

第二章行政強制法制之基本概述、基本原則和國際情勢之分析比較

無論是行政強制理論研究的繁榮還是行政強制立法的發展，它始終離不開行政強制領域相關概念的清晰、準確。事實上，也正是由於諸多範疇的模糊，導致中華人民共和國現今的行政強制的理論研究很難真正的深入下去，並最終延緩了行政立法的步伐¹。在中華人民共和國傳統一個典型的表現是；當人們翻開當時的行政法教科書時，都會發現關於行政強制各種概念的表現上極為混亂，有的論述彼此之間交叉甚至前後自相矛盾，閱讀者也往往不經意的就陷入到此行政強制概念的陷阱中了。本章節中，我認為現今的中華人民共和國為尋求行政強制理論研究而不斷的深入推動《行政強制法》的產生，但是在此法令還沒真正定型時，我要盡快對現行中華人民共和國行政強制領域中的幾個基本範疇進行全面書理，在此基礎上盡可能達到某種相同的共識，從而為《行政強制法》的誕生奠定堅實的基礎。所以我就在此章節中，將行政強制內的“行政強制措施”、“行政強制執行”、“即時強制”等關鍵性概念一一進行甄別，並對每一個概念未來可能的命運來加以分析，當然最後也會和境外一些國家來加以比較分析其差異性和相似性何在及相關聯性。

¹楊海坤主編，跨入 21 世紀的中國行政法學〈北京，中國人事出版社，2000 年版〉，頁 409。

第一節 行政強制法制之基本概念

第一項 行政強制措施

一、行政強制的概念及特徵

(一)行政強制的概念

強制是國家權力的重要屬性。沒有強制權，國家將無法維持秩序，實現其政治、經濟和社會目標。國家通過立法，以國家強制力為後盾要求全社會遵守以法律形式表現出來的國家意志，通過司法強制實施有效的司法裁決以解決爭端，通過行政強制對違反行政法律規範或者不履行生效的行政決定的行政管理相對人的人身權、財產權和其他權利予以限制或者處分，直接執行或者迫使當事人履行由具體行政行為所確定的法律上的義務，以實現其對社會的管理。

行政強制是指行政主體和人民法院為實現具體行政行為的內容，或為維護公共利益和公共秩序，預防和制止違法行為和危害事件發生而實施的強行限制公民法人或其他組織權利的行為²。

(二)行政強制的特徵

行政強制是最為嚴厲的一種行政行為，具有強制性、侵略性和手段性等三個主要特徵。

1. 強制性。強制性是行政強制與其他行政行為的主要區別所在。其他行政行為是以國家強制為後盾，本身並不直接運用強制的手段，而行政強制的本質屬性就表現為強制，並具有多種可以採用的手段。行政強制是對與行政有關的強制性行為的總稱，其強制主要是指物理強制，即行政強制主體直接使用人力或者物力接觸相對人的人身、物品或者場所並且實施限

²王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版（北京，中國政法大學出版社），頁 218。

制或者侵害。這種強制性還體現為強制的實施不願及相對人是否同意和接受。需要注意的是，行政強制中的物理強制並不意味著暴力。物理強制在按照法定目的、範圍和程式列史時，便有了法律上的正當性。

2. 侵益性。行政強制往往表現為實體上的行為，不論是行政機關自行實施的行政強制，還是人民法院依申請實施的行政強制執行，都會對相對人的權益進行約束和侵犯，如對相對人人身或財產的約束限制。

3. 手段性。行政強制本身不是目的，而是其他行政行為的輔助和手段，其他行政行為的目的是對相對人的權利義務進行處分，而行政強制制度設計的目的是保障行政機關有效實施其他行政行為，在於迫使不履行義務的行政相對人履行義務。行政強制本身並不對相對人的權利義務進行處分，它是一種手段，而不是目的。

二、行政強制的種類

1. 以是否有確定義務的具體行政行為的先行存在為標準，可以將行政強制劃分為行政強制執行和行政強制措施。行政強制執行是指行政機關對於不履行其在行政法上義務的義務人，以強制手段迫使其履行義務，或實現與履行義務同一內容狀態的行政行為。行政強制措施又稱即時強制，是行政機關為制止犯罪、危害行為發生或者避免緊急危險，而有即時處置的必要時採取的強制措施。在以下兩節內容中將詳細介紹這兩種行政行為。

2. 以行政強制的主體為標準，可以將行政強制劃分為行政機關實施的行政強制和人民法院實施的強制。人民法院實施的強制僅限於行政強制執行領域，對於一部分行政強制執行，行政機關不具有強制執行權，只能申請人民法院實施。行政機關實施的行政強制包括行政機關採取的行政強制措施和行政機關自行實施的行政強制執行。

3. 以行政強制的客體為標準，可以將行政強制劃分為對人身的行政強制

、對物品的行政強制和對場所的行政強制³。

三、世界上行政強制制度的歷史淵源

自國家產生以來就有行政活動，但是在資產階級革命取得成功以前，國王或者黃帝的行為是不受限制的，對政府官員活動進行管理和約束的一些法規也僅是國王或黃帝強化其統治的一種手段。所以，此時不可能產生以保護個人權益、控制國家權力為目的的行政強制法律制度。直到18世紀末，法國大革命及美國革命相繼取得成功，法治國家、法律支配、法律優先等原則相繼確立以後，才確立了行政從屬而不是獨立於法律的依法行政原則。依法行政原則為行政強制制度的產生提供了前提性條件，但是依法行政原則並不能直接約束行政強制執行權，從而形成行政強制管理制度。二戰前，德、日等國學者一致認為行政處分權當然包含命令權與執行權，行政強制執行無須根據特別法律規定。因此，這一階段行政強制法律制度的發展極其有限⁴。

二戰後，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；另外，二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式觀念的極度強化，加上制度文明本身的吸引力，使得行政命令權與強制執行權最終徹底分離，從而促進了行政強制制度的全面發展，迎來了制定行政強制法的第一個高潮。行政強制制度作為一項系統化的法律制度，是現代文明發展起來的；二戰後，對公民權利有著直接的重大影響的行政強制行為開始全面地接受法律的規制。

本段小結：

根據以上的論述我可以整理出以下的結論。總的說來，促使行政強制法律制度興起與發展的主要因素包括：

1. 法治理論的發展為行政強制制度的興起與發展提供了前提性條件，各

³王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版（北京，中國政法大學出版社），頁219。

⁴城仲模主編：《行政法之基礎理論》（台北，三民出版社，1994年版），頁253。

國法治理論與實踐的興起和發展及其進程直接影響甚至決定著行政強制行為的法律化、制度化及其程式。

2. 人權理論與實踐的發展是行政強制制度產生的第一個思想基礎，為行政強制制度創造一個有利於其產生發展的思想輿論氛圍。

3. 正當法律程式理念的培植為行政強制制度的產生與發展起了推波助瀾的作用，為行政強制制度的發展奠定了厚實的理論基礎。

4. 行政權的膨脹使得行政強制權的行使接受法律約束成為一種不可阻擋的客觀趨勢，行政強制行為的法律化、制度化成為一種客觀要求，這是行政強制制度興起與發展的社會現實原因。

第二項 行政強制執行

一、行政強制執行的概念和特徵

(一)行政強制執行的概念

行政強制執行是指行政機關對於不履行其在行政法上義務的義務人，以強制手段迫使其履行義務，或實現與履行義務同一內容狀態的行政行為。即義務人有行政法上的義務，包括金錢給付義務、作為或者不作為的義務。

(二)行政強制執行的特徵

行政強制執行具以下特徵：

1. 行政相對人不履行應履行的義務，是適用行政強制執行的前提條件。行政強制執行措施，只有在構成了義務不履行的條件下，法律明確規定可以採取行政強制措施時才能採取。與行政強制措施相比，行政強制執行是在法律已經確定了相對人在一定的法律關係中的權利義務，而義務人沒有依法履行義務時引起的強制行為。其目的是為了實現已經確定的權利義務。而行政強制措施實施則是在沒有確定當事人行為性質，沒有產生一定的

法律關係的情況下，為行政管理需要而採取的保全性、保安性的措施，為進一步實施行政行為提供必要保障的行為。

2. 行政強制執行的主體是行政機關，行政機關的行政強制執行權由法律設定並按照法律規定實施。**中華人民共和國**法律規定，沒有行政強制執行權的行政機關，在當事人逾期不履行法定義務時，可以向人民法院申請強制執行。人民法院強制執行生效的行政法律文書的行為是司法行為，不在本論文討論範圍內。我認為，如果法律規定行政機關有強制執行權的，就不應該當申請人民行政強制執行。只有行政機關自己不能強制執行時，才可以依法申請人民法院予以執行。

3. 行政強制執行的目的是實現義務的履行。行政強制執行的目的是實現法律直接規定或由行政行為所確立的義務的履行。即行政強制執行不具有懲罰性，不是給相對人設定新的權利義務關係，而是實現已經確立的權利義務。

4. 行政強制執行的物件具有廣泛性和法定性。行政強制執行的物件可以是物、行為和人身。這與民事強制執行將自然人排除在外不同。行政強制執行的具體實施方式和手段，應由法律、法規明確規定。

5. 在行政強制執行中不得進行執行和解。行政強制執行，是為執行生效法律文書所確定的權利義務而採取的特別措施，是二次行為。對於附有義務的行政相對人來說，只有一個選擇，即履行其應履行的義務。由於行政法律關係的權利義務具有的法定性和確定力，在行政強制執行過程中，不可能出現免除或變更義務的情況。代表國家參加行政法律關係的行政主體也不得放棄自己的權力。因此，與民事執行不同，在行政強制執行過程中不允許進行執行和解，如果在執行過程中出現法定情形，發現行政決定確有錯誤的，行政主體可以恢復執行。如果行政決定確有錯誤被撤銷，則行政強制執行終止，已經執行的應當執行回轉，造成損失的，進行國家賠償。如發現執行標的滅失又沒有可替代物的，行政執行主體可以決定執行

終結。可見，不得執行和解也不會損害被執行人的利益。

6. 生效的行政文書和法院的裁判文書是執行的依據。這是指義務人根據法律或者按照法律規定作出的行政決定或者法院的判決，負有行政法上的金錢給付義務或者作為的義務。執行依據又稱執行名義，凡沒有執行依據，一律不得強制執行⁵。

二、行政強制執行的性質

行政強制執行究竟是行政行為還是司法行為，抑或是行政司法混合的行為？我認為行政強制執行就是行政機關或司法機關強制當事人所要履行的義務而言，也就是說，無論是行政機關還是司法機關，它所執行的前提或基礎是行政義務，即行政法律規範或行政機關設定的義務。所以，從執行主體或形式上看，有些行政強制執行是一種行政行為，但從行政強制執行的內容即行政義務角度看，行政強制執行是一種行政行為。

有學者認為，行政強制執行權是行政權的一部份，行政主體既有下命令權，自然也有執行權。此觀點源於二戰前德、日行政法學者的著作，也曾對中華人民共和國的行政強制執行制度產生過間接的影響。二戰以後，隨著各國民主政治體制的重建，對行政強制執行制度也進行了改革，行政權（當然包括強制執行權）的觀念受到沖轉，行政強制執行權需有法律特別授權的觀念逐漸為人們接受。行政機關在當事人拒不履行法定義務時，並不自然地享有強制執行的權力，仍應視法律的具體規定判斷自己能否實施強制執行。

行政強制執行意味著行政機關有權對不履行義務的當事人依法迫使其履行義務或達成與義務履行相同的狀態。雖然行政機關不享有全部的行政強制執行，但畢竟不同於民事法律關係中一方面當事人不履行義務時，對方當事人必須借助法院強制執行的情形。這是因為，“行政處理由於具有效力先定特權，它的執行方式和私人關係中義務不履行的執行方法不一

⁵王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版（北京，中國政法大學出版社），頁 220~221。

樣。在私人關係中，一方不履行義務時，對方只能請求法院確認義務的存在，並強制他方履行義務。除通過法院外，私人不能有其他強制履行義務的方法。行政處理由於具有效力先定的特權，一旦成立就假定符合法律規定，不需要通過法律確認，當事人不服時，只能通過法定的程式申訴。當事人不履行義務時，行政機關可依職權執行。這是行政處理的特點。行政處理具有強制執行力量是由於公共利益的需要，行政機關為了公共利益所作出的決定，如果公民可以拒絕執行，公務將無法實施，國家將成為無政府狀態”⁶。正是在這個意義上，世界許多國家行政機關都享有程度不同、範圍不一的行政強制執行權。但是，由行政機關自身強制執行行政決定或行政法義務，多少會引發執行不公，侵害相對人合法權益的現象，為了有效制約行政強制權力，除立法統一規定行政強制的條件、程式等內容外，還需將一部分行政強制執行權交給法院。這才能從根本上限制或監督行政機關濫施行政強制現象。

三、行政強制執行的種類和方式

(一)行政強制執行的種類

1. 以強制執行手段是否直接強制性地實現義務的內容為標準，可以將行政強制執行劃分為間接強制執行和直接強制執行兩種。這是**中華人民共和國**行政法理論對行政強制執行的傳統分類方法，也是最重要的一種分類方法。

(1)間接強制，是指通過間接手段，迫使義務人履行其應當履行的義務或者達到與履行義務相同狀態的行政強制執行措施。間接強制分為代執行和執行罰兩種。

(2)直接強制，是指義務主體逾期拒不履行其應履行的義務時，行政強制執行機關對其人身或財產施以強制力，以達到與義務主體履行義務相同狀態的行政強制措施。直接強制可分為人身強制與財產強制兩種。行政機

⁶王名揚主編，*法國行政法*（北京，中國政法大學出版社，1988年版），頁174。

關採取直接強制或者間接強制之間沒有特別界限。間接強制不能達到目的，或者在間接強制後因為需要而轉化為直接強制，都是可以的。

2. 以實施行政強制的主体是人民法院還是行政機關為標準，可以將行政強制執行劃分為行政機關自行實施的行政強制執行和人民法院實施的行政強制執行。關於行政強制執行的主体，**中華人民共和國**採取了人民法院執行為主、行政機關執行為輔的模式，具體有以下幾種情形：

(1) 行政機關自行執行。行政相對不履行具體行政行為的，由作出機關強制執行。行政機關自行強制執行的內容往往是行政機關在行使職權時為當事人設定的各種作為或不作為義務，遇有當事人拒不履行該義務時，行政機關可以強迫當事人履行。行政機關自行強制通常僅限於行政機關為相對人科以普通義務和法律法規確定的義務，較少及於行政機關對違反法律法規者科以制裁性義務的情形，這是**中華人民共和國**立法的一種特殊現象。此外，這類行政強制執行多以行為和人身為強制內容。相反，有關金錢給付義務的履行除特殊幾類行政機關享有自行強制執行的權力外，多數行政機關沒有此種權力。

(2) 行政機關申請法院執行。行政相對人不履行具體行政行為的，由作出機關申請人民法院實施強制執行。從**中華人民共和國**行政強制執行立法可以看出，行政強制執行主体以法院為主，以行政機關為輔，故**中華人民共和國**行政法學術界將這種制度總結為“以申請人民法院強制執行為原則，以行政機關強制執行為例外”的體制。儘管也有人對這種體制批評甚多，但目前仍是不可改變的事實。值得注意的是，進入 20 世紀 90 年代以來，**中華人民共和國**很多立法一改過去在法律責任一章交代訴權、訴訟的同時規定行政機關向人民法院申請執行的立法習慣，規定行政處罰的同時並不明確規定處罰的執行問題，這不是立法的疏忽，也並不意味著授權行政機關可以自行強制執行。事實上它是一種約定俗成的立法意識的反映。當然這種立法習慣的改變與行政訴訟法的規定有直接關係。就立法而言，申

請法院強制執行的行政義務多為金錢給付義務，即行政處罰中的罰款、沒收等財產罰，很明顯這是立法的疏忽。按照《行政處罰法》第六章規定，執行的內容也全都是財產罰。諸如警告、暫扣或吊銷許可證、執照等類似確認或形成判決的處罰，無須申請法院強制執行。

3. 以先行行政行為確定的義務內容不同，可以將行政強制執行劃分為金錢給付義務的強制執行和行為義務強制執行。

(二)行政強制執行的方式

行政強制執行的方式有間接強制執行和直接強制執行。間接強制執行又包括代執行和執行罰兩種。

1. 間接強制執行

(1)代執行：也稱代履行，是指對相對人不履行已生效具體行政行為所設定的，可以由他人代為履行並能達到同一目的的義務，行政主體可以自行或交由他人代為履行並收取代履行費用的一種行政強制執行方式。代執行的方式主要有排除妨礙、強制拆除和恢復原狀。代執行在行政強制執行中應用範圍較廣，具有很大的實用價值。行政主體採取代執行的行政強制執行方式應具備下列條件：

第一、代執行的實施前提是必須有法律根據，或者有合法的行政行為存在，並且法定義務人不履行其應該履行的法定義務。代執行的主體，必須是行政強制執行機關或指定的第三人。行政強制執行機關自身代替義務主體履行義務，是完成其所承擔任務的一種有效途徑，這也是法律所允許的。行政強制執行機關成為代執行主體，並不意味著該機關及其公務員必須具體實施代執行行為，只要在其主持和指揮下進行即可。

第二、代執行的對象是行政行為所確立的可為他人代履行的作為義務。一般而言，與人身權利無關的義務可以代履行，如對違法建築物的強制拆除等；而與人身相關的義務或者不作為的義務則不能代履行，如接受行政拘留處罰等。因此，可為他們代履行的作為義務是代執行的唯一對象。

第三、代執行的義務必須是代履行後能達到與相對人親自履行義務同一目的的義務。他人不能代為履行的義務，他人代為履行後當然無法達到與相對人親自履行義務相同的目的，也就不能用代履行於以強制執行。但是，他人能代為履行的義務，即非人身方面的作為義務，在他人代為履行後也不一定能達到與相對人親自履行義務相同的目的。只有在代履行後能達成與相對人親自履行同一目的的非人身方面的作為義務，才能用代履行的方法於強制執行上。

第四、代履行的行政強制執行確屬必要。這是說，相對人不履行其所負擔的義務，並且這種義務仍然存在，行政主體用非強制方法已無法促使相對人自行履行義務或直接實現與履行相同的狀態，行政主體也不能用執行罰和直接強制執行來促使相對人履行義務或直接實現與履行相同的狀態，而如果這種義務沒有得到履行或實現，不即時得到履行或實現有損公共利益和他人利益。只有出現並存在這種必要性時，行政主體才能採取代執行於以強制執行，否則就不能採用代執行的方法。

第五、行政主體具有採取執行的權力。代執行作為一種具體行政行為，必須基於行政主體的法定職責許可權於以實施。沒有代履行權的行政主體不能採取代執行行為。當然，行政主體是否享有代執行權，取決於特別法的規定。代執行的程式，一般為告誡、代執行和徵收費用三個階段。

