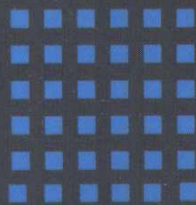




行政法学系列丛书

行政强制

胡建淼 / 主编



104

法律出版社

行政强制

王兆鹏 著



行政法学系列丛书

行政强制

主 编：胡建森

副主编：朱新力 章剑生 金伟峰

作 者(按姓氏笔画排列)：

李春燕 吕尚敏 朱新力

余 军 张旭勇 金伟峰

金承东 胡建森 项 新

项一丛 章剑生

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政强制/胡建森主编. —北京:法律出版社,
2002.9

(行政法学系列丛书)

ISBN 7-5036-3911-3

I. 行... II. 胡... III. 行政法-强制执行-研究
- 中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 060037 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法律教育出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2002年11月第1版

印张/10.125 字数/264千
印次/2002年11月第1次印刷

法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-88414121

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-88414115

法律教育出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-68710329

传真/010-88414115

中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

传真/010-88414897

销售热线/010-88414896

网址/www.Chinalaw-book.com

010-88414899

书号:ISBN 7-5036-3911-3/D·3628

定价:19.00元

行政法学系列丛书编委会

主 委 任 员	应松年			
	马怀德	于安	方世荣	王宝明
	王锡锌	叶必丰	刘莘	沈开举
	应松年	杨小君	杨解君	胡建森
	郑钟炎	袁曙宏	章剑生	薛刚凌

序

我国行政法和行政法学研究正在进入一个新的历史发展时期。1978年十一届三中全会为中国行政法学的兴起和发展带来了第一个春天,行政法领域内的理论研究、人才培养工作,在开拓中迅速发展,为此后行政法治建设的进展,奠定了坚实的理论和队伍基础。1989年《中华人民共和国行政诉讼法》问世,标志着中国行政法和行政法学研究进入了一个新的发展时期,行政法领域迎来了第二个春天。如果将前一个十年称为准备时期,那么,1989年后的第二个十年就是中国行政法和行政法学迅猛发展的时期。对中国行政法制产生巨大影响的国家赔偿法、行政处罚法、立法法等行政领域的大法相继颁行,各部门行政法日益完善,新的重要行政法正在起草,这一切又促进了理论研究的扩展和深入,行政法治建设取得了令人瞩目的长足进展。1997年党的十五大进一步明确提出了依法治国,建设社会主义法治国家的伟大目标,并要求“一切政府机关都必须依法行政”,中国行政法治也就由此进入了一个自觉的成熟的阶段。1999年国务院召开全国依法行政工作会议,号召全体公务员都要学习依法行政理论,严格依法行政,为建设廉洁、勤政、务实、高效政府而努力。由最高国家行政机关主动召开会议,自觉推进依法行政,这可能是世界历史上绝无仅有的,说明我国建设法治政府的自觉和决心。目前全国已经形成了学习和推进依法行政的热潮,由此带动的行政改革也在不断深化;行政法体系的完善正在按既定计划行进。行政许可法、行政强制法、行政程序法等或已提上日程,或即将完成起草,或正在研究起草,等等。2001年发生一件极为重要的历史性事件:中国

加入世贸组织。人们已经达成的共识是,中国入世,主要是指政府入世;而WTO的基本规则都是法律规则。这也就是说,WTO基本规则都是对政府提出的法律要求,也就是行政法问题,因此有学者将WTO基本规则称为国际行政法典。这就进一步要求我们必须加速深入研究行政法的基本规则,使之尽快与国际规则相接轨。所有这些丰富的实践,为行政法学研究提供了可供纵横驰骋的极为广阔的天地,也向行政法学者提出了更高的要求,行政法学理论研究必须拓宽研究的范围和视野,总结中外行政法律实践的经验,探索依法行政的规律和途径,为我国行政改革和建设法治政府提供有益的意见。为此,在法律出版社的支持和帮助下,我们决定编辑一套行政法学系列丛书。丛书按专题邀请国内行政法学界已享有声誉的一批作者撰稿,并组成本书编委会。

