

行政法热点问题

《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》发布

2018年12月21日，国家市场监督管理总局发布了部门规章《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”），《暂行规定》将于2019年4月1日起实施。

在机构改革的背景下，国务院组建国家市场监督管理总局，整合了原工商总局、食药监总局、质检总局，发改委价格执法、反垄断执法，以及商务部经营者集中反垄断执法的职能。由于机构改革，原各部门的行政处罚执法程序需要统一整合，国家市场监督管理总局在征询各方意见之后，出台了《暂行规定》。《暂行规定》生效之后，工商、质监和食药监三部门对应的行政处罚程序规定同时废止，其中包括：《工商行政管理机关行政处罚程序规定》、《质量技术监督行政处罚程序规定》、《质量技术监督行政处罚案件审理规定》、《食品药品行政处罚程序规定》等。

同日，国家市场监督管理总局发布了《市场监督管理行政处罚听证暂行办法》，对行政处罚程序中的听证程序予以了专门规定，并明确了《国家食品药品监督管理局听证规则（试行）》、《工商行政管理机关行政处罚案件听证规则》同时废止。

一、行政处罚的基本程序介绍

为便于读者了解《暂行规定》的重点内容，笔者先简要介绍行政处罚的基本程序。

一般而言，行政处罚程序可以划分为四个阶段：**立案、行政调查、内部审核以及行政处罚决定作出**。**行政处罚程序的简要内容包括：**

- 1、行政机关在行政调查过程中，可以采取查封、扣押措施，可以对当事人进行询问、取证。
- 2、在作出行政处罚决定之前，行政机关应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由与依据，并告知当事人应当享有的权利。
- 3、当事人有权进行陈述和申辩，行政机关必须充分听取当事人的意见并制作申辩笔录。根据拟处罚措施的不同，当事人有权申请听证。
- 4、调查终结，行政机关负责人应当对调查结果进行审查，对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。根据不同情况，分别作出处罚或者不予行政处罚的决定；违法行为已构成犯罪的，移送司法机关。
- 5、行政处罚决定书送达后，当事人可以提起行政复议或行政诉讼，复议或者起诉的期限，自送达之日起计算。

二、《暂行规定》的主要内容

《暂行规定》共分七章七十九条，分别从“总则”、“管辖”、“行政处罚一般程序”、“行政处罚的

简易程序”、“执行与结案”、“期间、送达”、“附则”等 7 个方面对市场监管部门开展行政处罚的程序进行了规定。

相比较于《工商行政管理机关行政处罚程序规定》，《暂行规定》关于行政处罚程序的整体内容没有太大的变化，但《暂行规定》更细化了管辖、证据、集体讨论等执行层面的内容。但这些新增的规定，并非是《暂行规定》的创新，更多是将司法实践或者执法实践中的常规做法成文化、合法化。重点介绍如下。

1、 新增对互联网电商平台和互联网广告违法行为管辖权的规定

- (1) 明确了对电商平台经营者及平台内违法行为的管辖权。《暂行规定》第 6 条明确，由“**违法行为发生地**”的县级以上市场监管部门对当事人进行行政处罚。而对于电子商务平台经营者和通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者的违法行为，《暂行规定》第 9 条规定由其**住所地**县级以上市场监管部门管辖；平台内经营者的违法行为由其**实际经营地**县级以上市场监管部门管辖。

“违法行为发生地”的管辖范围更广。例如：由北京市注册企业销售的产品，在上海市流通，并由当地消费者购买。上海作为违法行为发生地之一，当地主管部门有可能就直接对北京企业进行调查并处罚。

- (2) 新增对互联网广告违法行为的管辖权。《暂行规定》第 10 条规定：对于互联网广告违法行为，广告主所在地、广告经营者所在地市场监管部门先行发现违法线索或者收到投诉、举报的，也可以进行管辖。对广告主自行发布违法互联网广告的行为实施行政处罚，由广告主所在地市场监管部门管辖。

