

行政处罚“首违不罚”制度及其完善

张红岳洋

摘要：2021年《行政处罚法》规定了“首违不罚”制度。该制度旨在落实“处罚与教育相结合”原则，降低行政执法成本，推行包容审慎监管，进一步优化营商环境。当前各地实施的免罚清单对“首违”的认定、“不罚”的处罚种类和“首违不罚”的适用条件并不统一。明确“首违不罚”应从“追溯期长短”认定“初次违法”；从违法次数、金额、主观恶意等要素认定“危害后果轻微”；将“危害后果发生之前”的纠正视为“及时改正”。优化“首违不罚”制度，应当规范免罚清单的执法流程，各地应对照《行政处罚法》修订免罚清单，设置免罚清单的动态调整机制，各执法单位应尽快制定国家层面的免罚清单。

关键词：首违不罚；免罚清单；行政处罚；轻微违法

[中图分类号] D922.112 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2021)03-0020-15

《中华人民共和国行政处罚法》(下称《行政处罚法》)2021年1月22日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议修订通过，将自2021年7月15日起施行。旧《行政处罚法》第27条第2款规定：“违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。”新《行政处罚法》第33条第1款在此基础上增加规定：“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。”事实上，旧《行政处罚法》第27条第2款规定的“不予行政处罚”是指行政机关依照法律、法规的规定，考虑到有法定的特殊情况存在，对本应给予处罚的违法行为人免除其行政处罚。⁽¹⁾其逻辑起点在于“行为入本应受到行政处罚”，但由于事实情节、主观状态、社会危害性等方面存在特殊情况而免于处罚，即名义上的不予处罚，实质是免于处罚。⁽²⁾

在《行政处罚法》修改之前，免于处罚适用的情形只有一种，即“违法行为轻微并及时纠正，

【作者简介】张红，法学博士，北京师范大学法学院教授；岳洋，北京师范大学2019级宪法学与行政法学专业硕士研究生。

【基金项目】国家自然科学基金资助项目“科研资助机构对学术不端行为处理性质研究”(项目批准号：L1924074)。

(1) 曹康泰主编：《行政处罚法教程》，中国法制出版社2011年版，第77页。

(2) 这点在国家工商行政管理总局《关于实施〈中华人民共和国行政处罚法〉第二十七条有关问题的答复》(工商法字〔2003〕第148号，已失效)的文件中也得到印证：“不予处罚，是指行政机关依照法律、法规的规定，因为有法定事由存在，对本应给予处罚的违法行为人免除对其适用行政处罚。”

没有造成危害后果的”。行政违法行为须同时满足“违法行为轻微”“及时纠正”和“没有造成危害后果”三个条件，其看似要旨清晰、简洁明了，实则语义模糊，解释空间巨大，给行政机关在具体执法中留下了极大的裁量空间，大大降低了“免于处罚”在实践中的可操作性⁽³⁾，导致执法人员不敢擅自免罚，出于谨慎的态度往往采取“一刀切”的方式，能罚则罚。

最近几年，地方上出现了一些免罚清单的探索和实践，取得了较好的社会效果。新修订的《行政处罚法》吸收了这一成果，规定“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”，使“首违不罚”在制度层面上得到确立，但其具体如何实施，适用条件应当如何把握等问题，依然困扰着行政机关。

一、“首违不罚”的理论支撑与现实意义

“首违不罚”作为一种与“以人为本”执政理念相关联的行政处罚制度，具有规范层面上的合法性。⁽⁴⁾实行“首违不罚”制度，既是对各地、各领域推行“首违不罚”经验的固化，又贯彻与强化了“处罚与教育相结合”的基本原则；既是满足深化“放管服”改革，节约行政执法资源的现实需求，又是优化营商环境，探索包容审慎监管的题中应有之义。

（一）符合“处罚与教育相结合”原则

行政处罚有两个目的：惩罚和预防。惩罚与预防并非并列关系，惩罚是对行政处罚的前提性限制，而预防是对行政处罚的价值性追求。⁽⁵⁾行政执法的价值也绝非“为罚而罚”，而是在惩罚的同时达到预防违法的实际效果。为此，《行政处罚法》将“处罚与教育相结合”原则确立为行政处罚的基本原则之一。行政执法实践表明，在确立“首违不罚”制度之前，当行政处罚裁量空间较大时，执法人员倾向于以“罚”避免潜在的不作为责任，由此不仅造成“以罚代管”“以罚代教”“一罚了之”的问题，更可能由于处罚过重导致违法行为人出现逆反心理，不利于社会和谐和稳定秩序的构建，也破坏了“过罚相当”的原则。“首违不罚”正确区分一般违法与轻微违法，给予当事人改正的机会，真正把处罚作为一种纠正、矫正的手段，而不是作为行政机关“处罚率”的考核指标。

另外，首违不罚并非不予监管。因为其不仅关注当事人的第一次违法行为，更重视对当事人进行处罚之后的教育效果。免罚后行政机关还会对其改正情况采取复查，若当事人拒不改正、逾期不改正或改正后仍不符合要求的，仍将依法给予行政处罚。首违不罚也非永久免罚，因为上次免罚时当事人已然知晓行为的违法性和改正方式，应当自觉杜绝违法行为的再次发生，若又再次实施该违法行为，属“明知再犯”，理应给予行政处罚。

