

为什么选择性执法？

制度动因及其规制

黄 锬*

摘 要 选择性执法源于一系列制度约束条件的客观存在,具有必然性。政策型选择性执法的制度约束条件是,行政执法机关的组织结构特征决定了其无可避免地嵌入到地方政府实现中心工作的框架中,特定政策目标替代了维护理想法律秩序的执法目标。成本型选择性执法源于直接执法成本与间接执法成本的约束,前者决定了完全执法是不可能且没有必要的,后者使选择性执法成为行政执法机关缓解成文法规则与社会具体情境之间矛盾的途径。回应型选择性执法源于以“人民当家作主”理念为中心的代表制民主决定了政府的正当性来自于对民意的有效回应,这种正当性基础要求行政执法机关必须通过选择性执法积极回应基本民意与焦点民意。由此,有效规制政策型与回应型选择性执法的途径是将“是否在裁量权范围内实施选择性执法”纳入到政府考核评价体系中。有效规制成本型选择性执法的途径是在财政上保障行政执法机关充足的经费、建立有效的行政法执法反馈机制等。

关键词 选择性执法 政策型选择性执法 成本型选择性执法 回应型选择性执法

选择性执法一般是指行政执法机关根据具体情势的需要,有时严格、有时放松某部法律的执行,或有时对某个案件采取特别对待、视情况而定的执法方式。^{〔1〕}这种特殊的行政执法方式常被认为阻碍了严格执法理念的实现,是需要加以防范和消除的执法现象。但是在行政执法实践中,选择性执法却始终顽强地存在,并没有因对严格执法理念的强调而消失,也尚未探明对其进行有效规制的途径。从社科法学的视角看来,任何一种长期且稳定存在的社会现象

* 同济大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金项目“选择性行政执法的法律规制研究”(项目编号:17BFX175)的阶段性成果。

〔1〕 参见戴治勇:“选择性执法”,《法学研究》2008年第4期,第30页。

背后总会有相应的制度约束条件给予支撑,这些制度约束条件是特定社会现象存续的主要理由,也即特定社会现象的制度动因。^{〔2〕}如果要改变特定的社会现象,从根本上而言就需要调整这些制度约束条件,来引导社会现象形态的变化。选择性执法就是在行政执法领域中长期且稳定存在的执法现象,它的存续也有着自身无法摆脱的一系列制度约束条件,是行政执法机关在各种约束条件下作出的相对最优化的执法选择。如果要规制选择性执法,那么就应先认清这些制度约束条件,理解选择性执法出现的制度动因,然后才有可能发现对其进行规制的有效途径。

不过,由于社会现象的无限复杂性,选择性执法现象本身也存在着多重面相,想要穷尽所有的制度约束条件是不现实的。因此,比较务实的研究方法是运用韦伯意义上的理想类型理论工具,^{〔3〕}提炼出具备共同核心特性的选择性执法理想类型,然后研究不同理想类型下选择性执法存续的制度动因,进而才能探寻规制选择性执法的有效途径。基于这一研究思路,本文从行政执法机关实施选择性执法制度动因的角度将其区分为政策型选择性执法、成本型选择性执法和回应型选择性执法三种理想类型,进而分析这三种理想类型中凝练的行政执法机关实施选择性执法的不同制度动因,并在此基础上归纳总结对选择性执法进行有效规制的一般途径,以期能为严格执法理念的实现提供一点智识贡献。

一、政策型选择性执法及其制度动因

政策型选择性执法意指各级政府将行政执法作为强有力的政策工具,用特定时期的政策目标来替代维护法律秩序的传统执法目标,进而实施的选择性执法。从应然的角度而言,行政执法的目标是维护理想的法律秩序。理想的法律秩序是主权国家通过立法活动确立的行为规则体系,通过对社会主体行为的规范实现人与人之间的合作秩序,进而形成稳定的社会秩序,作为社会发展的基础。但这一理想的法律秩序毕竟只是写在纸面上的法,要将这种纸面上的法转换成为尤金·埃利希(Eugen Ehrlich)意义上的“活法”,^{〔4〕}真正成为社会主体行为所遵循的行为规范,则必然需要执法主体的执法活动来矫正违法主体对理想法律秩序的破坏。因此在传统的执法理论下,行政执法的目标应是对行政法律规范建构的理想法律秩序进行维护,通过惩戒行政违法主体来修复被破坏的行为规则体系。

〔2〕 苏力在提出语境论研究进路时曾指出,要把法律制度和规则都视为在某些相对稳定的制约条件下对于常规的社会问题的一种比较经济化的回应。参见苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第235—236页。

〔3〕 韦伯式理想类型研究方法的简介参见(德)马克斯·韦伯:《经济与社会》(第1卷),阎克文译,上海人民出版社2019年版,第16—22页。

〔4〕 参见(德)托马斯·莱赛尔,《法社会学导论》(第五版),高旭军等译,上海人民出版社2011年版,第68页。

然而,这种应然意义上的行政执法目标在实际的行政执法活动中发生了变化,经常被行政执法机关的同级政府意欲实现的特定政策目标所替代,进而不得不通过选择性执法的手段来协助实现同级政府确定的特定政策目标,出现了所谓“目标替代”的组织运行现象。菲利普·赛尔兹尼克(Philip Selznick)曾指出“目标替代”是一个组织在运作过程中,其原本的组织目标被组织中的非正式结构所更改,从而出现新的目标取代原有组织目标的情形。^{〔5〕}周雪光曾论及罗伯特·米歇尔斯(Robert Michels)也同样提出了这一概念,指出许多组织的正式目标在组织演化过程中都被替代。^{〔6〕}可见目标替代是组织行为中的一种常见的特殊现象,行政执法机关作为组织的一种形式,也会存在类似的目标替代现象,从而导致政策型选择性执法的出现。

