

“限制生产、停产整治”：行政命令抑或行政处罚

房加敏，朱 谦

摘 要：“限制生产、停产整治”作为应用在污染防治领域的一项措施，具有深厚的实在法基础。可透过法律规范对其性质进行追问，存在行政处罚或者行政命令两种不同认识。实践中适用是依照行政命令方式，但依该性质会引起环保部门在裁量时存在能力不足以及权力滥用的风险，而且保障力不足容易导致企业不执行命令。“限制生产、停产整治”符合行政处罚的本质属性，即具有一定的制裁性；同时作为处罚也能克服行政命令下实践适用存在的问题；提高环境法律实施效益。

关键词：行政处罚；行政命令；适用困境；性质论证

作者简介：房加敏，苏州大学王健法学院硕士研究生；朱谦，法学博士，苏州大学王健法学院教授、博士生导师。

中图分类号：D912.6 **文献标识码：**A **Doi：**10.3969/j.issn.2095-042X.2018.03.005

没有环境法律责任制度作保障，环境法律、法规设定的各种环境义务就如同“环境道德”的宣示，难以实现其调整社会关系的功能，更难以实现环境法的立法目的^[1]。以史上最严著称的《环境保护法》在污染防治方面予以革新，取消了限期治理制度，将“限制生产、停产整治”直接作为超标、超总量排污的法律责任形式。环保部紧接着出台了《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治管理办法》（以下简称《办法》），充分体现了该制度予以落实的重要性。后来，《大气污染防治法》以及《水污染防治法》的修订也都作出相应修改。超标、超总量排污是违法行为，可当今法律规定却表明，并不能想当然地以违法行为对应处罚的模式将“限制生产、停产整治”视为一种行政处罚。虽然，“限制生产、停产整治”在实践中被适用，可若追问其属于何种性质，单纯实在法的规定并不能提供清晰的界定。因此，有必要对现行法关于“限制生产、停产整治”规定进行考究。本文试图弄清以下几个问题：第一，法律将“限制生产、停产整治”以何种性质规定？第二，由于性质因素导致实践适用存在哪些问题？第三，作为行政处罚是否可行？

一、现行法下性质追问

由于“限制生产、停产整治”性质理论探讨的缺失，本文以现行法规定切入，探究其法律性质。

（一）“限制生产、停产整治”的行政处罚定性

根据《环境保护法》第60条规定^①，企业超标、超总量排污，环保部门可以责令其“限制生

^①参见《中华人民共和国环境保护法》第60条：“企业事业单位和其他生产经营者超过污染物排放标准或者超过重点污染物排放总量控制指标排放污染物的，县级以上人民政府环境保护主管部门可以责令其采取限制生产、停产整治等措施；情节严重的，报经有批准权的人民政府批准，责令停业、关闭。”

产、停产整治”。超标、超总量排污是违法行为,可现实法规定却表明,并不能想当然地以违法行为对应处罚的模式将“限制生产、停产整治”视为一种行政处罚。虽然,“限制生产、停产整治”与“责令停业、关闭”规定在同一条款下,但《行政处罚法》以及《环境行政处罚办法》明确规定的处罚种类中并不包括“限制生产、停产整治”。试想弄清“限制生产、停产整治”的属性,只能另辟蹊径。法律解释最浅层次的功用在于使法律规定更显明白,使人们能够更好地、更准确地理解之^[2]。因此,以《环境保护法》第60条为逻辑起点的解释成为必然。

第一,一般解释方法的运用。《环境保护法》第60条,将违法排污的责任根据超标、超总量的程度予以不同规制,情节一般的适用“限制生产、停产整治”,情节严重的适用责令“停业、关闭”。在该条规定的制度逻辑中,二者都属于行政相对人要承担的环境行政处罚,只是二者在严厉程度上以及相应的有权实施主体上存在着差异,但其手段具有同质性^[3]。而且,第60条的位置处于法律责任部分,责任条款的惩罚性也决定了其应属于行政处罚。一般而言,民事责任条款多为补偿性责任条款,行政责任条款与刑事责任条款多为惩罚性责任条款,但也有例外,例如《食品安全法》中,在民事责任条款中就设定了惩罚性赔偿责任条款^[4]。此外,《行政处罚法》第8条规定的行政处罚立法权限,只能由法律、行政法规设定^①。故,将这里解释为行政处罚并不存在法律效力冲突之嫌。

