

◎傅士成 著

# 行政强制研究

法  
律  
出  
版  
社

# 行政强制研究

法  
律  
出  
版  
社

## 图书在版编目(CIP)数据

行政强制研究/傅士成著. -北京:法律出版社,  
2001.3

ISBN 7-5036-3348-4

I.行… II.傅… III.行政法-强制执行-研究  
-中国 IV.D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 07359 号

---

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李跃	责任校对/何萍
印刷/民族印刷厂	
开本/A5	印张/11.5 字数/304 千

---

版本/2001 年 3 月第 1 版      2001 年 3 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 7-5036-3348-4/D·3066

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

11/6/02

## 序

很高兴看到土成的《行政强制研究》即将付梓。行政强制问题是目前我国行政法研究的重点课题之一。在行政法的理论与实践 中,行政强制也许是理论上最众说纷纭、实践中差异最大且变化最多的领域之一。国内外都是如此。建国以后,我们摒弃了旧的一些行政强制的观念和做法,但直到 20 世纪 80 年代向市场经济体制转变,才开始在实践中通过单行法建立有中国特色的行政强制执行制度。最近几年来,随着市场经济和民主法制建设的发展,行政强制执行已引起人们的普遍关注,但理论与立法实践严重滞后。土成花数年之力,搜集了国内十余年来所有相关文章和著述以及国外的有关资料,立足于中国实际,运用法哲学理论、宪政理论和行政法学理论,对行政强制问题展开了深入的理论研究,提出了许多独到的见解,并对行政强制方面一些不同观点,提出了自己的看法。尤其可贵的是,作者把对于行政强制的研究作为实现法律的一种方式 来探讨,因而视野更为开阔。如强调强制与非强制因素的综合作用,突出效率、秩序和公正、理性的协调,等等。使读者能从更高的层次上来把握行政强制。而在具体制度的设计上,注重理论的透彻性和现实的可行性的结合;现实可行性与合理性的结合。毫无疑问,正当我国加紧研究起草行政强制法之际,土成这本专著 的问世,其现实意义是不言而喻的。

文如其人,土成的专著扎实、周密,随处可见用功之深切。本

2 行政强制研究

书的出版,足证士成在学术道路上又上了一级台阶。故乐以此序为贺。

应松年

于北京魏公桥畔

2000.11.26

# 目 录

第一章 行政强制的一般法理解说·····	(1)
一、强制:作为法律属性的存在·····	(1)
二、行政强制:抽象强制的现实化·····	(6)
三、强制和非强制性因素对法律实现的综合效应·····	(8)
第二章 行政强制的基本理论问题·····	(13)
一、行政强制界说·····	(13)
二、行政权力与行政强制·····	(19)
三、行政强制与法律·····	(22)
四、行政强制的定位·····	(30)
五、行政强制的界限·····	(37)
六、行政强制的局限性·····	(46)
第三章 行政强制设定问题泛论·····	(49)
一、行政强制设定概述·····	(49)
二、宪法与行政强制的设定·····	(55)
三、相对人权利与行政强制的设定·····	(58)
四、行政强制设定权·····	(67)
五、关于行政强制设定权的原则·····	(71)
六、设定行政强制的条件·····	(80)
第四章 行政强制执行论·····	(91)

一、背景、概念之争及其分析 .....	(92)
二、行政强制执行体制述评 .....	(100)
三、行政强制执行权的属性和归属 .....	(111)
四、行政强制执行的依据 .....	(120)
五、具体行政行为的可执行性问题 .....	(129)
六、行政强制执行理论基础简析 .....	(149)
七、行政强制执行的种类和方式述要 .....	(158)
八、行政自行强制执行程序诸问题论要 .....	(184)
九、行政处罚强制执行实证分析 .....	(200)
第五章 行政即时强制论.....	(208)
一、行政即时强制的内涵和属性分析 .....	(208)
二、行政即时强制的内部构造 .....	(215)
三、行政即时强制的定位 .....	(219)
四、行政即时强制的条件 .....	(225)
五、行政即时强制的方法 .....	(235)
六、对行政即时强制的规范和救济问题 .....	(240)
第六章 其他行政强制.....	(246)
一、基本思路 .....	(246)
二、其他行政强制的特征 .....	(248)
第七章 行政强制措施论.....	(250)
一、我国行政强制措施的由来 .....	(250)
二、我国现行法规定行政强制措施的意义和问题 .....	(253)
三、现有理论对行政强制措施的认识和分歧 .....	(256)
四、行政强制措施的范围和形态分析 .....	(259)
五、对一般性行政强制措施的特别分析 .....	(267)
六、行政强制立法关于行政强制措施的思路及简单	

