

论行政调查正当程序中的令状主义原则*

汤俪瑾

摘要: 令状主义作为一种为各国普遍确立的宪法原则,理应适用于行政调查中,这是对公民的基本宪法权利的有力维护。行政调查正当程序中适用令状主义原则,应当考虑行政调查的行政性,不应当像在刑事程序中一般苛责;并根据行政调查的不同类型,在具体适用令状主义时有所区别。

关键词: 行政调查; 令状主义; 公民权利; 行政程序

行政调查是行政机关的信息搜集活动,是几乎所有其他行政行为的程序环节和处分基础。“行政机关不论是制定法规,进行裁决,拟定计划,批准许可,提供援助,查明某一法律执行情况,确定某一法律是否适用于某人或某事,确定收费标准,纳税金额,发现行政上的弊端,拟定行政上的改革等,不论所采取的行为的性质属于制定普遍性的规则,或属于作出具体性的处理,都需要调查。行政机关如果不掌握必要的信息就不能进行任何有效果的活动,特别是在高度工业化和信息化的现代社会中,行政效率在很大程度上依赖于迅速和准确的调查。”^[1](P. 323-324)

行政机关行使调查权力,不可避免地会影响调查相对人的自由和利益。随着行政权力的不断扩张以及社会信息化现象的日益泛化,政府获取信息的权力逐渐膨胀,对于公民权利的影响日益广泛和深刻。在这种形势下,如何避免行政调查权力对公民权利的侵害,实在有必要给予足够的理论关怀和实践关照。英国著名行政法学者威廉·韦德说过,如果不将行政调查纳入行政法治的视野,那个“微小的漏洞”将使“每个人的自由都迟早会丧失”。^[2](P. 704)

正当程序是规范行政权力必不可少的重要法律规则,是法治国家行政权力必须遵循的程序底线。程序公正是对于行政调查权的基本要求。因此,令状主义作为各国普遍确立的宪法原则,理应运用于行政调查正当程序中。然而,与刑事程序中的侦查行为相比,行政调查在性质上属于行政行为,再加上行政调查自身的多样性、广泛性和复杂性,如何将令状主义原则适用于行政调查正当程序,必然成为颇具争议的理论和实践问题。

一、令状主义的起源及在刑事程序中的适用

令状主义起源于英国,其本意是未经法院事先审查,不得对任何公民进行刑事搜查、逮捕或其他侵犯自由权和财产权的强制行为。1215年的英国《大宪章》第39条规定,“任何自由人,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判,皆不得被逮捕,监禁,没收财产,剥夺法律保护权,流放,或加以任何其他损害。”至此,令状主义成为英国普通法权利保护的重要法定方式沿用至今。

作者简介: 汤俪瑾,法学博士,中国科技大学人文学院讲师。

* 本文为作者主持的2010年安徽省教育厅人文社会科学项目《行政调查的法律规制研究》(2010sk003)和作者为第一参加人的2010年安徽省社会科学界联合会资助项目《群体性事件的预防与处置机制研究》(A2010046)的研究成果。

美国从宪法高度确定了令状主义。宪法修正案第4条规定,“人民保护其人身、住房、文件和财物不受无理搜查扣押的权利不得侵犯;除非有合理的根据认为有罪,以宣誓或郑重声明保证,并详细开列应予搜查的地点、应予扣押的人或物,不得颁发搜查和扣押证。”法国1789年《人权宣言》第7条规定,“除非在法律所规定的情况下并按照法律所指示的手续,不得控告、逮捕或拘留任何人。”日本也从宪法高度确定了令状主义。《日本国宪法》第33条规定,“任何人,除作为现行犯被逮捕的情形外,如无有权限的司法官签发并指明犯罪理由的逮捕证,不被逮捕。”该宪法第35条规定,“任何人,关于其住所,文件及持有物,不受侵入、搜查及扣留的权利,除第三十三条规定的情形外,如无依据正当的理由签发并明示搜查及扣押物品的命令书,不受侵犯。搜索或扣押,应依有权之司法机关发布之个别令状为之。”德国基本法第13条规定,“只有法官宣布命令,或如此搁延即将发生危险的情况下,根据法律规定由其他机关发布命令,才能进行搜查,并且只能按照法律规定方式进行。”第19条第4款规定,“其权利受到公共权力侵犯的任何人,都可以要求法院对侵犯进行审查。”可以说,令状主义作为对公民基本权利的保障,已经得到各国宪法层面的普遍确认。

