

第四章 中華人民共和國行政強制法制研究之內容-以法社會學的角度來進行觀察

第一節 中華人民共和國行政強制法之內容分析

第一項 法律的社會結構模式-規範的分析〈經濟層面〉

〈一〉 法是生產方式的規則化

所謂生產方式，是指社會生活的必需的物質資料的謀取方式，是社會生活的基礎和社會發展的決定力量。它主要包含生產力和生產關係兩個方面。生產力是人類利用自然、改造自然的能力，表示人們在生產過程中對自然界的關係，是生產方式的物質內容。生產力是由勞動者、勞動資料和勞動對象三個要素所構成的一個複雜系統。馬克思主義認為，在社會發展的過程中，生產力是最活躍的、最革命的因素，是一切社會發展的最終決定力量。生產關係是生產方式的社會形式，是人們在物質資料的生產、分配、交換和消費過程中形成的社會關係，包括生產資料的所有制形式、人們在生產中的地位 and 相互關係、產品的分配形式等。其中，生產資料所有形式是最基本的，起決定作用的。生產關係是一種物質利益關係，是一切社會關係中最基本的關係，政治、文化、法律等方面的社會關係，都是在生產關係的基礎上建立起來的。

法律和生產方式的關係，主要表現在法律是生產方式的規則化。恩格斯曾經說過：“在社會發展到某個很早的階段，產生了這樣的一個需要，把每天重複的生產、分配和交換產品的行為用一個共同規則概括起來，設法使個人服從生產和交換一個條件。這個規則首先表現為習慣，後來變成

為了法律¹。馬克思在《資本論》中也表述過相類似的看法：“如果一種生產方式持續了一個時期，那麼它就會作為習慣和傳統被固定下來，最後被作為明文的法律加以遵守”。“在這種情況之下，生產方式就取得了有規則和有秩序的形式，這種規則和秩序正好是一種生產方式的社會固定之形式”²。

任何生產方式都一方面要求個人的某些獨立自主的主動性，另一方面要求協同活動的秩序。我從歷史科學證明：個人對生產成果的獲得，不僅是為了保證生存，而且也是為了維護它們的個性和創造需要，進一步為了達到自主。同時，任何的生產活動都要求個人服從生產和交換的一般條件。這種規則和秩序，是一種生產方式的社會固定的形式，因而是相對地擺脫了單純偶然性和單純任意性的形式。如果該形式持續一個時期，那麼，它就會作為習慣和傳統固定下來，最後被認可為法律。“法律是生產方式的規則化”這一命題有著豐富的內容。它意味著以下四點：

其一：法律是生產力和生產關係發展到某一個程度下的一個重要產物。人類在原始社會初期並沒有法律的產生，甚至也沒有所謂的法。只有當生產力發展到一定水平時，個體勞動普遍成為可能，從而引起人類社會大分工和產品交換，以生產關係為核心的各種社會關係日益複雜，才導致了原始習慣法和國家法的相繼產生。

其二：法律表述和確認生產關係。作為生產方式的規則化，法律的內容不外乎表述和確認一定的生產關係而已。而其表述的方式有以下三種：人身關係、財產關係和權力關係。

其三：生產力和生產關係的發展變化決定法律的發展變化。一方面，生產力和生產關係的發展變化通常會直接導致法律部門的產生，產品責任法、

¹ 《馬克思恩格斯選集》第2卷〈北京，人民出版社，1972年版〉，頁538-539。

² 《馬克思恩格斯選集》第25卷〈北京，人民出版社，1974年版〉，頁893-894。

反不當競爭法等都是很好的例證。另一方面，生產力和生產關係的發展變化直接導致法律的具體內容發生變化，例如民法尚無過錯責任原則的出現就是這個的結果案證。

其四：法律秩序的創設保護、推動或制約生產力和生產關係的發展。法律常常通過提供制度和行為模式，引導、促進和保障法律自身賴以生存在與發展的生產關係〈經濟基礎〉上；或者借助於法律自身和外部的力量，制約、改造或摧毀與之相矛盾的、舊的生產關係〈經濟基礎〉，並進而通過生產關係反作用力生產力。不過，法律有時也直接作用於生產力³。

〈二〉 法治是市場經濟的內在要求

現階段的中華人民共和國一直朝向市場經濟的道路在前進，雖然現在只是在初期階段，但我相信不久的將來中華人民共和國在經濟上會更為強大。市場經濟是主體地位平等、意志自由的經濟。市場經濟〈及市場的參與者〉必須是獨立的自然人或法人，不存在人身依附或行政依附；他們在法律地位上完全平等，不因所有制不同而有所差別；有完全的權利能力、行為能力和責任能力，能夠從事法律行為，並能夠對自己的行為承擔責任。與此同時，“商品是天生的平等派”，任何壓迫行為或詐欺行為在市場交換活動中都是無效的。為了確保市場主體的這種地位平等和易治自由，就必須依賴法律，依法確保市場主體資格，嚴格區分作為公權者的國家和作為財產所有者的國家，以防止以權謀私、權限交易和行政性壟斷、以上欺下不平等競爭，保障各類市場主體享有獨立、平等的法律地位，能夠自主地從事法律行為，依法享受法定權利，切實履行法定義務，並對自己行為的結果承擔相應的法律責任。

我可以將市場經濟換成以下三種不同的名詞代稱：

其一：市場經濟是交換經濟。沒有交換就沒有市場，更沒有市場經濟。然

³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91。

而，不論是產品、服務、資金、信息、技術、勞動力等的市場交換，還是通過市場的資源分配等，說到底是所有權或由所有權派生出來的其他權利〈如使用權〉的交換。沒有所有權或所有權不明的產品〈包括服務〉不能進入市場。所以，在市場經濟中，必須建立充分尊重和保護以所有權為核心的財產權法律制度，明確界定產權，加強產權保障，促進產權合理流動。

其二：市場經濟是契約經濟。契約〈即合同〉是當事人據以進行財產權利讓渡、產品及勞動義務交換的必要形式和程序，是當事人之間的信用關係。從身份到契約，這是從自然經濟到市場經濟的一個重要指標，契約是市場交換的必然產物。在現代的市場經濟中，一切交換乃至分配活動，幾乎都是通過各種形式的契約來實現的。契約本身就具有法律約束力，同時也需要法律〈如合同法〉加以確認、規範和保護。因此，合同自由法律制度是市場經濟最主要的法律制度之一。

市場行為往往是在微觀上是有理性的，但是在宏觀上則呈現一種非理性，因而在市場經濟中，單就市場自發的機制不可能完全保障各項資源的合理配置。這就決定了政府必須對經濟進行適度干預和宏觀調整。這方面法律制度的宗旨在於貫徹產業政策，調整和改善經濟結構、控制經濟運行的節律，保持經濟總量的平衡，同時提高經濟運行的水平。

其三：市場經濟是競爭型經濟。有市場就有競爭，有競爭就要有維護公平、自由競爭的規則，以規範各種交換與競爭行為，維護市場秩序，並以各種法律手段文明而有效地排解各種糾紛。與此同時，有競爭就會有失敗，因而必須建立和完善社會保障法律制度，給社會弱者〈包含失業者、喪失勞動能力者、被拋棄的婦女和兒童〉提供物質保障，維持其起碼的生存權利

4。

⁴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92。

〈三〉 市場經濟是法治的肥沃土壤

1. 市場交換產生法律規律和法律制度

法律歸根到底是社會生產力發展到一定階段的一個重要產物。是市場交換的必然結果。用馬克思的話來說：“先要有交易，後來才由交易發展成為法制”⁵。這是由市場交換的內在要求決定的，我將其分為以下四點：

第一：市場交換需要法律確認主體之間平等的法律地位和自由交換的環境。

第二：市場交換需要法律確認交換對象在交換前後的所有權歸屬問題。

第三：市場交換需要確認或規定一般的交換規則。

第四：市場交換需要法律確認或規定解決各種可能出線的交易糾紛的方法。

總而言之，法律產生於市場交換，市場交換依靠法律調整，這就是法律與市場交換的辯證關係。

2. 市場經濟的發展促進法律制度的興旺

從歷史上來看，古羅馬的發達和完善，在於它根基發達與繁榮的古羅馬商品經濟。19世紀，隨著西方資產階級政權的普遍建立，由商品經濟脫胎而來的市場經濟也有了初步的發展，迫切需要大規模新的立法來滿足日益壯大的市場的需求。於是，以1804年問世的《拿破崙民法典》為開端，很快建立了近代市場經濟法律體系，19世紀末20世紀初，近代市場經濟逐漸過渡到現代市場經濟，“國家干預”代替了“自由放任”，法律的社會化便成為了西方的主流，二次大戰後，特別是20世紀80年代後，現代市場經濟遍及整個世界，當然中華人民共和國也不例外，此時的中華人民共和國生產力得到了巨大的發展，法律社會學對中華人民共和國內部社會的覆蓋面也越來越廣，並成為現今控制社會的主要手段和人類文明的重要

⁵ 《馬克思恩格斯全集》，第19卷，頁423。

支柱。

3. 市場競爭培育法治精神

市場競爭有利於培育法治精神〈如尚法理念、平等意識、權利意識、民主意識、自治意識〉。這主要因為有以下三點因素：

第一：市場經濟的發展分娩出各種介於國家和家庭之間的社會中介組織〈民間組織〉，如商會、行業協會等。

第二：隨著國家與社會的相對分離與職能定位，使社會產生了自由流動資源，即不受國家統一控制和分配的勞動力、資金、產品、原料等；與自由流動資源相伴隨的是各種機會〈升學機會、就業機會等等〉的增加。社會自由流動資源和機會的湧現與增加，也呼喚並導致社會資源與機會的組織及分配方式的變革，這進一步大大強化了民間社會的自我組織能力和內在秩序的建立。

第三：由於城市化進程在市場經濟的攪拌機中日趨加快，傳統意義上的農民隊伍不斷分化，越來越多的鄉里人轉化為現代城市市民，他們從生活方式到內在精神都呈現一種日益強烈的獨立人格、自立意識、權利意識和自治觀念。在這一方面現今的中華人民共和國境內表現最為明顯⁶。

〈一〉 中華人民共和國現階段之行政強制法制之發展對市場經濟建設的功能分析

中華人民共和國的市場經濟由於是自上而下由國家直接運作的，法律的重要經濟功能就是安排改革進程並重構社會。在此意義上，中華人民共和國法律正賦予創造歷史的功能。中華人民共和國法的經濟功能的載體是社會主義市場經濟法律體系的整體，它有三個特點如下：

第一：社會主義市場經濟法律體系，在總的框架上，是社會主義法律體系的一個子系統，因此，它有憲法為統帥，與其他部門法和諧一致；同時，

⁶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93。

它又橫跨各部門法，這主要是由於他把市場經濟作為一個統一的調整對象。

第二：在法律的淵源上，它與其他部門法一樣，以憲法有關規定、有關法律〈基本法律與非基本法律〉、行政法規、地方性法規、規章以及其他具有法律效力的規範性文件為表現形式。

第三：從市場運轉機制和過程上看，它主要表現為經濟各主要環節，包括市場主體法、市場行為法、市場管理法、市場體系法、市場宏觀調控法和社會保障法等等⁷。

根據以上對**中華人民共和國**社會主義市場經濟法律體系的簡單分析，可以基本上把握中華人民共和國法律對經濟生活發展功能的範圍，主要表現在建設市場經濟外部法律環境和建設市場經濟內部之環境，以期間接和直接發展生產力和促進經濟發展等方面。

中華人民共和國法律在建設市場經濟外部法律環境方面具有重要功能。市場經濟在現代各國發展的歷史表明，它是與法律的發展是同步的。市場經濟發展的規模和速度無不受到一定社會法治狀況制約。社會關係是多采多姿的，相對於市場經濟關係而言，其外部各種社會關係的秩序性程度則深刻影響著市場經濟關係的發展。市場經濟外部法律環境主要包括以下三點：

第一：建設民主政治，維護政治穩定。

第二：發展科學教育事業，促進文明建設。

第三：加強社會公共事務的法律層面之管理。

以上幾項外部法律主要知建設基礎和條件，進而使法的經濟功能實現脫離不開法的政治功能和公共功能的發揮。

中華人民共和國法律在建設市場經濟法律體系內部法律環境的功能，

⁷趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年8月版〉，頁193。

直接作用於社會經濟關係，發揮其經濟功能的主體方面有以下四大點：

第一：確立市場經濟的基本走向和基本原則。憲法和其他有關基本法律的功能主要在於，確認和維護國家的社會主義經濟制度，規定各種經濟成份的不同法律地位，明確經濟建設的方針和原則，使市場經濟建設具有合法與合理性，從而推進市場經濟的健康發展。在這方面，還要特別注意運用法律協調好社會利益關係，保證“共同富裕”這一社會主義經濟政策的逐步最終實現。

第二：確認和維護各種市場主體的法律地位。市場經濟最主體多元、決策分散型經濟，必須承認不同利益主體的法律地位，皆是市場主體的不同型態。市場主體主要是企業和公民，在法律上一般表現為法人和自然人。政府不再是市場經營主體。中華人民共和國所實行的社會主義的市場經濟，是統一的市場、開放的經濟。其特點之一是以公有制為主體，多種經濟成份並存，實行等價交換、公平競爭原則。市場經濟要求法律對各種所有制經濟和公司財產給予平等的保護。“國家要為各種所有制經濟平等參與市場競爭創造條件，對各類企業，一視同仁”⁸。市場經濟要求不再把企業的所有制行事作為區別主體類型的主要標制，而應把企業的財產責任形式和組織形式作為立法分類的主要標準，市場主體不分中、外、公、私，法律地位一律平等。市場主體立法，包括依企業的不同法律形態而制定的公司法、合夥法等，從而屏棄帶有“身份”色彩的立法，維護市場主體在法律面前一律平等的地位。

第三：通過法律維護市場秩序，培育市場經濟。社會主義市場經濟絕不可能是自由放任之經濟，不能將政府干預與調節同市場經濟對立起來。市場運行固然有其優越性，但同時又存在著各種各樣的問題，使市場運行不能導致資源的最佳配置。解決問題的最佳安排之一就是法律。因而，現代市場

⁸《中共中央關於建立社會主義市場經濟體制若干問題的決定》1993年11月14日通過，第9節。

經濟的發展，離不開國家從社會整體的利益出發，依法對市場實行干預與調整。在這種情況之下的市場行政管理，其主要的目的是在維護市場的統一性，創造平等的競爭環境、維護公平競爭秩序、保證正當競爭者、消費者權益和社會公共利益不被侵犯等。

