

论行政处罚“首违不罚”的制度完善

雷季瑶

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年4月20日; 录用日期: 2023年5月6日; 发布日期: 2023年7月24日

摘要

2021年新《行政处罚法》规定了“首违不罚”制度。在新法出台之前,“首违不罚”已经在一些领域得到了适用,新法的规定则进一步促进了“首违不罚”制度的发展。“首违不罚”制度彰显了以民为本的理念,体现了行政处罚与教育相结合原则,有利于缓和执法者与行政相对人的关系,促进人性化执法,具有重大的意义。但“首违不罚”制度存在概念界定不明确、地方之间立法差异过大、与相关制度不能很好的衔接及可能会损害公共利益与第三人利益的问题。对此,应明确“首违不罚”的概念,协调不同行政区域的立法,完善“首违不罚”制度与其他制度的衔接并强化行政执法过程中的监督。

关键词

行政处罚, 首违不罚, 制度完善

On the Improvement of the “No Punishment for First-Time Violation” System of Administrative Penalty

Jiyao Lei

School of Law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Apr. 20th, 2023; accepted: May 6th, 2023; published: Jul. 24th, 2023

Abstract

Law of the People’s Republic of China on Administrative Penalty (2021 Revision) provides for the “No Punishment for First-time Violation” system. Before the introduction of the law, “No Punishment for First-time Violation” has been widely applied, and the provisions of the law promote the development of the “No Punishment for First-time Violation” system. The system highlights the concept of people-oriented, embodies the combination of penalty with education principle. The

system has great significance, because it is helpful to easing the relationship between law enforcement and administrative counterparts, to promoting humane law enforcement. However, the system has several problems, *i.e.*, the definition of the concept is unclear, there are too much difference between legislations of different regions, the connections between this system and other relevant systems is not well, and the use of this system may harm the public interest and the interests of third parties. To solve these problems, we should clarify the concept of “No Punishment for First-time Violation”, coordinate the legislation of different administrative regions, improve the connections between this system and other relevant systems, and strengthen the supervision mechanism in the process of administrative law enforcement.

Keywords

Administrative Penalty, No Punishment for First-Time Violation, Perfection of System

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

当今社会，人本位行政理念日渐成为主流，“首违不罚”制度作为人性化执法的体现之一，在过去近 20 年中不断发展，而 2021 年新《行政处罚法》第 33 条正式明确了“首违不罚”的法律依据，使这一制度的适用更为广泛。根据第 33 条规定，“首违不罚”制度是指行政机关对于初次违法且危害后果轻微并及时改正的行政违法行为，可以裁定不予行政处罚的制度。如何使“首违不罚”制度发挥良好的作用是值得思考的问题。本文从法律、法规、规章及其他规范性文件入手，结合“首违不罚”的相关案例，指出“首违不罚”制度存在的问题，并提出相应的建议，以期对“首违不罚”制度的发展有所裨益。

2. “首违不罚”制度的概况

2.1. “首违不罚”制度的历史与现状

“首违不罚”制度的产生，是基于当时的法律与各地执法工作实践的创新。在《行政处罚法》修改前，只有关于不予行政处罚的规定。在 21 世纪初，出于更好地实现行政管理的需要，部分行政机关开始了“首违不罚”的探索与实践。在过去近 20 年间，几乎每年都有“首违不罚”的相关法律文件发布，2020 年起发布的相关法律文件的数开始急速增长。这些数据反映出“首违不罚”制度在 2020 年之前在平稳发展，从 2020 年起开始迅速发展。

2021 年新《行政处罚法》的发布与实施，在法律层面正式确立了“首违不罚”制度。许多立法主体根据新法制定了新的有关“首违不罚”的法律文件。通过北大法宝检索，得到“首违不罚”的相关法律文件，发现其中地方性立法占绝大多数。有关法律文件中部分是倡导性的文件，即文件中只有“推行‘首违不罚’制”、“全面落实‘首违不罚’”等类似的倡议性内容，不具有操作性。也有部分文件对“首违不罚”做出了具体规定，涉及的领域包括税收、市场监管、交通运输等等。

在有关“首违不罚”的案例方面，法院对适用“首违不罚”是较为审慎的，如启东市聚南液化气有限公司与南通市启东质量技术监督局技监行政处罚一案¹中，聚南公司诉称的应适用“首违不罚”，而

