

实施新修订《行政处罚法》 亟须打开五个问号

陈以勇

工欲善其事,必先利其器。新的《行政处罚法》共增设条文 22 条,修改内容所涉条文有 70 条之多。“大修”之后的这部法律,既把党的十八大以来全面依法治国、深化行政执法领域改革的重要成果落实到法律之中,更从首次明确行政处罚的概念、完善行政处罚的种类、扩大行政处罚的设定权限、行政处罚实施权向基层延伸、细化行刑衔接制度、修改行政处罚时效制度、确立行政执法“三项制度”的法律地位、完善行政处罚听证制度、强化行政处罚的正当程序等方面,对行政执法机关和执法人员提出了诸多新要求,形成了系列新考验,对北京治理现代化更是具有重要而深刻的影响。新的《行政处罚法》实施在即,作为这部法律实施主体的行政机关,有以下五个方面的问号需要找对钥匙开对锁、解疑解惑解难题。

问号之一：海量的文该怎么清

在新的《行政处罚法》正式实施之前,抓紧完成对涉及行政处罚内容的法规、规章和行政规范性文件的集中清理,是确保这部法律顺利落地实施的重要举措。从北京市财政局紧锣密鼓组织开展专项清理的情况来看,目前已发现需要修订的行政法规和政府规章各 1 部,主要是《北京市行政事业性收费条例》《北京市会计管理办法》中存在“构成犯罪”“吊销营业执照”等条款;发现由北京市财政局主责起草、以市政府或市政府办公厅名义制发的行政规范性文件需要修改或废止的 13 件,问题主要是存在给予通报批评、行政

处罚相关决定同行政机关及其工作人员的考核考评挂钩、从严从重从快处理、构成犯罪等表述;需要对由北京市财政局主责起草并对外印发的行政规范性文件予以修改的 25 件,问题主要是存在构成犯罪、通报批评等表述。从国务院办公厅及和本市的相关工作部署来看,普遍有一种抢时间、赶进度、毕其功于一役的倾向,我感到这与各地区、各部门历史性文件如山似海、清理工作不可能一蹴而就或一劳永逸的实际状况不符。从北京市财政局的情况来看,近几年对外公开的历史性文件一度叠加到了 7500 多件,我们以不怕给“红头文件”当杀手、做屠夫的精神,几经清理攻坚才降到了现行有效文件 1975 件,其中按国办发〔2018〕37 号文件可认定为规范性文件的 726 件,上述文件的时间跨度超过 40 年,需要以反复拉网“过筛子”的方式才能实现不遗不漏、应改尽改、应废尽废。

问号之二：专业的人该怎么选

新《行政处罚法》第五十八条明确规定：“行政机关中初次从事行政处罚决定法制审核的人员,应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。”但当前行政机关普遍存在法律专业人才“引不来、留不下”“不好干、干不好”的问题,在法制工作属于非主流、非核心业务的财政部门表现得更加突出。像北京市财政局法制机构目前具有全日制法律专业背景的干部仅为 4 人、只占 40%,其他超过一大半的人员都是 50 岁以上的非法律专业干部,像该处处长(我本人)

更是两年前阴差阳错、半路出家式地轮岗交流到了法制处任职，属于在法治工作岗位上“无证驾驶、违章作业”的“三无”人员（无专业学历、无专业学位、无职业资格），存在着“外行处长干得越欢，潜在法律风险越大”的突出问题。再者，毕业于中国人民大学法学院、属于法律专业科班出身的法制处副处长屈丽敏非常优秀出色，她在任现职务9年期间连续配合辅助了5任法制处处长，至今还是“原地踏步”、默默无闻地当好财政法治工作“顶梁柱”，这种淡泊名利、顾全大局的事迹和精神虽很感人，但也容易形成一种法律专业人才在本级机关发展受限、出路很窄、既安不下“肉身”又放不下“灵魂”的导向，产生了让法律专业人才望而却步的“寒蝉效应”。据了解，上述这种非法律专业干部“鸠占鹊巢、滥竽充数”、法律专业干部“寄人篱下、委曲求全”的现象，在行政机关并不鲜见。落实新《行政处罚法》对法制审核人员提出的专业化要求，亟须从“敢问路在何方”变为“路在脚下”。

