

行政强制设定后评估制度研究

梁 玥^{*}

〔摘 要〕 行政强制设定后评估制度是行政强制设定制度中一个相对微小的制度环节,但是对于行政强制法的实现来讲却是非常必要而且有价值的。以我国《行政强制法》的立法技术来观察,在行政强制设定中确立有关行政强制设定后评估制度具有非常大的制度创新性,这一制度某种意义上讲拓展了我国立法制度中的制度特性,当然更为重要的是它有效地保证了行政强制设定的规范化。本文对行政强制设定后评估制度的制度属性、立法理由、评估指标和程序规则作了较为系统的探讨,试图从行政程序法治视角为行政强制设定后评估制度的实施、规范和完善提供参考。

〔关键词〕 行政强制;设定权;后评估

《行政强制法》关于行政强制制度的设计基本上形成了一个制度序列。从大的方面来看,行政强制制度包括行政强制的设定制度、行政强制的实施制度、行政强制的监督制度、行政强制的救济制度等。在这相对较大的制度构成中还包括了若干相对较小的制度,这些相对较小的制度与上述相对较大的制度相比有些属于中观层面上的,有些则属于微观层面上的。以行政强制法的立法技术来观察,行政强制中的若干中观和微观层面上的制度创新就特别明显,例如在行政强制设定中确立有关说明理由的制度和后评估的制度就有非常大的制度创新性。这些制度从某种意义上讲拓展了我国立法制度中的制度特性,当然更为重要的是这些制度有效地保证了行政强制设定的规范化。本文试就行政强制设定中的后评估制度所涉基本问题作一初步探讨。

一、行政强制设定后评估制度的制度属性

《行政强制法》第15条规定,“行政强制的设定机关应当定期对其设定的行政强制进行评价,并对不适当的行政强制及时予以修改或者废止。行政强制的实施机关可以对已设定的行政强制的实施情况及存在的必要性适时进行评价,并将意见报告该行政强制的设定机关。”该条通过两个款项设计了行政强制的后评估制度。从此条文的规定来看,行政强制设定的后评估是由两个行为主体实施的,一个行为主体是行政强制的设定机关,另一个行为主体是行政强制的实施机关。行政强制设定

^{*} 法学博士,上海政法学院法律学院讲师,201701。

后评估是一个有组织的行为。应当指出,当行政强制实施机关在对所实施的行政强制进行这样的评价时,它是行政强制设定行为的继续,而不能够简单理解为行政强制实施中的执法行为的继续。还应指出,行政强制设定后评估行为是一个技术含量较高的行为:一方面,行政强制设定后评估就评估本身而论是带有强烈色彩的研究性行为;另一方面,行政强制设定的后评估与某一行政强制是否能够存在、是否需要修正和废止等有着密切的联系。如果把行政强制后评估作为一个法律制度来看待,那么这个法律制度应当由下列属性构成。

第一,具有法定程序性。行政强制法究竟是一个行政程序法还是一个行政实体法在理论界似乎存在着不同的论点。主张行政强制法是实体法者认为,行政强制法有关行政强制措施和行政强制执行以及行政强制实施中权利义务的规定都直接关系到行政相对人在实体上的权利和义务,因此该法应当是一个实体法。而主张行政强制法是程序法的学者则认为,行政强制法与行政处罚法、行政许可法一样,其所解决的主要是有关行政强制的程序问题而非实体问题。上述两个论点各有其法律理论上的依据,但在笔者看来行政强制法所涉及的内容主要是程序内容,包括行政强制的设定程序、行政强制的实施程序等。这应当说是我们把握行政强制法的一个大前提,这个前提若能够成立,那么行政强制中的相关制度都应当被归入到程序制度的范畴中去。撇开理论界关于行政强制法究竟是实体法还是程序法的行为性质争议不论,仅就行政强制设定的后评估制度而言,应当具有非常明显的程序性。一方面,行政强制设定的后评估处在行政强制设定和行政强制实施的末端,是整个行政强制过程中的最后一环,它和前面的若干环节自然而然地形成了一个程序系列。另一方面,行政强制设定在进行后评估时是受严格的程序规则的限制的,它包括行政强制设定后评估的程序主体,包括行政强制设定后评估的程

