

论行政处罚过错推定的司法审查

程 琥

【摘 要】新修订的《行政处罚法》将主观过错纳入行政处罚考量因素,如何正确理解和适用主观过错条款,当前没有统一标准。从行政法治发展阶段和国情出发,我国有必要确立行政处罚二元归责模式,即“无过错责任”与“过错责任”并存,对于当事人故意实施违法行为的情形适用无过错责任,对于当事人过失实施违法行为的情形适用过错责任。并且将行政处罚过错责任确定为过错推定责任,由当事人承担证明其没有主观过错的举证责任。对于当事人主观故意或过失界限不明确或者模糊时,则适用过错推定原则。法院在司法审查中重点审查当事人提供的无主观过错的证据是否确实充分,行政机关对当事人主观过错的判断是否符合法定,并据此依法作出裁判。

【关键词】行政处罚;主观过错;过错推定;司法审查

【作者简介】程琥,北京市第一中级人民法院副院长(北京 100040)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2022.3.3~16

长期以来,主观过错应否作为行政处罚行为的构成要件存有争议,并一度成为争论的热点话题。2021年1月22日,十三届全国人大常委会第二十五次会议通过了修订后的《行政处罚法》,其中第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。”这是主观过错纳入行政处罚考量的一次重要制度创新和突破,也是此次《行政处罚法》修订的一个亮点,是从法律上确立了行政处罚过错推定制度。由于行政执法实践的专业性、复杂性、变动性等特点,如何正确理解和适用行政处罚过错推定制度,是行政法理论界和实务界面临的一个新课题。

一、行政处罚过错推定的基本内涵

一般而言,人的行为是受主观意识控制的,是主观见之客观的活动。评价人的行为,既要考虑人的主观因素,也要观察客观行为,并且只有将二者结合起来,才能全面客观地评价人的行为。人的主观状态,可能是积极的,应受褒扬的;也可能是消极的,应受谴责的。过错是行为人行为时的一种应受谴责的主观心理状态。有过错承担责任,无过错不承担责

任,法律不惩罚主观上没有过错的行为人,这是现代法治的基本价值取向。伴随人类社会的进步,法律责任的归责原则实现了从结果责任向过错责任的转变,并且过错责任逐步取得了统治性地位。究其原因,结果责任导致在任何领域不问行为有无过错都要由其承担责任的做法是人类文明不发达的表现,对行为人也是不公平的,而以过错作为主要的归责原则可以较好地协调“个人自由”与“社会安全”的关系。^①

在我国刑事和民事领域,行为人的主观方面或者过错责任早已明确规定在刑事和民事法律规范中,并且已形成一套相对成熟的过错责任理论和制度体系。相较于刑事和民事领域,行政领域对主观过错的理论研究和实践运用仍显单薄。单从理论上讲,将主观过错纳入行政处罚构成要件有充分的正当性和必要性。由于1996年颁布施行的《行政处罚法》并没有对主观过错作出明确规定,而客观归责原则在行政处罚归责原则中长期占据统治地位,行为人只要客观上实施行政违法行为就需要承担法律责任,无须考量行为人主观上是否有过错。这种状况

与长期以来行政法治建设不够成熟紧密相关,也与行政机关承担的繁重执法任务密不可分。客观归责原则的优点是有助于提高执法效率,降低执法成本,其缺陷也较为突出。由于不考虑行为人的主观因素,采取“一刀切”方式一律承担法律责任,这对于无主观过错的行为人而言委实不公平。行政处罚不单要追求效率,也应当兼顾公平,公平与效率的价值平衡始终是行政处罚追求的目标。因此,将主观过错作为行政处罚考量因素彰显了公平与效率的价值平衡。

新修订的《行政处罚法》把主观过错作为行政处罚行为考量因素,这是行政法治建设的重要进步。从我国行政法治发展的阶段和国情出发,有必要确立行政处罚二元归责模式,即“无过错责任”与“过错责任”并立的行政处罚责任归责体系。其中,对于故意实施违反行政管理秩序的行为,行政处罚适用“无过错责任”,也就是适用客观归责原则,只要当事人客观上实施了违反行政法律规范的行为,无论其有无主观过错,都应当给予行政处罚;对于过失实施违反行政管理秩序的行为,行政处罚适用“过错责任”。并且这里的“过错责任”不是一般意义上的过错责任,而是过错责任原则的特殊形式,即过错推定原则。所谓行政处罚过错推定,是指行政机关根据违法事实推定当事人有过错,当事人有证据足以证明其没有主观过错的,不予行政处罚。尽管过错推定原则是过错责任原则的特殊形式,但与一般意义上的过错责任有较大差别。按一般过错责任要求,谁主张谁举证,行政机关如果对当事人作出行政处罚,就应当证明当事人有主观过错。但主观过错是当事人的一种心理状态,行政机关证明起来比较困难,同时也会降低执法效率,增加执法成本,不利于及时有效地打击行政违法。行政处罚过错推定不是否定过错责任,更不是客观归责,而是在一般过错责任基础上重新分配举证责任,行政机关基于当事人违法事实推定其有主观过错,从而加重当事人的举证责任,减轻行政机关对当事人过错的举证义务。行政处罚过错推定原则既能够弥补行政机关在行政程序中对当事人的主观过错在举证上面临的诸多困难,提高执法效率,又能克服客观归责原则对当事人

