

行政柔性执法风险防控研究

吴海岸

广州商学院 法学院

[摘要] 柔性执法风险防控, 是行政主体通过对行政柔性执法存在的风险进行识别、评估, 在此基础上进行有效预防或规避, 以减少违法或不当柔性执法的一种“行政自制”实践机制。通过分析行政柔性执法风险类型、特征及原因, 提出从事前、事中、事后全过程防控的对策思路。

[关键词] 柔性执法; 行政自制; 强制执法; 风险防控

[DOI] 10.12252/j.issn.2096-627X.2021.11.1155

随着政府管理模式的变革, 柔性执法在行政管理领域的运用越来越广泛。中共中央发布《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》明确提出要推广运用非强制性执法手段。然而, 柔性执法被视为有效化解执法冲突矛盾的创新举措的同时, 其自身风险却被忽视。一些基层执法部门因不当使用“柔性执法”引发热议事件频频出现, 影响执法权威和公信力。

一、柔性执法基本含义

柔性执法, 其并不是法律概念, 没有官方的正式定义。一般而言, 柔性执法是指在行政管理和服务过程中, 为实现执法效果与社会效果有机统一, 采取的使行政相对人更容易接受的人性化执法方式的总称。从外延上看, 各类行政执法主体在行政管理和服务中所采取的行政指导、劝导、引导、约谈、告诫等非强制性执法方式均在柔性执法的范畴之内。与柔性执法对应的概念有强制性执法行为。主要包括行政处罚、行政强制、行政征收、行政许可等不以相对人同意、接受为要件的行政行为。

从执法过程和效果上来看, 柔性执法克服了强制性执法方式的单一性、机械化, 它强调在坚持严格执法前提下进行教育劝导和监管转化, 注重运用多种手段来引导行政相对人的思想和行为, 以此减少执法的阻力和对立冲突, 进而减少甚至避免违法行为再次发生。可见, 柔性执法富含民主、协商与沟通的法治价值, 体现了现代法治的平等、独立、民主、宽容和尊重的人文主义精神, 越来越受到立法与实践的重视。

但是, 我国没有制定统一的《行政程序法》规制行政指导等柔性执法行为, 对柔性执法的司法监督也存在缺失, 行政指导、行政调解等行为被排除在行政诉讼范围之外。2014年修改后的行政诉讼法将部分行政合同纳入受案范围, 但是仅限于政府特许经营协议及房屋征收补偿协议等, 监督范围有限。然而, 柔性执法同样存在权力滥用或使用不当的可能, 这与建设法治政府的要求是不相符的, 因此, 努力识别柔性执法存在的风险, 分析特征原因, 进而探寻防控机制, 具有十分紧迫的现实意义。

二、行政柔性执法风险识别

柔性执法风险识别, 作为柔性执法风险防控的前提, 是指通过对基层柔性执法过程中可能产生的风险加以判断和归类, 并对发生风险的原因进行分析的行为。

(一) 主要风险类型

根据具体实践, 对行政柔性执法不当或不法的潜在风险, 至少包括以下类型:

1. 偏离执法目标

柔性执法存在首要风险, 是偏离执法目标。无论是柔性执法还是刚性执法, 首先必须要符合执法目标。2021年我国行政处罚法新增加了“首违不罚”柔性执法方式, 即初次违法且危害后果轻微并及时改正的, 可以不予行政处罚, 该举措有助于减少、消除过渡处罚等不当行为, 彰显了人性化执法精神, 因此受到广泛关注。但是, 具体如何适用首违不罚, 并非可以任性为之。江苏某市公安局交警部门曾经采取名为“先友情告知”的柔性执法, 对首次违停车辆贴“红色罚单”以示提醒, 若再次违停才正式处罚。实施该项柔性措施后, 根据事实统计, 该辖区的违停车辆比在没有实施友情告知之前, 违停率上升了10%。这意味着作为柔性执法的“友情告知单”并没有起到预期的良好效果, 反而让违停行为增多了。该项“柔性执法”不得不被叫停。总之, 政府管理模式的变革, 都是以保证实现行政管理目标为前提, 行政主体应当根据不同情形选择适当的行政执法方式, 而不能追求以放弃实现管理目标为首要前提的执法创新。柔性执法一旦偏离预期目标, 再创新的执法模式也只能是一种“摆设”。

2. 执法手段随意性

柔性执法方式的适用不像行政强制性执法, 执法内容、程序、责任受到法律的严格规范。行政机关往往享有裁量权, 灵活性强, 因此产生行政机关实施手段不合理, 随意性强甚至带来权力寻租风险。曾经引起热议的湖北省政府奖励了知名网球运动员80万元事件, 一方面, 受奖励人对该奖励表现并不热烈, 媒体形容她“毫无表情”。另一方面, 公众认为政府用公共财政80万, 物资奖励方式给予职业运动员, 并不妥当。甚至有律师向湖北省政府提出信息公开申请, 希望公开奖励奖励的法律依据、资金来源和审批流程。该案例虽然是极个别现象, 然而通过引申思考, 则反映出政府柔性执法存在随机性, 实施程序不正当, 忽视社会接受度, 执法效果也是甚微。与执法相关带来的风险还包括, 相对人可能采用各种不法手段向行政机关寻租, 违法获得行政奖励、行政给付或者与政府达成有利于相对人的行政合同。

