

处罚法定的价值蕴含与现代行政法的变迁

尹培培

内容提要 处罚法定的基本含义是“法无明文规定不处罚”“处罚要件、效果法定”。这一内容不仅明确了处罚法定的基本要求,还体现了权力控制、人权保障的价值蕴含。现代行政法的控权功能已经从实体规则控制发展到过程性控制。控制模式的改变,意味着在处罚领域应当在通过实体规则对权力进行控制的基础上,加入程序性机制的考量。网络技术的发展以及行政任务的变迁所催生的多样化的“处罚举措”要求处罚法定应当努力在形式与实质之间寻求自己的立足点。

关键词 处罚法定 权力控制 人权保障 行政法变迁

尹培培, 南京师范大学法学院讲师 210024

控制政府权力、保护公民权利是行政法的任务所在。《宪法》第5条第1款规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”;第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权”。这两个条款是“法治国家和基本人权”的规范表述,其构成原理类似大陆法系的法治国原理,以此来支撑和建构行政法的发展。因此,二者构成了行政法所依赖的两个宪法基点:“前者所指涉的是行政服从法的统治,后者则指行政作为人权实现的一种基本手段而存在。”^[1]法治国家落实到行政法领域可导出依法行政原理,在处罚领域则体现为行政处罚法定原则。作为对违法行为的制裁手段,行政处罚具有维护社会秩序的目的和机能,而处罚法定则意味着,行政机关对秩序的维护必须严格依法进行,其维护秩序的权力不应当是任意的,而是应当受到控制的,惟此方能防止权力的滥用,达至人权保障这一根本目的。

一、作为人权保障的处罚法定

处罚法定的基本含义是“法无明文规定不得处罚”,“处罚要件、效果法定”。这一内容不仅明确了

本文为国家社科基金青年项目“网络空间治理的行政处罚问题研究”(18CFX054)、江苏省哲学社会科学基金项目“网约车的法律规制研究”(17FXC002)阶段性研究成果。

[1]章剑生:《依法行政原理之解释》,〔杭州〕《法治研究》2011年第6期。

处罚法定的基本要求,还体现了处罚法定权力控制、人权保障的价值蕴含。

1. 人权保障与法治

亚里士多德在其《政治学》一书中提及法治时曾这样阐释到:“我们应该注意到邦国虽有良法,要是人民不能全都遵循,仍然不能实行法治。法治应当包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从;而大众所服从的法律又应该是本身是制定的良好的法律”^[1]。而所谓的良法,应当是保障人民基本权利的法。因此,在几乎所有的法治国家,人权保障条款都是一国宪法的基础性条款。中国《人权大词典》对人权的定义是:“人权,顾名思义就是人的权利,或者说,是人类每个成员可享受或有权享受的各种权利。”而法治的核心要义就是通过明晰权力的边界实现对权力的限制,进而保障人权。在我国,以1991年《中国的人权状况》白皮书的发布为起点,从党的15大报告对“人权”与“法治”予以明确的肯定,到“依法治国”、“国家尊重和保障人权”被写入宪法,“法治”与“人权”完成了规范上的对接。《宪法》第33条规定:“国家尊重和保障人权。”人权入宪意味着尊重和保障人权作为宪法的职责,应当成为国家一切活动的出发点和最终归宿。尊重人权在本质上是尊重个人相对于强大的国家所享有的主体地位,而非仅仅是国家权力行使的工具。“凡是具体的个人被贬为客体、纯粹的手段或是可任意替代的任务,便是人性尊严受到侵害”^[2]。正是基于这样的考虑,行政权的行使绝非任意,而是必须基于明确的法律依据。就权力的行使而言,无论是对秩序的维护,亦或是《宪法》所创设的权力制衡框架,其根本目的都在于实现对人权的保障。当然,不同的部门法,对于实现人权保障发挥着不同的作用。现代社会中,基本人权最大的危险来源于无处不在的行政权,而在行政权当中,作为对违法行为进行制裁的行政处罚权则是运用最广泛、最经常的权力,直接涉及到对相对人的人身权以及财产权的限制或剥夺。在行政法领域,人权保障的目的是通过依法行政得以实现,具体到处罚领域,则是通过处罚法定原则来实现对相对人的人权保障。对人权的保障是处罚法定原则的最终目的,而这一目的的实现是建立在对权力控制的基础之上的。

