

《行政处罚法》主观过错条款的内涵及行政执法适用

张晓莹

摘要：行政处罚主观过错条款确立了行政处罚的过错责任（推定过错）立场，对行政执法产生了重要影响，需要行政执法作出实体上和程序上的调适。实体方面，“主观过错”的认定是重点，可结合主观过错的概念、分类与识别要素进行判断。行政机关负责对主观要件以外的构成要件承担举证责任，并直接推定当事人有主观过错，当事人有权举证进行反驳。“足以证明”的标准不宜过严，须在不同领域执法实践中总结形成各有特色的客观化标准。程序方面，须重点关注调查取证的重点和时间节点、法制审核的内容、听证的重点等。

关键词：主观过错；过错推定；足以证明；执法程序

[中图分类号] D922.11 [文献识别码] A [文章编号] 2096-6180(2025)01-0122-18

一、问题的提出

没有主观过错，是否应受行政处罚？在2021年《中华人民共和国行政处罚法》（下称《行政处罚法》）修订之前，我国行政处罚领域一直采用客观归责的一般原则，具体是指在实施行政处罚时，不考虑当事人违法时的主观心态，无论其是否有主观过错，均可给予行政处罚。尽管客观归责原则有益于高效行政的实现，却有违“有责任始有处罚”的法治理念，一直以来备受质疑。关于在行政处罚责任构成中增加主观要件的呼声不绝于耳，并基于不同的纳入路径形成了多种学说。同时，在一些行政单行法的规定中也逐步探索出一些新的归责模式，以适应不同领域行政执法实践的需要。行政处罚责任制度在立法执法实践中的不断迭代升级，推动着行政处罚责任理论日趋成熟、精细。2021年修订的《行政处罚法》在一般法意义上正式确立了主观归责原则，其中第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。”这一规定将“具有主观过错”作为当事人承担行政责任的前提条件，主观要件在行政处罚责任构成中实现了从无到有、从特殊到一般的地位升级，推动我国行政处罚责任制度

[作者简介] 张晓莹，法学博士，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会处长。

发生了根本性调整。

同时，曾经停留在行政处罚执法裁量环节、停留在个别领域违法情形中的主观要件，从特殊走向一般，将以更高频率出现在行政执法人员的个案判断中。目前，执法实践中已经产生了适用新的主观过错条款免除对当事人处罚的案例。在农业农村部2022年发布的农业行政执法指导性案例山东省青岛市徐某某经营假种子案⁽¹⁾中，涉嫌销售假玉米种子的徐某某提出其不具有主观过错，理由及证据包括：涉案玉米种子难以通过外包装和标签标识判断真假；采购涉案种子时核对了种子的生产经营许可信息、品种审定信息、追溯二维码、检疫证明编号等信息，并在“种子生产经营备案管理系统”对该批种子信息进行了备案。青岛市农业农村局认为，徐某某经营假种子的行为违反了《中华人民共和国种子法》（下称《种子法》）规定，但鉴于其没有主观过错，且提供了相应证据予以证明，根据《行政处罚法》第33条第2款规定，决定对徐某某不予处罚。这是一例典型的适用《行政处罚法》第33条第2款的案例。

如何理解和适用《行政处罚法》第33条第2款，已成为行政执法亟须回答的新课题。笔者将基于适用过错推定一般原则的行政处罚案件（不涉及采用特殊归责原则的行政处罚案件），对行政执法机关应当作出的调整和应对提供可行思路。当事人是否具有主观过错应如何认定？如何把握“足以证明”的证明标准？行政处罚执法从实体上和程序中需要如何调整和操作？笔者将尝试回答这些行政处罚执法的现实课题。

二、《行政处罚法》第33条第2款的内涵阐释

（一）立法思路

《行政处罚法》第33条第2款在修法过程中经历了从无到有并逐步完善的过程。基于对新时代行政法治理念的贯彻，在提请审议之前的征求意见稿阶段，《中华人民共和国行政处罚法（修订草案）》（下称《行政处罚法（修订草案）》）将“没有其他主观过错”作为从轻减轻处罚的情形之一，这也是一些领域中的实际做法。在立法过程中，有专家学者提出，当事人没有主观过错不受行政处罚是通行做法，应当予以吸纳。还有一些地方、部门和社会公众提出，不少法律中都已有当事人故意违法才予以行政处罚的类似规定，《行政处罚法》作为行政处罚领域的一般法，将没有主观过错作为从轻减轻的情形不妥，建议从保障行政处罚公平正义的角度统筹考虑，将当事人不存在故意、过失等主观过错作为不予处罚的情形。⁽²⁾因此，2020年7月3日在向社会公开征求意见的《行政处罚法（修订草案）》中已将主观过错明确作为行政处罚责任构成要件，第30条第3款规定：“当事人有证据证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规有特别规定的，依照其规定。”这一稿与最后出台的《行政处罚法》第33条第2款的表述存在细微差别，少了“足以”二字。

(1) 《农业农村部关于发布第二批农业行政执法指导性案例的通知》，农法发〔2022〕1号，2022年1月10日发布。

(2) 许安标主编：《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》，中国民主法制出版社2020年版，第111页。

《行政处罚法（修订草案）》向社会公布后，有些意见提出，将无过错责任改为推定过错责任，且只需要当事人举出证据即可免予处罚，可能会出现大量当事人随意举证、证明力不足的情况，给及时确定当事人的行政处罚责任、有效实施行政处罚带来障碍；应当对没有主观过错的证据强度作出一定要求，以避免当事人随意举证，滥用免责条款，影响行政处罚执法效率。因此，最终出台的《行政处罚法》在《行政处罚法（修订草案）》的基础上，对当事人的证明责任作出了更加严格的规定，即“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚”，在《行政处罚法》中正式确立了行政处罚责任的主观要件。

（二）与相关条款关系的体系性解释

修订《行政处罚法》时，是在原法第 27 条规定的行政处罚从轻、减轻、不予行政处罚的条款中增加了过错推定条款。修订之后，2021 年《行政处罚法》第 33 条的三款中，有两款规定了不予行政处罚的三种情形，分别是：情形一，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；情形二，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；情形三，当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。

从法律效果上的差别，可以分辨出上述三种情形地位的不同。对情形一和情形三，立法规定的是“不予行政处罚”；而对于情形二，立法规定的是“可以不予行政处罚”。“可以”二字使得情形二的“首违不罚”与情形一、情形三产生了较大差异。情形一和情形三所规定的“不予行政处罚”是指依法应当不予处罚，即行政机关不得予以处罚，如果处罚即属违法；而情形二规定的“可以不予行政处罚”，是授予了行政机关罚与不罚的裁量空间，由行政机关来决定是否免除处罚。这在立法者撰写的释义中也得以证实：“本规定是‘可以’不予行政处罚，不是‘应当’不予行政处罚，赋予了行政机关裁量的空间。”⁽³⁾对比之下，情形一和情形三是法律对不予行政处罚情形作出的刚性规定，情形一的刚性体现在“本应受罚而必须不罚”，情形三的刚性体现在根本不符合行政处罚责任构成，不得予以处罚。