序内容,包括行政强制设定后评估的程序效果,等等。还应指出,行政强制设定后评估的程序属性不单单是一种技术上的程序,更重要的它是一种法定程序。^①

第二,具有制度调研性。之所以这样说,是因为行政强制设定后评估的目的在于证明已经设定的行政强制是否有存在的合理性,是否有存在的科学依据。从整个行政强制设定后评估的过程来看,都是要做到一种肯定的或者否定的证明,在肯定证明的情况下就是要认可已经存在的行政强制制度的合理性,而在否定证明的情况下就是要证明已经存在的行政强制具有不当性或者不合理性。其实两种证明的逻辑是一致的。对既存制度的证明是行政强制设定后评估制度最为基本的价值。当然这个证明过程是通过相应的调研来完成的,因为无论什么样的评估过程它都具有强烈的调查研究的色彩,在整个调查研究过程中有对相关行政强制事实的求证,有对强制执行法律典则的求证,有对行政强制实施以后相关社会效果的求证,等等。行政强制设定后评估制度的制度调研性是行政强制后评估制度属性中最为关键的属性。

第三,具有立法反馈性。现代法治是由若干相对科学的要素构成的,这些要素包括:一是法律典则的制定。就是立法机关制定相关法律规范的行为,这个行为对于法治体系而言只是一个构成元素。二是法律的实施。所谓法律的实施就是执法机关或者司法机关将立法机关制定出来的法律与相关的事态予以结合的行为。三是法律的实现。所谓法律的实现是指法律典则所规定的权利和义务尤其法律典则为社会公众所设定的义务得到了广大社会公众的认同。法律的实现是一种心理机制,这个心理机制建立在社会公众对法律的认同上而不是建立在对法律的抵制上。现代法治中的上述三个要素缺一不可。然而,我国在强调法治的定义时往往

^①我们知道,《行政处罚法》没有规定行政处罚设定中的后评估制度,《行政许可法》也没有规定行政许可设定中的后评估制度,所以有关机关就不必然承担行政处罚和行政许可后评估制度的义务,即便它对行政处罚和行政许可作出与行政强制相同的后评估,也是其自觉自愿的行为而不是法律上的强制行为。

没有将这三个要素作为一个整体来看待,我们更多地强调了法律的制定和法律的实施这两个要素,而没有更多地强调法律的实现这个关键性要素。行政强制设定后评估制度从表面看似乎只是一种对设定的行政强制进行评价的制度,但它是对有关行政强制立法的一种反馈,通过这样的反馈可以使现代法治中的三个基本元素得到统一。从这个角度讲,行政强制设定后评估制度对于行政法治而言具有十分重要的意义。

二、行政强制设定后评估制度的立法理由

行政强制设定及其后评估都是立法范畴的问题,但同时我们还应注意,行政强制设定的后评估制度是对传统立法制度的一次更新。之所以这样说,是因为在我国传统立法制度中所强调的是法律体系的形成与建构,大多是从相对静态的角度对立法精神的阐释。然而,若从法治视野的角度观察,一个法律规范制定以后存在一个用与不用的问题。即是说,有些法律规范制定以后会处于高频率的运用状态中,它的运用或者由执法机关引起,或者由司法机关引起,或者由其他法律关系的主体引起,等等;与之相对,有些法律规范制定以后可能长期处于不用的状态。至于什么样的情况算用、什么样的情况算不用可以有不同的标准,但可以肯定地讲某些法律规范颁行以后并没有在法治实践中发生相应的案件,执法机关或者司法机关也并没有根据该规范作出相应的法律行为。不仅如此,法律制度一旦被设定它就存在一个正面与负面效应的问题。所谓法律的正面效应,就是法律制度在社会关系调控中所起到的积极意义,例如国家通过设定一个行政强制制度使某一方面的社会秩序较前更加规范、更加有序,就可以说这个制度的设定是有正面社会效应的。而从另一面观察,法律典则所设定的相应制度

