

以制度理性约束行政检查任意加码

□叶必丰

早些年，针对违法建筑大量生长、环境污染日趋严重、责任事故此起彼伏等乱象，在被广泛质疑失之监管的舆论环境下，各级政府部门纷纷加大行政处罚的力度。与之相伴而生，又出现了较为普遍的以罚代管现象。于是，立法者增设了政府监管和行政执法的又一段——行政检查。但立法难以对行政检查作严格的法律要件和程序规定，一般表述为原则、概括的“履行监督责任”（《行政许可法》第 61 条）或开展“监督检查”（《安全生产法》第 9、12 条等）。也就是说，政府部门几乎可以在任何时候开展各种形式的行政检查，何时开展何种形式的行政检查但凭政府部门“自由裁量”。基于监管的民意要求和未规定后果的法律制度，行政检查在某些地方和领域出现了任意滋长的势头，甚至发生某企业一年被“行政检查”200 余次的极端情况，以及地铁上班族一年被安检 500 余次的普遍现象，由此耗费了巨大的公共资源和个体成本。

行政检查多属于授益行政行为的事后监督，以及负担行政行为的预备行为，在行政流程中的典型表现是“许可—检查—处罚”。它旨在了解人们遵守法治的实况，掌握当前或今后一个阶段

的法律风险点，实现良好的法律秩序。行政检查并没有直接减损权利或增设义务，被检查的对象不能通过行政复议或行政诉讼的途径获得救济，因而政府部门也更乐于采用行政检查这种监管方式。

行政检查的实施虽无法律要件和程序要求，但作为一种行政裁量却应遵循相应的法治原则。《优化营商环境条例》第 59 条第 1 款规定：“行政执法中应当推广运用说服教育、劝导示范、行政指导等非强制性手段，依法慎重实施行政强制。”从目的解释上说，该条的意义不限于字面含义，而要求行政执法遵循比例原则，即行政执法在能够实现公共利益的前提下应当实现对执法对象的影响最小化。

根据比例原则的要求，政府部门在能够实现公共利益的前提下，可以不实行政检查。相对于已有违法线索后的行政调查和已发生违法行为的行政处罚，行政检查属事前预防机制，应当主要运用于那些违法行为或危害后果一旦发生就难以挽回的领域，如安全生产、食品安全和公共消防等。对事先难以检查、检查意义不大或检查成本过高的领域，则可采用事后的失信记录或不良积分监管。在有必要事先预防的情况下，也可以采取比行政检查影响更小的行政手段，如行政指导和行政激励等。在确

有必要实施行政检查时，除现场检查外，也可以要求执法对象自查，通过电子设备或大数据检查（《行政许可法》第 61 条第 3 款）。多个执法机关对同一执法对象都具有执法检查任务时，可以采用相对集中检查、联合检查、委托检查、协助检查（职务协助）或检查信息共享等方式。只有对失信者等法定对象，才能依法加大检查频次（《安全生产法》第 78 条）。没有遵循比例原则，明显不当的行政检查应被确认为违法，造成检查对象实际损失的应承担赔偿责任。

我国的法律制度明确人民政府是服务型政府，社会的痛点应该成为政府工作创新的驱动力。早在 2021 年，浙江省嘉兴市就探索了“综合查一次”行政执法创新；同年 11 月通过的《浙江省综合行政执法条例》规定：“同一行政执法机关对同一检查对象实施多项行政检查的，原则上应当同时一次性开展。”浙江的经验也得到了全国性推广，国务院国发〔2021〕26 号文指出：“逐步完善联合执法机制，复制推广‘综合查一次’经验，探索推行多个行政机关同一时间、针对同一执法对象开展联合检查、调查，防止执法扰民。”

“综合查一次”正是基于行政检查在实施时间、地点和形式等方面的裁量可能性，防止执法扰民的制度性探索。

其中，行政检查计划和事权的层级分工这两项基础性制度的调整与完善至关重要。

市场是一种自发秩序，但政府工作却必须在理性秩序下运行，需要计划和设计。行政检查不同于针对偶发性违法的行政处罚，是对常态化职责的履行，应该有周期性的计划和安排。各行政执法主体应当根据法律规范的规定梳理行政检查事项，制定相应计划，对能够合并的应尽量计划为一次性检查。地方政府也应当统筹协调各部门的行政检查事项，做好联合或协同检查规划。

事权的层级分工则要求明确行政检查事权到底属于省、市、县和乡镇的哪一级，要求同一行政检查事权不能由多级政府部门共享，不能多级多头反复检查，只应专属于某级政府机关。《浙江省综合行政执法条例》规定，省、设区的市应当编制行政执法事项清单，交由县区和乡镇根据本地实际认领，实行一级执法和检查。只有推行了一级执法、一级检查，具有检查事权的具体政府部门才能编制行政检查计划。否则，基层政府随时需要按上级的指令开展行政检查，“综合查一次”就根本不可能在各地基层治理中得以实现。

