

## 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

张晓莹

**摘要：**在全面推进依法治国的新时代新使命新要求下，《行政处罚法》回应时代呼声，进行了全面优化和重构。本次修法确立了行政处罚的定义，为准确界定行政处罚提供了明确标准；补充了行政处罚的种类，回应了实践对于丰富处罚种类的要求；明确采取过错推定归责原则，完善了行政处罚的责任体系；审慎适度地扩大了地方性法规设定权，有利于充分发挥地方性法规的能动性；赋予了乡镇街道处罚权，以实现执法重心的下移。这些问题构成本次修法的重点和核心。《行政处罚法》的修改既推动了行政法理论的重大创新发展，也对行政法治实践有着积极的回应和引导。

**关键词：**行政处罚；失信惩戒；归责原则；主观过错；乡镇街道执法

[中图分类号] D922.112 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 03-0001-19

### 引言

2021年1月22日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议以159票赞成、1票弃权通过了《中华人民共和国行政处罚法》（下称《行政处罚法》），对颁布实施近25年的《行政处罚法》首次作出全面修改。<sup>〔1〕</sup>《行政处罚法》的修改倾注了学界和实务界共同的热情和心血，社会各方面给予了高度关注和期待。

《行政处罚法》制定与完善的历程，是我国国家治理逐步走向现代化的时代缩影，是广泛而深刻的国家治理革命中的浓重一笔。如果说1996年制定《行政处罚法》主要是为了规范行政处罚行为，解决行政处罚设定与实施中“乱”和“滥”的问题，那么本次修改《行政处罚法》，则具有更深层次的使命和意义。党的十八大以来，全面依法治国实践取得了重大进展，习近平法治思想为

〔作者简介〕 张晓莹，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会行政法室副处长。

〔1〕 2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》对《行政处罚法》作了第一次修正；2017年9月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国法官法〉等八部法律的决定》中对《行政处罚法》作了第二次修正，均为部分修改。

全面依法治国提供了根本遵循和行动指南。以习近平同志为核心的党中央从前所未有的高度谋划法治,以前所未有的广度和深度践行法治,开辟出全面依法治国理论和实践的新境界。在“到2035年法治国家、法治政府、法治社会基本建成”的战略目标引领下,作为全面推进依法治国的关键环节,中国特色社会主义行政法治需要不断向纵深拓展,以适应新时代下的新使命新要求。在这样的时代背景下,《行政处罚法》回应时代呼声、坚持问题导向,作出了全面优化和重构,这其中既包含对行政法理论的重大创新发展,也不乏对行政法治实践的积极回应和推动,对于完善中国特色社会主义行政法治体系,推进国家治理体系和治理能力现代化具有重要意义。

《行政处罚法》本次修改涉及条文众多,在原有的64条基础上,共增加了22条,其中属于新增内容的有16条,修改53条,删除1条,只有10条没有变动。笔者择其要点,就立法过程中争议较大的五个问题展开讨论。

## 一、确立行政处罚定义

1996年制定《行政处罚法》时,并未规定行政处罚的定义,主要原因是当时对共同性行政行为进行立法尚属首次尝试。彼时行政处罚规范程度不高,要从实践中多达上百种各式各样的行政处罚中精准提炼出行政处罚的概念,时机尚不成熟。经过二十多年实践总结,行政处罚的内涵和特质更加清晰,理论上也凝聚了更多共识,给行政处罚下定义具有了可行性。更重要的是,对行政处罚进行定义的需要日益迫切。行政处罚定义的缺乏直接导致行政处罚概念的内涵和外延不清,进而导致《行政处罚法》的调整对象不明。执法实践中对《行政处罚法》规定的行政处罚种类理解长期存在偏差,有的认为只要不在旧法第8条列明的处罚种类中,甚至只要名称不同,就不属于行政处罚。这导致大量“换汤不换药”“异曲同工”的行政管理手段,以监管措施之名逸脱了《行政处罚法》的规制,长期缺乏实体和程序约束。同时,定义的缺乏也致使旧法第8条规定的兜底条款“法律、行政法规规定的其他行政处罚”很难适用,法律、行政法规规定的哪些行政措施属于新创设的行政处罚种类无从判断,无法实现以兜底条款增强行政处罚种类包容性的立法初衷。因此,在《行政处罚法》修改时,给行政处罚下一个定义,是各方面共识度较高的一个议题。

三大共同行政行为法中,后制定的《中华人民共和国行政许可法》和《中华人民共和国行政强制法》都明确了行政许可和行政强制的定义,此次修法增加规定行政处罚的定义,填补了我国行政法理论中的重要空白,推动行政处罚理论向前迈进重要一步。在此之前,学理上对行政处罚的概念也有诸多论述。有的认为行政处罚是行政机关或其他行政主体依法对违反行政法规尚未构成犯罪的行政管理相对人实施的制裁。<sup>(2)</sup>有的认为行政处罚是行政主体为达到对违法者予以惩戒,促使其以后不再犯,有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织合法权益的目的,依法对行政相对人违反行政管理秩序的行为,给予人身的、财产的、名誉的

---

(2) 应松年、马怀德:《〈中华人民共和国行政处罚法〉学习辅导》,人民出版社1996年版,第27-28页。

及其他形式的法律制裁的行政行为。<sup>(3)</sup>有的认为行政处罚是国家行政机关依法对违反行政管理秩序而尚未构成犯罪的公民、法人或者其他组织所实施的一种惩戒行为。<sup>(4)</sup>虽然上述表述各有不同,但其中的基本要素包括主体要素、对象要素、目的要素、手段要素,总体是相通的,即以行政机关为主体,以违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织为对象,以惩戒为目的,以减损权益或者增加义务的方式为手段。在这几项要素中,主体要素并不是行政处罚的独有特征,而是行政行为的共有特征;对象要素也不具有完全的排他性,难以对行政处罚与行政强制措施进行区分,只有目的要素和手段要素是行政处罚定义中的核心要素,可以将行政处罚与其他行政行为区分开。以最易与行政处罚产生混淆的行政强制、责令改正行为为例,在行政强制中,以制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大、督促当事人履行行政决定为目的,而不带有惩戒的目的;责令改正不以惩戒当事人为目的,而是以恢复合法状态为目的,从手段要素来看,对当事人而言也并未产生权利的额外减损或义务的额外增加,而属于其本身应当履行的法定义务。

在确定行政处罚定义时,也是围绕主体、对象、目的、手段这几个要素而展开,《行政处罚法》新增第2条规定行政处罚的定义:“行政处罚是指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。”对这一定义,在立法过程中仍有一些不同认识。

第一,惩戒、制裁还是惩罚?有不少学者主张,应当以制裁性定位行政处罚的功能和属性。<sup>(5)</sup>也有学者认为惩罚性应可作为行政处罚与其他行政管理措施相区别的关键标准。<sup>(6)</sup>《行政处罚法》最终选择了惩戒。首先,在“惩戒”与“制裁”的选择上,制裁的词义是“用强力管束并惩处”。<sup>(7)</sup>“制裁”的内涵和外延存在广义的“不利负担说”和狭义的“额外不利负担说”。“不利负担说”认为制裁是通过强制违法者为其违法行为付出对应的、对其不利的代价。<sup>(8)</sup>所以从广义理解,这种不利不仅包含行政处罚,也包括行政强制执行等<sup>(9)</sup>,还包括对公务员的行政处分。<sup>(10)</sup>广义学说下,行政制裁与行政处罚应当是包含与被包含关系。有学者就将行政处罚作为行政制裁中的一类。<sup>(11)</sup>狭义的“额外不利负担说”则认为,制裁性是以剥夺限制被处罚人的权益或者给被处罚人增加新的义

