

《传染病防治法》行政责令的法律属性和效力

孙 晋 杨 军

摘 要 行政责令是“新行政法”理念指引下兼具行政控权和私人自治双重功能的法律规制手段,其在行政实体法领域的广泛适用体现了党的十九大提出的创新社会治理体系理念。在抗击 2020 年肆虐的新冠肺炎疫情的过程中,有必要充分利用《传染病防治法》所规定的行政责令法律制度及时制止和纠正各类损害疫情防控的违法行为。但是,当前行政责令法律属性不清晰,导致《行政处罚法》和包括《传染病防治法》在内的诸多行政实体法对行政责令的规定和适用尚有模糊和混淆之处,使得《传染病防治法》在应对新冠肺炎防控等公共卫生事件时不能充分发挥其应有的法律效力。需要厘清行政责令的法律属性以及行政责令和行政处罚的法律关系,从法律责任制度建构及健全法律实施效力等方面进一步完善《传染病防治法》的行政责令制度,使行政责令制度在应对公共卫生事件中发挥更大作用。

关键词 新冠肺炎疫情;行政责令;行政处罚;《传染病防治法》;公共卫生;危机管理

中图分类号 D912.1 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)03-0033-09

基金项目 国家社会科学基金重点项目(19AFX019);新疆大学“铸牢中华民族共同体意识”研究基地项目(MLL202005)

2020 年初爆发的新型冠状病毒肺炎(以下简称新冠肺炎)已经由中国国家卫生健康委员会纳入乙类传染病并采取甲类管理,政府对其预防、报告、通报、公布、控制和医疗救治的一系列行为,都将依法纳入《传染病防治法》法律规制。1989 年 2 月 21 日制定的《传染病防治法》自 2003 年抗击非典型肺炎(SARS)以来受到高度重视,经 2004 年 8 月 28 日首次修订并于 2013 年 6 月 29 日第二次修订,以期进一步体现法律强制性,应对可能出现的新型传染病挑战。修订后的《传染病防治法》关于“行政责令”法律责任的规定由 1989 年的 1 个条文 4 项内容增加至 12 个条文 31 项内容,构建了以责令改正、责令停止违法行为为主要内容的行政法律责任和以上级行政机关责令改正为主要内容的行政责令体系。行政责令旨在促使行为主体及时自行纠正违法行为,兼具行政执法防控和社会市场主体自我规制的双重效果^[1](P62-68),契合“新行政法”理念引领下政府职能“放管服”改革以及打造共建共治共享的社会治理格局之目标,同时体现出公法对经济进行宏观调控以保障市场经济平衡发展,对私人权利领域内私主体的财产权、经营权等进行适当干预以期更好实现保护,对公共执行权力逐渐移交社会以实现公民自治和建立“有限政府”,对行政法调整方式作出更加微观、柔性和灵活的把握以更好解决公共治理中的各种复杂问题^[2](P38-47)。然而,遗憾的是,自 2019 年 12 月新冠肺炎爆发以来,我国各地尤其是湖北省、武汉市出现的一些违法行为并没有通过行政责令的方式得到及时纠正,暴露出《传染病防治法》所规定的行政责令无论是在事前引导宣示,还是在事后规制惩处上,均不能完全满足社会经济发展以及传染病防治法的要求,反映出该法预设的行政责令责任体系尚不足以和传染病防治工作格局配套。对于新冠肺炎中人民群众所质疑的“政府失灵”问题,法学学者更需要从法律失灵的角度去反思问题所在,寻求法律规制的完善进路,切实提高政府应对公共卫生事件的治理能力。

一、行政责令的法律属性

我国《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”,据此,行政责令是指行政执法中行为主体因实施违法行为,遭受行政执法机关课处而承担不利法律后果中的重要内容。

