

行政处罚听证制度的功能

——以上海听证制度的实施现状为例

朱 芒*

内容提要:本文在分类整理上海市截至 2000 年 6 月所发生的听证案件的基础上,通过“要件—效果”的关联框架,分析了听证过程中各方参与人的主张及其被接受的制度空间和机制,指出该制度除了具有被期待的合法性证明和权益维护等法定功能之外,至少在事实上还存在着纠纷解决的功能。文章最后就听证制度所具功能的发生空间作出了归纳。

关键词:行政处罚 行政程序 听证

与发达国家相比,我国行政听证制度的历史尚十分短暂,从建立至今也只有 6 年左右的时间。1996 年 3 月全国人大通过行政处罚法,在我国划时代地建立了听证程序制度。该法律规定,在作出责令停产停业、吊销许可证或执照或较大数额罚款的行政处罚决定之前,必须告知当事人有权申请听证。该制度自 1996 年 10 月 1 日开始实施。就我国而言,行政处罚听证制度是一项外来的、全新的法律制度,因此,自行政处罚法实施以来,在建设社会主义法治国家的背景中,该项制度究竟应该具有什么样的规范性内容、在行政处罚实务中究竟如何发挥作用以及具有怎样的功能等问题则必然引起人们的关注。概观至今为止的研究,其中更多的成果集中于前一方面,^[1]而后一方面的研究则有待加强。有鉴于此,本文将行政处罚法实施(1996 年 10 月 1 日)至 2000 年 6 月底在上海市实际发生的行政处罚听证案件作为分析研究的对象,按照一定的方式^[2]将有关案件资料进行分类整理,并对其法定功能和实际功能进行了分析。

* 华东政法学院法律系副教授。

[1] 有关行政法学在听政方面的成果综述可参见杨海坤主编:《跨入 21 世纪的中国行政法学》,中国人事出版社 2000 年,第 446 页以下。

[2] 在调查阶段分别针对性质不同的行政处罚当事人,设计了分别针对自然人和法人(含非法人的组织)的调查表,就行政处罚当事人自身情况、拟定的处罚决定与正式的处罚决定的内容和彼此的异同点、听证过程中的各种因素以及当事人对处罚决定提起事后救济措施的情况等作了分类整理。由于篇幅的限制,本文省略这些表格,但在正式发表的《中国听证制度研究课题》的报告中,会附有这些资料。

一、听证程序制度实施的基本情况

如上所述,本文的分析对象是 1996 年 10 月 1 日至 2000 年 6 月 30 日上海市实际发生的行政处罚听证案件。通过收集整理这个时间段的有关资料,归纳出了下列基本情况。

(一) 基础资料的概况

1. 发展趋势

自行政处罚程序制度实施以来,上海市历年实际发生的行政听证案件数如下:

1996 年 10 月 1 日行政处罚法实施之后,当年仅发生了一件听证案件。此后,1997 年全年为 46 件,1998 年全年为 85 件。1999 年全年统计到的听证告知案件数为 12912 件,其中进入听证程序的为 170 件。2000 年上半年中(6 月 30 日止),在不包含公安机关资料的前提下,共有听证告知案件数 5948 件,其中 57 件进入了听证程序。总之,在不包含 2000 年上半年公安机关资料的前提下,自行政处罚听证程序制度实施以来,上海市共实施了 359 件听证案件。具体情况如下表:

年 度	听证告知案件数(件)	听证实施案件数(件)
1996	/	1
1997	/	46
1998	/	85
1999	12912	170
2000(6 月 30 日为止)	5948(不含公安)	57(不含公安)
合 计		359(不含 2000 年公安)

上述这些数据为研究行政处罚听证程序制度实施以来的发展变化趋势提供了基础数据。但是由于统计方面的原因,未能获得 1996 至 1998 年度的听证告知案件数以及 2000 年度公安机关的各项数据。

2. 部门个别状况

上述听证是分别由上海市的各个行政部门实施的。各个行政部门具体的分担情况如下:

(1) 听证实施案件数(件)

环保 29;司法 5;规划 1;民政 7;公用事业 37;财税 10;房地 20;技监 2;卫生 23;出入境 2;公安 86;工商 132;物价 2;社保 3。合计 359。

(2) 调查中收集到资料的案件数^[3](件)

环保 14;司法 5;规划 1;民政 7;公用事业 37;财税 10;房地 20;技监 2;卫生 8;出入境 2;

[3] 这里所谓收集到资料的案件是指行政处罚听证程序自行政机关发出行政处罚听证告知书到作出行政处罚决定的全部资料,其中包括反映听证程序进展状况的笔录。

公安 4;工商 18;物价 1;社保 2。合计 131。

上述数据为研究行政处罚听证案件在各个行政部门所管辖的领域中各自的分布状况以及发展趋势等综合分析提供了基础资料。同时也反映了这些数据与本文所依据数据资料之间的对应关系。

3. 调查事项的个别状况

本项研究中的一个重要方面是通过行政处罚听证个案进行分析比较。具体方法为在本文注 2 中提到的调查表中对上述“收集到的案件数”中的具体案件所涉及到的各项要素(调查事项)进行分类整理,在此基础上分析行政听证制度具体的功能。

本项研究调查的事项所涉繁多,以下是本文研究所需的部分事项。

(1) 听证所涉及到的处罚种类基本情况(件):

吊销执照 74;责令停产停业 12;较大数额罚款(含部分并处前两项的) 70;没收违法所得 1。

(2) 听证过程中当事人和行政调查人员之间争议焦点(案件之间有重叠)的基本分布情况(件):

认定事实 80;适用依据 13;程序 3;职权 1(越权 1);显失公正 2;明显不当 5;其他 39;未填写 4。

(3) 处罚建议中拟定的行政处罚决定与最终发生法律效力行政处罚决定之间的差异的基本情况(件):

内容一致 60;内容不一致 52;未作处罚决定 4;未填写 15。

(4) 听证程序之后当事人是否不服行政处罚决定而进一步付诸事后救济程序(行政复议程序和行政诉讼程序)的基本情况(件):

被起诉 7(其中起诉后又撤诉 1)。

(二) 基础资料的分析

从上述上海市历年实际发生的行政听证案件数的统计内容可以看出,行政处罚听证自实施以来,听证案件发生数呈逐年上升趋势,其中 1998 年度较之 1997 年度增长了 84.8%。同时也可以看出,在实施了告知听证等权利后,当事人申请听证的案件在数量上并不多,如在 1999 年度 12912 件已经告知听证的案件中,只有 157 件实施了听证,仅占告知听证案件总数的 1.5%,在 2000 年度上半年不含公安案件数的已经告知听证的案件 5948 件中,57 件实际实施了听证,仅占 1.0%。

上述部门个别状况的数据反映了行政处罚听证案件在各个行政领域中的分布情况,以及本文中研究案件的使用率。在总数 359 件行政处罚听证案件中,本项研究取得了其中的 131 件,占总数的 37.0%。从该表记载的案件在各个行政领域的分布情况看,未收集到的主要在公安和工商行政管理这两个部门,其所缺案件占案件总数的 54.6%(其中公安占 22.9%、工商行政管理占 31.8%)。因此,除这两个行政领域之外,所获得的案件基本可以反映上海市行政处罚听证制度的情况。

从部门个别状况的数据所记载的内容也可以初步看出行政处罚听证制度的实际实施状况在各个行政领域中分布不均匀。当然,这与相应行政机关的行政权限以及管辖范围、管辖量有关。管理越是具有日常性,处罚权行使需要面大的,听证发生的可能性就越大。这里,

由于统计方面的原因,上表中两组数字尚难看出相关性,因此,分析将首先从已经获得的资料出发,进行个别行政领域的中观归纳,并在此基础上得出总体结论。

二、听证程序制度的法定功能和实现效果

(一)法定功能

在我国法律体系中,行政处罚是实现国家对社会管理功能的一种制裁性行政活动。行政处罚法第1条规定了该法的目的是“为了规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益”。从中可以看出,依据行政处罚法所进行的行政活动,其要达到的法定目的被限定在以下几个方面。而且,这些目的也正是行政处罚法的立法者对该法所期待的功能。具体有:^[4]

1. 规范行政处罚的设定和实施;
2. 保障和监督行政机关有效地实施行政管理;
3. 维护公共利益和社会秩序;
4. 保护公民、法人或者其他组织的合法权益。

如果着眼于具体处罚案件,着眼于由作出处罚决定的行政机关和与之相对的当事人之间具体的法律关系,那么,上述行政处罚法的法定功能中,第1、2、3项侧重在行政秩序和行政活动与法的关系方面,而第4项则关注行政活动的相对人一方,因此,可以进一步将上述内容归纳成以下两个方面。

1. 行政处罚行为的正当性(合法性^[5])证明,即合法性证明功能。从价值取向上看,这是以实施行政处罚行为的行政机关为对象设立的,从上述第1、2、3项法定的期待功能中可以归纳出本项功能。

