是目的性要求、抽象要求。性能标准直接反映着规制的目标，相对于产品而言则是间接的规制，因为符合性能标准的样式标准可能是多种多样的，一个性能标准可以通过多种样式标准去实现。如此，既可以实现规制的目标，又可以保留技术标准的多样性和技术开发的自由度。“规制要有对违反行为的一定监视、确保实效性的措施等，这给规制当局带来一定的负担和费用。因而，在规制成本等太高，而且内容没有

〔8〕「規制改革推進3か年計画」（2001年3月30日閣議決定）Ⅱ横断の措置事項4.基準認証等関係。

〔9〕橘川武郎、武田春人『原子力安全・保安院政策史』（独立行政法人経済産業研究所、2016年）86頁。

多大偏差时，使用样式规定可能更为方便。一般而言，如果确保规制实效性的成本等仅在一定水平之下，并且可以大幅度改善样式规定所引起的规制僵硬的弊端，那么尽可能将过去的样式规定转为性能规定就是合理的。”〔10〕应当说，两种标准各有优劣之处，如果能合理组合，由官方的性能标准维持灵活性功能，向民间开放，由民间的样式标准维持明确性功能，向官方靠拢，将实现多重价值的共赢。

通常而言，在技术发展迅速时，技术标准的内容容易陈腐化，难以得到及时的更新。这时，业界或学会等制定的任意性民间标准与国家制定的标准相比更容易更新，更能对应技术的发展速度。〔11〕“利用学会协会规格本来的目的是放松规制，而学会协会规格重视公平性、中立性和公开性，具有汇集、反映该时点上最新技术知识的公共财产性质，也期待通过学会协会规格反映最新知识、迅速完善，提升安全性。”〔12〕在性能规定化之后，原先的样式规定如果合乎性能要求，则仍可在判断中使用，但该样式规定并不能排斥其他规格标准的适用。举例而言，在核能技术标准性能规定化上，在规制体系规定的内容上分为目标、功能要求、性能水准要求、可接受的实施方法四个阶层。目标是指规制所要实现的目标，功能要求是指为实现规制目标而要求设施所应具备的功能，性能水准要求是指为实现各项功能要求的目的而特定要求的定量的判断标准或应当满足的水准，可接受的实施方法是指确认符合性能水准要求或者满足性能水准要求的具体方法或技术手段。规制目标一般是法定的，技术标准是实现规制目标的技术上要求，因而，技术标准的性能规定化就要整理规定功能要求、性能水准要求的内容以及可接受的实施方法。需要省令（部门规章）规定的核能技术标准仅规定功能要求和性能水准要求，而可接受的实施方法就可以利用民间技术标准。具体的民间技术标准（主要是学会协会规格）自然是由学会协会等制定的，而此前的具体规格是由省令告示规定的。〔13〕再如，2000年日本修改《建筑基准法》开始引入性能规定，排除样式规定。建筑基准的性能规定也是四个阶层，即目的、功能要求、性能水准、实现手法，形成了“目的→副目的→功能要求→性能要求→检验方法→复数的实现手法”的展开顺序。在性能要求的规定上，当然是希望能定量地记述，但现状是很多情形只能定性记述。这时，作为实现手法的一部分，要规定定量的“视作性能要求”及与其相对应的“视作检验方法”。〔14〕在实现手法、检验方法上就需要利用民间技术标准。如此，就可以形成以性能规定为中心、积极利用民间标准的局面，两者组合起来共同完成规制目标。

• 23 •

三、行政利用民间技术标准的方式与规范

行政利用民间技术标准有多种方式，不同的利用方式也会产生不同的利用效果。而且，并非

〔10〕 福井秀夫「都市計画・建築規制における性能規定の意義」都市住宅学 95号（2016年）10頁。

〔11〕 堀井秀之編『安全安心のための社会技術』（東京大学出版会、2006年）165頁参照。

〔12〕 下山憲治「原子力規制の变革と課題」環境法研究 5号（2016年）16頁。

〔13〕 原子力安全・保安部会原子炉安全小委員会「原子力発電施設の技術基準の性能規定化と民間規格の活用に向けて」（2002年7月）5-6頁、原子力安全・保安部会原子炉安全小委員会性能規定化検討会「原子力発電施設の技術基準の性能規定化と体系の整備について～中間とりまとめ～」（2005年3月）4頁参照。

〔14〕 社団法人日本建築学会建築法制委員会「建築基準法の性能規定化のあり方に関する提言」（2007年）2-3頁参照。

什么样的民间技术标准都是可用的，民间技术标准应当符合怎样的条件才能为官方所用，需要探讨和检证。我国《国家标准化发展纲要》也提出“建立健全政府颁布标准采信市场自主制定标准的机制”。这表明，这里需要一种采信机制。

（一）利用民间技术标准的方式

在日本，行政利用民间技术标准有很多方式，大致存在以下几种类型：第一，将行政的技术标准性能规定化，将民间技术标准定位于行政程序法上的审查基准。在技术标准仅规定性能时，为了审查是否合乎技术标准，可以对民间技术标准进行技术评价，进而将其作为审查基准来使用，亦即通过民间技术标准来审查是否符合官方的性能标准。第二，将行政的技术标准性能规定化，将民间机构制定的例示基准通过通知来表示。严格地说，这不是利用民间规格，而是可以解释为行政将例示基准委诸民间机构作成。类似的手法是，在技术标准的解释通知中引用民间技术标准，使其反映民间技术标准的内容。第三，在规定行政技术标准的告示等中直接引用民间技术标准。第四，将民间技术标准的内容反映在规定行政技术标准的告示等中，这种方式可以形象地称之为“翻译”。^{〔15〕}但“翻译”方式可能存在一定的问题。一方面，民间技术标准可能每隔几年根据最新科技信息进行修订，行政的告示无法及时赶上这种修订速度。因为行政机关的人员体制不充分，还可能涉及民间技术标准的著作权问题，导致技术标准修订迟延，无法与最新科技信息充分相适应。另一方面，技术标准的“翻译”是选择性的。而民间技术标准可能是成体系的，各种规格组合起来形成安全防护体系。如果技术标准是有选择性地“翻译”或者只是节选其中一部分，容易造成缺漏和空白。^{〔16〕}相对来说，前三种方式相对妥当，第一种方式更为可取，它明确了两种技术标准的不同性质和地位，既保持了官方技术标准的稳定性，又为技术标准的革新提供了便捷的可能性。只要民间机构能根据科技的发展及时灵活地更新样式规格，样式规格的持续改善就成为可能。

行政利用民间技术标准，是希望在规范的预测可能性与规范的过度详细化之间寻求合理的协调。规范要让相关人员能够预测自身行为的法律后果，就需要具体化。但是，如果过于详细化，又难以根据科学技术的发展柔软地予以应对。行政设定性能标准之后，采用民间技术标准作为审查基准等，因为符合性能标准的样式标准并不唯一，即使不符合行政用作审查基准的样式标准，只要满足性能标准，也应当被承认。也就是说，这里存在“容许脱逸的规则”。在实际的运用中，审查基准、例示基准、规制指针中表示的单一民间技术标准被用作事实上的样式规定，不采用满足性能标准的其他规格，就未能活用容许脱逸的潜在可能性。^{〔17〕}行政在适用性能规定时存在双重审查：其一是审查用作审查基准的样式标准是否符合性能要求，其二是审查具体对象是否符合样式标准。因为性能要求常是抽象的表述，故而也赋予行政机关在审查上的裁量权，前一种审查是裁量行为，后一种审查是羁束行为。行政在利用民间技术标准时，始终要注意把握性能标准的

〔15〕 城山英明「民間機関による規格策定と行政による利用——原子力安全分野を中心として」ジュリスト1307号（2006年）86頁参照。

〔16〕 城山英明「原子力安全規制の基本的課題——技術基準の設定と実施に焦点を当てて」ジュリスト1245号（2003年）84-85頁参照。

〔17〕 城山英明「リスク評価・管理と法システム」城山英明＝西川洋一編『法の再構築〔Ⅲ〕科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007年）108-109頁参照。

一定性与样式标准的多样性之间的关系。既然原本就是这样的预设，那么在审查基准的运用上，就可能比通常的行政裁量决定有更多的脱逸情形。

（二）利用民间技术标准的规范

行政利用民间技术标准，实质上也是在利用社会上所蓄积的专门知识。国家与民间机构合作完成规制任务，但两者在实现规制任务中的角色是不同的，国家负责法律的执行，而民间机构则是负责专业技术。但是，“决定‘何者为法’的不是科学技术，而必须是法自身”。为此，国家将科学技术知识带入法的决定时，就必须从法的角度整顿其程序，而且必须在法上重构该知识。“若非如此适当为之，国家的规制就可能为社会的部分特殊利益所不当劫持。国家与社会的分工是不可避免的，国家在这种分工体制中成为一方当事人，同时也必须控制相关整体，从法的角度将其正当化。”〔18〕

从内容上看，技术标准并非仅为依托于专家理性的专业性体现，也带有基于价值判断的行政性属性。〔19〕民间技术标准可能因制定主体的原因而带有偏向性，偏向于特定利益团体、特别是大企业的经济利益，也可能因技术能力的原因而不具有妥当性。因而，民间技术标准固然可为行政机关所用，但却并非当然可用，只有经过一定的规范和审查方可利用。一方面，行政机关将民间技术标准利用于自己的风险行政规制中，这是行政机关履行法定职责的一种方式，行政机关应当对是否采用民间技术标准保有判断权限和最终责任。行政机关首先就要确认民间技术标准适合做行政规范，民间技术标准只有在制定程序和实体内容上符合一定要求，才能加以利用。另一方面，得到采用的民间技术标准就具有一定的公共性，民间机构在设定民间技术标准时就应当符合一定的要求。民间机构原本是自由的，但在加入公私协作的合作治理之后就要在组织和程序上受到公法原理一定程度的约束。〔20〕民间机构应当具备相应的标准制定能力，应当具备保证标准质量的措施，应当符合正当程序的要求。

在利用民间技术标准时，行政机关不能无批判地盲目信赖民间机构具有专门性及利益调整能力，而有必要从确保公正性、科学的客观中立性、透明性及利害多元性的角度对标准制定过程进行控制，同时严格对所制定的民间标准的可接受性进行评价。〔21〕行政机关应当采取一定措施促进民间技术标准具有可接受性，并检验其是否具有可接受性。首先是技术标准的制定主体要求。行政机关应当检验利益的中立性，审查设定标准的民间机构是否受到所属企业、产业的特殊利益的影响。现实中，各种技术人员团体采用个人、法人加盟制，标准制定委员会的成员很多也由企业单位提名。至少在学会设定标准时，应当以个人本位来提名，相关专家不仅是某领域的专家，还应有其他工学领域、具有人文社科素养的专家，还有利害关系团体推荐的专家等选项。其次是技术标准制定程序的要求。行政应促进技术标准各个判断的可视化、透明化。使与价值判断密切相关的技术判断过程合理化，将来也有助于技术判断内容的合理化。再次是民间技术标准的技术

〔18〕 戸部真澄『不確定性の法的制御』（信山社、2009年）140頁。

〔19〕 参见王贵松：《作为风险行政审查基准的技术标准》，载《当代法学》2022年第1期。

〔20〕 私主体受到的这种约束，有学者称之为“私行政法”。参见〔日〕山本隆司：《日本公私协力之动向与课题》，刘宗德译，载《月旦法学杂志》第172号（2009年）。

〔21〕 岸本太樹「新規制基準における原子力安全の論理——継続の更新性・科学的客観性・民主的正統性・公益適合性確保の視点からの検討」山下竜一編『原発再稼働と公法』（日本評論社、2021年）92頁参照。

评价。在许可认可之际援用民间技术标准的前提是,行政机关要对规格标准进行“技术评价”。这时,行政机关聘请的专家学者会发挥重要作用,但行政机关内部的专门职员具有可检验其判断过程妥当性的判断能力也是不可或缺的条件。行政机关配备一定的人才,能通盘考察从民间机构设定过程到技术评价的全过程,摆脱企业、特定业界利益,而从全体国民利益立场进行判断,这对确保技术评价的实效性是不可或缺的。^{〔22〕}例如,在日本,核能规制委员会对民间规格的技术评价过程是,由核能规制委员会委员、核能规制厅职员、技术支援机构职员组成“讨论组”,必要时可有未参与协会规格制定的专家参与;讨论组作成技术评价书草案及引用民间规格的规则解释等文书草案,再付诸意见公募程序,在征求意见后再行修改;最后由核能规制委员会决定技术评价书和规则解释。^{〔23〕}“通过实施行政程序法上的意见公募程序,来确保实现学会协会规格背书中的透明性。”^{〔24〕}经技术评价之后,行政机关还要通过公告、通知等方式将确认结果予以公开。

(三) 我国对民间技术标准的利用

我国的法律并未规定民间技术标准可为行政所用,也没有相应的转换机制规定。但实践中,行政机关在制定官方标准时常常以委托协议或购买服务的方式委诸民间机构完成起草,这样在人员的构成上为转换提供了可能性。在团体标准上,因其也具有一定的公共性,国家在支持社会团体制定团体标准增加标准供给的同时,也要“对制定团体标准予以必要规范”^{〔25〕}。为此,《标准化法》第18条以三款的形式作出了专门规定。该条第1款规定:“国家鼓励学会、协会、商会、联合会、产业技术联盟等社会团体协调相关市场主体共同制定满足市场和创新需要的团体标准,由本团体成员约定采用或者按照本团体的规定供社会自愿采用”。这就表明了国家对团体标准的支持立场,同时也明确了团体标准的任意性效力。既然团体标准具有这种功能,该条第2款就要对团体标准的制定提出要求:“制定团体标准,应当遵循开放、透明、公平的原则,保证各参与主体获取相关信息,反映各参与主体的共同需求,并应当组织对标准相关事项进行调查分析、实验、论证。”同时,该条第3款也要求有关国家机关对其进行监督,即“国务院标准化行政主管部门会同国务院有关行政主管部门对团体标准的制定进行规范、引导和监督”。近年来,随着对团体标准的重视,国家开始对团体标准的制定主体、制定程序、评价程序等进行规范指导。^{〔26〕}这样的团体标准也就具备了为行政利用的基本要求。但团体标准终究还不是官方技术标准,而只是民间技术标准的一种。现在需要的是建立起团体标准与官方技术标准共同发挥作用的机制,将官方技术标准性能规定化应是一个不错的选择。而企业标准作为另一种民间标准,在法律上只是说“企业可以根据需要自行制定”(第19条),其“技术要求不得低于强制性国家标准的相关技

〔22〕 高橋滋「行政上の規範——安全基準を中心とした一考察」同『科学技術と行政法学』(有斐閣、2021年)54頁参照。

〔23〕 原子力規制委員会「原子力規制委員会における民間規格の活用について」(2018年6月6日)。

〔24〕 黒川哲志「規制基準とリスクの社会的受容性」山下竜一編『原発再稼働と公法』(日本評論社、2021年)73頁。

〔25〕 丛斌:《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国标准化法(修订草案)〉修改情况的汇报——2017年8月28日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第6号,第824页。

〔26〕 国家标准《团体标准化 第1部分:良好行为指南》(GB/T 20004.1—2016)于2016年4月25日发布并实施,提供了团体开展标准化活动的一般原则,以及团体标准制定机构的管理运行、团体标准的制定程序和编写规则等方面的良好行为指南。《团体标准化 第2部分:良好行为评价指南》(GB/T 20004.2—2018)2018年7月13日发布、2019年2月1日实施,确立了对社会团体开展团体标准化良好行为评价的基本原则,提供了评价内容和评价程序等方面的指导和建议。

术要求”（第 21 条），此外在制定标准上就没有实际的规范要求。在结果上，只是通过公开来接受社会监督。^{〔27〕}这样的企业标准还缺乏必要的公共规范，通常是不能直接为行政所利用的。相较而言，团体标准更具有转换的基础，更具有与官方标准共同发挥作用的可能。

2019 年，国家标准化管理委员会、民政部制定了《团体标准管理规定》（国标委联〔2019〕1 号），对团体标准的制定和实施进行规范、引导。在团体标准与官方标准的关系上，该规定体现了三层关系：其一是团体标准应当是上浮型标准和横生型标准（第 12 条、第 13 条）；其二是团体标准发布机构可以申请转化为官方标准（第 28 条）；其三是各部门、各地方可以应用团体标准（第 29 条），但并未言明如何应用、如何方可应用。这里不仅存在衔接机制的问题，还有团体标准自身的质量问题。在制定团体标准上，该规定第 9 条重申了《标准化法》的开放、透明、公平的原则要求，并要求“吸纳生产者、经营者、使用者、消费者、教育科研机构、检测及认证机构、政府部门等相关方代表参与，充分反映各方的共同需求”，“支持消费者和中小企业代表参与团体标准制定”。这一规定不仅让更多元的社会主体有机会参与团体标准的制定，还特别提及“政府部门”亦可参与，借由参与主体的多元性忠实地反映社会的多元利害关系，促进团体标准的中立性。在这里，政府部门的代表是作为监督者参与，还是公益的代表者参与，并不清楚。应当说，团体标准的制定是民间团体自身的事务，政府无需全过程监督，故而，政府部门的代表以公益代表者的身份参与更为妥当。当然，参与的某个政府部门代表并不能代表所有的公益，甚至都不代表所在政府部门的意见，并不因为政府部门派员参与就表明团体标准合乎公益要求，或者政府部门今后就不再予以技术评价了。同时，该规定第 14 条第 2 款还规定“涉及消费者权益的，应当向社会公开征求意见，并对反馈意见进行处理协调”。参与标准制定的主体多是利害关系主体，而这里则将征求意见的范围扩大至一般的消费者。这也是借由公告评价程序让团体标准接受社会监督，提升团体标准的公正性。正如有学者所指出的那样，民间机构在标准制定时应该重点考虑程序的公开、平衡、合意与协调因素，强化对自我规制的“再规制”，避免形成大企业的垄断地位。如此，方能在一定程度上遏制标准落后的现象。^{〔28〕}

当然，虽然行政机关在设定技术标准上难以应对科学技术的迅速发展，但民间技术标准也并不必然能保证迅速应对，有时可以通过课予民间机构定期重新评估、及时修订的义务来实现这一目的。民间机构也未必有动力去从事技术标准的制定工作，国家需要以一定的激励机制促进民间机构设定技术标准，有时可以允许民间机构通过调整技术标准促进企业的市场战略，进而在不同组织之间形成制定标准的竞争之势。

四、结语：中国的民间技术标准空间

技术标准种类繁多、数量庞大，这些标准主要源自民间技术标准。在风险规制中，民间技术标准可以转化为官方技术标准，两者也可以并存发挥作用。官方技术标准保证了技术标准的安定

〔27〕《标准化法》第 27 条第 1 款规定：“……企业应当公开其执行的强制性标准、推荐性标准、团体标准或者企业标准的编号和名称；企业执行自行制定的企业标准的，还应当公开产品、服务的功能指标和产品的性能指标。……”

〔28〕参见高秦伟：《私人主体与食品安全标准制定——基于合作规制的法理》，载《中外法学》2012 年第 4 期。

性和明确性，民间技术标准保证了技术标准的效率性和灵活性，应当在两者之间建立起转化和吸收的必要通道。国家可以将技术标准规定为性能标准，确立规制的目标、功能要求、性能要求，而将具体的标准、规格、方法等交由民间技术标准来完成。国家借此也能从社会上获取更多的知识和信息，提升技术标准的质量。如此，通过这种差异化的组合，形成政府组织与民间机构在风险规制中的一种新型公私协作关系，既能实现风险规制的目标，履行行政的应有法定职责，又能灵活应对技术革新，同时为企业留下自我研发的空间。性能规定具有共通性，这种组合方式对于消除国际贸易上的技术壁垒也是有帮助的。但是，民间技术标准并非当然地可以得到采用，应当在利用之前加强对民间技术标准的制定过程审查和内容技术评价，确保技术标准的应有品质。目前，我国的民间技术标准并不发达，需要一定的机制促进民间技术标准的发展。而要发挥民间技术标准的作用，首先是要求国家尊重市场经济的要求，确保企业、行业协会、学会研究会的独立地位，再以性能规定等方式制定官方技术标准，为民间技术标准的发展提供可能空间。当然，在引入这种性能规定的合作规制的同时，还需要提升技术标准的实质确认能力，加强相应的安全检查体系建设，为标准体系上的合作治理提供坚实的保障。

Abstract: Private technical standards can be transformed into official technical standards or can play as regulatory tools together with official technical standards. In order to respond to the requirements of technological innovation, Japan has established the policy of making all specific regulations into performance regulations, and has made efforts to promote the use of private technical standards by the administration. This approach enables the differentiated combination of official performance standards and private specific standards, which can play the role of official standards in terms of fairness and stability, have the advantage of the technical capabilities of private institutions, and provide the possibility of timely updating of standards. Performance regulations are an important way to realize the combination of “liberalization” and “management” in the field of technical standards and public-private cooperation in governance. However, because of the public nature of technical standards, adopted private technical standards should comply with due process requirements when they are developed to ensure that multiple interests are reasonably adjusted; the state should perform technical evaluation of private technical standards when they are used, and be ultimately responsible for them.

Key Words: technical standards, private technical standards, performance regulations, group standards, cooperative governance

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

行政处罚协商程序构造论

杨彬权*

内容提要：行政处罚协商程序是由行政机关与行政相对人通过沟通、协商、妥协等方式，合意作出行政处罚决定所遵循的行政处罚程序。作为一种新型的行政处罚程序，行政处罚协商程序具有实现实体正义、快速解决纠纷、提升行政决定接受度等的合法性和正当性，是行政处罚程序中的一种独立的程序，属于第三代行政程序中的协商性行政程序。行政处罚协商程序主要适用于自由裁量、事实不清且证据不足和当事人难以接受的重大的行政处罚等案件。行政机关可以就具体的量罚、违法事实与违法行为数等事项与被处罚人进行协商，并对协商过程和结果予以书面记录或录音录像，双方达成的协商合意具有法律约束力。

关键词：行政处罚 协商国家 行政协商 程序正义 协商程序

• 29 •

行政处罚协商符合合作国家和合作行政法治的基本价值取向，在改善行政处罚决定接受度、降低执法成本、提高行政效率、预防化解行政争议和建立企业合规治理体系等方面效果十分明显，是行政执法的重要手段。应当大力发挥行政处罚协商在行政处罚中的作用，以协调行政处罚需求与处罚供给之间的矛盾，实现行政处罚决定的合意“共主”。然而，由于在《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）中缺乏顶层的行政处罚协商程序的设计和统一规范，行政处罚协商程序的适用范围、协商主体、协商内容等方面的缺失和不明确，束缚和限制了行政处罚协商方式在实践中的适用。为了发挥行政处罚协商程序在行政处罚中的重要作用，应当对行政处罚协商程序的适用范围、协商主体、协商内容、协商方式、协商合意的效果等内容进行明确规范，并逐步推动行政处罚协商制度的完善。

一、行政处罚协商程序的兴起背景

行政协商是行政主体为实现特定行政目的，就相关行政内容与行政相对人或相关人进行协

* 杨彬权，西北政法大学行政法学院副教授。

商、沟通达成合意后,再作出行政处罚决定的行为。行政协商与行政和解虽然都是合作国家形态下的制度产物,是协商民主理论在行政法领域的延伸和具体展现,但两者并不相同:(1)性质不同,行政协商是一种执法方式,行政和解是一种纠纷解决方式;(2)发生阶段不同,行政和解一般发生在行政程序的终端,而行政协商可以发生在程序的全过程;(3)关注点不同,行政协商重在行政协商过程和预防纠纷,行政和解重在结果和纠纷的彻底解决;(4)表现形式不同,协商不一定要达成协议,也可能是行政机关在与行政相对人或相关人协商基础上作成一个行政决定,但行政执法中的和解主要体现在和解契约与执行和解两个方面;(5)结果不同,行政和解一般是终局的,行政协商并不一定是终局的。行政协商与行政和解是两种独立的行政行为,既是并列关系,又具有承接关系,当经过协商程序的行政决定在执行中发生纠纷时,有可能会引起行政执行和解。行政协商中不一定有和解,但行政和解中必定有协商因子。此外,行政协商也不同于行政调解和行政协议。行政调解是在行政主体的主持下,通过说服和疏导促使当事人协商沟通,达成调解协议而解决纠纷,也是一种纠纷解决方式;行政协议是双方或多方经过协商,明确相互间权利义务关系的合意,行政协议是以协商为前提的,但同时也是协商的结果。行政处罚协商程序是将行政协商和程序正义理念贯穿于行政处罚过程中的新型行政程序形态,是一种通过行政机关与行政相对人双方的信息交流、对话、协商和妥协来作出处罚决定的行政程序,属于协商式程序〔1〕的范畴。行政处罚协商程序是对行政处罚协商决定权〔2〕行使的程序规范,其兴起主要肇因于国家形态的转变与行政处罚协商案件的日益增多、协商式程序正义理念的确立和传统行政处罚程序面临多重困境的现实需要。

• 30 •

(一) 国家形态的转变与行政处罚协商案件的日益增多

按照“公权力不得处分原则”,行政机关原则上不得以协商方式处置行政权。但随着时代的发展和国家任务的转换,由奥托·迈耶(Otto Mayer)基于“国家不协商原则”所建构出的以单方高权行为为中心的传统行政法学,已无法满足官民协商合作之行政现实的需要。现代国家之发展趋势,已从单方规制国家转变为协商国家。在协商国家,等级制的、以行政机关为中心的行政权观念逐渐被一种新的行政观念所替代。这种新的行政观念就是“行政是协商性关系的观念”〔3〕,也即行政协商观念。在这种行政协商观念的指导下,近年来,在行政处罚执法领域不断出现大量的行政处罚协商案件,例如:税务领域关于征税方式、税额征收基数的协商,税务处罚中关于违法事实的协商;证券执法领域的处罚协商;农业执法领域的处罚协商等。但由于没有法律依据或者需要突破法律规则的严格限制,这些实践中存在的行政处罚协商案件无异于“裸奔”,这样做对行政机关是极其危险的。因此,为避免这种情况的出现必须要有一层保护机制,这个保护机制就是协商程序。协商程序机制能够让行政处罚协商案件得以合法化和正当化,“合法化是

〔1〕 协商式行政程序又可以分为立法协商式行政程序、执法协商式行政程序和司法协商式行政程序,本文所称的行政处罚协商程序属于执法协商式行政程序范畴。

〔2〕 协商决定权是指社会公众有权与行政主体经协商共同决定行政事项。协商决定权对防止行政主体专断,保障公平、公正、合理的行政结果具有更强的制约作用,能直接实现行政参与权的目的,它比合理主张受采纳权的民主程度更高。参见方世荣、邓佑文、谭冰霖:《“参与式行政”的政府与公众关系》,北京大学出版社2013年版,第137页。

〔3〕 〔美〕朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第341、343页。

不断通过商议性沟通而获致的”〔4〕。

（二）协商性程序正义理念的确立

协商性程序正义理念是诉讼法学者提出的一种程序正义理论，它是对刑事法中已经存在的认罪认罚制度和刑事和解制度的实践经验总结和理论提炼。所谓协商性的程序正义，属于一种基于结果控制而实现的诉讼价值，被裁判者自愿放弃了无罪辩护权，也放弃了部分诉讼参与机会，却有可能通过协商、对话和达成妥协，对诉讼结局发挥影响、塑造和控制的作用，从而获得最大程度的实体收益。〔5〕协商性的程序正义理论并不是对传统程序正义理论的否定或取代，而属于一种必要的理论发展。传统的程序正义理论忽略了被裁判者对有利的实体结果的重视，误以为只要诉讼过程符合公正的要求，由此产生的裁判结论就有可能得到他们的尊重和信任，但实际上这与实践是不相符合的。协商性程序正义理论认为，根本不存在绝对客观的公正结果，控辩双方通过自愿协商和达成协议所形成的结果，也就是可以接受的“公正结果”，强调控辩双方通过公正的协商程序来影响、塑造和控制诉讼结果的形态，使得最终的诉讼结果体现控辩双方的诉讼合意。〔6〕刑事法中确立的协商性的程序正义理念并不是刑事领域独有的理念，而是所有程序法治共有的理念。这种理念不仅存在于刑事程序法治中，也存在于行政程序法治中；不仅对协商性司法程序具有指导意义和作为价值评价的基本标准，也对行政程序具有指导意义和价值评价作用。新的理念呼唤和催生新制度的诞生。随着协商性程序正义理念在行政程序法治领域的确立，行政程序理念和法制也必然发生重大改变。这种重大的转变就是在行政程序领域自然催生出了协商式行政程序理念和协商式行政程序。相应地，在协商式行政程序法治理念的指导下，在行政处罚领域也就必然产生行政处罚协商程序。

（三）我国行政处罚程序的弊端日渐显现

从《行政处罚法》的规定来看，尽管具有陈述申辩与听证程序，但整体而言仍然属于传统的对抗性行政处罚程序。这种对抗性行政处罚程序具有众多弊端：一是忽视了实体结果的公正。重视被处罚人对行政过程的参与和控制，属于一种基于过程控制而得以实现的程序价值。其虽然强调被处罚人的参与机会，例如陈述申辩，甚至听证，注重的是一种形式化的程序公正要求，但却忽略了被处罚人对有利的实体结果的重视，误以为只要行政过程符合自然公正或正当程序的要求，由此产生的处罚结论就有可能得到他们的尊重和信任。但实践中几乎所有处于被处罚地位的当事人，都不会仅仅关注对处罚决定作出过程的参与，而忽略最终的处罚结果。在很多场合下，对有利处罚结果的追求会成为行政相对人、被害人在行政程序活动中所追求的主要目标。〔7〕对于被处罚人来说，既要保证其获得公正处理的机会，也要确保其能够通过积极的程序参与获得实体利益的最大化。二是传统的行政程序以防御性为其显著特征，在功能上也表现为以消极地防止行政权违法与滥用造成对相对人权益的损害为主，〔8〕故属于消极保护公民权益的法律装置。三

〔4〕〔比利时〕马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社2008年版，第237页。

〔5〕参见陈瑞华：《论协商性的程序正义》，载《比较法研究》2021年第1期。

〔6〕参见前引〔5〕，陈瑞华文。

〔7〕参见前引〔5〕，陈瑞华文。

〔8〕参见陈军：《公私合作背景下行政程序变化与革新》，载《中国政法大学学报》2013年第4期。

是传统的行政处罚程序是一种对抗式的决定程序，它是以置双方当事人于相互对立的地位的方式来构造处罚决定的，这种对抗式的处罚决定程序激发了而不是最小化了争议。^{〔9〕}

综上所述，正是国家形态转变和行政协商理念的兴起、实务中行政处罚协商案件的日益增多，以及我国行政处罚程序存在多重弊端等因素的影响，使得行政处罚协商程序成为一种必然的发展趋势。

二、行政处罚协商程序的性质和地位

（一）行政处罚协商程序的性质

行政处罚协商程序是将行政协商理念贯穿于行政处罚全过程的一种新型行政程序形态，是一种通过行政机关与行政相对人双方的对话、协商和妥协来作出处罚决定的特殊程序。行政处罚协商程序是对对抗式行政处罚程序的修复和补正，是一种较为完美的负担/利益决定模式，是一致同意而解决冲突的“共主”决定程序，属于巴恩斯教授所说的“第三代”行政程序中的“协商型行政程序”。^{〔10〕}协商型行政程序将公私合作、软法之治、全球治理等反映现代政策制定与实施过程的新要素纳入其中，强调程序的过程性控制，行政程序也被视为行政机关与公民之间实现互相沟通与交流的机制。协商型行政程序不仅在于实现控制，更是为了更好地协调公私主体。^{〔11〕}

行政处罚协商程序的本质是一种利益交易程序。除纯粹的交换信息的协商外，一般的行政处罚协商程序都是一种利益交易程序，既包括物质的利益交换，也包括精神的利益交易。在这种交易程序中，行政机关与行政相对人本着协商的精神，通过信息交换、沟通、妥协达成利益交换，对行政机关而言，重在考虑国家行政权所代表的公共利益能否实现，如何有效实现，对行政相对人而言，则重在考虑违法后如何被处罚，如何减轻处罚，甚至不处罚。行政处罚协商程序中双方的利益交易不仅体现在行政机关与行政相对人要交换各自掌握的与行政处罚有关的信息和资源，更重要的是要将行政机关通过行政处罚权所代表的公共利益与行政相对人因为违法受制裁而有可能失去的利益通过谈判和协商，最终达成适度的交易。这种行政处罚协商交易表面上看，是国家行政处罚权所代表的公共利益的让步和退却，但实际上，却是为了争取更大的或更重要的公共利益在不得已的情况下而作出的适度的利益妥协和让步。当然，行政机关与行政相对人在处罚协商程序中的妥协和让步并非不受任何限制，它必须遵守底线的法治原则和公共利益原则的约束。正如努科恩（Mnookin）和科恩豪瑟（Kornhauser）曾将协商描述为“法律阴影下的谈判”。^{〔12〕}这样，行政处罚协商程序中任何的利益交换都是一种法律影响下的交易或遵守法治原则的交易。

〔9〕 参见〔美〕迈克尔·D.贝勒斯：《程序正义——向个人的分配》，邓海平译，高等教育出版社2005年版，第199页。

〔10〕 巴恩斯教授将第三代行政程序分为协商型行政程序和合作互动型行政程序。See Javier Barnes, *Towards a Third Generation of Administrative Procedure*, in Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, pp. 342-349; Scott Burris et al., *Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship*, 41 Akron Law Review 1, 49-53 (2008).

〔11〕 参见覃慧：《治理时代行政程序法制的变革与因应研究》，北京大学出版社2018年版，第123页。

〔12〕 See R. Mnookin & L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale Law Journal 950, 950-997 (1979).

行政处罚协商程序是一种平等合作程序。它使得行政处罚机关不再扮演权威决定者的传统角色，将行政处罚机关和行政相对人（被处罚方）置于平等的地位，行政处罚决定不再是有权威的行政机关的专家所强加的，也不是行政机关认为如何才能更好地实施法定处罚的单方见解，而是行政处罚机关根据所有利害关系方能接受的条件，在平等的基础上与行政相对方进行协商。行政处罚协商程序强调的并非主体间的对立关系，而是一种合作关系。行政处罚协商程序强调行政机关与行政相对人双方通过公正的协商程序来影响、塑造和控制处罚结果的形态，使得最终的处罚结果体现行政机关与行政相对人双方的真实合意。^{〔13〕}这可能会在行政处罚机关和被处罚人之间形成良好的合作关系，对未来被处罚人的自愿守法也更有裨益。

行政处罚协商程序是一种共同决定结果的程序。在行政处罚协商程序中，行政处罚决定并不是由行政机关单方面作出的，而是由行政机关和行政相对人两造在信息交换和了解互动过程中最后共同作出的。这种共同的决定是在两造当事人的控制下，在直接协商的过程中取得处理结果，不存在外在第三方对结果的干涉和定义。唯一的结果就是体现双方意志的、双方都同意的结果，因此，它在行政机关和行政相对人看来都是在协商程序下所能取得的最令人满意或者至少是足够令人满意的结果。

（二）行政处罚协商程序的地位

行政处罚协商程序作为一种新出现的行政处罚程序，属于一种必要的程序理论发展，它并没有否定或替代行政处罚法中的普通程序和简易程序，是行政处罚程序中的一种独立的程序。行政处罚协商程序不同于行政处罚普通程序，普通程序几乎适用于所有的行政处罚案件，但协商程序的适用范围有限。行政处罚协商程序也不同于普通程序中的听证程序，听证程序是案件作出的一个调查程序，是一种技术性审查，^{〔14〕}而协商是行政处罚过程中的决定程序，当然在行政协商程序中也不排除举行听证和调查的可能。行政处罚协商程序也不同于行政处罚简易程序。简易程序是主要通过省略和放弃部分程序，当场作出行政处罚决定，主要是以提高行政效率为价值目的。但简易程序虽然提高了部分行政处罚案件的效率，但却有可能忽视部分案件实体结果的公正。当然，本文主张行政处罚协商程序是一种独立的程序，并非排除普通程序和简易程序中适用协商的可能性，只是为突出行政处罚协商程序的重要性。因此，在行政处罚法中要构建的行政处罚协商程序是一种独立的行政程序，其与简易程序、普通程序是一种并列的处罚决定程序。由于“行政程序是行政法的支柱”^{〔15〕}，同理行政处罚的协商程序、普通程序和简易程序构成了行政处罚法的“三个支柱”程序，共同规范和保障着行政处罚案件的实体正义、程序正义和效率价值。

• 33 •

三、行政处罚协商程序的正当性

（一）强化伙伴关系，提升人民主体地位

在任何时期和任何国别的行政法中，行政程序展示了公民在行政面前所处的地位以及不同公

〔13〕 参见前引〔9〕，迈克尔·D.贝勒斯书，第214页。

〔14〕 参见叶必丰：《行政法的人文精神》，北京大学出版社2005年版，第237页。

〔15〕 Javier Barnes, *Reform and Innovation of Administrative Procedure*, in Javier Barnes ed., *Transforming Administrative Procedure*, Global Law Press, 2008, p. 15.

共主体间的相互关系。^{〔16〕}传统的公共行政执法在实践运行中成为单方行政决定，缺乏民主性，^{〔17〕}在行政处罚程序中行政相对人处于从属和被动的地位。行政处罚协商程序之采用，具有改变传统行政处罚程序中人民的从属性和被动性地位、提升人民地位、宣示人民是行政伙伴的功能。因为此时人民不再仅是行政统治的“客体”；相反的，人民借由行政协商程序可以表征其为统治主体地位，立于“相对平等”的地位，与行政机关就影响其权利义务之事项进行沟通、协商与谈判，从而使得行政主体与行政相对人能够共同决定行政处罚结果，真正实现执法过程中的民主。

（二）提升行政处罚决定的接受度，预防和减少纠纷

长远来看，国家统治，唯有在能获得自愿服从的情况下方能存续。法律与法，唯有当其能被多数规范对象接受时，方能获得并维持其效力。今日之中国法治已经迈入了一个可接受性的时代，可接受性成为判定法律或行政决定实质合理性的一个重要标准。行政处罚协商可以说是对行政处罚刚性规则之不合理或有欠缺的地方，通过协商程序，以一种成本最小化的方式来修复或改善，进而提升法律或行政决定的可接受性。行政处罚协商程序不仅为行政相对方管理公共事务拓宽了途径，也增加了行政机关与行政相对方交流、沟通的机会，通过交流、沟通得以提升行政相对方对于行政处罚决定的接受度。特别是有些可能受到行政机关先入为主、以偏概全，以及其他方面等因素的影响，作出的不合理，甚至错误的处罚决定，通过行政处罚协商程序这个论辩、交涉的制度性平台，行政机关与行政相对人“不仅要设法说服对方，还要在对方的观点主张下反思和整合自己的观点，并就自己的观点向对方作理性说明”^{〔18〕}，直至达成合意，如此可以提早预防和纠正这些违法行政处罚决定，提高行政处罚行为的合法性、准确性和可接受性。当然，我们讲行政处罚决定的可接受性时，并不是说行政决定不受法律程序的规范和约束。

在行政处罚协商程序中，因为处罚结果被过程化了，执法对象是在渐进中知道处罚底线与结果，它起到了一个很好的缓冲作用。执法对象因此一般不会对最后处罚结果产生激化反应，从而平稳地完成处罚任务，并有效防止复议诉讼的发生。^{〔19〕}因此，经过协商程序的行政处罚案件，在后续的履行中一般很少出现执法对象的抵制、反抗和争议的情况，从而能够有效预防和减少纠纷。这“不仅减少了暴力镇压所带来的成本，而且改变了政府的形象，使行政权力运作更加顺畅”^{〔20〕}。

（三）节约执法成本，提高行政效能

尽管我国行政处罚简易程序在某种程度上也具有节约执法成本，提高行政效能之目的，但由于受限于当场处罚办案方式，适用简易程序审理的案件并没有随着案件数量的增加而大幅增加，反而在某些地方呈现出了整体上递减的趋势。^{〔21〕}因此，简易程序并没有实现处罚法关于程序立法之初衷。但如果采用协商程序，情况将大为改观。从经济观点而言，慎重“事前程序”，一次

〔16〕 参见前引〔15〕，Javier Barnes文，第15页。

〔17〕 参见孟鸿志：《民法典时代行政执法的变革与创新》，载《比较法研究》2021年第6期。

〔18〕 张文显：《法理学》，高等教育出版社2018年版，第267页。

〔19〕 参见郑成良等：《法治政府的理念、制度与决策》，上海人民出版社2018年版，第118页。

〔20〕 〔澳〕何包钢：《协商民主：理论、方法和实践》，中国社会科学出版社2008年版，第159页。

〔21〕 参见石珍：《行政执法事务繁简分流的程序构建——以S市S局的执法数据为研究对象》，载《行政法学研究》2015年第5期；张立刚：《行政案件快速办理与刑事案件速裁程序的比较研究》，载《湖北警官学院学报》2021年第5期。

作出正确决定，成本通常低于草率决定、再以“事后救济”改正的花费。^{〔22〕}“协商方式的最大优点是及时暴露观点的矛盾及其可能性，因此达成的理解和一致可以减轻行政程序的负担，节约时间和费用。”^{〔23〕}这主要表现在两个方面：一方面，对于行政违法行为“事实无法查明”的情况，若行政主体与行政相对人通过协商达成合意，不仅节约了行政主体需要耗费的调查成本，行政相对人也因此免于相较于“事实清楚”情况下较重的行政处罚，此不失为一种双赢的做法。另一方面即便为作出行政处罚决定要遵守的专门协商程序相对复杂并且个案的解决时间相对变长，但是通过行政处罚协商程序将个案进行实质化解决，符合程序正义原则，“公正的程序都会导致更好地服从与之相关的规则和决定”^{〔24〕}，使行政相对人易于接受，从长远来看，没有后续矛盾与争议的出现，不仅为司法机关减少了诉讼案件和事后救济的种种开支，更减少了社会不安定因素，维护了社会和谐秩序，有效地贯彻了溯源治理的理念，将矛盾从根源解除，不但没有增加开支，反而降低了程序成本，提高了行政效能。

（四）有助于建立和完善企业合规治理体系

企业合规，顾名思义就是指企业需要合乎法律、法规政策文件、商业惯例与各种准则，其本质就是企业建立的应对各种法律风险的合规治理体系。企业合规作为一种现代公司治理方式，可以促进企业加强内部管理，提高自我预防能力，引导企业自主发现并消除经营活动中存在的违规隐患。^{〔25〕}因此，从长远发展来看，所有的企业都应该建立合规治理体系。传统上，为了促使企业建立有效的合规治理体系，监管部门主要采取强制合规、合规监管，甚至处罚等行政强制力主导的压力型机制进行推动，这种机制对于企业快速有效地建立合规治理体系无疑是有积极意义的，但也存在压力有余、激励不足、效果不彰的问题。^{〔26〕}确立行政处罚协商程序，对于建立了合规计划的企业，监管部门可以与企业进行协商从轻或者减轻处罚，促使企业完善合规治理体系。尚未建立合规治理体系的企业，可以与行政机关协商，承诺建立合规治理体系，如果最终经过监管部门验收合格，将对企业免于或不予行政处罚，从而有助于企业建立和完善合规治理体系。因此，行政处罚协商程序作为一种激励措施，有助于企业建立和完善企业合规治理体系。

• 35 •

四、行政处罚协商程序的法律构造

以主体间的平等对话作为运作机制的协商性行政处罚，由于当事人双方共享自由裁量权，公私界限模糊，有可能发生损害公共利益或者“恶意交易”等情事，因此，行政处罚协商比以往任何时候更加突出程序机制的重要性。正如有学者所言：“行政协商是一种对程序有着高期待与高要求的行政方式，行政主体与公民之间对话的有效进行必然有赖于相应程序的推进和保障。”^{〔27〕}

〔22〕 参见翁岳生：《行政法》，中国法制出版社2009年版，第935页。

〔23〕 〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第399页。

〔24〕 〔美〕艾伦·林德、汤姆·泰勒：《程序正义的社会心理学》，冯健鹏译，法律出版社2017年版，第141-142页。

〔25〕 参见陶朗道：《民营企业刑事合规的解构与展望》，载《浙江工商大学学报》2021年第1期。

〔26〕 参见陈瑞华：《论企业合规的中国化问题》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第3期。

〔27〕 蔡武进：《行政协商的治理价值及治理面向》，载《学习与实践》2015年第9期，第56页。

行政处罚协商程序之构建应该重在对协商的范围、协商的主体、协商的内容和方式、协商合意的法律效果等内容作出公正规范。

（一）行政处罚协商程序的适用范围

1. 行政机关享有处罚自由裁量权的案件

从行政协商范围的研究成果来看，理论界基本上认同自由裁量权范围的事项可以进行协商。例如有学者认为：“只要不违反法律已确定的原则性规定，且在法律规定的可进行自由裁量的范畴内，行政主体与行政相对人是可以就行政处罚结果进行协商的。”^{〔28〕}也有学者认为：“立法机关授予行政裁量权的主旨，实则为赋予行政机关基于立法目的，在法律明确授权的事项或消极默许的范围内，斟酌选择是否行为以及怎样行为的权力。正是这种选择权的存在，使行政机关与行政相对人在有利于实现行政立法目的的前提下，对个案特殊情况进行协商成为可能。”^{〔29〕}更有学者认为行政过程中自由裁量的广泛存在与行使，表明行政过程中不仅存在协商妥协的可能性，而且这种可能性几乎无处不在。^{〔30〕}由此可见，凡是自由裁量领域的行政处罚都是可以进行协商的。“在自由裁量基准范围内，只要能达至行政的目的，行政机关可以基于行政相对人自愿对行政决定结果中的处罚数额、执行方式、执行期限等事项进行充分考量与协商。”^{〔31〕}

除上述这些事项外，本文进一步认为，对于法定的从轻、减轻处罚等影响处罚决定结果的事项也可以进行协商。这类案件按照法律要求强度的不同可以包括“应当从轻、减轻行政处罚”和“可以从轻、减轻行政处罚”两种情形，主要适用于对未成年人、精神病人的处罚，及具有从轻、减轻行政处罚情形的案件。对于从轻、减轻行政处罚的案件，我们可以对是否应当或可以从轻减轻处罚、从轻减轻处罚的种类和幅度等事项进行协商。对于这类从轻、减轻行政处罚案件，适用协商程序最终的行政处罚决定不再是行政机关单方面决定的事情，也不再是行政机关单方面给予被处罚人的“恩赐”或“施舍”，而是行政机关与被处罚人平等协商的重要内容和结果，因而将会在当事人间形成一种平等、共商处罚的氛围，取得比行政机关单方决定更令双方同时满意的结果，某种程度上也能控制行政处罚权的滥用。

总之，行政主体在行政处罚自由裁量权范围内就与行政处罚相关的事项与行政相对人经过平等协商、沟通、妥协等达成的合意处罚决定，要比行政机关单方基于法律法规和处罚裁量基准作出的处罚决定更能符合实体正义，更能实现“协商的本质是共享裁量权”的观念，更加使处罚裁量行为符合价值理性。

2. 事实不清、证据不足，为有效达成行政目的之案件

这主要是指应该予以行政处罚的主要事实与相关事实经过职权调查不明或调查事实所需成本过高，难以达到事实清楚、证据充分之程度，为有效达成行政目的，并解决争执而与行政相对人进行协商的案件。按照依法行政原则，行政机关本应该遵守法律法规的规定，本于职权调查案件

〔28〕 叶勇、谭博文：《行政处罚权协商行使的作用向度与困境纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第62页。

〔29〕 郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第186页。

〔30〕 参见王锡锌：《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社2007年版，第276页。

〔31〕 王学辉：《天价罚单违反行政程序法治原则》，载《法制日报》2012年4月16日，第7版。

事实，如果事实不清、证据不足，便不得作出具有法律效果的行政行为。但若行政机关已尽其合理可期待的调查义务，作为行政处罚基础的事实真相仍未能查明，为有效达成行政目的，可以与相对人协商解决，^{〔32〕}例如税务机关对偷漏税行为处罚时的偷漏税具体数额的协商。这主要是基于行政处罚程序经济的考虑，申言之，一方面行政机关为调查不明的事实或法律状态可能旷日废时、耗费大量资财，另一方面如果行政机关单方作出行政处罚决定，由于证据并非充足，可能会因当事人对结果不服而引发纠纷。

对于事实不清、证据不足的案件，为有效达成行政目，适用行政处罚协商程序得到的事实可能与实体真实发现原则不相符合，但这是实行协商程序必然的结果，为提高处罚程序效能，便不得不舍弃严格证据证明程序；而且实体真相发现本身也是一种相对的概念，即使在普通行政处罚程序的案件中，也不代表行政机关就能够发现该案“完全”的真实。其实在疑难案件中，不存在任何清晰明白的、可得出某种客观结论的“清单”。客观真实一般都是在公共领域中的所有相关人员之间的协商、沟通中产生。在行政处罚协商程序中，行政机关与被处罚人达成一致的事实，在没有积极反证予以推翻的情况下，也是一种真实；且依据案卷资料，行政机关负责人和法制审核机构应该有能力判断行政相对人认罚是否与事实相符，从而与公平正义原则和实体真实发现原则也不会有太大的距离。

3. 当事人难以接受的重大行政处罚案件

在小额行政处罚案件中，由于处罚金额不高，原则上无须考虑受处罚者之资力，以节省调查人力物力，提高行政效率。^{〔33〕}但是对于一些重大行政处罚决定，尤其是数额较大或特别巨大的罚款决定，依据行政处罚普通程序作出决定，将会导致被处罚人不能接受或者决定难以执行，而就个案而言则显失公平与正义。例如，《中华人民共和国食品安全法》规定了食品生产经营者的许多义务和食品要达到的安全标准，也对违反食品安全法律法规与标准的生产经营违法行为规定了最高可达货值金额的30倍的处罚标准，但却没有考虑到乡镇的食品经营业主要是小超市、小餐饮、小作坊、流动摊贩，农村的食品经营业是小卖部，经营规模小，具有流动性，经营收入不高，且都是小品牌及高仿产品等特点。这使得基层执法人员常常面临执法困境，按照法定标准处罚，当事人接受不了，反之，有涉嫌渎职违法。例如在“陕西榆林毒芹菜一案”中，罗某夫妇经营的蔬菜粮油店购进7斤芹菜，市场监管部门提取2斤抽样检查，剩余5斤卖了20元钱，结果因为检测所抽批次芹菜的毒死蜱含量超过《食品安全国家标准 食品中农药最大残留限量》（GB2763—2021）在芹菜上0.05mg/kg的限量值，为不合格，最后被榆阳区市场监管局“依法”罚款6.6万元。行政处罚决定作出后，舆论一片哗然，当事人和社会公众都感觉处罚过重，显失公正，并责难行政机关违法行政。

这类案件主要是由法律法规与现实脱节所导致，行政执法人员如果依法依裁量基准作出决定必然导致相对人的不接受或接受度较低，直接影响法的秩序和正义价值。对于这类数额较大或特别巨大的行政罚款案件，如果允许行政机关与当事人通过协商程序确定一个合理的可接受的处罚

〔32〕 参见张文郁：《论行政程序上之事实调查》（上篇），载《月旦法学杂志》2014年总第227期。

〔33〕 参见陈清秀：《行政罚法》，法律出版社2016年版，第273页。

种类或罚款数额,将可实现个案的实质正义,提高当事人的可接受度。因为根据实质的法治国思想,国家的行为不能仅仅止于符合法律的规则,还应该在内容上符合法律原则所内含的道德要求。^[34]但是在此有一个问题必须予以讨论,那就是行政处罚协商能否在具体法律法规条文授权的裁量范围外进行。学界的一般观点认为,协商行政不能突破法律法规现有条款,不得与依法行政原则构成直接冲突。但也有学者认为通过确立便宜原则能够突破法律法规现有条款的限制。^[35]本文认为,在一般情况下,行政处罚协商应当以行政机关拥有自由裁量权为前提,协商的内容也限于法律法规的授权范围,但基于两方面原因的考量,行政机关可以超过裁量范围进行协商,以求得处罚结果的实质公正。一方面,当我们通过立法模式为行政裁量的运作设定条件或基准时,即便行政机关依据设定的条件与基准活动,我们也只能宣称在此规则范围内的行政活动符合形式正义的要求,却难以评判该行政行为与个案实质正义“坐标轴”之间的距离。^[36]另一方面,我国正处于转型期,转型期社会的法律体系不可避免地印上转型期法治的特点,比如法律与现实产生某种程度的脱节,有些法律法规甚至是“恶法”或有非正义的成分存在。^[37]本文认为,在这种情况下,只要没有违背行政处罚法的过罚相当原则,行政机关与行政相对人双方通过自愿协商达成协议所形成的结果,也就是可以接受的“公正结果”,^[38]即便协商结果超出授权规范的授权幅度和范围,甚至逸脱适用裁量基准。因此,行政处罚案件的处理结果违背“量能原则”,也即一个人的最大负担能力,处罚数额巨大影响到个人合乎人性尊严之生存,处理结果显失公正或当事人难以接受的,即使超出自由裁量范围,只要不违背行政法基本原则,协商处理就具有正当性和合法性。因为行政协商是对依法行政原则以及职权调查义务的放松,即使协商合意的内容与法律法规的规定不相符合,也不违宪和违法。例如德国联邦宪法法院认为,协商程序只要不违背罪责原则、平等原则与被告意思自治,基本上是合乎宪法秩序的。^[39]尽管德国联邦宪法法院的判决是对刑事协商程序而言的,但对行政处罚协商程序也是适用的,也即行政处罚协商程序只要不违背过罚相当原则、平等原则与被告意思自治,基本上就是合乎宪法秩序的。

(二) 行政处罚协商程序的参与主体

在协商国家,国家实现其政策更多的是取决于个人自愿的服从态度,所以,他们同国家的关系是协商的关系,而在国家方面则是必须进行协商。^[40]具体到行政处罚案件中,协商是执法者的义务,同时又是相对人的权利。^[41]行政机关在进行协商程序前要告知相对人协商内容、权利与相关事项,相对人要求协商的,行政机关应该进行协商。行政机关主动进行协商的,应该取得行政相对人的同意。因此,行政处罚协商是在行政机关、行政相对人之间进行的博弈活动。但本

[34] 参见〔德〕赫尔曼·黑勒:《国家学的危机 社会主义与民族》,刘刚译,中国法制出版社2010年版,第11页。

[35] 参见张治宇:《合作论:从政治哲学、法哲学到行政法哲学》,法律出版社2017年版,第159页。

[36] 参见前引〔29〕,郑春燕书,第183-184页。

[37] 参见卢剑峰:《试论协商性行政执法》,载《政治与法律》2010年第4期。

[38] 参见前引〔5〕,陈瑞华文。

[39] Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 95f.

[40] 参见〔德〕迪特尔·格林:《国家的任务》,载〔德〕埃贝哈德·施密特-阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第55页。

[41] 参见前引〔37〕,卢剑峰文。

着“法律人之间的一种合乎理性的对话是‘正确’地解释和适用法律的最终保证”〔42〕之信条，在行政处罚协商实践中，当事人必须委托律师作为行政处罚协商程序的代理人，也即律师强制代理，由其提出协商主张，与行政机关沟通、谈判并达成处罚协商结果。由于在协商程序中，行政机关的公务员训练有素，行政相对人欠缺专业知识和谈判能力，造成双方当事人在行政处罚协商程序中武器不平等。当事人武器不平等的问题在相当程度上可以依靠律师强制代理制度而获得解决。〔43〕若能由具有专业知识的律师担任代理人，不但可以提出充分的协商、谈判、沟通、妥协等方法，透过协商过程中的协助与解说，使行政相对人更能明白接受协商协议后可能产生的后果，而且也可妥善履行当事人应尽的协力义务，协助行政机关达成发现事实的任务，大幅减轻行政机关的负担，并使行政程序进行顺畅，案件得以迅速终结。代理律师为被处罚人提供法律咨询、程序选择建议、对案件处理提出意见等法律帮助，有权阅卷、会见被处罚人。

尽管行政机关要进行处罚协商，必须取得其代理律师之同意，但是必须注意的是，在这样的规定下，行政机关只能在行政相对人或相关人同意下直接与代理律师协商，不得在无代理律师在场时直接与行政相对人或相关人进行协商。如果是未成年人的话，应该由其法定代理人或者由其法定代理人委托代理律师进行协商。我国行政处罚协商程序采取律师强制代理制度，并非所有行为皆由代理律师所为，应准许当事人得亲自为特定之行为，例如处罚事实之主张、处罚合意之达成，或应规定需经当事人同意，不应全由代理律师单独决定。

在案件有行政利害关系人，即通过行政协商可能影响其利益的相关人时，行政机关要在征询行政利害关系人或其代理人意见后进行协商。如果行政利害关系人或其代理人不同意，行政机关基于案情的需要，仍然可以进行协商。因为行政权是公益权，行政机关执法人员代表国家行使行政处罚权，虽然应该尊重行政利害关系人意见，但不应受行政利害关系人意见之约束，而影响公益之推行。但是如果被害人一方表示坚决反对行政机关与行政相对人进行协商，为了不激化矛盾，取得良好的社会效果，行政机关不应当轻易与行政相对人达成协商合意。

（三）行政处罚程序的协商内容和协商方式

1. 行政处罚协商的内容

（1）量罚协商

量罚协商，也即行政机关与行政相对人经过沟通、协商、妥协，同意对行政相对人适用较低幅度的处罚或处罚种类较轻的行政处罚。为了防止行政机关作出无限制的妥协和让步，危害公益，罚款处罚的协商不应超过法定处罚区间规定的罚款数额的限度，对于需要减轻处罚的，不得低于处罚区间下限规定的罚款数额的三分之一。行政处罚种类应该按照人身罚、资格罚、财产罚、申诫罚等依次递减的原则，比例原则和不影响行政相对人生存能力和生活现状的原则进行协商。

（2）违法事实与违法行为数协商

运用行政处罚协商程序处理的案件，行政机关与行政相对人一般都可以就处罚幅度和处罚种类部分进行协商，也即量罚协商。但是如果不能就违法事实范围、违法行为数，与行政相对人进

〔42〕〔比利时〕马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社2008年版，第13页。

〔43〕Vgl. BVerwG NJW 1984, 625f.