行政责令是行政术语还是法律术语、其法律属性何在,是确定和实现行政责令行为法律效力的理论和制度基础。对于行政责令的法律属性,学界众说纷纭。较有代表性的有:其一,“行政处罚说”,从恢复被侵害的权利秩序或使侵害不再继续的目的,或从申诫的目的出发,将诸如责令改正、停止违法行为等视为一种新的处罚种类,即救济罚;其二,“行政命令说”,强调行政机关必须在处罚的同时责令纠正违反行政管理秩序的行为,因此责令行为本身不具有独立性;其三,“监督措施说”,从语意解释角度出发,提出行政责令和检查、暗访一样,均是为实施有效监管而为;其四,“混同说”,主张行政责令行为在不同的法律条文中具有不同的法律属性,其法律属性应为行政处罚的附带结果,借助于消除违法行为^[3](P54-63);其五,“行政行为说”,认为行政责令行为属于具体的行政行为,不必对其作出更加细致的归类^[4](P116-125);其六,行为规范模型理论以及行政法学者绕开行政责令行为的法律属性之争,着眼于归纳行政责令行为规范的类型,以期构建典型的行政责令行为规范模型^[5](P101-111)。按照这一分类方法,赋予违法社会主体法律意义上的行政责令行为,所归属的类型顺序应当是:行政责令规范;外部责令行为规范;行政命令属性的责令行为规范。国外的经济行政立法同样有赋予行政机关权力,使其能够对社会主体课处改正、停产停业责任的例子,如日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第7条规定:公正交易委员会可以“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”^[6](P448)。

兼采上述观点中的共识部分,我们认为,当前《行政处罚法》所规定的一般意义上的行政责令,应当属于法律所规定和规范的行政行为范畴,对其属性归纳如下。

第一,通说认为行政责令行为属于行政行为。行政责令是由《行政处罚法》和各行政实体法一系列规范性文件所预设,在行政相对人实施违反行政实体法所禁止的行为时,由行政机关针对该违法行为适用并发生课处义务的法律效力的行政行为。因此,行政责令行为和抽象行政行为具有明显区别,应当属于具体行政行为范畴。

第二,主流观点认为行政责令行为属于行政命令行为。即依据法的规定作出,对外产生设立行政相对人义务的法律效力,并以行政强制的手段保证法律效力实现的行政行为^[7](P74)。同时,行政责令作为行政强制的先期告诫形式,对行为危害性等的适用条件更宽松,更具临时性,旨在促使市场主体自行积极整改^[8](P78-91)。

第三,无论从哪一角度论述,均无法否认行政责令行为本质上是对行政相对人课以的一种法的不利益即设立义务,因此完全具备法的属性。这在《行政处罚法》的立法规定中得到充分体现。根据该法第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。依据该法第6条,公民、法人或者其他组织对行政处罚不服的,有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;因行政机关违法给予行政处罚受到损害的,有权依法提出赔偿要求。因此,在行政执法中,行政机关决定和执行行政责令行为,均应做到有法可依,更应做到有法必依;同时,行政责令行为具有行政诉讼法意义上的可诉性。

明确行政责令作为行政行为具有上述属性,有助于理解包括《传染病防治法》在内的诸多行政实体法在近年修订中大量增加行政责令有关规定的的原因和意义所在。“新行政法学”理论指出,行政法应当以资源有效配置和行政效率提升为新任务,以改革行政组织法的内在规制结构和帮助行政机关作出正确行政决定为目的^[9](P12-20)。“新行政法”引领下的立法和行政执法、司法实务反思以“管理”为中心的传统行政法学理论实践得失,提出新的控权和平衡理论,概不例外地将研究的价值出发点和归宿聚焦

于权力的合理控制和权利的充分保护,聚焦于自由、公正和秩序、效率的兼顾平衡,主张对法律规制的方式进行调适,使之更加微观、柔性和灵活^[10](P35-45)。行政责令无疑契合这样的现实需求。但是,法的适用要以法律本身的明确性作为前提。行政责令若要满足从社会管理理念向社会治理和依法治国理念的变革,其法律属性仍需要进一步明确。有法官曾撰文指出:“责令性行政行为的法律属性的认定在司法实践中存在争议,导致定性的不准确和裁判的不稳定”,法官裁判时只能“在实践认定中需具体问题具体分析”^[11](P33)。当前立法中,对于行政责令法律属性尚存的“灰色地带”主要体现在以下几个方面。

其一,行政责令概念的立法缺失。现代汉语语义中对责令的定义是“命令某人或机构负责做成某事”^[12](P1627)。这一表述说明责令一词本身并非法律术语,而是改革开放以来,随着法制的发展进步,从行政管理用语归纳、提取成为法律术语的。有学者统计,“责令”经常出现在各类规范性文件中,直接包含“责令改正”的规范性文件近 25000 篇,包含“责令整改”字样的有近 6000 篇,包含“责令限期整改”的近 9000 篇^[4](P117)。即便当前亦有大量规范性文件使用这一术语,但立法上对其概念没有明确的界定;理论上对于行政责令法律属性存在诸多歧见,主要也是由于其概念上的模糊。

