

论《行政处罚法》“同一违法行为”的认定

黄先雄, 高凯

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 对《行政处罚法》第29条中“同一违法行为”的认定, 实践中存在“构成要件”个数标准与“自然行为”个数标准的分歧。结合《行政处罚法》第29条来看, 可以发现“自然行为”标准与“同一违法行为”存在语义冲突、解释标准具有一定恣意性等问题; “构成要件”认定标准存在混淆“评价对象行为数”与“评价结果违法行为数”, 且与《行政处罚法》第29条的立法目的相背离等弊端。为此, 一方面, 可以通过法律解释拓展“同一违法行为”的内涵, 使其与“一行为”内涵等同; 另一方面, 可以引入行为单数理论, 将“一行为”的认定转换为行为单数的区分, 并明确除法律有规定外, 采“自然行为”个数标准认定“一行为”。

关键词: 同一违法行为; 构成要件标准; 自然行为标准; 行为单数理论

中图分类号: D912.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)06-0071-11

2021年修订的《行政处罚法》(以下简称新《行政处罚法》)第29条在原《行政处罚法》第24条“一事不再罚”规则的基础上, 增加了“择一重罚”规则^①, 为实践中想象竞合行为应该如何处罚作出了明确规范指引。但是, 该条文始终存在一个关键问题没有解决, 即如何认定“同一违法行为”。在修法过程中, 有人建议界定“同一违法行为”, 但是考虑到同一违法行为的复杂性, “除了从行政处罚构成要件的角度进行规范外, 难以在行政处罚法中作出统一规定”^[1], 因此, 立法者并未界定“同一违法行为”。

从学界研究来看, 尽管存在诸多对“同一违法行为”的认定标准^②, 但并没有明确应当在何种情形下探讨该问题, 以致泛化了“同一违法行为”的范围^③。“一事不再罚”本质上是禁止对行为人的同一行为作重复否定评价。行为人一行为的违法性只有被多个法规范所涵盖, 多个法规范均可对其适用, 才能产生双重乃至多重否定评价

的问题; 如果仅有一个法规范可对其适用, 则不产生重复否定评价的情形。有研究者认为, 《行政处罚法》第29条中的“同一违法行为”可指向想象竞合行为、法条竞合行为、牵连行为等类型^[1]。笔者则认为, 这“同一违法行为”的认定只能在想象竞合情形下探讨。因为, “法条竞合”产生于行为发生之前, 竞合的法条之间存在包含或交叉的关系, 通常按特别法优于一般法的规则, 对在后发生的行为进行法律适用, 不存在多个法规范均可对一行为进行适用的问题。换言之, 法条竞合行为实质是行为人的行为仅触犯一个法规范^④, 它与《行政处罚法》第29条的语义并不一致。而所谓的“牵连行为”, 本质上存在目的与手段两个行为, 这两个行为违反两个法规范, 两行为之间具有目的与手段的牵连关系, 它与想象竞合的最大区别在于行为的数量。想象竞合仅有一个行为, 只不过该行为同时触犯多个法规范; 而牵连行为事实上有两个行为, 也违反了

收稿日期: 2023-04-23; 修回日期: 2023-09-08

基金项目: 湖南省社会科学基金重点项目“新时代行政执法检察监督基本制度研究”(22ZDB044); 湖南省研究生科研创新项目“行政连带责任研究”(CX20230138)

作者简介: 黄先雄, 男, 湖南石门人, 法学博士, 中南大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 行政诉讼法、行政法、政府合同、行政检察等; 高凯, 男, 湖南祁东人, 中南大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 行政法, 联系邮箱: gaokai941213@163.com

多个法规范^[2-4],这显然与《行政处罚法》第29条的内涵不相符^⑤。一般认为,行为人的一行为同时触犯数个法规范即成立想象竞合。想象竞合行为又可分为同种类想象竞合与异种类想象竞合。前者是指多个行为触犯同一法律规范的情形,例如连续性行为;后者是指一个行为违反多个法规范。从新《行政处罚法》第29条的内涵来看,“同一违法行为”的认定应当置于异种想象竞合的情形下进行。本文对“同一违法行为”认定标准的讨论,即基于这一原则展开。

一、“同一违法行为”认定的两种标准与主要分歧

我国立法者虽未明确“同一违法行为”的认定标准,但曾通过释义指明“对同一违法行为的判断需从违法行为的构成要件判断,符合一个违法构成要件,就是一个违法行为;符合数个违法构成要件就是数个违法行为”^[5](67)]。该认定标准为行政审判实践所接纳而成为主流观点。同时,在行政审判实践中,尚存在一种以“自然行为”个数作为“同一违法行为”认定标准的做法。

(一) 司法实践中的“构成要件”个数标准与“自然行为”个数标准

“违法行为的构成要件”实质就是应受行政处罚行为的构成要件,即“应当受到行政处罚行为所必须具备的法定条件”^[6-7]。对此,学界存在“四要件”^[8-10]、“三要件”^[11-12]、“二要件”^[13-14]等说法,通说一般采取“四要件”标准。由于我国长期采取客观归责主义,实践中采取“二要件”说,即有责任能力的行为人和有违反法律规定的行为,便须受到行政处罚。由于忽略行为人的主观意图,且行为人通常为同一个人,因此,二要件标准在判定行为个数时,往往表现为“违反法律要件事实的个数”,其强调以违反行政法义务的个数来判断行为数。“自然行为”标准是指撇开法律性评价并舍弃构成要件,在自然状态下观察,为社会观念所认同的一个行为^[15-16],其强调依据行为主客观特征来判断行为数。这两种标准在实践中均有适用,当不同审级的法院采用不同的标准时,就可能形成不同的判决结果,引