2. 维护当事人权益,即权益维护功能。这项功能是以行政处罚的当事人为对象设立的。上述第4项法定的期待功能就反映了本项功能。

尽管在行政处罚决定的形成过程中,上述两个功能是融合为一体发挥作用的,但是从理论和价值的角度看,这两项法定功能是可以彼此独立发挥作用的。行政听证程序制度是行政处罚决定形成过程的一个环节,因此,行政听证程序制度自然应承担这两项法定的功能。

(二)实现效果

从上述资料所反映的情况看,已经实施了行政处罚听证制度在实现上述两项法定功能方面取得了相当的成绩。行政处罚听证制度在维护当事人的权益,纠正违法或不当行政处罚行为方面成绩斐然。以下的分析可以在一定程度上反映这些情况。

[4] 参见胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年,第381页。

[5] 由于司法程序对整个行政活动的合法性要件起着最终的决定作用,因此,行政程序最基本的关注点应该是司法程序对合法性的要求。此外,从更为宽泛的方面而言,本文的研究重点在于行政活动中至行政处罚决定作出为止的事前程序,而行政复议程序和行政程序被视为一个外在于事前行政程序,同时又被视为一个整体性的事后救济程序对事前行政程序产生作用的制度,因此,就整体性的事后救济程序而言,本文中所述的合法性的外延较之实定法上的合法性概念要宽泛,即包括实定法上的,主要是行政复议法所要求的合理性。

1. 变更率。经过听证程序之后,最终相当数量的处罚决定与最初的处罚建议中拟定的处罚内容不一致,即处罚建议未被采纳或未被完全采纳。其中存在两类情况,一类是处罚决定中的处罚在量上较之最初的处罚建议中拟定的处罚内容要轻。在上述结果中这类案件为52件(占收集到案件的39.7%,至少占实际实施听证案件的15.3%)。另一类是最终行政处罚建议未被接受,即经过听证程序之后未作出处罚决定。在上述结果中这类案件为4件(占收集到案件的3.1%,至少占实际实施听证案件的1.1%)。两类案件合计共56件,占收集到案件的42.8%,至少占实际实施听证案件的16.4%。

2. 进入诉讼等事后救济程序的比率。如果听证程序之后当事人对最终的处罚决定依然不服,可以进入行政复议、行政诉讼等事后救济程序。反之,如果在听证程序之后,当事人没有进入事后救济程序,那么可以认为当事人接受、承认了经过听证程序之后的处罚决定。尽管当事人没有进入事后救济程序可能是基于各种复杂的原因,这些原因值得深入分析,但其作为本文分析对象的事实是客观存在的。在上述的结果中,经过听证程序之后,行政处罚决定被提起行政复议或行政诉讼的,只有7件(占收集到案件5.3%,至少占实际实施听证案件的2.0%)。可见,当事人经过听证程序之后,除个别情况外,基本上接受处罚决定。

(三)初步结论

从以上的资料中可以看出,在经过听证程序之后,处罚决定明显地体现了以下两项结果,由此可以从行政处罚听证程序制度实施的客观结果的角度说明行政处罚法对该程序制度所期待的两项功能得到了实现。

一是行政处罚听证程序中的权益维护功能得以实现。上述的数据表明,在接近一半(42.8%)的案件中,行政处罚决定未采纳行政处罚建议,这说明听证主持人,以及作为处罚决定者的行政机关负责人没有或者没有完全采纳本部门调查人员的处罚建议。行政程序实施前后行政机关内部人员间存在的这种差异也同时表明听证程序中听证主持人的地位及其所表达的意见在一定程度上具有独立性。作为行政处罚决定者的行政机关负责人也重视听证主持人提出的意见。

二是大多数案件在听证程序中相应的行政处罚行为的合法性得到了论证,即合法性证明功能也同时得到了实现。当事人在经过听证程序之后,基本没有进入事后救济程序(行政复议或行政诉讼程序)便是一个证明。

三、功能的实现过程

(一)分析框架

从行政处罚法的规定看,行政机关要在听证程序中证明自身行为具有合法性,就必须通过论证该行政处罚行为具备了相应法律规范所规定的行为构成要件(合法性要件)。

就我国法律对行政处罚行为的合法性要件而言,由于在法律制度上司法审查对行政处罚行为是否合法起着最终的监督作用,即行政处罚行为的合法性判断的最终程序是行政诉讼程序,因此,规定对行政行为合法性进行司法审查的行政诉讼法第54条的各项内容也同时构成了行政处罚行为的合法性要件。概括行政诉讼法第54条第2款的规定,一项具体行政行为的合法性是由下列要件构成的:

1. 主要证据充足；
2. 适用法律、法规正确；
3. 遵守法定程序；
4. 未超越职权；
5. 未滥用职权；
6. 在法定期限之内履行职责；
7. (行政处罚)未显失公正。

从上述各款项的规定中可以看出,作为具体行政行为的一项行政处罚决定要具有合法性,首先必须具备主要证据,即具备事实要件。行政处罚法第42条第1款第6项要求行政机关的调查人员在听证程序中“提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议;当事人进行申辩和质证”的内容,也明确了这一要件在听证程序中不可或缺的位置。但是,除了应具备相应的事实要件之外,根据行政诉讼法第54条的规定,一项合法成立的行政处罚行为还必须具备依据、程序、职权范围和职权形式目的等方面相应的法定要件。尽管行政处罚法中关于听证程序制度的内容除事实以外对其他各项要件规定得并不十分明确,但通过听证程序,行政机关至少应该就事实方面的合法构成要件作出证明则是理所当然的。^[6]

行政听证程序制度的合法性证明功能和权益维护功能是通过论证相应处罚行为内在的行为构成要件,从而决定该处罚行为对外部能否产生效果或者产生何种效果而实现的。从行政处罚法第42条第1款第6项的规定内容可见,听证程序为行政机关和当事人之间就将要作出的相应行政处罚行为是否具备合法性要件,以对抗方式展开论证确定了可交涉的范围并提供了交涉的法定方式。即该条为论证行为合法性交涉设定了一个法定“平台”。法定应该通过听证程序的行政处罚行为只有在该程序中对法定构成要件进行确认之后,才能够最终决定是否应该使该行为产生法律效力以及产生怎样的效力。因此,从行政处罚法的上述规定中可以看出,听证程序的合法性证明功能和权益维护功能是通过论证行为要件是否存在来决定该行为的效果,可以说,这种论证是在“要件—效果”的关联框架中展开的。

(二)分析对象

如上所述,一项具体的行政处罚行为是否合法应该看其是否具备了相应的法定要件,因此,无论行政机关证明行政处罚行为合法还是当事人作出相反的证明以此维护自身利益,其都是通过证明相应行政处罚行为法定要件是否成立实现的。具体而言,通过听证程序证明事实、适用依据、程序、权限、公正程度等方面的要件是否成立。

因此,关注听证程序中各方参与者(调查人员与当事人)的主张理由以及听证组织的意

[6] 行政处罚法第42条第1款第6项规定“举行听证时,调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议;当事人进行申辩和质证”,同时《上海市行政处罚听证程序试行规定》第22条规定“举行听证时,由案件调查人员提出当事人违法的事实、证据和适用听证程序的行政处罚建议;当事人进行陈述、申辩和质证”;第23条第1款规定“听证的证据包括书证、物证、证人证言、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录、视听资料、当事人的陈述等”;第24条第5项规定“听证应当制作笔录。听证笔录应当载明下列事项:……(五)案件调查人员提出的事实、证据和适用听证程序的行政处罚建议”。从这些规定可以看到,如果严格依照文字解释的角度理解,必须通过听证程序确认的仅是事实要件。当然,从上述法律规定中并不能推论出排斥其他法定要件的确认也进入听证程序的结论。而事实上,正如本文所述,行政处罚听证程序在实施时全面地包含了对行政处罚决定这种具体行政行为各项合法性要件的确认。

见(尤其是在作出行政处罚决定时采纳了的意见)与上述“要件—效果”关联之间的关系便显得尤为重要。下面以此作为分析的对象具体分析。

1. 首先,调查人员提出什么理由

(1) 基本情况

依据行政处罚法第42条第1款和《上海市行政处罚听证程序试行规定》第17条的规定,行政机关首先应当向当事人发出行政处罚听证告知书。在所收集到的案件资料中,该告知书向当事人告知的事项除了告知当事人拥有申请听证的权利等听证程序本身的事项之外,涉及具体处罚决定内容的有下列三项:

第一,当事人违反的法律法规等规范的具体条款;

第二,行政机关作出行政处罚的依据条款;

第三,拟作出的具体的行政处罚决定。

由于调查人员需要通过听证程序证明自身提出的拟定处罚决定具有合法性,因此,该告知书所列的上述三项内容也是调查人在听证程序中对拟作出的行政处罚行为进行合法性证明的基础。^[7]

从被调查的资料内容来看,除了以下所列的特例(6件),绝大多数(125件)的告知书都是如上述方式进行告知和说明相应理由的。因此可以说被调查的绝大多数行政处罚行为在听证程序开始时就在法定的框架中对相应的法定要件进行论证。同时,这种方式也为具体的听证程序设定了具体的需要进行交涉的问题焦点。