另一个需要注意的是，情形一和情形二同属于第 33 条第 1 款，但情形三单独作为该条第 2 款。之所以做这样的区分，意味着情形三与情形一、情形二又有着本质的不同。从情形一中“违法行为”和情形二中“初次违法”的表述可以看出，立法已经将相关行为定性为违法行为，即已经跨过了行政处罚责任构成的层面，进入处罚决定的裁量层面；而情形三并无任何对行为适法性的定性，仍停留在行政处罚责任构成的层面。二者之间是“应罚而不罚”和“不应罚”的关系，具有本质的不同。当事人的主观要件体现在情形三即第 33 条第 2 款中，情形一和情形二虽也是不予处罚的情形，但不属于行政处罚责任构成中主观要件的范畴。

(3) 许安标主编：《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 110 页。

(三) 第 33 条第 2 款的三层涵义

对第 33 条第 2 款的内涵，学者在讨论中作出了不同解读。有不少学者认为，该条款表明《行政处罚法》已采用了过错责任（过错推定）或称主观归责原则⁽⁴⁾；有学者认为，这意味着对过错责任的选择，但不是推定过错，行政机关仍然负有证明当事人具有主观过错的义务⁽⁵⁾；还有学者认为，尽管《行政处罚法》新增了主观过错条款，但并未因此改变其“客观归责”的立场，这一条款只是“法定不予处罚情形”。⁽⁶⁾由上述分歧可见，从解释论的角度，《行政处罚法》第 33 条第 2 款仍存在进一步讨论的空间，其价值立场、内在逻辑和例外情形都有待进一步厘定，笔者认为，这一规定可以从三个层面来理解。

第一，这一规定正式宣告了行政处罚采用过错责任（推定过错）的立场。根据这一规定，承担行政处罚责任的条件是当事人有主观过错，包括故意或者过失。这种故意或过失是推定成立的，无须行政机关主动证明。这是《行政处罚法》作为行政处罚领域的一般法对行政处罚采取过错责任作出的统一法律确定，而并非有的观点所理解的仍然是“客观归责”或仅仅是“裁量情形”。因此，在行政处罚领域，一般情况下确定行政处罚责任都以当事人主观上具有过错为要件，不具备这一条件的不符合行政处罚责任构成，不能予以处罚。

第二，对当事人是否具有主观过错的证明，采用举证责任倒置，即实行推定过错。按照立法机关工作人员所撰写释义的观点，“当事人有违法行为的，行政机关可以推定当事人有主观上的过错，没有必要主动查证当事人是否有主观过错的硬性规定”。⁽⁷⁾如果在办案过程中，当事人举证主张自己没有主观过错，且达到了“足以”证明这一主张的证明标准，应当认定当事人不具备行政处罚责任构成中的主观要件，不得给予行政处罚。如果当事人没有举证主张自己没有主观过错，行政机关可默认当事人具有主观过错，具备了追究行政处罚责任的主观要件，应依法予以处罚。如果当事人提出了证据但证明力不足，行政机关经过认定认为不足以证明当事人没有主观过错的，当事人的该主张则不能成立，行政机关仍可以认定当事人具备承担行政处罚责任的主观要件。

第三，本条款作出的一般规定具有例外情形，允许法律、行政法规另行规定。之所以这样规定，主要考虑是“能够照顾到行政管理领域涉及面广，不同领域、不同类别的违法行为特点、构成、情形、危害程度千差万别的现实。面对不同的违法行为，有的情况下应当从严处罚，不应考虑主观因素；有的情况下主观因素只具有相对意义，不具有独立价值；有的情况下不能简单地适

(4) 喻少如、姜文：《论行政处罚的主观要件——以新修订〈行政处罚法〉第三十三条第二款为中心》，载《湖南警察学院学报》2021 年第 3 期，第 70 页；杨东升、刘恺：《论行政处罚主观过错归责原则——〈行政处罚法〉（修订二审稿）第 31 条评析》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2020 年第 6 期，第 80 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，第 9 页。

(5) 谢红星：《不予行政处罚的法理——围绕〈行政处罚法〉第 33 条而展开》，载《广东社会科学》2022 年第 2 期，第 249 页。

(6) 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，第 54 页。

(7) 许安标主编：《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 111 页。

用不予处罚，还需要没收违法所得等”。⁽⁸⁾对这些不宜适用过错推定原则的行为，法律、行政法规可根据各行政管理领域的违法行为特点和处罚实际需要，对行政处罚主观要件及具体证明责任、证明标准、免除处罚的方式等作出特别规定，优先于《行政处罚法》的一般性规定适用。例如，仅将故意作为主观要件，当事人若仅仅是过失行为，不给予处罚；采用严格责任，对主观要件不作要求，无论当事人是否有主观过错，都可予以处罚；采用过错责任，且由行政机关对当事人具有主观过错进行举证，当事人无须自证无过错，如行政机关不能证明当事人具有故意或者过失的，不得给予行政处罚；采用附条件的推定过错责任，当事人如能够拿出足够证据证明自己没有故意或者过失的，免除除没收违法所得、非法财物外的其他处罚；等等。之所以例外规定的授权仅限于法律、行政法规，是考虑到行政处罚责任主观要件的设定差异性，主要体现在行政管理领域的不同而非地域的不同。只有因领域不同才会导致违法行为的不同特点，需要对主观要件进行差异化设定，而这种行政管理领域的差异主要由各单行法律、行政法规来体现。如果允许地方性法规对主观要件作出特别规定，将会导致同样的行为在不同的地方需要承担不同的责任，这将违背设定行政处罚主观要件例外规定的初衷。另外，虽然部门规章也能体现行政管理领域的不同，但是行政处罚的主观要件属于行政处罚基本制度，对当事人的权益有着重大影响，应当属于法律、行政法规的保留事项，不宜交给部门规章来决定。

三、当事人主观过错的认定和证明

对于行政执法人员而言，如何认定当事人有没有“主观过错”，是行政执法中的重点和难点。之所以难，是因为当事人主观心理状态的证明是一个非常复杂的、程序法与实体法交错的问题。笔者尝试从主观过错的分类与识别、过错推定的理解与举证责任分配、考察主观过错的依据，以及“足以证明”标准的把握等方面进行阐述，帮助执法人员准确认定当事人是否具有主观过错。

