

“以罚代管”行政执法方式生成的制度机理研究*

——以公路货运“治超”执法领域为基点的社科学分析

黄 镭

(同济大学法学院,上海 200092)

摘要：“以罚代管”中的复式法律行为结构是责令改正不作为与行政处罚作为之间的榫卯。“违法过剩”下责令改正作为的高昂制度成本与义务缺位下责令改正不作为的低廉制度成本共同促使执法者选择后者。分税制下地方财政收入的相对窘迫、行政分包制下地方公共事务的承包责任、“晋升锦标赛”制下地方行政官员对GDP增长的注意力聚焦等约束条件决定了罚款收入成为执法经费的主要来源,同时罚款行为也能作为执法者发出的合作信号,这些制度收益诱导执法者选择罚款的作为。“以罚代管”作为一种执法的博弈均衡状态,其中形成的权利(权力)义务结构与成文法律规范明定的权利(权力)义务结构发生错位,在极端情况下会迫使违法者通过“身体维权”的方式寻求救济。

关键词:以罚代管;行政执法;执法方式;制度机理

中图分类号:DF31 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2016)05-0013-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.05.002

一、问题的引出

在我国行政执法实践中,“以罚代管”的现象普遍存在,其是指行政执法者收取行政违法者的罚款后放任行政违法者继续实施违法行为而不予纠正的特殊行政执法方式。^①“以罚代管”的极端形式是“罚款月票/年票”的出现,即执法者要求违法者缴纳特定数额罚款,并在一定期限内(一个月或一年)对违法者实施的相同违法行为不予处罚,放任此种违法行为的发生。于此,执法者做出行政处罚决定并收缴罚款的“罚”被认为代替了要求违法者纠正自身违法行为的“管”。出现“以罚代管”的典型执法领域是公路货运治理超载执法(以下简称“治超”执法),在该领域中长期存在着执法者(包括公路执法人员、道路运输执法人员、道路交通安全执法人员等)收取超限/超载货车车主罚款后,默许货车车主继续实施超限/超载行为的行政执法方式。在接连发生的河南省永城县货车司机刘温丽服

作者简介:黄镭,同济大学法学院副教授,法学博士,经济学博士后。

* 本文系国家社科基金项目“环境法视阈下城市垃圾围城问题的法律治理研究(项目编号:10CFX013)”的阶段性成果。

① 关于行政执法的概念界定,参见刘平:《行政执法原理与技巧》,上海人民出版社2015年版,第3-4页。其中关于行政执法的广义概念狭义概念之争,参见姜明安主编:《行政执法研究》,北京大学出版社2004年版,第6页。

毒自杀案(以下简称:刘温丽案)^②和河南省民权县货车司机张高兴夫妻服毒自杀案(以下简称:张高兴案)^③中,都能发现“以罚代管”的行政执法方式在其中隐隐出现。

“以罚代管”是一种常态化存在的隐性行政执法方式,它没有得到任何成文法的支持,相反,它被成文法上的有关规定明确禁止的。然而身处执法过程中的各方主体却都对此心照不宣,并循其轨迹而行为。在这一意义上,“以罚代管”是执法者与违法者之间所形成的尤金·埃里希(Eugen Ehrlich)意义上的“活的法律”。^④如果将以罚代管执法方式的出现归结为执法者的贪婪成性、权力寻租或者法治素质低下,即使不完全错误,也忽略了其中最主要的问题。诚如某学者所言,法律制度的存在应视为在某些相对稳定的约束条件下人们面对常规性社会问题的比较经济化的回应。^⑤“活的法律”实质上是人们稳定行为模式的常态化存在,依此推之,“以罚代管”的长期存在应视为执法者在特定制度约束条件下为完成执法任务所做出的经济性选择。简单地将执法者道德品质与法律素养的缺陷放大成为主因,不但无法使人明了这一执法方式出现的真实理由,而且也无助于提出解决问题的有效途径。因此,笔者于本文将以公路货运“治超”执法领域为分析基点,运用必要的社科法学方法,分析“以罚代管”执法方式产生的制度机理,挖掘问题存在的真正缘由,以便为提出切合实际的问题解决方案提供理论基础。

二、“以罚代管”中的复式法律行为结构

“以罚代管”只是对特定行政执法方式的口语化表达,它体现了实践理性对行政执法现象的提炼,以此便于日常交流中的信息沟通与传播。然而要真正理清这种执法方式产生的制度机理,则必须深入到它的内部,辨明其中存在的法律行为结构。就法理而言,行政执法的主要目的在于恢复与维护被破坏的理想法秩序,这种理想法秩序是主权国家通过成文法律规范建构的应然行为规则集,违法者正是由于实施了有悖于这种理想法秩序的行为而遭受执法上的负面评价。在这一意义上,“以罚代管”中的“管”是指恢复被违法者破坏的理想法秩序,即要求违法者纠正其已经或正在实施的违法行为,返回违法行为发生前的法秩序状态。与此相对应,执法者实施的行政处罚是对违法者进行的额外惩处,而非要求返回到违法行为发生之前的秩序状态中。“罚”的目的不是为了恢复被破坏的理想法秩序,而是通过这种额外惩罚对存量违法者及潜在违法者施加心理威慑,产生“杀鸡儆猴”的心理效应,进而预防违法行为的再出现,维护理想法秩序的存续。可见,“管”的制度面向是朝后的,即面向违法者已经实施的违法行为,“罚”的制度面向则是朝前的,即面向违法者可能实施的违法行为。

基于此,可以梳理出“以罚代管”中存在的复式法律行为结构:一层是行政命令行为,具体表现为对违法者实施的“责令改正”,^⑥另一层是行政处罚行为,具体表现为对违法者实施的“行政罚款”。在这种复式法律行为结构中,责令改正属于“管”的范畴,核心目的在于“恢复”——返回理想的法秩

^② 刘温丽案的具体案情详见《要多少条命才能换来路政清风?》《新民周刊》2013年12月12日;《永城彻查女车主遭罚服毒》《新京报》2013年12月2日。下文关于刘温丽案的细节如无特别说明,均来源于这两篇报道。

^③ 张高兴案的具体案情详见《河南超载货车司机服毒自杀前的59天:曾偷拍超限站执法》http://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_1282319。下文关于张高兴案的细节如无特别说明,均来源于这篇报道。

