

行政强制范畴之重构

章志远

(苏州大学 法学院, 江苏 苏州 215006)

摘要: 作为行政法上强制性行为的统称, 行政强制可以根据基础决定与强制执行是否合一为标准被划分为两类独立的行为, 即行政强制执行和行政即时强制。行政强制措施与行政强制是一种整体与部分的关系, 属于行政强制行为内在的构成要素之一。只有当某种静态的手段被特定的行政主体所采用时, 才会连同其他要素一起转化为一类正式的行政强制行为。

关键词: 行政强制; 行政强制执行; 行政强制措施; 行政即时强制

中图分类号: D922.1

文献标识码: A

文章编号: 1009-5837(2006)03-0064-05

“范畴及其体系是人类在一定历史阶段理论思维发展水平的指示器, 也是各门科学成熟程度的标志。”^[1]从这个意义上来说, 有无自身独立的基本范畴、基本范畴之间能否形成一个逻辑自恰的体系就成为行政法学发达与否的标尺。在中国行政法学二十余年的发展历程中, 范畴的提炼及其体系化一直是学界努力实现的目标。虽然这一努力已经取得了比较明显的成效, 但基本范畴界定的模糊目前仍然是困扰我国行政法学研究发展的“瓶颈”。尤其令人担忧的是, 学术概念的模糊已经直接影响到我国相关行政法律的制定与实施。近年来, 围绕《行政强制法》的制定而引发的范畴之争即属典型一例。打开坊间行政法学教科书, 人们不难发现有关行政强制各种概念的表述极为混乱, 有些论述彼此交叉甚至前后自相矛盾, 阅读者也往往在不经意间陷入了行政强制概念的“迷宫”之中。虽然新近公布的《行政强制法》(草案)第二条明确了“本法所称行政强制是指行政强制措施和行政强制执行”, 但相关的概念之争非但没有平息反而愈演愈烈。有鉴于此, 笔者拟在细致爬梳国内有关学术文献的基础上, 对行政强制领域的概念之争进行整理, 试图对相关概念重新进行定位, 希冀以此推动我国行政强制立法的科学化。

(一) 行政强制范畴之历史演变

在我国行政法理学上, “行政强制”一词最早见

于1986年。在当年出版的一本行政法教材中, 著者写到: “行政强制, 也叫行政强制执行, 是国家对拒绝履行行政法规定的义务的当事人, 或其有关实物标的依法实施强制措施, 以促使某项义务的履行; 或者为了公共利益而对特定的人或物实施强制手段, 以限制某项权利的行使。”^[2]此后, “行政强制即行政强制执行”的观点曾一度流行于我国学界。

进入20世纪90年代以后, 特别是随着《行政诉讼法》的颁布实施, 上述观点已逐渐被抛弃, 学界对行政强制的理解进入了一个“多元化”的时代。在这一阶段, 行政强制在行政法教科书中的“命运”至少表现为如下七种情形。(1) “销声匿迹”。有的教科书仅讨论行政强制措施, 有的仅讨论行政强制执行, 有的则同时研究行政强制措施和行政强制执行, 但对行政强制则只字不提。^①(2) 将行政强制等同于行政强制措施。例如, 有的论者指出: “行政强制, 是指行政主体为实现行政目的, 对相对人的财产、身体及自由等予以强制而采取的措施, 也称为‘行政强制措施’。”^3 将行政强制等同于“行政强制措施+行政强制执行”。如有的教材将即时性行政强制措施和行政强制执行措施等统归于行政强制, 作为一类具体行政行为研究, 并认为这种处理可以克服以往教材中只有行政强制执行内容而无行政强制措施内容或者二者相互混淆的缺陷。^4 将行政强制等同于

* 收稿日期: 2005-05-23

作者简介: 章志远(1963-), 男, 安徽贵池人, 苏州大学法学院副教授、法学博士, 主要从事行政法学研究。

① 例如, 在王连昌主编的高等政法院校规划教材《行政法学》(修订本)(中国政法大学出版社1999年版)中, 第十二章的标题即为“行政强制措施与行政强制执行”; 罗豪才主编的高等政法院校规划教材《行政法学》(中国政法大学出版社1996年版)仅论述了行政强制执行, 并附带探讨了其与行政强制措施的区别。