(2) 特例

上述三项法定告知事项中,最后一项告知内容尤其涉及到“要件—效果”关联中的具体效果,即这项拟定的处罚决定一旦成立即对当事人产生具体的权利义务方面的影响。因此该项告知内容应该是具体且明确的。但是,在被调查的案卷中也存在着另一类的告知方式。例如在被调查的8件食品卫生行政处罚的案件中,其中有6件案由相同(案件【W-1】、^[8]【W-2】、【W-3】、【W-4】、【W-5】和【W-6】),其行政处罚听证告知书上所记载的事项也相同。具体内容如下:

你(单位)于 年 月 日从事生产含有罂粟成份食品的行为,违反了《中华人民共和国食品卫生法》第九条第(二)项的规定,情节严重。依据《中华人民共和国食品卫生法》第四十二条、《食品卫生行政处罚办法》第七条第三款、第十四条第一款第(二)项的规定,本局拟对你(单位)作出责令停止生产经营并销毁含有罂粟成份食品,罚款伍万元以下的行政处罚。

可以看出,在第三项告知内容中,调查人员所填写的内容为“作出责令停止生产经营并

[7] 法定的行政处罚听证告知书中所列的事项仅仅限定在适用的法律法规等条款和拟定的法律效果方面,即在“要件—效果”关联框架中的“要件”方面,只告知了适用依据这项要件成立。但是,如本文所指出的那样,严格而言行政处罚法和《上海市行政听证程序试行规定》中明文所要求的是在听证程序中进行“质证”,即对事实方面的要件是否成立进行论证。因此,当事人在接受行政处罚听证告知书之后,在并不预知调查人员所掌握证据的实际情况下,无法为了能够在听证程序中完成“质证”而在事前进行充分的准备。就此而言,行政处罚法在制度设计上不能不说存在着瑕疵。

[8] 本文中所举案件的标号(如此处的【W-1】)均属笔者为归类整理方便所用,不具有其他特殊意义。以下同。

销毁含有罂粟成份食品,罚款伍万元以下的行政处罚”。同时,从行政处罚听证告知书中第二项内容看,这6件案件所适用的法定依据也是相同的,即食品卫生法第42条、^[9]《食品卫生行政处罚办法》第7条第3款、第14条第1款第2项。^[10]

这里可以看出,在告知当事人的事项中,即第三项所告知当事人的不是拟作出的具体的处罚决定,因为作为具体行政行为的行政处罚决定应该是在成为现实决定后将特定的当事人产生特定的法律效果,承担具体特定的义务或权利具体特定地受到限制或者剥夺,而不是居于一种对效果的选择状态(裁量)。但是,上述第三项告知内容与第二项告知内容联系起来分析即可以看出,这里的第三项告知内容实际上是第二项规范中的法定内容,即行政机关作出行政处罚所依据条款的内容。事实上并没有向当事人告知拟作出具体行政处罚行为。

问题在于,行政机关一方为什么会采用这种告知方式?在调查中阅读到这类案卷时,笔者最初认为可能是具体实施听证人员的知识、业务水平所造成的。但是,在随后的一些交流研讨场合,来自其他省市的政府法制部门的与会人员也指出在其辖区内也有类似的案件。^[11]同时,在理论界中也有与此持同样观点的学者。^[12]由此可见这类告知方式具有一定的普遍性。那么,需要探究的是,在实施听证的阶段调查人员究竟基于何种原因才采用上述的告知方式?

从告知事项和听证内容的相关性来看,告知的事项也就是在此后的听证程序中将要争议的事项,告知的事项为听证程序提供了具体的争议目标。因此,无论是否意识到,调查人员一方的告知行为本身就意味着在相当程度上可以事先主动左右听证程序中的争议范围。比较在第三项告知中告知拟作出的具体的行政处罚决定和告知对行为效果的选择状态这两种情况,显然,前者是拟定的行为效果,在听证程序中无论对相应的拟订行政处罚决定如何进行争议,在“要件—效果”的关联框架范围中,争议集中在行为是否合法成立方面,当要件确立之后,效果自然发生。而后者,在听证程序中,不仅要件是否合法成立会成为争议的焦点,而且第三项告知内容本身也会成为争议的焦点,因为后者不存在一项事前拟订的行政处罚行为“效果”,有的只是第二项告知的法定处罚依据中允许的裁量范围,即这项内容事实上是属于行政机关在该案件中可以行使的法定权限的事项,而不是拟作出的具体行政处罚行为。换言之,在这项裁量范围中最终使行政机关选择什么样的行为效果,即具体的行政处罚决定,本身也可成为听证程序中争议的焦点。

因此,如果承认调查人员一方必然会尽可能地利用可以利用的制度空间以实现其期待目标的话,那么可以看出,这种告知方式对调查人员一方而言,至少在听政程序中存在以下

[9] 食品卫生法第42条规定:“食品、食品添加剂和专用于食品的容器、包装材料及其他用具,其生产者必须按照卫生标准和卫生管理办法实施检验合格后,方可出厂或者销售”。

[10] 《食品卫生行政处罚办法》第7条第3款规定:“不提供或者不如实提供证明材料证明其违法所得的,按照没有违法所得查处”;第14条第1款第2项规定:“没有违法所得的,处以一千元至五万元的罚款”。

[11] “中国听证制度研究课题”课题组于2001年7月6日邀请了部分城市(北京、重庆、杭州、济南、苏州和厦门等)政府法制部门的具体负责或从事听证工作的人员在上海共同举行了一次中国听证制度经验交流会,会上,有些与会人员提出在其所在的地区也同样有文中所述的告知方式。

[12] 例如2002年12月19日在上海市举行的“行政处罚听证主持人培训班”上,浙江大学法学院章剑生教授也介绍了这样的观点。支持这类观点的主要理由是即使在我国的刑事诉讼程序中,刑事诉讼法也没有规定公诉方的主张中应提出具体的量刑请求。

两个有益之处。

其一,增加了可争议的内容空间。行政处罚听政程序中原本应进行的争议是有关“要件—效果”关联框架中的要件是否合法成立的争议,但如上所述,这类争议本身可以将争议的焦点在“要件—效果”关联框架中扩展,甚至从中脱离出来,又开拓出一个除“要件”之外的针对具体“效果”的可争议的听证实施空间。因为即使对要件本身的合法性不存在争议,对裁量是否妥当也可以进行争议。由此将原本确认是否存在法定要件从而实现效果转变为关于裁量和实现裁量合理性的讨论。调查人员可以此引导参与听证的当事人乃至听证主持人将听证程序中的关注点从“要件”进入“效果”领域,甚至更加关注后者。由于一般而言,当事人从自身的权益实际损益出发,会更注重行政处罚行为的具体效果,因此在下一部分可以知道,调查人员的这种告知方式取得了一定的成果。

其二,容易使当事人接受经过听证程序之后的处罚决定。与上述部分有关的是,尽管在法定的范围之内作出何种效果的行政处罚决定是由行政机关单方面进行的,但当争议的焦点也针对裁量是否适当而展开时,如果经过听证程序,对裁量的适当程度进行了争议,且最终的裁量结果即行政处罚决定符合当事人的期待范围时,这种争议过程本身所产生的说服力使该处罚决定容易为当事人所接受,从而减少甚至消除当事人提起事后的行政复议或行政诉讼的可能性。而行政机关本身理所当然不希望作出行政处罚决定之后该决定被申请复议或提起行政诉讼。在这样的基础上形成了一个通过讨论“效果”问题解决现实纠纷避免事后争议风险、达到(潜在的)“合意”的过程。事实上,上述的6个案件在经历了听证实施阶段之后,都没有对行政处罚决定申请复议和提起行政诉讼。^[13] 简而言之,这种告知方式在事实上起到了消除纠纷的功能。

2. 当事人提出什么理由

当事人在听证程序中提出什么理由,是建立在当事人对行政处罚听证制度的认识以及由此产生的对该制度的期待之上的。因此,只要不招致对自身的不利后果,当事人会提出一切可能提出的理由去否定调查人员的主张或使包括听证主持人在内的听证组织采纳。

从制度的明文规定内容来看,依据行政处罚法第42条第1款第6项的规定以及《上海市行政处罚听证程序试行规定》第22条、第24条第5、6项的规定,当事人在听证程序的实施过程之中,针对调查人员提出的“违法的事实、证据和行政处罚建议”进行申辩和质证。因此,从制度的要求而言,当事人在听证程序中可以提出的理由,理应首先围绕拟定的行政处罚决定的“事实认定”,即事实要件是否存在展开。

但是,尽管上述的明文规定需要当事人在听证程序中提出理由的主要事实要件部分,但是在现实中只要该听证制度在实施过程中没有明文排除有关其他要件理由的提出,^[14] 在此前提下具体实施该程序的行政机关也不排斥其他理由,那么该制度就存在容纳除此之外

[13] 这6个案件在经过听证程序之后,最终的处罚决定都是“责令停止生产经营销毁含有罂粟成份食品,罚款一万元”,较之原拟定的处罚决定普遍减轻。

[14] 如有学者指出行政处罚中的听证“则是指在行政机关作出行政处罚决定之前,由行政机关指派专人主持听取调查人员和当事人就案件事实、处罚理由及适用依据进行陈述、质证和辩论的法定程序”。应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年,第398页(杨惠基撰写)。这与行政处罚法第42条规定中的文字内容的表述有一定的不同,因此,这里引出了一个法律解释方面的问题:行政处罚法规定的听证范围究竟有多大?

