平说·征文文稿

基层海关行政执法视角下的“首违不罚”

周振宇[[1]](#footnote-1)

随着机构整合的完成和新业态的发展，海关作为进出境监督管理机关，在职能拓展的同时，不断面临新的执法实践问题。2021年1月22日，十三届全国人大常委会第二十五次会议表决通过了行政处罚法修订草案。修订后的《行政处罚法》首次将“首违不罚”制度落实到了法律规定层面，即“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”。对于海关执法而言，这无疑有助于破解基层面临的复杂局面和新情况新问题，在提高执法社会效益、减少执法成本、提升综合治理效能等方面有望实现海关与行政相对人的共赢。然而客观地讲，在督查、审计等内外部执法监督压力下，如何依法用好“首违不罚”制度，避免不用与滥用两个极端，是海关基层执法不可回避的问题，亦是本文探讨的出发点。

一、“首违不罚”制度简析

行政处罚具有“以惩戒违法为目的、具有制裁性”的性质，同时也有预防违法行为发生的功能。司法部行政执法协调监督局局长赵振华指出，行政执法的价值绝非“为罚而罚”，而是要达到预防违法的实际效果。我国社会主义法治国家建设和政府职能转变也要求政府强化社会管理和公共服务职能，从全能型、管制型向管理型、服务型、法制型转变。秉持以人为本、为人服务的执政理念和国家建设需求，各级政府相继出台了一些创新型的政策和措施，“首违不罚”制度已经被部分行政机关应用到了行政执法实践活动中。

（一）“首违不罚”制度的由来

在当前建设法治国家和服务型政府的大背景下，各级政府都开始在规范行政执法、创造更好营商环境等方面进行探索。在法治社会里，行政执法应用理性、公正和人性化的态度，冷静而敏锐地处理社会问题，充分保障和尊重行政相对人的权利，从而实现实质意义上的公平正义。行政机关执法时如果能够在坚持法律原则的前提下充分考虑现实情况的复杂性和灵活性，就能有效减少执法冲突，化解执法矛盾，推动文明规范执法。“首违不罚”这种积极的探索制度就是在这样的背景下产生的，它是一种给予行政相对人一个自我纠正、消除违法行为后果、降低违法行为发生率的新型执法制度，具有很强的现实意义。

（二）“首违不罚”制度合理性与合法性辨析

“首违不罚”制度已经在包括税务机关、市场监督管理机关等多个部门进行了一定的实践。2020年，国务院在全国范围内复制推广自由贸易试验区第六批改革试点经验，其中就包括“多领域实施包容免罚清单模式”，按照分工由司法部负责对市场主体符合首次违法、非主观故意并及时纠正、违法行为轻微、没有造成危害后果的行政违法行为，制定并发布多个领域的包容免罚清单，明确免除罚款的行政处罚。

这种执法实践引发了社会各界包括法学界的探讨。主要观点有以下三种：1、“首违不罚”作为一种以人为本理念下的行政处罚制度，具有规范层面上的合法性，在对违法行为例外情况下“首违不罚”，并以附加提示对方法消除违法行为的社会危害性，是一种补充性制度；2、“首违不罚”制度得以合理存在的界域主要是制度实施的必要性与目的的设定方面，实质是将法律赋予执法主体的自由裁量权制度降低为零，但制度本身设计存在较大的不确定性，降低了执法主体的权威性，打破了法律上的平衡，效果并不理想；3、部分机关先后出台的“首违不罚”制度因改变了上位法规定的行政处罚事项，不具有合法性。

本文赞同第2种意见，首先根据“首违不罚”的字面意思，可以将“首违不罚”定义为：行政机关发现行政相对人首次实施了某一违法行为，但是主动消除违法，防止危害后果的发生，对于这种违法行为可以不予处罚。“首违不罚”的实施基础是行政相对人的“首次违法”，但是“首次违法”这个概念设定过于宽泛，比如是理解为相对人真实的第一次违法行为还是理解为行政机关第一次发现的相对人的违法行为，是理解为相对人首次实施的某一种违法行为还是某一范围的违法行为等。其次行政机关在执法过程中是否适用、如何适用“首违不罚”具有很强的主观能动性，属于运用自由裁量权的范围。行政机关的自由限度过大，容易产生两种后果：一是滥用权力，这种情况容易对政府公信力造成不良影响；二是基于各种内外部的监督不使用这种权力，此时会导致这个制度实际上无法落地。

在“首违不罚”政策全面推广的执法实践中，由于缺乏统一规定（具体哪些行为可以适用“首违不罚”），各地自行出台的标准难免口径不一。以税务领域为例，《北京市税务行政处罚裁量基准》规定，纳税人未按照规定的期限变更税务登记的等 21 项税收违法行为适用“首违不罚”。《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”的违法行为则变成了 18 种。相同情形的“首违”可能在北京可以免罚，在上海却照罚不误。正如美国法哲学家博登海默所说：“法律概念乃是解决法律问题所必需和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们就不能清楚地和理性地思考问题”。“首违不罚”这一概念的缺陷正在于此。