令状主义在刑事程序的适用是其本义,也是最为成熟的。从各国的实践来看,令状主义在刑事程序的适用都坚持以下几点核心内容:

第一,各国一般通过限定令状的申请主体来防止令状申请权的滥用,因此,令状的申请主体只能是法定国家机关。目前,各国关于令状申请主体的规定大致有三种模式:一,单轨制,即检察官或者警察,二者只能有一申请令状,比如,在德国只有检察官才能申请令状,警察只负责实施具体的侦查工作,不能作出任何决定。二,双轨制,即检察官和警察都可以申请令状,比如,日本的监听令状既可以由检察官申请也可以由一定级别的司法警察提出。法国刑事诉讼法也规定,共和国检察官享有法律授予司法警察的一切权力和特权,也就是说,检察官和司法警察都可以申请令状。三,折中式,即警察可以以自己的名义向法院提出令状申请,但是必须事先经检察官的同意。

第二,令状内容明确特定。令状一般可以分为搜查令、扣押令、逮捕令、监听令等,无论何种令状,令状内容必须明确特定。这里要求令状申请机关提交的令状申请和司法机关最终签发的令状,内容都必须明确特定:一,采取何种刑事措施必须明确特定;二,刑事措施的对象,包括刑事措施针对的人、物、场所以及时间和期限,必须明确特定;三,令状申请机关必须在令状申请书中明确申请令状的案件事实,作为令状签发机关审查是否签发令状的事实依据;四,最终签发的令状,令状签发机关必须明确案件事实、采取的刑事措施及其对象。各国普遍禁止签发缺乏特定性的令状。^①

第三,令状签发机关审查令状申请应当以合理性为标准,而不以严格的证据规则作为标准。只要令状申请机关没有故意伪造事实,主观上有合理理由相信其提供的案件事实是真实的,就符合签发令状的标准。令状签发机关审查令状申请的合理性标准是与刑事强制措施的制止犯罪的目的相一致的。

第四,令状签发主体是司法机关。在普通法系国家,令状由法官签发,其他的签发主体非常少见。在大陆法系国家,除了法官可以签发令状,检察官在某些紧急或特殊的情况下,也有权签发令状,但是,一般都需要在签发令状后的一定期限内报法官认可,否则无效。比如,德国《刑事诉讼法》第100条规定,“电讯往来是否监视、录制,只允许法官决定。在延误就有危险时也可以由检察院决定。检察院的命令如果三日内未获得法官确认的,失去效力。”意大利《刑事诉讼法》第267条也有类似规定,“在紧急情况下,当确有理由认为可能因延误而严重影响工作时,检察官可以以附理由的命令决定进行窃听,但必须在24小时内尽快通知预审法官。预审法官在检察官决定后的48小时内决定是否认可。未在此期限内认可的,不得继续窃听,已窃听的材料不得使用。”

^① 在公共安全受到严重威胁的情形下,禁止签发缺乏特定性的令状也有例外。比如,德国刑事诉讼法第110条也规定,为了打击恐怖犯罪,法官可以决定在街道、广场等公共场所设卡检查,凡经过检查卡的任何人,都有接受检查的义务。

二、令状主义在各国(地区)行政调查领域的适用

(一) 美国

令状主义在行政调查领域的适用,是一个充满争议的过程,以美国最为典型^{[3](P.244-269); [1](P330-334)]}。宪法第四修正案禁止不合理的搜查和扣押,然而没有定义什么是不合理的搜查和扣押。最高法院认为行政检查往往和刑事的惩罚无关,基于权衡法则,考虑到政府行为必要性与因政府行为对民众所造成之侵害,同意对行政检查令状的要求不必与刑事侦查一样严格,在颁发行政检查搜查证时,不需要可能的违法情况存在,只要存在执行法律的需要就能得到法院的许可。然而,无证搜查和扣押属于不合理之列。同时,最高法院也创设一些例外,即紧急情况,通常是在要求搜索许可证是不实际的情况下创设的。紧急情况包括:一,经相对人同意;二,在火灾现场紧急救难检查及灾后现场检查,有损害发生之时,为防止泯灭证据及人犯逃亡,认为有急迫必要之情形,可以无须申请令状;三,对许可事业或受经济性规范规制的产业,所为之定期性、常规检查;四,进入公众聚集、出入场所检查;五,依据政府社会福利政策实施给付,而对受给付者进行的检查。

