

----- 吕尚敏 著 -----

行政执法人员的行动逻辑

以W河道管理局为样本的法社会学考察

XINGZHENG ZHIFA RENYUAN DE XINGDONG LUOJI
YI W HEDAO GUANLIJU WEI YANGBEN DE FASHEHUIXUE KAOCHA



NLIC2970858373

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

吕尚敏 著

行政执法人员的行动逻辑

以W河道管理局为样本的法社会学考察

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法人员的行动逻辑：以 W 河道管理局为样本的法社会学考察 / 吕尚敏著. —北京：中国法制出版社，2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4009 - 7

I. ①行… II. ①吕… III. ①行政执法 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 220943 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 黄丹丹

封面设计 杨泽江

行政执法人员的行动逻辑——以 W 河道管理局为样本的法社会学考察

XINGZHENG ZHIFA RENYUAN DE XINGDONG LUOJI——YI W HEDAO GUANLIJU WEI
YANGBEN DE FASHEHUIXUE KAOCHA

著者/吕尚敏

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2012 年 12 月第 1 版

印张/17 字数/243 千

2012 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4009 - 7

定价：45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010 - 66031119

网址：[http: //www. zgfzs. com](http://www.zgfzs.com)

编辑部电话：010 - 66010678

市场营销部电话：010 - 66033393

邮购部电话：010 - 66033288

认真关注执法环境

周永坤

尚敏副教授的《行政执法人员的行动逻辑》即将付梓，嘱予为之序，高兴之至。这种快意自然有缘于师生关系的一面，但更重要的是此作确实有它独到之处，它或许能为中国的行政法治建设提供思想资源，也或许会对行政法学的研究开创一条新的思路。

我国大规模的行政法制建设已经走过了三十几个年头，林林总总名之为“行政法”的规则说其汗牛充栋当不为过。但是，行政执法“合法性程度低下”可以说是胎里毛病，始终没有根本性的改观，甚至有愈演愈烈之势。“法律归法律，行为归行为”对于行政机关来说几乎成为常态，这内中的缘由十分复杂。用哈耶克的话来说就有一个“外部规则”侵蚀“内部规则”的问题。“内部规则”是自生自发的自由的规则，而“外部规则”则是组织强加给社会的，它与自由存在冲突。因为外部规则内在地与人的自由相冲突，它的实施必然会受到来自个体的自发抵制，其实施必难。然而令人遗憾的是，我国的行政法规则大多属于组织制定的外部规则。这可以从两个方面来分析。

从整体上来说，我国长期推行的是公有制，此公有制本身就不是自生自发的，它是在1950年代通过政治运动（土地改革、工商业改造、合作化、公社化运动）强制建立的。在此种公有制基础上形成的“外部规则”不可能有太高的实效。一个典型的例证是计划经济时代的“统购统销”规则，尽管当时有严厉打击“黑市交易”的政策，然而“黑市交易”仍然是潜在的、有效的规则。时下的适例则是强拆。土地公有本身与生活在土地上的公民的利

益相冲突，也与民法根本原则不符，与自生自发规则相悖。土地的公有其实是政府所有，这使政府视本属公民的土地为政府的财产，由此产生了政府随意征地的规则。这些规则与民争利，强制剥夺公民的土地转手倒卖谋取暴利。这样的规则不可能获得公民的认同，因此，无论行政机关如何“依法”，甚至动用暴力，公民与政府争夺土地的冲突在所难免。

从转型社会的视点来看，中国的现代化是政府推导的，政府需要制定“外部规则”，以此推进社会变革，其结果是日益众多的“内部规则”被“外部规则”取代，而内中不乏官员与民争利、甚至以法谋私的规则。这在种种的强制城市化运动中，在对乡村自治组织的破坏甚至收买中可以看到它们的存在。

