

中国行政执法困境的个案解读

王锡铎*

内容提要:在中国行政执法过程中,政府面临着普遍的“两难困境”,在立法过程中政府立场与民间态度缺乏有诚意的、有效的和充分的沟通,导致政府立场与民间态度的紧张;在执法过程中政府奉行一种“问题化策略”和“运动式执法”,过分迷信强制和制裁的力量而忽视了执法过程中所有参与者制度性的相互学习,故加剧了规则表达和规则实践之间的背反。走出执法困境要求在规则制定过程中,政府立场与民间态度通过制度化机制进行有效的、富有意义的交涉,在执法过程中应采取务实的态度,注重博弈过程中的学习、反思和策略调整。

关键词:行政执法困境 政府立场 民间态度 法律生活化

一、引论:执法困境问题的提出

在一个人们为了寻求并维护生活秩序而创设大量法律规则的法制化世界中,始终存在着一种“法律更多但秩序更少”^[1]之生活状态的可能性。更进一步,制度化的法律安排甚至可能引发“对制度的制度化拒斥”(institutionalized evasion of institutions)^[2]。对于迷信正式的法律规则和制度的理论家而言,这是一个尴尬的问题。然而,这也是一个非常有趣的现象。从“行动中的法律”这一强调法律规则生活化、行动化的角度看,这更是一个至关重要而不可回避的问题。

这样一个问题对于今天中国的法治建设而言具有更加直接的相关性:一方面,在强调“政府(国家)立场”建构并维护社会生活秩序的传统中,通过诉诸于法律规则这一政府立场而对社会生活进行

* 王锡铎,北京大学法学院副教授。本文的思路得到苏力教授的启发,曹休宁博士对本文涉及的制度经济学和博弈论相关分析提出了非常中肯的评论,特此致谢。文章所有可能的谬误由作者负责。

[1] 美国学者埃里克森是从正式法律制度与促成非正式合作的社会条件相互关系的角度提出这一警告的。“法律制定者对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼光,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界”。参见埃里克森:《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354页。

[2] “对制度性规则的制度化拒斥”是美国著名社会学家默顿所提出的概念。他指出,对制度性规则的抗拒,当它们属于下列情况时本身即被制度化:是相当明确的行为类型;被大多数人所采纳,而不是只被分布于各地的成员私下接受;在组织形式上,有相当完备的社会机制,它由暗中合作的参与者构成,包括社会中的执法者;以及很少受到制裁,即使受到制裁,也多是象征性的,主要是为了重申规则的尊严。他进一步认为,这些制度化拒斥行为的发生,或者是因为一个团体面对现实危机,要求采取与长期存在的规范不同的目标取向或适应性行为;或者是因为新提出的规范(最明显的是新的立法)与长期存在的社会习性和情感发生矛盾。对制度的制度化拒斥反映了规范与广泛的社会需求之间的不协调。参见罗伯特·默顿:《社会研究与社会政策》,林聚任译,三联书店2001年版,第86页。

规制或引导,是中国法治建设的一个基本思路;^[3]法律规则对社会生活进行规制的广度和深度急剧扩张,立法在数量上出现“膨胀”局面。^[4]另一方面,作为“宣示”政府(国家)立场的法律规则在现实的生活世界之中始终遭遇着不同程度的执行乏力、被漠视、被拒斥、甚至被虚无化的情形。本文所称的“行政执法困境”正是在这样一个背景下提出并试图加以讨论的命题。本文将“行政执法困境”表述为这样一种两难状态:政府(国家)通过法律规则宣示了某一立场,但这些法律规则因为执法者或利益相关的个体(或者二者相结合)的相应行动策略而受到实际上的漠视、规避、甚至拒斥,进而导致一种“进退两难”处境:要么因为政府立场和法律规则受到公然挑战而致政府和法律权威性资源流失(退);要么因为政府动用各种执法途径和资源执行法律而使执法的经济和社会成本变得难以承受(进)。简言之,对于某个宣示政府立场的法律表达(规则),在这种法律表达的实践(执法)中,政府却面临着行动上“欲进无力,欲罢不能”的困境。

本文试图将“执法困境”区别于一般意义上所讨论的“执法不力”,后者通常指由于执法者主观的或者客观的原因而导致法律规则执行绩效低下,但不论是政府还是民间,对法律规则所代表的立场本身并没有怀疑。例如,从法律表达这一层面看,不论是政府还是社会,对于水资源保护、大气环境保护等环保法律规则所代表的立场可能并无大的分歧,但是由于执法体制、执法者主观利益驱动、以及客观上执法资源配置的严重不足,导致这些法律规则在实践层面难以得到落实,这种情况应属于执法不力。在执法不力的情形下,由于政府和社会对宣示政府立场的法律规则本身持有基本共识,故而在行动策略选择上是明确的,即动用各种有效资源强化执法,并不存在策略选择上的困境。这种执法不力的情形,类似于一些学者所讨论的“执法折扣”(law enforcement discount)。^[5]而本文所要讨论的“执法困境”则是这样一种情形:在其中,法律规则在实践层面遭遇的被漠视、规避、拒斥等情形,并不能简单地通过强化执法而得到解决,因为大量社会成员(甚至包括一些执法者)对这些法律规则所代表的政府立场本身就缺乏足够的认同。“铁腕”执法不仅受制于有限的资源,而且可能引发政府与社会的严重对立甚至冲突。本文发现,在这种情形中,政府处在一种尴尬境地:如果强化执法,将导致巨大的、甚至是难以承受的直接和间接执法成本;如果任由实践层面上违背规则的情形发生,又将导致政府权威流失(没面子)。在中国的执法实践中,我们观察到,面对执法困境,政府通常采用的策略选择是“睁一只眼,闭一只眼”,有论者称之为“政府与民间的共谋”,^[6]辅之以“突击式”的、“运动式”的、

[3] 笔者并不是简单地反对通过立法对社会生活进行调整,实际上,在中国法治建设的初级阶段,由无法可依走向通过法律的治理,立法可能是一个基础性的工作。但是有两点值得我们反思:其一,并非只要有了立法相应问题就会“迎刃而解”;其二,立法并不一定等于法律。立法不过是通过公共权力对某些利益团体立场的表达,并不必然代表生活世界中真实的需求。

[4] 例如,有研究者从对中国立法中心主义观念的反思,指出“立法膨胀”问题并分析了其负面效应。可参见杨解君:《立法膨胀的负面效应及其对策》,《江海学刊》1996年第3期。

[5] 基于经验的观察和一般分析,我们都不难发现法律的表达与法律实践之间存在程度不等的不一致情形,这就是通常所理解的执法折扣。执法折扣的产生大致有立法和执法两个环节的原因。在立法环节,经济学理论与一般观察均显示,法律规则可能存在一种过度包含(over inclusive),即由于文字的局限性,法律规则可能包含了立法者本来不想设定的内容,例如在某个禁止性规则中包含了立法者不想禁止的内容。立法的文字表述越是追求详尽,可能出现的文字漏洞更多。在执法环节,执法者所具有的广泛自由裁量权,特别是不作为和选择性执法的自由裁量,对法律规则的实践具有决定性影响。关于法律规则“过度包含”的讨论,可参见 William M. Landes and R. Posner, “The Private Enforcement of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 4, 1975, p. 1; 关于行政执法中自由裁量权的广泛存在及行使,可参见 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press(1971)。