应该说明的是,编写本书的直接的具体的促进因素,是公务员培训的需要,在全国公务员依法行政的培训中,经常提出希望,要求提供系统的、范围更广泛、研究更深入的教材和资料。但在组织编写这套丛书时,我们也同时考虑必须为广大行政法实务和理论工作者,以及有志于学习和研究行政法学的读者服务,并能使每一专题著作都充分反映这些专题作者的研究深度、广度和水平。因此,在选题时,力求做到更新更全,尽可能将行政领域的重要课题都纳入视野。为此,本丛书将是开放性的,在目前,对课题的范围、种类暂不限制,根据需求和可能,将随时纳入新的课题,增撰新的著述。

本丛书在撰稿时,强调理论与实践的结合,普及与提高的兼顾,既要如实介绍国内外有关制度的现状和特点,又要依据行政法治发展的规律和中国的特殊性,从理论上进行开掘和评述,寻求新的开拓、新的收获。期望本书能在推进我国依法行政,依法治国,建设社会主义法治国家的伟大事业中尽一份绵薄之力。

应松年

2002年盛夏于北京为公畔

前 言

在中国,“行政强制”,是“行政强制措施”与“行政强制执行”的合称,系指国家行政机关,为了维护和实施行政管理秩序,预防与制止社会危害事件与违法行为的发生与存在,依照法律、法规规定,针对特定公民、法人或者其他组织的人身、行为及财产进行约束与处置,或在当事人拒不履行业已生效的具体行政行为的条件下,国家行政机关或人民法院,依法对负有履行义务的当事人采用有关强制手段,迫使其履行义务,或者达到与履行义务相同状态的强制性行为。

“行政强制”,它既是一种行为,也是一种制度,又是一种理论。与国外比较,我们对行政强制的研究相对滞后。然可喜的是,中国的立法机关已把制定《中华人民共和国行政强制法》列入议程。这一立法计划大大地推动了中国对行政强制制度与理论的研究。

本书是我们有关“行政强制”的初步研究成果。希望它对中国的行政强制制度与理论的研究及中国的行政强制立法有所推动。

本书共分十一章,具体写作分工如下:第一章,胡建森撰;第二章,项一丛撰;第三章,张旭勇撰;第四章,李春燕撰;第五章,金承东撰;第六章,吕尚敏撰;第七章,余军撰;第八章,金伟峰撰;第九章,章剑生撰;第十章,朱新力撰;第十一章,项新撰。

胡建森

2002年1月于杭州

目 录

第一章 行政强制的合理定位	(1)
一、行政强制概念的演变	(1)
二、行政强制执行与行政强制措施	(5)
三、即时强制与行政强制措施	(17)
四、先行执行行为的定位问题	(24)
五、行政强制的内在结构及立法定位	(29)
第二章 行政强制的法理基础	(32)
一、法理基础的理论基础	(32)
二、行政强制的法理依据	(40)
三、法理基础与行政强制立法	(57)
第三章 行政强制制度的历史渊源	(63)
一、历史轨迹及成因分析	(63)
二、国外行政强制制度的历史演进	(75)
三、中国行政强制制度历史发展诸阶段	(85)
第四章 行政强制立法	(92)
一、行政强制立法概述	(92)
二、行政强制立法的目标模式	(99)
三、行政强制立法的体例模式	(118)
四、行政强制法的基本结构	(129)
第五章 行政强制法的基本原则	(132)
一、行政强制法的基本原则及生成因素	(132)
二、行政强制法定原则	(134)

