

免罚清单的实证与法理

张淑芳*

内容提要 免罚清单既是行政法治实践的创新,又与《行政处罚法》密切关联。其在营造宽松营商环境、促进监管领域良性互动、提升执法效能等方面都产生了良好的实际效果和社会影响。然而,从行政法治理论的角度审视,它与现行立法体制、与《行政处罚法》还有某种程度的不契合,潜藏着纵容行政违法、限缩行政处罚自由裁量权等法律风险。为此,必须在行政法体系中合理定位免罚清单,提升其规范层级,使之与《行政处罚法》高度融合,这是免罚清单规范化的必经之路,也是进一步拓展免罚清单适用范围的基础和保障。建议免罚清单在内容设计上采取负面清单文本模式,食品药品等领域事项应附条件免罚,确定免罚的判定标准。

关键词 免罚清单 行政处罚法 法理逻辑 契合路径

目次

- 一、引言
- 二、免罚清单的文本分析
- 三、免罚清单与《行政处罚法》的正向关系
- 四、免罚清单存在的法律风险
- 五、免罚清单的合理定位及与《行政处罚法》的契合
- 六、结语

* 上海财经大学法学院教授。

一、引言

免罚清单是近年来我国行政执法部门（主要是地方行政执法部门）以规范性文件形式出台的对免于处罚的轻微违法行为进行列举规定的清单文本。其初始目的在于为企业营造包容审慎的监管氛围，进而优化营商环境，激发市场活力。^①它是我国行政法治实践中的新生事物，自2019年出现，便如雨后春笋般不断涌现。^②大量免罚清单文本出台的同时，各地也是积极地将这一制度或做法不断付诸实践。以清单发源地的上海为例，据媒体2020年6月18日报道，“清单实施一年多来，上海市行政执法单位共适用‘免罚清单’对900多个市场主体免于处罚”^③。在提升执法效能、回应社会需求、促进监管领域的良性互动、营造良好营商环境等方面，免罚清单都产生了很好的法律与社会效果。^④

由于理论研究没能及时跟进，致使免罚清单作为一个制度也好，作为一种规则也好，至今在理论层面还没有一个准确定性，形成了实践与理论的巨大落差，这无疑将制约免罚清单的进一步发展和实施中的规范化。

笔者认为，免罚清单是一个非常复杂的行政法现象，从规范层面来看，它与《行政处罚法》第33条中的“不予处罚”密切关联，对“不予处罚”起到了承上启下的作用。^⑤因此，免罚清单所规范的具体内容必然归于行政处罚范畴，是《行政处罚法》要调整的

① 因为免罚清单设立的初衷就在于“很多轻微违法行为的主体都是中小企业和创新型企业，这些企业设立时间不长，合规意识较弱，一些违法违规行为都是初犯且多为无心之失，严格处罚虽然可以提升企业的安全意识，但难免会对初创企业造成影响”。参见《免罚清单 执法新举》，载《人民日报》2020年6月18日，第19版。

② 2019年3月上海市发布了《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》，拉开了我国地方政府制定和发布免罚清单的序幕。自此以后上海市又陆续发布了《城市管理轻微违法违规行为免罚清单》《国防领域市场轻微违法违规行为免罚清单》《生态环境轻微违法违规行为免罚清单》等。此外，各省市陆续发布了一系列免罚清单，如《江苏省市场监管领域轻微违法行为不予处罚规定》《重庆市市场监管领域轻微违法违规经营行为免罚清单》（已废止）、《珠海市市场监督管理局市场轻微违法行为免罚清单（第一批）》《天津市市场监管领域免罚清单》《沈阳市生态环境执法免罚清单（暂行）》《吉林省新兴产业安全生产轻微违法行为免罚清单（试行）》《安徽省生态环境轻微违法违规行为免罚清单（第一批）》《湘潭市市场监督管理轻微违法行为免罚清单（试行）》等等。除此之外，国家税务总局也发布了《税务行政处罚“首违不罚”事项清单》。

③ 《61项轻微违法免罚！上海一年多作出不予处罚决定907件》，载中国长安网，http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100045/2020-05/12/content_12347255.shtml，2021年10月6日访问。

④ 例如，在2020年“世界银行全球营商环境评估工作中，很多接受访谈的上海企业表示，上海市的免罚清单降低了他们从业的制度性成本，有利于他们将生产要素资源配置到其他重要领域，可以说，免罚清单对提升市场主体的法治获得感发挥了积极作用。免罚清单彰显了上海市不断提升精细化管理、优化法治化营商环境的理念，进一步增强了企业对未来上海市场环境的预期和信心，更愿意放心投资、安心经营，不断做大做强”。参见《上海免罚清单推行一年成绩亮眼，未来还将陆续“上新”》，载澎湃网，https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_7301974，2021年9月29日访问。

⑤ 《行政处罚法》第33条规定：“违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。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。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。”由于免罚清单产生于新《行政处罚法》出台前后，它既承接了旧《行政处罚法》规定的“违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚”，又拓展了新《行政处罚法》中的“初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。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。”

对象,这在地方免罚清单的行文中都能找到明确依据。^⑥然而,免罚清单又不是这么一个简单的法规范问题,对于我国行政法治而言,以及对于行政法学理论而言,并不是一个小问题。免罚清单是行政法治的创新,免罚清单中免罚的基础在《行政处罚法》的第33条,而它的功能定位和实践效果则超越了该条的规定,它是行政法的一个创新性制度,涉及到行政法治的基本理论和制度建构。因为,依国务院相关文件和诸多地方清单的规定,免罚清单的制定宗旨与营造良好的营商法治环境结合在一起。^⑦通过免罚使实施了某种轻微违法行为的市场主体去除精神和经济负担,对行政系统产生信任并有新的依赖,这是免罚清单所体现的最主要的法治价值。同时,免罚清单涉及到诸如综合执法等行政执法体制改革的内容。^⑧这都表明:如果将免罚清单仅仅视为行政处罚领域的微观问题则是对免罚清单极其片面的认知。

本文立足于上述规范与制度两个层面,围绕免罚清单的制定和实施现状、与行政立法体制和《行政处罚法》衔接不到位可能导致的法律风险以及相关的契合措施以及对这一制度的合理定位等展开讨论。

二、免罚清单的文本分析

目前,我国省市各个层级还在陆续出台免罚清单,本文通过对现有20多个清单的梳理,作出如下实证分析。

(一) 规范位阶相对较低

我国《立法法》对行政法规范的位阶作了划分,如行政法律、行政法规、地方性法规、行政规章,不同位阶的行政法规范所调整的行政管理关系有所不同,不同位阶的行政法文件所能设定和规范的行政职权、行政管理事项也是有所不同的。也就是说,相对较高层级的行政法规范规制的事项也相对重大,换言之,相对重大的事项必须由较高层级的立法规范予以规制。目前各个省市有关免罚清单的行政法文件的规范层次都相对较低,以一些地方制定的免罚清单为例,如山东、湖北、重庆、株洲、沈阳、深圳、珠海、安徽等,几

⑥ 例如,上海《民防领域市场轻微违法违规行为免罚清单》明确规定:“免罚事项严格遵守《中华人民共和国行政处罚法》的规定,以违法行为轻微、及时纠正、未造成危害后果三个构成要件作为免罚条件”;《江苏省市场监管领域轻微违法行为免予处罚规定》第1条规定:“探索实施包容审慎监管,优化营商环境,激发市场活力,推动全省经济高质量发展,根据《中华人民共和国行政处罚法》等法律法规规章,制定本规定”;等等。

⑦ 国务院《关于做好自由贸易试验区第六批改革试点经验复制推广工作的通知》中明确规定“多领域实施包容免罚清单模式”。《上海市城市管理轻微违法违规行为免罚清单》规定:“为贯彻落实《上海市全面深化国际一流营商环境建设实施方案》有关要求,在城市管理领域探索包容审慎监管,激发市场活力,不断优化更具国际竞争力的营商环境,促进经济持续健康发展……制定本清单。”《珠海市市场监督管理局市场轻微违法违规行为免罚清单(第一批)》规定:“为持续推进‘放管服’改革,激发市场活力,进一步优化营商环境,促进各有关市场领域持续健康发展……制定本清单。”

⑧ 免罚清单涉及的执法主体大多是一些综合执法部门。如上海市为了贯彻《城市管理轻微违法违规行为免罚清单》,由上海市城市管理行政执法局和上海市司法局联合发布了贯彻该清单的通知,而该通知面向的执法主体就是:“各区域城管执法局、司法局、乡镇人民政府,市城管执法局执法总队、机场综合监察支队、自贸区综合执法大队、临港新片区综合执法大队”。

