

行政处罚设定权的“同位保留”原理

俞 祺*

摘 要 惩罚手段泛滥和治理工具不足是立法机关设定行政处罚时始终面临的矛盾。《行政处罚法》上的处罚措施设定权条款难以有效化解这一矛盾,它们需要在基本原理层面被重新理解。处罚的本质是对利益的剥夺,而剥夺不同利益的措施应受到不同对待。从设定权分配的角度考虑,处罚措施可按照剥夺宪法上的利益、法规范上的利益、法规范外的利益或剥夺利益核心部分、利益非核心部分两种方式进行分类。同时,处罚措施设定权自身也可分为措施创设权、措施选用权和措施程度设定权三类。处罚措施设定权的分配应遵循同位保留原则。具体来说,措施创设权须由形成作为处罚对象之利益的规范或其同位规范保留,也即剥夺宪法上的利益的措施由宪法保留,剥夺法规范上的利益的措施由相应层级的规范保留,剥夺法规范外的利益的措施无须保留。措施选用权应由创设该措施的规范的同位规范保留,但基于功能主义考量,该项权力可由创设措施的规范或其同位规范直接授予下位规范。措施选用权被下放时,获得授权的主体在措施程度设定权上应受限制,不得规定剥夺利益核心部分的措施。

关键词 法律保留 宪法保留 行政处罚 惩戒 设定权

一、问题的提出

行政处罚在现代社会治理中呈现出泛化趋势。大量地方性法规、规章乃至规范性文件设定了各种新型的带有处罚性的手段。这使得《行政处罚法》中关于处罚措施设定权的限制性规定遭受冲击。当然,实践中的趋势确实在某种程度上反映出《行政处罚法》的局限。有不少行

* 北京大学宪法与行政法研究中心研究员,北京大学法学院助理教授。本文系国家自然科学基金重大项目“社会信用体系的法律保障机制研究”(项目编号:21&ZD199)和国家自然科学基金青年项目“地方性立法事务与央地立法权分配研究”(项目编号:19CFX025)的阶段性成果。

政机关抱怨治理工具不足,行政目标与其所掌握的资源手段相脱节。^{〔1〕}学术界在谈及行政处罚的设定权时,大多也持批评态度,并主张进一步拓展行政处罚的种类范围,或者通过中央立法机关的授权,赋予地方增加新的处罚种类的权力。^{〔2〕}但关于处罚泛滥的担忧也是现实的。若各种不同层级的规范性文件都可以设定各类处罚措施,那么《行政处罚法》在其第1条中提出的“规范行政处罚的设定”的目的将在实质上无法实现。目前,已有许多学者表达了对处罚措施被过度使用的忧虑,强调对其加以法律控制的必要性。^{〔3〕}这些学理与实践中的争论说明,关于处罚措施设定的制度安排尚处在矛盾状态之中,行政处罚措施设定权如何在不同法源文件中分配亟待进一步科学化。

目前,我国《行政处罚法》采用的做法是根据法源位阶的高低配置处罚措施设定权。其中,法律可以设定各种行政处罚;行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚;地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚;规章可以设定警告、通报批评或者一定数额罚款的行政处罚。^{〔4〕}可见,位阶越低的法源文件在设定权上越受限制。应当说,处罚措施设定权限随法源文件的位阶高低而变化这一制度安排本身具有实践层面的合理性。但是,若从规范上追问,为什么高位阶的立法就应当有更大权限?这种“更大的权限”的边界又在哪儿?事实上,我国当前《行政处罚法》所采用的模式主要基于立法机关在各领域单行法律规定基础上所作的总结,背后的法理基础并不明确。

理论上的模糊带来了条文解释层面的困扰。举例来说,在我国,法律就真的可以根据《行政处罚法》设定各种类型的处罚吗(例如可否增设影响公民言论自由、人格尊严等的处罚)?与这个问题类似,除了不得限制人身自由外,行政法规设定新的行政处罚种类还存在其他约束吗?地方性法规不能设定的处罚种类仅限于限制人身自由和吊销营业执照吗?行政法规和地方性法规设定诸如限制开展生产经营活动、责令停产停业、限制从业的处罚是否应有其他条件限制(如能否设定终身禁入或长期限制生产经营的处罚)?^{〔5〕}规章作为行政机关制定的规则为何可以设定警告、通报批评和罚款的处罚?《行政处罚法》可以授权规章将相对人的名誉、财

〔1〕 参见袁雪石:“整体主义、放管结合、高效便民:《行政处罚法》修改的‘新原则’”,《华东政法大学学报》2020年第4期,第19页。

〔2〕 参见余凌云:“地方立法能力的适度释放——兼论‘行政三法’的相关修改”,《清华法学》2019年第2期,第160页;熊樟林:“行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国《行政处罚法》第8条的修改方案”,《政治与法律》2020年第3期,第90页;张淑芳:“《行政处罚法》修订应拓展处罚种类”,《法学》2020年第11期,第90页。

〔3〕 这种担忧重点体现在有关失信惩戒措施被运用的情境中。参见王瑞雪:“政府规制中的信用工具研究”,《中国法学》2017年第4期,第166页;沈岿:“社会信用体系建设的法治之道”,《中国法学》2019年第5期,第37—40页;林彦:“信用惩戒制度对行政法治秩序的结构影响”,《交大法学》2020年第4期,第91—95页;王锡锌、黄智杰:“论失信约束制度的法治约束”,《中国法律评论》2021年第1期,第97—98页。

〔4〕 参见《行政处罚法》第10—14条。

〔5〕 已有学者提出禁入措施的设定需受到限制。参见宋华琳:“禁入的法律性质及设定之道”,《华东政法大学学报》2020年第4期,第50—53页。

产作为惩戒的对象吗？〔6〕针对新出现的利益，如个人信息权，各种法源文件都可以将其列为惩戒的对象吗？另一方面，《行政处罚法》第9条将处罚措施种类创设权限制于法律和行政法规，但地方性法规、规章甚至规章以外的规范性文件难道就不能增加新的处罚类型吗？实践中，有行政规范性文件规定对存在失信行为的主体适当增加未来检查的频次；假如将这种行为理解为行政处罚，规范性文件的设定就一定不合法吗？

此外，实践中存在许多上位法设定的利益被下位法剥夺的情况。特别是针对上位法所设定的行政许可，部分地方立法增加规定了吊销该许可或限制该许可实施的情形。例如，《武汉市城市公共客运交通管理条例》第35条第1款规定：“……未取得本市线路经营权和城市公共客运交通营运证从事城市客运经营的，由市公安局交通管理部门没收非法所得，……并吊销机动车驾驶证、注销车辆牌证。”该《条例》设定了吊销机动车驾驶证的处罚措施，但机动车驾驶证这一许可来自于《道路交通安全法》，并非武汉市的《条例》所创设。相似地，一些地方立法还针对《传染病防治法》所创制的卫生许可证、《食品安全法》所创制的餐饮服务许可证等增设了吊销的情形。〔7〕那么，这种下位法剥夺上位法所设利益的行为是否应被允许呢？