告誡應在事先以書面形式進行。在告誡設備的履行期限內，義務人未履行且確有不履行義務的故意而不是實際上不能履行時，才可以實施代執行。只有在特殊情況下，由於形式緊迫，來不及採取告誡程式時，才可以不經事先告誡和不待期限屆滿，立即代為執行。這種情況稱為即時代執行。代執行以向義務主體徵收費用為終結。代執行費用的數額，應當以代執行實際支出的人力、物力為限。

代執行中，行政機關對於不配合甚至抗拒執行的相對人或者其他人可以採取排除妨礙的措施。只要行政執行機關合法、合理地完成執行程式，

達到與當事人自己履行的同樣狀態時，相對人必須無條件接受強制執行的結果。

(2)執行罰：是行政強制執行機關對拒不履行不可為他人代履行的義務的相對人，科以新的金錢給付義務，迫使其履行義務的強制執行方式。執行罰與行政處罰中的罰款有相似之處，但是，執行罰的目的不是對義務主體進行金錢處罰，而是以促使義務人履行義務為目的；執行罰可以針對同一事項反復活用，直至義務人履行義務為止，而罰款則必須遵循“一事不再罰”的原則。執行罰也不同於代執行，前者是促使相對人自行履行義務的一種行政強制執行方式，而後者則是直接實現與履行相同狀態的一種行政強制執行；執行罰中所加收的延誤金、滯納金，是相對人遲延、拖延履行義務的不利後果，可加收到義務人履行義務為止或者行政主體認為沒有必要加收為止。代執行中所交的費用，是他人代為履行的實際花費，具有勞務費性質。

作為行政強制執行中的一種獨立的法律制度，執行罰具有如下特點：

1. 執行罰一般只應用於不作為義務和不可為他人代履行的作為義務(對可以代執行的事項也可以執行罰)。
2. 執行罰的數額、幅度必須由法律、法規明文作出規定，執行機關只能依法實施。
3. 執行罰的數額以義務主體應履行義務之日起，按日數計算，並可反復活用，直至義務人履行義務時為止。

執行罰的程式大體與代執行相同，即必須預先告誡，在適當的履行期限內，義務主體仍不履行其義務時，才能實施執行罰。執行罰的方式比較單一，主要是延誤金或滯納金。

2. 直接強制執行

直接強制執行是在採用間接強制執行未能達到目的或者在不能採取執行罰時，行政主體對附有已生效具體行政行為所確定義務的相對人的人身

和財物予以實力強制的行政強制執行方式。

(1) 人身強制

如強行帶離現場，〈治安管理處罰法〉第 24 條規定，因擾亂體育比賽秩序被處以拘留處罰的，可以同時責令其 12 個月內不得進入體育場觀看同類比賽；違反規定進入體育場的，強行帶離現場。強制傳喚，〈治安管理處罰法〉第 82 條規定：“需要傳喚違反治安管理行為人接受調查的，經公安機關辦案部門負責人批准，使用傳喚證傳喚。對現場發現的違反治安管理行為人，人民警察經出示工作證件，可以口頭傳喚，但應當在詢問筆錄中註明。公安機關應當將傳喚的原因和依據告知被傳喚人。對無正當理由不接受傳喚或者逃避傳喚的人，可以強制傳喚。

(2) 財產強制

如劃撥存款，拍賣查封、扣押財務等強制執行措施以及強制銷毀、強行收購等執行措施。依照法律規定，有直接強制執行權的行政機關可以實施直接強制執行措施，沒有直接強制權的行政機關只能申請人民法院強制執行。對人身的直接強制執行措施只能由法律規定的專門行政機關實施。

直接強制執行比間接強制執行更能有效地迫使相對人履行義務，但直接強制執行是直接對相對人採取強制力，這種直接的暴力性，不僅極易侵犯相對人的合法權益，並且會嚴重造成相對人和行政主體的對峙狀態，有違現代行政法所倡導的合作精神。並且按照行政法上的比例原則，行政主體對相對人採取強制措施時必須選擇對相對人造成最小損失的手段。所以，直接強制雖然具有立竿見影的效果，但並不是最好的強制手段。

四. 行政強制執行的程序

行政強制執行主體的不同，所採取的程序也不同，以下分別介紹行政自行強制執行程序和法院強制執行程序。

(一) 行政機關自行實施的行政強制執行的程序

在行政強制執行程序中，行政機關及執行人員首先應當履行表明身份

和預先告誡的義務，規定履行義務的期限和方法；其次，根據比例原則和間接強制優於直接強制的原則，選擇不同的執行方式，然後根據每種執行方式的要求和條件予以執行；採取直接強制的，必須按照比例原則選擇恰當的執行時間進行。如不得在夜間、節假日進行。義務人在行政強制中反抗的，行政機關可以採取強力，或請求公安機關協助執行，費用由提出請求的機關承擔。

(二) 人民法院依申請實施的行政強制執行的程序

行政機關向法院提出申請，由法院執行行政決定的程序應以行政行為已設定某項涉及相對人財產的義務為前提，當相對人拒不履行交付財產的義務時，如拒不交納執行罰、罰款、沒收的財物(動產、不動產)、拒不交納稅費時，可由行政機關發出預先告誡，仍不履行義務的，行政機關可直接向所在地法院提起訴訟，由法院適用特殊的簡易程序如聽證程序審理此案。對行政決定的合法性及當事人拒不履行義務的事實是否成立加以審查。然後，作出執行的裁定，如當事人仍不執行的，法院可以採取包括司法拘留、罰款在內的司法強制措施。上述措施仍不奏效的，法院可以考慮根據行政機關或檢察院的起訴追究當事人拒不執行判決、裁定罪的刑事責任。法院在受理行政機關因執行提起的訴訟後，可以根據情況和當事人要求採取查封、扣押、變賣、拍賣及停止行政行為執行等強制措施。

本段小結：未來中華人民共和國行政強制的立法思維方向

一. 行政強制立法的域外經驗

當今各國的行政強制制度可以以法系的不同來概括其特點。大陸法系和普通法系國家採取不同的模式，構建各自的行政強制體系。大陸體系國家，如德國、奧地利等，將行政強制權力作為行政權力的一部分，由行政機關自己強制執行；而英國、美國等國家，則將強制執行的權力作為司法權，行政機關原則上不享有強制執行的權力，如果相對人不履行義務，行政機

關只有向法院起訴，行政機關勝訴後，就轉為司法強制⁷。

英美等國的行政強制模式和德奧模式所要達到的目的各有側重：德奧模式注重保證行政效能，強調保護國家和公共利益；英美模式注重防止行政機構的權力過多、過大而容易侵害公民權益，強調公平、公正保護公民權益。這兩種模式在二次世界大戰後的今天已經發生了一些變化，即在德奧等國由法院強制履行的行政法義務的範圍寬了，而且出現了既不同於德奧模式也區別於英美模式的日本行政強制制度⁸。

二. 中華人民共和國行政強制法律制度的現狀

新中華人民共和國成立以後，中華人民共和國的法律、法規和規章雖然對行政強制問題做過一些規定，但以確立和規範行政強制為宗旨的行政強制制度並沒有真正形成。直到改革開放以後，隨著社會結構的變化以及市場經濟的發展，中華人民共和國法律、法規和規章對行政強制的規定逐漸增加，行政強制制度逐步形成。

根據本論文一開頭之論述得知，自 1949-1999 年，中華人民共和國共制定法律、行政法規和部門規章 10369 件，其中法律 314 件，占法律、行政法規和部門規章總數的 3%；行政法規 1586 件，占法律、行政法規和部門規章總數的 15%；部門規章 8469 件，占法律、行政法規和部門規章總數的 82%。在 314 件法律中，規定或涉及行政強制的有 33 件，占法律總數的 10.5%，占規定或涉及行政強制的三類規範性文件總數的 13.3%；在 1586 件行政法規中，規定或涉及行政強制的有 71 件，占行政法規總數的 4.5%，占規定或涉及行政強制的三類規範性文件總數的 28.5%；在 8469 件

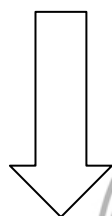
⁷楊小君、王周戶主編：《行政強制與行政程序研究》（北京，中國政法大學出版社，2000 年版），頁 9。

⁸日本的行政強制制度的特點在於，由行政機關決定並執行的範圍大大縮小，並且行政強制的手段溫和而不嚴重。王達昌：“依法行政亟需行政強制法”，載〈重慶，《重慶行政》，2001 年第 3 期〉，頁 68。

部門規章中，規定或涉及行政強制的有 145 件，占部門規章總數的 1.7%，占規定或涉及行政強制的三類規範性文件總數的 58.2%，由於以上論述可能無法準確理解所以我繪製表 2-1 來詳加說明知：

表 2-1：1949~1999 年底行政強制相關法律表

名稱	件數 ⁹	百分率
法律	314 件	3%
行政法規	1586 件	15%
部門規章	8469 件	82%
總和	10369 件	100%



名稱	規定涉及到行政強制	未涉及到行政強制	規定涉及到行政強制百分率	占規定或涉及到行政強制的三類規範性檔總數百分率
法律	33 件	281 件	10.5%	13.3%
行政法規	71 件	1515 件	4.5%	28.5%
部門規章	145 件	8324 件	1.7%	58.2%
總和	249 件	10120 件	16.7%	100%

製表：筆者自製¹⁰

資料來源：中華人民共和國全國人民代表會法工組

⁹這裡的法規件數統計，當法規被重複修訂時，只算一個，而不做重複計算。譬如：中國在 1957 年公佈了《中華人民共和國治安管理處罰條例》，1986 年制定了新的《中華人民共和國治安管理處罰條例》，而新的《中華人民共和國治安管理處罰條例》中又廢止了之前規定的治安管理處罰條例，這裡就是指按一個法規統計。

¹⁰胡建淼主編，行政法學第二版（北京，法律出版社），頁 324。

由上表可見，由於目前還沒有關於行政強制的統一立法，有關行政強制的規定分散在眾多單行的法律、法規和規章之中。由於規定行政強制的法律、法規和規章比較分散，也由於規定行政強制的法律、法規和規章效力等級差別很大，造成目前關於行政強制的實施主體、手段、條件的規定不統一，有的甚至存在矛盾，有權實施行政強制的主体過多，手段過濫、過重的問題比較突出。

學界有識之士認為，**中華人民共和國**依法治國和依法行政的實施都離不開行政強制這種法律制度，**中華人民共和國**依法行政極需行政強制法。建國 50 多年了，**中華人民共和國**還沒有統一的行政強制法律制度¹¹。為規範**中華人民共和國**的行政強制行為，建立科學、合理的行政強制法律體系，**中華人民共和國**行政強制法應當是基本法。其他法律、法規關於行政強制的規定應當在不與基本法相衝突的前提下適用。擬訂中的〈行政強制法〉的法律位階應當與〈行政處罰法〉的地位相當。近幾年來**中華人民共和國**的法律法規與規章有如此高的比例對行政強制作出規範，說明**中華人民共和國**政府當局對行政強制的立法工作是非常重視的¹²。

1989 年 4 月 4 日，第七屆全國人民代表大會第二次會議通過了〈行政訴訟法〉。該法第 11 條規定：“ 人民法院受理公民、法人和其他組織對下列具體行政行為不服提起的訴訟：(二)對限制人身自由或者對財產的查封、扣押、凍結等行政強制措施不服的；(八)認為行政機關侵犯其他人身權、財產權的。” 1999 年 4 月 29 日，第九屆全國人民代表大會常務委員會第九次會議通過了〈行政復議法〉。該法第 6 條規定：“ 有下列情形之一的，公民、法人或者其他組織可以依照本法申請行政復議：(二)對行政機關作出的限制人身自由或者查封、扣押、凍結財產等行政強制措施決定

¹¹王連昌：“依法行政亟需行政強制法”，載〈重慶〉，《重慶行政》，2001 年第 3 期，頁 68。

¹²1998 年 11 月 11 日中華民國頒布“行政執行法”〈修訂〉，這表明了中華民國的行政強制力法也採取的事基本法模式。

不服的；(十一)認為行政機關的其他具體行政行為侵犯其合法權益的”。

〈行政訴訟法〉與〈行政復議法〉的制定，特別是把行政強制措施行為及其他與行政強制相關的具體行政行為納入行政復議與行政訴訟的範圍之內，為公民、法人或其他組織不服行政強制行為提供了法律上的救濟途徑，這是一個很大的進步。

1994年5月12日，第八屆全國人民代表大會常務委員第七次會議通過了〈國家賠償法〉。該法第3條、第4條分別規定：“行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯人身權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：(一)違法拘留或者違法採取限制公民人身自由的行政強制措施的。行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯財產權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：(二)違法對財產採取查封、扣押、凍結等行政強制措施的”這又為國家行政強制行為確立了行政賠償責任制度。

三. 中華人民共和國行政強制法律概念之定位

面對如此紛繁複雜的行政強制法律上的概念之爭，人們究竟應當如何走出概念的“迷宮”呢？隱藏在中華人民共和國行政強制領域概念之爭背後的主要原因是基於以下兩個誤解：一是將行政強制措施誤為一種獨立的具體行政行為；二是將行政即時強制誤認為都是在情況緊急之下做出的。因此，行政強制諸多概念的重新定位必須從澄清這兩個誤區上來著手探討。

1. 關於行政強制措施的正確定位

就語義來說，措施指的是“針對某種情況而採取的處理辦法”¹³。因此，行政強制措施指的也就是行政強制行為的方法和手段。只有當這種方式或手段被行政主體所採用時，才可能表現為一個具體的行為。可見，行政強制措施與行政強制根本不是同一個層次的概念。嚴格來說，二者是一種整體與部分的關係，即行政強制措施是行政強制行為內在的構成要素之

¹³ 《現代詞語辭典》，〈台北，商務印書館，1998年出版〉，頁220。

一。任何一個行政行為都必須借助於一定的手段表現出來，但這種手段與行政本體並不能夠簡單等同。其實，當我們將目光投向域外行政法時，不難發現，無論是在實行判例上、行政強制理論不發達的英美法係國家，還是在崇尚成文法、行政強制理論十分發達的大陸法係國家，都不存在作為一種獨立行政行為的行政強制措施。因此，在行政強制執行和行政即時強制之外設立一種與其並列的行政強制措施制度雖然是中華人民共和國一大特色，但實在設有存在的必要。所有的行政強制措施都可以根據一定的標準，分別歸為行政強制執行措施和行政即時強制措施。將行政強制措施是為一種獨立的行政強制行為既不符合標語的辭義，更是對行政強制行為內部構建的曲解¹⁴。

2. 關於行政即時強制的正確定位

作為行政強制行為的一種重要表現形式，行政即時強制中的“即時”二字並非“緊急”之意。為了說明這一個問題，首先我來了解一下行政即時強制在國外運行之情況。

英美國家由於沒有成文的行政強制法，且行政強制理論不發達，因而行政即時強制的概念並不明晰。相反地，在大陸法係國家，特別是德國和日本等，行政即時強制是作為一種與行政強制執行行為相並列的行政強制行為而存在的。正如城仲模先生所言：德、奧、日行政法學界對於行政強制之分類及學理說明，幾乎一脈相承，即在“行政強制”的上位概念之下，區分為“行政上強制執行”及“行政上即時強制”。日本學者也指出：“行政強制分為行政上的強制執行和行政上的即時強制兩種”。在德國，行政即時強制不僅只是一個學理概念，而且還為其《行政執行法》所認可。該法第6條規定：“必須採取即時執行阻止一構成刑罰或罰款事實的違法行為發生，或排除迫切危險，而且行政機關署再其法定權限內時，行政即時強制的實施在事前並不需要做出“基本決定”。中華民國“行政執行

¹⁴楊海坤、章志選主編，中國行政法基本理論研究（北京，北京大學出版社），頁349。

法”第36條也規定：“行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制”。我從上述立法規定來看，行政即時強制並不是在“緊急”狀態下做出的。因為緊急狀態下行政機關對人身或財產所採取的應急限制措施應當屬於緊急行政法的範圍，或者說此類是向應當由一個國家的《緊急狀態法》加以規定¹⁵。而上述國家和地區的行政執行法都無依例外地屬於一般行政法的範疇。因此，與其說行政即時強制中的“即時”是“緊急”之意，到不如將其理解為“即時”或者“立即”之意。也就是說，由於事態的性質決定了行政機關不可能也不應該是先做決定來等待相對人自我履行，行政機關只能選擇“立即”或“即時”執行。

四. 行政強制法的原則

行政強制是政府權力直接面對公民、社會組織的權利的領域，也是“最直接表現政府形象”的領域。由行政強制的廣泛性、主動性、單方性的特點所決定，任何國家都非常重視行政強制權力行使的法律控制，形成了一些基本的法律原則。對這部分本人在接下來第二節部分有更詳細的說明之。

第三項 及時強制

我們法律上所稱之即時強制，意思上就是一種無先前存在之義務。其意義就是說：非為強制履行行政法上之義務，而係對於行政之違反，為除

¹⁵例如，隨著對抗“非典”鬥爭的勝利和“緊急狀態”一詞在中國憲法修正案第26、27、29條的頻繁出現，《中華人民共和國緊急狀態法》的制定工作已經提上了最高國家權力機關的議事日程。著名的行政法學者于安教授執筆撰寫的《中華人民共和國緊急狀態法》〈清華大學專家意見稿〉已經問世。在這部意見稿中的第七章“緊急強制措施”中，就有關於“涉及財產權利的應急限制措施”和“對人身自由的應急限制措施”。以上所提及到的才真正是“緊急”狀態下所實施的行政強制行為。參見清華大學公共管理學院編：《緊急狀態立法研究資料》第8期〈2004年3月5日〉，頁15。

去目前急迫之障礙卻有必要且無暇課以義務時，或依其性質，若經由課以義務恐難達成代行之目的者，直接對人民之身體或財產加諸實力，以實現行政法上必要狀態之作用¹⁶¹⁷。行政上之強制執行，原以直接依法律或本於法律所為之行政處分容人民以義務，於義務人不履行其義務內容時，始爾得以發動，惟若嚴格遵循此項原則，將遭錯失時機、或損及公益之虞，有時依義務之性質，根本無以期待義務人自動自發的履行義務，諸如此類，乃於行政強制制度之下，令行政上即時強制之法制¹⁸。

憲法為了保障人民之自由及財產，明文規定凡對於任何人之身體、家宅及財產之侵害，非先得有司法機關頒發之書面令狀不得為之，若嚴格而廣泛地適用此項憲法原則，則行政法之即時強制殆有違憲之處，意即「即時強制」應視為該憲法規定之例外，不得認為與憲法精神有違背¹⁹。

關於即時強制施行的手段部分，無需義務的先前存在，亦不必預先的書面告誡，得明顯地違反相對人之意思，直接而立即地對人身、對家宅及對財產而實施強制²⁰。

最後說明關於即時強制的一般法律根據，是依照行政執行法之強制執行部分來施行，另外特別法律的根據例如以下：性病防制法、警察執行法、勞動基準法、國稅犯取締法、關稅法、消防法、未成年飲酒禁止法、狂犬病防制法、風俗營業取締法、傳染病接種法等等²¹。