过于苛刻的缺陷,符合公平正义的法治精神。

当前在我国行政处罚领域引入二元归责模式具有重要的理论意义和实践价值。首先,行政处罚二元归责模式体现了《行政处罚法》修订的中国特色。党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央坚持和发展中国特色社会主义,将全面依法治国提升到前所未有的高度,我国法治建设步入快车道。如果说1996年颁布实施的《行政处罚法》基本解决了行政处罚有法可依的问题,那么2021年修订的《行政处罚法》则解决了行政处罚科学立法的问题。由于《行政处罚法》制定时受到行政法治状况等诸多条件限制,1996年《行政处罚法》并未明确将主观过错规定为行政处罚行为的构成要件。新修订的《行政处罚法》才真正将主观过错纳入行政处罚考量因素,这标志着行政处罚客观归责原则占统治地位的终结,体现了行政处罚归责标准的重大进步,体现了国家对维护公平正义的决心和保障。其次,行政处罚二元归责模式体现了《行政处罚法》修订的实践要求。中国特色社会主义进入了新时代,我国社会主要矛盾发生了历史性变化,人民美好生活需要日益广泛,不仅对物质文化生活提出了更高要求,而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。我国行政执法已经从《行政处罚法》颁布实施之初的粗放式执法迈入严格规范公正文明执法阶段,这标志着行政处罚归责原则,逐步实现了从最初无差别的客观归责原则向二元归责模式的转变。这体现了我国行政法治的进步和发展,体现了《行政处罚法》不断满足人民对美好生活的需要。确立行政处罚二元归责模式以及行政处罚过错推定原则,反映了党的十八大以来法治国家、法治政府、法治社会一体建设的客观实际和具体成效,并没有过于理想化。最后,行政处罚二元归责模式体现了《行政处罚法》修订的时代发展。主观过错原则是当前世界范围内广泛采用的行政处罚归责原则,特别是德国、奥地利以及我国台湾地区行政处罚立法确立了主观过错归责原则,并且对行政处罚行为构成要件的要求越来越严格。总体看,世界各国行政处罚责任的法定条件与刑事责任条件近乎一致,均持行政处罚责任以主观上存在故意或者过失为必备条件的立场。新修订

的《行政处罚法》显示我国对世界法治文明成果的吸收和借鉴,体现了行政处罚归责原则的与时俱进。

二、行政处罚过错推定的适用条件和基本要求

新修订的《行政处罚法》将主观过错规定为行政处罚的免责事由,打破了客观归责原则一统天下的局面,同时也应当注意到我国行政处罚归责原则尽管向主观过错归责原则迈进了一步,但我国行政处罚过错归责原则,特别是行政处罚过错推定仍有一些问题需要研究。

(一)将民事侵权归责原则引入行政处罚归责体系的法理分析

在我国民事、行政、刑事法律责任体系中,行政处罚归责原则是参考适用刑罚归责原则还是民事责任归责原则,这需要结合具体情况分析,不能一概而论。在刑事、行政、民事法律责任归责中,刑罚归责原则最为严格。行政处罚归责原则如果要参考适用刑罚归责原则,显然对于当事人合法权益保护力度最大,对于行政机关行政处罚权行使规制最严。但面对繁重的执法任务,一旦参考适用刑罚归责原则,完全由行政机关承担举证责任,无形中会让行政机关陷入大量排除合理怀疑的调查取证义务之中,这显然不符合行政处罚高效快捷的现实需要。行政处罚归责原则是在刑罚和民事侵权归责原则之间寻得平衡,既要赋予行政机关举证责任来保护当事人合法权益,又要照顾我国行政法治发展阶段和行政处罚实践,适当向当事人分配举证责任。这就使得行政处罚归责原则必然是在吸收刑罚归责原则基础上,需要重点参考民事侵权责任归责原则。作为民事侵权归责原则的过错责任、过错推定、无过错责任原则,其主要差别在于举证责任分配。在民事侵权责任中,按照谁主张谁举证原则要求,过错责任是南受害人承担举证责任,受害人不能举证证明行为人有过错,行为人不承担侵权责任;过错推定实行举证责任倒置,由行为人承担举证责任,行为人不能举证证明自己没有过错的,应当承担侵权责任;无过错责任则不以行为人的过错为要件,只要其活动或者所管理的人、物损害了他人的民事权益,除非有法定的免责事由,否则行为人就要承担侵权责任。实践中,过错责任原则适用范围最为广泛,过错推定包含在

过错责任原则中。与过错责任相比,无过错责任旨在加重行为人责任,及时救济受害人,促使受害人的损害赔偿请求权更容易实现。因此,无过错责任原则是客观责任,也是严格责任。从客观责任看,无过错责任原则无须考虑行为人主观意识状态,只考虑损害结果和免责事由;从严格责任看,无过错责任原则在承担条件和责任后果上更为严格。法律对无过错责任原则适用范围有严格限定。法律之所以确立无过错责任原则,主要是为了顺应经济社会快速发展的需要。一些对周围环境有高度危险的作业一旦造成他人损害,如果继续坚持过错责任原则,由受害人举证证明行为人有过错,这对受害人而言极为困难,也容易让行为人以种种无过错理由进行抗辩,最终会导致受害人难以及时获得损害赔偿,激化社会矛盾。应当说,无过错责任原则并不是奉行早期结果责任,“无过错责任原则的精髓并不是行为人没有过错也要承担侵权责任,而是在确定行为人是否承担侵权责任时,不管其有无过错,受害一方都不用证明行为人是否有过错。”^②由于过错推定和无过错责任原则均加重了行为人责任,从利益衡平和公平公正的角度出发,法律对其适用范围作出了严格限定。

