

# 社会资本对行政裁量的侵袭与规制

刘廷华, 李凤军

(宜宾学院政府管理学院, 四川宜宾, 64400; 宜宾学院法学院, 四川宜宾, 64400)

**摘要:** 法律不完备为社会资本对行政裁量的侵袭预留了空间, 而裁量主体在行为过程中的“经济人”取向则是裁量正义难以实现的直接原因。必须利用裁量基准等制度进一步完善行政裁量规则, 完善行政机关内部分权以强化对行政裁量的制约, 压缩行政裁量的空间, 为公务员抵抗社会资本的干扰提供挡箭牌。同时, 强化责任追究机制和行政伦理建设, 降低裁量滥用的激励。

**关键词:** 社会资本; 关系网络; 裁量正义; 规制

**中图分类号:** D912.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2013)01-0114-04

社会资本是个人通过他们的成员资格在网络中或者在更宽泛的社会结构中获取短缺资源的能力。<sup>[1]</sup>能否获得社会资本以及拥有数量的多少, 决定了人们是否可能实现某些既定目标。作为社会人, 个人始终无法摆脱相互之间的依赖关系。除了社会环境的影响, 每个个体的行动还受制于自己和互动对方之间的远近亲疏。作为公共权力运用的一种方式, 行政裁量行为虽然会受到法律制度的制约, 却无法避免人际因素的干扰。社会资本对裁量正义的侵袭时有发生, 从社会资本视角研究行政裁量问题具有很强的理论和现实意义。

## 一、社会资本对行政裁量的侵袭

社会资本表现为社会组织的特征, 包括信任、规范和关系网络, 它们能够通过推动协调和行动来提高社会效率。<sup>[2]</sup>其中, 关系网络发挥着互惠交换、强制信任、价值内化与动态团结等作用, 而规范则能够通过增加社会活动的可预见性来增进社会和个体的福利。至于信任, 是指我们可以相信一个人将会按照预见到的方式行事, 是人际合作的基本前提。注意, 信任、规范以及网络三者之间能够互相促进和加强。具体言之, 以关系网络的稳定发展为基础, 广泛存在的互惠规范能够比较有效地降低机会主义倾向, 增加互惠人群之间的相互信任水平, 这反过来又可以巩固和强化互惠规范, 进一步扩大关系网络的作用空间。

尽管到目前为止, 社会资本对行政裁量的影响仍在争论之中, 但大多数学者认为它既有正面的积极效应, 也有负面的消极效应。无论是表现为规则、程序和先例的结构性社会资本, 还是表现为共同遵守的标准、价值观、态度和信仰的认知性社会资本, 它们都能够促进互惠性集体行动, 使人们更倾向于采取互惠的集体行动。互惠的集体行动对于实现行政裁量和其他行政行为的最终目的是不可或缺的。尽管如此, 社会资本尤其是个人层面的社会资本对行政裁量正义的实现更多地产生了负面的消极影响, 这种负面效应集中于对“圈外人”的排斥, 同时也表现为对“圈内人”的压力, 具体表现在行政主体对“圈内人”和“圈外人”的不平等对待。社会资本除了会影响行政裁量的最终结果, 也可能对行政裁量的过程产生干扰, 有时甚至导致裁量行为无法正常开展。也许在行政裁量行为的最初, 行政人员就会收到来自于上级、亲戚、朋友、同事或者其他社会关系带来的压力, 无法严格按照正义的要求进行判断。

社会资本对行政裁量行为的影响和侵袭, 只不过是中国人行为的“关系取向”模式在公权力运行领域的一种影射和表征。众所周知, 中国传统文化深受儒家思想的影响。而在儒家思想里, 个人是不能单独存在的, 人的一切行为都是人与人交往关系中的行为。<sup>[3]</sup>费孝通先生认为, 这种以关系为本位的社会体系实质上表现为“以自我为中心”的“差序格局”。“在差序格局中, 社会关系是逐渐从一个人推出去的, 是私人联系的增加, 社会范围是一根根私人联系所构成

收稿日期: 2012-10-10; 修回日期: 2012-11-05

作者简介: 刘廷华(1978-), 男, 四川广安人, 宜宾学院政府管理学院副教授, 博士, 主要研究方向: 法经济学; 李凤军(1974-), 男, 甘肃兰州人, 宜宾学院法学院副教授, 主要研究方向: 行政法学。

