

论行政强制设定中的公民建议权

张淑芳^{*}

〔摘要〕 行政强制设定中公民建议权是我国行政法治面临的新问题,也是我国行政法律制度中的新问题,具有非常深刻的制度价值。内容包括建议不予设定行政强制、选择设定行政强制、附条件设定行政强制和依程序设定行政强制等范畴。该权利实现的主要路径应当有:保障公民介入行政强制形成的动议、保障公民介入行政强制的论证、保障公民介入行政强制的听证、保障公民介入行政强制的后评估。

〔关键词〕 行政强制设定;公民建议权;实现路径

《中华人民共和国行政强制法》对行政强制的种类和设定作了规定,尤其就行政强制的设定构造了一系列新的制度,这些制度包括行政强制统一设定的制度、行政强制设定权规范化的制度、行政强制设定听取意见的制度、行政强制设定说明理由的制度以及行政强制设定的后评估制度等。这些制度都围绕行政强制设定过程中的权力和权利分配而展开,甚至可以说贯穿行政强制设定中有关权力和权利设定制度的始终。同时,在行政强制设定中,公民权利对立法和行政权的制约被法律作了非常具体和规范化的认可。这种认可既是行政强制设定中一种新的制度构造,也是我国公众对立法参与的一种形式。但令人遗憾的是,我国学界对行政强制设定中公民的建议权却鲜有研究,正是基于理论界的此种状况,本文试对行政强制设定中公民建议权的概念、价值、内容和法律保障作一初步探讨,以求引起学界和实务部门的重视。

一、行政强制设定中公民建议权的概念

所谓行政强制设定中公民的建议权,是指立法机关在行政强制措施和行政强制执行的设定中,作为个体的公民和作为参与到某一机制组织中的公民,对该行政强制措施和执行提出自己见解并以相应的方式影响行政强制设定结果的法律权利。对这个定义的理解应当有一个较为宽阔的视野。第一个视野是行政强制设定中的技术化。行政强制的设定是行政强制制度形成的前提和基础,如果

^{*} 法学博士,上海财经大学法学院教授,博士生导师,200433。本文为2011年教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助项目的部分研究成果。

没有行政强制的设定,就不会在法律文件和法治实践中形成具体的行政强制制度。由此可见,设定权要比所设定的制度本身更加重要,正是因为这一点,《行政强制法》在有关行政强制的设定中采用了前所未有的立法技术。例如,在行政强制设定中,将设定的决定权和设定的建议权予以区分,通过这个区分将行政强制设定的建议权放在行政系统,而将行政强制设定的决定权放在立法机关,同时要求行政机关在提出行政强制设定的动议时必须向最终通过这一行政强制的立法机关说明理由,这只是行政强制设定中强调技术因素的一个方面。而强调公民在行政强制设定中行使建议权这一点,在行政强制设定的立法技术上显得更加具有技术含量。因为,它将行政强制的最终作用对象框定在了强制设定的行为过程中。^①第二个视野是公民权利的具体化。公民权利的最终来源在宪政制度和宪法规范中这是无可争议的,然而,公民权利究竟应当通过什么样的路径来实现却是一个在法治实践中需要通过相应的手段来实现的问题。依我国宪法规定,我国公民享有非常广泛的权利,然而,我国公民权利在长期的实现过程中却与宪法的规定并不是完全契合的,这既有文化传统上的原因,也有权力运行机制上的原因,还有法治保障方面的原因等等。自2001年我国加入世贸组织以后,我国公民的权利从原来相对抽象的权利体系向具体的权利实现转化。也就是说,我国公民的权利近年来不再停留在相对抽象的权利范畴中,而体现在具体的权利实现中。例如,2003年制定的《行政许可法》就将公民进入市场机制的权利具体化了,并通过该法予以保障。第三个视野是公民与行政强制权力的关系。行政强制权力是行政权的一部分,无论一个国家它的政治体制和法律机制多么发达,在它的行政权体系中都必然存在着一定的强制权力的部分。^②正

