

内部行政程序的法律规制(上)

何海波*

目次

一、内部行政程序概论

- (一) 内部行政程序和外部行政程序的区分
- (二) 内部行政程序问题产生的制度背景
- (三) 法律规制内部行政程序的意义
- (四) 法律规制的边界和方法
- (五) 内部行政程序的主要内容

二、与程序有关的行政执法主体资格

- (一) 行政机关的回避
- (二) 行政执法人员的执法资格
- (三) 二名以上执法人员
- (四) 行政执法人员的回避

三、行政机关内部的决定程序

- (一) 现场执法人员直接决定
- (二) 行政机关内部机构的审核
- (三) 行政机关负责人的批准
- (四) 行政机关负责人集体讨论
- (五) 与行政机关内部程序有关的印章管理 (以上本期刊载)

四、上下级行政机关的审查、批准与备案

五、外部专家的评议、评审和评定

结语

关键词 内部行政程序 行政执法资格 首长负责制 上下级行政机关 专家参与

* 清华大学法学院教授、法学博士。

我的研究助理李燕帮助查找了多个案例,朱芒、洪延青、宋华琳、金自宁、郑春燕、肖泽晟、金承东、于安、章剑生、熊文钊等师友阅读了文章初稿并提出许多修改意见。特此致谢。

中国学者把行政程序分为内部程序和外部程序,学界对内、外程序的研究明显冷热不均。在过去二十多年中,外部行政程序得到了大量的讨论,几乎占据了行政程序研究的全部。其中,以“听证”为题的论文超过1000篇,光是核心期刊上的就有100余篇;以“参与”为题的论文超过450篇,光是核心期刊上的就有70余篇。而研究内部程序的,专著付之阙如,文章寥寥可数;哪怕是研究行政程序法的专著,论及内部程序的篇幅也只寥寥数行。^{〔1〕}

与学术研究相应的是司法实践的态度。随着正当程序理念的普及,中国法院在难以计数的案件中因行政机关违反事先告知、听取申辩等要求而认定行政行为“违反法定程序”;在不少案件中,法院仅凭这一理由就撤销了行政行为。^{〔2〕}然而,涉及内部行政程序,法院的态度要保守得多。在我的阅读范围内还没有看到一个案件,法院以行政机关违反行政执法资格、行政机关负责人批准等内部行政程序为唯一的理由去撤销行政行为。司法实践暗示,法律界对内部程序制度的重要性还未形成共识,法官们对内部行政程序的审查也还没有建立足够的信心。

对内部行政程序认识的局限也影响到对《行政程序法》的立法构思。虽然学者们普遍同意,未来的《行政程序法》在主要调整外部程序的同时也应当调整部分内部程序,^{〔3〕}但所提及的“内部程序”往往只有管辖、协助、委托等几点。^{〔4〕}基于对内部程序的这种狭隘理解,在《行政程序法》的专家试拟稿中内部程序被置于“行政机关”的章节之下,草草对付。^{〔5〕}按照目前构想制定的《行政程序法》,在行政程序的内容上必定是“跛腿”的。它更像是外国立法的一个摹本,而不是对中国现实的回应。

本文作者丝毫不贬低外部行政程序的意义,^{〔6〕}只是提醒学界同仁注意被热闹的讨论所遮蔽的内部程序制度,并希望行政诉讼实践和未来的《行政程序法》对它给予更多的重视。面对近乎空白的内部行政程序研究,本文的主要工作是分析内部行政程序的概念,描述内部行政程序制度的主要内容,从而展示中国行政程序法律建设的一个重要方面。

本文对内部行政程序制度的阐述,主要不是基于原理的论述和比较法的考察,而是总结中国

〔1〕 张淑芳的《论行政执法中内部程序的地位》(《吉林大学社会科学学报》2008年第1期)是能够检索到的唯一一篇专门讨论内部行政程序的文章。该文的讨论主要限于上下级行政机关的内部运作。

〔2〕 何海波:《司法判决中的正当程序原则》,载《法学研究》2009年第1期;章剑生:《“违反法定程序”之审查标准研究》,载《法学研究》2009年第2期。

〔3〕 王万华:《行政程序法的内容分析及中国立法的选择》,载《行政法学研究》2002年第2期;邢鸿飞:《行政程序立法中的三组关系》,载《法学》2002年第9期;杨海坤:《中国行政程序法典化构想》,载《法学评论》2003年第1期;姜明安:《制定行政程序法应正确处理的几对关系》,载《政法论坛》2004年第5期;应松年:《中国行政程序法立法展望》,载《中国法学》2010年第2期。罕见的反对声音,参见郑六一:《行政程序法的价值和内容选择》,载《中国行政管理》2002年第12期。

〔4〕 杨海坤:《中国行政程序法典化构想》,载《法学评论》2003年第1期(授权、委托、行政协助、管辖、内部会议制度、报告制度、公文处理制度);姜明安:《制定行政程序法应正确处理的几对关系》,载《政法论坛》2004年第5期(授权、委托、代理、公务协助等内部行政程序,以及期限等内外交织的程序);应松年:《中国行政程序法立法展望》,载《中国法学》2010年第2期(管辖、行政协助、行政委托等制度)。

〔5〕 行政立法研究组:《中华人民共和国行政程序法(试拟稿)》,2003年。相关说明,参见王锡锌:《中国行政程序立法:现状与展望》,http://www. publiclaw. cn/article/Details. asp?NewsId=216&Classid=&ClassName=, 2003年5月26日;王万华:《中国行政程序法立法研究》,中国法制出版社2005年版,第145页。