(3) 姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第3版),高等教育出版社2007年版,第309页。

(4) 关保英:《行政处罚》,载应松年主编:《当代中国行政法》(第4卷),人民出版社2018年版,第1385页。

(5) 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,第6-16页;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,第70-81页。

(6) 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,第3-18页。

(7) 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年,第1688页。

(8) 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,第70-81页。

(9) 洪家殷:《行政制裁》,载翁岳生编:《行政法》(下册),中国法制出版社2002年版,第823页。

(10) 王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期,第19-32页。

(11) 罗豪才主编:《行政法论》,光明日报出版社1988年版,第238-244页。

务负担来实现的,促使违法者恢复守法状态和纠正违法行为不属于行政处罚。<sup>(12)</sup>狭义学说下,常常将行政制裁等同于行政处罚,因此主张以制裁性定义行政处罚。立法机关的研究者赞同狭义的理解,但主张进一步明确制裁性为减损了当事人合法权益或者增加了新的义务。<sup>(13)</sup>事实上,惩戒与制裁常常并列使用,即使是在以制裁性定义行政处罚的观点中,也并未否认行政处罚的惩戒性或惩罚性。有的学者就提出,行政处罚的后果是制裁和惩戒,这是行政处罚最突出和最核心的特征。<sup>(14)</sup>行政处罚是行政主体针对违反行政管理秩序的行为人所实施的行政制裁,具有很强的惩罚性。<sup>(15)</sup>笔者认为,惩戒和制裁并非是一对泾渭分明、非此即彼的概念,制裁强调的是行为方式,惩戒强调的是行为功能,有的制裁以惩戒为目的,而惩戒往往依托于制裁手段来实现。二者相比,制裁性是上位特征,而惩戒性是下位特征。采用惩戒定义行政处罚,并非是否认行政处罚的制裁性,而是从制裁性中进一步抽取出更贴近行政处罚内涵的特征,补强行政处罚定义的排他性,同时突出行政处罚的功能性特征。而在“惩戒”和“惩罚”的选择上,考虑行政处罚兼具处罚和教育功能,除了惩罚当事人,还要体现通过处罚对当事人予以教育并告诫其避免再犯的价值,《行政处罚法》修改时新增加的“对当事人的违法行为依法不予行政处罚的,行政机关应当对当事人进行教育”的规定即是对这种价值的强化。从这样的角度,惩戒相较于惩罚,其内涵更加丰富,更加贴近《行政处罚法》的立法目的。

第二,行政处罚是否都减损了当事人权益或者增加了当事人义务?关于这一问题的讨论主要集中在没收违法所得的性质认定上。代表性的观点认为,行政处罚具有惩罚性,但行政相对人通过违法行为获得的利益不具有合法性,因而没收违法所得并非剥夺相对人合法拥有的财产,充其量只是一种“追缴”行为,不具有惩罚性。<sup>(16)</sup>有的意见则认为,没收违法所得会对当事人产生惩戒的心理和精神效果,因而属于行政处罚。<sup>(17)</sup>还有观点认为,是否对当事人财产造成惩罚性减损,不以其合法财产为基准,而以违法行为人被发现违法行为时的财产占有状态为基准。行政相对人违法占有的财产的减损,也可以理解为一种减损,同样体现了惩罚性。<sup>(18)</sup>事实上,认为违法所得不具有惩罚性的一个重要理由,是基于实践中违法所得存在多种计算方式,在扣除成本的计算方式下,单独没收违法所得确实难以有效实现惩戒功能。我们注意到,此次修改《行政处罚法》,专门增加规定“当事人有违法所得,除依法应当退赔的外,应当予以没收。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”。根据这一规定,一直争议不断的违法所得的计算方式在法律上得以确定,以不扣除成本为计算原则,

---

(12) 杨小君:《行政处罚研究》,法律出版社2002版,第9-11页。

(13) 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31-43页。

(14) 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,第6-16页。

(15) 胡建淼:《如何识别行政处罚行为》,载《学习时报》2021年3月31日,第2版。

(16) 应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1999年版,第370页。

(17) 冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第120页。

(18) 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,第130-144页。

这也在一定程度上增强了没收违法所得的惩戒性，使没收违法所得更符合行政处罚减损权益的特征。

## 二、补充行政处罚种类

旧《行政处罚法》第8条共列举了6类10种行政处罚，包括警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留，并规定了兜底条款“法律、行政法规规定的其他行政处罚”。这基本概括了20世纪90年代初期实践中应用较多的行政处罚种类，对于严格限定处罚类型、规范处罚行为发挥了重要作用。《行政处罚法》颁布实施后，实践中处罚名目繁多、乱设处罚的现象有所改观。但随着政府职能不断转变，行政体制改革不断深化，社会治理手段不断创新，传统的行政处罚种类面对日新月异的行政管理实践需求，日益凸显出治理效能不足的弊端。“警告”显得“不痛不痒”，“罚款”设定不科学导致威慑力不足，“没收违法所得”的惩罚性不强，“吊销许可证、执照和拘留”在设定权上又严格受限，一些具有行政处罚性质的新型行政管理措施因应行政管理实践的需要不断涌现，给行政处罚种类扩容的呼声渐强。

行政处罚种类的科学划分是规范行政处罚设定和实施的基础，是防止滥罚和乱罚的关键环节。通过一定方式扩充行政处罚种类，将一些新型处罚行为纳入《行政处罚法》进行有效规范，各方是有基本共识的，而对于如何扩大行政处罚种类，主要有两种思路。

第一种思路是改列举式为类型化模式规定行政处罚种类。关于列举式和类型化模式孰优孰劣的讨论一直未有定论。从最初制定《行政处罚法》，到2014年修改《中华人民共和国行政诉讼法》时讨论如何拓宽行政诉讼范围，再到此次修改《行政处罚法》，许多学者都主张采用类型化模式规定行政处罚种类，认为应当按照行政处罚的具体功能而不是形式名称进行分类，将行政处罚分为精神罚、资格罚、财产罚、行为罚和人身罚等。<sup>(19)</sup>我国台湾地区“行政罚法”即是采用这种方式来规定行政处罚种类。也有学者指出，关于行政处罚的概括性规定固然增加了法定处罚种类的灵活性，但是，这种柔性的立法技术也淡化了《行政处罚法》对行政处罚行为的约束效力。<sup>(20)</sup>

新修改的《行政处罚法》仍然维持了原有的列举式规定，未采用类型化方案，仅对列举的种类作了补充。笔者认为，这其中可能有多重考虑：一是《行政处罚法》作为我国行政处罚领域的基础性通用性法律，应当确定我国行政处罚的主要种类，为行政处罚种类的设定提供根本遵循和指引，以更好地规范和控制行政处罚种类，防止因处罚类型的“筐”过大而导致在各种类型下巧立名目，创设出五花八门的行政处罚种类。二是采用列举式规定行政处罚种类更加具体、明确。学理上可以对行政处罚种类进行类型化归纳，但从便于当事人和执法机关理解和操作的角度，立