乎清一色的都停留在行政规范性文件层级,甚至是一些非规范性文件。^⑨也就是说,目前还没有一个地方免罚清单是通过地方性法规或政府规章的形式表现出来的,即享有地方性法规制定权的地方各级人民代表大会和享有规章制定权的地方各级人民政府都尚未制定免罚清单,都是由地方人民政府职能部门制定的政府文件,甚至国务院有关免罚清单制度设计的文件《关于做好自由贸易试验区第六批改革试点经验复制推广工作的通知》也算不上行政立法文件,充其量是一个规范性文件。当然,由于国务院依据《宪法》第89条的规定享有领导和管理全国行政事务的权力,所以国务院的这个文件从理论上讲应当高于地方政府规章,更高于地方政府颁布的行政规范性文件。以此而论,国务院的这个规定是目前有关免罚清单法律调控的最高规范文本,但由于它不属于行政立法,所以目前有关免罚清单的法律文本位阶相对较低。

(二) 清单制定依据跨越多 层级显得较为混乱

各级地方政府职能部门在制定免罚清单依据的选择上千差万别。大致有这么几种类型:一类是最广义的依据选择。就是将《立法法》确定的所有立法渊源和规范性文件都作为清单依据。如上海市《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》中包含了《行政处罚法》《广告法》《食品安全法》等法律,《中华人民共和国公司登记管理条例》等行政法规,《认证机构管理办法》等部门规章,《上海市食品安全条例》《上海市商品交易市场管理条例》等地方性法规,《上海市集体用餐配送监督管理办法》等地方政府规章以及其他一些规范性文件。《重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单》的制定依据选择也属于此种类型。另一类是次广义的依据选择,就是在第一种类型的基础上去除了规范性文件。如《潍坊市市场监管轻微违法行为免予行政处罚清单》包含了《行政处罚法》《计量法》《广告法》《食品安全法》《商标法》等法律,《计量法实施细则》《无证无照经营查处办法》《公司登记管理条例》《工业产品生产许可证管理条例》等行政法规,《食品经营许可证管理办法》《网络食品安全违法行为查处办法》《认证机构管理办法》等部门规章,《山东省消费者权益保护条例》《潍坊市电梯安全条例》等地方性法规,《山东省服务价格管理办法》《山东省物业服务收费管理办法》等地方政府规章。湖北省市场监管局《首次轻微违法经营行为免罚清单》等也属于此种类型。还有一类是狭义的依据选择。仅将中央层级的立法作为清单依据,这里又可以分为两种类型:一种是只将行政法规和部门规章作为清单依据。如《深圳市文体旅游市场轻微违法行为不予处罚事项清单》包含了《互联网上网服务营业场所管理条例》《娱乐场所管理条例》《导游人员管理条例》等行政法规,《娱乐场所管理办法》《艺术品经营管理办法》《互联网文化管理暂行规定》《旅行社条例实施细则》《导游管理办法》等部门规章。另一种是将法律、行政法规和部门规章作为清单依据。如《安徽省生态环境轻微违法违规行为免

^⑨ 行政规范性文件在相关地方立法出台之前是一个笼统概念,即统称规章以下规范性文件。然而,各地陆续制定行政规范性文件管理规定之后,其制定主体、规制事项、制定程序、名称和格式等都有了严格限制。依这些规定,一些免罚清单其实不具备规范性文件的要素,所以称之为非规范性文件。

罚清单（第一批）》包含了《环境影响评价法》《大气污染防治法》等法律，《建设项目环境保护管理条例》《排污许可管理条例》等行政法规，《企业事业单位环境信息公开办法》等部门规章。《郴州市市场监管领域首次轻微违法行为免罚清单（试行）》也是如此。

也就是说，免罚清单是对法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章等多层级立法的补充解释和细化。

（三）免罚事项的选择较为随意 整体呈递增趋势

免罚清单究竟选择什么样的事项予以免罚，各地缺乏统一标准，因此实践中产生了诸多的选择模式。有的是较为综合且相对宽泛的事项选择。如上海市的市场主体轻微违法违规行为免罚清单就覆盖了市场监管、文化市场、生态环境、消防等4个执法领域，涵盖食品安全、产品质量、环境污染、广告、合同、出版、旅游等20多个类别。有的仅限市场监管领域，但涉及类别较多，目前多数属此情形。如郴州市的免罚清单就包括食品安全、药品安全、企业登记备案、电子商务、产品质量、特种设备等12个市场监管领域的42项首次轻微违法行为。还有的地方的免罚清单列举事项非常单一，如湖北省《首次轻微违法经营行为免罚清单》仅列举了商标、企业登记、计量等方面的事项。

我国每一个部门行政法或者行政实体法关于违法行为的规定都有诸多项，以《环境保护法》为例，其关于企业、社会个体还有其他相对人违法行为的规定也非常之多^⑩。而免罚清单所免罚的事项并不是所有应当受处罚的事项，并不是所有违法行为的情形。那么，究竟什么事项从这些行政处罚事项中挑出来予以免罚、什么事项尚未被挑出而不予免罚，都是由免罚清单的制定者所选择的。它们的这种选择行为具有强烈的主观性，也许考虑了政策因素，也许考虑了经济效益的因素，也许考虑了执法行为的方便程度等。而每一个考虑都具有强烈的主观色彩，因而从全国范围来考量，显得随意性较大。

免罚清单的行文特点是以清单列举事项的方式表现，如上海市《城市管理轻微违法违规行为免罚清单》列举规定了12项不予行政处罚的事项；上海市《生态环境轻微违法违规行为免罚清单》列举了11项免予行政处罚的事项；《天津市城市管理轻微违法违规行为免罚清单》列举了5种轻微违法行为免罚情形；《芜湖市市场监督管理局轻微违法违规经营行为免罚清单（第二批）》列举了12项违法不予行政处罚的事项，以及38项可以不予行政处罚的事项。从全国范围来看，免罚事项的列举呈现这么一个趋势：从最初产生时仅涉及几个事项目前已扩展到行政执法的诸多领域，如上海首发的《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》仅涉及工商、质量、食品安全、消防领域，而2021年发布的《市场监管领域轻微违法违规经营行为免罚清单（二）》则将免罚范围覆盖到了市场监管、文化市场、城管、民防、生态环境、消防等多个执法领域。

^⑩ 《环境保护法》在法律责任部分对行政相对人的违法类型作了详细规定，从第59条到第65条规定了行政相对人诸多形式的行政违法行为，如企事业单位和其他生产经营者超过污染物排放标准或者超过重点污染物排放总量控制指标排放污染物的；建设单位未依法提交建设项目环境影响评价文件或者环境影响评价文件未经批准擅自开工建设的；违反法律规定未取得排污许可证排放污染物被责令停止排污拒不执行的，等等。

免罚清单所涉及的实体性的内容是有关免罚的事项,这是免罚清单中实质性内容,也是免罚清单所规定的最为重要的事项。

(四) 清单宗旨单一 过于侧重经济价值

目前有关免罚清单的顶层设计与自贸区的建设相联系的,而在自贸区建设中国家的行政决策和执法方略更多的在于对投资领域、金融领域、贸易领域等招商引资的拓展,就是要营造良好的营商投资环境。^⑪地方免罚清单的制定同样遵循了这一宗旨。如义乌市《市场监管局轻微违法行为免罚清单》明确规定:“制定目的主要是建立市场监管轻微违法行为容错机制,以包容审慎精准监管为原则,进一步优化本市营商环境,为各类市场主体提供更加宽松的制度环境。”《重庆市市场监督管理局等三部门关于印发〈重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单〉的通知》也强调:“进一步优化营商环境,推进包容审慎监管,根据《行政处罚法》等法律法规的规定,市市场监管局、市药监局、市知识产权局制定了《重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单》。”这实质上是对免罚清单的价值定位,对免罚事项选择标准的定位,而这一标准最为明显的就是对经济效益的追求^⑫。从各地免罚清单具体选择的免罚事项来看,绝大多数免罚事项也都与经济效益挂钩,因为它们基本上涉及企业的生产经营行为,涉及企业的市场行为等,只不过清单中有的直截了当地体现了经济利益,如《天津市市场监管领域免罚清单》第(十八)项规定:“违反《食品安全法》第七十一条,食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵但不影响食品安全且不会对消费者造成误导的。”有的则是间接反映了对企业利益的维护,如上海市《生态环境轻微违法违规违法行为免罚清单》第七项规定:“违反《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十二条,对危险废物的容器、包装物或者收集、贮存、运输、处置危险废物的设施、场所,未按照规定设置危险废物识别标志,首次被发现,责令限期改正后及时改正的”。通过对违法企业或者企业相关人员相关行为的法律保护,或者对作为个体的违法行为的默认或者接受,达到调动企业参与市场的积极性,以免罚使企业的效益少受损失或者不受损失。

