

“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

江国华 丁安然¹

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

【摘要】“首违不罚”作为一项创新型执法举措,因其本身内涵的不明确,加之理论研究的薄弱,在实践适用中出现合法性欠缺、“以教代罚”、执法不统一等问题,因而备受争议。2021年新修订通过的《行政处罚法》第33条第1款明确规定“首违不罚”,由此确证其适用的合法性。就其法理基础而言,“首违不罚”内含“后果主义与规则主义”“实质法治与形式法治”“行政教育与行政处罚”三重逻辑的有机统一;从其价值层面来看,“首违不罚”包含“营造优良营商环境”“法益衡平”“人本执法”三维价值取向。据此,“首违不罚”具有正当性。但为完善“首违不罚”的适用,以规范执法行为,还有必要明确其适用的边界。

【关键词】首违不罚 法理基础 价值取向 适用边界

【中图分类号】 D922.11 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1003-8477 (2021) 03-0143-11

引言

2021年修订通过的《行政处罚法》第33条第1款规定:“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”。该条款是在原条文第27条第2款基础上新增的规定,可概括为“首违不罚”。学界对这一新增规定观点不一。肯定论者认为“首违不罚”将人文关怀精神贯彻于执法当中,有利于改变行政处罚中的“乱罚”现象,树立“服务政府”的形象;并在一定程度上有助于协调行政主体与行政相对人之间的关系,从而推进行政执法的顺利进行。^{[1] (p60)} 质疑论者却认为“首违不罚”不仅可能引起公共利益与第三人利益之间的冲突关系,^{[2] (p50)} 还可能催生“以教代罚”之“懒政”,由此对其正当性产生怀疑。其实,“首违不罚”并非“空穴来风”,早在新增条款之前,“首违不罚”的执法现象已广泛存在于税收征管、交通执法、质量技术监督、市场监管、环保、财政、商务、城管等领域。因此可以说,《行政处罚法》新增之“首违不罚”规定是由实践推动的立法,也即“回应型立法”,该规定的明确从侧面印证了“首违不罚”的正当性。但质疑论者之担忧并非无道理,此问题关涉“首违不罚”之正确适用。加之“首违不罚”是我国执法过程中的内生性产物,无他国经验可供借鉴,迫切需要理论上的回应和指引。对此,本文从“首违不罚”的法律规范入手,在分析其含义之基础上揭露内在的法理基础和价值取向,以明确其适用边界。

一、“首违不罚”的规范意涵

作者简介: 江国华 (1972-), 男, 法学博士, 武汉大学法学院教授, 博士生导师, 《法学评论》副主编; 丁安然 (1993-), 女, 武汉大学法学院博士研究生。

基金项目: 教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“法律制度实施效果评估体系研究” (16JZD011)

从字面含义理解,“首违不罚”由“首违”与“不罚”两个部分组成。“首违”是指首次违法,“不罚”是指不予行政处罚。然而,脱离法律规范空谈概念实为游谈无根。因此,有必要结合法律规范对“首违不罚”的内涵进行学理上的阐释。《行政处罚法》¹第33条第1款规定:“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。”依据该条款,“不予行政处罚”需满足三个要件:违法行为轻微、及时纠正、未造成危害后果。因此,就“首违不罚”的内涵而言,也应当按照逻辑划分为三个要素:“首”“违”与“不罚”。

(一)“首”。

依据《行政处罚法》第33条第1款规定,“首违不罚”之“首违”是指初次违法。结合《行政处罚法》第36条追责时效规定可知,违法行为发生之日与被行政主体发现之日存在时间间隔,即从违法行为发生之日起计算,一般情况下,2年内未被发现的,不再给予行政处罚。据此,对“首”之意涵存在三种理解:一是违法行为发生的首次;二是被行政主体发现的首次;三是被行政主体发现的首次且为违法行为发生的首次,即双重首次。“首违不罚”之“首”应当作第三种理解,这一点可在《重庆市税务行政处罚裁量权基准制度(试行)》第12条规定中得到印证——该规定将“首次发现的多次违法行为”排除在“首违不罚”的适用情形之外,即意味着“首违”是指行政主体首次发现的违法行为人首次发生的违法行为。具体而言,其原因有三:(1)违法行为的发生是行政主体行使“罚”与“不罚”之权力的基础,即意味着“首违”是指首次发生的违法行为;(2)行政主体对违法行为的发现是激活其“罚”与“不罚”之权力的关键,即意味着“首违”是指行政主体发现违法行为的首次;(3)行政主体对违法行为的发现必须处于该违法行为的追责时效内,否则,其享有“罚”与“不罚”的权力失效,即意味着“首违”是指在追责时效内的首次违法。由此可见,“首”应当包含双重首次之意,即指在追责时效内,既是行政主体发现违法行为的首次,也是违法行为发生的首次。而“首”之认定应当以法律上认定的首次为准,非指事实上的首次——行政主体所发现的违法行为不一定是客观事实上的首次违法行为,²但依据当下所查清的事实和获得的证据可以认定该违法行为属于首次,则为首次违法。

(二)“违”。

“首违不罚”之“违”是指行政违法行为,即因违反行政法律规范义务而具有可罚性的行为,应当受到行政处罚。依据《行政处罚法》第33条第1款规定,不予行政处罚的违法情形包括两种:一是违法行为轻微并及时改正,没有造成危害后果的;二是“首违”。依据旧《行政处罚法》第27条第2款规定,第一种情形应当不予行政处罚;同时结合旧法第4条第2款规定,行政处罚应当与违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度相当,也即当违法行为在性质、情节或社会危害程度(即造成的危害后果)上属于轻微,及时改正的(即违法后果可以被补救),依据旧法第5条规定所确立的惩罚与教育相结合之原则以及第38条第1款第2项规定,可以依法不予行政处罚。由此可见,第二种不予行政处罚之情形即“首违不罚”是对第一种“不罚”情形的细化和从宽处理,它可以由旧法之规定推导而出,本质上是对“首违”可以“不罚”的强调和确证,属于旧法规范的应有之义,而非新增内容。

