

部门规章设定行政处罚的合法性分析

王 陈

中国民航大学法学院, 天津

收稿日期: 2025年2月24日; 录用日期: 2025年3月5日; 发布日期: 2025年4月7日

摘要

部门规章设定行政处罚一定程度上突破其执行性立法的地位, 学界对法律内部的张力以及对“尚未制定法律、行政法规”存在不同理解。文章基于规章设定行政处罚对行政管理现状的作用, 并通过对法律释义和学术界不同观点的分析, 主要从授权立法的角度对部门规章设定行政处罚进行横向和纵向上的比较, 采纳“事项说”的观点, 分析部门规章设定行政处罚的合法性, 以期达到适当释放和有效限制部门规章立法空间的统一。

关键词

部门规章, 设定权, 行政处罚

Analysis of the Legality of Administrative Punishments Set by Departmental Rules

Chen Wang

Law School, Civil Aviation University of China, Tianjin

Received: Feb. 24th, 2025; accepted: Mar. 5th, 2025; published: Apr. 7th, 2025

Abstract

To a certain extent, the administrative penalties set by departmental rules break through the status of executive legislation, and there are different understandings in the academic circles about the tension within the law and the “laws and administrative regulations that have not yet been formulated”. Based on the role of administrative penalties set by rules on the status quo of administrative management, this paper compares the administrative penalties set by departmental rules horizontally and vertically from the perspective of authorized legislation and analyzes the legitimacy of administrative penalties set by departmental rules from the perspective of “matter theory”, so as to

achieve the unity of appropriate release and effective restriction of the legislative space of departmental rules.

Keywords

Departmental Rule, Setting Power, Administrative Penalty

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2021 年《行政处罚法》的修改一定程度上扩大了部门规章的行政处罚设定权，引发了学术界关于部门规章是否有权设定行政处罚的讨论[1]，2023 年《立法法》的第二次修改并没有对上述问题作出回应。这导致部分学者认为《行政处罚法》关于部门规章对行政处罚设定权的规定与《立法法》的规定不符。在我国，行政立法既有执行性立法又有创制性立法，执行性立法在理论层面和规范层面均不存在多大争议，创制性立法则需要加以论证，只讨论行政立法的正当性而不依照立法权的性质做区别化研究是不够的。探讨规章设定行政处罚的现状及问题，就必须回应《立法法》和《行政处罚法》的内在张力以及对《行政处罚法》第 13 条理解上的争论。

《行政处罚法》在 1996 年制定之初就赋予了部门规章对于行政处罚有限的设定权，明确不同效力位阶的规范性文件能够设定的不同处罚种类，首次以实定法的形式引入了法律优先原则和法律保留原则。历经 09 年、17 年、21 年的三次修改，对上述设定权限并没有做实质性的改动。21 年《行政处罚法》对规章适度放权，其第 4 条重点强调法律、法规、规章三者均可以作为行政处罚的设定依据，第 22 条、第 28 条、第 32 条分别明确部门规章对地域管辖、违法所得计算方式以及其他应当从轻或者减轻处罚情节的特别规定权。2000 年 3 月 15 日第九届全国人大三次会议审议通过了《立法法》，规定部门规章的制定依据只能是法律、行政法规、国务院的决定或者命令。对此，曾经有两种不同意见：一种意见认为，制定规章是行政机关行使行政管理职权的形式之一，上位法未明确禁止的，以及不属于其明确列举的调整事项，可以制定规章，即“职权说”；另一种意见认为，行政机关是执行机关而不是立法机关，行政立法严格来说是一种行政行为而不是立法行为，且乱、滥制定规章会造成多头立法、管理混乱等问题，应当作严格限制，即“依据说”。《立法法》的规定应当说是更接近于依据说的观点。2015 年，《立法法》在规定部门规章的权限时，相比旧法增加从反面限制规章权限的表述，即没有上位法依据，不仅不能减损相对人权利或者增加其义务，也不能增加本部门的权力或减少本部门的法定职责。其实，其表面上表达的是从积极和消极层面对部门规章权力的限制，实际上针对的是管理权和创制权，坚持采取依据说对其创制权进行限制。2023 年，《立法法》则一定程度上扩大了部门规章制定主体的范围，即法律规定的机构也有部门规章制定权，对其权限范围没有作实质性的变动。可见，《立法法》对部门规章的权限范围一直采取相对谨慎的态度，有严格控制的倾向，这与《行政处罚法》对规章适度放权的精神是存在一定张力的。另外，《立法法》规定的部门规章制定依据是法律和国务院的行政法规、决定、命令，这与《行政处罚法》仅将法律、行政法规作为依据在一定程度上造成立法上的撕裂。最后对于《行政处罚法》第 13 条规定的“尚未制定法律、行政法规”的理解，亦有领域说、事项说、行为说等不同观点，这也将影响部门规章设定行政处罚的合法性以及其权限范围。