“行政强制执行+行政即时强制+行政调查中的强制”。有的教材提出,行政强制是指行政主体为实现行政目的,对相对人的财产、身体及自由等予以强制而采取的措施。同时,将行政强制分为行政强制执行、行政即时强制和行政调查中的强制等三种类型逐一加以论述。^5将行政强制等同于“行政强制执行+行政强制措施+行政即时强制”。有的教科书虽以行政强制执行为题,但却将其与行政强制措施及行政即时强制在同一层次上使用,并认为三者都属于行政强制的组成内容。^6将行政强制等同于“即时性强制和执行性强制”。有的学者指出,行政强制是一种在实践中广泛存在的重要行政行为,根据行为的直接目的不同,行政强制可分为即时性强制和执行性强制(即行政强制执行)两种基本类型。^7将行政强制等同于“管理性强制+执行性强制”。有的学者认为,行政强制是一种手段与目的相结合的行为。行政强制具体包括“管理性”强制和“执行性”强制(即行政强制执行)。按照目的不同,“管理性”强制又可分为预防性、制止性和保障性强制;而以程序为标准,“管理性”强制则可分为一般强制与即时强制。^[8]

从以上令人“眼花缭乱”的列举中可以看出,在我国大陆行政法学界,已经有越来越多的学者主张以“行政强制”作为一类具体行政行为的统称。也就是说,“行政强制”是一个最上位的概念,用来统称行政领域所有的强制行为,意指行政主体为了实现一定的行政目的,对行政相对人的人身或财产等予以强行处置的行政行为。行政强制的根本特征是“行政性”和“强制性”:前者表明了行政强制在实施主体、行为性质及适用程序上的特点,与司法强制直接相对应;后者则表明了行政强制的暴力性,与非强制性的行政行为直接相对应。很明显,上述共识的达成不仅有助于行政强制问题研究的深入,而且对我国行政强制领域立法名称的选择也具有重要的现实意义。问题在于,作为一个类概念,“行政强制”下面究竟应当包括哪些子概念?这些子概念之间究竟是一种什么关系?综观学界对行政强制概念的分析,主要涉及到行政强制执行、行政强制措施及行政即时强制等三个子概念,相关认识的差异也主要存在于这三个概念之间。因此,下文将对它们作进一步探析。

(二)行政强制诸范畴之相互关系

在行政强制执行、行政强制措施及行政即时强制等三个子概念中,行政强制执行是争议最小的一个。早在新中国第一本行政法教科书中,就有“行政

法上的强制执行”或“行政执行”概念,著者解释到:“在行政法律关系中,当事人不履行其行政法上的义务时,国家行政机关可以采用法定的强制手段,强制当事人履行其义务。这就是行政法上的强制执行,是一种具体的行政行为。又叫做行政执行。”^[9]此后,一般的行政法教科书均设立专章或专节讨论行政强制执行问题,所下的定义在内涵上也基本相同,只是在执行主体是一元还是二元、外延上是否包括即时强制上还存在一些分歧。前一问题的存在缘于我国现行《行政诉讼法》第66条关于行政强制执行模式的规定,它反映了人们对行政机关申请人民法院强制执行的不同认识;后一问题随着研究的不断深入,已经没有什么争议。

行政强制措施概念在我国大陆行政法学理中的出现始于1989年《行政诉讼法》的颁布。在此之前,这一概念在众多的行政法教科书中都没有被提及。根据该法第11条的规定,公民、法人和其他组织如对“限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施”不服,则可以提起行政诉讼。由此可见,该法实际上是将行政强制措施作为一类具体行政行为而列入行政诉讼的受案范围的。此后出版的一系列行政法教科书都使用了行政强制措施概念。与此相伴随的是,行政强制措施与行政强制执行的关系问题开始引起了学者们的关注。大体上来说,学界在这两个概念的关系上形成了如下三种不同的认识:(1)并列说。如有的学者认为,行政强制措施是行政机关为了预防、制止或控制危害社会行为的发生,依法采取的对有关对象的人身、财产和行为自由加以暂时性限制,使其保持一定状态的手段。行政强制执行与行政强制措施都属于行政强制,二者都是一种独立的行政行为,其不同之处在于:1)前提不同:前者的前提是法定义务人不履行义务,但后者并不一定以当事人具有某些义务为前提,而是以可能产生危害社会的行为为前提;2)目的不同:前者的目的在于迫使义务人履行义务或达到与履行义务相同的状态,后者的目的在于预防、制止危害社会行为或事件的发生或蔓延,使人和物保持一定状态;3)起因不同:引起前者的原因只能是义务人的行为,作为或不作为的行为,而引起后者的原因既可能是行为,也可能是某种状态或事件。^[6](2)包含说。有的学者认为,行政强制措施包括行政预防措施、行政制止措施和行政执行措施。由于前两种行政强制措施与后一种行政强制措施在发生时间、前提和法律救济途径上有明显区别,因而在理论阐述形式上,将前两种置

