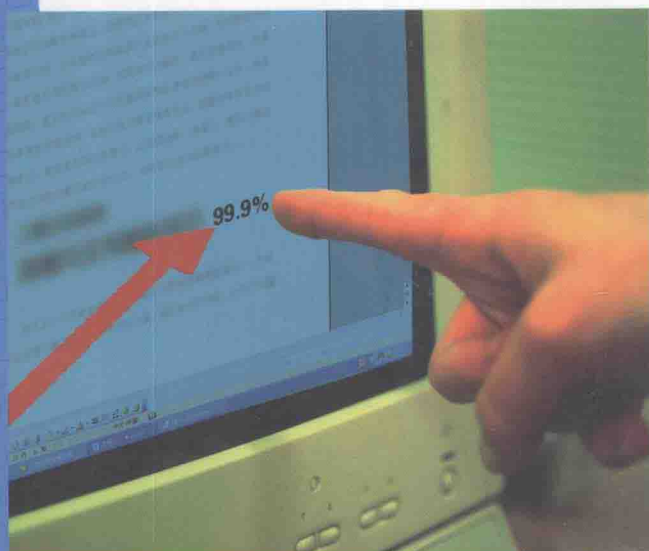




GONGSHANG
XINGZHENG GUANLI
ZHIFA BANAN
YU WENSHU
ZHIZUOJIQIAO

工商行政管理 执法办案与文书制作技巧

◎甘应龙 谈湘兰 著



中国工商出版社

2014/10/1

工商行政管理 执法办案与文书制作技巧

甘应龙 谈湘兰 著

中国工商出版社

责任编辑 杨爱军

封面设计 江哲

图书在版编目 (CIP) 数据

工商行政管理执法办案与文书制作技巧/甘应龙,
谈湘兰著. —北京:中国工商出版社, 2010.5

ISBN 978-7-80215-427-8

I. ①工… II. ①甘… ②谈 III. ①工商行政管理—
行政执法—基本知识—中国 ②工商行政管理—法律文书—
写作—中国 IV. ①D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 083896 号

书名 / 工商行政管理执法办案与文书制作技巧

著者 / 甘应龙 谈湘兰

出版·发行 / 中国工商出版社

经销 / 新华书店

印刷 / 北京华正印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 1/16 印张/49 字数/900 千字

版本 / 2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷

印数 / 01-5000 册

社址 / 北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号 (100070)

电话 / (010) 63730074, 83670785 电子邮箱/zggschs@263.net

出版声明 / 版权所有, 侵权必究

书号: ISBN 978-7-80215-427-8/D·371

定价: 80.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

在工商行政管理执法办案实践中,常常会碰到各种各样的困惑和难题。如当事人不配合时如何取证,当事人拒绝陈述时能否依据其他证据结案,等等。本书较好地回答了这些疑难问题。

本书全面、系统地阐述了工商行政管理机关执法办案的基础知识和实践技巧。以办案流程为主线,突出各个办案环节的技巧,从一般程序案件的案件来源、呈批立案、调查取证、强制措施、结案定性、处罚告知、听证组织、裁量决定、档案装订、处罚执行,到应对行政复议、行政诉讼等,详细分析了各个办案环节的特征,介绍了各个环节的基本要求,阐述了各个环节的操作技巧。同时,回应了行政处罚的理论焦点,介绍了简易程序案、工商所办案的技巧,一览表详细列出了400余项违法行为的工商行政管理处罚种类和依据。

本书具有如下鲜明的特色:

一是实践操作与理论探索相结合。本书突出工商行政管理机关执法办案的实践需要,提供了60多个实际案例。每章都结合实际案例,分析各个办案环节的技能技巧。同时,对各个环节的特征分别作了理论上的分析和阐述,做到理论与实践相结合。其中,在第一章《概论》中,以《行政处罚法》及国家工商总局令28号《工商行政管理机关行政处罚程序规定》为指引,对行政处罚程序、种类等,作了详细的理论阐述,使读者可以对工商行政管理执法办案有较全面的理解和认识。