民事侵权责任归责原则对于审视和确定行政处罚行为归责原则具有重要意义。在行政处罚行为归责体系中,行政违法行为人如同民事侵权责任中的行为人,作为行政管理秩序的维护者和保障者的行政机关如同民事侵权责任中的受害人。从举证责任分配看,行政处罚适用主观过错原则,作为受害方的行政机关在对违法行为人作出行政处罚时,需要举证证明行为人有主观过错。因此,完全由行政机关承担违法行为人具有主观过错的举证责任,尽管可以避免没有主观过错的当事人免受行政处罚制裁,但由于行政管理任务繁重复杂,这无疑会加重行政执法负担,降低执法效率。同时也会因为行政机关举证不能,导致违法行为人逃避行政处罚制裁,不利于及时打击违法行为。应当说,“行政效率是行政权区别于其他公权力的重要特性,尽管行政程序越来越多地引入了公开、公正等法律价值,但毋庸置疑,行政效率仍然是行政权最本质的特征。”^③完全适用主观过错归责原则显然不符合行政执法实际,不利

于行政效率提高,难以取得良好执法效果。行政处罚采用无过错责任(故意)与过错责任(过失)并立的二元归责模式,并且将主观过错限定为过错推定原则,实行举证责任倒置,将原本由行政机关承担的部分举证责任转移给当事人承担,当事人能够举证证明其没有主观过错的,行政机关则不予行政处罚。过错推定原则实现了行政处罚公正与效率的平衡,既是行政法治进步的体现,又是立足行政处罚实践的理性选择。但是,推定违法行为人有过错,是否符合人权保障和公平正义的要求?事实上,这种担忧是不必要的。如果行政处罚一律适用无过错责任原则,不以当事人的主观过错为要件,结果可能会出现执法效率较高、执法公正严重受损的结果。“如果只考虑客观状况而不论行为人的主观状态如何,势必客观归责,处罚程度也就完全与主观错误无关,这是有失公正的。”^④行政处罚二元归责模式兼顾了公正与效率,既能让行政机关集中精力高效率地打击制裁故意违法行为,又能使得那些可以自证清白没有主观过错的当事人免受处罚。

这里有必要重点分析一下把民事侵权责任归责原则引入行政处罚,而不是把刑罚归责原则引入行政处罚的原因。主要是基于以下考虑:一是刑罚是对人自由、财产乃至生命的剥夺,因此刑罚归责最为严格。尽管行政处罚与刑罚在适用中存在程序衔接和轻重递进关系,但行政机关面对繁重复杂的执法任务,如果按照无罪推定和排除合理怀疑的要求承担严苛举证责任,那么大量违法行为将难以得到及时有效的纠正和制裁。而民事侵权责任归责原则,对行政机关举证责任要求相对降低,可以在行政机关和当事人之间合理分配举证责任。二是民事侵权行为纷繁复杂,民事侵权责任归责原则的针对性和实效性更强,能够满足行政处罚多样的责任形态。由于行政违法行为具有多样的形式和复杂的成因,而行政处罚作为应用最为广泛的社会治理手段,现实的经济社会发展情况证明单一的归责原则无法适应现实需要,需要多种归责原则协同发力,形成最符合实际的体系结构。^⑤三是民事法律制度主要是调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的关系,将民事侵权归责原则等民事法律制度引入行政

处罚领域,能够更好地实现对行政机关和行政相对人的平等保护。我国行政处罚制度经过几十年的发展,已经取得了重大进步,现在应当摒弃早期完全的客观归责主义,对有证据证明没有主观过错的当事人不予处罚。新修订的《行政处罚法》已经解决了主观过错入法问题,当前亟须正确理解和适用主观过错归责原则。

(二)行政处罚过错推定的基本条件和要求

新修订的《行政处罚法》第33条第2款规定确立了行政处罚过错推定原则,在理解和适用该条过程中需要注意以下几点:

第一,当事人实施了违反行政管理秩序的行为。《行政处罚法》第2条规定:“行政处罚是指行政机关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。”当事人实施了违反行政管理秩序的行为,是行政机关对其作出行政处罚行为的前提和基础。在法治国家,公民、法人或者其他社会组织应当依法享有权利、履行义务,一旦实施违反行政管理秩序的行为,就可能要承担行政法律责任。同时,当事人实施了违反行政管理秩序的行为,并不必然地会受到行政处罚,这主要是需要进一步考虑当事人是否存在主观过错。行政违法行为包括作为和不作为。多数情况下,当事人都是因实施了积极作为对行政管理秩序造成侵害而承担违法责任,比如生产假冒伪劣产品、偷逃税款等。但是,在有些情况下,当事人不作为也有可能对行政管理秩序造成侵害,比如不履行监督义务发生重大安全事故、没有尽到必要审查核实义务导致不动产被违法登记、没有尽到必要注意义务销售假冒伪劣产品等。当事人不作为违法责任是由于当事人应当履行某种法定的作为义务而未履行该义务而产生的,如果没有法定的作为义务,当事人的不作为并不对行政管理秩序造成侵害。

第二,当事人行为时没有主观过错。主观过错是当事人应受谴责的心理状态,过错分为故意和过失。故意是当事人明知自己的行为会违反行政管理秩序,而希望或者放任该违法行为发生的一种主观心理状态。比如,《治安管理处罚法》第31条规定:“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,未按规定报告的,处五日以下拘留;故意隐瞒不报的,处五日以上十日以下拘留。”过失是当事人应当预见自己的行为会违反行政管理秩序,因疏忽大意或者过于自信而导致违法行为发生的一种心理状态。比如,《消防法》第64条规定:“违反本法规定,有下列行为之一,尚不构成犯罪的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;情节较轻的,处警告或者五百元以下罚款:……(二)过失引起火灾的……”作为主观过错的两种形态,故意和过失存在着明显差别,故意表现为当事人对违反行政管理秩序行为的积极追求、消极放任心态,而过失表现为当事人对违法行为不希望、不追求、不放任的心态。故意是一种典型的应当受到行政处罚制裁的心理状态,但它必须通过一定的行为表现出来。比如,《治安管理处罚法》第31条规定,对于爆炸性、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,应当按规定报告。如果当事人故意隐瞒不报,这一行为本身表明当事人具有故意的心理状态,行政机关无须就当事人是否具有主观故意承担举证责任。虽然故意属于当事人主观过错的一种类型,但故意主观恶性大,按照无过错责任进行追责。对于过失的心理状态,尽管判断起来较为困难,但目前判断标准趋于客观化,主要看当事人是否尽到了必要注意义务。必要注意义务,是法律法规明确规定的当事人应当履行的义务。比如,《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,但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品;造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。”从该条规定看,作为食品经营者销售不符合食品安全标准的食品,其主观上是否存在过失,主要看其是否履行了法律规定的进货查验等义务,是否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。判断当事人是否尽到了必要注意义务,应当考虑其年龄、智力和生理状况等因素进行综合判断。