¹⁶ 田中主編，總論〈台北，商務書局〉，頁 397。

¹⁷ 田中主編，前揭書〈台北，商務書局〉，頁 171~172；成田賴明，前揭書〈台北，商務書局〉，頁 182。

¹⁸ 日本學者將行政法上之即時強制稱之為「直接制限」者。

¹⁹ 城仲模主編，行政法學基礎理論〈台北，三民出版社〉，頁 326。

²⁰ 就對人身而言，譬如：傳染病患者或性病患者的強制診治；對家宅而言，譬如妨害善良風俗習處所、私造私藏軍火或逃稅處所之強制進入；對財產而言，譬如私有武器收藏或狂犬狗等沒收或撲殺等都是。

²¹ 同 168 註，頁 326。

本小節總結：行政強制措施與行政強制執行的正確分界釐清

中華人民共和國政府將制定的”行政強制法”所規範的”行政強制(行為)”包含了”行政強制措施”與”行政強制執行”兩類行為；而這兩類行為又會適用不同的行為程式與法律救濟途徑。因而劃清他們兩者之間的界線就顯的特別重要。

在概念理論上尋找他們之間的異同點，就顯的多此一舉，這只要對”行政強制措施”與”行政強制執行”的定義與法律特爭作一對照便能解決。我們在這裡要解決的是這樣一個問題：以事先強制、事中強制與事後強制整個行政強制行為的過程中，”行政強制措施”與”行政強制執行”之間的”界河”，到底應該畫在哪一段？而且這種劃分標準又有什麼法律意義？以下有幾種標準和幾個難點可以選擇與研討：

一、以事先是否存在可履行義務為標準

在中華人民共和國，不少學者認為，行政強制執行是對事先存在的一種義務的執行。這種義務可以來自於一個行政決定的規定²²，也可來自於法律的直接規定。行政強制執行就是對事先義務的執行，如果不存在被執行的義務，行政強制執行的”執行性”就無從體現。這一點正好與行政強制措施相區別。在行政強制措施中，強制機關實施強制措施，無須以當事人存在可履行義務為前提，它是為維護管理秩序，而不是為執行一種已存在的義務而實施。

德國、奧地利、日本和中華民國的不少學者也持這樣的觀點。如中華民國學者城仲模在〈日本行政代執行法之研究〉一文中指出，德國、奧地利、日本等把”行政強制”分成兩部分，即”行政上的強制執行”與”行

²²如李楯在其《中國行政強制法律制度的構想》一文中說：“行政強制執行是指人民法院或者行政機關對不履行行政決定義務的公民、法人及其組織，依法採取強制執行措施促使其履行義務的行政行為。”載《行政強制的理論與實踐國際研討會材料》〈2000年6月於北京人民大會堂〉，後發表於《行政與法制》〈南京〉，2001年第3期，頁2-10。

政上的即時強制”²³，而且強制執行與即時強制的區別就在於，前者是“有先前存在之義務而不履行者”，後者“無先前之存在義務”。

上述境內外觀點基本相通，而且這一標準也很清晰，便於掌握。但問題在於，“法定義務”概念過於抽象，涉及面過廣，在實踐操作中會有困難，還有，有的強制措施我也很難說它不是迫使當事人履行一種法定義務，如在驅散措施中，被驅者當然負有離開的義務。

二. 以事先是否存在行政決定為標準

這種標準建立在這樣的理論上，行政強制執行當然應有它的“執行性”，但它所執行的內容不應是抽象的“法定義務”，而是事先作出的一個行政決定²⁴。據此推論，如果事先有行政決定的存在，有關國家機關採用強制手段執行該行政決定的，就是行政強制執行；相反，事先不存在行政決定，有關國家機關依法實施強制手段的，那就不是行政強制執行，而是行政強制措施。

這一標準與境外國家與地區的“基礎行為與執行行為合分說”相通。在國際行政法學上，特別是德奧日國家，對於行政強制早有“基礎行為”與“執行行為”的劃分理論。中華民國則有“基礎處分”與“執行處分”之說。按此理論，不論是即時強制，還是行政強制執行，都是對“基礎行為”的一種執行；即時強制無非是“基礎行為”與“執行行為”在程式上的合一，行政強制執行最典型地表現為“基礎行為”與“執行行為”的分離。

這種劃分“行政強制執行”與“行政強制措施”標準的理論，與前一個標準理論非常接近，特別當我把“基礎行為”或“事先存在的行政決定”理解為“基礎行為所確定的義務”或“事先存在的行政決定的所確定的義務”時，更是如此。但仔細分析，仍不難發現兩種標準之間的差異，

²³這相當於中華人民共和國行政強制法理論上的“行政強制執行”。

²⁴或稱“具體行政行為”在範圍上更為周全。

而且這種差異是非常關鍵的。那就是，前一標準把執行內容定位為”事先存在的法定義務”，又這些法定義務有來自事先存在的行政決定，也有來自法律的直接規定，而直接來自法律規定的”法定義務”恰恰是因太抽象而不好把握。後一個標準把執行內容定位為”事先存在的行政決定”，或者考慮方便起見，就稱”基礎行為”。執行基礎行為顯然比執行由基礎行為確定的義務和由法律直接規定的義務具體、明確的多，範圍也減少了一半。當然，當持前一種標準的理論，主張為行政強制執行行為所執行的法定義務只來自於”基礎行為”的規定，而不是來自法律的直接規定時，這兩種標準的範圍才會重合²⁵。

這就是說，行政強制執行發生在”基礎行為”與”執行行為”分離的條件下，它不過是對”基礎行為”（或稱”基礎行為所確定的義務”）的一種行為；行政強制措施則發生在”基礎行為”與”執行行為”合一的條件下，這時談不上誰對誰的執行。由此來看，把”基礎行為”與”執行行為”的分合作為劃分”行政強制措施”與”行政強制執行”的標準是可以接受的，至少在我們尚未找到比這更準確的標準之前。

三. 以是否期待當事人自我履行為標準

如果我接受上述”基礎行為”與”執行行為”的分合標準，那只是解決了劃分行政強制措施與行政強制執行標準上的”質”的問題，”量”上的問題還有待於我去解決：當”基礎行為”與”執行行為”分離時，它們之間必須分離多遠才能作為它們之間的”界河”。換句話說，我應當讓這條”界河”靠近”行政強制措施”一邊呢，還是更靠近”行政強制執行”一點？譬如說：當公安機關在1小時前作出”強制傳喚”的決定，1小時后就實施了”強制傳喚”行為，是否就算是”基礎行為”與”執行行為”的分離，以而把後者認定為”行政強制執行”而不是”行政強制措施”？如果回答是肯定的，那末當”基礎行為”與”執行行為”只相隔一分鐘時

²⁵ 這一個觀點在國際上已驅優勢。

是否也該肯定呢？這就是說，在”基礎行為”與”執行行為”分離的條件下，我還需進一步解決它們之間時間上的分界線²⁶。

在已制定”行政強制執行法”的國家裡，把”期待當事人的自我履行”奉為”行政強制執行法”的核心精神，任何行政強制執行都應當期待當事人的自我履行，”告誡”便成了”整個行政強制之核心”。所以，他們認為，如果客觀情況允許強制機關期待當事人自我履行的，那就是行政強制執行，否則便履行政強制措施。

這一標準的提出，顯然向尋找時間標準邁進了一步。但它遇到了兩大困難，理論上不能自圓其說：一是，在不少行政強制措施中，強制機關在實施該行為時，雖沒有基礎行為，但有事先的命令式告誡，於是存在期待當事人自我履行的時間，不管時間長短。如員警在實施”驅散”行為之前，大多情況下作先行告誡，期待被驅人自我離開。二是，是否能期待當事人自我履行，主要表現為是否履行告誡義務。如果以此為標準，那麼就會以強制機關的一個主觀行為作為一種客觀行為的”座標”，主觀上的隨意性就會與客觀上的必然性發生衝突。

四. 以基礎行為是否生效為標準

這一標準換了一個”視角”。它以行政強制行為的法律效力而不是以行政強制行為的主觀形式上尋找標準，以而避免了前一標準的缺陷。該觀點認為，當”基礎行為”與”執行行為”分離時，還得視”基礎行為”是否”生效”而定：如果”基礎行為”已經”生效”，國家機關執行該生效的”基礎行為”，那麼該執行行為就是”行政強制執行”；相反，如果”基礎行為”雖已作出，但尚未”生效”，國家機關執行該尚未”生效”的”基礎行為”，那麼，這種執行行為依然按”行政強制措施”對待。

這種標準雖在劃定”行政強制措施”與”行政強制執行”之間”界河”時讓”界河”更靠近了”行政強制執行”一點，但在大陸法系國家

²⁶城仲模主編：《行政法之基礎理論》〈台北，三民書局1994年版〉，頁375。

與地區，特別在德國，這已成了他們所共認的理論。他們認為，行政強制執行發動的前提，一般為被執行的”基礎行為”已具”不可爭議性”，或稱”法律上之形式確定”。

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間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，或者依法強制執行”。這說明，中華人民共和國的行政訴訟法在規定行政強制執行時，為行政強制執行設定了同樣的”發動條件”，即”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”。換句話說，即作為”基礎行為”的”具體行政行為”已經”生效”，而當事人又不履行，在這種前提下，行政強制執行才會發生。被執行的具體行政行為”已經生效”是行政強制執行發動的前提，這一意思又被 1999 年最高人民法院的一個司法解釋所肯定並明示。

可見，把被執行的具體行政行為(即”基礎行為”)”已經生效”作為行政強制執行的發動條件，這一點在境內外，無論理論上還是立法上都是相通的。這樣，我如果把所執行的具體行政行為”是否已經生效”作為”行政強制執行”與”行政強制措施”的分界線也是可行的，特別是符合中華人民共和國實際上的需要²⁷。

五. 如何理解基礎行為已經”生效”

當我接受把”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”的標準時，另一個關鍵問題又接踵而至：基礎行為”生效”的標準是什麼？

在德國，認為所謂基礎行為的生效，就是指基礎行為具有”不可撤銷

²⁷ 《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》〈1999 年 11 月 24 日經過最高人民法院審判委員會第 1088 次會議討論通過〉第 86 條規定：行政機關根據行政訴訟法第 66 條申請人民法院強制執行的具體行政行為據有六種條件，其中之一是，該具體行政行為”已經生效”。

性”或稱”不可爭議性”；而根據德國 1960 年行政法院法第 70 條和第 74 條規定，”不可撤銷性”取決於兩種強況：一是超過法定的救濟時間；二是經有效判決維持。否則，無以發生”強制執行力”。這種對基礎行為”生效”的解釋在德、奧、日等國很有代表性。

在中華人民共和國結合行政訴訟法第 66 條及最高人民法院對該條的司法解釋，以及行政訴訟法第 65 條第 1、2 款的規定，可以認為：具體行政行為(基礎行為)的”生效”，是指行政相對人在法定救濟時間內放棄救濟權利或經人民法院判決維持原具體行政行為。若是這樣，中華人民共和國法律上、理論上的這一標準與德國完全吻合。

但是，最高人民法院的上述司法解釋關於具體行政行為”已經生效”的涵義是否就是如此呢？目前還令人擔憂。因為，雖然最高人民法院的司法解釋本身並沒有對具體行政行為的”生效”標準作出解釋，但最高人民法院行政審判庭對該司法解釋的學理解釋卻對”生效”含意作了不適當的”擴張”，或者至少可以說是解釋得不清楚。它把具體行政行為的”生效”標準與合法有效標準混為一談，又在時間上把”生效”看成是行政管理實體程式的完結，而不是行政救濟程式的完結。

如果我的觀點成立，即認為具體行政行為的”生效”是指行政相對人在法定救濟時間內放棄救濟權利或經法律救濟程式維持了原具體行政行為，那可能會引出另外一個理論難點：與”行政行為效力”的傳統理論相矛盾。因為傳統的行政行為效力理論認為，行政行為與法院判決(終審判決除外)不同，它一經作出就具有法律效力，便可先行執行。

我認為，這一理論已經過時，它是上世紀二戰前”行政命令權”與”行政執行權”合一時期的產物。二戰以後，行政執行權以行政權中分離而出，這時的行政決定一經作出便可執行權是一般的”例外”，大多行政行為都須經法律救濟(如司法審查)以後方可執行。德國 1960 年〈行政法院法〉第 80 條的規定，最為典型。在中華人民共和國，雖然行政復議法第

21 條和行政訴訟法第 44 條都明文確立了” 訴訟不停止具體行政行為執行” 的原則，但在實踐當中，大多操作情況相反，一經相對人申請復議或提起行政訴訟，作為被告的行政機關往往停止了原具體行政行為的執行，只有在法律明文規定先行執行或在緊急狀態下，才先予執行。造成這種現狀的原因很簡單，行政機關生怕自己的具體行政行為被法律救濟機關撤銷以後承擔賠償責任。

六.” 先行” 執行的定位

當基礎行為與執行行為合一時，該行為屬於” 行政強制措施” ；當基礎行為與執行行為分離，並且基礎行為已經生效的條件下，該執行行為才屬於” 行政強制執行” 。當我這樣定位時，又會發現：在” 行政強制措施” 與” 行政強制執行” 兩端之間，出現了一段” 真空” ，即在基礎行為與執行行為分離前提下，並且基礎行為尚未生效，而國家強制機關執行了尚未生效的基礎行為，這時的執行行為屬於什麼呢？如：按〈中華人民共和國稅收徵收管理法〉第 27 條所規定的強制執行，它因基礎行為與執行行為的分離而不屬於行政強制措施，又因執行行為不以基礎行為生效為前提而不屬於行政強制執行。根據〈治安管理處罰條例〉第 35 條、第 40 條規定，公安機關對違反治安管理行為人作出拘留處罰決定後，如果該行為人或其家屬既不提供擔保，又不交納保證金的，公安機關可以實施強制執行。這種強制執行與上述道理一樣，它既不屬於行政強制措施，也不屬於以基礎行為” 生效” 為前提的行政強制執行。這就到了應當研討” 先行執行” 定位問題的時候了。

這種介於行政強制措施與行政強制執行之間的強制行為就是” 先行執行” 行為，它以基礎行為作出以後但尚未最終生效(即不是在法定救濟期限內放棄救濟權利，或經法律救濟維持了基礎行為)之前便實施強制執行行為特徵。這種” 先行執行” 行為，無論在外國還是中華人民共和國，不管是堅持法律救濟不停止原行政行為執行的國家(如法國)，還是相反(如

德國)，都廣泛地存在著。

在法國，行政法授予政府幾種不需要事先取得司法同意就可以實施其決定的方式，而且如果當事人反抗，政府可以採取實質性措施及直接使用軍隊和員警來執行其決定。政府的這項行政強制執行權，淵源於”行政處理效力上的先定特權”。這一特權由法政法院的判例所確認。當然其強制方法的選擇，一般須有成文法的依據²⁸。

德國奉行的原則與法國不同，當事人申請法律救濟時，原則上要停止行政行為的執行，只有在個別情況下才能先行執行。這一原則的依據是”行政法院法”而不是”行政強制執行法”。根據德國 1960 年〈行政法院法〉第 80 條規定，當事人提起”復議和撤銷之訴”，對所訴行政行為具有”延緩效力”之功，除非遇有”繳納公共稅賦和費用”等四種情況，行政機關才能先行執行。

日本 1962 年行政不服審查法和同年的行政案件訴訟法分別創立了作為對”行政處分”進行行政救濟的”行政不服審查制度”和作為對行政行為進行司法救濟的”行政訴訟制度”。這兩項制度都奉行”行政審查與行政訴訟不停止原行政處分的執行，但在法定的理由成立時，可以停止原行政處分的執行”之原則。這種做法與**中華人民共和國**非常接近。**中華民國**的行政訴願制度與行政訴訟制度確立了與日本一樣的原則。

中華人民共和國先行執行現象的大量存在，不儘來自於行政機關對待法律救濟的態度，而且來自於法律、法規的明文規定。

我這裡需要回答的是：這種”先行執行”行為，是屬於”行政強制執行”的一部份，還是”行政強制措施”的一部份？或是它們以外的”第三種強制行為”？

²⁸參見：法國波爾多孟得斯鳩大學校長高德松教授：《法國行政法和其政府的行政強制權》，在 2000 年 12 月 6~7 日的“行政強制的理論與實踐國際研討會”上的發言及會議論文；王名揚主編：《法國行政法》（北京，中國政法大學出版社，1989 年 5 月第 1 版），頁 166~171。

在回答這個問題之前，我需注意到它的兩個顯著特徵：

第一、 先行執行行為具有”執行性”。它須以被執行決定(基礎行為)的先行存在為前提，以而又需以基礎行為與執行行為相分離為條件。先行執行依然是對基礎行為的執行。如果基礎行為與執行行為合一，那便是行政強制措施行為而不是先行執行行為了。這正是先行執行行為與行政強制措施之間的主要區別。

第二、 先行執行行為具有”先行性”。它是相對於事後執行而言。以一定意義上說，行政強制執行有事先執行和事後執行而分。雖然世界上不少國家與中華人民共和國一樣，法律救濟(行政復議或行政訴訟)不停止原具體行政行為的執行，但如前所言，只要一種已作出的具體行政行為因公民的異議而進入法律救濟程式，原則上要停止原具體行政行為的執行。無論是最高人民法院1991年的一個司法解釋，還是現行1999年的一個司法解釋，也都表明了最高人民法院的這一精神。在這樣的原則下，先行執行儘是特殊情況下發生的一種例外。換句話說：先行執行奉行”以事後執行為原則，先行執行為例外”之原則。顯然，如果萬事均應事先執行，那末”先行執行”提法便是多此一舉。

據此可以推論，”先行執行”並不是置於”行政強制措施”與”行政強制執行”之外的第三種行政強制行為，而僅僅是行政強制執行的一種”例外”而已。

七. 結論：標準及意義

關於”行政強制措施”與”行政強制執行”之間的劃分標準，現在可以作一小結了。”行政強制措施”與”行政強制執行”之間的劃分標準，首先在於看”基礎行為”與”執行行為”是合一的，還是分離的：如果”基礎行為”與”執行行為”是合一而無法分開，該行為就是”行政強制措施”；相反，如果”基礎行為”與”執行行為”是分離的，那麼，該執行行為就是”行政強制執行”。其次，當”基礎行為”與”執行行為”分離

時，還得視該”基礎行為”是否已經”生效”：如果所執行的”基礎行為”已經”生效”，對它的執行，就是典型的”行政強制執行”；如果所執行的”基礎行為”尚未”生效”，對它的執行便是”先行執行”。”先行執行”是”行政強制執行”的一種例外。它與”行政強制措施”比較，在於它身上，”基礎行為”與”執行行為”已經分離，而前者是合一的；與”行政強制執行”比較，它所執行的”基礎行為”尚未”生效”，而前者以”基礎行為”的”生效”為特徵。由於”先行執行”只是”行政強制執行”的一種例外而已，所以以廣義上講，它便是”行政強制執行”的一部份。

上述關係可以歸納於下表 2-2：“行政強制措施”與”行政強制執行”之間的劃分標準表

”基礎行為”與”執行行為”分合狀態		行政強制行為性質	
合一		行政強制措施	
分離	基礎行為尚未生效	行政先行執行	行政強制執行
	基礎行為已經生效	行政強制執行(狹義)	