2. 对《行政处罚法》与《立法法》“冲突”的回应

2.1. 法律释义之间“矛盾不一”

1996年版《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》(以下简称《处罚法释义》)认为,《行政处罚法》并不是部门规章设定行政处罚的一般法律依据,而仅是其设定行政处罚种类、程序时的法律依据和准绳。法律依据在这里被划分为一般法律依据和具体法律依据,但是这里并没有说明如何明确具体法律依据,也没有认可具体法律依据和一般法律依据的效力。在96年《行政处罚法》颁布之后,正式施行之前,国务院发布《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》(国发〔1996〕13号),规定了规章设定处罚的具体限额和幅度,但此行政法规也不是具体的法律依据,其更像是对处罚法的拾遗补阙。09年之后的《处罚法释义》删去了以上表述。另外,96年《处罚法释义》列举了三种行政处罚设定权:行政处罚的“补充设定权”、不能增设处罚或者扩大处罚幅度的具体规定权以及上位法没有规定时的设定权。但是在09年之后的《处罚法释义》中,这种表述又被删去。立法机关开始有意回避法律依据的一般性与具体性和类似于地方性法规的补充设定权。在2023年《中华人民共和国立法法释义》(以下简称《立法法释义》)之前,《立法法释义》中并没有对规章设定行政处罚作出回应,23年《立法法释义》认可了规章在设定行政处罚时可以将《行政处罚法》作为上位法依据的观点,否认法律仅对某一行为作了义务性规定,行政法规、地方性法规或者规章对此补充设定行政处罚。

2.2. 学理上存在不同看法

对于《立法法》和《行政处罚法》的内在张力,有学者主张以前者基本法律的地位否定后者,即否定规章设定行政处罚的权力。

对于如何区分基本法律和普通法律,首先,有的学者认为,应当以法律的制定主体为标准来明确不同法律之间的位阶。这种观点太过浅显,也没有从我国的立法现状出发。也有学者基于基本法律和“其他法律”划分的致命症结——82年《宪法》基于现实需要赋予全国人大常委会部分立法权以及《宪法》与《立法法》对于法律这一基本概念的模糊——认为现行《宪法》关于全国人大以及全国人大常委会制定的两个法律性文件在效力上没有区分^[2]。这种观点在说理上有一定的合理性,但是没有从全国人大及其常委会的立法权限出发,基本法律和基本法律以外的其他法律之间其实是有效力位阶的。其次,从内容上,《立法法》规定由全国人大制定和修改的“涉及民事的、刑事的、国家机构的以及其他方面的基本法律”不能涵盖基本法律的内容,由于太过模糊而不能作为判断一部法律是否为基本法律的标准;从内容上来判断的另一含义——如果一部法律的内容能够涵盖另一部法律或者说为另一部法律提供框架、是另一部法律的终极假设(这里不考虑《宪法》),那么就可以认为其效力等级要高于另一部法律^[3]。这其实也不能判断两者的效力位阶,因为这种情况多存在于具体的部门法中(如《道路交通安全法》和《道路交通安全法实施条例》),不具有普遍意义。最后从制定程序上——程序上的严格规定不能说明全国人大的立法更严谨,也不能作为区分基本法律和非基本法律的依据^[4]。基于上述分析,主体、内容、制定程序均不构成判断两者效力位阶的决定性依据。

3. 对“尚未制定法律、行政法规”存在不同理解

以上论述主要解决设定权有无的问题,部门规章创制损益性规范的权限范围,还要结合《行政处罚法》13条的规定,即对尚未制定法律、行政法规的理解。对此,学术界大致有“领域说”、“事项说”、“行为说”三种不同理解,三者对规章的权限限制程度依次递减^[5]。“领域说”强调“尚未制定”的客体应该是某一领域,这种观点在一定程度上支持了“依据说”,坚持尤其是设定对公民权利减损的法律

规范的权力必须由民意机关行使，如果某一行政管理领域在法律或者行政法规中已经作出规定，证明上位法已经在此领域内表明了自己的态度，行政机关不需要也没有权力再行使上述权力。“事项说”表明只要某一事项在尚未制定法律、行政法规时，就允许下位法创设损益性规范，不能仅以某一行政管理领域已经存在上位法就否定部门规章的设定权。也有学者以《立法法》中“事项”是指较大范围的事项来模糊“领域说”和“事项说”的边界，进而主张两种学说实际上并不冲突^[6]。本文不赞同这种观点，原因在于这三种学说只是理论界划分不同观点的表述，本身就有不同的涵涉，不能以《立法法》的规定模糊其范围，这种类比没有实际意义。“行为说”针对的是具体行为方式。

