

# 行政强制设定说明理由研究

关保英\*

【摘 要】 行政强制设定说明理由制度是行政强制设定中最为基本的制度,对行政强制设定的民主化、公正化、科学化有非常重要的意义。其体现了正当程序、立法技术性、行政理性化和强制权力节制的价值。行政强制设定说明理由应从行政强制设定的理论准备、立项调研、专家论证、利害关系人意见的征询和对外宣示等方面进行制度构建。

【关键词】 行政强制设定;理由范畴;行为体系

《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)第 14 条规定,“起草法律草案、法规草案,拟设定行政强制的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政强制的必要性、可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。”该条实质上确立了行政强制设定中的两个重要制度:一个是听取意见的制度,另一个是说明理由的制度。此制度对于行政强制设定中的民主化、公正化、科学化都是非常有意义的。这两个制度尤其是行政强制设定说明理由制度是行政强制设定中的最为基本的制度,该制度究竟如何构型,以及如何在行政强制设定中进行运作,都是值得探讨的,但到目前为止理论界尚没有关于这个制度的系统研究,<sup>①</sup>基于此,本文拟对行政强制设定说明理由及其制度构型作一初步研究。

## 一、行政强制设定说明理由的界定

所谓行政强制设定说明理由是指有关行政强制立法的起草者在起草涉及行政强制设定的行政法案时向立法机关阐述、解释该行政强制设定的法律依据和事实依据的一种法律制度或行为。其一,行政强制设定说明理由的主体是行政法案的起草者,我们知道行政法案是指有关行政管理的法律

\* 上海政法学院教授,博士生导师,201701。

①由于行政强制法第 14 条既规定了行政强制设定中的听证会制度、论证制度等,因此,学者们在解释该条内容时,往往没有对行政强制设定说明理由作出系统解释,更谈不上用学术论文和学术著作的形式对该制度进行系统研究了。参见信春鹰主编:《中华人民共和国行政强制法释义》,北京:法律出版社,2011 年,第 51 页。

文件,这些法律文件在实施过程中与行政系统的职权行使有着天然的联系,它往往是行政职能部门在行政执法和行政管理时必须具有的依据,这些依据通过行政立法形式典则化以后便形成了行政法案。<sup>①</sup> 由于这些法案与行政系统的职权行使是紧密地联系在一起的,因此在行政法案形成的实践中往往先由行政系统提供相应的行政法文件的动议甚至草案,再由立法机关使这些法案正式化,这样便在一个行政法文件的形成中有了两个主体,一个是提供行政法草案的主体,它常常是行政系统,另一个是制定行政法文件的主体,它常常是立法机关。行政强制说明理由的主体就非常清楚了,就是提供行政法草案的行政系统。<sup>②</sup> 其二,行政强制设定说明理由既是一种法律行为同时也是一种法律制度。就行政强制说明理由的运作过程来看,它是一种行为方式,是由行政系统实施的一种行为,当然,这种行为不同于一般意义上的行政行为。通常情况下一般意义上的行政行为其行为对象是行政相对人,而行政强制设定说明理由中的行为对象则是立法机关。依此而论,该行为的性质应当归入到行政法文件形成中去,甚至具有一定的内部行为性。<sup>③</sup> 行政强制设定说明理由作为一种行为是不可否认的,但它作为行为的属性是具有一种表象的,即是说行政强制设定说明理由更应当是一种法律制度。之所以这样说,是因为行政强制设定说明理由是通过一定的机制对双方主体尤其对行政系统进行的约束,而且在说明理由的过程中是通过一个规则体系来实施的。<sup>④</sup> 上述两点是我们在领会行政强制设定说明理由时必须引起注意的方面,如果将这个定义再作具体分析的话,我们可以发现它有下列四个方面的本质属性。

第一,它是行政强制的立法行为。说明理由制度是现代行政程序的基本制度之一,在现代行政程序中说明理由是指行政主体在作出行政行为时向行政相对人说明该行政行为必要性和可能性的一种制度构造,从一定意义上说,它是现代行政程序中的核心制度之一,<sup>⑤</sup>行政强制无疑是行政行为中最主要的一种,因此行政强制在施行过程中向相对一方当事人说明理由也是不可或缺的,正如行政强制执行法在行政强制实施程序中所作的规定那样,<sup>⑥</sup>然而行政强制制度中的此一说明理由的行为和制度非彼一说明理由的行为和制度,也就是说行政强制设定中说明理由的行为和制度与行政强制实施中的说明理由是两个完全不同范畴的东西。如果说前者是行政行为范畴的话,那么后者则是行政立法行为的范畴,这一点是行政强制设定说明理由的最为实质性的东西。它是由行政强制立法案的形成为立法行为的决定者所履行的义务,这个义务存在于行政强制的立法过程中。因此,即便说明理由的主体是行政系统,我们仍不能够将它从立法行为中排除出去。行政强制设定说明理由的这个属性是非常关键的。因为它使一个牵扯到行政强制行为的立法有了两个义务主体,一个义务主体是立法机关,而另一个义务主体则是行政系统。行政强制的法律典则是由立法机关向社会公布的,因此立法机关对于社会机制而言是有关行政强制立法的义务主体。同时为了使行政强制这一对公众权益产生实质影响的制度在设定时有所谨慎,便同时将有关形成强制动议的行政系统也作为义务主体之一,他们的行为都存在于行政强制的立法过程中。基于此,我们认为行政强制设定说明理由是一种纯粹的立法行为。