总之,对经济效益的考虑是免罚清单制定的指导思想,也是其制度设计的重要理念。

三、免罚清单与《行政处罚法》的正向关系

免罚清单与《行政处罚法》有着逻辑上的关联性,它们都是由我国行政法治实践促成的,都在行政法治实践中起着非常重要的作用,扮演着非常重要的角色。总体上看,免罚清单与《行政处罚法》还是保持了某种正向关系,在笔者看来,这是一个极其重要的

^⑪ 参见沈国明:《法治创新:建设上海自贸区的基础要求》,载《东方法学》2013年第6期,第124页。

^⑫ 在安徽省宣城市宣州区市场监督管理局对《宣州区市场主体轻微违法违规经营行为免罚清单(二)》作出的文字解读中也指出:“通过出台免罚清单,为行政执法过程中,执法人员行使不予处罚权的适用提供了明确依据,为宣州区市场主体在经营过程中,出现的轻微违法违规行为提供了容错机制,将切实减轻市场主体负担,持续优化营商环境,为助力宣州区经济社会健康发展提供坚实的法治保障。”

问题。之所以这样说是因为,免罚清单如果有悖于《行政处罚法》,那它就失去了存在的基础。反过来说,《行政处罚法》如果没有给免罚清单留下空间,那它也没有存在的必要。所以二者的正当逻辑关系、二者关系的理性化必须予以澄清。只有从理论上合理论证了免罚清单与《行政处罚法》的正向关系,才会从法律的角度使免罚清单这一新生事物的价值和正当性体现出来。

(一) 法益体现上的正向关系

法益是法律所涉及的利益问题。“法律所保护之利益,曰法益,例如国家之领土,社会之治安秩序,人之生命,身体自由,名誉,财产等皆是。”^⑬《行政处罚法》同样存在着法益考量问题。^⑭我国学界在传统上对《行政处罚法》的法益较少作出精确解读和阐释,但不争的事实是,《行政处罚法》在总则部分就充分表述了它所涉及到的法益。第1条开宗明义:“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。”这一条文既是立法宗旨,同时也集中体现了《行政处罚法》的法益,这些法益可以提炼为三个方面:一是公共利益。就是行政处罚和《行政处罚法》所涉及到的国家利益、社会利益和其他形式的公共利益。二是社会秩序。所谓社会秩序是指:“社会期望和社会结构的稳定模式以及这些模式的维护机制。”^⑮行政处罚的目的之一在于对公共秩序的维护,所以这也成了《行政处罚法》明文规定的法益。《行政处罚法》必须维护和构造社会秩序,包括治安秩序、经济秩序、文化秩序等等。三是社会个体利益。行政处罚的对象是行政相对人,这其中最主要的是作为个体的公民,作为单体的法人,那么作为个体的公民及其权益的保护就应当是《行政处罚法》的立足点之一。《行政处罚法》出台之前行政系统享有行政高权,行政处罚过程中行政高权常常会对公民个体的权益造成威胁,当时行政处罚的混乱情形就充分证明了这一点。^⑯《行政处罚法》通过法律形式使行政处罚有了程序机制上的约束,进而也保护了行政相对人的权益。上列三个法益在免罚清单中都能得以体现,因为免罚清单的“免罚”无疑突显了对作为相对方的经济实体利益的保护,同时免罚清单以招商引资的法治环境为大背景,无疑也突显了公共利益的维护和社会秩序的营造,这些都契合了《行政处罚法》的精神和宗旨。免罚清单与《行政处罚法》在法益体现上的正向关系也能够使《行政处罚法》实施中体现更高的法治境界。

^⑬ 郑兢毅编:《法律大辞书》,商务印书馆2012年版,第672页。

^⑭ 参见熊樟林:《论〈行政处罚法〉修改的基本立场》,载《当代法学》2019年第1期,第101页。

^⑮ [英]肯尼思·麦克利什编:《人类思想的主要观点:形成世界的观念》(下册),查常平等译,新华出版社2004年版,第1348页。

^⑯ 《行政处罚法》出台前,行政处罚的种类设定繁多,处罚也很混乱。据学者们统计,“关于行政处罚具体种类的规定有120余种之多,形式不一,界限不清。例如,剥夺限制人身自由方面的处罚有拘留和劳动教养等;剥夺和限制财产权利的处罚有罚款、没收违法所得、没收违法工具等;限制公民法人行为能力及权利能力的处罚有吊销许可证、执照,责令停产停业等;谴责和警戒公民、法人的精神名誉的处罚有警告、通报批评,此外还有名目繁多的责令、取消资格、荣誉、停止优惠等处罚”。参见应松年、马怀德主编:《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50页。

（二）相对人权益保护上的正向关系

新旧《行政处罚法》在行政相对人权益保护方面呈现不断递进的态势,这从行政处罚设定、行政处罚适用、行政处罚决定程序等方面都能够得到佐证。^{①⑦}旧《行政处罚法》设置了行政处罚从轻和减轻的情节,这本身就是基于对行政相对人权益的保护,而新《行政处罚法》关于从轻和减轻情节做了进一步的强化,如增加规定如果行政相对人没有主观过错并有证据证明时,行政机关可以作出不予处罚的决定,这是强化行政相对人权益保护的具体体现。^{①⑧}除此之外,新《行政处罚法》有关行政相对人权益的保护还有诸多微观制度设计,如行政法规补充设定行政处罚应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见;进一步细化了无效行政处罚制度等。免罚清单尽管还处于不断发展阶段,未达到完全的成熟程度,而且适用领域也还存在一定的选择性,免罚事由的选择上也以经济效益为考量标准,但免罚清单中的“免罚”本身就是行政公权对私权的让渡,无论如何,免罚的首要受益者是行政相对人而不是行政主体。虽然免罚的事项和范围决定了受益的是部分行政相对人,但它的本质则是对私权的保护,更是对私权所作出的重大让渡。免罚清单中的每一个免罚条款都涉及到对违法行为人的免责。因此,从总体格局上讲,免罚清单有效地保护了行政相对人的权益,该权益的保护虽然以招商引资或其他经济效益的考量为前提,但这并不影响免罚清单对行政相对人权益保护的主格调。免罚清单的制定和《行政处罚法》修法过程中学界要求确立的诸多立法理念是一致的,如初犯不罚当时就是学界广泛关注的,也是社会公众广泛接受的^{①⑨}。与初犯不罚相比,免罚清单在相对人权益保护上的力度更大一些,这一点无需论证。

（三）行政处罚以教育为主导的正向关系

《行政处罚法》第6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。”为了强化行政处罚的这一教育理念,在旧《行政处罚法》原有规定的基础上,新《行政处罚法》进一步充实了“不予处罚”“不得给予处罚”的情形。这样,一些违法行为如果对行政秩序没有造成较大的影响,就可以采取不予处罚的决定,而对于没有造成社会影响的行为则不得给予处罚。避免了行政处罚实践中诸多为处罚而处罚的现象,也就是说不需要通过处罚也能达到教育违法行为人认识错误,从而改正错误目的的,尽量不要采取处罚方式,这都非常好的体现了行政处罚的教育功能。免罚清单所涉及的事项就单个行为而论其违法已是一种客观存在,但这样的违法行为对招商引资、对经济秩序的危害可能并无大碍,那么对于这样的违法行为也是采取以教育为主的方式进行处理。例如上海市《生态环境轻微违法违规行免罚清单》第八项规定:“违反《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第五十八条第三款,将废弃剧毒化学品、医疗废物、实验室废物及易燃易爆危险废物以外的危险废物混

^{①⑦} 参见江必新、贺译葶:《贯彻〈行政处罚法〉需重点把握的几个问题》,载《法律科学》2021年第5期,第43页。

^{①⑧} 参见许安标:《关于〈中华人民共和国行政处罚法(修订草案)〉的说明》,2020年6月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上。

