

【行政法学】

论行政处罚的责任主义

王贵松

【摘要】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。在我国过去的法律和理论上,对行政处罚多持结果责任的立场,只要客观行为违法即予处罚。根据宪法上人格尊严的要求,为了维护公民的意志自由、实现处罚的目的,行政处罚应当实行责任主义。我国《行政处罚法》应当确定以故意为原则的责任条件,再由特别法在具体情形中根据责任主义的要求,并考虑制裁有限性和行政效率等因素,对行政处罚是否允许以过失为责任条件逐一作出权衡判断。对于过失的认定,不应实行过错推定原则,而仍应由行政机关承担举证责任,行政机关可以在行为人没有达到一般注意义务的要求时,考察行为人有无正当理由而作出认定。

【关键词】行政处罚;意志自由;责任条件;合法推定;结果责任

【作者简介】王贵松,中国人民大学法学院教授,法学博士(北京 100872)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2020.6.2~13

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国行政法学说史研究”(项目编号:20YJA820020)的阶段性成果之一。

行政机关对私人违反行政管理秩序的行为予以处罚,应具备以下三个要件:第一,私人的行为违反行政法上的义务,符合行政处罚的法定要件,具有违法性;第二,该私人行为欠缺阻却违法事由(依法而行、正当防卫、紧急避险等);第三,该私人行为应受到行政处罚,欠缺阻却责任事由(责任能力、期待可能性等)。^①其中,第一个要件中是否包括行为人的主观过错(主观的违法要素),成为是否采取了责任主义或责任原则的重要标志。所谓责任主义是指,“对于行为人的行为,只有在以责任能力以及故意或过失为要件能够对行为人进行非难时才肯定该行为人之责任的原则”。^②我国《行政处罚法》规定了责任能力,对于主观过错问题却并未作一般性规定,主观过错便成为责任主义的重点所在。理论界和实务界对此争议不断,因而我国《行政处罚法》在修改之际应当予以回应。笔者于本文中拟先从实定法的角度归纳整理,把握主观过错在行政处罚中的现实地位,再

从域外立法例和学理上分析是否应当采取责任主义、采取责任主义可能的困难及其应对。

一、我国行政处罚中主观过错的三种地位

在我国目前的行政处罚实践中,私人的主观过错大致有三种地位:一是作为行政处罚构成要件的要素之一;二是并非行政处罚的构成要件,但作为从轻或减轻行政处罚的考虑因素之一;三是不考虑主观过错,符合构成要件就予以处罚。

(一)以故意为构成要件的要素

在1996年制定我国《行政处罚法》之前,我国学界就有不少责任主义的相关讨论,但我国《行政处罚法》最终仅有责任能力的规定(第25条和第26条关于不满14周岁者、精神病人不予行政处罚,从轻或者减轻行政处罚的规定),并没有责任条件(故意过失)的规定。然而,没有在我国《行政处罚法》上作出一般规定,不等于说行政处罚就无须考虑行为人的责任条件,因为行政处罚所依据的法律法规可能规定

了主观要素。^③应当说,这在很多领域都有例证,下面笔者仅以治安管理处罚领域为例予以说明。

我国《治安管理处罚法》第三章以54个条文规定违反治安管理的行为和处罚,其中存在诸多类型的违法故意规定。第一,明确要求行为人有“故意”的“故意型”规定有11处。^④第二,要求行为人明知某种情况的“明知型”规定有6处。^⑤第三,要求行为人有特定目的的“目的型”规定有1处(即该法第49条的“以营利为目的,为赌博提供条件的,或者参与赌博赌资较大的”)。另外,还有构成诸如盗窃、殴打、猥亵、遗弃、虐待、侮辱诽谤、招摇撞骗、煽动、诱骗、伪造变造等诸多行为也明显要有故意,“拒不”“擅自”“不听劝阻”等情形亦是如此。

另外,公安部于2007年1月8日发布的《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释(二)》(共通字[2007]1号)第2条将未达目的违反治安管理行为分为准备工具和制造条件、自动放弃实施或者自动有效地防止结果发生、已经着手实施但由于本人意志以外的原因而未得逞等三种情形,并分别规定了不予处罚、减轻处罚或者从轻处罚的处理方式。从理论上说,预备、中止、未遂都是故意违法的形态。这些形态“都以行为人积极追求危害结果为标志。正是行为人希望危害结果发生,当客观事实未实现行为人的意图时,才可能违背行为人的意志而‘未得逞’”。^⑥

(二)以有无故意为处罚轻重的考虑因素

实务中,即使法律上没有规定故意的要件,行政处罚也并非完全不考虑主观因素。行政机关有时将没有主观故意作为从轻或者减轻行政处罚的考虑因素之一,即没有故意是责任减轻事由。这种做法能让有无主观过错对行政处罚的幅度产生影响,但不改变是否处罚的决定。例如,在苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案中,江苏省高级人民法院认为:“工商行政机关在行使该自由裁量权时,应当根据行政处罚法第四条第二款确立的‘过罚相当原则’,综合考虑处罚相对人的主观过错程度、违法行为的情节、性质、后果及危害程度等因

