

Theorie und Praxis des Verwaltungszwangs

行政强制的理论与实践

全国人大常委会法制工作委员会

德国技术合作公司

Arbeitskommission für Gesetzgebung des Ständigen Ausschusses des NVK
Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH



行政强制的理论与实践

全国人大常委会法制工作委员会
德国技术合作公司

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政强制的理论与实践/全国人大常委会法制工作委员会,德国技术合作公司. —北京:法律出版社,2001.8
ISBN 7-5036-3467-7

I. 行… II. ①全…②德… III. 行政法-强制执行-研究-文集 IV. D912.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 043145 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/何萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/3.5 字数/81 千

版本/2001 年 8 月第 1 版

2001 年 8 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/http://www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3467-7/D·3184

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

出版说明

根据“中德行政立法”合作项目,2000年12月,全国人大常委会法制工作委员会与德国技术合作公司在北京联合举办了“行政强制的理论与实践”国际研讨会。参加研讨会的有中国、德国、英国和法国的行政法专家。会上,各国专家就本国的行政强制的理论与实践发表了多篇论文并进行了广泛交流。现将本次研讨会的论文汇编成册,并附有联邦德国行政执行法,以便使更多的读者能够了解中外行政强制制度的情况。

本书邀请全国人大常委会法制工作委员会副主任张春生和德国专家汉欧力博士撰写前言,在此一并致谢。

全国人大常委会法制工作委员会办公室
2001年5月

目 录

中国的行政强制制度	应松年(1)
行政行为作为行政执行的中心概念	鲍 尔(14)
中国行政强制法律制度的构想	李 援(47)
德国行政执行和行政强制	海默斯(56)
论法院在行政强制执行中的地位和作用	江必新(67)
英国行政强制执行法	克海格(76)
法国行政法与行政机构的强制执行权	高得松(87)
附:联邦德国行政执行法	(97)

中国的行政强制制度

国家行政学院法学部主任 应松年教授

一、行政强制

中国的行政强制是对行政强制执行和行政强制措施统称。行政强制执行是指公民、法人不履行行政义务,有关国家机关依法强制其履行义务或达到与履行义务相同的状态的行为。

关于强制措施的规定,散见于各单行法中,但归纳分析这些法律的规定,可以明显看出立法者的基本思路。行政强制措施一词,最早引起公众注意的始见于1989年制定的《行政诉讼法》:“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的”,可以提起行政诉讼。此前,有些法律将查封、扣押、冻结等称为保全措施。从理论上分析,行政强制措施大致是指为了预防、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。此外,还有一类行为,在遇有重大灾害事故,以及其他严重影响国家、社会、集体或公民利益的紧急情况下,行政机关依据职权直接采取的强制措施,一般称为即时强制。强制措施与即时强制有区别,但也有共同点,在立法时,中国理论界已较倾向于将这两类行为统称为

强制措施。^①

将行政强制执行与行政强制措施作一比较,可以看出两者的异同在于:

行政强制措施与行政强制执行都属于行政强制,带有强制性;因而都要有法律的授权,这是它们的共同点,不同之处在于:

1. 前提不同。行政强制执行的前提是法定义务人不履行义务,但行政强制措施并不一定以当事人具有某些法定义务为前提,而是以可能产生危害社会的行为为前提。

2. 目的不同。行政强制执行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;行政强制措施的目的旨在预防、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。引起行政强制执行的原因只能是义务人的行为,作为或不作为的行为;引起行政强制措施的原因,既可能是行为,也可能是某种状态或事件。

二、中国行政强制执行制度

(一) 中国对行政强制执行的理论

通说认为:行政强制执行是指公民、法人或其他组织不履行行

^① 笔者认为,行政强制措施与即时强制至少存在下列区别:

1. 行政强制措施虽常带有紧迫性,但采取行政强制措施却必须经过法定程序,很多都有批准程序,并必须作出书面的行政强制措施决定。但即时强制一般都是在情况紧急时,只要符合法律规定的条件,即可采取即时强制手段,如对醉酒者的拘束,救火时拆除毗邻房屋。即时强制大都是在紧急状态下采取的措施,因而没有事先程序,无须也不可能作出即时强制决定。

2. 行政强制措施针对的常常是有违法嫌疑的人或行为,即时强制则主要由于情况紧急,可能会出现危害本人或他人的情况,如由于地震、水灾、疫情等灾害的发生,有关部门可以采取即时强制手段,救灾防病,减少损失。