第四：政府對市場經濟宏觀調控法律化。市場經濟發展的歷史時見證明，市場這只“看不見的手”，並不總是手到病除。市場存在著自發性、盲目性和滯怠性。市場經濟不等於自由放任經濟，市場經濟條件下的政府在社會經濟領域也並非無所作為，而是可以通過“看得見的手”積極干預、調控經濟。那種認為市場經濟不需要國家的宏觀調控，可以放任自由，自行其事，隨心所欲，完全是一種誤解。建設有中華人民共和國特色的社會主義市場經濟，必須加強國家的宏觀調整。宏觀調整主要正是為了克服市場的消極作用。政府通過使用像財政、金融、稅收等來實現對市場經濟的宏觀調整，但被調控的對象只有一個，即市場。因此，相對於市場主體來說是間接宏觀調整。總之，法律是國家實行宏觀調整，矯正市場經濟的弊端，引導市場經濟良性運行有效且極其必要的手段⁹。

市場經濟法律體系是一個大系統。前面所述諸方面的法律經濟更能同法律的政治功能和公共功能協調一致，才能很好地得以發揮，在接下的一部份我會將就政治層面來加以說明之。

本段小結：

其實在中華人民共和國境內，市場經濟法律層面體系內，不管是外在法律環境或是內部法律環境都對其影響甚大。我了解市場固然不等於市場經濟，但是，市場必竟是市場經濟全貌縮影。統一、開放、競爭的市場已經開始成為我這時代經濟生活的主體，相應的市場體系法律制度狀況將成

⁹趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年8月版〉，頁194。

為衡量中華人民共和國總體經濟水平和法治水平之間重要且有效的尺度。長期以來，**中華人民共和國**法學界過分強調法律的國家意志性，而對於法律是生產方式的規則化重視嚴重不足，從而造成對法律的社會性和規律性的呼視，隨著新世代的來臨，法治和經濟之間存在著很深的關聯性，**中華人民共和國**現階段掌握了整個中國的政權，我相信在未來的日子中，**中華人民共和國**當局的領導人可以逐漸重視這問題的存在意義性及其嚴重性。

第二項 法律的社會結構模式-角色的分析〈政治層面〉

政治是關於眾人之事的支配權，亦即關於社會公共事務的決定權、執行權和其他權力的安排與配置¹⁰。政治的核心要素就是公共權力及其配置。因此，我在探討法律的政治基礎時，焦點在於公共權力的特性、政治制度和政治體制、集團政治與憲政精神。我以下將這部分分為三小部份來一一說明之：

〈一〉 法與公共權力

1. 權利的法律內涵？

甚麼是權力？對此，人們的認知還是很不一致的。大體上可以分為以下三類：

第一：能力說。即認為權力是一個影響他人態度和行為的能力。英文中的權力〈power〉一詞是來自法國語 *pouvoir*，後來又源自拉丁文 *potestas* 或 *potentia*，其意指“能力”。在拉丁文中，這兩個詞的詞根都是“能夠”的意思。這意味著權力是與作一件事的能力聯繫在一起的，具有對一定事物或一定行為的支配性。20世紀的結構功能主要認為“權力是與作一件事

¹⁰魏宏主編，法律的社會學分析〈山東，山東人民出版社，2003年出版〉，頁130。

的能力聯繫在一起的，具有對系統中的一個單位在其他單位的對立面上實現其目的的能力“，是“用於實現集體目標利益的社會系統的一般化能力”¹¹。由前述我可以知道：權力可被看成是一種不顧阻力而實現人們意志的可能性，或者說是一種對別人行為產生預期影響的能力¹²。

第二：強制意志說：德國學家馬克思·羅伯認為，“權力”是指處於社會關係中的行動者排除抗拒其意志的可能性，及一個人即使在被人家反對的情況下依然具有的以其意志左右他人行為之能力。美國學者彼德·布勞則指出了在權力概念中包含的三個更為深刻的意義：

1. 權力的概念用來指一個人或群體反覆地把他或它的意志強加於他人的能力上，而不是影響他們的一項決定的單個例子。
2. 用來對反抗進行威嚇的懲罰，這種成份使它區別於直接肉體強迫的限制情況。
3. 權力被設想為固定的不對稱的和依靠一個人從其他那裡截留報酬並對它們實施懲罰的基本能力——再考慮到它們能強加給它的限制之後依然存在的能力。

以上論述值得注意的是，持強制意志說的學者都將權力直接的肉體強迫〈如強盜手中的刀子〉區別開來。

第三：關係說。即強調權力是行使者與受動者之間的一種不平等關係，這種不平等關係也被稱為命令與服從的關係。

很顯然，上述三類觀點表面上各執一端，並分別抓住了權力的某些重要特質，實際上它們是從社會學和政治學的角度提出來的，算不上是嚴格意義的法學概念。真正具有法學意味的權力概念和權力理論極為罕見。布

¹¹【美】帕森斯著，《現代社會的結構與過程》，梁向陽譯〈北京，光明日報出版社，1988年版〉，頁148。

¹²【英】羅杰·科特威爾著，《法律社會學導論》，潘大松等譯〈北京，華夏出版社1989年〉，頁131。

萊克法典辭典曾提出三類關於權力的法學定義：

1. 權力〈power〉是做某件事的權利、職能、能力或職能〈faculty〉，權力是授權人自己合作某行為的職權〈Authority〉。
2. 權力是在法律關係中一方以一定作為或不作為改變這種關係的能力。
3. 狹義的權力只為了自己利益或他人利益處理動產、不動產或賦予某人處理他人利益的自由與職能¹³。另外，英美法還有關適用於民法的權力，它只作具有法律效力或作用的事情的權利¹⁴。這些法學上的權力定亦有不少合理之外，但最大的問題是將權力和權利混為一談¹⁵。

近代意義的“權利”，始見於1864年美國傳教士丁題良〈W. A. P. Marin〉翻譯出版的《萬國公法》和稍後的《公法便覽》。此時的丁題良將“權利”解釋為“有司所操之權”與“凡人理所應得之分”¹⁶。直到20世紀末，在中華人民共和國境內，“權利”一詞的法律用語才指公民依法應享有的權力和權利。

近代中華人民共和國的學者對權力提出了一個定義那就是權力是指合法確認和改變人際關係或處理它人財產或人身的能力¹⁷。這是一個真正具有法律意味和法學意識的權力定義，是很值得法學研究者細細體味的。不過，該定義是有兩點有待商榷；一是該定義為能將權利和權力完全區分開來，因為能夠改變人際關係，處理他人財產或人身的的能力並不是都是權力，“權利”也可以如此。二是特意指出該定義中的權力僅指公法上的能力，而把英美司法上的權力統統歸入權力的範疇內，我認為此種作法是不妥當的。

¹³Blacks Law Dictionary. 1973, p. 1053.

¹⁴【英】沃克著，牛津法律大辭典，鄧正來等譯〈北京，光明日報出版社，1988年版〉，頁706。

¹⁵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95。

¹⁶李貴達主編，《話說“權利”》，載《北大法律評論》第1卷，1998年第1輯〈北京，法律出版社，1998年版〉，頁115~129。

¹⁷周永坤主編，《法理學—全球視野》〈北京，法律出版社，2000年版〉，頁241。

法理學力來就承擔著為所有法學學科提供普適性的基本概念的任務，法理學對權力的界定也理應能同時涵蓋或是用於法學學科。也就是說，法理學對權力概念的探討，既要充分借鑑和吸收社會學和政治學等科學在權力問題上的研究成果，又要有法學意識，還要充分揭示權力和權利、權力和暴力之間的差別。

基於上述的分析，我可以將權力的特點分成以下五點：

1. 權力是以公共資源為基礎。該特點的定義是說做為一個不平等的關係，權力關係的一方為什麼能夠影響或支配另一方？它對權力的一般解釋都只是從權力主體的主觀方面著眼，即指是強調權力主體超過對方的能力和能量。的確，權力的主體的人格、意志、智力和魅力等主觀因素對於獲取權利和行使權利具有一定的影響，但更為重要和根本的因素乃是能夠為權力主所控制和支配、同時又是權力相對人所必需的公共資源〈包括物質資源、人口資源、信息資源、制度資源¹⁸，以及自由、平等、秩序、安全和機會等〉，沒有這一點，權力相對人就會缺席，即設法逃避權力主體之影響和支配¹⁹。
2. 權力以保障和增進公眾利益為主要目的。我就其起源來說，權力源於權利，他是公眾為了更好地保障和增進自身利益而以明示或默認方式轉換一部分自身權利才凝聚成權力這樣的一種公共產品。權利的這種公共性決定了權力的設定與行使必須以保障和增進社會公益為目標，不得已權力設定者和行使者的私利為目標。所以我可以進一步說，權力的公共資源基礎和公益目的，正是權力不同於強盜的手法和赤裸裸的暴力行為之所在²⁰。
3. 權力的內在核心以不平等為中心。權力存在於人與人之間的社會關係中，事與組織機構、職位相結合而形成的一種相對穩定的社會意志，代表

¹⁸如父權、夫權等古代社會的個人權力是基於價值、規範和地位等社會倫理制度。

¹⁹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97。

²⁰同248註，頁96。

著一定的集團、階層或階級及其成員對社會的影響和控制能力，是人類社會得以存在和發展的基本維繫力量。具有任何社會都不可缺少的社會管理功能。權力關係本質上是一種不平等的關係，及權力主體不管權力相對方是否同意，都可以能夠單方面確認和改變一定的法律關係、控制和支配他人財產和人身²¹。

4. 權力具有合法侵害權力和處理公共產品的能力。為了維持權力主體自身的生存與運轉，更好地保障和維護公共利益，權力這種特殊的公共產品必須有對權利合法侵害的能力〈如收稅、徵兵〉，以及對公共產品的處分能力〈例如發展救濟金、提供公共服務等〉。至於面對此類權力行為，民不得以原有權利為抗辯²²。

5. 權力不可自由選擇和隨意放棄。與權利不同，權力不能自由選擇，而是“應為”；權力行為的目的也不在乎於權力主體的利益，而在於公共利益上。棄權必使公共利益受損，從而違背權力的初衷，所以權力不可以任意放棄。

第二項：法律和國家權力的關係？

就其性質而言，國家權力是一種政治權力，是伴隨著人類階級社會的產生而普遍存在、並對人們生產和生活有著重要影響的一種社會現象。根據我對一般性權利的界定，國家權力乃是國家借其來能控制和支配的公共資源和價值，單方面確認和改變法律關係、控制和支配公民、法人或者其他社會組織的財產或人身的能量和能力。

在國家權力的來源、歸屬和依託問題上，我將其分為以下三點來加以分析注意：

第一、 國家權力不是任意產生的。人們在社會分工與合作過程中需要安

²¹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97。

²²同上註，頁97。

全、秩序和效率，才可以通過公共選擇。

第二、 國家權力的依託是對公共資源的控制。所有能控制的公共資源越多，國家權力就越大，反之亦然。

第三、 國家是後起的，是一定區域內若干個人之集合，國家所控制的資源歸根結底是人民群眾創造的，離開了人民的社會存在、社會活動，社會關係和人們所創造的公共資源，就不可能有國家和國家權力，因而一切權力都屬於人民的，在此“人民”是一種整體性的概念，有是一種集合性之概念²³。

自從國家與法律產生以來，國家權力與法律就存在著密切的關係。我將此種密切的關係分為以下三點來說明：

第一、 權力的合法化是對國權力運行的基本要求。無論在個人生活還是社會生活中，權力意志〈the will to power〉都是一種強大的驅動力。然而“當權力意志在社會上表現出來時，它總會同一個在重要性和力量上與其相當甚或超過它的組織原則——法律意志〈the will to law〉相碰撞並受到種原則的反驅和限制。

第二、 法律只能大體劃定而難以全部覆蓋權力運行的範圍。一方面，權力具有能動性和非固定性，社會政治、經濟情況的不斷發展變化，使國家權力總是處於一個擴張、分解的狀態之中；另一方面，法律不可能對所有社會事物做出詳盡無疑的規定。像“在權力和自由裁量權方面，始終會存在一些法律所不能或只能部份滲透於其間的開放領域”，“甚制在執意主張用法治進行管理的社會中，也還是存在著權力失控的現象”²⁴。

第三、 法律對權力的監控應當以不損害權力的高效運轉為基本前提。為了有效保障人權，法律應當也必須對全力進行有效地監控。但法律本身強

²³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98。

²⁴【美】博登海默主編，法理學：法律哲學與法律方法；鄧正來譯〈北京，中國法政大學出版社，1999年版〉，頁359-360。

調社會關係和社會秩序的效力本身也是以國家強制力為後盾的，是從國家權力中派出來的權威和強制力，因而法律只能調整權力，而不能取消權力。

〈二〉 政治和政治體制

政治制度是一個社會在政治領域為社會成員所規定的根本行為準則。它借助政權的力量迫使人們服從現在存在之權力結構以及其統治的秩序，是表明社會性質並以此區別人類社會不同歷史階段和類型的主要因素。它通常包含各種社團組織在社會政治生活中的地位和角色、國家權力在各社團組織間的分配、行政體系的過程、法律和政治行為規範等。

不少人把政治制度〈Political regime〉和政治體制〈Political institutions〉混為一談，其實兩者既有關係又有區別。政治制度是國家的政權組織形式，其實只是社會中不同利益集團在國家權力結構中的地位即由此決定的相互之間的基本關係，它著重於國家權力來源於誰？由誰來掌握？還有應該對誰負責？之基本問題，此些問題之解決即解決國家權力的最終來源和歸屬的問題。而政治體制是政治制度的具體表現和實施形式，是權力配置結構、運行規則和活動方式的總合，即旨在解決如何授權？如何用權？如何接受權者監督等問題？換言之，政治制度要解決的是主權〈Sovereignty〉問題，即回答是人民主權、還是君主主權，抑或是其他主權等問題²⁵。

政治制度具有不同的類型。我按照政權形式可分為君主權、共和權、議會權、人民代表大會制〈目前中華人民共和國所施行的體制〉；按照結構形式可分為單一制和複合制。目前的中華人民共和國所施行的人民代表大會制度，就是按照民主集中制和議行合一原則建立起來並進行活動的。我所稱的議行合一，是指國家的立法和行政權由最高權力機關統一行使，這一個原則是馬克思總結 1871 年巴黎公社經驗所提出來的。巴黎公社微

²⁵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 100。

底拔除了官僚體制，代之以一切公職人員由人民選擇並隨時對可撤換的制度；公設通過法令，解決重大問題，並直接指會控制。因此，公設和資產階級國家專司立法權的議會不同，是同時兼管立法和行政的工作機關。

人民代表大會制度作為中華人民共和國根本之政治制度，其具體的涵義在理論上表現有以下四點：

第一、 國家的一切權力屬於人民，這是人民代表大會制度的實質。

第二、 人民在民主普選的基礎上選派代表組成各級人民代表會、其中以縣、鄉基層權力機關的人民代表由選民直接選舉產生；全國、省〈自治區、直轄市〉、設區的市〈自治州〉的人民代表，由下一級人民代表大會選舉產生。