除了上述规则本身的问题以外，再就是行政行为与行政诉讼的疏离。中国的行政诉讼范围采取的是列举式，而不是概括式的，这使行政诉讼的范围十分狭窄。行政诉讼法本身的问题通过行政权力对司法的控制得以放大，它的结果就是行政行为绝大部分事实上（不是法律上）不可诉。在少得可怜的可诉部分，又由于行政机关事实上是法院的“上级”而不可避免地“自断其案”，从而失去公民的信任。行政机关事实上的“上级”地位是由两个途径实现的：一是行政机关掌握了法院的财政，二是通过政法委员会这个组织的过滤——在政法委员会内，政府的副职甚或是政府一个部门（通常是公安）的首长成了法院真正的上级。这样的体制其实是与设计者的初衷南辕北辙的。设计者的目的是想通过最大限度地排斥司法介入及控制司法以推进行政权，维持社会稳定。但是设计者忽略了一个基本事实：在排斥司法介入、控制司法使行政权得以便捷推行的同时，也失去了司法对行政总体上的支持——这一总体上的支持是以制约的形式实现的。这个支持表现在三个方面：一是司法的过滤降低了行政行为错误的概率，使错误的行政行为得到纠正，在总体上有利于行政行为取得社会认同，获得权威；二是司法特有的平等与程序优势，使公民的意见与怨气得以发泄，它在提高行政行为合法性的同时缓解了官民对立情绪；三是司法作为一个屏障，一个缓冲地带，避免了行政行为主体与行政对象间的直接对立，从而减少不必要的暴力对抗。毫无

疑问，这一切对于行政权的贯彻在总体上都是有益的。正是失去了司法这几个方面的支持，现在的行政变成了高高在上的孤家寡人，它不得不与当事人面对面地单打独斗。久而久之，随着因失去司法支撑所造成的合法性“透支”的叠加，行政权威蜕变成赤裸裸的强力，最终使行政权的“便捷行使”成了奢望。

为解决行政法在执行过程中的变形，学者们没少花力气。但是囿于源自德国的奥托·迈耶的传统，学者的研究偏重于将行政行为的概念法律化和精细化的努力，很少有人关注对行政人的研究，对行政行为外部环境的研究更是少之又少。众多的学者走的是规范分析的道路，这固然是成熟的行政法学必不可少的，然而对于一个行政规范本身法治含量不足的国度，单单作此研究无疑是不够的。有些学者走的是应然的制度建构的思路，但是由于缺乏必要的实证资料的分析与支撑，应然制度的建构就显得不够丰满，也影响了它的说服力，甚至成为一种枯燥无味的八股。

与此不同，尚敏的研究聚焦于执法者的环境分析。他试图从对影响执法人员的环境因素的分析入手另辟蹊径，找到改善中国行政执法状态的新钥匙。这是一个行政执法社会学的课题，值得研究，但困难也是显然的：社会学的研究不能空口说白话，必须基于实证调查。但是每一个执法主体都是复杂的存在，且他们在不断地“行动”着，每个行动都有不同的环境。要对如此复杂的现象进行田野调查，显然是不可能的。为此，作者走了一条“解剖麻雀”的进路，他选择了 he 熟悉的 W 河道管理局为样本。

这一研究有一个潜在的前提：它否定了行政执法是“法律 + 事实 = 决定”的推导过程这一判断。当然，这个否定是在实证的意义之上，而不是在规范的意义之上。倘若在规范的意义之上，上述判断将是行政执法的最高境界。作者的研究表明，在实际上行政执法过程中，执法者的行动取向是最为活跃和可变的因素。除了法律以外，行政主体面临的其他诸多变量均会对行政执法的进程和结果产生影响。根据其作用方式的不同，可以将这些变量分为规范性因素和非规范性因素两种类型。前者主要包括上级意志、司法审查、代议机关的监督和行政相对人的抗辩；后者则有行政习

惯与经验、自然情感、利益诱导、大众传媒等等。上述变量均按照自己的作用方式对执法者产生影响，但它们对于法律实施的效果则各异其趣。总体上，司法审查、代议机关的监督、行政相对人的抗辩以及大众传媒的监督对于实现法律对执法者的统制是具有积极作用的正向变量。而行政习惯与经验、上级意志则是两把“双刃剑”，它们对于法律的实施既可能产生积极作用，也可能会抑制或破坏法律的实施强度。行政执法过程中的自然情感及利益诱导的影响，则常常成为消解法律实施强度的消极因素。