因为如此,强制权力被视为是行政权体系中最敏感的权力,行政强制权力之所以敏感,是因为强制权力对作为个体的公民会产生较大的精神上或财产上的侵犯。当然,这种侵犯就行政系统而言,可能是理顺行政秩序所必不可少的,但对某一社会个体而言,这样的强制权力则是一种绝对的侵害。因为,在行政强制权力的作用下,社会个体或者会丧失财产自由,或者会丧失精神自由。正是因为这个逻辑关系的存在,法治发达国家在有关强制权力的行使中都采取了非常谨慎的态度。^③由上述基本认识出发,我们可以将行政强制设定中公民建议权的概念作出下列进一步的解读。

第一,行政强制设定中公民的建议权是不特定主体的权利。公民是一个法律概念而不是一个政治概念,这在理论界已经形成共识。人们往往将公民的概念与作为政治范畴的人民的概念予以区别,即是说,公民的概念所揭示的是一种法律属性,而人民的概念所揭示的是一种政治属性,这是一方面。另一方面,当我们谈论人民的概念时,我们是将它作为一个集合概念而看待的。所谓集合概念就是指作为一个整体的、统一的概念体系的。而当我们谈论公民概念时,我们则是将它作为个体概念而看待。通常情况下,生活在一个国家的自然人,都应当具有公民身份,因此可以说,公民是个体化的。而当公民在行使权利的时候,它也大多体现于对个体身份的肯定中。正是因为诸多的社会个体的存在,才使公民具有了法律上的多样性。基于此,我们认为,当公民在行政强制设定中行使建议权的时候,它是不特定的。也许对于某一个单一的行政强制的设定,对于一个单一的公民建议来讲,主体身份是特定的。但就公民建议权的总的概念来讲,主体身份是不特定的。我们知道,在行政法上有一个行政相对人的概

^①在行政强制设定中,公民建议权应当说是一个程序权利,作为程序权利这个权利的价值主要体现在相应的行为过程中,而不一定体现在行为的结果中,这也是程序权利和实体权利的最大区别。

^②从行政权发展角度来看,行政权体系中强制权力的比重与一国法治进程是有天然联系的,即是说,在一国法治水平相对不高的情况下,其行政权体系中强制权力所占的比重相对大些,反之,当一国法治达到相对较高的水平时,在其行政权体系中强制权力所占的比重则相对较少。

^③在法治发达国家,行政系统原则上不享有对公民人身和财产的强制权力,其只有在紧急或者非常情况下,或者在一些特殊领域,才能实施强制权力。通常情况下,强制权力交由司法机关行使。

念,所谓行政相对人是指其与行政主体处在同一个法律关系中的个体或者群体,无论作为个体的行政相对人还是作为群体的行政相对人,它都与行政主体具有严格的对应关系,具有严格的行政法上的权利和义务。而行政强制设定中行使建议权的公民则没有与行政相对人相同的要件构成,因为它没有被某一具体的法律关系所设定。当然,如果行使建议权的公民具有了行政相对人的身份那就成了另一范畴的问题。同时我们还要强调,依行政强制法的规定,行使建议权的公民还不仅仅包括作为个体的公民,还包括存在于相关组织实体中的公民。

第二,行政强制设定中公民的建议权是以立法机关为义务主体的权利。《行政强制法》在立法技术上将公民的建议权作了两个范畴上的处理:一个范畴是公民针对实施行政强制的机关所提出的建议,这个建议的形成基础是行政强制的实施,这个建议的形成过程是行政机关的行政强制行为。与之相对,这个建议的对象也就是行政系统或者行政主体。另一个范畴是公民针对行政强制的设定向立法机关提出的建议。这个建议的基础是立法机关的立法行为,这个建议的存在过程也反映在某一法律文件的制定中,自然而然的这一建议对象也是立法机关。尽管《行政强制法》对公民建议权的这两个范畴的规定都是在有关行政强制设定中体现出来的,而且两个范畴还存在于一个单一的法律条款之中,这便给人们一个错觉,似乎行政强制设定中公民的建议权其承受对象有两个:一个是实施行政强制的行政主体,另一个是设定行政强制的立法机关。笔者认为,就行政强制设定中公民的建议权而论,主体是单一的,即只有立法机关是行政强制设定中公民建议权的义务主体。之所以这样说是因为,行政强制的设定权作为一种国家权力,只能由立法机关来行使。行政系统即便是要实施一定的行政强制设定权,也必须通过法律的授权,或者通过《立法法》进行授权,或者通过《行政强制法》授权。当这些设定行政强制的授权机关行使行政强制设定权时,它的权力范畴已经从行政系统转入了立

