

## 行政处罚协商程序构造论

杨彬权\*

**内容提要：**行政处罚协商程序是由行政机关与行政相对人通过沟通、协商、妥协等方式，合意作出行政处罚决定所遵循的行政处罚程序。作为一种新型的行政处罚程序，行政处罚协商程序具有实现实体正义、快速解决纠纷、提升行政决定接受度等的合法性和正当性，是行政处罚程序中的一种独立的程序，属于第三代行政程序中的协商性行政程序。行政处罚协商程序主要适用于自由裁量、事实不清且证据不足和当事人难以接受的重大的行政处罚等案件。行政机关可以就具体的量罚、违法事实与违法行为数等事项与被处罚人进行协商，并对协商过程和结果予以书面记录或录音录像，双方达成的协商合意具有法律约束力。

**关键词：**行政处罚 协商国家 行政协商 程序正义 协商程序

行政处罚协商符合合作国家和合作行政法治的基本价值取向，在改善行政处罚决定接受度、降低执法成本、提高行政效率、预防化解行政争议和建立企业合规治理体系等方面效果十分明显，是行政执法的重要手段。应当大力发挥行政处罚协商在行政处罚中的作用，以协调行政处罚需求与处罚供给之间的矛盾，实现行政处罚决定的合意“共主”。然而，由于在《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）中缺乏顶层的行政处罚协商程序的设计和统一规范，行政处罚协商程序的适用范围、协商主体、协商内容等方面的缺失和不明确，束缚和限制了行政处罚协商方式在实践中的适用。为了发挥行政处罚协商程序在行政处罚中的重要作用，应当对行政处罚协商程序的适用范围、协商主体、协商内容、协商方式、协商合意的效果等内容进行明确规范，并逐步推动行政处罚协商制度的完善。

### 一、行政处罚协商程序的兴起背景

行政协商是行政主体为实现特定行政目的，就相关行政内容与行政相对人或相关人进行协

\* 杨彬权，西北政法大学行政法学院副教授。

商、沟通达成合意后,再作出行政处罚决定的行为。行政协商与行政和解虽然都是合作国家形态下的制度产物,是协商民主理论在行政法领域的延伸和具体展现,但两者并不相同:(1)性质不同,行政协商是一种执法方式,行政和解是一种纠纷解决方式;(2)发生阶段不同,行政和解一般发生在行政程序的终端,而行政协商可以发生在程序的全过程;(3)关注点不同,行政协商重在行政协商过程和预防纠纷,行政和解重在结果和纠纷的彻底解决;(4)表现形式不同,协商不一定要达成协议,也可能是行政机关在与行政相对人或相关人协商基础上作成一个行政决定,但行政执法中的和解主要体现在和解契约与执行和解两个方面;(5)结果不同,行政和解一般是终局的,行政协商并不一定是终局的。行政协商与行政和解是两种独立的行政行为,既是并列关系,又具有承接关系,当经过协商程序的行政决定在执行中发生纠纷时,有可能会引起行政执行和解。行政协商中不一定有和解,但行政和解中必定有协商因子。此外,行政协商也不同于行政调解和行政协议。行政调解是在行政主体的主持下,通过说服和疏导促使当事人协商沟通,达成调解协议而解决纠纷,也是一种纠纷解决方式;行政协议是双方或多方经过协商,明确相互间权利义务关系的合意,行政协议是以协商为前提的,但同时也是协商的结果。行政处罚协商程序是将行政协商和程序正义理念贯穿于行政处罚过程中的新型行政程序形态,是一种通过行政机关与行政相对人双方的信息交流、对话、协商和妥协来作出处罚决定的行政程序,属于协商式程序〔1〕的范畴。行政处罚协商程序是对行政处罚协商决定权〔2〕行使的程序规范,其兴起主要肇因于国家形态的转变与行政处罚协商案件的日益增多、协商式程序正义理念的确立和传统行政处罚程序面临多重困境的现实需要。

#### (一) 国家形态的转变与行政处罚协商案件的日益增多

按照“公权力不得处分原则”,行政机关原则上不得以协商方式处置行政权。但随着时代的发展和国家任务的转换,由奥托·迈耶(Otto Mayer)基于“国家不协商原则”所建构出的以单方高权行为为中心的传统行政法学,已无法满足官民协商合作之行政现实的需要。现代国家之发展趋势,已从单方规制国家转变为协商国家。在协商国家,等级制的、以行政机关为中心的行政权观念逐渐被一种新的行政观念所替代。这种新的行政观念就是“行政是协商性关系的观念”〔3〕,也即行政协商观念。在这种行政协商观念的指导下,近年来,在行政处罚执法领域不断出现大量的行政处罚协商案件,例如:税务领域关于征税方式、税额征收基数的协商,税务处罚中关于违法事实的协商;证券执法领域的处罚协商;农业执法领域的处罚协商等。但由于没有法律依据或者需要突破法律规则的严格限制,这些实践中存在的行政处罚协商案件无异于“裸奔”,这样做对行政机关是极其危险的。因此,为避免这种情况的出现必须要有一层保护机制,这个保护机制就是协商程序。协商程序机制能够让行政处罚协商案件得以合法化和正当化,“合法化是

〔1〕 协商式行政程序又可以分为立法协商式行政程序、执法协商式行政程序和司法协商式行政程序,本文所称的行政处罚协商程序属于执法协商式行政程序范畴。

〔2〕 协商决定权是指社会公众有权与行政主体经协商共同决定行政事项。协商决定权对防止行政主体专断,保障公平、公正、合理的行政结果具有更强的制约作用,能直接实现行政参与权的目的,它比合理主张受采纳权的民主程度更高。参见方世荣、邓佑文、谭冰霖:《“参与式行政”的政府与公众关系》,北京大学出版社2013年版,第137页。

〔3〕 〔美〕朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第341、343页。

不断通过商议性沟通而获致的”〔4〕。

## （二）协商性程序正义理念的确立

协商性程序正义理念是诉讼法学者提出的一种程序正义理论，它是对刑事法中已经存在的认罪认罚制度和刑事和解制度的实践经验总结和理论提炼。所谓协商性的程序正义，属于一种基于结果控制而实现的诉讼价值，被裁判者自愿放弃了无罪辩护权，也放弃了部分诉讼参与机会，却有可能通过协商、对话和达成妥协，对诉讼结局发挥影响、塑造和控制的作用，从而获得最大程度的实体收益。〔5〕协商性的程序正义理论并不是对传统程序正义理论的否定或取代，而属于一种必要的理论发展。传统的程序正义理论忽略了被裁判者对有利的实体结果的重视，误以为只要诉讼过程符合公正的要求，由此产生的裁判结论就有可能得到他们的尊重和信任，但实际上这与实践是不相符合的。协商性程序正义理论认为，根本不存在绝对客观的公正结果，控辩双方通过自愿协商和达成协议所形成的结果，也就是可以接受的“公正结果”，强调控辩双方通过公正的协商程序来影响、塑造和控制诉讼结果的形态，使得最终的诉讼结果体现控辩双方的诉讼合意。〔6〕刑事法中确立的协商性的程序正义理念并不是刑事领域独有的理念，而是所有程序法治共有的理念。这种理念不仅存在于刑事程序法治中，也存在于行政程序法治中；不仅对协商性司法程序具有指导意义和作为价值评价的基本标准，也对行政程序具有指导意义和价值评价作用。新的理念呼唤和催生新制度的诞生。随着协商性程序正义理念在行政程序法治领域的确立，行政程序理念和法制也必然发生重大改变。这种重大的转变就是在行政程序领域自然催生出了协商式行政程序理念和协商式行政程序。相应地，在协商式行政程序法治理念的指导下，在行政处罚领域也就必然产生行政处罚协商程序。