其二,尚未建立起独立系统的行政责令法律制度。现行法律文本框架内,规定行政责令的行政程序法是《行政处罚法》。该法第 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。从该条规定我们可以看出,立法上将一般意义上的“行政责令”作为行政处罚的附随行为;立法上使用“应当”的行为模式,体现出行政责令是行政处罚的当然附随行为。有学者指出,究竟由谁请求上级机关责令改正,应在多长时间内在责令改正,不予改正的法律责任是什么等都缺乏明确的规定^[13](P189)。

其三,行政法规定行政责令制度混乱。《行政处罚法》本身对于行政责令就没有明确的属性定义和界分。一方面,《行政处罚法》在第 23 条规定实施行政处罚时,应当责令改正或者限期改正;另一方面,《行政处罚法》又在第 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。此处责令停产停业的行为又表现为行政处罚的一个法定种类和档次。“责令停产停业”的处罚重于“没收违法所得、没收非法财物”,轻于“暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照”。三者比较之下,首先,从效力作用的对象上看,责令停产停业属于限制营业的“经济罚”而非限制自由的“人身罚”;其次,从效力作用时间上看,责令停产停业不仅是对既有违法行为收益追究“没收”的法律责任,还是对当前营业状态的限制,又不至于永久性取消营业资质;第三,从持续性上看,责令停产停业具有经营状态的暂停性,使其区别于“改正或者限期改正”的一般意义上的限制处罚附随责令行为。

《行政处罚法》作为行政程序法对“责令”术语的使用,呈现出相当程度的随意性,成为各行政实体法中对“责令”运用混乱的根源。一是在“总则”和“法律责任”甚至在其他章节中混用;二是具体表述上多有不同,比如因部门法所规制的行业、领域不同而出现各种表达,例如《环境保护法》第 61 条规定的“责令停止建设”,《水污染防治法》第 90 条规定的“责令限期采取治理措施消除水污染”,《固体废物污染环境防治法》第 78 条、第 79 条规定的“责令退运固体废物”;三是联合使用,例如《大气污染防治法》第 99 条规定的“责令改正或者限制生产、停产整治”。

行政实体法律体系上“行政责令”术语使用的混淆,又进一步造成了依据法律制定的低位阶行政法规中,存在更严重的立法语言不规范和立法结构不严谨。例如 2018 年 3 月修改的《北京市大气污染防治条例》,采用了和其上位法《大气污染防治法》一样的“行政责令 + 行政处罚”联合规定模式,该条例第 92 条规定了“责令改正或者限制生产、停业整治,处十万元以上一百万元以下罚款”。另外,该条例存在“拒不执行行政责令,则行政处罚”的法律责任模式情形,如第 91 条规定“拒不执行责令停产、限产决

定的处一万元以上十万元以下罚款”;以及“行政责令+可以并处行政处罚”的法律模式,如第110条规定“责令改正,可以处五百元以上二千元以下罚款”,显然突破了上位行政程序法《行政处罚法》第23条关于“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”的规定。

“行政责令”法律属性的模糊造成各行政实体法规定的不一致甚至冲突,对于每一种法定的“责令”,应当适用怎样的执行程序,如何裁量正当比例,选择何种救济途径,都会产生适法上的困扰,不利于法律实施机关通过行政执法和司法审查及时准确落实行政责令的法律效力。

二、《传染病防治法》行政责令效力实现的障碍

行政责令的法律效力,首先是指行政实体法所赋予其的约束力,亦即“法源效力”;其次是指行为人按照法律所规定的行政责令行为时所产生行为或事实上的法律效果,亦即行政责令行为作出后具有的拘束力、执行力和公定力^[14](P121,395-404)。