[6] 这种情形的典型案例表现在禁赌、禁止民间集资、借贷、禁止民间收债等语境中。例如,禁止卖淫嫖娼是政府一贯的立场,相关的法律规则覆盖刑法、行政法等领域,但现实中卖淫嫖娼现象却仍然普遍存在。这一方面是政府强力禁止,另一方面是社会“没事偷着乐”的现实,并且实际上政府、执法者和一般社会成员对此都心知肚明。在这里,政府和民间其实达成了某种默契,即:只要不超出一定的底线(比如,公开的、企业化的卖淫嫖娼形式),政府对违规现象可以“睁一只眼,闭一只眼”。一个有力的例证是,为了预防性病、艾滋病传播,有些地方政府开始明确要求娱乐场所工作人员“必须百分之百地使用安全套”,这其实是政府与民间默契走向公开化的一种表现。

“典型化”的执法策略,以重申规则的尊严,笔者姑且将其称为“间歇性、选择性执法”。〔7〕

本文不准备讨论一般意义上的执法不力问题,而仅对执法困境问题进行分析。从中国行政执法领域观察,目前比较突出的执法困境情形包括有关禁赌、禁止民间通过“私力救济”而进行收债、禁止民间集资、禁之浏览黄色网站、禁止燃放烟花爆竹等执法领域。为了讨论执法困境问题,本文试图通过个案解读视角,运用法社会学和博弈论相关分析工具,尝试提出一个解释、分析和解决行政执法困境的框架。本文主要的分析进路是:从一个特定的执法困境“个案”入手,对困境形成的具体因素进行分析,从微观角度观察困境中各方行动者的策略选择和行动逻辑,进而提出一个可能适用于一般执法困境的解释与分析框架。

二、对一个执法困境的描述:以“禁止燃放烟花爆竹”的执法为例

根据上文的描述,在中国的执法过程中存在多种符合本文所称“执法困境”的情形。在这些情形中,笔者选择“禁止燃放烟花爆竹”(以下简称“禁放”)的执法为个案而展开本文的分析。之所以选择这一个案,有以下几个考虑:首先,“禁放”的法律表达在中国具有相当的普遍性,资料显示,自1993年以来,全国已经有282个城市制定并实施了“禁放”规定;〔8〕其次,在“禁放”的执法过程中,政府高调提出了“禁放”立场并投入了相当巨大的执法资源,但政府的执法实践却遭遇了巨大挑战,并逐渐演变成一种比较典型的政府在执法过程中的“进退两难”状态;再者,由于“禁放”规定涉及到法律与传统文化、民间习俗、民间价值认同等问题的紧张关系,“禁放”已成为包括社会学、民俗学、文化人类学、法学诸学科关注的问题并在社会成员中引起广泛争议;最后,本文选择“禁放”作为研究个案,还考虑到一个特别的因素,即由于烟花爆竹的物理特性,违法燃放烟花爆竹行为的进行事实上是公开的,是公众和政府都很容易感知的,这使得政府在执法过程中的困境和尴尬更加明显,也更加具有戏剧性。

几千年来,“爆竹声中除旧岁”一直是中国人庆祝传统节日春节的重要习俗,然而大规模集中燃放烟花爆竹也带来了一些问题,比如空气污染、噪声、人身伤害、火灾等。1993年,北京市人大制定了全国范围内第一部禁止燃放烟花爆竹的地方性法规,〔9〕全面禁止燃放烟花爆竹。法规对烟花爆竹的生产、运输、储存、销售等环节作出了严格的管制性规定,并对违法燃放烟花爆竹行为人设定了包括行政拘留、单位2000元以下、个人500元以下罚款和警告在内的行政处罚。〔10〕在北京作为首都的“示范效应”影响下,全国许多城市纷纷通过立法禁止燃放烟花爆竹。一时间,“禁放”作为一种政府立场通过立法得到充分表达。同时,考虑到燃放烟花爆竹是中国社会各种礼仪活动的重要组成部分,禁止的难度很大,政府也投入了大量的资源进行执法。资料显示,仅在北京市“禁放”规定实施后的第一个

〔7〕 间隙性、选择性执法过程中的自由裁量权在时间和空间两个维度上表现出来的形式,前者如各种形式的“集中整治”,在整治期限内动用各种资源进行执法,而过了这一期间执法活动即告一段落,比如“扫黄打非月”、“禁赌风暴”等。后者则是执法者对违法行为和目标行为人进行有选择性的执法,例如警察对某个娱乐场所内的违法行为进行制裁而对其他娱乐场所置之不理。笔者认为,间隙性执法是一种法律政治化的表现,而选择性执法在很大程度上是执法资源有限性或者滥用自由裁量权所导致的。关于自由裁量与“选择性执法”(selective law enforcement)的分析,可参见 K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press(1971), p. 3.

〔8〕 人民日报报道,据有关部门统计,十多年来,我国共有北京、上海、南京、广州、武汉等282个城市禁放烟花爆竹,但近年来,随着老百姓春节燃放烟花爆竹的呼声越来越高,各地禁放烟花爆竹的政策有所松动。今年春节,已有106个城市由原来的全面禁止调整为指定地点、指定时间的限制燃放。资料参见 <http://www.morningpost.com.cn/ArticleView/2005-2-9/Article-View-14980.htm>, 2005年3月14日访问。

〔9〕 《北京市关于禁止燃放烟花爆竹的规定》,1993年10月12日北京市第十届人民代表大会常务委员会第六次会议通过,1993年12月1日起施行。

〔10〕 虽然本文无意讨论规则本身的合法性,但还是有必要指出,北京市“禁放”法规的这些处罚规定存在着立法和适用上的合法性问题,因为行政处罚法规定,限制人身自由的行政处罚只能由法律规定,因此地方性法规无权创设行政拘留处罚。

除夕和春节,政府就动员了约80万人员参与执法,直接和间接执法投入高达1000万元。^[11]政府立场之强硬、社会动员力度之大,实属罕见。这场广泛动员、不惜代价、毕其功于一役的“执法战役”取得了难以置信的成果。据报道,1993年除夕和1994年春节,“北京的上空静悄悄”。^[12]然而,奇迹很快消失,在此后三年里,违法燃放行为逐步出现“反弹”,其后更是呈现一发而不可收拾的态势。到去年除夕夜(2004)和今年春节期间,尽管据报道北京市政府还是投入13万人进行执法,燃放烟花爆竹实际上已经陷于失控的局面。^[13]在实施“禁放”的其他城市,“禁放”也遭遇到同样的、甚至是更加严重的民间拒斥。“禁放”的执法不仅使政府承受昂贵的直接成本,而且还导致了一些社会成本,比如政府立场与民间态度的紧张。其结果是,一些原先加入“禁放联盟”的城市不得不退出“联盟”。到2004年底,已经有106个城市宣布放弃全面“禁放”,转而采取一种“有条件的限放”立场。^[14]