第三、 人民代表大會國家在國家機關體系中居於領導與監督的地位，不受其他機關所牽制，其他機關由人民代表大會產生，受它監督，向他負責。

第四、 人民代表大會向人民負責。

〈三〉集體政治和憲政精神

憲政精神是中華人民共和國境內近幾年來較為關注得一個話題。中華人民共和國的學者各自從某一特定的角度出發，提出了種種見仁見智的觀點。有的學者認為，多元政治造就了西方法律傳統，其中包含憲政傳統。憲政很大程度上乃是多元政治系的產物。有的學者認為，憲政是一種平衡機制及其達成的平衡狀態，其核心理念是實現權力和權利的平衡。有的學者則從古羅馬的憲政建設中也解讀出了類似的憲政精神。羅馬縣政建設的核心主要體現為對權力體系和社會關係的平衡精神，無論是社會階層、政治利益集團或是政府強制部門，均受這種平衡精神的制約。由為明顯的是平民和貴族兩大社會利益集團之間的平衡、以執政官為核心的政府行政權力體系中的平衡²⁶。憲政就是限政，這是眾多學者一致的看法。但具體理

²⁶關其光主編，古代羅馬憲政建設中的平衡精神〈吉首，吉首大學學報，2003年版第4期〉，頁1~5。

解上卻又有細微的差別。有的認為，憲政就是有限憲政治和責任政治，這事憲政精神之所在²⁷；也有學者指出，建立有限政府是憲政的首要精神，這一種精神具體表現在兩個憲政原則上：“一是政府權力是人民通過憲法授予的，任何人不得行使憲法沒有明確卻受予和明確禁止行使的權力；二是政府權力的行使不得妨礙個人權利的實現²⁸。有的學者則認為，憲政作為政治上的一種制度安排，只在保證個人的合法權利和自由不受任何社會力量特別是國家權力的侵犯，憲政的精神就是通過民主和法治來保障權利和自由²⁹。還有學者提出，憲政本質上是一種妥協文化，夠建憲政精神，必須培育寬容的公民文化³⁰。對於我來說這一部份的看法，我認為憲政精神和憲政制度兩方面之最核心且最為重要的內容價值，還是在於多元化的集團政治以及由此衍生出來對抗文化和平衡之觀念。

〈四〉當前中華人民共和國行政強制法制發展的過中對於和社會主義民主政治間功能之分析

中華人民共和國政制改革的目標是建立社會主義民主政治。在社會主義政治民主的過程中，離不開社會主義法律功能的發揮，套用此段功能在本論文所言之中華人民共和國行政強制法制上來看也是合乎的。

我將兩者之間相互存在關係之重點分為以下兩大點：

第一：民主及其法律的一般關係。

“民主”一詞是一個外來詞。在中國古代典籍中，《尚書》中曾提及到民主一詞，但當時所稱之民主意指“民之主”即帝王。現代意義的“民主”最早源於希臘文，原意為“人民的權力”或“多數人的統治”。古希臘思

²⁷卓澤淵主編，法治的意識基礎：契約精神與憲政精神〈江蘇，江蘇行政學院報，2004年版第5期〉，頁3-7。

²⁸江國華主編，憲政的形而上之學〈武漢，武漢出版社，2004年版〉，頁15。

²⁹王文寅主編，憲政的精神〈華北，華北工學院學報，2003年第2期〉，頁1-3。

³⁰陳慰星、陳斯彬主編，寬容：中國憲政的推動力〈甘肅，甘肅理論學刊，2005年版第5期〉，頁8-10。

思想家亞里斯多德第一次把民主看作是一種國家政體。所以，在政治上，民主乃是一種同專制相對立的政權。但是，在古希臘奴隸制度城邦國家中，所謂“多數人的統治”，只能是作為統治階級的奴隸主而言，對於被統治的奴隸階級以及自由民中的婦女和未成年兒童來說，都不屬於這多數“人”之列。所以，僅僅從字面上來看，不可能科學地認知民主的本質³¹。

馬克思主義認同和記成了亞里斯多德的民主觀，又有所發展。馬克思認為，“民主治是作為類概念的國家制度³²”，列寧也指出，就民主的主意是他首先是“大多數人的統治”，並且“民主是國家的形式，是國家型態的一種”，“另一方面，民主意謂著在形式上承認公民一律平等，承認大家都有決定國家制度和管理國家的平等權利³³”。總之，我在理解民主的概念時，首先要把它做為一種政治制度和國家制度來理解，它包括了國家和政體兩個方面，同時，又不能僅僅停留在國體和政體的原則上，而要看到這些原則必須具體化為公民的各項民主權利，特別是平等權利，在平等的基礎上實現大多數人的統治權利。在權利這個層面，民主從消極面意義上來看即沒有特權；從積極意義上來看即人人平等。再一點，理解民主概念時，也不能僅僅將民主與政治相關聯，還必須同整個社會生活相關聯，實現“民主的社會”。然而，必須看到，要實現民主社會，必須先有民主政治。正因為如此，**中華人民共和國**才把政治民主化與經濟市場化相提並論。

社會主義民主是人類歷史上最高類型的民主，是社會主義的政治制度和國家制度，並由此影響到人們的意識、作風和日常生活，其核心是廣大人民當家作主，真正享有各項權利和自由，享有管理國家和其他一切事務的權利。

³¹ 趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年8月版〉，頁200。

³² 《馬克思恩格斯全集》第1卷〈北京，人民出版社，1956年版〉，頁280。

³³ 《列寧全集》第31卷〈北京，人民出版社，1985年版〉，頁96。

社會主義法律對於社會主義民主的功能，體現為社會主義民主的法制化。民主模式並不是單一的，法律對某種民主模式的選擇決定著國民主生活的基本走向。建設社會主義法制是發展社會主義民主的話題中應有之義，離開社會主義法制的民主不是社會主義的民主，而可能會導致無政府主義之狀態。社會主義民主是社會主義法制的前提和基礎，民主越健全，法制的威力也就越強大；民主越發展，法制作用的發揮越充分，沒有社會主義民主就沒有社會主義法制。反之，社會主義法制是社會主義民主的體現和保障。在民主制中，不是人為法律而存在，而是法律為人而存在。總而言之，社會主義法律從本性上來看有著使人民對於政治的影響發展到最可能充分程度的功能。當然，這一功能發揮的狀況在不同的國家及不同的歷史時其是有極大差異的³⁴。

第二、由“普法”活動引發的關於民主化問題之思考。

中華人民共和國自改革開放以來，制定了大量的法規。到了1996年初，中華人民共和國共制定了282個法律，700多個行政法規，4000多個地方性法規，大體已建立一個法律體系。雖然依就有許多不完善之處，但中華人民共和國用憲法、民法到現在在草案階段的行政強制法等，對公民的政治權利、經濟權利、文化權利和社會權利進行全面規劃和保固，對市場經濟的運行來說，初步做到了有法可依。這些已有的法律，都是通過代表人民意願的權力機關或其授權機關制定得。按照法學最一般的原理，社會主義法是廣大人民意志的體現，具有真正的人民性。可是，在這麼多的法制出來之後，人民甚至是大多數人對之不知或知不甚少。這是現實存在的問題，有關普法的決議同時也承認了這一個現象。那麼由此我們有所疑惑了，既然這些法體現了人民的意志，為什麼人民中的大多數還不知道他們被上升為法律甚至還要大喊“把法律交給人民呢”³⁵？究竟是如何把法

³⁴趙震江主編，法律社會學〈北京，北京大學出版社，2007年8月版〉，頁201~202。

³⁵《法制日報》1996年6月18日社論，並於1997年5月4日報道。

律“交給”人民呢？法律難道本來並不在人民的手上嗎？還是難道法律是在大多數人被後制定出來的嗎？顯然從此觀點看出這一部分似乎是重大矛盾的現象中，我必須從中得到若干啟示的。

中華人民共和國是社會主義國家，立法權本質上屬於人民，但是，中華人民共和國的地理、人口等國情決定完全地搞直接民主會有害無益，這也是不現實之幻想。現階段中華人民共和國主要是實行民主集中制，即從基層至中央層層都是由人民的代表進行活動，人民的意志通過全國人民代表反映出來，上升為國家意志，於是就成為了法律。所以，任何懷疑中華人民共和國法律體現之人民意志的想法都是不正確的，至少在理論上如此。

法的誕生就像人的誕生是一樣的，一律伴隨著劇烈的陣痛，正是這種情況在人民和人民的法律之間連結的一條樞紐，如同母親在孩子出生時已自己的生命做賭注，由是在母子之間所連結的紐帶一樣。國民再堅持並主張它們的法律的時候，所抱著的熱愛力量，是依照他們取得法律時所付出的勞動與奮鬥的賭注確定的，“為法的誕生而必要的爭鬥，不是禍害，而是恩惠”³⁶。

本段小結：

政治制度曾是傳統政治學的研究核心，並形成所謂政治制度理論。該理論包括了政治制度的建構、政治制度的結構、政治制度的運行與變化等具體內容。在關於法律和政策的研究當中，政治制度理論認為，無論在甚麼樣的國家，廣義上的政府都是法律和政策的制定者即實施者；因此，那些規定了政府行為模式，並不能反映統治階級要求及其經濟基礎特點的各種政府制度，政府的各組織要素的權力配置方式、政府機構的活動程度等，

³⁶耶林主編，胡寶海譯：《為權利而鬥爭》，載梁慧星主編《民商法論述》第2卷（北京，法律出版社，1994年12月版），頁18。

都會影響著政府法律和政策的制定方式、內容以及法律和政策的實施活動和結果。

也就是說，不同國體和政體的國家在法律和政策過程中是必存在著不同的特點；反過來說，不同特質和特點的法律和政策，也在一定程度上反映了不同政治制度的性質、特點和形式。

政治制度示一種靜態現象，它與動態政治生活存在著明顯的差異，因而在法律和政策研究過程中，無需特別強調政治制度的作用。政治和法律之間存在著一個很微妙的關係，值得研究者進一步去探索其中的奧妙所在。

第二節 中華人民共和國未來社會衝突中充當銳利的

武器-行政強制法

自 1979 年中華人民共和國共產黨在自己的十一屆三中全會上提出“加強法制”以來，生活在中華人民共和國上的人民普遍形成了“法律意識”——人們在行動時，總要考慮到法律的存在，法律與自己的利益和自己的行為的關係。但我注意到政府在施行強制行為當中，人民和政府之間所存在“法律意識”在內涵上是不同的。

人民希望法律保障自己應有的權益，他們總希望維護自己的權利和權力，但往往結果並不如它們所希望的如此。長久以來有幾個重要的因素使人民促成了有這樣的觀念和選擇：

1. 我觀察到 1979 年之後持續了 20 餘年的普法教育使人民大多被灌輸了“人民必須守法”的觀念。
2. 我也觀察到普及教育使它們相信法律是會保障他們權益的。
3. 最後我發現人民一般都會很清楚地認識到它們和政府之間，往往它們都是處於弱勢的，如果選擇違法的行為方式將對它們非常不利。

假若政府用強制手段來達到某項的目的，但往往因為錯誤的方式使人們對法律和對整體的政府徹底喪失信心〈它們之所以再開始選擇遵循法律的行動，是因為它們持一種在**中華人民共和國**即據傳統的思維方式：認為整體的政府是好的，侵害他們權利的指是某個官員或是政府的部分〉，或者是具體的經辦人員〈基層官員、警察等〉的言行態度刺激下，忍無可忍時，才會採取超過法律的行為—這種行為往往是不記後果的，最起碼在當時政府再強制行為執行時，是不計後果的。因此這種行為的人往往是貧困、社會資源少的人。經濟狀況好的、社會資源豐沛的，往往會選擇其他政策，以免給自己帶來更大的損失；或著找關係、拖門路，以求平安。總之，不管是社會上的哪種人，他們從依法維護到對法律徹底的失去信心，總是建立在一種認知的轉變上，即：從相信最起碼的官員是會遵守法律的，到認為沒有官員真正遵守法律，或者遵守法律的官員管不到自己的事³⁷。

另外，一個不爭的事實是，多數的被強制者認為，他們都是利益損害者，而非實質獲得者，本論文一開頭就說行政強制的施行主要是保障人民的權力〈及人權〉，也是為了要降低政府的權力，但這樣看來好像是前後矛盾的。

行政強制法制的發展至今較為重要的歲月也沒有幾年，我就將近十年針對行政強制的個別案件，提出幾個來詳加說明政府和人民之間的抗衡，也會針對個案件就竟是政府贏還是人民贏，而在未來的日子中，**中華人民共和國**未來社會衝突中充當銳利的武器-行政強制法到底適不適合和繼續在**中華人民共和國**境內長存，以下五個不同時期的案例分別說明之：

案例一：陳臻不服被告霞浦工商行政管理局扣留財物行政強制措施並請求

³⁷李恂主編，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140。

行政賠償案。

〈一〉案情介紹

原告：陳臻，個體工商戶。

被告：某縣工商局。

原告陳臻係主管碾米，經營方式為加工零售的個體工商戶，1998年12月17日，某縣的民政福利服務公司予原告簽定了“委託加工九八年度冬令救濟大米協議”，委託原告加工2000擔大米。隨而原告予某縣沙江糧站達成協議購實1000擔早谷的協議。1999年1月7日，原告予林法玉達成僱約協議，由林法玉的福建J90160號手扶拖拉機為其運輸稻米機器，約定每日包運費為120元人民幣。同年11月，原告命令林法玉為其從沙江糧站提購訂購的稻穀交付2204公斤稻穀並案例具為加蓋其單位公章的霞浪字NO.0052426發或明細表隨或同行〈該發或明細表不屬於現糧食局統一發放的備號表〉，稻穀運到原告店門口時，被告工作人員進行檢查，認為原告並不能提供福建省糧食銷售專用發票等合法手續，要求原告將該稻穀卸到西關糧庫後到被告處接受處理。在西關糧庫該稻穀經磅秤過磅為2198公斤。同日，被告以原告涉嫌不合法手續收購糧食為由，根據《投機倒把行政處罰暫行條例》第3條、第7條的規定作出霞工商檢字1999第02號扣留並封存財物通知書送達原告；以涉嫌為陳臻無合法手續收購糧食活動提供運輸方便條件為由，根據《投機倒把行政處罰暫行條例》第3條第1款第8項、第4條第2項的規定，作出霞工商檢字1999第03號扣留並封存財物通知書，對林法玉用於運輸稻穀的福建J90160號手扶拖拉機予以扣留，但並未將其通知書送達至林法玉手中。1999年2月8日，被告解除了對被告林法玉之手扶拖拉機的強制扣留措施。從1999年1月12日至2月28日，原告共幾付給林法玉包運費共計人民幣3240元。

〈二〉審理過程及結果

行政強制措施是行政機關為實施行政管理、實現行政目的，為制止危害行為的發生，而有即時處置的必要時對相對人的財產等實施強制而採取的措施。再具體實施過程中，合法性、合理性原則和程序公正原則等應當是遵守的基本原則。

