

行政处罚上的“法盲”及其规范化

熊樟林

【摘要】在我国行政处罚理论与实务中,从刑法学上借鉴而来、用以苛责“法盲”的禁止错误理论,尽管获得了全方位认可,但从历史和现实两个层面来看,其并不一定合理。禁止错误在类型上分为可避免的禁止错误与不可避免的禁止错误,前者奉行不知法不免责,但后者则可以构成免责。从整体上来看,行政处罚的政策性属性,决定了不可避免的禁止错误在行政处罚活动中大量存在,奉行严格意义上的“不知法不免责”原则,与尊重意志自由的责任主义立场有所违背。因此,立法者需要在此次《行政处罚法》修改过程中,增设禁止错误条款,实现法盲问题的规范化,一方面将“不知法不免责”予以法定化,同时另一方面将不可避免的禁止错误的处罚责任予以从轻、减轻或免除。

【关键词】行政处罚;法盲;禁止错误;不知法不免责

【作者简介】熊樟林,东南大学法学院副教授。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2020.1.123~135

【基金项目】本文受国家社科基金青年项目“《行政处罚法》归责性条款修改研究”(项目号19CFX023)、深圳市哲学社会科学规划课题“深圳市行政事前答复的实践经验与制度推广”(项目号SZ2019B023)及江苏高校“青蓝工程”资助。

引言:“法盲”与禁止错误

长期以来,行政处罚中存在大量的“法盲”问题,在理论研究中,其往往被称为“禁止错误”(Verbotensirrtum),主要所要讨论的是究竟要不要对“法盲”课以处罚责任。

在文学作品中,契诃夫笔下存有一篇描写法盲的小文,名为《法盲·文盲·科盲》(或者译为《蓄意犯罪者》),契诃夫认为无知者无罪。^①

从法哲学上来说,“一个社会的法律的全部合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,而不是任何外国的做法或抽象的原则”,^②“只有培养了对法的理解之后,法才有能力获得普遍性”。^③因此,无知者无罪是一个必然的逻辑推论,我国自古便有“不知者不罪”的古谚。从经验主义的角度来说,当行为人不知道其行为为法所禁止时,其便是一个无知者,是一个地地道道的法盲。但是,从

理性主义的角度来看,“对法律并不知晓,不能成为免责理由”(ignorance of the law will not excuse),^④却已经是法学理论上的一个铁律。因此,在处理“法盲”问题上,是存有经验主义与理性主义的根本冲突的。前者认为,对于法盲要奉行无知者无罪,而后者则恰恰相反。在上述文学作品中,契诃夫与法官的认识差异,根源也正在于此。

在行政处罚法上,由于“行政法被认为是理性建构的(而非自发生成的)社会规则”,^⑤它与具有伦理性质的文化规范关联甚少,需要通过一定的认识行为才能被行政相对人获知,加之行政法规亦具有变化无常的特性,因而在应受行政处罚行为的有责性判断阶段,法盲问题往往更为普遍和凸显。在现实生活中,我们时常会发现行政相对人由于不知法规存在而受到处罚的情形。比如,在完全不知情的情况下,在禁烟区的吸烟行为;在未

看到警告牌的情况下,误闯已公告禁止进入的区域;民众不知垃圾应该分类,仍以往日习惯将各种垃圾混装而受处罚的行为,等等。^⑥行政相对人经常会以“并不知道是违法行为”之类的措辞予以抗辩。他们认为,处罚一个无知的人,是对责任主义的违背,但这与任何一国的法律传统却不相吻合。

对此,法律上究竟应该做如何安排,往往会涉及一个被称为“禁止错误”(Verbotensirrtum)或“违法性认识错误”的法学理论。在本文中,我们将其称为“行政处罚法上的禁止错误”,其主要任务是要处理在相对人不知道禁止性规范时(法盲),会对应受行政处罚行为的成立要件产生何种影响?

一、禁止错误的概念与类型划分

(一)禁止错误与构成要件错误

所谓行政处罚法上的禁止错误(Verbotensirrtum),系指行为人对于行为的违法性发生错误,或行为人误认了行政处罚法禁止规范内容,致其心理上欠缺不法行为的认知,即欠缺不法意识。换句话说,尽管行为人在客观事实方面对其行为已经有所认识,但是,却未能清楚地认识到其所实施的行为是法所禁止的。^⑦譬如,某甲在不知情的情况下,在禁烟区实施了吸烟行为,但他对“禁烟区”这一禁止性规定毫不知情,这便是禁止错误的一种类型。

与禁止错误相对应的是构成要件错误(Tatbestandsirrtum),所谓构成要件错误,系指行为人对于违法事实产生了错误。譬如,甲由于患有色盲,误将红灯看成了绿灯,从而实施了闯红灯的行为。

禁止错误与构成要件错误的区别在于,禁止错误所要认识的对象是行政处罚法上的禁止性规范,譬如前述“此地禁止吸烟”的规定。但是,构成要件错误所要认识的对象却并非如此,而是一个行为事实。譬如,道路交叉口所设置的红绿灯标志。基于这项区别,它们因而分别又可被简称为“法律错误”(Rechtsirrtum)和“事实错误”(Tatsachenirrtum)。

实践中,区分禁止错误和构成要件错误的意

义在于,对于基于禁止错误与构成要件错误所实施的违法行为,在立法上会得到两种完全不同的评价。早在公元553年,在优士丁尼发布的《学说汇编》中,便已有“不知事实无害,不知法律有害”(Factivero ignorantiam non nocere, jurisquidam ignorantiam cuique nocere)规则。^⑧而且,坊间也一直有与这一规则意义近似的“不知事实免责,不知法不免责”(Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat)格言。^⑨一般认为,对不同性质的认识错误需要适用不同的处理原则:对事实没有认识或者产生错误认识(构成要件错误),是可以阻却行政处罚责任的成立的。但是,没有认识到行为的违法性或者对行为的违法性产生错误认识(禁止错误),却并不影响受行政处罚行为的成立,行政机关仍然应当苛以处罚责任。