2. 人权保障之下的处罚法定

保障人权意味着国家要积极的采取措施为个人有尊严的活着提供条件——不仅限于生存的条件,还应当提供发展的条件,以保障人权的实现。对于人权的保障是在尊重人权的基础上积极运用国家权力的一种行为,主要表现为国家在给付行政领域积极地为民众提供生存照顾以及为个人的发展创造一系列有利条件。诚如孟德斯鸠所言:“对一个大街上衣不蔽体的人给予施舍并不是履行了国家的职责,国家的职责在于给每一个公民提供某种保障,让他们丰衣足食、身心健康。”而行政处罚作为国家运用强制力对违法行为的制裁手段,其对于人权的尊重和保障在相当程度上则是借由消极的维护社会秩序的功能实现的。

人类社会的存在需要规范机制来约束,以确保人们的行为因循着社会发展所需的正常的轨道进行。“社会秩序必须靠社会中全体人员共同遵守、相互合作和维持,否则,有序的社会就不能存在。”^[3]然而,人的追逐利益的本性决定了人与人之间的冲突是难以避免的。因此,维护社会秩序“意味着按照一定的规范和准则,对社会系统进行有准备的控制,使社会按其特定的秩序轨道正常运行”^[4]。但即便规则是存在的,依然无法保证人人都能很好地遵守规则。倘若规则本身不能预设违规行为所应当承

[1][古希腊]亚里士多德:《政治学》,颜一、秦典华译,[北京]中国人民大学出版社2003年版,第199页。

[2]翁岳生:《行政法逐条释义》,[高雄]五南图书出版公司2002年版,第4页。

[3]杨解君:《秩序权力与法律控制——行政处罚研究》,[成都]四川大学出版社1995年版,第2页。

[4]邢建国等:《秩序论》,[北京]人民出版社1993年版,第17页。

担的制裁,那么该规则本身的效力就会大打折扣,社会秩序就会因为少数的违反规则的行为而处于动荡之中。因此,在规则当中对危害秩序的行为作出否定性评价,进而给予相应的惩罚,以此来维护和恢复社会秩序。这就是处罚规则存在的必要性。

就规则而言,其表现形式呈现多样化的特征,如道德规则、法律规则等。这些规则以明确的方式告知人们哪些行为可为,哪些行为会受到惩罚,从而构成了维护社会秩序的藩篱。然而,纵使社会需要社会秩序,需要对违反秩序的行为给予制裁,但制裁的主体始终具有唯一性,那就是国家。除了国家之外,禁止其他主体随意对破坏秩序的行为进行惩戒。这是因为,一方面,倘若允许对破坏秩序的行为进行私力救济,那么很有可能产生对社会秩序的双重破坏;另一方面,相对于规则的制定者,受到秩序侵害的个人处于较为弱小的地位,由其直接进行惩罚在事实上是不大可能的。而国家有强制力作为惩戒违法行为的坚强后盾,在维护秩序方面具有无可比拟的优势。在规则的表现形式上,国家行使制裁权的依据只能是法律。

出于维护社会秩序的需要,个人的自由在一些法定的情况之下势必会受到一定的限制。这里可能存在的一个问题在于,人权的保障与社会秩序的维护是否存在对立的一面。我认为,二者并非对立关系,而是辩证统一的关系。对于人权的保障,既存在个人意义上的保障,同时又存在人作为整体的保障,人既有个体性,又兼具社会性,从根本上来说,人是社会人。正如英国哲学家格林指出的:“个人生命与社会生命之间存在必不可少的关系(惟社会生命才使人具有价值和意义,因为惟有社会生命给予个人以充分道德发展的力量);个人及其全部权利和全部自由对于其社会成员资格的依赖性;与此互相关联的社会所负的保证个人全部权利的义务(个人全部权利,换句话说,就是个人的充分道德发展,因而也就是社会的道德所必要的一切条件)。”^[1]从这个角度来说,对于社会秩序的维护与人权的保障之间并不矛盾,且二者之间因其相互关联而起到相互促进的作用,对社会秩序的维护是人权保障的实现所必须的,但就处罚领域而言,对于人权保障的实现最终需要依靠权力的控制得以达成。

