

行政处罚中罚款数额的设定方式

——以上海市地方性法规为例

徐向华 郭清梅*

内容提要:行政处罚中罚款规制的可行有效在很大程度上取决于罚款数额设定方式的恰当选择和科学组合。每种设定方式各具优劣,而单独或组合使用这些方式既可能出现优势互补,也可能导致缺陷放大。从对上海市地方性法规罚款数额设定方式的实证研究来看,我国今后相关立法需要在准确评估各种设定方式优劣的基础上,注重不同调整领域罚款数额设定方式的恰当选择,相对节制单一方式的使用,彻底杜绝概括式设定方法,追求“社会正义、罚以当过、足以制裁”的规制目的和“便捷可行、灵活运用、适度裁量”的执行需求之间的平衡。

关键词:行政处罚 罚款数额设定方式 行政立法

2002年5月,经营者李某违背诚实信用和公平交易的原则,将陈米售假为新米,并违法获利2万元。价格监督检查部门发现后,李某将违法所得5000元中的4990元退还买受当事人,并以“无法退还”为由故意留下10元,作为接受违法所得一倍以上三倍以下罚款的基数。后价格监督检查部门处以罚款5000元,李某不服罚款数额对价格监督检查部门提起行政诉讼。^[1]此案中,违法人李某以《上海市价格管理条例》第33条第4项的规定^[2]为依据,认为其违法所得只有10元,执法部门应依循“倍率数距”式最多课处30元罚款。价格监督检查部门依据同一项规定,但认为即使在有违法所得的情况下,执法者仍可选择“数值数距”式确定罚款数额,5000元的行政罚款决定并无不当。

这一因罚款数额设定方式而引发的行政处罚争议,警示我们应当对我国行政处罚立法中有关罚款数额设定方式的合理性、科学性和协调性予以全面审视。尽管我国法律责任体系中存在大量的罚

* 徐向华,上海交通大学法学院教授;郭清梅,华东政法学院立法研究所讲师。

[1] 我国行政执法中不乏类似案例。如某镇粮站售粮时,按每公斤3元标准收取搬运费、麻线费,共获利14412元。价格主管部门根据《价格违法行为行政处罚规定》第14条规定,责令粮站“限期退还”多收价款。粮站退还了其中的14400元,并以“无法退还”为由故意留下12元,作为接受违法所得5倍以下罚款的基数(《价格违法行为行政处罚规定》第7条规定,对此种违法行为“责令改正,没收违法所得,可以并处违法所得5倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处2万元以上20万元以下的罚款”。参见叶平、陈昌雄:《行政处罚中违法所得研究》,《中国法学》2006年第1期。

[2] 《上海市价格管理条例》第33条第4项规定,“违反第21条第1款(经营者应当遵守价格法律、法规和规章,执行政府定价和政府指导价以及政府的行政措施。定价时应当遵守本条例规定的原则,实行诚实、公平、公正交易和信用服务)的,没收违法所得,处违法所得1倍以上3倍以下或者1千元以上1万元以下罚款;情节严重的,处违法所得3倍以上5倍以下或者1万元以上5万元以下罚款。”

款规定,然而,人们对于各种罚款数额设定方式及其组合形式的“适应症”和潜在风险却未予以必要关注。为什么对某种违法行为以“数值式”确定罚款数额,对另一种违法行为却使用“倍率式”?“数值式”和“倍率式”等罚款数额设定方式各有什么效用及其缺陷?罚款数额设定方式如何组合才能更恰当地体现过罚相当?这些问题的解决有赖于对罚款数额设定方式及其组合形式的种类、特点及其适用区间等进行立法技术理论及其规范的深入研究,也取决于对我国法律责任体系中现有罚款数额设定方式及其组合形式的适用现状和潜在问题予以系统梳理。

一、我国立法实务中的罚款数额设定方式及其使用形式

罚款是制裁力较强的一种行政处罚措施,也是法律责任体系中的“主角”。法律、行政法规、部门规章及地方性法规、地方政府规章的法律责任条款,主要采用了8种罚款数额设定方式和4类罚款数额组合形式。

(一)罚款数额设定方式

固定数值式,指将罚款设定为某一固定数额。如《广东省城市垃圾管理条例》第32条第5项关于对不按规定时间、地点和方式排放生活垃圾的居民“处50元罚款”的规定。

固定倍率式,指将罚款设定为某特定基数的某个倍率。如国家环境保护总局颁布的《废弃危险化学品污染环境防治办法》第28条第1项,关于对到期不缴纳罚款的当事人“每日按罚款数额的百分之三加处罚款”的规定。

数值数距式,指将罚款设定为某数值区间,即以数值明确罚款数额的上限和下限。如《中华人民共和国护照法》第17条关于对弄虚作假骗取护照的“处2千元以上5千元以下罚款”的规定。

倍率数距式,指将罚款设定为某特定基数的倍率区间,即以倍率设置罚款数额的上限和下限。如国务院颁布的《机动车交通事故责任强制保险条例》第37条,关于对未经保监会批准从事机动车交通事故责任强制保险业务而且违法所得在10万元以上的保险公司,“处违法所得1倍以上5倍以下罚款”的规定。

数值封顶式,指将罚款设定为某个固定数值以下。如国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》第18条第1项,关于对通过信息网络擅自向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品的“处10万元以下罚款”的规定。

倍率封顶式,指将罚款设定为某特定基数的某倍率以下。如《河南省畜牧业条例》第44条第2款关于对销售种畜禽以低代次冒充高代次的“处以违法所得2倍以下罚款”的规定。

数值保底式,指将罚款设定为某个最低值以上。如《上海市环境保护条例》第53条,关于对防治污染设施未经验收而相关建设项目已投产或者使用的“处以不低于1万元罚款”的规定。^[3]

概括式,指仅规定处以罚款而没有规定具体的罚款标准或者罚款数额。如建设部颁布的《房地产开发企业资质管理规定》第21条第3项关于对工程质量低劣的企业“并可处以罚款”的规定。

上述立法实例表明:第一,以是否直接规定罚款具体数额或间接规定罚款数额计算标准为界限,我国立法中所采用的8种罚款数额设定方式可以归并为两大类:一类为仅设定罚款责任但却未规定具体罚款数额或罚款计算标准的“概括式”;另一类为规定罚款具体数额或设定罚款计算标准的“非概括式”。第二,以是否需要罚款责任实施主体通过计算最终确定罚款具体数额为标准,我国立法中所采用的7种“非概括式”罚款设定方式隶属两种类型:不必通过计算即可确定罚款数额的“数值式”和必须经过计算才能确定罚款数额的“倍率式”,前者包括规定具体罚款数额的“固定数值式”、规定罚款

[3] 从逻辑上讲,“保底式”应当包括“数值保底式”与“倍率保底式”。由于我国各类规范性法文件所规定的罚款责任样本并无以“倍率保底”方式设定的,本文仅研究“数值保底”的罚款设定方式。