《传染病防治法》中对于“行政责令”的规定有14处,其中一处规定在分则“监督管理”一章第57条第2款,规定上级卫生行政部门对下级卫生行政部门不依法履行职责的,应当责令纠正或者直接予以处理;其余13处均在第8章“法律责任”中规定,预设规制12条31项违法行为。法网不疏,重在效果的落实。武汉华南海鲜市场长期出售、运输野生动物的行为(根据《传染病防治法》第75条),黄冈市卫生健康委员会原主任唐志红对于预防、控制传染病的“一问三不知”(根据《传染病防治法》第66条第2项),湖北省红十字会公示接收和使用医疗防护用品“信息公开不准确”(根据《传染病防治法》第49条),云南省大理市人民政府、大理市卫生健康委员会“应急征用”医疗防护用品(根据《传染病防治法》第49条),以及一些个人瞒报行迹、逃离疫区和抗拒隔离(根据《传染病防治法》第39、41、43、77条)等行为,均属于涉嫌违反《传染病防治法》的行为。对于上述行为,以及人民群众提供线索、举报监督的违反《传染病防治法》的其他行为,地方政府及其卫生行政部门应当及时调查处理(根据《传染病防治法》第58条),公布相关信息,正本清源,才能切实落实《传染病防治法》法律责任。当然,对于前述不良现象,相关部门已经作出一些回应,对稳定局面、维持秩序起到了较好效果。但毋庸讳言,在当前应对疫情的过程中,《传染病防治法》并未被普遍适用,我们也没见到该法行政责令得以适用和产生法律效力。从这个角度上我们认为,《传染病防治法》所构建的以行政处罚和行政责令为主要内容的法律责任体系,在应对新冠肺炎疫情时没有发挥其应有的作用。因此,促使《传染病防治法》从“纸面上的法”走向“现实中的法”,对于凝聚全社会力量抗击疫情,乃至推进国家治理能力现代化,无疑具有积极作用。

基于这样的研究目的,我们依据《传染病防治法》所规定的行政责令制度对其法律责任体系解构分析,探寻致其效力不逮的滞障所在。

第一,行为模式和法律责任难以对应。《传染病防治法》在分则部分和法律责任部分均规定有行政责令,反映了立法时未能严格地将行为模式和法律责任分章规定。首先,比对《传染病防治法》分则部分第57条第2款规定的“上级卫生行政部门发现下级卫生行政部门不及时处理职责范围内的事项或者不履行职责的,应当责令纠正或者直接予以处理”和《传染病防治法》法律责任部分第66条规定县级以上人民政府卫生行政部门的法律责任“违反本法规定,有下列情形之一的,由本级人民政府、上级人民政府卫生行政部门责令改正,通报批评;造成传染病传播、流行或者其他严重后果的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分……”,可以发现重复规定之嫌,且依法应当采取的责令措施有不一致之处。其次,一些分则条款的规定和法律责任难以对应,例如《传染病防治法》分则第49条设立了四项法定职责和义务:药品和医疗器械生产义务,药品和医疗器械供应义务,交通运输单位优先运送义务和县级以上人民政府有关部门组织协调生产、供应、运输的职责。《传染病防治法》在法律责任中以第73条指向了药品和医疗器械生产者的法律责任,以第72条规定了交通运输单位未尽优先运

送义务的法律责任,但是,对于药品和医疗器械供应者未尽勤勉义务,未能正当供应一线医疗机构必需甚至紧缺的药品和医疗器械,或者不当供应、发放药品和医疗器械,甚至截留药品和医疗器械,无法责令其立即纠正违法行为。

第二,行政内部监管责任和行政法律责任未作区分。《传染病防治法》第 65-67 条、第 71 条所规定的“责令改正”“责令限期改正”本质和第 57 条所规定的“责令纠正”一样,属于行政机关上下级内部层级监督的执法检查、督促履责行为,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 1 条规定,不属于行政执法、司法监督的行政法律责任。《传染病防治法》第 68 条、第 69 条、第 70 条、第 72 条、第 74 条需要界定责任主体医疗机构、采供血机构、交通运输单位和疾控医疗实验机构及其工作人员的性质来确定是否属于行政法律责任。《传染病防治法》第 73 条、第 75-77 条则针对社会一般主体适用无疑。在法理上,上述规定容易造成责任形式不清:一是行政执法机关能够对哪些主体采取行政处罚并附随行政责令存有不确定性,容易成为推卸行政监管责任的借口。二是对《传染病防治法》第 68 条等 5 条所涉及的市场经营者主体的责任人员无法予以降级、撤职、开除。反过来,该 5 条的单位和个体可能含混有公共执行机构和社会一般主体,又使得《传染病防治法》在立法上“投鼠忌器”,不便对其规定罚款、没收违法所得和非法财物、责令停产停业等行政处罚,在行政处罚设置上几乎全部体现出从“警告”直接越级到“暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照”,基本缺失了上述三个行政处罚的种类和档次,而对于公共执行机构适用“暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照”的可能性和可操作性不大,那么,对于公、私主体行政处罚和责令在强度上的严重不对等便可显见。同样的理由,《传染病防治法》第 65 条等和第 73 条等规定法律责任也存在不对等之嫌。