然而,那些不会导致刑事控告的行政搜查能否成为搜索许可证要求的例外,最高法院却有两方面的判决。在1959年的一个判决中,最高法院就确认了行政机关进行检查在一定条件下,可以不需要令状的颁予,该案是由于一个公民拒绝无搜查证的卫生检查人员进入住宅检查老鼠,而被罚款20美元。最高法院认为这类检查不需要搜查证,因为检查的目的明确,范围特定,检查人员所选定时间合理,没有滥用检查权的情形存在。而且美国的传统习惯允许这种检查,都市卫生的需要超过个人的保密权利。

这个判决后来被抛弃了。在卡马拉诉市法庭[Camara v. Municipal Court, 387 U. S. 523(1967)]一案中,最高法院认为,一位旧金山的公共卫生检查员需要搜索许可证才能检查卡马拉出租的一所寓所。同样的,在西伊诉西雅图[See v. Seattle, 387 U. S. 541(1967)]一案中,最高法院认为,卡马拉案禁止对公民生活住宅没有搜查证的检查所确定的原则,也适用于私人的企业场所。个人的办公室和营业地如同他的厨房和卧室一样,在没有特殊情况时,都要有搜查证才能进行检查。因此,西雅图消防部门需要搜索许可证才可以在五金店日常招徕顾客的时候对其进行城市消防安全符合与否的检查。当然,颁发搜查证的原因和刑事案件检查不一样,不需要有违法的可能性存在。行政机关按照法律或法规所规定的标准所进行的大规模检查,或定期检查,可以包括一切企业在内。在其他情况下,对于任何企业,也不需要有可能违法的原因存在,只要有需要检查的原因存在,就可颁发搜查证。

西伊诉西雅图案件的判决受到学术界的批评。企业就其对政府的关系而言,不可能享有秘密处理其营业的权利。为了公共利益的需要,政府对企业应有较大的检察权。之后,最高法院作出了相反的判决,认为对酒精饮料店[柯罗纳德供给公司诉美国 Colonnade Catering Corporation v. United States, 397 U. S. 72(1970)]或军火商店[美国诉比斯威尔公司 United States v. Biswell, 406 U. S. 311(1972)]的检查是不需要许可证的。最高法院的理由在于,这些都是“受普遍管制的商店”,长期以来受“政府严密的监督和检查”。此外,这两家商店是与联邦政府签了约的,因此受1936年一个法案的约束,该法案允许无证检查对最低工资和劳动时间的遵守。

在马歇尔诉巴罗公司[Marshall v. Barlow's, Incorporated, 436 U. S. 307(1978)]一案中,最高法院认为无证搜查的权威给予了执行官和行政官无限的自由决定或选择的权力,特别在什么时候搜查和搜查谁的领域里。对照而言,一个搜查许可证将从中立官员那里提供保证,即:检查是宪法下合理的,是由法令授权的,而且是行政机关按照特别中立标准而进行的。搜查许可证也将建议搜查范围和目标的主体不要超过检查程序的限制。这些都是许可证执行的重要功能。因此,巴罗有权拒绝职业安全与卫生管理局检查员的无证搜查,尽管其携带了法院的命令。

在怀曼诉詹姆士[Wyman v. James, 400 U. S. 309(1971)]一案中,最高法院认为对福利调查的家庭访问,是为了更新补助金,不是一种搜查。即使家访是一种搜查,也不是无理的搜查,为了受抚养儿童的

利益和纳税人的金钱有效使用的利益,而进行家访是合理的。最后,即使这是一个无理的搜查,一切分配慈善救济金的人,有权知道救济金额如何使用,并以是否接受家访作为给予补助金的条件,领取福利补助金的人,已经放弃反对家访的权利。所以,法律可以规定,被调查人不享受宪法修正案第4条和第14条的保护。^①这个判决的理论基础在于,领取政府福利补助是当事人的一种特权,不是他的权利,所以不受宪法正当法律程序的保护。根据该判决的逻辑,行政机关几乎可以不用搜查证而可以强迫进入大部分公民的家庭。因为当代社会,很少人不以这种或那种方式,或多或少地享受政府的利益。这个判决以后未为法院所引用。