其他理由的空间。调查的结果也证明了这一点。当事人理所当然地提出了事实要件方面的理由,除此之外,在其主张中也涉及到其他方面的相关理由。

(1) 有关合法性要件是否存在理由的分布情况

从调查所得的资料看,听证过程中争议的焦点主要集中在“事实认定”方面。因此,当事人所提出的理由也主要在事实要件是否存在方面。在收集到的案件之中,有80件属于这一类型,占收集到案件的61.1%,而涉及判断其他法定要件的则不多,在调查资料中仅有24件(前述部分已经列出:适用依据13件、程序3件、职权1件、显失公正2件、明显不当5件,共计24件),占收集到案件的18.3%。从这个比例看,尽管在行政听证实务工作中听证程序中的争议事项范围也涉及到其他要件方面,但这部分数量并不很多。

上述当事人围绕事实要件以及其他合法性要件所提出的理由的案件,基本有以下两种类型。

一是主要事实证据以及其他合法性要件是否存在。在这类案件中,当事人主要以调查人员所认定的事实有误(事实要件不成立)为理由,主张法定的行政处罚事实要件不成立。例如:

案件【G-7】某区工商行政管理局X认为某建筑公司Y(当事人)为无照经营者Z提供营业执照、建筑业资质证书、发票、银行帐户等条件,依据《上海市取缔无照经营和非法交易市场暂行规定》,建议对Y罚款3万元。Y提出Z为其公司职工,因此其行为不构成“为无照经营者提供发票、银行帐户等方便条件”。^[15]

案件【GC-36】出租车管理处X接举报后认为某出租车司机Y(当事人)未按合理路线行驶和多收车费,依据《上海市出租汽车管理条例》建议对Y吊销准营证。Y提出调查人员根据举报认定的顾客上车地点有错,因此不存在未按合理路线和多收取车费的事实。

涉及到其他法定合法性要件是否缺乏的案件典型的有:

案件【G-1】某区工商行政管理局X认为某医药商店Y1(第三人)的分店Y2(当事人)在销售药品时以采取帐外暗中给付药品回扣的方式从事不正当竞争经营活动,建议对Y2作出罚款人民币1万元正;没收违法所得1989.10元的行政处罚。在听证过程中,Y2提出作为处罚行为根据之一的“国办发(1996)14号文”《国务院办公厅关于继续整顿和规范药品生产经营秩序加强药品管理工作的通知》不应作为处罚的依据。

二是存在的事实是否已经达到严重的程度。这一类型中当事人对基本的事实要件构成本身不存在或基本不存在争议,但是,对依照相关规定,实施行政处罚不仅需要该事实的存在,该事实还必须具备另外一项诸如“情节严重”等程度性要件。如果“情节严重”等不确定法律概念也属于行政裁量中的要件裁量,^[16]那么当事人的主张中除了要求确认法定的事实要件外,还包含着对行政裁量本身提出争议。而且,从调查资料来看,这类案件也有一定

[15] 该案的听证组织在听证结果报告中仅建议对Z的户籍和就业情况进行核实而没有对处罚建议提出意见。该行政机关负责人也签署同意意见。从至本课题收集资料终结时收集到的该案案卷资料看,其中没有处罚决定书,即至少到此时,行政机关尚没有认为调查人员提出的该事实要件已经成立。

[16] 关于行政裁量中的不确定法律概念和要件裁量,其定义可参见盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年第91页;俞子清主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2001年第40页以下(朱芒撰写)。有关的学说史资料可参见翁岳生:《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》,见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,1976年第58页以下。

的数量。较为典型的例子如：

在上述部分提到的案件【G—1】中,当事人 Y1 提出作为处罚行为根据之一的“国办发(1996)14 号文”《国务院办公厅关于继续整顿和规范药品生产经营秩序加强药品管理工作的通知》不应作为处罚的依据。同时提出依据《上海市反不正当竞争条例》第 28 条的规定,其行为不构成情节严重。

(2)“其他”理由

尽管听证过程中争议的焦点主要集中在“事实认定”方面,但是,除此之外,从前面的数据可以看到,争议焦点可归入“其他”类的也占据很大的比例。在所调查案件中有 39 件,占收集到案件的 29.8%(至少占实施收集到案件数的 10.9%),居于第二位,超出诸如“依据”等等行政诉讼法第 54 条规定的具体行政行为的其他构成合法要件的证明。因此,分析当事人提出的这些属于“要件—效果”关联框架之外的理由十分重要。

上文部分已经提到,行政处罚法和《上海市行政处罚听证程序试行规定》规定的听证程序中,在听证事项方面,明文表述的部分只涉及事实认定,即法定的事实要件是否存在。即使将对“依据”等事项的争议也纳入可以允许的争议范围,该争议范围也还依然限于在“要件—效果”的关联框架之中的“要件”方面,即依然在讨论相应拟定的行政处罚决定是否符合行政诉讼法第 54 条所规定的具体行政行为的合法性要件。在此基础上,如果不仅仅考虑合法性要件是否存在,同时也考虑行政复议法对具体行政行为的合理性要求,将拟定的行政处罚决定中裁量是否合理,即“明显不当”等因素也考虑进去,那也只是将“要件—效果”关联框架中的“效果”问题也部分地纳入了听证程序的争议范围,而没有在听证程序中,在判断和解决争议时引入其他的衡量或评价规范。但是从下面所涉及到的事例可以看到,从调查资料中反映出来的下述属于选项“其他”的理由显然不能归属于“要件—效果”关联框架之内。

从调查所得的资料看,当事人提出的属于“其他”的理由主要在于与行为成立要件无关的经济方面。例如,家庭经济困难,无法承担将要被给予的吊销许可证或者执照、罚款等行政处罚。再如家庭成员中有人下岗,自己的收入成为唯一的生活来源等等。总之,当事人从家庭经济状况的角度,指出将要被科处的行政处罚与自身生存状况之间的必然联系,以此要求行政机关从轻或者免于处罚。

在这里可以看出,当事人是期待通过行政听政程序使行政机关能够采纳对自身有利的全部事项,只要法定的行政听证程序制度不明文禁止,那么无论该事项是否属于“要件—效果”关联框架之内,都将在该程序中提出,以此影响行政处罚决定的最终效果。因此,当事人不仅仅将行政听政程序作为(从证明或确认合法性要件是否存在的角度)依法维护自身的权益的途径,还常常将此作为一种可以向相应行政机关呈情或表达意愿的机会。当事人援引上述行政听政程序中应遵循的规范之外的其他社会规范,要求行政机关在作出具体的行政处罚决定时也考虑、导入并且依据这些规范。从后面的事例中可以看到,在经过听证之后,许多这方面的理由会被行政机关在作出行政处罚决定时认真考虑甚至接受。

3. 听证组织、行政机关负责人接受什么理由

(1) 听证组织的作用

听证组织是在行政处罚听证程序中,主持该程序的进行,其构成人员由有权作出相应行

行政处罚的行政机关指定的组织。^[17]其可以是一人组织,^[18]也可以由多人组成。^[19]从行政处罚法以及《上海市行政处罚听证程序试行规定》中对行政组织的定位看,无论听证组织由几人构成,在整个行政处罚程序中,由于依据行政处罚法或《上海市行政处罚听证程序试行规定》所成立的听证组织其内部构成人员必须是非本案调查人员,因此由听证主持人等构成的该组织在与调查人员和当事人的关系中是与调查人员相对分离的具有一定独立性、^[20]起着主导程序作用的组织;在整个行政处罚程序中,听证组织通过实施和主持听证程序,以此整理相关信息并由此向所属行政机关提出处罚意见供该行政机关决定参考,因此,听证组织的听证活动在整个行政程序中居于审查前提的位置,为行政机关最终作出行政处罚决定提供基础性意见。

听证组织的上述性质是由行政处罚法第43条所决定的。该条规定“听证结束后,行政机关依照本法第三十八条的规定,作出决定”。而第38条第1款则规定“调查终结,行政机关负责人应当对调查结果进行审查,根据不同情况分别作出”决定。从法解释的角度看,这两条规定所设定的程序内容是将“听证结束”置于“调查终结”之前或者同时,因此,听证程序是属于调查程序的一个环节。但是,听证程序又是与调查人员的调查程序相分离的,同时,其又以调查人员的调查结论为讨论对象,因此,听证程序本身具有对其之前的调查程序实施的结果进行审核的作用。正是由于听证程序在整个行政处罚程序中具有这样复杂的性质,有学者将行政处罚程序中的听证程序定性为一种特别的调查程序。^[21]

就整个行政处罚程序而言,听证组织在听证程序结束之后,行政处罚法第42条第1款第7项以及《上海市行政处罚听证程序试行规定》第25条中的“笔录”则相当于行政处罚法第38条第1款中的“调查结果”。正因为如此,听证组织通过听证程序对事实的确认以及由此形成的认识即向行政机关负责人提出的报告,都不是对最终形成的行政处罚决定具有拘束效力的意思表示,只是向行政机关负责人提出的一种基础性意见。