第三,法律责任形式规定不完备。一是对公法人主体没有规定行政法律责任,即通过行政司法确认其行为不合法并可判决行政赔偿的责任;二是如前所述行政处罚缺失三个种类和档次,行政执法裁量将受到很大限制;三是《传染病防治法》第 72 条未对交通运输单位规定“警告”以上的行政处罚;四是该法第 77 条没有规定社会一般主体的单位和个人导致传染病传播、流行所应承担的行政法律责任和刑事法律责任。司法机关只能以通告等形式重申相关法律责任,如仅 2020 年 2 月 6 日一天,就有《广东省高级人民法院、广东省人民检察院关于依法严厉打击新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间刑事犯罪的通告》《山东省高级人民法院、山东省人民检察院、山东省公安厅、山东省司法厅关于敦促新型冠状病毒感染的肺炎高危重点人员如实登记申报的通告》两部“通告”发布。

三、《传染病防治法》行政责令制度重构的法理分析

通过上述分析不难看出,《传染病防治法》对于行政责令制度规定的缺失,是依据该法难以充分应对疫情的主要原因之一。解决这一问题的路径,在于对行政责令的法律属性及效力实现进行更深入的法理分析和制度重构。

(一) 行政责令行为的类型化研究

学界对行政责令行为进行归类研究的原因有二:一是行政责令行为规范数量较多,责令行为的表现形式涵盖广泛,有行政法学者曾统计发现主要的责令行为表现形式多达 104 种^[5](P104),缺乏统一的行为规范模式;二是试图厘清行政命令与行政处罚之间的模糊地带。有学者主张“两分法”,即责罚性、命令性的分类,并认为实践中行政责令行为在两种类型上并非“非此即彼”的关系,而是“或多或少,或强或弱”^[15](P73-76);有学者进行更加复杂的分类如“四分法”,包括指令性即命令行为人为一定行为、补救性即恢复到违法行为侵害前的状态、义务性即履行某项作为或不作为义务、相继性即若不执行将导致制裁^[16](P27-30)。

《传染病防治法》作为行政实体特殊法律,在执法和司法实务中把握具体行政责令行为的类型属性,应当准据行政程序一般法律——《行政处罚法》。《行政处罚法》在第 8 条第 4 项规定“责令停产停

业”是一种法定的行政处罚类型和档次,同时在第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”。这样便为执法和司法中裁量行政责令的强度提供了标尺:标尺的一个端点是一般的责令改正行为,另一个端点则是责令停产停业。责令停产停业除了具有一般责令改正的法律属性之外,还具有行政处罚的制裁性、严厉性、处分性和法定性特点:首先,虽其并不剥夺行为人的生产经营资格,但通过课处不作为义务,要求行为人暂时不得继续从事生产经营活动;其次,虽其并不直接限制或剥夺违法行为人的财产性权利,但通过限制其经营行为能力,间接影响了财产权;再次,其应当只适用于较为严重的违法行为;最后,其应当在法律有明文规定或实质性规定该项法律责任形式的情形之下方可适用。从实质上把握,《传染病防治法》设定的可能针对私主体适用的9处“责令”中,有8处“责令改正”“责令限期改正”“责令停止违法行为”应属于一般的责令改正行为^①,只有第68条规定的“责令停建、关闭”包含有后一类型即行政处罚的成分。《传染病防治法》中仅在第68条体现出对这两种类型责令的轻重之分和处置区别。该条前半句是一般情节下处以行政警告并责令限期改正,后半句是逾期不改正的加重情节下处以罚款并责令停建,或者是处以责令关闭的行政处罚,据此,形成了处罚附随责令法律责任的相对合理配置阶梯。

正确界分行政责令的两个端点,对于行政裁量具有重要意义。对于责令停产停业行为和一般责令改正行为,在实施的法律依据、主体、程序、救济等方面有不同规定,一般对于前者具有较为详尽的程序性规定,以限缩行政裁量的空间。例如《行政处罚法》第42条规定:行政机关作出责令停产停业决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。正确界分行政责令的两个端点,对于行政司法审查同样具有重要意义。为确保抗击新冠肺炎中行政执法具有权威性、高效率 and 必要的灵活性,司法审查中应当秉持“尊重与严格审查相并存”的态度^[17](P11-15),对于一般责令改正,因其较强的行政命令指导属性,应当允许拥有较大的行政裁量空间;对于责令停产停业,因其具有强制性、责罚性和权利剥夺性,应严格进行程序性实体审查,进而对其作出合法性判断^[18](P96-108)。