根据行政执法机关的同级政府意图实现的特定政策目标不同,行政执法行为会呈现选择性强执法和选择性弱执法两种可能性。选择性强执法意指行政执法机关在行政裁量权限范围内选择更严格地执法,甚至超过裁量权限范围的上限进行执法。典型如在国庆六十周年庆典之前,公安部发布“8.20”通知^{〔7〕}要求下属的消防执法机关对在具有火灾爆炸危险场所吸烟者一律行政拘留5日。重庆市消防部门据此对一名在批发市场内吸烟的男子拘留5日,引发了广泛争议。^{〔8〕}在这一实例中,公安消防执法机关事实上取消了《消防法》第63条授予的裁量权幅度,而是对违法吸烟者统一实施顶格处罚,相较于之前对类似违法吸烟行为的处罚,凸现出其选择性强执法的特征。选择性弱执法意指行政执法机关在行政裁量权限范围内更宽松地执法,甚至低于裁量权限范围下限进行执法乃至执法不作为(也即执法强度为零)。典型如在2020年新冠疫情被遏制后,确保复工复产成为各地政府最为重要的政策目标,济南市公安交警部门推出保障复工复产、服务经济社会发展的十条举措,其中就包括对运送复工复产人员以及相关物资车辆出现的轻微交通违法行为不予处罚。^{〔9〕}在这一实例中,公安交警执法机关对涉及复工复产的轻微交通违法行为不予处罚,相较于之前对同类型交通违法行为的处罚,凸现了其选择性弱执法的特征。

无论是选择性强执法抑或选择性弱执法,都是基于特定时期政府政策目标对传统执法目标的替代。选择性强执法的实例中是用严格保证六十周年国庆庆典安全的政策目标替代维护

〔5〕 See Philip Selznick, “An Approach to a Theory of Bureaucracy”, *American Sociological Review*, Vol.8, No.1, 1943, pp. 47—54.

〔6〕 参见周雪光:《组织社会学十讲》,社会科学文献出版社2003年版,第13页。

〔7〕 《公安部消防局:坚持“六个一律”做好国庆安保工作》,载中华人民共和国中央人民政府网,http://www.gov.cn/jrzq/2009-08/20/content_1397579.htm,最后访问日期:2021年4月2日。

〔8〕 参见章志远:“作为行政裁量‘法外’依据的公共政策——兼论行政裁量的法外控制技术”,《浙江学刊》2010年第3期,第144页。

〔9〕 “疫情期间济南货车解除限行,轻微违法不处罚”,载济南市人民政府新闻办公室官网,http://www.jn.gov.cn/html/2020/mtjj_0218/1616.html,最后访问日期:2021年4月2日。

消防法秩序的传统执法目标,选择性弱执法的实例中是用确保顺利复工复产的政策目标替代维护交通法秩序的传统执法目标。

行政执法中的这种目标替代源自于我国行政执法机关的组织结构特征:我国的行政执法机关的组织体系非常分散,在2018年中共中央印发《深化党和国家机构改革方案》、提出深化行政执法体制改革之前,我国的行政执法权力分散在十多个政府工作部门手中,各自为政、各行其是。并且具体的行政执法机关大多只是各级政府工作部门的下属事业单位,许多行政执法人员都不具有正式的行政编制,而只是事业编制。即使在2018年开始行政执法体制改革,要求各地成立五支综合行政执法队伍之后,^[10]这种机构性质和人员编制的状态也没有发生太大的变化。许多地方政府成立相应的综合执法队伍后,仍然将综合执法队伍的组织性质定性为事业单位,隶属于特定的政府工作部门。例如各地组建的交通运输综合行政执法队通常是隶属于当地交通运输局的直属事业单位,执法人员也大多数并非正式的公务员编制。这样的组织结构特征意味着行政执法机关仅仅只是地方政府工作部门的一个内设机构,其职权也只是地方政府工作部门职权的一部分而已。具体的行政执法人员不但行政级别不高,而且不具有正式的行政编制,不属于正式的公务员。行政执法机关就整体而言在地方政府组织体系内的话语权很小,地方政府及其工作部门对行政执法机关具有说一不二的的影响力。

因此,与韦伯式的职权明确、分工清晰的法理化官僚科层体系不同,我国的行政执法机关虽然也在行政组织法上有其正式的法定权责划分与厘定(如各级政府制定的“三定方案”)。但是在实际的组织运作过程中,这些法定的权责结构并不能成为行政执法机关拒绝同级地方政府下达其他任务的屏障。相反,行政执法机关除了承担自身的法定职权工作外,还需要承担由同级地方政府委派的许多非法定化的隐性任务。这些隐性任务主要源自于同级地方政府所要实现的“中心工作”。^[11]

中心工作是各级政府长期或在特定时期需要完成的首要任务,它通常来自于上级政府(包括中央政府)自上而下的政策性指引。在中国式的“一统体制”下,^[12]地方政府主政官员将会跟随上级政府(包括中央政府)政策规划和注意力变化的方向,确定本辖区范围内的中心工作。中心工作的完成度往往是上级政府决定下级政府主政官员晋升与否的衡量标准,关系着各级

[10] 2018年中共中央印发的《深化党和国家机构改革方案》中,提出要深化行政执法体制改革,整合组建五支综合执法队伍,包括市场监管综合执法队伍(整合了工商、质检、食品、药品、物价、商标、专利等执法职责)、生态环境保护综合执法队伍(整合了环境保护和国土、农业、水利、海洋等部门相关污染防治和生态保护执法职责)、文化市场综合执法队伍(整合了文化、文物、出版、广播电视、电影、旅游市场的执法职责)、交通运输综合执法队伍(整合了交通运输系统内路政、运政等涉及交通运输的执法职责)、农业综合执法队伍(整合了农业系统内兽医兽药、生猪屠宰、种子、化肥、农药、农机、农产品质量等执法职责)。