根据变量对执法者的作用方式的不同，作者进一步将变量分为内生型、结构型、诱导型和监督型变量。变量自身质地的稳定性、作用环节的多寡、作用过程的持续性、执法者获得回报的可能性、拒斥变量作用的后果以及变量作用的正当性等因素均能对变量的作用强度产生影响。据此，内生型、结构型、诱导型和监督型变量在对执法者的作用强度上呈现出依次递减的样态。

接着，作者的视野延伸到法律与这些变量间影响行政过程的竞争关系的分析上，指出，行政执法过程本质上就是法律与各种变量对执法者“争夺控制权”的过程。法律要想实现对执法者最大限度的控制，就必须能够压制其他变量对于执法者的作用强度，尤其是应当压制那些对于法律的实施具有巨大消极作用的变量，包括其中的中性变量和负向变量。由于行政习惯与经验、上级意志分别属于内生型和结构型变量，其对于执法者行动的影响具有稳定性和持续性等特征，因而在各种变量的作用强度中位居前列。一旦这两种变量对于执法者的作用过程难以获得规范，它们必将沦为破坏法律实施的最为强大的消极变量。

上面是作者对于行政执法环境因素的一个描述。与一般的社会学分析不同，作者描述的目的是为了₁提高行政执法的合法性程度，而不是以“中国特色”为由替现实辩护——此种辩护常见于许多国家课题的研究结论中，这是一条“存在即合理”的非批判、因而也是非理性、非学术的迷途。作者的实证分析只是应然规范建构的基础，为此，作者最后落笔于将上述实证分析结论用于提高行政行为合法性的制度建构层面。对此，作者的结论是，要想引导并规范行政习惯与经验、上级意志对于执法者的影响力，行

政组织法就应当成为行政法制度架构中不可或缺的组成部分。只有改革我国的行政结构并予以法制化，才能最终实现法律对执法者的有效统制，而完善行政组织法的核心问题在于加强对领导权的有效法律控制。相信这一结论不仅对于完善我国的行政组织制度具有意义，也对重组我国的行政法学研究具有价值。

最后要说的是，浮华之世多虚妄之语，在一切向“权”看向“数”看的当下，尚敏副教授不为所动，逮住一只麻雀积数年之功而细细解剖之，真真难得。人云“宁静以致远”，处人称人间天堂的杭州闹市而得宁静，此乃钱镠王以佛立国之善果耶？

谨为序。

2012年7月18日子苏州高尔夫花园

题记一

行政行为是被不同的外部和内部环境所塑造的。环境向行政机关管理者提出了许多他们必须回应的要求，而行政法的条文仅仅是其中的一种。

—— [美] 肯尼斯·F. 沃伦

题记二

黑头不如红头，红头不如笔头，笔头不如口头。

——中国民谚

目 录

引 论	1
一、选题的动因：行政法中的“人”及其制度意义	1
二、本文研究方法的选择	4
三、本文研究资料的来源	6
四、研究现状	7
五、本文的基本结构	12
第一章 执法者的行动策略对法律实施的影响	14
第一节 行政执法人员的行动取向及其类型	14
一、目的合乎理性型	16
二、价值合乎理性型	17
三、情感取向型	18
四、传统取向型	18
第二节 个体行动抑或集体行动	20
一、何谓集体行动	20
二、行政执法人员的行动是集体行动吗	21
三、研究个体行动视角下的执法行动之意义	22
第三节 执法者的行动策略及其反规范行为	23
一、执法者与法律的关系嬗变	23
二、执法者的法策略	25
三、行政执法过程中的反规范行为	27

