

非强制行政论

FEIQIANGZHIXINGZHENGLUN

李晓明 著

吉林人民出版社

非强制行政论

李晓明 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

非强制行政论/李晓明著.—长春:吉林人民出版社,2006.6
ISBN 7-206-05031-X

I.非… II.李… III.行政法—研究
IV.D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 080068 号

非强制行政论

著 者:李晓明

责任编辑:刘士琳 封面设计:张 迅 责任校对:陆 雨

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

网 址:www.jlpph.com

全国新华书店经销

发行热线:0431-5382547

印 刷:长春永恒印业有限公司

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张: 8 字数:133 千字

标准书号:ISBN 7-206-05031-X

版 次:2005 年 7 月第 1 版 印 次:2005 年 7 月第 1 次印刷

印 数:1-3 000 册 定 价:24.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

作者简介

李晓明，男，临江市人，南开大学经济学硕士，吉林大学法理学博士，律师，研究员，曾任吉林省交通厅政策法规处处长，吉林省公路工程质量监督站站长，吉林省运输管理局局长，现任吉林省高速公路管理局局长。

曾著《公路建设中的市场机制与政府经济职能》，合著《交通行政法总论》（获吉林省行政管理学会第五次行政管理优秀成果著作类二等奖）、《行政法学新论》、《新编行政诉讼法学》，合编《“世界银行法律援助项目法学系列文库”行政复议法学》等书；主持的科研课题《市场经济条件下提高公路运输能力研究》获吉林省科研成果二等奖，《吉林省交通法规体系研究》获吉林省交通厅科研成果一



等奖；曾在专业刊物上发表《论公路的经济属性》、《谈公路建设中市场机制的引入》、《确立新型公路建设投资体制》、《现有公路企业产权制度的重建》、《谈公路工程质量监督的法律地位》、《全面提高公路建设质量》、《美国公路在交通运输中的地位及其发展》、《公路运输在吉林省综合运输和国民经济中的地位和作用》、《道路运输市场与经济发展》、《创造良好环境，促进经济发展》等论文近20余篇。

序

党的十六届四中全会提出“构建社会主义和谐社会”的执政理念，直接体现了广大人民群众的根本利益和共同愿望。政府部门如何贯彻落实这一部署，在行政管理过程中加强与公民之间的理解、沟通和配合，避免出现矛盾和对抗，是一个值得探讨的重要课题。

非强制行政引入柔性的管理方式，采用示范、建议、劝告、鼓励、引导等非强制手段实施管理行为，强调公民的广泛参与、平等、协商与服务。这种管理方式既可以避免强制手段费用高、形式呆板保守、不易接受、存在空白和低效区域的缺陷，又能够充分调动公民的积极性，减少行政行为实施的阻力，协调政府与公民之间的关系，降低行政成本和社会成本。同时对于及时、灵活地处理各项经济和社会公共事务，具有一种



特殊的启发、导向和促进作用。

非强制行政是政府与公民对公共生活的合作管理，是政治国家与市民社会的一种新颖关系，是两者的最佳状态，是一种更为进步、更为和谐、更为高明的行政方式。在行政管理过程中尽量采用非强制行政方式，有利于政府职能和执政方式的转变，实现“科学执政、民主执政和依法执政”；有利于改善和优化经济发展的软环境，适应和服务于市场经济；有利于构建“民主法制、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”的和谐社会。

李晓明同志的论著，站在法理学的高度对非强制行政进行了深入、精辟的探讨，这不仅丰富了行政法学体系，更顺应了时代发展的要求，为行政管理实践提供了强有力的理论支撑。作为一名党政领导干部，不仅要抓好行政管理的实践工作，更应当像李晓明同志一样，对行政管理的理论问题进行深入的研究和探索，以提高自身的理论素养和执政水平，更好地行使行政权力，为人民服务。

崔卓兰

2005年6月

内容提要

如何丰富并实践一些新型的、有效的治理方式是世界各国在丰富政府管理手段、提高政府管理水平过程中普遍面临的一个制度性课题。作者正是基于这一点出发,将政府行政划分为强制行政和非强制行政,并尝试对非强制行政进行法哲学角度的理性思考。系统地论述了非强制行政走上历史前台的社会基础,并从法理学、行政法学、行政学角度分别为非强制行政的存在和发展提供了理论支点,认为权利本位及权利信仰为非强制行政提供了深层的法理学支持,而权利制约权力的现代行政法精神及平衡论的精神原旨则是非强制行政的行政法学基础,通过对政府行为理性的反思,则为非强制行政提供行政学理论支持。在此基础上,结合几种典型的非强制行政实现方式,从法理学角度给予认识和剖析,以求开拓理性的视野和空间,并期待能尽快将非强制行政导入行政法学体系,进而使非强制行政理论得以进一步升华和指导我国非强制行政现状。

