

★ 行政调查 中心主义

XINGZHENG DIAO CHA ZHONG XIN ZHUYI

陆伟明 ◎ 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

★ 行政调查 中心主义

XINGZHENG DIAO CHA ZHONG XIN ZHUYI

陆伟明 ◎ 著



知识出版社
KNOLEDGE PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政调查中心主义/陆伟明著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 4

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4845 - 3

I. ①行… II. ①陆… III. ①行政执法—研究—中国 IV. ①D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 067986 号

内容提要

行政执法活动包含三个基本的环节, 即行政调查、行政决定和行政执行。从法治理论的角度, 行政决定应当成为行政执法的核心, 行政机关应当根据作出合法决定所需的条件实施行政调查, 也应当依照行政决定的内容依法执行。但是实务中行政机关往往将行政调查作为行政执法的核心, 行政调查结束行政任务就基本完成, 行政决定和行政执行只是得出结论并实现目的而已, 缺乏对行政调查的有效制约, 很多执法问题由此产生。

责任编辑: 韩婷婷

封面设计: 陈永超

责任出版: 刘译文

行政调查中心主义

陆伟明 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010 - 82000860 转 8359

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2017 年 4 月第 1 版

字 数: 261 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4845 - 3

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: hantingting@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 15.5

印 次: 2017 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 研究的价值和意义	(1)
第二节 研究方法	(4)
第三节 研究综述	(6)
第二章 行政执法内涵的界定	(9)
第一节 关于行政执法内涵的争鸣	(9)
第二节 如何界定行政执法的内涵	(13)
第三章 典型行政执法案例剖析	(18)
第一节 关于案例分析的说明	(18)
第二节 上海钓鱼执法案始末	(20)
第三节 钓鱼执法案件过程分析	(22)
第四节 典型案例中的典型问题	(27)
第四章 行政执法的一般过程	(33)
第一节 确立行政任务	(33)
第二节 实施行政调查	(37)
第三节 法制机构对行政执法的监督	(41)
第五章 行政调查中心主义的提出	(45)
第一节 行政调查中心主义的特点	(45)



第二节	行政调查中心主义产生的原因	(49)
第三节	行政调查中心主义的现实影响	(52)
第六章	行政调查的启动	(57)
第一节	启动条件	(57)
第二节	选择性立案	(62)
第三节	虚假立案	(70)
第四节	绝对立案或不立案	(76)
第五节	初步结论	(81)
第七章	行政调查程序	(83)
第一节	模糊不清的立案程序	(83)
第二节	回避制度被“回避”	(88)
第三节	超越调查期限	(93)
第四节	听证会失灵现象	(100)
第五节	信息公开与个人资料保护	(109)
第六节	行政调查的公众参与	(114)
第八章	执法证据的收集与运用	(120)
第一节	执法证据的收集	(120)
第二节	执法证据的运用	(142)
第三节	小 结	(158)
第九章	法律适用	(161)
第一节	法制机构的法律地位	(161)
第二节	法律依据的确定	(170)
第三节	行政执法解释	(173)
第十章	行政执法裁量权的行使	(182)
第一节	行政裁量中的法律解释	(182)

第二节 裁量权实施主体	(187)
第三节 裁量基准的制定	(191)
第四节 “相关因素”的判断标准	(194)
第十一章 行政强制权的行使	(200)
第一节 联合执法问题	(200)
第二节 行政强制措施必要性	(207)
第三节 滞纳金征收	(213)
第四节 代履行问题	(219)
第十二章 行政调查中心主义执法模式的反思	(225)
第一节 关于论证体例与过程的思考	(225)
第二节 行政调查中心主义执法模式的缺陷	(226)
第三节 行政调查中心主义执法模式的未来	(231)
参考文献	(235)
致 谢	(241)

第一章 绪 论

我国正处于法治的成长期，在行政法理论和实务上都存在着太多值得我们去深入研究和思考的问题。本书的选题是笔者近几年来一直在关注、思考的重要研究方向之一，以前或许这种关注和思考是片面的、零碎的，而现在笔者想通过一个明确的概念，将其概括起来，进行系统的研究。当然，研究的成败，方法问题非常重要，所以在本研究的一开始笔者觉得有必要交代一下自己的主要研究方法。另外，对于本研究的文献综述，主要是想总结一下迄今为止学者们对于这一问题的基本研究现状，这既是本研究的基础，避免不必要的重复研究，同时也可以为本研究与现有的成果进行学术对话。