此外，新《行政处罚法》第六十条规定“行政机关应当自行政处罚案件立案之日起九十日内作出行政处罚决定”，这对行政机关执法人员的专业能力和水平提出了新要求、新挑战。从财政

部门行政执法实践情况来看，2020年全市财政系统实际编备执法人员75人（含市财政局12人），未达到执法岗位编制比应占本系统人员编制数量12%的考核要求，同时市委编办发出了《关于查处市级部门对各区机构编制条条干预问题情况的通报》，禁止市级部门对各区机构编制管理及改革进行纵向干预，这就使得市财政局难以向下发力推动解决执法队伍“小马拉大车”的问题。与此同时，财政部门现行处罚执法依据有30多部，并且还在不断增加；监管执法领域和行业覆盖面广，包括财政资金管理、政府采购、行政事业单位国有资产管理、票据管理、非税收入管理、企业财务会计监管、彩票管理、资产评估和注册会计师行业管理等；监管执法对象范围广，包括行政事业单位、社会团体、企业法人、非法人组织和个人；执法处罚难度大，主要是一些财务会计违法行为，很难通过一般性的账簿、会计信息检查发现问题，尤其是采购人、资产评估机构、会计师事务所、代理记账机构和采购代理机构等法人和其他组织，其违法行为比一般交通违法、治安违法等违法行为隐蔽性、专业性更强，查处难度更大，程序更加复杂，如证明串通投标中“串通”的证据很难取得，对专业性强的资产评估等中介



服务进行处罚也同样存在认定难、过程长、成本高等一系列问题。近几年尤为突出的问题是，一些违法行为主体采取兜圈子、躲猫猫、快速注销企业实现“人间蒸发”、在“一次不用跑”服务通道重新注册实现“改头换面、摇身一变、凤凰涅槃”等五花八门的手段，逃避财政部门执法处罚，加之财政部门属于不具有限制人身自由、查封或查扣当事人财物、冻结或划拨当事人银行存款等行政强制权的行政机关，有时执法人员东奔西跑、被遛被虐累成了狗也迟迟搞不定一个案子。按照新《行政处罚法》要求自立案之日起九十日内作出行政处罚决定，这将是一场又一场“挑战不可能”的艰苦战斗。

让专业的人干专业的事，在新《行政处罚法》正式实施之后必将更加凸显。但解决“编”和“人”的问题，行政机关所属法制机构及执法处（科）室本身没有话语权和决定权，必须从顶层设计和党管干部的层面推动解决问题。

问号之三：空白的规该怎么立

施行新《行政处罚法》确如牵一发而动全身，由此产生了配套法规的诸多空白地带、模糊地带。北京市财政局由本局法制机构唯一的法学博士、主任科员蒋贵荣牵头负责梳理，提出了财政部门所面临的七个问题：

一是关于行政处罚的种类。新《行政处罚法》第九条增加规定了“限制开展生产经营活动”“限制从业”等新的处罚种类，第六十三条规定了当事人有要求听证的权利的处罚种类。其中，“限制开展生产经营活动”，新《行政处罚法》没有赋予当事人要求听证的权利，而对“限制从业”，新《行政处罚法》赋予当事人要求听证的权利。当前，迫切需要相关法规明确政府采购法律规定中的“在一至三年内禁止参加政府采购活动”“在一至三年内禁止其代理政府采购业务”，以及《注册会计师法》第三十九条“会计师事务所违反本法第二十条、第二十一条规定的，

由省级以上人民政府财政部门给予警告，没收违法所得，可以并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，并由省级以上人民政府财政部门暂停其经营业务或者予以撤销。注册会计师违反本法第二十条、第二十一条规定的，由省级以上人民政府财政部门给予警告；情节严重的，可以由省级以上人民政府财政部门暂停其执行业务或者吊销注册会计师证书”规定的“暂停其经营业务”“予以撤销”“暂停其执行业务”，属于新《行政处罚法》规定的何种处罚种类，以便在执法过程中明确是否适用听证、集体讨论和法制审核等处罚程序。