数额区间的“数值数距式”、规定罚款数额上限的“数值封顶式”和规定罚款数额下限的“数值保底式”，后者包含规定具体罚款倍率的“固定倍率式”、规定罚款倍率区间的“倍率数距式”和规定罚款倍率上限的“倍率封顶式”。

(二) 罚款数额设定方式的使用形式

在我国立法实践中，上述罚款数额设定方式既被“单独使用”，也被“组合使用”。除“固定数值”等8种罚款数额设定方式都被分别“独用”之外，还有将若干种设定方式“并用”、“选用”和“复用”的三种组合使用形式。

独用，指单独使用某种设定方式确定罚款数额。如《中华人民共和国公司法》第200条“独用”了“倍率数距”式，规定对虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的公司的发起人、股东“处以虚假出资金额5%以上15%以下的罚款”。

并用，指同时使用数种设定方式确定罚款数额。如《广东省城市垃圾管理条例》第32条第9项“并用”了“固定数值”和“数值封顶”两种设定方法，规定对任意倾倒城市垃圾的责任人“处以每立方米500元罚款，但罚款总额最高不得超过5万元”。

选用，指罚款数额在若干种设定方式中选择确定。如《上海市城市道路桥梁管理条例》第49条第2项的规定，允许执法者在“数值数距式”和“倍率数距式”两种方法中“选择”并确定罚款数额，对造成城市道路、桥梁损坏的“处以5千元以上2万元以下或者修复费3至5倍的罚款”。

复用，指罚款数额因处罚对象可能出现“违法情节轻重”、“责任主体差异”、“违法所得有无”和“如期改正与否”等不同情况而衔接数种设定方式予以确定。如《北京市旅游管理条例》第55条“复用”了有违法所得时的“倍率数距式”和无违法所得时的“数值封顶式”两种罚款方式，规定对服务范围、内容、标准等做虚假的、引人误解的宣传的，“处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处以1万元以下的罚款”。

二、关于罚款数额设定方式的主要观点

学界对罚款的设定主体、罚款的适用范围以及罚款的设定原则多有研究，但对罚款数额设定方式这一立法技术层面的问题却少有涉足。偶见的观点主要有：

第一，仅规定罚款数额上限的数值封顶式有时无法彰显“让违法成本大大高于守法成本”的正义理念，因而有学者提出对环保领域违法行为设定罚款数额时应采用无罚款最高限额的倍率式。例如，李克杰教授指出，“即使最高的环境污染罚款也只有100万元，一般罚款都在20万元，或10万元，甚至是5万元、1万元以下。这样的罚款数额对于中小企业或中小型建设工程可能还有些威慑力，对于那些‘巨无霸’工程简直毫发无损，不足以显示法律的权威和尊严。”因此，为遏止环境违法行为，让违法者确实感到切肤之痛，他提出“应采取比例罚款制（即倍率式），不要设定最高限额”。〔4〕

第二，数值式罚款设定方式有时无法符合“罚款应比违法所得高”的过罚相当理念，因此有学者认为，对有违法所得的违法行为设定罚款数额时应单独采用倍率数距式，对无法计算违法所得的，或无违法所得的违法行为设定罚款数额时应单独采用数值封顶式。例如，针对国家质检总局、国家发改委、商务部、海关总署于2004年联合制定发布的《缺陷汽车产品召回管理规定》第42条第1项关于“故意隐瞒汽车缺陷严重性的”制造商最高罚款仅3万元的规定，姜明安教授认为，“别说3万元，就是罚款100万元，也不一定解决隐瞒汽车缺陷有可能造成的问题。而违法者则有可能已赚取了1000万元，甚至更多。”因此，他认为“比较合理合法”的罚款数额设定方法是，“凡是有违法所得利益的，最好按照违法所得利益的1至5倍来罚款，不要有限额规定；没有办法计算违法所得的，或没有违法所

〔4〕 参见李克杰：《环保执法如何走出“两高一低”的困局》，www.people.com.cn，2005年2月11日。

得的时候,可以规定一个最高限额。”〔5〕

第三,数值式罚款设定方式因难以适应物价指数、消费指数的动态变化而无法确保不同时段上的罚款公平,因此有学者建议根据与时俱进的精神,摒弃以绝对数设定罚款具体数额的传统方式,而代之以动态的、相对数指标来设定罚款的幅度区间。如李先龙律师建议,应当“规定执法主体在实施处罚时,结合国家统计机关每年公布的国民经济有关指标(上年职工日平均工资,或上年国民经济行业平均收入水平等),结合上年的定基物价指数,来具体计算罚款限额、明确罚款幅度”,“也可以考虑在法律生效年(基年)罚款限额上、下限基础上,由执法主体在处罚实施时依定基综合物价指数或定基计算的全国居民消费价格总水平,计算测定即时适用的具体罚款限额”。〔6〕

三、上海市地方性法规罚款数额设定方式及其组合使用现状评估

为了考察各种罚款数额设定方式的使用比率和使用场域,评估各设定方式的“表意”特点、制裁功效和适用范围,探寻不同设定方式的使用规则,并论证不同罚款数额设定方式合并使用的可行性,笔者运用 Excel 软件建立了上海市地方性法规罚款责任设定情况数据库,并借助 SPSS(Statistical Package for the Social Sciences)12.0 统计软件,对相关数据进行量化的百分比统计和卡方检验。〔7〕

(一)罚款数额设定方式及其组合使用的基本情况

截至 2004 年底,经由第八届至第十二届上海市人大及其常委会所制定的现行有效且设有法律责任条款的地方性法规 113 部。〔8〕这些地方性法规共设罚款样本 1222 个。〔9〕各届别的地方性法规所共同偏好的罚款使用方式依次为独用(66.9%)、复用(29.5%)、并用(2.0%)和选用(1.6%),但每届对各种形式的使用比重均有落差;绝大多数调整领域的地方性法规喜好独用的罚款设定方式(87.5%),但对复用、并用和选用三种形式的选择和倾向存有差异(参见图 1 和图 2)。具体是:

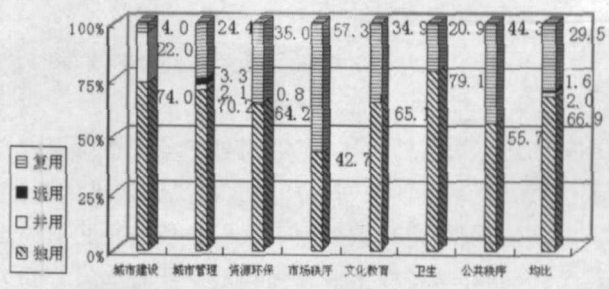
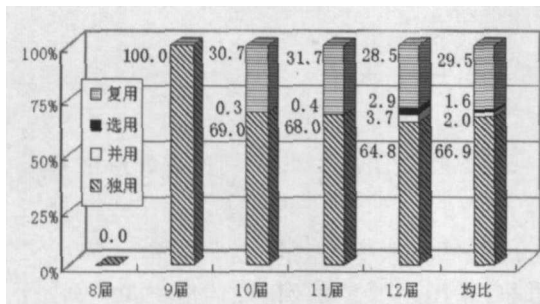