发当事人的不满。

例如,在“王某某诉光山县环境保护局环保行政处罚行政纠纷案”中,被告光山县环保局主张王某某对养殖生猪产生的粪便未采取污染防治措施,排放恶臭气体与向养殖场门前水沟内排放废水,分别触犯了《大气污染防治法》与《水污染防治法》的相关规定,是两个各自独立的违法行为。审理法院则认为,畜禽养殖过程中排放畜禽粪便和冲洗废水等污染物是客观事实,但散发臭味更多是基于自然原因,在没有相应致污成分理化指标数值支持的前提下,并不当然构成“排放恶臭气体”的环境违法行为。此外,若究其根源,导致这些结果产生的,都是王某某在生猪养殖过程中未对污染物进行处理即对外排放的行为。在此情形下,如果王某某在养殖生猪过程中未对污染物进行处理即排放,达到污染大气和水的程度,则应视为一个违法事实即一个违法行为(养殖生猪过程中未对污染物进行处理即进行排放),导致两种法律责任的产生。对此,审理法院认为被告可以按照竞合原理确定罚款数额^⑥。该案中,从“自然行为”个数标准来看,行为人客观上仅有一个排放污染物行为,行为人的主观上也仅有一个排放污染物的意思决意,因此仅有一个行为。从“构成要件”个数标准来看,行为人既触犯了《大气污染防治法》中的规定,也违反了《水污染防治法》的规定,因此行为人的行为数应当是两个。

又如,在“谢某某诉翁源县交通运输局道路交通管理行政处罚”一案中,针对原告同一日同一次运输液化石油气的行为,翁源县交警大队以行为人实施运载危险物品未经批准为由,认为原告该行为违反了《道路交通安全法》第48条第3款之规定,罚款200元。而后,被告翁源县交通运输局发现原告该行为未取得道路危险货物运输许可,属于擅自从事道路危险货物运输(经营性)行为,违反了《道路运输条例》第24条和《道路危险货物运输管理规定》第10条的规定,罚款30000元。原告认为被告处罚违反了原《行政处罚法》第24条之规定,要求撤销该处罚行为。一审法院认可了被告处罚行为的合法性,驳回了原告的诉讼请求。但二审法院指出,对于谢某某

同一日同一次运输液化石油气的行为, 交通运输局在交警大队作出罚款的行政行为之后, 又进行罚款, 不符合“一事不再罚”规则所指一次违法行为不得给予两次罚款的规定^⑦。该案中, 客观上, 行为人仅有一个运输液化石油气的行为, 而且仅有一次; 主观上, 行为人也仅有一个运输石油气的意思决意。结合行为主客观特征, 从“自然行为”个数标准来看, 行为人仅有一个行为, 但同时触犯不同法律规定, 依照想象竞合, 于罚款层面, 择一重罚。而从“构成要件”个数标准来看, 由于行为人的该行为同时触犯了《道路交通安全法》第48条第3款和《道路运输条例》第24条及《道路危险货物运输管理规定》第10条的规定, 应视为两个违法行为, 可以分别由不同管理部门进行处罚。

上述案件的核心争点均在于“行为人的行为违反多个法律规范的前提下, 应该如何认定违法行为数量”。不同认定标准所认定的行为数量不同, 会导致不同罚则的适用。

(二) “构成要件”个数标准与“自然行为”个数标准的视角与理念差异

我国行政执法与行政审判实践就“同一违法行为”的认定呈现不同标准的现象, 可溯因至我国《行政处罚法》所借鉴对象的自身分歧。我国《行政处罚法》在制定与修订的过程中, 借鉴了德国违反秩序法等域外的相关规定。而作为借鉴对象本身, 又借鉴于德国刑法相关规定及理论。德国刑法学界认为, 违反数个法规范的情形, 既有可能是因为一行为, 也可能是因为数行为, 因此, 通过区分行为单数(一行为)或复数(数行为)来解决这个问题。但在行为单数的认定上存在分歧, “德国的实务及一般学理的见解, 认为判断行为单数应从‘自然的考量’的方式来认定, 而在学说上, 则有愈来愈多的见解认为, 应从规范的观点来加以认定, 迄今此种分歧仍旧存在”^{[17](67)}。这种分歧在借鉴的过程中被保留下来。我国台湾地区“行政罚法”第24条中的“一行为”涵括了“自然一行为”与“法定一行为”两种类型, 但这种分类并非并列互补的关系, 而是择一选定的关系。因此, 在我国台湾地区“行

政罚法”适用过程中亦存在此类分歧。例如, 一般认为, 基于行政罚的特性, 应当从法规范的角度来观察行政法一行为, 但也有学者认为判断一行为不能脱离社会生活经验的认知, 即自然的理解, 除法律另有规定外, 应从自然观点判断一段生活过程^{[18](211-212)}。需要说明的是, 这两类标准并不属于同一层面。前者属于评价标准, 后者是行为单数理论下的子类型。由于观察视角及秉持理念的差异, 使得两者在认定“同一违法行为”时会出现争议。

1. 观察视角: “规范”与“事实”的差异

“构成要件”个数标准的基本含义是行为符合法定要素, 因此该标准本身具有“法规范”烙印, 而法规范本身内含着立法者的价值判断。它所追问的是规范对该行为如何评价, 有多少规范对该行为进行评价, 而对人类自然行为的个数不大关心。在此, 行为属于规范评价后的结果, 它所追问的是此行为违反规范背后的何种价值。法规范是人为建构的产物, 每一条规则的内容都是以权利义务的形式表现的。在行政处罚法中, 规范主要体现为义务性规定, 每一条义务性规定的背后都体现某种目的与价值。行政处罚被视为一种秩序罚, 它的主要目的与价值在于维护行政管理秩序, 行为人的行为如若违反某种秩序, 则会受到制裁。因此, 行为数的认定取决于法规范评价的次数。“自然行为”个数标准以“事实”为切入点, 它不关照价值层面, 而注重存在面的观察。一个自然行为主要由一个主观意思表示与外在行为组成。其中, 外在行为可以表现为一个动作, 例如丢石头砸伤他人的动作; 也可以表现为数个动作, 但此时数个动作需要具有紧密的时空关联性, 例如反复捶打他人, 整体上可视为一个伤害行为。此时, 行为数的认定不取决于法律评价的次数, 而取决于行为的主客观特征及本身是否可分、是否具有时空紧密关联性。