^④ 参见[德]托·托马斯·莱赛尔:《法社会学导论》,高旭军等译,上海人民出版社2014年版,第68页。

^⑤ 苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第235-236页。

^⑥ 我国行政法学界对责令改正的法律定性有着激烈的争论,相关学说包括行政处罚说、行政强制措施说、行政命令说、处罚附随义务说、性质区分说、独立行为说等。参见藤祥志:《“责令改正”的独立性原理探讨》,载胡建淼主编:《公法研究》(2010年第八辑),浙江大学出版社2010年版。笔者认为责令改正属于行政命令行为的一种类型,具有独立法律属性。

序,行政罚款则属于“罚”的范畴,核心目的在于“威慑”——预防违法行为的再发生。由此可以进一步推出以下论点:“以罚代管”严格而言应该是指“已罚不管”,它的真正法律内涵在于以行政罚款作为与责令改正不作为之间的榫卯。

对于责令改正不作为的法律内涵还应进一步分析。从行政法理论角度而言,执法者在执法过程中实施的多数行政行为都属于“意思行政行为”,^⑦即执法者依法做出对违法者权利义务进行处分的意思表示后,该行政行为就宣告成立,并期待违法者的主动履行。当违法者不主动履行时,就需要执法者通过“实力行政行为”予以强制实现。责令改正也属于意思行政行为的一种,只要执法者通过法定程序表达了法定的意思表示(常以格式化的法律文书形式作为载体,如责令改正通知书),那么责令改正就已在法律上宣告成立。不过,责令改正的意思表示内容在理论特质上与行政处罚不同,它并没有对违法者创设新义务,只是对违法者所应尽的第一性法律义务的重新声明和主张。从社科法学的视角观察,这实际上是要求违法者内化其违法行为所产生的负外部性,^⑧从而恢复理想法秩序,并达到稳定社会合作秩序中他者规范性预期(normative expectations)的目的。^⑨在执法者做出责令改正的意思表示后,如果违法者不主动纠正其违法行为,那么执法者就应当采取必要的实力行为(如行政强制执行)迫使其改正违法行为。由此,责令改正不作为事实上又可以进一步区分为责令改正意思表示的不作为与之后实力行政行为的不作为两种情形。如在公路货运“治超”执法中,责令改正不作为既可以表现为“治超”执法者没有开具责令改正通知书(意思表示不作为),也可以表现为开具责令改正通知书后并没有实际要求超限/超载违法者纠正违法行为(实力行为不作为)。

由此可见,“以罚代管”中的复式法律行为结构中包含了行政罚款的作为和责令改正的不作为,其中根据责令改正不作为又可以进一步区分为意思表示不作为与实力行为不作为两种情形。分清“以罚代管”中的这种复式法律行为结构是探索催生这种特殊行政执法方式的制度机理的基础。基于此,以下笔者将从制度成本与制度收益两个角度分别探讨执法者为何会实施责令改正的不作为以及为何会选择行政罚款的作为(包括收取罚款月票/年票)。

三、责令改正的制度成本:为何不“管”

制度成本(institution costs)的核心含义在于不同约束条件下社会主体参与某项制度运行所需要耗费的成本。^⑩制度成本的高低会对执法者执法方式的选择起到决定性作用,责令改正不作为的出现就源于特定约束条件下执法者对不同执法策略所产生的制度成本的权衡与考量。为了理解责令改正的制度成本高低,笔者区分出责令改正作为与责令改正不作为两种执法策略,分别考查它们产生的制度成本。

^⑦ 胡建森:《行政法学(第二版)》,法律出版社2003年版,第207页。

^⑧ 外部性(Externality)是法律经济分析中常用的一个概念,源于经济学的术语,也被称为溢出效应(Spillover Effect),是指社会主体的行为对其他主体产生的影响。此类影响分为正面影响与负面影响,因此外部性也分为正外部性与负外部性,如在自家花园种植花草使路过的行人感觉赏心悦目就是正外部性的体现,工厂排污对周围环境造成损害就是负外部性的体现。外部性的内化(internalize the externalities)是指,将因自身行为导致他人承担的成本或享有的收益转化为自身承担的成本或者享有的收益,外部性的内化可以通过制度设计的方式予以实现。笔者于本文中将会反复使用这一概念。

^⑨ 陆宇峰:《卢曼的“自创生”系统论法学》,载高鸿钧、赵晓力主编:《新编西方法律思想史》,清华大学出版社2015年版,第325-326页。

^⑩ 张五常认为社会制度运行所需要的成本支出范围极广,许多非市场交易领域中也同样存在这些费用,科斯所谓的交易费用(transaction costs)概念容易误导,因此他用制度费用的概念取代了交易费用的概念。参见张五常:《经济解释 卷二 收入与成本:供应的行为(上篇)》,中信出版社2011年版,第228页。

(一)“违法过剩”之下责令改正作为的高昂制度成本

行政执法的制度成本包括直接执法成本和间接执法成本。前者在加里·贝克尔(Gary Becker)的最优执法理论中被界定为执法过程中执法者消耗的无形成本(如工作时间、人员精力等)与有形成本(如执法设备)的总和,^①它是取得执法成效的必要支出。后者在戴治勇的选择性执法理论中被界定为当作为执法依据的法律本身因社会情势变化而不合时宜时,严格执法所导致的社会福利损失。^②执法者面对违法行为在决定是否实施责令改正时,会受到这两种执法成本支出之和高低的影响,并且实施责令改正作为的意愿通常与这两种成本之和成反比,即两种执法成本之和越高,执法者实施责令改正作为的意愿就越低。

特别是在“违法过剩”的环境中,责令改正作为时产生的制度成本会急剧升高,最终成为执法者不能承受之重。“违法过剩”是指在“由法律规则组成的法律体系中,被违反的法律规则占的比例过大,以及在适法主体上,违法的人数占适法总人数的比重过大”。^③“违法过剩”体现了成文法律规范所确立的理想法秩序被大多数人不可,人们的普遍行为模式与成文法律规范所主张的行为模式相异,这一现象在现代国家通过管制性行政法规制造秩序时体现得尤为明显。