笔者近期就处理了一起企业通过微信公众号进行自我宣传，而被投诉虚假广告的行政处罚纠纷。

该案中的受理机关就是企业住所地市场监督管理局。

2、 进一步明确并完善证据制度

就证据种类而言，《暂行规定》第 20 条对证据类型重新划分；第 21 条至第 34 条则细化了调查取证及各类型证据收集、调取、制作和保存的具体规则，其中包括证据的具体类型、询问的要求、域外证据的公证认证、抽样取证的要求等，体现了执法部门对于证据获取手段以及证据来源合法化的要求。

- (1) 在证据类型方面，《暂行规定》第 20 条明确了将“电子数据”作为独立的证据类型，与视听资料作出明确区分。这一修改与《行政诉讼法》关于证据类型的规定保持了一致。实践中，电子数据更多是从载体和表现形式进行划分，如：微信记录、电子邮件等。
- (2) 明确电子数据的取证方式和过程。《暂行规定》第 23 条规定：收集、调取的电子数据应当是有关数据的原始载体。收集电子数据原始载体有困难的，可以采用拷贝复制、委托分析、书式固定、拍照录像等方式取证。同时，《暂行规定》第 23 条明确规定：市场监管部门可以指派或者聘请具有专门知识的人员，辅助办案人员对案件关联的电子数据进行调查取证。例如：对于电子邮件证据材料，执法人员可以聘请公证人员现场对当事人电脑中的邮件内容截取并公证取证过程，并制作光盘封存，以确保电子数据的真实性和完整性。这实际也是在诉讼程序中，当事人举证的常规操作方式。
- (3) 完善了域外证据材料以及外文证据材料的相关规定。《暂行规定》第 24 条规定：外文书证或者外国语视听资料等证据应当附有由具有翻译资质的机构翻译的或者其他翻译准确的中文译本，由翻译机构盖章或者翻译人员签名。此规定吸收了诉讼程序中外文证据材料经翻译机构翻译以确保真实性的做法。

(4) 明确办案人员关于限期要求提供证据材料的职权。《暂行规定》第 27 条规定：办案人员可以要求当事人及其他有关单位和个人在一定期限内提供证明材料或者与涉嫌违法行为有关的其他材料，并由材料提供人在有关材料上签名或者盖章。实践中，限期提供证据材料是执法人员的常规做法，《暂行规定》对此进行明文规定，明确了当事人配合执法的法定义务。

(5) 新增对网络、电话购买等方式的抽样取证规定。《暂行规定》第 27 条规定：通过网络、电话购买等方式抽样取证的，应当采取拍照、截屏、录音、录像等方式对交易过程、商品拆包查验及封样等过程进行记录。

3、 完善了行政强制措施和强制执行的相关规定

《行政强制法》于 2012 年 1 月 1 日实施，《暂行规定》第 1 条明确将《行政强制法》与《行政处罚法》并列作为本规定的立法依据。行政强制措施很少独立作出，多出现在行政处罚调查程序中，所以公众对行政强制措施的关心相对较少。《暂行规定》作为下位法，结合《行政强制法》将行政处罚程序中的强制措施予以了规定。

(1) 规定了情况紧急时先行采取登记保存措施后补办审批手续。《暂行规定》第 30 条规定：情况紧急，需要当场采取先行登记保存措施的，执法人员应当在二十四小时内向市场监督管理部门负责人报告，并补办批准手续。市场监督管理部门负责人认为不应当采取先行登记保存措施的，应当立即解除。

(2) 规定了查封、扣押的期限。《暂行规定》第 35 条规定：查封、扣押的期限不得超过三十日；情况复杂的，经市场监督管理部门负责人批准，可以延长，但是延长期限不得超过三十日。法律、行政法规另有规定的除外。延长查封、扣押的决定应当及时书面告知当事人，并说明理由。对物品需要进行检测、检验、检疫、鉴定的，查封、扣押的期间不包括检测、检验、检

疫、鉴定的期间。检测、检验、检疫、鉴定的期间应当明确，并书面告知当事人。

(3) 规定了解除查封、扣押的内容。《暂行规定》第 39 条明确规定：解除查封、扣押应当立即退还财物，并由办案人员和当事人在财物清单上签名或者盖章。已将鲜活物品或者其他不易保管的财物拍卖或者变卖的，退还拍卖或者变卖所得款项。变卖价格明显低于变卖时市场价格，给当事人造成损失的，应当给予补偿。

