

城管柔性执法：非强制框架下的效益考虑与路径选择

刘福元^{*}

内容提要 为系统性地拆解“执法—抗法”这一双输格局,各地方城管普遍采用了比较温和的柔性或非强制执法手段;由于其在实践中呈现出鲜明的灵活性和多样性特征,使得“城管柔性执法”存在着“多重面相”,主要包括:行政指导等常规手段及作为其变种的花样执法、信用机制的基础形态和高级形态、居于执法边缘的“和谐共处”,以及为相对人“根本解决问题”等。通过对诸面相分别进行案例分析和效益量化可知,任何一种面相都未呈现出完美的效益曲线并存在着明显的实践困境,因此在城管的具体执法情景中,应当根据综合效益、特殊指标、执法领域等因素对诸面相进行“优先级”设置。

关键词 城市管理 柔性执法 效益考量 优先级设置

柔性执法,亦称非强制行政,是指行政主体在行政活动中针对相对人所实施的不带命令性或强制性的行为,或者是指“由一定的行政主体依其职责权限,主动发出的,不以强制行政相对方服从、接受为特征的行政行为”^①,主要包括行政指导、行政合同、行政奖励、行政调解、行政给付和行政信息服务等非强制权力手段。一般而言,柔性执法是带有普适性的执法手段或行为方式,各行政主体皆可在条件适当时采取——尽管其早期在工商部门较为集中,但晚近已经扩展到教育、民政、环保、文化等多个部门。^②而对于城管来说,柔性执法则有着更为突出的意义,因为在其长期所处的“暴力执法—暴力抗法”循环中,不仅上演着临武瓜农事件^③、苍南拍照事件^④等数量众多的相对人受害案

* 东北财经大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金青年项目“民生视域下构建城市管理综合执法的多元自我管控机制研究”(项目批准号:15CZZ035)的阶段性成果。

① 李晓明:《非强制行政论》,吉林人民出版社2005年版,第14页。

② 参见刘福元:《政府柔性执法的制度规范建构——当代社会管理创新视野下的非强制行政研究》,法律出版社2012年版,第84-98页。

③ 参见张振中、杨娟:《与城管起争执:劳模瓜农惨死瓜摊前》,载《农民日报》2013年7月19日,第4版。

④ 参见周稀银:《苍南冲突事件倒逼城管阳光执法》,载《青岛日报》2014年4月22日,第5版。

件,而且发生着深圳城管队长遇袭^⑤、厦门城管被泼硫酸^⑥等数量相仿的城管受害案件。显然,暴力手段的执法和抗法会使城管和相对人双方共同受损,或者说,这种执法博弈所带来的大多是比零和格局更为糟糕的双输结局。在这一背景下,采取比较温和的柔性或非强制执法手段逐渐成了城管部门拆解这一循环的对策之一。

一、城管的柔性执法改革及分析工具

整体而言,城管柔性执法改革主要表现为以下两个层面:在制度导向上,中共中央、国务院在《关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》第(十四)和(十五)项中,不仅要求各地城管部门“杜绝粗暴执法”“严禁随意采取强制执行措施”,而且要求其“综合运用行政指导、行政奖励、行政扶助、行政调解等非强制行政手段,引导当事人自觉遵守法律法规,及时化解矛盾纠纷,促进社会和谐稳定”。在执法实践上,不仅各类柔性执法方式已经成了“改善城市管理理念”的重要组成部分,^⑦而且住建部所倡导的“721 工作法”(70%的问题用服务手段解决,20%的问题用管理手段解决,10%的问题用执法手段解决)也已体现在很多城管的执法过程中。

然而,尽管目前城管的柔性执法改革并不缺乏法理正当性,^⑧但由于其“柔性”“温和”和“不含强制”的内涵较为宽泛,使其在实践中呈现出鲜明的灵活性和多样性特征,以至于皆可归为“柔性执法”的不同事例之间可能存在着显著的差别,这就使得“城管柔性执法”存在着“多重面相”;而将这些面相进行归类整理并通过特定的分析工具进行量化和比较,在厘清各自问题的基础上按其综合优势给出排序,即是本文的主旨。

