

责令性行政行为法律属性研究及立法完善

——以类型化思维为视角

曾冰

(南华大学 文法学院,湖南 衡阳 421001)

[摘要] 行政命令与行政处罚之间存在着难以梳清的模糊地带,而我国目前责令性行政行为法律归属又徘徊于行政命令与行政处罚之间,这直接导致了责令性行政行为法律属性的模糊,在司法适用上产生尴尬。为此,可以类型化作为思维角度对责令性行政行为的法律属性进行界定,并提出避免此类责令性行政行为法律归属模糊的建议:行政处罚权收归司法、“责令”二字在行政立法中慎用。

[关键词] 责令性行政行为; 行政命令; 行政处罚

[中图分类号] D912.1 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2015)05-0073-04

“行政责令行为”这一概念最早由胡建森教授提出^[1],但文章并没有对这一概念作出明确的界定。其他学者如杨生和闫尔宝也曾采用过“责令性行政行为”、“责令性行为”等类似表述,本文则采用“责令性行政行为”这一表述。

一 问题的提出

行政命令与行政处罚之间本身存在着难以疏清的模糊地带,而我国目前责令性行政行为法律归属又徘徊于行政命令与行政处罚之间,使这类行为有行政命令之嫌又具行政处罚之意,如《土地管理法》第83条规定:“依照本法规定,责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的,建设单位或者个人必须立即停止施工,自行拆除;对继续施工的,作出处罚决定的机关有权制止。……”在此法条中,责令限期拆除违法建筑被明确地定性为行政处罚行为。而该法第73条规定“买卖或者以其他形式非法转让土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门没收违法所得;对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的,限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施,恢复土地原状,对符合土地利用总体规划的,没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施……”并没有把限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施,恢复土地原状明确定性为行政处罚行为。

而行政法学理论上常把限期拆除行为定性为行政命令行为。如对限期治理,恢复植被行为性质的界定,罗豪才、湛中乐等把治理已经被污染的环境、补种被毁坏的树林等界定为行政命令行为,把科以相对方某种作为义务,如责令违法相对方限期治理、恢复植被等界定为行政处罚中的行为罚^[2]。还比如其他一些责令行为,《公司法》第205条第1款规定,公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时,不依照本法规定通知或者公告债权人的,由公司登记机关责令改正。《无照经营查处取缔办法》第16条规定,当事人擅自动用、调换、转移、损毁被查封、扣押财物的,由工商行政管理部门责令改正。

《中华人民共和国行政处罚法》第8条规定:“行政处罚的种类:(1)警告;(2)罚款;(3)没收违法所得、没收非法财物;(4)责令停产停业;(5)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(6)行政拘留;(7)法律、行政法规规定的其他行政处罚。”其中第4项明确了一类“责令”行为,而上述被规定为“其他行政处罚”的行为,尽管大多属于“行政处罚”,但有不少属于“行政强制措施”,或者是“行政审批”,或者是“具体行政行为的撤回”,有的甚至属于“民事行为”……。这就说明:要认定“行政处罚”并非易事^[3]。对责令行为是否应属行政处罚,法律亦未给予一个明确的答复,法律法规中只规定了责

[收稿日期] 2015-09-10

[基金项目] 湖南省教育厅项目“湖南省城镇化进程中行政决策法治化研究”资助(编号:46025);衡阳市社科联项目“衡阳地区城镇化进程中行政决策法治化研究”(编号:2015D027)

[作者简介] 曾冰(1981-),男,湖南衡阳人,南华大学文法学院讲师。

令性行政行为,但它的类型归属则不甚清晰。

二 责令性行政行为法律属性的各种学说及评述

(一)行政处罚说

有学者认为责令性行政行为属于申诫罚。认为尽管赔偿、恢复原状、停止侵害等都属于权利救济的手段,本身不具有惩戒性,但是在这些救济措施之前加上“责令”两字,性质就转换成了行政机关的职务行为,“责令”类行为具有对当事人的“非难性”、“谴责性”,从而影响到当事人的名誉^[4]。

也有认为属于救济罚的。救济罚在行政处罚中的形式包括限期改进、责令赔偿损失、停止侵害、责令恢复原状等。它的目的为直接改变因违法行为而造成的现存状态,恢复曾被破坏了的合法状态(法律关系),表现了对因原有状态改变而受到侵害的一方(包括国家、社会)的救济^[5]。