从调查的资料来看,听证结束之后,听证组织会根据听证的具体情况对相关的事实等事

[17] 在法律中对该组织的称呼以及内部结构并没有具体的规定。如在内部结构方面,行政处罚法中只提到“听证由行政机关指定的非本案调查人员主持”(第42条第1款4项),同样《上海市行政听证程序试行规定》中也只规定了该组织的构成人员。在调查资料中,各个具体的行政机关在实施行政听证程序时,有的听证组织由首席听证主持人、听证主持人和书记员组成,有的由听证主持人、听证员和书记员组成,但是对于由这些内部人员构成的组织的具体名称,则法律中均无规定。

[18] 从行政处罚法第42条第1款第4项“听证由行政机关指定的非本案调查人员主持”的规定看,具体实施听证程序的组织的功能在于主持听证程序,因此可以理解为只要该功能能够实现,该组织究竟由一人还是多人组成,属于该行政机关的裁量。

[19] 例如,《上海市行政处罚听证程序试行规定》第5条规定,“行政机关的听证人员包括听证主持人、听证员和书记员”;第6条规定,“听证主持人由行政机关负责人指定本机关内部的非本案调查人员担任”;第9条第1款规定,“行政机关根据需要,可以指定1至2名本机关内部的非本案调查人员担任听证员,协助听证主持人组织听证”。从这些规定中可以看出听证组织必然是多人组织。

[20] 有的学者从分权理论的角度说明这种结构的听证组织可以确保当事人的合法权益不受侵犯。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社1999年第273页(章剑生撰写)。有的则从保障公正性的角度阐述其意义。参见杨惠基:《听证程序概论》,上海大学出版社1998年第90页以下。

[21] 例如章剑生教授在2002年12月19日在上海市举行的“行政处罚听证主持人培训班”上就表达了这样的观点,笔者同意这一看法。

项作出归纳,在此基础上就是否作出行政处罚或者作出怎样的行政处罚决定等事项向行政机关负责人提出建议。如果把记载有这些归纳和建议内容的文件称为“听证结果报告书”,如上所述,该听证结果报告书并不对最终的处罚决定的形成具有拘束力。随后,行政机关负责人在该听证结果报告书的相应栏目中作出行政处罚法第38条第1款所规定的行政处罚决定。在本次调查所收集到的案件资料中,所有的案件资料中均附有听证结果报告书。

但是,从调查的资料中反映出的情况看,行政机关负责人十分尊重听证组织提出的行政处罚建议,其作出的行政处罚决定没有变更听证组织的建议。^[22]

可以说,事实上听证组织最终形成的认识或意见可以视为行政机关或者行政机关负责人的意见,通过分析听证结果报告中听证组织所采纳的理由就可以了解行政处罚决定最终究竟采纳了哪些意见。

(2) 被采纳意见的种类

围绕着调查人员与当事人之间的争议焦点,从听证结果报告中听证组织采纳意见的情况看,以下几种意见被行政机关负责人作出的处罚决定采纳。

一是在法定的“要件—效果”关联框架中接受和采纳的理由。

听证组织必须从法定要求出发,围绕“要件—效果”关联框架,根据听证参与各方提出的证据或主张判断相关的法定要件是否成立。因此,围绕“事实认定”、“适用依据”、“法定程序”、“职权”、“公正”、“明显不当”等要件的理由,听证组织自然需要予以听取和考虑是否采纳。调查资料内容所反映的情况也与此相符合。在采纳了当事人意见的案件中较为典型的有:

案件【GC—40】中,交通行政管理机关X认为Y驾驶出租车载客过程中存在绕道和多收费的行为,因此根据《上海市出租车管理条例》第45条第2款的规定拟对Y作出吊销准营证的行政处罚。在听证之后,听证组织认为对该案作出行政处罚决定时应该考虑的几个方面的因素中有一项就是事实要件是否能够成立:“对核定的‘合理路线’有异议:根据乘客在信中所说,从宛平路上高架到机场最近。是否应该按照乘客的意见按此线路核准行走路线及费用呢?另据驾驶员反映‘路上很堵’。到底是否堵?堵了多少时间,费用是多少?(因为此费用关系到总的车费)乘客没有说明,调查人员也没有进一步了解,这是调查中的一个漏洞”。

在上述部分提到的案件【G—1】中,听证组织采纳了当事人在听证程序的实施过程中提出的事实和应适用依据这两方面的理由。

案件【G—1】中,针对当事人Y2提出作为处罚行为根据错误的理由,听证组织听证后认为对Y2的行为证据认定的金额仅为7200元,据此建议处罚应在1万元以上不满5万元内酌情量罚。适用法律建议适用《上海市反不正当竞争条例》第13条第1款和第27条第1款第6项更为妥当。同时听证组织在事实认定方面也指出:本案当场查获的Y2尚未来得及付出的回扣现金,不能认定为是当事人的违法所得,故建议违法所得1989.10元不予认定。

[22] 这种对听证组织意见的尊重是否可能在事实上形成行政处罚听证程序的案卷派他性效力,则尚需要谨慎分析。例外的案例将在本文涉及到的相关部分说明。

在案件【G—2】中,经过听证程序之后当事人的违法事实已经确认,但相关物的数量无法确定,听证组织因此改变调查人员提出的拟定的行政处罚决定。

案件【G—2】某区工商管理分局X认为某公司Y参加展览的医疗仪器法国产MDS、FLAT乳腺X光机无合法进口手续,建议根据《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条第2款第11项的规定给予没收和罚款12万元的处罚。在听证程序的实施过程中Y仅对调查人员举出的事实问题提出了异议,提出该X光机是从案外人A处借得的(A对此否认),但该主张未获得听证组织的认同,听证组织认为Y违法进口X光机的事实成立。至于应作出怎样的处罚决定,由于案件调查人员认为该X光机价值人民币60万元,Y认为只有8万元,而国内无同类该X光机进口,其价值双方均无充分证据证明,因此听证组织在听证结果报告中建议:由于X和A“均不承认是该法国产FLAT乳腺X光机的所有人,建议按照《工商行政管理机关行政处罚程序暂行规定》第六十一条之规定,经公告后三个月内仍无人主张对该进口乳腺X光机所有权的,作为无主财产,上缴财政”。此后,X制作了行政处罚决定书,其内容为:“没收物资(法国产MDS、FLAT乳腺X光机一台)”。

案件【G—2】中由于在告知的拟定行政处罚中有罚款项,因此,即使认定违法事实成立之后也必须对相应数量作出认定,以此才能够确定相应的罚款数额,即需要对“要件—效果”关联框架中的数量要件作出准确的认定之后才能就效果部分作出对当事人具有具体法律意义的决定。但是有关数量的要件无法确定,行政机关就此放弃了这一部分的行政处罚即罚款。^[23]

二是上述法定的“要件—效果”关联框架之外接受和采纳了的事项。

前述部分已经提到,在听证程序中,当事人除了在“要件—效果”的关联框架中提出理由之外,还提出了许多该框架之外的,在本次调查中归类为“其他”的理由。并且,持这类理由的案件占收集到案件的29.8%,居于“事实认定”之后的第二位,高于“要件—效果”关联框架中除“事实认定”之外诸如“依据”是否合法等理由。由于在各个听证案件中当事人提出了这些理由,因此听证组织要面临如何对待这些理由的问题。

从调查资料看,由当事人提出,而且被听证组织考虑的事项基本上集中于对处罚效果的承受能力方面,其中,如当事人为自然人时,其主要为当事人本人或家庭经济困难等方面的理由。例如:

[23] 该案中另有两点是值得进一步讨论的。一是事实的确认中听取意见程序的问题。从听证过程的全部笔录来看,听证程序中被质证的只是违法进口事实是否成立这一点,其他如机器价值等Y均未在听证过程中提出。但是在听证组织向行政机关负责人提交的听证结果报告书中,正如文中所举,听证组织指出:案件调查人员认为该X光机价值人民币60万元,Y认为只有8万元,而国内无同类该X光机进口,其价值双方均无充分证据证明。因此可以看到,我国目前,就认定事实而听取各方相关者的意见实际上不仅仅限于听证程序。二是依据问题。在听证结果报告书中,听证组织指出:“案件调查人员提出当事人的行为构成《投机倒把行政处罚暂行条例》第三条第一款第(十一)项规定所指行为,而按照《投机倒把行政处罚暂行条例》第三条第二款的规定,第(十一)项行为应有省级以上工商管理机关根据国家法规和政策认定,提请案件调查人员在今后办案过程中,注意法律的有关规定,严格按法定程序办案”。在从听证笔录中记载的内容来看,参加听证程序的各方均未涉及此点,但听证组织以及行政机关的负责人显然已经认识到了这一依据方面的要件瑕疵。但是,在行政处罚决定书中所引用的法定依据依然是《投机倒把行政处罚暂行条例》第三条第一款第(十一)项。这其中自然可以看出行政自身的运作规则并不理所当然地承认法定的具体行政行为为合法“要件”的要求,当然,仅此尚难以对于合法依据方面的要件瑕疵与听证程序之间的关系得出规律性的认识。