[11] 参见何艳玲:“中国土地执法摇摆现象及其解释”,《法学研究》2013年第6期,第66页。

[12] 参见周雪光:《中国国家治理的制度逻辑——一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第12页。

政府主政官员的仕途发展。因此中心工作是各级政府的主政官员长期或在特定时期内关注的焦点,各级政府的主政官员会调动自身所掌握的行政资源全力确保实现中心工作。中心工作确定后,各级政府就会将其细化到各个政府部门工作考评指标体系中,调动政府工作部门人员的工作积极性。这些考评指标一般都是以数字化的评分项出现,其评分高低将会直接决定政府部门工作人员的工作绩效和仕途,因此发挥着直接的强制引导功能,在科层体系中呈现出了类似于“数目字管理”的特征。^{〔13〕} 行政执法机关作为地方政府工作部门的下属机构,且又掌握着强制性的执法权力,无疑会被作为完成中心工作的重要力量,无可避免地嵌入到实现中心工作的组织结构中,围绕着中心工作开展行政执法活动。

地方政府日常比较稳定的中心任务就是经济发展工作(含招商引资、经济园区建设、财政收入、扶贫开发等),这在日常考评指标体系中占据了主要分值。^{〔14〕} 由此,行政执法机关除了履行行政组织法授予的法定专业行政职责外(维护成文法设定的理想法律秩序),还履行着配合完成同级政府中心工作的实际职责。一旦行政执法活动与完成政府中心工作的目标相背离,那么就会出现选择性执法以便配合中心工作的实现。典型的例子是各地治理货车超载超限的执法活动普遍乏力,其主要原因之一就在于严格的超载超限执法在短期内会对本地经济发展产生负面影响。另外,如果在特定时期上级政府布置了特殊工作任务时,这种任务也会被迅速纳入到各级政府的中心任务中。例如上文提到的新冠疫情被遏制后的选择性执法,就源于彼时确保复工复产的顺利进行成为中央政府关注重点,该任务也就被逐级下放布置到地方各级政府,成为地方各级政府在特殊时期的中心任务。地方政府随之调动本级政府下属各个工作部门的力量,围绕着复工复产的中心任务开展工作。在此过程中,行政执法机关(公安交警部门)就成为实现复工复产这一中心工作的一股重要力量,此时维持理想法律秩序的应然行政执法目标就被复工复产的政策目标所取代,行政执法机关就以是否有利于实现复工复产为衡量标准,选择性实施强执法或弱执法。

可见,我国的行政执法机关并非完全意义上韦伯式法理化官僚科层体系中的一份子,仅依据法定职责按部就班地从事行政执法活动,却更像是一台仪器的万向轮,虽然基本的功能保持不变(行政执法),但是其滚动并非沿着固定的方向(维护理想的法律秩序),而是随着整体仪器的需要改变着滚动的方向(协助实现政府的中心任务)。这种行政组织结构特征决定了,在围绕政府中心工作而实施的执法活动中,强执法或弱执法就会随着政府政策目标的不同而被行

〔13〕 黄仁宇在其著作中反复提及数目字管理的重要性,参见黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》,三联书店出版社1997年版,第32—463页;周雪光则认为数目字管理属于技术治理手段,无法解决超大规模国家所面临的治理负荷与挑战,周雪光,见前注〔12〕,第18页。

〔14〕 参见欧阳静:《强治理与弱治理——基层治理中的主体、机制与资源》,社会科学文献出版社2018年版,第47—60页。

政执法机关所选择,构成政策型选择性执法。

二、成本型选择性执法及其制度动因

成本型选择性执法意指行政执法机关基于执法成本的限制而实施的选择性执法。此类选择性执法的特征在于通常以选择性执法不作为(也即执法强度为零)的面目出现。例如交警并非对所有交通违法行为都进行处罚,而总是选择对其中部分交通违法主体施以惩罚。这种执法不作为一般不会得到法定的决定裁量权的授予(如《道路交通安全法》中并没有授权交警有权对交通违法不予处罚),而是由于执法成本的限制导致在客观上就难以全面执法,只能选择性执法。执法成本是行政执法机关实施执法行为所支付的对价,可以分为直接执法成本和间接执法成本两个部分。^[15]这两种执法成本作为执法的约束条件都会导致行政执法机关实施选择性执法,但是其约束产生的机理并不一样,进而导致引发选择性执法的制度动因也不一样。

(一)直接执法成本的约束

行政执法的直接执法成本包括维持执法活动的运行必须花费的人员经费、工具配备与时间精力等,是行政执法机关完成执法案件时必然支出的成本。自贝克尔创立执法经济学以来,^[16]直接执法成本已经广为人们所接受。即使从一般常理上人们也能理解,行政执法并非免费的午餐,行政执法人员的聘任与薪金支付、执法设备的配备与更新、执法时间精力的分配都需要耗费相应的执法成本。从执法经济学的视角看来,执法成本的边际增加会伴随着执法收益的边际递减,而当执法的边际成本等于边际收益时,就达到了最优执法的状态。这意味着百分之百的完全执法是不可能的,违法行为的存在有其必然性,意图消灭所有违法行为会导致执法成本支出的无穷大,而超过边际成本与边际收益相等的均衡点后继续支出的执法成本是不经济的。