具体而言,由技术行政官僚作为立法主体制定的管制性行政法规基于高度专业性知识划定了社会各领域的诸多行为规则,特别是以细致入微的行政技术标准划定了社会主体行为合法与违法之间的刚性界限,当社会主体的行为突破行政技术标准划定的界限时就推定发生违法行为。^④不过,由于立法者有限理性的制约,^⑤不完备法律总是常态。^⑥即使有技术行政官僚的辅佐,立法者所设定的行政技术标准也不一定能够恰如其分地划定违法行为的边界。何况就算假设在立法当时已经找到了划界的最佳位置,社会环境条件的流动性特征也可能使其变成“刻舟求剑”。成文法稳定性的特质极端化显现为行政技术标准中的数字符号,这就意味着管制性行政法规所确立的行政技术标准随着时间维度的延伸会偏离应然意义上的最优点,或过高过低、或过宽过窄。同时,作为深深“镶嵌”在社会中的执法对象,当其所受到的社会制度约束条件发生变化时,利益权衡结构和与之对应行为模式的函数也会随之发生变化,以适应新的社会制度环境,这意味着执法对象的行为模式也并非呈现直线型。两相作用之下,执法对象常态化的行为模式与僵化的行政技术标准之间就会存在偏离的趋势,当这种偏离的幅度过大又难以回摆时,违法行为会在社会中普遍存在,“违法过剩”的现象就会出现。

“违法过剩”意味着行政技术标准的僵化已经导致自身的合法性危机,以至于与之相悖的行为模式已经被执法对象普遍认可并遵循实施,获得了社会心理学意义上的集体认同。如在公路货运领域中,交通运输的管制性行政法规设定了运输车辆荷载每轴承10吨、最高55吨的行政技术标准。但是随着车辆荷载技术的提高、公路路面质量的改进、社会经济总量的增长,这一行政技术标准已经日

^① Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Journal of Political Economy* 169(1968).

^② 戴志勇:《选择性执法》,《法学研究》2008年第4期。

^③ 王波在研究工商行政执法中法律的科层耗散问题时提出了“违法过剩”的现象,他是从工作认知与日常经验中归纳出这一现象的。参见王波:《执法过程的性质:法律在一个城市工商所的现实运作》,法律出版社2011年版,第56-60页。

^④ 有学者从法教义学的视角详细论证了行政技术标准属于法律规范并对相对人具有约束力。参见宋华琳:《论技术标准的法律性质:从行政法规体系角度的定位》,《行政法学研究》2008年第3期。

^⑤ [美]赫伯特·西蒙:《有限理性》,载约翰·伊特韦尔等编:《新帕尔格雷夫经济学大辞典(第1卷)》,孙鸿敞译,经济科学出版社1996年版,第289-291页。

^⑥ [德]卡塔琳娜·皮斯托、许成钢:《不完备法律:一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用》,载吴敬琏主编:《比较》(2002年第3期),中信出版社2002年版。

益显得的僵化。^①特别是在转型社会经济环境下物流成本畸高,货运公司(包括作为个体户的货车车主)如果严格按照行政技术标准合法运输几乎毫无收益,甚至要贴钱运营。无论是在刘温丽案中还是张高兴案中,从新闻报道中都可以看到货车车主们反复强调如果按照成文法律规则设定的技术标准运输货物,那么赚取的运费根本无法弥补运输成本,更不用说盈利。在这种情形下,为了生存,违反行政技术标准的超限/超载运输行为必然普遍存在。“违法过剩”现象彰显了管制性行政技术规范设定的行政技术标准的不合时宜与失败。

“违法过剩”将执法者推入了尴尬的境地:一方面理想世界中的行政法治原则要求执法者应当严格执法,及时履行自身的行政职责,对于每一例违法行为都应以责令改正,恢复理想的法秩序;另一方面真实世界中的执法者却发现,如果对于所有的违法行为都责令违法者改正其违法行为,实行每案必责令改正,那么制度成本将高得难以承受,无论是直接执法成本抑或间接执法成本都将急剧增长。

第一,直接执法成本的增长。在“违法过剩”的状态下,简单的数学乘式就能推导出随着违法数量的增加,相应的直接执法成本必然随之增加。“违法过剩”状态下违法行为的绝对数量很高,甚至趋于全员违法(如几乎没有公路货运车辆不超限/超载),加上考虑到随着时间的推移,违法行为会不断涌现,则执法者在责令改正时需要支出的直接执法成本将趋于无穷大。另外还需注意的是,在“违法过剩”状态下,对违法行为正当性的集体认同感会导致违法者自我矫正违法行为的难度增加,因为社会心理学的研究表明,当人们对自身行为正当性的认同感越强时,维持同类行为的动力就越强。这意味着在执法过程中违法者对于执法的抵触会更加强烈,执法者责令单个违法行为改正所需要支付的直接执法成本将会增加,从而总体的直接执法成本也会随之上升。

第二,间接执法成本的增长。同样,在“违法过剩”的状态中,如果责令所有违法者都纠正违法行为(如要求所有公路货运车主都纠正超限/超载行为),其影响覆盖面将会很广,利益的牵扯程度也会很深,引发的行业震荡可能会非常强烈,甚至引起执法对象的集体抗争。这种集体抗争会通过我国行政系统中或明或暗存在的“群体性事件一票否决制”对地方政府官员产生极大压力,并通过行政系统内部的科层体系逐层往下传导,最终达至执法者个体。这种制度成本对于作为个体的执法者来说会显得更加难以承受,因为直接执法成本毕竟主要由作为抽象执法主体的行政执法机关的财政预算予以支付,而通过科层体系传导下来的间接执法成本则会由执法者个人承担(如被扣发奖金福利、免职、撤职等),形成“切肤之痛”。这种“切肤之痛”会使执法者产生心理上的放大效应(即使在成本数量的绝对值上会少于直接执法成本,在其心理上的重要性排序上也会截然相反),并成为决定执法者执法策略选择的主要约束条件。

由此,责令改正作为所导致的直接执法成本和间接执法成本在“违法过剩”的状态中将呈现不断增长的态势,最终使执法者难以承受。

(二)义务缺位之下责令改正不作为的低廉制度成本

虽然在“违法过剩”的状态中,责令改正作为所导致的制度成本会很高,但是如果责令改正不作为所产生的制度成本更高,那么权衡利弊之下执法者仍然有选择责令改正作为的可能性。因此,还须对执法者责令改正不作为所导致的制度成本进行考察。基于公路货运“治超”执法领域的研究可以发现,在现有的法律制度框架下,这种制度成本颇为低廉,低廉的制度成本根源于实现执法者责令

^① 我国公路货运车辆载重的行政技术标准是参照国外发达国家标准制定的,但是制定者在制定该行政技术标准时忽视了发达国家的社会重载运输需求主要由铁路、航空等方式满足,公路货运车辆只承担高时效、小批量的货物运输服务这一状况。我国公路货运承载了大量的重载需求,有学者通过研究指出,从我国的实际出发,现行公路货运车辆的“限值”偏低。参见杭文:《公路货运车辆载重规制策略研究》,东南大学载用工具运用工程专业2006年博士学位论文,第48页。

