

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機和目的

### 一、研究動機

二次大戰後，行政權的膨脹使得行政強制執行侵害公民權利的問題得以凸現出來，另外二次大戰對人權的踐踏促進了戰後人權保障理論的發展和正當法律程序觀念的極度強化，加上制度文明本身的吸引力，使得行政命令權和強制執行權最終徹底的分離。從而促進了行政強制制度的全面發展，迎接而來的就是制定行政強制法的高潮<sup>1</sup>。一個法制的發展就是要有具體的事件、故事、觀點的動機存在，才可以進一步的去瞭解其法制發展的主體意識，在昔日中華人民共和國政府都是以黨的指令做為最高的領導依歸，但近幾年來人民不斷的在為自己的權利、權力在奮鬥，所以行政強制法的產生會大大的對中華人民共和國人民在未來和政府的溝通上有了重要的依據。但是中華人民共和國為什麼要有行政強制法的產生？其具體的動機在那？我想了想一切還是要回歸到馬克思基本思想上來討論，也就是私有財產制和個人主義的觀點之產生，因為中華人民共和國從以往至今都是以社會主義、共產主義為發展走向，過去他們實施的是公有制，像人們公社就是如此的現象，在這種情況之下那來的行政強制現象、議題的發生，但是隨著時代變遷，中華人民共和國社會人們主體意識的產生，人們自我

<sup>1</sup>王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版〈北京，中國政法出版社，1994年版〉，頁219-220。

追求私有制和個人主觀的意願也提高，在這情形之下，**中華人民共和國**行政強制法制發展才能有存在的意義<sup>2</sup>。

**中華人民共和國**在1998年12月17日一個關於行政強制部分案件的判決後，我深入發現人們戰勝了政府，**中華人民共和國**政府已經不是昔日的觀念政府永遠是強權是正確的，進一步的瞭解**中華人民共和國**已經不是完全走向共產主義、社會主義、黨為最高領導指令的國家了，人民的主觀意識漸漸出來，相對的外國的人權觀念也慢慢的在**中華人民共和國**漫延，它已經慢慢跳脫出來了，**中華人民共和國**行政強制法制發展也就慢慢的鑽出頭角<sup>3</sup>。

但是我在看這個判決後，我思考著那**中華人民共和國**在行政法學理上，關於“行政強制”這一個詞語到底是什麼時候就出現了，後來我發現“行政強制”這一個詞語最早見於1986年，在當年出版的一本行政法教科書中是這樣寫著：“行政強制，也叫行政強制執行，是國家對拒絕履行行政法規定的履行；或其有關實物標的依法實施強制手段，以限制某項權利的行使<sup>4</sup>”。此後“行政強制即是行政強制執行”的觀點曾一度流行於**中華人民共和國**行政法學界，但我可認定“行政強制即是行政強制執行”這一個觀點是錯誤的，因為進入20世紀90年代以後，隨著1989年的《**中華人民共和國**行政訴訟法》的頒布實施後，除極個別教科書依就堅持這一個看法外<sup>5</sup>，上述“行政強制即是行政強制執行”的觀點已逐漸被拋棄，**中華人**

---

<sup>2</sup>Leon P. Baradat 主編、陳坤森、廖揆祥、李培元編譯，政治意識型態與近代思潮〈台北，韋伯文化事業出版社〉，頁237。

<sup>3</sup>以上行政強制案例概念特徵分析釐清主要參考，姜明安，行政法與行政訴訟〈北京，北京大學出版社、高等教育出版社〉，頁234-237；朱福惠、何鳴主編，行政法案件精解〈廈門，廈門大學出版社，2004年8月〉，頁72-73。

<sup>4</sup>張煥光主編，行政法基礎知識〈山西，山西人民出版社，1986年版〉，頁155。

<sup>5</sup>例如，在高等行政法院有效規劃教材《行政學》中，論者提到行政強制執行可簡稱行政執行或行政強制；王連昌主編，行政法學〈北京，中國政法大學出版社，1994年版〉，頁225。

民共和國行政法學界對行政強制的理解也進入了另一個多元化的時代了。

從 1986 年行政強制這一個詞語出現到有學者、政府官員提倡制定行政強制法的聲音出現就不過十多年，在這短短的十幾年當中，本人就針對行政強制在中華人民共和國行政法教科書中的命運至少出現了以下七種情況：

1. 將行政強制等同於行政強制措施。例如，有中華人民共和國行政法學者認為：“行政強制，是指行政主體為實現行政目的，對相對人的財產、身體即自由等予以強制而採取的措施，也稱為“行政強制措施<sup>6</sup>”。
2. 消聲匿跡。當時的中華人民共和國有的教科書僅討論到行政強制措施，有的僅討論到行政強制執行，有的則是同時研究行政強制措施和行政強制執行，但是對行政強制這一個詞中就隻字不提<sup>7</sup>。
3. 將行政強制等同於“行政強制措施+行政強制執行”。當時有的教材將即時性行政強制措施和行政強制執行措施等統歸於行政強制，作為一類具體行政行為研究，並認為這種處理可以克服以往教材中只有行政強制執行內容而無行政強制措施內容或者兩者相互混淆的缺陷<sup>9</sup>。另外還有學者認為行政強制措施與行政強制執行是兩種不同的行為，它們“都屬於行政強制的範疇<sup>10</sup>”。

<sup>6</sup>張正劍主編，行政法與行政訴訟法〈北京，中國人民大學出版社，1999 年版〉，頁 144。

<sup>7</sup>王連昌主編，高等行政法院有效規劃材料《行政法學》〈修正版〉〈北京，中國政法大學出版社，1999 年版〉，第 12 章的標題極為“行政強制措施與行政強制執行”。

<sup>8</sup>羅豪才主編，高等行政法院有效規劃教材《行政法學》〈北京，中國政法大學出版社，1996 年版〉，這一本書論述了行政強制執行並附帶討論了其與行政強制措施的區別。

<sup>9</sup>羅豪才主編，行政法學〈新版本〉〈北京，北京大學出版社，1996 年版〉，頁 231。

<sup>10</sup>方世榮主編，行政法與行政訴訟法〈北京，中國政法大學出版社，1999 年版〉，頁 250。

4. 將行政強制等同於“行政強制執行+行政即時強制+行政調查中的強制”。有的學者提出，行政強制是指行政主體為實現行政目的，對相對人的財產、身體即自由等予以強制而採取的措施。同時，將行政強制分為行政強制執行、行政即時強制和行政調查中的強制等三種類型逐一加以論述<sup>11</sup>。有的學者則將其中的“行政調查中的強制”進一步擴張為其他行政強制<sup>12</sup>。
5. 將行政強制等同於“行政強制執行+行政強制措施+行政即時強制”。有些教科書雖以行政強制執行為題，但卻將其與行政強制措施及行政即時強制在同一層次上使用，在此一時期也有學者認為三者都是屬於行政強制的組成內容<sup>13</sup>。
6. 將行政強制等同於“即時性強制和執行性強制”。此時期過後有些學者認為，行政強制是一種在實踐中廣泛存在的重要行政行為，根據行為的直接目的不同，行政強制可分為即時強制和執行性強制〈即行政強制執行〉兩種基本類型<sup>14</sup>。
7. 將行政強制等同於“管理性強制+執行性強制”。此時期過後有學者認為行政強制是一種手段與目的的相結合行為。行政強制具體包括“管理性”強制和“執行性”強制〈即行政強制執行〉。按照目的的不同，“管理性”強制又可分為預防性、制止性和保障性強制；而依程序為標準，“管理性”強制又可分為一般強制與即時強制<sup>15</sup>。

我從這一時期短短十幾年的時間中，提及令人眼花撩亂的列舉，所以我作表 1-1 來將 1986 年行政強制一詞出現後到 1999 年這 13 年間統整出

---

<sup>11</sup>姜明安主編，行政法與行政訴訟法〈北京，北京大學出版社、高等教育出版社，1999 年版〉，頁 234；熊文劍主編，現代行政法原理〈北京，法律出版社，2000 年版〉，頁 402。

<sup>12</sup>傅士成主編，行政強制研究〈北京，法律出版社，2001 年版〉，頁 36。

<sup>13</sup>應松年主編，行政法學新論〈北京，中國方正出版社，1999 年版〉，頁 412。

<sup>14</sup>周佑勇主編，行政法原理〈北京，中國方正出版社，2000 年版〉，頁 244。

<sup>15</sup>楊解君主編，行政法學〈北京，中國方正出版社，2002 年版〉，頁 315。

來的七種情況來進行比較分析，我可以從這些令人眼花撩亂的列舉中發現，在當時的中華人民共和國行政法學界中，已經有越來越多的學者主張以“行政強制”作為一類具體行政行為的統稱，也就是行政強制是上位的概念慢慢的呈現出來，但是行政強制作為一個上位的概念慢慢產生後，本人就發現這一個時期的問題就產生了，行政強制下面究竟包含了哪些子概念？而這一些子概念之間又是一種什麼樣的關係？或者我可以換句話說也就是行政強制它的內部結構應當是怎樣？

表 1-1 1986 年~1999 年底行政強制一詞在中華人民共和國的情況分析表

上位概念	下位概念	下位概念	下位概念	下位概念	下位概念	下位概念
行政強制	行政強制措施	行政強制執行	行政即時強制	行政調查中的強制	管理性強制	執行性強制
✓	✓					
✓		✓				
✓	✓	✓				
✓	✓	✓	✓			
✓		✓	✓	✓		
✓			✓			✓
✓					✓	✓

製表：筆者自製

上表 1-1 表示出 1986 年~1999 年間行政強制這個母體與其下子群體間的關聯性何在，這也漸漸的表現出上下位概念慢慢的出現，上位母體等於下位子群體的相加，這是一個非常好的現象產生。

就這樣此後 1999 年中華人民共和國行政法學界就開始有許多的學者和政府官員希望行政強制法趕快產生，1999 年 3 月，中華人民共和國全國人民代表大會法制組正式啟動行政強制法的調研和起草工作。行政強制法雖然在 1999 年中華人民共和國當局就有立法意願，但也是在 2001 年 8 月才形成徵求意見稿，四年後終於第一次提交審議。作為人大法工委領導下的“民間機構”，行政立法研究組與立法進程緊密聯系。《行政強制法》在 2006 年初也進入立法程式，到目前為止中華人民共和國行政強制法尚未成為一部完整的法律，依就是一個草案。而其主要的目的就是為了限制政府的權力、增加人民的權益和社會的利益。經歷了六年多的調研、論證和起草，《中華人民共和國行政強制法》〈草案〉》〈以下簡稱《草案》〉已於 2005 年 12 月提交第十屆全國人大常委會第十九次會議首次審議，並有望成為繼《行政處罰法》、《行政許可法》之後，又一步規範政府行為的重要法律。在行政法的理論與實踐中，行政強制理論上綜說紛紜，實踐中差距最大且變化最多的領域之一<sup>16</sup>。

中華人民共和國目前正處於社會轉型時期，行政管理中過去許多行之有效的辦法已經失效，而新的辦法和辦法體系還尚未形成，這是研究中華人民共和國行政強制法制發展問題的大背景，也使行政強制研究成為一個極具挑戰性的一個課題。

行政強制是一種程式性的執法行為，行政強制行為不是停留在行政主體的意思表示上，而是行政主體直接實施強制性行為。這也是我想初步去瞭解如何區分行政強制和其他具體行政行為。行政強制在整個中華人民共和國行政執法體系中，具有保障行政權力運行，穩固整個行政執法體系的安全閥作用。近十年來圍繞這一個課題，行政法理論和實務界多次舉辦專題學術研究，許多的學者針對行政強制發表了大量的論文，出版了一些相

---

<sup>16</sup>全國人民代表大會，全國人民代表大會第十屆第十九次會議，[www.npc.gov.cn](http://www.npc.gov.cn)。

關研究的專著，提出了許多重要的學術觀點，深化了對行政強制諸多的問題的認知，進一步的提升了行政強制的研究水準，也為《行政強制法》的立法工作提供了有力的智力支援。但我們從中可以瞭解這大多是民間學術學者，就個人的看法予以發表見解都不具有實際的效果，最終還是要回歸到中華人民共和國政府當局的想法<sup>17</sup>。

## 二、研究目的

由人民法院實施的行政強制執行，已申請人著眼，可分兩類：一類是，行政機關在行政相對人對具體行政行為在規定期限內既不起訴又不履行時，申請人民法院強制執行，法律依據是由中華人民共和國行政訴訟法第66條規定：“公民、法人或者其他組織對具體行政行為在法定期限內不提起訴訟又不履行的，行政機關可以申請人民法院強制執行或依法強制執行<sup>18</sup>”。由此可知中華人民共和國目前實施的是司法型主導的行政強制執行模式，但是司法型主導的行政強制模式在許許多多方面都產生了問題，所以中華人民共和國當局在面對現行行政強制執行模式來進行改革是在所難免得，在未來制度的發展上本論文就是要探討其重要之課題。因此本論文主要探討如下列四點：

一、 分析中華人民共和國在行政強制法制的發展、演變和未來中華人民共和國當局如何看待和重視其法律的產生所帶來的後果和影響。

二、 以現行的中華人民共和國行政強制法制運行狀況、結構來分析來

<sup>17</sup>劉靖華、薑憲利等著〈北京，中國法治政府，中國社會科學出版社〉，頁257~258。

<sup>18</sup>中華人民共和國行政訴訟法，

[www.hku.hk/law/conlawhk/sourcebook/chineselaws/admpcedure\(ct\).htm](http://www.hku.hk/law/conlawhk/sourcebook/chineselaws/admpcedure(ct).htm)。

探討其未來改革之思路並進一步的探討人民和政府之間的角色架構。

三、 從一個法的社會學觀點來探討**中華人民共和國**行政強制法制發展的社會〈結構〉動脈。

四、 探討**中華人民共和國**當局在未來的日子中如何跳脫出以社會主義為中心思想的觀點，將其中行政和司法單位兩者間的關係加以詳加釐清，並進一步的將行政強制法制將其完善的施行。

表 1-2 世界行政強制類型模式表

類型	目的走向	代表國家	優點	缺點	趨勢走向
司法型主導模式	增加人民的權力	英、美、中	堅持改革的漸進性同時考慮到人權保障和行政效能	不徹底性和無針對性	目前世界流行趨勢
法院審判型主導模式	民告官走向官告民	沒有	對現行模式有種級作用	行政效能低下、可行性低、法院和行政機關間的關係錯亂	世界走向趨勢很小
行政和司法並行模式	同時增加人民的權力也增加	日本	緩解執行效能低下狀況、法院和行	依就無法徹底解決現實問題	未來世界走向趨勢



	政府行政效能		政機關間的角色更明確	的產生	
行政型主導模式	增加政府行政效能	德、奧	徹底拔除現行模式的內在弊病	行政機關獨大化	二次大戰後歐洲國家流行趨勢

製表：筆者自製<sup>19</sup>

資料來源：謝輝、陳金劍主編、張志選著，行政訴訟法前沿問題研究〈山東，山東人民出版社〉，頁249~252。

另一類是，當行政機關根據法律授權對平等主體之間的民事爭議作出裁決後，當事人在法定期限內既不起訴又不履行，作出裁決的行政機關在申請執行的期限內未申請人民法院強制執行的，生效具體行政行為確定的權利人或者其繼承人、權力承受人申請人民法院強制執行，法律依據是最高院司法解釋第 90 條。為方便起見，我把前者稱為”行政機關申請的強制執行”，將後者稱作為”行政裁決權利人申請的強制執行”。由此，便形成了一章行政強制執行的結構圖 1-1：