不予行政处罚之违法行为应当结合实际情况来考察。对此,有学者从实践入手,归纳出“数量、主观恶意、仅违反程序性规定”三个因素作为轻微违法行为的考察因素。^{[3](p151-154)}通过借鉴该实证分析及归纳的方法,并结合“首违不罚”的实践适用情况,本文以“首违不罚”“首违免罚”“首次不罚”“首次免罚”“首错不罚”“首错免罚”为关键词,在北大法宝网站进行全文搜索,共检索出148份相关规范性文件,经过筛选,涉及“首违不罚”适用之规定的文件共92份。³以这92份文件为分析样本,本文归纳出“违”之判断主要可从次数、性质、主观三个因素展开:

就“次数”而言,“违”是指首次违法行为,或是在一定期限内的首次违法行为。⁴如规定“首违不罚”之“违”属于首次违法行为的文件共有85份,⁵占比高达92%。由此可见,首次违法作为“违”的认定标准之认可度极高。

就“性质”而言,“违”是指轻微违法行为,即违法行为的社会危害程度较低,不会造成实际上的危害后果,通常情况下

通过改正违法行为即可挽回损失、修复被破坏的社会关系。具体而言，主要可从情节、危害后果两个子因素来考察。如规定“首违不罚”适用于轻微违法行为的文件共有 59 份，其中，有 23 份文件是从情节轻微或较轻上进行认定，有 6 份文件是从危害后果的轻微上进行认定，其余文件则笼统规定为轻微违法或违规、违章行为。以情节来考察违法行为的性质是刑法中的通常做法，如《刑法》总则第 13 条规定将“情节显著轻微”的违法行为排除在犯罪圈之外；此外，分则中多数犯罪都将情节作为判断违法行为之社会危害性以影响量刑的一个重要因素。基于法治统一原理，该做法同样可适用于行政法域。以危害后果考察违法行为性质的原理在于：一般情况下，由“因”及“果”，排除其他因素的干扰，在正常的因果进程里，有什么样的因便会导致什么样的结果。反之亦然，即违法行为导致的后果轻微意味着违法行为性质轻微，社会危害性较小，因而留有“不罚”的空间。

就“主观因素”而言，“首违不罚”适用于非主观故意，即可能是因疏忽大意也可能是因过于自信导致的过失违法或是因相关法律规定的修改、撤销等不能归责于行为人的特殊原因导致的违法。如吉林省地方税务局《关于加强税收服务工作的实施意见》第 4 条第 3 项将“首违不罚”的适用规定为：“纳税人因对税收法律不熟悉或疏忽，在无主观故意的情况下，首次出现的违法过错行为，未造成严重后果的，可依据税收征管法的有关规定，责令限期改正通知，免予行政处罚”。此外，还有 13 份文件同样将“首违不罚”的违法行为规定为非主观故意，占比约 15%。由此可见，非故意的主观因素对于“违”之认定具有一定的影响。

（三）“不罚”。

从规范上看，依据《行政处罚法》第 33 条规定可知，“不罚”即“不予行政处罚”的简称。不予行政处罚是指“因有法律、法规所规定的事由存在，行政机关对某些形式上虽然违法但实质上不应承担违法责任的人不适用行政处罚”。^{[4] (p241)} 在《行政处罚法》中，除第 33 条规定的情形外还可以适用“不罚”的情形包括：无主观过错（第 33 条第 2 款），无责任能力的未成年人（第 30 条），无辨认能力的精神病人或是智力残缺的人（第 31 条），违法行为轻微或是违法事实不能成立（第 57 条）。由此可见，有的行为虽形式上违法，但实质上或因缺乏行政违法行为的构成要件或因缺乏社会危害性或因缺乏违法事实的客观情况而不构成行政违法，也就不具备行政法上的可罚性，因而不予以行政处罚。也即，“不罚”适用于实质上不构成行政违法的行为。

依据前文对“首违不罚”之“违”的分析可知，“不罚”源自违法行为的社会危害性欠缺，即适用于轻微违法行为，及时纠正便能避免危害后果的产生；或适用于初次违法虽造成轻微危害后果，但及时改正能消除不良影响、挽回损失的情形。换言之，“不罚”适用的违法行为实际上未对行政法所保护的法益造成损害，也就不具备实质的行政违法性。由此可见，“不罚”与不予行政处罚的本质相契合，应当理解为不予行政处罚。如在永诚公司诉茂名市生态环境局、市政府行政处罚及行政复议纠纷案⁶中，永诚公司因存在未按规定填写危险废物转移联单且累计总量达到一定数额的违法行为而被茂名市生态环境局作出行政处罚款的处罚。对此，永诚公司不服并提起行政诉讼。法院查明，永诚公司属于首次未按规定填写危险废物转移联单，情节明显轻微，且在收到市生态环境局的责令改正违法行为通知书之后永诚公司积极纠正违法行为，未造成危害后果。依据旧《行政处罚法》第 27 条第 2 款规定，法院认为永诚公司的违法行为虽形式上违法，但情节显著轻微且未造成危害后果，不具有社会危害性，也就不构成实质上的行政违法行为，因而不具有可罚性（即属于“首违不罚”的情形），应当不予行政处罚。这样的认定也与原法条对不予行政处罚之规定的内涵相一致。

然而，也有学者认为：“（‘不罚’）应理解为免予处罚，是指行政机关考虑到某些法定情形对受行政处罚行为的人不适用行政处罚的情况。免予处罚过度适用，会造成‘执法疲软’，所以对免予处罚必须规定法定条件。”^[5] 换言之，免予处罚或称免除处罚“是指某一行为具有违法性，应当给予行政处罚，但由于存在法定事由而免予行政处罚”。^{[6] (p166)} 也即，免除行政处罚意味着该行为具有违法性，构成行政违法行为，具备可罚性，应当受到行政处罚，但因法律的特殊规定而免去处罚。这样的理解与“不罚”的本质相悖。如在黄石某有限公司违法堆放工业废物公益诉讼案中，⁷ 该公司存在未采取防护措施堆放固体废物可能危害公共环境安全的违法行为，构成行政违法，具备可罚性，应受到行政处罚。但事后查明，该公司受新冠肺炎疫情影响，复工复产存在较大困难，此意外事件在一定程度上导致了上述违法行为。同时，考虑到该公司对企业经济发展和生态环境保护的贡献，为保障公共利益，在该公司及时纠正违法行为，且未造成危害后果的情况下，黄石市生态环境局依据旧《行政处罚法》