在以上所描述的“禁放”执法图景中,我们清楚观察到一个比较典型的“执法困境”:第一,法律规则明确宣示了某个政府立场(禁放);第二,政府投入大量资源(甚至不惜成本)试图通过执法而不断重申和强化此种立场;第三,民间对政府立场虽然没有明确表达出“不遵从”(non-conforming)态度,^[15]但在正式民意表达的背后或多或少存在对政府立场妥当性的质疑,并且在实际上采取了广泛的不合作行为(表现为大规模的违规燃放);第四,这种不合作行为(或称违规行为)具有广泛性和持续性,使得政府立场在法律实践层面上很难实现。上述几个因素的结合,指向执法过程中政府所面临的一个无法避免的困境:由于违规行为具有某些基于传统、文化、习俗的支持,便可能具备广泛性和持续性的特征,因而政府执法的成本(包括执法直接成本和社会成本)会极为高昂,甚至不可承受,故政府通常只能选择“听之任之”策略。但如果政府对违规行为听之任之,则将损害政府权威性和法律规则的尊严,并在事实上鼓励更多人选择违规行为策略,这会导致规则的执行愈加困难。

三、政府立场与法律表达:法律的政治化与生活化

在直观层面上,执法困境表现为规则受到行动者的规避和拒斥,但问题的缘由往往需追溯到规则所代表的立场、这种立场与生活世界中真实需求的协调程度、以及民间对政府立场的态度。

政府为什么要禁止燃放烟花爆竹?这一问题看起来颇为简单。从表面上看,“禁放”的理由包括:燃放烟花爆竹会污染大气环境、产生噪音、造成人身或财产伤害、浪费资源。^[16]但进一步追问,则可能发现情况并非如此简单。例如,人们完全可以从简单类比的逻辑角度对这些理由提出质疑:汽车对大气的污染比燃放烟花爆竹更严重,为什么不禁止或者限制?汽车产生的噪音也同样比燃放烟花爆

[11] 《北京禁放烟花爆竹》案例, <http://jpkc.ecnu.edu.cn/ggzcgf/shoukejiaoran/jueceanli/d5.doc>, 2005年3月14日最后访问。

[12] “1994年春节,北京市禁放烟花爆竹取得了空前的成功。资料见 <http://jpkc.ecnu.edu.cn/ggzcgf/shoukejiaoran/jueceanli/d5.doc>, 2005年3月14日最后访问。

[13] 据报道,2004年除夕夜,北京市组织13万公安、工商、行政监察、税务等执法人员夜查“禁放”,对违令者进行处罚。但市民们“顶风作案”违禁现象比往年更甚。资料见 <http://www.morningpost.com.cn/ArticleView/2005-2-9/Article-View-14980.htm>, 2005年3月14日访问。

[14] 参见《北京禁放:法规制度与传统民俗的十年博弈》,资料见 <http://news.sina.com.cn/c/2004-06-23/16533501869.shtml>, 2005年3月15日最后访问。

[15] 社会学理论上将“不遵从行为”(non-conforming behavior)区别于“违规行为”(aberrant behavior)。默顿指出,前者一般公开宣称他们的不同意见,而后者努力避开公众注意力;前者对他们所反对的规范提出明确的合法性挑战,而后者则努力为其违规行为寻找借口或理由;前者的目的是利他性的,而后者通常是为了某些特定私利而采取行动;前者的目标是为了改变那些他们在实践上所拒绝的规范,而后者主要是为了尽量规避某个规范。参见前引[2],默顿书,第82页以下。在这个意义上,“不遵从行为”类似于政治学上的“公民不服从”或者“非暴力不合作”行为(civil disobedience),而本文所讨论“执法困境”中的民间态度,主要属于“违规行为”,并未发展到“不遵从行为”程度。

[16] 北京市人大在讨论制定“禁放”条例的必要性和目的时所提出的理由。资料来源:<http://jpkc.ecnu.edu.cn/ggzcgf/shoukejiaoran/jueceanli/d5.doc>, 2005年3月14日最后访问。

竹更严重、更持久、并且不具有任何意义上的“美感”，为什么不禁止？汽车交通事故所导致的人身、财产损失更是比燃放烟花爆竹所可能造成的损失严重，为什么不禁止？至于将浪费资源作为“禁放”理由，更是显得有点荒谬。私人如何决定其所拥有资源的用途，例如，用100元去买衣服还是买鞭炮，完全是个人的事情，无法以政府的（或公共的）标准来判定是否属于“浪费资源”。如果以浪费资源为理由而禁止动用公款燃放烟花爆竹，倒是说得过去。这些简单的诘问，展现出在禁放问题的立场上理论根据的虚弱。

那么，是否可以认为政府对其立场的“虚弱性”存在智识和认知能力上的问题呢？情况并非如此简单。因为就本文所作分析来看，政府立场的上述问题只需通过简单类比就可以发现，更何况通过立法程序也很容易发现这些问题。可以进一步追问：如果在规则制定时，政府就已经认识到其立场的“虚弱”，为什么还要强力坚持其立场并通过法律化方式而宣告呢？基于中国行政过程的体制性因素和经验因素，我们可以从两个方面来解释政府“明知不可为而为之”的许多表达冲动：其一，从公共行政的体制性因素观察，我们发现，许多公共管理的基本目标并不在于特定的、具体的目的的“实现”，而在于对特定管制立场的“宣告”，因为在中国的管理体制中，“立场宣告”本身也可以成为政府和官员“政绩”的一部分，是一个“门面”。更何况，通过立场宣告，至少可以促进某些社会问题表面上的“非问题化”。比如，在“禁放”立法个案中，如果因为燃放烟花爆竹导致了火灾或者人身伤亡，政府至少可以说：“不是我们不管，而是行为者无视政府和法律的规定”，这样一来，政府的责任（特别是作为主要领导的责任）自然可以弱化，实践中存在的问题也多少可以通过规则立场而得以“非问题化”。这种分析对于很多执法困境中的政府立场表达而言，具有相当的解释力，可以用来解释政府的表达冲动。其二，从中国的公共管理经验性因素看，作为管制方的政府长期以一种“全能”的智者和强者面貌出现，这在很大程度上使政府对其管制能力产生一种过度自信的心态，而失去本应具有的与民间态度协调妥协的耐心。这一因素可能导致法律规则在表述立场时往往充斥霸气和自以为是的傲慢。经验的观察表明，“过度自信”心态的一个重要源泉是政府所拥有的广泛而严厉的强制性权力资源，^[17]例如在“禁放”个案中，或许政府也认识到其立场的虚弱性，包括禁放与传统、文化、风俗习惯等民间态度的冲突，但依然相信或指望通过严厉的制裁性规则（拘留、高额罚款等）和广泛的社会动员来试图强化和维持规则立场。^[18]

简言之，基于“非问题化”的管制目标和广泛的权力资源占有，政府可能通过法律规则以“政治化”方式而表达某个目标和价值诉求，在这些场合，法律规则不仅被赋予管制功能，同时也被赋予强烈的“教化”功能。从这个角度看，执法困境也并非当下中国执法过程中独有的现象。美国从19世纪到20世纪初的禁酒运动，便是执法困境的一个域外典型。对于当时推动禁酒的力量而言，道德教化和宗教理想始终是主要的目标：“禁酒不仅是个人道德问题，而且是维护清教主义理想在美国的唯一可行的办法。”^[19]道德与宗教理想的召唤，使禁酒成为1919年美国宪法第18条修正案的内容。但是该法案通过之后的实施表明，它是一条无法执行的法案，在全美国出现了大规模的、群众性的违反禁酒令的行为，而政府执法根本无能为力。面对这种大规模的违法现象，虽然美国宪法第18条修正案从来没有被明确废止，但实际上已经自行废止了，以致当美国人在撰写美国宪法史时几乎将其遗

