

行政强制手段模式的比较与反思

金伟峰

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

[摘要] 无论是英美等国把刑罚和行政处罚作为行政强制执行的手段, 还是日本以代执行为核心、以行政上的制裁等其他手段为补充的多样化强制手段, 都反映了人权保障的基本理念, 即从人权保障的基本理念出发, 尽量抑制直接强制手段的适用, 循着间接强制的思路但又跳出传统的间接强制模式去寻求其他丰富多彩的强制手段, 以更好地实现预期的行政目标。这一思路值得我国在设计行政强制手段模式时借鉴。

[关键词] 行政强制; 手段模式; 直接强制; 间接强制

[中图分类号] D922.1 [文献标识码] A [文章编号] 1008-942X(2001)06-0102-06

A Comparison of and Reflections on the Patterns of Administrative Enforcement Measures

JIN Wei-feng

(Department of law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: In the UK and the US punishment and administrative penalty are administered as a means of administrative enforcement, and in Japan other enforcement measures are taken. All these practices reflect people's understanding of the protection of human rights. In the author's opinion, from the basic idea of safeguarding human rights it is necessary to restrain the use of direct enforcement measures. Instead using indirect enforcement measures to achieve the expected administrative objectives seems to be a better alternative. This view is worth considering when administrative enforcement measures are designed in China.

Key words: administrative enforcement; measures to be taken; direct enforcement; indirect enforcement

行政强制在行政法上的基本功能是确保某种行政目的的实现, 即在相对人不履行行政法义务时, 能够迫使其履行义务或达到与履行义务相同的状态。显然, 这种行政目的的实现, 是以一定的强制手段为必要条件的。

综观各国行政强制制度, 不难发现, 其深受民事强制执行理论和法律制度的影响, 集中表现在行政强制手段与民事强制执行手段的类似性。这一点在各国传统的行政强制理论和制度中尤为明显。然而, 随着现代社会的发展, 基于行政目的的需要, 出现了行政强制手段多样化趋势。这一趋势促使我们对传统的行政强制手段模式进行深刻反思, 以求得其进一步的完善。

广义的行政强制手段模式涉及两大问题: 一是行政强制手段的方法, 即行政强制是采用直接对相对人身体或财产施加物理上实力的直接强制手段, 还是采用委托第三人代为履行或施加心理强制等间接强制手段^[1] (p. 380)。二是行政强制手段的方式, 即通过何种途径实施行政强制执行手段。行政强制的手段虽然很多, 然而执行的方式只有两种, 即借助法院司法程序的司法执行方式和承认行政机关自力救济、通过行政程序的行政执行方式^[2] (pp. 158-159)。本文的论述将围绕上述两大问题, 采用横向和纵向比较的方法, 以揭示在行政强制手段问题上各国法律发展的共同趋势, 为我国行政强制法的制定提供借鉴。

[收稿日期] 2001-03-30

[作者简介] 金伟峰(1965-), 男, 浙江萧山, 浙江大学法学院副教授, 主要研究领域为行政法学、国家赔偿法学。

一、以行政间接强制为主的德、奥模式

德国可以说是行政强制制度的发源地。行政命令权当然包含行政强制执行权的传统观念，一直在普鲁士王国的行政法制中占有统治地位，直到18世纪，这种观念仍以习惯法的形式存在着，并支配着普鲁士的行政强制执行制度^[3] (pp. 193-199)。19世纪中叶以后，国家立宪及法治思想开始推行，为了适应这一变化的趋势，普鲁士陆续颁布了一系列法律来规范行政强制执行制度。其中以1883年7月30日颁布的《邦一般行政法》最为著名。该法第五章“强制权限”，对行政强制执行手段作了明确规定。1931年6月1日又制定了《普鲁士警察行政法》，其中有“警察机关的强制方法”一章，对行政强制执行的手段作了具体、详细的规定。联邦德国成立后，于1953年4月27日颁布了专门的《联邦行政执行法》（该法于1953年5月11日生效，后经1977年税捐法实施法修改）。

