

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research



*The Legal System Establishment of
Governmental Soft Enforcement of Law*

*Research on Non-compulsory Administration under the Circumstance of
Contemporary Social Management Innovation*

**政府柔性执法的
制度规范建构**
当代社会管理创新视野下的
非强制行政研究

刘福元 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research

*The Legal System Establishment of
Governmental Soft Enforcement of Law
Research on Non-compulsory Administration under the Circumstance of
Contemporary Social Management Innovation*

政府柔性执法的 制度规范建构

当代社会管理创新视野下的
非强制行政研究

刘福元 著

中央高校基本科研业务费专项资金资助项目

“公务员内部行为规范中的责任机制建构”（HIT.HSS.201129）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

政府柔性执法的制度规范建构:当代社会管理创新
视野下的非强制行政研究 / 刘福元著. —北京:法律出
版社, 2012. 10

(哈工大法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3851 - 3

I. ①政… II. ①刘… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922. 110. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 183786 号

政府柔性执法的制度规范建构

——当代社会管理创新视野下的非强制行政研究

刘福元 著

责任编辑 易明群

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.5 字数 288 千

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外合作出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3851 - 3

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

法律出版社一向以推进法学学术研究为目标,为法律学人提供了良好的交流平台。承蒙法律出版社的大力支持,《哈工大法学文丛》这一学术项目的帷幕徐徐拉开,这无疑是哈工大法学院向学界同行集中展示学院教师学术研究成果、拓宽和深入与专家学者交流的一个极好机会。同时推出这些成果,也是纪念哈工大法学院成立三周年和哈工大法学专业建立十周年的极好形式。我非常高兴应法律出版社本文丛负责人易明群女士之邀,写几行文字,对哈工大法学院的学术研究略作介绍,以为本丛书之序。

在学校领导的大力支持下,在哈工大建设世界一流大学的背景中,哈工大法学院于2005年年底正式成立。学院现有教职工31名,其中全职教师26名。学院师资队伍突出特点是国际化。首先是师资队伍结构的国际化,拥有15位来自美国、德国、法国、意大利、国际司法机构、国际学术组织的海外客座教授群,分别担任学院的客座教授和长期合约教授,这些知名专家学者频繁来学院讲学交流;其次是全职教师

学缘结构的国际化,全院教师均有良好的学缘背景,其中3位教授、副教授获得德国名校博士学位,两位教授、副教授长期留学法国和爱尔兰,1位副教授获得芬兰赫尔辛基大学副博士,1位副教授为哈萨克斯坦国立大学的博士,另有几位教师正在攻读意大利和法国的博士学位;再次是师资队伍工作目标的国际化,科学研究全方位国际化,人才培养方面切实贯彻培养面向世界的国际化人才的目标,积极采取加强学生跨文化交流能力的系列措施,取得良好效果。学院师资队伍的另一特点是年轻化。学院的教师大多拥有国内名校的法学学位,毕业于北京大学、武汉大学、吉林大学、中国政法大学等,获得博士学位和正在攻读法学博士学位的教师占60%左右。目前几位学术带头人都在四十岁左右,绝大多数骨干教师都在三十多岁。他们主持着十余项省部级课题和国际合作项目。若干年轻博士担任了学校和学院法学研究机构的负责人。这就使得法学院的研究和教学工作充满了活力和蓬勃向上的氛围。

三年多来,哈工大法学院以高起点、研究型、国际化为特色,学科建设取得了突出的进展,师资力量大大加强,研究方向进一步明确,学术成果不断增多,在国内法学界尤其是理工科高校同行中的影响逐渐显现。2008年1月,在哈工大法学院承办的教育部法学教学指导委员会“理工科高校法学人才培养模式研讨会”上,学院提出的理工科高校法学建设要“入主流、有特色、建亮点”的思路,获得了同行们的认可。

