

论新《行政处罚法》中的“主观过错”条款

尹培培

摘要：新修订的《行政处罚法》维系了既有行政处罚的“行政管理秩序维护”这一功能，尽管新增了“主观过错”条款，但这一条款并未改变我国行政处罚一直以来的“客观归责”立场。主观过错并非行政处罚的构成要件，而是行政相对人的法定不予处罚事由。上述改变并不能清除为人诟病的行政处罚所面临的主客观不统一之弊端，应当依托现有的划分标准，根据处罚种类确定主观归责的适用范围。

关键词：行政处罚；主观过错；处罚种类

[中图分类号] D922.112 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 03-0050-13

对于行政处罚主观过错的研究并非新鲜的课题，但很显然，这一问题迄今为止并未得到十分深入的阐释。通过分析近年来刊发的相关作品所引用的文献不难发现，有关这一问题的学术论著大多成文于20世纪90年代，相当一部分甚至早于1996年颁布的《中华人民共和国行政处罚法》（下称《行政处罚法》）。^{〔1〕}这也就意味着，无论是立足于旧法的研究，抑或是对新法的重新阐释，对于行政处罚主观过错这一问题的认知都是远远不够的。

在刑法上，犯罪主观要件是犯罪成立所必须具备的主观条件，具有必要性，其对于区分罪与非罪、此罪与彼罪以及对量刑轻重都具有重要影响。^{〔2〕}在行政法上，无论是1996年的《行政处罚法》，抑或是2021年最新修订通过的《行政处罚法》，都将行政处罚的功能定位于对“行政管理秩

【作者简介】尹培培，法学博士，中国法治现代化研究院研究员，南京师范大学法学院副教授。

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“网络空间治理的行政处罚问题研究”（项目批准号：18CFX054）。

〔1〕通过文献梳理发现，被引用频次较高的涉及行政处罚主观要件的论著主要如下：（1）著作类：杨解君：《秩序权力与控制——行政处罚法研究》，四川大学出版社1999年版；何建贵：《行政处罚问题研究》，中国法制出版社1996年版；袁曙宏：《行政处罚法的创设、实施和救济》，中国法制出版社1997年版；杨小君：《行政处罚研究》，法律出版社2002年版。（2）论文类：姜明安：《行政违法行为与行政处罚》，载《中国法学》1992年第6期，第42-46页；孙秋楠：《受行政处罚行为的构成要件》，载《中国法学》1992年第2期，第47-48页；汪永清：《关于受行政处罚行为的若干问题》，载《中外法学》1994年第2期，第20-24页；江必新：《论受行政处罚行为的构成要件》，载《法律适用》1996年第6期，第3-6页。

〔2〕张小虎：《犯罪主观要件结构分析》，载《河北大学学报（哲学社会科学版）》2004年第4期，第23页。

序”的维护。⁽³⁾这样的功能定位在回应行政处罚的构成要件上，有时并不要求行政相对人主观上是否存在故意或过失的心理状态，而是以“客观归罪”原则追究其法律责任。⁽⁴⁾即只要存在违法行为，不问其主观是否存在过错，即可径行处罚。尽管学界对于“客观归罪”本身是否科学持不同的看法，但基于行政处罚维护“行政管理秩序”这一功能而赋予“客观归罪”相当的正当性这一点上，学界存在共识。所不同的是，新《行政处罚法》在此基础上新增了“主观过错”条款，即第33条第2款规定：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”这一条款是本文展开讨论的规范起点。新法颁布后，对于该条款的性质存在不同的看法，且对于其如何落地，如何适用“足以证明”这一标准亦尚不清晰，亟须从理论和实践路径上加以厘清。

一、行政处罚主观过错之界定

在行政处罚主观过错这一问题上，既往的研究存在将主观状态与主观过错、“入罪”要件与“量罚”要件相混淆的问题。澄清这两个问题，是准确界定行政处罚主观过错的前提。

（一）主观状态与主观过错之界分

关于主观过错，旧的《行政处罚法》并不存在主观归责条款，但在责任能力部分及量罚方面，对行为人的主观状态并非没有涉及或考虑。该法第26条规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚，但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的，应当给予行政处罚。”对精神病人设定专门条款显然是考虑到行为人作出行为时的主观状态，因无法期待其能够辨认和控制自己的行为，因而不具有可罚性。新法延续了这一规定，且在此基础上新增了“智力残疾人”这一新的不予处罚类型。

除了关于精神病人违法情形的规定，《行政处罚法》亦对责任年龄进行了分类。对于年龄要素，学界并未展开过多的讨论，尽管对于责任能力的种类划分存在不同的看法，但对于年龄因素本身的设置似乎并无争议。应当说，这样的规定与刑法是一脉相承的，且此类规定在世界范围内也属主流做法。这一点在域外的有关法律规定中也可以得到佐证。如奥地利《行政罚法》第4条规定：“（1）行为时年龄尚未届满十四岁者不罚。（2）行为时年龄已满十四岁，但尚未届满十八岁者（少年犯），如因特殊原因，尚未发育成熟，对行为之禁止无从辨识，或无从为禁止行为之处理时，不应令其负行政责任。”从奥地利的规定中可以看出，尽管其在相同的年龄范围赋予了看似不同的后果，即不仅将“14~18岁未发育成熟”作为一个量罚要件，还将其作为“入罪”要件，但其依然

