



文化多样性与地方治理丛书·总主编 戴小明

选择性执法及其治理研究

XUANZEXING ZHIFA JIQI ZHILI YANJIU

汪 燕 著

中国社会科学出版社



文化多样性与地方治理丛书·总主编 戴小明

选择性执法及其治理研究

XUANZEXING ZHIFA JIQI ZHILI YANJIU

汪燕 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

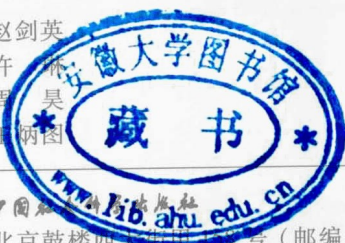
选择性执法及其治理研究 / 汪燕著. — 北京: 中国社会科学出版社,
2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3481 - 8

I. ①选… II. ①汪… III. ①行政执法—执法监督—研究
IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 258134 号

出版人 赵剑英
责任编辑 许
责任校对 周昊
责任印制 王炳图



出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街 158 号 (邮编 100720)
网址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷 北京奥隆印刷厂
装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2014 年 4 月第 1 版
印次 2014 年 4 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 15.75
插页 2
字数 256 千字
定价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

导 言

在的日常生活中，常有这样的情形存在。一个成绩好的学生和一个成绩差的学生同时偷吃西瓜。老师责怪那个成绩差的学生。成绩差的学生说，那个成绩好的学生也偷吃了，你怎么不责怪他？老师说，我现在说的是你偷吃西瓜，他的问题我会解决，不用你管。

在行政执法过程中，时有类似的情形发生。

场景一：交通警察在维护交通秩序的过程中，针对众多的违法者，因为诸多原因，只处罚了其中的一个或数个而不是全部。违章者不服，“为什么就罚我一个？”交警释明，“因为我就逮着你了”。或许交警还会补上一句，“他没有受到处罚，不能成为你逃避处罚的理由”。^①

场景二：一残疾人车主在路口停留时，被值班交警以违章停车的理由处以了20元罚款，不服，便联系了多位残疾人车主，聚集在十字路口，坚持要讨个说法。辩称自己确实是残疾人，而且证件齐全，对于交警处罚违章停车，他也甘愿接受。但让他觉得不服气的是，交警在处罚他的同时，却没有对旁边冒充残疾人进行营运的车辆进行处罚：“为什么要选择性执法？其他违章的电瓶车他也不处罚，偏偏只处罚我，是不是觉得我们残疾人好欺负？”^②

针对这种执法现象，我们不得不产生以下疑问：执法者有没有选择性执法的权力？是什么原因致使行政主体选择性执法？如何评价选择性执法？怎样遏制或者祛除或者治理这种选择性执法的现象？能否以及谁能针

① 王松苗：《选择性执法，终于挨了司法的两记耳光》，载《检察日报》2008年11月28日。

② 《男子不满交警执法不公 召数十残疾人堵路5小时》，<http://info.chinaren.com/html/2009-04/24199.html>，2009年11月5日访问。

对这种选择性执法提出救济？

一 研究理由或意义

公平正义，是人类追求美好社会的一个永恒主题。为了实现公平正义，各国宪法纷纷宣示法律面前人人平等。但法律本身是否平等以及法律是否被平等实施，取决于制定、解释和适用法律的过程。毋庸置疑，法律制定的平等是实现平等权的前提和基础。但有了体现或者维护平等权的法律就能够自动平等保护法律面前的每一个人吗？答案是否定的。只有执法^①和司法也平等才能创建法治国家的社会公平。维护平等的法律只有在社会生活中被平等地遵守和适用，才能实现法律应有的公平价值。因此，高度重视执法和司法，是实现法治国家的必然要求，也是实现社会公平的关键。

