

非强制行政行为 制度化研究

——寻求政府柔性执法的制度规约

李宝君 著



中国政法大学出版社

非强制行政行为 制度化研究

——寻求政府柔性执法的制度规约

李宝君 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

非强制行政行为制度化研究 / 李宝君著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012.8

ISBN 978-7-5620-4446-8

I. 非… II. 李… III. 行政法-法律行为-研究 IV. D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第178750号

- 书 名 非强制行政行为制度化研究
FEIQIANGZHI XINGZHENGXINGWEI ZHIDUHUA YNAJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 8.5印张 220千字
- 版 本 2012年8月第1版 2012年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4446-8/D·4406
- 定 价 26.00元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

本研究成果为黑龙江省社科基金《行政法治与社会管理创新》（11B051）阶段性研究成果。

本研究成果获得《北京师范大学珠海分校 2012 年科研成果出版支持计划》经费资助，特此感谢。

内容提要

非强制行政行为是指行政主体依照其职责和权限主动作出的，不以强制相对人服从、接受为特征的行政行为，包括行政指导、行政契约、行政奖励、行政调解和行政信息服务等非强制权力手段。在此类行为中，相对人享有基于利益判断而作出是否服从的选择自由，相对人若不服从，行政主体不能因此给予处罚或其他形式的制裁，其实现是以相对人的心理与意识的认同为前提，是通过利益诱导、道理说服以及依靠政府的威信而赢得服从。由于非强制行政行为以行政主体与相对人之间的合意为基础，体现了政府的善治观念并且有助于维护公民尊严，因此能够弥补强制性行政行为功能上的不足，更能适应官民和谐发展的需要，并且更有助于推进服务行政这一现代行政理念的实现。然而非强制行政行为所固有的柔性和灵活性特征又使其在理论上较难通过法律制度进行规范和控制，实践中也一直缺乏相应的制度机制。2005年以来，泉州市工商局和吉林市工商局在全面开展非强制行政实践的过程中首开先河，制定了一系列规范性文件对非强制行政行为进行控制和约束，而本书的核心目的就在于对非强制行政行为的制度进行研究，通过分析已经颁布实施的非强制行政行为制度文本来寻求政府柔性执法的制度规约，包括分析这些制度的规范状况、规范内容和规范效力，并考察其立法技术，对各类非强制行政行为

的容纳状况,以及违法或不当地实施非强制行政行为的责任追究机制,以期为非强制行政行为的制度化、法治化进程提供借鉴。在传统的行政法学观念中,行政行为的主要特征之一是强制性,行政主体实施的一切行为均以行政权为基础并由国家强制力保障实施。但在行政实践的过程中,强制性行政行为不仅难以适应官民和谐发展的需要,而且无法应对行政民主、服务行政等以相对人为核心的新型行政法律关系。本书认为,强制性行政行为所存在的固有缺陷必须由非强制行政行为加以弥补。

总体而言,本书的核心内容在于通过学理分析和制度分析架构非强制行政行为制度化的基本理论体系。全书共分五章,第一章和第二章对非强制行政行为制度化进行学理分析,从而为其具体实践奠定坚实的理论基础;第三章至第五章则对已经颁布实施的非强制行政行为制度文本进行全面分析,并提出进一步改进和完善的具体建议;第六章是本书理论的拓展,探讨了非强制行政制度与社会管理创新的关系,指出社会管理创新的重要组成部分是行政管理手段的创新,而非强制行政是实现社会管理创新的重要手段。

第一章论述非强制行政行为的理论渊源。从起源上看,非强制行政行为这一概念来自于行政行为理论,而随着民主与法治的发展,行政行为这一概念逐渐出现了“强制性行政行为”与“非强制行政行为”的两分,二者既相互区别又相互联系,皆为行政行为不可或缺的组成部分。至于非强制行政行为的正当性基础,尽管一部分现有的研究成果已经对其进行了详细论证,但从总体上看尚缺乏应有的深度——只有首先从法哲学上将“自由—强制—非强制”三者进行准确的定位、梳理其源头,才能进一步推导出非强制行政行为本身的正当性,才能为其制度化的正当性铺平道路。具体而言,自由不仅是一种基本人权,而且是人类生存所要追求的基本价值;然而,只要存在自由就必然存在与其相伴而生的强制,来自于政府的强制