绪 论

楔子：我曾经读过这样一个故事：一个农村的男孩到城里读书，这是他第一次进城，坐了很久火车，他觉得口渴，火车停下的时候，他向窗外的小贩买水，小贩递给他一个易拉罐。但他从没有见过这个东西，根本不知道该怎么打开，又不好意思问别人，就这样火车又开过了好几站，他还在研究着这个易拉罐。这时坐在他对面的一个带小孩的妇女明白了他的心思，她对自己的小孩说：“去给妈妈拿一罐饮料来”，然后她接过饮料，啪的一声打开喝了一口，这样男孩终于也效仿她打开了易拉罐。事后男孩叙述这件事时这样说道：“我知道她当时并不口渴，但她用这样一种方法帮了我，又保全了我的自尊，让我永远也忘不了。”

这个故事给人感触最深的就是那个妇女帮助农村男孩的方法，她通过一种指引、示范的方法最好地达到帮助的目的。这个看似不相关的例子与非强制行政理论有



些异曲同工。如果以行政行为本身为一个常量的话，其手段和结果可以构成一个正比例函数，即行政行为的手段越是高明其效果就越好，反之亦然。那么行政行为应该如何通过手段的优化配置更为巧妙和机智地达到理想的效果呢？这也是非强制行政理论在法理学的指引下主要研究和力图解决的问题。

在行政法学领域，行政行为无疑是一个核心的概念，行政行为法在行政法律规范中数量最多、涉及面最广。国务院和国务院所属各部门及有规章制定权的各级政府，在实施行政管理中，制定了大量的行政法规和规章，其中绝大部分都是行政行为法，而且，行政行为是各国行政管理中最重要、最复杂、最富有实践意义、最有本国特色的部分，因此毫无疑问，也最需要将它纳入法治的轨道。在一定意义上，行政行为法制化的程度和水平体现了一个国家法治的程度和水平。基于行政行为的这种重要性，行政法学理论上对行政行为的探讨也比较多。关于行政行为的分类，根据不同的标准和目的，理论上形成通说的，大致认为行政行为可依行政行为的对象是否特定为标准，分为抽象行政行为和具体行政行为；依适用的对象和效力的范围为标准，分为内部行政行为和外部行政行为；依实施行政行为时所形成的法律关系不同，分为行政立法行为、行政司法行为和行政执法行为；

依行政行为的性质不同，分为实体行政行为和程序行政行为；依形成行政行为时参与意见表示的当事人数量，分为单方行政行为、双方行政行为和多方行政行为等。本文中提出的非强制行政和强制行政则构成了行政行为的另外一种分类，这是一种根据行政行为的实行方式不同而作的分类。非强制行政虽然较强制行政出现的晚，但在随后的发展过程中，非强制行政的特点、优点还是得到更好的体现并给人以更大的启发。可以说，随着非强制行政的发展和进化，它必将作为强制行政的有益补充和完善，而成为一种现代的、人性化的行政方式，因此，对非强制行政的法律思考就显得更为紧迫和必要。

一般来说，意识形态的存在与发展需要依循自身的客观规律和关注时代的现实需求，但另一方面，社会的实践、开拓与创新也更需要意识形态的总结、论证和指导。反观意识形态的层级，法律意识形态总是站在社会政治形态的最前沿，它表达了社会思想家尤其是法律思想家们为解决矛盾，论证制度的合理性或批评社会制度的缺陷而做的努力，法律意识形态以及因之而成的法学理论对社会法律制度的反作用是不可低估的。著名科学家爱因斯坦曾反复强调“提出一个问题远比解决一个问题更为重要。”非强制行政理论作为行政法学的一个全新的理论当然还不够完善，但它却反映了行政法学对传统