的评述 .....	(269)
七、行政强制措施的可诉性研究 .....	(272)
第八章 非诉讼行政执行论 .....	(279)
一、非诉讼行政执行的内涵和精神剖析 .....	(280)
二、我国非诉讼行政执行制度形成的依据和理由 .....	(289)
三、非诉讼行政执行的主要环节 .....	(295)
四、我国非诉讼行政执行制度的缺陷和改进的建议 .....	(311)
第九章 行政强制比较研究 .....	(315)
一、德国的行政强制制度 .....	(315)
二、日本的行政强制制度 .....	(325)
三、美国行政决定的执行制度 .....	(334)
四、法国行政处理的执行制度 .....	(340)
五、比较与借鉴 .....	(343)
附录	
联邦德国行政执行法(1997年最后一次修改) .....	(346)
主要参考书目 .....	(352)
后记 .....	(359)

## 第一章

# 行政强制的一般法理解说

行政强制对于行政法制度的价值,一方面体现在行政主体对于行政相对人行为的评判过程中,另一方面则体现在行政行为受阻后其内容的强制实现上。为了实现行政职能,维护公共秩序,无论行政相对人是否自动履行义务,也无论强制的依据公正到何种程度,行政强制都是不可缺少的。然而,传统行政法理论对行政强制的研究,多集中于行政强制的过程及其技术环节,对行政强制同作为法律一般属性的强制的关系,行政强制对法律实现的意义,奖赏、指导等激励性因素与强制的交互作用等更深层次的问题,却较少关注或关注不多。本章借助法理学、法哲学的研究成果,试图对行政强制的一般问题进行解说。

### 一、强制:作为法律属性的存在

强制或强制力,是指压制或强迫的力量。20世纪50年代末以前的西方法理学,基于对法定义务内容实现的期待,一般将强制作为法律的本质属性和特征来看待,并将强制作为法律区别于其他社会规范标志。近代英国分析法学的代表人物奥斯丁断

言:法律是一种命令,而“命令、义务和制裁是不可分割的相互联系的术语,换言之,每个术语都像其他术语一样具有同样的含义。”奥斯特丁进一步认为:“并非任何一种命令都是法律,只有普遍的命令,即强制某个人或某些人必须为某种行为或不为某种行为的命令,才具有法律的性质。”<sup>①</sup> 乔治·戴尔·维基埃奥宣称,强制力与法律这两个概念在逻辑上是不可分的,“哪里没有强制力,哪里就没有法律”<sup>②</sup> 凯尔森认为:法律在本质上是一种强制制度和一种强制组织。<sup>③</sup> 美国社会法学派法学家庞德认为:“法律包括强制力。法律的调整 and 安排必须最终地依靠强制力,纵使他们之所以有可能,除了对一种反社会的残余必须加以强制,主要是由于所有的人都有服从的习惯。其实,服从的习惯在不小的程度上是依靠聪明人意识到如果他们坚持作为反社会的残余,那么强力就会适用于他们。”<sup>④</sup> 德国法学大师耶林用一个著名的比喻更加深透地描述了法律与强制的关系,耶林讲到:“不以法律强制作为后盾的法律命题是自相矛盾的,是无焰的火,不亮的光。”<sup>⑤</sup> 总之,在西方 20 世纪 50 年代以前的主流法理学视野中,法律与强制紧密相联,强制不仅是法律的重要属性和特征,而且是法律区别于其他社会规范的主要标志。

然而,20 世纪 50 年代末以来,西方法学界对传统法理学的强制性学说展开了全方位的“发难”,其主导地位受到了动摇。这一影响深远的全方位发难,肇始于英国分析法学家哈特和美国新自

① 转引自刘星:法律“强制力”观念的弱化,《外国法译评》1995 年第 3 期。

② 转引自(美)博登海默著,邓正来等译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社 1987 年版,第 332 页。

③ 转引自(美)博登海默著,邓正来等译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社 1987 年版,第 332 页。

④ (美)庞德著,沈宗灵译:《通过法律的社会控制、法律的任务》,商务印书馆 1984 年版,第 17 页。

⑤ 转引自顾培东著:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社 1991 年版,第 204 页。