本案例中被告在案件審理過程中不能提供證據證明其執法人員在當日執法過程中有著制服、佩帶執法標誌，並向原告出事件和表明身分，其違背了《福建省行政執法程序規定》第4條的規定，屬於程序違法。原告被扣留的該種稻穀係購自屬國有糧食收儲企業的沙江糧站，雖然當時沙江糧站指出具了慣用的發或明細表為加蓋公章，且為在某縣糧食局備號，其主要責任在於沙江糧站。原告對該批稻穀是購實行為，而被告在霞工商檢字1999第02號扣留並封存財務的通知書中認定原告“涉嫌無合法手續收購糧食”的證據不足，事實不清。原告予某縣民福利服務公司簽定的“委託加工九八年度冬令救濟大米協議”係委託加工合同，家工費包含在同約定的清算價之中，是履行委託加工合同的行為，並非倒浪糧食，其行為不符合投機倒把的行政特徵。而被告適用《投機倒把行政處罰暫行條例》對該稻穀及運輸該批稻穀的拖拉機予以扣留屬適用法律錯誤。因此，法院最終判決撤銷了被告的扣留財產物通知書，並判令被告賠償原告幾付的包運費人民幣3240元。

〈三〉 案件分析和個人論述

針對這個案件，在中湖人民共和國官方的行政法律規章關於行政機關作出的行政行為在程序上和實體上的相關規定有如以下的蓋論：

1. 作出行政行為的主體合法，即要求行政主體具有法定的職權，且作出的行政行為在其法定職權範圍內。
2. 行政行為內容合法。這就是要求行政行為有事實根據並證據確鑿，正確適用法律、法規、規章和其他行政規範的文件，行政行為的目的與立法目的是相一致的。。

3. 作出行政行為的程序合法。這就要求行政行為應符合法定方式，具體來說，就是行政行為要符合法定的步驟、順序、實現等規定。

根據這三各對合法行政行為最一般要求來看，本案中行政機關作出的具體行政行為顯然是違法的，因為雖然本案行政主體依法具有相應的職權，但是本案行政主體卻存在行政程序違法、事實不清和適用法律錯誤的情形。具體表現來看：

第一、 被告在案件審理過程中不能提供證據來證明其執法人員在當日執法過程中有身著制服、佩帶執法標誌，並向原告出示證件和表明身分，違背了《行政處罰法》和《福建省行政執法程序規定》第4條的規定，亦屬程序違法。

第二、 原告對該批到股市購實行為，而被告在霞工商檢字1999第02號扣留並封存財務的通知書中認定原告“涉嫌無合法手續收購糧食”的證據不足，事實不清。

第三、 原告簽定了“委託加工九八年度冬令救濟大米協議”，屬於委託加工合同，加工費包含在合同約定的清算價之內，是履行委託加工合同的行為，並非倒浪糧食，其行為不符合投機倒把的行政特徵。而被告適用《投機倒把行政處罰暫行條例》對該批稻穀及運輸該批稻穀的拖拉機與以扣留實屬適用法律錯誤。所以我認為法院判決撤銷行政機關作出的行政行為屬於行政強制行為是正確的。

但是，本案法院認定行政機關作出的具體行政行為屬於行政強制行為。所謂的行政強制致使行政主體為了實現行政目的，對相對人的財產、身體及自由等予以強制而採取的措施，稱之為行政強制。一般認為行政強制包括了行政機關的行政強制執行、行政上的即時強制和行政調查中的強制。那麼本案中，行政機關的行政若是屬於行政強制行為的話，它具體屬於行政強制執行，還是行政上的即時強制，抑或是行政調查中的強制，對此，該法院在該案中並沒有明確的界定清楚。

我知道所謂行政上的即時強制，是指行政主體根據目前的緊急情況沒有暇餘時間發布命令，或者雖然有發布命令的餘暇，但若發布命令便難以達到預期的行政目的時候，為了創造出行政上所需的狀態，行政不必以相對人不履行義務為前提，對相對人的人身、自由和財產予以強制的活動或制度。本案行政機關在作出行政行為時並不存在緊迫情況的情形，所以顯然不屬於行政上所稱的即時強制。

我進一步來分析，我發現，行政機關的行政行為也不屬於行政調查上的強制，因為所謂行政調查上的強制是指為了要實現行政目的，由行政主體依據其職權，對一定的範圍內的行政相對人進行的，主要影響相對人權益的檢查、了解等信息收集活動。這樣，行政機關的行為就只有可能是行政強制執行了。但是，當我把行政機關的行政行為和行政強制執行的法律特徵作一個對照的話，似乎奇也不屬於行政強制行為，因為所謂行政強制執行是指行政法律關係中，作為義務主體的行政相對人不履行其應履行的義務時，行政機關或人民法院依法採取行政強制措施，迫使其履行義務的活動。而其特徵包含了以下五點：

1. 行政相對人不履行義務，是適用行政強制執行前提條件。這一種義務既可以來自法律法規的直接規定，也可以由具體行政行為所確立。
2. 行政強制執行的主體是行政機關人民法院。
3. 行政強制執行的目的是實現義務的履行。
4. 行政強制執行的對象具有廣泛性和法定性。
5. 行政強制執行中不得進行和解³⁸。

所以有人認為本案件中行政機關的行政行為不屬於行政強制，應當屬於行政處罰行為。這種分歧主要由行政處罰行為與行政強制行為關係的複雜性導致的。那麼，行政處罰和行政強制的關係到底為何？

³⁸以上關於行政強制的概念特徵主要是參考姜明安主編，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234-237。

首先，我先來看一下再學理上學者們對她們分別所下的定義為何。關於行政處罰，《中國大百科全書、法學卷》是這樣描述的：“國家行政機關對違反行政法規者所予以的制裁。只給予犯有輕微違法行為尚不夠刑事處分者，處罰必須依據法律規定³⁹”。有學者認為行政處罰是指“特定的國家機關依法對違反法律、法規尚未構成犯罪的行政管理相對人所給予的特定的法律制裁⁴⁰”。也有學者認為行政處罰是指“國家機關以各種犯有違法行為的人在其職權範圍內所作出的制裁⁴¹”。關於行政強制，有學者認為是指“相對人附有法定義務拒不履行時，由行政機關依法採取強制措施。迫使其履行義務或者代為履行以達到同樣目的的具體行政行為⁴²”。也有學者認為是指“個人、組織不履行法律規定的義務，行政機關依法強制其履行義務的行政行為⁴³”。我從中華人民共和國行政法學界學者的認知給她們分別所下的定義來看，兩者無疑是既有密切關係，又存在一定區別的。

關於兩者區別本人將其分為三個觀點來詳加說明：

1. 兩者都屬於同一行為範疇說。在此觀點上，行政處罰和行政強制屬於同一個範疇的制度，她們本身都具有制裁的作用，兩者只是在行為方式是有所區別。如“行政處罰是指國家行政機關依法對違反法律、法規尚未構成犯罪的行政管理相對一方當事人所給予的一種法律制裁。”“行政強制是執行法律的一種活動，也是保護法律秩序的一種手段，他本身其實是一種暴力的方式，具有強迫的性質，是對違法行為的反作用。⁴⁴”“行政處罰、行政強制都是對當事人非法行為來進行制裁，聳處其非法行為所

³⁹ 《中國大百科全書、法學卷》，〈台北，中國大百科全書出版社，1984年版〉，頁670-671。

⁴⁰ 汪永清主編，行政處罰〈北京，中國政法大學出版社，1994年版〉，頁1。

⁴¹ 同269註，頁1。

⁴² 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。

⁴³ 羅豪才主編，行政法學〈北京，中國政法大學出版社，1996年版〉，頁198。

⁴⁴ 王周戶主編，行政法學〈陝西，陝西人民教育出版社，1992年版〉，頁259、276。

得利益的行政行為⁴⁵”。“行政強制和行政處罰在行為起因、當事人所承受的最終法律效果、行為模式、行政性質四各分面存在著同一性⁴⁶”。

2. 兩者相互區別說。大多數中湖人民共和國行政法學界學者持此種觀點，他們認為行政處罰和行政強制為兩種不同的制度，我也如此認為。我可以將其不同的範疇分為制裁行為和非制裁行為。“行政強制是國家行政機關對負有行政法義務的當事人所採取的一種措施，目的就是為了促使其自決履行義務，所以行政強制自己本身步是一種制裁或處罰”。“而行政處罰是國家行政主管機關依法對社會上各種違反行政法義務，但為引起刑事責任的行為所給予的制裁⁴⁷”。“行政處罰關心的是制裁性，行政強制關心的是義務的履行或達到履行的相同狀態⁴⁸”。“行政處罰是一種行政制裁行為，因而必須以相對人的行為違法為前提；行政強制不是一種制裁行為，因而與行政相對人的行為是否違法沒有必然的關聯性⁴⁹”。

3. 兩者都分別銜接關係說。此觀點的出發點就是在認為行政處罰和行政政強制作為兩種不同的行政行為，儘管期間存在很大的區別，但是“許多情況下，行政強制同行政處罰還有著承接關係，即當相對一方當事人拒不接受或執行行政處罰時，行政處罰的內容構成了行政強制執行的內容，行政機關可以強制執行行政處罰決定⁵⁰”。

綜合以上的論述，我知道了每一個觀點的存在都有其合理的成分在，但是都有在一步探討的必要。我為何會哪此案例為探討目標，就是要讓中華人民共和國當局知道在未來的日子中，行政機關在進行行政活動時能注

⁴⁵關係英，市場經濟與行政法學新視野認知〈北京，法律出版社，1996年版〉，頁118-119。

⁴⁶張淑芬主編，《行政強制與行政處罰相關的若干問題探討》〈北京，中國法學，1999年第3期〉，頁2。

⁴⁷侯洵直主編，中國行政法〈河南，河南人民出版社，1987年版〉，頁218、237。

⁴⁸朱新力主編，行政法基本原理〈浙江，浙江大學出版社，1995年版〉，頁209。

⁴⁹胡建森主編，行政法學〈北京，法律出版社，1998年版〉，頁377。

⁵⁰張尚鷺主編，行政法學〈北京，北京大學出版社，1991年版〉，頁237。

意到兩者之間的區別，特別是在各自所適用的範圍，同時，也要注意兩者間密切之關係，尤其是在行政強制對行政處罰在實現行政管理目標方面的補充作用，不要予以搞混。

就本案例而言，**中華人民共和國**的學者都比較傾向於認為行政機關的行政屬於行政處罰行為，因為顯然行政機關認為行政相對人的行為違法，而不是認為行政相對人不履行法律直接規定的義務或先具體行政行為所確定的義務，而行政機關所作出該具體行政行為具有明顯的制裁性，所以大部分的學者都認為其為行政處罰較為妥當。

但我認為，行政強制這個概念他本身就具有狹義和廣義區別，廣義上類似拘留、罰款、扣留等；狹義上來看類似強制檢查、強制傳喚、強制帶離現場等以對人民自我本身的人身自由受到限制，以及對財產施行的強制手段。行政強制並不是依各嚴格的法律概念，說穿了它只是一個學術上的用語，那麼如果就本案的受理法院的觀點來看，假若它是以廣義上來使用行政強制這一個概念那不就符合了嗎？

案例二：南寧地區武鳴縣染織廠不服廣西壯族自治區武鳴縣城鄉建設委員會強制拆除違章建築圍牆之決定案。

〈一〉案情介紹

原告：南寧地區武鳴縣染織廠。 法定代理人：李猶，廠長。

被告：廣西壯族自治區武鳴縣城鄉建設委員會。 法定代理人：伍紫瑞，主任。

武鳴縣染織廠於 1991 年 11 月初，在沒有提出申請、未取得建設工程規畫許可證的情況下，在本廠第三號大門左側築建了一道高 2.2 米，長 32 米的水泥圍牆。建牆對武鳴縣城鄉建設委員會〈以下簡稱縣城建委〉的下屬機構武鳴縣城鄉管理監察大隊〈以下簡稱縣城管監察大隊〉曾對武鳴縣

染織廠的違章行為進行過制止，但該廠並沒有停止建牆行為。11月21日，縣城管監察大隊以自己的名義發出通知，限武鳴縣染織廠於11月27日以前自行拆除違章建築的圍牆。該廠於同日向武鳴縣人民政府提出了一份

“關於要求保留東大門左側已建圍牆的請示”，同時抄送武鳴縣城鄉建設委員會。縣政府對此沒有答覆，縣城建瑋也沒有答覆。該廠也未在通知規定的期限內向法院起訴。1993年7月16日，縣城管監大隊以武鳴縣染織廠未經規劃部門批准，擅自在東大門左側興建圍牆，此時違反了《中華人民共和國城市規畫法》第三十二條，《南寧市建築管理若干規定》第十二條和武鳴縣《關於城鄉管理的若干規定》第一條第四款的規定為由，作出《關於行政強制拆除染織廠違章建築圍牆的決定》，並於當天強制拆除。

武鳴縣染織廠不服，以武鳴縣縣城建委為被告，向武鳴縣人民法院提出行政訴訟。

原告訴稱：城管監察大隊作出《關於行政強制拆除染織廠違章建築圍牆的決定》，並自強制拆除我廠的圍牆是違反法律程序和超過職權的具體行政行為，不但侵害了我廠的財產權，而且損害了我廠名譽。其理由是：所建圍牆是在本廠區範圍內。被告的下屬機構城管監察大隊下文通知我廠限期自行拆除後，我廠已向武鳴縣人民政府報告，請求協助保留圍牆手續，縣政府為答覆。7月24日上午9時許，城管監察大隊雇請民工強行拆除，至當日下午，該大隊將《關於行政強制拆除染織廠違章建築圍牆的決定》送達我廠。城管監察大隊不是獨立的行政主體，無權做出拆除決定，法律法規也沒有規定該大隊具有強制拆除之權力，其行使的職權違反法律規定和法定程序。請求法院判決撤銷城管監察大隊〈1993〉10號《關於行政強制拆除染織廠違章建築圍牆的決定》，恢復我廠圍牆之原狀，公開賠償道歉，消除影響，恢復名譽。

被告辯稱：武鳴縣城鄉管理監察大隊〈以下簡稱縣城管監察大隊〉，係我委的下屬機關，行使城建監察職能。武鳴縣染織廠於1991年11月初，

在沒有向我委請、未取得建設工程規畫許可證的情況下，在本廠第三號大門左側築建一道高 2.2 米，長 32 米的圍牆，屬違法建築，依法應予拆除。請求法院維持監察大隊強制拆除的決定。