（一）主观过错：分类与识别要素

主观上的过错包括故意和过失。⁽⁹⁾

1. 故意

故意是一种基本的责任形式。关于故意的定义，大部分国家没有在行政立法中规定，大都存在于刑法中。俄罗斯联邦《行政违法法典》第二章第2条之二第1款规定：“如果实施行政违法行为的人意识到自己行为（不作为）的违法性，预见到其危害的后果并希望这种后果发生，或者有意识地放任这种后果发生或对这种后果采取麻木不仁的态度，这样的行政违法行为被视为故意实施的行政违法行为。”⁽¹⁰⁾《中华人民共和国刑法》（下称《刑法》）第14条第1款对故意的定义是：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是

(8) 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，第11页。

(9) 应松年主编：《行政行为法 中国行政法制建设的理论与实践》，人民出版社1993年版，第473页。

(10) 熊樟林编：《中外行政处罚法汇编》，北京大学出版社2021年版，第184—185页。

故意犯罪。”可以看出，当事人对消极后果的希望或放任的态度是各方在定义故意时的共有因素。只不过刑法理论中强调符合故意犯罪的行为人需要对危害社会的结果具有故意，仅对违反法律规范的故意并不能构成刑法上的故意。而行政处罚与刑罚最大的不同是，行政处罚强调的是对行政管理秩序的违反，并不以行为人产生了危害结果为前提，行政处罚责任既包括结果责任，也包括行为责任。因此，笔者认为，行政法中所讲的故意，需要兼容刑法中的故意概念和行政处罚概念的有关要素，体现出行政处罚的特点，即明知自己的行为会违反行政管理秩序，且希望或者放任这一事实发生的心态度。具体到法律规范中，这种心态被描述为“故意”“明知”以及“虐待”“殴打”等带有明确的心理倾向的动作。

故意的形态包括直接故意和间接故意。⁽¹¹⁾直接故意与间接故意的主要区别在于当事人对违法事实的态度不同。直接故意是指明知自己的行为会违反行政管理秩序，仍希望这一事实发生的主观心态。在直接故意中，当事人的意志表现为明知自己的行为将具有怎样的社会意义并违反何种行政管理秩序，但仍付诸行动以期这一结果的发生。这种希望可以强烈、迫切，也可以不是很强烈、迫切，但都属于对违法结果的希望。间接故意是指明知自己的行为会违反行政管理秩序，且放任这一事实发生的心态度。其与直接故意最主要的区别，就在于当事人对违法结果并未持积极的希望态度，而是抱有消极的放任态度。即使我们给直接故意与间接故意下了定义，也很难在二者之间划定一个泾渭分明的界限，“不强烈的希望”与“放任”实难区分。所幸，在《行政处罚法》并未区分故意和过失的情况下，对直接故意与间接故意作出区分的意义就更加有限，直接故意和间接故意的界限模糊所带来的执法操作困难也可以适当忽略。但这并不意味着二者的区分毫无意义，区分直接故意与间接故意在行政处罚幅度的自由裁量层面可以发挥重要作用，将直接故意与间接故意的判断标准具体化到一些特定情形中，并纳入行政处罚裁量基准，能够使行政处罚裁量基准更加精细、科学、合理。

2. 过失

过失是与故意相对应的另一种责任形式，其本意是不意误犯，其实质是事与愿违。⁽¹²⁾我国《刑法》第15条第1款规定：“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”俄罗斯联邦《行政违法法典》第二章第2条之二第2款规定：“如果实施行政违法行为的人预见到自己的行为（不作为）可能发生危害后果，但没有足够理由地轻信可以防止这种后果的发生，或者本来应该预见到和可以预见到自己的行为（不作为）可能发生危害后果却未预见到这种后果，这样的行政违法行为被视为因过失实施的行政违法行为。”⁽¹³⁾综合各方面对过失的定义来看，其中的共同因素是“疏忽大意”和“过于自信”。结合行政处罚的概念来定义行政处罚中的过失，笔者认为应指，应当预见

(11) 应松年、杨解君：《论行政违法的主客观构成》，载《江苏社会科学》2000年第2期，第2页。

(12) 姜伟：《罪过形式论》，北京大学出版社2008年版，第195页。

(13) 熊樟林编：《中外行政处罚法汇编》，北京大学出版社2021年版，第185页。

自己的行为可能违反行政管理秩序，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致造成违反行政管理秩序的违法事实发生的心理态度。

过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。⁽¹⁴⁾ 疏忽大意的过失是指应当预见自己的行为可能违反行政管理秩序，因为疏忽大意而没有预见，以致造成违反行政管理秩序的违法事实发生的心理态度，也称为“无认识的过失”。⁽¹⁵⁾ 在疏忽大意的过失中，行为人的责任基础是“应当预见而未预见”，因此认定疏忽大意过失的要素有三：一是违法行为具有预见的可能性，这种可能性以一般人的通常认知能力作为衡量标准。比如违章停车行为，在道旁设有明显禁停标识的情况下，一般人稍加注意就能够发现禁停标识，并且能够预见到在此停车将构成道路交通违法行为。此种情形下，行为人如未尽到一般注意义务，没有预见到道路交通违法行为的发生，就构成了疏忽大意的过失违法。而如果道旁的禁停标识被树木遮挡，一般人都难以注意到，则认为违法停车不具有可预见性，行为人不构成疏忽大意的过失，应当免予处罚。二是行为人对违法事实的发生具有预见的义务。预见义务既包括正式法律体系中所规定的义务，也包括行业规章制度、职业操守中所确定的义务，还包括社会行为规范和行为通则所共识的一般性义务，这些义务为具有一般认知能力的人所设，在正常情况下一般人均“能够预见”，因此行为人也“应当预见”。关于预见义务的具体内容，在刑法中要求预见是对犯罪危害结果的预见，但由于行政处罚并不必然要求以危害结果为构成违法的前提，因此在有的情况下只要求行为人对其行为可能违反行政管理秩序作出预见，在有的情况下则需要行为人对其行为违反行政管理秩序并将导致一定的危害结果作出预见，具体情况需要根据单行法确定的违法构成决定。这种预见也并不一定是对违法事实精准的、全面的、毫无偏差的预见，只须对违法构成有基本认知即可。三是行为人未预见到违法事实的发生。在符合前两点要素的情况下，如果行为人对于自己的行为即将造成违法事实是缺乏认识的，没有预见的，就构成了疏忽大意的过失。“没有预见”是区分故意和过失的关键要素，也是区分“疏忽大意的过失”与“过于自信的过失”的关键要素。在当事人的主观心理状态中，“没有预见”只存在于疏忽大意的过失的情形，在对违法行为人的行为进行定性时，只要认定违法行为人在客观上确实“没有预见”，就能够证明行为人不存在故意，也并非过于自信的过失。

