

行政处罚主观归责模式的反思与调整 ——基于处罚种类多元化的思考

王明喆^{*}

内容提要：主观归责论者基于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，同时参考比较法上的做法，主张行政处罚应采用主观归责模式。修订后的《行政处罚法》采纳了这一观点，确立了行政处罚的主观归责模式。但是结合我国实定法上的行政处罚制度可以发现，主观归责模式并不完全合理，因为我国行政处罚具有典型的处罚种类多元化特征。《行政处罚法》第9条规定的处罚种类中，部分行政处罚并不必然具有制裁性，对其适用主观归责模式并无必要。部分行政处罚具有多目的性，适用主观归责模式反而可能妨碍其目的的实现。比较法上的经验也表明主观归责模式应当以“小处罚”模式为前提。主观归责模式的适用范围应当限制在行政拘留、罚款等真正的行政处罚之中，对于非真正的行政处罚则应当适用客观归责模式。

关键词：主观归责 处罚种类 制裁性 处罚目的

一、问题的提出

应受行政处罚行为的成立应当满足构成要件的该当性、违法性和有责性三项要件，其中有责性包括责任能力和责任条件两个方面。^{〔1〕}《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）自制定之初就对责任能力问题进行了规定，但是对主观过错问题却不置可否。2021年《行政处罚法》修改之际，这一问题成为焦点，学者们普遍主张加入主观过错条款，确立行政处

^{*} 王明喆，南京师范大学法学院讲师。

〔1〕 参见熊樟林：《应受行政处罚行为模型论》，载《法律科学》2021年第5期；李晴：《犯罪论体系对应受行政处罚行为的可参照性》，载《法学》2022年第4期。

罚的主观归责模式。^{〔2〕}最终修改通过的《行政处罚法》采纳了这种观点,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。”通说认为,这一条款的确立标志着行政处罚主观归责模式的正式确立。^{〔3〕}

然而,一项法律条文并不是孤立地存在于一部法律之中,“法律中的诸多法条,其彼此并非只是单纯并列,而是以多种方式互相指涉,只有透过它们的彼此交织及相互合作才能产生一个规整”^{〔4〕}。适用一个法条就是在运用整部法典。因此,关于行政处罚归责模式的分析不能就事论事,不应仅仅将分析视角锁定在主观归责、客观归责孰优孰劣的问题上,更要从行政处罚制度的整体出发,立足于我国行政处罚的实定法制度进行思考。特别是在行政处罚种类多元化趋势不断加强的背景下,^{〔5〕}应当特别关注行政处罚的种类多元化与主观归责模式是否协调的问题。《行政处罚法》修改之际,已有学者指出行政处罚归责模式的规则设计需要考虑行政处罚的概念与范围问题。^{〔6〕}遗憾的是,这一观点虽然指出归责模式与处罚种类的关系问题,但并未进行深入探究,也没有得到学界的足够重视。在新《行政处罚法》之下,对不同种类的行政处罚一律适用主观归责模式是否适当,主观归责模式是否会带来行政处罚适用上的难题,主观归责模式是否需要以及如何调整?这些问题仍然值得思考。

本文立足于我国实定法上的行政处罚制度,从行政处罚种类多元化的视角对行政处罚主观归责模式的合理性进行反思。本文首先对主观归责论的观点进行梳理,进而从行政处罚种类多元化的视角对主观归责模式的合理性展开反思,并对其完善进路提出建议。

二、行政处罚主观归责论的观点与展开

在行政处罚的归责模式问题上,我国学界主要存在客观归责论和主观归责论两种观点。^{〔7〕}客观归责论认为应受行政处罚行为的成立无需主观过错,当事人实施了违法行为就可科处行政处罚,“有行为即可罚”。与此相对,主观归责论认为应受行政处罚行为的成立必须以主观过错为前提,“无过错不可罚”。

〔2〕 代表性研究成果,例如杨利敏:《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》,载《华东政法大学学报》2020年第2期;熊樟林:《行政处罚责任主义立场证立》,载《比较法研究》2020年第3期;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;王贵松:《论行政处罚的责任主义》,载《政治与法律》2020年第6期;张青波:《论应受行政处罚行为的主观要素》,载《法学》2020年第10期。

〔3〕 参见袁雪石:《中华人民共和国行政处罚法释义》,中国法制出版社2021年版,第220页;张晓莹:《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》,载《经贸法律评论》2021年第3期;程琥:《论行政处罚过错推定的司法审查》,载《行政法学研究》2022年第3期。但也有学者认为这一条款只是作为法定不予处罚情形而存在,行政处罚仍采用客观归责立场。参见尹培培:《论新〈行政处罚法〉中的“主观过错”条款》,载《经贸法律评论》2021年第3期。

〔4〕 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第144页。

〔5〕 修改后的《行政处罚法》第9条扩充了行政处罚的种类,将通报批评、降级资质等级、限制开展生产经营活动、责令关闭、限制从业等列为行政处罚。

〔6〕 参见李洪雷:《论我国行政处罚制度的完善——兼评〈中华人民共和国行政处罚法(修订草案)〉》,载《法商研究》2020年第6期。

〔7〕 有学者认为在主观归责论和客观归责论之外还存在第三种模式,即过错推定模式。但是过错推定模式的前提是行政处罚需要主观过错,因而这种观点也可归类于主观归责论中。

在《行政处罚法》制定前，行政处罚客观归责论就已存在。客观归责论的主张主要基于以下三点理由：其一，行政处罚的制裁强度弱于刑事处罚，因而应受行政处罚行为的成立无需行为人的主观过错。^{〔8〕}“行政违法尚没有犯罪对社会的危害程度严重，其所受的处罚也相对较轻，因此在行政法律责任中一般可不必对违法主体的主观心理状态作过于繁琐的分析和确认。”^{〔9〕}其二，行政处罚的主观过错被违法行为吸收，没有独立的存在价值。行为人一旦违法，其主观上一般也必然有过错。^{〔10〕}换言之，“对绝大多数行政处罚的实施来说，行为人的主观因素往往内含于行为的违法之中而没有独立的和实际的意义；只有在某些情况下，行为人的主观因素对行为人是否应受行政处罚才有实际意义，这种情况一般均由法律、法规明确规定”^{〔11〕}。其三，客观归责论者认为采用主观归责模式将加重行政机关的负担，影响行政效率。因为行政机关面对的违法行为在种类和数量上远远多于犯罪行为，采用主观归责模式不利于打击违法行为。^{〔12〕}

