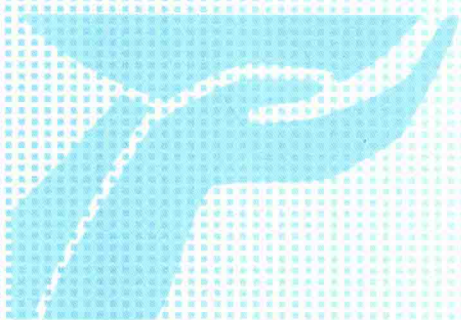




基于社会失范治理的 中国食品安全监管研究

● 陈仕学 / 著

- 食品安全社会失范与社会失范治理
- 监管——食品安全社会失范政府治理的基本方式
- 食品安全社会失范与失范治理的解读
- 食品安全监管现状
- 变革——食品安全监管的出路
- 食品摊贩监管及其立法



贵州出版集团
贵州人民出版社

本项目获教育部人文社会科学研究青年基金项目资助

《食品安全监管研究——从化解社会失范的视角》

(批准号: 11YJC820007)

基于社会失范治理的 中国食品安全监管研究

陈仕学 / 著



贵州出版集团
贵州人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

基于社会失范治理的中国食品安全监管研究 / 陈仕学著. — 贵阳: 贵州人民出版社, 2015.12
ISBN 978-7-221-12884-3

I. ①基… II. ①陈… III. ①食品安全—监管制度—研究—中国 IV. ①TS201.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第316628号

基于社会失范治理的中国食品安全监管研究

陈仕学 著

责任编辑: 金海洋 王璐

装帧设计: 郑亚梅

出版发行: 贵州出版集团 贵州人民出版社

地址: 贵阳市观山湖区中天会展城会展东路SOHO办公区A座(550081)

印刷: 贵阳恒鑫印务有限公司

规格: 787×1092毫米 1/16

印张: 14

字数: 200千字

版次: 2016年5月第1版 2016年5月第1次印刷

书号: ISBN 978-7-221-12884-3

定价: 28.00元

001 | **第一章** 食品安全社会失范与社会失范治理

- 一、社会失范 / 001
- 二、社会失范的治理 / 011

023 | **第二章** 监管——食品安全社会失范政府治理的基本方式

- 一、监管界说 / 023
- 二、政府监管食品安全的理论基础 / 025
- 三、食品安全如何监管 / 029
- 四、要不要监督监管者 / 038

047 | **第三章** 食品安全社会失范与失范治理的解读

- 一、食品安全事件的实证分析 / 047
- 二、食品安全社会失范的治理 / 117

142 | 第四章 食品安全监管现状

- 一、食品安全监管体制沿革 / 142
- 二、食品安全监管现状 / 150
- 三、食品安全的集中、统一监管分析 / 159

166 | 第五章 变革——食品安全监管的出路

- 一、食品安全监管的出路并非简单的严刑峻法 / 166
- 二、以法治理念引导发挥法律对食品安全的保障和规范作用 / 168
- 三、实现转变政府观念下的食品安全全方位监管 / 175

193 | 第六章 食品摊贩监管及其立法

- 一、摊贩和食品摊贩 / 193
- 二、城管执法与摊贩抵抗 / 195
- 三、食品摊贩监管立法 / 202

216 | 后 记

第一章 食品安全社会失范与社会失范治理

一、社会失范

(一) 社会失范的界定

一般认为,社会失范(social disorder)作为学术概念最初是由法国社会学家涂尔干(Emile Durkheim,又译杜克凯姆)所使用。涂尔干在描述资本主义经济发展过程时,认为基于社会分工所形成的不同职业之间由于缺乏必要的协调而导致整个社会缺乏一种合理、有效的价值体系,因而,私欲不断膨胀的个体在自我利益的驱使下出现“行为偏差、混乱无序”的状态——“失范”状态。在涂尔干看来,社会失范“造成了经济世界中极端悲惨的景象,各种各样的冲突和混乱频繁产生出来。”“这种无政府状态明显是一种病态现象,因为它是与社会的整个目标反向而行的,社会之所以存在,就是要消除,至少是削弱人们之间的相互争斗,把强力法则归属于更高的法则。”^①涂尔干认为,在一个高度失范的社会中,由于社会成员没有共同的生活目标与价值标准,缺少行为的指南与约束,因而,这个社会有解体的危险^②。后来,美国社会学家默顿(Robert King Merton)在涂尔干研究的基础上,认为社会失范是指社会所规定的目标同决定着达到这些目的规范不一致的社会状态,即当社会所规定的目标,与用以达到这种目标且为社会所规范引导的手段不

① 埃米尔·涂尔干.社会分工论[M].渠东译.北京:三联书店,2000:14-15.