(3) 1996年的《行政处罚法》尽管没有明确为行政处罚设定一个概念条款，但其第3条第1款规定：“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。”通过上述规定导出该法维护“行政管理秩序”这一功能定位并不存在逻辑上的障碍。2021年修改通过的《行政处罚法》第2条规定：“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为。”新法的概念条款显然沿袭了旧法的功能定位。

(4) 章剑生：《现代行政法基本理论》（第2版上卷），法律出版社2014年版，第356页。

是出于对行为人主观上对其所从事的行为“无从辨识”的考虑而作出不予处罚之规定。很显然，这样的规定体现了对行为人主观状态的考量。需注意的是，年龄要素在刑法当中加以设定是出于刑罚入罪的“主客观相统一”的要求，而在我国《行政处罚法》实行“客观归罪”原则的前提下，设定此规定则意味着立法者并非完全未考虑行为时的主观状态，但是此种考虑并未影响“客观归责”这一立场。虽然这些规定看似与完全的客观归责存在某种紧张关系，但实际上，上述看法的产生是源于混淆了“主观过错”与“主观状态”。毋宁说，学界在讨论行政处罚主观要素时所谈及的责任能力，应当归属于主观状态的范畴。

（二）“入罪”要件与“量罚”要件之界分

在对主观要素的探讨方面，既有的研究通常未能严格区分“入罪”要件与“量罚”要件，将二者杂糅在一起。在主观要素的量罚问题上，旧《行政处罚法》第27条规定：“当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫有违法行为的；……”从上述规定可以看出，旧《行政处罚法》在涉及主观状态情形时，仅将其视为“量罚”要件，而非“入罪”的归责要件。

将视野重新回到年龄设置的问题上，责任年龄，抑或是通常所称的责任能力，其本质是从法律上评价行为人是否具有辨识能力和控制能力，目的是要通过一系列的材料和证据，得出相对人有无辨识能力和控制能力的结论。⁽⁵⁾而是否具有正常的辨识能力和控制能力显然是推断一个人能否控制自身行为的前提条件，若缺失上述条件，至少我们对其不应抱有其能始终作出合法行为的期待。这也可以解释，为何我国在法律条文上对于年龄要素设置了两个不同的档位：对于14周岁以下的未成年人直接规定不予处罚；而对于14周岁不满18周岁的未成年人则应当处罚，只是在正常的处罚幅度范围内予以从轻或减轻处罚。即前者是在“入罪”方面产生影响；后者因具有了相当的辨识能力，年龄要素仅能影响其量罚，而不能免罚。从责任要件的角度来说，仅有14周岁这一年龄设置是有意义的。比较法上，德国《违反秩序罚法》第12条仅规定了14岁以下的行为实施者不应受谴责，“青少年只在《青少年法院法》第3条第1句的前提下行事时方应受谴责”。在德国，关于责任能力部分，仅存在罚与不罚的情形，而未将年龄作为量罚要素，其只有在极其特定的情况下才对未成年人予以谴责。诚如有学者所言：“责任能力是责任要件的要素之一，在应受行政处罚行为成立要件中，责任能力是有责性评价的重要内容，责任能力的有无，往往直接决定有责性是否成立，也进而影响到整个应受行政处罚行为的成立。”⁽⁶⁾

（三）作为责任能力的“主观状态”与作为责任要件的“主观过错”

尽管旧《行政处罚法》并不存在主观归责条款，但在学理上，有关行政处罚主观要件的探讨并未停息，《行政处罚法》“未能做到主客观相一致”这一点，始终使其作为一个有争议的话题而存在。尽管学界在讨论行政处罚的主观要素时，普遍将责任能力与责任要件区分开来，即前者涉

(5) 熊樟林：《判断行政处罚责任能力的基本规则》，载《江苏行政学院学报》2016年第6期，第127页。

(6) 熊樟林：《判断行政处罚责任能力的基本规则》，载《江苏行政学院学报》2016年第6期，第129页。

及行为人的年龄及精神状态问题，后者才涉及主观故意问题，但笔者认为，无论是年龄的设置抑或是对精神状态的考量，其实都意味着将上述二者作为行为时的主观状态加以考虑，只是这里的主观状态区别于主观过错，后者特指故意或过失。因此，应当明确，本文所探讨的主观过错，是指作为行政处罚“责任要件”的主观过错，仅指故意或过失，且此种要件仅仅指涉“入罪”要件，而不包括作为“从轻或者减轻”情形的“量罚”要件。