3. 行政不作为

当前我国行政程序立法为柔性执法提供制度空间, 例如我国《行政处罚法》第6条规定“坚持处罚与教育相结合”、第33条“不予处罚”规定、第37条“从旧兼从轻”处罚、

《行政强制法》第5条规定“采用非强制性手段可以达到行政管理目的，不得设定和实施行政强制”。但实践中行政机关仍然具有较大的自由裁量空间，往往根据惯例、经验进行判断确认，甚至“以教代罚”怠于履行相应的处罚职责，存在较大的违法风险。例如，有媒体报道“某某县柔性执法助推经济发展”，对某企业连续2年脱检按规定必须接受处罚，但为了企业的发展，工商局经过研究后不予处罚。很明显，工商部门以柔性执法代替法律处罚，营造宽松环境吸引投资，构成行政不作为。

4. 执法手段损害性

与前述三种类型风险的“增益性”不同，行政机关在适用柔性执法手段时，也可能利用其各种强势力量威胁、恐吓、诱导相对人接受，直接或间接导致公民权益受到损害，这种行为以柔性执法为名，实为“强制性执法”。例如，一些地方交警开展针对占道经营阻碍商家的商家，使用高音喇叭对商家进行劝导，甚至将高音喇叭搬至商家门口滚动播放，逼其消除违法行为。这种执法是对执法对象进行的一种变相强制处罚，是违反自愿性并具有损害性的“强制性执法”。执法侵害相对人合法权益，在实践中还体现在行政主体违反诚实守信原则，随意变更反复无常，或者没有兑现承诺、存在误导情形。总之，随着行政柔性执法的广泛使用，行政主体为了提高其实效性，可能会滥用这种柔性执法权，导致公民权益受到损害。

(二) 风险特征及原因分析

从风险类型及柔性执法实践情况看，柔性执法风险特征主要呈现为以下三方面：一是柔性执法引起复议、诉讼风险类型较少。最高法近年公布全国法院审理行政和国家赔偿案件情况分析数据表明，行政处罚、行政强制及行政许可等具体行政行为，容易引发行政纠纷，而行政合同等柔性执法诉讼争议相对少。二是柔性执法的风险较为执法不当。具体包括柔性执法不合目的性、无法实现管理目标，执法成本与效益失衡等。三是柔性执法风险识别难度较大。由于柔性执法引起复议、诉讼争议的数量少、柔性执法往往具有增益性质，相对人披露风险的动力不足，导致风险被识别的难度比强制执行较大。目前柔性执法风险识别途径主要还是通过舆论媒体的报道。

柔性执法风险产生原因包括主客观因素。从主观层面看，主要是行政执法人员缺乏相应的行政素养，具体包括行政执法人员风险意识薄弱、自制能力缺乏等。例如为了创新执法方式，一味以柔性执法代替强制执行或为了更快实现管理目标，以柔性执法之名，行强制执行之实。由于行政柔性执法相对于强制执行往往对相对人具有利益性，面对相对人利益寻租贿赂行为等诱惑，执法人员缺乏自制能力将极大增加柔性执法风险。从客观方面看，执法裁量空间大是柔性执法风险产生的重要原因。实施柔性执法范围、方式、程序均无依据，行政主体自由裁量权较大，导致柔性执法产生被滥用或适用不当的风险。

三、行政柔性执法风险防控的对策思路

综上，基于柔性执法立法、司法“他制”作用的有限性，应当以行政系统内部“自制”为主，提升风险防控水平。

(一) 事前提高执法人员行政自制素养

行政自制素养，是指行政人员在执法过程中自我约束的意识和能力，具体包括依法行政的意识及行政自制能力。重点要提高执法人员依法行政能力，使其在柔性执法过程中能运用法治思维分析和解决问题。通过提高依法行政意识，可以避免在执法过程中超出“柔性界限”或者滥用柔性执法权。其次，培养其一定的自制能力，即具有抵御利益与诱惑的能力，只有提高其自制能力，才能够将其私欲与偏私控制在最小限度，避免行政执法权的滥用与扩张。

(二) 事中约束柔性执法裁量权

与强制执行行为比较，柔性执法律规范较少，其执法权享有更多的自由裁量。应当制定裁量基准、权力清单等方式规范柔性执法裁量权。例如，广州市司法局组织执法部门启动市场轻微违法经营行为免处罚免强制清单编制工作。通过对《行政处罚法》《行政强制法》“不予处罚情形”“不予强制”的具体化，使行政执法人员对柔性执法的主体、范围、方式、责任都有明确的依据，从而实现行政柔性执法裁量权进行规制。

(三) 事后完善柔性执法评价机制

柔性执法风险的事后评价及问责机制是防范执法风险的重要环节。通过对柔性执法风险的评价能够让行政执法主体更深刻地认识柔性执法风险，并采取有效措施进行防范，对规范柔性执法权的依法行使具有重要意义。柔性执法风险评价内容则包括合法性、合理性、可接受性。其中合法性主要是指柔性执法主体及权限范围是否违反法律规定，合理性则是判断柔性执法效果是否符合预期目的，柔性执法成本投入是否符合比例原则；柔性执法的可接受度包括相对人的可接受度以及社会公众的可接受度。问责的威慑力，违法与不当的行政行为将受到一定的制约。

参考文献：

- [1] 莫于川：《行政指导与建设服务型政府》，中国人民大学出版社，2015年5月
- [2] 刘福元：《政府柔性执法的制度规范建构》，法律出版社，2012年11月
- [3] 崔卓兰：《行政自治视角下的行政法治》，法律出版社，2018年12月

课题项目：广州市基层执法风险防控调研报告、广东省教育厅青年创新人才类项目（编号2019WQNCX132）

作者简介：吴海岸（1984-），女，广东海丰，硕士，广州商学院讲师，从事宪法学与行政法学研究。