

# “首违不罚”的具体内涵及适用建议

林奕圳

澳门科技大学, 澳门

收稿日期: 2022年11月21日; 录用日期: 2023年1月12日; 发布日期: 2023年1月19日

## 摘要

新《行政处罚法》对“首违不罚”进行了明确规定,体现了“刚柔并济”的执法方式以及教育与处罚相结合的原则,有利于提升行政的效率以及优化行政的效果,本次的修改也体现了重大的进步。而由于“首违不罚”在新《行政处罚法》中属于新增条款,在实际适用的过程中需要进一步细化,故本文在对“首违不罚”的具体内涵进行阐述的同时也对该制度的具体落实提供些许建议以供参见,其中将从“首违不罚”程序的选择、适用标准的细化、适用边界的划定以及加强监督等方面进行论述。

## 关键词

首违不罚, 具体内涵, 适用完善

# The Specific Connotation and Application Suggestions of “No Punishment for the First Violation”

Yizhen Lin

Macau University of Science and Technology, Macao

Received: Nov. 21<sup>st</sup>, 2022; accepted: Jan. 12<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 19<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The new Administrative Punishment Law clearly stipulates that “no punishment for the first violation” and embodies the law enforcement method of “combining hardness and softness” and the principle of combining education and punishment, which is conducive to improving the efficiency of administration and optimizing the effect of administration. This revision also reflects significant progress. However, since “no punishment for the first violation” is a new provision in the new Administrative Punishment Law, it needs to be further refined in the process of practical application. Therefore, this paper expounds the specific connotation of “no punishment for the first violation”

and also provides some suggestions for the specific implementation of the system for reference. It will be discussed from the selection of “first violation without penalty”, the refinement of applicable standards, the delimitation of applicable boundaries and the strengthening of supervision.

## Keywords

No Punishment for the First Violation, The Specific Connotation, Applicable Improvement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

新《行政处罚法》在第三十三条第一款第二句增加了“首违不罚”的规定，与旧《行政处罚法》第二十七条的规定有些许相似之处，但在修法之后应注意其中的区别。“首违不罚”的规定体现出执法过程中“以人为本”的理念，对执法实践具有深刻的意义，但由于“首违不罚”在《行政处罚法》上规定的时间并不太长久，在具体适用的过程中仍需进一步进行探索。目前，对于“首违不罚”的具体内涵以及适用都引起些许讨论，本文也将围绕其具体内涵以及适用中的建议进行论述。

## 2. 首违不罚条款的具体内涵

首违不罚的条款规定在新《行政处罚法》第三十三条第一款第二句<sup>1</sup>，从文意解释的角度进行切入，可以将其分为以下几个部分：即对于“初次”、“危害后果轻微”、“及时改正”、“可以不予处罚”的理解，下文将一一展开。

### 2.1. 对“初次”的理解

按照条文中所表述的顺序，首先对“初次”的内涵进行阐述。对于“初次”的理解，在讨论中存在不同的观点[1]：第一种观点认为系在事实层面发生的第一次违法行为；第二种观点认为是行政机关在行政过程中首次发现的违法行为；第三种观点认为需要同时满足两者要件，即事实上首次违法的同时亦被行政机关所发现。在此笔者较为认可最后一种观点，即双重首次的观点，理由如下：其一，行政机关发现违法行为是施予惩戒的前提，因此必须以行政机关的发现作为处罚的前置要件；其二，如果将“初次”理解为是行政机关首次发现的违法行为，那么违法行为人在被发现之前可能就已经实施了多次，对社会的影响可能已经不及首违那么轻微，且多次实施违法行为可见其主观上对法秩序的对抗性较为强烈，因此不能按照首次来看待，否则有失公允；其三，满足首次实施违法行为且首次被行政机关发现的双重条件，则更能够体现首违的真正含义，此时行为人在被发现时属于第一次实施违法行为，在此情形中对违法行为人予以教育更能体现处罚与教育相结合的原则。除此之外，对于“首次”的理解在相关领域内应考虑周期的计算，即在一定的周期内首次违法可适用“首违不罚”[2]，在一定周期经过后可进行重新计算。此为对“初次”的理解。