〔6〕 实际上,本文作者所写的讨论行政程序的论文基本上也局限于外部程序,特别是其中的听证程序。参见何海波:《英国行政法上的听证》,载《中国法学》2006年第4期;《司法判决中的正当程序原则》,载《法学研究》2009年第1期;《正当程序原则的正当性:一场模拟法庭辩论》,载《政法论坛》2009年第5期。

现有的法律规定和司法实践。为此目的,作者对现有法律、法规做了大量的、甚至是地毯式的检索,也尽可能地查找相关的司法案例。这些规定和案例不见得都是合理的,多数案例也谈不上是权威的,但它们提示着现实存在的问题,启发了我们的理论想象。通过对这些规定和案例的描述,并加以逻辑的归纳,我们可以获得一幅内部行政程序制度的基本图景。

一、内部行政程序概论

内部行政程序和外部行政程序的概念在中国行政法学上并不陌生,但似乎从未被精确界定,内部行政程序的意义也很少得到申述。在描述内部行政程序的一般制度之前,本文将简略地讨论内部行政程序的概念,以及法律规制内部行政程序的意义和途径。

(一) 内部行政程序和外部行政程序的区分

现代行政是个以行政机关为主导、以行政机关和当事人双方关系为主轴的复杂过程。如果以行政机关为中心来观察,行政过程就是行政机关意志形成和表达的过程。从最终的意义上,行政机关只有作出影响当事人权利义务的决定,行政机关与公民的法律关系才得以确定。但行政机关作出决定不是一个印章“叭”敲下去那么简单,而往往经历了从立案受理、检查调查、听取意见、咨询论证、审查审核到请示批复的一系列过程。这些过程构成行政决定理性化和正当化的重要机制。^{〔7〕}

以当事人的参与为标准,前述行政决定的作出过程包含着两个互相联系但可以区别的子系统。一方面,行政机关在程序过程中与当事人进行必要的甚至反复的交涉。例如,接受当事人的申请、预先告知相关事实、听取意见(包括协商和听证)、送达行政决定书、说明行政决定的理由等。另一方面,在现代官僚制下,行政组织自身是一个结构复杂的系统,包含着不同行政机关之间的关系、行政机关内部成员之间的关系以及行政机关与当事人以外的其他外部人员的关系。相应地,行政系统内部有一个权力和职责的分配问题,例如由哪个机构、哪些人员来负责处理,谁来决定启动、谁来调查事实、谁参与讨论、谁拟写决定、谁最后拍板。行政系统的内部运作包含了决定立案、指派经办人员、审查审核、请示汇报、讨论决定等一系列程序制度。在此视角下,我们可以把包含当事人参与的程序称为“外部行政程序”,而把没有当事人参与的程序称为“内部行政程序”。打个比方,行政机关是一台机器,当事人参与是向机器输入信息,行政决定是机器吐出的结果,那么,机器内部的运转就是我们所说的内部行政程序。

正如一些学者所注意到的,内部程序和外部程序可能存在交织和转化。例如,行政执法人员执法资格的取得是个内部程序,向当事人出示证件、表明身份则是一个外部程序。再如回避程序,相对人提出行政人员回避请求是一个外部问题,行政人员事先主动提出回避以及行政机关负责人决定是否回避就属于内部程序。又如,有些法律规定行政执法人员对场所、物品、人身进行检查应当出具检查通知书(这是一个外部程序),而在它背后则有一个谁来签发通知书的内部程序问题。这类交织和转化不妨碍内、外行政程序的基本区分,也不妨碍我们把内部行政程序作为一个独立问题加以讨论。

〔7〕 朱芒:《行政程序中正当化装置的基本构成:关于日本行政程序法中意见陈述程序的考察》,载《比较法研究》2007年第1期;朱芒:《行政立法程序调整对象重考:关于外部效果规范与程序性装置关系的考察》,载《中国法学》2008年第6期。

还需要说明的是,内部程序的概念是相对于行政行为程序而言的,有行政程序就有内部行政程序。行政机关招录公务员、奖惩任免工作人员等行为也属于行政行为,同时包含内部程序和外部程序。行政复议机关在复议时需要审查被申请行政行为的内部程序,而复议程序本身也包含着大量的内部程序运作。

(二) 内部行政程序问题产生的制度背景

内部行政程序的问题不是中国独有的。行政机关内部的职权分工是与行政官僚制天然相伴的,行政人员的回避是一项比较普遍而相对悠久的制度,而外部人员参与评议、评审则是各国晚近的一个共同趋势。然而,中国的政治、行政体制产生了一些特殊的内部行政程序问题,也让内部行政程序在中国具有特别的意义。

首先,中国的行政主体制度产生了行政机关内部的特殊运作关系。在一些国家,法律通常把权力授予特定职位的人,由他本人以自己名义做出决定。中国法律几乎总是把行政权力授予行政机关,而不是行政首长或者一般公务员。多数情况下,行政机关的意志是由署有行政机关名称并加盖行政机关印章的书面文书来表达的,当事人“见书不见人”。行政机关的法律主体性质容易遮蔽内部程序的运作,甚至导致行政过程的“黑箱”。一个法律上以行政机关名义实施的行政行为,在行政组织内部实际上由谁做出、如何做出,因此成了一个需要关注的问题。

其次,中国的行政体制产生了上下级行政机关的独特关系。在单一制的国家结构下,行政机关的设置从中央到地方上下一气,具有高度的严整性。不但上级人民政府领导下级人民政府、人民政府领导其工作部门,上级人民政府的部门也领导或者指导下级人民政府的相应部门。整个行政系统构成一个巨大的内部行政运作空间,上下级行政机关之间的处理建议、请示批准和事后备案,成为行政过程中的常态。对上下级行政机关关系的规范,成了内部程序的一个特殊问题。

