



山东政法学院学术文库·法学
Shandongzhengfaxueyuanxueshuwenku Faxue

◎ 刘建军 著

行政调查正当程序研究

*Xingzheng Diaocha
Zhengdang Chengxu Yanjiu*



山东大学出版社



山东政法学院学术文库·法学

行政调查正当程序研究

刘建军 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政调查正当程序研究/刘建军著. —济南:山东大学出版社, 2010. 12

ISBN 978-7-5607-4286-1

I. ①行…

II. ①刘…

III. ①行政程序—程序法—研究—中国

IV. ①D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 261708 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

880×1230 毫米 1/32 6.75 印张 190 千字

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

定价:18.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换



学术、学问与学术传统(总序)

所谓学术,据《辞海》解释,是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^①做学问、搞学术是一个艰苦的过程,它既要有努力的学习又要有潜心的沉思,来不得半点马虎,几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说:“学术是大家的,学术乃天下之公器,有规有界。学问是个人的,学问乃自我之心得,无端无涯。”^②对大部分人文学科的学者来说,做学问主要是在书斋里面,得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实,但只有经得起冷板凳的磨炼才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养,是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品,学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命,而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而,学问是怎样产生,又是如何变成学术的呢?

梁启超先生认为,将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行疏理分类、归纳整理,这就是能力。有了这种能力,“思想乃起,有思想故,斯有议论,有议论故,斯有学问”,“则凡学术关于有形实物者,其基础可知耳,何也?学固以实验为本,而所谓实验者,自有一定之界,苟不驰于此界之外,则其实验乃可信凭。界者何?物之现象是也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者,则非复学术之界矣”^③。梁

① 参见《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第3193、3194页。

② 何怀宏:《问题意识》,山东友谊出版社2005年版,第1页。

③ 梁启超:《饮冰室合集》(二),文集之十三,中华书局1989年版,第52、56页。

治平在总结他的学术经验时也讲到,当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候,就必须达到一种理性的自觉,要向自己,同时也向所有其他人,提供一些经得起检验的论据,并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务,那就不仅要公开,而且要忠实和公正。古人说,学术乃天下公器,同样包含这一层道理。自己依此去做,实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要,要紧的是隐藏在结论后面的东西。^①确实,这里面既有学术意境,也有学术方法,更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断地创新,为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而,要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件,起码对一个学者来说,要切实领悟学术的价值;要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴;要有正确的逻辑思维方法;在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说:美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路,对“眼皮痉挛”(行为)与“递眼色”(行动)作比较所得出的结论:前者只是动作,而后者却是有意义的动作。文章还介绍了F. Crews为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示:“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉,换句话说就是,对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^②我认为,这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言,“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”,起码应该是“递眼色”。学术是指那些对社会产生一定影响的学问。

凡办得好的大学,都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说:“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产,它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为,需要代代传承的学术系统主要有四个方面:一则,养涵崇高,襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命,具有

^① 参见《学术思想评论》第3辑,辽宁大学出版社1998年版,第541页。

^② 《学术思想评论》第2辑,辽宁大学出版社1997年版,第39、47页。

对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上，百折而又不挠，宽容而又大气，兼蓄而无门户之见，从而造就一批历久弥新的传世之作。二则，开拓创新，研故出新，有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备，也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则，沉潜学问，厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷，文章不写半句空”的信条，深知做学问要耐得住寂寞，避免浅薄浮躁，急功近利。“根本固者，华实必茂，源流深者，光澜必章”是他们追求的学问境界。四则，崇争尚辩，追求学术自由的治学精神。学者们对“知出乎争”这一儒家遗训深信不疑。^①我想，这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂依然散发着光彩，那么，对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲，确应视为楷模而效之。

山东政法学院推出这套“学术文库”，将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示，更重要的在于通过这种学术作品的出版，历练学术意境，提升学术水平，进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授 陈金钊
博士生导师

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》，山东大学出版社2001年版。

前言

信息,特别是来自行政相对人的信息,是行政活动的基础;在行政信息收集的视角下来分析探讨行政调查构成本书分析的起点与轴线。

第一章为绪论,主要是介绍本书研究的动机、目的,研究的对象与范围,文献综述,研究方法,以及本书的架构等。

第二章与第三章主要是在本体论视角下梳理并探讨行政调查活动。于此,借助德国学者魏德士(Bernd Ruethers)的约定定义理论与英国法哲学家哈特(H. L. A. Hart)的“法律”之定义模式(即核心与边缘之界分),同时结合行政法学界既有的研究成果,在内涵上把行政调查描述为行政机关基于职权的行政信息收集活动;在外延上,作为信息收集活动的行政调查,统合“行政检查”,独立于“行政即时强制”;行政调查是行政信息收集活动的概念化;与程序法中的“调查程序”以及“公开(法定)调查”相比较,行政调查是一种独立的行政活动,或言“行政法上的一般制度”。但在行政行为之经典理论视野中,往往把行政调查看作行政行为之外的、不具有法律效力的“事实行为”、“程序行为”、“阶段行为”,从而把行政调查排除于权利救济体系之外。借助于行政活动理论、行政过程理论,我们可以把行政调查视作独立的行政信息收集活动,一种“行政法上的一般制度”。