第二,制度演变支持解释的合理性。“限制生产、停产整治”最早是作为限期治理期间的具体义务内容^②,故“限制生产、停产整治”的性质完全取决于限期治理的法律属性,那么当时的限期治理性质如何?在2000年《大气污染防治法》修订以前,人们一般认为限期治理的性质是以时间为特征的行政强制^[5]。当时,限期治理的适用是为了治理严重环境污染,故理解为行政强制并无不适。2000年《大气污染防治法》修订以后,人们普遍认为,目前我国环境法律体系中存在着两种不同性质的限期治理,一种是一般意义上的、作为行政强制措施的限制治理;另一种是规定于《大气污染防治法》中的、作为行政处罚的限制治理^[6]。也就是说,限期治理性质分为两种,一是为治理环境污染而作为行政强制,另一是在排污超标、超总量下适用作为行政处罚^③。“限制生产、停产整治”在2008年修订的《水污染防治法》中根据限期治理适用条件为违法排污超标、超总量,同时依照限期治理在2000年《大气污染防治法》中的解释,所以“限制生产、停产整治”在该法下应该理解为属于行政处罚。其实,限期治理的性质解释是与实践紧紧相关联的。限期治理在实施中却时常异化成“无期治理”,甚至成为公开排污的“护身符”,同立法者的预期背道而驰,而与此相随的则是环境质量的每况愈下^[7]。限期治理的适用由造成害害污染结果到违反排污标准,我们看到的是法律规制违法行为强度的提高,其实背后作为支撑的更是制度属性的变迁,即由行政强制到行政处罚。反观当今的环境立法,企业排污触犯行政法上义务将直接会被限制或者停止生产,绕开了存在诸多弊端的限期治理适用困境,但将其作为行政处罚对待与限期治理过去属性变迁是契合的。

(二)“限制生产、停产整治”的行政命令定性

“限制生产、停产整治”在上述阐释中属于行政处罚,但对《大气污染防治法》(2015年修

①参见《中华人民共和国行政处罚法》(2017年修订)第8条。

②参见《中华人民共和国水污染防治法》(2008年修订)第74条:“限期治理期间,由环境保护主管部门责令限制生产、限制排放或者停产整治。限期治理的期限最长不超过一年;逾期未完成治理任务的,报经有批准权的人民政府批准,责令关闭。”

③参见《中华人民共和国大气污染防治法》(2000年修订)第48条。

订)以及《水污染防治法》(2017年修订)相关条文进行解释,却并不能得出相同解释结果。在这两部法律中规定企业存在超标、超总量排污的,由环保部门责令改正或者责令采取限制生产、停产整治等措施,并处相应的罚款;严重的排污可以经政府批准责令其停业、关闭^①。显然,不同于《环境保护法》第60条,这里将“限制生产、停产整治”与“责令改正”之间以“或者”连接,同时紧接着增加“并处罚款”。依照逻辑解释规则,“限制生产、停产整治”与“责令改正”属于并列关系,可初步假定其性质与“责令改正”相同。同时“限制生产、停产整治”与“罚款”分开规定,如果作为处罚则自然应该与“罚款”并列规定,因而其与“罚款”的性质不同。责令改正符合行政命令的内涵和外延特征,是行政命令的一种形式^[8],当以“限制生产、停产整治”与“责令改正”并列规定进而将两者界定为同一属性时,“限制生产、停产整治”也应属于一项行政命令。但将“限制生产、停产整治”也归为行政命令范畴,恐怕仅靠条文得出解释结果并不具有说服力,进一步论证解释的合理性还是必要的。

我们知道,《办法》是紧跟新《环境保护法》出台的,而《大气污染防治法》与《水污染防治法》是近两年内修订的,这样就不免会存在后续修订的两部法律是否受到《办法》影响的疑问。根据《办法》第3条^②,针对企业的超标、超总量行为,环保部门除作出“限制生产、停产整治”决定,还需要单独再作出行政处罚,这也意味着“限制生产、停产整治”并不是行政处罚。故,《办法》与这两部法律在“限制生产、停产整治”的属性界定上是一致的,同时也可见,这两部法律并没有严格贯彻《环境保护法》第60条的条文。那么,《办法》又是将“限制生产、停产整治”作为行政命令予以规定的吗?行政命令区别于其他具体行政行为的典型特征是对相对人苛以义务是为了实现行政目的,与此不同的行政处罚通过制裁是为了维护社会秩序。根据环境保护部有关负责人表示“限制生产、停产整治”是为了通过企业优化治污工艺或设备,从根本上解决超标、超总量的问题^③。可见,“限制生产、停产整治”是以让企业进行整改为目的,而非为了惩罚,这一点满足作为行政命令的实质,即是为了追求一定的行政目的。再看“限制生产、停产整治”依《办法》的实施,与行政处罚的适用严格区分,具体作出过程也不满足行政处罚程序要素。根据《办法》,“限制生产、停产整治”裹挟着明确的行政目的,那么其又可否满足其他行政行为条件呢?行政强制措施以预防违法行为造成损害发生为目的,行政强制是以存在行政决定为适用前提,适用“限制生产、停产整治”没有预防违法行为发生的意思,更不存在基础行政决定等待其帮助实现,所以,单纯依靠“限制生产、停产整治”下的整改目的并不能使其满足作为行政强制措施或者行政强制执行的条件。《办法》关于环保部门如何作出“限制生产、停产整治”决定的程序,符合行政命令作出的任意性,不可严格归于行政命令之外的其他具体行政行为,故将“限制生产、停产整治”在《办法》下理解为行政命令,无论在实体上还是程序上都是妥当的。故,“限制生产、停产整治”在《办法》中的行政命令属性恰好印证了《大气污染防治法》《水污染防治法》下解释的合理性。

