

论行政回避制度

章剑生

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

【摘要】行政回避是行政程序法上的基本制度。它作为一项保障行政公正的法律制度之所以为人们所关注,是因为能满足人们要求受到公平对待那种与生俱来的期待。行政回避作为一个法律制度应当由回避缘由、范围、程序和限制组成。我国行政回避立法不统一的问题必须通过行政程序法加以规范,而行政回避实际效果不理想的问题,则需要通过进一步完善相应的行政法律制度来解决。

【关键词】行政程序法;行政程序;行政回避

【中图分类号】D922.1 **【文献标志码】**A **【文章编号】**1008-992X(2002)06-0027-09

一、行政回避何以重要?

行政回避是指行政机关工作人员在行使职权过程中,因其与所处理的事务有利害关系,为保证实体处理结果和程序进展的公正性,根据当事人的申请或行政机关工作人员的请求,有权机关依法终止其职务的行使并由他人代理的一种法律制度。

法律上的回避制度源于人类对应受公平对待期待的自然本性。回避制度最初产生于司法程序,它是指“法官在某个案件中拒绝行使审判权的一种特权和义务。由于法官与某一方当事人存在亲属关系或因案件的结果可能产生与其有关的金钱或其他利益,他可能被怀疑带有某种偏见,因而不参加该案的审理”^[1](p.247)]。

行政回避制度的重要性可以体现在以下几个方面:

1. 回应人的本性的需求,公正对待他人。

在程序法律制度中设立回避制度是人们追求法律公正的结果。人类具有天然的公正情感,在相互交往的过程中维护公认的公正状态是社会正常发展的基本前提。当人类选择了法律作为解决双方争议的一种手段时,程序的公正性成了人们关注的一个焦点,程序公正是人们在设计解决权益冲突制度时的首选法律价值。程序公正的第一要义是,程序的操纵者与程序的结果应当没有任何利害关系,否则,程序的操纵者可能会利用自己在程序中的优势地位,促使程序的结果向有利于操纵者方向发展。如果法律程序的主持人与程序结果有利害关系,则人们不会以公正的心态去认同该法律程序的结果。在西方法学史上,法律始终被认为是公正的同义词,所以,离开公正来谈法律是没有任何意义的。凡涉嫌于有违公正的程序操纵者不得再介入此程序,不得对该程序的发展施加任何影响。这已成为人们公认的法律基本价值。因此,回避作为一项法律制度具有悠久的历史。

2. 行政程序不能构成三角形的程序模式,行政权的公正性更受关注。

20 世纪后,随着行政程序法典化运动的展开,行政程序和诉讼程序在法律价值上的某种共性,使诉讼程序中的回避制度移植于行政程序有了法理基础。通过一些国家立法者的努力,在行政程

【收稿日期】2002-03-11

【作者简介】章剑生(1964-),男,浙江海宁人,武汉大学法学院高级访问学者,浙江大学法学院法律系教授,主要从事行政法学研究。

序中确立回避制度成为现实。我们知道,行政机关的任何一项职权都要由具有自然人特性的行政机关工作人员来行使的,而每个行政机关工作人员都生活在一定的社会关系中;社会关系的复杂性使他们在行使职权处理行政事务过程中,经常会遇到本人与其所处理的事件之间存在着一定的利害关系,尤其是在其出生地或长期在一地任职的行政机关工作人员,这种情况更是经常发生。从行政公正性要求看,行政机关工作人员应当与所处理的事务没有任何利害关系,只有这样,才能保证处理结果的公正性。但是,如果行政机关工作人员与其处理的事务有一点利害关系就应当回避,则可能会影响行政效率。实际上,有些利害关系并不一定都会影响行政机关工作人员处理法律事务结果的公正性,所以,程序中回避的理由往往是由法律明确规定的。

3. 妥善、彻底地解决行政争议,有助于维持一个良性的现代社会秩序。

回避制度的法律价值在于确保法律程序的公正性,而法律程序的公正性则可以树立起利益冲突的双方当事人寻求法律程序来解决争议的信心,客观上也有助于产生社会稳定发展的积极力量。人类社会的变迁史已证实,任何在无秩序状态中消弥冲突的企图,只会使冲突变得更加剧烈。在西方法治国家中,法院的判决能够较好地终止法律争议,源于法官所具有的较高的法律权威。而法官之所以如此受人尊敬,与他在诉讼程序中不偏不倚的中立地位具有相当密切的关系。法官这种中立的地位取决于他受诉讼法的回避制度制约,可以说,如果没有回避制度,法官的这种中立地位也就难以保障,诉讼目的也就不可能实现。因此,在行政程序法上确立回避制度,根本的目的是为了使行政相对人真心实意地接受行政机关做出的对其不利的决定,从而及时消弥行政争议。