①行政法案的形成是比较复杂的,这主要因为行政法渊源分布本身是极为复杂的。

②行政法典则往往与行政系统的行政管理领域有着密切的联系,几乎每一个行政法典尤其部门行政管理的行政法典都必然牵涉到一个或数个行政职能部门。

③行政强制设定中,行政强制设定的起草单位向制定机关说明理由其行为过程存在于立法过程中。这个过程虽然与行政权的行使有关,但不能将它视为行政行为,因为整个行为过程都是受立法格局影响的,这一点必须予以强调。

④行政强制法只有一个条文对行政强制设定说明理由作出规定,但这个条文实质上确立了行政强制设定说明理由的法律制度。

⑤西方法治发达国家的行政程序法尽管在体系的设置、条文的构成等方面存在一定差异,但是,诸国的行政程序法都有一套能够支撑该法典的重要制度。如听证制度、告知制度、正当程序制度等。其中说明理由制度也是若干主要制度中的一种。

⑥参见《行政强制法》第18条、第35条、第36条。

第二,它是行政强制的论证行为。行政强制设定与行政强制的实施相比显得更为重要,因为任何行政强制的实施都必须以已经存在的行政强制依据为前提,哪个主体如果在没有行政强制依据的情况下实施行政强制就必然构成行政上的违法。行政强制的设定实质上为行政强制的实施提供了法律上的可能性,而且一个行政强制的设定行为往往会导致若干个行政强制的实施行为,正因如此行政强制的设定必须有充分的理论上和事实上的准备。我们认为行政强制设定说明理由就是对行政强制存在的事实依据、法律依据等的一种论证,这一点也是一个非常关键的属性。我们知道当行政强制法案起草主体向有关立法机关说明行政强制的理由时,它必须有三个方面的准备:一是有关这一行政强制存在的事实上的准备。包括这一行政强制的具体形态、实施的主体和对象等。二是必须有相应的法律依据。我们知道任何行政强制一旦付诸实施都必然和公众的权益发生联系,甚至会限制公众在某些方面的自由,而对公众自由的限制向来就是一个宪政问题,故而行政强制的设定必须有法律上的支持。三是行政强制的事实与能够支持行政强制的法律之间的因果关系。进而言之,有行政强制事实的存在还不足以导致行政强制规范的形成,反之某一主体有形成行政强制的自由意志,但缺乏行政强制存在的事实,同样不能设定行政强制。行政强制说明理由就是必须将上列三个方面及其逻辑过程梳理出来,从这个角度讲行政强制设定中的说明理由是一种论证行为,具有严格的科学性。

第三,它是行政强制的解释行为。行政立法权的行使与刑事、民事等立法权的行使有着非常大的区别,这个区别在于刑事和民事立法权是由

单一主体行使的,《中华人民共和国立法法》在法律保留原则中就肯定了这种主体的单一性,<sup>①</sup>而行政立法则是一种复合主体。所谓复合主体就是指它是在立法意志和行政意志的复合作用下而形成的,从理论上讲立法权是归于立法机关行使的,行政立法作为立法的一种也不能例外,也应当由立法机关行使。然而进入20世纪中期以后情况则发生了很大的变化,这个变化在于行政系统在履行管理职能时需要大量的行政法规范作为支撑,而同时立法机关则与这些行政规范的距离越来越大,尤其是他们难以对行政权行使中的技术规则有深层次的理解,这样便产生了行政立法中的两种趋势:一个趋势是授权立法的产生,就是立法机关将一部分行政法规范的制定权授予行政系统;<sup>②</sup>另一个趋势则是行政法案形成中行政系统的创议权。因为授权是有条件的,例如牵涉到强制权力的立法机关就不能随意授予,这时处理的办法就是让行政系统自身形成有关的法律草案,并将这些法律草案提交给立法机关。在该格局中行政法典则的形成权实质上是在两个主体和两个意志的左右下进行的,但行政立法毕竟是一种立法,在它公之于社会时必然是以立法机关的名义为之的,这里有一个非常关键的问题就是立法系统和行政系统意志的合致,或者具体一点讲就是行政系统形成的法律案必须能为立法机关所接受,在这样的意志合致过程中行政系统必须积极主动地向立法机关表明自己的态度,甚至必须能够说服立法机关接受自己关于法案形成的设想。从这个角度讲行政强制设定中的说明理由是行政系统向立法系统所作的一种解释,通过这样的解释,既证明某一行政强制存在的合理性,又能够让立法机关也能够认同这种合理性的理由。

第四,它是行政强制的决策行为。行政强

①《中华人民共和国立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

②《中华人民共和国宪法》第89条规定国务院有权制定行政法规和规定行政措施,这可以说是我国授权立法最为基本的根据,也使授权立法的基本理论和价值得到了根本法上认可。2000年制定的《中华人民共和国立法法》对授权立法的一些具体技术问题作了进一步规定。