①参见《中华人民共和国大气污染防治法》(2015年修订)第99条、《中华人民共和国水污染防治法》(2017年修订)第83条。

②参见《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治管理办法》第3条:“环境保护主管部门作出限制生产、停产整治决定时,应当责令排污者改正或者限期改正违法行为,并依法实施行政处罚。”

③环境保护部:《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治办法的解读》,http://hbt.jiangsu.gov.cn/art/2015/1/29/art_1595_4038645.html,访问时间:2018年1月1日。

二、实践适用缺陷

前述无论是《大气污染防治法》《水污染防治法》还是《办法》都将“限制生产、停产整治”作为行政命令,那么“限制生产、停产整治”作为行政命令适用具体如何呢?

(一) 行政命令式下执法裁量的风险

法的作用及其社会效应是通过法律实施取得的,法律的尊严、权威及作用的发挥是在实施过程中和取得有效的结果上体现出来的^[9]。“限制生产、停产整治”作为行政命令,需要由行政机关依职权启动,这也决定了环保部门在该制度实施中的重要性。行政命令的作出也需要立足于一定的事实,根据“限制生产、停产整治”的适用目的,环保部门的决策作出应建立在企业超标、超总量排污的严重程度已经达到需要整改的地步,何为需要整改显然并不是一个规范严谨的法律术语,已经上升到执法裁量的程度。

1. 环保部门能力不足的执法效率风险

对于环境违法行为,责令改正和行政处罚是必须适用的,“限制生产、停产整治”在执法过程中并非绝对适用,具体的作出也是自由裁量的过程^①,那么,环保部门执法人员作出裁量的过程如何呢?首先,关于“限制生产、停产整治”是否适用,执法人员需要根据企业能否“立即改正”决定适用“责令改正”还是“限制生产、停产整治”。这里的“立即改正”该如何理解呢?显然这是一个自由裁量的问题。其次,当执法人员判断企业不能“立即改正”而作出“限制生产、停产整治”,可这一命令的具体内容如何?《办法》的第5条、第6条将何种情形适用“限制生产”还是“停产整治”进行了区分,可两者并非泾渭分明。虽然《办法》的第6条以列举加概括的方式明确何种情形为严重超标、超总量而应该对企业适用“停产整治”,但“可以”一词却使究竟是“限制生产”还是“停产整治”变得模糊;“停产整治”具体整治多久依赖于企业具体实际完成情况;而如果适用“限制生产”,究竟限制生产的规模以及限制的时间长短都需执法人员前期预估的,否则行政命令也就失去了苛以行政相对人义务的本质,导致“限制生产、停产整治”的命令并不成立。

作出行政命令时应该综合考虑各种因素,对各种利益进行权衡,尽量使相对人所受的损失保持在最小范围和最低程度,可以包括以下几点:一是违法行为的情节及其危害程度;二是纠正违法行为所要求的缓急程度;三是消除危害后果的难易程度;四是当事人履行义务的能力程度^[10]。为了使行政命令对相对人的利益影响降低到最小程度,环保部门在作出“限制生产、停产整治”命令的裁量过程无一例外的也要考虑以上因素,具体而言,对于违法超标、超总量的严重程度可以通过监测数据予以判断;立即纠正违法行为从而终止对环境的污染损害也是可以毫无争议地明确作出。至于上述三、四项在“限制生产、停产整治”中体现为企业能否立即改正、企业具体如何完成整改。企业整改义务的落实,由企业排污的方式、所利用的污染处理设施、可利用的提高处理排污的资金和技术、企业的整改意愿等决定,而以上决定因素又是技术性、不可获知性、不能确定性、不可控制性,隶属于每个企业实际而不具有一般共性,故也难以从实践上升

①同39页脚注①。

到普遍的规范来明确。执法人员在法律适用方面是专业的,法律之外的并非是擅长的领域,即使借助专家攻克技术方面的优势,可很多并不单纯是技术因素可以克服的,裁量决策的复杂性已经超出执法人员的能力范围。执法人员面对与其能力不相匹配的裁量,难以在短时间内作出合理的行政命令,也违背行政高效性原则。

