

谭波. 海事行政“责令类”行为定性的规范审视[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(1): 93-101

海事行政“责令类”行为定性的规范审视

谭波

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

摘要: 海事行政“责令类”行为定性依据涉及法律、法规、规章的各级规范的统合。通过《中华人民共和国行政处罚法》的精神框定, 可发现海事领域的下位法规范中的“责令类”行为在规整时仍存在大量表述类似而属性不同的现象。立法上的定性不准, 导致了司法实践中对“责令类”行为的认定失序。大陆法系国家有关命令性行为的理论对“责令类”行为在中国的理论归类有助益功能。英美法系的令状制度实际上反衬出中国在“责令类”行政命令领域仍有很大制度空间。对海事行政“责令类”行为进行准确定性, 需要对海事行政“责令类”行为正名别类, 处理好各种“责令类”行为的表述与衔接, 对海事行政“责令类”行为的名称也需要进一步模式化, 通过完善自由裁量标准以实现“责令类”行为的效果落地。

关键词: 海事行政行为; “责令类”行为; 责令改正

中图分类号: D922.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2022)01-0093-09

Normative review on the characterization of ordering acts in maritime administration

TAN Bo

(School of Law, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: The qualitative reference basis of ordering acts in maritime administration involves the integration of laws and norms at all levels, including laws, regulations and rules. Through the spiritual guidance of the *Law of the People's Republic of China on Administrative Penalty*, it can be found that the ordering acts in the lower-level legal norms in maritime field are being integrated, but there are still a large number of similar expressions with different natures of acts. The uncertainty of legislation leads to the disorder of the identification of ordering acts in judicial practice. The theory of ordering acts in civil law countries is helpful to the theoretical classification of ordering acts in China. In fact, the writ system of common law system reflects that there is still a lot of institutional space for ordering administrative orders in China. In order to accurately determine the natures of ordering acts in maritime administration, it is necessary to correct the name and category of ordering acts in maritime administration, deal with the formulation and connection of various ordering acts, further pattern the name of ordering acts in maritime administration, and realize the legal effect of ordering acts through the improvement of discretionary standards.

Key words: maritime administrative acts; ordering acts; order to correct

一、问题的提出

《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)于2021年1月22日修订通过,并于2021年7月15日正式施行。在此次修订之前,《行政处罚法》对“水上”等交通不便地区当场收缴罚款以及将

其交至行政机关的期限虽然有明确规定,但是亦仅有两条相关规定。这实际上表明了中国传统行政法对于涉水类尤其是涉海类的执法模式与原理的关注和研究相对不多。而根据中国建设“海洋强国”的思路,水上行政执法可能与统筹推进国内法治和涉

收稿日期:2021-12-25

基金项目:2020年度国家社科基金一般项目“央地立法权的事权配置思路与行使限度研究”(20BFX033)

作者简介:谭波(1979—),男,河南商丘人,法学博士,海南大学法学院教授、博士生导师,E-mail:281091627@qq.com。

外法治密切相关,其应该成为《行政处罚法》实施时重点关注的领域。海事行政执法是水上行政执法的常见与常规主体,关涉海上和内水。因应《行政处罚法》的修订施行,海事行政领域的相关法律、法规、规章都进行了大幅度修改。比如,按《行政处罚法》对“暂扣行政许可证件”这一处罚种类名称的统合,2021年4月修订的《中华人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)在“法律责任”部分将“扣留或吊销职务证书”统一改为具体责任中的“暂扣类”表述。2021年9月交通运输部规章《中华人民共和国海上海事行政处罚规定》(简称《海上海事行政处罚规定》)对此也进行了相应的调整。

“责令类”行为扩容是此次《行政处罚法》修订的另一特色。《行政处罚法》在能力罚中增加了“责令关闭”,与“责令停产停业”相并列,使“责令类”处罚与“限制类”处罚(限制开展生产经营活动、限制从业)和“暂扣(吊销)类”能力罚成为三类较为典型的行政处罚。其中,“责令类”处罚又显得更为多元。以涉海类行政执法为例,“责令”在《海上交通安全法》中出现15次,在《中华人民共和国海洋环境保护法》(简称《海洋环境保护法》)中出现14次,在《中华人民共和国港口法》中出现11次,在《中华人民共和国海警法》中出现10次,在《中华人民共和国渔业法》中出现8次。“责令类”行为影响面庞大,值得关注。

2004年中华人民共和国海事局(简称中国海事局)颁布的《中华人民共和国海事行政强制实施程序暂行规定》(简称《暂行规定》)将“责令立即离岗”“责令临时停航、驶向指定地点”“责令停止作业”“责令停航”“责令改航”“责令离港”“责令重新检验”等七种“责令类”行为都列举为海事行政强制措施。2011年《中华人民共和国行政强制法》(简称《行政强制法》)出台后,中国海事局又在2012年7月印发了《中华人民共和国海事行政强制实施程序规定》(简称《程序规定》),并废止了前述《暂行规定》,对“责令类”行为不再有性质界定,这种从“有定论”到“无定性”的立法态度转变,使得“责令类”行为的性质愈发扑朔。在《程序规定》中“责令”只出现了1次,即在实施水上、水下碍航物或者污染物清除的代履行过程中,如果当事人在场,“责令当事人立即予以清除”,这属于行政强制执行中的阶段性