素,决定是否对相对人并处罚款。”^⑦与我国《行政处罚法》第4条第2款相比,江苏省高级人民法院在此案中增加了“相对人的主观过错程度”这一考虑因素。又如,2020年1月3日发布的《市场监管总局关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》(国市监法[2019]244号)指出,“当事人有充分证据证明不存在主观故意或者重大过失的”,“可以依法从轻或者减轻行政处罚”。另外,对于人大代表建议中提到的我国《反不正当竞争法》“虚假宣传”行政处罚下限过高问题,国家市场监督管理总局认为,在充分考虑主观故意、客观行为、社会危害后果等因素基础上,认定不正当竞争行为是否有从轻、减轻或不予处罚的情形。^⑧与我国《行政处罚法》第27条第1款依法从轻或者减轻的情形相比,国家市场监督管理总局在此增加了“主观故意”这一考虑因素。换一个角度来说,行为人没有故意,而只是过失违法,可能从轻或减轻处罚。

(三)完全不考虑主观过错

如果法律的构成要件并未规定故意,行政机关在作出行政处罚时往往就完全不予考虑。例如,国务院发布的《禁止使用童工规定》第6条第1款第1句规定:“用人单位使用童工的,由劳动保障行政部门按照每使用一名童工每月处5000元罚款的标准给予处罚。”在希格电子工业(上海)有限公司诉上海市闵行区人力资源和社会保障局劳动和社会保障案中,希格电子工业(上海)有限公司招录了一名使用假身份证的童工,被上海市闵行区人力资源和社会保障局处罚。上海市闵行区人力资源和社会保障局认为,公司以自己在主观上没有违法故意作为不构成违法的理由于法无据,《禁止使用童工规定》和我国《行政处罚法》中并无类似的但书条款;行政处罚决定确认的是用人单位使用童工,禁止使用童工法律规定不考虑主观故意,只要客观使用了,不管恶意还是误用,均要受处罚。上海市闵行区人力资源和社会保障局的这一辩解意见也为法院所采信。^⑨

(四)小结

上述三种做法又可以分为两类,第一种做法是

采取责任主义的做法,第二种、第三种是采取结果责任的做法。这里所说的结果责任,是指无论行为人有无故意过失,只要客观上发生了合法权益侵害或者合法权益侵害的危险,就要承担法律责任。在采取责任主义的行政处罚中,主观过错不仅是处罚轻重的考虑因素,而且是决定作出处罚的重要因素之一;在结果责任之下,主观过错只可能是处罚轻重的考虑因素。究竟哪一种做法更为可取,需要在理论上作出澄清和判断。

二、我国行政处罚采取结果责任主义的历史与理论依据

在我国行政处罚的归责原则上,结果责任居于主导地位,1949年前后都是如此(不过这一立场在后来的我国台湾地区发生了变化)。

(一)1949年前的立法例

我国自清末以来,便采取违警罚法与刑事法分立的做法。1905年,仿照日本1883年改定刑律第四编违警罪的体制,制定了《违警罪章程》,开创出违警罚法的先例。1908年制定的《违警律》已成为独立的法典,该法第15条和第16条规定了责任能力问题(有心疾者、未满15岁者不罚),并无故意过失的规定。然而,该法第18条规定,“犯本律各款未成者不论”,即未遂者不予处罚。

1915年,北洋政府的参议院改《违警律》为《违警罚法》,共9章53条,内容较为完备。在行政处罚的归责原则上,该法与之前的做法保持一致。其第3条规定,“未满12岁违警者不处罚,但须告知其父兄或抚养人责令自行管束”;第4条第1款规定,“精神病人违警者不处罚,但精神病间断时之行为,不在此限”。该法仅仅规定了责任能力问题,而没有故意过失的规定。该法第7条规定,“违警未遂者不处罚”。1926年,《违警罚则》公布施行,增列分则篇“违警行为”,补充了《违警罚法》的不足。

1928年,与《刑法》公布相伴,南京国民政府公布施行新的《违警罚法》,内容上大致延续了1915年《违警罚法》。然而,在责任能力上,该新法将违警责任年龄修改为13岁,即“未满13岁违警者不处罚”;将

“精神病人”修改为“心神丧失人”。1935年新《刑法》施行,《违警罚法》着手修正,至1943年立法院审议通过全新的《违警罚法》(1943年9月3日经国民政府公布,同年10月1日起施行)。该法(第二章)“违警责任”第9条规定:“违警行为,不问出于故意或过失,均应处罚。但出于过失者,得减轻之。”这是中国法首次就违警行为的责任条件作出明确规定,否定了故意过失的必要性,同时将过失作为减轻处罚的考虑因素。该法在第10条对责任能力作出规定,将责任年龄提高到14岁,心神丧失者的违警行为仍然不予处罚。

之所以采取结果责任原则,其理由在于:“刑法之规定注重处罚侵害法益之行为,法益为法律所保护之利益,对于法益为具体之侵害时,则为刑法所必加处罚之对象。反之,违警罚法之规定,则注重一定行为之命令或禁止,故普通犯罪以处罚‘故意’为原则,处罚‘过失’为例外,而违警行为则不问故意或过失,均加处罚之。”^⑩然而,主观状态也并非完全没有意义。“惟行为违法与否,仍当就行为本身衡量,其违法性之轻重,则必深究行为者之心理状态始可定论。是又未可完全忽视恶性之问题。故近代立法除采客观主义外,仍兼顾主观主义,目的在使罪刑相当,情理得平,新法秉此原则,故复增列过失违警行为得减轻处罚之规定。”^⑪