然法学家富勒。<sup>①</sup>

哈特认为,并非所有的法律都命令人们去做什么或不做什么,因而,将所有法律都归于以强制为后盾的命令式法律,显然是错误的。根据哈特的认识,有的法律没有强制力,如规定立遗嘱、定契约和结婚的法律,就没有强制力,人们可以遵守,也可以不遵守,并且不会因为不遵守这些法律而受到制裁或强制。<sup>②</sup> 富勒也认为,在现代法律中,有些规则根本没有使用武力或以武力相威胁的机会,人们没有理由不将这些规则视为法律。<sup>③</sup> 奥地利社会法学派的创始人欧根·埃利希进一步认为:“法律是由社会成员所遵守的安排、日常惯例以及正义原则的集合体,而不是最高权力机关发布的命令。”基于这样的认识,埃利希认为:“理想的法律制度应成为一种自发的、非强制性工具的因素,以调整在社会中共同生活并相互发生各种关系的普通人之间所提出的相互主张和要求。”<sup>④</sup> 综合上述观点,可以大致得出置疑法律具有强制力观点的以下几个共识:<sup>⑤</sup> (1)法律具有强制力的观念是以刑法为基本模式并将其加以泛化而形成的观念,它无法涵盖无强制力的法律规范,因而是错误的。(2)既然存在无强制力的法律规范,那么以强制力作为揭示法律概念的一个重要因素,特别是以强制力作为法律的本质属

① 参见倪正茂:法的强制性新探一文的编者按,《法学》1995年第12期;刘星:法律“强制力”观念的弱化,《外国法译评》1995年第3期。

② 参见(英)哈特著,张文显译:《法律的概念》,中国大百科全书出版社,1996年版,第28—35页;刘星:法律“强制力”的弱化,《外国法译评》1995年,第3期。

③ 参见刘星:法律“强制力”观念的弱化。

④ 转引自(美)博登海默著,邓正来等译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第315页。

⑤ 参见博登海默著,邓正来等译:《法理学——法哲学及其方法》第135、315页;刘星著:《法律是什么》,广东旅游出版社1997年版,第17—36页;刘星著:《西方法学初步》,广东人民出版社1998年版,第51—64页;沈宗灵著:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第5、12、16等章;刘星:法律“强制力”观念的弱化,《外国法译评》1995年第3期。

性和特征,并以有无强制力作为区别法律与其他社会规范的标志,显然存在一定的逻辑悖论。(3)将以威吓和暴力为基础的强制视为法律的本质要素,特别是将体现强制的制裁视为遵守法律的唯一刺激力量,是对法律的极大误解,法律的主要作用是指引和协调,其主要手段是促进而不是强制。

我国法学界倾向性的认识是,法律是由国家强制力保证实施的行为规范,并将是否由国家强制力保证实施视为“法律区别于其他上层建筑现象的特征。”<sup>①</sup>很明显,我国法学界是将强制力作为法律的一种属性来看待的。<sup>②</sup>但是在“左”倾思想盛行和“阶级斗争法理论”<sup>③</sup>统治时期,法律的国家强制力属性也被推向极端,甚至认为“一切法律都只能凭借强制性的暴力加以维护,法律因强制而实施,因强制而发挥其功能。”<sup>④</sup>强调法律的斗争性,忽略甚至否定法律的指引、激励和导向作用。这种做法实际上走向了我们自己一向强调的法律的人民性的反面。随着改革开放和法学研究的深入,这种做法受到广泛批评并被摒弃。<sup>⑤</sup>无论是强制性法律规范,还是强制性法律手段,都存在其自身无法克服的局限性。<sup>⑥</sup>但由此而彻底否定法律的强制性也是欠妥当的。尤俊意先生在《国家强制性、强制性规范与制裁》一文中,对法律的国家强制性的

---

① 翻开我国 20 世纪 80 年代以来出版的所有法理学教科书,几乎都能找到类似的语言。另参见沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社 1994 年第 2 版,第 32—39 页。

② 有的教科书将强制力称为非本质属性。参见沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社 1994 年版,第 27 页。

③ 蔡定剑著:《历史与变革——新中国法制建设的历程》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 238 页。