过于自信的过失是指已经预见自己的行为可能违反行政管理秩序，但轻信能够避免，以致造成违反行政管理秩序的违法事实发生的心理态度，也称为“有认识的过失”。⁽¹⁶⁾ 在过于自信的过失中，行为人的责任基础是“已预见但轻信能够避免”，因此认定过于自信过失的要素有二：一是行为人已经预见到可能会构成违法行为。这种预见是轻信能够避免的“消极预见”，与故意行为中确信其能够发生的“积极预见”是不同的。二是违法行为具有可避免性。如果违法事实是不能避免的，无论当事人是否有所“预见”，都不能将其判定为过失。这也是区分过于自信的过失与故意

(14) 应松年、杨解君：《论行政违法的主客观构成》，载《江苏社会科学》2000年第2期，第2页。

(15) 张明楷：《刑法学》（第6版），法律出版社2021年版，第382页。

(16) 张明楷：《刑法学》（第6版），法律出版社2021年版，第385页。

的关键。比如，某汽车刹车失灵，导致闯红灯，司机对即将闯红灯的违法行为自然是应当预见也确实有所预见的，但该违法行为在客观上并不能避免，超出了当事人的主观控制范围，不具有守法的期待可能性，自然不应受到谴责。

3. 故意与过失的区分

故意与过失虽然都是应受谴责的心理态度，但在内容和表现形式上又有诸多不同，主要在于：一是认知基础不同。故意的认知基础是当事人对行为事实和实质违法性已有认知，而过失的认知基础是当事人对行为事实和实质违法性具有认知可能性，或者已经认知到可能发生但自信可以避免。二是意志因素不同。故意的意志因素体现的是对违法结果的期待或放任的心态，表现为积极促成，而过失体现的是一种疏忽大意或侥幸心态，本质上对违法结果持消极态度。三是可非难性不同。从认知基础和意志因素都可以看出，明知故犯的恶意一定大于疏忽大意和过于自信的恶意，甚至后者谈不上是一种恶意，而是一种失责。因此，过失的可非难性明显小于故意。过失与故意这种共性和差异性并存的特点，使得以“疏忽大意”和“过于自信”为主要心理特点的过失与以“放任违法结果发生”为主要心理特点的间接故意之间存在更加微妙的关系，二者之间的界限相对更加模糊。

在刑法中，故意与过失在很多犯罪中具有判断罪与非罪的重要意义，因此二者有着截然不同的法律地位。而在行政处罚中，尽管“主观过错”被写入了《行政处罚法》，但并未突出“故意”和“过失”的独立地位。因此，在行政一般法意义上，行政处罚中的“故意”与“过失”在判断是否构成行政处罚责任的问题上具有同等地位，不具有区分价值。由于《行政处罚法》第33条第2款中“法律、行政法规另有规定的，从其规定”的除外条款，故意和过失在行政单行法意义上又具有了区分价值，具体有三种不同的区分意义。

第一种情况是具有给违法行为定性的意义。有的单行法中明确将故意或者过失作为行政处罚的主观要件。例如，《中华人民共和国票据法》第105条规定，“票据的付款人对见票即付或者到期的票据，故意压票，拖延支付的，由金融行政管理部门处以罚款”。在这类规定中，当事人是故意还是过失的判断对于是否成立行政处罚具有决定性意义，执法人员需要对当事人是故意还是过失加以严谨论证和精准判断，并将成为证明行政处罚合法性的主要证据。再如，《中华人民共和国消防法》第64条规定：“违反本法规定，有下列行为之一，尚不构成犯罪的，处十日以上十五日以下拘留，可以并处五百元以下罚款；情节较轻的，处警告或者五百元以下罚款：……（二）过失引起火灾的；……”在这一违法行为中，行政处罚的主观要件仅为过失。按照举轻以明重的原则，如果过失行为要受到处罚，故意行为就更应当受到处罚。之所以该条仅将过失作为行政处罚的主观要件，是因为根据我国《刑法》，如果故意引起火灾则构成放火罪，不再属于行政处罚的范畴。此时，故意与过失的区分甚至具有了区分刑罚与行政处罚、罪与非罪的重要意义。因此，在这种情况下，故意和过失的法律地位有着实质性不同，决定着行政处罚行为是否具有合法性，具有给违法行为定性的意义。

第二种情况是具有行政处罚强裁量的意义。有的单行法规定的法律责任中将故意和过失作为行政处罚裁量的依据。例如，《中华人民共和国治安管理处罚法》第31条规定：“爆炸性、毒害性、放射性、腐蚀性物质或者传染病病原体等危险物质被盗、被抢或者丢失，未按规定报告的，处五日以下拘留；故意隐瞒不报的，处五日以上十日以下拘留。”在这一违法行为中，无论是故意还是过失，当事人都要受到拘留的行政处罚，区别在于如果属于过失则处罚较轻，如果属于故意则处罚较重。故意与过失的区分意义，不在于行政处罚的有无，而在于行政处罚的轻重，且其导致的法律后果在法律规范层面有着明确的分化标准，决定着行政处罚行为的合理性，具有强裁量的意义。这种情况虽不如第一种情况意义重大，但仍属于行政机关应当关注的重点内容。

第三种情况是具有行政处罚弱裁量的意义。有的单行法中并未明确赋予故意和过失独立的法律地位，执法人员仅能在行政处罚实践中将其作为裁量因素。与第二种情况不同，此种情况下虽然也可能将故意和过失作为裁量因素，但在法律规范层面找不到明确依据。例如，《中华人民共和国种子法》第75条第1款规定：“违反本法第四十八条规定，生产经营劣种子的，由县级以上人民政府农业农村、林业草原主管部门责令停止生产经营，没收违法所得和种子；违法生产经营的货值金额不足二万元的，并处一万元以上十万元以下罚款；货值金额二万元以上的，并处货值金额五倍以上十倍以下罚款；情节严重的，吊销种子生产经营许可证。”这一规定对行政处罚的幅度作了较为细致的层次区分，对于情节严重的实行资格罚，吊销种子生产经营许可证。何谓“情节严重”？参考因素为何？在实行行政处罚裁量基准的行政管理领域，情节严重的参考因素取决于裁量基准的规定，实践中有不少裁量基准都将当事人违法的主观过错纳入“情节严重”的考量范围。而在没有实行行政处罚裁量基准的领域，情节严重的判断标准只能依靠行政执法人员的认知和裁量，相对更加随意。与前两种情况相比，此类情况下由于故意和过失在法律规范层面不具有直接的法律地位，只存在于裁量基准中或执法人员的内心法则中，在判断行政处罚行为合理性时证明力相对最弱，因此仅具有弱裁量的意义。