图 1 不同届别法规的罚款数额设定形式(%)

图 2 不同领域法规的罚款数额设定形式(%)^{〔10〕}

1. 罚款数额设定方式的独用

第一,上海市地方性法规独立使用了除数值保底式之外的其余 7 种罚款数额设定方式,设定罚款

〔5〕 转引自魏和平:《厂商隐瞒重大缺陷最高罚款 3 万元汽车召回规定是鸡肋》,《中国青年报》2004 年 8 月 20 日。

〔6〕 李先龙:《行政处罚罚款设定问题研究》,http://article.chinalawinfo.com,2006 年 3 月 30 日。

〔7〕 卡方检验为自由分布的非参数检验。它是对样本的频数分布所来自的总体分布是否服从某种理论分布或某种假设分布所作的假设检验。简言之,其统计目的是根据样本的频数分布来推断总体的分布。当 $P < 0.001$,即具有非常显著的统计学意义。

〔8〕 根据上海人大官方网站(http://www.spesc.sh.cn)公布的信息,截至 2004 年底,上海市人大及其常委会共制定 175 部地方性法规,其中现行有效且设有法律责任条款的为 113 部。

〔9〕 基于立法实践中存在同一条或者同一款针对多项违法行为设定罚款责任,且对违法行为的描述有时较为抽象或概括,难以逐一甄别的情况,为尽可能地接近真实,又避免逐一辨别带来的巨大困难,数据库以法律责任条款中的项为输入单位;没有项的,以款为输入单位;没有项和款的,以条为输入单位。由此,共形成了 1222 个关乎罚款责任的单位样本。

〔10〕 有罚款单位样本的上海市地方性法规,涉足城市建设、城市管理、资源环保、产业管理和市场经济等 17 个调整领域。本文关乎调整领域法规的作图仅选取罚款单位样本总数居前六或前七位的领域为绘图对象。

责任样本 818 个, 占有罚款样本的 66.9%。所倾向的前三个独用方式为数值数距式(511 个, 62.5%)、数值封顶式(141 个, 17.2%)和倍率数距式(74 个, 9.0%), 倍率封顶、概括、固定数值和固定倍率式依次排后。

第二, 不同届别的地方性法规与所独用的罚款数额设定方式之间呈现显著差异($P=0.000$), 独立使用的罚款数额设定方式的数量和品种并不类似。其中 9 届仅使用数值封顶式; 包括数值和倍率在内的数距式的独用率自 11 届(1998 年 2 月组成)起大幅上升, 达到近七成五(11 届)和近九成(12 届); 具有模糊特征的概括式日渐式微, 从 10 届的一成降至 12 届的 0.5%。(参见图 3)

第三, 不同领域的地方性法规与所独用的罚款数额设定方式之间具有明显相关性($P=0.000$), 选择的设定方式各有偏向。其中宏观经济和司法行政 2 领域独好数值数距式(100.0%), 城市管理 9 领域也倾向数值数距式, 城市建设青睐倍率数距式(近半数), 而公共秩序和军事 2 领域分别偏好数值封顶和倍率封顶式(各占近 75.0%)。此外, 概括式竟成为市场秩序、产业管理和民政福利 3 类法规的次偏好(占 1/4 至 1/3)(参见图 4)。

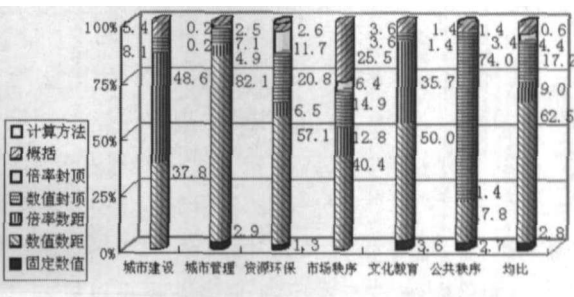
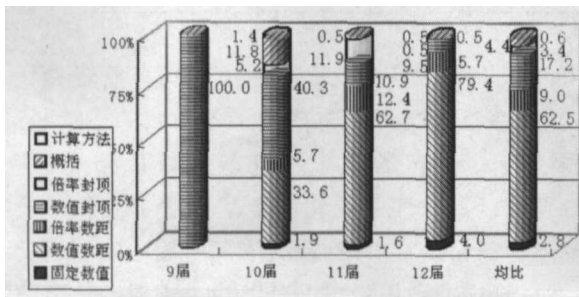


图 3 不同届别法规独用的罚款数额设定方法(%)

图 4 不同领域法规独用的罚款数额设定方法(%)

2. 罚款数额设定方式的并用

上海市地方性法规组合了 4 种并用型罚款数额设定方式, 设定罚款数额样本 24 个, 占有罚款样本的 2.0%。主要偏好的并用组合是“倍率数距 + 数值数距”(11 个, 45.8%)和“倍率数距 + 数值封顶”(10 个, 41.7%)。

合并使用两种罚款数额设定方式仅为城市建设、城市管理和资源环保 3 领域的上海地方立法所实践, 并且几乎是 12 届(2003 年 2 月组成)法规的“专利”。除 10 届仅在资源环保类法规中以“倍率数距 + 数值保底”并用式设定 1 例罚款样本之外, 12 届分别在城市建设类的 1 部法规和城市管理类的 2 部法规中创设了另外 3 种组合, 它们是: 近半数的“倍率数距 + 数值数距”(11 例)、逾四成的“倍率数距 + 数值封顶”(10 例)和约 4%的“数值数距 + 数值封顶”(1 例)。

3. 罚款数额设定方式的选用

数值数距或倍率数距是上海市地方性法规唯一使用的选用型罚款数额设定方式, 设定样本 19 个, 占有罚款样本的 1.6%。仅城市管理类法规采取此选用型的罚款数额设定方式, 分布于 11 届(1 个, 5.3%)和 12 届(18 个, 94.7%)。

4. 罚款数额设定方式的复用

第一, 因区分如期改正与否、违法所得有无以及其它违法情节轻重等 5 大类情形, 上海市地方性法规通过衔接数值封顶、倍率封顶、数值数距、倍率数距和固定数值等 5 种罚款数额设定方式, 形成了 41 种复用组合, 设定罚款责任样本 361 个, 占有罚款样本的 29.5%。

第二, 卡方检验表明, 自十届地方性法规复用组合罚款数额设定方式起, 每届法规与使用的复用类罚款设定方法间具有明显差异($P=0.000$)。表现为: 一方面, 各届法规对可能影响罚款数额多少的各类情形的关注程度不尽相同。尽管引起罚款数额设定方式复用的 5 大情形依次为“其它情节差异”、“区分单位与其责任人”、“违法主体(个人和单位)相异”、“有无违法所得”和“逾期未改正”, 但 10 届法规对“违法所得的有无”的关注胜于对“违法个人和单位的区分”, 10 届和 11 届法规将“逾期未改