二、行政回避的基本内容

(一)回避缘由

回避缘由是指行政机关工作人员与行政相对人之间因何种理由,导致行政相对人认为其不能公正处理行政事务的心理倾向或客观事实。从各国行政程序法的规定看,回避缘由内容在表述上不尽一致,如“个人偏见”、“招致不公正事由”、“偏袒嫌疑”和“利害关系”等。可见,回避缘由既有行政相对人的主观判断,如“偏见”,也有无法改变的客观存在,如“利害关系”。现分述如下:

1. “偏见”。偏见,偏于一方面的见解[2](p.420)。在法律上,这种个人的“偏于一方面的见解”形成于行政机关工作人员在未了解全部案情之前,或者其因民族、种族、性别等非人为因素而对某些事情形成的看法,如印度电影《拉兹》中拉兹父亲的“名言”：“法官的儿子是法官,贼的儿子就是贼。”对于有偏见的行政机关工作人员来说,全面、客观地了解案件真实情况对于他来说已并不重要,他对案件的处理在内心早已有了结论,法律程序作为形成行政决定的过程变成了“过场”。

有时,行政机关基于职能的交叉,也会导致他事先介入了案件的处理。如在英国,“一个普遍的问题就是,裁决人以某种别的身份已经与案件相牵连。这在治安法官的情形中尤其容易出现,他们可以同时充任地方当局或其他行政机构的成员。”在这样的情况下,行政机关也会产生某种“偏见”[3](p.119)。

这些“偏见”是否构成法律上的偏见,需要作进一步的分析。如“先入为主”本身就是个人偏见的表现形式之一,但是他并不必然构成个人偏见。如在美国联邦贸易委员会诉水泥协会案中,联邦贸易委员会经过调查认定水泥工业中多种价格制度是联邦贸易法所禁止的不正当手段,为此,联邦贸易委员会对水泥协会提出指控。在联邦贸易委员会主持的程序中,水泥协会认为联邦贸易委员会对此案有先入之见,即以偏见为由请求联邦贸易委员会回避。联邦贸易委员会否决了这一请求,并受到了联邦最高法院的支持[4](p.287)。因此,行政回避中的“偏见”不能也不必作广义上的理解。

如果过度地扩大“偏见”的外延,可能会使行政机关难以有效地行使行政职权。

2. 利害关系。利害关系,系指案件处理的结果影响到负责处理案件的行政机关工作人员的金钱、名誉、友情、亲情等增加或减损。人在作为一个社会人时,他始终处于各种利害关系中,离开了这种利害关系,他是无法生存的。行政机关工作人员虽然是经过比较严格的法律程序选拔出来的,但这种选拔程序并没有隔绝其与社会其他成员的关系。基于人天生所具有的趋利避害的本性,行政机关工作人员在行使职权时有时可能会屈从于与其有利害关系成员的无理要求(如自己儿子的老师说情、亲朋好友的劝告等,都可能会导致行政机关工作人员失去公正而徇私枉法)。因此,利害关系构成了法律上回避的另一个缘由。

然而,利害关系本身的内涵极其复杂,如果将所有的利害关系都纳入回避缘由,可能导致行政机关中没有符合法律规定的行政机关工作人员来行使案件的处理职权。因此,下列几种利害关系可以不列入“回避缘由”:

(1) 罚没款与行政机关工作人员的收入关系。在美国 1927 年的塔迈诉俄亥俄州案中,市镇法官的报酬来自市法院所判决的罚金,最高法院认为在这种情况下,法官对于判决的结果,有直接的金钱利害关系,不符合正当的法律程序,因此撤销了这个判决。另一个案件中,市镇长官负责市政的财政收入。最高法院认为由市镇长官主持的市法院所判决的违反交通规则罚款,不是由大公无私的裁判官所主持,不符合正当的法律程序[5](p.459)。从我国的实际情况看,美国的这种做法显然是行不通的。尽管我国行政处罚法规定了罚没款收支两条线,但是,财政部门返回罚没款的比例与行政机关上交罚没款额之间仍然存在着事实上的比例关系,至于税务机关可以从税收额中留存,国土资源管理部门可以从出让国有土地有偿使用费中提留等,都说明了这些行政机关处理相关案件中存在着利害关系。如果隔断这种利害关系,行政机关工作人员可能会丧失行使职权的积极性。