^{①⑨} 参见胡建森:《行政处罚法修订带来行政执法的新考验》,载《学习时报》2021年3月3日,第2版。

入非危险废物中贮存,危险废物数量在 0.01 吨以下,未导致危险特性扩散到非危险废物中,首次被发现,且当场整改的。”这其中的危险废物相对数量较少,而且为首次发现,那么在这样的情况下,就采取免罚措施。当然,免罚不是完全免责,而是通过教育的方式来代替。因此,在第十一项紧接着规定:“对于适用不予行政处罚的生态环境轻微违法违规行为,生态环境主管部门应当坚持处罚与教育相结合的原则,通过批评教育、指导约谈等措施,促进生产经营者依法合规开展生产经营活动。”其他地方的免罚清单也有诸多类似规定。^{②①}说明免罚清单也好,《行政处罚法》也好,都是将行政处罚作为一种手段而不是目的,亦即并不是要狠狠打击和报复行政相对人,而是要在纠偏中体现更高的以教育为主的法治价值。这是免罚清单与《行政处罚法》另一个正向关系,在这个关系形式中二者的契合度是非常高的。

(四) 过罚相适应上的正向关系

《行政处罚法》对违法行为的制裁与刑法密切关联,二者的区分界点在于行为的社会危害性。一个违法行为如果危害程度相对较大,达到了行政法所不能够包容的量,就由刑法来制裁,进而归由刑法调整。如果一个违法行为危害较小,还没有较大程度的量,就通过《行政处罚法》进行制裁,进而交由行政法进行调整。也正因为这一点,二者在对违法行为制裁时有许多相通的原则,如刑法中的罪刑法定原则、罪行相适应原则,这些原则都适合于打击犯罪行为,同时也能适用于行政处罚,只是在行政处罚中相关的法律语境发生了变化。如罪行法定原则在行政法中要求任何行政处罚都要有法律上的设定,都要有实体法上的依据;而罪行相适应原则在行政处罚中则可以表述为过罚相适应。所谓“过”是指违法行为人的主观过错和行为的危害方面;所谓“罚”则是行政主体对该当事人违法行为的制裁。《行政处罚法》在过罚相适应方面有一系列规定,例如,对行政处罚中的自由裁量权行使作了规范,处罚机关作出行政处罚决定必须考虑违法行为人主观上的过错,其中“从轻情节”的设置就是针对主观恶性较小和危害后果不严重违法行为的,^{②②}此类行为当然要免于处罚。新《行政处罚法》在“从重处罚”方面作了一定完善,例如,在突发事件的违法行为中行政主体为了很好地处置这样的违法行为可以对违法行为人进行重罚^{②③}。免罚清单制定的前提之一就在于违法行为的轻微性,其明确将主观恶性较大、后果较为严重的违法行为排除在免罚事项之外,能够纳入免罚的事项要么违法行

^{②①} 如《江苏省市场监管领域轻微违法行为免于处罚规定》第 3 条规定:“市场监管领域行政执法坚持处罚与教育相结合的原则。对于免于行政处罚的轻微违法行为,应当通过责令改正、批评教育、指导约谈等措施,促进市场主体依法合规开展生产经营活动。”从这些规定可以看出,对违法行为人的免罚并不等于行政主体的执法行为就已经结束而是行政主体对于不予处罚的行为及其当事人可以采用批评教育、约谈和其他较为理性的行为。这实质上与《行政处罚法》所确立的处罚与教育相结合原则是相适应的。

^{②②} 在新《行政处罚法》出台前,为了使行政处罚更好地体现过罚相当原则,笔者曾提出行政处罚还应当设置“从重情节”。参见张淑芳:《行政处罚应当设置“从重情节”》,载《法学》2018 年第 4 期,第 48 页。

^{②③} 《行政处罚法》第 49 条规定:“发生重大传染病疫情等突发事件,为了控制、减轻和消除突发事件引起的社会危害,行政机关对违反突发事件应对措施的行为,依法快速、从重处罚。”

为主观恶性较小^{②③},要么当事人是初次违法,要么违法行为所涉及的数量相对较小,要么当事人有纠错的行为表现等,对于这类行为给予免罚从逻辑上讲也是顺理成章的。例如,上海市《生态环境轻微违法违规行为免罚清单》第五项规定:“违反《中华人民共和国大气污染防治法》第四十五条,产生含挥发性有机物废气的生产和服务活动,应当在密闭空间或者设备中进行且可以密闭,因未关闭空间或者设备而导致未在密闭空间或者设备中进行,首次被发现,当场整改,且已按照规定安装、使用污染防治设施的”。其他免罚清单也都是类似的行文。基于这一点,我们说免罚清单严格遵循了行政处罚的过罚相适应原则,与《行政处罚法》的精神和原则高度契合。

(五)与去行政利益化的正向关系

本文所说的去利益化是针对行政系统与行政主体而言的,它们都是公权力的行使者,在行政法学理上通常认为“行政机关原则上并无权利能力”^{②④},其要义是行政系统和行政主体代表国家行使职权,它们不能够享有独立的权利人格,更不能成为一个独立的自利系统,笔者赞同这一观点。然而,行政法治实践并非完全秉持这一理论,一些行政主体的行为往往会发生异化,致使某些行政系统逐渐成为一个追逐利益的系统,“政府自利性是政府的重要属性”^{②⑤}。我国长期以来所遏制的地方保护主义、部门保护主义、行业保护主义等就是基于行政系统的自利性而展开的。在《行政处罚法》出台之前,乃至出台之后,一些行政主体把行政处罚作为一个获利的手段并不罕见。2021年全国两会上有人大代表对电子警察收取罚款极其不规范的情形作了揭示:一是此类罚款非常多,二是此类罚款去向不明。^{②⑥}《行政处罚法》1996年制定时就设置了去行政系统利益化的相关制度,如罚款上交国库、处罚决定权和执行权分离等。而新《行政处罚法》在去利益化方面作了进一步的提升,这些提升是全方位的。例如,有关财产处罚在听证制度中作了拓展,有关当场处罚的约束机制作了拓展,在法律责任部分也更加系统地强化了执法机关和执法人员任意或者随意处置罚款或者财物的责任情形。为什么说免罚清单与去利益化也存在内在的逻辑联系,因为免罚清单从总体上讲考量了招商引资的环境,实际上考量了经济效益,而且免罚清单中的招商引资环境和经济效益是与公共利益和国家利益相契合的效益,而不是归属于行政处罚主体的局部效益。在免罚清单中,单个处罚主体免罚了非常多的事项,每一种免罚都可能包含着处罚主体对罚款或者没收非法财物的放弃。深层次讲,免罚清单中的免罚包含了行政主体在处罚过程中不能以追逐局部利益为出发点这样一个法理命题和判断。以此而论,免罚清单与《行政处罚法》在去利益化拓

^{②③} 无论在刑事处罚还是在行政处罚中,行为人实施违法行为的主观因素都是最基本的考量因素,对于主观恶性大的违法行为必须从重处罚,而对于主观恶性较小的行为则可以减轻或者从轻处罚。免罚清单的制定尽管以经济效益和营商环境为先,但对主观恶性较大的违法行为无论如何是不可以免罚的,这是免罚清单制定时遵循的基本法理。

^{②④} 陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版股份有限公司2016年版,第921页。

^{②⑤} 于宁:《政府职能重塑与政府自利性的约束机制》,载《中国行政管理》2008年第1期,第33页。

^{②⑥} 参见《人大代表建议防止滥设电子眼》,载新浪网, http://k.sina.com.cn/article_1977460817_m75dda85103300yhb.html, 2021年4月9日访问。

展上同样是高度契合的。对于该正向关系的理解应当有更深层次的切入,即是说,我们千万不能够将目前免罚清单中有关营商环境和经济效益的追逐视为行政主体利益化的倾向,实质上免罚清单所追求的是《行政处罚法》在宗旨中所体现的整体公共利益,而遏制的是局部利益。

四、免罚清单存在的法律风险

结合前文的文本分析,我们对免罚清单的认知是两方面的:尽管免罚清单与《行政处罚法》表现出了上文中若干方面的正向关系,而且免罚清单作为行政法治中新的尝试,各地免罚清单的制定都出于良好动机,免罚清单也的确为营商环境的营造起到了积极作用。但我们还必须看到,从宏观上看,免罚清单作为一种制度,它的存在已经触及到我国整体行政法治,乃至触及到我国法治政府和法治社会的建设;从微观上看,其与《行政处罚法》还存在某种程度的不契合。

(一) 突破立法体制

《立法法》出台后我国的立法体制就已经形成,其中立法权的分配可以说是其核心内容,立法权最终要表现为立法事项的选择。《立法法》第8条确立了法律保留原则,^{②7}该条所规定的事项属于法律保留的范畴,即全国人大所独有的立法权范畴,包括行政法规在内的其他下位法都不能够对这些事项作出规定。同时,《立法法》对行政立法权也作了适当分配,规定了行政法规所能够规制的事项^{②8},这些事项同样具有相对的专属性,其他下位法都不能够对行政法规所规制的事项进行调整和规范;还规定了地方性法规的规制事项^{②9},地方性法规所规制的事项既区别于行政法规的规制事项,又区别于行政规章所规制的事项,它的立法权也具有相对的专属性和排他性;行政规章则依据部门规章和地方政府规章的区分而分别规制不同事项^{③0},它们所规制的事项是具体的和具有实施性的,一定意义上讲也具有专属性。