(19) 胡建淼：《“其他行政处罚”若干问题研究》，载《法学研究》2005年第1期，第70-81页。

(20) 冯军：《行政处罚法新论》，中国检察出版社2003年版，第119页；章新生、关保英：《浅谈〈行政处罚法〉存在的几个立法技术问题》，载《江海学刊》1997年第4期，第62-65页。

法采用列举式更具有优势。三是增加了行政处罚的定义后，激活了兜底条款，一定程度上能够解决列举处罚种类包容性不足的问题。四是通过增加列举项扩大行政处罚种类的思路遵循了稳中求进、适度扩大的路径，不会对现有的处罚种类规范造成过大的变动。虽然立法采用了列举式规定，但从立法本意来看，无论是修法前还是修法后，《行政处罚法》列举的行政处罚种类都不能仅仅理解为处罚的名称，而应理解为类别，即“警告”是指“警告类”的处罚，责令停产停业是指“责令停产停业类”的处罚。警告可以包括指出违法事实，吊销许可证可以包括吊销职业资格证等。<sup>(21)</sup>这实际上也显示出类型化的倾向，只不过相较于申诫罚、财产罚、资格罚、人身罚的“大类型”，这是一种“小类型”罢了。<sup>(22)</sup>

第二种思路是增加列举种类。经过二十几年的实践发展，一些广泛适用的行政管理措施被认为性质与处罚相同，功能与处罚相近，应当属于行政处罚。在这其中，呼声最高的当属近年来受到颇多关注的失信惩戒措施。有观点认为，行政机关将公民列入“黑名单”，只要是以公民违法为前提，并直接导致公民声誉、人身权、财产权等合法权益受到限制或者剥夺的，就是一种行政处罚。<sup>(23)</sup>还有学者提出，通报批评有时会具有比其他处罚形式更重的处罚效果，因而也应属于行政处罚。<sup>(24)</sup>有的认为“限制生产、停产整治”符合行政处罚的本质属性，具有一定的制裁性，应当作为行政处罚。<sup>(25)</sup>最终，新修改的《行政处罚法》增加了通报批评、降低资质等级、限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业五类行政处罚。

失信惩戒措施未纳入行政处罚种类引发了广泛关注。笔者认为，从更有利于规范失信惩戒制度的角度，不将失信惩戒列举为处罚种类是谨慎而适当的：一是，失信惩戒的运行机制与行政处罚具有差异性。失信惩戒并非直接针对违反行政管理秩序的主体，而是因一个或者多个违法行为违反信用管理秩序、被列入严重失信名单的主体，实施惩戒也不是在一个领域由一个行政主体实施，而是多部门、多领域的联合信用惩戒。二是，失信惩戒措施的性质较为复杂，现存的百余种失信惩戒措施显然并不都属于行政处罚，对这一点各方态度基本是一致的。有的认为，只有惩罚性行政黑名单属于行政处罚。<sup>(26)</sup>有的提出公示黑名单和限制从业属于行政处罚。<sup>(27)</sup>在这种情况下，如将部分失信惩戒措施纳入《行政处罚法》，将造成失信惩戒制度的割裂。三是，社会信用方面的立法已列入第十三届全国人大常委会立法规划中的三类立法项目，失信惩戒措施作为社会信用管理的重要抓手，与守信激励措施共同构建诚信建设长效机制，由专门的社会信用法律法规对失信

---

(21) 全国人大常委会法制工作委员会国家法行政法室：《〈中华人民共和国行政处罚法〉讲话》，法律出版社1996年版，第33页。

(22) 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，第3-18页。

(23) 胡建淼：《“黑名单”管理制度——行政机关实施“黑名单”是一种行政处罚》，载《人民法治》2017年第5期，第83页。

(24) 姜明安：《行政法与行政诉讼法》（第3版），高等教育出版社2007年版，第313页。

(25) 房加敏、朱谦：《“限制生产、停产整治”：行政命令抑或行政处罚》，载《常州大学学报（社会科学版）》2018年第3期，第37-47页。

(26) 刘平、史莉莉：《行政“黑名单”的法律问题探讨》，载《上海政法学院学报》2006年第2期，第68-73页。

(27) 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，第130-144页。

惩戒制度进行统一规范,更有利于社会信用管理体系的构建和对失信惩戒制度的有效约束。四是,对于失信惩戒措施的规制正日渐增强。呼吁将失信惩戒措施纳入《行政处罚法》予以规范的一个重要原因是失信惩戒制度缺乏法律规范,当事人的合法权益得不到保障。2020年,国务院办公厅发布了《关于进一步完善失信约束制度 构建诚信建设长效机制的指导意见》(国办发〔2020〕49号,下称《指导意见》),对失信惩戒提出了严格要求,包括严格限定严重失信主体名单设列领域范围、严格规范严重失信主体名单认定标准、严格履行严重失信主体名单认定程序、依法依规确定失信惩戒措施等,并对设定权、告知、听取意见、过惩相当、作出决定书、修复与救济等内容作出了要求。能够看出,未来对于失信惩戒的规范将与行政处罚具有同等程度的正当程序要求,能够对失信当事人的合法权益形成充足保障。

可以发现,本次修法新增加的降低资质等级、限制开展生产经营活动、限制从业这几类处罚,在失信惩戒措施中也多有运用。或者说,对这几类行政处罚种类的增加,其“灵感”也恰恰来自经过对失信惩戒措施的梳理,发现这几类失信惩戒措施最贴近于行政处罚,于是将其纳入行政处罚的调整范畴中。但这也带来一个新的问题,即未来如何处理行政处罚和失信惩戒两种不同法律关系下的“降低资质等级、限制开展生产经营活动、限制从业”等措施。比如《中华人民共和国药品管理法》(下称《药品管理法》)规定,对于伪造、变造、出租、出借、非法买卖许可证或者药品批准证明文件,情节严重的,对法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他责任人员,处2万元以上20万元以下的罚款,10年内禁止从事药品生产经营活动,并可处拘留,将限制从业作为了行政处罚。而在《关于对食品药品生产经营严重失信者开展联合惩戒的合作备忘录》中规定了“在一定期限内限制从事食品药品生产经营活动”的惩戒措施。而按照《指导意见》的要求,有的失信惩戒措施要有法律、法规或者党中央、国务院的文件依据,这就必然造成一个失信惩戒措施存在与行政处罚种类依据相同、名称相同,具备双重属性的问题。这一问题,还有待未来的社会信用立法统筹研究解决。

### 三、明确行政处罚归责原则

关于行政处罚的归责原则,在《行政处罚法》制定之前就已开始讨论,旧法对这一问题未作规定。长期以来,理论界和实务界对当事人受行政处罚的责任条件大致有三种观点:一是过错责任原则,认为行政违法责任的承担要以行为人的主观过错为要件之一,即“有过错才担责”,过错的具体形式包括故意和过失。<sup>(28)</sup>二是无过错责任原则,认为行政处罚的严厉程度较刑罚为轻,也不存在民法中在不同当事人之间分配责任的问题,为提高行政效率起见,对于行政违法行为没有必要区分故意和过失,无论行为人主观上是否存在过错,只要实施了违法行为,都应受行政处罚,