法系统。即是说,当某一行政系统行使行政强制设定权时,它所进行的是一种立法行为,而不是行政行为。就公民对某一行政强制设定进行建议时,它必须有明确的建议对象,我们将这种建议对象称之为义务主体。毫无疑问,如果我们错误地将公民对行政强制设定建议权的义务主体作为行政主体而看待,那么,公民所行使的这样的建议权就会被行政主体以某种方式予以克扣。而且行政主体会将公民的这种建议权仅仅视为是行政强制实施过程中的问题,而不是行政强制设定过程中的问题。在这里我们需要指出,《行政强制法》在公民建议权的行文方式中,将行政强制设定中的建议与行政强制实施中的建议混在一起规定是该立法中的一个不大不小的疏漏,因为它没有明确行政强制设定中公民的建议权是以哪一个机关为义务主体的。因为,目前将义务主体确定为两个范畴,便必然会导致公民在行政强制设定中建议权的行使遇到相互推责或者行政系统予以克扣的状况。正因为如此,我们在理论上必须予以重点强调公民建议权的义务主体是立法机关。

第三,行政强制设定中公民的建议权是以行政职权为标的的权利。上文已经指出,《行政强制法》关于行政强制设定中公民建议权的行使范畴作了两个规定:一个是行政强制设定中公民建议权的行使范畴,另一个是行政强制实施中公民建议权的范畴,而且根据这两个范畴将此权利的义务主体既规定为立法机关,又规定为行政系统。尽管我们对这样的行文方式提出了一定的质疑,但同时我们应当看到,不论行政强制的设定权,还是行政强制的实施权,它们都仅仅围绕行政系统的强制职权而展开。就行政强制设定而言,它是一个立法行为,这是没有争议的。正如《行政强制法》第10条所规定的:“行政强制措施由法律设定。尚未制定法律,且属于国务院行政管理职权事项的,行政法规可以设定除本法第九条第一项、第四项和应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施。尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定本法第九条第二

项、第三项的行政强制措施。法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。”从该条的规定看,行政强制设定本身就是立法层面的问题,然而,作为行政强制的设定立法而论,与一般意义上的立法又有较大区别,这种区别在于行政强制设定始终是围绕行政权而展开的,尤其是围绕行政系统的强制职权而展开的。之所以这样说是基于下列理由:一方面行政强制设定所涉及的领域都是行政管理领域,其基本的存在范畴是国家行政管理,而且只能是行政管理领域,如果某一强制行为超出了行政管理领域那就不是行政法上的问题。另一方面,行政强制无论如何设定,它的实施机制都与行政系统有关,或者是由行政主体直接实施的,或者是行政系统申请人民法院实施的。^① 同时还应指出,行政强制权力的运行效果所体现的是行政对社会的控制,而不是立法或司法对社会的控制。上述三个方面足以说明行政强制设定中公民建议权的标的是行政职权,而非其他。以某一单个行政强制设定中建议权为例,当公民对这个强制设定行使建议权时,其所主张的是行政系统与其自身的权利义务关系,是行政机关对其影响的客观状况等等。行政强制设定公民建议权概念中这个要素是非常关键的,因为如果我们偏离了这个要素,有可能将行政强制设定中建议权的焦点集中在公民与立法机关身上。不争的事实是,行政强制设定中建议权的焦点仍然在行政系统与公民的关系之中。