可能会带来不良的社会后果。无论立法者多么高明,在一国的法律体系中总有一些法律并不总是带来积极的社会效果,这也许是立法者的认知水平问题,也许还有法律制定过程中不同利益格局的博弈等。对于一国法律体系而言,法律制度的正面效应与负面效应都应当在该体系中予以重视。我们还必须强调,法律体系和法律规范都是用来进行社会控制的,这个论断在庞德的社会法学理论中得到了非常好的阐释。^①既然法律是一种社会控制,它就存在一个社会控制的质量问题,就是在社会控制过程中的有效与无效问题。传统法律体系的概念中并不必然包括法律的社会控制问题。我国在2010年宣布已经建成了社会主义法律体系,但它大多是从静态上对这个问题进行定性的。换句话说,在强调法律体系已经建成的同时,我们没有进一步考量法律规范的用与不用问题、法律制度的有效与无效问题、法律控制的正面与负面问题等。行政强制设定后评估制度作为立法体系的构成部分,它使立法体系由静态而动态、由形式而实质、由表层而深层,这可以说是该制度最为基本的价值定向。

如果我们将问题展开,便可以从下列方面论证行政强制设定后评估制度的立法理由。

其一,从强制权力有限运用的角度分析。综观行政法治在世界各国的发展和变迁,我们不难看出有这样一个趋势,那就是,强制性的行政权力在行政权体系中的比重越来越少,而相对柔性的行政权体系则越来越多。在西方资本主义制度下是如此,在社会主义制度下同样也是如此。以西方资本主义国家为例,在自由市场形成的初期行政权力主要扮演“守夜人”的角色,尽管在守夜人角色的扮演中行政权力对社会生活的介入相对有限,但行政权力的强制性则是十分明显的。我们都以“警察国家”来对这一时期的行政权进行定性,而警察权的基本特性就是强烈的控制性。资本主义到了福利国家时代以后,尽管行政权对社会生活的介入比较

^①参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),封丽霞译,北京:法律出版社,2007年,第353页。

广泛,但行政权力的行使则以柔性为主,服务行政和行政指导在福利国家时代的运用就能证明这一点。我国在计划经济年代下行政权力相对刚性的特征是非常明显的,而进入市场经济以后这种刚性则渐渐地被柔性所取代。总而言之,从行政权发展的趋势来看,强制权力所占的比重越来越小,这既是一个必然趋势也是一个应然趋势。《行政强制法》对行政强制的设定作出了严格的规定,这些规定都贯穿了这样一个指导思想,即对强制权力的行使进行有效的约束。行政强制设定后评估制度便是诸种约束制度中的一种,甚至可以说它是诸种约束制度行使的前提,从这个意义上讲,行政强制设定后评估制度存在的立法理由也就不证自明了。

其二,从私权保护的角度分析。行政法究竟是用来保护公权的还是用来保护私权的似乎在理论界存在两种认识进路。一种认识进路从行政法的法律形式出发,以行政法设定行政管理关系和行政法保护行政机关的职权行使为出发点,认为行政法是用来保护公权的。^①另一种认识进路从行政法的法实质出发,认为行政法是用来规范和约束行政权的,既然是用来约束和规范行政权的那么行政法最终所保护的是一种私权。有学者甚至认为行政法建立的基础是私权而不是公权,所以整个行政法的文化应当从私权展开而不是从公权展开。^②笔者认为这两种观点都有自身的道理和论证逻辑。但从康德关于权利理论的角度出发,在私权和公权的关系中私权应当是基础性的权利,而公权是私权在某种形式下的一种转化,所以康德将私权归为固有权利,而将公权归为后来获得的权利。^③不争的事实是,对私权的保护是现代宪政和现代公法的基本任务。就行政强制的设定和

