

# 对行政处罚款限度的追问

陈太清

**内容提要** 面对行政执法中罚不止禁的现象,社会上出现了将行为人“罚得倾家荡产”的强烈呼声。这让人不得不思考:罚款有无限度;如果有,那么限度又是什么。罚款应当是有限度的,过度罚款将限制行动自由、破坏相对人人格独立、减损法律尊严,危害甚大。无论是从法律制裁的演变规律看,还是从人们思想观念看,抑或是从罚款的运作实践看,将行政违法所致公益损害作为罚款限度,不仅可能,而且可行。基于公益损害的抽象性,罚款限额可借鉴民事赔偿中的法定法与间接法据以确定;为保障限度内罚款之绩效,有必要提升执罚概率与建立易科制度。

**关键词** 行政处罚 执法绩效 公益损害 金钱赔偿

陈太清,南京理工大学法学系副教授 210094

## 一、问题的提出

行政处罚作为一种财产性制裁,不仅可运用行为人对于利害关系的直观判断以实现调控目的,同时还附带地增加了财政收入,因而执法主体往往对这种制裁方式“情有独钟”。然而,尽管规范性文件设置了大量的罚款事项,执法机关每年也罚没了数量可观的罚款<sup>[1]</sup>,但在很多领域违法行为并未因此得到有效遏制。

社会对这种现象的解决之道近乎出奇地一致:国家质检总局某副局长在谈到打击假冒伪劣时指出,对行为人“要罚得他倾家荡产”<sup>[2]</sup>;广东省人大常委会在审议《广东省环境保护条例(修订草案修改稿)》时,有委员提议,对于违法排污行为,要罚就要罚得倾家荡产<sup>[3]</sup>;某证券研究所市场研究总监,认为

---

本文为司法部国家法治与法学理论研究项目“罚款治理的困境与出路——基于公益损害赔偿的视角”(12SFB5013)、中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“行政处罚款功能创新研究”(30920130132017)阶段性成果。

[1]以环境执法为例,2014年全国环境违法案件处罚31.7亿元。金煜:《2014年全国“环境罚款”31.7亿元 同比增长34.4%》,http://finance.chinanews.com/ny/2015/04-14/7207286.shtml,2015年6月30日访问。

[2]林其玲:《政协委员:要把造假者罚得倾家荡产》,http://www.chinanews.com/gn/2014/03-06/5916150.shtml,2015年6月30日访问。

[3]廖喜张:《“要罚就要罚得倾家荡产”》,http://informationtimes.dayoo.com/html/2014-03/27/content\_2579770.htm,2015年6月30日访问。

对于存有信息批露违法行为的上市公司相关人员,“就该罚得倾家荡产”<sup>[1]</sup>;《人民日报》的一篇文章也认为:对于食品安全违法行为的罚款与违法所得相比过低;违法者“只要没有被罚得倾家荡产,那些违法经营者就完全有可能重操旧业、东山再起”<sup>[2]</sup>。

上述意见有的来自执法部门,有的来自立法机关,有的来自市场主体,有的则代表着大众媒体,虽然在表述上不免有夸张的成分,但总体上代表了社会对当下罚款困境与因应路径的主流看法,即由罚款所形成违法成本过低,应将违法行为人“罚得倾家当产”。面对这样的呼声,我们不禁要追问:罚款是有限度的吗?如果有,那么这个限度又是什么?这个问题如果不解决,而只片面提升罚款额度,执法绩效不仅难以提升,而且可能带来一系列的“并发症”。

鉴于此,本文希冀通过梳理行政处罚与执法绩效之间关系,在澄清“罚款迷信”的基础上,探讨行政违法所致的公益损害作为罚款客观尺度的可能性与必要性,进而尝试以此为视角构建罚款数额的确定路径及相应的绩效保障机制,以求教于方家。

## 二、行政处罚与执法绩效

### 1. 行政执法及其绩效

行政执法,通常被放在三种语境下使用:一是等同于行政,涵盖一切行政行为;二是指将行政立法行为排除在外的行政行为,包括具体行政行为与行政司法行为;三是仅指具体行政行为,即行政主体依据规范性文件针对特定相对人作出的行为<sup>[3]</sup>。从表面看,行政执法就是要让行政法律规范通过执法活动得以实现,深言之,就是要让实证法层面的行政法律规范转化为对社会生活真正发挥调控作用的社会法,或者称实在法。<sup>[4]</sup>判断上述目标实现程度——执法绩效如何,可以从实体与程序两个方面进行考察。就实体而言,受损公益是否得到修复与填补,预期的违法行为是否得到有效阻却,当为最核心的判断指标。就程序而言,则主要表现为实现实体目标程序是否符合效率性要求、公众参与是否深入,进而能否得到社会认同。总体上讲,判断执法绩效的指标是可以兼容的,但在具体环境中又不乏冲突与对立。比如:损害的修复与填补在客观上有助于预防违法,而违法预防的需要不时会逸脱修复与填补的限度;公众参与总体上有利于程序推进,在具体环节上公众参与又会延长程序实施时间。可见,执法绩效的提升,是一个系统的工程,涉及方方面面利益的权衡。