行为,与前述的行政强制措施在定性上有很大区别,而且《行政强制法》中也并没有类似表述^①。这样一来,海事行政“责令类”行为的性质愈发难辨。

二、海事行政处罚“责令类”行为的再定位

(一)新《行政处罚法》精神的“再引导”

新《行政处罚法》中,“责令类”行为共出现10次,其中三次出现在“法律责任”部分,跟前述《行政强制法》的表述模式相同,另有两处为对“限制行政处罚责任能力人”不予行政处罚时责令相应的监护人严加管教、看管或治疗的要求。除了“责令停产停业”“责令关闭”前后均出现两次外,另有1次为《行政处罚法》第28条,具体内容为“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”。从产生背景看,第28条曾是对中国有关具体法律法规进行的总结性规定。^[1]对这一表述的理解,《国务院法制办公室对陕西省人民政府法制办公室〈关于“责令限期拆除”是否属于行政处罚行为的请示〉的复函》(国法秘研函〔2012〕665号)中提到,“责令改正或者限期改正违法行为与行政处罚是不同的行政行为”,并在此基础上提出“责令限期拆除”不应当被理解为行政处罚行为。虽然该复函作出了否定式定性,回答了“不是什么”,但同样没有说明“责令类”行为本质上“是什么”。

(二)《海上海事行政处罚规定》中“责令类”行为的多重布局

2015年出台的部门规章《海上海事行政处罚规定》,经历了2017年、2019年和2021年的三次变迁,目前其中仍然存在23处“责令类”表述。作为下位法,《海上海事行政处罚规定》第4条沿袭了《行政处罚法》第28条的精神,其余22处“责令”均分布在第三章“海事行政违法行为和行政处罚”的不同处罚条款之中,其中“责令改正”为13处(12处为“责令改正+罚款”的模式),高度契合《行政处罚法》的精神;“责令限期改正”为2处(含“同时采取补救措施”的规定1处),分别为“责令限期改正+罚款”与“警告/责令限期改正”的模式,虽然“责令限期改正”在法条中与行政处罚的表述排序有所不同,但亦基本符合《行政处罚法》的制度原意。另有两处“责令其限期纠正+罚款”的表述,与“责令限期改正”的用意没有实质区别,但在《海上海事行政处罚规定》

^① 《行政强制法》中所有的“责令类”表述都出现在其第六章“法律责任”之中,所有的表述格式均为“有下列情形之一的,由上级行政机关或者有关部门责令改正”,并在此基础上给予处分或罚款。

中依然没有改为与“责令限期改正”相同的表述^①。

其他 6 处关于责令的表述依次为“责令其停止活动”(第 24 条)、“责令停航、停业整顿”(第 28 条)、“责令停航整顿”(第 29 条)、“责令停止作业或航行”(第 30 条)、“责令停止违法行为、限期改正”(第 38 条)以及“拒不改正的……自责令改正之日的次日起,按照原罚款数额按日连续处罚”(第 38 条)。如果对比《暂行规定》来看,这些条文中的有些“责令”如“责令停航”“责令停止作业或航行”似可被归为“行政强制措施”,虽然《暂行规定》2012 年已被废止,但由于这些“责令类”行为均出现在相应的罚款处罚之前,与前文所述的《行政处罚法》中的规范模式基本相符,可以肯定其不属于行政处罚。而在“责令停航、停业整顿”“责令停航整顿”出现的条文中,其基本的表述和法条逻辑结构如下:“违法→责令改正+罚款→拒不改正的→责令停业整顿/责令停航”。从这样的适用逻辑来看,责令停航整顿应该是比罚款更为严厉的措施。如果这些“责令类”行为仍被归为行政强制措施,那由于其非制裁性,不足以造致这些规定在适用严重程度上的差序格局,因此,“责令停航整顿”应被归为“责令类”行政处罚。这就造成了有些“责令类”表述“同法不同性(质)”的局面,而这种表述基本上差别甚微,尤其是在“责令停航整顿”与“责令停航”“责令停止作业”这种“责—停”式的表述之间。

(三) 其他相关立法中“责令类”行为的并行思考

海事行政部门执法的重要部门法依据是《海上交通安全法》。配合《行政处罚法》的修订,在 2021 修订的《海上交通安全法》中,“责令改正”出现 10 次,亦存在不同情形。其中第 100 条为“责令改正”的单独适用,或然情况是在“情节严重”时罚款。这里的“责令改正”就成了上述海事主体行为不严重时的替代性措施。此时对“责令改正”的定性,按照有些学者的理解,“在违法行为作出之后,责令改正既没有行政指导的任意性,也没有辅以行政强制措施,故而责令改正仅为行政命令的一种。”^[2]

但《海上交通安全法》第 91 条第 3 款则是“责令改正,并可以禁止其离港”,由于其针对两种违法行为,因此,可将禁止离港理解为行政强制措施。但“责令改正”的独立适用是否可行?《海洋环境保护法》第 88 条有类似规定,比如对违反本法规定不编