[17] 但是，具有讽刺意味的是，过度依赖强制性权力而进行公共管理，可能恰恰表明了管理者不自信的心理状态，也表明管制者所拥有资源的贫乏，很像一个笑话所说的：“我穷得只剩下钱了”。

[18] 将北京市“禁放”作为公共行政学案例进行研究的一份资料，可以表明政府对“禁放”的执法难度其实有充分的估计。据该案例材料介绍：当时市委、市政府和负责执行的公安机关充分估计了执行的难度，认为该规定只有在取得了广大市民的充分理解和支持的情况下，才有可能取得成功。因此，市委、市政府采取了加强宣传教育，设立禁放宣传点、市领导参加禁放宣传日活动等多项举措。在北京，迄今为止，没有哪一部法律或法规在执行前的社会动员工作力度如此巨大，这恰恰表明政府对其“禁放”立场的虚弱性具有相当程度的认知。资料见 <http://jpkc.ecnu.edu.cn/ggzcg/shoukejiaoran/jueceanli/d5.doc>，2005年3月14日最后访问。

[19][20] 参见安德鲁·莫鲁瓦：《美国史》，上海人民出版社1977年版，第120页。

忘。^[20]在中国的“禁放”个案中,原来宣告“禁放”的106个城市宣布放弃或修正其立场,也可以理解为政府立场面对民间态度和行为后的反应。假如我们同意政府执法困境的形成在很大程度上发端于通过法律规则表现出来的政府立场存在与民间态度的不协调、存在与生活世界中真实需求的冲突,那么我们自然会进一步追问:在政府立场形成和法律规则制定过程中,为什么不能通过富有诚意的、有效的对话和沟通机制而使规则目标和现实需求、政府立场和民间态度得到有效的协调呢?在笔者看来,这一追问已经逼近包括执法困境在内的所有执法问题的核心症结。

民主政治的基本理论和立法正当性、民主性的原理,都已经揭示了公众参与在立法和行政中的意义,本文不想在此进行更多讨论。就本文的旨趣而言,笔者认为极为重要、同时也极为有趣的是:既然公众在行动层面上对政府的特定立场表现出明确的、普遍性的不认同(普遍的违规行为证明了这一事实),他们为什么没有在代表政府立场的法律规则形成过程中有效表达自己的态度和诉求?是他们不愿意,是他们不能够,还是政府对他们的态度和诉求根本就不予理睬和回应?

理论上,中国一直强调立法走群众路线,规则层面上也有一些鼓励政府和立法机关与民众进行交流和沟通的规定。近年来,规则层面上关于立法过程必须吸纳民意、鼓励公众参与的规定更是成为立法程序改革的“亮点”,^[21]比如,“立法听证”已经成为我国法治建设中一个重要的关键词。从这个角度看,我们似乎没有理由怀疑规则制定过程中政府与民间交涉和沟通的可能性。以北京市制定“禁放”规定的过程为例,富有戏剧性的事实是,该规定的出台看起来恰恰是政府广泛征求民意的结果,至少在形式上看其立法过程比当时其他立法更具“民主性”。据资料报道,“1993年市人大、政协有45个提案建议禁放烟花爆竹,与此同时,市委、市人大、市政府也收到200多封群众来信,要求早日禁放烟花爆竹;市人大在规定禁放的8个区召开了各界人士座谈会、讨论会36次,向52个街道、21个乡、29个企事业单位和群众团体发出征求市民意见调查表83985张,回收率为95.9%,84.6%的人赞成禁放烟花爆竹。在公布征求市民意见的第一天,有166位市民打电话,大都赞成禁放烟花爆竹。1993年10月,在经过充分征求群众意见的基础上,北京市十届人大常委会第六次会议一致通过了《北京市关于禁止燃放烟花爆竹的规定》。”^[22]从这里,我们仿佛看到一幅中国立法民主的经典图画:民意代表提出立法动议、政府进行进一步的民意调查、公布草案接受社会公众评论、法案一致通过。但是,展现在我们面前的这一充分吸纳民意的立法过程,却更加强烈地反衬出我们无法逃避的困惑:如果民众的意愿已经得到充分表达,并且与政府立场合而为一形成法律规则,我们如何解释在随后而来的规则执行过程中出现的大规模的、持续性的违法行为呢?

除非我们愿意假定民意并不可靠,或者民众可能出现“集体性人格分裂”,否则我们只能通过分析民意表达过程的形式和实质有效性之间的差距来解释所面临的困惑。一个显而易见的经验判断是,民众参与的形式和参与的有效性并非同一概念。有时候,立法过程在表面上完全可能呈现出声势浩大的公众参与,但是规则的决定可能完全不受公众意见的影响,因为公众参与的有效性依赖于政府和各方的诚意、充分的信息披露、有组织化的利益、制度化的程序规则、理性并且负责任的讨论与回应机制。离开了这些必要条件,形式上的公众参与并不能为结果提供正当化、理性化的支持。从这一思路分析,我们有相当的理由对北京市制定“禁放”立法中公众参与的实质有效性提出疑问,比如,200多人写信要求政府“禁放”的群众阐述了哪些“禁放”的理由?政府基于哪些考虑而决定把“禁放”提上立法议程表?政府在立法过程中召开的座谈会、讨论会主要有哪些人参加,表明了哪些态度,有哪些立场上的分歧?政府是否将立法中的立场分歧等重要信息对公众予以披露?等等。提出这些问题,目

[21] 例如,很多官方文件和中央与地方性法律法规都开始承认民众参与在立法过程和决策过程中的意义,并作出了各种鼓励公众参与的规定。如,立法法规定在立法过程中可以通过听证会、讨论会、座谈会等形式征求公众意见,价格法规定政府垄断性行业或产品的定价应当以正式的听证会形式进行,国务院《行政法规制定程序》对行政法规制定过程中征求公众意见也作出肯定性的规定。这些规定虽然执行效果仍有待观察,但至少可以表明规则层面的立场和态度。

[22] 资料来源: <http://jpkc.ecnu.edu.cn/ggzcg/shoukejiaoran/jueceanli/d5.doc>, 2005年3月14最后访问。

的并不在于对当时的“禁放”立法过程吹毛求疵,而是意图指出一个简单但却往往被忽视的事实:民意和公众参与不能仅仅通过一些“选择性事实”而被用来装点门面。不具有实质有效性的公众参与可能损害民众对政府的信任,导致公众心理上的挫败感,并增加政府和民众未来合作的成本。

不幸的是,虽然在理念层面上规则制定过程中的公众参与已经得到越来越多的认同,但在实践层面远远没有受到认真对待。对照本文对公众参与有效性基本要件的探讨,我们发现,在中国的立法规则和立场表达过程中,虽然存在着各种可能的民意表达和公众参与途径,但民意表达的真实性及公众参与有效性却始终令人怀疑,以“听证会”、“座谈会”、“讨论会”,甚至一些地方已经开始尝试的立法“公告——评论”等方式吸纳民意、提升立法和决策民主正当性的做法,存在着“虚假繁荣”,在这些“虚假繁荣”背后,我们可能面对和承受制度变形的后果:民意被包装、政府诚意受到质疑、公众热情受挫、规则和决策的民意基础受到侵蚀——所有这些都可能引发公众心理上对政府立场的普遍抵触情绪,而心理上的抵触情绪在特定条件下即可能转化为行动的逻辑。

