

比例原则对行政强制执行权的规制

张桂芝

摘要:比例原则是许多国家行政法上的一项重要的基本原则,其基本内涵是指行政权力的行使除有法律依据外,行政主体还必须选择对人民侵害最小的方式为之。由于缺乏法律的规制,行政强制执行成为目前我国行政权力中最活跃、最容易被滥用的一部分权力。本文拟在对比比例原则涵义进行界定的基础上,分析比例原则对行政强制权规制的有效性,探求比例原则对行政强制执行权有效规范、制约的路径。

关键词:比例原则;行政强制执行;规制;路径

中图分类号:D912.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-1894(2009)03-0067-06

19世纪以来,德国在行政法学中首先提出了比例原则,目前此原则已为世界许多国家行政法所采纳,但在我国尚未为人们所充分认识。2005年12月25日十届全国人大常委会第十九次会议首次提请审议《中华人民共和国行政强制法》草案(以下简称草案),建立健全我国的行政强制制度已提上了立法的议事日程。草案规定的行政强制的四大原则之一:“适当原则,即选择适当的行政强制方式,最小限度损害当事人权益。”已把比例原则的思想写入法律中。比例原则的理念与制度设计必将对行政强制权的行使产生积极的规范与控制作用。

一、比例原则内涵之界定

比例原则的思想最早可追溯至英国大宪章的规定,人们不得因为轻罪而受重罚。19世纪,德国的警察法中首次出现比例原则观念,之后比例原则在理论与实践均得到了极大的发展。德国行政法学者奥托·迈尔(Otto Mayer)在1895年出版的《德国行政法》中,主张“警察权力不可违反比例原则”。1923年在同书第三版中认为,“超越必要性原则即违法的滥用职权行为”。20世纪初,德国另一位行政法学者弗莱纳(F·Fleiner)在《德国行政法体系》一书中用“不可用大炮打小鸟”的名言,比喻警察行使权力的限度。观念上倡行的结果是比例原则在法律上的体现。1931年的《普鲁士警察行政法》规定,警察处分必须具有必要性方属合法。同时该法第14条对必要性定义为:“若有多种方法足以维持公共安全或秩序,或有效地防御对公共安全或秩序有危害之危险,则警察机关得选择其中一种,惟警察机关应尽可能选择对关系人与一般大众造成损害最小方法为之。”此一立法例证,被德国各邦广泛采纳。^[1]在司法实践中,当时的高级行政法院将警察采取的措施是否超过为实现目的所需的必要限度作

作者简介:张桂芝(1966—),女,宁夏石嘴山市人,法学硕士,副教授,硕士生导师。主要从事宪法、行政法与行政诉讼法的教学与研究。

为审查内容之一。随着民主、法制的发展,比例原则后来超越了警察法领域,被德国联邦法院赋予宪法地位,但其核心内容仍是行政成本应与行政效果之间保持合理的比例关系。比例原则要求行政主体的行政活动,在合法的范围内,注意合理的比例和协调。^[12]

在其他国家,诸如日本、法国、荷兰等国家,比例原则也多有体现,有的国家甚至把它上升为具有宪法位阶的原则。英国、美国的行政法中虽未明确规定比例原则,但法院判决常表现出比例原则之思想,有时称为“最不激烈手段原则”(the least drastic measures),或称“最小限制手段原则”(the least restrictive means test)。霍尔姆斯大法官曾说,“没有一个文明政府,会使其人民所受之牺牲,超过其予以人民之协助”。该原则无论名称如何,均在表明政府之侵害行为不得逾越宪法所允许之范围,或特定的目的,若有同等效用手段足供役使,应选择对人民自由权利侵害最小者为之,尤其在政府订立有关限制人民言论、宗教、集会结社等及其他自由法案时,法院常审究有无其他更缓和之措施足以采用以追求同一目的。^[13]