二是基础知识与解答疑难相结合。本书每章都详细阐述了相应办案环节的基础知识和常用技能技巧。如第三章《一般程序案件的取证与文书制作技巧》,按照立法规定的证据法理分类,对书证、物证、视听资料和计算机数据、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录等七类证据的收集技巧,作了极为详尽的研究和描述,可以基本解决办案实践中的取证难问题。同时,对各个环节中存

在的 60 多个疑难问题,吸收目前国内外的专题研究成果,作了正面回应,进行了深入的讨论和引导,为执法办案中的疑难问题处理提供了参考。每章后面还以附录形式列出疑难思考题,供读者回味、讨论。

三是文书规范与图表资料相结合。全书将办案常用文书格式分为法定文书格式与参考文书格式两类。对国家工商总局印发的工商行政管理机关行政处罚文书以及可能涉及到的行政复议文书共 40 多种,以法定文书格式详尽阐述了制作技巧。对办案实践中可能需要使用的 50 多种其他文书,提供了参考文书格式,并阐述了制作技巧。同时,全书提供其他图片 60 多张,穿插大量小技巧、小提示或者小清单、小资料,做到了资料翔实,图文并茂。

本书每章分别有理论阐述、基本要求、独特技巧、文书制作、案例评析、疑难讨论等内容。其中,第三章是全书重点。

本书内容全面、具体、丰富,系统性、逻辑性强,既有学术研究的严谨,又有实践技巧的灵活,适合于工商行政管理机关办案人员的实践需要和业务培训,也可作为法律工作者和其他行政机关执法办案的技巧参考。

目 录

第一章 工商行政管理执法办案与文书制作概论

第一节	工商行政管理执法办案与文书制作的关系	(1)
第二节	工商行政管理执法办案的基本要求	(5)
第三节	工商行政管理处罚基本原则	(20)
第四节	工商行政管理处罚办案程序	(23)
第五节	工商行政管理办案文书制作的基本要求	(27)
第六节	工商行政管理执法办案与文书制作相关案例评析	(40)
第七节	工商行政管理执法办案与文书制作疑难问题讨论	(50)

第二章 一般程序案件的立案与文书制作技巧

第一节	一般程序案件立案基本要求	(67)
第二节	一般程序案件线索发现技巧	(83)
第三节	一般程序案件立案文书制作技巧	(92)
第四节	一般程序案件立案与文书制作案例评析	(102)
第五节	一般程序案件立案与文书制作疑难问题讨论	(113)

第三章 一般程序案件的取证与文书制作技巧

第一节	行政证据概述	(118)
第二节	行政证据规则	(122)
第三节	书证的收集与相关文书制作技巧	(165)
第四节	物证的收集与相关文书制作技巧	(180)
第五节	视听资料的收集与相关文书制作技巧	(190)
第六节	证人证言的收集与相关文书制作技巧	(205)
第七节	当事人陈述的收集与相关文书制作技巧	(216)
第八节	鉴定结论的收集与相关文书制作技巧	(241)
第九节	勘验笔录、现场笔录的收集与相关文书制作技巧	(250)

第十节	一般程序案件取证与文书制作案例评析	(260)
第十一节	一般程序案件取证与文书制作疑难问题讨论	(305)

第四章 一般程序案件的强制与文书制作技巧

第一节	工商行政管理强制概论	(321)
第二节	工商行政管理强制的基本要求	(327)
第三节	工商行政管理强制与相关文书制作技巧	(329)
第四节	一般程序案件强制与文书制作案例评析	(409)
第五节	一般程序案件强制与文书制作疑难问题讨论	(415)

第五章 一般程序案件的定性与文书制作技巧

第一节	一般程序案件定性的基本要求	(424)
第二节	一般程序案件性质认定技巧	(440)
第三节	一般程序案件定性与相关文书制作技巧	(444)
第四节	一般程序案件定性与文书制作案例评析	(450)
第五节	一般程序案件定性与文书制作疑难问题讨论	(456)
附录	工商行政管理行政处罚种类和依据一览	(463)

第六章 一般程序案件的告知与文书制作技巧

第一节	一般程序案件的告知种类	(504)
第二节	一般程序案件的告知技巧	(509)
第三节	一般程序案件告知与相关文书制作技巧	(514)
第四节	一般程序案件告知与文书制作案例评析	(523)
第五节	一般程序案件告知与文书制作疑难问题讨论	(529)