(3) 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。

(4) 章剑生：《罚抑或不予？——基于行政处罚中“首次不罚”制度所展开的分析》，载《浙江学刊》2011年第2期，第47页。

(5) 张红：《行政处罚设定方式研究》，载《中国法学》2020年第5期，第95页。

（二）有利于降低行政执法成本

行政执法成本从纵向方面来看是为了法律准确实施进行的前期宣传、机构设置、人员配备、执法监督以及相关具体行政行为等的投入；从横向方面来看是指从侦破、逮捕到惩罚，即罚款、监禁过程的投入之间的成本。⁽⁶⁾ 行政执法成本的投入是获得行政效益的必要条件，没有一定执法成本的投入，对有关危害社会的行为就不可能被认定为行政违法，更不可能给予相应的行政制裁。就行政处罚而言，个案需要支出的成本包括对行政违法行为调查与作出处罚所耗费的时间、金钱和人力，更有当事人因不服行政处罚决定而申请复议或提起诉讼后为进行应对而额外付出的成本。若对一个轻微违法行为和轻微违法后果投入与一般处罚相同的成本，显然是收益远小于成本，得不偿失的。事实上，某一领域的行政处罚数量过多、处罚率过高，并不一定能够证明该领域治理得当，反而可能反映出执法机关执法投入不当、执法能力不足、过度依赖处罚的状况。“首违不罚”是对免于处罚的补充和完善，实践中形成的免罚清单则是将免于处罚制度具体化和明确化，为行政执法人员提供基本遵循，进一步规范行政执法权力，提高执法效能。

从行政活动追求效率价值的角度考量，效率越高，通常意味着行政执法的时间越短，时间成本越低。反之则案件久拖不决，个案处理不当甚至有可能演变为群体性事件，大大阻碍行政效率价值的实现。“首违不罚”有助于帮助行政执法人员明确执法标准，按照既定规范化流程快速办理手续，同时因免除了当事人可能遭受的惩戒，减轻了执法阻力，避免了行政争议，从而提升效能。行政机关对小案件的办理更加迅速，也有利于执法资源向重大案件倾斜，在整体上提高执法效率。有数据表明，自2019年3月15日首份免罚清单实施后的两年间，上海共适用免罚清单不予处罚2600余个案件，2600余家企业因此受益。⁽⁷⁾

（三）包容审慎监管理念的要求

包容审慎常见于金融审慎监管与金融包容的命题之中，但作为一个整体术语却为互联网经济时代专属。⁽⁸⁾ 包容审慎作为我国对待新业态、新模式的总原则，具有一种最大限度鼓励创新创造和激发市场活力的价值导向。包容审慎监管是对审慎监管原则的发展，是以包容性监管来弥补传统审慎监管的不足，是包容监管和审慎监管的平衡和统一，适用于公共风险的治理深度和强度的要求高低不等、深浅不一的领域。⁽⁹⁾ 作为我国政府探索监管创新的重要向度，李克强总理在涉及电子商务、移动支付、共享单车等新产业、新业态、新模式的命题讨论中，多次强调确立包容审慎原则的必要性，并从“创新包容”与“安全底线”的辩证角度阐释包容审慎的核心要义：所谓包容，就是对那些未知大于已知的新业态采取包容态度；所谓“审慎”有两层含义，一是要给新

(6) 程然：《执法成本的经济分析》，载《市场经济与价格》2015年第12期，第29页。

(7) 《优化营商环境 上海“免罚清单”实施两年逾2600家企业受益》，载中国新闻网，<http://www.chinanews.com/cj/2021/03-22/9437705.shtml>。

(8) 刘乃梁：《包容审慎原则的竞争要义——以网约车监管为例》，载《法学评论》2019年第5期，第122页。

(9) 刘太刚：《从审慎监管到包容审慎监管的学理分析——基于需求溢出理论视角下的风险治理与监管》，载《理论探索》2019年第2期，第62页。

业态一个“观察期”，二是严守安全底线，对严重违法行为坚决依法打击。^{〔10〕}

包容审慎监管的关键在于控制行政机关的自由裁量权，并尊重经营者的自由创新。这就要求在执法环节中，需要在规则合理的基础上体现出对规则的正确理解，即实现精准执法，既不能怠于履职，也不能过度执法和超前执法。特别是在有关新业态领域尚未找准其发展规律时，监管机关应当对创新能力较强的企业采取以合规引导为主、行政处罚为辅的监管策略，积极适用劝告、责令改正等具有短期性、临时性特征的柔性执法措施，以适应包容审慎原则的要求。从各地出台的免罚清单制度可以看出，“首违不罚”主要服务于新技术、新产业、新业态、新模式发展，对引导创新型企业 and 中小企业迈入良性健康发展轨道具有极大的包容性。然而，对待危害国家安全、公共安全、人身健康和生命财产安全，严重破坏生态环境、扰乱社会管理秩序和市场经济秩序的违法行为，免罚清单不仅将其排除在外，更强调应依法予以从严查处，严控“安全阀”和“红线”。

（四）优化营商环境的需求

营商环境是企业等市场主体在市场经济活动中所涉及的体制机制性因素和条件，其优劣直接影响市场主体的兴衰、生产要素的聚散、发展动力的强弱。优化营商环境的本质是解放生产力和提高制度综合竞争力。“首违不罚”制度的构建与免罚清单的推行是各地优化营商环境的现实需求。

2019年10月22日颁布的《优化营商环境条例》聚焦于“放管服”改革，明确优化营商环境应坚持市场化、法治化、国际化的原则，涵盖市场主体保护、优化市场环境、公开政务服务、创新监管执法、强化法治保障等内容，从制度层面为优化营商环境提供了更有力的保障和支撑，并为各地区、各部门探索创新优化营商环境的具体措施留出了充分空间。2020年7月7日发布的《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》明确由司法部在全国“对市场主体符合首次违法、非主观故意并及时纠正、违法行为轻微、没有造成危害后果的行政违法行为，制定并发布多个领域的包容免罚清单，明确免除罚款的行政处罚。在规定期限内，动态调整免罚清单”，以期进一步优化营商环境，激发市场活力，建设更高水平开放型经济新体制。