(二) 德国

在德国,联邦宪法法院近年来一直在强调这样的观点,即认为考量强制处分的适当性是法官的任务,法官必须在可能及可预期范围内,以其明确措辞裁定搜索,以便在可衡量及可控制的情况下干涉基本人权,并使其授权符合法治国家最低限度之要求。但是,联邦宪法法院在另一个判例中又婉转地指出,如果存在基本法第13条第2项之“紧急危险”提请法官裁定,会因迟延而危及处分的结果时,允许径行搜索之。这个观点也得到了联邦行政法院的同意。^②

(三) 日本

在日本,“制宪当时,政府之解释谓此二条文(即第33条、35条)仅对刑事程序而言,不及于行政程序,因旧宪法下之日本,行政法独自构成其固有体系,司法程序与行政程序分属不同系统之机关执行,且后者完全纵容行政机关以裁量左右,故行政程序之观念及制度,于战前之日本尚未建立。”^{[4] (P. 111-142)}

日本最高法院起初于昭和30年有关国税犯则取缔法之事件中,判决认为《国税犯则取缔法》之调查程序系行政程序之一种,并非刑事搜索程序,而宪法第35条系有关刑事程序之规定,不得直接适用于行政程序。故《国税犯则取缔法》的有关规定并未违宪,即收税官吏进行临场检查、搜查、扣押时,需要得到地方法院或者简易法院法官的许可,由法官交付记载一定事项的许可状“于必要且急迫时,虽未能取得法官之许可,于犯则事件现场,亦得为临检、搜索或扣押处分。”其后,在昭和47年的“川琦民商事件”中,最高法院认为:宪法第35条虽然主要针对将刑事程序纳入司法权之事前控制中,但不得因此将非刑事程序之强制行为,均排除于宪法第35条之保障范围外。但若具备下列四要件时,亦得无令状原则适用需要:第一,询问、检查程序非以追究刑事责任为目的;第二,取得资料证据当然不能用于刑事程序;第三,手段仅以间接强制为限,无行使实力之行为;第四,询问检查有达到行政目的的高度必要性。

最高法院树立的上述四要件为其后的实务所承袭,并为学界所认同。因此,行政调查程序一旦与刑事程序有实质关联性,且有直接行使强制力之情形者,特别是关于临场检查、搜查和扣押时的程序保障,应有法官所发令状方可进行。不过,这一点没有一般法律的规定,而是由单行法分别规定。例如,《关税法》规定,除了现行犯的情形以外,关于临场检查、搜查、扣押,要求获得地方法院或者简易法院法官的令状。《证券交易法》规定,证券交易等监视委员会的职员就一定的违反《证券交易法》的行为进行临场检查、搜查、扣押,要求获得地方法院或者简易法院法官的许可状。在这种情况下,没有规定对现行犯的例外。《金融期货交易法》规定,证券交易等监视委员会的职员就一定的违反《金融期货交易法》的行为进行临场检查、搜查、扣押,要求获得地方法院或者简易法院法官的许可状。但是,《警察官职务执行

^① 该案的事实是纽约一位领取儿童抚养补助金的母亲,拒绝福利申请调查员的家访,只同意在其他地方回答调查员的问题。同时认为她有权继续领取补助金,因为根据宪法修正案第4条和第14条的规定,该调查员没有取得同意或没有法院颁发的搜查证时,不能进入她的家庭。家访实际上是一种搜查的形式。纽约的社会服务法律规定,福利申请调查员不能强迫进行家访,但对于拒绝家访的母亲可以停发补助金。地区法院认为纽约的法律违反宪法修正案第4条和第14条,福利管理机构不能停止拒绝家访母亲的补助金。最高法院认为本案不在宪法修正案第4条和第14条规定范围之内。最高法院的判决是以六票对三票通过的,持反对意见的人认为政府不能凭借给予补助金,而收买了受补人享有的宪法保障。参见[美]史蒂文·J·卡恩著《行政法原理与案例》,张梦中、曾二秀、蔡立辉译,中山大学出版社2004年版,第244-269页。王名扬著《美国行政法》,中国法制出版社2005年版,第330-334页。

^② 参见[德]Heinrich Scholler《西德警察与秩序法原理》转引自余凌云著《警察行政强制的理论与实践》,中国人民公安大学出版社2007年版,第220页。

法》第 6 条规定的“进入他人土地、建筑物或车船”的权力,虽亦授权警察官可以行使,但是属于“即时强制”,而有其急迫性之要求,不需要法官之令状^{[4] [P. 111-142]; [5] [P. 111-142]}。