比例原则的涵义有广义与狭义之分。狭义比例原则是广义比例原则的一个下位概念。对于广义比例原则的涵义,在学说及其用语上,不同学者并不一致。通常认为比例原则包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则3个子原则。

1. 适当性原则 又称为妥当性原则、妥适性原则、适合性原则,是指所采行的措施必须能够实现行政目的或至少有助于行政目的达成并且是正确的手段。也就是说,在目的—手段的关系上,必须是适当的。这个原则是一个“目的导向”的要求。通常认为,即使只有部分有助于目的之达成,即不违反适当性原则。并且这个最低标准不是以客观结果为依据的,而是以措施作出时有权机关是否考虑到相关目的为准。

2. 必要性原则 又称为最少侵害原则、最温和方式原则、不可替代性原则。是指在前述“适当性”原则已获肯定后,在能达成法律目的诸方式中,应选择对人民权利最小侵害的方式。换言之,已经没有任何其他能给人民造成更小侵害而又能达成目的的措施来取代该项措施了。这里实际包含两层意思:其一,存在多个能够实现法律目的的行为方式,否则必要性原则将没有适用的余地;其二是在能够实现法律目的的诸方式中,选择对公民权利自由侵害最轻的一种。可见,必要性原则是从“法律后果”上来规范行政权力与其所采取的措施之间的比例关系的。我国的成语“杀鸡焉用牛刀”可以看作是对这一原则的最好诠释。

3. 狭义比例原则 又称比例性原则、相称性原则、均衡原则。即行政权力所采取的措施与其所达到的目的之间必须合比例或相称。具体讲,要求行政主体执行职务时,面对多数可能选择之处置,应就方法与目的的关系权衡更有利者而为之。^[14]比例性原则是从“价值取向”上来规范行政权力与其所采取的措施之间的比例关系的。但其所要求的目的与手段之间关系的考量,仍需要根据具体个案来决定。也就是说,狭义的比例原则并非一种精确无误的法则。它仍是一个抽象而非具体的概念。当然,狭义的比例原则也不是毫无标准,至少有3项重要的因素需要考虑:“人性尊严不可侵犯”的基本准则;公益的重要性;手段的适合性程度。^[15]

综上所述,适当性原则要求手段有助于目的的实现,必要性原则要求实现目的的手段是最小侵害的,而狭义比例原则是通过对手段负面影响的考量,要求目的本身的适当、不过分。总而言之,比例原则的这3项子原则分别从“目的取向”、“法律后果”、“价值取向”上规范行政权力与其行使之间的比例关系。三者相互联系、不可或缺,构成了比例原则的完整而丰富的内涵。

二、比例原则对行政强制执行权规制的理论基础

(一) 行政强制执行的含义、特征与制度功能

我国行政强制执行的理论是在继承大陆法系国家行政法理论上结合我国行政管理实践逐渐形成的。学界关于行政强制执行的表述尽管不完全一致,但主要内容是大体一致的。通常认为,行政强制执行是指行政主体为了保障行政管理的顺利进行,通过依法采取强制手段迫使拒不执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护公民人身健康、安全的需要,对相对人的人身或财产采取紧急性、即时性强制措施的具体行政行为的总称。^[6]

由上述定义可以看出:(1)行政强制执行的主体是国家机关。(2)行政强制执行以公民、法人或其他组织不履行行政义务为前提,在一般情况下,这种不履行还必须有不履行的故意。不履行行政义务有两种情况,一种是从事法律所禁止的行为,如在规定不得建筑住宅的土地上建立住宅;另一种是,不履行规定必须履行的义务,如应纳税而不纳。两种情况都属行政强制执行的范围。(3)行政强制执行的目的在于强迫公民、法人或其他组织履行行政义务,因此,强制执行应以行政义务为限,不能超过当事人所承担的行政义务范围。(4)行政强制执行采取的手段为强制措施。