第七章 一般程序案件的听证与文书制作技巧

第一节	一般程序案件的听证标准	(531)
第二节	一般程序案件的听证基本要求	(532)
第三节	一般程序案件听证与相关文书制作技巧	(543)
第四节	一般程序案件听证与文书制作案例评析	(561)
第五节	一般程序案件听证与文书制作疑难问题讨论	(569)

第八章 一般程序案件的决定与文书制作技巧

第一节	一般程序案件决定的基本程序	(574)
第二节	一般程序案件决定与相关文书制作技巧	(581)
第三节	一般程序案件决定与文书制作案例评析	(591)
第四节	一般程序案件决定与文书制作疑难问题讨论	(607)

第九章 简易程序案件的办案与文书制作技巧

第一节	简易程序案件的标准	(619)
第二节	简易程序案件的办案基本要求	(626)
第三节	简易程序案件办案与相关文书制作技巧	(629)
第四节	简易程序案件办案与文书制作案例评析	(632)
第五节	简易程序案件办案与文书制作疑难问题讨论	(633)

第十章 一般程序案件的档案装订与其他通用文书制作技巧

第一节	一般程序案件立卷归档的特点和基本要求	(636)
第二节	一般程序案件档案装订文书的制作技巧	(638)
第三节	一般程序案件其他通用文书的制作技巧	(641)
第四节	一般程序案件档案装订与其他通用文书制作案例评析	(660)
第五节	一般程序案件档案装订与其他通用文书 制作疑难问题讨论	(665)

第十一章 工商行政管理处罚案件的执行与文书制作技巧

第一节	工商行政管理处罚案件的执行方式	(667)
第二节	工商行政管理处罚案件执行的基本要求与技巧	(670)
第三节	工商行政管理处罚案件执行与相关文书制作技巧	(680)
第四节	工商行政管理处罚案件的执行与文书制作案例评析	(691)
第五节	工商行政管理处罚案件的执行与文书制作疑难问题讨论	(695)

第十二章 工商行政管理所执法办案与文书制作技巧

第一节	工商行政管理所的法律特征	(700)
第二节	工商行政管理所执法办案的特征	(702)

第三节	工商行政管理所执法办案注意事项	(703)
第四节	工商行政管理所执法办案相关文书制作技巧	(706)
第五节	工商行政管理所执法办案与文书制作案例评析	(707)
第六节	工商行政管理所执法办案与文书制作疑难问题讨论	(709)

第十三章 工商行政管理处罚救济应对与文书制作技巧

第一节	工商行政管理处罚救济特征	(714)
第二节	工商行政管理处罚救济应对技巧	(715)
第三节	工商行政管理处罚救济应对文书制作技巧	(732)
第四节	工商行政管理处罚救济应对与文书制作案例评析	(748)
第五节	工商行政管理处罚救济应对与文书制作疑难问题讨论	(766)
后 记		(773)

第一章 工商行政管理执法办案与文书制作概论

本章主题词:工商行政管理执法办案特征;工商行政管理办案文书特征;工商行政管理执法办案与文书的关系;行政处罚,违法行为构成;行政处罚的学理分类,申诫罚、财产罚、行为罚、人身罚;行政处罚的法条分类,警告,罚款,没收违法所得、没收非法财物,责令停产停业,暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照,行政拘留,法律、行政法规规定的其他行政处罚;工商行政管理处罚基本原则;工商行政管理处罚办案程序;简易程序案,一般程序案;工商行政管理办案文书制作的基本要求,法律文书的送达,直接送达、委托送达、公告送达,法律文书的期间;相关案例评析;疑难问题讨论。

本章从分析工商行政管理执法办案与文书特征入手,阐述一些基本概念,进而分析工商行政管理执法办案与文书制作的关系,力求为以后各章的具体分析打下基础。

第一节 工商行政管理执法办案与文书制作的关系

所谓工商行政管理执法办案,广义上包括工商行政管理许可、确认、调解、裁决、强制、处罚、复议等等所有案件,狭义上一般只包括工商行政管理强制、处罚等案件。本书按一般意义的狭义理解,阐述、研究工商行政管理处罚、工商行政管理强制的执法办案基础与技巧。