二是关于没收违法所得。新《行政处罚法》第二十八条规定“当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”本条规定了“违法所得”的概念，但在财政部门执法中，对被处罚的会计师事务所、资产评估机构、注册会计师和政府采购供应商等当事人的“违法所得”该如何计算，是否要考虑扣除成本、已经缴纳的税费等，规定不明确，使“违法所得”的计算缺乏明确的依据，建议有权机关予以明确。

三是关于主观过错的认定。新《行政处罚法》第三十三条规定“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”在财政部门执法中，如何判断违法行为人的“主观过错”，还没有明确的规定，这也对市级行政机关统一制定并向社会公示行政处罚裁量基准形成了挑战，建议有权机关进一步明确。

四是关于行政处罚追溯时效问题。新《行政处罚法》第三十六条规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延

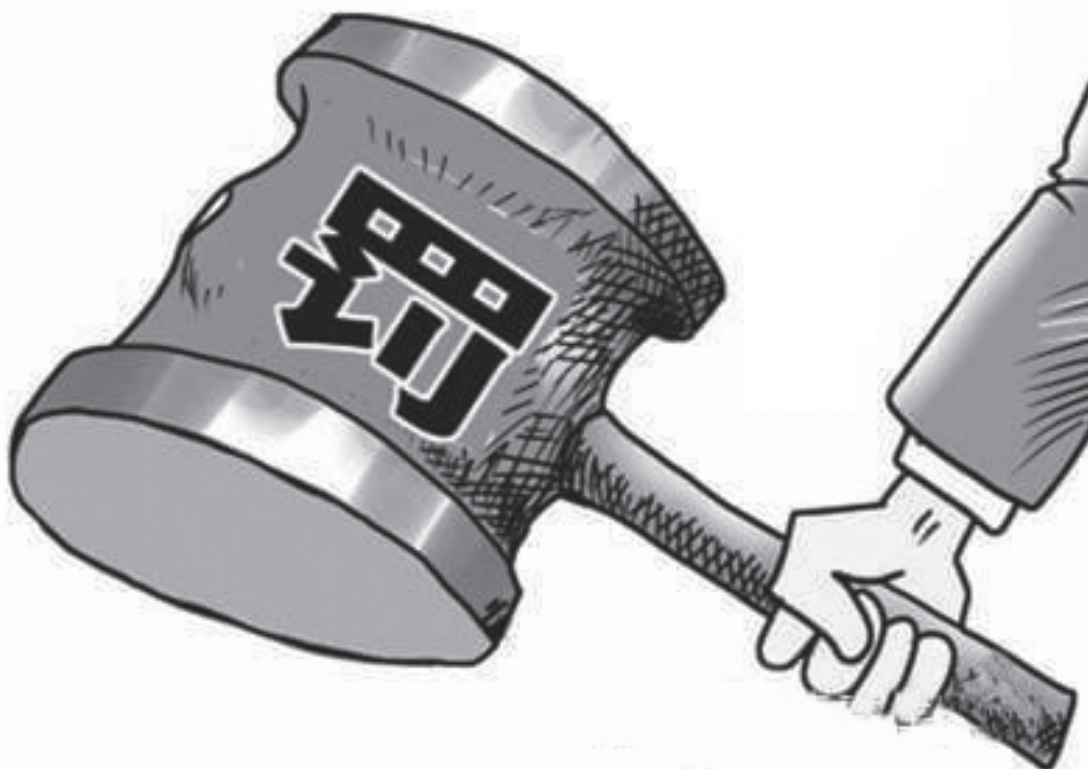
长至五年”。建议有权机关尽快明确涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，处罚期限延长至五年的具体情形或者明确具体的认定标准。

五是关于已立案案件的办理时限问题。新《行政处罚法》第六十条规定：“行政机关应当自行政处罚案件立案之日起九十日内作出行政处罚决定”。第三十七条规定“实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。”鉴于财政部门部分2020年立案的行政处罚案件正在办理中，建议明确新《行政处罚法》正式实施前已立案且尚未办结案件，是否适用90天办理时限的程序规定。

六是关于听证数额标准的确定。新《行政处罚法》第六十三条规定“行政机关拟作出下列行政处罚决定，应当告知当事人有要求听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组