法治是最好的营商环境，免罚清单是优化营商环境法治环境的创新举措之一。各地实施的免罚清单主要面向设立时间不长，合规意识和能力较弱的中小企业和创新型企业。此类企业的初次违法违规行可能属于不具有主观过错的“无心之过”，社会危害性不强，但一旦被罚，便可能因为处罚公示、失信惩戒等后续关联措施给企业未来经营发展带来严重影响。《行政处罚法》新增“首违不罚”制度后，行政监管部门有了落实包容审慎监管的制度依据，当事人也能够获得更为清晰的法律指引，感受“执法的温度”，从而专注于创新发展。

二、免罚清单的地方探索

免罚清单是指各地行政机关对某些领域轻微违法行为免于处罚而拟定的事项清单。在2019

〔10〕《李克强详解为何对新业态实施“包容审慎”监管？》，载中国政府网，http://www.gov.cn/premier/2018-09/12/content_5321209.htm。

年以前，各地对免罚清单普遍持观望态度，仅有少数地区如嘉兴市环保局、沈阳市工商局、厦门市交通运输局尝试出台过“豁免清单”“免罚清单”和“免于处罚办法”，对免罚清单进行了初步的探索。

2019年后，免罚清单进入全面铺开的高速发展期。2019年3月，上海市司法局、市场监督管理局、应急管理局联合印发全国首例省级《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》，湖北省、浙江省、青岛市、中山市、兰州市、苏州市工业园区等十余省市的市场监督管理部门相继出台免罚清单，并逐渐从市场监管领域扩大至其他领域。截至目前，已有广西、重庆、太原、永州等数十个省市发布了免罚清单，实施层级涵盖省、市、县三级。除市场监管领域外，税务、交通运输、环境生态、文化市场、安全生产、城管等多领域也建立起了免罚清单制度，同时探索性地建立了“轻罚清单”和“免处罚免强制”的双免清单。^{〔11〕}例如，《广州市市场轻微违法违规经营行为免处罚免强制清单》由广州市司法局、市场监督管理局等七部门于2020年9月4日联合印发，“双免”事项涉及《中华人民共和国电子商务法》《中华人民共和国安全生产法》《无证无照经营查处办法》等50多部法律、法规和规章，免罚行为151项，基本实现监管纠错容错机制“立体式”覆盖。

（一）地方行政执法免罚清单现状

从各地出台的免罚清单来看，文件名称表述不一，有“免罚清单”“责令改正事项清单”“告知承诺意见”“免处罚免强制清单”等^{〔12〕}，不同表述折射出各地对免于处罚制度理解的侧重不同，也反映出制定“免罚清单”标准的多样化。

从免罚清单制定主体来看，主要有单独发文和联合发文两种形式。以市场监管领域为例，对省级层面发布的免罚清单进行梳理，剔除未找到文本的情况，共检索到14个免罚清单，其中单独发文的有9个，联合发文的有5个。^{〔13〕}其中，单独发文的除山东省由省司法厅单独发文外，其余均由市场监督管理部门单独发文。联合发文则主要由市场监督管理局会同司法局或联合其他相关部门进行。

从免罚清单的设定方式来看，主要有表格式与条文式两种。表格式清单较为简单直观，主要以列表方式呈现，包括“序号”“违法行为类型”“适用条件”和“涉及的法规规范”四部分，且为一一对应的关系，针对具体情形分别予以规定，适用条件较为详细。条文式符合法律规范的逻辑结构，由三部分组成：第一部分是制定目的和依据；第二部分是列举不予行政处罚事项，又可

〔11〕如税务领域有《海南省税务机关处罚裁量基准及税务行政处罚免罚清单》，交通运输领域有《黑龙江省交通运输免罚清单和轻罚清单》，生态环境领域有《广东省中山市生态环境依法不予行政处罚的轻微环境违法行为清单》，文化市场有《江苏省淮安市文化市场轻微违法违规经营行为免责清单》，安全生产领域有《吉林省新兴产业安全生产轻微违法行为免罚清单（试行）》，轻罚制度如《青岛市司法局关于制定市级“不罚”“轻罚”清单优化法治营商环境的通知》。

〔12〕如安徽省《市场轻微违法违规经营行为免罚清单》，内蒙古《内蒙古自治区市场监管轻微违法责令改正事项清单》，浙江省《关于在市场监管领域实施轻微违法行为告知承诺制的意见》，广州市《交通运输市场轻微违法经营行为免处罚免强制清单》等。

〔13〕单独发文的省级地区有北京、安徽、江苏、山东、黑龙江、湖北、海南、广西和宁夏；联合发文的省级地区有上海、天津、重庆、甘肃、浙江。

分为“根据《行政处罚法》违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果而不予行政处罚的事项”和“根据专门领域的法律、法规、规章的有关规定，不予行政处罚的事项”；第三部分为兜底条款与教育条款，给行政执法单位留有一定裁量空间，通常兜底式规定，其他符合《行政处罚法》或部门法中免于处罚的规定的行为，也应当免于处罚；对于免于处罚的违法行为，并非简单不罚，执法机关依旧要通过批评教育、指导约谈等方式，使违法者认清错误，避免类似错误再次发生。