基于此，我们认为，在走向行政法治的时代，应当对执法公平给予必要的关注和思考。尤其在执法不公成为行政执法实践一大顽疾的当下中国，更有必要探讨执法不公的产生缘由和治理措施。当前，执法不公主要表现在以下方面：一是同种情况，有的作为，有的不作为，即选择性执法；二是同种情况，行政主体依法作为，但法律效果不一样。在以往有关执法不公的研究中，学者们对后者，即显性的执法不公问题进行了广泛深入的讨论。但由于前者，即选择性执法本身的隐蔽性，往往为社会所忽视。至今鲜有学者从平等的视角探讨同种情况，有的作为，有的不作为的隐形不平等执法问题。而笔者认为这种隐形执法不公，对法治和人权的危害更大。为了全面评价和治理选择性执法，以及为了真正实现执法平等，尤其治理行政执法中的不作为问题，有必要从选择性执法的视角，对同种情况下的行政不作为问题展开全面的研究，以治理选择性执法。因此，对选择性执法的研究，既有深远的理论意义也有现实的实践意义。

（一）实践意义

1. 促进法律公平

社会公平和民主法治是构建社会主义和谐社会的重要内容。在构建社会主义和谐社会的过程中，社会公平呼唤法制保障，法制保障促进社会公

^① 在原初意义上，“法律适用的平等”也就是“执法的平等”，其拘束对象包括行政权和司法权。鉴于一般法理已公认立法、执法和司法的划分，本书的执法仅指行政执法。

平。但法律是什么、能够是什么,以及应该是什么,取决于制定、解释和实施法律的过程的特点。执法是法的实施的重要组成部分和基本实现方式。国家制定法律,就是要在社会生活中得到遵守和执行,否则,法律将变成一纸空文,失去其应有的效力和权威。因此,高度重视执法,是现代社会的法治国家的必然要求,更是实现社会公平的关键。如果行政机关针对同种情况选择性执法,将极大地破坏法律公平。因此,对选择性执法的产生原因展开全面研究,并提出因应性的治理选择性执法的措施以尽量减少这类执法不公,有利于推动我国民主法治的进程。

2. 控制行政不作为

国家权力机关制定的法律和其他规范性法律文件,主要是由国家贯彻和执行。因此,执法的内容和范围非常广泛。凡是涉及国家管理和社会生活各个方面的行政事务,都要通过国家行政机关的执法活动完成。可是,在现实的执法活动中,存在大量的选择不作为的状况。行政机关到底是基于何种原因,对同种情况选择性不作为呢?在实行实质法治的今天,在建立法治国家实行权力制衡的时代,国家行政机关到底有没有选择性执法的权力呢?或者这种选择性不作为是否能够彻底根治呢?如果不能根治,如何尽可能地降低或者避免选择性不作为呢?这是控制行政不作为必须解决的问题。从反面来说,这些问题的解决,有助于控制行政不作为的发生。

3. 推动诚信政府服务政府的建立

无论是诚信政府还是服务政府,都要求行政机关依照法律尽可能最大化地履行行政职责,提供公共服务。其实从社会契约论的角度来看,公法也可以看作是政府对委托其权力的人民的承诺。那么,代表政府的行政机关在负有行为义务的情况下,必须依法行为,而没有权力不行为。如果不行为,就是违背法律的规定没有履行职责。如果行政机关在同种情况下选择性不作为,不仅违法侵害行政相对人或者行政相关人的合法权益,更是不利于社会公众对政府建立执法认同,从而减弱政府的公信力和执行力。因此,笔者认为,控制行政不作为的发生,有助于推动诚信政府服务政府的建立,提高社会公众对政府的认同度。

4. 切实保障平等权

平等权是宪法规定的基本权利。但这种权利的实现,并不是权利人自身行为的结果,而是他者同样对待的产物。那么,行政相对人要实现行政法上的平等权,就需要行政主体平等对待行政相对人。如果行政主体针对

同样情况,有的作为,有的不作为,显然不能为公民提供平等权。我们认为,深入开展选择性执法的研究,有利于去除执法中的此类不公平现象,有利于行政相对人平等权的实现。

(二) 理论意义

1. 进一步丰富行政法上的平等权理论

从平等权的视角,探讨同种情况下的行政不作为,具有深刻的理论意义。它有利于更进一步揭示平等权的丰富内涵。以往学者们重点阐述了平等权的绝对性、比较性等特征。指出平等权是绝对权,不受国家侵犯,在任何情形下,作为平等个体的人都应被平等对待;而且“平等权一定要在他和社会成员的交往中才能体现出来”^①,等等。而从选择性执法的角度研究平等权,还可以佐证它的精神性。平等权应包含两个层次:一个层次与其他权利或者法律利益相关;一个层次只是与个人的内心的尊严相关。前者具有物质性,后者具有精神性。具有物质内容的平等权与只具精神意义的平等权都是平等权。那么,我们就不能只重合法行为的平等对待,而轻违法行为的平等对待。因违法而不被平等对待的选择性执法现象需要新的平等权理论保障这些行政相对人的合法权益。