实施而言,它是对私权渗入最为深刻的一种权力,因此,如果有效地保护私权就必须用非常严格的标准限制行政强制的权力对公众生活的渗入。行政强制后评估能够使我们用非常具体的参数把握行政强制权力运行的状况,这是它的另一个立法理由。

其三,从行政控权技术的角度分析。行政法和行政法治的本质究竟是什么在学界有不同的理论认知,随着这些认知的不同也就形成了有关行政法的不同的理论基础。这些理论基础大体可归结为:有学者认为行政法治说到底是有行政管理的法律治理,因此使用管理论来解释行政法的功能和基础;^④有学者则认为行政法是用来平衡行政系统和社会公众关系的,因此行政法的本质和基础在于进行社会平衡;^⑤有学者则认为行政法是用来建构政府行政系统的服务职能的,因此行政法的功能在于服务。^⑥不过在现代行政法产生的初期,学者们普遍认为行政法是用来控制政府行政权的,这在英美法系的行政法教科书中体现的非常明显。^⑦行政法无论管理也罢、平衡也罢、服务也罢,其最本质的内容是为行政权的行使提供规范和程序,并对不当行政行为的行使进行救济。事实上,各个国家的行政法治发展都以控制行政权为最高境界,而且在行政法控制行政权的进程中越来越发达、越来越科学。进入20世纪以后各国行政程序法的纷纷出台就是对行政法控制行政权的一个非常好的注解。我国的行政法在发展过程中也与控权是一脉相承的,从上个世纪的《行政处罚法》到本世纪初的《行政许可法》再到新近制定的《行政强制法》都反映这样的走向。所不同的是行政法每发展一步对行政权的控制技术就提高一步,行政强制设定及其设定中的

①前苏联和我国计划经济年代下的行政法学理论就是从管理论出发的,依照管理论,行政法所保护的是行政秩序和国家行政管理活动过程,而履行行政管理职能的行政主体则在行政法体系中处于主导地位,行政法保护公权的逻辑贯穿在这个理论体系的全过程。

②参见关保英:《行政法的私权文化与潜能》,济南:山东人民出版社,2011年。

③参见[德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆,1997年,第49页。

④参见关保英:《比较行政法学》,北京:法律出版社,2008年,第181页。

⑤参见罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京:北京大学出版社,1996年。

⑥参见杨海坤、关保英:《行政法服务论的逻辑结构》,北京:中国政法大学出版社,2002年。

⑦参见[英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,北京:中国大百科全书出版社1997年版,第17-18页。

说明理由就是对行政权控制技术的一次新的提升,而行政强制设定后评估制度则是对这种提升的再提升。

三、行政强制设定后评估的评估指标

行政强制设定的后评估应当有相应的指标体系,因为只有具有了指标体系而且指标体系较为科学的情况下评估才会有实质性的意义。由于《行政强制法》是有关行政强制的基本法律,因此它在设计行政强制设定后评估制度时并没有对后评估的指标体系作出规定,这在立法上来讲是可以理解的。但是《行政强制法》应当有一个授权条款,在这个授权条款中可以对制定行政强制设定后评估指标体系的机关及其职权作出规定。令人遗憾的是,该法没有作出这样的授权,这应当说是行政强制法在立法中的一个疏漏。要使行政强制设定后评估能够落到实处,就必须对行政强制设定后评估的行为性质和评估指标体系的性质有一个框定。

行政强制设定后评估的评估指标首先是一个法律问题。我们知道,对某一个事项的评估可以有各种各样的评估方式和进路,而且评估本身有一个质与量的问题,如果我们仅仅在行政强制法中提到了行政强制设定的后评估问题,但对评估本身究竟如何进行、评估指标究竟如何确定和选择不作规定,那么这样的评估既可能是无效的也可能是不统一的。从这个角度讲评估指标本身应当用法律规范规定下来,一旦评估指标成为法律问题,评估指标本身也就正式化和规范化了。其次,行政强制设定后评估的评估指标是一个技术问题。行政强制设定的后评估是一个论证行为,这个论证行为中包含了若干个大前提、小前提、推理过程、逻辑结论等等,而且在评估过程中还要运用大量的数据和统计表格等整个评估过程尤其制约评估的指标体系都带有强烈的技术色彩。因此,当我们在认为行政强制设定后评估指标体系具有法律属性的同时,还要肯定它的技术属性,行政强