免罚清单的核心是对行政处罚裁量中“不予处罚”情形的具体化、明确化，具体表现为免罚行为。各地免罚行为在数量上有较大差异，多者如《宁夏回族自治区市场监管领域实施包容免罚清单》有107项，少者如《上海市市场轻微违法违规经营行为免罚清单》仅有34项，其中还包含了应急管理消防领域的6项。除了免罚行为“量”上有差异，免罚领域“质”上也各有不同，多者如《江苏省市场监管领域轻微违法行为免于处罚规定》涉及企业登记和备案、广告管理、电子商务、消费者权益保护、价格、商标、特种设备安全、计量、工业产品生产许可、认证、食品安全、化妆品与医疗器械等12个领域，少者如《天津市市场监管领域免罚清单》仅涉及商事主体登记、广告、价格、食品安全、商标和药品医疗器械等6个领域。其中，各地免罚清单大多包含市场主体登记管理领域，食品管理领域，广告领域，药品、化妆品与医疗器械管理领域，计量领域和产品管理领域，涉及20余部单行法律、法规和行政规章，如表1所示。

表1 市场监管领域免罚清单主要涉及事项与相关法律规定

涉及领域	相关法律规定
市场主体登记管理领域	《中华人民共和国公司登记管理条例》《中华人民共和国合伙企业法》《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》《中华人民共和国个人独资企业法》《个人独资企业登记管理办法》《中华人民共和国企业法人登记管理条例》《外国企业常驻代表机构登记管理条例》
食品管理领域	《中华人民共和国食品安全法》《食品经营许可管理办法》《食用农产品市场销售质量安全监督管理办法》
广告领域	《中华人民共和国广告法》《广告语言文字管理暂行规定》*《农药广告审查发布标准》《兽药广告审查发布标准》《广告发布登记管理规定》
药品、化妆品与医疗器械管理领域	《中华人民共和国药品管理法》《药品不良反应报告和监测管理办法》《化妆品标识管理规定》《医疗器械监督管理条例》《医疗器械经营监督管理办法》《医疗器械不良事件监测和再评价管理办法》
计量领域	《定量包装商品计量监督管理办法》《中华人民共和国计量法》《中华人民共和国计量法实施细则》《加油站计量监督管理办法》
产品管理领域	《中华人民共和国产品质量法》《中华人民共和国工业产品生产许可证管理条例》《中华人民共和国工业产品生产许可证管理条例实施办法》

* 《广告语言文字管理暂行规定》已失效。

此外，各地对免罚行为的规定既涉及在全国范围内实施的法律法规规章，也涉及地方性法规，前者如《中华人民共和国广告法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国价格法》等法律，

《食品经营许可管理办法》等行政法规和《医疗器械监督管理条例》《化妆品标识管理规定》等部门规章；后者如《上海市食品安全条例》《北京市小规模食品生产经营管理规定》等地方性法规。这说明免罚制度带有一定的地方性特征。

（二）“首违不罚”的实施情况

免罚清单的实践先于《行政处罚法》的“首违不罚”条款出现，二者本质上并非同一制度。旧《行政处罚法》本身也规定了免于处罚的制度。但由于目前大部分免罚清单在具体适用上将“首次违法”作为免于处罚的必备条件，使得二者具有了高度的相似性。从实践来看，各地、各部门免罚清单中对“首违不罚”的处罚种类、适用条件及范围规定各异。

1. “首违”的认定

“首违”即“初次违法”。具体应当如何认定？各地免罚清单有不同体现。辽宁省交通运输厅、辽宁省司法厅联合印发的《关于在交通运输领域推行包容免罚监管机制的实施意见（试行）》中规定，“包容免罚监管机制应当满足‘在我省范围内同一年度首次违法’”这一条件。即只要在一年中第一次违法即属于“首次”，不累积计算。温州市公安交管部门试行的交通违法行为“首违不罚”柔性执法制度和“优驾容错”措施，包括周期首违不罚、首次来温免罚、首次违法免罚三种情形。周期首违不罚是指机动车或驾驶人发生所列举的12种违法情形之一的，一个周期内（一年内）无交通违法行为的，可免于处罚^{〔14〕}；首次来温免罚是指非温籍驾驶人、机动车因工作、生活需要来温，对温州道路情况不熟悉发生闯禁、单行线逆行等违反禁令标志指示的交通违法行为，经查系一年内首次来温的，可免于处罚；首次违法免罚则限定于首次违反机动车不按停车泊位的标识方向停放、驾驶电动自行车未佩戴安全头盔的、行人过路口或横穿道路时低头看手机嬉戏等影响其他车辆或行人通行三种情形之一的，可从轻处罚或免于处罚。同为交通领域，对于周期首违不罚，杭州以三个月为一周期，洛阳以六个月为一周期，包头同温州一样以一年为一周期，深圳以两年为一周期。

2. “不罚”的处罚种类

“首违不罚”落脚点在于“不罚”或者说“免罚”，这里的罚是指《行政处罚法》中所列的全部7种类型还是7种中的一种？各地免罚清单对此有不同的认识。

有的认为，“首违不罚”中的罚是指全部行政处罚，因而在制定相关免罚清单时明确指出：“清单所称处罚，包括警告、罚款等所有处罚种类。”典型代表为《重庆市市场监管领域轻微违法经营行为免罚清单》与《长春市市场监督管理领域轻微违法行为不予处罚清单》。

〔14〕这12种情形分别为：机动车不在机动车道内行驶的；机动车违反规定停放且驾驶人不在现场；实习期内未粘贴或悬挂实习标志的；机动车违反警告标志指示的；机动车违反警告标线指示的；左转弯时，未靠路口中心点左侧转弯的；在高速公路或城市快速路以外的道路上行驶时，驾驶人未按规定使用安全带的；未按规定临时停车影响其他车辆和行人通行的；未按规定停放影响其他车辆和行人通行的；机动车未按规定在车门两侧喷涂单位名称、核定载客人数、核定载质量等内容的；未按规定进入待转区的；转弯车辆未提前进入规定车道的。

