



返回首页

各期目录

各期文章

文章搜索

文章标题

搜索

论柔性执法

双击自动滚屏

发布者：编辑部 发布时间：2007-10-29 阅读：835次

王春业

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430060)

【摘要】针对以往执法改革只注重执法权整合的缺陷,柔性执法提出了一个全新的思路,即要重点从执法理念的转变着手,然后,在先进理念的指导下对执法手段予以创新,并形成一套行之有效的行政执法制度。它克服了以往执法中的单一性、僵化性和机械性,符合人被尊重、肯定和自我实现需要的心理特点,体现了现代法治的价值取向。实践表明,如果执法理念不转变、执法手段不更新、执法制度不建立,不管执法权如何整合,也不管执法权由谁来行使,都不会达到好的执法效果。

【关键词】柔性执法; 理念更新; 以人为本

【中图分类号】D912.1 【文献标识码】A 【文章编号】1007-5801(2007)05-0050-06

【收稿日期】2007-06-27; 【修回日期】2007-08-31

【作者简介】王春业(1970-),男,安徽明光人,中南财经政法大学法学院博士研究生,淮北煤炭师范学院副教授,主要从事行政法学研究。

近几年,行政执法一直是行政法的理论界和实务界都较为关注的问题,人们从保障相对人权益、提高行政执法效益的价值目标出发,先后对执法模式进行了改革。然而,效果并不理想。当初的价值目标并没有实现,人权保障无明显改善、行政执法效能无明显提高。相反,行政主体与行政相对方之间的矛盾与纠纷层出不穷,“暴力执法”、“暴力抗法”事件不断发生,行政执法陷入了困境。原因之一便是善意的行政目的与生硬的执法手段之间达不到和谐统一。如何走出执法困境一直是人们不断思考的问题。

一、我国行政执法改革的轨迹及其不足

在实现了由管理到执法这一转变后,为适应形势发展需要,我国行政执法先后经历了单独执法——联合执法——综合执法的改革轨迹。

单独执法,即行政机关根据其职责权限,以专业管理法律规范为依据,单独行使其全部权力的行政执法方式。相对于单纯的管理而言,单独执法是一个很大进步,但随着执法活动的开展,其弊端日益暴露出来。一是行政执法队伍过多过滥但却执法不力。往往是有一部法律法规,就有一个行政执法机关及上下级的行政执法体系,执法队伍虽多,但每支队伍的力量都很单薄,难以形成有效的执法合力[1]。二是职能交叉、重叠,相互之间往往不能进行有机协调,甚至出现掣肘现象。三是责任不清、执法扯皮及执法趋利现象严重,造成现实的行政执法“密集地带”及“空白地带”的现象。四是由于多头执法,使得执法扰民现象不断发生。

在这种情况下,人们开始寻求改革。为解决由于平时执法不力长期积累起来的问题或其他比较突出的问题,由两个或两个以上不同职能的行政主体分别派出一定数量的工作人员组成临时执法队伍或机构,共同进行行政执法,这被称为联合执法。这种执法方式虽然一定程度上解决了分散的专业执法体制暴露出的多头执法、重复处罚和效率低下等问题,但其致命缺陷是,联合执法机构本身不具有行政主体资格,不能以整体的名义行使行政职权,也不能独立承担行政行为效果与行政诉讼效果。在联合执法任务完成后就解散队伍,在责任面前,往往互相推诿、相互扯皮,使责任无处落脚,行政相对人的合法权益难以得到有效的保护与救济。

正是在上述背景和行政执法建设需要的情况下,行政综合执法应运而生,它由相对集中行政处罚权开始,逐步向其他领域扩大。与前两种执法方式相比,综合执法是由依法成立或依法授权的一个行政机关综合行使由两个或两个以上相关行政机关所具有的行政职权,属于行政权的重新组合和调整。它拥有独立的行政主体资格,有法定的编制和独立的经费预算,能以一个整体执法主体名义进行行政执法,并能独立承担行政行为后果与行政诉讼后