制法第14条在设立行政强制设定说明理由制度时没有明确规定说明理由行为的立法后果,但是可以肯定地说行政强制设定说明理由有可能导致三种可能的结果:第一种可能的结果就是立法机关接受了行政法草案有关强制设定说明理由的理由和说明行为,在选择接受的情况下行政强制草案形成者的意志就得到了体现。第二种可能的结果是对行政强制草案形成者的理由不予认可,即认为这个行政强制设定或者缺乏相应的事实依据,或者缺乏相应的法律依据,或者二者都缺乏,无论哪种情形该行政强制设定都不可能形成法律案。具体地讲在这种情况下行政系统的意志没有得到立法机关的认可,我们也可以把这种情况叫行政强制设定过程中双方主体意志的冲突。第三种可能的结果是立法机关对行政强制草案形成者的理由作部分的认可。例如一个行政强制设定的草案设计了两种强制手段,而立法机关只认可其一种强制手段,在这种情况下行政强制草案形成者的意志只有一部分与立法机关的意志合致。上列三种情况在行政强制设定说明理由中是必然存在的可能的结果,立法机关从这三种结果中选择任何一个都是可能的,而且对于每一次的行政强制说明理由而言也只能选择上列三种结果中的一种。从这个角度讲行政强制设定说明理由实质上是一种决策行为,这一点我们必须予以肯定。某种意义上讲这也是行政强制设定说明理由的价值之所在。

## 二、行政强制设定说明理由的价值

《行政强制法》第1条规定:“为了规范行政强制的设定和实施,保障和监督行政机关依法

履行职责,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人和其他组织的合法权益,根据宪法,制定本法。”由该条规定可以看出行政强制法的基本目的之一就是控制行政强制的设定,该法的出台意味着我国长期以来相对无序的行政强制有了基本法上的依据。然而,行政强制法究竟如何对行政强制进行有效的约束则是一个非常难以抉择的立法技术问题。在笔者看来,行政强制法对行政强制的规范和控制主要应当走三条进路。第一个进路是让行政强制由执法向立法拓展。我们知道,一提到行政强制我们都自然而然地会把它同执法行为对应起来,虽然在行政强制法出台之前我们已经有一些行政强制的典则,<sup>①</sup>但是绝大多数行政强制手段的采用还只是属于执法范畴的东西。有些是执法过程中的一种手段,例如代执行和执行罚,有些则是行政执法机关紧急处理权的一种,例如绝大多数行政强制措施就是在紧急情况下由行政机关采用的。总而言之,它们都与行政执法天然地联系在一起。而行政强制法的制定则将原来与执法密不可分的强制行为立法化了,让每一个行政强制的行为或者行政强制措施都有法律典则上的依据。因此,我们认为行政强制法对行政强制的控制进路之一就是将其由执法而拓展到立法。第二个进路是使行政强制由行为向规则拓展。行政强制是具体行政行为这是没有争议的。行政强制措施是具体行政行为,行政强制执行也是具体行政行为,所不同的是这两类行为有各自的特性。前者是在非常情况下实施的行为,而后者则附着于某一个具体行政行为。<sup>②</sup>由于这些强烈的具体行政行为属性使学者们往往将它与其他行政行为相等同。我们知道行政主体在行政执法中有作出行政行为的权力,这个权力的当然性也使人们认为行政主体

<sup>①</sup>在行政强制法出台之前,我国法律文件关于行政强制的规定相对比较零散,例如《中华人民共和国治安管理处罚法》就对有关的行政强制措施作了规定。

<sup>②</sup>《行政强制法》第34条规定:“行政机关依法作出行政决定后,当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的,具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行。”从该条规定可以看出,行政强制的前提是行政机关已经作出一个行政决定,这个行政决定是针对行政相对人的,而根据该条的规定,这个决定本身是对行政相对人所设定的义务,因此,可以肯定的讲,行政强制执行它是附着于某一行政行为的。该法使用了“行政决定”这样一个概念而没有明确指出行政强制执行前行政机关究竟所作出的是何种行政行为,这在立法技术上是值得商榷的,因为,行政决定的概念并不是一个严格意义上的法律用语。

实施行政强制也是其职权的当然运用,既然是职权的当然运用,因此其就不一定受规则的强烈限制,然而行政强制法却改变了传统的关于行政强制的理念,就是将它由行为向规则进行拓展,使行政强制行为与其他行政行为有所不同,而这种不同在于无论行政强制措施也罢,还是行政强制执行也罢,都必须有严格的规则进行约束,都是对规则的一种当然的转化。第三个进路则是行政强制由随机性向体系性的拓展。行政强制在长期的行政法实践中具有非常大的随机性,这种随机性可以通过两个方面表现出来:一个表现是行政强制措施和手段的不确定性,另一个表现是行政强制和措施运用的随意性。行政强制法针对上述随机性作出了将行政强制措施和行政强制执行名称规范化的规定,作出了将每一种行政强制手段的运用规范化的规定,这两个规范化使行政强制在其存在和运行中都成了一个体系。行政强制法对行政强制的上述三个控制路径是通过一定的技术手段来体现的,其中行政强制设定说明理由就是这种技术手段中最为精巧的一种,因为行政强制设定说明理由既要证明某一强制手段存在的合理性,又要给这个强制措施和手段贴上法律的标签,而此二者既达到了使行政强制规范化的目的也达到了使行政强制体系化的目的。由此可见,行政强制设定说明理由的价值是深层次的,我们将问题再进一步具体化就可以看出行政强制设定说明理由还有下列价值。

