

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2013.02.012

街道科层官员的裁量困境*

谭俊

(上海交通大学凯原法学院,上海200240)

摘要:自由裁量权在司法场域和行政场域具有非常重要的意义,但仅仅通过规范法学的视角,对自由裁量权进行研究将会受到较大的限制,应结合社会学和管理学等多学科对其进行分析。通过对规则自上而下和自下而上两种理论分析框架,我们看到立法者对规则完备的需求与街道科层官员的反规则之间,上级的压力与现实有限资源之间,目标与责任之间的众多困境使得街道科层官员在具体执法过程中受到种种限制,如何在规则与自由裁量权之间取得平衡,需要从多元的视角进行整合。

关键词:自下而上;自上而下;自由裁量权

中图分类号:D630.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2013)02-0079-06

在“中国特色社会主义法律体系基本形成”,“起到骨架与支撑作用的基本法律已经具备”,“相配套的行政法规、地方性法规业已体系化”的时代背景下,法治建设的重心应当向法律解释^[1]和法律执行转移。司法场域无疑是法律解释和应用的中心,在司法改革的大背景下,众多学者都将视角聚焦在司法之上。然而,社会生活中大量的法律适用并非都进入了司法系统中,在行政场域对法律的解释和运用似乎比司法场域所占的比重更大。尤其是处于行政体系的底层——街道科层官员在面对法律规范与复杂的社会事实之时,是严格执行法律还是遵循个案正义,是依照先例作出“整全性”的解释,还是在众利益之间权衡选择?街道科层官员像法官一样在“事实与规范之间往返流转”,还是有着自身特有的执法逻辑?他们在面临“疑难案件”时如何解决?

这些问题都不同程度的与街道科层官员的自由裁量权有关系。在面对多元价值的现代社会,街道科层执法人员如何实现公平公正的执法。法学尤其是行政法比较关注执法人员自由裁量权是否有法律授权,其自由裁量的空间有多大,自由裁量权的运用是否符合正当程序,如何细化规则以减少其自由裁量权,希望把自由裁量权限制到最少,甚至消灭,仿佛其是危害法治的恶魔一般。然而,科层官员的自由裁量权也受到了组织社会学和管理学的关注,其认为无论怎样严密的监督和控制,所有的工作中都存在着一定程度的自由裁量空间。在复杂的组织情境中,意图与后果之间的差距就会逐渐显现出来。在组织理论中,更多关注如何在规则与自由裁量权之间的平衡。诚如管理学大师西蒙所言:“在组织系统中,存在着一系列自由裁量的空间,任何一个个人在由自己的

* [收稿日期]2012-10-28

[作者简介]谭俊(1987—),男,重庆人;上海交通大学凯原法学院,硕士研究生,主要从事法理学研究。

上级所提供的一般性的大框架之内,都有解释自己任务的自由。”^[2]可以说,法学和社会学、管理学都以其学科的视角审视了自由裁量的难题,指出了自由裁量权存在的特征及对其限制的可能途径。只有突破学科之间的视域限制,真正认识到街道科层官员的自由裁量权的复杂性与多维性,在这一基础上构建一个新的分析框架,才能认识到对其限制的可能性与不可能性。本文拟在不同学科研究的基础上,采用自上而下与自下而上的分析框架对街道科层的自由裁量权进行剖析,指出街道科层官员在自由裁量权中的困境及可能的解决路径,并对以后的研究提供可能的建议。

一、自上而下的规则传递

法治国家的建设,首先就是需要有一套完备的法律体系,因此,我国才制定“中国特色社会主义法律体系”。这一思维的背后逻辑是希望通过理性的法律设计,将社会生活中的种种可能都纳入法律之中,通过法律自身严密的逻辑建构,包容万象,形成一张密不透风的“法网”。司法判决和法律的执行则是根据既有法律体系输出的结果,而且只要法律有了规定,那么就能依据法律规则得到一个结果(法律效果)。一旦出现了新的事实或状况则通过不断的制定新法、修改、废除既有的法律,使法律在体系上呈现出一幅完美的画面,以期法律的稳定性、可期待性、强制性来化简我们的生活。同时法治的第二层意义在于法律具有至上的权威与正当性,所有的组织和个人都应在法律之下运行,不允许有超越法律之上的特权存在。