第三,中国的行政运作中越来越多地出现了专家的参与,并与行政机关和当事人形成一种特殊的关系。这些专家可能不是行政机关的工作人员,也不具有公务员的身份,他们更不是当事人的代理人,而是作为独立的第三方参与。他们为行政机关提供意见,他们的意见有时候是决定性的,当事人却可能无从知晓,更无法见面。由此在某些领域,专家参与构成了内部行政程序这个黑箱中的黑箱,一个特别需要审视的问题。

(三) 法律规制内部行政程序的意义

内部行政程序是行政过程不可缺少的环节。一个行政行为的作出可以没有相对人的参与,但不可能没有内部的运作。即使是那些被奉为现代程序核心要素的外部程序,也需要通过内部程序的纽带才能运转,其有效实施在很大程度上取决于内部程序的建构。不但如此,内部程序作为行政系统内部的权力分配方式,深刻影响乃至直接决定当事人的权益。行政的结果不但取决于相关法律和事实,也取决于谁来调查、谁做决定等内部程序。所以,“内部”程序不应是程序的黑箱,更不是拒绝法律规制的理由。在行政机关这台庞大而复杂的机器面前,人们很难做到光输入信息、听着机器内部一阵稀里哗啦,然后吐出结果,而不想看个究竟的。

迄今为止,关于内部行政程序的一般规定相当匮乏,多数法律对内部行政程序也缺乏足够明确的规定。以《人民警察法》为例:该法第9条规定,公安机关的人民警察可以将有违法犯罪嫌疑的人员带至公安机关,“经该公安机关批准”对其继续盘问;“经县级以上公安机关批准”,对被盘问人的留置可以延长至48小时。这一条规定的批准主体很不明确,根本无法让人辨识究竟是哪一层级的负责人。至于第16条“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦察措施”,更是难以辨识其批准人员。

由于法律没有对内部行政程序做足够明确的规定,外人既难以了解内部行政过程,更无法控制内部行政过程,内部程序的可靠性令人怀疑。这里只举两个例子。法律规定劳动教养决定应当由人民政府组成的劳动教养管理委员会审查决定,^{〔8〕}但是,未经委员会的审查,单凭几个公安干警的意见和一个盖有劳动教养管理委员会印章的劳动教养决定,是否就可以把人送去进行长达3年的劳动教养?又如,《证券法》规定国务院证券监督管理机构依照法定条件负责核准股票发行申请,那么,凭着中国证监会办公厅一纸声明“相关事宜已经经过证监会批准”的批复,一个企业能否直接上市?^{〔9〕}

与西方国家相比,内部行政程序建设在中国具有特殊的意义。英美国家行政程序建构的重心在于以听证为代表的外部程序,而中国的法律传统和现实则更重视内部程序的监控。中国的行政官员对于人员分工、请示汇报、讨论拍板、公文签发之类的内部办事程序比较认同,这构成中国行政程序建设的一种本土资源。同时,行政程序的实践也教训我们,只规范外部程序而不规范内部程序,行政程序制度是不可能有效的。对于一个一意孤行的行政官员来说,听证很可能只是一次虚与委蛇的表演,公众参与也可能只是费心费力的徒劳举动。由于中国的外部行政程序在很长时间内还难以完备,行政行为的程序保障更多地落在了内部程序上。所以,内部行政程序应当成为中国行政程序制度建设和法治政府建设的重要内容。

(四) 法律规制的边界和方法

法律对内部行政程序的规制应当是有节制的。法律规制既要考虑促进行政理性和公正,也要考虑保持行政的灵活性。立法的重点在于规范那些对公民权利产生重大影响的事项和程序。行政机关所从事的不影响当事人权益的活动,例如行政人员的培训、会议、统计等,不属于《行政程序法》所要调整的对象,也不在本文的讨论范围。即使是直接影响当事人权益的内部程序,也不必由法律一一规定。例如,行政机关负责人的集体讨论制度涉及谁来提议和召集、材料如何准备、发言顺序如何安排、意见分歧时如何决议等诸多环节。^{〔10〕}这些环节的具体操作很大程度上属于领导风格和领导艺术,可以留给行政惯例和内部规范去落实。

法律对内部行政程序的规制,不外乎立法、行政和司法三途。从现有实践来看,三者的规范方法和内容要求也不尽相同。

1. 立法规制

相当数量的法律、法规条款涉及了内部行政程序。一些地方和国务院部门以法规、规章或者其他规范性文件的形式对本地方、本领域的行政执法程序作了统一规定,其中包含不少内部程序规则。例如,安徽省人民政府办公厅早在1992年就下发《安徽省行政执法证件管理暂行办法》,对行政人员的执法资格做了规定。湖南省政府则于2008年制定了《湖南省行政程序规定》,对内部程序的规范也做了一些探索。

2. 行政机关的自我规制

由于不同领域和不同地方行政管理的复杂性,法律、法规对内部行政程序很难做出统一、周

〔8〕 1982年国务院批准的《劳动教养试行办法》第4条规定:“省、自治区、直辖市和大中城市人民政府组成的劳动教养管理委员会,领导和管理劳动教养工作,审查批准收容劳动教养人员。劳动教养管理委员会下设办事机构,负责处理日常工作。”第11条进一步规定:“需要实行劳动教养的人,均由省、自治区、直辖市和大中城市的劳动教养管理委员会审查决定。”