(二) 行政责令和行政处罚的顺位问题

《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”。有学者指出:“《行政处罚法》作为全国在行政处罚上的最高处罚规范,不管各领域对处罚的理解和具体执行上的差异有多大,都应以行政处罚法作为整个行政处罚法律体系的标准”,责令本应作为“行政处罚行为重要补充”^[19](P178)。然而,在《传染病防治法》中,出于前述公、私主体混合规制的原因,一般行政责令的适用大大超过了行政处罚,行政处罚难以形成合理的梯次和呼应的体系,更难以将本应附随的行政责令落实到行政执法效力中去。

我们可以运用法的经济分析方法发现这一现象的不合理性,行政责令较之行政处罚,固然具有责令行为人自行纠正、相关措施灵活多样、有利于及时恢复社会良性互动状态等优势,但是,失去其背后的行政处罚强制效力保障,面对低处罚成本下发“国难财”的高收益违法犯罪行为,恐怕其很难在抗击新冠肺炎疫情中显示出更强的社会适应性并实现更好的法律效力。

《传染病防治法》第68条为该部立法作出了较好的表率,体现出对于一般情节、加重情节,根据责令自行纠正和拒不执行课处责令关闭的行政处分区别对待。另外,前述作为“反面典型”的《大气污染防治法》《北京市大气污染防治条例》也有其闪光点。《大气污染防治法》第123条规定了“日罚款”制度,对于促进违法行为人尽快落实行政责令的法律效力,积极整改,挽回对公共利益和个人利益的损失,起到非常积极的促进作用。这样的立法模式,在《北京市大气污染防治条例》中得到沿袭,例如该条例第112条规定,在用机动车排放污染物超过规定排放标准的应当责令改正并处罚款,逾期未进行机动车排

^① 即《传染病防治法》第68-70、72-75条规定的行政责令针对社会一般主体适用的情形,以及第76条规定的责令限期改正。

放污染定期检测的,责令改正,每超过一个检测周期处 500 元罚款。显而易见,一部好的立法能够带动整个领域法律规制制度的进步。

(三) 正确区分内部行政责令行为和外部行政责令行为

基于适用范围不同,广义的行政责令行为还应当包括内部行政责令行为。《传染病防治法》中,内部行政责令占到 4 处,近 1/3,比例不可谓不大。由此造成的“里外亲疏远近”,如非从法学研究的视角进行解构比对,可能难以发现。但是,这不排除一些别有用心者从中寻找漏洞,以较低的风险和成本,在全民抗击新冠肺炎的紧要关头实施违法犯罪行为。一旦这些行为及其所造成的危害公诸于众,社会和群众必然反思是否因为法的“不善”导致这些恶。

四、对完善《传染病防治法》行政责令制度的建议

综上可知,《传染病防治法》行政责令制度进一步完善的路向,既要包括完善法律责任模式,又包括强调公共执行和私人救济的有机结合,还包括创新社会治理体制以切实提升法律效力。

(一) 完善法律责任模式

对《传染病防治法》而言,有必要分别规定公、私责任主体的法律责任,对于分则规定的每一行为模式均要规定有相应的法律责任,对行政处罚作出种类和档次齐全的设置,根据行为的性质、情节加重、结果加重和危险性阶梯式课处行政处罚,并附随富有针对性的行政责令,引进诸如“日罚款”等较灵活的执行方式。在形成行政法律责任和行政内部监管责任一体的行政责任体系的基础上,完善相关条款的刑事法律责任、民事法律责任,令《传染病防治法》成为每一个社会主体易于理解和支持的法律,并在危难之际将其作为法律武器,保护自身合法权益,监督依法行政和行政执法,主张行政、民事赔偿责任,指控刑事犯罪行为。

更长远地看,《行政处罚法》同时在行政处罚法定种类和行政处罚附随行为中规定行政责令,对行政责令的概念、属性、类型、程序以及和行政处罚的衔接没有明确规定,同样显得滞后。《行政处罚法》有必要对行政责令法律制度作出完善。笔者建议将来出台独立的行政责令立法。