政府立场表达过程中民意表达的虚假繁荣,首先是前文所分析的政府所具有的体制性的强势地位和主观上过于自信的心理态度所决定的。体制上的强势地位和主观上的过度自信容易使政府获得一种思维惯性,即不能轻易放弃政府预设的立场和目标,民意表达的过程因此可能流于形式化和符号化。例如,最近几年来物价调整语境中的听证会,已经沦落为“涨价听证会”。在许多个案中,人们发现听证只是一个符号,一个类似于“皇帝的新衣”的包装:尽管数据显示大多数民意代表反对涨价,尽管社会公众通过各种途径表达反对涨价的立场,但迄今为止,所有物价调整领域的听证会都以政府立场(及其背后的利益)酣畅淋漓的表达作为结局。其实,问题并不全在于“涨还是不涨”的结果,而在于民意是否得到真诚的倾听和回应,公众是否得到应有的尊重,理性和富有诚意的交流是否可能。^[23]其次,民意表达的虚假繁荣,还源于制度化公众参与有效机制的缺位。虽然在规则层面上存在多种民意表达可能性,但在现实中,信息的不对称占有,^[24]利益组织化的不均衡,^[25]程序公正的缺位,^[26]回应和规则机制的虚无,^[27]都构成真实、有效民意表达的障碍。

简言之,规则制定过程中所存在的政府立场与民间态度交涉、沟通的障碍,使政府立场表达时难以获得来自民间社会的真实感受和现实需求。在一些情况下,民众可能被剥夺实质上的参与和表达机会,政府可能失去了解和权衡不同价值偏好、打通规则立场与真实生活需求之间隔阂的契机,使行

[23] 在一些听证会的案例中,存在着比较明显的政府立场主导甚至“操纵”的情形。相关的资料报道见:《世遗票价听证会受质疑,发改委拒绝再解释》,http://www.ctn.com.cn/2290/2297/2005128-37783.html,2005年3月14日最后访问。

[24] 参与的有效性与信息的关系是不言自明的。信息就是权力,参与者的话语权取决于信息的占有数量和质量。

[25] 参与是一个多方利益博弈的过程,如果一些利益具有很高的组织化程度和资源,而另一些利益显得分散甚至一盘散沙,那么具有高度组织化的、占有更多资源的利益团体就会主导参与的过程和结果,甚至会“俘获”作为管制者的政府机关。关于组织化利益在参与中的主导地位 and 管制过程的“俘获理论”的原因和形成机制,可能涉及到很多因素,但一般认为一个重要的原因是:作为管制对象的大企业通过利益的组织化,在资源、技术、信息等方面都具有相当强大的实力,因此在心理上和组织上,行政管制机构都很难以一种与企业对立的姿态来进行管制活动。而且,官僚制度经常力图实现行政管理的程式化,而这只有在急剧冲突得以避免的情形下才有可能,这也会促使管制机构与强大利益集团之间的妥协。参见 J. Landies, *The Administrative Process*, 1938, p. 75; 也可以参见 Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, in 8 *Harvard Law Review*, 1975, pp. 1685 - 1687。

[26] 在参与的程序公正方面,最重要的包括对参与者的平等对待和尊重、参与代表的公平遴选机制、程序主持者的相对中立性,参与过程的公开等。实践中许多民意表达过程(特别是各种正式听证)的困境,都反证出以尊重个体的参与权为基点的公正程序对于社会心理学意义上的“主观公正感”(subjective justice)和结果正当性的意义。例如,美国行政法学者 Jerry Mashaw 关于行政过程中公众参与相关的相关研究指出,过多的公众参与也许并不会带来行政的理性化,但是我们并不能以此来否定公众参与的意义。从保障和实现个人“尊严”(individual dignity)以及基本的正义感而言,参与对于行政过程是至关重要的。相关分析请参见 Jerry Mashaw, “Administrative Due Process: the Quest for a Dignitary Theory”, in 61 *Boston Univ. Law Review*, 1981, p. 885。

[27] 民意表达过程中政府回应机制的虚无,在一定程度上反映出政府的“自负”和傲慢心态,其结果会直接打击参与者和公众的热情,损害公众对政府诚意的信任。

政过程的开放性和创新失去一个重要的“契合点”,^[28]其结果是规则立场被赋予“政治化”和理想化色彩,而与现实的民众需求产生内在的不协调。这表明,许多执法问题的缘由可能需要追溯到立法环节,而对处于执法困境中的政府来说,可能更需要一种反思的立场,而不是一味强化规则立场的自负和傲慢心态。

因此,有必要重申,规则的制定过程应当体现追求政府立场与民间态度相协调的努力。执法困境的产生和存在表明,在中国,代表政府立场的法律规则由于被赋予政治化的“教化”与改造民众价值偏好、甚至改造传统的功能期待,令其在法律实践中举步维艰、进退两难。回到本文所讨论的“禁放”个案,政府在确定“禁放”立场时,若能从规则立场与传统习俗以及在几千年传统习俗中传承的中国人的文化心理需求相协调的角度,考虑规则与生活需求之间的协调关系,则可能会更加谨慎:民众是否真的需要这一规则?如他们并不需要,政府是否可以将这一规则强加于他们?如果强加于他们,政府是否有能力确保规则的执行?是否导致难以承受的经济和社会成本?等等。毕竟,规则立场并不代表生活需求,在相当程度上也很难改变人类行为。^[29]追求政府立场与民间态度的协调,说到底,就是要求法律规则回应真实的生活需求,并成为人们生活内容和生活方式的一部分。

四、为什么禁而不止——执法过程中的行动者及其策略

一旦政府立场通过法律规则而表达出来,这样的规则立场在现实生活中的命运,最终取决于各方行动者可能采取的行动策略及其博弈。^[30]从博弈论角度看,执法过程可以理解为政府、执法者、以及受规则影响的众多个体重复博弈过程,其均衡解决定该过程的结果。本文将执法过程中的政府、执法者、行为人称为“行动者”,试图分析他们在面对规则时各自可能的行动策略,在此基础上试图解释为什么那些与生活世界中人们的真实需求极为不协调的法律规则,最终会陷入执法困境。

(一)行动者及其策略

1. 政府

此处是指在公共权力结构中负有执法职权和职责的权力系统。一旦规则经由公共权力得到正式表达,规则的立场通常可以被视为政府立场,而政府负有将此种立场付诸实践的职责。我们假定政府具有某种真实而强烈的执行规则的利益驱动(例如公共利益、部门利益、行政归责机制和政治责任等),^[31]那么在这些刺激或者压力下,政府有哪些可能的行动策略呢?第一,通过大规模的社会动员

[28] 一些学者特别强调:公众参与的最重要意义在于可以使政府管理制度具有开放性,并通过此种开放性为基础性制度的不断“进化”提供可能性,使所有人都可以进入并且对政府管理产生影响,从而增进政府管理的正当性。参见 Sheldon, “Public Interest Law: A Step Toward Social Balance”, in *13 Ariz. L. Rev.*, 1971, pp. 818 - 819.