其一,体现正当程序的价值。正当程序是现代宪政理念和法治理念的核心问题之一,在它形成的初期所要求的是立法权必须与司法权、立法权必须与行政权有程序上的约束,例如属于立法空间的,司法不能介入;同样道理,属于司法空间的,立法也不能介入;属于立法范畴的,行政也当然不能介入;而属于行政范畴的,立法也要有条件地介入。后来它的含义有了进

一步的拓展。例如没有经过正当司法程序公民的人身自由不受限制,这个含义实质上是对行政权和司法权关系的处理,即行政系统不能在没有任何法律依据的情况下限制公民的人身自由,即是说,只有通过司法程序公民的人身自由才能够受到正当约束。<sup>①</sup> 上列两方面的含义足以说明正当程序是对若干国家权力机关关系的有效处理。我们再将问题回到行政强制设定说明理由中来,毫无疑问,行政强制设定说明理由是行政系统对立法机关阐释某一行政强制存在的理由,这实质上是立法机关对行政机关限制人身自由行为的一种约束,而这样的约束是通过一方向另一方的解释,另一方向他方的监督而进行的。这样的制约关系在我国行政法治实践中已经存在过,但不争的事实是,在行政强制法出台前这样的存在是非正式的,非程序性的。而行政强制法通过强制设定中的说明理由将行政系统向立法机关进行阐释的行为正式化了、程序化了,从这个角度讲行政强制设定说明理由非常好地体现了正当程序的价值。<sup>②</sup>

其二,体现立法技术性的价值。立法的科学性是我国在建设法治国家中特别强调的一个问题,《中华人民共和国立法法》第6条规定“立法应当从实际出发,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”由这个规定也可以看出我国在立法上是强调科学性的,但是立法科学性实现的路径却一直是一个难题,就是说究竟用什么样的机制和方法保证立法的科学性是学术界和实务部门普遍关注但又难以形成结论的问题。行政强制法关于行政强制设定说明理由就是实现立法科学性的一个非常好的尝试,它将一个即将在社会实施的制度通过两种意志的合致达到最大限度程度的科学性。我们知道,就行政强制与行政职权的关系而言,是一个技术问题。所谓技

<sup>①</sup>这是现代法治的一个基本理念,国际人权公约已经对这个理念作出了规定。由于我国已经在1998年加入了有关国际人权公约,因此,在我国的法律制度中,有关正当程序的理念应当说是得到认可的。

<sup>②</sup>正当程序的概念是一个颇有价值的法治理念,在西方法治发达国家被普遍接受,随着社会发展它的内涵还在不断地拓展。2004年国务院制定的《全面推进依法行政实施纲要》在对行政执法的规制中没有使用正当程序的概念,而所使用的是“程序正当”的概念,尽管与西方的理念相比只是措辞顺序的颠倒,但实质上反映了我们在行政法治程序设计中的相对保守性。

术问题是指行政系统在行政执法中之所以要实施行政强制大多是出于社会控制的需要,当然这种社会控制是通过对行政相对人的约束而实现的,而对立法机关而言行政强制则是一个价值问题,因为行政强制一旦实施就必然关涉到公民的人身自由权或者财产自由权。质而言之,行政强制在设定中实质上有两种价值取向,那就是技术上的价值取向和政治上的价值取向。如何使这两个价值取向达到最大限度的融合就需要进行很好的技术处理。当行政系统向立法机关解释和说明行政强制存在的理由时它会更多地关注行政强制在社会控制中的意义,而当立法机关在对即将设定的行政强制进行考量时则不会放弃该强制的利益价值,此两方面的相互融合和交流是使立法科学化的新的技术手段,基于此,我们认为行政强制设定说明理由能够体现立法技术化的价值。

其三,体现行政理性化的价值。行政权被视为是最为敏感的国家权力,事实上在现代福利国家行政权的深度、广度、宽度等都体现了行政权的相对敏感性。<sup>①</sup>换言之,行政权与立法权和司法权相比更能够引起公众的关注,更能够在社会过程中产生最大的敏感。在笔者看来,行政权的这种敏感并不是空穴来风,在现代福利国家行政权所占的地盘和它自身的强度的确要比立法权和司法权来得更强烈。以我国而论,近年来人们对行政系统的执法有非常多的诟病,例如对钓鱼执法的诟病,对粗暴执法的诟病,对滥用职权的诟病,对行政误导的诟病,等等。在诸种诟病中,行政征收和行政强制拆迁是最为突出的。上列诟病,从某种意义上讲是由目前行政权运作的机制而生成的,例如行

政机关通过造法执法而使其不当的具体行政行为合法化。<sup>②</sup>而对于这样的情况,立法机关则很难从立法机制上对其进行约束,基于此,行政强制设定说明理由便在原来的行政非理性中找到了一种使其理性化的手段。因为当行政机关通过设定规则然后再将设定的规则予以执行达到行政目的时,就有了新的制约机制,它通过对立法机关说明理由便去除了规则设定中的非理性化色彩。因此我们说行政强制设定说明理由能够体现行政理性的价值。<sup>③</sup>