二、主观过错条款的性质之辨：“责任要件”抑或“不罚情形”

新《行政处罚法》颁布后，有学者认为，该条款意味着“行政处罚的主观过错归责原则未来得以在我国行政处罚法上确立”⁽⁷⁾，但亦有学者指出，“主观过错并非行政处罚的构成要件”⁽⁸⁾，由此可见，关于新法第33条第2款的性质亟须厘清。

（一）责任要件

事实上，有关行政处罚的责任要件或主观过错的探讨既不多见，也不清晰。在早年的一本较为权威的行政法教科书中，有关行政处罚的适用要件有四：一是行政处罚的前提条件是行政违法行为的客观存在；二是适格的处罚主体；三是处罚对象要具备相应的责任能力；四是处罚须在法定时效内。⁽⁹⁾亦有学者指出，应受行政处罚的行为的构成要件应作如下概括：“第一，行为必须是违反了行政法上的义务；第二，行为人在主观上具有过错；第三，行为人必须具有责任能力；第四，行为具备特定法律规范的限制性条件。”⁽¹⁰⁾这一看法发生在1996年，但很显然，并未被当时的《行政处罚法》所采纳。查阅当时的立法资料，也未见权威部门对此问题进行说明，而主张过错条款为责任要件的学者也并未对这一观点展开深入的论证，仅将其作为立论基础，充分肯定新《行政处罚法》确立主观归责的重要意义。⁽¹¹⁾

（二）特定情形

新《行政处罚法》颁布后，有学者撰文指出，尽管新增了“主观过错”条款，但主观过错并非行政处罚的构成要件。因为根据新法第2条的规定，“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。依该条规定，只要行政相对人实施了违反行政管理秩序的行为，原则上即应当给予行政处罚，而不应要求环境行政执法主体证明其具有主观过错。即主观上是否有过错，并非行政处罚成立的要件之一，只有在法律规范明确规定的情况下，行政相对人实施的环境违法行为须具有主观过错，才能对其

(7) 杨东升、刘恺：《论行政处罚主观过错归责原则——〈行政处罚法〉（修订二审稿）第31条评析》，载《南昌大学学报》2020年第6期，第80页。

(8) 曹晓凡：《主观过错是环境行政处罚的构成要件吗？》，载《中国环境报》2021年4月12日，第8版。

(9) 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社2000年版，第188页。

(10) 江必新：《论应受行政处罚行为的构成要件》，载《法律适用》1996年第6期，第3页。

(11) 杨东升、刘恺：《论行政处罚主观过错归责原则——〈行政处罚法〉（修订二审稿）第31条评析》，载《南昌大学学报》2020年第6期，第80页。

实施行政处罚。⁽¹²⁾实际上,在旧《行政处罚法》出台前,就存在类似主张。如姜明安教授认为:“行政执法机关对被指控实施了行政违法行为的人科处行政处罚,则通常无需对被指控人的主观过错负举证责任,只要证明相对人实施了违法行为,就可以认定相对人具有主观过错。被指控人如果认为自己没有主观过错,则应承担举证责任。其如能证明自己的行为确实没有主观过错,其行为即不构成‘行政违法行为’,行政机关不能对之科处行政处罚。”⁽¹³⁾

(三) 作为法定不罚情形的主观过错条款

倘若将该规定的增加认定为“主观归责”的依据,将其视为一个责任要件,那么这一证明责任显然应当由行政机关来承担。然而,现有条文却要求相对人提供证据自证不存在主观过错,行政主体没有证明行政相对人主观上是否存在过错的举证责任,这对于行政相对人显然属于一种“证明负担”。作为诉讼法学上的概念,“诉讼负担”是指在诉讼程序中,当所争议的事实处于真伪不明的状态时,因法院不能认定案件事实,则由法律规定应当承担证明责任的当事人必须承担不利诉讼后果的负担。⁽¹⁴⁾在行政处罚案件中,如依据“主观归责”理论,那么行为人的过错显然属于这里的“事实范畴”,而将“事实不清”的澄清义务课予行政相对人,毫无疑问增加了其证明负担,如若不能证明,则会使相对人陷入更为不利的状态。

很显然,按照新《行政处罚法》的规定,如若相对人能够成功举证,其结果是不予处罚,即便相对人无法举证,也不会因此获得更重的处罚。因此,新《行政处罚法》尽管新增了主观过错条款,但并未因此改变其“客观归责”的立场。这一条款只是作为法定不予处罚情形而存在,这一观点通过新《行政处罚法》的起草说明也可以得到佐证⁽¹⁵⁾,此外,该条款存在“但书”规定,即法律、行政法规另有规定的除外,也就意味着,法律和行政法规可以另行规定不要求主观过错。但无论如何,它也反映出客观归责已经在一定程度上有所松动,而这一做法符合现代行政处罚理论的发展趋势。