第 27 条第 2 款规定，对该公司免于行政处罚。由此可见，尽管生态环境局是依据旧《行政处罚法》“不罚”之规定作出的免除处罚决定，但本质上该公司的违法行为构成行政违法行为，具备可罚性，只是被免除了，这样的处理结果属于免除处罚而非“不罚”。

二、“首违不罚”的法理基础

透过现象看本质，就“首违不罚”的内在法理基础而言，其属于后果主义与规则主义有机统一的结晶，同时契合实质法治与形式法治相统一的要求，也是行政教育与行政处罚相结合的产物。由此可见，“首违不罚”具备内在逻辑的统一性。

（一）后果主义与规则主义的有机统一。

行政违法行为是指违反行政法之义务的行为，即做了不该做的事或是没有做该做的事，^{[7] (p1)} 具备行政法上的该罚性。“首违”之“违”属于行政违法行为，应当受到行政处罚。然而，严格奉行规则主义容易忽视公众的普遍道德情感，造成法律的僵化，在一定程度上有悖于人们对正义的认知。因此，在规则主义之下应当结合后果主义。从后果角度出发，初次违法且危害后果轻微，及时改正能够补救违法后果、挽回损失的，则无处罚的必要。这也契合了《行政处罚法》第 33 条第 1 款“首违不罚”之规定。就此而言，“首违不罚”乃是后果主义与规则主义相统一的结果。

一般而言，在行政处罚乃至所有行政行为做出的决定中，规则主义盛行。其中缘由既有法治理念之影响，也有依法行政之推行的助力。但规则主义力图排除行政主体在行政活动中的裁量自由，要求严格依照法律规定做出行政行为，容易导致规则至上的“本本主义”或是“教条主义”，造成法律的僵化。加上法律规范本身的模糊和局限性，而事实又总处于不确定状态。由此，产生依规则推理的困境，无法应对突如其来的变化，可能导致结果上的非正义。正如霍姆斯所言“法律的生命不在逻辑，而在经验”。行政主体在依规则作出行政处罚的同时应当融入经验、直觉和价值的判断，注重社会效果与法律效果的统一，而这便要求单一的规则主义转向与后果主义的有机统一。

“后果主义的基本观点是：一个行为的伦理地位取决于其后果的价值。行为的后果这一概念是这一理论最重要的部分”。^{[8] (p48)} 换言之，后果主义强调行为在做出裁断的过程中重视后果的价值考量，而这种价值通常以法律之外的道德、习俗、政策、惯例等因素来衡量，并从后果出发逆向选择可适用的规则。在行政处罚的适用中，对于轻微违法行为，通过行政教育能及时改正，避免危害后果的产生或是得以及时补救违法后果、修复被破坏的社会关系，基于人之本性的考量，应当容许人犯错，并给予其一次改过自新的机会，理应“不罚”。在后果主义的影响下，催生了《行政处罚法》第 33 条第 1 款之“首违不罚”的规定，从而达成规则主义与后果主义的统一，确证了“首违不罚”的正当性。

（二）实质法治与形式法治的有机统一。

形式上，依据《行政处罚法》第 33 条第 1 款规定，针对初次违法且危害后果轻微及时改正的，可以不予行政处罚。据此，“首违不罚”于法有据。实质上，从“首违”的性质、情节及社会危害程度进行考察，其属于轻微违法行为，社会危害程度较弱，且经及时改正便可补救违法后果、修复被破坏的社会关系，实质上不具有可罚性，应当“不罚”。由此可见，“首违不罚”实现了形式法治与实质法治的统一。

法治是一项基本的宪法原则。为贯彻法治原则，在行政领域应当依法行政，即“行政机关行使行政权力、管理公共事务必须由法律授权并依据法律规定”。^{[9] (p29)} 行政处罚作为行政管理当中一项具有侵益性质的具体行政行为，为防止其对人民权益的侵害更应当于法有据。“罚”与“不罚”关乎行政相对人权益的变动，“首违不罚”必须依法作出。否则，不仅不利于保障人权，也违背了法治正义的要求。依据《行政处罚法》第 33 条第 1 款规定，针对“首违”之轻微违法行为，在行政机关发现前或者在责令改正的期限内及时纠正违法行为，未造成危害后果的或是得以补救违法后果、挽回损失的，不予行政处罚。同时，《行

政处罚法》第 57 条第 1 款第 2 项规定：“调查终结，行政机关负责人应当对调查结果进行审查，根据不同情况，分别作出如下决定：……（二）违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚”。此规定进一步印证了“首违不罚”的合法性。

法治不代表要“严刑峻法”，不意味着一切违反法律的行为都必然受到处罚，而应当结合实质违法性来认定。^{[10] (p63)}从实质角度来看，“首违”不具有实质上的社会危害性，因而不具可罚性。依据《刑法》第 13 条规定，刑事违法性的判断是形式违法与实质违法的统一。其中，形式违法是指行为符合犯罪构成，而实质违法则通过判断行为的社会危害程度（但书规定）来决定——具有严重社会危害性的行为属于刑事违法行为。通常情况下，符合犯罪构成要件的行为未必一定应当受到刑事处罚，还需结合该行为的社会危害性进行综合判断。可以说，社会危害性是犯罪的本质特征，也是应受刑事惩罚性的基础。^{[11] (p44)}基于法治统一原理，行政违法性之本质的衡量标准应当与刑法保持一致，也即，行政违法应当以社会危害性为实质判断标准。《行政处罚法》第 5 条第 2 款也印证了这一点，即规定：“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。据此，行政处罚应当遵循过罚相当原则。“‘过’抑或行政违法行为的本质一定是社会危害性”，^{[10] (p70)}这意味着该条款的目的在于强调行政处罚与违法行为之社会危害程度的相当性，即“要正确认定违法行为人相应违法行为的性质（社会危害性）”，^{[4] (p233)}从而正确适用行政处罚，以保障处罚的公正和合理性。“首违不罚”是因为“首违”不具有实质社会危害性，基于过罚相当原则，理应“不罚”。