第四章主要探讨表征公权力、公利益的行政调查活动与表征私权利、私利益的基本权利之间的张力。在公法学之大视野下,行政调查与基本权利之间的张力,其实是基于公权力与基本权利之间的张力。根据公法的理论与实践,化解这种张力可以选择的路径有,建基于传统法治观与立宪主义观下的“传统控权理论”、立于现代法治观



及新立宪主义上的“综合控权论”(现代控权论),以及作为“综合控权论”之组成部分、当下备受重视的“程序控权论”;同时公共行政领域的理论与实践所引起的行政行为方式的转变(诸如新公共管理运动、合作行政、协商行政;良好行政等)也为张力之消解,提供选择。在行政法之“程序转向”之理念下,我们的选择是“通过正当程序的控权”,进而达致行政调查与基本权利之间的利益平衡。

第五章主要梳理并分析了法律程序、正当法律程序、行政正当程序之理论与价值,并特别关注“最低限度正当程序”理论。正当法律程序的典型范例是英国的“自然正义”(natural justice)原则和美国宪法修正案中规定的“正当法律程序”(due process of the law);理论研究与实践锤炼使正当法律程序之理论更为丰满;在价值视角下,正当程序不但具有工具价值,而且具有自身独立价值。正当法律程序在行政法领域中的体现即行政正当程序,但对于其构成要素或判断标准,理论与实践均没有一个统一的认定。“最低限度的公正”或“最低限度的正当程序”成为一个共识性的选择。我们把这种最低限度的正当程序之内容涵盖为:“程序公正”、“程序公开”、“程序参与”。

第六章主要是为行政调查活动设计最低限度的正当程序。于此,我们依据上文之最低限度正当程序标准,把行政调查之最低限度的正当程序类型化为,“公正调查程序”、“公开调查程序”和“参与调查程序”。“公正调查程序”包含:调查人员之组成与回避程序、听取意见与听证程序、时限程序;“公开调查程序”的要件则分解为:身份表明与证件展示程序,通知、告知与说明理由程序,信息公开与保密程序;“参与调查程序”中国绕行政相对人参与调查程序权利和行政相对人参与义务(协助义务、协力义务)而展开,同时结合行政调查活动本身运作特性,行政调查启动(发动)时也需具备特定要件,即“启动基础程序”。

第七章为结论,总结全文,重申通过程序对行政调查进行控权,即为行政调查设计最低限度的正当程序,进而达致行政调查与基本权利的利益平衡。

在方法论上,本书主要借助了理论梳理与分析、法规范分析、比较方法、历史研究方法、社会实证方法等。



目 录

(25)	行政调查与基本权利	第一章
(57)	行政调查与基本权利	第二章
(77)	行政调查与基本权利	第三章
(82)	行政调查与基本权利	第四章
(89)	行政调查与基本权利	第五章
(104)	行政调查与基本权利	第六章
第一章 绪 论		(1)
一、研究缘起与动机		(1)
二、研究对象与内容		(6)
三、研究方法		(7)
四、学术综述		(9)
第二章 型构中之行政调查概念		(15)
一、作为约定定义之行政调查		(15)
二、行政调查概念之发生学考察		(25)
三、结论：作为信息收集的行政调查与核心要素		(32)
第三章 三种理论图景下之行政调查		(34)
一、行政行为理论与行政调查		(34)
二、行政活动理论与行政调查		(40)
三、行政过程理论与行政调查		(43)
四、结论：综合理论视角之行政调查		(47)
第四章 行政调查与基本权利		(49)
一、行政调查(权)悖论		(49)
二、基本权利悖论		(59)
三、行政调查(权)与基本权利之张力		(63)
四、结论：行政调查(权)与基本权利之利益平衡		(71)