正”作为决定罚款数额的要素;12届法规则非常重视“其它情节差异”而几乎视“有无违法所得”而不顾(参见表1)。另一方面,由此所产生的三届法规衔接的复用类罚款数额设定方式各不相同。就复用的种类而言,三届法规衔接的组合呈起伏状,分别为23、15和19种;就复用的内容而言,10届复用最多的是以数值封顶式和数值数距式对具有“其它情节差异”的违法者设定不同罚款,11届采用最多的是以数值数距式和倍率数距式对施行同一违法行为的单位及其责任人设定不同罚款,12届运用最多的则是针对具有“其它情节差异”的违法者以数个数值数距式设定不同罚款。

表1 不同届别法规设定复用类罚款方法的各类情形(次数/%)

	逾期未改正	区分个人和单位	区分单位与责任人	有无违法所得	其它情节差异	合计
10届	1(0.8)	13(10.2)	25(19.7)	16(12.6)	72(56.7)	127(100.0)
11届	1(1.0)	22(22.9)	29(30.2)	11(11.5)	33(34.4)	96(100.0)
12届	0	36(16.4)	67(30.6)	3(1.4)	113(51.6)	219(100.0)
计	2(0.5)	71(16.1)	121(27.4)	30(6.8)	218(49.3)	442(100.0)

第三,卡方检验显示,复用类罚款设定方法与其分布的12个调整领域地方性法规具有显著关联($P=0.000$)。表现为:(1)各类法规所注重的影响罚款数额多寡的情形基本描绘了各领域的违法“特色”。如劳动人事和社会福利2类法规仅在乎“情节差异”的区分;市场秩序、文化教育和卫生3类法规较“看重”有无违法所得,城市管理、宏观经济、文化教育和公共秩序4类相对重视违法个人和单位的责任区分;城市管理和公共秩序2类则强调逾期未改正的归罚要素。(2)各类法规所偏向的复用类罚款数额设定方式基本反映了各领域的制裁特点。如城市管理类采用最多的是以数个不同的数值数距对施行同一违法行为的个人和单位设定不同罚款,资源环保类复用最多的是以数值封顶和数值数距对“其它情节轻微、一般和严重”的违法者设定不同罚款,市场秩序类组合最多的是数值封顶和倍率数距以区别“有无违法所得”的罚款责任以及倍率数距和数值数距以区分“违法单位及其责任人”的罚款责任。

(二)对罚款数额设定方式及其组合使用的初步评估

1. 罚款是上海市地方法规最为器重的行政处罚手段。在1525个规定行政法律责任的单位样本中,占据81%的罚款(1222个)足以表明其在地方法律责任设定体系中的分量。

2. 罚款数额设定方式的使用与地方性法规的制定届别相关,但区别设定罚款的因素各届趋同。统计结果表明,上海市各届人大及其常委会都在积极探索更为妥当、包容性更大、执法成本有限的罚款数额设定方式,都在不同程度地考虑法规的调整领域对罚款设定方式的影响。如各届在同一调整领域中所选择的罚款设定形式差异较大,尤其是社会公共秩序类法规,0.000的卡方值凸显了届别对罚款设定方式的深深“烙印”(10届人大采用的独用类罚款设定形式占88.6%,而12届仅占18.0%;10届人大采用的复用类罚款设定形式占11.4%,而12届则多达82.0%)。当然,各届法规对导致罚款数额复用设计的各类归罚情形的考虑基本趋同,最为关注的两类因素均为“其它情节差异”和“单位与其责任人的区别”。

3. 罚款数额设定方式的单独使用大大多于组合使用。并用、选用和复用三类组合仅占1/3,而独用类罚款设定形式却独占鳌头。此现象在清晰表明上海市各届各领域的地方性法规比较重视罚款责任设计的简洁性和执法的便捷性的同时,也或多或少说明地方立法者在罚款数额设定方式的选择上存在着过于简单化的理念,对“违法主体差异”、“违法所得有无”、“如期改正与否”等各种归罚要件的分寸把握尚未非常“自主”和“老道”。如9届的资源环保类、10届的产业管理和文化教育类、11届的劳动人事保障和科技类以及12届的卫生和民政社会福利等类法规,都仅采用独用形式设定罚款,而没有就这些领域可能产生的“有”和“无”违法所得的违法行为予以多元分类。

4. 独用的数值式有回升之势而倍率式呈下降趋势。弹性和灵活性较强的倍率式并未持续“受

宠”,从10届上海市地方性法规的12.3%升至11届的24.3%再明显回落至12届的10.5%,而相对呆板、较难与违法的社会危害匹配的数值式却从10、11届法规的约75%大幅上升至12届的89.1%(参见表2)。此或许是立法者对执法的自由裁量加大控制的反映,或许因施以行政处罚的违法行为是否已导致实际损害或者是否存在用作计算罚款数额的基数(如项目合同金额、进货总价值、欠缴金额、污染物处理设施投资金额、挪用金额、违法所得金额等)的不同所致,或许也与数值和倍率两式的各自优劣以及适用性等立法技术客观规律尚未被全面把握相涉。

表2 罚款数额设定方法的独用在不同届别法规的分布(%)

	固定数值	数值数距	数值封顶	固定倍率	倍率数距	倍率封顶	概括	合计
8届	0	0	0	0	0	0	0	0
9届	0	0	12(100.0)	0	0	0	0	12(100.0)
10届	4(1.9)	71(33.6)	85(40.3)	3(1.4)	12(5.7)	11(5.2)	25(11.8)	211(100.0)
11届	3(1.6)	121(62.7)	21(10.9)	0	24(12.4)	23(11.9)	1(0.5)	193(100.0)
12届	16(4.0)	319(79.4)	23(5.7)	2(0.5)	38(9.5)	2(0.5)	2(0.5)	402(100.0)
计	23(2.8)	511(62.5)	141(17.2)	5(0.6)	74(9.0)	36(4.4)	28(3.4)	818(100.0)

P=0.000

5. 组合类罚款设定方式的使用比例渐趋上扬。上海市地方性法规中罚款责任的组合设定从9届的零使用率到12届的35.2%,大有后来居上之势。此情况说明,随着人大届别的推移和立法经验的积累,立法者已越来越关注到单一罚款数额设定方式所存在的缺陷,并逐渐有意识地在一些违法情形较为复杂的市场秩序、社会公共秩序、资源环保和城市管理等领域组合使用各种罚款数额设定方法,以实现各种方法的优势互补进而达到有效制止违法行为的目的。尽管12届立法者通过组合方式设定罚款的比例仅高于前任3-4个百分点(10届、11届分别为31%和32.1%),但对并用和选用的探索更为积极,该两种组合方式几乎皆被12届法规所囊括(95.8%,94.7%)。