从根本上来说,这是因为,在实务中,处理构成要件错误往往是通过责任条件的评价获得实现的。^⑩因此,一旦发生构成要件错误,责任条件中的“故意”或“过失”便难以成立。在我们熟知的德日刑法学理论中,这是最为基础的知识 and 逻辑。而且,从晚近我们对受行政处罚行为成立要件的分析来看,^⑪诸如此类的法律评价,在行政处罚归责过程中同样成立。责任主义作为尊重意志自由的民主立场,在受行政处罚行为中同样不可或缺。行政相对人只有主观上存有过错才能归责,既是新近公法理论的一致主张,同时也是比较法上的常见规范。因而,在完整的受行政处罚行为成立要件中,如果相对人发生了构成要件错误,是可以获得阻却责任条件成立的法律效果的,而这最终将会导致整个受行政处罚行为不成立,违法行为自当可以得到豁免。

但是,对法律认识的错误(禁止错误),却并不可被归入到“故意”与“过失”中去,因为它不是主观过错判断所能包含的内容,而是独立于“故意”和“过失”之外的第三种类型,不可借助主观过错获得豁免。诚然,在刑法学理论发展过程中,禁止

错误并非一开始就是一个独立的责任条件类型,它最先确实是被包裹在“故意理论”(Vorsatztheorie)之中的。早期的故意理论认为,故意包括认知(Wissen)、意欲(Wollen)及不法意识三者(见图1)。^⑫因此,“故意”必须也要包括对禁止性规范的获知,具有“不法意识”。否则,“若行为人缺乏不法意识,则无法构成故意犯罪,仅承担行为的过失责任”,^⑬只能另行采用“过失”予以苛责。在这样的评价体系中,禁止错误不具有独立的评价功能,只能被打包到责任条件中的“故意”中去,才有可能获得责任豁免。

但是,由于这种将禁止错误置于“故意”之中予以理解的理论,容易导致对法律越是不关心的人,反而越有机会可以阻却“故意”,从而逃脱责任。而且,在刑法学上,“过失犯必须具有法律规定”。^⑭因此,在刑法没有规定过失责任的情形中,对于存在禁止错误的犯罪行为,就必须宣布无罪。很显然,这是立法者不愿看到的情形,因为它会在一定程度上影响法的安定性。这也是早期理论“最受学者诟病之处”。^⑮

因而,它后来并不被认同,替而代之是一种罪责理论(Schuldtheorie)。罪责理论将违法性认识从

故意中脱离出来,从而成为责任条件中与故意、过失并列的一种独立要素。因此,行为人主观上若欠缺不法意识,仍然不影响成立“故意”,但会对罪责造成影响(见图2)。在这样的评价体系中,违法性认识发生错误,依然可以成立故意,只是其罪责有可能部分减轻或全部排除,甚至自始被阻却,从而可以减免或阻却罪责。^⑯

本文所理解的禁止错误正是从这一立场出发的。我们认为,对于禁止错误,并不能从主观过错的判断途径中加以处理,不能说欠缺违法性认识,就是主观上欠缺故意。相反,它必须单独列出,以单独的法律条文予以明确,“属禁止错误的情形,并不妨碍成立故意的违法行为”,^⑰“行为人不能主张其不知法规而否认其有故意或过失”。^⑱换句话说,“禁止错误”具有独立的评价功能,其非但可以影响应受行政处罚行为的成立,同时也可以影响量罚活动。

(二)可避免的禁止错误与不可避免的禁止错误

根据不同的标准,禁止错误本身有多种多样的类型划分。譬如,学理上便有“直接禁止错误”(Direkter Verbotsirrtum)与“间接禁止错误”(Indirek-

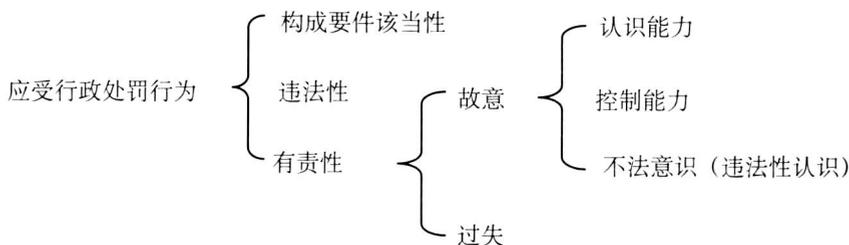


图1

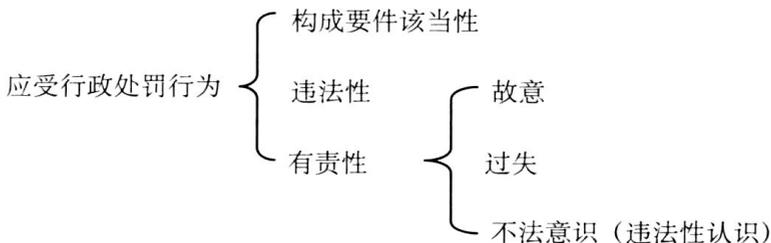


图2

ter Verbotsirrtum)两种类型。前者“直接禁止错误”,系指行为人没有认识到与其行为有直接关系的禁止规范,导致误认为其行为为法所允许。实践中,它主要包括:(1)行为人完全不知道存在禁止规范,如行为人不知道是禁烟区;(2)误认为该规范为无效规范。如行为人认为随地吐痰被罚款只是过去的规定,但却不知道有些地方随地吐痰仍然是应受行政处罚行为;^⑧(3)误认为该规范不适用于其行为。如行为人误认为A市的交通规定不适用范围外地车辆。后者“间接禁止错误”,系是指行为人误以为有阻却违法事由存在,导致认为其行为为法所允许。譬如,下级公务员明知上级公务员之命令违法,但却误以为只要依命令行事,即可阻却违法。但实际上,我国《公务员法》第54条却规定:“公务员执行公务时,认为上级的决定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见;上级不改变该决定或者命令,或者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行的后果由上级负责,公务员不承担责任;但是,公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。”在禁止错误的判断上,直接与间接禁止错误的划分,并不具有太大的实践价值,因为禁止错误的核心命题在于到底要不要对行为人进行处罚,而直接和间接的类型划分,却并不能提供这种判断准则,它只是具有一定的类型化意义。实际上,真正具有实践价值的是另一种类型划分:可避免的(vermeidbare)禁止错误与不可避免的(unvermeidbare)禁止错误,其可决定是否要对禁止错误予以非难。