（三）行政教育与行政处罚的有机统一。

“行政处罚不应以追究行政法律责任为唯一目的，而应坚持教育与处罚相结合”。^{[12] (p226)}依据《行政处罚法》第 6 条规定：“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”。由此，引申出处罚与教育相结合的原则。“首违不罚”恰好体现了行政教育与行政处罚的有机结合。

法律惩罚不是万能的，行政处罚的作用有限，必须结合行政教育的手段才可实现制裁与预防的双重效果。行政处罚通过权力制裁权利的方式来达到惩罚与威慑的效果，具有暴力和强制的成分，属于一种必要之恶的存在。但若一味通过处罚的手段来制裁违法行为，则违背了“人是目的”的根本。与之不同，行政教育主要通过如警示、训诫、说理的方式，以感化违法行为人进行自我纠错，实现抑制违法、预防再犯的目的。相比之下，行政教育具有手段的人性化和柔性色彩，可弥补行政处罚之不足。两者的有机结合，有利于实现制裁与预防违法行为的双重目的。因此，在对违法行为作出行政处罚时，应坚持教育与处罚相结合的原则。

通常情况下，针对严重违法行为应当给予行政处罚，而对一般违法行为或是轻微违法行为，能通过行政教育方式促使违法行为人及时纠错以防止危害后果的产生或是足以补救违法后果、消除不良影响的，应当采取教育方式，不再给予行政处罚。即对“首违”之初次违法且危害后果轻微，通过行政教育能促使违法行为人及时自我纠错，并得以补救违法后果、挽回损失的，应当“不罚”；否则，给予行政处罚。由此可见，“首违不罚”在适用行政教育进行感化的同时保留了行政处罚的威慑效力，体现了行政教育与行政处罚的有机统一。

三、“首违不罚”的价值取向

“首违不罚”包含多维度的价值取向，具有丰富的价值内涵。新《行政处罚法》将其明确规定下来，既是基于营造优良营商环境的社会目的，也是出于法益衡平的考量，更是人本执法价值理念的彰显。

（一）营造优良营商环境之取向。

营造优良营商环境不仅是我国政府转变职能，深化行政体制改革的重要举措，更是法治政府发展进程中的重要环节。2018 年 10 月，国务院办公厅发布《关于聚焦企业关切进一步推动优化营商环境政策落实的通知》，明确将营造优良营商环境落实为

地方政府职责，并进一步指出行政机关要“依法精简行政处罚事项”，“细化、量化行政处罚标准”，“坚决纠正‘一刀切’式执法，规范自由裁量权”。2019年2月，习近平总书记在中央全面依法治国委员会第二次会议上深刻阐述了“法治是最好的营商环境”的重要论断，强调法治政府对市场主体利益的保护。同年10月，国务院出台《优化营商环境条例》，正式将优化营商环境纳入行政法规的保护范畴。由此可见，营造优化营商环境对于我国法治政府建设的重要性。“首违不罚”之所以在行政执法中得以适用，不乏营造优化营商环境的法治需求。

1993年，我国将市场经济写入宪法，并确立了国家对市场经济实行宏观调控，避免过度干预的宪法精神。政府作为“守夜人”，应当简政放权，充分激发市场经济的竞争机制，给予其足够的自由空间。考虑到市场经济制度尚未充分完善的现实情况，行政机关在执法过程中，对企业在经营活动“探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任”。^[8]此即“首违不罚”对于营造优化营商环境的意义。如前文提及的黄石某有限公司违法堆放工业废物公益诉讼案中，市生态环境局对该公司进行教育、警示后，该公司能认识到错误，并积极纠正违法行为，于是，市生态环境局对其作出不予行政处罚的决定。此处理一方面有助于该公司的顺利复工复产，促进其经济的恢复和发展；另一方面有利于推动该公司对当地的经济发展和环境保护继续贡献力量，营造宽松、优良的营商环境。由此可见，“首违不罚”避免“一罚了之”的“一刀切”执法，彰显了行政执法对经济发展的包容色彩，这在一定程度上有利于政府摆正其在市场经济监管中的姿态，为企业等市场主体创造良好的营商环境。

从经济发展的角度来看，因经济制度本身的缺陷，市场经济主体存在“原罪”的问题。对此，“首违不罚”在某种程度上成为一项必需的制度安排。即行政机关在处理经济违法行为的过程中，对能及时纠正且未造成危害后果的轻微违法行为，应当不予行政处罚。其目的在于：一方面通过教育、警示的方式促使违法行为人自我纠错，以更小成本来保护法益，方便集中力量于制裁严重违法行为，从而优化执法效益；另一方面，“不罚”给予市场经济主体改过自新的机会，有利于其将功补过，重新投入生产和经营，以增强经济发展的动力，同时有利于营造优良的营商环境，带来更大经济效益。反观实践，“一刀式”的执法对于一些轻微违法行为仍然“一罚了之”，不仅没有实现制裁、预防的效果，反而形成对企业、经营者之经济发展的冲击，影响社会经济的发展。

（二）法益衡平之取向。

法律的目的在于保护法益，而法益具有多元性。因此，在适用法律时，尤其当法益之间存在冲突关系的情况下，应当寻求法益之间的平衡。就此而言，“首违不罚”恰是多元利益平衡的结果，内含法益衡平的立法价值。

我国传统的行政中心主义以行政干预为核心，而行政权力本身具有天然的扩张属性，这便加剧了权力与权利之间的紧张关系。为此，协调两者之间的平衡关系成为行政法治内含的重要价值追求。行政处罚具有侵益性质，潜藏侵害人权的巨大风险，更应当考虑利益衡平的价值取向。“首违不罚”是在权衡多元利益的基础上，基于平衡原则所达成的结果。如在前文提及的永诚公司诉茂名市生态环境局、市政府行政处罚及行政复议纠纷案中，法院考虑到行政处罚的目的在于制裁和预防违法行为，而永诚公司积极纠正违法行为，避免危害后果的产生，表明其认错态度良好，制裁与预防的目的已经达成，并且其自我纠错的行为给其他违法行为人带来了示范作用，具有显著的社会效果，因而对其作出不予行政处罚的认定。^[9]这其中即蕴含了法院对“首违不罚”之法益衡平价值取向的认同。永诚公司在收到市生态环境局的整改通知后，通过自我纠错，一方面维护了法律的权威，保障了行政秩序；另一方面在不耗费过多行政执法成本的情况下即可实现保护法益的目的，具有显著的社会效果。基于保障权力与保护权利之共同需要，“不罚”乃针对永诚公司“首违”之当然结果。