在这一理念之下,我们形成了宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方规章、此外还有最高人民法院和最高人民检察院的司法解释、中央的政策文件、惯例等一系列的规则体系。这些规则从数量上讲不可谓不多^①,甚至可以用庞杂来形容。从效力等级上来看,宪法高于法律,法律高于行政法规、部门规章,行政法规高于地方性法规和规章,而其他司法解释、政策文件等的效力

则要依据制定部门所处的效力等级来定。总体而言,大致可以分为四个不同的等级:宪法、法律、行政法规、地方性法规和规章。这四个不同等级的法规数量也是不断上升,越靠近底层,法律规则的数量愈多。呈金字塔状的结构分布。立法者希望通过层层法规,为不同等级的执法者、司法者提供规则依据。

与法律规范的效力等级相适应的是,行政管理体制也是从中央到地方的金字塔结构。中央政府及其各部委、省级政府、县(区)级、乡镇级。越靠近底层一级政府机关数量愈多,所面对的社会生活也就越多样化。近代以降,各级政府权力的运行以法律为基础,法律为行政权力提供正当性依据的同时,也对之予以限制。除了宪法和法律由全国人大及其常委制定外,其他规则则是由不同层级的行政机关制定。与中央政府相对应的是行政法规、规章,与地方政府相对应的是地方性法规、规章,与乡镇相对应的是村委会、居委会等自治性的规则。随之而来的一个疑问就会产生,作为一线执法人员在执法过程中所依据的法是什么法,是由全国人大及其常委制定的法律还是由地方所制定的实施细则(地方性法规、地方性条例等),或者二者都有,或者都没有呢?以上海市行使相对集中处罚权为例,公安人员或者城管执法人员等在执法时所运用的是《中华人民共和国行政处罚法》,还是作为行政法规的《国务院关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》,或者部门规章《建设部关于贯彻〈国务院进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定〉的意见》,或者市政府规章《上海市城市管理相对集中行政处罚权暂行办法》等其他规范。又或者执法人员所依据的是其中的某几项法律规范?

这个疑问并非无病呻吟,或者玩文字游戏,而是涉及对法律执行过程的神秘面纱的揭示。如果执法人员声称依据某法律而执行,而实际上却是

^① 截至2011年8月底,中国已制定现行宪法和有效法律共240部、行政法规706部、地方性法规8600多部,涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各个法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备,法律体系内部总体做到科学和谐统一,中国特色社会主义法律体系已经形成。摘自《中国特色社会主义法律体系》白皮书, http://www.gov.cn/jrzq/2011-10/27/content_1979498.htm [2012.6.15].

运用的距离一线执法人员最近的法律规范。那么这中间必然存在不一致的情况,或者说,发生了某种法律的“位移”。执法人员所依据的法律不再是处于效力顶层的法律,而是处于效力底层的法律(包括实施细则、相应条例、暂行办法等)。换句话说,法律具有了自上而下的科层传递性质。根据塔洛克的权威流失的累积性效应模型,规则从上到下通过层级体系的各个层级进行传递的过程中都会出现某些权力流失,如果组织的层级很多,这种流失就会产生累积性效应^[3]。在法律规则传递过程中,法律的功能会产生累积性效应。执法者的法律与立法者的法律已经发生了转变,出现了功能上的耗散^[4]。

法律功能的耗散具有两个不同的阶段。一个阶段是效力顶层的法律向效力底层的法律传递过程的耗散——科层耗散^[5]。这一阶段是抽象、普遍的法律向具体可操作的法律的转换,在转换过程中最初法律的功能被放大、或被缩小、或变更等。第二阶段是由效力底层的法律与社会事实结合的过程中所产生的耗散,即法律效果实现过程中的耗散。与法官思维方式相类似的是,街道科层执法人员仍然需要判定事实、寻找与该事实相关的法律规范得出结论。并且不断地在事实与法律之间往返。尽管有法律规范的限制,每个街道科层执法人员都有一定的选择空间,以便选择一个他可以遵循的办法。在法律规则的范围內行使其自由裁量权。

面对街道科层官员的自由裁量权,在自上而下的规则传递视角下,一直存在这样一个神话,认为细化的规则有助于我们更好地控制官员,不当行为更容易在规则的监控下销声匿迹。通过不断的立法,将社会中新出现的各种法律现象摄入法律体系中。同时将法律规则不断细化,使执法人员能够严格依据法律执法,减少执法人员的裁量空间。但这一研究途径存在以下几个方面的问题:首先将复杂的社会过于简单化,希望通过顶层理论的设计来解决街道科层官员在执法中的种种困难是不可能的。试图用此种线性的思维方式来解决多元复杂的现实困境是不切实际的。其次,法律规则自身在传递过程和被执行的过程中存在