其四,体现强制权力节制的价值。在现代法治发达国家,行政系统在为社会提供公共服务方面几乎是不受约束的,而且在服务行政的理念之下这种趋向还会更加明显,同时与之形成鲜明对比的则是行政系统享有的制裁权和强制权的高度有限性。一则,在一些国家行政系统已经不再享有诸如处罚、强制等这样的强制性权力;二则,一些国家尽管允许行政系统在一定范围内享有制裁和强制权力,但却为此设定了严格的限制条件和程序规则,这同样是一个行政法治的趋势。然而,与法治发达国家相比,我国尽管在1996年制订了行政处罚法,在2003年制订了行政许可法,但就总体而言,我国行政系统所享有的强制权力还是比较广泛的。仅就人身强制而论,我国行政系统就享有诸种对行政相对人进行人身强制的手段,而且有些手段仅仅是在行政系统进行运行的,并没有相应的司法牵制,财产上的强制则更加泛滥,一定意义上讲这也是行政强制法出台的原因。应当说明的是《中华人民共和国宪法》修正案对行政主体所享有的强制权力进行了较为严格的限制,<sup>④</sup>这

①参见罗豪才等编:《行政法的新视野》,北京:商务印书馆,2011年,第285页。

②行政系统从宪法规定和学理上分析所行使的是行政权而不能行使立法权,然而,随着国家政权体系和政治体制的发展,这种传统的格局则受到了一定的冲击,即是说,行政系统除了行使行政权以外,还行使着相当一部分立法权,这似乎是一个不可逆转的趋势。

③当然,行政理性的全面实现还需要通过其他手段来推进,但不能否定的是行政强制设定说明理由可以在整个行政权行使中进行推广,我们在行政强制设定中要求行政机关说明理由,那我们为什么不可以行政处罚设定、行政许可设定以及其它行政主体向公民设定义务的行为中推广这样的制度呢?笔者乐观地认为这个制度是使行政权理性化的开端,它还有非常大的拓展空间。

④2004年宪法第22条修正案规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这实际上是对行政强制力的一种限制。

个限制是我国法治进步的体现。但不争的事实是,在目前情况下行政系统所享有的强制权力仍然较多,而且其强度也相对较大。那么究竟如何节制行政系统的强制权力便是人们关注的问题,如前所述,对行政强制权力的节制并不缺乏相应的意识,而缺少的是相应的技术手段和机制,行政强制设定说明理由就整个行政立法而论将焦点集中在行政强制之中,或者说我们在有关行政立法的其他领域还没有实行说明理由的制度,可见目前这样的立法聚焦,对于行政强制权力的节制是有不可取代之价值的。

### 三、行政强制设定说明理由中的理由

行政强制法第14条将行政强制设定的理由概括为行政强制设定的必要性、行政强制设定可能产生的影响和行政强制设定中听取和采纳意见的情况等三个范畴。这三个范畴实质上反映了行政强制设定中下列相关关系:一则,所设定的行政强制与法律典则的关系。在这个关系中所强调的是某一行政强制的设定必须有法律上的依据,应当强调的是这个依据只能够限制在基本法和宪法之中,也就是说宪法和法律之外的依据不能被视为行政强制设定的依据。二则,所设定的行政强制与行政机关职权的关系。当行政机关在行政法案中提出设定行政强制时,其一方面要有能够提出这个动议的权力,就是有权向立法机关提出设定这一行政强制的动议,这个动议的提出是它应有的权能,反过来说强制设定动议的提出是有主体资格限制的,这一点是不能忽视的。三则,所设定的行政强制与相关事实的关系。行政强制包括强制的方式、包括强制存在的背景、包括强制中的被强制人等都是行政强制中的事实,当行政强制设定

机关向立法机关说明理由时它必须能够合理地处理所设定的这个行政强制与上述事实的关系,说到底正是相关行政强制事实的存在才决定了某一强制手段的存在,这中间不单单要有理论上的逻辑关系,还要有实务上的因果关系。<sup>①</sup>四则,所设定的行政强制与行政管理秩序的关系。在行政法中,无论是行政处罚,还是行政许可,甚至是行政强制,他们最终都应当归结到对行政管理秩序的建构上。因此,任何一种行政强制的存在都应当以建立良好的行政管理秩序为前提,依此而论行政秩序就成了行政强制设定的最高理由。上列四个方面的关系是行政强制说明理由中理由建构的总的指导原则和出发点,由上述四点出发,笔者认为在行政强制设定中说明理由中的理由有下列具体内容。

#### (一) 作为违法行为数量统计的理由

在传统行政法教科书中将行政强制使用的前提归结为行政主体不履行行政法上的义务,<sup>②</sup>并进而将其作为行政强制的本质性要件,在一些教科书中往往通过这个内容将其与行政处罚予以区分。而在笔者看来,传统行政法学中关于行政强制的这个前提是有一定偏失的,因为它没有将行政强制和行政上的违法对应起来。笔者注意到行政强制法对这个问题作了正本清源,该法第2条规定:“本法所称行政强制,包括行政强制措施和行政强制执行。行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。”由该条的规定可以看出,无论行政强制措施还是行政强制执