果。

在改革之初，行政执法一度被认为是解决横向职权冲突和纵向行政效率的一种较为成功的制度，然而，实际效果并非如此，目前的行政执法出现诸多问题，如行政成本居高不下，行政效率每况愈下，特别是暴力执法、暴力抗法现象屡有发生，使行政执法一度陷入困境，也使人们开始怀疑执法方式的这种改革方向是否正确。

如果我们回顾一下我国行政执法改革的轨迹，就会发现，我们改革的重点主要放在了执法权的改革上——由管理权变为执法权，由分散的行政执法权到逐步集中和重新整合的执法权。这没有抓住行政执法改革的关键，也不能从整体上解决问题。实际上，如果执法理念不转变、执法手段不更新，不管执法权如何整合，也不管执法权由谁来行使，其结果都是一样的。因此，改革行政执法的出路应该重点放在执法理念的更新和执法方式的转变上，尤其是执法理念的更新。在行政执法中，理念具有内在的力量，它甚至可以超越法律规则本身发挥法律规则所起不到的作用。而目前我国执法领域内的诸多问题，与正确理念的缺失是分不开的，而理念的不正确，又导致只能依靠“加大执法力度”等强制性手段来推动法律实施。因此，要实现行政执法的变革与创新，就必须从理念的更新着手，因为“行政执法理念是对行政执法的目标、价值以及效果等的总体把握。理念的引入，能够为评价现状提供标准，为未来之改革、发展提供理想目标与方向。”[2]在新理念支配、引导下，再对行政执法方式进行创新。

二、柔性执法的提出

关于柔性执法问题，几乎在所有实行市场经济体制的国家，早有类似做法，他们倾向于采用更为柔和、灵活和有效的行政执法方式，以适应经济发展新趋势的客观要求。如，德国、法国、日本等国政府都曾通过协商性、指导性手段制定经济计划和产业政策、发布行政信息、提出经济调整建议等一些较为柔和方式，对社会经济进行引导和调整，取得了非常显著的成效。

在我国，柔性执法是一个学理概念，而非法律概念，它是人们在对过去及现有的执法改革模式反思的基础上，对行政执法模式的重新设计。柔性执法有一个逐步发展演变的过程，它经历了由不讲人情的强制性执法到体现人性化执法的渐进的流变。

传统秩序国家观念下的行政执法大多表现为命令式的执法，其显著特征之一即单方意志性，执法方式简单、粗暴，执法手段机械、单一，相对人一方没有意思表示的自由，这极大地抑制了相对人积极性的发挥，严重降低了行政执法的效率和效果。

随着社会民主化的进一步发展和我国加入WTO，有人提出一种非权力化的执法方式。这种非权力化的行政执法从两个途径入手，一是对传统执法方式的改良，即在传统的行政执法中增加程序因素。如在行政征收和征用中，遵循正当法律程序和确定灵活多样的救济机制；在行政处罚中，引入协商机制等。二是用私法手段达到公共目的，其中最为典型的是契约行政，其主要体现形式是行政合同、行政指导行为。但此时的非权力化执法方式的改革主要是就具体执法行为而进行的改善，它既没有涉及具体执法行为以外的执法手段，更没有涉及执法理念的根本转变，而且缺乏规范化、制度化和系统性，因此，常常受执法者个人因素的影响。

通过对近几年执法现状的回顾，人们对行政执法问题进行了重新反思。柔性执法这个概念被提出，但其含义并没有得到明确的界定；并且，在使用此概念时，有时人们将其与行政指导相等同。实际上，这是一种误解。首先，柔性执法更多的是一种执法理念，是一种全新的理念，如果没有这种理念上的根本转变，就谈不上柔性执法问题。其次，柔性执法的内涵是非常丰富的，不单单指行政指导，还包括更为广泛的形式和内容。再次，在执法具体手段上，它是在先进理念的指导下，执法手段具有灵活多样性和调节方式的适度弹性，还具有柔和、及时、实用、注重效率等一系列突出特点和长处。最后，它将先进执法理念和良好执法手段进行法治化、制度化、固定化，形成了一套行之有效的行政执法体系。概言之，柔性执法注重运用多种手段来引导行政相对人行为的正确方向，给相对人一定的灵活度，促使其选择最小成本的行为方式。它克服了强制性方法的单一性、僵化性和机械性，符合人有被他人尊重、肯定和自我实现需要的心理特点，更多地代表了民主、协商与沟通的法治价值，体现了现代法治的平等、独立、民主、责任、宽容、尊重、信任和合作的人文主义精神。