3. 行政强制措施常与行政强制执行紧密联系,在需要采取行政强制执行的情况时,常先采取行政强制措施。但即时强制因无再执行可言,故与行政强制执行没有联系。

政机关依法所作行政处理决定中规定的义务,有关国家机关依法强制其履行义务或达到与履行义务相同的状态的行为。

1. 行政强制执行必须以公民、法人或其他组织不履行行政义务为前提,在一般情况下,这种不履行还必须有不履行的故意。不履行行政义务有两种情况,一种是从事法律所禁止的行为,如在规定不得建筑住宅的土地上建造住宅;另一种是,不履行规定必须履行的义务,如应纳税而不纳税。两种情况都属于行政强制执行的范围。

2. 行政强制执行的目的在于强迫公民、法人或其他组织履行行政义务,因此,强制执行应以行政义务为限,不能超过当事人所承担的行政义务范围。

3. 义务人拒不履行行政法上的义务,是行政强制执行的前提,该义务产生的依据是作出的行政处理决定,不能以法律规定为直接依据。

4. 行政强制执行的主体在一般情况下是司法机关,只有在法律具体规定时,行政机关才享有强制执行权。

(二) 中国现行行政强制执行制度

中国行政强制执行的基本制度是:以申请人民法院强制执行为原则,以行政机关强制执行为例外。^①

1. 申请人民法院强制执行为原则

行政强制执行原则上属于法院,行政机关在公民、法人或其他组织不履行行政机关依法作出的行政处理决定所规定的义务时,如法律没有授予其强制执行的权力,就都需申请人民法院强制执

^① 对此作出明确规定的法律是《行政诉讼法》,该法第 66 条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行”。在行政机关强制执行前有“依法”两字,说明行政机关的强制执行权只有法律特别授权时才具有。

行。申请人民法院强制执行,不是向人民法院提起诉讼,这与国外不同。申请不是诉讼,不需要经过诉讼程序。申请比诉讼效率较高,这是适应行政管理要求的。但申请也不是可有可无的程序,申请如经法院批准、同意,原行政强制决定就成为司法强制决定,法院可以运用其司法强制执行权,强迫当事人履行义务。因此,行政机关提出申请以后,法院必须认真进行审查,不仅要作形式审查,还要作实质性审查。对行政机关的申请,经审查合法,将由法院实施司法强制;经审查不合法,退回行政机关,不予执行。

申请人民法院强制执行是否必须有法律法规的规定?否则人民法院将不予受理?

在行政诉讼法实施以前,行政机关如要申请人民法院强制执行,必须有法律、法规的规定,规章无权作此规定。制定行政诉讼法时曾考虑到这一因素,如仍坚持必须有法律法规的规定,则大量根据规章作出的具体行政行为,将失去强制执行的后盾而变成一句空话。在目前情况下,这将给行政管理带来难以估计的后果。因此,《行政诉讼法》第66条特别规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”据此,凡属行政机关所作具体行政行为,公民、法人或其他组织既不履行义务又不起诉的,行政机关就可以申请人民法院强制执行,无须以法律、法规的规定为限。至于能否执行,还需人民法院审查。这是我国基本法律中第一次作出的关于行政强制执行的一般性规定。在行政诉讼法实施以后,应该已经不存在申请执行必须有法律、法规规定的限制。

行政机关向人民法院提出申请强制执行后,人民法院应在多长期限内给予答复?人民法院如不同意强制执行,行政机关是否可以再向上一级法院申诉?上级法院应在多长时期内答复?执行费用应如何计算等问题,由于至今没有统一规定,以至常常发生矛

盾,需要作出规定。

2. 以行政机关自行强制执行为例外

例外的根据就是法律,由法律明确规定由哪一级政府或哪一行政部门享有哪一种行政强制执行权,不能超越。没有法律特别规定的,行政机关就不享有行政强制执行权。

从我国已有法律规定的情况看,法律授权行政机关享有强制执行权的,大致有下列几种情形:

(1)属于各部门专业范围内的强制执行,一般由法律规定,专项授权给主管行政机关,如:关于人身权的,有强制传唤、强制拘留(《治安管理处罚条例》)、强制履行(《兵役法》)等。属于财产和其他权利的,如滞纳金(《国营企业调节税征收办法》)、强制收兑(《违反外汇管理处罚施行细则》)、强制许可(《专利法》)等。