2. 过宽泛的裁量滋生权力滥用风险

“限制生产、停产整治”以行政命令作出过程中涉及到裁量,裁量的复杂性对执法人员能力构成挑战从而影响行政效率,同时以整改必要性为核心的裁量还容易造成权力滥用。在裁量企业是否需要整改时,执法人员本应严格区分“限制生产、停产整治”与“责令改正”的适用界限,可实际情况并非如此。法律授予行政执法者裁量权所基于的前提是执法者有广博的专业知识、专门经验和专门技能,能正确行使裁量权;但在实践中,执法者的素质并非全都如此,某些执法者可能存在品质缺陷或存在知识局限,某些执法者还可能既存在品质缺陷,又存在知识局限,在他们那里,法律赋予的裁量权完全可能被滥用或不正确行使,他们可能故意考虑不相关因素,不考虑相关因素,或者面对裁量权不知怎样正确行使而放弃行使或胡乱行使^[11]。作出“限制生产、停产整治”决定过程中,可以假设执法人员品质无缺陷,可执法人员在整改判断上存在知识缺陷是无疑的,所以,裁量权不能正确行使的风险是存在的。“责令改正”与“限制生产、停产整治”影响企业的程度是有差别的,这种差别直接和经济利益相关。“限制生产、停产整治”期间,企业的正常生产受到限制,而且还要付出额外的成本对企业内部的生产设备以及工艺进行整改。企业因面临不利而趋利避害是自然反应,当企业把这种不愿意整改的诉求通过利益输送表现时,执法人员难免会动摇执法的初衷,这也反映了执法人员品质并不可靠从而有可能滥用权力的事实。裁量复杂性使行政命令作出时比较困难,也会导致监督裁量结果正确与否存在困难,因而执法人员滥用权力的动机极易转化成作出“责令改正”命令而逃避“限制生产、停产整治”的适用。

行政裁量自我规制(self-regulation)是行政裁量权规制的途径之一^[12],可实践中依赖《办法》的实施,执法人员并不能得到自我规制约束的动力和外在行为的规制。行政裁量自我规制有效性的不足暴露了裁量权滥用的风险,那么自我规制之外的司法规制又是否能降低这种风险呢?可是,司法规制是一种事后的、针对个案的规制,这对那些选择滥用执法权的人员来说,规制的滞后性以及个案性恐怕并不具有足够的威慑效果,司法规制也就难以弥补行政裁量自我规制的不足。诸多权力可能被滥用的风险叠加,将使大量严重违法排污企业游离于“限制生产、停产整治”规制之外。

(二) 企业执行命令的风险

“限制生产、停产整治”命令通过限制或者停止企业的生产以求达成整改目的,可通过行政命令方式来实现,由于执行存在以下风险,难以约束企业自觉执行命令。

1. 行政命令执行上的天然不足

行政命令通过指令相对人为或不为一定行为而实现行政目的,其自身并不实际进行一定的作为或者不作为^[13]。也就是说,环保部门只需下达“限制生产、停产整治”命令,命令的具体落实由企业完成,环保部门并不插手涉足。或许,企业能按照命令将义务落实仅是一种期待。现实中,企业的不愿意或者不能都有可能使命令被悬空搁置,既然企业的行为选择总是纷杂多样的,在无法避免以上可能性发生的前提下,寻求有效应对命令不被执行的举措才是首要考虑的。行政

命令本身并未赋予行政主体强制执行权,当相对人不履行义务时,行政机关可以以该行政命令为执行名义据以强制执行,此处的强制执行则是一种实力行为,比如以命令拆除违章建筑^[14]。环保部门并不拥有强制执行权以落实命令,只能诉诸自身的实力行为。限制或者停止生产需要由企业内部下达生产指令,环保部门在没有强制执行权的前提下是难以通过实力行为来干预企业的生产计划的,更别说,企业的整改行为的不可替代性,严重超出了环保部门行为的界限。因此,企业一旦不愿或者不能成为现实,环保部门是不能立即采取措施而使命令落实的,只能等企业不执行命令确定后对其予以规制。这也说明企业不执行命令时,环保部门是不能及时补救的,只能通过后续的保障措施,这将给企业违反命令到最终执行留下过多的时间,放任企业的违反状态,这显然与行政命令努力追求目的达成脱离。因而,环保部门无法通过实力行为落实命令,为此行政目的实现缺乏天然的强制力^①。

2. 并不奏效的执行保障措施

行政命令本身没有强制执行权,只能取决于企业如何执行,为避免企业不执行的风险而对违反行政命令适用制裁是可行的行政强制执行保障措施。《办法》规定对违反限产、停产的予以处理或者处罚,但未确定如何处理或者处罚^②。其他现行法中又是否存在处理、处罚的依据呢?《环境保护法》第60条、《大气污染防治法》第99条、《水污染防治法》第84条分别规定了何种情形下适用“限制生产、停产整治”,但并无与违反“限制生产、停产整治”命令相关的后果性规定。此外,“责令停业、关闭”也无法作为处罚予以保障命令执行,“停业、关闭”的适用前提是严重违法排污,企业违反“限制生产、停产整治”不进行整改,极有可能排污严重超标、超总量,可两者之间并不存在必然关系,“停业、关闭”适用的或然性使得其并不具有间接强制执行措施的功能。