行政强制执行制度是国家行政管理活动中必不可少的制度,它对于保障法律法规的顺利实施,行政权力的有效运作乃至整个社会秩序、公共利益的维护都具有十分重要的作用。由于行政强制执行是以强制为主要特征的,因此,该项制度设置是否合理和必要,运行是否适当也直接关系到行政相对人的基本权益能否得到保障。为此,规范和制约行政强制执行权成为很多国家行政法近几十年的重要研究课题之一。我国经过多年的法治实践,各行政管理领域的强制执行制度已初步建立。在主体上,形成了“以申请人民法院强制执行为原则,以行政机关强制执行为例外”的特有执行模式。但是,制度的初步建立既不意味着其合理性得到肯认,也不意味着法治化程度得到提高。由行政机关自身强制执行行政决定或行政法义务,特别是大量行政立法留有自由空间,供行政机关自由裁量,多少会引发执行不公,侵害相对人合法权益的现象。为有效制约行政强制执行权,特别是行政强制执行中的自由裁量权,除立法统一规定行政强制的条件、程序等内容外,还需确立必要的行政强制执行的基本原则。这才能从根本上限制或监督行政机关滥施行政强制权现象的发生。

(二) 对行政强制执行权必须控制的法哲学思想

众所周知,自有国家以来,权力与权利的关系,不仅是政治哲学中一个难解的题,也是法哲学上一个经久不衰的热点问题,为达成一定的国家目的,国家权力的行使不可避免地会侵害公民权利,同时,如果任凭基本权利的无限制使用,也会出现无政府统治甚至暴民政治。比例原则生存和发展的土壤就是对权力与权利关系的探讨,国家权力和公民权利关系问题不仅是宪法与法理学的基石,而且也是整个公法哲学的基础,因此,可以说,比例原则的产生和发展的过程是以宪政哲学为依托,以公法哲学发展为基础。另外,就政府与人民之间的关系而言,二者不仅是统治与被统治、管理与被管理的,政府还是人民利益的保

护者,因此,政府在行使权力的过程中,不能伤害公民的感情和利益。不难看出,比例原则的初衷就是针对规范与控制政府权力而设定的,是以保护公民权利为本意的,其在法律上的适用必然对公民是有利的。

(三) 比例原则对行政强制执行权规制的有效性

1. 公平与效率的追求 行政法往往承载着多元的价值诉求,但在所有这些价值项中,公正与效率这对范畴无疑居于重要地位,有效地协调公正与效率是比例原则的又一重要功能。公正与效率之最优关系的核心是平衡,最低限度的公平是效率增长的极限,最低限度的效率则是公平增长的极限。比例原则在承认行政强制执行权合理存在的前提下限制其过度行使以求在个案中实现正义,既保证了大多数情况下的行政效率,又使正义在最大的程度上得到了实现。可以说,比例原则成功地整合了公正与效率,使两者达到有机统一,既有利于实现真正的效率,也有利于实现真正的公正,能够较好地解决行政法公正与效率难以两全的难题。

2. 控制行政强制执行权滥用的需求 比例原则是专门针对行政主体的自由裁量权而提出的法律原则。比例原则为衡量行政强制执行行为的合理性提供了具体的评价标准,在行政强制执行的具体案件中,行政机关应当作出什么样的决定和行为,公民可以根据比例原则的具体要求进行评价,行政裁量行为的可预测性因此大大提高,公民的合法权益也因比例原则的最小侵害要求而得到最大限度的保护。在我国,行政机关在行政强制中滥用自由裁量权的问题十分严重,比例原则的适用范围广泛,标准较为客观、具体,能使行政机关细微到从量的方面考量行政强制权是否被滥用。它虽然不是限制行政强制自由裁量权的唯一手段,但却是一个十分有效的手段,可以起到合理性原则所不能起到的作用。

