

大连海事大学法学文库

行政强制权正当性的 法哲学追问

尤其以行政强制权规范体系的构建为视角

张靖飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

大连海事大学法学文库

行政强制权正当性的 法哲学追问

尤其以行政强制权规范体系的构建为视角

张靖飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政强制权正当性的法哲学追问:尤其以行政强制权
规范体系的构建为视角 / 张婧飞著. —北京:法律出版社,
2009.6

(大连海事大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9514 - 8

I. 行… II. 张 III. 行政执法—强制执行—研究
IV. D912.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065239 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8.25 字数/205 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9514 - 8

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

很高兴看到张婧飞的《行政强制权正当性的法哲学追问——尤其以行政强制权规范体系的构建为视角》一书即将付梓。行政强制权的规范问题是目前我国行政法研究的重点课题之一,也是行政强制立法的关键所在。行政强制权是行政权力中最直接和最有效的权能,其涉及对公民的人身自由和财产权利的限制,因而也是威胁、打击力度最强烈的权力。然而长期以来我国学界过于关注其正效应,而忽视其负效应,过度追求行政强制权运行的结果价值,而忽略其过程价值,对行政强制权缺乏必要的约束与控制,导致行政强制权的滥用,侵犯行政相对方的合法权益,我国目前房屋拆迁领域的大量纠纷可以充分证明这一点。婧飞自2005年攻读博士学位以来,收集了国内外近年来的相关论文和著作以及研究资料,运用法哲学理论、宪政理论及行政法学理论,从法理学的视角剖析行政强制权正当性的问题,这是本书的创新。此外,在全书的论证过程中,提出了许多独到的见解,如关注行政

强制权的可能负效应、追求行政强制权运行的过程与结果的双重价值,并在此基础上,就约束和控制行政强制权的可能路径进行了相应的制度设计,即围绕行政强制权的运行,以事前的立法预防、事中的行政机关内部控制、事后的司法审查共同约束和控制行政强制权的滥用。毫无疑问,本书的问世,对于我国行政强制立法的现实意义是不言而喻的。

当然,本书尚有诸多缺陷和不足,有些提法还有待进一步商榷,有些观点的论证还有待进一步深化。但是,这并不影响它的学术价值,至少为我们今后研究行政强制权提出了一些富有创新性和启发性的观点,为今后的研究提供了一个新的视角。

这部书是张婧飞博士在她的博士学位论文基础上修改而完成的。作为她的博士生指导教师,我和她一样感到由衷高兴。本书的出版,足以证明婧飞在学术道路上又上了一级台阶。故乐以此序为贺。