三、主观过错条款的适用困境

在旧的行政处罚框架下,为了在法原理上弥补客观归责的不足,过失推定尽管并未明确写入旧《行政处罚法》当中,但在一些具体的单行法规范中已经有所体现,新法则直接设定了“主观过错条款”,使其在行政处罚“总则”层面得以确立,但同时又引发了新的疑问,即何谓“足以证

(12) 曹晓凡:《主观过错是环境行政处罚的构成要件吗?》,载《中国环境报》2021年4月12日,第8版。

(13) 姜明安:《行政违法行为与行政处罚》,载《中国法学》1992年第6期,第43页。

(14) 章剑生:《现代行政法基本理论》(第2版上卷),法律出版社2014年版,第630页。

(15) 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》,载全国人民代表大会网站, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/5936c4478a8b4d79a0edcdc589151a9b.shtml>, 2021年4月29日访问。其中指出:“经过多年的执法实践,行政处罚的适用规则不断发展完善,在总结实践经验基础上,作以下补充完善:一是明确行政机关实施行政处罚时,有违法所得的,应当予以没收。二是规范行政处罚自由裁量权行使,完善从轻、减轻的法定情形,增加规定当事人有证据证明没有主观过错的,不予行政处罚,法律、行政法规有特别规定的,依照其规定。”通过这一说明可以将主观过错条款理解为“新增的不予处罚情形”。

明”？第33条第2款作为主观过错推定条文，是否存在适用上的限制？

（一）何谓“足以证明”？

新《行政处罚法》第33条第2款规定，“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚”。然而，何谓“足以证明”？或者说，《行政处罚法》修改草案中的“有证据证明”和最终版本的“有证据足以证明”之间存在怎样的区别和联系？很显然，这一问题涉及证明标准。

考察既有立法发现，“足以证明”这一字眼并不少见，在知识产权保护、交通运输、海关、财政以及诉讼等领域均存在类似规定。例如，2018年最新修订的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第13条第1款规定：“知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。”但搜索相关案例并未见到法院有关于何谓“足以”的判断。

与之相关的，在环境领域和食品药品安全领域，普遍存在关于“充分证据”之规定。例如，2018年最新修订的《中华人民共和国产品质量法》第55条规定，销售者销售法律禁止销售的产品，只有在有充分证据证明其不知道该产品为禁止销售的产品并如实说明其进货来源的，才可以从轻或者减轻处罚。所不同的是，这里的“有充分证据证明”不存在主观过错只能作为量罚要件，而非不予处罚要件。在一些既有规定中，也存在将当事人的主观过错视为法定构成要件的情形。当然，此类情形在“客观归责”原则的支配下属例外情形，仅以法律明文规定为限。例如，2017年颁行的《无照经营查处取缔办法》中规定，为无照经营者提供经营场所、仓储等条件的，应当考虑行为人的主观状态，即要有“知道或者应当知道”的证据。

除了不予处罚情形外，亦有将有“充分证据”证明没有主观过错视为免于处罚的情形。^{〔16〕}2018年最新修订的《中华人民共和国食品安全法》（下称《食品安全法》）第136条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚……”2019年最新修改的《中华人民共和国药品管理法实施条例》第75条规定：“药品经营企业、医疗机构未违反《药品管理法》和本条例的有关规定，并有充分证据证明其不知道所销售或者使用的药品是假药、劣药的，应当……但是，可以免除其他行政处罚。”2021年最新修订的《医疗器械监督管理条例》第87条规定：“医疗器械经营企业、使用单位履行了本条例规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所经营、使用的医疗器械为……可以免除行政处罚。”

无论是以“足以证明”为关键词，抑或是“充分证据”为关键词展开案例搜索，都未能见到法院对二者本身作具体的剖析和说明，概因无论是“足以”或“充分”之要求，均属程度上的不同，涉及“证明成熟性原则”的运用。尽管这是证据法理论中一个极为重要的问题，但在行政处罚领域，显然不能期待其如同刑事案件一般严格的应用标准，否则有违行政处罚的效率性要求。

〔16〕关于不予处罚与免于处罚的区分，可参见尹培培：《不予行政处罚论——基于〈行政处罚法〉27条第2款规定之展开》，载《政治与法律》2015年第11期，第158页。

在具体适用时,或许可以参照这样一个标准,“要做出裁判,法官必须对认定为判决基础的事项取得确信,这是一个原则。而要达到这种确信状态时,就叫做事项已被证明。这种诉讼上的证明所必要的确信的程度不同于丝毫无疑义的自然科学的证明,而是只要通常人们在日常生活上不怀疑且达到作为其行动基础的程度就行”。⁽¹⁷⁾

(二) 推定过错之适用限制:以可预见性为前提

回到《行政处罚法》第33条第2款,根据充分必要条件原理,可以对该条款作如下假设,即该条款所隐含的另一个意思是,如若不能证明主观没有过错,则推定其有过错,亦即“只要行为人有违反法定义务的事实存在,处罚机关就可以推定义务违反者具有过错;只有在义务违反者证明其不具有过错的情况下,才能免除其法律责任”。⁽¹⁸⁾其实质上是将证明责任转移到了相对人一方,使原本处于劣势的行政相对人又增加了证明责任负担,如果他不能卸去证明责任,将承担不利的法律后果,所以,推定过错的适用应当严格加以限制。