所谓工商行政管理执法办案文书,又称工商行政管理办案文书,广义上包括工商行政管理许可、确认、调解、裁决、强制、处罚、复议等等所有办案用文书,狭义上一般只包括工商行政管理强制、处罚等办案用文书。本书按一般意义的狭义理解,阐述、研究工商行政管理处罚、工商行政管理强制的文书制作技巧。

一、工商行政管理执法办案特征

工商行政管理处罚和强制分别是国家行政处罚和行政强制的一个重要部类,除具有行政处罚和行政强制的一般特征外,还具有自己独特的特征。主要如下:

(一)违法行为必须查处,但必须依法查处。按国家工商行政管理总局主要职责内设机构和人员编制规定,^①工商行政管理部门要依法查处市场中的不正当竞争、商业贿赂、走私贩私及其他经济违法案件,违法直销和传销案件,流通环节食品安全案件,假冒伪劣行为,合同欺诈行为,虚假广告行为;查处取缔无照经营行为。相关实体法也规定工商行政管理机关要查处登记注册中的违法行为,商标侵权行为,市场垄断行为,以及其他扰乱市场经营秩序的行为;等等。对这些市场违法行为的查处管辖权在工商行政管理部门。^②

查处市场违法行为是工商行政管理部门的职责,如果不履行查处职责就会构成失职甚至渎职。但是,查处市场违法行为必须——也只能依法进行。不允许采用违法手段去查处违法行为,当事人虽然在事实上已经构成违法,工商行政管理机关却不能在查处程序上违法。不能以违法手段对付违法行为。

(二)当事人文化程度提高,但违法手段也趋向高智商化。随着教育事业的逐步兴旺和现代科学技术、信息手段的普及,全民文化、科技、法律水平不断提高。这是民族繁荣昌盛的大好事。但是,也同时出现市场违法智商化趋势,使得工商行政管理机关执法办案难度不断加大。

1. 违法手段智能化。违法行为采用分工合作方式,采用大量高科技技术,使得追踪难度很大、鉴别难度很大。如假冒伪劣行为,预订调拨、商品制造、包装印制、分装运输、送货销售等,分工越来越细,每道环节职能化程度越来越高,单线联系的保密性越来越强。假的酷似真的,有时甚至比真的更像真的。有些则在谋划违法行为时,同时设计有反查处措施。

2. 当事人陈述沉默化。当事人陈述是7类证据之一。但是,当事人陈述既是当事人的义务,也是当事人的权利。按《行政处罚法》第37条规定,行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问,并协助调查或者检查,不得阻挠。个别实体法——如商标法规定工商行政管理部门依法行使规定的职权时,当事人应当予以协助、配合,不得拒绝、阻挠^③。其他绝大多数实体法都未规定当事人应当尽协助、配合义务。《行政处罚法》第27条规定,当事人配合行政机关查处违法行为有立功表现的,应当依法从轻或者减轻行政处罚。但是,所有法律法规对当事人拒绝配合都没有规定罚则。而工商行政管理机关的

① 《国务院办公厅关于印发国家工商行政管理总局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》(国办发[2008]88号);<http://www.saic.gov.cn/>(中华人民共和国国家工商行政管理总局网站)政务动态>重要发布,2009年5月。

② 对有些违法行为——如无证无照经营行为,其他部门也应依法查处。

③ 《中华人民共和国商标法》(1982年8月23日第五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日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议第二次修正)第55条。

执法办案实践中,有些情况离不开当事人的配合提供资料或者如实作出陈述。如违法所得计算依据的进销差、违法广告的经营额等,只有当事人最清楚。现在,越来越多的当事人从境外电影电视上学会了“沉默”,对工商行政管理机关执法办案的陈述通知予以拒绝,不提供任何资料。