2. 秉持理念: “秩序维护”与“权益保护”的侧重

行政法上以义务性规定为主, 强调秩序价值, 以维护公共利益与社会稳定, 这也是行政罚被称为秩序罚的原因。由于行政管理领域的广泛

与复杂,不同行政法规范为行为人规定了不同的义务,以保证行政管理秩序的稳定与管理目的的实现。违反不同的行政法律规范,即违反了不同的行政法义务与行政法秩序,此时,不同的行政法规范均需对行为人的行为进行评价。因此,按照“构成要件”个数标准,行为人违反多个法规范的行为,应当由多个法规范分别评价,从而得出行为人的行为数为多个而非一个的结论。但此标准与一般人生活经验认知的行为个数存在偏差,容易引起不满。反观“自然行为”个数标准,则强调从一般人的正常生活经验来认知行为的个数,“容易与普通人的感觉建立联系,较为直观,具有形式上的明确性”^[19]。如此,当行为人的一个自然行为违反多个行政法律规范时,在同种类行政处罚中,仅需择一重罚,而无须担心出现重复处罚的情形。从这个角度来看,它是对规范构成要件所涵盖一行为范围的检讨,更重要的是它契合一事不再罚原则中防止国家权力滥用进而侵害公民权益的内涵。

二、“同一违法行为”两种认定标准的不同弊端

如前所述,两类标准有各自的理论基础与价值立场,但从新《行政处罚法》第29条来看,这两类标准均存在可检讨之处。简言之,“自然行为”个数标准与“同一违法行为”语义相冲突,“自然行为”个数标准具有一定的恣意性;“构成要件”个数标准在一定程度上混淆了“评价对象行为数”与“评价结果违法行为数”,且与新《行政处罚法》第29条的立法目的相背离。

(一)“自然行为”个数标准的不足

1. “自然行为”个数标准与“同一违法行为”存在语义冲突

有学者认为,“一个违法行为可界定为同一行为主体在紧密连接的同一时空,基于同一意思而实施的一次行为”^[20-21]。该观点无疑是从“自然行为”角度来界定同一违法行为的。这一角度是将行为数的认定置于事实层面,即从行为主观意思决定与客观行为中寻找。但将“同一违法行

为”置于行政处罚法中进行体系性观察则可以发现,首先,从行政处罚的对象来看,主要是指违反行政管理秩序的行为^⑨。行政管理秩序是指“法律以及在法定权限内制定的、内容不与宪法法律相抵触的法规和规章,所规范的行为规则及社会秩序”^{[5][16]}。由此推知,行政处罚法中的“违反行政管理秩序即是违反行政法律规范”^[20],进而,行政处罚法中的“同一违法行为”就是一种经过法律否定评价的行为,它是法律评价的结果,是一种规范意义上的行为。其次,在规范意义上,有必要区分“同一违法行为”与“行政违法行为”及“应受行政处罚行为”。学界通常并不区分“行政违法行为”与“应受行政处罚行为”,而将两者等同使用,其基本逻辑是:“同一违法行为”=“一个行政违法行为”=“一个应受行政处罚行为”。但是,从新《行政处罚法》的规定来看,两者是存在区别的,行政违法行为包括应受行政处罚行为、应不受行政处罚行为、可不受行政处罚行为三类^[22]。《行政处罚法》第29条是“一事不再罚”或“一行为不二罚”原则的具体运用,它对应的是,一个违法行为禁止受到两次同种类的行政处罚。也就是说,它的适用空间必须客观存在一个违法行为,而且这个违法行为必须受到一次罚款的处罚。一般来说,行政处罚是以行政违法行为的存在为逻辑前提的,一个违法行为对应一个行政处罚,两者是一一对应的关系^[23]。在不区分应受行政处罚行为与行政违法行为的前提下,这一逻辑是合理的。但如果区分来看,该逻辑应当是一个应受行政处罚行为与一个行政处罚相对应。也就是说,如果不存在“罚款”后果,则该行为可能是行政违法行为,但一定不适用《行政处罚法》第29条。简言之,《行政处罚法》第29条的“同一违法行为”必须有一个对应的“罚款”后果,“同一违法行为”等同于“一个应受行政处罚行为”。所谓“应受行政处罚行为”是指“行政管理相对人实施的违反行政法上的义务,依法应当受到处罚的作为或者不作为”^[7]。如此来看,“同一违法行为”仅是行政处罚中违法行为的下位概念。基于“事实”与“规范”两分的视角,“自然行为”与“同一

违法行为”是不相合的,两者之间并非种属关系,不存在前者范围大于后者范围或者后者包括前者的关系,两者本质上是不同维度的行为,并不存在交叉与重合之处。因此,如果以事实维度的“自然行为”标准来界定“同一违法行为”,是无法得出规范意义上“同一违法行为”的,而仅能得出事实层面的行为^⑥。故而,“自然行为”个数标准与“同一违法行为”存在语义冲突。

2. “自然行为”个数标准有一定的恣意性

从历史沿革来看,一行为违反多个法规范时,从自然角度认定一行为曾占据相当重要的地位。正如有论者曾言:“在德国的实务上从帝国法院时代,一直沿用至今,且受早期学说的青睐,迄今仍具有相当重要之影响地位。唯此一行为为单数概念的判断内容随着时代的演变,而有所更易。”^{[17](70)}德国及我国台湾地区在区分行政法一行为时也接受了这一标准,进而分化出自然一行为的概念。我国行政实践受其影响的体现就是“自然行为”个数标准的存在。这种将行为数的判断置于事实层面的认定模式符合人们通常的生活经验认知,“它依赖的是人对自然事物的朴素直观”^[24]。可该模式也容易招致非议,最大的问题就是,认定标准依托个人经验容易陷入恣意境地。一个自然行为通常是由多个动作前后相继而完成的,如公民甲殴打公民乙,其殴打的动作可能包括针对公民乙身体的不同部位,进行多次拳打脚踢,或连续或间隔一定时间后继续实施,殴打的同时可能还伴随着辱骂。这里的行为数如何认定?在自然状态下观察,基于不同的社会观念,可能会有不同的结论。同时,从自然意义的角度来看,人的行为主要是主观意志的体现,似乎可从人的主观意志与外在行为一致性来认定行为,但这种强调行为人意志的考量模式,缺乏可操作性。因此,就行为数认定时,主要依赖行政执法者或者司法裁判者的个人经验。例如,就行为人超速并闯红灯的情形,很难得知行为人究竟仅有一个超速的意思决定,还是超速的意思决定和闯红灯的意思决定兼而有之。此时,从行为外观来看,当事人仅有一个驾驶行为。如此,从自然角度考量,当事人的行为数究竟应该如何认定,不无疑问。

