

对我国出入境管理行政强制 法律制度的再构建设想

许金福

(北京市公安局出入境管理处, 北京 100007)

摘要: 出入境管理行政强制是国家出入境行政管理活动中必不可少的具体行政行为, 具有典型的直接性、即时性和实力强制性。我国现行出入境法律体系中亟待解决行政强制原则、理论和执法实践中的具体问题。笔者通过总结实践经验, 用现代行政法理论, 对修改和完善出入境管理法律行政强制制度提出一些具体设想。

关键词: 出入境管理行政强制; 修订原则; 修改设想

中图分类号: D613.46

文献标识码: A

文章编号: 1672-4127(2004)02-0047-04

出入境管理行政强制, 是指公安出入境管理机构(现行体制下主要包括各级公安机关出入境管理部门和公安部直属管理和指导的口岸边防检查部门)为维护出入境管理秩序, 预防和制止危害国家安全、公共利益和社会秩序事件以及出入境违法行为的发生与存在; 或者为执行业已生效的行政处罚和行政处理决定, 而对中外出入境人员以及相关法人或组织采取强制性具体行政行为所依据的法律制度。由于它具有典型的直接性、即时性和实力强制性, 在法律制度上的设置安排是否合理必要, 在执法实践中的实施运行是否准确适当, 既与出入境管理行政目的的实现和保障行政效率密切相关, 又直接涉及到中外出入境人员以及相关法人或组织的合法权益。由于种种原因, 我国对行政强制行为缺少统一的规定, 立法和执法实践中存在大量问题, 在出入境管理法律领域内也不例外。现有的出入境管理法律、法规虽然初步设立了一些具体行政强制制度, 但其合理性和法制化程度通过执法实践的检验, 反映出不少较为明显的问题。因此, 有必要在总结实践经验的基础上, 根据现代行政法学理论, 对一些突出问题进行探讨研究, 为将来修订出入境管理法律时对行政强制制度进行重新构建。笔者提出如下几个原则和基本思路与同仁共商。

一、按照依法强制原则, 界定出入境管理行政强制范围、设定权和执行主体

依法强制原则是现代行政强制法律制度的基本原则, 其一般涵义指, 行政机关实施行政强制措施迫

使行政相对人履行义务或服从管理, 应当首先取得法律的授权, 既可以是统一的行政强制法的授权, 也可以是单项法律的授权。应当在法定权限范围内, 依照法律设定的方式和程序实施, 不得违法或越权。

目前, 在现行的出入境管理法律法规中, 对于行政强制的设定权并不明确, 由于哪些立法主体可以设定行政强制措施没有法律明文规定, 因此, 现行的强制措施是由出入境管理法律、法规, 以至内部规范性文件分别规定。这些规范性文件往往根据出入境管理的实际需要创设各种各样的强制措施, 因此与《行政处罚法》规定的设定权方式有所抵触, 行政强制措施的具体方式、强度、时限与出入境管理法律、法规所规定的处罚明显不协调统一。例如, 实践中经常采用的扣留护照或其他有效出入境证件, 属于在一定程度上限制人身自由的强制措施, 原则上应由全国人大及其常委会制定的出入境管理法律来设定, 但实际上却法无明文规定, 而是以内部规范性文件形式出现。再如, 《外国人入境出境管理法》规定, 对非法入境、非法居留的外国人可以处以警告、罚款或者 10 日以下的拘留, 同时规定对此类外国人可以拘留审查、监视居住或遣送出境。但有关拘留审查期限则以《关于执行外国人入境出境管理法及其实施细则的内部规定》(公发[1987]10 号文件)、《关于入境处罚和强制性管理措施执行程序》(公发[1988]8 号文件)和《关于依法处理涉外案件若干问题的规定》(公通[1992]39 号文件)等几个内部规范性文件形式规定, 其所设定的限制人身自由强制措施强度