2. 进一步丰富有关行政不作为的司法救济理论

正如有学者认为的那样,其实选择性执法从外在形式上看“构成行政不作为、违法失职”。^② 选择性执法的司法救济其实就是救济行政不作为、违法失职等引发的不公平问题。但由于学者们普遍认为如果国家行为仅仅违反平等原则,“尚不足以创建个人主观的法律地位,该行为必须同时侵害受基本权利保护的合法利益时,才能主张自平等原则发展出来的防御侵害、排除侵害请求权或更进一步参与分享国家给付之权”;^③ 或者即便获得主观公权利的法律地位,也并不意味着其享有请求司法机关救济的诉权;或者享有诉权,但仅能请求保护个人利益,不能救济公共利益。但选择性执法中的行政不作为有时更多的是侵害了公共利益,而无实际的法律利益受损。所以学者们如果仅仅从行政不作为本身侵犯的法律利益角度

① 何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第226页。

② 熊文钊、张伟:《行政自我拘束原则之初步研究》,载应松年、马怀德主编《当代中国行政法的源流》,中国法制出版社2006年版,第156页。

③ 萧文生:《平等原则与国家经济辅助措施》,载《月旦法学杂志》2009年第9期。

谈救济的话,反而使如何监督或者救济行政不作为成为一大难题。尤其行政机关应依职权行为,且是依职权作出负担行政行为的情况下,因为不作为就没有行政相对人,也没有侵犯行政相对人的个人利益,那么,就没有适格的原告启动司法权监督行政不作为,以致不能通过司法途径判决行政机关依法行为;或者从另一角度来说,即使赋予一般公民或者社会组织原告资格因公共利益起诉行政机关,但因为人本身的自利性以及难以取证或者信息缺乏等原因也不能有效监督。而行政机关这种失去监督的行政不作为行为不仅背离了行政法治,更是容易侵犯人民的公权利。因此,有必要从选择性执法的角度,以平等权作为联结点,探讨由同样情况被选择性作为的行政相对人能否作为原告,启动司法程序维护受损的公共利益问题。

虽然一般认为作为请求权的平等权,只有和其他权利相竞合的时候,才具有诉的利益。如果行政相对人因为行政机关的选择性执法,只有平等权受到侵害,而并无其他个人利益受损而有公共利益受损的情形下,如果不承认行政相对人享有通过诉讼途径救济的权利,那么,具有绝对权性质的平等权是不能够切实实现的。这种仅以平等权为诉求的诉讼涉及了公共利益,可以成为具有公益诉讼性质的行政诉讼。在只有平等权受侵害的情形下,当事人以自身的平等权受损为由,要求行政机关为了公共利益对他人的违法行为予以追究,以监督行政机关的不作为,具有现实必要性,也有利于推动有关平等权的行政诉讼理论的发展。

二 国外研究现状

(一) 美国

在美国,选择性执法主要指涉下列现象:对于私人的违法行为,即使法律明确规定“应当”予以处罚,但公权力机关(行政机关或者公诉机关)仍不予处罚。它发生在行政行为的决定环节,执法者行使特权,只对一部分人员执法调查或诉讼,而不是全部,专指在决定对某人是否行为或者不行为这一环节的问题。在刑事法领域,这种选择性常常被称为“选择性起诉”“歧视性起诉”或“任意检控”。^①也有学者认为“选择性

^① Whitebread & Slobogin, *supra* note 9, pp. 551 - 552; Bloom, *supra* note 13, pp. 1271 - 1275.