(二) “构成要件”个数标准的不足

1. “构成要件”个数标准混淆“评价对象的行为数”与“评价结果的违法行为数”

在刑法上,“行为作为法规范的评价对象,系属于一个相对性的概念,也就是相对于行为侵犯对象的危害程度而言,单纯的行为本身并不包含任何‘自身评价’的色彩,行为本身并不能自认为是合法或是违法行为。行为的合法或违法系法规范的评价结果,为规范的价值判断问题”^{[17](81)}。因此,刑法上的评价对象——行为——是作为犯罪概念基底的角色而存在的,是一个“裸”概念,并不具有规范意义,属于刑法的评价对象而非评价结果。在这个意义上,它实际就是指行为人的身体举止这一客观形式^[25],其评价结果为“犯罪”。而行政法上的评价对象也是人的行为,其评价结果为“行政违法行为”。在评价结果层面,行政违法行为与刑事犯罪行为并无质的差别,仅在行为危害性的大小上有量的区分,因此在认定评价对象时,行政法也应从事实层面来考量。但目前行政法上的行为,特别是行政处罚法中的“同一违法行为”,实质上经过了行政法律规范的否定评价,是从规范意义层面来认定的。因此,行政法上的评价对象与评价结果处于混同的状态。这恰如刑法上以犯罪构成要件区分行为数,其存在一个逻辑错误,即行为数的认定本身处于事实范畴,属于评价对象,对评价对象的确认应仅能从事实情状中判断,如从规范中认定,将造成本末倒置的后果^{[17](178)}。包含这一逻辑错误的相关刑法规则在被借鉴至行政处罚法的过程中未被去除,甚至因为行政法规范的多元与复杂,该逻辑错误更为明显。例如,行为人超速闯红灯的情形,既有超速的行为,又有闯红灯的表现,同时违反了《道路交通安全法》第42、44条的规定。如果从“评价对象”来看,它应当是驾驶行为,或者说是踩油门的一个动作;而从“评价结果”来看,由于行为人的行为同时违反两个法规范,属于两个违法行为,此时的行为数与违法数是等同的。事实上,行为数作为评价对象,属于前法律的事实概念,其逻辑位阶处于构成要件涵摄之前的行为论中^[26]。因此,无论是行政法还是刑法,行为数的认定均应在事实层面考

察。这样不仅有助于解决该逻辑错误,也有助于在行政处罚对象论中区分“事实”与“规范”,从而使得“事实归事实、规范归规范”。

2. “构成要件”个数标准与《行政处罚法》第29条的立法目的相背离

《行政处罚法》第29条的立法目的在于“防止重复处罚,体现过罚相当的法律原则,以保护当事人的合法权益”^{[5](67)}。从立法目的来看,该条款更注重对公民权益的保护。该条款又可细分为“一事不再罚款”规则与“择一重罚”规则,两条规则在不同方面体现该立法目的。“一事不再罚款”规则被视为是“一事不再罚”原则在“罚款”层面的运用,主要侧重法律评价,其本意在于禁止国家对行为人的同一行为进行两次以上罚款。但如前文所述,“构成要件”个数标准主要从维护秩序的目的出发,违反一个行政法律规范,即视为一个违法行为;违反多个行政法律规范,就视为多个违法行为。若如此,则不存在“一事不再罚款”规则的适用空间。正如我国台湾地区大法官罗昌发所言:“如以法规范构成要件、保护法益及处罚目的作为数行为之标准,因为不同的处罚规定,不会有完全相同的要件、保护法益及处罚目的,于此一行为不二罚将几无适用机会。”^[27]如果说,一事不再罚款规则是在法律评价层面体现该条立法目的,那么,“择一重罚”规则重点在“处罚”的层面体现该立法目的。行为人的一行为违反多个法律规范,按照“罚款数额最高”处罚,且并未禁止不同种类处罚的实施,既维护了行政法秩序,又体现过罚相当。但理论上认为,行政罚是秩序罚,即“为了行政管理秩序的需要对相对人的行为进行处罚,不一定是行为人的行为造成某种利益的损害,更可能是不利于管理”^[12],且由于行政法上行政管理秩序各异、立法主体多元及立法职权重叠,实践中,行为人的一行为容易违反数个行政法律规范,这本属于想象竞合的情形,于此,应当择一重罚。但按照“构成要件”标准,行为人的行为属于数个违法行为,应当分别处罚,即,亦不存在“择一重罚”规则的适用空间。可见,“构成要件”标准与《行政处罚法》第29条的立法目的相背离。

三、“同一违法行为”认定标准的完善途径

如何认定违法行为的“行为数”,一直是学界与实务界关注的重点。德国及我国台湾地区行政法上试图借鉴刑法上的行为单数理论解决这一问题。按照行为单数理论,刑法上将行为单数分为自然意义一行为、自然行为单数、构成要件的行为单数、法的单数等类型。德国及我国台湾地区行政罚借鉴这一做法,将行政罚上的“一行为”区分为自然一行为与法定一行为。这种立足于“规范”与“事实”之间的做法弥补了单一视角的缺陷,无疑更契合现实需求。我们能否借鉴这一理论来解决行政处罚中“同一违法行为”的认定问题呢?从制度源流来看,无疑具有这种可能性。20世纪八九十年代以来,我国法学体系深受大陆法系尤其是德国法律的影响,在构建相关制度时,也借鉴了德国行政法上的某些制度。例如,在本次修法过程中,《行政处罚法》第29条明显借鉴了德国《违反秩序法》第19条。既然如此,引入背后的理论来解释本土问题亦具有可行性,只不过需要注意行为单数理论的本土化。