有人担心柔性执法是否会引起法治的低效率。其实，这种担心是多余的。执法是一个过程，在这一过程中，执法者通过自己的执法行为，将法律运用于社会生活中，并最终在全社会形成良好的法律秩序。保证法律实施的手段有多种多样，其中最有效的方法，是让人们自觉自愿地遵守法律。行政强制手段并不总是万能的，它会由于相对一方有形或无形抵制或可能因相对人请求行政救济，导致行政行为的反复而大大降低执法效率。而柔性执法，是把人民群众的根本利益作为执法工作的出发点和归宿，并通过多种方式来取得群众对行政执法的支持和配合，从表面上看，有时可能会延长一定的时间、影响了某些效率，但却可以避免因相对人请求行政救济而导致的行政行为的反复，有利于执法行为的一次性实现，这不但不会降低执法效率，反而会带来法治的更高效率。

三、柔性执法的理论基础

第一，法律的“正当性”理论。法律的正当性理论认为：法律之所以得以贯彻实施，不在于它与权力、意志的联系，而在于它与人类正义的同质，表现为法律自身内容与施行方式的优良品质。具体而言，法律的正当性可概括三方面内容：在价值上，法律必须符合正义和公众利益，“是为人民利益所需而又清晰明确的法律”[3]；在内容上，法律必须符合客观规律，即法律应反映人与人、人与社会以及自然之间发生关系的规律；在形式上，要求立法过程的民主化，法律表达的规范化和法律体系的科学化。

当法律本身具备了正当性，就能唤起人们对法的信仰，从而使人们不论在内心还是行动上都会真正地遵从法律引导，现实中法律价值就能得到实现。“人们遵守法律的主要原因在于，集体的成员在信念上接受了这些法律，并且能够在行为上体现这些法律所表达的价值观。”[4]

在我国，法律更应当具有正当性，因为一切权力来自人民，人民通过选举产生立法机关，而立法机关通过法定程序制定法律法规，因此，我国的法律充分体现了人民的意愿和民众普遍性要求，反映了我国的实际状况与客观规律性，以服务公众、造福社会为主要内容，符合广大社会成员的需要和利益。法律有了正当性作为灵魂，获得公众的普遍认同和接受顺乎情理，大多数公民都会对法律采取积极的合作态度，主动接受规则并将其作为行动的指引，不必以强制的手段来实施法律法规。可见，我国法律的正当性本质就已经为实施柔性执法提供了基本条件。

第二，政府产生目的理论。对政府产生的目的，人们有不同的解释。其中，最具影响的是卢梭的社会契约论。卢梭认为，人们通过订立契约，将每个人结合着自身及自身的一切权利、财产全部转让给共同体，使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富，并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人，并且仍然像以往一样地自由[5]。因此，政府的根本任务和目的应当是保障公民(缔约者)的人身和财富，或者是为公民权利的顺利行使提供条件，以增进公民福利。

在我国，政府是人民的政府，是人民的公仆，全心全意为人民服务是政府工作的宗旨，也是行政执法的宗旨。“行政机关在本质上既是执法机关又是服务机关，是通过执法为公众提供服务的国家机关。”[6]因此，在我国，作为人民的政府，必然代表了最广大人民的根本利益，必须努力为人民服务。行政执法就是通过实现法的精神与思想，来最大限度地实现人民的利益。柔性执法不仅是我国行政执法实践探索出来的行之有效的执法方式，也是我国社会主义条件下执法的“人民利益目的性”的必然要求。可见，为民服务的政府产生目的论为行政机关的柔性执法奠定了良好的基础。