② 伊恩·罗伯逊.社会学(上)[M].黄育馥译.北京:商务印书馆,1990:246-247.

一致时,社会会出现失范^①。默顿认为,一个理想的社会应该是这样的:“它的所有成员都可以用社会所认可的手段来取得社会所赞许的目标。但现实之中,社会往往无法在所有的时刻、所有的地方,为所有的成员提供达到理想目标的正常途径。因此,部分成员就可能去寻求非法的途径来实现自己理想的目标。这时,社会所推崇的目标和社会所认可的手段之间就出现脱节和冲突,于是,失范就出现了,犯罪也就产生了。”^②

我国学者则认为,社会失范是指的这样一个社会生活状态:在这个生活状态中,一个社会既有的行为模式与价值观念被普遍怀疑、否定或被严重破坏,逐渐失却对社会成员的约束力,而新的行为模式与价值观念又尚未形成或尚未被人们普遍接受,对社会成员不具有有效约束力,从而使得社会成员的行为缺乏明确的社会规范约束,形成社会规范的事实“真空”、缺如^③。有学者并依据社会失范发生的社会背景,将社会失范分为常态下的社会失范与转型期中的社会失范两类。前者指非社会结构转型时期的社会失范现象,后者指社会结构转型时期的社会失范现象。两者的根本区别在于出现社会失范现象时社会生活方式本身的合理性基础是否存在。常态下的社会失范,其所赖以形成的那个社会生活方式在根本上仍然没有失却其存在的合理性根据,因而,这种社会失范一般不会形成大规模、全局性、持续的社会失范现象,它更多的可能是在一种局部、暂时的意义上出现。而且,这种社会失范现象本身对社会秩序更多的是具有直接消解性的消极性,虽然这种社会失范也可能以不同的方式最终转化为推进理性进步的积极力量。虽然我们不能绝对说常态下的社会失范都是消极的,不能否定常态下的社会失范最终会转化为改良、推进社会发展的积极因素,但是较之社会转型时期的社会失范,它本身具有更多的直接消极性可能。转型时期中的社会失范,其存在的根据在于既有的那种生活方式、交往方式、生活世界失却了存在的合理性根据,在于社会生活方式本身诞生的必然性;另一方面意味着这种社会失范的原因在于

① 邓肯·米切尔.新社会学辞典[M].蔡振扬等译.上海:上海译文出版社,1987:12.

② 罗伯特·K·默顿.社会理论和社会结构[M].唐少杰,齐心等译.南京:译林出版社,2006:348.

③ 郑杭生,李强等.社会运行导论——有中国特色的社会学基本理论的一种探索[M].北京:中国人民大学出版社,1993:447-448.

两种生活方式的更替,以及由此所决定的两种社会价值规范体系的更替。这种失范表明,旧的价值体系在日益变革了的社会中已失却其原有的社会效用,新的社会价值体系尚未完全建立健全,它揭示克服这种失范的根本途径在于建立健全新的社会生活方式,以及与其相适应的社会制度体制^①。

在本书中,我们将社会失范界定为在社会生活中,由于调整一定社会关系的社会规范尤其是法律规范缺乏有效性,不能对社会生活发挥有效的调节作用,或者因为现有社会规范尤其是法律规范存在缺失,无法调整应当受到社会规范调整的社会关系,从而在社会行为层面表现出混乱无序状况,其主要的典型表现为违法行为屡禁不止乃至成为常态。对比中国社会现实,我们可以比较清晰地观察到改革开放以来中国社会的剧变:维系以往农业社会的道德、信仰体系在工业化浪潮中逐渐变得苍白,传统文化中的“忠、孝、仁、义、信”和舆论层面大力宣扬的共产主义道德在市场经济大潮中的“物质至上”面前显得不堪一击。一方面,就社会整体层面而言,全面的商品化——物质商品化、情感商品化、关系商品化使得整个社会的凝聚力与公信力大大降低,社会结构的层级变化过于迅猛使得社会中的大多数个体都无法适应,而社会公共空间的大范围缺失减少了个体交往的可能性,疏离感成为当代人的主导情感。另一方面,就个体层面而言,只问结果不论过程的社会评价模式导致潜规则盛行,金钱拜物教的工具理性思维主导了相当比例个体的行为,“撑死胆大的、饿死胆小的”现象盛行,道德、习俗甚至法律对个体都难以起到过往各类社会形态下的调整作用,失范成为很多人获得“成功”的必由之路。