〈二〉審理過程及結果

武鳴縣人民法院經審理認為：被告武鳴縣城建委是城市規劃的行政主管部門。主管本縣城市規劃管理工作，對違反城市規劃管理的行為依法應由縣城建委作出處理。城管監察大隊作為縣城建委的下屬機構，在執法的活動中，卻以自己的名義對武鳴縣染織廠建築的圍牆作出處理決定，並強行拆除，這一具體行政行為違反了法定程序，也超過了其法定的職權範圍。原告武鳴縣染織廠在沒有向縣城見我申請、未取得建設工程規畫許可證的情況下擅自築建圍牆是違法的，其所提出由被告恢復為強原狀、賠償道歉、消除影響、恢復名譽的訴訟請求法院不予以支持。根據《中華人民共和國城市規劃法》第九條第二款、第三十二條、第四十二條，《中華人民共和國行政訴訟法》第五十四條第二項的規定，該院於 1993 年 12 月 3 日作出了判決：

- 一、 撤銷武鳴縣城管監察大隊武城監〈1993〉10 號《關於行政強制拆除染織廠違章建築圍牆的決定》。
- 二、 案件受理費用 100 元，由被告武鳴縣城鄉建設委員會負責。

武鳴縣染織廠不服一審之判決，向南寧市中級人民法院提出上訴稱：被拆的圍牆建在本廠之範圍內，沒有向被告申請是欠妥的，從維護本廠之治安、防止失盜，有利於生產和生活出發建築該圍牆是必要的，保留也是有合法依據的。城管監察大隊違法拆牆所造成的損失，被上訴人應予賠償。請求二審法院判決上訴人賠償經濟損失 2048.20 元並公開道歉，消除影響並負擔一切費用。

被上訴人武鳴縣城鄉建設委員會辯稱：上訴人擅自建監圍牆，沒有任

目的是為了使成建法規深入人心，並不存在侵害上訴人名譽權之問題。要求二審法院維持一審判決。

南寧市中級人民法院經過審理認為：被上訴人武鳴縣城鄉建設委員會是城市規劃行政主管部門，法律規定由其對違反城市規劃管理的行為進行處理，但在處理上訴人武鳴縣染織廠違章建築行為時，卻以其下屬機構城管監察大隊的名義發出通知和做出拆除決定，並強制執行此一決定，這明顯超過了該大隊的法定職權，依法應予撤銷。上訴人武鳴縣染織廠在沒有取得建築工程規畫許可證的情況下擅建圍牆，且不聽制止，實屬違法，不受法律保護，圍牆被拆引起的損失應由自己來承擔，其所提出的恢復原狀或賠償損失、公開道歉、消除影響得請求本院並不予支持，原審判決無不當，所以維持原判決。根據《中華人民共和國城市規劃法》第九條第二款、第三十二條、第四十二條，《中華人民共和國行政訴訟法》第六十一條第一款之規定，該院於1994年3月29日作出最終判決：駁回上訴、維持原判⁵¹。

〈三〉案件分析和個人論述

在本案中，有以下幾個關於法律方面的問題需要明確的定義出來，我也整合出了幾點來分析：

1. 行政強制和行政強制執行的主體

行政強制是指行政主體為了實現某行政目的，對行政相對人的財產、身體以及自由等予以強制採取的措施，也稱為“行政強制措施”。行政強制執行是現代法治國家中行政強制措施的最為基本的類型。此外，行政上的即時強制、行政監督檢查中對行政相對人施以各種的強制措施，都可以歸類於行政強制措施。

行政強制執行是指在行政法關係中，行政相對人拒不履行行政主體所

⁵¹中國法律教育網 www.chinawedu.com，2005年3月7日；王驥總主編，行政法學案例分析〈上海，南開大學出版社，2006年8月出版〉，164~166。

做出的、已生效的具體行政行為所確定的義務時，行政機關或人民法院依法採取行政強制措施，迫使其履行義務，或者達到履行義務相同狀態的具體行政行為。行政強制執行必須嚴格依照法律的規定來進行。也就是說，行政強制執行過程中，執法機關必須合法，沒有行政強制執行權的機關和組織不得強制執行；執行活動必須要有法律、法規依據，沒有法律、法規依據便不能進行強制執行；這樣我們可以下定論：行政強制執行一定要依照法定程序進行才算合法。

中華人民共和國的行政強制執行體制是實行行政機關自行強制執行和法院依申請強制執行的雙軌體制，即“已申請人民法院強制執行為主，行政機關自行執行行為為輔”的模式。我具體來說，也就是在法律、法規賦予行政機關自行強制執行權的情況下，具體行政行為的強制執行由行政機關自行實施；在法律、法規沒有賦予行政機關自行強制執行的情況之下，具體行政行為的強制執行，由法院根據行政機關的申請實施。

《行政訴訟法》第六十六條的規定“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行政訴訟又不履行的，行政機關可以申請人民法院強制執行，或著依法強制執行。”根據此條的規定，只要行政相對人對具體的行政行為在法定期限內不提起行政訴訟，又不履行的，行政機關便有權申請人民法院強制執行，人民法院當應給予強制執行；若法律、法規明文規定行政機關可以強制執行的，行政機關應自行實施強制執行。在一般的情況下，除法律、法規明文規定行政機關可以自行強制執行外，其餘都應由行政機關依《行政訴訟法》第六十六條的規定申請人民法院強制行使，因此，在本案中的被告武鳴縣城鄉建設委員會和其係屬機關城管監察大隊都無權行使強制執行權。

2. 要先確定本案被告的基本法理

依照《城市規劃法》的規定，被告武鳴縣城鄉建設委員會是城市規劃的行政主管部門，有權對違反城市規劃的行為做出處理，城管監察大隊不

是城市規劃行政部門主管，並沒有權力作出強制拆除違章建築的處理決定。城管監察大隊對武鳴縣染織廠違章建築的圍牆作出處理，既法律法規沒有授權，也沒有被告的委託，其行為超越了行政執權，是越權行政行為。

行政訴訟中如何確定被告。人民法院受理行政案件時，首先要審理作出具體行政行為的主體是否具備合法資格。就本案來說涉及了行政監關的內設機構的被告資格問題。城管監察大隊是武鳴縣城鄉建設委員會的下設機關，其是否具有行政訴訟被告的資格呢？

中華人民共和國《行政訴訟法》中確立被告的標準是“準行為，準被告”。根據《行政訴訟法》第二十五條的規定，只有行政機關和法律、法規授權的組織依法具有行政主體資格。但是《若干解釋》第二十條第二款規定：“行政機關的內設機構或者派出機關在沒有法律、法規或者規章授權的情況下，以自己的名義作出具體行政行為，當事人不服提出訴訟的，應當以該行政機關為被告。“正是考慮到在中華人民共和國現行的情況下，許多組織都是由規章授權再行使在行政執權，根據“準行為、准被告”的原則，《若干解釋》規定授權也可以成為行政訴訟的被告。但“準行為、准被告”的原則，也只限於規章授權的組織，凡是不具有法律、法規、規章授權的行政機關的內設機構、派出機關或者其他組織行使行政執權的行為，視為行政機關的委託行為，由委託行政機關作為行政訴訟的被告承擔責任。而對於具有法律、法規、規章授權的行政機關內設機構、派出機構或者其他組織，無論其行使職權是否超過了授權範圍，根據“準行為、准被告”的原則，由實施機構或者組織最為被告。這種確定被告的制度，使行政訴訟的被告更為明確，避免了由於被告確定問題而給行政相對人行使訴權帶來的不便，也避免行政機關之間互相推諉，體現了對當事人合法權益的保護。

在本案中，城管監察大隊是被告武鳴縣城鄉委員會的下屬機構，對內執行建委下達的任務，對外以建委的名義行使法律法規規定的執權，由此

產生的法律責任應由建委來承擔，所以，本案的被告是建委。

此外，本案中的違法建築應否獲得保護？依照《城市規劃法》第三十二條規定，在城市規劃區內新建、擴建和改建的建築物、構造物、道路、管線和其他工程設備，必須持有關批准文件向城市規劃行政主管部門提出申請，由城市規劃行政主管部門根據城市規劃提出的規劃設計要求，核發建設工程規畫許可證件。建設單位或個人在取得建設工程規劃許可證件的
其他有關批准文件後，方可申請協理開工手續。武鳴縣染織廠在建築圍牆前，沒有按照《城市規劃法》的規定，向武鳴縣城鄉建設委員會申請，即擅自築建圍牆，這種行為是違法的，所建圍牆屬違法建築，依法不受保護。

案例三：上海再生源肝細胞工程有限公司控訴上海市政府衛生局行政強制決定上訴案。

〈一〉案情介紹

原告：上海再生源肝細胞工程有限公司。

被告人：上海市政府衛生局局長。

上訴人〈原申原告〉：住所地：本市張江高科技園區郭守敬路 351 號 2 號樓 639—12 室。

法定代表人：仇志根，上海再生源肝細胞工程有限公司董事長。

委託代理人：李春絕，女，上海再生源肝細胞工程有限公司工程人員。

委託代理人：張宇，上海市恒信律師事務所律師。

被上訴人〈原申被告〉：上海市衛生局。住所地：本市汶口路 223 號。

法定代表人：劉俊，上海市政府衛生局局長。

委託代理人：葛燕萍，女，上海市衛生局工作人員。

委託代理人：劉雪峰，男，上海市衛生局工作人員。

上海再生源肝細胞工程有限公司〈以下簡稱再生源公司〉因行政強制決定一案，不符上海市黃浦區人民法院〈2004〉黃行初自第44號行政判決，向本院提出上訴。本院受理後，依照組成合議庭，並於2004年9月9日公開開庭進行了審理。上訴人再生源公司的法定代表人仇志根及其特別授權委託代理人李春絕、張宇，被上訴人上海市衛生局的特別授權委託代理人葛燕萍、劉雪峰到庭參加了訴訟。本案申請期限經上海市高級人民法院批准予以延展。本案現已申請終結。

〈二〉 審理過程及結果

原申法院議定：2003年8月，本市媒體對再生源公司經營臍帶血肝細胞庫業務的有關情況進行了新聞報導後，上海市政府衛生局經調查取證，議定再生源公司實施了未經許可擅自採集血液的行為，屬於違反衛生部《血站管理辦法》〈暫行〉第二十一條規定的情形。上海市政府衛生局遂根據《血站管理辦法》〈暫行〉第四十八條之規定，於2004年1月16日作出第0000381號衛生行政強制決定：取締、沒收YSD—35—125液氮生物容器3只、YSD—35—200液氮生物容器1只〈待容器內容物妥善處理後執行〉。上海市政府衛生局製作了行政文書，於當日送達給再生源公司。再生源公司不服，向原申法院提出行政訴訟，要求撤銷上訴具體行政行為。

原申請法院認為：根據《中華人民共和國獻血法》和《血站管理辦法》〈暫行〉的規定，上海市政府衛生局是本市對採供血進行監督、管理的行政主管機關。再生源公司委託醫院採集臍帶血，其主要的目的是分離肝細胞後來進行儲存，並運用於臨床。《中華人民共和國獻血法》和《血站管理辦法》〈暫行〉雖未對血液中全血的組成、成分血的種類予以詳細列明，但從醫學及法律規範的角度來分析，臍帶血應屬於血液中全血的範疇。再生源公司採集血液的事實是成立的。同時，上述法律規範均為明確，採集血液須以取得衛生行政許可為前提。再生源公司未得到衛生部的批准擅自

採集臍帶血，上海市政府衛生局根據適用《血站管理辦法》〈暫行〉的規定來對其作出取締的行政強制決定，認為事實清楚、證據確鑿，適用法律正確並無違法之處。上海市政府衛生局再作出被訴具體行政行為之前進行了調查取證，之後亦製作了強制決定之書面並且送達再生源公司，其行政程序合法。但上海市衛生局在取締再生源公司違法行為的同時，對其科處沒收液氮生物容器，因沒收是法律規定的行政處罰種類，上海市衛生局作出沒收決定時未根據《中華人民共和國行政處罰法》的規定履行相關的處罰程序，雖然該處罰尚未執行，但亦屬於行政程序違法。原申法院遂判決：

一、確認上海市政府衛生局 2004 年 1 月 16 日第 0000381 號行政強制決定中對再生源公司非法採集血液行為予以取締的具體行政行為合法。

二、確認上海市政府衛生局 2004 年 1 月 16 日第 0000381 號行政強制決定中對再生源公司 YSD—35—125 液氮生物容器 3 只、YSD—35—200 液氮生物容器 1 只的具體行政行為無效。判決後，再生源公司不服，上訴於本院。

上訴人再生源公司上訴稱：根據醫學理論及衛生部有關文件的規定分析，臍帶血不是《血站管理辦法》〈暫行〉所規定的血液〈即用於臨床的權血或成分血〉。上訴人並未採集臍帶血，只是依照工商核准從事儲存予臨床用血安全無關。被上訴人適用《血站管理辦法》〈暫行〉對上訴人作出衛生行政強制決定，依據不足，程序違法，適用法律錯誤。原申法院認定事實不清，適用法律不當。故請求撤銷原申法院第一項判決，撤銷上海事衛生局於 2004 年 1 月 16 日作出的第 0000381 號行政強制決定。

本院經審理查明，一、二審中雙方當事人對以下事實無議論：2004 年 1 月 16 日，上海市衛生局經對再生源公司進行現場檢查，認定其有未經許可擅自採集血液的違法行為，違反了衛生部《血站管理辦法》〈暫行〉第二十一條的規定，依據《血站管理辦法》〈暫行〉第四十八的規定，作出第 0000381 號行政強制決定：取締〈非法採集血液行為〉；沒收 YSD—35

—125 液氮生物容器 3 只、YSD—35—200 液氮生物容器 1 只〈待容器內容物妥善處理後執行〉。

上述事實由行政強制決定書等證據予以證實，本院予以確認。

本院依據《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》第六十七條第一款的規定，對原申法院的裁判和被訴具體行政行為的合法性進行了全面審查。以下幾點問題來進行分析：

〈一〉 被上訴人是否具有作出行政強制決定的執法主體資格？

被上訴人提供了《中華人民共和國獻血法》第十八條第一項，衛生部《血站管理辦法》〈暫行〉第四條、第四十八條，《臍帶血造成肝細胞庫管理辦法〈試行〉》第二十九條的規定，作出其具有作出本案行政強制決定的執法主體資格的主要依據。

上訴人認為，上訴規定雖賦予了被上訴人管理權，但因被上訴人認定事實錯誤，故導致其適用法律錯誤。且在被訴行政強制決定中被上訴人並未引用《臍帶血造成肝細胞庫管理辦法〈試行〉》。

本院認為，根據《中華人民共和國獻血法》和《血站管理辦法》〈暫行〉的規定，被上訴人具有對血液進行管理的行政職權，故被上訴人有權處理非法採集血液的行為，本院對被上訴人具有作出行政強制決定的執法主體資格予以確認。

〈二〉 臍帶血是否屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所規定的血液，臍帶血採集行為是否屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所調整之內容？

被上訴人提供之法律依據是：1998 年 10 月 1 日起實施的《血站管理辦法》〈暫行〉，其中第二條列明“血液是只用於臨床的全血、成分血”，第二十一條規定“未取得採供血許可的單位和個人，不得開展採供血之業務”。被上訴人認為，臍帶血是全血，來自於動脈和靜脈，與血液的成分一致，上訴人採集的臍帶血經分離後目的是應用於臨床，所以屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所規定的血液。《血站管理辦法》〈暫行〉不僅適用於

