

# “其他行政处罚”若干问题研究

胡建森\*

**内容提要:**我国目前由法律和行政法规规定的“其他行政处罚”数量多,分辨难度大,大量本不属于行政处罚范畴的行为被误认为“其他行政处罚”。对“其他行政处罚”的准确认定直接关系到法律的适用和行政诉讼管辖的确定。“其他行政处罚”制度存在的合理尚值得质疑,这是因为对行政处罚采取纯形式标准的分类所致。将来的行政立法应当取消,至少需要限制“其他行政处罚”制度。

**关键词:**其他行政处罚 行政罚 合理性

## 一、问题的提出及意义

《中华人民共和国行政处罚法》<sup>〔1〕</sup>第8条规定:“行政处罚的种类:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。”这就是中国行政处罚的“6+1”种类。所谓“6+1”的处罚种类,系指中国有6种处罚种类是直接由行政处罚法设定的,即:警告、罚款、没收、责令停产停业、吊销证照、行政拘留,但这6种处罚以外的种类,应当由法律和行政法规另行设定。在行政法理上,我们将由行政处罚法直接设定的6种处罚称作“本行政处罚”,将这6种处罚(即本行政处罚)以外的由法律和行政法规另行设定的行政处罚,称作“其他行政处罚”。

在当下的中国,大量的法律和行政法规规定了大量的“其他行政处罚”。<sup>〔2〕</sup>“其他行政处罚”的数量远大于“本行政处罚”的量。据不完全统计,<sup>〔3〕</sup>我国现行的法律和行政法规所规定的其他行政处罚至少有下列这些形式:批评教育(《中华人民共和国义务教育法》第15条);通报批评(《中华人民共和国审计法》第41条);训诫、禁闭(《中华人民共和国看守所条例》第36条);责令具结悔过(国务院

\* 浙江大学法学院教授。

〔1〕 1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过,1996年3月17日中华人民共和国主席令第63号公布,1996年10月1日起施行。

〔2〕 我国在制定行政处罚法时,就有人士作过统计,认为现行法律和行政法规规定的行政处罚种类有120种之多,见全国人大常委会法制工作委员会国家法、行政法室编著:《〈中华人民共和国行政处罚法〉讲话》,法律出版社1996年版,第33页。如果这一统计准确,那么在今天,“其他行政处罚”也该有120种之多。因为所有的行政处罚种类,除掉6种处罚,剩下的就是“其他行政处罚”。

〔3〕 这里的资料来自浙江大学法学博士生陈林林的统计。

《关于〈中华人民共和国集会游行示威法实施条例〉的批复》第 28 条);取消资格或除名(《中华人民共和国职业病防治法》第 74 条);撤销奖励、追回奖金(《国家科学技术奖励条例》第 21 条);停止或取消抚恤和优待(《军人抚恤优待条例》第 40 条);收回(奖励)证书、奖章和奖金(《教学成果奖励条例》第 15 条);负全部责任(《道路交通事故处理办法》第 19-21 条);规定期限内不得申领有关执照和证书(《中华人民共和国民用航空法》第 205 条);降低资质等级(《中华人民共和国建筑法》第 66、67、68、69、71、73、74、76 条);暂停其原产地证签发权(《中华人民共和国出口货物原产地规则》第 10 条);终身不予注册(《建设工程质量管理条例》第 72 条);(主管人员和其他直接责任人员 10 年内)不得从事药品生产、经营活动(《中华人民共和国药品管理法》第 76 条);3 年内不得再次参加教师资格考试(《教师资格条例》第 20 条);中标无效(《中华人民共和国反不正当竞争法》第 27 条);取消批准文件(《城市绿化条例》第 29 条);采取补救措施(《城市绿化条例》第 26 条);撤销学位(《中华人民共和国学位条例》第 17-18 条);撤销登记(《中华人民共和国公司法》第 206 条);取缔(《中华人民共和国执业医师法》第 39 条);关闭营业场所(国务院办公厅《关于进一步加强互联网上网服务营业场所管理的通知》第 2 部分);责令停止建设(《中华人民共和国城市规划法》第 40 条);责令停止使用(《中华人民共和国计量法》第 26 条);责令停止开垦(《中华人民共和国草原法》第 19 条);停止招生或办园(《幼儿园管理条例》第 27 条);排除妨碍(《中华人民共和国水法》第 44 条);公开更正(《中华人民共和国广告法》第 37、39、40 条);责令搬迁、停业、关闭(《中华人民共和国环境噪声污染防治法》第 52 条);责令补种盗伐株数 10 倍的树木(《中华人民共和国森林法实施条例》第 38、39、41 条);缴纳社会抚养费(《中华人民共和国人口与计划生育法》第 41 条);征收(超标)排污费(《中华人民共和国环境噪声污染防治法》第 16 条);缴纳土地闲置费和收回土地使用权(《中华人民共和国土地管理法》第 37、58、65、78 条);收回海域使用(《中华人民共和国海域使用管理法》第 43、46、48 条);征收滞纳金(《中华人民共和国海关法》第 24 条);交纳滞纳金(《中华人民共和国耕地占用税暂行条例》第 10、12 条);罚息(《粮食收购条例》第 15 条);停止出售、销毁、撤销出版社登记(《法规汇编编辑出版管理规定》第 13 条);加收费用、停止供电(《电力供应与使用条例》第 40 条);限期出境、驱逐出境(《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第 30 条);6 个月以内不受理其出境、入境申请,缩短其停留期限,限期离境,或者遣送出境(《中国公民往来台湾地区管理办法》第 35、40 条);劳动教养、强制治疗(《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》);不批准出国(《国务院关于自费出国留学的暂行规定》第 16 条)等等。