〔9〕 李德林:《太平洋证券上市路径》,载《证券市场周刊》2008年3月1日;张有义:《太平洋证券如何离奇上市》,载《法制日报》2008年7月6日。

〔10〕 焦勇:《完善案件集体讨论制度需要重点把握的几个环节》,载《中国工商管理研究》2009年第5期。

详而妥当的规定。行政执法机关根据实际情况,自行制定程序性规范,实现对内部程序的自我拘束,是值得鼓励的。实践中,不少行政机关制定了适用于本机关的行政执法程序规范。例如,中国证监会于2003年制定了《中国证券监督管理委员会股票发行审核委员会暂行办法》,经国务院批准,作为规章公布。^[11]北京市人民政府设立行政复议委员会后,以行政复议委员会的名义制定了《北京市人民政府行政复议委员会工作规则》以及行政复议委员会全体会议议事规则、行政复议案件审理会议议事规则、委员守则等规范性文件。^[12]这些规定构成行政程序规范的重要渊源。

3. 司法审查

立法对内部行政程序的规制也给了法院在行政诉讼中审查内部行政程序的根据。相应地,行政机关必须承担起履行了法定的内部程序的证明责任。行政机关违反法律、法规、规章规定的内部程序,也属于违反法定程序。具体的标准,则取决于司法的实践,以及人们对待内部行政程序的普遍观念的发展。

(五) 内部行政程序的主要内容

下面将通过观察中国的立法和司法实践,梳理内部行政程序的主要制度。文章不按照内部程序运作的实际流程,而按照内部程序涉及的法律关系类型进行阐述。具体分四个部分:行政执法机关和执法人员的主体资格,行政机关内部的承办、审核、决定制度,上下级行政机关之间的审查、批准、备案制度,外部专家的评议、评审、评定制度。

二、与程序有关的行政执法主体资格

行政程序作为行政行为合法的要素之一,是区别于行政机关的主体资格、管辖权限、适用条件和处理方式而言,后面几个要素不属于行政程序的范畴。^[13]一个组织是否依法设立、有没有行政主体资格、有没有管辖权限,不是行政程序的问题;一个依法设立、具有行政主体资格和管辖权限的组织在特定情况下如何行使职权,却可能涉及程序问题。例如,行政机关管辖争议的处理、行政委托和协助等问题,就涉及一些内部行政程序。鉴于现有文献对之讨论较多,此处不再赘述。本文着重讨论几个与行政主体资格和管辖权限有关却较少被人关注的程序问题。

(一) 行政机关的回避

在现代行政法中,行政机关依照法律各司其职。大量法律对行政机关的管辖权作了明确规定,其典型句式是“××由县级以上人民政府××部门管理”。这类规定属于行政职权(管辖权)的问题,不是程序问题。但是,一个通常情况下具有管辖权的行政机关,在特定情况下由于不适合处理而需要移转其他行政机关处理的,就会产生一个程序问题。

一个有管辖权的行政机关不适合处理具体案件,主要有两种情况:一是由于案情重大、复杂,行政机关无力处理,而需要由其他行政机关处理;二是行政机关与相关案件有利害关系或者其他关系,可能妨碍行政中立原则,而应当回避对相关事务的处理。

对于行政机关的回避,中国学界较少论及。在普通法中,这一要求被包含在自然正义原则之

[11] 2006年颁布了《中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法》,并于2009年做了修正。

[12] 分别为京政复议委[2007]1、2、3、4号。

[13] 何海波:《行政行为的合法要件:兼议行政行为司法审查根据的重构》,载《中国法学》2009年第4期。

中,在400年前的博纳姆医生案件中就曾得到申述。^[14]中国目前还有一些法律规定行政机关又做当事人又做法官。例如,《行政复议法》第14条规定,对国务院部门或者省级政府的具体行政行为不服的,由作出该具体行政行为的国务院部门或者省级政府进行复议。又如,《烟草专卖法》第30-34条规定,对于违反规定擅自收购烟叶,生产、批发烟草制品或者运输、进出口烟草专卖品的,烟草专卖行政主管部门可以分别情况给予处罚。在实践中,烟草专卖行政主管部门与烟草公司政企不分,实行“一套班子、两块牌子”。《食盐专营办法》(1996年)也授权盐业主管机构行使类似的权力。这类规定的公正性令人怀疑。

一个有管辖权的行政机关是否因为特定的利害关系而需要回避,是对行政机关中立性的检验。在连云港市德和电子系统工程有限公司诉连云港市质量技术监督局行政处罚案中,被告与原告签订《安装工程施工合同》,约定由乙方(本案原告)为甲方(本案被告)施工安装局域网,包工包料。在合同实施过程中,被告以原告所购买的材料系假冒伪劣产品,依据《产品质量法》的规定,对原告做出没收假冒产品和违法所得并罚款的行政处罚。在诉讼过程中,原告提出被告在行政处罚程序中应当回避,因为它既是合同当事人又做行政执法主体,难以做到公平公正。被告辩称,作为法律授权的行政执法机关不存在回避的问题。连云港市新浦区法院以行政处罚决定缺少事实根据、适用法律不当为由,撤销了行政处罚决定,但判决书回避了行政执法机关的回避问题。^[15]这一案件提示了现有立法的漏洞。为保障程序中立,被告如果认为原告违反《产品质量法》的规定,应予行政处罚的,似应由其上级行政机关或者其指定的其他机关调查处理。被告身兼合同当事人和行政执法机关,自行做出处罚,有违正当程序原则。

(二) 行政执法人员的执法资格

虽然法律把行政职权授给一个个行政机关,但不是行政机关内的所有公务员都有直接从事行政执法的资格。^[16]从20世纪90年代初开始,许多地方和部门制定了相应的行政执法资格制度,要求:申领行政执法证件的人员应当在行政执法岗位工作;执法证件由省、市人民政府或者国务院部门统一制作,申领者经过培训、考核(或者考试),由省、市行政执法主管部门审批和发放;未取得行政执法资格的人员不得从事行政执法。