對血站的管理，也適用於對血液採、供、用的管理，所以臍帶血採集行為是屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所調整之範圍。

根據本院認為，臍帶血的稱謂是根據解剖之位置而來。臍帶血是採自胎盤的血液，其成分予新生兒的血液成分是一致的。本案中再生源公司委託醫院採集臍帶血，其主要的目的是分離肝細胞後來進行儲存，並運用於臨床治療。所以，臍帶血是屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所調整之範疇，臍帶血採集行為是屬於《血站管理辦法》〈暫行〉所調整之範圍。上訴人所提交的材料不能支持其理由成立。

〈三〉 採集臍帶血是否須得到衛生部公家機關的行政許可？

被上訴人提供之法律依據是：《中華人民共和國獻血法》第八條，該條規定設立血站向公民採取血液，必須經過國務院衛生部行政部門或者省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門批准；《血站管理辦法》〈暫行〉第二十一條，該條規定未取得採供血液許可的單位和個人，不得開展採供血液的任務。被上訴人據此認為採集臍帶血需要得到衛生行政許可。

本院認為，血液的採集、分離制度等關係到人的健康和生命時，國家有必要對此進行控制和管理。根據《中華人民共和國獻血法》第八條和《血站管理辦法》〈暫行〉第二十一條規定，中華人民共和國目前對血液的採集實行許可證管理制度。所以，採集臍帶血需要得到衛生行政許可。《中華人民共和國行政許可法》係於 2004 年 7 月 1 日起實施，本文中，被上訴人認定上訴人的違法行為和被上訴人作出的行政強制決定，均在該法實施以前，故對被訴行政行為無溯及力。

〈四〉 上訴人是否存在擅自採集血液的行為？

被上訴人認定上訴人存再未經許可擅自採集血液的行為。被上訴人在一、二審審理中提供了以下是事實證據材料：

1. 上訴人製作的宣傳資料一份，其名稱為《寶寶誕生的第一份禮物》。

2. 2003年12月18日上訴人出具給被上訴人的《整改報告》，以證明上訴人未經許可擅自採集血液，目的是用於臨床。
3. 上訴人與上海市浦東新區公立醫院簽定的協議，以證明上訴人採集血液係通過委託醫院為其提供臍帶血的形式實現。
4. 《新聞晨報》、《青年報》的新聞報導兩篇，以證明上訴人採集血液應得到衛生行政部門的許可，但仍然實施了非法採集血液的行為。該報導的內容與宣傳資料一致，採集目的是用於臨床。
5. 2004年1月16日被上訴人工作人員製作的現場檢查紀錄，以證明上訴人的經營管理廠所內有非法採集臍帶血的器具和設備。
6. 被上訴人執法人員於2003年8月29日對上訴人工作人員製作的詢問紀錄，以證明上訴人於2003年3月取得營業許可執照，但未獲得採集血液的行政許可，上訴人自2003年7月起開始採集臍帶血，且與20幾家醫院存在義務關聯，至被上訴人調查詢問時上訴人已有18份臍帶血造成肝細胞之樣本。
7. 被上訴人執法人員於2004年1月16日對上訴人法定代表人製作詢問紀錄，以證明上訴人開始展開義務是收集、分離、儲存臍帶血。

上訴人認為其不存在擅自採集血液的行為，在其一、二審中提供了以下四點證明：

1. 本市工商行政管理部門向上訴人核發的營業執照，以證明上訴人經批准從事臍帶血造成肝細胞儲存業務，故其沒有非法經營行為。
2. 世界衛生組織文件資料《安全血液和血液製品》，以證明臍帶血不屬於臨床用全血，並非《血站管理辦法》〈暫行〉中所定義的血液。
3. 衛生醫院發〈2000〉448號《衛生部關於印發〈血站基本標準〉的通知》，以證明臍帶血造血肝細胞不屬於該文件所規定的成分血，因而亦非《血站管理辦法》〈暫行〉中所定義的血液。

4. 《關於加快健全中國造血肝細胞庫的建議》，以證明到目前為止，中華人民共和國的行政法規所涉及的僅僅是公共庫，為自體進行肝細胞儲存服務的行為不需要經過衛生行政許可。

本院認為，被上訴人上海市政府衛生局提供的證據來源及行是合法，內容真實，其符合證據的關聯性、合法性、真實性要求。現場檢查紀錄反映當時在再生源公司內發現了用於儲存臍帶血造成肝細胞的液氮器具以及“臍帶處理室”等。上訴人法定代表人及工作人員在被上訴人所作詢問紀錄中亦認可該公司通過醫院臍帶血樣本。被上訴人提供的證據之間能互相印證。上海市政府衛生局根據此認定上訴人有擅自採集血液的行為，事實清楚，證據充分。上訴人提供的證據雖來源合法，具有真實性，但不能證明其不存在擅自採集血液的事實。上訴人所取得的企業法人營業執照也只能證明其符合開辦企業的條件，獲得了工商許可，在該營業執照上已經列明“涉及許可經營的必須要有許可證方可經營”，而上訴人現不能證明其已獲得開展臍帶血造成肝細胞儲存等業務的衛生行政許可。

〈五〉 被上訴人作出行政強制決定的執法程序是否合法？

被上訴人認為，其經過調查取證、製作紀錄後，對上訴人作出取締和沒收的行政強制決定，並製作了行政文書，當場送達給上訴人。該行政行為屬於行政強制措施。其作出的沒收決定實為繳費的意思，並不具有懲罰的性質。故其在作出沒收決定之前，沒有對上訴人進行事先告知或申辯。被上訴人對原申法院確認該沒收決定無效沒有議論。

上訴人認為，被上訴人作出的取締、沒收行為是一具體行政行為，應當是用一個法律程序。而從該行政行為的內容來看，其屬於行政處罰。被上訴人未適用《中華人民共和國行政處罰法》的規定進行執法，屬程序違法。

總和以上的論述，法院本身認為被上訴人經調查取證，發現上訴人有擅自採集血液行為，遂作出取締的行政強制決定，並製作行政文書當場送

達給上訴人，其行政執法程序合法。但其在作出取締的同時，對上訴人又科以沒收液氮容器，具有行政制裁性質，屬於中華人民共和國法律規定的行政處罰種類，而被上訴人作出沒收決定時未依據《中華人民共和國行政處罰法》的規定履行相關處罰程序，故該行政處罰依法不能成立。

〈六〉 被上訴人作出行政強制決定的執法目的是否合法？

被上訴人認為，經血液傳播疾病的現象實有發生。在血液採集、收集、分離、儲存、供應等各個環節都存在著傳播疾病的危險。其對血液加強管理的目的就是為了防止血液性傳染病的發生，保障醫療安全和公民的健康權。

法院本身認為本案中被上訴人執法的目的在於加強對血液的監督管理，保障公民的合法權益，故對被上訴人執法的目的的合法性予以確認。綜合以上所述，法院認為被上訴人上海市衛生局具有作出行政強制決定的執法主體資格，被上訴人認定上訴人再生源公司存在未經許可擅自採集血液的行為，事實清楚，證據確鑿充分。被上訴人據此認定上訴人違反《血站管理辦法》〈暫行〉第二十一條，並依據第四十八條之規定對上訴人違法行為作出取締的行政強制決定，適用法律正確，執法目的合法。因被上訴人作出沒收決定時未履行法律規定的相關處罰程序，違反《中華人民共和國行政處罰法》的規定，原申法院判決確認該沒收行為無效，符合法律的規定。上訴人的上訴請求缺乏事實證據和法律依據，本法院不予以支持。原申判決並無不當，應予維持。據此，根據《中華人民共和國行政訴訟法》第六十一條第一項規定，判決定讞如下：

駁回上訴，維持原判。上訴案件受理費用人民幣 100 元，由上訴人上海再生源肝細胞工程有限公司負擔，本判決為中審判決不得在上訴⁵²。

〈三〉 案件分析和個人論述

首先本案例獲勝者為政府一方這是我針對本案件最先了解的部分，在

⁵² 案例來源：法律圖書館 www.law-lib.com，2004 年 12 月 6 日。

來我來看幾個小點：

1. 行政機關作出具體行政行為，應限於法律規定的範圍。

行政機關擁有行政執法的權力，但行政權力應在法律、法規規定的職權範圍內來行使，不能超越法律、法規授權的行政職權範圍，行政機關一旦越權行使權力，它所作出的具體行政行為就是違法，行政機關就要為此來承擔相關的法律責任。

在本案件中，《中華人民共和國獻血法》和《血站管理辦法》〈暫行〉等相關法律法規的規定，被上訴人是具有對上海市範圍內的採供血進行監督管理的行政主體機關。所以，有權處理非法採集血液的行為。在此前提下，被上訴人對上訴人作出行政強制決定屬於被上訴人的行政職權範圍，並不存在閱權行使職權的問題之上。

2. 如何認定本案中被訴具體行政行為的性質？

本案中被訴的具體行政行為是屬於行政強制的部分，還是屬於行政處罰的部分？這是依各非常重要且關鍵的部分。法院將被上訴人的具體行政行為認定為屬於行政強制行為。

行政強制措施是指行政主體為了實現一定的行政目的而對特定的行政管理相對人或特定的物作出的，以限制權利和科以義務為內容的、即時性的措施。行政強制措施，只有再構成了一物不履行的條件下，法律明確規定可以採取行政強制措施實才能採取；由誰適用行政強制執行的問題，必須依據法律來規定；行政強制是行政執法過程中的重要手段和保障，它並不是最終的處理行為，行政強制執行的目的在於預防或制止違法行為的發生，或迫使義務人履行義務或達到與履行義務相同之狀態。行政處罰則是行政主體為了達到對違法者予以懲戒，促使其以後不再犯，有效實施行政管理，維護公共利益和社會秩序，維護公民、法人或其他組織的合法權益的目的，依法對行政相對人違反行政法律規範但尚未構成犯罪的行為，給予人身的、財產的、名譽的及其他形式的法律制裁的行政行為。行政處罰

是一種具有懲罰性、制裁性的行政行為，行政處罰的目的在於通過對相對方實施一定的懲戒，使其承擔一定的法律責任，以教育其遵守法律。

行政強制措施和行政處罰存在以下幾點的區分：

〈1〉 目的不同。行政強制措施的目的在於預防或制止社會危害事件與違法行為的發生和存在；行政處罰的目的則是通過對行政相對人實施一定的懲戒，使其承擔一定的法律責任，以教育其遵守法律。

〈2〉 法律後果不同。行政強制措施是對行政相對人的權利〈特別是財產使永權和處分權〉的一種監督限制；行政處罰則是對行政相對人權利的最終處分。

〈3〉 是否具有制裁性不同？行政強制措施不具有制裁性，恩而它與行政相對人的行為是否違法沒有必然的關聯，他既可以針對行政相對人的違法行為，也可以針對行政相對人的合法行為；行政處罰則具有明顯的制裁性，以行政相對人的違法行為為前提。

〈4〉 是否具有臨時性不同？行政強制措施是一種中間行為，是為了保證最終行政行為的作出而採取的措施，具有臨時性；行政處罰則是一種最終行政行為，它的作出標誌著一個行政違法案件處理完畢。

本案例中，被上訴人對上訴人採取的取締行為直接取消了上訴人採集血液的資格，顯然不具有臨時性的特徵。這種行為的實質是對違法行為的制裁，具有最終制裁的特徵，所以，本案例中被上訴人的行為屬於行政處罰。

案例四：李某不服公安機關行政強制措施之決定案。

〈一〉 案情介紹

上訴人〈原申被告〉：某公安分局。

被上訴人〈原申原告〉：李某。

1999年1月初，某公安分局接到某公司對李某的舉報，認為李某有侵占罪嫌疑，遂於1999年1月6日8時，根據《中華人民共和國警察法》〈以下簡稱《人民警察法》〉第九條規定，對李某留置盤問，期間將他帶至看守所，限制人身自由共41小時。之後，對李某向某公安分局提出行政賠償申請，同年5月11日，某公安分局作出確認書，認為其適用《人民警察法》合法，駁回了李某的申求，並告知其訴訟權利。李某遂向法院提出行政訴訟，要求撤銷某公安分局對其作出留置盤問措施並對其進行賠償。

〈二〉 審理過程及其結果

一、 一審審理法院經審理查明：

某公安分局接到某公司舉報，於1999年1月5日對李某以侵占罪嫌疑予以刑事立案。次日將李某帶至某看守所，對其進行留置盤問41小時。

二、 二審審理法院認為：

某公安分局為提供李某侵占罪嫌疑的證據，其對李某限制人身自由不屬於《中華人民刑事訴訟法》〈以下簡稱《刑事訴訟法》〉規定的刑事強制措施，係具體行政行為。鑑於該具體行政行為適用法律不當，程序違法，遂判決撤銷某公安分局對李某採取留置41小時限制人身自由強制措施的具體行政行為，某公安分局並應於判決生效之日起10日內，一次性向李某賠償人民幣58元。

某公安分局不服一審判決，向二審法院提出上訴稱，其對李某進行留置盤問係刑事偵查措施，並非行政強制措施，因此本案不屬於行政訴訟法案範圍。

在二審審理庭中，上訴人提供其對李某限制人身自由的法律依據是《人民警察法》第九條，即“為維護社會治安秩序，公安機關的人民警察對有違法犯罪嫌疑的人員，經出是相應證件，可以當場盤問、檢查，有下列情形之一的，可以將期帶至公安機關，經公安機關批准，對其繼續盤問：

1. 被指控有犯罪行為的。

2. 有現場作案嫌疑的。
3. 有作案嫌疑身分不明的。
4. 攜帶的物品可能是贓物的。

上訴人提供的證據材料有某公司的舉報信、受理刑事案件登記表、重大刑事案件立案報告等，證明其已對李某以侵占罪嫌疑予以刑事立案，並進行刑事偵查階段，對其留置盤問不屬於具體行政行為。

三、 二審審理法院經審理查明

上訴人於1999年1月6日上午8時許將李某帶至公安分局，之後將其留置在看守所，限制李某人身自由共計41小時。上訴人對李某填寫了特大刑事案件立案表，在進行留置盤問時，上訴人填寫了繼續盤問〈留置〉審批表、延長繼續盤問〈留置〉審批表，二份審批表均由上訴人所屬的刑偵支隊長審批。

