

行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化

谭冰霖

内容提要:缺乏法理逻辑的指引,是立法中罚款设定欠科学的重要原因。行政处罚历经从危险消除到风险预防的模式变迁,其制度逻辑也由事后的消极制裁转向事前的积极威慑。罚款设定应当从一般威慑、特别威慑和威慑补充三个维度构筑周延的预防体系:在一般威慑维度,应基于社会危害概念界定罚款责任基准,通过执法概率将罚款数额“撬动”至最佳水平,并妥善处置与衡平正义之间的张力;在特别威慑维度,应将剥夺不法利益作为罚款的最低标准,并根据违法行为的边际变化调整罚款强度;在威慑补充维度,应统筹协调罚款与相关民、刑责任的竞合。

关键词:行政处罚 罚款 风险预防 法律威慑

谭冰霖,中南财经政法大学社会科学院副编审。

罚款是实践中运用最广的行政处罚种类,对执法影响重大。现行行政处罚法主要关注处罚的权限和程序控制,没有为罚款设定提供实体性的规范导引,这造成一些行政管理领域中罚款设定较为随意,并导致处罚过于宽松或严苛的问题。诸如:环保部门对化工厂超标排放废水的行为处以603元“奇葩”罚款,招致社会质疑;^[1]全国人大执法检查发现,《食品安全法》对个人实施的轻微违法行为设定罚款偏高,^[2]售卖一袋过期食品罚款5万之类的案例屡见不鲜;^[3]等等不一而足。

从理论上分析,导致罚款设定失灵的关键原因在于缺乏指导立法的核心逻辑。目前

-
- [1] 参见郟建荣:《“高邮环保局罚企业603元”续:环保组织欲提行政公益诉讼》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1447273,最近访问时间[2019-01-24]。
- [2] 参见张德江:《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国食品安全法〉实施情况的报告——2016年6月30日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2016-08/22/content_1995708.htm,最近访问时间[2019-01-24]。
- [3] 参见陈培培、谢作武:《6包过期方便面摆上货架 店家要面临5万元的罚款》, <http://cs.zjol.com.cn/system/2016/06/23/021199683.shtml>,最近访问时间[2019-01-24];王春:《售出一袋过期鸡柳挣了1.5元被罚5万元》,《成都商报》2017年1月11日第05版。

立法普遍采用“定额式”^[4]和“倍率式”^[5]两种数值方法设定罚款,这虽有助于提升罚款设定的明确性和可操作性,但只是一种内涵空洞的形式化技术,无法为罚款设定提供实体指引,从而难以克服“违法成本高于守法成本”“难以适应经济指数变化”“罚基体系不周延”等缺陷。^[6] 本文试图论证“威慑”作为行政处罚的目的逻辑,并从一般威慑、特别威慑和威慑补充三个维度构建罚款设定的理论框架。^[7]

一 威慑作为罚款之目的逻辑

“目的是整个法的创造者。”^[8] 罚款的设定原理应遵循行政处罚的目的逻辑,方能有效实现行政任务。

(一)“制裁”不是行政处罚的根本目的

传统观点认为,行政处罚“是一种以惩戒违法为目的具有制裁性的具体行政行为”^[9]。这也符合人们关于公法责任的思维惯性。但细辨之下,制裁既难以诠释行政处罚的设定标准,也非行政处罚的根本目的。

第一,制裁性作为一种处罚设定标准,意味着课予相对人某种“额外之不利效果”,^[10]“当事人必须为其违法行为付出比修复行为更多的‘代价’”。^[11] 但该逻辑不能自洽。首先,有些处罚责任并不具有额外不利效果。例如,《行政处罚法》第9条规定了“没收违法所得、没收非法财物”的处罚种类,但“违法所得并不是违法者的合法财产,没收的性质实质上具有追缴的性质,而非违法者因实施违法行为而付出的代价”,^[12] 不构成额外不利效果。其次,法律责任是由违反第一性法定义务(违法)招致的第二性法定义务。^[13] 但第二性的处罚责任与第一性的行政义务之间并不总是具有可比性。例如,对于偷税漏税、盗窃等侵犯财产利益的违法行为而言,其行政义务与罚款责任之间尚可等置;但对于酒驾、排污等公害类违法行为而言,其行政义务和罚款责任就难以比较。

第二,制裁作为一种制度目的源于刑法上的报应主义。但刑事犯罪与行政违法在

[4] “定额式”方法系以固定的金钱数额设定罚款上下限(A-B),如《治安管理处罚法》第46条规定,强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务的,处200元—500元的罚款。

[5] “倍率式”方法系以特定罚基乘以倍率系数设定罚款上下限(F×n),如《反垄断法》第47条规定对滥用市场支配地位的经营者处上一年度销售额1%—10%的罚款。

[6] 参见徐向华、郭清梅:《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》,《法学研究》2006年第6期,第91—92页;程雨燕:《环境罚款数额设定的立法研究》,《法商研究》2008年第1期,第123页。

[7] 目前已有一些文献从威慑角度探讨罚款设定,但要么是从特别法领域局部切入(如徐以祥、梁忠:《论环境罚款数额的确定》,《法学评论》2014年第6期;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》,《法律科学》2016年第4期),要么主要从技术方式层面切入(参见张红:《行政罚款设定方式研究》,《中国法学》2020年第5期)。本文主要从法理角度阐释罚款设定的威慑原理。

[8] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第233页。

[9] 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2016年第4版,第229页。

[10] 参见洪家殷著:《行政处罚论》,(我国台湾地区)五南图书出版股份有限公司2006年版,第11页。

[11] 参见胡建森:《“其他行政处罚”若干问题研究》,《法学研究》2005年第1期,第76页。

[12] 参见应松年著:《行政法学新论》,中国方正出版社2004年版,第261—262页。

[13] 参见张文显:《法律责任论纲》,《吉林大学社会科学学报》1991年第1期,第1—3页。

“质”和“量”上均有明显差异,将刑法上基于报应主义的制裁目的平移至行政处罚,并不妥当。刑事犯罪为正义观念所不容,在质上是一种具有较深度社会伦理非难性的“自体恶”,而且在量上具有高度的损害性与社会危险性;而行政违法主要属于秩序违反行为,在质上仅为具有较低社会伦理非难性的“禁止恶”,而且在量上并不具有重大的损害性与社会危险性。^[14]因此,通过国家暴力对罪犯施以报应,是刑罚的道德使命和内在目的,我国《刑法》第 1 条明确宣告刑法的立法目的之一是“惩罚犯罪”。而行政处罚主要定位于一种“加重的行政命令”,旨在对不遵守行政义务者提出警告以避免再犯,^[15]对违法者施加报应或谴责并不具有充分的正当性。