¹ 参见江苏省海门市人民法院(2013)门行初字第 0108 号行政判决书。

法院认为，“石油气属于易燃易爆的危险品，气瓶的充装应严格遵循规范的技术性要求，根据《江苏省质量技术监督局‘首违不罚’暂行规定》，‘首违不罚’不适用‘生产、销售危及人体健康和人身、财产安全’的违法行为”，并驳回了原告的上诉。有关行政处罚“首违不罚”的诉讼案例相对较少，行政机关做出的“首违不罚”决定则相对更多，通过北大法宝搜索“首违不罚”相关行政处罚决定书，可以发现行政部门已经在执法过程中大量适用“首违不罚”制度。综合来看，“首违不罚”制度发展迅猛，适用的范围越来越广泛。

2.2. “首违不罚”制度的意义

“首违不罚”反映了执法观念与执法方式的转变。“首违不罚”彰显了执法为民、以人为本的理念。“首违不罚”对特定的违法行为予以宽容，而不是片面强调处罚，是一种人性化的能够“容错纠错”的制度。在执法方式上，“首违不罚”突破了传统以惩罚为主的执法方式，从“刚性执法”转为“刚柔并济”。这种转变，有利于树立行政执法部门与执法人员的良好形象，缓和执法者与违法者之间的紧张关系。

同时，“首违不罚”制度体现了行政处罚与教育相结合原则。这点从相关法律文件中也可可见一斑。如国务院发布的《税务行政处罚“首违不罚”事项清单》中的十个“首违不罚”事项，包括“纳税人未按照税收征收管理法及实施细则等有关规定将其全部银行账号向税务机关报送”“纳税人未按照税收征收管理法及实施细则等有关规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料”等，这些情况通常与纳税人的疏忽大意或者不熟悉政策细节有关，纳税人违法可以说是无心之过。“首违不罚”给予了违法者自我纠错与改正的机会，具有显著的教育意义。

3. “首违不罚”制度存在的问题

3.1. “首违不罚”要件界定困难

法律规定适用“首违不罚”需要具备“初次违法”、“危害后果轻微”和“及时改正”三个要件，但这三个要件的具体内涵存在争议。“首违不罚”要件界定不明，影响了“首违不罚”制度法制的统一，不利于制度的运行与发展。

3.1.1. 如何界定“初次违法”，存在疑问与争议

第一，在时空上，“初次”应是某一地区某一时间段内的第一次，但有关地区与时间段的争议较大，不同法律文件对于“初次”时空范围的规定也有所不同。有学者提倡构建行政累犯制度，认为从提升“首违不罚”与行政累犯制度协同性角度考虑，在界定“首违”的标准时，应当一并考量行政累犯构成因素，确立行政累犯的构成标准、惩戒范围与追诉时效^[1]。第二，“初次”是事实上的初次还是法律上的初次，即“初次违法”是指事实上的第一次违法，还是行政相对人第一次被发现违法，抑或是相对人第一次被发现且是第一次违法，存在争议。第三，在主观方面，“初次违法”是否应排除“主观故意”也有争议。“首违不罚”中的“违法”本身应是应受行政处罚的行为，否则没有“不罚”的必要。而要构成应受行政处罚的行为是否需要具备主观过错，也存在不同的观点。第四，在一定时空内初次实施数个不同的违法行为，是否属于“初次”也不明确。如果同一主体初次违反两个以上同一领域甚至同一清单中的事项，是否仍可以适用“首违不罚”则存在疑问。在某些情况下需要考虑违法者违反多个“首违不罚”事项的事实，排除“首违不罚”的适用。如医疗机构的活动涉及众多卫生健康领域的事项，就应当限制“初次”的范围，否则可能导致医疗机构频繁违法。

3.1.2. “危害后果轻微”界定困难

“危害后果轻微”要件中“轻微”的程度较难把控。有观点将“危害后果轻微”与“及时改正”相

联系,认为危害后果“轻微”应当是指能够通过及时改正消除影响、挽回损失[2]。但这种观点将两个要件相牵连,对界定这两个要件用处不大。“首违不罚”的相关规范中,有部分文件作了解释,如《关于在浙江省卫生健康监管领域推行初次轻微违法行为不予处罚的意见》认为对危害后果轻微的判断,应从影响范围、损害损失大小、社会危害程度等方面客观判断。而大多数对危害后果轻微未作解释对危害后果轻微的判断,需要依靠执法者的自由裁量。

3.1.3. “及时改正”内涵不明确

“及时改正”界定的困难主要在三个方面:一是何为“及时”,二是改正后是否要求恢复原状,三是是否要求违法者主动改正。“及时改正”应当要能够消除违法行为的影响,从而使行为最终不具有社会危害性。对于是否要求违法者主动改正,一些法律文件²要求违法者相对主动,或是在违法行为被发现前主动改正,或是在责令期限内主动改正。也有法律文件³规定应综合运用责令改正、批评教育等多种手段,督促违法主体及时纠正违法行为,允许违法主体相对被动。这样的规定让人不由产生疑问,行政机关采用多种手段督促违法主体及时纠正违法行为,是否能实现“首违不罚”的目的。