第一节 研究的价值和意义

一、研究的缘起

近年来，笔者研究的重要旨趣是行政机关的行政执法活动。对这一现象进行关注并试图进行研究的主要原因，是笔者每天都可以在一些媒体上发现大量的行政机关执法违法案例，在笔者参加的一些法律实务活动中也经常会遇到各种违法行政、不合理行政的事例。笔者感到不解的是，国家耗费了那么多的人力、财力和物力，制定了那么多的法律、法规、规章和其他行政规范性文件，设置了那么多的行政机关和其他行政主体，招录了那么多优秀的公务人员，还经常举办各种依法行政的培训活动，但是我们的行政执法效果为何依然不能令人满意？为何现实中很多行政执法活动依然不受信任，甚至饱受批评与责难？久而久之，很多人已经习惯性地对一些行政执法机关及其执法人员抱有不信任的偏见。不论行政决定是否正确，一旦行政决定与自己的设想或者利益不符，



很多人就会申请行政复议、提起行政诉讼乃至到处上访。多年来,我国行政诉讼案件居高不下,上访的人群和案件更是让人惊叹,形成了学者所说的“信访不信法”的尴尬局面。^①而更令人忧心忡忡的,是那些心怀怨恨,而没有提出复议、诉讼和上访的人群,这些逐年积聚起来的不稳定因素很有可能借助某个个案而迅速聚集并爆发出巨大且非理性的破坏力。近年来各地已经发生了多起群体性事件,这些群体性事件严重威胁着我国社会的安全与稳定。

毫无疑问,造成目前社会矛盾激增的原因是多方面的,而行政执法水平不高、效果不好只是其中的原因之一。良好地消化现有的社会矛盾,避免和减少新的社会矛盾,维护社会的繁荣稳定,需要全社会的共同努力。也正因为如此,作为行政法研究者,我们有责任去思考目前的行政执法活动究竟出现了什么样的问题,为什么会出现这样的问题,只有先搞清楚了这些基础性的问题,我们才能找到相应的办法,以避免执法犯法、执法不公,有效避免和消除行政执法引发的社会矛盾。

根据笔者多年来对一些行政执法部门执法活动的观察,行政执法部门事实上已经形成了某种固定的行政执法模式,这种执法模式有它产生的重要原因,也影响到行政调查、行政决定和行政执行等各个环节,造成了诸多行政执法现实问题。笔者试图总结这一行政执法模式的概念、内涵和构成要素,探究它对行政执法活动造成了哪些重要影响,最后希望相应地提出一种切合行政执法实际和建设法治政府要求的行政执法新模式。

二、研究的理论价值

理论界对行政执法活动的研究很多。行政执法活动有多个环节,比如行政调查、行政决定和行政执行环节。行政执法活动涉及的具体行政方式和措施更是数量繁多,如立案、检查、鉴定、查封、扣押、冻结、罚款、拘留等。对这些问题进行专门性研究的学术成果比较多,他们在一定程度上解决了法律上的争议和困惑,推进了我国依法行政和法治政府的建设。

但是真正从理论的视角对行政执法进行研究的很少。很多有关行政执法活动的研究,主要是从法解释学的角度,阐述行政机关所实施的行政措施的合法性问题。至于这些行政执法行为或者措施背后所隐含的理论问题,对此能够进

^① 马怀德:“‘信访不信法’的现象值得高度警惕”,载《学习时报》2010年1月25日,第5版。

行深入研究的科研成果实在寥寥无几。究其原因,笔者认为可能是因为很多研究者本身就是法律实务工作者,比如行政执法人员、法官、检察官或者律师,他们对行政执法活动的研究主要是为了确定其合法性,没有兴趣可能也没有能力对其背后的法学理论问题实施研究。近来,不少法学者受到大陆法系法解释学的影响,也醉心于把自己定位于法律实践者,对行政执法行为的合法性进行研究,无暇顾及法学理论问题。

而从理论的角度对行政执法进行整体性研究的更少。对行政执法的整体进行理论性研究,需要对行政执法活动本身非常熟悉,对各种行政执法行为有正确的认识,并且具有理论的认知、总结、提炼的能力。笔者认为,目前国内的学者缺乏这种兴趣、能力和主动性,因此能够对行政执法活动进行完整的理论研究的研究成果更是屈指可数。现有关于行政执法的研究成果不少是从公共管理学的视角展开的,有的缺乏法学的视野,有的缺少理论的总结与构建。