改正不作为时所应承担的第二性法律义务的弱可能性。

法理上而言,执法是为了恢复与维系理想法秩序的存在,这意味着执法本身不能成为破坏理想法秩序的因素,执法的合法性应该被蕴含在理想法秩序之内。换言之,现代国家成文法体系所确立的理想法秩序中也蕴含了理想的执法秩序,包含了对执法本身合法性的必然要求,这种要求形成了执法者所应遵循的第一性法律义务(在行政执法中表现为执法者的法定行政职责)。当执法者违反了第一性法律义务时,就会随之产生第二性法律义务(在行政执法中表现为执法者违法执法时应承担的法律义务)。^⑮与普通社会主体承担的第一性法律义务不同,且与上述意思行政行为和实力行政行为的区分相对应,执法者的第一性法律义务中存在着一种特殊双层结构:意思表示义务与强制实施义务。前者指执法者面对违法行为时做出意思表示(内容是要求违法者纠正违法行为、要求违法者接受惩罚等)的义务。后者指当违法者不主动配合实现执法者的意思表示内容时,执法者通过强制手段迫使违法者配合的义务。只有当违法者完整履行了由意思表示义务与强制实施义务所构成的双层第一性法律义务时,才不会引发其应承担的第二性法律义务的产生。笔者于如正后文中将要论述到的,这种特殊的双层义务结构为执法者在行政救济程序中逃避义务承担提供了“掩体”。

执法者的第二性法律义务是对执法者自身的有力制度制约,通过第二性法律义务的制约,一方面可以矫正违法执法,恢复理想的执法秩序,另一方面也可以通过对执法者的责任追究产生威慑,预防违法执法的再出现。因而执法者的第二性法律义务机制是恢复理想执法秩序与维系执法合法性的重要保障,也就是执法者在违法执法时所应承担的制度成本,这一制度成本的高低将对执法者的行为策略产生直接的重要影响。然而,从目前对于责令改正不作为救济的可能性看来,这种制度成本并不高,主要原因在于以下两个方面。

第一,启动法定救济途径的难题。依据行政不作为的一般原理,当执法者没有履行自身的第一性法律义务时,利害关系人可以通过行政复议、行政诉讼等法定救济途径督促其履行,使其承担相应的制度成本。然而这种理想的法治图景很难在现实中顺利实现,在实际的行政执法中,仅仅是启动法定的救济途径就已经步履维艰。启动法定救济途径的困难主要来自于利害关系人的非特定化及正外部性难以内化问题。

具体而言,行政违法行为的显著特征是对管制性行政法规范所确立的理想法秩序的侵害,其中可以区分出有特定受侵害人的违法行为(如治安违法行为中的殴打他人)和无特定受侵害人的违法行为(如超限/超载运输行为)两种类型,前者包含了对特定社会主体的侵害和对理想法秩序的侵害,后者则仅包含对理想法秩序的侵害。^⑯如前所述,从法理上而言,行政执法存在的主要目的在于恢复和维护被行政违法行为破坏的理想法秩序,而非对特定受侵害人的权益进行救济,后者的权益一般是通过民事诉讼的司法途径予以救济的。理想法秩序的存在就意味着现代社会中公共利益的存在,行政机关也就成为公共利益的代表,通过执法代表公益对行政违法行为进行惩处。但是,公共利益的公共性事实上意味着利益享有主体的广泛与模糊,利益的权属主体并不明确,同时,“代表”也就意味着行政机关并非公共利益的真实享有主体。一旦“代表”本身通过行政作为或行政不作为的方式侵害了公共利益,那么又有谁作为利害关系人再来代表公共利益呢?

特别是当执法者通过行政不作为的形式侵害公共利益时,这一问题就更为突出。执法者对违法行为的放任自流意味着公共利益失去了代表主体,虽然在有特定受侵害人的违法行为中,受侵害人

^⑮ 第一性法律义务与第二性法律义务的区分,参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第122-123页。

^⑯ 有学者将这两种违法行为所归属的法律分别称为反私法与反公法。参见李波:《公共执法与私人执法的比较经济研究》,北京大学出版社2008年版,第2-3页。

可能会出于利己的动机迫使执法者承担第二性法律义务(如治安违法行为中的受殴打者起诉公安机关的不作为),此时理想法秩序的恢复是受侵害人利己行为的正外部性体现,但是在无特定受侵害人的违法行为中,当执法者行政不作为时(如执法者没有责令超限/超载货运司机改正违法行为),就难以找到特定的利害关系人启动法定救济途径,公共利益享有主体的广泛与模糊使得公益损害的承受主体也被“摊薄”至难觅其踪。其实,即使假设能确定利害关系人,启动法定救济途径的可能性也不高,因为作为“公共”中一份子的任何单体意欲启动法定救济途径时都会发现,在自身需要承担启动法定救济途径所有成本(如诉讼费、个人的时间和精力等)的同时,通过法律救济可能产生的正外部性(理想法秩序的恢复)不能被自身内化,这就无法为启动法定救济途径提供激励。

第二,证据的难题。即使有利害关系人对执法者怠于执法的责令改正不作为启动了法定行政救济程序(如提起行政诉讼),实现执法者第二性法律义务的可能性也不高,其原因有以下两个方面。其一,在责令改正不作为的法定行政救济程序中,原告无法绕开证据获取的难题,这种证据获取的难题在面对具有动态违法信息违法行为的责令改正不作为中更为突出。^②典型的,如针对超限/超载运输责令改正不作为的行政诉讼中,超限/超载运输所产生的违法信息是动态的,在行政救济程序开始时违法行为必然已经结束,所产生的违法信息也已经消散。除了执法者在执法时有可能将这些违法信息固定——如让违法者签署承认超限/超载的法律文书——第三方主体很难有机会予以掌握。当执法者责令改正不作为时,由于它垄断了违法者超限/超载运输的违法信息,第三方主体几乎不可能获取证据证明其责令改正的不作为。其二,虽然根据我国《行政诉讼法》第三十四条及最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第一条的规定,在行政诉讼中对于被诉责令改正不作为的举证责任归于被告,但是由于上述执法者承担的特殊双层法律义务结构(意思表示义务与强制实施义务)的存在,执法者可以通过意思表示义务的承担来掩盖强制实施义务的缺位,特别是涉及具有动态违法信息的行政诉讼案件中,原告在现有的行政诉讼证据规则下几乎不具有推翻被告举证的可能性。如在超限/超载违法行为的行政诉讼中,作为被告的执法者只要能够提供开具的责令改正通知书,就可以证明已经做出了责令改正的意思表示(即证明自己不存在“意思表示的不作为”),即使此时执法者没有履行强制违法者纠正违法行为的强制实施义务,在超限/超载违法行为所产生的动态违法信息已经消散的情形下,原告不可能提出相应的反证,依据行政诉讼证据规则中通常适用的明显优势证明标准,^③原告胜诉的几率微乎其微。^④