在借鉴行为单数理论识别违法行为的行为数之前,需要解决事实维度的“自然行为”与规范维度的“同一违法行为”不相融洽的问题。

“自然行为”与“同一违法行为”乃不同维度的界定,两者之间存在冲突,符合现实且折中的处理方式是通过法律解释扩展现行“同一违法行为”概念的内涵,使其与“一行为”内涵等同,以统摄不同维度的行为。如此,方能以行为单数理论对“一行为”进行阐述。当下,根据我国行政法规范现状及行为单数理论,大致可从两方面来认定“同一违法行为”。第一,法律有明确规定的情形,依照法律明确规定;第二,没有法律明确规定的,按照“自然行为”个数来认定^[28]。

(一) 法律有明确规定情形下的“同一违法行为”认定

首先需要明确的是,这里的“法律有明确规定的情形”不会落入“构成要件”个数标准的范畴。其一,“构成要件”个数标准实质是以规范

评价结果作为行为数的认定标准的, 无论何种行为均从“构成要件”标准出发, 在此, 该标准是主要认定标准或唯一标准。而“法律规定情形”则是例外的情形。综观我国相关行政法规, 法律规定的情形可分为“法定标准”及“法定一行为”。无论是“法定标准”抑或是“法定一行为”, 均是法律拟制的体现, 表现为一种例外, 其实质是立法者基于立法政策考量而采取的拟制标准。其二, “构成要件”个数标准主要以违反行政法义务数量为准, 而“法定标准”则是在构成要件中, 明确以何种事物为标准, 而非以规范义务为标准。当然, 这两者均处于认定标准的层面。“法定一行为”不是直接作为认定标准来判定“同一违法行为”的, 而是将“同一违法行为”的认定转换成“行为单数”的划分, “法定一行为”属于行为单数的子类型, 它与“构成要件”个数标准处于不同层面。

1. 法定标准下的“同一违法行为”

所谓“法定标准”, 是指法律规定根据某种标准来认定同一违法行为, 主要表现为将自然一行为法定处断为多个行为, 是作为一种例外而存在的。行政执法实践中, 行政违法形态的多样化与复杂化远超理论涵盖范围, 此时, 如果按照理论预设对其进行定性, 可能会导致过罚失当的后果。以持续性违法行为为例, 一般认为违法行为的持续并不增加违法行为的个数。但随着时间的推移, 持续性违法行为的违法程度逐渐增加, 此时, 如果仅按照一个行为进行处罚, 显然是放纵行为人的违法行为, 进而造成违法行为越持久收益越大的结果。因此, 针对一些特殊领域, 需要法律拟制一些具体标准来区分违法行为的个数, 以符合过罚相当原则。如环境保护领域采取的“按日处罚”标准^①。又如, 道路交通领域以“时间”“空间”“区域”等标准来认定, 我国台湾地区“道路交通管理处罚条例”第 85 条之 1 第 2 项便是以时间、空间、距离作为认定违法行为次数的标准^②。在法定标准之内, 如果违反了数个法律规范, 则应当视为想象竞合, 择一重罚。例如, 汽车超速的同时还闯红灯。在该情形下, 法律规定以 2 小时为限, 那么超速行为作为一种继续性行为被切割为数行为, 如果是在 2

小时之内闯的红灯, 仍应视为超速与闯红灯的想象竞合, 择一重罚。如果超过 2 小时, 则认定为两个违法行为分别处罚。

2. “法定一行为”规则下的“同一违法行为”

“法定一行为”属于行为单数的一种特殊情况, 是法律拟制的一种表现, “其结构不但在行为外观上系属复数, 且在规范的侵害上, 亦是复数, 然在行为结构整体上, 法律将其评价为单一, 它着重于法律意义, 而不关照自然意义是否单一”^[29]。学理上, “法定一行为”又可分为“构成要件一行为”“继续性一行为”“连续性一行为”。所谓“构成要件一行为”, 是指法律构成要件将多数自然一行为结合为一行为。例如, 《产品质量法》第 39 条规定: “销售者销售产品, 不得掺杂、掺假, 不得以假充真、以次充好, 不得以不合格产品冒充合格产品。”假如行为人的行为同时具备上述情形, 应该如何认定行为人的行为数? 刑法上, 对此类选择性罪名无论是触犯一种情形还是触犯多种情形, 均只定一罪。但是行政法上并非如此, 在此类选择性构成要件中, 需要将行为的同质性及构成要件中各行为所保护权益是否相同作为认定标准, 同时满足行为同质性与保护权益相同, 则视为行为单数^[30]。如此, 从《产品质量法》第 39 条规定来看, 该条的诸多情形所涉行为是同质的, 即以有瑕疵产品冒充无瑕疵产品, 而本条目的在于保护消费者的合法权益。因此, 违反上述情形, 无论是出现一种还是多种行为, 都可视为行为单数, 在此认定上, 如果还触犯其他法律规范, 则属想象竞合, 择一重罚。而如果出现《治安管理处罚法》第 49 条规定的情形^③, 由于该条规定中不同行为的异质性, 且保护的权益也各有侧重, 故应当视为行为复数, 分别处罚。

继续性一行为是指行为因故意或过失, 持续地维持实现单一构成要件的违法状态。该行为“要求导致违法状态发生的行为与维持违法状态的行为, 在法律评价上不能同时分割, 视为一完整行为”^[26], 即强调“违法行为与违法状态的同时性、同一性及持续性”。就“同时性”而言, 强调违法行为与违法状态的时间同步。例如违法排放污水的行为, 在违法排放行为开始时, 就处