所谓不可避免的禁止错误,就是指行为人对其行为在主观上自信为法律所允许,而且,客观上,其自信有正当理由,由于此时不存在实现不法构成要件的可非难性,故可免除其行政处罚责任的成立。但是,倘若只是可避免之禁止错误,既然行为人原可避免此种禁止错误的发生,则行为人自应受到行政处罚责任的非难。只是针对其情

形,考虑是否减轻其责任而已。^⑨简而言之,在“有正当理由而无法避免”的情况下,“行为人之‘不知法规’(=‘欠缺违法性意识’)已欠缺主观的可归责性,自应免除其责任;在未达此程度之‘禁止错误’的特殊情形,宜仅发生减轻处罚的问题”。^⑩可见,区别可避免的禁止错误与不可避免的禁止错误,将直接决定行政处罚责任的有无。

二、“法盲”的可罚性与不可罚性

如上所述,“法盲”(禁止错误)仅仅只是法律认识错误,它不能像构成要件错误一样,在“故意”中予以评价,理应具有自己独立的评价标准。那么,这种评价标准到底是什么呢?在现代社会,我们是不是依然还要像罗马法一样,奉行“不知事实免责,不知法不免责”的苛刻立场?

(一)虚假的禁止错误的可罚性

需要区别的是,我们通常所说的违法性认识的认识对象并不是法律条文本身,更加不是法律条文中具体列明的各种罚则。实践中,在行为人闯红灯之后,当其向行政机关辩解说:“我根本就不知道《道路交通安全法》第26条规定了:‘交通信号灯由红灯、绿灯、黄灯组成。红灯表示禁止通行,绿灯表示准许通行,黄灯表示警示’这个条款,更加不知道违反了哪个条款要被扣分、罚款”,这种辩解并不成立禁止错误,也不是本文所要说的法盲。

诚然,法盲关系到对行为违法性的认识,但违法性应该基于一种实质立场加以理解,而不是形式违法性。违法性的本质在于对法益的侵害,而不仅仅是对实体法的违背。某人闯红灯行为的违法性体现在其对道路交通安全秩序这个超个人法益的侵害,而不仅仅是对《道路交通安全法》第26条的违反。“形式违法性是法益侵犯性的法律表现,既然要求行为人认识到行为的实质违法性,就没有必要还要求行为人认识到形式违法性。”^⑪因此,真正的禁止错误是指行为人没有认识到或者错误地认识了某项行为将会对法益造成侵害,而

不是具体的法律条文,诸如上述之类的辩解,只是一种虚假的禁止错误。

只有在这种观念之下,我们才能够解释为什么实践中所说的大部分的“法盲”,都是具有可罚性的。这是因为,立法者所要求的违法性认识,并不需要细致到形式违法性所理解的具体文本上,而只需获知是否具有实质违法性所理解的法益侵害性即可。一般而言,对于自己的行为究竟是否有利于他人或社会(实质违法性),我们只需凭借自己的经验常识即可判断。同时,立法者也不可能禁止对社会有利的行为。因此,实践中的大部分违法性认识实际上都是正确的,法盲只是个案,真正意义上的法盲只是其中较少的部分。

因此,很明显,当我们在闯红灯时,我们不可能说,自己不知道这一行为可能会造成实际的损害结果或可能的危害结果,^③具有一定的法益侵害性,这与日常的生活经验也并不相符。因此,上述辩解并不构成法盲,当然也不能阻却应受行政处罚行为的成立。

(二)“法盲”的不可罚性:“不知法不免责”原则的例外

真正的“法盲”是指行为人没有认识到或者错误地认识了某项行为将会对法益造成侵害。严格意义上的“不知法不免责”,正是从这一立场上而言的。但是,从逻辑上说,如果行为人真的不知道其行为具有法益侵害性,那么,便是存有“法盲”不可罚的可能性的,因为很明显,处罚这类行为,与规范责任论所承认的意志自由明显不符,也难以说是在奉行责任主义立场。

尽管“不知法不免责”是任何国家都不得不承认的传统,也是罗马法上的至理名言。但是,就是这个被认为是理所当然的信条,在现代社会却发生了一些动摇。譬如,在众多国家的刑法文本中,便出现了“不知法不免责”原则的例外。德国、法国、奥地利、西班牙、葡萄牙、韩国等大陆法系国家均通过修法,明文规定不知法或者法律错误不可

避免时,行为人不承担责任。^④典型如《德国刑法典》第17条规定,“行为人行为时没有认识其违法性,如该错误认识不可避免,则对其行为不负责任。如该错误认识可以避免,则依第49条第1款减轻处罚”。

同时,普通法国家也通过立法和案例表明法律错误可以成立抗辩事由。^⑤如《美国模范刑法典》第2.04(3)规定:“当存在下列情形时,对行为在法律上并不成立犯罪的确信,构成针对基于该行为的犯罪之指控的抗辩事由:(a)界定犯罪的制定法或其他法令并不为行为人所知,并且在实施被指控的行为之前尚未公布或者不能被合理地知悉;(b)行为人基于对相关法律的官方声明的合理信赖而实施行为,而该官方声明事后被认定为无效或者错误。所谓的官方声明包括(i)制定法或其他法令;(ii)司法性的判决、意见或裁判;(iii)行政命令或许可;或者(iv)对规定犯罪的法律负有解释、管理或实施职责的公职官员或公职机构所做出的官方解释”。同时,美国联邦最高法院在1957年的“Lampert V. California”案中也直接指出,不知法不免责准则的适用受到正当程序的限制,在缺乏行为为法律所禁止的公平告知的场合不适用该准则。