6. 部分组合使用的罚款设定方法综合且放大各自优势,有些却可能诱发失之公平。前者如城市建设类法规使用的“倍率数距+数值封顶”之并用组合。其中倍率数距既能保证行政领域中对违法行为的惩罚以损害为基准,以制裁为目的,又能确保罚款数额因违法行为及其危害的非整齐划一性而在一定幅度内波动,数值封顶则能防止当涉及城市建设的损害基准较大,以既定倍率计算也可能失之公平的弊端。后者如《上海市城乡集市贸易食品卫生管理规定》第10条第1款针对“无”或“有”违法所得”所采用的“数值数距+倍率数距”之复用组合,规定“未按照规定取得《食品卫生许可证》在集市中生产经营食品的,……没收违法所得,并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得的,处以5百元以上3万元以下的罚款……”。在一般情况下,此组合的确能够帮助执法者凭借有无违法所得判断同一种违法行为的危害性大小,并由此施予罚款数额多寡不等的责任。但立法者并未意识到,在违法所得数额极低的情况下,依据倍率数距计算得出的罚款数额将大大低于数值数距所固定的罚款数额上限。换言之,此责任条款的实施完全可能背离过罚相当的原则。

7. 以复用形式设定罚款的比例几无变化,但复用的具体种类呈减少趋势。尽管10至12届各届采用复用形式设定罚款的比例在30%上下微幅变化,但各届所组合的复用种类在总体上呈减少趋势,分别为23、15和19种。此现象表明,历届立法者重视执法经验的总结和执法效果的反馈,对适合不同违法情形的罚款数额设定方式正在进行归类性的规律探索。

8. 概括性罚款设定方法几乎绝迹。随着法治发展以及行政执法正当性的提升,不仅各届上海市人大及其常委会制定的法规所采用的非概括类罚款设定方式大大多于过于模糊、无操作性的概括式,而且概括式至11届、12届已接近淘汰。

四、我国现行罚款数额设定方式及其组合使用的反思和完善

罚款数额的设定方式是罚款数额理性设计和准确表述的载体。多样化的罚款数额设定方式各有特定的功能,也各有其自身局限。因此,设定方式的恰当选择直接关乎罚款的制裁和纠正违法功效的有效发挥,并彰显社会正义、罚以当过、便捷可行、灵活运用以及适度裁量之间平衡的法律责任设定理念。

(一)充分尊重“社会正义、罚以当过、足以制裁、便捷可行、灵活运用以及适度裁量之间平衡”的设定规律,减少罚款数额设定方法选择上的届别等主观因素的影响。罚款设定中蕴涵的公平正义价值首先依赖于数额设定方式的科学选择。上海市地方性法规罚款数额设定方式现状显示,尽管各类法规对设定方式的偏好倾向受制于行政执法的实际经验,但各届人大组成人员的不同背景特质及其对法律责任的各自认知所形成的影响亦不亚于执法惯性。因此,立法者在设定罚款责任时应当更自觉地探寻并尊重罚款设定方式选择中的客观规律,围绕违法行为的应受惩罚程度、执法所需的自由裁量幅度以及每种罚款设定方式自身具有的倾向价值等三大决定性因素,在“社会正义、罚以当过、足以制裁”的规制目的和“便捷可行、灵活运用、适度裁量”的执行需求之间寻求平衡,并作出理性抉择。

(二)准确评估数值和倍率两大类方法的优劣,注重不同调整领域罚款数额设定方式的恰当选择。相对于倍率式而言,数值式罚款数额设定方式的明显优势是直观清晰,执行便捷,但刚性的数值也使其难以适应时空变化而易导致罚款责任的不合时宜。具体而言:

第一,固定数值式绝对限制了罚款数额的自由裁量权,但依循此式所确定的处罚结果难免僵硬,且割裂了违法行为的具体情节与罚款处罚轻重之间的关联。因此,过于机械乃至呆板的固定数值式一般应被淘汰,至少不宜在资源环保等违法利益受社会经济生活发展影响或对社会环境变化较为敏感的领域中适用。如《上海市节约能源条例》第43条规定:“在本市内环线以内新建燃煤锅炉的,由市节能监察中心责令停止兴建或者停止使用,并按锅炉的每蒸吨处以五千元罚款。”在“新建燃煤锅炉”的违法成本既定但由此所产生的违法利益完全可能增加的情况下,此责任条款的原有威慑力无疑将被大大削弱,惩罚和预防违法的功能将受到罚款数额设定方式选择不妥的负面影响。

第二,数值封顶式以封顶之举对罚款裁量权予以刚性限制,使得罚款数额不致畸高,从而保障行政相对人的权益,但由于此设定方式无罚款下限,单独使用在理论上极易导致司法和执法适用的巨大差异,难以戒断行政处罚责任追究上的疲软状态,因此,一般仅适合与其他设定方法的配套使用。如根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第71条第1款第2项“非法买卖、运输、携带、持有少量未经灭活的罂粟等毒品原植物种子或者幼苗的”,“处……拘留,可以并处3千元以下罚款”的规定,对同一违法行为并罚3千元有据可依,并罚3元亦属“合法”。

第三,数值保底式的优势是能有效防止罚款数额的不当偏小而导致处罚威慑的不足,但此方式因无最大罚款数额的限制而导致执法自由裁量权过大,因此,此罚款设定方式也不宜单独使用,只有在为有效避免因罚款特定基数较低且乘数倍率较小而产生不当执法差异的情形下与倍率式协同使用。如《上海市环境保护条例》第53条为确保对防治污染设施未经相关部门验收合格,竣工后的建设项目已投产或使用的违法行为施以恰当的罚款处罚,在规定“并处以建设项目总投资的1%以上10%以下的罚款”的同时,配之于“但不低于1万元”的“数值保底式”以防止罚款数额畸低。

第四,数值数距式的特点是罚款数额的相对确定,以致执法权限的严格控制和裁量权限的适度赋予之间具有一定程度的协调张力,因此,此设定方式通常适用于应受惩罚性相对较小(如社会公共秩序类)、不易找到用以度量损害数量的基点(如人大政权基层建设类)和违法成本或获利相对稳定不易受社会经济生活发展影响(如侨民宗类)等领域的罚款责任追究。当然,此设定方式在违法收益弹性巨大等违法社会危害性极不确定的情形下,最大和最小罚款数额的限定必将难以匹配罚款责任与违

法行为社会危害性的正相关性,因而,数值数距式也不能充分、彻底地满足罚款责任设定中的过罚相当。如根据国务院《劳动保障监察条例》第25条关于“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的”,“……并可以按照受侵害的劳动者每人100元以上500元以下的标准计算,处以罚款”的规定,若对短期或者长期强求劳动者超时劳动,对因超时劳动获得较少或者巨大违法收益的用人单位都依“每人100-500元”的标准处以罚款的话,无疑对其中部分违法者的惩罚不具有足够的威慑力,进而难以切实保障劳动者的休息权以致“过劳死”的频频发生。