执法”是用来形容警察不执行法律规定自由裁量权有违执法公正的问题。^①还有法学词典将其定义为：主要是指执法官员在执行某些法律时滥用自由裁量权的做法，尤指任意选择对某人起诉而不对某人起诉，也被称为“selective prosecution”。^②

1. 普遍认同选择性执法的原因

美国基于“正义并不要求警察机关、检察官、应同样提出检控的其他执法官员或其他政府执法官员主动采取行动的同等对待”^③的理论假设，基于“法律必须规定得过一点，必须由密切接触具体现实的执法官员削减到切合实际的程度；完全执行是不可容忍的，因为每个人都会违反许多技术性的规定；为了实现正义，不进行执法的裁量权这种缓冲是必要的；以及根本不能说服拨款委员会支持对更多违法者进行执法”^④等理念，形成了美式选择性执法制度。长期以来，人们认为由于执法资源的有限性和有效配置，以及立法往往规定的过于理想或严苛的现实，在执法中有必要通过优待和宽大，以使得法律更加切合实际、实现个案正义。选择性执法属于政府的“特权”。认为“倘若执法机关或官员在显然应当执法的情况下拥有按兵不动的裁量权，结果就会产生选择性执法的权力”。^⑤这种权力使其可以选择性执法的对象，选择性执法的时机，还意味着可以选择予以执行和不予执行的法律。

2. 质疑选择性执法的理由

虽然选择性执法在美国得到普遍的认同，但并不是没有任何不同的声音。虽然普遍认为“创设裁量权的三种主要方法有立法机关的授权、立法机关采用模糊或未加界定的术语而由行政官员赋予其意义、行政机关取得对法律明确规定的选择性执法权”。但戴维斯认为“百分之九十以上的选择性执法的裁量权很可能是没有必要的”，^⑥因为并不是只要被惩罚的

① Richard Hall, Carolyn Brown Dennis, Tere Chipman, 1999, Social Science, p. 348.

② 宋雷主编：《英汉法律用语大辞典》，法律出版社2004年版，第1049页。

③ [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263页。

④ 同上书，第187页。

⑤ 新墨西哥州赋予执法机关选择性执法的裁量权。

⑥ [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189页。

人本身罪有应得，正义就实现了。正义无法仅仅依靠考察个案而获得，而应该在与相同的案件的处理结果进行比较的基础上作出判断。法律之下的公平正义，并不是不能及于负责启动或检控的行政机关和官员的决定，反而应当要求他们通过具体的执法去实现法律所追求的公平正义。执法宽大将会产生非正义。“选择性执法通常不仅没有获得立法机关的授权，不仅完全没有法律或其他标准的指引，也没有进行建构、不受制约。”“选择性执法权是由单个官员在个案中行使的，没有一致性的要求，结果在一种情形下法律会遭到忽略，在另一情形下则加以执行，而在第三种情形下则部分执行。就因专断地运用选择性执法权而受害的人来说，则没有平等保护的条款，没有公平正义的原则。”^① 制度不可避免的缺陷导致的不公平和负责实施正义的官员有意识地选择造成的不公平并不是一回事。选择性执法本身不符合平等原则要求的同等情况同等对待，本身就是不正义的。

3. 不同理论对美国法及其实践的影响

基于特权理论，选择性执法制度在相当长的时间“一直持续存在没有遭到成功的挑战，而且被法院、立法机关和整个社会不假思索地接受”^②，美国多数学者以及法院对选择性执法适当广泛认可，当然那种因种族等刻意加以歧视的情况除外。选择性执法在法律实践中广泛存在，既包括管制法，也包括刑法，构成了美国的一大特色，在美国很少遭到否定。在一个具体情形下，行政机构是否有权自由选择如何作出行政行为，或者是否必须采用一种具体的行为程式，《行政程序法》未置一词^③。

但戴维斯的裁量正义理论并非对选择性执法制度没有任何影响。虽然学者和法官认为他对自由裁量权的规制措施过于乐观，但认同对自由裁量权予以规制，只是主张加强国会和法院对自由裁量权的控制。^④ “法治原则反对不必要的自由裁量权力，因为不必要的和过分的自由裁量权力，必然导致专横、任性、自私自利，违反法治原则。”^⑤