于行政强制措施下分析,而将后一种即行政执行措施放在行政强制执行下论述。也就是说,行政强制措施是总概念,其他形式的行政强制,无论其目的是预防、制止还是执行,也无论是行政强制执行、即时强制还是行政调查,都作为行政强制措施的一种表现形式而存在。^[10](3)交叉说。有的学者认为,行政强制措施是指行政主体为保障行政管理秩序或为实现行政目的而凭借的各种强力方法或手段,具体包括管理性强制措施和执行性强制措施。任何一个行为包括行政强制行为或行政强制执行行为在内,都是一个整体,它不仅包含了一定的措施,还含有主体、对象等其他要素。正是由于行政强制措施与行政强制执行并不是同一个层次的概念,因而二者之间存在交叉:行政强制措施中有行政强制执行措施,而行政强制执行又包含有强制措施要素。^[8]

行政即时强制是行政强制领域又一重要的子概念。但在行政即时强制内涵的把握上,学者之间也存在着较大的分歧。在早期,有的行政法论著将行政即时强制作为直接强制执行来说明;^[11]有的认为,行政强制执行是行政机关对当事人不履行行政决定强行实施的行为,包括紧急情况下的即时强制;^[12]有的认为,即时强制是行政强制执行的一种特殊状态,是在紧急情况下或者执行事务简单时,不需经过必要的严格的程序而采取的强制措施。^[13]随后,人们逐渐认识到行政即时强制与行政强制执行是两种相互独立的行政强制行为。但是,在澄清了行政即时强制与行政强制执行之间的关系以后,学理上又陷入了行政即时强制与行政强制措施之间的“泥潭”之中。例如,有的行政法教科书认为,行政即时强制是行政强制措施的一种;^[14]有的则直接将行政即时强制等同于行政强制措施。^[15]直到近年来,学界才开始逐渐认识到行政强制措施是行政强制的表现形式,具有依附性,即依附于相应的行政强制。当行政强制措施适用于行政即时强制时,属于行政即时强制措施;当行政强制措施适用于行政强制执行时,属于行政强制执行措施。也就是说,行政即时强制与行政强制措施之间并非是简单的等同关系,它们不是同一层次的概念。如果说行政即时强制与行政强制执行是一种并列关系的话,那么它与行政强制措施则是一种交叉关系。

(三)我国行政强制诸范畴之科学定位

面对如此纷繁复杂的行政强制概念之争,人们究竟应当如何走出概念的“迷宫”呢?笔者认为,隐藏于我国行政强制领域概念之争背后的主要原因是基

于以下两个误解:一是将行政强制措施误认为是一种独立的行政行为;二是将行政即时强制误认为是在情况紧急之下做出的。因此,行政强制诸概念的重新定位必须从澄清这两个误区上着手。

1.关于行政强制措施的正确定位

就语义来说,措施指的是“针对某种情况而采取的处理办法”。^[16]因此,行政强制措施指的也就是行政强制行为的方法或手段。只有当这种方法或手段被行政主体所采用时,才可能表现为一个具体的行为。可见,行政强制措施与行政强制根本不是同一个层次的概念。严格来说,二者是一种整体与部分的关系,即行政强制措施是行政强制行为内在的构成要素之一,是不能与“行政强制执行和行政即时强制”这两个作为“行政强制(行为)”的下位概念相并列的一个概念。任何一个行政行为都必须借助于一定的手段表现出来,但这种手段与行为本身却并不能够简单等同。其实,当我们目光投向域外行政法时,不难发现,无论是在实行判例法、行政强制理论不发达的英美法系国家,还是在崇尚成文法、行政强制理论十分发达的大陆法系国家,都不存在作为一种独立行政行为的行政强制措施。因此,在行政强制执行和行政即时强制之外设立一种与其并列的行政强制措施制度虽然是我国的一大“特色”,但实在没有存在的必要。所有的行政强制措施都可以根据一定的标准,分别归为行政强制执行措施和行政即时强制措施。将行政强制措施视为一类独立的行政强制行为既不符合汉语的词义,更是对行政强制行为内部构造的曲解。