可见,现代社会已经并不将“不知法不免责”奉为圭臬,这一原则也允许例外。归纳起来,这可能是基于如下考虑。

1.“不知法不免责”并不是罗马法的传统,它只是国家权力兴起之后的产物。罗马法时代,人们之所以区分法律错误与事实错误,是因为“法律具有确定且能够被认定,而事实的确立甚至对于最慎重者也是困难的。”^⑥罗马人从来没有根据法律错误与事实错误之间所划定的严格的分界线来进行思考。对罗马人而言,事实错误与法律错误之间的差别只是程度上的,而不是种类上的。在罗马法时代,法律错误与事实错误的区分尚不具有今天所指称的意义,彼时两种错误之间并无性

质上的差别。“不知法不免责”的现代意义与罗马法无关,而是绝对国家权力兴起后的产物,是国家权威扩张之故而引起的。^②为了通过法律来控制社会,国家主义推定每个公民都必须知道法律。但是,现代社会是主张个人权利的时代,公民没有必须主动了解法律的天然义务,因而以国家主义为基础的“不知法不免责”立场,便应有所折中。

2.“不知法不免责”在传统社会中之所以被奉为铁律,是因为传统违法行为在造成法益侵害的同时,通常也具有较强的反伦理色彩,而因为是否与伦理规范相吻合,公民只需在日常生活中便可以加以判断,并不需要借助禁止性规范的教化,禁止性规范也只是提供了一种司法适用的准则而已。因此,“不知法不免责”不会与经验主义产生较为明显的冲突。但是,19世纪中后期以后,法律调整范围开始发生扩张,行政国家的出现使得大部分具有规制性、管理性的法律所要规范的违法行为,在伦理上基本上都是中立的,“人们不可能熟悉这个经常发生无法预见变化且很少以社会伦理为基础的领域”,^③特别是信息与高科技领域。譬如,“天才少年具有发明天分,自己制造了无线电的通信设备,与朋友通信,其不知无线电的使用,须经申请许可。”^④但是,“不知法不免责”的成立,是需要以人们对法律具有现实的认识可能性为基础的。因此,在没有这一基础的情况下,一味予以苛责,要求公民付出更大的努力去了解法律,直至找出表明行为不合法的根据为止。这非但会使社会生活陷入瘫痪,也与法所期望的效果不相符合。因此,绝对地认为禁止错误具有可罚性的立场,难以成立,应当允许这一原则有所例外。

(三)“法盲”可罚与不可罚的标准

“法盲”既然并不都是可罚的,允许有所例外,那么,在理论研究上便需出具其可罚与不可罚的具体标准。本文认为,这应当从前述“可避免的禁止错误”与“不可避免的禁止错误”的类型划分上加以确定。“若属不可避免之禁止错误,由于欠缺

作为可非难要素之一的不法意识,构成排除可非难之事由,行为人将因此不成立应受处罚之行为。然若系可避免之禁止错误,将仅能构成减轻可非难性之事由,并视个案情形得酌减其处罚。因此,行为人之禁止错误是否可避免,关涉到是否构成应受处罚之行为,影响十分重大。”^⑤从比较法上的经验来看,这种立场也为司法实务者所认同。譬如,德国法院便曾明确说道:“准此,错误系不可避免的,即当行为人依照事件之状况,本于其人格及生活与职业范围内可推测之良知之努力,而仍无法获得其行为是不法之认知时,……此要件,即其投入所有精神上之注意力,且已排除由于思考及获得必要咨询而显示出之怀疑……倘若行为人基于其良知之努力,得以知悉其行为是不法时,则其禁止错误为有责的。”^⑥

当然,按照规范责任论的立场,区分可避免与不可避免的标准,并不是由行政相对人自己确定的,而是根据一定的参照因素综合得出的,“实务上应由行政机关本于职权,以具体个案审酌衡量,加以裁判。”^⑦从现有的研究成果来看,一般认为是是否为可避免的禁止错误的判断,应以行为人个人的状况为依据,结合其社会地位、个人能力、学历背景等等标准,判断行为人是否可以意识到违法性。譬如,某甲是个驾龄10年以上的老司机,如果其闯红灯之后辩称说自己并不知道,便是无法让人理解的。

另外,由比较法观之,行为人须出于善意,尽力了解其行为是否为不法,若发生怀疑时,将负有查询义务,亦即其必须去询问适当人员或机构,以厘清其不法疑义,不得自行判断。^⑧履行查询义务的方式还必须适当,必须向“有权限的、专业的、无偏见之人,其给予答复并不追求任何本身之利益,且保证所提供之答复是客观的、详细的、合义务的及负责的。”^⑨因此,“法盲”是否可以被归为不可避免的禁止错误,从而阻却责任条件的成立,往往也可以从相对人是否适当履行了查询义务上加以确证。

三、“法盲”在我国《行政处罚法》上的规范化

2018年9月10日,全国人民代表大会常务委员会公布了《十三届全国人大常委会立法规划》。其中,修改《行政处罚法》被列为第一类项目,即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。这意味着,与以往不同,1996年制定的那部“粗糙”和“简陋”的《行政处罚法》,在实施了长达22年之后,将面临首次大修,^⑤意义重大。那么,值得关注的是,我国《行政处罚法》在法盲问题上奉行何种立场呢?在此次修法中,究竟要不要对法盲加以规范呢?