以上强制保障措施的不足,导致企业不执行“限制生产、停产整治”真正发生时,最后的防线只能是行政强制执行权的运用。这种被执行的行政决定涉及面挺广,行政命令、行政处罚、行政征收、行政裁决等方面的具有执行内容的行政决定都可以构成这类基础决定^[15]。“限制生产、停产整治”命令是以企业限产、停产期间履行整改义务为内容,当然符合强制执行的条件。“限制生产、停产整治”作为行政命令,无论是限制企业的生产还是让企业停止生产,目的都是企业完成整改目标,根本上改进企业合法排污的水平。当企业不主动执行命令而强制执行时,强制执行的内容包括限制、停止企业的生产行为,也包括强制执行整改。行政强制执行限制或者停止企业生产行为是可实现的,整改行为涉及到资金技术的提供,恐怕已经超出强制执行机关的能力范围。因而,“限制生产、停产整治”命令是无法通过行政强制执行落实的。

“限制生产、停产整治”作为行政命令,由于行政机关本身不能强制执行行政命令,《办法》规定的间接强制执行保障措施不明确,再加上行政强制执行权的运用也命令落实无效,何谈该行

①参见《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治管理办法》第19条规定:“排污者被责令限制生产、停产整治后,环境保护主管部门应当按照相关规定对排污者履行限制生产、停产整治措施的情况实施后督察,并依法进行处理或者处罚。”

②参见苍南县灵溪镇上祥庄村第三村民小组诉苍南县人民政府复议案,(2012)浙温行初字第57号行政判决书;王国富诉石柱县国土资源和房屋管理局行政强制措施决定案,(2008)渝四中法行再终字第1号行政判决书;北京市御水苑房地产开发有限责任公司不服北京市工商行政管理局海淀分局行政处罚案,(2006)一中行终字第464号行政判决书。

政命令的威慑性，因而极易产生企业不执行的风险。

三、行政处罚论证

（一）行政处罚本质的相符性

行政处罚作为具体行政行为，确切地说，是低于犯罪惩罚的一种制裁。它具有行政性、具体性、处分性、不利性、法定性和制裁性等特性^[16]。如果“限制生产、停产整治”作为行政处罚，必须满足以上行政处罚的特性，由于行政性、具体性、法定性是在行政处罚实施过程中体现出来的，其可以在作为行政处罚实施时满足，这里仅需论证其在实体上的不利性和制裁性。不利性与有利性相对，限制生产或者停止生产都使正常的生产经营中断，自然损害了企业的利益。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^[17]。在当前的行政诉讼实践中，法院亦时常以某种行政措施是否具有制裁性或惩罚性作为判断该措施是否属于行政处罚的标准。那么，限制生产或者停止生产是否有制裁性呢？

当把“限制生产、停产整治”视为制裁时，明确何为“制裁性”是必要的。国家或公共团体为了达成行政法上的特定目的可以要求人民从事各种行为，由此形成行政法上的义务，而当人民未能履行上述义务时，为了确保行政法规的实效和行政目的的实现，行政机关可对人民施加一定的不利益，此种不利益即为行政制裁^[18]。以上“制裁性”等同于宽泛的“不利益”并不清晰，通过对比来理解“制裁性”更为直观。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^[17]。在前述将“限制生产、停产整治”的性质等同于“责令改正”，都作为行政命令时，苛以企业的义务也应该局限在恢复原状成本之内。企业在执行“限制生产、停产整治”命令时，付出成本多寡的量化也可以作为判断其究竟体现“制裁性”还是“恢复性”的标准。

“限制生产、停产整治”中折射的成本关系是否满足“制裁性”呢？“限制生产、停产整治”以通过对生产行为的限制，阻断了企业获取利润的机会，背后付出的成本代价也是重大的。厂房、机器设备等日常维护费用、用于产品生产的原材料可能发生浪费或者贬值的成本支出，工人的工资费用支出、产量偏离间接影响到潜在客户流失以及市场份额被抢占等损失。改正违法排污行为，企业一般并不需要多少成本支出，系违法多由企业故意为之，关闭违法排污的设备并对污水投入物料进行处理即可，因而这种多投入污水处理成本仍然是获益行为，并不至于让企业选择限制或者停止生产，特殊情形下当改正违法排污的成本超出获益空间，企业更会自愿终止不经济的生产行为。通过对“限制生产、停产整治”以及类似“责令改正”命令中的成本支出予以分析，企业在执行“限制生产、停产整治”所付出的成本远高于恢复成本。而行政命令中苛加于企业的义务是局限于恢复成本之内的，也不得不承认企业在“限制生产、停产整治”中的义务已是一种制裁。

“限制生产、停产整治”在适用上也满足以违法为前提，对于违法排污对应的企业义务，除了“限制生产、停产整治”外，改正违法排污行为也是无条件的，此时“限制生产、停产整治”更属于恢复原状之外的成本负担了，制裁性意味自不待言。既然“限制生产、停产整治”列入制裁的范畴，那么制裁又该达到何种程度，是否有必要作为刑罚？无论限制还是停止企业的生产，