(二) 完善公共执行和私人救济路径

第一,行政执法机关强制执行和申请人民法院强制执行。有学者主张,行政责令行为与行政强制措施在法律性质、实施目的、实施前提和实施力度上均有明显区别,据此否定行政强制法律在行政责令行为中的适用^[3](P54-63)。也有学者主张,行政责令行为只能在行政强制执行中形成规范结构^[20](P120-131);还有学者主张以行政强制执行为原则,以司法监督为保障,建立多维的行政强制执行体系^[21](P78-79)。首先,从法律依据上分析,《行政强制法》第 2 条第 2 款规定:行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。基于这一理念,通过行政处罚和行政责令行为课处行政违法行为人义务,自然均应纳入行政强制法律的范畴之中。其次,从法的经济价值分析,这一司法规制途径既能赋予行政执法机关更强的执行力,又能促使行政执法依法定程序展开,进而保护被执行责任主体的合法权益,全面实现效率和公平。考虑到《传染病防治法》对法律责任主体规定不明确,可能造成执法主体的混淆,行政机关在应对新冠肺炎疫情的行政执法中,如果不能确定自己对某一违法行为是否具有行政处罚和行政责令强制执行权力时,应积极依靠“行政非诉执行”制度,确保执法效力掷地有声。

第二,被害主体对行政执法机关不履行行政责令职责提起行政诉讼。根据《行政诉讼法》第 25 条的规定:除行政行为的相对人以外,其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织也有权提起诉讼。实践中,行政责令有赖于法律责任主体自觉履行,较之行政处罚而言,具有更大的执行难度。因此,强调被害人对于行政责令拥有提起行政诉讼的权利,有利于促进违法行为人尽快停止侵害、恢复原状。特别是在行政执法机关未能及时、适当地执行行政责令,或违法行为人怠于履行行政责令所要求的义务,

而执法机构又怠于监管督促之时,这一救济途径,可能较依照《传染病防治法》第77条提起民事诉讼来得更及时、有效。

第三,可能遭受行政责令行为侵害的其他私主体提起第三人行政诉讼。第三人诉讼制度源起于行政行为的复效性,即行政行为的双重或多重效力,对他人的权益可能产生间接影响。实务中积累一定诉讼经验的当属行政许可第三人诉讼^[22](P176-181)。对于疾控、医疗服务的提供和药物、器械、防护用品的供应,如果存在不当的许可或不许可,便有可能对期待受益的社会一般主体产生影响。允许第三人参加行政诉讼,有利于杜绝行政责令溢出法定职责导致职权滥用,进而更加周全地保护社会经济主体合法权益,促进行政机关依法、高效行政。

第四,检察公益诉讼支持社会公开监督。2015年7月1日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议授权最高人民检察院在13个省、自治区、直辖市的部分检察机关开展为期两年的公益诉讼试点工作,一项重点工作就是开展环境保护行政公益诉讼,其中包括要求行政执法机关履行监管职责的行政公益诉讼^[23](P3)。检察机关作为法律监督机关介入,有利于拓展被害人救济的路径,推进社会一般主体和公益组织积极行使监督举报的权利。当前信息化的条件下,司法机关可以通过网上立案、在线审理、快递送达的方式,及时提供强有力的司法支持^[24]。

(三) 创新社会治理体制

《传染病防治法》中的行政责令具有多层次性的法律价值,包括政府履行执法职责实现执法意志、对疾控违法行为主体予以惩戒和促其纠正、保护人民群众、促使社会公众及公益组织和专业机构参与抗疫、鼓励全社会共克时艰。因此,行政责令的主体也具有多元性,具体表现为政府执法、责任主体积极整改、被害人救济、社会公众监督、检察机关支持公益诉讼、人民法院司法规制等,其法律效力的充分发挥,也有赖于社会各方力量的积极参与。依法实施行政责令的更高目标和价值追求,是实现政府治理、社会调节和居民自治的良性互动,打造共建共治共享的社会治理新格局,确保全面推进依法治国总目标的实现^①。当前《传染病防治法》已初步构建了能充分动员社会力量、规制违法犯罪行为的法律制度。伴随抗击新冠肺炎战役,《传染病防治法》也将在实践中不断完善。

《传染病防治法》行政责令制度应当明确其法律属性并和行政处罚配套,引进更加富有针对性、可行性的行政责令措施和更加灵活的执行方式,规定行政赔偿责任,完善行政法律责任,畅通司法救济渠道,确保充分发挥行政责令所兼具的强制、惩戒、自纠、引导的多层次性法律效力。健全行政责令制度后的《传染病防治法》将体现出“新行政法”的先进理念,更加凸显社会治理能力体系的现代化水平,成为中国特色社会主义公共卫生治理格局的有机组成部分。