一定的耗散,即使是完美的法律,在实现过程中也会发生功能上的衰减,尤其是功能耗散的第二阶段,本身就为街道科层官员的自由裁量权预留了空间,使得自由裁量权成为必然。

二、自下而上的规则生成

如果说自上而下规则传递模式意味着某种目的的存在(对于法律而言,当然是以实现法治为目的)。那么,自下而上的规则生成则是以问题和行动为导向。后者没有预先设定的假设,在自下而上的途径中,很少有可能暗含着有关因果关系,有关主体和机构之间的层级化的、或者任何其他的关系,或者应该在主体和机构直接按发生什么的假设。对于街道科层官员而言,以执法事件为中心,在各种可供选择的方案之间进行选择,形成自身特有的行动逻辑。通过不断与执法对象、与上级、与执法机构、执法环境之间的互动,特有的行为规范与社会秩序规则也就蕴含在其中了。这一视角使我们能够更清楚地认识到街道科层执法人员的现实困境、影响执法的因素、执法者与执法对象之间的关系、执法的效果,等等。因此现实并不是有关不完美的控制,而是作为一个连续不断的互动过程的行动。在这一互动过程中,有一个可变迁的并正在变迁的规则、一个复杂的互动结构、一个由于街道科层人员行动的缘故必然会影响执法活动的外部世界,以及本质上难以控制的执行主体。既然这一过程与其说是导致了执行问题,还不如说是重构了规则。

街道科层官员在实践中具有自身运作逻辑,形成了新的行为规则。这些规则来源于其经验和执法理性。对于法律规范而言,他们或是依照法律规则执法、或是回避法律规则,或是违反法律规则,在合法(legalization)、非法(de-legalization)、反法(anti-legalization)之间不断穿梭往返。不再是线性遵守自上而下的法律规则。使得底层出现了多元法律共存的情形,尤其是在由传统的中国向现代法治中国转换过程中,这些多元价值之间相互冲突、转换、逐渐形成以某些规则为主,其他次级规则为辅的运转体系。然而,这一社会底层的规则如何实现由下向上的传递呢?

一方面,从司法的角度而言,法官判案——主

要是基层法院法官的判案,因为无论是英美法系还是大陆法系,基层法官判案数量都占有最大的比重——的过程也是社会底层规则形成和运用的过程。基层法官本身也是街道科层官员之一,基层法官判案也就是不断将基层法官行动逻辑^①应用于司法案例的过程,其中基层法官同样享有较大的自由裁量权。同时,法官判案中不得不考虑社会中既有的社会规范,并不不断地将这些规范纳入司法的视域中,对之予以肯定或者否定。通过这种积极或者消极的评价也就是底层规则“诸神之争”的过程,最终胜利之神获得了指引社会普罗大众的地位,但是该神并没有占据永久的神位,因为不断有新的神灵对之提出挑战,进而取而代之。在这一过程中,法官的自由裁量权在某种程度上对司法的正义具有了决定性。另一方面,从立法的角度看,立法者不断将底层规则上升为普遍的规则,使抽象的法律与社会现实的运作逻辑相一致。这一过程存在一些问题,首先是底层规则是否具有普遍性,如果将某些底层规则上升为法律,若其不具有普遍性,将无法予以适用。其次,立法者在多大程度上能够认知到底层规则,并且在多大程度能够将这些规则以法律的形式予以确定仍然存有疑问。因为底层规则并不会随着科层制而逐渐向上传递,他传到某个层级的时候就会停止,中间会出现某种断裂。也就是说,底层规则不可能完全传递到规则链条的顶层。底层规则与顶层规则之间始终存在二元存在的局面。

如果说顶层的规则与底层的规则之间有一条明确的界限的话,那么街道科层官员的行为逻辑属于该界限的底层部分。街道科层官员的自由裁量权也就在其中得以存在。街道科层官员的自由裁量不可能完全传递到规则的顶层,所以无法通过细致的规则予以完全的约束。但是其还可能受到其他方面的制约:迈克·利普斯基(michael lipsky)认为街道层官僚受到资源、目标、当事人、街道层的组织结构等工作环境的限制^[6];普罗塔斯(Protas)^[7]、汉斯菲尔德(Hasfield)^[8]和斯科特(scott)^[9]区分了个人决策者的特质、组织特征和