此条中“市场价格”的确定及举证可能将是一个难点。

(4) 新增关于市场监督管理部门之间协助配合的规定。《暂行规定》第 42 条明确：市场监督管理部门在办理行政处罚案件时，确需其他市场监督管理部门协助调查取证的，应当出具协助调查函。

4、 对初次从事案件审核的人员作出了资格限制

《暂行规定》第 46 条明确规定：办案人员不得作为审核人员，市场监督管理部门中初次从事案件审核的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。这有利于保障最终处罚决定的合法性和专业性。

5、 明确了案件审核制度，以及必经集体讨论决定的重大案件类型

《行政处罚法》第 38 条第 3 款中提到“行政机关负责人作出决定之前应当由从事行政处罚决定审核的人员进行审核”，但如何审核没有具体规定。对此，《暂行规定》第 47 条至第 50 条规定了市场监督管理行政处罚程序中的案件审核制度，其中包括案件审核的机构、案件审核的主要内容、案涉审核的程序要求、案件审核的时限等，以提升行政执法的案件质量，确保行政执法程序的公正。

就重大案件集体讨论已有原则性规定，但案件类型以及“重大性”标准并不明确。《暂行规定》

第 54 条明确规定：对下列情节复杂或者重大违法行为给予较重行政处罚的案件，应当由市场监督管理部门负责人集体讨论决定：“（一）拟罚款、没收违法所得和非法财物价值数额较大的案件；（二）拟责令停产停业、吊销许可证或者执照的案件；（三）涉及重大安全问题或者有重大社会影响的案件；（四）调查处理意见与审核意见存在重大分歧的案件；（五）市场监督管理部门负责人认为应当提交集体讨论的其他案件。”

6、 增设中止调查的相关规定

《暂行规定》第 43 条新增：“有下列情形之一的，经市场监督管理部门负责人批准，中止案件调查：（一）行政处罚决定须以相关案件的裁判结果或者其他行政决定为依据，而相关案件尚未审结或者其他行政决定尚未作出的；（二）涉及法律适用等问题，需要送请有权机关作出解释或者确认的；（三）因不可抗力致使案件暂时无法调查的；（四）因当事人下落不明致使案件暂时无法调查的；（五）其他应当中止调查的情形。中止调查的原因消除后，应当立即恢复案件调查。”

7、 细化和完善了送达程序

《暂行规定》吸收了法院诉讼程序的相关送达制度，明确执行文书送达方式、送达时间、送达对象等事宜。其中第 74 条规定采取了较为灵活的执法文书送达方式，包括直接送达、能够确认的电子方式送达、邮寄送达、委托送达、公告送达以及当事人拒绝签收的处理等。

- （1） 新增关于电子送达方式的规定。《暂行规定》第 74 条新增：“（四）除行政处罚决定书外，经受送达人同意，可以采用手机短信、传真、电子邮件、即时通讯账号等能够确认其收悉的电子方式送达执法文书，市场监督管理部门应当通过拍照、截屏、录音、录像等方式予以记录，手机短信、传真、电子邮件、即时通讯信息等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。”

- （2） 细化关于直接送达的规定。《暂行规定》第 74 条明确了自然人本人、自然人同住成年家属、法人的法定代表人、代理人签收的程序。
- （3） 新增关于送达地址确认书的规定。类似于人民法院填写送达地址确认书的制度，《暂行规定》第 75 条规定：市场监督管理部门可以要求受送达人签署送达地址确认书，送达至受送达人确认的地址，即视为送达。需要关注的是，填写的送达地址不准确、送达地址变更未书面告知市场监督管理部门，导致执法文书未能被受送达人实际接收的，邮寄送达的，执法文书被退回之日为送达之日。