相对于数值式而言,倍率式罚款数额设定方式是以违法行为所损害的利益(如漏缴养老金)或者所得到的利益(如违法所得)为基准,并根据违法行为的社会危害大小以及制裁该违法行为的目的设计出对应的倍率并进而确定具体的罚款数额,因此,此类设定方式不仅具有可感知、可计算的科学性,而且具有适度的弹性和较大的时空适应性,容易适应社会环境的变化。然而,除执法时必须计算不尽便利之外,若设定时不与数值式配合使用也可能出现制度性漏洞。^[11]具体而言:

第一,固定倍率式一般应被终止使用。这是因为其取数值式之短而避其他倍率式之长,对违法情节或后果与罚款数额之间的正相关度的确认相当有限。因此,立法实践中的使用频率极低,如上海市地方性法规仅独用此设定方式,设定罚款单位样本5例,仅占罚款样本总数的0.4%。

第二,倍率封顶式能杜绝罚款数额无限上升但却易导致执法不公。尤其在“10倍以下”等封顶倍率值较大时,不设罚款倍率下限的特点容易遭致对同一违法行为的可能最高罚款数额和最低罚款数额之间存在巨大差异。因此,尽管其使用范围较数值封顶式稍宽,但也多适用于违法的社会危害性较小或者用以计算罚款数额的损害基点值相对稳定的领域(如市容环卫、交通秩序)。

第三,倍率数距式的长处在于在违法的社会危害性大小不宜确定的情况下,能够以特定基数和倍率之乘积的计算方法反映罚款数额多少与违法行为社会危害性大小的正相关性,赋予执法者必要的灵活裁量权限。因此,此方式往往适用于应受惩罚性较大(如资源环保类)、存在用于度量损害数量的基点(如劳动社会保障类、市场秩序类)、违法成本或违法获利相对易变的调整领域(如城市建设类)。

(三)适当放宽罚款设定方式的组合,相对节制单一方式的使用。如前所述,任何一种罚款设定方式都有特定利弊,都非完美无缺,都有其有效发挥惩戒效能的特定场域,也必有其无能为力的一定盲区。如倍率式因其可感知、可计算的科学性以及较强的弹性和较大的时空适应性,所对应的应受罚款处罚的违法行为的覆盖面较宽。然而,除计算不便之外,当损害基准较小或者很大时,倍率式的罚款或使得威慑和制止违法行为的作用微乎其微,或由于罚款数额巨大而失之平衡乃至惩戒落空。

不仅如此,数种单一罚款设定方式的组合往往能够综合各自优势,以此所长补彼之短,甚至产生“1+1>2”的效应。如在以倍率数距式和数值数距式分别对有无违法所得者设定罚款责任的同时,配之以数值保底式以形成并用的组合罚款方式,就能确保以倍率数距确定的有违法所得的罚款数额不低于以数值数距确定的无违法所得的罚款数额,进而真正实现过罚相当。

因此,当同一违法行为之构成要素的具体差异(诸如违法主体的不同、违法所得的有无、如期改正与否)可能掣肘违法的社会危害的程度之时,当及时处罚有效扼制的需求强于违法成本的精确计算之时,当执法权力充分与当事人权益保护的平衡需要强化之时,单一的罚款设定方式常常失去(至少弱化)其惩罚的合理正当性,而诸种罚款设定方式的并用、选用或复用等组合却能彼此扬长避短,更好体现罚款制裁的规律,实现制裁效果的社会正当性。对组合模式的具体建议是:

[11] 许传玺先生主张摒弃固定不变的数值式罚款设定方式,代之以美国侵权法中的汉德公式来确定罚款的标准和具体数额,即以罚款所涉及的“预防有关损害发生所需要的费用”、“有关损害发生的概率”和“有关损害”的三个变量及其相互关系的基础上选择、确定应处以罚款的具体数额(参见许传玺:《行政处罚的确定标准:寻求一种新思路》,《中国法学》2003年第4期)。无疑,该主张的付诸实践将在一定程度和范围内提升罚款数额设定的规范化和合理性。然而,在罚款责任设计中无一例外地依循此种模式也并非科学。即便在美国,汉德公式迄今也尚未被系统地应用于侵权法之外的其他领域;更关键的是,面对极其复杂的应受行政处罚的违法行为,仅仅使用类似倍率式的罚款数额设定方法同样会导致制度性的缺漏。

1. 关于如期是否改正的罚款设定方式之模式。基于行政违法行为的性质和危害结果,搭配于如期改正与否的罚款通常有三种模式:其一,仅需设定责令改正或责令限期改正的前置纠错,只有当逾期不改正的,才处以罚款;其二,在责令改正或责令限期改正的同时并处罚款;其三,责令改正或责令限期改正并处罚款,并在逾期不改正的加重情节发生时,再加重罚款。在第三种模式中,“如期是否改正”实际上成为予以加重处罚的违法行为的构成要件。上海市地方性法规罚款责任设定的调查结果表明,立法者对“如期是否改正”的加重违法行为所采用了不同的罚款数额设定方式,从而产生了赋予或者不赋予行政执法者罚款裁量权的截然不同的立法效果。在《上海市外来流动人口管理条例》第39条中,对于“逾期不补办检查手续”而导致加重罚款的违法行为,立法者采用了罚款的“固定数值式”,规定“违反本条例第16条规定的,由卫生行政管理部门责令限期补办检查手续,并可以处……罚款;逾期不补办的,处以5百元罚款”,未赋予执法者对此加重处罚的违法行为行使罚款裁量权的任何余地。在《上海市内河航道管理条例》第43条中,对于逾期未清除障碍这一构成加重罚款责任的违法行为,立法者采用不同于前例的罚款数值数距式,赋予执法者对此加重违法行为行使有限罚款裁量权的余地,规定“违反本条例第29条第1款规定,发生沉船、物等影响通航条件的……由市航务管理处或者区县管理航道的部门处……罚款;逾期未清除障碍的,处5千元以上5万元以下罚款。”“逾期不补办检查手续”与“逾期未清除障碍”等“逾期不改”的情形都可被视为予以加重处罚的违法行为构成要件,因此,对这种类似加重情节的违法行为在设定罚款时,最好采用具有一定操作空间的数值数距式或者倍率数据式,以赋予行政执法者必要但有限的处罚裁量权。

2. 关于有无违法所得的罚款设定方式之模式。此类罚款的现有设定模式几乎不外乎复合型的“数值式(无违法所得)+倍率式(有违法所得)”,建议改为“复用+并用”的“数值数距(无违法所得)+倍率数距和数值保底(有违法所得)”,即“无违法所得的,处以罚款A-B元;有违法所得的,处以违法所得C-D倍的罚款,但不得低于A元”。在一般情况下,此模式的使用需注意:

第一,对无违法所得者以数值式设计罚款责任时,更宜选用数值数距式(即A-B)而不宜使用固定数值式(即A)或数值封顶式(即不超过B);