(2)属于各行政机关普遍需要的,如强制划拨、强制拍卖财产,原则上都需申请人民法院强制执行,法律只授予少数几个行政机关,如税务、海关、审计等。

(3)一项特别的财产权,即拆迁房屋、退回土地等,由于这是涉及公民的“命根子”,需特别慎重。原则上都应申请人民法院强制执行。

《行政处罚法》第51条第2款规定:“根据法律规定,将查封、扣押的财物拍卖或将冻结的存款划拨抵交罚款”,可见,按照《行政处罚法》规定,强制拍卖或强制划拨的设定权属于法律,其他规范,如法规等无权设定。这是一项一般性规定,不仅对不缴纳罚款的行为适用,其精神也同样适用于其他情况。

必须强调的是,法律明确规定行政机关拥有何种强制执行权,从积极方面说,意味着法律的授权;从消极方面说,也意味着行政机关不享有其他种类的行政强制执行权。

(三)中国行政强制执行制度的形成与特点

中国行政强制执行制度是在总结各国行政强制执行制度历史

经验的基础上,根据我国实际情况形成的。

1. 以申请人民法院的强制执行为原则,表明强制执行权原则上属于法院。其意义在于:第一,多一道法院的审查,将有利于减少错误,有利于保护公民合法权益;第二,用“申请”而不用“诉讼”,将有利于提高行政效率。

2. 以行政机关自行强制执行为例外。具体体现在:第一,所谓例外就是法律规定的例外,法律规定某一事项可由某一行政机关强制执行时,该行政机关才有某一事项的强制执行权。第二,从已有立法的情况看,只有那些属于专业性、技术性较强的强制执行事项,法律才授予行政机关。对带有普遍性的强制执行权,如强制划拨、强制拍卖财产等,控制极严,法律只授权个别行政机关。

可见,我国已经形成的强制执行制度,借鉴和汲取了各国经验中的有益成分,这是适合中国国情的。

从我国已经形成的强制执行制度,可以十分明显地看出,行政强制执行是国家机关对不履行行政义务者所采取的强制手段。行政强制执行的“行政”二字,并不意味着强制执行权属于行政机关,而是实现行政权的手段。行政机关有权作出初步行政决定,但无权自行强制执行,除非法律有特别授权。行政强制执行权与行政决定权是分离的,绝不能把行政强制执行权看成是行政权的自然组成部分。

但是,由于我国对行政强制执行尚未统一立法,因而上述所谓我国的强制执行制度,只是粗线条的概括,实践中还存在一些问题。

1. 哪些情况的强制执行权可授予行政机关,标准不明确。

行政强制执行权原则上归法院行使,但在某些情况下,由法律授权行政机关行使,标准是什么?并无法律明确规定。有人对此作了归纳,认为划分法院与行政机关执行权的标准有下列几种观点:(1)以执行标的为划分标准;(2)以法律后果严重程度为划分标

准;(3)以案件影响大小为标准;(4)以对相对人权益影响的大小为标准;(5)以案件执行的难度为标准。本文在前面论述行政强制执行时,实际上也作了划分。专业性、技术性较强,法院执行比较困难,行政机关执行较为方便的,由法律授权行政机关执行。一般性、普遍性的行政强制执行和法律后果严重的,由法院强制执行。但所有这些,都是学者们的概括,常常只是从一个侧面反映出问题的实质。

2. 法律并未授权行政机关可以自行强制执行,但行政机关却自己强制执行了,应负什么法律责任?

这有两种情况。一种是无执行权的行政机关自行强制执行,且强制执行本身就是违法的。这种情况处理比较简单,依法撤销。造成损害的,依法赔偿。另一种是无执行权的行政机关自行强制执行,但强制执行内容是合法的。例如,行政机关拆除民房,未经申请人民法院而自行强制拆除。但该拆除决定本身是合法的。在这种情况下,如公民向法院提起诉讼,如何处理?此类情况屡有发生,在中国目前情况下,恐怕除了建议有关部门给直接责任人员和直接主管负责人员以行政处分外,似乎别无良策。

3. 在具体操作上,也还有一些困难,例如,低额罚款,100元,200元,且人数较多,被罚款人拒不交纳,是否也申请人民法院强制执行?农民建房,超出批准面积10公分,主管机关发现,责令停建,不听,怎么办?如申请人民法院强制执行,房已盖好,为了10公分再强制拆除?实践中此类问题很多,都难以处理。