制设定后评估指标体系作为法律问题为它的技术属性提供了合法性的依据,而其作为技术问题又为它的法典化提供了科学依据。再则,行政强制设定后评估指标体系是一个专项问题。行政强制设定后评估中的指标体系具有一个相对独立的属性,这个独立性表明,如果我们要制定一个对行政强制设定后评估进行规制的专门的法律典则,那么这个法律典则的正式文本中不一定包括后评估的指标体系,也就是说这些指标体系可以作为有关后评估法律文本的背景材料。之所以如此,是因为后评估的指标体系与后评估的其他程序规则相比更加具有科学性和动态性。

行政强制后评估的指标体系应当包括下列主要方面。

(一) 该行政强制使用率的评估

行政强制设定以后,其便在法律文本中得到了颁布并予以施行,在它的施行过程中有一个使用率的问题。简单地说,不同的行政强制在行政法治实践中被运用的概率是不同的。有些被设定的行政强制可能从来就没有被使用过,这在行政法治实践中是大量存在的;有些被设定的行政强制可能仅仅因为偶然的原因被使用过一次或者数次;有些被设定的行政强制则常常被使用。总而言之,我们可以运用概率论的原理对行政强制使用率的情况作出评估,这应当说是行政强制设定后评估指标体系中最为基本的。

(二) 该行政强制行政效果的评估

行政强制设定以后它的效果可以从诸多方面来进行观察,但就行政强制设定后评估的指标体系而论,最能够量化的效果应当是其在行政上的效果,就是行政系统在运用行政法治进行社会控制过程中自身所体验到的效果。当然,行政效果可以由行政机关来提供,最主要的是行政机关的一个满意度问题。即是说,当行政机关对某一行政强制及其使用比较满意时,那么它就应当有显著的行政效果;反之,当行政机关对某一行政强制的效果不满意时,它的行

政效果就是相对较差的。为了进行有效的行政监控,我们在分析行政满意度时要有一些具体的技术参数,如行政机关根据某一行政强制所形成社会关系的状况、行政机关根据某一行政强制所处置社会事态的状况等等。

（三）该行政强制诉讼率的评估

如果说行政强制行政效果的评估是以行政机关的行政利益为取向的话,那么行政强制诉讼率的评估则是以社会利益为取向的。在行政法治实践中,行政强制一旦付诸实施其便有可能进入行政诉讼状态,或者进入其他行政救济状态。通常情况下,行政行为的诉讼率越低该行政行为的社会效果就越好;反之,行政行为的诉讼率越高它的社会效果就越差。因此,行政强制诉讼率的评估是对其社会效果进行评估的路径之一,究竟如何建构行政强制诉讼率的具体评估事项还需要学界进一步探讨。

（四）该行政强制救济效果的评估

行政强制引发的行政案件可能会进入行政复议和行政诉讼的状态,但是在行政诉讼中有一个原告胜诉和被告胜诉的问题。通常情况下如果被告胜诉就说明这个行政行为是合法的和适当的,进而也可以说行政效果是合理的;反之,某一行政诉讼原告胜诉,那么便可以说这个行政行为是不当的或者不合法的,进而也可以证明这个行政行为的效果是不合理的。基于此,我们认为在行政强制设定后评估的指标体系中应当有一个行政复议和行政诉讼中原告或者被告败诉率的评估,通过这样的评估来确定行政强制的公众满意度。

（五）该行政强制公众认同率的评估

行政强制在实施中并不是孤立的,它是存在于一定的社会环境和社会体系中的。对于广大的社会公众来讲,一个行政强制实施以后可能不会对其中某一个人产生哪怕是微弱的影响,但是在现代法治社会中当事人、利害关系人