二、作为权力控制的处罚法定

行政法学上存在着关于控权的理论和学说,学者称之为“控权论”。这一观念被表述为,行政法是控制行政权的法,而对权力的控制是法治的基本要求。

1. 法治与权力控制

权力控制是法治国家的应然,法治是现代社会所追求的主要价值目标。从理想的状态来说,法治意味着法律在国家拥有至高无上的权威,公民所享有的权利和国家的权力在法律上均有明确的规定和清晰的边界。关于法治,韦德在《行政法》一书中对其进行了比较全面的描述:“第一,任何事件都必须依法而行;将此原则适用于政府时,它要求每个政府当局必须能够证实自己所做的事是有法律授权的,几乎在一切场合这都意味着有限的授权。否则,它们的行为就是侵权行为;第二,政府必须根据公认的限制自由裁量权的一整套规则和原则办事;法治的实质是防止滥用自由裁量权的一整套规则。但是议会授权常常是用很笼统的语言表述的。法治要求完全阻止政府滥用权力;第三,对政府行为是否合法的争议应当由完全独立于行政之外的法官裁决;第四,法律必须平等地对待政府和公民。”^[2]法

[1]参见〔英〕欧内斯特·巴克:《英国政治思想》,黄维新等译,〔北京〕商务印书馆1987年版,第4页。

[2]〔英〕韦德:《行政法》,〔北京〕中国大百科全书出版社1997年版,第25页。

治的源头在于对国家权力的正确定位及法律控制^[1]。从这个角度来讲,行政法作为对国家权力运用的规制,当然属于控权法。这一观点在以干预行政为核心的传统行政法上无可辩驳。然而,在西方国家19世纪到20世纪的权力变迁过程中,出于对社会进行管理、为公民提供生存给付职责的需要,法律不得不授予行政机关以广泛的行政权,从价值的角度来说,这样的结果是出于效率和福利的考虑。而伴随而来的问题是,在行政权日益扩张的背景之下,如何调解效率与公正之间的矛盾呢?这一问题似乎可以转化为,当出于行政管理的考虑而不得不赋予行政机关更加广泛的行政权力,但是当此种权力可能无限扩张时,控权观念是否依然适用?传统的控权观念告诉我们,所谓控权无非是民主、法治的应有之义。尽管时代背景发生了变化,但正如同民主和法治的观念不会因为时代变迁而被摒弃一样,控权观念作为法治的应有之义自然也不应当被否定。因此,行政法作为控权法这一理念并非是行政法在某个发展阶段所应秉持的,而是现代法治国家始终应当坚持的。

有人认为,当下中国社会有其独特之处,那就是“当我们提出依法行政、控制行政权或者法治行政的时候,也正是我们这个社会最需要权力的时候,因为中国的市场经济建设有别于西方国家之处在于,我们是自上而下建设市场经济的,是在政府宏观控制下进行的。过去的计划经济,是政府硬要包揽社会事物,现在的市场经济,是社会需要政府权力来调控。”^[2]的确如此,尽管我国目前与西方国家都是在寻求市场和计划之间的平衡,但双方的发展路径却截然相反。早期“国家运用统一计划、统一政策、统一指挥的办法管理经济;政府部门直接参与企业的生产经营活动,政府权力无所不及,政府成为了无所不管的‘万能政府’。”这与西方国家政府的消极“守夜人”角色大相径庭。20世纪以后,西方国家在自由经济的基础上,国家权力逐渐介入经济活动,试图弥补市场经济的不足,而我国则是在严格的计划经济和无所不包的行政管控基础上不断进行改革和开放,逐步通过放松管制、适当放权向市场经济迈进,将原先政府控制的领域还给市场。而这一切都是在强大的行政权主导之下得以推行的。与此同时,现代行政法中,福利行政的产生和发展使人们产生了一种误解,认为行政法已经失去或者说已经淡化了控权的性质。在笔者看来,如果认为中国应当循着西方国家已有的发展轨迹,为适应当今时代的需求而摒弃控权这一理念,那就大错特错了。权力所具有的天然的扩张性注定了任何不存在约束机制的权力最终都会被滥用。权力的滥用是侵害公民权益的最主要和最直接的原因。当权力的负面作用可能危及公民的合法权益时,通过法律来控制权力的实施就始终是法治社会的必然要求。基于这样的考虑,“政府权力的膨胀更需要法治”,需要法律的控制^[3]。因此,控权这一观念并不会随着时代背景的变化而发生动摇,只是要求在控权方式上加以变化,从而能够适应社会的客观需要^[4]。在控权理念指导下,对国家权力进行合理的分工从而使权力之间相互制衡,是对权力进行控制的基本前提和机制;其实质在于划分各自的权力边界,任何僭越权力边界的行为都是为法律所严格禁止的,因此,越权无效成为法律的基本原则之一。只有在权力分工的基础之上,加强对权力的约束和管控,才能避免法治国家的建设沦为空话。因此,法治国家意味着两点:“其一是权力的分工与制约;其二则是法律成为社会控制的主要手段。”^[5]