的网络。”<sup>[4]</sup>这个以血缘关系、地缘关系和业缘关系等诸多关系连接而成的社会网络,实质上也是一个互惠互利的利益圈子,圈子内的人们表现出高度的信任和合作水平。为了维系和强化这种关系网络,人们在利用它获取利益的同时,必然要承担相应的义务,在“自利”和“利他”的动态过程中小心翼翼地进行平衡。具体而言,公务员可能需要借助关系网络为自己政治升迁创造空间,或者谋取其他个人利益;作为回报,他又利用掌握的行政裁量权为对方谋取利益。在这个过程中,行政相对人由于在关系网络中所处位置的不同直接决定了他影响行政裁量的程度也不同。越是接近关系网络的核心,其对行政裁量的干扰能力就越强。这不仅导致行政裁量具有很大程度的不确定性,减少民众对行政机关的不信任,而且可能导致行政相对人利用各种变通途径甚至不法手段去冲破关系网络的固有格局而挤进核心圈以获取更大的利益空间。最终,行政裁量的结果因为相对人个人社会资本存量的不同而不同,行政裁量的正义也就无从实现。

## 二、社会资本侵袭行政裁量的制度原因

经济学家曾经习惯于将经济人的假设限制在纯粹市场领域,认为活跃于经济市场上的经济人是狭隘的自利者,只会追求自身利益的最大化,因而需要借助于体现社会普遍利益的集体规则或制度对其行为进行修正。与此相反,对于代表社会公共利益的行政官员,他们只会谋求公共利益,除此别无他求。令人不解的是,为什么同样的人,在经济市场活动时是唯利是图的经济人,而转入公共领域怎么忽然就变成了大公无私和克己奉公的圣人?自私是和人性不可分离的,并且是我们的组织和结构中所固有的。所以,我们所选举为统治者的那些人并不会因为他们有了较高的权力和权威而在本性方面立刻变得高出其余的人类。实际上,政治决策者与市场决策者一样,也是理性的、自利的人,他们在作出决策时同样要核算个人的成本和收益。易言之,政府官员同样在谋求自身利益最大化,只是他们所追求的利益不仅仅是经济利益,也包括社会认同感,包括尊重、声望等。尽管他们有反映公共利益的愿望,但这不过是他们的众多愿望之一罢了。任何人都可能滥用权力,除非受到必要的制约。为了防止行政官员滥用行政裁量权,需要良好的制度和规则。但当前广泛采用的立法控制、司法控制以及行政控制模式都或多或少地存在不足,为社会资本的侵袭预留了空间。

在早期,严格法治主义主张通过事先制定细致而完善的规则体系对行政权力进行控制,要求行政机关仅仅是立法意志的执行文秘,行使行政权力的人必须永远以完全遵守规则的方式而活动,所作出的特定决定都不得与事先公布的一般法律规则相抵触。人们都担心,任何实质性的自由裁量行为,都或多或少与专制联系在一起的,都可能构成对个人自由的威胁。有学者甚至夸张地宣称行政自由裁量权的运用意味着“法律终结”,“最终导致自由的下降和暴政的上升。”<sup>[5]</sup>尽管严格法治主义野心勃勃地试图驱逐行政裁量,事实证明这种努力是不成功的,因为现实生活无法满足严格法治主义的适用前提。一方面,法律的不完备性需要行政裁量予以填补。现代社会发展迅速,而立法者的知识和推理能力都有局限,根本无法预见未来社会可能会发生的所有情况,更难以用精准的语言描述未来的变化,使得法律规范不能完备无遗。在这个意义上,法律的不完备性是行政裁量存在的根本原因之一,甚至是行政机关获得行政立法权的根本原因。正如洛克所言,“有许多事情并非法律能规定,那些事情也必须交给掌握执行权的人自由裁决,由他根据公共福利和利益的要求来处理”。<sup>[6]</sup>另一方面,法律的固定性和社会的变动性之间存在缺口。为了确保法律的权威性和严肃性,法律规则必须具有一定的稳定性而不能朝令夕改。这也是为了保证复杂的人际交往过程变得更易理解和更可预见,从而不同人之间的协调就更容易发生。但是,由于管理事项在政治意义上和经济意义上是变动的,导致无法一劳永逸地制定出可以在将来无限长的期限内予以执行的法律制度。于是,社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面,我们可能非常接近地达到它们之间缺口的结合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的,而我们谈到的社会是前进的。人民幸福的或大或小,完全取决于缺口缩小的快慢程度。为了缩小这种缺口,立法通常只规定了一些原则性问题,而且在语言上会更多地使用模糊化和不确定的表达方式。因为立法者在立法时,对于自己是否有能力进一步规范某一特定的事项缺乏自信,事前筹划未来的事情往往力不从心。而且,立法越是详尽,越难以获得通过。法律规定得越是原则,行政裁量的空间就会越大。不只是为了填补法律空白,行政裁量也是实现个案正义的需要。法律规范始终是以具有一般性的法律关系作为调整对象的,法律自身的普遍性与社会生活的多样性之间永远都存在难以消解的矛盾。诚如学者所言:“如果法律顾及过多的特殊案件,那么它就不再是一套法律规则了。……如果法律为照顾概