参考文献

- [1] 王清军,薛梦洁.论《水污染防治法》中的环境责令行为.湖北警官学院学报,2018,(5).
- [2] 姜明安.行政法.北京:北京大学出版社,2017.
- [3] 李孝猛.责令改正的法律属性及其适用.法学,2005,(2).
- [4] 叶晓川.“责令改正”的规范性研究.河北法学,2017,(8).
- [5] 胡建淼,胡晓军.行政责令行为法律规范分析及立法规范.浙江大学学报(人文社会科学版),2013,(1).
- [6] 尚明.主要国家(地区)反垄断法律汇编.北京:法律出版社,2004.
- [7] 白鹏飞.行政法大纲.北京:好望书店,1932.
- [8] 张尚鹍.走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价.北京:中国政法大学出版社,1991.

^① 习近平在党的十九大报告中指出:“打造共建共治共享的社会治理格局。加强社会治理制度建设,完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制,提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。”这是对新时代推进有中国特色的社会治理现代化新征程的总体要求,也是当下抗击新冠肺炎疫情的指导思想。

- [9] 于立深. 多元行政任务下的行政机关自我规制. 当代法学, 2014, (1).
- [10] 余凌云. 行政法讲义. 北京: 清华大学出版社, 2019.
- [11] 陈士毅, 陈丽平. 论责令性行政行为法律属性的裁判路径. 福建法学, 2016, (4).
- [12] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典. 北京: 商务印书馆, 2012.
- [13] 孙晋. 反垄断法——制度与原理. 武汉: 武汉大学出版社, 2010.
- [14] 陈敏. 行政法总论. 台北: 台湾新学林出版股份有限公司, 2004.
- [15] 曾冰. 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. 南华大学学报(社会科学版), 2015, (5).
- [16] 杨生. 论“责令”性行政行为的性质及类属. 行政法学研究, 1997, (9).
- [17] 卜晓虹. 行政合理性原则在行政诉讼中之实然状况与应然构造——论司法审查对行政裁量权的有限监控. 法律适用, 2006, (1-2).
- [18] 王天华. 行政裁量与判断过程审查方式. 清华法学, 2009, (3).
- [19] 王虹玉. 处罚法语言中的“责令”文化. 民主与法制, 2014, (12).
- [20] 郭林将. 行政责令行为的规范分析与制度完善——基于浙江省行政权力清单的梳理. 法治研究, 2016, (2).
- [21] 孙静翊, 郑霜, 刘祎. 从公正与效率的和谐统一——论行政强制执行模式的再选择. 法制与社会, 2014, (10).
- [22] 江必新, 李涛. 中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2016.
- [23] 刘艺. 检察公益诉讼的司法实践与理论探索. 国家检察官学院学报, 2017, (3).
- [24] 庾向荣. 疫情面前庭审不停——身在湖北的法官在线主持庭审. 最高人民法院网, 2020-02-03. [2020-02-26] <http://cour tapp.chinacourt.org/zixun-xiangqing-218941.html>.

Legal Attribute and Effect of the Administrative Order Of “Law of PRC on the Prevention and Treatment of Infectious Diseases”

Sun Jin, Yang Jun (Wuhan University)

Abstract The administrative order has a dual legal regulation function of controlling administrative power and exercising private rights under the guidance of “new administrative law”. The wide application of the administrative order accords with the idea of innovating social management system as proposed in the 19th National Congress of CPC. In order to defeat novel coronavirus pneumonia (NCP, WHO named it 2019-nCoV acute respiratory disease), illegal act should be forbidden according to the administrative order by the “Law on the Prevention and Treatment of Infectious Diseases”. However, the current administrative order with ambiguous legal attribute often leads to unclear provisions in law and fuzziness in application, which causes the “Law on the Prevention and Treatment of Infectious Diseases” to fail to give full play to its legal effect in dealing with public health events such as novel coronavirus pneumonia. Therefore, the author of this paper suggests that we should focus on legal attribute, legal effect, improvement of the administrative order as well as punishment system, and enhancement of regulations, so that the administrative order can play a greater role in dealing with public health events.

Key words COVID-19; administrative order; administrative punishment; Infectious Diseases Prevention and Treatment Law; public health; crisis management

■ 收稿日期 2020-02-18

■ 作者简介 孙 晋, 法学博士, 新疆大学法学院教授、博士生导师, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 新疆 乌鲁木齐 830047;

杨 军, 武汉大学法学院博士研究生; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