<sup>19</sup>謝輝、陳金劍主編、張志選著，行政訴訟法前沿問題研究〈山東，山東人民出版社〉，頁 249~252。

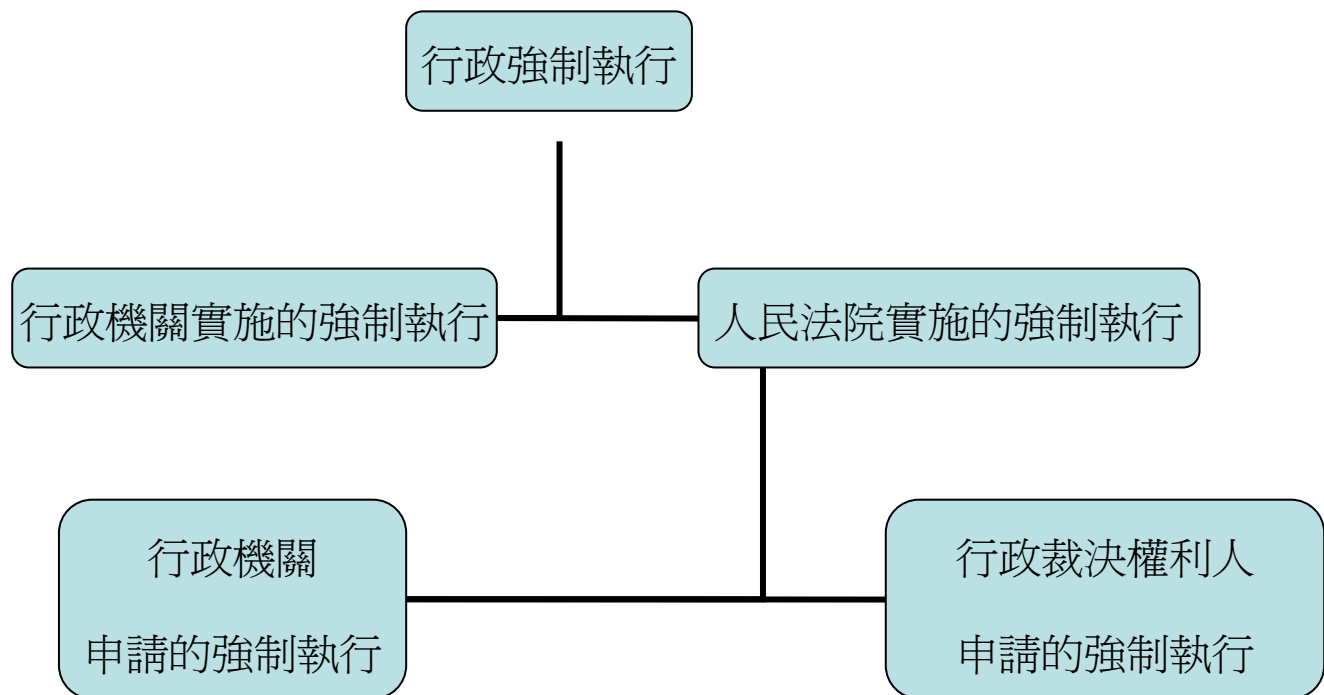


圖 1-1 中華人民共和國政府機關行政強制執行圖

製表：筆者自製

資料來源：中華人民共和國人民法院

與行政機關自身實施強制執行不同的是，行政機關申請人民法院強制執行無須以特別法律、法規的明示規定為前提。所以，當我需要界定哪些事項應由人民法院實施強制執行時，無須查核哪些法律、法規規定了人民法院擁有強制執行權，相反需要查核的是，哪些法律、法規規定行政機關擁有強制執行權。因為，只要法律、法規沒把行政強制執行權賦予給行政機關的，全屬人民法院強制執行的範圍。以目前的立法情況看，行政機關自身實施強制執行的範圍只占申請人民法院強制執行範圍的 34%(法律)和 52%(行政法規)，平均為 43%。這說明，目前的中華人民共和國還是

把人民法院設定為實施行政強制執行的主要主體<sup>20</sup>。

關於人民法院對行政機關申請人民法院強制執行案件(以下簡稱“非訴執案件”)的管轄問題，行政訴訟法未作任何規定。最高人民法院的司法解釋填補了這一空缺。司法解釋第 89 條規定：“行政機關申請人民法院強制執行其具體行政行為，由申請人所在地的基層人民法院受理；執行對象為不動產的，由不動產所在地的基層人民法院受理。基層人民法院認為執行確有困難的，可以報請上級人民法院執行；上級人民法院可以決定由其執行，也可決定由下級人民法院執行”。可見，行政非訴執行案的管轄制度遠比其他行政訴訟的管轄或民事案件的管轄簡單得多。關於行政機關申請人民法院強制執行的程式，行政訴訟法本身未作規定，而最高法院的司法解釋作了不少補充性規定<sup>21</sup>。

根據最高法院司法解釋第 86 條規定，行政機關根據行政訴訟法第 66 條的規定申請執行其具體行政行為，應當具備以下條件：

1. 具體行政行為依法可以由人民法院執行。
2. 具體行政行為已經生效並具有可執行內容。
3. 申請人是作出該具體行政行為的行政機關或者法律、法規、規章授權的組織。
4. 被申請人是該具體行政行為所確定的義務人。
5. 被申請人在具體行政行為確定的期限內或者行政機關另行指定的期限內未履行義務。
6. 申請人在法定期限內提出申請。
7. 被申請執行的行政案件屬於受理申請執行的人民法院管轄。

人民法院對符合條件的申請，應當立案受理，並通知申請人；對不符合條件的申請，應當裁定不予受理。

<sup>20</sup>根據本報告第一部分第三題《中國行政強制執行制度現狀》二，立法概況所表統計數字計算。

<sup>21</sup>胡建森主編，行政法學第二版〈北京，法律出版社，2007 版〉，頁 336~337。

第 88 條規定，行政機關申請人民法院強制執行其具體行政行為，應當自被執行人的法定起訴期限屆滿之日起 180 日內提出。逾期申請的，除有正當理由外，人民法院不予受理。

第 91 條與第 93 條又規定，行政機關申請人民法院強制執行其具體行政行為，應當提交申請執行書、據以執行的行政法律之書、證明該具體行政行為合法的材料和被執行人財產狀況以及其他必須提交的材料。人民法院受理行政機關申請執行其具體行政行為的案件後，應當在 30 日內由行政審判庭組成合議庭對具體行政行為的合法性進行審查，並就是否准予強制執行作出裁定，需要採取強制執行措施的，由本院負責強制執行非訴行政行為的機構執行。

根據第 95 條規定，被申請執行的具體行政行為有下列情形之一的，人民法院應當裁定不准予執行：(1)明顯缺乏事實根據的；(2)明顯缺乏法律依據的；(3)其他明顯違法並損害被執行人合法權益的。

上面以作交代，由人民法院實施的行政強制執行，除由行政機關申請執行的以外，還存在由行政裁決權利人申請執行之類別。上述後一類長期沒有被注意到，直到最高法院解釋第 90 條作出規定之後。該條規定：“行政機關根據法律的授權對平等主體之間民事爭議作出裁決後，當事人在法定期限內不起訴或不履行的，作出裁決的行政機關在申請執行的期限內未申請人民法院強制執行的，生效具體行政行為確定的權利人或者繼承人、權利承受人在 90 日內可以申請人民法院強制執行，享有權利的公民、法人或者其他組織申請人民法院強制執行具體行政行為，參照行政機關申請人民法院強制執行具體行政行為的規定”。根據這一規定，由行政裁決權利人申請的強制執行不僅作為一種獨立的行政強制執行制度而存在，而且其程式與由行政機關申請人民法院強制執行的程式相同<sup>22</sup>。

<sup>22</sup>胡建淼主編，行政法學第二版（北京，法律出版社，2007 版），頁 338。

## 第二節 研究途徑、研究方法與研究範圍

### 一、研究途徑

本論文是從法律社會學的角度來看中華人民共和國行政強制法制的發展，在本論文第四章就會詳加敘述，而在此之之前我就針對法律社會學對中華民國行政強制法制的發展上來論述一番，並作為本論文之研究途徑。

#### 〈一〉 法律社會學興起的歷史背景

19世紀末 20世紀初，迅速工業化的西方資本主義國家，發生了一場以整個社會為背景來看待和研究法律的運動。在這場革命性運動的衝擊之下，“法律畢竟是法律”〈the law is the law〉的金科玉律被打得粉碎，法律制度不再被認為是完全脫離政治、經濟和社會生活而獨立存在的和不可更改的，法律研究也不再是法律與人員的專擅領域。這場運動在學術上的表現，就是名之為“法律社會學”〈Sociology of Law〉的這一專門性學科的興起<sup>23</sup>。

恩格斯曾經說過：“每一個時代的社會經濟結構形成限時的基礎，每一個歷史時代由法律設施和政治設施以及宗教的、哲學的和其他的觀點構成的全部上層建築，追根到底都是應由這個基礎來說明之<sup>24</sup>”。由此我們可以發現，思想領域中的任何發展和運動絕不可能是排他或自我封閉的。一個特定的思想潮流或思想創新，可以為一個時期提供一個“自持之勢”，並由此獲得一定程度上的自主性。然而思想活動不是總能保持這種自主性的，一定歷史階段的政治和社會生活條件方面的關係以及經濟和社會生活條件方面的關聯，都會對思想領域中發生的演進過程產生影響，甚至決定

<sup>23</sup> 趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年版〉，頁1。

<sup>24</sup> 《馬克思恩格斯選集》第3卷〈北京，人民出版社，1976年版〉，頁66。

著整個演進過程<sup>25</sup>。所以我將在之後的一小部份中提到中華人民共和國在政治、經濟和社會生活條件之間密不可分的關係所在。那麼，法律社會學這一思想運動又是在怎樣的社會、經濟條件下產生並不斷發展壯大呢？首先，我必須將其置於當時的西方之特殊社會歷史背景中來進行觀察。

我了解，西歐的封建社會，從公元476年西羅馬帝國滅亡到17世紀中為止，共延續了1200年之久。在整個中世紀，由於基督教思想的統治和羅馬文化的影響，加上日耳曼民族的入侵，在當時的歐洲封建制度下內部形成了非常嚴重的階級對立和宗教紛爭，各種矛盾錯綜複雜。為了防備共同外患和敵人，各民族通過基督教聯合起來，當時在歐洲占統治地位的政治法律思想，是以基督教神學為基礎的。中世紀的神學家繼承了古希臘、羅馬的自然法思想，同時給他披上了一件神學的外衣。特別是在西歐中世紀的中期，政治法律思想的核心是上帝主宰一切，政治隸屬於宗教、人法依附於神法、君權受命於教權，相對的在當時人是沒有人權可言的。在當時的社會以阿奎那為代表的經院哲學，成為羅馬教廷的官方學說，他還把政治學、法學和其他學科統納入自己的神學體系之中。恩格斯曾經指出：“中世紀的世界觀本質上是神學的世界觀，事實上不存在內部統一的歐洲世界，為反對當時共同的外患—薩拉秦人而通過基督教聯合起來了。這種神學上的聯合不只是觀念上的。它不僅實際體現在這種聯合的君主制中心即教皇身上，而且首先體現在按封建和等級制度原則組織起來的教會中，教會的信條自然成了任何思想的出發點和基礎。法學、自然科學、哲學，這一切都由其內容是否符合教會的教義來決定”<sup>26</sup>。後來，到了封建社會解體時期，由於商品經濟的發展，城市中產生了新興的市民階級即資產階級，它逐漸在政治經濟舞台上成為重要的角色。伴隨著文藝復興運動和宗教改革運動的發展，它要求剷除封建壁雷，建立民族統一的國家，開拓國內

<sup>25</sup> 趙震江主編，法律社會學（北京，北京大學出版社，2007年版），頁1。

<sup>26</sup> 《馬克思恩格斯選集》第21卷（北京，人民出版社，1956年版），頁545。

市場和發展對外貿易，在意識形態領域裡與神學世界觀以及封建等級思想進行了殊死的鬥爭，並取得了決定性的勝利，從而為資產階級政治制度和法律制度的建立掃清了道路。

但到了18、19世紀，就法學領域而言，在西方社會中依然處在一種封閉的“與世隔絕狀態”。“法學家在其職學環境中形成的修飾過的典型法律觀使他們長久地過於自信、自以為理解的全面深刻，以至竭力抵制來自法律界以外的不同的或者是相反的關於法律的本質和作用之觀點”<sup>27</sup>。法律專家們長久以來一直認為“法律作為一種學說和專業活動通常被認為可以借助於自身內在的分類來分析、理解，而無需參考它所賴以發展的社會環境。這一種法律觀建立於假設的、理性的、教條的法學結構之上，並得到實證主義的法學思想的支持。在以往的時代，把法律看作是一門專業性學科的神祕領域的想法摻合了大眾文化中有關法律思想的根本觀點，這種觀點似乎不需要驗證，也不需要理論來驗證。人們把法律看作是承襲傳統的一種手段，它只是一些只有通過學徒式的實踐活動才能獲得技術秘密”<sup>28</sup>。

這一個時期，在西方的一些國家中，分析法學佔據著統治地位。它們所信奉的是一種“法律放任主義”，它們認為通過法律干預社會和經濟事務是一種“邪惡”。因為這種干涉被壓縮到最小時，效益才能最大。在當時的法學界認為“法律是一種以設定好的一個系統，它通過對規則進行邏輯推敲就可以制定的更為系統化，但是這種過程將是一種調整而不是改造。在法庭上奉行的一直是關於司法作用的宣告理論。與此同時，還存在著關於普通法學必然高明這種誇張的之見，它的必然結果就是對立法十分的反

---

<sup>27</sup>柯特萊爾主編，法律社會學導論中文版，潘大松等翻譯（北京，華夏出版社，1989年版），頁18~19。

<sup>28</sup>同上註。

感，所謂“法律傳統主義”就是這種混亂圖景<sup>29</sup>。

然而在此時期，資本主義經濟制度已經在西歐及美國完全建立。在 19 世紀的最後 30 年間，西方主要資本主義國家廣泛使用了電動機、內燃機、化學方法等，使生產力獲得了巨大的增長。在此時重工業也迅速的在美國市場上突飛猛進，但我知道當時因為重工業的發展需要巨額的資本，所以這樣就促成當時嚴重經濟危機的爆發因素。在 1873、1882、1890、1900、1903、1907 等年共爆發了六次的經濟危機，就是這樣的失敗借鏡之下，從 19 世紀 90 年代開始，先後在英、美、德、法等國出現了種新的資本主義發展型態—壟斷資本主義。這是資本主義社會的一種合乎規律的發展，這一發展在 1914 年以前這一時期具有國際化的特點。然而，事情並不是像資產階級經濟學家所預料的那樣——“壟斷可以消除競爭”，事實上，壟斷進一步的加劇了當時的競爭。這種更大規模的競爭使西方社會“產生許多特別尖銳和特別劇烈的矛盾、摩擦和衝突”<sup>30</sup>。於是更大規模的世界經濟危機在 1929~1933 年間爆發，進而使百業蕭條、人心恐慌、工廠倒閉、西方世界一片混亂等現象不斷產生，所以我可以斷定此種壟斷主義學說在當時是嚴重失敗的。

### 本小段小結：

經濟、政治與社會變革的程度與性質，一方面使資產階級革命已經確立的社會價值觀念和體系受到了極大的衝擊和動搖，另一方面也使國家及其機構具有了更大的支配性。國家對於社會生活的一切領域都逐漸開始發揮著一種日益增長的干預性主動作用。法律制度也是如此，為了應付危機，它不得不開始逐漸發揮著一種更有支配的也是更有直接的作用，就像本論文談及到的中華人民共和國行政強制法制的發展，其中有一小部份說到法院行政強制執行職權的部分，現今的中華人民共和國法院不再像潭死