製表：筆者自製

劃分”行政強制措施”與”行政強制執行”的法律意義，主要在於法律救濟上的區別。在”行政強制措施”中，由於”基礎行為”與”執行行為”合一，那麼，”基礎行為”與”執行行為”當然是作為一個整體適用行政復議與行政訴訟救濟，而且復議機關與司法機關在行政審查與司法審查中，當然也是整體審查。而在”行政強制執行”中，由於”基礎行為”

與”執行行為”分離，而且”基礎行為”已經發生法律效力，那麼當事人自然只能針對”執行行為”申請法律救濟，法律救濟機關也只能審查”執行行為”而不是”基礎行為”。

劃分”執行行為”與狹義的”行政強制執行”的法律意義在於，雖然由於”先行執行”一然屬於”行政強制執行”的範疇，法律救濟上依然適用與”行政強制執行”相同的程式與標準，但法律將為，也必須為”先行執行”的實施設置比一般”行政強制執行”更嚴格的條件，如若不先行執行會給國家管理秩序造成無法挽回的損害。



第二節 域外行政強制法之基本原則統合分析

現今的中華人民共和國行政強制法草案經過了中華人民共和國當局好幾年的自我努力和外國先驅的經驗學習，終於初步完成了全案總共有六章，分計七十七條。全案共計六章：第一章：總則、第二章行政強制的方法和設定、第三章行政強制措施實施程序〈其中包含了四節：第一節一般規定、第二節強制檢查、第三節查封、扣押、第四節凍結存款〉、第四章行政強制執行程序〈其中包含了二節，第一節行政機關強制執行、第二節申請人民法院強制執行〉、第五章法律責任、及第六章附則。我在此節當中針對此草案的法條和有關於行政強制的原則性規定、一般性規定等和境外各國相關聯之原則對中華人民共和國發展行政強制制度中應遵守的，我個人認為行政強制制度應遵守以下基本原則如下：

二、 人權原則

人權本來就是國家的國內管轄範圍內嗎？我的答案是否定的，而且是斬釘截鐵地否認。人權的基本定義就是自然人基於人的基本之價值尊嚴和人應享有之一切或基本權利為最佳定義²⁹。我認為人權的基本原則有以下幾點：

1. 無法出讓的權利〈Unalienable Rights〉³⁰。
2. 個人應具有之權利³¹。
3. 以人的資格來享受的基本權利³²。

²⁹ 黎淑慧主編，人權概論〈台北，新文京開發出版股份有限公司，2005年2月20號出版〉，頁7。

³⁰ 張佛泉主編，自由與人權〈台北，台北商務印書館，1995年1月出版〉，頁81。

³¹ 張乃雄主編，國際法上人權與其保障之問題〈台北，台北商務印書館，1979年6月出版〉，頁9。

³² 《雲舞社會科學大辭典—政治學》〈台北，台北商務印書館，1971年2月出版〉，頁5。

4. 人民應享有的基本權利³³。
5. 人類與生俱來之權利³⁴。
6. 憲法與有關法令制度所列舉的人民之基本權利³⁵。
7. 法律觀念或立法制度所列舉的人民的權利³⁶。
8. 文民社會公認一個人享有的權利³⁷。

二、 法治原則〈法定原則〉

法治之基本定義乃是法律係具有以公權力強制其實現之社會生活規範，現代的社會不管是甚麼樣類型的國家都欲推行民主法治，必使人人知法守法，因為“之法然後能夠守法、守分，防紛爭於未然，除禍患於無形”

³⁸。以下針對法治之原則我認為要兼顧以下幾點：

1. 制憲立法、信守咸尊。憲法乃是萬法之母，一但立憲，繼則由國家立法機關依憲政精神，匯聚人民公意制訂法律公布施行，並隨時接受民意之調查。不管人民或政府機構一切都是依法而治³⁹。
2. 人身自由之保障與正當法律程序。國家為維持社會秩序，增進公共利益，對於反社會行為中經法律規定為「犯罪行為」者，有權依法行使刑罰權。此乃為了要伸張正義及維護治安所必需，但有時往往為了要追求實質之真實發現，而於人權保障尚未能有充分的考量，以至有法律上有所不允許之人權侵害事件常發生⁴⁰。
3. 私法自治、當事人自主與契約自由。在自由經濟環境下的現代，私

³³余堅主編，最新政治學〈台北，台北商務印書館，1973年9月出版〉，頁187。

³⁴倪達仁譯，政治學〈台北，雙葉書廊有限公司，1995年8月出版〉，頁433。

³⁵楊政主編，我國歷史文化中人權思想初探〈台北，帕米爾書局，1977年12月出版〉，頁9。

³⁶黃紀等譯，政治學名著選讀，洪流出版社〈台北，1979年1月出版〉，頁539。

³⁷呂亞力主編，政治學，〈台北，五南出版社，1980年9月出版〉，頁241。

³⁸史尚寬主編，法學論文及二〈憲法叢書〉〈台北，五南出版社〉，頁563。

³⁹程家瑞主編，中國法制比較研究文集〈台北，東吳大學法學院出版，1999年版〉，頁17。

⁴⁰同128註，頁18~19。

經濟行為，由其是特定人與另一個特定人之間的債權債務關係，在不抵觸法律上強制或禁止規定，亦不違背公共秩序、善良風俗習慣知情況，法律通常都不會加以干預，這就是所謂的私法自治、當事人自主與契約自由等理念⁴¹。

4. 依法而治與崇法務實。依據法治理念，國家之凡百施政，除須遵守民主原則〈多數決定、自由平等及責任政治等〉之外，當依法而治，理應遵循亦會立法、行政執行、司法審查、地方自治行政以及憲法明定之重要法律原則等，推行務實政務，此種依法而治之原理，於行政而言，即為依法行政⁴²。

在現今的**中華人民共和國**，行政強制是一種強力的行政行為，顯示公權力的權威，最應該服從依法行政原則的拘束。《中華人民共和國行政強制法草案》第3、4條便規定行政強制的法定原則。

《中華人民共和國行政強制法草案》第3條規定：「行政強制措施和行政強制執行的設定和實施適用於本法。」

《中華人民共和國行政強制法草案》第4條規定：「設定行政強制必須依照本法規定。實施行政強制必須有法律、法規，在法定職權範圍內依照本法規定的程序實施。」本法便有統一規定行政強制的作用。

《**中華人民共和國**行政強制法草案》針對行政強制的法定原則，分為「許可實行強制事務之設定權」，及「執行之設定權」兩方面。

在行政強制措施方面，分別許可法律、行政法規及地方法規的事務設定權，排除行政規範性文件的設定權。在執行設定方面，第15條規定「基本上是由法律及行政法規授權的機關擁有獨立執行的職權，其他未獲授權者，需會同公安機關執行的權限。

至於行政強制執行方面，任何符合要件的，可由本法規定，取得強制

⁴¹程家瑞主編，中國法制比較研究文集〈台北，東吳大學法學院出版，1999年版〉，頁20-22。

⁴²同上註，頁27。

執行的依據。執行的設定權方面，《中華人民共和國行政強制法草案》第13條規定「行政機關如果由法律明白規定時，就得依本法為強制執行的機關，否則做出行政決定的行政機關，應當申請人民法院強制執行。」任何行政規範性文件，也不得設定有關行政強制執行的規定。

三、 比例原則

無論行政強制措施還是行政強制執行都會對公民、法人或其他組織的權利和義務產生較大影響。基於行政強制的這一特性，行政強制立法時，應當立法者應使該法承擔雙重功能：

1. 行政強制為達到行政的目的，必須施加強制力於行政相對人，對其權利進行限制。
2. 必須承擔保護功能，對行政相對人的權利給予最大的照顧。

對權利的限制和對權利的保護這一緊張關係要求立法者必須在二者之間建立一種平衡。從西方國家的實踐來看，人們迄今發現的最好的解決辦法是立法者在立法時引入比例原則。

比例原則我通常又稱其為「禁止過分原則」，其主要是在調和「公義上之必要」與「權利或自由之侵害」，換言之，我把此種原則應用到中華人民共和國行政強制法制上來看，**中華人民共和國**當局一方面應該消極的排除障礙，積極的謀求公共福祉，以發揮福利國家經世濟民的功能，當公益的追求與個人權益的保護處於緊張關係時，為了公益的追求，於事理上承認人民的自由權利應受的限制；另一方面，亦執著於此種自由權利之「侵害或限制」不可漫無邊際，應以該被認可之公益上所「必要」者為限，在此種公益、私益相互調和的思想契機下，隨著時代潮流之演進，必然發展出及公私立亦調合的比例原則⁴³。

我在從廣義的比例原則，通常將其內涵包括適當性、必要性、比例性

⁴³葉俊榮主編，論比例原則與行政裁量，憲政時代，第十一卷第三期，頁79。

三原則，茲分述如下：

〈一〉 適當性原則〈合理原則之遵守〉：執行職務時，面對多數可能選擇之處置，錦德則取可達到所欲求之行政目的之方法而為之。

作為行政法「帝王條款」之合理原則，行政強制行為更是所有行政行為中顯現公權力最具體及物理性強度最高的一種，故更應遵守適當性原則。

《中華人民共和國行政強制法草案》第5條規定：「設定和實施行政強制應當依照法定條件，兼顧公共利益和當事人的合法權益，正確適用法律、法規，選擇適當的行政強制方式，已達到行政管理的目的為限度。」在這一個條文中便是援引合理原則〈比例原則〉，並將其包含的三個子原則都涵蓋於內，包括均衡原則〈兼顧公共利益和當事人的合法權益〉、妥當性原則〈達到行政管理的目的〉，以及必要性原則〈選擇適當的方式，達到目的為限度〉。

《中華人民共和國行政強制法草案》第6條也對權力之不可濫用有了以下的明確規定：「行政強制措施不得濫用，實施其他行政管理措施不能達到行政管理的目的時，行政機關才可以依法實施行政強制措施。」這表明了行政強制措施是達到管理的「最後手段」〈ultima ratio〉，此也符合合理原則的必要性原則。

在這部份最後提到實踐合理原則之精神就是《中華人民共和國行政強制法草案》第53條，其條規定：「行政強制執行的時間，不得於夜間及法定節假日，但因情況急迫或獲得當事人同意，自不在此限。

〈二〉 必要性原則：執行職務時，面對多數可能選擇之處置，應盡可能則取最少補量作用者而為之。

〈三〉 比例性原則：執行職務時，面對多數可能選擇之處置，應於方法

與目的兼優劣之結果斟酌更有力者而為之⁴⁴。

比例原則，也稱為最小損失原則。其涵義是行政強制除要有法律根據外，行政主體還必須選擇以最小損害行政管理相對人的方式進行。從實體上說，行政主體依法實施行政強制，應當以實現行政管理所要求的目標為限。以程序上來說，行政強制主體所採取的手段與要達到的目標之間必須有對應關係，要扣押商店裡的違禁品，不能扣押違禁品以外的其他商品。從比例原則中延伸出行政強制的必要性、相稱性、合理性、最小損失性的要求。即公平、合理，兼顧公共利益和個人利益的維護，以適當的方式進行，以達到、執行的目的為限度，做到盡其最善。

根據以上小段所述我可以發現幾點比例原則之問題性的存在如下：

1. 必要性原則所謂的最小損害係一比較性的概念，但其比較的基礎卻往往忽略各個手段的目的達成度非屬同一的性質，而有過分簡化的現象。
2. 假設所有首度之目的達成度均屬同一，則行政機關於行政裁量權時，其權限在最損害原則的拘束之下，勢必一律收縮到零；設若各個手段之目的達成度均各自不同，而何種程度之目的達成方屬足夠可由行政機關自行決定，則此時實際上比例原則將退化到僅有狹義比例原則具有實效的情況。
3. 比例原則既然強調損害與目的間不得顯失平衡，則其權衡必然是以同質之價值分析互比較為前提，因之免不了須作量化、金錢價值化的工作，以求能客觀進行權衡。

四、制衡原則

均衡原則我們又可稱其為「應予衡量原則」，乃因行政機關是他律的，做任何決定皆須經過盤考慮，不能一味追求公益，必須尊重司人之法定利

⁴⁴ 羅傳賢主編，行政程序法基礎理論〈台北，五南圖書出版社〉，頁 64~65。

益，使公益與私益獲得均衡，亦即應就公益和私益之間為平衡來作考量，而依實際情況客觀地衡量取捨⁴⁵。

應予衡量原則，為法治原則的具體化，在學說與實務上被認為係具有憲法位階之原則，其最主要適用之領域為計畫行政。根據德國行政法院之見解，對公益與私益為合理的衡量，亦即應予衡量原則，包含以下三項內容：

- 〈一〉 必須的確曾經經過衡量，若是馬虎行事，根本未就公益、私益為衡量，有為應予衡量原則。
- 〈二〉 在衡量的過程當中，任何一事務情事對決定作成具有意義的觀點，不管是事實、利益或異議等，均應納入衡量。
- 〈三〉 與個案有關的公益和私益，其比重不得誤認，相互間的比較不得不成比例。

違反上述要求，即構成衡量瑕疵；如根本未予衡量或未完全衡量，則構成衡量短缺的問題；又若將客觀上根本無法實現的利益亦列入考慮，或是採行客觀上不適合的措施，則構成衡量過分的問題；若於公益、私益的衡量中，對個別某利益的衡量在客觀上不合比例，則構成衡量不合比例的現象⁴⁶。

五、正當程式原則

行政強制法既要維護公共利益和社會秩序，又要保護公民、法人或者其他組織的合法權益。只有通過行政程序對行政強制權加以規範，才能防止其濫用。因為程序公正是看得見的公正，是利益多元化的社會定紛止爭的一個有效手段。”程序不是次要的事情，隨著政府權力持續不斷地急遽增長，只有依靠程序公正，權力才可能變得讓人能容忍。

⁴⁵翁岳生主編，前揭書〈台北，台北商務書局〉，頁4。

⁴⁶羅傳賢主編，行政程序法基礎理論〈台北，五南圖書出版社〉，頁67~68。

程序不全是實現正義的工具，其本身也有正義價值。正當程序在英美法中包含了行政機關作出影響公民權益的決定時必須賦予當事人表達意見的機會，非經聽證程序個人的財產權不得被公共權力剝奪、平等參與、程序公開等具體要求。這些要求實質上體現了民主、公正、效率、人權保障等這樣一些價值。行政強制程序對於”行政機關來說是一種義務，而對於行政相對人來說則是權利”。正當程序原則引入行政強制法中有利於保證相對人基本權利，限制公共行政權力。

六、 權利救濟原則

行政強制是行政機關單方對行政管理相對人的財產權利和人身權利的直接限制或者處分，它有可能產生違法行為，如超越權限、對不符合強制條件的行政管理相對人實施強制、程序違法等。根據有權利必有救濟的原則，各國的行政強制都設置了權力救濟機制。行政強制制度中的法律救濟是平衡行政權與公民權利的重要方式。各國的救濟制度設計不同，一般包括行政救濟和司法救濟。在程序上，無論行政途徑或者司法途徑都可以包括執行中的救濟和執行完畢的救濟。強制執行中的救濟，有的國家規定了禁止令和人身保護令制度，前者適用於對財產的強制行為，後者適用於對人身的強制行為。如果行政管理相對人認為強制本身或者強制程序違法，可以在行政強制行為實施過程中依法向有權機關提出保護。強制執行後的救濟包括要求行政賠償或者通過訴訟獲得賠償。

作為最強烈的行政決定，行政強制行為如有侵犯當事人，應給予充分的法律救濟途徑。包括執行前、執行中與執行後的救濟可能性。

執行前的救濟途徑主要在行政在行政強制執行才有意義。《[中華人民共和國行政強制法草案](#)》第 54 條規定：「行政強制執行前應該履行告誡與聽證等程序時，當事人可以申請中止執行，認為有異議時，也可以提出行政訴訟。」雖然接下來的《[中華人民共和國行政強制法草案](#)》第 56 條規定法院應當在執行完畢後，才予以審理。這個規定不足保障當事人的權利

，將於下文討論之。

執行中的救濟是指當事人對行政強制有無停止執行的可能，行政強制措施實施時，當事人如有異議可陳述和申辯，行政機關應當充足聽取意見，此外〈草案〉沒有任何救濟的可能。《中華人民共和國行政強制法草案》第 60 條規定：「在行政強制部分由行政機關執行的強制執行，如有異議，適用前述執行前的救濟規定。」

《中華人民共和國行政強制法草案》第 62 條規定：「如果由行政機關申請人民法院強制執行的，當事人可以提出要求，對行政決定的事實、理由即依據進行審查，如果要求合理，人民法院可以餽不予執行的裁定。」

執行後的救濟，這是《中華人民共和國行政強制法草案》第 7 條救濟規定的要點。依本條規定：「公民、法人或者其他組織對行政強制措施或者行政機關的行政強制不服的，有權依法申請行政復議或者提出行政訴訟；造成損失的，有權要求國家賠償或者補償。」這一種事後救濟包含了行政救濟與國家賠償或行政補償。

行政強制為行政決定的一種，得依法行政復議與行政訴訟來救濟，如有違法侵犯當事人權益，也可依國家賠償法的程序請求賠償。但在行政強制措施中的即時強制也就是《中華人民共和國行政強制法草案》第 20 條及 21 條規定的：「是以當事人無違反行政義務，所遭受的強制措施為特色，是為公共利益所犧牲及不屬於國家賠償，而是屬於行政補償的範圍，故可請求行政機關予以公正的補償。」

七、 依法強制原則

依法強制原則是依法行政原則的自然延伸。與一般的行政管理權不同，依法強制權不能來自一般授權，必須來自法律、法規的特殊授權，嚴禁行政強制主體自己給自己創設行政強制手段。它包括兩個主要的具體原則：

1. 法律優位：其涵義是下位法不得與上位法相抵觸，一切行政強制行為都要與法律規範相一致。

2. 法律保留：其涵義是有些強制事項必須由法律作出規定。此外，依法強制還要求設定權法定、主體法定、強制手段法定、程序法定、對象法定。

八、法律保留原則

係指特定領域的國家事務應保留由立法者以法律規定，行政權為法律的指示始能決定行止。其理論依據，除了強調基本權之保障外，主要乃在於主張法律支配以保護人權的法治國思想及主張議會支配的民主思想，近來更有以權力分立的觀點出發，主張從功能結構取向的觀點，來推論法律保留的必要性。至其適用範圍，則有「干涉保留說」（「侵害保留說」）、「全部保留說」、「權力保留說」、「社會保留說」、「重要事項說」、「機關功能說」等不同理論之提出，其中又以「重要事項說」為通說。有關重要事項之判準，學說上容有爭議，或以「對基本權的行使或實現」為判準，或以「政治的爭議性」為判準，或以「政治的重要性」為判準，或以「對公益的份量」為判準，德國聯邦憲法法院向以「對基本權的行使或實現」作為是否屬重要事項之判準。惟行政強制法制發展是否適用法律保留原則？換言之，一般行政法中有關「對基本權的行使或實現」的事項因屬重要事項而有法律保留原則之適用，此等通則可否同樣適用在行政強制上面？此乃有必要從基本的行政強制的理論依據談起。

