

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: X2007156043

UDC \_\_\_\_\_

厦门大学

硕士学位论文

关于“执法风险”的理论分析

Theoretical Analysis about the “law enforcement risk”

周俊琪

指导教师姓名: 童锦治教授

专业名称: 工商管理(EMBA)

论文提交日期: 2013年6月

论文答辩日期: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2013年6月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 摘要

理论界对所谓“执法风险”的热议，引起行政部门对“执法风险”的担心和顾虑，进而导致行政执法效率低下，因此有必要从理论上予以厘清。本文围绕“执法风险”概念涉及的几方面问题，运用法学前沿理论，采用分析法学方法，进行层层推进式的理论分析，认为：（1）风险的本质是未来结果的不确定性，以现代风险理念来对照目前关于“执法风险”的种种定义，指出其只描述下侧风险的缺陷是明显的，其追求消除或降低风险的观点是片面的。（2）法与不确定性（风险）呈现双重关系，法是克服不确定性的重要手段，不确定性却又是法的本身特质，是产生“执法风险”的重要原因，执法风险不能简单地归由执法者承担。（3）基于行政行为应受法律规范、出于保障相对人的赔偿权利的考虑，行政违法才被归类为行政执法的可能后果，就下侧风险而言，“执法风险”的实质是“违法风险”。（4）行政执法当然要负责任，行政法律责任只能是国家赔偿责任，其位阶高于执法者承担的行政、刑事责任，二者不可相提并论，前者更是不容忽视。（5）执法的代理属性决定了“执法风险”由国家承担，执法者由于执法代理过程中的违法（渎职）而付出的代价，虽伴随执法而来，但并非执法本身。（6）执法下侧风险可以通过程序控制来予以降低，但程序对执法则是把双刃剑，因为风险干预须适用比例原则，然而不确定性使得比例原则适用困难。由以上分析得出的结论都是对目前关于“执法风险”的一般认识的否定。

分析表明，现有论述“执法风险”的文献所讨论的其实都是执法者风险。执法者风险是渎职的可能与渎职被行政、司法追究的可能之和，而执法风险作为一种客观存在有其自身涵义，执法风险不同于执法者风险。本文以税收行政执法为例，讨论了防范渎职风险，并提出了防范税务渎职的具体措施建议。

显然，讨论甚至是炒作“执法风险”，有其复杂的现实背景，必须予以深入剖析。行政执法需要一个正确的理论氛围和正常的社会环境。对行政执法的司法审查，须兼顾行政法领域中司法尊重（司法谦抑）重要原则，即法院对于行政机关在其行政职权范围内对法律条文作出的合理解释应给予充分的尊重。

要使执法—— 一定条件下的价值判断产生良好的社会效果，就应当在司法谦抑前提下，注重培养执法人员建立良好的执法伦理观。重构行政执法伦理，是为必要。

**关键词：**执法；行政；风险；不确定性；渎职

厦门大学博硕士论文摘要库

## Abstract

Hot discussion of the so-called “law enforcement risk” among theorists have already given rise to the authorities’ worry and scrupulosity about it, which in turn led to inefficiency in the administrative enforcement. Therefore, it is necessary to clarify this concept theoretically. Focusing on several aspects of “law enforcement risk”, this paper uses front theory of law and analytical jurisprudence to carry out progressive theoretical analysis. It is argued that:(1)The nature of risk is the uncertainty of the future. By contrasting the various current definitions of "law enforcement risk" with the modern concept of risk , it can be concluded that its defects of only describing the downside risks are apparent and its concept of pursuit to eliminate or reduce the risk is one-sided. (2)Law and uncertainty (risk) present dual relationships. Law is an important means to overcome uncertainty. Conversely uncertainty is the characteristic of law itself as well as a significant cause of "law enforcement risk". Enforcement risk burden cannot simply be distributed to law-executors. (3) Considering that administrative behavior should be subject to law and to protect the counterpart’s right to compensation, administrative violation was classified as the possible consequence of administrative law enforcement. In terms of the downside risks, the nature of “law enforcement risk” is “illegal risk”. (4) Administrative law enforcement should to be held liable, but it can only be state compensation liability, whose level is higher than the administrative or criminal liability of law-executors. The two cannot be comparable and what’s more, the former cannot be ignored. (5) The agent trait of law enforcement determines that "law enforcement risk" should be borne by the State. Although the price caused by illegal (malfeasance) behavior in the agent process of law enforcement is accompanied by law enforcement, it is not law enforcement in deed. (6) Downside risk of law enforcement can be reduced via the control from procedure. However, the risk intervention shall apply to the principle of proportionality, but it’s difficult because of the uncertainty, which made the procedure a double-edged sword for law

enforcement. Based on the analysis above , all the conclusions are negations to the current general understanding of the "law enforcement risk".