[1]“从古代起,‘西方人’便激烈而无休止地讨论着法律与权力的关系,这种争论奠定了法治观念的基础。”见〔美〕埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,〔北京〕三联书店1990年版,第92页。

[2][4][5]孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,〔济南〕山东人民出版社1999年版,第4页,第25页,第20页。

[3][英]韦德:《行政法》,〔北京〕中国大百科全书出版社1997年版,第28页。

2. 处罚法定的控权价值

法治是对权力与权利关系的合理调整,此种调整通过对国家权力的合理控制而达成。依法行政则是指行政权力要严格受到法律的控制,而处罚法定则是以限制国家行政处罚权为主要内容。处罚法定的控权价值,首先表现为对行政权的限制。“法无明文规定不处罚”,从这一要求来看,就是将行政机关实施行政权的权力限制在法律明文规定的范围之内,超出法律规范的权力行使就是违法的。当行政机关也拥有了“立法权”之后,依法行政中的“法”便从最初的议会机关制定的法律扩张到了法规和规章,甚至规章以下的规范性文件。因此,行政权的行使还要受到地方性法规、地方性规章的约束。但是此种限制并非绝对。行政权作为一种具有形成性的权力,其在法律规则有意或无意的留白之处,总是有施展拳脚之处的,这表现为:“行政权通过创造性的技术发展出一套符合法治原则和目的的规则,自主地形成于社会发展相适应的秩序”^[1],如对于行政法中经常涉及到的如“公共利益”、“情节严重”等不确定法律概念的解释,以及宽泛的裁量空间的存在等。因此,处罚法定对于行政权的限制并非绝对化,也难以绝对化。但是此种空间需要严格遵循处罚法定的边界,否则就会招致司法机关的违法性评价。

处罚法定的控权价值还体现在对立法权的限制上。此种限制表现为,事关处罚行为的立法,需要考量处罚手段对公民权利的限制程度,并依照不同的处罚种类分别由不同层级的法律规范加以设定。此种限制在法律保留上就体现为相对法律保留与绝对法律保留之分。所谓绝对保留是指“立法者就特定事务无论如何必须“亲自”以法律决定,不得委由他人代劳。”^[2]而相对保留又称可授权的法律保留,指“相关事项虽属议会立法的职责范围,但议会可通过法律授权行政机关以法规命令加以规定,行政机关因此也可依据此种授权性行政法规做出行政决定。”^[3]《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:……(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚……”;第9条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”尽管《立法法》没有明确提及绝对保留或相对保留的概念,但根据上述规定可以明显看出,在涉及处罚的立法上所遵循的是一种层级化的法律保留,将限制人身自由的强制措施和处罚明定为绝对的法律保留事项,而属于限制人身自由以外的行政强制措施和处罚的,可以授权国务院根据实际需要先行制定行政法规,这明显属于相对保留事项。