<sup>29</sup> 亨特主編，法律中的社會學運動（北京，夏克米蘭出版公司，1978 年第 1 版），頁 17。

<sup>30</sup> 列寧選集第 2 卷（北京，人民出版社，1995 年版），頁 650。



水，可以在裡面悠悠然地行事了。正是這些社會和經濟的變革，在參與法律制度進行變革的那些人中引發了一種迫切變革的意識，在這些改革的意識中出現了一種從社會的角度並且進一步的從社會學角度來看待法律的傾向。不管在哪裡，打破法律傳統主義不再只是一種思想造反，這一種的學說理念在現今的中華人民共和國已慢慢萌芽深耕了。

## 〈二〉 馬克思主義在法律社會學上的重要觀點

偉大的資產階級革命導師馬克思〈1783~1883〉和恩格斯〈1820~1895〉的著作中並沒有專門談及法律社會學的問題，他們也沒有試圖建立一個關於法律社會學的理論體系，但是他們的許多經典言論卻給我們留下了深刻的印象。他們所創立的馬克思主義學說，是我研究一切法律與社會問題的理論基石。馬克斯和恩格斯作為馬克思主義的創始人，它們的不朽功績在於給了全世界人民一個認識世界和改造世界的強大思想武器。建立在辯證唯物主義和歷史唯物主義基礎上的馬克斯和恩格斯的法律觀，是馬克思主義這一個科學的資產階級世界觀的重要組成部分，也是我去研究法律社會學重要的指南方針<sup>31</sup>。

通過對現實社會中的法律現象的客觀考察，從而揭示法律與社會生活的基本聯系，馬克思主義的法律觀和方法論的論證。眾所皆知，馬克思的早期法律思想都是以接收並超越黑格爾的唯心論哲學和激進民主主義的政治立場為出發點的。1842年4月，馬克斯開始為《萊茵報》撰稿，並於同年10月至次年的3月任該報的主編。在此期間，馬克斯撰寫了一系列的政治法律與社會現實問題的評論文章，堅定地站在反對封建專制制度的最前列，深入揭露和批判普魯士國家制度和法律制度的反動本質，未受壓迫受剝奪的勞動人民辯護。它為《萊茵報》撰寫的第一篇文章是《關於出版自由的辯論》。實際上生活使馬克斯看到“在關於出版的辯論中，特殊等及精神表現得無比明確且完備”。所以，在這裡論述的不是個別的人，

<sup>31</sup>趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年版〉，頁17。

而是等級的問題。還有甚麼鏡子能比關於出版的辯論更正確地反省亦會的內在實質呢<sup>32</sup>？

馬克思長期以來一直為人民的自由而大聲疾呼。他說“法律是肯定的、明確的、普遍的規範，在這些規範中自由的存在具有普遍的、理論的、不取決於個別人的認信的性質，法典就是人民自由的結晶”<sup>33</sup>。在我上述的文章中馬克思它吸收了黑格爾關於自由和必然的辯證思想，其中重要指出兩點：

1. 對人類社會來說，在任何形式國家的生活裡，人民自由的爭取是首要工作。
2. 自由就是按照法律來規範事務，那裡的法律成為真正的法律，即實現了自由；那裡的法律就是真正的實現了人的自由。

我發現馬克思所提出的這一些論述，雖然還帶有理性法觀點的印記，卻充滿了革命民主主義的激情以及對法律和社會問題的專注。

在馬克思在擔任《萊茵報》主編的時候他發現社會上一個嚴重的問題，就是封建主階級對農民物質利益的露骨剝奪和侵犯。馬克思清清楚楚的看到了不同階級和不同集團的物質利益的尖銳對立以及這種物質利益在上會生活中的重大作用。這一個案例是馬克思發現貧苦農民到森林裡砍伐枯枝的由來以久的建而成為一個習慣權利，而當時的普魯士林木竊盜法卻剝奪農民的這種習慣權利，保護林木占有者的特權，這種特權才是“習慣的不法行為”。“如果法律把那種未必能叫作違反森林條例的行為稱為盜竊林木，那麼法律就是撒謊，而窮人就會成為法定謊言的犧牲品”<sup>34</sup>。

接著，馬克思依然以法學理論為武器，以當時的法律制度和社會問題為研究對象，發表了具有法律社會學理論取向的另兩篇文章——《論離婚法

<sup>32</sup>馬克斯恩格斯全集第1卷〈北京，人民出版社，1956年版〉，頁42。

<sup>33</sup>同上專書，頁71。

<sup>34</sup>同上專書，頁139。

草案》和《摩塞爾記者的辯護》。此時的馬克思，它已經開始試圖從社會生活和經濟利益出發來闡明法的基本本質和作用問題，並已開始接觸到了歷史發展和法的發展的客觀規律問題。

其一：它在《論離婚法草案》一文中寫道：“立法者應該把自己看作是一個自然科學家。它並不是在製造法律，不是再發明法律，而僅僅是在表述法律，他把精神關係的內在規律表現在意識的現行法律之中。

其二：它在《摩塞爾記者的辯護》一文中又指出：“在研究國家生活現象時，很容易走入歧途，即忽視各種關係的客觀本性，而用當事人的意志來解釋一切。但是存在著這樣一些關聯，這些關係決定私人和個別政權代表者的行動，而且就像呼吸一樣的不以它們為轉移”<sup>35</sup>。

我根據前面的論述，我發覺到馬克思為自己達到歷史唯物主義法律觀開闢了一條現實的道路，也為法律社會學研究指引了一個明確的方向。

1843年3月至1844年3月，在此階段是馬克思為他的世界觀和法律觀及據轉變的時期，特別是他遷居巴黎後，有機會直接參加工人運動以及對法國革命史、對18世紀德國唯物主義者給予高度的尊重和崇拜，細心的研究當時著名的著作，進而大大豐富了他的革命實踐和開闊了它的理論視野，有力地推動了他從唯心主義向唯物主義、從革命民主主義向共產主義的轉變。在此時期總的來說，馬克思對黑格爾法哲學的批判，構成了它的辯證唯物主義和歷史唯物主義法律觀形成的過程中的一個重要里程碑。法的關係正像國家的形式一樣，既不能從他們本身來理解，也不能從所謂人類精神的一般發展來理解，相反，他們的根源於物質的生活關係，這種物質的生活關係的總和，其稱之為“市民社會”<sup>36</sup>。在此馬克思對其敘述非常清楚地表明，他認為整各科學世界觀的形成是以法律觀為開端<sup>37</sup>。

<sup>35</sup>馬克斯恩格斯全集第1卷〈北京，人民出版社，1956年版〉，頁183。

<sup>36</sup>馬克斯恩格斯全集第13卷〈北京，人民出版社，1956年版〉，頁8。

<sup>37</sup>趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年版〉，頁19。

以後的年代中，開始了馬克斯和恩格斯的親密合作時期，期時間從1844~1847年。在此時期兩人最重要的合作巨作《德意志意識形態》中，馬克思主義的創始人第一次科學地闡明了生產力和生產關係，經濟基礎和上層建築的辯證關係的原理，揭示了人類歷史發展了最基本的規律，為馬克思主義的法律觀全面奠定了一元論的唯物史觀的理論基礎。該巨作自始至終都滲透著對社會、法和法律關係的辯證唯物主義解釋，“法”、“法律”、“犯罪”等章節中，深入探討了法的一系列的基本問題。馬克思、恩格斯指出，社會的存在不依賴於法；相反的，法的存在有賴於社會<sup>38</sup>。

在1848年2月，由馬克斯和恩格斯共同起草的《共產黨宣言》發表了。在此時法的問題上，《共產黨宣言》基本上是重申了《德意志意識形態》和《哲學的貧困》中的觀點。《共產黨宣言》的問世，標誌著馬克思主義的正式誕生，自然也標誌著馬克思主義法律觀的正式行式形成，它們是同一的歷史過程。

#### 本段小結：

綜合以上的論述，如果我歸納和概括一下的話，我發現馬克思主義的創始人在分析法律現象時具有如下方法論四個特徵：

1. 著重從功能的角度的對法律進行進一步的解釋，強調法律相對於一定社會目標的工具性。在人民取得革命勝利後的社會主義條件下，法律必然由少數統治者進行社會控制的工具變成全體人民用以保護自己權利的工具，從而成為合理地組織社會生活和維護社會秩序的規範體系。
2. 把法律放在與社會的相互關係之中加以考察，強調法律的社會側面，尤其是法律與社會經濟生活的內在聯繫。指出法律應該以社會為基礎，是社會共同的、由一定物質生產方式所產生的利益和需要的表現。

<sup>38</sup>趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年版〉，頁20。

3. 重視研究理論素材的客觀性和可驗證性，注重對社會現實進行調查研究，反對經驗主義。
4. 通過實踐範疇價值和事實、主觀和客觀獲得統一，這樣，一方面可以避免陷入實證主義二元論的泥潭裡，另一方面則為理性批評以及法律推理結合留有餘地。可以看出，正義性、科學性與實用性在馬克思主義法學理論中是統一的。

我基於讓讀者詳加了解，故作表 1-3 讓讀者易於閱讀。

表 1-3 馬克思主義方法論特徵分析表：

第一項	特徵表現內容	著重從功能的角度對法律進行進一步的解釋，強調法律相對於一定社會目標的工具性	把法律放在與社會的相互關係之中加以考察，強調法律的社會側面，尤其是法律與社會經濟生活的內在聯繫	重視研究理論素材的客觀性和可驗證性，注重對社會現實進行調查研究，反對經驗主義。	過實踐範疇價值和事實、主觀和客觀獲得統一，這樣，一方面可以避免陷入實證主義二元論的泥潭裡，另一方面則為理性批評以及法律推理結合留有餘地
第二項	注重方向及	注重功能	注重法律	注重理論	注重主觀

	角度	方面	和社會之間的關係	素材的客觀性和可驗證性	和客觀獲得統一
第三項	反對的面向	反對成為少數統治者進行社會控制的工具	反對個人主義的意識	反對經驗主義	反對主觀和客觀分離
第四項	重要性比較	第四	第一	第三	第二

製表：筆者自製

由上表 1-3 我可以進一步的了解到，馬克斯和恩格斯所創立馬克思主義的學說，科學地提示了人類社會發展的客觀規律，他們給了我在於知識和分析法律以及社會問題上強大思想的武器。他們的法律觀和方法論，是我了解現代法律人研究法律社會學的理论基石和指南。

### 〈三〉法律社會學在中華人民共和國的發展歷程

法社會學研究在中華人民共和國始於何時？目前存在兩種不同的看法。一種觀點認為在 20 世紀 80 年代以前，中華人民共和國的法社會學研究幾乎是一片空白。即使是對國外法社會學的介紹和解釋，也僅限於外國學者龐德出版的《社會法理學論略》〈上海商務印專館 1926 年出版〉<sup>39</sup>。如今看來，這一說法顯然缺乏足夠的史料支撐。另一個觀點則認為法社會學在中華人民共和國的傳播，始於 19 世紀末、20 世紀初，進而把 20 世紀前半期的中華人民共和國法社會學畫分為三個階段：19 世紀末~1911 年，為法社會學在中華人民共和國的早期萌芽；1912~1927 年，為法社會學在中華人民共和國的初興；1928~1949 年，為法社會學在中華人民共和國的短暫

<sup>39</sup>陳信勇主編，法律社會學在中國的發展〈浙江，浙江大學學報，2000 年第 3 期〉，頁 1~2。

繁榮<sup>40</sup>。

總體上來看，法社會學在中華人民共和國的發展上大至劃分為 5 個階段：

其一：法社會學在中華人民共和國的早期萌芽〈20 世紀前 20 年〉。

這時期的主要貢獻是對歐洲法社會學著作的初譯和法社會學觀念的傳播。此時期最為著名的就是法國孟德斯鳩的《論法的精神》和德國耶林的《權力競爭論》為主要的代表著作，此等著作為法社會學觀念在中華人民共和國的輸入鋪設了第一個平台<sup>41</sup>。

其二：法社會學在中華人民共和國的初興與自覺〈20 世紀 20 年代〉

這主要體現在四個方面：

- 一、 社會法學的概念開始在法學領域中出現。根據現有文獻，李炘、馬顯德等人最早在中華人民共和國提出“社會法學”概念。他們兩個人分別發表了題為“社會法學派”〈載 1922 年 2 月北京《法政學派》〉和“社會法學派與法律社會化”〈載 1923 年 11 月山西《政法月刊》〉的文章，可惜現在均只留篇名而難見其全文了。
- 二、 開始較大規模地解釋歐美法社會學思潮和論著。在這一階段中華人民共和國出現了許多文章從法學流派沿革史的角度分析了社會法學興起的原因，粗線條地勾勒了當時法社會學的狀況，法社會學這一方面的成熟度中華人民共和國在此一階依然不夠成熟，只是簡明的闡述了法社會學理論的基本觀點。
- 三、 認識到了法律本位的變化。18 世紀以來，儘管各國因風俗人情不同而立法上各有不同的系統歸屬，但立法的基本原理莫不以個人本為出發點。20 世紀初，個人本位立法已經千穿百孔了，公有財產及社

<sup>40</sup>韓業峰主編，法社會學在中國早期發展史略，載鄭永流主編：《法哲學與法社會學論知》〈七〉，〈北京，中國政法大學出版社，2004 年版〉，頁 239~279。

<sup>41</sup>胡平仁主編，法律社會學〈湖南，湖南人民出版社，2006 年 12 月出版〉，頁 14。

會本位之立法傾向成為法學界的一個大曙光。

四、開始用法社會學的觀念來審視和思考**中華人民共和國**的法律現實和法學本身。此階段的學者先後從不同的角度審視**中華人民共和國**的法律制度和立法、司法實踐，較早關注了成文法與習慣法的關係問題，體現了**中華人民共和國**法社會學的覺醒<sup>42</sup>。

其三：法社會學在**中華人民共和國**的短暫繁榮〈20世紀30~40年代〉。

在這一時期，西方許多法社會學家的思想依然是**中華人民共和國**法社會學的主要精神糧食。尤其是龐德，他曾在20世紀30年代多次來到南京、上海等地耕學，二次世界大戰後還一度被聘為國民政府的司法部顧問和教育部顧問，其法學觀點對**中華人民共和國**的法學研究、法學教育以及立法、司法都產生了較大的影響<sup>43</sup>。

不過，如果說20世紀20年代的**中華人民共和國**法社會學還主要表現在對歐美法社會學思潮和論著的解釋方面的話，那麼在這一時期裡，**中華人民共和國**法社會學研究的重點則有兩個：一是對法律本位和社會法的研究，二是對本土法律制度和法律秩序的研究。

法律的本位指的是法律以甚麼為出發點、核心與歸宿，也就是權利、權力、義務何者在法律中居於主導地位。“在**中華人民共和國**法學史上最高提到法律本位概念的學者是梁啟超，但他所說的權利本位和義務本位權集於司法領域，都是與羅馬法相聯繫的<sup>44</sup>”。20世紀20年代隨著法社會學運動的興起，法律本位問題進一步受到**中華人民共和國**法律學人的注意，這一部分我們前面就已講述過。到20世紀30年代，學者對這一個問題展開了全面的研究，並取得了一定的實績。當時有學者指出，是德國學者最

<sup>42</sup>韓業峰主編，法社會學在中國早期發展史略；鄭永流主編，法哲學與法社會學論知〈七〉〈北京，中國政法大學出版社，2004年版〉，頁249~251。