目的便是将政府的意志硬性推行到公民之中。这种强制具有两种功能，其负面功能是干涉乃至消除个人自由，亦被人视为自由之敌；而正面功能则在于维护公共秩序、管理公共事务。单就正面功能而言，强制是必不可少的，否则国家将进入无政府的混乱状态；但是强制的固有局限使其难以充分实现正面功能，并且无法顺应现代民主法治的发展趋势。为了弥补这一缺陷，只能从强制的对立面——非强制中寻求出路，因为在行政目的的执行方式中，若非“强制”，即为“非强制”，由此，非强制行政行为应运而生，以其自身的功能补足强制行政行为的不足，履行维护公序、执行公务之职责。

第二章论述制度规约的必要性基础。制度是指约束人们行为的一系列规则，或者是要求大家共同遵守的办事规程或行动准则。而对于用来规范非强制行政行为的制度来说，它属于制度中的“正式规则”，同样具有强制约束力，并且在稳定性的基础上表现出灵活性特征。就功能而言，非强制行政行为制度化有助于推进依法行政、有助于提高行政效率、有助于规范政府行为。对以柔性和灵活性为特征的非强制行政行为加以制度规范的正当性在于，第一，非强制行政行为制度所强制的是行政主体而非相对人；第二，制度化并不影响非强制行政行为的柔性和灵活性特征；第三，制度化能够有效促进强制性行政行为向非强制行政行为转化；第四，非强制行政行为的自身属性要求制度定位；第五，缺少制度规约的非强制行政行为在实践中存在着种种问题，包括缺少程序制度、缺少责任机制、难以得到救济，等等，所有这些情况都在呼唤非强制行政行为制度规约的出现。

第三章论述非强制行政行为制度的规范状况。本部分从现行非强制行政行为制度的制定主体、规范形式和公开状况三方面进行宏观考察，试图从立法层面展现现行非强制行政行为制度的整体情况。在制定主体方面，现行的非强制行政行为制度都是由地方政府的工

作部门制定的，导致制定的文件效力位阶过低。本书认为应当由国家工商总局制定部门规章来提高非强制行政行为制度的效力位阶。在规范形式方面，吉林市工商局和泉州市工商局共制定了20个规范性文件，并对非强制工作机制和工作手段进行了分别规定。在公开状况方面，吉林市工商局和泉州市工商局都对其制定的非强制行政行为制度文本进行了较为充分的公开，只是有个别文本还不易被公众查找到。

第四章论述非强制行政行为制度的规范内容。在非强制行政行为制度化的过程中，吉林市工商局进行了“工作机制”和“工作手段”的划分：在“工作机制”方面，制定了包括行政信息公开制度、登记事务导办制度等在内的十项非强制“工作机制”；在“工作手段”方面，则包括行政指导、行政合同、行政奖励、行政调解、行政信息服务这五种。“工作机制”设定的目的主要包括两个方面：一是将非强制行政手段以规范性文件的形式强制性地贯彻到行政工作中去，二是对实践中的非强制行政行为进行约束和控制。“工作手段”在实践中的运用则并不均衡，公务人员应当根据实践的需要采用最为适用的行为类型，不要单纯根据成本或便利性来选择工作手段，即不要在应当采用行政调解的情境中为了节省成本、节约时间而采用并不适合的行政指导或行政信息服务。

第五章论述非强制行政行为制度的规范效力。由于当前已经颁布实施的非强制行政行为制度基本都是行政主体发布的“规范性文件”，其效力低于法律、行政法规和行政规章，法律位阶较低、适用范围有限，因此在行政诉讼中不具备直接可诉性。在这种情况下，如何保证非强制行政行为制度切实发生效力，并能得到公务人员的一体遵行，就成了非强制行政行为制度从理论转化成现实、从制度转化为实践的关键问题。在责任条款的设置方面，本书认为内部责任才应当是非强制行政行为制度确保行政主体及其公务员一体遵循