最后,处罚法定的控权价值还体现为使行政机关与司法机之间形成某种制衡关系,相互牵制。立法机关行使行政立法权,对于何种行为应当受到何种处罚进行明文规定,而行政机关需要严格按照该规定做出处罚决定。当相对人不服该处罚决定,有权就其合法性向司法机关提起诉讼,由司法机关根据立法机关的明文规定行使对行政机关行使行政权的合法性审查,这也是《宪法》所创设的一府两院之下,行政机关与司法机关相互制约、共同对立法机关负责的权力制衡框架。

三、处罚法定的实现路径

无论是秩序的维护,亦或是《宪法》所创设的权力制衡框架,其根本目的都在于实现对人权的保

[1]章剑生:《现代行政法总论》,〔北京〕法律出版社2014年版,第40页。

[2][3]陈清秀:《行政法解释与适用》,翁岳生主编《行政法》(上册),〔北京〕中国法制出版社2002年版,第197页,第198-200页。

障。现代社会中,基本人权最大的危险来源于无处不在的行政权,而在行政权当中,作为对违法行为进行制裁的行政处罚权则是行使最广泛、最经常的权力,其直接涉及到对相对人的人身权以及财产权的限制或剥夺。在行政法领域,人权保障的目的通过依法行政得以实现,具体到处罚领域,则是通过处罚法定原则来实现。对人权的保障是处罚法定原则的最终目的,而这一目的的实现是建立在对权力的控制基础之上的。因此,处罚法定的控权机能意味着只有通过权力的控制,才能实现对人权的保障。从这个角度讲,“行政法是控制行政权的法”这一命题并不会因为时代的变迁而被摒弃。处罚法定原则的确立实际上是通过在行政处罚机关与相对人之间划定一道明确的界限:只有法律规范明确规定的违法行为方能受到处罚;非法律明文规定禁止的行为都不得受到处罚,任何法律明确规定的违法行为都应当依据法定的程序实施处罚,这样通过实体规则和程序控制实现作为现代行政法核心的控权价值。

1. 法无明文规定不处罚

控权论这一概念由我国学者于上世纪80年代提出,“其核心理念可以归结为:行政法是保障个人自由、控制行政机关权力的法律。以此为轴心,它对行政法的一系列基本问题,形成了以公民个人权利为本位、以个人主义和自由主义政治哲学为基础的系统认识。”^[1]“权力与权利之间明显的强弱对比,使控制权力和保障权利的立法思路和倾向更符合法治的精神和要求。”^[2]尽管我国当下并非处于传统的控权论所诞生的“夜警国家”时代,但处罚领域作为侵害行政,其所应奉行的控权理念应当与传统的控权论一脉相承,至于所谓的新发展也不过是基于传统控权论的局部修正。“在传统的控权逻辑下,控权机制是一种实体控权机制。”^[3]此种控制着力于制定出事无巨细、包罗万象的实体法规则,“政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规章的约束——这种规章使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制力和根据这种了解计划它自己的个人事务”^[4],从而使得行政机关仅仅作法律规则的消极执行者而存在。在这样的背景之下,“无法律即无行政”这一命题是成立的。传统的控权论基于权力分立强调从外部对行政权进行控制,主要表现为司法的事后控制。然而实际情况是,在当下的权力分工上,法院尽管在宪法层面同政府一样处于“一府两院”平起平坐的位置,但在实际的权力运行中却经常处于配合行政机关的被动地位。因此,“重新审视并最低限度地评估法院控制行政行为的实际功能与影响,寻找非司法途径的其它控制机制”^[5]便成为了新的努力方向。基于此,为加强控权的实效性,在坚持传统的外部控权模式的基础上,对新的控权机制的探索——主要表现为行政机关的自我控制,就产生了行政法上的新的控权论。“所谓‘行政自制’,亦可称为‘行政自我规制’,是指行政主体自发地约束其所实施的行政行为,使行政权在合法合理的范围内运行的一种自主行为,即行政主体对自身违法或不当行为的自我控制。”^[6]在处罚领域,就表现为行政机关自我规制的处罚裁量基准广泛应用。需要注意的是,尽管行政机关的自我规制在相当程度上是出于对外部控制孱弱的一种补足,但“行政自我规制绝不是与传统法治模式相隔绝的‘行政自留地’领域,立法者合理的制度设计和司法者创造性的法律解释与信