3.2. 地方立法之间差异过大

“首违不罚”有关的法律文件繁多,多为地方性立法。对比各地区的立法,可以发现立法之间存在较大差异,各地的法律缺乏统一。

第一,各地区“首违不罚”制度涉及的范围差异过大。不同地区发布的法律文件涉及的领域各有不同。例如上海市规范“首违不罚”的法规涉及的领域有税务领域、规划资源领域、民防领域、生态环境领域、市场监管领域和医疗领域,而甘肃涉及的领域只有税收领域和卫生健康领域。

第二,各地区在同一领域立法的内容差异过大。如在交通运输领域,可以从各地“首违不罚”的周期中直观地感受不同地区立法的差异之大。同在浙江省,杭州市与嘉兴市采取“优驾容错”政策,对于非营运小型载客汽车,在市范围内连续3个月以上不发生任何交通违法行为的,如有特定违法行为,则记分不罚款并通过短信进行警告教育;连续6个月以上不发生任何交通违法行为的,如其有特定违法行为的,则不罚款不记分只进行警告教育。宁波市的“首违警告”政策则规定非营运小型、微型载客汽车,近6个月内在宁波市范围内无交通违法记录对车辆首次发生的轻微交通违法行为,予以警告并推送警告短信,不作罚款及记分。这些差异巨大,不能仅仅用地区不同具体情况不相同来解释。

不同地区的情况各不相同,合理的差异是必要的,但过大的差异则是不公正的表现,将造成许多负面影响。

3.3. 与相关制度不能有效衔接

随着经济发展与社会分工的精细化,行政管理和处罚的手段也越来越专业化,不同领域中的制度都各有特点,“首违不罚”制度与一些相关制度存在不能很好地衔接的情况。

例如,在环境保护领域,“首违不罚”制度与环境保护执法之间的衔接有所欠缺。“守法成本高,违法成本低”是环境保护领域的症结,2014年修订的《环境保护法》号称“史上最严环境法”,旨在改变环保执法疲软的问题。其监管手段强硬、行政处罚严厉,但在实施过程中也存在不少阻力。“首违不罚”制度旨在宽容轻微违法者,以取得较好的执法效果,但在违法边界本就模糊的环境保护领域,“首违不罚”制度或许会成为地方政府为经济发展而容忍环保违法行为的开口。另外,违反环境保护法规的多是企业等营利法人,他们专门从事相关商业活动,相比自然人理应具有更多的注意义务,其在环保领

²如《长江三角洲区域税务轻微违法行为“首违不罚”清单》、《税务行政处罚“首违不罚”事项清单》等。

³如《关于印发中山市市场监督管理轻微违法行为不予行政处罚清单的通知》。

域可以适用“首违不罚”的范围应受到限制。再如，税收制度与“首违不罚”制度之间也存在不协调之处。在执法周期上，相较于一般行政执法行为的或然性，税收征管行为始终存在于行政相对人生产和生活中，征收主体与纳税主体长期存在互动与博弈，而“首违不罚”制度在一定程度上缺乏长期性[3]。

不同领域的制度各有其特点，当“首违不罚”与一些相关制度之间缺乏有效衔接，不能很好适配时，“首违不罚”的作用便会受到限制。

3.4. 可能损害公共利益或第三人利益

“首违不罚”涉及了三方利益：违法者的利益、第三人利益与公共利益。有时违法者与第三人或公共利益是处于对立面的，“首违不罚”制度维护了违法者的利益，便容易侵害第三人的利益与公共利益。

首先是在立法上，目前“首违不罚”的相关规范绝大多数都是地方立法机关制定的。如果“首违不罚”适用的范围控制不当，使得过于多的初次违法者可以不受行政处罚，就无法将初次违法者和从未违法的行为人相区别，甚至使违法比守法更为经济。这很可能导致未违法的行为人产生心理落差，进而使其对自身行为谨慎性的降低，甚至会诱使行为人故意实施违法行为，利用“首违不罚”制度逃避处罚。其次是在具体实施的过程中，实施不当可能会损害公共利益或第三人利益。“首违不罚”制度虽然能遏制“以罚代管”的现象，但也可能导致“以教代罚”的懒政现象，放纵违法者的违法行为。如在对昆明市道路交通安全管理“首违不罚”政策执行的研究中，就发现政策执行过程中存在“选择执法”现象：在发现驾驶人同时存在多个交通违法行为时，仅对其中可以适用“首违不罚”政策的违法行为进行警告，对其他违法行为则放弃处罚[4]。“首违不罚”维护了轻微违法者的利益，便可能使公共利益或第三人利益受到损害，在建设发展“首违不罚”制度的过程中，应注意并遏制“首违不罚”的滥用。