(四) 韩国

在韩国,警察行政法上也认为,警察调查需要对相对人的身体或财产实施强制措施,同时又追求刑事追诉目的,就必须有令状,但是紧急情况除外。《韩国行政调查基本法》第 11 条有类似的基本规定, (一) 调查员出入住宅、办公场所或者营业场所等实施现场调查的情形,行政机关应将记载下列各项事项的现场出入调查书或者法令等规定现场调查时要求提供的文书发送给被调查对象。1. 调查目的; 2. 调查期间和场所; 3. 调查员的姓名和职位; 4. 调查范围和内容; 5. 提交资料; 6. 对拒绝调查的制裁(包括根据法令以及条款); 7. 其他有关该行政调查所必要的事项; (二) 根据第一款的现场调查不得在日出前或者日落后进行。但是,属于下列各项中的任意一项的情形,则不在此限。1. 被调查对象(包括代理人或者具有管理责任的人)同意的情形; 2. 办公场所或者营业场所等的营业时间内实施行政调查的情形; 3. 在日出后至日落前实施行政调查的情形,无法达到调查目的或者因毁灭证据而无法确认被调查对象是否违反法令等的情形; (三) 根据第一款及第二款进行现场调查的调查员,应携带证明其权限的证书并将其出示给被调查对象。”

(五) 我国台湾地区

在我国台湾地区,令状原则在行政调查中的适用,最多仅规定持职务证明文件即可,有的机关则另行制作检查证或查验证,皆非以法院核发令状为要件。台湾大法官第 166 号解释及第 251 号解释指出,宪法第 8 条有关人身自由的规定,不仅适用于刑事案件,对于行政处罚也同样适用,“违警罚法规定由警察官署裁决之拘留、罚役,系关于人民身体自由所为之处罚,应讯改由法院依法定程序为之”,然而,鉴于严格区分刑事搜查与行政检查所需遵循程序,在对令状原则适用上需要进一步斟酌。在没有做根本改变前,可以参考外国令状制度精神,依宪法第 23 条以“法律”规定检查正当程序,例如行政检查发动应基于合理原因,持行政长官签发的检查证明,其上明载检查标的与范围等,透过事前的程序制约,来落实人权保障的要求。

三、令状主义在我国的适用

我国宪法第 37 条、38 条、39 条、40 条分别规定,国家保护公民的人身自由权、人格尊严、住宅、通信自由与通信秘密不受非法侵犯。任何公民非经检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。所以,我国宪法对于侵犯公民上述基本权利的强制性刑事侦查行为也要求适用令状主义。但是,除了逮捕明确规定由检察院批准下达逮捕令之外,对其他强制性刑事侦查行为的实施并没有令状主义的严格要求。这一点与我国长期以来重实体、轻程序的法制思维有关。

在行政调查领域,并未明确适用令状主义。根据对行政调查有关的法律、行政法规的实证分析,规定令状主义的,在数量上并不多;在内容上也一般规定为由上级机关对强制性调查行为进行审查,颁发或者制作调查证件。比如,《反垄断法》第 39 条规定,反垄断执法机构“应当向反垄断执法机构主要负责人书面报告,并经批准”方可以采取调查措施。《反洗钱法》第 23 条规定,调查可疑交易活动时,“应当出示合法证件和国务院反洗钱行政主管部门或者其省一级派出机构出具的调查通知书。”《治安管理处罚法》第 87 条规定,“检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件”。《税收征收管理法》第 54 条规定,“经县以上税务局(分局)局长批准,凭全国统一格式的检查存款账户许可证明”,可以查询从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在银行或者其他金融机构的存款账户。《兴奋剂条例》第 35 条规定,向运动员采集受检样本时,应当出示“按照兴奋剂检查规则签发的一次性兴奋剂检查授权书”。《海关稽查条例》第 15、16 条规定,“经海关关长批准”,可以暂时封存被稽查人的账簿、单证等有关资料,封存被稽查人有关进出口货物。《水土保持法实施条例》第 25 条规定,水土保持监督人员依法执行公务时,“应当持有县级以上人民政府颁发的水土保持监督检查证件”。

与严格的令状主义相比,这样的规定只能看作“准令状主义”,而且对于上级机关审查、批准的方式,颁发或者制作调查证件的条件以及证件的形式等关键性问题,法律、行政法规未做统一、明确的规定,从而导致各领域的行政机关各自为政,甚至出现贪图行政效率和部门利益,随意发给机关人员相关证件的情况。