<sup>43</sup>胡平仁主編，法律社會學〈湖南，湖南人民出版社，2006年12月出版〉，頁16。

<sup>44</sup>同44註，頁262。



早“倡導法學是權利之學”、“倡導權利本位說”<sup>45</sup>；與以義務為本位的個人不自覺時代不同“個人自覺時代，法律之觀念，以權利為本位”<sup>46</sup>。我了解到法律的本位是法律的重心，也是法律觀念的重心，他是法律創治的基礎，法律依法律本位的變化而進行。

“社會法”的概念最早是由德國法學家祁克所提出來的，指傳統公法和司法之外的一個新興領域。在法律本位理論的引導下，它很快就成為中華人民共和國早期法社會學理論的一個基本範疇和研究熱點。中華人民共和國對於自己本身本土法律制度有其不同的研究發現，我以下就針對中華人民共和國本土法律制度和法律秩序的研究主要體現在兩大方面來加以探討：其一是法律社會學的實證研究開始得到貫徹，如 20 世紀 30 年代中後期，中華人民共和國許多的法學家將田野調查法運用於社區研究上，進而取得不錯的成績。其二是出版了幾本重要的法社會著作。例如張知本〈1881~1976〉年出版的《社會法律學》，被喻為“近代中華人民共和國法律學人寫的第一本法社會學專書<sup>47</sup>”。這雖然不一定準確，但該專論的確是中華人民共和國在法社會學理論上的第一次系統化和集大成者，在中華人民共和國法社會學發展上有了舉足輕重的地位。

其四：法律社會學在中華人民共和國的沉寂與復疏〈20 世紀 50~80 年代〉。

如果說中華人民共和國對一般的法學在 20 世紀 50 年代前期還有所研究的話，那麼法社會學在 20 世紀 80 年代以前的整整 30 年間則基本上處於沉寂狀態。20 世紀 80 年代初期，中華人民共和國開始有學者提出“法律社會學”的問題。1987 年 9 月，在北京舉行的全國首次法社會學理論討論會正式展開，這標示著中華人民共和國的法社會學研究再次起步，在這

<sup>45</sup>朱采真主編，法律學通論〈台北，世界專局，1930 年出版〉，頁 185。

<sup>46</sup>歐陽谿主編，法學通論〈上海，上海會文堂新記專局，1933 年出版〉，頁 242。

<sup>47</sup>韓業峰主編，法社會學在中國早期發展史略，鄭永流主編，法哲學與法社會學論知〈七〉〈北京，中國政法大學出版社，2004 年版〉，頁 266。

一個階段，**中華人民共和國**的法社會學奠定工作主要體現在兩個方面：

一、翻譯出版了幾個重要的國外法社會學著作，像是美國學者龐德的《通過法律的社會控制—法律的任務》此書出版於1984年，法國學者亨利·萊維·布律爾的《法律社會學》此書出版於1987年等。

二、出版了一些著作介紹法社會學基礎知識和基本理論的教科專書和論文集，如《法律社會學》〈**中華人民共和國**境內首次法社會學會論文集，陝西人民出版社1988年版〉，**中華人民共和國**在20世紀80年代的法社會實績都不是很大，但此階段**中華人民共和國**畢竟有了一個新的起點<sup>48</sup>。

其五：法社會學在**中華人民共和國**的勃興〈20世紀90年代以來〉。

20世紀90年代以來，**中華人民共和國**的法社會學言就開始步入蓬勃發展時期。這一時期來說，首先是以一批國外法社會學著作的集中翻譯出版為標誌的。在這一個時期，**中華人民共和國**法律學者對於法社會學的研究主要體現在三大方面：

一、基礎知識和基礎理論上。在這方面的著作非常多例如：陳信勇的《法律社會學》中國社會科學出版社1991年出版；王子琳主編的《法律社會學》吉林大學出版社1991年版；馬新福的《法社會學導論》吉林人民出版社1992年版；朱景文的《現代西方法社會學》法律出版社1994年版；趙震江的《法律社會學》北京大學出版社1998年版；田成有的《法律社會學的學理與運用》中國檢察出版社2002年版；載建林的《法律社會心理學》廣東教育出版社2002年版；王威的《法律社會學—學科辨析與理論源流》群眾出版社2004年版，李瑜青的《法律社會學導論》上海出版社2004年版，朱景文的《法律社會學》中國人民大學出版社2005年版等。這方面的成果很多，但具有深度和創見的並不多。

二、利用田野調查來與實證進行分析。這方面的成果相對較少，但功

<sup>48</sup>胡平仁主編，法律社會學〈湖南，湖南人民出版社，2006年12月出版〉，頁18。

底深、成就大、影響廣。這部分較為注重的著作有高其才《中國習慣法》湖南出版社 1995 年版和《中國少數民族習慣法研究》清華大學出版社 2003 年版；徐中起主編的《少數民族習慣法》雲南大學出版社 1998 年版；胡平仁的《憲政困境下的習慣法與地方自治——“薩摩業方式”的法社會學研究》法律出版社 2005 年版；田成有的《鄉土社會中的民間法》法律出版社 2005 年版。

三、部門法社會學研究。進入新世紀以來，民商法學、行政學、刑法學和犯罪學等部門法學的一些學者也開始從法社會角度展開一連串的研究，這一部份非常重要。例如許發民的《刑法的社會文化分析》武漢出版社 2004 年版。

我將此五個階段的歷史過程作表 1-4 並詳加分析以讓讀者易懂：

表 1-4 法社會學在中華人民共和國的歷史發展階段表：

代表階段	代表名稱	代表年代和時間	主要特徵及貢獻	代表人物和著作	結果
第一階段	法社會學在中華人民共和國的早期萌芽	20 世紀前 20 年	對歐洲法社會學著作的初譯和法社會學觀念的傳播	法國孟德斯鳩的《論法的精神》和德國耶林的《權力競爭論》為主要的代表著作	為法社會學觀念在中華人民共和國的輸入開啟了第一個平台
第二階段	法社會學在中華人民共和國的初興與自覺	20 世紀 20 年代	1. 社會法學的概念開始在法學領域中出現。 2. 開始較大規模地解釋歐美	李忻、馬顯德等人最早在中國提出“社會法學”概念。他們兩個人分別發表了題為“社會法學派”〈載 1922 年 2	開始從不同的角度審視中華人民共和國的法律制度和立法、司法實踐和社會之間的關聯

			<p>法社會學思潮和論著。</p> <p>3. 認識到了法律本位的變化。</p> <p>4. 開始用法社會學的觀念來審視和思考中華人民共和國的法律現實和法學本身。</p>	<p>月北京《法政學派》和“社會法學派與法律社會化”〈載1923年11月山西《政法月刊》〉的文章。</p>	
第三階段	法社會學在中華人民共和國的短暫繁榮	20世紀30~40年代	<p>西方許多法社會學家的思想依然是中華人民共和國法社會學的主要精神糧食。</p>	<p>代表人物龐德。</p> <p>1. 是對法律本位和社會法的研究。</p> <p>2. 是對本土法律制度和法律秩序的研究。</p>	只有短暫時間掀消失了
第四階段	法律社會學在中華人民共和國的沉寂與復疏	20世紀50~80年代	<p>本時期特徵是處於沉寂之狀態。</p> <p>1. 本時期翻譯出版了幾個重要的國外法社會學著作。</p> <p>2. 本時期出版</p>	<p>1. 美國學者龐德的《通過法律的社會控制—法律的任務》此書出版於1984年。</p> <p>2. 法國學者亨利·萊維·布律爾的《法律社會學》此書出版於1987年。</p>	本時期法律社會學在中華人民共和國有了新的起始點。

			<p>了一些著作介紹法社會學基礎知識和基本理論的教科專書和論文集</p>	<p>3. 《法律社會學》〈中華人民共和國境內首次法社會學會論文集，陝西人民出版社 1988 年版〉</p>	
第五階段	法社會學在中華人民共和國的勃興	20 世紀 90 年代以來	<p>首先是以一批國外法社會學著作的集中翻譯出版為標誌。</p> <p>1. 本時期基礎知識和基礎理論上。</p> <p>2. 利用田野調查來與實證進行分析。</p> <p>3. 部門法社會學研究。</p>	<p>1. 陳信勇的《法律社會學》中國社會科學出版社 1991 年出版。</p> <p>2. 王子琳主編的《法律社會學》吉林大學出版社 1991 年版。</p> <p>3. 馬新福的《法社會學導論》吉林人民出版社 1992 年版。</p> <p>4. 朱景文的《現代西方法社會學》法律出版社 1994 年版；趙震江的《法律社會學》北京大學出版社 1998 年版。</p> <p>5. 田成有的《法律社會學的學理與運用》中國檢察出版社 2002 年版。</p> <p>6. 戴建林的《法律社</p>	法律社會在中華人民共和國最勃興的時代。

會心理學》廣東教育出版社 2002 年版。

7. 王威的《法律社會學—學科辨析與理論源流》群眾出版社 2004 年版。

8. 李瑜青的《法律社會學導論》上海出版社 2004 年版。

9. 朱景文的《法律社會學》中國人民大學出版社 2005 年版等。

10. 高其才《中國習慣法》湖南出版社 1995 年版和《中國少數民族習慣法研究》清華大學出版社 2003 年版。

11. 徐中起主編的《少數民族習慣法》雲南大學出版社 1998 年版。

12. 胡平仁的《憲政困境下的習慣法與地方自治—“薩摩

				業方式”的法社會學研究》法律出版社 2005 年版。	
				13. 田成有的《鄉土社會中的民間法》法律出版社 2005 年版。	
				14. 許發民的《刑法的社會文化分析》武漢出版社 2004 年版。	

製表：筆者自製

### 本段小結：

1979 年，是當代中華人民共和國歷史上一個重要的指標，一種社會變遷被認為是由此開始的。而社會學做為一門科學的恢復也被認為由此開始。

中華人民共和國人在傳統上喜愛建“學”，但建“學”的第一步就是要“造”一個體系，於是法律社會學被宣布為社會學的一個分支<sup>49</sup>。中華人民共和國建國到現在 60 多年過去了，我們已邁入 21 世紀的今日，法律社會學自身在中華人民共和國的發展和所取得的成就，實際是有限的。在中華人民共和國職業的社會學界研究和教學中，法律社會學並沒有形成良好的氣候，在職業的社會學界的領域內，也缺乏眾所公認的主要從事法律社會學研究的有影響之學者。當我研究此部分時我發現中華人民共和國一個非常奇怪的現象出現在我面前，就是當社會開始不斷地強調法制發展的時候，研究這種社會變革的中華人民共和國行政法學界先敬們卻很少人會

<sup>49</sup> 《中國大百科全集·社會學》〈北京，中國大百科全集出版社，1991 年版〉，頁 54。

把法律現象作為一種社會現象那入研究視野內，這是非常嚴重的一個問題  
50。

中華人民共和國至今一直強調“法治”的重要性的必要性，中華人民共和國人民認為“法治”是社會的現代性的特質和指標之一，而由於一種傳統使然，中華人民共和國人民的法律意識更多地表現出一種“法治”觀念，而在同一個環境下的以研究社會變遷為己任的社會學家中的不少人的法律意識也並不比一般民眾強。正是由於這樣的一個原因，法律社會學在這 60 多年的歲月裡在中華人民共和國境內的發展成就一直很有限。在相當長的時間內，職業的社會學界內的不少人的著述指反映出最外圍的社會制度現象，滲入內部更深入研究的卻寥寥無幾。

我相信只有深入的理解才能開創中華人民共和國新的一條法律社會學之道路，因為我知道理解為人們在特定結構關係中的一種行為方式，這樣才能回答變革中的中華人民共和國社會對法律社會學提出的任何問題及困惑。

## 二、研究方法

### 一、歷史分析法

歷史分析法包含著社會學家、政治學家及其他科學家對歷史方法的使歷史分析法是事務通過時間連續而構成的變化過程，歷史研究是從歷史資料中發現可供研究的題材，並分析解釋已發生的現象，進而瞭解過去、現在與預測未來的方向。本論文採用歷史分析法，就是為了意圖要去瞭解中華人民共和國政府如何去跳脫出昔日一黨獨大的統治方式，從政府和人民之間存在的因果關係，來探討中華人民共和國未來在行政強制法制上的發

<sup>50</sup>李楯主編，法律、司法制度與法律社會學〈北京，社會科學文獻出版社，2007年6月出版〉，頁432。



展。

## 二、 文獻分析法

在社會科學研究中，蒐集資料是為了驗證問題獲解決問題，但必須採用適當的方法加以分析，已使原始資料成為分類化、系統化、及簡要化的結果。經由各種途徑，廣泛收集各種文獻資料，並予以整理分析與歸納。學術的研究，首重就是方法論。方法正確，才能得到正確結論，亦可確保研究主題客觀性及批判可能性，而非個人主觀意識的辯證。文獻分析法是指有系統的蒐集有關資料，且客觀的評鑑資料，以檢驗研究對象或事件的因果趨勢，而有助於解釋現況與預測未來的一種歷程<sup>51</sup>。一般文獻分析主要分為官方及非官方文獻等兩種，藉由廣泛閱讀公開的資料，加以邏輯推論與分析，適當的描述並批判演繹出決策的重要成分。本論文所收集的文獻包括了在 2000 年前尚未對行政強制發展注重時，民間學者發表之重要論證和發現的問題疑惑以及當時中華人民共和國政府對其問題所提出的政策和想法。在 2000 之後中華人民共和國政府和民間學者對其法制的發展又有哪些重要的論證和發表的相關文章，作為本論文的主要文獻依據與參考素材，試圖從中歸納出中華人民共和國在現階段和未來日子中中華人民共和國政府如何去發現行政強制法制所的真正意涵。

## 三、 制度分析法

即以法制面為輔，彙整中華人民共和國在 2000 年以前和 2000 年之後中華人民共和國當局在行政強制上相關的法律、行政法規、規章，即以執行面為主，用案例的判斷來看制度程式上相關的問題，以作為本論文之參考<sup>52</sup>。

---

<sup>51</sup>James H. McMillan, Sally Schumacher 著，王文科編譯，質的教育研究法〈臺北，師大書苑，1994 年〉，頁 12。

<sup>52</sup>廖坤榮，我國實施替代役政策執行成效評估—以法務部行政執行機關為例，國立中正大學政治學所，94 學年度。

#### 四、 比較研究法

即以外國實務上的經驗和學說理論，本論文提及到德國、日本以及中華民國三國予以比較分析異同，以此為本論文之參考。

#### 五、 案例分析法

本論文有提及到五個案例來分從不同的時期來分別敘述之，並由個案例的分析從中看出政府和人民之間的關係。

#### 六、 資料來源

中華人民共和國重要的法律資訊來源取得於全國人民代表大會法制組。期刊、報刊、雜誌、評論文章，如法學研究、當代法學、行政法制、中國法學、。電子報、網站資料、如全國人民代表大會網、人民網、新華網、中國網、法制政府網等。其他資料的取得來源及管道包括：行政院大陸委會大陸資訊及研究中心、國家圖書館、文化大學圖書館、自行購買閱讀相關書籍等。

#### 三、 研究範圍

本論文分為兩個時期來研究，第一個時期從 1949~1999 年底，這時期中華人民共和國經歷了建國建黨，進而黨內部個人為了權力而互相鬥爭，到了 1966 年又發生了十年文化大革命，幸而鄧小平上任後中華人民共和國情勢才慢慢緩和下來，這一時期因為政治局勢得不穩定，所以政府在對行政強制法制發展這部分也不是很重視，關於行政強制在法律等部分的規定也很分散不夠於集中，這就是這一時期的基本狀況。再而第二階段是由 2000 年初到至今，因為在 1993 年的 3 月就有一些學者就不斷的針對行政強制的部分提出或發表許多的論文和專著，不斷的為人民在發聲，進而使中華人民共和國當局近幾年來越來越重視行政強制這部分，所以在 2005 年 12 月就有行政強制法〈草案〉的產生，而本論文會針對這兩個階段分