还有学者认为责令性行政行为具有行为罚的法律属性,他们认为,行政机关通过发布命令,要求违法相对人作为或不作为,以此限制或剥夺某种行为能力,因而可将其视为行为罚的一种^[6]。

(二)行政命令说

也有人提出责令性行政行为的行政命令特征,他们认为《行政处罚法》规定的责令当事人改正或限期改正违法行为,正是作为命令的典型^[7]。该说认为责令改正是一种行政命令,它符合行政命令的基本构成要件:责令改正是行政主体命令相对人改正违反行政管理秩序的具体行政行为,目的是命令相对人作出或者不作出一定行为使相对人的行为恢复合法状态,只要相对人自觉履行责令改正命令,其目的就可达到,不需要行政机关采取相应的行为或措施。如果相对人不履行责令改正所确定的义务,行政主体可以采取进一步的措施,如行政处罚,迫使相对人履行义务或者达到与履行义务相同的状态。

(三)非行政行为说

有观点认为责令性行政行为属于一种告诫措施。行政立法中除停产停业以外,还规定了限期整改、限期治理措施,这些措施在执行中并不停止相对人的生产或经营活动,所以,它不具有行政处罚的最终性,恰恰相反,它只是一种指出违法所在的告诫措施,如果限期内仍不能达到整改目标或者条件的,则可能遭受行政处罚^[8]。也有观点认为责令性行政行为是行政处罚的辅助措施,行政处罚的辅助措施,是指行政机关在实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为^[9]。

以上各种学说中,行政处罚说和行政命令说受

到更多学者的青睐,因“责令”二字兼具处罚的性质和命令的含义。但是,上述的行政处罚说和行政命令说又都较为片面,行政处罚说强调了责令行为的处罚特点却忽视了责令行为具有行政命令特点的一面,而行政命令说同样强调了责令行为中行政命令的特点,却忽视了该责令行为中具有的处罚性质。所以,以上的各种学说都存在着以偏概全的问题。

三 类型化思维的引入与责令性行政行为的法律归属分析

(一)类型化思维的引入

明确性是法律的要求,法律归属的确定是积极法律效果产生的前提,所以,应当对责令行政行为的法律归属进行界定,明确其法律内涵。这里,可以引入类型化思维作为分析工具。

1、何为类型化思维

把类型作为重要的(但不是唯一的)思维形式,遵循类型的逻辑特征,在类型的基础上进行判断、推理、建构理论体系,这样的思维活动我们称之为类型思维,其中所涉及的建构类型、运用类型进行推理和形成理论体系的方法,我们称之为类型思维方法或类型化方法。

2、类型思维和概念思维的比较分析

和类型思维相对应的是概念思维,概念在功能上的“周延性”是以抽象化、也即空洞化为代价的。在抽象概念的思考中,只有“非此即彼”可言。换言之,概念式思维试图在事物的过渡中划分出一条明确的界限,要么落在此界限之内,要么落在此界限之外。可见,概念式思维的重要特征在于“划界”和“分离”“法律概念除了少数数字概念的情形外,并不是明确的,没有抽象普遍的概念,只有类型概念、次序概念,在这些概念中没有非此即彼的关系,只有或多或少的关系。”^[10]格雷也说过:“我们在运用抽象概念的时候,往往面临一种危险,这种危险在其他学科中也同样存在,那就是易于偏离现实世界。”^[11]考夫曼和格雷的这种判断也许较为极端,但是,他们的判断引领了思维方式的转变即概念式思维向类型化思维的转变。“事实上,法律概念性规定的后面,经常还是类型”^[12]。人们在对物进行分类的过程中,形成了对各种物的不同认识,进而深化了对世界的认识,所以,“没有类别就是没有思维,因为类别就是把类似的品质、功能或行为与其他不类似的品质、功能或行为区别开来”^[13]。英国法学家哈特也认为,“对具体事物的分类是法律决策的核心(问题)”^[14]。可见类型化思维的重要性。

类型思维的实质在于相似而非同一,相异而非迥异,它不需要事物与类型外部特征的全部符合(事物的特征可以“或多或少”、“或强或弱”),而是运用事物本质和意义同一性的整体观照去进行事物的归类,从而充分包容个性化的特点。