---

(28) 应松年主编:《行政行为法——中国行政法制建设的理论与实践》,中国法制出版社1993年版,第473-474页;姜明安:《行政违法行为与行政处罚》,载《中国法学》1992年第6期,第42-46页;杨解君:《行政处罚适用的主观过错条件》,载《法学天地》1995年第3期,第38-40页。

“有行为即担责”。<sup>(29)</sup>三是过错推定原则，即当事人一旦实施了违反行政法律规范的行为，除非其能够举证证明自己主观上没有故意或者过失情形，否则就推定当事人具有主观过错，应当依法承担行政违法责任。<sup>(30)</sup>对于过错推定原则能否独立成为一种归责原则，实际上还尚存争议，有观点将过错推定认定为过错责任的范畴<sup>(31)</sup>，也有的将其作为无过错责任的体现。<sup>(32)</sup>

尽管《行政处罚法》在这一问题上没有作出明确规定，但在有关单行法律法规关于行政处罚的规定中，已经发展出各种归责模式的实践。单从法律条文来看，应当说大部分行政处罚都可以归入无过错责任原则，并不将当事人的主观因素纳入追责考量体系，一般表述模式为：“有XX行为（情形）的，处以……处罚。”当然，也有观点认为，这是一种误解，从有关法律责任规范的表达习惯来看，通常对“过失”要件不作明确规定，而只对“故意”要件作特别规定，这类规定并不意味着没有作这种限定的行政处罚不需要以过失为要件。<sup>(33)</sup>

也有相当一部分法律法规中采用了过错责任，如《中华人民共和国道路交通安全法》第95条第2款“故意遮挡、污损或者不按规定安装机动车号牌的……”，《中华人民共和国食品安全法》（下称《食品安全法》）第122条第2款“明知从事前款规定的违法行为，仍为其提供生产经营场所或者其他条件的……”，《药品管理法》第120条“知道或者应当知道属于假药、劣药……而为其提供储存、运输等便利条件的……”，《中华人民共和国公司法》第207条第2款“承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的……”等规定。上述规定中的“故意”“明知”“知道或者应当知道”“因过失”等要素，即体现了行政处罚的过错责任原则。在一些立法例中，对过错责任和无过错责任两种归责原则有意识地作了明显区分，以《中华人民共和国治安管理处罚法》第43条第1款规定为例，在同一条款中采用了两种归责原则，“殴打他人的，或者故意伤害他人身体的……”，这里的殴打他人，即属于无过错责任，只要构成殴打他人的情形，即应受行政处罚；而故意伤害他人身体的行为，公安机关还须同时证明当事人具有主观故意，才可实施行政处罚。

另外，也有少数立法采用了过错推定原则，如《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。《中华人民共和国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。在这类违法行为

---

(29) 汪永清主编：《行政处罚运作原理》，中国政法大学出版社1994年版，第164-165页；袁曙宏：《论行政处罚的实施》，载《法学研究》1993年第4期，第43-48页。

(30) 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3-6页。

(31) 李孝猛：《主观过错与行政处罚归责原则：学说与实践》，载《华东政法大学学报》2007年第6期，第30-36页。

(32) 汪永清：《关于应受行政处罚行为的若干问题》，载《中国法学》1994年第2期，第20-24、51页。

(33) 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3-6页。



中,如果当事人能够举证证明自己不具有违法的主观过错,可以免除没收违法所得、没收非法财物的其他行政处罚。

在《行政处罚法》修改过程中,公布的征求意见稿中曾规定“当事人有证据证明没有主观过错的,不予行政处罚。法律、行政法规有特别规定的,依照其规定”。这一规定引发了热烈讨论,成为争议较大的条款之一。讨论中主要形成了以下几种观点:(1)不应在《行政处罚法》中规定主观要件。有学者认为,行政处罚不应当过多强调主观要件,无论相对人有无主观过错,只要客观上违反了行政法律规范,都应该给予行政处罚。如果要求行政执法机关举证证明行为人存在主观过错,会加重行政执法机关的负担,对于行政法律规范的违反即可认定是违反了客观注意义务。所以《行政处罚法》原则上并无必要另外增加独立的主观要件,对于部分需要明确规定主观要件的违法行为,可以由单行立法予以明确规定。<sup>(34)</sup>很多行政机关也都持此种观点。(2)采用过错责任,认为行政相对人必须具有主观过错,才能成立应受行政处罚行为,并应由行政机关举证证明。<sup>(35)</sup>因为仅就客观危害行为进行制裁而不考虑主观是否存在过错违背处罚设定的最初目的,不符合处罚的本质,也无法达到处罚所预期的效果。<sup>(36)</sup>(3)采用过错推定责任,明确规定主观过错是实施行政处罚的前提条件,且以故意作为原则、过失作为例外。同时,为便于行政机关实现行政目的和行政效率,明确规定过错推定原则。<sup>(37)</sup>(4)采用两分法。有的学者认为只有狭义行政处罚才应以行为人存在过错为要件(包括过错推定),而对于管制罚,当事人主观过错不具有决定性影响,否则将对行政效能和公共秩序带来损害,建议《行政处罚法》笼统规定:“在当事人有证据证明没有过错的,减轻、从轻或者不予处罚。”<sup>(38)</sup>

最终,《行政处罚法》在征求意见稿的基础上,坚持了过错推定原则,并对证明标准作了进一步明确,即“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”。笔者认为,采用过错推定原则,是兼顾法理、立法初衷、执法实践、行政违法行为特点、新时代中国特色社会主义法治发展要求等多方因素作出的合理选择。

一是符合公平正义原则。行政处罚具有惩戒、教育、预防再犯等多重功能,实现这些功能价值具有一个共通性基础,即当事人具备可谴责性和可归责性。在客观违法事实与当事人主观意志不具有关联性的情况下,仅依据其客观违法行为就进行处罚,不符合行政处罚的制度初衷,也无法实现行政处罚惩戒、教育、预防再犯的功能。因此,在有充足的证据能够证明当事人不存在故

(34) 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,第6-16页。

(35) 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,第82-92页;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,第142-159页。

(36) 姬亚平、申泽宇:《行政处罚归责中的主观要件研究——兼谈〈行政处罚法〉的修改》,载《上海政法学院学报》2020年第3期,第68-77页。

(37) 李孝猛:《主观过错与行政处罚归责原则:学说与实践》,载《华东政法大学学报》2007年第6期,第30-36页。

(38) 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,第3-18页。

意或者过失的前提下，当事人不应受到公法上的非难。在实行行政处罚与刑罚分离的德国、奥地利和我国台湾地区，也均在不同程度上考虑当事人的主观过错。在确立责任主义立场的基础上，《行政处罚法》采取了过错推定原则，通过推定有过错的方式，将举证责任转移给当事人。这样归责的合理性在于，在一般的行政管理领域中，行为人的主观因素往往内含于行为的违法性之中，由相对人“证无”相较于行政机关“证有”要更加符合一般违法行为的推理证明逻辑。