以上并未穷尽的大量由法律和行政法规设定的“其他行政处罚”,是否从行为性质上认定真的全都属于“行政处罚”?答案显然是否定的。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”并非是件易事;立法者们在立法时并非全能从行政法理上准确把握住行政处罚的内在特性。对于一种非行政处罚行为,并非只要立法者把它“写入”行政处罚的“栏目”,它就真的成为行政处罚了。即便有人把“颁发奖金”列为“行政处罚”,人们也不会接受这一因背离“奖励是受益性的,处罚是制裁性的”法则而显得如此荒唐的规定。法律只是对存在的一种表达,“法律应该以社会为基础,”〔4〕而不是相反。

我们需要探究行政处罚的法理,从而准确界定“其他行政处罚”的范围,这不仅是改变目前立法混乱的考虑,更重要的是它的准确认定与保证法律的准确适用、确定行政诉讼的管辖有关。

我国的行政处罚法是集中规范行政处罚行为与程序的基本法,它为行政机关作出行政处罚设置了实体标准与程序标准。如果行政机关作出的行为属于行政处罚,那么行政机关就必须遵循行政处罚法所规定的要求,如处罚法定、事先告知、举行听证等;如果进入行政诉讼,人民法院同样将按行政

〔4〕 马克思:《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》,《马克思恩格斯全集》第 6 卷,人民出版社 1961 年版,第 291 页。

处罚法的标准来作合法性审查。这同时意味着,如果行政机关作出的行为不属于行政处罚,而属于其他行为,那么它就受其他法律法规的调整,如行政许可由行政许可法调整,行政行为的撤回受行政程序法调整。由于我国已有单一的行政处罚法,“其他行政处罚”行为的定性直接决定了它受行政处罚法调整的合理性。

此外,能否准确认定“其他行政处罚”行为,有时还涉及到能否准确选择诉讼管辖的制度。譬如,对于劳动教养,如果我们认定这一行为属于行政处罚,那么,当行政相对人不服劳动教养而起诉时,就应当按照行政诉讼法第17条<sup>[5]</sup>规定,适用“原告就被告”(即原告应当到被告所在地的人民法院去起诉)规则确定诉讼管辖;但如果我们认定劳动教养属于行政强制措施,当行政相对人不服劳动教养而起诉时,那就应当按照行政诉讼法第18条<sup>[6]</sup>规定,适用“选择管辖”规则确定诉讼管辖,即行政相对人既可以在原告所在地人民法院起诉,也可在被告所在地人民法院起诉。

由上可见,如何准确地认定“其他行政处罚”行为,不仅是一个行政法理问题,它更是一个在行政执法实践中如何适用法律和在行政诉讼司法实践中如何确定诉讼管辖的操作性问题。

## 二、认定“其他行政处罚”标准

我们现在急于做的不是事先对第一部分所列各种“其他行政处罚”作一筛选,划分出哪些属于行政处罚,哪些不属于行政处罚,而是应当事先确立用以这一筛选的标准。也就是说,我们应当先寻找认定标准,而不是先列出认定结果。因为没有正确的标准就不可能有正确的结果。

如何认定“其他行政处罚”,我们可以采用形式标准或者实质标准。让我们先尝试一下形式标准。如果以形式上的标准来界定“其他行政处罚”,那么,工作就会显得非常简单,只要按照以下标准操作问题就迎刃而解:

第一,将法律和行政法规所规定的“其他行政处罚”在形式上与行政处罚法第8条规定的6种处罚种类(即警告、罚款、没收、责令停产停业、吊销证照、行政拘留)就相同性进行比较。如果相同,那就不属于“其他”行政处罚,而属于“本”行政处罚了。只有不同,才有可能属于“其他行政处罚”。这一点我们在统计时早就注意到了,本文第一部分所列的“其他行政处罚”都在形式上与“原”6种行政处罚有别,属于“原”6种行政处罚以外的“其他”行为。

第二,法律和行政法规是否明示该类行为属于“行政处罚”,或者至少列入“罚则”或“法律责任”的栏目内?如《法规汇编编辑出版管理规定》<sup>[7]</sup>第13条规定:“违反本规定,擅自出版法规汇编的,根据不同情况出版行政管理部门或者工商行政管理部门依照职权划分可以给予当事人下列行政处罚:……(二)停止出售;(三)没收或者销毁……(七)撤销出版社登记……。”由于该行政法规明文列出“停止出售”、“销毁”和“撤销出版社登记”属于“行政处罚”,那么,这些行为当然属于“其他行政处罚”了。再如,《国家科学技术奖励条例》<sup>[8]</sup>第21条规定:“剽窃、侵夺他人的发现、发明或者其他科学技术成果的,或者以其他不正当手段骗取国家科学技术奖的,由国务院科学技术行政部门报国务院批准后撤销奖励,追回奖金。”本文虽对“撤销奖励”、“追回奖金”是否属于“行政处罚”没有直接“表态”,但由于该条文是置于“第4章罚则”之下,因而也应当属于“其他行政处罚”之列。

然而问题并非如此简单。本文第一部分所列的几十种“其他行政处罚”,大都既没有被所规定的

[5] 行政诉讼法第17条规定:“行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖……。”

[6] 行政诉讼法第18条规定:“对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼,由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。”

[7] 国务院于1990年7月29日颁布。

[8] 国务院于1999年5月23日颁布。

法规直接表明“行政处罚”的性质,也没有列于“罚则”或“法律责任”栏目之下,<sup>[9]</sup>我们难道就能因此将它们全部置于“其他行政处罚”范围之外?另一方面,难道只要“立法者”表明某一行为属于行政处罚,或者列于“罚则”或“法律责任”章目之下,就能不加区分地将它们确定为“其他行政处罚”,不论这一行为是否具有“行政处罚”的“性质”?这种逻辑只有在一种前提下是成立的,那就是我们不得不假设:对上述“其他行政处罚”作出规定的立法者全是天使。

这种困境迫使我们转向探索认定“其他行政处罚”的实质标准。这种实质性的思维与形式上的考察明显不同,它并不在乎法律是怎么规定的,而在乎注重每一类行为的本质属性是否符合“行政处罚”的“特性”。只有符合行政处罚特性的行为才能被认定为行政处罚;它会同时要求立法者在规定其他行政处罚时把真正的行政处罚规定进去,而避免将本来就不具有处罚性的行为误作行政处罚而纳入其他行政处罚之中。

那么,(其他)行政处罚<sup>[10]</sup>的真正特性是什么呢?是哪些特性得以将行政处罚与非行政处罚行为相区别呢?