(一)我国《行政处罚法》处理“法盲”的立场

十分不幸的是,与《刑法》一样,我国具有总则性质的《行政处罚法》并未明文规定“不知法不免责”,法盲问题在《行政处罚法》上是一个十分明显的法律漏洞。并且,在部门行政处罚法上,我们同样找不到此类规范。因此,在行政处罚活动中,当行政相对人做禁止错误方面的辩解,并且经行政机关事后查明这类辩解真实存在时,行政机关究竟该怎样说明理由,以及究竟还要不要继续作出处罚,《行政处罚法》并没有给出明确答案,行政机关对此往往也束手无策。

不过,十分有趣的是,经过查阅我们发现,我国1957年《治安管理处罚条例》第20条曾经做过如下规定:“违反治安管理行为有下列情形之一的,从轻或者免除处罚:一、确实不懂治安管理规则的;……”从文义上来看,这已经是朴素的禁止错误规范,早期立法者实际上已经注意到了这一问题。但是,该法在1986年修订时,将这一规定予以删除,并且在后期的几次修订中,都没有再重新规定。

从对执法和司法实践观察来看,“法盲”往往也并不会被纳入应受行政处罚行为成立要件中予以考量,实践中尽管存有与“不知法不免责”结果相同的行为决定,但并没有体现“不知法不免责”的说理和逻辑。譬如,在河北省雄县公安局做出

的《行政处罚决定书》中,被处罚人王某曾做出“其在不知道违法的前提下在雄县北沙中学门口燃放烟花爆竹”的抗辩,但是公安局在最后的处罚决定中并未予以回应,而是直接予以了处罚。^⑥类似地,在“吴剑民与南京市客运交通管理处其他(交通)行政处罚”一案中,原告提出“自己是老百姓,不知道违法”的抗辩。但是,法院对此并未做任何回应,而是直接支持了原有的处罚决定。^⑦

可见,“法盲”问题在我国行政处罚实践中并没有被作为一项制度性议题予以关注,恰恰相反,不知法不免责是作为一个约定成俗的法则,被行政机关想当然地施加给了行政相对人的。实践中,行政机关非但不会以法律认识错误减免处罚责任,同时也不需要做任何说理性回应,“法盲”几乎算不上是一个法律问题。

(二)《行政处罚法》规范“法盲”的理由

然而,与我国形成鲜明对比的是,法治发达国家和地区在行政处罚法中明确规定法盲问题,几乎是不言而喻的。譬如,奥地利《行政罚法》第5条第2款规定:“……(2)违反行政义务之行为人,不得以不谙行政法视为免罚之理由,但如能证明其无行为责任时及行为人在不谙行政法规之情形下,不可能辨识为禁止行为时,不在为限”;^⑧德国《违反秩序罚法》第11条规定:“疏忽(Irrtum):(1)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;(2)行为人在实施行为时未意识到其之所为系不允许之行为,尤其是因为其未意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”;^⑨我国台湾地区“行政罚法”第8条也规定:“不得因不知法规而免除行政处罚责任。但按其情节,得减轻或免除其处罚”。

可见,在行政处罚法中规定有关“法盲”的罚则,并不是十分先进的立法技术,它在比较法上早已司空见惯,只有我国《行政处罚法》才是一个例外。那么,我国《行政处罚法》究竟要不要规范“法

盲”问题呢？本文认为答案应该是肯定的，理由有三。

其一，行政违法的政策属性。诚然，我国《刑法》中确实也没有“法盲”的相关规定，但是刑法中没有规定，并不能推导出《行政处罚法》中也不需要加以规定。在刑法学上，有所谓“自然犯”和“行政犯”的划分，这有助于我们理解这一问题。刑法学理论认为，自然犯是自体恶，违反的是自然义务，而法定犯罪是禁止恶，违反的是法定义务。与刑法主要禁止“自体恶”(mala in se)不同，^⑩行政处罚主要禁止的是“禁止恶”(mala prohibita)。

所谓自体恶，指的是对人类良心的违背，而良心是人人所有的，因此行为人对于是否可以作出“自体恶”的行为，是自然知晓的，它只需按照良心行事便可，自然义务所禁止的也都只是良心需要谴责的事项。因此，《刑法》中即使不规定“法盲”，自然人其实从良心上也能够感知到，发生法律认识错误仍然具有可以避免的可能性。正如布莱克斯通(W. Blackstone)所说：“人类法律的约束力是建立在人类良知基础上的……早在人类法律存在之前，我们就受神启法和自然法的约束，要履行我们的自然义务并避免‘本质上不合法’的行为的发生。但对那些只规定了法定义务，并不禁止实施mala in se(本质上不合法)的行为，而仅仅禁止实施mala prohibita(法律所禁止)的行为，并为每项违法行为确定相应的刑罚的法律而言，在此情况下，我认为，良知除了在我们违反人类法律时命令我们服从处罚措施外，就无需更多地被念及。”^⑪

但是，禁止恶则有所不同，禁止恶具有较强的政策性。所谓禁止恶，只是对行政法上禁止性规范的违背。在这类规范背后，并不存在内化于行为人的生活之中的价值或伦理内容，而只是行政机关维持公共秩序的技术性政策，它不可能全部被相对人所获知，相对人不通过一定的手段，也难以明确该类法律规范所要禁止的是何种义务。因而，对禁止恶的非难，必须要以相对人知晓禁止性

规范为前提。举例而言，杀人是自体恶，即使实体法没有规定不能杀人，大多数人也都知道不能杀人。但是，禁止恶则不一样，如随地吐痰是禁止恶，^⑫但是，在实体法没有规定之前，禁止随地吐痰，并不为每一个人所知悉。

而且，除此之外，“禁止恶”所触犯的公共政策，还具有较强的变动性，它们往往“不能变成一种固定的状况，必须经常是一个憧憬的目标，因而行政不能是一种有关固定状况的确实结果，它毋宁是一个经常性的工作。国家为使公共福利达到理想状况而行政……其促进手段为经常性的行政行为。”^⑬也就是说，公共政策不具有法所固有的安定性，法可以被掌握，但变动不居的公共政策，却不可能为民众所掌握。在我国，按照《行政处罚法》第2章第9条至第13条的分配，能够设定行政处罚的禁止性规范，多到包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、部门规章和地方政府规章7种类型，内容十分丰富，数量十分庞大，这都在一定程度上会损害人们对法律明确性的知晓和掌控，发生“法盲”问题几乎是不可避免的，而这与刑法上的罪刑法定原则，具有本质上的差异。因此，不能以刑法现状否定行政处罚法，二者不可同日而语。