在协调多元利益之需要的驱动下，“首违不罚”在手段与目的之间达成适度平衡，可谓法益衡平之典型示范。^{[13] (p274-275)}“行政处罚是对违法行为人的惩戒，是一种行政法律制裁措施”，^{[14] (p3)}通常以剥夺或限制权益的方式呈现，属于侵益行政行为，稍有不慎则会侵害人民权益。因此，在行政活动中，“必须把行政权力和公民权利维护在一个适当的限度之内，既有效地实施行政权力以实现行政管理的目标又能保障公民的个人权益”。^{[15] (p24)}此即法益衡平之需要。“首违不罚”通过采取更为人性化且温

和的方式，如警示、教育、责令改正等，在纠正违法行为以防止危害后果产生、实现法益保护之目的的同时，避免了因手段使用不当导致的私人权益受损，由此在手段与目的之间，公共利益与私人利益之间达成一种平衡状态。

（三）人本执法之取向。

“随着现代行政理念由‘管理政府’向‘服务政府’的转变，法律人性化逐渐成为各国执法实践的一种导向”。^{[1] (p60)}这其中便蕴含“以人为本”的执法理念。“以人为本”不仅是现代服务政府的价值取向，更是法治理念的内在要求。“落实依法治国，不仅要解决‘有法可依、有法必依、执法必严、违法必究’的问题，而且要把如何保障人民当家做主的权利放在非常重要的位置；法律不只是约束、是义务、是处罚，法律还是而且首先是赋予、是权利和权力、是保护”。^{[16] (p11-12)}由此可见，依法行政不仅要求行政行为必须依法作出，还应当贯彻“以人为本”的理念，以人民的利益为向导而作出。行政处罚作为一项具有侵益性质的行政行为，更应当贯彻、落实“以人为本”的精神。由此，“首违不罚”应运而生。

“首违不罚”蕴含“以人为本”的价值理念。“‘以人为本’作为一种执政理念，在导入行政处罚之后生成的‘首次不罚’制度，在一定程度上改变了过去行政处罚中的‘乱罚’现象，消解了一些民怨、民怒”。^{[2] (p47)}这在一定程度上说明，“首违不罚”具有控权的作用。“首违不罚”通过对违法行为人的教育和指引，促使其自我纠错以避免造成危害后果，由此改变了由行政主体为主导而行政相对人被动接受的单向执法，形成以行政主体为辅、以行政相对人为主导的双向执法，为人民参与行政活动提供了更大的空间，有利于激活人民作为主权享有者的本来角色。如在曹国申、伍耀坚诉中山市国土资源局不履行行政处罚法定职责二审案中¹⁰，曹伟程属于积极主动的一方，其在行政机关未发现违法行为的情况下自行拆除违法建筑物，及时改正违法行为；并在收到市国土资源局的警示后，积极采取补救措施，主动退还土地，同时给予村民相应的经济补偿，以消除因其违法行为造成村民权益损害的影响，未造成实际危害后果。据此，市国土资源局在其自由裁量权的范围内对曹伟程作出不予行政处罚的决定。这其中便蕴含了人本主义的执法思想，即行政机关对违法行为人不是一味地通过行政处罚来制裁，而是综合考量案件的事实情况，以保障当事人的权益为向导，在违法行为未造成实际损害后果的情况下，对该违法行为人给予一定的包容，不予行政处罚。

“首违不罚”不仅仅是一项创新型执法举措，更是人本执法观念的贯彻和落实。于行政主体而言，“首违不罚”内含对违法行为人的容错机制，它容许人犯错，并给予其一次改过自新的机会，彰显了执法的人文关怀精神。即对于首次实施违法行为且情节轻微的行政相对人，行政主体站在人性的角度来执法，给予其必要的尊重和关怀，以教育、警示的方式帮助其自我纠错，未造成危害后果的，不予行政处罚。于行政相对人而言，“首违不罚”不再以行政主体为主导，一味强调对执法活动的服从，而是鼓励其自我纠错，并采取积极措施，防止产生危害后果。在此过程中，行政主体只起到辅助行政相对人进行纠错的次要作用，而行政相对人自我的纠错意识和纠错行为才是“首违不罚”得以适用的关键。由此可见，“首违不罚”彰显了人民主体地位，并由此形成行政主体与人民的双向互动，从而有利于增强公民的自觉守法意识，减少行政主体在执法过程中遇到的阻碍和不配合因素，进而有利于改善执法环境，降低执法成本，推动行政执法的顺利进行，促成良好的行政秩序。

四、“首违不罚”的适用边界

“首违不罚”属于行政自由裁量的事项，“罚”与“不罚”都关乎公民权益的变动。实践中，“首违不罚”之适用的模糊容易导致“同案不同判”现象，有损法律的公正和权威。^{[1] (p61)}因此，有必要明确“首违不罚”的适用边界，以规范行政行为、统一执法。通过分析 92 份有关“首违不罚”之适用的规范性文件可知，“首违不罚”的适用边界应当从领域限度、程序规制、后果控制三个方面来考察。

（一）领域限度。

“首违不罚”存在“罚”与“不罚”的裁断空间，关乎行政相对人权益的限制和剥夺，为避免适用不当造成人民权益的损

害，“首违不罚”的适用领域应当受到一定限制。从实践来看，“首违不罚”主要适用于侵害行政管理秩序之首次轻微违法行为。从理论逻辑出发，“首违不罚”应当适用于初次违法且危害后果轻微或是没有造成危害后果并及时改正的情形，即从本质上来看，“首违”之“违”不具有社会危害性。那么，对于一般违法行为或是严重违法行为等具有较为严重社会危害性的违法行为则应排除适用“首违不罚”。