综上所述,执法者在责令改正不作为时可能承担的制度成本并不高,责令改正作为(特别是在刚性行政技术标准僵化所导致的违法过剩时)的制度成本却很高。虽然制度成本难以量化进行基数度量(cardinal measure),但正如张五常所言,进行序数度量(ordinal measure)就已经足够。^⑤在责令改

^② 静态违法信息指违法行为的结果会以物理形态凝固,从而具有被第三方主体辨识的强可能性,典型如添加有害食品添加剂的行为会将违法信息固化于产出的食品中;动态违法信息指违法行为的结果不会以物理形态凝固,而是随着行为的结束而消灭,典型如超载运输在违法行为结束后不会留下可供查询的固化违法信息。参见黄锴:《执法过程中陷阱取证的异化问题研究——社科学术视角的再思考》,《法学》2015年第7期。

^③ 沈志先主编:《行政证据规则应用》,法律出版社2012年版,第299页。

^④ 即使对于具有静态违法信息的违法行为的责令改正不作为诉讼,其原告的救济成功率也不会高。依据学者的研究,就算将原告撤诉的案件也视为原告胜诉,我国行政诉讼案件总体上原告的胜诉率最高也不会超过30%。参见汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第52-55页。

^⑤ 基数度量是指使用可以相加的数字(如1、2、3)进行相互间的比较,序数度量是指使用排序的数字(如第一、第二、第三)进行相互间的比较。如人们可以说甲比乙长得清秀,这就是序数度量,因为人们无法明确甲比乙到底清秀多少。张五常指出,制度成本(他使用的表述是“制度费用”)是无法用基数予以衡量的,但是对于人们行为的经济解释而言,运用序数进行比较就已足够。参见张五常:《经济解释 卷一 科学说需求》,中信出版社2010年版,第115-120页。

正作为与不作为的选项之间,执法者诉诸社会主体“共有知识”(common knowledge)的序数度量足以促使其选择责令改正的不作为。^④

四、行政罚款的制度收益:为何要“罚”

如果上述论证径路是有解释力的——责令改正作为的高昂制度成本与不作为的低廉制度成本之比促使执法者选择后者,那么行政罚款同样也会引发类似的制度成本,为何执法者并没有选择行政罚款的不作为?或者更确切的疑问是,为何执法者选择了罚款月票/年票此类参杂了行政罚款作为与不作为混合形态的特殊执法方式?笔者认为,答案来自于行政罚款可以产生的制度收益,这些制度收益是激励执法者实施行政罚款的源动力,对此,可以从以下几个方面进行分析。

(一)罚款作为执法经费的主要来源

行政执法并非“免费的午餐”,必须由执法经费予以保障。从理论角度而言,执法经费应当由政府公共财政予以提供。这是因为行政执法所意欲维系的理想秩序实质上是一种典型的公共品(Public Goods),它具有非竞争性和非排他性两种特质,其产生的正外部性很难通过私人收费的方式被内化,所以私人难有动力提供行政执法服务,只能由公权力通过税收形成的公共财政支出提供执法服务,因此现代国家也普遍将执法作为公权力的组成部分,通过政府公共财政来保障执法经费的供给。执法者由此被作为行政科层组织中的成员代表国家行使执法的公权力,与普通公务员一样领取固定薪酬,遵循法律程序履行执法职责。

然而,行政科层体制注重恪守法律规则与程序的理性特征虽然降低了执法权力的恣意,但也会导致形式主义的横行,行政官僚体制给予执法者固定薪酬的做法虽然保证了行政执法的稳定供给,但也使执法者缺乏提供高质量执法服务的激励。因此从20世纪90年代开始在西方公共管理领域兴起了“新公共管理运动”,旨在将企业的激励机制引入行政科层体制中,通过绩效评估为基础的问责制来激发公共官员的工作积极性。^⑤类似做法在我国行政执法机关内部也得到了广泛应用,不过就其表现形式而言独具特色,其主要内容是通过将罚款收入与执法经费间接挂钩,来激励执法者积极实施行政执法行为。

具体而言,这种间接挂钩是通过地方财政体制中的罚款收入隐性返还制度得以实现的。虽然从成文法角度看来,为了防止行政执法机关通过罚款牟利,早在1996年全国人大制定的我国《行政处罚法》第四十六条和1997年国务院制定的《罚款决定与罚款收缴分离实施办法》中就已经明确了“收支两条线”的罚缴分离制度。在罚缴分离的显性法律制度外观中,执法机关仅拥有做出罚款决定的权力,受处罚人缴纳的罚款应直接上缴地方财政,并不进入执法机关的账户,而执法机关所需要的执法经费则由地方财政拨付支持。这一行政法律制度的设计初衷在于通过罚款机关与收缴机关分离来防止执法机关将罚款收入中饱私囊。然而,在制度实际运行过程中,地方财政却会根据执法机关上缴款项的一定比例进行返还,^⑥作为执法机关可使用的执法经费。这意味着执法机关上缴的罚款数额越多,按比例返还的执法经费就越多,罚款的数额就通过这种隐性的财政返还制度与执法机关的执法经费间接挂钩。执法机关则进一步会通过内部的执法绩效考核机制将压力转嫁到个体执法者身上,形成“罚款任务”。由此,也就可以理解为何“罚款月票/年票”一般都是正规的省级财政罚款发票,这意味着罚款实际上是进入了地方财政国库中,并未给执法机关带来直接的经济收入,只不过是