同时,投入无穷大的执法成本以实现完全执法也是没有必要的。因为根据执法的威慑理论,行政执法的应然目标在于维护理想法律秩序的实现,实现这一目标的重要途径就是通过执法来惩罚违法主体,形成对未来潜在违法主体的威慑,防止违法行为再次出现破坏理想的法律秩序。从这种意义上而言,行政执法的直接成本支出所获取的直接收益是对潜在违法者所产生的威慑力,威慑其不实施破坏法律秩序的行为。不过,威慑的形成并非只来源于违法行为被发现并受到惩罚的概率(完全执法意味着发现并惩罚率为100%),而是来源于通过执法力度

[15] 参见杨晓维、张云辉:“从威慑到最优执法理论:经济学的视角”,《南京社会科学》2010年第12期,第19页。

[16] 参见(美)加里·S.贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社2015年版,第41—89页。

实现的违法行为被发现概率与对违法行为进行的惩罚力度之间的组合。也就是说，在支出的执法成本确定的前提下，通过调整违法行为被发现的概率和对违法行为的惩罚力度的大小，存在多种能达到相同威慑力度的排列组合。这就意味着，即使没有发现并惩罚所有违法行为（完全执法），仍能够通过惩罚力度的调整形成相同的威慑力来维护理想法律秩序的存在，也即选择性执法同样可以形成维护理想法律秩序所必需的威慑力。^{〔17〕}

用上述交警选择性执法的例子能使我们更容易理解这一点：在交通行政执法中，交警之所以总是选择性地对部分交通违法主体进行处罚，是因为如果要杜绝所有交通违法行为，那么所支出的执法成本会趋向于无穷大。例如必须在所有路口都布置交警或安装摄像头，并且配置无限警力确保交通处罚决定的强制实现，防止罚单成为空文。这样无限制的执法成本投入显然是不可能的，行政机关不会在交通执法上无限制投入执法资源来杜绝所有的交通违法行为，它还有其他的多元行政任务目标需要执法资源的投入来实现。也即完全的交通行政执法不可能存在，交通行政执法必然是选择性的。同时，虽然交警是选择性地对交通违法行为进行执法，但这并不意味着交通行政法律秩序就无法维护。事实上，这种选择性执法通过增加交通主体实施违法行为可能被执法的不确定感，已经产生了对交通主体必要的威慑力，足以督促大多数人遵守交通法律规范，维持大体上有序的交通秩序。虽然交通违法行为仍然存在，也必然存在，但这并不妨碍交通行政法律秩序大体上的形成与维系。因而，在行政执法直接成本的约束下，成本型选择性执法必然会存在。

此外，徐昕在对私人执法的研究过程中还提出了一种有意思的观点。他指出立法者已经预料到在直接执法成本及其他因素的影响下，选择性执法是不可避免的。因此为了抵消这种“执法折扣”，立法者在立法时就有意制定了“过度”的法律规范，也即比较其真实意图所要实现的立法目标要高出一截的法律规范。这样在实际的执法过程中，行政执法机关在执法成本约束之下实施的选择性执法所形成的执法折扣，就会抵消掉法律规范中过度的这一部分，反而实现了立法者所意图达到的真正目标，甚至高于立法者的预期。^{〔18〕}虽然徐昕是在民事诉讼中观察到此类现象，但是类似的现象在基层行政执法中也的确被学者所观察到。如王波的研究发现，在工商机关实施的产品质量与食品安全专项整治行动中，管制性的行政法规则制造了“违法过剩”的状态，行政执法机关则通过“从重点出发的选择性执法”选择成文法规则中的重点领域进行强力执法，从而使“强力执法与违法过剩处于奇特的共生状态”。^{〔19〕}

可见，成文法在设定理想法律秩序时，其理想状态的实现受制于实际执法时直接成本的制约。或许在无限制支出直接执法成本的前提下能够实现理想的法律秩序状态，但是无限制支

〔17〕 参见李波：《公共执法与私人执法的比较经济研究》，北京大学出版社 2008 年版，第 27—28 页。也可参见戴志勇，见前注〔1〕，第 28 页。

〔18〕 参见徐昕：《论私力救济》，广西师范大学出版社 2015 年版，第 256—258 页。

〔19〕 王波：《执法过程的性质》，法律出版社 2011 年版，第 57—59 页。

出直接执法成本是不现实的,从而导致行政执法机关必然只能通过选择性执法来回应直接执法成本的约束。不过即使是通过选择性执法来应对直接执法成本的制约,仍然还是有可能对潜在违法者形成必要的威慑,从而大体上维护成文法所设定的理想法律秩序。

(二)间接执法成本的约束

间接执法成本是“当法律本身由于不能适应情势的变化而不尽合理、甚至为‘恶法’时,法律的严格实施可能导致社会损失或社会收益的减少。”^{〔20〕}间接执法成本并非在所有行政执法案件中都会发生,而只有在执法所依据的法律规范存在缺陷,无法适应行政执法案件的具体情境,行政执法机关却严格硬性执法时才可能会产生。

行政执法应然的目标是维持理想的行政法律秩序,而理想的行政法律秩序是通过行政法律规范予以创设的。细究之下会发现,在这种经典的法治言说中暗含着一个似乎不证自明的前提,那就是行政法律规范所创设的法律秩序是“理想”的。换言之,行政执法中的“法”是理想状态的法,因为只有理想状态的法才能创设出理想的法律秩序。事实上“严格执法”的法治言说中也暗含了这一前提,即严格所执的“法”被假设为理想状态的法,所以才需要严格地执行以实现其所创设的理想法律秩序。然而现实并非总是如此,法律也并非想象中的那样完美,法理学中“恶法”的问题常常会出现。并且,如果将“恶法”理解为偏离完美理想状态的中性意义上法律,而非极端意义上的邪恶之法,则或许恶法本身才是法律规范的常态。因而当行政执法机关严格执行此类意义上的恶法时,所产生的间接执法成本就会成为其不可承受之重,选择性执法也就成为行政执法机关缓解紧张状态的必选之策。具体而言,此类型的选择性执法产生的制度动因包括以下情形:

第一,法律规范的安定性与社会情境的变动性之间矛盾引发的选择性执法。拉德布鲁赫指出“安定性”是法的最基本的三种价值理念之一。^{〔21〕}法律规范的安定性意味着其不能朝夕改,而应当保持在相对较长时间内的稳定。因为只有这样,法律规范才能给人们以稳定的预期,引导人们的行为依据法律规范设定的行为模式实施,才能使法律有可能成为人们遵循的实际行为规则。然而,法律规范天然应具有的安定性在提供稳定预期的同时也导致了僵化的产生,保守与固化成为了硬币的另一面。僵化是相对于社会情境的变动性而言的,社会生活的复杂在于其处于不间断的流变之中,随着时间维度的延伸社会情境会不断发生变化,事实上这也是社会保持活力的必然要求,否则社会就将停滞乃至消亡。在社会情境的持续变动中,法律规范的安定性虽然为人们应对不确定性提供了依仗,但这也同时意味着从长期看,法律规范必将与变动的具体情境产生矛盾,必然落后于社会情境的变化,而法律规范的执行就会成为悖逆社会具体情境的强权行为,从而引发行政执法间接成本的激增,以至于行政执法机关只能通过选

〔20〕 戴治勇、杨晓维:“间接执法成本、间接损害与选择性执法”,《经济研究》2006年第9期,第94页。

〔21〕 参见(德)古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019年版,第35页。

择性执法来缓解间接执法成本的压力。

典型的例子是屡禁不绝的公路货运超载超限执法问题。虽然国家层面三令五申要严格公路货运超载超限执法,但是此类违法现象非但没有杜绝,反而在实践中出现了“以罚代管”的特殊执法现象,即行政执法机关通过选择性收取固定金额的罚款,允许货运主体在一定期限内超载超限运输而不予处罚。虽然导致这一行政执法现象的原因有很多,但是其中重要的原因之一在于设定超载超限标准的行政管制性法律规范相对滞后于社会情境的变化。^{〔22〕}如公路、桥梁技术的进步可以承受更重的货车、货车制造能力的进步可以承载更多的货物、社会经济状况的变化使得严格依照额定标准货运变得无利可图等,而通常以数字形式设定的超载超限标准却总是难以及时跟进。在这种矛盾之中,就会出现货运领域内的违法过剩现象,也即几乎所有货运主体都在实施超载超限,甚至不这样做就会在激烈的市场竞争中被淘汰。此时,如果行政执法机关严格依据超载超限的标准执法,那么可能会导致货运主体普遍的反抗,甚至引发群体性事件,间接执法成本由此显著提高。于是选择性执法就成为行政执法机关的必然选择,通过选择性的执法不作为,以缓解滞后的超载超限成文标准与社会具体情境之间的矛盾与冲突。

第二,民间自发形成的习惯法规则与国家制定的法律规范之间矛盾引发的选择性执法。民间自发形成的习惯法规则早在国家制定的成文法出现之前就已经存在,它是在人们互相交往的过程中,为了形成相互之间的合作关系,维系自身的生存与发展,在长期的重复博弈中形成的行为规则。即使是在国家制定的成文法出现之后,民间的习惯法规则也依然顽强地存在与延续,形成了埃里克森所说的“无需法律之秩序”。^{〔23〕}由于民间习惯法作为长期互动中形成的行为规则,在其潜移默化与路径依赖心理的影响之下,对人们的行为方式具有强劲的约束作用。如果国家制定的成文法中所设定的行为模式与之相矛盾,那么就会出现人们惯性的行为与成文法纸面上的行为规则发生激烈冲突,同样会出现违法过剩的现象。此时如果行政执法机关希望通过执法来矫正人们的行为,那么就可能会遇到强韧的抵抗,严格执法的间接成本也会迅速攀升。但是,如果行政执法机关此时完全停止法律执行,那么又会导致法律权威性的流失,因此就只能通过选择性执法在节约执法成本的同时重申法律规范的尊严。

典型的例子就是曾经引发巨大争议的禁止燃放烟花爆竹的管制性法律规范,在具体的执法过程中就曾遭到社会民众的顽强拒斥。作为有着千年燃放烟花爆竹传统的国度,在特定的时节(如春节)燃放烟花爆竹已经成为人们都会不自觉遵从的行为规范,成为民间习惯法中的经典规则,具有强大的行为惯性。国家立法机关通过成文法的形式禁止燃放,就与这一民间习惯法规则发生尖锐的矛盾,以至于行政执法机关在执法实践中遭遇了巨大的阻力,面临社会民

〔22〕 参见黄镔:“‘以罚代管’行政执法方式生成的制度机理研究——以公路货运‘治超’执法领域为基点的社科学分析”,《政治与法律》2016年第5期,第16—17页。

〔23〕 参见(美)罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

众的普遍抵制,几乎无法予以执行。如果硬性要求严格执法,那么就可能会引发巨大的抗议乃至群体性事件,间接执法成本也会显著攀升。由此,行政执法机关就不得不采用选择性执法的方式,放弃对多数违法燃放行为的严格执法,以至于倒逼成文法规则的制定机关修订规则,从“禁放”改为“限放”。〔24〕

从本质上而言,这两种情形都是由于成文法律规范与具体社会情境之间矛盾导致严格执法会产生巨大的间接执法成本,从而使行政执法机关不得不采用选择性执法避免这些间接成本的支出。这些间接执法成本与上文所述的直接执法成本共同成为成本型选择性执法产生的制度动因。