织听证：（一）较大数额罚款；（二）没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物；”对于“较大数额罚款”“较大数额违法所得”“较大价值非法财物”的具体数额标准，还没有明确的规定，建议有权机关予以明确。

七是关于实施联合惩戒问题。新《行政处罚法》所规定的行政处罚的种类，并没有联合惩戒这个种类。当前本市由35家行政机关联手对违法失信主体所采取的联合惩戒措施，所依据的仅仅是国家发展和改革委员会等部门《关于对重大税收违法案件当事人实施联合惩戒措施的合作备忘录（2016版）》，以及本市京经信委发〔2017〕33号通知，其中属于财政部门职责范围内的惩戒措施有四项，分别是“禁止参加政府采购活动”“依法依规限制政府性资金支持”“依法限制参与有关公共资源交易活动”和“依法限制参与基础设施和公用事业特许经营”。从联合惩戒措施所特有的“杀伤力”来看，在



很大程度上已形成了不是行政处罚但又不逊于行政处罚的效果,应当尽快从“法无授权不可为”和“法定职责必须为”的角度加以清理和规范。

问号之四：罚缴的账该怎么算

新《行政处罚法》在第六十七条、第六十八条、第六十九条、第七十条、第七十一条、第七十二条、第七十七条、第七十八条、第七十九条规定了罚缴分离、上缴国库、当场收缴、出具票据、拒绝缴纳、加处罚款、强制缴纳、暂缓缴纳、公开拍卖、不得挂钩、禁止返还、对截留或私分罚款进行追责等内容,用这么长的篇幅聚焦行政处处处罚款问题,在现行法律法规中比较罕见。联系近期媒体曝光和热炒的“逐利执法”问题,说明作出这样的法律规定确有必要、势在必行。从北京市的情况看,早在20多年前就结合部门预算制度改革和国库管理制度改革,严格落实了“收支两条线”管理,在本市不存在行政处处处罚款同执法主体挂钩、向执法主体返还的问题,“逐利执法”在北京没有空间和市场。但当前面临的问题是,现行预算科目“类”“款”“项”等没有行政处处处罚款的科目设置,平时的罚缴情况湮没在非税收入收缴管理之中,一般要到年度终了完成决算编报时,才能将全口径的行政处处处罚款收缴情况完整地呈现和反映出来,这种相对迟滞性的披露,不能满足社会公众对行政处处处罚款收缴情况的知情权、监督权,需要结合推进预算管理一体化系统建设等加以研究和改进。此外,本市正在加快推进“公物仓”建设,也应当秉持公开、开放的态度和精神,以线下“实物仓”与线上“虚拟仓”齐头并进的形态,向社会公众披露罚没物

资入仓后的管理、处置、流转、利用等情况,切实交出一本“明白账”“放心账”。

问号之五：查处的案该怎么晒

新《行政处罚法》第四十八条规定：“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。”“公开的行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的,行政机关应当在三日内撤回行政处罚决定信息并公开说明理由。”从本市行政机关对行政处罚决定信息进行公开的情况来看,不仅要在本机关门户网站的行政执法信息专栏公开,而且要分别录入司法部门的行政执法信息管理平台,市场监管部门的企业信用信息网,经信部门负责的大数据汇聚平台、“信用中国(北京)”及本市公共信用信息服务平台,政务服务管理部门负责的“互联网+监管”及“一网通办”等,再加上其他一些中央部委也通过自身相应的平台收集信息,有的执法处室反映一个行政处罚决定最多要同时向12个平台进行录入和报送,并且各个平台所提出的要素、路径、需求等各不相同,造成了同一个信息不得不多头重复录入,既不利于当事人从最权威的官方渠道顺利查询获得信息,更造成信息化系统重复建设、网络资源和人力资源严重浪费,极大地增加了行政运行成本。建议结合实施新的《行政处罚法》,对行政处罚决定依法应当公开什么、怎么公开、在哪儿公开,作出统一规范,切实使“村村点火、家家冒烟”搞公示、“乱花渐欲迷人眼”的局面得到彻底扭转。

(本文作者系北京政府法制研究会副会长、北京市财政局法制处处长)