以上问题在传统行政法学的框架中无法得到清晰的解答。原因在于，当前的研究主要以《行政处罚法》的规定作为根据，但对《行政处罚法》所依赖的规范基础缺乏追问。这使得现有理论在回答深层次问题时遇到障碍。若我们进一步向基本理论回溯，那么作为公权力分配之核心规范的法律保留原则应在接下来的探讨中占据重要地位。〔8〕然而，法律保留原则作为行政法部门刚兴起时就存在的原则，其覆盖范围相当有限。这种古老的理论难以处理现代社会中出现的大量新问题，特别是行政权大幅扩张之后所带来的问题。事实上，后文将指出，法律保留原则之上还存在更加一般的原则，即“同位保留原则”。法律保留只是同位保留下的一种特殊情况。在行政权和地方立法权日趋活跃的当代，我们不应继续局限于狭隘的法律保留制度，而应在继承该原则精神的基础之上，寻找更加符合时代特点的保留理论。下文首先研究处罚措施的类型，进而讨论处罚措施设定权的类型，并在这些分类的基础上，以同位保留原则为依托，解释处罚措施设定权的分配原理。

需明确的是，与处罚措施设定权密切相关的另一种权力是违法行为设定权，即对处罚措施所适用的情景（应受处罚的行为）的设定权。违法行为与处罚措施是一个完整规范的两个部

〔6〕 理论界一直有观点主张取消规章的处罚措施设定权。参见沈福俊：“部门规章行政处罚措施设定权的合法性分析”，《华东政法大学学报》2011年第1期，第33页。

〔7〕 如《北京市生活饮用水卫生监督管理条例》第22条规定：“违反本条例规定，造成饮用水污染的，由卫生计生行政部门处以1万元以上5万元以下的罚款，并可以暂扣或者吊销卫生许可证。”《银川市学生校外就餐休息场所卫生管理条例》第18条规定：“……造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的……吊销餐饮服务许可证。”

〔8〕 学界普遍认为《行政处罚法》中的处罚措施设定权条款是法律保留原则的典型体现。参见王贵松：“行政活动法律保留的结构变迁”，《中国法学》2021年第1期，第137页。

分,处罚措施属于规范的法律后果,而应受惩戒的违法行为则属于法规范的构成要件。^[9]构成要件和法律后果之间不能分割,因为法律后果的设定只有和具体的构成要件结合起来才有意义。若下位法规范与上位法规范构成要件一致,但却规定了不同的法律后果,则该下位法规范事实上抵触了上位法。因此,所谓处罚措施设定权是指针对新的构成要件(或称新的违法行为)设定处罚。如果不能创制新的构成要件,那么处罚措施设定权也没有价值。^[10]本文在讨论处罚措施设定权时,默认的前提是设定主体对该处罚所对应的违法行为构成要件也有设定权。鉴于构成要件设定权涉及实体管理领域的内容,需要放在规范抵触的话题中讨论,本文不再赘述。

二、处罚措施的类型

处罚的本质在于对利益的剥夺。此概念在现代汉语中的含义为“使犯错误或犯罪的人受到政治或经济上的损失而有所警戒”。其中,使存在不当行为的人有所警戒乃是目的,使其遭受损失乃是方式。而遭受损失即意味着利益被剥夺。我国《行政处罚法》第2条将处罚定义为“以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。这说明,处罚的本质是惩戒,惩戒的方式是“减损权益或者增加义务”,而不论减损权益还是增加义务,实质上都是在剥夺相对人的利益。^[11]

按照所剥夺利益的不同,处罚措施可以分为多种类别。例如,根据剥夺利益的严厉程度,处罚措施可以分为行政处罚和刑事处罚;根据利益主体属于内部还是外部,处罚措施可以分为内部纪律处分与外部处罚;根据利益本身的性质,处罚措施可以分为财产罚、人身罚、资格罚等。若与处罚的设定权相结合,有两种利益的分类方式较为重要。其一是根据形成利益的规范之性质,将被剥夺的利益分为宪法上的利益、法规范上的利益和法规范外的利益,其二是根据利益对相对人的影响程度,将被剥夺的利益分为利益核心部分和利益非核心部分。前一种

[9] 较主流的学说“新三要素说”将法律规则分为假定、行为模式和法律后果三个部分。参见舒国滢主编:《法理学导论》(第三版),北京大学出版社2019年版,第102—103页。但针对三要素说的弊端,新近有学者提出“二要素说”,将法规范分为构成要件+法律后果两部分。参见雷磊:“法律规则的逻辑结构”,《法学研究》2013年第1期,第77—86页。

[10] 不过,“新的构成要件”中有一种特殊情况,即空白构成要件。这意味着法规范仅仅设定了法律后果,而将构成要件规定权交给了其他的立法主体。以空白构成要件设定处罚最典型的例子是《行政处罚法》第9条。该条规定了多种可作为法律后果的处罚措施,但将具体违法行为的确定权交给了法律、行政法规、地方性法规和规章。另外,各地的社会信用立法中事实上也创设了不少与空白构成要件结合的处罚措施。如《重庆市社会信用条例》第36条规定:“设定失信惩戒措施应当遵循关联、比例的原则,限制在下列范围内:(一)约谈;(二)在实施行政许可等工作中,列为重点审查对象,不适用告知承诺等便利服务措施;(三)在日常监管中,列为重点监管对象,增加监管频次,加强现场检查;(四)在财政性资金补助、项目支持中,作相应限制;(五)法律、法规和国家规定的其他处罚。”

[11] 有学者将此归纳为“不利益性”。参见熊樟林:“行政处罚的概念构造——新《行政处罚法》第2条解释”,《中外法学》2021年第5期,第1289页。

分类主要决定设定处罚措施的立法主体的资格,是处罚措施设定权分配的基础分类;后一种是基础分类的补充,起到调整和限制设定权分配的作用。以下分述之。

(一)剥夺宪法上的利益、法规范上的利益或法规范外的利益

法律主体在经济社会生活中享有各种不同的利益,有的利益得到了法规范的确认,有的没有。若得到了法律规范的确认,我们可以将其称为“法规范上的利益”;若没有得到确认,则这些利益应被称为“法规范外的利益”。还有一些利益相当重要,它们得到了宪法这种特殊法规范的确认,可被称为“宪法上的利益”。^{〔12〕} 这些利益均可以被公权力机关所剥夺,作为对违法行为的惩罚,但利益的重要性程度有所差异。若按照重要性从大到小排列,应依次为宪法上的利益、法规范上的利益、法规范外的利益。

1. 宪法上的利益

宪法上的利益是指为宪法所确认的利益,通常以公民基本权利或基本人权的形式表现出来。如我国宪法所列举的平等权、政治权利与自由、人身自由、宗教信仰自由、文化教育权利、社会经济权利、监督权与请求权和特定主体的权利等。^{〔13〕} 需要特别指出的是,本文所称“宪法上的利益”包括但不限于宪法所规定的公民基本权利。事实上,许多重要的利益并没有直接体现在宪法的规定中,并且,随着社会的发展变化,新的利益形式还可能继续出现,它们也并不一定及时得到宪法规范的确认,也就无法作为基本权利而存在。当然,在法律理论上我们或许可以通过解释的途径将较为重要的利益归入传统基本权利的范畴,宪法上也存在“未列举的基本权利”一说。^{〔14〕} 但宪法上的利益作为理想类型概念,可以更加全面地纳入所有具有根本性的利益,不论其是否可为宪法基本权利条款所明确涵盖。此外,宪法上的利益的享有主体不限于公民,也包括法人和其他组织。目前我国《宪法》在规定基本权利时,仍然使用“公民的基本权利”概念。尽管有理论主张法人也可以享有部分基本权利,^{〔15〕} 但这目前并无我国宪法规范上的依据。若使用“宪法上的利益”的概念,则可以避免上述问题。因此,所有被明确规定的基本权利都属于宪法上的利益,但并非所有的宪法上的利益都必然是基本权利。