2.关于行政即时强制的正确定位

作为行政强制行为的一种重要表现形式——行政即时强制中的“即时”二字并非“紧急”之意。为了说明这一问题,首先让我们来考察一下行政即时强制在国外的运行情况。

英美国家由于没有成文的行政强制法,且行政强制理论不发达,因而行政即时强制的概念并不明晰。相反的,在大陆法系国家,特别是德国及日本等,行政即时强制是作为一种与行政强制执行行为相并列的行政强制行为而存在的。正如我国台湾学者城仲模先生所言:“德、奥、日行政法学界对于行政强制之分类及学理说明,几乎一脉相承,即在‘行政强制’的上位概念之下,区分为‘行政上强制执行’及‘行政上即时强制’。”^[17]日本学者也指出:“行政强制分为行政上的强制执行和行政上的即时强制两种。”^[18]在德国,行政即时强制不仅只是一个学理概念,而且

还为其《行政执行法》所认可。该法第6条规定:“必须采取即时执行阻止一构成刑罚或罚款事实的违法行为发生,或排除一迫切危险,而且行政机关属在其法定权限内时,行政强制的适用可无须预先的行政行为。”这一规定显示:行政即时强制只有在不出做出就无法阻止或防止违法行为发生的条件下才能实施;行政即时强制的实施在事前并不需要做出“基础决定”。我国台湾地区“行政执行法”第36条也规定:“行政机关为阻止犯罪、危害之发生或避免急迫危险,而有即时处置之必要时,得为即时强制。”从上述立法规定来看,行政即时强制并不是在“紧急”状态下做出的。因为紧急状态下行政机关对人身或财产所采取的应急限制措施应当属于紧急行政法的范围,或者说此类事项应当由一个国家的《紧急状态法》加以规定。而上述国家和地区的行政执行法都无一例外地属于一般行政法的范畴。因此,与其说行政即时强制中的“即时”是“紧急”之意,倒不如将其理解为“及时”或者“立即”之意。也就是说,由于事态的性质决定了行政机关不可能也不应该事先作个决定来等待相对人自我履行,行政机关只能选择“立即”或“及时”执行。

在解决了行政即时强制中的“即时”非“紧急”之意的问題之后,接下来的问題便是:怎样区分行政即时强制与行政强制执行?在行政法理学上,一种代表性的观点认为,应当以行政强制行为的“发动条件”和“实施程序”作为区分行政即时强制与行政强制执行的标准。具体来说,行政强制执行是指行政机关依法定职权,先以行政处分课予人们一定的义务(包括人们不履行行政法直接规定的义务,行政机关作出行政处分命其履行义务之情形),若人们不履行其义务时,经法定的催告程序仍无效果时,再以强制手段促其履行义务;行政即时强制是指遇有急迫的情事,由行政机关直接采取必要的强制措施,以排除危害,无须先以行政处分课予人们义务且无须践行法定的催告程序。即时强制属于一般强制的例外情形。区分一般强制与即时强制的关键在于,行政机关实施强制措施以前,是否作出了一个“行政处分”以及是否经过了催告程序。^[19]

笔者认为,无论是一般强制还是即时强制,其前提都必须是具有“基础决定”。没有“基础决定”而实施的强制只能是“紧急状态”下的强制,而不是“正常状态”下的行政强制。区分一般强制和即时强制的标准并不是在于事前有无“基础决定”,而是在于事件本身的性质决定了相对人是否有“自动履行”的可

能。具体而言,如果“基础决定”与“强制执行”之间存在时间上的空隙,行政机关完全可以进一步通过催告程序促使相对人“自动履行”,只有当相对人仍然不履行时,才需要强制执行,这便是一般强制的运行过程。相反的,如果事件本身决定相对人不可能“自动履行”,那么行政机关就可以直接以书面、口头甚至动作形式做出“基础决定”并立即强制执行,而不需通过告诫敦促相对人“自动履行”;这便是即时强制的运行过程。例如,我国《治安管理处罚法》第15条第2款规定:“醉酒的人在醉酒状态中,对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的,应当对其采取保护性措施约束至酒醒。”这种强制就属于典型的即时强制,主要原因是醉酒的人已经丧失了意志,根本不可能控制自己的行为,因此公安机关应当立即果断地强制执行“约束”的“基础决定”。在行政即时强制下,虽然基础决定与强制执行往往交织在一起,甚至前者还经常被后者所覆盖,但这并不表明基础决定不存在。没有基础决定,就谈不上使决定的内容通过“强制”得以实现。