二、行政强制设定中公民建议权的构成

行政法和其他法律规范中所规定的公民权都应当是具体的,都应当有着实实在在的内容。

所不同的是有些权利具有单一性,在其作为单一权利的情况下,一个权利只有一个单一的构成,例如,在行政处罚中公民所享有的对行政处罚的拒绝权。与之相比,有些权利本身就具有一定的范畴性,即是说其在法律属性上来讲也是具体的,但它由若干不同的权利内容构成。在笔者看来,行政强制设定中公民建议权就属于范畴性权利,它包括了若干具体的权利构成。我们知道,当《行政强制法》赋予公民对行政强制设定具有相应的建议权时,它是受到相应的内在和外因因素制约的。这些内在和外因的制约因素大体上可以概括为下列三个方面:一个制约因素是事的制约。所谓事的制约就是行政强制设定这个法律事实本身对公民享有权利的制约,也就是说公民在行政强制设定中的建议权是受行政强制设定中的主观和客观要素限制的。它的这个权利的行使无论如何不能够超越行政强制设定中的诸种主客观要素。另一个制约因素是认知水平的制约。我们知道,无论权利的行使还是权利的享受都与主体的认知水平有关。就权利行使而论,美国学者就提出一个行政领导的权力来自于两个方面,一个是来自于职位的权力,而另一个则是来自于知识的权力。所谓来自职位的权力就是他所处的行政职位给他所规定的权力,而来自知识的权力则是他自己的认知水平所赋予他的权力。^② 具体地讲,就是当一个行政领导者有较高的知识素养和道德水平他所行使的权力就要多一些,反之当一个行政领导者知识素养相对较低时他行使的权力就相对要少一些。这个基本原理也适合于对公民权利的解释,即是说当一个公民具有较高的知识素养和道德水平,那么他就可以在法律赋予权利的范围内享受到更多的权利;反之,在其认知水平相对较低的情况下他所享有的权利范畴也将会少一些。因为权利在一定

^①《中华人民共和国强制法》专章规定了申请人民法院强制执行的问题,例如第53条规定:“当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼,又不履行行政决定的,没有行政强制执行权的行政机关可以自期限届满之日起三个月内,依照本章规定申请人民法院强制执行。”作出强制申请的仍然是行政机关。

^②正如美国学者所说的:“权力还来自法院、法定权威、专门知识,以及被认为合法的为特定利益说话的权利,如在制定农业政策时农民的利益,制定金融政策时银行家的利益等。确实,权力的来源是如此多种多样,如此微妙。”参见[美]希尔斯曼:《美国是如何治理的》,曹大鹏译,北京:商务印书馆,1988年,第21-22页。

程度上讲是对知识的一个拓展,公民在行政强制设定中的建议权也同样符合上述基本原理,因此行政强制设定中公民建议权的又一制约因素就是认知水平。同时还应指出,行政强制设定中公民建议权的行使还受到利益格局的限制。当一个公民在某一行行政强制设定中行使建议权时,他往往是从自己的利益格局出发的。说到底,当某一强制可能会对他的权利产生不利影响时,他就有可能建议不予设定这一行政强制,而当一个即将设定的行政强制会给他带来有利的影响时,他有可能建议扩大这一行政强制的设定力度。利益格局在现代市场经济下是不可避免的,同时它也是一个合理的存在要素。上述三个方面对于我们探讨行政强制设定中公民建议权的构成是非常重要的。就目前情况而论,笔者将行政强制设定中公民建议权的构成表述为下列几个方面。

其一,建议不予设定行政强制。《行政强制法》没有具体规定行政强制设定中公民建议权的构成,只是将公民的建议权与行政强制设定结合在一起赋予了其一个相对宽泛的权利范畴,这种立法行文方式具有积极和消极两个方面的技术效应。从消极方面来看,似乎公民的建议权只存在于应当设定或者已经设定的行政强制的范围之内,也就是说这一条规定我们可以解读为只有当立法机关决定在某一领域设定行政强制时公民才当然地享有了建议权。以这个逻辑推论便可以说公民只能够建议完善立法机关已经决定了的行政强制,可以对这个行政强制的具体内容提出完善化的建议,但不能否定拟决定设置的行政强制。而从积极方面看,公民在行政强制设定中的建议权只与行政强制设定行为有关,至于这个权利的行使径路则是其他任何机关不可以予以限制的。公民的建议既可以认可立法机关拟设定的行政强制,也可以对拟设定的行政强制说不。上述两个关