### 2.2. 对“危害后果轻微”的理解

对于“危害后果轻微”的理解应该与违法行为轻微作出区隔，虽然二者都是不予处罚，但是二者的

<sup>1</sup>参见《行政处罚法》第三十三条第一款：违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。

规制重心是有所区别的，违法行为轻微更多关注其“行为”，而此处的“危害后果”更为注重其行为结束后的结果[3]。需注意的是，在对“危害后果轻微”的理解上亦有对违法行为恶劣程度的间接考量，因大部分的危害后果都与危害行为的恶劣程度有直接相关，较为恶劣的行为更容易造成较为严重的社会后果，二者具有相关性。此处“危害后果轻微”的表述或许更多从维护秩序的角度切入，但并不意味着可以完全忽略违法行为人行为的恶劣程度。

在实践中，首违不罚的实施还侧重体现在对主观因素的考量，其中故意与过失的判断也将影响着首违不罚的认定[1]。可见，对此处“危害后果轻微”的理解一般不能有强烈的主观恶性。笔者认为对“危害后果”的理解包括已经发生的危害后果亦包括潜在在未来可能发生的危害后果，如果违法行为人的违法行为反应出其具有较为强烈的主观恶意，那么可能预示着违法行为人具有潜在的可能超出轻微程度的“危害后果”，此时虽然及时改正，但是是否需要予以处罚则值得探讨。

### 2.3. 对于“及时改正”的理解

对于“及时改正”的理解则分为两个部分，分别是“及时”与“改正”。首先，对于“及时”的理解。有观点认为此处的“及时”应该认定为当场，也即违法行为人在危害后果发生之后立即进行改正，可见这种观点对“及时”所强调的紧迫性[4]。笔者认为在一些当场无法消除危害后果的情形中，如果危害后果并不严重，那么在行政机关给出的一定期限内进行改正亦可认为其符合“首违不罚”前提条件，在此情形中，虽然是行政机关指令违法当事人进行改正，但是由于违法行为人已经能够认识到错误并且在规定的时间内改正，没有造成恶劣的危害后果，亦可考虑给予违法行为人一次机会，这也能体现处罚与教育相结合的原则。

其次，笔者认为对于“改正”的理解并不仅仅只是违法行为人停止正在进行的违法行为，而是需要其消除危害后果或进行补救。试想如果只是停止正在实施的违法行为却任由危害后果持续产生，即使危害的后果轻微也会对社会秩序造成不良影响，除此之外，督促违法行为人消除危害后果亦是让违法行为人承担其违法行为的代价，有助于预防其再次实施，因此笔者认为对“改正”的理解应该让违法行为人消除危害后果或对其进行补救。

### 2.4. 对于“可以不予处罚”的理解

对于“可以不予行政处罚”的理解应注意到法条的表述是“可以”而非“应该”，可见此处考虑到实际情况的多样化给予了行政机关一定的自由裁量空间，有助于行政机关在实际执法过程中应对不同的情形。与此同时，与此处“不予处罚”相接近的概念还有“免于处罚”，免于处罚则意味着违法行为人的违法行为符合法定构成要件，同时也具有行政法所规制的社会危害性，但由于法律的特殊规定，并未给予行政处罚[1]。可见此处二者的区别在于，从社会风险的评估层面来看，免于处罚的先前行为已经构成了行政法所要予以规制的社会风险，最后没有对其施予行政处罚并非侧重于结果层面的考量，而是由于法律层面的特殊规定；与此不同的是，首违不罚的违法行为在其发生的后果上并未达到行政法所无法容忍的程度，《行政处罚法》对其表述为“轻微”且及时改正。因此，应注意此处的“不予处罚”与“免于处罚”在行为结果层面的差异。

## 3. 首违不罚的价值体现

### 3.1. 体现“以人为本”的执法理念

首违不罚体现了人本主义的执法理念，要求行政机关在行政的过程中要尊重人民，以人民的根本利益为重[5]。在依法行政的过程中，首违不罚为执法提供了“刚柔并济”的渠道，让执法机关在执法的过