制溢油应急计划的,予以警告或“责令限期改正”。这里采取的“警告处罚/责令限期改正”很难在实际执法过程中找到执法临界点。这种选用式的适用路径与前述《海上海事行政处罚规定》中并用式的适用路径不太相同,“如何基于同一违法行为,科学、合理、有效行使自由裁量权选择适用对象”,^[3]立法并未交代,也使得这种规范的可预见性降低。相同的是,“责令限期改正”都被排在了“警告”之后。对此,有学者认为存在四种规范类型的“责令改正”,即前置型、独立型、选择型与并处型。^[4]但实际上这种解释的逻辑并不严谨,如果同一概念在同类甚至同一规范性文件中反复出现,都可以用这种思路去解释,只能表明立法在法制统一的基础工作方面尤其是法律语词的统一上仍有改善空间。

(四) 依据《行政处罚法》对“责令限期改正”的统合解释

如果想通过《行政处罚法》来对上述两法的条文进行系统解释,就必须考虑不予(警告)处罚的适用空间。根据《行政处罚法》第 33 条,违法行为轻微并及时改正且没有造成危害后果时不予行政处罚。这里的“责令限期改正”有期限要求,如被责令人行为本身轻微,并按照海事机关要求的期限改正,且没有造成危害后果,就不予处罚。

《行政处罚法》另外一种新增的情形为“首违不罚”,即初次违法、危害后果轻微并且及时改正的,也可不予处罚,这种情形包含行政机关的裁量权。如果处罚,行政机关可根据《海洋环境保护法》第 88 条的规定予以警告。但根据《海上交通安全法》第 100 条,只有在情节严重时才处罚款,而情节不严重时“责令改正”没有相应的替代性处罚。如行政相对人在被“责令改正”时并未改正,是否就属于“情节严重”也未可知,这需要通过海事行政部门内部裁量标准予以明确。《海上交通安全法》第 91 条第 1 款规定:“船舶、海上设施对港口安全具有威胁的,海事管理机构应当责令立即或者限期改正、限制操作,责令驶往指定地点、禁止进港或者将其驱逐出港。”从这一条文来看,“限期改正”对应的是“立即改正”,而对于不能“立即改正”的,行政机关判断的时段应缩短,此时行政机关采取行政处罚的条件已具备。在同一部法律中,对于“责令改正”,究竟是要将其再细分为“责令立即改正”与“责令限期改正”两种,还是直接将其等同于“责令立即改正”,需要相对合

^① 分别为《海上海事行政处罚规定》第 36 条和第 37 条,与同节的第 39 条和第 41 条“责令限期改正”并存。

理的解释。如从汉语的表述习惯来讲,限定增加意味着范围缩小,那“责令改正”应该包含“责令限期改正”。有学者认为“责令限期改正”实质上是“责令改正”的另一种表述方式,主要适用于需要明确规定期限责令改正的情形。^[5]但《行政处罚法》将二者并列起来,实际上是更倾向于认定这是两种不同的情形。从体系化解释的角度来说,将“责令改正”修改为“责令立即改正”更为适宜。“对于行政违法程度较轻的,可以当场纠正的应当当场予以纠正。对于行政违法程度较为严重的,当场改正存在困难的,行政机关应责令当事人限期改正。”^[6]但如果仅仅采取这种逐个击破上述疑难的方法,显然不太现实,有必要总结并对海事行政“责令类”行为进行分门别类的全统合,并结合《行政处罚法》的最新精神予以解释。

根据《行政处罚法》,除“责令改正”外,海事行政“责令类”行为基本上可以分为行政处罚、行政强制(含行政强制措施和行政强制执行)、行政命令三种。如根据是否具有制裁性来判断,可将行政处罚中的“责令类”行为与行政强制中的“责令类”行为分开;如根据行为的目的是为了控制事态还是为了执行事务,又可将行政强制措施与行政强制执行分开,最难认定的是“行政命令式”的“责令类”行为。而“责令(限期)改正”在“责令类”命令行为中最典型。

有学者认为,如根据其责令的内容来判断“责令类”行为,可使其定性相对明确。例如,根据其“合法还是非法”“全面还是个别”“严重还是轻微”对“责令停止类”行为到底是“行政命令”还是“行政处罚”加以区分。^[7]但相比其他“责令类”行为,“责令改正”与“责令限期改正”更不明确,其“法律依据中规定了改正的方式与要求,但是由于法律依据中的构成要件使用的是不确定法律概念,因而即使行政决定书载明了法律依据,相对人可能仍然无法从中知悉责令改正的要求”。^[8]这种“不可知”最有可能造成“威不可测”。

三、对海事行政“责令类”行为定性的案例解读

上述分析只是字面上的解读与诠释,如经由案例分析,会发现“责令类”行为的定性同样有特殊处理倾向与监督应对机制。如有些“责令类”行为明确分属行政处罚或行政强制,那相应的法律规制机制已较为成熟且无争议。笔者仍以“责令改正”为例来重点说明。在海南省高级人民法院(2019)琼