但这并不妨碍我们从应然层面,探讨执法绩效实现的条件。一是所执行之法应当为“良法”,这是执法绩效实现的前提。在依法治国背景下,“良法”的实质就是立法科学化,即强化立法的可操作性,在立法过程中更加注重利益的协调平衡,更加注重立法的细化和可执行性<sup>[5]</sup>。否则,如果所执之法系“恶法”,执行越彻底,对社会的危害也越大,相应的,执法绩效也就越负面。二是执法体制科学,这是实现执法绩效的保障。其中,最为重要就是要遵循权力效能和权责明确原则。所谓的权力效能原则,指的是权力分配给最适宜行使的部门。同时,为了保证已配置的权力切实为配置目标服务,需要树立责任行政理念,积极追究违法行政、行政不作为的法律责任。三是执法的法治环境,这是执法绩效的

[1]桂浩明:《对造假案当事人就该罚得倾家荡产》,http://finance.people.com.cn/stock/n/2014/0523/c67815-25054429.html,2015年9月8日访问。

[2]佚名:《食品安全犯罪应当罚得倾家荡产》,http://js.people.com.cn/html/2013/05/29/231257.html,2015年9月8日访问。

[3]参见姜明安:《论行政执法》,[北京]《行政法学研究》2003年第4期;杨解君、蔺耀昌:《综合视野下的行政执法——传统认知的反思与校正》,[南京]《江苏社会科学》2006年第6期。

[4]此处的实证法、实在法(社会法)是与自然法相对称两种法律形态。有的学者将实证法等同于实在法(社会法)。本文中实证法指的有权机关颁行的处于生效状态的规范性文件,而实在法(社会法)指的是真正被运用到实践中用以调整人们之间社会关系的实证法。参见王洪:《司法的不法与司法的不正义(下)——违背实在法证成原则和衡平与正义原则》,[济南]《政法论丛》2014年第6期。

[5]参见杨小军:《论法治政府新要求》,[北京]《行政法学研究》2014年第1期。

本土支撑。立法再完备、执法体制再科学,如果遭遇一个恶劣的执法环境,很难实现一个良好的执法效果。执法的法治环境主要取决于民众法治信仰与政府公信力。民众法治信仰缺乏、政府公信力不足,会降低执法的社会认可度,增加执法阻力,使执法效果大打折扣。

### 2. 行政处罚在执法绩效中的地位

无论从哪个层面来讲,罚款均是行政执法中最为重要的手段之一。但行政处罚,尤其是罚款额度,绝不是执法绩效的唯一决定因素。首先,罚款并不是行政执法的全部。执法效果不佳,可能是立法问题,即执法手段选择不恰当,分工不严密,衔接不流畅,等等;也有可能是执法问题,即执法权配置不科学,执法机构之间缺少合作,执法的人力与物力保障乏力,执法责任不明晰,等等。因此,执法效果不佳,不能仅仅归因于某一种执法方式,比如罚款。其次,罚款的作用是有局限的。罚款是对人们“金钱—行为”心理机制的直接运用,但金钱乃至罚款往往是有副作用的。哈佛大学教授桑德尔曾援引以色列日托中心的一项实验,在该实验中以罚款方式治理学生家长迟接孩子的问题,结果不仅迟到父母人数没有减少,迟到概率几乎翻了一翻;而且在重新取消罚款处罚后,迟到问题仍不见好转。桑德尔总结该实验时认为,“钱的思维”具有副作用,“一旦金钱交易侵蚀了……道德义务,那么事实证明原有的责任感是很难得到恢复的”<sup>[1]</sup>。换言之,罚款不是万能的,并不适宜于所有违法行为的治理,对不适宜的事项以罚款治理,且希望通过扩大罚款额度来提升执法绩效的做法往往是徒劳的。

但是,罚款在行政立法与执法中的频度,也是我们在研究执法绩效时不可忽视的。上世纪90年代末期,有学者对8种类型的行政处罚进行了统计,统计结果表明:共有40部法律、248部行政法规规定了罚款处罚,在所有处罚类型中罚款设定率最高,位居第一<sup>[2]</sup>。与规范创制主体“重用”罚款相同,执法部门对于罚款也有着强烈地偏好。以武汉市江汉区食品卫生行政处罚为例,2003—2006年期间该区食品卫生行政处罚案卷共载案件1082起,其中含有罚款内容的比例高达99.83%<sup>[3]</sup>。在北大法宝案例与裁判文书库中,标题中含有行政处罚的司法案例有6704例,其中带有罚款内容的有4477例,占比高达67%<sup>[4]</sup>。正是在这种意义上讲,为提升行政执法绩效,对罚款问题的研究仍有深入的空间,其中追寻罚款限度,便是一个重要突破口。一方面,这有助于澄清实践中片面追求罚款额度的错误,防止形成过度罚款蔚然成风的不良局面;另一方面,可以让罚款回归本位,并奠定其与他种执法手段衔接之基础,从而发挥行政执法的系统效应。