(四)行政强制执行的种类

可依不同标准对行政强制执行作不同的分类。

第一,依执法人是否可以请人代替法定义务人履行其义务为标准,分为间接强制和直接强制。

1. 间接强制

通过间接办法强制法定义务人履行义务。又可分为代执行和

执行罚。

(1)代执行,又称代履行。义务人不履行法定义务,而该义务又可由他人代为时,有执行权的机关可请人代替法定义务人履行义务,再由法定义务人负担费用,称为代执行。例如,拆除违章建筑,人民法院可请人代为拆除,再由不履行拆除义务的法定义务人负担费用。

代执行是一种比较缓和的执行方式,因而有很大的实用价值,但仅限于可以代执行的作为义务,因而在范围上又受到一定限制。

代执行是由执行机关自行代执行还是请第三者代执行,理论上有所争论,实践做法也不一样。日本规定,由行政机关自为;奥地利规定由行政机关自为,也可请第三者代为;德国则规定只能由第三者代为。笔者认为,对代执行的主体似不宜作统一规定,可由单行法根据不同行政领域的特点单独规定。

代执行的费用是事先征收还是事后征收,各国的规定不一,事先征收,会给义务人造成心理压力,促其履行义务,这就起了类似于执行罚的作用;事后征收,便于结算,避免因事先预收而多退少补。我国对此无统一规定。

代执行的程序一般为告诫、代执行和收取费用三个阶段。

(2)执行罚。义务人不履行法定义务,而该义务又不能由他人代为履行,有执行权的机关可通过使不履行义务的法定义务人承担新的持续不断的给付义务,促使其履行义务,称为执行罚。例如,对到期不纳税款者,每天处以税款的万分之五的滞纳金的执行罚,以促其缴纳税款。

执行罚除使义务人负担新的金钱给付义务外,是否还可以科以其他义务?各国似未见有此类规定。故有些国家和地区,将执行罚称为“怠金”、“强制金”等,但我国《治安管理处罚条例》第36条规定:“拒绝交纳罚款的,可以处15日以下拘留,罚款仍应执行。”根据这一规定,拘留是为了达到促使当事人交纳罚款的目的。科以新的人身自

由罚成为罚款的执行罚,这是一种很特殊的规定,据笔者所见,只有将罚款易处人身自由罚的,即不交罚款,就处以相当的人身自由罚,但罚款将被抵消。而《治安管理处罚条例》的规定是处以人身罚后并不包括原缴纳罚款的义务。可见这不是易处。

执行罚的程序,大致与代执行一样,必须事先告诫,并附有期限,在义务人履行义务后,执行罚应立即停止。

2. 直接强制

在适用间接强制没有达到目的,或无法采用代执行、执行罚等间接强制手段,或因情况紧急,来不及运用间接强制的办法,有执行权的机关也可依法对法定义务人实施直接强制,迫使其履行义务或实现与履行义务相同的状态。

直接强制是迫使法定义务人履行义务或实现与履行义务相同的状态之最有效的方法,也是行政行为中最严厉的手段。它既利于直接、有效地实现行政目的,又易造成对公民合法权益的损害或冲击,因此,采取直接强制执行必须十分慎重,对实施强制的条件作必要的、严格的规定:①行政机关实施直接强制执行的权力必须由法律明确授权。凡是法律没有明确授权的,就必须申请人民法院强制执行。②采取直接强制执行手段,必须是在穷尽其他间接强制执行手段之后。③必须对直接强制执行的条件和程序作严格、明确的规定。我国单行法中规定了许多直接强制执行的措施,但大都没有关于条件和程序的规定,这一状况亟待改进。④直接强制执行中必须严格贯彻适度原则(又称比例原则),以实现义务人应承担的义务为限,不能扩大,不能给义务人的人身和财产造成超过其应承担义务的范围。

直接强制执行大致可按其内容分为对人身的强制、对行为的强制和对财物的强制。

第二,依行政强制执行的方法可分为:①强制传唤。如《治安管理处罚条例》第34条的规定。②强制拘留。如《治安管理处罚

条例》第 35 条的规定。③强制履行。如《兵役法》第 61 条的规定。④遣送出境。如《外国人入境出境管理法》第 27 条的规定。⑤强制遣回原地。《集会游行示威法》第 33 条的规定。⑥强制许可。《专利法》第 52 条的规定。⑦强制扣缴。《税收征收管理法》第 26 条的规定。⑧强制退还。《土地管理法》第 76 条、第 77 条的规定。⑨强制拆除。《城市规划法》第 40 条、第 42 条的规定。⑩变价抵缴。《海关法》第 93 条的规定。⑪强制拍卖。《税收征收管理法》第 40 条第 2 款的规定。⑫扣除工资或扣押财物作抵。《治安管理处罚条例》第 38 条的规定。⑬强制铲除。《治安管理处罚条例》第 31 条的规定。