## （三）我国行政处罚程序的弊端日渐显现

从《行政处罚法》的规定来看，尽管具有陈述申辩与听证程序，但整体而言仍然属于传统的对抗性行政处罚程序。这种对抗性行政处罚程序具有众多弊端：一是忽视了实体结果的公正。重视被处罚人对行政过程的参与和控制，属于一种基于过程控制而得以实现的程序价值。其虽然强调被处罚人的参与机会，例如陈述申辩，甚至听证，注重的是一种形式化的程序公正要求，但却忽略了被处罚人对有利的实体结果的重视，误以为只要行政过程符合自然公正或正当程序的要求，由此产生的处罚结论就有可能得到他们的尊重和信任。但实践中几乎所有处于被处罚地位的当事人，都不会仅仅关注对处罚决定作出过程的参与，而忽略最终的处罚结果。在很多场合下，对有利处罚结果的追求会成为行政相对人、被害人在行政程序活动中所追求的主要目标。〔7〕对于被处罚人来说，既要保证其获得公正处理的机会，也要确保其能够通过积极的程序参与获得实体利益的最大化。二是传统的行政程序以防御性为其显著特征，在功能上也表现为以消极地防止行政权违法与滥用造成对相对人权益的损害为主，〔8〕故属于消极保护公民权益的法律装置。三

〔4〕〔比利时〕马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社2008年版，第237页。

〔5〕参见陈瑞华：《论协商性的程序正义》，载《比较法研究》2021年第1期。

〔6〕参见前引〔5〕，陈瑞华文。

〔7〕参见前引〔5〕，陈瑞华文。

〔8〕参见陈军：《公私合作背景下行政程序变化与革新》，载《中国政法大学学报》2013年第4期。

是传统的行政处罚程序是一种对抗式的决定程序，它是以置双方当事人于相互对立的地位的方式来构造处罚决定的，这种对抗式的处罚决定程序激发了而不是最小化了争议。<sup>〔9〕</sup>

综上所述，正是国家形态转变和行政协商理念的兴起、实务中行政处罚协商案件的日益增多，以及我国行政处罚程序存在多重弊端等因素的影响，使得行政处罚协商程序成为一种必然的发展趋势。

## 二、行政处罚协商程序的性质和地位

### （一）行政处罚协商程序的性质

行政处罚协商程序是将行政协商理念贯穿于行政处罚全过程的一种新型行政程序形态，是一种通过行政机关与行政相对人双方的对话、协商和妥协来作出处罚决定的特殊程序。行政处罚协商程序是对对抗式行政处罚程序的修复和补正，是一种较为完美的负担/利益决定模式，是一致同意而解决冲突的“共主”决定程序，属于巴恩斯教授所说的“第三代”行政程序中的“协商型行政程序”。<sup>〔10〕</sup>协商型行政程序将公私合作、软法之治、全球治理等反映现代政策制定与实施过程的新要素纳入其中，强调程序的过程性控制，行政程序也被视为行政机关与公民之间实现互相沟通与交流的机制。协商型行政程序不仅在于实现控制，更是为了更好地协调公私主体。<sup>〔11〕</sup>

行政处罚协商程序的本质是一种利益交易程序。除纯粹的交换信息的协商外，一般的行政处罚协商程序都是一种利益交易程序，既包括物质的利益交换，也包括精神的利益交易。在这种交易程序中，行政机关与行政相对人本着协商的精神，通过信息交换、沟通、妥协达成利益交换，对行政机关而言，重在考虑国家行政权所代表的公共利益能否实现，如何有效实现，对行政相对人而言，则重在考虑违法后如何被处罚，如何减轻处罚，甚至不处罚。行政处罚协商程序中双方的利益交易不仅体现在行政机关与行政相对人要交换各自掌握的与行政处罚有关的信息和资源，更重要的是要将行政机关通过行政处罚权所代表的公共利益与行政相对人因为违法受制裁而有可能失去的利益通过谈判和协商，最终达成适度的交易。这种行政处罚协商交易表面上看，是国家行政处罚权所代表的公共利益的让步和退却，但实际上，却是为了争取更大的或更重要的公共利益在不得已的情况下而作出的适度的利益妥协和让步。当然，行政机关与行政相对人在处罚协商程序中的妥协和让步并非不受任何限制，它必须遵守底线的法治原则和公共利益原则的约束。正如努科恩（Mnookin）和科恩豪瑟（Kornhauser）曾将协商描述为“法律阴影下的谈判”。<sup>〔12〕</sup>这样，行政处罚协商程序中任何的利益交换都是一种法律影响下的交易或遵守法治原则的交易。

〔9〕 参见〔美〕迈克尔·D.贝勒斯：《程序正义——向个人的分配》，邓海平译，高等教育出版社2005年版，第199页。

〔10〕 巴恩斯教授将第三代行政程序分为协商型行政程序和合作互动型行政程序。See Javier Barnes, *Towards a Third Generation of Administrative Procedure*, in Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, pp. 342-349; Scott Burris et al., *Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship*, 41 Akron Law Review 1, 49-53 (2008).

〔11〕 参见覃慧：《治理时代行政程序法制的变革与因应研究》，北京大学出版社2018年版，第123页。

〔12〕 See R. Mnookin & L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale Law Journal 950, 950-997 (1979).