[1][5]沈岿、王锡锌、李娟:《传统行政法控权理念及其现代意义》,〔北京〕《中外法学》1999年第1期。

[2]肖金明:《中国立法检视与反省——侧重于行政领域的立法检讨》,〔郑州〕《河南省政法管理干部学院学报》2002年第3期。

[3]季涛:《行政权的扩张与控制——行政法核心理念的新闻释》,〔北京〕《中国法学》1997年第2期。

[4]徐国栋:《市民法典与权力控制》,《罗马法·中国法与民法法典化》,〔北京〕中国政法大学出版社1997年版,第78页。

[6]崔卓兰、刘福元:《行政自制的可能性分析》,〔西安〕《法律科学》2009年第6期。

息反馈,是行政机关自我规制的必要前提。”^[1]因此,行政的自我规制与司法的外部控制缺一不可,二者不能偏废。

现代行政法的控权功能已经从实体规则限制发展到过程性控制,但仍然属于传统干预行政的处罚领域,这并不意味着对于实体规则本身控权功能的否定,而是在通过实体规则对权力进行控制的基础上,加入程序性的机制,通过实体规则与过程性控制的结合来实现对行政权的控制,即结合了严格规则主义和正当程序的综合控权模式。处罚法定原则的确立实际上是通过在行政处罚机关与相对人之间划定一道明确的界限:只有法律规范明确规定的违法行为方能受到处罚,且此种处罚必须依照法律规范规定的程序进行。于前者而言,处罚的要件、效果法定体现了严格规则主义的控权模式,于后者而言,则体现了正当程序的控权模式。就处罚领域来说,如果法律仅仅规定了“处罚相对人应当有事实根据”是不够的,而应当辅之以相应的处罚程序,进而实现对于处罚行为做出过程的控制。

2. 处罚要件、效果法定

在处罚法定原则之下,事关处罚的法律规范都兼具行为规范与裁判规范双重属性。所谓行为规范是指行政处罚法律规范对于违法行为的明确规定可以为公民的行为提供某种指引,使其对于自己的行为后果做出预判,即凡是公民作出了处罚法律规范所明确禁止的行为,就会受到处罚。从此种意义来看,行政处罚法律规范具有约束公民行为的机能。从另外一个角度讲,行政处罚法律规范又是裁判规范,是行政机关做出处罚行为的准则依据。处罚机关认定某个行为是否构成违法以及对于违法行为处以何种处罚,都应当严格依法进行。因此,行政处罚法律规范不仅是用来约束公民的行为以保障社会秩序,更为重要的是通过约束行政机关的处罚行为从而保障公民的权利。顺应着这样的逻辑,“法无明文规定不得处罚”成为处罚法定的核心内核。

“法无明文规定不得处罚”在规范上体现为应受处罚行为的要件和效果法定。而要件和效果的法定的要求同时存在于立法过程以及法的适用过程。必须指出的是,尽管在立法阶段依然存在处罚要件、效果法定的要求,但是立法本身并不禁止不完全条款和不确定法律概念的存在,在以裁量行政为核心的现代行政,法定效果的可选择性更是其主要特征。因此,对法的适用过程中的处罚法定的关注则是本文的重点所在。

行政处罚的控权价值体现在法的适用过程中,具体表现为,在行政处罚法律规范适用过程中对要件、效果严格奉行严格规则主义模式,同时注重对做出处罚行为过程奉行正当程序控权模式。此外,在司法审查方式上,为回应正当程序模式的需求,由以往的单一对处罚行为结果的实体性审查转向对行为作出的过程的审查。而与之相对应的,在综合控权模式之下产生的,作为行政机关对行政过程自我规制的处罚解释基准与处罚裁量基准也在实践中广泛应用,使得司法机关对处罚行为的审查可借由对处罚解释基准和处罚裁量基准的审查达成,进而贯彻处罚要件、效果的法定。