案件【W-3】中,市卫生管理机关 X 的检查人员在 Y 的经营场所中抽取客人食用火锅汤料,从中检测出含有罂粟成份,同时当事人无法提供违法所得证明,因此拟处罚 5 万元以下的罚款、责令停止经营并销毁含有罂粟成份的食品和吊销卫生许可证。听证过程中 Y 除了对相关事实证据进行质证之外,还提出生活方面的具体困难。对此 X 在确认事实清楚的同时考虑到了 Y 的具体困难,仅作出责令停止经营并销毁含有罂粟成份食品和罚款 1 万元的处罚。

在调查的卫生行政处罚案件资料中,反映听证组织考虑同样因素的还有同类的案件【W-4】、【W-5】、【W-6】和【W-7】等。

同时,在其他类别的行政处罚案件中,也存在这类听证组织考虑当事人对处罚结果承受能力等因素的案例。例如:

在上述部分已经提到的案件【GC-40】中,交通行政管理机关 X 在听证过程实施之后,听证组织认为对该案作出行政处罚决定时应该考虑的几个方面的因素中除了违法事实是否成立之外,有一项就是“家中困难”。

如果当事人是企业等非自然人的,则考虑的理由有企业亏损、对拟定处罚决定在量方面的承受能力等。例如:

在案件【S-9】中,某区某区税务分局 X 认为某合资公司 Y 存在虚开增值税发票(未用)等违法行为,因此拟定的处罚是给予已抵扣进项税额的 2 倍罚款 29533 元。听证后,考虑到 Y 的承受能力,最终作出予以 1 倍罚款即 14799.56 元的处罚。

此外,考虑企业的承受能力,听证组织有时对罚款处罚的执行问题也会作出相应的安排。例如:

案件【S-5】中,某区税务分局 X 认为某贸易公司 Y 开具自制发票因此拟定罚款处罚。经听证后,X 考虑 Y 的经营亏损情况,决定对亏损部分的罚款暂不执行。

总之,从上述所列案例的内容中可以看出,这类理由是当事人在承认调查人员对事实的认定的基础上,对处罚结果可以承受的能力所作的表述。换言之,这类当事人的理由已经承认了“要件—效果”关联框架中“要件”的客观存在以及在此基础之上行政机关在作出处罚决定方面所作出裁量的合理性,即这些理由已经不属于“要件—效果”关联框架的范围之内,充其量只是表述了对“效果”即裁量的承受能力,而不是讨论对应于该关联框架中的“要件”,应该选择何种“效果”的问题。

其次,听证组织除了处理“要件—效果”的关联框架之外的“其他”理由外,是否还考虑在听证程序中当事人没有提出的其他意见?

这里有别于第一部分称其为“意见”而不是“理由”,很明显是因为这部分被行政机关负责人所考虑的内容并不是由行政机关的调查人员或者当事人在听证程序的质证过程中提出的,而是在该过程结束之后由听证组织在听证结果报告书中提出的。

从理论上说,在听证程序之后最终作出行政处罚决定时考虑了听证程序过程中各方未提出的证据或理由,则可以说该决定并没有受到案卷排他主义的限制。在不以案件排他主义为前提的行政听证程序中,听证程序中所涉及到的证据和理由都只是参考性的,由此也意

意味着听证程序只是整个行政处罚决定形成程序中调查程序的一个环节。其中,听证组织只是在行政程序中参与调查程序的一种中间性组织。当然,这个结论并不违背人们对行政处罚法中听证程序与案卷排他主义之间关系的一般认识,^[24]但问题在于听证组织考虑了听证程序之外的证据、理由等事项后,这些事项究竟对最终的行政处罚决定起了什么样的作用?

归纳调查资料,听证组织或行政机关负责人采纳的这类意见有以下几种类型:

主要问题涉及到政策以及制度本身的问题的。通过听证程序,行政机关发现主要的问题不在于拟定作出的行政决定行为本身,而是相关制度存在一定的缺陷,或者说这种缺陷本身在一定程度上也成为当事人做出相应的违法行为的制度方面的原因。例如:

案件【W—1】中,某区卫生行政管理机关 X 抽查某饮食总店 Y 中的某店 A 的火锅汤料调料时检验出其中有罂粟成分,因此拟对 Y 给予责令停止经营并销毁含有罂粟食品,罚款 5 万元以下的处罚。在听证程序中, Y 对事实未提出异议,仅对其法律地位提出不同认识,即其与 A 签订有房屋租赁合同,因此处罚对象应该为 A 而非 Y。并且,与 A 具有同样地位的 B 店等已经独立地获得了食品卫生许可证。在听证程序之后制作的听证结果报告书中,听证组织写道:尽管“认定事实清楚,程序合法,适用法律正确,认定的处罚主体正确,处罚适当”,但“通过此案听证,发现”某区卫生局“在许可证发放管理中存在一些问题,对同一经营场所发放不止一张卫生许可证”。就此,负责人签署意见:“鉴于此案中区卫生执法机构也有责任,建议从轻处罚”。最终,行政机关作出的处罚决定为:“责令停止生产经营并销毁含有罂粟成份的食品;罚款壹万元整”。

在案件【GC—29】中也涉及到类似的制度方面的因素,听证组织和行政机关负责人在决定具体的行政处罚决定时也充分考虑了这种制度上的困难。

在案件【GC—29】中,某交通行政管理机关 X 认为出租车驾驶员 Y 一年之内两次将客运服务车辆交与他人驾驶,违反《上海市出租车管理条例》的有关规定,因此拟定对 Y 作出吊销准营证的处罚决定。听证结果报告书在肯定 Y 存在违法行为和拟定的处罚决定正确之后指出:如果吊销 Y 的准营证,按上述条例的有关规定,“该车的业主也应承担相应的法律责任(也应吊销

[24] 行政处罚法未就听证笔录与行政机关负责人最终作出的行政处罚决定之间的关系作出明文的规定,因此可以说该法并未在制度层面上确立案卷排他主义的法律原则。在理论层面上,尽管从解释论的角度对听证笔录与行政处罚决定的关系可以得出“唯一论”、“之一论”、“重点论”和“模糊论”等观点(参见杨惠基:《听证程序概论》,上海大学出版社 1998 年,第 240 页以下),但“唯一论”并未在行政实务中得到支持,或者说,行政机关,尤其是具体实施行政处罚的行政机关,其本身不会自觉地选择“唯一论”来进行自我约束。

其实,在行政处罚听证程序建设的实践中也可见到采用案卷排他主义的立法。例如,国家劳动部发布的自 1996 年 10 月 1 日起施行的《劳动行政处罚听证程序规定》第 16 条规定:“所有与认定案件主要事实有关的证据都必须在听证中出示,并通过质证和辩论进行认定。劳动部门不得以未经听证认定的证据作为行政处罚的依据”。这个规定的条款显然采纳了案卷排他主义。但由于无法对该规定的实施情况进行研究,因此无法判断该规定的实际运作中是否真正实施了案卷排他主义。另一例是与本研究课题有关的《上海市行政处罚听证程序试行规定》。该规定第 23 条第 2 款规定:“所有与认定案件的事实相关的证据都应当在听证中出示,并经质证后确认”。从其文字表述看,显然也采纳了案卷排他主义的法律原则,但是,正如本文中所反映的那样,案卷排他主义并未在该规定的实施中得以贯彻。

其准营证)。但这一做法至今尚未操作过,主要是因为吊销准营证的处罚是出租车管理条例规定的处罚中最严厉一种,又涉及到多人,一旦操作可能会引发不稳定因素。再说业主近年来一直在从事其他工作,由聘工长期一人营运,从客观上来说,长期单班营运也确实较疲劳,且这二次违反条例的行为都是发生在当事人身体欠佳的情况下。这也对我们的管理提出了要求,在业主本人不能参加营运的情况下车辆是否能过户或增加聘工?有待我们进一步探讨、研究”。综上所述,不对 Y 作吊销准营证处罚,拟作暂停营业、罚款处罚”。

当事人的纠正情节。即尽管应受处罚的违法行为成立,但是当事人有主动纠正违法行为的情节。例如:

案件【W—7】中,某卫生行政管理机关 X 对造成食物中毒的某饭店 Y 拟作出罚款 3 万元和吊销食品卫生许可证的处罚决定。在实施听证过程中,Y 对事实和证据无异议,但认为吊销食品卫生许可证的处罚太重,因为事故发生之后,一是 Y 积极进行了整改,在卫生上有了明显改进;二是 Y 的法人代表自发地到医院探望病人、负担全部医药费、误工费等,并能主动配合卫生监督员做好事故的调查处理;三是 Y 最近新装修,投入资金较多,如果吊销卫生许可证,在经济上损失很大,难以承受。听证组织在听证之后认为该案“事实、理由充分,处罚适用条款正确”,但考虑到 Y 在事故发生后能主动配合卫生监督员做好事故的调查处理,减轻违法后果,在卫生上积极整改”,因此最终提出的处罚建议为:“一、责令停业整顿,二、处罚款叁万元整”。