的主要约束手段，并且，由于考核与公务员有着极为密切的利害关系，因此可以将考核结果作为公务员承担内部行政责任的方式之一。在追责程序的设定方面，本书认为通过相对人投诉来追究违规者责任更为合理，然而在现行的非强制行政行为制度中，虽然已经有了一些对相对人投诉程序的规定，但这些规定还略显单薄，应当在未来的制度建设中加以细化。

第六章论述了非强制行政制度与社会管理创新的关系。从上述各章对非强制行政制的分析，可以看出，非强制行政制度是改变传统的强制行政方式，实现行政管理方式创新的重要途径。社会管理创新需要的非强制行政制度包括行政主体，自我约束制度、过程管理制度、结果管理制度等方面，只有实现了行政管理方式和手段的创新，社会管理创新才有实现的可能。

目 录

内容提要.....	1
-----------	---

导 言	1
-----------	---

一、问题的提出.....	1
二、研究主题的价值功能.....	6
三、研究进路与基本框架.....	27

第一章 非强制行政行为的理论渊源

第一节 非强制行政行为的概念解析	30
------------------------	----

一、非强制行政行为的概念及要素	30
二、行政行为理论下的非强制行政行为	34

第二节 非强制行政行为的法哲学基础	41
-------------------------	----

一、作为自由对立面的强制	41
二、强制的双重功能	46
三、强制正面功能之不足	50
四、非强制之功能补足	57

第三节 非强制行政行为的价值导向	59
------------------------	----

一、非强制行政行为以合意为基础	59
-----------------------	----

二、非强制行政行为体现了善治观念.....	62
三、非强制行政行为有助于维护公民尊严.....	64

第二章 制度规约的必要性基础

第一节 制度规约的功能阐释.....	70
一、非强制行政行为制度的基本定位.....	70
二、非强制行政行为制度化的主要功能.....	75
第二节 制度规约的正当性分析.....	80
一、非强制行政行为制度所强制的是行政主体而非相对人.....	81
二、制度化并不影响非强制行为的柔性和灵活性特征.....	82
三、制度化能够有效促进强制性行为向非强制行为转化.....	85
第三节 制度规约的现实要求.....	87
一、非强制行政行为的自身属性要求制度定位.....	87
二、非强制行政行为的具体实践呼唤制度规约.....	90

第三章 非强制行政行为制度的规范状况概览

第一节 非强制行政行为制度的制定主体.....	95
一、制定主体的行政序列分析.....	95
二、制定主体的部门职能分析.....	99
第二节 非强制行政行为制度的规范形式.....	102
一、非强制行政手段的设定.....	102

二、非强制规范文本的设定	105
第三节 非强制行政行为制度的公开状况	107
一、非强制行政行为制度的制定过程公开	107
二、非强制行政行为制度的立法文本公开	111

第四章 非强制行政行为制度的规范内容考察

第一节 非强制行政行为制度“工作机制”适用考察	115
一、非强制“工作机制”的具体内容	116
二、非强制“工作机制”的实施效果	122
三、非强制“工作机制”的制度建议	124
第二节 非强制行政行为制度下的“工作手段”适用考察 ..	127
一、非强制“工作手段”的规范方式	127
二、非强制“工作手段”的实践比例	130
三、非强制“工作手段”的制度建议	136
第三节 非强制行政行为制度中的规范事项构成解析	138
一、非强制行政行为制度规范事项的限定性	138
二、非强制行政行为制度的条款类型梳理	142

第五章 非强制行政行为制度的规范效力分析

第一节 非强制行政行为制度中的责任条款设定	146
一、非强制责任条款的设定形式	146

二、非强制行政行为制度的内部责任和外部责任	150
第二节 非强制行政行为制度中的追责程序设定	155
一、非强制追责程序的设定形式	155
二、非强制行政行为制度内部追责程序的设定	157

第六章 非强制行政制度与社会管理创新

第一节 社会管理创新基本理论	160
一、社会管理创新的内涵	160
二、我国社会管理中存在的主要问题	162
三、域外社会管理创新的经验与启示	166
第二节 非强制行政制度与社会管理创新	168
一、非强制行政制度是实现社会管理创新的重要保障	168
二、社会管理创新中的非强制行政制度	169