三、回应型选择性执法及其制度动因

回应型选择性执法意指在具有重大影响力的社会事件发生后,民意通过媒体通道形成对政府部门的强大舆论压力,行政执法机关为回应汹涌的民意而实施的选择性执法。此类选择性执法的特点在于通常都体现为选择性强执法,行政执法机关会在重大社会事件引发强烈的群体情绪之后,迅速以专项整治的方式启动声势浩大的执法活动,以明显强于日常管理的执法强度并配备以媒体的广泛关注,对特定违法行为予以严厉惩治。选择性执法由此成为平复社会突发群体情绪的重要工具。典型如在发生重大校车事故造成严重伤亡,引发社会民众强烈关注时,迅速开展整治校车相关违法行为的执法活动。又如在发生重大食品安全事故导致群情激愤时,立即组织轰轰烈烈的专项执法,严惩相关违法人员,以便有效回应民意。

揭示回应型选择性执法产生的制度动因,应先理解在我国特殊的社会政治经济环境中,行政执法与民意之间的关系。王绍光的研究指出,如果从政道而非政体的角度观察,民主的关键在于政府能够在多大程度上回应民众的需求。〔25〕中国语境下以“人民当家作主”理念为中心的代表制民主与西方国家以竞争性选举程序为中心的代议制民主有所不同,前者更强调政府应在内容与实质上反映民众的实际需求,更接近古典民主观。后者更强调在形式与程序上政府的主政者应通过选举程序产生,至于主政者成功获选后的实际行为是否切实反映了民众的实际需求,并非关注的重点。〔26〕这意味着在中国语境下,政府的正当性主要来源于是否能够真正满足民众的需求,在此意义上“为人民服务”并非空洞的口号,而是体现了政府正当性的基础。虽然在实际的政府运行过程中,并非所有成员都会清楚地意识到这一点,但这种正当性来源却会在最基本的层面上发挥着持续影响,成为韦伯式支配性权力的基础,〔27〕并通过各种具

〔24〕 参见王锡锌:“中国行政执法困境的个案解读”,《法学研究》2005年第3期,第40页。

〔25〕 参见王绍光:《中国·政道》,中国人民大学出版社2014年版,第109页。

〔26〕 同上注,第192—195页。

〔27〕 参见(德)马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简美惠译,上海三联书店2020年版,第19页。

体制度设置引导各级政府机关对民众需求的回应。诸如荣敬本提出的“压力型体制”、〔28〕周黎安提出的“政治锦标赛”与“行政发包”、〔29〕张五常提出的“县际竞争”等都可以理解为对这些具体引导制度设置的学理概括。〔30〕而通常所说的民意就是民众需求的表现形式，因此政府机关对民众需求的回应也就主要体现为对民意的回应。行政执法机关作为政府机关的组成部分，无论是在应然抑或实然意义上，都将体现对民意的回应。

然而民意是一个不确定概念，其所包含的内容在异时异地都会存在不同，甚至会相互矛盾。那么政府应选择对何种民意予以回应？对此我们可以区分“基本民意”与“焦点民意”两种类型的民意：基本民意是指通过国家顶层设计提炼出的较长时期内民众的最基本需求。改革开放后四十余年里我国以经济发展为中心，致力于满足人们日益增长的物质文化需要，直到近年来转向致力于满足人们日益增长的美好生活需要，这些都可以理解为在国家顶层设计上提炼出的民众最基本需求。对这种基本民意的回应形成了以经济建设为中心的国家意志倾向，并在国家的行政分支上形成了政府内部的GDP绩效主义导向，由此以GDP为衡量标准、以地方官员政治晋升锦标赛为动力源形成的地方政府横向间的激烈竞争，成为推动中国经济快速增长的动力引擎。〔31〕前述政策型选择性执法中，行政执法机关围绕地方政府经济发展的中心工作而实施的选择性执法从本质上而言，其实也体现了对这一基本民意的回应。

焦点民意则是指在重大社会事件发生后，通过媒体舆论迸发的积聚性民众需求。这种民意包含了民众因重大社会事件而积聚的突发性需求，通常都掺杂了强烈的群体情绪，如果不能得到及时引导，很有可能会被点燃如火山喷发，甚至出现群体性事件。群体性事件通常被认为是社会稳定的严重威胁，而在中国这样一个超大治理规模的国度，维护国家疆域内的社会稳定是最为重要问题之一，因而群体性事件也就成为被严防死守的对象。于是在官僚科层体系中演化出群体性事件的一票否决制，通过将地方官员仕途与防范群体性事件相关联，激励地方官员对可能引发群体性事件的任何苗头的高等重视，其中自然包括对焦点民意的重视。于是，在群体性事件一票否决制的重压之下，政府机关必须对焦点民意作出迅速地回应。此时选择性执法——特别是其中的选择性强执法——就成为回应的重要方式之一。

选择性强执法之所以能够成为政府回应焦点民意的重要方式，主要是因为重大社会事件中，经常会伴随许多与民众生活密切相关的不法行为的扩散，使民众感受到切肤之痛。如在重大公共卫生事件中，会出现商家乘机高价出售防疫类物资（如口罩、消毒液等）或者民生物资