本節小結：中華人民共和國當局未來制定統一的行政強制法需要解決的問題

中華人民共和國目前實踐中的行政強制制度存在著兩個方面的問題：

一、亂，包括”亂”設行政強制和”濫”用行政強制，侵害了公民、法人或者其他組織的合法權益。

二、軟，就是行政機關的強制手段不足，執法不力，對有些違法行為不能有效制止，有些行政決定不能得到及時執行。因此，制定行政強制法，既要治”亂”、治”濫”，也要治”軟”。根據”規範行政強制的設定和實施，保障和監督行政機關依法履行職責，維護公共利益和社會秩序，保

護公民、法人或者其他組織的合法權益”的立法宗旨，在具體制度設計上，應從以下幾個方面入手：

1. 明確行政強制的設定權

設定權”亂”是行政強制”亂”的源頭。行政強制涉及對公民的人身或者財產權利的限制，按照法治原則和依法行政的要求，行政機關限制公民的人身或者財產權利，需要法律依據。由於沒有統一的行政強制法，立法也沒有對行政強制的設定權作出明確地劃分，行政強制的設定權不明確，不僅法律設定行政強制，法規、規章都在設定行政強制，甚至規章以下的規範性文件也在設定行政強制。行政強制設定權的”亂”，直接導致了行政機關在實施管理過程中”濫”用行政強制，侵害了公民、法人或者其他組織的合法權益，也不符合依法行政的要求。因此，制定行政強制法的一個重要任務就是明確行政強制的設定權，解決行政強制設定權”亂”的問題。行政強制法應規定行政強制主要由法律設定，行政法規、地方性法規可以設定法律規定範圍內的行政強制，規章和規章以下規範性文件不得設定行政強制。這樣，意在正本清源，以源頭解決行政強制”亂”的問題。

2. 統一行政強制方式

現行立法中行政強制措施的具體方式多種多樣，名稱千差萬別。據1999年調查統計，當時的法律、法規、規章中規定的行政強制措施就多達幾十種。在法律、法規規定的行政強制方式中，有的實質內容相同，表述不一樣；有的同一概念，性質不一樣。這些問題的存在，給行政執法帶來一定的困擾。行政強制立法應對現行法律、法規中的行政強制方式進行梳理，將行政強制分為行政強制措施和行政強制執行兩大類，把幾種常用的行政強制方式規定下來，統一行政強制的方式，並以此作為規範行政強制

程序的基礎⁴⁷。

3. 規範行政強制程序

現行法律、法規對行政強制程序沒有統一的規定。通常的做法是，由實施強制的機關自行規定程序，不一致，不統一。申請法院強制執行的，法院進行實質審查還是形式審查，是由行政庭受理還是由執行庭直接執行，實踐中各地方的做法也不統一。由於缺少統一的程序規定，執行中隨意性大，侵害公民、法人或者其他組織合法權益的情形時有發生。制定行政強制法，一個主要的內容就是要規範行政強制的程序。借鑑國外的立法經驗，結合中華人民共和國的實際情況，行政強制立法擬對行政強制措施和行政強制執行的程序分別作出規定，並對實踐中常用的幾種強制措施如查封、扣押和凍結、劃撥存款等作出具體規定，以保障行政強制權的公正行使，保護公民、法人或者其他組織的合法權益。

4. 注意執行時間的限制

不能選擇在夜間、法定休息日進行行政強制執行，緊急情況下，或者當事人同意的除外。但此種限制不適用於即時強制。

執行期限是指一個行政強制應在多少期限內實施，例如對依各行政決定不履行〈例如不自行拆除違章建築〉，行政機關在何時可採取強制執行的行為？而不是指一個行政強制得執行多久之意，例如第 30 條規定的：「查封、扣押的期限不能超過 15 日」，《中華人民共和國行政強制法草案》對於執行期限只有個別的規定，例如第 42 條、43 條或 44 條對於執行罰超過 30 日，當事人依就不履行或不達到目的，才可採取直接強制，此外並無明確的規定。

依我前有提及的行政訴訟法第 66 條規定，行政機關可以申請法院強制執行，但並未規定期限。但是依《最高人民法院關於執行中華人民共和

⁴⁷王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版〈北京，中國政法大學出版社〉，頁 225~236。

國行政訴訟法若干問題的解釋》第 84 條的規定，申請人是行政機關的時效為 180 日。

對於行政機關執行行政強制應當有一定的執行期限的規定，否則無法達成法律安定性。尤其是對於一個行政決定未履行的強制執行，定有執行期限，便可以防止行政機關的「行政怠惰」，督促行政機關積極負起行政管理之責任。只有在行政強制措施中的即時強制，因為起因倉促的應變行為，才沒有規定期限的意義。所以《中華人民共和國行政強制法草案》似可仿效行政處罰法第 29 條的兩年追究規定，定一個合理的執行期限⁴⁸。

5. 完善申請法院強制執行制度

司法執行難，行政執行決定也難。這個“難”字集中反映了中華人民共和國法治的發展水平。在很多法制比較完善的國家，執行生效的法院判決、生效的行政決定是當事人的剛性義務，執行是通例，不執行是特例。在當事人不履行法定義務的情況下，社會有嚴重的機制迫使其履行。當事人即使對法定判決或者行政決定不服，也必須通過法律程序提出，或者先履行法定義務再尋求法律救濟。制定行政強制法，需要解決現行的申請人民法院執行制度中存在的問題，完善申請人民法院強制執行制度，提高申請人民法院執行的效率，解決行政決定執行難的問題⁴⁹。

6. 規定執行終止的情況

法律中應規定執行終止的情況，如義務全部履行或者執行完畢；行政決定被撤銷或者變更；義務無法履行或者沒有履行條件的。規定執行終止的條件有利於保護權益人和義務人雙方的利益，有利於穩定行政秩序。

7. 規定一定的執行時效

中華人民共和國沒有執行時效的具體規定，在行政強制立法上考慮這

⁴⁸例如中華民國行政執行法第 7 條規定，行政強制執行，自行決定確定，或是其他行政義務應履行日起，五年內執行之。逾期不得再強制執行。

⁴⁹王連昌、馬懷德主編，行政法學第四版（北京，中國政法大學出版社），頁 236。

一問題，明確執行時效是有必要的。中華民國規定的是5年；即使已經開始執行，如果10年內沒有執行完畢的，不再執行。這一規定對**中華人民共和國**有參考價值。

8. 規範行政強制權的主體

行使行政執行權的機關應為公權力機關，或者是由公權力明確授權的機關。而現狀是，各地方、各部門自己成立名目繁多的執行機構和人員，直接面對民眾的執法主體沒有法律強制權，卻可以任意實施行政強制，隨便運用公共權力助長了低素質執法隊伍濫用權力的傾向。政府職能部門幾乎都設立了自己的執法隊伍，去執行與自己部門相關的法律、法規、規章。這種狀況也助長了執法機構“打架”，有好處的事爭著做，承擔責任的事互相推。職權重疊交叉問題嚴重，漏洞多多。有些地方已經形成了一種慣性思維，哪方面的法執行不力，就加強相應部門的執法隊伍。結果是執法隊伍越來越多、越大，與民眾的衝突也越來越多。針對這些情況，行政強制法需要對行使行政強制權的執法主體作出規定。

9. 規定公務協作

關於公務之作在以下條件存在時是必要的，如在轄區外的執行工作；無適當的執行條件和人員時的工作；執行時可能遭遇反抗的；需要其他機關來協助。行政強制法應當對此做出原則性規定⁵⁰。

10. 加強論述：《中華人民共和國行政強制法草案》對於行政強制的分類

中華人民共和國傳統之行政法學依據當事人有無違反行政上的義務，將行政強制分為兩大類：「行政強制行為」與「即時強制」。前者係指對於行政義務之違反或實現行政決定之強制，而後者純粹是為緊急之行政目的而使相對人受到行政拘束者。惟《**中華人民共和國**行政強制法草案》亦沿用該「行政強制執行」與「行政強制措施」之二分法，前者與傳統行政法

⁵⁰王達昌、馬懷德主編，行政法學第四版（北京，中國政法大學出版社），頁237。

學所討論之「行政強制」相同，而後者「行政強制措施」則涵意較廣，無違反行政義務之即時強制僅係其中一種形式而已。

「行政強制執行」指當事人〈公民、法人及其他組織〉在行政機關作出行政決定後，逾期不履行義務的，行政機關或人民法院能夠以強制力督促其履行義務。「行政強制執行」係因相對人違反行政義務，故當事人是處於可歸責之地位。此者亦與「即時強制」情況不同。

第三節 國外情勢分析比較

一、 國外行政強制執行情勢分析比較

行政強制執行通過對相對方的人身、財產、行為採取特定的強制措施，強制實現行政決定所確定的義務，直接涉及相對方的人身、財產的基本權利，因此，在這種情況之下，如何規範行政強制執行一直是各國立法和行政法學界關注的重要話題。就法律規定而言，有的國家和地區如瑞士、西班牙、葡萄牙和澳門特別行政區，在行政程序法中特別設立了專章、專節規定了行政強制執行制度；有的國家如聯邦德國、日本等國則規定了專門的行政強制執行法，規範了行政強制執行制度的相關規定。德國聯邦行政機關強制執行的依據是1953年4月27日公布、1997年12月17日修改的《行政強制執行法》和1963年3月10日公布的《聯邦執行機關直接強制執行法》，各州制定了自己的強制執行法。日本則在1948年制定了專門的《行政代執行法》。這些國家地區就行政強制執行的原則、主權、執行措施、執行步驟等內容做出了詳盡的規定，在接下來的三節中我要分別就三個國家來分別詳述其《行政強制法制》的發展過程⁵¹。

⁵¹ 應松年主編，行政程序法立法研究〈北京，中國法制出版社，2001年3月〉，頁488-489。

第一項 德國行政強制法的歷史發展

一、制度沿革與法治發展

〈一〉制度探源：十九世紀時期之法治發展

根據德國學者的考察，欲了解即時強制的制度緣起，必須追朔至十九世紀德國行政法的發展。一八〇六年，德意志民族神聖羅馬帝國〈Heiliges Romisches Reich Deutscher Nation〉瓦解，各封建領主於取得獨立主權後，最初呈現各自為政的局面。亦至一八一五年各邦國組成德意志邦聯〈der Deutsche Bund〉後，因受憲政主義思潮的影響，各邦國紛紛制定憲法，逐步推展立憲國家體制〈konstitutionelle Staatsordnung⁵²〉，同時揭開「法治國家」〈Rechtsstaat〉理念，用以取代舊日「警察國家」〈Polizeistaat〉體制。此種思想表現在行政強制執行制度上，則是建立以「行政處分」〈Verwaltungsakt〉作為執行名義之行政強制制度⁵³，同

⁵²例如巴伐利亞〈Bayern〉於1818年、符騰堡〈Württemberg〉於1819年、黑森〈Hessen〉於1820年、普魯士〈Preußen〉於1848年分別制定憲法。

⁵³以「行政處分」〈Verwaltungsakt〉為中心，建立德國行政法體系的德國行政法大師 Otto Mayer，在其大作《德國行政法》大作第一冊中，即以相當篇幅闡述行政處分作為執行名義之法治意義，見氏著，Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1895, S. 53-66.

⁵⁴德國行政法大師 Otto Mayer：德國十八世紀中葉後著名的行政法大師，也是當代各國施行及建構行政法效仿之對象，我們了解雖然一般行政法並無具體的法典，但著名的德國法學家 Otto Mayer 曾說：「憲法消逝，行政法長存」，表達其對行政法的重視與肯定。行政法（德文：Verwaltungsrecht；法文：Droit administratif；英文：administrative law），是有關國家行政權力運作的國內公法總稱（此一定義係由日本學者田中二郎提出，在中文法律領域中廣受引用）。亦即涉及到政府部門（行政機關）執行職務時所適用之各項法律，在各法律部門中相較於民法、刑法甚至憲法，是發展得比較晚進的一個學科。大體上，探討行政法的學者會將行政法依

時以法律明定執行之方法〈Zwangsmittel〉與實施之要件和程序，總而言之，當時法制建設之重點主要集中在實施行政強制之法律基礎與執行方式和程序，至於非以行政處分之存在為必要之即時強制，則未明文件諸於當時的法律規定之中⁵⁵。不過，由於當時法律有所謂「直接強制」之規定，在學說和實務的詮釋之下，「直接強制」之規定逐漸丕變成為「即時強制」之法治基礎，此段發展歷程對於中華人民共和國在未來行政強制法制發展的詮釋和理論上，頗具啟示和參酌的價值，誠有介述之必要。

十九世紀時期，德國行政強制之法制建構，在立法體例上，並非以專

普通法和羅馬法兩大法系分別討論。其中在普通法制度之下，行政法的發展不若大陸法系明顯。而其中通行於歐洲大陸，也就是受羅馬法直接影響之法制之中，又以法國與德國兩大不同體系發展的最為完整。其中法國號稱行政法之母國，亦即近代意義的行政法在學說上向來被認為係一七八九年大革命體制之下所設置之參事院（le Conseil d'Etat；或譯中央行政法院、平政院），在其執行職務之過程中漸次依判例而形成。而德國的行政法毫無疑問係在一七八九年普法戰爭、德國統一以後獲得較為明顯之進展。其中Otto Mayer教授在一七八二年（當時擔任Strasbourg大學法學院教授）所出版之「德意志行政法論」（Deutsche Verwaltungsrecht），被認為係仿照當時相對較為進步之法國裁判學說理論所撰著而成，直接影響德國行政法學之發展。

⁵⁵按德國的民事訴訟與強制執行制度，於十九世紀中葉就已相當完備了，故行政強制執行的建構，多少受到民事強制執行制度的影響，亦即以「形式的程序處分」〈formlicher Verfahrensakt〉作為在法律構成要件該當與實施強制執行之間的中介，藉此對法律狀態作有拘束力之確認，同時使相對人〈人民〉確知義務之具體內容以及怠於履行所可能遭受之強制措施。換言之，以行政處分作為強制執行之依據，其主要的功能在於就國家與人民之間的法律關係予以具體化，並做為拘束力之確認，以確保法的安定性。請進一步參閱：Rainer Pietzner, Unmittelbare Ausführung als fiktiver Verwaltungsakt. Zu den historischen Entwicklungslinien der Dogmatik des sofortigen Polizeizwanges in der Rechtsprechung des Preubischen OVG, VerArch 82(1991), S. 291 ff.

法予以規範，而是散見於各邦國之一般行政法規或警察法規之中，其中一八七二年普魯士之憲法〈Kreisordnung〉足堪作為初期之代表，該法第七十九條第一項規定，地方行政機關於行使警察權力時，對於依法律授權所為之處分〈Anordnung〉，得以法定強制措施執行之；同條第二項係規定「代履行」〈Ersatzvornahme〉之執行方式；同條第三項、第四項規定「罰鍰」〈Geldbube〉之執行方式；同條第五項規定「直接強制」之執行方式，其內容為：非以直接強制無法執行係爭處分時，始得為直接強制，但一八五〇年二月十二日有關人身自由保護法〈GS S. 45〉之規定，不受影響⁵⁶。

上開規定嗣後復見於一八八三年七月三十日所頒行的「普魯士一般邦行政法」中〔das preubische Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883=PrLVwG〕，該法第一三二條第一、二款分別規定「代履行」與「罰鍰」〔息金〕之執行方式，其須先以書面告誡並設定期限，始能為之⁵⁷。同條第三款則為「直接強制」之規定，其內容為：處分非以直接強制而無法執行時，始得為直接強制⁵⁸。

揆諸上開規定之文義與體系，我可以了解到所謂「直接強制」者，顯然是相對於「代履行」和「罰鍰」〔息金〕之外的另項〔第三種〕法定執

⁵⁶其原文如下：“Unmittelbarer Zwang darf, unbeschadet der Bestimmungen des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. 2. 1850 〈GS S. 45〉, nur angewendet werden, wenn die getroffene anordnung ohne einen solchen undurchfuhrbar ist.”

⁵⁷Klaus Hormann, Die Getroffene von Verwaltungszwang unter Abweichung vom Regelvollstreckungsverfahren, 1988, S. 55.

⁵⁸其原文如下：“Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausfuhrbar ist.” 類此規定當時上有：Hesses 邦法第 80 條、Baden 邦警察刑罰法典〈Polizeistrafgesetzbuch=PolSrGB〉第 130 條第 3 項、Bayern 邦警察刑罰法點第 21 條。

行方式，亦即：行政機關得對義務人之人身或物施以「物理力」〔*physische Gewalt*〕，以貫徹行政處分之內容，且須受到「最後手段性原則」的約束⁵⁹。換言之，所謂「直接」〔*unmittelbar*〕一詞的使用，乃有別於「罰鍰」〔*息金*〕係對義務人施以心理上壓迫之「間接」〔*mittelbar, indirekt*〕執行手段。不過，當時的學說與實務對於此一規定之規範意旨，並未僅做如釋狹義的解釋，特別是普魯士高等行政法院於實際運作時，屢次於裁判中將直接強制的運用範圍予以擴大，承認行政機關於遇有急迫情事時，不必先做成行政處分，且無需踐行〔書面〕告誡的程序，即得「直接」實施強制手段。換句話來說，也就是說普魯士高等行政法院將直接強制之規定發展成為一種行政機關的「緊急權」〔*Notrecht*〕，其所謂「直接」者，係指無須以行政處分作為「中介」執行名義，而立即〈即時〉〈*sofort*〉實施強制手段之意。猶有進者，普魯士高等行政法院在諸多案件中，將「代履行」手段適用於此種直接強制案件之上。益使「直接強制」逐漸脫離單純「執行方法」之色彩，而進一步的成為一種無須以行政處分為依據，且無須踐行告誡程序之強制執行制度。至於此種「直接強制」之法律性質，

⁵⁹請參閱 Otto Mayer, 「德意志行政法論」(Deutsches Verwaltungsrecht), Bd. I, 1895, S. 341.

Otto Mayer 指出：直接強制主要是對於被強制者所為或所維持的狀態，予以事實上之改變〈*tatsachliches Andern*〉，對於義務人之物予以處置，諸如：物的取走、銷毀、變更，已封閉商家大門的方式達到勒令歇業的目的，遣送非法工人出境、或除去非法工廠的機具或使之無法使用等。殊值注意者，Mayer 氏特別指出，直接強制和代履行頗為類似，惟其兩者區別在於：直接強制在於阻止〈*Verhindern*〉與除去〈*Beseitigen*〉，亦即著重於阻止義務人之行為或除去特定之狀態；反之，代履行則是由行政機關從事義務人所應為之行為，故受直接強制之人僅有容忍強制措施之義務，而無負擔費用之義務。Mayer 氏並舉有一例說明之：行政機關命某一商店關閉，並禁止其懸掛招牌。為達此目的，行政機關以瀝青塗抹在義務人的招牌之上，此種行為則屬直接強制，而非代履行。見 Mayer a. a., S. 342.