^④ 吴元元:《信息能力与压力型立法》,《中国社会科学》2010年第1期。

^⑤ 参见周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第47页。

^⑥ 参见王伟、丁云龙:《论行政执法中的“分级寻租”与解决策略》,《公共管理学报》2011年第4期。

通过按比例返还的财政分配方式间接流回执法机关成为执法经费,并进而引导了执法者的行为策略选择。

笔者认为,不能轻易将这种罚款收入的隐性返还视为制度设计的漏洞,如果放宽理论的视野,这一制度有着其存在的本土资源。

第一,自从1994年分税制改革实施后,中央与地方的财政分权使得中央财政集中了主要的税收收入,地方财政收入则锐减(比例大约为三七开),^⑲这导致地方政府的财力较为羸弱。同时,学者的研究发现,我国在中央与地方政府之间始终存在着一种“行政发包制”的结构体系。^⑳在“行政发包制”下,地方区域内的行政事务由中央统一“打包”给地方政府负责,地方政府对辖区内的公共服务统一承担责任,地方公共服务所需的经费都由地方财政支出。这种财权与事权的不对称导致地方政府的财政收入与财政支出比例严重失衡,地方政府依靠税收获取的财政收入远不能匹配提供公共服务所需的财政支出。在这种收支不平衡的财政状况下,地方财政资金在地方政府内各部门间的预算分配就呈现一个显著的特征,即预算分配的资金并不能满足政府各部门所有的开支需求。特别是对于具有罚款、没收、收费等行政权力的执法机关,地方财政对其的经费预算采取的是差额预算,即只负担执法机关的部分运行经费,差额部分需要由执法机关通过罚款、没收、收费等方式筹集。^㉑同时,碍于显性法律制度中收支两条线的制度限制,在实践中形成了地方财政按比例返还的隐性制度。这种财政返还的隐性制度使地方财政与执法机关之间形成紧密的利益共同体,罚款成为执法经费的主要来源。

第二,地方官员的晋升方式也促使罚款成为执法经费的主要来源。周黎安提出的“晋升锦标赛”制度是对我国行政体系中地方官员职务晋升模式的一种有力的理论提炼。^㉒在这种“晋升锦标赛”中,人事权高度集中于上级政府,上级政府通过对辖区内平行下级政府间的相对绩效考核来决定升迁人选,从而激发下级政府官员的工作积极性,并形成了辖区内不同地区间的激烈竞争。这种晋升体制中,相对绩效考核的标准设定至关重要,这一标准是引导下级政府行为的指挥棒,直接决定了下级政府行为的策略选择,形成了“指哪打哪”的军事化指挥作用。目前这一标准一般都被设定为地区内的经济增长速度(GDP增长速度),^㉓这样的标准设定导致各级政府的所有行为选择都会聚焦于提供可以促进经济增长的公共服务(如招商引资),而忽略其他不能直接促进经济增长的公共服务供给。^㉔

^⑲ 参见周飞舟:《以利为利:财政关系与地方政府行为》,上海三联书店2012年版,第50-64页。

^⑳ 参见前注^⑲,周黎安书,第54-72页。关于“行政发包制”在我国当今政府治理中地位的理论最新进展,参见周黎安:《行政发包制》,《社会》2014年第6期。

^㉑ 在道路交通安全执法领域中,这种财政安排尤为明显。公路维权人士王金伍在黑龙江某县走访时,该县道路运输管理站站长透露,该管理站40多人中只有19人由地方财政负担工资支付,其余的执法人员都需要依靠罚款收入来支付工资。该站所有的罚款收入由县财政扣除40%后予以返还。该现象并非孤立,根据王金伍的调查,山西某市辖区交通局300余名人员中仅有8人左右享受地方财政拨款支付工资福利,其余人员的工资福利全靠下属运政稽查队的罚款支持。仅2012年该运政稽查队就上交区财政1277万元,交通局则获得了财政拨款1040万元,约占上交罚款总额的80%。参见《利益驱使“养鱼执法”是道路“三乱”根源》,《法制日报》2013年12月4日。

^㉒ 参见周黎安:《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》,《经济研究》2007年第7期。有学者从实证数据及制度规范的层面研究认为在省级行政区域内不存在这种“晋升锦标赛”模式(李晟:《“地方法治竞争”的可能性:关于晋升锦标赛理论的经验反思与法理学分析》,《中外法学》2014年第5期),这一研究并未否认在省级以下地方官员间的“晋升锦标赛”模式。对于省级官员的晋升模式有学者的实证研究指出“同质性”(homophily)起到了十分重要的作用,同质性也就是所谓的“同乡、同学、同事关系”。See Oppen Sonja, Victor Nee, Stefan Brehm Homophily in the career mobility of China's political elite. *Social Science Research*, 54 (2015), pp. 332-352.

^㉓ 参见吴元元:《双重博弈结构中的激励效应与运动式执法:以法律经济学为解释视角》,《法商研究》2015年第1期。

^㉔ 参见前注^⑲,周黎安书,第114-116页。

行政执法服务就属于后者,它并不是直接促进地区经济增长的因素,所以地方政府决定有限财政收入的分配时,不会将其作为财政收入的重点区域,而是倾向于让执法机关“自收自支”,通过给予罚款的权力来确保执法经费的供给。

(二) 罚款作为执法者传递的合作信号

进一步分析,还可以挖掘出罚款行为更深层次的制度收益。埃里克·波斯纳(Eric Posner)提出的信号传递博弈理论为此提供了有力的解释工具,虽然这一理论是针对非法律合作秩序的形成所创立的,^③但为理解成文法下合作秩序的维系提供了借鉴,据此可以更透彻地了解罚款对于执法者的制度收益。

从信号传递博弈理论观察,在一个“非鲁滨逊的世界”中,个体之间的合作关系是社会存续的基础条件。然而由于个体都垄断着自身的信息,信息的沟通与交流需要成本的支出,因此个体之间的合作始终会受到囚徒困境的影响而难以成型。为了形成稳定的社会合作秩序,使社会中的他者获知自身的合作意愿,个体就会发出一些表明自身属于合作者的信号。在这里,信号是指一些“成本高昂而且可观察的行动”,^④其目的是为了传递自身属于合作者的身份信息,从而形成与信号接受者之间的合作关系。不过,如果没有刻意的选择,那么何种行为可以成为信号是随机的,将充满不确定性。因此在一个稳定的社会合作秩序形成前,会出现所谓的“规范创业者”将特定行为宣布为合作信号,^⑤当接受这种信号并愿意持续发出这种信号的个体不断增多,社会规范及相应的社会合作秩序就随之产生。