2. 法规范上的利益

法规范上的利益是指普通法规范所形成的利益。根据形成利益的规范的不同,法规范上的利益在我国可以进一步分为法律上利益、行政法规上利益、地方性法规上利益、自治条例和单行条例上的利益、规章上利益和其他规范性文件上利益。举例来说,行政许可若由法律创设,则该许可为法律上的利益,如前文所说机动车驾驶证、餐饮服务许可证等;若由地方性法规所创设,则应为地方性法规上的利益,如户外广告设置许可等。^{〔16〕} 另外,评级、给付、奖励等也

〔12〕 法理学上一般会区分权利与利益。按照耶利内克的观点,权利乃是依意志力而保护的利益。参见舒国滢:“权利的法哲学思考”,《政法论坛》1995年第3期,第3页。但权利和利益在作为处罚对象时似乎不存在规范上的区别,因此本文对此不加区分,统称为“利益”。

〔13〕 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2018年版,第163页。

〔14〕 同上注,第165页。

〔15〕 参见杜强强:“论法人的基本权利主体地位”,《法学家》2009年第2期,第21页;王建学:“论地方团体法人的基本权利能力”,《政法论坛》2011年第5期,第102页。

〔16〕 如《北京市户外广告设施、牌匾标识和标语宣传品设置管理条例》第36条。

均属于规范上的利益。这些利益应当分配给谁,如何分配,分配到什么程度均应由形成这种利益的规范来决定。

“法规范上的利益”的概念可能会引发一定的争议。如罗斯科·庞德等法理学者认为:“法律秩序或法律,作为解决争议的权威指引或基础,并未创造这些利益。……即使没有法律秩序对行为及决定的权威指引,利益也依然存在。”^[17]既然利益不由规范产生,为何会有规范所形成的法规范上的利益?应当说,对于物质性利益来说,规范本身确实并不会从无到有地“生产”利益,它只是在进行利益的分配。在这个层面,本文所说的规范“形成”利益是指规范将某种利益分配给原先不享有这一利益的主体。如《甘肃省科学技术奖励办法》第19条第2款规定:“甘肃省自然科学奖、甘肃省技术发明奖、甘肃省科技进步奖由省人民政府颁发证书和奖金。”这一规定将财政资金以奖励的形式分配给符合条件的科技人员,事实上为这一群体提供了新的利益。而对于精神利益来说,法规范在一般情况下起到确认作用,如《民法典》所确认的人格利益。^[18]但在个别情形下,规范确实可以“生产”出新的利益。如《四川省保护和奖励见义勇为条例》第23条第1款规定:“授予见义勇为人员的称号分为‘见义勇为公民’、‘见义勇为勇士’和‘见义勇为英雄’。”这些称号背后所蕴含的精神利益在该条例制定以前尚不存在,事实上是由该条例直接产生的。所以,法规范上的利益体现了法规范对社会价值的调整,是规范所分配、确认或创造的利益。

不过,法规范上的利益在部分情况下会与宪法上的利益存在联结。首先,某些利益既有宪法上的利益的面向,也有法规范上的利益的面向。如获得行政给付的权利在现代社会中对公民有非常重要的意义,具有基本权利性质。^[19]从这个角度看,获得给付权是一种宪法上的利益。但是,行政给付的方式、标准等又是高度政策化的,必须依赖于具体法规范甚至非法源文件的规定。很多财力雄厚的地方政府往往通过规范性文件,将本地的给付标准定得较高。从这个角度看,给付又是一种法规范上的利益。当然,我们仍然可以在两者间作出区分:若剥夺给付利益使公民无法达到生存的最低标准,那么这种剥夺行为就影响了宪法上的利益;而若给付利益已经超越了生存的必要条件范围,那么这超越的部分就属于规范上的利益。但必须承认,此处区分的准确度有赖于各类基本权利内涵和外延的清晰性。当宪法上有关基本权利的理论未能准确刻画相关权利边界时,利益层级的分类也将变得模糊。其次,有些法规范上的利益的成立是以在抽象意义上剥夺宪法上的利益为基础的。如法规范要创设行政许可这类利益,其前提是设定一般禁止,这就涉及对公民自由的普遍剥夺。但我们在说规范形成利益时,并不将前一阶段的抽象利益剥夺纳入进来,而只关注利益被分配、确认或创造的过程。最后,在部分情况下,下位法可能对宪法或上位法所形成的利益进行了重复确认,此时应遵循“就高原则”,将其中最高位阶的规范作为形成该利益的规范。

3. 法规范外的利益

法规范外的利益是为法律主体所实际享有的并未得到法规范确认的利益,如商事主体不

[17] (美)罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第14页。

[18] 亦有观点主张人格利益系由宪法形成。参见张翔:“民法法人格权规范的宪法意涵”,《法治与社会发展》2020年第4期,第122页。

[19] 我国《宪法》第45条即规定公民有获得物质帮助的权利。

被严格监管、不被行政机关检查的利益,行政机关通过绿色通道为商事主体快速办理手续的利益等。这些利益在一般情况下并没有通过规范被直接授予给社会主体,它们只是法规范在规范其他事项时使当事人间接获得的利益,故属于行政权作用下的反射利益,而非规范上利益。

规范外利益之所以没有被法规范所肯定,是因为在当前阶段,还没有必要对其加以特殊的保护和关注,或者说,将其变为一种规范上的利益也许会带来更大的社会成本。但规范未肯定并不代表相对人不能享有这些利益,只是相关主体享有法规范外的利益不是一种应然状态,而是一种实然状态。当这些主体无法获得法规范外的利益时,他们也无权提出法律上的主张。然而,法规范外的利益不能成为请求权的对象不意味着它们就不能成为处罚的对象。法规范完全可以规定剥夺相对人实然上拥有的利益,以此作为惩罚。如《上海市社会信用条例》第30条规定:“对违反法定义务和约定义务的失信主体,行政机关在法定权限范围内就相关联的事项可以采取以下惩戒措施:……(五)在日常监管中,列为重点监管对象,增加监管频次,加强现场检查……”在一般情况下,接受行政机关监管检查是所有相对人的法律义务,法律并未赋予相对人免于检查的利益。因此,当法规范剥夺相对人“不受严格监管的利益”时,其实是在剥夺一种法规范外的利益。^[20]

但法规范外的利益也随时可能被纳入法的体系而成为规范上的利益。如《陕西省产品质量监督管理条例》第8条第2款规定:“……各级行业主管部门组织产品质量监督检查,需经同级市场监督管理部门协调后方可实施。在规定的检验周期内,不得重复检查,并不得抽取样品。”第3款规定:“违反规定抽样或在同一检验周期内重复检查的,被检查方有权拒绝。”该《条例》赋予市场主体拒绝监管部门重复检查的权利,事实上将原先法规范外的利益变成了一种规范上的利益。如此一来,普通规范性文件就不再能将这种利益作为惩戒的对象。即便法的规范尚未将其纳入,法规范外的利益的性质也可能发生变化。比如虽然免于检查未在法规范中被规定,但过高的检查频次事实上会侵害当事人的营业自由并可能带来财产上的损害,影响当事人的宪法上的利益。故而,较高频率的行政检查行为其实应被理解为一种剥夺当事人宪法上的利益的措施。