在中央政府层面,国务院也逐步加强了对行政执法资格的要求。1999年《国务院关于全面推进依法行政的决定》(国发[1999]23号)就提出“进一步整顿行政执法队伍”,对聘用从事行政执法的合同工、临时工要尽快清退。国务院《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)提出,“实行行政执法人员资格制度,没有取得执法资格的不得从事行政执法工作”。《国务院关于加强市县依法行政的决定》(国发[2008]17号)进一步要求:“对拟上岗行政执法的人员要进行相关法律知识考试,经考试合格的才能授予其行政执法资格、上岗行政执法……严格禁止无行政执法资格

^[14] Bonham's Case [1610] 8 Co Rep 107a, 113b, at 118a; 77 ER 638, 646, at 652. 在该案中,剑桥大学毕业的医学博士博纳姆因为“无照行医”先后被皇家医学会处以罚款和监禁。根据议会法律,皇家医学会对在伦敦无照行医的人有权处以罚款或者监禁,罚款收入的一半归该医学会所有(另一半归国王)。柯克大法官认为,罚款收入的一半归皇家医学会,导致这个机构又做法官又做当事人,违背了“任何人不能做自己案件的法官”的原则。据此,该法是无效的。用今天的眼光来看,该案涉及“违宪审查”。关于该案的详细讨论,参见 Theodore F. T. Plucknett, “Bonham's Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review* Vol. 40(1), 1926.

^[15] 连云港市新浦区人民法院行政判决书,(2002)新行初字第23号。

^[16] 《公务员法》第14条按照公务员职位的性质、特点和管理需要,把公务员职位类别划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。但其中行政执法类与其他类别公务员在行政执法中的权限区别,在《公务员法》中并不清晰。

的人员履行行政执法职责。”

在行政执法过程中,执法人员的执法资格往往通过出示执法证件这一外部程序来显示。在司法实践中,行政机关有义务提供证据证明执法人员具有执法资格。没有执法资格的人员从事行政执法,属于行政行为重大瑕疵,可以成为法院撤销行政行为或者确认行政行为违法的理由。在福建省元和贸易有限公司诉宁德市劳动和社会保障局工伤认定案中,宁德市蕉城区法院一审判决认为,从被告提供的证据材料上看,不能体现具体的办案人员,不能体现是否有执法人员二人在调查、搜集证据,也不能体现从事行政执法活动的人员是否具有行政执法资格。因此,被告所作的工伤认定“应视为行政程序违法”,该工伤认定予以撤销。判决书援引了《福建省行政执法资格认证与执法证件管理办法》第5条的规定:“行政执法机关从事行政执法活动的工作人员,必须通过行政执法资格考试取得行政执法资格,并申领和使用福建省行政执法证和执法标志或者法律、行政法规规定的其他行政执法证件。”^[17]

(三) 二名以上执法人员

中国很多法律、法规、规章规定,行政执法过程中执法人员不得少于二人。对于行政处罚的一般程序,《行政处罚法》第37条规定,行政机关在调查或者检查时,执法人员不得少于两人。《治安管理处罚法》第87条规定,公安机关对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身进行检查时,“人民警察不得少于二人”,并应当出示工作证件。《行政许可法》也规定,行政机关需要对申请人提交的申请材料的实质内容进行核实的,行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查(第34条);需要进行检验、检测、检疫的,应当指派两名以上工作人员按照技术标准、技术规范进行检验、检测、检疫(第55条)。在国家司法考试和高等学校招生全国统一考试中,无论是试卷交接、启封、装封,还是场内监考,“两人以上”都是基本规则。^[18]一些地方性法规、规章也做了类似规定。可以认为,由两人以上共同执法是行政过程的常态,也是行政执法的原则。

一些法律还对于违反“两名以上执法人员”规则的,明确规定了当事人的拒绝权。2003年《银行业监督管理法》第34条及其2006年修正案第42条分别规定,银行业监督管理机构对银行业金融机构进行现场检查或者对涉嫌违法事项有关的单位和个人进行调查时,检查(调查)人员不得少于二人,并应当出示合法证件和检查通知书;检查人员少于二人或者未出示合法证件和检查通知书的,银行业金融机构“有权拒绝检查”。《证券法》(2005年修订)第181条、《反洗钱法》(2006年)第23条和《保险法》(2009年修订)第155条也有类似规定。

两名以上执法人员参与行政执法,能够互相照应、互相证明、互相监督。它有助于保持行政过程的客观公正,防止执法人员偏私、恣意。但这一规则也有执法成本的问题。因此,立法和司法时需要考虑行政执法的目的和手段,平衡行政效率和公民权利的需要。在廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队行政处罚案中,重庆市渝中区法院优先适用《道路交通安全法》的规定,认可了交通警察当场给予200元的罚款由一人执法;虽然依照《行政处罚法》,对公民超过50元的罚款不应适用简易程序,而应当由不少于两名执法人员调查处理。^[19]

[17] 福建省宁德市蕉城区人民法院行政判决书,(2010)蕉行初字第27号。判决书还指出,被告所提供的证据无法印证第三人是原告的职工,工伤认定事实不清、证据不足。

[18] 分别见司法部《国家司法考试工作规则(2008)》,司发通[2008]143号;教育部《高等学校招生全国统一考试考务工作规定》,教考试[2009]2号,第22条。