和其他社会公众在社会利益格局面前往往是难以割裂开来的,因此在行政强制设定后评估中必须把公众认同率作为指标体系的组成部分。所谓公众认同率,就是指与某一行政强制没有直接关系的其他社会成员对该行政强制的主观认知。在这样的评估中可能没有明显的利益关系,评估者也可能仅仅是出于良知对该行政强制进行评价的,但应当强调的是这样的社会评价正是某一行政强制能否继续存在的社会基础。

（六）该行政强制实施成本的评估

现代行政权的行使在一定意义上讲是需要成本的,在西方行政法学派中就有一个学派提出了代理成本的理论,^①我国也有学者从成本与效率的关系解释了行政法的价值。^② 这些理论对于我们认识行政强制的成本是非常具有价值的。质而言之,行政强制一旦被实施,它就有可能带来相应的成本。例如,行政强制征收很可能使被征收者的财产受到限制,行政机关通过扣押财物、查封场所等行政强制手段的运用在加大对违法行为进行制裁的同时,可能大大节省了社会成本。我们知道,行政强制执行中的划拨存款、汇款,加处罚款和滞纳金,履行等等都与当事人的财产权或者经济利益有关,进而也与社会的经济利益有关,这些都是成本问题。当然,一个行政主体在实施行政强制时也会在一定范围内付诸行政成本。笔者认为在财产行政强制中成本都可以通过相应的经济指数进行测算,这个测算当然应当成为评估的指标体系。在人身强制和其他强制的情况下,则可以从另一个角度计算成本。

四、行政强制设定后评估的程序规则

《行政强制法》关于行政强制设定和实施规

^①参见[美]皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》,许明月等译,北京:法律出版社,2003年,第24页。

^②参见关保英:《行政法的价值定位》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第63页。

定了一个基本的程序规则,这些规则与一般的行政程序规则相比具有强烈的针对性,它既是针对行政强制行为的,同时也是针对行政强制在行政法治中运用的无序化的。

毫无疑问,行政强制设定是一个有机的程序体系,这个体系中应当包括诸多具体的制度和内容。但是正如上述,该法尚未对行政强制设定后评估的具体程序规则作出规定,这个立法上的空缺对于行政强制设定后评估的实施而言是比较致命的。之所以这样说,是因为在我国行政法体系中尚未制定出统一的行政程序法典。因此我国行政法治中基本的程序规则是空缺的,在基本程序规则空缺的情况下行政强制设定后评估的程序规则就必然难以到位。

这里面临一个立法选择问题,就是我们选择什么样的立法路径对行政强制设定后评估的程序作出规定。在笔者看来应当有这样一些路径:一是通过将来我国制定的统一行政程序法对相关行政行为设定及其实施的评估作出规定。如果在短期之内我国能够制定出统一的行政程序法,并对行政行为的评估作出规定,那么这将是一个比较好的立法选择。这个立法选择不但能够解决行政强制设定的后评估问题,而且能够解决其他行政行为的评估问题,包括抽象行政行为和具体行政行为。第二个立法路径是通过制定行政强制法实施细则对行政强制设定的后评估程序作出规定。我国的基本法制定以后一般都有一个配套的实施细则,有些实施细则是由国务院通过行政法规进行规定的,有些实施细则是由地方权力机关制定地方性法规的形式进行规定的,还有个别的实施细则是由其他相关的行政规范性文件规定的。^① 第三个立法路径是针对行政强制设定后评估制定一个专门的程序规则。这个程序规则是针对行政强制设定后评估作出专门规定的,它可以通过行

政规范性文件的形式予以规定,因为它是行政强制法中一个较为微观的制度环节。

上述三个路径选择第二种较为合理,就是国务院在制定行政强制法实施细则时将行政强制设定后评估的程序作出规定。这个选择应当是三种选择中最好的选择。但是如果行政强制法实施细则在短期内还不能够出台,那么第三种路径则是较为妥当的。事实上,第三种路径与上述第二种和第一种路径可以并存。换句话说,在目前情况下我们应当制定一个有关行政强制设定后评估的行政规范性文件。当然,如果立法机关觉得通过立法系统制定立法规范性文件解决这个问题更为妥当的话,那就可以由全国人大常委会制定一个立法规范性文件。