第三,当事人对其没有主观过错承担举证责

任。举证责任是当事人应当对自己提出的主张提供证据加以证明,当待证事实真伪不明时由依法负有举证责任的人承担不利的法律后果。作为行政处罚的相对人,需要对其没有实施违反行政管理秩序行为的主观过错承担举证责任。在行政处罚过程中,如果按照一般过错责任归责原则的要求,通常由行政机关对行政相对人实施违法行为具有主观过错承担举证责任,行政机关不能举证证明行政相对人具有主观过错的,就要承担不利法律后果,对行政相对人不得处罚;如果适用过错推定原则,推定行政相对人有过错,并由行政相对人对其没有主观过错承担举证责任,行政相对人不能举证证明其没有过错的,则承担行政法律责任。并且,行政相对人的举证要确实充分,足以证明其没有主观过错。如果行政机关提供证据的证明效力高于行政相对人提供证据的证明效力,能够推翻行政相对人提供证据证明的事项,行政相对人应当承担举证不能的法律后果。

第四,对当事人不予行政处罚。新修订的《行政处罚法》对没有主观过错的当事人,规定不予行政处罚。《行政处罚法》第33条第2款规定的不予行政处罚,与该法其他条款规定的“可以不予行政处罚”“可以从轻或者减轻行政处罚”“应当从轻或者减轻行政处罚”显然不同。首先,这里的不予行政处罚是羁束性权力,而不是裁量性权力,行政处罚机关不能对该项权力进行裁量,不是可以处罚或者可以不处罚,而是一律不处罚,行政处罚机关没有裁量余地 and 空间。其次,这里的不予行政处罚从根本上来讲就是不处罚,而不是从轻或者减轻处罚。在此次全国人大常委会修订《行政处罚法》之前,有的地方性法规或者行政规章曾规定当事人没有主观过错的,可以从轻或者减轻处罚,这是对主观过错在当时法律规定框架下所进行的探索。随着新修订的《行政处罚法》实施,其他法规规章对此有不同规定的,都应当以新修订的《行政处罚法》规定为准。再次,这里的不予行政处罚不是免于处罚。不予处罚与免于处罚在性质上完全不同,不予处罚从性质上认为该种行为本身不属于违法行为,故不予处罚;免于处罚从性质上认为该种行为本身属于违法行为,但是从处罚结果上则免除处罚。最后,这里的不予行政处罚并不免

除当事人应当承担的民事责任或者刑事责任。《行政处罚法》第8条规定:“公民、法人或者其他组织因违法行为受到行政处罚,其违法行为对他人造成损害的,应当依法承担民事责任。违法行为构成犯罪的,应当依法追究刑事责任的,不得以行政处罚代替刑事处罚。”因此,对于没有主观过错的当事人不予行政处罚,其应当承担的民事责任仍然需要履行,不能因为对其不予行政处罚,而当然地免除其应当承担的民事责任。

第五,法律、行政法规另有规定的,从其规定。这里需要结合几种情况进行分析:一是法律、行政法规对主观过错没有作出规定的情形。在新修订的《行政处罚法》之前,我国多数法律、行政法规并没有对主观过错作出规定,新修订的《行政处罚法》实施后,是否需要按照新法优于旧法、新规定优于旧规定的原则要求,认为即便在法律、行政法规对主观过错未作规定情况下,仍然可以适用过错推定,只要当事人举证证明其没有主观过错的,则不予行政处罚。应当说,这需要结合法律、行政法规的具体规定来进行判断。如果法律、行政法规内含有主观过错的立法精神,但只是未在条文上规定下来,则可以适用过错推定;如果法律、行政法规未作规定主要是为了设定无过错责任原则,这种情况下则不适用过错推定。这里需要强调的是,由于我国法律、行政法规大多未对主观过错、过错推定作出规定,在行政处罚实践中不能就此采取消极不适用的态度,而应当分清情况予以区别适用,否则就会导致该款规定的立法目标落空。二是法律、行政法规规定过错责任原则,要求行政机关对当事人实施违法行为具有主观过错承担举证责任,这实际上加重了行政机关的举证责任,因此要从其规定。三是法律、行政法规规定了过错推定,但是在行政处罚责任则规定“从轻或者减轻处罚的”,则从其规定。四是可以阻却过错推定适用的是法律、行政法规有其他规定,行政法规以下的部门规章、地方性法规、地方政府规章等都不具有阻却过错推定适用的效力。