依照普魯士高等行政法院之見解，則係屬一種「以行為表現於外默示警察處分」〈konkludente, durch die Tat ausgedruckten Polizeiverfügung〉，人民如果有不服，依就得對之提出行政爭訴，訴請撤銷，法院於一則裁判中指出：此種直接強制之運用，不僅含有行為之下命，且包括強制手段之實施；是已，對於因警察事實上干預而其權利受有損害之人民，應賦予法律救濟之機會，例如法律上我們所謂的審查或訴願等等名詞都是。

總結此一時期之法制規定與實務發展可知，即時強制最初並無法律上之直接根據，而是經由司法實務〈普魯士高等行政法院〉擴張解釋「直接強制」之規定逐步發展而成，換言之，在普魯士高等行政法院的裁判之下，原本只屬於執行方法之直接強制規定〈普魯士一般邦行政法第一三二條第三款〉被轉借成為「無須行政處分之強制執行」之法律基礎，直接強制規定成為一種「混合性構成要件」〈gemischter Tatbestand〉，涵蓋「執行行政處分之直接強制」與「無須行政處分並踐行法定告誡程序之直接強制」兩種制度。由於上述兩種「直接」〔unmittelbar〕一詞的使用所涉及的内容、並不相同，在區別上頗為困難，且易產生混淆，故當時學者 Richard Thoma 乃建議以「即時強制」〈sofortiger Zwang〉一詞取代「無須行政處分並踐行法定告誡程序之直接強制」，此項用語嗣為學者 Fritz Fleiner 於其名著《德國行政法制度》一書中加以使用，因而使「即時強制」一詞取得學說上之地位，後來廣為世界各國學者所沿用，中華人民共和國在發展行政強制法制發展的過程中，也是運用其理論觀點來加諸在其發展之上，並以其為借鏡之對象。

另外值得我一提者，就是前面我有所談到的行政法大儒 Otto Mayar 逾期名著《德國行政法》一書中，參酌刑法上緊急避難、正當防衛以及民法上自助行為之觀念，將「直接強制」發展成為警察自衛權

〈Selbstverteidigung〉、防止刑事犯罪行為以及警察緊急權

〈polizeiliches Notstandsrecht〉等三項強制制度。此等強制制度之共

同特徵為，強制權之實施無須纖維行政處分。Mayar 氏此項論述與理論架構，對於後續德國法治的發展上，更加具有影響力，而在世界各國在行政強制法制發展之上也大大的深受感染，這是非常值得注意的部分。

〈二〉二十世紀初期至二次大戰之法制發展

如上所述，德國即時強制於十九世紀時期之緣起，主要係由司法實務及學說擴張解釋「直接強制」之規定漸次發展而成，當時缺乏「即時強制」之明文規定與用語。反觀「即時強制」於二十世紀初期的發展，則展現在法律對於此項制度的承認上，其中較為注意且極為重要者，乃一九二六年六月十日頒行的「圖林根邦行政法」〈Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926〉第一八六條，該規定之標題為「措施之直接執行」〈Unmittelbare Ausführung von Maßregeln〉，其內容為下：

1. 行政機關有權直接執行措施，如為確保或保護行政，特別是為維護公物之不受破壞或可利用性，或為確保特定物之公務利用性，或未排除對合法實施行政事務之干擾，且有必要者。
2. 除此之外，行政機關於執行警察任務時，得直接執行必要之措施，如為防止犯罪行為或無法以其他方法排除危險者。
3. 除法律有特別規定之外，依照第一項和第二項所謂之扣留，不得超過二十四小時。
4. 措施之直接執行視同行政處分之作成。其必須立即以口頭或書面告知當事人。對該措施提起撤銷爭訴，並無停止效果。

其次，有關「即時強制」之規定，最為著名者，為一九三一年六月一日之「普魯士警察行政法」〈das Preubisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931=PrPVG〉第四十四條第一項第二拒之規定，其內容如下：警察措施之直接執行視同警察處分之作成。同條第五十五條第二項提及，直接執行乃是須先為告誡程序之強制手段的例外情形，至於直接執行之行使要件，則未於該法中有所明定，不過，在普魯士高等行政法院的裁判之

下指出，此種直接執行乃是法院過去多次於裁判中所承認的「無須先為行政處分之直接強制」，係集合處分〈告誡、執行方法確定〉與實施強制手段於一行為的行政措施。

此外，尚值得我提及者，乃一九三四年四月十一日頒行之「布來梅行政程序暨行政強制法」〈das bremische Gesetz über das
Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang vom 11.4. 1934〉，其第十九條第四項規定：

行政機關為防止對人類生命或公共安全之直接危險，或為阻止刑罰行為，或為保護行政或機關之運行而有必要者，得不事先為誡命或禁止，且不先為強制方法之告戒，而自行或指定他人直接採取必要之措施。

綜觀此一時期的法制發展可知，關於無須行政處分存在之行政執行，於德國各邦法制中不再依附於「直接強制」之規定上，而係於法律中另行設定單獨規定，以作為行政機關執行之依據，此等規定的特色主要有以下三點：

此項規定顯然是仿襲前述一九二六年六月十日頒行的「圖林根邦行政法」〈Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926〉第一八六條，該規定之標題為「措施之直接執行」〈Unmittelbare Ausführung von Maßregeln〉，而此「措施之直接執行」〈Unmittelbare Ausführung von Maßregeln〉內容之規定，其與聯邦行政強制執行法第六條第二項之關係和區別，誠有究明之必要，容待後述。

二. 各邦法律規定

二次大戰後，各邦依就承襲戰前的立法體例，紛紛制定其行政強制執行法與警察法，關於即時強制措施的規定，乃呈現乃呈現相當分歧的現象，綜觀各邦法律之規定，大體上可以分為三大類：

1. 僅設有關「即時強制」〈sofortiger Zwang〉之規定者：例如北萊茵-威斯特法倫〈Nordrhein-Westfalen〉邦警察法〈Polizeigesetz des

Landes Nordrhein-Westfalen=PolG NW〉第五十條第二項規定：

為防止當前危險之必要，特別是無法或無法及時對第四條至第六條所定之人採取措施，或無效果，且在警察職權範圍之內者，得不先為行政處分而實施行政強制。另外，下薩克森邦危險防制法〈Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz=NGefAG〉第六十四條第二項亦有類似規定，且較為詳盡，而其內容如下：

強制方法得不先為行政處分而使用之，如

〈1〉 為防止當前危險之必要，特別是無法或無法及時對第六條至第八條所定之人員採取措施，或該措施可能無效果者。

〈2〉 為執行法院所指定之措施，而該措施屬於行政機關或警察之義務，而有必要且在行政機關或警察職權範圍內者。當事人應予告知。於第一款之情形，代履行之強制方法亦得對一第七條所定應負責之公法人實施之，但以強制方法之實施不妨礙該公法人履行公共任務者為限。

2. 僅設以「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausführung〕規定者：例如巴登-符騰保〈Baden-Württemberg〉邦警察法第八條第一項規定：

警察措施之目的無法或無法即時由本法第六條與第七條所定之人予以達成者，始得由警察直接執行該措施。此項措施應立即告知措施之當事人。殊值注意者，巴登-符騰堡邦警察法第八條第二項設有「費用」之規定，其內容為：警察直接執行措施如發生費用者，由本法第六條與第七條所定之人負償還之義務。此項費用得以行政強制執行程序徵收之。

3. 兼有有關「即時強制」〈sofortiger Zwang〉之規定與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausführung〕之兩種規定者：此種立法方式主要是係取法自一九七七年十一月十五日所頒行之「邦聯及各邦統一警察法模範草案」〈Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder=MEPolG〉

其中第五條 a 第一項及第二十八條第二項分別規定有關「即時強制」之規定與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉之規定，其內容如下：第五條 a 第一項：〈措施之直接執行〉警察得自行或委託他人直接執行措施，如該措施目的無法或無法及時由第四條或第五條所定應負責與已達成者，此項措施應立即告知措施之相對人。

第二十八條第二項：〈即時強制〉為防止危險之必要，特別是無法或無法及時對第四條至第六條所定之人採取措施，或無效果，且在警察職權範圍之內者，得不先為行政處分而實施行政強制。

4. 最終整合：「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉之與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausführung*〕兩種適用範圍與概念區分

由以上兩小段所述我可以得知，無需以行政處分存在為要見的行政強制措施，於德國現行法制中有「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉之與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausführung*〕兩種規範方法，於各邦法規中，則呈現了三種不同的立法型態【請參閱表 2-3】⁶⁰：

【表 2-3】：德國聯邦暨各邦有關「直接強制」與「即時強制」規定之分析表：

	直接執行	即時強制
聯邦及各邦統一警察規範草案 〔MEPo1G〕	第五條第一項	第二十八條第二項
聯邦	聯邦國境保護法第 十九條第一項	行政強制執行法第 六條第二項

⁶⁰1998 年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，頁 248。

北萊茵威斯特法倫 〔Nordrhein-Westfalen〕		警察法第五條第二項
布來梅邦〔Bremen〕		警察法第四十條第一項、行政強制執行法第十一條第二項
梅克倫堡佛彭門 〔Mecklenburg-Vorpommern〕		安全及秩序法第八十一條
薩爾邦〔Saarland〕		警察法第四十四條第二項、行政強制執行法第十八條
石勒斯荷斯坦邦 〔Schleswig-Holstein〕		邦行政法第兩百三十條第一項
下薩克森邦〔Niedersachsen〕		危險防制法第六十四條第二項
巴登符騰堡邦 〔Baden-Württemberg〕	警察法第八條第二項	
漢堡邦〔Hamburg〕	安全及秩序法第七條第二項	
薩克森邦〔Sachsen〕	警察法第六條第一項	
巴伐利亞邦〔Bayern〕	警察任務法第九條第一項	警察任務法第五十三條第二項
柏林邦〔Berlin〕	安全及秩序法第十五條第一項	行政程序法第五條第二項、行政執行

		法第六條第二項
布蘭登堡邦〔Brandenburg〕	警察法第八條第一項	警察任務法第五十三條第二項
黑森邦〔Hessen〕	安全及秩序法第八條第一項	安全及秩序法第四十七條第二項
萊茵蘭法耳次邦〔Rheinland-Pfalz〕	警察法第六條第一項	警察法第五十三條第二項
薩克森安哈特邦〔Sachsen-Anhalt〕	安全及秩序法第九條第一項	安全及秩序法第五十三條第二項
圖林根邦〔Thuringen〕	警察任務法第九條第一項	警察任務法第五十五條第二項

製表：筆者自製

資料來源：1998年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，頁248

以上各該條文的規範意旨予適用範圍，都有闡明的必要性和重要性，所以我就這部分資分為兩小部分來加以說明之：

1. 於擇採「即時強制」〈sofortiger Zwang〉之與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausführung〕立法方式的邦法，例如下薩克森邦或巴登-符騰堡邦，並不發生兩者概念區分上的問題，不過，此等爭議的適用範圍，則有若干爭議。

僅採「即時強制」〈sofortiger Zwang〉立法者，由於此項制度係規定於「行政強制」〈Verwaltungszwang〉章節中，且被定位為「毋需行政處分之強制手段」，故其主要適用之案例典型為：行政機關對於義務人無法或無法及時為行政處分，或雖得為行政處分，但無效果者，為排除急迫之危險，而由行政機關於法定職權範圍內，對於義務人之人身貨物實施強制措施，或採取其他必要之措施者。換言之，其主要是以「違反義務人之

意志」所為之行政措施，具有干預與強制性質〈Eingriff-und Zwangscharakter〉有疑問者在此段就會質疑，此等規定得否作為行政機關實施所謂「救難措施」之依據，例如搜尋登山客、將倒臥在舖旁的醉漢或不醒人士的傷者送到醫院、營救溺水的泳客等，由於此等措施隻實施係基於當事人〈明示或可得推知〉之利益，並未違反當事人之意志，且未對當事人之權益有所干預，難謂是一種強制手段，所以在此段很多行政法學者主張不應該屬於即時強制規定之適用範圍。不過，依德國多數行政法學者及實物之見解，我可以進一步的發現基於「舉青以明重」〈Erst-recht-schluss〉之原則，違反當事人意志之行政措施，既為法之許可，則有利於當事人之措施，自非法之所禁，是以即時強制之規定仍可適用於行政機關救難行為之上。

反之，僅採取「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausfuhrung〕立法方式之立法者，例如巴登-符騰堡邦警察法第八條第一項之規定，由於此等條文係規在一般警察法中，且其重點在於「警察措施」之直接實施，而未使用「強制手段」一詞，故此巷規定得否作為警察實施「強制執行」的依據，非無疑問。不過，一般認為，此所謂「措施」者，乃指警察無需以行政處分對違反法令之人課以義務，而直接實施強制行為，其強制措施依個別情況，可以試戴履行或直接強制。至於，不拒干預性的「救難措施」，屬於「直接執行」規定的適用範圍，易為大多數的學者和實務經驗上所肯定。

綜合言之，無論是單獨採取「即時強制」〈sofortiger Zwang〉之立法例，或是單獨採取「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausfuhrung〕之立法例，其適用範圍均涵蓋無須行政處分之行政強制措施與不拒干預性之救難措施，至於義務人是否在场，則非所問。

2. 較具爭議者，乃兼採「即時強制」〈sofortiger Zwang〉之立法例與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔unmittelbare Ausfuhrung〕之立法

者，由於此等規定之內容部分互相重疊到，故兩者就應如何區別，於學說和實務上迭說爭議，迄無定論。我分析此二者相關之條約內容，我至少可以看出四種兩者不同之處，而我將四種不同之處一一列條如下並敘述之：

〈1〉「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausfuhrung*〕所實施的手段為：「措施」；「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉所採取的手段則為「行政強制」〈*Verwaltungszwang*〉。

〈2〉「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausfuhrung*〕所實施之時機為：警察措施無法或無法及時由應負責之人予以達成；反之，「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉所實施之時機為：無法或無法及時對應負責之人採取措施，或無效果者。

〈3〉「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausfuhrung*〕所實施之對象為：因行為或所有物之狀態至危害社會秩序或公共安全之人，即所謂「行為干擾者」〈*Verhaltensstorer*〉與「狀態干擾者」〈*Zustandsstorer*〉；反之，「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉所實施之對象包括「非干擾者」〈*Nichtstorer*〉，但基於公益上之理由，負有防止緊急行為和義務之人，及一般所謂「緊急義務人」〈*Notstandspflichtiger*〉。

〈4〉「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausfuhrung*〕應立即告知當事人；反之，「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉則無此項規定。

綜合以上幾點的比較分析中來看，德國有學者就第四種的分析比較有著不同的認為與見解：他們認為「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔*unmittelbare Ausfuhrung*〕之實施僅限於義務人不在場之情形；反之，「即時強制」〈*sofortiger Zwang*〉則是以義務人在場為條件。不過，卻另外又有批學者指出，此項區分並非必然性，蓋從「應立即告知當事人」之規定，固然可以推知，行政機關於採取措施時，義務人並不在場，故有

通知之必要性，惟此項規定僅係對義務人不在場之情形有所規定，尚不足以推論該項規定適用於「義務人不在場」之情形。另外還有一批學者認為，即時強制乃是一種強制手段，故係以「違反當事人意志」方式為之；反之，直接強制則非強制措施，期通常是「合於當事人之利益」而有所行使，故不具有干預性與強制性質，例如救難行動。此種區分標準固然可以清楚劃分「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔ummittelbare Ausführung〕與「即時強制」〈sofortiger Zwang〉，然而，將直接執行限定在「合於當事人利益」知情況，顯然與直接執行係以義務人為實施對象之規定，有所不符。由於「即時強制」〈sofortiger Zwang〉與「直接執行」〈或可譯為「逕予執行」〉〔ummittelbare Ausführung〕劃分不易，故盡其許多學者率多主張，此兩者之內容相同，並無區分之必要。

本段小結：綜合論述〈德國立法例和法制實務〉：

德國行政上即時強制之規定，係散見於聯邦行政強制執行法及各邦行政強制執行法和警察法之中，規定繁重，令人目不暇給。而綜觀各邦的規定，可以發現其不僅在用語上不盡相同，而且在體系上亦頗為混亂，出視之下，難有清楚之概觀與正確之了解。對於此等規定之研究，必須著眼期制度沿革與發展歷程，始能窺其精微，避免以偏概全、誤質錯置的危險。有鑑於此，以上乃先論述即時強制於德國之制度沿革，在觀察並闡述德國現行相關之規定內容與意旨，此供中華人民共和國理論研究與法制興革之基礎與借鏡。

第二項 日本行政強制法的歷史發展

一、 制度沿革與法治發展

〈一〉日本第二次世界大戰前的理論分析

一、20 世紀初~一次世界大戰前

對於日本現代化的行政強制法學思想及法律制度之研究，應回溯至一世紀前的明治維新時代〈一八六八年〉。起出日本就學於法國，後則傾力師承德奧，由已有關公法上之思潮及法制，更是以德國馬首是瞻⁶¹。直至 20 世紀中葉，這種情形非僅未曾中斷，且近似狂熱、崇拜，一鼓作氣收攬繼承，出無暇辨認其內涵之優良，文化基礎之迥異以及其在法學上之價值⁶²。

19 世紀 80 年代以後的數十年間，正值日本國內政治初定，愛國狂日普遍蔓延，而西方思想以仿效歐洲列強文物典章之際，是目睹普魯士鐵血宰相 Otto v. Bismark 對內統合各邦糾集各族，實施以行政權為中心的強有力之官僚國家統治方法，鎮壓民主自由及共產思想，極權專制軍國主義盛行，對外連連擊潰丹麥、奧地利及法蘭西，兵多將廣、國勢興隆，1883 年 7 月普魯士頒布「一般邦行政法」其中有關行政強制執行的部分當然亦是日本取材仿效的對象。日本舊「行政執行法」終於在 1900 第 14 次地國會議時，與「治安警察法」同時完成立法程序，發布施行。

有關 20 世紀初至一次大戰之前日本就有關行政強制之部分，分別規定於當時的行政執行法之第 5 條、第 6 條及行政執行法施行第 4 條、第 5 條、第 6 條、第 7 條第一項及第 8 條，茲譯如下：

行政執行法第 5 條：「該當行政官署依法令，或本於法令之處分所命令之行為與不行為，其強制得作如下之處分：

第一、自為義務者應為之行為，或使第三者為之，期費用向義務人徵收〈代執行〉。

第二、應強制之行為而不能由他人代為者，或應強制不行為者，依命令所

⁶¹石井良助主編，日本法制史概要〈台北，創文社出版〉，頁 201~207；錦貫芳源主編，行政法的歷史，載於行政法講座，頁 81~96。

⁶²城仲模主編，行政法學基礎理論〈台北，三民出版社〉，頁 319。

規定處以 25 圓以下怠金。前項之處分非預為告戒不得行之，但事情急迫時，第一款之處分不在此項內。

第三、行政官署關於第一項之處分非認為不能為行為或不行為之強制。或情勢迫急者，不得行直接強制。

日本行政執行法第 6 條：「第 3 條及第 5 條之費用，及第 5 條之怠金，得依國稅徵收法之規定收之。行政官署對於前項之徵收金，有僅次於國稅優先取償權〈先取特權〉。