四、处罚法定的新发展:在形式与实质之间

处罚法定作为处罚领域“不可逾越的藩篱”,是形式法治得以贯彻的体现,其确立对于规范处罚权、保护公民合法权益具有里程碑式的意义。处罚法定意味着应当严格以“要件-效果”这一规范框架为依托,对于符合要件的违法行为给予相应的法律制裁。然而,伴随着处罚领域的新发展,一些

[1][日]磯部力、小早川光郎、芝池義一:《行政法の新构想》,转引自鲁鹏宇:《法治主义与行政自制——以立法、行政、司法的功能分担为视角》,《长春》《当代法学》2014年第1期。

“创新”的执法方式的出现似乎使得处罚法定这道藩篱显得并非不可逾越。

1. 首次不罚

《行政处罚法》第5条规定:“实施行政处罚,纠正违法行为,应当坚持处罚与教育相结合,教育公民、法人或者其他组织自觉守法。”该条规定意味着,行政处罚的实施不能单纯以处罚为目的,而应当与教育相结合,以突出其防止下次再犯的预防功能。事实上,国家对行政相对人违法行为施以行政处罚,并非是一种粗暴的威吓,也不是希望通过罚没行政相对人的财产以增加国家财政收入,而是通过“相当”的惩罚来形成行政相对人以及其他“自觉守法”的意识,旨在形成良好的法律秩序^[1]。为落实此种宗旨,实践中出现了诸如“首次不罚”、“先行教育”等执法方式。

首次不罚,从字面意思可知,即对于某些轻微违法行为,未造成危害后果的,实施告诫、给予教育,不予处罚^[2]。首次不罚契合了当下行政机关完成现代行政任务的需要,是以人为本的执政理念导入行政处罚后形成的一项内生性制度,并得到了相当范围的推广^[3]。尽管首次不罚作为人性化执法的产物在相当程度上减少了处罚中的乱象,但在行政法基本理论的框架内,其与处罚法定之间的紧张关系究竟应当如何消解也成了无法回避的问题。其中首要的问题就是这种做法的依据何在?无论是《行政处罚法》《治安管理处罚条例》亦或是其他有关行政处罚的单行法律规定,都不曾出现过“首次不罚”的字眼。在与此相关的行政规定中,《江苏省质量技术监督局‘首违不罚’暂行规定》第3条明确:“本规定所称‘首违不罚’是指质监部门对违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果,行政相对人首次且非主观故意违法、能积极配合执法的案件,根据《中华人民共和国行政处罚法》等法律法规的规定,依法作出从轻、减轻、免予行政处罚的决定。”^[4]根据这一规定可知,首次不罚这一做法的应用是有着严格的条件的,即需要同时满足违法行为轻微、未造成危害后果、相对人首次且非故意违法和态度上积极配合这4个要件。因此,除了可以从《行政处罚法》的教育与处罚相结合条款当中找出其合法性依据外,《行政处罚法》第27条关于不予处罚的法定情形也构成了对该做法合法性的强有力支撑。该条第2款规定:“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。”

因此,对于首次不罚这一执法方式,若是符合上述要件并不会与处罚法定之间产生紧张关系,而是在遵循处罚法定的基础上充分贯彻“处罚与教育相结合”这一宗旨的体现。需要注意的是,首次不罚尽管充分体现了执法的人性化,但为弥补此种执法方式可能缺失的“惩戒功能”,首次不罚应当以附加“提示整改”为必要条件。如若相对人拒绝配合整改,则不再适用首次不罚^[5]。

2. 网络技术的发展催生的新的“处罚举措”

在处罚法定原则之下,处罚行为的构成要件及行为后果均应当符合法律规定。然而,网络技术的发展使得一些在传统领域能够被轻易认定的行为要件模糊化,给处罚行为的事实确认环节带来了挑

[1]章剑生:《罚抑或不予?——基于行政处罚中‘首次不罚’制度所展开的分析》,〔杭州〕《浙江学刊》2011年第2期。

[2]如江西省、山西省分别出台了《〈行政处罚首次告诫指导意见〉80种轻微违法行为首次不罚》《山西省城市道路交通轻微违法行为处理实施办法》,对于某些种类的轻微违法行为实行首次告诫、口头警告并出具提示单的首次不罚制度。