3. 反查处高效化。由于现代信息技术的推广和交通手段的发达,当事人对付工商行政管理机关办案取证的反应相当敏锐。一旦工商行政管理机关进入办案程序,当事人反查处的反应速度飞快。有些时候,工商行政管理机关的办案规定手续还未办完,当事人早就闻讯打扫完“战场”了。有些当事人甚至预先准备微型摄像、录音器材,设计好“陷阱”,采用秘密摄录方式,捕捉工商行政管理机关办案人员程序违法的证据。

4. 抗辩职业化。一个案子办完,正式作出处罚决定前,当事人有权陈述、申辩以至要求听证质证。处罚决定作出后,当事人还可以通过复议和起诉抗辩。这种处罚程序中的抗辩,不少是聘请的专业律师。专业律师的职业化抗辩水平相对比较高,对构建案件事实的证据规则——特别是对办案程序规定钻研较深。对工商行政管理机关的办案水平,从另一个角度提出了更高的要求。

(三) 行政证据规则确立,但取证手段滞后。行政诉讼法只对行政证据的类别和举证责任等,作有原则规定。最高人民法院于2002年7月24日公布《关于行政诉讼证据若干问题的规定》后^①,对行政证据的举证责任分配和举证期限、提供证据的要求、调取和保全证据、证据的对质辨认和核实、证据的审核认定等,作出了详细的司法解释。工商行政管理机关的执法办案,必须达到《行政证据规定》的证据要求。但是,工商行政管理机关执法办案的取证手段,无论是经费、设备还是职权规定,都跟不上需要。取证难成为工商行政管理机关执法办案的第一大难题。

(四) 市场手法不断翻新,但立法规定滞后。市场经济运行中,各种经营方式和竞争手法层出不穷,花样翻新很快。但是,立法规定不可能一日三变、朝令夕改。

1. 新手法不断,新规定难见。如超市以各种不同名义收取的“进场费”,由于新规定迟迟没有出来,工商行政管理机关办案认定为商业贿赂。但当事人起诉到人民法院后,有的地方法院认定为违法,判决维持工商行政管理机关的处罚;而有的地方法院却认定为合法,判决撤消工商行政管理机关的处罚。

2. 职责有调整,法规无修改。根据市场形势的变化和监管需要,国务院有时会及时调整一些部门的职责分工。而相应立法规定的查处职权和罚则难以同时

^① 以下简称“《行政证据规定》”。

作出相应的修改,工商行政管理机关在办理该类案件时难以适用。^①

3. 有原则规定,无细则对应。如商标侵权行为中的近似认定,既涉及到商品是否类似的认定,又涉及到商标标识是否近似的认定。由于国家工商总局和最高人民法院都只有原则性的规定,而没有操作性比较强的细则,以至于同一商标案件,甲地工商局或者人民法院认定为侵权,而乙地工商局或者人民法院认定为没有侵权。^②

二、工商行政管理办案文书特征

工商行政管理办案文书是工商行政管理文书中的一个重要部类,按其功能不同,大体可以分为记载性证据文书和决定性外发文书两类。工商行政管理办案文书具有如下特征:

1. 文书作者法定。工商行政管理办案文书的作者,只能是依法具有行政处罚权的工商行政管理机关。任何个人或者其他单位都无权制作工商行政管理办案文书。

2. 制作格式特定。对工商行政管理办案文书的具体文种和格式,国家工商行政管理总局已经统一制定。除一些不影响当事人权利义务善意提醒、告知类文书外,基层工商行政管理机关只能按照国家工商行政管理总局的统一样式制作,不得任意修改。

3. 制发程序严格。制发公文即发文办理,指以本机关名义制发公文的过程,按国务院《国家行政机关公文处理办法》(国发[2000]23号)规定,发文办理一般包括草拟、审核、签发、复核、缮印、用印、登记、分发等程序。工商行政管理办案文书可以按特殊程序要求制作。其中,记载性证据类文书,只能按特殊程序规定制作;决定性外发文书,有特殊程序规定的按特殊规定制发,没有特殊程序规定的按国务院上述《办法》规定的程序制发,并增加一项“送达”程序。

4. 法律效力确定。特别是决定性外发文书,对受文对象说来,其应承担的法律后果或应履行的义务是确定的、明白的。不可能——也不允许有半点含糊不清。任何闪烁其辞、模棱两可的表述,不仅会使文书的法律效力模糊,也会使当事