诚如学者们所言,社会是一个发展着的可能世界,人类文明是在人类不断克服自身进程中所遇到的问题过程中进步的。没有新的挑战,没有对问题的不断克服,就不可能有文明的演进。由于我国市场经济取向改革的天然局限以及长期以来社会实际与法律规范的背离,依法治理念而言,我们很难简单界定哪些是常态下的社会失范,哪些转型期中的社会失范,但是毫无疑问,由于我国现阶段仍处于社会转型期,政治、经济、文化、社

① 高兆明.社会失范论[M].南京:江苏人民出版社,2000:50-52.

会等方方面面都面临着转型，传统规范的约束力在不断弱化，新的社会规范还在建立与执行的过程中，没有起到相应的约束作用，因而社会失范现象频发，因此，我国社会失范既有常态下的社会失范，也有转型期中的社会失范，并以转型期中的社会失范为主。不过我们更乐于抛弃抽象的学说和理念，从实证层面将违反现有社会规范尤其是法律规范的行为均界定为社会失范行为。当然，立足于以民主和法治基本特征的现代社会的要义，是否真正使人更加美好，让人诚实、善良、有尊严，符合最大多数人的利益以及是否真正有益于社会共同进步和发展是找出社会示范行为治理之道的根本标准。因此，研究当代中国社会生活中出现的社会失范现象及其治理，或许能实现很多人的善良愿望——给中华民族的发展提供一个契机，实现一个文明古国在新世纪的涅槃。

（二）食品安全社会失范的基本描述——从法学的角度

民以食为天，食以安为先，食品的数量和安全都关系到人类的生存发展与身体健康。改革开放几十年来，我国食品供给格局发生了根本性变化，人民群众的生活水平得到了很大的提高：食物品种丰富，数量充足，供给有余。然而，食品安全问题却越来越成为人们切身之痛。近年来，各类危及人类健康生命安全的食品安全事件屡屡发生，种种以“毒”冠名的食品安全事件不一而足，如毒酒，毒大米，毒酱油，毒粉丝，毒生姜，毒蜜饯，等等；而诸多知名品牌也纷纷落马，如含三聚氰胺的三鹿婴幼儿奶粉，黑心的冠生园月饼，敌敌畏浸泡过的金华火腿，碘含量超标的雀巢奶粉，返厂加工的变质光明奶，跨国快餐巨头麦当劳、肯德基发生一系列食品安全事件，等等。更不用提及长期危害百姓健康的注水猪肉、瘦肉精猪肉，陈化粮、镉大米，农药残留经常超标的瓜果蔬菜，用抗生素、激素饲养的鸡、鸭、鱼、虾等各类副食品，对此国人曾戏报菜名：皮革奶、镉大米、石蜡锅、毛酱油、牛鸭血、药火腿、双氧翅、陈化粮、碘雀巢、增稠蜜、糖精枣、氟化茶、铝馒头、硫银耳、农药菜、瘦肉精、三鹿粉、箱子馅、甲醇酒、人造蛋、纸腐竹、地沟油、罂粟汤、塑料米、避孕鳝、染色枣、泡药蕉、化妆橙、毒海

带、人造肉、漂白海鲜、催熟果，等等，不一而足。以上种种近在眼前的现实都令国人触目惊心，食不甘味！人们不禁要问：为什么农业种养殖技术提高了农产品产量，却改变了农产品的味道？为什么市场上琳琅满目的食品激发了人们的食欲，满足了消费需求，却又危及我们的健康，让人谈食色变、说食不安？其实这都是因为我国食品安全出了问题，存在着大量的食品安全社会失范行为。根据我们的调研和观察，食品安全社会失范行为表现形式多种多样，下面从不同的侧面对食品安全社会失范行为进行描述。