第三，权利本位论。权利本位论认为，在权利和义务的关系上，权利是目的，义务是手段，法律设定义务的目的在于保障权利的实现；权利是第一性的因素，义务是第二性的因素，权利是义务存在的依据和意义。权利是国家通过法律予以承认和保护的利益及权利主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段[7]。因此，权利本位论主张以激励为机制进行社会调整，不仅是要防止对权利的伤害，而且更重要的是为权利的行使和实现创造条件，并随着经济、政治和文化的发展，不断承认更多的权利。很明显，权利本位的主张无疑要尽量排斥或否定强制行政行为的过多、过滥，因为强制意味着对行政相对方权利和自由的限制和剥夺。

在社会主义条件下，人民是国家的主人，保障公民的各种权利，为权利的实现创造有利条件更是首当其冲。因此，在一切活动包括行政执法活动中，都应该把权利保护放在首位。而在社会上广泛设定“潜在的违法者”，不仅未体现民主政治的尊重人和保护人权利的要求，且与我国确立的“人民是国家主人”的宪法精神原则相距甚远。而通过柔性执法，不仅可以较少地侵害公民的权利，而且可以充分调动广大人民群众的积极性，推动社会生产力的发展和社会的全面进步，更好地实现广大人民的权利。可见，权利本位论为柔性执法的实施提出了明确的要求。

四、柔性执法的几个理念

柔性执法将以人为本理念、民主参与理念、为民服务理念、和谐理念、平等理念等多维理念引入行政执法并内化为行政执法的理念，然后在先进执法理念支配下对具体执法方式的设计，塑造和提升了行政执法的品质，设计出了正确的、具有系统性质的行政执法方式，使行政执法在新形势下能经受住考验。

第一，以人为本理念。执法的目的是为了实现法律法规所设定的目标，但严格执法并不意味着只有冷漠才能代表法律的公正。在冷冰冰的法律条文背后更多的应是以人为本的价值取向，法治社会更需要人性化的执法方式。现实中，一些执法部门往往更多地注重结果，而不太注意过程和细节；往往过于强调法律的刚性和威慑力，而相对忽略法律本身应有的人文关怀。这种威严有余、人情味不足的执法手段，既不符合现代文明的要求，也与现代法制的原则和基本法理相悖[8]。柔性执法中的以人为本的执法理念则要求，行政执法不能只照搬法律法规的规定，不能片面强调“依法行政”和法律上赋予的职能，而要以人为中心，以人为目的，尊重人、理解人、关心人、研究人。要关注人的尊严、尊重人的价值、保障人的自由平等权利。

第二，民主参与理念。尽管行政主体在行政执法过程中起着主导性作用，但行政执法并非

只是行政主体和行政执法人员的事情，如果没有相关单位和人员的参与，其效果不会很理想。“将行政执法视为行政主体的行为，仅从行政主体的行为这一角度认识行政执法是有缺陷的”，“它完全忽视了除行政主体以外的其他行政执法参与者的主体地位，因而掩盖了行政执法的本质——即行政执法是一个内在统一的系统，是在多元利益格局下多方主体相互博弈的动态过程”[9]。而柔性执法中融入了较多的民主参与理念，参与的范围既有相对人，也有相关群众，还有相对人的上级主管部门及其他相关部门。实践表明，得不到有关单位的配合，执法部门能够使用的有效的执法手段非常有限。只有行政主体、行政相对人、其他参与主体以及各主体之间的相互协调、配合，才能达到好的行政执法效果。

第三，为民服务理念。为民服务理念要求执法者不再是凌驾于公民之上的官僚，而是为公众服务的“仆人”；不再是位居于庙堂之上、依靠权力控制相对人的“管理者”，而是与相对人平等沟通、相互尊重并为之提供优质服务的“服务者”。相应地，行政执法主体与行政相对人之间的关系，也由命令、控制、管理的关系转向执法服务关系；执法机关不仅执法，更多的应为相对人提供服务，帮助群众排忧解难，找到解决问题的方法和途径；以宽松的环境，周到的服务为他们解决困难，让他们把精力全部投入到生产经营中去，创造出更多的财富。那种以罚代管，以收费代服务的做法是“懒政”的表现，也极易导致不正之风，必须坚决摒弃。