別提出其法制面的發展和執行面的發展來進行研究，但本論文主要的重心主要還是放在執行面得探討，去深刻的瞭解中華人民共和國政府未來是如何去面這嚴重且重要的法制發展<sup>53</sup>。

### 第三節 研究限制

限於研究者之外語能力不足，在本文述及外國立法例與學者見解時，無法完全參考第一手的文獻，而必須靠譯文或引用其他資料，雖本文力求正確，但疏漏仍在所難免。此外，受限於研究者本身之法學程度與學術能力，本文在觀念釐清與演繹推導方面，亦可能會有疏漏或未盡周延之處，或對某些法律概念與體系產生以偏概全之誤。另受限於研究者之時間與能力，本文將以理論及法規之分析整理為主，實務問題為輔，對於最基層之行政實務問題，較未能全面及深入剖析，亦為本文研究之限制。又本文係以法律社會學之對經濟層面和政治層面為主要研究範圍，從社會學的角度來看法律，故就個人之論述檢討部分，僅擇本文認為具探討實益者為之，故亦有疏漏或未盡周延之可能。

---

<sup>53</sup>趙九燕，中外法律文獻研究〈北京，北京大學出版社，2000年版〉，頁37。

## 第四節 研究內容及架構

### 一、 研究內容

本論文主要是以 1949 年中華人民共和國建黨建國後至今，中華人民共和國行政強制法制發展的歷程。且本論文並不是以法條為主來探討中華人民共和國行政強制法制的發展，而是利用法律社會學中社會學得的觀念，來針對中華人民共和國經濟層面和政治層面中行政強制法制之重要性之存在以及其相關聯之事務。

### 二、 研究架構

本論文分為六章，簡要分述如下：

第一章 緒論，說明本論文之研究動機、研究目的、研究方法、研究途徑、研究範圍、研究限制、研究內容、研究架構及文獻探討。本章做為本論文的首章，一開始就要去將中華人民共和國行政強制這名詞下一個完整的定義，並進一步的瞭解中華人民共和國政府為什麼要想將此法制的發展如此快速的施行，其根本原因和具體的動機何在？而在此形成過程中，其中其存在的必要性和核心價值又何在？本論文一開始就將其清楚的論述而後才能進一步的加以探索，這就是作為本論文研究架構所在。

第二章 探討世界上關於行政強制法制之基本概述和基本原則再將中華人民共和國和國際情勢來進行比較分析。本章將中華人民共和國行政強制法制基本概述分為行政強制措施和行政強制執行兩部分，但最值得重視和質的研究問題最多的卻是第三部分也就是即時強制，再來就是境外比較，本章選擇了德國、日本、中華民國三國來和中華人民共和國來比較分析，

因為同樣的一詞或同一個法制的發展在每個國家中所存在的意義也不同，本章也會詳加論述。

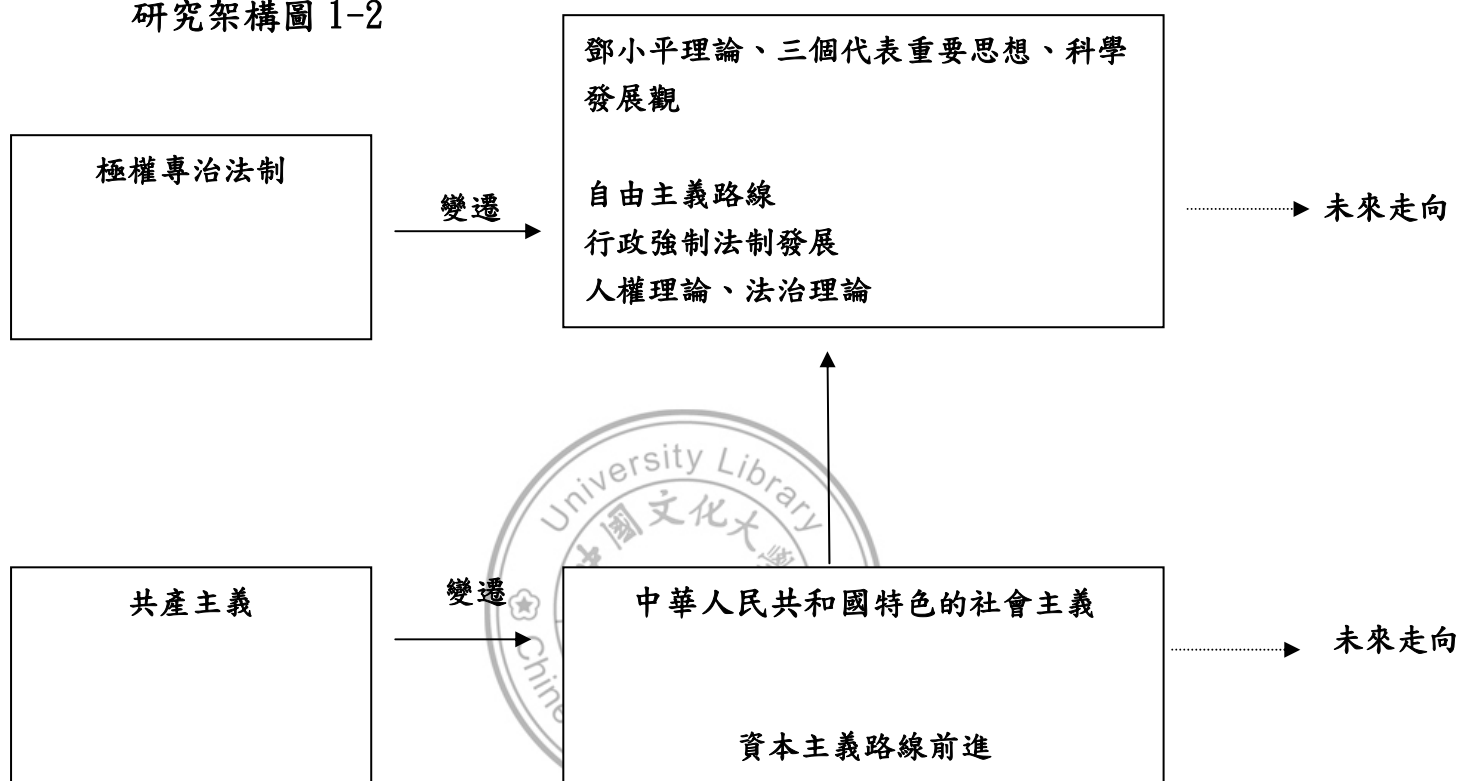
第三章 探討中華人民共和國行政強制法制之發展，因為我發現中華人民共和國和別的法制國家不同，中華人民共和國在1949年建國之後它們就一直施行共產主義、社會主義到至今，本章中我將利用歷史論述的方式將昔日至今，中華人民共和國政府官方就行政強制這方面相關所定過的草案來加以分析瞭解，去分析中華人民共和國政府從昔日到今對行政強制法制發展的重視度高低？最後再去探討中華人民共和國行政強制法現行立法之動態之走向。

第四章 探討中華人民共和國行政強制法制研究之內容，本章我以法社會學的角度去觀察，本章中主要是利用法律的社會結構模式下，探討其一行政強制相關規範的分析，再則其二探討角色〈政府和人民〉分配上的問題？最後再去深入瞭解法律社會化〈政治層面和經濟層面〉的形成，進而產生的問題，未來會不會在中華人民共和國行政強制法制發展上造成正面效果進而以產生影響？而在未來中華人民共和國在施行道路上在發生社會衝突上時，其可否形成一個有用的武器？這都是本章所研究的重點所在。

第五章 探討中華人民共和國行政強制法制發展改革思路之評論，目前世界上有四種關於行政強制法制發展所代表的領導思路，而本章中我就這四種領導思路說明出其優缺點並就四種領導思路，就自我的評論和其他學者之間提出的評論找出最佳的見解。討論出中華人民共和國在未來的日子中，中華人民共和國政府應該以哪種改革思路為最佳的領導路線。

第六章 結論，將回顧整篇論文，總結本論文的分析，提出主要研究發現，並與其做深入對話，最後做出評估與展望。

研究架構圖 1-2



## 第五節 理論分析和文獻探索

### 一、 理論分析

#### 一、 法治理論

##### 第一項：世界法治發展史

提到「法治」任何研習英美憲法的人士無不立刻聯想到英國的戴雪〈Albert Venn Dicey，一八三五~一九二二〉，她最重要也是對世人影響最大的一部著作就是一八八五年產生的《英國憲法學導論》<sup>54</sup>，其中第二章第一節就有提到“人民非依法定程式，並在普通法院前證明其違法，否則不能遭受財產或身體上不利的處罰。”這就讓我們瞭解到就是防止「人治政府」行使廣泛、擅斷限制人權的裁量權力。就它的理論而言就是要政府行使獨斷的行政權。這就是我研究中華人民共和國行政強制法制發展的基礎理論<sup>55</sup>。接下來我就以中華人民共和國本身法制的發展及演變來詳細敘述。

##### 第二項：中華人民共和國從人治到法治的過程

在相當長的一段時間內中華人民共和國沒有完善的法制，許多的領域內沒有法律可循。最近十幾年來中華人民共和國當局立法速度是迅速的加快當中。從1996年初~2001年底當中就有將盡100多個法律被制定通過進而施行，2002年初~至今也產生了許多的法律，其中我所研究的行政強制法雖然至今還是在草案的階段，但不久的將來一定能如願成為正式的法律條文進而實施。根據以上的說法，我可以說，從本世紀末到下一世紀初，中華人民共和國社會中的主要方面，法律的空白現象將會根本的改變。二

<sup>54</sup>陳新民，法治國家論〈台北，學林文化事業有限公司出版〉，頁46。

<sup>55</sup>Dicey/Wade，頁187。

十世紀末**中華人民共和國**可以消除「無法可依」的局面。但我一定要有一個概念，就是說法律並不等於就有法治，就像一個國家有憲法並不等於就有憲政一樣。**中華人民共和國**的立法速度近年來是非常快速的，但立法速度越快，相對的它和執法之間所產生的矛盾也就越來越突出。**中華人民共和國**長期對於封建社會也有一套完善的「王法」，但執法者高於法律的「王法管人，我管王法」的觀念甚為嚴重<sup>56</sup>。到了今日將要朝向民主道路的**中華人民共和國**而言，這種影響依然不能忽視它的存在。**中華人民共和國**法律制度中有一個不可忽視的現象：如果某一個法律中沒有規定特定的執法機關的話，那麼這部法律就會變成一部沒人管的法律，必然得不到應有的貫徹；如果規定特定的執法機關，那麼該執法機關就將從立法中獲得特殊的權力，這種權力就可能成為「凌駕於社會之上」的特權，就可能成為謀取私利的一種權力。立法和執法之間的這種矛盾，本質上就是法治和人治之間的矛盾。現今的**中華人民共和國**雖一直在強調走向法治的道路，但我發現**中華人民共和國**政府當局，不管在法律上的制定、施行，一而在再而三所呈現給社會大眾的觀感還是停留在人治的階段，所以我希望此一問題**中華人民共和國**當局應該強烈的去重視它，畢竟從人治到法治的這個漫長的階段，**中華人民共和國**又是一個社會主義、共產主義的國家，一步一步的向前邁進必然比其他民主國家來的辛苦。

**中華人民共和國**幾千年行政權無限龐大，對行政權缺乏必要的監督、制約手段，這也是**中華人民共和國**缺少政治民主化的傳統。**中華人民共和國**建立之後，特別是近幾年來，人民代表大會制度更加的完善史的它對各級政府單位有了更堅強的監督機制，而且制定法律的立法權就是只屬於全國人民大會。但**中華人民共和國**的政府依然享有一定程度的立法權——也就是行政立法權。行政立法權它可以制定行政法規，至於行政法規依然是法

---

<sup>56</sup> 南京大學法律評論，1996年春季號，頁15-17。



院審理案件所必須要遵循的。如何完善對政府龐大權力的監督依然是完善中華人民共和國法制建設的一個重要內容。回歸到本論文所研究的問題上，在《行政強制法》尚未成為正式法律時，已經通過的《行政訴訟法》和《國家賠償法》在這一方面為中華人民共和國邁向的重要一步，我相信不久的將來，當《行政強制法》正式通過施行時，中華人民共和國會更為強壯，更加民主化<sup>57</sup>。

### 第三項：中華人民共和國的目標：法治是人權保障的核心

兩千多年來，中華人民共和國的政治哲學，有兩種對立的思想，旗鼓相當，莫衷一是。簡單的來說明，也就是人權與法治的爭論。儒家有「人存政舉、人存政息」之說，希望有聖賢鄉出而德化萬民，治理國家；法家有「任法不任人」之說，強調「王子犯法，與庶民同罪」；至於「徒善不足以為政，徒法不足以自行」之說，則不過是對所謂人治與法治意見的調和。

有上述可見，法治思想側重予以國家的法律為管理眾人之事的依據，而不以統治者個人的喜怒安樂，為國家施政的標準。人民固然要守法，遵守法律的規定，行使其權利，克盡其義務；管理國家政務的人，也要遵守憲法及其他法律的規定，謹守其職權的範圍，不可濫用權力，侵害人民的自由及其法律的規定的權利。管子所說的「君臣上下貴賦皆從法」，這就是一個國家要走向法治的最好且就有利的解釋。

在中國傳統的社會中，在專制時期「朕即國家」的觀念影響下，所謂的法治，重視在政權的維持而輕視人民權利的保障。專制君王的政權或由馬上得來，或由世襲得來，前者是無法統的政權，後者則是有法統的政權。無法統的政權以暴力控制，不講求政治的方法，更無所謂法制。有法統的

---

<sup>57</sup> 彭懷恩、俞可平主編，中國轉型的挑戰-大陸改革開放二十年論文選-政治文化篇〈台北，風雲論壇出版社〉，頁 112-113。

政權，必有其政治的方式，而所謂「法統」的來源和基礎也就是這種政治方式，其最大的特點辨識人治和法治的不分離。即「當權者的慣用形式與法統發生衝突時，後者必然退避，但不一定放棄法統的說法，而是改變其內容。當修正權力慣用形勢比更改法統更蒙羞損失時，則役畢要更改其後者。<sup>58</sup>」

我從上段引述的這段話中了解到，一個專制政治的國家就像昔日的中華人民共和國它是完全由統治者個人的主觀意志和自身的利害關係來行使政權的。當人民的權利與政權抵觸時，便不能得到法律的保障，但中華人民共和國隨著時代的變遷，人民思想的茁壯，不斷的進步及改變已成為了現今我們所稱的中華人民共和國。現今的中華人民共和國雖依就是以共產主義為最終的依歸，一切的指令都是以黨的指令為最後的方向，但近幾年來人權的觀念已在中華人民共和國境內不斷悄悄的成長不斷的竄出頭來了。一切的歸功在於法律的產生在中華人民共和國是有效的，任何一個法制的發展在中華人民共和國是有用的，回歸到我所研究的行政強制法制的發展問題上，它是有用且有效的，所以在研究此發展的過程中，人權的問題及發展是一個非常重要且息息相關的部分。

因此，我可以了解到中華人民共和國在專制時代所遵行的法治，造福人民只是手段，保持政權才是真正的目的。所以，我可以說歷史上的人治和法治之爭，單就從政治哲學面來說，是思想進步的一種象徵；但就從實際政治面而言，則法律不以保障人權為目的，而是以維護政權為目的，根本就不是法治，在本論文的第四章就這部分有深入的說明和解釋。