行政处罚协商程序是一种平等合作程序。它使得行政处罚机关不再扮演权威决定者的传统角色，将行政处罚机关和行政相对人（被处罚方）置于平等的地位，行政处罚决定不再是有权威的行政机关的专家所强加的，也不是行政机关认为如何才能更好地实施法定处罚的单方见解，而是行政处罚机关根据所有利害关系方能接受的条件，在平等的基础上与行政相对方进行协商。行政处罚协商程序强调的并非主体间的对立关系，而是一种合作关系。行政处罚协商程序强调行政机关与行政相对人双方通过公正的协商程序来影响、塑造和控制处罚结果的形态，使得最终的处罚结果体现行政机关与行政相对人双方的真实合意。<sup>〔13〕</sup>这可能会在行政处罚机关和被处罚人之间形成良好的合作关系，对未来被处罚人的自愿守法也更有裨益。

行政处罚协商程序是一种共同决定结果的程序。在行政处罚协商程序中，行政处罚决定并不是由行政机关单方面作出的，而是由行政机关和行政相对人两造在信息交换和了解互动过程中最后共同作出的。这种共同的决定是在两造当事人的控制下，在直接协商的过程中取得处理结果，不存在外在第三方对结果的干涉和定义。唯一的结果就是体现双方意志的、双方都同意的结果，因此，它在行政机关和行政相对人看来都是在协商程序下所能取得的最令人满意或者至少是足够令人满意的结果。

## （二）行政处罚协商程序的地位

行政处罚协商程序作为一种新出现的行政处罚程序，属于一种必要的程序理论发展，它并没有否定或替代行政处罚法中的普通程序和简易程序，是行政处罚程序中的一种独立的程序。行政处罚协商程序不同于行政处罚普通程序，普通程序几乎适用于所有的行政处罚案件，但协商程序的适用范围有限。行政处罚协商程序也不同于普通程序中的听证程序，听证程序是案件作出的一个调查程序，是一种技术性审查，<sup>〔14〕</sup>而协商是行政处罚过程中的决定程序，当然在行政协商程序中也不排除举行听证和调查的可能。行政处罚协商程序也不同于行政处罚简易程序。简易程序是主要通过省略和放弃部分程序，当场作出行政处罚决定，主要是以提高行政效率为价值目的。但简易程序虽然提高了部分行政处罚案件的效率，但却有可能忽视部分案件实体结果的公正。当然，本文主张行政处罚协商程序是一种独立的程序，并非排除普通程序和简易程序中适用协商的可能性，只是为突出行政处罚协商程序的重要性。因此，在行政处罚法中要构建的行政处罚协商程序是一种独立的行政程序，其与简易程序、普通程序是一种并列的处罚决定程序。由于“行政程序是行政法的支柱”<sup>〔15〕</sup>，同理行政处罚的协商程序、普通程序和简易程序构成了行政处罚法的“三个支柱”程序，共同规范和保障着行政处罚案件的实体正义、程序正义和效率价值。

# 三、行政处罚协商程序的正当性

## （一）强化伙伴关系，提升人民主体地位

在任何时期和任何国别的行政法中，行政程序展示了公民在行政面前所处的地位以及不同公

〔13〕 参见前引〔9〕，迈克尔·D.贝勒斯书，第214页。

〔14〕 参见叶必丰：《行政法的人文精神》，北京大学出版社2005年版，第237页。

〔15〕 Javier Barnes, *Reform and Innovation of Administrative Procedure*, in Javier Barnes ed., *Transforming Administrative Procedure*, Global Law Press, 2008, p. 15.

共主体间的相互关系。<sup>〔16〕</sup>传统的公共行政执法在实践运行中成为单方行政决定，缺乏民主性，<sup>〔17〕</sup>在行政处罚程序中行政相对人处于从属和被动的地位。行政处罚协商程序之采用，具有改变传统行政处罚程序中人民的从属性和被动性地位、提升人民地位、宣示人民是行政伙伴的功能。因为此时人民不再仅是行政统治的“客体”；相反的，人民借由行政协商程序可以表征其为统治主体地位，立于“相对平等”的地位，与行政机关就影响其权利义务之事项进行沟通、协商与谈判，从而使得行政主体与行政相对人能够共同决定行政处罚结果，真正实现执法过程中的民主。

## （二）提升行政处罚决定的接受度，预防和减少纠纷

长远来看，国家统治，唯有在能获得自愿服从的情况下方能存续。法律与法，唯有当其能被多数规范对象接受时，方能获得并维持其效力。今日之中国法治已经迈入了一个可接受性的时代，可接受性成为判定法律或行政决定实质合理性的一个重要标准。行政处罚协商可以说是对行政处罚刚性规则之不合理或有欠缺的地方，通过协商程序，以一种成本最小化的方式来修复或改善，进而提升法律或行政决定的可接受性。行政处罚协商程序不仅为行政相对方管理公共事务拓宽了途径，也增加了行政机关与行政相对方交流、沟通的机会，通过交流、沟通得以提升行政相对方对于行政处罚决定的接受度。特别是有些可能受到行政机关先入为主、以偏概全，以及其他方面等因素的影响，作出的不合理，甚至错误的处罚决定，通过行政处罚协商程序这个论辩、交涉的制度性平台，行政机关与行政相对人“不仅要设法说服对方，还要在对方的观点主张下反思和整合自己的观点，并就自己的观点向对方作理性说明”<sup>〔18〕</sup>，直至达成合意，如此可以提早预防和纠正这些违法行政处罚决定，提高行政处罚行为的合法性、准确性和可接受性。当然，我们讲行政处罚决定的可接受性时，并不是说行政决定不受法律程序的规范和约束。

在行政处罚协商程序中，因为处罚结果被过程化了，执法对象是在渐进中知道处罚底线与结果，它起到了一个很好的缓冲作用。执法对象因此一般不会对最后处罚结果产生激化反应，从而平稳地完成处罚任务，并有效防止复议诉讼的发生。<sup>〔19〕</sup>因此，经过协商程序的行政处罚案件，在后续的履行中一般很少出现执法对象的抵制、反抗和争议的情况，从而能够有效预防和减少纠纷。这“不仅减少了暴力镇压所带来的成本，而且改变了政府的形象，使行政权力运作更加顺畅”<sup>〔20〕</sup>。

## （三）节约执法成本，提高行政效能

尽管我国行政处罚简易程序在某种程度上也具有节约执法成本，提高行政效能之目的，但由于受限于当场处罚办案方式，适用简易程序审理的案件并没有随着案件数量的增加而大幅增加，反而在某些地方呈现出了整体上递减的趋势。<sup>〔21〕</sup>因此，简易程序并没有实现处罚法关于程序立法之初衷。但如果采用协商程序，情况将大为改观。从经济观点而言，慎重“事前程序”，一次

〔16〕 参见前引〔15〕，Javier Barnes文，第15页。

〔17〕 参见孟鸿志：《民法典时代行政执法的变革与创新》，载《比较法研究》2021年第6期。

〔18〕 张文显：《法理学》，高等教育出版社2018年版，第267页。

〔19〕 参见郑成良等：《法治政府的理念、制度与决策》，上海人民出版社2018年版，第118页。

〔20〕 〔澳〕何包钢：《协商民主：理论、方法和实践》，中国社会科学出版社2008年版，第159页。

〔21〕 参见石珍：《行政执法事务繁简分流的程序构建——以S市S局的执法数据为研究对象》，载《行政法学研究》2015年第5期；张立刚：《行政案件快速办理与刑事案件速裁程序的比较研究》，载《湖北警官学院学报》2021年第5期。