(二)我国台湾地区的规定

在我国台湾地区“行政法院”过去的“判例”规定中,延续着南京国民政府时期的立场,行政罚不以故意或过失为责任条件。对此,1991年3月8日,“(司法院)”“大法官会议释字第275号”指出:“人民违反法律上之义务而应受行政罚之行为,法律无特别规定时,虽不以出于故意有必要,仍须以过失为其责任条件。但应受行政罚之行为,仅须违反禁止规定或作为义务,而不以发生损害或危险为其要件者,推定为有过失,于行为人不能举证证明自己无过失时,即应受处罚。”^⑫该解释采取了责任主义,并适用过失推定原则。不过,“大法官”杨建华发表了“部分不同意意见书”,认为:“惟过失之推定,必须斟酌各个应受行

政罚行为之性质,在各该法律中就有必要之部分分别明文规定,始足保障人民之权利。”

2005年,我国台湾地区“行政罚法”公布,其第7条第1款规定,“违反行政法上义务之行为非出于故意或过失者,不予处罚”;第9条对责任能力的规定是,未满14岁人的行为,或者行为时因精神障碍或其他心智缺陷,致不能辨识其行为违法或欠缺依其辨识而行为的能力,不予处罚。这就明确采取了责任主义的立场,并舍弃了过失推定原则。

不过,值得注意的是,1991年6月29日我国台湾地区“社会秩序维护法”公布施行,同时废止了“违警罚法”。“社会秩序维护法”第7条规定:“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。”这实际上是延续了过去“违警罚法”的做法。理论界对此做法也有诸多批评,有学者主张应与作为“一般法”之“行政罚法”的规定保持一致,将来可删除“社会秩序维护法”的“总则”部分而仅保留“分则”部分。^③

(三)1949年后结果责任的理论依据

我国《行政处罚法》制定前后,人们对于行政处罚的归责原则有一定的讨论。从总体上看,主张结果责任的文献较少,但在现实中,这却是较为常见的立场。在实务界,孙百昌主张,行政处罚不能套用刑罚理论,应当不问主观状态,原因在于以下几个方面。第一,刑罚主要是对人的处罚,而工商行政管理行政处罚主要是对组织的处罚,组织的主观要件并不集中和明显。第二,刑罚最为严厉,程序保障最为严格;而行政处罚制裁强度显然不及刑罚。第三,与刑罚相比,行政处罚具有范围广泛性、规则复杂性、违法主体一般性等特点,如果通过事实推断主观态度,变数极多。第四,行政违法恶性较低,人们对行政违法并不会产生直接的厌恶和排斥。^④当然,孙百昌也承认,“是否需要考虑当事人的主观状态,应当依法认定”,“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”。^⑤该观点指出了行政处罚与刑罚的差异性,着重强调行政处罚的特殊性。

行政处罚采取结果责任可能还有以下几点理由。第一,行政执法的目的在于维护行政管理秩序,只要行为人违反了这一秩序,就应当通过行政处罚的方式对其予以制裁。第二,行政处罚给违法者的制裁比刑罚轻,即便不考虑主观要件,对当事人的影响也不大。第三,行政案件产生于日常的行政管理活动,数量远多于刑事案件,要求行政机关证明违法者的主观状态,会降低行政效率,无助于社会秩序的迅速恢复。^⑥

三、行政处罚责任主义的贯彻

结果责任在历史上和现实中均具有强大的影响力,但从文献的角度来说,主张责任主义者却不在少数。这或许是因为主张结果责任是行政的惯性,而主张责任主义实际上是对这种惯性的遏制,是需要论证的。

(一)行政处罚责任主义的理据

我国《行政处罚法》规定了责任能力,采取了部分责任主义的规定,没有采取客观行为违法即处罚的做法。如果在此基础上再进一步,行政处罚完整地采用责任主义也是适当的。

对行政处罚采取责任主义的主张在1996年制定我国《行政处罚法》前后形成了一个高峰,笔者即将于本文中提及采取过错推定说立场者也多是责任主义的主张者。例如,袁曙宏认为,在行政法律责任中,只要相对一方的行为构成违法,其主观上一般也必然有过错。行政法律责任具有自身的特点:首先,行政处罚相对较轻,因此在行政法律责任中一般可不必分析和确认违法主体的主观心理状态;其次,行政处罚责任是单方性法律责任,大多不像民事法律责任那样存在主体双方分担责任的问题,因而违法主体是故意还是过失不很重要;再次,行政处罚案件数量大、任务重、涉及面广,如果都要求确认相对人的主观状态,不仅时间上不允许,而且难以取证和认定,必将导致无法提高行政效率。^⑦袁教授声称其并非主张结果责任,但并不要求审查相对人的主观状态,故而与结果责任说相近。