第五章 正当程序之价值	(72)
一、法律程序	(72)
二、正当法律程序	(77)
三、行政正当程序	(89)
四、结论:最低限度正当程序与行政调查	(98)
第六章 行政调查正当程序之建构	(100)
一、行政调查正当程序之理论认识	(100)
二、行政调查之启动基础程序	(109)
三、公开调查程序	(133)
四、公正调查程序	(145)
五、参与调查程序	(155)
第七章 行政调查、信息收集与正当程序	(173)
一、行政信息与行政调查	(173)
二、行政调查之基础理论再审视	(174)
三、正当程序与行政调查:通过程序的利益平衡	(175)
参考文献	(179)
后 记	(200)

第一章 绪 论

一、研究缘起与动机

诚如学者所言：“学术生活之目的在于对有情世界赋予严谨的关怀。其严谨乃基于方法论的洞悉与研究方法的掌握；而关怀则投向周遭实际的生活世界。”^①整体而言，本研究缘起于行政调查理论之困惑与行政调查实践之关注。

（一）信息与行政调查、行政信息公开

当今的社会是信息社会，在研究信息的学者看来，“信息，一般来说，是指事物运动的状态与方式。具体讲，是事物内部机构与外部联系运动的状态与方式，通常由文书、图片、照片、胶卷、磁带、软盘、视听资料、计算机等载体形式加以记录和传播”^②。信息的重要性不言而喻，“信息作为一种社会资源对于任何社会主体而言不可缺少，否则社会就不会有效地运转。这些社会主体既可以是公民，也可以是企业、公共信息机构、大众传播媒体、国家机关等”^③。信息的核心作用在于其是管理和决策的主要参考依据。

信息在社会交往过程中存在不对称问题。所谓“信息不对称”，

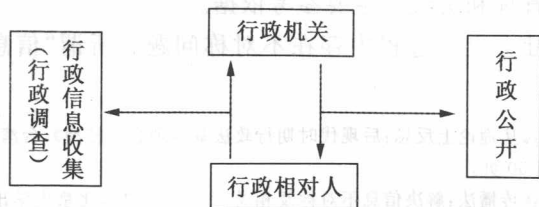
① 廖义铭：《从理论上反思：后现代时期行政法基本理念之转型》，台湾大学博士学位论文，2001年，第50页。

② 雷润琴：《传播法：解决信息不对称及相关问题的法律》，北京大学出版社2005年版，第7页。

③ 马海群：《信息法学》，科学出版社2002年版，第1页。

是指某些社会主体拥有但另外一些社会主体不拥有的信息状态。在信息不对称状态中,拥有某些信息的主体成为信息优势者,不拥有某些信息的主体成为信息劣势者,但他们是相对的。行政法领域中,就讨论范围而言,存在行政主体与行政相对人之间的信息不对称,这体现在信息源及其持有者的差异性上:一方面,行政主体所拥有的信息,如记录、会议、法律法规与规章、政策、作出具体决定的依据等;另一方面,行政相对人所拥有的信息如企业的记录、报告、运营状况、财务收支等,个人的财产、收入、住房的安全卫生,遵守法律状况等。

一般意义上,如何解决信息不对称是一个工程性的问题,需要多元化的思考和准备。信息学者认为,从传播入手是一条最为经济的道路,是一个最优的选择。简单理解,即拥有信息者要公开所掌握的信息,需要这些信息者可以接近或获得这些信息。这样,为解决行政法领域的这两个面向的信息不对称,就形成了两种相应的制度——行政调查制度与行政公开制度,前者解决行政主体对行政相对人的信息需求,而后者解决行政相对人对行政主体的信息需要(或称行政信息公开、政府公开、政府信息公开)。对于行政公开制度,在法律规范上往往有具体、单行的实在法的规定,如美国的《信息自由法》、《阳光下的政府法》等;在理论研究上也很深入,形成了繁多的学术专著、学术论文,即使在我们国家,恐怕行政公开也是行政法领域中近几年最为热门的话题之一;在法律实践中,也正在实施或朝这个方向努力,即《政府信息公开条例》出台。相对于行政公开的制度的成熟与研究的热烈程度,行政调查领域的理论研究可谓冷清,制度也尚未成型。本文即要努力弥补这个缺陷。



行政信息流向简单模型(箭头所示为信息流向)

(二)作为信息收集之行政调查与行政相对人基本权利之张力

在比较行政法视野中,西方行政法学者,毫无保留地谈到信息对行政的功能,或重要性。“信息是行政机构作出决定的生命线。”^①“信息是任何规则制定的一个关键要素。”^②“情报(Information)是燃料,没有它,行政机器就无法发动。”^③“没有信息,行政机构就不能够管制工业、保护环境、起诉欺诈行为、征收税款或颁发补助拨款等活动。好的决定需要好的资料数据,而且如果行政机构不能充分认识到其所面临的问题的性质或其所采取的可能的行为的后果,那么该行政机构的各种计划就可能要么不适当地负担过重,要么无效率。”^④美国学者霍芬和麦克菲利认为,行政调查是所有其他形式行政活动的基本前提,功能在于通过事实发现程序来获得履行行政机构的职能所必需的信息。^⑤