都剥夺了企业的生产自由,这一点与剥夺人身权如出一辙,那么其究竟可否上升到资格刑呢?我国《刑法》中的资格刑包括剥夺政治权利和驱逐出境,针对公民人身设立的刑罚,而社会矛盾不断暴露使得犯罪也呈现新样态。对新型犯罪的惩治和预防就需要与时俱进的新型刑罚方法,尤其在对新型的经济犯罪和可能危及社会整体安全的“风险犯罪”,只依靠传统的生命刑、自由刑和财产刑不足以有效控制此类犯罪的频发,而资格刑对控制此类犯罪以及抵御风险犯罪可以起到其他刑罚难以替代的作用^[19]。从环境风险防范角度考虑,为严格打击企业的违法排污行为,“限制生产、停产整治”具有作为资格刑的合理性根据。国外刑法理论一般认为,为了实现行政管理的目的,就在行政法中给国民规定种种命令与禁令;为了确保行政法规的实效性,就规定违反行政法的罚则^[20],即出现了行政刑法。行政刑法是舶来品,一般认为德国是行政刑法(Administrative Criminal Law)最早的发源地,而其前身又是警察刑法^[21],具体是指行政法或经济法中的“附属刑法”。关键是我国存在“附而不属”的问题,即使“限制生产、停产整治”在行政法规中被规定,也并不能解释其为一种资格刑,故“限制生产、停产整治”的性质只能理解为行政处罚。

(二) 避开行政命令下实施困境

“限制生产、停产整治”作为行政处罚,能否具体实施也是将其作为行政处罚合理性考量中的重要部分。行政处罚程序比行政命令程序更严格规范,在维护行政相对人利益上是有利的,关键是环保部门实施法律时将会面临怎样的执法过程。

1. 可接受的裁量权风险

“限制生产、停产整治”作为行政命令,一系列裁量将环保部门置于危险境地,一方面是能力不足导致的决策难,另一方面是裁量过大的权力滥用。“限制生产、停产整治”作为行政处罚,执法也要进行裁量。这种裁量将同作出其他处罚一样,仅需考虑企业违法排污的严重程度选择适用法律。违法排污严重程度可以通过监测数据量化,相比行政命令下裁量需要考虑多重复杂因素,裁量依据是单一且确定的。在裁量都应接受合理性制约上,这里的合理性范围更广,即只要处罚落在合理的幅度区间内即可,自然对于执法者来说也不存在决定作出上的困难。我们都知道,执法是执法者将纸面法律应用于现实个案的过程,即执法者需要“将法律以模糊语言规定的行政命令转换为精确的行政命令”^[22]。“限制生产、停产整治”命令苛以企业义务多寡的合理性对应达成整改目的必要性,追求合理性是一种精确的合理。可见,作出行政处罚过程中的裁量,无论是裁量决策考虑因素还是决策难易,直接将执法人员从裁量困境中解脱出来,也就并不存在实施法律上的困难。

前述作为行政命令可能存在裁量权滥用,使“限制生产、停产整治”得不到落实。“限制生产、停产整治”作为行政处罚,不存在是否需要裁量适用,企业只要超标、超总量排放污染物,直接对该企业作出“限制生产、停产整治”处罚。如果说可能存在权力滥用,那也只能在“限制生产、停产整治”处罚的具体义务方面,可是这个概率也是极低的。企业的超标、超总量被环保部门发现,是由一定的监测数据体现出来,这里无须进行裁量。接下来是执法人员根据监测数据反映的违法严重程度而作出处罚,超标、超总量代表的严重程度是由一定的科学推算的,执法人员仅需将其与法律适用联系起来。“限制生产、停产整治”处罚在法律上存在一定的模糊性,这方面通过细化方可解决,违法的严重程度和应予以的处罚是明确对应的,其裁量范围很小,这也说明超出合理范围的裁量本来就很低,即使出现裁量失误也是极容易被发觉的。因而,除非执法人

员执意徇私枉法,否则并不存在多少裁量权滥用的空间。

2. 强制执行有效保障处罚落实

“限制生产、停产整治”作为行政命令,执行保障由于多种原因难以真正督促企业落实命令。“限制生产、停产整治”作为行政处罚,限制或者停止企业的生产对企业不利,企业不履行处罚义务的可能性也是存在的。由于行政处罚具有终局性,企业违反行政处罚并不可再作出处理或者处罚,此时应强制企业落实处罚义务的履行。“限制生产、停产整治”作为行政处罚,并不像作为行政命令时还负载着整改目的,故企业不自觉履行时,强制执行的内容仅为限制或者停止企业的生产行为,而不包括企业的整改行为。通过行政强制执行权来限制或者停止企业的生产行为在现实层面是可操作的。若企业阻止行政强制执行,将会承担刑事责任及其他损失,比如企业形象的降低。企业环境信息强制公开,是指企业根据法律规定,将自身的环境信息通过法定公开的形式或者由环境保护部门将企业环境信息按照法定方式予以公开的行为^[23]。无论是企业的严重违法排污信息还是不承担环境处罚,再到阻挡环境执法等,这些环境信息都属于环保部门可以公开的范围,恐怕这些都将转化为对企业经济利益的不利因素。行政强制执行权的存在将使企业根本不可能拒绝逃避,而且若一开始选择不承担还会遭受更多附带不利后果,企业在利益衡量下自然会畏惧于强制执行而选择自觉落实处罚义务。