江必新则明确主张,主观过错是应受行政处罚

行为的构成要件之一,其理由在于以下四个方面。第一,任何公正合理的制裁都须以被制裁的行为具有可谴责性为基础,否则就很难与专横和暴政相区别。第二,不以过错作为应受行政处罚行为的构成要件,势必导致结果责任,而结果责任不能实现行政处罚教育和预防违法行为发生的目的。第三,行为人的主观因素并非一定包含在行为的违法性之中,因而,如果不想惩罚无辜者,就应当将过错作为构成要件之一。第四,法律法规中没有规定“故意”或“明知”,并不意味着不需要以过失为要件。从法律责任的表达习惯来看,通常只对“故意”要件作特别规定,而对“过失”要件不作明确规定,因为法律责任的基础下限就是过失,无过失责任是必须明确规定的例外情形。^⑧杨解君认为,行政处罚应是一种过错责任。主观过错作为法律责任的构成要素,而非私人违法行为的构成要素。无过错即不受处罚,处罚应与过错程度相均衡。无过受罚只是极其例外的情形,行政处罚中也不需要严格区分故意和过失,但这些都成为否定过错条件的理由。^⑨这两种观点虽然对于主观过错的定位有所不同,前者是将主观过错作为行为违法的构成要件,后者是将主观过错作为法律责任的构成要素,但都肯定了主观过错在作出行政处罚时不可或缺的地位,可谓均持责任主义的立场。

这里首先要回答的问题是刑罚的责任主义可否适用于行政处罚。现代德日刑法中责任理论的建立是以责任主义为基础的。责任主义还被德国联邦普通法院和德国联邦宪法法院明确视为宪法上的原则:“对刑法上的不法行为的刑罚以及对其他不法行为的类似刑罚的制裁等一切刑罚均以存在责任为前提的原则,具有宪法的价值。”^⑩也就是说,责任主义可以成为制裁性措施的一般原则。刑罚与行政处罚的共性在于对违法行为的制裁,对于两者的差别有量的差别说、质的差别说、质与量的差别说等诸多论争。^⑪不过,笼统地说刑罚与行政处罚仅为量的差别或者质的差别都是欠妥的,讨论时先要区分不同的行为类型:在强奸、杀人等自然犯上这两种处罚存在

质的差别,因其严重违背伦理道德而仅作出刑罚的制裁,而不会作出行政处罚;在人身伤害、盗窃等一般危害的自然犯上这两种处罚存在量的差别,两种制裁均有可能;在破坏公共秩序等行政犯上这两种处罚存在量的差别,两种制裁均有可能;在申报、备案等纯粹行政管理需要事项上这两种处罚存在质的差别,因其仅影响行政管理秩序而仅作出行政处罚的制裁。然而,正如刑法对不同性质的罪行都实行责任主义一样,行政处罚虽然也在针对不同的违法行为,但同样是制裁,应当可以贯彻责任主义。“责任主义不仅适用于刑罚,也适用于其他的行政制裁”;“行政制裁所要求的责任内容虽然可能比刑法所要求的责任内容稍微缓和一点,但在完全不能非难行为人的场合,是不能科处制裁的”。^⑫

在我国,实行责任主义的宪法基础在于我国《宪法》第38条规定的“公民的人格尊严”。^⑬责任主义“产生于人的本性、人的伦理性人格属性。人以自我实现和自我完成为目标,在自己行为的目的上自由决定,也对其自己的决定负有责任”。^⑭公民享有人格尊严,国家应当承认并尊重人的主体性,还应当通过制度和程序维护人的主体性。一个基本的假设是,成熟的公民具有健全的意志,能认识包括法律在内的外部世界,能自主地控制自己的行为,能在此行为与他行为之间进行判断和选择。公民在享有人格尊严的基础上享有自由、具有自我决定权。理性的主体对其自由意志所决定的行为负有责任。国家在设定和实施制裁时,应当考虑行为人自身的状况,不能要求人民为不可能之事。当然,要让违法者为自己的行为承担法律责任,其前提是行为人具有责任能力。具有责任能力的行为人在自身意志自由的情况下,能控制自身的行为,却没有控制,希望或放任自己的行为产生违法的后果,就应当对该违法行为承担法律责任。^⑮如果用关系式来表示,就是“责任能力→意志自由→责任自负”。

只有实行责任主义,才能实现行政处罚的立法目的,维护人的意志自由。毋庸置疑,行政处罚是对违法者实施的一种制裁。然而,行政处罚不仅有惩

戒的目的,而且有教育的目的,我国《行政处罚法》第5条也明确规定了“处罚与教育相结合”原则。人的行为受其意志支配,在其意志支配之下,行为人仍然选择或者放任违法行为的发生,他就具有可非难性,应当受到制裁。这种制裁也有助于当事人认识到自己的错误,进而自觉守法。主观上没有过错,就不应受到谴责。有违法行为的认识能力,才能避免再次违法。当一个人的行为不受意志控制时,法律一般对该行为不予评价。正因为如此,法律对于未成年人、精神病人等意志对行为缺乏控制力的主体就不予处罚,对于醉酒的人却要给予处罚。