① 如:国务院将流通环节食品安全监管调整由工商行政管理部门负责。但是,原《食品卫生法》规定的查处职权和罚则无法同时作相应的修改。在《食品安全法》公布前的过渡时期,工商行政管理机关在办理该类案件时难以适用。

② 国家工商行政管理总局商标局网站(<http://sbj.saic.gov.cn/>)提供注册商标查询,无疑相当有助于办案。世界知识产权组织提供的《商标注册用商品和服务国际分类表》、商标局编印的《类似商品和服务区分表》(2007年,基于尼斯分类第九版)、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2002]32号)第12条规定“可以作为判断类似商品或者服务的参考”,也可以有助于办案。但是,商标局和商标评审委员会制定的《商标审查及审理标准》(2005年12月),却是作为内部使用资料,只“供商标局和商标评审委员会的全体审查人员在审查商标及审理商标案件时执行”。

人无法履行。

5. 法律后果明朗。工商行政管理办案文书的后果具有明显的双面性。对受文对象说来,工商行政管理办案文书的法律效力是确定的。而对制发者说来,其法律后果也是明朗的。以前只讲对于相对人的“法律效力”,不大讲对制作人的“法律后果”。而实际上,内容合理、形式合法的工商行政管理办案文书,是依法行政的基本要求。反之,内容不合理、形式不规范的工商行政管理办案文书,往往成为办案人不当行政甚至违法行政的证据。

6. 制作工具先进。一般都是利用现代信息技术,使用预先设定的模板,采用计算机自动排版,用激光打印机印制或者用针式打印机打印。笔录式办案文书也大多是在预先印制的书式上填写或者用计算机直接录入打印。已经没有人使用淘汰的刻写方式,一般也不能使用手书自由格式方式。

三、工商行政管理执法办案与办案文书的关系

总的说来,工商行政管理执法办案有自己的特征和技巧,工商行政管理办案文书制作也有自己的特征和技巧。同时,工商行政管理执法办案技巧与办案文书制作技巧是辨证的统一,是内容与表现形式的辩证统一。

1. 工商行政管理执法办案准确是办案文书准确的前提。工商行政管理执法办案的基本要求是事实清楚、证据确凿,适用依据正确,程序合法,内容适当。这些办案内容准确,是办案文书形式准确的前提。只有案件办准了,文书才有可能制作准确。

2. 工商行政管理办案文书制作规范是执法办案规范的基础。案件内容不可能脱离表现形式而孤立存在,而办案文书是案件内容的重要表现形式。必须有工商行政管理办案文书的规范,才会有工商行政管理执法办案的规范。如果没有工商行政管理办案文书的规范,就不会有工商行政管理执法办案的规范。

3. 工商行政管理执法办案技巧与办案文书制作技巧是辨证的统一。工商行政管理执法办案有基本要求和技巧,工商行政管理办案文书的制作也有基本要求和技巧。工商行政管理执法办案技巧与办案文书制作技巧二者相互依存、相互促进,是辨证的统一关系。

第二节 工商行政管理执法办案的基本要求

工商行政管理执法办案的基本要求主要涉及到行政处罚的一些基础概念和基本原则。

一、行政处罚基本概念

所谓行政处罚,是国家为有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保

护公民、法人或其他组织合法权益,对行政相对人违反行政法律规范应当承担行政法律责任而未构成犯罪的行为,由行政执法主体依法给予的精神、财产、行为、人身或者其他形式法律制裁的行政行为。

只有违法行为才受到行政处罚。因此,行政处罚首先遇到的是违法行为的认定。如何认定违法行为,有两种看法:一种是违法行为构成说。按违法行为主体、主观方面、侵害客体、客观方面等4个构成要件分析。另一种是实体规范说。认为构成分析只适合于犯罪,而行政违法不同于犯罪,法律上没有构成要件规定。因此,只按实体法规范认定就行^①。笔者认为,从工商行政管理执法办案实践看,结合行政处罚法与实体法的规定,工商行政管理处罚还是按违法行为构成理论分析认定违法行为比较合适^②。