第二章 影响执法者行动的规范性因素	32
第一节 上级意志	33
一、行政结构中的执法者	36
二、谁是上级	38
三、我国行政权的运作结构分析	40
四、上级意志对执法人员的影响强度	42
五、上级意志对于执法者的影响限度	46
六、上级意志对于法律实施的抑制作用	48
第二节 司法审查	52
一、司法审查制度对行政执法行为的影响概述	52
二、司法审查制度对执法者的影响方式	58
三、司法审查制度对执法者的影响限度	68
四、提升司法审查影响强度的路径	73
第三节 代议机关的监督	76
一、代议机关的监督权及其结构	77
二、人大代表的监督权及其结构	85
三、《监督法》的实践困境	88
四、提升个案监督强度的路径	91
第四节 行政相对人的抗辩	95
一、行政相对人抗辩制度在我国的确立	96
二、行政相对人行使抗辩权的现实形态	97
三、不同抗辩行为对执法者的影响强度	100
四、法定抗辩制度的实施困境	102
五、法定抗辩制度的变革与完善	105
第三章 影响执法者行动的非规范性因素	109
第一节 行政习惯与经验	110
一、行政习惯与经验如何生成	111
二、影响行政习惯与经验形成的基本要素	114

三、行政习惯与经验对执法者行动的影响	122
四、行政习惯与经验的沿袭机制	129
第二节 自然情感	131
一、自然情感对执法者行动的影响	132
二、回避制度的实践与困境	134
三、人性化执法的实践及其问题	136
第三节 利益诱导	142
一、体制性的利益诱导	143
二、个体性的利益诱导	147
三、利益诱导的合法化机制	149
第四节 大众传媒	152
一、传媒对行政执法的介入	153
二、传媒影响的积极意义	155
三、传媒作用的局限性	157
四、传媒、执法者与公众的关系协调	159
第四章 变量合力过程中的法律运作	164
第一节 变量的作用类型	166
一、正向变量	166
二、中性变量	168
三、负向变量	170
第二节 各种变量与法律之间的压制与反压制	172
一、行政习惯及经验与法律之间的压制与反压制	172
二、上级意志与法律之间的压制与反压制	177
三、自然情感对法律实施的压制及法律的反压制	181
四、利益诱导对法律实施的压制及法律的反压制	187
第三节 变量的作用强度	191
一、考察变量作用强度的基本指标	191
二、变量作用的强度层次	193
三、制度启示	197

第五章 实现法律统制的路径：行政组织法的变革	199
第一节 法律统制的西方经验：西方国家行政组织法的变革	200
一、英美国家文官制度的变革及其与法律统制之间的契合关系	201
二、法德两国行政组织法的发展及其与法律统制之间的契合关系	203
三、本节小结	207
第二节 法律统制的现实困境：我国行政组织法的发展及其问题	208
一、我国古代行政组织法的核心要义：君权的统制	209
二、新中国成立后我国行政组织法的变革与现状	211
三、法律统制的困境：我国当代行政组织法的缺陷	214
第三节 法律统制的目标期待：以控权理念重塑我国的行政组织法	216
一、行政组织法规范的理论结构	217
二、行政组织法的核心问题：对领导权的控制	222
三、领导权内涵的法学解读	224
四、对领导权的法律控制：对象与路径	225
结 语	233
参考文献	235
附 录 法教义学对行政法学的贡献与局限	245
后 记	257

引 论

一、选题的动因：行政法中的“人”及其制度意义

自 20 世纪 90 年代以来，我国的行政法学开始呈现出一片繁荣景象，这当然与 1989 年我国《行政诉讼法》的通过及由此而带来的行政法的立法高潮有关。有学者曾将这一时代的行政法学概括为“立法法学”时代。这一时代的行政法学，若就其研究的基本内容而言，基本上都逃脱不了德国学者奥托·迈耶（Otto Mayer）开创的所谓行政法学总论的基本架构。其基本的内容范式是：行政主体——行政行为——行政救济。这一点从 20 世纪 90 年代以后及至当下出版的各种行政法学的教科书就可略见端倪。对于这一内容范式，我们若稍加分析，就会惊奇地发现：行政法学的整体理论架构中竟然缺少行政执法^①人员的身影！而事实上，没有一个行政行为能够脱离行政执法人员而自动生成。换言之，每一个行政决定实际上都是行政执法人员作出行动选择的结果。对于行政执法过程中如此重要的一个参与者，行政法学理论却对此视而不见，实在是一件颇值思考之事。当然，也并非没有学者注意到行政执法人员的存在。胡建森教授在其 1998 年出版的司法部统编教材《行政法学》中，就辟有专章来介绍“行政人”即行政执法人