有的免罚清单虽未明确指出“不罚”的种类，但从清单内容所指向的具体法条来看，其法律责任包括了警告、罚款等各种类型，因而可以推定此类清单中的“不罚”是指全部行政处罚。

有的认为，“首违不罚”中的处罚限于经济罚即罚款。如北京市市场监管局、上海市民防办公室等制定的“免罚清单”中，“首次违法”免于处罚所对应的法律责任为罚款。典型为违反《中华人民共和国广告法》不得使用“国家级”“最高级”“最佳”等用语的规定，若为首次违法的，则可免于处20万元以上100万元以下的罚款。

3. “首违不罚”适用的条件

各地、各领域免罚清单规定的免于处罚条件存在较大差异，主要有以下几种。

一是规定免罚清单适用于“违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的”。此为旧《行政处罚法》第27条第2款的规定，免于处罚的条件包括“违法行为轻微”“及时纠正”和“没有造成危害后果”，并未设定“首次违法”的条件。换言之，无论是首次违法还是多次违法，只要违法行为具备上述三个条件，行政机关即应当免于处罚。例如，天津市市场监管委、药监局联合印发的《天津市市场监管领域免罚清单》规定了两个类型的免罚：其中一类违法行为，当事人已自行改正或在责令改正期限内改正的，就免于处罚；另一类违法行为，当事人违法行为轻微，已自行改正或在责令改正期限内改正，并未造成实际危害后果或不良社会影响的，就免于处罚。两类免罚中都不包含“首次”或“初次”的要求。

二是将“属于首次违法”作为免于处罚的必备条件之一。例如，直接在免罚清单名称中规定“首次”，如《漯河市市场监管领域首次轻微违法行为免罚清单》；或是在适用条件中明确列明“首次违法”，如浙江省《关于在市场监管领域实施轻微违法行为告知承诺制的意见》中规定：“适用告知承诺制应同时具备以下条件：1. 违法违规情节轻微，没有造成明显危害后果或不良社会影响；2. 具备整改条件；3. 属于首次违法，且当事人无主观故意；4. 属于《适用告知承诺制执法监管事项清单》所列情形。”

值得注意的是，免罚清单中将“首次违法”作为免于处罚的必备条件之一，事实上增加了免于处罚适用的条件，在新《行政处罚法》生效之前，是与旧《行政处罚法》规定不符的。就旧《行政处罚法》的规定而言，行政机关在决定是否要免于处罚的时候，当事人是否为“首次违法”可以作为必备条件之外的考量因素，但不宜明确规定作为必备条件。⁽¹⁵⁾新《行政处罚法》正式实施后，“首违不罚”制度将为免罚清单中“首次违法”提供坚实的合法性支持，但从条文涵盖范围来看，“免于处罚”大于“首违不罚”，因而以“首次违法”作为必备条件，可能会限制免罚清单向更深更广领域探索。

三是行为人有免罚清单所列轻微违法行为，同时又存在从重处罚情节的，不适用免于处罚。“首违不罚”的前提是违法行为的要件已然齐备，但由于存在一些法定特殊情形而免于处罚。从重

(15) 张红：《免于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61页。

处罚情节的存在，可能导致与免罚的法定特殊情形如“违法行为轻微”等互斥，从而不满足免于处罚的条件。《宁夏回族自治区市场监管领域实施包容免罚清单（第一批）》即有此规定。

四是行为人在免于处罚后又实施该违法行为的，不再适用免于处罚，即“首违不罚”，但“再犯不免”。对因免罚后再罚的行为人，是否应从重处罚尚存争议。浙江省市场监管局、辽宁省交通运输部门各自的“免罚清单”中规定，因同一类违法行为再次违法或签署承诺书后不予履行的，结合违法的其他方面从重处罚，并按照相关规定予以公示。这或许是出于威慑效果的考虑，但客观上可能会引起对再犯从重处罚规定的合法性质疑，这一做法是否妥当有待进一步思考。

五是行为人有初次违法行为，但同时违反其他法律、法规、规章规定的，应当依照其他法律、法规、规章的规定予以处罚。违法行为可能同时侵犯多个法益，有些法益不适用“首违不罚”的条件，对于这种情况，应当从一重处罚，这也契合“一事不再罚”的原则。

六是“首违不罚”的排除性适用。自然灾害、事故灾害、公共卫生或社会突发事件期间实施的违法行为，不适用免罚清单。涉及国家安全、公共安全、人身健康、生命安全和生态环境保护等重点领域及扰乱公平竞争市场秩序的违法行为，不适用免罚清单。

三、“首违不罚”的适用条件及认定

新《行政处罚法》第33条第1款第2句规定：“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。”这意味着需同时满足“初次违法”“危害后果轻微”“及时改正”这三个条件，方才可能免于处罚。同时，第5条第2款规定“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”。因此，在对“首违不罚”进行判断时，大致可以从事实、性质、情节和社会危害性这几个方面展开，结合免罚清单中认定免于处罚的考量因素和司法判例，综合判断相关违法行为是否满足“首违不罚”的条件而免于处罚。

（一）“初次违法”的认定

“初次违法”是“首违不罚”的首要条件，只有满足“初次违法”，才有继续讨论“危害后果轻微”和“及时改正”的必要。从实践操作的角度看，初次违法可分为真正的初次和不真正的初次，两者区分的关键在于违法行为发生时，向前追溯的期限长短。若向前无限期追溯，则为真正的初次，“一生一次”；若不是无限期追溯，则构成了周期首违不罚。周期首违不罚在交通运输领域和税务领域运用较多，如辽宁省税务部门规定，纳税人应当开具而未开具发票金额1万元以下情形的，如果5年内首次发生且情节轻微，并在税务机关发现前主动改正或在税务机关责令限期改正期限内改正的，不予处罚。市场监管、生态环境和文化旅游领域监管部门则青睐于追溯期较长的真正初次。