[19] 《最高人民法院公报》2007年第1期。《道路交通安全法》第107条规定,200元以下罚款可以由交通警察当场作出行政处罚。

(四) 行政执法人员的回避

相当多法律、法规、规章对行政人员的回避问题做了规定,但目前还没有适用于行政人员回避的统一规定。下面将总结现有的规定,简略地阐述回避程序的问题。

回避应当在行政过程开始后及时提出;执法人员或者当事人在执法过程中发现的,应当在发现后及时提出。回避的申请通常由执法人员自己提出,当事人也可以申请其回避;一些情况下,行政机关的负责人也可以直接决定其回避。《国家自然科学基金条例》第19条第2款规定,基金管理机构根据基金管理机构工作人员、评审专家的申请,经审查作出是否回避的决定;也可以不经申请直接作出回避决定。该条第3款还规定,基金资助项目申请人可以向基金管理机构提供3名以内不适宜评审其申请的评审专家名单,基金管理机构在选择评审专家时应当根据实际情况予以考虑。《公安机关办理行政案件程序规定》(2006年修订)第19条规定,公安执法人员具有应当回避的情形之一,本人没有申请回避,当事人及其法定代理人也没有申请他们回避的,有权决定他们回避的公安机关负责人可以“指令他们回避”。

回避申请提出后,一般由执法人员所在机关的领导决定。《治安管理处罚法》第81条第2款规定,人民警察的回避由其所属的公安机关决定,公安机关负责人的回避由上一级公安机关决定。《工商行政管理机关行政处罚案件听证规则》(2007年)第13条规定,当事人申请听证记录员、翻译人员回避的,由听证主持人决定是否回避;当事人申请听证主持人回避的,听证主持人应当及时报告本机关负责人,由本机关负责人决定是否回避。

行政人员应当回避却没有回避,构成行政程序违法,将导致行政行为被撤销。但是在实践中,哪些情况下应当回避容易产生争议。尤其是涉及同学、同事、同行关系的,其范围有待法律具体规定。

三、行政机关内部的决定程序

中国行政机关的组织原则是民主集中制。一方面,实行首长负责制,行政机关的首长对该机关管辖的事务享有最终决定权;但另一方面,行政首长不可能事必躬亲,很多决定需要由副职领导、下属部门的领导甚至一般执法人员作出。由此产生了一个问题:哪些事情可以由现场执法人员直接决定?哪些事情必须由下属各部门的领导或者其他部门审核?哪些事情又必须由行政首长亲自决定,甚至集体讨论决定?下面尝试从现场执法人员的决定、行政机关内部机构的审查、行政机关负责人的决定、行政机关印章的使用等几个层面,分析行政机关内部程序的运作。

(一) 现场执法人员直接决定

现场执法人员包括行政机关“坐堂办事”的人员和“街头执法”的人员。现场执法人员直接决定,也因之不同。

行政机关坐堂办事,多用于行政登记、行政许可、行政裁决等行为。下述事项中,可以由现场执法人员直接决定:(1)凡实行准则主义的行政登记和某些行政许可,可以由现场执法人员直接决定。《婚姻登记条例》(2003年)第7条规定,婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况;对当事人符合结婚条件的,应当当场予以登记,发给结婚证。离婚登记也是如此。(2)对于行政申请或者投诉不能当场作出处理决定的,现场执法人员应当当场受理。《行政许可法》第32条规定,行政机关对申请人提出的行政许可申请进行初步审查,认为申请事项属于本行政机关职权范围,申请材料齐全、符合法定形式,或者申请人按照本行政机关的要

求提交全部补正申请材料的,应当受理行政许可申请。《治安管理处罚法》第77条规定:“公安机关对报案、控告、举报或者违反治安管理行为人主动投案,以及其他行政主管部门、司法机关移送的违反治安管理案件,应当及时受理,并进行登记。”为了提高行政效率,法律应当鼓励现场执法人员直接决定;必要时,法律可以明确规定“登记员”、“办事人员”的职权。

行政机关“街头执法”一般应当事先经过行政机关领导指示或者批准。在特别情况下,行政执法人员无需指示或者批准,可以直接决定:(1)适用简易程序作出的行政处罚。《行政处罚法》规定了简易程序。依照《道路交通安全法》第107条规定,对道路交通安全违法行为人予以警告、200元以下罚款,交通警察可以当场作出行政处罚决定。(2)现场发生的事件,需要及时处理的。《治安管理处罚法》第82条规定,“对现场发现的违反治安管理行为人,人民警察经出示工作证件,可以口头传唤,但应当在询问笔录中注明。”(3)涉及公共安全或者人身、财产安全的紧急情况。这种情况人民警察遇到的比较多。《公安机关办理行政案件程序规定》(2006年)第61条规定,有证据表明或者有群众报警公民住所内正在发生危害公共安全或者公民人身安全的案(事)件,或者违法存放危险物质,不立即检查可能对公共安全或者公民人身、财产安全造成重大危害的,人民警察经出示工作证件,可以立即检查。”《人民警察法》第10、11条规定,在特定情况下,“公安机关的人民警察”依照国家有关规定可以使用武器、警械。^[20]

行政执法人员在街头执法中当场作出的决定,应当及时向行政机关备案。备案有保存证据的作用,同时也有接受行政机关监督的功能。《行政处罚法》第34条第3款规定,执法人员适用简易程序当场作出的行政处罚决定必须报所属行政机关备案。至于备案的时限,有不同规定。《行政强制法》第19条规定,“情况紧急,需要当场实施行政强制措施的,行政执法人员应当在24小时内向行政机关负责人报告,并补办批准手续。行政机关负责人认为不应当采取行政强制措施的,应当立即解除。”

(二) 行政机关内部机构的审核

就目前来看,行政机关内部的承办、审核主要体现为行政惯例,法律鲜有规定。行政机关内部法制机构的审查是一个特例。

在制定规范性文件和作出重大决策上,行政机关内部法制机构的合法性审查是一个必经环节。继《国务院关于加强市县依法行政的决定》后,《国务院关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号)进一步规定:制定对公民、法人或者其他组织的权利义务产生直接影响的规范性文件,必须经法制机构进行合法性审查,未经合法性审查的不得发布施行;重大决策事项应当在领导班子会议集体讨论前交由法制机构进行合法性审查,“未经合法性审查或者经审查不合法的,不能提交会议讨论、作出决策”。