4. 完善“首违不罚”制度的建议

4.1. 厘清“首违不罚”的概念

对“首违不罚”三个要件的不同理解或许都有一定道理，但“首违不罚”制度存在大量地方性立法，立法涉及的领域繁多，需要明确三个要件的具体内涵，让不同的立法者对“首违不罚”的概念有一致的理解。

首先是明确“初次违法”要件。第一，“初次违法”应是某一时间段内的第一次，且是在某一执法领域、执法事项甚至是具体执法地点的初次，时间与空间的界限应由行政机关根据本领域的实际情况来合理确定[5]。第二，“初次”应当是指“双重首次”，即首次违法首次被发现。首次发生而行政主体未发现的违法行为根本不能够纳入法律规制的范围。而要是仅认为是行政主体发现的首次违法行为，如果被发现前行为人存在多次违法行为，之前违法行为不可能视而不见，如果不予处罚则会导致刑罚不当或执法不公，过于放纵行政违法行为。第三，在主观方面，应以不考虑主观过错为原则，考量主观过错为例外。新《行政处罚法》推定违法者有主观过错，没有主观过错需要当事人举证证明。“首违不罚”制度设立的目的之一是让轻微违法的违法者有补救的机会，不至于因无心之小过而受到行政处罚。第四，在“初次违法”的内容上，应当分领域确定，一般情况下各个违法行为相互独立，但在特殊领域中需要将某些“首违不罚”的事项合并起来考虑，限制特定领域“初次违法”的范围。

其次，要明确“危害后果轻微”与“及时改正”的内涵。“危害后果轻微”的认定需要依靠行政主体根据具体情况进行裁量。认定“危害后果轻微”的前提下，当事人在规定的期限内将侵害的法益恢复到违法行为前的状态均为及时纠正。“及时纠正”应要求违法者主动配合，在违法行为被发现前主动改正或者在责令改正后积极配合及时纠正。对“及时改正”的督促程序应尽量简洁，因为若是行政机关责令违法者限期改正后还需各种手段敦促违法者执行，那么“首违不罚”程序未免过于冗杂，失去了节约

行政成本的效用。

4.2. 协调不同行政区域的立法

4.2.1. 明确不同立法主体的立法权限

不同领域的具体情况不同，即使不同地区“首违不罚”的立法差异过大，也无法设立全国统一的细节标准，只能出台总括性的文件来明确立法基准。为了减少各地区不合理的差异，在制定立法基准时，应先划定免罚范围，排除不可免罚的事项，再在可免罚的范围内细化考量因素，以此明确不同立法主体的权限。

首先，要排除不适合适用“首违不罚”制度的事项。部分领域适用“首违不罚”制度需要极为审慎，如食品、药品、建筑工程等与公民生命健康相关的领域。这些领域中涉及安全质量问题的违法行为，即便只是造成轻微后果，是否能“首违不罚”也应仔细考虑。相比于穷举种类繁多的可以适用“首违不罚”的事项，从反面指出不可适用“首违不罚”制度的情况更为直接明了，也有利于杜绝在“零容忍”领域滥用“首违不罚”制度。其次，应细化“首违不罚”事项的考量因素。适用“首违不罚”制度需要具备三个要件，但由于不同领域不同地区的具体情况不同，不应该也无法“一刀切”地统一要件的认定标准。合适的方法是细化认定标准，让立法机关在认定标准的规范下，自行综合考量某种违法行为首次发生是否可以免罚，这样各地区的立法不会出现过大的偏差。

4.2.2. 推动相邻区域联合立法

推动相邻区域联合立法，既符合现实的需要，也有助于协调各地区立法，使情况类似的地区立法相统一。一些相邻的区域，如京津冀地区、长江三角洲地区、粤港澳大湾区等，尽管管辖权分属不同的行政主体，但在某些方面具有高度的统一性。这些城市若是在联系密切的领域彼此单独立法，不仅会比联合立法耗费更多的资源，而且一旦制定的法律内容差异过大，反而会阻碍地区的一体化发展。因此，相邻且联系密切的地区，联合立法符合其实际需要。我国有许多城市群，如长江三角洲城市群、京津冀城市群。这些城市群中的城市已经展现出充分的合作意愿，也在许多方面达成了合作共赢，他们地理上相互毗邻，在经济文化等方面有许多共同点。推动相邻区域在合适的领域联合立法，能够有效消除目前各地立法的不和谐之处。