的行政管理理论，在新的历史条件下遭遇到的矛盾和困惑，所做出的理性的探索和突破。从认识论的角度出发，人类对客观世界的认识和改造是一个不断深化的过程，人类的存在方式——实践活动及其历史发展的内在矛盾，时刻反驳实践，促成实践的自我超越，从而把人的世界变成对人来说是更加理想的世界。这是新时代法学所自觉到的批判性与理想性的统一，也是新时代法学所承担起的，反映和表达时代精神与塑造和引导时代精神的统一。人类对行政行为的认识也遵循同样的规律，随着社会主义市场经济体制的确立和法制建设的发展，一方面，社会生活日新月异，科学技术的迅猛发展，政府再也难以因循成型的管理思想、管理模式而应付自如，政府职能必将发生相应的转换。另一方面，法律、政策的贯彻执行，只有得到社会自愿自觉的接受和配合才能真正达到促进社会稳定与发展的作用，这样，在行政执法领域中，非强制行政的逐渐增加，并逐渐成为占主要地位的行政行为，已经成为了一种趋势。这种认识反映在行政法学理论上，必然会从法理学的角度上催生非强制行政理论。应该提出的是，非强制行政理论并非对传统的行政行为理论的否定，相反，是对行政行为理论的发展和完善，应该说，没有非强制行政理论的加入，行政行为理论因缺乏时代性和现实性，无法合理有效地反映现实

和指导现实，因而是不完美的。非强制行政也并非是对行政行为具有强制性的否定，但非强制行政进入强制行政的领域，与强制行政交互作用或划江而治，或逐渐缩小强制行政的适用领域，则无论是对行政的现代化，还是改变人们对行政行为的直线性和片面性认识，都是必不可少的。

本文正是由这个理论视角出发，尝试对非强制行政进行法哲学角度的理性思考，并希望通过这种思考来冲击已经形成的某些行政行为理论的思维定势、保守性和凝固性，为这一仍属于较新的行政法学范畴寻找法学理论支点，开拓理性的视野和空间，以求进一步完善该理论，并期待能尽快将其导入行政法学体系，进而使之作为完善成型的理论起到科学指导实践的作用尽自己微薄之力。

目 录

绪 论	(1)
第一章 强制行政的局限与弊端寻查	(1)
一、法学领域中的强制力	(1)
二、强制力对公权力的意义	(8)
三、强制力效用的有限性	(10)
第二章 非强制行政的概念及背景分析	(14)
一、非强制行政的概念与特征	(14)
二、非强制行政的土壤之一：商品经济	(19)
(一) 商品经济与人的主体性的觉醒使人 成为独立的利益主体	(19)
(二) 商品经济促成私权神圣并为抗衡 公权创造了物质前提	(24)
(三) 商品经济要求意思自治反映了 “理性人”对强制的排斥	(28)
三、非强制行政的土壤之二：民主政治	(33)
(一) 宪政背景下的民主政治和	



公民的民主权利	(33)
(二) 民主政治作为非强制行政的内在动力	
呼唤更加文明的行政方式的产生	(36)
四、非强制行政的土壤之三：法治社会	(44)
(一) 法律人文主义的形成	(44)
(二) 法律人文主义为非强制行政	
做了制度的安排	(46)
第三章 非强制行政的理论探源	(52)
一、非强制行政的法理学依据	(52)
(一) 一般理论依据	(52)
(二) 深层理论依据	(58)
二、非强制行政的行政法依据	(84)
(一) 平衡论所体现的现代行政法精神	(84)
(二) 行政权力弱化的时代特征	(89)
三、非强制行政的行政学依据	(103)
(一) 政府行为理性	(103)
(二) 政府行为理性的反思	(106)
第四章 非强制行政的价值功能评论	(115)
一、价值的一般含义	(115)
二、非强制行政的价值与功能	(118)
(一) 行政行为的价值	(118)
(二) 行政相对方是行政的价值主体	(120)

(三) 非强制行政的功能体现	(122)
第五章 非强制行政的方式概述	(133)
一、行政合同	(133)
(一) 行政合同的概念分析	(133)
(二) 行政合同的基础在于公益和公平	(134)
(三) 行政合同的本质和精神	(136)
(四) 行政合同的博弈分析	(139)
(五) 行政合同与公法的私法化	(146)
(六) 行政合同的契约精神	(150)
二、行政指导	(156)
(一) 行政指导概述	(156)
(二) 行政指导的产生及对行政法学的意义	(163)
(三) 行政指导的法律价值	(171)
三、行政调解	(176)
(一) 行政调解概述	(177)
(二) 行政调解的理论必然性	(184)
(三) 行政调解的实践优势	(195)
四、行政奖励	(205)
(一) 行政奖励的概述	(205)
(二) 行政奖励的范围	(207)
(三) 行政奖励与非强制行政	(208)



(四) 行政奖励所能发挥的功能作用 及其意义	(210)
参考文献	(211)
中文摘要	(219)
英文摘要	(224)
后 记	(232)