于违法状态之中。就“同一性”而言,强调违法行为与违法状态的同一,即违法行为与违法状态是重合的。例如违法停车行为,其违法行为与违法状态在此过程中是重合的,均指向“违停”本身。就“持续性”而言,强调的是违法行为与违法状态在时间上的持续。持续性可谓是继续性一行为的根本特质,无论是“排放行为”还是“违停”行为,本身就内含着时间持续的特点,其行为与状态均不属于一次性可结束的,往往在时间维度上呈现一种线性状态,这种状态需要其他因素介入方能中止或终结。倘若导致违法状态的行为或维持违法状态的行为又触犯其他行政法律规范,则应当择一重罚。例如,行为人在高速应急车道超速行驶,行为人的超速行为属于继续性违法,同时行为人行驶在应急车道之中,既触犯《道路交通安全法》第42条规定,也违反了《道路交通安全法实施条例》第82条规定,于罚款层面,应属想象竞合,择一重罚^④。

连续性一行为是指行为人基于概括的犯意,连续数行为实现同一规定之构成要件。连续性行为是否属于单一行为,学理上向来存在争议。我国台湾地区在规范层面废除了原来将连续性违法行为视为“法定一行为”的规定,司法实务主流观点对此也持否定态度^[31]。连续性一行为是否属于一行为,主要基于各国立法政策之考量。具体到我国立法层面,无法从《行政处罚法》第29条推导出连续性违法行为属于“法定一行为”。其原因在于,一方面无法从现有立法文献中看出立法者有此意图;另一方面,作为“法定一行为”,必须是法律明确规定的,而且该行为属于典型的同种类想象竞合行为^[30,32]。因此,《行政处罚法》第29条的“同一违法行为”并不涵盖该行为,故不在本文探讨之中。值得一提的是,与连续性行为极为相似的接续性行为,属于自然行为单数的范畴。它与连续性行为的区别在于,前者的各个举动在时空上具有密切关联性,且侵害同一法益,依社会通念举动之间难以强制分割;后者不具有时空的密切关联性,而且是侵犯数个同性质法益^[33]。例如《广告法》中的“广告”一词,属于集合性概念,一次或多次利用传播方法为宣传,以到达招徕顾客目的的行为均属广告

行为^⑤。如若行为人在一定时空范围内,反复宣传某一违法广告,这属于接续性行为,应当定性为一行为。

除此之外,由于从自然行为的角度来看,行为仅有动静之分,而无作为与不作为之形态,因此,在一行为违反多个行政法律规范的前提下,判断不作为的行为单数需从规范的角度来判定。首先是数个不作为之间,例如,一般情形下当事人既未携带驾驶证也未携带行车证而开车,法律分别作了评价,应当视为两个行为。其次是不作为与作为之间,法律一般分别作了评价,应当视为行为复数。在特殊情况下,两个实施行为重叠,可视为同一行为^[34],例如未经规划许可擅自占地建房的行为。

(二) 法律有明确规定情形之外的“同一违法行为”认定

除上述法律有明确规定情形下的“同一违法行为”认定规则之外,其他情形下“同一违法行为”的认定应以“自然行为”个数为主要认定标准。自然行为又可细分为自然意义一行为与自然行为单数。

1. 自然意义一行为认定规则

自然意义一行为是指行为人基于单一意思决意,引致一个意思活动,在法律认定上,始终为单一者^{[17](70)}。即无论是从行为数上,还是评价结果上,均为一个行为。该行为是行为单数概念中最基本的形态,其认定以“行为的同一”及“意思决意的单一”为标准。具体而言,由于行为是意志的反映,并且自然意义一行为实际是行为人的行为可以进入法律视野的最小且不可再分的动作,只要具有一个动作即可。故而,可采“行为的同一性”作为主要认定标准,“意思决意单一”作为辅助标准,以此来避免主观意志的不可知性。例如踩油门的行为,仅是行为人的一个动作,而且无法再分。此时,无论其触犯多少法规范,主观上有多少意思决意,均恒定为一个行为,于罚款层面,择一重罚。

2. 自然行为单数认定规则

自然行为单数是指行为人基于单一的同种意思决意,多数动作具有时空紧密关联性,并从第三人视角观之,可整体评价为一个行为。自然

行为单数的认定主要从行为人是否具有单一的同种意思决意、多数动作是否具有时空紧密关联性、以第三人视角观察为准等三方面进行。第一, 行为人的多数动作是否具有单一的同种意思决意。有研究者认为, 在认定自然行为单数时, 是否具有单一或同种类意思决意不属于决定性因素^{[18](195)}。但行为毕竟是个人的主观意志的体现, 个人意志是人作为主体的表现, 因此, 具有单一的同种意思决意是必须且必要的, 而且必须体现在多数动作上。例如行为人反复殴打他人的行为, 于此, 行为人存在多数动作, 但多数动作均指向一个“伤害”的意思决意。当然, 囿于意思决意的不可知性, 还需要结合第二个认定标准, 即“多数动作具有时空紧密关联性”。时空是否具有紧密关联, 应当结合“影响公共利益与管理秩序危害性大小”来认定。具体而言, 可从两方面切入: 第一, 依照行政管理领域涉及公共利益及管理秩序的危害性大小来认定, 例如在环境、金融、食品安全、公共卫生等行政领域, 一旦出现违法行为, 持续的时间越长, 对公共利益的损害就越大。对此, 应当严控时空紧密关联性的间隔, 环境领域的“按日标准”便是如此。第二, 同一行政管理领域之内, 依照危害公共利益及管理秩序危害性大小来认定。例如在交通领域, 繁华路段与非繁华路段的时空紧密关联性就应当不一样。在城市繁华路段违法, 由于短时间内便会严重影响到城市交通管理秩序, 此时, 时间紧密关联性标准也应当限缩在较短的时间内。而在非繁华路段, 时间紧密关联性可适度宽松。接前文例子, 反复殴打他人的行为主要侵害的是个人法益及治安秩序, 而且对治安秩序的危害并不强, 此时, 时空紧密关联性标准可适度宽松。但数个伤害动作之间也不能有太长久的时空隔断。如果行为人今天打一拳, 明天踢一脚, 很明显不具有时间上的紧密性。同时, 如果被害者在殴打的过程中逃跑, 行为人从A地追到B地, 同样因为空间紧密性不够而不能认定为同一行为。第三, 以第三人视角观察为准。由于自然行为单数存在数个动作或举动, 为避免当事人之间针对自然行为单数的认定存在争议, 需要从客观、中立的第三人视角(非当事人)观察。第三人