① [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 248 页。

② 同上书，第 186 页。

③ [美] 彼得·海：《美国法概论》，许庆坤译，北京大学出版社 2010 年版，第 42 页。

④ 转引自王名扬《美国行政法》（上），中国法制出版社 2005 年版，第 549 页。

⑤ 同上书，第 118 页。

美国法典第五编《联邦行政程序法》第706节规定，法院对于行政机关滥用自由裁量权的行为可以撤销。假设检察官对于两个基本相同的案件，一个进行追诉，一个不进行追诉，他必须指出两个案件的区别在哪里。虽然事先没有规则可依，事后必须有理由说明。此外，行政机关的自由裁量行为没有受到规则的拘束时，宪法中的平等保护原则可以能够拘束行政机关的一切行为。

（二）德国

在德国，选择性执法是指执法者故意基于不正当理由而非人手不足，或者基于便宜原则，相同情况不同对待。由于德国行政法的目的在于促进政府行为的公正，促使善良的行政，符合社会的公正理念。^① 因此，无论学者还是法官，对选择性执法的认识大不同于美国。或者说，德国对选择性执法并不是普遍接受，而是尽量控制。

1. 便宜原则

针对行政处罚行为，德国规定了便宜原则。便宜原则是指对于符合法律要件的行为，行政机关仍有决定是否予以处罚的决定裁量。^② 便宜原则赋予行政机关在要件事实成立的情况下，亦允许行政机关享有决定裁量的选择权。从这个意义上说，德国允许行政机关有决定裁量权，可以行为，也可以不行为。

但德国规定便宜原则的理念并不完全同于美国，其适用范围要比美国所述的选择性执法小得多。考虑到警察事务本身的复杂性、时效性以及资源的有限性，为了使警察职务的行使符合公共利益和立法目的，德国警察法规定了便宜原则。但便宜原则的适用，并不是所有情形，而只是特别情形。比如，在行政相对人的危险非常遥远，以至于加以追诉或处罚反而不恰当，或无论如何都是不必要的情况下，可以例外地不予追诉或处罚。同理，在刑事诉讼中规定了起诉便宜原则，检察官可以根据该原则对那些有足够证据证明犯罪嫌疑并具备起诉条件的案件作不起诉处理。

德国的便宜原则似乎从立法层面承认行政机关享有选择性执法的权力，因为即便在符合法律要件的情形下，其仍可以基于自身对个案的判断，选择处罚或者不处罚。从这个意义上说，选择性执法在德国亦被接

① [印度] M. P. 赛夫：《德国行政法》，周伟译，山东人民出版社2006年版，第4页。

② 李惠宗：《行政处罚法之理论与案例》，台湾元照出版有限公司2005年版，第93页。

受。只是德国接受选择性执法的原因，并不完全同于美国。资源的有限性是容忍选择性执法或者确定便宜原则的共同原因，但法律规定过于严苛并不是便宜原则产生的理由。或者便宜原则并不是赋予行政机关特权，反而是课予行政机关追求个案正义的义务。

2. 平等原则对选择性执法的限制

德国虽然规定了便宜原则，但并不意味着行政机关享有不受限制的自由决定权。如法律有明文规定，行政机关负有法律上的义务，必须行为时，并不能够自由决定不行为。法定原则要求行政机关对于那些符合法律要件的行政不法行为，无论如何必须进行处罚，以维护法律的尊严。也就是说，对合乎法规构成要件的行为，有义务予以一定的法律效果。除非法律有例外规定，否则违法。另外，即便在享有决定裁量权的情形下，行政机关也并不是可以有的决定行为，有的决定不行为，因为裁量权可以限缩至零。

德国1976年《行政程序法》第40条规定，“如果行政机关依裁量权行为，行为机关在行使其裁量权时，必须符合授权目的，且遵守对裁量权所加的法律限制”。比如，在行使裁量权时，必须平等。德国特别注意行政裁量中的平等对待问题。在1969年12月的兵役缓征案中，联邦行政法院认为“行政自制是对行政权有规范，得以拘束其裁量权的原则。行政自制的规范来源为行政规则及行政惯行的前例，这些前例使得在相同的事件存在时，应为同样的裁量。正确的行政自制是指基于平等原则，就合法的事务，行政机关应依行政规则给予相同的裁量对待”。^①行政权在执行个案中存在受平等原则拘束的问题。联邦基本法禁止授予行政机关无限制的裁量权。联邦宪法法院认为，立法机关在授予行政机关裁量权时，必须遵守有关宪法性限制。“德国在宪法规定的一切限制中，最重要的是平等权。平等权不仅对立法及法律的适用有效，而且对行政机关为行使其裁量权制定的行政惯例也有效。”^②德国行政法理论认为，习惯法的产生必须具备下列三项前提要件：一在客观上，必须有长期的及一般的惯行存在；二在主观上，当事人确信此项惯行的合法性；三在形式上，该惯行有作为