基于这一理论模型推导,国家其实就是一种“规范创业者”,它制定成文法的活动可视为创设了一系列信号,其收益来自于国家内部合作秩序的建立与维持。个体不但通过遵守成文法确立的行为规则形成社会合作秩序,而且也通过表现出守法的行为外观来传达自身作为可靠合作者的信号。这一点是容易理解的,因为根据生活的常识经验就可以发现人们更倾向于和显得遵纪守法的个体建立合作关系,而不愿意和公然违法乱纪的个体进行长期交往。执法者也是“镶嵌”在社会秩序中的一份子,同样具有表达自身作为合作者参与到合作秩序中的需求。只不过与普通个体不同之处在于,执法者主要是通过实施执法行为来传递自身作为合作者的信号。^⑥执法者信号传递的接受者包括以下两部分。

其一,国家公权力场域中的其他权力主体。执法者并非孤立的公权力实施者,而是处于各类国家公权力主体集合的场域中。它不但要受到来自执法系统内部科层体系中上级的纵向影响,也会受到其他公权力系统(如政府内部其他行政系统、人大系统、司法系统、政协系统等)的横向影响。执法者与其科层上级之间的合作型构了本执法系统,同时本执法系统与其他公权力系统之间的合作凝炼成了国家公权力的场域。在这个国家公权力的场域中,执法者的执法活动是自身存在的基础,该场域中的其他公权力系统也是因为执法者所实施的执法活动而承认其存在的价值。因此作为执法活动的罚款行为就成为了执法者彰显自身存在意义的符号行为,^⑦其一方面可以向科层上级传递自身通过履行职责表达的合作意愿,另一方面也是执法者作为执法系统的一分子向其他公权力系统传递执法系统在履行职责的信息,从而证成执法系统在国家公权力场域中存在的价值并维系与其他公权力系统

^③ [美]埃里克·波斯纳《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版,第6页。

^④ 参见上注,埃里克·波斯纳书,第32页。

^⑤ 参见上注,埃里克·波斯纳书,第45页。

^⑥ 执法者自身守法的行为也能传递作为合作者的信号,参见黄铭:《羞辱性法律惩罚的博弈分析——以深圳福田区警方示众处理卖淫、嫖娼人员一案为研究样本》,《法学评论》2008年第1期。

^⑦ 李琦:《作为符号形态与符号行为的法律:寻找另一种法理学的可能性》,《法律科学》2014年第4期。

的合作关系。

其二,社会关系中的其他主体。社会关系中的其他主体主要指违法者与守法者,执法者与违法者、守法者之间表面上看似是单方面的强制关系,即执法者通过单方强制的行政行为(如行政处罚)对违法者予以惩戒,并对潜在的违法者产生威慑使其成为守法者。但从反面思考,执法者对违法行为的惩处实际上也就同时意味着对合法行为的不惩处,因为对合法行为进行处罚即使存在也绝不会是常态。换言之,执法者与违法者、守法者之间存在一种特殊的合作关系:守法则不予处罚。事实上,这也是社会合作秩序得以建立与维系的基础条件之一。据此可以发现,执法者通过罚款行为可以传递一种极为隐晦的合作信号,这种信号表达了执法者通过不处罚的方式与守法者建立合作关系的意愿。

由此可见,执法者对违法者实施罚款还可以获得两方面的制度收益:向国家公权力场域中的其他权力主体发出合作信号以显示自身存在的意义;向违法者(包括潜在的违法者)和守法者发出合作信号以促成合作秩序的存续。

当然,如果仅就传递合作信号这一点而言,责令改正也会具有同样的功能。不过行政罚款之于责令改正具有比较优势,特别是对于以货币获取为目的的商品交易型违法行为,罚款作为成本可以通过提高货物售价纳入交易价格,从而得以内化,违法者仍然可以获得相应的收益(虽然可能有所减少)。责令改正则切断了违法商品交易的可能性,违法者之前为此付出的成本将会全部“沉没”。可以合理推知,执法者实施责令改正更有可能引起违法者的抵制,相比之下,行政罚款则更有可能被违法者所接受,因此间接执法成本会相对较低。然而,如果是在“违法过剩”的情形中,且执法者对违法行为罚款的数额过高,以至于违法者无法通过提高售价将罚款成本内化,严格坚持每案必罚同样会引发过高的直接执法成本与间接执法成本(特别是后者),这与坚持每案必责令改正的后果类似。在执法者与违法者反复的执法博弈过程中,“罚款月票/年票”就会应运而生,通过延长单次罚款的适用时间长度,“罚款月票/年票”能在实现上述对于执法者的制度收益的同时,避免罚款金额超出违法者可承受的限度,防止引发执法者难以承受的制度成本。

五、“以罚代管”中权利义务结构错位及其后果

在通常情形下,如果上述制度成本与制度收益所处的社会环境条件不发生重大变化,执法者持续实施责令改正不作为和罚款作为,违法者则默契地持续缴纳罚款并继续实施违法行为,双方都形成了稳定的行为模式,那么在执法者与违法者之间就达致执法中的博弈均衡状态,“以罚代管”的执法方式就是这种博弈均衡状态的外显形式。借用青木昌彦(Masahiko Aoki)关于制度的双重涵义理论,这种博弈均衡是在执法过程中执法者与违法者之间形成的“关于博弈如何进行的共有信念的一个自我维系统”。^③

然而,执法者与违法者所持共有信念认可的权利(权力)义务结构与成文法律规范中设定的权利(权力)义务结构存在显著不同:^④对于执法者而言,共有信念下它的权力是做出行政处罚决定并实际收缴罚款,它的义务则是不实施责令改正;对于违法者而言,共有信念下它的义务是接受并缴纳罚款,它的权利则是不纠正并继续实施违法行为。简言之,执法者与违法者都承认前者拥有罚款作为的权力与责令改正不作为的义务,后者则拥有继续实施违法行为的权利和缴纳罚款的义务。并且,依据

^③ 参见[日]青木昌彦:《比较制度分析》,周黎安译,上海远东出版社2001年版,第11-16页。

^④ 刘星指出权力是权利的特殊表现形式,同时职责是义务的特殊表现形式。参见刘星:《法理学》,法律出版社2005年版,第128-139页。

“违法过剩”现象的存在与否,执法者的权利(权力)义务又存在两种可能性:一种是在常态违法中,执法者对于每例违法行为都享有罚款的权力,同时也承担放任每例违法行为继续实施的义务;另一种是在“违法过剩”时,执法者拥有通过“罚款月票/年票”的方式一次性收取罚款的权力,同时承担放任违法者在固定期限多次实施违法行为的义务。这种权利(权力)义务结构显然与成文法律规范中所设定的权利(权力)义务结构不同,因为成文法律规范中的显性制度设置是执法者拥有实施行政处罚和责令改正的权力,这种权力也是执法者面对违法行为时所应履行的义务,而违法者主要承担缴纳罚款并纠正违法行为的义务。可见,在“以罚代管”的博弈均衡状态中,执法者与违法者共同认可的权利(权力)义务结构较之成文法律规范中设定的权利(权力)义务结构发生了错位,这体现在执法者责令改正作为的义务被替换为不作为的义务,违法者纠正违法行为的义务被替换为继续实施违法行为的权利。