<sup>①</sup>在我国法学理论中,其他部门法似乎都有因果关系的理论,而且这些因果关系的理论在相关部门法理中都已经比较成熟了。例如刑法中的因果关系理论就已经形成了体系,与之相比,在我国行政法中行政行为与行政事实之间的因果关系却鲜有学者进行研究。我国所出版的行政法教科书必乎都没有讲到行政法中因果关系的理论,一定意义上讲,这是造成我国行政法理论不大完善的一个原因。

<sup>②</sup>参见王连昌主编:《行政法学》,北京:中国政法大学出版社,1994年,第225页;王珉灿主编:《行政法概要》,北京:法律出版社,1983年,第125页;王周户主编:《行政法学》,西安:陕西人民出版社,1992年,第276页。

行,它的存在都有一个大前提,而这个大前提就是行政相对人行政上的违法行为的存在,这一点可以说是我国行政强制法对行政强制理论的一大贡献。因此,我们认为行政强制设定的大前提是行政上的违法,对于整个行政强制而言是如此,对于一个单一的行政强制而言同样如此。沿着这个逻辑推论,某一行政强制的设定必须以与这一行政强制有关的行政违法行为为前提,这样我们便可以说如果某一个行政管理领域不存在足以导致运用行政强制的违法行为,那么在这个领域就不需要设定行政强制。反之,若某一领域存在大量的足以导致行政强制产生的违法行为,那就应当设定与之相适应的行政强制。这个逻辑要求当一个行政系统在有关行政强制的法案设定时,其必须向立法机关提供该领域存在行政违法行为的事实,这样的事实不应当是抽象的,而应当有具体的数量上的统计。例如某一行政主体要在一个行政法规中设定强制征收的强制措施,就应当提供行政相对人不履行征缴义务从而违反行政法的事实依据。应当强调,这个提供应当是精确的,不能把个别的因素视为一般的因素,不能把偶然的因素视为必然的因素,不能把临时性的因素视为永久性的因素,等等。

### （二）作为其他行政行为应对疲软的理由

行政强制法第5条规定,“行政强制的设定和实施,应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。”该条的精神是非常明晰的,它要求行政主体在行政管理中必须遵循比例原则,<sup>①</sup>就是说如果能够运用最轻的手段达到行政管理目的的,绝不能够运用最重的手段;如果能够运用相对较软的手段达到行政管理目的的,绝对不能够运用相对较硬的手段;如果能够运用说服的手段就绝对不能够运用强迫的手段,等等。行政强制对于行政管理中的手段体系而言,它是最让行政相对人难以接受的,因为它既有可能限制行

政相对人的财产自由,也有可能约束行政相对人的人身自由,而这两个自由都是我国宪法所规定的公民自由权的有机构成部分。行政系统在职权行使中一旦将强制手段运用不当就有可能侵犯公民的宪法权利,此点表明当一个行政主体主张在某一法律案中设定行政强制时它必须能够提供在这个行政管理领域其他行政手段达不到相应的目的。也许在行政机关的职权行使中其他手段和行政强制手段可以并用,但不争的事实是行政强制手段是在不得已的情况下而运用的。因此,行政主体必须说明其他手段与强制手段并用的情况下,其他手段不可取代行政强制手段。

### （三）作为行政强制处置有效性的理由

行政执法中行政强制手段运用的不可或缺性是一个范畴的问题,这个范畴的问题决定于其他行政手段的运用难以达到行政管理的目的。而另一个范畴的问题是行政强制手段的有效性,该问题不能与上述问题同日而语。换言之,行政强制手段的存在与其有效性并不是必然对应的。因此笔者认为当行政系统主张设定某一行政强制时,除了证明其他行政手段在相应事态处置上是疲软的,同时还必须证明所设定的行政强制是有效的,这个有效性既可以通过理论上的论证来阐释,又可以通过长期的行政执法实践来进行佐证。这一点要求行政主体在行政强制设定说明理由时应当向立法机关提供相应的背景材料,在这个背景材料中对长期以来此一行政领域的基本状况作出分析,尤其要分析所设定的行政强制手段在以前行政管理中所运用的情况包括运用的频率,尤其包括运用以后所取得的行政效果。

### （四）作为行政强制负面效应最小化的理由

在行政法治中,处罚手段和强制手段向来

<sup>①</sup>正如学者所指出的:“这是对法律、法规的立法机关提出的要求,要求设定行政强制时,应当保持谨慎的态度,在维护公共秩序和保护公民权利之间掌握平衡,既不能规定过多强制,将强制当作包治良药,也不能因噎废食,忽视了强制的作用,对行政管理实际需求视而不见。”参见信春鹰主编:《中华人民共和国行政强制法释义》,第21页。



被认为是行政相对人不利的行政手段,我国有学者在对行政行为进行分类时曾经以行政行为与行政相对人所获得利益的关系为标准将行政行为分成有利行政行为和不利行政行为。<sup>①</sup>前者是指这种行政行为一旦被运用就能够给行政相对人带来利益,例如行政给付和行政指导等,后者则是指此一行政行为一旦运用就有可能对行政相对人的权益造成侵害,例如行政制裁和行政强制。从法治化和和谐社会构建出发,无论法治发达国家还是我国,都强调在行政法治中尽可能多一些行政相对人有利的行政行为,而少一些对行政相对人不利的行政行为。之所以要强调这一点是因为对行政相对人不利的行政行为一旦运用就有可能产生负面效应。<sup>②</sup>应当肯定地说,从理论上讲任何对行政相对人不利的行政行为都会产生负面效应,只是负面效应有一个或大或小的问题。基于此,笔者认为在行政强制设定说明理由中,行政主体应当将某一行政强制设定后所能够产生的负面效应作出初步的评估,而且必须能够从逻辑上证明这种负面效应是最小化的。一旦行政主体不能够证明其主张设定的行政强制会产生较小负面效应时,就可以认为他没有提供设定该行政行为的充分理由。