结 语	179
---------------------	------------

参考文献	181
-------------------	------------

附 录	195
---------------------	------------

后 记	253
---------------------	------------

导 言

一、问题的提出

非强制行政行为是崔卓兰教授于 20 世纪末首次提出的行政法学概念，这一概念不仅总结和归纳了一系列通过协商、指引、劝诫等柔性方式加以实施的行政行为类型，而且充分顺应乃至预见行政与民主法治的发展趋势，因此一经提出就在理论界与实务界产生了重大影响。而如今距非强制行政行为概念提出之日已有十余年之久，这一概念在学理上也已经得到了十分详细而周延的论证，比如崔卓兰教授本人的一系列后续研究，^[1]以及行政法学界对这一问题所展开的广泛讨论。^[2]在此基础上，罗豪才教授在《中国行政法治

[1] 参见崔卓兰、孙红梅：“非强制行政行为初探”，载《行政与法》1998 年第 3 期；崔卓兰：“试论非强制行政行为”，载《吉林大学社会科学学报》1998 年第 5 期；崔卓兰、蔡立东：“非强制行政行为——行政法学的新范畴”，载罗豪才主编：《行政法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2001 年版，第 127～159 页；崔卓兰、卢护锋：“契约、服务与诚信——非强制行政之精神理念”，载《社会科学战线》2005 年第 4 期；崔卓兰、卢护锋：“非强制行政的价值分析”，载《社会科学战线》2006 年第 3 期；崔卓兰、卢护锋：“论非强制行政行为的价值”，载《中共福建省委党校学报》2006 年第 4 期；崔卓兰、卢护锋：“我国行政行为非强制化走向之述评与前瞻”，载《北方法学》2007 年第 2 期，等等。

[2] 参见莫于川：《行政指导要论——以行政指导法治化为中心》，人民法院出版社 2002 年版；莫于川：《行政指导论纲——非权力行政方式及其法治问题研究》，重庆大学出版社 1999 年版；莫于川等：《法治视野中的行政指导》，中国人民大学出版社 2005 年版；傅红伟：《行政奖励研究》，北京大学出版社 2003 年版；郭润生、宋功德：《论行政指导》，中国政法大学出版社 1999 年版；李晓明：《非强制行政论》，吉林人民出版社 2005 年版；田文利：《非强制性行政行为及其法治化路径研究》，知

建设 30 年》一文中指出,“单一的硬法模式正在朝着软硬兼施、刚柔相济的混合法模式转变”,立法中的引导性、建议性、激励性、协商性规范;行政裁量和司法裁量的裁量基准;标准化治理中的各种非强制性标准等是我国行政法的重要发展目标。^[1]而袁裕来律师亦指出:“行政行为一定具有单方强制性,这是一种传统、陈旧的观点,随着社会的发展以及相对人素质的提高,行政机关采用‘行政指导’、‘行政合同’等不具有强制性或者不大具有强制性的方式来表达行政目标,正越来越普遍。”^[2]

而在实践领域中,包括行政指导、行政合同、行政调解、行政奖励、行政信息公开等在内的各类非强制行政行为也已逐步由理论学说走向实践操作,并广泛应用于各种行政活动中,甚至得到了相对于强制性行政行为的优先考虑。^[3]举例而言,南安市洪濂工商所瞄准辖区流通领域食品行业市场,从规范食品批发业和重点超市、商场入手,抓住企业质量保障的指导要点,在巡查中指导辖区 71 户食品批发经营者建立“五个一”食品安全质量保障制度,即一个商品质量监督机构、一套进场食品主体资格审查制度、一系列实施商品质量监控措施、一项完整的售后质量保障机制、一整套追踪食品质量整改制度,使辖区食品质量合格率较以前有较大幅度提高,

识产权出版社 2008 年版;牛凯:“非强制性行政行为论纲”,北京大学 2002 年博士学位论文;赵登云:“非强制行政行为及其赔偿责任研究”,湘潭大学 2004 年硕士学位论文;余凌云:“行政指导之中的合法预期——对泉州工商局实践经验的考察与思考”,载《法学家》2007 年第 5 期;杨成:“论非强制行政行为的可诉性”,载《天水行政学院学报》,2009 年第 2 期,等等。