还需要说明的是,法规范外的利益并不等于违法利益,违法利益是被法规范所否定的利益。某种利益未得到法规范的确认不意味着该利益即被法规范所否定。两者的区别在于,公民可以在道义上拥有法规范外的利益,但不应拥有违法利益。关于违法利益能否成为行政处罚行为的对象,行政法学界尚存在较大争议,^[21]故本文在此暂不涉及关于违法利益的讨论。另外,当行政机关将法规范外的利益作为惩戒对象时,相对人虽然对被剥夺的法规范外的利益没有直接请求恢复原状的权利,但对具体惩戒行为给自己带来的负面评价或不公平对待却应有争议的资格。这属于行政诉讼制度中的原告资格问题,在此亦不过多涉及。

[20] 将某种法规范外的利益设定为处罚对象的行为并没有导致该利益在规范上“形成”,因为剥夺该利益的措施不能证明该利益本身是受保护的。

[21] 参见王贵松:“论行政处罚的制裁性”,《法商研究》2020年第6期,第24页;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156页。

(二)剥夺利益核心部分和利益非核心部分

利益核心部分是指某种利益的主要部分,利益非核心部分则指利益的非主要部分。剥夺利益核心部分就意味着利益拥有主体在实质上已经无法享有这种利益,而剥夺利益非核心部分则仅仅意味着相关主体对该利益的享有受到了一定的限制或削减。核心和非核心的区分理念来源于德国法上“基本权利本质内容”的启发。联邦德国基本法第19条规定:“在任何情形下都不能侵犯基本权利的本质内容。”本质内容保障是一种针对基本权利的“限制的限定”。^[22]所谓基本权利的本质就是各种基本权利所具有的共同的固有属性,这也是基本权利中最根本的、起码的内容,若此内容被限制或剥夺则基本权利就实际上不存在。德国有学者认为基本权利的本质就是人格尊严,但也有观点认为应是人格发展权。^[23]

虽然“本质内容”的含义非常模糊,在域外也遭遇了诸多批评,^[24]但这一概念所蕴含的避免利益被过度限制的思想,在讨论处罚措施设定权时是值得借鉴的。行政处罚所剥夺的利益不限于基本权利,但这些利益内部同样有类似本质内容和非本质内容的差异。为了与德国法上的基本权利本质保障说相区别,本文将之称为利益的核心部分与非核心部分。并且,这里所说的利益核心部分的范围要宽于基本权利的本质。只要某种利益服务于利益主体的作用已经基本上无法发挥,那么利益主体就失去了该利益的核心部分,而不一定非得上升到人格尊严或人格发展权的高度。所以,对基本权利来说,核心部分的范围大于本质内容;基本权利的本质内容绝对不可侵犯,但基本权利的核心部分在一定条件下应是可剥夺的,只是剥夺利益核心部分的处罚在设定权上应比剥夺利益非核心部分更加严格。而对于大多数普通利益来说,不存在完全不得剥夺的本质部分,将这些利益完全剥夺一般也不会影响到公民的人格尊严与人格发展,因此它们就只有核心部分和非核心部分的区别。

当然,精确划分利益的核心和非核心部分事实上不可能做到,因为许多利益也无法被定量表达。但大体上的区分还是可以实现的。例如,根据通常的社会认知,对普通公民的小额罚款不会影响其财产权的核心,而剥夺房屋、土地承包经营权等则会涉及财产权的核心部分;限制乘坐高铁、飞机等限制高消费行为不影响人身自由的核心,而拘留则剥夺了人身自由的核心;一定时间内的限制从业可能不影响就业权利的核心,但终身禁入某行业则不然;暂扣某公民的许可证并未在核心层面影响许可利益,但吊销许可证则是对许可利益核心内容的剥夺;在工作单位内通报批评不影响当事人名誉权的核心,但若在公共媒体上向全社会通报则会构成对名誉权核心的影响。

越重要的利益,核心部分在其中的占比就越大,对影响该利益的行为的容忍程度就越低。诸如人格尊严、自由等利益较为敏感,甚至可能被认为神圣不可侵犯;因此,对这些利益的些许影响即会被认为侵犯了利益的核心,甚至影响到了利益的本质。但财产权等经济性权利则没有这样的待遇,立法、行政和司法权可以在许多方面对其进行限制。在部分国家,宪法上财产权的范围甚至仅及于土地、房屋等较为重要的财产,小额的财产损害尚不足以启动宪法上的财

[22] 参见赵宏:“限制的限定:德国基本权利限制模式的内在机理”,《法学家》2011年第2期,第159页。

[23] 参见张翔:“基本权利限制问题的思考框架”,《法学家》2008年第1期,第138页。

[24] 参见赵宏,见前注[22],第160页。

产权保障条款。^[25]我国宪法上的财产权概念包含了公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权，^[26]并未在普通财产和特殊财产之间作出区分，因此需要在其中划定财产权的核心部分，以作出区别对待。

目前，不少涉及利益核心部分的处罚已经被刑法所规定，不再属于行政处罚。但刑罚剥夺的通常是宪法上的利益，^[27]一般不涉及普通法规范上或法规范外的利益。另外，诸如拘留、责令关闭企业、大额罚款等行政处罚措施也会涉及对宪法上的利益核心部分的剥夺。故而，在行政处罚中区分被剥夺之利益的核心与非核心部分仍然是必要的，它们会影响行政处罚措施设定权的配置。

三、行政处罚措施设定权的类型

从功能上说，行政处罚是行政机关惩治违法行为的“工具”，而各种处罚措施共同构成了惩治违法行为的“工具箱”。所谓设定处罚，通常的理解就是在工具箱中增加新的工具。但事实上，处罚的设定具有多个不同方面，至少可以分为三种类型。第一，措施创设，即前述增加工具箱中的工具。如许多地方性法规增加了限制高消费这一措施。^[28]第二，措施选用，即在工具箱中选择已有的工具，并将其用于惩治违法行为。如地方政府规章选用罚款这种已存在的处罚手段，惩戒不按规定停车的机动车驾驶人。^[29]第三，措施程度设定，即设定运用惩戒工具的程度。如地方立法针对不同的违法行为设定不同的罚款数额。相应地，处罚措施设定权也就可以分为措施创设权、措施选用权和措施程度设定权。以下分别描述之。

(一)措施创设权

如前述，处罚是对利益的剥夺，而拥有措施创设权则意味着权力主体可以将一种新的利益作为剥夺的对象。一般来说，每种被创设出来的处罚对应于一种可被剥夺的利益，如罚款对应财产权的剥夺而拘留则对应人身自由的剥夺。在这其中存在的问题是，什么是“一种”利益？例如《行政处罚法》所规定的“吊销许可证件”的处罚措施是在剥夺“一种”利益吗？这是“一种”处罚吗？不同类型的许可证涉及的利益差异极大，吊销驾驶证和吊销营业执照虽然都属于吊销许可证件，但似乎很难认为它们剥夺的利益属同种。

[25] 一般宪法中对财产权的保障重点针对征收等严重影响财产利益的行为。参见(德)康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第350页；林来梵：“论私人财产权的宪法保障”，《法学》1999年第3期，第16—19页。

[26] 我国《宪法》(1999年)第13条规定：“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”

[27] 张明楷教授就认为，刑法要保护的利益也是宪法要保护的利益，包括生命、身体、名誉、自由、财产等。参见张明楷：《刑法学》(上)，法律出版社2016年版，第62页。