行政处罚主观归责论者对上述观点展开批判，特别是在2021年《行政处罚法》修改前后，行政处罚主观归责论受到学界的广泛青睐，并深刻影响了修法工作的展开。主观归责论者指出，行政处罚的制裁程度弱于刑事处罚的观点经不起推敲，也不能成为否定主观归责的理由，^{〔13〕}行政违法的违法性和有责性并非等同，而且行政处罚也应当遵守最基本的正义，^{〔14〕}因而行政处罚客观归责模式不可取，应当采用主观归责模式。总的来说，主观归责论的学理基础在于以下三点。

（一）尊重个人的意志自决

主观归责论者认为应受行政处罚行为的成立必须以当事人的主观过错为前提，因为理性的主体只对其自由意志所决定的行为负有责任。站在尊重个人意志自决的角度，“无责任即无处罚”。江必新指出，任何公正合理的制裁都必须以被制裁的行为具有可谴责性为基础，可谴责性表现为行为人的过错，“古往今来，处罚是与行为的可谴责性联系在一起，否则，就很难与专横和暴政相区别”^{〔15〕}。申言之，一方面，主观归责模式是宪法的基本要求。王贵松指出，主观归责模式拥有宪法上的规范基础，即我国《宪法》第38条的人格尊严条款。国家应当通过制度和程序来维护公民的人格尊严，“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”^{〔16〕}。另一方面，主观归责也是公平正义原则的基本要求。熊樟林指出，行政违法的判定同样需要遵循最为基本的正义理念，“将主观归责的技术成本强制安放在行政相对人头上，而不是行政主体，这本身就是非正义的举措，是对意志自由的侵犯”^{〔17〕}。

值得注意的是，主观归责论者提出的“无责任即无处罚”这一观点明显受到刑法理论的影响。在刑法理论中，“无过错即无刑罚”原则是一项基本共识，这一理论的根基在于尊重个人的

〔8〕 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。

〔9〕 袁曙宏：《论行政处罚的实施》，载《法学研究》1993年第4期，第46页。

〔10〕 参见马怀德：《〈行政处罚法〉修改中的几个争议问题》，载《华东政法大学学报》2020年第4期。

〔11〕 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，第22页。

〔12〕 参见前引〔10〕，马怀德文。

〔13〕 参见金成波：《行政处罚中违法者主观认识论纲》，载《当代法学》2022年第4期。

〔14〕 参见前引〔2〕，熊樟林文。

〔15〕 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，第4页。

〔16〕 前引〔2〕，王贵松文，第8页。

〔17〕 前引〔2〕，熊樟林文，第153页。

意志自决。行政法学者受到刑法理论的启发,主张行政处罚也应当适用主观归责模式。杨利敏指出,我国行政处罚与刑事处罚在性质与功能上极为相似,因而对于行政处罚这种“类刑罚”的制裁也应当适用主观归责。^{〔18〕}王贵松也指出:“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。”^{〔19〕}

(二) 实现行政处罚的目的

学界有力观点认为:行政处罚的目的有两种,即报应论和预防论,其中报应论为主要目的,预防论居于次要目的加以补充。^{〔20〕}主观归责论者认为确立过错条款有利于实现行政处罚的目的,“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”^{〔21〕}。

一方面,主观归责论者认为,行政处罚的报应目的通过对违法行为人的惩戒来实现,而只有当行为人在自由意志支配之下仍然选择或放任违法行为发生时,才具有可谴责性,才应当遭受报应。^{〔22〕}主观上无过错之行为人并无可非难性,对其科处处罚无法彰显行政处罚的惩戒功能。另一方面,行政处罚具有预防违法的功能,在《行政处罚法》中体现为“处罚与教育相结合原则”。教育的本质就是对行为人的价值观念进行纠正和塑造,只有当行为人具有主观意志上的错误时,才需要对其进行纠正和塑造,如果行为人没有主观过错,此时对其进行惩罚难以使其信服,甚至可能使其产生逆反心理,自然无法实现行政处罚的教育目的。^{〔23〕}还有学者指出,如果存在主观过错而缺乏责任能力的违法行为不应受行政处罚的话,对无主观过错的客观违法反而科处行政处罚,不仅有悖立法本意,而且难以实现对公众的教化和引导功能。^{〔24〕}

(三) 比较法的启示

除上述两点理由之外,不少学者还通过比较法的考察来补充论证主观归责模式的合理性。熊樟林指出,奥地利、德国以及我国台湾地区的行政处罚相关立法和规定都确立了主观归责模式,“在将违警罪从刑法学中独立出来的并对行政处罚专门立法的国家和地区中,采用的几乎都是主观归责的立场”^{〔25〕}。方军指出,当前世界上出台专门行政处罚立法的四个主要国家和地区中,除我国《行政处罚法》外,其他三部行政处罚专门立法都从正面确认了主观要件的地位。^{〔26〕}王贵松指出,“无责任即无制裁,这是大陆法系国家和地区的多数做法”,德国和奥地利虽然在主观状态的要求上存在差别——德国明确要求以故意为原则,奥地利则采取过失原则——但是两国均采取责任主义。^{〔27〕}金成波也指出,考察违法者主观状态是国际通行且成熟的做法,除德国和奥地利等国之外,受德国法影响深重的希腊、荷兰、葡萄牙、瑞典、西班牙等国均采用主观归责模式。^{〔28〕}