## 三、行政处罚应当适度

### 1. 过度罚款的危害

(1)限制行动自由,妨碍社会进步。如前所述,罚款通常情况下可以影响人们对行为方式的选择。如果对于违法行为,不分轻重,动辄巨额罚款,可能很轻易地会让一个组织体消亡,或者让一个社会成员及其家庭陷入生活困境,这可归于不当罚款的社会成本。该成本一旦超过对违法打击的价值,就背离了比例原则的要求<sup>[5]</sup>,可谓是得不偿失。此外,巨额罚款也会对人们的行为方式产生消极影响。依据经济人假设,法律对某种行为设定了罚款,相对人在行为之前就会将罚款作为成本与行为可

[1][美]迈克尔·桑德尔:《金钱不能买什么——金钱与公正的正面交锋》,邓正来译,〔北京〕中信出版社2012年版,第130页。

[2]汪永清:《行政处罚运作原理》,〔北京〕中国法制出版社1996年版,第48页。

[3]周颖、杨德源:《武汉市江汉区1082起食品卫生行政处罚案例分析》,〔北京〕《现代预防医学》2007年第17期。

[4]参见北大法宝数据库<http://www.pkulaw.cn/case/adv>,最后访问日期为2015年8月24日。

[5]广义比例原则包含了三个次要原则,即所谓的“三分法”在,包括:妥当性原则、必要性原则及均衡原则。其中,必要性原则指的是一个行政权的行使,在仅达到行政目的即足,不可过度侵及公民权利;均衡原则,即狭义的比例原则,指一个行政权力之行使,虽是达成行政目的所必要的,但是不可给予公民超过行政目的之价值侵害。参见陈新民:《中国行政法学原理》,〔北京〕中国政法大学出版社2002年版,第43页。

能取得的“收益”予以权衡,进而决定是否实施该行为。罚款额度愈高,行为的成本也就越高,相对人选择实施的机率就愈小。实践中,由于法律存在抽象性与滞后性,有些行为是否属于罚款规范的适用对象并不明确;相对人可能慑于巨额罚款而放弃采取本属法律许可的行动,从而让社会失却一次创新与财富增加的机会。如果这种状况的不断累加,就会妨碍社会进步。

(2)不利于财产权保护,危及行政相对人的人格独立。公民财产权受到侵害的情形,不仅可能发生在私权利主体之间,也可能发生在私权利主体与公权力主体之间。行政罚款的直接结果,就是私人以金钱为标的财产无偿转化为公共财产。罚款适用范围越普遍,数额愈高,对私人合法财产权的威胁就愈大。正如有学者所言:“财产是人格的彰显”<sup>[1]</sup>,财产不仅是独立人格赖以形成的物质基础,而且对财产的保护也体现着对人格的尊重。公民独立人格的形成,对于打造良性私法关系具有重要意义,对于构建健康行政生态的更是如此。在行政关系中,行政相对人本来就是弱势一方,保持人格独立存在一定困难。特别是在中国,由于受封建思想长期浸润,“敬官”、“怕官”的陋习已在人们的头脑中根深蒂固。当相对人独立人格缺失,行政恣意就可能呈蔓延之势;过度罚款增加了公民财产权面临的危险,可能导致本已十分脆弱的相对人独立人格进一步恶化。

(3)忽略社会承受能力,减损法治权威。罚款一味地追求重,而不考虑受罚主体的承受能力,还可能减损法治的权威。试想,如果一般违法主体对于罚款的承受能力只有1万元,那么对他们罚10万,还是罚100万,并没有什么本质差异,反正大多数人都交不起,又难以采取其它替代措施。此时,政府可能不得已对违规行为听之任之,在事实上鼓励了更多人选择违规行为,从而导致政府权威和法律尊严受损,规则的执行愈加困难<sup>[2]</sup>。除此之外,大面积地过度罚款,还会造成相对人与行政部门的对立,破坏行政生态。为防止法治权威减损状况的出现,恰恰需要我们认真思考罚款限度问题。

## 2. 罚款限度存在的依据

(1)罚款限度的伦理维度——法律制裁正当性。由于历史原因,刑事制裁(刑罚)的正当性理论,相对于其他制裁理论探讨要系统、深入得多,大体上可为其他制裁方式所援用。刑事制裁正当性理论众多,其中得到广泛承认的主要有报应论与预防论。报应论突出自然正义,主张将违法行为所损害反加诸于行为人;而预防论则强调社会功利,认为应根据违法预防的需要决定给予行为人制裁的限度。二者各有侧重,单纯的报应论可能只能慰藉受害人而无法满足制裁的社会目的;预防论虽有助于实现制裁的社会目的,但可能对行为人不公。因此,最理想的制裁,应当是在惩罚的限度内考虑违法预防的需要<sup>[3]</sup>。罚款作为法律制裁形式之一种,首先应当满足报应的条件,即违法行为所造成的后果。当然,针对行政违法的法律制裁形式有多种,但罚款作为其中一种,只能在这个总的后果内予以确定,否则,它就丧失了其存在的正当性。