当事人的特征三种类型;文森特和克罗泽(vinzant and crothers)^[10]则将影响因素进一步放大,其认为除了街道科层官员群体的特征外,还有媒体、其他服务提供者、甚至气候的因素。这些制约因素,在某种程度上促进了街道科层官员行动逻辑的形成,也使得其自由裁量权显得尤为必要。

三、两种模式的进一步思考:裁量的困境

自上而下模式与自下而上的模式为我们认识街道科层官员提供了两种不同的视角,从中可以看到规则传递的性质与街道科层官员位置。对于自上而下模式而言,将规则的制定与执行区分,通过顶层目的设计,将规则转化为行动。这一过程需要将顶层的规则不断细化,通过解释形成环环相扣的逻辑体系,进而形成了一系列的规则,规则之间以及规则的实现都具有形式的严格性。相反,对于自下而上的模式而言,规则框架则较为灵活,以街道科层官员所面对的现实情境为基础,在已有的资源下作出选择。规则只是资源之一,当然我们不能将规则的作用太过忽视,在大多数情况下,法律规则因其明确性对街道层执法具有最重要的影响。在规则框架的严格性与灵活性之间,我们看到规则的限制与自由裁量权的反规则之间存在紧张关系。一方面立法者希望通过完备的规则对街道层官员的行为予以限制和指引,试图将其纳入自身监督的范围之内;另一方面,街道层官员在依规则执法的过程中,往往并不能实现规则的目标。同时在种种资源的限制下,其通过反规则的方式实现了执法的效果。这就是街道科层官员的裁量困境之一。

从规则的输入与输出来看,自上而下模式强调的是规则的输入,在面对新的法律事实时,通过立法或者法律的解释或者修改予以应对。但是对输入的规则所产生的效果则是无法预期,其在传递的过程中所产生的影响如何也无法获知。实践中很多司法解释或者法律规范不能得到很好的实

① 现实主义法学、法经济学也可以看做对法官行动逻辑具有深刻洞见的分析,无论是霍姆斯“坏人”视角的法律,还是波斯纳效用权衡下的判决等都可见影响法官自由裁量的因素。

施,其原因就在于简单的规则输入与预期的效果之间未能很好连接。而自下而上模式的研究单纯集中在“行动”中。对“问题”回应的结果则是规则的输出,这一过程中,街道科层官员需要面对个人价值观的选择、面对相对人无限的需求、面对组织机构中有限的资源以及执法的环境。自上而下模式带来的是规则体系的压力,而自下而上模式则给予街道科层官员有限的资源,同时街道科层官员还要面对执法对象和社会的压力。如何在压力与有限的资源中作出选择则是街道科层官员所面临的困境之二。

两种模式在回应性方面也有所差异,自上而下更多的是依赖于立法过程,这一过程中更多的是立法者与社会整体之间的相互回应。其规则有效实现需要一些条件;譬如自由民主观、公民权利意识,等等。自下而上模式则能够适应相对人/被管制者的需要,通过接近底层,与底层民众相沟通,对其需求予以回应。街道科层官员面对自上而下的规则并没有讨价还价的余地,但是面对相对人/被管制者时,可以通过连续不断的交易、谈判和互动实现需求的满足和纠纷的解决。自上而下模式对目标予以关注,而自下而上模式则是忽视目标,过于注重便宜行事。对于街道科层官员而言,如何解决目标与责任之间的关系,是其面临的困境之三。

当然,上述困境都是建立在自上而下和自下而上的单线性的分析视角之上的。现实中不可能存在如此简单的线性分析,往往是各种现象复合交叉。我们不能将层级制看做理所当然,而是关注在法律规则执行过程中的多元影响因素。自上而下的法律不仅提供了街道科层执法的正当性,更为重要的是为其执法划定了合法性框架,为自下而上的规则生成提供了制度背景。而自下而上的规则使得静态无力的顶层法律具有了动态性,尤其是对底层缺乏关注的当代中国法治而言,尤为重要。相较于单纯的自上而下与自下而上,那么中间视角是否存在?其影响有何价值?特别是上下交融的中间部分,对于认识法律规则的实现是不可或缺的。