[1] 罗豪才:“中国行政法治建设 30 年”,载《国家行政学院学报》2008 年第 6 期。

[2] 袁裕来:《特别代理:民告官手记(IV)》,中国检察出版社 2008 年版,第 162 页。

[3] “在进行制度架构时,应首先强调以非强制性行政行为作为主要的行政行为方式,只有在非强制性行政行为失效的情况下,才能使用强制性行政行为。”参见田文科:《非强制性行政行为及其法治化路径研究》,知识产权出版社 2008 年版,第 95 页。

而食品消费投诉率呈下降趋势。^[1]这就是一项以行政指导为核心的非强制行政行为的实践范例，而这类实践正开展于全国各地的行政系统之中。哈尔滨市贷款建设路桥收费管理所在执法过程中建立健全首问负责服务承诺制、行政执法岗位行为规范、案件受理执法规范用语等 21 项工作程序和管理制度，并开通执法服务热线，承担受理缴费义务人对征费稽查业务的咨询，解答有关法律法规，查询车辆缴费信息等执法服务内容。热线服务采取短信群发、电话通知的形式逐月为缴费义务人提供缴费提醒服务。截至 2010 年 8 月，受理缴费义务人主动电话登记近万人次，电话、短信提醒 3 万人次。同时，在执法工作中还实行上门提醒服务、执法服务跟踪等工作，既实现了有效执法，又获得了当事人的普遍认同。2010 年国务院为了进一步推动《全面推进依法行政实施纲要》的贯彻实施，专门下发意见，鼓励多采用行政合同等非强制性执法手段。2011 年 1 月 19 日国务院总理温家宝主持召开国务院常务会议，审议并原则通过《国有土地上房屋征收与补偿条例（草案）》，该草案一个重要的内容就是取消行政强制拆迁，被征收人超过规定期限不搬迁的，由政府依法申请人民法院强制执行。这些现象都表明，单纯的行政强制作为传统的管理手段已经很难适应服务行政实践的要求，采用非强制行政方式实现行政管理目标已是大势所趋和必然的选择。

但从行政法学的视野来看，非强制行政行为的一系列实践所面临的一个重大且两难的问题就是其制度化 / 法制化 / 立法规制 / 司法控制的问题。称其为两难，一方面在于，在现代法治理念之下，政府的一切行为都应受到法律的规范和约束：“在法治国家之中任何行政活动都应当合法，不得违反法律原则、宪法、现行有效的实

[1] 该案例见于国家工商行政管理总局：“关于泉州市工商局推行行政指导工作的报告”，工商法字（2009）58 号。

在法的约束”；^[1]“政府必须根据公认的、限制自由裁量权的一整套规则和原则办事。”^[2]行政行为但凡涉及相对人的权利乃至至于相对人的利益，就应当能够通过司法渠道得到救济，因为“司法审查是法院监督行政机关遵守法律的有力工具，没有司法审查，行政法治等于一句空话，个人的自由和权利就缺乏保障”；^[3]“法治国意味着对行政尽可能的司法化”。^[4]因此，对非强制行政行为通过法律制度加以控制和约束是实现行政法治的必要条件。但另一方面却在于，非强制行政行为就其性质而言并不适合通过写下来的相对固定的制度条款加以限定。因为，非强制行政行为最为关键的要素就是其柔性和灵活性，它的实践机理是在执法人员主观能动性的驱使之下根据复杂多变的行政情景而采取不同的行为和对策，回避法律制度中的硬性和强制性局限，对症下药地通过指引行为、发布信息、协商合意、劝导警示等柔性方法来增进相对人利益，一旦将其固定就会减低其“随机应变”的灵活性，甚至存在执法人员以“制度上有规定”为名将非强制行为转化成强制行为，从而在根本上改变非强制行政行为的性质和目的的危险。

正因为存在着这一两难困境，所以自非强制行政行为理论提出之日起，直到其在实务中蓬勃发展的十余年中，对其进行制度化的研究和实践都较为罕见（如果还不是一片空白的话）。有些学者即便是在题为“非强制性行政行为法治化”的研究之中，也仍然对制度化一途持悲观态度：“行政机关在其职权或其所管辖范围内作出行政指导，不必非依实定法为据，但不能违反法律。……行政法对

[1] [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第1卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第192页。

[2] [英] 威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第25页。

[3] 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第566页。

[4] [德] 奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第64页。