三、司法实践中对行政处罚过错推定的理解和适用

结合新修订的《行政处罚法》第33条第2款规

定,以及人民法院审理行政处罚主观过错案件裁判思路,从审判实践看,行政处罚主观过错案件可以从以下方面进行审查。

(一)审查当事人是否具有注意义务

注意义务在行政违法过失理论研究中具有重要作用。注意义务是指行政相对人在实施违反行政管理秩序的行为时,对行为可能导致的危害结果应当预见或应当避免的义务。行政违法过失是指当事人应当预见自己的行为可能发生违反行政管理秩序的结果,却因疏忽大意而没有预见,或者已经预见却轻信能够避免的心理态度,由此可以把行政违法过失区分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。注意义务作为一种法律上的义务,是确定行政处罚主观过错责任的重要依据。当事人有注意义务并且有能力预见违反行政管理秩序行为发生,那么就应当予以注意,以避免危害结果发生。否则,如果没有履行注意义务导致危害结果发生的,应当承担行政法律责任。注意义务主要见之于民法、刑法理论研究和实务中,在行政法理论和实践中则较为薄弱。随着新修订的《行政处罚法》实施,加强对行政法上注意义务的理论研究和实践运用,对于准确适用行政处罚主观过错意义重大。当前关于注意义务的根据,在法学界见解不一,争议较大,有二分说、三分说、四分说,甚至五分说之区别,但是多属排列组合的不同,就实质和内容来看,并无多大差别。^⑥行政法上的注意义务主要包括法律法规规定、行政协议约定、行政授权委托等产生的注意义务。

法律法规规定的注意义务是法律法规明确规定行政相对人在生活、生产经营活动中应当履行的义务。就法定义务而言,法律法规对此规定往往较为明确具体,便于理解和适用。比如,对于承租人某仓储有限公司实施的储存危险化学品的违法行为,作为出租人在房屋出租安全行政处罚案件中应否承担行政处罚责任,应当首先明确房屋出租者承担维护安全的注意义务。对于房屋出租者来讲,《安全生产法》第46条第1款规定:“生产经营单位不得将生产经营项目、场所、设备发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人。”房屋出租者承担的注意义务是不得将生产经营项目、场所、设备

发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人。房屋出租者在出租房屋时有义务审查承租人是否具备安全生产条件或者相应资质。再如,作为酒水商店营业者销售假冒白酒行为,应否承担食品经营行政处罚责任,应当首先明确食品经营者承担的注意义务。对于食品经营者来讲,《产品质量法》第33条规定:“销售者应当建立并执行进货检查验收制度,验明产品合格证明和其他标识。”食品经营者有义务建立并执行进货检查验收制度,验明产品合格证明和其他标识。法定义务是行政相对人承担注意义务的重要根据。

行政协议约定的注意义务是行政机关与行政相对人之间签订的行政协议所约定的义务。就约定义务来讲,主要是行政协议对行政机关和行政相对人之间权利和义务的约定。2014年修订的《行政诉讼法》把行政协议作为一种行政案件类型规定在行政诉讼受案范围之内。行政协议约定义务,无论对于行政机关还是行政相对人均具有约束力。如果行政相对人不履行约定义务,行政机关必要时可以行使行政优益权,对行政相对人作出行政处罚。尽管当行政机关以相对人违反行政协议约定的注意义务而对其作出行政处罚时,行政机关必须有法律、法规、规章的明确依据,不得违反处罚法定原则。

行政授权、委托所产生的注意义务是基于行政机关授权或者委托所形成的义务。行政授权与行政委托是行政职权行使的两种方式。基于行政授权行为所产生的注意义务,是法律、法规、规章直接将某些行政职能及行政权授予行政机关内设机构、派出机构或者其他组织行使,被授权组织具有在法定授权范围内实施行政行为的义务。基于行政委托所产生的注意义务,是行政机关依法将部分行政权委托给行政机关内设机构、派出机构或者其他组织行使,被委托组织有按照行政委托协议实施行政行为的义务。

(二)审查当事人是否违反注意义务

注意义务是公民、法人或者其他组织在生产生活过程中应当采取合理必要的注意而避免违反行政管理秩序的义务。在判定当事人主观过错时,注意义务是对当事人有无过失的判定依据。当事人主观

上有过失,没有尽到必要注意义务,就应当对其过失承担法律责任。在行政处罚案件中,当事人是否尽到必要注意义务,是当事人应否承担行政法律责任的重要条件。实践中,法院重点从以下方面审查当事人是否违反注意义务。

第一,当事人负有举证责任。新修订的《行政处罚法》第33条第2款规定将“没有主观过错”的举证责任分配给了当事人,当事人应当就其尽到了必要注意义务,没有主观过错向行政机关提供证据加以证明。如果当事人不能向行政机关提供证据证明其尽到必要注意义务,以此证明其没有主观过错,那么就应当承担不利法律后果。比如,在蔡某某与盘山县市场监督管理局工商行政处罚争议一案中,一审法院认为,蔡某某作为经营者,应当对购进的酒水是否涉嫌侵权有较高的鉴别能力,并履行相应注意义务。在案件查处过程中,蔡某某未能提供证明“老村长”牌白酒合法来源和真实信息的证据,来证明自己销售的“老村长”白酒没有侵犯注册商标专用权,故其称不知道侵犯他人商标权,有违常理。^①

第二,行政机关应当履行调查取证职责。《行政处罚法》第40条规定:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,依法应当给予行政处罚的,行政机关必须查明事实;违法事实不清、证据不足的,不得给予行政处罚。”因此,尽管当事人对其是否有主观过错负举证责任,并不能就此免除行政机关的调查取证义务。行政机关在执法中应当全面调查收集证据,注意收集证明当事人主观因素的证据,包括收集能够证明当事人实施违法行为的证据,证明违法情节轻重以及当事人违法行为存在从轻减轻处罚、免予处罚或者不予处罚等情形的证据。行政机关只有注意收集证明当事人主观因素的证据,才能使案件定性更加准确,避免在后续的司法审查程序中处于被动。行政机关必要时应当通知当事人限期提供证据,并且有义务提醒当事人举证。为了防止当事人在诉讼程序中实施“证据偷袭”,《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第59条规定:“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据,原告依法应当提供而拒不提供,在诉讼程序中提供的证据,人民法院一般不予采纳。”对于当事人在