笔者认为，对“初次违法”的认定，应结合具体领域和各地实际情况予以划分。交通运输和税务领域的免罚对象多为自然人，且违法行为较之于市场监管、生态环境、安全生产等领域更容易被及时发现和纠正，社会危害性较小，因而优先选择适用周期首违不罚。周期的长短则由地方

根据自身情况灵活调整,对于城市规模较大、人口数量偏多、经济总量较高的地区,周期设置可以稍短,如杭州市交管局规定一个周期为三个月,温州市、包头市交管部门则规定一个周期为一年;《长江三角洲区域税务轻微违法行为“首违不罚”清单》认定的周期为一年,而辽宁省税务部门则认定为五年。这样有助于减轻地方执法负担,也能营造更为宽松、便利的法治环境。

(二)“危害后果轻微”的认定

“危害后果”应当仅限于“法律所保护的利益”。行政处罚不以损害结果的发生为基本要件,但通常情况下危害后果最能直观反映违法行为社会危害性的大小。这里的关键在于,后果的范围必须以违反行政法义务的行为所指向的利益是否受到法律保护为标准,利益未受到法律保护,就没有所谓的后果。^[16]如现行《中华人民共和国商标法》第57条规定了未经商标注册人的许可,使用与其注册商标相同或近似商标导致混淆的,视为侵犯注册商标专用权的情形之一,然而若商标侵权行为根本未实际适用,或使用后未造成混淆,则当然不产生“商标混淆”这一危害后果,并没有危害到法律所保护的利益,因此可以认定“没有造成危害后果”。^[17]

“轻微”是行政法律秩序对违法行为给社会公共利益或公民合法利益所造成的损害的容忍程度。由于“轻微”的评价必然包含评价者的主观价值,因而应尽量从客观方面入手。地方执法实践一般从以下几方面判断:一是违法次数,行为反映内心,违法次数越少,社会危害性越弱。二是没有违法所得或违法所得较少。一旦有违法所得,收缴、追讨、查验等会消耗较多的执法成本,也导致行政处罚案件更为复杂。在濮阳县徐镇镇金客来购物中心诉濮阳县市场监管局质检检验检疫监督案中,法院就以“原告镇金客来购物中心采购韭菜数量较小,涉案货值仅10.45元”,认为违法所得较少,属于违法行为“轻微”。^[18]三是没有主观恶意。在行政处罚中,对于主观过错是否应当作为行政处罚的构成要件这一问题,学理上或实践中都存在争议。一般认为,行为人不是恶意,有主动改正或及时中止违法行为,主动消除或减轻违法行为危害后果、配合处罚部门查处违法行为有立功表现等情节,都可以被认为没有恶意。^[19]

(三)“及时改正”的认定

“及时改正”应当主要以“危害后果发生前”或“处罚部门责令改正合理期限内”等为时间节点,不考虑当事人作出纠正行为时的主观状态。能当场改正而改正的,应当认定为“及时”;不能当场改正的,在责令改正的合理期限内改正的,也应视为“及时”。当然,若在责令改正的合理期

[16] 章剑生:《违反行政法义务的责任:在行政处罚与刑罚之间——基于〈行政处罚法〉第7条第2款之规定而展开的分析》,载《行政法学研究》2011年第2期,第15页。

[17] 江苏省高院在江苏祥和泰纤维科技有限公司与江苏省工商行政管理局工商行政处罚案的判决中即持此观点。参见江苏省高级人民法院行政判决书,(2013)苏知行终字第0004号。

[18] 河南省濮阳县人民法院行政判决书,(2020)豫0928行初29号。

[19] 《江苏省市场监管领域轻微违法行为免于处罚规定》第16条第2款规定:“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;(六)法律、法规、规章规定的其他因素。”

限内未能及时纠正导致危害后果持续或扩大的，则不满足“及时改正”的要求。在安徽省池州九华冷冻食品有限责任公司诉池州市贵池区市场监管局等处罚案中，法院认为虽然九华冷冻食品有限责任公司在处罚前已停止使用相关特种设备，主动减轻危害后果，但未能采取消除安全隐患的根本措施，没有消除危害后果，因而该纠正措施只能作为减轻处罚的情节。⁽²⁰⁾

笔者认为，结合各地免罚清单规定和司法实践判例，只要认定“危害后果轻微”，则在合理时间段内当事人将被破坏的秩序恢复为违法行为前的状态所进行的纠正均为及时改正。此外，“及时改正”的判定并不考虑当事人行为时的主观状态，无论是“及时主动改正”抑或是被“责令改正”，只要其改正后未对公共秩序造成较大危害，也应认为是符合“及时改正”这一要件的，契合《行政处罚法》“维护公共利益和社会秩序”目的优先于“保护公民、法人或者其他组织的合法权益”之保护。

四、“首违不罚”制度完善的方向

在各地免罚清单陆续出台的过程中，理论界与实务界对免罚清单的法律依据有不同的看法。有一种观点认为免罚清单没有法律依据，《行政处罚法》中没有规定首次违法可以免于处罚，因此对免罚清单持反对意见。⁽²¹⁾新《行政处罚法》确立了“首违不罚”制度，为各地免罚清单中“首违不罚”提供了最为直接的法律依据。按照国务院的部署，司法部下一步将推动落实“首违不罚”制度，总结上海、浙江等地的经验做法，推进“多领域实施包容免罚清单模式”。逢此背景，下文将进一步探讨这一制度应当如何完善，如何促进其作用的发挥。