尽管主观过错包含故意和过失两种形态,但通说认为,推定过错又称推定过失,且仅限于推定过失。究其原因,概因某些严重的违法行为,如在公共场合殴打他人的行为,仅能在“故意”状态的支配下为之。因此,并不存在证明其主观状态的必要性。之所以需要对主观状态作出推定,是因为当事人可能主张自己的违法行为并非出于故意,此时,为获得处罚的正当性,推定其存在过失。关于过失推定,追溯其起源发现,古罗马法的法谚“对偶然事件谁也不负责任”“偶然事件应落在被击中者的身上”当中,就已经包含了推定过失制度的萌芽。“在刑法领域,古典犯罪论体系认为违法是客观的,责任是主观的,因而只在有责性阶段讨论故意、过失的有无问题。以此为背景,过失被界定为行为人主观上对于法益欠缺关心的心理态度。过失犯的本质是行为人违反注意义务而应受到非难的心理态度,即行为人应当预见犯罪事实,且能够预见,但因为懈怠而未预见并最终导致结果发生,其核心是行为人没有预见到某种应当预见的结果。由此,主观的预见义务(预见可能性)成为过失责任的判断依据。”⁽¹⁹⁾此种“可预见性”或预见可能性也就成了行为人构成过失的前提,从这个意义上来讲,对于不具有可预见性的意外情形,如不可抗力、正当防卫、紧急避险等情形,亦应当被规定于不予处罚事由当中。

(三) 主观归责确立之必要性

长久以来,基于行政管理具有范围广泛性、规则复杂性、违法主体一般性的特点,这些特点导致对行政违法行为以不考虑行为人的主观状态(故意与过失)为基本原则,除非法律另有规定。⁽²⁰⁾然而,诚如王贵松教授所言,“虽然行政效率是公益的一种要求,但也只是行政追求的一种价值,

(17) [日]兼子一、[日]竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第101页。

(18) 江必新:《论应受行政处罚行为的构成要件》,载《法律适用》1996年第6期,第5页。

(19) 周光权:《客观归责与过失犯论》,载《政治与法律》2014年第5期,第17页。

(20) 孙百昌:《再论行政处罚适用“不问主观状态”原则》,载《工商行政管理》2006年第8期,第52页。

追求行政效率还不足以排斥责任主义的贯彻”。⁽²¹⁾且从行政相对人可接受的角度而言，只有具备了对于违法行为的希望或者放任的心态，才能构成其愿意承担行政处罚的预期心理基础，如若不具备此种状态，那么被处罚人在心理上一定是不愿接受的。

与我国截然相反，比较法上，大陆法系国家对于行政处罚的主观要件大都持肯定态度。德国《违反秩序罚法》第10条规定：“只有故意行为方可作为违反秩序行为处罚，但是法律明确规定对过失行为应当处以罚款的除外。即，德国法上，行政罚以处罚故意为原则，对过失行为的处罚以法律明文规定为限。”第11条规定：“实施行为时未意识到一种情形属于法定事实构成，不是故意行为，过失行为的可处罚性不受影响；行为人在实施行为时未认识到法律规定的存在或适用，并在其不能避免此种疏忽时，其行为不应受谴责。”奥地利也明确了行政处罚要存在主观过错。我国台湾地区“行政罚法”采“有责任始有处罚原则”，其第7条第1项规定“违反行政法上义务之行为非出于故意或过失者，不予处罚”，明定了“责任能力”与“责任条件”，即行为人须出于“故意”或“过失”者，始得对其处罚；同时明定了“不予处罚”或“减轻处罚”的事由，主要涉及年龄、身心健康、辨识能力等事由，这一点也属世界范围内的普遍做法。不同的是，该法中额外增加了正当防卫、紧急避险等免责情形。⁽²²⁾奥地利《行政罚法》第5条第1项规定：“以处罚过失行为为原则，处罚故意行为为例外，并以只要具有推定过失即为已足，在责任条件的要求上明显较刑法更为宽松。”其立法理由无外乎，行政违法大多因过失引起。

就我国而言，新《行政处罚法》的出台并未改变这一“不问主观状态的”原则性立场，而是仅仅在法律层面上明确了长久以来一直遵循的过错推定做法，增加了一种可能的不罚情形。尽管这是一种进步，但依然未能从根本上回应或解决其始终面临的主客观不统一之诟病，尤其是在我国处罚种类涉及人身自由罚的情况下，确立符合我国行政管理秩序实际情况的主观归责原则确属十分必要。