需要说明的是,无论是柔性执法的何种面相,皆须应对的一个前提即为“合法性”问题,这一问题又包括“相对人行为的合法性”和“城管执法行为的合法性”两个层面。在相对人一方,当作为城管的执法对象时,其行为属于法律的“一般禁止”而非“绝对禁止”,即其行为若干要素中的一个或几个违反了现行法律规范,但行为本身并非为法律规范所不容。以摊贩为例,2017年颁布实施的《无证无照经营查处办法》第3条规定:“下列经营活动,不属于无证无照经营:(一)在县级以上地方人民政府指定的场所和时间,销售农副产品、日常生活用品,或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动……”可以看出,遵守地方政府提出的时间、地点、经营范围等要求的摊贩属于合法经营,无需城管查处;或者说,摊贩“销售农副产品、日常生活用品”这类行为本身并非法律的绝对禁止,而超出“政府指定的场所和时间”进行销售则属违法行为。笔者认为,相对人这种“一般禁止”的行为性质,为城管的“柔性执法”而非“绝对取缔”/

⑤ 参见石华、李晓旭:《深圳城管队长遇伏被狂砍12刀 疑因讨说法惹祸》,载《羊城晚报》2013年12月31日,第A8版。

⑥ 参见饶颖:《强拆现场 酸液泼伤19名城管》,载《成都商报》2013年10月21日,第10版。

⑦ 参见黄磊:《城管改革的法治轨道》,载《人民政坛》2013年第9期。

⑧ 参见刘福元:《非强制行政行为的法哲学探源》,载《社会科学辑刊》2011年第4期。

“强制取缔”提供了可能。^⑨而在城管一方,尽管其执法行为即是对现行法律规范的执行,但其所采用的柔性执法方式却有可能包含着不同程度的“违法因素”,如“前期不处罚”“执法不作为”等,我们将之纳入下述“成本模块”的“违法成本”中进行考察和量化。

相较“合法性”而言,本文更为偏重的是“效益考量”,因此所采取的分析工具主要包括成本和收益两个模块;其中,成本模块包括:(1)执法过程中所产生的“物质成本”,(2)部分情况下因柔性执法手段的实施所产生的“违法成本”,(3)部分情况下请求其他部门协助的“协调成本”,(4)部分情况下为个别相对人或者某一类案件从根本上解决问题所支付的“根除成本”。收益模块包括:(1)实现个案行政目的及恢复特定法律秩序的“执法收益”,(2)获得个案相对人认同的“认同收益”,(3)获得个案相关人及其他居民认同的“舆论收益”,(4)获得城市管理秩序持续稳定的“秩序收益”。此外,我们还将城管主体在执法过程中所付出的“情绪劳动”(emotional labor)^⑩作为一个单独的模块列入分析工具,原因在于,一方面,由于该模块在强制/硬性执法中并不显著甚至并不存在,因此能够凸显非强制/柔性执法的自身特性;另一方面,由于该模块立足于执法主体的精神层面,因此可能对执法过程和结果带来深层次影响。具体而言,情绪模块包括:(1)情感联结,即城管主体为完成执法工作而与个案相对人建立的浅层次的情感关联,(2)人际交流,即城管主体与个案相对人中层级的交流与互动,包括接待/对待相对人的态度、技巧和可接受性等,(3)利他帮助,即城管主体基于关心或同情等深层次因素而主动为个案相对人提供额外帮助,^⑪(4)情绪耗竭,即城管主体在长期且频繁的情绪劳动后可能产生的倦怠、冷漠和麻木等负面情绪,其与情绪劳动的深度呈正相关。

为量化考察的便利,我们将上述3个模块中的12个指标皆以5分为满分进行赋分,其中成本模块下的指标为-5分,收益模块下的指标为+5分。而情绪劳动对于城管而言主要是一种“支出”,但对于相对人而言则主要是一种“收益”,因此其可以视作是成本和收益的综合体,我们将其中的指标(1)-(3)赋为+5分,指标(4)赋为-5分;又由于指标(1)-(3)在层次上呈递进关系,我们在赋分时也择其一并按梯度进行(上述分析工具中的各项指标在城管柔性执法中的分布状况如表1所示)。需要说明的是,本文所称的“量化”,并不是物理/数据性质的量化,而是以-5到+5为区间的相对主观的“赋分”,而所赋之分是在客观事实的基础上对柔性执法4重面相共6种形式的比较