(2)罚款限度的实践维度——不当罚款的社会评价。据相关报道,在2005年松花江水污染事件中,国家累计投入治污资金78.4亿元,而肇事方企业仅按最高额缴纳罚款100万元及向当地政府“捐助”500万元;2007年杭州市国土资源局对3家闲置土地的房地产公司被处以3351.9922万元的罚款,亩均罚款9.5万元,而每亩涨了约552万元,所收取的罚款仅为涨价的1/50<sup>[4]</sup>;2011年渤海漏油事件,按照相关法律,对肇事企业最多只能处以20万的罚款。从报道的字里行间可以看出,作者对于上述三起公共事件涉及的罚款规范或罚款决定持批判立场,其评判的标准或为修复费用,或为违法所得,或为环境损害。笔者虽不能完全苟同前述观点,但作者在评判时对于应然罚款数额的“内心确信”,让我们有理由相信罚款限度的存在,且只有正视这个限度,才能防止出现任性的罚款。

[1]王卫国:《现代财产法的理论建构》,〔北京〕《中国社会科学》2012年第1期。

[2]王锡铨:《中国行政执法困境的个案解读》,〔北京〕《法学研究》2005年第3期。

[3]陈太清,徐泽萍:《行政处罚功能定位之检讨》,〔长沙〕《中南大学学报》(社会科学版)2015年第4期。

[4]柏寒:《如此罚款能阻止开发商囤地》,载〔北京〕《中国国土资源报》2007年10月22日。

(3) 罚款限度的理论维度——损害补偿功能。尽管学界通说认为, 罚款不同于赔偿, 因为后者是补偿性的, 而前者与其他行政处罚一样是惩罚性的, 不过, 越来越多的域内外学者直接或间接地承认了罚款具有损害补偿功能。如有学者认为, “我国有许多有关罚款的规定都是包括对公共利益损害的补偿或赔偿在内的, 此种情况下的罚款就属于具有‘补偿性的’制裁性债权……”。在上述表述中, 罚款填补社会损害的观点呼之欲出<sup>[1]</sup>。美国学者贝克尔更是直言不讳地指出: 相对于其它法律责任形式, 罚款具有一些独特优势, 比如: 除具有惩罚违法行为人的功能外, 它还可以保护资源、赔偿社会整体利益的损失<sup>[2]</sup>。补偿性的法律责任有一个基本特征, 补偿数额在总体上与损害相当。如果罚款具有补偿性, 那么罚款就不能是无限度的, 其限度就是违法行为所造成的公益损害。

### 四、行政处罚款限度之所在

通过分析可以发现, 包括罚款在内所有行政手段均是以公益为依归的, 只是具体分工有所不同; 对于公益的法律保护, 不能也不应离开金钱赔偿, 而罚款的自身属性决定了其是承担此等功能的最可能手段。笔者认为, 行政处罚款具体功能在于对公益损害进行金钱赔偿, 相应地, 其限度也只能是公益损害。

#### 1. 行政公益主要借由行政手段来保护

现行法将一些行为界定为行政违法行为, 是因为此类行为可能会对公益造成损害或有损害之虞。同时, 基于公益与私益的贴连, 一些侵害私益的行为可能也一并造成公益损害, 进而构成行政违法行为。换言之, 行政违法行为有可能造成私益损害, 但一定会造成公益损害。公益, 即公共利益, 是一个模糊概念, 具有利益内容与受益对象的不确定性<sup>[3]</sup>。为了表述的明确性, 本文将发生在行政领域、以公共治理秩序为标的的公益, 称之为行政公益, 以便与发生民事领域、主要以财产权为标的的民事公益相区别。尽管民事公益与私益有很大的不同, 但基于民事主体的平等性以及由此决定的法律保护的一体性, 总体上可援用私益保护的一般方法。行政公益则不然, 其在法律保护手段上有自己的特殊性, 通常需要通过行政手段来实现。