行终403号行政判决书中,法院引用《中华人民共和国内河交通安全管理条例》(简称《内河交通安全管理条例》)的相应条款,认为“责令改正”可作为“强行拖离”这种海事行政强制措施的前期行为。海南省高级人民法院在认定海事领域的“责令改正”时没有采取有学者所说的“行政处罚补充行为说”,^[9]而是更倾向“行政强制(措施)补充行为说”。同样的判断在海口海事法院(2018)琼72行审4号行政裁定书中也曾出现,法院认为海口海事局根据《内河交通安全管理条例》有权对涉案船舶的违法行为责令其改正,对于拒不改正的有权采取强制措施。同样,行政强制执行也有“责令改正”作为其中间环节。在湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05行终109号行政判决书中,法院认为宜昌市地方海事行政部门在代履行过程中,依法作出了告知当事人权利义务、责令改正、催告当事人履行、决定代履行等行政程序。此时,“责令改正”是行政执法者具体化行政违法者所应承担的第一性法律义务的意思表示,当行政违法者不主动履行这种意思表示所具体化的义务时,需要通过行政强制执行行为予以实现。^[10]

有些裁判将“责令改正”认定为行政处罚的补充行为。在四川省南充市中级人民法院(2014)南行终字第119号行政判决书中,上诉人认为被上诉人(四川省南充市嘉陵区地方海事处)在没有“责令改正”的前提下就直接作出行政处罚,不符合程序要求,但法院对此未予支持。在广东省高级人民法院(2019)粤行终208号行政判决书中,原审原告同样基于此点理由提出上诉,认为如果海事管理机构作出责令停止航行或者作业后拒不停止而造成严重后果,如造成重大交通事故、污染水域事故,而情节特别严重的情况下,才能(对船舶)予以没收。但法院认为被上诉人已发出《责令船舶停止航行通知书》《海事行政强制措施决定书》,责令涉案船舶停止航行作业,但涉案船舶仍继续违法航行作业,被上诉人作出行政处罚决定具有事实和法律依据。在这两起案件中,“责令改正”不仅是行政处罚的补充行为,且更倾向于实现其程序价值。

但“责令改正”本身也存在其内部的程序要求,如在湖北省高级人民法院(2017)鄂行申107号行政裁定书中,法院认为被申请人(长阳县地方海事局)未经告知程序即作出《责令改正通知书》,违反法定程序。有时《责令改正通知书》的效力还可以被挑战,在湖北省宜昌市中级人民法院(2016)鄂05行

终150号行政判决书中,法院就撤销了地方海事行政部门作出的《责令改正通知书》,在认定事实清楚、证据充分和适用法律法规正确的前提下同时认为其违反法定程序而予以撤销,尽管作为被上诉人的海事行政机关认为“责令改正”的通知只是一种行政管理措施,当事人不应对此有诉权。“责令类”行为有时不是仅可采取一次,在湖南省桃源县人民法院(2018)湘0725行初11号行政判决书中记载了被告(桃源县海事处)在向原告下达《海事行政强制措施决定书》之前,曾三次下达《责令改正通知书》,其中第一次为责令立即停止作业,后两次还按照时间要求和严重程度分别对原告提出了不同的改正内容和要求。

遍观上述案例,司法裁判结果是多元化的,因此不能成为“责令类”行为尤其是“责令改正”行为性质认定的依据。正如有学者列举“性质混同说”时所界定的,“责令改正”在不同的法律条文中具有不同的法律属性:有时是一种行政处罚,有时是一种行政强制措施,有时还体现为行政处罚的附带结果。^[11]这种理论界定侧面反映了司法在立法规定混乱的情况下不得已而同样采取的混乱处理方式。

四、域外经验模式对比及其启示

(一)大陆法系国家“责令类”行为定性的理论基础及其启示

“责令类”行为在大陆法系国家行政法中存在和发展的理论基础主要是各国行政行为的分类理论,其彼此之间具有一定的相通性,也依循各国国情产生不同的理论架构。德国行政法中有命令性、形成性和确认性行政行为的分类,其中命令性行政行为是以命令或禁止令的形式要求特定行为义务(作为、容忍和不作为)。^[12]日本行政法理论上将行政行为分为命令性行为与形成性行为,其中命令性行为是指对国民生来就有的活动自由加以限制,命令其实行一定行为的义务,或者解除该义务的行为,在实务中的分类一般是命令与禁令,即对国民科以进行或不得进行一定行为的义务的行为。^[13]总体来说,以“责令”命名的处罚与强制执行行为更接近于形成性行为,而以“责令”为前提的强制措施与命令,则与命令性行为较为接近。同时,这种分类实际上与大陆法系民法上的“形成权”“请求权”“支配权”等分类有一定相似性。“形成性行为”在德国称“形成私权利的行政行为”,其与“形成权”这种通过个人意思表示而形成一定民事法律关系的权利在法律效果上有相通性,都是促成“形成性结果”的“意思