在英美法系国家,本文所涉的“行政处罚”被称作“行政制裁”。这种制裁制度系指国家机关对违反行政法上义务的行为人所给予的惩罚,其制裁主体可以是行政机关,也可以是司法机关,而且以后者为主。<sup>[11]</sup>它们没有单一的“行政制裁法”,因而缺少理论上的定义。<sup>[12]</sup>我们可以在美国1946年的联邦行政程序法<sup>[13]</sup>上找到一个直接的定义。该法第551条<sup>[14]</sup>第(10)规定:“‘制裁’包括下列行政机关行为的全部或一部分:1.禁止、强制、限制、或者其他影响个人自由的措施;2.不予救济;3.给予处罚或罚金;4.销毁、禁用、没收或者扣押财产;5.确定应给付的损害赔偿、归还、恢复原状、补偿、成本费、收费或酬金的数额;6.许可证的吊销、停止或附加条件;7.采取其他强制性或限制性措施。”<sup>[15]</sup>但读完这一定义马上令人失望,因为在美国不存在我国行政法意义上的“行政处罚”与“行政强制措施”之分,这就导致他们将所有对行政相对人不利的措施都定义为“行政制裁”。英国也是如此。<sup>[16]</sup>在大陆法系国家,“行政处罚”被称作“行政罚”。它们以单一的“行政罚法”为基础,<sup>[17]</sup>大多把“行政罚”定义为:“对于违反行政法上之义务者,依据一般统治权,制裁其行为所科之处罚的总称。”<sup>[18]</sup>但这种定义同样使我们失望,因为它除了表明“行政罚”是一种行政性的“制裁行为”外,没有就行政处罚的特性为我们提供更多的信息。

[9] 有的法规不设“罚则”或“法律责任”之类的章目。

[10] 在这里,探讨“行政处罚”标准与探讨“其他行政处罚”的标准是同一个问题。

[11] 司法机关是实施行政制裁的主要主体,这就是英美法系国家行政处罚制度与大陆法系不同的一大特点。

[12] 我们在英美国家的行政法教科书中,想找到有关“行政制裁”的专门章节会是一种徒劳。其由行政机关实施的制裁被作为行政机关具体行政行为的主要形式“裁决”(Adjudication)所包含;由司法机关进行的“制裁”,则被司法审查制度所包含。

[13] 美国《联邦行政程序法》(The Administrative Procedure Act,简称APA)于1945年由美国国会参众两院先后通过,1946年6月11日由杜鲁门总统签署公布生效。该法于1966年9月6日编入《美国法典》第五篇。1978年,美国国会对该法的部分条款作过修订。

[14] 这是按美国法典的统一编号。

[15] 原文是:“sanction” includes the whole or a part of an agency -- (A) prohibition, requirement, limitation or other condition affecting the freedom of a person; (B) withholding of relief; (C) imposition of penalty or fine; (D) destruction, taking, seizure, or withholding of property; (E) assessment of damages, reimbursement, restitution, compensation, costs, charges, or fees; (F) requirement, revocation, or suspension of a license; or (G) taking other compulsory or restrictive action”.

[16] See J. A. G. Griffith and H. Street, *Principles of Administrative Law*, London: Sir Issac Pitman & Sons Ltd., 1952; Louis L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown & Co., 1965.

[17] 其中最典型的是:德国于1952年就制定了违反秩序罚法(1952年1月2日由联邦议会制定并通过。此法后经几次修改,最新的修正案于1992年7月15日通过);奥地利早在1925年就制定了行政罚法(Verwaltungsstrafgesetz - VStG),1950年5月23日由奥地利联邦公报第172号修订重新颁布。

[18] [日]田中二郎:新版行政法上,第170页,昭和四十二年。转引自张剑寒等:《行政制裁制度》,行政院研究发展考核委员会编印,1979年,第195页。

我国台湾学者将“行政罚”区分为广义与狭义。就广义而言,行政罚“大致包括行政刑罚、行政程序罚、惩戒罚及执行罚(行政强制执行)。”<sup>[19]</sup>而狭义上的“行政罚”,“系以秩序罚为主要内容,故又称为行政秩序罚。行政秩序罚可以说是行政机关基于维持行政秩序之目的,对于过去违反行政义务者,所施以刑罚以外之处罚,资为制裁。”<sup>[20]</sup>这一定义揭示了“行政罚”的几个特性:行政罚由行政机关实施;行政罚是对违反行政义务者的一种制裁;行政处罚是刑罚以外的处罚。<sup>[21]</sup>

中国大陆有关行政处罚的理论,随着行政处罚法的制定与实施而日趋成熟。现行大多行政法教科书和著作认为:所谓行政处罚,系指依法拥有行政处罚权的行政机关,对违反行政管理秩序而尚未构成犯罪的公民、法人或者其他组织所实施的行政制裁。<sup>[22]</sup>这种认识虽已提示了行政处罚行为的主要特征,但不是全部特征。如果我们只是依赖定义中几个公认的特征,那么我们依旧无法避免及解决在划清“行政处罚”与“非行政处罚”之间界线时所遇到的困难。作者以为,以下几个方面应当构成行政处罚的主要特性:

第一,行政性。行政处罚是一种行政行为,而不是民事行为或者其他国家行为。它由行政机关基于行政关系而作出,体现了国家行政权的运行。

第二,具体性。行政处罚是一种具体行政行为,它是行政机关针对特定的相对人就特定的事项所作出的行政处理。因此,具有制裁性的抽象规则不属于行政处罚。

第三,外部性。行政处罚是一种外部行政行为,是行政机关代表国家对社会所作的监控,体现了国家对社会的管理,而不是国家的自身管理。因此,上级行政机关对下级行政机关、行政机关对其工作人员的通报批评及其他制裁性的处理,都不属行政处罚法意义上的行政处罚。

第四,最终性。最终行为是与中间行为相对应的一对范畴。所谓中间行为,系指这种行为仅构成对某事处理过程中的一个环节,并未对某事作出最终处理。它是为其他行为服务的一种临时性的行为,如扣押便是一例。而最终行为系指对某事的最终处理完毕,有了最终的处理结论,如吊销证照。行政处罚是一种最终行为,而不是中间行为。

第五,制裁性。行政处罚是行政机关对违反行政管理秩序的行为人的行政制裁。制裁是对违法行为的制裁,因而必须以违法行为的存在为前提。制裁的目的,是通过强制违法者为其违法行为付出对应的、对其不利的代价。在行政处罚的所有特性中,“制裁性”是行政处罚最本质的特性。难怪不少学者在“行政处罚”与“行政制裁”之间划上等号。

第六,一次性。行政处罚是行政机关对于相对人的某一违反行政管理秩序行为所作的一次性处理。如果行政机关对于相对人的某一违法行为可以反复地、持续地实施下去,那它就不是行政处罚,而有可能构成“行政执行罚”。

### 三、“其他行政处罚”的“周边关系”

现在也许已经到了我们可以借助上述行政处罚的六个特性分辨“其他行政处罚”的时候了!但是,“分辨”的方法不应直接回答“什么属于其他行政处罚”,而应当事先回答“什么不属于其他行政处罚”,特别是甄别那些看似其他行政处罚其实不属其他行政处罚的“周边”行为。为此,我们必须划清

[19] 洪家殷:《第十四章:行政制裁》,载翁岳生主编:《行政法(2000)》下册,中国法制出版社,2002年版,第825页。

[20] 同前注。另参见吴庚:《行政法之理论与实用》,第423页;陈新民:《行政法学总论》,第281页。

[21] 我国台湾地区迄今尚无单一的“行政罚法”,因此其处罚的手段,由各种分散的“法令”所规定。据他们统计,我国台湾地区的处罚手段共分九类162种。见前引[18]张剑寒等书,1979年,第5页以下。

[22] 参见前引[2]书,第99页;胡建淼:《行政法学》,法律出版社2003年版,第289页;王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1999年版,第185页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第149页;冯军:《行政处罚法新论》,中国检察出版社2003年版,第32页以下。

下列几条界线:<sup>[23]</sup>

(一)其他行政处罚与行政强制措施

行政强制措施系指国家行政机关为了维护和实施行政管理秩序,预防与制止社会危害事件与违法行为的发生与存在,依照法律、法规规定,针对特定公民、法人或者其他组织的人身、行为及财产进行临时约束或处置的限权性强制行为。这种行为在形式上与行政处罚很接近,特别是某些行为形态既可作为行政处罚的形式,也可作为行政强制措施的形式出现。如行政机关根据《中华人民共和国道路交通安全法条例》<sup>[24]</sup>第74条<sup>[25]</sup>规定对当事人吊扣驾驶证的,属于行政处罚;但依据该法第87条<sup>[26]</sup>规定对当事人暂扣驾驶证的,则属于行政强制措施了。其他行政处罚与行政强制措施的主要区别在于:

第一,行政处罚是一种制裁性行为,而行政强制措施是一种保障性行为。前者是对违反行政管理秩序者的惩罚,因而必然以相对人的违法为前提;但后者则是为了维护和实施行政管理秩序,预防与制止社会危害事件与违法行为的发生与存在,或为保障事后的处理行为能顺利作出。对随地吐痰者的“罚款”属于处罚,因为它是对违法者(随地吐痰者)的制裁;对可疑车辆的“扣押”属于强制措施,因为它是为了保障事后对可疑事件的查处。

第二,行政处罚是一种最终处理的行为,而行政强制措施是临时性的程序行为。如“没收”属于处罚,它的作出意味着对该事件的最终处理完毕;而“冻结”属于强制措施,因为它是一种中间性的程序行为,是为保障处理决定的作出或执行而临时采取的保障手段。

根据这一界线,我们会发现,在本文第一部分所列的“其他行政处罚”形式中,有些不属于“其他行政处罚”,而是“行政强制措施”。如《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》<sup>[27]</sup>第4条第4款规定:“对卖淫、嫖娼的,一律强制进行性病检查。对患有性病的,进行强制治疗。”这里的“性病检查”和“强制治疗”就属于行政强制措施,不属于行政处罚。因为它的直接目的不是对卖淫、嫖娼者的惩罚,而是对性病患者的预防与治疗。

(二)其他行政处罚与行政执行罚

行政执行罚系指因当事人拒不履行已经生效的行政处理决定(包括行政处罚决定),行政机关依法对其实施另一个处罚,以迫使当事人自觉履行,直到达到前一处理决定被履行时为止。行政执行罚与行政处罚都具有惩罚性,这使它们非常接近。但只要掌握下列界线,它们之间也并非不易区别:

第一,从目的上说,行政处罚是旨在直接制裁一种违法行为,而行政执行罚是为了迫使当事人履行前一个处理决定而实施的保障性措施。

第二,从行为持续性上看,行政处罚是一次性的,而行政执行罚是持续性的。对于后者,在当事人不履行前一决定之前,行政机关可持续地处罚下去,直到当事人履行为止。

第三,从行为性质上说,行政处罚属于“基础行为”,行政执行罚则属于“执行行为”,两种行为所处的行为范围领域是不同的。<sup>[28]</sup>

第四,从被规制的法律上看,行政处罚受行政处罚法的调整,而行政执行罚则受将要制定的行政

[23] 由于“其他行政处罚”属于“行政处罚”,所以,“其他行政处罚”与“周边行为”之间的界线同样适用于“行政处罚”与“其他行为”之间的界线。

[24] 1988年3月9日国务院发布,自1988年8月1日起施行。

[25] 该条规定:“机动车驾驶员有下列行为之一的,除依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定处罚外,可以并处吊扣6个月以下驾驶证;情节严重的,可以并处吊扣6个月以上12个月以下驾驶证:(一)醉酒后驾驶机动车的;(二)把机动车交给无驾驶证的人驾驶的;(三)挪用、转借机动车牌证或驾驶证的。”

[26] 该条规定:“受罚款处罚的人当场未交罚款的,公安机关对机动车驾驶员,可以暂扣驾驶证或行驶证;对非机动车驾驶员,可以暂扣车辆……。”

[27] 1991年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第21次会议通过。

[28] 对行政行为区分“基础行为”与“执行行为”起始于德国的公法理论。可参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第489页;科伦布茨高级行政法院:NVwZ,1986年,第762页。

强制法的调整。这是说,它们两者所适用的法律是不同的。

行政处罚法第51条规定:“当事人逾期不履行行政处罚决定的,作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施:(一)到期不缴纳罚款的,每日按罚款数额的百分之三加处罚款……。”对照以上标准,我们不难得出结论。在行政处罚法的这个条文中,前后出现了两个“罚款”,这两个“罚款”的性质是不同的:前一个“罚款”(即“到期不缴纳罚款的”,这里出现的“罚款”),属于行政处罚;后一个“罚款”(即“百分之三加处罚款”,这里出现的“罚款”),则属于行政执行罚。

由此可以分析,本文第一部分所列“征收滞纳金”(《中华人民共和国海关法》第24条)、“交纳滞纳金”(《中华人民共和国耕地占用税暂行条例》第10条)等,从本质上说,也是属于行政执行罚,因为它们都是当事人因不履行前一行政法上义务而引起的后果。

### (三)其他行政处罚与责令纠正违法(含责令停止违法,下同)

当发现当事人有违法行为时,行政机关在对他依法实施行政处罚时,同时有权力也有责任责令当事人纠正违法,这是行政处罚法第23条<sup>[29]</sup>所明文要求的。但是,实施行政处罚与责令纠正违法完全是两类不同的行为,我们不该将后者误作行政处罚。它们之间的主要区别在于:

第一,行政处罚是对违法行为人的一种制裁,而责令纠正违法是对违法状态的一种处理。两者的功能不同,不能互相替代。如果说对随地吐痰者罚款是一种行政处罚的话,那么责令吐痰者把所吐的痰擦干净便是责令纠正违法。

第二,行政处罚是对违法行为人的一种惩罚,而责令纠正违法是对违法现状的一种修复。责令纠正违法意味着将违法的现状直接修复为合法的状态,因而它有恢复原状的功能;正因为责令纠正违法具有恢复原状之功能,所以当事人所需的付出仅与恢复原状的成本相等。而行政处罚不同,它不是直接对违法状态的修复,而是对违法行为人进行制裁,以迫使其吸取教训,保证以后不再违法。为了达到这一目的,处罚具有惩罚性,当事人必须为其违法行为付出比修复行为更多的“代价”。从这种意义上说,纠正违法作为一种“修复”是等价的,而处罚作为一种“惩罚”是不可能等价的。

第三,从行为属性上讲,责令纠正违法是一种行政命令行为,不属于行政处罚行为。在实践中,有的行政机关在行政处罚决定书中将责令纠正违法作为一种处罚的种类表达,是错误的。

我们可以作一个案例分析。《中华人民共和国森林法实施条例》<sup>[30]</sup>第38条规定:“盗伐森林或者其他林木,以立木材积计算不足0.5立方米或者幼树不足20株的,由县级以上人民政府林业主管部门责令补种盗伐株数10倍的树木,没收盗伐的林木或者变卖所得,并处盗伐林木价值3倍至5倍的罚款。盗伐森林或者其他林木,以立木材积计算0.5立方米以上或者幼树20株以上的,由县级以上人民政府林业主管部门责令补种盗伐株数10倍的树木,没收盗伐的林木或者变卖所得,并处盗伐林木价值5倍至10倍的罚款。”在这里,“没收……所得”、“处盗伐林木价值3倍至5倍的罚款”无疑属于行政处罚,那么,“责令补种盗伐株数10倍的树木”是否属于其他行政处罚呢?我们的答案是肯定的。这里的关键是“10倍”的要求。补种盗伐株数10倍的树木,不是等价性的修复,而是一种惩罚,因而属于其他行政处罚。相反,如果这里的规定是“责令补种与盗伐株数相等的树木”,那就属于“责令纠正违法了”。

由此看来,在本文第一部分中所列的“采取补救措施”(《城市绿化条例》第26条)、责令停止建设(《中华人民共和国城市规划法》第40条)、责令停止使用(《中华人民共和国计量法》第26条)、责令停止开垦(《中华人民共和国草原法》第19条)、停止招生或办园(《幼儿园管理条例》第27条)、排除妨碍(《中华人民共和国水法》第44条)、公开更正(《中华人民共和国广告法》第37、39、40条)、停止出售(《法规汇编编辑出版管理规定》第13条)等均不属于“其他行政处罚”,而属“责令纠正违法”之行为

[29] 行政处罚法第23条规定:“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。”