Analysis shows that what the existing literatures concerning "law enforcement risk" are discussing about is in fact the risk of law-executors, a combination of the possibility of malfeasance and its possibility of administrative or judicial accountability. In the contrary, as an objective reality, "law enforcement risk" has its own implication which is different from the risk of law-executors. Taking an example of the tax administration law enforcement, this paper discusses the prevention of malfeasance risk, as well as putting forward suggestions about concrete measures to prevent tax malfeasance.

Obviously, discussion or even hype of the "law enforcement risk" has complicated realistic background, which must be in-depth analysis. Administrative law enforcement requires a correct theoretical atmosphere and normal social environment. Judicial review of administrative law enforcement must have regard to the important principle, judicial respect (Judicial Humility), of administrative law. That is to say, the reasonable interpretation of legal provision within administrative authorities' functions and powers should be given full respect to by the court. To produce good social effects of law enforcement, value judgments under certain conditions, we should focus on training law enforcement officials to establish good ethics under the premise of Judicial Humility. It is essential to reconstruct the the administrative law enforcement ethics.

**Keywords:** law enforcement; administration; risk; uncertainty; malfeasance

# 目录

<b>第一章 导论</b> .....	<b>1</b>
<b>第一节 简要背景</b> .....	<b>1</b>
<b>第二节 相关文献综述</b> .....	<b>1</b>
<b>第三节 研究方法</b> .....	<b>3</b>
<b>第四节 创新与不足</b> .....	<b>4</b>
<b>第二章 对所谓“执法风险”的各层面分析</b> .....	<b>5</b>
<b>第一节 风险是未来结果的不确定性</b> .....	<b>5</b>
<b>一、关于风险的定义及其分析</b> .....	<b>5</b>
<b>二、对现代风险的本质认识</b> .....	<b>6</b>
<b>三、“执法风险”的定义问题</b> .....	<b>6</b>
<b>第二节 法与不确定性呈现双重关系</b> .....	<b>7</b>
<b>一、法是克服不确定性的重要手段</b> .....	<b>7</b>
<b>二、不确定性却是法的本身特质</b> .....	<b>8</b>
(一) 法的不确定性及其表现 .....	<b>8</b>
(二) 法不确定性也有积极意义 .....	<b>9</b>
<b>三、法不确定性与“执法风险”</b> .....	<b>9</b>
<b>第三节 行政违法才导致“执法风险”</b> .....	<b>9</b>
<b>一、行政执法概念比较与讨论</b> .....	<b>10</b>
(一) 行政执法属于行政行为 .....	<b>10</b>
(二) 行政执法概念比较 .....	<b>10</b>
<b>二、执法行为适法之实质加形式说</b> .....	<b>11</b>
(一) 执法行为适法的三个学说 .....	<b>11</b>
(二) 实质加形式说获普遍认同 .....	<b>11</b>
(三) 观点 .....	<b>12</b>
<b>三、行政行为公定力理论的发展与启示</b> .....	<b>12</b>
(一) 行政行为公定力理论的发展 .....	<b>12</b>