四、主观归责确立的可能路径：基于处罚种类的界分

通说认为，行政处罚作为一种拟制的违法行为，不同于刑法的自然犯，通常情况下不具有道德伦理上的可非难性，而是取决于其是否违反了一国法律所规定的行政法律秩序，是典型的法定犯。对自然犯而言，尽管世界各国的刑法上都普遍存在关于最低责任年龄的规定，但即便是一个低于法定责任年龄的少年，也清楚地知晓杀人、抢劫是一种犯罪，或者至少清楚上述行为是不应当为、不能为的行为。而行政处罚则不同，“行政犯乃是纯粹国家行政法律的产物，为了行政目的所给予的制裁，本身并无伦理性及道德性之可非难存在”。⁽²³⁾由此可知，道德及伦理的可非难性

(21) “只有行为人在实施违反行政管理秩序的行为时具有责任能力和责任条件，行政机关才能予以处罚，这就是行政处罚的责任主义。”王贵松：《论行政处罚的责任主义》，载《政治与法律》2020年第6期，第9页。

(22) 德国《违反秩序罚法》第15条、第16条也规定了正当防卫和紧急避险事由免责的情形。

(23) 陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第214页。

成为通说意义上的刑罚与行政处罚之界分标准。

（一）行政处罚不能完全排除伦理可非难性之影响

行政罚系对违反行政法义务行为责任之追究，称之为责任者，乃行为具有可苛责性与可归责性的一种报应，期使行为人能避免再次违反义务。⁽²⁴⁾可苛责性是指是否违反了作为或不作为义务；可归责性也称有责性原则，指行为人如果不具备责任能力（欠缺规范认识能力），且没有故意或过失的责任条件（欠缺可归责的条件），就不应课以责任，此亦称为责任原则。⁽²⁵⁾在责任要件或可责性问题上，即便采用目前得到较为广泛认可的刑罚与行政处罚之间“量的区别说”，也很难排除行政处罚与社会伦理等价值判断无涉的影响。⁽²⁶⁾以德国《违反秩序罚法》为例，其前身为《德国警察刑法典》，第二次世界大战后，鉴于战前刑事罚与行政罚界限模糊问题，德国重新思考警察的司法审判权。《德国基本法》第92条规定，司法审判权为司法机关所享有，禁止警察机关或一般行政机关享有司法审判权，战后德国在刑法典中重新检讨违警罪是否应废除或保留，最后决定将若干仍具有刑事处罚意义部分保留之，其余部分除罪化。1956年，有关经济犯罪的事件除罪化之后，以秩序违反的名义处理之。1968年德国制定了《违反秩序罚法》，除包括前述的经济犯罪事件外，还包括一些交通违规事件，而《违反秩序罚法》是仅除罚款处罚外，不再存有人身自由剥夺的处罚，因此秩序罚是单纯的行政处罚法，不再是刑事处罚。⁽²⁷⁾由此，通过德国立法分立过程似乎并不能看出其究竟以何种标准区分刑罚与行政罚，亦并未明确二者之间究竟是量的差异抑或是质的区别，对于二者的范围划分似乎完全取决于立法者基于法政策考量所作的选择。

（二）主观归责原则之确立应充分考虑不同处罚种类的特殊性

综观我国的行政处罚种类，纵然很难就行政处罚与刑罚之间的关系得出一个定论，但从其中一些涉及“犯罪”的条文来看，至少不能否定其与刑罚之间存在某种程度上的同源性。如新《行政处罚法》第8条第2款规定：“违法行为构成犯罪，应当依法追究刑事责任的，不得以行政处罚代替刑事处罚。”第27条第1款规定：“违法行为涉嫌犯罪的，行政机关应当及时将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚，但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送有关行政机关。”上述规定意味着，一些情节较为严重的行政违法行为可以“升格”为刑事违法行为，即当某种违反秩序行为的社会危害性达到一定程度时，便被纳入刑事违法的范畴。与此同时，行政罚与刑罚之间也始终存在一个可以回溯的通道，即一个原本涉嫌刑事违法的行为，最终也可能回溯到行政处罚的范畴当中。《行政处罚法》中的上述总括性规定也体现在具体的部门法当中，较为典型的如《食品安全法》第149条规定“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

(24) 李惠宗：《行政罚法之理论与案例》，元照出版有限公司2005年版，第57页。

(25) 李惠宗：《行政罚法之理论与案例》，元照出版有限公司2005年版，第57页。

(26) 洪家殷：《行政罚法》（增订2版），五南图书出版有限公司2008年版，第17页。

(27) 蔡震荣：《行政罚与刑事罚界限问题之探讨》，载《法令月刊》2014年第1期，第42页。

当然，并非所有的处罚种类都有机会适用上述规定，即并非任何一种行政违法行为都能够升格为刑事违法。基于此，无论是刑罚处罚抑或是行政处罚，究竟是否具备价值伦理的可非难性，抑或是单纯地出于社会秩序维护所作的拟制规定，可能很难得出一个如容器量水那般清晰的判断标准，毋宁考虑根据处罚种类，确定一套相对具有可操作性的标准。在处罚种类的界分上，通常按照违法行为的社会危害性由轻到重的程度依次划分为：警告罚、财产罚、人身罚。尽管这样一种排序的科学性可能会面临质疑⁽²⁸⁾，但就对当事人权益的影响程度而言，其依然是一种最能够被普遍接受认可的排序方式。比较法上，无论是德国、奥地利，抑或是我国台湾地区，均确立了行政处罚主观归责原则。但需要注意的是，上述各个国家或地区的处罚种类与我国不尽相同。鉴于此，主观归责原则之确立应属必要，但也不可、不宜一概而论，而是应充分考虑不同处罚种类的特殊性。