于公民建议权的精神解读究竟何者更为可取,在笔者看来显然是后者,而前者只是一个立法疏漏问题,也就是该法律条文没有将公民在行政强制中的建议权表述清楚才导致这种消极理解。毫无疑问,行政强制设定的第一要素就是这个强制究竟是能够存在还是不能够存在,这是一个实质问题,对于公民行使建议权来讲这也是一个关键问题。试想一下,公民如果在行政强制设定中仅仅能够建议该强制的细枝末节问题,那么这个建议权也就不成为公民权利范畴的内容,因为立法机关通过专家论证或者法律咨询就能够完全解决这一问题。在这个问题澄清以后,笔者认为所谓建议不予设定行政强制,就是指公民通过行使建议权的方式否定拟设立的行政强制,并进而对于该设置行为产生实质性影响。^①

其二,建议选择设定行政强制。行政强制的设定,既包括了行政强制措施设定,也包括了行政强制执行的设定,不论是行政强制措施的设定还是行政强制执行的设定,其中都包括若干个具体的设定范畴。例如在行政强制措施的设定中就有限制公民人身自由;查封场所、设施或者财物;扣押财物;冻结存款、汇款;其他行政强制措施等五种选择。而在行政强制执行的设定中也有加处罚款或者滞纳金;划拨存款、汇款;拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;排除妨碍、恢复原状;代履行;其他强制执行方式等六种选择。任何一个行政强制设定都必然要在上述两大类中间选择一类,又要在每一类几个具体的强制手段中选择一种或者数种,这是一方面。另一方面,行政强制种类在其适用过程中还会附带很多的条件,这些附带条件实质上决定了一个单一行政强制在其适用中的强度,或者换句话说,即使一个单一的行政强制在其设定中还是具有量上的区分的。上述

^①还应强调一点,是不是说公民一旦建议不予设定某一行行政强制,拟设定的行政强制就必然不予设定了呢?回答是否定的。在这里我们必须强调,公民的建议权是公民个体所享有的权利,这个权利更多地是具有程序意义的权利,因为行政强制设定的决定权作为一种国家权力应当在立法机关手中,而且从法治实践来看,当公民行使建议权时,它是以单个个体的身份出现的,很有可能出现个体之间在同一强制设定中的不同见解和认识。因此,建议权是否对行政强制设定产生实质性影响则要根据每一个行政强制设定的行为来决定。

方面均说明行政强制在其设定中具有非常大的灵活性和具体性。对于这种灵活性和具体性公民是可以作出自己的选择的。当一个拟设定的行政强制就设定与否的问题达成共识以后,设定中的具体性和灵活性就是下一步要解决的问题。在这个问题上立法机关的选择往往是相对抽象的,只有当立法机关深入掌握了公民在对这一强制的主观诉求以后,它才能够灵活地处理设定中的具体问题。基于此,我们认为公民可以建议选择设定行政强制,例如他可以建议不设定人身强制而仅仅设定财产强制,他还可以建议只能设定即时强制而不能设定常规性的行政强制,他还可以建议在这个行政强制设定以后相关的实施机关应当履行相应的说服义务,等等。^①

其三,建议附条件设定行政强制。行政强制在所有行政行为中是最为严厉的一种,因为在通常情况下其他行政行为仅仅能够为公众设定权利或者义务,或者促使公众实现法律义务,而这种实现的手段常常是非常有限的,即便是行政处罚行为它对限制人身自由的运用都受到了严格的条件制约而且范围相当狭窄。^②行政强制则与之不同,它既可以即时地在公民没有充分准备的情况下对其财产和人身自由予以限制,也可以在公民不履行法定义务的情况下采取更加严厉的强制手段。正因为如此,《行政强制法》在规定行政机关采用强制手段时都设置了相应的前提和条件。例如,行政强制措施的使用就是在公共秩序受到侵害威胁的情况下不得已而为之的,而行政强制执行的使用则必须经过督促催告等程序。《行政强制法》的立法精神对于行政强制设定中公民建议权的行使是非常有价值的,公民在一个行政强制设定中有权利建议给这个拟设定的行政强制附加一定的条件,这个附加条件存在于两个范畴之中。一个是设定这个行政强制时应当具备的条件,就