三、我国行政强制执行权行使的实证分析

(一) 行政强制性立法中比例原则很少体现

近年来,行政强制及其立法问题越来越受到社会各界的重视。全国人大法工委从1999年3月就开始了《中华人民共和国行政强制法》的起草工作,并为此作了大量的调研工作。虽经2005年、2007年全国人大常委会两次审议,但到目前为止,由于受各方面因素的制约,我国尚未出台统一的《行政强制法》,只是在单行法律、法规中对行政强制有所涉及,如《中华人民共和国治安管理处罚法》、《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》、《中华人民共和国兵役法》、《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国行政处罚法》、《海关法》、以及与之配套的《行政法规海关法行政处罚实施细则》和《中华人民共和国关税条例》等等。在已经制定的行政强制性法律法规中亦很少规定比例原则,实践充分证明,如果没有完善的法律制度作为支撑,行政强制制度的实施将缺乏必要的法律规制,权力被滥用、侵犯权利的现象会不可避免地时时处处发生。只有通过立法昭示于人,通过法律实施取信于民,才能使该项制度得以确立,并不断发展和完善。

(二) 行政强制执行实践中比例原则未能充分体现

从法律理论上来说,权力正当性不等于权力运行和权力行使的正当性,二者不能等同。

而就作为典型公权力代表的行政权动态运行所体现出来的特点看,诚如某学者所言:“现代行政实质上是一个利益衡量的过程,在行政行为实施过程中发生的各种利益关系,本质上都是公共利益和私人利益的关系;考虑到任何一个行政行为的作出,都会在公共利益和私人利益之间产生增减损益的影响,而无论对哪一方利益的过度倾斜,最终都会对公民权益不利,所以现代行政从保护公民权益这个最终目的出发,要求行政行为做出时其所维护的公共利益与所损害的私人利益或其所退让乃至放弃的公共利益与所鼓励、支持的私人利益间要有一个恰当的比例。”^[7]由于缺乏制度性的规定,比例原则的作用还没有得到足够的重视,实践中出现的很多不合理的规定,可以用比例原则的内涵注解。我国由于长期以来深受传统法律文化思想的影响,在遇到公益与私益的取舍时,往往采取公益优先原则。在实践中,行政机关往往会不惜动用一切可能的手段以实现行政目的,这其中就可能包括滥用行政强制手段,基本不去考虑对公民私益造成什么样的损害。这种做法是与法治理念下的比例原则相违背的。如在2004年南京市拆迁翁姓案中行政机关为了达到拆迁的目的不惜以断水、断电来迫使相对人搬离住所。这种方式固然能够达到行政目的,但对相对方的损害也是无法估量的,与依法行政的要求是相背的。在行政强制中应遵守间接强制优先的原则,不对公民的生活过度影响和干涉,这也符合狭义比例原则的规定。在我国台湾地区,断水、断电等并非独立的处罚措施,只是直接强制的执行方法,目的是促使义务人履行其义务或实现与履行义务相同的状态,因此会受到比例原则的制约,把其作为一种最后手段,必须是在以其他方法执行而无效时,或有紧急情况时,才能动用。

四、比例原则对我国行政强制执行权规制的路径考察

现代行政法发展的基本规律是,授权的同时必须进行限权。明确规定比例原则,在行政强制实施过程中可以防止行政强制执行权的滥用。笔者认为,结合比例原则在行政强制执行中的应用和我国的实际,在未来我国行政强制制度健全过程中,应当注意以下几点:

(一) 比例原则首先入法

把比例原则明文规定在即将颁布的《中华人民共和国行政强制法》中,或者在总则中规定“行政强制最小侵害原则”以弥补草案稿中适当原则之不足。如可以规定:“行政强制执行不是行政决定执行的唯一方法,而是行政决定执行的最后手段,只有在没有其他执行方法时才采取。”实施行政强制执行应以必要为限,由轻到重依法进行,优先适用较轻的强制措施和间接强制措施。还可规定:“执行机关进行强制执行必须尊重比例原则,其手段有……;如有多种可以接受的执行手段,则应选择其中对个人自由限制较少的一种。”对关系公民民生问题的强制执行规定应更加细化,比如:“如需对居民的房屋进行查封,须征得司法部门的批准”;“如需对相对人没收财产,则必须为公民保留必要的生活必需品,”等等。比例原则只有入法,其理念才能深入人心,行政强制执行权才能得到有效控制。