[3]参见章剑生:《罚抑或不予?——基于行政处罚中‘首次不罚’制度所展开的分析》,〔杭州〕《浙江学刊》2011年第2期。

[4]苏质监稽发〔2009〕67号。

[5]除了首次不罚外,深圳、杭州等地还实行了“违停十分钟内开走免罚”举措。对于此种并未造成实际危害后果的行为,给予相对人一次改正的机会,并不违反处罚法定原则,相反恰恰体现了行政处罚所应当遵循的处罚与教育相结合这一要求。

战。典型的如传统以自然人为主体的违法行为现如今都以平台违法的形态出现,尽管在实质层面上,实际的违法者仍是平台背后的用户,但在互联网时代,由于行政执法部门身负监管压力,又受资源和预算的约束,比如跨地域取证困难、网络的匿名性等,使得传统上基于管辖权划分的行政执法体系难以适应网络环境下的复杂状况,在此种情形下,监管部门自然希望扩张平台注意义务的范围,促使其帮助甚至替代自身去履行监督审查义务,从而减轻监管压力。

然而,这样的责任分配也催生了许多难以定性的处罚举措。如《网络安全法》关于网络运营者责任的规定当中,对于违反该法规定的,可根据情节轻重对网络运营者采取罚款、责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站及吊销营业执照等处罚措施^[1]。其中,罚款、责令停产停业及吊销营业执照等属于法定处罚种类,而对于停业整顿、关闭网站等情形,却并不能理所当然的将之纳入法定的处罚种类当中,学界对于网络技术发展所催生的一些新型“处罚举措”的定性也并未形成通说性观点。除了规范层面,在实际的网络安全执法过程中,对于一些知名网络平台的处罚举措也呈现出多样化的特征。在具体的处罚措施中,“约谈”这一字眼多次出现,而对于一些本应给予罚款处罚的违法行为,甚至以“约谈”取代了法定的处罚种类,并未对相应的违法事实科以法定的处罚。如北京市网信办、北京市规划国土委就违法违规发布“大棚房”租售信息一事联合依法约谈58同城等网站的处理情况来看,在明确了该网站违法违规发布信息之后,北京市网信办并未按照《网络安全法》的规定给予警告和没收违法所得处罚,仅仅是在约谈后对平台责令整改^[2]。而对于仅仅进行约谈而不予处罚的原因,我们无法从既有的资料中获取,但可以看出,当下的互联网技术使得传统的规制对象由个体转移至平台,打破了传统以地域、行业为基础的监管模式,而其间产生的新的规制举措不断对行政法基础理论提出挑战,使得既有的“要件-效果”这一分析框架似乎越来越难以合理解释这些新的处罚举措。

事实上,无论是网络技术的发展催生的新的“处罚举措”,亦或是前述的首次不罚,从表面看,似乎无不在突破处罚法定的“底线”,那就是脱离了形式法治的要求,将处罚纳入了“裁量”的范围。形式法治或曰贯彻法律的形式合理性,是法治社会的首要构成性维度^[3]。然而,当下的中国处于瞬息万变之中,坚守形式法治,固然能够保证法律得到正确的适用,但当面对法外的不确定性时,又往往显得束手无策。实质法治和形式法治皆属法治的范畴,两者之间并非对立的关系,而且实质法治往往能够补足形式法治的种种缺陷。因此,面对现代行政法的变迁以及行政任务的多样化,每一个以真正实现法治为追求的社会,都应当在形式与实质之间、封闭和开放之间找到自己的立足点,处罚法定亦是如此。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]《网络安全法》第53条规定:“网络运营者违反本法规定,未要求用户提供真实身份信息,或者对不提供真实身份信息的用户提供相关服务的,由有关主管部门责令改正;拒不改正或者情节严重的,处五万元以上五十万元以下罚款,并可以由有关主管部门责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、撤销相关业务许可或者吊销营业执照;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。”

[2]《58同城、赶集网等因违法违规发布‘大棚房’租售信息被约谈》,新华网:http://news.xinhuanet.com/2017-08/17/c_1121500789.htm,最后访问日期:2018年8月20日。

[3]陈林林:《法治的三度:形式、实质与程序》,〔北京〕《法学研究》2012年第6期。