

论行政处罚主观过错归责的认定

王 鹏* 吴 凤*

(泰州律师事务所专职律师 江苏 致邦 225300 江苏省泰州市海陵区人才发展中心)

摘要：2021年新修订的《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。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”此条款虽未直接表明，但隐含着主观过错其实就是我国行政处罚的构成要件，即我国主观过错归责系行政处罚归责原则。从行政处罚的实务出发，将不可避免地需要讨论主观过错归责认定的问题。在认定主观过错时可以考虑公平正义和行政效率以及域外做法，采取普遍过错推定，但应根据过错程度的不同，实行部分举证责任的倒置，由行政机关承担故意部分的举证责任，由行政相对人承担过失部分的举证责任。

关键词：行政处罚；主观过错；过错程度；过错推定

2021年新修订的《行政处罚法》新增主观过错原则，在行政处罚立法方面提出了对主观过错的考量因素，虽然没有直接说明行政处罚的构成要件是主观过错，但也并非是将其作为裁量因素。实际上，关于主观过错的新修条款暗含着主观过错是行政机关进行行政处罚的构成要件。如果行政处罚必须具备主观过错，那么关于主观过错归责认定的问题就无法回避，必须要进行研究。

行政处罚的归责原则，主要包括客观归责、主观归责、过错推定三类原则。客观归责原则认为，只要行为人的行为使得客观损害结果发生，就要承担行政责任。例如，商店的商品存在过期销售的问题，而店主对此并不知情，行政执法机关依旧会对其进行行政处罚。该观点认为，行为人的主观过错因素已经包含在行为的违法性上，不用再单独对主观方面进行考虑。³主观归责原则与客观归责原则相反，该观点认为行政处罚若不考虑主观过错，处罚就没有意义，此原则若应用于上述案例，则会出现截然相反的结论。⁴过错推定原则多应用于我国侵权法领域，此观点并不以客观结果的发生作为处罚的构成要件，若行为人能够举证证明自己的行为对损害结果没有过错就可以免除责任。过错推定原则与主观过错责任原则并不冲突，反而隶属于主观过错原则，是适用主观过错原则的一种方法。两者的区别只是举证责任是否倒置。⁵根据现代法治和人权保障的发展趋势，主观过错应是行政处罚必不可少的主观要件，我国的行政处罚归责原则应适用主观过错责任原则。

行政处罚法增加主观过错的规定，肯定了主观过错对行政处罚的重要性，可将其视为行政处罚的构成要件，这符合国际发展趋势，也有利于行政执法机关在实践操作中公正执法。在主观过错归责原则下实行过错推定，主要由行政相对人来承担举证责任，不仅能够兼顾公平正义，而且也符合行政处罚的特性，同时这也是域外的普遍做法。讨论研究行政处罚中主观过错归责具体认定，有助于行政执法机关对违法的认定，法院在司法审判中对行政行为合法性的审查，最终有利于行政处罚实践的规范和我国行政处罚制度的完善。笔者将从新修条款增设主观过错的意义与主观过错归责的理论基础来肯定行政处罚适用主观过错归责原则的做法，并通过结合主观过错中的过错程度来重点分析主观过错归责的认定问题。

一、《行政处罚法》新增主观过错归责原则的意义

行政处罚主观过错归责一直以来是大多数学者所支持的观点，行政处罚案件中考虑行为人的主观过错符合行政处罚法惩罚与教育相结合的立法目的。此次修订将主观过错作为行政处罚的构成要件能够化解长久以来积累的对主观过错的争议，以此来提高执法的明确性和公正性并且对我国的人权保障相关理论的发展具有重要意义。

（一）人权保障

许多不建议行政处罚考虑当事人主观过错因素的学者认为，与刑法相比，行政处罚对当事人的影响要比刑事处罚要小，且行政法和民法才是生活的常态，为了维护行政秩序和兼顾行政效率，对当事人的主观过错可以不予考虑。例如，马德怀教授认为，行政处罚的构成要件，不应当过多强调主观方面。⁶但是，在行政法治中应当匹配各类制度设计来体现对公民权益的保护和对公平正义的追求，这符合我国宪法对人权保障的要求。现行立法将行政机关行使行政权力时需要将主观过错纳入考量范围，其效果可以减少行政处罚的范围，有利于保护公民的合法权益。

（二）公正执法

1996年颁布的《行政处罚法》主要着力于解决的是乱处罚和行政处罚程序不完备的问题。鉴于当年执法资源有限，程序意识淡薄，无法完成对被处罚人主观过错的认定，当时的立法更加强调对行政秩序的维护，从而顾及不上对个案公平正义的实现。随着世界法治文明的进步，法治文明越来越强调公正，世界上许多国家和地区开始重视主观方面，将主观过错纳入行政处罚法，不可避免地需要考量行政相对人的主观过错，考虑如何归责及认定，这就需要行政机关制定完备的程序来使得行政处罚更加合理。