作出正确决定，成本通常低于草率决定、再以“事后救济”改正的花费。<sup>〔22〕</sup>“协商方式的最大优点是及时暴露观点的矛盾及其可能性，因此达成的理解和一致可以减轻行政程序的负担，节约时间和费用。”<sup>〔23〕</sup>这主要表现在两个方面：一方面，对于行政违法行为“事实无法查明”的情况，若行政主体与行政相对人通过协商达成合意，不仅节约了行政主体需要耗费的调查成本，行政相对人也因此免于相较于“事实清楚”情况下较重的行政处罚，此不失为一种双赢的做法。另一方面即便为作出行政处罚决定要遵守的专门协商程序相对复杂并且个案的解决时间相对变长，但是通过行政处罚协商程序将个案进行实质化解决，符合程序正义原则，“公正的程序都会导致更好地服从与之相关的规则和决定”<sup>〔24〕</sup>，使行政相对人易于接受，从长远来看，没有后续矛盾与争议的出现，不仅为司法机关减少了诉讼案件和事后救济的种种开支，更减少了社会不安定因素，维护了社会和谐秩序，有效地贯彻了溯源治理的理念，将矛盾从根源解除，不但没有增加开支，反而降低了程序成本，提高了行政效能。

#### （四）有助于建立和完善企业合规治理体系

企业合规，顾名思义就是指企业需要合乎法律、法规政策文件、商业惯例与各种准则，其本质就是企业建立的应对各种法律风险的合规治理体系。企业合规作为一种现代公司治理方式，可以促进企业加强内部管理，提高自我预防能力，引导企业自主发现并消除经营活动中存在的违规隐患。<sup>〔25〕</sup>因此，从长远发展来看，所有的企业都应该建立合规治理体系。传统上，为了促使企业建立有效的合规治理体系，监管部门主要采取强制合规、合规监管，甚至处罚等行政强制力主导的压力型机制进行推动，这种机制对于企业快速有效地建立合规治理体系无疑是有积极意义的，但也存在压力有余、激励不足、效果不彰的问题。<sup>〔26〕</sup>确立行政处罚协商程序，对于建立了合规计划的企业，监管部门可以与企业进行协商从轻或者减轻处罚，促使企业完善合规治理体系。尚未建立合规治理体系的企业，可以与行政机关协商，承诺建立合规治理体系，如果最终经过监管部门验收合格，将对企业免于或不予行政处罚，从而有助于企业建立和完善合规治理体系。因此，行政处罚协商程序作为一种激励措施，有助于企业建立和完善企业合规治理体系。

## 四、行政处罚协商程序的法律构造

以主体间的平等对话作为运作机制的协商性行政处罚，由于当事人双方共享自由裁量权，公私界限模糊，有可能发生损害公共利益或者“恶意交易”等情事，因此，行政处罚协商比以往任何时候更加突出程序机制的重要性。正如有学者所言：“行政协商是一种对程序有着高期待与高要求的行政方式，行政主体与公民之间对话的有效进行必然有赖于相应程序的推进和保障。”<sup>〔27〕</sup>

〔22〕 参见翁岳生：《行政法》，中国法制出版社2009年版，第935页。

〔23〕 〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第399页。

〔24〕 〔美〕艾伦·林德、汤姆·泰勒：《程序正义的社会心理学》，冯健鹏译，法律出版社2017年版，第141-142页。

〔25〕 参见陶朗道：《民营企业刑事合规的解构与展望》，载《浙江工商大学学报》2021年第1期。

〔26〕 参见陈瑞华：《论企业合规的中国化问题》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第3期。

〔27〕 蔡武进：《行政协商的治理价值及治理面向》，载《学习与实践》2015年第9期，第56页。

行政处罚协商程序之构建应该重在对协商的范围、协商的主体、协商的内容和方式、协商合意的法律效果等内容作出公正规范。

### （一）行政处罚协商程序的适用范围

#### 1. 行政机关享有处罚自由裁量权的案件

从行政协商范围的研究成果来看，理论界基本上认同自由裁量权范围的事项可以进行协商。例如有学者认为：“只要不违反法律已确定的原则性规定，且在法律规定的可进行自由裁量的范畴内，行政主体与行政相对人是可以就行政处罚结果进行协商的。”<sup>〔28〕</sup>也有学者认为：“立法机关授予行政裁量权的主旨，实则为赋予行政机关基于立法目的，在法律明确授权的事项或消极默许的范围内，斟酌选择是否行为以及怎样行为的权力。正是这种选择权的存在，使行政机关与行政相对人在有利于实现行政立法目的的前提下，对个案特殊情况进行协商成为可能。”<sup>〔29〕</sup>更有学者认为行政过程中自由裁量的广泛存在与行使，表明行政过程中不仅存在协商妥协的可能性，而且这种可能性几乎无处不在。<sup>〔30〕</sup>由此可见，凡是自由裁量领域的行政处罚都是可以进行协商的。“在自由裁量基准范围内，只要能达至行政的目的，行政机关可以基于行政相对人自愿对行政决定结果中的处罚数额、执行方式、执行期限等事项进行充分考量与协商。”<sup>〔31〕</sup>

除上述这些事项外，本文进一步认为，对于法定的从轻、减轻处罚等影响处罚决定结果的事项也可以进行协商。这类案件按照法律要求强度的不同可以包括“应当从轻、减轻行政处罚”和“可以从轻、减轻行政处罚”两种情形，主要适用于对未成年人、精神病人的处罚，及具有从轻、减轻行政处罚情形的案件。对于从轻、减轻行政处罚的案件，我们可以对是否应当或可以从轻减轻处罚、从轻减轻处罚的种类和幅度等事项进行协商。对于这类从轻、减轻行政处罚案件，适用协商程序最终的行政处罚决定不再是行政机关单方面决定的事情，也不再是行政机关单方面给予被处罚人的“恩赐”或“施舍”，而是行政机关与被处罚人平等协商的重要内容和结果，因而将会在当事人间形成一种平等、共商处罚的氛围，取得比行政机关单方决定更令双方同时满意的结果，某种程度上也能控制行政处罚权的滥用。

总之，行政主体在行政处罚自由裁量权范围内就与行政处罚相关的事项与行政相对人经过平等协商、沟通、妥协等达成的合意处罚决定，要比行政机关单方基于法律法规和处罚裁量基准作出的处罚决定更能符合实体正义，更能实现“协商的本质是共享裁量权”的观念，更加使处罚裁量行为符合价值理性。

#### 2. 事实不清、证据不足，为有效达成行政目的之案件

这主要是指应该予以行政处罚的主要事实与相关事实经过职权调查不明或调查事实所需成本过高，难以达到事实清楚、证据充分之程度，为有效达成行政目的，并解决争执而与行政相对人进行协商的案件。按照依法行政原则，行政机关本应该遵守法律法规的规定，本于职权调查案件

〔28〕 叶勇、谭博文：《行政处罚权协商行使的作用向度与困境纾解》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第62页。