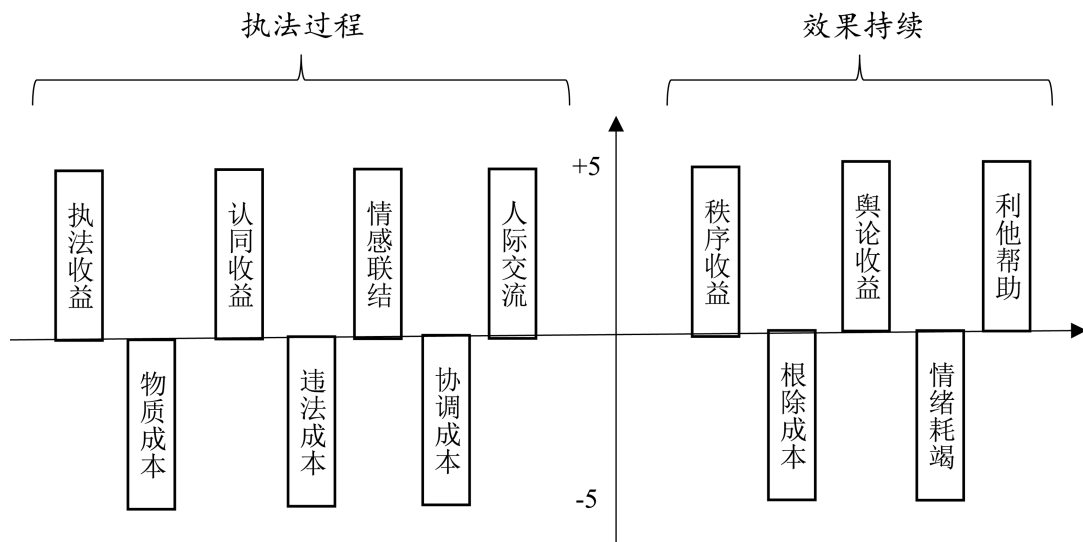
⑨ 相反,如若相对人实施的是违反《城乡规划法》《土地管理法》等私自搭建违章建筑的行为,则当属于法律的“绝对禁止”,而城管的主要应对方式,也是与“柔性执法”不能在同一时空中并存的“行政强制执行”,因此这种情形不在本文的讨论范围内。

⑩ “情绪劳动是一种工作,这种工作的完成需要投入、抑制和/或唤起员工的情绪……情绪劳动的实施需要一系列个人和人际的技能,包括唤醒和展示一个人并未感受到的情绪、感受他人的情感并且相应地改变他人情感,展示出他人期望的情绪反应。”参见[美]玛丽·E·盖伊等:《公共服务中的情绪劳动》,周文霞等译,中国人民大学出版社2014年版,第75页。

⑪ “在所有情绪技能当中最重要的当属及时关心他人和对他人施以同情。”“在公共行政者面前最严峻的挑战不是让他们的工作更有效率,而是将其变得更加人性化、更具有关爱特征。”参见前引⑩,玛丽·E·盖伊等书,第7、44页。

中得出的。举例而言,在客观事实方面,“协调成本”这一指标的赋分取决于城管在柔性执法过程中是否加入了“请求其他部门协助”这一环节,若不存在这一环节,赋分为0;若存在这一环节,则赋分为正,而这一环节是否存在,是客观事实而非主观估量的结果。在相互比较方面,“认同收益”这一指标的赋分来自于诸面相之间相关要素的衡量和差异——从“根本解决问题”到两种“信用机制”再到“各类花样执法”,执法的柔性程度呈递减趋势,相对人的受损程度则呈递增趋势,因此该指标的赋分也必然呈递减趋势。

表1 城管柔性执法各分析指标示意



二、执法面相之行政指导等常规手段及其变种

(一) 常规柔性执法手段:以行政指导为代表

尽管柔性执法项下的“工作手段”——即行政指导、行政奖励、行政信息服务等行政行为类型——至少在5种以上,但在城管部门中最为常见的仍然是涵摄范围更广的行政指导,包括执法事项提示制、轻微问题告诫制、突出问题约见制^⑫等多种具体方式;并且依照《行政强制法》第5条所规定的“非强制前置”原则,行政指导也成了部分城管在实施行政处罚之前的必经步骤。^⑬

案例1:2016年11月,常女士向桐乡市执法局梧桐中队反映,西门小区经营炒、炸食物的某小吃店存在油烟直排情况,使得周边居民受到严重影响。中队队员耐心和店主沟通,告知油烟直排的危害性,宣传相关法律规定,要求店主安装油烟净化装置并设