很显然,只要有损害结果的发生,无论行为人是恶意还是善意、内心意思有无可非难性,均无差别地加以处罚,与国民健全的道德观念是相矛盾的。^⑤在刑法理论上,早期的结果责任论已被抛弃,由心理责任论或道义责任论取而代之。心理责任论将刑罚与人的主观心理联系起来,使人只对自己主观相联系的行为负责,不再对纯粹客观的行为后果承担责任,克服了人的物化,体现了人的尊严。^⑥这时的罪责被理解为意思自由的滥用,是一种主观责任。然而,并不是因为有故意或过失的心理状态就要予以制裁,而是因为行为人有能力遵守相关规范,却背离了社会对其提出的规范性期待,进而从规范上判断滥用意思自由具有可非难性。这就是规范责任论。新的规范责任论在重视非难上与道义责任论具有共通性,其非难未必是道义性、伦理性非难,而是具有其他行为可能性却仍然作出违法行为这一意义上的法的(规范的)非难。法律责任的根基应是“你能为,故应为”的原则,而不可能强迫“你应为,故能为”这种不可能(它以行为人个人为基准进行判断)。规范责任论以心理责任论为前提,责任的内容在有故意或过失的心理状态之上,还要求这种心理状态是可非难的。在这种规范责任论之下,应通过面向个别行为的个别行为责任论来理解其规范的非难。^⑦

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,追求行政效率还不足以排斥责任主义的贯彻。一方面,行政处罚实行责任主义是

宪法上能包含的一项要求。另一方面,贯彻责任主义也未必影响行政效率。问题不在于行政处罚是否要贯彻责任主义,而应当集中于如何贯彻责任主义,如何设定故意与过失的责任条件。这里还要指出的是,行政处罚与预防性不利措施在责任要件上是有差别的,预防性不利措施的目的在于防止将来的危险,虽然也让行为人承担不利后果,但不构成行政处罚,预防性不利措施并不以故意或过失为要件,即无须责任条件。不能将责任主义贯彻于所有的不利措施上,而采取不利措施的迫切性往往也是预防性不利措施的领域。

(二)故意抑或过失的一般法选择

无责任即无制裁,这是大陆法系国家和地区的多数做法。在国外,奥地利和德国是实行行政处罚与刑罚分离的代表性国家。两国在行政处罚上均采取责任主义,只是两国在主观状态的要求上存在差别。奥地利选取的是过失原则。奥地利《行政罚法》第5条(责任)第1款规定:“如行政法规无关责任要件之特别规定时,过失行为已足为处罚之理由,仅属违反禁止命令或作为命令之行为,而无须以引起损害或危险作为违反行政义务行为之构成要件者,行政法规虽无责任要件之规定,同时行为人对于行政法规之遵守,亦不能提出免除遵守义务之反证者亦可予以处罚。”^⑧德国则明确要求以故意为原则。《德国违反秩序法》是从所谓由警察处理的轻微违法发展起来的,接纳了大部分从刑法中剔除出的使用罚金刑和6个月以下监禁刑加以惩罚的轻犯罪行为构成,违反秩序行为应当受到的只是违反秩序法规定的处罚,这种处罚主要是罚款,而不再施以刑罚。^⑨该法第10条(故意与过失)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情形除外。”^⑩不过,现实中大多数德国法律均以过失为处罚对象,故意反而不属于处罚的常态。虽然如此,这说明其对人的任何处罚不论何等轻微,均应以行为人主观上具有归责性为要件。^⑪

上述两种做法,究竟何者更为可取呢?故意与过失在我国法律上是区别对待的。例如,我国《刑法》第

14条、第15条就分别规定了故意犯罪和过失犯罪。无论是故意犯罪还是普通的故意违法,都应当承担法律责任;它们是对法律的公然蔑视,理应通过制裁的方式恢复法律规定的应有状态。然而,过失行为人是无心违法,制裁过失行为比故意行为对个人自由的限制更大。^③过失违法只在法律有规定的情况下才承担法律责任。对于过失违法仍然追究其法律责任,必须追问法律所保护的具体法益是什么,以及过于强调法益的保护(类似于结果责任)是否会导致责任主义的崩溃等。这样的论证负担适合交由立法者在具体领域设定处罚时去完成,而不宜由行政处罚法以保护公共利益或公共秩序为由一揽子确定。

另外,这里还存在一般法与特别法之间关系的处理。我国《行政处罚法》是行政处罚的一般法,专门领域的处罚规定属于特别法。由作为一般法的我国《行政处罚法》规定责任主义,以故意违反社会秩序行为的要件,再由其他特别法作出权衡。如果不作其他规定,就以一般原则为准,适用故意的责任主义。这样做的好处在于,具有保护功能,迫使立法者必须审查每一处罚的构成要件,对该行为处以某种处罚是不是必要且正确。^④

如此,我国《行政处罚法》可以参考我国《刑法》第16条,用一条两款的形式作如下规定:“故意违法,应当予以行政处罚。过失违法,法律有规定的才予以行政处罚。行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不受行政处罚。”这样就可以确立行政处罚的责任主义,并将故意设定为承担法律责任的一般原则,对于过失行为需要加以处罚的特殊情形,可交由特别法专门规定。

四、主观过错认定的难题与应对

如果行政处罚贯彻了责任主义,行政机关毫无疑问将会受到较大影响,毕竟行为人主观过错的认定是存在一定难度的。对于如何应对这一难题,现在的理论也有一定的思考,但未必妥当。