[28] 如《河南省社会信用条例》第34条、《内蒙古自治区公共信用信息管理条例》第27条、《青海省公共信用信息条例》第28条等。

[29] 如《南宁市停车场管理办法》第43条：“违反本办法第二十三条第三款规定，擅自引导他人占用道路停车的，由公安机关交通管理部门或者城市管理行政主管部门按现场泊位数处以每泊位500元以上2000元以下罚款。”

判断剥夺的利益是一种还是数种,关键在于形成该利益的规范是否对其作了进一步的细分。如罚款的行政处罚剥夺的是相对人的货币财产。货币财产作为一种宪法上的利益,在宪法层面并没有作进一步的分类,因此,罚款就是剥夺单种利益的处罚。而吊销许可证的处罚剥夺的是相对人获得许可证的利益。我国不同位阶的法律渊源创设了大量互不相同的许可,因此,“吊销许可证”其实是对不同种的处罚的抽象规定,涉及“一类”处罚而非“一种”。若按该区分方式,在当前《行政处罚法》第9条的列举项中,警告、通报批评、罚款、没收违法所得、没收非法财物、行政拘留等是针对单种利益的处罚,而吊销或暂扣许可证件、降低资质、限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业等则是对涉及多种利益的处罚的抽象规定。后面这些涉及多种利益的处罚事实上都与行政许可利益有关,如降低资质和限制开展生产经营活动均是在减小行政许可的范围,责令停产停业则暂停了生产经营许可的实施,责令关闭事实上与吊销许可证无异。

那么,《行政处罚法》中诸如“吊销许可证件”等的规定究竟是在创设处罚还是在对现有处罚进行抽象概括?或者说,处罚措施可以在《行政处罚法》中被抽象创制吗?对于仅涉及单种利益的处罚来说,《行政处罚法》若允许某种法规规范适用,则我们可以认为《行政处罚法》创设了这种处罚。如《行政处罚法》允许地方性法规适用罚款这种处罚类型,那么地方立法机关自然可以用罚款来惩治自己认为不合适的行为。然而《行政处罚法》规定地方性法规可以使用吊销许可证件的处罚措施则并不意味着地方性法规制定者拥有了设定所有许可证吊销措施的权力。因为,对于由上位法设定的行政许可来说,若上位法自身未作规定,地方性法规不宜规定吊销措施。这一点涉及后文将着重讨论的同位保留原则。此处主要想说明的是,处罚的创设只能针对单种利益,而不应针对一类利益。针对一类利益的处罚规定仅应被视为一种抽象概括,而非措施创设。

(二)措施选用权

处罚措施的选用权是指下位法在上位法所创设的具体处罚中,选择其中的一种或几种以惩罚自己所新规定的违法行为的权力。例如《行政处罚法》第12条第1款规定:“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚。”这意味着地方性法规可以在其它所有被《行政处罚法》第9条所列举的处罚种类中选择,并与其自身所认定的违法行为相结合。而与之相比,规章的选用权范围似乎就要小得多,仅限于警告、通报批评和罚款。

但是,措施选用权针对的应是已经被上位法所创设的处罚措施。如前述,仅有上位法抽象概括规定的措施不能视为已被该上位法创设,故不在可选用的范围内。因此,《行政处罚法》中规定的如吊销许可证件、限制开展生产经营活动等针对一类利益的处罚不是下位法可以直接选用的对象,除非对其中某种利益的剥夺已被相关领域的单行法具体创设为处罚。从这个角度说,在《行政处罚法》上,地方性法规和规章在处罚选用方面并没有太大差异,地方性法规也并非可以在限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚种类中任意选用。

另外,作为选用对象的处罚在被创设的时候应尚未与某个具体的违法行为结合,即措施选用权针对的是空白构成要件的处罚措施。若上位法在创设处罚的时候已经将该措施作为某种违法行为的后果,则下位法只能在该违法行为构成要件的基础上进行细化,而无法再将其用于新的违法行为。

(三) 措施程度设定权

措施的程度设定权需要与措施的创设权或选用权相结合,主要出现在可以用时间、金钱等衡量的处罚的设定中,如限制人身自由(天数)、罚款(金额)、限制从业(年限)等。不过,以定性为主的行政处罚措施同样会有程度设定问题,如吊销许可证和暂扣许可证就是针对许可这种难以量化利益的不同程度的处罚。程度设定权体现了设定机关影响某种利益的能力大小。目前《行政处罚法》上对规章罚款金额的限制就是典型的针对程度设定权的规范。

同时,程度设定权相对于其它两种设定权而言具有附属性。规范制定机关必须首先创设或选用一项处罚措施,进而才能决定该措施的程度。且设定程度时需要考虑的如违法者预期收益、违法行为可能造成的损害、执法概率等因素,均需在确定了违法行为的基础上才能讨论。^[30]不过程度的量变有时会导致质变,高程度的惩戒(如没收个人财产)和低程度的惩戒(如小额罚款)完全可以被认为是两种不同的措施,此时程度设定权的不同实质就是措施创设权的不同。

在上述三种设定权中最基础的是措施创设权,该权力创造了作为法律后果的处罚措施,不过并不一定同时设定了该法律后果所针对的具体违法行为。^[31]措施选用权则必然涉及规定新的违法行为,并使用已经被创设的具有空白构成要件的处罚措施作为违法行为的后果。所以,如果说措施选用权具有创制性,那么这种创制性体现为其将新的违法行为构成要件与已知的法律后果相结合。措施程度设定权事实上是措施创设权和措施选用权的组成部分,进一步决定了利益受处罚措施影响的深度。鉴于三种权力设定的对象不完全相同,它们在立法主体之间的分配也会存在差异。

四、类型化基础上的处罚措施设定权分配

在讨论了处罚措施和处罚措施设定权的分类后,我们进而可以结合两者,研究剥夺不同利益的处罚措施的各种设定权应如何在法源文件之间分配。这其中,影响分配的主导性规范可称为同位保留原则。

(一) 同位保留原则

所谓同位保留,是指剥夺利益的规范应与形成该利益的规范处于同一位阶。若更严格一些,同位保留可进一步限缩为“制定主体保留”,即剥夺某种利益的规范制定主体应与形成该利益的规范制定主体相同。不过在我国,如人民代表大会与其常务委员会虽被视为不同的立法主体,但他们制定的立法性规则在位阶和效力上并无差异,因此,同位保留比制定主体保留更加符合实际。在同位保留原则之下,下位法不得取消上位法赋予公民、法人或其他组织的利益;欲设定剥夺某种利益的处罚,只能由形成这种利益的规范或其同位规范来实施。具体而言,剥夺宪法上的利益的处罚应当通过宪法设定;剥夺法规范上的利益的措施应当通过与该规

[30] 罚款程度设定问题可参见张红:“行政罚款的设定方式研究”,《中国法学》2020年第5期,第84页。

[31] 法规范在创设处罚时,可能同时设定该处罚所对应的违法行为,也可能不设定,而以空白构成要件的形式留待下位法设定。

范同位阶的规范设定;而剥夺缺乏规范基础的法规规范外的利益的措施,则可以通过任何形式的文件设定,包括不属于法律渊源的规范性文件。

同位保留的理念在我国行政法学领域的讨论中已被部分学者提及。如杨解君教授指出:“公民、组织的基本权利和其他法定权利是宪法和法律赋予的,要对其予以限制也必须通过与之相对主应的宪法和法律,而不能由低于宪法和法律的规范性文件来作出限制。”^[32]沈岷教授认为,公权力主体不同的规范性文件,有权设定失信惩戒的范围不同。如只有有权设定行政许可的法规才能限制或剥夺资格。^[33]上述观念来自于一般法理,极具启发性但还未经过系统论证。该原则的规范基础、适用范围、例外情形等问题尚待明确。