如此重要的行政信息收集活动的行政调查,一方面证成了其存在的正当性,另一方面,在实践中却会侵犯到被调查的相对人的合法权益,特别是在非同意的强制调查存在的场合。受到行政调查影响的相关权利包括隐私权、人性尊严、财产权、住宅权、营业自由、人身自由等项权利。追溯起来,行政调查与基本权利之间的张力是公法领域中公共权力与基本权利张力的一个展现。如何去化解这种张力?在理论上,理想的状态是,既可以保障相对人基本权利,又可以实现行政良性运转所需的信息要求,即可以达致一种利益上的平衡。但在制度上,如何设计?此即本文努力关注之处。

① D. E. Hall, *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy*. 2nd ed. New Jersey: Pearson Education Inc. 2002, p. 127.

② C. M. Kerwin, *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policies*. 2nd ed. D. C. Washington: CQ Press. 1999. p. 58.

③ [美]施瓦茨著,徐炳译:《行政法》,群众出版社1986年版,第8页。

④ E. Gellhorn, R. M. Levin, *Administrative Law and Process*. 4th ed. Minnesota: West Group. 1997, pp. 121-123.

⑤ F. Heffron, N. Mcfeeley, *The Administrative Regulatory Process*. New York: Longman Inc. 1983, p. 17.

(三)综合控权、程序控权与正当程序价值

行政国家的诞生、行政权的膨胀是现代行政的一个重要特点。行政权力的触角已经延伸到社会生活的各个领域,如何规范这种不断膨胀行政权力就成为公法学者思考的问题,“法治从近代发展到现代,控制权力始终是一个不变的主题,只是控制方式发生了深刻的变化”。传统上对行政权的控制主要是限制,“与其说近代行政法是控权法,不如说它是限权法”^①。传统控权理念的基本构成在于最大限度地保障个人自由权利,制止国家行政机关干预或限制个人自由和权利。随着历史的发展和 20 世纪中叶以来世界各国社会、政治、经济、文化的巨大变化,传统法治所确立的“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制在 20 世纪中叶以后也开始部分“失灵”。在该背景下,借鉴传统控权论,学者提出了“现代行政法是综合控权法,即多元控权法”的理论学说。

在综合控权论者看来,对行政权力的控制方法有道德、政纪、舆论、法律等多种渠道。从一般的法理意义上讲,权力控制方式包括规则对权力的控制、权利对权力的控制、权力对权力的控制、程序对权力的控制等。综合控权制度架构围绕“三个核心概念”,即行政权力、行政行为、行政责任;“三对核心范畴”,即行政权力与公民权利、行政行为与行政程序、行政责任与行政救济;形成了“三种控权制度或模式”,即严格规则模式、正当程序模式、责任模式。

行政程序作为现代法治的控权机制,相较于传统的控权机制,具有其自身优势,如可以避免传统实体控权机制的僵硬、死板,充分调动行政相对人参与国家管理、参与行政行为的积极性,有利于改进政府内部运作机制,提高行政效率,有利于事前、事中纠错,尽量避免给行政相对人和社会公众造成不可挽回的损失等。于此,在笔者看来,在行政法领

^① 孙笑侠:《法的现象与观念》,山东人民出版社 2001 年版,第 168 页。

域中(或曰在整个公法领域中)存在着“程序转向”(procedure turn)^①之理论研究倾向,同时程序也成为法律实践关注的一个重要方面。因此,在正当程序理念指引的程序控权分析就成为本文关注的又一焦点。

(四)行政调查正当程序设计

如上所论,既然程序控权成为现代法治中一个重要的内容,那么我们针对行政调查活动,如何设计正当程序?我们在认识正当程序价值的基础上,借助最低限度正当程序理论,即程序公正、程序公开与程序参与,来构建行政调查正当程序,即公开调查程序、公正调查程序和参与调查程序。

(五)行政调查实践所引发的思考

近几年来,与行政调查有关的事件或案例,经常出现在我们的视野之中。比较典型的是陕西延安发生的“夫妻观看黄碟事件”,其曾在法律界掀起轩然大波。以该事件为分析对象的论文层出,且论者视角各异。对于这个典型事例,结合本文主旨,我们的思考是,调查者在实施调查时,需要具备怎样的程序基础和程序要求。而整体上,我们行政调查理论研究远远落后于行政法的实践,这也是引起本文思考的问题意识之一。