(一)过错推定原则的主张

对于行政处罚中私人过错的认定难题,不少行

政法学者主张实行过错推定原则。从主张责任主义学说的现状来看,多数人持过错推定说。例如,姜明安认为,私人的违法行为应是有主观过错的行为。与刑事诉讼中公诉人对行为人的主观过错负举证责任不同,行政机关无需对行为人的主观过错负举证责任,只要证明行为人实施了违法行为,就可以认定其具有主观过错。如果行为人能证明自己没有主观过错,则行政机关不能对其实施行政处罚。^⑤同样主张适用过错推定方式的江必新进一步说明了其理由。第一,从实践来看,义务违反者如果真无过错,一般来说较易举证。这种证明方式更易于接近客观真实。第二,行政机关已经发现行为人违反了行政法上的义务,行为人理所当然地要解释其原因。过错推定符合行政处罚的逻辑过程。第三,采用过错推定制度,有利于行政机关提高行政效率,维护行政管理秩序。^⑥

主张过错为行政处罚轻重的考虑因素者,也主张实行过错推定。汪永清认为,在行政处罚中,如果没有法律法规的明确规定,行为人的主观因素就没有独立的实际意义,它往往被包含于行为的违法之中,不应成为行政处罚的构成要件。不过,也不能完全不顾主观条件实施处罚。我国行政处罚应以过错推定为一般归责原则。其一,这是因为在行政管理领域,行为人一旦违法,损害了公共利益或者私人的合法权益,就应推定其主观上有过错。其二,行政处罚是行政管理的重要手段,必须在合法的前提下充分体现高效。若要求处罚机关认定每个违法行为主体的主观过错,既不可能,也无从体现行政效率原则。然而,出于公正的考虑,在特殊案件中可适用主观责任原则。在现代社会,法律不惩罚无意志行为,且严格责任原则也难以适用于无责任年龄、责任能力及行政机关引起的行为等情形。^⑦

(二)过错推定原则应予否定

应当指出的是,行为人的过错与客观的违法行为是两个问题。有学者认为:“一般而言,只要行为人客观上存在违法行为,就不管是否产生危害后果,均可视为主观上具有过错。这是行政处罚责任不同

于刑事责任和民事责任之处。”^③这种观点具有一定的代表性,它将客观违法行为与主观过错等同视之,但违法即有责,实际上是结果责任的做法。在主观状态的认定上,过错推定的主张固然符合行政效率的要求,但在理论上却不应采用过错推定的做法。过错推定的主张与奥地利的做法是相同的。奥地利《行政罚法》第5条(责任)第2款规定:“违反行政义务之行为人,不得以不谙行政法规为免罚之理由,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,不在此限。”^④奥地利关于推定责任(过失)的规定,仅是从立法技术上将举证责任倒置,有利于实现行政上目的及维护公共秩序,但与严格的人权保障要求并不一致,因此,曾发生这一规定是否违反《欧洲人权公约》而构成违宪的争议。《欧洲人权公约》第6条第2款规定,因可处罚性行为被控告者,在依法认定其责任之前,应推定为无辜。奥地利《行政罚法》第5条的推定责任正好相反。然而,奥地利宪法法院认为该国加入《欧洲人权公约》时曾有保留,故其并不违宪。^⑤我国有学者认为:“让相对人承担证明其没有‘过失’,即‘依法’地履行了法定注意义务的责任,这是合理的,因为相对人通常有能力直接提供其履行了法定注意义务的证据,一方面,相对人较之行政机关更接近这些证据,另一方面,这也可以促使相对人更好地履行法定注意义务。”^⑥然而,从举证责任的一般原理来说,“每一方当事人均必须主张和证明对自己有利的规范(=法律效果对自己有利的规范)的条件”。^⑦行政处罚作为侵害行为,应由行政机关来承担举证责任。实行过错推定原则,其实是举证责任倒置,违反无责任推定或合法推定原则。

要解决过错认定的难题,先要回到立法层面,在单行法的规定中区分故意和过失。对于制裁性明显、制裁力度大(相对于违法行为而言)的行政处罚,规定故意作为责任条件;反之,规定过失作为责任条件。基于刑罚与行政处罚的功能区分,行政处罚的制裁应是有限的,且立法者会考虑行政效率的正当需求,因此,故意在实际的单行法中处于少数状态,更多的

情形应是以过失为责任条件。

在过失的具体认定上,要构成行政处罚上的过失行为,应具备三项构成要件:第一,在未认识的情况下实现行政处罚的构成要件;第二,依个案的客观情况,审慎守法的公民将不致实现行政处罚的构成要件(客观的违反义务,违反一般性的注意义务);第三,依行为人个人的能力、情境,他可以认识且避免实现行政处罚的构成要件(主观的过失)。^⑧首先,要有实现构成要件的行为,其次,是违反注意义务规范。“依个案的客观情事,谨慎守法的国民应该可以认识、且可以避免实现行政处罚的构成要件(客观的违反注意义务,违反一般的注意义务),亦即一般尽善良管理人的注意义务时,将不致实现行政处罚的构成要件。如有违反此一注意义务,客观上即有过失。”^⑨这里需要区分注意义务的客观化与结果责任。笔者于本文中所说的结果责任意味着客观行为违反行为规范即予追责。不过,“注意义务有别于行为规范,后者为法益保护规范,前者则是能力维持规范。注意义务的功能在于,将行为人遵守行为规范的能力维持在一定的水平之上。因此,只有在行为人有遵守行为规范之意但欠缺遵守行为规范之力时,才有考察注意义务的余地”。^⑩对于主观的过失,它是应当注意而没有注意,应以具体行为人的注意能力为判断标准,而非以一般社会公众的注意能力为标准。^⑪如果根据社会的需要来归责,而非按行为人的个人能力来确定,就将大大增强国家干预公民自由的权限,也会导致个人的工具化,违反人格尊严。^⑫过失的认定可以从谨慎公民的一般水准与个别行为之间进行衡量,未达到一般水准,经行政机关查明,无正当理由者,即为存在过失。