第二,对有违法所得者的罚款当以倍率数距(即C-D倍)为设计首选,倍率封顶(即不超过D倍)和固定倍率(即C倍)因不具备适度弹性而应尽可能少用,更不宜以数值封顶这一无计算基准的方式取而代之;

第三,对有违法所得者的罚款责任设计不要疏漏数值保底的并用,以扼制倍率式可能产生的罚款数额低于无违法所得者的怪相。当然,对浪费资源、破坏环保等损害基准较大的违法行为,以数值封顶取代数值保底更显理性和科学;

第四,对违法所得跨度较大的行为确定罚款数额时,应当注重分段设计,诸如“违法经营数额在1万元以上的,处违法经营额5倍以上10倍以下的罚款;违法经营额不足1万元的,处以1万元以上5万元以下的罚款”,类似规定貌似繁琐,但却凸现“过罚相当”和“足以威慑”的设计理念。

3. 关于区别违法个人和单位的罚款设定方式之模式。此类罚款的现有设定模式呈现多样性。我们建议对此类罚款的设定应当坚持现在的主流模式,即以两个不同的数值数距式分别规定违法个人和违法单位的罚款责任。至于现有的“数值封顶+数值封顶”、“固定数值+数值数距”和“数值封顶+数值数距”等方式,或因无罚款下限而缺失科学性或因罚款数额过于精确而难以完全照应违法行为,因此应当放弃这些方式。

4. 关于区别违法单位与责任人的罚款设定方式之模式。此类罚款的现有设定模式也多达十余种,但有的能达到立法者区别设定违法单位与其责任人各自承担相应行政违法责任的目的,有的却存在明显缺陷,难以实现上述目的。以上海市地方性法规设定罚款样本量最大的“数值数距/数值数距”或者“倍率数距/数值数距”的主要模式为例,两种复用型模式皆有各自独特的适用条件和场域。

其一,使用频率最高的“数值数距/数值数距”复用式(即针对违法单位设定数值数距式罚款,同时

针对违法单位责任人设定数值数距式罚款)主要分布于城市建设、城市管理、公共秩序、市场秩序、华侨民族宗教、宏观经济和军事等领域。如《上海市宗教事务条例》第55条规定“违反本条例,宗教事务部门……依法分别给予劝阻制止……没收违法建筑物、违法设施、违法宗教宣传品和违法所得,并可以对组织处以1千元以上5万元以下的罚款,对直接责任人处以50元以上5百元以下的罚款”。此类复用型组合模式能较好体现组织和责任人依照过罚相当原则各自承担相应行政罚款责任的立法理念,因此,在法人或其他组织违法行为的社会危害结果相对确定,并且罚款数额不需要随着违法行为的情节或危害后果成比例波动的情况下,立法者可以采用“数值数距/数值数距”复用模式来区别设定法人或者其他组织及其责任人不同的罚款责任。

其二,使用频率位居第二的是“倍率数距/数值数距”复用式(即针对违法单位设定倍率数距式罚款,同时针对该单位责任人设定“数值数距式”的罚款),主要分布于城市管理、资源环保、市场秩序和宏观经济等领域。但此复用组合的设计实际上存在着悖论。一方面,尽管数值数距式与倍率数距式对行政罚款裁量权都有一定的限制,但两者在赋予行政执法者裁量幅度的大小上是有差别的,数值数距式体现的裁量幅度既可能大于也可能小于倍率数距式,两者往往难以达到协调一致;另一方面,数值数距式与倍率数距式对同一违法行为设定的罚款数额上下限可能差异巨大,并且确定程度亦不同,数值数距式的上下限较为确定,赋予执法者在有限数值范围内行使裁量权,既确保了行政罚款执法中必要的灵活性,又防止了行政相对人过度承担罚款责任,但倍率数距式的上下限却相对不确定,有时难以限制行政裁量权的滥用。如《上海市产品质量监督条例》第29条采用了“倍率数距(违法单位)/数值数距(违法单位责任人)”的复用模式,规定“生产不符合保障人体健康和人身、……地方标准产品的,……没收违法生产的产品和销售收入,并处销售收入1倍以上5倍以下的罚款,……对责任人可以处1千元以上1万元以下的罚款。”此例中,数值数距式赋予的裁量幅度显然不同于倍率数距式,法人的罚款数额上下限倍率为5倍,而责任人却高达10倍,并且数值数距式的上下限较为确定,但倍率数距式的上下限却依赖于“销售收入”这一特定基数,以致罚款数额的上下限都可能极大或极小,在理论上存在着对法人实际罚款的最小数额甚至大大低于责任人罚款下限的可能。此现象既违背了法人和其责任人对违法行为承担行政违法责任的主次关系,又易导致对法人实际罚款的裁量权滥用。因此,有必要对此复用型组合罚款方式予以完善。在法人或其他组织的违法社会危害性相对不确定,并且罚款数额需要随着违法行为的情节或危害后果成比例波动的情况下,对法人及其责任人的违法行为分别设定罚款时可以采用“倍率数距/数值数距”的复用模式,但必须同时采用数值保底式对法人的具体罚款数额下限予以必要限制。如应当将《上海市产品质量监督条例》第29条修改为“生产不符合保障人体健康和人身、……产品的,……没收违法生产的产品和销售收入,并处销售收入1倍以上5倍以下的罚款,但不得低于1千元……对责任人可以处1千元以上1万元以下的罚款……”。

5. 关于区别其他情节轻重的罚款设定方式之模式。此类罚款的现有设定模式比较繁杂,但以不同的数值数距区别不同违法情节轻重者的罚款责任已成为主要模式。这种设计理当肯定,但需注意的是,避免在责任条款中仅区分违法情节“轻微”和“严重”而疏漏“一般”。以《上海市环境保护条例》第51条为例,该条规定,“违反本条例第28条第1款或者第2款……规定的,……并且可以按照下列规定处以罚款:(一)情节轻微的,处以1千元以下的罚款;(二)情节严重的,处以1千元以上1万元以下的罚款。”就逻辑而言,既然有违法情节“轻微”和“严重”的行为之分,理所当然存在情节“一般”的违法行为,然而,对“轻微”和“严重”的违法行为设定数额相连的罚款责任,显然在立法设计上放弃了对介于两者之间的情节“一般”的违法行为的责任追究。

6. 关于并用罚款设定方式适合的场合和领域。以上海市地方性法规所采用的四种并用罚款组合方式为分析对象,我们认为:

其一,“数值数距+数值封顶”并用的优点在于,立法者通过采用数值数距式赋予执法者在有限数值范围内行使灵活裁量权的同时,通过组合并用数值封顶式对行政执法者的裁量权再次予以限制,从