事后的行政复议或行政诉讼等争议风险。即为了回避由于调查阶段存在的要件瑕疵会造成事后程序方面的行政复议或行政诉讼等争议风险,在当事人接受的前提下,变更拟定的处罚决定。例如:

在案件【CC—34】中,某交通管理机关 X 认为出租车驾驶员 Y 绕道行驶多收费而拟定对其作出吊销运营证的处罚。在听证之后听证组织发觉在事实方面存在调查人员未及时核实的部分,如坚持作出吊销运营证的处罚,则当事人很有可能在事后对 X 提出行政复议申请或提起行政诉讼。为了避免发生这种法律上的风险,X 于听证之后将处罚内容变更为罚款。对此,Y 也表示可以接受。

当事人曾有过的先进事迹。尽管当事人的个人履历只是其个人在过去发生的事情,无论这些履历在其他方面的意义如何,其与行政处罚听证程序所涉及到的处罚决定的“要件—效果”关联框架则并无相关关系。但是,在调查资料中可以看到,一旦当事人曾经获得过某种先进称号等材料通过当事人所在的单位提出,则会得到相应行政机关及其负责人的认真对待。例如:

在案件【CC—21】中,某交通管理行政机关 X 拟定对 Y 作出罚款 200 元和暂停营业的处罚。在听证程序中 Y 提出了行为情节较轻,无主观动机等等事由,Y 所在公司的代表也出席了听证会,指出当事人一贯表现较好,曾被评为公司“97 年度精神文明”“十佳”事迹荣誉称号的情况。听证组织也考虑了这一因素。最后,X 作出了罚款 200 元的处罚决定。

这种考虑当事人在工作中的表现的案件还不仅是这一例,在其他的案件中也可以看到同样的情况。例如,在前述案件【CC—24】中行政机关负责人采纳了听证主持人的类似意见,听证

主持人在报告书中也提到：“单位称当事人表现尚可”。在前述案件【GC—1】中也有同样的情况。该案件听证主持人在听证报告书中指出：当事人“一贯表现较好”，“曾多次被单位、乘客表扬”。最终的处罚由原来拟定的吊销准营证变更为罚款590元，可以说差别巨大。

值得注意的是，上述案件【GC—21】中的当事人在听证程序的进行过程中对调查人员和听证组织抱有相当大的不信任感，态度也相当对立，但这些情况并没有对听证报告书的内容以及行政机关负责人作出行政处罚决定造成任何影响。这里也可以看出当单位参与到听证或听证之后的处罚决定形成过程时，真正能够影响听证组织乃至行政机关负责人的，是当事人所在的单位，即听证组织考虑了当事人所在单位的影响力。因此，当事人所在的单位（尤其是该单位属于具有社会影响力的企业时）是否愿意参与到上述行政程序中去，在相当大程度上决定着“要件—效果”关联框架之外的其他事项能否真正被行政机关所采纳。

当事人所属单位提出的建议或保证。在行政处罚的听证程序中，除听证主持人之外，只有当事人和行政机关的调查人员才是该程序的法定参与者。如果将对听证程序结果的处理，即行政机关负责人作出决定这一环节也考虑在内，那么听证程序始终是在三方，即当事人、作出拟定处罚意见的行政机关（由调查人员代行）和主持程序、作出决定的行政机关（听证主持人和行政机关负责人）之间展开的。^[25] 当事人所属单位如参与该程序，只有在质证时由当事人或调查人员提出，经主持人同意后作为证人进入该程序，其作用只是提出相应证据，以此证明在“要件—效果”关联框架中要件事实是否存在。因此，从行政处罚法和《上海市行政处罚听证程序试行规定》的规定看，听证主持人或行政机关负责人并无听取当事人所属单位在“要件—效果”之外的意见的义务。但事实上，调查资料显示，如果当事人所在单位向行政机关提出证据之外的处理意见，听证主持人或行政机关负责人会对此相当重视并可能采纳。上述【GC—1】【GC—21】【GC—24】【GC—40】中已经涉及到了由当事人所在单位的这类意见。在下面的案例中，这类意见的作用尤为显著。

在案件【GC—2】中，当事人单位向举行听证的行政机关出具单位函，为该当事人作出保证。尽管在听证程序的进行过程中当事人态度对立，但因为有单位的保证函件，加上其行为所造成的结果不严重，最终行政机关作出的决定是将原拟定的吊销准营证变更为“不处罚”。

但必须注意的是，从调查资料看，这类意见主要集中在特定的行政领域（公共交通行政管理领域），且数量上并不很多。因此，行政听证中的这类情况是否具有普遍性则尚难下结论。另外，上述案件中，当事人所属单位都是大型企业，具有相当大的社会影响力。

四、法定功能和事实上的功能

（一）法定功能及其涵盖范围

上面已经提到，调查资料反映出行政机关负责人十分尊重听证组织提出的行政处罚建

[25] 如果考虑目前行政处罚听证程序中的主持人其地位仅仅是在个案中相对中立，而整个程序的运行过程都是在同一个行政机关内部进行的，那么，将行政处罚听证程序理解为是在当事人和行政机关之间展开的一种程序也未尝不可。

议,其作出的行政处罚决定没有变更听证组织的建议。而且,在42.8%的案件中,行政机关负责人审查了听证结果报告书后采纳了上述理由或意见,对拟定的处罚意见作出了变更。同时,上面也指出,听证组织提交的听证结果报告书的内容中包含了在听证程序中所涉及到的调查人员、当事人所提出的全部理由和意见以及其他(如当事人的单位等)在这一程序过程中提出的意见。因此可以说这些最终被行政机关负责人采纳的理由或意见中不仅有对有关事实证据能否成立主张的考虑,而且也有从法定的“要件—效果”关联框架的全部内容出发全面论证拟定的行政处罚决定是否存在瑕疵的观点。不仅如此,其中还包括了在该程序过程中被提出的或被考虑到的一切可能影响行政处罚决定的各种因素。

可以看出,在法定的“要件—效果”关联框架之内,无论是行政机关一方的调查人员还是当事人,提出的理由的目的都在于通过听证程序证明应被处罚行为的要件是否成立以及拟定的行政处罚决定是否合法。通过听证程序的论证,其结论无论是什么,基础都是建立在“要件—效果”关联框架之上的,也就是说,无论是拟定行政处罚行为的合法性证明还是当事人权益的维护,都是在该关联框架之中进行和完成的。

但是,一旦被听证组织或行政机关负责人采纳的理由或意见并不属于“要件—效果”关联框架之中的,那么,无论调查人员或当事人对行政听证程序寄予怎样的期待,听证程序怎样审查和采纳他们的意见或理由,这时的听证程序所具有的功能自然不属于法定的“要件—效果”关联框架所赋予听证程序的功能。换言之,通过上述调查资料可以观察到,在行政处罚听证程序制度的实施中,该程序除了发挥法定的功能之外,还具有事实上的功能。

(二)事实上存在的功能——纠纷解决功能

从上述部分所列的案例以及归类中可以看到,在“要件—效果”关联框架之外,调查人员通过裁量权告知的方式,当事人通过就经济承受能力等进行呈情的方式,以及诸如当事人所在单位相关的提交单位函等方式,都对该程序寄予种种期待。其中,尤其是当事人,即使对自身被调查的行为以及对拟定的行政处罚决定已无法律上的疑义时,依然对行政程序寄予期待,提出种种属于“其他”类别的理由或意见,希望行政机关予以考虑。由于在这项前提之下所涉及到的理由或意见已不属于前述框架中的以权益维护为目的的了,当事人的目的显然已经转移为最终不被处罚或者被处以较轻的处罚。

同时,行政机关的听证组织或者负责人也在事实上通过听证程序采纳了这些理由或意见。而当这些理由或意见被采纳时,当事人自然对听证制度愈加认同,对听证程序的满意度愈加提高,由此导致使用事后救济程序的可能性降低。因此,在法定的合法性证明功能和权益维护功能之外,行政处罚听证程序制度在事实上还具有一项纠纷解决的功能,且该项功能在实际的听证活动中起着十分重要的作用。在调查资料中,所有这些理由或意见被采纳的案件,当事人在行政处罚决定(包括不处罚的决定)作出之后都没有提出行政复议或行政诉讼。

在这一事实中需要注意的是,当行政处罚听证程序事实上具有了纠纷解决功能时,其适用的规范也已脱离了“要件—效果”关联框架中的具体法规所要求的合法性判断规范。例如,对当事人提出的家庭经济困难等理由,听证组织或行政机关负责人在采纳这些理由或意

见时自觉不自觉地会考虑社会稳定、生存等方面的因素；^[26]当事人或其所属单位提出其一直是优秀工作人员，听证组织或行政机关负责人在采纳这些理由或意见时自觉不自觉地会考虑该当事人行为的偶发性或与相关单位的关系等等因素。^[27]同时，当听证程序在发挥纠纷解决功能时，该程序制度中也引入了行政处罚法中规定的适用规范之外的社会规范。

五、功能发生的制度空间

(一) 行政活动的两个方面的趋向

行政处罚是行政权对社会的一种管理手段。针对这种管理手段，行政处罚法建立了一个包括程序和实体在内的规范制度体系。其中，程序制度由于立法者设定的目的不同而体现出不同的性质。如前所述，在整个行政处罚决定形成的过程中，听证程序被赋予了处罚决定的合法性证明功能和当事人权利保护功能，体现为一个制度性装置。^[28]通过这个制度性装置的运作，使在个案中具体化的整个行政处罚决定过程更加趋于合理化。