五、结论

责任主义应成为行政处罚的基本原则之一,它不仅在行政处罚的构成上具有意义,而且在行政处罚的轻重上具有意义,它不允许超出行为人的责任上限予以处罚,但在责任范围之内,可以考虑主观状态的差异、违法情节等因素决定处罚的轻重。因为故意较过失更具有可非难性,所以对于故意违法者

应处以更重的处罚。我国实务中以有无故意作为处罚轻重的考虑因素,置于责任主义之下是妥当的,也是易于理解的。我国法律在责任年龄、精神状态等责任能力上,一直都有所要求。因此本文的探讨集中于存在重要差别的故意和过失的责任条件。在1949年前的中国,行政处罚采取结果责任,不问主观故意还是过失,仅仅承认过失减轻处罚。在1949年后的中国,我国《行政处罚法》自身回避了这一问题,但在其他行政处罚的特别法规定上呈现出责任主义和结果责任两种做法。从理论上讲,既然行政处罚是一种制裁,就应当实行责任主义,如此,方可实现意志自由和责任自负,实现行政处罚的惩罚和预防相结合的目的。责任主义是对结果责任的否定,是对人格尊严的维护,有助于守法意识的强化。在具体主观过错的要求上,可藉我国《行政处罚法》修改之机在法律上作出一般性规定,再由专门的单行法进一步斟酌权衡是否采取故意原则。在过错的认定上,对于法律规定的故意自然必须由行政机关完成证明,对于过失的证明也应当由行政机关完成,而不允许实行过错推定原则,否则就会违反无责任推定原则。只是在证明时,可以借助于个人的行为与客观化的过失相比较,完成对行为人过失的认定。这种做法固然可能稍稍影响行政效率,却与法治国家的诸多原理相契合。行政处罚作为行政机关对私人的一种制裁,也必须像刑罚那样慎重对待,应当加强行政机关履行法定职责的举证和论证负担。

注释:

①我国台湾地区学者对行政处罚构成要件一般持该当性、违法性及有责性三个判断标准。参见洪家殷:《行政罚之概念及种类》,载《月旦法学教室》(台北)第84期(2009年)。

②[日]甲斐克则:《责任原理与过失犯论》,谢佳君译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

③曾在国务院法制局工作的孙秋楠指出,截至1991年底,现行有效的法律、行政法规(不包括法规性文件)中有223件具体规定了行政处罚内容。只要管理相对人实施了违反现行行政法律规范的行为,就要给予行政处罚,这种规定占80%以上。管理相对人实施违法行为,具有主观过错才能给予行

政处罚,这种规定只占4.4%。在特殊情况下,管理相对人实施违法行为还应具备一定的情节和后果才能给予行政处罚,这种规定占15.2%。参见孙秋楠:《受行政处罚行为的构成要件》,载《中国法学》1992年第6期。

④我国《治安管理处罚法》上的这11处规定分别是:第25条第1项的“散布谣言,谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序”;第28条的“故意干扰无线电业务正常进行”;第29条第4项的“故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机信息系统正常运行”;第31条的“爆炸性、毒害性、放射性、腐蚀性物质或者传染病病原体等危险物质被盗、被抢或者丢失,故意隐瞒不报”;第35条第2项的“故意向列车投掷物品”;第37条第2项的“故意损毁、移动覆盖物、防围和警示标志”;第43条第1款的“故意伤害他人身体”;第44条的“在公共场所故意裸露身体”;第49条的“故意损毁公私财物”;第63条第1项的“故意损坏国家保护的文物、名胜古迹”;第65条第1项的“故意破坏、污损他人坟墓或者毁坏、丢弃他人尸骨、骨灰”。

⑤我国《治安管理处罚法》上的这6处规定分别是:第56条第1款的“明知住宿的旅客将危险物质带入旅馆”;第56条第2款的“明知住宿的旅客是犯罪嫌疑人或者被公安机关通缉的人员”;第57条第1款的“明知承租人利用出租房屋进行犯罪活动”;第59条第1项的“明知是违法犯罪嫌疑人、赃物”;第60条第3项的“明知是赃物而窝藏、转移或者代为销售”;第69条第2款的“明知他人从事前款活动”(指该条第1款规定的组织播放淫秽音像、组织或者进行淫秽表演、参与聚众淫乱活动)而“为其提供条件”。

⑥姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社2008年版,第167页。

⑦《苏州市鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案》,载《最高人民法院公报》2013年第10期。