〔29〕 郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第186页。

〔30〕 参见王锡锌：《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社2007年版，第276页。

〔31〕 王学辉：《天价罚单违反行政程序法治原则》，载《法制日报》2012年4月16日，第7版。



事实，如果事实不清、证据不足，便不得作出具有法律效果的行政行为。但若行政机关已尽其合理可期待的调查义务，作为行政处罚基础的事实真相仍未能查明，为有效达成行政目的，可以与相对人协商解决，<sup>〔32〕</sup>例如税务机关对偷漏税行为处罚时的偷漏税具体数额的协商。这主要是基于行政处罚程序经济的考虑，申言之，一方面行政机关为调查不明的事实或法律状态可能旷日废时、耗费大量资财，另一方面如果行政机关单方作出行政处罚决定，由于证据并非充足，可能会因当事人对结果不服而引发纠纷。

对于事实不清、证据不足的案件，为有效达成行政目的，适用行政处罚协商程序得到的事实可能与实体真实发现原则不相符合，但这是实行协商程序必然的结果，为提高处罚程序效能，便不得不舍弃严格证据证明程序；而且实体真相发现本身也是一种相对的概念，即使在普通行政处罚程序的案件中，也不代表行政机关就能够发现该案“完全”的真实。其实在疑难案件中，不存在任何清晰明白的、可得出某种客观结论的“清单”。客观真实一般都是在公共领域中的所有相关人员之间的协商、沟通中产生。在行政处罚协商程序中，行政机关与被处罚人达成一致的事实，在没有积极反证予以推翻的情况下，也是一种真实；且依据案卷资料，行政机关负责人和法制审核机构应该有能力判断行政相对人认罚是否与事实相符，从而与公平正义原则和实体真实发现原则也不会有太大的距离。

### 3. 当事人难以接受的重大行政处罚案件

在小额行政处罚案件中，由于处罚金额不高，原则上无须考虑受处罚者之资力，以节省调查人力物力，提高行政效率。<sup>〔33〕</sup>但是对于一些重大行政处罚决定，尤其是数额较大或特别巨大的罚款决定，依据行政处罚普通程序作出决定，将会导致被处罚人不能接受或者决定难以执行，从而就个案而言则显失公平与正义。例如，《中华人民共和国食品安全法》规定了食品生产经营者的许多义务和食品要达到的安全标准，也对违反食品安全法律法规与标准的生产经营违法行为规定了最高可达货值金额的30倍的处罚标准，但却没有考虑到乡镇的食品经营业主要是小超市、小餐饮、小作坊、流动摊贩，农村的食品经营业是小卖部，经营规模小，具有流动性，经营收入不高，且都是小品牌及高仿产品等特点。这使得基层执法人员常常面临执法困境，按照法定标准处罚，当事人接受不了，反之，有涉嫌渎职违法。例如在“陕西榆林毒芹菜一案”中，罗某夫妇经营的蔬菜粮油店购进7斤芹菜，市场监管部门提取2斤抽样检查，剩余5斤卖了20元钱，结果因为检测所抽批次芹菜的毒死蜱含量超过《食品安全国家标准 食品中农药最大残留限量》（GB2763—2021）在芹菜上0.05mg/kg的限量值，为不合格，最后被榆阳区市场监管局“依法”罚款6.6万元。行政处罚决定作出后，舆论一片哗然，当事人和社会公众都感觉处罚过重，显失公正，并责难行政机关违法行政。

这类案件主要是由法律法规与现实脱节所导致，行政执法人员如果依法依裁量基准作出决定必然导致相对人的不接受或接受度较低，直接影响法的秩序和正义价值。对于这类数额较大或特别巨大的行政罚款案件，如果允许行政机关与当事人通过协商程序确定一个合理的可接受的处罚

〔32〕 参见张文郁：《论行政程序上之事实调查》（上篇），载《月旦法学杂志》2014年总第227期。

〔33〕 参见陈清秀：《行政罚法》，法律出版社2016年版，第273页。

种类或罚款数额,将可实现个案的实质正义,提高当事人的可接受度。因为根据实质的法治国思想,国家的行为不能仅仅止于符合法律的规则,还应该在内容上符合法律原则所内含的道德要求。<sup>[34]</sup>但是在此有一个问题必须予以讨论,那就是行政处罚协商能否在具体法律法规条文授权的裁量范围外进行。学界的一般观点认为,协商行政不能突破法律法规现有条款,不得与依法行政原则构成直接冲突。但也有学者认为通过确立便宜原则能够突破法律法规现有条款的限制。<sup>[35]</sup>本文认为,在一般情况下,行政处罚协商应当以行政机关拥有自由裁量权为前提,协商的内容也限于法律法规的授权范围,但基于两方面原因的考量,行政机关可以超过裁量范围进行协商,以求得处罚结果的实质公正。一方面,当我们通过立法模式为行政裁量的运作设定条件或基准时,即便行政机关依据设定的条件与基准活动,我们也只能宣称在此规则范围内的行政活动符合形式正义的要求,却难以评判该行政行为与个案实质正义“坐标轴”之间的距离。<sup>[36]</sup>另一方面,我国正处于转型期,转型期社会的法律体系不可避免地印上转型期法治的特点,比如法律与现实产生某种程度的脱节,有些法律法规甚至是“恶法”或有非正义的成分存在。<sup>[37]</sup>本文认为,在这种情况下,只要没有违背行政处罚法的过罚相当原则,行政机关与行政相对人双方通过自愿协商达成协议所形成的结果,也就是可以接受的“公正结果”,<sup>[38]</sup>即便协商结果超出授权规范的授权幅度和范围,甚至逸脱适用裁量基准。因此,行政处罚案件的处理结果违背“量能原则”,也即一个人的最大负担能力,处罚数额巨大影响到个人合乎人性尊严之生存,处理结果显失公正或当事人难以接受的,即使超出自由裁量范围,只要不违背行政法基本原则,协商处理就具有正当性和合法性。因为行政协商是对依法行政原则以及职权调查义务的放松,即使协商合意的内容与法律法规的规定不相符合,也不违宪和违法。例如德国联邦宪法法院认为,协商程序只要不违背罪责原则、平等原则与被告意思自治,基本上是合乎宪法秩序的。<sup>[39]</sup>尽管德国联邦宪法法院的判决是对刑事协商程序而言的,但对行政处罚协商程序也是适用的,也即行政处罚协商程序只要不违背过罚相当原则、平等原则与被告意思自治,基本上就是合乎宪法秩序的。

## (二) 行政处罚协商程序的参与主体

在协商国家,国家实现其政策更多的是取决于个人自愿的服从态度,所以,他们同国家的关系是协商的关系,而在国家方面则是必须进行协商。<sup>[40]</sup>具体到行政处罚案件中,协商是执法者的义务,同时又是相对人的权利。<sup>[41]</sup>行政机关在进行协商程序前要告知相对人协商内容、权利与相关事项,相对人要求协商的,行政机关应该进行协商。行政机关主动进行协商的,应该取得行政相对人的同意。因此,行政处罚协商是在行政机关、行政相对人之间进行的博弈活动。但本

[34] 参见〔德〕赫尔曼·黑勒:《国家学的危机 社会主义与民族》,刘刚译,中国法制出版社2010年版,第11页。

[35] 参见张治宇:《合作论:从政治哲学、法哲学到行政法哲学》,法律出版社2017年版,第159页。

[36] 参见前引〔29〕,郑春燕书,第183-184页。

[37] 参见卢剑峰:《试论协商性行政执法》,载《政治与法律》2010年第4期。

[38] 参见前引〔5〕,陈瑞华文。

[39] Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 95f.