（三）推动理论发展

相比刑法和民法领域，行政管理领域的法典化进程还任重道远，其背后深层次的原因是行政法理论研究还有待进一步升级发展。过去的《行政处罚法》正因为没有明确对主观过错予以规定，所以理论和实务界的相关讨论一直延续到今天。《行政处罚法》此次修订虽然没有直接、彻底的将主观过错作为行政违法行为的主观要件，但也没有完全回避这一问题，相比较于之前没有对主观过错做出规定已是巨大进步，很好地平衡了修法进步与现实争议的关系。如果未来能够立法明确行政处罚的构成要件包括主观过错，必然会减少不必要的分歧，通过统一理论共识来促进理论的发展。

二、主观过错归责原则理论基础

归责原则是一种给予处罚的标准和判定原则，其中主观归责原则，又之称为主观过错责任原则，行政处罚要求考虑行为人的主观恶性。如果行为人只是客观行为违法而主观上并无过错，行政机关就不能对其施加行政处罚。违法行为人在行政处罚适用中因何承担责任的理论基础和来源，主要包括有责性原则、价值平衡理论、主客观相统一原则。

（一）有责性原则

从法律哲学的层面来说，被制裁的行为具有可责性是任何一项公正、理性的制裁制度的基础。²在适用行政处罚时，有责性原则是

不容忽视的重要原则。行政处罚的目的在于惩罚违反了行政法律法规的人,引导行为人实施符合法律的行为。在现代社会文明中,要尊重个人的意志,判断意志是否有可谴责性。法律不惩罚没有意志主导的行为,我们要惩罚某一行为,就说明这种行为具有可指责之处。可责性是行政处罚的前提,主观过错是可责性的基础。没有意识的行为人不应承担责任的,如果处罚没有过错的行为人,就无法达成行政处罚目的。⁸

(二) 价值平衡理论

法律的颁布是为了追求一定的价值,其中包含许多价值联系,这些价值联系之间可能会发生一些矛盾,这就需要价值联系之间的平衡。行政处罚法的价值平衡是要实现行政机关的行政权力与相对人的权利之间的平衡。因为行政处罚法一方面不仅要维护稳定的社会秩序,另一方面,也要去保护社会个体所拥有权利和自由,所以在实施行政处罚中,应在保持个案公正的情况下寻求效率,也要在社会秩序中追求个人权益。⁹增加行为人主观过错的认定要件,虽在一定程度上加大了实施行政处罚的难度,降低了一定的行政效率,但对于行政处罚的社会实施效果而言,却有促进公正的作用。¹⁰化解“社会秩序”与“个人自由”两种价值的矛盾,在行政机关完全不问主观状态与一味保障公民的自由中寻找最佳平衡点,不得不考虑的是行为人的主观状态。

(三) 主客观相统一原则

主客观相统一属于存在论范畴,成立犯罪要求需要同时存在客观要素与主观要素,才可以承担刑事责任。¹¹在刑法领域内是不容许依据纯粹的客观行为来定罪判刑的,此原则可以移植于行政处罚法之中,对于行政处罚同样也不能只以损害结果或行为人的行为来归责,如果只看客观不看主观,或者只是简单认为主观的过错隐含在客观的违法行为上,则无异于陷入客观归责的漩涡之中。公民的合法权利和自由不可侵犯和剥夺,借鉴刑法上的主客观相统一原则更加有助于减少行政处罚范围,保护公民权益,同时缩减行政机关自由裁量权的范围,不再需要根据“需要”认定违法行为。

三、主观过错归责中对过错程度的认定

主观过错中过错程度的认定对主观过错归责的认定具有直接作用。关于主观过错程度,大多数学者关注在其处罚的裁量角度,即处罚的轻重问题,但本文对于主观过错归责的认定主张过错推定原则,又在过错推定原则下根据过错程度的不同来进行部分举证责任倒置,故须探讨过错程度的认定问题。

(一) 主观过错归责认定的观点以及实践

关于主观过错归责的认定问题,我国大部分学者都主张的是过错推定原则,但也有少部分学者不支持过错推定,认为主观过错归责的认定应按照“谁主张,谁举证”的一般举证原则。过错推定原则是指由行政相对人承担向法院举证的责任。在过错责任中,是由行政机关承担向法院举证证明行政处罚的合理合法的责任,而到了过错推定原则中,情况就反了过来,由行政相对人证明自己没有过错,从而免于处罚。所以在行政处罚中只要有违反法定义务的客观事实存在,行政机关就可以直接认定行为人在主观上有过错,但若行为人能够证明自己无主观过错,就可免除责任。¹²