1. 从违反的社会规范的性质的角度

从违反的社会规范的性质的角度，食品安全社会失范行为既有违反道德的社会失范，也有违反法律的社会失范。前者如食品生产经营者违反诚信要求，故意添加明知不能添加的有害物质或产品对人体生命健康有害却宣称产品安全优质；农户在食用农产品种养殖过程中滥用农药、化肥、抗生素、激素，专门用于出售而自己根本不吃。后者如食品生产经营者违法添加非法添加物或者滥用添加剂，生产对人体生命健康有害的产品；农户在食用农产品种养殖过程中违法滥用农药、化肥、抗生素、激素并用于出售。又如食品安全监管部门不履行法定职责或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊。在实际社会生活中，食品生产经营领域违反道德的社会失范行为和违反法律的社会失范行为往往交织在一起。因为法律是社会规范的底线要求，在法治的背景之下研究法律失范行为更有重要意义，因此本文主要从法律角度研究食品安全社会失范行为。

2. 从所处环节的角度

从食品安全社会失范行为所处环节的角度，按照我国现行立法的划分，食品安全社会失范行为包括食用农产品种养殖中的失范行为、食品生产环节的失范行为、食品流通环节的失范行为、餐饮服务环节的失范行为。其一，食用农产品种养殖的失范行为。此类失范行为发生在食用农产品种养殖环节，是农户和农产品生产者在农产品种养殖过程中违法滥用农药、化肥、抗生素、激素，导致所生产的食用农产品危害人体健康的失范行为。由于我国城乡二元化格局以及家庭联产承包责任制下的农民家庭的土地过于分散，农

业生产小、散、乱的特点，农户增产增收主要通过提高产量实现，为此滥用农药、化肥、抗生素、激素等农业投入品成为基本手段，而消费者消费观念的不科学更加助长了此类行为。在全国很多地方，农民要么不知道要么并不关心国家明令禁止使用的农药和兽药目录，而且农民文化水平不高也使其无法完全掌握标准化生产技术，再加上一些农民的食品安全意识淡薄，在农产品养殖过程中不按操作规程使用农药、化肥、兽药、饲料及饲料添加剂等，甚至违禁使用和添加高残毒农药、兽药，导致农产品质量安全事件时有发生。比如2010年，武汉市农业局从1月25日到2月5日，在三次抽检中都发现，5个豇豆样本均含有禁用农药水胺硫磷，这些豇豆分别来自海南省陵水县英洲镇和三亚市崖城镇，继武汉验出有毒豇豆后，广州、深圳、上海、杭州等地相继发现含有水胺硫磷的豇豆；2011年4月，沈阳市公安局皇姑分局端掉6个黄豆芽黑加工点，查获掺入非食品添加剂豆芽25吨，这些豆芽中被检测出亚硝酸钠、尿素、恩诺沙星、6-苄基腺嘌呤激素等有害物质；2013年5月，湖南省攸县生产的大米在广东省广州市被查出镉超标事件经媒体披露，广东佛山市顺德区也通报了顺德市场大米检测结果，在销售终端发现了6家店里售卖的6批次大米镉含量超标，在生产环节发现3家公司生产的3批次大米镉含量超标。其二，食品生产环节的失范行为。此类失范行为是食品生产者在食品生产加工过程中存在的失范行为，可能表现为无证无照非法生产经营食品，可能表现为食品生产企业超量使用滥用食品添加剂和非法添加物，或者未能严格按照工艺要求操作，微生物杀灭不完全，导致食品残留病原微生物或在生产储藏过程中发生微生物腐败而造成食品安全问题，可能表现为食品生产企业弄虚作假、出售过期变质食品等，给食品安全带来很大隐患，还可能表现为食品生产企业工作人员素质较低、卫生意识淡薄、规范操作能力差，未严格执行进货查验及台账登记、索证索票制度或者记录、索证索票不全，不能及时处理超过保质期的食品，以至于造成食品安全事故的发生，等等。比如2011年发生一系列生产环节的食品安全事件：2011年1月18日，陕西渭南市澄城县商务局稽查大队将另一著名肉制品企业雨润旗下的渭南生秦公司千余公斤冷鲜肉送至肉联厂进行检查，发现肉品三腺未摘除干净，部分肉品未进行

无害化处理；8月3日，雨润“老北京烤鸭”又被检出菌落总数实测值达到标准值的13倍。2011年3月，中央电视台曝光河南孟州、沁阳、温县等地一些添加“瘦肉精”养殖的生猪，都卖到了我国最大的肉制品企业双汇旗下的济源双汇公司。2011年10月19日，思念三鲜水饺被北京市工商行政管理部门检出金黄色葡萄球菌；11月7日，三全白菜猪肉水饺被广州市工商行政管理部门检出金黄色葡萄球菌；11月17日，湾仔码头上汤小云吞被南京市工商行政管理部门检出金黄色葡萄球菌，至此国内三大冷冻食品品牌均陷入“细菌门”。