无论故意与过失的区分意义在何种程度上展开，我们都无法否认，故意与过失在行政处罚责任的判断中体现着不同的价值取向。因此，对行政处罚中故意和过失的概念、分类与识别进行分别研究，为执法实践提供更加精细化的理论支撑，是主观要件获得一般性法律地位后行政法上的一个紧迫课题。

（二）过错推定的理解与举证责任分配

当事人一旦被推定为有过错，就意味着行政处罚责任的成立。因此，过错推定是过错责任的重要环节，如果缺乏过错推定的过程和方法，就无法确定当事人是否有过错，也就不能适用过错责任进行归责。过错推定的过程和方法是否科学、合理，直接决定着行政处罚责任与当事人过错程度的匹配度与公正性。

在刑法和民法的证据法体系中，都把推定作为一种有效的事实认定机制，因此推定已经成为一项普遍性的证据法制度。大陆法系国家和地区一般将推定划分为“法律推定”和“事实推定”。

法律推定是指在法律中有明确规定的推定规则，也被称为“立法上的推定”。事实推定是指由法官根据已知事实对未知事实进行推论，也被称为“司法上的推定”或“表见证明”。⁽¹⁷⁾但在英美法系上，并不承认事实推定，我国民法学界也有学者指出，对于“推定”一词应当谨慎使用，它只是“法律推定”的简称，必须具有法律上的明确依据；所谓的“事实推定”，只是法官根据已知的事实去推理、推论或推断未知事实，与推定必须划清界限。如果只承认法律推定，那么推定就是“立法者根据一定的条件，人为制造的、针对同类案件所采取的法律解决措施”。⁽¹⁸⁾行政处罚过错推定作为《行政处罚法》明确规定了行政处罚归责原则，当属于一种法律推定。

在有的区分方法中，根据可反驳性将推定分为不可反驳的推定和可以反驳的推定。不可反驳的推定又被称为结论性推定，是指一旦某基础事实得到证实，则法院应当作出与其相关的另一推定事实成立的裁判，且不允许对方当事人进行反驳。这种不可反驳的推定又被称为“法律拟制”，即对法律规则扩展性、引申性的一种假定或假设。很多学者认为这其实就也是一种实体法规则，并非“推定”。⁽¹⁹⁾真正意义上的推定，指的应是可以反驳的推定。推定即假定为成立、假定正确，既然是假定，这种真实性和准确性就处于一种悬而未决的状态，这种真实和准确状态的最终确认取决于承担举证责任方的行为，一旦其在有效举证期间内提出反证，推定的事实将被质疑或推翻。此时，“推定的反对证据一旦确认，该推定就如气泡爆裂，不再发生效力”。⁽²⁰⁾《行政处罚法》中规定的推定显然也是可以反驳的推定。可以反驳的推定在我国很多法律规范中和司法实践中广泛存在。例如，《中华人民共和国海警法》第35条规定“有证据证明当事人在海上实施将物品倒入海中等故意毁灭证据的行为，给海警机构举证造成困难的，可以结合其他证据，推定有关违法事实成立，但是当事人有证据足以推翻的除外”；《中华人民共和国电子商务法》第48条第2款规定“在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力。但是，有相反证据足以推翻的除外”；《中华人民共和国反垄断法》第24条第3款规定“被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位”。这些都是在法律上对推定可反驳性的体现。

过错推定规则下，行政执法机关是否还有证明责任？在法律推定中，推定的基础事实与推定事实之间并不存在“一般联系规律”或“常态联系”，而是一种建立在政策性基础上的法律关系，推定是证明的一种辅助方法，是一种暂时性假定，是逻辑证明过程的中断，它免除或转移了对假定事实的证明责任。⁽²¹⁾由此可见，推定是基于法律确定的推定规则，直接从基础法律事实得出假定事实的过程，为了降低证明成本、提高执法效率，对证明过程、方法作了简化，降低了证明标准。在这个过程中，行政机关的证明责任仅体现在对违法行为的事实认定环节，需要对当事人除

(17) 张家骥：《论推定规则及其适用》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2014年第6期，第161页。

(18) 叶自强：《论推定的概念、性质和基础事实》，载《法律适用》2021年第9期，第57页。

(19) 张家骥：《论推定规则及其适用》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2014年第6期，第162页。

(20) 龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008年第1期，第110页。

(21) 张保生：《推定是证明过程的中断》，载《法学研究》2009年第5期，第194页。

主观要件以外的其他行政处罚责任构成要件的符合性进行证明；而“推定”这一动作已经在法律规定中完成，无须行政机关再对基础事实与推定事实之间的逻辑联系进行推导和证明。当事人则需要对自身主观上没有故意或过失的心态承担举证责任。这种举证责任是允许当事人对行政机关推定的事实举证进行反驳的权利，当事人可以举证也可以不举证，不举证的不利后果由当事人承担。在主客观相统一的前提下，如当事人拿出反证，对推定其具有过错的事实进行反驳时，行政机关即需要对有关证据展开认定。

综上，行政处罚主观过错推定是《行政处罚法》确定的行政处罚责任的法律推定规则，是在办理行政处罚案件时，执法人员基于客观违法事实推定当事人具有过错，并允许当事人提出反驳的一种事实认定规则，具体可以从以下四个层次来把握。

第一，适用过错推定须有法律依据，而非凭一般的经验法则和逻辑分析作出推断。《行政处罚法》的主观过错条款就是在行政处罚一般领域进行过错推定的法律依据。根据这一规定，当事人有违法行为的，首先推定其具有主观过错。比如，在交通信号灯指示明确的情况下闯红灯，就可以推定当事人是因自身过错而闯红灯。

第二，推定过错以当事人具有违法行为为事实基础，且该违法行为符合行政处罚责任构成要件中的主体要件、客体要件和客观要件。比如在道路交通违法行为中，当事人需要发生违反道路交通事故法律法规的事实；在违法排污行为中，当事人需要发生超标排放污染物的事实。

第三，推定过错的成立以缺乏有效反证为前提，即在当事人提交反证的有效期届满前，当事人违法的主观要件处于暂时成立状态，一旦提交证据期届满且当事人没有提出有效反证，主观要件才正式成立，这是由推定的可反驳性决定的。

第四，过错推定规则中，行政机关仅对除主观要件以外的违法构成要件的成立负有举证责任，当事人有举证证明自己没有主观过错的权利，也可以不举证，不举证的不利后果由当事人承担。