行讨论协商,仅就处罚幅度和处罚种类进行协商,则协商合意一般也难以达成,或者协商程序的适用将会大大限缩,对行政相对人来说协商空间不大、动力不足、诱惑力不强,不利于处罚协商程序的推广和普及。因此,处罚事实、违法行为数等事项都可以进行协商。

行政相对人的违法事实是由行政机关通过职权调查获得,行政机关的职权调查范围,包括调查范围之大小,采取何种调查措施,基本上都是行政机关可以裁量的事项。^{〔44〕} 行政机关与行政相对人可以就处罚事实的更正、扩张、减缩,事实调查程序的相关措施以及程序参与者的程序行为,变更处罚的法条及追加处罚进行协商,也可以就违法行为人的违法目的与动机、悔过程度、违法行为的社会危害性、退赃退赔、违法所得等情形进行协商。

违法行为数协商,也即行政机关将本应追责的数个违法行为改为仅追责一个违法行为以换取行政相对人对这个违法行为的承认,特别是对于实践中违法行为数难以准确判定的情况,为求得个案结果正义,得与行政相对人协商确定。例如,行政处罚法上有关单一行为及数行为之处罚,虽已有明文规定,然而在具体适用“一事不二罚”原则时,对于行为人所作出的行为——例如汽车驾驶员在道路上持续超速行驶,或违规于禁止停车之区域停车且持续相当之期间——系“一行为”还是“数行为”的认定和适用问题,一直在学界争议较大。如果认定为多种行为,多头处罚,显然违背一行为不二罚原则设立之目的,让当事人承受了过度不利的后果。如果允许行政机关与违法行为人对违法行为数进行协商确定,不仅可以减少事实认定之困难,节省行政资源,而且可以避免日后的纠纷。

2. 协商的方式

在协商程序进行的过程中,应以全程录音或录像方式进行记录,此即为行政机关的录音或录像义务,协商程序录音或录像之保障,能够作为行政相对人后续争执其协商非出于自由意志之证据,且能够使行政机关协商过程透明、公开,有利于避免高压胁迫,迫使行政相对人作出非自愿性的协商。如果违反与行政相对人进行协商的法律义务,出于优先确保行政相对人自由意志考虑,应视为行政相对人协商意思非出于自愿,协商协议无效,则应该回复到普通处罚程序,对于行政相对人程序权利并无妨害,仅是消耗了行政机关为协商所付出的时间,也因此能使行政机关更加警惕,谨记协商程序录音或录像义务,避免协商结果功亏一篑,更能保障行政相对人于协商程序中之自愿性。^{〔45〕} 不仅如此,协商过程还应当有书面记录,以此作为最终协商协议书签订的依据。书面协商记录应当载明以下主要内容:协商的时间,协商地点,协商参与人员,协商参与各方意见以及协商达成或未达成的内容。基于协商达成合意后,行政机关、行政相对人以及代理人必须以书面形式记载其内容。行政机关应该注意基于协商所取得的证据的重要性、关联违法的轻重与情状、与该关联违法相关之程度等事项。

另外,行政处罚协商不能无限期,如果在法定期限内不能达成一致,应及时作出处罚决定。协商期限一般不得超过三十日。行政主体与行政相对人经过协商达成合意后,应当从协商结束之日起十日内,以协商结果为依据形成书面的协商协议书,行政机关负责人应当集体讨论依据协议

〔44〕 转引自陈爱娥:《行政罚之调查程序》,载东吴大学法律系公法研究中心:《东吴公法论丛》第11卷,元照出版公司2018年版,第93页。

〔45〕 参见黄鼎轩:《协商程序之解构与重构》,载《法学丛刊》2016年第2期。

书作出处罚决定。当然，经过协商程序处理的行政案件也应当由从事行政处罚决定法制审核的人员进行法制审核，借以确保行政处罚合意的真实性、合法性和合理性。

（四）违反行政处罚协商程序之协商合意的法律效果

基于行政处罚协商结果的契约“准法”效应^{〔46〕}和行政契约的拘束力及诚信原则，行政机关与行政相对人均不得再为反对协商结果的主张。否则，不仅违反减少争议的目的，而且协商本来具有行政机关与相对方就争议互为让步的本质，如果就双方互为让步而达成的协商决定，仍然允许一方即行政相对人就其原来让步部分再进行争议（此时行政机关由于受不利变更禁止原则约束，一般不会再为争议），无异于鼓励行政相对人借由协商程序以图侥幸，明显违反法治正义原则。^{〔47〕}但是，通过处罚协商程序达成的处罚合意，有可能因为协商一方的原因或其他原因，导致无法实现协商内容。

1. 因协商一方的行为导致无法实现合意内容的情形

协商取得合意以后，行政机关与行政相对人即负有履行合意内容之义务，但当行政机关或行政相对人之一方违反合意之内容时，由于主体不同、违反情形不同，效果也各有不同。

（1）行政机关违反合意的内容时，其法律效果有三个方面：第一，行政相对人可依据书面形式撤回协商，不再受协商约束。第二，当行政机关违反合意事项，例如给予了较重处罚或者给予了处罚，行政相对人可以申请复议或者提起诉讼。复议机关或人民法院应以决定或判决撤销行政决定，或者在行政机关申请人民法院执行时不予执行。第三，当行政机关违反合意时，行政机关基于协商过程中所取得的行政相对人或相关人的陈述，以及基于违法行为人依合意内容所为之行为所取得的证据，原则上均不得作为证据使用。不过基于此等证据而再取得的派生证据，不在此限。

（2）行政相对人违反合意的内容时，其法律效果有两个方面：第一，行政相对人在协商过程中就所协商的行政案件作出显然不真实的陈述内容，协商达成合意后，判明其所作的陈述内容并非真实，或者其所提出的证据为伪造、变造的，行政机关可书面说明不受合意的约束。第二，对行政相对人虚伪陈述、提供虚伪证据的行为，可以追究法律责任，甚至刑事责任。

2. 非因协商之一方行为导致无法实现合意内容时，其法律效果有两个方面：第一，行政机关已经按照合意内容做出了处罚决定，但监督机关不认可，此时，行政相对人可以书面脱离此合意约束；第二，行政机关作出不处罚决定后，案件由上级行政机关或监督机关决定给予处罚的情形下，关于不处罚之合意即向将来失去其效力。当行政执法人员、行政相对人之一方脱离合意后，即不再负有履行合意的义务，但是脱离之前所为的行为效力或证据能力并不因此而受影响。

双方达成的协商合意对双方均有约束力，因此无论是行政主体还是行政相对人，其中一方违反合意事项的，都有权就协商合意向检察机关申请监督，检察机关经审查情况属实的，协商协议被撤销，协商程序终止。

在行政处罚协商程序中，行政主体与行政相对人协商、沟通本身就是交往正义实现的体现，

〔46〕 有学者认为应该扩展传统形式法的范围，将协商结果纳入“准法”行列，从而使行政机关与行政相对人在协商过程中的意见固定为约束行政裁量权行使的有效依据。参见前引〔29〕，郑春燕书，第204页。

〔47〕 参见盛子龙：《租税法上和解契约与非正式协商》，载《中正大学法学集刊》2015年总第46期。

协商的过程是互相倾听与理解的过程,即使协商最后没有形成合意,也不能否定协商本身的过程价值。^{〔48〕}通过协商程序,即使行政机关与被处罚人并未达成合意,也有助于提供信息、减少纠纷,从而为行政机关依据普通程序作出处罚决定指明了方向,也为行政相对人进一步行使程序抗辩权提供了更充足的信息和条件,因此,对行政机关和行政相对人是大有助益的。

(五) 行政处罚协商程序向普通程序的转化

适用于行政处罚协商程序处理的案件在出现特定的情形时,应当转向行政处罚普通程序,依据普通处罚程序作出行政处罚决定。行政处罚协商程序向普通程序转化的情形主要有:第一,当事人经过一定期限的协商还是无法达成协议,案件将自行转入普通程序进行处罚;第二,监督机关经过审查认为该协议有违被处罚人自愿原则、认定的事实显与协商合意之事实不符,或者协商的合意显有不当或显失公平者,有权要求行政机关按照行政处罚普通程序作出处罚决定;第三,如果行政机关在协商中许诺减轻、从轻或不予处罚,而后来并没有减轻处罚,甚至作出更严厉的刑罚,监督机关应当否定该处罚协商协议的效力,并建议当事人双方重新进行协商,或者直接依照行政处罚普通程序处理该案件。

(六) 行政处罚协商程序的保障机制

协商程序之施行可借由制度的设计达致行政相对人认罚后迅速决定的效果,此不仅可以避免当事人的诉累,而且可达到节省行政与司法资源之效果。但是因双方当事人之间协商而恣意交易,也有可能陷入违法行为嫌疑不足之相对人被迫认罚之虞,而违反处罚法定原则。因此,在采用协商程序的同时,自有必要设计制度性保障机制,以确保行政相对人的权益不受不当之侵害。

1. 行政处罚协商结果应当公开

为了防止执法机关与行政相对人的不当交易损害第三方利益或法律秩序,协商执法过程应保证公开透明,反对神秘主义。^{〔49〕}运用协商程序处理的行政处罚案件,行政机关必须向相关利益主体和社会公告拟作出的行政处罚协商结果。行政处罚协商结果公示具有两方面作用:一方面,从行政成本及效能来看,由行政机关主动公开协商结果,有助于减少公众获得错误或误导性信息的可能性,为公众监督行政处罚协商提供了有利条件,能够极大增强其参与公共事务管理的积极性与主动性,提高公众对于处罚协商效果的认同感;另一方面,处罚协商结果公示会在客观上对违反法定义务的当事人产生一定的名誉或精神压力,进而“借助舆论特有的监督作用在全社会形成一种合力,确保行政义务得以履行,实现行政目的,切实提高行政管理效率”^{〔50〕}。

2. 设立处罚条款

行政处罚协商的内容在日后涉及他人的行政执法或刑事司法案件时,需接受相关机关调查,由相关机关严格审酌基于协商所提出的陈述的真实性。如果行政相对人在协商程序中提出虚伪陈述,那么应该对其予以行政处罚。若属于行政相对人违约的情况,行政机关直接根据法律依据对行政相对人作出决定,如果行政相对人存在虚伪陈述、提供虚伪证据的行为,可以追究其责任。若属于行

〔48〕 参见王学辉:《迈向和谐行政法》,中国政法大学出版社2012年版,第180页。

〔49〕 参见前引〔37〕,卢剑峰文。

〔50〕 禹竹蕊:《论行政机关的违法信息披露》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第71页。

政机关违反协商约定的，检察机关应当建议追究行政机关或者其主要负责人的相关责任。

3. 建立协商监督机制

行政处罚协商程序必须建立在规范完善的监督审查机制基础上才能得到有效实施。未经监督的行政处罚权在协商行使后，容易使行政主体和行政相对人因为利益的关联而站在同一阵营，使得双方萌生取得两者利益最大化的私欲，导致本应代表国家和人民行使法律赋予的公权力的行政主体的身份从“公人”变成“私人”，滋生权力寻租腐败行为，这样不仅不能发挥行政处罚在国家与社会管理中的应有作用，更会导致国家利益受损。^{〔51〕}相较于其他国家机关，检察机关的职能定位以及它的专业性、权威性决定了其更加适合作为监督机关。同时检察机关作为法律监督机关，监督双方当事人协商的全过程合法性责无旁贷，还能提升处罚协商案件办理的正当性。不仅如此，检察机关还独立于双方当事人，中立的位置更利于做一位监督者和指导者。行政处罚案件经过协商达成一致后，行政机关应该将依据合意作出的行政处罚决定及时送达检察机关备案审查。重大处罚案件在协商过程中也可以直接邀请检察机关提前介入，检察机关也有权直接提前介入。检察机关认为行政相对人的意思非出于自由意志、协商的合意显有不当或显失公平、监督机关认定的事实显与协商合意之事实不符的，有权要求行政机关按照普通行政处罚程序作出行政处理决定。因此，检察机关作为第三方参与到行政协商程序中来实行法律监督与认定，可以保证行政协商的公正性与合法性，维护公共利益，实现行政协商合意的高度认可。^{〔52〕}此外，上级行政机关基于层级监督机制，可以通过“指示”“一般行政规定”对行政处罚协商案件进行监督。必须注意的是，在一般情况下，由于当事人通过协商程序作出的处罚决定不能提起复议和诉讼，行政复议和行政诉讼的事后监督救济手段在此用武之地并不大。

• 43 •

4. 提供充足的协商诱因

美国的认罪协商制度之所以成为解决刑事案件的主要方式，主要是因为此一解决方式对所有参与者，包括审判机关、检察机关、辩护人及被告等，都是各取所需、皆大欢喜，提供了充足的诱因。因此，虽然学界大多反对协商制度，但司法实务都乐意进行协商，并接受协商结果。^{〔53〕}在行政处罚领域，要想使协商程序得以推广使用和发挥实效，同样必须要有足够的诱因激励，以刺激行政机关、行政相对人，甚至利害关系人选择协商处罚程序。这些诱因主要表现在：对被处罚对象而言，适用协商程序可以获得较采用普通行政处罚程序更为宽大的处理，这是他们参与行政处罚协商程序所要追求的主要目标，也是最大的诱因；而对于受害方而言，他们可以获得加害人真诚的认罪道歉，获得最高额的民事赔偿；对于行政机关而言，能够提高行政处罚决定的可接受度，减少纷争，节约行政成本和资源，更重要的是能够避免渎职或不作为之追责。

五、结 语

行政处罚协商程序的建构，一方面使行政相对人获得实实在在的民主参与机会，使其不再处

〔51〕 参见前引〔28〕，叶勇、谭博文文。

〔52〕 参见前引〔48〕，王学辉书，第180页。

〔53〕 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，元照出版公司2004年版，第541、545页。

于国家行为“客体”的地位，一跃上升为“主体”地位，透过与行政主体的平等对话与协商，将他的想法、见解等通过协商程序完全彻底地表现出来，这有助于改变行政处罚决定作出的单方性状况，实现行政处罚决定的合意“共主”，提高行政处罚决定的民主性。另一方面，通过协商程序，有助于行政主体通过行政相对人更全面、客观地了解 and 掌握事实真相，考虑案件的特殊情况，也有助于增强行政处罚的公平合理性，预防和减少行政纠纷，节约人力和资财。正因为如此，在古典自由主义者看来，协商是真正合法的程序，^{〔54〕} 尽管协商程序也带着某种缺陷与瑕疵。从长远意义上看，建构我国的行政处罚协商程序，将会对中国传统行政处罚理念和程序正义理念产生强烈的震撼并引发深刻的变革。行政处罚协商程序制度建构在理论研究上的重大突破，将直接导致“行政处罚实践中当事人平等”这一程序法治观念的确立，真正实现官民平等与诚信协商合作，提高新时代我国政府的综合治理能力，推进国家治理体系现代化建设的进程。

Abstract: The administrative punishment negotiation procedure is an administrative punishment procedure, which is followed when administrative agencies and administrative counterparts make decisions on punishments through communication, negotiation, compromise, etc. As a new administrative punishment procedure, it has legitimacy and justification in realizing substantive justice, solving disputes and improving the acceptance of administrative decisions. Besides, it is also an independent procedure in the administrative punishment procedures. In the meantime, it belongs to the negotiative procedure in the third generation of administrative procedure. This procedure is applicable to the cases with discretion, unclear facts and evidences or unacceptable results. When this happens, the administrative agencies can negotiate with the punished person about the matters such as the degrees of penalty, illegal facts, the number of illegal acts and so on, making written records or audio-video recording. In this situation, the agreements have legal effect.

Key Words: administrative punishment, negotiation country, administrative negotiation, procedural justice, negotiation procedure

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

〔54〕 参见〔美〕杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》，沈岷译，高等教育出版社 2005 年版，第 244 页。

行政处罚上违法所得的认定和处置研究

郑琳*

内容提要：违法所得的认定和处置，一直是行政处罚上具有争议性的议题。新《行政处罚法》明确了违法所得的定义，增设了退赔程序，以及允许法律、行政法规和部门规章做例外规定，是对执法实践的立法回应。然而违法所得在具体实践中如何认定，退赔程序所要实现的对受害人权益救济的功能如何与执法效率相平衡，以及无违法所得和违法所得难以计算时，如何与罚款组合适用以防止处罚倒挂，是实践部门面临的难题。没收违法所得，兼具公法上追缴不当得利的功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。违法所得的认定应当以“总额说”为原则，“差额说”为例外，并遵循五项基本准则。没收违法所得前的退赔，要具有退赔的现实可能性，并且要完善退赔的方式和期限。无违法所得或违法所得难以计算时，可以与比例罚的方式组合适用，以实现过罚相当。

关键词：没收违法所得 退赔 过罚相当 行政处罚

• 45 •

一、问题的提出

违法所得的认定和处置一直是行政处罚上关注的焦点。2021年修订的《行政处罚法》关于“违法所得”的规定，在征求意见稿的基础上，吸收各方意见，多次修订，最终成形。^{〔1〕}新修订

* 郑琳，大连海事大学法学院讲师。

本文为国家社科基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设”（19ZDA165）的阶段性成果。

〔1〕 历次草案版本及最终版本如下：《行政处罚法（修订草案征求意见稿）》第25条：“有违法所得且有受害人的，应当责令退赔或者返还受害人；退赔、返还受害人后的剩余部分或者没有受害人、无法确定受害人的，应当依法予以没收。”《行政处罚法（修订草案）》第26条：“……有违法所得的，应当予以没收。”《行政处罚法（修订草案二次审议稿）》第27条：“……当事人因违法行为获取的违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。”《行政处罚法》（2021年修订）第28条：“……当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”

的《行政处罚法》“重申了没收违法所得的性质属于行政处罚的基本立场”〔2〕,在此基础上进一步明确违法所得的定义,增设了退赔的程序,并且允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算做例外规定。上述制度的完善,都是本次新《行政处罚法》关于违法所得的修改亮点。

其实在原《行政处罚法》适用过程中以及新《行政处罚法》草案发布后,没收违法所得的性质、认定标准和处置方式就一直是争议的焦点。应当说,新《行政处罚法》并没有将没收违法所得从行政处罚种类中删除,没收违法所得将仍然发挥行政处罚的制裁功能,在立法上消除了关于没收违法所得不是行政处罚的争议。〔3〕自1996年没收违法所得写入《行政处罚法》,关于其性质的讨论一直是学界争议的焦点。比如冯军教授认为,没收违法所得对当事人产生惩戒的心理和精神效果,属于行政处罚。应松年教授认为没收违法所得具有追缴性质,不是违法者实施违法行为付出的代价。新《行政处罚法》修订之初,没收违法所得的性质再次引起讨论。比如王青斌教授认为,没收违法所得不应当属于行政处罚的种类,因为其不具有行政处罚的法律作用。马怀德教授则认为,没收违法所得是对当事人违法利益的剥夺,具有制裁和惩戒效果,视为一种行政处罚并无不可。新修订的《行政处罚法》虽然明确了违法所得的定义,即“违法所得是指实施违法行为所取得的款项”,并且作了例外规定优先的表述,确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求,但是在实践中如何具体操作,还需要进一步提炼基本准则。此外,新《行政处罚法》将退赔作为没收违法所得的前置程序,在补偿受害人的同时,也给行政机关的执法带来一定的困扰,如何平衡权益救济和执法效率,需要更为周延的退赔制度设计。最后,如果没有违法所得或违法所得难以计算时,如何与罚款组合适用,体现过罚相当原则,同样是困扰实践部门的难题。

新《行政处罚法》关于违法所得认定和处置的规定,是经过深思熟虑考量的。只有正确理解和适用新法的规定,才能发挥没收违法所得的制度功效。为此,本文将剖析没收违法所得的三重功能,在此基础上探讨违法所得的认定标准、退赔程序和有无违法所得的处置等具体的制度设计,希冀能够服务于行政处罚实践,给执法人员带来思维碰撞的火花。

二、行政处罚上没收违法所得的三重功能

没收违法所得的功能定位,是认定标准、退赔程序以及没收处置等具体制度构建的前提。我国《行政处罚法》上的没收违法所得,具有公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能和处罚权延伸的教育功能。

(一) 公法上不当得利的追缴功能

法谚有云:“任何人不得因自己的违法行为获利。”这不仅体现在私法领域,公法上法律制度

〔2〕 杨伟东:《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第102页。

〔3〕 参见冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第120页;应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第261-262页;王青斌:《行政法中的没收违法所得》,载《法学评论》2019年第6期;马怀德:《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

同样不允许当事人获得财产上的利益以牺牲公共利益为代价。否则，该财产的取得就不具有正当性，国家应当予以剥夺。^{〔4〕} 公法上不当得利的追缴功能具体体现在以下三个方面：

一是追求衡平价值。“公法上不当得利的功能是补救不正当的财产转移，使得行政主体与公民间恢复原有衡平。”^{〔5〕} 以《草原法》为例，草原等自然资源属于国家所有。^{〔6〕} 公民买卖或者以其他形式非法转让草原、非法开垦草原的，即是对国家资源的不合法占有，财产欠缺法律原因而发生不合法的变动。《草原法》明确规定执法机关应当没收其违法所得，^{〔7〕} 就是为了使财产秩序恢复到合法状态，^{〔8〕} 以追求衡平价值。

二是实现行政机关的权益救济。当公民侵犯行政机关的权益时，行政机关在“法律明确授权的情况下可以作出侵益行政处分以实现其返还请求权”^{〔9〕}，没收违法所得即是典型的侵益行政处分。例如在《食品安全法》中，当事人未取得食品生产经营许可证从事食品生产经营活动或者未取得食品添加剂生产许可从事食品添加剂生产活动的，食品安全监督管理部门没收其违法所得就是排除可能存在的食品安全隐患，及时救济部门的权益。^{〔10〕} 因为一旦酿成食品安全事故，行政机关将遭受巨大的问责压力。

三是填补制裁的漏洞。当行政罚款的威慑力不足时，没收违法所得的追缴不当得利功能还能够填补制裁的漏洞，起到威慑补充的作用。例如在海事行政处罚领域，海事管理机构先是对船舶所有人或者经营人予以罚款，有违法所得的再进行没收违法所得。^{〔11〕} 没收违法所得在这里主要起到的就是补充制裁的作用，防止行政罚款的威慑力不够，造成违法成本小于获利的执法尴尬局面，从而筑起行政制裁的第二道防线。

综上所述，没收违法所得的第一重功能就是公法上不当得利的追缴。该功能是基于宪法上的公共财产权神圣不可侵犯而对公法上衡平价值的追求，其同时还是行政机关实现自身权益救济的重要途径。此外，在部分行政处罚领域，没收违法所得还兼有填补制裁漏洞的作用，这也是其第一重功能的辐射效果。

（二）行政处罚的制裁功能

没收违法所得，作为我国《行政处罚法》上行政处罚的种类之一，同样具备行政处罚的制裁功能。因此，没收违法所得不仅“惩罚实施违法行为的违法者，课予其本来义务之外的额外负担”^{〔12〕}，而且使当事人心生畏惧，避免将来再犯^{〔13〕}。概括言之，没收违法所得的制裁功能可体现为惩罚和预防两个面向。

〔4〕 参见李惠宗：《追缴不法利得作为主要行政罚的法理基础》，载《法令月刊》2015年第7期。

〔5〕 汪厚东：《公法上不当得利研究》，载《北方法学》2012年第2期，第48页。

〔6〕 我国《宪法》（2018年）第9条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有……”

〔7〕 参见《草原法》（2021年）第64条和第66条。

〔8〕 参见林明昕：《论不法利得之剥夺：以行政处罚法为中心》，载《台大法学论丛》2016年第3期。

〔9〕 熊勇先：《公法不当得利及其救济》，载《法学杂志》2012年第6期，第109页。

〔10〕 参见《食品安全法》（2021年）第122条。

〔11〕 参见《内河海事行政处罚规定》（2019年）第21条。

〔12〕 王贵松：《论行政处罚的制裁性》，载《法商研究》2020年第6期，第19页。

〔13〕 参见翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第796页。

关于惩罚面向的制裁功能,行政处罚制裁功能最直接的表现就是对违法当事人的惩罚,其又可细分为两个层次,一是确认行为的违法性,二是惩戒后果的更不利性。执法机关作出没收违法所得的决定,就已经确认当事人的行为违法。确认行为的违法性必然会给当事人的权益造成重大影响,产生惩罚的效果。例如,经营者没有明码标价的行为被价格监督管理部门确认违法后,消费者就会对经营者的诚信产生怀疑,其后续的经营肯定会受到影响。没收违法所得在确认行为违法性的同时,在某些处罚领域会产生惩戒后果的更不利性,以强制当事人的额外付出为代价。^[14]例如,执法机关没收违法所得的款项,除了当事人的获利收入外,还包括其前期投入的成本,以及缴纳的税费,产生的惩戒效果显然使当事人处于更不利的境地。

关于预防面向的制裁功能,行政处罚制裁功能的预防作用,是为了警示违法当事人,使其不敢再犯。没收违法所得的制裁功能不仅是面向过去的,而且是着眼未来的。在当前的风险社会中,为了预防损害的发生,维护社会秩序和公共利益,没收违法所得作为政府机关实施行政处罚的重要手段,同样要发挥风险预防的作用。没收违法所得预防面向的制裁功能,体现在两个方面:一是对违法当事人的特殊预防,二是对潜在行为人的一般预防。^[15]对于违法当事人而言,没收违法所得能够让其知晓实施违法行为要付出不菲的代价,从而防止其再次实施。对于潜在行为人而言,没收违法所得能够给其“敲响警钟”,吓阻其从事违法行为,最终消灭其违法意图。例如在疫情期间,针对经营者售卖假冒伪劣口罩、破坏市场秩序、侵犯消费者健康权益的行为,市场监管部门及时出手进行行政管制,对其违法所得进行没收,就起到很好的治理效果。该举措不仅防止违法的经营者继续从事违法行为,对于意欲跟风的其他经营者而言,也起到了很好的警戒作用。^[16]

总而言之,没收违法所得同样发挥着行政处罚的制裁性功能,该制裁功能不仅是对于既有行为的确认违法和形成惩戒后果的更不利性,而且是面向未来对违法当事人的特殊预防以及对于潜在行为人的一般预防。

(三) 处罚权延伸的教育功能

处罚和教育相结合是行政处罚法上的重要原则。没收违法所得,在发挥公法上追缴不当得利的制度功效、实现行政制裁的威慑作用时,也应具备处罚权延伸的教育功能。

没收违法所得的威慑要注意限度。没收违法所得“一方面要制裁违法行为人以维护公共管理秩序和保护受害人权益,另一方面对于违法行为人的正当权益予以保护,防止因行政处罚不当侵犯行政相对人的正当权益”^[17]。例如在价格执法领域,经营者哄抬物价、暴利倾销等价格违法行为,有一定的市场因素在里面,如果将其全部销售收入都认定为违法所得而进行没收,很可能导致有些中小经营者彻底丧失经营能力,客观上不利于营商环境的建设。

应经由比例原则调适实现处罚和教育相结合。在优化营商环境的背景下,政府在尊重市场规律的同时,应避免“有形的手”过度干预。在市场监管领域,没收违法所得形成的制裁威慑要注

[14] 参见胡建森:《〈行政处罚法〉通识十讲》,法律出版社2021年版,第77页。

[15] 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

[16] 参见刘如慧:《行政处罚法上剥夺不当得利制度之比较法研究》,载《兴大法学》2017年第22期。

[17] 江必新、夏道虎主编:《中华人民共和国行政处罚法条文解读与法律适用》,中国法制出版社2021年版,第93页。

意限度，注重教育效果的体现。没收违法所得的威慑限度，可以通过比例原则加以调适，以“一般的合目的性观点及其个别案件的情况为准”〔18〕，实现处罚权延伸的教育功能。首先，要判断没收全部违法所得是否有助于处罚目的的实现，如果没收其获利收入就能够对价格违法的中小经营者起到足够的警醒和教育作用，就没有必要没收全部违法所得。其次，甄别没收违法所得是不是诸多侵益性处分中对行政相对人侵害最小的手段，如果行政约谈、责令改正等手段就能起到规制效果，就没有必要作出没收违法所得的行政处罚。最后，衡量没收违法所得能否在私人利益和公共利益之间取得相对平衡，如果将经营者全部销售收入都定性为违法所得而进行没收会对市场自发秩序形成负面影响的话，其实并不符合公共利益的需要，这也是得不偿失之举。

一言以蔽之，没收违法所得的处罚权延伸的教育功能，本质上是对于制裁功能的威慑限制，通过适度的处罚体现教育警醒作用，防止蜕变为严厉的制裁对社会市场秩序产生消极影响。

（四）小结：三重功能的关系

公法上不当得利的追缴是没收违法所得的核心功能，没收违法所得的本质就是剥夺违法行为人所占有的违法所得，维护国家和社会的公共利益。行政处罚的制裁功能是没收违法所得的次要功能，相比于其他处罚种类而言，没收违法所得虽然也有制裁性，但是属于弱功能。处罚权延伸的教育功能，是没收违法所得的限制功能，防止制裁功能的扩大化。（三重功能的关系参见图 1）

理解没收违法所得的功能，是构建违法所得的认定标准、制定退赔程序和违法所得难以计算时与罚款组合适用的基础。正是因为没收违法所得具有三重功能，所以不同处罚领域违法所得的认定和处置，体现出差异化的特征。不过，违法所得认定和处置的差异化，并不代表无章可循，其仍然遵循着一定的规律，而且有些硬性准则是执法机关应当遵守的。

• 49 •

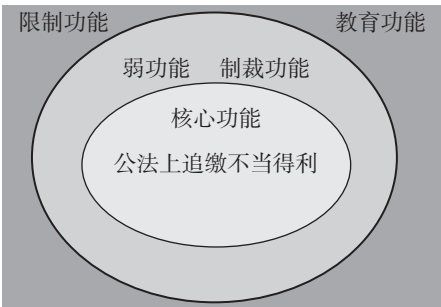


图 1 三重功能的关系

三、行政处罚上违法所得的认定标准

违法所得的认定标准一直是颇具争议性的话题。新《行政处罚法》将违法所得定义为“实施违法行为所取得的款项”，并且允许法律、行政法规和部门规章作出例外规定，因此确立了“总额说”是原则、“差额说”是例外的适用要求，但是在具体的实践操作层面，还需要提炼基本的

〔18〕 陈清秀：《行政处罚法》，法律出版社 2016 年版，第 303 页。

认定准则。

（一）“总额说”和“差额说”的理据

“总额说”的观点认为，计算违法所得时不应当扣除违法行为前期投入的合法成本。因为没收违法所得必然会涉及合法利益，^{〔19〕}具有适法性的成本在违法活动中已经与收益实质混同而无法排除，而且在执法实践中也存在成本难以计算的问题^{〔20〕}。在食药领域，执法部门一般采用“总额说”的观点，违法所得包括“成本和收入”，^{〔21〕}“所取得的相关营业性收入”^{〔22〕}或是“全部经营收入”^{〔23〕}。此外，在动物防疫领域，违法所得也是“全部收入”。^{〔24〕}

“差额说”的观点认为，计算违法所得时应当扣除成本乃至缴纳的税费。因为没收的违法所得应当是“非法收益”^{〔25〕}，追缴的是“违法得利”^{〔26〕}。在工商领域，执法部门一般采纳“差额说”的观点，违法所得的认定“应当扣除合理的支出”。^{〔27〕}在价格领域，违法所得是“消费者或者其他经营者的多付价款”。^{〔28〕}在环境领域，当事人违法所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的合理支出，为违法所得。^{〔29〕}此外，在能源领域也持“差额说”，要“扣除直接用于生产、经营等活动的合理支出”。^{〔30〕}

应当说，“总额说”优点在于能够发挥没收违法所得的制裁作用，缺点在于可能造成过罚不当，侵犯当事人的权益。“差额说”的优势在于充分考虑到当事人的利益，劣势在于仅剥夺不当得利而无法实现惩戒效果。

（二）“‘总额说’是原则、‘差额说’是例外”的理解与具体适用

基于违法所得的定义是“实施违法行为所取得的款项”，宜认定《行政处罚法》主要是采用“总额说”的观点，这也是立法机关的看法，^{〔31〕}符合法治国家的立法趋势。^{〔32〕}为何认定“总额说”是新《行政处罚法》没收违法所得的原则，可以从法律解释的角度进一步阐述。首先，在文义解释层面，“取得”一词更贴切“总额说”，^{〔33〕}“所取得的款项”解释为“全部款项”，即全部

• 50 •

〔19〕 参见熊樟林：《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》，载《政治与法律》2020年第3期。

〔20〕 参见前引〔3〕，马怀德文。

〔21〕 参见《卫生部关于对如何认定食品生产经营违法所得的批复》（卫监督发〔2004〕370号）。

〔22〕 《餐饮服务食品安全监督管理办法》（2010年）第44条。

〔23〕 《国家食品药品监督管理局关于〈药品管理法〉〈药品管理法实施条例〉“违法所得”问题的批复》（国食药监法〔2007〕74号）。

〔24〕 参见《农业部办公厅关于〈中华人民共和国动物防疫法〉违法所得问题的函》（农办政函〔2010〕9号）。

〔25〕 前引〔3〕，王青斌文，第160页。

〔26〕 冯博：《没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用》，载《法商研究》2018年第3期，第139页。

〔27〕 参见《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》（2008年）第2条。

〔28〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条。

〔29〕 参见《环境行政处罚办法》（2010年）第77条。在《行政处罚法》修改后，环境法学者撰文仍然坚持“差额说”。参见刘飞琴：《我国环境没收违法所得制度之重构》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2021年第6期。

〔30〕 参见《国家能源局关于印发〈国家能源局行政处罚案件违法所得认定办法〉的通知》（国能发监管〔2020〕2号）。

〔31〕 参见黄海华：《新行政处罚法的若干制度发展》，载《中国法律评论》2021年第3期；张晓莹：《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》，载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔32〕 结合德国的经验来看，其对不当得利的追缴也从“净额主义”走向“总额主义”。参见李洪雷：《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法〉（修订草案）》，载《法商研究》2020年第6期。

〔33〕 参见傅玲静：《行政处罚法上不法利益之审酌及追缴》，载《月旦法学杂志》2009年第174期。

销售收入，语句逻辑上更通畅，符合常理认知。其次，结合体系解释，新《行政处罚法》第9条保留没收违法所得作为财产罚，理应发挥行政处罚的制裁性。既然是制裁，就应当使当事人较于违法行为发生前处于更不利的地位，“总额说”的计算方式不扣除成本，增强了没收违法所得的惩戒性，减损了当事人的权益。^{〔34〕}最后，从目的解释出发，“总额说”的制裁性后果，对于通过行政处罚手段实现行政管理以及维护社会秩序和公共利益的目的，更具有实质性的效果。当然，对于“违法所得”的定义解释，只是确立“总额说”的原则性地位。由于新《行政处罚法》允许法律、行政法规和部门规章对违法所得的计算另行规定，作为“总额说”的补充，“差额说”取得合法性地位。例如价格执法领域，采用“差额说”就更为合理。根据与上海、天津等地的价格监督管理部门的同志访谈发现，实践部门基本倾向于采用“差额说”。在优化营商环境的大背景下，从保护市场和中小经营者的角度出发，采用“总额说”进行没收违法所得，很可能导致经营者无力继续经营，进而影响市场的活力。因此，《价格违法行为行政处罚规定》在修订时，就可以确立“差额说”作为违法所得的计算标准，《市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法（征求意见稿）》第3条也是采取的“差额说”，^{〔35〕}这样不会过于严苛。^{〔36〕}

虽然其他法律、行政法规和部门规章可以规定是采用“总额说”还是“差额说”作为违法所得的计算标准，但是在立法、执法和司法实践中要遵循以下五项准则：第一，规范性文件不得首次规定。新《行政处罚法》只允许法律、行政法规和部门规章可以对违法所得的计算另行规定，当前大量的规范性文件在没有上位法依据的情况下，规定违法所得计算标准是违法的。在新法正式生效实施后，部门行政管理领域的违法所得计算标准，至少应当在规章以上法律层级进行规定，规范性文件可以细化补充，但是不能首次规定。第二，生命健康标准是“总额说”和“差额说”的重要界限。关乎个人生命和身体健康领域的违法事项，宜采用“总额说”没收违法所得。最典型的就是在食药领域，通过没收全部违法所得，可以惩戒违法行为人，从而有效打击食药领域的违法行为。相比而言，工商领域虽然存在质量不合格产品，但产品质量一般不会关乎生命健康，按“差额说”计算违法所得即可。第三，特别法优于一般法适用。相比于《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》，《餐饮服务食品安全监督管理办法》就属于特别法。因此，在法律适用过程中，对于餐饮业的违法所得，应适用后者这一特别法，按销售收入计算违法所得。^{〔37〕}第四，执法惯例予以法制化。行政管理中违法所得的认定，许多已经形成执法惯例。比如，证券交易中对于内幕交易违法所得的计算，就已经形成执法标准和惯例，以实际获利作为违法所得。^{〔38〕}司法一般也予以尊重，除非“明显不合理，或者明显侵犯被处罚人权益”^{〔39〕}，法院

〔34〕 参见前引〔31〕，张晓莹文。

〔35〕 该条规定：“市场监督管理部门计算违法所得的基本方式：以当事人因实施违法行为所取得的全部款项扣除直接用于生产经营活动的必需支出，为违法所得。”

〔36〕 参见陈清秀：《行政处罚法上不当利益之追缴问题》，载《法业学刊》2010年第10期。

〔37〕 参见甘肃省天水市中级人民法院（2015）天行终字第8号行政判决书。

〔38〕 参见北京市第二中级人民法院（2019）京02行终858号行政判决书。

〔39〕 耿宝建：《行政处罚案件司法审查的数据变化与疑难问题》，载《行政法学研究》2017年第3期，第14页。

可以另行选择合理的计算标准。^{〔40〕}不过在新《行政处罚法》生效实施后,因为有了上位法的依据,对于违法所得认定不同于“总额说”的执法惯例,如果要在部门行政管理领域继续适用,至少需要在部门规章中予以明确。第五,综合考量。无论是按照“总额说”还是“差额说”计算违法所得,都要综合分析案件的实际情况,考虑当事人的违法情节以及对社会的危害程度,以确保计算违法所得时做到过罚相当,兼顾国家利益与当事人利益。

四、行政处罚上违法所得的退赔处置

执法机关在认定当事人的违法所得后,下一步就是作出退赔处理。责令退赔,作为新修订的《行政处罚法》在没收违法所得的处置中增设的制度,是一种“行政附带民事纠纷解决机制”^{〔41〕},主要是为了实现对受害人的补偿救济功能^{〔42〕}。具体而言,“‘退’是将违法所得中的原物从违法行为人处追缴后返还受害人,‘赔’是在退还不足的情况下,按照行政机关裁决确定的赔偿数额强制执行违法行为人的合法财产以弥补受害人的损失”^{〔43〕}。当然退赔制度的增设也给实践部门带来一定的挑战,比如在一定期限内寻找受害人会存在难度,可能会影响行政执法效率。为此在具体的行政处罚领域完善退赔制度的设计就显得尤为重要。

(一) 退赔违法所得的制度缘起

退赔违法所得是处罚领域既有实践的推广。其实,在新《行政处罚法》增设退赔制度前,部分行政处罚领域已经将退赔作为没收违法所得的前置程序。例如,价格领域就要求经营者限期退还消费者或者其他经营者多付的价款。^{〔44〕}民办教育领域要求民办学校退还所收费用后没收违法所得。^{〔45〕}财政领域要求违法人员限期退还违法所得。^{〔46〕}既有的制度实践,为新《行政处罚法》在没收违法所得前增设退赔程序奠定了经验基础。作为处罚领域具有总则地位的《行政处罚法》,^{〔47〕}其对退赔违法所得制度的增设,相信会促进该制度在其他处罚领域的铺开。

退赔违法所得是多元化纠纷解决机制的重要手段。责令退赔是在处罚过程中附带解决民事纠纷,整体上有利于争议的迅速、一并解决。如果按照以往的纠纷解决方式,行政的归行政,民事的归民事,往往是行政处罚结束,没收的违法所得已经上缴国库,民事责任才最终确认,受害人的民事权益无法得到有效保障。^{〔48〕}如果在处罚过程中就附带解决民事纠纷,将违法所得先退赔受害者,这一矛盾就能得到解决。当然,也有实践部门的执法人员提出质疑,利用行政措施处理

〔40〕 在“胡华光与沅江市卫生健康局行政处罚纠纷案”中,法院就没有参照当时卫生部文件的规定来认定非法所得包括成本在内的全部收入,而是采纳了最高人民法院研究室的答复意见,在认定违法所得时扣除了当事人的合理开支。参见湖南省沅江市人民法院(2019)湘0981行初202号行政判决书。

〔41〕 袁雪石:《行政处罚附带民事纠纷解决机制研究》,载《中国法律评论》2020年第5期,第18页。

〔42〕 参见韩志红、付大学:《没收违法所得返还受害人制度研究》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

〔43〕 李洪雷主编:《中华人民共和国行政处罚法评注》,中国法制出版社2021年版,第215页。

〔44〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

〔45〕 参见《民办教育促进法》(2018年)第62条。

〔46〕 参见《财政违法行为处罚处分条例》(2011年)第3—6条和第8条。

〔47〕 参见黄学贤:《确立〈行政处罚法〉总则地位的几个问题》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期。

〔48〕 参见前引〔41〕,袁雪石文。

民事责任是否合理。应当说，在当前公私法交融的背景下，行政诉讼中可以附带解决民事纠纷，行政处罚过程中也未尝不可。更何况，该种纠纷解决模式是有益于受害者民事权益实现的，总体有利于多元化纠纷的实质性解决。

退赔违法所得有利于保持法律的协调统一。《行政处罚法》作为行政管理领域的一部重要法律，应当与其他领域的法律保持协调统一。我国《刑法》第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还……”《刑法》明确规定了“责令退赔”制度，作为处罚机理和具体制度建构都与《刑法》联系密切的《行政处罚法》，^{〔49〕}应当与刑法的规定协调一致。

（二）退赔违法所得的价值功能

价值功能之一是补偿受害人的合法权益。新《行政处罚法》之所以增设退赔程序，很大程度上是为了实现第三人的权利救济。如果按照旧法的规定，执法机关在违法所得认定完后就直接没收上缴国库，虽然国家和社会公共利益得到补偿，但是受害者的权益无法得到有效保障。对于受害者而言，获得退赔不仅在经济方面得到补偿以弥补损失，在精神方面同样得到慰藉，因为公平正义得到伸张。从价值衡量的角度分析，公平价值要优于效率价值。虽然退赔违法所得在一定程度上会影响执法实践中的执法效率，^{〔50〕}但是相比于补偿受害人的合法权益而言，后者则更为重要。

价值功能之二是实现处罚的制裁功能。责令退赔，对于违法当事人而言，同样能够实现惩戒的目的。首先，违法当事人退赔违法所得需要查找受害人，这其实要消耗时间和金钱成本，可能会影响当事人的正常生产经营，是一种间接经济损失。其次，受害者较多、数额较大的退赔行为，本质是对当事人财产的重大剥夺，当事人甚至要付出额外的对价。最后，违法所得是否退赔以及退赔的数额，会影响违法当事人最终的处罚结果。如果当事人不退赔违法所得，显然要承担更为不利的制裁后果。

（三）退赔违法所得是没收的前置程序

首先，这是条文的逻辑结构使然。新《行政处罚法》第28条规定：“……当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。……”从条文的逻辑结构分析，退赔是在没收前规定的，应当是“先退赔、后没收”。而且退赔前置是建立在“依法”的基础上，要求存在法律、行政法规和部门规章的明确规定，否则可以直接没收。不过，结合退赔的制度缘起和价值功能分析，相信会有越来越多的部门行政管理领域的处罚立法会增设退赔制度，“先退赔、后没收”将成为执法惯例。需要注意的是，这里的退赔前置是要求行政机关科加责令的义务。因为该条款在结构上是“责令改正条款”后的特别条款，要求行为人改正违法行为，返还没有法律和合同上原因的不当得利。^{〔51〕}

其次，这符合民事责任优先的原则。退赔前置，还有重要的原因就是民事责任优先的考虑。

〔49〕 参见尹培培：《双重面向之处罚法定原则的困境及其出路——基于法的明确性原则》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第5期。

〔50〕 参见前引〔3〕，马怀德文。

〔51〕 参见袁雪石：《中华人民共和国行政处罚法释义》，中国法制出版社2021年版，第196页。

这充分体现了社会主义市场经济中, 优先保护私权的立法价值取向, 更符合公平公正原则。^{〔52〕}一般而言, 当事人的违法行为虽然对公共利益和第三人利益都有侵害, 但是对于第三人而言, 侵害外在表现更为明显, 救济途径比较单一。因此, 需要及时通过民事救济以弥补损失。如果当事人的违法所得直接上缴国库, 第三人再向违法当事人寻求民事赔偿, 权益就有可能得不到有效保障。结合《民法典》的规定, 当事人在同时承担民事、行政和刑事责任时, 如果财产不足以支付, 优先承担民事责任。^{〔53〕}此外, 在《证券法》中, 也有类似的规定。^{〔54〕}

当然, 对于“短时间内难以退赔的金额, 行政机关可以先没收违法所得再按照国库退库制度予以退赔”^{〔55〕}。需要注意的是, 该种情形属于例外, 是由案情复杂、涉案金额大等客观原因造成的。如果是当事人拒不退赔或超期退赔等主观原因造成的退赔不能, 行政机关没收违法所得后, 第三人要求退还时, 由当事人依法承担民事责任。^{〔56〕}

(四) 退赔违法所得制度的完善

当然, 新《行政处罚法》关于退赔制度的规定是比较原则的, 在具体的处罚实践中, 需要细化相关规则和程序的设计, 以平衡执法效率和实现补偿救济功能。

退赔不影响违法所得的认定。在处罚实践中, 执法人员比较困惑的问题就是违法所得是以退赔后的款项计算, 还是退赔前的款项计算。《价格违法行为行政处罚规定(修订征求意见稿)》第21条规定了“退还多付价款的数额不影响违法所得的认定”。由此可见, 退还违法所得不影响违法所得的计算, 但是积极退赔可以作为从轻、减轻处罚的考量因素。

退赔要有现实可能性。执法部门针对退赔反映比较强烈的问题是, 有些个体工商户连账簿都没有, 买卖行为没有登记, 也没有联系方式, 无法查找受害人。结合目前的执法实践来看, 针对医院、教育系统的违法所得的退赔可操作性比较强, 因为在电子系统中都有记录, 方便查找受害人。退赔的现实可能性还有一个重要的判断标准, 就是“法律关系要明确, 这样符合效率原则, 也有利于整个社会迅速回归正常秩序, 如果法律关系模糊的, 应当通过诉讼途径加以解决”^{〔57〕}。

退赔期限需要进一步明确。退赔的期限, 是实务部门比较关注的问题。期限过短, 无法完成退赔任务; 期限过长, 影响执法效率。虽然有实务部门人员建议退赔期限可以不予写明, 将裁量权留给执法机关, 但是期限的明确可以提高执法效率, 只要期限的设置遵循执法规律, 应当予以写明。根据与大理州价格监督管理部门的同志访谈得知, 大部分违法所得的退赔, 在15个工作日都能够完成。因此, 可以将15个工作日作为退赔期限的标准。如果存在数额较大、受害者较多的情况, 15个工作日无法完成退赔任务的, 经过行政机关负责人的批准, 可以延长至30个工作日。

〔52〕 参见李建华、麻锐:《论财产性民事责任优先承担规则》, 载《社会科学战线》2011年第8期。

〔53〕 《民法典》第187条规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的, 承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任; 民事主体的财产不足以支付的, 优先用于承担民事责任。”

〔54〕 《证券法》第220条规定:“违反本法规定, 应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金、违法所得, 违法行为人的财产不足以支付的, 优先用于承担民事赔偿责任。”

〔55〕 黄海华:《新行政处罚法的若干制度发展》, 载《中国法律评论》2021年第3期, 第56页。

〔56〕 参见《价格违法行为行政处罚规定》(2010年)第16条。

〔57〕 前引〔51〕, 袁雪石书, 第197页。

退赔方式的改进，一是取消公告查找受害人的方式。公告查找受害人的方式在实践中效果不明显，不仅影响办结期限，而且还存在不能公告的情形。因此，《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》第21条，就取消了原来行政法规中关于公告查找受害人的规定。^{〔58〕}在其他行政处罚领域，同样可以借鉴。二是执法机关在做出处罚决定后，知悉受害人的，可以增加抄送告知的规定，^{〔59〕}这样也方便违法所得退赔工作的开展。

五、行政处罚上违法所得的没收处置

当事人退还受害人后剩余的违法所得，或是拒不退赔以及超期退赔的违法所得，执法机关应当予以没收。这里又存在两种情况：一种是有违法所得且能计算清楚的，可以直接没收；另一种情况是无违法所得或违法所得难以计算的，可以与其他处罚手段组合适用，以实现惩戒目的。

（一）有违法所得且能计算的：一般退赔后予以没收

单行法明确规定“违法所得条款”的，优先适用单行法。有学者统计，“有近130部法律、200件行政法规和大量地方性法规、规章规定了没收违法所得的行政处罚”^{〔60〕}。对于单行法中明确规定没收违法所得条款的，并且在处罚实践中违法所得能够计算清楚的，执法机关在经过退赔程序后，优先适用单行法，对当事人的违法所得直接予以没收。需要注意的是，违法所得的计算需要建立在事实清楚、证据确凿、程序合法的基础上，否则行政处罚决定书将会被撤销。^{〔61〕}特别是事实认定部分对违法所得的计算，不仅要按照账目明细与笔录进行逐一核对，而且应当严格核实，否则很容易出现事实认定错误。^{〔62〕}如果相关票据没有得到保存，可以通过“比照的估算方法”^{〔63〕}，酌情确定金额。

单行法没有规定“违法所得条款”的，但实际中违法当事人有违法所得的，可以适用《行政处罚法》第28条的规定。法律文本中确实存在有些单行法只规定了罚款，但没有规定违法所得的情况，造成了该领域“违法行为屡禁不止、违法成本低、处罚威慑力不够”^{〔64〕}。《行政处罚法》作为“行政处罚领域的通用规范，为行政机关实施行政处罚提供基本遵循”^{〔65〕}。这说明，《行政处罚法》可以为行政机关实施行政处罚提供直接的依据。申言之，新《行政处罚法》第28条关

• 55 •

〔58〕《价格违法行为行政处罚规定》（2010年）第16条规定：“…难以查找多付价款的消费者或者其他经营者的，责令公告查找。……”

〔59〕参见前引〔51〕，袁雪石书，第197页。

〔60〕黄海华：《行政处罚的重新定义与分类配置》，载《华东政法大学学报》2020年第4期，第42页。

〔61〕在“诸暨华明医疗器械有限公司诉诸暨市食品药品监督管理局处罚案”中，被告对原告违法所得的认定属事实不清，且被告在举证期限内也未提供浙江省药监局关于违法所得计算的相关依据，最终行政处罚决定书被予以撤销。参见浙江省诸暨市人民法院（2014）绍诸行初字第14号行政判决书。

〔62〕参见内蒙古自治区满洲里市人民法院（2020）内0781行初20号行政判决书。

〔63〕王锴：《没收违法所得的合宪性分析——基于德国刑法上特别没收合宪性改革的启示》，载《法学杂志》2022年第1期，第131页。

〔64〕前引〔60〕，黄海华文，第42页。

〔65〕许安标：《关于〈中华人民共和国行政处罚法（修订草案）〉的说明——2020年6月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上》，载<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/5936c4478a8b4d79a0edcdc589151a9b.shtml>，最后访问时间：2021年7月11日。

于违法所得的规定,是“有限度的普遍授权条款,性质是漏洞补充。对于单行法中没有规定违法所得而形成的制度漏洞,可以予以填补”^{〔66〕}。因此,执法机关在处罚过程中,对于当事人有违法所得,但是单行法没有直接适用依据的,可以径直适用《行政处罚法》第28条的规定。不过,在适用过程中要注意符合过罚相当原则,否则可能造成该条款被滥用。比如有学者就提出,《广告法》中对于“虚假广告的发布”就只规定对违法当事人处以罚款而没有规定没收违法所得,因为没收违法所得,对当事人可能处罚过重。^{〔67〕}

然而,无论是适用单行法中关于违法所得的规定,还是适用《行政处罚法》中的没收违法所得条款,在适用过程中要注意违法行为与违法所得之间存在直接的因果关系。如果不存在,则不应当予以没收。例如,公司在未办理备案期间从事经营活动所获得的款项,与其未办理备案行为之间就没有直接的因果关系,此时公司的收入就不宜认定为未办理备案行为的违法所得。^{〔68〕}

最后值得注意的是,是否没收违法所得可以由行政执法机关决定,并不是单行法或行政处罚法规定了“没收违法所得条款”,行政执法机关就必须适用。执法机构对于没收违法所得方式的选择性适用,是其行政裁量权的体现,也是为了更好地实现行政处罚“过罚相当”的原则。在执法实践中,存在执法部门对违法对象只进行罚款而没有没收违法所得的情形。例如国家市场监督管理总局在对阿里巴巴和美团作出的滥用市场支配地位的反垄断处罚中,就只进行了罚款而没有计算违法所得。^{〔69〕}根据《反垄断法》第47条的规定,滥用市场支配地位的行为,是应当没收违法所得的。^{〔70〕}国家市场监督管理总局对阿里巴巴和美团“二选一”的滥用市场支配地位的垄断行为只进行了罚款而没有没收违法所得,是坚持处罚和教育相结合的原则,考虑企业的实际情况而进行适度惩戒,目的在于创造一个更加公平公正的电子商务环境和网络餐饮环境,让竞争者和消费者获得福利。

(二) 无违法所得或违法所得难以计算的:与罚款手段组合适用

罚款,是最常见的与没收违法所得组合适用的手段。当无违法所得或违法所得难以计算时,罚款就要发挥剥夺不法利益的特别威慑作用,^{〔71〕}以实现惩戒的效果。例如在价格处罚领域,当出现低价倾销、哄抬价格、价格歧视等违法行为时,由于无违法所得和违法所得难以计算的情形普遍存在,就规定了“没有违法所得时,处A以上B以下罚款”。

不过,无违法所得或违法所得难以计算时,如何通过行政罚款实现过罚相当原则,是实践中颇为棘手的问题。实践中确实存在按无违法所得处理比有违法所得处理轻的情况。以哄抬物价为例,能计算违法所得如1000元的话,只能没收1000元,处以5倍罚款5000元,共计6000元,

〔66〕 前引〔51〕,袁雪石书,第198页。

〔67〕 参见黄锴:《论没收违法所得设定权的分配与收回——基于行政处罚法相关条文的展开》,载《法治现代化研究》2022年第1期。

〔68〕 参见黄璞琳:《新行政处罚法规定应予没收的违法所得是否扣除成本?》,载《中国市场监管报》2021年6月30日,第003版。

〔69〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号);《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号)。

〔70〕 该条规定:“经营者违反本法规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”

〔71〕 参见谭冰霖:《行政处罚款设定的威慑逻辑及其体系化》,载《环球法律评论》2021年第2期。

如果不能计算违法所得的，则处以5~50万罚款。此时，对于经营者而言，就会千方百计提供证据证明自己有少量违法所得从而少缴纳罚款。对于执法机关而言，则会寻求法律依据按照无违法所得处理，以实现制裁目的。比如当事人经营标的单价低、交易额小，如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，则量罚过重；反之，如果当事人经营标的单价高，交易额大（比如房地产、电商平台），如果按照无违法所得处以5~50万元罚款，又量罚过轻。其结果就可能违背过罚相当原则，出现威慑不足或威慑过度的问题。^{〔72〕}在司法实践中，有法官试图通过法律解释，当违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限时，应当按没有违法所得情形处理，以实现过罚相当原则。在“深圳市市场监督管理局等与陈书伟行政处罚上诉案”中，法院认为：“对有违法所得的价格违法行为之处罚应重于对没有违法所得的价格违法行为之处罚。即，当价格违法行为按其违法所得倍数计得罚款小于没有违法所得情形的罚款下限5万元时，应属于《价格违法行为行政处罚实施办法》第九条第（五）项所规定的‘其他应当按没有违法所得论处的情形’。”^{〔73〕}在无违法所得和违法所得难以计算时，科学合理地设置罚款额度和区间，就显得尤为重要。

在无违法所得和违法所得难以计算时，比例罚是优先考虑的设置方式。比例罚是科学立法的趋势，其优势在于可以较好地实现处罚中的过罚相当原则。具体而言，可以“违法行为发生期间的涉案销售额”^{〔74〕}为比例罚基数，这充分考虑了当事人的经济实力和应受处罚行为的波及范围，从而避免定额罚对小微企业的过度处罚和对大型企业的处罚威慑力不足。此外，比例罚的数值和范围可以结合既往的执法案例进行科学设置，以体现应受处罚行为的社会危害程度。当然比例罚也有缺点，对于实践部门而言，不如定额罚可操作性强，特别是对于日常经营财务信息记录、保留不完善的小微企业和个体工商户而言，存在销售额难以明确和罚款数额难以计算的问题，此时可以考虑设置定额罚，但是要注意区间的合理设置。因此，条款可以设置为“没有违法所得或者违法所得难以计算的，可以并处违法行为发生期间的涉案销售额X%以上Y%以下的罚款，涉案销售额难以计算的，可以并处A万元以上B万元以下的罚款”。

• 57 •

六、结 语

新《行政处罚法》完善了没收违法所得制度，不仅明确了违法所得的定义，而且增设了退赔程序以及普遍授权法律、行政法规和部门规章可以做例外规定。正确适用新《行政处罚法》关于违法所得制度的规定，首先要知悉没收违法所得在我国行政法语境中所具备的公法上不当得利的追缴功能、行政处罚的制裁功能以及处罚权延伸的教育功能这三重重要功能，在此基础上以“总额说”为原则、“差额说”为例外认定违法所得，并遵循实践操作中的五项基本准则。其次，违法所得没收前具有退赔现实可能性的应当退赔，通过行政附带民事的纠纷解决手段实现受害人的权益救济，同时注意退赔制度的改进避免对执法效率造成过多负面影响。最后，退赔后的违法所

〔72〕 参见张红：《行政罚款设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期。

〔73〕 广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法行终字第459号行政判决书。

〔74〕 叶平、陈昌雄：《行政处罚中的违法所得研究》，载《中国法学》2006年第1期，第107页。

得能够计算清楚的，可以适用单行法中的规定或《行政处罚法》中的规定予以没收；违法所得无法计算或难以计算清楚的，可以与比例罚组合适用，以实现过罚相当原则。

Abstract: The identification and disposal of illegal income has always been a controversial issue in administrative punishment. The new Administrative Punishment Law clarifies the definition of illegal income, adds compensation procedures and allows exceptions of laws, administrative regulations and departmental rules, which is a legislative response to law enforcement practice. However, how to identify the illegal income in the specific practice, how to balance the function of relief for the rights and interests of the victims and the efficiency of law enforcement, and how to combine with the fine to prevent punishment from hanging upside down when there is no illegal income and illegal income are difficult to calculate, are the problems faced by the practice departments. Confiscation of illegal income has the function of pursuing unjust gains in public law, the sanction function of administrative punishment and the education function of the extension of punishment power. Therefore, the determination of illegal income should take “total amount theory” as principle, and take “difference theory” as exception, and follow the five basic principles. The return and compensation of illegal income before confiscation should have realistic possibility, and the way and time limit of return and compensation should be improved. When there is no illegal income or the illegal income is difficult to calculate, it can be applied in combination with the proportional penalty method to achieve retributivism.

Key Words: confiscation of illegal income, return and compensation, retributivism, administrative punishment

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

行政罚款与行政执行罚的关系之辨

王明喆*

内容提要：罚款和执行罚是行政机关常用的执法手段。行政罚款具有一般威慑和特别威慑的效果，同样具有强制的目的和功能，可以适用于不履行具体行政义务的情形，也可以采用按日计罚的数额计算方式。目的、功能、适用对象和按日计罚等，都不是罚款和执行罚的本质区别。行政执行罚的根本特质在于其“告诫—决定—执行”的规范结构。“告诫”是产生强制效果的根源，而“决定”和“执行”仅在当事人不履行义务时才需作出。“告诫—决定—执行”的规范结构决定了行政执行罚是强制执行手段而非行政处罚，它只能适用于不履行具体义务的情形，并且可以反复适用。我国《行政强制法》中的执行罚规定过于简略，应当对执行罚的告知、决定、执行和反复适用等内容进行完善，同时为执行罚冠以特殊名称，以解决识别困难的问题。《环境保护法》上的“按日连续处罚”是一种执行罚，但是相关规定仍有逻辑不统一之处。

关键词：执行罚 告诫 加处罚款 滞纳金 按日连续处罚

• 59 •

一、问题的提出

行政罚款与行政执行罚是公法上常见的行政执法手段。根据2021年修订后的《行政处罚法》，行政处罚是“行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。行政执行罚并非我国实定法上的法律概念，学理上一般认为，行政执行罚是“行政强制执行机关对拒不履行不作为义务或者不可为他人代履行的作为义务的义务主体，课以新的金钱给付义务，以迫使其履行的强制执行”^{〔1〕}。但是，在法律文本和行政实践中，行政处罚与行政执行罚的区别并非泾渭分明。有些法律法规规定的“罚款”，以保证

* 王明喆，日本东北大学法学研究科博士研究生。

〔1〕 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2015年版，第286页。

相对人及时履行行政义务为直接目的,具有明显的“执行性”,不像是传统意义上的纯粹性行政处罚,但是将其纳入执行罚,又不符合行政执行罚的法律特征,因而被视为“灰色地带”的“罚款”。〔2〕法律属性的不确定势必会给行政执法和司法实践带来困惑。

行政处罚与行政执行罚二者有何区别?应当如何区分行政处罚款与行政执行罚?我国行政法律法规中处于“灰色地带”的“罚款”,究竟是行政处罚还是执行罚?本文将对这些问题进行探讨。首先,本文将对现有研究提出的行政处罚款与行政执行罚的区别予以分析,指出其缺陷与不足。其次,对行政执行罚的规范结构进行考察,探求行政处罚款与行政执行罚的本质区别。在此基础上,对我国《行政强制法》中的执行罚规定进行分析,并对困扰学界已久的《环境保护法》上的“按日连续处罚”的法律性质和法律规范进行分析。

二、行政处罚款与行政执行罚的区别学说及分析

在我国,行政处罚款与行政执行罚的关系问题一直受到学界关注。总的来说,一般认为二者在行为属性、目的、功能、对象、适用次数、适用法律、实施程序等方面有所区别。行政处罚款和行政执行罚在行为属性上的区别基本没有异议,虽然有学者认为行政处罚和行政强制具有同一性,它们属于同一范畴的问题,〔3〕但是通说认为行政处罚款是行政处罚方式,而行政执行罚是强制执行方式,二者在性质上并不相同〔4〕。然而,即使肯定二者在行为属性上的差别,也无法直接解决行政执法与司法实践中的困惑,因为一般情况下,法律文本不会指明其所规定的手段究竟是行政处罚款还是行政执行罚。而且,它也无法解决我们的根本性疑惑:为什么行政处罚款被认为是行政处罚,而行政执行罚则被认为是行政强制执行手段,行政处罚款和行政执行罚之性质区别的根本原因是什么。

除了行为属性上的区别外,现有研究还提出了行政处罚款和行政执行罚在目的、功能、对象、适用次数、适用法律、实施程序等方面的不同。适用法律、实施程序的不同的确是行政处罚款与行政执行罚的区别,但是它们同样不是二者的根本性差别,无法用来当作区分二者的标准。这是因为,适用法律、实施程序的区别,不是二者之所以不同的原因,而是二者有所不同的结果。我们不能倒果为因,以这些区别来论证行政处罚款和行政执行罚在性质上的不同。因此,可以用来区分行政处罚款和行政执行罚的,仅存目的区别、功能区别、对象区别、适用次数区别。那么,这些区别是否能够成立,又是否能准确区分行政处罚款与行政执行罚呢?

(一) 目的、功能区别

有观点认为行政处罚款和行政执行罚在目的、功能上有重要区别。具体而言,行政处罚款的直接目的是制裁违法行为,而行政执行罚的直接目的是为了实现相对人义务被履行的状态。〔5〕一些

〔2〕 参见胡建森:《论作为行政执行罚的“加处罚款”——基于〈中华人民共和国行政强制法〉》,载《行政法学研究》2016年第1期。

〔3〕 参见张淑芳:《行政强制与行政处罚关系的若干问题探讨》,载《中国法学》1999年第3期。

〔4〕 参见前引〔2〕,胡建森文;应松年:《论行政强制执行》,载《中国法学》1998年第3期。

〔5〕 参见前引〔2〕,胡建森文;前引〔1〕,姜明安主编书,第286页。

学者则从制度功能角度进行论述，认为执行罚的作用是督促、威慑当事人按时履行缴纳罚款的义务，而罚款的作用是制裁违法的当事人。^{〔6〕}然而，行政罚款和行政执行罚在目的、功能上的区别并非泾渭分明，行政罚款同样具有迫使当事人履行义务的目的和功能。

一方面，在大陆法系国家和地区，行政罚款一直以来都被认为具有督促义务履行之效果。在德国，高尔德施密特最早提出行政罚概念，在他看来，强制履行（Zwang zur Erfüllung）和行政罚（Verwaltungsstrafe）都是迫使个人履行义务的手段。^{〔7〕}“二战”后，立法者继承并发展了高尔德施密特的理论，实现了违反秩序行为（行政罚款）与犯罪行为（刑罚）的分离。对于行政罚款（Geldbuße），学界观点和司法实务均认为其具有义务督促（Pflichtennahmung）的功能和效果。^{〔8〕}在日本，秩序罚同样被认为具有督促当事人履行义务的意义和功能。作为确保行政上的义务得以履行之手段，不仅有代执行等强制履行义务的手段，同时还有通过科处制裁以间接迫使当事人履行义务的行政制裁手段。^{〔9〕}在我国台湾地区，行政罚被认为是一种法律制裁，着重于对过去已违反行政义务者之处罚，但是它也具有阻吓之作用，“此种制裁之裁处，亦不排除带有预防将来再行违反义务之效果在内”^{〔10〕}。

另一方面，在我国，行政罚款的威慑和预防效果同样得到学界的普遍承认。有观点认为，行政处罚的目的不仅在于制裁违法行为，预防也可以成为行政处罚的目的，“适当添加预防论具有一定的必要性，其至少能够缓解风险社会的规制需求”^{〔11〕}。行政罚款具有惩罚和预防两个目的，惩罚是对行政处罚的前提性限制，而预防是对行政处罚的价值性追求。^{〔12〕}具体来说，行政罚款可以通过一般预防和特别预防的方式，形成对潜在违法者的一般威慑和对特定违法者的具体威慑，进而形成督促义务履行的强制效果。所谓一般威慑，就是通过对犯罪人的惩罚形成对犯罪人以外的潜在犯罪人的威慑；所谓具体威慑，就是通过对犯罪人进行惩罚而对犯罪人本人产生的威慑。^{〔13〕}特别是在经济行政法和环境行政法领域，基于预防和威慑来确定行政罚款之数额的意见不仅受到学界的广泛青睐，^{〔14〕}而且也为我国立法者所接受^{〔15〕}。因而，行政罚款在制裁过去的违法行为的同时，也具有震慑当事人以促使其积极履行义务的面向未来的强制效果。

行政罚款是一种法律制裁，但是它同样具有强迫当事人履行义务的目的和功能。行政罚款完全可以作为担保行政义务履行的强制手段。^{〔16〕}因而，目的和功能不是行政罚款与行政执行罚的

〔6〕 参见应松年、章剑生：《行政处罚法教程》，法律出版社2012年版，第223页。

〔7〕 Vgl. James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 548f.

〔8〕 Vgl. Eberhard Schmidt, Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 46.; BVerfGE 27, 18 (33).