二是符合《行政处罚法》立法初衷。尽管1996年制定《行政处罚法》时并未明确规定行政处罚的归责原则，但从有关立法资料中可以看出，立法者并非全然不考虑行政违法行为的主观要件，而是认为进行行政处罚，不能仅因当事人客观上侵犯了行政管理秩序，还要求其存在对自己所实施的违法行为具有故意或者过失，从而具备承担违法责任的能力，否则不应予以处罚。<sup>(39)</sup>违法行为的主体、主观方面、客体和客观方面四个要件是行政违法行为成立所必须具备的要件。如行为人主观上不存在过错，即便客观上实施了相应违反行政法律秩序的行为，也欠缺了给予行政处罚的主观要件。<sup>(40)</sup>从旧《行政处罚法》的规定来看，第3条中“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施”，“应当给予行政处罚的”可以理解为在违反行政管理秩序的客观事实中，存在不应当给予行政处罚的情形，不具备主观过错可能即是其中之一。而第4条规定的“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”，也体现出违法情节在设定和实施行政处罚时的重要考量地位，而主观因素则是违法情节中不能忽略的重要方面。此次修改《行政处罚法》增加过错推定原则，进一步增强了行政处罚规则的完整性和确定性。

三是符合行政执法实践。在质疑过错责任原则及过错推定原则的声音中，很大一部分来自行政机关，主要是出于对影响行政效率和增加行政执法成本的担忧。不可否认，归责原则的变化将在一定程度上影响未来的执法实践，这点是毋庸置疑的。但这种影响究竟有多大以及是否必然会增加执法成本，应当作客观评估和看待。事实上，赋予行政机关对当事人主观因素进行判断的义务，并非《行政处罚法》的全新尝试。从执法实践来看，即使在法律规定中并未提及主观因素、被解读为实行无过错责任的领域，行政机关在实施行政处罚时，也多将当事人的主观故意或过失情节作为裁量时的重要考量因素，这在诸多行政处罚裁量规则和基准中都有体现。例如，《市场监管总局关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》（国市监法〔2019〕244号）中规定，当事人有充分证据证明不存在主观故意或者重大过失的可以依法从轻或者减轻行政处罚；又如，生态环境部《关于进一步规范适用环境行政处罚自由裁量权的指导意见》（环执法〔2019〕42号）中规定，制定自由裁量规则和基准，应当综合考虑的因素中包括违法行为当事人的主观过错程度。因此，执法实践中行政机关已经将当事人的主观因素作为判断是否给予行政处罚以及是否需要从

(39) 全国人大常委会法工委国家法行政法室编：《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》，法律出版社1996年版，第73页。

(40) 全国人大常委会法制工作委员会国家法行政法室：《〈中华人民共和国行政处罚法〉讲话》，法律出版社1996年版，第90页。

轻、减轻处罚的一个重要因素，只不过由于在《行政处罚法》上没有明确依据，目前一般将其作为从轻、减轻的情节，而不作为不予处罚的情节。选择过错推定原则，正是在“无过错不处罚”的法理之下，兼顾行政效率作出的选择。当事人有违法行为的，行政机关可以首先推定当事人有主观上的过错，而无须主动查证当事人的主观状态。只有在当事人拿出证据证明自身不存在主观过错的情况下，行政机关才附加了对证据的判断义务。同时，该条还采纳了较为严格的证明标准，即当事人的证据必须“足以证明”其并无主观过错，以避免免责条款被滥用。

四是符合不同违法行为特点。《行政处罚法》将过错推定原则确立为行政处罚的一般归责原则，但同时也给单行法律、行政法规留了接口，允许法律、行政法规另行规定。这样能够照顾到行政管理领域涉及面广，不同领域、不同类别的违法行为特点、构成、情形、危害程度千差万别的现实。面对不同的违法行为，有的情况下应当从严处罚，不应考虑主观因素；有的情况下主观因素只具有相对意义，不具有独立价值；有的情况下不能简单地适用不予处罚，还需要没收违法所得等。这些不宜适用过错推定原则的行为需要依靠法律、行政法规作出有针对性的规定。

五是符合新时代中国特色社会主义法治发展的要求。在深入贯彻习近平法治思想和全面推进依法治国的新时代，中国特色社会主义法治体系下的法律要突出反映人民期望，符合人民利益，体现社会的共同信念和价值。确立行政处罚归责原则，既是对行政处罚理论的发展完善，也是紧密结合中国行政法治发展阶段、顺应国家治理方式变革要求、遵循社会治理规律的客观现实在立法上的反映。正如有的研究者所言，主观要件事项是否入法，不宜简单地归结为“今是昨非”的立法纠偏之举，特定时期的具体立法选择总是由当时的客观立法条件所成就的。各方面对主观要件的认识和接受的总体态度从消极趋于积极，是行政法治进程不断深化的体现。<sup>[41]</sup>

#### 四、扩大地方性法规处罚设定权

行政处罚设定权是《行政处罚法》的核心条款，也是问题反映较为集中的条款。甚至可以说，完善行政处罚设定权的规定是《行政处罚法》修改的主要目的之一。在1996年制定《行政处罚法》时，争论的焦点主要集中在规章设定权的“有”“无”与“大”“小”上。经过二十多年的实践，行政处罚设定权最为突出的问题却主要集中到了地方性法规的处罚设定权方面。1996年《行政处罚法》第11条第2款规定，“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定”。无论是从立法技术还是从实践出发，这一规定都存在一些问题。

第一个层面，这一规定不够明确，对“行为”如何理解，理论界长期以来缺乏统一认识。具体而言，对何谓“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定”，大致有“行为说”“领域说”“事项说”三种不同理解。“行为说”留给地方性法规的空间最宽，认为从字面来理解，“行为、

[41] 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，第2-9页。

种类和幅度”的限制只限于法律、行政法规已经规定的违法行为，地方性法规可以在上位法规定的违法行为之外增加规定新的违法行为。<sup>[42]</sup>“领域说”留给地方性法规的空间最窄，认为凡是某个法律或行政法规已对哪些行为应受行政处罚作出了规定的，那就意味着在该法律或行政法规所调整的领域范围内的其他行为都不受行政处罚，只有在该领域上位法空白的情况下地方性法规才有新设违法行为和处罚的可能。<sup>[43]</sup>“事项说”留给地方性法规的空间小于“行为说”但大于“领域说”，该学说认为，对于法律、行政法规规定的违法行为所涉的某类事项，地方性法规在该事项范围内不能增加规定违法行为并设定处罚。<sup>[44]</sup>关于这一问题的认识，在《行政处罚法》的立法说明中似乎可以看出立法机关的立场，“已经有法律、行政法规的，地方性法规只能结合本地具体情况，在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内予以具体化。已经制定的法律、行政法规规定的行政处罚的种类中没有罚款的，地方性法规和规章不能增加规定罚款的行政处罚”。<sup>[45]</sup>如此来看，立法机关在对这一问题的理解和把握上倾向于更加严格的“领域说”。但《行政处罚法》在其法律规范的文字表述上有所欠缺，没有准确把立法者的本意反映出来，以致产生歧义。<sup>[46]</sup>

第二个层面，在“领域说”之下，地方性法规的立法空间太小，在保障地方有效实施社会治理方面，未能提供充足、有效的手段。这也导致地方立法在设定行政处罚时，一定程度上存在越权冲动和越权现象。这其中，突破行政处罚种类和幅度的情况比较少，问题主要集中在突破“行为”的限制上，主要有几种情况：一是在实施上位法时，在上位法规定的违法行为之外增加规定新的违法行为及处罚。二是对上位法作了禁止性规定但未规定行政处罚的，地方性法规增加规定了行政处罚。三是对上位法规定的义务性规定增加规定违法行为和处罚。第十二届全国人民代表大会法律委员会主任委员乔晓阳同志在第二十三次全国地方立法工作座谈会上的讲话中对此作了详细梳理和举例。<sup>[47]</sup>