(2) 师生关系、同(学)籍关系以及曾经为同事、上下级关系等。这种关系的双方在行政案件中经常可能成为行政法律关系的主体。然而,在现实生活中,这种关系是相当普遍的,如果它也成为回避缘由,那么行政机关工作人员在行使行政职权过程中经常可能因这种关系的存在而回避,以致影响行政机关行政管理的效率。因此,将这种关系排除在回避缘由之外是合理的。

(二) 回避范围

回避范围是指与哪些与行政机关工作人员有利害关系的人作为案件当事人时,行政机关工作人员应当回避。一般认为,回避范围是:

1. 当事人中有其亲属的。这里的亲属究竟包括哪些人,各国的法律规定并不一致。瑞士《行政程序法》规定“为当事人之直系血亲或三亲等内之旁系血亲或与当事人有婚姻、婚约或收养关系者”[6](p.22)。奥地利《行政程序法》将“配偶、血亲、姻亲之尊卑亲属、侄(甥),或其他更近之血亲或同等之姻亲”列为亲属[6](p.205)。葡萄牙《行政程序法》规定了“其配偶、任一直系血亲或姻亲、二等亲内之旁系血亲或姻亲”为亲属[6](p.484)。各国不同的规定至少说明了在这个问题上,不必强求统一的规定。国情不同,会导致即使是同等亲属,他们之间关系的密切度也是不同的。

2. 与当事人的代理人有亲属关系的。当事人参与行政程序,有时聘用代理人为其提供法律帮助,以便更好地维护自己的合法权益。如处理本案的行政机关工作人员与该代理人之有亲属关系,实际上无异于与当事人有亲属关系。在此种情况下行政机关工作人员不回避,可能会导致案件处理不公。

3. 在与本案有关的程序中担任过证人、鉴定人的。行政案件在调查程序中,行政机关工作人员作为证人向调查人员提供了证言,或者以专家的身份就案件的专门问题做出鉴定结论,他们提供的

证据成为行政机关处理本案的证据之一。当案件进入听证程序时,他们又成为该案件的听证主持人,则应当回避担任本案的听证主持人,否则“先入为主”足以使当事人的听证权流于形式,也会使当事人感到他们作为听证主持人不可能公正行事。

4.与当事人之间有监护关系的。监护是指对未成年人和精神病患者的人身、财产以及其他合法权益的监督和保護。这种职责的承担者在法律上称为监护人。监护人可以是近亲属,但在没有亲属的情况下,法院可以为其指定监护人。如行政机关工作人员被法院指定为监护人,而被监护人又为本案的当事人时,该行政机关工作人员在法律上就是本案当事人的法定代理人,具有与当事人同等的法律地位。

5.当事人为社团法人,行政机关工作人员作为其成员之一的。现代社会公民有结社的自由。行政机关工作人员的身份不影响其参加社团组织,如集邮协会、书法协会等。当这些社团组织成为案件一方当事人时,作为成员的行政机关工作人员因与该社团之间的关系,失去了处理本案的资格。

6.与当事人有公开敌意或者亲密友谊的。公开敌意是指行政机关工作人员曾公开向本案的当事人或者在当事人不在场的其他公开场合表示过对其的憎恨,或者极不友好的言语。如在著名的辛普森案件中,警官佛曼曾在一位剧作家的录音带中公开宣称洛杉矶市政府里的黑人都该一起枪毙掉。在十四个小时的录音中,他不止四十次用了“黑鬼”这个词^[7](p.244)。这是警官佛曼对黑人公开表现出敌意,如果由他来处理一方为黑人的案件,足以构成回避的理由。同样,与当事人之间的亲密友谊也可能影响案件的公正处理。这种亲密友谊可能是恋人关系,或者是救命恩人,也可能是生死之交等。这种关系的存在可能会使行政机关工作人员在处理案件时内生偏心,不能公正行事。