括性而过于忽视各种案件之间的差别,也会造成不公平的现象。”<sup>[7]</sup>这意味着没有一个法制体系能够做到仅仅通过规则而不依靠自由裁量来实现正义,不论该法制体系的规则系统如何严密,如何具体。所有的实施正义的过程都涉及到规则和自由裁量两方面。

司法控制自身的不足也是十分突出的。第一,司法控制的适用性有限。通常,司法审查是通过行政诉讼启动的,而后者采取不告不理原则。我国“民不与官斗”思想根深蒂固,自身权益受到损害的行政相对人在种种考虑之下未必提起诉讼。即使启动司法审查程序,法院也不能对所有案件进行深究,受到司法监督的裁量行为所占比例极低。第二,司法控制的范围狭窄。我国《行政诉讼法》第五条规定:“人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。”可见,法院只审查具体行政行为,不审查抽象行政行为;只审查行政行为的合法性,不审查行政行为的合理性。第三,司法控制是一种事后控制,有着无法避免的滞后性。在某些情况,违法或不当行政裁量可能造成不可挽回的损失,引起社会资源的巨大浪费。如果从一开始就予以制止,比起漫长的诉讼途径更有效率。第四,法官运用裁量权的能力并不优于行政人员。法官的自由裁量和行政裁量一样,在法律适用过程中都是凭借主观判断。由于法官在行政知识尤其是具体行政情境的分析方面可能不如行政人员,这使得法官的自由裁量可能并不比行政裁量更符合正义和法律的实质。第五,司法控制可能带来较高的成本。这不仅是因为昂贵的诉讼费用,也包括日益繁琐的诉讼程序所带来的时间成本和精力成本。正是由于上述原因,行政制度在发展过程中表现出了不断限制司法审查范围的趋势。

对于行政裁量而言,采取行政控制模式具有独特的优势。首先,行政控制具有内生性。行政控制是行政系统内部采取的控制措施,因此能更易于发现行政裁量过程中存在的问题并能更好地提出解决措施。其次,行政控制具有同步性。行政裁量面临的情景通常是变化莫测和难以预料的,尤其是出现紧急情况或突发事件时,利用事前性的立法和事后性的司法审查对其进行控制显得困难。此时,最好的方法是在行政裁量的同时对这种裁量权进行审查,而行政控制则是与行政裁量活动保持最高同步性的控制模式。最后,行政控制更有专业性。行政管理需要专业性知识作为支撑,而立法机关和司法机关通常缺少相关的专家。相应地,为了做好对行政裁量的控制,立法控制和司法控制模式需要借助于外部专家的配合,增加了控制成本,而这种成本在行政控制模式下是可以避免的。尽

管行政控制模式具有上述优点,但在具体适用过程中也可能遇到困难。林林总总的行政行为性质各不相同,其对行政相对人的影响也各不相同,对其控制的原理和技术也必然是各不相同的。我国各地方政府对控制行政许可、行政处罚、行政征收方面的自由裁量权进行了较多实践,但对如何控制行政决策、行政强制、行政确认、行政指导以及行政契约等方面的自由裁量权,探索比较少,效果不明显。更让人担心的是,虽然有学者乐观地认为法律规定、外在监督、层级监督、自身追求等等,都能转化为加强内部控制的内在动力,但在行政控制模式中,政府及其部门既是控权的主体又是控权的对象,控制主体与控制对象的“合二为一”可能影响内部控制的效果。

### 三、社会资本侵袭行政裁量的规制

前已述及,制度和规则的不完善为个人社会资本侵袭裁量正义预留了空间。因此,为了削减个人社会资本对裁量正义的损害,必须进一步建立健全行政裁量规则。周佑勇在论述裁量基准的作用时指出,裁量基准不仅压缩了社会资本侵扰的空间,同时也给予了执法者对说情说“不”的理由,使得裁量主体藉此摆脱两难之境——既不会受制于社会资本的壓力而违法裁量,也无须为拒绝说情而付出个人社会资本损失的代价,从而最大程度地抑制了社会资本对行政裁量的负面效应。实际上,在此之前就已有学者注意到预设规则的这种“挡箭牌”作用,桑本谦在《疑案判决的经济学——“海瑞定理”的补充和延伸》一文中指出,“疑案的判决应尽量诉诸预设的规则”。<sup>[8]</sup>因为规则是预设的,只要你没有理由反对预设的规则,你就必须接受执行规则的任何后果。正如你参加一次没有欺诈和胁迫的抽奖,虽然输掉了,但你却不能以此为由抱怨这次抽奖本身不公平。通过预设的程序性规则,事后的“败诉后果”转化为事先的“败诉风险”,法官可以完全隐身于规则之后。即使发生实质意义上的错判,当事人也只得接受“规则”带来的后果。因为相比于挑战法官个人而言,挑战规则更有难度。最终,通过预设的规则可以为错判开脱。预设规则对于社会资本的抵抗,道理也大抵如此。