① 台湾行政法学会编：《行政法争议问题研究》（上册），台湾五南图书出版公司2000年版，第76页。

② [印度] M. P. 赛夫：《德国行政法》，周伟译，山东人民出版社2006年版，第125页。

法规的可能性,亦即其内容充分明确特定。^①就此,行政机关不得拒绝同意市镇上的店主在室外陈列商品,而通过例外的形式已经同意其他人。^②

3. 控制选择性执法的原因

德国对选择性执法的态度之所以不同于美国,与德国崇尚的法治国理念有关。法治国理念在实质上表现为正义国。建立在社会共同体同意的客观法律秩序上的法治国家,行政行为应受法律及一般原则的约束。依法行政要求践行公平、正义等基本理念。行政机关适用法律的过程,应当是实现社会正义的过程。且德国早期追求形式法治,法律一旦制定,就应当严格执行。形式法治要求有法必依,因此不会像美国那样,可以法律规定过于严苛为由,基于社会效果的考量,容许行政机关享有根据社会实际决定执法松紧程度的特权。发展到实质法治阶段之后,则强调实现公正的法律秩序。无论形式意义的法治,还是实质意义的法治,都最终以法律制度的形式控制着国家各方面的行为,包括行政行为。基于此,选择性执法的存在空间极为狭小,或者表现为是控制而不是容忍。

三 国内研究现状

我国对选择性执法的研究肇始于最近几年,观点迥异。

(一) 选择性执法的定义

学者们从不同角度对选择性执法的定义进行了阐释。有学者将选择性执法定义为:“什么时候严格执行哪部法律,采取什么执法手段,什么时候放松哪部法律的执行,什么时候严格执行哪个具体的案件,采取什么执法手段,什么时候对哪个案件执行特别对待的视具体情况而定的执法方式。”^③有学者认为选择性执法“就是指执法者在规则允许的范围内对其面临的各个事项作出选择性处理。它既包括处理某一事项而不处理某一事项的选择,也包括提前处理某一事项或者推延处理某一事项的选择。它与

① Fritz Ossenbühl, in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., § 6 VIII 1 Rn. 73. 转引自翁岳生《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第140页。

② Decision of 13 Aug 1953, VWR 483 (VGH Kassel). 转引自[印度]M. P. 赛夫《德国行政法》,周伟译,山东人民出版社2006年版,第126页。

③ 高晋康、郁光华等:《法律运行过程的经济分析》,法律出版社2008年版,第31—32页。戴治勇、杨晓维:《间接执法成本、间接损害与选择性执法》,载《经济研究》2006年第9期。

选择性适用法律、行政不作为以及行政自由裁量权不同。其运作空间是在规则体系下的规则真空”。^①有学者认为：“选择性执法指的是执法机关在执行法律的过程中，并不穷尽所有出现的问题，而是对其中的部分作出相应的法律行为的执法方式。”^②“所谓选择性执法，是指执法主体对不同的管辖对象，根据自己的判断甚至好恶刻意采取区别对待的一种执法方式等等。”^③

从我国学者对选择性执法的定义看，学界对这一概念的内涵与外延的认识是千差万别的。这种差异或者争论主要体现在以下几个方面：一是选择性执法与行政自由裁量的关系问题。有的认为选择性执法与行政自由裁量无关。其运作空间是在规则体系下的规则真空。选择性执法是法律本身存在漏洞的结果，或者说因为法律没有规范，执法者得以选择作为或者不作为；有的认为选择性执法属于自由裁量权范畴，是滥用自由裁量的结果；有的学者没有去探讨选择性执法与行政自由裁量的关系。二是选择性执法的外延问题。有的学者认为选择性执法表现为选择适用法律、选择处理具体案件、选择性执法手段、方式；有的学者认为选择性执法表现为选择处理行政事务，即选择性行使行政职责；有的学者认为选择性执法主要表现为选择处罚或者处理行政相对人，即对执法对象进行选择。三是选择性执法的性质问题。有的学者认为选择性执法是歧视性执法，是考虑执法对象身份地位等非法律要件的结果，是在自由裁量范围内的选择；有的学者认为选择性执法是中性概念，其是否违法要根据具体情况进行判断。