地方性法规作出这些突破，其原因是多方面的，尽管并不排除一些突破是源于“一罚了事”“处罚依赖”的思想误区，但更多的原因是《行政处罚法》实施二十多年来时代背景和法治环境的巨大变化。在全面推进依法治国总目标的引领下，一方面，依法行政水平不断提高，盲目依赖处罚、乱设滥设处罚的情况有了较大改观；另一方面，随着中国特色社会主义法治体系建设不断推进，立法水平和立法质量不断提升，法律规范体系日益完备，法律、行政法规覆盖面越来越宽，

[42] 骆惠华：《实施性地方法规创设行政处罚的有关问题》，载《人大研究》2007年第4期，第39-40页。

[43] 唐顶立：《对行政处罚法第十一条的几点理解》，载《人民之声》1998年第6期，第15-16页。

[44] 邓永明、张世荣、张汉琦：《关于行政处罚法几个问题的思考》，载《山西师大学报（社会科学版）》1996年第4期，第27-30页。

[45] 曹志：《关于〈中华人民共和国行政处罚法（草案）〉的说明——1996年3月12日在第八届全国人民代表大会第四次会议上》，载中国人大网2000年12月6日，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content\\_5003515.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5003515.htm)。

[46] 冯军：《行政处罚法新论》，中国检察出版社2003年版，第134页。

[47] 乔晓阳：《如何把握行政处罚法有关规定与地方立法权限的关系——在第二十三次全国地方立法工作座谈会上的讲话》，载《地方立法研究》2017年第6期，第103-107页。

某领域没有上位法的情况越来越少，“领域说”下地方性法规的空间大幅压缩。同时，随着我国经济社会加速发展，实践中的新情况新问题日新月异，更注重全国普适性和统一性的法律、行政法规难以及时作出精准应对，为解决上位法“水土不服”“挂一漏万”的问题，地方需要根据当地实际情况“改方换药”“拾遗补漏”，有针对性地创设新的违法行为和新型管理手段。有学者提出，在某些必须考虑千差万别的各地实际情况的领域，如果中央立法供给不足，在各种复杂的现实问题面前精疲力竭和穷于应付，而地方立法却又不肯贸然行事，无法施展拳脚，则必然会导致社会管理法治化水平的低下。<sup>[48]</sup>

党的十九届四中全会提出，健全充分发挥中央和地方两个积极性体制机制，加强中央宏观事务管理，维护国家法制统一、政令统一、市场统一；赋予地方更多自主权，支持地方创造性开展工作。这体现出在处理地方性法规行政处罚设定权的问题上，要从两个方面来把握：一方面，要坚决维护国家法制统一。对地方立法而言，不能与宪法、法律、行政法规相抵触是地方立法不可逾越的红线。《行政处罚法》关于“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定”的规定，即是对法制统一原则的重要体现。另一方面，在维护法制统一的前提下，应当适当给地方立法“松绑”，赋予地方性法规更大的立法空间，为地方创造性开展工作提供法治保障。中共中央政治局常委、全国人大常委会委员长栗战书同志在山西太原出席第二十六次全国地方立法工作座谈会时深刻阐释了地方立法在中国特色社会主义法律体系中的定位，国家已经制定法律、行政法规的，要通过地方立法细化、具体化，打通“最后一公里”。属于地方事权范围内的，只要有利于深化改革、激发社会活力、促进民生改善，地方人大在立法权限内都可以积极探索，发挥补充、先行、创制的作用。地方立法要善于通过“小切口”解决实际问题，不要搞“大而全”“小而全”，可以搞一些“大块头”，也要搞一些“小快灵”，增强立法的针对性、适用性、可操作性。<sup>[49]</sup>

同时，还有一部分观点对扩大地方行政处罚设定权持谨慎态度，理由是在改革开放初期我国法制尚不健全的情况下，地方立法在地方性法律规范中自主设置行政处罚具有一定的积极意义，但在目前法律、法规逐步完善的条件下，地方立法不能自主设置行政处罚，而必须严格遵循法定原则。<sup>[50]</sup> 还有一些意见提出，在地方立法中，行政机关存在着强烈的设定行政处罚的冲动，处罚设定权限是地方立法机关与行政机关“攻防”的一个关键点，地方性法规设定权的规定是地方立法机关“抗压”“抵御”的重要武器。在地方性法规行政处罚设定权“大”与“小”的问题上，有

---

[48] 封丽霞：《中央与地方立法权限的划分标准：“重要程度”还是“影响范围”？》，载《法制与社会发展》2008年第5期，第37-49页。

[49] 栗战书：《认真学习贯彻习近平法治思想 为全面建设社会主义现代化国家提供法律保障——在第二十六次全国地方立法工作座谈会上的讲话》，载《中国人大》2020年第22期，第11-14页。

[50] 王维达、黄金卫、刘颖：《地方立法中行政处罚设置原则研究》，载《政府法制研究》2001年第7期，第224-258页。

些底线要坚持，对于现有手段尚未用足用尽、尚未执行到位就随意增设行政处罚的情况要慎重对待，要防止靠立法问题解决执法问题。

经过反复论证、统筹考量，《行政处罚法》增加规定：“法律、行政法规对违法行为未作出行政处罚规定，地方性法规为实施法律、行政法规，可以补充设定行政处罚。”这一条款解决了“对违法行为未作出行政处罚规定”的情形下当如何处理的问题，结合原有的“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定”的条款，地方性法规行政处罚设定权的界限更加清晰。可以看出，立法者在坚持严格限定地方性法规行政处罚设定权的同时，通过“小切口”审慎适度放权，努力在发挥地方性法规能动性与维护法制统一之间做好平衡。笔者认为，对修改后的《行政处罚法》第12条规定，可以从两个方面来理解。

一方面是没有上位法的情况。在某行政管理领域没有上位法的情况下，地方性法规可以规定该行政管理领域的违法行为及处罚。一直以来，对这一情形下地方性法规的行政处罚设定权是没有争议的。尽管在没有上位法的情况下地方性法规的行政处罚设定权空间最大，但并非是无限制的创设权，而有三个方面的限制：首先地方性法规在立法权限上不能越权。《中华人民共和国立法法》对省级地方性法规、设区的市级地方性法规的立法权限作了明确，如设区的市级地方性法规应当限于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”等方面的事项。其次在设定的处罚种类上不能越权，即要符合新法第12条第1款对地方性法规设定处罚种类的限制，不能设定限制人身自由、吊销营业执照的行政处罚。最后，设定行政处罚应限于合理、必要限度，遵循非必要不设定原则，能够通过其他相对柔性的行政管理手段达到行政管理目的的，尽量不设定行政处罚。