3、类型化思维之于界定责令性行政行为法律属性的工具性作用

类型化思维对合理的界定责令性行政行为的法律属性亦有明显的工具性作用。当我们在进行责令性行政行为是行政处罚还是行政命令的思考时,就已经表明我们在用类型化思维方式对责令性行政行为进行特征上的归类。即责令性行政行为具有行政处罚的特征,也具有行政命令的特定,实践中责令性行政行为在行政处罚与行政命令之间在类型上不是“非此即彼”,而是“或多或少,或强或弱”。我们应弱化责令性行政行为“或多或少,或强或弱”,明确它“非此即彼”的状态,使实践中各种让责令性行政行为的适用更为明晰。

(二)责令性行政行为的法律归属分析

虽然行政命令、行政处罚和其他非行政行为有明确的概念性规定,但实践中多是从责令性行政行为概念的角度去判断它更像谁,导致现实中认定的混乱。

所以,可以尝试用类型化思维方式来解决这个问题。在界定责令性行政行为时应从它行为的本质入手,将其归类,即看它在本质上更像谁,而不是看概念的相似性。针对实践中争议较大的地方,本文结合行政命令和行政处罚本质上的不同类型来找寻责令性行政行为的法律归属:

1、行政命令和责令性行政行为的类型化思考

行政命令的内容涉及处理行政系统的内部关系以及行政主体与行政相对人的外部关系,即对下级机关及其人员的指示,或者对行政相对人设定作为或不作为的义务。它既可以是针对不特定的多数人的抽象规定,具有普遍约束力;也可以是针对特定相对人的具体处理决定,仅对所针对的相对人有拘束力。归纳起来,行政命令有以下几个方面的特征:第一,是要求、命令行政相对人进行特定事项作为或者不作为;第二,是在前一相对人作为或不作为的基础上,由行政命令方设定具体意义上的法定义务或者具体意义上的行为规则;第三,是行政相对人如果违反行政命令,可能引发行政机关对其实施行政处罚等更严重情形。可见,行政命令有两种可能的现实结果,一种是相对人按照行政命令主体的意思,完成命令的事项;另一种则相反,相对人没有按要求完成命令事项,触发处罚程序。第一种结果该责令行为

直接体现为行政命令,但第二种结果该责令行为不仅表现为行政命令,还具有了行政处罚的色彩。所以,从类型思维的角度看,责令性行政行为无法被类型化到行政命令行为中去。

2、行政处罚和责令性行政行为的类型化思考

行政处罚是指具有行政处罚权的行政主体为维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或其他组织的合法权益,依法对行政相对人违反行政法律法规而尚未构成犯罪给予法律制裁的行政行为。然而,在前面提到的各责令性行政行为似乎都具有行政命令和行政处罚所体现的指令性、补救性、职权性、强制性、有违法行为为前提的特性。这其实也就是人们常常不能正确在行政命令和行政处罚之间界定责令性行政行为法律属性的症结所在。由于“责令”一词中既有“责”又有“令”,似乎本身就涵盖了行政处罚和行政命令的特性,再加上行政立法中对“责令”一词的滥用,才导致目前这样的混乱局面。

在类型化思维模式下,应着重看该责令性行政行为的本质特征更接近行政命令还是行政处罚。从本质上来讲,行政命令的设定体现了国家出于管理、效率的价值要求,具有指令性、补救性、职权性。而行政处罚的设定则体现了国家在行政管理中对违法行为的打击。具有强制性、惩罚性,以有违法行为为前提。

责令改正形式多样,行为性质的争论各有理据,但也各有破绽^[15]。综合上述分析,笔者认为:一个责令性行为是否属于行政命令,不能片面、抽象地界定责令性行政行为的法律归属,而只能对已经做出的具体行政行为的特征进行分析,才能认定他的最终归属。即应从具体做出的行政行为的类型进行分析,看它更接近于行政命令还是行政处罚。正如考夫曼提到的“……类型概念,……只有或多或少的关系。”^[10]

四 明晰责令性行政行为的立法完善

综上所述,责令性行政行为的定性应依据具体情况而定,也就是说,对它的定性具有相对性,是不确定的,而这种不确定的弊端也是显而易见的。因此,应当从立法层面将责令性行政行为的内涵明晰化、确定化。结合国内外立法经验,提出如下建议:

(一)行政处罚权收归司法

行政主体作出的责令性行政行为或有责罚性、或有命令性,这给责令性行政行为的界定带来困难。如果取消责令性行政行为的责罚性即取消处罚权的行使主体,那责令性行政行为则只是一种命令行为,如此,责令性行政行为的界定将较为明晰,这也就是所谓的“一元行政制”向“一元司法制”或“二元主体

制”的转变。“一元行政制”中,行政处罚权由行政机关行使,而后两种体制中,行政处罚全部由法院裁决,行政机关的角色只是检控行政相对人的违法行为。如在英国:“在英国单独管理领域的立法中,行政法与刑事法之间并没有明确的界限,但几乎看不到行政机关直接实施处罚行为的规定,规定刑事责任条款却非常普遍。当然,这种刑事责任条款的前提往往不是违反某一法定义务本身,而是在违反该法定义务的行为发生后,由行政当局发出一项警告性的执行通知或者我们所说的限期整改通知后仍不思悔改的行为,才能施以法律规定的相应刑罚。”^[18]虽然“一元司法制”和“二元主体制”在一些西方国家盛行,但在我国,因地区的差异性较大,要全面落实还有一定困难,此处不再详述。

(二)“责令”二字在行政立法中慎用

责令性行政行为具有行政处罚的特征,也具有行政命令的特点,实践中责令性行政行为在行政处罚与行政命令之间在类型上不是“非此即彼”,而是“或多或少,或强或弱”,正是“责令”二字本身含义的模糊不清,他在行政立法中的运用必然引起类型上的混乱。所以,应规范行政立法的用词,尽量避免“责令”二字在行政立法中出现。如《行政许可法》第66条规定:“被许可人未依法履行开发利用自然资源义务或者未依法履行利用公共资源义务的,行政机关应当责令限期改正。”可将其中“责令”二字改为“要求”。

[参考文献]

- [1] 胡建森,胡晓军.行政责令行为法律规范分析及立法规范[J].浙江大学学报:人文社会科学版,2013(1):101-111.
- [2] 罗豪才,湛中乐.行政法学[M].北京:北京大学出版社,2006:172,229.
- [3] 胡建森.“其他行政处罚”若干问题研究[J].法学研究,2005(1):70-81.
- [4] 冯军.行政处罚法新论[M].北京:中国检察出版社,2003:119.
- [5] 姜必新.行政程序法概论[M].北京:北京师范大学出版社,1991:214-215.
- [6] 张尚鹁.走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价[M].北京:中国政法大学出版社,1991:235-236.
- [7] 姜明安.行政法与行政诉讼法学[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,1999:215.
- [8] 杨小君.行政处罚研究[M].北京:法律出版社,2002:190-191.
- [9] 张成福,于凌云.行政法学[M].北京:中共中央党校出版社,2002:156.
- [10] [德]考夫曼.法律哲学[M].刘幸义等,译.北京:北京法律出版社,2004:142.
- [11] 吴从周.“论法学上之‘类型’思维”[M]//法理学论丛——纪念杨日然教授学术论文集.台北:台湾月旦出版社,1997:337.
- [12] [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2004:182.
- [13] [美]康芒斯.资本主义的法律基础[M].寿勉成,译.北京:商务印书馆,2003:436.
- [14] H L A Hart. Postttivism and Separation of Law and Morals[J]. Harvard Law Review, 1958(71):610.
- [15] 夏雨.责令改正之行为性质研究[J].行政法学研究,2013(3):37-42,69.
- [16] 应松年.四国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,2005:49.

Legal Attribute Research and Legislation Improvement on “Ordering” Administrative Behavior

——In the perspective of typed thinking

ZENG Bing

(University of South China, Hengyang 421001, China)

Abstract: It is difficult to distinguish between executive orders and administrative punishment. And our current legal attribute to “ordering” administrative behavior wanders between executive orders and administrative punishment, which directly leads to the distinction of legal attribute to “ordering” administrative behavior and the difficulty of judicial application. Therefore, an available legislative proposal bringing in typing thinking angle is returning administrative punishment power to judicial and cautiously using the word of “ordering” in administrative legislation

Key words: ordering administrative behavior; administrative order; administrative penalty