（三）认定主观过错的依据

对当事人“不具有主观过错”的举证，执法机关重点可以围绕两个方面进行判断。

1. 当事人的心理活动

这一心理活动的认定将主要围绕当事人的陈述、申辩而展开。尽管当事人出于自保，很难完全如实、客观地陈述实施违法行为时的真实心理活动，但听取当事人的陈述、申辩仍然是故意和过失认定过程中一个不可或缺的重要动作。《行政诉讼法》第33条明确将“当事人的陈述”作为行政诉讼的证据之一，可见当事人陈述的证据地位是被法律所确定的。但相对于客观证据，当事人的陈述具有相对较弱的采信力和证明力。在主观过错的证明上，不能单凭当事人的一面之词就判定当事人不具有故意或者过失。对于当事人所陈述的其实施违法行为时的心理状态，需要有相应的客观事实加以印证。

2. 实施违法行为时的行为活动场景

实施违法行为时的活动场景是认定当事人主观过错的一个重要方面。这个场景是时间、地点、行为条件、行为对象、行为活动等多个客观条件的综合构成，在佐证当事人的主观过错方面发挥着重要作用。结合前述对故意和过失识别要素的分析可知，在当事人对违反行政管理秩序的行为有基本认知的场景下，当事人主观上存有放任、容忍、漠视违法结果发生的态度，即构成故意；在违法事实可预见、应预见的场景下，当事人在主观上没有履行对违法行为的预见义务，即构成疏忽大意的过失；在行为人预见到了违法事实可能发生的场景下，其客观上没有履行对违法行为的回避义务，包括没有回避或采取了回避措施但失效了，即构成过于自信的过失。这些都属于违法行为客观场景中的内容要素。

比如在翁某某诉舟山市公安局交通警察支队普陀山大队行政处罚案⁽²²⁾中，舟山市公安局交通警察支队普陀山大队认为，翁某某驾驶小型普通客车由西向南右转弯行经案发路口人行横道时未礼让行人，违反了《中华人民共和国道路交通安全法》第47条第1款“机动车行经人行横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行”的规定，当场对翁某某处以罚款100元，并记3分。翁某某诉至法院请求撤销上述行政处罚决定，一审法院驳回了翁某某的诉讼请求。翁某某提出上诉后，二审法院维持原判。翁某某不服，申请再审。再审法院经综合考虑在案事实、性质、情节、危害程度等因素，认定难以认定翁某某存在未礼让行人的主观过错，建议普陀山大队依法自行纠正被诉行政处罚决定，普陀山大队最终接纳建议并及时撤销了被诉行政处罚决定。从再审法院对案件事实的具体认定可以清晰地看出法院是如何结合行为人的活动场景，对行为人的主观过错进行判断的。再审法院结合监控视频看到，“再审申请人驾驶涉案车辆由西向南右转弯行经案发路口人行横道时，礼让了一名行人，在该行人通过后，涉案车辆缓慢行经斑马线时，有对向行驶车辆左转，待再审申请人发现另一行人出现在斑马线另一端时，车辆已经整体驶入斑马线。若即时停车，将导致车辆横停在斑马线上，反而阻碍行人通行，故难以认定再审申请人存在未礼让行人的主观过错”。根据翁某某的这一段活动场景，再审法院认定翁某某有证据足以证明其已经审慎地尽到合理必要的礼让行人注意义务，成为认定其没有主观过错的重要依据。翁某某在一审、二审和再审中对其行为活动场景的描述，即属于对其没有主观过错的举证，当然，该案中普陀山大队提供的监控视频也强化了这一举证。

因此，当事人在对自己不存在主观过错进行证明时，既要对自己行为时的主观心理活动进行陈述，更要对行为时的客观场景进行充分描述和说明。行政执法人员结合这些陈述和客观场景的描述，进行一一查证，并判断是否能够建立起主客观相互印证的证据链条，是否符合基本的逻辑关系和经验法则，最终推断出当事人是否具有故意或过失的主观心态。如果当事人的举证能够起到有效反驳推定事实的效果，就是一个充足的举证，达到了“足以”证明的证明力，就应当认定

(22) 浙江省高级人民法院行政裁定书，(2021)浙行再33号。

当事人不具有故意或过失。

(四)“足以证明”标准的把握

前文中提到，向社会公开征求意见的《行政处罚法（修订草案）》中的“有证据证明”与最终出台的《行政处罚法》“有证据足以证明”之间有“足以”的二字之差，这一差别体现出立法者对于证据证明力的着意体现。但关于何谓“足以证明”却引发了不少争议。有学者就直指，“足以证明”属于不确定法律概念，具有广泛的裁量空间，“足以”二字折射出立法者的谨小慎微与徘徊瞻顾，将造成因执法部门难以把握不易操作，或者因裁量空间过大导致标准过宽或者过严，执法实践迫切需要具体化的操作规则。⁽²³⁾

“足以证明”并非《行政处罚法》首创，该表述首次由2003年修订的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》（国务院令第395号，已被修改，下称《知识产权海关保护条例》）使用，后来被2021年《行政处罚法》所吸收。现行2018年《知识产权海关保护条例》（国务院令第698号）第13条第1款规定：“知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。”此外，在《中华人民共和国食品安全法》、《中华人民共和国产品质量法》、《医疗器械监督管理条例》（2021年修订，国务院令第739号）、《中华人民共和国药品管理法实施条例》（2019年修订，国务院令第709号，下称《药品管理法实施条例》）中也有关于当事人应当提供“充分证据”证明其没有主观过错以免除或从轻减轻处罚的规定，与足以证明的证明标准基本等同。另外，在《中华人民共和国船舶登记条例》（2014年修订，国务院令第653号）、《诉讼费用交纳办法》（国务院令第481号）、《中华人民共和国民用航空器权利登记条例》（国务院令第233号）、《中华人民共和国监察法实施条例》（国家监察委员会公告第1号）以及一些司法解释中，都有关于当事人的主张应达到“足以证明”程度的表述，虽不属于行政处罚领域，但也体现了同样的证据证明力要求。

在立法实践中，对于“足以证明”“充分证明”的具体标准，只有极少的统一明确的指导性规定或共识，主要存在于药品管理领域和网络平台管理领域。在药品管理领域，2002年《药品管理法实施条例》（国务院令第360号，已被修改）第81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。”2012年原国家食品药品监督管理局颁布的《药品和医疗器械行政处罚裁量适用规则》（国食药监法〔2012〕306号，已废止）对“充分证据”的认定标准是，未违反《中华人民共和国药品管理法》《药品管理法实施条例》的有关规定，并同时具备“进货渠道合法，提供的药品生产许可证或者药品经营许可证、营业执照、供货单位销售人员授权委托书及审核证明、药品合格证明、销售票据等证明真实合法”“药品采购与收货记录、入库检查验收记录真实完整”“药品的储存、养护、销