一方面, 这是由行政公益保护的内在规定性决定的。拉德布鲁赫曾云: 在法律限定的范围内, 司法所实现的是争议中的法律, 行政实现的则是公共利益。相对于一些中介组织及其他公权力机构而言, 行政的运作机制决定了它具有效力与专业优势。诚然, 在私益与公益因标的竞合而同时受到违法行为损害的情形下, 私人所提恢复原状之诉, 可能间接起到修复公益损害的作用。但若将此等损害救济完全寄望于私人, 这会带来很大的不确定性, 不利于行政公益保护。以德国为例, 二战后以罚鍰作为主要手段的违反秩序罚得以根植于其法律秩序之中的一个重要原因, 就是它被一直视为提升公共福利的有效手段<sup>[4]</sup>。我们也注意到, 基于公私与私益之间存在紧密的联系, 加之公力部门在维护公益中的代理风险, 现代法治国家一般也允许私人以自己之名提起旨在保护公益的诉讼。然而, 在公益诉讼方面, 以私人作为原告发起的诉讼, 往往不被授予损害赔偿请求权。以环境公益诉讼为例, “环境公益诉讼具有当事人的广泛性、诉讼目的的特殊性、诉讼理由的前置性、救济内容的预防性、诉讼裁判效力范围的扩张性的明显特征, 但恰恰没有损害赔偿性特征”<sup>[5]</sup>。可以说, 公益的私人保护, 存在先天不足。正如有学者所言: “在各种规制法的实施中, 行政手段发挥着核心作用, 这是性质决定的, 私人诉

[1] 消泽晨: 《论行政强制执行中债权冲突的处理》, [武汉]《法商研究》2011年第3期, 第76页注释32。

[2] Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 2 J.L. & Econ. 208(1968).

[3] 参见陈新民: 《德国公法学基础理论》(上), [济南]山东人民出版社2001年版, 第182-183页。

[4] See Daniel Ohana, *Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany*, 64 U. Toronto L.J. 243(2014).

[5] 吕忠梅: 《环境公益诉讼辨析》, [武汉]《法商研究》2008年第6期。

讼只起到补充作用。”<sup>[1]</sup>

另一方面,行政通常情况下也不宜介入私益保护。由于“个人乃自己事务的最佳判断者及照顾者”<sup>[2]</sup>,将私益救济的启动权赋予私人是国际上的一个通行做法。有学者指出,这主要出于两个方面的原因:一来是因为私人自由选择是实现其利益最大化的可靠途径;二来是出于对平等主体私人自治的尊重,“只有私人能对自己的切身事务自由地作出决定,才能充分发展其人格,维护其尊严”<sup>[3]</sup>。从公法角度观察,这样的制度安排,实际上也是政府与市场分工使然,以便行政部门“做正确的事”——把有限的资源投入到公益的保护与增进之中。

## 2. 行政公益损害救济离不开补偿

行政违法可能造成行政公益损害,这是一个客观的事实。按照“有损害就有救济”的一般法律原则,对于此等损害应当有相应的法律救济机制。然而,现有的法律救济体系是以私益为中心构建起来的,救济的对象主要是私益,而将公益排除在外。如有学者就认为;“权力不需要救济,只有权利才需要救济”<sup>[4]</sup>。毋庸讳言,行政权具有强制力,为保护公益可以主动发起,无需借助第三方。但是,救济并不是以借助他力为条件的。“权利被侵害时,依国家权力而为救济者,为公力救济。于权利受害时,以自己力量实行救济者,为自力救济。”<sup>[5]</sup>在现代法上的救济,以公力救济为原则,以私力救济为例外。在行政主体与行政公益的关系上,只是代理人的角色。从这个意义上讲,行政权应对公益损害所采取的措施,至少可算作是一种自力救济。如此看来,行政执法手段,是可以视为行政公益损害救济措施。澳大利亚学者皮特·凯恩就曾这样表述:“有益于特定人的惩罚性制裁称为‘救济’。惩罚性制裁包括监禁和罚款。”<sup>[6]</sup>在他看来,罚款就是一种救济措施。

在法律救济体系中,补偿性救济必不可少。依亚里斯多德矫正正义理论,违法行为人利益因违法增加,而受害人利益却因此减少,为恢复双方原有平等,应当按一定的算术比例减少违法者所得,增加受害者的收益<sup>[7]</sup>。简言之,补偿性救济是实现矫正正义的最有效方式。在我国民事、行政救济中,以恢复原状、赔偿损失为内容的补偿性救济,均占据着支配地位<sup>[8]</sup>。这是因为损害业已造成之后,如果罔顾损害的存在,单纯地考虑对行政人的惩罚或违法预防,就脱离了法律救济之原义,造成相应利益法律保障之不周。虽然囿于传统,前述之救济是以私益为对象的,但其内在逻辑对公益救济同样适用。实践中,行政主体在下达行政处罚决定时,有时会一并下达责令赔偿国家损失的行政命令。此语境下的国家损失看似属于公益,实则是一种私益,或者说是民事公益。盖因其与行政管理秩序之间的紧密联系,出于公益紧迫性、保障效率等方面的考量,在法律上选择了公法救济路径。对于行政公益损害,责令改正、限期治理、限期拆除等行政救济措施,与恢复原状、排除妨害等民事救济措施具有异曲同工之妙,均具有修复与填补损害的功能。

此外,补偿性救济,还具有助推法律实施的意义。在单纯的惩罚与预防性的救济中,如警告、拘

[1][日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,[北京]法律出版社2006年版,第167页。

[2]参见王泽鉴:《民法总则》(增订版),[北京]中国政法大学出版社2001年版,第15页。

[3][德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓华等译,[北京]法律出版社2003年版,第54页。

[4]毕可志:《论行政救济》,北京大学出版社2005年版,第23页

[5]刘德宽:《民法总则》(增订四版),[北京]中国政法大学出版社2006年版,第373页。

[6][澳]皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,罗李华译,[北京]商务印书馆2008年版,第68页。

[7]See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated and edited by Roger Crisp, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 88.