表示”,只不过有公权意思表示与私人意思表示的区分。如果单纯从法律效果上来说,“责令性”行为其实更类似于民法领域的“请求权”,都是通过己方的意思表示来推动对方的行为,既包括作为,也包括不作为。与“请求权”的不同之处在于,“责令性”行为自带国家权力要素,如不能得到被责令方的回应,就会产生相应的处罚或强制,因此其经常成为行政处罚或行政强制的辅助或前置行为。在情节轻微或得到对方回应的情形下,“责令类”行为还有可能成为处罚的替代。一些学者还专门研究日本“行政机关对社会主体课处改正、停产停业责任”的立法例,“命令事业者……停止违法行为,或转让部分营业以及为排除违反这些规定的其他行为而采取必要的措施”。^[14]从表述上看,这种行政行为也属于“责令改正”与其他行为的选择性适用场合,本质是“排除违法行为而采取的的必要措施”。

从命令性行为的外部表现形态来看,其确实存在不同于一般行为的特殊之处。根据《德国联邦行政程序法》的规定,一般命令具有普通行政行为的特征,具有外部效力,是对个案的处理,但又有不同于普通行政行为的法律特征,即它与处理接受者的特殊关系。^[15]从命令性行为的内部分类来看,在中国台湾地区,行政命令被分为职权命令和授权命令,在无法律授权的场合,行政机关可以发布职权命令,但由于法律有授权规定时也比较空泛,因此,授权命令与职权命令并无显著差异。^[16]

虽然从上述大陆法系国家的经验来看,对命令性行为及其理论并无深入的探讨,但在中国当下,尤其是《行政处罚法》已逐渐将“不予处罚”的情形进一步扩张时,“责令类”行政命令的替代功能将得到进一步发挥。而“责令类”处罚与“责令类”强制之间区分的不明确也将进一步影响法治国家、法治政府、法治社会的一体建设,即行政行为本身想要达到的目的与其在社会公众心中所形成的威慑不能完全形成适当的比例关系。而对于执法者来说,更是在具体的场合不易分清自己行为所造成的实际影响——对《行政处罚法》中的“责令停产停业”与海事行政法中的“责令停止作业”“责令停航整顿”这些在表述上区别并不明确的行为种类究竟如何区分?而在具体的权责清单中的责任又如何确定?一旦出现应诉的场合,行政主体如何面对诉讼风险?这一系列问题的产生其实都是“责令性”行为所依托的中国行政命令理论不完善及其与行政处罚、行政强制之间界限不明确所导致的终极后果。

(二)英美法系国家“责令类”行为的制度类比及其启示

在英美法系国家,比较突出的是法院的令状制度。但从“writ”(令状)一词发展溯源来看,其最初是由文秘署(chancery)以国王的名义签发给郡长(sheriff)、或者法庭、政府官员,要求接收令状的人作为或不作为的命令。令状起初是为了行政管理或司法目的而签发,后来仅为司法目的而签发。^[17]“sheriff”在英国是国王在各郡和部分城市的代表,但在美国就成了县治安官或城镇治安官,属于民选地方官员,有权决定是否执行“mandate”(给某人或某机构的命令)或“mandatory order”(强制性命令,要求积极作为的命令),但“mandate”也经常作为法院的命令来使用,如从历史演变角度来看这种混同并非偶然。“mandatory order”可包含行政目的,如“sheriff”可基于捍卫宪法权利的理由决定是否执行口罩强制命令(a national mandatory mask order)。目前来看,英国的令状制度主要是法院对低级法院、治安法官或行政官员(有可能是民选官员)发布的各种命令,并保持王室名义。从具体种类来看,禁止令(prohibition)、阻止令(injunction)这种看似在名称上类似强制行政命令的表述,实际上或是撤销行政机关的决定并禁止其再作出违法决定的命令,或是禁止执行违法决定并命令行政机关执行法定义务的命令,或是法院要求诉讼中的一方当事人不为一定行为或为一定行为的命令,而命令的签发可能基于诉讼相对方的申请。总体来说,这种制度实际上由司法权主导,而行政权配合执行或服从司法决定。

就中国司法命令的发展来看,2000年《中华人民共和国民事诉讼法》既是对中国的诉讼保全制度的一种发展,也是与国外阻止令制度接轨的一种尝试,其英译名称是“maritime injunction”。而2017年《中华人民共和国反家庭暴力法》中出现的“人身安全保护令”虽然有公安机关的协助执行,但其实际上也更倾向于“injunction”,而非“prohibition”或英国的人身保护状(the writ of habeas corpus)。这种司法责令行为在中国的专业领域甚至日常生活运行中拓展适用并日益规范化,上述两种命令在各自所在的法律中都有专章规定,且实体适用条件和程序规范完整,反衬出中国的行政责令制度发展相对滞后;而从形式来说,“责令改正”所依托

的《责令改正通知书》并不具备非常规范的形式,其在各地表现形式的繁简不一也决定了并非所有的类似决定都具有可诉性。同时,对于一直以来行政执法力量占据优势的中国来说,是否需要大力发展司法令状制度,其发挥作用的未来空间究竟有多大,其是否可以完全取代行政责令的功能,都是值得反思的问题。而在整个“责令类”行政行为体系中,“责令类”行政命令属于规范性最低的一种,发展方向的不明确和相关制度体系构建的不完整,造成其在各部门行政法中的功能倾向和实际作用相差极大。