就行政强制的手段而言，德国行政强制执行制度的最大特色是区分对金钱债权的强制执行和行为（作为、不作为或容忍）的强制执行，并对两类不同的强制执行分别规定不同的执行手段。其中，对作为、不作为或容忍的强制执行，《联邦行政执行法》规定了以下三种执行手段：一是代执行。根据《联邦行政执行法》第10条规定，代执行是指义务人没有履行行政行为所规定的义务，行政机关指定第三人代为履行，并要求义务人支付第三人执行费用的活动。它适用于可替代的和非人身的义务。行政机关与代为履行义务的第三人以私法合同（承揽合同或公务合同）的方式确定代执行的权利和义务。行政机关与义务人仍然保持公法关系。义务人与第三人没有直接的法律关系，义务人必须容忍第三人的代执行。二是执行罚。根据《联邦行政执行法》第11条规定，执行罚是指为促使义务人履行义务而要求义务人交纳一定的金钱。它针对的是不可替代义务和义务人的不作为，也可以应用于可替代的义务中。执行罚不是处罚，而是一种手段，如果义务人仍然不履行义务，它可以一再使用，并可以提高标准。如果义务已经履行，执行罚就不能继续执行。三是直接强制。根据《联邦行政执行法》第12条规定，直接强制是指行政机关直接对义务人实施的强制，以迫使其作为或者不作为。强制执行可以借用武力和其他手段对义务人人身或物质进行。采用的具体手段，由行政机关裁量决定，但必须遵守必要性原则和平衡原则。此外，《联邦行政执行法》还规定了代偿强制拘留作为执行手段。但代偿拘留并不是独立的强制手段，只有在不能追回执行罚的情况下才能采取。根据德国《联邦基本法》第104条规定，拘留决定必须由法院作出。所以《联邦行政执行法》第16条规定：“（代偿强制拘留）1. 执行罚未获缴纳时，根据执行机关申请，行政法院可在听取义务人之后，通过裁定命令代偿强制拘留，但仅限于执行罚的告诫中对此已有提及。基本法第2条第2款第2项规定的基本权利在此范围内受到限制。2. 代偿拘留处1日以上，2星期以下。3. 代偿强制拘留由司法行政机关根据执行机关的申请，依照民事诉讼法第904条至911条规定执行。”

除了一般的行政强制执行外，《联邦行政执行法》还明确规定了即时强制制度。第6条第2项规定：“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行为时，行政强制的适用无需预告的行政行为。”但该法对即时强制的手段未作明确规定。

在奥地利，不仅有完整的行政程序法典，而且有独立的行政强制执行法规。1925年7月26日奥地利国会通过的《行政强制执行法通则》（该法与行政程序法同时生效，即从1926年1月1日起生效）对行政强制执行手段作了具体规定：（1）对于有金钱给付义务人的执行，应当直接参照税法的规定办理，或者申请法院按照强制执行法规定执行；（2）对负有劳务给付或实物负担义务的人，他们不履行或不完全履行义务，或者不在规定期限内履行义务的，可以由他人代为执行，并由被执行人

承担费用;(3)对于负有忍受,或有其他作为和不作为义务,而且按其性质不能由他人代为执行的,应由执行机关处以罚金,或者将其收押,迫使其执行;(4)凡不适用上述方式执行,且不执行又不符合行政裁决要求的,执行机关可直接强制执行,但法律有其他规定的除外。

可见,奥地利的行政强制执行制度与德国的行政强制执行制度极为相似,在传统上都属于典型的大陆法系行政执行模式。在强制手段的具体方法上,它们都采用代执行、执行罚和直接强制等手段(直接强制只能作为最后的必要手段使用)。它们在设定强制手段时,比较强调行政强制的效率,即把行政效率置于首要地位,而民主化程度较低。相对而言,奥地利行政强制手段在民主化程度上比德国更为逊色。

二、以司法强制为主的美、英模式

司法权优于行政权,法院有权对行政机关的行为进行司法审查。这是英美法系国家行政法治的重要内容。美国在19世纪建立起来的违宪审查制度更是强化了这一观念,“司法优先”、“法律支配”成为美国法治的主要特征。法院不仅有权审查行政机关的行政行为,而且对于影响公民基本权利的行为只能由法院作出。因此其行政强制执行向来以“司法控制”为原则,即由司法机关依司法程序强制义务人履行义务。其基本程序是,在义务人不履行义务时,由行政机关向法院起诉,请求法院以命令形式促使其履行义务。此外,还有执行法院依刑事诉讼法对义务人科处刑罚的方法^[4](p. 536)。