7.其他有充分证据可以证明行政机关工作人员不能公正处理案件的。这是一个兜底说明。除上述情形外,如一方当事人有充分证据证明行政机关工作人员可能有偏私的情况,行政机关工作人员即丧失处理案件的资格。

(三)回避程序

1.自行回避。自行回避是行政机关工作人员认为自己与本案有法律规定的回避情形时,向本机关的负责人主动提出要求回避处理本案的请求,本机关负责人对行政机关工作人员的申请依法进行审查并做出是否准许的决定。自行回避程序大致有以下内容:

(1)请求。行政机关工作人员可以在对案件做出决定之前的任何时候,如认为自己与案件有法律规定的回避情形时,可以提出回避请求。行政机关工作人员提出回避请求,应当以书面形式,并说明回避的理由。

(2)审查。行政机关负责人在收到行政机关工作人员回避请求时,应当尽快给予审查。回避审查以书面形式为主,必要时也可以当面听取行政机关工作人员的陈述。如行政机关负责人提出回避请求的,任命机关或者监督机关可以作为审查机关行使审查权。为了确保行政效率,审查期限一般以三天为限。由于自行回避系行政机关的内部行为,因此不需要听取双方当事人的意见。但是,行政机关负责人如认为有了解回避情形必要的,也可以听取当事人的陈述。

(3)决定。回避请求经审查后,行政机关负责人如认为回避情形成立的,应当立即终止该行政机关工作人员处理本案的职权,并任命另一行政机关工作人员接替此案的处理。应回避的行政机关工作人员在接到此决定后,应当尽快将案件材料移交给接替其职权的行政机关工作人员。如果行政机关负责人认为回避情形不存在的,则应命令该行政机关工作人员继续处理本案,直至行政程序结束。对于此决定,当事人不得提出异议。如果有权限的行政机关一时不能确定接替的行政机

关工作人员,应决定中止本案的行政程序。

2. 申请回避。申请回避是当事人认为处理案件的行政机关工作人员有法律规定的回避情形时,在行政程序结束之前依法向有权限的行政机关提出要求该行政机关工作人员回避处理本案的请求,有权限的行政机关依法对此申请进行审查后做出是否准许的决定。申请回避程序大致有以下内容:

(1) 申请。当事人在行政程序进行过程中,如发现负责案件处理的行政机关工作人员有法定回避的情形时,应当在程序终结之前向有权限处理的行政机关提出申请,要求该行政机关工作人员回避处理案件。回避申请应当以书面形式提出,并附有证明回避情形存在的证据材料,送至有权限处理的行政机关。如果当事人提出书面申请有困难的,也可以口头形式提出,接待当事人的行政机关工作人员应当制成笔录,该笔录与当事人书面申请具有同等的法律效力。当事人在有权限处理的行政机关做出决定之前,可以撤回申请,但这并不影响他在行政程序结束之前再次提出回避申请。

(2) 审查。有权限的行政机关在接到当事人的回避申请后,应当尽快给予审查。审查应当以书面形式为主,必要时应当听取当事人和被申请回避的行政机关工作人员的陈述。审查期限一般也以三天为限,如遇有特殊情况不能完成审查的,可以决定做出适当的延长决定。但延长期限不超过三天。

(3) 决定。经审查后,有权限的行政机关认为回避申请理由不成立的,应当决定驳回申请。对于驳回申请的决定,当事人有权申请复核一次。有权限的行政机关认为回避申请理由成立的,应当决定被申请回避的行政机关工作人员停止案件的处理,并及时移交至接替其职权的行政机关工作人员。如果有权限的行政机关一时不能确定接替的行政机关工作人员,应决定中止本案的行政程序。

(四) 回避限制

1. 回避不能瓦解行政机关的管辖权。这一限制意味着回避不能使行政机关体系内有管辖权的行政机关无法对案件行使管辖权。这一限制是基于公共利益高于个人利益之原则。因这一限制可能导致个人利益受到损害,其适用必须受到严格限制。