崔卓兰

2009年3月28日

目 录

导论 / 1

一、问题的引出 / 1

二、关于行政强制权的研究现状 / 2

三、本书的研究目的、思路及方法 / 4

第一章 行政强制权的一般理论分析 / 6

一、行政强制权的内涵 / 7

(一)行政强制权内涵的演变 / 8

(二)行政强制权内涵的界定 / 10

二、行政强制权的属性分析 / 15

(一)行政强制权的初级属性分析——行政性与强制性 / 15

(二)行政强制权的深层属性分析——法律性与人民性 / 22

(三)行政强制权正当性的属性分析——深层属性对初级属性的规制 / 27

(四)行政强制权属性的制度性分析 / 34

三、行政强制权的种类及特征 / 36

(一)行政强制权的种类 / 36

(二)行政强制权的特征 / 39

四、行政强制权与相关概念的异同 / 43

(一)行政强制权与行政处罚权 / 43

(二)行政强制权与行政诉讼强制措施 / 44

五、行政强制权的现状与发展趋势 / 45

(一)行政强制权的现状——与非强制行政行为并存 / 45

(二)行政强制权的发展趋势——控制行政强制权 / 51

第二章 行政强制权运行的正负效应 / 57

一、行政强制权运行的正效应 / 57

(一)维护社会秩序 / 57

(二)提高行政效率 / 60

(三)保障公民权利 / 60

二、行政强制权运行的负效应:以房屋拆迁为例解读行政强制权滥用 / 63

(一)行政强制权滥用的表现 / 66

(二)行政强制权滥用的危害 / 72

三、行政强制权运行负效应的成因 / 75

(一)行政强制权可被滥用的潜质 / 75

(二)缺乏统一立法 / 78

(三)行政主体缺乏自律 / 80

(四)司法控制不足 / 83

第三章 对行政强制权控制的一般理论分析及其规范体系的构建 / 85

一、对行政强制权控制的一般理论分析 / 86

(一)追求行政强制权运行的过程与结果的双重价值 / 87

(二)对行政强制权控制的新进展 / 96

二、对行政强制权控制的规范体系的构建 / 99

(一)对行政强制权控制的比较研究 / 99

(二)对行政强制权控制的规范体系的构建 / 120

第四章 约束和控制行政强制权(一):立法控制 / 126

一、我国行政强制立法的现状 / 128

(一) 缺乏规范行政强制权的统一立法 / 128

(二) 制定统一行政强制法的困境 / 130

二、行政强制立法的基本原则 / 136

(一) 合法性原则 / 136

(二) 权利优先原则 / 146

(三) 比例原则 / 156

三、行政强制立法的制度设计 / 173

(一) 行政强制权的设定制度 / 173

(二) 行政强制权的实施制度 / 177

(三) 行政强制权的程序制度 / 185

第五章 约束和控制行政强制权(二):行政机关的内部 控制 / 195

一、行政机关内部控制的必要性 / 195

(一) 行政机关内部控制的界定 / 195

(二) 行政机关内部控制的现实意义 / 198

二、行政机关内部控制的途径分析 / 204

(一) 行政机关内部控制的制度构建 / 204

(二) 行政机关内部控制的作用领域 / 212

第六章 约束和控制行政强制权(三):人民法院的司法 审查 / 220

一、人民法院对行政强制措施权的控制 / 221

二、人民法院对行政强制执行权的控制 / 227

(一) 人民法院对申请人民法院强制执行模式的控制——
事前审查制度 / 227

(二) 人民法院对行政机关自行执行模式的控制——事后
审查制度 / 229

结 语 / 233

参考文献 / 235

后 记 / 251

导 论

一、问题的引出

自行政权产生以来,行政权力与公民权利的关系,不仅是行政法学中一个难以解决的命题,也是法学理论上一个经久不衰的热点问题。行政强制权,作为行政权力中最直接和最有效的权能,其涉及对公民的人身自由和财产权利的限制,因而也是最有威胁、打击力度最强烈的权力。为达成一定的行政管理目标,行政强制权的行使不可避免地会侵害公民权利。由于行政国家的出现,作为一种典型公权力体现的行政强制权大肆膨胀,行政强制权的职能也大为增加,其所涉及的领域几乎是“从摇篮到坟墓”,渗入社会生活的每个角落。因此,如何确保行政强制权在达成行政管理目标的前提下,使其所采取的手段对公民权益的侵害或限制达到最小,便成为法学理论领域研究的课题的重中之重。

不同国家对这一既是行政法领域又是法学基础领域中的可以被称为“烫手的热山芋”的问题作出了不同的响应。虽然采取的具体进路因不同国

家法律传统、文化背景、立基于其上的哲学根据和对人性的预设的不同而对行政强制权的控制方式和思路也不尽相同;但其均采取了某种程度上控制行政强制权的进路。具体而言,有英美法系的依程序审查标准控制和大陆法系的靠实体审查标准控制两种模式。然而,人类所设计的制度正如人类本身一样是不完美的;所以对西方国家所设计的控制行政强制权的制度模式并不能够简单照搬地适用于我国。

长期以来,我国学术界把主要精力放在研究行政强制权运行的正效应方面,对行政强制权运行的负效应则少有论述。然而,“赋予治理国家的人以巨大的权力是必要的,但是也是危险的。它是如此危险,致使我们不愿只靠投票箱来防止官吏变成暴君”。^①事实上,自行政强制权产生以来,其被视为行政机关手中的一把利器而被频繁使用,其所具有的行政性与强制性特质得到了极大的彰显与释放,对行政相对方权利造成了严重的威胁与影响。由于我国没有统一规范的行政强制立法、缺乏行政强制权行使的程序规范、缺乏有效的司法审查,导致行政强制权在运行当中不可避免地影响公民权利的行使,极易引发二者之间的冲突。实践中行政强制权与公民权利相冲突的个案时常见诸报端,并引发广泛争议,特别是在房屋拆迁领域中体现得尤为剧烈。例如,湖南省嘉禾县强制拆迁案、重庆最牛钉子户案等。面对这样的事实,我们需要转变原有的研究视角,重新审视行政强制权,注重对行政强制权的约束与控制,并探讨约束和控制行政强制权的可能路径。

二、关于行政强制权的研究现状

关于对行政强制权的研究,西方各国均强调对行政强制权的控制,但采用的方式不尽相同。总括而言,德、日两国强调行政机关的自我控制,主要采用行政机关自行执行体制,但也不排斥个别领域借助法院力量执行的存在,还有特殊情况下不以行政行为存在为前提的即时强制。