从现代行政的演进过程考察,行政处罚的真正目的在于,透过预防性的责任设计促进守法,以保障公共安全。

(二)从危险消除到风险预防:行政处罚威慑目的之生成

无论从稳定秩序或保护法益的角度,行政处罚的宗旨都可归结为保障公共安全。^[16]但随着社会环境的变迁,行政处罚的安全保障逻辑也历经嬗变。

在前工业化时期,对公共安全的主要威胁源于“扰乱公共秩序”“妨害公共安全”“侵犯人身权利、财产权利”“妨害社会管理”等违警意义上的常规危险。^[17]由于这类行为的后果相对确定和可控,且主要局限于侵害人与被害人、行政主体与相对人之间的社会关系,公权力动用行政处罚乃至刑罚方式对当事人加以责难的目的,主要是将受损的法秩序恢复到原初状态。这种逻辑在理论上被称为“危险消除”模式,由此实现的,是基于消极制裁的矫正性安全。但是,其必须立基于如下社会前提:“如果公共安全不能预防性地得到保护,那么也应该可以镇压式地(repressive)得到恢复。回到原初状态是基于以下认识,即业已形成的干扰至少在法律秩序可得恢复的范围内是可以逆转的”。^[18]

伴随着现代工业文明的高歌猛进,人类开始步入一个明显不同于以往的风险社会,^[19]食品药品、产品质量、生态环境等许多领域的违法行为已经超越传统的秩序违反范畴,其引发的公共风险不仅具有跨时空、跨地域扩散的强烈外部性,而且危害后果一旦出现就难以逆转。对此有学者将现代社会中的行政违法行为定位于对公共福祉造成的“过度风险”。^[20]在大量涌现的社会风险面前,传统模式的社会前提面临极大挑战:“保护自由的那些制裁性手段对于已经出现的损害只能提供并不充分的弥补,甚或根本提供不了

[14] 参见陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,《中国法学》1992 年第 4 期,第 26 页。

[15] 参见林山田著:《刑罚学》(第 2 版),(我国台湾地区)商务印书馆 1983 年版,第 109 页。《行政处罚法》第 6 条也规定:“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。”

[16] 《行政处罚法》第 1 条规定:“为了规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,根据宪法,制定本法。”

[17] 《治安管理处罚法》第 23—76 条的规定即是此类行政违法行为的典型。

[18] 参见[德]莱纳·沃尔夫:《风险法学的风险》,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社 2012 年版,第 86 页。

[19] 参见[德]乌尔里希·贝克著:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社 2018 年版,第 1—97 页。

[20] See Eithan Y. Kidron, Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice, Vol. 51 (2), *University of Michigan Journal of Law Reform*, 313—351 (2018).

任何弥补”。^[21] 基于此,行政处罚必须转向积极的威慑主义,“确立罚则的根本目标并非制裁或谴责本身,而在于通过制裁的威慑,阻吓违法并促使行为人遵从法律”,^[22] 以提前防控风险。由此实现的,是基于积极预防的系统性安全。

当然,这并不意味着传统行政处罚毫无预防性,只是在经典框架中,处罚系通过个案制裁来排除违法侵害,缺乏有意识地、体系化地政策设计。所谓预防只是从制裁措施中衍生出的附带心理效应,而非独立的法律策略。^[23]

(三) 威慑体系的三重维度

法律意义上的威慑概念源于古典犯罪学思想。作为一种预防机制,威慑很大程度上是反应性的(reactive),重点是通过界定或查处已经发生的违法行为来抑制再犯,^[24] 而不像行政许可、行政强制那样对风险进行事前的过滤或禁止。为了系统而周延地预防公共风险,行政处罚的威慑逻辑应从三个维度展开。

1. 一般威慑

一般威慑可以追溯到古典犯罪学上的消极一般预防论,主张“借助于刑罚威慑的警告作用预防公民犯罪”。^[25] 基于现代社会风险的特质,法经济学对消极一般预防论进行了创造性发展,提出了一般威慑理论。一般威慑旨在从宏观上进行责任配置,界定对个体行为人的处罚如何对其他不特定行为人形成警戒,^[26] 以实现“杀鸡儆猴”的普遍预防效果。一般威慑取决于两个因素:(1)行为危害。即行政处罚的设定能否正确反映违法行为的社会危害,从而通过外部成本内部化来激励社会成员普遍守法。^[27] (2)执法概率。由于信息不对称和行政资源的有限性,执法者仅能实际查处违法行为中的一部分,^[28] 从而留下大量逸脱处罚的违法暗数。^[29] 为了弥补违法暗数造成的执法赤字,罚款设定还应

[21] 参见[德]迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,载刘刚编译《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第125页。

[22] 参见汤洁茵:《避税行为可罚性之探究》,《法学研究》2019年第3期,第122页。

[23] 参见[德]迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,载刘刚编译《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第111-112页。

[24] See David Markell, “Slack” in the Administrative State and its Implications for Governance: The Issue of Accountability, Vol. 84 (1), *Oregon Law Review*, 53 (2005).

[25] 参见[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,第25页。

[26] See Robert L. Glicksman & Dietrich H. Earnhart, Depiction of the Regulator-Regulated Entity Relationship in the Chemical Industry: Deterrence-Based vs. Cooperative Enforcement, Vol. 31 (3), *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 603-615 (2007); David Markell, “Slack” in the Administrative State and its Implications for Governance: The Issue of Accountability, Vol. 84 (1), *Oregon Law Review*, 51-57 (2005).

[27] See Daniel P. Selmi, Enforcing Environmental Laws: A Look at the State Civil Penalty Statutes, Vol. 19 (4), *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1297-1298 (1986).

[28] 例如,全国人大常委会执法检查组关于检查《食品安全法》实施情况的报告指出,全国食品生产经营行业有许可证的企业共1185万家,另外还存在众多小作坊、小摊贩、小餐饮,企业多、小、散、乱等问题较为突出,监管难度很大,但基层监管执法能力薄弱、食品检验检测能力不足。参见张德江:《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国食品安全法〉实施情况的报告——2016年6月30日在第十二届全国人民代表大会常务委员第二十一次会议上》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2016-08/22/content_1995708.htm,最近访问时间[2019-10-24]。

[29] 例如,有学者估测,酒后驾车的查处概率只有3%左右,个人纳税申报的审计率为1.7%左右。See A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell S., *Handbook of Law and Economics*, North Holland Press, 2007, p. 421.

考虑执法概率的因素。由此,理想的一般威慑水平大致等于违法行为“行为危害”与“执法概率”之商数。

2. 特别威慑

特别威慑是威慑体系中最为古典的一项内容,主要着眼于微观层面的责任配置。它从个案正义出发,按照个人人格标准,使行为人对自己将要实施的违法行为的法律后果有所预见或对已经实施的违法行为付出代价,从而慑于处罚而放弃违法动机。^[30]

3. 威慑补充

威慑补充是指不同法律责任体系之间的相互补充。^[31] 一般威慑和特别威慑主要从行政法内部视角考察罚款的威慑效应,但从法经济学的“需求定理”观之,行政法之外的民事赔偿和刑事罚金等责任方式,除了与罚款有量的差异外,并无本质区别。三者都是通过财产责任的设置来预防违法行为的社会风险。故在威慑意义上,违法行为的“价格”可以加总处理。在此框架下,立法者可以通过调整法律责任的财产数额来改变行为人的需求结构,从而将违法行为的风险总量控制在一个最优水平。^[32] 随着现代社会行政责任与民、刑责任的交错日益深入,罚款设定须超越部门法视角,统筹考虑民、刑事责任对同类违法行为的威慑补充,以促进社会福利最大化。