（三）基于处罚种类界分确立主观归责原则

至此，与之相关的一个问题，或者说是更为重要的一个问题在于，对于违反行政管理秩序的行为，一方面，危害社会秩序要管，但如果动辄入刑，就有违刑法的谦抑性。刑法的谦抑性要求立法者应当力求少用甚至不用刑罚，从而有效地预防和控制犯罪。⁽²⁹⁾另一方面，如果仅仅视为行政处罚，而无须考虑其主观过错，对于一些对相对人权益影响不大的处罚种类来说，尚可以维护秩序为由获得一种正当性，但对于一些对相对人权益影响较大的处罚种类而言，如较大数额的罚款、限制人身自由的处罚等，若一味不考虑主观要素，仅以维护秩序、行政效率为由，恐难以获得法理上的自洽。诚如李洪雷教授所言：“过错推定原则的目的是对行政处罚的道义基础和行政效率进行适当权衡，这一方向本身值得赞许，但在规则设计上需要考虑行政处罚的概念与范围问题。”⁽³⁰⁾

在主观归责的路径建构上，如果固守刑罚与行政处罚是否具备可非难性之界分，可能因为标准的不可操作性而难以避免将该问题置于一个可作任意解释的圈套。既如此，可以尝试着把步子迈得稍微小一些，依托现有的划分标准，根据处罚种类确定主观归责的适用范围。

1. 人身罚

在所有的处罚种类中，人身罚被认为是对相对人影响最大的处罚种类，由行政机关行使这项权力也是颇具争议性的。因此，对于违反行政管理秩序的行为，需要处以人身拘留处罚的，应当明确具备主观过错，确立主观归责原则。无论是德国，抑或是我国台湾地区的行政处罚，尽管种

(28) 比如，对于一个营业额不大的个体工商户而言，对其处以相当数量罚款的严重性可能远超过处以几天的拘留。从这个角度来说，被施以罚款所付出的违法成本远超过对其人身自由进行限制的违法成本。

(29) 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第76页。

(30) 李洪雷教授亦认为对于主观过错的适用应当存在一个范围，但与本文不同的是，他提出应基于行政处罚的目的和功能进行界分，这与本文基于种类的界分标准存在不同之处。参见李洪雷：《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法（修订草案）〉》，载《法商研究》2020年第6期，第8页。

类繁多,但从种类上而言,都仅仅涉及财产罚,如罚款、没收等⁽³¹⁾,而不涉及人身自由罚。因此,可以明确的是,在涉及人身自由问题时,行政处罚当不再属于纯粹秩序罚范畴。当前,我国台湾地区在社会秩序维护方面存在两法并存的现状,分别是“行政罚法”和“社会秩序维护法”。在学术领域有关行政罚的研究中,通常仅涉及“行政罚法”,然而值得注意的是,相比较而言,“行政罚法”并不涉及人身自由罚,人身自由罚实际上被“社会秩序维护法”所调整,这部法律也是由早期的“违警罚”演变而来。但后者仅具有补充性意义,只有在其他法律没有规定时,才有其适用余地。⁽³²⁾具体而言,“社会秩序维护法”第7条“违反本法行为,不问出于故意或过失,均应处罚。但出于过失者,不得罚以拘留,并得减轻之”这一规定明确了,对相对人作出限制人身自由处罚的,只能是出于主观故意,而非过失。这一点或许也可以佐证人身罚的例外性和特殊性。

2. 财产罚

根据新《行政诉讼法》第9条关于行政处罚种类的规定,财产罚包括“罚款、没收违法所得、没收非法财物”。然而,有关罚款、违法所得、非法财物的区间,则依据各个单行法的具体规定来确定。如果一刀切地将财产罚确立主观归责原则,恐怕难以反映其与违法行为社会危害程度的关联性,而应根据所涉具体数额而定。这一点可以参照该法第63条有关行政处罚听证程序适用范围的规定,即涉及“较大数额罚款、没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物”三类处罚应当确立主观归责原则。