程中更加充满温情，不只是简单的进行处罚而是予以教导，这更有利于执法机关在执法过程中与群众的良性互动，亦可减少违法当事人拒不配合的情形发生。如果在执法过程中秉持着过于严苛的态度将不利于构建良性的互动关系，也不一定有助于违法当事人进行深刻悔过；而与此不同的是，“刚柔并济”的执法方式在许多时候更能彰显出其背后的智慧，在违法后果并不严重且及时改正的案件中，以教育为优先更体现了对当事人的宽容与尊重，这将更有利于当事人进行改正也更有利于社会秩序的维护。可见，首违不罚在新《行政处罚法》中的确立使得以人民为重、以人为本的价值观念得到更好的彰显与体现。

### 3.2. 行政处罚与教育相结合原则之彰显

处罚与教育相结合的原则有助于实现维护社会秩序的立法目的，最终达到法律效果与社会效果的有机统一[6]，《行政处罚法》第六条<sup>2</sup>也表明处罚与教育并重的重要意义。行政处罚法对于违法行为人的处罚意在让其为所实施的违法行为承担代价，通过处罚构成一种震慑力，以此维护社会的秩序与安定。行政处罚的实施并非只是为了处罚而处罚，处罚还影响违法行为人的未来预期，背后蕴含着“改正”的价值理念，而必须认识到如果只有处罚，那么所发挥的作用是有限的，对于一些违法行为并不严重，没有造成恶劣后果的情形，如果只追求以处罚作为规制的方式，或许更不利于行为人的改过，如果行为人能够及时进行改正，挽救不良后果的发生，就足以表明其破坏法秩序的主观意愿并不强烈，可以教育为主对其进行指引，这也体现了执法的温度[7]。新《行政处罚法》第三十三条第三款也提到：在依法不予行政处罚时，行政机关应当对当事人进行教育。该款条文与前面所述条文相互呼应，体现出处罚与教育相辅相成的价值，因此首违不罚的理念更能起到现行行政法所追求的法益效果。

### 3.3. 有助于行政法比例原则的彰显

首违不罚制度中的“可以”一词，拓宽了行政机关自由裁量的空间，即使满足了该条规范中的三个前置要件，其仍然可以依据综合情况进行判断与考量，进而作出给予处罚或不予处罚的决定。可以看出在《行政处罚法》的文本中明确规定了行政机关面临此情形时可以不罚的裁量权。笔者认为这背后体现了较为重要的比例原则，比例原则即指行政机关在选择行政手段达到行政目的时，要以对当事人损害最小的方式进行[8]，应对对当事人造成的不利影响控制在尽可能小的范围之内。在个案当中，如果当事人的违法行为并未造成严重后果，且及时改正，又属于初次违法，而行政机关综合考量之后认定违法行为人并没有太强的主观恶性与向法秩序的对抗性，对其予以教育就可以达到行政目的，那么即可不对其进行行政处罚，而是以教育取而代之，这样的做法既达到了行政行为所预期的效果，又给当事人造成了最小的损害，有助于比例原则的彰显。

## 4. 首违不罚的适用完善

### 4.1. 首违不罚适用程序的选择

首违不罚的程序在具体适用的过程中应该如何选择引发了些许讨论，主要有两种不同观点：一种认为应该适用简易程序，其认为简易程序能够使“首违不罚”的决定当场作出，从而节约行政的成本，同时也能够体现“处罚与教育相结合”的原则，因为首违不罚一般适用于危害后果较为轻微的违法行为，而简易程序的快捷性有助于当场进行教育，降低行政的成本，也有助于营商环境的发展，如果适用普通程序，其执法周期则会较长，对当事人的及时教育与改正将会有所影响[9]；另一种观点认为应该适用普通程序，其认为根据《行政处罚法》的法律规定，只有除新《行政处罚法》第五十一条规定的轻微处罚情形之外，其他都适用普通程序。笔者认为首违不罚应注重在教育，对于轻微的违法行为也不必花费较

<sup>2</sup>参见《行政处罚法》第六条：实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。

长的行政周期予以应对，故而简易程序能在节约行政成本的前提之下及时对其进行教育，这是简易程序所能带来的优点，但是并非所有的违法行为都能在简易程序的前提之下符合首违不罚的条件，因首违不罚还要求当事人能够及时改正，这里有可能涉及到违法行为能否当场进行改正所带来时间差的问题。因此笔者认为如果涉及到无法现场进行改正的情形，因其不符合“及时改正”的前提条件，待其改正后才能作出首违不罚的决定，因此就不适用当场作出的简易程序，而适用普通程序，故而首违不罚的适用程序可以根据能否“及时改正”这一标准作为简易程序与普通程序的区分。