〔28〕 参见荣敬本等：《从压力型体制向民主合作体制的转变——县乡两级政治体制改革》，中央编译出版社1998年版，第28页。

〔29〕 参见周黎安：《转型中的地方政府——官员激励与治理》，格致出版社、上海人民出版社2008年版，第87—190页。

〔30〕 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社2017年版，第141页。

〔31〕 参见张军、周黎安：《为增长而竞争——中国增长的政治经济学》，格致出版社、上海人民出版社2008年版，第115页。

(如蔬菜),从而引发民众的强烈不满。这种不满的情绪通常都是经由媒体(传统的报纸、电视,现代的新闻网站、自媒体等)的管道予以集中表达,并在受众的反馈中不断被循环叠加增强,最终形成政府机关可以感知的焦点民意。虽然商家在特殊时期高价出售物资有着供需关系失衡的背景,但是多数民众并不会去认真思考现象背后的经济学原理,而是会倾向于在自身利益受损时径行表达自身的不满与维护权益的需求。此时,行政执法机关选择针对不法行为的强力执法就显得尤为重要,因为这一方面可以显示其在履行法定的行政职责,体现了行政执法机关存在的必要性与正当性;另一方面,也是更重要的是,在当下这样一个注意力经济的时代,选择性强执法所具有的话题性更能获取大众的注意力,也更能迎合媒体的信息需要,便于获得媒体的主动关注与传播。如在2020年新冠疫情期间,河南有超市出售63元一颗的大白菜,很快被行政执法机关依据《价格违法行为行政处罚规定》处以罚款50万元的严厉处罚。这一事例立即受到了媒体广泛的关注与报道,行政执法机关也受到了民众众口一词的称赞,被认为是“想人民之所想、急人民之所急”。

获得媒体的主动关注与传播对于政府而言是非常重要的,因为焦点民意不但主要是通过媒体予以表达,而且也主要是通过媒体得到回应,多数民众都是通过媒体获知政府机关是否作出了回应行为。缺少了媒体的助力,即使政府机关对焦点民意作出了回应行为,也难以被民众迅速感知,激昂的情绪也难以得到迅速的舒缓。媒体为了吸引受众,对于具有话题性的题材更感兴趣。程式化的日常行政执法活动并不具有引人瞩目的话题性,而选择性强执法中体现出来的戏剧化效果恰好符合媒体的选材要求,容易被媒体选中予以主动关注与传播,由此在政府对焦点民意的回应中自然被置于重要的地位。因此,对焦点民意的回应构成了回应型选择性执法的直接动因,行政执法机关通过选择性(强)执法彰显了政府存在的正当性基础。

四、选择性执法的一般规制途径

从以上对选择性执法的三种理想类型的制度动因分析可见,政策型选择性执法是基于行政执法机关作为政府体系一个有机组成部分而形成的,政府组织结构特征决定了此类选择性执法会持续存在。成本型选择性执法是基于行政执法成本的客观限制,以及行政执法的法律依据与社会具体情境之间必然存在的不一致而产生,也具有存在的必然性。回应型选择性执法是由政府存在的正当性基础所决定,主要出于回应焦点民意所形成,因而同样具有存在的必要性与必然性。所以,选择性执法现象的存在是难以完全杜绝的,事实上即使是在通常被认为是法治发达的美国,选择性执法的存在也被认为是不可避免,并常被认为是执法机关的必备权力。^[32] 由此,我们对规制选择性执法就能有更务实的认识,意识到选择性执法规制的主要

[32] 参见(美)肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第184—186页。

目标应是引导其走向法治化,而非将其完全消灭。详言之,依据上述对选择性执法理想类型的制度动因分析,我们可以通过以下途径对选择性执法进行有效规制:

第一,既然选择性执法的存在不可避免,那么务实有效的规制途径首先就是将选择性执法强度的变化幅度严格限定在法定行政裁量权范围内。行政裁量权范围是法律规范授予行政执法机关依具体情势变化而灵活选择执法力度的决定空间,其存在本身就是为避免法律规范的统一性可能导致的执法僵化,便利行政执法机关在面对无限丰富的社会事实时,将个案特殊的因素纳入执法考量的范围,以实现实质意义上的法治。政策型选择性执法中的政策目标和回应型选择性执法中的民意都可以理解为变动的社会事实,是行政执法所面对的具体情势变化的组成部分。行政裁量权的设定本意就是为了应对这些情势变化的需要,法定的裁量幅度正是限制行政执法力度强弱变动的约束空间。

无论是选择性强执法抑或弱执法,都应在行政裁量幅度范围内进行调整,要受到法定行政裁量权中的决定裁量与选择裁量的约束。其中决定裁量是指行政执法机关决定是否采取某个法定措施的裁量,而选择裁量是指在各种不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择哪一种措施的裁量。^[33] 它们的约束意味着行政执法机关在实行政策型、回应型选择性执法时,如果选择性强执法,则不能超出选择裁量的上限。如果选择性弱执法,则不能突破选择裁量的下限。而如果是选择性不执法(也就意味着执法强度减弱至零),则必须要有法定决定裁量权的授予。将选择性执法的强弱变化严格限定在法定行政裁量权范围内,至少能够从形式法治意义上保证行政执法行为的合法性,避免选择性执法破坏法律规范的稳定性与权威性。

第二,虽然将选择性执法的执法强度严格限制在法定的行政裁量权范围内能够确保其至少符合形式法治的要求,但是这种建议毕竟只是应然层面的主张。从实然层面而言,压力型体制下所产生的官僚组织的科层压力完全有可能迫使行政执法机关超越法定裁量权范围进行选择型执法。虽然从纯粹的法律视角,可以通过利害关系人(如行政相对人)提起行政复议、行政诉讼等法定救济方式追究行政执法机关越权的法律责任,通过法院个案裁判的附带效应来间接影响行政执法机关,督促其将今后的选择性执法限制在法定裁量范围内。但是这种通过法律途径事后追责的方式来规制选择性执法存在诸多缺陷。例如出于救济成本的限制,当事人并不会都愿意花费精力申请复议或提起诉讼。特别是这种事后法律追责无法有效从事前预防出现超越法定裁量权范围的选择性执法,因此还需要寻找能够有效地从事前防止选择性执法超越行政裁量权范围的规制途径。

从社科法学的视角思考,最为有效的事先规制途径是将“是否在裁量权范围内实施选择性执法”纳入到行政机关(包括行政执法机关及其同级地方政府)的考核评价体系中,作为考核行政机关工作绩效的重要指标。这是因为在压力型体制之下,考核评价体系中评分项目构成了