中華人民共和國在朝向民主政治的過程上，它至今依就跳脫不出昔日專制政治的陰霾，因為世界上民主國家中，民主政治下的法治與中華人民

---

<sup>58</sup> 獎均田，新政治學解釋〈台北，世界新聞專科學校，1962年版〉，頁96。

共和國專制政治下的法治，兩個屬於截然不同的概念範疇。民主政治所依據的法律，代表的是人民的意志，這些法律的內容，也是人民意志的具體表現。

民主是一個過程，民主政治有一個逐步實現的階段。在這個過程或階段中，人民的利益及要求也會隨著時代的不斷變化而有所變化，所以法律也必須隨著時代的變遷而有所進展。民主政治時代的法治觀念，我從兩個方面奠定政權的基礎：一個是法律的保守性，可以表現維持秩序的功能；另一方面是法律的適應性，可以調節政治方式和人民的意向。這兩方面缺一不可、相輔相成的。世界發展到今天，人類許多問題都在不斷變化，新的挑戰也層出不窮，把政權的基礎完全放在武力統治上，民意便會受到限制，政權也不會長久。反之，如果懂得「世易時移、變法宜亦」的道理，把法律看作是一個動態的概念，不斷調整其內容，則法律的尊嚴不僅不會喪失，人民的權利還是會得到更好的保障。從這個角度來說，西方現代某些法學革新理論，如拉斯威爾的「法律非立法者獨自制定，守法的人亦有其份，法律條文若遭普遍異議，則失其所以為法律亦」觀念<sup>59</sup>，諾斯羅伯「法律須受人民的最新立法代表之控制」的觀念，值得我當作借鏡。

#### 第四項：現今中華人民共和國社會主義法治和社會主義法制之比較

眾所皆知，中華人民共和國再三強調所要加強的、健全的是指社會主義的「法制」，而不是社會主義的「法治」。就「法制」而言，中國早期的「法」與「禮」相對稱，僅有刑罰意義，偏重刑獄律例方面；而「制」與「令」同意義，唯範圍稍廣，包括了典謨章則，涉及政治規範層面。一般而言，「法」與「制」各有其界線，亦可互用，因為制度的形式，其具有強制力者，往往皆以法令為基礎。因此，「法制」遂有廣義和狹義兩說。就狹義而言，法制即指刑罰，即以法律上的制度為限，凡與訟獄無關的制

<sup>59</sup> 諾斯羅伯主編，東西會合〈台北，台灣新世紀叢書，1972年版〉。

度，皆不列入；就廣義而言，法制則應包含法律與制度，並不限於法律單一方面，應兼即一切典章制度<sup>60</sup>。

在中華人民共和國傳統的觀念上認為，奴隸制國家和封建制國家的特徵，就在於「容許法律制度的分立、不統一」，也進一步的認為資產階級國家對法制是「從沒有也不可能有一套統一的解釋」。但反觀中華人民共和國卻習慣地統一從資產階級觀點來看待法制，認為法制必然是要按照統治階級自己的意志，制定成法律，以及建立維持其統治秩序的法律制度。現在問題來了，現今的中華人民共和國當局不斷的產生許許多多的法制，其目的就是要增進人民的權力，就是要走向以「人民」來代替傳統的一黨獨大、一人獨權的統治階級，但我們深刻的去了解，卻難理解到中華人民共和國現在的走向情況到底誰是統治階級？誰是被統治階級？卻不是像當初所提出以「人民」為主體統治階級的情況。因此，我所謂的「社會主義法制」，於其說它是「社會主義法制」還不如乾脆指稱是：「社會主義國家按照工人階級和廣大人民意志建立起來的法律和制度」，這樣較為妥當。

其實中華人民共和國企圖統一解釋其社會主義法制，也是不容易的。中華人民共和國自己也承認：「在現實生活中，無論是法學界或是政法實際工作者，往往從不同的角度、不同意義上來解釋和使用社會主義法制這一個概念。<sup>61</sup>」

我進一步的從靜態和動態兩方面來分別看中華人民共和國社會主義法制和社會主義法治，先從靜態方面來說：所謂社會主義法制是指通過國家機關創制的，代表工人階級和全體人民意志的法律和制度，基本上這種

---

<sup>60</sup>許光泰主編，中共法制論〈台北，台灣商務印書館〉，頁371；林永榮主編，中國法制史第四版〈北京，法制出版社〉頁1。

<sup>61</sup>北京大學教材書，法學基礎理論新版本〈北京，北京大學出版社〉，頁316。

意義的社會主義法治與社會主義法律相當；在動態方面，所謂社會主義法制則為嚴格執行和遵守法律和制度，依法進行活動的一種方式，這種意義上的社會主義法制，是與社會主義法治的基本涵義相同。由此觀之，儘管中華人民共和國統一從階級觀點來看待法制，實際上其社會主義法制還是「一個多層次的概念」、「不僅包括靜態的法律和制度，而且包括了法律制定、法律實施、法律監督等一系列的動態的活動過程，是立法、執法、守法和法律監督等內容的有機統一體，其中心環節是依法辦事。」無形中使得社會主義法制就等於「立法、執法、守法」三方面，而又偏重於依法辦事的制度，有法制制度以來中華人民共和國法學界大都持如此的看法，而現今大多的學者有持相同的看法<sup>62</sup>。

上述這種看法，無異是將「社會主義法制」和「社會主義法治」等同起來。雖然「法制」和「法治」在馬克斯和恩格斯的著作中，是相互通用的，也是有所關連的，但兩者卻不能混為一談。我把以下分為三點來進一步說明為合兩者不可混為一談：

其一：因為「法制」和「法治」是屬於兩個不同範疇的概念，法制〈法律制度〉是相對於政治制度、國家制度、經濟制度、軍事制度、文化制度、教育制度等來說的，而法治僅僅只是一種治國的理論、原則和方法，是相對於「人治」而言的。

其二：實行法治的主要標誌，是要有比較完善的法律和制度、任何國家機關、社會團體或公民個人遵守法律，嚴格依法辦事，因此法制和法治兩者在內涵和外延也都不一樣。

其三：任何國家在任何一個歷史時期都有他自己的法律制度，但不一定都是實行法治，亦即即使是人治的國家，依然也會有自己一定的法律制度。

---

<sup>62</sup>許光泰主編，中共法制論（台北，台灣商務印書館發行），頁 372。

綜合以上所言，我可以得到法治的理論和原則應該是法制建設不可缺少的指導思想，如果堅持實施法治，則法制的建設就會前進興旺；反之，如果是否定法治，則法制的建設就會停滯不前。

在昔日的**中華人民共和國**當局而言，當然寧願認為其社會主義法制就是社會主義法治，其實這都是**中華人民共和國**一廂情願的想法。儘管在「法制」和「法治」有上述許多的爭論，但我認為**中華人民共和國**當權者在未來的日子中一定要想清楚，如何帶領現今的**中華人民共和國**從人治到法治，再從法治到建立一系列有利於民眾的法制。進一步來說，即使有法，或者重視法的作用，並不等於實行的就是法治，如果把法的存在或建立法制認為就是法治，就會把歷史上所有統治者都認為是實行法治，這是錯誤的觀點。**中華人民共和國**內部有識之士曾嚴厲的提出呼籲這個荒謬的想法和看法，**中華人民共和國**當局卻充而不聞<sup>63</sup>。

其實**中華人民共和國**當局內部人事和相關學者大聲赫擊其錯誤的觀念，卻受到當局者熱臉貼冷屁股的對待，是非常不對的。其實就我所了解，真正法治的首要條件，就是要先有「良好的法律」，認為有了良法，全國人民上下才會依法而治，才会有制度可循，才有有法治的產生，進而有法制的誕生。因此，**中華人民共和國**自詡其「社會主義法制」就是「社會主義法治」的傳統觀念，經過以上的事證和論述，根本就是不通的，根本就是講不攏的<sup>64</sup>。

## 二、人權理論〈the Right of human theory〉

### 第一項：世界人權發展史

時至今日，人權一詞和其內涵已成為世界所公認，不僅自由主義國家

---

<sup>63</sup>謝次昌，法治和人治問題的討論情況，人民日報第五版，1981年8月24日出版。

<sup>64</sup>許光泰著，中共法制論〈台北，台灣商務印書館〉，頁373-374。

相近實踐，即使共產政權、藐視人權且貶抑人權為資產階級之餘毒者，亦不敢完全無視於國際上對關人權的指摘，就西方人談人權，一般都從 1215 年被迫簽屬大憲章為先例，實際上，在希臘名哲亞裡斯多德的著述中，早已發現人權思想和名詞，為英國卻居形成人權之首。二次大戰以後，德國基本法第十九條第四項規定，人民的權利受到公權力之侵害者，皆得向法院請求救濟，而其行政訴訟亦改採概括主義，加以法治國家之要求與人權理念之重視，益發使得特別權力關係理論之合法性與合理性受到嚴重質疑<sup>65</sup>。

權利是個歷史範疇，是社會經濟發展到一定階段的產物。權利和階級、國家和法的產生密切相關。因此，人權觀念的產生和發展也並不是資產階級專有的階級現象，它的歷史起始點要追溯到人類原始共同體的端點。而從這一端點發展到現代，人權所經歷的旅途，可謂歷盡艱辛。

在人類的歷史上，比較早的成文法有：古巴比倫王國的《和摩拉比法典》，古希臘的《德拉古法》，古羅馬的《十二銅表法》以及中國春秋後期的《刑書》、《法經》等。但在有了國家和法的產生後，權利和義務逐漸區別開來了，對立起來了。人類因此人權的觀念也慢慢的蓬勃發展產生。在古代奴隸社會中人權的觀念已有初步的萌芽，但是由於歷史的限制，這格時代的人權觀念和啟蒙學者的學說相比，顯的殘缺不全而且十分幼稚。但是，我不得不承認，就是在奴隸社會中，畢竟存在著奴隸要求民主與自由的抗爭，畢竟出現了一些初步的人權觀念。

人權真正被視作為個人政治及法律權利的要求，是近代資產階級革命時期的開始的。這包含了兩個重要的原因：〈1〉在封建制度下，封建人權的中心內容是維護封建土地所有制，確認農民對封建地主的依附關係。〈2〉封建時代往往是宗教、迷信盛行的時代。

在西方十七世紀時，當時西方人權的思想主要反映了資產階級的經濟

<sup>65</sup> 中國人權協會，人權法典〈台北，大學館出版社〉，頁 1-2。

利益和政治訴求，目的在於維護資產階級的私有制，確立資產階級的統治地位。到了十八世紀七〇年代北美人民獨立戰爭的爆發，越來越多的人為了自己的權利在奮鬥。在人類史上《美國獨立宣言》是人類史上第一個人權宣言，它的思想雖帶有濃厚的宗教色彩，但卻透露出一個重要的人權原則：人生而平等自由<sup>66</sup>。但與《美國獨立宣言》相比之下，法國大革命頒布的《人權宣言》對人類發展的影響同樣廣泛而深刻。法國《人權宣言》提出了「法律之前，人人平等」的觀念<sup>67</sup>。

法國《人權宣言》一誕生，就把人權與法制緊密連結在一起，如果說，《美國獨立宣言》是一篇政治宣言，具有政治綱領的效力，那麼法國《人權宣言》作為已經取得國家政權的國民議會文件，則是一個憲法性宣言，它所提出的原則後來都成為世界各國憲法的依據，當然無可否認的，中華人民共和國的憲法產生和依據都跟這個有著深厚的關係<sup>68</sup>。

人權無論就其內容還是形式都是發展變化的，是逐步演進的。資本主義社會到來以前，古代社會的人權內容與形式都是極其簡單、粗陋和殘缺不全的。在漫長的奴隸社會和封建社會時期，人類不僅沒有明確的人權概念，更無有系統的人權理論。到了近代資本主義社會，有些學者才提出明確的人權概念，創立了有系統的人權理論，賦與人權明確的內容和完整的形式。人權的基本內容被用國內法的形式固定下來。於是，人權就發展到較全面、成熟的階段，並通行於世界上資本主義的國家。

到了二十世紀以來，經歷了兩次的世界大戰的慘禍，世界人民更加珍視和平，爭取基本人權的奮鬥也越來越受國際社會所重視。到了現代二十一世紀，世界上不管是已開發國家或開發中國家、不管是民主國家還是共產國家的政府及人民對

---

<sup>66</sup>世界通史資料選輯，近代部分，上冊〈台北，商務印書館出版，1964年版〉，頁93-97。

<sup>67</sup>Puckett, Charles, Documents of Human Rights, Bloomington: Indiana University Press, 1970, p267。

<sup>68</sup>孫哲主編，新人權論〈台北，五南圖書出版社〉，頁25。



於人權的重視是愈驅提升，當然本論文中的中華人民共和國雖然至今依就以一黨獨大、黨為最高領導依據的觀念在統治人民，但由於人民不斷的爭取權利，不斷的給政府施壓還有中華人民共和國有受到國際的情勢影響下，近年來中華人民共和國政府對於人民的人權也是解除了許多的禁令，對於人權的觀念也逐步的跟上世界先進國家的步伐在邁進<sup>69</sup>。

## 第二項：人權與法治之關係

崇尚法治，保障人權，乃是現代民主國家為證之基點所在，亦為人類社會生活所應有之基本需求。有人權但無法治的情形下，則人權失其保障；有法治但無人權的情形下，則其法治失去其真義，所以法治和人權之間有種互不可分的密切關係。

我們先從人權說起，人權的涵義甚廣，包括多端，其最主要者，則為人身之自由，亦即人民身體不受國家非法侵害之權利，實為人民各種權利之基本權利，為一切權利之基礎，因身體自由若不獲得有效之保障，擇其他如言論、講學、居住遷徙及宗教信仰等自由權利，均將流於具文，而無所附麗。所謂皮之不存，毛將焉附？就是說必須要先有身體的自由，始得享有其他之自由權利，因之，所謂的人權，雖不以人身自由為限，惟不疑問的與人身自由發生連想作用，或給與人身自由同一觀念。從而人身自由之保障，亦即為人權之保障。

人權之應以法律為保障之，始自英國一六七九年頒行之人身保護法〈Habeas Corpus Act〉及一六八九年頒布之民權法典〈Bills of Right〉，英國本位不成文法典的國家，獨於人身及民權事項，制定法率明文規定，以構成其不成文憲法之一部份內容，足見其對於人權之重視，以法律保障人權，可為人權之法治，法治之人權。

嗣後美國於一七八七年制定憲法，其前言中即皆示：「美國人民為建

<sup>69</sup>孫哲主編，新人權論〈台北，五南圖書出版社〉，頁26~27。

立更完善之聯邦，樹立公平之司法制度，增進全國人民之福利，並謀今後人民樂享自由之幸福起見，緩制定美利堅合眾國之憲法」等語。其以憲法規定尊重人權，保障人權，實為世界各國均以保障人民之權利納入於憲法之缺失。其後美國總統林肯為了要解放黑奴，保障人權起見，不惜引發南北戰爭，而終獲勝利。因而以法治保障人權之觀念，越來越受是人所特別重視。

法國於一七八九年大革命時所發表之人權宣言，規定人民之各項權利及自由，乃基於盧騷等學者天賦人權說之鼓吹激盪，嗣後歷次共和國之憲法，均以保護人權之基本原則，鄭重予以確認，於是以法治保障人權，遂成為現代民主法治國家當然之職責。

現在的共產政權國家，也就是本論文所提及到的中華人民共和國，它所在內之人民，經過這幾年來不斷的反極權、反迫害、反奴役、進而爭取民主、爭道義、爭自由，一言以蔽之，即是在爭取人權，爭取法治得人權保障。