(二) 启示.....	13
四、行政执法的“合法”意义.....	13
五、小结：违法才有被追究的风险 .....	14
第四节 执法的行政法律责任是国家赔偿 .....	14
一、责任.....	15
二、法律责任.....	15
(一) 哈特的四种法律责任说.....	15
(二) 法律责任区别于义务.....	16
三、行政法律责任.....	16
第五节 代理属性决定了国家承担执法风险 .....	17
一、关于代理与代表的法学认识 .....	17
(一) 代理与代表的区别.....	17
(二) 行政执法属于代理.....	18
二、执法属代理是公共管理学界共识 .....	19
三、执法代理的风险由国家承担 .....	20
第六节 降执法下侧风险须适用比例原则 .....	22
一、执法“下侧风险”可以程序降低 .....	22
二、程序对执法则是把双刃剑 .....	22
三、风险干预适用比例原则困难 .....	23
第三章 防范渎职风险——以税收行政执法为例 .....	25
第一节 关于渎职罪的法律规定 .....	25
一、渎职罪 .....	25
二、提示与讨论 .....	28
第二节 公务员的职责与纪律 .....	29
一、公务员职责与纪律 .....	29
二、提示与讨论 .....	29
第三节 具体防范措施建议 .....	29
一、税收制度建设 .....	29
二、税收行政执法 .....	29

三、上级税务机关 .....	30
四、税务机关领导 .....	30
五、税务执法人员 .....	30
第四章 重构行政执法伦理（结论） .....	30
参考文献.....	32

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 第一章 导论

### 第一节 简要背景

近年来，所谓“执法风险”问题，有三大特点：

一是**关注度极高**。在 Google 网搜索“执法风险”（2013-01-04），结果耐人寻味：找到资讯约 1580 万条，数量庞大；

二是**呈三个现象**。探讨“执法风险”，呈现三个有意思的现象，一是“执法风险”本应归属于行政法问题，但法学理论界几乎不作探讨；二是注重法治的国外（发达国家）反倒是几乎不作探讨；三是除了税务部门，国内其他众多（50 余个）的执法部门也很少进行探讨。从出现顺序来看，前 10 条中 9 条与“税”相关；前 30 条中非“税”的仅 3 条。而与“税”无关的仅 1.78 万条，只占 0.55%；

三是**现实影响大**。现实状态与网搜情形相对应。笔者身处税务执法部门，深切感受到，由于“执法风险”观念风行，执法部门、尤其是基层一线行政执法的同志普遍感到风险很大，工作中消极、推诿现象严重，导致行政执法效率低下。

面对众口一词的所谓“执法风险”及其产生的巨大消极影响，必须进行根本、彻底、深入的理论分析。本文力求能够得出全新的理论结论，否定所谓“执法风险”用语，从而扭转人们的认识，改变执法现实中的消极状态。

### 第二节 相关文献综述

一、文献检索表明，研究“执法风险”，各执法部门对概念的代表性表述为：

（一）**税务**——“所谓税收执法风险，一般来说就是指税务人员在税收执法过程中发生未按照或未完全按照法律、行政法规、规章要求的行为执法或履行职责，侵犯、损害了国家和人民群众的利益，给国家或人民群众造成一定的物质或精神上的损失以及应履行而未履行职责所应承担的行政责任或刑事责

任。”<sup>①</sup>

(二) **海关**——“执法风险是指在执法过程中，由于主客观因素的影响，导致达不到预期监管目标要求，致使法律法规和规章制度得不到有效执行，国家利益遭受不同程度损害的潜在可能性。执法风险蕴藏于行政权力运行过程，体现于具体行政行为之中，其产生的因素包括法律法规不健全、执法程序设计存在漏洞等，但执法人员自身素质和能力是决定性因素。”<sup>②</sup>

(三) **工商**——“工商行政管理执法风险是指工商行政管理部门在履行市场监管和行政执法职能过程中，由于种种不确定性因素而导致的各种潜在危险。”<sup>③</sup>

(四) **药品监督管理**——“药品行政执法风险狭义的讲是指药品行政执法机关的行政行为人因执法不当、执法错误或行政不作为而引起的不利后果和不利影响，包括行政复议被撤、行政诉讼败诉、错误实施行政处罚而导致被追究刑事责任、行政责任和赔偿责任等，但不少法学者认为，这仅仅概括了执法者内在因素形成的执法风险，在执法实践中，由于外在因素造成的对行政机关的行政行为的人身、名誉、财产甚至心理上的伤害或损失也应当归于执法风险的范畴。”<sup>④</sup>