一般认为,行政违法行为的构成要件包括4个方面:1)行政违法的主体。即违反行政法律规范的人,包括行政主体和行政相对人。本书主要讨论工商行政管理部门具有管辖权的后者,包括公民、法人或其他组织。如违法行为主体是公民,应具有违法责任能力,才承担相应的违法责任。根据行政处罚法规定,不满14周岁的人未达到违法责任年龄,精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时,都不具有违法责任能力,不承担行政法律责任,对其不能实施行政处罚。在工商行政管理处罚案件中,对其他行政主体的违法行为,工商行政管理部门没有管辖权。^③2)违法行为的主观方面。即实施违法行为的主体应有主观过错,只有行为主体主观上有过错,其行为才构成违法。主观过错包括故意和过失两种情形。一般地,在工商行政管理处罚案件中,明知违法或能预见后果而实施的为故意,不知违法或不知情而实施的为过错。3)违法行为侵害的客体。行政相对人实施的行为侵害了受行政法律规范调整的社会关系,或侵害了行政管理秩序,具有一定的危害性。在工商行政管理处罚案件中,行政相对人实施的行为侵害的客体,应当是受工商行政管理法律法规规范调整的市场经济秩序。4)违法行为的客观方面。即行政相对人客观上实施了违反行政法律规范的行为,包括作为和不作为,但未构成犯罪。在工商行政管理处罚案件中,行政相对人客观上实施的行为,应当是违反工商行政管理法律法规规范的行为^④。

① 参见胡锦涛著:《行政处罚研究》第132页,法律出版社,1998年4月。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法、行政法室:《中华人民共和国行政处罚法释义》第67页,法律出版社,1996年4月。

③ “其他行政主体”包括工商行政管理机关以外的其他行政机关以及具有管理公共事务职能的组织。有的认为,其他行政主体在行使其行政职权时,工商行政管理部门无权管辖;但从事无照经营、不正当竞争等行为时,工商行政管理部门可以管辖。笔者认为,《反不正当竞争法》第30条规定,政府及其所属部门违反该法规定的,“由上级机关”处理,而不是由工商行政管理机关处理。同样,其他行政主体从事无照经营等其他违法行为时,应当由监察机关依照《监察法》和其他相关法规处理,而不是由工商行政管理机关处理。

④ 关于违法行为构成理论,参见:中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会编:《法律辞典》第1471页“违法行为”词条,法律出版社,2003年;北京大学法学百科全书编委会编:《北京大学法学百科全书·宪法学·行政法学》第605页“行政违法行为”词条,北京大学出版社,1999年。

二、行政处罚的特征

行政处罚作为一种行政制裁,既不同于其他形式的行政制裁,也不同于法律制裁的其他形式。行政处罚有自己的基本特征,主要的有:

(一)行政处罚的目的。是通过制裁违法,而保护合法。行政处罚既是为了有效实施行政管理,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,同时也是对违法者予以惩戒和教育,使其不再犯。

(二)行政处罚的实施主体。只能是具有行政处罚权的行政机关和法律法规授权的组织。

1. 不是所有的行政机关都具有行政处罚权。行政处罚的实施机关由实体法规定或者由国务院决定。有的行政机关具有行政处罚权,有的行政机关不具有行政处罚权。国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权,但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。只有县级以上行政机关具有行政处罚权,县级以下的行政机关、派出机关或派出机构,除立法授权的外,不享有行政处罚权,不能实施行政处罚。^①

2. 行政处罚的实施主体不限于行政机关。行政机关以外的具有管理公共事务职能的组织,由法律、法规授权也可以在授权范围内实施行政处罚,从而成为行政处罚实施主体。

3. 行政处罚只能依据法定权限实施。行政机关的行政处罚权具有一定的分工。不同行政管理领域的行政机关具有不同类别的行政处罚权,上下级行政机关也具有不同程度或类别的行政处罚权。行政机关只能在各自的法定职权范围内实施行政处罚,超过法定权限的行政处罚行为无效。