^⑫ 此处所列举的城管行政指导方式的具体所指,参见《北京市城市管理综合行政执法局关于在城管执法中推行行政指导工作的意见》(2007)附件1。

^⑬ “简易程序和一般程序案件下达处罚决定之前,都须对管理相对人进行行政指导,具体行政指导措施根据案情确定。”参见缪卫华、王小星:《推行行政指导 提升城管执法效能》,载《中国建设报》2015年1月6日,第11版。

置好排烟管道,店主予以了配合。2017年6月,常女士再次反映,该小吃店因排烟管道设置不合理,仍散发出呛鼻的味道。中队队员发现,如果将管道接到楼顶,一方面需征得楼上五户住户同意,另一方面楼上住户都装有防盗窗,缺乏安装管道的空间;如果将管道接入地下污水管道,则会受到空调外机及地下各种管线的影响,较难铺设。最终,队员经多次沟通,希望店主能改造油烟管道,将原店后的管道移至店前,既能接入污水管道,又能远离楼上居民经常开窗的朝南阳台和房间。目前,管道改造工作已经全部完成,双方对处置结果表示满意。^⑭

案例2:一个城市到了夏天,往往乱设西瓜摊,瓜皮随地扔,既影响市容又有碍卫生,但西瓜又是市民的需求。2012年春,济南市城管派人到产地和市场调研,掌握西瓜产销量和市民消费集聚地,在西瓜上市前编制了一张“西瓜地图”,标明了455个临时卖瓜点,瓜农免费申请,瓜摊可一直摆到落市。^⑮

通过上述案例可以看出:(1)城管并未实施行政处罚、行政强制等任何强制行为,而是通过沟通、建议、引导等方式解决了排烟管道和西瓜设摊等问题,或者说,是在对店主和摊贩实施处罚或强制之前,先用柔性手段使可能产生的违法情形消弭于无形——处罚和强制并不是城管执法的目的,通过柔性手段化解争端总要好过于强制之后争端仍存的情形;通过柔性手段预防违法总要好过于等违法行为出现后再行处罚的情形——这也是“非强制前置”原则的意蕴所在。(2)在执法手段上,案例1中的“告知危害性”“宣传法律规定”“多次沟通”等属于较浅层次的“劝说”类指导方式,而这种方式也占去了行政指导实践的大部分比重——按照部分学理和实践上的归类,无论是“劝告·劝诫·说服”,还是“告知·指点·提醒”,或是“商讨·协商·沟通”等等,皆可列入行政指导范畴。^⑯(3)相较而言,案例1中油烟管道的改造、案例2中西瓜地图的编制等,则属于较深层次的“设计/建议”类指导方式——其不仅需要城管主体根据实际情况设计出可行的解决方案并加以验证,而且还要兼顾相对人(店主/瓜农)和第三人(邻居/顾客)的利益以使各方都能接受;其不仅比单纯的“劝说”更有助于解决城市管理中的特定问题,同时也需要城管主体付出更多的劳动或支付更多的成本。

在上述常规柔性执法手段的效益量化上,由于浅层次的“劝说”类指导和深层次的“设计/建议”类指导在各项指标中都有差别,同时考虑到后者更具重要性和推广价值,因此我们以后者为标准进行赋分:(1)在成本模块中,物质成本为-3;根除成本与物质成本持平,为-3;其余成本为0。(2)在收益模块中,由于个案中的执法目的已经全部实现,因此执法收益为+5;由于个案相对人受到了轻微不利,因此认同收益为+4;由于个案第三人及其他居民在问题解决的同时并未因此而受损,因此舆论收益为+3;由于解决方案具有相当程度的稳定性,因此秩序收益为+4。(3)在情绪模块中,由于该种手

^⑭ 该案例参见佚名:《油烟扰民,执法队员出谋划策解难题》,载 http://www.sohu.com/a/191555538_672621,最后访问时间:2018年3月28日。

^⑮ 该案例参见沈栖:《值得赞许的“城管工作顺序”》,载《检察风云》2012年第22期。

^⑯ 参见前引②,第98-102页。

段需要较长时间或较多次数的沟通或引导,因此人际交流为+4;虽然其在个案解决上具有稳定性,很少“反复发作”,但在个案数量和介入深度的双重作用下,情绪耗竭为-3。综合来看,该执法手段的收益显著高于成本。