是指当立法机关设定某一行政强制时公民可以建议只有当具备一定的客观条件时该强制才能够存在。这个附条件可以直接决定某一强制的存在与否。另一个是就一个拟设定的行政强制而论,建议该强制在施行时必须要有相应的条件作为前提。例如在房屋动拆迁的行政强制设定中公民便可以建议行政机关只有在将被拆迁人的安置已经作了合理处理以后,当事人仍然不履行拆迁义务时才可以动用行政强制,即是说行政机关的合理安置便使某一动拆迁行政强制所附加的一个条件。还如,行政强制执行中的催告程序。在《行政强制法》出台之前,行政强制机关并没有将催告作为一个必经程序,而《行政强制法》将催告作为一个程序实质上也对行政强制执行的实施附加了一个条件,公民对于行政强制设定和实施中所附的条件建议是多种多样的。可以肯定地讲,《行政强制法》在目前立法技术的情况下并没有将行政强制所附的条件予以穷尽,这就要求其他行政管理法规范在设定某一行政强制时应当强化该行政强制设定和实施的条件,而公民的建议权便在这里能够起到决定性作用。

其四,建议依程序设定行政强制。《行政强制法》关于行政强制设定的程序作了初步规定,依该法的规定,行政强制设定是受严格的程序规则制约的,这些程序规则包括行政强制设定的主体、包括行政强制设定中的立法顺序、包括行政强制设定中的介入制度,等等。笔者在这里所提到的有关公民建议权行使中的程序,是指公民在行政强制的建议中可以将重点集中在拟设定的行政强制实施中的程序中来,行政强制的实施程序一旦进入实施阶段就是一个纯粹的操作程序。但是不可否认的是行政强制实施的程序与行政强制设定过程中的程序是紧密联系在一起。我们知道,在《行政强制法》出台

^①行政强制法所认可的若干行政强制措施和行政强制执行尽管都是一种强制权力,尽管它们都会对公民造成人身或者财产上的不利,但是不同的行政强制所造成的影响是有所不同的,例如在强制执行中执行罚对当事人造成损益的量往往要大于代执行,等等。因此,公民在行政强制设定中建议选择强制的种类和强度对其权利行使来讲是具有实质意义的。

^②我国行政处罚法关于限制人身自由的行政处罚只规定了一种,那就是行政拘留。而行政拘留在法治实践中的运用受到严格的条件限制,例如,在众多行政机关中,只有公安机关享有行政拘留的当然权力。

之前把行政强制分为三大类,一是间接强制,所谓间接强制就是指行政主体利用间接方法对行政相对人的人身或者财产采用的强制手段,其中比较典型的是代执行和执行罚。^①二是直接强制,所谓直接强制就是指行政主体运用直接方法对当事人的人身或者财产所采取的约束。例如《中华人民共和国治安管理处罚法》第15条第2款规定:“醉酒的人在醉酒状态中,对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的,应当对其采取保护性措施约束至酒醒。”三是强制征收,就是由行政系统采取的对行政相对人财产的强制手段。从我国行政法治实践来看,上述三个范畴的强制都只有名称上的规定而很少有程序上的规则,尤其行政机关对强制措施的采用基本上是不受程序限制的。我们知道,长期以来我国某些行政机关进入公民住宅似乎是无条件的,《行政强制法》在行政强制的程序设置中解决了以前存在的问题。然而,《行政强制法》仅靠一个单一的典则和不太多的法律条文是难以对我国行政系统存在非常广泛的行政强制的程序作出严格规定的。因此,其他法律和法规在设定一个单一的行政强制时就应当让公民在有关程序设置中行使最为广泛的建议权。

三、行政强制设定中公民建议权的保障

行政强制设定中公民建议权是我国行政法治面临的一个新的问题,也是我国行政法律制度中的一个新的问题,对于这个新的问题我们可以作出下列概括。一则,该权利的新型性。我国宪法关于公民权利的规定已经形成了有机的体系,但同时不可否认,公民权利是随着社会的发展而不断发展的。在行政强制设定中公民的建议权无疑是从宪法关于公民广泛的权利体系