实践中，“首违不罚”主要适用于经济监管、税收征管、行政管理、城市治安管理、交通执法等领域。如92份涉及“首违不罚”适用的文件中，适用于经济监管领域的文件有55份，占比约60%；适用于税收征管领域的文件有17份，占比约18%；适用于行政管理的有8份，占比约9%；适用于城市治安管理的文件有7份，占比约8%；适用于交通执法的文件有2份，占比约2%（见图1）。由此可见，“首违不罚”在经济执法领域适用较广。其中，在经济领域，“首违不罚”的适用主要侧重于企业经营、市场经营、高校毕业生创业经营中出现的违法行为。由此可以推断，经济领域适用“首违不罚”的主要目的在于营造宽松、良好的营商环境，以促进经济发展。这一点在全国人大宪法和法律委员会关于本次《行政处罚法》之修改情况的汇报中也曾被提及。在税收征管领域，“首违不罚”的适用侧重于程序性违法行为，如在《长江三角洲区域税务轻微违法行为“首违不罚”清单》中，适用“首违不罚”的18项轻微违法行为中有16项行为属于违反税务管理程序性义务的违法行为；在《海南省地方税务局9项税务违法行为处罚裁量权细化基准表（试行）》中，适用“首违不罚”的9项违法行为中有8项行为属于违反税务管理程序性义务的违法行为。由此可知，在税收征管领域，“首违不罚”主要适用于税务管理的程序性违法行为，而非偷逃税款的实行行为。

交通执法领域是“首违不罚”较早得以适用的领域。早在2008年2月，昆明市交通执法部门便率先推出了针对21项轻微交通违法行为的“首违不罚”举措。^[17]随后，全国多地的交通执法部门均推行了类似“首违不罚”的执法措施。如深圳市2010年出台的《深圳经济特区道路交通安全违法行为处罚条例》第4条规定：“对情节轻微、未影响道路通行的违法行为，经交通警察指出后，行为人能及时纠正的，给予口头警告后放行”；2018年，曲靖市公安局交通执法部门在全市推行针对“违法停车、未随车携带驾驶证、行驶证”等20类轻微交通违法行为实施“首违警告提示”不予处罚的举措；2019年，温州市交通执法部门针对情节轻微且及时纠正的交通违法行为推行“首违免罚”的举措；同年，杭州市也推行了类似“首违不罚”的举措，对“3个月内无杭州范围内交通违法行为”的行为人，首次发生3种类型的轻微违法行为，只予警告而不予罚款和记分的处罚；2020年，浙江省将“首违不罚”举措推广至全省的交通运输领域。¹¹此外，洛阳、济南、包头等地的交通执法部门均有实行“首违不罚”或与之类似的举措。

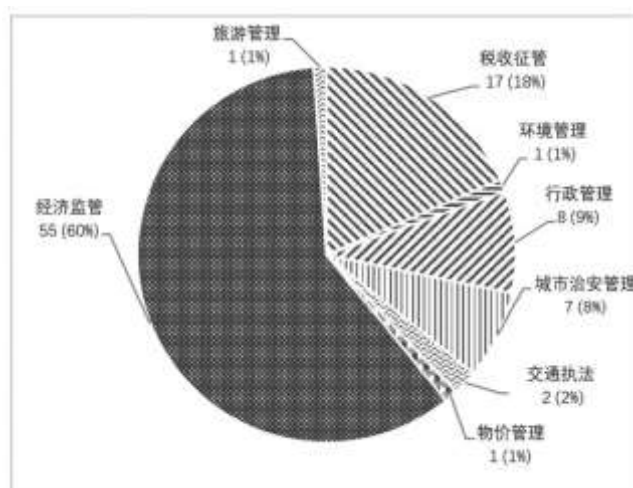


图1 “首违不罚”适用领域

理论上，从客观角度出发，“首违不罚”的适用要求违法行为不具有社会危害性或造成的危害后果轻微经及时改正可以消除不良影响、挽回损失。通常情况下，单纯违反行政管理义务、侵害行政管理秩序的轻微违法行为，在行为人及时纠正的情况下，即可避免造成危害后果，或是能够及时挽救违法后果、恢复行政管理秩序。这类违法行为通常留有“首违不罚”的适用空间，但基于行政管理涉及范围的广泛度，从正向思维考察“首违不罚”的适用范围缺漏较大。因此，用逆向逻辑思维考察，以排除适用的领域为限度来界定“首违不罚”的适用范围更为科学——在排除适用范围之外的且属于首次轻微违法行为，及时纠正，未造成危害后果或危害后果轻微的，可适用“首违不罚”。如在前文提及的92份文件中，以排除法反向规定“首违不罚”可适用领域的文件有7份。由此也可印证该界定方法的可行性。在这7份文件中，对“首违不罚”的适用均或多或少地将涉及国家安全、生态环境保护、违法占地等关乎重大公共利益的领域以及涉及生产安全、食品药品安全、严重质量安全等关乎人民生命财产安全和身体健康的重点行业及高危领域排除在外。由此可见，关涉重大公共利益的违法行为，因具有严重的社会危害性，应当排除“首违不罚”的适用。此外，侵害第三人利益的违法行为，因存在他人利益的损害赔偿问题，也不能轻易适用“首违不罚”。

（二）程序规制。

程序本身具有正义的价值，法律程序应当符合正义的要求，因此，在行政法上同样遵循着正当程序原则。^{[18] (p115-124)} “首违不罚”涉及“罚”与“不罚”的问题，而“行政处罚的性质是一种以惩戒违法为目的具有制裁性的具体行政行为。这种制裁性体现在：对违法相对方权益的限制、剥夺，或对其科以新的义务”。^{[4] (p229)} 即“首违不罚”的适用涉及公民权益的变动，适用不当会造成公民权益的损害。因此，“首违不罚”的适用应当遵循正当程序原则，即主要是指行政机关对程序义务的履行。对此，章剑生教授提出“行政机关有加以‘提示’的义务”。^{[2] (p51)} 借鉴该想法并在分析前文提及的92份文件之程序性规定的基础上，本文认为行政机关在“首违不罚”的适用程序上应当履行以下四项义务：