2. 行政程序结束后当事人不得提出回避申请。当事人要求行政机关工作人员回避是一项程序权利,这项程序权利的行使有严格的时间限制。事后当事人提出回避申请的情况可能是:(1) 事先知道回避情形存在,事后因不满结果而提出回避申请。这种情况应视为其放弃申请权。因为,为了确保程序的有效进行,当事人有义务随时行使自己的权利,抵制无效程序的开始。(2) 回避情形事后才知道,当事人因此而提出回避申请。对于这种情况,如果行政机关工作人员没有告知回避申请权的,可以作为程序违法的理由在行政救济程序中提出来。如果行政机关工作人员已经告知回避申请权的,则可以视为当事人放弃回避申请的权利。

3. 应当回避而没有回避下做出的行政行为的效力。回避本身是为了防止行政机关工作可能作偏私的决定,因此,这并不意味着存有偏私情形的行政机关工作人员做出的决定必然不公正。但是,对一个有偏私情形的行政机关工作人员在没有回避的情况下做出的决定,尽管在法律上可能无可挑剔,但人们也可能会产生排斥之感。行政机关工作人员具有偏私的情形,在法律上意味着他已丧失了作出裁决的资格,因此,应当回避而没有回避做出的行政行为应可撤销,除非当事人放弃申请权。

三、我国行政回避制度之检视

行政回避至今仍未纳入绝大多数行政法学者的研究视野,作深入论述者更是无几。对于这个事关行政公正的法律制度的轻视,至少说明我国行政法学理论与实践之间存在着—时难以消除的断层。

中国是一个伦理社会,在传统上“天理”、“人情”、“国法”三者的排列顺序说明了人情与国法的关系。虽然中国古代也建立了官员的任职回避制度,但是,它并没有解决官员处理个案中的回避问题。新的法律制度确立后,面貌一新的法律制度仍然在没有完全改造过的传统文化基础上运作,导致新的法律制度并没有产生良好的社会效果。行政程序法制建设中对行政回避的制度性构建始终没有被放置应有的地位。从恢复法制建设以来国家所发布的有关行政程序性法律、法规和规章的规定看,回避制度依然是一个没有获得合理设计的法律制度。在我所查阅到的法律、法规和规章的规定看,有关回避制度的内容基本上是重复了诉讼法和行政处罚法的规定,且在适用范围上,也主要限于行政处罚程序,在其他行政行为程序中似乎少有规定,如行政许可、行政强制等程序。

我国现行的行政回避制度还没有发挥其应有功能。从行政执法实践看,虽然行政相对人很关注自己是否受到了公正对待,并以此作为是否接受行政行为的条件之一,但很少有行政相对人提出要求行政机关工作人员在执行公务时履行回避义务;即使提出了回避申请,也经常被行政机关以各种理由予以拒绝。行政机关工作人员在宗属、亲属、朋友、同学等要求“照顾”时也很少主动提出回避请求,以便于在处理公务时为其提供“便利”。究其原因,我认为主要是:

1. 缺少保护行政相对人合法权益的程序机制。

行政相对人提出回避申请被行政机关驳回后,如何防止行政机关及其工作人员因行政相对人提出回避申请而在行政公务中对其刁难、报复,对此我国没有现行的预防性制度。在这样的情况下,行政相对人可能宁愿忍气吞声地受行政机关工作人员不公正的处理,也不会对行政机关工作人员执法的公正性公开表示怀疑。

2. 回避违法不构成行政行为撤销的理由之一。

虽然我国行政复议法和行政诉讼法都将“违反法定程序”作为撤销行政行为的理由,但回避违法是否属于违反法定程序,尚无法律明确规定。在目前的行政复议和行政诉讼实践中,很少有行政行为因行政机关违反回避的法律规定而被复议机关或者法院撤销。这种现象一方面助长了行政机关及其工作人员轻视回避制度的不良心理,另一方面也淡薄了行政相对人对行政回避功能的认识,使其难以借助行政回避来维护自身的合法权益。

3. 行政相对人申请回避举证困难。

行政相对人认为行政机关工作人员与本案有利害关系,要求其回避处理本案,行政相对人必须提出证据证明这种“利害关系”的客观存在。但是,由于行政相对人在现行法律制度中很难找到可以利用的手段获取这方面的证据,再加上我国行政资讯透明度很低,行政相对人举证不力,或者无法举证的情况时有发生。这些情况均导致行政相对人回避申请失败。