美國昔日總統卡特自主政以來，及非常重視人權之問題，他強調人權之保障，形成為人權之外交，姑無論其所為之人權，在觀念上及運用上有無雙重之標準，唯要以引起國際間廣泛之重視與支持，無他，人權應予尊重和保障，應以法治保障人權，而人權知是否受有保障，亦可以衡度其國家之是否法治<sup>70</sup>。

### 第三項：人權與法制之關係

人權與法制，無論以歷史發展的客觀實際看，還是從各自的內在要求來看，都是互相制約互相促進的。

我去探討人權和法制之間的辯證關係，線索有以下幾個條件：從人權的產生、發展來看，人權是一個法律範疇；從人權的內容和形式來看，人

---

<sup>70</sup>管歐主編，行政法論文選輯〈台北，五南出版社〉，頁374-375。

權和公民權有密不可分的關係；人權的理論和實踐顯示，人權是有一定限度的，具有法制性的特徵，與不干涉他國內政的原則是一致的<sup>71</sup>。

#### 第四項：人權與憲法之關係

##### 當代人權意識形態的憲政保護

今天這個時代，可以說是個憲政的時代。無論從哪一方面來看，憲法現已成為描繪國家的基本國策、基本制度的最基本的法律文件。然而，直到現在，世界上也還有不少國家沒有真正掌握憲政的根本涵義。一些國家僅僅把憲法是做國家的誕生、國家獨立的標記，當作是一種意識形態的宣言，一些國家以憲法規定了政府的形式，但卻拒絕用憲法對政府的權力進行必要的限制，還有一些國家打著憲法這面旗幟，在實際政治、經濟以及文化生活中卻常常出現嚴重踐踏人權的行為。尊重人權，以憲政來充分有效地保障人權，已經是世界各國，不管是民主國家還是共產國家必須且必要去正視的一個嚴肅之挑戰。

針對這一小部分我先從西方世界來深入探討，首先，在傳統上來看，英國法學界對於人權這個概念並不太重視，與其他西方一些國家相比，英國的司法系統對這方面的關注實在很少。但是，從道德意義方面來講，人權天經地義應當是法律保護的對象，雖然前段說明把英國好像闡述的並不重視人權，但它卻是世界上第一個提倡人權的國家。二十世紀以來世界憲法的重要趨勢便是行政權的擴大，國內法和國際法的聯繫加強，不管是在西方的英美德等國或是本論文所研究的中華人民共和國，都非常重視各各問題。

我按憲法的本質來分，可以區分為資本主義類型的憲法和社會主義類型的憲法。本論文所研究的中華人民共和國就是屬於後者，而我不管是以什麼方式為標準，不管是資本主義類型的憲法還是社會主義類型的憲法的

---

<sup>71</sup>楊庚主編，論人權與法制〈北京，北京師範學院學報社會科學版，1991年，第2期〉，頁18-19。

國家，當我談及到人權意識的憲政保護時可以包含以下幾項可行之途徑：

1. 以憲法中明確規定的有關人權保障條文來反對及懲治侵犯人權的行為。
2. 在充分考慮、研究過憲法有關的條文之下，把社會輿論、公共道德等因素納入審視範圍，通盤制定國家有關人權的保障措施。
3. 在實施憲政的過程中，從多元角度審慎地判斷每一件侵權案件，避免法官把自己的社會觀念作為唯一的判案之標準，充分保證社會各階層的人士都能對案件發表意見。
4. 本著憲法保障人權的總體精神，建立和健全保障人權的各種制度、體系，克服「雙重標準」及其他人為因素可能造成的錯誤。
5. 特別注意憲法對人民最基本的人權之保障，在此基礎上，我相信不管是民主國家還是共產國家，如果政府可以僅僅記住這個概念，我相信各國可以逐步地提高自己的人權保障之水準<sup>72</sup>。

皆下來的內容中，本人分為兩小部分來加以介紹，第一小部分說明到人權與法治之間的雙重辯證關係，第二部分則說明到一個國家最重要的憲法和人權之間的關係。以下我先從第一小部分敘述之：

#### 〈一〉 人權與法治的雙重辯證關係

人權不是無條件的、無限制的、絕對的，而是有條件的、有限制且相對的。人權具有法制性的特徵。這是我研究人權與法制關係得出的最一般的結論。要做到以近求遠，以一知萬，以微彰明，我必須正視人權與法治的雙重辯證關係。以下就這部分我分為三各層面來說明：

第一層：一方面，法律規定人權，維護人權；另一方面，法律又限制人權、約束人權。從法律限制人權、約束人權的角度來看，人權要受國內法和國際法雙重限制。

---

<sup>72</sup>孫哲主編，新人權論〈台北，五南圖書出版社〉，頁103~106。

國內法方面，掌握國家政權的統治階級，總是運用法律優先規定和保護本階級的公民權，並以限制、剝奪被統治階級的公民權為代價實現統治階級的公民權，人權應當是平等的，但現實的公民權卻程度不同地存在著階級差別和階級不平等。

國際法方面：人權與不干涉內政的原則是一致的，不干涉內政的原則同樣適用於國際人權的問題，在國際交往上，國家主權是國家的基本屬性之一。

第二層：一方面，人權的保障將促進法律的發展，法制的健全，另一方面，人權的任意剝奪會破壞法律的神聖，阻礙法制原則的實現。我在談人權與法治的辯證關係時，往往只注意到法治對人權的保障或限制這一方面，而對於人權對法治的反作用，常常自覺或不自覺地加以忽視，這是未來世界各國，所應當加以注重且注意的部分。

第三層：輕視人權的行動及落後的人權關必然產生否定現行法律的結果。這種結果不僅僅使現行法律的經濟基礎發生了變化，向另一個更高層次來邁進，而且舊的法律本身也將隨著原來政權的覆滅而死亡。同時，一種新的法律、新的人權出現在歷史舞台<sup>73</sup>。

## 第五項：現今中華人民共和國人權的問題

### 從中華人民共和國憲法的角度來看中華人民共和國人權保障

從憲法的角度研究中華人民共和國的人權問題既是一個理論的問題，也有一個方法問題。因此，我要去研究此一問題之前，我要先去了解當代中華人民共和國人權的方法。

研究當代中華人民共和國人權的狀況，從方法上來看並無一定之規。但是如果從整體著眼，給中華人民共和國人權狀況下則較為整體面、精確的評判，其中最主要當方式有以下三種：

<sup>73</sup>孫哲主編，新人權論〈台北，五南圖書出版社〉，頁95~98。

第一種方式：是用《世界人權宣言》及聯合國兩個人全公約設置的人權標準來衡量中華人民共和國的現實。目前不少國外學者就是常常採取這樣的方式在進行分析。

第二種方式：也是部份西方學者提倡的「比較分析」的方法，這其中包括了兩個步驟：

〈1〉 把國際社會確立的某些人權標準拿來與中華人民共和國的具體國情相比較，特別是從法律的角度考察《中華人民共和國憲法》中對人民權利保障所制定的具體條例，從中找出異同之處。

〈2〉 在比較的基礎上分析中華人民共和國的人權保障狀況，提出相應之批評。

以上這一種分析的方法一般來說比較客觀，它雖然帶有西方意識形態的色彩，但其中大有可借鏡之處。

第三種方法：以理想的中華人民共和國是的人權研究方法。它一方面強調中華人民共和國的實情，把對中華人民共和國人權狀況的研究與中華人民共和國民主建設的具體實踐結合在一起，屏棄人性論、人本主義曲解人權的片面性；另一方面，它也注意從世界形勢出發，與當代發展來進行結合，我在更深入的研究，精確把握時代特徵和人權發展趨勢的基礎上，為中華人民共和國在未來的道路上對於人權發展制定上符合實際的具體政策<sup>74</sup>。

### 本小段小結：

我的見解及看法：在以上三種方法中，第一種方法雖然廣受西方世界學者採取此種方法在進行分析，但如果用在中華人民共和國這個國家上並

---

<sup>74</sup>Ann Kent, "Waiting for Rights: China's Human Rights & China's Constitutions: 1949-1989", Human Rights Quarterly, Vol. 13, 1991, p. 178.

不是非常適當的，原因在於西方大部分的國家都是以開發國家且多為民主國家，但在現今的中華人民共和國依就是個開發中國家，一切的指令還是以黨的依歸為最終的依據，所以在此上中華人民共和國要趕上西方世界的國家，還需要許多的時間來磨練跟進步發展。我比較喜歡第三種方式，它不但可以除去中華人民共和國本身對於人性論、人性主義的不當見解，還可以用注意世界的發展趨勢迎頭趕上，是個非常不錯的方法，但如果只用第三種方式來進行分析太過於抽象，所以我認為第二種方式可以為補充，利用比較分析之方法來和其他國家來進行分析，本論文在第三章時也有利用比較分析法來針對《中華人民共和國行政強制法制的發展》和一些國家來進行分析。

1949年以後中華人民共和國憲法雖然一直在修改，但先後制定的四部憲法都對公民權利、政治權利、經濟權利、社會權利以及文化權利等等都做了比較明確而詳盡的規定。在一段的時間內，有關公民權和政治權的條款得到不斷的刪除，然而每一部憲法都明確的規定人民有言論、通訊、出版、集會、結社、遊行等等的自由，有宗教信仰、申訴以及民族自治的自由，以上所陳述的連國外的學者都不能不承認的事實。

有一些權利被《世界人權宣言》和《公民權利與政治權利國際公約》規定為基本的人權，而中華人民共和國根據本身的狀況並未列入憲法之中。這一些權利包含：自由居住和遷移的自由、選擇職業的權利、免除勞役的權利、免除非人道折磨的權利以及假設無罪的權利等等。與《世界人權宣言》和《國際人權法案》公布的人權標準不同的是，在中華人民共和國憲法中，「公民的權利和義務不可分離」的原則，始終貫穿在有關公民的基本權利和義務的條文規定中。中華人民共和國憲法第五十一條中規定：「公民在行使自由和權力時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利。」許多西方人不能理解，在它們眼裡，「中華人民共和國憲法不僅沒有制定確保人民享受公民權的補充措施，而且這些

權利還有可能被國家或黨以法律、條例、文件的形式加以取消<sup>75</sup>。」

以上針對接下來我要研究的《中華人民共和國行政強制法制之發展》，闡述了最基本的開頭。

## 二、文獻探索

首先整理學術界對於《中華人民共和國行政強制法制之發展》相關的研究文獻，將此議題研究成果文做綜合性的整述。我將本論文分為 2000 年前和 2000 年後來加以區分進而加以研究。從現有成果看，中華人民共和國行政強制法制發展研究重點集中在以下主體之上：

2000 年以前：

### 一、行政強制納入法制化的必要性

我在本論文的最開始就已經談到中華人民共和國“行政強制”這一詞與最早出現是在 1986 年，但它是一本行政法的教科書。而中華人民共和國最早針對行政強制主體來進行研究的文章就是 1987 年王連昌教授在《中國行政管理》上發表的《談談行政強制》一文，這時他已經將行政強制施和行政強制執行的上下位概念來加以區分，這是 20 世紀 90 年代後逐步對行政強制的觀念形成的共識。在此之後有些學者就以此準則來撰文論證把行政強制納入法制化軌道的必要性。有些學者提出建立有中華人民共和國特色的強制處分體系的構想，還有學者介紹外國行政強制制度，提供了許多域外知識和比較研究的素材。為中華人民共和國在行政強制進入法制化的過程上踏出來第一步<sup>76</sup>。

崔卓義教授 1992 年發表的《行政強制行為研究》一文，在已有研究

---

<sup>75</sup>Ann Kent, “Waiting for Rights: China ‘s Human Rights &China’ s Constitutions: 1949~1989”, Human Rights Quarterly, Vol. 13, 1991, p. 179.

<sup>76</sup>王連昌主編，談談行政強制〈北京，中國行政管理〉，1987 年第 8 期，頁 3~5。



的基礎上，對行政強制行為進行了比較全面的分析，顯示出這一研究領域取得了較大進展並取得階段性的成果。這一階段性的學者對行政強制一般性問題研究較為重視，主要集中在基礎概念的界定、相關概念的辨析、行政強制行為的描述及行政強制法制化的必要性和意義等方面<sup>77</sup>。

## 二、 中華人民共和國行政強制法制對於人權的保障

本段要分為兩個部分說明第一個部分是行政強制措施研究，第二部分是行政強制執行研究，共同來看人權的保障。首先，中華人民共和國在1989年頒布了《行政訴訟法》以前，1983年出版的新中華人民共和國第一本行政法教科書《行政法概要》，第一次使用了“採取行政措施的行為”這一個概念，但這個卻不是後來使用的行政強制措施，而是具體行政行為的前身。在行政法上的處罰和強制往往是相輔相成的，但在實際中的分界卻是非常不清楚的。早在行政訴訟法尚未頒佈之前，就有學者將其兩者來加以區別和聯繫，並從理論上來加以辨析。這一階段中學者對採取行政強制措施和保固公民權益的關係問題一直保持高度的敏感，尤其是針對限制人身自由相關的行政強制措施及其合法性問題始終受到密切的關注，這就是關係到人權的重視問題。其中，關於勞動教養和收容審查及其合法性問題，一度成為研究的熱題。這部分較為重大的著作以及影響較為重大的有董誥法官的《勞動教養的性質認定與行政訴訟》<sup>78</sup>，馬懷德教授的《關於收容審查、行政程式和法治原則的思考》都是重要的參考範圍<sup>79</sup>。再來，行政強制執行的部分，在這時期發表的文章更多更為集中。早在1990年《行政訴訟法》正式施行之後，有關行政強制執行研究這部分就出現了一個高潮。從胡建淼教授的《試論行政強制執行》和張樹意教授的《行政強制執

<sup>77</sup> 崔卓義主編，行政強制行為研究〈北京，當代法學，1992第1期〉，頁2~6。

<sup>78</sup> 董誥主編，勞動教養性質的論定與行政訴訟〈廣東，廣東法學，1993第3期〉，頁1。

<sup>79</sup> 馬懷德主編，關於收容審查、行政程式及法治原則的思考，行政法學研究〈北京，1998第2期〉，頁1~2。

行研究》<sup>80</sup>逐步深入對行政強制執行和民事強制執行來進行比較和分析<sup>81</sup>。

### 三、 《行政強制》一詞的概念以及其相關辨析進行初步的發展

應松年教授發表的《論行政強制執行》不僅僅系統總結這一階段有關行政強制的研究成果，他自己本身還提出一系列需要進一步研究的問題，把行政強制尤其是強制執行的研究引向深入，也為後來中華人民共和國政府在制定《行政強制法》的立法工作上提供了建設性的思想<sup>82</sup>。本章在分析強制執行行為特點的基礎上，對相關連概念以及其相關關係來進行辨析，在本章中對於哪些對行政強制大同小異的界定反映出人們在認知上的分歧和不準確。例如：將行政強制執行混同於行政強制，是對概念間種屬關係的誤解；將強制執行等同於強制措施，以至於後者作為前者的一個前奏階段出現時，無法將兩者區別；將行政強制執行和行政執行等同，是錯誤的認為行政決定有執行力，便當然意味著行政機關可以自行強制執行。本章也引述美國、德國、法國三國西方強制執行模式，指出各種模式選擇背後的理想基礎，理解不同的關鍵所在。本章強調中華人民共和國的行政強制制度是在各國歷史經驗的基礎上，根據中華人民共和國實際的情況來逐步形成。在制度設計上來說，考慮到強制執行權的行使直接關涉到公民的權益，因而採取十分謹慎的態度，將執行權和決定權分離這是理解現有制度的關鍵。“以申請法院強制執行為原則，以行政機關自行執行為例外”表明強制執行權原則上屬於法院，多一道法院審查，有利於減少錯誤，從而保障到公民的合法權益。用申請而非訴訟又有利於保障和提高行政效率。對於那些技術性較強的行政強制事項，法律也無項授權特定行政機關強制執行權。總的來說，中華人民共和國現行行政強制執行制度是符合國情的，