行政法在世界各国的发展有较长的时间了,行政法治发达的国家和地区已经总结出很多行政法学理论,不少理论被别国借鉴而成为世界各国认同的普适性理念。我国改革开放以来,在行政法治的发展方面取得了很多成绩,目前正在深入建设社会主义法治体系。在这个过程中我们也确实借鉴了国外的不少行政法治理论,以便更好更快地建设法治政府。但是我国目前的很多行政法治理论与实践存在比较严重的脱节现象,导致法学理论研究与法律实践之间存在不少隔阂。法治理论不能很好地指导实践、适用于实践,法治实践丢开法治理论自己形成另一套法治理念。这样的现状是危险的,它既不利于构建科学合理的行政法治理论,也不能保证法律实践行为的合法性与有效性。

因此,本书的研究试图将行政法治理论研究与行政执法实践联合起来,从目前的行政执法实践中总结出具有本国特色、科学合理的行政法治理论。国外的行政法治理论可以借鉴,但是笔者认为更为重要的是借鉴他们的理论形成方法。任何一个国家的行政法治理论都是建立在自己的行政法治实践基础之上的,也只有这样建立起来的理论才可能具有科学性。本书就是要通过研究总结目前的行政执法整体模式,分析这一执法模式具有哪些构成要素,这一执法模式对行政执法活动的各个环节和各种行为产生了什么样的影响,最终提出未来建设法治政府的过程中应当形成怎样的一种科学合理的行政执法模式。



三、研究的实践价值

我国的行政执法实践已经积累了很多的经验和教训。改革开放以来,我国一直在尝试构建法治政府。多年的行政执法实践,不同地区、不同部门的行政执法活动已经积累了很多有效的经验,也积下了不少问题。有效的经验提高了行政执法的效果,维护了公共利益、公共秩序和私人的合法权益。积下的问题又导致了法律纠纷、矛盾和冲突。就现状来说,人们时常有一种不确定的感觉:有时候感觉我们的行政执法活动符合法律的要求,充满了人文关怀,比如行政执法机关依法查处非法传销,救出一些被限制人身自由的群众;对无一技之长的农民工进行技能培训,使他们能够即时找到适合的工作。有时候又感觉行政执法犯法、冷漠无情,如强制拆迁导致当事人自焚而死等。

之所以有这样一种不确定的感觉,就是因为对这些实践经验缺少必要的梳理和总结。究竟是什么原因,可以促使行政执法机关和执法人员能够依法办事,积极帮助公民、法人和其他组织解决困难,在维护社会秩序的同时,促进社会经济文化的发展?又是什么原因会导致行政执法机关和执法人员故意或无意地实施违法行为,侵害公民、法人和其他组织乃至国家的合法权益?

本研究的进行可以帮助行政执法实践梳理出问题与经验。本书试图以一种独立的思维、科学的眼光来思考和审视目前的行政执法实践,研究行政执法实践中问题和经验产生的主要原因。不论是问题还是经验,从理论研究的角度都可以总结出一定的规律,形成一定的理论模式。笔者认为,将这样比较客观地研究的结果呈现在社会,呈现在行政机关尤其是行政决策部门面前,可以使其比较客观全面地看待行政执法的现状,从而根据自己确定的目标决定应该对现状的什么内容作出取舍。笔者认为这才是学术研究应有的态度,这才是学术研究应有的价值最求。

第二节 研究方法

研究方法决定着研究目标能否实现、研究任务能否顺利完成,所以采用恰当的研究方法对学术研究活动至关重要。结合本书研究目标和行政执法的现实情况,笔者认为最适合本书研究的主要是法解释学方法、实证分析方法、比较

分析的方法以及归纳和演绎法，所以整个研究过程主要采取了上述研究方法。

一、法解释学方法的运用

法解释学方法重视对成文法、判例等法规范的研究，一直以来被大陆法系奉为法学的特有方法。毫无疑问，在从事法学研究的过程中，法解释学的方法是不可或缺的。就本书研究而言，其中会涉及国内外的法律、法规和规章，法院的司法解释，以及其他行政规范性文件的理解和运用问题，无疑需要运用法解释学的方法。尤其在分析行政执法模式和行为的合法性问题时，法解释学的方法就显得尤为重要了。但是需要指出的是，法解释学的方法并不应该成为法学研究的唯一方法。原因很简单，法解释学方法有其自身的局限性。其主要是立足于现有法律秩序，展开对相关问题的研究。其既不能对其他国家和地区的法律制度和实务有所借鉴，也不能对法律、法规、规章和其他规范性文件的制定及其实施问题做最为全面的分析研究。所以，法解释学的方法尽管可以非常细致地剖析法律问题，却不能够全面地了解问题存在的重要原因。所以，法学的研究又必须借重其他的社会科学研究方法。本书在研究的过程中一方面非常重视法解释学方法的运用，但是另一方面还需要通过其他的法学研究方法来弥补这一研究方法的缺陷。