[40] 参见〔德〕迪特尔·格林:《国家的任务》,载〔德〕埃贝哈德·施密特-阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第55页。

[41] 参见前引〔37〕,卢剑峰文。

着“法律人之间的一种合乎理性的对话是‘正确’地解释和适用法律的最终保证”〔42〕之信条，在行政处罚协商实践中，当事人必须委托律师作为行政处罚协商程序的代理人，也即律师强制代理，由其提出协商主张，与行政机关沟通、谈判并达成处罚协商结果。由于在协商程序中，行政机关的公务员训练有素，行政相对人欠缺专业知识和谈判能力，造成双方当事人在行政处罚协商程序中武器不平等。当事人武器不平等的问题在相当程度上可以依靠律师强制代理制度而获得解决。〔43〕若能由具有专业知识的律师担任代理人，不但可以提出充分的协商、谈判、沟通、妥协等方法，透过协商过程中的协助与解说，使行政相对人更能明白接受协商协议后可能产生的后果，而且也可妥善履行当事人应尽的协力义务，协助行政机关达成发现事实的任务，大幅减轻行政机关的负担，并使行政程序进行顺畅，案件得以迅速终结。代理律师为被处罚人提供法律咨询、程序选择建议、对案件处理提出意见等法律帮助，有权阅卷、会见被处罚人。

尽管行政机关要进行处罚协商，必须取得其代理律师之同意，但是必须注意的是，在这样的规定下，行政机关只能在行政相对人或相关人同意下直接与代理律师协商，不得在无代理律师在场时直接与行政相对人或相关人进行协商。如果是未成年人的话，应该由其法定代理人或者由其法定代理人委托代理律师进行协商。我国行政处罚协商程序采取律师强制代理制度，并非所有行为皆由代理律师所为，应准许当事人得亲自为特定之行为，例如处罚事实之主张、处罚合意之达成，或应规定需经当事人同意，不应全由代理律师单独决定。

在案件有行政利害关系人，即通过行政协商可能影响其利益的相关人时，行政机关要在征询行政利害关系人或其代理人意见后进行协商。如果行政利害关系人或其代理人不同意，行政机关基于案情的需要，仍然可以进行协商。因为行政权是公益权，行政机关执法人员代表国家行使行政处罚权，虽然应该尊重行政利害关系人意见，但不应受行政利害关系人意见之约束，而影响公益之推行。但是如果被害人一方表示坚决反对行政机关与行政相对人进行协商，为了不激化矛盾，取得良好的社会效果，行政机关不应当轻易与行政相对人达成协商合意。

### （三）行政处罚程序的协商内容和协商方式

#### 1. 行政处罚协商的内容

##### （1）量罚协商

量罚协商，也即行政机关与行政相对人经过沟通、协商、妥协，同意对行政相对人适用较低幅度的处罚或处罚种类较轻的行政处罚。为了防止行政机关作出无限制的妥协和让步，危害公益，罚款处罚的协商不应超过法定处罚区间规定的罚款数额的限度，对于需要减轻处罚的，不得低于处罚区间下限规定的罚款数额的三分之一。行政处罚种类应该按照人身罚、资格罚、财产罚、申诫罚等依次递减的原则，比例原则和不影响行政相对人生存能力和生活现状的原则进行协商。

##### （2）违法事实与违法行为数协商

运用行政处罚协商程序处理的案件，行政机关与行政相对人一般都可以就处罚幅度和处罚种类部分进行协商，也即量罚协商。但是如果不能就违法事实范围、违法行为数，与行政相对人进

〔42〕〔比利时〕马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社2008年版，第13页。

〔43〕Vgl. BVerwG NJW 1984, 625f.

行讨论协商,仅就处罚幅度和处罚种类进行协商,则协商合意一般也难以达成,或者协商程序的适用将会大大限缩,对行政相对人来说协商空间不大、动力不足、诱惑力不强,不利于处罚协商程序的推广和普及。因此,处罚事实、违法行为数等事项都可以进行协商。

行政相对人的违法事实是由行政机关通过职权调查获得,行政机关的职权调查范围,包括调查范围之大小,采取何种调查措施,基本上都是行政机关可以裁量的事项。<sup>〔44〕</sup> 行政机关与行政相对人可以就处罚事实的更正、扩张、减缩,事实调查程序的相关措施以及程序参与者的程序行为,变更处罚的法条及追加处罚进行协商,也可以就违法行为人的违法目的与动机、悔过程度、违法行为的社会危害性、退赃退赔、违法所得等情形进行协商。

违法行为数协商,也即行政机关将本应追责的数个违法行为改为仅追责一个违法行为以换取行政相对人对这个违法行为的承认,特别是对于实践中违法行为数难以准确判定的情况,为求得个案结果正义,得与行政相对人协商确定。例如,行政处罚法上有关单一行为及数行为之处罚,虽已有明文规定,然而在具体适用“一事不二罚”原则时,对于行为人所作出的行为——例如汽车驾驶员在道路上持续超速行驶,或违规于禁止停车之区域停车且持续相当之期间——系“一行为”还是“数行为”的认定和适用问题,一直在学界争议较大。如果认定为多种行为,多头处罚,显然违背一行为不二罚原则设立之目的,让当事人承受了过度不利的后果。如果允许行政机关与违法行为人对违法行为数进行协商确定,不仅可以减少事实认定之困难,节省行政资源,而且可以避免日后的纠纷。

## 2. 协商的方式

在协商程序进行的过程中,应以全程录音或录像方式进行记录,此即为行政机关的录音或录像义务,协商程序录音或录像之保障,能够作为行政相对人后续争执其协商非出于自由意志之证据,且能够使行政机关协商过程透明、公开,有利于避免高压胁迫,迫使行政相对人作出非自愿性的协商。如果违反与行政相对人进行协商的法律义务,出于优先确保行政相对人自由意志考虑,应视为行政相对人协商意思非出于自愿,协商协议无效,则应该回复到普通处罚程序,对于行政相对人程序权利并无妨害,仅是消耗了行政机关为协商所付出的时间,也因此能使行政机关更加警惕,谨记协商程序录音或录像义务,避免协商结果功亏一篑,更能保障行政相对人于协商程序中之自愿性。<sup>〔45〕</sup> 不仅如此,协商过程还应当有书面记录,以此作为最终协商协议书签订的依据。书面协商记录应当载明以下主要内容:协商的时间,协商地点,协商参与人员,协商参与各方意见以及协商达成或未达成的内容。基于协商达成合意后,行政机关、行政相对人以及代理人必须以书面形式记载其内容。行政机关应该注意基于协商所取得的证据的重要性、关联违法的轻重与情状、与该关联违法相关之程度等事项。