第三,根据行政强制执行内容的性质,可分为:①执行性强制执行,如罚没款项的强制划拨;②制裁性强制执行,如公安机关对凶器的收缴;③检查性强制执行,如计量管理机关对计量产品的控制检查;④制止性强制执行,如交通管理部门对违反交通规则的车辆或行人的强制制止等。

三、行政强制措施与即时强制

(一)行政强制措施

长期以来行政法学著作中一直没有独立的行政强制措施概念,在很多情况下,与行政强制执行合在一起,有时则与即时强制相混。国外至今也无行政强制措施一词。1989 年我国行政诉讼法在收案范围内单列一条,称为“对限制人身自由或者财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的”,可以提起行政诉讼。从是否可诉的角度来考虑,在行政行为阶段,将行政强制分为行政强制执行与行政强制措施,无疑是完全必要的,从理论上说,这将有助于我们对行政强制认识的进一步深入。

1. 行政强制措施的概念

行政机关为了预防、制止或控制危害社会的行为发生,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即为行政强制措施,其特点是:

(1)采取行政强制措施的目的在于预防、制止或控制危害社会的行为产生。一般说,采取行政强制措施的原因,有时是为了预防危害社会行为的发生,有时是为了制止危害社会行为的继续,或者两者兼而有之,因此,行政强制措施带有明显的预防性、制止性。

(2)行政强制措施的内容大致包括人身和财物两大类。

(3)行政强制措施与行政处理决定紧密相连,常常是行政机关作出行政处理决定的前奏和准备。行政机关作出行政处理决定,首先要进行调查研究,为此就需要采取行政强制措施,使被调查的人与财产保持一定状态,调查才得以顺利进行。行政强制措施与行政强制执行也紧密相连,常常是执行机关作出行政强制执行的准备和前奏。执行机关在作出财产方面的行政强制执行前,必须防止被执行人逃匿财产,这就需要对被执行的财产采取保全措施,行政强制措施不仅具有预防性和制止性,而且还具有临时性。

(4)行政机关是否有权采取行政强制措施,必须有法律的授权,并严格依照法律的规定办事。

2. 行政强制措施的种类

依措施的标的,可分为:

(1)对人身的强制措施,如扣留。《海关法》第6条规定:“对有走私嫌疑的运输工具、货物、物品和走私犯罪嫌疑人,经直属海关关长或者其授权的隶属海关关长批准,可以扣留;对走私犯罪嫌疑人,扣留时间不超过二十四小时,在特殊情况下可以延长至四十八小时。”

(2)对财物的强制措施。如“登记保存”,《行政处罚法》第37条。“扣留”,《海关法》第6条:对“对其中与违反本法或者其他有关法律、行政法规的进出境运输工具、货物、物品有牵连的,可以扣留。”

“冻结”,或称“暂停支付”,如《税收征收管理法》第38条第1款规定:“……如果纳税人不能提供纳税担保,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以采取下列税收保全措施:(一)书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款。”

3. 行政强制措施的程序

行政强制措施的程序,大致与作出行政处理决定的程序相似,一般程序也为立案、调查、决定,但作出行政强制措施决定常常情况比较紧急。为了预防或制止危害社会行为的发生,可能在调查前或调查中,就需作出行政强制措施决定。也可能在调查后,为防止逃匿财产,先作出强制措施决定,再作出行政处理决定。在作出行政强制措施决定时常常内部需要经过首长的批准程序。

4. 行政强制措施的补救

行政强制措施具有可诉性,这与行政强制执行不同。行政强制执行是在行政机关作出行政处理决定后,当事人既不履行又不起诉的情况下才可能采取。行政强制执行所执行的是行政处理决定,既然当事人对行政处理决定没有起诉,就不可能再对执行该决定起诉,除非是执行机关在执行过程中有错误,才可能提起新的诉讼。行政强制措施不同,大部分行政强制措施都是在行政处理决定前采取的,作为独立的具体行政行为,当事人不服,可以提起行政诉讼。

(二)即时强制

1. 即时强制的概念

即时强制,是指国家行政机关在遇有重大灾害或事故,以及其他严重影响国家、社会、集体或者公民利益的紧急情况下,依照法定职权直接采取的强制措施。

第一,采取即时强制的目的在于预防、制止或控制危害社会情况的发生,这一点与行政强制措施接近。