(23) 王敬文：《论受行政处罚当事人无过错之证明——由〈行政处罚法〉第33条第2款展开》，载《证据科学》2022年第2期，第226页。

售、出库复核、运输未违反有关规定且有真实完整的记录”三种情形。尽管这一规定已经失效，但可以看出，在药品管理领域中，没有主观过错的充分证据的认定标准就是未违反相关法律规范且已尽到相应注意义务。在网络平台管理领域，《信息网络传播权保护条例》（2013年修订，国务院令第634号）第22条第3项规定了“不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权”的免赔条款，初步确定了网络服务提供者“应知”的主观过错认定标准。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2020年修正，法释〔2020〕19号）第9条对认定为“应知”的具体情形作了进一步列举，第10条对热播影视作品等以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐的“应知”认定标准作了明确，第12条对信息存储空间服务提供者的“应知”标准进行了细化。这些规定成为判断网络服务提供者侵权是否具有主观过错的主要认定标准。

在执法实践中，有的行政管理领域逐步形成了符合自身领域特点的判断是否具有主观过错的经验或共识。在金融监管领域，有银行系统从业者认为，在不同的金融处罚案件中，须针对不同的违法行为类型，找到认定当事人主观过错的要点。^{〔24〕}其主要通过两种方式：一是通过外在行为表现，即依照事件状况，以社会一般人作为标准，通过外在行为的考察来推断当事人的主观状态。二是通过人格与职业范围，即基于行政相对人的特殊身份，了解其是否履行咨询及查询义务，判断其是否存在主观过错。^{〔25〕}在税收征管领域，在确定纳税人是否存在主观过错时，税务机关采用了多种方式来提高其证明能力：一是依托纳税信用等级评价机制，对信用等级评定较高的纳税人采用承诺方式；二是加强部门协作，建立涉税信息共享机制，减少税务机关因行使权力对纳税人经济活动产生的影响，提高税收征管效率。^{〔26〕}有专家指出纳税义务人过失的三种情形：一是纳税义务人拒绝办理税籍登记。二是纳税义务人未及时主动咨询掌握自身在税法上义务的相关政策信息。三是纳税义务人委托第三人履行税法上的义务，但疏于监督。^{〔27〕}而在食品安全领域，有专家提出对主观过错的审查可参照《刑法》中对食品安全犯罪主观方面的认定，并着眼于食品安全执法实践中的典型案例，通过对行为人的执业时间、培训经历、执法资质以及政府信息公开可查等信息，具体化、科学化和便捷化地推定主观态度。^{〔28〕}

在前述山东省青岛市徐某某经营假种子案中，农业农村部对当事人所举证据的认定过程也作了详细分析：因徐某某销售的种子为不再分装的包装种子，现行种子法律法规未要求种子零售商对其经营种子的质量和真伪进行检验检测；同时，徐某某的进货查验流程和方法符合一般农资经营门店的进货习惯，且按规定将种子信息向农业农村部门作了备案，已尽到了种子零售商应尽的

〔24〕 马静：《金融强监管形势下人民银行业行政处罚工作面临的新挑战——基于〈行政处罚法〉修改视角》，载《吉林金融研究》2021年第4期，第65页。

〔25〕 王振海：《论主观过错在金融监管执法中的适用》，载《吉林金融研究》2022年第7期，第44页。

〔26〕 陈阵香、韩欣雨：《论主观过错条款在税务行政处罚中的适用》，载《税务研究》2021年第10期，第76—77页。

〔27〕 白林：《关于税务行政处罚主观归责的思考》，载《四川行政学院学报》2015年第5期，第50页。

〔28〕 霍敬裕、刘翠娥：《食品安全行政处罚中主观过错的认定》，载《中国食品药品监管》2022年第10期，第115页。

法律义务和注意义务，其提供的证据足以证明确实无主观过错。该案为今后在种子管理领域，当种子零售商经营的种子被检测出质量问题后，如何认定其是否具有主观过错、是否应当受到行政处罚等提供了重要参考。

无论是“足以”还是“充分”，都属于对证据证明程度的要求，涉及“证明成熟性原则”的运用。⁽²⁹⁾无论是在主观要件上还是在证据的证明程度要求上，行政处罚案件与刑事处罚案件都是不同的，要求行政处罚案件像刑事案件那样必须达到排除合理怀疑的证明标准是不现实的。“要作出裁判，法官必须对认定为判决基础的事项取得确信，这是一个原则。而达到这种确信状态时，就叫做该事项已被证明。这种诉讼上的证明所必要的确信的程度不同于丝毫无疑义的自然科学的证明，而是只要通常人们在日常生活上不怀疑并且达到作为其行动基础的程度就行。”⁽³⁰⁾笔者认为，对主观过错的证明标准，在不同的行政执法领域中体现出强烈的差异化特征，与违法行为的具体形态紧密结合，很难划定一个统一、具体、可操作的认定标准，需要在不同领域的执法实践中逐步探索、总结，形成尽量各有特色的客观化标准。总体而言，相对于刑事诉讼程序和行政诉讼程序，行政执法程序中对“足以证明”的证明标准不宜把握过严，只要执法人员心中达到必要的确信状态即可。

四、《行政处罚法》第33条第2款对执法程序的影响

行政处罚责任主观要件的确定，不仅对行政执法的实体判断提出了要求，也对行政执法程序产生了重要影响。新《行政处罚法》实施后，按照规定，行政处罚案件的办理程序依次为立案、调查检查、收集证据、告知拟处罚内容、听取当事人陈述申辩、法制审核（视情）、负责人集体讨论（视情）、听证（视情）、作出行政处罚决定。《行政处罚法》第33条第2款对行政执法的影响，主要体现在调查取证以及后续的法制审核、负责人集体讨论、听证、作出行政处罚决定等一系列环节中。

（一）调查取证环节的变化

在《行政处罚法》修订之前，行政执法人员调查取证的重点主要在行政处罚责任的主体要件、客体要件、客观要件等方面，当事人是否具有主观过错并非行政执法人员主要关注的因素。而当主观过错条款确定后，尽管当事人不举证则不启动对当事人主观过错的判定，但对主观过错的关注仍然无法避免。《行政处罚法》第45条第1款明确规定，“当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事由、理由和证据，应当进行复核”。第46条也明确规定“当事人的陈述”是证据的其中一种。因此，听取当事人自述是调查中的重要内容，当事人举证证明自己没有主观过错，也最有可能发生在调查取证环节和陈述申辩环节。以当事人是否提出没有主观过错的主张及证据为时间节点划分，具体可分为两种情况。