[29] 法律规则能不能改变人的行为?如可能,能在多大程度上改变人的行为?这些不仅是法学的基本问题,也是制度与行为经济学中所讨论的重要问题。从本文分析的重点看,笔者只是意图指出,与特定时空中人们需求相背离的法律规则几乎很难转化为法律实践。这并不意味着规则不能“影响”行为(比如,规避也是一种规则对行为的影响),但这种影响与规则的目标在很大程度上可能是不一致的。因此,法律实践重于立场表达。当然,有些法律规则即便得不到落实,其意义也不能完全被否认,例如,“禁止吐痰,违者罚款”之类的规则,在实践中很难执行,但至少表达了政府特定的立场取向,可以鼓励人们特定的行为。比照一些学者提出的“符号暴力”(symbolic violence),我们可以提出“作为符号的法律规则”概念,应当说“作为符号的法律”也不是完全无意义的。参见华康德:《实践与反思——反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社1998年版,第186页以下,第319页以下。

[30] 需要说明的是,在这里,我们需要区分授权性、确认性规则和禁止性规则。授权性规则和确认性规则并不涉及到政府对个体行为的直接禁止,因此规则的落实通常并不需要通过政府对违规行动的直接制裁来实现。本文所进行的讨论若没有特别说明,仅仅指禁止性规则。

[31] 事实上,从公共选择理论角度看,作为执法机构组合的行政系统确实被当作参与选择和博弈的一方。公共选择的这一视角对“政府是公共利益代表”这一抽象化的命题提出了强有力的质疑,对行政执法过程中的政府行动其实更具解释力。关于这一方面的详细分析和介绍,可参见 J. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Improving Public Law Through Public Choice*, Yale University Press, 2000.

和“教育”,引导公众行为向规则立场靠近,从而促进规则在实践中的落实,我们可以将这种策略称为“引导策略”;第二,通过对违规行为进行制度化、常规化的制裁而引导公众行为,我们可以将这种策略称为“制裁策略”;第三,前两种策略的结合,我们称之为“混合策略”。^[32]

2. 作为行动者的执法人员

法律规则的实践在很大程度上受到作为个体的执法人员的影响,这不仅被法律学者所观察到,而且也经济学的研究所证实。^[33]我们发现,在具体的执法过程中,作为个体的执法者并不能简单等同于其所属的权力系统(政府)。换言之,执法者并不是由执法系统所控制的、支配的机器,他们在执法过程中的行为不仅受到规则的影响,而且在很大程度上受到个体利益、个人价值与道德认同、个人经历、情感、实现感、甚至其他心理因素的影响。^[34]由于规则上和事实上的执法自由裁量权广泛存在,这些“个体化”的因素都可能以执法的名义而进入法律实践。^[35]没有理由怀疑,面对特定的法律规则,执法者可能根据不同场域中成本收益的计算,而采取与政府立场(利益)不一致的个体化行为,包括与政府的合作与不合作。^[36]简言之,政府立场并不等同于执法者个体的立场。在执法过程中,不仅存在执法者与受法律规则管制的个体之间的博弈,同时也存在作为个体的执法者与作为集团的政府之间的博弈。

3. 受规则管制的个体

当法律规则试图限制人们行为时,个体是否会采取合作行动(守法)取决于很多因素。这些因素并不是抽象空洞的“法制意识”所能涵盖的,主要包括(但不限于):可以数量化的成本收益分析、对规则的道德和价值认同、对规则制定的程序正当性认同^[37]等。还必须考虑到,进入到执法过程之后,个体行动的策略会受到来自政府、执法者、甚至其他个体行为的强烈影响,构成一个动态博弈过程。例如,一个人仅仅根据规则层面的成本收益计算决定采取遵守规则的行动,但是当他发现政府对违规者的惩罚在实践中几乎不可置信,或者当他发现违规行为其实是普遍存在的,基于“学习过程”,他就很可能调整自己的行动策略。^[38]

(二) 行动及其逻辑

在规则的执行过程中,每一参与此过程的行动者都存在一组行动策略,他们实际会采取何种行动?这既受到规则的影响,在很大程度上更受到参与者相互之间行动的影响。限于篇幅和作者学识限制,本文并不企图运用严格的博弈分析工具来解释行动者的博弈过程,而是主要围绕本文所讨论的执法困境主题,尝试解释法律规则为什么陷入禁而不止的局面。

假如法律规则与真实生活世界中的需求存在不协调,从受到规则管制的个体角度看,可以预测,他们有强烈的基于利益需求和情感需求而违反规则的冲动(收益),当这些可计算或者可感知的收益大于所需要付出的成本时,他们就具有了采取行动的逻辑。以“禁放”规则为例。燃放烟花爆竹之于

[32] 此处的“混合策略”不同于博弈论中所讨论的混合策略博弈,而只是指政府可能采取的“动员加制裁”模式。

[33] 经济学对官僚系统的分析,可参见阿兰·斯密德:《制度与行为经济学》,中国人民大学出版社2002年版,第342页以下。

[34] 从心理学、情感因素等角度对执法过程所进行的研究表明,所有这些具有自由裁量因素的活动都可能受到个人价值观和直觉的影响;所有的价值判断最终意义上都将受到个人感情的影响;而在某些情况下,直觉甚至可能排除人们对某些价值的充分考虑。参见Walter, *Critique of Religion and Philosophy*, Harvard University Press, 1961, p. 410.

[35] 执法者作为个体所拥有和行使的自由裁量权对于执法的影响,是行政执法过程中一个普遍性的事实。关于这一方面的介绍,可参见王锡锌:《自由裁量与行政正义:阅读戴维斯《自由裁量的正义》》,载《中外法学》,2002年第1期。

[36] 例如不作为行为、对违规现象视而不见甚至与违规者合作,都是执法者针对政府权力系统而可能采取的不合作行为。

[37] 关于人们法律规则对人们行为的影响以及人们守法动因的分析,存在着利益理论、威慑理论、习惯理论、道德理论、合法性理论等学说。有关的介绍,可参见朱景文:《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年版,第536页以下。

[38] “学习”是博弈过程中一个重要环节,行动者可以从经验中获得新的知识,并依据这些知识而调整自己的行为。借用生物学中进化论概念并进行扩展,学习过程可以引发有选择的认知(变异)、竞争和社会进化。有关的讨论,可参见前引[33],斯密德书,第369页以下。