科学研究历来处于学院建设的龙头地位,学院始终致力于推出并传播高层次学术成果,在实力雄厚的国际法尤其是外层空间法、欧洲法、国际司法制度、国际刑法以及比较法等领域,开展了认真扎实的研究,发表了一系列学术成果,搭建了一个个学术平台。建院以来,在学校的支持下,先后建立了哈工大欧洲法与比较法研究所、哈工大空间法研究所、哈工大人权法研究所、哈工大私法研究所、哈工大德国法研究所,以及法学院知识产权研究中心和法学院俄罗斯法研究中心等。这些学术机构的建立,对于推动资源和人才整合,强化研究方向、突出研究重点起到了良好的作用,是我们的一个重要经验。

由于我国在空间技术领域的迅猛发展和在国际空间活动中重要地位的日益凸显,对于空间法律全面深入的研究日益迫切,法学院在这一领域开展了卓有成效的研究工作。赵海峰教授先后主持完成了中国空间立法研究、空间活动的国际法与国内法比较研究等省部级课题,近三年每年在国际空间法年度研讨会上发表论文。以哈工大空间法研究所为中心,形成了一支稳定的研究队伍,研究人员在国内重要期刊上就空间立法、空间管理体制、空间争端解决、空间商业化、国内外空间法的教学和研究问题等发表近二十篇学术论文;出版了《空间法教程》(2006年,Marco Pedrazzi、赵海峰著,吴晓丹译)等著作;推出了国内唯一的《空间法评论》(2006年创办,赵海峰主编)学术刊物,创办该刊是为了给国内外空间法学者专家提供发表空间法研究成果的平台,推动空间法的研究,并欲与美国、加拿大等国的空间法刊物呈鼎足之势。学院广泛邀请德国、美国、意大利、韩国等国家空间法研究领域的领军人物前来授课、讲学,开展各种形式的学术交流。研究人员积极为国家有关部门的决策提供咨询意见。学院在2006年组织了首次全国规模的空间法学术研讨会,取得了丰硕的学术成果,进一步推动了国内空间法研究工作。哈工大空间法研究所也被同行们界定为国内一流的空间法研究机构。

在欧洲法方面,学院以近十名毕业于欧洲著名高校的归国教师为依托,在包括欧盟法、欧洲人权法和欧洲国家国内法等领域展开了重点学术研究,并于2007年主持召开了中国欧洲学会欧洲法研究会首届学术年会,推出了《欧洲法问题专论》(2006年,赵海峰著)、列入本文丛的《欧洲法析论》(2008年,葛勇平、孙珺著)、《欧盟法律体系》(李滨、赵海峰等译)、《欧盟宪法条约与欧洲法的新发展》(赵海峰主编)等著作,发表了一系列欧洲法研究的学术论文,赵海峰主编的《国际法与比较法论坛》(2006年创刊)学术刊物上也发表了诸多欧洲法的研究成果。

在国际司法制度方面的研究,哈工大法学院处于国内前列。已经完成和正在进行的省部级课题包括赵海峰主持的“国际司法程序问题研究”、宋健强主持的“国际刑事法院经典判例实证研究”和“国际刑事法治

的实践理性——以国际刑事法院情势和案件为例”等。赵海峰、李滨、宋健强等就此发表了一系列学术论文,并出版了《国际司法制度初论》(2006年,赵海峰等著)一书。赵海峰教授认为,国际司法机构由于近年来快速的发展、在国际关系中日益显著的作用和丰富的研究对象,应当成为一门独立的学科。宋健强副教授对于国际刑事司法制度尤其是国际刑事法院的机制与判例开展了密集研究,先后出版了《国际刑事司法制度通论》(2006年)、《国际刑事法院诉讼详情实证研究》(2007年)等专著,以及列入本文丛的《国际刑事法院“三造诉讼”实证研究》(2008年)等,学术界对此给予了充分关注,陈兴良教授肯定了宋健强在研究中分别就国际刑法哲学、国际刑事法治、表面正义等方面提出的新观点的学术价值,并指出“宋健强致力于国际刑法研究,新作迭出,锋头颇健,值得称道”。