^① [美]伯恩斯等:《美国式民主》,谭君久等译,中国社会科学出版社1993年版,第189页。

因此,这两国的学术研究也主要集中于如何完善行政机关自行执行体制。正如德国法兰克福大学海默斯教授所说:“在德国,行政强制是指行政机关为完成其任务,违背或无视相对人意志所采取的一切措施。”^①“德国行政执行法最重要的原则是,行政机构无须借助法院就可以有所作为。”^②美、法两国虽然分属两大法系,但其均强调对行政强制权的外部控制,即借助法院力量的司法执行体制,以刑罚和行政罚的制裁促使相对方履行义务。只有在法律有明确授权,并符合法定条件的情况下,行政机关才能适用直接强制执行的方式。因此,这两国的行政强制研究主要着眼于如何完善行政机关与法院之间的关系,以及法院如何以强制手段保障行政决定的实现等方面。这和美、法两国所一贯强调的分权原则是一脉相承的。具体考察,即便在德、日之间和美、法之间,也仍然存在许多实质性的差别。德国以《行政执行法》作为行政强制的基本法;而日本自1948年以来,则以《行政代执行法》作为日本行政代执行的基本法,执行罚、直接强制、强制征收和即时强制等方式,都依据特别法而存在。美国行政决定的执行,通常以行政机关向法院提起执行诉讼或刑事诉讼的方式,由法院在对行政决定进行审查后裁判是否予以执行,但也有例外情形的存在;法国的刑罚和行政罚制裁,在形式上与美国相近,但刑罚、行政罚制裁的操作环节与美国相比有很大的差异。美、法两国虽然都有行政机关直接强制执行的方式,但适用的条件、具体的形式也存在差别。

在我国,对行政强制权的研究还处于探索当中。20世纪90年代开始,逐渐有学者关注这一问题,但当时的研究主要集中在行政强制权运行的正效应方面且比较详细。例如,认为行政强制权是实施法律规范的有力保障,是行政机关依法行使职权的有力保障,是维护社会公共秩序、促进市场经济发展的必要手段,是教育行政相对方增强法制观念、自觉

① [德]海默斯:“德国行政执行和行政强制”,载全国人大常委会法制工作委员会、德国技术合作公司编:《行政强制的理论与实践》,法律出版社2001年版,第56页。

② 同上书,第57页。

履行法定义务的有效方法。然而对其负效应往往只是一笔带过,甚至根本未有涉及。但是,行政法学基本理论的变化已经要求人们转变观念,将行政强制权置于控权的视角下予以研究。一方面,许多学者开始关注非强制行政行为的研究,如崔卓兰教授的《非强制行政行为——现代行政法学的新范畴》、《从压制型行政模式到回应型行政模式》等文章;另一方面,也有一些学者开始梳理行政强制的基本理论问题,并尝试从新的角度重新研究行政强制权,如傅士成的《行政强制研究》、胡建森的《行政强制》、胡建森的《行政强制法研究》、金伟峰的《中国行政强制法律制度》、朱新力的《外国行政强制法律制度》、章剑生的《中外行政强制法研究资料》等。但是这些论著属于综合性研究,对行政强制权问题涉猎不多,没有进行深入探讨。

就笔者眼力所及(从国家图书馆的博士硕士论文库获取资料),自1990年至今,与行政强制权相关的博士论文有一篇:邹川宁《论我国强制执行制度的完善》(中国政法大学,2002年);硕士论文有十余篇,主要集中在行政强制执行领域,以行政强制权为主题的仅有两篇:张国平《警察行政强制权研究》(中国政法大学,2004年),晋亚玲《论我国行政强制权的设定及执行模式》(复旦大学,2004年)。至目前为止,还没有专门以对行政强制权的控制为主题的论文。从一定程度上讲,以对行政强制权的控制作为题目进行写作,具有一定的新颖性和理论、实践意义。

三、本书的研究目的、思路及方法

“知出乎争”,道理越辩越明,本书的研究目的之一即是对行政强制权的正当性做更全面深入的讨论,在吸收前人成果的前提下,秉承学术传统,在传统中求创新。通过对行政强制权内涵的界定、属性与特征的分析,以及与相关概念的比较,概括出行政强制权的发展趋势,厘清行政强制权正当性的前提性内容;对行政强制权运行进行正负效应分析,引出对行政强制权的行使进行约束和控制的问题。在此基础上,对控制行政强制权的一般理论进行分析,并构建出控制行政强制权的规范体系,即以事前的立法预防、事中的内部控制、事后的司法审查,共同完成对行