四、建立行政调查中的令状主义

令状主义作为各国普遍确立的宪法原则,目的在于为公民的人身自由与住宅不受侵犯权、隐私权、营业自由权等基本宪法权利提供对抗公权力的宪法保障。行政调查中同样应当适用令状主义,以便监督、防止行政机关不合理的调查,确保公民的基本权利;更重要的是,可以借行政调查机关在实施行政调查之前申请令状的程序,为行政调查机关提供再一次斟酌、考虑的机会。

然而,行政调查毕竟是行政行为,为行政机关实现行政目的所必须,在性质、目的、对象、强制性以及对公民权利影响程度等方面,与刑事强制措施存在着巨大的差异。完全严格地适用令状主义,既不利于实现行政效率,也是对于司法资源的沉重负担。况且,在一定的情况下,某些行政调查措施带有行政即时强制的性质,具有明显的紧迫性,在程序上要求严格的令状主义,未必可行。因此,行政调查中应当区别于完全严格的令状主义,而有所变通。本文认为,应当做如下考虑:

第一,并非所有的行政调查都要同样适用令状主义,而是依行政调查的不同类型有所区分。从令状主义的本义来看,是对公民的人身自由与住宅不受侵犯权、隐私权、营业自由权等基本宪法权利的宪法保障。从这个角度说,强制性调查因为对调查相对方基本宪法权利的实质性影响,应当适用令状主义;而任意性调查由于需要取得调查相对方的同意方能进行,在适用令状主义的问题上,无需苛责。

第二,行政调查令状的签发机关以行政调查机关的上一级机关为宜,而不宜苛求为司法机关。这不仅是对行政效率的考虑,更是基于我国司法权力与行政权力的关系以及司法资源的实际负担的考量。这一点也是我国目前的通行做法。需要强调的是,有关法律、法规规定为,由“县级以上人民政府”的有关行政机关审核签发调查文件。本文认为,对于人身、财产、处所进行的强制性调查,因为其对于公民的人身自由与住宅不受侵犯权、隐私权、营业自由权等基本宪法权利的实质性影响,本已有法律保留原则的约束。也就是说,采取这样的强制性调查措施的行政调查权力,基于法律保留原则,一般都被授予“县级以上人民政府”的行政机关。因此,仅仅规定由“县级以上人民政府”的有关行政机关审核签发调查文件,往往意味着行政调查机关本身签发调查令状,并不符合令状主义的要求,无法实现对于公民基本权利的保护,应当在程序上要求同级人民法院签发令状。

第三,行政调查令状的内容必须明确特定。令状内容明确特定,是刑事程序的令状主义的一般要求。这一点在行政调查领域也必须坚持:一,采取何种行政调查方式必须明确特定;二,行政调查的对象必须特定,明确行政调查针对的人、物、场所以及时间和期限;三,申请机关必须在令状申请书中明确申请令状的理由,作为签发机关审查是否签发令状的事实依据;四,最终签发的令状中,必须明确令状签发理由、行政调查方式及其对象。

第四,是否颁发行政调查令状的标准是执行法律的需要。行政调查是行政机关为了实现行政目的而进行的信息搜集活动,并不一定与查处行政违法行为有关,可能只是法律规定的例行检查,或者只是对某一区域进行的总体检查。因此,是否颁发行政调查令状不应当如同刑事程序一般苛责,要求有明确特定的案件事实,而只要有执行法律的需要即可。

第五,令状主义的例外情形。在各国刑事程序中的令状主义一般都规定了一些例外情形。行政机关在行政活动中,经常会遇到一些紧急情况 and 突发事件,需要立即进行信息搜集活动,如果也严格适用令状主义,可能因为时间的延误而引起违法行为证据的灭失。因此,行政调查中应当允许令状主义例外情形的存在。具体来说,令状主义的例外情形包括以下几种:

其一,情况紧急,时间急迫,来不及申请令状。比如,日本《警察官职务执行法》第6条的规定,《韩

国行政调查基本法》第 16 条的规定。我国公安部《关于实施〈出境入境边防检查条例〉中检查、监护和阻止出入境等问题处理办法的通知》也有这样的规定:必要时检查站可以对非法出入境者,被国外遣返者,出境后第三国退回的外国人,有犯罪嫌疑者,有嫌疑携带违禁品者,有嫌疑非法携带国家秘密文件、资料、枪支弹药等进行人身检查。但是,必须经检查站值班领导批准。或者是在出示证件后,就可以直接实施盘问、检查。