(六)行政调查理论体系

行政调查实践与公民的日常生活息息相关,如营业场所检查、警察盘问、入室核查登记、报告报表提交等。面对纷繁的调查实践,我们的理论又能提供怎样的支撑?诸如,行政调查的概念所表达的内涵是什么?其在外延上与实践及法律中常见的,如“行政检查”、“行政监督检查”、“行政执法检查”等是怎样的关系?在行政法理论体系中,行政调查性质如何?处于该体系的何种位置?在行政法理论上,我们如何解决被调查者的权益保护问题,同时又能实现行政调查目

^① 关于行政法理论与实践中的“程序转向”,“转向”(the turn)的提法是借用了法哲学领域之“解释学转向”、哲学领域之“语言哲学转向”、“实践哲学转向”等的用法;其所表明的是一个学科或一个领域的研究重心的转移。

的,即达致公共利益与基本权利的平衡?这也是本文在理论上的问题关注。

二、研究对象与内容

诚如文题所示,本文的核心研究对象是作为行政信息收集活动的行政调查,更准确而言是,行政调查的正当程序,即我们为行政调查设计怎样的正当程序,既可以保障相对人的基本权利,又可以实现行政信息收集目的。作为一个完整的理论体系,具体的研究对象和内容呈现为:

(一)作为约定概念之行政调查

于此,行政调查并非准确意义上的法律概念,而毋宁是约定概念,即论者可以基于其研究的主旨,在不同情景下,作出特定的约定使用。作为一个尚处于形成中的行政调查概念,为了本书研究主旨的要求,需要对行政调查的内涵和外延作出廓清。特别是可从发生学的角度看,具体分析行政调查概念的独立性、统合性的特点,澄清其与相关联概念的种属关系。

(二)行政法一般理论(总论)改革与行政调查

在常识意义上,认清一个事物最准确的方法是去把握其本质。在行政法理论体系中,行政调查活动的性质如何认定,这是困扰行政调查研究者的一个难题。在传统的行政(法律)行为理论的窠臼下,行政调查活动逃脱不了“事实行为”论的命运,又加之传统的诉讼救济体系也是以传统的行政(法律)行为来构建的,所以,调查活动的受害者“欲告无门”,权利得不到救济。对此,本书借助于行政法一般理论改革背景下,“扩展的行政行为理论”、“行政活动理论”、“行政过程理论”、“行政行为形式理论”等,多视角、综合地分析行政调查活动,力争准确全面地认识行政调查活动,并以之作为下文分析构架的基础。

(三)行政调查与基本权利之张力以及正当程序路径

行政调查与相对人的基本权利之间存在着紧张关系,或言“二律

背反”。同时,行政调查本身以及基本权利本身均存在“悖论”。当然,这种悖论和张力可上溯至公共权力与基本权利的关系,换言之,行政调查与基本权利张力是公法学核心主题即公权力与私权利关系的呈现。如何化解这种张力?作为理论和实践的综合控权理念,为我们提供了一种解决路径,特别是其中的程序控权理念,进而正当程序的价值以及正当程序的设计就成为本文分析的焦点。

(四)行政调查之正当程序设计

上文已论述行政调查与基本权利张力可以借助于(正当)程序控权而化解,那么,我们应当为行政调查活动设计何种程序才是正当的?由于行政调查活动方法类型多样,且领域繁杂,作出准确意义上的程序规范,理论上有难度,实践上也欠缺操作性。此处,我们借助于“最低限度正当程序”理论来为行政调查设计最低限度的正当程序。在一般意义上,我们把最低限度的正当程序类型化为“公开程序”、“公正程序”、“参与程序”。相应地,在行政调查领域中,该最低限度正当程序就转换为,“公开调查程序”、“公正调查程序”、“参与调查程序”。基于公法学理论中,“权利—权力(义务)”关系,在此正当程序构架中,具体程序要件构建中均包含相应的权力—权利关系。同时于此,还基于行政调查的特点,在行政调查的启动程序中,尚需满足启动的主客观基础:主观上“相当可能理由”,或“合理性”;客观上需符合形式上的证件要求。

三、研究方法

以上述问题意识为基础,结合研究对象和内容,本书采取了下列研究方法:

(一)理论分析方法

一般而言,任何学术研究均离不开前人对此及相关问题所作出的研究。对于行政调查领域及相关问题之既有学术作品的整理分析是本文所采取的重要方法。在法域上,所分析的理论涉及不同法域下学者的作品;在理论论题上,涉及从术语的基本含义的词典解释,