其一，告诫。行政机关发现违法行为且可以适用“首违不罚”的，应当首先对其进行提醒、告诫，听取当事人的陈述和申辩，核查事实真相，对确实存在违法行为的行政相对人，应当同时进行批评、教育，以帮助其认识错误、改正违法行为。92份文件中，涉及行政机关程序义务的文件有79份。其中，规定在适用“首违不罚”之前应当履行告诫义务的文件有24份，占比约30%，可见“告诫义务”具有一定的认可度。如青岛市国家税务局《关于落实中共青岛市委青岛市政府要求进一步改善中小企业发展环境促进中小企业发展的工作意见》第29项规定明确“首违不罚”的适用，行政机关应当“先告知后处罚、听取当事人陈述和申辩”，之后再责令当事人纠正违法行为。就告诫方式而言，主要包括：提醒、行政约见或行政约谈、制作“首违不罚通知书”或“警示书”等。如采用提醒方式进行告诫的文件有中共长沙市委、长沙市人民政府《关于大力推动创业富民加快建设创业之都的若干意见》、湖北省物价局《关于在全省商业行业组织开展明码标价整顿规范工作的通知》；采用行政约见方式的文件有宿州市工商行政管理局《关于进一步立足职能服务地方经济又好又快发展实施意见的通知》；采用行政约谈方式的文件有东营市旅游局发布的《市旅游局“行政程序年”活动实施方案》；采用书面通知书或警示书方式的文件有石家庄市财政局《关于建立企业“首次不罚制”的通知》、泰安市人民政府《关于在全市行政执法部门实行首次不罚教育警示制度行政处罚备案制度实施意见的通知》。

其二，责令限期改正。行政机关在告诫违法行为人之后应当责令其在一定期限内改正违法行为，以避免造成危害后果。通常情况下，行政机关可采取书面形式向行为人下达责令改正通知书，限其在规定期限内改正违法行为。如在涉及“首违不罚”适用程序性义务规定的79份文件中，明确要求行政机关应当履行责令限期改正义务的文件有23份，占比约29%，可见该义务在“首违不罚”的适用程序中具有一定的重要性。就责令限期改正的期限而言，行政机关应当结合违法行为的具体情况来考察，如果还未造成危害后果的应当以足以避免危害后果的产生所需时间为衡量标准，如果已经造成轻微危害后果的则应当以足以消除该危害后果并挽回损失所需时间为衡量标准。

其三，警示。行政机关应当给予符合“首违不罚”适用条件的行为人警示，经警示后，拒不改正或者是在规定期限内整改不到位导致一定的危害后果，或者是再次违法的，应当排除适用“首违不罚”，依法作出行政处罚（原则上以规定的下限进行

处罚)。如《2009年永州市规划建设局优化经济环境和机关效能建设工作实施意见》规定：“对拒不整改或整改不到位的，或再次违法的，再予以处罚，并按处罚幅度的下限予以执行，不得取上限。”此外，大庆市人民政府《关于进一步优化经济发展环境“十禁止”暂行规定的通知》中也有“以下限处罚”的相似规定。

其四，保障义务。为避免“首违不罚”的滥用和过度适用，行政机关还应当承担一定的保障义务，具体而言，包含两方面：

（1）因“首违不罚”存在侵犯行政相对人合法权益的风险，因此，行政机关在作出“首违不罚”的适用决定时应当保障行政相对人享有申诉、辩解的权利，即应当告知其享有提出异议申请的权利，并在行政相对人提出异议申请后进行审查、核实，给予答复。如石家庄市财政局《关于建立企业“首次不罚制”的通知》规定：“企业不认为存在违法行为的，自收到《首次违法行为不罚通知书》之日起5个工作日内，可向财政局提出异议申请。财政局自接到申请之日起5个工作日内将审查结果通知企业”。

（2）行政机关作出“首违不罚”的适用决定并履行相关程序义务之后，应当将该案件的整体情况记录存档，并强化对已经适用“首违不罚”的行政相对人的后续监管，保障“首违不罚”的适用效果，避免被人利用而“钻了法律的空子”。如厦门市工商行政管理局《关于对部分情节较轻的违法经营行为实施首次不罚的试行办法》第6条规定：“各办案机构必须按规定做好首次不罚的台账记录，并附上经营者从事本办法规定的首次不罚违法行为的证据材料。有关书面证据材料必须妥善保存。各单位应按月将实施首次不罚经营者的名单、主要违法事实列入经营者经济户口监管档案并强化对首次不罚经营者的监督检查”。此外，石家庄市财政局《关于建立企业“首次不罚制”的通知》、邵阳市人民政府《关于优化政务环境推动经济高质量发展十条措施》中也存在类似记录存档的规定。

就上述四项程序性义务而言，基于行政效率的考量，通常情况下，对于轻微违法且未造成危害后果，能当场及时纠正即可防止造成危害后果、恢复行政秩序的情形，适用“首违不罚”可采用简易程序，即可将告诫、责令限期改正、警示三项程序义务综合在一起履行。

（三）后果控制。

依据“要件—效果”的关联架构，只要满足行政违法行为成立的要件便当然引起行政处罚的逻辑结果。就此而言，“首违不罚”实质上是为了满足实践需求所形成的行政处罚适用的例外情形。^{[21] (p49)} 依据《行政处罚法》第33条第1款规定可知，“首违不罚”的适用对法律后果之要件要求比较严格，即包含两种情形：一是未造成危害后果；二是危害后果轻微及时改正后未造成实际上的损害。就“首违不罚”的适用而言，对于第一种情形，要求违法行为的性质轻微，一经改正便不会产生危害后果；对于第二种情形，要求及时纠正违法行为能够补救违法后果、修复被破坏的社会关系。如涉及“首违不罚”适用的92份文件中，规定“首违不罚”的适用需符合第一种情形或隐含该要求的文件有22份，占比约24%；造成轻微危害后果但能及时补救的，仍然可适用“首违不罚”的文件有7份，占比约7.6%，而这两种情形都属于实质上未造成危害后果的情形，共29份，占比约31.5%。