同位保留原则的规范基础与宪法上涉及法律保留的规定有关。以我国为例,如《宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”该条确认了公民的住宅自由,同时规定住宅自由不受“非法”侵犯。这意味着住宅自由可以接受“合法”的影响,而影响住宅自由的权力按照一般理解被授予给了法律。^[34]所以,这是一个设置了法律保留条款的规定。^[35]但还有一些《宪法》上关于基本权利的规定并未设置法律保留条款,如第38条:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”^[36]当然,宪法未规定限制基本权利的方式不意味着基本权利不受限制,但至少此项基本权利不受法律的限制。宪法理论上认为,对这种“无保留的基本权利”的限制来自于宪法本身。^[37]它们遵循的是“宪法保留”原则而非法律保留原则。^[38]从宪法规定的结构上看,法律保留是一种特殊情况,即宪法授权法律保留对部分特殊事项的规定。这从本质上说仍然属于宪法保留的范畴,因为若宪法不授权,则法律无权保留。所以,根据宪法,剥夺基本权利等宪法上的利益的措施只能由宪法设定或经宪法授权设定。这体现出了明显的同位保留的理念。目前行政法上法律保留的理论聚焦于通过法律控制行政机关影响相对人权益

[32] 杨解君:“论行政处罚的设定”,《法学评论》1995年第5期,第22页。

[33] 参见沈岷:“社会信用体系建设的法治之道”,《中国法学》2019年第5期,第42—43页。

[34] 住宅自由通常被认为是人身自由的延伸。参见杜强强:“自由权的受益权功能之省思——以住宅自由的功能为例”,《北方法学》2013年第4期,第28页。

[35] 相似的规定了法律保留的条款还比如《宪法》第34条:“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”第37条第3款:“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”

[36] 相似的未规定法律保留的条款还比如《宪法》第35条:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”第36条:“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。”

[37] 参见王轶:“论法律保留与基本权利限制的关系——以《刑法》第54条的剥夺政治权利为例”,《北大法学》2017年第2辑,第88页。

[38] 参见蒋清华:“基本权利宪法保留的规范与价值”,《政治与法律》2011年第3期,第60—63页;莫纪宏:“论宪法保留原则在合宪性审查中的应用”,《法治现代化研究》2018年第5期,第13页。

的行为,^[39]而对法律本身影响基本权利的方面未作过多探讨。这只关注了多层次规范保留中的一个层面,从而给实践带来困惑。事实上,有一些宪法上的利益并不是法律可以保留的对象,必须由宪法自身保留;但与此同时,很多不是在宪法、法律层面创设的利益也根本不需要法律保留。^[40]法律保留理论中对各种利益不加区分的做法不完全符合宪法规范的逻辑,^[41]而同位保留原则与宪法背后所蕴含的原理更加契合。

同位保留原则在逻辑上的必然性至少体现在三个方面。第一,避免出现规范抵触。利益被某种规范形成后,该规范所确定的利益主体即可享有这种利益或享有获得利益的可能性。这从规范上表达就是该主体“应当”或“可以”享有这种利益。而若要通过某种处罚剥夺该利益,则规范表达应为某主体“不得”或“禁止”享有该利益。两者之间规范词不同,属于相互矛盾的规范。若形成利益和剥夺利益的规范属于同一位阶,那么剥夺规范可以理解为形成规范的特别规范,从而化解两者之间的矛盾。但若剥夺规范是形成规范的下位规范,则两者之间不存在特别法和一般法的关系,剥夺规范将构成对形成规范的抵触。所以,为了避免出现抵触现象,剥夺规范在一般情况下应与形成规范同位。第二,保持立法程序严肃性。创设利益的规范是按照一定的立法或制规程序制定的,那么要剥夺基于该程序所创设的利益,则需要与之程序对等或者在程序上更加严格的立法。但下位法通常在立法程序的严肃性和民主性上不如原规范制定机关,因此也就不宜由下位法来剥夺上位法所创设的利益。第三,避免地方侵扰中央事务。同位保留意味着由中央立法所创设的利益亦需要由中央立法剥夺,这可以有效避免地方立法对中央事权的侵扰。比如,营业执照、机动车驾驶证等行政许可涉及全国市场统一,它们须由中央立法设定,也只能由中央立法剥夺,否则中央立法将被地方立法实质性架空。因此,同位保留原则虽然尚未被宪法或法律确认,但基于对法规范体系整体的理解,该原则是始终存在的。

若将同位保留原则用于对行政处罚设定的控制,则其适用对象主要为措施创设权,兼及措施选用权。处罚措施的创设乃是将某种原先不属于惩戒对象的新利益纳入被剥夺的范围,自然应由形成该利益的规范来完成。措施的选择虽未涉及剥夺新的利益,但涉及将剥夺利益的措施适用于新的情形。在这种情况下,同位保留原则也应适用,也即应由与创设措施的规范同位的规范选用这些措施。但是,措施选用的重点事实上在于将这些措施用于具体的社会治理情境,若下位规范制定机关具有社会治理的功能,则同位保留原则的控制可以适当放松,允许创设处罚措施的规范下放措施选用权。措施程度设定权基于其附属性,一般不直接涉及同位保留的问题;但在同位保留原则之下,它可能构成对其它设定权,特别是措施选用权的限制。后文还将详细讨论上述问题。还需要补充说明的是,在同位保留原则的适用过程中,可能会出现一种措施影响多方面利益的情形。此时,该措施应由其所影响的最高级别利益的形成规范

[39] 参见马克思主义理论研究和建设工程教材编写组:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社2018年版,第30页。

[40] 宪法领域中就“宪法保留、法律保留、行政保留”等概念的讨论与同位保留原则具有精神上的相似性。参见王锴:“论组织性法律保留”,《中外法学》2020年第5期,第1319页;门中敬:“论宪法与行政法意义上的法律保留之区分——以我国行政保留理论的构建为取向”,《法学杂志》2015年第12期,第26—28页。

[41] 已有学者指出法律保留原则适用过程中存在的混淆现象。参见王锴,见前注[37],第80页。

的同位规范加以保留。

贯彻同位保留原则,可以有效解决目前处罚创设过程中存在的问题。一方面,同位保留原则有利于遏制处罚泛滥的趋势。根据该原则,上位法层面的利益不能被下位法所剥夺,所以,如限制高消费等影响公民自由权的处罚就不能直接由地方性法规、规章或规范性文件设定。自由作为一种宪法上的利益,只能由宪法规定剥夺措施,或由宪法授权下位法立法来剥夺。又比如,在同位保留原则之下,地方性法规等不能随意设定吊销许可证的处罚措施,因为许多许可是由上位的法律所创设的。目前《行政处罚法》第12条第1款只禁止地方性法规设定限制人身自由与吊销营业执照的处罚,这是远远不够的。

另一方面,同位保留原则有利于增加处罚的灵活性。下位规范完全可以将自己所形成的利益或者法规范外的利益作为惩戒对象,这可以有效增加地方治理的手段。例如,增加检查频次、列入重点监管名单等措施在一般情况下不涉及当事人受宪法和法律保护的利益,法规、规章乃至行政规范性文件可以将这些措施设定为违法行为的法律后果。此外,虽然《行政处罚法》第14条第2款只允许地方政府规章设定警告、通报批评或者罚款的行政处罚,但《行政许可法》第15条第1款授权省、自治区、直辖市人民政府规章设定临时性的行政许可;那么,基于同位保留原则,省级地方政府规章应当有权创设吊销由自己设定的行政许可的处罚,而不受《行政处罚法》的限制。