关于行政处罚主观过错归责认定的问题,大多数学者都主张过错推定原则。例如,姜明安认为,刑事诉讼中的公诉人对行为人的主观过错负有举证责任,而行政机关不需要对行为人的主观过错负有举证责任。如果行为人能够证明自己主观上不存在过错,行政机关就不能对其实施行政处罚。¹³李孝猛认为,我国行政处罚归责制度应适用主观过错推定原则。行政处罚是现实生活中最常见的惩罚

手段,也是在行政执法中操作最为频繁的,故行政处罚不得不去考虑效率问题,行政效率是行政处罚法的重要特性,也是本质特性。如果要求行政机关必须举证证明行为人在主观上存在故意或过失会降低行政处罚的效率,追求公平虽是美好愿景,但一味地追求公正必然无法兼顾效率,这其实并不符合我国当前的实际,主观过错归责中的过错推定能够很好平衡两者的关系。¹⁴过错推定的适用使得举证责任倒置,由行政相对人承担不存在主观过错的举证责任,一方面可以大大提高行政效率,另一方面又能保护行政相对人的合法权益。

王贵松认为,过错推定原则应当予以否定,指出行为人的过错与客观的违法行为是两个不同的问题。虽然认可过错推定可以使得行政效率一定程度的提高,但他认为这种提高也是有限的,在理论上不应采用过错推定,并且从一般的举证责任原理角度来说,当事人都应该主张对自己有利的证据。行政处罚实质上是一种侵害行为,所以必须由行政机关来承担举证责任,而适用过错推定原则会使得举证责任倒置,从而违反了无责任推定或合法推定原则。¹⁵

从域外情况看,奥地利《行政处罚法》第5条第2款明确规定:“如行为人不能证明其无法避免行政法规之违反,应认为有过失。”这里所确立的就是一种基于过错推定而认定责任的方法,从立法技术上进行举证责任倒置,有利于实现立法目的。相较于奥地利的关于主观过错归责及认定的规定,德国《违反秩序法》实行更为严格的“以故意为原则,过失为例外的”规则体系,充分体现以行为人主观具有过错作为行政处罚的处罚原则。我国台湾地区2005年颁布的《行政处罚法》第7条规定:“法人、设有代表人或管理人之非法人团体、中央或地方机关或其他组织违反行政法上义务者,其代表人、管理人、其他代表权之人或实际行为之职员、受雇人或从业人员之故意、过失,推定为该等组织之故意、过失。”¹⁶该条款明确将过错推定作为认定主观过错归责的方式。可见,域外对行政处罚归责采取了主观过错及过错推定的做法。

(二) 我国行政处罚主观过错归责的认定分析

行政处罚实务中的过错认定与刑事责任和民事责任中过错归责原则的适用有很大不同,行政效率是行政权的显著特征,也是极为重要的特征,尽管需要强调公平正义,但我国在未来很长时间仍要强调行政效率。¹⁷在现阶段的执法实践中,对于过错认定适用过错推定原则能够很好地平衡案件的公平正义和行政效率。有学者认为,对于过错推定的适用需要有法律的明确规定,比如,《商标法》第56条规定,行为人销售侵犯注册商标专用权并不知情,能够说明是合法取得商品的并告知提供者,行政处罚机关只会责令停止销售而不予罚款。该规定是过错推定原则在现行法律中的体现,当违法行为发生后,推定行为人主观上存在过错,行为人如果能够证明主观上并没有过错,就可以不承担行政处罚责任。[17]对于行为人如何证明其有无主观过错以及主观过错达到何种程度可以免于行政处罚,要结合具体案例来进行分析和考量,一般认为是要证明其尽到法律上的注意义务或者是在最大限度内尽到注意义务。在我国具体的法律条文中,《食品安全法》第136条规定,如果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。此条款就是以过错推定的方式来认定过错。一般举证原则为“谁主张,谁举证”,但由于行政处罚的频繁性,以及主观过错证明难度的相关考虑,行为人的主观过错举证责任因过错认定的方式,从而实行举证责任倒置,行政相对人需要证明自己的主观心理状态是否存在相应的过错从而免除或减轻其所要承担

的责任。¹⁸

解决过错归责认定的难题,首先要区分故意和过失。应根据主观过错程度的不同来分配举证,由行政机关来证明相对人的故意,而由相对人自己证明其没有过失。相对人与行政机关相比更能够掌握自己已经履行法定注意义务的证据,并且通常也有能力可以直接提供这些证据以此来证明自己无过错,因而应由相对人承担证明没有过失的责任。而对于故意而言,相对人只能通过履行法定注意义务的事实来推论其没有故意,对于主观上确有故意,仍然需要行政机关积极证明。¹⁹我国《行政诉讼法》只规定了被告需要对具体行政行为承担举证责任,根据过错推定原则和过错程度的不同来认定主观过错归责,应修改《行政诉讼法》的相关条款,改变其举证责任规则,增加对故意和过失的不同举证责任分配的规定,由原告来承担举证责任用以证明自己主观上没有过失的过错,由行政机关证明具有故意的责任,这样一来,在行政处罚实务中举证责任的分配将更加清晰明确。