中所派生出来的一个新的权利,即是说这个权利的新型性是非常明显的。毋庸置疑,当宪法和其他法律确立了公民的权利体系以后,便在其他法律制度中规定了各项权利实现的路径和保障机制,这便使得我国公民权利既具有实在法上的规定又具有法律实施中的保障手段。然而,公民在行政强制设定中的建议权就目前的情况而论,还只是写在纸上的权利,还只是肯定了这个权利的概念,也就是说,这个权利究竟怎么样实现《行政强制法》并没有作出具体规定。事实上,在我国法律体系中诸多新型权利都有一个从其概念确立到实施和保障的法治过程。二则,该制度建构的新型性。行政强制设定中公民的建议权就公民个体而论,是一个权利范畴的东西,但就行政强制制度而论,则是一个制度范畴的东西,而这个制度在我国行政法律制度中同样是一个新型的制度。我们知道,《中华人民共和国立法法》有立法听证的制度,有立法论证的制度,但是并没有确立在立法过程中公民建议权的制度,而我国其他单项行政法典也没有与之类似的制度。例如《行政处罚法》和《行政许可法》就没有规定在行政处罚和行政许可设定中公民建议权的制度。《行政强制法》将公民建议权作为一个制度确立下来是要让其在行政强制设定中发挥积极作用的,但就目前的法律行文来看,该制度作为一个整体并没有被建构起来。三则,立法技术的新型性。《行政强制法》确立该项制度尽管从其解决的问题来看是非常狭窄的,因为它只解决行政强制的设定问题,但从立法技术上来讲它则是对我国立法技术的一个创新,是对《立法法》在某种意义上的一种拓展。这个拓展由于具有较大的新型性,因此如何使它成为一个有机的操作过程同样是有难度的。

基于上述三个方面,我们认为行政强制设定中公民建议权存在一个实施和实现的问题,

^①代执行是指义务人不履行具体行政行为确定的义务,而该义务又可以由他人代为履行时,行政机关自行或请第三人代为履行,并向义务人征收履行义务所需费用的行政强制执行方式。执行罚是指行政机关在相对人逾期不履行他人不能代替履行的义务时,以科处新的金钱给付义务的方式,促使其履行义务的强制执行方式。参见应松年主编:《行政法与行政诉讼法》,北京:法律出版社,2009年,第301-302页。

或者具体到法治层面上来讲就是一个法治保障问题。笔者试从下列方面对保障路径作一探讨。

（一）保障公民介入行政强制形成的动议

行政强制设定首先遇到的是行政强制的形成问题,在这个形成过程中存在一个立法动议权问题。所谓立法动议权,就是指在行政强制设定的形成中谁有权提出设定行政强制。从《行政强制法》的规定来看,行政强制设定的动议权要么由立法机关行使,要么由行政机关行使,这在行政强制法第10条的规定中有明确表述。该条规定:“行政强制措施由法律设定。尚未制定法律,且属于国务院行政管理职权事项的,行政法规可以设定除本法第九条第一项、第四项和应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施。尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施。法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。”从这个规定看,立法机关和行政机关都有行政强制设定的动议权,而从公民建议权的规定来看,似乎是公民可以介入到已经形成动议或者形成草案的行政强制设定中来,但公民是否有形成某一行政强制的动议权则是非常模糊的。笔者认为,公民对行政强制建议权的行使可以基于两个方面的考虑,一是基于对自身权益保护的考虑,二是基于对公共利益或者社会权益的考虑。在前一种情况下公民的建议权可存在于已经形成动议和草案的行政强制设定中,而在后一种情况下公民完全应当享有某一行政强制设定的动议权,或者说公民出于对公共利益的考虑可以建议立法机关在某一行政管理领域内设立行政强制。由此可见,公民对行政强制设定的动议权是一个极为重要的权利范畴,因为在某一行政强制处于设定状态下,公民为了保护自己的权利而行使建议权是顺理成章的,也是不需要通过外在因素施加压力的,而公民为了公共利益而行使建议权则是另一范

畴的问题。因为在大多数情况下作为动议权的建议权更能够体现这个权利的社会属性。正因为如此,我们认为法律或者立法机关乃至于行政机关应当保障公民介入到行政强制动议的形成中来,至于如何保障公民的这个权利则需要进一步予以探讨。