二、基层海关行政处罚案件分析——以温州口岸为例

（一）市场采购贸易方式下海关执法新形势

市场采购贸易是我国新型的一种贸易方式，市场采购贸易方式在稳经济、促发展方面有一定的积极作用，但是一种贸易新业态的诞生也不可避免会伴随一些副作用。市场采购贸易方式针对的是市场中的小商品，涉及30多个行业、1500多个大类、30多万种种类的小商品中难免有部分商品无国家标准或行业标准，无参考价格等情况，给海关查验、质量监管等带来一定困难。

以温州海关办理的出口侵犯知识产权案件为例，自2018年温州开展“市场采购”贸易试点以来，温州海关2019年至今办理的24起货物渠道查获的侵权案件的贸易方式均为“市场采购”。国内外采购商因完成采购后就出境等待接收货物，海关在办理案件调查过程中只能向报关单上的其委托的货代、外贸公司了解、调查案件情况。根据温州海关侵权案件相关情况，市场采购贸易方式下外贸公司仅凭货主提供的货物清单向海关申报出口，没有真正核实过出口商品的实际品名、归类、价格、品牌等信息。直至海关查验人员查获涉嫌侵权货物，外贸公司才知晓自己申报出口的货物实际是什么。侵权、假冒伪劣商品如果流出国门，将对我国的国际形象造成很大的不良影响，因此这种贸易方式下的监管模式值得探讨。

（二）寄递渠道海关执法新形势

关检融合后，海关执法范围由监管进出境货物、物品、运输工具延伸到对商品检验、卫生检疫、动植物检验检疫等多个领域。在这样复杂的执法现实中，基层海关难免会遇到不少法律适用问题。

以温州海关办理的行政处罚案件为例：A某邮寄活体动物进境，由于活体动物禁止邮寄进境，该行为同时涉嫌违反《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》第二十条和《中华人民共和国进出境动植物检疫法》第二十九条规定。同一行为同时违反原海关的规定和原检验检疫局的规定的，择重，故对此行为的处罚最终适用《中华人民共和国进出境动植物检疫法》的相关规定，对该活体动物作退回或销毁处理，并对相对人A某处5000元以下罚款。

但是该案件从本文的“首违不罚”角度出发存在一个新的问题。我国进出境动植物检疫的主要目的是为了防止动物传染病、寄生虫和植物危害性病、虫、杂草及其他有害生物传入、传出国境，保护农、林、牧、渔业和人体健康，A某邮寄活体动物进境时已经被口岸海关拦截，该行为明显不会危及境内生物安全，且相对人为首次实施该类违法行为，是否可以视为“违法行为轻微、没有造成危害后果”不予处罚呢？

（三）“首违不罚”对新形势下海关办理行政处罚案件的影响

新《行政处罚法》第三十三条第一款规定，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。根据条文的字面含义，我们无从得知违法行为实施到何种程度可以视为危害后果轻微，但是后面还有一个条件是及时改正。据此我们可以得出一个简单的结论，适用“首违不罚”的一个前提是这个违法行为产生的后果已经被消灭。仍以温州海关为例探讨“首违不罚”制度的落实对海关办理行政处罚案件的影响：

一是如何认定违规行为的性质。以市场采购贸易方式下的行政处罚案件为例，该类型的案件涉案货值较小，相应的处罚金额也不高。但是因该贸易方式项下货物基本都是由集装箱拼箱出口，其中一项或者几项商品涉及侵权容易造成整个集装箱货物滞留，集装箱产生的滞期费、货物未能及时到港产生的违约金等是企业一笔不小的开销。如果在海关查验人员查获侵权嫌疑货物后，相对人属于首次实施该类违法行为并申请将该批货物退关，是否可以适用“首违不罚”呢？根据“首违不罚”条款的几个要件，相对人首次违法、货物退关后无法再实现进出口环节侵犯知识产权的后果，是否符合“危害后果轻微并及时改正”的情形呢？

二是新型贸易方式下对“首违”认定难度加大。从市场采购新业态来说，温州市场采购贸易试点开展后政府为了促进经济发展给予了从事市场采购经营主体一定的优惠政策。新《中华人民共和国公司法》修订后取消了公司注册资本最低限额制度，也就是说现在成立一个有限责任公司是没有任何注册资金压力的。这两个方面政策优势在推动我国经济繁荣发展的同时也有一定的弊端。相较于常规贸易业态如一般贸易，市场采购的“内贸性”决定了它对外贸公司没有过多要求，不需要具备一定的资质、能力、年限等条件，只要符合进出口资质和温州市政府的市场采购贸易资格就可以开展“市场采购”贸易业务。在这种前提下，一个自然人可以在其注册的公司首次违法后将该公司注销，重新成立新的公司。根据上面的联想，“市场采购”贸易方式下的收发货人的违法行为在被认定为属于“危害后果轻微并及时改正”情况下，完全可以根据“首违”逃避海关行政处罚。从寄递渠道新形势上来看，如果“首违”只针对同一种行为的话，行为人完全可以以每次不同行为都符合“首违”来要求免罚。