另一方面是有上位法的情况。这一情况下又分为两种情形：一种情形是上位法对违法行为已经作出行政处罚规定，这种情况下地方性法规可以对该违法行为及处罚作出具体规定，但不能超出上位法规定的违法行为及处罚种类、处罚幅度。对上位法规定的处罚种类，地方性法规不得增加规定其他处罚种类；对上位法规定的处罚幅度，地方性法规既不能低于其下限，也不能高于其上限。另一种情形是，上位法对违法行为未作出行政处罚规定，这种情形下地方性法规为实施上位法，可以补充设定行政处罚。即如果上位法作了义务性或禁止性规定，但未规定相应行政处罚的，为了有效促使当事人为一定行为或不为一行为，地方性法规可以对违反义务性或禁止性规定的行为补充设定行政处罚。在此以全国人大法工委曾作的一件法律询问答复为例，可以看出这一制度变化对于立法实践所产生的影响：《中华人民共和国大气污染防治法》第53条第1款规定，在用机动车不符合制造当时的在用机动车污染物排放标准的，不得上路行驶。对违反这一规定的，未设定相应的行政处罚。2005年，某地方大气污染防治条例拟规定在道路上行驶的机动车，经监督抽测，排气污染超过规定排放标准的，由公安交通管理部门扣留行驶证、处罚款、责令限期治理等。某省人大法制委就该条例是否符合《行政处罚法》规定向全国人大法工委函询，全国人大法工委答复：“对于禁止超标排放的机动车上路行驶的措施，地方性法规可以作出具体规定（如可

以规定由公安交通管理部门暂扣车辆行驶证)。但依照《行政处罚法》第11条第2款的规定,地方性法规不得增设对机动车超标排放的罚款等行政处罚。”<sup>(51)</sup>这类即属于上位法作了禁止性规定但未规定行政处罚的行为,在《行政处罚法》修改前,不允许对这类行为增设行政处罚,而在《行政处罚法》修改后,地方性法规为更有效地规范这类行为,可以补充设定行政处罚。

此外,基于与上位法确定的法律框架和行为规范相一致的考虑,对于与上位法规定的违法行为同类的违法行为,地方性法规经过充分评估认为确有必要加以规范的,也可以规定其违法并设定行政处罚。例如,《中华人民共和国文物保护法》规定,损毁文物保护单位的保护范围内设立的文物保护单位标志的,给予行政处罚。地方性法规针对实践中问题突出的擅自移动文物保护单位标志的行为,可以规定其违法并设定行政处罚。在对这一情形下地方性法规设定处罚权限问题的理解上,核心是把握“为实施法律、行政法规”和“补充”两个要素,既然是“实施”,则应以与上位法确立的立法精神和原则相一致为前提,以实现上位法确立的行政管理目标为补充设定行政处罚的出发点和价值取向。既然是“补充”,则应在上位法划定的基本行为规范体系内规定违法行为并设定行政处罚,确保“不出框”“不越线”。同时,在讨论放宽地方性法规行政处罚设定权的同时,也带来一些担忧,有学者提出,如果确需增设违法行为、除限制人身自由的处罚以外的其他处罚种类或者调整处罚幅度的,应当说明理由,报送省级人大常委会审批。<sup>(52)</sup>为防止补充设定行政处罚的这一规定被滥用,《行政处罚法》在适度放权的同时,对补充设定行政处罚的程序作了规范,通过增设听证、论证、制定环节和备案环节的说明等程序对地方性法规补充设定行政处罚的行为加以制约和监督。

## 五、赋予乡镇街道执法权

赋予乡镇街道行政处罚权,是对我国行政处罚体制的一处重大革新。根据《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》的规定,街道办事处是市辖区、不设区的市的人民政府的派出机关,不具有独立的行政主体地位。而乡镇人民政府作为我国政权体系中最基层的人民政府,虽具有独立的行政主体地位,但按照《行政处罚法》关于级别管辖的规定,一般情况下不具有行政处罚权。因此,在现行行政管理体制下,虽然乡镇、街道承担了大量服务职能和行政管理职责,但不具有行政处罚、行政许可、行政强制等执法权。在区县主管机关承担行业执法责任,街道办事处承担属地管理责任的情况下,二者权责不统一,造成“看得见的管不了,管得了的看不见”的问题。行业主管部门“条条”形式的执法体制已经无法适应城市管理的需要,尤其是对于一些人口集中、执法任务重的大中城市,需要打破部门行业执法的格局,走向街道办事处、乡镇政府为主体的基层政府综合执法。<sup>(53)</sup>

(51) 全国人大常委会法制工作委员会编:《法律询问答复(2000—2005)》,中国民主法制出版社2006年版,第187—189页。

(52) 余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期,第149—162页。

(53) 王敬波:《相对集中行政处罚权改革研究》,载《中国法学》2015年第4期,第142—161页。

党的十八大以来，党中央多次对基层政权在社会治理中的角色定位提出了要求。中办、国办《关于深入推进经济发达镇行政管理体制改革的指导意见》《关于推进基层整合审批服务执法力量的实施意见》等文件提出，将基层管理迫切需要且能够有效承接的一些县级管理权限包括行政审批、行政处罚及相关行政强制和监督检查权等赋予经济发达镇；推进行政执法权限和力量向基层延伸和下沉，强化乡镇和街道的统一指挥和统筹协调职责，按照有关法律规定相对集中行使行政处罚权，逐步实现基层一支队伍管执法。将行政处罚权下移给乡镇、街道，体现了我国社会治理模式和体系的变迁，其目标是为了构建更加简约高效的基层管理体制，加强基层政权建设，夯实国家治理体系和治理能力基础，推动治理重心下移，使基层有人有权有物，保证基层事情基层办、基层权力给基层、基层事情有人办。

执法权下移到乡镇、街道的探索取得了较好的实践效果，但同时乡镇、街道执法的合法性也受到一些质疑。从级别管辖的角度，《行政处罚法》规定行政处罚由县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。尽管法律、行政法规可以调整《行政处罚法》关于“县级以上”的限定，但在目前的法律体系中极少将行政执法权下放到乡镇，乡镇所行使的行政权主要以给付行政为主。从相对集中行政处罚权的角度，有观点提出，根据旧《行政处罚法》第16条关于“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权”的规定，省政府规章可以授权将县级政府的权力下放到乡镇。<sup>(54)</sup>但从相对集中行政处罚权的制度初衷来看，主要是在横向上对行政职能进行重新分配，将有关部门的职责集中到一个部门行使，而非在纵向上将上级的行政处罚权集中到下级行使。有学者通过《行政处罚法》多个条文间的互相印证，认为从《行政处罚法》制定当时的社会背景看，并无意于将街道办事处纳入相对集中行政处罚权的体系中。<sup>(55)</sup>实践中，将执法权下放到乡镇街道有的是通过授权和委托实现的，有个别的制定了地方性法规，更多的是按照相对集中行政处罚权的规定，由省政府发布规章或者规范性文件决定的，街道、乡镇执法普遍面临法律依据不足的困境。为贯彻落实党中央推进行政执法权限和力量向基层延伸和下沉的改革要求，推动在乡镇、街道相对集中行使行政处罚权，明确乡镇人民政府、街道办事处的行政处罚主体地位，《行政处罚法》修改时对乡镇、街道行使行政处罚权作了专门规定，即“省、自治区、直辖市根据当地实际情况，可以决定将基层管理迫切需要的县级人民政府部门的行政处罚权交由能够有效承接的乡镇人民政府、街道办事处行使”。从这一规定来看，赋予乡镇、街道行政处罚权秉持了因地制宜、审慎推进的原则，对行政处罚权的下放设置了诸多条件。

一是下放行政处罚权的决定主体。在《行政处罚法》修改过程中，对下放行政处罚权的决定主体产生了争议，有的认为应当由省级人大决定，通过地方性法规授权；有的认为可以授权给省级政府决定。从宪法和组织法的角度，行政权授予给了各级人民政府，那么如何配置同级各职能