④ 转引自倪正茂:法的强制性新探,《法学》1995 年第 3 期。

⑤ 参见倪正茂前揭文;周永坤:论法律的强制性与正当性,《法学》1998 年第 7 期。

⑥ 参见倪正茂前揭文;周永坤:论法律的强制性与正当性,《法学》1998 年第 7 期。

归纳和概括极具说服力。他写道：“法的国家强制性的主要含义是：(1)法或法律是由国家制定或认可的规范体系，具有国家意志的权威性和不可违抗的尊严性；(2)这种权威和尊严在其发生效力的时限与地域内，对一切法律关系主体始终发生作用，具有普遍的约束力与恒久的持续性；(3)这种约束力同社会关系与社会秩序的关系一般表现为指示与服从。这种指示包括指引、预警、规则、程序、奖惩等内容；(4)这种指示与服从关系是以国家强制力量为其后盾的。即对服从者予以肯定或褒奖，对违抗者不予认可、否定或贬惩。质而言之，法的国家强制性主要表现为法的实施是以国家强制力量作为后盾的。强制性是一种随时可以兑现的现实可能性，它并不时时直接表现为强制力，而是一种潜在、内含、隐藏着国家强制力<sup>①</sup>。进一步分析，法律由国家强制力保障实施，是就法律制度的整体而言的，即强制力是作为整体法律制度的“一个必要的和不可分割的组成部分，”而就单个法律规范而言，强制力又并非其必然属性。<sup>②</sup> 法律由国家强制力保证实施又是“从终极意义上讲的，即从国家强制力是法律的最后一道防线的意义上讲的，而并非意味着法律的每一个实施过程、每一个法律规范的实施都要借助国家的系统的暴力，也不等于国家强制力是保证法律实施的唯一力量。在法律实施的过程中，国家强制力常常是备而不用，无所在无所不在。”<sup>③</sup> 还必须说明，法律的国家强制力并不等于纯粹的暴力，法律的国家强制力是以法定的强制措施，并按法定的程序实施的。正如澳大利亚悉尼大学法理学教授斯通所说：“法律是一个系统安排的整体，即法律秩序；这种秩序具有强制性；强制是

① 参见《法学》1996年第3期。

② 参见顾培东著：《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1992年版，第205页。

③ 张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第49页。

制度化了的,即它们必须是根据已定规范实施的。”<sup>①</sup>

基于上述分析,我们可以看出,法律的国家强制力表明法律作为一种支配性力量,其地位的崇高性和实施的不可阻挡性,任何可能和它作对的个人和组织都难以与之相抗衡。通过上述分析,我们也有理由把作为法律一种属性的强制视为抽象的强制。

根据顾培东先生的研究和笔者的理解,对抽象强制可以作以下几个方面的认识:<sup>②</sup>

第一,抽象强制同法律的一般概念和整体法律制度相联系,而不必然同某一具体的法律规范相联系。因此,抽象强制并不直接反映对特定行为或特定义务人进行强制的具体内容。

第二,作为同法律的一般概念和整体法律制度相联系的抽象强制,是由一系列有关强制、制裁和法律责任的立法及相应执法主体实施法律的活动体现的。这些有关强制、制裁和法律责任的立法及相应执法主体实施法律的活动综合地体现着特定社会法律制度的强制性。

第三,抽象强制作作为法律的一种属性的存在,使具体执法活动中依法实施的强制行为,取得了合法性和一定程度上正当性的地位。

第四,抽象强制的价值在于启示一般社会成员对法律规范保持应有的警示意识,提高社会成员对法律的遵循度。抽象强制还昭示:实定法律规范必须得到遵守的强烈要求和愿望。

## 二、行政强制:抽象强制的现实化

抽象强制作为法律的一种属性,其基本意义主要在于警示一

---

<sup>①</sup> 转引自吕世伦主编:《当代西方理论法学研究》,中国人民大学出版社1997年版,第74页。

<sup>②</sup> 参见顾培东著:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年版,第205—266页。

切社会成员,法律是有崇高性和不可违背性。但是,抽象强制更多地起到宣告的作用。法律要发挥现实的约束力,其强制就不能仅仅停留在宣告阶段。在实践层面上,抽象强制必须通过一定的形态实现化。行政强制及诉讼强制较典型地体现着法律抽象强制的实现化。

从抽象强制到行政强制,反映了从立法和对法律的一般性认识,到执法或适用法律的运动过程。在这个过程中,行政执法机构及其工作人员构成行政强制的载体,行政执法行为和手段则现实地发挥着行政强制的物理性力量。英国学者罗杰·科特威尔在其《法律社会学导论》一书中写道:“法律必须要有可用以保证法律得到服从的各种制裁方法——具体类型的压力或诱因——假定法构成一种强制性的,通常是被强制的秩序。因而韦伯认为法律秩序的标志是‘存在一种实施强制的工作人员,这些人以他们的活动证明服从法律的要求并不是任意的,而是必须的。’”<sup>①</sup> 美国法人类学家霍贝尔认为,“法律存在的真正的基本的必备条件是,社会授权的当权者合法地使用物质强制。法律有牙齿,必要时会咬人,虽则并不时时使用。”<sup>②</sup> 行政强制作为法律抽象强制现实化的一种形态,是通过行政执法机构及其工作人员的行为,现实地落实对特定行为或特定义务人进行强制的内容的。与此相适应,有关行政性法律规范为行政执法机构及其工作人员的强制行为提供具体依据,也提出强制性要求。