在比较法研究方面,法学院也着力甚巨。比较法研究的一个主攻方向是国别法研究。赵海峰教授很早以来,就主持了法律出版社《法国现代法学名著译丛》的翻译和出版工作,目前该丛书中的《法国商法》(罗结珍、赵海峰译)、《法国民法总论》、《世界法的三个挑战》(罗结珍、赵海峰等译)等著作已经出版,《法国宪政学》一书也即将出版;同时主持的北大出版社的《海外学子法文学库》也正在推进,第一种《欧盟对华投资的法律框架——解构与建构》已经出版;另外主编的《国际法与比较法论坛》第一、二、三辑中,发表了不少比较法学的论文。哈工大德国法研究所主任葛勇平、孙珺两位教授主编的《德国法研究》(2008年创刊)刊物的第一、二卷,发表了相当数量的德国法研究的学术论文。学院在俄罗斯法研究方面也发表了十余篇学术论文,主持了若干包括省部级课题在内的研究课题。

哈工大法学院在民商法和法理学方面,力量也比较强。民商法教师,主持了有关土地登记制度等内容的若干高层次研究课题。知识产权等领域成果集中,分别出版了《网络知识的法律保护》(2008年,郭丹主编)、《网络法概论》(郭丹主编)、《知识产权法》(2008年,王伟、李晶珠编著)、《合同之债例解》(2006年,任旭东、冯秋燕等编著)等专著和教材。

法理学的研究目前在人权法方面比较突出,哈工大人权法研究所所

长杨成铭教授在欧洲人权机制和教育权等方面的研究成果丰硕;副所长王宏伟副教授在哈萨克斯坦出版了《中亚国家人权研究》(2007年)、《国际法与中国—哈萨克斯坦两国关系研究》(2007年)等专著,并发表了一系列学术论文;副所长王勇波博士则在国际著名出版社出版了有关香港问题的人权法英文专著《The Protection of the Fundamental Rights in the Hong Kong Special Administrative Region: An Analysis of Transition》(2007年)。对于死刑问题,除了发表研究论文之外,还组织翻译了两部重要著作在法律出版社出版:一部是法国巴丹戴尔的《为废除死刑而战》(2006年,罗结珍、赵海峰译);另一部是爱尔兰人权中心主任夏巴斯的《国际法上的废除死刑》(2008年,赵海峰、吴晓丹、宋健强、李晶珠译)。在国际法的基本理论方面,葛勇平教授在国际法主体理论方面做过深入研究,在德国出版了《香港与欧洲联盟的国际法主体资格问题研究》(2003)一书。朱莉博士以经济分析的方法展开了对国际私法问题的研究,侯瑞雪博士则主攻有关国家—社会的理论框架与我国法学研究的问题。在本文丛中,她们的《管辖权、法律选择方法与规则的经济学分析》、《“国家—社会”框架与中国法学研究》都在第一批书目之中,两本专著都是在他们博士论文的基础上修改而成的。法理学方面的另一成果是高立忠、窦玉前编著的《继承与发展:中国依法治国的理论与实践》(2005年)一书。

以上对学院近年来学术研究的几个重点和进展进行了回顾性介绍,有点像流水账,但应当说触及了哈工大法学研究的核心。需要强调的是,这些研究,仅仅是一个良好的开端,哈工大法学院的科学研究,在深度、广度和层次方面都需要做更进一步的艰苦努力。我们一定要抓住时机,找准方向,突出重点,潜心研究,为繁荣我国的法学研究做出更大的贡献,这也是本文丛的一个努力目标。