(54) 徐继敏、杨丹：《我国“扩权强镇”改革的法学分析》，载《理论与改革》2014年第2期，第75-79页。

(55) 王敬波：《相对集中行政处罚权改革研究》，载《中国法学》2015年第4期，第142-161页。



部门、上下各级地方政府的职责权限，应属于省级人民政府职权范围内的事。结合相对集中行政处罚权的规定中已经将行政职能的横向调配权赋予了经授权的省级政府的精神，赋予省级政府下放行政处罚权到乡镇、街道的决定权是合理的。从目前规定来看，新修订的《行政处罚法》规定的决定主体是“省、自治区、直辖市”，这一表述一度引发疑惑，认为指向省级人大还是省级政府并不清楚。笔者认为，这里的“省、自治区、直辖市”，既可以是省、自治区、直辖市人大及其常委会，也可以是省、自治区、直辖市人民政府。决定的具体形式既可以是由省政府发布规章或者决定、命令等规范性文件，也可以是由省、自治区、直辖市人大及其常委会作出决议、决定或者制定地方性法规。鉴于行政处罚权的下放涉及乡镇、街道的执法主体地位，涉及上下级行政机关之间、行政机关与其派出机构之间的法律关系，涉及对现有行政处罚权的重新配置，决定的形式应当尽量严肃，以通过制定地方性法规或者规章下放为宜。

二是下放行政处罚权的程序条件。从《行政处罚法》的规定来看，并非将下放行政处罚权的决定权无条件地交于省、自治区、直辖市，在下放时，应当遵循事前评定、事后评估、公开决定等一系列程序。行政处罚权是否适合下放到乡镇、街道，与各地实际情况密切相关，各省应当结合当地实际情况，统筹考虑地方行政管理实际需要、行政区划特点、人口数量、基层行政执法水平和执法能力等因素，经对实际情况进行评估，认为下放行政处罚权必要、合理且可行的，方可下放；认为不适宜下放的，不宜下放。下放后，省、自治区、直辖市应当对乡镇、街道实施行政处罚的情况定期组织评估，包括对乡镇、街道是否具有承接能力、行政处罚实施效果是否良好、下放的行政处罚事项是否适当等的评估。经评估认为乡镇、街道不能有效实施行政处罚的或者行政处罚事项不适宜下放的，应当及时收回下放的行政处罚权。同时，无论通过什么形式作出的决定，该决定都应当向社会公布，方便社会公众及时了解行政处罚主体的调整情况。

三是下放行政处罚权的实体条件。对于哪些行政处罚权可以下放，新法设定了“基层管理迫切需要的”和属于“县级人民政府部门的”两项前提条件。下放的行政处罚权的具体事项范围是否适当，直接决定着行政处罚的实施效果。行政处罚权下放给乡镇、街道的初衷是便于基层实施行政管理，解决“看得见的管不了”的问题。因此，划定下放行政处罚权的具体事项范围应当从乡镇、街道实际执法需求出发，充分评估下放的必要性，对于基层管理迫切需要的才能予以下放，如一些直接面向基层、量大面广、由基层管理更方便有效的行政管理事项。同时，下放的行政处罚权应当仅限于县级人民政府部门的行政处罚权，对于县级人民政府、市级人民政府所属部门以上行政机关的行政处罚权不能下放，这主要是考虑县级人民政府部门的行政处罚权与基层管理实际最紧密相关，符合“基层管理迫切需要的”要求。

四是承接行政处罚权的主体条件。新法对承接行政处罚权的乡镇、街道提出了“能够有效承接”的条件。这就要求各省在下放行政处罚权时，应当充分评估乡镇、街道的承接能力，确保其有充足的人力、物力、财力、能力行使行政处罚权。例如，实践中有的地方赋予一些经济较为发达、行政区域广阔、人口较为集中、社会治理水平较高的乡镇、街道以执法权。对于不具备承接

能力的乡镇、街道，不应下放行政处罚权。

五是下放行政处罚权的赋权形式。在行政处罚权的转移上，立法采用了“交由”乡镇人民政府、街道办事处行使的措辞。“交由”与“赋予”的差别体现出权力实际行使主体的转移并不必然意味着权力本身的转移。因此，下放行政处罚权的具体形式既可以是直接授予行政处罚权，也可以是委托行使行政处罚权或其他方式。这样规定也呼应了实践中现存的授权、委托、“街道吹哨、部门报到”等多种执法模式。

行政处罚权下放后，行政管理职权被分化为两个部分，具体执法权由乡镇、街道行使，被下放行政处罚权的县级人民政府部门仍担负本行政管理领域的政策制定、审查审批、业务指导等监管职责，除提级管辖的情况，县级人民政府部门一般不再具体行使行政处罚权，但不得以行政处罚权已划转为由拒不履行其他监管职责。同时，考虑执法权下移的改革还在推进过程中，乡镇、街道行使行政处罚权作为一项新制度，还有许多制度建设和能力建设任务，因此，下放行政处罚权不能“一放了之”。承接行政处罚权的乡镇、街道应当加强执法能力建设，按照规定范围、依照法定程序实施行政处罚，有关地方人民政府及其部门应当做好组织协调、业务指导、执法监督，完善协调配合、评议考核制度，以使乡镇、街道权责能相匹配，保障行政处罚权合法、有效行使。

## 六、结语

《行政处罚法》的此次大修，回应了《行政处罚法》颁布实施近 25 年来在理论和实践领域的一系列问题，满足了理论界、实务界在新时代对于《行政处罚法》的新期待。本文所涉及的行政处罚定义、种类、归责原则、设定权以及乡镇街道执法权五大问题，属于理论和实践中亟待回应的典型问题，对于推动行政处罚的理论发展和实践进步将发挥重要作用。当然，《行政处罚法》的修改亮点远不限于此，本文仅在回顾修法背景、立法考虑的基础上，选取了部分具有代表性的问题加以阐述。相信在新法实施后，学界及实务界还将不断加深探讨，进一步深化对有关问题的认识，为行政处罚制度发展完善提供充分的理论和实践给养，通过进一步推动行政处罚的法治化进程，使国家治理体系和治理能力在法治轨道上行稳致远。

**The Theoretical Development and Practical Progress of  
Administrative Penalty  
— Comments on the Amendment of Administrative Penalty Law**

ZHANG Xiaoying

**Abstract:** Under the new era, new mission and new requirements of comprehensively advancing the rule of law in the country, Administrative Penalty Law responded to the voice of the times and made a comprehensive optimization and reconstruction. This revision of the law clarifies the definition of administrative penalties and provides clear standards for the precise definition of administrative penalties; supplements the clarifications of administrative penalties, responds to the requirements of practice for rich types of penalties; clearly adopts the principle of fault presumption imputation, and improves the liability system of Administrative Penalty Law; prudently and moderately expanded the power of penalty setting local laws and regulations to give full play to the initiative of local laws and regulations; giving townships the power of penalty to realize the downward shift of the focus of law enforcement. These issues constitute the focus and core of this revision. The revision of Administrative Penalty Law has not only promoted the major innovation and development of administrative law theory, but also has a positive response and promotion to the practice of administrative rule of law.

**Keywords:** Administrative Penalty; Dishonest Penalty; Imputation Principle; Subjective Fault; Township and Street Law Enforcement

(责任编辑: 孔祥稳 汪友年)