在一般的行政执法中,法制机构的审查通常也是一个必要步骤。然而,这一实践中已经相当普遍的步骤却很少见诸法律文件。《行政处罚法》、《行政许可法》规定,依法举行的听证,听证主持人与调查人员、审查人员应当分离。在实践中,听证多由行政机关内部的法制机构组织实施或者由法制机构的人员主持。由此出现了行政机关内部机构之间的职权分离,法制机构承担起审查的职责。环境保护部《环境行政处罚办法》(2010年修订)提供了一个一般性的程序:案件调查机构终结调查,在本机关负责人审查决定或者集体审议决定前,应当提出已查明违法行为的事实、证据及

[20] 依据该法制定的《人民警察使用警械和武器条例》(1996年),也是通篇把使用武器、警械的权力授予“人民警察”,而不是公安机关。

初步处理意见,送本机关处罚案件审查部门审查(第45条);审查部门认为违法事实不清、证据不充分或者调查程序违法的,应当退回补充调查取证或者重新调查取证(第47条)。

内部机构审查的具体程序和时限,法律规定得比较笼统,多留给行政机关自己确定。《行政许可法》第26条第1款规定:“行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。”《湖南省行政程序规定》第84条规定,“行政机关应当将经本级人民政府备案的每项行政执法事项、非行政许可的行政审批事项、内部行政事务的办理时限分解到本机关具体的工作机构和岗位,并编制行政事项办理流程时限表,向社会公布。”

行政机关内部机构审查的效力是一个值得关注的问题。内部机构的审查意见不是行政机关的最终决定,当事人不能对内部机构的意见提起行政复议或者诉讼。内部意见对于行政机关负责人的最终决定没有约束力,行政机关负责人如何对待审查意见完全取决于其判断。相应地,法院也不能以最终决定与审查意见不一致为由,判决行政行为违法。但是,在法律有规定的情况下,行政决定没有经过内部机构的审查是否构成程序违法?法院能否要求行政机关举证证明,行政决定最终作出前依法经过了内部机构的审查?进而,行政机关负责人对审查意见应当给予多大的尊重?不采纳内部机构的审查意见,是否应当说明理由?迄今为止,立法和司法实践对这些问题尚未给出答案。

(三) 行政机关负责人的批准

在中国的行政体制中,行政机关负责人通常指该行政机关的首长,以及分管相应工作的副职领导人;行政机关主要负责人,即行政机关的首长。^[21]行政决定由行政机关负责人或者主要负责人审批,意味着由其最后决定并承担直接责任。这有助于行政决定的中立、审慎,防止个别行政人员的偏见、恣意。它是行政首长负责制的体现之一。

综合现有法律、法规和规章的规定,应当由行政机关负责人批准的,主要有下列情形:

(1) 某些重大案件的立案。例如,《行政监察法实施条例》(2004年)第29条规定:“对违反行政纪律行为进行初步审查,应当经监察机关领导人员批准。初步审查后,应当向监察机关领导人员提出报告,对存在违反行政纪律事实并且需要追究行政纪律责任的,经监察机关领导人员批准,予以立案。”

(2) 查询银行账户、查封扣押财物等行政强制措施。除了诸多法律、行政法规的规定,《行政强制法》第18条一般性地规定,行政机关实施行政强制措施前须向行政机关负责人报告并经批准。

(3) 行政人员的回避、期限的延长、听证主持人的确定等程序性问题。

(4) 重大行政决定的作出。例如,公安部《公安机关办理行政案件程序规定》第130条规定,依照法律举行听证的,听证结束后,行政处理决定由公安机关负责人根据听证情况作出。

(5) 一些特殊情况的处理。民政部、国家档案局2006年联合发布的《婚姻登记档案管理办法》第15条规定,婚姻当事人和法院、检察、公安、安全机关以及律师以外的其他单位、组织和个人要

[21] 有些情况下,法律也可能规定行政决定由行政机关内部机构的负责人批准。《治安管理处罚法》第82条规定,需要传唤违反治安管理行为人接受调查的,一般应当“经公安机关办案部门负责人批准”,使用传唤证传唤。依据《公安机关办理行政案件程序规定》(2006年)第44条补充规定为,“经公安派出所或者县级以上公安机关办案部门负责人批准”,可以使用传唤证传唤。法律规定由行政机关内部机构负责人批准的,在原理上与行政机关负责人批准相同。

求查阅婚姻登记档案的,婚姻登记档案保管部门在确认其利用目的合理的情况下,“经主管领导审核”,可以利用。

行政机关负责人审批的要求,给了法院一个审查行政决定内部程序的管道。虽然法院在实践中还很少把它作为一个独立的、唯一的理由,但行政决定应当经过行政机关负责人批准而没有经过其批准,有可能是法院撤销行政行为的理由之一。在福建省官头海运总公司诉福建省莆田县国家税务局行政强制措施案中,莆田市中级人民法院认为,被告莆田县国家税务局下属稽查分局扣押原告轮船及所运载货物的决定缺乏事实和法律依据。判决书同时指出,扣押的具体行政行为未经县以上税务局长批准,违反了《税收征收管理法》第26条关于税收保全措施应当经县以上税务局(分局)局长批准的规定,所作出的具体行政行为应予撤销。^[22]