二、实证分析方法

在笔者看来，实证分析法是不能忽略的重要法学研究方法之一。笔者非常赞同一些法学、经济学专家的观点，即学者不应该去研究一个根本不存在或者不可能发生的问题。法学研究首先应当有现实关怀的能力和热情。而实证分析法就是对现实问题进行梳理、分析的重要方法。在本书的研究过程中，笔者注意收集很多相关的案例、事例和现象。对这些案例、事例和现象进行实证分析，可以从中发现重要的问题，甚至也可以发现造成这些问题的直接原因，从而使得本研究得以更加有针对性和更加深入。当然，实证分析并不局限于对有关案例的分析，它还包括了一些行政实务的考察和研究。近年来，笔者参与了不少行政案件或事件的论证，还在一些课题的研究过程中对若干行政执法机关的行政执法活动进行了细致的跟踪调查。这些实证调查为笔者总结提炼行政执法中存在的问题、经验，提出行政执法的理论模式提供了很大的帮助。



三、比较分析方法

比较分析方法在法学研究中被普遍使用，它也是本书研究的重要方法之一。比较既可以包括与域外法律规定和实务操作的比较，也可以包括不同的执法机构对类似和相同行为，甚至是同一个行政机关在不同的历史阶段对类似甚至相同的事件的处理方式、过程和结果的比较。所以，这里的比较分析法当然不是比较法的研究方法。通过比较既可以借鉴有关的规定和实务经验、有效做法，也可以总结教训和缺点，为今后的理论改良和实务能力的提高提供参考。

四、归纳演绎方法

归纳法和演绎法是两种基本的逻辑分析方法，也是本书研究的重要方法。近年来的研究使得笔者相信，归纳法与演绎法在法学研究中应当具有更加重要的地位，这点很多人还没有意识到。通过归纳可以找到社会实务中发生的诸多案例、事例和现象中透露出来的若干重要规律，并且可以将其概念化，从而产生新的理论概念和模式。这对于推进我国行政法学的发展，建立适合我国行政法实际的特有理论具有重要的意义。演绎的必要性，在于可以对有关的法律概念和相关的行政法学理论进行分析检验，从而能够对本书所提出的有关法律概念和法学理论进行分析验证。

上述几种研究方法是本书研究设计的重要方法，但是在具体的论证过程中，笔者还运用了一些其他的方法，限于篇幅在此就不一一赘述。法学研究方法的确立和运用对于本书的研究至关重要，实质性地运用这些方法才可能获得真正有价值的研究成果。所以，在本书的一开头就历数研究方法，虽然老套，但是有助于读者了解笔者研究的基本思路。

第三节 研究综述

行政执法是一个非常笼统的概念，正如下文笔者要讨论和界定的，行政执法的内涵在行政法学理论上很不统一，所以，对于行政执法，我们往往只会泛泛而谈。从现状来看，行政执法更多的是在行政实务的层面适用这一概念。行政法学甚至公共行政学上一般很少适用行政执法这一概念，而往往通过行政处

罚、行政强制、行政征收乃至行政决策等来具体落实所谓的行政执法的具体指向。

根据笔者的观察,目前国内学者行政执法问题的研究主要集中于以下几个方面。第一,单个行政公务行为的研究。行政法学科建立以来,学者们花费了大量的精力研究行政立法、行政处罚、行政许可、行政强制、行政指导、行政合同等行为,使得理论上对这些行为的基本内涵、特点、程序等问题有了初步的认识。第二,行政程序制度研究。学者们认识到行政程序对于行政权力有着重要的规范作用,所以对其从整体架构到具体制度都进行了多年的研究,在行政程序的内涵、原则、具体制度等方面都取得了一定的研究成果,并正在力促国家尽快制定出台行政程序法。第三,与行政执法相关的行政法领域的研究。行政执法涉及执法机构的法律地位、执法人员的基本构成、执法行为的监督救济等问题,所以学者们对行政机关组织法、公务员法、行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法等也有颇多研究,成果显著。行政执法的制度建设上,多年来也取得了诸多的成绩。改革开放以来,国家非常重视法治政府建设,已经制定出台了《中华人民共和国国务院组织法》(以下简称《国务院组织法》)、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》)、《中华人民共和国公务员法》(以下简称《公务员法》)、《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)、《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)、《中华人民共和国行政监察法》(以下简称《行政监察法》)、《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)、《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)、《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)等重要行政法律及其相关的法规、规章。