[8]根据《民法通则》第134条的规定,常见的民事救济的方式包括停止侵害,排除妨碍,消除危险,返还财产,恢复原状,修理、重作、更换,赔偿损失,支付违约金,消除影响、恢复名誉,赔礼道歉等十种。根据《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》的相关规定,行政救济的方式主要有限期履行、责令重新作出具体行政行为、撤销具体行政行为、确认违法、责令返还财产、责令解除限制财产权益措施、赔偿,等等。

留、自由刑、生命刑等,受害人往往无法直接通过救济受益,出于救济成本的考量,受害人可能会放弃不能给其带来实质利益的纯粹惩罚性或预防性救济,由此或导致违法行为纠举概率降低。相反,补偿性救济,往往能够给受害人实实在在的物质利益,从而激发其寻求救济的主动性,以推动法律的实施。正因如此,美国学者贝勒斯断言,补偿性救济的目的在“范围上比起惩罚目的与预防目的来都要宽泛得多”<sup>[1]</sup>。尽管行政主体只是行政公益的代理人,但公益所有者——人民会基于直观的利益衡量,通过正式的、非正式的手段迫使其代理人积极寻求法律救济。同时,基于行政公益救济实效与行政部门及其工作人员切身利益现实关联,后者也存在被激励的可能。

### 3. 罚款是行政公益损害最可能的金钱赔偿手段

依传统民法理论,补偿性救济就是损害赔偿,而后者的实现方式主要有两种——恢复原状与金钱赔偿,并因二者地位之不同而呈现为不同立法例。史尚宽先生曾言:损害赔偿,即所谓回复或填补他人所受之损害,相应的损害赔偿之方法有两类立法例:原状回复主义及金钱赔偿主义<sup>[2]</sup>。在物质丰富、科技发达的现代社会,金钱赔偿可替代性极强,可避免恢复原状因条件与执行限制所带来的不确定性,以保护受害人的利益<sup>[3]</sup>。可见,金钱赔偿是一种不可或缺的补偿性救济方式。

事实上,在行政公益损害的诸多事后救济手段,特别是行政处罚中,罚款是最可能的金钱赔偿手段。根据民事救济实践,金钱赔偿须具备四个条件:一是该制裁形式应以财产,特别是金钱为标的;二是能够实现财产权最终转移,与财产权的临时性冻结、查封、扣押等措施有别;三是该财产或金钱流向受损害一方,而不是无关第三方;四是以填补受害方损失为直接目的,并间接发挥惩罚行为人和阻却违法的效果。在行政处罚方式中,从形式上看具备以上四个要件的,只有没收违法所得与罚款。笔者认为,没收违法所得与罚款存在功能上的重合,前者应为后者所吸收。对此,下文将作进一步地阐释。

而且,罚款承担金钱赔偿功能,符合法律制裁的历史实践与未来发展趋势。“在法律发展史上,三种法律责任同出一源,起初并无区别。例如古代社会之赔偿金制度,既可以是民事上的损害赔偿,也可以是对犯罪行为的刑事制裁。其后,由于法律之发达,逐渐分化为属于民事责任的损害赔偿,属于刑事责任的罚金,以及属于行政责任的罚款”<sup>[4]</sup>。易言之,罚款本是由承担赔偿功能的法律制裁形式演变而来。在公法私法化、私法公法化为表征的法律社会化背景下,公私法制裁方式的功能也在日趋接近。日本学者田中英夫、竹内昭夫对此有精辟归纳:“公的制裁依死刑、自由刑、罚金、科料、行政罚款这一顺序,向民事制裁接近;而损害赔偿依一般实际损害的填补、两倍三倍赔偿、惩罚性损害赔偿、无实际损害的损害赔偿这一顺序,逐渐增强其制裁性色彩。”<sup>[5]</sup>我们有理由相信,罚款是可以承担金钱赔偿功能的。

## 五、基于行政绩效的罚款限度之实现

行政公益具有抽象性,将其作为金钱赔偿对象时,不仅面临观念上的障碍,而且有待从操作层面展示其可行性。同时,为了保障罚款的绩效,在合理确定罚款数额之后,还有一个实施保障问题。只有这两个问题得到有效解决,方可能在应然限度内充分实现罚款之绩效。