其三，食品流通环节的失范行为。此类失范行为是食品生产经营者在食品流通过程中存在的失范行为，主要表现为：食品经营者未取得食品流通许可即从事食品经营活动；食品经营者经营被明令禁止生产经营的食品，如致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品，腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品，病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品，未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类，或者未经检验或者检验不合格的肉类制品，超过保质期的食品，无标签的预包装食品以及其他不符合食品安全标准或者要求的食品等；食品经营者采购食品时未查验供货者的许可证和食品合格的证明文件；食品经营者未按保证食品安全的要求贮存食品，定期检查库存食品，及时清理变质或者超过保质期的食品，等等。比如2011年4月，有媒体爆出在上海市浦东新区的一些华联超市和联华超市的主食专柜都在销售同一个公司生产的三种馒头，高庄馒头、玉米馒头和黑米馒头，这些馒头都是在回收馒头中加香精和色素加工而成。同样在2012年4月，中央电视台曝光浙江省杭州市部分蜜钱生产厂家生产环境肮脏不堪，工人随意添加添加剂，生产原料来自山东临沂的黑工厂，从沃尔玛、世纪联华、家乐福和上海来伊份的专卖店可以买到问题蜜钱。其四，餐饮服务环节的失范行为。餐饮服务环节的失范行为除了存在类似于食品生产和流通环节的失范行为以外，还表现为餐饮服务经营者不按食品安全规范操作，餐具集中消毒单位设施简陋、基础条件较差、消毒工艺流程不规范等。比如2010年3月，西安市食品药品监督管理局

执法人员在重庆胖妈烂火锅西安总店,发现其存在泔水油回收装置,现场查获的账单也表明火锅店涉嫌回收地沟油。2013年7月,肯德基、麦当劳、真功夫被北京媒体曝光冰块细菌严重超标,脏过马桶水,此后经过北京理化中心对比检测,结果显示:肯德基崇文门店、真功夫崇文门店的冰块菌落数量均高于国家标准,且高于马桶水数倍;3家快餐店所供冰块的大肠菌群、金黄色葡萄球菌以及沙门氏菌群均符合国家标准,而菌落总数则都超标。其中,麦当劳崇文门店冰块菌落总数为120个每毫升,而国家标准为可食用冰块的菌落总数不得超过100个每毫升,属于“不达标”;真功夫冰块菌落总数为900个每毫升,是国家标准上限的8倍,高于马桶水国标的5倍;肯德基食用冰块菌落总数高达2000个每毫升,是国家标准上限的19倍,高于马桶水国标12倍。^①

3. 从行为实施主体的角度

从行为实施主体的角度,食品安全失范行为包括食品安全监管主体的失范行为与监管相对人的失范行为。作为食品安全监管的相对两方,无论是作为监管者的食品安全监管主体还是作为受监管者的相对人,都存在大量的失范行为。因各自身份不同,监管主体和相对人的失范行为往往特征各异甚至截然不同,同时也可能因为双方之间的共谋而相互牵连。其中监管相对人失范行为的表现形式可见上述两种描述所作的分析,食品安全监管主体的失范行为的表现见后述。

4. 从行为方式的角度

从行为方式的角度,食品安全失范行为包括作为与不作为两种方式。作为的食品安全失范行为是行为主体违反不应当作出一定行为的法律义务,以积极、主动的行为方式实施违法行为的失范行为。不作为的食品安全失范行为是行为主体违反应当作出一定行为的法律义务,消极不作为的失范行为。因为我国官本位的历史传统、法治文化的缺失和现行官员考核机制等多种原因,食品安全监管行为的失范呈现以玩忽职守等行政不作为为主要形式,同时滥用职权、徇私舞弊等作为形式也大量存在的特点。就监管相对人失范行

^① 央视曝光肯德基、麦当劳和真功夫冰块菌落数超标[Z].南方周末(<http://www.infzm.com/content/92663>).