(二) 在行政紧急强制执行程序的实施方面实行比例原则

首先,在行政紧急强制执行程序的具体执行上应该实行比例原则。比如,在行政紧急强制执行的时限方面应该实行比例原则,同样出于比例原则的合目的性、妥当性的考虑,

时限可以根据紧急状态下应对紧急危险的现实需要进行适当延长。如果拘泥于法律规定的时限,那么即使在紧急情况下也必须解除对相关人的限制措施,这脱离了行政紧急强制的保护公众利益的目的,反而达不到比例原则所要求的合目的性原则。其次,在行政紧急强制执行程序实施的效率上也应该实行比例原则。比例原则要求合目的性,因此当现有的先进科技手段能够有助于行政紧急强制目的的实现时,也应当积极运用先进技术。主要体现在有的国家根据现代科学技术的发展,将电子方式运用到司法令状的申请与公告通知的送达方面,这大大提高了工作效率,有利于保护公共利益,保护相对人的权利。

(三) 在行政救济途径的选择当中遵循比例原则

“有权利必有救济,有损害必有赔偿”,在行政强制执行对相对人的权利造成损害时,在可选择的几种救济途径中应选择对相对人最有利,最能保护相对人利益的方式,这也符合比例原则中合目的性的考虑,而且能使相对人的利益受到最小的损害。在行政强制中,行政相对人始终处在弱势的地位,合法权益受侵害案件屡见不鲜,这同我国政府提出的从管理型政府到服务型政府转变的目标尚有差距。只有规范行政机关权力的实施才能更好地保护行政相对人的合法权益,才能使政府的公信力得到加强。目前我国行政合理性原则研究与适用中的空洞乏力,都说明了确立比例原则的紧迫性和必要性。特别是在行政权运用比较多的行政强制执行中引入比例原则能更好地防止权力的滥用,保护相对人的合法权益。当然比例原则在我国的确立,需要结合国情,不能照搬照抄。总之,将比例原则引入即将颁布的《中华人民共和国行政强制法》之中,充分发挥其作用,当行政强制行为侵害行政相对方的合法权益时,就能通过法律途径寻求救济,使利益的损失最小化。

(作者单位:兰州商学院)

参考文献:

- [1] 陈新民.德国公法学基础理论[M].济南:山东人民出版社,2001:380.
- [2] 彭云业,张德新.论比例原则在我国行政法中的适用[J].山西大学学报(哲学社会科学版),2002,(3).
- [3] 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,2000:95~97.
- [4] 城仲模.行政法之基础理论[M].台北:三民书局,1980:40.
- [5] 城仲模.行政法之一般法律原则[M].台北:三民书局,1994:126.
- [6] 莫于川.行政法学原理与案例教程[M].北京:中国人民大学出版社,2007:222~223.
- [7] 何景春.行政比例原则与合理性原则的比较研究[J].行政法学研究,2004,(2).

The Regulation of Proportion Principle on Administration Enforcement Right

ZHANG Gui-zhi

Abstract: Proportion principle is the essential rule in administrative law of many countries, whose connotation is that, according to its legal base, administrative power should be exercised in the way which has minor harm on the people. Due to the lack of the regulation of law, administration enforcement right has become one of the most active and the most misused rights in our country. This article defines the proportion principle, analyzes its effective regulation on the enforcement of administrative law and studies the path of regulating and ruling the administration enforcement right by using proportion principle.

Key words: proportion principle; administration enforcement; regulation; path