(29) 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，第55页。

(30) [日] 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社1995年版，第101页。

第一种情况是，在当事人尚未主张自己没有主观过错时，行政执法机关在调查取证和听取当事人陈述申辩中，应当比以前更加注重对当事人主观状态相关证据的一并收集，这既是为了行政处罚裁量的需要，也是为了后续一旦当事人提出没有主观过错的主张，便于更加快速、准确地判定其主张是否成立的需要。此时，这种对主观状态的调查和取证不是硬性的、专门的，而是出于执法便利的建议，行政执法机关可根据实际情况酌情决定。

第二种情况是，当事人提出自己没有主观过错的主张并予以举证，这是行政处罚责任认定中的一个关键动作，是激活第33条第2款的一个重要节点。行政执法机关应当注意，一旦当事人作出这一举动，对当事人主观过错的调查和认定义务将从可裁量的软性建议转化为必须为之的刚性要求。认定的核心内容，就是当事人的举证是否足以证明其“没有主观过错”的主张。因此，行政执法机关虽然不负举证责任，但为了印证或推翻当事人“没有主观过错”的主张，也需要相应的证据来支撑，进行进一步调查和取证。此时，调查取证的主要内容就发生了变化，从违法行为的客观要件、违法性和当事人责任能力扩展到了主观要件。

（二）法制审核环节的变化

《行政处罚法》第58条规定了在行政机关负责人作出行政处罚的决定之前，应当进行法制审核的情形。根据2018年《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》（国办发〔2018〕118号）第13项的规定，法制审核的主要内容包括：“行政执法主体是否合法，行政执法人员是否具备执法资格；行政执法程序是否合法；案件事实是否清楚，证据是否合法充分；适用法律、法规、规章是否准确，裁量基准运用是否适当；执法是否超越执法机关法定权限；行政执法文书是否完备、规范；违法行为是否涉嫌犯罪、需要移送司法机关等。”在《行政处罚法》修订之前，如果没有单行法对主观要件作出特别规定的，法制审核中涉及对当事人没有主观过错的审核，基本只可能发生在“裁量基准运用是否适当”的审核内容中，且前提是相关裁量基准中将当事人主观状态纳入了裁量要素。而在主观过错条款确立之后，当事人主观过错的认定将成为一个主要的争议点和风险点，因此也应作为法制审核机构审核“案件事实是否清楚，证据是否合法充分”的主要内容。笔者分三种情况来提出法制审核程序的调整建议。

第一种情况是，当事人未主张自己没有主观过错，所涉行政管理领域没有行政裁量基准，或者相关行政裁量基准并未将当事人的主观过错纳入裁量要素。在此种情况下，法制审核机构不需要对当事人的主观状态作特别考量，仅须按照惯常的工作要求，审核该案的裁量基准运用是否适当即可。这里并不排斥法制审核对当事人主观状态的考量，但并非硬性要求，具体可以结合工作惯例和个案情况酌情决定。

第二种情况是，当事人未主张自己没有主观过错，所涉行政管理领域有行政裁量基准，且将当事人的主观过错纳入裁量要素。比如山东省生态环境厅印发的《山东省生态环境行政处罚裁量基准》（鲁环发〔2022〕13号）第4条第2款规定，“裁量因素的设置主要考虑以下因素：……违

法行为当事人的主观过错程度……”。这种情况下，法制审核机构在对生态环境行政处罚案件作法制审核时，必须将当事人的主观过错纳入考量范围。但这种考量只会产生影响处罚轻重的结果，并不影响行政处罚的成立。

第三种情况是，当事人提出自己没有主观过错的主张并予以举证。此种情况下，对当事人主观过错的审核内容发生了重大变化，由审核“裁量基准运用是否适当”变为审核“案件事实是否清楚，证据是否合法充分”。审核的重点是行政执法人员对当事人提出的没有主观过错的主张认定是否准确，如果法制审核人员对当事人的举证是否足以证明其没有主观过错的认识与行政处罚办案人员的认识不一致，则不应当通过审核。这种情况下，法制审核机构对主观状态的考量是必须的、硬性的，如不考量，法制审核程序就是不完整的。

（三）听证环节的变化

听证是当事人的重要权利，也是确保行政处罚案件公平公正的重要程序。根据《行政处罚法》第64条规定，在听证环节中，行政处罚的案件办理人成为听证的一方当事人，他需要在听证会上对当事人的违法事实、证据等进行阐述和举证，当事人可以进行申辩和质证。无论当事人是在听证前还是在听证时提出没有主观过错的主张，调查人员和当事人都将在听证的这一环节对这一问题展开阐述、辩论和举证，推动对当事人有无主观过错的认定更加深入、更加准确。对于当事人提出没有主观过错主张的，听证主持人应当尤其注意，对当事人所举证据的证明力进行充分讨论，将当事人是否具有主观过错作为行政处罚听证的重点内容，并记录在听证笔录中，作为作出行政处罚决定的根据。

五、结语

《行政处罚法》第33条第2款不仅是对行政处罚责任理论的重构与引领，更是对行政执法实践的叩问，面对地位升级的“主观过错”行政执法应如何调整、应对和把握这一问题迫在眉睫。“如何认定当事人的主观过错”已是当前行政执法的重点、难点和被诉风险点。新《行政处罚法》实施已三年有余，笔者立足于紧扣立法原意，广泛探察主观过错条款在立法、执法、司法中的应用实例，在理论构建和实践操作方面作了一些粗浅的探究，力求为行政执法适用主观过错条款提供一套可供参考的方案。

The Connotation and Application of the Subjective Fault Clause in the *Administrative Penalty Law* in Administrative Enforcement

ZHANG Xiaoying

Abstract: The subjective fault clause in administrative penalties establishes the position of fault liability (presumed fault) in administrative punishments, exerting a significant influence on administrative enforcement and demanding adjustments in both substantive and procedural aspects. In substantive terms, the identification of “subjective fault” is the key point, which can be determined by integrating the concepts, classifications, and identification elements of subjective fault. The administrative organ is responsible for bearing the burden of proof for the constitutive elements other than the subjective element and directly presumes that the party concerned has subjective fault. The party concerned has the right to present evidence for rebuttal. The standard of “sufficient to prove” should not be overly strict, and objective standards with distinctive features should be summarized and formed in the law enforcement practices of different fields. In procedural terms, key attention should be paid to the key points and time nodes of investigation and evidence collection, the content of legal review, and the key points of the hearing.

Keywords: Subjective Fault; Presumed Fault; Sufficient to Prove; Enforcement Procedure

(责任编辑：孔祥稳 汪友年)