〔18〕 参见前引〔2〕,杨利敏文。

〔19〕 前引〔2〕,王贵松文,第8页。

〔20〕 参见熊樟林:《行政处罚的目的》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

〔21〕 前引〔2〕,王贵松文,第8页。

〔22〕 参见前引〔2〕,杨利敏文。

〔23〕 参见前引〔13〕,金成波文。

〔24〕 参见前引〔2〕,方军文。

〔25〕 前引〔2〕,熊樟林文,第154页。

〔26〕 参见前引〔2〕,方军文。

〔27〕 参见前引〔2〕,王贵松文。

〔28〕 参见前引〔13〕,金成波文。

综上可知，主观归责论者基于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，并且参考比较法的做法，主张行政处罚应采用主观归责模式。但是可以发现，主观归责论者的主张具有明显的形而上的特点，他们将分析视角集中在主观归责模式与客观归责模式的优劣性上，在一般意义上证立主观归责模式的合理性，没有或者至少没有充分立足于我国实定法上的行政处罚制度对归责模式问题展开分析。如此一来便会产生如下疑问：即便行政处罚主观归责模式在一般意义上是合理的，但是它是否适合于我国实定法上的行政处罚制度，是否需要对其进行调整？下文将从我国实定法上的行政处罚制度出发，基于行政处罚种类多元化的视角，对主观归责模式的合理性进行反思与考察。

三、处罚种类多元化视角下主观归责模式合理性的反思

之所以从处罚种类多元化视角对主观归责模式的合理性进行反思，是因为我国行政处罚制度最大的特点之一是行政处罚的种类十分丰富。下文将首先对我国行政处罚的种类多元化特征进行分析，继而基于此展开对主观归责模式合理性的反思。

（一）我国行政处罚的种类多元化特征

《行政处罚法》第9条规定了名誉罚、财产罚、资格罚、行为罚和人身罚五种处罚类型，每一种类型中又有不同的具体处罚种类，^{〔29〕} 行政处罚表现出明显的种类多元化特征。

1. 相比于刑罚种类的多元化

行政处罚种类相比于刑事处罚种类来说具有多元化特征。不少主观归责论者在证立主观归责模式的合理性时参照刑法上的责任主义规定，但需要注意的是，相比于刑事处罚种类，我国行政处罚的种类更加丰富。

我国《刑法》第33条和第34条规定了刑事处罚的种类，即作为主刑的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑以及作为附加刑的罚金、剥夺政治权利、没收财产。需要注意的是，《刑法》中规定的限制行为人权利与自由的措施不止于此，还包括专门矫治教育、强制医疗等限制人身自由的措施，以及禁业规定、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物等限制资格和财产权的措施。《刑法》将这些措施规定在刑罚种类之外并非无意为之，刑法学界普遍认为这些措施属于保安处分而非刑事处罚。^{〔30〕} 换言之，我国《刑法》并未将所有限制行为人权利与自由的措施都规定为刑罚，而是采用了“刑罚+保安处分”的二元主义模式。之所以作出如此安排，是因为刑罚和保安处分是两种性质不同的法律措施。刑罚是对犯罪行为科处的制裁，以行为人已经实施的犯罪行为为基础，具有报应的性质。^{〔31〕} 而保安处分并非是对行为人犯罪行为科处的处罚，它以行为人将来再次实施犯罪的危险性为基础，其目的在于消除危险、防止再犯。正如罗克辛教授所述：“保安处分不是与所实施的构成行为所具有的不法相联系的，而是还与行为人在未来所具有的危

〔29〕 参见黄海华：《新行政处罚法的若干制度发展》，载《中国法律评论》2021年第3期。

〔30〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第638页。

〔31〕 参见时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期。

险性相联系的。”^{〔32〕}

同《刑法》一样,《行政处罚法》也并未将所有的行政不利益处分规定为行政处罚,在行政处罚之外,该法第28条规定的责令改正显然也属于限制行为人权利与自由的不利益处分,但是却不属于行政处罚,而是行政命令。^{〔33〕}很显然,《行政处罚法》同样认为在行政处罚之外还存在其他类型的行政不利益处分,它实际上采用了“行政处罚+行政命令”的二元主义模式。但需要特别注意的是,与《刑法》相比,我国《行政处罚法》将更多的行为措施规定为行政处罚而非行政命令。以没收为例,我国《刑法》对没收的性质进行类型化区分,并未将其一概规定为刑罚,第34条将没收犯罪分子的全部个人财产规定为刑罚,在此之外第64条规定应当没收违禁品和供犯罪所用的本人财物。之所以做如此规定,是因为后者的性质并非处罚,它的目的在于消除危险、防止再犯,在性质上属于保安处分。^{〔34〕}而《行政处罚法》并不区分没收的不同类型,该法第9条明确将没收违法所得、没收非法财物规定为行政处罚。再比如,《刑法》第37条之1规定的禁业规定在刑法上属于一种保安处分,^{〔35〕}而在《行政处罚法》中,与之功能类似的责令停产停业、责令关闭、限制从业却属于行政处罚而非行政命令。

由此可以发现我国行政处罚制度的以下特征:其一,行政处罚种类相比于刑事处罚种类来说具有明显的多元化特征。刑法将对行为人的生命、自由、财产等进行限制的措施规定为刑罚,而在行政法上,除人身罚、财产罚之外,还存在名誉罚、资格罚、行为罚等处罚种类。其二,《行政处罚法》倾向于将在刑法中属于保安处分的措施也规定为行政处罚。换言之,行政法上的名誉罚、资格罚、行为罚在刑法中并非不存在,只是刑法将其排除在刑罚措施之外,规定为保安处分,而在行政法上,立法者(乃至不少学者)倾向于将其归类为行政处罚。