#### （五）作为行政强制设定论证过程的理由

上述四个范畴的理由都是实质性的,如果从法律原理上讲,他们都属于实体范畴。而作为行政强制设定论证过程则与之有所不同,他们更多是行政强制设定中的程序和形式,但是这些形式对于行政强制说明理由而言同样是基本构成部分,同样是不能够缺少的。深而论之,当立法机关要求行政强制法案的起草者说明某一行政强制设定的理由时,必须对其就这一行政强制设定的论证过程进行判断。我们知道,行政系统可以通过自己的经验判断对某一行政

强制的设定作出说明,在这种情况下这一行政强制既没有外在因素的支持也没有相应的论证过程,因此,是很难得出可靠结论的。行政系统还可以通过由行政系统牵头组织相关专家进行论证的基础上向立法机关说明理由,显然,此一说明理由的形式要比前一种更加可取,因为它很可能使此次说明理由的行为更加科学。第三种方式是在说明理由之前,行政系统就广泛地吸收广大公众和利害关系人的意见,甚至可以举行听证会和辩论会,通过听证会和辩论会形成设定或者不设定行政强制的依据。从行政强制法第14条的规定来看,应当说第三条路径是被肯定了的,而遗憾的是行政强制法第14条没有将听证和说明理由的具体关系作出规定,但在笔者看来行政主体在说明行政强制设定的理由之前,必须有相应的论证过程,而这个过程也应当作为立法机关审核的重点之一。

### 四、行政强制设定说明理由的制度构型

行政强制设定说明理由存在一个实施和实现的问题,这个实施和实现说到底是它的制度构型,当然行政强制说明理由中的理由作为说明理由的内容也是该制度不可或缺的组成部分。但在笔者看来,行政强制说明理由的制度构型直接关系到行政强制的实施问题,大体上讲行政强制说明理由从制度范畴上讲应当有三个大的原则。第一明确它是立法中的一个环节。笔者将行政强制说明理由归到行政立法的范畴之中,尽管在这个范畴中说明理由的行为是由行政主体完成的,但从总体上讲它应当是行政立法中的一个环节。作为立法环节,它要求立法机关在行政强制设定中必须控制和左右行政强制说明理由的过程,把该行为的行政性

<sup>①</sup>参见胡建森:《行政法学》,北京:法律出版社,2010年,第155页。

<sup>②</sup>近年来,纵观我国诸多地方发生的群体性抵抗行政执法的事件,不难发现大多都是在行政主体运用了对行政相对人不利的行政行为的情况下而引起的,其中相当大的一部分是有关行政强制行为的运用。就一个行政管理过程而论,一个具体行政行为所涉及的对象是特定的,所涉及的事件是特定的,所设定的义务也是特定的,但是它一旦产生负面效应其对象也就由特定变成了不特定,其范围也往往从有限变成了无限,等等。

转化为立法性。如果在公众眼里行政强制设定说明理由是一个立法行为而非是一个行政行为,那么它将会产生非常好的社会效果,因为行政强制的立法控制要比行政控制有效得多。第二明确它是一个有机的行为过程。不言而喻,任何说明理由的行为都有一个行为过程,这个行为过程既存在一个行为的准备问题,也存在一个行为的实施问题,还存在一个行为对象的承受问题。就行政强制设定说明理由的行为过程而论,行政主体必须对立法机关作出善意的解释和论证,而立法机关要对行政机关的解释和论证进行判断、甄别和考量,最终作出一定的选择,其作为一个行为过程的原则是非常关键的。因为目前的行政强制法对该问题只有半个条文的规定,而他作为一个行为过程这半个条文的规定是远远不够的。进而言之,我们就行政强制设定说明理由建构单独的制度,而这个制度中要由若干环节作为支撑,而整个环节使它构成一个整体。第三明确它是一个独立的行为体系。行政强制设定说明理由是行政立法中的一个环节,那么是不是由此就可以得出结论说行政强制设定说明理由不是一个独立的体系呢?回答是否定的,因为行政强制设定说明理由对于行政强制立法而言具有独立的价值,具有相对封闭的系统,从这个意义上讲行政强制设定说明理由应当有相对独立的行为体系,在这个体系中若干行为方式是相互支持和相互联系的,这种相互联系性使它通过自己内在的价值保障行政强制设定的科学性和公平性。