三、 《暂行规定》 出台的意义

1、 统一和规范了市场监督管理行政处罚程序

原工商、质监、食药监以及价格监管等部门都制定了相应的行政处罚程序规定。机构整合及职能整合要求执法人员、业务职能、监管理念、执法程序实现有机统一，真正实现综合监管和综合执法的目标。但是，机构整合与执法程序、执法规则、执法文书等不完全适应的矛盾日益突出，统一和规范市场监督管理行政处罚程序成为亟待解决的首要问题。

《暂行规定》正是在上述背景下应运而生：一方面，《暂行规定》明确将《行政强制法》作为其制定依据，并增加具体规定与之相衔接。通过吸收上位法规定，统一执法部门的执行程序。另一方面，《暂行规定》又顺应互联网、新媒体发展的潮流，与时俱进地针对互联网平台的执法、电子数据的合法性、即时通讯账号送达执行文书等情形作出了明确规定，以实现更高效地执法。因此，《暂行规定》的出台，对于提高行政处罚案件办理质量，促进依法行政，保护公民、法人和其他组织合法权益起到了重要作用。

2、 《暂行规定》作为部门规章的颁布，有利于为行政程序法的制定提供执法实践

《暂行规定》的上位法为《行政处罚法》。《行政处罚法》作为法律，更多是在制度层面作出原则性规定，行政处罚程序中执法人员如何依法行政、行政相对人如何陈述、申辩等具体内容，需要在行政法规或者规章等中予以细化。目前，国务院并未颁布行政处罚程序相关的行政法规，而是各部门各自制定部门规章。国家市场监督管理总局作为目前公民、法人等市场行为的主要监管部门，执法权限大、执法事务多，在执行《暂行规定》的过程中，也将进一步检验条款的合理性和适用性，积累更多的执法实践。

多年来，行政法学界一直呼吁出台《行政程序法》，确保行政机关执法程序的公开、公正和高效。但行政程序基本法的制定及出台势必谨慎，需要执法实践的经验总结。《暂行规定》的颁布，将有助于推动《行政程序法》的立法工作。

3、《暂行规定》的新增内容吸收了诉讼制度的相关经验，体现了行政机关对司法机关事后审查监督的重视，有利于保障行政执法程序的合法性

人民法院对行政行为的事后审查，也是最后一道确保执法合法化的屏障。但诉讼程序和执法程序如果在成文法方面就难以对接，法官就会存在如何适用法的难题。笔者认为，相比较此前各部门的行政处罚程序规章，《暂行规定》是有进步意义的。如：《暂行规定》对于证据类型的规定比照了《行政诉讼法》，而电子数据作为独立证据类型，并将

电子数据的获取程序及保存方式予以明文规定，一方面顺应了互联网时代的发展要求，保证执法手段的合法性；另一方面，就是对执法人员的取证提出了要求，否则将面临执法程序存在瑕疵的不利后果。如：文书送达机制的整合，不仅提高了行政效率及优化了执法资源，也可以更全面保护公民、法人和其他组织的合法权益。

4、执法人员是否严格执行《暂行规定》，需要实践验证

行政执法程序涉及事项较多，要求一部部门规章面面俱到，难度较大。所以，坚定落实已有法条，则更为现实。笔者代理相关行政处罚程序案件中发现，囿于执法手段的有限性或者办案压力的原因，成文规定并不一定遵照执行。例如：行政处罚程序的时限一般为九十日，从立案时起算。但实践中，执法人员难以在此期限内结案。这就经常出现案件实际已进入行政调查程序，但当事人不知晓已被立案调查的情况。执法人员往往在证据材料基本确定之后才会填写立案审批表。而《暂行规定》此次又明确立案之前获取的证据可以作为处罚的证据使用，九十日处罚时限的规定极有可能被落空。其他类似的问题不胜枚举。

为此，行政处罚程序公正、合法，不仅仅依赖于立法技术提高，也需要执行者能否严格秉承依法办事的理念。

李新生 顾问
叶礼 律师 电话：86 10 8553 7704
陈创 实习生 电话：86 10 8540 8705

邮箱地址：lixsh@junhe.com
邮箱地址：yel@junhe.com
邮箱地址：chench@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