三、新背景下海关办理行政处罚案件的相关建议

（一）急需出台“首违不罚”适用清单

《行政处罚法》施行前，部分部门已经开展了“首违不罚”制度的实践，如国家市场监督管理总局、国家税务总局等部门相继出台了轻微或者违法首违不罚清单，对适用“首违不罚”制度的违法行为做出明确规定。赵振华局长表示，下一步将根据国务院关于在全国推行“多领域实施包容免罚清单模式”工作的要求，认真组织推动落实新 修订的行政处罚法的规定，切实转变工作作风，提升执法服务水平。基于当前的法律规定、制度设计和行政执法实践中都没有将“首违不罚”的内涵和外延作出明确规定，海关在今后的实际执法过程中会面临如何界定“首违”、适用“不罚”的情况。建议参考其他部门做法，就进出口货物监管、行李物品监管、商品检验、卫生检疫等多个行政执法领域分别制定“首违不罚”清单，刚柔并济作出行政执法行为。

（二）严格规范自由裁量权的行使

行政处罚自由裁量权是国家行政机关在法律、法规规定的原则和范围内有选择余地的处置权利，海关在作出行政处罚时往往也需要案件经办人员对各种情节的适用进行一个自主判断。《行政处罚法》将“首违不罚”制度纳入法律规定后进一步放大了行政机关工作人员的自由裁量权。但是从基层海关执法实践来看，由于客观的内外部监督、审计压力，基层关员的自由裁量权很难得到充分的运用。在“首违不罚”如何认定以及适用问题未得到解决的当下，相对于滥用的可能性来说，不用的可能性更大。因此，建议明确海关行政处罚案件中自由裁量权适用的范围，用“一把尺子量到底”的执法权威打消执法人员的顾虑。

（三）完善各部门案件处理信息通报机制

“首违不罚”条款的核心是行政相对人的违法行为属于“首次”范畴，单靠海关内部作出的行政处罚决定很难判断出该相对人是否为首次违法违规。尽管当前各部门作出的行政处罚决定书都需主动对外公开，但是在检索、收集外部门作出的行政处罚决定书时也存在一定的问题：一是检索到的内容不全面，有时候只能检索到标题，无法得知行政处罚的确切内容；二是作出处罚决定跟公开存在一定的时间差，可能存在在未检索到相对人其他行政处罚而适用“首违不罚”条款不予处罚之后发现有其他行政处罚的情形。建议能够通过多部门的执法协调工作完善案件处理信息通报机制，及时将作出的行政处罚决定书进行多部门流转，防止执法差错发生。

附件：评语

|  |  |
| --- | --- |
| **评审老师** | **评语** |
| 江小平 | 提出了一个很好的问题，但没有展开讨论就草草结束，实质性内容太少了。 |
| 杨晨光 | 优点：1、意义：根据今年新修订的《行政处罚法》首次明确“首违不罚”制度的新要求和海关基层执法实践存在困难的新情况，比较全面地解析了这一制度的由来及内涵，以温州口岸为样本分析了基层海关执行这一新的法律制度存在困难，并提出了落实这一新的制度的建议，给人以知识和启发。“首违不罚”这一柔性执法制度如能在基层海关普遍落实，必将会有一大批企业享受到“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”的理性、公正和人性化的文明执法关怀，也给基层海关减少了执法压力和执法成本，意义重大。2、分析：分析比较全面，素材比较扎实，建议比较明确。3、表述：文字表达比较通顺。不足：　本文论述似不够集中，有繁琐之嫌。 |
| 黎伟雄 | 该文通过“首违不罚”条文在基层海关执法实践的运用上存在的困难为切入口，从基层角度出发，探讨新形势下“市场采购”贸易和寄递渠道涉及的行政处罚，对“首违不罚”制度在海关行政执法中的运用进行剖析，提出解决的意见和建议，具有一定的实用性。如能在实例验证上加大力度，以及增加国际对比研究，就会更好。 |
| 齐忠平 | 现行海关行政处罚执法规范并未授权基层海关(或缉私局)直接适用《行政处罚法》办案，且未执行“首违不罚”也不违法，因为法语讲“可以”而非“应当”。一旦有权机关落实“首违不罚”精神，下达海关行政处罚“首违不罚”操作办法，不会仅仅只言片语，而是一套操作制度，包括如何认定“初次”、“危害轻微”和“及时改正”等，解决文章所有问题和担忧。此外，文中举例的市场采购和寄递渠道案件处理疑难问题，是老问题，非因“首违不罚”引发，因果逻辑不成立。综合看，本文对海关处罚执法价值有限。 |

1. 作者单位：温州海关 [↑](#footnote-ref-1)