〔9〕 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣、2020年）239頁参照。

〔10〕 洪家殷：《行政处罚论》，台湾五南图书出版公司2006年版，第14页。

〔11〕 熊樟林：《行政处罚的目的》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期，第46页。

〔12〕 参见张红：《行政罚款设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期。

〔13〕 参见王立峰：《惩罚的哲理》，清华大学出版社2006年版，第48页；谭冰霖：《行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化》，载《环球法律评论》2021年第2期。

〔14〕 参见王健、张靖：《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路》，载《法律科学》2016年第4期；徐以翔、梁忠：《论环境罚款数额的确定》，载《法学评论》2014年第6期。

〔15〕 参见吴卫星：《我国环保立法行政罚款制度之发展与反思——以新〈固体废物污染环境防治法〉为例的分析》，载《法学评论》2021年第3期。

〔16〕 参见余凌云：《行政强制执行理论的再思考》，载《中国人民大学学报》1998年第4期。

本质区别,不是区分二者的关键。

(二) 适用对象的区别

有观点认为,行政罚款和行政执行罚的适用对象不同,行政罚款是对不履行行政法律法规规定的抽象性义务(第一性义务)而作出的行为,行政执行罚则是对不履行具体行政行为确定的具体性义务(第二性义务)而作出的行为。行政罚款是依据法律或者其他抽象行政行为作出的,而行政执行罚则是依据已生效并具有可执行内容的具体行政行为作出的。^{〔17〕}行政处罚属于“基础行为”,而行政执行罚则属于“执行行为”。^{〔18〕}

一般来说,行政执行罚的适用对象,应当是不履行由具体行政行为确定的具体性义务(第二性义务)的行为,行政机关不能直接依据法律进行行政强制执行。法律规定的义务是一般的、抽象的,只有在行政机关先行作出具体行政行为,而行政相对人不履行该具体性义务时,才可以采取强制执行手段(如图1)。在德国法的语境中,先行行政行为被称为基础性行政行为,或者“执行名义”,^{〔19〕}在我国,则是《行政强制法》所称的“行政决定”。需要注意的是,虽然我国《行政强制法》将行政执行罚的适用对象限定在不履行金钱给付决定的行为上,然而从学理来看,以增科新的金钱义务为内容的执行罚,并非一定要以金钱给付的行政决定为前提,它同样可以适用于其他类型的行政决定。^{〔20〕}

违反法律法规的行为——→作出行政命令——→行政执行罚

图1 行政执行罚的适用

• 62 •

行政罚款的适用对象为何?诚然,行政罚款的适用并不需要“执行名义”,立法者可以直接对违反法律规定的行为科处罚款,其常见的法律文本表达为“作出某行为的(或者不作出某行为的),处以××元罚款”。但是,立法者也可以规定行政机关先作出具体行政行为,当事人违反具体行政行为时,再科处罚款,其法律文本表达为“行政机关责令作出某行为(或者禁止某行为),逾期未作出的(仍然从事该行为的),处以罚款”。例如,《食品安全法》第125条第2款规定:“生产经营的食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵但不影响食品安全且不会对消费者造成误导的,由县级以上人民政府食品安全监督管理部门责令改正;拒不改正的,处二千元以下罚款。”

可见,行政罚款的适用有直接适用和间接适用两种情况。行政罚款的直接适用,是指行政机关直接对违反行政法律法规的行为科处罚款的情况;行政罚款的间接适用,是指行政机关首先作出行政命令,在当事人不履行该命令时再科处罚款的情况(如图2)。^{〔21〕}在间接适用的情况下,不遵守行政命令是科处罚款的法定条件,行政机关不能跳过先行行为而直接科处罚款。换言之,行政罚款的处罚对象,是不履行具体性行政义务的行为。由此可知,行政罚款和行政执行罚都可

〔17〕 参见程雨燕:《环境罚款数额设定的立法研究》,载《法商研究》2008年第1期。

〔18〕 参见胡建森:《“其他行政处罚”若干问题研究》,载《法学研究》2005年第1期。

〔19〕 参见应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社2016年版,第1590页。

〔20〕 参见前引〔19〕,应松年主编书,第1573页。

〔21〕 法律有时同时规定直接适用和间接适用。例如,《传染病防治法》第76条规定:“在国家确认的自然疫源地兴建水利、交通、旅游、能源等大型建设项目,未经卫生调查进行施工的,或者未按照疾病预防控制机构的意见采取必要的传染病预防、控制措施的,由县级以上人民政府卫生行政部门责令限期改正,给予警告,处五千元以上三万元以下的罚款;逾期不改正的,处三万元以上十万元以下的罚款,并可以提请有关人民政府依据职责权限,责令停建、关闭。”

以适用于不履行具体性行政义务的行为，二者的适用范围可以重合。因此，行政罚款与行政秩序

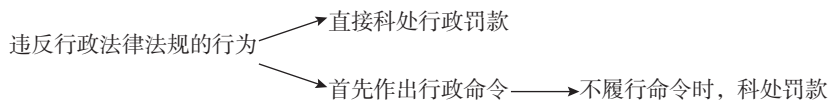


图2 行政罚款的适用

罚的适用对象区别也不是绝对的，适用对象也不是区分二者的关键。

（三）适用次数的区别

一些学者将是否可以反复适用视为行政罚款与行政执行罚的区别。他们认为，行政执行罚可以对反复适用，而行政罚款必须遵循“一事不再罚”原则，因而只能适用一次。在德日行政法中，主流观点同样认为行政执行罚可以反复适用，而行政处罚必须遵循一事不再罚原则。由此看来，适用次数的区别似乎能够成立。然而遗憾的是，我国学界对于反复适用的理解似乎并不准确。

在我国，许多学者将反复适用理解为按日计罚。例如，对于《行政处罚法》规定的“加处罚款”，有学者认为“它在当事人不履行第一个罚款义务的状态下，可以每日加处3%的罚款，因而属于可以重复适用的‘连续行为’”^{〔22〕}。按日计罚根据违法日期数来计算最终的处罚金额，拥有“连续计罚”的外观，但是按日计罚是否属于“反复适用”仍有讨论的余地。学理上一般认为，具体行政行为的成立必须具备行政权能的存在、行政权的实际运用、法律效果的存在和表示行为这四个要件。^{〔23〕}依此来看，按日计罚虽然按照违法行为的日期数计算最终的处罚金额，但是在本质上仍为一个具体行政行为。这是因为，其一，即使法律规定按日计罚，执法中也只有一次行政权的运用。行政权限的发动、运行都只有一次，并非违法几日便启动几次行政权。其二，按日计罚只有一个法律效果，虽然最终金额的计算采取按日计罚的方式，但是法律效果只有一个，仅对相对人科处一次金钱负担。其三，行政机关的表示行为只有一次，意思表示的送达也只有一次，而非按照计罚日期反复表示。因此，按日计罚只是一种计罚方式，按日计罚的结果仍是一次处罚。^{〔24〕}假使当事人10日未履行义务，行政机关科处的也只是基于10日计罚的一个具体行政行为，而非十个具体行政行为，否则，行政机关则需要按日立案、按日调查，甚至按日听证、按日决定、按日送达。因此，按日计罚并非等于反复适用，数额计算的“连续性”并不等同于适用次数的“反复性”，不论是行政罚款还是行政秩序罚，都可以采用按日计罚的方式来确定金额。

上述观点在比较法上也能得到印证。在德国，《联邦行政执行法》承认强制金可以反复适用，但是强制金的金额计算却不是按日计罚。该法第11条第3款采用了数距封顶式，规定强制金的金额为25000欧元以下。在日本，作为行政强制的一般法，战前《行政执行法》同样采用数距封顶式，规定执行罚的金额为25日元以下。由此可知，按日计罚既非行政执行罚的必要条件，更非充分条件。德日公法均承认行政执行罚可以反复适用，但是均没有采取按日计罚，反复适用应当如何理解，它是否可以成为区分行政罚款和行政执行罚的关键标准还需进一步探讨。

〔22〕 前引〔2〕，胡建森文，第69页。

〔23〕 参见前引〔1〕，姜明安主编书，第185-191页。

〔24〕 参见姜明安：《〈水污染防治法〉实施中“按日计罚”的可行性——行政法学家视角的评述》，载《环境保护》2007年第24期。

综上, 现有研究虽然提出了行政罚款和行政执行罚的种种区别, 但是这些理解未必准确。行政罚款具备预防和威慑的效果, 同样可以间接地促使当事人履行义务, 而且行政罚款也可以适用于不履行具体行政义务的行为, 同样也可以采用按日计罚的方式。因而, 这些所谓的区别都不是区分二者的关键因素, 也无法说明为何行政罚款和行政执行罚拥有不同的法律性质。

三、行政执行罚的规范分析

行政执行罚并非我国的“本土资源”, 它也是一种来自域外的舶来品。为了探求其与行政罚款的区别, 有必要对大陆法系国家和地区规定的行政执行罚进行考察。

(一) 比较法上的行政执行罚

行政执行罚在德国、日本以及我国台湾地区均有规定。在德国, 行政执行罚可以溯源至中世纪法兰克王国的强制罚 (Zwangsstrafe)。近代, 在普鲁士行政法中, 执行罚正式成为一种行政强制执行的方式。普鲁士 1880 年《一般国家行政组织法》规定, 当行为人不履行行政命令时, 行政机关可以作出科处罚金 (Geldsstrafe) 的告诫, 其后可以作出科罚决定并执行之。在 1883 年的《一般国家行政法》中, 同样出现了执行罚的规定。进入 20 世纪后, 1931 年制定的普鲁士《警察行政法》基本继承了旧法对于执行罚的规定, 但是为了与作为刑罚的罚金相区别, 立法者使用了强制金 (Zwangsgeld) 这一新概念。^[25]

时至今日, 执行罚依然是德国行政强制执行的重要手段之一。根据德国《联邦行政执行法》第 11 条, 在义务不可能由他人代为履行或者代履行不适宜时, 为了督促义务人实施没有实施的行为, 可以科处强制金。^[26] 学界认为, 执行罚不是一种处罚, 而是一种督促方法, 它不是对违法行为科处的制裁, 而是强制实施将来行为的手段。^[27] 然而执行罚与代执行、直接强制不同, 它不是通过行使物理实力从而实现义务履行的手段, 而是通过给当事人施加心理压力而迫使其自主履行义务的方法。执行罚需由行政机关先行告诫, 告知当事人如果他不履行行政义务将受到行政机关的惩罚, 由此形成对当事人的压迫, 迫使其自动履行义务。在执行罚的实施过程中, 告诫是形成心理压迫的关键所在, 执行罚的决定和实施必须以告诫为前提。^[28] 告诫既可以在基础行政行为之后单独作出, 也可以与基础行政行为一同作出。^[29] 但是, 无论以何种形式作出, 行政机关在告诫中必须向当事人清晰地说明应当履行义务的内容、期限, 以及不履行时将面临的处罚等重要内容。^[30] 在告诫之后, 如果当事人自觉履行义务, 那么行政机关则不能作出执行罚决定, 更不能强制征收执行罚。^[31] 如果当事人在告诫期满后仍不履行义务, 行政机关则可以再次告诫,

[25] 以上关于执行罚的制度史的分析, 参见廣岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、1961 年) 19 頁以下。

[26] 参见〔德〕沃尔夫、巴霍夫、罗尔夫:《行政法》, 高家伟译, 商务印书馆 2002 年版, 第 309 页。

[27] 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》, 高家伟译, 法律出版社 2000 年版, 第 487 页。

[28] Vgl. Christian Waldhoff, Vollstreckung und Sanktionen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 3, 2. Aufl., 2013, § 46, Rn. 132ff.

[29] 参见李升、庄园:《德国行政强制执行的方式与程序介绍》, 载《行政法学研究》2011 年第 4 期。

[30] 参见前引〔26〕, 沃尔夫、巴霍夫、罗尔夫书, 第 314 页。

[31] Vgl. Gerhard-Sadler, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz: Kommentar anhand der Rechtsprechung, 9. Aufl., 2014, § 9, Rn17.

并且可以在第二次告诫中提高执行罚的金额，形成更好的强制效果。^{〔32〕}

在日本，战前的《行政执行法》在参照普鲁士法制的基础上建立起了包含代执行、执行罚和直接强制在内的行政强制执行的完整体系。该法第5条第1款规定，行为人不履行不能由他人代替的义务或者不作为义务时，可以科处25日元以下的罚款，同时该条第2款规定，行政强制执行原则上非告诫不得实施。战后，行政强制执行制度经历了根本性改造，《行政执行法》被废止，新的《行政代执行法》只规定了行政代执行这一种强制执行方法，执行罚和直接强制不作为一般性强制执行方法，仅在需要时由个别法作具体规定。在现行法中，仅有《防沙法》规定了执行罚，该法第36条规定，当事人不履行或者不充分履行行政上的义务时，行政机关可以对其作出科处500日元以下的罚款的预告，并命令、执行之。

在学理上，执行罚被认为是通过向不履行义务的行为人作出将要科处一定金额处罚的通告，间接地督促义务人履行义务，如其依然不履行义务，则强制地征收该项处罚，以确保义务履行的制度。^{〔33〕}执行罚的目的在于对当事人造成心理压迫而强制其自行履行义务，这种强制的产生是通过行政机关的告诫实现的。^{〔34〕}行政执行罚的实施以具体的告诫为前提，“行政代执行在情况紧急时可以免于告诫而直接实施，但是对于执行罚来说，告诫是绝对性要件”^{〔35〕}。告诫是不可或缺的内容，“这是因为，执行罚是一种心理强制的手段，它的强制机能，与其说是通过征收执行罚来实现，倒不如说是通过告诫来实现，而且，不进行告诫立刻作出执行罚决定，会给行政相对人带来难以预料的损害”^{〔36〕}。当事人受到告诫后自主履行义务时，则不必科处执行罚，而对于罚款来说，只要当事人的违法行为满足法律规定的处罚要件，即使当事人事后改正违法行为，行政机关也可以作出处罚决定。^{〔37〕}

• 65 •

执行罚同样存在于我国台湾地区。在我国台湾地区“行政执行法”中，执行罚作为“怠金”出现。所谓怠金制度，“系指依法令或本于法令之行政处分，负有行为义务而不为，其行为不能由他人代为履行者，执行机关对义务人，科处一定数额金钱的告诫，希借此造成其心理上威吓或负担，以影响其履行义务之意志，间接促使其自动履行行政义务之强制方法”^{〔38〕}。怠金的实施需要先行告诫，在告诫期间内，行政机关允许义务违反之状态，但是在告诫期限届满后当事人仍未履行义务时，则按照告诫之内容作出执行罚决定。^{〔39〕}由此可见，行政执行罚的实施需要给予当事人科处金钱的告诫，通过告诫产生心理压力，以此强迫当事人履行义务。在这一过程中，“心理上威吓或负担”来源于行政机关作出的不履行义务则要科处惩罚的告诫。告诫是形成强制力之关键，因而“行政执行法”第27条和第31条规定，处以怠金必须进行事前告诫。

（二）行政执行罚的规范结构与特征

通过对大陆法系国家和地区行政执行罚进行分析可以发现，无论是立法实务还是学理观点，

〔32〕 西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006年）96頁参照。

〔33〕 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、2015年）262頁参照。

〔34〕 田中二郎『新版行政法 上巻』（弘文堂、1974年）174頁参照。

〔35〕 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1936年）335頁。

〔36〕 前引〔25〕，廣岡隆書，第283頁。

〔37〕 参见前引〔32〕，西津政信書，第33頁。

〔38〕 翁岳生主编：《行政法》（下），中国法制出版社2009年版，第1198頁。

〔39〕 参见蔡震荣：《怠金与连续处罚》，载《月旦法学教室》2011年第105期。

都特别强调行政执行罚的事前告诫，行政执行罚的决定和执行必然以告诫为前提。为何告诫被视为行政执行罚的关键要素？行政执行罚与行政罚款又有何不同呢？

前文已述，行政罚款具有威慑效果，同样可以迫使当事人履行行政义务。行政罚款威慑效果的产生需要两个基本条件，其一，行政罚款的威慑首先依赖于行政法律法规对罚款作出规定，通过制定并公布法律，使公民知晓从事或不从事某种行为将会受到罚款的惩罚。其二，行政罚款的威慑还需要行政罚款在行政实践中得到运用，如果行政罚款仅停留在法律文本中，那么它不过是“纸老虎”，很难形成真正的威慑力，只有行政罚款在实践中得到运用，公民才会了解到行政罚款不是停留在纸面的法律宣言，而是具有生命力的执法手段。行政罚款威慑作用的形成，正是通过对违法行为的处罚机制而展开的。在这一过程中，行政机关通过立案、调查、决定等处罚过程追究违法行为，最终形成罚款决定，而威慑作用是行政处罚机制产生的“副产品”。

与此相对，在行政执行罚中，强制效果并非基于执行罚的文本规定和现实运用而自然产生，而是通过行政机关的主动告诫而个别形成。当事人不履行义务时，行政机关对其实施告诫，告知当事人应当履行的义务、具体的履行期间、不履行义务时将面临的法律后果等内容，由此形成对当事人的心理压迫，迫使其履行义务。如果当事人在受到告诫后自觉履行行政义务，那么行政机关的目的已经达到，此时无需真正作出执行罚决定，自然也无征收执行罚之必要。只有在当事人受到告诫后仍不履行义务时，才有作出执行罚决定并征收执行罚的必要。因此，完整的行政执行罚过程包含三个阶段：告诫阶段、决定阶段和执行（征收）阶段，行政执行罚的基本规范结构可以抽象为“告诫—决定—执行”结构，它的基本特征就是“先告诫后决定”。在这一过程中，“告诫”是产生强制力的关键所在，它在向当事人提示不履行义务将会面临处罚后果的同时，指明了履行义务以避免处罚的出路，给予当事人心理压力，迫使其积极履行义务。而“决定”和“执行”则是对预告之处分的实现，它仅在当事人不履行义务时才需作出。在这种意义上，告诫是行政执行罚的必经程序，而行政执行罚的决定和执行反而并非必须环节。如果没有行政机关的主动告诫，将无法形成具体的强制效果，这时当事人仍然可能出于担心遭受不利处分而主动履行义务，但是这种意义上的强制效果与行政处罚的威慑效果无异。因此，告诫是行政执行罚中不可缺少的关键要素，行政执行罚特有的“告诫—决定—执行”规范结构使它与具有威慑效果的行政罚款区别开来。

行政执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构决定了它的法律性质是行政强制执行而非行政处罚。一方面，告诫是督促当事人履行义务的行为，告诫的实施不以满足处罚要件为前提，即使当事人的行为不具备违法性和有责性，也可实施执行罚的告诫。另一方面，决定和执行的确为当事人增加了额外负担，但是在执行罚过程中，它并非必然出现。行政执行罚并非是为了真正作出“罚”，通过告诫迫使当事人履行义务，达到“不战而屈人之兵”之效果才是其追求的目标，如果真正到了需要作出执行罚决定的阶段，反而意味着强制效果的失败。另外，即使行政机关在当事人不履行义务时作出了执行罚决定，它也仅仅是对告诫中的预告处分的实现，并非对当事人违法行为作出的法律惩戒，行政机关在作出执行罚决定时并不关心当事人的行为是否符合法律规定的处罚要件，它关心的是行政法律义务是否得到履行。因此，从行政执行罚“告诫—决定—执行”的规范结构来看，它不是对当事人过去实施的违法行为所作的惩戒，而是以迫使当事人主动履行

义务为目标的面向将来的强制执行手段。由于行政执行罚和行政罚款性格不同，二者可以并处（如图3）。

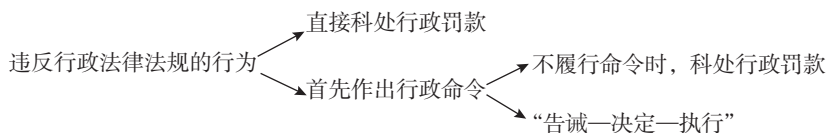


图3 行政罚款与行政执行罚的并处

行政执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构决定了它只能适用于不履行具体行政义务的行为。在情况紧急等例外情况下，行政机关可以不作出具体行政行为而直接强制执行。^{〔40〕}但是对行政执行罚来说，不存在跳过具体行政行为而直接进行执行罚的可能性。这是因为，行政执行罚是通过个别性告诫形成心理压迫从而迫使当事人履行义务的强制方式，如果具体行政行为尚未作出，当事人应当履行何种义务、如何履行义务等问题尚处于模糊状态，行政机关无法作出具体性告诫。即使行政机关作出告诫，也只可能是对法律规定的一般性、抽象性行政义务的简单重复，无法形成有效的心理强制。因而，只有当行政机关已经作出具体行政行为，当事人应当履行的义务已经清晰明了时，才有可能和必要通过“告诫—决定—执行”的方式实施强制。

行政执行罚的反复适用，原则上是“告诫—决定—执行”过程的重复。行政执行罚不是行政处罚，而是一种强制执行手段，因而可以反复适用。然而需要注意的是，行政执行罚的反复适用并非是指按日计算处罚金额，而是“告诫—决定—执行”过程的反复适用。原则上，当告诫中的义务履行日期届满而当事人仍未履行义务时，行政机关可以按照告诫内容作出行政执行罚决定并执行之，而且可以对当事人再次告诫，以此形成持续性压迫。第二次告诫期限届满时仍不履行义务，在作出执行罚决定后仍可以继续告诫。每次的“告诫—决定—执行”都是一个新的执行罚，因而被认为是反复适用。

在行政执行罚的反复适用中，是否每次都需告诫、每次都需决定并执行，目前大陆法系国家和地区的做法并不相同。在德国，《联邦行政执行法》第13条第6项规定，所为之告诫无效果时，便可实施新的告诫，第二次告诫的实施并不以第一次执行罚的决定和执行作为要件。并且，执行罚的决定和执行程序较为宽松，未能在第一次告诫届满时履行义务，行政机关也并不立即作出执行罚决定，而是作出第二次告诫，若在第二次告诫期内自觉履行义务，则第一次告诫之执行罚也不必再征收。^{〔41〕}由此，在重复适用的问题上，德国法形成了“多次告诫—一次决定、执行”的变种模式。在我国台湾地区，情况刚好相反，只要当事人未在告诫期限内履行义务，行政机关便作出执行罚决定并执行之，^{〔42〕}同时，“行政执行法”第31条第2款规定，法律有特别规定时，怠金之重复适用无需每次都实施告诫。由此，台湾地区出现了“一次告诫—多次决定、执行”的变种模式。在这种模式中，只有第一次适用遵守了执行罚的基本结构，其后的反复适用并没有告诫的过程，因而其督促意味大大降低，反而由于多次决定、多次执行的做法而隐含惩戒之性质。

〔40〕 参见我国《行政强制法》第52条规定。

〔41〕 参见前引〔39〕，蔡震荣文。

〔42〕 参见前引〔38〕，翁岳生主编书，第1201—1202页。

因而，有学者主张修改“行政执行法”第 31 条第 2 款的省略告诫的规定，遵循执行罚制度的基本原理，保证行政执行罚的每次适用都必须以告诫为前提。^{〔43〕}由此更加可以看出告诫在行政执行罚中的关键性作用。

综上可知，“告诫—决定—执行”是行政执行罚的基本规范结构，它决定了行政执行罚的法律性质，说明了执行罚在适用对象、适用次数等问题上的特征。行政处罚与行政执行罚之区别与联系也一目了然（如表 1）。行政罚款和行政执行罚都可以是强迫当事人履行义务的手段，但是它们的规范结构有所差别。立法者在制度设计时，既可以设计行政罚款制度，通过处罚的威慑效果迫使当事人履行义务，也可以设计行政执行罚制度，通过“告诫—决定—执行”的执行罚模式实现强制效果，当然也可以同时规定行政罚款和行政执行罚。但是，如果立法者的原意是设定行政执行罚，那么就应当遵循执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构，否则会导致立法原意与实定法制度的南辕北辙，混淆行政执行罚和行政罚款。

表 1 行政执行罚和行政罚款的区别

	行政执行罚	行政罚款
基本规范结构	告诫—决定—执行	立案—调查—处罚—执行
性质	行政强制执行	行政处罚
目的和功能	强制当事人履行义务	主要为惩戒，同时具备预防和威慑的目的和功能
强制效果来源	告诫	处罚
适用对象	具体行政行为确定的具体义务	既可是法律法规直接规定的抽象性义务， 也可是具体行政行为确定的具体义务
可否反复适用	可	否，法律另有规定除外

四、对我国现行法中执行罚的检视

通过上文分析可知，行政执行罚之根本特质在于其“告诫—决定—执行”的规范结构。下文将对我国《行政强制法》中的执行罚规定进行分析，并对现行法中一部分“罚款”处于灰色地带的原因及改善方法进行探讨，最后对困扰学界已久的《环境保护法》上的“按日连续处罚”的行为属性和法律规定进行分析。

（一）《行政强制法》中执行罚规定的不足与完善

我国《行政强制法》第 12 条规定了“加处罚款或者滞纳金”的强制执行方式，但是该法中执行罚的具体规定十分简略，仅在第 45 条和第 46 条进行了简单规定。通过对法律规范和行政实务进行考察可以发现，目前我国行政执行罚的执法过程主要包含以下阶段。

第一，告知。根据全国人大常委会法工委的权威解释和学界通说，行政执行罚的实施不以催

〔43〕 参见前引〔38〕，翁岳生主编书，第 1204 页。

告为前提，当事人逾期不履行义务的，行政机关可以依法直接加处罚款或滞纳金。^{〔44〕}然而，《行政强制法》第45条规定：“加处罚款或者滞纳金的标准应当告知相对人。”根据一般理解，这一规定是指行政机关在作出执行罚决定时应当告知执行罚标准，^{〔45〕}但是实践中，行政机关往往在作出先行行政行为时就已经向当事人告知不履行义务将面临进一步处罚的情况。例如，在徐州市铜山区人力资源和社会保障局与江苏盛宝实业集团有限公司非诉执行审查裁定案中，行政机关在行政处罚决定书中已经告知当事人，逾期不缴纳罚款的，将依据《行政处罚法》第51条每日按罚款数额的3%加处罚款。^{〔46〕}

第二，决定。当事人未在规定期限内履行义务时，行政机关可以作出加处罚款或者滞纳金的决定。但是实务中，行政机关有时并不会作出执行罚决定。例如，在博罗县环境保护局与叶广平非诉执行审查案中，行政机关在先行行政处罚决定中告知相对人加处罚款的相关事项，但是其后并未作出加处罚款的决定，而是直接进行强制执行的催告。^{〔47〕}

第三，催告。行政机关在执行加处罚款或滞纳金之前，应当进行催告。实务中一些行政机关并不作出加处罚款或滞纳金的决定，因而在这种情况下，催告变成了改变当事人权利义务状态的行政行为。例如，在戴某某诉盐城市亭湖区运输管理处催告通知案中，法院认为，行政机关作出的催告通知书不仅是对戴某某履行义务的通知，还包含有加处罚款的决定，是可诉的行政行为。^{〔48〕}

第四，执行。《行政强制法》第46条规定，加处罚款或者滞纳金超过30日，经催告仍不履行的，具有行政强制执行权的行政机关可以强制执行，没有行政强制权的行政机关应当申请人民法院强制执行。

• 69 •

从上述考察不难看出，实务中执行罚的执法过程虽然基本具备“告诫—决定—执行”的架构，但是行政实务与法律规范之间存在龃龉，实务中行政机关的做法也不完全相同。《行政强制法》对执行罚的规定过于简略，既没有突出执行罚的规范特征，也未能给行政实务提供准确的规范指导。《行政强制法》至少需要在以下方面进行完善。

首先，应当明确行政执行罚的实施必须以告诫为前提。执行罚的告诫是产生强制力的关键，是行政执行罚不可缺少的关键环节，因而必须突出事前告诫在执行罚过程中的地位。《行政强制法》仅规定加处罚款或者滞纳金的标准应当告知当事人，但是并未详细规定告知的时间，告知内容也不够充分。为了突出执行罚的“先告诫后决定”的特征，一方面，应当明确执行罚的实施必须以事前告诫为前提。建议立法者将第45条第1款第2句的告知规定改为单独一款，并作为第1款放置在现有第1款之前，表明行政执行罚必须事前告知。另一方面，应当完善事前告诫的内容。为了充分发挥执行罚的强制作用，至少应当在告知中补充以下内容：其一，行政机关在事前告知中，应当向当事人说明履行义务的内容、期限，特别是明确告知当事人不履行义务时将面临

〔44〕 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室：《〈中华人民共和国行政强制法〉释义与案例》，中国民主法制出版社2011年版，第148页；应松年、杨伟东：《行政强制法教程》，法律出版社2013年版，第159页。

〔45〕 参见前引〔44〕，全国人大常委会法制工作委员会行政法室书，第172页。

〔46〕 参见徐州市铜山区人民法院（2017）苏0312行申13号行政裁定书。

〔47〕 参见广东省博罗县人民法院（2016）粤1302行申233号行政裁定书。

〔48〕 参见盐城市中级人民法院（2017）苏09行终14号行政判决书。

的不利后果,不能仅告知加处罚款的标准,应该结合义务履行的期限和加处罚款的标准清晰地告知当事人逾期不履行义务时将面临的执行罚金额;其二,为了形成良好的强制效果,应当重点向当事人强调,如果当事人及时履行义务则不会被处罚,如果不履行义务行政机关将会作出执行罚决定;其三,应当告知当事人,行政执行罚可以反复适用,如果当事人不积极履行义务,可能反复面临“告诫—决定—执行”的不利后果。

其次,应当对执行罚的决定和执行作进一步规定。在执行罚的规范结构中,执行罚的决定是改变当事人权利义务状态的行政处分,因而,执行罚决定不可省略,行政实务中省略执行罚决定的做法并不合理。《行政强制法》应当强调执行罚决定的意义和地位,明确执行罚决定在执法过程中的必要性。另外,执行罚的意义在于强制当事人履行义务而非科处制裁,如果当事人在告知期限内已经履行原行政义务,则无需作出执行罚决定,更不可强制执行,因而,《行政强制法》应当明确,当事人在告知期限内履行原行政义务的,行政机关不能作出执行罚决定。此外,《行政强制法》规定,行政机关在强制执行或者申请法院强制执行执行罚之前需要催告,笔者认为这一规定并无必要。行政机关在作出执行罚决定前已经进行事前告诫,为当事人提供了自行改正的机会,无需叠床架屋,再次催告。况且,如下文所述,行政执行罚可以反复使用,如果行政机关认为当事人仍有自行履行义务之可能,可以暂不作出执行罚决定,再次对当事人实施告诫即可。

最后,应当对执行罚的反复适用作出规定。行政执行罚可以反复适用,然而,在反复适用的过程中,行政机关是否需要每次告诫、是否应当对先前的执行罚进行决定和执行等问题没有立法上的明确规定。从德国和我国台湾地区的经验来看,在行政执行罚的反复适用中,至少需要注意以下两点。其一,反复适用中的告诫不可省略。反复适用必须以每次告诫为前提,告诫是产生强制力的关键,省略告诫而反复处罚,不符合执行罚之制度原理。其二,反复适用中的先前执行罚之决定和执行可以省略。行政执行罚不是行政处罚,如果当事人尚有意愿和能力履行义务,行政机关未必一定要作出执行罚决定,可以再次告诫以持续性压迫当事人,督促其履行义务。当然,这并不意味着行政机关不可以径行作出执行罚决定,行政机关认为必要时,可以决定并征收执行罚,同时再次实施告诫,以反复适用来督促当事人履行义务。因此,《行政强制法》应当增加一条规定,表明行政执行罚可以反复适用,并且规定行政执行罚的反复适用必须每次告知,当事人在告知期限内未履行义务的,行政机关可以(而非应当)作出执行罚决定并执行。

(二) 行政执行罚的识别困难与改进对策

文初已经提到,在我国,行政执行罚的识别存在一定困难。问题产生的根本原因在于长期以来我们未能准确理解行政处罚款与行政执行罚的区别。但是,即便我们根据“告诫—决定—执行”的规范结构对《行政强制法》的规定进行改造,仍然不能完全解决识别困难的问题。这是因为,《行政强制法》没有为行政执行罚确定一个专属名称。

在行政执行罚的识别问题上,大陆法系国家和地区存在两种判断方法。其一,德国采用一般性规定并冠以特定名称的方法。一方面,立法者在行政强制执行的通则性法律《联邦行政执行法》中对执行罚作出规定,确定其“告诫—决定—执行”的规范结构;另一方面,立法者为执行罚冠以特殊名称,用“强制金”概念来排他的指代行政执行罚。如此一来,当具体部门法的法律文本中出现“强制金”时,通过专属概念的指引,便可以适用《联邦行政执行法》的“告诫—决

定一执行”规定，在实质层面确定其执行罚的法律属性。其二，日本采用具体性规定的方法。立法者没有对执行罚进行统一规定，也没有为其冠以特殊名称，而是在具体的行政部门法中完整地规定“告诫—决定—执行”结构，以区别执行罚和行政罚款。

我国现行法的做法比较接近德国式的判断方法，笔者认为这是合理的。战后日本，行政执行罚仅在需要时由个别法作具体规定，实际立法中规定行政执行罚的情况并不多，因而可以采取具体性规定的方法。在我国，如果立法者将行政执行罚视为一种一般性的行政强制执行手段，那么在行政部门法中一一规定“告诫—决定—执行”内容未免过于繁琐，徒增立法成本。但是，德国式判断方法的一个关键点在于法律为行政执行罚确定了一个专属概念，从而架起连接行政部门法和《联邦行政执行法》的桥梁，而我国现行法规定的问题恰恰在于，立法者没有为行政执行罚找到一个专属的法律概念，而是用“加处罚款”来指代行政执行罚。如此一来，行政部门法中规定的形形色色的“罚款”究竟是《行政处罚法》意义上的金钱罚，还是《行政强制法》意义上的“加处罚款”便无从判断。因此，为了解决行政执行罚的识别困难问题，亟需寻找一个新的法律概念来指代行政执行罚，它可以是“强制金”，也可以是“怠金”。在未来的法律修改中，一方面，《行政强制法》应当统一使用“强制金”或者“怠金”等专属概念，并为其配备完整的“告诫—决定—执行”规范结构，另一方面，在行政部门法中，立法者如果希望规定行政执行罚手段，也应当使用该特定概念，与《行政强制法》对接，只有这样才能在形式和实质两个层面确定行政执行罚的独特地位和规范特征，解决行政执行罚的识别困难问题。

需要注意的是，在《行政强制法》中还存在“滞纳金”这一法律概念，那么“滞纳金”是否可以成为指代行政执行罚的专属概念？笔者认为，答案是否定的。这是因为在我国现行法体系下，“滞纳金”的含义仍是多义的，它不具备排他性指代行政执行罚的功能。

在学界，滞纳金被视为典型的行政执行罚。^{〔49〕}但是，稍加分析便可发现，这种认识并不准确，因为现行法中的一些滞纳金并非适用于不履行具体行政义务的情形。以《税收征收管理法》的滞纳金为例，该法第32条规定：“纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。”从该法条规定来看，行政机关并非在当事人不履行“责令限期缴纳”义务后再对其不履行义务的行为征收滞纳金，而是在“责令限期缴纳”的同时征收滞纳金，二者不是先后关系，而是并行关系。当行政机关发现纳税义务人滞纳税款时，就可以开始滞纳金程序，而无需先作出缴纳命令，再基于缴纳命令而展开后续的滞纳金程序。因而，这种滞纳金虽具有间接强制的效果，但它不是对不履行具体行政行为确立的具体性义务的强制，从根本上就不具备成为执行罚的条件。从性质上来看，这种滞纳金是对不履行法律法规规定的第一性义务而作出的不利益处分，反而更像是一种行政处罚。由此可见，在现行法上的“滞纳金”概念的背后，实际上存在着不同类型的行政行为，“滞纳金”与“罚款”一样，具有不同的法律内涵，因而它也不能成为指代行政执行罚的专属概念。

〔49〕 参见张婉苏：《论滞纳金的法律性质》，载《学海》2013年第4期。

（三）《环境保护法》中的“按日连续处罚”

为了应对“守法成本高，违法成本低”的环境治理困境，2014年《环境保护法》第59条正式确立了“按日连续处罚”制度。本条规定的按日连续处罚究竟是行政罚款还是行政执行罚，学界有着不同的认识。有学者认为该条规定的连续处罚是行政处罚。^{〔50〕}也有学者认为，该条规定的连续处罚是具有行政强制执行性质的行政处罚，^{〔51〕}按日连续处罚具有执行罚的外观和行政处罚的内涵^{〔52〕}。还有学者认为，《环境保护法》中按日计罚的法律性质取决于违法者违反的是何种义务，如果违反的是禁止违法排放的义务，则系秩序罚，如果违反的是限期治理、限期改正等义务，则属于执行罚。^{〔53〕}

要对《环境保护法》上的“按日连续处罚”进行定性，首先需要厘清行政罚款和行政执行罚的区别。遗憾的是，上述论者未必准确理解了行政罚款与行政执行罚的区别，因而迷失在了目的、功能、义务对象等所谓的区分标准上。行政执行罚的根本特质在于它的“告诫—决定—执行”的规范结构，以此为据对《环境保护法》的“按日连续处罚”进行分析，便可清晰地了解其法律性质。

从《环境保护法》59条来看，当事人违法排污的，行政机关一方面要作出罚款处罚决定，另一方面要“责令改正”，当事人拒不改正时才可以适用“按日连续处罚”，“责令改正”与“按日连续处罚”是先后关系，前者是对当事人作出的具体行政行为，后者是对前者的担保。^{〔54〕}然而，行政罚款同样可以适用于不履行具体行政义务的情形，按日计罚也不是证成行政执行罚的关键，因而仅凭《环境保护法》的规定，很难判断法律规定的究竟是行政执行罚还是行政罚款。

通过进一步对《环境保护主管部门实施按日连续处罚办法》（以下简称《办法》）规定的“按日连续处罚”的实施过程进行分析，可以判断它属于行政执行罚。《办法》第9条规定：“责令改正违法行为决定书应当载明下列事项：……（四）责令立即改正的具体内容；（五）拒不改正可能承担按日连续处罚的法律后果……”第12条第2款规定：“环境保护主管部门复查时发现排污者已经改正违法排放污染物行为或者已经停产、停业、关闭的，不启动按日连续处罚。”由此可知，行政机关在实施按日连续处罚前必须告知当事人，行政机关虽然没有作出单独的告诫，但是在责令改正命令中已经对当事人需要履行的义务、不履行将面临的后果（按日连续处罚）进行了告知，当事人在收到责令改正命令后及时履行义务的，行政机关不启动按日连续处罚。这种规定完全符合行政执行罚的“告诫—决定—执行”规范结构。同时，《办法》第14条还规定当事人拒不改正时可以再次责令改正、再次复查，这也符合行政执行罚可以反复适用的一般规律。相反，如果“按日连续处罚”属于行政罚款，那么行政机关无需告诫，当事人行为满足法律法规规

〔50〕 参见熊樟林：《连续处罚行为的性质认定——以新〈环境保护法〉第59条为中心》，载《华东政法大学学报》2015年第5期。

〔51〕 参见杜群：《环境保护法按日计罚制度再审视——以地方性法规为视角》，载《现代法学》2018年第6期。

〔52〕 参见刘佳奇：《对按日连续处罚适用问题的法治思考——兼评〈环境保护主管部门实施按日连续处罚办法〉》，载《政治与法律》2015年第7期。

〔53〕 参见杜辉：《环境法上按日计罚制度的规范分析——以行为和义务的类型化为中心》，载《法商研究》2015年第5期。

〔54〕 参见黄学贤、杨东升：《“按日连续处罚”的法律性质——〈环境保护法〉第59条评析》，载《法治研究》2015年第6期。

定的处罚要件时，径行启动行政处罚程序即可。而且，如果当事人行为满足法律法规规定的处罚要件，除《行政处罚法》规定的免罚情形外，行政机关应当一律予以处罚，不能仅因为违法行为已经改正就放弃处罚。因此，《环境保护法》上的“按日连续处罚”实质上属于行政处罚。

《环境保护法》和《办法》实质上确立了“按日连续处罚”的执行罚属性，但是其中的相关规定却并不合理。首先，《环境保护法》中“按日连续处罚”的规定过于简略，需要借助《办法》才能厘清其法律性质，而《办法》属于部门规章，位阶较低，且容易修改，环保法之“按日连续处罚”的法律性质存在不确定性风险。建议《环境保护法》直接在法条中明确“告诫—决定—执行”结构，将第59条修改为：“企业事业单位和其他生产经营者违法排放污染物，受到罚款处罚，被责令改正，拒不改正的，行政机关对当事人进行告诫，告诫后仍不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以自告诫之日的次日起，按照原处罚数额按日连续处罚。”或者可以配合《行政强制法》的修改，使用“强制金”或“怠金”等特定用语，借助《行政强制法》的“告诫—决定—执行”结构明确执行罚性质。

其次，《办法》对“按日连续处罚”的法律定性自相矛盾。《办法》为“按日连续处罚”确立了行政处罚的规范结构，然而却将其理解为行政罚款，规定实施“按日连续处罚”应当符合法律规定的行政处罚程序。^{〔55〕}《办法》应当保持逻辑上的统一性，明确“按日连续处罚”的行政处罚性质，规定“按日连续处罚”应当适用《行政强制法》的相关规定。

再次，《办法》规定的告诫需进一步完善。《办法》并未单独规定告诫，而是在责令改正命令中对相对人进行告知，先行行政行为与告诫的合并无可厚非，但《办法》规定的责令改正违法行为决定书的载明内容不够完整。告诫是形成强制效果的关键，为了充分发挥执行罚的功能，至少需要补充应当履行义务的期限、期限截止时“按日连续处罚”的罚额、及时履行义务则可免罚、“按日连续处罚”可以反复适用等内容。

最后，《环境保护法》第59条第3款规定地方性法规可以增加第1款规定的“按日连续处罚”的违法行为的种类，而《行政强制法》第13条规定行政强制执行由法律设定，并不允许地方性法规设定行政强制执行，因而该款规定似有违反《行政强制法》第13条之嫌。在未来的修法中，应当对其进行修改，避免将行政处罚的设定权限赋予地方性法规。

五、结 语

行政处罚是确保义务履行的重要手段，然而长期以来，我国学界对执行罚的理解并不准确，以致混淆了行政处罚和行政罚款。行政罚款同样具有强制的目的和功能，可以适用于不履行具体行政义务的情形，也可以采用按日计罚的数额计算方式。目的、功能、对象等均非行政处罚和行政处罚的本质区别。行政处罚的根本特质在于“告诫—决定—执行”的规范结构。“告诫”是产生强制效果的关键步骤，而“决定”和“执行”则是在当事人不履行义务时对告诫中的处罚的实现，如果当事人在受到告诫后自行履行义务，则无需作出执行罚决定。因而，行政

〔55〕 参见《办法》第1条、第15条。

执行罚不是面向过去的、对违法行为实施的惩戒，而是面向未来的、促使当事人履行义务的手段。它既可以与行政罚款同时存在，也可以反复适用。

为了确保行政义务得到履行，立法者既可以规定行政罚款，也可以规定行政执行罚。但是，一旦立法者决定采用行政执行罚，就应当尊重执行罚的基本原理，配备完整的“告诫—决定—执行”规范结构。目前《行政强制法》的执行罚规定过于简略，并未构建起完整的“告诫—决定—执行”结构，以“罚款”“滞纳金”等概念指代行政执行罚也不合理。在厘清行政执行罚和行政处罚之区别的基础上，完善我国《行政强制法》的规定，并对行政部门法中五花八门的“加处罚款”“滞纳金”进行梳理，才能为这些处于灰色地带的行政手段找到合理的位置，避免行政执法和司法实践中的困惑。

Abstract: Administrative penalty and executive penalty are commonly used by administrative organs. Administrative penalty has the effect of general deterrence and special deterrence, and also has the purpose and function of coercion. It can be applied to the situation of not performing specific administrative obligations, and can also be calculated by the amount of daily penalty. The purpose, function, application object and punishment by day are not the essential differences between administrative penalty and executive penalty. The fundamental characteristic of administrative executive punishment lies in its “warning-decision-execution” normative structure. “Warning” is the root of compulsory effect, while “decision” and “execution” needs to be made only when the parties fail to perform their obligations. The normative result of “warning-decision” determines that administrative executive penalty is a means of compulsory execution rather than administrative penalty, which can only be applied to the situation of non performance of specific obligations and can be applied repeatedly. The provisions on executive penalty in China’s Administrative Enforcement Law are too brief. We should improve the contents of notification, decision, execution and repeated application of executive penalty, and give a special name to the executive penalty to solve the problem of difficult identification. The “continuous punishment by day” in the Environmental Protection Law is an executive penalty, but there are still logical inconsistencies in the relevant provisions.

Key Words: executive penalty, warning, additional penalty, late fee, continuous punishment by day

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

行政处罚决定公开过程中的裁量权及其规范路径

翁明杰^{*}

内容提要：行政处罚决定公开制度一方面有利于监督行政机关规范行使处罚权，另一方面在社会公众风险警示和教育中发挥着重要价值。行政机关依法公开行政处罚决定本质上属于公开政府信息而非行政处罚，行政处罚公开不对行政相对人造成“二次处罚”。在明确行政决定公开制度的性质与功能的基础上，应当保证行政处罚决定公开前、公开中和公开后的行政裁量兼具合法性和合理性。在行政处罚决定公开前，行政机关应当嵌入提前告知程序和专家咨询程序，并对行政处罚是否“具有一定社会影响”进行事前审查评估。在行政处罚决定公开中，行政机关应当根据民商有别原则和公共利益原则建构分级公开机制，界定不同类型行政处罚决定公开内容的范围和起算时间点。在行政处罚决定公开后，行政机关可以通过设置内外并行的监督机制、确立决定公开持续时间和有效的纠错机制，保障该制度“售后服务”的有效开展。

关键词：行政处罚决定公开 裁量权 事前审查机制 分级公开机制 纠错机制

• 75 •

一、引言

2021年新修订的《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）在第48条中增设了行政处罚决定公开制度，规定行政处罚机关对“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开”。该制度源于“行政执法三项制度”^{〔1〕}中的行政执法公示制度。行政执法公示制度旨在通

^{*} 翁明杰，中国政法大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大项目“行政法总则制定的理论与实践问题研究”（21&ZD191）、教育部人文社会科学研究一般项目“行政强制执行体制改革研究”（19YJA82004）的阶段性成果，同时受“中国政法大学第二期行政法莘学子成长培养计划”资助。

〔1〕“行政执法三项制度”指的是：行政执法公示制度、执法全过程记录制度、重大执法决定法制审核制度。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》对行政执法三项制度作出了具体部署、提出了明确要求。2018年《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》对行政执法三项制度作了进一步细化规定。

过公开行政执法过程倒逼行政机关依法行政。该制度早在2017年就开始在交通运输部、商务部等10个部委单位和广东、天津等22个省（直辖市、自治区、市、区、管委会）进行试点工作。^{〔2〕}2018年12月，《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》（以下简称《指导意见》）对行政执法公示作出具体部署、提出明确的要求。2021年《行政处罚法》的修订，直接将行政执法公示制度上升到法律层面。

《行政处罚法》第48条虽然对行政处罚决定公开做了原则性规定，但“具有一定社会影响”“应当”“依法公开”“公开后的持续时间”“公开的撤销或撤回”等问题的判断，仍需行政机关进行裁量。换言之，行政机关不仅要行政处罚决定公开与否作出决定，还要对处罚决定如何公开、公开什么、公开时间等内容进行裁量。倘若行政机关没有规范行使裁量权，就可能直接侵害行政相对人的合法权益，也可能导致行政处罚决定公开的制度价值难以彰显。本文尝试对行政处罚公开制度的性质及功能定位进行分析，再进一步对设置该制度的实体和程序约束机制进行研究，实现对行政处罚决定公开中裁量权的全程约束。

二、裁量权行使前提：行政处罚决定公开的性质确定与功能纠偏

（一）行政处罚决定公开制度的运行现状

要描摹行政处罚决定公开制度的运行现状，我们可以在该制度的前身——行政执法公示制度中寻求答案。国务院办公厅印发的《指导意见》规定了行政机关执法三项制度，该制度一方面有助于落实严格规范公正文明执法的要求，另一方面有助于社会矛盾纠纷源头治理模式的实现。^{〔3〕}近年来，行政处罚决定公开作为行政执法公示制度的具体要求，已经在全国各地运行实施，并形成较为丰富的实践成果。具体来说，有的省市通过制定地方性法规、政府规章等规范文本对行政处罚公开的范围、内容等方面进行规定，^{〔4〕}也有省市通过建设网上行政处罚服务平台将行政处罚决定公开制度运用于实践。^{〔5〕}但是基于各地实践启动时间的不同、规范性文本内容制定上的差异，行政处罚决定公开制度在不同地方实践运行情况存在较大差异，同时也暴露出不少问题。

首先，在规范文本中，不同省市对行政处罚决定公开的范围、公开的内容和公开后的结果规定不一。比如《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》明确了主动公开的原则、主动公开的内容、不得公开的情形和公开时需要隐去的信息；《青海省行政执法公示办法》对行政执法公示的形式、需要隐去的信息等内容进行了规定；《福建省行政执法条例》仅规定了行政处罚决定豁免公开的情形，并未对行政处罚决定公开的内容及公开时需要隐去的信息进行规定。

〔2〕 2017年国务院办公厅发布《关于印发推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度试点工作方案的通知》，决定在全国一定范围内试点实行行政执法三项制度。

〔3〕 参见章志远：《行政执法三项制度的三重法治意义解读》，载《中国司法》2019年第2期。

〔4〕 例如上海市制定《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》、青海省制定《青海省行政执法公示办法》等。

〔5〕 例如福建省政府通过“福建省网上行政处罚服务大厅”公开行政处罚决定，北京市公安局通过“警务公开专栏”公开行政处罚决定及行政处罚决定的文书。

其次，在行政处罚决定公开实践中，各地行政机关在处罚决定公开内容上存在差异。如在福建省网上行政处罚服务大厅公开的行政处罚决定信息中，可以看到行政处罚对象的具体姓名、行政处罚的具体缘由。通过运用大数据分析等信息技术手段，我们不难根据网站公开的信息识别出行政处罚的具体对象。如此一来，行政处罚决定公开就不免面临“对行政处罚对象造成‘二次行政处罚’”的诘问。在上海市公安局的行政处罚决定公开平台中，上海市公安局虽然也公布了处罚对象的姓名，但未公开行政处罚事由中违法行为发生地点等信息，因此社会公众不易利用现代技术直接识别出处罚决定公开中处罚对象的个人信息。北京市公安局则直接采取匿名化的公开原则，让社会公众无法根据现有的公开信息识别出行政处罚对象的具体信息。

最后，行政处罚决定公开的持续期限不一。通过检索不同省市行政处罚决定公开网站可以发现，有些省市的行政处罚决定限时公开。比如，北京市公安局的行政处罚决定文书仅公开1年，超过时限后就无法检索；上海市公安局行政处罚决定公开期限为两年，同样在超过公开期限后无法检索；福建省网上行政处罚服务大厅上并未设置行政处罚决定公开期限，笔者在检索过程中发现仍可找到10年前的行政处罚决定。

从行政处罚决定公开制度运行现状来看，该制度在规范层面存在规定不一、在实践层面存在公开范围不一和公开规则不同等问题。要解决行政处罚决定公开的现有问题，就应当对行政机关在运用该执法工具过程中的裁量权进行规范。

（二）行政处罚决定公开的功能定位与性质界定

《行政处罚法》第48条限定了行政机关应当公开处罚决定的情形。这也从侧面说明，《行政处罚法》虽要求行政处罚公开，但未要求所有行政处罚决定都公开。2021年《行政处罚法》的修订，对行政处罚决定公开采取了比较审慎的处理。^{〔6〕}为了解决行政处罚决定公开制度在规范文本层面和实践运行中的困境，行政机关首先应当明确该制度在行政处罚中的功能定位及界定该制度的法律性质。

首先，行政处罚决定公开制度在功能上具有双重面向。行政处罚决定公开制度源于行政执法公示制度，因此其功能定位也应同行政执法公示制度相契合。《指导意见》中指出，行政执法公示的目的是保障相对人和社会公众的知情权、参与权、表达权、监督权。行政处罚决定公开制度是行政机关对行政执法结果的公开，这既迎合了社会公众监督的需要，也满足了新时代建设透明政府的需求。从现实来看，国家权力的运行大多在内部进行，具有一定的隐蔽性，如果只由国家机关及其工作人员单方面运行国家权力，缺乏实质上的与民共商、与民互动，这样就造成国家权力的封闭运行，缺少外部有效监督，无助于提升政府公信力和透明度。^{〔7〕}对行政机关而言，行政处罚决定公开能够让外部主体参与到行政机关的监督中来，监督行政执法权力规范行使。

此外，在信息社会时代，信息已取代物质和能源成为这个社会最重要的经济资源。^{〔8〕}行政

〔6〕 参见王锡锌：《行政处罚决定的公开及其限度》，载《中国司法》2021年第8期。

〔7〕 参见赵明等：《我国政府信息公开的实证研究》，四川大学出版社2020年版，第17-18页。

〔8〕 参见齐爱民：《信息法原理：信息法的产生与体系化》，武汉大学出版社2010年版，第16页。

执法机关逐渐青睐运用“柔性执法”手段开展执法工作,其中公共警告、行政处罚结果公开等“柔性手段”得到大范围、多领域的运用。例如,在公众消费领域,公众可以根据行政处罚决定公开的内容判断或决定是否选择购买存在消费风险的产品。再如,行政相对人可以从行政处罚决定公开中了解到行政机关的处罚依据,这不仅能保证公众知情权的实现,还能对其自身未来行为起到风险警示和教育效果,同《行政处罚法》中“处罚与教育相结合原则”相契合。由此可见,行政处罚决定公开制度一方面发挥着监督行政机关规范行使行政处罚权、增进行政执法公正性的功能,另一方面发挥个案的政策引导功能,起到对社会公众进行风险警示和教育的作用。^{〔9〕}

其次,行政处罚决定公开的信息在内容上属于政府信息,行政处罚决定公开的行为在性质上应界定为行政事实行为。《政府信息公开条例》(2019年修订)第2条规定:“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”处罚决定公开的内容即为行政机关在行政处罚中制作的行政处罚决定书,在性质上属于政府信息。关于行政处罚决定公开行为的性质,从比较法视野上可以分为行政强制和行政处罚两类。比如在日本和韩国,行政处罚决定公开因为其内在运行机制是根据社会批判这一间接的、心理的强制来确保履行义务,所以属于行政强制。^{〔10〕}我国台湾地区则认为行政处罚决定公开这种公告行为必须通过公布被处分对象的姓名或名称、照片或其他相类似的信息来实现处分目的,如我国台湾地区“税捐稽征法”第34条规定公开重大欠税案件或重大逃漏税捐人的姓名或名称及内容。该公告行为直接产生法律上的处分效果,由此可见,我国台湾地区的行政处罚决定公开在性质上应认定为行政处罚。^{〔11〕}我国也有学者主张行政处罚公开具有一定的惩戒性质,主张处罚决定公开的效果比处罚决定本身具有更大的惩戒性。^{〔12〕}

从规范文本和立法目的来看,行政处罚决定公开行为的性质应当属于行政事实行为。行政事实行为,亦称“单纯行政行为”,系泛指公行政一切并非以发生法律效力为目的,而以事实效果为目的之行政措施。^{〔13〕}强化监督是行政处罚决定公开的主要目的,但是声誉制裁并非处罚决定公开的法定目的。^{〔14〕}换言之,行政处罚决定公开的首要功能就是为了监督行政机关依法行政,对行政相对人产生损益法律效果绝非行政机关运用该规制工具的目的。

基于此,行政处罚决定公开在性质上属于行政事实行为,具有监督行政和警示、教育社会公众的双重功能,该行为本身不具有行政处罚的“惩戒”^{〔15〕}“制裁”^{〔16〕}功能,因此,行政机关不得借公开行为对行政处罚对象造成“二次处罚”的法律效果。

〔9〕 参见王留一:《论行政执法决定公开:功能、问题与对策》,载《学术论坛》2019年第4期。

〔10〕 参见章志远:《作为行政强制执行手段的违法事实公布》,载《法学家》2011年第1期。

〔11〕 参见陈清秀:《行政处罚法》,法律出版社2016年版,第13-14页。

〔12〕 参见袁雪石:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国法制出版社2021年版,第288页。

〔13〕 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2009年版,第620页。

〔14〕 参见孔祥稳:《行政处罚决定公开的功能与界限》,载《中外法学》2021年第6期。

〔15〕 参见张晓莹:《行政处罚视域下的失信惩戒规制》,载《行政法学研究》2019年第5期。

〔16〕 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期。

（三）行政处罚决定公开中裁量权行使的界限

行政处罚决定公开与否、公开范围大小、公开内容的详略，本质上属于行政机关的裁量判断。立法者授予行政机关裁量的权限，系出于促使行政机关工作人员根据具体情境，灵活、高效作出行政行为或者行政决策的立法动机。^{〔17〕}行政裁量作为行政的核心，目前已通过行政活动的所有过程涉及一切行政领域。^{〔18〕}行政机关之裁量，不仅着重“具体”单独之案件，仍需考虑到“其他”众多类似或非类似之案件；不仅注意“个别”，还须斟酌政治、经济等社会环境，以及与整个行政计划之配合；不仅要重视“目前”之公平，还得参酌“过去”，更要注重“将来”之展望。^{〔19〕}如果对行政裁量的约束按照权力来源标准进行分类，可以分为内部约束和外部约束。从约束裁量的成本和效率来看，行政机关在行政处罚决定公开的裁量过程中应当实现“自我约束”。所谓行政裁量的“自我拘束”，即行政机关的内部约束，是指行政机关自愿采取的自我限制行为，在许多情况下并无法律、行政命令、法院命令的要求与规定。^{〔20〕}行政机关一方面通过排除行政权以外的权力介入的方式，另一方面通过既扮演管理者又扮演校正者角色以提高行政权控制的效率的方式，实现对行政权力的自我控制。由此可见，行政机关通过行政权的自我控制，可以降低行政权控制的成本。^{〔21〕}

在行政处罚决定公开过程中，行政机关需对“是否应当公开”“具有一定社会影响”“如何公开”等内容进行裁量，这是一个往返于规范和事实之间的判断。行政机关在裁量是否公开处罚决定过程中，应当着眼于如何在自我约束中实现裁量权限的准确、规范行使。在这一过程中，行政机关往往因为恣意行使裁量权而对行政相对人造成不利的后果。以行政机关公开相关单位、组织的行政处罚决定为例，行政机关不当公开处罚决定可能会对行政相对人的商誉造成损失。经济学家约翰·洛特的实证研究证明，被指控或被宣判欺骗顾客的公司由于商誉受损造成公司价值的损失（通过股票价值来衡量）比公司实际受到的罚金要高数倍。^{〔22〕}行政处罚决定公开是否会产生制裁效果以及制裁的程度往往无法由行政机关控制，而受制于种种社会因素，因此行政机关适用过程应当慎之又慎。^{〔23〕}

基于此，规范行政机关裁量权的行使显得尤为重要，这一方面需要行政机关运用规范目的对行政裁量进行引领，另一方面需要行政裁量同政策和行政惯例预设的行政裁量轨迹相契合。^{〔24〕}行政机关在处罚决定公开的裁量中，可以在不同阶段（公开前、公开中和公开后）设置自我约束机制达到规范裁量权的效果。

〔17〕 参见郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第47页。

〔18〕 参见〔日〕室井力：《日本现代行政法》，吴微译，中国政法大学出版社1995年版，第26页。

〔19〕 参见翁岳生：《行政法与现代法治国家》，三民书局2015年版，第34页。

〔20〕 参见高秦伟：《论行政裁量的自我拘束》，载《当代法学》2014年第1期。

〔21〕 参见关保英：《论行政权的自我控制》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2003年第1期。

〔22〕 See Jonathan M. Karpoff & John R. Lott, Jr., The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud, 36 (3) *Journal of Law and Economics* 757, 802 (1993).