^① 关于“行政执法”一词本身的含义，学界有多种理解。广义的行政执法包含了整个行政行为，狭义的行政执法则限指具体行政行为，而最狭义的行政执法则仅指行政监督检查和行政处罚、行政强制等行为。参见姜明安主编：《行政执法研究》，北京大学出版社 2004 年 6 月版，第 6-10 页。《湖南省行政程序规定》（2008 年 4 月 17 日公布）第 54 条将行政执法界定为具体行政行为。本文所研究的行政执法大体上亦采取狭义说。

员的相关问题。^①但是,该书仍然沿袭了国内学者对于行政执法人员的基本定位,即将“行政人”视为行政主体的附属和组成部分。“行政人”仍然没有被当作行政执法过程中的一个极为重要的参与者来研究。因而,“行政人”这一概念的提出并未对我国行政法学的理论体系产生实质性的变革和影响。

行政法学理论之所以如此漠视行政执法人员在行政过程中的主体性地位,究其原因,主要在于两个方面:一是行政行为结果论观念的持续影响。自奥托·迈耶将行政行为的概念法律化和精细化以来,行政行为就一直被视作为结果意义上的行政机关的最终决定。如此,则行政行为的主体就是行政机关。^②换言之,在法律形态上,盖有行政机关公章的行政决定书是行政行为最为直接的表现形式。如此,行政执法人员在行政决定形成过程中的作用就变得隐而不显甚至可以说是无足轻重了。二是在制度层面上,我国行政组织法律制度极度不发达,^③且一直以来处于被忽视状态,也在客观上妨碍了人们对于行政执法人员行动方式的关注。在学科界分上,行政组织法在我国常常被视为属于宪法的传统领域。学科之间的樊篱与隔膜阻止了行政法学者在行政组织法研究方面的深入。即使是有少数行政法学者试图展开这方面的研究^④,相关的研究内容也常常被主流的行政法学理论视为是一种内部行政法方面的研究,并不属于主流行政法学的研究对象。但是,有一点我们却不可能否认,行政行为法的实施永远不可能摆脱行政组织法对其的影响,而且这种影响实际上还相当显著。行政法学理论若不对行政执法人员的行动方式给予更多的关注,就不可能

① 参见胡建森著:《行政法学》,法律出版社1998年版,第176页。

② 我国行政法学理上常以“行政主体”这一概念来指称行政机关及其他获得法律、法规授权的组织在行使行政职权时的身份。鉴于本文的任务并非着重于探讨行政机关的身份,因而行政机关和行政主体这两个概念并不作严格区分。

③ 我国现行的《国务院组织法》制定于1982年,至今未曾修改。《地方各级人民代表大会和各级人民政府组织法》制定于1979年,分别在1982年、1986年、1995年和2004年作了修正。

④ 近年来,薛刚凌教授在行政组织法方面的研究取得了较为丰硕的成果。参见应松年、薛刚凌著:《行政组织法研究》,法律出版社2002年10月版。薛刚凌:《我国行政主体理论之检讨——兼论全面研究行政组织法的必要性》,载《政法论坛》1998年第6期。

找到一条控制行政权的有效路径。

就法理而言,任何制度只有以“人”(而非团体、组织等)作为研究的重心和最终落脚点,这种法律制度的安排才可能是有效的。因而,对行政执法人员这样一种特殊的“个体”给予更多的关注,实际上也是行政法律制度的题中应有之义。正如美国学者爱波斯坦所言:“最伟大的经典思想家,并不是从法律规则出发,而是从思考人的动机和心理状态出发,来开始他们的研究工作的。”^①对此,胡玉鸿教授在《“个人”的法哲学叙述》一书中也有非常精辟地论断:“就任何一个成熟的法律思想体系而言,如果抽去了其作为逻辑起点的人的预设,整个理论大厦将会坍塌。”“法学即为人学,法学只有通过对人的需求、愿望、期待进行价值性评价,才能得出何种法律最适合于人类的真实结论。”胡玉鸿教授由此认为,个人主义方法论最适宜作为法学研究的逻辑起点。^②