二 一般威慑与罚款设定

一般威慑的逻辑是,根据违法行为的社会危害确定罚款责任基准,在此基础上以执法概率作为“杠杆”,将罚款数额撬动至最佳威慑水平。这一机理在法经济学上被提炼为“倍数原则”(multiplier principle),^[33]用公式表达即为: $f * (h) = h/p$ 。其中 $f * (h)$ 代表最佳罚款, h 代表社会危害, p 代表执法概率。^[34] 当威慑目标既定时,社会危害与执法概率之间具有此消彼长、相互替代的动态均衡关系。^[35]

(一) 作为罚款责任基准的“危害”

公法上的危害概念一般被理解对法益的侵害。法益侵害既包括法益被侵犯的实际损害结果,也包括对法益造成的危害风险。^[36] 由此,可以推导出“盖然危害”和“实际危害”两类危害范畴,二者构成罚款设定的责任基础,遵循不同的界定规则。

[30] 参见陈清秀著:《行政罚法》,法律出版社2016年版,第7页;韩轶:《刑罚预防新论》,《法律科学》2004年第5期,第68页。

[31] 参见戴昕:《威慑补充与“赔偿减刑”》,《中国社会科学》2010年第3期,第131页。

[32] 参见宋亚辉:《风险控制的部门法思路及其超越》,《中国社会科学》2017年第10期,第150页。

[33] See Richard Craswell, Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives, Vol. 97 (7), *Michigan Law Review*, 2186 (1999).

[34] See A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines, Vol. 35 (1), *Journal of Law & Economics*, 137 (1992).

[35] 参见陈屹立、陈刚:《威慑效应的理论与实证研究:过去、现在与未来》,《制度经济学研究》2009年第3期,第173页。

[36] 参见张明楷:《新刑法与法益侵害说》,《法学研究》2000年第1期,第19页。

1. 盖然危害

一般情况下,应受行政处罚行为的成立并不以实际危害结果的实际发生为必备条件。^[37]但这并不意味着行政违法行为没有危害结果,只是这种结果一般体现为盖然危害的形式,未必在法条中明示。罚款之所以要将盖然危害作为责任基准,是因为“相对于实际的危害结果而言,可能的危害结果虽然并没有发生,但在没有国家公权力介入的情况下,其必将会向实际的危害结果转化”。^[38]

盖然危害是对“行为—结果”因果关系的法律推定。实证法上,大多数行政违法行为的结果都以盖然危害的形态出现,主要包括:(1)科学因果关系型危害。即某行为虽未直接造成事实上的危害结果,但基于科学推断,其在一定条件下必然转化为实际危害结果。例如,《土壤污染防治法》第87条规定,向农用地排放重金属或者其他有毒有害物质含量超标的污水、污泥,以及可能造成土壤污染的清淤底泥、尾矿、矿渣等的,处10—50万元的罚款。这里“可能造成土壤污染”即属于基于科学因果关系的盖然危害,因为环境标准是对环境风险临界值的科学界定,一旦超过就可能造成污染。(2)发散因果关系型危害。即某一行政违法行为不直接对个体造成损害,而是发散性地对某一领域不特定人员造成系统性损害,对此“不能通过以当事人之间地位的对等性和立场的可互换性为前提的民法予以救济”,^[39]只能透过罚款将其社会成本内部化。例如,垄断行为虽然不直接针对个体消费者,但会通过限制竞争或剥夺消费者的选择权使市场价格上涨,从而间接损害不特定消费者权益。^[40](3)秩序违反型盖然危害。行政管理秩序的实质是社会关系的规范性预期,违反即可能对其他社会成员的自由造成妨碍,并增加公共治理成本。例如,驾驶人违反交通规则的行为之所以应受行政处罚,乃因其侵犯他人的通行自由,并可能造成交通拥堵。在罚款设定中,作为处罚的责任基准,立法一般通过定额式或倍率式的设定方法拟制盖然危害的损失数额。

第一,如果使用定额式罚款,责任公式应当为“损害后果×发生概率”。但是,实践中违法行为的类型及其危害的范围、程度往往有很强的异质性,想要精确评估危害结果发生的平均概率及损失数额,应用科学方法作出评估。对于科学因果关系型危害的评估,应当通过相关专业领域的专家论证和数学建模得出数值结论;对于发散因果关系型危害,应充分采集市场数据或赔偿金额作为支撑;对于秩序违反型盖然危害,应当考虑为之付出的行政治理成本因素。

第二,倍率式方法一般通过“违法所得”“货值金额”“销售额”“被破坏前平均产值”^[41]等罚基作为中介,以之乘以相应的倍率系数来确定罚款数额,用公式表示即为:“罚基×倍率”。相对于定额式方法,倍率式方法更能反映罚款数额与盖然危害的相关性,评估的技术难度和制度成本也较低,适合广泛应用于科学因果关系型和发散型因果关系危

[37] 参见汪永清主编:《行政处罚法适用手册》,方正出版社1996年版,第126页。

[38] 参见熊樟林:《行政违法真的不需要危害结果吗?》,《行政法学研究》2017年第3期,第40页。

[39] 参见[韩]权五乘著:《韩国经济法》,崔吉子译,北京大学出版社2009年版,第295页。

[40] 参见陈云良:《反垄断民事诉讼:消费者遭受垄断损害的救济之路》,《现代法学》2018年第5期,第131页。

[41] 如《消费者权益保护法》第56条、《食品安全法》第125条、《反垄断法》第46条、《草原法》第65条。

害。但在设定罚款时,罚基和倍率的选择应当与法益之间保持合理联结,以确保这种化繁为简的做法不会遮蔽法益保护的威慑目的。这要求:(1)罚基选取应充分反映违法行为的法益侵害性。例如,就《消费者权益保护法》第 56 条使用的“违法所得”和《食品安全法》第 125 条使用的“货值金额”而言,显然后者更能反映生产经营不合格产品之违法行为的法益侵害程度,而前者则与法益侵害无必然联系。这是因为,“违法所得”反映的是扣除行为人违法生产经营成本之后的实际利润,所得多寡并不能完全反映违法行为产生的负外部性,只要生产经营不合格产品,即便违法所得很少或没有违法所得,也会给消费者权益造成损害或威胁。我们可以说违法所得数额越多法益侵害越大,但不能反过来得出违法所得数额越少法益侵害越小的结论。相比之下,货值金额与不合格产品的法益侵害之间具有更加密切的联结:货值金额越大意味着不合格产品的市场流通量越大,盖然损害的波及范围和发生概率也就越大。(2)倍率设置要科学区分盖然危害的风险性格及法益位阶。“权益的公共性越强,发挥影响者的数量越多,涉及该权益的行为可能性选择面越广,那么该权益所面临的风险就越高。”^[42]尤其是针对科学因果关系型危害,应根据违法行为所处风险领域或程度的差异,对倍率幅度作出合理区隔。例如,《药品管理法》第 73 条和《疫苗管理法》第 80 条皆针对生产、销售假药的违法行为,二者使用同样的罚基,为何倍率系数却相去甚远?原因就在于这两类假药违法行为的风险性格存在差异。首先,普通药品仅用于特定患者,而疫苗则用于所有免疫规划人群、影响范围极广,后者法益保护的优先性明显高于前者。其次,风险不仅是客观的社会存在,还具有强烈的主观建构性。经过“长春长生疫苗事件”的发酵,公众对疫苗安全已经产生强烈的风险焦虑,立法须借助高倍率的重罚来回应人民关切。