规范性文件不是《立法法》所规定的立法形式,原则上讲不在我国的立法体制之

^{②7} 法律保留原则是我国《立法法》的一项重要原则,世界各国绝大多数学者都认为,一切行政活动都必须遵循这一原则。如德国学者毛雷尔认为:“根据保留原则,行政机关只有在取得法律授权的情况下才能实施相应的行为。”参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第107页。相同观点还可参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第76页。

^{②8} 《立法法》第65条第2款规定:“行政法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项,国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。”

^{②9} 《立法法》第73条第1款规定:“地方性法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。”

^{③0} 参见《立法法》第80、81、82条。

内,^③从《立法法》中无法找到对其授权的立法依据。依《立法法》第65条的规定,为执行法律的规定可以制定行政法规;依第73条的规定,为执行法律、行政法规的规定,可以制定地方性法规;依第82条的规定,为执行法律、行政法规、地方性法规的规定可以制定地方政府规章。说明对法律的补充说明和细化是赋予行政法规、地方性法规和规章的;而对行政法规的补充说明和细化是赋予地方性法规和规章的;对地方性法规的补充说明和细化是赋予地方政府规章的。如果依此从逻辑上推演,地方政府规范性文件充其量只能对地方政府规章作出补充说明和细化,而不应当对规章层级以上的法规法律作出补充说明和细化,否则就是突破了立法体制中的立法层级关系。但从各地免罚清单有关免罚事项的规定看,都与相应的法律行政法规和地方性法规联系在一起,都是从相关的法律法规中梳理出来的,如《广告法》《食品安全法》《商标法》《公司法》《标准化法》《电子商务法》《无证无照经营查处办法》《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》等等。表面上看,清单仅仅是对这些法律法规中条文的“引用”,其实不然。笔者认为,它实质上是对这些法律法规规定的一种补充说明和细化。因为,免罚的事项往往是法律法规条文中“模棱两可”的规定,即为行政相对人或行政主体设定了一定义务,但没有后续的处理措施或处理措施模糊的规定。笔者曾将其称之为不可操作的行政法规范,西方学者则将此种情形叫做法的模糊性。^④正因为法律规范本身存在模糊性,才有了对其进一步解释的空间。如《电子商务法》第45条规定:“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的,应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施;未采取必要措施的,与侵权人承担连带责任。”第84条规定:“电子商务平台经营者违反本法第四十二条、第四十五条规定,对平台内经营者实施侵犯知识产权行为未依法采取必要措施的,由有关知识产权行政部门责令限期改正;逾期不改正的,处五万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上二百万元以下的罚款。”对于这一类规定,行政主体在执法中对“应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施,未采取必要措施的”处罚,可以有两种不同的选择:罚或者不罚,而这两种选择在法律法规留下空间的情况下,都是说得通的。至于法律的这一规定如何细化,从《立法法》的规定看,是需要由行政法规、地方性法规或规章来完成这一任务的,但诸多地方政府制定的免罚清单却作了这样的细化工作,显然缺乏《立法法》上的依据。

(二) 规避《行政处罚法》

《行政处罚法》是行政处罚的程序法,是一个针对行政处罚所作的一般意义上的程序规定。由于《行政处罚法》所规定的内容大多具有程序性,这就使得《行政处罚法》在适用时要与行政实体法紧密结合,以行政实体法作为适用的前提和条件。同时行政实

^③ 这在我国学界也基本是形成共识的,学者们普遍没有将规范性文件归入行政法正式渊源范畴。参见胡建森:《行政法学》(第4版),法律出版社2015年版,第13页;应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》(第2版),法律出版社2009年版,第13页;朱新力主编:《行政法学》,高等教育出版社2006年版,第26页。

^④ 西方学者认为:“当一个法律问题或者一个如何将法律适用于事实的问题没有任何唯一正确解答的时候,法律即是不确定的。”参见[英]蒂莫西·A.O.恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第12页。

体法在运作的过程中如遇到行政处罚事项也必须以《行政处罚法》的规定为依据,按《行政处罚法》规定的程序进行运作。以《土地管理法》为例,其就涉及到了土地违法的事项,进而要由处罚机关对这些违法事项进行处罚。处罚机关实施处罚行为就必须以《行政处罚法》所规定的程序作出处罚决定。也就是说,《行政处罚法》与行政实体法是一种相辅相成的关系,二者在行政处罚上构成了一个完整的体系。免罚清单同样是一个实体与程序相结合的问题,既要涉及行政处罚的实体内容,也要涉及行政处罚的程序内容,换言之,它同时应当受到处于上位的实体规定和程序规定的约束。但目前的免罚清单在具体规定中可以说只关注了所引用的行政实体法或者部门行政法中的内容,如一些地方的《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》就列举了《广告法》第9条第3项的规定,第11条第2项的规定,第12条,第14条的规定;《农药广告审查发布标准》第11条的规定;《无证无照经营查处办法》第2条的规定等等。由于这些列举规定及其所列举的事项都是行政实体法的内容,尽管各地的免罚清单也会在开头提及“依据《行政处罚法》字样”,但在具体规定中并不那么明确具体,似乎与《行政处罚法》的关联度不大。实际上,免罚清单某种程度上还有诸多方面与《行政处罚法》的相关规定不那么契合,尽管上文中谈到二者存在一定的正向关系。因为《行政处罚法》第16条明确规定了“除法律、法规、规章外,其他规范性文件不得设定行政处罚”。那么,依此规定免罚清单从理论上讲是不能创设行政处罚的相关制度和规则的。在这里,关键是要澄清一个大前提:免罚清单的“清单”是否属于创设?正如前文所述,免罚的事项是一种实实在在的行政违法行为,以往行政主体选择“罚”也是顺理成章的,免罚清单对这一类事项作了列举后,行政主体别无选择,只有一种可能性,那就是不罚,实际上就是对处罚种类做了一种限缩,从另一角度讲也是为行政主体设定了一个新的义务。另外,《行政处罚法》第33条应当说是免罚清单存在的直接依据,免罚清单细化了非常多的免罚事项,这样的免罚事项是否能够与第33条的规定相对应,显然不能作出肯定的回答。因为免罚清单所免罚的那些事项都以招商引资和经济效益的追求为前提条件,难免更多关注第33条中的“不予处罚”字样,而较少更深入理解第33条所规定的“不予处罚”既与违法当事人的主观过错、与违法行为的危害后果以及证据等主客观条件有关,同时也要包含执法主体的执法智慧。

(三) 限缩行政处罚裁量权

行政执法实践中的裁量是不可避免的,美国“裁量性决定的数量每年有数十亿计”,^{③③}而且适当的自由裁量权是必要的和必需的,如美国学者所言,“合理的目标就是消除不必要的裁量权,而非取消所有的裁量权”^{③④}。我国诸多学者也持此观点。^{③⑤}《行政处罚

^{③③} [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第8页。

^{③④} 前注^{③③},肯尼斯·卡尔普·戴维斯书,第246页。

^{③⑤} 参见姜明安:《论行政裁量权及其法律规制》,载《湖南社会科学》2009年第5期,第55页;高秦伟:《论行政裁量的自我拘束》,载《当代法学》2014年第1期,第39页;苏海雨:《论行政裁量权的交往控制》,载《政治与法律》2017年第2期,第83页;等等。