收稿日期: 2003-12-17

作者简介: 许金福(1966-), 男, 北京人, 北京市公安局出入境管理处北京机场口岸签证处处长, 北京大学法学院 2000 级在职硕士研究生, 研究方向为行政法。

远远超出行政处罚强度,两者难以折抵。实践中此类非法入境、非法居留的外国人多数无力承担罚款,适用“限期出境”或“驱逐出境”处罚又需层层报批,手续繁琐,造成处罚不通,执行困难,往往采用遣送出境强制措施代替处罚。

同时,从理论上讲,行政强制措施显然是一种与行政处罚不同的独立的行政行为,一般是指行政机关依照法定权限和程序对违反行政法律规范,尚未构成犯罪的相对人给予行政制裁的具体行政行为。出入境管理行政决定特别是处理性行政决定,如“不批准出境”、“不准入境”、“吊销或者收缴原签证、证件”、“通知外国人或者外国机构迁移住所或者办公处所”、“责令承担遣送私自雇用的外国人的全部费用”等,是指出入境管理机关依据法律规定,对特定行政相对人设定的出入境或居留资格行为自由的限制,责令承担财产义务等权益方面的具体行政行为。它的做出一般只经过内部审批程序,在实践中作为处罚的附加手段共同或单独适用;为保证其有效实施,也可采取强制执行措施。而在现行立法中,行政强制措施与上述两者尤其是处理性行政决定之间缺乏明晰的界限。如“不准出境”和“阻止出境”,前者是一种强制性的“决意”行为,显然为处理性行政决定;后者是一种强制性的“实力”行为,是为保证该决定实施的强制措施。二者不是同一种行为和同一个概念。但在理解上和一般的认识上,“不准出境”既可能被认为是一种决定,也可能被认为是一种措施,与“阻止出境”之间界限不够清楚。

因此,根据学术界关于行政强制的通行理论原则,应在立法中明确出入境管理行政强制包括行政强制执行、行政强制措施和即时强制;按照实施对象分为对人身的强制、对物(包括财产)的强制以及对行为的强制。同时应规范和界定具体强制措施的名称、适用范围(应注意与行政处罚以及处理性行政决定相区别)。关于执法主体资格和行政强制措施的设置权,应统一归由国家立法机关制定的出入境管理法律授予和设定,行政法规、规章尤其是内部规范性文件无权授予和设定,以求从根本上消除依内部规范性文件公开执法的现象。另外,笔者认为,在法律规定中将执法主体笼统地称为“公安机关”和“外事民警”,不仅在概念不确切,而且这样表述也不规范,似应统一规范称为“公安出入境管理机关(或部门)”、“出入境管理民警”和“边防检查民警”。

二、按照效率优先、兼顾公正原则,设定出入境管理行政强制的程序

行政强制程序,一般指国家行政机关及其工作

人员对于行政相对人采取强制性具体行政行为时,依法所必须经过的步骤以及必须采用的方式和方法。现代行政理论认为,无程序即无权利,无行政程序即无法律对行政的有效制约,法治行政的要害在于保持法律对行政的控制,而这一目标只有借助行政程序的作用才能实现。

我国行政法制建设在立法层次上过分偏重于实体规定,重视包括行政强制制度在内的各种静态的行政法律制度,忽视通过现代行政程序对行政法的实施过程进行有效的动态调整,缺乏统一的行政程序立法,许多重要的行政程序制度至今没有建立起来。这一问题在出入境管理法律领域亦有突出反映。具体表现为,忽略程序法律制度构建,在几部主要的出入境管理法律中,行政强制程序与处罚程序两者皆无,更谈不上实施行政强制措施或行政强制执行的具体程序。而已有的一些程序性规定则散见于效力等级较低的内部规范性文件,缺乏公开性和透明度,通常比较原则,条款不细,操作性不强,在具体实施过程中随意性较大,往往造成无序和混乱。同时,在注重程序时也应当看到对行政强制行为的程序控制和行政效率之间往往存在不容回避的矛盾关系。笔者认为,出入境管理行政强制应根据执法实际遵循效率优先、兼顾公正原则,即在制定实施行政强制的前提条件和情势范围标准时,应在兼顾公开、公正和用程序规范强制行为的同时,优先考虑保障提高行政效率特别是紧急情况下的工作效率,以实现行政目的。从而使公安出入境管理机关对是否采取行政强制,采取何种行政强制,应当达到何种目的和结果具有一个较为明确清晰的标准,并在实践中能够做出比较清醒的判断和符合实际的权衡与裁量。