(二)同位保留原则下的授权

前文提及,同位保留原则应适用于处罚的创设权和选用权。其中,措施创设权由产生利益的同位规范行使乃是同位保留的本来意义,而要求措施选用权也由同位规范行使则是同位保留原则的延伸。这种延伸具有正当性,因为创设处罚的目的就在于将这些措施运用于具体情形之中,所以何时能运用这些措施是与能运用什么措施一样重要的问题。^[42]刑法上刑事制裁措施的选用其实就是由法律乃至刑法典本身同位保留的,这即所谓的“罪刑法定原则”。^[43]

但是,设定处罚和设定措施所适用的情境还是有所区别,前者决定的是要剥夺何种利益,而后者决定的是要惩戒何种行为。若孤立地看,何种行为应被惩戒本身不是需要被保留的事项,任何层级的规范都可以对公民行为作出调整,确定合规与不合规的行为。可是,若要用处罚制裁这些不合规行为,则需要考虑违规行为和法律后果之间的关系,审视处罚后果是否与之匹配。虽然这种关系最合适的判断主体应为处罚的创设机关,但在社会治理日趋复杂的现代社会,由创设措施的主体垄断规定措施适用的条件恐怕并不具有实质正当性。原因在于,社会的变化总是快于立法机关的动作。法律虽然规定了剥夺某种利益的处罚,但是很难想象任何适用这种措施的情形都需要由全国人大或其常委会制定的法律来规定。那样,社会控制的难度会大幅上升,管制措施将长期落后于实践的发展。目前,较高层级的立法已经覆盖了大部分对相对人有较大影响的处罚,若不允许授权,则下位法将缺乏运用惩戒手段的灵活性。例如,

[42] 如台湾学者在解释其“行政罚法”第4条时就指出:“涉及人民权利之限制,其处罚之构成要件与法律效果,应由法律定之。”廖义男主编:《行政罚法》,台湾元照出版公司2008年版,第53页。

[43] 对刑事处罚运用情形的规定事实上就是对犯罪的规定,这些规定由法律保留在更精确意义上应被称为“罪刑法定原则”。“罪刑法定”则同时包括了“法无明文规定不为罪”和“法无明文规定不处罚”两个部分。

名誉和财产都是公民的宪法上的利益,但是剥夺名誉和财产的处罚若只有宪法或法律才能规定,则大多数地方性法规和规章均无必要制定。因此,上位法应当被允许授权下位法选用其已经设定的处罚。

上位法可以授权下位法行使措施选用权的规范原理可被归结为功能主义原则。在功能主义进路下,国家权力的分工是“建立统治”和“形成权力”的过程,要为政治共同体创造稳定有效的秩序,使国家权力得到恰当安排,让国家得以建构起来并能作出合理决策,进而实现共同体之目的。^{〔44〕}相比于宪法和法律,行政法规、地方性法规更具有创新性,也更符合地方实际,由这些下位规范行使处罚设定的相关权力是功能适当原则的必然要求,^{〔45〕}同时也是行政效能原则的必然要求。^{〔46〕}

当然,这种授权中蕴含着权力被滥用的风险,特别是立法机关授权行政机关运用其所创设的处罚似乎有放弃立法权之嫌。但其实这种授权已被理论和实务界广泛接受,法律保留原则就是这种情形的直接体现。针对基本权利的法律保留中很重要的一项前提是,宪法已经对法律剥夺基本权利的行为作出了授权。既然宪法可以授权法律剥夺宪法上的利益,那么法律也可以授权法规剥夺法律自身所创设的利益,法规也可以授权规章乃至规范性文件剥夺自身所创设的利益。

需要补充说明的是,上位法授权下位法使用其所创设的处罚措施并不一定只能授权给下一级立法机关,而可分别授权给所有的下位规范制定机关。比如,宪法可以同时授权法律、行政法规、地方性法规和规章选用剥夺财产权的处罚;即由宪法保留剥夺财产的处罚措施创设权,而由其它法源文件行使措施的选用权。不过目前,剥夺财产措施的选用权在我国并非由《宪法》授予各个下位立法,而是由《行政处罚法》授予的,具体体现为《行政处罚法》对罚款措施选用权的规定。这从规范原理上说并不合适。为了避免授权行为的绝对化、无序化,我们还需要在制度上对来自上位法的授权进行限制。

(三)对授权的限制

首先,措施创设权不得授予,能被授予的只是措施选用权。这意味着不能让下位法制定机关决定哪种上位法所形成的利益可以被作为处罚的对象,他们只能在已有的措施中挑选。若允许下位法将上位法所形成的利益在没有授权的情况下新设定为处罚的对象,那上位法上的利益将时刻处在下位法的威胁之中。所以,措施创设权应属于“绝对同位保留”的对象。在此前提下,正如前文已提及的,《行政处罚法》规定地方性法规有吊销许可证的处罚措施设定权,并不意味着地方性法规可以设定各种吊销行政许可的处罚,而只应理解为地方性法规可以决定吊销同位地方性法规所设定的行政许可。

其次,获得措施选用权的下位法制定机关不能转授权。在公法上,获得授权的主体不得转授权力乃是被广泛接受的一般原则,行政权如此,立法权也是如此。我国《立法法》第12条第

〔44〕 张翔:“我国国家权力配置原则的功能主义解释”,《中外法学》2018年第2期,第291页。

〔45〕 参见李晴:“论地方性法规处罚种类创设权”,《政治与法律》2019年第5期,第123页。

〔46〕 行政效能原则强调成本收益比的最佳性,行政机关的制度建构应有最优化的收益。参见沈岷:“论行政法上的效能原则”,《清华法学》2019年第4期,第18页。

2款即规定：“被授权机关不得将被授予的权力转授给其他机关。”因此，即便由较低位阶的规范来规定剥夺措施，这种授权也应直接来自于形成利益的规范，而非其它规范的转授。所以，诸如选用剥夺名誉、财产等宪法上利益的措施应当得到宪法的直接授权。我国地方性法规、规章选用通报批评、罚款等措施的权力来自于《行政处罚法》的规定，这相当于作为法律的《行政处罚法》在《宪法》之下作了转授权，从原理上说并不合适。《宪法》应在其条文中具体规定何种层次的法律渊源可以采用剥夺何种宪法上的利益的措施。

再次，下位法在行使措施选用权时应有程度限制，不能选择剥夺利益核心部分的措施。例如，宪法授权法律采取剥夺财产权的处罚，那么法律就只能设定剥夺财产权非核心部分的措施，而不能径行规定没收个人全部财产等影响该利益核心部分的措施。选用剥夺利益核心部分的措施必须在上位法已经同时规定了该处罚所适用的具体情形的前提下方可。此时，下位法只是对具体的构成要件情形进行细化。仍然以财产权为例，没收个人全部财产的措施所适用的条件应当首先在宪法中明示，之后法律才可对宪法中所规定的概念进行细化，否则法律将不能直接选用没收个人全部财产这一措施。当然，若上位法已经规定了处罚的具体情形，则下位法其实已经无法再进行处罚的设定了，而只能对上位法所设定的规范作具体规定。