行政强制设定后评估应当包括若干基本的元素,例如评估的时间节点,就是一个已经设定的行政强制在什么时间段对它进行评估;运用效果,就是已经设定的行政强制实际运用的状况;社会反映,就是广大公众对它的评价,等等。具体地讲,行政强制设定后评估的程序规则应当有下列内容。

第一,评估主体。法律程序的构成要件之一就是主体,一定意义上讲,主体是法律程序的首要环节,如果没有相应主体的存在,后续的程序也就没有办法再进行下去。^② 上文已经指出,行政强制设定后评估的主体由立法机关和行政强制实施机关共同构成,但行政强制法在赋予这两类机关评估义务时并没有作出相对具体的规定。例如,在立法机关中具体由哪个主体来承担评估责任,或者是一个评估委员会,或者是常设的某一机构,或者成立专职机构,等没有规定;而行政系统是否在实施机关中设立专门的评估机构等都没有作出规定。笔者认为,行政强制设定后评估应当设立专职的评估机构,这个机构具有相对的中立性,它既不直接设定行

^①例如,《中华人民共和国行政处罚法》颁布以后国务院就制定了一个《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》,这个通知实质上是关于行政处罚法实施的一个规范性文件,因为它对行政处罚实施中的一些敏感和具体问题作了规范。

^②在我国行政法教科书中,关于行政程序究竟由哪些要件构成,学者们认识不完全一致,但绝大多数教科书都提到了程序构成中的主体要件,例如姜明安教授就指出:“行政程序是行政主体实施行政行为时所应遵循的方式、步骤、时限和顺序。”参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第二版),北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2005年,第365页。

政强制,也不直接参与行政强制设定的说明理由,又不能够直接实施行政强制。因为不争的事实是,设定机关和实施机关可能会在行政强制设定的评估中加进去某种非理性因素。基于此,笔者认为行政强制后评估的主体应当是独立的,这是一方面。另一方面,行政强制设定后评估的主体还应当具备一定的进行科学研究的能力,因为对于行政强制设定的评估是要进行测算和科学论证的,而在行政强制实施中实施机关则不一定需要这样的科学素质。

第二,评估期限。在现代法律程序中,尤其在行政法程序中,期限是一个基本构成元素,^①通过期限的规定既强化程序的效率性,也使程序能够有终结的时间节点。因此,行政强制设定后评估应当有严格的期限规定。一方面,要规定一个设定的行政强制应当在设定后的哪一个时间段开始评估。这个时间段既不能够拖得太长,也不能够实施得太早,如果太长,则有可能丧失人们对该行政强制的重视;若评估得太早,则有可能无法掌握这一行政强制的实际社会效果。另一方面,一个行政强制设定的评估行为应当有时间顺序和节点。在这个问题上我国是有一定的立法经验的,可以说我国每一部重要的行政程序规则都规定了具体的期限。行政强制设定的后评估从开始、进行到结束究竟选择多长的期限合理则是一个需要探讨的问题。在这里还有一个问题需要强调,《行政强制法》第15条第2款规定,有关行政强制实施的评估结果,评估机关应当告知行政强制设定机关。在这个告知问题上就应当有一个严格的时间节点,因为在这个问题上回避了时间节点便有可能导致实施机关不履行评估的告知义务。