另外,行政处罚协商不能无限期,如果在法定期限内不能达成一致,应及时作出处罚决定。协商期限一般不得超过三十日。行政主体与行政相对人经过协商达成合意后,应当从协商结束之日起十日内,以协商结果为依据形成书面的协商协议书,行政机关负责人应当集体讨论依据协议

〔44〕 转引自陈爱娥:《行政罚之调查程序》,载东吴大学法律系公法研究中心:《东吴公法论丛》第11卷,元照出版公司2018年版,第93页。

〔45〕 参见黄鼎轩:《协商程序之解构与重构》,载《法学丛刊》2016年第2期。



书作出处罚决定。当然，经过协商程序处理的行政案件也应当由从事行政处罚决定法制审核的人员进行法制审核，借以确保行政处罚合意的真实性、合法性和合理性。

#### （四）违反行政处罚协商程序之协商合意的法律效果

基于行政处罚协商结果的契约“准法”效应<sup>〔46〕</sup>和行政契约的拘束力及诚信原则，行政机关与行政相对人均不得再为反对协商结果的主张。否则，不仅违反减少争议的目的，而且协商本来具有行政机关与相对方就争议互为让步的本质，如果就双方互为让步而达成的协商决定，仍然允许一方即行政相对人就其原来让步部分再进行争议（此时行政机关由于受不利变更禁止原则约束，一般不会再为争议），无异于鼓励行政相对人借由协商程序以图侥幸，明显违反执法正义原则。<sup>〔47〕</sup>但是，通过处罚协商程序达成的处罚合意，有可能因为协商一方的原因或其他原因，导致无法实现协商内容。

##### 1. 因协商一方的行为导致无法实现合意内容的情形

协商取得合意以后，行政机关与行政相对人即负有履行合意内容之义务，但当行政机关或行政相对人之一方违反合意之内容时，由于主体不同、违反情形不同，效果也各有不同。

（1）行政机关违反合意的内容时，其法律效果有三个方面：第一，行政相对人可依据书面形式撤回协商，不再受协商约束。第二，当行政机关违反合意事项，例如给予了较重处罚或者给予了处罚，行政相对人可以申请复议或者提起诉讼。复议机关或人民法院应以决定或判决撤销行政决定，或者在行政机关申请人民法院执行时不予执行。第三，当行政机关违反合意时，行政机关基于协商过程中所取得的行政相对人或相关人的陈述，以及基于违法行为人依合意内容所为之行为所取得的证据，原则上均不得作为证据使用。不过基于此等证据而再取得的派生证据，不在此限。

（2）行政相对人违反合意的内容时，其法律效果有两个方面：第一，行政相对人在协商过程中就所协商的行政案件作出显然不真实的陈述内容，协商达成合意后，判明其所作的陈述内容并非真实，或者其所提出的证据为伪造、变造的，行政机关可书面说明不受合意的约束。第二，对行政相对人虚伪陈述、提供虚伪证据的行为，可以追究法律责任，甚至刑事责任。

2. 非因协商之一方行为导致无法实现合意内容时，其法律效果有两个方面：第一，行政机关已经按照合意内容做出了处罚决定，但监督机关不认可，此时，行政相对人可以书面脱离此合意约束；第二，行政机关作出不处罚决定后，案件由上级行政机关或监督机关决定给予处罚的情形下，关于不处罚之合意即向将来失去其效力。当行政执法人员、行政相对人之一方脱离合意后，即不再负有履行合意的义务，但是脱离之前所为的行为效力或证据能力并不因此而受影响。

双方达成的协商合意对双方均有约束力，因此无论是行政主体还是行政相对人，其中一方违反合意事项的，都有权就协商合意向检察机关申请监督，检察机关经审查情况属实的，协商协议被撤销，协商程序终止。

在行政处罚协商程序中，行政主体与行政相对人协商、沟通本身就是交往正义实现的体现，

〔46〕 有学者认为应该扩展传统形式法的范围，将协商结果纳入“准法”行列，从而使行政机关与行政相对人在协商过程中的意见固定为约束行政裁量权行使的有效依据。参见前引〔29〕，郑春燕书，第204页。

〔47〕 参见盛子龙：《租税法上和解契约与非正式协商》，载《中正大学法学集刊》2015年总第46期。

协商的过程是互相倾听与理解的过程,即使协商最后没有形成合意,也不能否定协商本身的过程价值。<sup>〔48〕</sup>通过协商程序,即使行政机关与被处罚人并未达成合意,也有助于提供信息、减少纠纷,从而为行政机关依据普通程序作出处罚决定指明了方向,也为行政相对人进一步行使程序抗辩权提供了更充足的信息和条件,因此,对行政机关和行政相对人是大有助益的。

#### (五) 行政处罚协商程序向普通程序的转化

适用于行政处罚协商程序处理的案件在出现特定的情形时,应当转向行政处罚普通程序,依据普通处罚程序作出行政处罚决定。行政处罚协商程序向普通程序转化的情形主要有:第一,当事人经过一定期限的协商还是无法达成协议,案件将自行转入普通程序进行处罚;第二,监督机关经过审查认为该协议有违被处罚人自愿原则、认定的事实显与协商合意之事实不符,或者协商的合意显有不当或显失公平者,有权要求行政机关按照行政处罚普通程序作出处罚决定;第三,如果行政机关在协商中许诺减轻、从轻或不予处罚,而后来并没有减轻处罚,甚至作出更严厉的刑罚,监督机关应当否定该处罚协商协议的效力,并建议当事人双方重新进行协商,或者直接依照行政处罚普通程序处理该案件。

#### (六) 行政处罚协商程序的保障机制

协商程序之施行可借由制度的设计达致行政相对人认罚后迅速决定的效果,此不仅可以避免当事人的诉累,而且可达到节省行政与司法资源之效果。但是因双方当事人之间协商而恣意交易,也有可能陷入违法行为嫌疑不足之相对人被迫认罚之虞,而违反处罚法定原则。因此,在采用协商程序的同时,自有必要设计制度性保障机制,以确保行政相对人的权益不受不当之侵害。