观察时, 必须结合“行为语义及性质”来认定。须知, 每一行为都有固定的语义涵摄范围及性质表征, 由此人们才能形成共识。例如贴广告的行为, “贴”为动词, 而广告是一种宣传行为, 这注定贴广告的行为不可能是一次, 而会是多次, 同时结合前面两个标准, 则容易得出这种多次行为是紧密联系在一起的, 依社会通念不会被强制分割。故而, 从第三人的视角观察, 贴广告的行为总体会被评价为一个行为。

四、结语

《行政处罚法》第29条关于“同一违法行为”的认定应当置于异种想象竞合情形下讨论。目前, “同一违法行为”并未有共识性认定标准, 实践中存在“构成要件”个数标准与“自然行为”个数标准的分歧。从《行政处罚法》第29条来看, 无论是“构成要件”个数标准还是“自然行为”个数认定标准, 均存在可检讨的地方。因此, 有必要引入行为单数理论, 将“同一违法行为”的认定转换为行为单数的区分, 并明确除法律有明确规定的以外, 采“自然行为”个数标准认定“同一违法行为”。当然, 行为单数理论的引入, 为行政处罚对象论提供了理论分析工具, 同时, 也应当看到行为单数理论的不足。未来, 针对行为单数的不同子类型, 应当结合规范与实践, 对子类型的认定标准及其处断规则作进一步研究。

注释:

- ① 《行政处罚法》第29条规定: 对当事人的同一违法行为, 不得给予两次以上罚款的行政处罚。同一违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的, 按照罚款数额高的规定处罚。
- ② 理论上存在“行为说”“法益说”“违反法律规范说”“构成要件说”等观点。
- ③ 例如, 有研究者将法条竞合行为、牵连行为、连续行为皆纳入其中探讨, 便属于泛化“同一违法行为”范围的情形。
- ④ 由此, 法条竞合又被称为“假性竞合”。
- ⑤ 刑法学界在探讨行为数的判定时, 也是将其置于“同一行为违反多个法律规定”前提下进行探讨的。而且, 德国违反秩序法第19条与我国台湾地区“行政罚法”第

24 条的表述均为“同一行为违反数个行政法义务规定……”，亦可作为佐证。按照我国台湾地区“行政处罚法”最原始参考草案，廖义男教授主持的“行政秩序罚法草案”研究报告 233 以下所拟条文说明指出，该条文属于单一行为的想象竞合，而不涉及法条竞合的问题。参见蔡志方：《行政处罚法释义与运用解说》，三民书局股份有限公司 2006 年版，第 98 页。

- ⑥ 河南省潢川县人民法院[2015]潢行初字第 1 号行政判决书。
- ⑦ 广东省韶关市中级人民法院[2020]粤 02 行终 63 号行政判决书。
- ⑧ 参见浙江省温州市中级人民法院[2017]浙 03 行终 147 号行政判决书。
- ⑨ 《行政处罚法》第 2 条：“行政处罚是指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。”
- ⑩ 需要说明的是，这里并不是否认自然行为通过法律调整上升为法律行为，而是旨在说明自然行为个数标准是从事实层面来认定行为数的。而“同一违法行为”这一概念在用于认定行为数时，是从规范层面来认定的。诚然，自然行为通过法律规范的调整得以成为法律行为，但是，并不意味着行为数的认定也需要通过规范调整后，方能认定。从认定逻辑角度看，“自然行为”个数标准认定行为数的逻辑是，自然行为是几个，行为数就是几个。其中，自然行为数的认定主要从行为主客观两个方面来进行。此后，方由法规调整上升到法律行为。此时，自然行为数有几个，法律也就调整几个，法律行为也就是几个。而“同一违法行为”概念在区分行为数时，则是有多少法律规范进行调整，则有多少违法行为。此时，是把行为数的认定置于法律调整自然行为之后，以违反行政法义务的个数为认定标准。正是从这个角度来看，事实维度的“自然行为”个数标准与规范维度的“同一违法行为”存在语义逻辑冲突。
- ⑪ 《环境保护法》第 59 条规定，企业事业单位和其他生产经营者违法排放污染物，受到罚款处罚……按照原处罚数额按日连续处罚。《水污染防治法》第 95 条：“企业事业单位和其他生产经营者违法排放水污染物……依照《中华人民共和国环境保护法》的规定按日连续处罚。”《大气污染防治法》第 123 条：“违法本法规定、企业事业单位和其他生产经营者有下列行为之一……按照原处罚数额按日连续处罚。”
- ⑫ 我国台湾地区“道路交通管理处罚条例”第 85-1 之第 2 项规定……有下列情形之一者，得连续举发：一、径行举发汽车行车速度超过规定之最高限速或低于规定之最低速度或有第三十三条第一项、第二项之情形，其违规地点相距六公里以上、违规时间相隔六分钟以上或行驶经过一个路口以上者。但其违规地点在隧道内者，不在此限。二、径行举发汽车有第五十六条第一项或第五十七条规定之情形，而驾驶人、汽车所有人、汽车买卖业、汽车修理业不在场或未能将车辆移置每逾二小