因此,应当在立法中将出入境管理行政强制应遵守的行政程序以及相关实施原则、具体执行的规范予以规定;将一些经过长期实践检验的行之有效的程序性内部规范性文件加以具体化、规范化,吸收进新的出入境管理法中。从而以法律的形式加强对实施出入境管理行政强制行为的规范和控制,彻底改变出入境管理行政强制程序主要由出入境管理行政机关内部自行设定、自行执行的状况。笔者认为,在程序设置过程中一方面将行政强制执行、行政强制措施的一般程序与即时强制的特别程序分别加以规定。前者主要包括采取行政强制前的报请批准程序,如行政首长决定程序、行政强制执行过程中发布公告的告知程序、执行前的督促程序以及采取行政强制时的情况、条件限定、必要的期限要求等。对后者应主要规范实施主体和实施行政强制时的情况、

条件以及采取即时行政强制的限度原则。另一方面应将针对出入境管理违法嫌疑行为采取行政强制的程序,与进行日常行政管理需要采取行政强制的程序分别加以规定。具体可参照《行政处罚法》第36条的规定精神。尤其要对公安出入境管理机构在查处出入境违法案件中所需的强制调查、检查权,应在程序上设定适用对象、适用情形条件、必要的期限要求、内部报批程序等具体内容。

三、按照国家主权、安全、利益优先原则,构建出入境管理行政强制执行制度和具体强制措施体系

国家主权、安全、利益优先原则在出入境管理法律领域内,主要指具有国家强制力的公安出入境管理机构在有境外敌对势力特别是恐怖主义潜在的或现实的威胁等特别情况下,遇有国家安全和利益与中外出入境人员以及相关法人或组织权益相冲突时,能够根据国际形势变化和现实斗争需要,首先考虑和有效运用行政强制手段,预防、制止和惩处一切损害国家安全、利益和社会稳定的行为。

目前,我国现行的行政强制执行制度是以申请法院强制执行为主、行政机关自行执行为辅助的制度。但在理论和实践方面,现行出入境管理行政强制执行制度仍然存在不少问题。例如,对于较大数额的罚款、没收违法所得等出入境管理行政处罚及其他行政决定,被处罚的相对人既不申请复议或提起行政诉讼,又拒不履行的,在具体实践中如何强制执行则找不到相应的措施(如强制划拨、冻结、查封、扣押、变卖折价等以及程序性规范)。同时,在具体强制措施法律体系方面,具体行政强制措施的设定基点缺乏同一性,存在设置缺陷和布局不合理问题。如有的出入境管理法律、法规和规章从具体方法出发设定“查验护照”、“人身检查”强制措施,而有的则原则笼统地规定行政强制措施,如规定边防检查机关可以“采取必要措施”、“限制活动范围”。至于“采取必要措施”的具体手段是什么,“限制活动范围”的具体地点、场所以及范围有多大,法律并没有明确规定。有些对于出入境管理违法行为和对象的强制处置行为方式,在现行法律规范中缺乏相应的处理性行政决定规定和强制执行措施。如《外国人入境出境管理法实施细则》第49条规定:“本章规定的各项罚款、拘留处罚,也适用于协助外国人非法入境或出境,造成外国人非法居留或者停留、聘雇私自谋职的外国人、为未持有效旅行证件的外国人前往不对外国人开放的地区旅行提供方便的有关责任者。”但在立法中对于涉嫌组织、协助外国人非法入境、非法居留的有关中外责任者却缺乏有效的强制调查的控制措施