[33] 参见(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125页。

日常工作最为重要的指挥棒,各类行政机关都会依据考核评价体系中的项目分配注意力与精力,且与项目中的分值比例成正比。例如假设招商引资工作在考核评价体系中占分值比例是大头,那么行政机关的工作注意力与精力就会按等比例分配到招商引资工作中,在其他工作项目中的分配比例就会相应减少。因此,如果要确保选择性执法中的执法强弱变化限制在法定行政裁量范围内,那么就应将这一要求纳入到行政执法机关及其同级政府的工作考核评价体系中,作为评分项目予以严格要求。这样,选择性执法的法治化就与行政执法机关及其同级政府形成激励相容的效应,严格在法定行政裁量权范围选择执法强度的变化就可以纳入到行政执法机关的效用函数中,激发其主动遵循的动力。更进一步而言,如果能将这一要求纳入到“晋升竞标赛”下地方政府主政官员的晋升考核指标体系中,那么就能激发地方政府主政官员推行法治化选择性执法的积极性,形成最为基础的动力。无论是为了实现政策目标还是及时回应民意,只要有考核评价体系的约束,行政执法机关都会自觉将选择性执法中的强度变化控制在法定裁量权范围内。

第三,以上所述的规制途径主要适用于政策型选择性执法与回应型选择性执法,对于成本型选择性执法的规制途径则有所不同:

直接执法成本所导致的选择性执法源于执法成本有限性与违法行为无限性之间的客观矛盾,减少此类选择性执法的直接途径是增加执法经费的供给。由于行政执法机关仅为各级政府部门下属的一个组成部分,其执法经费必然会受到财政经费预算份额的约束,不会是无限制的支付。并且行政执法机关作为地方政府各个组成部分中的非强势部门,其职能与经济发展这一地方政府最常见的中心工作并不完全合拍,甚至有时还会起到反向阻碍的功能(如严格的环境执法可能会导致污染严重但对地方经济GDP增长有贡献的企业外迁),所以在地方财政预算分配中往往处于弱势地位,很难获得充足的经费保障。在执法实践中地方财政常会将行政执法机关的罚没收入与其执法经费相挂钩,按比例返还一部分罚没收入作为执法经费,行政执法机关则进一步将罚没收入与执法人员的个人工作绩效挂钩,以激励其进行执法。^[34] 财政制度的这种设置在一定程度上激发了行政执法机关执法的积极性,客观上减少了一部分选择性执法的发生。但是同时催生了许多负面后果,如行政处罚种类的设定过于偏重罚款、行政执法人员乱罚款频发、养鱼执法的现象出现等。因此,在财政上保障行政执法机关充足的经费支持,避免以罚没收入来支撑执法经费的供给是减少此类选择性执法的必要途径。

间接执法成本所导致的选择性执法源于执法所依据的法律规范与社会具体情境变化之间的矛盾。减少此类选择性执法的重心在于增强法律规范的适应性。从立法事前方面而言,应在立法阶段加强民众的参与性,广泛吸收民众的意愿,尊重社会中长期形成的习惯,避免成文

[34] 参见赵海益:《中国地方政府行政处罚问题研究——基于政府间财税分配体制的视角》,立信会计出版社2016年版,第91页。

立法与之发生冲突,并适时将民间习惯吸收入成文立法。从立法事后方面而言,在执法阶段也应建立有效的行政法执法反馈机制,及时将行政执法过程中发现的法律规范不适宜之处进行有效反馈,并配套便捷的修法程序,适时将执法过程中发现的法律规范问题予以矫正,避免行政执法机关不得已执行不合时宜的法律规范。虽然成文法律规范与社会具体情境之间存在着永恒的矛盾,但是这些矫正机制的设立能够在一定程度上缓和这种矛盾,并由此减少行政执法机关因规避间接执法成本而实施的选择性执法。

总而言之,选择性执法的理想类型分析显示选择性执法的存在具有其必然性,对选择性执法的规制目的主要应在于限制而非杜绝,其规制途径主要在于引导而非压制。承认选择性执法的必然存在与选择适当的规制途径两者相辅相成,务实的规制方式才能减少选择性执法的存在,引导选择性执法受到制度的有效约束,真正实现严格执法。

Abstract: Selective Law Enforcement (SLE) originates from a series of institutional constraints and is inevitable. The institutional constraint of Policy-based Selective Law Enforcement (PSLE) is that the organizational characteristics of administrative law enforcement agencies determines that they are inevitably embedded in the framework of the local government's central work, and that specific policy objectives replace the enforcement objective of maintaining the desired legal order. Cost-based Selective Law Enforcement (CSLE) stems from the constraints of direct law enforcement costs and indirect law enforcement costs. The former determines that complete law enforcement is impossible and unnecessary, while the latter makes the SLE a way for administrative law enforcement agencies to mitigate the contradiction between statutory rules and the specific circumstances of society. Responsive Selective Law Enforcement (RSLE) results from the representative democracy centered on the concept of popular sovereignty, which determines that the legitimacy of the government comes from the effective response to the public opinion. Such a legitimacy basis requires the administrative law enforcement agencies to actively respond to the basic public opinion and the focus public opinion through SLE. Therefore, the way to effectively regulate the PSLE and RSLE is to include "whether SLE is carried out within the scope of discretion" into the government evaluation system. The way to effectively regulate the CSLE is to ensure sufficient financial resources for administrative law enforcement agencies and to establish an effective feedback mechanism for administrative law enforcement.

Key Words: Selective Law Enforcement; Policy-based Selective Law Enforcement; Cost-based Selective Law Enforcement; Responsive Selective Law Enforcement

(责任编辑:章永乐)