〔23〕 参见前引〔16〕，王贵松文。

〔24〕 参见前引〔17〕，郑春燕书，第81-129页。

三、行政处罚决定公开前：建构事前审查机制

如果将行政处罚决定公开视为行政规制工具，那么可以根据规制机理，将行政处罚决定公开分为对市场经营活动参与者的“声誉机制作用下的公开”和对个人的“羞辱（shaming）机制作用下的公开”。这两种机制，前者减损市场经营活动参与者的财产利益，后者减损个人的人格利益。^{〔25〕}对市场经营活动参与者而言，声誉首先是组织生存和发展的第一生产力，声誉受损减少捐赠资金来源，影响组织的生存与发展。^{〔26〕}声誉，尤其是不良声誉，只要成为社会的集体记忆，则在公众的认知中具有很强的黏性（stickiness），很难随着时间的流逝而被淡忘。^{〔27〕}对个人而言，羞辱机制下的行政处罚公开会直接减损其人格尊严、名誉权、平等权及隐私权。羞辱机制下的行政处罚公开，很可能因为信息传播的范围和速度导致“群体极化效应”^{〔28〕}的出现。因此，行政机关应当通过事前审查机制规范裁量权的行使，对“具有一定社会影响”的判断应秉持审慎态度，保证行政处罚决定公开的范围立足于该制度的功能定位，在平衡公益与私益的基础上进行划定。^{〔29〕}

（一）实体评估：“具有一定社会影响”的实质判断

当前有学者谈及“具有一定社会影响”的判断标准时认为：“应以‘行为标准’为基准，‘种类标准’和‘程序标准’为辅助标准……即在公共性较强的领域，行政处罚决定原则上均需公开，但处以较轻处罚、适用简易程序的案件可不予公开。”^{〔30〕}也有学者认为，应当根据行政处罚信息与公众利益密切程度将其分为“食品安全、产品质量违法的处罚信息等”和“社会管理领域的处罚信息”两类，并基于信息种类确定不同的判断标准。^{〔31〕}笔者以为，行政机关在认定“具有一定社会影响”过程中享有较大的裁量权，如果全国各地、各级行政机关不能适用相对统一的认定标准，那么在实践中极易陷入相似案件在公开结果上不统一的困境。因为对“具有一定社会影响”的判断属于应然上的价值判断而非实然判断，所以行政机关在判断“具有一定社会影响”与否时既要考虑处罚行为本身的社会影响力，也要考虑处罚决定公开后可能产生的社会影响力。因此，行政机关在评估行政处罚决定是否公开时应当将其置于价值判断的框架内展开。

1. 严格区分不同主体

现有“具有一定社会影响”的判断标准适用过程中存在领域重叠、外延不清等问题，笔者认

〔25〕 参见张学府：《作为规制工具的处罚决定公开：规制机理与效果优化》，载《中国行政管理》2021年第1期。

〔26〕 参见党生翠：《慈善组织的声誉受损与重建研究》，载《中国行政管理》2019年第11期。

〔27〕 参见吴元元：《食品安全治理中的声誉异化及其法律规制》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2016年第2期。

〔28〕 群体极化，是指团体成员一开始即有某些偏向，在商议讨论后，人们朝偏向的方向继续移动，最后形成极端观点。参见〔美〕凯斯·R·孙斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，黄维明译，上海人民出版社2003年版，第47页。

〔29〕 参见前引〔14〕，孔祥稳文。

〔30〕 前引〔14〕，孔祥稳文，第1629页。

〔31〕 参见前引〔6〕，王锡铨文。

为可以以主体为界分标准，确立全新的“具有一定社会影响”的判断标准。对市场经营活动参与者的违法行为是否“具有一定社会影响”的裁量评估，应当秉持从严原则。首先，与个体比较而言，企业作为现代市场经营的主体是影响社会公众消费的重要变量，其对社会作用的范围、深度不是个体能够比拟的，因此裁量评估市场经营活动参与者违法行为是否“具有一定社会影响”应采取更为严格的标准。其次，市场经营活动参与者开展生产经营活动主要在食品药品、公共卫生等民生领域，这些领域的生产经营状况直接影响社会公众的生命和健康。因此，行政机关对这类主体的处罚决定加大公开力度，能更好发挥行政处罚决定公开的社会警示和教育功能：警示生产经营者应依法开展生产经营活动，教育相关生产经营者应当清楚计算违法的直接成本和潜在成本，促进市场优胜劣汰机制的有效运行。^{〔32〕}最后，行政机关还可以通过发挥行政处罚决定公开的信息公示功能，解决消费市场上消费信息不完备、不对称的问题，引导消费者做出合理的消费选择，^{〔33〕}促进市场生产经营与消费结构的优化升级。

对个人的违法行为是否“具有一定社会影响”的裁量评估，应当秉持从宽原则。一方面，我国法律要求对个人隐私采取高强度的保护。《政府信息公开条例》第15条规定了政府信息公开的豁免情形，“个人隐私”成为行政机关不予公开政府信息的理由。^{〔34〕}隐私，一为私，二为隐，前者指纯粹个人的，与公共利益、群体利益无关，后者指权利人不愿意将其公开。^{〔35〕}个人隐私本身具有私密性，不容许外界侵入。行政处罚决定的不当公开会引起公众知情权和隐私权之间的冲突，更为严重的还有可能引起信息发布权、知情权和隐私权三者之间的权利冲突。^{〔36〕}尽管在《民法典》和《个人信息保护法》颁布实施后，有学者主张《政府信息公开条例》中“个人隐私”应当通过修订或修正的方式，将“个人隐私”改为“个人信息”^{〔37〕}或“个人私密信息”^{〔38〕}，但无论是“个人隐私”还是“个人信息”，我国的法律对个人信息都采取高强度的保护方式，因此行政机关在决定公开个人行政处罚决定时应当慎之又慎。

另一方面，在信息时代下，行政机关在处罚决定公开判断中不当行使裁量权，极可能使该制度“异化”，从而对行政相对人产生“二次处罚”的法律效果。以“李某迪嫖娼案”为例，尽管朝阳警方对处罚对象的姓名进行匿名化处理，但是网友经过挖掘、推测后还是能推定朝阳警方公布的处罚决定中“李某迪”即著名钢琴家李云迪。该处罚决定公开后，大众对李云迪口诛笔伐。纵观该案发生后的社会反映和公众舆论走向，朝阳警方公开处罚决定的行为本质上可认定为行政拘留处罚后的“二次行政处罚行为”。尽管李云迪作为公众人物，其隐私权不能无条件地对抗公

〔32〕 参见段礼乐：《羞辱性执法的信息经济学阐释——以企业负面信息发布制度为分析对象》，载《政法论丛》2018年第1期。

〔33〕 参见林沈节：《“消费警示”及其制度化——从“农夫山泉砒霜门事件”谈起》，载《东方法学》2011年第2期。

〔34〕 《政府信息公开条例》第15条规定：“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。”

〔35〕 参见杨立新、李怡雯：《中国民法典新规则要点》，法律出版社2021年版，第517页。

〔36〕 参见马迅：《行政处罚决定公示：挑战与回应》，载《江淮论坛》2017年第5期。

〔37〕 参见前引〔35〕，杨立新、李怡雯书，第518-520页。

〔38〕 参见李卫华：《民法典时代个人隐私信息公开豁免条款的困境及完善》，载《行政法学研究》2021年第6期。

众的知情权,应当受到必要限制,但这并不意味着其隐私权就应当无限制让渡给公众知情权。^{〔39〕}因此,行政机关在处罚决定公开前,判断个人违法行为是否“具有一定社会影响”时应当秉持从宽原则。

2. 兼顾违法行为的本身严重性与公开后的社会影响

明确不同主体适用不同的处罚决定公开原则后,行政机关还需从违法行为本身和违法行为公开后可能造成的社会影响两方面进行综合裁量,最后决定是否公开处罚决定。

首先,从违法行为本身来看,尽管行政处罚决定公开与否属于价值判断,但是行政机关在价值判断前仍需将违法事实作为评估基础。修改后的《行政处罚法》按照行政处罚严重程度调整了具体行政处罚种类的顺序,^{〔40〕}第9条关于行政处罚种类的规定大致按照从轻到重的顺序排列,行政机关在决定是否公开处罚决定时可以将违法行为处罚结果的轻重作为参考。同时,行政机关还可以参考行政违法行为侵害法益的严重性。法益,是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。^{〔41〕}行政机关在判断行政违法行为侵害法益的程度时,可以将法益分为个人法益和超个人法益。个人法益包括人身安全、财产、健康等方面,而超个人法益则包括国家安全、社会秩序等方面。在二者关系上,个人法益与超个人法益并非对立关系,二者的根本区别在于量的区别。^{〔42〕}因此,个人法益和超个人法益的区分,能够为行政机关在是否公开处罚决定的判断上提供可量化的评估标准,行政机关可根据违法行为所侵害的法益内容决定是否公开处罚决定。

• 82 •

其次,行政机关需评估处罚决定公开后可能产生的社会影响。公共政策的导向与行政违法行为的社会影响之间是相互影响的关系:具有重大社会影响力的行政处罚,往往会影响公共政策的走向、吸引舆论的关注;而公共政策的导向和舆论关注度,往往也会影响行政处罚的社会影响。传统领域如环保领域、食品安全等民生领域,一直以来都是舆论、媒体关注的重点,行政机关公开这些领域的行政处罚决定后势必会产生较大的社会影响。“政策本质上是一种姿态,一旦确定下来,有利于构成一种情境,未来的一系列决定都将在这一情境中作出。”^{〔43〕}公共政策的导向往往会扩大行政处罚决定的社会影响力,因此行政机关可以将当下的公共政策作为处罚决定公开与否的考量因素。如在防控新冠疫情期间,行政机关应当将违反疫情防控规定的处罚决定予以公开,这样也能警示教育“处在违法边缘”的企业、个人,给他们敲响警钟。

(二) 程序保障:提前告知程序与专家咨询程序的实施

行政处罚决定公开的事前审查机制包括实体评估机制和程序机制,二者共同在行政处罚决定公开前规范行政裁量权行使。笔者以为,事前审查机制中的程序机制应当包括提前告知程序和专家咨询程序。行政机关针对不同的处罚对象适用不同的判断原则,同时还要兼顾违法行为自身的

〔39〕 参见贺光辉:《辩证地对待公众人物的隐私权》,载《法学杂志》2006年第3期。

〔40〕 参见杨伟东主编:《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第32-33页。

〔41〕 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第78页。

〔42〕 参见前引〔41〕,张明楷书,第81页。

〔43〕 〔英〕米切尔·黑尧:《现代国家的政策过程》,赵成根译,中国青年出版社2004年版,第6页。

社会影响和公开后可能产生的社会影响。在处罚决定是否公开的判断中，行政机关还应嵌入提前告知程序和专家咨询程序，最终作出是否公开行政处罚决定的决定。

1. 提前告知程序

在处罚决定公开前，行政机关应当设置提前告知程序，保证被处罚对象知悉行政机关权衡“具有一定社会影响”与否的过程。尽管行政处罚决定是行政事实行为，不直接对行政相对人的权利义务关系产生影响，但是该行为仍有可能在传播媒介和信息交流的推波助澜下，对行政相对人造成致命的打击。因此，行政机关有必要在处罚决定公开前嵌入提前告知程序，保证行政相对人的知情权，同时允许行政相对人对处罚决定公开发表意见、说明理由，实现规范行政裁量权的目的。在处罚决定公开前，行政机关通过提前告知程序的设置既能够实现行政相对人对处罚决定公开行为的理解，也有利于加强行政相对人对行政裁量权的监督，防止裁量权的恣意。在开放的法律执行过程中，特定当事人应该有权提出执法者需要考虑的、有关事实和价值的意见，执法者应该斟酌立法者疏于细想的事实和价值问题，运用能动的法律解释方式，赋予规则或原则丰富的意义和生命力，在详细说理的基础上做出决策，甚至执法者若拥有并详细说明可确定的、极为充分的事实和价值理由，可以适当偏离实在法形式上的严格指令。在此过程中形成的政府行为，比相对机械、封闭的照章办事，更有可能具备可接受性。^{〔44〕}提前告知程序要求行政机关将行政程序的运行方式、时间等一系列与行政相对人切身利益相关的环节，及时让行政相对人知晓。^{〔45〕}

2. 专家咨询程序

专家咨询制度属于公众参与中的一项具体制度，旨在邀请专业领域学者、实践工作者对行政决策、行政立法发表专业意见，以提高行政决策、行政立法的科学性和合理性。法律法规等规定为行政机关公开行政处罚决定提供合法性支撑，而专家咨询意见能为行政处罚决定的公开提供合理性和科学性支撑。在知识产权、环保、药品和食品等专业性极强的领域中，要求行政机关在行政立法和行政决策过程中引入专家咨询制度。笔者以为，行政机关也应当在行政处罚决定公开的事前审查机制中引入专家咨询制度，当然这里的专家不能局限于法学专家，还应包括社会学专家、公共管理学专家、传播学专家等各领域专家。行政机关通过专家书面论证、专家论证会等形式将各领域专家召集起来，形成专业的专家意见，供行政机关参考。“正义的第二种涵义——也许是普通的涵义——是效率。”^{〔46〕}在行政处罚决定公开中，行政机关不仅需要兼顾公平与合理，也要兼顾效率。行政处罚决定公开前对“具有一定社会影响”的评估并非事实判断，而是价值判断，因此需要引入各领域专家学者贡献智识，提供价值评价，提升行政机关作出处罚决定公开判断的合理性。经过专家运用专业知识判断后，行政机关无须再重复、耗费大量时间精力进行学习就能作出准确的决定，保障效率和公平合理双重价值的同时实现。

〔44〕 参见沈岷：《公法变迁与合法性》，法律出版社2010年版，第22页。

〔45〕 参见姜明安等：《行政程序法典化研究》，法律出版社2016年版，第101页。

〔46〕 〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》（第7版），蒋兆康译，法律出版社2012年版，第40页。

四、行政处罚决定公开时：设置分级公开机制

在决定公开行政处罚决定后，行政机关还应当明确行政处罚决定公开的范围和处罚公开的开始时间点，保证裁量权的规范行使。行政处罚决定的公开范围，根据公开对象可以分为对内公开和对外公开；根据公开内容的详略程度，可以分为全文公开和摘要公开；根据公开的样态，可以分为显名公开和匿名公开等。行政机关应当通过行政处罚决定分级公开机制的设置，避免行政机关处罚决定公开过程中肆意行使裁量权、侵害相对人的合法权益。

（一）分级公开机制的设置标准：民商有别原则+公共利益考量

1. 分级公开机制的公开范围：民商有别原则

对违法信息的公布进行区分处理是一种较为常用和实用的处理方法，也被众多国家在信息公开的立法或是司法实践中普遍采纳。^{〔47〕}如美国的沃恩索引制度就要求行政机关应当形成一份完整的文件，该文件既要政府对政府信息进行区分处理，也要充分描述每一项不予公开文件的内容。^{〔48〕}在行政处罚决定公开过程中，我国可以引入民商有别原则，充分考虑不同类别违法行为对社会影响力的不同和对行政相对人“作用力”的迥异。行政机关应先对商业行为和民事行为进行区分处理，并基于此确定不同类型处罚决定的公开范围。

如果违法行为为商业行为，则可以更多考虑公开，加强对其约束；如果违法行为属于民事行为，则价值选择上应更多考虑个人生活安宁，毕竟在互联网时代，违法信息一旦公开，就会像牛皮癣一样难以消除。^{〔49〕}随着大数据和人工智能的高速发展，个人行政处罚决定公开中的个人信息可能会被多类型地处理，被大规模、自动化收集和存储，而且一旦信息收集者收集到这类信息，他们不仅不愿意删除，^{〔50〕}还渴求更多的个人信息，以对海量个人信息进行分析、利用，描摹人格画像。^{〔51〕}因此，在处罚决定公开时，行政机关应当尽可能保护个人处罚决定中涉及的个人信息，采取技术手段避免个人信息的“可识别”“再识别”，避免在处罚决定公开过程中违法处理被处罚人的个人信息。基于商业行为的社会影响范围，行政机关在公开因商业行为而被处罚的处罚决定时，可以在行政处罚事实清楚、处罚结果合理清楚的情况下，考虑使处罚决定公开的内容更加全面、具体。

2. 分级公开机制中的公开节点：公共利益考量

行政机关在公开处罚决定时，除了考虑处罚决定的公开范围外，还应当考虑处罚决定公开的开始时间点。2021年修订的《行政处罚法》并未吸收《政府信息公开条例》（2019年修订）和

〔47〕 参见许莲丽：《论违法行为信息公开中的隐私权保护——重庆高考“加分门”事件引发的思考》，载《行政法学研究》2010年第1期。

〔48〕 参见董妍：《政府信息公开中行政主体的信息分类义务》，载《行政论坛》2015年第2期。

〔49〕 参见前引〔12〕，袁雪石书，第289页。

〔50〕 参见〔美〕迈克尔·费蒂克、戴维·C. 汤普森：《信誉经济：大数据时代的个人信息价值与商业变革》，王臻译，中信出版集团2016年版，第35页。

〔51〕 参见程啸：《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》2021年第3期。

《指导意见》中有关行政处罚决定公开开始时间点的规定，这就赋予行政机关很大程度上的自由裁量权。笔者以为，行政机关确定行政处罚决定的公开开始时间点时，一方面要将行政处罚决定公开前提告知程序和专家咨询程序所花费的时间作为考虑因素，另一方面还要将公共利益作为考虑因素。公共利益，是指政治、经济、文化等领域的基本原则和根本理念，在以往的民商事立法中被称为社会公共利益，在英美法上也被称为公共政策。^{〔52〕}行政违法行为是否影响公共利益的判断，往往和行政违法行为是否具有较大、重大社会影响力的判断相等同。

因此，行政机关在确定公开处罚决定的开始时间上，应当考虑被处罚对象和被处罚行为的社会影响力。比如长春长生疫苗的行政处罚案，该案引发社会对疫苗品质的担忧，产生巨大的社会影响，影响社会公共秩序的稳定。对于此类案件，行政机关可以直接作出“应当公开行政处罚决定”的决定，并尽快公布该类行政处罚。对行政处罚决定的知悉，能很大程度平复公众舆论、平复公众的焦虑情绪，也能产生提升政府公信力和透明度的效果。

（二）民事行为的行政处罚：行政处罚决定公开的内容与开始时间点

在因民事违法行为而给予行政处罚的案件中，行政机关在处罚决定公开过程中不仅不能着眼于对处罚对象主体信息的披露，还应当侧重对处罚对象个人信息的保护。部分规范性文件规定行政处罚决定公开应当公开被处罚人的姓名，^{〔53〕}实践中也有部分省份的行政处罚网络信息平台上直接显示被处罚对象的姓名和处罚地点。北京市工商局发布的《关于利用网络科技手段规范行政执法程序的情况报告》强调，行政处罚决定公开主要是为了发挥其教育监督职能。^{〔54〕}因此，行政机关在处罚决定公开时，处罚对象主体信息的披露并非处罚决定公开的首要目的和重点，行政处罚决定作出的依据、违法事实等内容才是行政处罚决定公开的重点，只有这样才能保证公众对行政处罚结果的监督。具体来说，行政机关在公开涉及个人隐私的违法行为的信息时，应该事先对所有信息进行分析整理并逐一归类，然后对有关个人隐私的部分不予以公开，其他部分加以公开。^{〔55〕}如《公安机关执法公开规定》（2018年修订）规定，公安机关向社会公开法律文书，应当对自然人姓名做隐名处理；行政机关在公开个人行政处罚决定的过程中，对涉及姓名、身份证号码、住址、电话号码、家庭成员、联系方式、健康状况、机动车号码等个人信息应该不予公开。^{〔56〕}

除此之外，行政机关在处罚决定公开过程中，还应当考虑删除“关联性信息”。“关联性信息”即处罚决定公开的、社会公众可以根据此信息关联查询完成处罚对象身份信息“再识别”的

〔52〕 参见张荣顺主编：《中华人民共和国民法总则解读》，中国法制出版社2017年版，第27页。

〔53〕 参见《食品药品行政处罚案件信息公开实施细则》第10、12条。

〔54〕 《关于利用网络科技手段规范行政执法程序的情况报告》规定：“我局利用各分局的对外网页，建立了行政处罚决定公开查询界面，在行政处罚案件证据材料公开原则的基础上（但带有密级的行政处罚决定不公开），提供被处罚当事人名称、注册号、处罚文书号、处罚决定文本、处罚机关名称等项的查询服务。”

〔55〕 参见前引〔47〕，许莲丽文。

〔56〕 《公安机关执法公开规定》第14条规定：“向社会公开法律文书，应当对文书中载明的自然人姓名作隐名处理，保留姓氏，名字以‘某’替代。”第15条规定：“向社会公开法律文书，应当删除文书中载明的下列信息：（一）自然人的住所地详址、工作单位、家庭成员、联系方式、公民身份号码、健康状况、机动车号牌号码，以及其他能够判明其身份和具体财产的信息；（二）法人或者其他组织的涉及具体财产的信息；（三）涉及公民个人隐私和商业秘密的信息；（四）案件事实中涉及有伤风化的内容，以及可能诱发违法犯罪的细节描述；（五）公安机关印章或者工作专用章；（六）公安机关认为不宜公开的其他信息。删除前款所列信息影响对文书正确理解的，可以用符号‘×’作部分替代。”

信息。“单一谈论某一信息（如姓名、身份证号、电话号码等）是否属于个人信息毫无意义，而广泛应用的大数据技术扩大了‘马赛克效应’，即‘近看’某些个别信息明显不属于个人信息，例如唯一设备识别号、驾驶路线等，但是‘远看’这些个别信息所组合而成的信息集群则极有可能识别特定自然人。”^{〔57〕}当前《个人信息保护法》对个人信息保护采取“可识别”标准，但是“可识别”的简洁表述和抽象定位，导致实践中司法机关、行政机关对个人信息的判断存在解释鸿沟，难以达到立法追求的效果。^{〔58〕}有学者主张引入“关联性”标准，但是这种方案又存在无限扩大个人信息外延的可能性。^{〔59〕}笔者以为，在处罚决定公开时，行政机关可以先征求被处罚对象的意见，再决定处罚决定公开的内容范围。在民事违法行为的行政处罚中，行政机关应当以摘要公开为主、全文公开为辅，对外公开为主，对内公开为辅，匿名公开为主，显名公开为例外。

在行政处罚决定公开的开始时间上，民事违法行为的行政处罚案件中，涉及严重影响公共秩序的时间较少，因此行政机关可以根据《政府信息公开条例》（2018年修订）的规定，在处罚决定作出之日起20日以内公开行政处罚决定，而对于严重影响公共秩序的行政处罚案件，行政机关应当在处罚决定作出之日起7日以内公开行政处罚决定。总体上，行政机关对处罚决定公开的开始时间以作出处罚决定之日起20日之内为主，7日之内为例外。

（三）商事行为的行政处罚：行政处罚决定公开的内容与开始时间点

因商事行为引起的行政处罚案件本身多具有较大社会影响，处罚决定作出后也会引起社会的较大讨论，因此对这类案件，行政处罚决定公开的内容应当以具体化为原则、抽象化为例外。当前各领域相关的行政处罚程序规范中都指出了行政处罚决定公开应当包括的内容，如《文化市场领域制售假冒伪劣商品和侵犯知识产权行政处罚案件信息公开实施办法（试行）》要求有条件的地区，对行政处罚决定书应当逐步实现全文公开。在商事违法行为引起行政处罚的案件中，行政机关应当全文公开处罚决定，详细说明违法事实、行政处罚的依据、行政处罚的结果。如2021年修正的《中华人民共和国安全生产法》第78条第2款规定：“负有安全生产监督管理职责的部门应当加强对生产经营单位行政处罚信息的及时归集、共享、应用和公开，对生产经营单位作出处罚决定后七个工作日内在监督管理部门公示系统予以公开曝光，强化对违法失信生产经营单位及其有关从业人员的社会监督，提高全社会安全生产诚信水平。”如此一来，既能保证社会公众对行政机关行政权的外部监督，也能对社会产生一定的警示、教育效果，降低该类违法行为的发生频率。

行政处罚决定公开的开始时间点目前有两种规定模式，一种是依据《政府信息公开条例》（2018年修订）规定，行政处罚决定公开开始时间为处罚决定作出后的20日之内。当前采用这种方式规定开始时间点的规范文本有《企业信息公示暂行条例》、《网络食品安全违法行为查处办法》（2012年修订）、《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》（2020年修订）、《文化市场领域制售

〔57〕 赵精武：《个人信息“可识别”标准的适用困局与理论矫正》，载《社会科学》2021年第12期，第128页。

〔58〕 See H. Nissenbaum, A Contextual Approach to Privacy Online, 140 (4) *Journal of the American Academy of Arts & Sciences* 32, 43-47 (2011).

〔59〕 参见前引〔57〕，赵精武文。

假冒伪劣商品和侵犯知识产权行政处罚案件信息公开实施办法（试行）》等。另一种是依据《指导意见》的规定，行政处罚决定公开开始时间为处罚决定作出后的7日之内。当前采用这种方式规定起始时间点的规范文本有《中华人民共和国安全生产法》《邮政行政处罚程序规定》（2020年修订）等。笔者以为，基于商事违法行为自身的影响力和规范行政机关裁量权的考虑，行政处罚决定公开的开始时间应当以处罚决定作出之日起7日之内为准，如此也能同《指导意见》保持一致。如遇到社会影响力巨大、严重影响公共秩序的处罚案件，行政机关可在行政处罚决定作出3日之内通过网上平台等途径公开行政处罚决定。

五、行政处罚决定公开后：明确持续期限及纠正、监督手段

《行政处罚法》虽然在第48条第2款中吸收了《指导意见》中有关行政处罚决定公开后纠正手段的规定，但是未对行政处罚决定公开后的持续期限、纠正手段的具体运行方式和监督手段做进一步规定。为保证行政处罚决定公开全程的裁量权都能规范行使，笔者以为有必要在行政处罚决定公开后，通过明确行政处罚决定公开的持续期限、行政处罚决定违法公开的救济手段和监督手段，供给有效的“售后服务”来约束行政裁量权。

（一）行政处罚决定公开的持续期限：分类设置

当前行政处罚决定公开的期限在规范文本中规定不一，实践中行政机关也各自把握尺度，因而亟待从规范上设置统一的持续期限，以规范行政机关在处罚决定公开后的裁量权。根据《国家发展改革委办公厅关于进一步完善行政许可和行政处罚等信用信息公示工作的指导意见》，行政处罚信息自处罚决定作出之日起，在信用门户网站的一般公示期限为1年，涉及严重失信行为的行政处罚信息公示期限为3年。而《食品药品行政处罚案件信息公开实施细则》规定，行政处罚案件信息公开期限一般为5年。^{〔60〕}《市场监督管理行政处罚信息公示规定》则规定，市场监督管理部门行政处罚信息公示期限为3年。不同部门对行政处罚决定公开的持续期限规定都考虑到处罚行为的社会影响力和所在领域的特殊性。笔者以为，目前各类文件不统一的期限设置，直接影响处罚决定公开的实践应用效果，因而有必要对处罚决定公开的持续期限确立统一的标准。具体说来，行政机关在设置处罚决定公开的持续期限上，可以区分自然人和企业或其他组织两类，对自然人的处罚决定公开持续期限设定为1年，对企业或其他组织的处罚决定公开的持续期限设定为3年。

（二）行政处罚决定公开的保障机制：内外监督与纠错机制应用

1. 内部监督与外部监督并行

行政机关公开处罚决定后即开始接受社会的外部监督，此时的外部监督应当包括社会公众对行政处罚决定本身的监督和对行政处罚决定公开的监督。首先，对社会公众监督行政处罚决定本

〔60〕《食品药品行政处罚案件信息公开实施细则》第16条规定：“行政处罚案件信息公开期限一般为5年。法律法规有其他规定的，从其规定。”

身来说,我国《行政处罚法》《行政诉讼法》《行政复议法》对行政处罚相对人和相关人的救济手段做了规定,行政相对人可以通过行政复议、行政申诉和行政诉讼等手段实现权利的救济。行政机关一旦发现行政处罚应当变更或应当确认无效等情形,需要即刻启动行政处罚决定公开撤回和说明理由程序。其次,对社会公众监督行政处罚决定的公开来说,社会公众一旦发现行政机关公开的处罚决定侵害个人或组织的合法权益,可以向行政机关提出异议。行政机关应当主动在行政处罚决定公开信息的载体上开通意见反馈渠道,及时回应社会公众对处罚决定公开提出的异议、违法线索等。行政机关内部也需要建立起行政处罚决定公开的内部纠错程序,保证行政机关及时发现处罚决定信息是否存在问题,及时应对处理。

2. 行政处罚决定公开的纠正:有效纠错机制

《行政处罚法》第48条第2款对行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或确认无效时,行政机关的撤回和说明理由义务做了宏观规定。该规定从程序上要求行政机关撤回处罚决定必须在“三日内”、说明理由必须“公开”。实践中,如果行政机关发布错误的行政处罚决定,在媒介缔造的信息洪流的推波助澜下势必对行政相对人造成不可挽回的损失,因此,行政机关只能通过设置有效的纠错机制,努力减少因错误发布的处罚决定对行政相对人造成的名誉、财产、声誉等方面的损失。

有效的纠错机制要求“纠错信息应当与原有行政处罚决定公开的相关信息具有同位性、同步性、同时性”^{〔61〕}。首先,行政机关应当保证错误处罚决定撤回的及时性。行政机关一旦发现行政处罚决定错误或被依法变更,应当及时启动纠错程序,^{〔62〕}在公开载体上撤回原错误的处罚决定信息,避免对处罚对象造成的侵害随着时间增长而加剧。其次,行政机关还要保证处罚决定撤回的说理信息与原处罚决定公开信息在相同的信息载体中公开,努力用纠错信息抵消原处罚决定公开后对行政相对人产生的不利效果。行政处罚决定合法、合理与否,很大程度上取决于执法队伍的执法能力和专业素质。鉴于全国各省市各地区行政执法队伍素质、能力之间存在差异,建议各省市在建设行政处罚决定公开平台时专门设置处罚决定纠错栏目,实现处罚决定纠错信息与处罚决定同位公开,凸显纠错机制的重要性。

六、结语:发挥行政处罚决定公开制度的应有价值

行政处罚决定公开制度并非行政处罚,无法发挥行政制裁的法律效果,因此行政机关在运用该制度的过程中需明确制度功能、价值,避免该制度出现“异化”现象。“社死”一词屡屡被公众使用,该现象侧面反映在信息时代,信息一旦被不当使用、不当传播,其传播的速度和广度极易超出人力控制的范围。因此,在信息时代,行政处罚决定公开制度更应该被合理实施,其中的

〔61〕 陈武略:《论行政处罚决定的公开——〈行政处罚法〉第四十八条评介》,载《湖南警察学院学报》2021年第1期,第43页。

〔62〕 《行政处罚法》第48条第2款规定:“公开的行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的,行政机关应当在三日内撤回行政处罚决定信息并公开说明理由。”

行政裁量权应被约束与规范。作为行政精髓的行政裁量，其规范行使程度直接影响行政行为的合法性与合理性，也直接或间接影响行政机关的公信力。行政机关在处罚决定公开过程中，需要审慎裁量“具有一定社会影响”“处罚公开期限”“处罚公开范围”等事项，努力为自己的权力划定行使区域、设置必要程序，保证处罚决定公开的平等性，避免行政处罚决定公开被滥用，发挥行政处罚决定公开制度的应有价值。

Abstract: On the one hand, the administrative punishment decision disclosure system plays a function in supervising administrative organs to standardize the exercise of administrative punishment power, and on the other hand, it plays a role in public risk warning and education. Administrative organs' lawful disclosure of administrative punishment decisions is essentially the disclosure of government information rather than administrative punishment, so administrative organs cannot use this system to produce the legal effect of "secondary punishment" against administrative counterparts. On the basis of clarifying the nature and function of the system for disclosure of administrative decisions, administrative organs shall standardize the exercise of discretion in the disclosure of administrative punishment decisions, ensuring that administrative activities before, during, and after disclosure of administrative punishment decisions are both legal and reasonable. Before an administrative punishment decision is made public, administrative organs shall embed advance notification procedures and expert consultation procedures, and conduct a prior review and assessment of whether the administrative punishment "has a certain social impact". In the disclosure of administrative punishment decisions, administrative organs shall construct hierarchical disclosure mechanisms on the basis of the principle of difference between civil and commercial affairs and the principle of public order, and define the scope and starting point of the disclosure of different types of administrative punishment decisions. After an administrative punishment decision is made public, the administrative organ shall ensure the effective development of the "after-sales service" of the system by setting up a supervision mechanism, an effective error correction mechanism, and establishing the duration of disclosure of the decision.

Key Words: disclosure of administrative punishment decisions, discretion, prior review mechanism, hierarchical disclosure mechanism, error correction mechanism

“具有一定社会影响”的行政处罚决定公开之认定

卢荣婕*

内容提要：新《行政处罚法》第48条对于行政处罚决定公开的范围予以限制，行政处罚决定公开是选择性公开而非全部公开，其公开是以“具有一定社会影响”为限。但何谓“具有一定社会影响”并未形成统一明确的标准，使得行政处罚决定公开的功能并未得到很好的实现。“具有一定社会影响”的认定存在着被处罚者隐私权与社会公众知情权之间的冲突，履行法定职责与保护个人信息之间的冲突。为了有效防止行政处罚决定的不当公开对行政相对人合法权益造成损害，需要从主体认定标准、行为类型标准以及公共利益权衡标准三个维度，对“具有一定社会影响”这一不确定法律概念进行有效认定。

关键词：行政处罚决定公开 具有一定社会影响 知情权

一、行政处罚决定公开的理论争议与问题提炼

2021年10月21日，北京市朝阳区警方发布关于李某迪嫖娼案件的通报，引发了社会公众对行政处罚决定公开的范围及其功能的关注。行政机关针对李某迪所做出的通报行为是否符合《行政处罚法》的相关规定？为何行政机关的“依法行政”与公众的朴素认知出现巨大差异？这些问题实质上是由于新《行政处罚法》第48条^{〔1〕}规定不明，即“具有一定社会影响”本身的模糊与不确定性所致。立法层面上，关于“具有一定社会影响”的认定，新《行政处罚法》并未形成一套明确的判断标准。从《行政处罚法（修订草案）》一审稿行政处罚决定全部予以公开，到二审稿通过准用《政府信息公开条例》进行判断，直至最后通过的审议稿以“具有一定社会影响”为标准实现对公开范围的限缩。

* 卢荣婕，东南大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“《行政处罚法》归责性条款修改研究”（19CFX023）、教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“全面依法治国视域下司法行政职能定位及作用发挥问题研究”（20JZD021）的阶段性成果。

〔1〕《行政处罚法》第48条第1款规定：“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。”

理论层面上,学界主要从以下四个维度展开论述:一是从社会公共利益视角出发,认为对社会影响较大、对社会公共利益有危害的行为应当认定为“具有一定社会影响”。〔2〕行政处罚机关对于行政处罚决定的认定,应牢牢把握“社会公共利益”原则,同时遵循最小侵害原则,使行政处罚决定的公开对处罚相对人造成的非必要伤害最小化。〔3〕行政处罚决定公开是知情权与隐私权平衡的结果。〔4〕因而,只需要公开与社会公共利益有关的处罚决定,对于与社会公共利益不相关的,则没有公开的必要性。〔5〕二是从行政违法行为出发,审视违法行为是否与行政监管、风险管理有关,进而实现对处罚决定公开的认定。〔6〕主要从行为对社会的危害性与违法行为发生的时间点来判断,尤其是后者,在特殊时期公示往往更具有紧迫性,更有助于实现一般预防。〔7〕三是从案件的类型入手,认为对人身权、财产权有重大影响的案件,行政机关自由裁量权较大的案件,社会关注度较大的案件,〔8〕适用听证程序的案件,符合《政府信息公开条例》第19到21条规定的行为以及需要重大法制审核的案件,都应当公开〔9〕。四是从事处罚决定公开的原则出发,认为新《行政处罚法》采取相对公开的立场,以不公开为原则、公开为例外,可以有效实现知情权与隐私权之间的动态平衡。〔10〕行政机关应当避免出现有较大社会影响而不公开,或者没有社会影响而予以公开的情形,即行政处罚决定不宜采取一律公开的方式,而应当确定一定范围,符合“具有一定社会影响”才予以公开。〔11〕相反的观点则从政府信息公开的角度出发,认为《政府信息公开条例》第22条确立了行政机关应当主动增加公开的内容,将行政处罚看作是政府信息的一种,所以行政机关应当做到能公开的全部予以公开。〔12〕司法实践中,对于何谓“具有一定社会影响”并没有详细地展开论述,一些案件只是通过援引《政府信息公开条例》第19条与第20条规定等相关条款进行判决。

• 91 •

上述成果可为行政处罚决定公开范围的界定提供良好的理论基础与实践指引,但仍然存在以下较为明显的问题:(1)对行政违法行为并未进行类型化分析。针对违法行为标准提出社会危害性与公共性两个指标,但是两者需要达到何种程度并没有进一步阐述。(2)公共利益标准的模糊性与不确定性。抽象地从维护公共利益角度分析需要予以公开,但对于何种公共利益优先于私人利益则鲜有论述。(3)行政处罚决定公开所适用的原则并不统一。行政处罚决定是以公开为原则还是以不公开为原则,目前并没有形成统一的观点。可见,无论是立法、理论还是司法层面都需要对“具有一定社会影响”予以明确界定,以期明确行政处罚决定公开标准,有效减少行政处罚决定公开的乱象,进而实现行政处罚决定公开的应有功能。

〔2〕 参见孔祥稳:《行政处罚决定公开的功能与界限》,载《中外法学》2021年第6期。

〔3〕 参见李洪雷主编:《中华人民共和国行政处罚法评注》,中国法制出版社2021年版,第329页。

〔4〕 参见朱兵强、陈指挥:《行政处罚信息公开中知情权与隐私权的平衡》,载《电子政务》2015年第4期。

〔5〕 参见许安标主编:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国民主法制出版社2021年版,第138-139页。

〔6〕 参见王锡锌:《行政处罚决定的公开及其限度》,载《中国司法》2021年第8期。

〔7〕 参见杨伟东主编:《中华人民共和国行政处罚法理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第17页。

〔8〕 参见前引〔7〕,杨伟东主编书,第160页。

〔9〕 参见袁雪石:《中华人民共和国行政处罚法》,中国法制出版社2021年版,第290-291页。

〔10〕 参见熊樟林:《行政处罚决定为何不需要全部公开?——新〈行政处罚法〉第48条的正当性解释》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第6期。

〔11〕 参见前引〔5〕,许安标主编书,第138-139页。

〔12〕 参见江必新、夏道虎主编:《中华人民共和国行政处罚法条文解读与法律适用》,中国法制出版社2021年版,第166页。

二、行政处罚决定公开的价值冲突

行政处罚决定公开源于行政执法公示制度,旨在保障社会公众知情权、参与权、表达权、监督权的实现,确保行政处罚权在阳光下运行。行政处罚决定公开具有以下几种正向功能:一是有利于规范行政执法程序,提高行政执法的精准性与透明度,增加行政处罚决定的可接受性,促进透明型政府的建设;二是有助于社会公众了解行政处罚相关措施,实现一般预防的功能,减少违法行为的发生,实现行政处罚的教育与警示作用,保障公民知情权的实现;三是有助于公众的社会参与,真正实现行政主体与行政相对人的有效互动,增强社会公众对处罚结果的认同感,增加行政处罚结果的透明度,进而实现透明型政府的建设。

然而,行政处罚决定是一种损益性行政行为,是对相对人行为的否定性评价。行政处罚决定书公开的形式一般为公开全文或摘要。如《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》第7条第1款规定:“主动公开行政处罚案件信息,应当公开行政处罚决定书的摘要信息;有条件的,也可以公开行政处罚决定书全文。”《泸州市行政处罚案件信息主动公开办法》第7条第1款规定:“主动公开行政处罚案件信息,应当公开行政处罚决定书全文。”《浙江省行政处罚结果信息网上公开暂行办法》第6条规定摘要信息所应当包含的内容,涉及被处罚者的姓名,违法事实等。可见,行政处罚决定书本身不可避免地会涉及相对人的个人信息与隐私,尤其是道德类行政违法,具有一定的伦理性与情感性,其公开所带来的不利与消极评价远高于行政处罚决定本身,会对相对人的财产权、人格权甚至是生存权与发展权产生不可逆的负面影响,可能会产生违背处罚适当原则之嫌。行政处罚决定的公开需要平衡好隐私权与知情权之间的冲突,需要处理好履行法定职责与保护个人信息之间的冲突。

(一) 个人隐私权与社会公众知情权之间的冲突

行政处罚决定的公开不仅会影响行政处罚相对人的人身权与财产权,也关系着行政处罚相关人或者其他社会公众相关权益。随着数字时代的到来,物理空间的限制不断被打破,使得社会公众能够多元化地实现行政执法监督。换言之,权力的运行已不再仅仅局限于行政主体与行政相对人之间,而是将行政权尽可能地置于社会公众全链条、全方位、全过程的监督。“具有一定社会影响”认定的困境主要是如何平衡好被处罚者与社会公众之间的利益冲突,一方面是社会公众知情权与被处罚者隐私权之间的冲突,另一方面是公共利益的界限问题。在隐私权保护方面,《民法典》第1032条对于何谓隐私予以明确规定,隐私主要包括生活安宁与私人秘密。如果该信息属于与公共利益无关的隐私信息,社会公众应当予以尊重,不能为了满足自己的窥私欲而破坏公众人物的生活安宁。第1033条对于侵犯隐私权的典型方式予以列举,第1034条第3款针对个人信息中的私密信息优先予以隐私权的保护。在公共利益界限方面,可以根据违法行为与公共利益的联系程度予以确认。以公示交通违法行为为例,交通安全关系到公众的生命与财产安全,该类行为所涉及的法益则是公共利益。行政机关在进行行政处罚决定公开时,一方面应及时履行“具有一定社会影响”处罚决定公开的义务,弥补社会公众的信息差,另一方面也要防范被处罚者由于违法信息公示而产生的人格侮辱、身份地位降低与社会评价降低等“二次处罚”的风险。^[13]

[13] 参见章志远、鲍燕娇:《作为声誉罚的行政违法事实公布》,载《行政法学研究》2014年第1期。

行政处罚决定公开的限度主要是审查是否与公共利益相关，而公共利益又是不确定性的法律概念。具言之，在开篇所述案件中，“具有一定社会影响”的认定是基于嫖娼这个违法行为本身造成的社会影响，还是基于李某迪这个公众人物的身份所具有的社会影响我们不得而知。能否基于公众人物本身所具有的社会影响力而当然地将其违法行为纳入与公共利益相关的范围之中，进而认定“具有一定社会影响”，都是在进行判定时需要回应的问题。

行政处罚决定公开具有双重价值趋向：一方面由于行政处罚决定书承载着被处罚者的个人信息与隐私，其公开会不可避免地对被处罚者产生不可逆的消极评价；另一方面基于行政处罚权所具有的公共性，公权力的运行需要置于社会公众监督之下，而监督权有效行使的前提是知情权的有效实现，为了保障公民知情权的实质性实现，需要对行政处罚决定予以公开。此时，便产生被处罚者隐私权与社会公众知情权之间的保护悖论，要想对行政处罚决定公开实现合规性公示，需要平衡好违法行为人隐私权与社会公众知情权之间的冲突。行政处罚决定属于特殊类型的政府信息，行政处罚决定公开会对相对人权利产生潜在的伤害。^{〔14〕} 行政处罚结果公开的实践中，虽然将处罚对象划分为个人、法人和其他组织，但是并没有形成统一的处罚标准。以浙江省处罚决定公开为例，2021年每月19日以后，处罚决定整体上呈现先上升随后下降的趋势，除了六月、七月与八月呈现一直上升趋势。因而，选取具有特殊走向的月份，即一直处于上升趋势的月份，以六、七、八每月中的19日所公开的处罚信息为样本，样本数据一共273条。以个人作为被处罚者，6月19日卖淫嫖娼行政处罚决定共72条，其中共有15条能够确定违法行为发生地，并未进行任何匿名化处理；7月19日卖淫嫖娼处罚决定共78条，其中共28条能够确定违法行为发生地；8月19日卖淫嫖娼处罚决定共129条，其中22条可以确定违法行为发生地。^{〔15〕} 以法人作为处罚对象，选取6月19日到8月19日期间，卖淫嫖娼处罚决定共19条，其中共5条能够确定行政违法行为发生地。^{〔16〕} 行政处罚决定涉及隐私与个人信息，有的行政处罚已经部分采取去标识化处理，如卖淫嫖娼类行政处罚决定书的公开，当被处罚人是自然人时，对于相对人姓名以及大部分违法行为发生地，通过采取剔除一部分识别信息进行匿名化处理。当被处罚者是法人时，有的进行去标识化，有的则直接出现完整的信息。还有很多处罚类案件，如赌博、^{〔17〕} 吸毒^{〔18〕}等当事人的姓名、住址等全部予以显现，并未进行任何脱敏技术的处理。换言之，未进行剔除部分信息而是将全部信息予以公示，使得相对人的社会评价降低，有侵犯相对人的名誉权、隐私权、人格尊严、财产权以及信息权益之嫌。

（二）履行法定职责与保护个人信息之间的冲突

国家机关作为信息收集者与处理者，与私主体进行信息搜集与利用具有很大区别。国家作为最大的信息处理者，其在履行法定职责中将会主动或者被动知晓很多个人信息甚至是敏感信息，如果该信息被不当泄露或者公开，将会对个人的权益产生很大伤害。因而，国家机关处理个人信

〔14〕 参见前引〔10〕，熊樟林文。

〔15〕 参见《浙江省人民政府行政处罚结果信息公开》，载 <https://www.zjzwfw.gov.cn/zjzw/punish/frontpunish/showadmins.do?webId=1>，最后访问时间：2022年2月19日。

〔16〕 参见前引〔15〕。

〔17〕 参见前引〔15〕。

〔18〕 参见前引〔15〕。

息时需在法定的权限范围内进行,搜集信息以处理目的为限。国家机关在进行信息处理时,只要遵守履行法定职责所必需的程序,不需要取得信息主体的同意,仅需告知信息主体,^[19]即可作为处理信息的免责事由。此外,国家机关在进行信息处理时也应遵循比例原则,以对相对人权益损害最小为限,如果所追求的公共利益大于对相对人私人利益的侵害,则符合处理信息时所遵循的适当性原则;处理信息所采取的手段需要以履行法定职责规定的手段为限,符合妥当性原则;采取对个人权益损害最小的方式,在最小范围内处理个人信息,需符合必要性原则。国家机关在进行信息处理时所采取的手段与其所要追求的公共利益要符合比例,个人利益不能一味地让位于公共利益,不能明显失衡。除非有重大的公共利益需要予以考虑,否则国家作为信息最大处理者应实现履行法定职责与保护个人信息之间的动态平衡。^[20]

以李某迪嫖娼案为例,其不仅是钢琴家还担任很多社会兼职,具有多重身份,基于其所担任职位的公共属性,很多行为如果不加以规制,不利于社会正面风气的弘扬,因而对其道德需要提出更高的要求。社会公众监督权的行使与社会公共利益维护的需求,是否能为李某迪行政拘留的通报提供足够的合法性基础?该问题的关键在于嫖娼类道德违法信息是否属于禁止公开的范畴。如果卖淫嫖娼的违法行为不属于禁止公开的范围,官方通报对姓名采用“某”的方式隐名处理,是符合《公安机关执法公开规定》第14条规定的对于向社会公开法律文书的形式要求的。针对公众人物的加重曝光并没有侵犯其隐私权,是符合《公职人员政务处分法》第40条规定的对于公职人员参与嫖娼予以撤职或者开除处理的,令其不仅承担行政处罚本身带来的法律后果,还需接受政务处分。而普通人员的卖淫嫖娼的违法行为可能只需要接受行政拘留或者罚款即可,因此,针对卖淫嫖娼明星的“封杀”不能一概而论,完全否定其合理性。

三、“具有一定社会影响”的主体界定标准

学理层面上,对于何谓“具有一定社会影响”目前讨论很少,并没有针对“具有一定社会影响”展开全面讨论,未形成统一的认定标准。立法层面上则将“具有一定社会影响”的判断权交由行政机关自行裁量。行政处罚决定公开的目的是为了实现在信息监管,通过处罚决定的公开实现一般预防与特殊预防,满足社会公众的知情权,进而更好地实现公众对行政处罚权的监督。因而,可以根据被处罚者本身所具有的社会影响力,对行政处罚主体进行类型化划分,分为公众人物、社会公众、企业等不同的社会主体,确立相对应的公开规则。

(一) 公众人物作为处罚对象的界定标准

行政处罚决定的公开是将被处罚者不利的、消极的评价予以公开化,存在对相对人相关权利进行变相剥夺或限制之风险,如可能影响其财产权、人格权、劳动权甚至是生存权、发展权。因而需要进行全面的利益衡量,尤其是涉及道德类的行政违法,如卖淫嫖娼,并不一定要全部予以公示,应予以主体类型化处理,不能不区分处罚对象全部公开。公众人物的隐私权保护程度与其本身所具

[19] 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《比较法研究》2021年第5期。

[20] 参见龙卫球主编:《中华人民共和国个人信息保护法释义》,中国法制出版社2021年版,第163页。

有的社会影响力呈负相关，公众人物社会影响力越大，对其业务能力与道德标准要求越高，其隐私权保护也就相应地越弱。针对公众人物的嫖娼案件，应当予以全部公开，如黄某波、李某迪等嫖娼案件，应当予以全部公开。李某迪嫖娼案之所以能够引起社会广泛的讨论与关注，主要是受其主体身份的影响，基于李某迪本人所具有的社会影响力，以及为了更好地传播正能量与实现社会主义核心价值观，营造一个风清气正的社会环境，对于其行政违法信息的公布并无不当。针对不同主体法律应给与对应的保护与制裁，确保其基于身份所获得的收益与其违法所获得的惩罚相适应。一般而言，公众人物的隐私权、名誉权等人格权以及个人信息权益保护程度相对较低，其违法行为公开的范围应大于普通公众。但是也应当遵循过罚相当原则，不能有违比例原则。为了更好地规制行政机关关于何谓“具有一定社会影响”认定的自由裁量权，可以采取主体类型标准。

针对公众人物的违法行为尤其是道德类行政违法行为，可认定为“具有一定社会影响”。一方面公众人物代表着一个行业的形象和声誉，具有很大的社会影响力，其违法行为的公开有助于净化行业氛围，实现社会公众对于公众人物全方位的了解，进而保障公众知情权与监督权的实现；另一方面，通过对行政处罚决定的公示，加大行政违法成本，实现一般预防功能，有利于促进德艺双馨艺人的培养。根据公众人物的职责属性可将其分为政治人物和非政治人物。政治人物又可划分为很多类型，以国家公职人员为例，其职责与公共利益息息相关，涉及法治政府建设中的决策与执行环节，需要对该类公众人物予以更多的限制，对于其道德也应提出更高的要求，即便是轻微的行政违法也应当予以公开。非政治人物的公众人物本身多具有一定的社会影响力，具有广泛的知名度，如明星，也需要对其行为予以全部公开，以实现对该类人物的监督。

公众人物行政处罚决定的公开，仍需遵循比例原则，对于行政处罚信息与个人隐私需进行区分处理后再予以公开。公众人物行政处罚决定公开需要把握以下几个要素：第一，对于可以进行区分处理的信息与个人隐私，应当以进行信息分割处理为原则，不进行分割处理为例外。如果行政处罚信息是与职务行为完全无关的个人隐私信息，则应当受到隐私权的保护，不能一味地进行处罚决定的全部公开，否则有违处罚相当原则之嫌。第二，公众人物尤其是具有较大社会影响力的公众人物，其所享有的隐私权权限与其所担任的职位高低成反比。级别越高的政治人物，其所掌握的公共资源越多，对于公共资源的配置起着关键性作用。因而，其道德素养对社会公众利益产生直接影响，针对该类公众人物的行政处罚决定应予以全面公开，以实现公众的社会监督。第三，尤其是政治类公众人物，如果是通过选举、调任等方式产生的工作人员，其隐私保护则弱于通过考录程序进入的工作人员，对于后者则需予以更高程度的隐私保护。^{〔21〕}如果是与公共利益没有关系的违法行为且属于个人信息甚至是个人隐私类信息，其公开的价值并未以绝对优势超过对相对人权利的损害，则不需要公开。

（二）社会公众作为处罚对象的界定标准

社会公众的行政违法与公众人物违法所带来的社会影响不同，社会公众的一般违法行为，尤其是道德类行政违法如卖淫嫖娼，该类处罚决定的公开对被处罚者会产生很大的伤害，公开所带来的惩戒效果远大于行政处罚决定本身，存在侵犯社会公众人格权、财产权、个人信息权益之风险。针对普通公众的行政违法行为，尤其是道德类行政违法，公开行政处罚决定所带来的规制收

〔21〕 参见王敬波：《政府信息公开中的公共利益衡量》，载《中国社会科学》2014年第9期。

益并不必然超过被处罚者损害的权益,其行政违法行为不宜一揽子认定为“具有一定社会影响”,应遵循以不公开为原则,以公开为例外。具言之,被处罚者是社会公众时,该类行政处罚决定书除非有必要,否则只需要对相对人与相关人公开即可。将处罚结果以及救济程序告知相对人,以便相对人能够知悉处罚决定并知道如何进行救济。如果涉及相关人的信息与隐私,则应当严格进行区分处理以防对相关人造成“二次伤害”。对于涉及未成年人隐私的行政处罚决定,除非涉及重大公共利益,否则就没有必要予以公开。

值得注意的是,即使是同一个行政处罚决定针对不同的对象,其公开的价值也并不等同,不同主体对知情权与监督权的需求不尽相同。行政处罚行为对于被处罚者而言影响最大,其次是行政相关人,最后其他社会公众,对于处罚决定知悉的需求与程度呈现出依次递减的趋势。对于受害人而言,其对于行政处罚决定的公开具有强烈的知情与公开需求,通过公开能够实现对处罚决定是否合法合理进行实质性审查;对于一般社会公众而言,其对于行政处罚决定结果只是进行一般性的监督,并没有很强烈的公开需求,因而,行政处罚决定公开只需进行一般性公开即可。根据不同主体对于公开的差异化需求,应采取部分去标识化处理,如“李*”“李某”等匿名化处理,并不会影响公开的效果。因为针对特定的主体而言,其还掌握其他信息,可以实现主体的再识别。数字时代通过信息挖掘与额外信息的耦合,很难做到完全匿名化,更为重要的是,如果通过技术处理将行政处罚信息完全匿名化,那么将失去处罚决定公开的功能,既无法有效行使监督权,也无法获得有用的风险信息。实现处罚决定公开的全匿名化既不现实也无必要,只需要做到不借助额外信息不可识别,^[22]将风险控制可控范围内即可。通过对社会公众的个人信息与违法行为信息相分离,确保社会公众能够知晓行政处罚内容,保障社会公众知情权与监督权,同时也保护被处罚者隐私权等权利。

当然,上述要求仅是一般性规则,当利益衡量中存在更重要的法益时,相关规则还需调整。例如,对《个人信息保护法》第28条规定的敏感个人信息,应采取更严格的必要性判断标准。又如,当自然人的违法行为构成严重交易风险时,针对该类自然人的处罚决定公开具有较强的预警、制裁功能,需要考虑实名公开,如证券监管中对自然人违法行为及处罚决定的公开。再如,当去识别化或匿名化不足以保护特定群体时,相应处罚决定应不予公开。《未成年人保护法》第3条规定,国家有义务保障未成年人的发展权,这意味着对于可能影响未成年人发展的行为,需有足够重大的公共利益方可公开,即未成年人的发展权、人格尊严、隐私权和个人信息权益相对于其他法益而言具有优先性。因此,以未成年人为处罚对象的行政处罚决定应豁免公开。^[23]

(三) 企业作为处罚对象的界定标准

针对企业行政处罚决定的公开,不同于以自然人作为处罚对象的公开。前者主要为财产性利益与公共利益之间的博弈,造成的多为财产损失,具有可赔偿性;后者主要涉及被处罚者的人格权、劳动权,甚至是生存权与发展权,会对其产生不可逆的负面评价。生态环境、食品药品、公共安全、金融监管等领域,^[24]企业的经营活动与社会公众联系紧密,该类违法行为具有很强的

[22] 参见金耀:《个人信息去身份的法理基础与规范重塑》,载《法学评论》2017年第3期。

[23] 从这个角度来说,完全不公开是对当事人保护力度最强的处理方式。参见侯学宾:《裁判文书“不公开”的制度反思——以离婚诉讼为视角》,载《法学》2020年第12期。

[24] 参见谭冰霖:《单位行政违法双罚制的规范建构》,载《法学》2020年第8期。

公共属性，一旦出现行政违法行为会对公共利益产生不利影响。因而，对于企业的行政处罚决定应遵循以公开为原则，以不公开为例外，除非是涉及国家秘密、商业秘密，以及存在公开后会国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定与公共秩序造成不利影响等法定不公开事由，否则针对企业的行政处罚决定应一律予以公开。当然，企业行政处罚决定的全面公开，可能会对企业商誉造成负面影响，商誉受损造成的损失可能会远高于处罚本身，商誉受到负面评价最直接的表现就是股价的波动，企业可能会面临破产的风险，存在侵犯商业秘密或商业敏感信息以及财产权之嫌。因而，对于该部分处罚信息可进行信息分割处理，针对商业秘密等法定不公开类信息，除非该类信息是认定违法行为的核心信息，否则该类信息应当不予公开，如果是适用行政处罚双罚制，针对法定代表人等个人隐私与信息也需进行匿名化处理。

此外，对于企业行政处罚决定在进行公开时，需遵循比例原则，处罚所采用的手段应以处罚目的实现为必要，可以从以下三个角度进行衡量：第一，针对受害人不特定的行政处罚应当予以全面公开，如食品安全、产品质量、金融监管等领域，对于不特定人都存在潜在的风险，此时公共利益以绝对优势超过企业商誉等财产性利益。第二，如果该企业是上市公司，为了保护中小股东权益以及社会公众的知情权与监督权，针对该类企业的行政处罚应当予以全部公开。第三，针对从事基础设施的企业如供水供电供气供暖以及通信企业，该类企业从事的都是与社会公众生活息息相关的行业，对于该类企业的行政处罚决定也应当予以全部公示，保障公民的知情权，实现信息规制的目的。

可见，针对企业的行政处罚决定遵循的是能公开则全部予以公开，公开也许会导致经济秩序动荡、企业倒闭等潜在风险，但由于该类企业违法行为具有很强的公共属性，与社会公众生活密切相关，需要通过处罚决定的公开让社会公众广泛知晓，进而作出精准的判断。当然，在全面进行公开之前，也需要进行合规检查、风险评估，有的行政处罚信息对社会影响很大，一旦公开处理不当，可能会引发社会风险，因而针对该类处罚案件的公开，应当进行全过程、全流程、全链条、全方位、全覆盖的审查，建立处罚信息公开评估与纠错制度。^{〔25〕}

• 97 •

四、“具有一定社会影响”的行为类型标准

基于被处罚者身份来认定是否属于“具有一定社会影响”，此为原则性标准，为了更好地实现平等保护，应将违法行为作为补充判断标准。是否属于“具有一定社会影响”的违法行为，主要在于该行为是否与公共领域相关联，行为与公共性联系越紧密，该违法行为被认定为“具有一定社会影响”的可能性与必要性也就越大，进而行政处罚决定公开的范围也就越广。何谓公共性，实质上是与社会公共利益相关，以证监会对内幕交易案件行政处罚决定公开为例，尤其是上市公司的企业并购重组，该领域一直是内幕交易的高发领域，内幕信息的知情人及其相关方利用信息差进行内幕交易，不仅会对资本市场秩序的稳定性带来巨大冲击，更会严重侵害其他投资者尤其是中小投资者的合法权益。公开内幕交易行政处罚不仅可以实现社会公众的监督权，更有利于治理内幕交易的不良风气，维护广大投资者的合法权益，最终形成良好的营商环境。可见，证券业行政处罚决定的公开正是基于证券业违法行为所具有的社会影响力。“具有一定社会影响”

〔25〕 参见戴建华：《行政处罚决定应当依法公开》，载《学习时报》2020年8月19日，第2版。

的行为判定标准,可以违法行为为切入点,公共卫生、公共安全等与社会普遍性利益相关的违法行为,可以认定为“具有一定社会影响”。〔26〕根据行为所造成的社会危害性来判断是否公开以及公开的范围,如食品安全领域违法行为对社会危害性较大,处罚结果应予以公开。〔27〕

(一) 适用听证程序的行政违法行为

“具有一定社会影响”的行为标准是基于违法行为的公共性,违法行为一旦与公共利益相关就有了公开的必要性。行政处罚决定公开的核心功能是实现信息规制,通过处罚决定的公开实现一般预防与特殊预防,能够更好地引导市场主体与社会主体作出正确的行为预判。有学者认为明星的交通违章行为不属于《行政处罚法》第48条规定的“具有一定社会影响”,因为其只是违反行政管理秩序,与公共利益并没有很强的关联性,该类行政处罚决定不符合“具有一定社会影响”的行为标准,不应当予以公开。〔28〕笔者并不十分认同该观点,首先,明星属于公众人物,尤其是偶像类明星,具有很强的社会影响力,即使只是简单的交通违章或者在公共场合吸烟等,看似未对公共利益造成实质性损害,但基于明星本身所具有的社会影响力,也会产生很多人尤其是未成年人模仿的风险,造成不良的社会影响。其次,交通违章行为关系到社会公众的财产权、身体权、生命权等重大权利,对于交通违章行为的公示,可以实现对其他人的警示,具有很强的社会属性与公共属性。因此,该类行政处罚决定应当认定为“具有一定的社会影响”并予以公开。

《行政处罚法》第9条根据违法行为人的主观状态、违法行为所造成的损失以及社会危害性综合评价,由轻到重递进排列了行政处罚类型。警告是行政处罚措施中最轻的一种处罚类型,而且通报批评已作为独立的行政处罚类型,因而,对于警告类行政处罚决定的公开没有必要,否则警告与通报批评就失去了分开规定的意义。罚款属于一种金钱之债,较轻的罚款,如对于公民200元以下,法人或者其他组织3000元以下的罚款,不需要予以公开。换言之,适用简易程序处理的处罚决定不需要公开,无论是警告还是小额罚款,都属于对相对人或者相关人权益影响不大、违法事实清楚、社会危害性不大的处罚。因而,没有公开的必要性。〔29〕而适用听证程序的处罚决定则相反,适用听证程序的处罚大多都是较严重的行政处罚:有的严重影响被处罚者的财产权,如较大数额的罚款以及没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物;有的影响到被处罚者的经营自由,如责令停产停业、责令关闭、限制从业;有的影响被处罚者的劳动权,如降低资质等级,吊销许可证件等。该类处罚决定的公开有利于保障行政处罚权的合规行使,使得相对人知道如何进行权利救济。因而,对于适用听证程序的行政违法行为应当予以全部公开。〔30〕

(二) 主动公开类政府信息中的行政违法行为

《政府信息公开条例》第19条规定政府信息主动公开的原则性规定,形式上是为了满足社会公众知情权,实质上是为了实现对公共利益的合理分配,功能上是为了保障社会公众的实质性参与。《政府信息公开条例》第20条规定了主动公开的内容,主要是行政机关的履职依据、机关简介、规划信息、统计信息、行政许可、行政处罚与强制、预算与决算、收费项目、政府采购、重

〔26〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文。

〔27〕 参见前引〔7〕,杨伟东主编书,第17页。

〔28〕 参见前引〔6〕,王锡铨文。

〔29〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文,第1629页。

〔30〕 参见前引〔9〕,袁雪石书,第291页。

大项目、招考录用，以及其他法定公开信息。^{〔31〕}《法治中国建设规划（2020—2025年）》中针对完善依法行政制度体系与严格规范公正文明执法提到一些重点领域执法问题，如食药、公共卫生、生态环境以及劳动保障等与社会公众息息相关的领域，确保行政执法的公开透明，接受社会监督，该类信息应当予以全部公示。《上海市行政处罚案件信息主动公开办法》第6条规定：“行政执法单位适用一般程序作出的行政处罚决定，应当向社会主动公开。”第13条规定：“行政处罚案件信息主动公开满5年的，不再主动公开。被处罚当事人是自然人的，主动公开满2年的，不再主动公开。行政执法单位应当将不再主动公开的行政处罚案件信息从公开平台上撤下。公民、法人或者其他组织需要查询的，可以依法申请政府信息公开。”《北京市优化营商环境条例》第63条根据市场主体违法行为所造成的后果，将其分为一般违法行为与严重违法行为，前者最短公示期为3个月，最长为1年，后者公示期为1到3年。《浙江省行政处罚结果信息网上公开暂行办法》第8条规定行政机关在作出处罚决定或者变更处罚决定的一定期限内将处罚结果予以公开。

主动公开类政府信息是政府信息中最重要、最核心的信息，针对该类违法行为应当全面予以公开，以便社会公众能够知悉相关政府信息。政府信息公开作为新型社会治理方式，其首要功能在于实现对行政机关的监督，不忘行政机关行使权力的“初心与使命”。在一个民主、法治的国家中，政府信息公开制度是一个较为有效的权力防腐剂，通过政府信息公开倒逼行政机关依法行政。而对于公民来说，由宪法、法律所确认的权利能否得以有效实现，也依赖于政府信息公开及其公开程度，即政府信息公开具有限制权力行使、保障权利实现的双重功能。阳光是最好的防腐剂，路灯是最好的警察，将行政处罚权置于阳光之下有助于实现对于国家权力的监督，规范行政权力的运行，将行政处罚公开裁量控制在合理区间内，保障公众实质性民主参与，防止行政权力腐败，提升行政执法的能力与水平，进而实现公民对于行政权力的信任。

• 99 •

行政处罚决定公开于行政机关而言，可以实现处罚权的规范化，有利于实现公众对处罚结果的全过程监督，提高公众对处罚结果的可接受性；于其他社会成员而言，有助于根据法律对他人的惩戒评估自己的行为，自觉遵守法律规定；于当事人而言，会影响当事人的声誉甚至隐私权，对当事人影响很大。^{〔32〕}以公开食品药品监督检查情况为例，该领域的信息属于重大民生类信息，与社会公众的生命财产安全紧密相关，一旦出现违法情况必须全面予以公示，通过违法信息的公开警示公众，避免社会公众再次陷入购买的风险。政府信息公开能够保障社会公众对行政权行使的实质性参与，实现全过程人民民主，提高社会公众对于政策的可接受度。此外，行政处罚决定公开是一种损益性行政行为，应当对行政处罚权的行使予以限制，不能一味地牺牲个人利益去满足公共利益，要以保护重大法益为私权限制的前提。

五、“具有一定社会影响”的公共利益权衡标准

“具有一定社会影响”的认定不仅要考虑主体标准、行为标准，还需结合公共利益权衡标准予以统筹衡量。公共利益权衡标准是指，综合地将被处罚者私人权益与公开所取得的收益进行比较。

〔31〕 参见后向东：《中华人民共和国政府信息公开条例（2019）理解与适用》，中国法制出版社2019年版，第49—51页。

〔32〕 参见前引〔7〕，杨伟东主编书，第16页。

如果违法行为涉及较大的社会公共利益,如危害到国家安全、社会安全、经济安全等,该类行为必须予以全部公开。此类行为会涉及不特定相关人的权益,社会影响范围较大,将其行政处罚决定进行公开,不仅有助于恢复被破坏的行政管理秩序,还可以保护潜在的受害人,降低社会整体风险。^{〔33〕}

主体标准、行为标准与公共利益衡量标准在某些情况下有交叉,总体而言,行政违法行为的严重性与社会公共利益受侵害程度呈正相关态势,当行政违法行为严重侵害社会公共利益时,即使是被处罚者是社会公众,也应当予以全部公开,此时社会公共利益以绝对优势超过社会公众的私人利益。对于行政违法行为侵害公共利益的程度可以通过以下方式予以判定:首先,从构成要素上看,如若违法行为手段恶劣,涉案金额较大,造成严重的违法后果等,可以判断该类违法行为属于严重侵害社会公共利益。其次,从场域上看,如若违法行为危害到公共安全、经济安全甚至社会稳定,则可以认定该类行政违法行为属于严重侵犯公共利益的行为。如食药、生态环境等与社会公众生命财产安全息息相关的领域,一旦涉及该类场域,所造成的后果往往具有不可控性,受害人不特定,此时,进行公共利益权衡时,应当偏向于公共利益,被处罚者个人利益需要让位于社会集体利益。^{〔34〕}换言之,进行公共利益权衡时,如若需要被处罚者的私人利益让位于公共利益,必须要有足够强的公共利益需要保护,才具有减损相对人权益的正当性基础。

无论是“具有一定社会影响”的主体标准还是行为标准,都需要坚持以公共利益权衡为核心。主体身份的不同以及行为的公共性都属于形式上的标准,对于“具有一定社会影响”的全面认定,还需要借助“具有一定社会影响”的公共利益权衡标准即实质性标准。《政府信息公开条例》第19条规定行政机关应当主动公开的内容,主要是与公共利益相关的政府信息,属于原则性规定。第20条以明确列举的方式规定了15种具体需要公开的政府信息,尤其是第6项将实施行政处罚的依据、条件、程序,以及本行政机关认为“具有一定社会影响”的行政处罚决定明确列入主动公开的内容。“具有一定社会影响”主要是指与社会公共利益、公共健康、公共安全有关联的行为。基于保护公共利益的需要,我们可以对公众人物的隐私权进行限制,甚至可以直接排除隐私权从而实现对公共利益的保护。而公共利益作为不确定性法律概念,在界定上也比较困难。从主体角度看,公共利益是有益于每一个人的利益,与私人利益或特殊利益相对而言,它不是某些个人、集团或阶层的特殊利益,而是全体社会成员共同的、普遍性的利益。从内容角度看,公共利益包括国家利益和社会公共利益。它不仅是目前利益,也包括长远的利益;它不仅限于物质财富,还包括精神财富。^{〔35〕}行政处罚决定公开是一种威慑型规制工具,处罚决定公开可填补信息赤字,具有信息规制工具的功能。但是与一般信息工具不同,学界普遍认同处罚决定公开的核心作用是以不利信息的公开为威慑,迫使相对人守法。^{〔36〕}这种以不利后果为威慑迫使守法、以权益减损为制裁的特性,表明处罚决定公开基于传统的威慑型规制机理而产生规制效果。有学者根据侵益程度将不同执法策略划定为“规制金字塔”,由“下”而“上”侵益性逐渐加强,^{〔37〕}依

〔33〕 参见前引〔2〕,孔祥稳文。

〔34〕 参见孙丽岩:《论行政处罚决定公开的利益权衡——从与刑事制裁公开的对比角度》,载《政法论坛》2021年第6期。

〔35〕 参见侯健:《公众监督与国家工作人员隐私权的立法建制》,载《复旦学报(社会科学版)》2016年第5期。

〔36〕 参见后向东:《论“信息公开”的五种基本类型》,载《中国行政管理》2015年第1期。

〔37〕 参见〔英〕罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联出版社2017年版,第140页。

此标准，处罚决定公开应属“顶端”的惩戒性措施，区别于一般信息工具。

如图1所示，我们对“具有一定社会影响”进行综合判断时，应该把握临界值，即公共利益的需要。应以满足公共利益需要为限，行政处罚决定的公开或者说道德类违法信息公开并不是全部公开或者公开越多规制效果越好。如果想实现最小成本最大收益，需要对公共利益予以明确，知道公共利益的上限与下限。当公共利益上限与下限予以明确之后，我们可以将“具有一定社会影响”的认定标准界定为：第一，至上不能超过信息过载，即公开的信息不能过多，不能公开过度。该类处罚具体表现为轻微违法，社会危害程度不大，并不会涉及公共利益、公共安全，或者公开对相对人的侵害会大于公开所保护的公共利益，使得被处罚人面临“二次处罚”的风险，如果公开该类信息则是属于超出临界状态，造成信息过载。第二，至下不能低于公共利益的需要。如果“具有一定社会影响”的认定标准能够在信息过载与满足公共利益需要的区间内，则大体能够实现被处罚人私权与社会公共利益之间的动态平衡。反之，就会使“具有一定社会影响”认定出现倒退现象，即要么严重侵犯被处罚者的合法权益，违背处罚相当原则，要么不能达到信息披露或者公开威慑的效果。

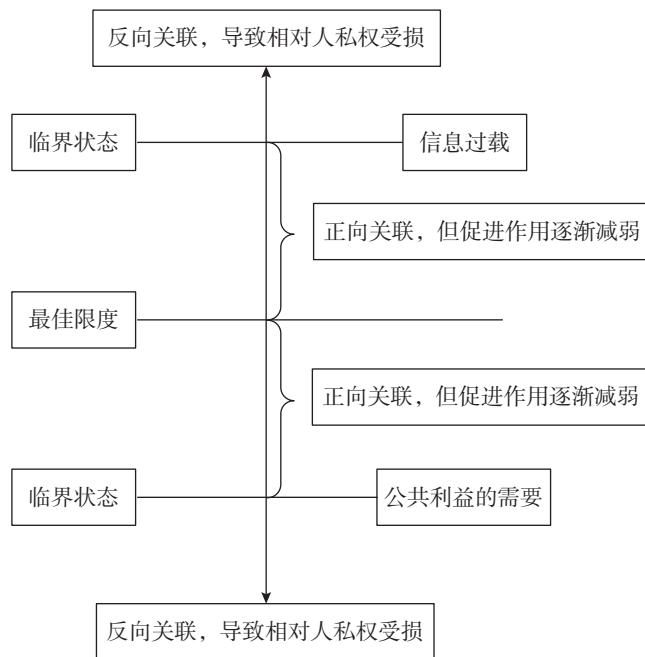


图1 “具有一定社会影响”标准界定合理区间示意图〔38〕

六、结 语

行政处罚决定的公开一方面要处理好社会公众知情权与个人隐私权之间的权益冲突，另一方面也要避免公开行为异化为合法的“窥私”。应对行政处罚决定进行类型化分析，针对不同的处罚类型，公开的程度与方式应当不同。行政处罚决定的公开尤其是道德违法类的行政处罚决定，

〔38〕 参见龚向和、黄宏伟：《经济发展要求下社会权保障的合理区间》，载《思想战线》2015年第1期。

需要采取主体、行为以及公共利益权衡三重标准进行审查。针对“具有一定社会影响”的判断，可从以下三个维度展开。首先，“具有一定社会影响”主体认定可区分处理，针对社会公众与公众人物予以不同程度的公开。公众人物作为“具有一定社会影响”认定的主体标准是基于其所具有的广泛影响力，公众人物的违法行为如果不加以公开，使其接受社会公众的监督，会使很多未成年人进行模仿，不利于弘扬社会主义核心价值观。因此，需要将公众人物的行政违法行为认定为“具有一定的社会影响”并予以公开。普通社会公众的卖淫嫖娼等问题属于个人违法问题，一般并不会引起社会群体的模仿，没有公开的必要性。其次，“具有一定社会影响”行为标准可采取类型化处理，区分风俗类、风险信息类以及普通违法行为，以是否与社会公众利益密切相关，作为行为判断的核心标准。除教育、环境保护、食品药品安全等与人民群众利益密切相关的领域，对自然人做出的行政处罚决定，应当经过脱敏处理后再公开或者隐名公开，甚至是不公开。最后，“具有一定社会影响”公共利益权衡标准的认定，公共利益是“公开”的红线，行政处罚功能的实现要积极关注相对人的信息权益，避免“二次伤害”，处罚不是目的而是手段，教育才是最终目的。如果对于相对人处罚决定的公开不守住公共利益这个红线，将会给社会带来更大的不安宁，每个人都将处于随时被公之于众的风险之中。据此，对于“具有一定社会影响”的认定应把握好公共利益这个必要限度，平衡好个体利益和公共利益之间的关系。强化社会公众对于行政机关公信力的认同感，提升行政决策的执行力，全面推进严格规范公正文明执法，促进行政权力规范透明运行，进而建立一个积极向善、公开透明的法治社会。

• 102 •

Abstract: Article 48 of the new Administrative Punishment Law limits the scope of the disclosure of administrative punishment decisions. The disclosure of administrative punishment decisions is selective rather than all, which is limited to “having a certain social impact”. However, what is “having a certain social influence” does not form a unified and clear standard, which makes the function of administrative punishment decision open has not been well realized. The identification of “having a certain social influence” has a conflict between the privacy right of the punished person and the public’s right to know, and between the performance of statutory duties and the protection of personal information. In order to effectively prevent the improper disclosure of administrative punishment decisions from causing damage to the legitimate rights and interests of the administrative counterpart, it is necessary to analyze the uncertain legal concept of “having a certain social impact” from the three dimensions of the subject identification standard, the behavior type standard and the public interest weighing standard.