为而言,主要方式则是食品生产经营主体违反法律规定的作为的失范行为,同时也存在一定比例的违反法律作为义务的不作为失范行为,比如食用农产品生产者没有按照食品安全标准和国家有关规定使用农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等农业投入品;食品生产经营者未取得食品生产经营许可证即从事食品生产经营活动;食品生产者采购食品原料、食品添加剂、食品相关产品未查验供货者的许可证和产品合格证明文件;食品经营者采购食品未查验供货者的许可证和食品合格的证明文件;食品经营者未按照食品标签标示的警示标志、警示说明或者注意事项的要求,销售预包装食品,等等。

5. 从食品安全监管主体行为的角度

如上所述,因各自身份不同,食品安全监管主体和监管相对人的失范行为往往特征各异甚至截然不同。食品安全监管主体失范行为也呈现出多种不同形态,在此专门对食品安全监管主体的失范行为从不同角度进行描述。第一,食品安全监管主体失范行为可分为实体失范与程序失范。实体失范指监管行为不符合食品安全法律和有关法律规定的实质要件。具体表现为:监管主体不具有行使某项监管职权的资格、越权行使监管职权、监管行为内容违背法律法规,等等。程序失范指监管行为不符合食品安全法律和有关法律规定的程序要件,比如不符合法律规定的步骤、表现形式不符合法律规范、行为的做出不符合法定时限等。第二,食品安全监管主体失范行为可分为内部行为失范与外部行为失范。内部行为失范指监管主体的内部行政行为违反食品安全法律和有关法律,比如上级监管部门对下级监管部门的越权指挥。外部行为失范指监管主体的外部行为违反食品安全法律和有关法律,比如监管部门在食品安全监管中滥用职权或失职渎职。第三,单一主体监管行为失范与共同主体监管行为失范。单一主体监管行为失范是指失范行为由一个监管主体独立做出;共同主体监管行为失范是指监管行为由两个及以上的监管主体共同做出。单一主体监管行为失范为监管行为失范的主要形态。第四,监管主体单方监管行为失范和监管主体与相对人双方行为失范。监管主体单方监管行为失范是行政主体单方的过错构成的失范行为。监管主体与相对人

双方行为失范则是由监管主体和相对人的共同过错造成的违法行为，在实际监管实践中的主要表现为监管主体玩忽职守，默许相对人的行为，放任失范行为的发生，或者为监管主体及其工作人员滥用职权、徇私舞弊，对相对人失范行为视而不见或者在查处过程中违反法律法规的规定。第五，行政失职、行政越权、行政滥用职权、事实依据错误、适用法律错误、程序违法和行政侵权等。这是根据行政复议机关和人民法院撤销违反法律的监管失范行为的理由，所划分出的食品安全监管主体失范行为形态的类型。行政失职是指监管主体及其工作人员因不履行法定的作为义务而构成的失范行为，既可表现为拒不履行法定职责，也可表现为拖延履行法定职责。行政越权是指监管主体超越法定监管职权的失范行为。行政滥用职权，也称滥用行政自由裁量权，是指监管主体在自由裁量权限范围内不正当行使行政权力而达到一定程度的失范行为，主要表现为因受不正当动机和目的支配致使监管行为背离保障食品安全的根本目的和社会公共利益，因监管过程中的不合法考虑致使行为结果失去准确性，监管行为任意无常，违反同一性和平等性，等等。事实依据错误是指监管主体作出没有合格事实依据的监管行为。适用法律错误是指监管主体实施监管行为没有正确地适用法律依据，主要表现为：应当有法律、法规和规章的明文规定条件下才能做出的监管行为，在没有明文规定时，监管主体却做出了监管行为；做出监管行为必须适用法律、法规或者规章，但是监管主体没有适用这些依据，而是适用了规章以下的其他规范性文件；做出监管行为应当适用这个法律、法规或者规章的，监管主体却适用另一个法律、法规或者规章做出监管行为；做出监管行为应当适用法律、法规或者规章中的特定条款的，监管主体却适用另一个条款做出监管行为。行政侵权是指监管主体及其工作人员在监管过程中不法侵害他人合法权益，为此必须依法承担赔偿责任的失范行为。程序违法是指监管主体违反行政程序规范的失范行为，主要表现为：监管行为未按法定方式进行，法定方式作出时有缺陷，法定步骤省略或颠倒，无根据增加步骤，不遵守时限，等等。