当然,行政机关也可成为行政强制执行的主体,即在某些情况下需要强制的,可由行政机关按行政程序进行。根据行政法治原则,行政机关强制执行的手段,必须由法律规定。但对于强制执行的手段,美国没有一部法律概括地加以规定,而分别由不同的法律,按照行政行为的性质和内容规定不同的执行手段。从法律规定的执行手段看,既有直接手段也有间接手段,但直接手段的适用受到严格的限制,只在很少情况下才能使用。这些手段具体包括以下三种:(1)行政处罚。即对于不执行行政决定的当事人,法律规定由行政机关按照法定的程序,科处某种制裁作为保障执行的手段。常用的行政处罚为罚金,由行政机关在法律规定的范围内根据具体情况决定。除罚金外,法律还规定了其他行政处罚手段,如命令停止某种活动、撤销或中止当事人的执照或许可证、拒绝延长当事人的执照、不给予当事人某种利益或补助、拒绝邮寄淫秽书刊或欺骗性广告、驱逐出境、对当事人的活动增加某些条件或限制、不给予船舶或飞机起航许可证等,法律也可规定公布当事人的拒绝执行情况作为处罚手段。(2)赔偿损失。赔偿损失不是处罚,而是一种间接执行手段。当事人不执行行政机关的决定,行政机关或其他人因此受到损失时,可以请求赔偿。赔偿损失作为一种执行手段,一般与其他执行手段同时使用。(3)强制执行。在通过制裁手段不能达到执行目的或由于公共利益的需要某种决定必须立即执行时,法律规定行政机关可以直接执行当事人因行政决定所负担的义务。强制执行的手段,一是使第三人执行当事人义务而向当事人征收执行费用,二是对当事人的人身或财产直接施加强制力量以达到执行目的。美国法律称这种执行手段为简易权力,它通常适用于公安和卫生领域。例如,为了保护公共安全和公共卫生,行政机关可以自己或通过他人帮助,拆除有倒塌危险的房屋,或销毁有传染病的食品。值得一提的是,行政机关决定的行政处罚和赔偿损失,在当事人仍不执行时,行政机关必须求助于法院,由法院发布制止命令、执行命令或扣押和变卖被执行人的财产。当事人不遵守法院命令时,构成藐视法庭罪,可能受到拘禁或罚金的处罚。所以行政决定的执行,在大多数情况下,直接或最终地依赖于司法程序^[5](pp. 527—533)。另外,行政机关经常为执行而需要进行必要的检查或搜查。当通过检查的手段确定当事人是否未履行行政规则或

行政决定时，美国宪法要求行政机关进入居所和商业场所进行检查或搜查时，必须得到法院的批准^[6] (pp. 106—113)。

英国的行政强制执行制度与美国类似，在执行的手段的设定上也十分强调对行政权力的限制。公民如果对行政决定拒不执行，行政机关一般无权自行强制执行，必须向法院起诉申请执行。但在某些情况下，如为了确保国库收入，排除妨害安全或卫生行为，行政机关也可直接采取措施，或进行即时强制^[7] (p. 328)。

三、当今日本行政强制手段的多样化

行政强制是日本行政法的重要内容。它在历史上深受普鲁士法制的影 响，1900年效仿普鲁士强制执行制度制定了《行政执行法》。根据该法规定，强制执行的方法有代执行、执行罚、直接强制和强制征收四种，但对直接强制与即时强制未作明确区分。战后，日本在英美法治的影响下，对传统的强制执行手段进行反思，总结了其中的经验教训，认为直接强制“过于苛酷而与尊重人权保障自由之新宪法精神不符”，只能作为最后的手段而不宜广泛适用；执行罚又“效果低微，且往往可以行政罚之方式代之”。因而主张建立以代执行为核心的强制执行制度，与此同时，通过强化行政罚来弥补代执行的不足^[3] (p. 237)。于是，日本在1948年制定了《行政代执行法》，废除了原来的《行政执行法》。这表明日本的行政强制制度有了巨大转变，即民主成分有了很大增加。但是其转变只是表明代执行手段被确定为行政强制的一般手段，而不是以代执行代替所有其他的执行手段。《行政代执行法》是规范行政代执行手段的基本法，其他执行手段由特别法规定^[8] (pp. 346—347)。