综上所述,笔者主张应当以“行政强制”作为行政法上强制性行为的统称。按照“基础决定与强制执行是否合一”为标准,可以将行政强制进一步划分为两类独立的行为:行政强制执行和行政即时强制。其中,行政强制执行为一般强制,由基础决定、告诫程序、强制执行三个环节组成,基础决定与强制执行相分离,如果相对人能够自动履行,则强制执行无需实施;而在行政即时强制下,基础决定与强制执行相重叠,不可能期待相对人自动履行基础决定,行政机关“迫不得已”,需要立即实施强制执行。作为一种行为的具体方法或者手段,行政强制措施可以被最终定位为“行政强制行为的具体手段”。只有当某种静态的方法或手段被特定的行政主体所采用时,才会连同其他要素一起转化为一类正式的行政行为。这些概念之间的关系可通过图1表达出来:

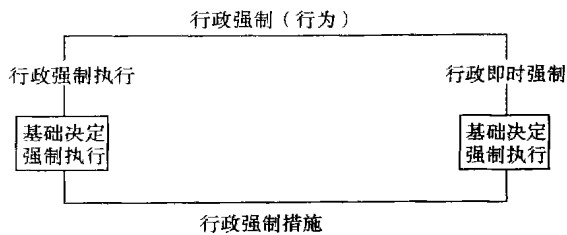


图1 行政强制基本范畴结构示意图

参考文献:

[1] 张文显.法哲学范畴研究(修订版)[M].北京:中国政

法大学出版社, 2001. 1.

[2] 张焕光. 行政法基础知识[M]. 太原: 山西人民出版社, 1986. 155.

[3] 张正钊. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 144.

[4] 罗豪才. 行政法学(新编本)[M]. 北京: 北京大学出版社, 1996. 231.

[5] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 1999. 234.

[6] 应松年. 行政法学新论[M]. 北京: 中国方正出版社, 1999. 412, 437-438.

[7] 周佑勇. 行政法原论[M]. 北京: 中国方正出版社, 2000. 244.

[8] 杨解君. 行政法学[M]. 北京: 中国方正出版社, 2002. 315, 312-314.

[9] 王珉灿. 行政法概要[M]. 北京: 法律出版社, 1983. 125.

[10] 胡建森. 行政法学[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 322.

[11] 张尚. 行政法教程[M]. 北京: 中央广播电视大学出版社, 1988. 174.

[12] 杨海坤. 中国行政法基本理论[M]. 南京: 南京大学出版社, 1992. 420-422.

[13] 应松年. 行政行为法[M]. 北京: 人民出版社, 1993. 192.

[14] 胡锦涛, 杨建顺, 李远起. 行政法专题研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1998. 182.

[15] 方世荣. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 249.

[16] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[Z]. 北京: 商务印书馆, 1998. 220.

[17] 城仲模. 行政法之基础理论[M]. 台北: 三民书局, 1994. 320.

[18] [日]和田英夫. 现代行政法[M]. 倪建民, 译. 北京: 中国广播电视出版社, 1993. 221.

[19] 翁岳生. 行政法[M]. 台北: 翰芦图书出版公司, 1998. 927.

Reconstrcting the Basic Category of Administrative Coercion

ZHANG Zhi-yuan

(Law School of Suzhou University, Suzhou Jiangsu 215006, China)

Abstract: According to whether the basic decision and coercive execution can be separated, the administrative coercion can be classified administrative coercive execution and immediate administrative coercion. As one of the factor of administrative coercion, administrative coercive measure isn't an independent administrative action. Only with some static means adapted by administrations, administrative coercion would transfer into a normal behavior.

Key words: administrative coercion; administrative coercive execution; administrative coercive measure; immediate administrative coercion (编辑: 彭希京)

(上接第52页)

An Analysis of Energy Security in China (V)

—Energy Strategy Security

NIU Chong-huai, ZHANG Qiang-wei, GUO Zheng-zheng

(College of Economics and Management of SUST, Qingdao Shandong 266510, China)

Abstract: This paper analyses China's current energy strategy from six aspects. They are import and export strategy, talent security strategy, energy distribution strategy, technical development strategy, energy substitution strategy and energy storage strategy. It also points out the present problems existed in these strategies. Based on these, we put forward some propositions which may help to solve the current problems, to guarantee China's energy security and in the long time to ensure the economy security.

©Key words: energy; energy security; energy strategy; safety. All rights reserved. (编辑: 赵树庆) hki.net