### 1. 行政公益损害赔偿的障碍消解——来自民事赔偿的经验

通说认为,损害赔偿系一种同质补偿原则,强调赔偿与损失的对等。因此,金钱赔偿顺利进行的前提是,损害或损失可以金钱计量。而行政公益是抽象的,其损害往往难以金钱计量,于是金钱赔偿

[1][美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,[北京]中国大百科全书出版社1996年版,第256页。

[2]参见史尚宽:《债法总论》,[北京]中国政法大学出版社2000年版,第289、295页。

[3]参见程啸、王丹:《损害赔偿的方法》,[北京]《法学研究》2013年第3期。

[4]梁慧星:《民法总论》(第三版),[北京]法律出版社2007年版,第83页。

[5][日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,[北京]法律出版社2006年版,第160页。

之“障碍”就出来了。不过,民事赔偿的理论与实践说明,所谓赔偿的金钱计量性要件并不存在。首先,损害可否度量,不是确定赔偿对象的依据。如有学者按照索赔性质不同,将赔偿分为可计赔偿(收入损失和医疗费用)、不可计赔偿(精神上的痛苦和折磨)以及惩罚性赔偿(防止不当行为)<sup>[1]</sup>。有的损害可以确定,其价值却无法用金钱计量,如人身损害,有的损害甚至连确定都困难,如精神损害,但这并没有影响它们作为民事赔偿的对象。

其次,赔偿的实现,并不以赔偿与损害在数量上的绝对相等为条件。认为公益抽象性构成其损害填补障碍的观点,包含了赔偿与损害在数量上严格对等的假设。实际上,损害与赔偿完全对等只是一个理想,现实中永远无法实现。损害是主观的,对同一损害不同的人有不同的认识。而法律所确定赔偿额度的计算却是客观的,以客观标准计算出的赔偿额,只能是尽可能地接近实际损害。有学者曾指出:“侵权案件实际上不可能取消侵权行为,从典型意义上讲,也不可能在任何有意义上完全填补原告的损失。”<sup>[2]</sup>

再次,赔偿范围的确定,取决于公共政策。“任何一个法律制度都需要一个过滤器,以将可赔偿性损害从不可赔偿性损害中区分出来”<sup>[3]</sup>。这个过滤器,正是公共政策。如民法对于纯经济损失是否给予保护,保护至何等程度,不仅仅是考虑逻辑推理,公共政策和其背后的价值取向也不容忽视<sup>[4]</sup>。申言之,行政公益损害的难以金钱计量,不应构成对其进行填补的障碍;至于哪些公益损害列入罚款填补的范围,应通过公共政策途径加以厘定。

## 2. 行政公益损害的确定——罚款类型化

如果罚款是对行政公益损害的金钱赔偿,那么确定罚款数额的最理想方式,莫过于直接确定公益损害。然而行政公益的抽象性,决定了其难以金钱估算。那么,当如何确定罚款数额呢?对此,我们不妨借鉴相对成熟的民事赔偿方法。

民事赔偿数额的确定一般有三个维度:一是受害人的实际损失,二是违法行为人的违法所得,三是在前述二者都难以确定时,采用法定赔偿<sup>[5]</sup>。上述三种赔偿方法可以简称为直接法、间接法、法定法。由于行政公益难以金钱计量,法定法与间接法便成了确定罚款数额时可资借鉴的主要选项。同时,考虑到不是每一个违法行为都会产生违法所得,宜将法定法作为确定罚款数额首要方法。以法定法分别确定对个人或组织的罚款上限或幅度,其实质就是公共政策的运用,须按照过罚相当原则,综合考量财产损失、违法性质、预防违法的需要以及其他涉及正义的因素<sup>[6]</sup>。违法所得是测量违法行为所造成损害的一种间接尺度,剥夺行为人违法所得具有道义正当性。而且,不少违法行为是利益驱动的产物,没收违法所得具有良好的违法阻吓效果。对于违法所得应作广义理解,其不仅包括现有利益不当积极增加——狭义的违法所得,还应涵盖现有利益的不当保持——应当减少而未减少部分,如守法成本等。在典型大陆法系法域,与我国行政处罚相对应的制度是秩序罚或行政罚,主要采用罚款这种方式。从具体规范看,这些罚款都负载着剥夺违法所得的功能<sup>[7]</sup>。我国现行法所采用的罚款与没收

[1][美]克密特·L. 霍尔:《牛津美国法律百科辞典》,林晓云等译,[北京]法律出版社2008年版,第170页。

[2]See Ellen S. Pryor, *Rehabilitating Tort Compensation*, 91Geo. L.J. 659(2003).