[30] 2000年1月29日中华人民共和国国务院令第278号发布,自发布之日起施行。

范畴。

#### (四)其他行政处罚与具体行政行为的撤回

如果说责令纠正违法是行政机关责成相对人纠正违法的一种方式,那么,具体行政行为的撤回是行政机关针对自己不当的行为进行自我修复的行为。所谓具体行政行为的撤回,是指行政机关基于相对人一定的事实条件对其作出某种具体行政行为,事后发现相对人不具备该条件,便由原行政机关收回该具体行政行为。它是行政行为消灭的一种形式。撤回虽与撤销同属行政行为的消灭,但撤回是原机关对自己行为的收回,撤销是职权机关(如上级行政机关或行政复议机关等)对被监督的行政机关行政行为的一种取消;撤回是鉴于事后发现相对人不具备申请条件(大多因相对人隐瞒事实所致),撤销则是鉴于已作出的行政行为违法。在实践中,我们有时会将具体行政行为的撤回误作行政处罚,其实它们之间有明显区别:

第一,从直接的功能上讲,行政处罚是对违法行为人的一种惩罚,而具体行政行为的撤回是行政机关对自己业已作出的前一行为的收回,体现对自己行为的修复。

第二,从性质上讲,行政处罚是一种不利行为,它是对相对人权利的剥夺或限制;而具体行政行为的撤回是一种中性行为,它可能是一种不利行为(如撤回许可证),也可能是一种有利行为(如撤回处罚决定)。

第三,从范畴上讲,行政处罚是具体行政行为的一种形式,而所有具体行政行为都将经历或处于“成立——变更——消灭”中的某一阶段,具体行政行为的撤回仅仅是行政行为“消灭”的一种形式。

第四,从法律适用上讲,行政处罚由行政处罚法规制,而且必须实施处罚法定原则;而具体行政行为的撤回受一般“行政程序法”调整,而且从理论上说,只要由于相对人的隐瞒或欺骗,致使行政机关误解而作出某种具体行政行为(如行政许可),行政机关事后发现了,均有权撤回原行为,从而使相对人丧失原权利。

我们假设,某当事人秦某,在向某司法行政部门申领律师执业证时,在申请表上隐瞒了他被单位开除公职的事实,并伪造了有关单位的意见,司法行政部门审查不严,发给其律师执业证。事后被人揭发,司法行政部门吊销了秦某的律师执业证。这从性质上说,是属于具体行政行为的撤回,而不是行政处罚。再假设,秦某取得律师执业证是合法的,但他取得该证之后,在执业中向法官行贿,司法行政部门依据《中华人民共和国律师法》<sup>[31]</sup>第45条<sup>[32]</sup>规定吊销其律师执业证,这就属于行政处罚了。

根据这一原理,我们就不难发现,本文第一部分所列的下列行为其实不属于“其他行政处罚”,而属于“具体行政行为的撤回”:撤销奖励、追回奖金(《国家科学技术奖励条例》第21条)、收回(奖励)证书、奖章和奖金(《教学成果奖励条例》第15条)、收回土地使用权(《中华人民共和国土地管理法》第37、58、65、78条),等等。

#### (五)其他行政处罚与行政收费

行政收费系指行政机关依据法律法规所规定的项目标准对相对人征收费用的行为。由于征收费用意味着要求相对人承担了不利的经济负担,因而容易与行政处罚相混淆。但其实,它们之间的界线也应当是明晰的:

第一,行政处罚以相对人的违法为前提,而行政收费不一定以相对人的违法为前提。行政收费主

[31] 1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过,1996年5月15日中华人民共和国主席令第67号公布,自1997年1月1日起施行。

[32] 该条规定:“律师有下列行为之一的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)泄露国家秘密的;(二)向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的;(三)提供虚假证据,隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据,隐瞒重要事实的。律师因故意犯罪受刑事处罚的,应当吊销其律师执业证书。”

要不是作为一种制裁违法的手段,而是社会利益与秩序的平衡。

第二,行政处罚是一次性的,而行政收费可以是一次性的,也可以是连续性的。

第三,行政处罚所得款项上交国库,统筹使用,没有事先指定的用途;而行政收费纳入具体项目,国家有事先指定的用途。

鉴此,我们认为本文第一部分所列的“缴纳社会抚养费”(《中华人民共和国人口与计划生育法》第41条)、“征收(超标)排污费”(《中华人民共和国环境噪声污染防治法》第16条)、缴纳土地闲置费(《中华人民共和国土地管理法》第37)等,都属于行政收费,而不是其他行政处罚。

#### (六)其他行政处罚与确认无效、行政行为无效

在现实中,法律法规常赋予行政机关对民事行为具有包括认定权在内的监管权,如认定某项民事行为无效。行政机关认定某项民事行为无效,认定行为本身虽然属于具体行政行为,但它不属于行政处罚行为。因为在行政处罚中,当事人违反的是行为的合法条件,而在行政机关确认某行为无效中,当事人违反的是有效要件。

《中华人民共和国反不正当竞争法》<sup>[33]</sup>第27条规定:“投标者串通投标,抬高标价或者压低标价;投标者和招标者相互勾结,以排挤竞争对手的公平竞争的,其中标无效。监督检查部门可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。”在这里,“罚款”当然属于行政处罚,但行政监督检查部门认定“中标无效”属于确认无效,不属“其他行政处罚”。

此外,因行政行为的无效而恢复原状,也不属于行政处罚。如《中华人民共和国海域使用管理法》<sup>[34]</sup>第43条规定:“无权批准使用海域的单位非法批准使用海域的,超越批准权限非法批准使用海域的,或者不按海洋功能区划批准使用海域的,批准文件无效,收回非法使用的海域;对非法批准使用海域的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。”在这里,“收回海域”系属“批准文件无效”而恢复原状的措施,因而也不属“其他行政处罚”。