五、海事行政“责令类”行为定性思路

对海事行政“责令类”行为进行定性不只是为解决单个部门法的问题,其对于盘桓在行政法领域各分支中难题的破解都有示范性的理论与实践意义。

(一)对海事行政“责令类”行为正名别类

如上所言,海事行政“责令类”行为也可分为“责令类”行政处罚、“责令类”行政强制与“责令类”行政命令。但不管是哪一类“责令类”行为,都应该有相对统一的名称,并应贯穿于海事类法律、法规和规章的各层级中。这其中,数量上居多的仍是“责令类”行政处罚与“责令类”行政强制措施,这两类行为的区分仍然可采大陆法系的命令性行为与形成性行为的区分标准,必要时海事领域原《暂行规定》对行政强制措施的认定结论可以作为辅助(的判断标准)。但对行政强制执行的设定必须由法律来进行。而对“责令类”行政命令来说,除依据法定的“责令改正”实施该行为外,也可在无法定依据时发布“职权命令”,这属于行政执法机关本身应有的权能,但从程序上来说,必须符合基础程序性要求。由于“责令类”行为的庞大体量,应在统合的基础上明确行政命令之“有名”行为的理论与实践地位。必要时出台统一的“行政命令法”或在未来的“行政程序法典”或其他相关行政立法领域的法典^①中专设“行政命令”一章,发展行政“责令”的体系,以期与司法“责令”(也包括诸如先予执行、证据保全这种隐性“责令”)之间形成较好的衔接,追求快速解决问题的手段的多元化,同时需符合行业领域特点和行业治理需要。

以文字表述上较为接近的语词为抓手进行区分

^① 2021年4月22日,全国人大常委会法工委发言人臧铁伟在记者会上介绍,要围绕“十四五”规划和2035年远景目标纲要的决议,加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法工作,研究启动条件成熟的行政立法领域法典编纂工作。参见《全国人大常委会法工委发言人:今年立法项目多于往年》,访问网址:<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1697778418146045991&wfr=spider&for=pc>。

是较为有效的办法。按照前文的分析,“责令停航整顿”就属于“责令类”行政处罚,“整顿”在“停航”之后,表达出整个行为的目的已不是单纯的阶段性“停(止)作(业)”,而是为了停止受罚主体的整项“产”“业”链条,这种表述与《行政处罚法》中的“责令停产停业”有接近的性质,且重于一般数额的罚款。而“责令停航”在有些地方的政府权力清单中被列为“行政强制”^①,但没有列清楚属于行政强制措施还是行政强制执行,由于其法律依据主要是《内河交通安全管理条例》和《中华人民共和国船员条例》(简称《船员条例》),因此,根据其设定依据的可得性,可以反推其属于行政强制措施。《内河交通安全管理条例》“法律责任”章中“责令停航”总共出现6次^②。其情形分别为“责令停航/停止作业+没收”“责令限期改正+罚款→逾期不改正,责令停航/停止作业”“责令限期改正→逾期不改正,责令停航+罚款”“责令改正+罚款→情节严重的,禁止进出港/责令停航+/暂扣适任证件”“责令改正+罚款→逾期不改正,责令停航”“警告+罚款+/责令停航/停止作业”。从上述6种“责令停航”的适用情形来看,“责令停航”作为与“停止作业”和“禁止进出港”相并列的适用举措,其适用更多是在“逾期不改正”的情况下采取的二次纠偏,也会与处罚措施并用(情节严重时),相比“责令(限期)改正”来说,其适用的严重程度要更高。如果将上述“责令停航”理解为行政处罚,从其并列于“禁止进出港”和“停止作业”来看,不像是相对人的能力或资格进行遏制,更像是对其暂时的行为进行控制,这更符合行政强制的特点。在第四种适用情形中,其与“暂扣适任证件”这种行政处罚的并列,让人更容易判断出“责令停航”作为“暂扣类”行为的前期或并列行为,其更接近于行政强制,而非对该类违法行为的“双罚”。

而对《船员条例》第44条来说,主要是名称统一的问题。该条规定:“船舶违反本条例和有关法律、行政法规规定的,海事管理机构应当责令限期改正;在规定期限内未能改正的,海事管理机构可以禁止船舶离港或者限制船舶航行、停泊、作业。”这种“限制船舶航行、停泊、作业”是否能直接等同于“责令停航”,值得考虑。该条款主要是依循了《海上交通安全法》第四章“航行、停泊、作业”的表述,虽然其实际效果达到了“停航”的目的,但表述上应予统