其二,合理隐私期待的放弃。这是关于隐私权保护的判断理论,由美国司法判例形成。在凯茨诉美国一案中[Katz v. United States, 389U.S. 347(1967)]^①,最高法院认为,宪法第四修正案保护的是人,而不是场所。原先那种基于陈旧的财产法理论上的侵入概念,已经不再具有宪法上的重要性。重要的在于,判断被监视的信息或者行为,是否属于某人的合理隐私期待范围之内,从而决定是否属于隐私保护的范畴:只要一个人合理地期待某种隐私权,而且该期待之隐私为社会认为是客观合理的,那么就应当不受政府的侵犯;如果一个人放弃对于合理隐私的期待,那么调查人员就可以进行无令状调查。本文认为,合理隐私期待的放弃可以作为行政调查中令状主义的例外情形。主要包括如下二种:一是,行政调查相对人的同意,即在无令状的情况下,行政调查相对人同意行政机关的调查,那么调查是可以进行的,而且调查获得的信息可以作为行政行为的证据,当然行政调查相对人的同意必须是真实、自愿的;二是,行政调查相对人明知隐私暴露,比如,海关检查人员无意打破货物包装,发现藏有违禁物,为查明货主或查获有关违禁物品,调查人员可以无令状调查;^②行政调查相对人将隐私信息主动暴露给特定的第三人,并基于信任而假定该第三人不会泄露信息,那么行政调查相对人不能主张具有合理的隐私期待,如行政调查相对人自己丢弃于第三方所搬运的垃圾桶内之物,不能主张合理的隐私期待;行政机关调查人员合法地进入调查相对人的住宅、营业场所后,对暴露在调查人员目光下的物品,调查相对人不能主张具有合理的隐私期待。^③

其三,在调查时发现了令状上没有指定、但有违法嫌疑的物品,如果不予扣押、等待再一次申请获得调查令状,该可疑物品可能灭失,出于证据保全的需要,可以无令状先予附带扣押。

其四,行政机关调查人员自我防卫的需要。如果行政机关调查人员在调查时,遭到调查相对人的激烈反抗,甚至是武力反抗,此时,允许行政机关调查人员出于自我防卫的需要无证搜查调查相对人。需要特别强调的是,一定要有被调查相对人的武力反抗足以使得行政调查人员必须自我防卫。^④

令状主义作为一种为各国普遍确立的宪法原则,理应适用于行政调查中。当然,应当考虑行政调查的行政性,不应当如同刑事程序中的令状主义一般苛责;并根据行政调查的不同类型,在具体适用令状主义时有所区别。令状主义在行政调查中的适用,是对公民的基本宪法权利的有力维护。

参考文献:

- [1] 王名扬《美国行政法》,中国法制出版社 2005 年版。 [4] 刘宗德“日本行政调查制度之研究”,载《政大法学评论》第 52 期。
- [2] [英]威廉·韦德《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社 1997 年版。 [5] 沈军“中国行政检查问题研究”,载《行政法论丛》第 8 卷,法律出版社 2005 年版。
- [3] [美]史蒂文·J·卡恩著《行政法原理与案例》,张梦中、曾二秀、蔡立辉译,中山大学出版社 2004 年版。 (责任编辑 孙国栋)

^① 在该案中,联邦调查局发现凯茨有涉嫌赌博的迹象。于是,在没有获得合法令状的情况下,将电子窃听器安装于凯茨经常打电话的公用电话亭外面。凯茨在公用电话亭里拨打电话从洛杉矶到迈阿密以及波士顿,传递赌博讯息。通过该窃听器,政府机关获取了凯茨谈话的全部内容,并用以作为认定凯茨赌博的证据;卡兹则因违反禁止通过有线通信进行州际赌资交易的规定被判有罪。

^② 美国联邦法院认为,此种无令状搜查是合法的,因为在第一次合法开封后,货主对其货物已无合理隐私期待。

^③ 关于附带扣押,美国判例认为,附带扣押物品必须与本案有关,但日本和德国则认为即使与本案无关的他案犯罪物品也可以附带扣押。

^④ 这一点在我国某些行政领域特别重要,比如备受质疑的城管执法,屡屡曝出城管执法中的暴力调查,总是被城管解释为“出于自卫”。因此,这种令状主义的例外情形,必须严格规制。