相似的例子还可以继续列举，如我国《宪法》第34条规定：“中华人民共和国年满十八周岁的公民……都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”这里《宪法》虽然规定了剥夺政治权利的处罚，但未规定具体的情形，所以法律不应直接设定剥夺政治权利终身的处罚，因为剥夺政治权利终身乃是一种对利益核心部分的剥夺。目前我国《刑法》第55条将剥夺政治权利的期限定为1年至5年，死刑、无期徒刑除外。这是与同位保留原则的精神相契合的，因为1—5年的剥夺期限并未影响该利益的核心部分；而在死刑或无期徒刑中，剥夺政治权利终身仅是附随效果，并非处罚本身。但《刑法》对死刑的规定是存在问题的。死刑剥夺的是生命权的核心部分，其在我国《宪法》上并未出现，直接由《刑法》规定似有不妥。应由《宪法》首先规定死刑的适用条件，再由《刑法》对其加以具体化。

下位法即便获得授权也不能剥夺上位法所创设利益的核心部分，原因有二：

其一，若下位法可以选用剥夺利益核心部分的措施，则下位法与上位法在运用该项处罚方面将没有区别。这事实上完全取消了针对措施选用权的同位保留要求。若我们承认由某个层级的规范性文件创设的处罚原则上还是应当由与其同级的规范来选用，那么当这种选用权被下放时，获得授权的主体应在权限上有所限制：其要么不具有行使权力的全部自由，要么不能行使授权主体全部的权力。而当上位法允许下位法使用其所创制的处罚来惩罚新的违法行为时，上位法已经在构成要件设定上放弃了对这种处罚的控制，下位法具有运用处罚的自由。此时剩余的还可以作为控制手段的权力只有处罚的程度设定权。禁止被授权主体剥夺利益的核心部分就是对下位法的措施程度设定权的限制，使下位法仅可运用较轻的处罚。这可以有效降低处罚的总强度。

其二，利益核心部分的重要性程度更高，对它们的剥夺应当保留给更基本的规范。这是法律保留原则中重要性理论所持的观点。根据重要性理论，“越持久的涉及到或者威胁到单个公民的基本权利，在公众中问题的复杂性越有争议，法律规范就越是要精确的和受限制的。完全重要的事务由议会法律独占调整，重要性小一些的事务由法律规定的法令制定机关调整；一直

到不重要的事务不属于法律保留范围。”^[47]在德国,虽然也有学者认为,行政机关制定的法规命令如果符合《基本法》第 80 条第 1 款规定的授权要求(即授权明确性要求),也可以作为行政机关限制基本权利的授权依据;但德国联邦宪法法院指出为,立法者“对于基本的法律领域,特别是基本权利行使领域内的所有重要决定,……都应自己作出规定”。^[48]虽然法律保留与同位保留在内容上不完全一致,^[49]但是基本精神无疑是相似的。在同位保留原则中,对利益核心部分的剥夺也需要由形成利益的规范自行规定。

五、结 语

基于上述讨论,本文可以回答开头提出的问题。法律、行政法规并非可以按照《行政处罚法》第 9 条任意设定各种类型的行政处罚。《宪法》未允许法律、法规剥夺的利益,如人格尊严、言论自由、文化活动自由等,即不能成为行政处罚的对象;而如政治权利、住宅自由等被授权法律保留的利益,则可通过法律成为处罚的对象。行政法规和地方性法规设定(选用)诸如限制开展生产经营活动、责令停产停业、限制从业等处罚措施时,需要首先判断相关生产、营业、从业许可的创设规范;若属于上位法创设的许可,则限制措施不能侵犯这些许可利益的核心部分,即不能设定长期停产停业或限制从业的处罚。规章选用罚款、通报批评等影响宪法上的利益的措施应得到来自《宪法》的直接授权。个人信息权等未被《宪法》列举的宪法上的利益暂时不应被法律、法规或规章作为处罚的对象。^[50]地方性法规、规章乃至规范性文件并非不能创设新的处罚种类,只要该措施剥夺的利益不是上位规范所形成的即可;所以,增加检查频次这种措施甚至可以作为法律后果由其它规范性文件规定。行政法规和地方性法规在设定吊销许可证的处罚时,只能针对其自身设定的许可,不能设定吊销上位法许可的措施。

当然,在同位保留原则之下,我国现行法律体系宜进行有针对性的调整。如《宪法》在规定公民基本权利时,应同时明确指出该项权利是否可受限制,应由何种规范对其进行限制。目前《宪法》第 51 条的笼统规定不能作为各类法源文件剥夺或限制基本权利的直接依据。《行政处罚法》则应允许不同法源文件设定剥夺其自身所创设利益的处罚措施,并且,处罚措施的种类亦不应限于法律、行政法规的规定。另外,各项单行法律、法规在设定诸如行政许可等利益时,应同时规定应吊销该许可的具体情形。

本文研究虽然重点针对的是行政处罚的设定,但是,同位保留原则也可适用于其他负担行为,如刑罚、信用惩戒措施等的设定。虽然在行政法领域中,失信惩戒与行政处罚的关系还有较大争议,但此二者归根结底都是对相对人不利的措施。所有“不利措施”设定权背后应当存

[47] (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 110 页。

[48] 赵宏,见前注[22],第 153 页。

[49] 本文观点与重要性理论的区别在于,本文主张绝对保留利益核心部分的规范是形成利益的规范,而非必然是法律。

[50] 个人信息权的重要性已得到理论和实务界的公认,应当被归入宪法上的利益。参见丁晓东:“个人信息权利的反思与重塑:论个人信息保护的适用前提与法益基础”,《中外法学》2020 年第 2 期,第 342—345 页;王锡锌、彭鐸:“个人信息保护法律体系的宪法基础”,《清华法学》2021 年第 3 期,第 11—15 页。

在共通的原理。本文即试图揭示这种原理,并期待今后能够在更高的层面上统一所有惩戒措施的设定规则。

Abstract: The proliferation of punitive measures and the lack of regulatory tools are the contradiction that legislators always face when setting administrative punishments. The provisions on the power to set punishment measures in the Administrative Punishment Law are hardly effective in resolving this contradiction, and they need to be fundamentally reinterpreted. The essence of punishment is the deprivation of benefits, and measures that deprive different benefits should be treated differently. Considering the allocation of setting power, punishment measures can be classified in two ways: deprivation of constitutional interest, legal normative interest and interest outside legal norms or deprivation of core part of interest and non-core part of interest. At the same time, the power to set the punishment measures themselves can be divided into three categories: the power to create measures, the power to choose measures and the power to set the degree of measures. The allocation of the power to set punishment measures should follow the principle of same-rank reservation. Specifically, the power to create measures must be reserved by the norm that gives rise to the interest which is the object of punishment or norms of the same rank. This means that measures depriving constitutional interests shall be reserved by the Constitution, measures depriving legal normative interest shall be reserved by the norms of the corresponding rank, and measures depriving interest outside legal norms need not be reserved. The power to select measures should be reserved by the same-rank norms of the norm that created the measure, but based on functionalist considerations, the power may be delegated directly by the norm that created the measure or its same-rank norms to their subordinate norms. When the power to select measures is delegated, the subjects who are authorized to do so shall be limited in their power to set the degree of measures and shall not stipulate measures that deprive the core part of interest.

Key Words: Law Reservation; Constitution Reservation; Administrative Punishment; Discipline; Setting Power

(责任编辑:彭 鐸)