“过年”，^[39]对于浸润于几千年中国“年文化”之中的中国人而言，是一种普遍的、持久的、不可替代的文化需求。一位中国民俗学的权威人物指出，“我一再重复我的观点，鞭炮是不可替代的”。^[40]规则所禁止的行为在现实中却有着持久而普遍的需求，需求的满足便成为持续存在的违规冲动源泉。当然，冲动并不必然转化为行动，因为违规行为可能面临着来自政府和执法人员的制裁（利益支付），因此制裁是否严厉、是否现实，对个体的行动策略会产生很大影响。如果制裁严厉并且现实，行为人可能采取暂时抑制需求冲动的策略。这可以用来解释为什么通过社会动员和“运动式”的“执法风暴”通常能收到短期效果。不幸的是，考虑到执法资源的有限性，大规模的社会动员和运动式的执法通常是政治化的而非制度化的，这意味着在通常情况下，规则所宣告的严厉的、普遍性的制裁其实是难以置信的。制裁的实现依赖于信息，但执法过程中违规者与执法者之间的博弈是一种典型的不完全信息博弈。执法者对于违规行为的信息获取，始终处在被动和滞后的地位，甚至对于违规行为是否存在这一最基本的信息都难以获得。比如，设想行为人为人点燃烟花爆竹，然后在一旁欣赏，即便执法人员赶到现场，要实现制裁依然需要跨越巨大的信息和证据门槛，更不要说在绝大多数情况下执法人员总是会姗姗来迟或根本不会出现。对于执法者而言的信息传递不完全甚至空白，意味着执法过程对违规者的发现和制裁总是概率性的，而且随着违规者数量的增大，违规行为被发现和受到制裁的可能性将降低，这会进一步使得违规行为成本下降并激励更多的违规行为，这也可以解释，为什么一个主要依赖于强制和制裁策略的执法过程最终将会是失败的。即便规则所设定的制裁是可信的，有人发现，人们守法的动机并非来自通常认为的制裁和惩罚，而是来自道德认同。例如，泰勒于20世纪90年代在美国所进行的一项“人们为什么遵守法律”的实证研究指出，与工具性的制裁、威慑相比，规范性的要素对于遵守法律是重要的、决定性的因素，对服从法律规则而言最重要的规范性因素是人们根据自己的道德观念而作出的判断。^[41]强制和威慑对于规则的落实确实是有影响的，但不可否认的是，这影响是有限的，存在某个“饱和点”，超过这个“饱和点”，生活会变得无法忍受，威慑的作用就会大大下降，因为生活已经不可能更坏了。^[42]从这个维度看，如果规则缺乏实质上的道德认同感和程序上的民意合法性，人们违反规则的行为并不因为规则的制裁性威慑而消失。从“禁放”的个案分析可见，规则道德性的薄弱甚至缺乏确实一定程度上强化了行为人采取违规行动的策略。^[43]

由此观察，我们似乎没有多少理由指望，一个与现实需求相去甚远又缺乏道德性基础的法律规则能够得到普遍的、自发的遵守，即便这样的规则往往以严厉的制裁承诺为威慑。而当普遍的违法成为行动，规则所设定的制裁就会更加难以实现，因而也更加不具有威慑力，这会鼓励更多的违规行为，挫伤执法者的成就感，违法和执法的成本此消彼长，进入新一轮循环。随着政府、执法者、受规则管制个体的动态重复博弈，除非参与者退出博弈，否则困境将不可避免。^[44]

（三）替代性行动方案：“非遵从行为”

[39] 当然，在各种喜庆活动中燃放烟花爆竹营造氛围，也是基于传统中国文化的一种需求，但那些情形主要是个体化的，而在过年这一特定传统节日，燃放烟花爆竹成为一种普遍的大众心理需求，而且制定“禁放”规则的主要原因其实也是为了针对过年期间普遍性的燃放烟花爆竹行为。

[40] 在接受《瞭望东方周刊》关于“禁放”问题的采访时，中国民俗学会副理事长乌丙安教授强调：“十多年了，年年记者都要追问我相同的问题，我一再重复我的观点，鞭炮是不可替代的。”参见《瞭望东方周刊》2005年第9期。

[41] 相关的分析和详细资料，可参见 Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990.

[42] 威慑作用的方式和有限性，通常可以通过“威慑曲线”(deterrence curve)来表达。参见 Lawrence Friedman, "The Deterrence Curve", in *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation, 1975.

[43] 例如，在2004年除夕夜，据北京市禁放办公室资料，共有9人因违法燃放被行政拘留，在拘留所度过春节。从除夕到初三，共有522人受到警告处罚。被拘留的人都认为自己并没有违法，“我们不过放了几个爆竹，虽说蹲了班房，可又没偷又没抢，即使传出去，也不丢人”。资料来自《华声报》(综合报道)：《禁放：传统与现代秩序的尴尬博弈》，2005年2月17日。

[44] 其实，在博弈论所讨论的博弈模型中，就存在所谓的“骑虎难下”博弈，在其中，行动者进也不是，退也不是。一旦进入这种博弈模型，及早退出是明智之举，然而当局者往往做不到。参见潘天群：《博弈生存：社会现象的博弈解读》，中央编译出版社2004年版，第25页以下。

以上从行动者的行动及其逻辑角度,对那些与现实需求相脱节的规则命运进行了框架式描述:即虽然政府强调规则的实践,但由于资源、信息、需求等原因,政府持续、有效执法其实并不可能。虽然作为个体的行动者并没有公然挑战规则的道德性、公正性和合理性,他们却通过普遍、持续的违规行动表达了自己的态度,在这种情形下,行动已经成为另一种话语表达,僵局由此形成。与此相联系,我们可以从个体行动者的角度,进一步提出并观察他们可能的替代性行动方案问题,简言之,他们除了采取违规行为之外,是否还有其他选择?

若人们对某个既定的法律规则所确立的实体价值或合法正当性并不认同,针对该规则的价值的越轨行为并不会令人惊讶。但是社会学理论研究和观察均表明,越轨行为可以(而且有必要)被分解为“非遵从行为”(non-conforming behavior)和“违规行为”(aberrant behavior),前者是行动者对规则的合法性和价值立场公开进行挑战并付诸实践的行为,后者则是行动者基于个体的利益、价值认同而采取的随机的、隐蔽的行为。^[45]运用这样的行为分类观察中国执法过程各种“执法困境”情形,我们发现,个体面对其不愿遵守的规则,在几乎所有的情况下所采用的行动策略都是个体化的、隐蔽的违规行为,他们为什么都放弃非遵从行为这一行动策略呢?

在我看来,对这一问题的回答和解释,可以从行为成本和制度成本两个相互关联的角度来进行。第一,面对一个法律规则,如果行动者以公开的、有组织的方式挑战规则合法性和正当性,他(们)需要付出相当的直接成本,而其他人则可能“搭便车”,因此,虽然许多人都认为这一规则是需要改变的,但他们一般不愿自己来承担由此而发生的成本。相比较而言,违规行为的成本可能要低得多;第二,如果特定个体采取非遵从行为公开挑战规则,政府很容易将挑战者界定为“一个问题”并对其采取相应行动,这意味着他们可能承受现实的、巨大的受制裁的风险。在规则政治化和问题政治化的社会中,这一点尤其明显;第三,即便行为人愿意承受所有的成本和风险,非遵从行为的有效性还取决于行动者自身能力和相关的制度环境。如果没有有效的、畅通的政治沟通和民意表达途径,对规则的公开挑战(不论以什么名目出现)可能都意味着注定了要失败的“苦肉计”;第四,非遵从行为要成为一种有效的行动策略,最终还取决于政府的理性行动以及来自社会良知的支持,而这些都具有很大的不确定性。根据这些因素可以预测,个体化的违规行为仍将是行动者首要的行动策略。

但是,我们有必要注意到,在规则遭遇大规模、个体化的违规行为困扰而进退两难的执法困境中,非遵从行为对于政府执法,乃至对于整个社会资源的节约而言可能是一种更有效率的行动策略。因为,通过非遵从行为,政府立场和民间态度之间的问题可以得到明确而直接的表达。在完全信息博弈中,政府可以更加有效地确定最优化的行动策略。因此,有必要从行政过程内部和外部环境的改造入手,降低行动者采取非遵从行为的成本和风险,使该策略的选择成为可能的替代行动方案。