(三) 提高法律的威慑效益

1. 环境监管改革的需求

我国的执法选择上既包括环境行政命令也包括环境行政处罚,这同样适合于世界上多数国家。至于每个国家更青睐于环境行政命令还是环境行政处罚,要看所占的比重。美国作为世界上拥有严厉的环境法律规范要求的国家,其行政行为分为正式和非正式两种。非正式行动包括向违法者发通知和警告信,主要的对象是那些在监测和检查中发现的有轻微违法行为的违法者,目的是通过警告要求违法者采取必要的纠正行动^[24]。当发现违法者的行为比较严重时,环保局就会采取正式行政行动,即根据法律的条款对违法者发布行政命令并要求违法者执行命令^[25]。故,非正式与正式行政行为也可简单大体视为行政命令和行政处罚的关系。自1992年联合国环境与发展大会召开后,美国在多方面进行了环境改革,但不可掩盖的一个重要特征是逐步扩大管理对象的环境责任。这主要体现在:严格执行联邦环境法,并对违法者进行实质性惩罚^[26]。我国与美国在环境管理上存在诸多相似之处,现阶段为了改善生态环境选择逐步加强企业的环境责任也是重要改革方向,从美国扩大管理对象的责任需要借助惩治予以保障来看,落实企业的合法排污责任,也应吸取先见,把“限制生产、停产整治”作为行政处罚对待。

2. 行政处罚实施现状及目的

回到我国当下的行政处罚实施,违法排污的处罚责任主要为罚款,而拘留、责令停业关闭等并不被广泛适用。由于行政罚款的数额较低,严重背离了过罚相当原则,因此企业环境违法行为依然猖獗^[27]。“按日连续处罚”或许可以有效弥补处罚过低的事实,但并非预期的一样。“按日连续处罚”并非针对罚款处罚的再次罚款,无须适用“一事不再罚”原则,而是仅针对“限期改正违法行为”行政决定所作出的特殊的间接行政强制执行方式^[28]。可见,“按日连续处罚”仅是作为间接行政强制执行方式,并不属于违法排污对应的处罚,只能适用于那些已经违法作出处罚而且继续违法排污的企业,那些潜在可能违法的企业违法并不必然将会适用“按日连续处罚”。故违法排污对应的惩罚依然是罚款,处罚成本过低的事实依然没有改变。

在1952年公布《秩序违反法》后,德国学界对于行政罚(以秩序罚为主)及刑事罚之性质界分,已获得一致的看法,认为两者“不法的内容”,并非质的不同,而是(接受处罚的)量的不同罢了^[29]。行政处罚与刑事处罚之间并非存在质的区别,故所追求的价值也是相通的。正如贝卡里亚所言:“刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵犯公民,并规劝其他人不要重蹈覆辙。”^[30]因而,“限制生产、停产整治”作为处罚,其效益价值不在于对已经违法被查处企业的惩罚,而是威慑那些普遍没有违法的企业自愿选择遵守法律。

3. 处罚成本扭转排污行为

边沁曾经指出:“惩罚之值在任何情况下,皆须不小于足以超过罪过收益之值。”^[31]在污染防治领域,若想达到对企业排污的规制,处罚制度构建遵循惩罚大于收益是必要的。对于污染防治违法成本既包括企业从事环境违法行为时实际支出的成本(如搜集信息、寻找排污地点等)和机会成本,也包括违法行为受到追究时承担的预期成本(如罚款、被责令停产或吊销营业执照时产生的损失)^[32]。自然这里要探讨的惩罚成本是指预防成本。处罚成本等于处罚标准与查处概率的乘积^[33]。“限制生产、停产整治”作为处罚标准,其对企业造成的影响可以通过一定的方式折算成经济利益,然后再乘以查处概率,即可得出该处罚对应的违法成本;企业违法所获取的利润乘以未被发现概率可得出企业的违法收益。虽然将两者比较分析,以数据来实证是很有说服力的,但抛开数据而根据现行法律实施也可以粗略预先估计违法成本与违法收益之间的关系。上述已经在制裁性部分讨论了“限制生产、停产整治”影响换算成经济利益是高昂的,重点排污单位安装在线监测设备、日常的现场检查、公众监督等日渐完善,表明查处概率也逐渐提高;至于违法收益是具体的、波动的并不容易确定大小,可其受到搜集信息、寻找排污地点等违法成本的制约,在环境监管有效性不断提高下,这些违法成本也逐渐变高。企业违法排污是否被环保部门发现与企业逃避环保部门监管是呈反比例关系,环保部门监管手段的不断提高,逃避监管的可能性越来越小。当查处概率变高,提高处罚标准进而影响处罚成本是明显的;在违法收益并不能保证增长趋势时,未被发现的概率降低,必然导致违法收益的降低。所以,将“限制生产、停产整治”作为处罚将打破原有的违法成本与违法收益之间的格局,提高对企业的威慑力,潜在可能违法的企业将会更加谨慎地对待排污而不敢轻易触碰法律的底线。