其二，说明理由制度的要求。《行政处罚法》第41条规定：“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外”。同时，第39条第1款第3项规定：“行政机关依照本法第三十八条的规定给予行政处罚，应当制作行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明下列事项：……(三)行政处罚的种类和依据”。因此，从行政程序的角度而言，在行政处罚活动中听取行政相对人的陈述和申辩，并作出相应的说明理由，是行政处罚程序正当的应有之

义。实践中,当相对人收到处罚告知书,抗辩说没有认识到行为违法性时,按照第41条的规定,行政机关自当应该对这一抗辩事由作出说明和回应。并且,根据第39条第1款3项,说明理由的内容必须包括作出处罚决定的依据,这是用于支撑行政处罚合法性的必备材料,在理论研究中被称为“合法性理由”。一般来说,行政行为必须附有合法性理由,“一个不附合法性理由的行政行为,其内容可能是合法的,但形式确实专横的,不可接受的。”^④

但是,根据《行政处罚法》第3条第2款规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”,第4条第3款规定:“对违法行为给予行政处罚的规定必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据”。因此,说明理由中的法律依据必须事先公布的法律规范,而不能是被默认的“不知法不免责”的法律格言。

可见,即使是从继续施加处罚而不免责的目的出发,基于处罚法定原则的基本立场,行政机关也还是要告知相对人“不知法不免责”是法律上的已有规定,规范层面已经强加了公民知法推定的义务。只有这样,行政机关才真正完成了“向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据”的程序。因此,从实践操作上来看,我们至少需要在《行政处罚法》上添加最为朴素的“不知法不免责”条款。

其三,减免处罚责任的需要。退一步说,即使“不知法不免责”并不需要在每一个部门法中加以罗列,它作为一个法律格言,早已深入人心,《行政处罚法》对此按下不表,也只是对这一法感情的默认,《行政处罚法》同样奉行的是“不知法不免责”。但是,正如上文所述,“不知法不免责”作为一个历史传统,仅仅只是在“历史上”被奉为圭臬,也只有在“传统社会”才行之有效。现代社会的违法性判断,与传统社会相比,并不具有相同的伦理基础。在传统社会,人们借助固有的伦理感情便

可作出正确的违法性认识,但在道德中性的行政管制性立法规范中,并不具有这一基础,现代社会的行政立法充斥着纯粹的技术判断,它或者是需要一定的知识基础才能为相对人所获知,或者是需要采用“付费”的方式才能获知。

从部门行政法的发展来看,制度上已经形成的“行政事前答复”制度,^⑤可以很好地说明这一问题。为了更好地理解禁止性规范的真实含义,避免发生禁止错误,近年来,无论是在国外,还是在国内,^⑥无论是在理论界,还是在实务界,在建筑法、^⑦税法、^⑧环境法、^⑨公务员法、^⑩海关法^⑪等部门行政法上,都出现了用以辅助行政相对人理解禁止性规范的、由行政机关做出的行政事前答复行为。并且,这一行为在德国《行政程序法》上,已经获得了总论化的布置,在制度安排上已经“有了通盘性的法律规定,在实定法上的地位也从既往的各论特别法规定,转变成为总则性的法律规定。”^⑫很显然,这直接印证了人们容易在法律认识上陷入无助的局面。

因此,无论我们是否愿意承认,在对待行政处罚性法律规范上,“不知法”是一个真实现象,是客观存在的。而很显然,按照道义责任论的理解,我们并没有权力去非难这样一个“无知”行为,因为在这类行为中,行为人没有任何意志活动,它并不具有有责性。对此类行为予以苛责,是一种国家权威主义的理念,是法律国家主义的意志体现,“隐含着否认人的认识的‘可错性’。”^⑬正因如此,即使我国《行政处罚法》默认了“不知法不免责”,这一默认也是以偏概全的。在类型上,禁止错误可以分为“可避免的禁止错误”和“不可避免的禁止错误”,对于不可避免的禁止错误,并不完全奉行的是“不知法不免责”原则,其实际上也存有例外。实践中,这种例外提供了一种“免罚”和“减罚”的路径,而默认肯定是无法指出这种例外情形的,我们只有在立法文本中予以明确规定,方能指出原则与例外之间的差异化结果。

(三)《行政处罚法》规范“法盲”的具体规则

因此,《行政处罚法》在规范“法盲”问题上,至少应当明确两点:其一,应对传统的“不知法不免责”予以明文规定。“不知法不免责”只是一个学术格言,它与整个社会的法感情没有任何关联,公民没有遵守一个学术格言的义务,也没有将其作为行为准则的可能性。若《行政处罚法》不加以列明,行政机关便不能证明行政处罚行为的合法性。其二,应该设定区分可罚的“法盲”与不可罚的“法盲”的基本标准。参照上面论述,这一标准应该以“禁止错误是否可以避免”为中心内容,按照行政相对人是否尽到了相应的查询义务,确定禁止性规范是否可以为自己所获知,从而确定免除、减轻或从轻处罚的基本情形。

为此,结合德国、奥地利、我国台湾地区立法经验,立法者可考虑在《行政处罚法》中增设如下文本:“除有正当理由而无法避免的情况之外,行为人不得因不知法律规定而免除行政处罚责任,但行政机关应当按照行为人可以避免的具体情形,减轻或从轻处罚”。对此,需做如下解释:

1. 不可避免的“法盲”应当免除处罚。原则上,《行政处罚法》对于“法盲”奉行“不知法不免责”。以不免责为原则,以免责为例外。实践中,打破这一原则的基本条件是存在“正当理由而无法避免”。如前所述,从类型上来说,禁止错误可以被区分为可避免的禁止错误和不可避免的禁止错误。在《行政处罚法》上,不可避免的禁止错误的立法表述就是“正当理由而无法避免”。对于这一类错误,由于行为人主观上难以获知,欠缺应受行政处罚行为成立要件中的“有责性”要素,^⑤不具有可非难性,因而不成立应受行政处罚行为,应当免除处罚责任。上开条文的前半句“除有正当理由而无法避免的情况之外,行为人不得因不知法律规定而免除行政处罚责任”,整体上即是这一含义。