而避免执法的巨大差异,保障行政相对人的权益,使得行政罚款不致过度。此罚款组合方式适用于行为人主观恶性较小、社会危害性不大和违法行为容易纠正,并且仅采用数值数距式可能导致违法者承担过度罚款责任的场域。如《上海市城市道路桥梁管理条例》第48条第1款第2项规定,“违反本条例第29条……赔偿修复费,并且可以按照下列规定处以罚款:(二)超面积、超期限占用城市道路的,对超过部分处以每平方米每日20元至200元,但最高不超过2万元的罚款。”

其二,“倍率数距+数值保底”并用的优势在于,在倍率数距式赋予执法者必要而灵活的裁量权限的同时,以限定最低罚款数额的数值保底式有效防止因罚款特定基数过低尤其乘数倍率较小而导致的巨大执法差异和威慑力不足。因此,此组合方式较适合于特定基数可能极大也可能极小而乘数倍率不能设计太大,但不处以最低标准的罚款不足以对其进行威慑的罚款场合和领域中。如《上海市环境保护条例》第53条关于“违反本条例第29条第2款规定的,责令其停止生产或者使用,并处以建设项目总投资的1%以上10%以下的罚款,但不低于1万元”的规定。

其三,“倍率数距+数值封顶”并用的长处在于,倍率数距赋予执法者必要的灵活裁量权,而数值封顶能有效防止因罚款特定基数较大且乘数倍率不能较小而导致的执法巨大差异和违法者过度承担罚款责任。因此,此组合方式较适合于行为人主观恶性较小和社会危害性不大,但特定基数所指单位可能波动较大而乘数倍率不能设定太小,并且可能导致违法者由此承担过度罚款责任的场域。如《上海市城市道路桥梁管理条例》第48条第1款第3项关于“违反本条例第29条……赔偿修复费,并且可以按照下列规定处以罚款:(三)超面积、超期限挖掘城市道路的,对超过部分处以修复费1至3倍,但最高不超过2万元的罚款”的规定。

其四,“倍率数距+数值数距”并用的特点在于,倍率数距赋予了行政执法者必要的灵活裁量权,而数值数距能有效防止因罚款特定基数和乘数倍率同时较大或者同时过小而导致的执法巨大差异,从而能够最大限度地避免罚款数额设定的倚轻倚重,控制行政执法裁量权,并且较好贯彻过罚相当原则和比例原则,保障行政相对人的合法权益。因此,此组合方式适用面较宽,几乎所有需赋予执法者有限罚款裁量权的场域均可采用此并用组合,尤其适合于既需灵活照应复杂的违法后果又对罚款惩戒所应达到的最低和最大标准具有相对稳定可估性的场域。如《上海市建筑市场管理》第53条第1项规定,“违反本条例规定,有下列行为之一的,市建管办……或者没收违法所得,并可处以承发包合同价1%至3%的罚款,但最低不低于5千元,最高不超过20万元:(一)应当招标发包而未采用招标发包建设工程的”。

7. 关于选用型组合罚款设定方式之模式。“数值数距或者倍率数距”是上海市地方性法规制定实践中唯一采用的选用型罚款组合方式。如《上海市道路交通管理条例》第65条第1款第7项规定,“违反本条例第34条第1项规定的,没收违法所得……,可以并处200元以上2000元以下罚款或者违法所得1至3倍的罚款”。必须指出,此模式存在设计上的“基因缺陷”。首先,尽管数值数距式与倍率数距式对罚款裁量权都有一定限制,但二者所赋予的裁量幅度往往存在大小之别,难以达到协调一致,其中数值数距式所允许的裁量幅度既可能在倍率数距式附近波动也可能远远游离;其次,依据数值数距式确定的具体罚款数额恒定在既定的数距范围之内(如前例所确定的“200—2000元”)而完全无视倍率计算基数的大小(如前例所规定的违法所得额),而依照倍率数距式计算的具体罚款数额则必须听凭于“违法所得”等计算基数的多寡。换言之,以倍率数距式决断的罚款数额或许与以数值数距式确定的数额不相上下,但也完全可能与之相距甚远。因此,此选用型组合方式既不利于行政执法裁量权控制程度上的相谐性,也无法保障违法行政相对人受罚上的公正性,必须对该选用型罚款方式予以完善。建议在设定选用“数值数距或倍率数距”方式的同时,配置于“数值保底和封顶式”用以对其中循倍率数距式确定的最大和最小罚款数额予以合理限制。如可将前例《上海市道路交通管理条例》第65条第1款第7项修改为“违反本条例第34条第1项规定的,没收违法所得……可以并处200元以上2000元以下罚款或者违法所得1至3倍的罚款,但以违法所得计算的罚款不得低于200元

和高于 2 千元”。

(四)彻底杜绝概括式罚款设定方法,及时修改现行的此类罚款责任

尽管上海市人大及其常委会以概括式设定的罚款仅遗留于 9 部地方性法规的 28 个单位样本,但迟至 2003 年 4 月制定的《上海市市容环境卫生管理条例》仍在使用该方式。^[12]更值得注意的是,作为地方立法依据的法律中的罚款概括规定也并不罕见。如 1999 年 6 月 28 日通过的公益事业捐赠法第 29 条关于“挪用、侵占或者贪污捐赠款物的,……责令退还所用、所得款物,并处以罚款”以及 2002 年 10 月 28 日修订的文物保护法第 66 条第 2 款“刻划、涂污或者损坏文物尚不严重的,……给予警告,可以并处罚款”中的责任规定都只有罚款之“名”而无数额之“实”。至于修订于 2000 年 7 月 8 日的海关法在其“法律责任”章中共设定 8 个关乎罚款的责任条款,但无一例外均为概括规定。^[13]

概括式罚款责任的弊端显而易见。不仅因操作性差而难以适用,而且因缺失对行政裁量的必要限制而更易导致恣意罚款,威胁受处罚人的合法权益。因此,立法者必须坚决取缔无具体罚款数额或无法计算罚款数额的概括式罚款设定方式,不仅在今后立法中不保留其一席之地,而且宜通过人大决定或其他途径尽快地、一揽子地割除现行生效的法律、地方性法规中的概括式罚款样本,提升罚款责任条款的可操作性,更保证行政裁量的正当性。

Abstract: In the administrative punishment, the feasibility and workability of forfeit institution largely rely on the proper selection and scientific combination of the way of formulation to the forfeit amount. Each type of formulation has its advantages and disadvantages, while sole or combinational use of these types may either double the advantages or accrete the flaws. Through the case - study of the forfeit amount formulated in Shanghai local government regulations, we conclude that the future related legislations shall make proper selection of the way of formulation to forfeit amount in different fields, basing on the accurate evaluation of advantages and disadvantages of each type of formulation.

Keywords: administrative punishment, the way of formulation to forfeit amount, administrative legislation

[12] 该法第 28 条第 2 款规定:“违反前款规定的,由市容环卫监察组织责令改正,并处罚款。”

[13] 如该法第 84 条规定,“伪造、变造、买卖海关单证……尚不构成犯罪的……没收违法所得,并处罚款。”