法》赋予了行政主体实施行政处罚一定的自由裁量权,如《行政处罚法》第5条规定:“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。”其中的“情节以及社会危害程度”就存在一定的主观裁量。还如《行政处罚法》第38条第2款规定:“违反法定程序构成重大且明显违法的,行政处罚无效。”这里的“重大且明显违法”也是要由执法机关及其执法人员在具体案件中作出判断,而这个判断也是含有主观裁量成分的。说明从行政法学理论和行政法治实践两个层面来衡量,行政处罚中的自由裁量权都是行政主体和行政执法人员的正当权益,它的存在具有合法合理性,既然这种权益具有正当性和合法性,其他任何形式的干预与限缩都应当避免,更不能让这些自由裁量行为变成完全的羁束行为。^{③6}那么对于免罚清单而言,其在某种程度上是对行政处罚裁量权的克扣,因为免罚清单是以清单的形式出现的,其对免罚情形采取个别列举式规定,如“下列违法行为,及时改正的,免于行政处罚”^{③7},几乎每一个免罚清单关于免罚事项的规定都有这样的行文,这实质上就是将清单中的免罚事项作了羁束规定。我们从两方面来分析:一是免罚清单中所列举规定的免罚事项都必须予以免罚。对于清单所列举的事项,行政处罚主体和行政处罚人员失去了行使处罚自由裁量权的机会。依《行政处罚法》相关条文,行政处罚中那些罚与不罚、重罚与轻罚的事项以及其他事项,行政主体都应当享有裁量权。如“初犯不罚”实质上也是一个裁量行为,即是说,初犯的行为是否一定不罚也掌握在行政执法人员的手上。免罚清单强化了免罚性,却淡化了处罚主体在处罚过程中的主观认知。二是没有列举的但符合免罚条件的事项,对行政主体而言,以往也可以选择罚或不罚,而在清单明确列举的情况下,可能就相应地只能选择罚。这与《行政处罚法》赋予行政主体必要的自由裁量权存在一定出入。需要说明的是,我们并不是要将《行政处罚法》赋予处罚主体的自由裁量权理解为完全的放任自流权力,相反,任何行政自由裁量权的行使都应当受到法的控制和约束,实际上《行政处罚法》也遵循了这一点。其在第34条规定:“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。”该条确立了行政处罚裁量基准制度,通过裁量基准使裁量权的行使符合比例原则,具有最大限度的合理性。^{③8}但是,裁量基准的制定并没有达到吞噬自由裁量权的程度。而免罚清单通过列举规定基本上使得行政主体在这些事项的处置上没有选择余地。需要说明的是,这里提到裁量基准只是为了进一步佐证行政处罚法对适当处罚裁量权的认可,并不是说免罚清单就是一种裁量基准。笔者认为,免罚清

③6 羁束行政行为是指:“行政机关在法律事实所规范对象之要件成就时,行政机关在‘是否’以及‘如何’作成一行政处分时,并没有决定的空间。”参见陈新民:《行政法学总论》,台湾地区三民书局2015年版,第297页。

③7 《重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单》第1条。其他各地免罚清单也都有类似规定。

③8 裁量基准的制定基于两个方面的考虑,一是对自由裁量权控制的考虑,就是将原来相对宽泛的行政自由裁量权通过制定基准予以适度限缩。如以行政拘留为例,《行政处罚法》规定为1日以上15日以下,处罚机关便有从1日到15日的处罚选择权,而通过基准分为1到5日、6到10日、11到15日三个段位,执法机关首先要确定从某个段位进行选择,然后在某个段位之内再选择某个期限,这便使得处罚机关有5日的选择权,而不是原来的15日的选择权。二是通过裁量基准使行政裁量更加适当和合理,因为相关基准的制定是从行政执法的实际情况出发的,这便使得自由裁量权在行使中更加合理。

单与裁量基准是完全不同性质的规则,裁量基准是在“罚”的前提下作出的量的选择,而免罚清单是在“罚”与“不罚”之间作出的质的选择。

(四)有纵容市场主体行政违法之嫌

《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。”这明确了行政处罚的目的。我们可以从三个层面来解读:一是对违法行为进行打击和报复,学界称之为“行政处罚报应主义”^{③⑨},就是通过行政处罚寻求加害人与被害人之间的平衡。二是维护公共利益和社会秩序。就是通过行政处罚对违法行为人予以制裁,起到警示他人的作用,被处罚人受到处罚以后,其他社会主体就会意识到一旦实施此类违法行为就会带来相应的法律后果,带来相应法律上的制裁,从而达到社会秩序相对稳定的状态。三是保护相对一方的合法权益。《行政处罚法》的出台就是对以往滥罚、乱罚行为的纠正,通过规范行政主体的行政处罚行为,从而保护了公民、法人、企事业单位的合法权益。即行政处罚是报应、权益保障、社会秩序维护等多功能和目的的一种融合,也就是说,行政处罚的目的是多元的。前文所述,免罚清单契合了《行政处罚法》以教育为主导的目的,却忽视了对违法行为实施惩罚的目的,因为免罚清单使得已经实施的被列举的所有违法行为都得不到制裁。特别是免罚清单选取大量经济活动中轻微违法行为予以免罚,而这些领域的违法潜伏着非常大的危害性和社会影响度,往往又最具诱惑力,因为它能给违法行为者带来利益。很有可能给其他当事人实施同样违法行为埋下隐患,给同一当事人实施后续违法行为埋下隐患。对于企业而言是难于在利益面前淡定的,因为企业本身的目的就在于营利。^{④⑩}当然,我们也不是否认免罚清单包含了一定的社会秩序和市场秩序维护的内涵,但其最终目的还是在于经济效益的追求,而这样的追求往往伴随着风险,特别是食品药品、环境领域的免罚。对于《行政处罚法》而言,经济效益的选择只是其非常次要的一个方面,它更多地选择后续行政管理秩序的维护,选择对当事人违法行为的纠错等。因为,行政处罚的存在是由行政违法的存在所决定的,如果没有行政违法行为也就没有行政处罚行为。这个逻辑关系既要求行政处罚与行政违法行为的性质相对应,就是有什么样的违法行为就有什么样的行政处罚,又要求行政处罚与行政违法的量度相对应,就是有什么程度的违法行为就有什么量度的行政处罚。这就提醒我们,免罚清单仅仅因为考虑经济效益而设置免罚事项,应当说与《行政处罚法》的精神并没有完全契合。免罚一旦偏离了行政处罚对违法行为人制裁的目的,或者偏离了维护社会正当秩序的目的,或者偏离了对其他社会主体警示的目的,纵容违法行为的嫌疑非常明显。

^{③⑨} 应松年主编:《行政法与行政诉讼法》(第2版),中国政法大学出版社2011年版,第169页。

^{④⑩} 正如美国法律经济学家所言,“大量的经济活动是由企业而不是由个人进行的”,因为以个人方式组织经济活动“遇到了交易成本很高的问题”。参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(下册),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第513页。

五、免罚清单的合理定位及与《行政处罚法》的契合

鉴于目前免罚清单存在的法律风险,我们必须给免罚清单在我国行政法律制度中一个合理的定位,并使之与《行政处罚法》高度融合。

(一) 关于免罚清单与《行政处罚法》的衔接

如果用《立法法》所构设的立法体制来衡量有关行政处罚的立法事项,不难看出,它不能完全适用法律保留原则,但行政处罚的基本制度必须由法律来设定这一点是没有疑问的。行政法规、地方性法规、行政规章在行政处罚事项的规范中,其调控方式和规制程度是极其有限的,这在《行政处罚法》关于处罚种类的设定中已有明确规定。也就是说它们对行政处罚事项的规范要严格依《行政处罚法》的明确规定为之,否则就破坏了立法体制。免罚清单所规定的事项与《行政处罚法》紧密关联,一定意义上讲又突破了《行政处罚法》。首先,免罚清单中的“免罚”“免罚清单”等概念本身就是一种创新。^①其次,免罚清单不是行政法治中一个小问题,不是一个枝节性和技术层面上的问题。因为它以招商引资、经济效益提升为背景,更多是基于地方经济利益,说明免罚清单有着特定的价值考量,有着特定的适用范围,有着特定的时空概念。最后,免罚清单和《行政处罚法》中的“不予处罚”不能等同,也就是说免罚清单还不能为《行政处罚法》中的“不予处罚”所涵盖。从法条本身的解读来看,《行政处罚法》第33条中的第一种“不予处罚”情形,它不是绝对的免罚,而是要根据“违法行为轻微”“及时改正”“没有造成危害后果”三个要件同时具备来判断,而这“三个要件语义概念模糊,解释空间大,为行政机关在具体实践中留下了巨大的裁量空间”,因而就像学者们所说“在行政执法实践中,行政机关作出免予处罚决定的情况相对较少”。^②第二种情形是对于首犯,第33条用的措词是“可以不予行政处罚”,也就是说,可以不罚也可以罚,而不是绝对不罚。第三种情形是在当事人没有主观过错的情况下,罚还是不罚也要看其他法律法规的规定。这几种情形都证明:免罚清单的免罚与处罚法中的“不予处罚”规定并不是同一个概念,^③最多只是免罚清单中列举的有些违法事项可以在“不予处罚”之列。为此,笔者认为,为了更好地规范免罚清单制度,必须在《行政处罚法》中给其一个恰当的位置。可以在