2. 实际危害

在晚近的发展中,为了强化行政处罚的法益保护及一般威慑功能,部分行政处罚开始将危害结果引入罚款的构成要件之中,并通过“损失”概念予以具体化。典型之一是《海洋环境保护法》第 90 条,该条第 2 款规定对造成一般或者较大海洋环境污染事故的,按直接损失金额的 20% 定罚。但对于如何识别和界定损失,立法并未明示。理论上,可从两个层面认定损失:

第一,认定范围。损失的识别应当遵循法益理论,根据罚则的法益保护目的来界定违法行为造成的损失,既不能局限于单一的财产利益,也不宜将损失范围泛化。例如,根据《海洋环境保护法》第 1 条关于“保护海洋资源,防治污染损害,维护生态平衡,保障人体健康,促进经济和社会的可持续发展”的立法目的,《海上船舶污染事故调查处理规定》第 38 条第 2 款将海洋环境污染事故直接损失的范围界定为“为防止或者减轻船舶污染损害采取预防措施所发生的费用”“船舶污染事故造成该船舶之外的财产损害”“对受污染的环境已采取或将要采取合理恢复措施的费用”,还有学者进一步提出人体健康损失(疾

[42] 参见[德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,载刘刚编译《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社 2012 年版,第 89 页。

病、伤残、死亡或精神状态的不利改变等)、自然资源损失(生物资源、矿产资源等)。^[43]如此界定的优点在于彰显了立法者对损害的价值判断,能周延反映法规范的利益保护范围,以及基于法益合理限缩损失边界。

第二,评估方法。损失评估应当遵循法定方法,以排除不相关考虑和保障威慑效率,这也是处罚明确性原则的基本要求。与一事一议的民事损害赔偿不同,“行政的优势就在于按照事前制定的统一且相对具体的标准,大规模、低成本地适用于一些典型案件”。^[44]为此,罚款的损失认定应当在立法中事先设定相关的技术标准,或者借助引致条款和空白要件为标准提供入法通道。

落实到立法规定上,基于实际危害的罚款设定应遵循两条基本规则:(1)罚款设定应当以损失数额作为责任基准,以保证危害与罚款之间的合理关联。例如,《土地管理法》第75条虽引入了“违法占用耕地破坏种植条件或因开发土地造成土地荒漠化、盐渍化”等实际危害概念,但仅规定“可以并处罚款”还过于笼统,须进一步将“损失”作为罚基加以规定。(2)罚款设定的下限不应低于损害数额,这是一般威慑的最低标准。就此而论,《海洋环境保护法》第90条第2款按照直接损失的20%计算罚款可能威慑不足。

(二) 执法概率对罚款设定的影响

1. 作为威慑杠杆的执法概率

执法概率对罚款设定具有杠杆效应,鉴于执法概率在绝大多数情况下都低于100%,罚款应在一定程度上超过违法行为的危害,方能达成合理的威慑水平。有研究发现,设定较高的罚款额度可以使违法率降低2/3左右。^[45]例如,同样针对环境损害,《水污染防治法》第94条规定按照事故直接损失的20%(一般或较大事故)或30%(重大或者特大事故)计算罚款;《大气污染防治法》第122条规定按照事故直接损失的1—3倍(一般或较大事故)或1—5倍(重大或者特大事故)计算罚款。从执法概率上讲,后者显然更符合一般威慑原理。

2. 作为规范评价要素的执法概率

在特定情境下,执法概率还可作为一项独立的规范评价要素在罚款设定中发挥作用,这具体包括为客观和主观两个维度。

第一,客观维度。尽管精确估测违法行为的执法概率几无可能,但并不妨碍我们从社会学角度区分“静态”与“动态”两类违法行为,二者在查处概率上具有客观区别。^[46]静态违法行为,是指违法行为的举动或结果会以物理形态凝固,具有较强的可观察性和可验证性,如便利店出售过期食品的行为,执法者可以通过定期抽查发现违法行为并固定证据;动态违法行为,是指违法行为的举动或结果不会以物理形态凝固,而是随着行为的结束而消灭,可观察性和可验证性较弱,如非法从事道路运输经营的行为,其营运活动常处

[43] 参见刘伟峰等:《海洋环境污染损害中直接损失的识别及评估指标体系的构建》,《海洋环境科学》2019年第1期,第120-128页。

[44] 参见赵鹏:《惩罚性赔偿的行政法反思》,《法学研究》2019年第1期,第49页。

[45] 参见高秦伟:《论食品安全规制和最佳威慑的实现》,《行政法学研究》2016年第6期,第7页。

[46] 参见黄镛:《执法过程中陷阱取证的异化问题研究——社科法学视角的再思考》,《法学》2015年第7期,第55页。

于流窜状态且交易不留痕迹,违法信息难以凝成可复现的证据形态。就一般规律而言,对于执法概率较高的静态违法行为,在危害基准上设定相对较低的罚款数额即可实现一般威慑;反之,对于执法概率偏低的动态违法行为,则应考虑在危害基准上设定更高的罚款数额。

第二,主观维度。影响执法概率的主观要素主要包括违法者自首或逃避监管的主观动机,罚款设定中应对其独立评价:(1)自首能够提升执法概率,从一般威慑的角度,应在处罚强度上给予宽宥。《行政处罚法》第 32 条规定对配合行政机关查处违法行为有立功表现的应当依法从轻或者减轻行政处罚,即是此种理念的体现。(2)与自首相反,逃避监管的行为将造成执法概率的大幅降低,故应提高处罚强度作为回应。这在规范上可概括为两种类型:其一,专门回应,即把“逃避监管”行为本身作为行政处罚构成要件。如《食品安全法》第 128 条规定对隐匿、伪造、毁灭食品安全事故有关证据的生产经营者,处 10—50 万元罚款。其二,附加回应,即在原本该当的罚款之外,对“通过逃避监管方式实施违法行为”给予额外的行政处罚。这种额外处罚,既可以作为一种法定的加重情节在罚则中一并规定,^[47]也可并处其他严于罚款的处罚种类。^[48]

(三)一般威慑的衡平

一般威慑若运用得当,不仅能使个体免受不法侵扰,也有助于从整体上减少风险发生、增进社会福利。但在追逐前瞻性预防效果的过程中,威慑驱动下的罚款设定愈发广泛地逃脱衡平正义的束缚,并对人权保障和个案公正造成冲击,应予恰当调适。这涉及构成要件和法律效果两个层面。

1. 构成要件之衡平

为了提高威慑效率,行政处罚构成要件几乎不考虑当事人的主观状态,只要其客观上具有违反规范的行为即可处罚。但根据责任主义,主观上的自我意志性和可非难性是法律课责的必备要件。^[49] 在比较法上,《德国违反秩序法》第 1 条明确将该当性、违法性和有责性列为应受行政处罚行为的必备构成要件。我国 2021 年修订的《行政处罚法》虽未把主观过错写入应受行政处罚行为的一般构成要件,但在第 33 条第 2 款中允许当事人反证没有主观过错而不予处罚。从兼顾一般威慑考虑,我国《行政处罚法》采取的折衷模式不失为一种较稳妥的策略。