四、启示:如何安置自由裁量权

如果说自由裁量权是一个“黑箱”,那么顶层视角与底层视角则是照进黑箱的两束强力的光线。这两束光线并不是直接自上而下和自下而上的直射,而是被自由裁量权运用的各种因素所“折射”。尽管如此,我们仍能够见到这个“黑箱”的某些维度。

首先,规则与自由裁量权这两个概念之间存在着复杂的互动关系,二者是一枚硬币的两面。有关严格形式性的规则制定,就隐含着自由裁量权缺失的问题。对自由裁量权的高度关注,就是对蕴涵在其中的规则系统限度的关注。在规则实现的过程中,既没有绝对的规则主导,也不存在完全随意的自由裁量权。面对自由裁量权日益扩大的形势,我们不能仅仅依赖于对规则的大量生产,而应当从多元的角度来控制,将规则与自由裁量权维持在一个平衡的状态。

其次,我们应当将自由裁量权置于一个更宽泛的维度。在法治建设的进程中,将自由裁量权放入社会和政治的背景中加以考察,这一社会和政治背景既可能影响自由裁量权运作的方式,也可能影响控制自由裁量权的各种尝试。在法治构建尚待时日之际,我们应当注意非法律规则对自由裁量权的影响,因为法律规则对自由裁量权的影响与非法律规则对自由裁量权影响的差别较大,至少前者对自由裁量权的承认和限制都是以可见的方式实现,而后者则是不可预见,而且影响方式多样化。

再次,除了将自由裁量权置于法治的语境下外,我们应当将其放置于一个更加宽的视域中,从组织学、管理学、社会学、心理学等多学科的角度来分析。将街道科层官员的自由裁量权与组织的复杂性、管理的体制因素、裁量行为的社会影响因素、裁量心理、传统文化等问题联系起来,这其中也包括对街道科层官员个人生态的研究。这样就能使更多的光束照进自由裁量权的“黑箱”中,甚至使得“黑箱”变得通体透明。

因此,如何应对街道科层官员的裁量困境,是以后对街道科层官员自由裁量权研究的主题。从研究内容来看,除了法学的研究外,还需要社会

学、管理学等跨学科的理论研究,对自由裁量权的产生、运行机制、限制、影响因素等进行研究。从研究的方法来看,除了规范性的研究外,还需要社会实证研究,尤其是对中国背景下,影响街道科层官员裁量权因素的分析,结合传统文化和现代社会转型、尤其是在网络社会兴起背景下影响因素的分析。在这些研究的基础上,重新进行顶层理论设计,将规范与经验相结合,将街道科层官员的裁量困境予以化解。

[参考文献]

- [1] 季卫东. 中国法学理论的转机[J]. 中国社会科学报. 2011 :10.
- [2] Simon. H. A, *Administrative Behaviour* (2th edn) [M]. New York: Macmillan, 1957: 223.
- [3] 塔洛克·柏克. 官僚政治的体制[M]. 郑景胜, 译. 北京: 商务印书馆, 2010: 167.
- [4] [5] 王波. 执法过程的性质: 法律在一个城市工商所的现实动作[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [6] Lipsky, M. *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services*[M]. New York, NY: Russell Sage, 1980.
- [7] Prottas, J. M. *People-processing: The street-level bureaucrat in public service bureaucracies* [M]. Lexington, KY: Heath, 1979.
- [8] Hasenfield, Y. *Human service organizations* [M]. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1983.
- [9] Scott, P. G. *Assessing determinants of bureaucratic discretion: An experiment in street-level decision-making* [J]. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1997, 35-57.
- [10] Vinzant, J. C., & Crothers, L. *Street-level leadership: Discretion and legitimacy in front-line public service*[M]. Washington, DC: Georgetown University Press, 1998.

(责任编辑:杨睿)

The Discretionary Dilemmas of the Street-level Bureaucracy

TAN Jun

(*Kaiyuan Law School, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200240, China*)

Abstract: Discretion is of important significance in the field of justice and administrative law, but only through the perspective of normative jurisprudence, there are some restrictions for us to study the discretion, multi-disciplinary research on the discretion should be conducted in accordance with sociology and management. The two different frameworks of top-down and bottom-up are useful tools to analyze the discretion, the dilemmas of the street-level bureaucracy are between the detailed rules and the anti-rules, the pressure from the top and the limited resources from the bottom, the official target and the responsibilities. How to strike a balance between rules and discretion depends on the integration from multiple perspectives.

Key words: top-down; bottom-up; discretion