第四，和谐理念。和谐作为一种基本价值观或价值理念，体现人与人、人与自然的一种合理关系。执法的最佳状态是和谐：执法者与执法对象的和谐，执法权力与公民权利的和谐，执法权力与执法责任的和谐，合法与合理的和谐，实体与程序的和谐，管理与服务的和谐[10]。其中，执法者与执法对象的和谐尤为重要，具体体现为执法者与行政相对人之间融洽、共赢的关系。而暴力执法、野蛮执法、无理执法等现象都是与和谐理念相悖的，为此，和谐执法要求执法者态度上要与民为善，目的上要促进和谐，而不是持敌视态度视执法对象为敌人，视执法权为特权、强权。其实，只要执法机关树立和谐执法理念，以一种恰当的方式进行执法，完全可以达到“不战而屈人之兵”效果。

第五，平等理念。执法者与行政相对人之间在人格上是平等的，没有高低贵贱之分，特别是在现代市场经济条件下，执法者与行政相对人之间更多的是一种平等协商、相互尊重的关系，是一种服务者与纳税人之间的关系，执法者不能随意地向相对人发号施令、更不能随意支配相对人的行为和单方面剥夺相对人的权利。因此，执法必须转变那种以管理者自居的观念，要对相对人人格以平等尊重；不把行商走贩当敌人，而是把他们当朋友，不把他们当市容的破坏者，而把他们当城市的建设者。要改变语言上的生硬的命令性言辞，代之以提示、告诫等文明的语言。只有这样，那种刺耳的执法喊声才可能消失，那种鸡飞狗跳的执法行为才可能绝迹，城管与小商贩之间的“猫鼠关系”才可能改善，暴力抗法的现象才可能消失。

五、柔性执法理念的具体落实

(一)立体的、回应型执法模式的选择

从执法结构上来看，有扁平结构模式和立体结构模式。扁平结构模式仅仅是简单的“命令—服从”关系，主体间缺乏必要的沟通、对话和互动。“它不仅缺乏民主色彩，而且还会因为相对方的有形、无形抵制而降低功效。”[11]而在立体结构模式中，所有的行政法主体都被假定为是有限理性的、能动的，在主体之间形成了一种良性互动关系。柔性执法模式是具有立体性结构的执法模式，比较典型地体现在主体之间的沟通与互动。目前，要尽快变革扁平的行政执法模式，构建立体的行政执法模式。

从执法性质上来看，有压制型执法模式和回应型执法模式。在压制型执法方式的场合，行政权处于绝对的单向支配地位，行政主体倾向于无节制地使用强制手段，无视相对方的特殊利益或者否认这些利益的正统性，对相对方的意志和要求漠不关心。相应地，行政相对方成为实现行政目标的消极手段，其地位和利益既不安稳，又很脆弱[12]。而回应型执法模式是以非强制、人性化的执法行为为主要方式，以增进彼此信任和实现社会合作为主要目的，以通合行政机关的权力资源和行政相对人的社会资源为基本内容，以柔性化和人性化为其特点。目前，应建立体现回应型性质的行政执法模式。

(二)执法具体手段的完善与创新

执法具体手段的完善与创新可以概括为以下几个方面。

一是指导、引导。即由执法机关给予行政相对人以具体的指示教导、指点带领、指导帮助，使其能够自愿按执法机关指出的路径或符合行政目标的方向去作出行为。

二是劝告、说服。劝告即执法机关主动和善意地劝说行政相对人不要进行某种活动，以避免不必要的错误和损失，或启发引导行政相对人而使其改正缺点错误或接受执法机关意见，并注意避免将来再犯类似错误。说服即通过语重心长、耐心细致地讲解道理，使相对人心悦诚服地配合执法机关去实现行政目标。

三是指点、提醒。即执法机关针对行政相对人容易疏忽和出错之处，或是行政相对人没有想到或想不到的问题和事项善意地告知行政相对人，或以平等身份从旁提醒，促使其加以注意和警惕，避免不必要的错误和损失。