政强制权的约束和控制,并就如何完善每条路径进行了相应的制度构建。

应该说,本书的研究思路是就行政强制权正当性进行反思与追问,通过对行政强制权的内涵界定、属性与特征分析,以及与相关概念的比较,推导出行政强制权的现状与发展趋势,厘清行政强制权正当性的前提性内容,从而为后文研究奠定基础。进而对行政强制权的运行进行正负效应分析,意在提醒人们对行政强制权运行的正当与否应持警惕态度,面对行政强制权在实践中,尤其是房屋拆迁领域的运行状况,强调应对行政强制权进行必要的约束与控制,以发挥其积极作用,抑制其消极作用。通过对行政强制权控制的一般理论分析,强调应关注行政强制权运行的负效应,追求行政强制权运行的过程与结果的双重价值,并提炼出对行政强制权控制的规范体系的构建。对行政强制权控制的规范体系的构建,主要通过行政强制权运行的过程展开,以实现行政强制权的约束与控制,即立法机关的事前预防、行政机关的事中规范、人民法院的司法审查。其中就立法机关的事前预防而言,我国目前正在制定行政强制法,针对立法争论的焦点,提出自己的建议,以期能对立法有所助益;就行政机关的事中规范而言,其作用主要体现在,对行政机关进行内部控制对于行政强制权这类极具自由裁量性的权力意义重大,可以有效弥补外部控制的不足;就人民法院的司法审查而言,司法作为维护社会正义的最后一道屏障,虽然不是行政强制权运行的必经环节,但却是纠正行政强制权违法行使的最后环节,亦即对行政强制权运行的事后纠正,但在行政强制执行领域,引入事前审查模式也是非常必要的。

在论述上,本书主要采用了历史分析方法、系统分析方法、比较分析方法,结合理论和实践对约束和控制行政强制权的行使进行了可操作性的实证分析。

第一章 行政强制权的一般理论分析

行政强制权是行政强制行为的“精神内核”，行政强制行为是行政强制权的物质载体与表现。正如要想了解一个人的行为必须先从分析他的思想动机着手一样，我们要想深入而透彻地了解实践中存在的各种形形色色的行政强制行为，就不得不透过行为的表象看到支撑它的行政强制权的本质，从而为我们构建一个合理的行政强制行为模式体系提供一个坚实的观念基础和一个清晰的思维脉络。

从理论上而言，我国现阶段业已存在的关于行政强制行为实施的模式体系无论是否是合理的、已被大家普遍接受的，还是不合理的、实践部门及学者们对此颇有怨言的，都可以在行政强制权这一问题上找到问题的起因或者症结所在。例如，对行政强制执行权到底应由或主要由行政机关还是人民法院来实施，这涉及对行政强制权的性质与作用以及它与司法权关系的认识问题；关于行政强制行为的实施到底应遵循哪些基本程序，这实际上是如何

通过法律程序来对行政强制权进行控制的问题。鉴于本章与其他章节之间的分工,本章只就行政强制权本身的一些问题进行探讨。这些问题既包括对行政强制权从静态角度进行的分析,即研究它的内涵与特征;还包括从动态的角度对行政强制权的考察,即研究它如何产生、如何发展以及今后将如何走向的问题。概而言之,本章研究的问题有两个:一是行政强制权是什么?二是行政强制权从哪里来,到哪里去?通过对这两个问题的研究,希望能梳理清楚行政强制权的基本问题,从而为后文的研究提供一个前提性条件。

一、行政强制权的内涵

行政强制权,作为我国政府管理社会的方式与手段之一,从新中国成立至今,经历了曲折的变化过程,并随政治环境的变化而起伏波折。总体来说,20世纪80年代以前,行政强制权化身为行政权的唯一外延而在行政权行使领域普遍适用。行政相对方稍有反对,即招致行政强制权的实施,似乎行政权即为行政强制权。这样的看法,在今天早已为人们所反对,然而在当时,人们将其视为天经地义。行政权所具有的单方性、命令性、强制性,在行政强制权身上得到了极大的彰显。只要是行政主体在行政活动中针对行政相对方作出的行政决定,行政相对方稍有反对或根本来不及反对,行政主体便会以行使行政强制权的方式达到目的,似乎命令一服从模式就是行政主体行使行政权力的唯一模式。