应当指出，在日本，代执行是行政强制执行的主要方式，但并不是优先方式。根据《行政代执行法》第2条规定，代执行除了义务人不履行“由法律……直接命令的、或者由行政厅基于法律而命令的行为”外，还有两个条件，即根据其他手段确保履行有困难；若放任该不履行，被认为严重违反公共利益。这反映了尽可能地控制实施权力性事实行为的立法政策^[2] (p. 165)。同时，随着现代行政的发展，行政领域不断扩大，行政现象日益复杂，代执行的作用越来越有限。因为代执行只适用于可替代性义务，所以对于非替代性义务及不作为义务，只要法律上没有特别规定，便不能成为行政强制执行的对象。鉴此，为确保实现行政上的义务，法律上越来越多地对行政上义务违反者规定一定的制裁措施，以威慑效果谋求义务的履行或预防义务的不履行。这些制裁措施除原有的行政罚外，还有以下几种主要手段：(1)拒绝给付。即当私人的相应行为有欠缺适当性时，拒绝自来水、电等生活必需的服务供给，企图以此让私人纠正其相应行为，或者通过保留该手段，试图事先规制私人的行为。(2)公布违反事实。即指相对人有义务的不履行或对于行政指导不服从时，将该事实向一般公众公布，其目的是引起社会的关注，从心理上迫使其服从行政指导，或通过事先设定该制度以确保行政指导的实效性。(3)加算税。即指纳税义务人不履行申报、缴纳等法律上的义务时所赋课 的征税措施^[2] (pp. 171—176)。上述“行政上的制裁措施，形式上看来，是对过去的义务违反进行制裁，与面向未来谋求义务实现的强制执行，有着本质的不同。但是实质上，行政上的制裁措施，间接强制行政上的义务实现，以谋求其实现的确保为目的。所以，从其机能方面看，行政上的制裁措施，是对行政上的强制执行的一种补充作用”^[9] (pp. 489—490)。

四、我国行政强制手段的现状分析与理论思考

据统计,从1949—1999年共51年中,共有249个法律、行政法规和部门规章(含规章性文件)规定了行政强制。在这些规定中,行政强制手段就其名称而言,共有260余种(不含重复部分)^[10](pp. 31—34)。

从我国现行法律、法规、规章对行政强制手段的规定来看,至少存在以下几个方面的问题值得我们关注:

1. 行政强制手段的种类十分繁杂。由于我国目前还没有统一的行政强制法或行政强制执行法,行政强制手段向来由具体的法律、法规、规章甚至其他规范性文件分别规定。这些规范性文件往往根据行政管理的实际需要创设各种各样的强制手段,因此与行政处罚手段明显不同,现有的行政强制手段极为繁多。

2. 行政强制手段的名称极不规范。许多强制手段在不同的法律、法规、规章中名称不同而实质意义相同,如强制拆除与强制清除,虽然形式上略有区别,但从实施目的、对象、条件、手段和结果等方面看,都应当是同一种行为。类似的情形还有暂扣与暂时扣押、扣押与强制扣押、加收罚款与加处罚款、阻止出境与不准出境等。有的强制手段虽有相同的名称但在制度上无法相提并论。如对物的扣押与对人的扣留,显然是两种不同的强制手段,但有的法律均称为扣留。再如,暂扣许可证和执照在《行政处罚法》和《交通警察道路执勤执法规则》中分别被规定为行政处罚手段和行政强制手段,由于法律规定不明,很容易引起某些情况下暂扣行为是行政处罚还是行政强制的争议。

3. 行政强制手段的设定基点缺乏同一性。有的法律、法规和规章从具体方法出发设定强制手段,如查封、扣押、冻结等。而有的则从宏观角度规定行政强制措施,如规定行政机关可以采取“预防或控制措施”,至于“预防或控制措施”的具体手段是什么,法律并没有明确规定。

4. 行政强制手段外部边界缺乏清晰的界定。所谓行政强制手段的外部边界是指强制手段与其他具体行政行为手段的界限。对此,立法上还缺乏清晰的标准。例如,现行的劳动教养手段,从1957年8月1日全国人民代表大会常务委员会第七十八次会议批准的《国务院关于劳动教养问题的决定》的规定来看,它是“强制性教育改造的一种措施”,但就其实际适用而言,却成了一种不折不扣的处罚手段。再如“取缔”,行政法学界一般认为是一种强制手段,但有的法律明确规定它是一种处罚;有的法律规定的“取缔”则包含了查封、扣押、销毁等强制手段以及没收、罚款等处罚手段。

5. 行政强制手段的内部结构缺乏科学性。行政行为有内部行政行为与外部行政行为之分,因此,从逻辑上说,属于行政行为范畴的行政强制手段也有内部行政强制手段与外部行政强制手段之别。但作为行政强制法规范对象的行政强制手段,应是与相对人直接发生作用的外部行政强制手段。但现行立法中规定的某些强制手段,如“暂停职务”、“暂停拨款”、“(工资)清欠措施”等,显然属于内部措施,将这些内部行政措施纳入行政强制法的调整范围是不科学的。