2. 相比于其他国家和地区处罚种类的多元化

相比于其他大陆法系国家和地区,我国《行政处罚法》的处罚种类也表现出明显的多元化特征。德国《违反秩序法》规定的处罚种类仅有罚款一种,该法第1条规定,违反秩序行为是违法的、可责难的、符合处以罚款处罚构成要件的行为。通过这一规定可以看出,“违反秩序行为”与“罚款”被排他地联系在一起,违反秩序行为就是被科处罚款的行为,而罚款就是对违反秩序行为科处的唯一处罚。当然,《违反秩序法》还规定了物的没收、收益没收等其他不利益处分,但是它们并非处罚种类,而是附随法律后果。^{〔36〕}责令停业、撤销许可、吊销执照等行为同样不是行政处罚措施,不受《违反秩序法》的规制,而是接受行政程序法等一般性行政法律法规的调整与规范。与此类似,奥地利《行政罚法》的处罚种类也比较简单,该法第一章总则中规定了罚款、自由罚和没收三种处罚类型,同样不包括责令停业、撤销许可、吊销执照等行政管理措施。日本并没有严格意义上的行政处罚法,二战前日本制定的《警察犯处罚令》《违警罪即决令》出

〔32〕〔德〕克罗斯·罗克辛:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,载《法学家》2007年第1期,第152页。

〔33〕参见李孝猛:《责令改正的法律属性及其适用》,载《法学》2005年第2期。

〔34〕参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期。

〔35〕参见童策:《刑法中从业禁止的性质及其适用》,载《华东政法大学学报》2016年第4期。

〔36〕参见熊樟林主编:《中外行政处罚法汇编》,北京大学出版社2021年版,第99页。

于处罚便利的考量，赋予警察对违警犯科处刑事处罚的权力，^{〔37〕}但是这一规定在二战后的法制改革中被废止，包括轻犯罪在内的所有犯罪行为的惩处都要通过刑事诉讼程序进行。^{〔38〕}因而，目前日本法上存在的行政处罚仅包括罚款、课征金、加算税等财产罚以及具有制裁性质的违法信息公开等声誉罚。^{〔39〕}

大陆法系国家和地区也有处罚种类多元化的例子。我国台湾地区“行政处罚法”第2条规定的处罚种类十分丰富，该“法”采用“列举+兜底”的方式，将具有裁罚性的限制或禁止行为之处分、剥夺或消灭资格之处分、影响名誉之处分和警告性处分规定为行政处罚。此种多元化特征并非巧合，而是受到我国早期行政处罚制度影响的结果。我国行政处罚法制的源头是1908年制定的《大清违警律》，它最初是作为特别刑法面世的。此后于1915年、1928年和1943年分别制定颁布了《违警罚法》，其内容表现出强烈的去刑法化倾向，1943年《违警罚法》最终作为行政处罚的基本法确定下来。^{〔40〕}1949年后，“违警罚法”在台湾地区继续适用和发展，深刻影响今日台湾地区的行政处罚法制。我国现行行政处罚法制同样受到上述法律的影响。早在抗日战争时期，革命根据地已经制定了违警罚条例。1942年制定的《陕甘宁边区违警罚暂行条例》是各个革命根据地中制定最早、最具代表性的违警罚规范，它在结构和内容上都深受当时1928年《违警罚法》的影响。^{〔41〕}而革命根据地时期行政处罚的制度和理念在中华人民共和国成立后1957年制定实施的《治安管理违法条例》中得以贯彻，并继续影响其后的行政处罚制度。而《大清违警律》和民国时代《违警罚法》在处罚种类上已经表现出多元化特征。《大清违警律》第3条规定了罚金、拘留、充公、停业及勒令歇业等处罚种类，1915年和1928年《违警罚法》扩展处罚种类，规定了拘留、罚金、训诫等主罚和没收、停止营业和勒令歇业等从罚，1943年《违警罚法》在主罚中加入罚役罚，进一步扩展处罚种类。由此可以发现，相比于德日等国家，我国行政处罚制度在建立之初就表现出种类多元化倾向，这一倾向在其后的法治发展中被保留和发展。

（二）基于处罚种类多元化对主观归责模式进行反思

通过上述分析可知，处罚种类多元化是我国行政处罚制度的重要特征，分析行政处罚归责模式的合理性不能忽视这一重要特征。而从处罚种类多元化视角进行分析可知，对不同种类的行政处罚一律适用主观归责模式并不合理。

1. 主观归责模式无需适用于所有的处罚种类

主观归责论者认为“无责任即无处罚”，主观归责模式是尊重个人意志自决的要求，也是宪法乃至一般正义原则的要求。本文并不反对这种观点，但笔者想强调的是，“无责任即无处罚”的前提在于行政机关对当事人科处的行为措施是真正的“处罚”，这里的“处罚”不能泛化理解为不利益处分，而我国《行政处罚法》第9条恰恰具有将不利益处分定位为处罚的特征。

〔37〕 大矢根岩雄『警察犯处罚令・违警罚即决例解義』（清文社、1923年）14頁参照。

〔38〕 伊藤榮樹『輕犯罪法』（第2版）（立花書房、2018年）5頁参照。

〔39〕 需要注意的是，日本法上并非所有的违法信息公开都是行政处罚，违法信息的公开被分为作为制裁的公开和作为信息公开的公开。宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（第7版）（有斐閣、2020年）293頁参照。

〔40〕 参见沈岚：《中国近代治安处罚法规的演变——以违警罚法的去刑法化为视角》，载《政法论坛》2011年第4期。

〔41〕 参见谢川豫：《危害社会行为制裁体系研究》，法律出版社2013年版，第61页。

处罚是一种不利益处分,但并非所有的不利益处分都是处罚。处罚的本质在于制裁性,一方面,处罚是对当事人增添额外负担的行为,是对当事人合法权益的剥夺,^[42]本质在于减损当事人合法权益或者增加新的义务。^[43]对当事人违法利益的剥夺,或者要求行为人改正违法行为的命令属于不利益处分,但并没有对当事人科处额外负担,仅仅要求行为人“为其应所为”,因而并不属于制裁。另一方面,处罚包含对行为人的非难和谴责,是对行为人违法行为的否定性评价,是“针对违反社会规范的行为,以否定或者促使行为人放弃此种行为为目的而启动的反作用力”^[44]。而一般的不利益处分并不必然包含对行为人的非难,它们虽然限制了行为人的财产、资格甚至人身自由,但未必是对行为人过去所做违法行为的谴责,其目的可能着眼于未来,通过限制行为人的自由以消除危险、防止再犯。因而并非所有不利益处分都是处罚,只有满足制裁性的不利益处分才可能是规范意义上的处罚。