行政程序中主张其没有主观过错的,应当由其向行政机关主动提供证据,或者由行政机关依照法定程序要求当事人提供证据,当事人在行政程序中应当提供而拒不提供的,由其对举证不力承担不利后果。同时,当事人在行政程序中应当积极配合行政机关调查取证。

第三,行政机关应当判断当事人提供的证据是否达到“足以证明”的程度。所谓“足以证明”是当事人向行政机关提供的证据能够达到认定当事人具有主观过错的事实所需要的证明标准。判断当事人是否具有主观过错的事实是否存在,需要一系列的证据加以证明。“足以证明”主要表现在以下几个方面:一是构成事实存在的要件齐全。判断当事人具有主观过错需要若干事实同时具备才成立时,这些事实要件都具备。比如,判断食品销售者是否尽到必要注意义务,主要看法律规定的建立并执行进货检查验收制度,验明产品合格证明和其他标识的义务是否都尽到了。二是据以认定主观过错的事实有相应的证据证明和支持。综合行政机关调查取证和当事人举证证据,能够形成完整证据链,据以判断当事人是否尽到必要注意义务,是否具有主观过错。如果全案证据能够证明当事人尽到必要注意义务,那么可以据此判断当事人没有主观过错。否则,行政机关可以判断当事人没有尽到必要注意义务,其主观上存在过错。比如,在三明市某化工运输有限公司诉古田县安全生产监督管理局行政处罚上诉案中,作为运输企业的三明市某化工运输有限公司对于从业人员发生交通事故是否尽到必要监督注意义务,二审法院认为,本案上诉人不能提供田某某岗前安全培训已到达24小时且能够详细、准确记录培训的时间、内容、参加人员以及考核结果的档案。且另一受伤驾驶员凌某某笔录亦陈述“其未到过公司,没有收到过公司有关安全生产教育培训方面的宣传内容,且田某某亦没有接受过公司安全教育培训。”故被上诉人认定上诉人对从业人员安全生产教育不到位,对事故负有责任,事实清楚。上诉人提供的证据仅能证明其对田某某进行了简单的考试,该证据并不能推翻被上诉人所作认定。^⑧在蔡某某与盘山县市场监督管理局工商行政处罚上诉案中,二审法院

认为,蔡某某未能出示涉案食品的合格证明、采购票据等证明食品来源合法及食品合格的证据,其未能尽到销售者的审查义务,其对自己无主观故意的辩解,不足以证明其不知该食品为假冒商标产品的事实。盘山县市场监督管理局结合案件实际情况,对蔡某某作出的处罚决定正确,处罚适当。^⑨

(三)裁判思路和裁判方式

法院在审理行政处罚案件中,需要对行政处罚决定的合法性进行审查,并对当事人是否举证、是否尽到必要注意义务、是否具有主观过错进行判断,并依法作出裁判。

1. 司法实践中对主观过错的态度

在司法实践中,尽管一些法院对于行政处罚主观过错的裁判标准存有差异,总体上却反映了主观过错引入司法审查考量因素,逐步纳入行政处罚归责原则的过程,这从一个侧面反映出新修订的《行政处罚法》确立主观过错归责原则的必要性和可行性。

第一,行政机关和一、二审法院均不认可当事人提出的没有主观过错主张。比如,在某物流有限公司诉即墨市交通运输局、即墨市人民政府行政处罚及行政复议决定一案中,针对某物流有限公司提出的没有违法运输爆炸装置的主观故意不应受到行政处罚的诉讼主张,一审法院认为,在司法实务和理论界,对行政处罚的归责原则主要分为客观归责原则和主观过错归责原则,结合本案实际,原告违法托运爆炸装置的行为无论适用哪种归责原则,均应受到处罚。如果以没有主观故意就不应处罚,则难以达到教育、引导公众的社会效果。遂判决驳回原告某物流有限公司要求撤销被告即墨市交通运输局作出的《行政处罚决定书》和被告即墨市人民政府作出的《行政复议决定书》的诉讼请求。^⑩某物流有限公司不服一审判决提起上诉,二审法院审理认为,上诉人核定的经营范围为普通货物运输,有义务对托运货物性质是否属于《道路运输经营许可证》核定的经营范围进行审核,对不符合规定的货物,应拒绝运输。上诉人未尽必要审核义务,承运自制爆炸物,无论其是否存在主观故意,均不影响其超越核定经营范围违法承运危险物品的事实认定,其作为违法行为主体,理应成为行政处罚的对象。遂判决驳回上诉,维

持原判决。^⑪在贵州某农产品有限公司诉贵阳市市场监督管理局工商行政管理行政处罚一案中,针对贵州某农产品有限公司提出的其作为经营者,尽到了经营者的查验义务,主观上没有过错,不应当处罚的诉讼主张,一审法院认为,从原告提交的《蔬菜水果农药残留监测结果告知书》来看,不能确认检测单位“武鸣区检测站”是否具备相应的鉴定资质,而《武鸣区农业局监测站监测结果报告》上亦未加盖鉴定单位的印章。原告作为贵州省范围内具有一定影响力的水果经销商,并未尽到相应的查验义务,故对原告的该主张,法院不予采纳。遂判决驳回原告诉讼请求。^⑫贵州某农产品有限公司不服一审判决提起上诉,二审法院认为,关于上诉人提出的该公司不是“茂谷柑”农药残留的实施者,且已经履行了进货查验的义务,没有主观过错,不是行政处罚对象的意见。上诉人作为本次案涉“茂谷柑”的经营者,在该产品的销售环节当然应当对其产品质量安全负责,该批“茂谷柑”被确定为不合格食用农产品,上诉人依法应当承担法律责任,即销售不合格产品不以主观故意要件,有违法事实即应承担法律责任,故上诉人认为自己不是行政处罚对象的意见亦不予采纳。遂判决驳回上诉,维持原判。^⑬在上述两个案例中,作为当事人的某物流公司和某农产品公司均认为已经尽到必要的审核查验义务,没有主观过错,不应被处罚。而行政机关以及一、二审法院均不认可当事人提出的其没有主观过错主张,一、二审法院均支持行政机关作出的处罚决定,判决驳回原告诉讼请求。由此可以推测,在新修订的《行政处罚法》实施之前,实践中有大量类似的行政处罚案件,由于行政机关和法院不认可当事人提出的其没有主观过错的主张,而被处以行政处罚。