由此看来,自奥托·迈耶以来所形成的行政法教义学的理论体系及其研究范式确已到了该反思的时候了。有学者早就指出,“一个世纪以来,……中国无论出现什么样的‘新政’和‘运动’,都打着‘改造社会’的旗号,表现出一种‘现代性的政治’(politics of modernity)的态势,以致于在各个社科领域出现了理论研究的范式霸权(regional paradigmic hegemonies)。”^③这一现象在起步较晚的行政法学研究领域似乎表现尤甚。对此,日本学者大桥洋一也曾指出:“一直以来,公法学的基本视角是通过法院以及法官的眼睛思考如何处理既已发生的纠纷,即它有着将法作为病理学而予以把握的特点。而相反地,我们今天所论及的要求则是着眼于现实运行中的行政活动以及对其加以实际规制的法律。如果从研究手法的角度说的话,这种要求是对机械地利用行政对法律加以执行这一预定调和的否定,是要求进行实证性的研究,即利用经验性的手法分析现实的行政活动,分析其与法律规定之间

① [美] 理查德·A. 爱波斯坦著,刘星译:《简约法律的力量》,中国政法大学出版社2004年版,第425页。

② 胡玉鸿著:《“个人”的法哲学叙述》,山东人民出版社2008年4月版,第1-8页。

③ 王学辉:《双向建构:国家法与民间法的对话与思考》,载《现代法学》1999年第1期。

的偏差及其产生的原因。”^① 这一论断若适用于我国当下的行政法学研究，实在是最合适不过了。它实际上提示了我国当下行政法研究所亟需完成的两个基本转型：第一，在研究内容上，应当从着重于关注立法与诉讼转向对行政执法行为的重点关注，尤其是对行政执法过程的关注。这其中，对于行政执法人员如何影响和推动行政执法的进程应当被作为一个重要的问题来研究。第二，在研究方法上，应当从单纯的法教义学手段转向多元研究方法的并用。在我国，行政法领域的大规模立法行将告一段落，“后立法时代”的行政法学更应关注法律在现实中具体多样的运作方式及“有多少已知的法律材料是作为行为规则为人所熟知并被遵循”。^② 行政执法的实践已经提示我们，无论立法如何完善，总是存在着采用法律手段并不能有效发挥调整作用的“法律软地”。^③ 本文的研究正是基于上述关于行政法学研究范式转型的判断而作的一次尝试。在论题的确定上，本文将以行政过程论为视角，分析行政执法人员在法律实施上的行动策略及其对行政执法行为的影响。

二、本文研究方法的选择

本文将以法社会学的分析方法作为基本的研究方法。这一方法试图“跳出规范来看规范”，当然其最终的目的仍是回归于规范。“法社会学是一门研究法律与社会之间关系的学科，其重点不在于从规范上分析法律本身，而在于研究法律是怎样受到社会关系制约的，在于研究国家制定的法律在什么程度上能够改变社会，在于研究法律的运作过程中受到哪些因素的制约，法律运行的结果在多大程度上符合立法者要达到的目的。”^④ 在分析的基本框架上，法社会学也有多种的框架形式，包括法律—社会、国家的法

① [日] 大桥洋一著，吕艳滨译：《行政法学的结构性变革》，中国人民大学出版社2008年2月版，第5页。

② [奥] 尤根·埃利希著，叶名怡、袁震译：《法律社会学基本原理》，九州出版社2007年版，第21页。

③ 参见莫于川著：《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12月版，第56页。

④ 朱景文著：《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》，中国人民大学出版社2001年4月版，第330页。