人们为什么服从行政权力?即行政权力的基础是什么?这个问题既是传统政治哲学关注的问题,也是法学的关注对象;但两者的目的各有侧重。政治哲学希望借此追问国家存在的正当性,人们为什么服从,以对政治统治作出或善或恶的价值判断。法学特别是公法学的兴趣则在于根据权力的不同基础对其设计不同的控制方案,对权力的运用加以法律的规制。对此问题的回答也因此而形成两个学术传统。自霍布斯以来的政治哲学提出,政治权力的正当性首先在于它持续地提供公共秩序;但这仅是一种最低的正当性,现代政治权力的正当性还应当建立在更高的基础上,这就是被治理者的同意,取得权力对象的同意方能使政

治权力最终具有正当性。在提供公共秩序的初级正当性阶段,国家功能的实现主要是强制,且是建立在暴力基础上的强制。因而从政治哲学的角度考察,行政权力的基础总体上是从强制到同意的变化趋势,这是政治统治中不断减少暴力因而不断文明化的表现。而在法学特别是公法学术传统上来看,“行政权力最初的运用也是建立在单纯强制的基础上的,行政行为的有效性依赖于人们对强制与处罚的恐惧,行政行为的模式也是以反映强制性的行政决定、命令、处罚、强制执行等为代表的”。^①

(一)行政强制权内涵的演变

相对于不太成熟的中国行政法学理论来说,^②行政强制权,作为行政强制制度的内核,时至今日尚未有明确的界定,因此,我们只能以行政强制概念的演变来间接折射行政强制权的内涵。行政强制概念的演变大致经历如下三个阶段:

1. 作为“行政强制执行”简称的“行政强制”

第一次在理论著作中正式提到的“行政强制”,是作为“行政强制执行”的别名使用的。“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。”^③此后,有不少著作、教材受此影响,不是把行政强制视做行政强制执行的简称,就是把它定义为行政强制执行的别名,例如,“行政强制,即行政强制执行”,^④“行政强制,又叫行政强制执行,是国家强制之一”,^⑤“行政法实施中的行政强制,即行政机关所作的行政强制执行”。^⑥类似的提法随处可见,不管提法如何,不管行政强

① 姜明安主编:《行政执法研究》,北京大学出版社2004年版,第120~121页。

② 笔者在此仅相对于中国的刑法学理论与民法学理论而言。

③ 张焕光等:《行政法基本知识》,山西人民出版社1986年版,第155页。

④ 侯洵直等编:《中国行政法》,河南人民出版社1987年版,第217页。

⑤ 王连思等编:《当代中国行政法》,重庆人民出版社1988年版,第149页。

⑥ 廖晃龙主编:《新编中国行政法原理》,大连海运学院出版社1990年版,第207页。

制的内涵被如何界定,有一点是清楚的:行政强制被等同于行政强制执行。

2. 作为“行政强制措施”简称的“行政强制”

以上观点在中国的行政法学研究史上并没有持续多久,从1986年出现,到1988年几乎销声匿迹了。此后,人们对行政强制内涵与外延的挖掘分歧较大,其中有学者主张“行政强制=行政强制措施”,例如,“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。”^①“行政强制,又称行政强制措施,是指行政主体为了实现行政管理目的,依法采取强制手段强制不履行行政法义务的相对人履行义务或达到与履行义务相同的状态;或者出于维护社会秩序或保障公民人身健康、安全的需要,对相对人的人身或财产采取直接或间接的强制措施的一种行政行为。”^②

3. 作为“行政强制措施”与“行政强制执行”合称的“行政强制”

认为行政强制既不能等同于行政强制执行,也不能与行政强制措施画等号,而是这两者的合称,这是我国行政法上对行政强制内涵认识的第三种观点。有人说:行政强制执行与行政强制措施是两种不同的行为,它们“都属于行政强制的范畴”。^③有人认为,行政强制包括“管理性强制与执行性强制”。^④关于这一观点,应松年教授的表达最为直接、清晰:“中国的行政强制是对行政强制执行和行政强制措施的统称。”^⑤

这种主张行政强制既包括行政强制措施,又包括行政强制执行的观点,自1989年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)

① 张正钊主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社1999年版,第144页。

② 杨海坤主编:《中国行政法基础理论》,中国人事出版社2000年版,第235页。

③ 方世荣主编:《行政法与行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第250页。

④ 熊文钊:《现代行政法原理》,法律出版社2000年版,第404页。

⑤ 应松年:“中国的行政强制制度”,载全国人大常委会法制工作委员会、德国技术合作公司编:《行政强制的理论与实践》,法律出版社2001年版,第1页。