关于主观过错归责的认定即举证责任如何分配的问题,可以参考域外有益做法,实行普遍过错推定的方法,通过对主观过错程度的划分,大部分行政处罚由行政机关承担故意的举证责任,以单行法的方式规定行为人过失部分来解决在行政处罚实践中举证责任分配的难题。

结语

根据现行行政处罚新增的主观过错归责原则,建立并完善我国行政处罚归责体系有利于行政处罚更加公正,也符合现代法律文明。主观过错责任原则不仅在理论上应是行政处罚责任原则,在行政执法实务操作中,主观过错也应是行政处罚的必备要素。我国《行政处罚法》有待于日后具体明确将主观过错作为行政违法的认定方法。在此基础上,根据主观恶性的不同进一步区分主观过错程度,更加贴合过罚相当原则,明确条款来增加实务的可操作性。当前许多国家和地区都以主观上存在过错,即故意或过失为承担行政责任的构成要件,并在实践过程中逐步形成了过错推定原则。采取过错推定原则符合行政处罚的目的和公平的理念,我国行政处罚可借鉴域外通行做法,以采取普遍过错推定的原则,辅以单行法进行补充的方式来明确举证责任的分配。最后,主观过错归责认定中对于过失方面的问题,包括具体过失的认定和条款设定的问题值得关注,可以进行进一步的研究。

参考文献:

- [1]张春林.主观过错在行政处罚中的地位研究——兼论行政处罚可接受性[J].河北法学,2018年第5期:98
- [2]杨小君.行政处罚研究[M].北京:法律出版社,2002:172-176
- [3]王卫国.过错责任原则:第三次勃兴[M].北京:中国法制出版社,2000:180
- [4]马怀德.行政处罚法修改中的几个争议问题论[J].华东政法大学学报,2020年第4期:6-16
- [5]江必新.论应受行政处罚行为的构成要件[J].法律适用,1996年第6期:3-4
- [6]杨解君.秩序、权利与法律控制——行政处罚法研究[M].四川:四川大学出版社,1999:194
- [7]赵希洋.关于平衡理论的性质分析和探讨[J].当代法学,2001年第3期:10-11

[8]翁岳生主编.行政法(下册)[M].北京:中国法制出版社,2002:854

[9]张明楷.刑事责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1994:95-97

[10]李孝猛.主观过错与行政处罚归责原则:学说与实践[J].华东政法大学学报,2007年第6期:30-36

[11]毕玉谦.论经验法则在司法上的功能与应用[J].证据科学,2011年第2期:133-143

[12]江必新.论应受行政处罚行为的构成要件[J].法律适用,1996年第6期:4-6

[13]姜明安.行政违法行为与行政处罚[J].中国法学,1992年第6期:42-46

[14]张青波.论应受行政处罚行为的主观要素[J].法学,2020年第10期:82-92

[15]王贵松.论行政处罚的责任主义[J].政治与法律,2020年第6期:11

[16]熊樟林.行政处罚责任主义立场证立[J].比较法研究,2020年第3期:154

[17]方军.论构成应受行政处罚行为的主观要件[J].中国法律评论,2020年第5期:2-9

[18]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过失违法行为[J].华东政法大学学报,2020年第2期:121-122

[19]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[J].上海政法学院学报,2020年第3期:76-77

张春林.主观过错在行政处罚中的地位研究——兼论行政处罚可接受性[J].河北法学,2018年第5期:98

杨小君.行政处罚研究[M].北京:法律出版社,2002:172-176

王卫国.过错责任原则:第三次勃兴[M].北京:中国法制出版社,2000:180

马怀德.行政处罚法修改中的几个争议问题论[J].华东政法大学学报,2020年第4期:6-16

江必新.论应受行政处罚行为的构成要件[J].法律适用,1996年第6期:4-6

姜明安.行政违法行为与行政处罚[J].中国法学,1992年第6期:42-46

张青波.论应受行政处罚行为的主观要素[J].法学,2020年第10期:82-92

王贵松.论行政处罚的责任主义[J].政治与法律,2020年第6期:11

熊樟林.行政处罚责任主义立场证立[J].比较法研究,2020年第3期:154

方军.论构成应受行政处罚行为的主观要件[J].中国法律评论,2020年第5期:2-9

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过失违法行为[J].华东政法大学学报,2020年第2期:121-122

*王鹏,江苏致邦(泰州)律师事务所,主任律师;

吴凤,江苏省泰州市海陵区人才发展中心,党政青年。