(五) **烟草专卖**——“烟草专卖执法风险，是指烟草专卖管理部门及其工作人员在烟草专卖执法过程中，因执法主体的作为和不作为可能使烟草专卖管理职能失效，或在行使权力或履行职责的过程中，因故意或过失，侵犯了国家或行政管理相对人的合法权益，从而引发法律后果，需要承担行政责任、刑事责任等各种危险因素的组合。”<sup>⑤</sup>

其中，税务“执法风险”概念最具代表性。

二、以税收执法风险为例，已有研究文献的论述范式通常为：<sup>⑥</sup>

**首先**，讨论税收执法风险的表现形式：一是执法不严，主要表现在个别税务人员执法随意、疏于管理、玩忽职守、推诿扯皮、处罚不当、违法不究等方面；二是执法不规范，主要表现为部分税务人员因执法水平低下，执法程序、

① 钟广池 林昊：《税收执法风险与对策研究》，《行政与法》2009年第3期。

② 胡玉敏：《同步防控执法风险和廉政风险问题研究》，《中国监察》2011年第24期。

③ 《规避执法风险 改善执法环境》，<http://www.saic.gov.cn/>。2013-05-05。

④ 《基层药品执法风险探讨》，<http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpclw/>。2013-05-05。

⑤ 《防范烟草专卖执法风险的思考》，<http://www.tobaccochina.com/management/>。2013-05-05。

⑥ 以下部分参见 钟广池 林昊：《税收执法风险与对策研究》，《行政与法》2009年第3期。

手段等不规范，可能导致执法无效或被追究责任；三是执法不廉，主要表现为一些干部依法行政的意识淡薄，不严于律己，执法不公，利用职务上的便利索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋利益；四是执法不文明，主要表现为执法方式简单，执法手段粗暴，引发征纳双方矛盾激化，导致执法环境恶化，纳税人投诉增多等等。

**其次**，分析税收执法风险的成因：1.政策原因，一是政策不完善，二是政策的预期性高，三是学习意识不强，四是政策落实不到位；2.环境原因，一是地方政府干涉税收工作，二是税收立法与我国法律体系不协调，三是人情干扰执法；3.内部原因，一是部分执法人员税收业务水平不高，二是一些税务执法人员重实体轻程序的现象依然存在，三是一些税务干部政治思想素质不高，责任心不强，甚至存在随意执法、滥用职权的现象。

**再次**，提出防范税收执法风险的对策：一是加强教育培训，增强执法风险意识；二是建立和完善内部管理监督制约机制，强化税收执法监督；三是加强部门协作和宣传教育，优化税收执法环境。

三、网载较多的是，各地执法部门纷纷查找出众多的所谓岗位责任“风险点”，最后提出一些防范风险的措施。为了帮助一线执法人员增强对税收执法风险的认识，中国税务出版社2011年3月出版了《防范税收执法风险指引》一书。

### 第三节 研究方法

面对各执法部门如此热衷于探讨“执法风险”的现象，我们要问：原因何在？理论基础何在？认识程度如何？解决什么问题？显然，洋洋大观的探讨并没能解决我们的上述疑虑。本文认为，所谓“执法风险”问题，主要属于行政法学的研究范畴。本文主要围绕“执法风险”概念展开讨论，因为，从某种意义上说，学术的就是现象的概念化和概念的规范化，作为人类思维的基本单位——概念在学术研究和学术对话中具有重要的作用，知识由概念构成，而概念的类型决定知识的类型。作为法律方法论的分析法学主张，法律研究应注重从逻辑和形式上分析实在的法律概念和规范，并形成了一套以逻辑分析和语言分析为基础的系统而精密的法律分析方法。为此，本文着重围绕“税收执法风险”概念涉及

的几方面问题，运用主流、前沿的法学基本理论，采用分析法学方法，进行逻辑关系层层推进式的理论分析。

#### 第四节 创新与不足

本文大量引用主流、前沿的法学基本理论为论据，阐述对“执法风险”各层面相关问题的基本认识，推论出对“执法风险”用语否定性的全新结论。

曾有学者不无遗憾地说过，我们必须切记，法律是一个十分奇怪的家伙，对于法律来说，最科学的不一定就是最好的，这也是分析法学有时“吃力不讨好”的地方。本文论证过程艰难，对执法实践的指导意义却不够充分。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库