（二）保障公民介入行政强制的论证

行政强制的论证,是指已经形成行政强制动议或者已经纳入行政强制立法草案中的拟设定行政强制对其进行研究、推理和证明的行为。一方面,行政强制的论证是一个研究行为,就是对拟设定的行政强制进行统计和分析。另一方面行政强制的论证是一个证明行为,就是要对拟设定的行政强制进行正反两个方面的证明。只有在当其具有合理性的情况下这个行政强制才能够被设定,反之该行政强制则不可以设定。论证本身还应当是一个逻辑推理过程,应该有大前提的预设和整个推论过程,因为这一点,我国在立法制度中引入了专家论证制度。毫无疑问,专家论证能够使某一立法行为保证技术上的合理性和科学性。那么,是不是说论证过程仅仅只能交由专家来进行?在笔者看来应当作出否定的回答,即是说,公民作为一个社会个体也有权利甚至于有义务对形成动议的行政强制设定进行论证。那么,如何具体保障公民这一权利的行使?笔者主张在设定行政强制时立法机关可以对公民建议进行征集,并对公民建议的内容进行处理,将合理的公民建议引入到行政强制设定的论证过程中来。

（三）保障公民介入行政强制的听证

《中华人民共和国立法法》规定了立法听证制度,这个制度对于立法的科学性和民主化是有不可取代的价值的,我国诸多行政部门法也规定在相应行政行为的设定中必须听证。行政强制设定同样应当在一定范围内举行听证。这里存在一个具体的听证程序的合理性问题,我国在诸多行政管理领域都实行了听证制度,然

而社会公众对我国的听证制度却有较多诟病。^①而诟病的根本原因在于听证程序的设计不够科学。例如在听证中究竟哪些主体可以参加就一直是一个困惑的问题,一些听证是由专人参加的,即是说这些参加者所代表的社会公众较为片面,那么行政强制设定究竟如何构建听证制度,就是我们必须正确对待的问题。既然我们规定了公民在行政强制设定中享有建议权,那么我们就应当让公民个体有机会介入到行政强制设定的听证程序中来,他的建议权也可以在听证程序进行中得到体现。

(四) 保障公民介入行政强制的后评估

行政强制设定后评估,制度在《行政强制法》第15条已经作了明确规定。所谓行政强制设定后评估,就是指已经设定甚或实施的行政强制在一定时间段内由有关机关对其科学性和合理性进行评价的一种制度。行政强制设定后评估在立法技术上讲是对某一立法的一种社会反馈,而反馈的焦点就在于这个行政强制设定

和实施以后在社会公众中所产生的影响,尤其作为单个社会个体对该行政强制的反应。当然,《行政强制法》所规定的后评估制度主要不是公民个体的评价,而是有关机关有组织、有体系地对行政强制设定和实施后的评价。在笔者看来,有组织、有系统的评价固然是非常重要的,但是行政强制的社会反馈无疑要强调它的社会性,而社会性最为突出的体现就是社会个体对它认同的程度。因此,在行政强制后评估中应当让公民行使建议权,即公民可以对已经设定和实施的行政强制提出自己的主张,而这样的主张应当区别于系统的、有组织的行政强制设定的评价。公民建议权在这个范畴中的保障与建立后评估制度中公民意见的征集和处理是分不开的。所以,我们主张行政强制设定和实施的后评估制度应该有一套有组织的机制和一套征集公民意见的机制,并将这两个机制予以统一。

(责任编辑:蔡道通)

Citizens' Rights to Offer Proposals in the Creation of Administrative Compulsion

ZHANG Shu-fang

Abstract: The citizens' rights to offer proposals in the creation of administrative compulsion is a new development of the rule of law as well as the administrative law proper in our country, which has great significance for the construction of China's legal system. The citizens' rights of proposal include such categories as: to propose not to create administrative compulsion, to set administrative compulsion, and to create administrative compulsion with added conditions and according to procedures. The key to implementing the said rights is to guarantee that citizens will get involved in such steps as the motion, demonstration, hearings and evaluation of administrative compulsion.

Key words: creation of administrative compulsion; citizens' rights of proposal; implementation path

^①我国行政听证的范围除了行政处罚的诸种罚则外,在价格领域也有较多适用。然而,在价格领域适用的听证,被公众诟病。主要原因在于,这些听证缺乏相应的效力约束,尤其公众在听证过程中的建议和意见,缺乏一种有效的吸收机制。因此,公众将价格领域的听证会戏称为“涨价会”。