从实践适用情况来看，“首违不罚”之“不罚”的重点在于不予罚款，^{[21] (p51)} 而非不予任何形式的行政处罚。如泰州市政府《关于印发促进和扶持建筑业发展实施办法的通知》规定：“初次轻微涉税违规，符合‘首违不罚’条件的，不予罚款”。此外，还有4份文件将“首违不罚”的适用形式直接规定为“不予罚款”或是“免于罚款”。而大多数文件在规定“首违不罚”适用的同时仍然设定了一定形式的行政处罚，如《海南省地方税务局9项税务违法行为处罚裁量权细化基准表（试行）》便对“首违不罚”的适用规定“有违法所得的予以没收”。

五、结语

在《行政处罚法》修订之前，规定“首违不罚”适用的文件多为地方规范性文件或地方工作文件。这些文件并非严格意义上的法律规范文件，且文件中未表明“首违不罚”所遵循的法律依据，很大程度上只是将其作为一项执法政策予以细化规定。因此，无论是在学界还是在执法实践中，“首违不罚”的合法性问题都成为众矢之的。2021年修订通过的《行政处罚法》，其第33条第1款将“首违不罚”以法律规定的形式明确下来，并成为“首违不罚”适用的直接法律依据。为保障执法的统一，在涉

及“首违不罚”的规定时，应当整合相关文件规定，明确“首违不罚”的法律依据——《行政处罚法》第33条第1款。此外，就“首违不罚”的具体适用而言，还应当统一有权规制的法律规范文件类型之范围。依据《立法法》第8条规定，“首违不罚”涉及违法行为的制裁，关乎违法行政相对人之权益的限制、剥夺，或义务的增加，这些事项属于法律相对保留的事项。同时结合《立法法》第9条规定以及《行政处罚法》第12、13、14、16条规定，有权规制“首违不罚”适用的规范性文件应当包括：行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章，除此之外，其他规范性文件不得对“首违不罚”的适用进行规制。

参考文献:

- [1]朱晓燕,王怀章.“首次不罚”制度的法理思考[J].行政法学研究,2007,(2).
- [2]章剑生.罚抑或 not 罚?——基于行政处罚中“首次不罚”制度所展开的分析[J].浙江学刊,2011,(2).
- [3]尹培培.不予行政处罚论——基于我国《行政处罚法》第27条第2款规定之展开[J].政治与法律,2015,(11).
- [4]罗豪才,湛中乐.行政法学[M].北京:北京大学出版社,2016.
- [5]梁仕成.从轻、减轻或免予处罚必须具备法定条件——从《该免予处罚,还是从轻处罚》一文说开去[N].中国工商报,2012-04-17(B03).
- [6]肖金明.行政处罚制度研究[M].济南:山东大学出版社,2004.
- [7]李惠宗.行政处罚法之理论与案例[M].台北:台北元照出版有限公司,2005.
- [8][美]戴维·索萨.后果主义的后果[A].解本远,译.徐向东.后果主义与义务论[C].杭州:浙江大学出版社,2011.
- [9]应松年.依法行政论纲[J].中国法学,1997,(1).
- [10]周海源.危害性评价应纳入行政处罚制度的基本范畴[J].法学,2020,(6).
- [11]高铭喧,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2019.
- [12]何永红.现代行政法[M].杭州:浙江大学出版社,2014.
- [13]江国华.常识与理性——走向实践主义的司法哲学[M].上海:生活·读书·新知三联书店,2017.
- [14]汪永清.行政处罚[M].北京:中国政法大学出版社,1994.
- [15]王名扬,冯俊波.论比例原则[J].时代法学,2005,(4).
- [16]姚成林.依法治国制约因素的理性思考[J].中国法学,1998,(4).
- [17]纳梦月.昆明本月起 105 项交通违法行为“首违不罚”[EB/OL].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2008/09/id/322722.shtml>,2020-11-28.

[18]周佑勇. 行政法的正当程序原则[J]. 中国社会科学, 2004, (4).

注释:

1 本文所列举的行政处罚法规范除特殊声明外均来源于 2021 年新修订通过的《行政处罚法》。

2 在此之前可能违法行为人还实施了一次或一次以上的违法行为但行政主体并未发现。

3 检索时间截止到 2020 年 11 月 6 日。检索出的文件类型包括: 部门规章、地方政府规章、地方规范性文件 and 地方工作文件。文中所列关键词为查找过程中通过分析文件具体内容之基础上得出, 可能存在遗漏。

4 此处的“首次违法”并非仅指“首违”之“违”的意涵, 同时更是指“首违”的意涵。“首违”包含“首”与“违”两个部分, 但并不代表“违”之意涵与“首”不相关, 本文将两者分开论述是为了逻辑上的层次分明, 但内容上依然相互交融。

5 一般而言, “首违不罚”或其他表述用语中都包含“首”字, 即意味着其适用情形应当限定为首次, 但实际上部分文件并未将“首违不罚”的适用情形限定为“首次”。

6 参见(2019)粤 0902 行初 1 号判决书。

7 该案为湖北省检察机关办理涉疫情防控犯罪第三批典型案(事)例之七。

8 参见《优化营商环境条例》第 7 条规定。

9 参见(2019)粤 0902 行初 1 号裁判文书。

10 基本案情为: 曹国申、伍耀坚向市国土资源局举报曹伟程擅自占用农村集体土地实施建设, 涉嫌构成违法占地行为。随后, 市国土资源局展开调查, 并查明曹伟程存在违法占用农村集体土地的行为, 但在市国土资源局发现该违法行为之前其已经自行拆除违法建筑物, 并在收到责令停止违法行为通知书后, 将土地退还给了村集体, 且按该村的租地价格给予该村村民经济补偿。由此, 市国土资源局认为曹伟程属于违法行为轻微, 及时纠正未造成危害后果的情况, 遂依法对其不予行政处罚。对此, 一审、二审法院都给予了认可, 并驳回曹国申、伍耀坚的诉讼请求。

11 参见浙江省交通运输厅浙江省综合行政执法指导办公室《关于在交通运输领域推行轻微违法行为告知承诺制的意见(试行)》。