4. 部门规章设定行政处罚的合法性依据

对于《立法法》和《行政处罚法》存在的“张力”。考虑到规章庞大的数量、清除规章的复杂程序以及清除后行政管理将于法无据等现实问题，至少现在，应当承认这种设定权而非直接取消，这就要寻求法律上技术性的解释使两者相容。另外，也要明确事项、领域的具体范围，避免或减少歧义。

4.1. 效力位阶理论的不足

对于基本法律与普通法律的区分以及优先适用权问题，《立法法》属于宪法性法律，具有基本法律的属性。按照全国人大官网的说法，《立法法》是规范国家立法制度和立法活动、维护社会主义法制统一的基本法律，是“管法的法”，在中国特色社会主义法律体系中的地位极为重要。学界普遍也默认其基本法律的属性。《行政处罚法》被认为是行政处罚领域的基础性法律，这一点也没有争议。因此在法律效力上探讨二者优先权问题没有必要。而且，即使认为《立法法》较高的法律效力，也不能将内容中的某些条款直接适用到《行政处罚法》中。

4.2. 授权立法理论的正当性

4.2.1. 不同位阶法律和行政行为法的比较

对于规章设定行政处罚的正当性，从横向和纵向上进行比较可见端倪。横向，许可法始终坚持部门规章执行性立法的地位，即在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定，强制法则规定规章不得设定任何行政强制措施和行政强制执行。纵向上，法律天然享有设定任何种类行政处罚的权力，但是不能突破宪法对通信自由、通信秘密、人格权等的保护；行政法规，基于《行政处罚法》的授权，可以突破《行政处罚法》对处罚种类的限制，享有除限制人身自由以外的行政处罚设定权和上位法尚未设定处罚方式的补充设定权，本质上属于授权立法^[7]；地方性法规在不抵触上位法的情况下，有一定的立法空间，但也要遵循《立法法》对其的限制，即需根据地方需要，就城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事宜进行立法，同时也要遵循《行政处罚法》对处罚种类设定权的限制（在限制人身自由、吊销营业执照的范围以外）。从我国单一制的国家体制来看，全国人大和全国人大常委会行使国家立法权，地方虽然有一定的立法空间，但地方立法同样也是基于中央的授权，这一点在《宪法》和《立法法》中均可以得到论证，且在中央立法已经做出规定的情况下，地方立法必须遵守；由于自治条例和单行条例与地方性法规具有很高的相似性，不再重点讨论；地方政府规章的行政处罚设定权与部门规章具有很高的相似性，即对设定处罚的种类作相同的限制，但按照《立法法》，地方政府规章不仅可以和地方性法规一样，因本行政区域内的具体行政管理事宜，也可以因行政管理的迫切需要先制定规章，立法空间更大。因此，比较而言，部门规章创设损益性规范的权力似乎更加需要论证。

4.2.2. 职权立法和授权立法

根据行政立法的权力来源，可将其分为职权立法和授权立法。职权立法的直接根据是宪法和组织法

的授权；授权立法则是行政机关根据国家权力机关的特别授权，是本应由国家权力机关制定法律或地方性法规的事项而进行的行政立法。对于已经有上位法规定的事项或行为，部门规章进行执行性立法没有争议，但是创制性立法必须有特定法律、法规或权利机关决议的授权，没有特定法律、法规或权力机关的特别授权，相应行政机关不能任意进行创制性立法。

对于部门规章创制性立法来说，应当结合授权立法理论作体系化解释。将《立法法》当作对于立法体制的总体性安排，将《行政处罚法》对法律、行政法规、规章等效力位阶不同的规范性文件所作的设定权限的安排看作是对下位法设定行政处罚的授权，《行政处罚法》实际上就是《立法法》规定的部门规章设定行政处罚的上位法依据，进而肯定部门规章一定的创制权。从以上分析来看，行政法规、地方性法规、地方政府规章都有执行性立法的权限，涉及创制性立法，无论是基于对地方的授权还是对行政的授权，都可以在宪法、组织法以及相关实体法中找寻依据。另外，规章不能设定行政许可或者行政强制实际上也不构成否定其有权设定行政处罚的依据。权且不讨论立法者基于何种考虑，法律本身就可以决定在一部行为法上对规章作严格限制，也可以决定在另一部行为法上对规章适度授权，这与我国人大与政府的关系和授权立法的理论是不相冲突的。

对于国务院的决定和命令。考虑到享有行政处罚设定权的法律规范具有多层次性，故行政处罚设定权中法律优先原则的使用问题，就必然需要从广义上去认识和理解法律优先原则^[7]。行政决定和命令属于国务院行政规定，在效力等级上要高于部门规章^[8]。在宪法和法律层面，《宪法》第90条第2款、《立法法》第80条规定，部门规章的制定必须有法律、行政法规或者国务院的决定、命令作为上位依据；在立法实践层面，多部涉及行政许可的部门规章（例如《民用航空电信人员执照管理规则》）都在第一条明确，要根据《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（属于国务院的决定）制定本规则。