日本行政執行法施行令第 4 條：「行政執行法第 5 條之怠金，依所為處分知行政官署予以區別並不得超過下列之金額：

1. 各部會首長〈各省大臣〉25 圓。
2. 廳府縣首長〈廳府縣長官〉10 圓。
3. 其他行政官署〈其他、行政官廳〉2 圓。

日本行政執行法施行令第 5 條：「行政執行法第 5 條之告誡應明定履行期間並以書面為之。」

日本行政執行法施行命令第 6 條：「行政執行法第 5 條之費用之徵收應決定現時所需費用即期繳納期日，並將決定書正本交付義務人。」罰鍰處分應決定其金額即繳納日期，並將決定書正本交付義務人。

行政執行法施行命令第 7 條第 1 項：「行政執行法第 5 條之費用，應依事務費之所屬，由國庫或府縣之財力支付之，期徵收金及怠金，應依事務費之所屬，由國庫或府縣代為收受。」

行政執行法施行令第 8 條：「依其他法令之規定，行政官署為強制其行政處分而預為告誡時，或自為義務人應為之行為或使第三人代為之，其費用應向義務人徵收時，又為強制行政處分而處以之怠金時，準用第 5 條、第 6 條及第 7 條第 1 項之規定。⁶³」

⁶³城仲模主編，行政法學基礎理論〈台北，三民出版社〉，頁 327~328。

我分析以上之條文內容，可知日本在一次世界大戰前對於一般行政強制執行之方法，既有以得為替代之作為義務為對象之「代執行，已非可替代之作為即不作為義務為對象的「執行罰」，及以上該兩種強制執行手段難以達到目的或因情勢急迫不得已之時所實施的最後手段⁶⁴。

由以上的分析我可以了解到當時的日本對於行政強制這部分，除了本於法令之處分所命令之行為或不行為外，亦包含「依法令直接所命令之行為或不行為」單方課予人民以公法上之義務者，均可得執行強制。

日行政法學對於行政強制之分類和學理說明，幾近德奧一脈相傳，即有所謂上下為概念之分，上位指行政強制之強制執行，下位指行政強制之即時強制。不管是昔日或現代，日本在行政強制法制上的發展都是依照此概念在走向。

二、一次世界大戰後~二次世界大戰期間

第一次世界大戰後至第二次世界大戰期間，日本在法律制度上產生了極大的變化，相對的在行政法中的行政強制部分當然也有了改變。這一種的變化可以從 1932 年政黨政治被推翻、法西斯勢力控制整個國家政權為界，前後又分為兩個階段，即 1932 年以前行政強制法制制度成熟的發展階段和 1932 年之後行政強制法制制度的法西斯階段。

第一、一次世界大戰後至 1932 年前日本行政強制法制制度的發展

這一階段，一方面為適應變化的政治經濟形勢對明治維新以後編纂的法典〈除憲法外〉進行了一些修正，另外一方面頒布了許多單行法規，從而使日本的法律體系得到了充實，整個法律體制總體上來也較以前有所發展。在此期間日本的行政強制部分多了比較多人權在裡面，人權這觀念逐步在日本的學界內被重視。

第二、1932 年後至二次大戰結束日本行政強制制度的法西斯化

⁶⁴按其性質，只要依法令或本於法令之處分而負有義務者，在事實上或預料中不能以代執行或執行罰達到目的時，均得成為被實施直接強制執行的對象。

日本法西斯專政的形成有一個漸進的過程。1932 年少壯派軍人製造「五一五事件」槍殺正友會首相犬養毅，象徵著法西化的開始，1935 年禁止「天皇機關說」，重申國家主權屬於天皇，這說明了天皇擁有一切的權力，我可以進一步的了解到行政強制在這階段其實是有被壓抑住的，1936 年設立「五相會議」凡國家政策只由首相、外相、陸軍相、海軍相、藏相開會決定，此時內閣制組建有典模樣，相對的行政強制的重視叫為注重。1942 年建立了「翼讚政治」體制，協助天皇和政府實行法西斯統治，使日本正式走向法西斯道路⁶⁵。

在日本確立法西斯正確的過程中，行政強制法制制度逐漸法西斯化始終是消極的，因為封建軍國主義的內容被強調和利用，議會形同了虛設，基本保障人權了憲法中僅有的民主制度都被破壞了，至 1943 年首向更有禁止、限制或廢除法律的權力，從而使的行政強制法制制度的發展在此時期完全沉默置於法西斯政權的操縱之下。除此之外，這時期日本還頒布了一系列關於施行國家主義統治等特別立法⁶⁶。

〈二〉日本第二次世界大戰後的理論革新

日本第二次世界大戰後對於傳統的強制執行手段的時效性進行了深刻的批判，直接強制“過於苛酷與尊重人權保障自由之新憲法的精神不符”，只能作為最後的行政手段，而不宜廣泛適用⁶⁷；執行罰“效果低微，且往往可以以行政罰之方式代之”，因而主張建立以代執行為核心的強制執行制度，與此同時，通過強化行政處罰來彌補代執行的不足⁶⁸。

然而，隨著現代行政的發展，行政領域逐漸的擴大，行政現象日益複

⁶⁵城仲模主編，行政法學基礎理論〈台北，三民出版社〉，頁 327~328。

⁶⁶何勤華主編，外國法制史〈台北，韋伯文化出版社，2004 年 1 月出版〉，頁 460~463。

⁶⁷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 191。

⁶⁸城仲模主編，《行政法之基礎理論》〈台北，三民出版社〉，“行政強制執行序說”“和日本行政代執行之研究”兩文，特別是頁 237 及頁 285。

雜，為實現預期的行政狀態，完全依靠傳統的強制執行手段在有的時候未必見的有效，因此，針對不同行政管理特點和需要，就有必要採取多樣化的強制手段。日本近年來展現授益行政行為的撤回、違反事實的公佈、給付的拒絕⁶⁹以及課征金等均能有效地起到間接強制的的作用，因而在理論上認可她們為新的強制手段⁷⁰。

在日本行政法上，授益行政行為的撤回，是指經許可、認可從事經營等活動的人員違反有關法令時，行政廳通過撤回或取消許認可予以制裁，這種方式能夠起到間接強制義務人履行行政法上義務的效果。有意義的是，在美國的強制執行的制度也存在著與此類似的手段。比如，當事人正在向聯邦通訊委員會〈Federal Communications Commission〉申請廣播許可時，如其拒不執行委員會作出的制裁決定，委員會可以通過拒絕許可，來執行其所做出的制裁決定⁷¹。

日本所說的違反事實的公佈，在美國稱為“作為制裁的訊息批露”〈use of information as a sanction⁷²〉，是指將不遵守行政法律的當事人的違反行為通過一定的媒介向社會公開，依靠社會的力量來間接強制當事人履行義務⁷³。

而在日本為日本法學界所關注且爭議較大的給付的拒絕，則是指現代行政的發展，公民的生活越來越地依賴於行政，行政機關便可以通過保留

⁶⁹ 供給拒否：又稱給付的拒絕是指對行政義務違反者或行政義務不履行者，斷絕有些行政服務或能源的供給〈比如。自來水、電、電話和瓦斯等〉的行政措施。這方式的行政措施通常實際的效果都不錯。

⁷⁰【日】遠藤博也、阿部泰隆主編：《行政法〈總論〉》，240~243 頁；【日】盛野宏，《行政法》198~204 頁；【日】高田敏：《行政法》，220~224 頁。

⁷¹Cf. William F. Fox, Jr., op. Cit., p. 62。

⁷²同上註，pp. 84~85。

⁷³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 192【第二段】。

拒絕提供電、自來水等生活必需的服務手段，來規制私人的活動⁷⁴。

在日本，對違法者處以課征金⁷⁵的情況也比較多，比如，對於銷售特定品種的物資的銷售者，如果其銷售的價格超過了特定標準價格，主管大臣就可命令其繳納課征金，課征金的類額相當於上述兩種價格的差額乘以已銷售物資的數量所的數額，指其機關違反收益可得⁷⁶。

上述出現在日本的強制手段的多樣化，代表著強制理論發展的這麼一種傾向，從人權保障的基本觀念出發，盡量遏制直接強制的適用，循著間接強制的方向跳出傳統間接強制措施之外去尋求其他有效手段，這使得在實現所預期的行政狀態的方式選擇上更佳的生動活潑。與此同時，行政法上有關理論的結構也隨之發生變化，對於確保所預期的行政狀態實現的行政作用的探討，不在限於傳統的行政強制執行，而是將也同樣具有這方面功能的行政罰以及違反事實的公佈等制度一並放到“確保行政義務履行的制度”的總體框架之內來進行研究，在很多日本學者撰寫的教科專書中也都反映了這一理論的變化⁷⁷。

第三項 中華民國行政強制法的歷史發展

一、制度沿革與法治發展

所謂行政上強制執行，亦即行政執行，我就從廣義和狹義兩方面來加以解釋，茲分述之：

一、廣義的行政執行：凡行政機關本於職權執行法令，實現行政上的

⁷⁴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192【第三段】。

⁷⁵課征金：是指行政上的義務人以違反義務為代價換取經濟利益時，對該義務違反者，剝奪其利益，使起負擔經濟上不利益的一種制裁手段。課征金制度在亞洲地區日本是為先驅。

⁷⁶同163註，頁192【第四段】。

⁷⁷比如，日本學者盛野宏在《行政法》中就認為，日本確保行政上義務履行的特別的制度包括：行政強制執行制度，公布制度等新出現的制度以及行政罰制度。參考【日】盛野宏，《行政法》，185頁。

目的，在此種的行政法關係中，不問行政客體系自動履行其法定義務，或係被動的強制其遵行，均屬行政執行的範圍⁷⁸。因行政權的行使屬權力作用，行政客體原有服從或遵行的義務，如我依法所稱的徵兵、課稅，都是常見的行政執行，此種執行實為構成整各行政作用中的一個階段，它通常與行政上的設計、考核等作用連貫，屬於行政學研究的重要範圍之一⁷⁹。

行政執行發展的趨勢，在美國的行政法上產生並且稱其為「行政指導」，及行政機關對人民應履行的義務，提出勸告、建議及某種願望等方式，希望人民自動合作，而達到行政執行的目的。此種做法稱為「非行使統治權的經濟嚮導」，其發生實出於經濟、技術性行政上的需要，若干行政行為採用「行政指導」方式，叫強制執行的效果為佳。由於科學發達，技術日益精進，且行政法令繁雜，為求經濟有效推行政令，此種法令逐漸普遍⁸⁰。

二、 **狹義的行政執行：**係指行政機關對不自動履行法定義務者，以強制方式使其履行或實現與以履行者有同一狀態的行政行為。故其前提必須先有義務存在，始有強制執行的餘地，而其義務的發生，約可區分為以下兩種情況：

1. 直接依據法令規定：無須另行處分，課予義務。
2. 依法令做行政處分：以此種行政處分，課予人民以義務，於其不履行時，採取強制執行措施⁸¹。按行政主體訂頒法令，人民有一法令作為或不作為的義務，對不履行者不得不有強制其履行之道，故有行政上的強制執行，此即為行政學的範圍之一。行政執行之前提，必先有義務存在，至於義務的發生，則有以下兩種之情形：
 1. 直接依據法令規定，不必另行處份或另課義務，而係對於人民不履行法令

⁷⁸張家祥主編，行政法概要〈台北，五南圖書出版社〉，頁 242-243。

⁷⁹曹競輝主編，行政法概要〈台北，五南圖書出版社，1982 出版〉，頁 241-242。

⁸⁰涂懷瑩主編，行政法原理〈台北，五南圖書出版社〉頁 574-575。

⁸¹同 167 註，頁 242-243。

所定義務時，即得實施強制。如私有建築，為經過核准擅自興建者，主管機關對於起造人或承造人得以處以罰鍰（怠金），必要時將該建築物拆除（建築法規第十七條）。

2. 依法所謂行政處分，課人民以義務，於其不履行時，予以強制執行。例如：
〈要塞堡壘地帶法第八條〉⁸²。

〈一〉行政上強制執行的方式

依現行行政強制執行法之規定，執行的方法有三種：以下分別敘述之：

- 〈一〉 法律本身特別規定強制執行方法者：例如出版法、建築法、關稅法、海關緝私條例、違警罰法、電影檢查法及要塞堡壘地帶法等皆是。
- 〈二〉 法律規定移送法院強制執行者：例如各種稅法、水利法、自來水法、醫師法等皆是。
- 〈三〉 依行政執行法強制執行者：行政法規中為無強制執行的特別規定，例如：需要強制執行時，得適用一般性質的行政執行法。該法為各種行政事項強制執行的程序法及普通法，適用時機最多。

〈二〉行政執行法的基本觀念

行政機關採取強制措施，除各別行政法規另有規定外，主要係以行政執行法為依據。因此，對於此項重要法律的內涵應予以重視。而我可以將其基本的觀念分為以下三點來加以分析釐清其觀念：

1. 適用行政執行法者，僅限於行政機關。
2. 行政執行法所定之強制執行方法，包括了間接和直接強制處分兩種方法，而其兩種皆屬於行政處分的性質，可作為訴願和行政訴訟的標的。
3. 行政執行法所定採取強制執行的對象，主要包含一般性作為即不作為義務在內。此外，此種強制措施上可適用金錢給付義務及物品給付義務方面。

〈三〉行政上強制執行的類別

⁸²曹競輝主編，行政法概要（台北，五南圖書出版社，1982年出版），頁241~243。

1. 間接強制執行

如前所述，依據行政執行法的規定，行政上的強制執行，得分為間接強制和直接強制處分兩種。而間接強制這部分又可分為代執行和罰鍰，兩者共同具備的要件有二：

第一、即須有法令或本於法令處分所課予義務的不履行情況。

第二、即應預為告戒，但如認為有緊急情況時，則可不受預為告戒的限制，而逕予強制執行，視為即時強制執行。

我們以下就帶執行和罰鍰這兩部分來詳加說明之：

一、 **代執行**：係對負有作為義務的客體，於其不履行義務時，由行政機關自身或命第三人代為其行為，而向義務人徵收完成此項行為所需費用的處分。其構成的要件有以下三小點：

1. 係以負有作為義務而不履行者為對象。
2. 須此種作為義務之性質為他人可以代行者。
3. 須於行為完成後向義務人收取所需之費用。

至於代執行的程序，共有預為告戒、代為執行、及徵收費用等等步驟。

二、 **罰鍰**：又稱執行罰或強制罰，屬於罰金的方式，我又可稱罰鍰為怠金。其科處需要有法令或本於法令之處分課予義務人以作為或不作為義務，而於其不履行或違反其意義務時，先經預為告戒程序，始得為之。科處執行罰的要件有以下三項：

1. 係以負不作為義務而違反其義務者為對象。
2. 如義務人所負擔者為作為義務，則須再性質上非行政機關或第三人所能代執行者。
3. 科處之罰鍰須依法定數額為主。

至於罰鍰之程序，可分預為告戒、科罰、及反覆科罰等步驟。其所已採取反覆科罰方式，乃因罰鍰之目的，係在強制義務人履行義務，而非以之代替其義務，故罰鍰在本質上屬於間接強制處分。

2. 直接強制執行

一般所謂的直接強制執行，係指行政機關在無法藉他種強制處分達成使義務人履行義務之目的，或因有緊急情事時，運用行政上的實力加諸義務人身體或財物，而予以適當處置，以直接時現時課義務內容之強制執行手段。根據上述情形，可知直接強制執行的一般要見有以下三項：

1. 須義務人負有義務而不履行或違反其義務。
2. 須無法藉由他種強制處分達成使義務人履行義務之目的，或有緊急情況時，始能採行。
3. 須係以實力加諸義務人之身體或財物，以直接實現義務的內容為目的。

上述一般要件中之前兩項，亦稱「直接強制之限制」。依據行政執行法規之規定，直接強制處分共分為以下三種，而各種措施又均有其特別要件或限制，以下加以分述之：

一、 **對於人之管束**：非有下列四項情形之一者，不得為之：

1. 瘋狂或酗酒泥醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，及預防他人之生命、身體之危險者。
2. 意圖自殺，非管束不能救護其生命者。
3. 暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害者。
4. 其他認為必須救護或有害公安之虞，非管束不能救護或不能預防危害者。

以上所列對人管束措施，不得逾二十四小時。

二、 **對於物之扣留、使用或處分或限制其處分**：此等措施的採行，分為下列兩種情況：

1. 軍器、凶器及其他危險物，非扣留不能預防危害時，得扣留之。此種扣留措施，除依法律應沒收或應變價發還者外，期間至長不得逾三十日。至於扣留之物，於一年內無人請求發還者，其所有權將屬於國庫。
2. 遇有天災、事變及其他交通上、衛生上或公安尚有危害情形，非使用或

處分其土地、家產、物品或限制其使用，不能達防護之目的時，得使用或處分或將其使用限制之。

三、 對於家宅或其他處所之侵入：非以下所列之情形之一者，不得為之：

1. 人民之生命、身體、財產危害迫切，非侵入不能救護者。
2. 有賭博或其他妨害風俗或公安之行為，非侵入不能遏止者。在此等情況下之侵入，如在日後日出前時，應告知其居住者，但旅館、酒店、茶樓、戲園或其他在夜間公眾出入之處所，不在此限。

補充說明：中華民國之行政執行法之頒布、實施、修定和歷史走向並附上一張表來加以說明。

中華民國之行政執行法早在民國二十一年十二月二十八日公佈施行，其全部條文共十二條，但之後在民國三十二年十二月一日國民政府修正公布第 5 條條文並在民國三十六年十一月十一日國民政府修正公布第 5 條條文，民國二十一年所頒布的法令和民國三十二年級三十六年所頒布的主要內容是相同的。其規定的陳舊、內容之不周、程序之草率，且與當時的環境脫節等等，以可概見當時此法之不適用性。於是後來有許多的學者和政府官員建議修正之議早已提出，直到民國五十九年間修正草案初稿完成，惜因故停止審議，迄至民國八十七年才一步的有所行動。民國八十七年十一月十一日總統（87）華總（一）義字 8700229980 號令修正公布全文 44 條，隨後民國八十九年十月十七日行政院（89）台法字 30098 號令發布，自九十年一月一日起施行，至而民國八十九年六月二十一日總統（89）華總一義字第 8900152550 號令修正公布第 39 條條文，而民國八十九年十月十七日行政院（89）台法字第 30098 號令發布，自九十年一月一日起施行，最

近一次修定在於民國九十四年六月二十二日總統華總一義字第 09400091981 號令修正公布第 17、19 條條文⁸³。

表 2-4：中華民國行政執行法之歷史發展過程表

公佈時間	修改日期	修改條文	共計法條數
民國二十一年十二月二十八日			十二條
民國三十二年十二月一日		第 5 條條文	十二條
民國三十六年十一月十一日		第 5 條條文	十二條
民國八十七年十一月十一日			四十四條
民國八十九年六月二十一日		修正公布第三十九條條文	四十四條
民國八十九年十月十七日			四十四條
民國九十四年六月二十		修正公布第十七、十九條	四十四條