2. 可避免的“法盲”可以减轻或从轻处罚。对于可避免的“法盲”,一般来说是满足有责性要素

的,具有可非难性,成立应受行政处罚行为。因此,必须对此类行为予以苛责是一项基本原则。但是,这也并不意味着行政机关一定要施加满额的处罚责任。在具体的“量罚”过程中,仍然应当结合行政处罚的政策性属性,做更为责任主义的考量。这是因为,每一项禁止性规范的性质和内容都不尽相同,而且每一个行政相对人的认识水平和社会地位也千差万别,律师、法务的法律认识能力,很显然是在家庭主妇和公司职员之上的。因此,当我们已经采用了一个以牺牲多元化利益和个体化利益为代价的综合化标准划分可避免的“法盲”和不可避免的“法盲”以后,我们就必须在对可避免的“法盲”的苛责过程中,补偿那些被牺牲的多元化利益和个体化利益,从而做个案性(case by case)的考量。实践中,应当结合行为人的个人状况、教育程度以及生活状态等具体情形,予以从轻或减轻处罚。上开条文的后半句“但行政机关应当按照行为人可以避免的具体情形,减轻或从轻处罚”,即是这一含义。

3. 证明责任的分配。需要注意的是,在《行政处罚法》上增设“法盲”规范,有可能会招致损害行政效率的诘难,尤其是由谁来证明“法盲”究竟是否可以避免。现阶段,解决这一问题的最好方法是将“法盲”的证明责任交由行政相对人承担,行政机关只需做一些补充性证明。一般情况下,行政相对人可以从以下方面加以证明:(1)认识能力:相对人可从其社会地位、教育程度、职业性质等方面,证明自己理解一项禁止性规范的资格与能力。在证明标准上,宜采用社会大众普遍认可的评价标准,而不能苛以过高的注意义务。譬如,一般而言,税务师会比一般公民更加知悉税法上的禁止性规范;城镇人口会比农村人口更加了解城市交通规则等等;(2)查询义务:行为人可从事前已经就其行为是否违法用尽各类咨询和查询手段入手,证明自己已经最大限度地尽到了注意义务。典型者,如已经咨询过专业律师,并存有书面律师

意见；又如，已经采用海关行政裁定、税收事先裁定等方式，书面征求过行政机关的事前答复等等。

当然，对于行政机关来说，除了可以就上述事项提供相反的证据以外，其还可以从禁止性规范是否已经在官方网站、报纸杂志、自媒体、公开场所等等媒介上予以公示方面加以证明，从而说明其事先已经让行政相对人知悉特定的禁止性规范。另外，行政机关还可以从是否在相对人所在生活和工作区开展过法治宣传方面予以证明。从比较上法上来看，这些都是比较可行的方案。典型如我国台湾地区高雄高等行政法院2007年作出的“简字第00175号”判决。该判决指出：“现行贩卖酒类业者于电视(夜间特定时段)及报章杂志所登刊之广告，均有‘饮酒过量，有害健康’或其他警语，此为一般人所得知，原告主张其主观上认为其系收到eBay网站之误导而误以为系酒品并不受此项法律限制，难予苛责，主张应免除其处罚，难谓有据”。

注释：

①参见[俄]契诃夫：《契诃夫短篇小说精选》，曾冲明译，长征出版社2005年版，第50-54页。

②苏力：《道理通向城市：转型中国的法治》，法律出版社2004年版，第298页。

③[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第220页。

④See e.g., *United States v. Balint*, 258 U. S. 57(1922); *Shevlin-Carpen-ter Co. v. Minnesota*, 218 U.S. 57(1910)。

⑤[英]弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》(第1卷)，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第63页。

⑥李惠宗：《行政处罚法之理论与案例》，元照出版有限公司2005年版，第71页。

⑦参见洪家殷：《论行政处罚之禁止错误——以行政处罚法第8条之评析为中心条》，载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期，第6页。

⑧劳东燕：《“不知法不免责”准则的历史考察》，载《政法论坛》2007年第4期，第106页。

⑨Keedy, “Ignorance and mistakes in the criminal law” 22 *Harvard Law Review* 77(1908)。

⑩行政处罚法上的责任条件，主要是指违法行为人的主

观过错，包括“故意”与“过失”。责任条件尽管在我国《行政处罚法》未被规范，但并不意味着应受行政处罚行为的成立要件中不需要责任条件要素。在比较法上，德国《违法秩序罚法》第10、11条，奥地利《行政处罚法》第5条，我国台湾地区“行政处罚法”第7、8条，都明文规定了责任条件。而且，我国司法实践中亦有要求违法行为人必须具有主观过错的判决。譬如，北京市高级人民法院行政裁定书(2017)京行申1402号。在该案中，法院认为，行政机关以构成偷税行为为由对当事人做出行政处罚，应当对当事人不缴或者少缴应纳税款的主观方面进行调查认定，并在当事人提起行政诉讼后就此承担举证责任。

⑪参见熊樟林：《行政处罚上的空白要件及其补充规则》，载《法学研究》2012年第6期；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。

⑫“A lack of criminal intent may arise in two distinct contexts, that is, through ignorance either of the law or of relevant facts.” Glen V. Borre, “Public Welfare Offenses: A New Approach” 52 *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 418(1961)。

⑬王莹：《论法律认识错误——德国禁止错误理论的变迁及其对我国犯罪构成理论改造的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，北京大学出版社2009年版，第223页。

⑭譬如，《中华人民共和国刑法》第15条：“过失犯罪应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。”

⑮王莹：《论法律认识错误——德国禁止错误理论的变迁及其对我国犯罪构成理论改造的启示》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，北京大学出版社2009年版，第223页。