2. 法律效果之衡平

首先,罚款设定中普遍使用盖然危害作为责任基准,对某类违法行为的平均损失作整体评估,在个案中不可避免造成罚款显著超过行为危害或不法利益的不公结果。例如,《食品安全法》第 124 条规定生产经营过期食品的最低罚款为 5 万元,但仅因出售几袋过期方便面即对个体户处以高额罚款,则有违个案正义。其次,“惩罚在任何情况下,必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。因为一个人绝对不应该仅仅作为一种手

[47] 参见《海关行政处罚实施条例》第 9 条第 2 款。

[48] 参见《环境保护法》第 63 条第 3 项。

[49] 参见熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,《比较法研究》2020 年第 3 期,第 142 - 159 页。

段去达到他人的目的,也不能与物权的对象混淆”。^[50]但在执法概率的杠杆作用下,违法行为人须在一定程度上“代人受过”才能抵消宏观层面的违法暗数,这与责任自负原则有所抵牾。^[51]

对此,在确保一般罚款设定威慑的前提下,须补充相应的衡平规则:(1)适当区分单位与个人。无论从行为能力、危害规模还是财产状况上看,个人与单位皆不可同日而语,为避免威慑过度,在同一违法行为的大额罚款中,应当对单位和个人作区分设定。^[52](2)完善减轻处罚规则。除了《行政处罚法》第32条规定的情形外,还应考虑纳入其他减轻处罚情节。例如,将行为人的经济状况增列为减轻处罚的一项次级裁量情节。在这方面,《德国违反秩序法》第17条第3项规定“行为人的经济状况也应当予以考虑;但是,对于轻微违反秩序行为,一般不考虑经济状况”,^[53]值得借鉴。

三 特别威慑与罚款设定

罚款设定中特别威慑的实现包括两个层次:其一,不法利益剥夺。在违法有利可图的情况,罚款设定须足以剥夺行为人从违法行为中获取之利益,才能使其无利可图而放弃违法;其二,边际威慑。在给定违法情境中,根据违法行为的类型和量度拉开罚款级差,引导违法者选择危害相对较小的实行行为。二者从“事前抑止”和“事中减损”两个层面搭建了一套个别化的微观威慑架构。

(一)不法利益剥夺

“行政罚款要实现威慑的功能,必须首先做到让违法者不能从违法行为中获益”,^[54]在违法行为涉及经济利益时,应将剥夺不法利益作为罚款设定的最低标准和组成内容。行政处罚上的不法利益剥夺系指“在本案行政法律关系内,对相对人违法行为的对价或基于违法行为产生的直接财产利益予以追缴”。^[55]理论上,不法利益涵盖“积极利益”和“消极利益”两个方面。^[56]所谓“积极利益”,是指行为人违反行政法上的限制性或禁止性义务,并由此获得的经济收益;所谓“消极利益”,是指以消极不作为的方式违反行政法上的作为性义务,并由此节省的经济开支。

1. 积极不法利益的计算

对积极利益的计算,实践中存在“净额原则”与“总额原则”的方法论分歧。按照净额原则,不法利益应等于违法所得扣除有关成本或支出;反之,总额原则以违法行为的毛收

[50] 参见[德]康德著:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第164页。

[51] 参见陈清秀著:《行政处罚法》,法律出版社2016年版,第76页。

[52] 例如,《固体废物污染环境防治法》第74条第2款规定:“单位有前款第一项、第三项、第五项行为之一的,处五千元以上五万元以下的罚款;有前款第二项、第四项行为之一的,处一万元以上十万元以下的罚款。个人有前款第一项、第五项行为之一的,处二百元以下的罚款”。

[53] 《德国违反秩序法》,郑冲译,《行政法学研究》1995年第1期,第89页。

[54] 参见苏苗罕:《美国联邦政府监管中的行政处罚款制度研究》,《环球法律评论》2012年第3期,第108页。

[55] 参见谭冰霖:《环境行政处罚规制功能之补强》,《法学研究》2018年第4期,第157页。

[56] 参见刘如慧:《行政处罚法剥夺不法利益制度之比较法研究》,《兴大法学》2017年第22期,第25-26页。

入作为不法利益,不再扣除其他成本或支出。两种方法各有得失。^[57] 净额原则有助于保持处罚的谦抑性和过罚相当,缺点在于威慑效率不高且计算过程较为繁杂;总额原则威慑效率更高且计算相对简捷,但“恐过于严格,违反比例原则”。^[58] 作为改进,德国 2017 年《刑法财产剥夺改革方案》提出的“相对总额原则”扬弃了“一刀切”做法,值得行政处罚款借鉴。其精巧之处在于,通过法教义学的切割,在威慑效率与比例原则之间达成一定的平衡。具体而言,相对总额原则采取“两阶段”作业:^[59]

第一阶段,先以“纯粹对标的物的观察方法”确定不法利益的“总额”。在此阶段,行为人实施违法行为过程中的任何阶段取得的直接或间接的财产利益,都是违法所得。而且,违法行为与不法利益之间只需具有因果关系即可,不要求直接的关联性,具有“准不当得利”的性质。由此,无论是“实施违法行为”而获取的对价/报酬或“产自违法行为”的利润/利益,都属于违法所得。该判断方法的核心在于“沾染不法的范围”,亦即,若交易本身就是法所禁止的行为,则不法利益及于全部所得;反之,若交易本身并非法所禁止,则不法利益仅及于不法取得方式所产生的利益。^[60] 例如,某医疗机构超出核准登记科目开展诊疗活动的,其不法利益总额应仅限于超出科目所获的诊疗收入;若医疗机构未取得医疗机构执业许可证擅自执业的,则其营业期间全部收入都应归入“总额”。

第二阶段,从“净额”意义上判断整体财产利益的扣除范围,这又包括两个步骤:首先,依据“出于不法原因给付不得请求返还”之不当得利法理,违法行为的直接成本禁止扣除。^[61] 例如,某医疗机构从事非法营业活动而专门购买医疗器械的费用,不应扣除。其次,有资格扣除的支出,必须与取得财产利益的违法行为之间排除“时间和事物关联性”。排除时间关联者如,某医疗机构在非法营业之前装修办公场所而支付的建筑、施工费用,因违法行为彼时尚未实施而得以排除;排除事物关联者如,该医疗机构营业期间支付的员工工资、场地租金等常规性支出,与是否实施违法行为无必然联系,可予扣除。

2. 消极不法利益的计算

我国现行法一般将不法利益剥夺表述为“没收违法所得”,这意味着消极利益不在其射程范围内,应予增补。计算消极利益的前提是明确行政法义务的内容。在规制理论上,行政法对相对人的义务要求可以分为“技术标准规制”“绩效标准规制”和“管理标准规制”三类。^[62] 由此,可将违法行为的消极利益提炼为:(1)怠于履行技术标准规制义务的违法行为,其对应的消极利益是购置或运行合规技术、工艺或设备的经济费用。如《环境保护法》第 59 条规定的“防治污染设施的运行成本”即属此种消极利益;(2)怠于履行绩