4.3. 完善相关制度的衔接

行政处罚涉及社会生活的方方面面，“首违不罚”作为不予行政处罚的情形之一，与很多不同的制度有所交集。在不同的领域适用“首违不罚”制度，相关制度之间必须要完善衔接。至于如何完善，每个领域的制度都各有特点，在不同领域设立和适用“首违不罚”制度时，要考虑这些领域相关制度的特点，并根据相关制度的突出特点作适当调整与优化，使“首违不罚”制度与相关制度能更好地适配。如在环境保护领域中，面对环境保护执法较为疲软，环境违法行为行为、违法行为破坏环境的程度较难认定的情况，环境保护执法应坚持“严”的主基调，在环保领域可以适用“首违不罚”事项的范围应当进行限制。环境违法行为的危害可能要通过较长时间来显现，因此在环境保护领域，“首违不罚”的规范中应当要规定进行执法效果评估的程序，考察改正的效果。在税收制度中，“首违不罚”制度也应对税务征管作宏观设计和整体考量。

4.4. 强化监督控制机制

“首违不罚”制度给予初次轻微违法者以宽容，但适用不当也可能纵容违法行为，损害公共利益或第三人利益。面对这种可能性，在执行过程中要强化监督，尽可能地减少“首违不罚”的滥用。通过强

化监督控制机制，不仅可以防止权力肆意扩张，还能够使行政执法更为规范。外部监督的监督主体是行政机关以外的国家机关、组织和个人。“首违不罚”制度作为行政处罚中的一个制度，专门为其设计外部监督的制度没有必要，其外部监督从属于对行政处罚的监督即可。简而言之，设立和适用“首违不罚”要依法而行，严格遵循法律，并接受行政机关以外的国家机关、组织和个人的监督。

相较于外部监督，内部监督对“首违不罚”制度而言有独特的优势。内部监督具有自律性，是从行政主体自身入手来实现的自我约束与自我克制；其监督主体与对象的工作职能性质贴近，监督主体能够更多更深入地了解监督对象的活动[6]。从“首违不罚”制度的特点来说，“首违不罚”的滥用不直接损害第三人的利益，第三人进行监督的机会与动力是不足的。因此制定相应的自我约束机制，从行政机关适用“首违不罚”的过程上入手对其进行控制是最直接有效的。可以构建痕迹管理制度，对“首违不罚”案件从启动到不予处罚决定做出的各个环节进行记录并通过系统保存，做到每一个环节都有迹可循。为此需要积极推动执法文书电子化，将不同领域“首违不罚”的案件单独归类，并深化不同地区的数据共享，优化查询流程以降低查询门槛。基于“首违不罚”适用范围广、案件数量多情况，对记录在系统中的“首违不罚”案件的监督，可以参照市场监管领域的“双随机、一公开”模式，建立“双随机”抽查机制。这样既能节约成本，也能保证监督的范围覆盖“首违不罚”制度执行的全过程，达到有效监督的目的。

5. 结语

“首违不罚”制度同时具有“老”和“新”的特点，“老”在其早已出现并适用，“新”在2021年新《行政处罚法》首次在法律层面上确立了“首违不罚”制度，使其进入一个新的发展阶段。我国当前“首违不罚”制度的概念内涵仍不够精确，制度相关的法规较多，涉及的领域、地域广泛，各地区之间的法律缺乏协调与统一，“首违不罚”制度与其他领域制度的衔接也存在不足；且“首违不罚”维护轻微违法者的利益，对应的就容易损害公共利益与第三人利益。面对这些问题，有必要讨论“首违不罚”三个要件的具体内涵，协调不同地区立法，明确地方立法的范围与考量因素，完善“首违不罚”制度与其他制度的衔接，强化对执法机关外部与内部的监督控制。

参考文献

- [1] 徐晓明. “首违不罚”制度背景下的行政累犯制度研究[J]. 浙江学刊, 2021, 250(5): 83-89.
- [2] 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, 411(3): 143-153.
- [3] 周优, 刘琦. 税务执法“首违不罚”的法理阐释与制度完善[J]. 税务研究, 2021, 440(9): 96-101.
- [4] 赵雪峰. “首违不罚”在医疗废物卫生领域行政管理中的构建[D]: [硕士学位论文]. 上海: 上海交通大学, 2016.
- [5] 黄海华. 新《行政处罚法》制度创新的理论解析[J]. 行政法学研究, 2021, 130(6): 3-15.
- [6] 姜明安. 行政执法研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 230.