规定,给实践中查处此类案件造成较大难度。又如,在查处诸如伪造、涂改、冒用、转让、买卖签证、证件,非法聘雇谋职等出入境违法案件中,为保证后续处理工作的顺利进行而采取的扣押物品、查封财产、强制检查等强制措施,未在现行法律规范中设置规定,这在很大程度上限制和妨碍了执法实践。

因此,笔者建议,在构建出入境管理行政强制执行制度时,立法机关应明确由法律授权,以公安出入境管理机构自行强制为主,负责行政处罚和处理性行政决定等权力的执行,并依法直接采取遣送出境、阻止出、入境、扣留或者收缴出境、入境证件、限制活动范围、拘留审查等行政强制措施或即时强制,对于一些涉及对个人、组织的重大财产的处罚和处理性决定(如对私自雇用外国人的责任者所处较大数额罚款和责令其承担遣送私自雇用的外国人的全部费用,对伪造、涂改、冒用、转让、买卖签证、证件的外国人所处较大数额罚款和没收非法所得等),如相对人既不申请复议或提起行政诉讼,又拒不履行义务,应在法律中规定由公安出入境管理机构申请人民法院强制执行,同时授予其一定的对财产强制执行措施,如划拨、冻结、扣押等,并规定严格的执行程序。具体规定可依照《行政诉讼法》有关精神加以规范,使公安出入境管理机构取得个案强制执行权,强制执行手续则向法院申办。法院只对法定形式要件作合法性审查;除非有重大、明显错误可以裁定不予执行外,法院不再进行实质性审查,只要强制执行申请符合法定的形式要件,法院即下达执行令,由公安出入境管理机构在一定期限内自行强制执行,同时承担执行的法律责任。

从行政法理论上,行政调查、检查以及相应的强制措施是行政处罚的前提,也是行政机关为达到行政目的和行政秩序所应具备的行为能力的组成部分。因此,在构建具体强制措施体系过程中,应对现有的强制措施进行统一规范,合理调整布局安排,对经实践检验确属设置合理、行之有效的强制措施予以保留,并在对物(包括财产)的强制方面,由法律统一授予公安出入境管理机构采取扣押、查封、收缴违法工具、物品、财产等方面的强制调查、检查措施的权力。具体在对人身和对行为的强制方面,可增设对中外出入境违法嫌疑人员实施扣留或者收缴护照及其他有效出入境证件的强制措施规定。同时建议将拘留审查和监视居住措施的适用对象范围扩大到具有协助非法入境、造成或包庇非法居留等行为,依照出入境管理法律应受行政拘留和罚款处罚的中外相对人。这样,可以在法律制度上为查处和打击诸如境

内外敌对势力和不法分子出于种种目的, 组织、策划、帮助周边国家人员非法入境, 以冲闯外国驻华代表机构的形式申请难民地位、制造事端的行为, 以及其他造成或包庇外国人在华非法居留等严重出入境违法行为的中外责任者, 提供有力的行政强制手段。在实施期限规定方面, 拘留审查期限应与出入境管理法律行政拘留处罚期限协调一致, 后者可与将来修订的《治安管理处罚法》拟定的对严重治安违法行为最高处以 30 日拘留相协调, 但不应超过最高处罚期限。对于特殊情况需要延长的, 应设置严格的报批程序予以限制。监视居住期限由于限制人身自由权利的程序明显减轻, 可适当延长法定期限。