第二,行政机关和一审法院不认可当事人提出的没有主观过错主张,二审法院认可其主张。比如,在袁某某诉佛山市南海区应急管理局安全生产行政处罚一案中,针对袁某某提出的其将涉案仓库出租给某仓储有限公司是作正常的普通仓储用途,其作为出租方没有过错,南海应急局对其进行处罚适用法律错误的诉讼主张,一审法院认为,某仓储有限公司虽然是一家有普通货物仓储资质的公司,

但本案中某仓储有限公司将危险化学品存放到仓库并且长达10日之久,如非南海应急局突然检查,或许存放的时间更长,袁某某作为该仓库的出租者,应对某仓储有限公司在其承租过程中的租用行为负有管理监督的义务。在某仓储有限公司存放上述危险物品的期间,即使袁某某没有主观故意,其客观上已经违反了《安全生产法》第46条第1款的上述规定,其违法行为的事实是客观存在的,不因袁某某与某仓储有限公司签订的合同约定“不得存放违禁品”而免除,也不因袁某某没有主观故意而免除。遂判决驳回袁某某的诉讼请求。^⑭袁某某不服一审判决提起上诉,二审法院经审理认为,上诉人向某仓储有限公司出租的是普通仓库,而某仓储有限公司是具备货物仓储(不含危险化学品)即储存普通货物经营资质的,且上诉人在租赁合同中明确约定“不得贮存任何违禁品、易燃品、爆炸品等物”。虽然“出租场所给不具备安全生产条件或者相应资质的个人或单位储存危险化学品”和“承租人在不具备安全生产条件或者相应资质的情形下在仓库里储存危险化学品”两种情形在客观上均违反了《安全生产法》第46条第1款的规定,但出租人的主观过错和客观行为的内容不同,其法律责任也就不一样,不可混淆。某仓储有限公司在租赁涉案仓库的过程中,超出其经营资质范围存储危险化学品的事实客观存在,但是依据该事实推断得出上诉人将涉案仓库出租给某仓储有限公司违规储存危险化学品的结论,属于结果归责,不符合该条款中违法行为构成的认定逻辑。因此,被上诉人认定上诉人违反《安全生产法》第46条第1款的规定并根据第100条第1款的规定作出涉案行政处罚,存在适用法律不当。遂判决如下:一、撤销佛山市顺德区人民法院作出的行政判决;二、撤销佛山市南海区应急管理局作出的行政处罚决定。这起案件涉及房屋出租人安全保障注意义务的理解和适用,焦点问题是主观过错的适用。作为房屋出租人袁某某将没有安全隐患的房屋交付给承租人某仓储有限公司后,事实上就暂时失去对房屋的实际控制,也难以履行监管责任。房屋出租人已经按照《安全生产法》的要求,尽到了合理注意义务,某仓储有限

公司在承租房屋储存危险化学品物品,责任在承租人某仓储有限公司,而不在出租人袁某某,袁某某对某仓储有限公司储存违法化学品的行为不存在主观过错。二审法院改判确立了主观过错在行政处罚中予以考量标准,维护了社会公平正义。

第三,行政机关和一、二审法院均认可当事人提出的无主观过错主张。比如,在樊某诉成都市青羊区市场和监督管理局投诉举报一案中,针对樊某投诉举报某购物广场销售的5L装“恒大兴安芥花籽橄榄油食用调和油”的标签标识违反《食品安全法》相关规定的主张,一审法院认为,认定行政违法并给予行政处罚应以行为人存在主观过错为前提。本案中,认定作为涉案商品经销者的某购物广场是否存在行政违法,也应该考虑其销售过程中是否存在主观过错,结合本案案情即应考虑某购物广场是否对所售商品标签标识尽到了其应有的审查和注意义务。鉴于判断本案标签标识是否存在违法存在一定难度,某购物广场作为销售者已尽到了进货查验义务和对标签标识应有的审查注意义务,并不存在行政违法。遂判决驳回樊某的诉讼请求。^⑤樊某不服一审判决提起上诉,二审法院经审理认为,被上诉人受理上诉人举报投诉后,到某购物广场处进行了现场检查,调取并查验了某购物广场的相关证照,某购物广场制作的涉案产品进货台账,某购物广场留存的涉案产品生产商、出品商、供货商的相关证照及涉案产品的出厂检验报告等,认定某购物广场尽到了《食品安全法》第53条规定的进货查验义务,该事实认定清楚,证据充分。被上诉人根据其调取的证据和查明的事实,依据《食品安全法》和《食品安全国家标准预包装食品标签通则》(GB7718-2011)的相关规定,认定某购物广场不存在违法行为,并作出《投诉举报受理结果反馈书》与《投诉举报受理结果反馈书补正件》正确。遂判决驳回上诉,维持原判。^⑥本案中,某购物广场向成都市青羊区市场和监督管理局提供证据,证明其对销售的涉案商品履行了进货查验义务和对标签标识应有的审查注意义务,对销售涉案商品不存在主观过错,故当地市场监管部门和一、二审法院均支持其对销售涉案商品没有主观过错的诉讼主张。