(三)行政处罚的对象。行政处罚的对象是公民、法人或者其他组织等行政相对人。作为进行社会管理、维护社会秩序的手段之一,行政处罚是行政机关实施的外部行政行为。行政处罚的对象是作为行政管理相对方的公民、法人或者其他组织,不可能是行政机关的内部工作人员或其他作为行政主体的行政机关。^② 因此,能够成为行政处罚对象的只能是公民、法人或者其他组织等行政相对人。

^① 依照《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第64条规定,根据工作需要和精干的原则,报请上一级人民政府批准,并报本级人大常委会备案后,县级以上人民政府可以设立必要的工作部门。

^② 此处“行政机关的内部工作人员”不包括辞去公职或者退休后的人员。按照《公务员法》第102条规定,公务员辞去公职或者退休后违反规定,到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职,从事与原工作业务直接相关的营利性活动的,由其原所在机关的同级公务员主管部门责令限期改正;逾期不改正的,由县级以上工商行政管理部门没收该人员从业期间的违法所得,责令接收单位将该人员予以清退,并根据情节轻重,对接收单位处以被处罚人员违法所得一倍以上五倍以下的罚款。

(四)受行政处罚的行为。受行政处罚的行为,应当是已经违反行政法律规范应承担行政法律责任但未构成犯罪的行为。

1. 必须是已经违反行政法律规范的行为。行政法律规范对当事人的权利义务和法律责任都作有具体规定。当事人的行为违反行政法律规范,一般要承担相应的法律责任,除个别特殊情况外,一般应受行政处罚。

2. 应当是按照行政法律规范规定应承担行政法律责任的行为。应受行政处罚的行为,除已经违反行政法律规范外,一般地,行政机关有权和应当对其实施行政处罚或者其他制裁。但是,某些违法行为危害轻微、后果不大或者没有规定应承担法律责任,则不需要实施行政处罚。

3. 应受行政处罚的行为尚未构成犯罪。给予行政处罚的行为应当是需承担行政法律责任的违法行为,但同时应当是未构成犯罪的行为。对已经构成犯罪的严重违法行为,则需给予刑事制裁,而不能以行政处罚代替。

(五)行政处罚行为中不少交织有行政强制行为。很多工商管理法规在规定当事人法律责任的同时,赋予工商管理机关以强制权。这就自然导致工商管理处罚行为中,不少同时交织有工商管理强制行为。有些规定——如“取缔”——本身就无法截然分清到底是行政处罚,还是行政强制^①。

三、行政处罚的设定

行政处罚的设定是指哪一级国家机关可以通过哪种形式创设行政处罚的种类和形式,对公民、法人或者其他组织予以制裁。

(一)行政处罚设定权的法律规制。行政处罚种类的创设必须符合《行政处罚法》的规定。行政处罚法规定行政处罚的设定权限只限于法律、行政法规、地方性法规、规章,权限范围依次递减。

1. 法律的行政处罚设定权。按行政处罚法第9条规定,法律可以设定各种

^① 关于“取缔”的类属。有的认为属于行政处罚——如卫生部卫监发(1996)第63号《关于在食品卫生监督中如何理解和适用“取缔”问题的复函》认定:“《中华人民共和国食品卫生法》(现已废止。——笔者注)第40条所称‘取缔’,系指卫生行政部门依法对未取得卫生许可证或者伪造卫生许可证的食品生产经营者,采取收缴、查封和公告等方式,终止其继续从事非法的食品生产经营活动的行政处罚。”何建贵《行政处罚法律问题研究》第182页:“依法取缔,是指行政主体依法取缔非法设立或有行政违法行为的社会组织的行政处罚形式。”中国法制出版社,1996年。有的认为属于行政强制——如胡建森主编《行政强制》第220页(法律出版社,2002年11月)。有的认为既不属于行政处罚,也不属于行政强制——如胡锦光著《行政处罚研究》第53页(法律出版社,1998年4月):“依法取缔不过是一种外在的形式,而实际内容应当是没收非法财物”。笔者在《工商行政管理执法程序规范分类集成》(中国工商出版社,2004年12月修订版第660页)中认为,“取缔”一词,有时在行政处罚的意义上使用,有时在行政强制的意义上使用。在行政处罚的意义上使用时,属于行政处罚;在行政强制的意义上使用时,属于行政强制措施。