四、 二審法院認為

上訴人對李某填寫了重大刑事案件立案表，依據《刑事訴訟法》的規定，其應按該法的法定刑事強制措施種類實施刑事強制措施。本案中，上訴人採取的留置盤問方式並不是屬於《刑事訴訟法》規定的刑事強制措施種類，因此其在性質上不是屬於刑事強制措施，而是屬於行政強制措施的一部分，上訴人認為其對被上訴人李某實施的刑事偵查措施並沒有法律的依據，該案屬於行政訴訟的受案範圍。上訴人對被上訴人李某所採取的行政強制措施亦不符合《人民警察法》第九條四種對象的規定，因此其對李某作出留置盤問屬於適用法律不當。根據《人民警察法》第九條第二款規定，留置盤問超過24小時須延長的，應報縣級以上公安機關審批，本案中超過24小時的審批是由上訴人所屬刑偵支隊長作出的，此程序也違法。另外，根據公安部門關於《人民警察法》的解釋，公安機關應設留置室，並規定了留置室應具備的條件，本案上訴人再看守所實施留置盤問屬於違法行政。

綜合以上論述，原審理法院撤銷上訴人所作的不合法的具體行政行為，並判令其予以行政賠償，並無不當。原審理法院認為上訴人刑事立案缺乏李某確實構成職務侵占犯罪嫌疑的事實證據，因刑事立案行為屬於司法行為，對該認定合法性的審查超出了行政訴訟的審查範圍。

據此，二審法院根據《中華人民共和國行政訴訟法》第六十一條第一項的規定，判決駁回上訴，維持原判⁵³。

〈三〉 案件分析和個人論述

本案中的主要焦點就是集中在留置盤問的法律性質。那麼，我就來討論看看留置盤問究竟是屬於刑事偵查措施還是屬於行政強制措施？我的答案是屬於行政強制措施。

在確定這個答案之前，我要先了解什麼是留置盤問？他看似是一種行為，其實它包括了留置和盤問兩種行為。留置是指行政主體將行政相對人帶至一定場所，在一定時間內限制其人身自由的措施。盤問則是指行政主體對行政相對人的查問⁵⁴。留置盤問行為源於《中華人民共和國人民警察法》第九條的規定。而我知道，刑事強制措施來源於《中華人民共和國刑事訴訟法》的明確規定。根據《刑事訴訟法》第六章的有關規定，刑事強制措施只有以下五種情況：

1. 拘傳。
2. 取保後審。
3. 監視居住。
4. 拘留。
5. 逮捕。

⁵³ 案例來源：張海堂主編：《行政訴訟案歷精選》〈上海，上海人民出版社，2004年版〉；魏健馨、沈應平主編，行政法學案例分析〈上海，南開大學出版社，2006年8月出版〉，頁177~178。

⁵⁴ 胡建淼主編，行政法學〈北京，法律出版社，1998年版〉，頁325。

由上訴，很顯然的，我可以了解到留置盤問措施不是屬於刑事強制錯的一部分。

根據《中華人民共和國人民警察法》第六條的規定，公安機關具有雙重職能，一是具有刑事偵查職能，即公安機關有權對其發現的犯罪事實立案並採取偵查所需的法律措施；二是行政管理職能。公安機關行使盤問留置權是一種行政行為，這一點在理論上應當說並沒有分歧。那麼，留置盤問究竟是不是一種行政強制措施呢？

行政強制措施是指國家行政機關為了維護和實施行政管理，預防和制止社會危害事件與違法行為的發生和存在，依照法律、法規規定，針對特定公民、法人或其他組織的人身、行為和財產進行臨時約束和處置的限權性強制行為⁵⁵。行政強制措施作為一種獨立的具體行政行為，它具有下列法律的特徵：

1. 強制性。它表現為對行政相對人及其權利的強制控制。
2. 非處分性。它是對行政相對人權利的一種臨時限制，而不是對權利的處分。
3. 臨時性。行政強制措施都是一種中間行為，而不是最終行為。
4. 非制裁性。行政強制措施不是以制裁違法為直接的目的，而以實現某依行政目標為直接目的。

只有我仔細去分析了解一下，就會發現留置盤問的特徵與行政強制措施的特徵其實是完全符合的：

1. 強制性。它的進行是不以被盤問人的意志為轉移的。
2. 非處分性。根據《中華人民共和國人民警察法》第九條明確規定：“經繼續盤問，公安機關認為對被盤問人需要依法採取拘留或其他強制措施的，應當在錢款規定的期間作出決定；在前款規定的期間不能作出上述

⁵⁵胡建森主編，行政法學第二版（北京，法律出版社，2003年版），頁326。

決定的，應當立即釋放被盤問人⁵⁶。”有此可知，留置盤問未涉及對相對人權利的處分。

3. 臨時性。留置的時間一般為 24 小時，最長不得超過 48 小時，這進一步的說明了它是一種臨時性限制人身自由的措施。

4. 非制裁性。根據《中華人民共和國人民警察法》的規定設置留置盤問的目的，就是要通過盤問，查明犯罪嫌疑人有無犯罪行為。如果沒有，應予釋放；如果有犯罪行為，則應作為刑事案件立案偵查。這種規定說明留置盤問只是公安機關的一種調查手段，它並不對相對人的制裁。很顯然的，從理論上來進行分析，留置盤問是一種行政強制措施。

其實，最高人民法院行政庭曾在 1997 年 10 月 29 日作出 1997 法行字第 21 號《關於對當事人不符公安機關採取的留置措施提出行政訴訟法院能否作為行政案件受理的答覆》⁵⁷，認為置留是公安機關行政管理職能的一種行政強制措施，屬於《行政訴訟法》第十一條第一款第二項的規定的人民法院訴訟受理範圍。

綜合以上的論述，上訴人採取的留置盤問方式不屬於《刑事訴訟法》規定的刑事強制措施種類，在性質上不是刑事強制措施，而是行政強制措施，因此該案屬於行政訴訟的受理範圍。上訴人對被上訴人李某進行的置留盤問不符合《中華人民共和國人民警察法》第九條關於四種對象的規定，因此其存在適用法律不蕩的問題。此外，上訴人還存在程序違法的相關問題之上，這是因為根據《中華人民共和國人民警察法》第九條第二款的規定，留置盤問超過 24 小時淤延長的，應報縣級以上公安機關批准，而本案中超過 24 小時的審批卻是由上訴人所屬刑偵支隊長作出的。

綜上所述，二審法院判決駁回上訴，維持原判，是正確無誤的⁵⁸。

⁵⁶李江等主編，行政強制執行概念〈北京，人民出版社，1990 版〉，頁 8~10。

⁵⁷應松主編，論行政強制執行〈北京，中國法學，1998 年第 3 期〉，頁 15~17。

⁵⁸案件來源：魏健馨、沈應平主編，行政法學案例分析〈上海，南開大學出版社，2006 年 8 月出

案件五：陳昌協要求確認交通警察行政行為違法案。

〈一〉 案情介紹

原告：陳昌協先生。

被告：某市公安局交通警察大隊工作人員。

原告陳昌協於 2001 年 6 月 14 日下午 4 時，駕駛車牌號登記為寧登—82443 本田 CB—125T 摩托車途經某市區淡水橋路段，遭某市公安局交通警察大隊的執勤人員發現原告陳昌協並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋，遂駕駛三菱越野警車緊跟上去，並用警車上的喇叭喊話，示意原告陳昌協停車檢查。當原告拒絕停車，繼續駕車行使，經春亭橋路段時，被告工作人員打開警車上的警報裝置，警車緊逼追趕，原告飛速穿過鹿峰路後，慌不擇路衝勁一條小巷內。在小巷的出口處，原告撞上手扶托拉機，造成車損人傷。原告於 2001 年 7 月 2 日向法院提出訴訟，請求判決確認被告某市公安局交通警察大隊工作人員追趕原告的行政行為違法。

〈二〉 審理過程及結果

一審法院經過審理認為，《中華人民共和國人民警察法》第 6 條第 3 款規定，公安機關的人民警察按照職責分工，依法履行維護交通安全和交通秩序，處理交通事故的職責。本案被告某市公安局交通警察大隊工作人員具備行政執法的主體資格，其依法應當履行維護交通安全和交通秩序，處理交通事故的法定職責。交通民警在道路上執勤、執法時，遇有機動車輛有其他明顯之交通違規行為時，應當指揮其車輛的駕駛員立刻停車接受檢查、處理。本案被告某市公安局交通警察大隊工作人員發現原告陳昌協駕駛摩托車時並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋，有明顯交通違規行為，其即指揮示意原告陳昌協立刻停車接受檢查、處理。在原告陳昌協拒絕停車，並

版》，頁 177~178。

駕車高速行駛逃避檢查時，被告工作人員立刻駕車追趕，在通過車輛、人員複雜的路段、路口，警告其他車輛通行時，使用警報器並未違反法律之規定。該追趕行為是其履行職責所必須要的，沒有超過法定職權的範圍。據此，判決駁回原告的訴訟請求。

二審法院經審理認為，《中華人民共和國人民警察法》第 6 條第 3 款規定，公安機關的人民警察按照職責分工，依法履行維護交通安全和交通秩序，處理交通事故的職責。上訴人原告陳昌協駕駛摩托車時並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋，有明顯交通違規行為，其違反了《道路交通安全法》第 26 條第 1 款第 10 項“駕駛和乘坐摩托車須戴安全帽”的規定。被上訴人被告某市公安局交通警察大隊工作人員依法應當指揮示意原告陳昌協立刻停車接受檢查、處理，但上訴人拒絕停車受檢且為逃避檢查而駕車高速行駛，被上訴人為制止違規行為駕車進行追趕係其履行維護交通安全和交通秩序的法定職責所必須，並未超過職權。根據《警察管理規定》第 15 條規定，警車在執行治安、交通巡邏等任務時可以使用警燈、警報器。被上訴人在實施追趕行為時，為了警告其他車輛通行而使用警報器符合《警察管理規定》第 16 條第 1 款第 1 項的規定。上訴人主張被上訴人連續使用警報器，但其提供的證人證言不足以證實被上訴人有連續使用警報器，且目前中國法律法規對警報器使用多長時間屬連續的定義並沒有予以明確規定，庭審中又證實追趕行為前後總有共分兩種時間，在追趕過程中被上訴人有用喊話器喊話，依連續使用警報器證據不足，被上訴人追趕行為合法。被上訴人主張其駕駛摩托車時腳穿皮鞋並非拖鞋，但該事時是否存在並不影響本案之定性，因此，原審法院認定事實清楚，適用法律正確，程序也合法，應予維持。

據此，作出終審判決，駁回上訴，維持原判⁵⁹。

⁵⁹朱福惠、何鳴主編，行政法案例精解〈廈門，廈門大學出版社，2004 年版〉，頁 77~78。

〈三〉案件分析和個人論述

本案最主要是涉及到對被告行政行為的性質認定及對行政強制行為的認知問題。本案被告行經關作為交通秩序的主管機關在發現原告有違反交通管理規定時，要求原告停車接受調查和處罰，而原告拒絕停車且為逃避檢查而駕車高速行駛，行政機關為制止違章行為駕車進行追趕。行政機關這一行為依據行政法及行政法相關理論應屬於行政強制，具體上來說應屬於行政強制中的即時強制行為。然而，這個結論並不是顯而易見的，因為什麼是行政強制、什麼是行政即時強制、它們兩者又有什麼相關聯的部分本身在中華人民共和國的法學界就有相當大的分歧。

長久以來，中華人民共和國行政法理論先後或同時使用行政強制措施、行政強制執行、行政強制和行政即時強制等提法，來概括或指稱所謂行政上有“強制性”的一類行為，或者概括或指稱其中的一部分，各種提法並存，有的內容還彼此交叉呼應。

中華人民共和國行政法學界學者有部分認為：“行政強制，是指行政主體為實現行政目的，對相對人的財產、身體及自由等予以強制而採取的措施，也稱為行政強制措施⁶⁰”。這顯然的是把行政強制和行政強制措施等同起來了，這再再的顯示出中華人民共和國在行政法理論還不成熟。這一種狀況到了1989年《中華人民共和國行政訴訟法》頒布實施後才有所改變。因為《中華人民共和國行政訴訟法》第11條第1款第2項規定了“行政強制措施”和該法第66條所規定的“行政強制執行”，在這種情況下越來越多的學者主張把行政強制行為作為行政強制執行和行政強制措施的上位概念，及行政強制既不能等同同行政強制執行也不能與行政強制措施畫上等號，而是這兩者的合稱。又有一部分中華人民共和國學者認為“行政強制措施與行政強制執行均屬於行政強制的範疇⁶¹”；“行政強

⁶⁰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。

⁶¹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。

制措施是指國家機關或者法律授權給予的組織，為了預防或制止正在發生或可能發生的違法行為、危險狀態以及不利後果，或者為了保全證據、確保案件查處工作的順利進行而對相對人的人身自由、財產予以強制限制的一種具體行政行為⁶²”；“行政強制執行是指公民、法人或者其他組織於其不履行行政法上的義務時，國家行政機關依法採取必要的強制性措施，迫使其履行義務，或達到予履行義務相同狀態的具體行政行為⁶³”。

個人論述：

我仔細來看中華人民共和國學者對於這一個觀點的分析，我發現其中有很多不足的地方，其首要的問題就是在行政強制措施的提法，很容易讓人誤解認為所謂行政強制措施是行政主體在行政執法中所運用的具有強制性的各種手段和方法，因而往往許多人物認為行政強制執行是行政強制措施的一種類型之一，這觀念是完全錯誤的，其實行政強制措施和行政強制執行兩者地位是平行的。我從前面章節中與境外比較德國、中華民國、日本等的行政強制力法上我發現它們普遍使用了即時強制而非行政強制措施的提法，為什麼會有這種情況發生呢？我參考了城仲模所寫的一段話和我在分析前面章節境外分析時是相互應的那就是：“德、日、中華民國行政法學界對於行政強制之分類即學理說明，幾乎都是一脈相承，即在“行政強制”的上為概念之下，區分為“行政強制執行”以及“行政強制措施”⁶⁴。那麼在這有一個問題就產生了，那它們所指的行政即時強制到底是指什麼呢？我先討論我之前論述到的日本為例，日本行政法學者室井力認為即時強制是指“在眼前存在即須排除的障礙而又無預先命令這種義務的餘地，從該事務性質上來看，通過科以義務仍不能實現行政目的的情況下，不作出履行義務的命令，而直接對國家國民的身體及財產施加強

⁶²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249。

⁶³同上註，頁254。

⁶⁴城仲模主編，行政法之基礎理論〈台北，三民書局出版社，1994年版〉，頁320。

力，從而實現行政上必要狀態的作用⁶⁵”。我從上述話中我可以知道其實行政即時強制比較偏向於行政強制措施，和我所稱的行政強制措施較有關聯。由於行政即時強制這一個名詞比較好顯現出其所指的具體行政行為的特點，並且不易引起誤解，所以在歐美國家一些先進國家學者接受了行政即時強制的提法，**中華人民共和國**學者也慢慢的接受了這一個說法，例如有學者指出“行政強制由即時性強制與執行性強制組成⁶⁶”；“行政強制行為分為即時強制措施與執行性強制措施兩部分⁶⁷”。也有學者認為“行政強制包括了行政強制執行、行政上的即時強制和行政調查中的強制⁶⁸”。