2. 对行政处罚过错推定司法审查标准的理解和把握

根据新修订的《行政处罚法》第33条第2款规定,并结合近年来司法实践,可以从以下方面适用行政处罚过错推定原则。

其一,构建行政处罚二元归责体系的司法审查模式。对于当事人故意违法的适用无过错责任,对于当事人过失违法的适用过错责任。对于法律法规明确规定当事人故意实施违法行为的情形,在作出行政处罚时适用无过错责任,即客观归责原则,只要当事人行为客观上违反行政管理秩序,从提高行政执法效率的角度出发,行政机关无须主动证明当事人是否有主观故意,就可以对其实施行政处罚。对于法律法规规定当事人过失实施违法行为的情形,在作出行政处罚时适用过错责任,即过错推定原则,只要当事人有证据足以证明其主观上没有过错,那么对其不予行政处罚。对于当事人提出其无主观故意,情节显著轻微,不应给予行政处罚的主张,行政机关应当要求当事人提供证据加以证明。当事人能够证明其没有主观过错的,行政机关不予行政处罚。鉴于我国一些法律法规对当事人主观状态没有规定或者规定不明确,通常很少在责任条款中直接使用“故意”或者“过失”,对此应结合法律法规相关规定,可以适用行政处罚过错推定原则,而不是适用无过错责任原则。

其二,审查过错推定的证据是否确实充分。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第53条规定:“人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据。”法院在审理行政处罚案件时,应当对全案证据进行审查。在行政诉讼中,被告行政机关应当对作出行政处罚决定的合法性承担举证责任。同时,当事人主张其没有主观过错的,应当提供充分证据加以证明,行政机关也应当注意调查取证,主动收集相关证据。当事人在行政程序中主张其没有主观过错并提供证据加以证明,行政机关在行政程序中却没有收集相关证据,在诉讼中当事人提出没有主观过错的诉讼主张,行政机关未能履行举证责任的,那么应当由行政机关承担败诉风险。同时,在行政处罚案件中证明被处罚人存在违

法事实的证明责任在行政机关,但当事人的自认同样也是行政程序中的重要证据形式。在行政机关已经充分保障当事人的程序权利,依法履行告知义务,充分听取当事人的陈述和申辩,且无其他相反证据能够推翻的情况下,当事人的自认可以作为认定案件事实的依据。而在行政程序之后,当事人再行推翻自认事实,则需要提供充分的相反证据,否则将对行政法律秩序的安定性造成损害。从查明案件事实和保障当事人程序权利的角度出发,针对行政机关对当事人具有主观过错的推定,应当允许当事人提出反证,证明其没有主观过错从而免责。行政机关在行政程序中通知当事人提交证据,当事人在行政程序中不提交,在诉讼程序中提交证据的,法院一般不予接纳。

其三,审查行政机关对当事人主观过错推断是否合法适当。行政机关在行政程序中应当对当事人提供的无主观过错证据和自行调查取证的证据进行逐一审查并对全部证据综合审查,遵循行政规律和职业道德,运用逻辑推理和生活经验,全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。法院在审查行政机关行政判断的合法性和适当性时,主要是结合证据进行分析判断。法院在审查判断行政机关行政判断合法性和适当性时,主要从以下方面进行:一是审查当事人是否实施违反行政管理秩序的行为,比如行政机关在执法中发现当事人销售侵犯商标权的商品、承租人利用出租房屋实施违法行为、商户销售质量不合格商品、物流公司托运违禁品等违法行为,这些违法行为的发生是探讨当事人是否有主观过错的前提条件。二是审查当事人是否具有必要注意义务,当事人的必要注意义务主要是基于法律、法规、规章规定或行政协议约定,行政授权、委托等形成的。三是审查当事人是否违反必要注意义务,当事人违反必要注意义务,自然具有主观过错,应当承当行政处罚责任。法院经审查后,如果认为行政处罚决定,对包括当事人主观过错判断在内的认定事实清楚,证据确实充分,适用法律正确,程序合法,可以判决驳回原告诉讼请求。

反之,则判决撤销行政处罚决定或者确认行政处罚决定违法或无效。

本文是中国法学会行政法学研究会2021年年会交流发论文,其间南京信息工程大学杨解君教授、中国政法大学比较法学研究院院长解志勇教授、中国政法大学法治政府研究院刘艺教授、合肥工业大学文法学院霍敬裕副教授提出很好的意见建议,在此一并致谢。

注释:

①黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第4页。

②黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第10页。

③方军:《论构成应受行政处罚行为的主观要件》,载《中国法律评论》2020年第5期,第7页。

④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,第39页。

⑤参见姬亚平、申泽宇:《行政处罚归责中的主观要件研究——兼谈〈行政处罚法〉的修改》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2020年第3期,第75页。

⑥参见周光清:《注意义务的根据探析》,载《江西科技师范学院学报》2004年第4期,第48-50页。

⑦参见辽宁省盘山县人民法院[2019]辽1122行初字第17号行政判决书。

⑧参见福建省宁德市中级人民法院[2019]闽09行终字第9号行政判决书。

⑨参见辽宁省盘锦市中级人民法院[2019]辽11行终字第231号行政判决书。

⑩参见山东省即墨市人民法院[2017]鲁0282行初字第24号行政判决书。

⑪参见山东省青岛市中级人民法院[2018]鲁02行终字第149号行政判决书。

⑫参见贵州省贵阳市白云区人民法院[2019]黔0113行初字第26号行政判决书。

⑬参见贵州省贵阳市中级人民法院[2019]黔01行终字第250号行政判决书。

⑭参见广东省佛山市顺德区人民法院[2019]粤0606行初字第111号行政判决书。

⑮参见四川省成都市青羊区人民法院[2017]川0105行初字第49号行政判决书。

⑯参见四川省成都市中级人民法院[2017]川01行终字第1143号行政判决书。