赵海峰 教授
2008年10月于哈尔滨

目 录

导言 /1

- 一、问题的提出 /1
- 二、研究主题的价值导向 /8
- 三、研究进路与基本框架 /19

上篇 政府柔性执法的理论与实践

第一章 非强制行政的理论基础 /25

第一节 非强制行政的概念解析 /26

- 一、非强制行政的概念及要素 /26
- 二、行政行为理论下的非强制行政 /30

第二节 非强制行政的法哲学探源 /33

- 一、作为自由对立面的强制 /34
- 二、强制的双重功能 /38
- 三、强制正面功能之不足 /45
- 四、非强制之功能补足 /52

第三节 非强制行政与社会管理创新 /54

- 一、行政机关:社会管理创新的首要主体 /55

2 政府柔性执法的制度规范建构

二、柔性执法:政府执法创新的首要方式 /63

第四节 非强制行政的功能阐释 /70

一、建立官民之间的合意基础 /70

二、作为维护社会和谐的重要助力 /74

三、为公民尊严的维护提供行政保障 /78

第二章 非强制行政的实践状况 /83

第一节 非强制行政实践的宏观考察 /83

一、地域分布 /93

二、部门划分 /94

三、指导方式 /98

四、制度规范 /102

第二节 非强制行政过程中的几个问题 /104

一、非强制行政应注重类型均衡 /104

二、非强制行政不应取代强制行政 /108

三、行政奖励方式选择的两难困境 /114

四、行政调解应弱化权力因素 /121

五、签订行政合同应增强双方的对等性 /128

第三节 非强制行政的动机分析 /136

一、源自于内部和外部的压力 /138

二、作为地方经济发展的重要手段 /142

三、以督促守法为目的服务相对人 /151

四、为相对人提供利他帮助 /153

下篇 政府柔性执法的制度建构

第三章 构建非强制行政制度之缘起 /161

第一节 非强制行政制度的基本定位 /162

一、作为基点的一般性制度 /162

二、非强制行政制度的三个要素 /164

第二节 非强制行政制度的正当性证成 /169

一、非强制行政制度所强制的是行政机关而非相对人 /170

二、制度化并不影响非强制行政的柔性和灵活性 /171

三、制度化能够有效促进强制行政向非强制行政转化 /173

第三节 非强制行政制度的功能阐释 /174

一、有助于推进行政法治 /174

二、有助于提高行政效率 /176

三、有助于规范政府行为 /178

第四章 非强制行政制度的规范状况 /180

第一节 非强制行政制度的立法层次 /180

一、体系化的非强制行政制度 /181

二、具备法律文本格式的非强制行政制度 /184

三、以“意见”、“方案”等形态存在的非强制行政制度 /185

四、散见于各类规范中的非强制行政制度 /193

第二节 非强制行政制度的规范形式 /196

一、非强制行政的立法位阶 /196

二、非强制行政的类型设定 /199

第三节 非强制行政制度的公开情况 /202

一、非强制行政立法过程的公开 /202

二、非强制行政立法文本的公开 /205

第五章 非强制行政制度的规范内容 /211

第一节 非强制行政制度下的“工作机制”考察 /212

一、非强制“工作机制”的内容设定 /212

二、非强制“工作机制”的制度建议 /218

第二节 非强制行政制度下的“工作手段”考察 /222

一、非强制“工作手段”的规范方式 /222

二、非强制“工作指南”的几个问题 /226

第三节 非强制行政制度中的规范事项解析 /233

一、非强制行政制度的条款类型分布 /233

4 政府柔性执法的制度规范建构

二、非强制行政制度的程序事项限定 /237

第六章 非强制行政制度的规范效力 /243

第一节 非强制行政制度中的责任条款设定 /244

一、非强制行政责任条款的设定状况 /244

二、作为内部责任方式的公务员考核 /251

第二节 非强制行政制度中的救济条款设定 /261

一、非强制行政救济条款的设定状况 /261

二、作为内部救济途径的相对人投诉 /263

结语 /267

参考文献 /270

径行抑或绕行(代后记) /286

导 言

一、问题的提出

2004 年,国务院在《全面推进依法行政实施纲要》中指出:应当“充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用”。2009 年,国家工商总局颁布了《关于工商行政管理机关全面推进行政指导工作的意见》,并指出:“推进行政指导工作是贯彻落实科学发展观,建设服务型政府,构建和谐社会,全面推进依法行政,实现监管与发展、监管与服务、监管与维权、监管与执法相统一的需要”。2010 年,国务院在《关于加强法治政府建设的意见》中指出:行政机关应当“改进和创新执法方式,坚持管理与服务并重、处置与疏导结合,实现法律效果与社会效果的统一”,“行政执法机关处理违法行为的手段和措施要适当适度,尽力避免或者减少对当事人权益的损害”。再次强调了执法方式改革在建设法治政府过程中的重要意义。而 2011 年颁布的《行政强制法》第 5 条明确规定:“采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。”这不仅将学理上的非强制执法手段正式纳入我国的行政法律系统中,而且明确地将“非强制相对于强制的优先适用”规定为行政执法的基本原则。