一、规范。

除上述两类之外,更为典型的就是以“责令改正”为代表的“责令类”行政命令,“责令改正”与“责一停”式行为较为接近。“责令停止作业”与“责令停产停业”表面相似,但由于其目的不同,短暂的强制停止与较长期的具备正式格式化文书的处罚决定,实际上也相对容易判断。若要进一步理清“责令改正”与“责令停止类”行为之间的关系,就需要对“责令改正”进行唯一性,即只允许存在一种性质的“责令改正”行为,将其他“责令改正”行为分流为“责令停止类”行政处罚行为或“责令不作为类”行政强制行为,并在此基础上进一步根据其法定依据的可得性加以区分定位。当然“责令类”行政命令行为不限于“责令(限期)改正”,对其他表述接近“责令改正”内容的条文,要看法条在表述和适用时的目的,以此判断其到底是为了制裁的行政处罚,还是为了控制事态、维护秩序的强制措施,抑或是实现执行目标的行政强制执行,或者是单纯为实现相对方作为或不作为之短期现时义务的命令。

(二) 统合各类“责令类”行为的表述与衔接

“责令改正”在海事行政领域中依其适用场合可具化为“责令类”行政命令,但应在适用中明确其与《行政处罚法》的精神衔接,尤其是在其与行政处罚可选择适用的场合,更应明确其作为行政命令适用而取代处罚措施时究竟属于哪一种“不予处罚”的情形,在此基础上配合《行政处罚法》处罚与教育相结合的原则适用。在必要时,对“责令改正”需要进行行政解释,即由国务院统一进行或在行业领域内由相应的最高级别的主管部门进行行政解释。以海事“责令改正”为例,应由中国海事局负责统一解释,其依据是1981年颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》。明确“责令改正”与“责令立即改正”的同义关系,区别于“责令限期改正”,将目前现行规范内的“责令限期纠正”统一为“责令限期改正”。

“责令改正”或“责令限期改正”与行政处罚之间有强弱关系,需要衔接,其虽不属于同一类别,但根据现有规范的表述顺序,“责令改正”所形成的威慑一般处于警告之后,罚款之前。“责令改正”作为“责令类”行政命令,既可以出现在“单(责令)命令+

^① 参见太原市政府部门权责清单,访问网址:<http://ty.sxzwfw.gov.cn/icity/icity/proinfo?code=1404-C-01400-140100>。不能单纯以地方的权责清单作为认定行为性质的标准,必要时还需对各地权责清单尤其是其中不一致的内容展开合法性审查和法律清理。

^② 参见《内河交通安全管理条例》第63条、第65条、第67条、第68条、第73条、第80条。

单(责令)处罚”的场合之中,也可以出现在“(责令)命令+罚款→情节严重时的(责令)强制+(暂扣类)处罚”或“(责令)命令+其他处罚→逾期不改正时的(责令)处罚”等多种排列组合的“双责令”场合,甚至可能同时出现两种行政强制措施的同时并用,如《海上交通安全法》第91条第1款规定:“……责令立即或者限期改正、限制操作,责令驶往指定地点、禁止进港或者将其驱逐出港。”当然,这实际上是有先后顺序的行政强制措施的联合适用,即“先停再强制其履行作为或不作为义务”,同条第3款也是此种适例。这种多元化的“责令类”行为的排列组合,如果不能分清其性质,对于“法律责任”的适用就很难完全做到既准确到位,又合乎比例。尤其是出现在“法律责任”部分的内容,如果全都是“责令类”命令与“责令类”强制的规定或组合,不能说是在法条顺位安排和章节归属上实现了准确无误。

另外,“责令改正”作为典型的行政命令行为,行政相对人可以对其提出行政诉讼,相关部门在作出该类行为过程中,如果违反法定程序,一样可能承担败诉的后果。由于“责令改正”作为行政命令的可塑性较强,与其他行为的融合度高,因此,一旦出现这种行为与其他行为的联合适用,其作为行为组成部分是单独发挥实体作用,还是体现其程序价值,需要根据具体案件来决定是单独撤销某一行为,还是一同撤销。

(三) 进一步模式化海事行政“责令类”行为^[18]

前文所述及的只是海事行政“责令类”行为的大类划分原则及其在具体适用中的“组合关系”,对于“责令类”行为来说,真正指导其性质落定的重要因素是其名称的相对统一与规范。名称的模式化有助于对其性质的快速识别与归类。比如,“责令重新检验”明显是对其再次完成作为义务的命令;“责令临时停航”实际上只是对“责令停航”的一种特殊时间状态的要求,没有必要作为单独一类。“责令离港”“驱逐出港”与“禁止进出港”在某些方面达到的效果是一致的,如果出于未来涉外法治应用统一的需要,对外国行政相对方尤其应注意相关术语在名称上的统一性与准确性,特别是如果不是“行政处罚驱逐出境”或“刑罚驱逐出境”的话,采用“责令”比“驱逐”更为合适,而“禁止进出港”要表达的也是一种强制目标,至于具体的过程,则可能以“责令类”表述替代更为合适。另一方面,还必须注意国际海事管理中的统一用语,如“责令改航”中的“改航”即为相对约定俗成的叫法,只有保留并使其保持国际