<sup>80</sup>張樹意主編，行政強制執行研究〈北京，政法論壇，1989年第2期〉，頁1~5。

<sup>81</sup>胡建森主編，試論行政強制執行〈北京，法學研究，1998年第1期〉，頁10~13。

<sup>82</sup>趙九燕主編，中外法律文獻研究〈北京，北京大學出版社〉，頁41-42。

它也成為**中華人民共和國**在未來社會主義下朝向民主發展的重要標誌<sup>83</sup>。

2000 年以後：

### 一、 行政強制在行政法中的作用性和地位性的更提升

2000 年之後，在行政法上有些行政行為不需要相對人的協助配合，可以根據行政機關的單方意願，在行政作出的同時或者行政持續狀態之下就能夠獲得直行的效果。2000 年之後**中華人民共和國**當局更加的注意行政強制法制的發展，行政強制在行政行為結構體系之中實際上就成為絕大多數行政手段的最後擔保手段，是行政機關中一個不可少的利器，對最終實現法律所預期的行政狀態發揮著決定性的作用，行政強制儘管在行政法上是極其重要的，但是，我始終要記住，行政強制並不是總是有成就的<sup>84</sup>。

**中華人民共和國**至今依就是社會主義的國家，一切的最終還是要以黨的指令為依歸，在這種情況之下<sup>85</sup>，我就可深入去探討執行角度方面，能否有成效現在的**中華人民共和國**還是依賴著行政機關得這一邊，但這卻是錯的真正的能否有成效是在於是否在於受到人民的支持和可能，在民主的得這一部分<sup>86</sup>，所以，在作出行政行為時，盡可能地尋求相對人的理解和支持，正如有學者指出，執行行政行為唯一令人滿意的方式，絕對不是強制的而是自願的，現在的**中華人民共和國**還是沒有跨過這個障礙。

### 二、 從傳統制度的承襲到新制度的發展更加前進

在傳統行政強制理論的建構上，可以說，大陸法系國家的模式基本上都是承襲德國的制度<sup>87</sup>，〈比如，第二次世界大戰前的日本〉或者是轉由日

<sup>83</sup>應松年主編，論行政強制執行〈北京，中國法學，1998 年第 3 期〉，頁 1~3。

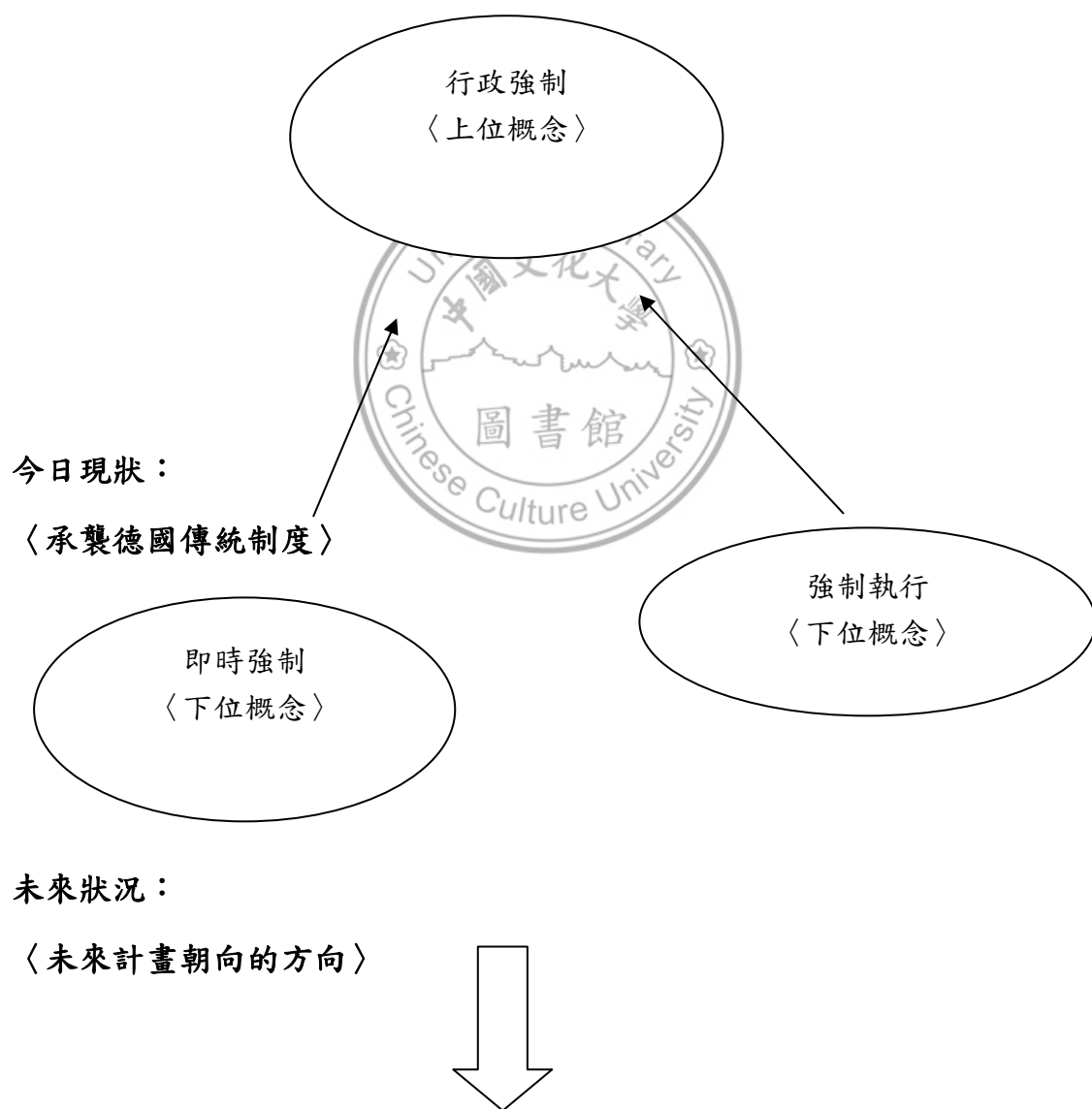
<sup>84</sup>胡錦光主編，行政法專題研究〈第二版〉〈北京，中國人民大學出版社〉，頁 164-165。

<sup>85</sup>CF. Rene Dussault & Louis Borgeat, Administrative Law, A Treatise (Volume 1), Carswell, 1985 year, p. 287。

<sup>86</sup>CF. Rene Dussault & Louis Borgeat, Administrative Law, A Treatise (Volume 1), Carswell, 1985 year, p. 287。

<sup>87</sup>金南辰，行政法一，法文出版社，2000 出版，頁 490；胡錦光主編，行政法專題研究〈第二版〉，

本而間接地因襲了德國法的傳統，〈比如，韓國、中華人民共和國、中華民國〉。德國習慣法上認為，行政命令權理當就當然含有行政強制權，學者們也很支持這一種的看法，自 1883 年“一般行政法”規範行政強制的廣泛內容後，行政強制的一般法也成立了，其確立的理論框架至今也還沒改變，指示由於強調人權的保障，對於根據的要求更加加強了，目前的中華人民共和國也承襲了德國的制度方向在前進，以下就是目前中華人民共和國行政強制法制發展的走向圖 1-3。



中國人民大學出版社，頁 165。

<sup>87</sup> 胡錦光主編，行政法專題研究〈第二版〉，中國人民大學出版社，頁 165。

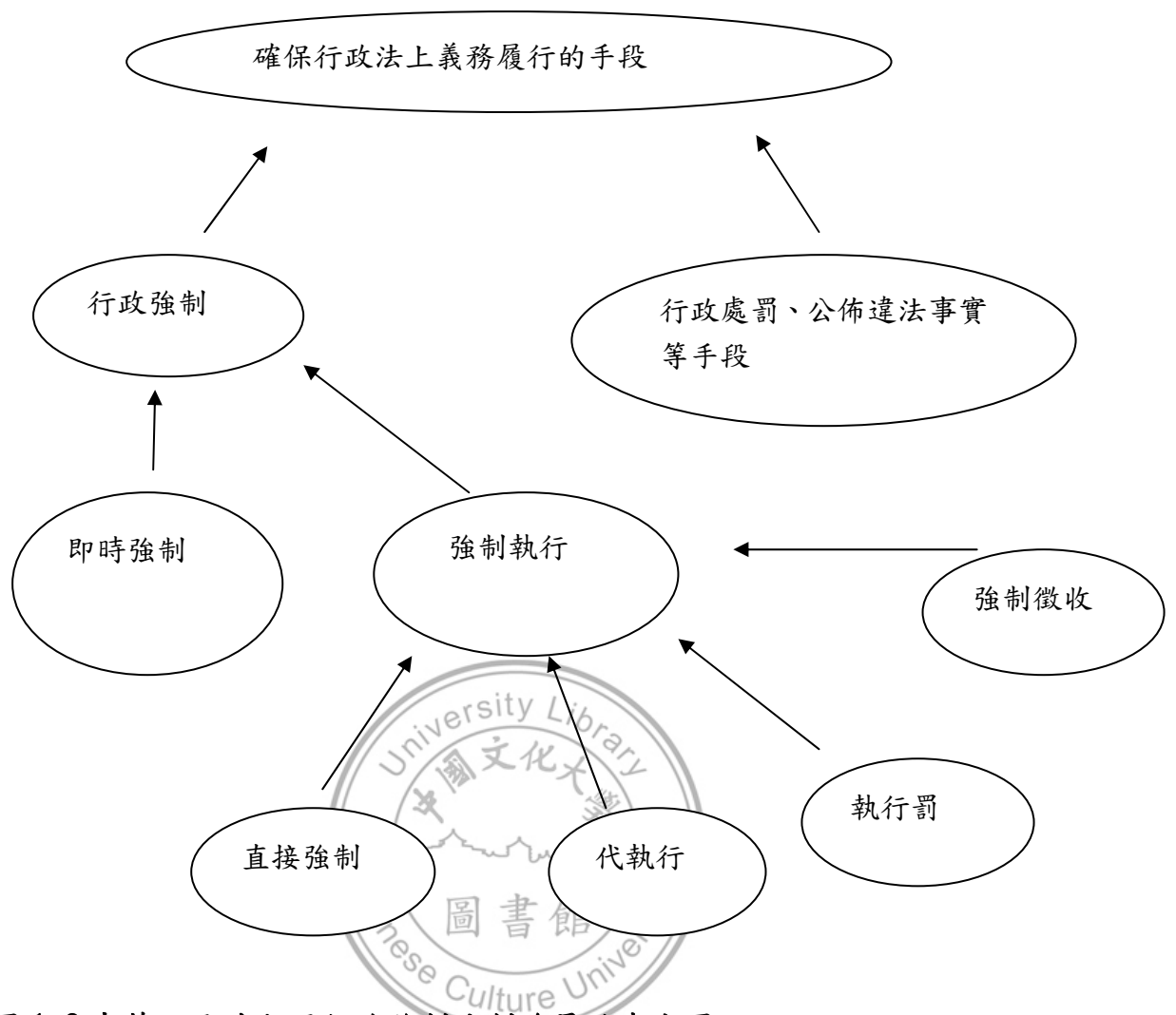


圖 1-3 中華人民共和國行政強制法制發展的走向圖

製表：筆者自製

### 三、《行政強制》一詞中行政強制措施和行政強制執行的名詞界定更加明確

在實現一定的義務狀態這一點上，行政強制措施和行政強制執行相近，但是兩者實現的行政行為所確立的義務性質不同，前者則是一個具有程式法意上的義務，後者往往是一個經過爭訴的作為實體結論的義務，往往還是行政處罰確立的義務，在 2000 年以前中華人民共和國政府做得不夠完美，2000 年以前中華人民共和國在施行行政強制措施和行政強制執行兩者之間在觀念上極為混淆，但在 2000 年之後許多的行政學學者和政府法制

官員和將行政強制一併研草的趨勢，這也是造成現在中華人民共和國行政強制法制漸完善的動脈<sup>88</sup>。

#### 四、行政強制措施和行政強制執行的邊界劃定非常重要

儘管行政強制包括行政強制措施和行政強制執行已經取得了共識，並為《行政強制法》〈草案〉所接受，但如何去準確劃分行政強制措施和行政強制執行，無疑是非常必要和重要。2002年發表此文，通過對中外行政強制制度及理論學說得比較研究，在整理、歸納、評判已有理論的基礎上，提出了以基礎型為〈確定義務的行政行為〉是否生效劃分行政強制措施與行政強制執行的標準。作者指出，以“事先是否存在可履行的義務”作為行政強制措施和行政強制執行的標準，雖然一直為國內外多數學者認可，但存在具體行政行為確定的義務與法律規定的義務不分，而法律規定的義務過於抽象，在操作中不易界定的問題，而且某些典型的強制措施〈強制驅離〉的目的正是迫使相對人履行一種法定義務，由此使行政強制措施和行政強制執行難以區分，以“事先是否存在行政決定”作為劃分，只是在基礎行為〈確定義務的行政行為〉與執行行為分離條件下才成立，但存在分離的條件和分離的時間不好把握的問題，以“是否可以期待相對人自覺履行義務”作為劃分標準，存在期待的時間起點不好確定，及確定存在主觀性的問題。作者認為，以基礎行為是否生效作為劃分行政強制措施與行政強制執行的標準，它可以避免主觀性，同時與境內外相關理論和立法相統一，尤其是符合我國現行法的實際。作者進一步的指出，劃分行政強制措施和行政強制執行的法律意義在於：承受兩類型為的行政相對人有著不同的法律救濟方式，還要求在行政強制立法和相關司法實踐中做出審慎的區別對待<sup>89</sup>。

<sup>88</sup>張樹意主編，行政法學〈北京，北京大學出版社〉，頁251；胡建森主編，行政強制措施與行政強制執行的邊界劃定〈北京，法學出版社，2002第6期〉，頁5~9。

<sup>89</sup>胡建森主編，行政強制措施與行政強制執行的邊界劃定〈北京，法學出版社，2002第6期〉，頁5~9。

## 第六節 本章小結

2000 年以前許許多多的學者對**中華人民共和國**行政強制法制發展抱持者無限的期望，在這之前**中華人民共和國**政府並不是不注重這個議題，而是並不敢輕易的去處碰它，這是一個極為棘手的話題，但隨著近幾年來不斷的**改革行政強制**這議題逐漸得浮現於檯面之上，**中華人民共和國**政府不得不去正面的注意它的存在，其中改革其領導的思路是當前**中華人民共和國**政府所要最重視和最需要解決的部分，這也是本論文中最值得討論的問題之一。因此本論文希望透過有系統地詳細縝密之歷史分析法及文獻分析法之研究，從**中華人民共和國**政府的行政體系走向來得到以下的幾項結論：

1. **中華人民共和國**行政強制法的產生對政府對人民的發展都有正面的效果影響。
2. **中華人民共和國**行政強制法的產生要去解決各層面所延伸出來的不同問題材可使**中華人民共和國**擺脫昔日的陰影。
3. **中華人民共和國**行政強制法的產生對於人民和政府間的角色是具有高度的認知。
4. 前述領導的思路也就是說行政和司法之間關係如何加以正確的區別，如今**中華人民共和國**依就是以司法型的行政強制模式在運行，如何擺脫它並進一步朝行政型的行政強制模式邁進，就可使**中華人民共和國**行政強制法制發展更佳的完善。