正是由于处罚具有制裁性,应受行政处罚行为的成立才需要主观过错的存在,因为对没有过错的行为人科处额外负担并进行道德非难和谴责是荒谬的。但是对于没有制裁性的一般不利益处分来说,并不存在适用主观归责的必要。以刑法为例,不少主观归责论者在证立主观过错条款的必要性时参照刑法上的责任主义规定,但是刑法的主观归责条款仅仅适用于刑事处罚,而不适用于保安处分。申言之,对于管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑以及作为附加刑的罚金、剥夺政治权利、没收财产等刑事处罚来说,其适用必然以责任主义为基础,但是对于专门矫治教育、强制医疗、禁业、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物等保安处分来说,无需适用主观归责模式。因为它们并非刑事处罚,它们不是对犯罪行为的报应和谴责,而是为了消除危险、防止再犯而采取的一般性不利益处分,所以科处保安处分无需以行为人的主观过错为前提。

在行政法中,与刑法上保安处分类似的没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、责令关闭、限制从业等措施被纳入行政处罚种类之中,而且《行政处罚法》中未明确规定的列入黑名单、公布违法信息等也被认为属于实质意义上的行政处罚。^[45]然而,这些措施并不必然具有制裁性。一方面,没收类、责令类措施往往并没有对行为人科处额外负担,没收当事人的违法所得或者非法财物实属应该,而责令不具备生产能力或者有可能继续从事违法行为的企业停产停业乃是当然之理。另一方面,列入黑名单、公布违法行为等行政措施的目的未必是对当事人进行谴责,它们也可能是为了防止危险发生或者扩大而采取的带有预警性质的公共警告。^[46]因而,虽然《行政处罚法》第9条将这些措施明确规定为行政处罚措施,但它们并非必然具有制裁性,《行政处罚法》将其规定为行政处罚,背后有着提升行政机关公共治理能力或者规范行政公权力行使的政策考量。^[47]因此,从理论上来看,当然也就无需对这些处罚措施适用主观归责模式。

[42] 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期。

[43] 参见黄海华:《行政处罚的重新定义与分类配置》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

[44] 熊樟林:《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》,载《政治与法律》2020年第3期,第81页。

[45] 参见朱芒:《作为行政处罚一般种类的“通报批评”》,载《中国法学》2021年第2期。

[46] 参见朱春华:《公共警告与“信息惩罚”之间的正义——“农夫山泉砒霜门事件”折射的法律命题》,载《行政法学研究》2010年第3期;王贵松:《食品安全风险公告的界限与责任》,载《华东政法大学学报》2011年第5期。

[47] 例如,有学者指出,尽可能地将一些不利性处分行为纳入《行政处罚法》中,有利于监督行政权规范行使,保护当事人合法权益。参见应松年、张晓莹:《〈行政处罚法〉二十四年:回望与前瞻》,载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

概而言之，“无责任即无处罚”是合理的，但是并非所有不利益处分都是“处罚”，即便是《行政处罚法》第9条明文列举的处罚种类也未必都属于实质意义上的处罚，因而主观归责模式无需适用于所有的处罚种类。

2. 主观归责模式可能不利于行政处罚目的的实现

主观归责论者认为确立主观归责模式有助于行政处罚目的的实现，但是基于处罚种类多元化视角来看，事实未必如此。一般意义上，行政处罚的目的在于报应和预防，但是在我国行政处罚中，一些处罚措施在报应与预防之外同时具有其他目的，报应和预防甚至不是它们的主要目的，适用主观归责模式反而不利于其目的的实现。

有学者指出，行政没收具有恢复性和惩戒性的双重属性，具有剥夺不法利益和惩戒违法行为的双重功能。“如果否认恢复性，那么没收违法所得与罚款在本质上将毫无区别，行政处罚法完全不必设置两种功能全然相同的处罚种类，因此，恢复性应当是没收违法所得的本质属性。”^{〔48〕}还有学者指出，行政没收并非都是行政处罚，在作为行政处罚的行政没收之外，还存在作为保安处分的行政没收。^{〔49〕}再比如，停产停业措施的目的也并非单一，它具有违法隔离功能、能力矫正功能和规制协同功能，^{〔50〕}行政机关作出责令停产停业命令，是通过限制行为人的生产经营能力将其排除在生产活动之外，体现的是规制预防的目的。“责令其停下来的目的不是让其彻底停业，不要再从事某一行业，而是让其整改。”^{〔51〕}禁业规定同样如此，有学者指出限制从业规定虽然具备资格罚的性质，但是同时也是一种累犯隔离机制，具有从主体层面进行隔断以防止行为人再犯的目的。^{〔52〕}还有学者指出，限制从业是一种基于预防逻辑的资格限制措施，本质上属于预防性管制措施，^{〔53〕}应当重新厘定限制从业的法律性质，去除“惩罚性”，注重“补救性”。^{〔54〕}公布违法信息、列入黑名单等处罚措施同样如此，前文已述，这类措施虽然带有一定的制裁属性，但往往同时具有公共警告的性质，行政机关公布违法信息并非单纯为了制裁违法行为人，还具有提醒公众避开风险的意义和功能。