#### (七)其他行政处罚与承担民事责任

如果在平等的民事关系中,因一方当事人违约或侵权,另一方当事人依据合同或者法律规定追究另一方当事人的责任,这属于承担民事责任,而不属于“其他行政处罚”。因为其他行政处罚是在行政法律关系中行政主体对行政相对人依法所实施的制裁。

据此,我们可以认为,本文第一部分所列供电企业对用电单位“加收费用、加收违约金、停止供电”(《电力供应与使用条例》第40条)、由违章行为人“负全部责任”(《道路交通事故处理办法》第19条)、中国人民银行对中国农业发展银行实施“罚息”(《粮食收购条例》第15条)等等,都属于民事责任的确认与承担,不属“其他行政处罚”。

当我们完成对“其他行政处罚”之“周边关系”的清理时,才发现:对“其他行政处罚”之“周边关系”的处理过程,其实也是“其他行政处罚”不断被排除的过程。当在第一部分所列几十种所谓的“其他行政处罚”形式,其实大多不属“其他行政处罚”本身,而是“立法者”或者“援用者”的误解。

### 四、行政法规以下的规范所设定的“其他行政处罚”

行政处罚法第8条已经刻划了“其他行政处罚”的两个形式标准:一是,这种处罚必须是该条所列(一)至(六)种处罚种类以外的处罚;二是,这种处罚必须由法律和行政法规直接规定,<sup>[35]</sup>地方性法规、

[33] 1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过,1993年9月2日。

中华人民共和国主席令第10号公布,自1993年12月1日起施行。

[34] 2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过,2001年10月27日中华人民共和国主席令第61号公布,自2002年1月1日起施行。

[35] 这里的“规定”,从行政处罚法第2章的意义上说,实际上系指“设定”。

规章或者行政规则不得规定“其他行政处罚”。但问题在于,在现实中还是有不少行政法规以下的规范,如地方性法规、政府规章等,直接规定了“其他行政处罚”。如:北京市工商行政管理局于2000年9月1日发布的《网站名称注册管理暂行办法》第29条规定,工商管理机关可以对擅自转让《网站名称注册证书》者“撤销注册网站名称”。<sup>[36]</sup>这时,我们如何来认定它的行为性质呢?让我们设想正反两种方案进行选择:

第一种方案认为,虽然按照行政处罚法第8条规定“其他行政处罚”不得由法律、行政法规以下的文件作出规定,但它们一旦作出了这样的规定,就不能认为据此作出的“其他行政处罚”就不是“其他行政处罚”了,只能说明这种“其他行政处罚”因其法律依据不合法而构成违法而已。这种观点所依据的理论是:不能将“是这种行为还是哪种行为”这种区分该行为与他行为的标准问题与“该行为是否合法”这种区分行为的“合法性与违法性”的标准问题混同起来。我们要求“用绿盘子端素菜、红盘子端荤菜”,但一旦有人不合规则地用红盘子端了素菜,我们只能说“你端错了盘子”,但不能说“你现在端的是荤菜”。由于这种方案主张将行政法规以下的规范所规定的“其他行政处罚”依然认定为“其他行政处罚”(只是属于违法的行政处罚而已),故为“肯定说”。

另一种方案当然属于“否定说”了。该方案认为,行政处罚法第8条为“其他行政处罚”刻划的两项标准是该行为的“成立标准”,而不是成立以后“如何合法行使”的标准。所以,如果“其他行政处罚”不符合该标准,说明该行为尚未成立,而不是该行为已经存在只是违法而已。如果人的生命始于大脑的形成、止于脑的死亡,那么当母体中的“小孩”尚未形成大脑时,只能说“小孩”还未形成,而不能说这是一个“脑子不全的小孩”。据此,凡是由行政法规以下的规范规定的“其他行政处罚”,只能作为“不成立的行政行为”对待。

从逻辑上推论,这两种理论均能成立;而且在现行的救济途径和方法上,都不会遇到障碍,因为行政相对人对这种“其他行政处罚”(或是“不成立的行政行为”)不服都有权申请行政复议或者提起行政诉讼,而且行政复议机关或人民法院均会对其作出否定性裁判。<sup>[37]</sup>但是,任何学科均由内部各种概念、范畴和规则等构成并必须达到内在的严密与和谐一致,否则将影响它的科学性,所以,我们还必须在“没有法律依据的行政处罚”与“不成立的行政处罚”之间作出抉择,哪怕这种区分在救济上尚无意义和必要。

我们赞同第一方案所持的不能将“该行为与他行为”的区别标准与该行为是否合法的“合法性与违法性”的区别标准混同起来的观点,但正如第二方案所述,行政处罚法第8条为“其他行政处罚”刻划的两项标准是该行为的“成立标准”,而不是成立以后“如何合法行使”的行为标准。如果说该行为“没有法律依据”,也不是指该行为成立以后在实施中缺乏法律依据,而只是指其成立没有法律依据。所以,目前对于行政法规以下的规范所规定的“其他行政处罚”应视为“不成立的行政处罚”为宜。

## 五、反思“其他行政处罚”存在的合理性

当我们在前面讨论有关如何准确认定“其他行政处罚”的诸多问题而且接近于达到这一“目标”时,我们对这一“命题”本身的“合理性”产生了怀疑。凡是存在的都是必然的,但凡是存在的并非都是

[36] 北京市工商行政管理局于2000年制定发布的《网站名称注册管理暂行办法》第29条规定:“网站所有者使用注册网站名称,有下列行为之一的,由注册主管机关责令改正,情节严重的可撤销注册网站名称,收回《网站名称注册证书》并予以公告:(一)伪造、涂改、出租、出借、出卖、擅自转让《网站名称注册证书》的;(二)对注册网站名称不进行年度检验的;(三)注册网站连续一年不进行实际运营的。”