此外, 设想在将来物质条件具备和形势发展需要时, 可由各地公安出入境管理机关建立专门的外国人收容管理场所, 主要适用对象为违法行为已被查处, 由于等待国籍认定、签发出境证件、解决回国经费、等待被执行遣送出境问题不能及时出境的外国人, 其中包括身患疾病、怀孕、哺乳期妇女、未成年人等种种原因无法采取拘留审查措施的, 以及又无证件、无住所、无生活来源的涉嫌非法入境、非法居留的外国人。对上述外国人在待遣送前集中管理, 不强迫劳动, 场所设施、生活待遇条件应较监押场所有很大区别和改善, 对人身自由及活动范围的管束也明显宽松, 被管理的外国人亦可自由与外界, 包括与其国籍所属国驻华使(领)馆保持通讯联系, 以解决回国经费和出境证件等问题。与之相适应, 可通过立法设置一种新的强制措施, 可称之为“收容管理”或“收容待遣”, 作为行政强制预防控制措施, 以体现行政法的适当、比例原则和尊重人权理念。

四、按照救济原则, 设计出入境管理行政复议和司法审查制度

救济原则, 是指根据我国《行政复议法》《行政诉讼法》和《国家赔偿法》的有关规定, 除法律规定的例外情形条款外, 原则上公安出入境管理机关及其有关工作人员因违法或越权采取强制措施, 对中外出入境人员以及相关法人或组织合法权益造成损害的, 应承担相应的纠正行政行为、赔偿损失等行政和法律责任。具体在适用选择救济方式方面, 可采用自由选择和行政复议终局裁决的原则与制度, 与出入境管理行政处罚救济方式协调一致。受害人有权对违法采取的行政强制措施申请行政复议或提起行政

诉讼, 并可要求国家赔偿。但我国法院在对待外国公民、法人或者其他组织行政诉讼权利或我国的国家赔偿法律考虑其赔偿要求时, 应依法实行国家对等原则。

在构建出入境管理行政强制制度过程中, 应认真研究确定所设置的全部行政强制措施哪些属于可以列入行政复议和司法审查受理范围的具体行政行为, 哪些属于对终局行政裁决作出的强制执行措施, 不予列入司法审查受理范围。

应当指出, 从行政理论上讲, 并非所有的具体形态的行政强制措施都具备可申请复议性和可诉性的条件。在行政执法活动中, 某一具体的行政强制措施是否具有可申请复议性和可诉性, 还取决于该行政强制措施作为一个独立完整的具体行政行为是否已经成立, 是否影响或可能影响相对人的合法权益。如果行政主体实施了行政强制措施, 紧随其后又实施了行政处罚或其他具体行政行为, 在后续的具体行政行为作出后, 行政强制措施应理解为已被具体行政行为所吸收, 而不再具有独立性和完整性, 也就不具有可申请复议性和可诉性。如果行政主体采取了行政强制措施以后, 因种种条件和原因没有必要, 也不再实施后续的具体行政行为, 这时的行政强制措施, 在特定的场合和特定的行政活动中是独立完整并且是唯一的, 对相对人权益的影响也是独立和直接的, 因而这种行政强制措施具有可申请复议性和可诉性。

笔者认为, 上述是否具备可申请复议性和可诉性的判断标准也同样适用于出入境管理行政强制措施, 且对出入境管理行政复议和司法审查实践具有重要的指导和现实意义。因此, 笔者建议在出入境管理法有关行政司法救济条款中明确规定, 对于已作出行政处罚和行政处理决定的具体行政行为, 中外相对人可以向上一级公安出入境管理机关申请行政复议, 或直接向人民法院提起行政诉讼, 但不得单独就先前采取的行政强制措施申请行政复议或提起行政诉讼。对于未作出行政处罚和行政处理决定的具体行政行为, 或者复议机关或法院撤销了先前作出的行政处罚和行政处理决定, 中外相对人认为先前采取的行政强制措施损害了其合法权益, 可以申请行政复议或向法院提起行政诉讼并要求赔偿损失。

(责任编辑 窦焕武)