具体而言,“非强制前置”指的是,“采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。不管是设定还是实施应该是非强制手

段穷尽,尽可能采用非强制手段。”^{〔1〕}根据比例原则,行政机关在可以采用多种方式实现某一行政目的的情况下,应当采用对当事人权益损害最小的方式,这样做才是适当和合理的;对于执法手段而言,当强制手段和非强制手段都能达到行政目的时,应当采用非强制手段,不得采用强制手段。^{〔2〕}“为了实现行政目的,可能采用的行政手段有行政强制、行政处罚、行政许可、行政确认、行政裁决、行政指导、行政征收、行政合同等,在上述手段中,行政强制因其强制性而决定了其为最严厉的手段,对相对人的限制和侵害也较大,因而为了避免对相对人造成不必要的侵害,在采用非强制手段能够达到目的时,就不应采用强制手段。”^{〔3〕}究其原因乃在于,就某类行政事务而言,强制手段和非强制手段皆可实现行政目的——“现代社会国家不仅通过法律规定的强制规则,而且通过——实际上同样有效的——柔和的指导性手段(具有特定目的的宣传、倡议、不利后果的演示),鼓励公民实施特定的行为”。^{〔4〕}此时,虽然可以依照法律作出行政处罚和行政强制等行为,但如果刻板地采取属于“强行为”的强制手段,其社会效果就不如采取属于“弱行为”的行政指导等柔性手段,因为“强行为”的实施可能使政府与公众之间对立起来,严重的还会激化社会矛盾和冲突,这就需要通过“弱

〔1〕 莫于川主编:《中华人民共和国行政强制法释义》,中国法制出版社2011年版,第43页。

〔2〕 参见应松年、刘莘主编:《中华人民共和国行政强制法条文释义与案例适用》,中国市场出版社2011年版,第53~54页。

〔3〕 马怀德主编:《〈行政强制法〉条文释义及应用》,人民出版社2011年版,第18~19页。“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。”参见田文利:《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。只有“当支持服从的各种社会与心理因素,及行政管理机构可获取的其他方法未能导致人们的服从时”,才能“求助于制裁,制裁是对那些违反政策准则的人的惩罚或剥夺,旨在使人们不动所不希望的行为方式之念”。参见[美]詹姆斯·E.安德森:《公共决策》,唐亮译,华夏出版社1990年版,第150页。

〔4〕 [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第736页,着重号为引用者加。

行为前置方式”来进行调控。^{〔1〕} 2010年颁布实施的《上海市行政执法人员执法行为规范》第12条规定:“除法律、法规、规章另有规定外,行政执法人员对尚未造成严重危害后果,或者违法后果能够及时消除的违法行为,应当先进行告诫、引导、教育,并责令改正;对拒不改正的,再给予行政处罚。”这亦是强制前置原则在立法中的表现。然而不仅在立法层面,该原则在实践领域也已有了鲜明的体现:

案例1:在双塔东街,针对美特好超市无证装修的问题,执法人员对超市负责人进行了耐心、诚恳的说服劝导,得到支持和理解,超市负责人表示立即停工并补办相关手续。整改期满后,执法人员再次对该超市的装修行为进行了检查,发现其仍未办理相关手续,并照常施工。在连续两次劝导教育后,该超市仍未停止违法装修行为,对此,执法人员依照相关法律条文对其进行了处罚,并强制其停工整改,维护了法律的严肃性。^{〔2〕}

显然,在这一案例中,作为非强制执法方式的说服、劝导和教育被放置在了作为强制执法方式的处罚、强制之前适用——尽管该案发生在《行政强制法》颁布之前,但仍然体现了非强制前置原则。除该原则外,非强制行政的各种方式——包括行政指导、行政合同、行政调解、行政奖励、行政给付和行政信息服务等方式——也已广泛应用于各种行政活动中,比如:

案例2: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

〔1〕 参见曹静晖:《论中国行政指导的完善与强化》,中国经济出版社2007年版,第75页。

〔2〕 该案例参见“‘刚性处罚’变成‘柔性执法’”,载《太原日报》2011年4月22日第005版。

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,而食品消费投诉率呈下降趋势。^{〔1〕}

案例3:2011年10月9日,林某驾驶的二轮摩托车在市区东湖路与谢某驾驶的二轮摩托车发生碰撞,造成林某、谢某及林某的乘员黄某受伤,两车均不同程度的损坏。由于难以解决医疗费等赔偿问题,案件转交到多元调处中心调解。10月25日,两名调解员先后联系双方当事人,约定时间进行调解,耐心解释交警作出的事故责任认定意见,详细说明有关法律法规,表明各自的责任与义务,并仔细核查双方的医疗等费用,双方当天便达成了调解协议。^{〔2〕}

案例4:在布里希顿(Brishton)发生了一连串偷看女人洗澡的事件。警察知道这是当地一个重要工厂的副经理干的,每当这样的事报告到警察局之后,警察局就会给他的妻子打一个电话,“您的丈夫又干那种事了”。因为如果逮捕他,将把事情公之于众,并使他失掉工作。把这件事告诉他的妻子使他在家里受窘,这样的惩罚已足够了。另一件事是警察发现本地一位绅士的女儿半夜里醉卧街头,一丝不挂。他们带她到警察局,虽然她骂骂咧咧,却没有正式逮捕她,而只是把她的狼狈相拍了照,把照片给她的父母看,以便使他们确信问题的严重性并且“采取点措施”。但这件事并没有登到当地报纸上,当然,如果警察把这件事予以公布,几乎所有当地主要新闻栏都会报道这件事。^{〔3〕}

可以看出,案例2是一项以行政指导为核心的非强制行政范例,案例3

〔1〕 该案例参见福建省工商行政管理局:“关于泉州市工商局推行行政指导工作的报告”,载《工商行政管理》2009年第6期。

〔2〕 该案例参见黄元章、周婧:“东侨交警推出调解交通事故新模式”,载《闽东日报》2011年11月21日第B02版。

〔3〕 该案例参见[美]彼得·布劳、马歇尔·梅耶:《现代社会中的科层制》,马戎等译,学林出版社2001年版,第49~51页。

则是典型的行政调解行为——诸如此类的案例在当下的行政实践中已经屡见不鲜。来自于国外的案例4虽然严格来说难以归入“非强制行政”的学理范畴,但是,借助“通知妻子”、“通知父母”来替代“逮捕”,同样可以认为是用非强制手段替代了强制手段。我们希望通过案例4来证明的是,尽管“柔性执法”有着深厚的中国传统文化基础——就像霍存福教授所描述的那样,中国人注意到权力充分行使的“硬度”与不充分行使的“软度”,造成的是不同的气氛,存在着治理效果的重大差异;权力必须作适度的行使,领导者或掌权者不应麻木,权力行使要有情感因素^[1]——但至少在实践领域,其并不是仅于中国才得一见的执法现象。

而在学术领域,无论是1998年首倡非强制行政行为的崔卓兰教授,^[2]还是一直致力于行政指导研究的莫于川教授,^[3]以及其他对该问题展开深入研究的学者,^[4]都已对非强制行政/柔性执法/行政指导、行政奖励等

[1] 参见霍存福:《权力场——中国人的政治智慧》,辽宁人民出版社1998年版,第3~7页。

[2] 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、鲁鹏宇:“日本行政指导制度及其法律控制理论”,载《行政法学研究》2001年第3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127~148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;崔卓兰、刘福元:“非强制行政行为制度化探微”,载《法制与社会发展》2011年第3期,等等。

[3] 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,等等。

[4] 参见郭润生、宋功德:《论行政指导》,中国政法大学出版社1999年版;曹静晖:《论中国行政指导的完善与强化》,中国经济出版社2007年版;傅红伟:《行政奖励研究》,北京大学出版社2003年版;姬亚平:《行政奖励法制化研究》,法律出版社2009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》,知识产权出版社2008年版,等等。