(二) 常规柔性执法手段的变种:各类花样执法

和常规柔性执法手段不同,一段时间以来,在媒体中更常见到的是各种类型的花样执法,如“微笑执法”“鲜花执法”“眼神执法”“围观执法”“小品执法”“美女执法”“静默队列执法”“举牌卖萌执法”等等。笔者认为,尽管这些花样执法手段往往源自系统内部压力和外部舆论压力,而非执法工作的需要,^①但其毕竟是一种创新和改变;并且尽管这些花样执法手段在外观上形态各异,但在性质上与前述的常规柔性执法手段并无实质区别,或者说并未超出其涵摄范围,因此我们将其视为常规手段的“变种”。

案例3:苏州高新区汇金新地商业广场,某摊贩一家人长期盘踞在入口处贩卖水果,不但影响交通,产生的垃圾也让现场环境极度脏乱。城管队员多次到现场执法取缔,当事人却唆使其怀孕的妻子和年迈的父母干扰执法工作并造成不良影响。2017年3月,中队赶制了两块含有“无证摊点食品缺斤少两严重,卫生条件差,为了你和家人的安全,请勿购买”的提示牌,并让两名队员手持在摊位两侧向过往行人展示,并引导顾客到附近的水果店内购买。由于城管队员一直举牌提示,该无证摊位也少有顾客;眼看水果生意无法维持,摊贩只得慢慢收摊,并将长期盘踞在此的作业工具拖离现场。^②

通过上述案例可以看出:(1)尽管这种“举牌执法”的花样执法手段亦可归入柔性执法范畴,但若称其完全不含强制未免有失偏颇——其仅仅是避免了法定强制和处罚措施的直接使用,但举牌行为亦可看作是一种“无形的强制”;或者说这虽然不是“肢体上的强制”,但却是“举动上的强制”——城管使用的并非“服务”手段,而是另一种形式的“执法”手段;摊贩最终也并非“自愿”离开,而是“不得不”离开。在这一案例中,如若两名队员的举牌行为本身受到摊贩的干扰,则很可能继续陷入“执法-抗法”的循环中。(2)“举牌执法”不仅未超出行政指导范畴,而且还停留在浅层次的“劝说”阶段,并未进入深层次的“设计/建议”环节;“眼神执法”“围观执法”“列队执法”等各种花样执法手段基本都没有对相对人或相关问题设计和提供解决方案。(3)“举牌执法”至少需要两名执法队员举牌到摊贩离开,不仅在此期间二人无法从事其他执法工作,而且摊贩何时离开、明天是否再来、是否会在其他场所继续设摊等都具有不确定性;如同“鲜花执法”

^① 参见刘福元:《非强制行政的动机分析——探索政府柔性执法的内部之源》,载《云南大学学报》(法学版)2012年第6期。

^② 该案例参见佚名:《柔性执法 管理创新》,载《姑苏晚报》2017年3月16日,第A8版。

“小品执法”一样,其很难长期持续下去。^{①9}

在上述各类花样执法手段的效益量化上,(1)在成本模块中,由于这类手段支出的物质成本普遍高于常规手段,因此为-4;同时,这类手段虽然表面上“既达到了管理目的,又避免了矛盾冲突”,但实际上,“矛盾冲突”并不是被化解了,而是被隐藏起来了,其不仅没有解决双方之间的根本矛盾,甚至连个案矛盾也未消除——在这个意义上,各类花样执法在出发点上就不同于前述的“设计/建议”类指导,因此,其根除成本与其他成本皆为0。(2)在收益模块中,由于个案中的执法目的基本能够实现,因此执法收益为+5;由于个案相对人只有单纯的利益损失,或者说执法过程并未顾及其利益、也未考虑其可接受性,因此认同收益为0;由于舆论公关的目的较为明显,因此舆论收益为+4;由于基本无法长期反复使用,因此秩序收益为0。(3)在情绪模块中,由于这种手段并不需要与个案相对人深入交流和沟通,因此情感联结为+2;虽然其在个案中需要较多的情绪投入,但由于使用次数有限,因此情绪耗竭为-2。综合来看,具有“创新性”和舆论宣传作用的花样执法手段,同样具有收益高于成本的正效益;但与“设计/建议”类指导相比,则显现出一定的差距。