虽然成就显著,但是我国的行政执法理论研究和制度建设依然任重而道远。就理论和研究而言,其不足之处在于过分依赖国外的行政法理论,而缺乏中国问题意识,很多研究成果只是简单地介绍国外的理论,而不能形成对指导本国行政执法实务有确切指导意义的中国行政法理论。很多成果只是盲目提出各种不成熟甚至不切实际的对策,缺乏对这些对策在中国可适用性的研究,导致理论研究和行政执法“两张皮”的尴尬局面,实务部门常常抱怨理论研究



过于书生意气，没有实践意义。在制度建设上，有些重要的法律至今没有出台，比如行政程序法，导致不少行政执法活动找不到确切的法律依据。例如，行政执法的程序不发达，导致行政机关在实施各种行政行为时经常面临无章可循的尴尬。这一点不仅尚未制定单行法律的行政行为存在，即便是已经制定了法律的诸如行政处罚、行政许可和行政强制，也由于没有在法律中对实施行为的程序作出更具体明确规定，行政执法机构不得不要通过自己制定的行政规范性文件来确定执法程序，有时甚至连这种行政规范性文件也没有，行政执法只能依靠执法人员的执法经验。由此看来，行政执法出现诸多问题也就在所难免了。

基于上述现状，本书将研究的视角始终聚焦于我国行政执法的实际问题，将行政执法的整个流程作为观察和研究对象，归纳分析在目前的法治前提下行政执法活动是怎样进行的，是否存在某种规律性的东西，这种规律性的东西是如何形成的，在这种规律性下运行的行政执法活动将产生什么样的后果或效果。笔者希望通过本书的研究发现我国行政执法的客观现实，分析制度的科学性、可行性以及目前我国行政法理论的可靠性，尝试在中国问题的基础上发展某些属于中国的行政法理论。

第二章 行政执法内涵的界定

本书主要研究行政执法中的问题，但是关于行政执法的内涵，并没有形成通说，学界与实务中对于什么是行政执法存在不同的理解。而按照不同的标准，行政执法又确实可以形成不同的内涵。为此，在开始本书的研究之时，笔者需要先就行政执法的内涵问题作出必要的说明和界定。当然，借此机会，笔者也想就学界讨论的有关行政执法内涵问题提出自己的初步研究结论。

第一节 关于行政执法内涵的争鸣

学界对行政执法的内容提出了很多观点，这些观点基于不同的立场和标准形成。本节笔者将梳理目前学界关于行政执法内涵的观点，尝试分析行政执法内涵无法得到统一的主要原因。

一、学界的观点

迄今为止关于行政执法内涵讨论的研究成果非常有限。在有限的研究成果中，笔者经过总结和梳理，认为我国学者对行政执法的内涵主要存在以下几种看法。

第一，将行政执法视为行政机关执行宪法和法律的行为，既包括中央政府的所有活动，也包括地方政府的所有活动；既有行政决策行为，也有行政立法和执行法律、实施国家行政管理的行政执行行为。^① 这种看法将行政执法与公共行政几乎等同，与17世纪、18世纪经典政治哲学家关于国家权力分立的观点基本一致，即国家权力可分为立法、行政与司法，行政权的基本功能是贯彻

① 许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学研究综述》，法律出版社1991年版，第293页。



执行法律规定的內容。

第二，将行政执法视为行政机关采取具体的直接影响相对人权利义务的行为，以及行政机关对相对人的权利义务的行使和履行情况进行监督检查的行为。^①由此看来，行政执法被界定为具体行政行为与行政检查行为。这种观点排除了现代行政所具有的行政立法、行政司法等功能，将行政执法界定为处理个案的公务行为。