三、行政强制期待当事人履行原则	(140)
四、行政强制最小损失原则	(146)
五、间接强制优于直接强制原则	(154)
第六章 行政强制权	(157)
一、行政强制权的性质	(158)
二、行政强制权的特征	(162)
三、行政强制权的设定	(166)
四、行政强制权设定过程中的若干问题	(171)
第七章 行政强制主体	(179)
一、大陆法系行政法中的行政强制主体	(180)
二、英美法系行政法中的行政强制主体	(183)
三、中国现行立法中行政强制主体设置之缺陷及其 对策	(186)
第八章 行政强制的基本手段	(190)
一、国外行政强制的基本手段	(190)
二、中国台港澳地区行政强制的基本手段	(200)
三、中国现行行政强制的基本手段	(206)
四、中国行政强制手段之现状分析与思考	(223)
第九章 行政强制的基本程序	(226)
一、行政强制程序概述	(226)
二、行政强制程序原则	(230)
三、行政强制程序的内容	(235)
四、行政强制程序违法及其救济	(245)
第十章 行政即时强制	(256)
一、行政即时强制的内涵与定位	(256)
二、实施即时强制的条件	(263)
三、行政即时强制的方法	(273)
第十一章 行政强制的法律救济	(278)
一、部分国家和地区的理论及法律	(278)

二、行政强制的性质与法律救济	(289)
三、行政强制的模式与法律救济	(298)
四、行政强制的救济途径	(304)

第一章 行政强制的合理定位

中国于1996年推出《中华人民共和国行政处罚法》^①（以下简称《行政处罚法》）之后，一个独立于行政处罚并与其相衔接、匹配的具体行政行为，即由《中华人民共和国行政诉讼法》^②（以下简称《行政诉讼法》）第11条第（二）项所规定的“行政强制措施”和由该法第66条所涉及的“行政强制执行”，受到立法部门与理论界的广泛关注。第九届全国人大常委会已把制定“行政强制法”（该法主要用于统一规范“行政强制执行”和“行政强制措施”）列入本届立法计划，全国人大常委会法制工作委员会已进入该法制定的“实质性操作”阶段。

制定行政强制法，无疑会面临许多问题：该法的调整范围是什么？立法的基点是什么？立法的切入口如何寻找？该法规的名称应是什么？这一切的一切，都渊源于该法的定位问题。而行政强制立法的定位，又取决于行政强制理论的定位。对中国行政法学中的行政强制的理论立法进行定位，正是本章试图探讨的主题。

一、行政强制概念的演变

相对于不太成熟的中国行政法学理论^③来说，行政强制并非一

① 1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过，自1996年10月1日起施行。

② 1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过，自1990年10月1日起施行。

③ 当然这仅相对于中国的刑法学理论与民法学理论而言。

开始就作为包括行政强制执行与行政强制措施的属概念出现的,时至今日亦未盖棺定论。

我国在行政法著作、教材中出现“行政强制”一词要比“行政强制执行”和“行政强制措施”晚得多。改革开放以后的第一本行政法教科书,是王珉灿主编的《行政法概要》。^① 该书第一次^② 提到了“行政措施”和“强制执行”,但未曾出现“行政强制”的提法。

第一次在书上正式提到“行政强制”一词的,是张焕光、刘曙光、苏尚智所编著的《行政法基础知识》一书。^③ 但当时该书中“行政强制”是作为“行政强制执行”的“别名”使用的,如它解释道:“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法的人或物实施强制手段,以限制某项权利的行使。”^④ 此后,有不少著作、教材受此影响,不是把行政强制视作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,如“行政强制,即行政强制执行”,^⑤ “行政强制,又叫行政强制执行,是国家强制之一”,^⑥ “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”^⑦ 类似的提法随处可见。不管提法如何,不管行政强制的内涵被如何界定,有一点是明晰的:行政强制被等同于行政强制执行。

这种观点在中国的行政法学研究史上并没有持续多久,1986年出

① 该书作为高等学校法学试用教材,由司法部法学教材编辑部编审,法律出版社1983年版。

② 该书之前中国尚未有正式的行政法方面的教科书,但已有个别学校编印了校内用书,而这些用书均未提到“行政(强制)措施”、“行政(强制)执行”这些概念,例如1982年6月由北京政法学院国家法教研室编写的《行政法概要》。