在**中華人民共和國**行政法學界內來看，何謂行政即時強制呢？其說法真的是其多無比，但我認為在姜明安老師的行政法和行政訴訟法中的一段話貫穿了全部其認為：“行政上的即時強制，是指行政主體根據目前的緊迫情況沒有餘暇發布命令，或者雖然有發布命令的餘暇，但若發布命令便難以達到預期的行政目的時，為了創造出行政上所必要的狀態時，行政機關不必以相對人不履行義務為前提，便可對相對人的人身、自由和財產予以強制的活動和制度⁶⁹”。我可以從上述那段話下個定義，就是行政即時強制最大的特點就是注重在“即時性”，而在強制這一個觀點上，它與行政強制執行並沒有存在太大的差異。由於即時性的概念產生，使的即時強制與一般強制相區別有了一個重要的指標。由於即時性，行政主體極可能用行動來表達行政決定的作出並立即強制執行，由於即時性，即時強制也不暇去期待相對人自動去履行義務。針對以上論述即時強制這一個觀點

⁶⁵室井力主編、吳微譯，日本現代行政法〈北京，中國政法大學出版社，1995年版〉，頁136。

⁶⁶周佑勇主編，行政法原理〈北京，中國方正出版社，2000年版〉，頁244~245。

⁶⁷羅豪才主編，行政法學〈北京，北京大學出版社，1996年版〉，頁233。

⁶⁸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235。

⁶⁹同297註，頁235。

和一般強制的區別上的特點下，再來看德、日、中華民國等國的行政強制理論提供了更好的說明。就像我在前面章節有提到它們將行政強制劃分為“基礎行為”與“執行行為”，並認為無論是即時強制還是行政強制執行，都是“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”在程序上的合一，而行政強制執行嚴格地將“基礎行為”與“執行行為”分離。“由於行政強制執行嚴格地將“基礎行為”與“執行行為”分離，這就決定了行政主體在行政強制執行前，必須經過一系列的“基礎行為”程序，在法律上已具有不可爭議性或稱法律上之形式確定⁷⁰”。相對應的，由於即時強制將“基礎行為”與“執行行為”程序上合一，這樣就決定了行政主體在採取強制執行行為前，不可能採取太過複雜的程序來作出“基礎行為”，而往往只是一個動作或語言，這是由當時情況的緊迫性決定的。

再回到本案例上來看，原告陳昌協駕駛摩托車時並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋有明顯交通違規行為，其違反了《道路交通管理條例》第26條第1款第10項“駕駛和乘坐摩托車須戴安全帽”的規定。某市公安局交通警察大隊的執勤工作人員發現這一個情況後，遂駕駛三菱越野警車跟上來，用警車上的喇叭喊話，示意原告陳昌協停車檢查。這就是行政主體動作或語言作出的“基礎行為”。當原告拒絕停車，繼續駕車行駛時，被告工作人員打開警車上的警報裝置，並緊逼追趕，這就是行政主體上我們所謂的“執行行為”。由於原告的行為構成對自己和他人的現實危險性。而且該行為具有緊迫性，因為原告不聽行政機關的勸阻，繼續駕車行駛，行政機關依法必須立刻加以制止。所以本案中被告的行為屬於行政上的即時強制行為，這是非常明顯的事實呈現。

⁷⁰城仲模主編，日本行政代執行法之研究、行政法之基礎理論（台北，三民書局出版社，1994年版），頁365~366。

在前面一小段其實我已經大部分把行政強制上即時強制的比較重要的特點已說明過了，但是我要去想這一套模式是否真的可以運用在現今的中華人民共和國上，我想了想現在中華人民共和國因為專門規範行政強制行為的法律正在起草制定中，所以目前並未有一套明確的法律對行政主體的即時強制行為進行規範，況且中華人民共和國自我以社會主義國家為主的意識形態和歐美先進國家完全是沒辦法在同一個焦點上，所以假若把歐美那一套硬要放至中華人民共和國上，我想終就只會失敗，唯有一個辦法就是學習歐美先進國家所施行的即時強制內所規定的一般原理和基本條件，再慢慢的從中摸索創造出一套屬於中華人民共和國自我特色的行政即時強制。

德國法蘭克福大學海默斯〈Georg Hermes〉教授認為適用即時強制的三個條件是包含了以下三個條件：

1. 雖然具備作出行政行為的法律條件，但因為特殊緊急情況而不能作出行政行為時。
2. 具備使用各種強制方法的法律條件時。
3. 有特殊緊急的需要時。

本案例中，行政機關作出行政即時強制行為完全符合了以上所說之三個條件。

第一、原告陳昌協駕駛摩托車時並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋有明顯構成特殊緊急危險情況之行為，這種潛在的危險如果不加以阻止，就很有可能導致其本人或其他人的危害發生，符合了前面所述第一點。

第二、某市公安局交通警察大隊的執勤工作人員發現這一個情況後，遂駕駛三菱越野警車跟上來，用警車上的喇叭喊話，示意原告陳昌協停車檢查。而原告拒絕停車，繼續駕車行駛，在這種情況下，行政機關採取即時強制以外的其他行政行為顯然無法達到預期的目的，所以即時強制是必要的，其符合了前面所述第二點。

第三、 本案中，行政機關並沒有超越其法定職權範圍作出具體行政行為，因為《中華人民共和國人民警察法》第6條第1款第3項之規定，公安機關的人民警察依照職責分工，依法履行維護交通安全和交通秩序，處理交通事故的職責。依據這條規定，本案行政機關有權對行政相對人違反交通管理規定的行為採取即時強制，其符合了上述第三點。

此外，我在本案中還可以發現到一個特殊性的問題那就是行政法律規定的“先採證後裁決”一般證據取證原則。作出行政上即時強制具體行政行為時所要面臨的情況緊迫性決定了程序上的煩瑣要求不利於達到預期的行政目的。行政主體只能依當時的狀況及判斷是否應採取緊急強制措施，才能有效地履行行政管理職責，維護社會公共秩序。行政主體再行政即時強制措施實施後，應即時全面的完整地收集證據。收集證據只能限制在行政主體實施行政即時強制措施時就已經存在的行為和事實⁷¹。而本案中被告發現原告陳昌協駕駛摩托車時並沒有戴安全帽、腳穿拖鞋有明顯交通違章行為，其即示意原告停車接受檢查、處理。在原告拒絕停車，並依就駕車高速行駛逃避檢查時，被告工作人員才即時採取追趕措施，為此，此追趕的行為應是合法的，也是必要的。被告不可能等收集證據後在去追趕，而使預期的行政管理目的落空，且事後被告將在追趕行為實施前已經存在的事實，用書面形式予以體現，其證據符合客觀性、關聯性、合法性，係有效證據，可以採信。

最後我可以下結論了，在本案中被告在實施具體行政行為時證據確鑿、且適用法律法規正確，程序合法且也符合我所要探討的行政強制中的即時強制之概念。

關於此案立的分析本人也作表 4-3 來進行分析其時間性和人民和政府之間的關係：

⁷¹朱福惠、何鳴主編，行政法案例精解，廈門大學出版社，2004年出版，頁82。

表 4-3 案例分析中華人民共和國政府和人民之關係表

案件名稱	時間	案件性質	民間代表	官方代表	勝者一方
陳臻不服被告霞浦工商行政管理局扣留財物行政強制措施並請求行政賠償案。	1998年12月17日	民告政府	原告：陳臻，個體工商戶。	被告：某縣工商局。	人民勝
南寧地區武鳴縣染織廠不服廣西壯族自治區武鳴縣城鄉建設委員會強制拆除違章建築圍牆之決定案	1991年11月初	人民告政府	原告：南寧地區武鳴縣染織廠。	被告：廣西壯族自治區武鳴縣城鄉建設委員會。法定代理人：伍	人民勝

				紫瑞，主任。	
上海再生源肝細胞工程有限公司控訴上海市衛生局行政強制決定上訴案	2003年8月	政府告人民	原告：上海再生源肝細胞工程有限公司。	被告：上海市衛生局局長	政府勝
李某不服公安機關行政強制措施之決定案	1999年1月	政府告人民	被上訴人〈原申原告〉：李某。	上訴人〈原申被告〉：某公安分局。	人民勝
陳昌協要求確認交通警察行政行為違法案	2001年6月14日	人民告政府	原告：陳昌協先生。	被告：某市公安局交通警察大隊	政府勝

				工 作 人 員	
--	--	--	--	------------------	--

製表：筆者自製

第三節 本章小結

〈一〉中華人民共和國法社會學對行政強制法制研究者、選擇和成果。

20年來，中華人民共和國並沒有形成以法律社會學為主業的職業社會學研究者隊伍。在職業社會學當中，可以歸入法律社會學名下的文章、著述，內容大多再違法犯罪、社會治安、綜合治理的狹小範圍，且不少是社會問題而非社會學問題，是社會調查而非社會學調查，是議論而非理論。在社會學界外，不斷有法律學界的人試圖作法律社會學的文章，試圖用社會學的方法去研究法律的問題，但由於他們缺乏社會學的訓練和社會學提出問題、解答問題所特有的範式，其就無法深入，也難以維持。只有很少一些研究者的著述是有分量的，而其中又只有個別的研究持續地在法律社會學方面的進行研究，制於本論文所提到的行政強制在法律社會學上之研究更是少之又少⁷²。

〈二〉當代法律社會學在中華人民共和國的任務。

法律社會學作為一種傳統的學科和研究方法，在20世紀得前半段在中華人民共和國曾經有過影響。一種異質文化的科學和研究方法能在當時的中國產生重大的影響，這本身就是值得研究的。

法律社會學的研究和教學在中華人民共和國中斷而又重新引入，有著一種特定的背景，即：在整個世界已經進入已開放和市場經濟為主導的時期後，中華人民共和國作為一個大國於其中卻有一段封閉和市場極度式微

⁷²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434。

的經歷。**中華人民共和國**作為一個晚發外生型現代化過程的國家，在19世紀中期被打開國門開始對自己的被現代化過程後，又在20世紀中其中斷了這一過程，在封閉和市場極度式微的條件下，經過的一種超強力的社會整合，形成了獨特的制度文明特質，改變了一個時代人的行為方式、思想方式和價值觀。這段經歷導致了在度開放的**中華人民共和國**已不再是一個一般的晚發外生型現代化過程中的國家了。歷史上的記憶中斷和結構上的超常偏差，導致一種“過緩發展”型態出現，他對**中華人民共和國**的發展走向整個世界的發展都有影響。

今天的法律社會學，面對的是在多元一體的世界格局中，重新融入這個體系的過程中的**中華人民共和國**的法律現象。它應該能對這一現象做出學科的解釋。它應該能從“相對應的結構和規制與發展的關係”上來解釋**中華人民共和國**。

法律社會學的基本著眼點和中心課題，就在於解析說明法律系統和法律機構的各種正式的與非正式的、理想的與現實的、合理的與不合理的“運行—操作”實際狀態。而要做到這一點，它又必須從能體現當代**中華人民共和國**的一個個的具體問題入手，做有種類的專題和個案研究，並在這種種類的基礎上形成對自己的研究對象的系統解釋⁷³。

不管怎麼說，法律社會學和一切現代的學科一樣都是外來的，基於一種文化〈哪怕這種文化已成為主流文化〉形成的研究工具和尺度用於已另一種文化為對向的研究時，這種工具和尺度可能就出現了問題，因此，在這裡又有一個在學習和研究的種類的基礎上形成自己的解釋系統的問題。

在**中華人民共和國**，社會變革的現實向法律社會學提問，而**中華人民**

⁷³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437。

共和國的法律社會學在整個上到目前為止還少有能做出及格的答案。運用法律社會學的方法解是中華人民共和國在解釋中華人民共和國中形成自己的系統解釋系統，正是法律社會學在中華人民共和國的任務的兩個方面。要完成這一任務需要的是時間的累積進而才可成功，法律社會學在中華人民共和國才可更加佔足地位。

〈三〉 未來法律社會學在中華人民共和國的教學和隊伍之建設。

再來，我說一下在未來的日子中，中華人民共和國在法律社會學上的教學和隊伍建上等問題的發展。法律社會學需要一批同時對系統掌握社會學和法律社會學等學科的知識和方法的人。法律社會學被列入課程表已多年，但至今少有開課。法律社會的教材出了幾種，但許多的學者和我的看法是一樣的，那就是並不滿意。我覺得像類似法律社會學這樣的課程如果要在現今中華人民共和國的學界內開課一定要有統一和固定的教材才可行的。

法律社會學不是一門為了給學生被概念和應付考試的一個課程，它需要的是更多從個案研究入手的師生來共同討論。

另外，職業社會學界搞法律社會學的整體水平雖然有限，但在職業社會學界的權威學者中，有些人的水平研究實際是與法律社會學相關的——如一些有關結構、制度、程序技術、價值理論等方面的研究。在社會學家眼裡，法律不事法條的文本，是最結構化和最顯化的社會制度，一切社會變遷都會在法律現象〈包括似法律現象和斥法律現象〉中表現，法律體現一個社會中人的價值取向，並且是在現代社會中推進社會變遷的重要方式之一。有素養的社會學家應該關注一個社會變遷中的法律現象，他們之中的一些人能做一些法律社會學方面的研究⁷⁴。

有了持續的開課，有了專題和個案研究的累積，有了一些人不斷地主要地從事法律社會學方面的研究，有了在世界範圍內，持續而有作為地在法律社會學界內、在社會學界內、在學術界內，以及在更寬廣的領域內的

⁷⁴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438。

對等的交流，法律社會學才能可能做為一門學科在國存在和發展。

〈四〉本人對現今中華人民共和國的法律社會學之論述及思考方向。

中華人民共和國在 20 世紀 50 年代至 60 年代形成了不同於世界其他各國的國家制度，它的特殊之處在於執政黨自身處於國家體系之內，執政黨直接領導國家事務，具體佈署工農生產和教學、科學研究、文化、社會管理、為生發展等項工作，政府機構和司法機構只負責對執政黨領導下的指令執行這些的部屬，此種情況始自於毛澤東在位時。20 世紀 80 年代之後，情況有了一些變化，認為執政黨和國家行政機關應有分工，強調人民代表大會的立法職能和法院、檢察院的司法職能。

一般人在談及到中華人民共和國法律時，往往都只想到憲法、基本法律之條文、法律、行政法規、法規性文件、政府規章，以及一些地方性法規和地方政府性規章，這一類較為合乎當前世界主流法律制度文本件和專業用語的規範性文件系列，卻很少談及到法律社會學這一塊較為抽象但卻是非常重要的領域。雖然前述提到的各類法律都很重要，但是中華人民共和國學者派或是政府派卻往往忘了自己國家的走向，卻和世界上較先進的國家所走向有很大的出入，一直去仿效盡不國家卻往往把國家自己應有的特點埋落掉。