[3][德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,[北京]法律出版社2001年版,第33页。

[4]参见陈磊:《普通法视角的纯粹经济损失》,[北京]《清华法学》2010年第5期,第117页。

[5]参见李友根:《论竞争法中的法定赔偿:制度变迁个案的解剖——基于不正当竞争案例的整理与研究》,[北京]《中国法学》2009年第1期。

[6]See Robert K. Wise, *Administrative Penalties against Electricity Market Participants under the Texas Public Utility Regulatory Act*, 62 Baylor L. Rev. 788(2010).

[7]德国《德国违反秩序罚》第17条(4)规定:罚款数额应当超过行为人从违反秩序行为中得到的经济上的好处;如果法律规定的最高罚款数额低于此种好处,则可以超过法定罚款数额。所谓“经济上的好处”,也即违法所得。台湾地区《行政罚法》第18条第二款更是明确规定:所得之利益超过法定罚鍰最高额者,得於所得利益之范围内酌量加重,不受法定罚鍰最高额之限制。

违法所得并处模式,既与民事赔偿经验不符,也与域外处罚实践相异,具有重复处罚之嫌。当存有违法所得且超过前述之罚款上限时,宜将前者作为处罚上限。概言之,可依行政公益损害测定方法,罚款限度应以法定为原则,以违法所得为例外。

除上述情形外,还可能出现相对人违法行为所造成损害,不仅大大高于法定法所确定的罚款限度,而且也高于违法所得的情况。比如在一些大规模侵权场所,像松花江水污染、三鹿问题奶粉事件,基于受害人众多、受损权利极为重要、救济时间紧迫等因素,往往由政府出面先行处理,在客观上造成了公共利益损失——财政资金支出。对此等损失,是否应当通过罚款加以填补呢?笔者认为,大规模侵权仍然属于民事侵权问题,损害后果理应由侵权人承担,然因受害人众多出现私益向公益的转化,行政权不得已介入。行政主动介入所产生的费用,属于行政部门代为承担侵权责任的后果。此时,政府所承担修复、赔偿责任只是一种垫付责任,由此造成的公共资金支出最终应向侵权人追偿<sup>[1]</sup>。在具体追偿方式上,可采用责令赔偿国家损失的方法。

### 3. 罚款绩效的保障——执罚概率的提升与易科制度的建立

以法定金额或违法所得作为罚款限度,可能会面临来自违法成本降低的拷问。违法成本,包括应然成本与实然成本两个层面。应然成本,即法规规范设置的法律制裁所体现出的成本,这固然很重要,但如果制裁规范得不到执行,或者执行无法落到实处,制裁的威慑力将大打折扣。为此,提升执罚概率与建立易科制度,殊有必要。

西方学者很早就引入了“查获概率”这个概念,认为“对违法者所处的惩罚(的数量),应当与其对他人造成的损害相当,并且随着违法者逃避惩罚的概率向上调整”<sup>[2]</sup>。笔者认为这种罚款调整模式固然有助于实现罚款与公益损害在总量上的均衡,但对于具体受处罚者来说,却有失公平。不过,“查获概率”强调法律实施的理念,对于提升执法绩效是有助益的。与私益不同,公共利益主体缺位,加之执法力量受制于预算,损害公益的行为几乎不可能得到完全查处。如此一来,违法行为人的个人成本(实际可能承担的罚款)可能会低于社会成本(公益损害),从而便产生了负外部效应。为了使这种效应内部化,真正实现对个体违法行为的阻吓,应当强化罚款的实施。在公共实施方面,要强化执法责任制的建设;在私人实施方面,可从罚款中分割一部分款项对“吹哨人”进行奖励。

另一方面,以行政公益损害为基准所确定的罚款数额,可能脱离行为人经济承受能力,从而导致罚款无从落实。易科制度将罚款转化为其他可以实际执行的法律制裁措施,是缓解二者之间紧张关系的一种重要手段。在我国秦代财产刑中的贖刑,即判处犯人缴纳财物或以劳役抵偿的刑罚,包括贖金、贖物、贖劳役<sup>[3]</sup>,即为一种典型的易科刑。易科制度在行政法上的出现,最早见诸奥地利《行政罚法》,其内容既包括罚鍰易科拘留,也包括特殊情形下的拘留易科罚鍰或住宅禁足<sup>[4]</sup>。为保障罚款决定的切实执行,我国有建立罚款易科拘留之必要,对于转化的具体方法可在行政处罚法中加以明确。

[责任编辑:钱继秋]

[1]参见张新宝:《从公共危机事件到产品责任案件》,《上海》《法学》2008年第11期。

[2]Gary S. Becker, George J. Stigler, Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers, 3J. Legal Stud. 1 (1974).

[3]曾宪义、赵晓耕:《中国法制史》(第四版),〔北京〕中国人民大学出版社2013年版,第59页。

[4]奥地利《行政罚法》第16条规定:科处罚鍰时,在主文中须注明如无力缴纳罚鍰时,得易科拘留;第20条规定:有特殊减轻原因时,官署得将行政法规规定之拘留罚,易以行政逾越者经济能力相当之罚鍰或住宅禁足。