③ 该书由山西人民出版社1986年8月出版。

④ 张焕光等编著:《行政法基础知识》,山西人民出版社1986年版,第155页。

⑤ 侯洵直主编:《中国行政法》,河南人民出版社,1987年3月第1版,第217页。

⑥ 王连昌主编:《当代中国行政法》,重庆出版社,1988年7月第1版,第149页。

⑦ 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2月第1版,第207页。

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,其中有学者意用“行政强制=行政强制措施”。如张正钊主编的《行政法与行政诉讼法》一书中提出:“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,也称为‘行政强制措施’。”^① 另一种解释亦同样典型:“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 当然,在行政强制与行政强制措施之间划等号的学者并非对行政强制措施内涵^③的认识是相同的,而对行政强制措施内涵的不同认识必然造成“行政强制=行政强制措施”这一“等式”所代表的“数量”上的差别,但无论如何,把行政强制与行政强制措施两个概念等同起来是个较大的容易导致混乱的缺陷,至少在《行政诉讼法》第11条第(二)项对行政强制措施已有专门规范的今天是如此。

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划等号,而是这两者的合称,这是中国行政法学上有关行政强制内涵认识的第三种观点,如: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”。^④ 有人认为,行政强制包括“管理性强制与执行性强制”。^⑤ 关于这一观点,也许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

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。此外,还有一些教材接近这样的观点。如:皮纯协主编:《中国行政法教程》,行政诉讼系列教材,中国政法大学出版社,1988年8月第1版;焦政简主编:《中国行政法学教程》,河南大学出版社1989年8月第1版。

③ 关于“行政强制措施”的内涵问题,留到本文的第二部分再作讨论。

④ 方世荣主编:《行政法与行政诉讼法》,中国政法大学出版社1999年第2版,第250页。

⑤ 熊文钊:《现代行政法原理》,法律出版社2000年版,第404页。

强制措施的统称。”“从是否可诉角度来考虑,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 这种主张行政强制既包括行政强制执行,又包括行政强制措施的观点,在中国自 1990 年之后日益占据优势,究其原因,有很大的因素是《行政诉讼法》公布、施行后,其第 11 条第(二)项对行政强制措施和第 66 条对行政强制执行的分别定位已对学界产生了自觉或不自觉的影响。

时至今日,由此形成的“行政强制 = 行政强制措施 + 行政强制执行”的认识不仅被学者们所推崇,而且为我国立法工作部门所初步认可,^②这将影响到我国对即将制定的法规名称的考虑。

中国自制定了《行政处罚法》之后,立法上最紧迫的任务就是对行政强制措施和行政强制执行进行规范。至于立法的方式,既可采用分别立法方法(即分别制定《行政强制执行法》和《行政强制措施法》),也可采用统一立法方法(即制定一个法规,同时规范两种行为)。目前,后一种主张已逐渐占优势,制定《行政强制执行条例》的呼声已被制定《中华人民共和国行政强制法》的呼声所代替。正如应松年教授所解释的:“由于考虑到这部法律既要规范行政强制执行,又要规范行政强制措施,因此有人建议将该法称为行政强制法而不是行政强制执行法。”^③

这里还有一个小问题——但也与“行政强制”的定位有关——需要讨论。从内部结构上说,行政强制包括了行政强制执行和行政强制

① 应松年:《中国的行政强制制度》,2000 年 12 月,北京“行政强制的理论与实践”国际研讨会上的发言及材料。

② 全国人大常委会法制委国家法行政法室主任李援在 2000 年 12 月 6—7 日举行“行政强制的理论与实践国际研讨会”上的发言及会议论文《中国行政强制法律制度的构想》中说:“本文所称行政强制,是广义上的行政强制措施。它包括执行性的行政强制执行和非执行性的行政强制措施,还包括了即时强制。”

③ 见应松年在 1999 年海峡两岸行政法学术研讨会上的“主题演讲”,载杨小君、王周户:《行政强制与行政程序研究——一九九九年海峡两岸行政法学术研讨会实录》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 10 页。

措施,这一点已是无可置疑;但从行政强制本身看,它可以是一种制度,也可以是一种行为,一种方法与手段,从不同视角出发,它会像“万花筒”一样成为不同的范畴。作者以为,行政强制是“行政强制行为”的简称,“行为”是它的“基点”。确切地说,行政强制是有关国家机关为维护国家与社会的管理秩序,或为迫使公民、法人或其他组织履行特定行政法上的义务,而通过强制方法实施的具体行政行为。这种行为以采取强制性方法、手段为特征,但方法与手段是行为的一个要素,而不是行为本身。行政强制行为的实施,同时又构成了我国的一种行政强制制度。这就是“行为”、“方法(手段)”、“制度”之间的关系。