对于这类具有多重目的的处罚措施来说，适用主观归责模式并不利于其多重目的的实现。主观归责模式要求行政机关在行为人具有过错时才可以科处行政处罚，但是如果行为人没有过错，是否就不应没收其违法所得，而是让其继续享受不法利益？是否就不应责令其停产停业，而是允许其继续从事违法生产行为？是否就不应提醒公众注意可能存在的风险，放任危险的发生？这样的结论恐怕是荒谬的。即使行为人没有主观过错，行政机关也应当采取上述行为措施，因为这些措施的目的不是或者不主要是对行为人进行惩戒，而是直接地消除危害、排除危险、维护公益。因而对

〔48〕 黄锴：《论没收违法所得设定权的分配与收回——基于行政处罚法相关条文的展开》，载《法治现代化研究》2022年第1期，第82页。

〔49〕 参见熊樟林：《立法上如何安排行政没收？》，载《政法论坛》2022年第4期。

〔50〕 参见徐晓明：《停产停业措施的法律规制：缺陷反思、功能导向与路径选择》，载《行政法学研究》2021年第6期。

〔51〕 应松年、章剑生主编：《行政处罚法教程》，法律出版社2012年版，第78页。

〔52〕 参见徐晓明：《行政许可后续监管体系中的从业限制法律责任：基本类型、法律属性及法律规制》，载《行政法学研究》2020年第6期。

〔53〕 参见陈国栋：《〈行政处罚法〉中限制从业罚的解释与适用》，载《南大法学》2021年第4期。

〔54〕 参见陈军：《去惩罚性：证券市场进入的性质重厘与制度再造》，载沈岷主编：《行政法论丛》第27卷，法律出版社2021年版，第125-129页。

于多目的性处罚措施而言,严格要求适用主观归责并不适当。正因如此,《食品安全法》《药品管理法实施条例》等法律法规才规定没收违法所得和非法财物无需以行为人的主观过错为前提。^[55]

3. 比较法上主观归责模式的适用多以“小处罚”模式为前提

主观归责论者指出其他大陆法系国家和地区的行政处罚立法基本采用主观归责模式,但是却忽略了一个重要前提,即德国、奥地利等国家行政处罚制度属于处罚种类较少的“小处罚”模式。前文已述,德国《违反秩序法》只规定了罚款这一种处罚种类,奥地利《行政罚法》的处罚种类稍多,规定了罚款、自由罚和没收三种处罚种类。而责令停业、撤销许可、吊销执照等行为措施都不是行政处罚类型,它们接受行政程序法的规范与调整,无需以行为人的主观过错为前提。概而言之,德国、奥地利属于“小处罚+主观归责”的立法体例,这样的做法一方面可以保证对行为人的处罚严格以主观归责为前提,维护人格尊严,另一方面可以保证其他行为措施不会因为行为人没有过错而无法实施,确保行政效率。

与此相对,我国《行政处罚法》确立的是“大处罚+主观归责”的立法体例。一方面,《行政处罚法》第9条不仅规定了名誉罚、财产罚、资格罚、行为罚和人身罚五类处罚,还规定了“法律、行政法规规定的其他行政处罚”这一兜底条款,为行政处罚种类的继续扩张留下机会。另一方面,该法又确立了主观归责模式,第33条第2款规定行为人有证据证明没有主观过错的不予行政处罚。如此一来,当行为人证明其没有主观过错时,所有的行政处罚手段都无法实施,行政机关无法作出没收违法所得、责令停产停业、限制从业甚至公布违法信息等行为措施。这样的做法无疑会放任违法,影响行政效率,致使公益受损。而且随着行政处罚种类多元化趋势继续加强,这种情况将随着行政处罚种类的扩张而愈发明显。

我国台湾地区行政处罚制度同样具有种类多元化的特征,同时也确立了主观归责模式,实际上也是一种“大处罚+主观归责”的立法体例。已经有学者注意到这种规定的弊端,并对此展开批判,认为采取广义行政罚概念的同时采取过错主义,不利于行政目的的达成。^[56]正如李建良指出:“责任条件及责任能力之规定,仅适用于制裁性之不利处分,至于非制裁性之不利处分(特别是秩序行政上之不利处分),其主要目的不在处罚,而是排除危险,故无责任原则之适用。”^[57]吴庚同样指出,“行政罚法”迁就现实将过多的不利益处分归类为行政罚,这种做法虽然有利于人民权利之保障,但同时具有妨害行政目的达成之虞。^[58]

综上可知,主观归责模式虽然在一般意义上来说是正当合理的,但是具体到我国行政处罚制度上则未必如此。基于处罚种类多元化的视角分析可知,主观归责论者提出的三点理由都不是天衣无缝的。“无责任即无处罚”固然正确,但这并不意味着实定法上所有的处罚种类都应当以行

[55] 《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。”《药品管理法实施条例》第75条规定:“药品经营企业、医疗机构未违反《药品管理法》和本条例的有关规定,并有充分证据证明其不知道所销售或者使用的药品是假药、劣药的,应当没收其销售或者使用的假药、劣药和违法所得;但是,可以免除其他行政处罚。”

[56] 参见前引[6],李洪雷文。

[57] 李建良:《“行政罚法”中“裁罚性之不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,载《月旦法学杂志》2010年第181期,第151页。

[58] 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,三民书局2005年版,第484-485页。

为人的主观过错为前提。对于具有多目的性的行政处罚措施来说，主观归责模式反而可能不利于其适用，阻碍行政目的的实现。而比较法上的主观归责多以“小处罚”为前提。因此，行政处罚主观归责模式并不完全适合我国的行政处罚制度，需要立足于我国法对其进行调整与完善。

四、行政处罚主观归责模式的调整与完善

通过上文分析可知，行政处罚主观归责模式的问题症结在于主观归责模式并不适合所有行政处罚种类。这意味着，一方面，主观归责模式在原则上是可取的，基于尊重公民人格尊严和更好实现行政目的的考量，应当坚持主观归责模式。不能彻底改变主观归责模式，重回客观归责模式。但是另一方面，主观归责模式无需也并不适合适用于所有的处罚种类，在处罚种类多元化的实定法制度前提之下，应当对其适用范围进行调整。概而言之，本文并不主张彻底变更主观归责模式，而是主张对其适用范围进行适当限缩。下文将在对我国实定法上的行政处罚种类进行类型化的基础上提出行政处罚主观归责模式的调整方法。