4. 行政机关工作人员原籍任职。

我国清代以前的法律曾有“五百里之内不为官”的规定。这一规定的主要内容是,政府官员必须远离原籍五百里任职,以防止政府官员偏袒亲情,为官不公。由于户籍管理制度的原因,我国现在地方政府的工作人员包括大多数领导干部都来自本地,“大中专毕业回原籍就业”的政策也是出于户籍管理制度的需要。在这样的情形下,行政机关工作人员与行政相对人之间很容易形成一个“熟人社会”,织成了一个亲朋好友的关系网,从而使行政回避制度失去了社会基础。

5. 伦理社会中人情因素。

我国传统上是一个伦理社会，“人情”构成了人与人之间社会关系的基础，宗属、亲属观念则进一步强化了这种人情的社会价值，从而在很大程度上支配着人们的日常活动。人情一方面可以在行政机关工作人员与行政相对人之间形成融洽的关系，提高行政机关的行政管理实效，但另一方面人情也成为影响行政相对人申请回避的一个情理因素，行政相对人可能基于情面放弃提出回避申请。

从我国现行法定的行政回避制度和行政执法实践看，反映在行政回避制度层面上的问题主要有：

1. 回避程序缺失。

行政机关工作人员或当事人提出回避要求时，应当明确受理机关。与此相关的问题是，回避的举证责任、被回避行政机关工作人员的代理职务的确定问题、必需原则的适用等。尽管现行行政处罚法规定了自行回避和申请回避两种方式，但是，有关回避的程序却并不完善，如当事人在非听证程序中没有申请回避的权利，即使在听证程序中当事人申请回避的，也没有明确应当向哪个机关提出申请。在自行回避中，行政机关工作人员如认为自己与当事人有直接利害关系的，法律也没有进一步规定回避的程序。在这样的情况下，行政机关工作人员也难以履行回避的义务。

2. 回避条件模糊。

虽然现代法律模糊性是它本身固有的一个特征，但是，这种模糊性并不是现代法律的一个优点。模糊的法律存在着可以随意解释的可能性，因此，只要立法技术允许，应当尽可能避免法律的模糊性。在行政回避的条件上，虽然我们在立法技术上还不能穷尽所有的具体情形，但是，我们也不能仅以“利害关系”作为回避的一个模糊的法定条件。这样做一方面可能会有助于提高行政效率，但另一方面很容易导致行政机关在这个问题上滥用自由裁量权，进而否定当事人的申请回避权。

3. 违反回避制度的法律后果不明确。

一个法律制度如果不明确相应的法律后果，那么该法律制度不能产生相应的法律实效。然而，据我个人查阅的范围，我国现行法律对违反行政回避制度法律后果的规定并不具体、完整。如在行政处罚法中，虽然确立了行政处罚的回避制度，但对违反行政回避制度的法律后果只限于对行政机关直接负责的主管人员和其他责任人员给予行政处分，对行政机关做出的行政处罚决定是否合法却没有做出具体的规定^①。从实务上看，法律如果不明确行政机关及其工作人员违反行政回避制度所实施的行政行为是否有效，往往导致行政回避制度对行政机关及其工作人员执法行为的约束力，从而使回避制度虚置。

我认为，能否有效地实施行政回避制度，需要行政听证、行政复议和行政诉讼等相关的行政法律制度合力，而这一合力能够产生实效的前提是行政回避制度应当由行政程序法统一作出规定。我国在制定行政程序法时，关于行政回避制度应当考虑如下几个法律问题：

1. 回避程序。

行政回避可以分别规定为自行回避和申请回避两种。这也是许多国家行政程序法所确立的两种回避方式。自行回避应当是行政机关工作人员的一项法定职责，如行政机关工作人员在执行公务时遇有自行回避的法定情形而不回避的，则应当承担相应的法律责任，其做出的行政行为效力也

^① 《中华人民共和国行政处罚法》第55条规定：“行政机关实施行政处罚，有下列情形之一的，由上级行政机关或者有关部门责令改正，可以对直接负责的主管人员和其他责任人员依法给予行政处分：（一）没有法定的行政处罚依据的；（二）擅自改变行政处罚种类、幅度的；（三）违反法定的行政处罚程序的；（四）违反本法第十八条关于委托处罚的规定的。”