这种权利(权力)义务结构错位所带来的后果是执法者在事实上的执法合法性的动摇。这意味着如果执法者依据成文法律规范的规定进行严格执法,就会与“以罚代管”的博弈均衡状态中的共有信念相冲突,并被违法者认为丧失了事实上的执法合法性。

具体而言,执法者的严格执法可以区分为 A 型、B 型、C 型三种类型:A 型是执法者对每例违法行为罚款后都责令违法者改正违法行为,并予以强制实现;B 型是执法者收取罚款月票/年票后再次罚款,但不责令违法者改正违法行为;C 型是执法者收取“罚款月票/年票”后再次罚款,且责令违法者改正违法行为并予以强制实现。其中 A 型严格执法是成文法律规范确立的理想法秩序所要求的应然执法状态,也是最符合成文法意义上执法合法性的状态,B 型与 C 型严格执法则是对“以罚代管”的执法博弈均衡状态的单点突破,属于“以罚代管”的执法方式向 A 型严格执法靠拢的过渡形态。刘温丽案中出现的就是 B 型严格执法,永城的“治超”执法者要求刘温丽再次缴纳罚款。张高兴案中出现的则是 C 型严格执法,罗庄的“治超”执法者扣留张高兴的货车后,要求其先卸下超载的货物,然后接受罚款。

由于上述共有信念中的权利(权力)义务结构错位,无论执法者实施何种类型的严格执法,都会与执法博弈均衡中形成的共有信念中的权利(权力)义务结构关系相冲突。尤其是对于违法者而言,执法者的严格执法行为至少在“以罚代管”的博弈均衡状态中已经失去了事实上的执法合法性,与其所秉持的共有信念体系产生激烈冲突。然而,执法者的执法行为毕竟是成文法所承认的合法行为,违法者实施的也毕竟是成文法所否定的违法行为,其事实上的合法性只能被博弈均衡状态中的博弈参与者们通过意会的方式予以承认,双方之间心照不宣,属于“放不上台面”的合法化。因此,作为个体的违法者在这种博弈均衡状态中处于非常弱小的地位,他(如张高兴和刘温丽)的违法行为实质上成为向执法者提交的一份“投名状”,且由于执法者承担第二性法律义务的弱可能性,这份“投名状”仅具有单向的约束力,即主要对违法者产生约束。一旦执法者出于特殊需要(如应对上级的执法检查)实施严格执法,或者出于权力寻租的目的进行敲诈勒索,个体违法者就只能被迫接受,无合法的途径申请救济,难以形成对执法者的制约,从而使个体违法者陷入有苦说不出的尴尬境地。如果由此增加的成本能够在市场交易中通过提高商品价格的方式内化,那么违法者就会选择忍气吞声。但是,如果个体违法者自身生活的窘迫局面与这种尴尬境地相遇,无法通过任何方式将这种增加的成本内化,又无合法途径得到救济,那么两相催化所导致的激愤情绪,就可能致违法者通过“身体维权”的方式主张自己在“以罚代管”的博弈均衡中所应享有的权利(继续实施违法行为)。

六、结 语

综上所述,现代国家用以制造秩序的管制性行政规范因立法者有限理性的约束必然是不完备立

法,难以涵盖社会秩序的方方面面。同时管制性行政规范中数字化的刚性技术标准也在流动的社会环境条件中不断滞后,这些都导致了行政法规所确立的理想法秩序不断被社会主体所打破,违法者的范围不断扩散,“违法过剩”现象出现。在“违法过剩”的情形下,执法者实施责令改正的直接执法成本和间接执法成本都很高,而执法者在怠于执法时,其责令改正不作为的制度成本又十分低廉。两相权衡之下,执法者选择责令改正不作为的可能性就很高,自然倾向于“不管”。

同时,分税制下地方财政收入的相对窘迫、“行政发包制”下地方公共事务的承包责任、“晋升锦标赛”制下地方行政官员对GDP增长的注意力聚焦等三种制度约束条件,共同决定了诸如行政执法这类公共事务在地方政府视野中的淡化。特别是对于具有罚款权限的执法机关,地方政府会通过差额预算的分配方式减轻财政负担,并通过财政返还的隐性规则将罚款收入与执法经费挂钩,使罚款成为执法经费的主要来源,再经由执法机关内部的考核机制激发个体执法者的罚款积极性。此外,行政罚款还是执法机关与执法者个体彰显自身存在价值的符号行为,借此传递出与执法系统内部的上级、其他国家公权力机关以及其他社会主体进行合作的信号,维护自身在国家公权力体系和社会系统中的地位。这些制度性收益都促使执法者选择了行政罚款。此外,考虑到“违法过剩”境况中如果每案必罚,那么行政罚款的总额可能会超过违法者通过提高商品交易价格所增加的收益,这会导致直接执法成本与间接执法成本的飙升,因此“罚款月票/年票”的执法方式就应运而生。

由此可见,“以罚代管”这种特殊行政执法方式的出现并非主要源于执法者的贪婪与寻租,而是由特殊的制度土壤所孕育。要消除这种行政执法方式,只能从改变其赖以生存的制度环境激励条件入手,调整其存在的制度机理,如改革中央与地方的财政分配制度,充实地方财政基础,设计合理的地方财政分配激励机制,确保执法经费的充沛供应,将执法绩效纳入地方政府官员考核范围,改变地方政府官员的注意力焦点,建立行政技术标准的适时立法调整机制,顺应社会经济环境的快速变化等。这一系列制度条件的变化将会是一个漫长的过程,是一项需要各方面改革相互配套的系统工程。也正因为如此,可以预见“以罚代管”的执法方式将在我国的执法过程中长期存在。同时这也提醒人们认识到法律/法学并非万能,许多疑难社会法律问题并非在法学领域内就可以解决,其与政治、经济、社会等领域有着千丝万缕的联系,需要多领域间知识与制度的协同合作,才有解决的可能性。事实上,这也就是社科法学研究的意义所在。

(责任编辑 姚 魏)