[37] 如作出确认违法、撤销或者确认无效之类的裁定或判决。

合理的。<sup>[38]</sup>“其他行政处罚”也是如此。

我国行政处罚法第8条将行政处罚的种类列为七种,即警告、罚款、没收违法所得或非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证和执照、行政拘留、其他行政处罚,而且由此出现了“其他行政处罚”这一特殊的种类。单从行政处罚法第8条本身的规定来看,“其他行政处罚”的存在无可置疑。因为“其他行政处罚”的存在有它的“合理性”。

第一,由于行政处罚法第8条对行政处罚种类的规定是以处罚行为的“名称形式”而不是行为功能或所涉客体为标准,这样,只有被称作“警告”的处罚才会被纳入第(1)类处罚,与其接近的“通报批评”、“训诫”等具有与“警告”相同或雷同的处罚行为就没法“落户”;同样,也只有被称作“罚款”的处罚才会被列入第(2)类处罚,如果我们一旦将“罚款”改名为“罚钱”,这虽然也达到了同样的处罚效果,但却不能因此被纳入第(2)类行政处罚。这样就会有大量的行政处罚因在形式称呼上与行政处罚法第8条所列的前6种处罚不同而被排斥于行政处罚的范围之外,而“其他行政处罚”种类的设定,就为这些没有“户口”的行政处罚设立了一种同样属于行政处罚的“户口”。

第二,由于行政处罚法第8条将“其他行政处罚”的设定权限制为“法律、行政法规”,这就不用担心制定法律和行政法规以外的“立法者们”滥用“其他行政处罚”的设定权,因为地方性法规、中央部门规章和地方政府规章、规章以下的行政规定不具有规定“其他行政处罚”的权力。

但是,我们又必须看到:“其他行政处罚”的“合理存在”却导致了其他“不合理”的结果:首先,正因为行政处罚法第8条对行政处罚的分类采用严格的“名称形式”标准,导致大量处罚只要与6种“本处罚”的名称不同就不能被列入“本行政处罚”,而被列入“其他行政处罚”,结果导致“其他行政处罚”远远多于“本行政处罚”的尾大不调现象。<sup>[39]</sup>其次,由于“其他行政处罚”远远多于“本行政处罚”,而对前者的认定又远远难于后者,<sup>[40]</sup>这样就在总体上给准确认定“行政处罚”带来了困难。

当我们考量我国“其他行政处罚”存在的“合理性”与“非合理性”之际,我们发现:“其他行政处罚”的存在,特别是“其他行政处罚”的存在量远大于“本行政处罚”之现状,主要由我国行政处罚法第8条对行政处罚种类的划分标准所决定。换句话说,正由于我国行政处罚法对行政处罚的划分标准采用纯粹的“名称形式”,导致了“其他行政处罚”的大量存在。

我们必须明白,行政处罚法第8条对行政处罚种类的划分标准,即“名称形式”标准,并不是唯一可选择的标准,更不是理想而科学的标准。因为,由于行政处罚法第8条对行政处罚的分类是以名称形式为标准,这样就使相同功能不同名称的处罚不能作为同一类处罚对待,从而使分类失去了原有的法律价值,即无法使法律对不同的处罚作不同的调整。<sup>[41]</sup>至少应当说,在正规的“行政处罚”之外存在大量的“其他行政处罚”,是我国行政处罚制度,特别是行政处罚的分类制度不成熟的表现。

所以,我们主张,未来的行政立法,应当取消,至少需要限制“其他行政处罚”制度的存在。具体的做法是:

第一,按行政处罚的具体功能,而不是形式名称,进行分类。可将行政处罚列为精神罚、资格罚、财产罚、行为罚和人身罚等五类。这一划分标准,能够穷尽所有已经出现或将要出现的处罚形式。因

[38] 黑格尔在其《法哲学原理》中提出一个命题,即“凡是合乎理性的东西都是现实的;凡是合乎现实的东西都是合乎理性的。”有人将这一命题演绎为:凡是存在的都是必然的,凡是必然的都是合理的。

[39] 据有关人士统计,我国在制定行政处罚法时,当时的法律和行政法规规定的行政处罚种类就有120种之多。由此可以推论,当“本行政处罚”只有6种时,“其他行政处罚”就有114种之多。参见前引[2]书,第33页。

[40] 由于“本行政处罚”的种类只有6种,而且名称又由行政处罚法第8条明文标定,所以对其认定相对容易。但“其他行政处罚”从种类到名称,行政处罚法均无明定,有赖其他法律和行政法规的规定,而中国现行法律和行政法规在“其他行政处罚”时又大多没有明文表明“处罚”字样。更有甚者,在个别情况下,被表明“处罚”的行为恰恰不具有处罚的功能;而不表明“处罚”者,又可能正是“其他行政处罚”(见本文第二和第三部分)。所以,对“其他行政处罚”的认定远比对“本行政处罚”的认定费力。

[41] 如根据行政处罚法第9条规定,行政拘留只能由法律设定,法规、规章均无权设定。

为,它可将所有使违法者承受精神上的不利后果的制裁行为一概视为“精神罚”,如警告、通报批评、训诫等;其他种类以此类推。

第二,放开处罚形式,但要严格控制对行政处罚的设定。我们未来的立法要把控制重点落在“行政处罚的设定权”上,而不是停留在“行政处罚的形式”上。只要对处罚权的设定有所限制,形式相对放开也不会出问题。例如,我们只要规定“人身罚只能由法律设定”,就无需担心“人身罚”形式会被我国最高立法机关滥用,因为整个行政处罚法本身就是由全国人民代表大会制定的。

---

**Abstract:** Exactly identifying numerous 'other administrative punishments' in Chinese administrative regulations has direct relationship with the application of law and the jurisdiction of administrative cases. The rationality of 'other administrative punishments' is examined and the conclusion is that 'other administrative punishments' are the result of formal classification of administrative punishments. The legislation should abolish, or restrict at least, the rules of 'other administrative punishments'.

**Key words:** other administrative punishments, administrative punishments, rationality

---