Key Words: disclosure of administrative penalty decisions, with certain social influence, right to know

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

论行政处罚裁量基准的逸脱适用

王 杰*

内容提要：裁量怠惰与滥用两种瑕疵的存在，使得作为最适控权工具的裁量基准，既要保证控权规则的普遍遵循，又要关照个案情况的特殊考量。无论是填补规则漏洞的需要，还是依法行政的要求，抑或是实质法治的需要，都可以证成个案特殊情况下，执法者基于立法目的和裁量原意之考量，例外逸脱适用裁量基准的正当性。为了减轻逸脱适用可能导致的权力滥用风险，又有必要通过事前设定正当合理的逸脱启动条件、事中提供具体翔实的逸脱操作程序、事后创设安全可靠的逸脱监督机制之方式，确保逸脱行为始终作为一种合法的、例外的、必要的、谦抑的裁量基准调节装置而存在。

关键词：行政处罚 行政裁量 裁量基准 基准逸脱 个案正义

• 103 •

一、问题的提出

如何防止权力滥用，一直是过往裁量研究中的核心议题，以致论及裁量必称控制。施瓦茨更是认为，行政法就是一部关于自由裁量权的控制法。^{〔1〕}面对“裁量权控制”这一行政法学领域的“哥德巴赫猜想”，学术界大致形成了“消除不必要裁量权，对必要裁量权进行立法、行政与司法控制的三重控制论通说”^{〔2〕}。但是，疲软的立法规制与空洞的司法审查，导致行政裁量权的控制逐渐发生了由外到内的方向转移。一种强调树立行政机关内部优良行为范式、完善政府自我控制体系、架构可操作性规则系统的内部行政法观念日益勃兴。^{〔3〕}作为自制工具出现的行政处罚裁量基准就是这种观念的产物，并在制度竞争中逐渐成为最适裁量治理模式，裁量权控制由此迈入了行政自制的时代。2021年修订的《行政处罚法》第34条也新增了“行政机关可以依法制定行政

* 王杰，中国政法大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年版，第566页。

〔2〕 章志远：《行政法学总论》，北京大学出版社2014年版，第288-289页。

〔3〕 参见刘福元：《行政自制：探索政府自我控制的理论与实践》，法律出版社2011年版，第145页。

处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权”的规定。

我们不能否认行政处罚裁量基准制度的控权价值,及其对于依法行政和法治政府建设的正面意义。尤其是在当前的法治中国实践背景下,行政处罚裁量权仍然存在着内容宽泛、行使随意、监督不可及等问题,强调规则式控权逻辑的建构作用,应当被视作法治意识觉醒前的黎明曙光。^{〔4〕}但是,我们同样不能无视行政处罚裁量基准适用过程中出现的诸多问题。一方面,部分裁量基准缺乏足够的科学性,规范之间存在效力的冲突,导致执法人员在规则选择中迷失自我,最终放弃对于最佳裁量基准的适用。另一方面,行政裁量权细化过度,裁量基准内部拘束力过于刚性,缺少个案变通执行的特殊规定,存在着挤占裁量空间、剥夺裁量权限、僵化裁量适用的风险。这些问题使人们不得不重新思考裁量基准控权逻辑的科学性以及规则遵守的必然性。既要保证控权规则的普遍遵循,又要关照个案情况的特殊考量,裁量基准面临制度目的的调整与转型。

为了缓和行政处罚裁量基准适用过程中存在的裁量与规则之间的固有矛盾,使得处罚裁量权的行使既不至于恣意滥用也不至于机械僵化,有必要在坚持行政处罚裁量基准作为最适控权工具的基础上,建构一套特殊场景下的裁量基准逸脱适用制度。如果在个案特殊情况下,适用裁量基准将不利于司理个案正义,执法者可以基于立法目的和裁量原意之考量,合理运用自身裁量权限,选择不适用裁量基准,转而直接依据上位法作成行政处罚决定。通过这种方式重新引入裁量权限与裁量空间,肯认裁量权存在的价值和意义,有利于更新行政处罚裁量权的建构理念,推动裁量基准制度的补充与完善,避免广泛制定的行政处罚裁量基准变成法治建设进程中的“观赏法”,实现行政处罚裁量权在规范与僵化之间的灵活游走。

其实,自2007年的“周文明诉文山交警案”^{〔5〕}后,学术界关于裁量基准逸脱适用的讨论就已呈现相当规模。^{〔6〕}已有文献主要着眼于裁量基准逸脱适用的正当性基础以及逸脱适用的约束机制建构。例如,有学者认为,“行政机关对于裁量基准并未予以揭示的事项,仍然负有个别情况考虑的义务”^{〔7〕},也有学者认为“任何机械地、僵化地适用裁量基准行为,不顾执法效益和个案正义的做法,都是不能被接受的,都应当受到严厉的批判”^{〔8〕}。同时,为了避免个案逸脱破坏裁量基准遵照适用形成的整体秩序,逸脱条款的设置原则、^{〔9〕}逸脱适用的理由说明、^{〔10〕}逸脱决定的集体讨论、^{〔11〕}逸脱行为的司法审查,^{〔12〕}都成为我国学者最常论及的裁量基准逸脱适用约束

〔4〕 参见王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,载《法学研究》2008年第5期。

〔5〕 云南省文山县人民法院(2007)文行初字第22号行政判决书;云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院(2008)文行终字第3号行政判决书。

〔6〕 比较有代表性的文章如下,王天华:《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》,载《交大法学》2011年第1期;王天华:《司法实践中的行政裁量基准》,载《中外法学》2018年第4期;熊樟林:《论裁量基准中的逸脱条款》,载《法商研究》2019年第3期;周佑勇:《裁量基准个别情况考量的司法审查》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期;张雪薇、冷勇:《行政裁量基准的逸脱技术——以湖南省实证文本为考察对象》,载《辽宁行政学院学报》2013年第4期。

〔7〕 周佑勇:《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》,载《法学家》2011年第4期,第9页。

〔8〕 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》,载《清华法学》2008年第3期,第78页。

〔9〕 参见前引〔6〕,熊樟林文。

〔10〕 参见王贵松:《行政裁量基准的设定与适用》,载《华东政法大学学报》2016年第3期;章志远:《行政裁量基准的理论悖论及其消解》,载《法制与社会发展》2011年第2期。

〔11〕 参见谭冰霖:《论行政法上的减轻处罚裁量基准》,载《法学评论》2016年第5期。

〔12〕 参见前引〔6〕,王天华文,《司法实践中的行政裁量基准》;前引〔6〕,周佑勇文。

机制。

总体观之，一方面，关于逸脱行为正当性的讨论仍然停留在抽象的个案正义理论，缺乏更深层次与更加具体的学理支撑；另一方面，并没有足够的实证经验表明，过于偏重程序控制的裁量基准逸脱适用约束机制，能够有效引导逸脱行为的规范行使。正是基于上述背景的考量，本文选择以行政处罚裁量基准逸脱适用为研究对象，通过深入探寻正当性基础、全面描摹实践图景、系统建构行为规范的方式，希冀对于行政处罚裁量基准的适用规则加以整饬与调适，使得处罚权力的行使能够真正回归能动行政的裁量本质。

二、超越个案正义的逸脱行为正当性

个案正义要求执法者在例外场景中逸脱适用行政处罚裁量基准，但如果动辄援引抽象的正义理论，肯认逸脱行为的正当性，又可能诱发规则式控权目标的幻灭，^{〔13〕}因而有必要在个案正义的基础上进一步探寻逸脱行为的正当性理据。

（一）逸脱裁量基准是填补规则漏洞的需要

1. 规则式控权逻辑具有天然局限性

作为一种“规则之治”，裁量基准拥有无法克服的天然局限性。任何不适当的裁量基准，都对实现裁量目的无所助益，注定会出现“规则的漏洞”。首先，裁量基准在保证一般正义的情况下，难免丧失对于个案正义的追求，这种不能因案适用的性格，忽视了个别案件的特殊情况，执法者只能机械地满足基准规范的要求。其次，具有确定性特征的裁量基准作为一种“凝固的智慧”，无法预见未来可能发生的一切情况，不管怎样都会存在规范的缺漏与盲区，从某种程度上来讲，任何裁量基准都是千疮百孔的。最后，运动化的裁量基准制定浪潮，带来了规则数量的激增，但这只会助推执法者精心挑选需要遵循的规则，以致事实上扩大而非缩小了裁量空间。

2. 逸脱符合个案裁量的原则属性

规则漏洞的存在，决定了裁量基准的运作仍然不能缺少人的参与。因此，在个别疑难案件中，我们必须肯认执法者跳脱裁量基准束缚、重新获得个案裁量空间的合理性。疑难案件中的个案裁量，实际上就是作为规则例外形态的原则，在发挥填补规则漏洞的作用。相较于作为一种确定性命令的规则，原则更加信奉最佳化命令的诫命，着重展现规则的不确定性，赋予适用者相当程度的选择空间，具有自由裁量的特征与属性。^{〔14〕}与司法审判人员面对疑难案件不得拒绝审理一样，行政执法者也不能够在裁量基准存在规则漏洞时拒绝作成具体行政行为，相反，还应当个案特殊情况下主动逸脱适用裁量基准，运用公法原则的精神填补裁量基准的规则漏洞。

（二）逸脱裁量基准是依法行政的要求

1. 不具有绝对性的信赖保护原则

如果裁量基准能够成为信赖保护原则的诸多客体形式之一，^{〔15〕}似乎就可以借助该原则来保

〔13〕 参见前引〔6〕，熊樟林文。

〔14〕 参见陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，载《法学研究》2006年第5期。

〔15〕 参见前引〔10〕，王贵松文。

障裁量基准的法律效力,拒绝执法者逸脱裁量基准作成行政处罚的行为。毕竟相对人可以主张,自己基于对裁量基准规范权威的尊重,以及对行政机关过往执法方式的信任,有理由产生值得法律保护“过去如何执法,现在亦会如此”之合理预期。^{〔16〕} 行政机关因而必须严格遵守裁量基准,不能随意搁置适用,以免破坏相对人对于基准文本的认同与遵从,维护法秩序的安定。

但是,裁量基准真的可以成为信赖保护原则的信赖基础吗?有观点指出,信赖保护原则不一定是裁量基准拘束力得以产生的基础,任何基于相对人信赖利益保护而僵化适用裁量基准的行为都是值得批判的。^{〔17〕} 无论是制定程序的非严格性与非正式性,还是规范内容适用的非僵化性,都决定了裁量基准只是一种低位阶的行政自制规范。行政自制规范区别于效力层级更高的法律规范,也区别于概念意涵清晰的具体行政行为,因而即便是适用撤销的法定程序,作为行政自制规范的裁量基准所能产生的信赖利益也是极其薄弱的。^{〔18〕} 相对人之于裁量基准的信赖基础并不可靠。为了最大程度地实现公共利益,对于相对人的信赖利益保护主张,应当保持高度审慎的态度。

如果说上述观点已经觉察到裁量基准可能并不必然符合信赖保护原则的适用要求,那么“信赖保护原则与行政处罚裁量基准不存在任何实际联系”^{〔19〕} 的观点则更加具有冲击力。实际上,信赖保护原则的适用范围本就十分狭窄,仅能在违法的行政给付决定领域予以适用,^{〔20〕} 法国更是将其限制在比行政给付更为狭窄的创设权利处分上。之所以如此,首先是因为合法的行政给付行为可以依据依法行政原则继续自身的存续力保护,而与行政给付相对的负担行为,也不会因行为的撤销或废止而减损相对人权益,故不存在信赖保护的问题。其次,对于作为上位法具体化的行政处罚裁量基准而言,几乎不存在合法性的问题,个案情况考量也只是为了让裁量权行使得更加合理。最后,作为一种典型的负担行为,行政处罚并不满足行政给付的行为特征。因此,行政处罚裁量基准想要借助信赖保护原则主张法律效力,几乎是不可能的。

2. 逸脱符合依法行政原则的要求

之所以否定信赖保护原则对于裁量基准适用的绝对效力,肯认逸脱适用裁量基准的容许性,根本原因在于授权法对于灵活而非僵化实现裁量正义的目标追求,这也正是依法行政原则的核心要义。如果特殊情况下仍然要求执法者严守裁量基准,不考虑个案正义,坚持漫无边际的信赖保护,无疑是有违授权法原意的。相反,允许执法者逸脱裁量基准,重新回溯至上位法赋予的裁量权限内作成行政处罚决定,才是其贯彻依法行政原则的良好表现。此外,信赖保护原则能否构成一个独立的公法原则尚存争议,如果从规范适用的维度进行观察,信赖保护原则的核心要义早已完全包容在了具体的法规范之中,这从域外行政程序法的某些规定中就可窥见一斑。^{〔21〕} 换言之,任何适用信赖保护原则的主张,都不能逸脱依法行政原则的核心范畴,其毋宁是作为依法行政原则的应有之义而存在。因此,当个案特殊情况出现时,信赖保护应该让位于依法行政,首先考虑

〔16〕 参见前引〔6〕,熊樟林文。

〔17〕 参见周佑勇、周乐军:《论裁量基准效力的相对性及其选择适用》,载《行政法学研究》2018年第2期。

〔18〕 参见周佑勇:《裁量基准的变更适用是否“溯及既往”》,载《政法论坛》2018年第3期。

〔19〕 熊樟林:《行政裁量基准运作原理重述》,北京大学出版社2020年版,第104页。

〔20〕 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,载《法学研究》2010年第6期。

〔21〕 参见前引〔20〕,刘飞文。

逸脱裁量基准之适用，而非羁绊于相对人不那么稳固的信赖利益。

需要进一步追问的是，既然逸脱适用裁量基准是依法行政原则的要求，那么遵照适用裁量基准难道就不是践行依法行政原则的表现吗？毕竟裁量基准也是一种“法规范”。这个问题的解答，需要我们先理清“裁量基准的性质是什么”以及“依法行政所依何法”两个问题的答案。一方面，行政法规和规章是我国《立法法》限定的两种行政立法类型，很显然，在制定主体权限不明与性质效力认识不一的现实面前，裁量基准并不能归类于行政立法的类型之列。同时，作为一种具体化上位法规范的技术工具，裁量基准又缺乏法律制定的民主性与程序性，这使其效力位阶始终低于作为裁量授权法的上位法，不具有法律渊源的性质，更多被当作一种不具有强制执行力的行政软法、行政规则或者非立法性规则。^{〔22〕}另一方面，为了维护代议制确立的秩序观念，服膺代议机关的规范制定权威，确立立法权与行政权之间的位阶序列关系，依法行政原则所依之法，只能是作为最高立法机关的议会遵循民主、正当的规范创制程序制定的最狭义法律。^{〔23〕}

（三）逸脱裁量基准是实质法治的需要

1. 形式法治面向的遵照适用

面对法律授予的行政裁量权，作为领受者的行政机关出于规避不相关因素侵扰的考量，通过理性的规则设计创设出了规范裁量权限、缩减裁量空间、可以计算和预测裁量运作方向的裁量基准制度。基准制定者相信，通过建立具有规范形式的裁量基准约束权力，显然要比倚赖执法者不可捉摸的自由裁量更为可靠。可以看出，奉行规则式控权逻辑的裁量基准具有浓厚的形式法治色彩，同样主张权力需要经过理性规范，同样信奉规则的价值无涉，同样追求行政行为的可预测与可计算，笃信只要严格适用作为裁量运作规则的基准文本，做到相同情况相同对待，遵循行政执法实践中积淀的经验惯例，就能实现追求公平正义的裁量价值和目标。

然而，一视同仁、不得差别对待的形式法治，掏空了裁量基准保障公民自由、限制政府权力的实质内核，并不能带来真正意义上的平等与公正。相反，不顾个案差别、不具体问题具体分析、盲目呆板地适用裁量基准，只会持续背离平等对待的正义要求，同时也会不断消减整个社会对于法治权威的信仰力与遵从度。表面看来，这只是裁量基准制度遭遇的困局映射，但深究其理，则会发现这是形式法治必然失败的现实表现。推崇“使人的行为符合规则治理目标”的形式法治并不乏合理性，但如果将其推向极致，当法律规则适用结果导致的不正义将达到不可容忍的程度、仍然不允许偏离规则以追求个案正义时，法律本应具有实质理性将被悉数隐匿，个案当事人的人格尊严也将遭受无视，这无疑具有极大的危险性。^{〔24〕}

2. 实质法治面向的个案逸脱

形式法治失败的教训告诫我们，法治不仅需要追求规范形式上的理性，同时也需要满足社会价值观的基本要求，得到严格遵从并不是法律的根本目的，而只是追求最大正义的手段与途径。有必要在法律的形式框架下重新进行自由、平等、民主、正义等实质价值的填补与嵌入，以便在

〔22〕 参见高秦伟：《美国行政法上的非立法性规则》，载《法商研究》2011年第2期。

〔23〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

〔24〕 参见赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度》，法律出版社2012年版，第30页。

形式主义法治观的基础上,进一步践行实质主义法治观的目标要求。〔25〕

裁量基准虽然没有经过民主正当的制定程序,尚且达不到议会制定法的理性高度,但对于执法者而言,必须遵从与适用的事实拘束力仍然存在。这种事实拘束力固然有利于抑制行政裁量权的滥用,但裁量权的运作也会因为裁量基准的过分拘束而变得机械僵化,这就好比舞者戴着脚镣跳舞,难以真正实现个案的实质正义。〔26〕正确的做法还是应该正视个案特殊情况,系统考量相对人的违法情节与裁量基准的适配性,坚持相同情况相同对待、不同情况不同对待的实质平等观,允许执法者例外逸脱适用裁量基准的规定,重新探寻授权法的裁量原意,追求个案实质正义。此举可能会招致“无视裁量基准的规则性,放纵自由裁量权滥用”的形式法治诘难。〔27〕但是,主张追求个案正义的实质法治,并不等同于规则的破坏者,也不是自由裁量广泛存在及滥用的原因。强调具体情况具体分析,不是放纵执法者自由裁量,而是指出了法律对于行政执法的道德要求,可以指导执法者更好地行使行政裁量权,保障个案当事人的基本权利。

三、充满误解与分歧的逸脱适用实践

在逸脱行为正当性得证的基础上,本部分将通过检视裁量基准文本中的逸脱条款、行政执法实践中的逸脱行为以及司法审查程序中的逸脱现象,力争进一步勾勒出一幅裁量基准逸脱适用的现实图景。

(一) 逸脱规范制定现状

1. 正面设定逸脱条款

为了让下级机关百分之百地执行裁量基准,裁量基准制定机关通常不愿意在基准文本中直接正面地设定逸脱条款。这个结论可以得到相关数据的佐证。如在现行有效的1812篇行政处罚裁量基准文本中,〔28〕存在“执法者在个案特殊情况下可以暂时搁置适用裁量基准”之类规范表述的文本仅有14篇,占比不足千分之八,裁量基准制定机关对于逸脱行为的直观态度可见一斑。

14篇正面设定逸脱条款的裁量基准,集中分布于浙江、江苏、重庆、北京、宁夏五个省级地方以及公安行政处罚领域。浏览这些基准文本可以发现,各个行政机关对于逸脱行为的认知水平参差不齐。例如,重庆市只是原则性地加以规定,如果不执行裁量基准,行政机关的处罚决定书应当说明理由。而公安部的处罚裁量基准则进一步认为,如果确实存在个案特殊情况,那么可以偏离裁量基准作成行政处罚,但必须有充分的理由,并且需要遵循严格的审批与集体讨论程序。内容最为翔实的莫过于浙江省,其基准办法为执法者逸脱适用裁量基准设定了详细的条件与程序,即“适用行政处罚裁量基准将导致个案处罚明显不当的,行政处罚实施机关可以在不与法

〔25〕 参见前引〔24〕,赵宏书,第33页。

〔26〕 参见前引〔7〕,周佑勇文。

〔27〕 参见李桂林:《实质法治:法治的必然选择》,载《法学》2018年第7期。

〔28〕 行政处罚裁量基准参考文本来源于北大法宝法律法规数据库,以“处罚 AND 裁量”为标题关键词进行检索,共得到现行有效参考文本1812篇,其中部门规章1篇,部门规范性文件17篇,部门工作文件1篇,地方政府规章15篇,地方规范性文件1336篇,地方工作文件442篇,最后检索时间:2020年9月1日。

律、法规和规章相抵触的情况下，变通适用裁量基准，但必须经行政处罚实施机关集体讨论决定，并充分说明理由”。同时，“裁量基准非由本机关制定的，还应当将处罚实施情况报制定机关备案”。

缺乏正面设定的逸脱条款，是各领域及各地行政处罚裁量基准文本普遍存在的问题。即使存在正面设定的逸脱条款，基准制定机关也大多不能完全体认该制度存在的重要意义，导致机械僵化适用裁量基准的裁量怠惰风险一直存在。

2. 间接保留逸脱接口

相较于逸脱适用裁量基准直接规定的阙如，各地裁量基准文本中的许多制度装置，又为执法者间接逸脱适用裁量基准预留了较大空间，集中表现为大量条文规定了情势变更、集体讨论、例外条款等内容。

首先，当行政机关在具体执法活动中遇到裁量基准不能囊括的个案特殊情况时，可以认为发生了基准文本不适应执法实际的情势变更，从而催生逸脱基准适用的可能，并为裁量基准的补充、修订和完善积累实践经验。其次，集体讨论主要适用于重大复杂案件的处理，一旦个案执法环境变得疑难复杂，执法部门负责人不得不就该案进行集体讨论，逸脱适用裁量基准自然就会成为一种可资选择的潜在行为模式。最后，例外条款往往作为处罚先例制度的配套规范存在，主要是指执法者可以主张个案情况属于行政处罚先例制度未予规定的例外情形，进而逸脱裁量基准的适用，因为参照先例并不妨碍执法者在说明特殊理由的前提下做出例外裁量。^{〔29〕}

不管以上内容是规范创制的无意疏漏，还是制定机关的有意为之，裁量基准文本中广泛存在的间接逸脱规定，都会因为缺少合理设定的逸脱前提与完备齐整的逸脱程序，而间接打开行政机关逸脱适用裁量基准的大门，增加行政机关任意逸脱的裁量滥用风险。

3. 严禁任何逸脱行为

虽然正面设定逸脱条款与间接保留逸脱接口都不能完全实现规范基准适用、避免裁量僵化的制度目标，但二者至少初步体认了逸脱行为的正当性机理。严禁任何逸脱行为，将逸脱视为裁量基准控权逻辑背反者的观点，则可能会把基准适用推向极致僵化，从而抛弃对于个案实质正义的追求。比较遗憾的是，这种观点竟然是当前裁量基准制定运动化浪潮中的主流，诸如“任何不执行裁量基准的行政机关及其负责人，都将遭受严肃责任追究”之类的规定，频繁出现在各种行政处罚裁量基准文本中。

事实上，各级行政机关都喜欢将裁量基准适用情况与行政执法责任制度挂钩，对于不执行或者乱执行裁量基准的行为，要进行扣分处理，并永久记入个人档案，同时依法给予相关当事人行政处分。^{〔30〕}更有甚者，直接规定年度依法行政考核不得评定为合格。^{〔31〕}之所以如此，主要还

〔29〕 如辽宁省《关于规范行政处罚自由裁量权工作的实施意见》即规定：“……参照先例，并不妨碍行政执法机关在说明特殊理由的前提下做出例外的裁量。”

〔30〕 参见《襄樊市规范行政处罚自由裁量权工作方案》（襄樊政办发〔2009〕37号）；《巴彦淖尔市人民政府办公厅关于印发规范行政处罚自由裁量权工作实施方案的通知》（巴政办发〔2011〕28号）。

〔31〕 《江西省关于继续做好规范行政处罚自由裁量权工作的实施方案》（赣府法办字〔2009〕7号）第4点规定：“对工作不力或者不执行行政处罚自由裁量权细化标准的，要追究行政执法机关领导和有关人员的责任，年度依法行政考核将不得评定为合格。”

是因为各地裁量基准制定机关一刀切地认为, 只要没有执行裁量基准, 就是工作不落实、^{〔32〕} 就是违背合理行政、^{〔33〕} 就是滥用行政处罚自由裁量权^{〔34〕}的行为。基于趋利避害的人性判断, 估计没有人会为了追求不甚明晰的个案正义, 而愿意遭受工作不力的评议考核责难。如此规定在某种程度上变相取消了行政执法人员应有的个案裁量权限, 同时加剧了行政执法人员机械僵化适用裁量基准的风险。

(二) 逸脱执法实践现状

1. 逸脱怠惰

有时候, 执法者会囿于裁量基准制定机关的权威, 以及行政执法责任制与依法行政评议考核制的束缚, 主动限缩甚至放弃自身拥有的个案裁量权, 机械僵化地适用裁量基准作成处罚决定, 这就是逸脱怠惰。逸脱怠惰不利于执法者主观能动性的发挥以及裁量创造力的释放, 无法针对个案情况作出与之匹配的处罚决定, 最终削弱了上位法授予裁量权目标的实现可能, 是一种行政不作为的懒政表现。之所以如此, 主要是受到了公共政策与行政惯例两大因素的影响。

将公共政策嵌入裁量活动之中, 固然有助于执法者抵御人情因素的干扰与侵蚀, 但过多依赖公共政策同样可能产生裁量怠惰, 阻塞个案正义的实现。例如, 在“肖鑫辉与宁乡客管局案”中, 针对原告肖鑫辉的网约车客运行为, 被告宁乡客管局直接依据市交通局《2019年防风险、保安全、迎大庆“打非治违”专项行动工作方案》关于“行动期间任何违章行为都必须从严处理”的要求, 决定从严从重地给予第一次违法的肖鑫辉罚款20000元的行政处罚。^{〔35〕}这种公共政策助推下的“从严处理”与“顶格处罚”, 无视个案特殊情况的考量, 自我放弃行政裁量权的行使, 将一个未向管理对象公示发布的内部专项行动方案作为处罚依据, 既不符合过罚相当的处罚原则, 也有违依法行政的法治要求。类似的案例还有许多, 如“重庆烟民被拘案”、^{〔36〕}“邬学勋与金塘分局案”、^{〔37〕}“林木银与海口交管局案”^{〔38〕}等等。

当以成文法为代表的规则控权模式出现漏洞时, 作为个案执法经验累积与总结的行政惯例, 往往就会凭借自己的成熟规范性补齐规则的漏洞。对于秉持规则式控权逻辑的裁量基准而言, 行政惯例也是其重要的实质渊源。^{〔39〕}正因如此, 行政惯例成为执法人员裁量权行使的规范指引。但是, 行政惯例在提高执法水准时, 也滋生了裁量怠惰, 助长了行政专横。例如, 在“何友庆与香洲交警案”中, 被告香洲交警以该市道路交通行政处罚均由电脑系统自动设定, 自己没有任何自由裁量权限, 无法调整与选择罚款额度为由, 对未及时撤离事故现场的原告何友庆直接顶格罚款500元。^{〔40〕}虽然基于电脑平台实施处罚已经成为香洲交警处理交通违法行为的一种行政惯例,

〔32〕 参见《娄底市规范罚款行政处罚自由裁量权暂行规定》(娄政发〔2009〕26号)。

〔33〕 参见《吉林省法制办关于规范行政处罚自由裁量权工作意见》(吉政办发〔2008〕10号)。

〔34〕 参见《陕西省规范行政处罚自由裁量权规定》(陕政办发〔2010〕118号)。

〔35〕 参见长沙铁路运输法院(2020)湘01行终112号行政判决书。

〔36〕 参见章志远:《“烟民被拘案”呼唤理性对待裁量基准》,载《行政法学研究》2009年第4期。

〔37〕 浙江省舟山市定海区人民法院(2015)舟定行初字第7号行政判决书。

〔38〕 海南省海口市中级人民法院(2019)琼01行终184号行政判决书。

〔39〕 参见郑雅方:《论行政裁量基准的实质渊源——以行政惯例为例》,载《法制与社会发展》2010年第3期。

〔40〕 参见广东省珠海市中级人民法院(2015)珠中法程(行政)终字第34号行政判决书。

但参照行政惯例不代表取消裁量权，香洲交警僵化适用电脑平台设定的裁量基准，不具体情况具体分析，无疑就是一种裁量怠惰的表现，背离了追求个案正义的裁量原意。

2. 逸脱滥用

与逸脱怠惰相对，执法者有时又会出现逸脱滥用，即无视裁量基准的控权功用，误解裁量基准的规范性质，陷入规范冲突的抉择囹圄，以致突破自身的裁量权限，随意逸脱适用裁量基准作成处罚决定。逸脱滥用的必然结果就是裁量基准控权价值的完全丧失，裁量权又将回到立法授权时的模糊与不稳定状态，成为行政机关专断恣意的助推器。之所以如此，一方面是因为对裁量基准的性质没有一个统一的认识，另一方面则是因为执法过程中存在着规范适用之间的位阶冲突。

关于裁量基准的性质，理论界存在着“规则化裁量基准观”^{〔41〕}与“具体化裁量基准观”^{〔42〕}两种不同的学说观点。这种不统一的观念认知直接导致了执法实践的混乱，以致不少执法者认为裁量基准只是作成处罚决定的辅助参考装置，不需要严格遵照执行，随意逸脱现象频现。例如，在“欣琦公司与安义质监局案”中，被告安义质监局认为工商处罚裁量基准只是一个可以参照的规范性文件，并不可以作为行政处罚的具体依据使用，自己选择适用商标法而非执行标准的做法并无不当。^{〔43〕}而在“王兴秀与永新派出所案”中，被告永新派出所更是选择无视“行政机关拟做出不予处罚的行政决定，应当在案件会商过程记录以及处罚决定文书中予以理由说明”的裁量基准规定，直接适用《治安管理处罚法》作成不予处罚的行政决定。^{〔44〕}

同时，由于裁量基准的产生不需要法律授权，凡是拥有裁量权的行政机关一般都可以设定裁量基准，以致极易产生规范适用上的冲突。这既包括同机关新旧裁量基准的冲突，也包括上下级机关裁量基准的冲突，还包括裁量基准与法律规范的冲突。^{〔45〕}无疑，这些规范冲突加大了执法者正确选择规范适用的难度，同时也助长了其逸脱适用最佳裁量基准的恣意。例如，在“天地缘网吧与崂山文化市场执法局案”中，被告崂山文化市场执法局面临多个可以选择的执法依据，^{〔46〕}最终选择逸脱《山东省文化厅行政处罚裁量基准》，而以另外两个规范性文件作为处罚依据。^{〔47〕}显然，此处的执法者陷入了裁量基准正确适用的选择困局，裁量权滥用的风险也因而变得更加不确定与不可控。

（三）逸脱裁量基准的司法审查现状

1. 当作法律渊源的裁量基准

当作法律渊源的裁量基准论者认为，裁量基准本质上就是一种行政立法，^{〔48〕}根本目的在于细化裁量标准、压缩裁量空间、建构裁量运作，具有设定目的上的正当性。只要经过法院单独审

〔41〕 前引〔4〕，王锡铨文，第40页。

〔42〕 王天华：《裁量标准基本理论问题刍议》，载《浙江学刊》2006年第6期，第127页。

〔43〕 参见南昌铁路运输中级法院（2018）赣71行终32号行政判决书。

〔44〕 参见兰州铁路运输法院（2017）甘7101行初636号行政判决书。

〔45〕 参见前引〔17〕，周佑勇、周乐军文。

〔46〕 分别是国务院《互联网上网服务营业场所管理条例》《山东省文化厅行政处罚裁量基准》与青岛市《互联网上网服务营业场所管理行政处罚事项自由裁量标准》。

〔47〕 参见山东省青岛市中级人民法院（2017）鲁02行终850号行政判决书。

〔48〕 参见前引〔8〕，余凌云文。

查后认定不违反法律规定,裁量基准就可以获得一个依据地位,^[49]行政执法人员就必须遵照执行。加之裁量基准本身具有的内容说服力,可以为行政行为的合法性审查创造客观化的操作可能,^[50]故不可把裁量基准当作一种可有可无的东西,随便搁置裁量基准的适用^[51]。这种对于裁量基准法律效力的承认,意味着对“当作法之具体化的裁量基准”命题的驱逐,裁量基准法源论因而可以在作为旧时代教义的裁量二元论中找到家族基因。裁量就是裁量,法律就是法律,彼此之间不存在任何关联,^[52]司法审查也不可以干涉裁量决定的作出过程。因而,行政机关作出的逸脱适用裁量基准行为,应当得到司法机关的尊重,这也是司机机关恪守权力分工原则的重要表现。在我国的司法实践中,持上述论者不在少数。

例如,在“润硕种子公司与大城县农业局案”中,大城县人民法院就认为:“河北省种子管理处罚裁量基准是对《种子法》等法律规定的行政处罚标准进行量化和细化的结果,其目的在于指导行政执法工作的具体实施,使得行政处罚在合法性的前提下更具合理性,该规范性文件与上位法的规定并无抵触,故被告适用其作成行政处罚并无不当。”^[53]在“潘宝全与长春北站派出所案”中,长春市中级人民法院也认为:“裁量指导意见虽然不属于法律规范,但属于行政机关制定的,与上位法不相抵触的指导意见,有利于规范行政机关的裁量权行使,下级行政机关应当遵循。”^[54]而在“德威涂料公司与南通生态环境局案”中,南通市中级人民法院更是认为:“出台《启东市环境行政处罚自由裁量权适用规定》是为了指导本市各级行政机关探寻上位法的授权原意,谨慎把握与行使自身的行政裁量权,以便实现追求公共利益的行政本质,该规定符合上位法的精神要求,启东环保局在作出处罚决定时参照这一规定,可以避免处罚的随意性和不规范性,法院对其予以尊重并无不当。”^[55]

2. 当作法之具体化的裁量基准

与上述观点相反,当作法之具体化的裁量基准论者认为,法律之所以授予行政机关裁量权,就是为了能够在纷繁复杂的社会生活中,坚持具体问题具体分析,进而实现个案裁量正义。因而,即便是具有设立正当性的裁量基准,也不能要求行政机关必须无条件地严格遵照适用。相反,坚持个案考量作为一项行政义务,始终具有存在的必要性。^[56]这种对于个案特殊情况考量义务的承认,直接否定了某些学者主张的裁量基准法律效力说,毕竟裁量基准只能成为法规范的一种具体化形式。^[57]真正约束下级行政机关的仍然是上位法规范本身,所以没有遵照裁量基准作成具体行政执法决定也不必然违法。^[58]“裁量就是裁量、法律就是法律”的非黑即白式思维模式不再有效,裁量与法律重新具有了不可分割的联系,授权法圈定的范围构成了行政裁量的活动

[49] 参见前引[6],周佑勇文。

[50] 参见熊樟林:《裁量基准在行政诉讼中的客观化功能》,载《政治与法律》2014年第8期。

[51] 参见高秦伟:《论行政裁量的自我拘束》,载《当代法学》2014年第1期。

[52] 参见王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,载《行政法学研究》2006年第1期。

[53] 河北省大城县人民法院(2018)冀1025行初46号行政判决书。

[54] 吉林省长春市中级人民法院(2019)吉01行终253号行政判决书。

[55] 江苏省南通市中级人民法院(2019)苏06行终356号行政判决书。

[56] 参见前引[6],王天华文,《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》。

[57] 参见前引[6],王天华文,《司法实践中的行政裁量基准》。

[58] 参见前引[42],王天华文。

界限，裁量问题包容于法律问题之中。

与当作法律渊源的裁量基准论一样，在我国的司法实践中，很多人赞同当作法之具体化的裁量基准论。例如，在“陕西企业质量管理中心与国家市场监督管理总局案”中，北京市西城区人民法院就认为：“国家工商处罚裁量基准作为内部文件可以在行政执法中发挥指引参考的作用，但不应当在行政处罚决定中作为法律依据予以援引和适用，亦不能作为认定处罚行为合法的依据。”^{〔59〕}而在前文述及的“何友庆与香洲交警案”中，主审法官也认为，为了规范法律授予的裁量权，行政机关可以制定相应的政策或者规则，以便提高自身行为的效率与可预测性，但行政机关制定的政策或者规则，也不能过于严格与僵化，必须为自己以及下级行政机关因案执法预留规则变动空间，否则就是对于立法原意的背离。^{〔60〕}

四、能动谦抑的逸脱行为规范建构

虽然逸脱行为具有正当性，但其实践现状还是提醒我们，需要进一步防范潜在的逸脱怠惰与滥用风险。本部分将为逸脱行为建构一个系统的操作制度，确保其始终作为一种合法的、例外的、必要的、谦抑的裁量基准调节装置而存在。

（一）事前的逸脱启动条件

1. 适用裁量基准将导致个案处罚明显不当

如果穷尽基准文本中的所有裁量可能，仍不足以保证执法者作成合理的处罚决定，那么就有必要考虑裁量基准的逸脱适用。实践中，必要性的识别标准通常为处罚结果的明显不当，^{〔61〕}而判断一个逸脱适用裁量基准作成的处罚决定是否适当，则可以诉诸比例原则的运用。首先，如果选择个案逸脱并不能达成裁量授权法追求个案实质正义的目的，反而有可能助长执法者裁量滥用的风险，那么逸脱行为的目的正当性就会遭受质疑。其次，当作为规则的裁量基准尚未完全穷尽时，如果通过解释裁量基准中不确定法律概念的方式，同样可以实现追求个案实质正义的目的，那么就应该放弃选择可能减损法安定性的逸脱行为。最后，如果选择个案逸脱所能实现的裁量正义价值小于逸脱行为减损的法秩序安定价值，那么裁量基准的普遍遵循就会成为适用规则的首选。

之所以选择明显不当而非一般不当标准，主要还是因为逸脱行为始终只能作为一种例外原则而存在。毕竟权限过于宽泛才是裁量实践的真实现状，加以控制而非自由放任才是法治实践的基本要求。如果以放弃法安定性为代价，来换取某种不确定的正义效果，不免会有舍本逐末之虞。^{〔62〕}那么，裁量基准遵照适用的不适当，是否达到了“明显”的程度，又是由谁来判断呢？执法者、相对人，抑或是普通大众？实践表明，执法者为了执法效率可能会忽视某些问题，而相对人为了自身利益则可能夸大某些问题。因此，只有那些能够摆脱利益纠葛与视野偏颇的一般理

〔59〕 北京市西城区人民法院（2019）京0102行初352号行政判决书。

〔60〕 参见唐文：《电脑应用平台顶格设定罚款金额且不能调整的司法应对》，载《人民司法·案例》2016年第29期。

〔61〕 例如《浙江省行政处罚裁量基准办法》第9条第2款规定：“适用行政处罚裁量基准将导致个案处罚明显不当的，行政处罚实施机关可以在不与法律、法规和规章相抵触的情况下，变通适用裁量基准……”

〔62〕 参见郑琦：《行政裁量基准适用技术的规范研究——以方林富炒货店“最”字广告用语行政处罚案为例》，载《政治与法律》2019年第3期。

性人,才能就遵照适用裁量基准导致的不适当是否达到了“明显”程度发表自己的看法。^{〔63〕}具体来讲,就是指普通领域具有客观中立性的社会大众,以及特定领域具有专业特长的技术专家。^{〔64〕}如果社会大众认为日常领域内的裁量基准适用,或者技术专家认为专业领域内的裁量基准适用,将会导致明显的不适当,那么执法者就应该考虑逸脱适用裁量基准作成处罚决定的可能。

2. 基准文本存在内容完备的逸脱行为规范

特殊情况下逸脱适用裁量基准,将相关因素纳入个案考量,既是法律课予行政机关的一种义务,也是行政机关获得裁量授权后应当具有的一种权力。^{〔65〕}为了保证这项权力能够得以实现,有必要在裁量基准文本中创设内容完备的逸脱行为规范,以提升执法者对于逸脱行为功能价值的认识水平,畅通个案中逸脱适用裁量基准的可能。所谓完备的逸脱行为规范,大致需要包括以下几项内容:第一,裁量基准是具有实际约束效力的规范性文件文本,各级行政机关制定的裁量基准,通常情况下都应该得到严格遵循与适用。第二,在规范适用次序上,当作法之具体化的裁量基准优先于上位法;不同级别的裁量基准,效力低的裁量基准优先于效力高的裁量基准;同一机关制定的裁量基准,新裁量基准优先于旧裁量基准。第三,穷尽裁量基准解释的所有可能,仍然无法作出合理的行政裁量决定,可以在履行相关程序要求后,逸脱裁量基准的适用。第四,无论是逸脱怠惰,还是逸脱滥用,只要背离了追求个案实质正义的裁量原意,都将遭受行政问责的诘难。

3. 逸脱效果行为符合裁量授权法的原则宗旨

逸脱效果行为是一个与逸脱决定行为相对应的概念,主要是指在决定逸脱基准文本划定的裁量空间后所作出的行政裁量行为。逸脱效果行为仍然需要受到裁量授权法的规则约束与原则指引,不得违反整个裁量授权法的体系性要求,这样才能确保逸脱行为具备足够的合法性,才能实现行政秩序维护与相对人权益保障的利益平衡。毕竟体系性要求同样会限制执法者的选择空间,不至于使广泛存在的行政裁量权异化为任性的裁量滥用。

需要特别强调的是,基于依法行政原则的要求,当公共政策、行政惯例等因素与裁量授权法的原则宗旨相抵牾时,裁量基准适用机关有且只能选择授权法作为逸脱效果行为的唯一考量依据,而不能基于公共政策或者行政惯例事实上的强约束力,选择无视个案实质正义并怠惰行使逸脱行为。例如,在前文提及的“邬学勋与金塘分局案”中,浙江省舟山市定海区人民法院就提出,不能将食品严打期间的公共政策作为行政执法的依据,运动式执法与依法行政原则相背离,应当尽量避免。

(二) 事中的逸脱操作程序

1. 说明理由

如果执法者逸脱适用裁量基准时不说明理由,人们就无法知晓为何要在法律授予裁量权的范围内作出这一决定。通过说明理由,公开作成逸脱决定的过程,既保证了相对人的知情权,又起到了监督行政机关的作用,符合行政裁量权控制的法治原理。^{〔66〕}相较于普通的裁量决定,作为例外的逸脱行为,是对裁量基准规则控权逻辑的背离,是对法定性原则的挑战,可能引起违背

〔63〕 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,载《法学研究》2018年第6期。

〔64〕 参见何海波:《论行政行为“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期。

〔65〕 参见前引〔6〕,王天华文,《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》。

〔66〕 参见王贵松:《论行政裁量理由的说明》,载《现代法学》2016年第5期。

公平正义的质疑，应该具有更重的说理义务。

其一，逸脱行为说明理由的对象更加多元。一方面，逸脱行为违反了行政系统的层级指挥监督原则，所以需要向上级制定机关说明逸脱适用裁量基准的理由；另一方面，当裁量基准适用于相对人时，其内部效力会进一步延伸至外部空间，因而还需要向相对人说明不适用裁量基准的理由。

其二，逸脱行为说明理由的强度更加多样。一方面，有些情况下的理由说明需要遵循从宽从松原则，如下级执法者选择不适用上级机关制定的裁量基准，应该着重就地域差异性进行说明；而有些情况下的理由说明则需要遵循从严从紧原则，如执法者不适用本机关制定的裁量基准，应该着重就个案特殊性、新颖性进行说明。^{〔67〕} 另一方面，当逸脱行为旨在减轻相对人的法律责任时，实行从宽说理原则，主要就如何践行依法行政进行说明；而当逸脱行为旨在加重相对人的法律责任时，则实行从严说理原则，主要就如何保证过罚相当进行说明。

2. 集体讨论

裁量基准逸脱制度中引入集体讨论，主要是为了防止执法者滥用处罚裁量权。一方面，相较于个体执法者的单方意见，集体讨论是多方智识的交流与融合，逸脱行为的作出因而获得了更多科学性，有利于防止执法者随意逸脱适用裁量基准；另一方面，在集体讨论制度下，承办案件的执法者只负责提出是否需要逸脱适用裁量基准的建议，后续的具体逸脱决定则由执法机关负责人在集体讨论的意见基础上作出，这无疑有利于打消执法者的行政问责顾虑，一定程度上可以规避部分逸脱怠惰的裁量瑕疵。

逸脱适用裁量基准的集体讨论，应当在部门会议上进行，这一程序主要由讨论和决定两个部分组成。讨论阶段是在案件承办人员介绍个案特殊情况以及逸脱考量因素的基础上，讨论人员针对逸脱行为的正当性与风险性发表个人意见。需要重点提及的是，所有参与集体讨论的人员，都应该提前阅读了解拟逸脱裁量基准文本的内容，并始终坚持独立自主的意见陈述原则，不得考虑与之不相关的案外因素。^{〔68〕} 决定阶段则秉持首长负责制和案卷排他原则，由执法机关负责人在集体讨论记录的基础上，作出准予逸脱、不准逸脱或者修改完善的决定。如果执法机关负责人针对逸脱行为的意见，与大会多数人意见存在较大出入时，应当亲自在会上就意见的形成过程作出解释与说明。同时还可以根据实际情况，邀请相对人或者专家代表列席集体讨论，就是否逸脱的问题提出建议。最后，逸脱行为集体讨论过程中产生的所有意见都应当完整收录，既包括赞成意见，也包括反对意见，以为后续行政责任的合理划分提供依据遵循。

（三）事后的逸脱监督机制

1. 备案审查

对于严重影响相对人权益的重大具体行政行为进行备案，已经成为行政执法实践的常态。^{〔69〕} 逸脱适用裁量基准作为一项关乎规则控权实效、关乎法秩序安定的具体行政行为，深刻地影响着公民的权利与义务，有必要也将其纳入重大具体行政行为的备案审查范围。特别是当下级执法者

〔67〕 参见前引〔10〕，章志远文。

〔68〕 参见陆洲、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》，载《河北法学》2018年第11期。

〔69〕 参见《濮阳市人民政府重大具体行政行为备案管理办法》（濮政〔2013〕43号）。

逸脱上级机关制定的裁量基准时,事中的说明理由与集体讨论程序通常都局限于本级机关内部,难免会阻碍行政执法机关逸脱理由的“上传”,以及基准制定机关逸脱意见的“下达”,因而,需要行政执法机关将逸脱适用裁量基准后的行政处罚实施情况报制定机关备案,以便裁量基准制定机关了解情况、掌握动态,进而通过检查监督保证逸脱行为的合法性与合理性,提高个案裁量质量与基准适用水平,最大程度地保障相对人的合法权益。^[70]相较于作为强规制工具的事先批准、传统的运动式行政执法检查以及案卷抽查等监督机制,逸脱行为的备案审查具有更好的持续性、系统性与和缓性,不至于过分压制下级行政机关的主动裁量意愿,可以使其更加理性地选择裁量基准的遵守与逸脱,最大限度地规避逸脱滥用的裁量风险。

具体而言,逸脱行为的报送备案,应当遵循“一案一报”以及备案审查期间不停止逸脱行为的原则。报送材料主要包括逸脱行为备案报告表、个案特殊情况说明、法制机构合法性审查意见、部门集体讨论记录、逸脱效果行为决定书以及备案审查机关认为应当报送的其他材料。上级机关收到报送材料后,将对逸脱效果行为的合法性与合理性进行全面审查,具体包括作成逸脱行为的事实基础是否清楚明晰、授权法依据是否准确无误、法定程序是否得到必要遵循,等等。经过审查,如果发现报送的逸脱行为存在违法或者不当瑕疵的,审查机关可以作成行政执法监督检查意见书,责成报备机关予以整改和纠正。

2. 逸脱激励

逸脱怠惰之所以存在,主要就是因为个案的复杂情况以及行政问责的压力,使得执法人员缺乏打破裁量基准、追求实质正义的动力。因此,有必要在行政监督系统中增设一套逸脱激励机制,以避免执法者在个案特殊情况下仍然僵化适用裁量基准。主动逸脱的正向激励与逸脱怠惰的反向激励,共同构成了该机制的主要内容。

当执法者基于个案正义的考量,主动逸脱适用裁量基准,并获得相对人接受时,可以对其进行正向激励,以肯定其能动行使裁量权力、积极践行裁量原意的重要意义。^[71]正向激励的考察标准主要为“个案正义考量+主动逸脱+获得相对人接受”。其中,个案正义考量是指执法人员逸脱适用裁量基准时没有考虑不相关因素,个案正义成为其唯一目标追求。主动逸脱则是指执法人员主动就个案特殊情况进行翔实说理,积极申请集体讨论,并在事后主动报送备案材料。获得相对人接受则是“顾客至上”之新公共管理理念的体现,主要以个案的申诉、信访、复议以及诉讼情况作为接受度的衡量判断指标。

当行政执法人员无视个案正义,怠惰逸脱适用裁量基准,并引发相对人不满时,就可以对其进行反向激励。反向激励是将逸脱怠惰行为的执法检查结果纳入依法行政工作责任目标考核内容,并建立权责明确的责任追究机制,以行政问责的制度形式,反向推进逸脱权力的合理行使。当然,这种行政问责也需要坚守最基本的法治意识,^[72]不能一刀切地将所有逸脱怠惰行为都纳入责任追究范围,必须注意该机制的适用前提是“无视个案正义+逸脱怠惰+引发相对人不

[70] 参见陈鹏:《重大具体行政行为备案审查制度的规范阐释》,载《政治与法律》2012年第5期。

[71] 参见朱新力、罗利丹:《裁量基准本土化的认识与策略——以行政处罚裁量基准为例》,载《法学论坛》2015年第6期。

[72] 参见杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,载《法学研究》2004年第1期,第14页。

满”，任何错误适用都将背离反向激励的制度初衷，过泛的打击范围只会更加抑制执法人员的逸脱能动性。

3. 适度司法审查

随着“裁量不予审理观”逐渐被“裁量界限理论”替代，逸脱作为执法者实施的一种裁量行为，需要接受司法审查已经没有多大争议。需要进一步思考的是，法院应该如何运用这项司法审查权，才能既尊重行政机关基于专业性获得的裁量首次判断权，也有效防止出现逸脱怠惰与逸脱滥用的裁量瑕疵。

针对逸脱怠惰，司法机关可以从以下两个方面进行审查。首先是考察裁量授权法规范是否规定了裁量基准实施机关考虑个案特殊情况的义务，如果存在此义务而未被履行，则可以径直裁判裁量基准实施机关的逸脱怠惰行为违法。此时，个案特殊情况考虑义务作为一种法定义务出现，司法机关的解释可以优先于行政机关的判断，且不生侵犯行政机关专业性的风险，因为在释法说理这个问题上，司法机关的独特优势是无可比拟的。^{〔73〕}其次，当裁量授权法规范并没有明示是否需要在个案特殊情况下逸脱适用裁量基准时，司法机关也可以基于自身对裁量本质的理解，认定裁量基准实施机关没有履行个别情况考虑义务而违法。此时，司法机关实际上是在代替行政机关作出实体裁量判断，这是一种最严格的司法审查，对于行政机关的干涉程度也是最深的。正是因为存在背离权力分工原则的危险，所以不能将这种审查方式适用于所有的逸脱怠惰情形，而只能适用于逸脱怠惰导致行政处罚明显不当时。毕竟当一般理性人基于通常的知识经验就可以一致得出处罚明显不当的判断时，行政机关的专业判断权也就必须让位于司法机关的一般理性人标准了。

• 117 •

针对逸脱滥用，司法机关则可以运用低、中、高三种不同的强度加以审查。遵守逸脱行为的作出程序是对行政机关的最低要求，所谓低强度审查主要就是指基于正当程序的一种审查方式，即司法机关并不正面审查逸脱行为的实体合理性，而是着重关注逸脱行为的作出是否已经践履了必要的程序性要求。^{〔74〕}具体而言，就是审查逸脱行为是否履行了说明理由、集体讨论、处罚决定备案等程序和步骤。之所以如此，是因为逸脱适用裁量基准也是裁量权行使的一种方式，过度的司法审查有违裁量正当化事由的要求，有违司法不得侵犯立法的要求。所谓中强度审查，则是指司法机关居于中立第三者的地位，剖析逸脱行为具体作出的判断过程，进行一种程序性的实体审查。^{〔75〕}与正当程序审查只关注程序是否履行不同，判断过程审查进一步深入到了程序履行过程之中，对说明理由之理由与集体讨论之意见等实体内容进行合理性审查，主要着眼于逸脱行为说明理由是否考虑了相关因素、是否做到了从宽说理与从严说理相结合，集体讨论是否听取了与会反对者的意见、是否研讨了逸脱行为的替代性方案。^{〔76〕}所谓高强度审查，则是指当个案并不存在需要特别考量的情况，且逸脱适用裁量基准将导致公民生命与财产等重大法益遭受迫切而具

〔73〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第166页。

〔74〕 参见何海波：《正当程序原则的正当性——一场模拟法庭辩论》，载《政法论坛》2009年第5期。

〔75〕 参见王天华：《行政裁量与判断过程审查方式》，载《清华法学》2009年第3期。

〔76〕 参见王贵松：《论行政裁量的司法审查强度》，载《法商研究》2012年第4期。

体的侵害危险时,行政机关的逸脱裁量权就会出现向零收缩的情形,^[77]因而只能依据裁量基准作成行政处罚决定。如果行政机关仍然坚持裁量基准的逸脱适用,司法机关就可用自己的专业意见加以替代,责令其依据裁量基准履行行政处罚职能。

五、结 语

裁量理论与裁量基准理论是我们理解逸脱行为的前见知识库,任何对于逸脱行为的批判与赞扬,都必须放置在这一理论背景下进行,否则就会只见树木、不见森林。作为优化行政处罚裁量基准适用的调节器,逸脱行为从来都不是破坏裁量基准规则控权逻辑的洪水猛兽。相反,最大限度地考虑个案特殊情况,反而是真正践行了追求实质正义的裁量原意。从某种程度上来讲,复归裁量本质的逸脱行为本就应该裁量基准制度的重要组成部分。在裁量基准遭受逸脱怠惰与逸脱滥用双重瑕疵责难、控权价值不断衰减的现实面前,我们需要拾起逸脱行为这一理论工具,沿着立法机关授予裁量权的原初目的,周密构筑逸脱行为的实体规则、操作程序与监督机制,以对作为最适控权工具的裁量基准加以整饬与调适,真正实现既自由灵活、又严谨规范的裁量运行旨趣。

Abstract: The existence of two kinds of discretion flaws, laziness and abuse, makes the discretion standard, as the most suitable tool for power control, have to rectify and adjust its own applicable rules, which should not only ensure the general compliance of power control rules, but also pay attention to the special considerations of individual cases. Whether it is the need to fill the loopholes in the rules, the requirements of administration according to law, or the need of the substantive rule of law, it can prove the legitimacy of the application of the discretion standard in exceptional deviation based on the legislative purpose and the original intention of discretion. However, in order to avoid the risk of power abuse that may be caused by emphasizing the application of deviation, it is necessary to set proper and reasonable conditions for starting deviation in advance, provide specific and detailed operation procedures for deviation, and create a safe and reliable supervision mechanism for deviation afterwards, so as to ensure that deviation behavior is always a legal, exceptional, necessary and modest discretion standard adjustment device.

Key Words: administrative penalty, administrative discretion, discretionary standard, deviation of discretionary standard, case justice

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

[77] 参见王天华:《裁量收缩理论的构造与边界》,载《中国法学》2014年第1期。

论算法行政的技术性正当程序

朱 瑞^{*}

内容提要：算法行政面临着合理性的诘难。算法行政合理性的基础从人与人之间的关系拓展到人与类人机器之间的关系。关系的转变导致社会治理模式从中心化开始转向分布式，进而影响到公权力和私权利的平衡。这些难题在程序上表现为行政机关和其他主体沟通机制的失灵，行政平等和公开原则遭到破坏，进而导致人们对行政行为的认同感降低。技术性正当程序提出规制算法行政的愿景：法律应当保障相对人的程序性权利，维护行政公共性，追求程序正义。在技术性正当程序的引导下，通过构建人工介入的交涉机制、理性化和追求平等的算法运作方式、响应程序公开的算法透明化操作、以重点解释增强可接受性的路径，使算法行政始终以服务相对人为中心，最终满足人们的合理性期待。

关键词：算法行政 电子政务 行政程序 技术性正当程序

• 119 •

一、问题的提出

算法和公共行政的结合引发了行政行为的合理性问题。“无人干预”的行政审批，“无感电子眼（耳）”的交通执法，“互联网+明厨亮灶”的食品安全监测，数字技术越来越多地融入公共行政领域，促进法治政府的智慧化建设。中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》提出，建设法治政府时，要重视科技的作用，坚持运用大数据、互联网、人工智能等技术手段推进依法行政，不断融合政府治理的法治化和信息化，提升法治政府建设的数字化水平。《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》提出，应将数字技术广泛应用在政府管理服务之中，以数字技术推动政府治理的模式创新，提升履职能力，着力构建数字化、智慧化的

^{*} 朱瑞，南京师范大学法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金重大招标项目“习近平法治思想研究”（20&·ZD004）、2022年江苏省研究生科研创新项目“中国式法治现代化新道路的自主性及实践方式”（KYCX22_1401）的阶段性成果。

政府运行新形态。法治政府的数字化发展趋势已然明朗,实现数字与法治的和谐共生成为重要问题。亚里士多德提出,政府是一套按人的意志和命令自动工作的无生命工具。^{〔1〕}当下,算法和行政治理的融合正在催生出崭新的行政模式——算法行政。“算法行政是公共行政发展的新面向。”^{〔2〕}

学界对算法行政的认识集中在三个方面:一是智慧算法介入行政过程;二是公权力行使的自动化;^{〔3〕}三是行政治理效果的周全化。^{〔4〕}在算法行政展开的过程中,机器通过学习算法,寻找数据规律,不断进化。^{〔5〕}算法拥有自主性的、非人意志参与的因素,算法和公共行政的结合引发行政行为的合理性问题。如果说人们在过往思考的是“一个人为何能够命令另一个人”,那么现在人们需要思考的问题则是“机器为何能够命令人”。算法意志作出的对人决策引发合理性问题的具体表现为:

其一,如何面对从人和人的关系转向人和类人机器关系的现实。马克思曾提出一个经典论断:“人的本质不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上,它是一切社会关系的总和。”^{〔6〕}算法技术正从诸多层面分享着马克思意义上人的主体性。工业革命时代,理论家们批评那种将人变成机器的社会关系,呼吁人的主体性回归;信息时代,在算法支持下,我们开始尝试将机器类人化,让机器模拟和复刻人的能力。^{〔7〕}沙特赋予机器人公民身份,^{〔8〕}欧盟在激烈地讨论是否赋予机器人人权。^{〔9〕}人和人的关系正在扩展为人和机器、算法的关系。在人和机器身份界限逐渐模糊的情况下,行政公共性正在发生改变。^{〔10〕}行政机关在决策中引入算法,甚至让算法承担主导作用,将算法提升至行政主体的高度。^{〔11〕}这样,人类社会将在“马克思论断”的基础上进一步发展为人与机器,甚至机器与机器之间的社会关系形态。算法行政正在帮助形成新型的、边界尚未明确的人与机器之关系。

其二,如何适应社会治理模式从中心化向分布式的转变。在算法时代,老百姓“有事找政府”的习惯将会逐渐发生改变。算法治理技术融合行政行为和智慧技术,形成政务处理自动化的模式。算法行政为各类主体参与社会治理提供技术支撑。算法对行政知识、事务和规则开展编码

〔1〕 参见〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆2009年版,第11、12页。

〔2〕 雷刚、喻少如:《算法正当程序:算法决策程序对正当程序的冲击与回应》,载《电子政务》2021年第12期,第17页。

〔3〕 参见王怀勇、邓若翰:《算法行政:现实挑战与法律应对》,载《行政法学研究》2022年第4期。

〔4〕 See Antoinette Rouvroy & Bernard Stiegler, *The Digital Regime of Truth: From the Algorithmic Governmentality to a New Rule of Law*, 3 La Deleuziana 6, 9-10 (2016).

〔5〕 See Shrestha, Ajay & Ausif Mahmood, *Review of Deep Learning Algorithms and Architectures*, 7 IEEE Access 53041, 53053 (2019).