五、面对困境:解脱的可能性与方案

从“令行禁止”的治理理想到“禁而不止”的执法现实,也许是法律表达和法律实践之间必定会存在的距离。在一个处于急剧社会转型过程之中、价值与利益越来越多元化、传统与现代断裂、本土与国际化并存的社会中,法律规则的表达与实践之间的紧张关系可能会更加明显。从这个意义上看,法律规则与现实的距离并不值得恐慌和令人惊讶,政府、执法者、以及公众也需要一定的心理准备去面对甚至容忍违规行为的存在。^[46]

但是,与一般意义上的“执法不力”和“执法折扣”不同的是,对执法困境的描述和分析可能展现出

[45] 关于二者的详细区分,参见前引②默顿书,第82页以下。

[46] 特别是从社会学和法律规范性相结合的角度看,违规不仅是不可避免的,而且也可能具有“反功能”意义,有些时候甚至构成社会变迁的方向和预期。参见前引②默顿书,第99页以下。

另一幅图画,在其中,政府立场和民间态度极不协调,法律表达与法律实践南辕北辙。若我们相信法治不仅仅是一种标签和符号,而更应是一种可能的生活方式,我们便没有任何理由对执法困境的现象视而不见或熟视无睹。执法困境一旦生成,对政府而言,其权威性会不断流失,执法资源被耗费在反复持续的“猫捉老鼠”游戏中,政府立场和法律规则的权威性经受持续而普遍的侵蚀;对受到规则管制的个体与大众而言,他们的现实需求被压抑、他们的价值认同被排斥、他们采取行动的“交易费用”大大增加等等。分析和经验观察似乎都表明,没有人真正从一个执法困境中获得收益,而资源却在这一过程被消耗。因此,执法困境其实是一个所有参与者都是“输家”的游戏(lose-lose)。可以认为,执法困境一旦形成和持续下去,最终为此“买单”的乃是整个社会。

观察中国的执法过程,许多困境持续经年,一些困境初露端倪,比如禁止浏览黄色书籍与黄色网站、禁止赌博、禁止民间借贷、禁止民间收债,以及本文所分析的禁止烟花爆竹,在不同程度上都已经或正在形成执法困境。面对这些执法困境,解脱的可能性和方案安在?

在笔者看来,执法困境产生的根本症结在于政府立场和法律规则与民间现实需求之间的不协调,这种不协调并不必然暗示或意味着政府立场是不道德的或不合法的,但必定意味着这一立场与现实需求存在紧张关系,解决问题的根本方案也只能围绕立场的调整进行。由于政府所拥有的执法资源实际上极为有限,政府在追求规则目标时又需要同时兼顾相关的政治目标(例如社会稳定、冲突的避免等),执法困境的解决只能通过政府立场的调整甚至改变而得以解决。

从短期来看,在执法困境出现时,政府和违规者仍可以各自采取自己的策略,并维持现状。具体可能表现为政府对其立场明示的坚持,并诉诸间隙性的、运动化的执法来强化和重申其立场,即“猫与老鼠”式的游戏,双方从这一博弈过程中各取所需。但是,应当认识到,这一局面的维持对于政府和个体而言都意味着巨大的成本。政府坚持一个实际上并没有得到落实的立场,却必须为此支付巨大的执法成本,这是一种对有限执法资源的浪费。而且,由于执法是以间歇性、选择性方式进行的,实际上使执法者获得巨大的自由裁量权力,会进一步引发“比较正义”(comparative justice)的问题,^[47]并可能鼓励执法者的权力寻租。对个体而言,虽然其可以通过违规行为而满足需求,但需支付比规则缺位情况下更高的成本,并承担一定的风险和不确定性。因此,这一局面并非稳定的可持续状态,困境依然存在并持续。

假如大规模违规行为的存在构成一个事实,并且基本上很难受到制裁,这些事实很快会成为“公共知识”,通过学习过程,参与者的违规行动将可能在更大的时空范围内展开。在这种情况下,我们实际上可以推定政府与民间达成了一种“共谋”,即虽然政府仍然在表面上坚持其立场,但在其表面立场的背后,它可能已经接近放弃其立场。^[48]另一方面,违规行为的持续和普遍存在实际上也会“架空”规则的立场,而政府对违规行为的制裁是象征意义上的,从而可能形成所谓“对制度性规则的制度化违背”。在这种情况下,一种非正式制度(潜规则)生成了,并取代了正式制度,正式的规则或制度名存实亡,实际上等于被废止。例如,美国的“禁酒令”就是以这种方式而消失的。

当然,一旦确信困境已经形成,成本最小的解脱策略是政府重新调整甚至放弃其原来的立场,因这一策略避免了无谓的执法资源投入,校正了原来偏离民间态度和现实需求的政府立场,重建了规

[47] 例如,如果执法者将X作为一个违法的典型而加以处理,而对其他同样的违法行为人Y视而不见;或者对于违法情节完全相同的X和Y,执法者对X给与较重处罚,而对Y给与较轻处罚,这些情形在形式上属于自由裁量的范围,但X可以通过简单的比较而感知一种“非正义”的存在。参见K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press 1969, pp. 167-68;进一步的讨论,可参见M. D. Balyes, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, pp. 92-94。

[48] 例如,有学者通过对国家所禁止的私力救济,特别是禁止民间收债的分析,提出国家名义上禁止民间收债,但实质的目的可能并非如此:只要民间收债不会出现“问题化”,不逾越国家立场所设定的边界(例如动用暴力),国家事实上默认民间收债的存在,这就是所谓的“共谋”。本文的分析得益于这一思路。参见徐昕:《国家的态度:民间收债和私力救济的表达与实践——以华南一个民间收债个案为例》,《中外法学》2004年第1期。

则的权威与尊严,并通过试错、学习过程提升了执法的正当性与效率。困难在于当事者迷。但在“禁放”个案中我们发现,原来加入“禁放”联盟的106个城市,已经宣布调整甚至放弃原来的立场。这可以认为是中国执法理念和执法策略上的重大进步,宣示出相当的勇气和智慧。

六、结论:分析框架及其意义

人类认知能力的局限与改造世界和自我的冲动,往往可能使生活的规则背离生活本身,规则制定过程的体制与程序缺陷助长了这种可能性。于是,我们发现公共权力以表达的规则与真实的生活需求之间不协调总是存在的。围绕这种规则的执法而在政府、执法者、受规则管制的个体之间进行的重复博弈过程,可能生成一种执法困境。在中国的执法过程中,区别于执法不力情形,执法困境是一种“执法不能”。

本文提出的执法困境概念和分析框架,对于中国执法过程中大量存在的执法不能情形及其深层原因和解决路径,具有相当的解释力,不仅适用于本文所分析的“禁放”个案,稍作调整也可以适用于对其他执法困境的解释和分析。这一框架主要是解释性的,但在一定程度上也具有建设性和规范性意义。

Abstract :The government is in a dilemma. The lack of effectual communication result in tension between the standpoint of the government and the civil society; the excessive dependence on penalty and the neglect of learning from the civil society make the rules running against practices. The government should communicate meaningfully with the civil society through institutionalized system, and should put emphasis on self - examination and improving policies in practical matters.

Key words : dilemma in law enforcement, standpoints of government, attitudes of the civil society, laws come from life