（二）质疑选择性执法的原因

我国多数学者对选择性执法持否定态度，认为执法主体并没有选择性执法权。既没有选择适用法律的权力，也没有选择性执法对象的权力等。法治原则要求执法者依法行为。在北京的哥违章停车处罚案^④中，终审法

① 王成：《选择性执法研究》，载《北京大学研究生学志》2007年第3期。

② 刘璇：《选择性执法问题研究》，载《中国科技信息》2008年第20期。

③ 王松苗：《选择性执法，终于挨了司法的耳光》，载《检察日报》2008年11月28日。

④ 2007年3月，北京的哥杨某因在国家博物馆北门前的人行道上临时停车送客，被交警拦下。交警称杨某违章停车，依据《北京市实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第99条第2项的规定，对其作出了200元罚款的决定。杨某认为《道路交通安全法》第93条规定，对违法临时停车的处罚，交警应口头警告，而不是直接处罚200元。载《法制日报》2008年11月26日。

院认定,交通警察在没有说明为什么不适用《道路交通安全法》第93条及北京市实施办法第80条的情况下,径直依据北京市实施办法第99条第2项作出罚款,属于适用法律法规错误。这个案件表明,执法者针对某一行为,不适用某一法律条文,必须对适用法律条文进行排他性的证明和解释。从另一层面而言,执法者并不享有选择适用法律的权力,而是应该依据法律的规定适用正确的法律法规。另外,在同样的情况下,如果执法者有选择地执行特定区域内的违法行为而不是全面地执法,认为是对执法对象的刻意区别对待,有违执法公正。因此,认为选择性执法违法,违反了平等、信赖保护等一系列原则。

(三) 接受选择性执法的理由

并不是所有的学者或者实务界都完全否定选择性执法。

有学者认为选择性执法是弥补法治在追求个体正义方面局限的一种极好的手段,只是这种手段不能滥用,有必要引导和控制,“使其能够按照公意服务于公益的需要”。^①认为警察选择性执法并不都是滥用自由裁量权的结果,并不都是违法行为。其形成原因复杂。比如“法律规范延伸过长,专业技术信息不足,致使行政机关必须行使行政自由裁量权予以弥补;法律规范的模糊;执法资源的有限性;可容忍性犯罪的存在;维护秩序角色的定位;警察执法本身具有政治性等等”。^②鉴于此,河北省石家庄市就直接规定:“在大路口,处罚群体性闯红灯的前三名;在小路口,对全部闯红灯的行人处以50元以下的罚款。”^③全面消除警察选择性执法并不现实。

高晋康、郁光华认为现实中之所以大量存在不可实施或者只是得到选择性实施的制度是因为法律与政策相比,灵活性更差。“在不可预测情势不断改变的情况下,执法的松紧变化可以作为获得灵活性和主动性的重要手段。”“选择性执法现象是为降低间接执法成本和间接损害的总成本,运用剩余执法权以保证实现其政治、经济及社会目标的结果。”^④选择性

① 王成:《选择性执法研究》,载《北京大学研究生杂志》2007年第3期。

② 徐文星:《警察选择性执法之规范》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2008年第3期。

③ 《石家庄规定大路口群体性闯红灯处罚前三名》,载《法制日报》2012年10月25。

④ 高晋康、郁光华等:《法律运行过程的经济分析》,法律出版社2008年版,第31—32页。

执法存在两种情况：法律以更低的概率执行和法律超乎寻常的严格执行。“导致执法松紧强烈变化的往往不是直接执法成本和损害大小，而是综合考虑间接执法成本和损害引起的结果。”国家通过执法的松紧变化，以适应不同时期的情势变化。国家所享有的剩余执法权使其可以相机决定不同法律的执行程度和同一法律在不同时期的执行程度。选择性执法的出现频率与执法者获得的灵活性是否受到约束以及约束的程度相关。经济原因是选择性执法产生的重要外因。把政府的选择性执法的权力基础归结为剩余执法权，是政府转型时期追求执法灵活性而作出的权宜之计。