(三) 常规手段的实践困境:根本矛盾与柔性边界

无论是常规柔性执法手段下的“劝说”类指导还是“设计/建议”类指导,或是作为“变种”的各类花样执法,在实践中的限度之一在于,其无法解决“城管主体-相对人-相关人”之间的根本矛盾。在前述案例中,“油烟排放-居民生活”“西瓜设摊-市容管理”“贩卖水果-环境交通”这三对根本矛盾并没有通过柔性执法手段得以实质上的消除,只是不同程度地得到了缓解,或是暂时性地隐藏起来——柔性执法并不能改变三方根本上的利益冲突,或者说,商铺的经营需要和居民的安宁需要、摊贩的营利需要和城市的环卫需要已经超出了“执法方式转换”所能应对的范畴。就如论者所言,尽管柔性执法“在刚性的管理过程中注入了温情,增强了管理部门与市民的沟通”,“但深层次的矛盾和对立仍然明显”。^{②0}

常规柔性执法手段在实践中的第二个难题就是“柔性边界”问题,或者说是“强制与非强制的配比”问题。一般而言,强制和非强制是行政管理过程中的两种基础性手段,二者在适用领域和时间序列等方面有所差别,但并不是排斥/替代关系,行政指导、行政奖励、行政信息服务等柔性手段的使用并不意味着禁止强制手段进入。^{②1}而在上述根本矛盾无法解除的前提下,一味地使用柔性手段则可能产生各种负效益。就如论者

^{①9} “武汉城管这些年来的执法‘创新’,……不过是某一时间里,突然搞一两下而已。……花样执法的范围也很小,以至于,即使同一辖区,很多商贩也不知道有这回事——因为压根就没碰到过。”“武汉市城管委宣传处的工作人员……证实,所谓的鲜花执法、眼神执法等各种形式,确实不是常态化的执法手段,那不过是一种宣传的策略。借此,主要传递文明、非对抗的执法理念,并不是具体或惯用的执法行为。”参见燎原:《“执法”花样背后的武汉城管》,载《南风窗》2013年第14期。

^{②0} 刘国强:《城管执法需要“制度柔性”》,载《广州日报》2013年4月17日,第F2版。

^{②1} 参见刘福元:《非强制行政的问题与出路——寻求政府柔性执法的实践合理性》,载《中国行政管理》2015年第1期。

所言,“城管柔性执法与执法对象遵纪守法之间并不存在必然联系,在一些情况下,柔性执法反而鼓励了执法对象知法犯法。”^②在这一背景下,强制与非强制手段的度量与权衡就会成为问题,一旦把控不当,就可能进入“办法硬了,有怨言;办法软了,不管用”^③的尴尬境地。

三、执法面相之信用机制的设立与运转

(一) 信用机制的基础形态:道德上的诚信压力

与上述行政指导、花样执法等常规/变种手段不同,晚近颇具创新色彩的是为执法对象设立“信用”机制,即将执法对象的违法违规行为纳入信用记录/档案,从而通过道德或实体上的压力来促使执法对象自行改正,并预防相应行为再次发生。从各地方的实践状况上看,这种信用机制可以分为基础形态和高级形态两种,前者一般没有明确的制度规范,亦未与社会通行的征信系统建立关联,而是在城管的事权范围内为执法对象施以道德上的诚信压力;后者一般依托于既定的制度规范,并将城管事权范围内的信用记录扩大适用于多个政府部门,或与社会通行的征信系统相连接,从而为执法对象施以实体上的失信惩戒。

案例4:2016年9月,安阳市内黄县城管局为有效治理占道经营、店外经营问题,采取解释、教育、劝说的方式,让商户们签订《不占道经营承诺书》《不店外经营保证书》,自己约束自己的行为;如果再犯,对他们再进行相关法规的教育解释工作,并再次签订保证书;如果签订三次,仍然再犯,执法人员将采取强制措施。经过三次教育和签订保证书,再犯的商户自知理亏,也不好意思和执法人员争辩,这就进一步减弱了商户和执法人员产生冲突的可能性,提高了整治效率。^④

通过上述案例可以看出:(1)承诺书、保证书的签订既不是行政处罚、行政强制等直接的强制手段,也不是举牌执法、反复执法^⑤等无形的强制手段,属于较为严格的柔性执法方式。(2)该案例属于“信用机制”的“基础形态”。就“信用机制”而言,此处执法对象所签订的承诺书和保证书,以及杭州市所采取的“视频承诺”^⑥、湘潭市雨湖区所建立