##### 1. 行政处罚协商结果应当公开

为了防止执法机关与行政相对人的不当交易损害第三方利益或法律秩序,协商执法过程应保证公开透明,反对神秘主义。<sup>〔49〕</sup>运用协商程序处理的行政处罚案件,行政机关必须向相关利益主体和社会公告拟作出的行政处罚协商结果。行政处罚协商结果公示具有两方面作用:一方面,从行政成本及效能来看,由行政机关主动公开协商结果,有助于减少公众获得错误或误导性信息的可能性,为公众监督行政处罚协商提供了有利条件,能够极大增强其参与公共事务管理的积极性与主动性,提高公众对于处罚协商效果的认同感;另一方面,处罚协商结果公示会在客观上对违反法定义务的当事人产生一定的名誉或精神压力,进而“借助舆论特有的监督作用在全社会形成一种合力,确保行政义务得以履行,实现行政目的,切实提高行政管理效率”<sup>〔50〕</sup>。

##### 2. 设立处罚条款

行政处罚协商的内容在日后涉及他人的行政执法或刑事司法案件时,需接受相关机关调查,由相关机关严格审酌基于协商所提出的陈述的真实性。如果行政相对人在协商程序中提出虚伪陈述,那么应该对其予以行政处罚。若属于行政相对人违约的情况,行政机关直接根据法律依据对行政相对人作出决定,如果行政相对人存在虚伪陈述、提供虚伪证据的行为,可以追究其责任。若属于行

〔48〕 参见王学辉:《迈向和谐行政法》,中国政法大学出版社2012年版,第180页。

〔49〕 参见前引〔37〕,卢剑峰文。

〔50〕 禹竹蕊:《论行政机关的违法信息披露》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第71页。

政机关违反协商约定的，检察机关应当建议追究行政机关或者其主要负责人的相关责任。

### 3. 建立协商监督机制

行政处罚协商程序必须建立在规范完善的监督审查机制基础上才能得到有效实施。未经监督的行政处罚权在协商行使后，容易使行政主体和行政相对人因为利益的关联而站在同一阵营，使得双方萌生取得两者利益最大化的私欲，导致本应代表国家和人民行使法律赋予的公权力的行政主体的身份从“公人”变成“私人”，滋生权力寻租腐败行为，这样不仅不能发挥行政处罚在国家与社会管理中的应有作用，更会导致国家利益受损。<sup>〔51〕</sup>相较于其他国家机关，检察机关的职能定位以及它的专业性、权威性决定了其更加适合作为监督机关。同时检察机关作为法律监督机关，监督双方当事人协商的全过程合法性责无旁贷，还能提升处罚协商案件办理的正当性。不仅如此，检察机关还独立于双方当事人，中立的位置更利于做一位监督者和指导者。行政处罚案件经过协商达成一致后，行政机关应该将依据合意作出的行政处罚决定及时送达检察机关备案审查。重大处罚案件在协商过程中也可以直接邀请检察机关提前介入，检察机关也有权直接提前介入。检察机关认为行政相对人的意思非出于自由意志、协商的合意显有不当或显失公平、监督机关认定的事实显与协商合意之事实不符的，有权要求行政机关按照普通行政处罚程序作出行政处理决定。因此，检察机关作为第三方参与到行政协商程序中来实行法律监督与认定，可以保证行政协商的公正性与合法性，维护公共利益，实现行政协商合意的高度认可。<sup>〔52〕</sup>此外，上级行政机关基于层级监督机制，可以通过“指示”“一般行政规定”对行政处罚协商案件进行监督。必须注意的是，在一般情况下，由于当事人通过协商程序作出的处罚决定不能提起复议和诉讼，行政复议和行政诉讼的事后监督救济手段在此用武之地并不大。

### 4. 提供充足的协商诱因

美国的认罪协商制度之所以成为解决刑事案件的主要方式，主要是因为此一解决方式对所有参与者，包括审判机关、检察机关、辩护人及被告等，都是各取所需、皆大欢喜，提供了充足的诱因。因此，虽然学界大多反对协商制度，但司法实务都乐意进行协商，并接受协商结果。<sup>〔53〕</sup>在行政处罚领域，要想使协商程序得以推广使用和发挥实效，同样必须要有足够的诱因激励，以刺激行政机关、行政相对人，甚至利害关系人选择协商处罚程序。这些诱因主要表现在：对被处罚对象而言，适用协商程序可以获得较采用普通行政处罚程序更为宽大的处理，这是他们参与行政处罚协商程序所要追求的主要目标，也是最大的诱因；而对于受害方而言，他们可以获得加害人真诚的认罪道歉，获得最高额的民事赔偿；对于行政机关而言，能够提高行政处罚决定的可接受度，减少纷争，节约行政成本和资源，更重要的是能够避免渎职或不作为之追责。

## 五、结 语

行政处罚协商程序的建构，一方面使行政相对人获得实实在在的民主参与机会，使其不再处

〔51〕 参见前引〔28〕，叶勇、谭博文文。

〔52〕 参见前引〔48〕，王学辉书，第180页。

〔53〕 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，元照出版公司2004年版，第541、545页。

于国家行为“客体”的地位，一跃上升为“主体”地位，透过与行政主体的平等对话与协商，将他的想法、见解等通过协商程序完全彻底地表现出来，这有助于改变行政处罚决定作出的单方性状况，实现行政处罚决定的合意“共主”，提高行政处罚决定的民主性。另一方面，通过协商程序，有助于行政主体通过行政相对人更全面、客观地了解 and 掌握事实真相，考虑案件的特殊情况，也有助于增强行政处罚的公平合理性，预防和减少行政纠纷，节约人力和资财。正因为如此，在古典自由主义者看来，协商是真正合法的程序，<sup>〔54〕</sup> 尽管协商程序也带着某种缺陷与瑕疵。从长远意义上看，建构我国的行政处罚协商程序，将会对中国传统行政处罚理念和程序正义理念产生强烈的震撼并引发深刻的变革。行政处罚协商程序制度建构在理论研究上的重大突破，将直接导致“行政处罚实践中当事人平等”这一程序法治观念的确立，真正实现官民平等与诚信协商合作，提高新时代我国政府的综合治理能力，推进国家治理体系现代化建设的进程。

---

**Abstract:** The administrative punishment negotiation procedure is an administrative punishment procedure, which is followed when administrative agencies and administrative counterparts make decisions on punishments through communication, negotiation, compromise, etc. As a new administrative punishment procedure, it has legitimacy and justification in realizing substantive justice, solving disputes and improving the acceptance of administrative decisions. Besides, it is also an independent procedure in the administrative punishment procedures. In the meantime, it belongs to the negotiative procedure in the third generation of administrative procedure. This procedure is applicable to the cases with discretion, unclear facts and evidences or unacceptable results. When this happens, the administrative agencies can negotiate with the punished person about the matters such as the degrees of penalty, illegal facts, the number of illegal acts and so on, making written records or audio-video recording. In this situation, the agreements have legal effect.

**Key Words:** administrative punishment, negotiation country, administrative negotiation, procedural justice, negotiation procedure

---

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

---

〔54〕 参见〔美〕杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》, 沈岷译, 高等教育出版社 2005 年版, 第 244 页。