必须指出,行政强制在将法律的抽象强制现实化的过程中,并不是不受条件限制和法律约束的。无论出于何种动机,也无论受什么样的心理支配,行政相对人依照法律规范,或者依照行政行为

---

<sup>①</sup> (英)罗杰·科特威尔著,潘大松等译:《法律社会学导论》,华夏出版社1989年版,第279页。

<sup>②</sup> (美)霍贝尔著,严存生译:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版,第23页。

的要求实施自己的行为,或者其行为不违背法律和行政行为的要求,行政强制并不现实地发生。因为行政相对人的所作所为,并不直接表现为受制于特定的强制。<sup>①</sup>在这个意义上,行政强制也是备而不用的。只有当行政相对人违背法律的规定,或者不遵循行政行为的要求,或者基于维护公共利益的需要,行政强制才以物质强制的形式,现实地落实到特定相对人身上。还必须指出,行政强制的实施,除必须遵循上述实体性条件以外,还受制于相应的程序法则。也就是说在行政强制的实体条件完全具备的情况下,程序法则仍然约束行政强制尽可能减少实施者的主观随意性,确保行政强制的目的性和公正性。

根据顾培东先生对抽象强制与诉讼强制关系的分析,抽象强制与行政强制之间的关系或许也可以作这样的理解:抽象强制与行政强制相互佐证,互为前提。没有作为法律属性的抽象强制,行政强制无缘生成;而没有行政强制,抽象强制也必然是苍白乏力的。抽象强制反映着法的实现的一般要求,而行政强制的使命则在于促使法律规范在个别场合下得以贯彻,并借以维护法律的一般性权威。<sup>②</sup>在特定社会中,行政强制和诉讼强制的运用愈是恰当,社会成员对法律抽象强制的感受就愈为深刻,遵循法律的意识也愈为强烈;同样,社会成员对抽象强制感受的淡漠,守法意识的弱化,也完全可以行政强制和诉讼强制未能恰当适用方面找到它的原因。<sup>③</sup>

### 三、强制和非强制性因素对法律实现的综合效应

强制与强制力“是任何法律制度都不可缺少的因素,在各种法

---

<sup>①</sup> <sup>②</sup> 参见顾培东著:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年版,第206页。

<sup>③</sup> 参见顾培东著:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年版,第209页。

律制度中,原则和规则必须能够借助最后的手段保证其实施,通过切实的强制手段,使社会组织和个人服从这些原则和规则。”因为,“无论多么公正的法律制度也不能保证所有的人都自愿服从它的各项规定,自愿承担一切义务”。<sup>①</sup>但是,经验表明,强制或强制力的不可缺少,并不表明强制或强制力是法律实现的唯一支配性力量。“一个依赖社会规范的束缚力(强制力)来促使人们守法的体制,不可能在每一个历史发展阶段或在每一种情况下都是有效的。”<sup>②</sup>在强制或强制力之外,法律公正性的感召力,人们的心理惯性,社会压力,道德义务及法律信仰等非强制性因素,<sup>③</sup>同强制或强制力一道,对法律的实现产生综合性效应。不仅如此,“确保遵从规则的因素如信任、公正、可靠性和归属感,远较强制力更为重要。……在任何一个社会,法律本身都促成对其自身神圣性的信念。它以各种方式要求人们的服从,不但诉诸他们物质的、客观的、有限的和合理的利益,而且还向他们对超越社会功利的真理、正义的信念呼吁,也就是说,以一种不同于流行的现世主义和工具主义理论的方式确立法的神圣性。”<sup>④</sup>任何仅仅依靠强制力维系的法律制度必然是不成功的、甚至是失败的法律制度。

强制和非强制性因素在法律实践中的交互作用,决定于人们对法律实现、法律秩序的企盼。法律实现是在国家强制力的维护下,把法律规范所设计和期待的模式化的社会关系,转化为现实的社会关系。其直接形式是法律规范的要求转化成了人们的行为,权利被享用了,义务被履行了,禁令被遵守了。<sup>⑤</sup>与法的形成是一

① 《牛津法律大词典》,光明日报出版社 1988 年版,第 342 页。

② 美国国家环境保护局编,王曦等译:《环境执法原理》,民主与建设出版社 1999 年版,第 6 页。

③ 参见张文显著:《当代西方法哲学》,吉林大学出版社 1987 年版,第 140 页。

④ (美)伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店 1991 年版,第 43—44 页。

⑤ 参见黄建武著:《法的实现——法的一种社会学分析》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 14—15 页。