当行政强制与行政强制执行、行政强制措施之间从混沌的交叉关系演变为清晰的种属关系之后,当制定行政强制执行法的原始设想被制定行政强制法的计划所取代之后,作者在庆幸之余,也产生了新的困惑——

行政强制包含了行政强制执行与行政强制措施,那么,行政强制执行与行政强制措施是否是各自独立的两类不同的行为?它们之间是一种并列的关系还是一种相互交叉的关系?行政强制执行与行政强制措施是否能包括行政强制行为的所有内容?与此相关联的问题是:以统一的行政强制法规范行政强制执行与行政强制措施是否具有科学性?

走出上述困惑之径,乃是重新检讨行政强制执行、行政强制措施的内涵以及这两种行为的界线。

二、行政强制执行与行政强制措施

在中国,行政强制执行这一概念的演变没有像行政强制措施那么复杂。1983年的第一本行政法教科书《行政法概要》^①,在提出“采取行政强制措施行为”的同时,提出了强制执行这一概念,而且对这一概念一开始的定位并没有离今天多远。《行政法概要》解释道:“在

^① 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社。

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。”^① 尔后的著作、教材,除个别^② 外,一般都有行政强制执行专门的章节,概念内涵也大体接近。只有在两个问题上略有分歧,^③ 即在执行主体上,是否包括人民法院? 在外延上,是否包括即时强制?

关于行政强制执行的“执行主体”问题,在《行政诉讼法》公布实施前,大多数学者主张把行政强制执行活动限于行政机关的执行活动。^④ 一种典型的解释是:“行政强制执行,是指行政相对方逾期不履行行政主体做出的行政处理决定,有关行政机关依法采取必要的强制措施,迫使行政相对方履行义务或实现与履行义务相同状态的行政执行行为。”^⑤ 《行政诉讼法》公布、施行后,由于该法第 66 条规定对已生效的具体行政行为的执行,可由行政机关申请人民法院执行或者依法自行强制执行,大多学者为同立法接轨,始转而承认人民法院作为行政强

① 王珉灿主编:《行政法概要》,第 125 页。

② 如:姜明安:《行政法学》,山西人民出版社 1985 年版;张尚鹭编著:《行政法基本知识讲话》,群众出版社 1986 年版;姜明安:《行政法概论》,北京大学出版社 1986 年版;王先勇:《行政法基础》,成都电讯工程学院出版社 1988 年版;罗耀培、苏尚智、周卫平:《行政法概论》,四川人民出版社 1990 年版;燕广等主编:《行政法新论》,浙江大学出版社 1992 年版;等等。

③ 这方面,杨海坤主编的《跨入 21 世纪的中国行政法学》(中国人事出版社 2000 年 5 月第 1 版)第 22 章关于行政强制执行的讨论,做了很好的材料整理工作。

④ 当然,这时也有一些学者主张人民法院也是我国行政强制执行的主体。如:应松年主编:《行政法学教程》,中国政法大学出版社 1988 年版;张焕光、胡建森:《行政法学原理》,劳动人事出版社 1989 年版;张树义、方彦主编:《中国行政法学》,中国政法大学出版社 1989 年版;等等。

⑤ 崔卓兰主编:《行政法学》,吉林大学出版社 1998 年版,第 251 页。持同类观点的还有:应松年、朱维究编著:《行政法学总论》,工人出版社 1985 年版;张焕光、刘曙光、苏尚智:《行政法基础知识》;侯洵直主编:《中国行政法》;王连昌主编:《当代中国行政法》;张尚鹭编著:《行政法教程》,中央广播电视大学出版社 1988 年版;郭文英、崔卓兰编著:《行政法要论》,吉林人民出版社 1988 年版;罗豪才主编:《行政法论》,光明日报出版社 1988 年版;皮纯协主编:《中国行政法教程》,中国政法大学出版社 1988 年版;等等。