（作者系上海交通大学凯原法学院教授、博导，中国行政法学研究会副会长）

祛除逐利性执法痼疾唯有釜底抽薪

□万毅

近日，有媒体报道了广东某地公安机关跨省办案划走 3 亿资金的事件，引发舆论关注，逐利性执法这一我国司法实践中的“痼疾”再次暴露在公众眼前。

所谓逐利性执法，即以执法办案为名，行攫取经济利益、罚没财物之实。逐利性执法的乱象，主要发生于我国刑事司法和行政执法领域，是附生在刑事追诉权和行政执法权之上的一种权力滥用现象。在刑事司法领域，这一违法乱象主要发生在经济、财产犯罪领域，由于经济、财产犯罪案件往往案涉较大数额的资金、财物，且犯罪嫌疑人、被告人往往身家较为丰厚，一旦立为刑事案件展开追诉，就可以查封、扣押、冻结大额涉案资金、财物，进而予以罚没。这些罚没款在上缴、充实地方财政之后，又会按照一定的比例以办案经费的名义返还给办案机关，办案机关因此得利。

逐利性执法的典型特征是形式上合法但实质上违法。以刑事司法领域中多地办案机关争抢管辖权的现象为例，原本办案机关对于该案件并无管辖权，但为了案件背后的经济利益，捏造关联事实而强行取得案件管辖权。常见的做法

是强行分案，即本地办案机关将原本应当由异地公安司法机关并案管辖的案件，强行拆分为数个案件，进而自行对其中一个案件立案侦查。强行分案后取得案件管辖权的行为，形式上看似合法，但违反了“两高三部一委”关于并案管辖司法解释的明确规定，实质是违法的。再如，实务中，办案机关为了规避法律责任，往往以拘留、逮捕、上网追逃、限制人身自由相要挟，要求嫌疑人、被告人及其家属“主动退赃退赔”。从形式上看，涉案财物系当事人主动退赔，完全合法，但实质并非当事人的真实意思表示，而是办案机关要挟、威胁的结果，显属违法行为。

对于国家而言，逐利性执法的危害，不仅在于妨碍个案公正的实现，更会导致立案、管辖、扣押等法律制度虚置，而执法人员知法犯法、执法违法，更是对国家司法、执法机关社会公信力的严重冲击与破坏。而就涉讼公民而言，逐利性执法严重侵害了公民的合法财产权。由于逐利性执法的目的在于以办案攫取经济利益，为尽可能多获取经济利益，执法办案部门势必违法动用强制手段侵害涉讼公民的合法财物。例如，违法扩大查、扣、冻的范围，对与本案并无关联的资金、财物进行查、扣、冻，或以限制人身自由要挟当事人

“自愿退赔”划走其名下的合法存款、资金。可以说，逐利性执法在为个别地方财政创收的同时，使国家和个人两受其害，实属司法之毒瘤。

对于逐利性执法，《刑事诉讼法》及相关法律本预设了监督、救济机制。例如，刑诉法第 117 条就对办案机关及其工作人员查封、冻结、扣押与案件无关之财物以及违反规定使用查封、扣押、冻结财物后，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人的救济途径与方式作出了规定。2021 年，公安部亦专门发布《公安机关禁止逐利性执法“七项规定”》进行专项整治。

但是，在真正面对逐利性执法这一顽疾时，上述监督、救济机制似乎效果不彰。根本原因就在于，当前实行的罚没款返还制度使得办案机关以及办案人员与逐利性执法行为之间产生了“利益捆绑”。由于执法产生的罚没款，在上缴地方财政之后，又会按照一定比例以办案、办公经费的名义返还给办案机关，因此，办案机关可以从中获利；而罚没款作为非税收性收入上缴地方财政后，作为地方可支配的财政收入，又会以绩效奖金的形式发放给所在地的公务员，由此负有监督、救济职责的相关机构工作人员也可利益均沾。正是这种“利益捆绑”使得地方财政与办案机关、

监督机关之间形成了一种“同气连枝”“一荣俱荣”式的分利联盟，并对逐利性执法形成了一种司法地方保护主义，法定的监督、救济机制亦因此全面失灵。这才是逐利性执法在实践中屡禁不绝的根本原因。

据此，要祛除逐利性执法这一毒瘤，单纯从法律尤其是程序法角度加强监督、救济，并不能真正解决问题，因为任何法律方面的制度强化，都会在制度性分利的现实格局下被瓦解。要真正解决逐利性执法问题，只能釜底抽薪，彻底切断地方财政、办案机关与监督机关之间的利益牵连，将罚没款作为非税收性收入上缴中央财政。法理上，司法权本属中央事权，司法权运作过程中产生的罚没款，当然也应当归属中央财政。况且，自党的十八大以来，破除司法地方保护主义已经被确定为司法改革的重要目标，而逐利性执法的存在，却反而会强化司法地方保护主义，与司法改革去地方化的目标相悖。由此可见，将罚没款收归中央财政，完全符合司法改革的既定目标。

（作者系四川大学法学院教授、博导，中国刑事诉讼法学研究会常务理事）



扫描左侧二维码关注