⑧《对十三届全国人大二次会议第3415号建议的答复》(国市监法[2019]29号)认为:“《反不正当竞争法》第二十五条规定:经营者违反本法规定从事不正当竞争,有主动消除或者减轻违法行为危害后果等法定情形的,依法从轻或者减轻行政处罚;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。因此,对于建议中提到的情形,监督部门可以依据《反不正当竞争法》相关条款及第二十五条的规定,对具体不正当竞争行为在充分考虑主观故意、客观行为、社会危害后果等因素基础上,综合作出认定。”http://www.samr.gov.cn/samrgkml/nsjg/fldj/201912/t20191203_308998.html,2020年4月21日访问。

⑨参见上海市第一中级人民法院(2011)沪一中行终字第103号行政判决书。

⑩钱定宇:《中国违警罚法总论》,正中书局1947年版,第3-4页。

⑪同上注,钱定宇书,第19页。

⑫理由在于:“人民因违反法律上义务而应受之行政处罚,系属对人民之制裁,原则上行为人应有可归责之原因,故于法律无特别规定时,虽不以出于故意有必要,仍须以过失为其责任条件。但为维护行政目的之实现,兼顾人民权利之保障,应受行政处罚之行为,仅须违反禁止规定或作为义务,而不以发生损害或危险为其要件者,推定为有过失,于行为人不能举证证明自己无过失时,即应受处罚。”(“司法院”)“大法官会议释字第275号”,1991年3月8日。

⑬参见陈正根:《行政处罚法之责任主义》,载《“中央”警察大学学报》(台北)第43期(2006年)。

⑭参见孙百昌:《试论行政处罚“不问主观状态”原则》,载《中国工商管理研究》2010年第7期。

⑮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。

⑯在日本,早期的学说和判例也坚持结果责任。如田中二郎认为:“对于罚款,并不适用刑法总则。鉴于其性质,罚款毋宁是纯粹的形式犯,不需要主观的责任要件,有形式上的违反,就应予以科处。”田中二郎『新版行政法総論』(弘文堂、1974年)198頁参照。

⑰参见袁曙宏:《论行政处罚的实施》,载《法学研究》1993年第4期。

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

⑲参见杨解君:《行政处罚适用的主观过错条件》,载《法学天地》1995年第3期。

⑳参见冯军:《刑事责任论》,社会科学文献出版社2017年版,第344页、第262页。

㉑参见陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,载《中国法学》1992年第4期。

㉒[日]佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第17页。

㉓在日本,对于责任主义的宪法基础,有学者认为在于日本《宪法》第13条(个人的尊重)与第31条(正当程序)(德永元「責任主義の根拠に関する一考察」九州法学会会報2017年3-4頁),有学者认为在于日本《宪法》第13条(个人的尊重)与第14条(法之下的平等)(吉田敏雄「責任」北海学園大学法学研究50卷2号,2014年,289頁)。

㉔Arthur Kaufmann(甲斐克則訳)『責任原理——刑法的・法哲学的研究』(九州大学出版会、2000年)208-209頁。

㉕对于法人的责任,更为复杂,笔者于本文中不展开讨论。佐伯仁志指出:“法人的行为和法人的责任应该进行独立的判断,要认定法人固有的责任,除了其行为能被视为法人行为的自然人具备成立犯罪所必要的责任之外,还必须能够认

定作为组织整体的法人应承担未设置预防犯罪所必需的有效体制这个意义上的责任。”同前注②,佐伯仁志书,第148页。法人责任固然复杂,但还没有因此而考虑主观问题。因此前述孙百昌提出的结果责任说的第一点理由不具有妥当性。

㉖藤木英雄「責任主義と責任論の基礎」法学セミナー268号(1977年)43頁参照。

㉗参见前注②,冯军书,第344-357页。

㉘浅田和茂「刑事法における責任主義」法律時報74卷2号(2002年)13頁参照。

㉙城仲模:《行政法之基础理论》,三民书局1999年增订3版(台北),第555页。

㉚参见王世洲:《罪与非罪之间的理论与实践——关于德国违反秩序法的几点考察》,载《比较法研究》2000年第2期。

㉛《德国违反秩序法》,郑冲译,载《行政法学研究》1995年第1期。

㉜参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第299页。

㉝参见陈璇:《注意义务的规范本质与判断标准》,载《法学研究》2019年第1期。

㉞参见前注⑬,陈正根文。

㉟参见姜明安:《行政违法行为与行政处罚》,载《中国法学》1992年第6期。

㊱参见前注⑱,江必新文。

㊲参见汪永清:《关于应受行政处罚行为的若干问题》,载《中外法学》1994年第2期。

㊳李孝猛:《主观过错与行政处罚归责原则:学说与实践》,载《华东政法大学学报》2007年第6期。

㊴同前注⑲,城仲模书,第555页。

㊵参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第298-299页。

㊶杨利敏:《论我国行政处罚中的责任原则——兼论应受行政处罚的违法过失行为》,载《华东政法大学学报》2020年第2期。

㊷[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第121页。

㊸参见廖义男主编:《行政处罚法》,元照出版公司2017年版(台北),第112页。

㊹陈清秀:《行政处罚法》,新学林出版股份有限公司2014年版(台北),第153-154页。

㊺同前注③,陈璇文。这里顺便指出,该作者是在违法性的层面上把握注意义务,并主张以个人的能力为标准判断是否违反注意义务规范。

㊻参见前注⑭,陈清秀书,第152页、第155-156页。

㊼参见劳东燕:《责任主义与过失犯中的预见可能性》,载《比较法研究》2018年第3期。