[57] 笔者曾在研究环境行政处罚时主张采取总额原则(参见谭冰霖:《环境行政处罚规制功能之补强》,《法学研究》2018 年第 4 期,第 158 页)。站在行政处罚的一般立场上,本文改持“相对总额原则”。

[58] 参见刘如慧:《行政处罚剥夺不法利得制度之比较法研究》,(我国台湾地区)《兴大法学》2017 年第 22 期,第 25 页。

[59] 参见王士帆:《二〇一七年德国犯罪所得没收新法——刑法基础规定综览》,(我国台湾地区)《政大法学评论》2018 年第 153 期,第 94-95 页。

[60] 参见林钰雄:《相对总额原则/两阶段计算法(上)》,(我国台湾地区)《月旦法学教室》2019 年第 197 期,第 61-62 页。

[61] 参见林钰雄:《相对总额原则/两阶段计算法(上)》,(我国台湾地区)《月旦法学教室》2019 年第 197 期,第 63 页。

[62] See Cary Coglianese, David Lazer, Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goal, Vol. 37 (4), *Law & Society Review*, 691-692 (2003).

效标准规制义务的违法行为,其对应的消极利益是未达标绩效的社会经济价值。如超过总量控制指标排放污水的违法行为,其消极利益可以界定为超标排放部分的污水处理(治理)费用;(3)怠于履行管理标准规制义务的违法行为,其对应的消极利益是建立和实施有关内部管理制度的合规成本。

(二) 边际威慑

边际威慑由经济学家乔治·J. 斯蒂格勒提出,主张根据违法行为危害的大小给予不同严厉程度的处罚,从而使违法行为的预期处罚反映其社会成本。^[63] 其逻辑是给行为人提供一张“轻犯轻罚、重犯重罚”的“价目表”,如果不同处罚之间的“价格”差距符合预期,那么当事人就有动机选择危害较小的行为。反之,若无论违法轻、重一律严惩,则可能诱使当事人实施更重的违法行为。^[64] 根据违法行为的边际变化,可采取如下罚款设定规则:

1. 边际威慑的“质变规则”

如果“一刀切”地对轻重不同的违法行为类型给予同等处罚,将导致行为人选择较重的违法行为。^[65] 一个经典假设是,若刑法规定杀死受害人(故意杀人罪)和重伤受害人(故意伤害罪)皆该当死刑,那么行为人可能会“不做二不休”地选择前者。因此,边际威慑要求按照行为性质对违法行为进行类型化,按照其性质的轻重分别设定不同数额的罚款,并使其保持合理差距,从而激励行为人避免实施更严重的违法行为。^[66]

实践中,行政法的调整范围极其广泛,难以对违法行为的性质和类型进行整齐划一地区分,这里仅提出一条粗线条原则:即在同一领域的立法中,应按照违法行为的危害程度或风险性质进行类型区分,进而拉开罚款级差。但须注意,基于危险程度或风险性质的罚款设定差距应具有充分的科学依据及本质上的区分标准,否则可能造成适用过程中违法行为向较轻的罚款逃遁,导致威慑不足。一个富有争议的例证是,《药品管理法》将不法药品区分为“假药”和“劣药”,并于第73条、第74条分别对生产销售假药和劣药行为设定两档高低悬殊的罚款幅度。但是,区分假药和劣药不仅具有技术认定上的困难,而且无法绝对得出劣药比假药危害性更低的结论,无论使用假药或劣药均将对人体健康产生损害,且危害程度与“假”或“劣”无必然因果关系,而是与药品的具体成分和致害机理有关。^[67] 如此区分,反而可能导致一些危害严重的药品违法行为被按劣药论处而产生威慑

[63] See George J. Stigler, The Optimum Enforcement of Laws, Vol. 78 (3), *Journal of Political Economy*, 526 - 536 (1970).

[64] 参见[美]A. 米切尔·波林斯基、斯蒂芬·谢弗:《公共执法的经济学理论》,徐昕、尹彦译,载刘志彪主编《南大商学评论》2005年第4辑,第56页。

[65] See Tracey L. Meares, Neal Katyal & Dan M. Kahan, Updating the Study of Punishment, Vol. 56 (5), *Stanford Law Review*, 1173 (2004).

[66] 参见罗猛、丁芝华:《论美国刑罚理论发展中的边际主义路线》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第139页。

[67] 例如,在震惊全国的“长春长生公司生产、销售劣质疫苗案”中,劣质疫苗会导致无效免疫,一旦遭遇狂犬病这类致命性传染病,接种者免疫无效会感染发病死亡,其危害性丝毫不亚于假药。参见宁南山:《2018中国疫苗事件总结与思考》,http://finance.sina.com.cn/china/gncj/2018-07-29/doc-ihfxxszh1860968.shtml,最近访问时间[2019-10-16]。

不足和显失公正。

2. 边际威慑的“量变规则”

在质变规则的基础上,边际威慑还须为个人创造激励,使其避免在同等违法类型中采取“量”上危害更大的行为。比较而言,“传统观点关注的是对罪行 X 的惩罚能威慑 X,边际威慑的议题则是,对 X 的惩罚是否会促使行为人实施边际量度更严重的罪行 X + 1,因为该罪行受到的惩罚与 X 的量度相同。”^[68]因此,在同类违法行为中,边际威慑还要求罚款的设定根据行为的损害量度相应增减,以拉开同类型但不同损害量度的违法行为之间的处罚距离。在规范层面,损害量度具体表现为“行为后果”和“违法次数”两种形态,应分别采用相应的罚款设定规则:

其一,“行为后果”主要反映违法行为的社会危害和责任程度,对同类违法行为而言,罚款设定应当与行为后果的量度保持线性相关。例如,在《水污染防治法》第 83 条规定的罚款幅度内,《北京市环境保护局行政处罚自由裁量基准(2018 版)》按照排污量大小将违法排污行为分为轻重不同四类,并设置四档递增的罚款幅度。

其二,“违法次数”是反映行为人的危险性及是否需要强化威慑的信息,有违法记录者比初次违法者更可能在未来继续违法,^[69]因此可作为罚款设定的一项边际考量因素。对此可提出三项递进的设定规则:(1)首违不罚。对初次违法且危害后果轻微并及时改正的行为,2021 年修订的《行政处罚法》第 33 条规定可以不予处罚。“首违不罚”的制度逻辑是激励特定行为人改过自新、避免再犯,并配合累犯从重/加重提供对应激励,但不得适用于社会危害大的严重违法行为。(2)累犯从重。累犯意味着行为人在特定领域的再犯可能性较高,具有较高的威慑必要性和可罚性,应当在罚款设定中作为一项法定从重情节纳入,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》第 13 项规定“两年内因同类环境违法行为被处罚 3 次(含 3 次)以上的”,可以从重处罚。(3)累犯加重。对于具有重大公共风险的违法行为,单靠财产罚已经无法抑制行为人再犯的,还可对其升格科处行为罚,使其“强制与某特定领域隔离”,^[70]从而彻底杜绝再犯之可能。《食品安全法》第 134 条创设的“三振出局”制度即是这方面的典范,该条规定对 1 年内累计 3 次因违反本法受到财产或警告处罚者,责令停产停业直至吊销许可证。

3. 边际威慑的“动态规则”

罚款的威慑效果存在边际递减效应。一方面,在预期罚款恒定的前提下,当事人会倾向于持续违法直至被查获乃至强制执行为止;另一方面,伴随经济增长或通货膨胀,未来科处的罚款实际上是逐渐“贬值”的。基于边际威慑考虑,设定罚款时应建立动态调整机制:(1)根据违法行为的持续时间调整罚款。对此我国立法已有一些规定,如《行政处罚法》第 72 条规定到期不缴纳罚款的每日按 3% 加处罚款;《环境保护法》第 59 条针对处罚

[68] Tracey L. Meares, Neal Katyal & Dan M. Kahan, Updating the Study of Punishment, Vol. 56 (5), *Stanford Law Review*, 1174 (2004).