〔6〕 〔德〕马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》(第一卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,人民出版社2012年版,第135页。

〔7〕 例如大规模语言模型技术的产品 ChatGPT 引发人们的讨论,人们认为,这款产品的理解能力已经和之前的产品表现出明显的区别。参见《ChatGPT 背后的创新焦虑》,载《经济观察报》2023年2月13日,第1版。

〔8〕 参见《首位机器人公民 原型为赫本》,载《法制晚报》2017年11月3日,第16版。

〔9〕 参见《欲赋予机器人“人权”欧盟要给它们发工资?》,载《绍兴晚报》2016年6月24日,第11版。

〔10〕 参见王张华、颜佳华:《人工智能时代算法行政的公共性审视——基于“人机关系”的视野》,载《探索》2021年第4期。

〔11〕 参见蒋银华:《行政基本法典编纂中电子化行政的主体定位及其制度路径研究》,载《行政法学研究》2022年第3期。

工作，行政主体通过设计算法决策的运算路径、方向、机制，开展解码工作，最终实现算法参与社会治理的逻辑闭环。^{〔12〕}政府将会在算法的支持下向社会组织让渡部分权力，公民遇到纠纷或产生其他需求时，将会根据预先设定的程序先行内部商量、自行解决或者在社会组织层面解决，政府提供解决思路而非解决结果，治理的权力从政府分散到民间。但这种转变还面临现实的难题，毕竟公民数字素养的提升并非朝夕可见之事。^{〔13〕}

其三，如何平衡算法行政中的公权力与私权利。算法分享传统意义上行政专家的权力，算法行政打破行政决策中的权力平衡。人们对于算法的信任度越来越高，算法结果从过往的参考意义正在转向“不加质疑”的状态。^{〔14〕}这样，算法权力追求效率优先、技术理性的倾向与传统行政模式追求道德理性、正当性的倾向发生碰撞。此外，算法多由平台企业设计，行政机关须与私主体的平台企业分享算法的技术力量。行政机关的公共权力与平台的权力便产生重叠。那些被誉为“准公共权力”的平台权力将会加剧权力运作的失衡。

面对算法行政合理性不足的问题，行政机关应当注重算法行政的程序风险；通过加强行政程序建设，增强算法行政的合理性。首先，分析算法行政带来的程序风险；其次，从技术性正当程序的视角阐释算法行政的关系模式和治理策略；最后，构建算法行政的运转机制和实践方案。

二、算法行政的程序性风险

算法对人决策的问题在行政领域集中表现为算法行政的程序问题：一是在交涉过程中，行政相对人和行政机关的权力、权利边界模糊；二是在调整社会关系的过程中，算法行政造成不平等的结果；三是算法黑箱与行政公开的矛盾构成行政主体和相对人关系展开的前提；四是相对人、行政机关和算法关系的模糊降低行政决策的可接受性。通过下述四个主题风险的阐述，便将算法行政的合理性问题具体化为程序性风险问题。

（一）算法行政导致程序交涉失灵

正当程序理论提出，交涉是现代法律程序的核心要素，^{〔15〕}程序应当提供有利于各方交涉的运作机制。交涉帮助行政相对人获得更多的参与感和尊重感。古老的程序原则是，当人们做出决策时，决策者应当听取利益相关方的意见。^{〔16〕}因此，行政机关在作出行政行为时，有必要听取行政相对人的申辩和陈述，在必要时，例如严重影响相对人利益或者引起社会广泛关注时，行政机关应当构造更为正式的程序，例如听证会、公开争辩等。在行政程序中，相对人通过交涉表达各自意见，相互增进理解。

其一，人机互动减少交涉。传统模式下，行政主体和相对人以面对面的形式开展交涉，产生异议时相对人可以当场向行政主体陈述、申辩。在算法时代，这种面对面的交涉方式变成人机之

• 121 •

〔12〕 参见前引〔4〕，Antoinette Rouvroy、Bernard Stiegler 文，第 6-29 页。

〔13〕 参见刘彤：《提升全民数字素养 共享数字红利》，载《人民邮电报》2021 年 11 月 16 日，第 8 版。

〔14〕 参见孙跃元：《算法决策应用的外部风险及其公共治理路径研究》，载《河北法学》2023 年第 4 期。

〔15〕 参见孙笑侠：《程序的法理》（第 2 版），社会科学文献出版社 2017 年版，第 29 页。

〔16〕 参见〔德〕约翰·奥尔：《正当法律程序简史》，杨明成、陈霜玲译，商务印书馆 2006 年版，第 65 页。

间的互动,甚至没有互动。相对人只能在拿到行政程序结果之后再启动审查程序,算法让行政机关隐于幕后。同时,自动化的算法简化行政决策过程,将行政相对人排除在行政决策过程之外。随着算法行政自动化水平的提升,其基本实现格式化的问答。当相对人提出某一类型的问题时,自动决策系统能够检索并提供相应回答。这样,算法行政将行政机关从多次重复行为中解脱出来,行政效率获得提升,行政资源得以节省。但效率背后的代价是,行政相对人的程序权利陷入难以保障的困境。^{〔17〕}

其二,算法行政降低交涉质量。算法以大量实践案例为基础,在深度学习案例素材的基础上,根据预先设定的数值输出决策结果。这样的决策结果更易符合决策者的预期,但是决策过程相较以往略显简化。也即,行政相对人被动地在屏幕上开展操作,无法深度参与程序活动。人们更多地将那些按钮视为手机APP里的“知情同意书”,在未能做到审慎阅读的情况下,便全部点击“同意”。人们之所以不重视这些条款,更深层的理由在于,即使从头到尾完成阅读,我们依旧没有拒绝的权利。这是一种强迫的同意,而非有选择的同意。这一点,人们在疫情期间申领健康码时有较为直接的体会。^{〔18〕}因而,在这样的程序中,相对人很难获得较好的程序体验。

算法运行的速度极快,人类很难在短时间内做出及时和理性的回应。另外,行政相对人的陈述、申辩或者其他交涉的意见难以转换为算法语言。此时,算法至多起到电子记事本、公共信箱的功能。相对人的意见无法被纳入行政决策的考量范围,其只能等算法做出错误的行政决策后再启动纠错程序,这反而浪费行政资源。退一步讲,即使到强人工智能时代,算法对自然语言的理解能力达到我们期待的标准,但算法假设的基础是人的理性状态,然而人们并非总能清晰表达自己的观点,对于那些语言或表达能力欠缺的相对人而言,他们便失去交涉的机会。

其三,交涉时间的后移导致相对人程序权利受损。在“田志鹏诉陕西省西安市公安局站前分局案”中,原告认为交通违法罚款自助缴纳系统违反《中华人民共和国道路交通安全法》(2021年修正)的程序性规定,不具备合法性。^{〔19〕}在传统执法的模式下,相对人可以当场查阅违规记录,开展交涉活动。但算法行政的非现场性使得行政相对人的申辩权后移。尽管算法行政系统可以在做出结果后通过短信的形式快速通知行政相对人,但是通知是单向的,交涉要求开展双向互动。因而,即使相对人有交涉的意愿,也只能按期缴纳罚款后,再从算法系统中调取相关证据材料,提出抗辩。这样,事前救济转变成事后纠正,相对人程序性权利隐而不彰。

(二) 算法歧视冲击程序平等

传统行政治理中,歧视现象容易被人们察觉。面对同一事项,若行政主体考虑性别、地域、贫富等歧视性因素,容易引起人们的抵制。例如,纳税大户免于交通处罚引起社会非议,最终只能作罢。^{〔20〕}但这些歧视性分类要素在算法中获得全新的伪装,算法通过分析人们的生物信息、行程数据和消费状况可以算出那些被禁止获得的歧视性信息,进而实现区别对待。换言之,传统

〔17〕 参见张恩典:《人工智能算法决策对行政法治的挑战及制度因应》,载《行政法学研究》2020年第4期。

〔18〕 参见季卫东:《探讨数字时代法律程序的意义——聚焦风险防控行政的算法独裁与程序公正》,载《中国政法大学学报》2023年第1期。

〔19〕 参见西安铁路运输法院(2017)陕7102行初1115号行政判决书。

〔20〕 参见彭北异:《重奖纳税大户当叫停》,载《中国经济导报》2006年6月3日,第2版。

上行政主体依赖特定分类才能实施的歧视行为，在算法时代，已经被隐含于碎片化的信息之中。公众容易被算法运作的表象迷惑，忽视算法造成的实质性不公正。具体而言，算法对平等原则的冲击建立在两个前提之上：

其一，算法对人们思想观念的影响构成算法歧视的主观基础。现代社会对科学技术的崇拜使得人们将“科学”作为具体问题的笼统解释方案，“科学的”和“正确的”成为时常相联系的词。算法是科学改造世界的工具，现在已经进入物质生活的方方面面。同时，在精神层面，相较于过往的电视、电话、报纸，算法对人们思想观念的塑造更加多元。借助算法，人们能针对性地向社会输出观点、建构观念。2016年美国大选期间，数据分析公司通过抓取推特、脸谱和抖音（TikTok）等社交平台的相关信息，分析支持特朗普的民众特征，帮助特朗普开展有针对性的宣传。从这个角度而言，算法正在重塑人们的意识形态。^{〔21〕}

其二，算法导致的信息差距构成算法歧视的客观基础。行政主体和行政相对人的社会资源调动能力不同，由此，一方面导致行政机关和行政相对人的信息不对称，另一方面导致行政机关和治理对象的信息不对称。^{〔22〕}在算法助力下，行政机关的信息获取能力大幅提升，后一种情况得到改善。但就前一种而言，行政相对人的信息地位并没有随着技术的发展而提升，反而由于行政机关能力的增强，双方信息能力的差距进一步增大。行政信息公开有利于相对人和行政机关的信息对等，保障公民权益，规范公共权力。在传统上，行政公开原则要求行政主体和行政相对人保持信息交涉；在算法行政时代，强势的行政机关和弱势的社会公众之间形成“数字鸿沟”，而传统的信息沟通机制难以将双方拉回对等的状态。在这样的背景下，算法歧视在算法设计、运作和决策阶段都有体现：

一是设计阶段的歧视。即使当下已经实现算法的自我生产，但初代算法依旧需要人的参与。在设计算法时，设计者会直接或间接地将自身价值观念写入算法。算法不可避免地表现设计者教育层次、社会阶层乃至成长经历等。设计者只要稍作偏向，就可以做出更有利于某一阶层或群体的选择。另外，行政主体应当保持中立，平等对待每一个行政相对人。但人们难免处理和自己有利益交叉的事情，也难免受到感情和价值观念的影响。因此，行政程序允许相对人在特定的程序中行使回避的权利，避免潜在的不公平因素。当算法代替人成为裁决者时，由于当前的算法设计追求功能一体化，也即算法包揽行政决策全过程，算法无法自行回避也不知如何判断回避的内容，这违背了“不做自己的法官”的基本程序原则。^{〔23〕}

二是源自数据收集和训练层面的歧视。对于数据收集而言，算法和大数据相辅相成，没有大数据，算法的准确性将会降低。为此，行政机关需要扮演信息收集者的角色。这背后隐藏的事实是，行政机关利用算法将人变成一串数字代码，但行政相对人乃至社会公众对此毫不知情。算法的不透明导致行政机关在缺乏有效监督的情况下，直接做出影响行政相对人权益的行政决策。一个古老的命题是：“但凡是有权力的人都会滥用权力，而且不用到极限决不罢休。”^{〔24〕}此时，行

〔21〕 参见杨抗抗、陈林：《人工智能赋能意识形态治理及其风险应对》，载《世界社会主义研究》2022年第11期。

〔22〕 参见张凌寒：《算法自动化决策与行政正当程序制度的冲突与调和》，载《东方法学》2020年第6期。

〔23〕 参见姜明安：《行政法与行政诉讼法》（第7版），北京大学出版社2019年版，第78页。

〔24〕 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上），祝晓辉、刘宇飞、卢晓菲译，北京理工大学出版社2018年版，第214页。

政权力在算法的“无知之幕”下不断膨胀,为算法行政打开隐性歧视的空间。对于数据训练而言,若用于训练算法的数据本身带有歧视因素,纵然算法中立,也难以产生公正的结果。疫情期间,健康码的数据源于使用者们的申报和行政机关已经掌握的公共数据,但是由于各个省市对数据掌握的力度深浅不一,导致各地互不承认。江苏十三市甚至有13个信息申报系统,^[25]相互实行对等的歧视性政策。

三是算法应用中产生的歧视。算法特性之一是机器学习,通过大量的实践,程序能够探索并运行全新的程序。算法运行的偏见主要体现于自主学习的人工智能算法。根据人工对机器学习过程的干预程度,算法可以被划分为半自主式学习和自主式学习。半自主式学习是指机器在算法加持下进行临摹,对数据进行感悟。因此,“喂”给程序的数据是否被污染,这对于最后结果至关重要。自主式学习指的是程序通过自动抓取大量数据,自主开展分析工作并为此建立相关模型。当然数据的不精确性同样会造成结果的偏差,也就是“算法歧视”的产生。据此推测,半自主式学习所产生的偏见在社交媒体平台尤为多见,这类歧视主要源于对“精准”推送的需要,导致特定群体对特定信息的自我强化和刻板印象。^[26]

(三) 算法黑箱阻碍程序公开

行政公开是行政程序的基本原则,行政公开程度反映政府的法治现代化程度。行政信息公开分为三个方面的内容:一是行政决策的公开,在政策制定的过程中,行政机关应当说明和解释条文并广泛征求意见;二是行政执法的公开,执法的程序、标准都应列入公开的范畴;三是政府相关信息的公开,例如财政收支状况、领导架构等。除法律、法规明确规定不予公开的之外,其他算法行政的信息都应当予以公开。

算法行政让行政公开面临操作难题。算法行政依托算法,而算法却是一个“黑箱”。我们将信息投入黑箱(算法)中,而后黑箱很快吐出结果。这也怪不得人们调侃道,算法黑箱和风水算命区别可能仅仅在于人们更加相信黑箱的结果。^[27]其实,算法过程并非完全不可公开,不公开的理由在于:一是算法自身高度复杂,解析算法的运算量极大,公开成本极高;二是国家或商业秘密等因素带来的人为不透明。^[28]例如,在涉及商业秘密的案件中,法院明确指出算法能够帮助权利人保持竞争优势,带来商业利益,因而算法应当作为商业秘密予以保护。^[29]黑箱引起人们的厌恶,如果我们将公众对不透明过程状态的厌恶统称为“黑箱厌恶”的话,在算法行政到来之前,人们就已经面临着“黑箱厌恶”的难题,也即自由裁量的问题。无论程序多么精巧,唯独决策者的意志无法被公开,甚至无法被预测。为适应决策者思维的不确定性和不可知性,人们在设计程序时建立起基于公开的程序参与机制,形成“通知—公告—参与”的模式,从而防止决

[25] 徐州的是“彭城码”,南通的是“易来通”,南京的是“宁归来”,无锡的是“锡康码”,苏州的是“苏城码”,镇江的是“镇健康”,连云港的是“连易通”,常州的是“我的常州健康码”,淮安的是“淮上通”,泰州的是“祥泰码”,宿迁的是“宿康宝”,扬州的是“扬城码”,只有盐城用的是江苏省的“苏康码”。

[26] 参见高丽华、刘尧:《人工智能背景下的“算法歧视”及其治理》,载《新闻战线》2021年第22期。

[27] 参见吴靖:《“算法”具有自由意志吗?——算法主导社会行为背后的几个悖论》,载《中国出版》2019年第2期。

[28] See Jenna Burrell, *How the Machine Thinks: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, 3 Big Data & Society 1, 1 (2016).

[29] 参见深圳市中级人民法院(2021)粤03民初3843号民事判决书。

策的武断和恣意。但这种模式与机制在算法行政中难以达到原先的效果，因为算法只提供结果，不说明理由。随着自主学习机制的成熟，算法已经可以减少人工干预和维护，实现自我学习、自我编程，这进一步增加相对人对决策过程的理解难度。

算法的黑箱效应与行政公开原则相冲突。我们向算法投喂的数据有时涉及商业秘密、国家安全，这就变相放大了法律列举的不公开情形，进而成为不公开的格式化理由。另外，即使公开算法的运行代码，民众真正理解算法的可能性也不容乐观。法国政府逐步公开由政府主导的算法模型，以提升公众对算法的信任。但就实际效果而言，这是用传统的行政公开思维应对算法时代黑箱难题的尴尬做法，毕竟很少有人能看懂算法。面对算法黑箱，我们需要建构一套程序制约机制。

（四）算法难解释性降低程序可接受性

其一，说明理由层面降低的可接受性。在做出影响相对人权利的决定时，行政机关应当向相对人解释说明，例如基本事实、法律依据和逻辑推导关系等，这是行政行为可接受性的重要组成部分。对于抽象行政行为，例如行政机关在行使法规、规章制定权时，应广泛征求意见、说明行为目的和影响等。《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）、《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）明确规定，做出行政决定时行政机关应说明理由。^{〔30〕}如果说行政公开原则是行政机关形式上的透明，那么理由说明义务则是行政机关实质上的透明。行政机关说明理由能够增强人们对决策结果的可接受性，防止行政机关的恣意和专断。

但算法行政面临的问题是，行政机关越来越难以向相对人提供理由。一方面，还原算法决策过程、对算法做出解释面临极大困难；另一方面，算法是一系列代码，即使开展解释工作，最后的解释文本也是一系列的代码文本。根据行政法的合法性要求，行政机关的理由说明义务并不包含解释代码，这对行政主体提出了过高的要求。我们尚且无法奢求行政相对人对算法的理解，更何谈将算法运行过程转化为法律意义的理解。在“声呐警察案”中，原告被电子声呐判定为违法鸣笛，遭受处罚。原告不服，辩称自己从未在事发路段鸣笛。在庭审中，行政机关邀请专家证人对技术做出说明。法院表示，其仅能从法律意义上讨论设备是否合法，不对技术效果开展认定工作。^{〔31〕}可见，即使行政机关能够对算法开展解释，但在法律意义上，这并没有增强结果的可接受性。

其二，证据层面降低的可接受性。算法的难以解释性打破传统的证明方式和证据形态，甚至可以影响行政处罚的正当性。从辅助人工到原则上人工不介入，算法已经超出人们的理解，决策结果越来越难以解释。除此之外，对行政处罚而言，算法对证明标准也同样构成挑战。当行政主体做出吊销证照、行政拘留等涉及财产和人身权利的行为时，法律要求达到排除合理怀疑的标准。但是，算法如何证明其达到合理怀疑，这成为横亘在人们面前的现实难题。

其三，确定性层面降低的可接受性。算法改变传统的逻辑思维方式。前算法时代，人们遵循“大定律、小数据”模式，也即根据定律找数据；算法时代恰恰相反，遵循“大数据、小定律”模式，人们在海量数据中寻找规律，从而根据数据预测下一次的结果。易言之，传统上的逻辑模式

〔30〕《行政处罚法》第48条第2款规定：“公开的行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的，行政机关应当在三日内撤回行政处罚决定信息并公开说明理由。”《行政许可法》第30条第2款规定：“申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的，行政机关应当说明、解释，提供准确、可靠的信息。”

〔31〕参见上海市高级人民法院（2019）沪行终204号行政判决书。

更接近三段论的推理,预先设定大前提,根据现实的小前提,而后得出结果。算法行政的逻辑基础是一种经验导向的模式,其根据海量数据推测未来结果。数据越多,结果的准确度越高。与传统模式相比,经验的逻辑虽然会不断提高准确性,但是在作出决定之前,谁也无法确定其准确性。

算法的难解释性导致人类思维和算法思维难以融合,这方面典型的例证是“预测警务”的发展。美国的预测警务系统 PredPol、HunchLab 已经有相当长的实践经验,同时为警力资源调配提供参考意见。^{〔32〕}在我国,北京市公安局建立“犯罪预测系统”,其通过汇聚特定地区的犯罪数据,预测犯罪的未来趋势。^{〔33〕}但是,算法预测只是一种概率,我们无法得知究竟是算法实现了精准预测,还是由于行政机关提前得到预知,加大警力投入,进而发现本就存在的犯罪,这种预测的真实性陷入无法验证的恶性循环之中。

另外,出于对算法的信赖,当算法开始预警时,行政机关必然会在行政资源上做出倾斜。但这是建立在预测结果高度准确的基础上,如果算法给出的警告并不必要,那将会浪费行政资源、风险过度防控和违反比例原则,进而导致行政权力滥用。所以,算法行政的决策固然合法,但却易失之于合理。

三、技术性正当程序的规制愿景

面对公共行政现状,西伦特(D. K. Citron)前瞻性地提出“技术性正当程序”的概念,其旨在重新调配相对人、利害关系人和社会公众的权利、义务,强调各方都有能力和机会知道甚至拒绝自动化行政的决策。^{〔34〕}技术性正当程序维护人的尊严价值,^{〔35〕}其要求算法行政过程应当排除偏见、听取各方意见、说明决策理由。^{〔36〕}相较于传统的正当程序原则,其追求的目标更加贴合现代社会,主要包括准确、透明、参与、负责、公平等,这些内容涵盖算法决策的诸多场景。^{〔37〕}其中,尊严具有超越时空的特性,在当下,其依旧占据着核心的地位。^{〔38〕}技术服务于人,只要人的主体性还能得到承认,那我们对人性尊严的要求就不会改变。在程序中,个人尊严的规范化要求算法行政保障个体的程序性权利。个人为“私”,重视“私”的权利构成“公”权力的基础。因而,技术性正当程序对算法行政的规制愿景增加了公共性的要求。最终,技术性正当程序将会催促算法行政靠近程序正义。

(一) 保障个体的程序性权利

其一,保障各类主体的知情权。知情的前提是公开。公共行政的算法区别于商业算法,其面向社会公众,仰赖公共财政的支持且影响公民权益。因而,在不涉及国家秘密的前提下,公共行

〔32〕 参见谭俊:《大数据技术在警察执法中的应用及挑战》,载《行政法学研究》2018年第6期。

〔33〕 参见《凭数据预测盗窃 警方当场抓贼》,载《北京晚报》2014年6月17日,第11版。

〔34〕 See Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 Washington University Law Review 1249, 1259 (2008).

〔35〕 See Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, 89 Washington Law Review 1 (2014).

〔36〕 参见刘东亮:《技术性正当程序:人工智能时代程序法和算法的双重变奏》,载《比较法研究》2020年第5期。

〔37〕 参见前引〔35〕, Danielle Keats Citron、Frank Pasquale文,第23页。

〔38〕 参见前引〔36〕,刘东亮文。

政应用的算法应当透明、公开，同时应当为一般人的理解提供便利。尤其面向社会的公共服务类、政务类算法有必要强制保持透明。^{〔39〕} 其缘由在于：一是算法透明乃是公民寻求法律救济的前提，^{〔40〕} 不透明公众就无从质疑，这将导致行使公权的算法难以受到约束。二是在算法透明的前提下，行政机关和社会公众能及时发现和弥补算法的不足，减少算法决策侵害行政相对人权益的风险。三是算法透明是开展监督的要求。在实践中，算法的应用者是行政机关，但开发者和维护者往往是各类企业，尤其是私营企业，这类主体有保护算法的内在动力。因而，如果没有将算法透明作为一种强制性义务，那么公众监督算法的问题将无从解决。

其二，保障程序主体的参与权。公众参与不应当仅局限在算法应用层面，算法的设计、采购、应用、评估，以及任何可能影响算法决策的环节，都应当保证公众的参与权。^{〔41〕} 通过鼓励公众参与，算法能够从信息的纠错、分享、交流中获取更多社会信任。行政相对人和公众应当深度参与算法决策，而深度参与需要主体对算法有深入的理解，这种理解又离不开行政机关和专家集团的辅助。所有受到算法影响的人，皆有“知其所以然”的权利，这事关人的尊严，亦是技术性正当程序的核心趣旨。^{〔42〕} 理论界在各种场合强调的“说理”“论证”等观点，其意指参与者和公众能够心领神会地理解。理解，才能认同。因此，技术性正当程序要求行政相对人和其他利害关系人不仅有权知晓行政机关的决策结果，还有权知道关于决定的正反两方面理由。

（二）维护行政行为的公共性

其一，技术性正当程序引导公共偏好。偏好是指人们对整体中的一部分有所偏向，表现为人们对某些事物具有稳定的喜好与偏爱，也表现为人们在众多价值序列中对其中一种价值表现出区别于其他价值的心理倾向。^{〔43〕} 公共偏好是一种和公平联系起来的观念，^{〔44〕} 其在人类社会的发展中立足于人性^{〔45〕}而表现出理性化和稳定的倾向。公共偏好相对稳定，但是随着技术的发展，人与人之间的认知层次、信息对称程度被拉开距离。因而，当算法行政无法稳定地反映公共偏好时，这将导致行政复议、诉讼甚至引发舆情。技术性正当程序要求积极回应社会公众的质疑，建立公共偏好偏离的预警和应对机制，从而维护算法行政的公共信任。

其二，技术性正当程序体现公共理性。公共理性是人们基于公共的理由和意识，以特定公共政策或正义原则为讨论对象，以重叠性共识为目标的交涉活动。^{〔46〕} 人们的公共精神以及在公共精神基础上发展而来的合作态度是公共理性的基础，这样的基础决定公共理性能够为保障公民权利和规范公共权力提供足够的理由支撑。公共理性是一种主体间的理性，是交往理性、关系理性，而非独白式的理性。^{〔47〕} 因此，技术性正当程序要求有效交涉、沟通。在理论上，算法行政

〔39〕 参见苏宇：《数字时代的技术性正当程序：理论检视与制度构建》，载《法学研究》2023年第1期。

〔40〕 See Doaa Abu-Elyounes, *Contextual Fairness: A Legal and Policy Analysis of Algorithmic Fairness*, 2020 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 1, 51 (2020).

〔41〕 参见前引〔39〕，苏宇文。

〔42〕 See Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-making*, 88 Fordham Law Review 613, 623 (2019).

〔43〕 参见薛洁：《偏好转换的民主过程——群体选择的困境》，吉林大学2006年博士学位论文，第13页。

〔44〕 See Richard H. Thaler, *Anomalies: The Ultimatum Game*, 2 Journal of Economic Perspectives 195, 205 (1988).

〔45〕 参见〔印〕阿玛蒂亚·森、〔英〕伯纳德·威廉姆斯：《超越功利主义》，梁捷等译，复旦大学出版社2011年版，第184页。

〔46〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《作为公平的正义：正义新论》，姚大志译，上海三联书店2002年版，第55页。

〔47〕 参见吴英姿：《司法的公共理性：超越政治理性与技艺理性》，载《中国法学》2013年第3期。

做出决策之后,可以径直将通知发给相对人。但技术性正当程序要求考虑到人工介入的因素。例如,即使算法已经做出行政决定,但是行政机关依旧可以通知相对人到指定地点接受处理,抑或者采取人工客服、上门服务的方式,听取相对人的申辩和陈述。无论未来算法的智能化程度如何,社会终究是人的社会。算法或许能够占据部分决策权,但是人作为主体永远应当拥有自身权益不受机器单方面处置的权利,这是技术性正当程序划定的底线。

其三,技术性正当程序要求恢复人的自主性。人的自主性和康德所言的目的性拥有着同等地位,自主性强调人是权利、义务、责任主体的有机统一。^[48]人拥有自主性,才能具备抵抗公权力侵害的道德价值基础。这种自主又可细分为私人自主和公共自主。私人自主是指,在个人、家庭或者其他私人空间之中,主体的自我选择、决定与安排;公共自主是指,人们在公共空间中的自我管理和对公共事务的具体参与。^[49]我们主要强调后者,公共自主的权利投射在行政活动中,表现为行政相对人的救济权、异议权、参与权和知情权,这些具体的权能构成公共权利的实践载体。随着算法行政对这些权利的弱化,技术性正当程序强调,实践应当恢复和拓展行政程序中的反馈渠道和协商空间,将公共自主性还给行政相对人。

(三) 实现技术中的程序正义

其一,程序正义注重人在技术中的尊严。人的尊严是法律实践和理论的观念性共识。^[50]尊严贯穿正当程序的发展历程,算法设计者应当将尊严作为技术发展的评价标尺,算法行政应当遵循尊严的制约。^[51]人是一个不可剥离、不可再分的整体,我们能从形貌、性状、意识、观念等外部视角区分、解析人,但是无法从外在割裂人。康德说:“人就是自在的目的本身,亦即他永远不能被某个人(甚至不能被上帝)单纯用作手段。”^[52]人的目的性决定任何外在的实质主体(例如他人)或者拟制主体(例如行政机关),皆不得简单地以提升效率、维护秩序的名义,降低人的主体地位。

其二,程序正义引导算法行政求善。算法反映的是技术理性,“真实”是算法的基本要求。这和正当程序理论的不同之处在于,正当程序重在“正当”,而“正当”是价值判断。客观正确性仅是技术性正当程序的一部分,但其更为强调“求善”,其追求行政过程和结果的最大公约数,“良善的价值和保障人尊严的基本要求贯穿始终”^[53]。因此,尽管技术性正当程序中体现算法和正当程序的耦合,但仍需注意,这两者的逻辑仍有不同。科学对“真”的专注往往导致对“善”的忽视。如果过度依赖以求真为基调的科学逻辑,我们将陷入盲目的科学崇拜甚至迷信,也将忽视程序运作中人的尊严。甚至当算法行政进一步发展出“数字利维坦”时,其将打开极权主义的发展空间。^[54]算法对社会的控制和支配能力远超我们的想象,当算法逻辑取代自由意志时,

[48] 参见石佑启、曾鹏:《论保护人的尊严与现代行政法任务的变迁》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期。

[49] 参见高鸿钧:《走向交往理性的政治哲学和法学理论(下)——哈贝马斯的民主法治思想及对中国的借鉴意义》,载《政法论坛》2008年第5期。

[50] 参见郑玉双:《人的尊严的价值证成与法理构造》,载《比较法研究》2019年第5期。

[51] 参见前引[50],郑玉双文。

[52] [德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2016年版,第163页。

[53] 郭春镇、勇琪:《算法的程序正义》,载《中国政法大学学报》2023年第1期,第172页。

[54] 参见王海明:《数智时代的正义:复杂性及其当代旨归》,载《浙江社会科学》2022年第1期。

那人类的生存空间将会被压缩。当“善”具象化为程序正义时，技术性正当程序将成为规制算法风险的关键。

其三，程序正义维护算法行政决策的正当性。社会对公共权力的行使有正当性的要求。一般而言，公共权力正当性要满足三个要素：一是算法决策建立在民主过程之上，行政主体作出解释说明，允许行政相对人和社会公众批评和参与，承担自身错误所导致的后果与责任。^{〔55〕}二是算法决策应当具备产生科学结果的能力。在技术性正当程序的要求下，监管机构应当了解行业运作情况，根据行业动态和发展趋势及时调整决策的方向。这样的行政机构才称得上拥有“与其公共利益使命相称的专业技术知识”和“实现相关目标的能力”^{〔56〕}。三是算法决策应当具备形式上的合法性。算法行政的过程和其中的要素，例如手段、对象、条件、权限、预期等，都要符合法律的规定。

四、技术性正当程序指导下的算法行政重构

在技术性正当程序理论的支持下，算法行政应当保护行政相对人的程序权利、维护公共利益、实现程序正义。为此，在程序操作层面：面对交涉的失灵现状，要适当隐退算法，让人工服务重新返场；面对算法行政的歧视问题，应当增强算法的理性化程度，从观念和实践两个角度保障行政相对人的平等；算法黑箱与行政公开原则的冲突要求我们从算法设计层面到算法落地、产生结果的层面实现流程公开；算法难以解释是技术问题，转换成程序问题之后，通过重点解释的方法可以增强行政决策和结果的可接受性。

（一）以人工介入重建交涉机制

算法越来越多地参与到公共行政领域中，面对其造成的困境，或许可以提出一种限定算法在行政领域适用范围的主张。此种方案看似操作性强，但并不符合实践的需求，理由有三：一是算法适用和自由裁量权相关联，法律对于行政机关自由裁量权之规定尚不明确，这导致人们无法确定算法介入的具体时机；二是目前算法发展的趋势是智能化，只有给算法留出应用和发展的空间，才能促进公共行政和新科技的进步；三是排除算法在自由裁量中的作用将会降低算法行政存在的意义，阻碍智慧政府的建设。因此，我们并不是要将算法排除在公共行政之外，而是规范算法行政的应用，具体而言：

其一，授予行政相对人选择权。在行政程序中，程序抵抗权是指行政程序明显违法，行政相对人拒绝行政机关指令的权利。^{〔57〕}程序抵抗权是行政相对人的选择权。当行政相对人认为自己受到算法不公正的对待时，其有权拒绝参与算法行政并要求人工介入。欧盟的《通用数据保护条例》第22条便规定此种抵抗权。^{〔58〕}行政机关默认适用算法的情况，个人有权拒绝；行政相对人在算法行政过程中随时有权要求人工介入。我们可以借鉴欧洲的经验，将程序抵抗权明确在未来的

• 129 •

〔55〕 参见湛中乐、高俊杰：《作为“过程”的行政决策及其正当性逻辑》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

〔56〕 〔德〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第18页。

〔57〕 参见王锡锌：《行政过程中相对人程序性权利研究》，载《中国法学》2001年第4期。

〔58〕 欧盟的《通用数据保护条例》第22条第3款规定：“数据控制者应当采取适当措施保障数据主体的权利、自由、正当利益，以及数据主体对控制者进行人工干涉，以便表达其观点和对决策进行异议的基本权利。”

《行政法典》中。

其二，建立专业化的监督机制。社会公众欠缺算法的专业知识，但可以建立专家监督机制，以此弥补监督的缺位。在人员组成上，需要遵循多元、专业和中立的原则。首先，专家无需全部是专业领域成员，公众代表和行政机关的代表应有权参与其中。其次，专家应当是各行各业的专家，计算机科学专家占主导地位，但是也应吸收社会学、哲学、法学、伦理学等专业人士参与其中。最后，要保证机构的中立性，切割专家和监督机构之间的利益关联。在审查方式上，可以借用已有的行政模式，开展事前评估、事中救济、事后审查。事前评估可以参考价格论证和环境论证的制度，行政机关召集相对人和技术专家共同开展算法应用前的评估，保证相对人的参与权和知情权。事中救济是指行政机关向行政相对人提供必要的技术帮助，方便行政相对人理解算法运作机制，更好地开展交涉活动。事后审查是指行政相对人质疑算法结果时，监督机构和行政机关共同发起算法决策过程的审查。在审查内容上，需要考察算法目标、变量参数与行政目的之间的关联性，同时，审查算法模型的运作和产生的结果是否合理、必要等。

（二）以理性算法回应平等需求

在论证基于平等的正义原则时，罗尔斯设想了一种被称为“良序”的社会形态。社会成员普遍秉持公平正义和自由平等的观念；社会平等保障公民的权利，给予公民平等的保护和尊重。公民之间相互配合协作，形成自由、平等、正义且拥有良好秩序的社会。^{〔59〕}就当前算法行政面临的问题而言，实现这样的社会，我们需要将良好的法律和理性的技术结合起来。应当防止算法野蛮生长，鼓励算法理性发展，通过促使算法治理机制的理性化，妥善处理算法行政和平等原则之间的张力，促进算法行政的良性发展。在设计和应用算法时，行政主体应促进平等原则和技术理性的融合发展，推动建立科技和法律共商共治的模式，将法律规则和具体的算法代码相结合，将法律制度所蕴含的平等观念导入理性技术之中。技术规范将为平等原则发挥基础性作用，法律规范为平等原则发挥保障性作用。算法行政在此两种作用的支撑下，具有建立反歧视的平等秩序的可能。具体而言，理性算法从两个方面回应着社会对平等的期待：

其一，理性算法秉持非歧视性、平等的数据价值观。理性的方法强调算法既依托于数据又依托于人。其中，数据是信息的传递者，人是信息的拥有者。人与数据都被统合在算法建构的行政程序之中。为避免行政程序中的算法歧视，在收集数据时，行政机关应当秉持非歧视性平等的数据价值观，遵循平等保护的基本原则。^{〔60〕}平等的观念也正在落实到具体的规范之中，根据欧盟委员会的《可信赖人工智能伦理指南》（Ethics Guidelines for Trustworthy AI），在使用人工智能系统时，使用者应当坚持“多样性、非歧视性和公平性”的原则。^{〔61〕}我国国家新一代人工智能治理专业委员会的《新一代人工智能治理原则责任的人工智能》也同样确立公平公正的发展原则。^{〔62〕}

〔59〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》（修订版），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第359页。

〔60〕 参见石颖：《算法歧视的缘起、挑战与法律应对》，载《甘肃政法大学学报》2022年第3期。

〔61〕 转引自Nathalie A. Smuha, *The EU Approach to Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, 20 Computer Law Review International 97, 101 (2019).

〔62〕 《发展负责任的人工智能：新一代人工智能治理原则发布》，载 https://www.most.gov.cn/kjbgz/201906/t20190617_147107.html，最后访问时间：2023年5月28日。

算法的主体或其他信息收集者应当建立起反歧视、促公平的数据筛选机制，尤其通过人工审核的方式，筛选掉非正常来源的数据信息，排除歧视与偏见，塑造向善的数据，从而充分保障行政相对人的平等权。

其二，理性算法的内涵强调实质平等，保障数字人权。一直以来，平等一直是反歧视理论的基石，构成反歧视的正当性基础。从理论的发展脉络来看，在平等理论发展的早期，其追求形式平等，代表性的观点是“法律面前人人平等”。之后，理论家们在形式平等的基础上进一步提出，平等应当合理关照弱势群体，^{〔63〕}例如通过政策或制度的方式将社会资源倾斜性地分配到弱势群体之中，从而保证社会成员都能享受到法律所赋予的基本权利。在当下，平等的观念要求我们理顺社会分配机制，改变制度环境，从而尽可能地实现社会共识与团结。这种实质化的平等发展路径同样适用于我们在算法中追求的平等。随着算法时代的到来，数字人权成为一种新兴的权利，数字人权要求算法以维护人的权利和尊严为起点。^{〔64〕}数字人权强调，主体在数字场景中应当享有平等和非歧视性的、尊严的、隐私的权利，此种平等也扩展到由数字鸿沟所带来的弱势群体之上。例如，针对老年人群体，《广州市老年人优待办法》要求服务机构应当保留一定比例的人工服务窗口，允许老年人在自动化行政和人工服务之间自行选择。^{〔65〕}

（三）以算法透明化重构程序公开

算法行政时代，行政公开是公众监督政府运用算法的手段。民众应当被赋予足够的权利质疑行政主体的算法使用过程。当前提升算法透明度主要有三种方案：一是以行政相对人和利益相关人能够理解的方式和语言开展算法解释工作；二是公布决策算法的输入、输出全过程；三是主动公开算法运作的源代码。^{〔66〕}算法的开发者、使用者或其他利益相关者应当主动公开算法的设计方案、目的和运行过程中可能对利益相关人造成的影响。但是，基于算法的特性，算法的公开究竟是安慰剂还是确有其用也引起人们的争议，有观点指出从当前实践而言，算法公开“既不可行，也无必要”^{〔67〕}。这种观点固然指出当前算法公开的艰难现状，但是我们依旧需要考虑两个层面：一是算法公开有利于保障行政相对人的知情权，有利于公众的监督；二是算法公开是算法行政问责的前提，尽管行政相对人看不懂算法，但是其可以借助社会力量开展算法译解工作。

行政公开原则应当关注行政程序的“始”和“终”。就行政程序之“始”而言，首先，行政主体应当公布算法参与行政决策的强度和领域。“看得见的正义”要求算法被看见，随着算法在我国行政领域的应用强度不断加强，普通民众并未意识到自己受到算法行政的影响。根据实践调研，政府在公开办理业务所需材料时不够清晰明确，还有部分办事指南的权力清单和行政事项不匹配。^{〔68〕}简单的电子信息尚且如此，更为复杂的算法信息则有过之而无不及。为此，我们可以在未来的《行政法典》中要求行政机关在使用算法时提前告知行政相对人，若行政相对人提出异议，行政机关应予以回应。具体而言，这些规定可以落实到各级政府的权责清单之中。其次，行政机关的

〔63〕 参见吴玉军：《平等的价值意蕴及其实现》，载《中国特色社会主义研究》2016年第3期。

〔64〕 参见郑智航：《数字人权的理论证成与自主性内涵》，载《华东政法大学学报》2023年第1期。

〔65〕 参见王瑜玲、邹卫：《服务机构应为老年人保留人工服务窗口》，载《南方都市报》2021年4月15日，第7版。

〔66〕 参见郑智航：《人工智能算法的伦理危机与法律规制》，载《法律科学》2021年第1期。

〔67〕 沈伟伟：《算法透明原则的迷思——算法规制理论的批判》，载《环球法律评论》2019年第6期，第21页。

〔68〕 参见北京大学课题组：《平台驱动的数字政府：能力、转型与现代化》，载《电子政务》2020年第7期。

信息收集应当予以公开。目前,我国法律并没有要求行政机关在收集公民信息时征得其同意,更多是如同《上海市社会信用条例》之规定,依照法律、法规公开的信息无需征得行政相对人的同意。^[69]这就构成对公民知情权的否定,公共领域的摄像头尚且明示标注“监控区域”,行政机关收集公民信息的重要性甚于安装摄像头,因此也应当通知行政相对人。

就行政程序之“终”而言,行政主体在公布决策结果时,也应公布算法对决策结果的影响程度。算法行政发展的总体趋势是,算法对行政行为的影响强度不断加大。但不同类别的行政行为受到的影响不尽相同。例如,江苏省无锡市 108 个事项实现“免证办”,51 个事项实现“无感申办”,25 个事项实现“智能秒办秒批”,这些事项已经实现自动化审批。在交通执法领域,算法实现精准识别和判断,但涉及处罚时,依旧需要人工介入。因此,在公布结果时,行政主体应告知行政相对人和社会公众算法的适用强度。

(四) 以重点解释增强可接受性

算法解释与算法公开,两者都致力于减少算法黑箱的负面影响,都致力于向社会公众解释公权力的算法运作过程,其不同在于,算法公开并不要求解释,但算法解释必然建立在公开的基础上。也即,解释是在公开基础上的进一步深化。算法解释侧重将算法语言转译为通俗易懂的大众话语,以此说明算法决策的合理性。通过描述解释算法决策过程,说明决策原因与理由,行政行为就能冲破算法的复杂性,争取相对人的理解,获得相对人的认同。算法解释既是行政机关的一项义务,也是其对算法行政开展反思的过程。例如在前述“声呐警察案”中,通过解释声呐探测的工作原理,交通执法部门回应行政相对人的质疑,同时,行政相对人和司法机关也顺便完成对算法行政的监督。

在算法行政过程中,行政机关固然需要对算法作出解释,但算法复杂性、现实成本和行政效率等综合因素决定行政主体只能挑重点解释。这样,解释的关键就在于行政机关保有解释的能力。例如,德国《自动驾驶法》规定,具有自动驾驶功能的汽车应当随附存储车辆运转信息的专门装置,以备未来责任切割之需,此装置即汽车上的“黑匣子”。借鉴域外方法,行政机关只需保存算法的运行记录,待行政相对人提出异议时,再对个案做事后解释。^[70]

随即而来的是解释标准问题,也即解释到何种程度的问题。这里存在两种模式,一是侧重算法,认为算法模型的解释是整个解释行为的中心;二是侧重决策过程,认为应当集中在算法结果的解释上,而不是算法本身。^[71]相较而言,第一种解释方案更为严格,更有利于纠纷的解决。或许有观点认为第一种方案会提供较多的“无意义信息”,^[72]我们相信随着公众数字素养的提升,人们对算法理解力的增强,未来行政机关将有可能采用此种解释方法。但当下迫于算法的复杂性和解释的操作性,我们只能选择第二种解释方案。这样,在解释时,行政机关能更加集中地回应重点问题。例如,算法基本原理、数据在最后结果中的权重、具体决策的理由、同类案件、情形相似却产生不同结果的情况等。

[69] 《上海市社会信用条例》第 14 条规定:“采集市场信用信息,涉及个人信息的,应当经信息主体本人同意,但是依照法律、行政法规规定公开的信息除外。”

[70] See Gereon Meyer & Stefan Deix, *Research and Innovation for Automated Driving in Germany and Europe*, in Gereon Meyer & Sven Beiker eds., *Road Vehicle Automation*, Springer, 2014, pp. 71–81.

[71] 参见刘琳:《算法解释权与商业秘密保护的冲突化解》,载《行政法学研究》2023 年第 2 期。

[72] 参见张凌寒:《商业自动化决策的算法解释权研究》,载《法律科学》2018 年第 3 期。

五、结 语

随着算法时代的到来，行政机关愈加全能化，公民个人愈加原子化，双方的权利、义务进一步失衡。过往的合理性根基将面临双方交涉失灵、数字资源掌握能力差距变大、行政公开受到阻碍、行政决策结果低接受性的全新挑战。算法行政的合法性蕴于理想的规制之中，提出保障程序原理、维护行政行为的公共性和实现程序正义的愿景。为此，我们应以人的尊严为核心，以人的需求为导向，重构算法行政的程序规制，增强算法行政的可接受性。技术性正当程序从原理公开、全程参与、充分告知、有效交涉、留存记录、人工审查方面提供算法时代法律程序运作的理想模型。^{〔73〕}

当然，这样的路途依旧是艰辛的。作为传统正当程序在当下的重大进展，技术性正当程序目前只能提供观念上的规制。这也提醒理论和实务工作者们：算法、数据和公共行政的结合不仅带来更为便利的公共生活，也影响公民的人生际遇和企业的兴衰沉浮。这要求行政机关在算法行政活动中守护和实践程序正义，维护行政相对人的尊严。最终，行政机关在算法时代将会实现程序法治的宏愿。

Abstract: Algorithmic administration faces challenges of rationality. The foundation of algorithmic administrative rationality extends from the relationship between humans to the relationship between humans and humanoid machines. The transformation of relations has led to the transformation of the social governance model from centralization to distribution, which has affected the balance between public power and private rights. These difficulties are manifested in the procedural aspect as the failure of communication mechanisms between administrative agencies and other subjects, the violation of the principles of administrative equality and openness, and thus a decrease in people's sense of identification with administrative actions. Therefore, the technical due process proposes the vision of regulating algorithmic administration: the law should protect the procedural rights of the counterpart, maintain the administrative publicity, and pursue procedural justice. Guided by technical due process, through constructing a negotiation mechanism for human intervention, rationalization and the pursuit of equality in algorithmic operations, transparent operation of algorithms exposed by response programs, focusing on key explanation to enhance acceptability, algorithmic administration can always keep serving the relative person as the center, and ultimately meet people's reasonable expectations.

Key Words: algorithmic administration, e-government, administrative procedures, technical due process

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔73〕 参见前引〔39〕，苏宇文。

行政处罚主观归责模式的反思与调整 ——基于处罚种类多元化的思考

王明喆^{*}

内容提要：主观归责论者基于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，同时参考比较法上的做法，主张行政处罚应采用主观归责模式。修订后的《行政处罚法》采纳了这一观点，确立了行政处罚的主观归责模式。但是结合我国实定法上的行政处罚制度可以发现，主观归责模式并不完全合理，因为我国行政处罚具有典型的处罚种类多元化特征。《行政处罚法》第9条规定的处罚种类中，部分行政处罚并不必然具有制裁性，对其适用主观归责模式并无必要。部分行政处罚具有多目的性，适用主观归责模式反而可能妨碍其目的的实现。比较法上的经验也表明主观归责模式应当以“小处罚”模式为前提。主观归责模式的适用范围应当限制在行政拘留、罚款等真正的行政处罚之中，对于非真正的行政处罚则应当适用客观归责模式。

关键词：主观归责 处罚种类 制裁性 处罚目的

一、问题的提出

应受行政处罚行为的成立应当满足构成要件的该当性、违法性和有责性三项要件，其中有责性包括责任能力和责任条件两个方面。^{〔1〕}《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）自制定之初就对责任能力问题进行了规定，但是对主观过错问题却不置可否。2021年《行政处罚法》修改之际，这一问题成为焦点，学者们普遍主张加入主观过错条款，确立行政处

^{*} 王明喆，南京师范大学法学院讲师。

〔1〕 参见熊樟林：《应受行政处罚行为模型论》，载《法律科学》2021年第5期；李晴：《犯罪论体系对应受行政处罚行为的可参照性》，载《法学》2022年第4期。

罚的主观归责模式。^{〔2〕}最终修改通过的《行政处罚法》采纳了这种观点,第33条第2款规定:“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的,从其规定。”通说认为,这一条款的确立标志着行政处罚主观归责模式的正式确立。^{〔3〕}

然而,一项法律条文并不是孤立地存在于一部法律之中,“法律中的诸多法条,其彼此并非只是单纯并列,而是以多种方式互相指涉,只有透过它们的彼此交织及相互合作才能产生一个规整”^{〔4〕}。适用一个法条就是在运用整部法典。因此,关于行政处罚归责模式的分析不能就事论事,不应仅仅将分析视角锁定在主观归责、客观归责孰优孰劣的问题上,更要从行政处罚制度的整体出发,立足于我国行政处罚的实定法制度进行思考。特别是在行政处罚种类多元化趋势不断加强的背景下,^{〔5〕}应当特别关注行政处罚的种类多元化与主观归责模式是否协调的问题。《行政处罚法》修改之际,已有学者指出行政处罚归责模式的规则设计需要考虑行政处罚的概念与范围问题。^{〔6〕}遗憾的是,这一观点虽然指出归责模式与处罚种类的关系问题,但并未进行深入探究,也没有得到学界的足够重视。在新《行政处罚法》之下,对不同种类的行政处罚一律适用主观归责模式是否适当,主观归责模式是否会带来行政处罚适用上的难题,主观归责模式是否需要以及如何调整?这些问题仍然值得思考。

本文立足于我国实定法上的行政处罚制度,从行政处罚种类多元化的视角对行政处罚主观归责模式的合理性进行反思。本文首先对主观归责论的观点进行梳理,进而从行政处罚种类多元化的视角对主观归责模式的合理性展开反思,并对其完善进路提出建议。

• 135 •

二、行政处罚主观归责论的观点与展开

在行政处罚的归责模式问题上,我国学界主要存在客观归责论和主观归责论两种观点。^{〔7〕}客观归责论认为应受行政处罚行为的成立无需主观过错,当事人实施了违法行为就可科处行政处罚,“有行为即可罚”。与此相对,主观归责论认为应受行政处罚行为的成立必须以主观过错为前提,“无过错不可罚”。

〔2〕 代表性研究成果,例如杨利敏:《论我国行政处罚中的责任原则——兼论应受行政处罚的过失违法行为》,载《华东政法大学学报》2020年第2期;熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,载《比较法研究》2020年第3期;方军:《论构成应受行政处罚行为的主观要件》,载《中国法律评论》2020年第5期;王贵松:《论行政处罚的责任主义》,载《政治与法律》2020年第6期;张青波:《论应受行政处罚行为的主观要素》,载《法学》2020年第10期。

〔3〕 参见袁雪石:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国法制出版社2021年版,第220页;张晓莹:《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》,载《经贸法律评论》2021年第3期;程琥:《论行政处罚过错推定的司法审查》,载《行政法学研究》2022年第3期。但也有学者认为这一条款只是作为法定不予处罚情形而存在,行政处罚仍采用客观归责立场。参见尹培培:《论新〈行政处罚法〉中的“主观过错”条款》,载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔4〕 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第144页。

〔5〕 修改后的《行政处罚法》第9条扩充了行政处罚的种类,将通报批评、降级资质等级、限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业等列为行政处罚。

〔6〕 参见李洪雷:《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法(修订草案)〉》,载《法商研究》2020年第6期。

〔7〕 有学者认为在主观归责论和客观归责论之外还存在第三种模式,即过错推定模式。但是过错推定模式的前提是行政处罚需要主观过错,因而这种观点也可归类于主观归责论中。

在《行政处罚法》制定前，行政处罚客观归责论就已存在。客观归责论的主张主要基于以下三点理由：其一，行政处罚的制裁强度弱于刑事处罚，因而应受行政处罚行为的成立无需行为人的主观过错。^{〔8〕}“行政违法尚没有犯罪对社会的危害程度严重，其所受的处罚也相对较轻，因此在行政法律责任中一般可不必对违法主体的主观心理状态作过于繁琐的分析和确认。”^{〔9〕}其二，行政处罚的主观过错被违法行为吸收，没有独立的存在价值。行为人一旦违法，其主观上一般也必然有过错。^{〔10〕}换言之，“对绝大多数行政处罚的实施来说，行为人的主观因素往往内含于行为的违法之中而没有独立的和实际的意义；只有在某些情况下，行为人的主观因素对行为人是否应受行政处罚才有实际意义，这种情况一般均由法律、法规明确规定”^{〔11〕}。其三，客观归责论者认为采用主观归责模式将加重行政机关的负担，影响行政效率。因为行政机关面对的违法行为在种类和数量上远远多于犯罪行为，采用主观归责模式不利于打击违法行为。^{〔12〕}

行政处罚主观归责论者对上述观点展开批判，特别是在2021年《行政处罚法》修改前后，行政处罚主观归责论受到学界的广泛青睐，并深刻影响了修法工作的展开。主观归责论者指出，行政处罚的制裁程度弱于刑事处罚的观点经不起推敲，也不能成为否定主观归责的理由，^{〔13〕}行政违法的违法性和有责性并非等同，而且行政处罚也应当遵守最基本的正义，^{〔14〕}因而行政处罚客观归责模式不可取，应当采用主观归责模式。总的来说，主观归责论的学理基础在于以下三点。

（一）尊重个人的意志自决

主观归责论者认为应受行政处罚行为的成立必须以当事人的主观过错为前提，因为理性的主体只对其自由意志所决定的行为负有责任。站在尊重个人意志自决的角度，“无责任即无处罚”。江必新指出，任何公正合理的制裁都必须以被制裁的行为具有可谴责性为基础，可谴责性表现为行为人的过错，“古往今来，处罚是与行为的可谴责性联系在一起，否则，就很难与专横和暴政相区别”^{〔15〕}。申言之，一方面，主观归责模式是宪法的基本要求。王贵松指出，主观归责模式拥有宪法上的规范基础，即我国《宪法》第38条的人格尊严条款。国家应当通过制度和程序来维护公民的人格尊严，“国家在设定和实施制裁时，应当考虑行为人自身的状况，不能要求人民为不可能之事”^{〔16〕}。另一方面，主观归责也是公平正义原则的基本要求。熊樟林指出，行政违法的判定同样需要遵循最为基本的正义理念，“将主观归责的技术成本强制安放在行政相对人头上，而不是行政主体，这本身就是非正义的举措，是对意志自由的侵犯”^{〔17〕}。

值得注意的是，主观归责论者提出的“无责任即无处罚”这一观点明显受到刑法理论的影响。在刑法理论中，“无过错即无刑罚”原则是一项基本共识，这一理论的根基在于尊重个人的

〔8〕 参见孙百昌：《试论行政处罚“不问主观状态”原则》，载《中国工商管理研究》2010年第7期。

〔9〕 袁曙宏：《论行政处罚的实施》，载《法学研究》1993年第4期，第46页。

〔10〕 参见马怀德：《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》，载《华东政法大学学报》2020年第4期。

〔11〕 汪永清：《关于应受行政处罚行为的若干问题》，载《中外法学》1994年第2期，第22页。

〔12〕 参见前引〔10〕，马怀德文。

〔13〕 参见金成波：《行政处罚中违法者主观认识论纲》，载《当代法学》2022年第4期。

〔14〕 参见前引〔2〕，熊樟林文。

〔15〕 江必新：《论应受行政处罚行为的构成要件》，载《法律适用》1996年第6期，第4页。

〔16〕 前引〔2〕，王贵松文，第8页。

〔17〕 前引〔2〕，熊樟林文，第153页。

意志自决。行政法学者受到刑法理论的启发,主张行政处罚也应当适用主观归责模式。杨利敏指出,我国行政处罚与刑事处罚在性质与功能上极为相似,因而对于行政处罚这种“类刑罚”的制裁也应当适用主观归责。^{〔18〕}王贵松也指出:“正如刑法对不同性质的罪行都实行责任主义一样,行政处罚虽然也在针对不同的违法行为,但同样是制裁,应当可以贯彻责任主义。”^{〔19〕}

(二) 实现行政处罚的目的

学界有力观点认为:行政处罚的目的有两种,即报应论和预防论,其中报应论为主要目的,预防论居于次要目的加以补充。^{〔20〕}主观归责论者认为确立过错条款有利于实现行政处罚的目的,“只有实行责任主义,才能实现行政处罚的立法目的,维护人的意志自由”^{〔21〕}。

一方面,主观归责论者认为,行政处罚的报应目的通过对违法行为人的惩戒来实现,而只有当行为人在自由意志支配之下仍然选择或放任违法行为发生时,才具有可谴责性,才应当遭受报应。^{〔22〕}主观上无过错之行为人并无可非难性,对其科处处罚无法彰显行政处罚的惩戒功能。另一方面,行政处罚具有预防违法的功能,在《行政处罚法》中体现为“处罚与教育相结合原则”。教育的本质就是对行为人的价值观念进行纠正和塑造,只有当行为人具有主观意志上的错误时,才需要对其进行纠正和塑造,如果行为人没有主观过错,此时对其进行惩罚难以使其信服,甚至可能使其产生逆反心理,自然无法实现行政处罚的教育目的。^{〔23〕}还有学者指出,如果存在主观过错而缺乏责任能力的违法行为不应受行政处罚的话,对无主观过错的客观违法反而科处行政处罚,不仅有悖立法本意,而且难以实现对公众的教化和引导功能。^{〔24〕}

(三) 比较法的启示

除上述两点理由之外,不少学者还通过比较法的考察来补充论证主观归责模式的合理性。熊樟林指出,奥地利、德国以及我国台湾地区的行政处罚相关立法和规定都确立了主观归责模式,“在将违警罪从刑法学中独立出来的并对行政处罚专门立法的国家和地区中,采用的几乎都是主观归责的立场”^{〔25〕}。方军指出,当前世界上出台专门行政处罚立法的四个主要国家和地区中,除我国《行政处罚法》外,其他三部行政处罚专门立法都从正面确认了主观要件的地位。^{〔26〕}王贵松指出,“无责任即无制裁,这是大陆法系国家和地区的多数做法”,德国和奥地利虽然在主观状态的要求上存在差别——德国明确要求以故意为原则,奥地利则采取过失原则——但是两国均采取责任主义。^{〔27〕}金成波也指出,考察违法者主观状态是国际通行且成熟的做法,除德国和奥地利等国之外,受德国法影响深重的希腊、荷兰、葡萄牙、瑞典、西班牙等国均采用主观归责模式。^{〔28〕}

• 137 •

〔18〕 参见前引〔2〕,杨利敏文。

〔19〕 前引〔2〕,王贵松文,第8页。

〔20〕 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

〔21〕 前引〔2〕,王贵松文,第8页。

〔22〕 参见前引〔2〕,杨利敏文。

〔23〕 参见前引〔13〕,金成波文。

〔24〕 参见前引〔2〕,方军文。

〔25〕 前引〔2〕,熊樟林文,第154页。

〔26〕 参见前引〔2〕,方军文。

〔27〕 参见前引〔2〕,王贵松文。

〔28〕 参见前引〔13〕,金成波文。

综上可知，主观归责论者基于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，并且参考比较法的做法，主张行政处罚应采用主观归责模式。但是可以发现，主观归责论者的主张具有明显的形而上的特点，他们将分析视角集中在主观归责模式与客观归责模式的优劣性上，在一般意义上证立主观归责模式的合理性，没有或者至少没有充分立足于我国实定法上的行政处罚制度对归责模式问题展开分析。如此一来便会产生如下疑问：即便行政处罚主观归责模式在一般意义上是合理的，但是它是否适合于我国实定法上的行政处罚制度，是否需要对其进行调整？下文将从我国实定法上的行政处罚制度出发，基于行政处罚种类多元化的视角，对主观归责模式的合理性进行反思与考察。

三、处罚种类多元化视角下主观归责模式合理性的反思

之所以从处罚种类多元化视角对主观归责模式的合理性进行反思，是因为我国行政处罚制度最大的特点之一是行政处罚的种类十分丰富。下文将首先对我国行政处罚的种类多元化特征进行分析，继而基于此展开对主观归责模式合理性的反思。

（一）我国行政处罚的种类多元化特征

《行政处罚法》第9条规定了名誉罚、财产罚、资格罚、行为罚和人身罚五种处罚类型，每一种类型中又有不同的具体处罚种类，^{〔29〕} 行政处罚表现出明显的种类多元化特征。

1. 相比于刑罚种类的多元化

行政处罚种类相比于刑事处罚种类来说具有多元化特征。不少主观归责论者在证立主观归责模式的合理性时参照刑法上的责任主义规定，但需要注意的是，相比于刑事处罚种类，我国行政处罚的种类更加丰富。

我国《刑法》第33条和第34条规定了刑事处罚的种类，即作为主刑的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑以及作为附加刑的罚金、剥夺政治权利、没收财产。需要注意的是，《刑法》中规定的限制行为人权利与自由的措施不止于此，还包括专门矫治教育、强制医疗等限制人身自由的措施，以及禁业规定、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物等限制资格和财产权的措施。《刑法》将这些措施规定在刑罚种类之外并非无意为之，刑法学界普遍认为这些措施属于保安处分而非刑事处罚。^{〔30〕} 换言之，我国《刑法》并未将所有限制行为人权利与自由的措施都规定为刑罚，而是采用了“刑罚+保安处分”的二元主义模式。之所以作出如此安排，是因为刑罚和保安处分是两种性质不同的法律措施。刑罚是对犯罪行为科处的制裁，以行为人已经实施的犯罪行为为基础，具有报应的性质。^{〔31〕} 而保安处分并非是对行为人犯罪行为科处的处罚，它以行为人将来再次实施犯罪的危险性为基础，其目的在于消除危险、防止再犯。正如罗克辛教授所述：“保安处分不是与所实施的构成行为所具有的不法相联系的，而是还与行为人在未来所具有的危

〔29〕 参见黄海华：《新行政处罚法的若干制度发展》，载《中国法律评论》2021年第3期。

〔30〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第638页。

〔31〕 参见时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期。

险性相联系的。”^{〔32〕}

同《刑法》一样,《行政处罚法》也并未将所有的行政不利益处分规定为行政处罚,在行政处罚之外,该法第28条规定的责令改正显然也属于限制行为人权利与自由的不利益处分,但是却不属于行政处罚,而是行政命令。^{〔33〕}很显然,《行政处罚法》同样认为在行政处罚之外还存在其他类型的行政不利益处分,它实际上采用了“行政处罚+行政命令”的二元主义模式。但需要特别注意的是,与《刑法》相比,我国《行政处罚法》将更多的行为措施规定为行政处罚而非行政命令。以没收为例,我国《刑法》对没收的性质进行类型化区分,并未将其一概规定为刑罚,第34条将没收犯罪分子的全部个人财产规定为刑罚,在此之外第64条规定应当没收违禁品和供犯罪所用的本人财物。之所以做如此规定,是因为后者的性质并非处罚,它的目的在于消除危险、防止再犯,在性质上属于保安处分。^{〔34〕}而《行政处罚法》并不区分没收的不同类型,该法第9条明确将没收违法所得、没收非法财物规定为行政处罚。再比如,《刑法》第37条之1规定的禁业规定在刑法上属于一种保安处分,^{〔35〕}而在《行政处罚法》中,与之功能类似的责令停产停业、责令关闭、限制从业却属于行政处罚而非行政命令。

由此可以发现我国行政处罚制度的以下特征:其一,行政处罚种类相比于刑事处罚种类来说具有明显的多元化特征。刑法将对行为人的生命、自由、财产等进行限制的措施规定为刑罚,而在行政法上,除人身罚、财产罚之外,还存在名誉罚、资格罚、行为罚等处罚种类。其二,《行政处罚法》倾向于将在刑法中属于保安处分的措施也规定为行政处罚。换言之,行政法上的名誉罚、资格罚、行为罚在刑法中并非不存在,只是刑法将其排除在刑罚措施之外,规定为保安处分,而在行政法上,立法者(乃至不少学者)倾向于将其归类为行政处罚。

2. 相比于其他国家和地区处罚种类的多元化

相比于其他大陆法系国家和地区,我国《行政处罚法》的处罚种类也表现出明显的多元化特征。德国《违反秩序法》规定的处罚种类仅有罚款一种,该法第1条规定,违反秩序行为是违法的、可责难的、符合处以罚款处罚构成要件的行为。通过这一规定可以看出,“违反秩序行为”与“罚款”被排他地联系在一起,违反秩序行为就是被科处罚款的行为,而罚款就是对违反秩序行为科处的唯一处罚。当然,《违反秩序法》还规定了物的没收、收益没收等其他不利益处分,但是它们并非处罚种类,而是附随法律后果。^{〔36〕}责令停业、撤销许可、吊销执照等行为同样不是行政处罚措施,不受《违反秩序法》的规制,而是接受行政程序法等一般性行政法律法规的调整与规范。与此类似,奥地利《行政罚法》的处罚种类也比较简单,该法第一章总则中规定了罚款、自由罚和没收三种处罚类型,同样不包括责令停业、撤销许可、吊销执照等行政管理措施。日本并没有严格意义上的行政处罚法,二战前日本制定的《警察犯处罚令》《违警罪即决令》出