行政机关负责人批准制度的实施,还涉及几个问题。首先,法律规定由行政机关负责人批准,行政机关负责人能否转授权力?由于行政机关负责人包括行政机关首长以及履行职责的副职,分管相应事务的副职通常也可以给予同意或者批准。除此之外,行政机关负责人不应转授权力。其次,法律规定由行政机关负责人同意或者批准,行政机关负责人能否预先批准或者事后追认?法律规定行政机关负责人同意或者批准,行政机关负责人应当根据具体情况做出决定;行政机关负责人不管具体案情而事先做一揽子的授权,等于放弃职责,是不符合立法精神的。但是,未经行政机关负责人同意或者批准的行为,经行政机关负责人事后追认,一般可以视为合法。因为行政机关负责人的批准主要在于贯彻行政首长负责制,事后追认也是一种负责形式。第三,法律对行政机关负责人的同意或者批准的形式多数没有规定。实践中,行政机关负责人的同意或者批准多为书面形式,特别是行政过程中的内部审批表。为了保障行政效率,在某些情况下,行政机关负责人也可以采取口头方式予以批准,但法律、法规、规章另有规定的除外。

(四) 行政机关负责人集体讨论

在民主集中制下,行政机关的重大决策应当经过集体讨论决定。中国多部法律文件对此作了明确规定,其中最经常被引用的是《行政处罚法》第38条第2款:“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。”有少数规章对何为重大、复杂作了具体界定。国家食品药品监督管理局《药品监督行政处罚程序规定》(2003年)第44条规定,“听证意见与听证前拟作出的处罚决定有分歧的,提交领导集体讨论决定”。国家工商行政管理总局《工商行政管理机关行政处罚程序规定》(2007年)第84条规定:“对原行政处理决定重新审查的,审查结论一般应当经工商行政管理机关有关会议集体讨论决定。”

行政机关领导人集体讨论决定是民主集中制的体现。它一方面是为了集思广益,另一方面也有助于内部公开和监督,防止独断专横。通常情况下,行政机关领导人应当开会讨论,并作出决定。但是,决定的作出通常不是由与会人员投票表决。行政机关首长在听取讨论意见后,可以根据自己的判断作出决定。这是他的职责,也是他的权力。法律所要求的仅仅是集体讨论。

行政决定应当经过集体讨论却没有集体讨论,是行政决定程序的一个严重瑕疵,可能被法院作为撤销行政决定的理由。在邵宏升诉厦门市公安局集美分局行政处罚案中,被告以原告投诉执勤交警酒后执勤、构成“捏造事实诽谤他人”为由,对原告作出15日行政拘留的处罚。厦门市集美区人民法院撤销了该处罚决定。法院指出,被告的处罚决定适用了拘留这一比较严厉的处罚种类,并取15日上限。依照《行政处罚法》第38条第2款的规定,该案应当经过公安机关负责人集体

[22] 福建省莆田市中级人民法院,(1996)莆市法行初字第4号。

讨论,但被告未能提供相应证据证明在作出处罚决定前曾经集体讨论,因此行政行为违反法定程序。^[23]

(五) 与行政机关内部程序有关的印章管理

行政管理过程是一个公文办理、管理、整理(立卷)、归档等一系列相互关联、衔接有序的流程。除会议纪要和以电报形式发出的以外,公文都应当加盖印章。^[24] 众多法律、行政法规也规定,相关的法律文件必须盖有印章。相应地,印章管理也有一套制度。一般来说,使用印章应当经过本单位领导人批准或者授权;“未经本单位领导批准,不得擅自使用单位印章。”^[25] 因此,公文和印章不但是行政机关对外表达意志的载体和标识,也是落实行政机关负责人内部管理的工具。

行政机关公章使用程序的严格性也给行政执法带来了一些不便。为此,实践中出现了与行政执法有关的不同种类的专用印章,如行政许可(登记)专用章、^[26] 行政复议专用章,有的甚至使用行政处罚专用章。^[27] 总的来说,行政执法专用印章大大简化了印章使用的程序,提高了行政效率,也增强了承办人员或者承办机构在行政过程中的地位。例如,自从启用“中华人民共和国国务院行政复议专用章”后,国务院法制办公室具体办理行政复议案件、出具有关法律文书时,只需加盖行政复议专用章,而无需经过复杂的用印审批程序后加盖“中华人民共和国国务院”的印章。^[28] 但是,专用印章使用的事项和程序仍然有待于法律明确的规定。(未完待续)

(责任编辑:李迎捷)

^[23] 厦门市集美区人民法院行政判决书,(2003)集行初字第2号。判决书同时指出,行政处罚决定主要证据不足,而且执勤交警本人没有提出处罚申请。

^[24] 《国家行政机关公文处理办法》,国发[2000]23号,第10条。

^[25] 《国务院关于国家行政机关和企业事业单位社会团体印章管理的规定》,国发[1999]25号,第25条。较早时候的《国务院关于国家行政机关和企业、事业单位印章的规定》(国发[1993]21号)规定,使用印章“必须经本单位领导人批准”。

^[26] 《行政许可法》对行政许可专用章也给予了含糊的承认。该法第32条规定,行政机关受理或者不予受理行政许可申请,应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。第39条规定,行政机关作出准予行政许可的决定,需要颁发行政许可证件的,应当向申请人颁发加盖本行政机关印章的行政许可证件;行政机关实施检验、检测、检疫的,可以在检验、检测、检疫合格的设备、设施、产品、物品上加贴标签或者加盖检验、检测、检疫印章。

^[27] 《国家海洋局海洋行政处罚专用章使用管理办法》,国海法字[2010]110号。

^[28] 《国务院办公厅关于国务院行政复议案件处理程序若干问题的通知》,国办发[2001]38号。国务院行政复议专用章由国务院法制办保管,由国务院法制办负责人批准使用。