3. 资格罚和责令罚

当前有关资格罚的处罚主要涉及暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件。从文字表述可以看出,相较于降低资质等级和吊销许可证件对行政相对人所产生的绝对性、终局性影响,暂扣许可证件显然更像是一种临时性的整改措施。责令罚主要包括责令停产停业、责令关闭、限制从业。对于暂扣许可证件处罚,考虑其对相对人影响相对较轻,可以保持现有规定,采过错推定原则。对于另外两种资格罚与责令罚,则应确立主观归责原则,与新法第63条保持一致。

4. 警告罚

警告罚又称为名誉罚、申戒罚。新法在警告的基础上增加了通报批评。警告作为最为轻微、对相对人影响最小的处罚种类,现实适用中出现警告“升级”“变种”的问题,即名为警告,实则对行政相对人作出较大影响的一系列惩罚措施,如通报批评、黑名单等。这些措施在过去因不属于法定的行政处罚种类,而未能受到行政处罚法定程序的约束。新法修订后,新增了通报批评,并将其和警告相提并论,且无法使用听证程序。然而,通报批评果真如警告那样,对相对人的影

(31) 德国法上仅规定了罚款、没收、充公(仅包括财产),我国台湾地区行政罚种类名目较多,但不外乎可类型化为名誉罚、财产罚、资格罚,而不涉及人身罚。

(32) 尽管实践层面存在一定的适用问题,即警察机关与一般行政机关事务管辖竞合的情形,导致警察经常执行一般行政管辖的调查与任务,但在应然层面,对于人身自由罚的适用依然有着较为严格的条件。蔡震荣:《行政罚与刑事罚界限问题之探讨》,载《法令月刊》2014年第1期,第58页。

响仅仅是名誉上的么？有关这个问题，诸多理论界和实务界专家发表过不同的看法⁽³³⁾，如朱芒教授以企业年度报告公示制度为例分析发现，“在广泛的行政权介入市场进行管理的制度中，违反年度报告义务应该属于对工商秩序最轻微的程序性违法行为，但由此产生的法律效果即名誉减损或社会评价降低方面的程度，则并不与此对应。概括而言，即使是最轻的违反法制性的行为，也会因此必须承担极重且难以限定边界的制裁”。⁽³⁴⁾鉴于此，将通报批评置于与警告同一层级显然是不合理的。除了通过程序保障被通报批评者的合法权益外，明确对通报批评适用主观归责原则，同时将其纳入听证范围可能是较为妥当的做法。

五、结语

当前和今后一个时期，我国发展仍然处于重要战略机遇期，但机遇和挑战都有新的发展变化。在社会上，各种失范行为屡屡出现，此种无序化使得公权力不得不伸出维护秩序之手。行政处罚相对刑罚而言，尽管总体上感觉较为温和，但就新近的一些处罚案例来看，其对相对人的影响似乎也不那么小。⁽³⁵⁾尽管无须完全继受如刑法那般严格的主客观相统一之要求，但完全以“维护秩序”为由继而不考虑行为人的主观过错，似乎亦有违法治精神。新《行政处罚法》虽然并未将“主观过错”纳入法定处罚要件，而是仅仅将其视为一个法定不予处罚的事由，但这依然表明立法机关在一定程度上接纳了行政处罚行为需要具备“主观过错”这一理念。《行政处罚法》的修改并不是一个终点，其所涉及的一系列问题依然需要更多的思考，而行政处罚的主观要件则事关对一个人的过错是否能够做到主客观相统一之评价，就这一点而言，它是行政处罚能够获得相对人“内心认可”的一个前提性条件。因此，依托现有规定，充分考虑所涉行为对相对人权益的影响程度来确立主观归责的适用范围可能是一条相对可行的道路。

(33) 应松年、张晓莹：《〈行政处罚法〉二十四年：回望与前瞻》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期，第8页；黄海华：《行政处罚的重新定义与分类配置》，载《华东政法大学学报》2020年第4期，第39页；刘启川：《通报批评不应一概认定为行政处罚》，载《民主与法制时报》2020年7月12日，第3版。

(34) 朱芒：《作为行政处罚一般种类的“通报批评”》，载《中国法学》2021年第2期，第160页。

(35) 典型的如涉及垄断领域的行政处罚。例如2021年4月10日，市场监管总局依法作出行政处罚决定，责令阿里巴巴集团停止违法行为，并处以其2019年中国境内销售额4557.12亿元4%的罚款，计182.28亿元。

Research on the “Subjective Fault” Clause in the New Administrative Penalty Law

YIN Peipei

Abstract: The newest revision of Administrative Penalty Law maintain the existing function of “administrative order maintenance”. Despite the new terms of “subjective fault”, however, this article does not change the position of “objective imputation” of administrative penalty. Subjective fault is not an element of administrative penalty, but a legal reason for the relative person not to be punished. The above changes can not solve the problem of the inconsistency between subjectivity and objectivity of administrative penalty. We should rely on the existing classification standards and determine the applicable scope of subjective impunity according to the types of penalty.

Keywords: Administrative Penalty; Subjective Fault; Types of Penalty

(责任编辑: 孔祥稳 汪友年)