#### 4.2. 首违不罚适用的进一步统一

在首违不罚的适用过程中，由于上位法涵盖的范围较广，因此在实践的过程中还需进一步细化。目前，在“首违不罚”适用的过程中出现有不统一的情形，例如对于周期的长短计算不统一，这可能带来地域之间的差异性，而对于免罚清单中是首次违反某一类的规定可以适用首违不罚，还是违反某一条具体规定的首次可以适用首违不罚都有待讨论，且对免罚清单之外的行为如果危害后果较为轻微，违法行为人系首次且能够及时改正能否予以首违不罚，违法后果轻微如何界定，这些都有进一步探讨的价值与意义。

对此笔者认为，可以对首违不罚制度进行细化，这样可以将上述的差异进行一定程度的统一。例如对于周期时长的界定，各个领域可以根据其特点进行统一，笔者认为有关周期的界定可以参考新《行政处罚法》第三十六条第一款的规定<sup>3</sup>，一般的违法行为可以规定为两年，而较为特殊的违法行为可以按照五年的时间周期进行规定[10]，不同的监管领域亦可以根据实际情况进行考量。对于免罚清单中的相关规定，笔者认为可以通过类型化的方式加以确定，即首次违反某一类型的违法行为如果较为轻微又未造成严重后果，则可以不予处罚，第二次违反这一类型的违法行为将不再适用“首违不罚”，如果以某一具体条款作为不予处罚的前置条件，将会造成违法当事人对某一类违法行为的每项都享有一次免罚的机会，如此而言对“首次”的理解将过于宽泛，不宜如此理解。而对于在免罚清单之外的违法行为，如果满足首违不罚的前提条件亦可以对其进行不予处罚，因为如果只根据免罚清单里的事项来实施首违不罚的制度将导致这一制度被限缩在清单事项范围之内，法条并未规定只有免罚清单里的事项才能适用首违不罚，因此在实际执法的过程中只要满足首违不罚的前提条件就可以适用，而不只是拘泥于免罚清单的事项范围之内。

对于“违法后果轻微”的界定，笔者认为可以考虑以下几方面：具体受损失相关人的谅解、所涉金额、行为持续时间、违法次数、主观恶意[11]。在案件涉及到具体的受害人时，笔者认为对“危害后果轻微”的界定可以考虑受害人的谅解，对受损害的具体个人而言遭受损害的后果是否超过轻微有时难以通过客观的标准进行评价，而受害人的谅解则可以成为判断危害后果轻微的参考之一，根据受损害具体个人的谅解以及客观的分析进行判断。在所涉金额及其行为持续时间方面，可以由各监管领域根据实际情况进行规定，主观恶意则需要执法人员根据现场的情况进行判断，故而笔者认为可以建立示范案例制度，在“首违不罚”实施的过程中，由于实际情况的纷繁复杂以及“危害后果轻微”在理解上所可能产生的差异性，笔者认为考虑到各监管领域、各地所具有的差异性，可以在相应的领域实行案例示范的制度，将一定地域内所发生的一些具有典型意义的案例作为示范案例，这对于实践层面具有一定的指导作用。案例示范制度可以让执法人员对具体相应的案例进行学习，有助于加强执法人员对于“首违不罚”应用的理解，使得“首违不罚”在实践层面实现进一步的统一。

#### 4.3. 首违不罚适用边界的划定

首违不罚制度对于适用边界未有十分明确的划定，笔者认为首违不罚应该有其适用的界限，而非适

<sup>3</sup>参见《行政处罚法》第三十六条第一款：违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至五年。法律另有规定的除外。

用于所有的违法行为。在一些较为特殊的领域上,例如在有关身体健康安全的领域,应该给予更为严格的管控,因此首违不罚的情况将不予适用,具体如出现在食品药品领域的违法行为将不能适用首违不罚[4]。这些领域内如果允许首违不罚的出现将有可能给违法行为人以侥幸的心态,认为只要没有造成严重后果且又是首次可以免于处罚就铤而走险,但是在关乎身体健康这一领域容不得侥幸心理的发生,食品药品安全领域多数时候涉及到大部分人的身体健康,一旦有环节出现问题,便会影响到众多消费者,故而笔者认为基于食品药品安全所涉及的广泛性及其对健康的重大影响,应该将其排除出首违不罚的适用范围。