（一）规范免罚清单的执法流程

行政处罚决定的作出一般经历“立案—调查取证—案件核审—听取当事人意见或听证—作出处罚决定”五个步骤。“首违不罚”制度跳脱于传统步骤外，甚至可能在第一个步骤“立案”前即已完成，这也是“首违不罚”程序上的优势，简单快速。多数免罚清单对程序的规定较为粗略，要求依据《行政处罚法》和相关领域的行政处罚程序规定，配套行政执法公示制度和执法全过程记录制度的相关要求，完善相关执法文书，做好归档工作。⁽²²⁾

执法机构认定当事人违法行为是否属于免罚清单所列不予处罚事项，原则上应在立案调查前的核查阶段确定。若不满足免罚条件，则按照行政处罚程序规定立案查处；若满足免罚条件，则按照行政执法全过程记录制度要求，执法机构责令当事人改正并签署书面整改承诺书。承诺书签订后，执法机构在合法时间内核查。核查通过并及时纠正的，审批发放《轻微违法行为不予处罚审批表》；核查未通过，拒不改正、逾期不改或改正后仍不符合要求的，则按照行政处罚程序的要

(20) 安徽省池州市贵池区人民法院行政判决书，(2015)贵行初00005号。

(21) 陈光豪：《“首违免罚制”是人性化还是人治化？》，载《浙江人大》2007年第6期，第35页。

(22) 其中，山东省《轻微违法行为不予行政处罚和一般违法行为减轻行政处罚事项清单》的规定较为详细，具有一定的参考借鉴价值。

求立案查处。若执法机构未能在立案调查前的核查阶段确定是否满足免罚条件,而在行政处罚立案调查阶段发现当事人适用免罚条件的,则制发不予行政处罚决定书等文书,不再履行当事人签署承诺书、填报《轻微违法行为不予处罚审批表》等程序。

(二) 对照“首违不罚”制度修改完善免罚清单

目前,新《行政处罚法》已经修改发布但尚未正式生效。在此期间,各地方应当紧扣《行政处罚法》新增条款对免罚清单进行对照、修改和完善,以避免可能出现的合法性质疑。对比各地免罚清单与“首违不罚”制度,需要重点关注以下几个问题。

一是区别“违法行为轻微”还是“危害后果轻微”。免罚清单制定的依据是《行政处罚法》的免于处罚制度,各地免罚清单中也多用“违法行为轻微”“未造成危害后果”的表述。《行政处罚法》第33条第1款规定,“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”。“首违不罚”中的“轻微”是“危害后果”的限定词。危害后果与违法行为并非完全正相关,有可能轻微的违法行为造成较大的危害后果,如特种设备领域、生态环境领域等;也有可能一般的违法行为导致轻微的违法后果。因而,各地有必要梳理“免于处罚”与“首违不罚”各自适用的具体事项,尽量做到细化准确,避免因笼统规定而导致可能出现的与上位法表述之间的差异。

二是确定“没有主观故意”是否为“首违不罚”的适用条件。浙江、江苏、内蒙古、宁夏等地的免罚清单在确定行为人违法为首次的同时,也以“没有主观故意”作为必要条件之一。新《行政处罚法》并没有以行为人的主观状态作为判断“首违不罚”是否成立的要件之一,而是单独列出一款予以规定:“当事人有证据足以证明没有主观过错的,不予行政处罚。”对此款应从两个方面理解,一方面是行政机关在进行行政处罚时,无论行为人有无主观过错,只要客观上违反了行政法律规范,都应当给予行政处罚。另一方面,不考虑行为人主观状态并不意味着行政处罚采取完全的客观归责主义,对不具有可谴责性的行为也要进行处罚,而是以“救济”方式,将证明主观无过错的举证责任归于行为人,这样既有利于行为人自证清白,也大大减轻行政机关举证负担。上述地方将“没有主观故意”作为“首违不罚”的条件之一,增加了“首违不罚”的适用条件。因此,建议地方在制定免罚清单时,将行为人主观状态作为判断“首违不罚”量罚情节之一,而不适合明确规定作为必备条件。

三是正确理解“可以不予处罚”。与免于处罚满足三个条件即不处罚不同,“首违不罚”以“可以”作为限定,对于“可以”的理解,事关行政执法人员裁量权范围的处理与把握。有学者基于《中华人民共和国价格法》第42条的规定⁽²³⁾,认为“从法理角度讲,‘首次不罚’制度的实质是将法律赋予执法主体的自由裁量权主动降低为零”。⁽²⁴⁾这种观点错误地将“责令改正”视为行政处罚种类之一,因而将“可以并处”理解为“责令改正”与“罚款”的并处。但该条款所规定的实质是“没收违法所得”与“罚款”的并处,责令改正只是行政机关在实施处罚过程中对违法行

(23) 《中华人民共和国价格法》第42条规定:“经营者违反明码标价规定的,责令改正,没收违法所得,可以并处五千元以下的罚款。”

(24) 朱晓燕、王怀章:《“首次不罚”制度的法理思考》,载《行政法学研究》2007年第2期,第60页。

为人发出的一种行政命令。“首违不罚”并没有消除执法者的自由裁量权，而是对“首违不罚”的适用领域作出了细分和列举，有助于执法者对免罚清单未列明的其他符合《行政处罚法》等法律、法规、规章规定的不予处罚情形有较为准确的类比把握。各地在对“可以不予处罚”进行判罚时，应当结合各地、各领域制定的裁量规则和相关法律、法规、规章等规范性文件，综合考虑违法行为性质、情节及社会危害性等因素后确定，灵活把握。