作为一种法律的制度性装置，其为各种案件的处理方式和处理结果提供了基准，要求听证组织在听证过程中将现实的案件中的各种内容按照制度的期待目的加以处理，从而使这些事项成为听证制度能够处理的法律性事项。本文上述部分之所以将“要件—效果”关联框架作为分析框架，正是因为该框架本身就是听证程序中处理案件的制度性工具，即通过这个框架将客观发生的行政处罚案件中的各项内容依照制度对行政处罚行为合法性的要求分别处理为事实要件等等合法性要件事项，^[29]由此评价该拟定的行政处罚行为是否合法。行政处罚法通过这个制度性装置，使得原本纯然属于行政机关职权内部运行的调查程序显示

[26] 在有些案件中，当事人在听证程序中提出的请求理由其实根本与拟定的处罚决定是否合法无关。例如在案件【GC—33】中，当事人对被调查事实和拟定的处罚决定没有提出任何异议，而仅仅是提出希望听证组织考虑其“老婆下岗”这个因素。这类请求显然属于当事人的呈情，而行政机关需要对此关注的正是这类呈情内容与社会稳定之间的关系。

[27] 在听证笔录、听证结果报告书以及行政机关负责人最终的批示中有关的内容并非有如此明文的记录，但是，从当前我国的行政机关所承担的责任来看，可以说这未必仅是推理。

[28] 日本行政法学家芝池义一教授（京都大学）提出了作为装置的行政程序和作为过程的行政程序的分类法。前者是指某个具体的制度构造，如听证、理由说明等等，后者则并不顾及这些具体的制度构造而是关注行为活动的整体流程。如当谈及“行政程序正当化”或“实体法与程序法”时，其所涉及到的是作为过程的程序，而“行政程序正当化”则是通过听证、意见书提出、理由说明等作为装置的行政程序实现的。芝池义一：《行政法总论讲义（第四版）》，有斐阁2001年，第277页以下。

[29] 尽管我国法学界没有直接针对行政程序或行政过程中的这种“处理”的研究文献，但是，就法律制度的整体而言，强世功博士提出的司法过程中的“案件制作术”的分析框架，同样可以用此分析行政听证程序的过程。其中，“要件—效果”关联框架正是该程序中具体的“案件制作术”。参见强世功：《乡村社会的司法实践：知识与权力》，载《中国社会学》第一卷，上海人民出版社2002年，第173页以下，尤其是第182页以下。其实，法律规范对社会的作用区别于其他规范的一个重要之处在于将社会性案件通过法律的作用简化为法律案件。图依布纳（Gunter Teubner）所整理的各种“法化”（Verrechtlichung）概念中的“冲突的法律性解决”（Konflikten-teignung）法化学说同样说明了法律程序的这个性质。参见图依布纳：《法化——概念、特征、界限、回避策略》（Verrechtlichung——Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege）（木坚泽秀木日译版，载《九大法学》59号第235页以下，尤其第240—241页）。

于外部,使行政处罚程序中的听证程序成为一个相对独立的法律制度,并且在行政诉讼程序中进而成为判断相应行政处罚决定是否合法的一项合法性要件。^[30]这是行政处罚听证程序制度在运行过程中追求法律制度化,从而使之具有合法性证明功能和权益维护功能的一个方面。

另一方面,行政处罚作为一种社会管理手段,其同时受到效率要求的制约。^[31]行政主体在作出和实施具体的行政处罚决定时会在制度允许的空间中寻求风险最小化和目标实现最大化的路径。这里所谓的制度允许的空间则并不当然地从法律制度明文授权给予法律根据的规范范围中寻找,而是只要没有或者不可能有被制度禁止或者经诉讼等制度程序否定的风险,行政主体事实上实现目标时客观存在的可能性。听证程序制度是整个行政处罚程序制度的一个环节,其实施过程也会受制于形成行政处罚决定这个行政活动与相应制度之间的关系。与实施其他行政活动同样,包括听证在内的形成行政处罚决定的行政活动在适用相应的听证规范时,也会在与各种制度因素的协调中寻找实现效率最大化的可能性。^[32]因此,其中的行政听证程序制度在运行时不会仅仅拘泥于法律规定的成文制度而不寻找其他可以在实现行政目的和回避风险方面更为有效的规范作为行为指针。这是该制度在运行过程中表现出的非法律制度化的一个方面。

因此,行政处罚制度在上述法律制度化和非法律制度化这两个趋向的共同作用之下,听证程序制度在具有法定的合法性证明功能和权益维护功能的同时产生了事实上的纠纷解决功能便成为理所当然的结果。

(二)功能的意义和尚待进一步探讨的课题

通过上述部分的归纳可以看到,在行政处罚方面,我国行政听证程序制度在立法时被预期的法定功能——权益维护和处罚行为的合法性证明——得到了实现,不仅如此,行政处罚听证程序制度在实际的运行中,在法定功能之外出现了其他的功能,即事实上客观存在的纠纷解决功能。

在这些功能中,由于权益维护功能和处罚行为的合法性证明功能是在立法时即被期待的,因此,依照莫顿(Robert K. Merton)的功能理论,这种功能属于显性功能,^[33]而纠纷解决功能的发生过程并不显现于外(从上述部分的分析可以看到,只有通过分析属于内部文书的

[30] 行政处罚法第5章将“听证程序”单独一节,建构为针对特定行政处罚决定的专用程序制度。同时,行政诉讼法第54条规定的法院判断具体行政行为是否合法的标准(要件)之一是其是否“违反法定程序”,行政处罚法第3条第2款规定:“不遵守法定程序的,行政处罚无效”。因此,在行政诉讼阶段,被诉的行政处罚决定是否遵守了应该适用的听证程序制度,理所当然地成为法院判断该决定在合法性要件方面是否存在瑕疵的理由。

[31] 效率是行政活动的基本制度要求之一,其已经成为评价政策、行政活动是否优良的常用概念。现代各类行政学教科书都会指出这一点。参见[日]西尾胜:《行政学》,有斐阁1993年第303页。

[32] 在制约法律使用的各项因素中,作为制度因素的成本、时间、程序的繁杂度、对利用程序可得成果的预见、促进使用法律的制度结构等因素是不可忽视的。参见[日]六本佳平:《法社会学》,有斐阁1986年第281—284页。

[33] 显性功能与下面的隐性功能和反功能均引自莫顿:《社会理论与社会结构》,森东吾等日译版,米斯兹书房1961年,第46页以下,第57页以下。

听证结果报告书以及行政机关的负责人对听证组织意见的批示时才能够关注到行政机关在听证过程中考虑的各种实际的因素),因此其属于隐性功能。从本文中列出的数据已经表明这种隐性的功能在实际的行政活动中起着相当大的作用。

但是,从法治国家要求的角度观察行政处罚听证程序制度的这项隐性功能,则可以看到行政机关在形成行政处罚决定的过程中考虑了“要件—效果”关联框架之外的其他因素,引入了法定规范之外的其他社会规范并在此基础上作出行政处罚决定。这一事实本身提出了这样一个问题,即该功能是否会与法治国家原则相抵触而使得行政处罚决定因存在滥用职权的瑕疵而构成违法,^[34]成为一种反功能。这值得作为一项重大的课题而加以深入探讨。^[35]与此相反,如行政处罚听证程序制度中引入纠纷解决、社会稳定等目的规范,从公共政策的角度而言则这种功能未必属于反功能。而以此为基点的制度建设是否可能成为构筑起中国式“正当程序”的契机,则同样是一个值得深入研究的课题。

Abstract :On the base of the assorting of the hearing cases in Shanghai City by June 2000 , the paper , by the way of relevancy frame of the 'prerequisite - effect ' , analyses the claims of each participants of the hearing procedure and the institutional space and method for the acceptance of these claims. The paper protests , aside from the expected traditional legal functions of proof of the legality and the maintenance of right , the hearing system , at least in fact , also bears the function of dispute settlement. In the final of the paper , the author sums up the possible spaces for the performance of the functions of the hearing system.

[34] 行政诉讼法第54条规定“滥用职权”是构成违法,因而可撤销具体行政行为的前提。如果“滥用职权”可以解释为该概念中包含具体行政行为的主体在作出该行为是考虑了客观法定目的之外的事项,即考虑了不该考虑的事项时,那么,“要件—效果”关联框架之外的事项是否属于不该考虑的事项则十分值得研究。

[35] 由于在收集到的研究资料中,行政机关在考虑了“其他”意见之后作出的行政处罚决定或不作出行政处罚决定毕竟对当事人而言是有利的,消除了事后不服进入救济程序的可能(这本身就是纠纷解决功能的体现),因此依靠本课题的资料尚难以从司法审查的角度分析该问题。但是,如果其他利害关系人成为原告的诉讼制度发展成熟起来,导致司法审查时法院必须对此予以判断时,行政机关才可能考虑“其他”意见行为的合法性问题。