① 免罚清单的称谓中有三个关键词,一是违法违规行,就是行政相对人已经实施了行政法所禁止的行为,这是免罚清单的第一要素。如果当事人没有实施违法行为,免罚清单就失去了存在的必要。二是免罚,就是行政主体对于免罚清单中所涉及的违法行为不再予以处罚,这个关键词是免罚清单的实质性内容,也是免罚清单制定的意义。三是清单,就是将已经构成违法行为但要免予处罚的事项以列举规定的形式列举出来,使其更加具体和明确。就清单的设置来看,已经大大超越了《行政处罚法》第33条关于不予处罚情形的规定。行政处罚法中的不予处罚是一个概括和抽象的规定,究竟什么事项适用于不予处罚则需要执法机关在实践中予以把握,而清单则将免予处罚的事项具体化、个别化。上列三个关键词使免罚清单在行政法治和行政处罚中必然是一个新的事物或者新的制度。

② 张红:《免予行政处罚制度的现实困境与解决之道》,载《中国司法》2020年第4期,第57页。

③ 学界也有学者认为不应将不予处罚与免予处罚混为一谈。参见尹培培:《不予行政处罚论——基于我国〈行政处罚法〉第27条第2款规定之展开》,载《政治与法律》2015年第11期,第149页。

《行政处罚法》中设置专门条款,确立免罚清单的概念、免罚清单制定的依据和原则,也可以随着行政法治的发展考虑以免罚清单制度替代现在的不予处罚制度。这样可以给免罚清单在《行政处罚法》中有一个基本定位,也为我们制定免罚清单提供了基础和依据。

（二）提升免罚清单的规范层级

免罚清单由于涉及到法治政府与法治国家、法治社会一体化建设、给付行政、协商治理等重要行政法治理念,涉及到《行政处罚法》中的新的制度建构,国务院相关文件也明确规定“多领域实施包容免罚清单模式”,将免罚清单作为一个新的管理模式来看待,并且强调模式化和多领域,因此有关免罚清单的立法规范位阶应当相对较高,而且应当在中央层面立法。可以首先由《行政处罚法》确立了免罚清单基本概念和制定原则的情形下,再由国务院制定行政处罚法实施细则或者实施条例对免罚清单作出规定。如果国务院在短期之内还不能够制定行政处罚法实施细则,也可以由国务院职能部门通过规章的形式制定免罚清单。当然,在目前地方政府先行先试的情况下,阶段性以地方政府规章形式来规范免罚清单也是可行的,但在将来条件成熟时必须上升为中央立法。至少免罚清单的最低规范文本应当是行政规章,而不应当是规范性文件,更不应当是当下一些地方的非规范性文件。之所以强调这一点,是因为免罚清单的规范文本说到底它应当是行政法的一个渊源,而且应当具有行政法正式渊源的地位,这也符合我国《立法法》所确立的立法体制的要求。因为它涉及到对作为上位法的法律、行政法规等的补充说明和细化,而依据《立法法》规定,只有规章才有资格对法律法规予以补充说明和细化。而且免罚清单在营商环境的构造、行政法治质量提升、《行政处罚法》有效实施等方面都有着非常重要的意义,让它行走在行政法渊源的边缘地带必然会淡化其实际效果。

（三）拓展免罚清单的适用范围

如本文前言中所述,免罚清单有其自身的制度正当性和良好的实践效果,其与《行政处罚法》也存在某种程度的正向关系,这为免罚清单的存在和推广提供了前提和基础。国务院出台的文件强调了免罚清单的多领域和模式化,实质上也意在扩大免罚清单的适用范围。这为免罚清单的拓展提供了政策依据。《行政处罚法》关于不予处罚事项的规定也是一个概括性的规定,它可以覆盖行政处罚的每一个领域,可以覆盖行政管理的每一部类,没有以区域和职能来区分不予处罚的情形,为免罚清单的拓展提供了一个很好的立法模式,就是我们不需要人为地选择免罚清单的适用范围。从我国地方目前所制定的免罚清单来看,尽管本文开头部分提到,免罚清单的数量越来越多,其涉及领域越来越广,但这只是一个相对而言的概念,只是说明免罚清单作为一个新生事物其发展方兴未艾。首先,绝大多数免罚清单都是有选择性的,像市场管理、城市管理、生态环境、民防执法等领域居多,而且这些领域中并不是所有事项都能适用免罚;其次,免罚清单的免罚对象多半是企业行为而不是公民个人行为或其他社会组织行为。实际上,这样的限定与免罚清单的大背景也是不太符合的,前文多次提及的地方上免罚清单的出台与招商引资和经济环境的拓展紧密相关,而招商引资与经济环境也不仅仅涉及上述一些领域和行为,其实任何一个行政管理领域都与招商引资有着关联性,任何一种行为可能也都与营商环

境有着关联性。因此,在目前基础上拓展免罚清单的适用领域应当作为免罚清单制度发展的一个方向。当然,需要说明的是,有些地方关于免罚的理念还是值得肯定的,如株洲市《关于开展“多领域实施包容免罚清单模式”的意见》对免罚有一个相对宽泛的认知,它强调了免罚清单与行政执法的关系:“建立包容审慎的执法监管机制。探索实行‘包容期’管理,对市场主体给予1—2年包容期,在包容期内通过行政指导等柔性监管方式,引导和督促企业依法经营。”笔者认为,这样的理念应当落实到清单具体的制定中,不能仅停留在理念阶段。

(四) 关于免罚清单的内容设计

1. 负面清单文本模式

负面清单最先是我国外商投资管理领域的一种法治创新模式,运用于免罚清单是非常合适的。^{④④}目前免罚清单采取正面列举免罚事项的方式,这种方式难免带有权宜色彩。首先,免罚清单作为一种可复制、可推广的制度,在今后的行政执法实践中将会越来越广,正面列举往往无法穷尽所有免罚事项,容易挂一漏万。为了避免这一现象,一些地方制定的同一事项免罚清单就出现了“免罚清单(一)”“免罚清单(二)”的情形,意思是前面免罚清单列举的事项还有遗漏,后续只好又补充一个。或者说随着社会经济的发展,或者相关政策的出台,又有哪些领域可适用免罚清单,这样不断制定新的免罚清单文本。相应还有一种相反的情形,也可能随着政策变迁,已有免罚清单列举事项不再适用免罚。^{④⑤}这两种情形都会造成立法成本浪费。其次,正面列举免罚事项,克扣了行政主体必要的自由裁量处罚权。因为,行政主体实施行政处罚在技术细节上需要考虑违法行为的主客观因素,有些客观因素如违法行为发生的时间、地点、危害后果等以及法律法规对该违法行为的具体规定,这些相对来讲比较好认定。主观因素相对就比较复杂,涉及行政相对人实施违法行为时的主观过错程度、违法行为的社会敏感度、违法行为对行政法治的影响程度等,这些都难以用数字或者相应的标准来界定,此时执法者的裁量就显得很重要。^{④⑥}而正面清单列举后,执法者往往没有任何余地,只能选择清单要求的处理方式。因此,免罚清单的规范行文可以采用负面清单列举,即采取排除的方式对免罚事项作出规定,这样大大拓展了免罚清单适用的领域,又给执法者留了适度的空间,同时避免了一些关键领域不适当的免罚,真正契合了国务院要求的免罚清单“模式化和多领域”宗旨。

^{④④} 因为“这一管理模式体现了由政府管理到社会治理、由政府高权到法律主治、由全面干预到自主调节、由政府导向到竞争协调、由本土精神到全球视野的法治精神。”参见张淑芳:《负面清单管理模式的法治精神解读》,载《政治与法律》2014年第2期,第11页。

^{④⑤} 有些地方在制定免罚清单时已预计到此种情形,因此在免罚清单中规定了清单适用的相应时效。如《上海市城市管理局轻微违法违规行免罚清单》就在清单文本末尾规定:“本免罚清单自2020年9月1日起施行,有效期五年。”

^{④⑥} 正如有学者所言,“裁量——即就多数行为中选择其一——固然是行政机关的权利,但是,‘为裁量’却是行政机关的义务。因此,行政机关在适用有关之法规时,必须为裁量。裁量并非指结果所规定的多数中,任意挑选一个,而是应依法就多数行为为权衡,然后进而为决定采选其一。质言之,行政机关有应为适当裁量的义务。而人民对于行政机关则享有要求为适当裁量的请求权”。参见黄巽:《行政法总论》,台湾地区三民书局2009年版,第75页。