第三,评估方式。行政强制设定的后评估是法律行为和技术行为的统一,因此,行政强制设定后评估必须规定严格的方式方法,同时,这

样的方式方法也必须讲究其内在的科学性和合理性。就行政强制设定后评估的方式而论,一是应当有相应的统计。就是对行政强制设定后与强制有关的行为方式作出定量分析,最好用严格的表格和数据来说话。二是应当搜集第一手材料。行政强制设定以后如果被使用了,它就必然和一定的行政案件联系在一起,如果一个行政强制设定后没有同类的行政案件发生,那么这个行政强制就处于没用的状态。从这个角度讲,行政强制设定的后评估实质上是对行政强制案例的分析和评价,这就要求评估机关应当占有第一手的材料,包括当事人违法行为的材料,包括行政机关进行强制的材料,包括强制后引起其他法律行为的材料等。三是应当有一个分析报告。行政强制设定后评估是对整个行政强制状况从微观、中观、宏观等方面所作的把握,除了掌握相应的数据和一手材料外,还要将这些数据和材料通过理性分析以后才能够得出相应的结论,因此,在行政强制设定后评估中应当有一个分析报告,在这个报告中评估机关应当有结论性的意见和建议。四是应当有相应的事实和法律依据。行政强制设定后评估已经是一个法律问题,当有关的行政程序法将其再作出进一步的细化以后,它就具有了严格的程序规则;同时,行政强制设定后评估在分析中也有可能牵扯到相关的事实。这两个方面都是行政强制设定的后评估依据,这个依据应当具有法律上的属性,此点提醒我们行政强制设定后评估的分析,应当将事实依据和法律依据都反映出来。

第四,评估效力。法律效力是法律程序的又一构成部分,所谓法律效力,就是通过法律实施所产生的社会影响力。在行政法研究中有学者将法律效力归结为公定力、执行力、确定力和拘束力等,^②这些效力既可以是法律效力,也可

^①譬如,《日本行政程序法(1993年)》第六条规定:“行政厅应尽力规定自申请到达相应的办公场所起至对该申请作出处分止通常必要的标准期间(法令规定的申请提交机关与该行政厅不同时,须加上该申请到达规定的该提交机关的办公场所起至到达该行政厅的办公场所止通常必要的标准期间),同时,必须在申请提交机关的办公场所备置或以其他适当方法予以公布已制定的标准期间。”参见[日]室井力、[日]芝池义一、[日]浜川清主编:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海:上海三联书店,2009年,第85页。

^②参见李惠宗:《行政法要义》,台北:元照出版有限公司,2008年,第333-335页。

以视为法律程序的构成部分。《行政强制法》第15条的规定非常明确,就是通过行政强制设定后评估对行政强制设定的立法行为产生影响,这个影响有可能导致已经设定的行政强制不再予以使用,也有可能导致已经设定的行政强制有限地予以使用,还有可能导致已经设定的行政强制还要加大使用力度,还有可能导致在已经设定的行政强制的基础上设定新的行政强制。如果一个行政强制的分析报告不能够产生上述四个方面的效果,就可以说这个行政强制的评估仅仅是一种学术研究。我们要强调的是行政强制设定后评估本身是法律行为,它是要产生相应的法律影响的。我们注意到,《行政强制法》要求行政强制评估机关将有关的评估结

果告知设定机关,但没有指出设定机关应当用什么样的方式和方法采纳评估机关的评估报告,这同样是《行政强制法》的一个疏漏。行政强制设定后评估的最终目的是对行政强制的设定产生影响,因此行政强制设定后评估报告应当是一个法律文书,这个法律文书应当以法定的形式寄送给相关机关,当然主要是行政强制的设定机关。而分析报告中的实体内容和程序内容都应当被行政强制设定机关所关注或采纳,至于设定机关采纳评估报告的具体方式则需要进一步探讨。

(责任编辑:蔡道通)

The Evaluation System for the Creation of Administrative Compulsion

LIANG Yue

Abstract: The evaluation of the administrative compulsion, though a relatively minor link in the system of setting administrative compulsion, is essential to implementing the Administrative Compulsion Law. In terms of the legislative technology, it is innovative to establish an evaluation system for the creation of administrative compulsion. This does not only manifest the institutional character of China's legislative system, but effectively guarantees the standardization of the creation of administrative compulsion as well. The nature, legislative reason, evaluation quota and the procedural rules of the evaluation system are discussed in this paper, which is intended to provide a reference for the implementation, standardization and perfection of the said system.

Key words: administrative compulsion; power of creation; evaluation