会因此受到影响。申请回避应当是行政相对人的一项法定权利,只要行政相对人在参与行政程序过程中认为有法定回避情形时,有权依法向法定机关提出回避申请。有决定回避申请权力的机关必须在法定期间内给予一个明确的决定,否则,行政相对人可以启动行政救济程序或者在事后的法律救济中,将此作为一个要求撤销行政行为的抗辩理由。无论是自行回避还是申请回避,法律必须对提出回避请求人的资格、方式、受理机关、决定机关、决定方式,时限等做出明确的程序性规定。

2. 明确列举回避的法定情形。

行政程序法必须在确定“利害关系”为回避条件之后,进一步详细列举若干种常见的利害关系的表现形式。^①法律不能仅设“利害关系”这一模糊的法定条件,为行政机关出于私利而作不正当的解释提供依据。从许多国家的行政程序法规定中可以看到,列举利害关系表现的若干情形已成为立法的通例,况且,我国的三大诉讼法都已经采用了这样的立法方式。当然,为了回避情形在法律上予以穷尽,有必要设置一个兜底条款,以适应复杂的客观情况的需要。

3. 明确规定违反回避制度所实施的行政行为的效力。

违反行政回避制度从性质上说是程序违法的行为。由于程序违法并不必然导致实体违法,即程序违法与实体违法之间存在着不确定的关系。虽然违反法定程序的行政行为是否都必须撤销在法理上存有争议,但程序违法可能影响到实体内容的正确性,这是学者们都可以接受的。我国行政诉讼法对违反法定程序的行政行为效力已经有明确的规定,但它是否可适于违反回避制度所实施的具体行政行为?我认为,这应当是不容置疑的问题。行政程序法应当对违反行政回避制度情况下实施的行政行为是否合法做出具体的规定。

[参 考 文 献]

- [1] [英]戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[M].北京:光明日报出版社,1989.
- [2] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语小词典[M].北京:商务印书馆,1980.
- [3] [英]威廉·韦德.行政法[M].北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [4] [美]伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].北京:中国政法大学出版社,1990.
- [5] 王名扬.美国行政法:上[M].北京:中国法制出版社,1995.
- [6] 应松年主编.外国行政程序法汇编[C].北京:中国法制出版社,1999.
- [7] 林达.历史深处的忧虑[M].北京:三联书店,1997.

[责任编辑 曾建林]

^①《国家公务员任职回避和公务回避暂行办法》(国家人事部人发[1996]48号)则以“亲属关系”作为回避的缘由,并将亲属关系的范围限定为:“(一)夫妻关系;(二)直系血亲关系,包括祖父母、父母、子女、孙子女、外孙子女;(三)三代以内旁系血亲关系,包括伯叔姑舅姨、兄弟姐妹、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄子女、甥子女;(四)近姻亲关系,包括配偶的父母、配偶的兄弟姐妹及其配偶、子女的配偶及子女配偶的父母、三代以内旁系血亲的配偶。”这种列举的范围是不科学的,因为在这个范围之外其他利害关系支配下,国家公务员也可能难以公正地执行职务。

On the Avoidance System in the Administrative Procedure

ZHANG Jian-sheng

(*Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou, Zhejiang 310028, China*)

Abstract: Administrative avoidance is a basic system of the administrative procedure. As a law system for just administration, it is taken seriously because it can meet people's inborn expectations for fair treatment. Administrative avoidance is made up of avoidance cause, avoidance scope, avoidance procedure and avoidance limitation. What is not unified in the legislation of administrative avoidance in this country has to be normalized by the administrative procedure law, while the problem of the inadequate administrative avoidance needs to be solved by a better administrative law system.

Key words: administrative procedure law; administrative procedure; administrative avoidance

邮发代号: 国内 32 - 35

国际 BM 372

欢迎订阅 2003 年《浙江大学学报(人文社会科学版)》

《浙江大学学报(人文社会科学版)》是由教育部主管、浙江大学主办的综合性人文社会科学学术刊物,是中国期刊方阵双效期刊、全国中文核心期刊、全国人文社科核心期刊、全国中文社会科学引文索引(CSSCI)来源期刊、全国双十佳社科学报。它是全国最先采用同行专家双向匿名审稿制的社科学术期刊之一,在学界享有较高声誉。

《浙江大学学报(人文社会科学版)》为双月刊, A4 开本,逢单月 10 日出版,全年共 6 期。刊号:ISSN 1008-942X, CN 33-1273/C。每期订价 10.00 元,全年订价 60.00 元。欢迎向各地邮局订阅。