但这些学者在分析选择性执法存在的必然性的同时，又指出其不同于受成本约束的随机性执法，所以“不仅影响当事人的决策，而且对执法代理人本身的行为，对执法制度的改革也有影响”。因而主张“在市场经济建立相对比较完善的时期，应该逐渐减少、杜绝选择性执法”。^①

四 国内外研究述评

从中外学者已有研究成果看，不同国家以及同一国家的不同学者对选择性执法的看法具有显著差别，有关分歧集中在以下方面：第一，执法者可不可以选择性执法？中外对这个问题给出了不同的答案。有的认为选择性执法应该逐渐减少直至最后完全被杜绝；有的认为选择性执法不可避免，是政府的特权允许存在。第二，选择性执法的含义。从法律经济学视角研究的学者认为选择性执法的选择主体是国家或政府，执法者只是执法代理人，换句话说，他们探讨的是国家或政府在某个阶段选择执行哪些法律以及执行的力度或者方式问题。这一视角的研究层面是宏观的，探讨的是国家或政府对执法重点或者弱点的选择，探究的是国家或者政府对法律的选择。而另一些学者谈的选择性执法的主体则是直接处理某个事件的具体的执法者。他们选择对哪些违法行为进行处理？探究的是具体的执法者对执法对象的选择，这是一种微观层面的研究。第三，选择性执法与自由裁量权的关系。一种认为选择性执法属于自由裁量权范畴，一种认为选择性执法不同于自由裁量。

中外学者及实务界对选择性执法的认识如此天壤之别，而选择性执法又如此广泛地存在于各个国家的行政执法当中。我们到底该如何去评价这

^① 戴治勇：《选择性执法》，载《法学研究》2008年第4期。

一现象？到底选择性执法只是某个法治阶段的短期存在还是与法律共存？对这个问题有必要进一步探讨。

另外，对以上研究进一步观察还可以发现：现有的讨论基本上都是从执法者的角度去谈该不该选择以及如何选择的问题，而没有从被执法者的角度去探讨执法者的选择是否侵害其利益，如果侵害其利益是否可以获得救济以及如何救济的问题。而对这个问题的回答又必须建立在对选择性执法是否合法、违法或者不当的研究基础之上，等等。这些问题都是研究选择性执法必须解决的问题。

五 研究内容

我们立足于“行政执法是行政主体将抽象的法律规定适用于具体的行政相对人并对其权利义务产生实际影响的具体行政行为”的定义来研究选择性执法。研究内容主要涉及以下几个方面。

（一）选择性执法的一般理论

首先探讨美国、德国对选择性执法的不同态度及其形成原因。然后，结合中国学者对选择性执法的已有研究，引出本课题的研究问题。接着回答“什么是选择性执法？选择性执法的法律属性到底是怎样的？行政主体在执法过程中能不能选择”等核心问题。

（二）选择性执法的成因分析

发生在特定社会的行政执法，是执法者综合考量相关因素或者不相关因素的结果。在作出具体行政行为的过程当中，执法者必然经历了或复杂或简单的心理活动。我们计划运用社会心理学的场域理论解剖权力场、经济场、法律场以及情景场对执法者的影响，以探讨选择性执法形成的中国原因。

（三）选择性执法治理的一般理论

首先，探讨治理选择性执法的必要性。治理选择性执法不仅是建设法治政府，也是维护国家长治久安的必然要求。其次，探讨选择性执法治理的一般理念。由于选择性执法有的是主观所致，而有的是客观不能。治理目标应当是尽可能地减少这种法律现象，以最大化地缩小立法理想与执法现实之间距离的扩张。基于行政法的产生具有深厚的人性尊严思想基础这一前提，推导出“作为重要行政活动的行政执法应当维护人性尊严，人性尊严是行政执法必须遵循的基本理念”的基本观点。基于人性尊严，