以上分析显示的行政强制手段中存在的问题,从法律上说,根本原因在于没有行政强制的统一立法,因此要尽快制定统一的《行政强制法》。在《行政强制法》中应明确规定行政强制的基本手段。鉴于我国学者一般认为行政强制包括行政强制执行和行政强制措施两类^[11](pp. 9—22),《行政强制法》应分别规定行政强制执行手段和行政强制措施手段。行政强制执行手段包括代执行、执行罚等间接强制手段和强制拘留、强制划拨、强制扣缴等直接强制手段。对行政强制措施的基本手段也应作出明确规定,特别是即时强制,《行政强制法》应明确规定强制的手段及其适用范围。

现行行政强制手段的运用,既有滥的一面,又有软的一面。这集中反映在行政强制执行方面,

即行政强制执行手段虽然繁杂,但实际效果极为有限。也就是说,“执行难”的问题在行政执法实践中同样存在。因此,如何针对行政管理不同领域的不同状况和行政对象的不同特点,规定灵活多样的强制手段,以实现行政目的,是当前立法所面临的十分重要的课题。在这方面,英、美等国和日本的经验尤其值得借鉴。无论是英美等国把刑罚和行政罚作为行政强制执行的手段,还是日本以代执行为核心、以行政上的制裁等其他强制手段为补充的多样化强制手段,都反映了强制执行的人权保障基本理念,即从人权保障的基本理念出发,尽量抑制直接强制手段的适用,循着间接强制的思路但又跳出传统的间接强制模式去寻求其他丰富多彩的强制手段,以更好地实现预期的行政目标。

至于行政强制执行手段的实施方式,是采用借助法院介入的司法执行模式,还是承认行政机关自力救济的行政执行模式?这一问题实质上反映了人权保障与行政效率的关系。笔者认为,我国《行政诉讼法》第66条确立的以申请人民法院强制执行为原则,以行政机关自行强制执行为例外的制度基本上是适宜的,它符合世界各国行政强制制度发展的一般趋势。这一点在采用司法执行模式的英美国家自不待言,即使在传统上注重行政效率、承认行政执行的德国和日本等国,二战以后,在保障基本人权的宪法理念的影响下,行政权当然包含强制执行权的固有观念受到批判,要求行政强制执行必须要有法律的授权,同时实务上判例也已经承认了司法强制^[2](pp.162-164)。诚然,申请法院强制执行会在一定程度上影响行政效率,但只要这种手段是规范行政强制合法有效所必需,那么其对行政效率的影响也就是容许的,或者说应当付出的必要代价。何况,我国的申请法院执行与英美国家的司法执行模式并不完全相同:一是行政机关申请强制执行的案件在性质上为非诉行政案件,法院虽然要对具体行政行为的合法性进行审查,但这种审查不适用行政诉讼程序,审查的标准也并不严格。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第95条规定,只有在被申请的具体行政行为明显缺乏事实依据、明显缺乏法律依据和其他明显违法并损害被执行人合法权益三种情形下,人民法院才不予执行;二是它为国家在必要时通过立法扩大行政机关的强制执行权留下了较大空间,对于专业性、技术性较强的具体行政行为或其他具体行政行为,法律、法规已经或可以赋予行政机关自行强制执行的权力。显然,申请法院强制执行模式在强调保障相对人权利的前提下充分考虑了行政效率。

[参 考 文 献]

- [1] 皮纯协. 行政程序法比较研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2000.
- [2] 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺译. 北京:法律出版社, 1999.
- [3] 城仲模. 行政法之基础理论[M]. 台北:三民书局, 1983.
- [4] 应松年. 行政行为法—中国行政法制建设的理论与实践[M]. 北京:人民出版社, 1993.
- [5] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京:中国法制出版社, 1995.
- [6] 刘莘, 张江红. 行政强制执行体制探析[J]. 法商研究, 2001, (1).
- [7] 杨海坤, 黄学贤. 中国行政程序法典化——从比较法的角度研究[M]. 北京:法律出版社, 1999.
- [8] 胡建森. 比较行政法—20国行政法评述[M]. 北京:法律出版社, 1998.
- [9] 杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京:中国法制出版社, 1998.
- [10] 胡建森, 金伟峰等. 中国现行法律法规规章所涉行政强制措施之现状及实证分析[J]. 法学论坛, 2000, (6).
- [11] 应松年. 论行政强制执行[J]. 中国法学, 1998, (3).

[责任编辑 曾建林]