（三）设置免罚清单和首违不罚的动态调整机制

一是建立动态调整机制。免罚清单和“首违不罚”并不是一成不变的，行政机关要根据免罚清单推行后的实际效果，和不同层级政府及其部门的工作需要，定期对清单进行修改、调整并发布。考虑执法的统一性，建议由省一级政府部门把握相应标准。各级政府工作部门于每年年底前将免罚清单的执行情况及工作建议层报至省级政府工作部门，省级机关依据法律、法规、规章的立改废释和免罚清单的实际执行情况适时对清单进行调整和公布。

二是建立备案审查机制。备案审查制度有助于立法机关掌握地方立法动态。实施过程中，市、县（区）级确有特殊情况有必要对省级发布的免罚清单进行事项调整的，应当报上级主管部门予以明确，并在一定期限内报省级主管部门备案。^{〔25〕}免罚清单的备案审查不仅要审查其合法性，同时要审查其合理性。一方面在充分尊重地方基层自主权的同时，凸显上级对下级的领导作用；另一方面上级在搜集整理备案事项过程中须查漏补缺，从基层上报的特殊事项中整理出具有普遍性、效力层级更高、适用范围更广的免罚清单，实现双向互动。

三是建立执法监督机制。法律的生命在于实施，免罚清单和“首违不罚”的目的之一在于切实优化营商环境，营造促进中小企业发展的良好市场氛围。各级主管部门应当加强对免罚清单实施情况的监督检查，通过定期抽查和随机临检的制度，保障免罚清单发挥实际效用，对不执行免罚清单或滥用清单规定的相关部门和个人依法处理，追究其相应责任。

（四）各执法领域尽快制定国家层面的免罚清单

2018年11月，国务院办公厅发布《关于聚焦企业关切 进一步推动优化营商环境政策落实的通知》，其明确要求市场监管总局要抓紧研究制定加强和规范事中事后监管的指导意见，创新市场监管方式，加强事中事后监管，坚决纠正“一刀切”式执法方式，规范自由裁量权。各地免罚清单中尤以市场监管领域数量最多，也最为繁杂：制定主体、设定方式、免罚行为数量、免罚涉及领域、对“首违不罚”的认定、免罚程序等均存在较大差异，导致同一领域内不同地区执法标准各异，迫切需要相关部门出台指导意见，制定标准化、规范化统一的免罚清单。

2021年3月31日，国家税务总局在结合各地、各级税务机关探索推行税务行政处罚“首违不罚”的实践基础上，依据新《行政处罚法》第33条第1款和《税务行政处罚裁量权行使规则》的规定，发布全国首批统一《税务行政处罚“首违不罚”事项清单》的公告。事项清单采用列表

〔25〕 如辽宁省在《关于在交通运输领域推行包容免罚监管机制的实施意见（试行）》中规定：“各市特有事项或确有必要采用包容免罚监管机制的事项，由市级交通运输主管部门予以明确，并在发布之日起10个工作日内报省厅备案。”

式设定了免罚行为，明确了税务“首违不罚”的适用条件，并强调加强对当事人的税法宣传和辅导，对推动其他领域制定国家层面的免罚清单起到引领示范作用。建议国家市场监督管理总局、生态环境部、交通运输部和文化旅游部等国务院部门在总结各地实施免罚清单的经验基础之上，出台免罚清单指导意见，统一免于行政处罚的事项范围、适用条件等问题，明晰“违法行为轻微”“及时纠正”以及“没有造成危害后果”这三个条件的具体内涵，并明确免于处罚与从轻、减轻处罚的界限。⁽²⁶⁾

考虑地方性法规、地方政府规章有权设定行政处罚，各地方应当在国家层面免罚清单的基础上，依据本地方的地方性法规和地方政府规章的规定，对国家层面的免罚清单进行修订增补。

五、结语

免罚清单对降低行政执法成本、优化营商环境建设、激发市场活力、推动经济社会高质量发展具有积极的促进作用。新《行政处罚法》规定的“首违不罚”制度解决了免罚清单的合法性问题，免罚清单也为“首违不罚”制度从文本走向执法实践提供了现实路径。各地方应坚持“处罚与教育相结合”原则，对照“首违不罚”的法定要件修正免罚清单处罚种类各异、适用条件模糊等问题，细化“首违不罚”认定的考量因素，构建完善免罚清单的程序规则，进一步激发“首违不罚”制度的活力。

The System of “No Punishment for First Violation” in Administrative Penalty and Its Improvement

ZHANG Hong YUE Yang

Abstract: The new Administrative Penalty Law provides for the system of “No Punishment for First Violation”, which is the need to implement the principle of “combining penalty with education”, reduce the cost of administrative law enforcement, promote inclusive and prudent regulation and further optimize the business environment. The List of Punishment Exemptions currently in force across the country does not have uniform rules on the determination of “first violation”, the types of penalty for “no punishment for first violation” and the conditions for application of “no punishment for first violation”. It is made clear that “no punishment for first violation” shall be identified as “the first violation” based on the “length of retrospective period”, “the harmful consequences are minor” based on the factors such as times of violations, amount of

(26) 张红：《实施“轻微违法免罚”，激活免于行政处罚制度》，载《市场监督管理》2020年第6期，第18页。

money involved, subjective malice, etc., and correction made “before the harmful consequences occur” shall be deemed as “making corrections in a timely manner”. To optimize the system of “No Punishment for First Violation”, the law enforcement process of the list of punishment exemptions shall be standardized. Local authorities shall, in accordance with the Administrative Penalty Law, revise the list of punishment exemptions and set up a dynamic adjustment mechanism for the list of punishment exemptions; and all law enforcement fields shall develop a list of punishment exemptions at the national level as soon as possible.

Keywords: No Punishment for First Violation; List of Punishment Exemption; Administrative Penalty; Minor Violation

（责任编辑：孔祥稳 汪友年）