[69] 参见[美]A. 米切尔·波林斯基、斯蒂芬·谢弗:《公共执法的经济学理论》,徐昕、尹彦译,载刘志彪主编《南大商学评论》2005 年第 4 辑,第 60 页。

[70] 冀玮:《论〈食品安全法〉“累加处罚”条款的法律适用》,《行政法学研究》2019 年第 5 期,第 62 页。

后拒不改正的持续违法行为设置了按日计罚制度。但这些规定本质上属于执行罚范畴,并未从根本上解决“实施一查处”期间持续违法行为的边际威慑问题。对此,可参考《美国清洁水法》(*Clean Water Act*)进行完善,该法规定对导致原油或危险物质泄漏的违反者,按照违法持续时间每天最高 25000 美元缴纳罚款。^[71] (2) 为防止罚款的威慑力因通货膨胀减弱,立法可以授权行政机关根据经济指数的波动动态调整罚款的上下限。例如,《美国联邦行政处罚通货膨胀调整改进法》(*Inflation Adjustment Act*)要求各行政机构根据消费价格指数,在每年 1 月 15 日前通过临时终局规则对罚款数额进行“补强性”调整。^[72]

四 威慑补充与罚款设定

(一) 民事责任对罚款的威慑补充

在现代工业化进程中,诸如环境污染、产品缺陷等不当生产经营行为不但可能对私人构成民事侵权,还因其隐含的公共风险而进入行政规制射程。由此,行政法上的“规制标准”^[73]作为一种构成要件广泛涉入侵权法领域,导致民事侵权和行政罚款的责任竞合。

1. 一般赔偿责任与罚款竞合的威慑补充规则

一般赔偿责任与罚款责任属于不完全竞合,二者的构成要件都以违反某种规制标准为前提;不同的是,赔偿责任的成立一般还要求造成实际损害。例如,《产品质量法》第 43 条规定,消费者因产品缺陷致损的,可以请求赔偿;第 49 条规定,生产、销售不符合国家或行业标准的产品,处货值金额 1—3 倍的罚款。而根据该法第 46 条,不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准视为存在“缺陷”。

鉴于一般赔偿责任的损害填补性质,其应与罚款责任一并适用。但考虑到二者的构成要件中均含规制标准而具有一定功能互补性,罚款设定中可根据所属领域侵权责任的威慑力大小进行协调增减。以产品缺陷和环境污染为例。环境污染通常要与其他物质要素发生物理、化学或生物反应后才造成损害,认定侵权责任时常面临因果关系证明难题而使被害人放弃权利。^[74] 相比之下,产品致损的后果较为直观和确定,并可以追溯至特定的销售者、经营者,因果关系明确,依靠侵权责任和声誉机制即可起到较好的威慑效果。^[75] 基于此,产品质量领域的罚款设定水平可以相对低于环境领域,以充分利用民、刑责任的威慑补充。

2. 惩罚性赔偿与罚款竞合的威慑补充规则

惩罚性赔偿责任的兴起旨在弥补行政规制的局部失灵,调动私法力量协同控制公共

[71] 33 U. S. C. 1321 (b) (7) (A).

[72] See Pub. L. 114 - 74, § 701 (Inflation Adjustment Act).

[73] 本文所谓“规制标准”概念是指行政法为了实现管理目标,而为相对人设置的技术标准、绩效指标、管理流程等行为规范,其在民法文献中一般被称为“管制规范”。

[74] 参见宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013 年第 3 期,第 46 页。

[75] 参见吴元元:《信息基础、声誉机制与执法优化——食品安全治理的新视野》,《中国社会科学》2012 年第 6 期,第 120 - 124 页;Diana Crumley, Achieving Optimal Deterrence in Food Safety Regulation, Vol. 31 (2), *Review of Litigation*, 382 (2012)。

风险。但是,惩罚性赔偿的制度设计突破了民事责任的传统架构,与罚款责任出现同质化。首先,惩罚性赔偿责任已经溢出填平损失的补偿界限。其次,惩罚性赔偿责任与罚款责任的构成要件高度同构,并具体表现为两种情形:^[76](1)不完全竞合。典型如《消费者权益保护法》第 55 条第 2 款(惩罚性赔偿)和 56 条的规定(罚款)。二者的构成要件中都包括“缺陷”要素,不同之处是前者还要求满足主观过错(“明知”)及损害后果。(2)完全竞合。典型如,根据《药品管理法》第 116 条和 144 条第 3 款的规定,生产假药、劣药的惩罚性赔偿构成要件与罚款责任构成要件完全同构,即都以药品标准作为唯一要件,不要求行为人具有主观过错或造成损害后果。

通过对行政处罚构成要件及法律效果的临摹,惩罚性赔偿在某种程度上创设了一种私人执法机制,与罚款功能高度重合。基于威慑补充原理,罚款设定中应充分考虑与惩罚性赔偿的责任竞合,并设置相应的折抵规则:(1)在完全竞合下,惩罚性赔偿具有“准罚款”的性质,二者的金额应直接折抵。但应注意,惩罚性赔偿由赔偿份额和惩罚份额共同组成,^[77]与罚款折抵部分仅限于超出损失的惩罚份额,赔偿份额属于填平损失的民事救济,不予抵扣。(2)在不完全竞合下,惩罚性赔偿与罚款的构成要件只有部分重叠,原则上不应直接折抵。但考虑到该类惩罚性赔偿在法律效果上同样具有溢出损失的特征,可在罚款中将之作为一项从轻处罚的裁量因素,根据相对人已支付的惩罚性赔偿金额,在法定的裁量幅度内酌情科处较低罚款。对此,已有学者从民事责任角度提出类似思路,认为若罚款较重,则应判处较低的赔偿金;反之则可判处较高的赔偿金。^[78]