四是协商、沟通。即执法机关与行政相对人共同商量讨论、交换意见，以就某个事项取得

致意见,或通过商量讨论求得行政相对人对执法机关某些活动的理解和主动配合,促使某些较大、较复杂的问题获得较好解决[13]。

五是完善行政奖励。行政奖励是执法机关依法对模范守法的单位或个人给予物质、精神鼓励的执法手段,它以正面、积极的方式引导、鼓励相对人参与执法事务,具有强大的教育和导向作用,有利于形成一种良好的守法的氛围。

六是加强宣传教育。要采取多种形式,宣传法律法规知识,不断增强全社会知法守法意识;积极发挥舆论监督作用,通过新闻媒体向社会曝光典型案例,在社会上形成“以遵纪守法为荣,以违法乱纪为耻”的社会舆论。

(三)柔性执法各项内容的制度化、规范化

理念向实践转化的载体是规章制度,新的理念和新的执法手段要得到落实,有赖于系统化的行政执法制度的支撑和保障,需要制度化而使之定型。目前,以下制度值得推行。

提前宣讲制度:是指在某一违法行为高发时段到来之前,以口头或书面形式向可能违法的相对人宣传、解释法律法规,让他们明白行为的后果,提示、引导、督促其按照法律法规的要求履行义务,加强自律,以尽可能减少违法行为发生的制度。

轻微违法告诫制度:是指相对人因疏忽大意而违法但违法行为轻微并能及时纠正时,执法机关告诫其立即纠正违法行为,并告知其应明确知晓的行为规范和要求,而不再对其进行行政处理的制度。

多次违法约见制度:是指相对人在一段时间内出现两次以上违法行为,或违法行为造成严重后果或不良社会影响时,执法机关约见违法的相对人进行面谈,要求其采取有效措施进行整改,避免违法行为再次发生的制度。

工作建议制度:是指属于同一上级单位主管的行业部门普遍存在某类违法行为时,或因管理部门管理责任缺失造成某类违法行为时,执法机关对相对人的主管部门通过建议函等形式提出管理建议和意见,以获得的有关单位的积极配合和参与的制度。

重大案件经常回访制度:对于已经被执法机关处理过的、在社会上具有普遍影响的、重大违法案件,执法机关要定期或不定期地进行回访,以及时了解掌握案件的事后动态。

典型案例曝光制度:是指违法行为严重影响社会秩序、造成的危害后果产生了恶劣影响、相对人反复违反法律法规的同类行为,且拒绝整改或拒绝接受行政机关处理的,执法机关可以通过新闻媒体向社会和相关行政管理部门披露公示。这既是对极少数违法者的惩罚,更是给其他公民以警示。

[参考文献]

[1] 姜明安.行政执法研究[M].北京:北京大学出版社,2004:58.

[2] 杨解君.行政执法研究——理念引导与方式、制度创新[M].北京:中国方正出版社,2006:299.

[3] [英]托马斯·霍布斯.利维坦[M].黎思复,黎延弼,译.北京:商务印书馆,1964:271.

[4] [美]R·M·昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华,译.南京:译林出版社,2001:29.

[5] [法]让·雅克·卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,2002:29~30.

[6] 叶必丰.行政法的人文精神[M].武汉:湖北人民出版社,1999:185.

[7] 张文显.法哲学范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,2001:346~348.

[8] 孟庆英.城管行政综合执法制度的若干思考[J].理论探索,2006,(2):129.

[9] 杨解君,蔺耀昌.综合视野下的行政执法——传统认知的反思与校正[J].江苏社会科学,2006,(6):92.

[10] 刘武俊.让和谐执法成为行政执法的主流[N].中国青年报,2006-10-19(002).

[11] 罗豪才,袁曙宏,等.现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡[J].中国法学,1993,(1):56.

[12] 崔卓兰,蔡立东.从压制型行政模式到回应型行政模式[J].法学研究,2002,(4):65.

[13] 莫于川.行政指导要论:以行政指导法治化为中心[M].北京:人民法院出版社,2002:100~103.

(责任编辑 陈羽)