（一）行政处罚种类的类型化划分：真正的行政处罚与非真正的行政处罚

我国《行政处罚法》第9条规定的处罚种类十分丰富，但正如前文所述，其中的一些处罚措施并不必然具有制裁性，还有一些处罚措施具有多目的性，因而我们可以将其划分为真正的行政处罚和非真正的行政处罚。^{〔59〕}

区分真正的行政处罚和非真正的行政处罚的标准有三。首先，最本质的标准在于是否具有制裁性，因为行政处罚的本质就在于制裁性。我国《行政处罚法》第2条规定，行政处罚是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。“减损权益或者增加义务”意味着增加额外负担，“惩戒”意味着对行为人的非难与谴责。增加额外负担和非难正是制裁性的表现，也是区分真正的行政处罚和非真正的行政处罚的关键所在。其次，判断真正的行政处罚和非真正的行政处罚还可以借助刑法上的标准。刑事处罚和行政处罚虽然并不完全相同，但是二者同为国家公权力科处的法律制裁，在制度渊源、法理基础等方面具有相似性，刑法的规定可以为行政处罚提供一定的参考。^{〔60〕}最后，比较法上的经验具有辅助性的参考意义。我国的行政处罚制度与其他大陆法系国家和地区的行政处罚制度并不完全相同，不能直接用其他大陆法系国家和地区的规定来指导我国的法制建设。但是比较法的考察毫无疑问是有意义的，既有研究在证立主观归责模式的合理性时就参考了域外国家和地区的规定。因而，比较法的考察具有辅助理解的参考作用。

以制裁性为本质标准，同时参考刑法的原理和比较法上的规定可以发现，我国《行政处罚法》第9条规定的处罚种类中，行政拘留和罚款属于真正意义上的行政处罚。首先，行政拘留和罚款具有制裁性，它们是对行为人科处额外负担的措施，限制了行为人的行动自由或财产权利，它们的目的是对行为人予以惩戒，同时通过科处负担达到一般预防和特殊预防的目的。其次，

〔59〕 既有研究中已经有类似的观点，有学者将我国行政处罚的种类划分为预防性处罚和制裁性处罚。参见前引〔53〕，陈国栋文。

〔60〕 参见李晴：《犯罪论体系对应受行政处罚行为的可参照性》，载《法学》2022年第4期。

在刑法上,与行政拘留、罚款具有类似功能和性质的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、罚金等限制行为人人身自由、财产权利的措施都属于刑事处罚,而非保安处分。它们同样是对行为人所处的报应,同时具有预防的目的,与行政法上的行政拘留和罚款相对应。最后,观察其他大陆法系国家和地区的行政立法可以发现,各国的行政处罚种类虽然不尽相同,但是无论其处罚种类多寡,行政拘留和罚款基本属于典型的处罚种类。^{〔61〕}综合以上三点可以发现,拘留和罚款属于真正的行政处罚措施,在行政处罚种类中居于核心位置。

与此相对,《行政处罚法》第9条规定的没收违法所得、没收非法财物等没收类处罚,暂扣许可证件、吊销许可证件等资格罚,限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业等行为罚,乃至《行政处罚法》没有明确规定的公布违法信息、列入黑名单等名誉罚等处罚措施应当属于非真正的行政处罚。因为这些处罚种类并不当然具有制裁性。一方面,没收行为人的违法所得、非法财物,限制行为人开展生产经营活动、责令行为人停产停业、关闭整顿、限制从业等行为措施并未对其科处额外负担,行为入本就不具有占有违法所得、非法财物或者在不具备安全生产条件的情况下继续从事生产经营行为的权利。另一方面,暂扣许可证件、吊销许可证件、公布违法信息等行为措施的主要目的并不完全是对行为人进行非难和谴责,它们具有多重目的,行政机关作出这些行为有时并不是为了对行为人进行谴责,而是为了违法隔离或者提醒公众注意,从而直接维护公共利益。因而,相比于行政拘留与罚款,这些行为措施的制裁性明显较弱。正因如此,刑法上才没有将没收违法所得、没收非法财物、限制从业等行为措施列为处罚种类,而是将其作为保安处分进行规定。同样,德国、奥地利、日本等国家的行政处罚立法也没有将这些行为措施列为行政处罚。

(二) 主观归责模式的调整与完善

真正的行政处罚具有完整的制裁性,在行政处罚种类中处于核心位置。非真正的行政处罚并不必然具有制裁性,立法者出于提升行政机关公共治理能力或者规范行政公权力行使的政策考量才将其规定为行政处罚,这类行政处罚在刑法上或者在其他国家和地区的行政处罚立法中往往不被当作行政处罚。对于真正的行政处罚来说,主观归责模式的适用是正当且必要的;对于非真正的行政处罚来说,主观归责模式的适用并不恰当。

一方面,行政处罚主观归责模式应当适用于真正的行政处罚。行政拘留和罚款真正体现出对行为人的惩罚,对其来说,责任主义的适用是必要、正当的。责任是证明惩罚正当性的必要条件,“一个惩罚之所以是应得的,是因为被惩罚者是责任者,是自由意志者,即他可以根据自己的意志自由选择 and 决定自己的行为”^{〔62〕}。正如主观归责论者所述,正义并不必然要为行政管理的效率需求让路,行政违法的判定同样需要遵循最为基本的正义理念。^{〔63〕}刑法上主观归责模式的采用,乃至比较法上其他大陆法系国家和地区主观归责模式的选择正是基于这样的考量。因此,行政拘留和罚款的科处应当以主观过错为前提,不能重回客观归责模式的窠臼。