对于一般法律依据和具体法律依据。笔者认为，一方面，我国的立法体制、《立法法》及相关法规对立法程序的规定都说明行政立法的程序要更加简化、高效，苛求具体明确的法律依据或指望法律对某类事项进行细化规定似乎不符合实际情况，探讨或追求这种依据也没有必要。另一方面，《行政处罚法》和相关行政法规（例如《建设工程质量管理条例》《医疗机构管理条例》）在一定程度上共同构成具体法律依据的体系。

4.3. 行政管理的要求

部分学者认为，部门规章的行政处罚设定权未来需要被取消，但是这并不影响部门规章在行政管理领域发挥的巨大作用。法律的作用分为规范作用和社会作用，这是由英国法学家拉兹首先提出的，部门规章虽然不是典型的法律，但是同样发挥着上述作用。就执行性立法来说，交通运输部、工业和信息化部、水利部、科学技术部等在新《行政处罚法》实施之后相继发布实施办法，通过细化程序规则、扩展处罚种类、强化权益保障、优化委托实施机制实现了与《行政处罚法》的全面衔接。例如，《民航规章行政处罚实施办法》增加专章规定违法所得的认定标准；增加专节规定法制审核程序；新增同类违法行为的情节及社会危害程度相当，处罚种类和幅度应基本一致，避免执法随意性；新增电子数据作为证据种类；删去对委托实施行政处罚的限制、增加受委托组织的条件、强调对被委托组织的监督责任；继承处罚法处罚与教育相结合的精神，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，下发不予行政处罚决定书；细化听证程序和应当听证处罚决定中较大量额的认定标准、按照处罚法的修改扩大听证程序的适用范围、将申请听证的期限增加至5日、增加延期、中止、终止听证的规定；在执行层面，增加分期缴纳罚款的期限限制、细化申请执行的程序、规定执行罚的罚款数额、增加通报等处罚方式……就创制性立法来说，从行政机关公布的执法信息来看，警告、罚款作为最为普遍的处罚方式，其最为直接的法律依据当属规章，其中也不乏规章设定行政处罚的情况。最后，从法律的作用来

看，其对行政程序规则、公共秩序管理等方面所起到的指引、评价、强制作用以及对公共利益与个人利益的平衡作用同样至关重要。

4.4. “事项说”更有利于合理释放和限制立法空间

对《行政处罚法》第13条的理解，本文赞同“事项说”。“领域说”的限权思维实际上不符合多次修法蕴含的简政放权治理思路，也不利于释放立法空间。虽然立法的技术和质量还有很大的进步空间，但是自从2014年中国特色社会主义法律体系建成之后，基本上涵盖了所有的领域，苛求某一领域不存在上位法或不存在明确具体的法律依据，进而追认部门规章创设损益性规范合法性的路径基本不具有现实性。就我国目前的立法现状来看，某一行政管理领域不存在上位法依据的情况很少出现，部门规章通常在没有上位法就某一行为作出规定时，下位法已经规定了相应的处罚方式、限额、实施主体。而“行为说”则过度扩大了规章的权限范围，可能会使对规章的限制完全落空；因此，“事项说”既可以有效释放立法空间，又可以对规章作出合理限制，这与立法机关对规章既放又收的态度是相吻合的。

参考文献

- [1] 杨海涛. 部门规章立法权限:《行政处罚法》与《立法法》的冲突与弥合[J]. 北京警察学院学报, 2021(6): 41-47.
- [2] 沈寿文. “基本法律”与“基本法律以外的其他法律”划分之反思[J]. 北方法学, 2013, 7(3): 133-145.
- [3] 马英娟. 再论全国人大法律与全国人大常委会法律的位阶判断——从刘家海诉交警部门行政处罚案切入[J]. 华东政法大学学报, 2013(4): 79-96.
- [4] 胡玉鸿. 试论法律位阶划分的标准——兼及行政法规与地方性法规之间的位阶问题[J]. 中国法学, 2004(3): 22-32.
- [5] 张晓莹. 行政处罚的理论发展与实践进步——《行政处罚法》修改要点评析[J]. 经贸法律评论, 2021(3): 1-19.
- [6] 王洪波. 海关规章行政处罚设定权合法性问题及对策刍议[J]. 海关法评论, 2022(1): 309-321.
- [7] 应松年. 行政处罚法教程[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 96.
- [8] 贾圣真. 论国务院行政规定的效力位阶[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2016, 22(3): 77-82.