参考文献:

- [1] 张梓太. 环境法律责任研究 [M]. 北京: 商务印书馆, 2004: 43-44.
- [2] 谢晖. 解释法律与法律解释 [J]. 法学研究, 2000 (5): 17-29.
- [3] 涂永前. 环境行政处罚与环境行政命令的衔接——从《环境保护法》第60条切入 [J]. 法学论坛, 2015 (6): 62-70.
- [4] 李亮. 法律责任条款规范设置研究 [D]. 济南: 山东大学, 2015.
- [5] 金瑞林, 汪劲. 20世纪环境法学研究评述 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 242-243.
- [6] 韩德培. 环境保护法教程 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 96.
- [7] 黄锡生, 夏梓耀. 论限期治理制度——以《环境保护法》修改为进路 [J]. 河北法学, 2014 (2): 41-42.
- [8] 李孝猛. 责令改正的法律属性及其适用 [J]. 法学, 2005 (2): 56-60.
- [9] 夏锦文. 法律实施及其相关概念辨析 [J]. 法学论坛, 2003 (6): 27-32.
- [10] 杨生, 孙秀君. 行政执法行为 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2003: 717.
- [11] 姜明安. 论行政裁量权及其法律规制 [J]. 湖南社会科学, 2009 (5): 53-56.
- [12] 姜明安. 论行政裁量的自我规制 [J]. 行政法学研究, 2012 (1): 5-12.
- [13] 姜明安. 行政法与行政诉讼法学 [M]. 4版. 北京: 北京大学出版社, 1999: 214.

- [14] 张爱萍. 论行政命令 [D]. 济南: 山东大学, 2008.
- [15] 胡建森. “行政强制措施”与“行政强制执行”的分界 [J]. 中国法学, 2012 (2): 90-97.
- [16] 胡建森. 行政法学 [M]. 2 版. 北京: 法律出版社, 2005: 289-290.
- [17] 胡建森. “其他行政处罚”若干问题研究 [J]. 法学研究, 2005 (1): 70-81.
- [18] 翁岳生. 行政法 2000: 下册 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 823.
- [19] 尹晓闻. 我国资格刑制度完善研究 [D]. 广州: 华南理工大学, 2016.
- [20] 张明楷. 行政刑法辨析 [J]. 中国社会科学, 1995 (3): 94-117.
- [21] 李晓明. 论刑法与行政刑法的并立 [J]. 法学杂志, 2017 (2): 84-94.
- [22] 宗绪斌, 邵珠岱. 渔业行政执法中的行政命令行为 [J]. 齐鲁渔业, 2006, 23 (2): 47.
- [23] 朱谦. 企业环境信息强制公开的法律问题 [J]. 法治论丛, 2007, 22 (4): 47-55.
- [24] 何香柏. 我国威慑型环境执法困境的破解——基于观念和机制的分析 [J]. 法商研究, 2016 (4): 24-34.
- [25] 夏毅. 环境行政处罚研究 [D]. 长沙: 湖南大学, 2007.
- [26] 汪劲, 严厚福, 孙晓璞. 环境正义: 丧钟为谁而鸣——美国联邦法院环境诉讼经典判例选 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 3.
- [27] 王蓉. 美国环境立法和执法的发展动向 [J]. 世界环境, 2000 (4): 30-31.
- [28] 黄学贤, 杨东升. “按日连续处罚”的法律性质——《环境保护法》第 59 条评析 [J]. 法治研究, 2015 (6): 142-151.
- [29] 程雨燕. 环境行政处罚研究: 原则、罚制与方向 [D]. 武汉: 武汉大学, 2009.
- [30] 贝卡里亚. 论犯罪与刑罚 [M]. 黄风, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 42.
- [31] 边沁. 道德与立法原理导论 [M]. 时殷弘, 译. 北京: 商务印书馆, 2000: 225.
- [32] 理查德·波斯纳. 法律的经济分析 [M]. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 292.
- [33] 叶慰. 对违法行为的分类治理研究——从提高违法成本角度分析 [J]. 行政法学研究, 2013 (1): 105-112.

“Restrictions on Production and Production Suspension”: an Administrative Order or Punishment

Fang Jiamin, Zhu Qian

Abstract: “Restrictions on production and production suspension”, as a measure applied in the field of pollution prevention, embodies deep positive law foundation. However, through questioning its nature according to rules and regulations, there exist two different opinions as administrative punishment or order. In practice, it is applied as an administrative order, which causes some risks, like the incapability of discretion by environmental protection department and power abuse. Besides, insufficient administrative force guarantee could cause enterprises to ignore the order. The author thinks that “restrictions on production and production suspension” is in accordance with the essential attribute of administrative punishment, that is to say, it has certain sanction power. At the same time, it can overcome the problem of the practical application under the administrative order so as to promote the environmental law enforcement benefits.

Key words: administrative punishment; administrative order; application dilemma; argument of nature

(收稿日期: 2018-01-11; 责任编辑: 晏小敏)