2. 食品药品等领域事项应附条件适用免罚

目前一些地方出台的《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》涉及到食品安全方面、药品安全方面的违法行为等。我们认为,通常情况下,有关食品、药品、生态以及其他涉及公共安全的违法行为适用免责条款都应当非常谨慎。一方面,这些领域与公民的生命、健康,社会的可持续发展息息相关。尽管目前免罚清单所列免罚事项都是指没有造成负面影响的,如《重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单》第十项规定:“下列违反食品安全管理规定的违法行为,及时改正的,不予行政处罚:违反《食品安全法》第七十一条,食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵,但不影响食品安全且不会对消费者造成误导的……”。第十一项规定:“下列违反药品、医疗器械、化妆品管理规定的违法行为,及时改正的,不予行政处罚”。但我们必须认识到,这些领域的违法行为一旦产生实实在在的危害后果,其各方面的负面影响度可能就会大于其他违法行为,因此这类行为只能消灭在萌芽状态。如以生态环境违法行为来说,一旦造成了环境污染其影响和侵害的就不是一两个个体的利益,而是国家和社会的公共利益。正因为这一点,我国新《行政诉讼法》增加了行政公益诉讼条款,明确列举了行政公益诉讼的受案范围。^{④7}另一方面,从法治发达国家的普遍规定来看,它们对食品药品领域的违法行为打击是非常严厉的,而它们的免罚也都是附条件的。如美国《联邦食品、药品和化妆品法》中规定,违反本法的禁止规定,从事食品、药品、设备或化妆品生产经营活动,免于处罚的必须符合两方面的条件:一是该交付和提供交付是出于善意;二是当事人根据法律规定应当受到的处罚较轻,即一年以下监禁或1000美元以下罚款。^{④8}也就是说相对一方当事人的行为没有主观过错是必备条件。我国一些地方的免罚清单对食品药品领域的免罚并没有这样的附条件规定,如有的地方对食品小作坊未取得许可证从事食品生产经营活动的,只要在责令改正期限内改正,就可以免于处罚。而“未取得许可证从事生产经营”是典型的故意行为,是有明显主观过错的。如果对这样的行为一律免罚,就有可能造成这类行为的放纵,进而产生不符合安全标准的食品药品。

3. 确定免罚的判定标准

通过对各地方免罚清单的梳理,笔者发现其在免罚的适用标准上显得比较零散,如有的以“轻微违法行为,及时纠正,没有造成危害后果”作为免罚判定标准;^{④9}有的以“违法行为,及时改正的”作为免罚判定标准;^{⑤0}有的以“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果,承诺不再违法”作为免罚判定标准;^{⑤1}有的则根据不同领域的不同违法行为分别设定免罚标准,有“轻微违法行为”标准、“轻微违法行为,首次被发现,及时纠正,

^{④7} 参见《行政诉讼法》第25条规定。

^{④8} See Federal Food, Drug, And Cosmetic Act § 331(a), 333(c).

^{④9} 参见上海市《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》;上海市《生态环境轻微违法违规经营行为免罚清单》。

^{⑤0} 参见《重庆市市场监管领域轻微违法行为不予处罚清单》。

^{⑤1} 参见《沈阳市生态环境执法免罚清单(暂行)》。

没有造成危害后果”标准、“轻微违法行为,责令限期改正后及时改正”标准;^②等等。此外有的还确立了“违法行为轻微认定标准”,如《江苏省市场监管领域轻微违法行为免于处罚规定》第16条规定,“违法行为轻微应当结合下列因素综合认定:(一)没有主观违法故意;(二)违法行为持续时间较短;(三)没有违法所得或者违法所得金额较小;(四)社会危害性较小;(五)存在主动改正或者及时中止违法行为、主动消除或者减轻违法行为危害后果、配合市场监督管理部门查处违法行为有立功表现等情节”。这些标准的确立有它一定的价值,特别是后一种相对细化的情节和违法行为轻微的认定标准。但笔者认为,免罚清单尽管起源于地方,其最终要在全中国范围之内推广,那么,免罚的判定就应当有一个相对统一的标准。对免罚的判定应确立以下标准框架:一是免罚事项属于负面清单没有列举的事项。某一行政执法领域尚未归入免罚清单,那么该领域的违法行为就不能够予以免罚,如属于上文排除免罚领域的。某一免罚清单尚未列举某一种违法行为适用免罚,该违法行为也不能够予以免罚。这是免罚清单判定标准的大前提,也是免罚清单制度规范化的基础。二是违法行为情节轻微。行政违法是“行为人违反公共安全和秩序方面的行政法义务,所实施的符合构成要件的、违法的、有过错的轻微违法行为”^③。行政处罚在处罚种类的选择上、处罚的适用上都充分考虑了其行政违法情节轻重的关系,如对于较为严重的行政违法行为可以对当事人处以行政拘留,而对于较为轻微的行政违法行为则可以采用通报批评和警告。对于免罚而言,自然只能适用于情节轻微情形。如果违法行为人存在主观过错,行为造成的后果和负面影响等都不能归于情节轻微情形,那就不适用于免罚清单。三是偶犯或者初次违法。偶犯和初次违法不是同一意义的概念,也许在初次违法中包括了偶犯,但偶犯也可以作为一个独立的违法情形予以考虑。例如,有些违法行为人在此种类型的违法行为中是首次违法,但在其他违法行为中则不一定是首次违法,此种情形便不能够称之为偶犯。而有些违法行为人仅仅实施了一个单一的违法行为,而在前期并没有实施其他违法行为,那便是真正意义上的偶犯。初次违法是免罚清单中的构成要件,而偶犯更应当是免罚清单中的构成要件。四是违法行为人恢复了原状。在行政执法实践中有些违法行为人实施违法行为以后,认识到了自己行为的过错,积极恢复原状,纠正违法行为的危害后果,而且其纠正行为是有效果的,这也可以作为免罚清单的要件之一,至于在行政处罚实践中如何把握则需要执法机关作出综合考量。五是附加条件。免罚清单因为是对违法行为的免责,为了避免免罚后纵容违法行为再次发生,必须附加免罚承诺制,就是要求违法行为人签署承诺不再违法的书面文件,才能予以免罚,这样至少给免罚对象一定的心理压力。同时,要求首犯不罚必须是违法行为人只触犯了一个法律规范,如果同时触犯了两个以上的法律规范,即便都属于首犯也不能免罚。

^② 参见《江苏省市场监管领域轻微违法行为免于处罚规定》。

^③ [德]汉斯·J.沃尔夫等:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2014年版,第332页。

六、结 语

我国行政法治建设所走的是自上而下的道路,即行政法规范和行政法律制度通常情况下都由中央进行顶层设计和具体的制度构建。然而,近年来我国地方在推动行政法治建设方面有着巨大的创新。例如国家层面尚未制定行政程序法,而诸多地方却制定了行政程序规定。国家层面上规范行政执法的行政法典则基本上是空白,而地方制定了不少有关行政执法的行政法文件。一些行政法律制度也首先是从地方兴起的,如行政首长出庭应诉制度、政府信息公开制度、规范性文件程序制度、行政黑名单制度等。这些首先由地方构建和推行的制度逐渐被中央立法所认可,有些甚至为中央立法的制定提供了蓝本和具体的立法经验。免罚清单作为一种新的行政法律制度也与上列制度的推行和规范的制定相类似,也首先发端于地方,也有着良好的经验积累。这些都表明,地方在推动行政法治建设方面有着实效性,但是地方推动行政法治也存在着一定的法治风险。如上所述,我国行政法治建设总的逻辑遵循是自上而下,而重要的行政法律制度由地方创立难免使得《立法法》确立的立法体制和法制原则难以落到实处,包括人为的造成法律位阶错位、人为造成法治发展中的区域不平衡和部门不平衡等。因此,如何理性思考和探索地方推动行政法治发展的路径是一个长久的重大论题。

Abstract: List of impunity is not only the innovation of administrative rule of law, but also closely related to the *Administrative Penalty Law*, which has perfect practical effects and social influence on creating a good business environment, promoting benign interaction in the regulatory field, and improving the efficiency of law enforcement. However, judging from the perspective of the theory of administrative rule of law, it is inconsistent with the current legislative system and the *Administrative Penalty Law* to some extent, and there are hidden legal risks such as conniving administrative violation and limiting administrative penalty discretion. For this reason, it is essential to reasonably locate impunity list in administrative rule of law system, upgrade its normative level, and make it highly integrated with the *Administrative Penalty Law*, which is the only way to standardize the impunity list, and it is also the basis and guarantee to further expand the scope of application of the list of impunity. It is suggested that impunity list should adopt negative list text mode in content design, include conditional impunity of food and drug and other matters, and determine the judgment standard of impunity.

(责任编辑:吴 蕾)