通用的含义,才更有利于涉外海事行政管理目标的实现。行政行为模式化的道路任重道远,统筹推进国内法治和国外发展也需要理论和实践的齐头并进。

(四) 通过完善自由裁量标准以实现“责令类”行为的落地

行政裁量标准的细化,是“责令类”行为准确适用更为需要的抓手。对于“情节严重”这种往往会导致“升格”的情形设置,一定要考虑裁量标准中的表述与法律原文表述上的统一。特别是“情节严重”将导致从“责令类”命令变为行政处罚,或从“责令类”强制变为刑罚时,就更应该考虑相关的司法解释,而行政解释与司法解释在此时的缺位,则要求裁量标准须经征求意见、专家论证、合法性审查等环节,此时裁量标准的制定具有“外部性”,不单是同性质的“升格”,更是具有外部适用性的条文精神延伸。基于法律保留原则,涉及犯罪和刑罚的情形往往不是裁量标准能够单独涉足的,因此,必须考虑与其他已有的合法依据的衔接与协调。

在《中华人民共和国海事局关于印发〈常见海事违法行为行政处罚裁量基准〉的通知》(海政法〔2021〕266号)所附的《常见海事违法行为行政处罚裁量基准》中,“责令”一词总共出现160次,其中“责令(其)改正”共出现108次,按照具体案由计算为90次。在一些案由中其被作为单独的“处罚基准”予以列示,有时的表述是“责令改正,不予处罚”,对应“从轻”或“一般”的情节。这虽符合《行政处罚法》的精神,但却不太符合“责令改正”本身的定位。“责令限期改正”出现8次,其中与“责令停止违法行为”共同出现2次,这种双责令式的行为是否必要,也可进一步考量。除此之外,其他13种“责令类”行为中,有“责令停止作业或航行”“责令立即停止作业或活动”等这种看似相近的5种行为,名称不尽统一,从处罚基准和内容来看,只有“责令停航”体现于处罚基准中。因此,这种有关“责令类”行为准确性、必要性、统一性的问题都需要通盘考虑,惟此才能保证“责令类”行为在裁量基准的助推下完全“落地”。

六、结语

海事行政“责令类”行为只是涉海行政执法的一个缩影,更多的可能是海事、海警、渔政、生态环境等部门联合执法,^[19]不同部门多种“责令类”行为并用,实际上这也是今后在涉外法治尤其是涉外法治中可能遇到的常见情况。这些原本定性不明的行为

的明确化和规范化,是提升国家治理能力不可或缺的一环。而从种属关系来看,“责令类”行政行为与“暂扣类”行政行为、“限制类”行政行为一样,都只是《行政处罚法》有限列举方式下的一种类型化分类,在庞大的行政行为体系之中,诸如“责令类”行为这种遍及各部门行政法的行为模式并不少见,这恰恰是中国下一步行政领域立法法典化需要完成的前期工作。有时还会出现名为此种行为而实为他种

行为的系统性多元定性结论。^[20]繁杂的部门行政法中,能够找出具有共性的行为特点实属不易,但行政立法的法典中的诸条文却恰源自这种基础性的搜寻式总结研究。只有这样攻破行政行为、行政主体、行政监督救济中的每一个“暗堡”,行政法的大道才能够更加通畅,中国的行政法理论才可真正指导实践,时常漫步于行政法治实践的前端。

参考文献:

- [1] 张正钊,胡锦涛. 行政法与行政诉讼法[M]. 7版. 北京:中国人民大学出版社,2021:157.
- [2] 王贵松. 论行政处罚的制裁性[J]. 法商研究,2020,37(6):24.
- [3] 薛艳华. 环境行政命令与环境行政处罚的错位与匡正——界分基准与功能定位的视角[J]. 大连理工大学学报(社会科学版),2019,40(6):93.
- [4] 叶晓川. “责令改正”的规范性研究[J]. 河北法学,2017,35(8):122.
- [5] 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),2013,43(1):110.
- [6] 周永龙. 中华人民共和国行政处罚法注释本[M]. 最新修订版. 北京:法律出版社,2021:73.
- [7] 曹实. 行政命令与行政处罚的性质界分[J]. 学术交流,2016(2):114.
- [8] 王留一. 论行政行为明确性原则的司法适用与制度实现[J]. 行政法学研究,2019(5):125.
- [9] 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,1995:53-54.
- [10] 黄镔. 行政执法中责令改正的法理特质与行为结构[J]. 浙江学刊,2019(2):169.
- [11] 李孝猛. 责令改正的法律属性及其适用[J]. 法学,2005(2):55.
- [12] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:207.
- [13] 杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京:中国法制出版社,1998:367-369.
- [14] 孙晋,杨军. 《传染病防治法》行政责令的法律属性和效力[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2020,73(3):36.
- [15] 于安. 德国行政法[M]. 北京:清华大学出版社,1999:113.
- [16] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 增订8版. 北京:中国人民大学出版社,2005:185.
- [17] 薛波. 元照英美法词典[M]. 北京:法律出版社,2003:1424-1425.
- [18] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 7版. 北京:北京大学出版社,2019:155-156.
- [19] 王世涛. 部门行政法的理论基础与体系建构——以海事行政法为视角[J]. 中国海商法研究,2020,31(4):10-11.
- [20] 温学鹏. 论行政强制措施的要害——从行政强制措施的事实损害性特征切入[J]. 重庆理工大学学报(社会科学),2018,32(4):100.