• 139 •

〔32〕〔德〕克罗斯·罗克辛:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,载《法学家》2007年第1期,第152页。

〔33〕参见李孝猛:《责令改正的法律属性及其适用》,载《法学》2005年第2期。

〔34〕参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期。

〔35〕参见童策:《刑法中从业禁止的性质及其适用》,载《华东政法大学学报》2016年第4期。

〔36〕参见熊樟林主编:《中外行政处罚法汇编》,北京大学出版社2021年版,第99页。

于处罚便利的考量，赋予警察对违警犯科处刑事处罚的权力，^{〔37〕}但是这一规定在二战后的法制改革中被废止，包括轻犯罪在内的所有犯罪行为的惩处都要通过刑事诉讼程序进行。^{〔38〕}因而，目前日本法上存在的行政处罚仅包括罚款、课征金、加算税等财产罚以及具有制裁性质的违法信息公开等声誉罚。^{〔39〕}

大陆法系国家和地区也有处罚种类多元化的例子。我国台湾地区“行政处罚法”第2条规定的处罚种类十分丰富，该“法”采用“列举+兜底”的方式，将具有裁罚性的限制或禁止行为之处分、剥夺或消灭资格之处分、影响名誉之处分和警告性处分规定为行政处罚。此种多元化特征并非巧合，而是受到我国早期行政处罚制度影响的结果。我国行政处罚法制的源头是1908年制定的《大清违警律》，它最初是作为特别刑法面世的。此后于1915年、1928年和1943年分别制定颁布了《违警罚法》，其内容表现出强烈的去刑法化倾向，1943年《违警罚法》最终作为行政处罚的基本法确定下来。^{〔40〕}1949年后，“违警罚法”在台湾地区继续适用和发展，深刻影响今日台湾地区的行政处罚法制。我国现行行政处罚法制同样受到上述法律的影响。早在抗日战争时期，革命根据地已经制定了违警罚条例。1942年制定的《陕甘宁边区违警罚暂行条例》是各个革命根据地中制定最早、最具代表性的违警罚规范，它在结构和内容上都深受当时1928年《违警罚法》的影响。^{〔41〕}而革命根据地时期行政处罚的制度和理念在中华人民共和国成立后1957年制定实施的《治安管理违法条例》中得以贯彻，并继续影响其后的行政处罚制度。而《大清违警律》和民国时代《违警罚法》在处罚种类上已经表现出多元化特征。《大清违警律》第3条规定了罚金、拘留、充公、停业及勒令歇业等处罚种类，1915年和1928年《违警罚法》扩展处罚种类，规定了拘留、罚金、训诫等主罚和没收、停止营业和勒令歇业等从罚，1943年《违警罚法》在主罚中加入罚役罚，进一步扩展处罚种类。由此可以发现，相比于德日等国家，我国行政处罚制度在建立之初就表现出种类多元化倾向，这一倾向在其后的法治发展中被保留和发展。

（二）基于处罚种类多元化对主观归责模式进行反思

通过上述分析可知，处罚种类多元化是我国行政处罚制度的重要特征，分析行政处罚归责模式的合理性不能忽视这一重要特征。而从处罚种类多元化视角进行分析可知，对不同种类的行政处罚一律适用主观归责模式并不合理。

1. 主观归责模式无需适用于所有的处罚种类

主观归责论者认为“无责任即无处罚”，主观归责模式是尊重个人意志自决的要求，也是宪法乃至一般正义原则的要求。本文并不反对这种观点，但笔者想强调的是，“无责任即无处罚”的前提在于行政机关对当事人科处的行为措施是真正的“处罚”，这里的“处罚”不能泛化理解为不利益处分，而我国《行政处罚法》第9条恰恰具有将不利益处分定位为处罚的特征。

〔37〕 大矢根岩雄『警察犯处罚令・违警罚即决例解義』（清文社、1923年）14頁参照。

〔38〕 伊藤榮樹『輕犯罪法』（第2版）（立花書房、2018年）5頁参照。

〔39〕 需要注意的是，日本法上并非所有的违法信息公开都是行政处罚，违法信息的公开被分为作为制裁的公开和作为信息公开的公开。宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（第7版）（有斐閣、2020年）293頁参照。

〔40〕 参见沈岚：《中国近代治安处罚法规的演变——以违警罚法的去刑法化为视角》，载《政法论坛》2011年第4期。

〔41〕 参见谢川豫：《危害社会行为制裁体系研究》，法律出版社2013年版，第61页。

处罚是一种不利益处分,但并非所有的不利益处分都是处罚。处罚的本质在于制裁性,一方面,处罚是对当事人增添额外负担的行为,是对当事人合法权益的剥夺,^[42]本质在于减损当事人合法权益或者增加新的义务。^[43]对当事人违法利益的剥夺,或者要求行为人改正违法行为的命令属于不利益处分,但并没有对当事人科处额外负担,仅仅要求行为人“为其应所为”,因而并不属于制裁。另一方面,处罚包含对行为人的非难和谴责,是对行为人违法行为的否定性评价,是“针对违反社会规范的行为,以否定或者促使行为人放弃此种行为为目的而启动的反作用力”^[44]。而一般的不利益处分并不必然包含对行为人的非难,它们虽然限制了行为人的财产、资格甚至人身自由,但未必是对行为人过去所做违法行为的谴责,其目的可能着眼于未来,通过限制行为人的自由以消除危险、防止再犯。因而并非所有不利益处分都是处罚,只有满足制裁性的不利益处分才可能是规范意义上的处罚。

正是由于处罚具有制裁性,应受行政处罚行为的成立才需要主观过错的存在,因为对没有过错的行为人科处额外负担并进行道德非难和谴责是荒谬的。但是对于没有制裁性的一般不利益处分来说,并不存在适用主观归责的必要。以刑法为例,不少主观归责论者在证立主观过错条款的必要性时参照刑法上的责任主义规定,但是刑法的主观归责条款仅仅适用于刑事处罚,而不适用于保安处分。申言之,对于管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑以及作为附加刑的罚金、剥夺政治权利、没收财产等刑事处罚来说,其适用必然以责任主义为基础,但是对于专门矫治教育、强制医疗、禁业、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物等保安处分来说,无需适用主观归责模式。因为它们并非刑事处罚,它们不是对犯罪行为的报应和谴责,而是为了消除危险、防止再犯而采取的一般性不利益处分,所以科处保安处分无需以行为人的主观过错为前提。

• 141 •

在行政法中,与刑法上保安处分类似的没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、责令关闭、限制从业等措施被纳入行政处罚种类之中,而且《行政处罚法》中未明确规定的列入黑名单、公布违法信息等也被认为属于实质意义上的行政处罚。^[45]然而,这些措施并不必然具有制裁性。一方面,没收类、责令类措施往往并没有对行为人科处额外负担,没收当事人的违法所得或者非法财物实属应该,而责令不具备生产能力或者有可能继续从事违法行为的企业停产停业乃是当然之理。另一方面,列入黑名单、公布违法行为等行政措施的目的未必是对当事人进行谴责,它们也可能是为了防止危险发生或者扩大而采取的带有预警性质的公共警告。^[46]因而,虽然《行政处罚法》第9条将这些措施明确规定为行政处罚措施,但它们并非必然具有制裁性,《行政处罚法》将其规定为行政处罚,背后有着提升行政机关公共治理能力或者规范行政公权力行使的政策考量。^[47]因此,从理论上来看,当然也就无需对这些处罚措施适用主观归责模式。

[42] 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期。

[43] 参见黄海华:《行政处罚的重新定义与分类配置》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

[44] 熊樟林:《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》,载《政治与法律》2020年第3期,第81页。

[45] 参见朱芒:《作为行政处罚一般种类的“通报批评”》,载《中国法学》2021年第2期。

[46] 参见朱春华:《公共警告与“信息惩罚”之间的正义——“农夫山泉砒霜门事件”折射的法律命题》,载《行政法学研究》2010年第3期;王贵松:《食品安全风险公告的界限与责任》,载《华东政法大学学报》2011年第5期。

[47] 例如,有学者指出,尽可能地将一些不利性处分行为纳入《行政处罚法》中,有利于监督行政权规范行使,保护当事人合法权益。参见应松年、张晓莹:《〈行政处罚法〉二十四年:回望与前瞻》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

概而言之，“无责任即无处罚”是合理的，但是并非所有不利益处分都是“处罚”，即便是《行政处罚法》第9条明文列举的处罚种类也未必都属于实质意义上的处罚，因而主观归责模式无需适用于所有的处罚种类。

2. 主观归责模式可能不利于行政处罚目的的实现

主观归责论者认为确立主观归责模式有助于行政处罚目的的实现，但是基于处罚种类多元化视角来看，事实未必如此。一般意义上，行政处罚的目的在于报应和预防，但是在我国行政处罚中，一些处罚措施在报应与预防之外同时具有其他目的，报应和预防甚至不是它们的主要目的，适用主观归责模式反而不利于其目的的实现。

有学者指出，行政没收具有恢复性和惩戒性的双重属性，具有剥夺不法利益和惩戒违法行为的双重功能。“如果否认恢复性，那么没收违法所得与罚款在本质上将毫无区别，行政处罚法完全不必设置两种功能全然相同的处罚种类，因此，恢复性应当是没收违法所得的本质属性。”^{〔48〕}还有学者指出，行政没收并非都是行政处罚，在作为行政处罚的行政没收之外，还存在作为保安处分的行政没收。^{〔49〕}再比如，停产停业措施的目的也并非单一，它具有违法隔离功能、能力矫正功能和规制协同功能，^{〔50〕}行政机关作出责令停产停业命令，是通过限制行为人的生产经营能力将其排除在生产活动之外，体现的是规制预防的目的。“责令其停下来的目的不是让其彻底停业，不要再从事某一行业，而是让其整改。”^{〔51〕}禁业规定同样如此，有学者指出限制从业规定虽然具备资格罚的性质，但是同时也是一种累犯隔离机制，具有从主体层面进行隔断以防止行为人再犯的目的。^{〔52〕}还有学者指出，限制从业是一种基于预防逻辑的资格限制措施，本质上属于预防性管制措施，^{〔53〕}应当重新厘定限制从业的法律性质，去除“惩罚性”，注重“补救性”。^{〔54〕}公布违法信息、列入黑名单等处罚措施同样如此，前文已述，这类措施虽然带有一定的制裁属性，但往往同时具有公共警告的性质，行政机关公布违法信息并非单纯为了制裁违法行为人，还具有提醒公众避开风险的意义和功能。

对于这类具有多重目的的处罚措施来说，适用主观归责模式并不利于其多重目的的实现。主观归责模式要求行政机关在行为人具有过错时才可以科处行政处罚，但是如果行为人没有过错，是否就不应没收其违法所得，而是让其继续享受不法利益？是否就不应责令其停产停业，而是允许其继续从事违法生产行为？是否就不应提醒公众注意可能存在的风险，放任危险的发生？这样的结论恐怕是荒谬的。即使行为人没有主观过错，行政机关也应当采取上述行为措施，因为这些措施的目的不是或者不主要是对行为人进行惩戒，而是直接地消除危害、排除危险、维护公益。因而对

〔48〕 黄锴：《论没收违法所得设定权的分配与收回——基于行政处罚法相关条文的展开》，载《法治现代化研究》2022年第1期，第82页。

〔49〕 参见熊樟林：《立法上如何安排行政没收？》，载《政法论坛》2022年第4期。

〔50〕 参见徐晓明：《停产停业措施的法律规制：缺陷反思、功能导向与路径选择》，载《行政法学研究》2021年第6期。

〔51〕 应松年、章剑生主编：《行政处罚法教程》，法律出版社2012年版，第78页。

〔52〕 参见徐晓明：《行政许可后续监管体系中的从业限制法律责任：基本类型、法律属性及法律规制》，载《行政法学研究》2020年第6期。

〔53〕 参见陈国栋：《〈行政处罚法〉中限制从业罚的解释与适用》，载《南大法学》2021年第4期。

〔54〕 参见陈军：《去惩罚性：证券市场进入的性质重厘与制度再造》，载沈岷主编：《行政法论丛》第27卷，法律出版社2021年版，第125-129页。

于多目的性处罚措施而言,严格要求适用主观归责并不适当。正因如此,《食品安全法》《药品管理法实施条例》等法律法规才规定没收违法所得和非法财物无需以行为人的主观过错为前提。^[55]

3. 比较法上主观归责模式的适用多以“小处罚”模式为前提

主观归责论者指出其他大陆法系国家和地区的行政处罚立法基本采用主观归责模式,但是却忽略了一个重要前提,即德国、奥地利等国家行政处罚制度属于处罚种类较少的“小处罚”模式。前文已述,德国《违反秩序法》只规定了罚款这一种处罚种类,奥地利《行政罚法》的处罚种类稍多,规定了罚款、自由罚和没收三种处罚种类。而责令停业、撤销许可、吊销执照等行为措施都不是行政处罚类型,它们接受行政程序法的规范与调整,无需以行为人的主观过错为前提。概而言之,德国、奥地利属于“小处罚+主观归责”的立法体例,这样的做法一方面可以保证对行为人的处罚严格以主观归责为前提,维护人格尊严,另一方面可以保证其他行为措施不会因为行为人没有过错而无法实施,确保行政效率。

与此相对,我国《行政处罚法》确立的是“大处罚+主观归责”的立法体例。一方面,《行政处罚法》第9条不仅规定了名誉罚、财产罚、资格罚、行为罚和人身罚五类处罚,还规定了“法律、行政法规规定的其他行政处罚”这一兜底条款,为行政处罚种类的继续扩张留下机会。另一方面,该法又确立了主观归责模式,第33条第2款规定行为人有证据证明没有主观过错的不予行政处罚。如此一来,当行为人证明其没有主观过错时,所有的行政处罚手段都无法实施,行政机关无法作出没收违法所得、责令停产停业、限制从业甚至公布违法信息等行为措施。这样的做法无疑会放任违法,影响行政效率,致使公益受损。而且随着行政处罚种类多元化趋势继续加强,这种情况将随着行政处罚种类的扩张而愈发明显。

• 143 •

我国台湾地区行政处罚制度同样具有种类多元化的特征,同时也确立了主观归责模式,实际上也是一种“大处罚+主观归责”的立法体例。已经有学者注意到这种规定的弊端,并对此展开批判,认为采取广义行政罚概念的同时采取过错主义,不利于行政目的的达成。^[56]正如李建良指出:“责任条件及责任能力之规定,仅适用于制裁性之不利处分,至于非制裁性之不利处分(特别是秩序行政上之不利处分),其主要目的不在处罚,而是排除危险,故无责任原则之适用。”^[57]吴庚同样指出,“行政罚法”迁就现实将过多的不利益处分归类为行政罚,这种做法虽然有利于人民权利之保障,但同时具有妨害行政目的达成之虞。^[58]

综上可知,主观归责模式虽然在一般意义上来说是正当合理的,但是具体到我国行政处罚制度上则未必如此。基于处罚种类多元化的视角分析可知,主观归责论者提出的三点理由都不是天衣无缝的。“无责任即无处罚”固然正确,但这并不意味着实定法上所有的处罚种类都应当以行

[55] 《食品安全法》第136条规定:“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务,有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准,并能如实说明其进货来源的,可以免于处罚,但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品;造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。”《药品管理法实施条例》第75条规定:“药品经营企业、医疗机构未违反《药品管理法》和本条例的有关规定,并有充分证据证明其不知道所销售或者使用的药品是假药、劣药的,应当没收其销售或者使用的假药、劣药和违法所得;但是,可以免除其他行政处罚。”

[56] 参见前引[6],李洪雷文。

[57] 李建良:《“行政罚法”中“裁罚性之不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,载《月旦法学杂志》2010年第181期,第151页。

[58] 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,三民书局2005年版,第484-485页。

为人的主观过错为前提。对于具有多目的性的行政处罚措施来说，主观归责模式反而可能不利于其适用，阻碍行政目的的实现。而比较法上的主观归责多以“小处罚”为前提。因此，行政处罚主观归责模式并不完全适合我国的行政处罚制度，需要立足于我国法对其进行调整与完善。

四、行政处罚主观归责模式的调整与完善

通过上文分析可知，行政处罚主观归责模式的问题症结在于主观归责模式并不适合所有行政处罚种类。这意味着，一方面，主观归责模式在原则上是可取的，基于尊重公民人格尊严和更好实现行政目的的考量，应当坚持主观归责模式。不能彻底改变主观归责模式，重回客观归责模式。但是另一方面，主观归责模式无需也并不适合适用于所有的处罚种类，在处罚种类多元化的实定法制度前提之下，应当对其适用范围进行调整。概而言之，本文并不主张彻底变更主观归责模式，而是主张对其适用范围进行适当限缩。下文将在对我国实定法上的行政处罚种类进行类型化的基础上提出行政处罚主观归责模式的调整方法。

（一）行政处罚种类的类型化划分：真正的行政处罚与非真正的行政处罚

我国《行政处罚法》第9条规定的处罚种类十分丰富，但正如前文所述，其中的一些处罚措施并不必然具有制裁性，还有一些处罚措施具有多目的性，因而我们可以将其划分为真正的行政处罚和非真正的行政处罚。^{〔59〕}

区分真正的行政处罚和非真正的行政处罚的标准有三。首先，最本质的标准在于是否具有制裁性，因为行政处罚的本质就在于制裁性。我国《行政处罚法》第2条规定，行政处罚是行政机关对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。“减损权益或者增加义务”意味着增加额外负担，“惩戒”意味着对行为人的非难与谴责。增加额外负担和非难正是制裁性的表现，也是区分真正的行政处罚和非真正的行政处罚的关键所在。其次，判断真正的行政处罚和非真正的行政处罚还可以借助刑法上的标准。刑事处罚和行政处罚虽然并不完全相同，但是二者同为国家公权力科处的法律制裁，在制度渊源、法理基础等方面具有相似性，刑法的规定可以为行政处罚提供一定的参考。^{〔60〕}最后，比较法上的经验具有辅助性的参考意义。我国的行政处罚制度与其他大陆法系国家和地区的行政处罚制度并不完全相同，不能直接用其他大陆法系国家和地区的规定来指导我国的法制建设。但是比较法的考察毫无疑问是有意义的，既有研究在证立主观归责模式的合理性时就参考了域外国家和地区的规定。因而，比较法的考察具有辅助理解的参考作用。

以制裁性为本质标准，同时参考刑法的原理和比较法上的规定可以发现，我国《行政处罚法》第9条规定的处罚种类中，行政拘留和罚款属于真正意义上的行政处罚。首先，行政拘留和罚款具有制裁性，它们是对行为人科处额外负担的措施，限制了行为人的行动自由或财产权利，它们的目的是对行为人予以惩戒，同时通过科处负担达到一般预防和特殊预防的目的。其次，

〔59〕 既有研究中已经有类似的观点，有学者将我国行政处罚的种类划分为预防性处罚和制裁性处罚。参见前引〔53〕，陈国栋文。

〔60〕 参见李晴：《犯罪论体系对应受行政处罚行为的可参照性》，载《法学》2022年第4期。

在刑法上,与行政拘留、罚款具有类似功能和性质的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、罚金等限制行为人人身自由、财产权利的措施都属于刑事处罚,而非保安处分。它们同样是对行为人所处的报应,同时具有预防的目的,与行政法上的行政拘留和罚款相对应。最后,观察其他大陆法系国家和地区的行政立法可以发现,各国的行政处罚种类虽然不尽相同,但是无论其处罚种类多寡,行政拘留和罚款基本属于典型的处罚种类。^{〔61〕}综合以上三点可以发现,拘留和罚款属于真正的行政处罚措施,在行政处罚种类中居于核心位置。

与此相对,《行政处罚法》第9条规定的没收违法所得、没收非法财物等没收类处罚,暂扣许可证件、吊销许可证件等资格罚,限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业等行为罚,乃至《行政处罚法》没有明确规定的公布违法信息、列入黑名单等名誉罚等处罚措施应当属于非真正的行政处罚。因为这些处罚种类并不当然具有制裁性。一方面,没收行为人的违法所得、非法财物,限制行为人开展生产经营活动、责令行为人停产停业、关闭整顿、限制从业等行为措施并未对其科处额外负担,行为人不具有占有违法所得、非法财物或者在不具备安全生产条件的情况下继续从事生产经营行为的权利。另一方面,暂扣许可证件、吊销许可证件、公布违法信息等行为措施的主要目的并不完全是对行为人进行非难和谴责,它们具有多重目的,行政机关作出这些行为有时并不是为了对行为人进行谴责,而是为了违法隔离或者提醒公众注意,从而直接维护公共利益。因而,相比于行政拘留与罚款,这些行为措施的制裁性明显较弱。正因如此,刑法上才没有将没收违法所得、没收非法财物、限制从业等行为措施列为处罚种类,而是将其作为保安处分进行规定。同样,德国、奥地利、日本等国家的行政处罚立法也没有将这些行为措施列为行政处罚。

• 145 •

(二) 主观归责模式的调整与完善

真正的行政处罚具有完整的制裁性,在行政处罚种类中处于核心位置。非真正的行政处罚并不必然具有制裁性,立法者出于提升行政机关公共治理能力或者规范行政公权力行使的政策考量才将其规定为行政处罚,这类行政处罚在刑法上或者在其他国家和地区的行政处罚立法中往往不被当作行政处罚。对于真正的行政处罚来说,主观归责模式的适用是正当且必要的;对于非真正的行政处罚来说,主观归责模式的适用并不恰当。

一方面,行政处罚主观归责模式应当适用于真正的行政处罚。行政拘留和罚款真正体现出对行为人的惩罚,对其来说,责任主义的适用是必要、正当的。责任是证明惩罚正当性的必要条件,“一个惩罚之所以是应得的,是因为被惩罚者是责任者,是自由意志者,即他可以根据自己的意志自由选择 and 决定自己的行为”^{〔62〕}。正如主观归责论者所述,正义并不必然要为行政管理的效率需求让路,行政违法的判定同样需要遵循最为基本的正义理念。^{〔63〕}刑法上主观归责模式的采用,乃至比较法上其他大陆法系国家和地区主观归责模式的选择正是基于这样的考量。因此,行政拘留和罚款的科处应当以主观过错为前提,不能重回客观归责模式的窠臼。

另一方面,行政处罚主观归责模式不宜适用于非真正的行政处罚。首先,对于非真正的行政

〔61〕 一些国家并没有将行政拘留单独规定为处罚种类,这并不是因为拘留处分不具备制裁性,而是因为部分国家,限制人身自由的行为措施只能由司法机关作出。

〔62〕 王立峰:《惩罚的哲理》,清华大学出版社2013年版,第231页。

〔63〕 参见前引〔2〕,熊樟林文。

处罚来说，适用主观归责的必要性并不充分，因为非真正的行政处罚并不必然具有制裁性，刑法上和其他大陆法系国家和地区的行政处罚立法中也往往不将其作为处罚来对待。不仅如此，强行适用主观归责模式反而会带来法律适用上的困难。前文所述的主观归责模式的适用困境，基本上都存在于没收违法所得、没收非法财物、限制从业资格、责令停产停业、公布违法信息、列入黑名单等非真正的行政处罚的适用中。这些处罚措施具有明显的多目的性特征，报应和惩戒有时甚至不是主要目的，片面强调其惩戒目的而主张严格适用主观归责的做法很可能会以偏概全，影响行政效率，造成当事人没有过错即能继续享受违法所得、继续从事违法生产的情况。

其次，非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式的观点可以从刑法的规定中得到印证。在刑法上，保安处分的适用便不以行为人的主观过错为前提，因为保安处分并不是对行为人的处罚，而是以消除危险、防止再犯为目的的着眼于未来的措施，对其适用主观归责反而不利于其目的的达成。行政法上的没收违法所得、没收非法财物、限制从业等措施，与刑法上的没收违法所得、没收违禁品、禁业规定等措施在性质和目的上都十分接近，而立法者却为其规定了主观归责模式，以至于造成法律适用上的难题。举重以明轻，既然刑法上的保安处分都不适用主观归责模式，行政法上的相关措施更无坚守主观归责模式的必要，应当参照刑法的规定，调整归责方式的适用。

最后，对非真正的行政处罚不适用主观归责模式也是比较法上通行的做法。正如前文所述，在德国、奥地利等大陆法系国家，主观归责模式往往搭配“小处罚”模式，责令停业、撤销许可、吊销执照等一般不作为处罚措施，不适用行政处罚的相关法律法规，当然也不适用主观归责模式，而是接受行政程序法等法律法规的规范与调整。当然也存在反例，我国台湾地区确立了“大处罚”模式下适用主观归责模式的立法体例，但是如前文所述，这种做法已经遭到了批评，学界有力观点指出，采取广义行政处罚概念的同时采取过错主义，不利于行政目的的达成。因此，从比较法上的正例和反例可以看出，应当对“大处罚+主观归责”的立法体例进行调整，主观归责模式的适用范围应当限缩在真正的行政处罚上，非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式。

综上，真正的行政处罚应当坚持主观归责模式，但是非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式，而应采用客观归责模式，即只要有违法行为的存在，行政机关便可以采取行政措施。需要注意的是，非真正的行政处罚虽然并不必然具备制裁性，但是仍然具有不利益性，在行为人没有主观过错的情况下对其适用这类措施有时仍然难免严苛，因而可以规定在行为人没有主观过错时，可以从轻或者减轻处罚。因此，《行政处罚法》第33条第2款可以做如下调整：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，应当不予行政拘留、罚款的处罚，可以从轻或者减轻其他类型的行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”《行政处罚法》于2021年迎来了制定以来的首次重大修改，短期内再次修改的可能性不大，但是我们仍可以通过部门法的修改来实现本文的主张。《行政处罚法》第33条第2款规定了主观归责模式的例外情况，即“法律、行政法规另有规定的，从其规定”，因而在部门法修改工作中，可以通过规定例外条款来调整主观归责模式的适用范围，排除对非真正的行政处罚适用主观归责模式。如前文所述，《食品安全法》《药品管理法实施条例》对此已有规定，这一做法值得借鉴。

五、结 语

主观归责论者出于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，同时参考其他大陆法系国家和地区的做法，主张行政处罚的作出应当以行为人有主观过错为前提。但是结合我国实定法上的行政处罚制度可以发现，主观归责模式并不完全合理，因为相对于刑事处罚或者其他大陆法系国家和地区的行政处罚制度来说，我国行政处罚具有典型的处罚种类多元化特征。《行政处罚法》第 9 条规定的处罚种类中，部分行政处罚并不必然具有制裁性，对其适用主观归责模式并不必要。同时部分行政处罚具有多目的性，适用主观归责模式反而可能妨碍其顺利适用。比较法上的经验也告诉我们，主观归责模式应当以“小处罚”模式为前提。因此主观归责模式的适用范围应当限制在真正具有制裁性的行政拘留、罚款等真正的行政处罚之中，非真正的行政处罚则应当适用客观归责模式。同时，为了防止后者被滥用，可以规定当行为人没有主观过错时，可以从轻或者减轻适用非真正的行政处罚。

Abstract: Subjective imputation theorists, based on the consideration of respecting individual will self-determination and realizing the purpose of administrative punishment system, and referring to the practice of comparative law, advocate that administrative punishment should adopt subjective imputation model. The revised Administrative Punishment Law adopted this view and established the subjective imputation model of administrative punishment. However, combined with the actual law system of administrative punishment in China, we can find that the subjective imputation model is not completely reasonable, because the administrative punishment in China has typical characteristics of diversified types of punishment. Among the types of punishment stipulated in Article 9 of the Administrative Punishment Law, some administrative punishments are not necessarily sanctioned, and it is unnecessary to apply the subjective imputation model to them. Some administrative punishments have multiple purposes, and the application of subjective imputation model may hinder the realization of their purposes. The experience of comparative law also tells us that the subjective imputation model should be based on the “small punishment” model. Therefore, the scope of application of the subjective imputation model should be limited to the real administrative punishments such as administrative detention and fines, and the objective imputation model should be applied to the non real administrative punishments.

Key Words: subjective imputation, type of punishment, sanction, purpose of punishment

自动化行政中算法的法律控制

王 宾^{*}

内容提要：自动化行政中的算法可分为转译型算法和自我学习型算法。算法的运用面临合法性危机：处于私主体地位的算法设计师将法律语言转译成机器语言时会嵌入自身的判断，带来改写法律的风险；算法决策有时在事实上超出法律授权范围，且缺乏畅通的救济机制。算法的合法性控制方式应与算法类型适配。针对转译型算法，需结合算法的性质以及技术特点，从转译主体、所译法律的明确性、转译过程的透明度等方面施以控制。针对自我学习型算法，首先应当确立“民主—科学”的合法性框架，其次应当从建立算法信任的角度，围绕保障公众主体地位和算法科学性对算法进行控制。

关键词：自动化行政 形式合法性 行政民主 行政科学 算法信任

一、引言

随着人工智能技术的迅猛发展，数字技术越来越多地被嵌入公共行政领域，数字法治政府建设已上升为一项国家战略。中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》提出健全法治政府建设科技保障，全面建设数字法治政府，坚持运用互联网、大数据、人工智能等技术手段促进依法行政，着力实现政府治理信息化与法治化深度融合，优化革新政府治理流程和方式，大力提升法治政府建设数字化水平。《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》提出“将数字技术广泛应用于政府管理服务，推进政府治理流程优化、模式创新和履职能力提升，构建数字化、智能化的政府运行新形态”。数字法治政府建设的潮流不可逆转，其中需要关注的重点问题之一是如何保证“数字”与“法治”共生。由于技术水平的迭代发展，政府开展行政活动所借助的数字技术已经超出了亚里士多德所想象的“按照人的意志或命令自动工作的无生

^{*} 王宾，北京大学法学院博士研究生。

命工具”〔1〕的范畴。机器学习通过算法，让机器可以从外界输入的大量数据中学习到规律，从而进行识别判断。〔2〕机器学习算法都有一定程度的自主性，它们通常无法为证明行政决策合理性的这类因果陈述提供任何依据（例如“因为 X 导致 Y，所以 X 是正当的”）。〔3〕当行政机关使用机器学习系统作出行政决策时，很难保证该决策体现的是特定人的意志。

有观点认为，行政国家的自动化程度越高，就越有可能减损行政国家存在的正当性，理由有二：一方面，自动化系统的复杂性使得利用其执行任务的行政机关工作人员并不了解系统的运行原理，更无法在法庭上给出任何解释说明；另一方面，行政规则以机器语言的形式被嵌入自动化系统之后，行政机关再也无法像过去一样通过行使裁量权来回应变动不居的实际情况。〔4〕在高度自动化行政的背景下，行政机关同时放弃了专业知识和裁量权。行政机关对专业知识和裁量权的放弃，意味着其将行政权力让渡给了自动化系统。而自动化决策的正当性、合理性、合法性是数字法治政府建设中应当认真对待的重要基础和法治前提。〔5〕有学者对无人工介入的自动化行政提出合法性疑问：由第三方主体设计的机器和程序过程取代行政机关一方的意思表示是否具有权力主体上的合法性，用以作出行政决定的算法是否如实复刻了实体法中的内容。〔6〕对此，有观点认为，在自动化行政中，算法设计师在转译法律语言时，可能会扭曲法律法规的内容，导致法律规则的异化执行或适用，不符合形式合法性的要求，而且，由于自动化行政中存在技术壁垒，公众的知情权、异议权和建议权难以实现，行政过程缺乏民主正当性。〔7〕

在传统行政法中，行政机关的权力来源于立法授权，立法机关被设定为代表民意的政治机构，负责民意的汇集和表达，制定法律并承担政治上的责任，行政机关负责法律的执行。行政机关只要严格依法行政，便可以借助政治权威（立法机关）的正当性而获得“合法化”。〔8〕在自动化行政中，自动化系统运行算法的过程相当于执行法律的过程，面对自动化执法合法性不足的问题，该如何对算法施以法律控制？这是本文重点回答的问题。首先，文章结合算法的工作原理对实践中的自动化行政样态和算法类型进行分类；其次，在类型化的基础上具体分析可能面临的合法性问题；最后，针对不同类型的算法，提出合法性控制手段。

• 149 •

二、自动化行政中的算法及其应用分类

（一）自动化行政中的算法工作原理

“自动化行政”是一个描述性用语，指行政程序中特定环节或所有环节由人工智能代为处理，

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1983 年版，第 11-12 页。

〔2〕参见郭丽丽、丁世飞：《深度学习研究进展》，载《计算机科学》2015 年第 5 期。

〔3〕参见〔美〕卡里·科利亚尼斯：《自动化国家的行政法》，苏苗罕、王梦菲译，载《法治社会》2022 年第 1 期。

〔4〕See Ryan Calo & Danielle K. Citron, The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy, 70 *Emory Law Journal* 797, 804 (2021).

〔5〕参见马长山：《数字法治政府的机制再造》，载《政治与法律》2022 年第 11 期。

〔6〕参见展鹏贺：《数字化行政方式的权力正当性检视》，载《中国法学》2021 年第 3 期。

〔7〕参见王怀勇、邓若翰：《算法行政：现实挑战与法律应对》，载《行政法学研究》2022 年第 4 期。

〔8〕参见王锡锌：《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》，载《清华法学》2009 年第 2 期。

而无需人工的个别介入，从而实现部分或全部无人化的行政活动。^{〔9〕}学界也用“算法行政”^{〔10〕}“数字化行政”^{〔11〕}“人工智能算法决策”^{〔12〕}等名称来描述这一现象。自动化行政中的技术载体是计算机，而计算机的工作过程就是执行程序，该程序是由程序开发人员使用某种程序设计语言编写的，以代码形式表示的，能够为计算机识别并予以执行的指令集合，程序的核心是算法。^{〔13〕}程序与算法实际上具有相同含义，计算机执行程序本质上就是执行算法。有学者指出，算法是一套求解逻辑，在计算科学领域，其表现为由代码联结且结构化的一系列问题和求解数学模型的集合，单一代码向计算机传达的是简单的做或不做的指令，若干单一代码有机联结后构成解决具体问题的复杂算法。^{〔14〕}将算法视作求解逻辑是最广义的定义，可以涵盖所有决策程序和步骤，而将其限定于计算科学的定义，是狭义的算法定义。也有学者采用中义的算法定义，将算法界定为人类和机器交互的决策，即人类通过代码设置、数据运算与机器自动化判断进行决策的一套机制。^{〔15〕}本文采取中义的算法定义。

从技术层面来讲，有两种构建算法规则的模式：一是专家系统模式，二是机器学习模式。专家系统是利用人类预先设定的专家知识数据库来解决相应的问题。其发展的近期目标是建造能用于代替人类高级脑力劳动的专家系统。^{〔16〕}以构建认定故意伤害罪的算法为例，专家系统构建路径首先需要法律专家确认构建知识图谱的犯罪构成理论（犯罪三阶层、四阶层抑或其他理论），然后在确定的大框架下，根据故意伤害罪的法律特征，精细化拆分犯罪构成要素，定义基本的法律模式图。定义好数据模式之后，再从大量真实的法律数据中抽取相关知识点以及知识点之间的逻辑关系，将这些实体信息相应挂接在要件要素上，从而形成具有高度逻辑的知识组织形式。^{〔17〕}专家系统具有可理解性，即在执行过程中，系统能解释推理步骤，使之易于理解，其解释的方式应与专家解释他们推理的方式一样。^{〔18〕}

机器学习是通过接收外界信息（包括观察样例、外来监督、交互反馈等）获得一系列知识、规则、方法和技能的过程。这一过程对人类和其他生物而言称为“生物学习”，对计算机而言称为“机器学习”。^{〔19〕}简单来说，机器学习是在样本数据的基础上找出一个公式或者多个公式的组合模型来解决特定的问题。^{〔20〕}中间寻找模型（确定算法）的过程是不可知的、难以解释的。在专家系统模式下，自动化系统的算法是由算法设计师确定的；而在机器学习模式下，算法是由算

〔9〕 参见马颜昕：《自动化行政的分级与法律控制变革》，载《行政法学研究》2019年第1期。

〔10〕 参见虞青松：《算法行政：社会信用体系治理范式及其法治化》，载《法学论坛》2020年第2期。

〔11〕 参见前引〔6〕，展鹏贺文。

〔12〕 参见张恩典：《人工智能算法决策对行政法治的挑战及制度因应》，载《行政法学研究》2020年第4期。

〔13〕 参见刘东亮：《技术性正当程序：人工智能时代程序法和算法的双重变奏》，载《比较法研究》2020年第5期。

〔14〕 参见邱泽奇：《算法治理的技术迷思与行动选择》，载《人民论坛·学术前沿》2022年第10期。

〔15〕 参见丁晓东：《论算法的法律规制》，载《中国社会科学》2020年第12期。

〔16〕 参见张煜东等：《专家系统发展综述》，载《计算机工程与应用》2010年第19期。

〔17〕 参见叶衍艳：《法律知识图谱的概念与建构》，载华宇元典法律人工智能研究院编：《让法律人读懂人工智能》，法律出版社2019年版，第25页。

〔18〕 参见〔美〕吉奥克等：《专家系统原理与编程》，印鉴等译，机械工业出版社2006年版，第7页。

〔19〕 参见王东：《机器学习导论》，清华大学出版社2021年版，第2页。

〔20〕 参见邹劭坤：《机器学习的“黑盒”是什么？》，载华宇元典法律人工智能研究院编：《让法律人读懂人工智能》，法律出版社2019年版，第37页。

法设计师和机器共同确定的，设计师为机器制定“学习规则”，机器在“学习规则”的指示下，通过对海量数据的学习确定算法。

（二）自动化行政中的算法应用分类

既有研究对自动化行政进行了不同的类型化处理。有学者将特定行政活动区分为识别与输入、分析与决定、输出与实现三个环节，根据自动化系统发挥作用的环节不同，将自动化行政分为 0~4 级，分别为无自动化行政、自动化辅助行政、部分自动化行政、无裁量能力的完全自动化行政、有裁量能力的完全自动化行政。^{〔21〕} 自动化辅助行政和部分自动化行政中，分析与决定的权力仍掌握在人类手中；而在完全自动化行政中，行政活动不再需要人类介入。也有学者从是否排除人工介入的角度，将自动化行政分为需要人工介入的半自动行政行为和不需要人工介入的全自动行政行为。^{〔22〕}

还有学者将行政过程中是否有人工干预和自动化对最终决定的实际影响结合起来，将自动化行政分为三类：（1）数字化程序实施，但实体决定仍为人工作出；（2）“程序实施+实体决定”的完全数字化，但实体决定非以人工智能的方式作出；（3）“程序实施+实体决定”的完全数字化，且实体决定由人工智能作出。^{〔23〕} “非以人工智能的方式作出”是指自动化系统中的算法是专家系统模式下预先设定好的规则，系统并不进行自主学习。在此语境下，人工智能仅包括能够进行机器学习的自动化系统。

这种兼顾行政活动的实现方式和技术影响力的分类方式，于本文研究而言，更具有相关意义，但其在表述上不当限缩了“人工智能”概念的范围，因此应该稍作修正。按照其分类依据，自动化行政可以分为：（1）自动化程序实施，但实体决定仍为人工作出；（2）“程序实施+实体决定”的完全自动化，但实体决定是人为设定算法的表达；（3）“程序实施+实体决定”的完全自动化，但实体决定是机器学习后算法的表达。以下将该三类自动化行政分别简称为自动化行政Ⅰ、自动化行政Ⅱ、自动化行政Ⅲ。

在自动化行政Ⅰ中，自动化系统输出的结果对实体决定发挥作用的方式有两种：一是为实体决定的作出提供参考，例如南京市环保行政处罚自由裁量辅助决策系统。^{〔24〕} 二是作为实体决定作出的依据。例如，根据《道路交通安全法》第 114 条的规定，公安机关交通管理部门根据交通技术监控记录资料，可以对有关人员依法予以处罚。依据授权法律的规定，电子警察系统的作用是收集、固定违法事实，为最终处罚决定的作出提供证据。有观点认为，在我国智慧交通体系的建设中，算法可以直接对监控查获的交通违法行为处以罚款，这意味着在此领域，算法已经可以直接作为决策者作出具体行政行为。^{〔25〕} 本文在第三部分将对这一观点展开论证。

自动化行政Ⅱ的典型范例是深圳市用于高校应届毕业生引进和落户的“无人干预自动审批”

〔21〕 参见前引〔9〕，马颜昕文。

〔22〕 参见查云飞：《人工智能时代全自动具体行政行为研究》，载《比较法研究》2018 年第 5 期。

〔23〕 参见前引〔6〕，展鹏贺文。

〔24〕 参见《规范执法流程 提升执法精准性 南京辅助决策系统实现全覆盖》，载 https://www.mee.gov.cn/home/ztbd/qt/szhh/201507/t20150713_306216.shtml，最后访问时间：2022 年 11 月 3 日。

〔25〕 参见张凌寒：《算法权力的兴起、异化及法律规制》，载《法商研究》2019 年第 4 期。

系统。审批系统按照既定的规则自动进行数据比对，全程自动办理，无人工干预。^{〔26〕}除此之外，疫情防控中所广泛应用的健康码也属于此类自动化行政的范围，健康码经由机器自动化决策生成，行政机关先将评判标准程式化，然后相对人在线提交信息并申请，最终由系统自动分配不同颜色标识的二维码。^{〔27〕}

自动化行政Ⅲ的实践样本尚未在我国出现。该自动化行政方式意味着系统将在不预设“裁量规则”的前提下代替人类作出裁量性具体行政行为。德国《行政程序法》第35a条将具有不确定法律概念和裁量的行政行为排除于全自动程序的适用范围之外，即只允许羁束具体行政行为适用全自动化程序。^{〔28〕}德国立法例属于自动化行政Ⅱ的范围，即人工为系统设定算法，系统执行。美国劳工统计局使用监督学习系统代替工作人员对收集到的大量关于就业、人力成本等专题信息进行编码。^{〔29〕}尽管在该应用场景中，自动化系统并未直接对公民作出决定，但其的确已经独立完成本应由人类完成的编码工作，该工作将会影响劳工统计局相关的政策制定。

三、算法支配的自动化行政的合法性危机

传统行政法通过依法行政原则建立起用于担保行政机关合法行使行政权的框架性法律制度，依法行政原理的逻辑基点是由人民代表大会及其常务委员会制定的法律为行政机关提供行政权的依据，行政机关必须在法律规定的范围内行使行政权。^{〔30〕}在行政法的传统模式之下，行政机关被设想为一个纯粹的传送带，职责是在特定案件中执行立法指令；行政机关的行为受制于司法审查以符合立法指令。^{〔31〕}当行政机关以自动化的方式执行法律时，其同样需符合依法行政原则的要求，接受合法性检验。本部分将从自动化系统中算法自身的合法性和算法决策的合法性两方面，展开合法性问题的讨论。

（一）算法自身的合法性

自动化行政中算法的生成方式大致可以分为人为设定和机器自我学习生成两种。前者主要依靠算法设计师将法律语言转译成机器语言，可以称为“转译型算法”；后者是以算法设计师设计的学习规则为基础，通过对海量数据的学习生成的新算法，可以称为“自我学习型算法”。自动化行政Ⅱ中涉及的算法是转译型算法，自动化行政Ⅲ中涉及的算法是自我学习型算法；而自动化行政Ⅰ中的算法类型取决于系统的技术应用。

转译型算法的设计者通常是行政机关和私营部门中的算法设计师，转译型算法制定的过程实

〔26〕 参见《推动无人干预自动审批（秒批）改革（深圳做法）》，载 https://www.gd.gov.cn/gdywdt/zwzt/szhzy/jytg/content/post_2906394.html，最后访问时间：2022年11月3日。

〔27〕 参见查云飞：《健康码：个人疫情风险的自动化评级与利用》，载《浙江学刊》2020年第3期。

〔28〕 参见前引〔22〕，查云飞文。

〔29〕 将自然语言转换为统计数据是编码的过程，例如为了回答“门卫人员在工作中最常见的伤害原因是什么”这一问题，工作人员需要阅读每一份描述，以编码的方式将对方的职业与造成伤害的因素关联起来。现在机器学习系统代替劳工局工作人员完成这项任务。参见《采访 Alex Measure：机器学习应用于政府业务场景》，载 <https://m.elecfans.com/article/1281070.html>，最后访问时间：2022年11月4日。

〔30〕 参见章剑生：《现代行政法总论》（第2版），法律出版社2019年版，第36页。

〔31〕 参见〔美〕理查德·B.斯图尔特：《美国行政法重构》，沈岷译，商务印书馆2011年版，第11-12页。

质是把行政规范、行政过程以及自由裁量转化成计算逻辑和代码的自动执行,这一过程无疑会嵌入主观判断、利益选择和价值观设定。^{〔32〕}例如,在设计识别车牌遮挡行为的交通监控系统的过程中,当存在多种识别车牌遮挡行为的技术时,如基于车牌结构特征的检测技术、基于颜色特征的检测技术、基于机器学习的检测技术^{〔33〕}等,算法设计师应该选择何种检测技术实现监控系统的运行目标?不同检测技术的准确率和实现成本不同,受私益驱动算法设计者可能会和代表公共利益的行政机关作出不同的选择。此时,引发的第一个合法性问题是,不具有行政主体资格的算法设计师转译法律规范、主导自动化行政过程的合法性基础为何。这一问题对自我学习型算法而言更加尖锐。尽管转译型算法的设计者包括除行政机关以外的第三方主体,但仍是特定个人决定了算法的表达,算法仍处于人类的控制之下。自我学习型算法,以“学习规则”为基础,利用海量和非结构化的数据来确定解决既定问题的最优算法。除此之外,系统还可以根据外界环境的反馈持续更新算法,结果输出具有不确定性。自我学习型算法的表达已经超出了行政机关和设计者的严密控制,法律的实施具有更大的不确定性和不可解释性。

算法生成过程存在改写法律的风险。传统法律在制定时存在必要的模糊性,也未考虑到自动化的要求,而自动化系统中运行的算法需要极高的精确度和严格度,这导致人类语言与机器语言的转译过程充满了不确定性。^{〔34〕}丽莎·A.谢伊和伍德罗·哈特佐格等学者在《机器人欢迎电子法吗?一个法律内部的算法实验》^{〔35〕}一文中构建并实施了一个由52位电脑程序员参与的、将特定交通法规以代码方式实现的实验。程序员被分为三组,第一组被要求实现“法律条文”,第二组被要求实现“法律意图”,第三组得到了一份附加的、精心编写的说明书,以此作为其软件实现的基础。无论是参考不同文本的不同组的程序员,还是参考同样文本的同组程序员,其最终设计出的程序都存在较多差异。该实验的结论之一是程序员自身的假设和偏差会体现在代码之中,虽然该问题可以通过构建良好的软件设计说明书来化解,但是对所有可能出现的问题进行预测的完美说明书极难设计。实践中,美国科罗拉多州福利管理系统(The Colorado Benefits Management System, CBMS)是确定申请人是否能够获得公共援助资格的自动化系统,该系统自2004年9月应用以来,作出了成千上万错误的福利认定,许多错误都可以归因于算法设计者在将法律转译为代码的过程中出现偏差,扭曲了联邦和州政策。^{〔36〕}转译型算法或可通过对转译主体、转译程序等施加严格法律要求的方式来保障其准确性,补强合法性。但自我学习型算法的计算逻辑大多是从训练数据中得来的,很少反映在源代码中,^{〔37〕}因此,难以通过控制源代码的方式证

• 153 •

〔32〕 参见前引〔5〕,马长山文。

〔33〕 参见聂文真:《出租汽车车牌遮挡行为判定与图像取证技术研究》,北京工业大学2019年硕士学位论文,第26-27页。

〔34〕 参见〔美〕丽莎·A.谢伊、伍德罗·哈特佐格等:《机器人欢迎电子法吗?一个法律内部的算法实验》,载〔美〕瑞恩·卡洛、迈克尔·弗鲁姆金、〔加〕伊恩·克尔主编:《人工智能与法律的对话》,陈吉栋、董惠敏、杭颖颖译,上海人民出版社2018年版,第278页。

〔35〕 参见前引〔34〕,丽莎·A.谢伊、伍德罗·哈特佐格等文。

〔36〕 See Danielle Keats Citron, Technology Due Process, 85 (6) *Washington University Law Review* 1249 (2007).

〔37〕 See Kartik Hosanagar & Vivian Jair, We Need Transparency in Algorithms, but Too Much Can Backfire, *Harvard Business Review* (July 23, 2018), available at <https://hbr.org/2018/07/we-need-transparency-in-algorithms-but-too-much-can-backfire>, last visited on Dec. 26, 2022.

成其适用的合法性。

（二）算法决策的合法性

1. 算法决策超出法律的授权范围

自动化行政Ⅰ中的系统可分为两类，一是为人工决定提供参考意见的自动化辅助系统，二是为人工决定提供证据的自动化系统，后者对实体决定的影响甚于前者。在自动化辅助系统应用的场景中，作出实体决定的权力掌握在执法人员手中，即使执法人员事实上高度依赖系统提供的建议，也不能将决策过程称为“算法决策”，因为依赖系统是人的主动选择。在第二类自动化系统的应用场景中，尽管从形式上来看是由执法人员根据系统提供的证据作出决定，但实质上系统在固定证据的同时就完成了对违法行为的认定，剥夺了属于人的裁量空间，也超出了法律的授权范围。

以电子警察系统为例，依据授权法律的规定，系统要实现的目标是收集、固定违法事实，为最终处罚决定的作出提供证据。结合《道路交通安全违法行为处理程序规定》（以下简称《程序规定》）的要求，自动化行政处罚流程可归纳为以下五步：第一，交通技术监控设备收集违法事实；第二，经人工审核无误后录入系统作为证据；第三，通知相对人违法信息；第四，告知相对人处罚事实、理由、依据及权利；第五，实施处罚并送达决定书。^{〔38〕}前两个步骤属于案件事实的认定过程，由系统和人类共同完成，系统用来收集、固定违法行为证据。需要注意的是，系统对行为的记录并上传过程意味着其已经完成了对违法行为的第一次认定，人工审核是一个复核的过程。在认定案件事实的过程中，系统认定的案件事实需要经人工审核无误后方可成为行政处罚决定的证据。结合《程序规定》第18条和第19条^{〔39〕}的规定，人工审核的内容应当是违法行为记录资料是否清晰、准确地反映机动车类型、号牌、外观等特征以及违法时间、地点、事实；对于系统认定违法行为的标准（即预先设定的算法）是全盘接受的。因此，在案件事实认定阶段，系统与执法人员共同认定违法行为，前者通过算法实质决定了违法行为的认定标准，后者仅能从证据形式是否完备的角度否定不符合形式标准的违法行为。从执法实践来看，交警在大多数情况下仅依靠交通技术监控设备或执法设备所记录的图片或视频就实施处罚。^{〔40〕}虽然形式上执法人员对处罚决定的作出保有审核的权力，但事实上系统已经成为真正的处罚决定实施者。由此观之，电子警察系统在申请过程中，已经超出了法律的授权。

2. 算法决策的救济渠道不畅

自动化行政Ⅱ和Ⅲ是无人工干预下的算法决策，而完全自动化系统在设计时可能缺乏纠错机制。以北京健康宝“弹窗3”为例，“弹窗3”产生的原理是系统认定特定个人与京内外风险地区、点位、人员等有时空关联，需要进行风险排查。但是健康宝的决策系统并未给个人提供直接的救济途径，使个人能够通过提供不存在时空关联证据的形式自行解除弹窗。被弹窗的公民只能

〔38〕 参见谢明睿、余凌云：《技术赋能交警非现场执法对行政程序的挑战及完善》，载《法学杂志》2021年第3期。

〔39〕 《道路交通安全违法行为处理程序规定》第18条规定：“作为处理依据的交通技术监控设备收集的违法行为记录资料，应当清晰、准确地反映机动车类型、号牌、外观等特征以及违法时间、地点、事实。”第19条规定：“交通技术监控设备收集违法行为记录资料后五日内，违法行为发生地公安机关交通管理部门应当对记录内容进行审核，经审核无误后录入道路交通违法信息管理系统，作为处罚违法行为的证据。”

〔40〕 参见前引〔38〕，谢明睿、余凌云文。

通过人工申诉的方式解除弹窗，^{〔41〕}而人工申诉解决往往耗时良久，弹窗状态又严重影响公民的正常生活，被弹窗公民的救济渠道并不顺畅。

除此之外，公民事实上难以挑战算法决策的准确性。原因有二：一是公民的专业知识很难与算法所代表的行政机关的专业认定相对抗；二是公民得知被“错误”决策的时间通常晚于决策作出的时间，其难以收集并保留行为发生时的证据以自证清白。例如，在何凯与上海市公安局黄浦分局交通警察支队行政二审案件^{〔42〕}中，何凯鸣喇叭的行为被电子警察记录，交警对其作出行政处罚。何凯具有一定的声学专业背景，在二审时其结合专业认知陈述了异议，即根据照片上有关声波的图案无法对应其车辆喇叭发声的波段。这一异议并未推翻电子警察的认定结果。同样，在高彬与新民市公安局交通行政处罚纠纷案^{〔43〕}中，高彬被电子监控设备认定为超速，并被交警予以顶格处罚。高彬依据监控设备拍摄的照片上显示的时间及其目测的位移，自行计算速度，认为其并未超速，并且提供了相关的学术论文证明雷达测速对其车速的测量是误判。同样这一主张也未得到法院的认可。

自动化行政方式对传统行政法中的法律约束框架提出挑战：第三方设计主体的参与、转译型算法与自我学习型算法改写法律的风险、算法决策超越法律的授权等冲击着立法对行政的约束能力；算法决策的救济途径不畅、算法的难以审查性也使得司法对行政的约束作用减弱。对此，一方面，应当反思传统法律控制框架对自动化行政发挥作用的场域；另一方面，在传统框架规制不足的场域，应当探索新的合法性约束机制。接下来，文章将分别从转译型算法和自我学习型算法的控制角度对前述问题作出回应。

• 155 •

四、转译型算法的控制

转译型算法面临的合法性问题是转译者的主体适当性、转译算法是否能够准确实现法律的要求。在自动化行政中，“代码即法律”^{〔44〕}，转译型算法的制定过程（转译过程）可类比传统行政法中的规则制定过程。转译型算法的裁量存在于转译过程，算法适用过程无裁量空间。对转译型算法系统而言，控制算法制定过程就能够控制算法适用过程。针对转译过程的控制：首先，需要分析转译过程的法律性质为何，应该符合何种主体、程序的要求；其次，应当结合法律语言转译成算法的不确定性特点，探究通过何种方式缩减第三方中算法设计师的判断空间。

（一）转译过程的法律性质

转译型算法作为机器语言，其法律性质与所需要执行的规范条文的性质有关，若其对应的规范条文属于裁量基准，则算法就相当于裁量基准。例如，自动化处罚系统中的转译过程相当于将

〔41〕 参见《收到北京健康宝弹窗3怎么办？怎样处理高效便捷，方法来了！》，载 <http://beijing.qianlong.com/2022/0919/7635814.shtml>，最后访问时间：2022年11月22日。

〔42〕 参见上海市高级人民法院（2019）沪行终204号行政判决书。

〔43〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2016）辽01行终386号行政判决书。

〔44〕 〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0：网络空间中的法律》（修订版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2018年版，第1页。

裁量基准算法化。算法将裁量过程分解为可供机器运行的计算步骤，而代码则以机器语言的形式对计算步骤进行具体化表达。在自动化处罚裁量语境下，算法相当于裁量基准。不同于传统裁量基准，算法化裁量基准将法律适用过程中的事实要素直接纳入，实现事实与法律规范的具体对应。^{〔45〕}

转译过程因存在必须由行政机关和算法设计师填补的判断空间而具有立法的色彩，可以将其类比为行政机关具有较大裁量空间的规则制定过程。例如，在设计 CBMS 系统时，由于算法设计师对规则进行编码时改变了上百条既定规则，系统相当于在阐明新规则。^{〔46〕} 规则制定过程是在阐释语义模糊的立法，在立法规定无法为规则制定提供清晰指引时，该过程会借助公众和专家的参与来增强规则制定的合法性和科学性。转译过程需要减小法律语言与机器语言之间的模糊空间。在将法律语言细化至更容易为算法设计师操作的技术标准和设计说明书过程中，可以借助公众和专家的知识作出价值判断和技术选择。在具体转译算法之时，法律语言到机器语言之间的判断空间，只能由行政机关和算法设计师来填补，此时算法可能偏离其所表达的法律的意图，偏离程度与判断空间的大小有关。下文主要针对法律语言到机器语言的转译过程，从转译过程的主体要求、所译法律的明确性要求和转译过程的透明度要求三方面提出转译型算法的控制方式。

（二）转译过程的主体要求

首先，行政机关采取自动化行政方式应获得立法的授权，即存在授权规范，具体规定何种行政机关在何种行政领域能够以自动化方式开展行政管理活动。当然授权规范的层级、授权的范围和事项，因自动化系统适用的领域、对公民合法权益的影响程度大小而有所不同。例如，电子警察系统的应用就需具备法律、行政法规的明确授权。新修订的《行政处罚法》第 41 条规定，利用电子技术监控设备收集、固定违法事实的行为，必须有法律、行政法规的授权，且需经过法制审核。^{〔47〕}《道路交通安全法》第 114 条授予行政机关根据交通技术监控记录资料进行处罚的权力。^{〔48〕} 以上可以看作是行政机关使用电子警察系统的授权规范。需要注意的是，前述条款授权的范围限于“利用电子技术监控设备收集、固定违法事实”，不能扩大到利用电子警察系统直接作出行政处罚决定，进行处罚的权力仍然属于行政机关。从当前的立法情况来看，针对电子监控设备的使用问题，只有交通执法和市场监管两个领域有法律和行政法规的授权，环保、海关、农业领域的授权规范位阶是部门规章。^{〔49〕}

其次，转译主体包括行政机关和私营部门的算法设计师，具有立法色彩的转译过程应满足转译主体合法性的要求。以“类裁量基准”的算法为例，裁量基准本身是行政机关根据授权法的旨意，对法定授权范围内的裁量权予以情节的细化和效果的格化而事先以规则的形式设定的一种具体化的判断选择标准，属于行政自制规范。^{〔50〕} 行政机关制定裁量基准的权力来自于立法授予的

〔45〕 参见王正鑫：《机器何以裁量：行政处罚裁量自动化及其风险控制》，载《行政法学研究》2022 年第 2 期。

〔46〕 参见前引〔36〕，Danielle Keats Citron 文，第 1279 页。

〔47〕 《行政处罚法》第 41 条规定：“行政机关依照法律、行政法规规定利用电子技术监控设备收集、固定违法事实的，应当经过法制和技术审核，确保电子技术监控设备符合标准、设置合理、标志明显，设置地点应当向社会公布。”

〔48〕 《道路交通安全法》第 114 条规定：“公安机关交通管理部门根据交通技术监控记录资料，可以对违法的机动车所有人或者管理人依法予以处罚。对能够确定驾驶人的，可以依照本法的规定依法予以处罚。”

〔49〕 相关授权规范参见《环境行政处罚办法》第 36 条、《海关监管区管理暂行办法》第 17 条、《农业行政处罚程序规定》第 37 条。

〔50〕 参见周佑勇：《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》，载《法学家》2011 年第 4 期。

行政裁量权, 其将裁量基准转译成算法的过程本质上仍是在行使行政裁量权。行政机关选择与私营部门的算法设计师合作共同制定转译型算法的行为也在裁量空间之内, 算法设计师的行为也因此具备了合法性基础。此时, 算法设计师可以看作是行政机关手脚的延伸, 其行为归属于行政机关; 行政机关也需要通过细密的规范设计约束算法设计师的行为。

(三) 转译法律的明确性要求

为了缩小算法设计师“转译法律”时的判断空间, 行政机关应当尽可能地明确法律的含义。具体而言, 在设计系统时, 算法设计师需要明确系统将要实现的法律目标是什么, 即确定“目标规范”, 目标规范是系统运行时具体执行的法律。目标规范和算法之间是对应关系, 前者是人类世界中由行政机关执行的法律语言, 后者是由系统执行的机器语言, 二者要实现的是同一行政目标。例如, 闯红灯自动记录系统中运行的算法是用来自动认定闯红灯行为的机器语言, 相应的目标规范是《道路交通安全法》第44条^[51]和《道路交通安全法实施条例》第38条^[52]中, 红灯亮时禁止机动车通行的规定。目标规范是行政机关的执法依据。转译过程实际上是将目标规范这一法律语言转译成机器语言的过程, 转译时需要细化、解释具体的法律用语, 明确至机器可执行的程度。仍以闯红灯自动记录系统为例, 《闯红灯自动记录系统通用技术条件》(GA/T 496—2014)对如何认定闯红灯行为作了更具体的规定: 系统需要监测和记录的闯红灯行为是机动车违反交通信号灯红灯亮时禁止通行的规定, 越过停止线并继续行驶的行为。^[53]自动记录系统至少要记录三张反映闯红灯行为过程的图片, 图片需符合《闯红灯自动记录系统通用技术条件》的要求。^[54]为了减小法律语言转译为机器语言时可能出现的偏差, 行政机关通常会发布相关技术标准, 自动化系统的设计必须符合技术标准的要求。在技术标准的基础上, 有必要事先为转译过程设计更为详细的说明书, 尽可能地明确可能会引起算法设计师进行独立判断的问题。说明书应当经过法律专家与技术专家的审核, 并应当被允许共享以及不断完善, 以促使算法设计师的行为合乎规范要求。^[55]

• 157 •

行政机关通过发布技术标准和设计转译算法说明书的方式减少法律语言的模糊性, 为算法设计师提供更为明确的设计方向。但是, 即便说明书的表述极尽详细, 法律语言转译成算法的过程仍然存在算法设计师的主观判断空间。处于私主体地位的算法设计师受私益驱动, 而行政管理活动需将公共利益作为首要考量因素, 为了确保公共利益的实现, 行政机关应当全程参与系统的设计过程, 担任重要问题的最终决策者。

[51] 《道路交通安全法》第44条规定: “机动车通过交叉路口, 应当按照交通信号灯、交通标志、交通标线或者交通警察的指挥通过; 通过没有交通信号灯、交通标志、交通标线或者交通警察指挥的交叉路口时, 应当减速慢行, 并让行人和优先通行的车辆先行。”

[52] 《道路交通安全法实施条例》第38条第1款规定: “机动车信号灯和非机动车信号灯表示: (一) 绿灯亮时, 准许车辆通行, 但转弯的车辆不得妨碍被放行的直行车辆、行人通行; (二) 黄灯亮时, 已越过停止线的车辆可以继续通行; (三) 红灯亮时禁止车辆通行。”

[53] 参见《闯红灯自动记录系统通用技术条件》(GA/T 496—2014)第3.1、3.2条。

[54] 《闯红灯自动记录系统通用技术条件》(GA/T 496—2014)第4.3.1.1条规定: “系统应能至少记录以下3张反映闯红灯行为过程的图片: a) 能反映机动车未到达停止线的图片, 并能清晰辨别车辆类型、交通信号灯红灯、停止线; b) 能反映机动车已越过停止线的图片, 并能清晰辨别车辆类型、号牌号码、交通信号灯红灯、停止线; c) 能反映机动车与 b) 图片中机动车向前位移的图片, 并能清晰辨别车辆类型、交通信号灯红灯、停止线。”

[55] 参见前引[34], 丽莎·A. 谢伊、伍德罗·哈特佐格等文, 第295页。

（四）转译过程的透明度要求

首先，转译型算法制定过程应满足公开的要求。转译过程公开的理论基点在于对公民知情权的保障，此处的知情权是指政治上的民主权利，即公民依法享有知道国家的活动、了解国家的事务的权利，国家机关有依法向公民及社会公众公开自己活动的义务，这是人民主权原则的延伸。^{〔56〕}转译过程公开的内容包括公开转译主体、转译目的、转译依据以及源代码等，算法公开体现的是算法透明原则的要求。就具体规制手段而言，算法透明包含告知义务、向主管部门报备参数、向社会公开参数和存档数据、公开源代码等不同的形式。^{〔57〕}算法公开的程序可参照行政规范性文件的公布程序。2008年起实施的《湖南省行政程序规定》率先规定了对规范性文件的统一登记、统一编号、统一公布制度，其后，“三统一”制度被推广至其他省份，目前已被中央层面法律文件纳入。^{〔58〕}

其次，应在算法公开的基础上增强算法的可解释性。反对算法公开的理由之一是“算法透明≠算法可知”，即考虑到披露对象的技术能力、算法的复杂性、机器学习和干扰性披露四重因素，即使向公众公开源代码，公众也未必会理解算法的工作原理。^{〔59〕}对行政机关施加解释算法的义务并非要求其准确地说明算法的工作原理，由于“算法黑箱”的制约，这可能在技术上也是不可行的。行政机关的解释性义务只需要做到提供必要的信息证明系统产生的结果是合理的即可。换言之，行政机关需要提供有关其自动化系统背后的目的及其通常如何运作的基本信息，需要表明在设计系统时已经仔细考虑了关键的设计选项，也可能需要借助公认的审核和验证工作来证明系统确实能够运行并生成预期的结果。^{〔60〕}对行政机关施加公开算法和解释算法的义务，一方面是为了满足自动化行政自身合法性的要求，另一方面也有助于个人对自动化决策提出质疑，引发关于技术的辩论，从长远来看可以促进社会对新技术的接受。

五、自我学习型算法的控制

针对转译型算法，可以通过控制转译过程的合法性来保证算法决策的合法性，确保系统始终处于行政机关的控制之下。此时的规制逻辑是通过形式合法性来解释行政正当性，核心技术是评估行政与法律的一致性。^{〔61〕}但自我学习型算法是根据预先设定的“学习规则”，学习训练数据之后生成的，本身具有不确定性。自我学习型算法无法满足形式合法性的要求，需要探索新的合法性框架，相应控制方式应在新的合法性框架下展开。

（一）“民主—科学”的合法性框架

1. 构建合法性框架的目的

自我学习型算法的适用需要具备合法性基础的本质原因是要保证系统行使行政权时像行政机

〔56〕 参见刘莘：《行政立法研究》，法律出版社2018年版，第167-168页。

〔57〕 参见汪庆华：《算法透明的多重维度和算法问责》，载《比较法研究》2020年第6期。

〔58〕 参见《国土资源部办公厅关于实行规范性文件“三统一”制度的通知》（国土资厅函〔2015〕523号）。

〔59〕 参见沈伟伟：《算法透明原则的迷思——算法规制理论批判》，载《环球法律评论》2019年第6期。

〔60〕 参见前引〔3〕，卡里·科利亚尼斯文。

〔61〕 参见前引〔8〕，王锡铤文。

关一样受到控制。传统法律体系对公权力的控制机制，使得公民可以充分相信行政机关在行使权力时始终以维护公共利益为目的；而逸脱了法律控制机制的系统，难以使公民相信其同样以维护公共利益的方式运转。换言之，控制系统是为了建立起公众对系统的信任。公众对系统的不信任不仅会导致系统本身合法性基础缺失，还会引发公众与系统的提供者——行政机关之间的信任危机。尽管自我学习型算法具有“黑箱”性质，其决策过程难以为人类理解，但这并不意味着人类无法对其建立信任。正如在医疗领域，尽管患者对药物或药物治疗的工作原理不甚了解，但其仍然愿意将生命健康托付给通常难以理解的治疗手段；问题的关键不在于人类是否知道特定药物的作用机理，而是该领域内是否存在充分的规则、制度和专业知识给予我们信心，使我们对治疗手段建立信任。^{〔62〕}

2. 合法性框架分析

行政管理过程偏离形式合法性要求的问题并不限于自动化行政领域，只不过在自我学习型算法上尤为突出。当代行政是目标导向的积极活动，行政机关在目标界定、手段选择等方面，都拥有自主进行权衡和选择的权力；目标导向的行政，意味着法律对行政的控制，通常只能是宽泛的目标指引而非具体的指令控制。立法提出行政活动的宽泛目标，行政对目标进行判断、权衡以及对实现目标的手段进行选择裁量。^{〔63〕}例如，在风险行政领域，由于立法者不具备关于风险的完整知识，需要广泛授予行政机关裁量权，依法行政实际上被依裁量行政替代。^{〔64〕}行政机关规制风险的活动若要符合现代行政法治的基本要求，至少需要满足两个条件：一是价值合理性，即行政机关设定的风险规制目标能够为公众所接受，符合民众的需求，反映民众的偏好，体现卢梭所说的“公意”的要求，从而具有正当性；二是工具合理性，即行政机关规制风险的手段或措施基于精确的计算和预测，追求功效最大化，具有科学性。^{〔65〕}风险行政背景下，行政机关通过增强行政过程中的民主性与科学性，来补强行政活动正当性。“民主—科学”的合法性框架也可以作为自我学习型算法适用的理论基础。

3. 合法性规制目的实现方式

“民主—科学”的合法性规制目的是建立公众对算法的信任。与自我学习型算法相同，诊疗过程对于患者而言同样具有“黑箱”性质，因此，医疗领域信任机制的构建方式可以为算法的规制提供借鉴。医疗领域的信任建立机制有以下三个要点：（1）医疗服务提供者的能力。以医师为例，医师培训和考核机制、医师资格考试制度、医师执业注册制度、医师的执业规范要求、卫生健康主管部门和医疗卫生机构对医师的监督管理及问责制度等共同建立起一个保证医师专业水准的框架，使得公众即使无法直接评估其实际能力，也能对其建立信任。（2）保护患者的利益。医学伦理规范和相关制度的存在使公众相信，相较于个人的经济利益，医师会将病人的利益放在首位。美国出台了《联邦反回扣法案》（The Federal Anti-Kickback Statute）、《医师酬劳阳光法案》

〔62〕 See Robin C. Feldman, Ehrik Aldana & Kara Stein, Artificial Intelligence in the Health Care Space: How We Can Trust What We Cannot Know, 30 (2) *Stanford Law & Policy Review* 399 (2019).