另一方面,行政处罚主观归责模式不宜适用于非真正的行政处罚。首先,对于非真正的行政

〔61〕 一些国家并没有将行政拘留单独规定为处罚种类,这并不是因为拘留处分不具备制裁性,而是因为部分国家,限制人身自由的行为措施只能由司法机关作出。

〔62〕 王立峰:《惩罚的哲理》,清华大学出版社2013年版,第231页。

〔63〕 参见前引〔2〕,熊樟林文。

处罚来说，适用主观归责的必要性并不充分，因为非真正的行政处罚并不必然具有制裁性，刑法上和其他大陆法系国家和地区的行政处罚立法中也往往不将其作为处罚来对待。不仅如此，强行适用主观归责模式反而会带来法律适用上的困难。前文所述的主观归责模式的适用困境，基本上都存在于没收违法所得、没收非法财物、限制从业资格、责令停产停业、公布违法信息、列入黑名单等非真正的行政处罚的适用中。这些处罚措施具有明显的多目的性特征，报应和惩戒有时甚至不是主要目的，片面强调其惩戒目的而主张严格适用主观归责的做法很可能会以偏概全，影响行政效率，造成当事人没有过错即能继续享受违法所得、继续从事违法生产的情况。

其次，非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式的观点可以从刑法的规定中得到印证。在刑法上，保安处分的适用便不以行为人的主观过错为前提，因为保安处分并不是对行为人的处罚，而是以消除危险、防止再犯为目的的着眼于未来的措施，对其适用主观归责反而不利于其目的的达成。行政法上的没收违法所得、没收非法财物、限制从业等措施，与刑法上的没收违法所得、没收违禁品、禁业规定等措施在性质和目的上都十分接近，而立法者却为其规定了主观归责模式，以至于造成法律适用上的难题。举重以明轻，既然刑法上的保安处分都不适用主观归责模式，行政法上的相关措施更无坚守主观归责模式的必要，应当参照刑法的规定，调整归责方式的适用。

最后，对非真正的行政处罚不适用主观归责模式也是比较法上通行的做法。正如前文所述，在德国、奥地利等大陆法系国家，主观归责模式往往搭配“小处罚”模式，责令停业、撤销许可、吊销执照等一般不作为处罚措施，不适用行政处罚的相关法律法规，当然也不适用主观归责模式，而是接受行政程序法等法律法规的规范与调整。当然也存在反例，我国台湾地区确立了“大处罚”模式下适用主观归责模式的立法体例，但是如前文所述，这种做法已经遭到了批评，学界有力观点指出，采取广义行政处罚概念的同时采取过错主义，不利于行政目的的达成。因此，从比较法上的正例和反例可以看出，应当对“大处罚+主观归责”的立法体例进行调整，主观归责模式的适用范围应当限缩在真正的行政处罚上，非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式。

综上，真正的行政处罚应当坚持主观归责模式，但是非真正的行政处罚不宜适用主观归责模式，而应采用客观归责模式，即只要有违法行为的存在，行政机关便可以采取行政措施。需要注意的是，非真正的行政处罚虽然并不必然具备制裁性，但是仍然具有不利益性，在行为人没有主观过错的情况下对其适用这类措施有时仍然难免严苛，因而可以规定在行为人没有主观过错时，可以从轻或者减轻处罚。因此，《行政处罚法》第33条第2款可以做如下调整：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，应当不予行政拘留、罚款的处罚，可以从轻或者减轻其他类型的行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”《行政处罚法》于2021年迎来了制定以来的首次重大修改，短期内再次修改的可能性不大，但是我们仍可以通过部门法的修改来实现本文的主张。《行政处罚法》第33条第2款规定了主观归责模式的例外情况，即“法律、行政法规另有规定的，从其规定”，因而在部门法修改工作中，可以通过规定例外条款来调整主观归责模式的适用范围，排除对非真正的行政处罚适用主观归责模式。如前文所述，《食品安全法》《药品管理法实施条例》对此已有规定，这一做法值得借鉴。

五、结 语

主观归责论者出于尊重个人意志自决、实现行政处罚制度目的的考量，同时参考其他大陆法系国家和地区的做法，主张行政处罚的作出应当以行为人有主观过错为前提。但是结合我国实定法上的行政处罚制度可以发现，主观归责模式并不完全合理，因为相对于刑事处罚或者其他大陆法系国家和地区的行政处罚制度来说，我国行政处罚具有典型的处罚种类多元化特征。《行政处罚法》第 9 条规定的处罚种类中，部分行政处罚并不必然具有制裁性，对其适用主观归责模式并不必要。同时部分行政处罚具有多目的性，适用主观归责模式反而可能妨碍其顺利适用。比较法上的经验也告诉我们，主观归责模式应当以“小处罚”模式为前提。因此主观归责模式的适用范围应当限制在真正具有制裁性的行政拘留、罚款等真正的行政处罚之中，非真正的行政处罚则应当适用客观归责模式。同时，为了防止后者被滥用，可以规定当行为人没有主观过错时，可以从轻或者减轻适用非真正的行政处罚。

Abstract: Subjective imputation theorists, based on the consideration of respecting individual will self-determination and realizing the purpose of administrative punishment system, and referring to the practice of comparative law, advocate that administrative punishment should adopt subjective imputation model. The revised Administrative Punishment Law adopted this view and established the subjective imputation model of administrative punishment. However, combined with the actual law system of administrative punishment in China, we can find that the subjective imputation model is not completely reasonable, because the administrative punishment in China has typical characteristics of diversified types of punishment. Among the types of punishment stipulated in Article 9 of the Administrative Punishment Law, some administrative punishments are not necessarily sanctioned, and it is unnecessary to apply the subjective imputation model to them. Some administrative punishments have multiple purposes, and the application of subjective imputation model may hinder the realization of their purposes. The experience of comparative law also tells us that the subjective imputation model should be based on the “small punishment” model. Therefore, the scope of application of the subjective imputation model should be limited to the real administrative punishments such as administrative detention and fines, and the objective imputation model should be applied to the non real administrative punishments.

Key Words: subjective imputation, type of punishment, sanction, purpose of punishment

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)