⑯参见张丽卿：《无法避免的禁止错误》，载《台湾本土法学杂志》2005年第73期，第140页。

⑰陈敏：《行政法总论》，三民书局2004年版，第87页。

⑱林锡尧：《行政处罚法》，元照出版公司2006年版，第90页。

⑲譬如，《海南省公共厕所管理办法》第21条：“使用公共厕所，禁止下列行为：(一)随地吐痰、吐槟榔渣汁、乱扔杂物……”

⑳参见洪家殷：《论行政处罚之禁止错误——以行政处罚法第8条之评析为中心条》，载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期，第8、9页。

㉑参见陈爱娥：《行政处罚的违法性与责任》，载廖义男主编：《行政处罚法》，元照出版公司2008年版，第99页。

㉒张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第299页。

㉓参见熊樟林：《行政违法真的不需要危害结果吗？》，载《行政法研究》2018年第3期，第33-43页。

㉔参见劳东燕：《“不知法不免责”准则的历史考察》，载

《政法论坛》2007年第4期,第115页

⑤参见张明楷:《英美刑法中关于法律认识错误的处理原则》,载《法学家》1996年第3期,第84-90页。

⑥Keedy, Ignorance and mistakes in the criminal law, 22 Harvard Law Review 75(1908), p.78.

⑦参见劳东燕:《“不知法不免责”准则的历史考察》,载《政法论坛》2007年第4期,第111页。

⑧Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil: I Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, Band I, 3. Aufl, C. H. Beck Verlag, 1997. p.811. 转引自劳东燕:《“不知法不免责”准则的历史考察》,载《政法论坛》2007年第4期,第112页。

⑨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71页。

⑩洪家殷:《论行政罚之禁止错误——以行政罚法第8条之评析为中心条》,载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期,第8、9页。

⑪BGHS.21, 18, 20. 转引自洪家殷:《论行政罚之禁止错误——以行政罚法第8条之评析为中心条》,载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期,第14页。

⑫黄俊杰:《行政罚法》,翰芦图书出版有限公司2006年版,第43页。

⑬Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil(zit. AT), 5. Aufl., 1996, S. 458f. 转引自洪家殷:《论行政罚之禁止错误——以行政罚法第8条之评析为中心条》,载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期,第43页。

⑭BGHS.40, 257, 264. 转引自洪家殷:《论行政罚之禁止错误——以行政罚法第8条之评析为中心条》,载《东吴法律学报》2008年第20卷第4期,第44页。

⑮其中,亦有两次微小的改动,分别为:2009年8月27第1次修改,分别将《行政处罚法》(1996年)第42条中“治安管理处罚条例”修改为“治安管理处罚法”,第61条“比照刑法第188条的规定追究刑事责任”修改为“依照刑法有关规定”;2017年9月2号第2次修改,在第38条中增加1款,作为第3款:“在行政机关负责人作出决定之前,应当由从事行政处罚决定审核的人员进行审核。行政机关中初次从事行政处罚决定审核的人员,应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格”。

⑯参见河北省雄县公安局雄公(北)行罚决字(2015)0207号行政处罚决定书。

⑰参见江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01行终18号行政判决书。

⑱《奥地利行政罚法》,载袁曙宏:《行政处罚的创设、实施和救济》,中国法制出版社1997年版,第136页。

⑲郑冲译:《德国违反秩序法》,载《行政法学研究》1995年第1期,第88页。

⑳实际上,行政犯在刑法中的比例也并不多,“我国近些年来制定了较多的行政法律,几乎所有的行政法律都设有刑事责任条款,这些刑事责任条款并不都是只重复刑法典的内容,有相当多的条款规定了新的罪状”。参见张明楷:《行政刑法辨析》,载《中国社会科学》1995年第3期,第103页。

㉑[英]威廉·布莱克斯通:《英国法释义》(第1卷),游运庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第69页。See also Francis Bowes Sayre, “Public Welfare Offenses” 33 Columbia Law Review 55(1933).

㉒譬如,日本1973年《轻犯罪法》第1条便规定:“……(26)在街道、公园或者其他公共集合的场所,吐痰或大小便或者使他人做这些行为的……”参见郭布、罗润麒译:《日本轻犯罪法》,载《环球法律评论》1979年第6期,第76、77页。

㉓黄明儒:《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》,武汉大学2002年博士学位论文,第85页。

㉔章剑生:《论行政行为说明理由》,载《法学研究》1998年第3期,第126页。

㉕参见熊樟林:《论行政事前答复》,载《法制与社会发展》2019年第1期,第181-201页。

㉖譬如,深圳海关自1993年3月便已在其关区实施了《商品税号预归类试行办法》。该办法对类似于行政事前答复的商品税号预归类行为进行了制度化整合。

㉗参见陈传宗:《论行政法上承诺》,载《宪政时代》1980年第3期,第60、61页。

㉘See Deborah H. Paul, “The Source of Tax Complexity: How Much Simplicity Can Fundamental Tax Reform Achieve?” 76(1)North Carolina Law Review 153-154(1997).

㉙譬如,参见陈爱娥:《行政立法与科技发展》,载《台湾本土法学杂志》1999年第5期,第94-98页。

㉚譬如,参见陈传宗:《论行政法上承诺》,载《宪政时代》1980年第3期,第57、58页。

㉛譬如,《中华人民共和国海关法》第43条规定,“海关可以根据对外贸易经营者提出的书面申请,对拟作进口或者出口的货物预先作出商品归类等行政裁定”等等。

㉜陈传宗:《论行政法上承诺》,载《宪政时代》1980年第3期,第62页。

㉝周永坤:《法律国家主义评析》,载《云南法学》1997年第1期,第7页。

㉞结合德国《违反秩序罚法》第1条及刑法学上的犯罪成立要件理论,一般认为应受行政处罚行为的成立要件包括“构成要件的符合性”“违法性”“有责性”三个阶层。现在,这一判定标准目前正为德国、奥地利、希腊、荷兰、葡萄牙以及我国台湾地区所沿用。参见熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,载《法学研究》2012年第6期;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。