〔63〕 参见王锡锌：《行政法治的逻辑及其当代命题》，载《法学论坛》2011年第2期。

〔64〕 参见赵鹏：《知识与合法性：风险社会的行政法治原理》，载《行政法学研究》2011年第4期。

〔65〕 参见戚建刚：《风险规制过程合法性之证成——以公众和专家的风险知识运用为视角》，载《法商研究》2009年第5期。

(Physician Payments Sunshine Act) 来监督医师从医药企业获取利益的行为, 平衡患者的最大利益与医师个人利益之间的关系。(3) 信息的完整性。医师用于诊疗的数据的准确性、诊疗数据使用方式的适当性、诊疗数据的可访问性、可纠错性都有助于增进患者的信任。总体而言, 建立信任的路径可以二分: 一是建立患者的主体地位保障, 对应要点 (2); 二是建立诊疗过程的科学性保障, 对应要点 (1) (3)。两种路径大致可以分别与民主和科学相对应。

(二) 自我学习型算法的民主控制要求

与保障患者的主体地位类似, 自动化行政中的民主参与是为了使公众获得自尊、自主和自治的心理。^[66] 自我学习型算法的民主控制可以从两方面展开: 一是行政机关在制定规制人工智能的法律法规、政策文件时, 应当听取公众意见, 并提供充分交流意见的平台; 二是在算法投入运用阶段, 拓宽公众发现、识别算法风险的渠道。

以算法治理为代表的数治主要关注工具有效性和效率, 侧重于治理的事实和工具维度, 对法治的“价值之治”侧面带来挑战。^[67] 这也导致算法治理中公众意见表达的空间被进一步压缩。反对人工智能立法的理由之一是缺乏精确度的法律难以满足对代码的规制需求。对此的反驳为, 法律是在民主程序中妥协的产物, 在妥协的过程中, 公众不断朝最适当规则的方向达成共识。^[68] 规制算法的规则和政策的形成过程就是一个妥协和不断达成共识的过程, 对算法规制的价值选择和目标确定应当以公众的意见为依据。应当规制哪些风险、如何进行价值位阶排序, 以及置于何种议程进行规制, 体现的是公众希望自己决定生活状态的意愿。^[69] 在参与过程中, 公众能够从各种视角了解和理解算法, 尽可能地消除对未知风险的疑虑, 增进信任。

算法决策过程的瞬时性剥夺了相对人在行政程序中向决策者表达意见的机会, 算法决策的黑箱特点使公众难以直接发现算法的技术性错误。对此, 有学者提出通过建立“前瞻性基准”(prospective benchmarking) 的方式对自我学习型算法的运行情况进行监督, 具体而言, 在采取算法决策的场景中, 行政机关应当随机选取一组同类型的人工执法案例作为基准, 公众能够以此作为对比样本, 对算法决策结果进行监督, 及时发现算法决策中可能存在的错误。^[70] 除此之外, 行政机关应向公众提供算法查验途径, 即面向用户或公众提供一个公开的查验渠道, 使用户、交易者或第三方有机会检验算法能否实现其所宣称的目标, 从而对算法的运行机理建立相当程度的了解和预期。^[71]

(三) 自我学习型算法的科学控制要求

自我学习型算法的科学性控制要求体现在两方面: 一是对算法的提供者和算法技术的科学性、可靠性的保障; 二是对数据可靠性的保障。在对算法提供者的控制方面, 行政机关通过算法

[66] 参见沈岍:《风险规制决策程序的科学与民主》,载沈岍主编:《风险规制与行政法新发展》,法律出版社2013年版,第308页。

[67] 参见王锡锌:《数治与法治:数字行政的法治约束》,载《中国人民大学学报》2022年第6期。

[68] See Paul Nemitz, Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence *Philosophical Transactions: Mathematical*, 376 (2133) *Physical and Engineering Sciences* 1 (2018).

[69] 参见前引[65], 戚建刚文。

[70] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, Algorithmic Accountability in the Administrative State, 37 *Yale Journal on Regulation* 800, 849 (2020).

[71] 参见苏宇:《算法规制的谱系》,载《中国法学》2020年第3期。

进行治理，是自动化行政行为的直接责任主体，应当承担起对算法科学性的保障责任。第一，行政机关内部应该设立专门的算法审查机构，承担算法审查、算法监测、算法纠错等具体工作。考虑到当前阶段行政机关专业人才不足的问题，有学者建议目前可依托具有相应专业人才、技术支撑和监管能力的行业自律组织，建立起由相关行政机关负责指导、行业自律组织负责实施的算法监管体制。^{〔72〕} 第二，行政机关在选择第三方机构共同设计算法时，应当遵循公开透明、公平竞争、公正原则，设计单位的资质、选择单位的程序和标准等信息需向社会公开，并接受监督。

在对算法技术的控制方面，第一，建立算法标准和算法备案制度。统一的技术标准有助于确认某种算法现阶段的科学性和合理性；而算法备案制度便于查明算法风险，明确责任主体。第二，建立算法审查制度。算法设计过程需嵌入算法伦理，因此在设计阶段就应当以立法形式要求算法通过道德审查标准，防止产生不公平后果。^{〔73〕} 第三，建立算法影响评估制度，以中立、专业、可信的评估主体为保证，对算法设计、部署、运行的全部流程予以动态评估，在算法系统应用之前就进行独立的社会技术分析。^{〔74〕} 第四，开发监督算法运行、监测算法技术可靠性的算法。尽管对算法代码进行实时督导（monitoring）和审计（auditing），需要具备与算法生产和使用相当或超越的技术能力，成本巨大，^{〔75〕} 但以技术控制技术既可以推动科技进步，也能有效增进公众对科技的信任。前述控制手段大多是自上而下的机制设计，有可能因为利益关联或认知局限等原因阻碍算法的正常发展，因此，应当鼓励产业界、社会组织及个人创造和发展自下而上的风险识别与防范工具。^{〔76〕}

在对数据可靠性的保障方面，第一，利用数据集缺陷检测技术。目前的人工智能技术已经完全可以为算法开发者提供数据集及训练过程检测工具，主要用于检测训练人工智能的数据集是否存在偏差或缺陷，还可以通过一定的算法检测在数据选取、数据标注、数据清洗以及其他预处理工作过程中是否包含了偏离算法设计目标或足以导致结果发生显著偏差的操作。^{〔77〕} 第二，提高数据的互操作性（interoperability）。^{〔78〕} 互操作性要求不同行政机关之间共享数据，能够更好地满足自我学习型算法对数据数量的要求，进而提高算法的准确性。

• 161 •

六、结 语

在民主国家，主权统治通过双重形式的透明实现合法性：首先，人民生活在自己制定的规则之下（民主参与）；其次，这些规则的适用能够在打开其解释黑箱的诉讼程序中提出争议（法治）。^{〔79〕}

〔72〕 参见孙清白：《人工智能算法的“公共性”应用风险及其二元规制》，载《行政法学研究》2020年第4期。

〔73〕 参见张凌寒：《算法规制的迭代与革新》，载《法学论坛》2019年第2期。

〔74〕 参见张欣：《算法影响评估制度的构建机理与中国方案》，载《法商研究》2021年第2期。

〔75〕 参见前引〔14〕，邱泽奇文。

〔76〕 参见前引〔71〕，苏宇文。

〔77〕 参见前引〔71〕，苏宇文。

〔78〕 See Peter K. Yu, Beyond Transparency and Accountability: Three Additional Features Algorithm Designers Should Build into Intelligent Platforms, 13 (1) *Northeastern University Law Review* 263, 290 (2021).

〔79〕 See Mireille Hildebrandt, Law as Information in the Era of Data-Driven Agency, 79 (1) *Modern Law Review* 1, 23 (2016).

这也是传统行政法中行政权获得合法性的途径，行政机关通过严格遵循依法行政原则，获得民主正当性。自动化行政方式面临合法性危机：转译型算法在转译过程中会嵌入算法设计师的判断，而来自私营部门的算法设计师可能尚未获得执行法律的授权，缺乏执法的合法性基础，这一问题在自我学习型算法中更为突出；此外，当前阶段，算法决策有时在事实上超出法律的授权范围，且缺乏畅通的救济机制。

因此，应当结合算法类型对算法进行控制。针对转译型算法，需要保证转译过程的合法性：首先，要有上位法授权行政机关以自动化的方式在某一领域开展行政活动，从而为引入第三方共同设计算法提供法律基础；其次，行政机关有义务细化系统所需执行的目标法律规范，以缩小转译过程的判断空间；最后，转译过程应参考规则制定程序，符合相应程序要求。针对自我学习型算法，传统合法性框架失去作用，应当通过行政过程中的民主性和科学性重构合法性基础，具体控制措施也应从公众参与和算法科学的角度展开。

Abstract: Algorithm in automated administration can be divided into translation algorithm and self-learning algorithm, and the use of algorithm is faced with legitimacy crisis. Algorithm designers in a private position embed their own judgments in translating legalese into machine language, creating the risk of rewriting the law. In addition, algorithmic decision-making sometimes exceeds the scope of legal authority in fact, and lacks the smooth relief mechanism. The legality control method of the algorithm should be adapted to the algorithm type. It is necessary to control the translation subject, the clarity of the translated law and the transparency of the translation process in combination with the nature and technical characteristics of the translation algorithm. For self-learning algorithm, we should first establish a “democracy-science” legitimacy framework, and the algorithm should be controlled from the perspective of building trust in the algorithms by guaranteeing the status of the public and the scientific nature of algorithms.

Key Words: automated administration, formal legitimacy, administrative democracy, administrative science, algorithmic trust

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

法律询问答复的类型与适用控制 ——对《立法法》第 69 条的解释

巢永乐*

内容提要：传统观点认为法工委的法律询问答复与全国人大常委会的立法解释存在功能混同的问题，使得该制度在民主正当性与治理有效性之间存在一定张力。但上述立场难以成立。在职权属性上，二者具有本质区别。前者是人民代表大会制度下兼顾民主与效率的结果，具有决策咨询属性；后者是全国人大常委会监督法律在不同法域实施与司法解释的重要手段，具有监督权属性与终局性。在功能类型上，法律询问答复虽大多以“解释法律”为基本表征，但其主要用于协调组织事务、调控立法争议以及为执法、司法活动提供参照等法政实践，是司法解释难以涉猎与立法解释无需介入的领域。为规范法律询问答复的具体适用，应从法解释学的角度明确制度展开的管辖范围、程序规范及监督机制三项要素。而无需诉诸制度废除或主体变更等根本性改革方案。

关键词：立法权 法律解释权 全国人大常委会 民主与效率

• 163 •

一、问题的提出

2023 年 3 月 13 日，第十四届全国人民代表大会第一次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》，完成了《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）的第二次修正。其中，2023 年《立法法》第 69 条仍延续了 2000 年《立法法》第 55 条、2015 年《立法法》第 64 条关于法律询问答复制度的规定，未作任何更改，作出了与学界此前主张废除或修改该制度相异

* 巢永乐，上海交通大学凯原法学院博士研究生。

本文为研究阐释党的十九届六中全会精神国家社科基金重大项目“发挥人民代表大会制度的根本政治制度研究”（22ZDA068）的阶段性成果。

的选择。答复具体法律问题作为全国人大常委会法制工作委员会（以下简称“法工委”）的法定职能之一，是化解法律实施过程中因法律条文含义不清产生争议或疑问的常规性手段。传统观点认为，法律询问答复与立法解释均能对法律条款进行释义，二者在适用情形上未能形成实质、有效的区分，在性质、功能上存在混同的情况。^{〔1〕}按此逻辑，由法工委行使全国人大常委会解释法律的职权自然不具备合宪性基础。为厘清二者的各自界限，既有理论诉诸“有权解释”“无权解释”以及“个案效力”的三分，^{〔2〕}尝试通过明确法律询问答复的效力强弱以区分两种制度。但这一方案在实践中并未奏效，质疑其民主正当性、制度合法性及存在合理性的呼声仍不绝于耳。^{〔3〕}

与理论界的观点不同，实务部门偏好以“一问一答”的互动方式解决法律适用中遇到的具体问题。他们认为，法律询问答复具有灵活、高效的特点，在“法律如何具体应用解释”与“法律常识性解答”两方面发挥重要效用，能有效提高决策效率与质量。^{〔4〕}以上立场主要从契合主体治理需求的角度进行考量，并仅关注到“解释法律”这一初级的外部特征，忽视了释法活动下不同答复实践的具体指涉及其作用。^{〔5〕}有研究注意到上述问题，试图从宪法的视角挖掘制度更为具象的功能，^{〔6〕}但往往以部分实践或个案出发进行演绎，既未能将法律询问答复与立法解释进行区分，也没有给予不同类型的制度实践充分关注。

从上述综述可以看出，已有研究为制度的完善或展开奠定了一定的理论基础，但关于制度的合法性、有效性及规范性等核心问题仍未得到清晰论证或被有意回避。基于此，本文尝试从以下三个方面回应学界关于法律询问答复的争论，并为《立法法》（2023年修正）第69条延续该制度的做法提供学理支撑。首先，对法律询问答复与立法解释进行本质区分。对该问题的学理澄清既可破解法律询问答复的正当性困局，又能为明确其效力状态奠定基础。其次，在相互区分的前提下，抽象出法律询问答复主要被用于解决的法政实践问题的功能类型。最后，本文结合相关制度实践，从法解释学的角度明确《立法法》（2023年修正）第69条的具体适用框架，以促进法律询问答复实践不断规范化与法治化。

二、法律询问答复与立法解释难以区分之理论释疑

有研究认为，法律询问答复的普遍适用是造成立法解释经常性缺位的重要原因，并具有侵犯立法解释权的嫌疑，从而对法工委履行此项职能予以否定评价。^{〔7〕}上述理解是批判法律询问答

〔1〕 参见林彦：《法律询问答复制度的去留》，载《华东政法大学学报》2015年第1期。

〔2〕 相关讨论参见周伟：《宪法解释方法与案例研究——法律询问答复的视角》，法律出版社2007年版，第83页；李步云：《关于起草〈中华人民共和国立法法（专家建议稿）〉的若干问题》，载《中国法学》1997年第1期；梁洪霞：《论法律询问答复的效力》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2010年第4期。

〔3〕 参见魏胜强：《立法机关的法律解释权述评——从全国人大常委会的法律解释权说起》，载《浙江工商大学学报》2012年第1期。

〔4〕 参见乔晓阳主编：《中华人民共和国立法法讲话》（修订版），中国民主法制出版社2007年版，第200-206页。

〔5〕 参见刘桂新、江国华：《中国立法解释制度的困境与出路》，载《学习与实践》2015年第5期。

〔6〕 参见周伟：《宪法解释案例实证问题研究》，载《中国法学》2002年第2期。

〔7〕 参见褚宸舸：《论答复法律询问的效力——兼论全国人大常委会法工委的机构属性》，载《政治与法律》2014年第4期。

复缺乏政治正当性及合法性基础的根源所在。亦有研究认为，法律询问答复作为缓解全国人大常委会会议事负荷的重要手段，二者在解释主体、程序以及效力强弱、范围等方面均存在差异，不应混淆。^{〔8〕} 本文认为，立法解释与法律询问答复虽均以“解释法律”为基本表征，但两者的旨趣大有不同。其中立法技术因素是使二者发生混同的重要原因，但彼此在职权性质上却具有本质差异，应予区分。

（一）立法技术因素：两个条款用语的不确定性

《立法法》（2023年修正）第48条第2款与第69条未能将立法解释与法律询问答复的适用情形完全区分开来。“法律的规定需要进一步明确具体含义的”“法律制定后出现新的情况，需要明确适用依据的”与“有关具体问题的法律询问”之间并非相互排斥的关系，而是交叉关系。^{〔9〕} 法工委面对的具体法律询问既可能是基于明确法律具体含义之需，亦可能为了填补立法空白而提出。仅从语义上判断，既有法律询问答复实践中存在诸多可被纳入第48条第2款解释范畴的例子。例如，如何认定《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第336条中的“非法行医”？《刑法》第17条第2款规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸……投放危险物质罪的，应负刑事责任”等八种犯罪是犯罪行为还是具体罪名等询问均可被解释为“法律规定需要进一步明确具体含义”的情形。^{〔10〕} 而“交通事故责任认定是否属于具体行政行为”“依法取得法人资格的全民所有制企业，应当如何承担法律责任”等具体实践可被视为“法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据”的情形。^{〔11〕} 可见，两项制度的适用情形并非泾渭分明，甚至在表意上具有相互替换之可能，试图通过文义解释对二者进行界分无疑存在诸多困难。

• 165 •

学界对于上述区分难题并非没有认知，他们认为通过询问答复解决的法律请求属于“既没有必要、也没有可能”由全国人大常委会解释的事项或属于“常识性问题”。^{〔12〕} 换言之，全国人大常委会仅在“必要”的情形下行使立法解释权，至于如何判定“必要”与“非必要”并未作过多阐释。这一标准未能在实质上解决二者混同的实践争议，反而形成了法律询问答复所应对之问题即为“非必要”事项的逆向推导逻辑，颠倒了因果关系。《立法法》起草者则尝试通过进一步明确立法解释适用条件的具体情况划清二者的界限。根据法工委的理解，“法律的规定需要进一步明确具体含义”主要包括以下三种情况：一是需要进一步明确法律界限的；二是需要弥补法律规定的轻微不足的；三是对法律规定含义理解产生较大意见分歧的。^{〔13〕} 基于上述界定，法律询问答复并未被纳入法律解释的外延中。此种概括式列举的方式不足以解释两项制度的差异所在，并模糊了二者的界限。可见，正因两个条款在立法用语上存在诸多不确定性，在实践中又均以“解释法律”为基本载体，方导致争议不断。倘若需要进一步区分，有赖于从制度的本质属性上展开

〔8〕 参见张春生主编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2000年版，第161页。

〔9〕 参见张志铭：《中国的法律解释体制》，载梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第187-188页。

〔10〕 参见全国人大常委会法制工作委员会编著：《法律询问答复（2000—2005）》，中国民主法制出版社2006年版，第52-54页。

〔11〕 参见前引〔10〕，全国人大常委会法制工作委员会编著，第186-187、93-95页。

〔12〕 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第197页。

〔13〕 参见前引〔8〕，张春生主编书，第140-144页。

探讨。

（二）全国人大常委会立法解释的监督权属性与终局性

除开立法技术因素而言，两种制度之所以存在混同的情况，更深层次的原因还可能源自人们对于全国人大常委会及其法律解释权、法工委职能性质的认识偏差。

顺应立宪主义潮流，我国将代议机关与立法机关合二为一。全国人大常委会既是“最高国家权力机关的常设机关”，同时又是“行使立法权的国家机关”，具有多重宪法地位。^{〔14〕}但《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第67条第4项规定的全国人大常委会“解释法律”的职权习惯性被理解为立法权的权力范畴，忽略了其作为“最高国家权力机关常设机关”行使复合权力的宪法面向。这遮蔽了立法解释权与监督权的内在联系，使得在理论上确定立法解释的适用范围成为困难。本文认为，全国人大常委会作出的立法解释与其监督权密切相连，解释法律是为了监督法律的实施，且此种解释具有终局解释意义。^{〔15〕}从学理上看，基于人大及其常委会不同职权的本质特征，立法权、监督权、决定权与任免权的“四权”划分和表述得以产生。^{〔16〕}但“四权”划分并非穷尽性与法定性的，存在权力交叠的情况。^{〔17〕}就该角度而言，全国人大常委会解释法律的职权虽然具有续造法律规范的立法权属性，“但常委会一解释，必然会肯定一方、否定一方，所以法律解释也包括有监督的意思在内”^{〔18〕}。来自规范层面与实践经验的证据也印证了全国人大常委会作出的法律解释具有监督权的本质属性。

从规范上看，1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》（以下简称“81决议”）规定，最高人民法院与最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或作出决定。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》（以下简称《监督法》）第32、33条规定，当最高人民法院或者最高人民检察院不修改或废止与法律相抵触的司法解释时，全国人大常委会有权对此作出立法解释。按照上述制度安排，立法解释主要发挥定分止争与监督司法解释的作用。^{〔19〕}对此，有学者认为，最高人民法院与最高人民检察院对于法律规定的理解相较于全国人大常委会在一定程度上更具经验与优势，由全国人大常委会作出立法解释进行裁决不具合理性与可操作性。^{〔20〕}但这恰好说明了全国人大常委会作出立法解释是基于对司法机关的监督，而不是基于立法解释比司法解释更具经验的假设，从而回应了立法解释与监督权相互联结的立场。

既有立法解释实践亦进一步证明了立法解释的监督权属性。从现行有效的24项法律解释来看，有18次属于“明确具体含义”的情形，有4次属于“明确法律依据”的情形，另有2次兼

〔14〕 参见钱坤：《全国人大常委会宪法地位的历史变迁与体系展开》，载《法学研究》2022年第3期。

〔15〕 参见张立刚：《回归与发展：立法法对法律解释体制重构的意义》，载《西部法学评论》2013年第2期。

〔16〕 参见彭真：《关于地方人大常委会的工作》，载彭真：《彭真文选》（一九四一——一九九〇年），人民出版社1991年版，第386—387页。

〔17〕 参见阚珂：《人民代表大会那些事》，法律出版社2017年版，第37—38页。

〔18〕 彭真：《关于全国人大常委会的工作》，载彭真：《彭真文选》（一九四一——一九九〇年），人民出版社1991年版，第564页。

〔19〕 参见周海滔：《立法解释和司法解释的适用情形及其区分——对〈立法法〉第45条第2款和第104条第1款的比较分析》，载《研究生法学》2019年第6期。

〔20〕 参见龙宗智：《“以审判为中心”的改革及其限度》，载《中外法学》2015年第4期。

具这两种情况。^{〔21〕}不论是属于《立法法》第48条第2款的何种情形，已有实践主要用以解决如下两类问题：一是解决重大政治性事件中的法律适用问题。全国人大常委会分别于1996年、1998年出台了2项立法解释，以解决香港、澳门回归初期《中华人民共和国国籍法》（以下简称《国籍法》）具体实施的问题。在特别行政区设立前，全国人大及其常委会制定的法律在领土范围内具有一体遵循的效力。但在特别行政区设立后，按照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称《香港基本法》）的规定，全国人大及其常委会制定的全国性法律，除已列入《香港基本法》附件三的以外，不在特别行政区实施。全国人大常委会对《国籍法》出台的立法解释是平衡主权下的法律权威性与尊重特区法律传统的重要举措。此时的立法解释起到了监督法律在不同法域适用的功能。

二是解决最高人民法院（特别行政区终审法院）、最高人民检察院司法实践中的法律适用争议问题。全国人大常委会对于香港、澳门基本法部分条款的8项解释均源于终审法院在适用上的困难与请求。例如，对《香港基本法》第22条第4款、第24条第2款第3项的解释，是基于香港特别行政区终审法院在作出涉及中央管理的事务和中央与香港特别行政区关系的事项时，因相关解释不符合立法原意而提出。如全国人大常委会做出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人大常委会解释为准。^{〔22〕}而针对《刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民法通则》）以及《中华人民共和国婚姻法》相关条款的16项解释均由最高人民法院、最高人民检察院独立或联合发起动议。在此类立法解释中，全国人大常委会在部分解释文本中特意明确了是“根据司法实践中遇到的情况”而作出的。在动议主体与文本内容相互关联下，阐明了此类事项虽与司法实践密切相关，但最高司法机关通过寻求全国人大常委会作出立法解释的方式解决相关的法律适用争议，说明了立法解释具有定分止争与监督法律适用的双重功能。

综上表明，全国人大常委会通过立法解释介入监督法律适用主要有如下两类情况：一是重大政治性事件中的法律适用问题；二是最高人民法院（特别行政区终审法院）、最高人民检察院针对法律的理解适用或制定司法解释存在分歧，或全国人大常委会发现自身与上述主体理解适用法律存在分歧时，其才有介入的必要性。此种理解既缓解了全国人大常委会因会期、人员等议事资源不足而被认为立法解释经常性缺位的尴尬，又维护了立法解释的权威性。

（三）法律询问答复是基于职务行为作出的决策咨询意见

考察法律询问答复制度的发展史，该制度是全国人大常委会处理相关法律事务所延续的惯例，经历了从习惯性做法到正式法律制度的演变，答复意见最初被定位为咨询性意见。早在1955年第一届全国人大第二次会议上，彭真同志在“常委会工作报告”有关法律解释的部分中提出：“……关于要求解释法律、法令问题的来信中，属于学术性、常识性的问题，因为在法律上并无约束力，决定交中国科学院进行解释，或交由人民日报社商同有关部门进行解释。”^{〔23〕}该报告是

〔21〕 1996年以前，全国人大常委会所作的法律解释并未明确为“立法解释”，本文统计的是1996年至今现行有效的24件立法解释。

〔22〕 参见韩大元：《论“一国两制”的文明观及其当代意义》，载《中国人民大学学报》2021年第3期。

〔23〕 刘政、于友民、程湘清主编：《人民代表大会工作全书（1949—1998）》，中国法制出版社1999年版，第843页。

对1955年《全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议》(以下简称“55决议”)的补充说明,其首次在人大官方文件中明确,除全国人大常委会与最高人民法院审判委员会针对特定情形作出的解释外,其他法律问题由中国科学院等具备专业知识的机构解答,但不具有法律效力,只能发挥辅助决策的咨询作用。这既是对1955年前围绕组织法、选举法产生的法律解释实践的归纳总结,同时也成为法律询问答复的制度雏形。直至1988年,《七届全国人大常委会工作要点》指出:“属于人大工作中法律的具体应用问题,由常委会有关部门拟出答复意见,由秘书长召集有关人员会议研究决定后答复。”^[24]但其性质与效力未得到进一步澄清,这为后来学界对该问题的争议埋下伏笔。

《立法法》将包括法律询问答复在内的多项职能授予法工委一定程度上接续了1979年创设全国人大常委会法制委员会(以下简称“法制委”)以来的实践经验。为回应我国法制建设的迫切需求,全国人大常委会设立了法制委以协助其加强法制工作,法制委主要承担“起草有关法律案,提请常委会审议;审议向常委会提出的法律案,提出审议意见和修改稿”^[25]等立法职能。法制委成立后的三个月内迅速起草并提请审议通过了《刑法》《刑事诉讼法》等7部法律。1982年修改《宪法》,规定全国人大设6个专门委员会,将原来的“法案委员会”更改为“法律委员会”,由于法律委员会(现更名为“宪法和法律委员会”)与法制委履行的职能基本一致,所以在1983年提出,“根据立法工作需要”将“法制委员会”改建为“法制工作委员会”,作为全国人大常委会领导下的工作班子。^[26]原来由法制委承担的职能也一分为二,法工委不再享有提案权与审议权,而是承接了起草法律、立法调研、整理汇总资料等立法事务工作。这些实际工作安排在2000年《立法法》制定时上升至法律层面予以确认。

有学者认为,法工委通过履行各项职能实质性地掌控了立法活动,是立法过程中的“隐性立法者”。^[27]如果仅从民主水平的角度考量法工委的现有职能,这种实际角色的出现确实有损立法的民主性。但立法者并非只考量了民主这一要素,其所作的选择集中体现的是人民代表大会制度下民主代议与有效决策两大价值的务实平衡。^[28]全国人大并未将原来由法制委履行的职能全盘授予法工委,此前由法制委行使的提案权与审议权这类需要坚实民主基础的核心权力由具有民意基础的主体行使。^[29]在剥离这些重要的权力后,规定其他“事务性工作”由法工委来承担,以更好地兼顾民主与效率两个目标。从现实条件看,全国人大常委会多数委员并非完全从事法律工作,“有些委员还是兼职,很难完全负担繁重的立法工作”。因此,考虑到全国人大常委会会期、人员以及议事负荷的影响,将法律询问答复在内的多项职能授予法工委是兼顾民主与效率的折中方案,亦是代议民主发展过程中的功能所需。

[24] 1993年《八届全国人大常委会工作要点》与1988年《七届全国人大常委会工作要点》对该问题作出了大致相同的规定,指出:“属于人大工作中法律的具体适用问题,由常委会有关部门作出答复意见,按照一定程序作出统一的答复。”

[25] 陈斯喜:《十大事件:见证三十年立法工作辉煌历程》,载《中国人大》2008年第20期,第33页。

[26] 参见夏莉娜:《王汉斌回忆法制委员会与法工委建立的前后》,载《中国人大》2009年第3期。

[27] 参见卢群星:《隐性立法者:中国立法工作者的作用及其正当性难题》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013年第2期。

[28] 参见林彦:《传统续造:基本法律修改权的创制》,载《清华法学》2023年第1期。

[29] 参见于文豪:《宪法和法律委员会合宪性审查职责的展开》,载《中国法学》2018年第6期。

关于法工委的机构属性的问题，蔡定剑先生曾提到：“工作机构可以认为是一种半职能性机构，它可以行使一定的法律职权，但不可以以独立名义发布执行性的文件、指示、命令，它是为职能机构提供服务的。”^{〔30〕}所以法工委作出的法律询问答复自然是不具强制约束力的。这与立法解释、司法解释的性质与效力具有明显差异。但有学者仍认为法工委通过答复、答复意见等形式发布的文件，事实上起到了“准立法解释”的作用，因为相关答复不仅在个案中得到适用，有的还在其他案件中得到遵循。^{〔31〕}此种在适用范围上的扩张并非基于答复的强制约束力，主要是适用主体自我选择的结果。例如，在司法审判领域，不同法院对法律询问答复的适用程度有所差异，主要呈现出“作为精神原则予以适用”“参照适用”以及“作为裁判依据直接适用”三种形态。其中以精神原则予以适用、参照适用两种形态出现的法律询问答复，为各方主体普遍接受，^{〔32〕}但作为裁判依据直接适用时却遭到当事人的强烈质疑。^{〔33〕}法工委公开的法律询问答复之所以有适用扩张的趋势，很大程度是因为适用主体认为法工委深度参与了立法过程、掌握更为充分的立法资料，所作理解更具参考意义。同时，作为全国人大常委会的工作机构在客观上还分享着全国人大常委会的民主权威，这亦是法律询问答复为大多数主体尊重的重要原因之一。

法律询问答复本就是基于特定案情，在特定时空下作出的，具有情景化特征，客观上未必能完全满足其他实践问题的需求。为回应法律询问答复适用扩张产生的争议，法工委不再以汇编或发布文件等形式大量公开法律询问答复。可见，法律询问答复亦逐渐回归了作为有关地方、部门与法工委内部沟通交流法律适用等法政实践问题的重要方式。

• 169 •

三、法律询问答复之功能类型分析

廓清法律询问答复与立法解释的本质区别，有助于突破法律询问答复的主要功能为“解释法律条文”的笼统理解。既然法律询问答复具有影响法政决策的强咨询效力，那么其主要作用于哪些场域并具体化为何种功能？本文以法律询问答复所涉内容的主要特性为标准，从实质的角度对其进行类型化，将具有相同特征的实践予以归类并概念化，以期呈现其制度全貌。^{〔34〕}通过对类案的分析与考察，法律询问答复主要运用于协调组织性事务、调控立法争议以及为执法、司法活动提供参照三个方面。

（一）组织事务场域：促进组织体系的有效运作

法律询问答复作为应对复杂多变的组织实践的重要方式，有效促进了国家机构组织建制活动的有序进行。在组织性事务中，存在诸多影响其正常运行的变量，且相关影响因素具有较强的突

〔30〕 蔡定剑：《人民代表大会制度》（第4版），法律出版社2003年版，第476页。

〔31〕 参见王理万：《立法官僚化：理解中国立法过程的新视角》，载《中国法律评论》2016年第2期。

〔32〕 参见山东省高级人民法院（2020）鲁行申763号行政裁定书。

〔33〕 参见浙江省高级人民法院（2017）浙行申224号行政裁定书；湖南省张家界市中级人民法院（2021）湘08行终135号行政裁定书。

〔34〕 参见张斌峰、陈西茜：《试论类型化思维及其法律适用价值》，载《政法论丛》2017年第3期。

发性和不确定性。^{〔35〕} 有关地方或部门面对法律未明确规定的情况,会基于规避政治风险的考量而延缓作出决策。此时,通过向法工委提出询问的方式寻求帮助,能够一定程度上防止国家机关因权力运作过于僵化而对政治实践产生消极影响。具体而言,法律询问答复在人事任免管理、代表选举、人大及其常委会自身建设三方面体现出对组织性问题的调和与化解。

第一,解决国家机关人员任免、处分等与人事管理相关的法律问题。例如,某省人大常委会委员调任至政府开放办主任,由于《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)仅规定常委会组成人员在行政机关、监察机关、审判机关和检察机关担任职务的,需辞去常委会委员的职务,但未明确任职于事业单位是否作相同处理。法工委根据询问主体提供的区县政府开放办属于“事业单位,但仍承担原来的行政管理职能”的信息,作出应辞去常委会委员一职的答复。^{〔36〕} 第二,维护选举秩序。选举工作容易受人员、时间、程序以及行政区划等因素的影响。例如,某乡镇行政区划调整后,《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(以下简称《选举法》)未明确乡镇人大、人大主席以及乡镇长等人员的具体选举规则。询问主体以此提出疑问,同时明确了两项自身认为合理的处置方案。法工委在给出的方案中选定了相应的选举策略,从而促进了选举活动的有序开展。^{〔37〕} 第三,解决人大及其常委会自身建设问题。在“撤乡建街”的背景下,有关部门对于街道能否设置人大工委的情形感到难以把握而提出询问。法工委则认为,在《地方组织法》未明确规定的情况下,设立人大派出机构的问题“还需认真、慎重研究”。^{〔38〕}

• 170 •

上述关于国家机关组织性事务的法律询问中,主要围绕各组织法、《选举法》《监督法》等宪法相关法、组织性法律展开。法工委除了以解释具体法律条文为基础作出答复外,还通过对既有组织建制经验的归纳总结给出自身意见与看法。在此类实践中,询问主体一般对其所询问内容已协商出一项或多项解决方案,但基于规避风险的考量而未直接作出选择并予执行适用。尽管法工委作出的答复与询问主体提供的信息或方案密切相关,但询问主体基于法工委的法律定位仍能从其答复中获取较强的决策支撑。值得注意的是,此类实践中还涉及对宪法条款进行解释的行为,此种通过询问答复实现内部沟通的协调机制,对于有争议的公权力行为作出是否合乎宪法的判断,可视为一种内部的、非正式的合宪性控制方式。^{〔39〕}

(二) 地方立法视角:立法权限不清的策略性处理方式

《宪法》第3条第4款规定的“主动性”和“积极性”原则是调整中央与地方关系的基本原则。根据这一原则,《宪法》《地方组织法》以及《立法法》确立了我国“统一而又分层次”的立

〔35〕 在2000年《立法法》确立法律询问答复制度前,大量法律询问答复的出现是为了应对有关组织法、选举法相关的法律问题。

〔36〕 参见前引〔10〕,全国人大常委会法制工作委员会编书,第85-86页。

〔37〕 参见前引〔10〕,全国人大常委会法制工作委员会编书,第24-25页。在该案中,询问主体根据存在的问题提出了两项意见:一是乡、镇行政区划调整后,被撤销的行政区人大代表只需作更名处理,可继续履行代表职务;二是就乡、镇国家机关领导人员选举问题提出两种可能的处理方案,由原领导人员担任或重新选举。法工委在给出的方案中作出答复:同意第一项意见及第二项意见中实行重新选举的策略。

〔38〕 参见前引〔10〕,全国人大常委会法制工作委员会编书,第174页。

〔39〕 参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,载《法学研究》2014年第3期;郑贤君:《我国合宪性审查的宪法属性》,载《财经法学》2020年第5期。

法体制，并对立法权限范围作出严格规定，但其中的模糊表达在实践中滋生了诸多立法困惑、立法争议、立法越权等问题。^{〔40〕}此种模糊性可能源于法律用语自身的特性，也可能是立法者的用心设计，因为地方立法权限“是个十分复杂的问题，还有待于在立法实践中逐步探索和积累经验”^{〔41〕}。学界曾尝试从事权划分、概念界定以及认定标准等不同视角对“地方性事务”展开探讨，但尚未形成较为周延的方案运用于实践中。^{〔42〕}地方立法机关在面对难以判断是否属于自身立法范围的事项时仍会求助于法工委，以获得更多的信息进行判断。具体而言，此类法律询问答复实践主要在如下两方面发挥作用：在纵向上，主要用以解决中央与地方之间的立法权限困惑或争议，总体上呈现出对地方立法的合法性控制；在横向上，主要用以调和不同部门的立法冲突或矛盾，表征为对地方立法争议的裁决、评价。

第一，立法的合法性控制。有关地方或部门通过法律询问答复的方式试探关于立法保留事项、行政权力设定以及地方性事务等事项是否属于地方或部门立法的管辖范畴。法工委结合实际情况予以释明，避免所立之法与法律相抵触，对于维护我国法制统一具有重要意义。法工委曾针对部分“立法保留事项”是否存在地方立法空间至少作出5次答复。通过对《立法法》第11条的释明，进一步明确了中央与地方立法权限在具体领域的划分，尽管划分结果是地方立法冲动普遍遭到抑制。^{〔43〕}例如，明确了罪犯假释保证金、保外就医保证金、劳动或人事争议仲裁、人防工程产权登记等事项不能进行地方立法。^{〔44〕}在有关设区的市立法权限中，法工委针对何为“城乡建设与管理”的问题至少作出9次答复。通过答复明确了妇女权益保护、养老服务、旅游业促进、文明行为促进、气候资源开发利用和保护、政府数据开放、农村儿童留守保护、见义勇为、预算审查监督等事项属于地方立法管辖。^{〔45〕}但同时强调立法“应当严格把握内容，不得超越有关上位法的规定”。不论是对地方立法冲动的抑制，还是地方立法空间的释放，均体现了法律询问答复对于地方立法活动的合法性控制。

第二，立法权限争议裁决。法工委针对询问主体提出的不同处理意见进行裁决，以此化解不同主体在立法中的利益分歧。一方面，通过引入中立方的方式，能够避免立法过程中直接的利益对抗与冲突；另一方面，由法工委进行裁决，能有效防止利益主体在相关立法事项中反复纠结，进而影响立法进程。立法活动实质上是一个利益博弈的动态过程，基于同一立法事项不同主体可能存在不同的价值考量与立场。^{〔46〕}例如，某省在制定《文物保护条例》的过程中，省人大法制委员会与省文物局对是否可就“违反规定擅自动工造成不可移动文物灭失、损毁的，处以5万元

〔40〕 参见向立力：《地方立法发展的权限困境与出路试探》，载《政治与法律》2015年第1期。

〔41〕 前引〔12〕，全国人大常委会法制工作委员会国家法室编书，第35页。

〔42〕 相关讨论参见封丽霞：《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践——兼析我国央地立法事权法治化的基本思路》，载《政治与法律》2017年第6期；叶必丰：《论地方事务》，载《行政法学研究》2018年第1期；俞祺：《论立法中的“地方性事务”》，载《法商研究》2021年第4期。

〔43〕 参见林彦：《法律保留制度的现状——以询问答复为中心的考察》，载莫纪宏、谢维雁主编：《宪法研究》（第十卷），四川大学出版社2009年版，第75-78页。

〔44〕 参见全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复汇编》（第3辑），中国民主法制出版社2003年版，第1、20-21页。

〔45〕 参见全国人大常委会法制工作委员会办公室编：《法律询问答复选编》，中国民主法制出版社2017年版，第9-22页。

〔46〕 参见巢永乐、林彦：《地方人大立法协商：概念厘定、实践难题与发展进路》，载《经济社会体制比较》2022年第3期。

以上50万元以下罚款”产生争议。省人大法制委员会认为《中华人民共和国文物保护法》对于违反上述禁止性规定并未设置“罚款”的行政处罚种类，地方立法无权增设。^{〔47〕}省文物局则认为《文物保护条例》所规定的责令改正与责令停止行为处罚力度不够，不利于对文物的保护，应增设“罚款”以提高行政处罚的威慑力与执法效果。为化解上述分歧，省人大常委会通过法工委的答复使得持不同意见的行政部门得以信服。相较于立法机关与行政机关的直接博弈，法律询问答复的方式显得更具策略性。

（三）执法司法层面：为法律具体运用提供参照

除了上述两种类型外，法律询问答复还出现在行政执法、司法审判的法律适用过程中。此类询问答复所涉范围广泛，作为询问答复客体的法律条款及其附带实践问题分属不同部门法领域。从询问内容所凸显的特性看，此类法律询问答复为行政执法活动与司法审判活动提供了重要的参照与指引，具有明显的“行政性”与“司法性”。

第一，为行政执法活动提供参照。例如，某国家局就基础测绘航空摄影项目是否适用《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）向法工委提出询问。该询问是针对《招标投标法》的适用范围而提出，但提出的背景是某国家局在行政执法过程中遇到的法律适用难题。^{〔48〕}又如，《中华人民共和国未成年人保护法》第58条规定：“学校、幼儿园周边不得设置营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所。”国务院某部门在行政执法过程中就“幼儿园周边”范围的界定，以及对于依法设立的娱乐场所、互联网上网服务营业场所的经营许可证是否准予延续的问题提出询问。法工委认为，鉴于各地实际情况不同、差异较大，未对“学校、幼儿园周边”的具体范围作出规定，可由地方结合本地实际作出明确规定。^{〔49〕}这为行政机关准确执行、实施相关法律提供了重要指引。此类法律询问主要由行政机关提出，并围绕行政执法过程中遇到的法律适用困惑或争议展开，具有鲜明的“行政性”。

第二，为司法审判活动提供参照。例如，法工委曾对《中华人民共和国特种设备安全法》（以下简称《特种设备安全法》）第84条第1项中的“未经检验或者经检验不合格”的规定作出解释。^{〔50〕}山东省高级人民法院在审理相关案件时认为，《关于特种设备安全法有关法律适用问题的答复意见》是法工委作出的法律询问答复。法工委参加了法律的具体制定工作，比较了解立法原意，对于相关法律条文该如何正确理解与适用具有重要的参考与指导作用。因此参照法工委的答复意见，适用《特种设备安全法》的相关规定对申请人作出涉案处罚亦无不当，以此裁定驳回了原告的再审申请。^{〔51〕}在裁定交通事故责任认定是否属于行政诉讼受案范围的案件中，浙江省绍兴市中级人民法院以法工委作出的法律询问答复为裁判依据，将上述案件排除在行政诉讼受案

〔47〕 参见前引〔10〕，全国人大常委会法制工作委员会编书，第177页。2021年《行政处罚法》修改前，在法律没有明确规定的情况下，地方性法规无权增设行政处罚种类。行政法规可以补充设定行政处罚，但应经过相应的论证与备案程序。2021年《行政处罚法》修改后，赋予地方性法规增设行政处罚种类的权限，但需履行一定的程序。法工委当时作出的法律询问答复是在2021年《行政处罚法》修改前作出的，因此，在作出时与上位法的规定并不抵触。

〔48〕 参见前引〔10〕，全国人大常委会法制工作委员会编书，第34-35页。

〔49〕 参见中国人大网：《2021年法律询问答复》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202207/874b218d61d248dc9c581b1389b66e8e.shtml>，最后访问时间：2022年07月25日。

〔50〕 参见《关于特种设备安全法有关法律适用问题的答复意见》（法工委发〔2015〕20号）。

〔51〕 参见山东省高级人民法院（2020）鲁行申763号行政裁定书。

范围之外。^{〔52〕}但一审法院以法律询问答复作为直接裁判依据的做法在二审中遭到上诉人的质疑，上诉人认为全国人大常委会的法律询问答复不属于法律适用渊源，法院作为直接适用依据存在错误。可见，法律询问答复作为司法审判活动中的适用参照为当事人所接受。

四、法律询问答复之适用展开

学界曾在2015年《立法法》修改前提出诸多改革程度不同的具体方案，以借助修法契机解决制度存在的问题。例如，有学者认为，应将批准法律询问答复的程序性权力交给宪法和法律委员会，法工委仅承担起起草答复草案的工作。^{〔53〕}也有学者主张废除法律询问答复制度，实现法律解释体系的一元化。^{〔54〕}上述改革方案基于“立法论”的视角展开建构，是一种跳脱既有制度框架的优化进路。遗憾的是，《立法法》历经两次修改，仍然沿袭了2000年《立法法》第55条的内容，未作任何更改。与已有进路不同，本文认为《立法法》（2023年修正）第69条为法律询问答复的具体适用奠定了合法性框架，具体可从事前、事中、事后三个阶段展开。

（一）事前控制：法律解释权构成法律询问答复管辖范围的概括性制约

全国人大常委会法工委作出的法律询问答复几乎涵盖所有的法律部门。既涉及《宪法》及多部组织法、《选举法》《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》《监督法》《立法法》等宪法性法律，又囊括了《刑法》《中华人民共和国行政诉讼法》《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）、《招标投标法》《特种设备安全法》等众多部门法。上述询问答复不仅在人大系统中发挥重要作用，其影响还外溢至行政执法、司法审判等重要领域。如果说，《立法法》（2023年修正）规定的“具体问题的法律询问”是全国人大常委会为其工作机构设定的管辖边界，那么对该概念的进一步解释与具象化是控制问题输入的关键所在。对此，学界存在两种不同的处理方法。有的认为应将问题限定在人大系统内部，以契合法工委作为工作机构的法律定位，^{〔55〕}但也有的持相反立场。^{〔56〕}仅从《立法法》（2023年修正）第69条的规定看，立法者并未对其适用范围或领域施加任何限制，亦无将其效力限定在人大系统内部的立法意图。“具体问题的法律询问”作为不确定法律概念，难以从正面直接进行界定。

从体系解释的角度看，《立法法》（2023年修正）规定法工委答复法律询问的同时，还明确了立法解释权与司法解释权的适用情形，二者所统一的法律解释权对“具体问题的法律询问”的范围构成概括性制约。回溯我国法律解释体制的确立过程，行使法律解释权的主体几经变革，最终在全国人大常委会与最高人民法院、最高人民检察院间进行结构性分配。首先，55决议初次将解释权在全国人大常委会与最高人民法院审判委员会进行划分，同时又通过其他文件明确了其

〔52〕 参见浙江省绍兴市中级人民法院（2018）浙06行终102号行政裁定书。

〔53〕 参见前引〔7〕，褚宸舸文。

〔54〕 参见前引〔1〕，林彦文。

〔55〕 参见前引〔2〕，梁洪霞文。

〔56〕 参见前引〔6〕，周伟文。

他法律问题可作“学术性解释”。^[57]其次,81决议对法律解释主体进行重构的同时也明确了其他法律问题的解答途径。81决议在55决议的基础上增加了最高人民检察院、国务院及主管部门作为解释法律的主体,以及明确了省级人大常委会与政府主管部门可以解释地方性法规。尽管81决议确立了众多行使法律解释权的主体,随后的七届、八届人大常委会工作要点中仍强调了其他法律问题的解答途径。最后,2000年《立法法》出台,明确规定全国人大常委会享有解释法律权的同时,在法律层面确立了法律询问答复制度作为其他法律问题的解决途径。2015年《立法法》修改,增加了有关最高人民法院与最高人民检察院司法解释权的规定,也仍然保持了法律询问答复的制度设计。在历次解释权主体变迁中,主权者在明确法律解释权行使主体及具体适用情形的同时,通过不同方式规定了其他具体法律问题的处理情况。由此可见,法律询问答复主要处理除法律解释权应当或可以介入的情形之外的问题。

从实践经验的角度看,法律询问答复侧重于宪法、宪法性法律以及部门行政法等规范在实施中产生的问题,而既有司法解释实践主要集中于刑事、民事或行政诉讼司法领域,与司法职能无关的宪法及相关法等法领域,是司法解释难以涉猎的场域。据统计,最高人民法院和最高人民检察院共针对9项法律问题提出询问。最高人民法院主要围绕法院组织性事项进行询问。最高人民检察院在2002年提出的关于“已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任的范围问题”属于检察实践中的法律适用问题。^[58]另一方面,法律询问答复所处理的问题既不属于重大政治性事件中的法律适用问题,也未出现最高人民法院或最高人民检察院适用争议的情形。这也进一步说明了法律解释权与法律询问答复之间的结构性关系,即前者构成对后者的制约与边界,后者又承揽了前者无需干预的其他法律问题。概言之,现行关于全国人大常委会、最高人民法院与最高人民检察院行使法律解释权的规定构成法律询问答复管辖范围的概括性制约。

(二) 事中规制:作出法律询问答复的程序规范

《立法法》(2023年修正)第69条未对作出法律询问答复的时限、方式等程序性事项进行明确规定。但在法工委出台的立法法官方释义中披露了相对具体的询问答复流程:“由法工委有关业务室根据法律规定,研究起草答复意见,报法工委领导审批,一些重要的法律询问答复,还要报全国人大常委会秘书长审批;然后以书面或其他形式答复询问的有关部门。”^[59]虽然上述关于程序的简略描述不足以对具体实践进行全面规范,但其在具体作出程序上保持的开放性为吸收经验事实提供了空间。按照法教义学的核心观点,当法律规范存在空缺或言不及义等缺失时,需要我们根据某些方法对其进行发展、修正或续造。^[60]本文通过对法律询问答复实践经验的归纳,明确适用程序所包含的具体要素。

首先,在答复时限上,法工委最快在收到询问当天即能作出答复,^[61]而最慢的则耗时260天,^[62]平均答复时限为43天,超过八成的法律询问答复时间少于60天。不同答复时限相差较

[57] 参见李蒙:《国家民主从这里起步——回首50年代的全国人大》,载《民主与法制》2009年第16期。

[58] 参见《关于地方组织法、刑法、法官法、检察官法、献血法等有关问题的询问答复》,载《中国人大》2002年第22期。

[59] 前引[12],全国人大常委会法制工作委员会国家法室编书,第197页。

[60] 参见雷磊:《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期。

[61] 参见前引[10],全国人大常委会法制工作委员会编书,第13-14页。

[62] 参见前引[10],全国人大常委会法制工作委员会编书,第9-10页。

大主要受以下两种因素影响：一是受法律问题本身的重要程度与事实关系复杂程度影响。当所涉问题较为重要、关系较为复杂时，除了需要经过多番论证外，还要履行相应的报批程序。二是受特定时间内法工委有关业务室业务量多少的影响。当业务量较多时，会导致相关法律询问的延迟处理。其次，在答复方式上，法律询问答复通常以书面答复与口头答复为主。在明确具体答复方式的实践中，以书面形式作出答复的有 55 个，口头形式答复的有 18 个。如果说以口头形式作出答复的问题属于事实关系相对简单、争议较少的情况，那么以该形式作出的答复最长时限却长达 116 天，这是否间接验证了相关问题经过审慎研究，不应以口头的方式作出？再次，在答复结果上，法工委的答复结果主要以“同意某种意见”“直接给出自身理解”“法律未作出规定、尚未明确，还需研究”三种形态呈现。^{〔63〕}不同答复结果对应着法工委对相关问题的不同态度，对决策主体亦有不同意义。例如，以“同意某种意见”为答复结论的，体现出法工委对询问主体部分意见的支持，能有效增进决策信心。而认为“还需研究”的法律问题，亦会给决策主体造成困惑。因此，应尽量规范法律询问答复结果的具体类型。最后，在答复公开上，法工委对法律询问答复的公开并非全部、完整地公开，而是有选择、有保留地公开。特别是在 2006 年后，全国人大常委会不再以汇编的方式公开法律询问答复，而是在中国人大官方网站中设“询问答复”板块公开少量法律询问答复案例，仅公开了 2018 至 2022 年中的 17 件法律询问答复。在《立法法》（2023 年修正）第 69 条未强制要求公开的背景下，此类少量公开的答复文本是否更具参照意义或具有普遍适用意义？法工委对于公开与否又采取何种标准？公开的法律询问答复亦在一定程度上分享了全国人大常委会的民主权威。因此，对于能否公开以及公开的标准为何应作审慎考量。

• 175 •

既有实践形塑了答复程序的初步运作模式，同时可为明确法律询问答复作出的程序规范提供充足的经验依据。为进一步规范具体答复实践，应对答复的时限、答复的方式、处理结果形式、是否公开及其标准等问题进行明确，以实现法律询问答复的程序控制。

（三）事后监督：清理失效的法律询问答复文本

由法工委向全国人大常委会“备案”是现行法明确规定的监督方式。但应如何理解“备案”的含义存在两种不同意见：一种意见认为，对于报送备案的法规、规章等规范，应在一定期限内予以审查并提出意见。^{〔64〕}另一种意见认为，备案是一种整理式、编撰式的存档行为，即备份在案，以备审查。^{〔65〕}上述两种理解均有立法例支撑，就前者而言，1987 年以前，对于报全国人大常委会备案的地方性法规，主要作整理、存档处理。但 1988 年《七届全国人大常委会工作要点》要求全国人大专门委员会对报送备案的地方性法规进行审查。1993 年《八届全国人大常委会工作要点》再次提出：“对向常务委员会备案的地方性法规，由常委会办公厅分别送有关的专门委员会审查，提出意见。”由于实际工作量巨大，效果并不好。对于后者而言，我国《立法法》（2023 年修正）第 109 条规定了五种备案情形，但均未明确备案后是否需要审查以及如何审查的问题。但该法第 110、111 条规定了被动审查与主动审查两种模式，明确了备案后如何提起审查

〔63〕 参见《关于道路交通安全法等有关问题的询问答复》，载《中国人大》2007 年第 11 期；《关于检察官法等有关问题的询问答复》，载《中国人大》2006 年第 4 期。

〔64〕 参见陈斯喜：《我国立法控制机制的现状与完善》，载《行政法学研究》1996 年第 3 期。

〔65〕 参见封丽霞：《制度与能力：备案审查制度的困境与出路》，载《政治与法律》2018 年第 12 期。

的问题。由此可推测出备案与审查是两种不同但密切联系的监督方式。那么《立法法》(2023年修正)第69条中的“备案”是否仅在于满足全国人大常委会对法律询问答复的知情权?倘若仅限于此,全国人大常委会对自身工作机构的监督显然是不足的。

本文认为,“备案”是全国人大常委会展开进一步监督的基础与前提,应对法律询问答复中的“备案”作扩大解释,将“备案”与“清理”进行联结,备案是为了后续清理工作所作的准备。具体而言,法律询问答复的备案后清理工作由全国人大常委会作出决定,法工委承担具体清理任务,这是全国人大常委会实现内部监督的重要方式,亦与法工委作为全国人大常委会内部工作机构的组织定位相契合。关于“清理”的缘起与发展问题,其首先在行政法律规范层面予以运用。在2018年国家机构改革背景下,《国务院关于国务院机构改革涉及行政法规规定的行政机关职责调整问题的决定》明确提出要运用法规清理这一方式来处理规章和规范性文件的调整变动难题,有关“清理”的问题得以在实践中发起并逐渐展开。尽管关于“清理”的性质存在不同见解,但清理机制具有实现改革与法治相衔接、维护“法制统一”与实现内部监督的多重功能为学界所认同。^[66]

在既有法律询问答复实践中,存在诸多不规范的询问答复,亟需进行清理。第一,存在部分意见前后不一的情况。例如,针对“上一级人大常委会未批准原检察长辞职前,检察长的职权由谁行使”的询问,法工委分别在1990年与1995年作出了两项相互矛盾的答复。^[67]前者认为应由原检察长行使,后者则认为由代理检察长行使。第二,存在部分意见与法理不相符合的情况。浙江省人大常委会就“新设立的县人大代表的资格由谁审查”提出询问。法工委认为,可以由本届人大第一次会议上通过的人大代表资格审查委员会负责审查本级人大代表资格。但根据《地方组织法》的相关规定,县级以上代表资格审查委员会是人大常委会设立的,不是由大会设立的。由未经代表资格审查的大会通过代表资格审查委员会,再由其通过的代表资格审查委员会反过来审查大会的组成人员,显然不合法理。^[68]第三,存在法律修改后,相关意见与新法不相适应的情况。2021年《行政处罚法》修改,明确规定地方性法规在履行相应论证、备案等法定程序下,可增设行政处罚的种类。而法工委曾在修法前作出地方立法无权增设行政处罚种类的法律询问答复,其在如今看来已不合时宜。^[69]

尽管法律询问答复不是法的适用渊源、不具普遍的法律约束力,但在实践中往往得到询问主体的遵循或参考。在影响范围上,部分法律询问答复不仅在个案中发挥事实上的拘束力,其影响还外溢至其他具体决策中。在影响时间上,法律询问答复不仅在答复时对具体决策产生影响,亦会在答复后继续产生影响。基于此,全国人大常委会应在“备案”的基础上定期展开清理,合理的要继续保留,与现行法律不符或不合时宜的要及时废除,为有关地方和部门依法履行职责提供合法的依据和参照。法律询问答复的清理机制正是在迫切需求驱动下的一种内部监督方式。备案后的定期清理工作,能有效提高法律询问答复的科学性。

[66] 相关讨论参见侯淑雯:《立法制度与技术原理》,中国工商出版社2003年版,第25页;周旺生:《立法学》(第2版),法律出版社2009年版,第507页;黄文艺主编:《立法学》,高等教育出版社2008年版,第112页。

[67] 参见乔晓阳、张春生主编:《选举法和地方组织法释义与解答》,北京出版社1995年版,第191、195页。

[68] 参见武春:《全国人大常委会法工委要废除不合适的答复》,载《人大研究》2012年第7期。

[69] 参见前引[10],全国人大常委会法制工作委员会编书,第177页。

五、结 语

自 2000 年《立法法》确立法律询问答复制度以来，因法工委作为全国人大常委会工作机构的组织法定位与其实际功能在客观上存在明显错位，其履行法律询问答复等多项法定职能长期遭到质疑。但立法者将包括法律询问答复在内的诸多职能授予法工委并非仅考量了民主要素，而是人民代表大会制度下民主代议与有效决策两种价值的务实平衡。在 2023 年《立法法》延续该制度的背景下，应从解释学的角度阐释法律询问答复的具体适用框架，通过对相关实践经验的考察与总结，进一步明确法律询问答复在事前、事中与事后三个阶段应遵循的具体规则，从而不断促进法律询问答复适用的规范化。

Abstract: The traditional view is that the function of the legislative inquiry reply of the Legislative Affairs Committee of the NPC Standing Committee is confused with that of the legislative interpretation of the NPC Standing Committee, which makes the system have a certain tension between the democratic legitimacy and the effectiveness of governance. In the attribute of authority, the two have essential difference. The former is the result of both democracy and efficiency under the system of people's congress, which has the property of decision-making consultation. The latter is an important means for the Standing Committee of the National People's Congress to supervise the implementation and judicial interpretation of laws in different legal regions, which has the property of supervision power and finality. In terms of functional types, although most legal inquiries and replies are characterized by "law interpretation", they are mainly used in legal and political practices such as coordinating organizational affairs, regulating legislative disputes, and providing references for law enforcement and judicial activities, which are difficult for judicial interpretation to involve and unnecessary for legislative interpretation to intervene in. In order to standardize the specific application of legal inquiry and reply, we should clarify three elements of jurisdiction, procedure and supervision mechanism from the perspective of legal hermeneutics. There is no need to resort to fundamental reform programs such as institutional abolition or main body change.

Key Words: legislative power, the right of legal interpretation, Standing Committee of the National People's Congress, democracy and efficiency