时者。

- ⑬ 《治安管理处罚法》第 49 条：“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意毁损公私财物的……”。
- ⑭ 实践中存在混淆“继续性一行为”与“违法行为处于继续状态”的情形，对两者的区分不仅涉及对“同一违法行为”的认定，还涉及行政处罚追溯时效的认定。因此，笔者在此对两者进行区分。就前者而言，继续性违法行为强调导致违法状态的行为及维持违法状态行为的持续性，即违法行为与违法状态均未中断；而后者，则处于导致违法状态的行为已经结束，而违法状态仍然处于持续，属于状态犯。例如，以违法建设的行为为例，应当属于违法行为处于继续状态，而非属于继续性一行为。
- ⑮ 参见我国台湾地区“最高行政法院”2016 年 10 月份第 1 次庭长法官联席会议决议。转载自陈敏：《行政法总论》（第十版），新学林出版有限公司 2019 年版，第 739 页。

参考文献：

- [1] 黄海华. 新行政处罚法的若干制度发展[J]. 中国法律评论, 2021(3): 48-61.
- [2] 刘宪权. 我国刑法理论上的牵连犯问题研究[J]. 政法论坛. 2001, 19(1): 52-60.
- [3] 高铭喧, 叶良芳. 再论牵连犯[J]. 现代法学, 2005, 27(2): 103-114.
- [4] 赵秉志, 徐文文. 论我国编造、传播虚假信息的刑法规制[J]. 当代法学, 2014, 28(5): 3-15.
- [5] 全国人大常委会法制工作委员会国家法、行政法室. 《中华人民共和国行政处罚法》释义[M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [6] 汪永清. 关于应受行政处罚行为的若干问题[J]. 中外法学, 1994, 6(2): 20-24, 51.
- [7] 江必新. 论应受行政处罚行为的构成要件[J]. 法律适用, 1996(6): 3-6.
- [8] 姜明安. 行政违法行为与行政处罚[J]. 中国法学, 1992(6): 42-46.
- [9] 朱新力. 论一事不再罚原则[J]. 法学, 2001(11): 19-25.
- [10] 章剑生. 现代行政法基本理论[M]. 2 版. 北京: 法律出版社, 2014: 366.
- [11] 汪永清. 行政处罚[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 78.
- [12] 田勇军. 交通行政处罚中“一事不再罚”之“一事”问题探析[J]. 交大法学, 2016, 7(1): 67-86.
- [13] 杨解君. 秩序、权力与法律控制—行政处罚法研究[M]. 成都: 四川大学出版社, 1995: 180-182.
- [14] 余凌云. 行政法讲义[M]. 3 版. 北京: 清华大学出版社, 2019: 333-335.
- [15] 大谷实. 刑法总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 法律出版社,

- 2003: 362-363.
- [16] 西田典之. 日本刑法总论[M]. 刘明祥, 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 348.
- [17] 柯耀程. 刑法竞合论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 67.
- [18] 陈清秀. 行政处罚法[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 211-212.
- [19] 王明辉. 复行为犯研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008: 46.
- [20] 马怀德. 《行政处罚法》修改中的几个争议问题[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(4): 6-16.
- [21] 莫于川, 哈书菊. 新《行政处罚法》适用办案手册[M]. 北京: 中国法制出版社, 2022: 76.
- [22] 黄镔. 应受行政处罚行为成立要件的法理构造[J]. 浙江学刊, 2022(2): 46-56.
- [23] 关保英. 行政处罚中行政相对人违法行为制止研究[J]. 现代法学, 2016, 38(6): 34-44.
- [24] 王明辉, 唐煜枫. 想象竞合犯之“同一行为”判断[J]. 中国刑事法杂志, 2009(12): 3-8.
- [25] 陈兴良. 教义刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 65.
- [26] 王彦强. 刑法中行为单复数的判断: 事实与规范之间[J]. 中外法学, 2021, 33(5): 1340-1361.
- [27] 张嘉真, 詹佑维. 行政处罚行为数判断之准则一贯彻一行为不二罚之意旨[J]. 万国法律, 2021(8): 47-59.
- [28] 袁雪石. 中华人民共和国行政处罚法释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021: 200.
- [29] 林沈节. 论单个应受行政处罚行为及其处罚规则[J]. 行政法学研究, 2010(3): 79-86.
- [30] 熊樟林. 应受行政处罚行为构成要件的个数——判断一事不二罚的根本途径[J]. 政治与法律, 2012(8): 102-111.
- [31] 翁岳生. 行政法[M]. 增订四版. 台北: 元照出版有限公司, 2020: 834-835.
- [32] 章剑生. 行政处罚适用规则的体系性解释——基于《行政处罚法》第 29 条展开的分析[J]. 政法论坛, 2022, 40(4): 18-28.
- [33] 陈文贵. 违反行政义务行为之处罚竞合关系研究[D]. 台北: 台北大学, 2012: 149.
- [34] 陈敏. 行政法总论[M]. 10 版. 台北: 新学林出版有限公司, 2019: 736.

On the identification standard of "the same illegal act" in *The Administrative Punishment Law*

HUANG Xianxiong, GAO Kai

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In the identification of "the same illegal act" in Article 29 of *The Administrative Penalty Law*, in practice, there are disagreements in the number standard of "constitutive elements" and the number standard of "natural acts". According to Article 29 of *The Administrative Penalty Law*, it can be found that there are such problems as semantic conflicts between the number standard of "natural act" and "the same illegal act", as well as the standard for interpretation being arbitrary. It can also be found that the number standard of "constitutive elements" confuses "the number of behaviors of evaluation objects" with "the number of illegal behaviors of evaluation results", and deviates from the legislative purpose of Article 29 of *The Administrative Penalty Law*. Therefore, we can, on the one hand, expand the connotation of "the same illegal act" through legal interpretation to make it equal to the connotation of "one act". On the other hand, we can introduce the theory of singular act, change the identification of "one act" to the distinction of singular act, and clearly stipulate that the number standard of "natural act" is adopted to identify "one act" unless prescribed by law.

Key Words: the same illegal act; the number standard of constitutive elements; the number standard of natural act; theory of singular act

[编辑: 苏慧]