通过立法消除行政裁量的企图根本无法实现,但法律应当能够控制它的行使。具体而言,可以从如下几个方面着手:第一,缩小行政裁量的范围。除了立法技术上不得已而在一些基本法律中使用不确定概念的情况外,在有关行政管理的具体规范中应该尽量避

免用词的模糊性。并且,尽可能将自由裁量变成羁束裁量。第二,规范授权立法。从合法性和合理性两个方面加强行政规范性文件的备案审查,防止行政裁量权自身膨胀。合法性审查主要审查行政规范性文件是否与法律、法规、规章以及国务院的行政措施、决定、命令相抵触;合理性审查应注意审查其是否符合公共利益至上原则、是否尊重社会普遍的道德规范和公理以及是否有借此寻租的现象。第三,确保行政自由裁量有程序可循。通过程序的公开和公平原则,将法律规范所设定的适当程序适用于行政裁量过程之中,将行使行政裁量权的依据、标准、条件、决策过程和选择结果予以公开,并相应导入公众参与机制,使行政自由裁量权的行使有章可循,防止在程序上任意裁量。

为了加强行政控制,不能只寄望于法律,还需要充分利用各种形式的行政规则。与具有普遍适用性的法律相比,行政规则可能更贴近社会生活,更接近事实真相,也更可能符合个案裁量的实际需要。为此,必须做好以下几方面工作:第一,建立行政裁量基准,借助分格等技术手段来收缩行政裁量空间。即通过对法律宽泛规定的细化解释,明确具体情形下的裁量尺度,将法律赋予行政机关的“广泛选择权”转化为“有限选择权”,亦即实现由“强裁量”向“弱裁量”的切换。第二,加强行政内部分权,形成权力制约。孟德斯鸠早就指出,“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力制约权力。”<sup>[9]</sup>具体而言,可以将行政系统的决策、执行和监督三种职能分离开来,构建起协调运转并互相制衡的行政机制。第三,强化行政自我拘束,遵循行政惯例。为了保护行政相对人的正当信赖,行政机关在作出行政裁量决定时,若无正当理由,

应受行政惯例或行政先例的拘束,对于相同或同一性质的事件作出相同的处理。当然,遵循惯例是一种适度的、必要的遵循,合理确定先例对每一种具体事项约束力的最佳程度,从而使先例的作用在各种情形下既不会太强亦不会太弱。第四,建立严格的责任追究机制,确保权责对称。在坚持公务员身份保障原则的前提下,在法治主义的框架内,确保权力和责任的相互对应性。为此,应增强绩效评估与行政裁量之间的关联性,切实推进行政执法责任化,以此实现行政裁量权的规范运作。

#### 参考文献:

- [1] Poters, Alejandro. Social capital: Its origins and application in modern sociology[J]. *Annual Review of Sociology*, 1998, (24): 1-24.
- [2] Putnam, Robert. *Making democracy work: civic traditions in modern Italy* [M]. Princeton: Princeton University Press, 1993: 35-36.
- [3] 胡适. 中国哲学史大纲[M]. 台北: 集成图书公司, 1974: 94.
- [4] 费孝通. 乡土中国[M]. 上海: 上海人民出版社, 2006: 25.
- [5] Kenneth F. Warren. *Administrative law in the political system* [M]. New Jersey: Prentice Hall, 1996: 402.
- [6] [英]洛克. 政府论两篇[M]. 赵伯英译. 西安: 陕西人民出版社, 2005: 221-222.
- [7] [英]彼得·斯坦, 等. 西方社会的法律价值[M]. 王献平译. 北京: 中国法制出版社, 2004: 133-134.
- [8] 桑本谦. 疑案判决的经济学——“海瑞定理”的补充和延伸[J]. *中国社会科学*, 2008, (4): 108-122.
- [9] [法]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 北京: 商务印书馆, 1961: 36.

## The invasion of social capital on discretionary justice and its regulation

LIU Tinghua; Li Fengjun

(School of Government Administration, Yibin University, Yibin 644000, China;  
School of Law, Yibin University, Yibin 644000, China)

**Abstract:** Because of incompleteness of law reserves space for social capital invasion, “economic person” orientation of discretionary subject causes difficult to achieve discretionary justice directly. We should use discretion standard system to further improve the administrative discretion rule, perfect administrative decentralization in order to strengthen the restriction mechanism of administrative discretion and compress the discretionary space, so as to provide shield for civil servant used to resist social relations interference. At the same time, we should strengthen the accountability mechanism and the construction of administrative ethics, while reducing motivation of discretion abuse.

**Key Words:** social capital; relation network; discretionary justice; regulation

[编辑: 苏慧]