#### 4.4. 对首违不罚进行记录与加强监督

对于首违不罚的适用应注意到对“首次”的认定,这就要求行政执法人员对有关违法人员的违法行为进行记录,如果在违法行为人首次违法时只是进行口头的教育,并没有将其记录在案,那么当违法行为人再次违反相关法律的时候,就无法明确其是否属于首违的情形。故而笔者建议应该明确对于首违不罚的人员进行登记的制度,实践过程中,可以充分利用互联网时代所带来的便捷性,在第一次不予处罚后记录其违法的次数及相应情况,在违法行为人再犯时便能够清楚地对其违法次数及其先前行为性质有所了解,并结合其过往的违法行为进行裁量,如此有助于该制度更好得到落实。

与此同时,对于“首违不罚”的落实情况亦可畅通其监督的渠道,有效的监督能够使“首违不罚”的条款更好得到适用,具体可在相关的网络平台上公布行政主体的法定职责,供群众知悉,并且通过互联网、电话通讯等形式建立起多元的群众反馈渠道,广泛听取群众意见,群众的反馈对执法而言十分重要,保证公众的参与可以让该条款发挥其应有的功效,亦能起到较好的外部监督作用。与此同时,亦可健全相关的过错追责制度[12],保证“首违不罚”在法律规定的框架之内运行。

### 5. 结语

首违不罚的规定体现了“以人为本”的执法理念,也体现了处罚与教育相结合的原则,在维护社会秩序的同时也对违法行为人的改正起到了至关重要的作用,可见此次《行政处罚法》修改所蕴含的重要意义。而首违不罚在具体适用的过程中有其要厘清的空间,这在一定程度上需要我们结合不同监管领域根据实际情况进行探索,而在具体适用的过程中,笔者认为可以进一步细化首违不罚实施的程序、统一各方面不同的要素、划定其适用的边界以及在适用过程中进行记录与加强监督,当实践过程中遇到不同情形时,在适用的程序及方式上也应当“具体情况具体分析”,采取最符合比例原则的形式,如此将更有助于首违不罚制度的优化适用。

### 参考文献

- [1] 江国华,丁安然. “首违不罚”的法理与适用——兼议新《行政处罚法》第33条第1款之价值取向[J]. 湖北社会科学, 2021(3): 144-146.
- [2] 朱宁宁. 推行包容免罚清单模式 加强执法痕迹化管理[N]. 法治日报, 2021-07-15.
- [3] 黄涧秋. 首违不罚制度在新行政处罚法中的功能定位——以轻微不罚为参照[J]. 四川行政学院学报, 2022(3): 69-70.
- [4] 李牧, 李铭元. 论“首违不罚”的裁量与规制[J]. 武汉理工大学学报(社会科学版), 2021, 34(6): 88-90.
- [5] 王春业, 曾幸婷. “首违不罚”制度的困境与完善[J]. 学习论坛, 2022(4): 120.
- [6] 史全增, 孙文夕. 论治安管理处罚法中的教育与处罚相结合原则[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2020, 36(6): 125.
- [7] 江国华, 王孜航. 论“首违不罚”裁量基准的优化构造[J]. 长江论坛, 2022(3): 54.
- [8] 广雨露. 浅析行政法中的比例原则及其在我国的适用性[J]. 四川行政学院学报, 2016(5): 44.

- 
- [9] 胡彦伟. 新修订的行政处罚法背景下税务领域“首违不罚”若干问题探究[J]. 辽宁经济, 2021(3): 89-90.
- [10] 滕腾, 张正. 论“首违不罚”制度之“首违”的界定[J]. 黑龙江社会科学, 2022(5): 77.
- [11] 张红, 岳洋. 行政处罚“首违不罚”制度及其完善[J]. 经贸法律评论, 2021(3): 29.
- [12] 王莹滢. 行政执法“首违不罚”制度的认知、意义与落实——以持续优化营商环境为视角[J]. 领导科学, 2022(8): 86.