二、社会失范的治理

(一) 关于治理的一般认识

在现代汉语中,治理可以解释为对组织的事务的控制和管理,也可以解释为对特定事项的处理、管理或整治。治理一词在政治和经济研究领域得到大量使用,并发展成为治理理论。美国学者詹姆斯·N·罗西瑙(James N Rosenau)认为,治理是通行于规制空隙之间的那些制度安排,或许更重要的是当两个或更多规制出现重叠、冲突时,或者在相互竞争的利益之间需要调解时才发挥作用的原则、规范、规则和决策程序^①。英国学者格里·斯托克(Gerry Stoker)则提出:治理的本质在于,它所偏重的统治机制并不依靠政府的权威和制裁。“治理的概念是,它所要创造的结构和秩序不能从外部强加;它之发挥作用,是要依靠多种进行统治的以及互相发生影响的行为者的互动。”^②成立于1992年的联合国全球治理委员会的官方观点认为,治理是或公或私的个人和机构经营管理相同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程。它包括有权迫使人们服从的正式机构和规章制度,以及种种非正式安排。而凡此种种均由人民和机构或者同意、或者认为符合他们的利益而授予其权力。它有四个特征:治理不是一套规则条例,也不是一种活动,而是一个过程;治理的建立不以支配为基础,而以调和为基础;治理同时涉及公、私部门;治理并不意味着一种正式制度,而确实有赖于持续的相互作用^③。一般认为,在公共管理领域,治理、统治、管制三者虽有相同之处,但治理与统治、管制又存在显著不同。首先,治理指的是一种由共同的目标支持的活动,这些管理活动的主体未必是政府,也不一定非得依靠国家的强制力量来实现。其次,从本质上看,治理行政与管制行政有很大的不同。一方面,管制行政的权威主要来自政府,而治理虽然需要权威,但这个权威并不为政府所垄断。治理行政

① 詹姆斯·N·罗西瑙.没有政府的治理[M].张胜军,刘小林等译.南昌:江西人民出版社,2001:9.

② 格里·斯托克.作为理论的治理:五个论点:国际社会科学(中文版)[J].1999,(2):19-29.

③ 俞可平.治理与善治[M].北京:社会科学文献出版社,2000:270-271.

是政治国家与公民社会的合作、政府与非政府组织的合作、公共机构与私人机构的合作、强制与自愿的合作。另一方面,治理行政与管制行政权力运行的向度发生变化。管制行政的权力运行是自上而下的,它运用政府的政治权威,通过发号施令、制定和实施政策,对公共事务实行单一向度的管理。与此不同,治理行政则是一个上下互动的过程,政府、非政府组织以及各种私人机构主要通过合作、协商、伙伴关系等,通过共同目标处理公共事务,所以其权力向度是多元的,并非纯粹自上而下。社会力量在治理中的作用日益增强,也可以通过正常途径,自下而上地对政府施加影响。最后,在治理的形态中,政府治理主要体现在:其一、制度供给。政府所提供的有关制度,决定着社会力量能否进入、怎样进入公共事务治理领域,并且对其他治理主体进行必要的资格审查和行为规范。其二、政策激励。即使政府主动开放某些公共事务治理领域,但社会力量往往会等待观望,尤其是对公共物品的生产,需要政府在行政、经济等方面采取相应的鼓励和引导措施。其三、外部约束。公共事务治理也需要“裁判员”,政府应依据法律和规章制度,对其他治理主体的行为进行监督、仲裁甚至惩罚^①。

我们认为,公共管理意义上的治理是各种公共的或私人的组织和个人管理社会共同事务的诸多方式的总和,它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程,它的目标是为了实现一个国家或社会最大多数人的共同利益,具有治理主体多元化、治理依据多样化、治理方式多样化等典型特征。治理的要点主要有:首先,就治理主体而言,不仅包括国家,也包括其他治理主体,如行业协会、自治团体等,各种治理主体在治理中应各展其长、各得其所。其次,就治理依据而言,不仅包括国家立法,还包括其他由社会共同体形成的规则甚至不同主体之间的协议等。再次,就治理方式而言,强调在进行成本收益分析的基础上,能使用非强制方式的就不用强制方式,能用双方协商解决的方式就不用单方强制的方式,能用自治的方式就不用他治的方式,遵照先市场后社会、再政府的选择标准,实现治理方式的多元化、民主化和市场化。最后,就权利和义务而言,重视在宪政框

^① 陈广胜.走向善治[M].杭州:浙江大学出版社,2007:124-125.