⁸³www.appeal.taipei.gov.tw/cgi-bin/SM_themePro?page=48361748

二日		條文	
----	--	----	--

製表：筆者自製

本小段小結：分成兩大點加以說明

〈一〉：中華民國行政強制法制發展現狀與現狀之檢討

國家頒行各種法令，人民就有遵守的義務，其遵守此種義務者，故不必有所獎勵，惟對不履行、不遵守義務者，則對之不得不強制其遵守履行，以貫徹法令之規定，達到行政上的目的⁸⁴。

單單就強制而言，不僅行政上有強制執行，司法方面亦有強制執行，如強制執行法乃為關於民事強制執行所適用的法律，經過民事判決確定後，若債務人不還錢，或房屋承租人不搬家，都可強制執行。單就刑事案件而言，刑事訴訟法第八篇有執行的規定，刑事裁判除關於保安處分者外，於確定後執行之，此種形式上的執行，其性質屬於即時強制，因為犯罪人很少自願甘心服刑的，裁判確定後而予以執行，依舊是一種強制作用⁸⁵。

中華民國現行的各種法律中，有遠在民國十八年、十九年公佈的，如民法、國籍法等等皆是，此種公佈已久尚未修正的法律，已不多見。今天我所研究的中華民國行政強制執行法〈行政執行法〉亦是公佈已久，在民國八十六年底以前很少修正的一種法律。

現在社會進步，各種事業發展迅速，人民與國家的關係，亦大為加強，民國八十六年底之前的行政執行法，難適應行政上的實際需要，雖然從民國二十年成立此法到之後施行一值延續到民國八十六年底，很多的修正聲不斷的冒出，但是學者和政府之間研究多年、反覆討論多年，因為其牽涉範圍甚廣，關係重要，所以一直到民國八十六年底都尚未成定案⁸⁶。

⁸⁴管歐主編，行政法論文選輯〈台北，五南圖書出版社，1994年2月14日〉，頁455。

⁸⁵同上註，頁455。

⁸⁶同上註，頁456。

直至民國八十七年十一月十一日總統(87)華總(一)義字8700229980號令修正公布全文44條頒布才近一步的完成初步有規劃性的修正。在此之前，也就是民國二十一年到八十六年間，我就中華民國所施行的行政執行法各方面的詬病甚多，而在此期間較為顯著且明顯的缺點大致可以歸納為以下十二點：

1. 條文僅有短短的十二條，內容過於精簡、規定過於簡單：行政執行法僅僅只有有十二條，而行政事項則過於繁雜，以有限的少數條文，難以適應行政執行實際上的需要。這些簡單的條文規定，伸縮性又不是很大，例如行政執行法第一條規定：「行政關屬於必要時，依本法之規定，得行間接或直接強制處分」。所謂的「必要時」，實際上缺乏了一種明確認定的標準，這種不確定的法律概念，對於法律適用的伸縮性，未免過於太大。所以值得對之後的修法者所要慎思之處⁸⁷。
2. 程序上規定頗嫌草率：一切的法律的執行都要依照程序來為一個正確之方向，不管是行政執行法之外的法律，程序的遵守是一個很重要的部分，例如關於執行的委託，執行的協助，在何種情形下，可以暫時緩執行或免予執行，行政執行法在此階段中，程序上規定頗嫌草率是一個非常嚴重且重要的問題，而在上述提到的緩執行或免予執行在此階段上都沒規定，所以值得修法者在往後的日子裡在修正此段時，能多加思考⁸⁸。
3. 行政執行法名稱欠安且適用之範圍欠明確：因為行政執行法的主旨和作用，在於強制執行，而不在於通常的單純的執行，此階段的「行政執行法」這個名稱，很顯然的不能表示它的主旨和作用。而在此階段行政方面的法律，有的已在其法律的本身，另有強制執行的特別規定者，已見前述，

⁸⁷管歐主編，行政法論文選輯〈台北，五南圖書出版社，1994年2月14日出版〉，頁457。

⁸⁸同上註，頁457。

假若依就不能達到其執行的目的時，可否再依照行政執行法以為執行？而在此適用上變發生了疑惑點。值得思考研究的一部分⁸⁹。

4. 代執行的規定，有欠周詳：此部分可以分兩小點來加以說明之：
 - 〈1〉 既然由行政官署代為執行，已是直接強制的性質，很難認為是間接強制。
 - 〈2〉 向義務人徵收代為執行的費用，乃係補償性質，並無強制和懲處的作用⁹⁰。
5. 如何強制執行罰鍰或怠執行之費用，法無明文進而造成無法收到之狀況：行政官署代義務人執行之後或命令第三者代為執行後，向義務人徵收費用，如義務人拒不交納，例如代房主拆除房屋，向他索取拆除費用，而他拒絕交費時；又如依照**司法院的解釋**，行政官署不得就其財產而為強制執行，亦不可得易科拘留，或折易勞役，僅得在予以課處罰鍰，但是科處罰鍰次數月多，罰鍰數目愈大，被處罰鍰者愈不願交納，因而代執行的費用和罰鍰無法收到，法律規定等於具文。
6. 代執行、罰鍰、行政官署等名稱欠妥且不適當：代執行之規定欠缺周詳妥適，行政強制執行的目的，乃在於使義務人履行其義務，或實現與已經履行義務有同一的效果，不在處罰為其目的，因此「罰鍰」一詞，有欠妥當。至於行政官署的名稱，含有官僚和封建的觀念，在民主國家和實行地方自治，行政官署這個名稱，實在有欠妥當⁹¹。
7. 行政上強制執行最重要的法則「比例原則」，條文未予以納入：比例原則是在行政法上非常重要的一個事項，不僅在行政執行法上它存在的地位崇高，在別的法律中它也佔有舉足輕重的地位⁹²。

⁸⁹管歐主編，行政法論文選輯〈台北，五南圖書出版社，1994年2月14日出版〉，頁457。

⁹⁰同上註，頁458。

⁹¹同上註，頁458。

⁹²同上註，頁459。

8. 有關直接強制的名稱予規定之內容不符，且在語法學基礎概念上也不符合標準：所謂直接強制：乃是行政機關不能以它種強制處分，已達到使義務人履行義務的目的，或因為有緊急狀況時，而以實力加於義務人之身體或財物，以直接實現法令所規定的內容。但是行政執行法所規定對人之管束、對於物的扣留，使用或處分，以及對家宅或其他處所之侵入，這種情事，皆是行政上的即時強制，而不是直接強制，乃本法竟用直接強制處分，但在事實上和條文規定之內容，亦覺名不符實⁹³。
9. 罰鍰數額及科處之標準，有悖於現實狀況及法理：科處罰鍰金額的多少，並不以違反義務情節的輕重為標準，而是以行政官署地位的高低為標準，而在此階段中卻是反其道而行，所以不太合理，應予更改⁹⁴。
10. 執行之時效未有明文之限制：在此階段的行政執行法上的施行，並未將時效性的問題來詳加規定，所以不管是在執法上之人員，或遵守法律之義務人在認知上就有所不盡相同⁹⁵。
11. 行政機關為強制執行處分時，如有違法或不當情事，其救濟程序未為規定：行政機關對於人民為強制執行時，難免不當或違法，損害人民的利益或權利，可否提起訴願或行政訴訟？值得關切的一個問題。而如何予以救濟，本法未予以規定，實質上有欠周密，應予以補充⁹⁶。
12. 其他文辭有待商榷之處甚多，宜速予修正之：就像前述的許多名稱，實質上名稱和內容有所差異，有待商榷之處甚多，修法者宜速予修正更改之⁹⁷。

⁹³管歐主編，行政法論文選輯〈台北，五南圖書出版社，1994年2月14日出版〉，頁459。

⁹⁴同上註，頁457。

⁹⁵同上註，頁464。

⁹⁶曹競輝主編，行政法概要〈台北，五南圖書出版社，1982年出版〉，頁246-247。

⁹⁷同182註，頁459。

以上十二點就當時階段所實施的行政執行法所歸納出來的項較為重要和明顯的缺點，有缺點必要有改進之道，當時期的許多行政法大師就上述的各缺點來加以修正、竟與現實社會相合，而利適用之。以下四點就當時的大部分學者修正及改進的部分我加以整理說明之：

1. 宜增加條文，並分為總則、金錢給付之強制執行、行為及不行為義務之強制執行及附則等部分。
2. 總則應包括行政強制執行適用法律之準則，強制執行宜以行政處分為依據，即時強制明文定於法文，賦予行政機關執行處分之權，處分機關原則上應為執行機關，囑託或協助執行宜詳加規定之，並明定執行之程序，停止、修正及救濟方式與呼應人民權益之注重。
3. 金錢給付義務強制執行部分，宜包括金錢給付義務之執行，並由行政機關執行為原則，例外得囑託法院就義務人財產為執行，並應繳納執行所需的費用。
4. 行為以及不行為義務強制執行的部分，宜包括強制執行的方法，代執行及罰鍰正名為代履行及過怠金，費用應預為繳納，執行罰得與其他刑罰或行政罰併科，採取拘提、管收制度，直接強制禁止使用器械，義務為履行前得反覆課予執行罰，過怠金規定最高及最低數額，刪除現行法以行政機關等及為課處標準之規定為之，至於行政機關之行政官署之名詞一律改為行政機關，俾與現行法律一致⁹⁸。

以上就民國二十年到八十六年為第一階段來進行分析其缺點和該改進之建議和方法，我就此斷研究進一步的作【表 2-5】來進一步的詳加說明此階段的脈絡。再接下來我做【表 2-6】來就第二階段，也就是從民國八十七年初至今，中華民國在行政執行法制之發展上，針對昔日的缺點究竟

⁹⁸曹競輝主編，行政法概要〈台北，五南圖書出版社，1982年出版〉，頁243-245。

以改了多少，而哪些缺點和不足之處尚未更改，而在第二階段中又發現哪些缺點和重大發現，以下我們來一一說明述敘之：

〈二〉：中華民國行政強制法制發展現狀與未來興革取向

一、中華民國現行法律規定之觀察

現行行政執行法規定共有十二條，其內容如下【表 2-5】：

條文	內容及限制	直接強制之規定	不能直接強制之規定
第一條	適用範圍		
第二條	間接強制處分之種類		
第三條	代執行之事由		✓
第四條	處以罰鍰之事由		✓
第五條	罰鍰額度		
第六條	直接強制執行之種類	✓	
第七條	管束之事由及期間	✓	
第八條	扣留之事由及期間	✓	
第九條	土地、家屋、物品之強制使用、處分或限制使用之事由	✓	
第十條	侵入家宅或其他處所之事由	✓	
第十一條	行使直接強制處分之限制		
第十二條	施行日		

表 2-5 中華民國現行行政執行法法規內容分析表

製表：筆者自製

資料來源：筆者自我整理

由上述條例我進一步觀察其內容可知，中華民國現行行政執行法中並沒有「即時強制」之用語，而僅有關於「直接強制處分」之規定〈上述行政執行法第六條、第七條、第八條、第九條、第十條〉，惟字條文對「直接強制處分」行使之要件以觀，其多係為了防止急迫之危害，而須為立即、必要之處置，如對人之管束、對物之扣留或場所之進入等事項，故行政執行法第六條到第十條規定所謂之「直接強制」，而在性質上似屬於「即時強制」。又行政執行法第十一條規定：「行政官署於第三條及第四條之情形發生時，非認為不能間接強制處分或認為緊急時不得行直接強制處分」，字條文規範意旨我可以了解到，其應屬於一般行政強制中直接強制方法之適用原則，若以之作為實施即時強制之限制，則似有掙格，然而行政執行法第六條到第十條規定之解釋與適用，在學說及實務上，屢生疑義⁹⁹。為中華民國在行政法學上頗富爭議的問題之一。

除行政執行法之規定外，於個別行政法規中，散見有若干類似即時強制之規定，例如水土保持法第二十六條第一項規定：「為保護公共安全，實施緊急水土保持之處理與維護，主管機關得就地徵用搶修所需之物料、人工、土地，並得拆除障礙物」；又例如消防法第十九條第一項規定：「消防人員對火災處所及其周邊，非使用或損壞其土地、建築物、車輛或限制其使用」。此規定，我就內容來加以分析了解，其係為防止急迫之危險而授權主管機關採取必要之強制措施，而其在性質上，應該可歸類為即時強制之規定。

我就這一小段將現行法律中有關係到「即時強制」的部分列了【表 2-6】來加以分析之：

⁹⁹ 司法院大法官釋字第 112 號解釋謂：「違反本法第四條所定行為或步行為義務者，經反覆科處罰鍰，依就不履行其義務時，尚非本條所稱不能行間接強制處分，自難據以逕行直接強制處分」，可為例證。

【表 2-6】：「即時強制」相關法規概括表

即時強制〈相關法規〉	法規內容
水土保持法第二十六條第一項	為保護公共安全，實施緊急水土保持之處理與維護，主管機關得就地徵用搶修所需之物料、人工、土地，並得拆除障礙物
消防法第十九條第一項	消防人員對火災處所及其周邊，非使用或損壞其土地、建築物、車輛或限制其使用」。此規定，我們就內容來加以分析了解，其係為防止急迫之危險而授權主管機關採取必要之強制措施，而其在性質上，應該可歸類為即時強制之規定

製表：筆者自製

資料來源：筆者自我整理

第四節 本章總結〈個人論述和相關發現〉

本章小節：從上述三國的敘述來針對中華人民共和國行政強制法制發展未來實踐的思考。

在中華人民共和國有些行政機關反映，由於缺乏強制措施，在調查案件的過程中，有些不法份子就將財產隱匿或轉移，致使行政處罰做出決定後，無法通過現有的強制執行手段予以執行。對此怎麼辦？在中華人民共和國政府執行行政強制法上，現在碰到比較大的問題，就是責令停產停動怎麼執行？如果強行關閉工作場所，要是不派人專門看守，就貼門上的封條根本無法阻止法治意識但最後當事人依然偷偷摸摸地恢復生產。但要安

排專人，因為警力本來就很緊張，所以，又不太現實。退一步說，就是能派出人，在現在的中華人民共和國派多少為宜？人少了恐怕也阻止不了工廠自我強行的開工，這個嚴重的問題在現今的中華人民共和國依然嚴重的存在著¹⁰⁰。

大部份中華人民共和國學者認為，上述的情況雖是多種因素所造成的，但使用單一的強制執行手段卻是其中的一個重要原因。有些學者提出的增加行政機關在行政調查過程中的強制措施權限，比如：查封、凍結財產等權力，就能解決問題，我卻持著相反的見解，在我來看，通過此種過分強化行政權的方法來解決問題，未必是妥當是適合的。這裡問題最主要的癥結點在於實際上是強制手段的單一，完全可以通過採取例如吊銷許可、行政處罰等其他手段來達成實現強制的目的，這是我和其他中華人民共和國行政法學者在此問題上有所不同的看法及見解¹⁰¹。

因此，如果針對行政領域和行政對象的不同狀況與特點，採取適活多樣的行政措施，來實現所預期的行政狀態，是中華人民共和國目前所面臨的一個極其重要的課題。而上述德國、日本、中華民國等國的行政法的這種理論動向，對於開闢中華人民共和國在行政法上的事也有非常重大的影響和幫助，他們的觀念進一步的完善中華人民共和國在行政法上理論之構建，應該說是有一定的助展和借鑒意義的¹⁰²。

其實，在中華人民共和國的行政法制制度中，也都可以找到與上述日本相類似或近似的行政作用，比如，日本所謂的授益行政行為的撤回、課征金，在中華人民共和國分別稱為吊銷營業執照或許可證、沒收非法所得，但在行政法理論中，則從未意識到，或是根本否定這些行政作用可以作為

¹⁰⁰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195【第一段】。

¹⁰¹同上註，頁195【第二段】。

¹⁰²同上註，頁195【第三段】。

強制的手段¹⁰³。

但是，這地方有意思且深具有意義的是，理論上的不認可或滯後，實際上並沒有阻擋立法的摸索和實踐的步伐。如果中華人民共和國當局能仔細的分析警察法規範極其實踐，就會進一步的發現實際上也在自覺或不自覺地探索和行程新的強制模型和方法。以下舉兩個實際的案例來加以分析此段之意義存在為何：

案例一：用吊銷執照的方式來擔保義務的履行

中華人民共和國在新近推出的交通違章記分制中，司機如果因為不斷的違規章記而被記滿 12 分之後，公安機關交通管理部門就會通知強制其司機參加有關交通法規和相關知識，以及道路駕駛方面的考試，在這裡，就是用吊銷駕照來從心理上強制義務人，迫使其盡快履行義務¹⁰⁴。

案例二：用公佈有關不履行義務的事實來擔保義務的履行

在當前中華人民共和國的警務實踐中，為了監促有關單位落實安全防範工作，消除火災隱患，爆破物品管理，公安機關在有關通知中，總是在強調要定期檢查或抽檢的同時，不忘提醒一句，如果工作沒有落實到位，發生治安、火災等案件的，將通報批評。如果拒絕或者依就不履行的，在通報批評的同時，還會限期整改，或者處以行政處罰，這些不利益後果的產生又更進一步的增加了強制的效果，可以使中華人民共和國在行政強制制度發展上更往前邁進了一大步¹⁰⁵。

在本章前述幾節中，談到了德國、日本、中華民國等國在行政強制法制上的發展和演變，但最終我的目的還是要談及到中華人民共和國行政強制法制的發展和演變以及未來所要走的路，我經過前面的論述後統合出四點中華人民共和國政府在未來面臨行政強制法制發展上的如何去達成才

¹⁰³ 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 195【第四段】。

¹⁰⁴ 同上註，頁 196【第一段】。

¹⁰⁵ 同上註，頁 196【第二段】。

能進一步的突破，**以下是我個人所認為的觀點：**

1. 宜增加條文，並分為總則、金錢給付之強制執行、行為及不行為義務之強制執行及附則等部分。
2. 總則應包括行政強制執行適用法律之準則，強制執行宜以行政處分為依據，即時強制明文定於法文，賦予行政機關執行處分之權，處分機關原則上應為執行機關，囑託或協助執行宜詳加規定之，並明定執行之程序，停止、修正及救濟方式與呼應人民權益之注重。
3. 金錢給付義務強制執行部分，宜包括金錢給付義務之執行，並由行政機關執行為原則，例外得囑託法院就義務人財產為執行，並應繳納執行所需的費用。
4. 行為以及不行為義務強制執行的部分，宜包括強制執行的方法，代執行及罰鍰正名為代履行及過怠金，費用應預為繳納，執行罰得與其他刑罰或行政罰併科，採取拘提、管收制度，直接強制禁止使用器械，義務為履行前得反覆課予執行罰，過怠金規定最高及最低數額，刪除現行法以行政機關等及為課處標準之規定為之，至於行政機關之行政官署之名詞一律改為行政機關，竟與現行法律一致¹⁰⁶。

¹⁰⁶ 曹競輝主編，行政法概要〈台北，五南圖書出版社，1982年出版〉，頁243~245。