由上述三个原则切入,笔者试对行政强制设定说明理由的实施作出下列制度上的构建。

之一,行政强制设定的理论准备。在某一行政法案的起草中,相关的行政系统如果有设

定行政强制的立法意向就应当就所设定的行政强制进行理论上的准备,这个准备环节可以是纯粹理论性的,就是行政主体从行政执法和行政管理需要出发对拟设定的行政强制进行设计,而这个设计在起始阶段不一定有相应的事实支撑,只要能够从理论上证明该强制存在的初步合理性即可,这一环节应当是比较重要的。之所以这样说是因为我国传统行政立法中行政主体在权利义务的设定中往往就事论事,不能够从行政法学理上提供相应的依据,有学者认为立法本身具有强烈的科学性,<sup>①</sup>笔者是赞同这个论点的。那么立法的科学性究竟应当怎样体现,在笔者看来,将每一次的立法行为从一开始就纳入法律理论的框架之内便是最好的选择。

之二,行政强制设定的立项调研。我国立法机关在法律制定时的调研行为近年来是做得比较好的,同样作为行使行政立法权的行政系统在有关行政法典则的制定时有关的调研则相对较少。<sup>②</sup> 笔者注意到行政法规制定程序条例和规章制定程序条例都对行政立法的调研作了轻描淡写的规定,也许大多数的行政管理法律文件不需要进行立项调研,因为相当一部分行政法文件对行政相对人所提供的是有利的行政行为。行政强制的设定则不能够受传统行政立法的影响,应当设立专项的调研制度,这个调研不是由立法机关完成的,而是由即将对该行政强制说明理由的行政主体完成的,这些调研应当结合上述那些立法理由而展开。

之三,行政强制设定的专家论证。专家论证和专家咨询在行政法治实践中已经被广泛运用,但值得注意的是我们对专家论证还停留在散兵游勇的形态上,即是说,某一行政立法若受到公众质疑了才有可能进入专家论证之中,反

<sup>①</sup>正如有学者所说的:“使一个国家的体制真正得以巩固而持久的,就在于人们能够这样来因事制宜,以至于自然关系与法律在每一点上总是协调一致,并且可以这样说,法律只不过是保障着、伴随着和矫正着自然关系而已。”参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,1982年,第71-72页。

<sup>②</sup>我国《立法法》关于法律的制定程序作了明确规定,从这个规定可以看出,法律的制定过程要经过若干论证环节,这些论证环节被立法法规定以后,便是一个法律行为。但是,立法法并没有对行政法规和政府规章的制定作出同样的论证程序的规定,而国务院制定的《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》虽然也规定了行政法规和规章制定过程中的社会参与程序,但它并没有规定严格意义上的科学论证程序。同时,由于法律所涉及的面相对较广,其论证过程中的参与度也往往要高于行政法规和规章制定过程中的参与度。

之,某一行政法典在没有引起公众关注之前往往很难进入专家论证环节。在行政强制设定说明理由中专家论证应当作为一个必备环节,立法机关应当明确要求行政机关在说明理由时提供专家意见。

之四,行政强制设定中利害关系人意见的征询。利害关系人制度在一些法治发达国家的行政程序法中已经有所反映。所谓利害关系人制度是指行政主体的一个行政行为或者一个行政过程若对特定的当事人产生影响,而这个影响是相对间接的,那么受到影响的当事人则是利害关系人,这些利害关系人虽然不像直接受到影响的行政相对人对行政行为有直接的主张,但他们能够以特有的方式来影响行政主体的行政行为。利害关系人制度将行政行为的影响划分成了若干不同的层次,将行政行为影响的社会公众作了层次上的区分,使不同的社会公众在行政行为面前有不同程度的诉求,其对行政法治民主化和科学化是很有意义的。但是,由于我国尚未制定出行政程序法典,因此也没有在行政法制度中确立行政利害关系人制度,我们认为可以在行政强制设定制度中尝试性地建立利害关系人制度,通过这个制度让行

政主体将某一行政强制所能够影响的当事人的诉求予以征集,并使所征集的意见能够制约所设定的行政强制。

之五,行政强制设定的对外宣示。从行政强制法的规定来看,行政强制说明理由似乎存在于立法机关和行政机关之间,似乎是一种纯粹的内部运作行为,而笔者对此有不同的认识。其实行政强制说明理由其由行政主体向立法机关说明理由只是问题的一部分,而且这一部分可能是非本质性的。进一步讲,当行政主体对立法机关就所设定的行政强制说明理由时最终必须体现在立法的实际效果上。依据我国立法法的规定,我国的每一项立法都应当是公开的,因此行政机关对立法机关说明理由的行为最终必然要反映到公众之中去,反映到社会系统之中去,与其让行政强制设定说明理由被动地反映到社会公众之中,还不如构建一种行政强制设定的宣示制度,通过这样的宣示让行政主体的说明理由行为既将立法机关作为对象也将社会公众作为对象,进而实现行政强制设定中真正意义上的公开化。

(责任编辑:蔡道通)

## Reasons for the Creation of Administrative Compulsion

GUAN Bao-ying

**Abstract:** The system of giving reasons for the creation of administrative compulsion, a fundamental part of the Administrative Compulsion Law, is of great significance to the democratization, justification and scientification of the creation of administrative compulsion. The said system manifests the value of due procedure, technicality of legislation, rationalization of administration and restraint of compulsive power. The construction of the system of giving reasons for the creation of administrative compulsion should involve such steps as the theoretical preparation, empirical investigation, expert examination, solicitation of interested parties' views, and formal declaration.

**Key words:** creation of administrative compulsion; category of reason; behavior system