第三，将行政执法视为与行政立法和行政司法相对应的，直接对特定的行政相对人和特定的行政事务采取措施并影响其权利义务的行为。^②这事实上也就是具体行政行为，但不包括行政调查等行政机关为贯彻法律、法规的规定而实施的行政事实行为，也不包括具体行政行为实施过程中可能实施的行政事实行为。

第四，国务院办公厅2002年10月转发中央编办的《关于清理整顿行政执法队伍，实行综合行政执法试点工作的意见》中，将行政执法界定为不同于制定政策、审查审批和技术检验的行政监督检查和行政处罚行为。这显然是为了规范行政监督检查和行政处罚两类公务行为而随意寻找的实务概念，不以某种理论标准为基础。

第五，湖南省和山东省的行政程序规定中，将行政执法界定为行政机关作出的行政许可、行政处罚、行政强制、行政给付、行政征收、行政确认等影响公民、法人或者其他组织权利和义务的具体行政行为。^③两省制定的行政程序规定是目前为止我国制定的最高级别的同一行政程序规范性文件，两者对行政执法内涵的界定将深刻影响未来行政程序法对行政执法内涵的定义。

第六，将行政执法的内涵视为可变的。要根据不同的场合才能确定行政执法的内涵，以免发生逻辑混乱。^④根据这一观点，行政执法有时等于“行政”；有时只是行政行为的一类，区别于行政立法和行政司法；而有时则是行政行为的一种特定方式，主要包括了行政监督检查、行政处罚和行政强制措施。

从上文的分析来看，我国对于行政执法的内涵无论在理论研究上还是理论与实务之间，都没有达成一致，没有形成所谓的通说。论者都是根据自己

① 罗豪才主编、应松年副主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1989年版，第133页。

② 杨惠基：《行政执法概论》，上海大学出版社1998年版，第1~3页。

③ 参见《湖南省行政程序规定》第54条，《山东省行政程序规定》第56条。

④ 姜明安主编：《行政执法研究》，北京大学出版社2004年版，第10页。

的理解对行政执法的内涵作出解释,而这种个体的理解由于缺乏统一的参照物或者共同性的标准,概念的内涵基本无法达成一致。所以,正如第六种观点所言,在研究行政执法的问题时,我们不得不先要厘清和界定行政执法在不同场合的内涵。论者首先需要揭示自己想要研究的行政执法究竟是什么语境下的行政执法,然后才能展开论述。从某种程度上说,本书的论述也是采取了这一方法,先交代本书所研究的行政执法主要指向什么,在此基础上展开研究一则防止本书研究失去重心,二则也可与学界在同一语境下进行交流,以免各说各话。

二、行政执法内涵的形成方式

毫无疑问,行政执法是一个不确定的法律概念,其内涵之所以不确定可能与其形成的方式有关。笔者总结认为,我国法律概念的形成基本上分为两种方式。第一是法学者发明或者移植了某一个概念,并对其内涵进行解释。这种解释尽管不可能完全达成一致,但是往往会形成通说,然后在实务上尤其是立法上,将这种概念加以运用,进而成为法律概念。如“行政机关”“公务员”“行政处罚”“行政强制”等。第二是实务上尤其是立法上发明了某种概念,经过反复适用而引发理论的关注与研究,进而确定其基本的内涵,最后成为一个法学概念。例如“取缔”“行政审批”等。这种概念产生之初只是为了实务表述的方便,或者是对某些现象和行为的概括,这种概括并没有进行深入研究而确定这些现象或行为的共通性特征,所以在这些概念的时候,人们能隐约感知这些概念的内涵,但是无法清楚地解释这些概念具体指的是什么。

行政执法的概念首先应该产生于行政法实务。行政机关常常称其行政活动为行政执法,最典型的如行政机关查处相对人的违法行为,并对其实施行政处罚。一些规范性文件中常常使用行政执法的概念,指代某些具体行政行为。另外,由于公共行政常常被学界称为执法活动,以便于立法与执法相呼应,所以在中国,无论是实务还是理论界,对于行政执法的概念,在名称上非常熟悉,而且使用频繁。然而奇怪的是,行政执法的内涵至今没有形成通说,正如前文列举的,人们都以自己的方式理解和解释着行政执法的内涵。作为专门研究行政执法的行政法学教科书,也没有安排专门的内容理解和解释什么是行政执法。人们只是习惯于按照大陆法系行政法学的基本思路,将行政执法分散成一个个的具体行政行为或者行政事实行为,分别加以表述。所以,一个尴尬的现