(二) 刑事责任与罚款间的威慑补充

为提前法益保护时机以应对社会风险,晚近以来的刑法逐步在事后惩罚的基础上加载事前预防的机能,刑罚范围也随之向危险犯的方向大幅扩张。^[79]这使部分犯罪行为 and 行政违法行为的构成要件完全或部分重叠,并形成行政罚款和刑事罚金的交叉适用。这大致包括三种情形:(1)完全竞合。即行政违法和犯罪行为都以违反规制标准为唯一构成要件,对应的犯罪行为属于抽象危险犯。例如,《药品管理法》第 116 条和《刑法》第 141 条关于生产、销售假药的规定,二者构成要件完全一致。(2)累进竞合。即刑法规范将受到行政处罚后再次或多次实施同类不法行为作为入罪条件,对应的犯罪行为在理论上被称为多次犯。^[80]在这种情况下,行政违法和犯罪行为的构成要件并无质的区别,而只有行为次数的差异。例如,《刑法》第 153 条将“一年内曾因走私被给予二次行政处罚”列为走私罪的任意构成要件,违者可并处偷逃应缴税额 1—5 倍的罚金。(3)不完全竞合。即违反行政规制标准属于犯罪行为的必要非充分构成要件,最终能否入罪,还取决于行为是否造成危害后果或具体风险,对应的犯罪行为属于结果犯或具体危险犯。例如,《刑法》

[76] 参见赵鹏:《惩罚性赔偿的行政法反思》,《法学研究》2019 年第 1 期,第 47—51 页。

[77] 参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》2000 年第 4 期,第 114 页。

[78] 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014 年第 3 期,第 123 页。

[79] 参见姜涛:《抽象危险犯中刑、行交叉难题的破解——路径转换与立法创新》,《法商研究》2019 年第 3 期,第 76—77 页。

[80] 参见陈伟、赵赤:《多次犯中的行政处罚与刑罚交叉适用问题研究》,《西南政法大学学报》2017 年第 4 期,第 31—38 页。

第142条与《药品管理法》第117条均指向生产、销售劣药行为,但《刑法》第142条“生产、销售劣药罪”的构成要件还包括“对人体健康造成严重危害”。

关于行、刑责任竞合的处置,《行政处罚法》第35条第2款规定:“违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金;行政机关尚未给予当事人罚款的,不再给予罚款。”据此,行、刑责任竞合只须处理“先后后刑”情形,即行政机关在案件移送司法机关之前已经作出处罚决定,实质上属于罚款责任对刑事责任的反向威慑补充。但是,目前罚款折抵罚金的规则过于笼统,尚须区分具体情况补充细化规则。

第一,在完全竞合与累进竞合下,罚款与罚金的构成要件无本质差别,故二者发生责任竞合时直接折抵并无问题。但在不完全竞合的情形下,刑罚的构成要件除违反規制标准外,还要求行为造成实际损害或切实危险,从而与行政处罚的构成要件形成“质”的分野,所对应之结果犯或具体危险犯的社会危害性也明显高于行政违法行为。此时,刑罚应对行政处罚的威慑不足予以补充——如果违反規制标准的行为同时造成实际损害或切实危险,那么就要使用刑罚加重制裁。因此,罚款设定中不宜用法律评价上情节轻微的行政罚款去折抵情节相对严重的刑事罚金。即便从比例原则的角度,也只能将已科处的罚款作为判处罚金的量刑情节酌情考虑。

第二,《行政处罚法》第35条第2款的法理依据是“禁止二重处罚”原则,其原初内涵是“在定罪量刑时,禁止对同一犯罪构成事实予以二次或二次以上的法律评价”。^[81] 晚近以来,禁止二重处罚原则被推及刑罚与其他制裁措施重复使用的限制,并逐渐具有宪法意义。关于何谓“重复”制裁,伦奎斯特大法官曾在“哈得森诉美国案”^[82]中提炼出三项标准:(1)“该制裁是否具有报应和威慑这种刑罚的传统目的”,如有则构成重复;(2)“该制裁是否具有与之存在合理联系的、刑罚之外的替代性目的”,如有则不构成重复;(3)“参照这种替代性目的来看,制裁的程度是否过度”。据此,处理行、刑责任竞合时不能一刀切,而应具体分析罚款的性质功能决定能否折抵罚金。如果罚款具有不同于刑罚的功能指向,那么罚款与罚金就应同时适用,否则反而会造成威慑不足。美国“赫尔维因诉米切尔案”^[83]即是这方面的经典判例,法院以对逃税行为加处的行政罚款(civil penalty)旨在填补国库亏空为由,认定其属于“补救性”(remedial)制裁,进而否定其与罚金构成重复处罚。

第三,罚款折抵罚金规则隐含的前提是,罚款的数额低于罚金。但由于行政机关和法院都拥有裁量权,实践中时有出现同一违法(犯罪)行为被科处之罚款高于罚金的“倒挂”现象。^[84] 例如,在“赵某犯生产、销售假药罪案”^[85]中,移送前后的罚款、罚金分别为4375

[81] 参见陈兴良:《禁止重复评价研究》,《现代法学》1994年第1期,第9页。

[82] See Hudson et al. v. United States, 522 U. S. 99 (1997).

[83] See Helvering v. Mitchell, 303 U. S. 391 (1938).

[84] 练育强较早早在税务征管领域发现了这一现象,参见练育强:《行刑衔接中的行政执法界研究》,《中国法学》2016年第2期,第254页。

[85] 参见天津市第一中级人民法院(2016)津01刑终329号刑事判决书。

元和 3000 元;在“蔡某某内幕交易、泄露内幕信息罪案”^[86]中,移送前后的罚款、罚金分别为 30 万元和 15 万元。按照威慑补充原理,可从宏观上考虑罚款和罚金倒挂中的“超额”部分能在多大程度上填补犯罪的社会成本,参考“赔偿减刑”的司法解释,^[87]将之作为一种减轻或从轻的量刑情节予以规定,以保持社会效益最优的威慑水平。^[88]

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金青年项目“行政罚款数额设定的法理标准与制度设计研究”(19CFX027)的研究成果。]

[**Abstract**] The lack of guidance by proper jurisprudential logic is an important reason for the unscientific setting of fines in legislation. The mode of administrative punishment has undergone a transformation from that of risk elimination to that of risk prevention. Correspondingly, its institutional logic has also undergone a transition from that of negative sanctions after the event to that of positive deterrence before the event. Fine setting should be aimed at constructing a comprehensive prevention system with three dimensions: general deterrence, special deterrence and deterrence supplementation. In the dimension of general deterrence, benchmarks fine responsibility should be defined on the basis of the concept of social harm, fines should be “leveraged” to the best level of deterrence through law enforcement probability, and their tension with equity and justice should be correctly handled; in the dimension of special deterrence, the deprivation of illegal interests should be taken as the minimum standard of fine, and the intensity of fine should be adjusted according to the marginal change of illegal acts; and in the supplementary dimension of deterrence, the concurrence between fines and civil and criminal liabilities should be coordinated.

(责任编辑:支振锋)

[86] 参见福建省厦门市思明区人民法院(2019)闽 0203 刑初 283 号刑事判决书。

[87] 例如,《人民法院量刑指导意见(试行)》(法发[2010]36 号,已废止)第三部分第 9 条规定:“对于积极赔偿被害人经济损失的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力等情况,可以减少基准刑的 30% 以下。”

[88] 参见宋亚辉:《风险控制的部门法思路及其超越》,《中国社会科学》2017 年第 10 期,第 156 - 157 页。