^② 吕德文:《武汉城管“柔性执法”新政》,载《决策》2016年第4期。

^③ 潘文静、孟然:《看省会城管如何念好“服务经”》,载《河北日报》2013年12月16日,第7版。

^④ 该案例参见任贵伟、任明坤:《城管采取新举措 柔性执法服人心》,载《安阳晚报》2016年9月10日,第A6版。

^⑤ “城管在一个点位上反复进行执法,一次又一次地重复做同一件事,既破坏了相对人的经营氛围,扰乱了相对人的经营心态,更表明在这里经营是不安全的。城管执法队员不断地用一种‘软方式’来遏制这类违法经营性行为,起到了执法而不冲突、局部解决问题而不出现纠缠、短时清除违规点而不引发公开对抗行为的作用”。参见课题研发组:《城管执法操作实务》,国家行政学院出版社2006年版,第8页。

^⑥ “对城管初次查获的违法违章人员,让他们在摄像机前承诺‘不再犯’即可不再受惩罚;若再次被抓,城管队员可以拿出之前的‘承诺视频’,促进问题解决。”参见于佳欣等:《权力清单不清晰,莫让城管变“剩管”》,载《新华每日电讯》2014年12月11日,第6版。

的“诚信等级台账”^{②⑦}等,实质上都是一种“信用”——执法对象承诺/保证不再违反城市管理规章制度后,若再行违反,即会产生“失信”或“不诚信”的道德压力,而城管后续的处罚或强制就不仅会有规则上的合法性,而且会有道德上的正当性,此时在法律和道德两个层面都没有支撑的执法对象就很难再行抗法。换言之,上述承诺书、保证书等的签订是一种信用机制的设立,执法对象承诺后,若守信依规则不会再有后续的处罚或强制;若失信违法则法律和道德优势都在城管一方,相应的处罚或强制就不会有太多障碍。(3)就“基础形态”而言,其实此处执法对象“失信”的后果并不来自于失信本身,或者说并不来自于法律规范对“失信”行为的惩罚,而是来自于对其“违反城市管理规章制度”的惩罚——案例4中商户们可能受到的处罚并非源于违反承诺书、保证书,而是源于占道经营、店外经营等违法行为;信用机制在此处起到的是道德保障作用,而非下文“高级形态”中的实体惩戒作用。

在上述信用机制“基础形态”的效益量化上,(1)在成本模块中,无论是承诺书,还是视频录像,或是等级台账,其设立本身并没有太多成本,或者并未对执法工作增加太多负担,因此物质成本为-1;为获得持续性的执法效果,信用机制必须长期运转,因此根除成本为-2;该形态中普遍采取的“初次不处罚”或“前期不处罚”等,使其违法成本为-2;而该形态可由城管主体独自完成,因此协调成本为0。(2)在收益模块中,由于多数个案中的执法目的都能实现,因此执法收益为+4;由于执法对象并不占据法律和道德优势,并在多次违反承诺后往往会“主动认罚”,因此认同收益为+3;由于城管一方占有双重优势,很难被相关人或公众苛责,因此舆论收益为+3;当该形态长期运转时,秩序收益为+4。(3)在情绪模块中,由于该形态虽不需与个案相对人深入沟通,但沟通的频率和次数较多,因此人际交流为+3;由于承诺书、保证书的反复签订以及违章记录的反复累积毕竟只出现在部分相对人身上,因此情绪耗竭为-2。综合来看,该形态的收益仍然显著高于成本。

(二) 信用机制的高级形态:实体上的失信惩戒

案例5:2016年,深圳市城管全面推广“律师驻队”工作模式。城管带着律师上街执法,遇到商户的占道经营等违法行为,“不吵不闹,只是一个劲地拍照”。2015年曾开出一份罚单,摊主没当回事一拖大半年,城管没去“三催五请”,但一份落款“广东淳锋律师事务所”的律师函却迅速追回了罚款。由于违法摊贩名下无可执行的存款,他被列入待执行名单,这会影响他的个人诚信记录,今后贷款将受限,这正是生意人最“忌讳”的。此后,同条街的商贩都主动捏着罚单找上执法队的门,不仅暴力冲突和违法行为大

^{②⑦} “雨湖区城管执法局建立了管理相对人违章诚信等级台账制度,如果经营业主‘门前三包’未落实到位,城管部门会追踪记录并提醒业主整改。只有当未及时整改记录达到一定次数时,才会进行相应处罚。……‘多次违章后,我都不好意思不接受处罚了。’大湖街一位经营业主表示。”参见符瑶等:《雨湖区“三部曲”奏城管和谐音》,载《湘潭日报》2013年11月18日,第1版。

幅减少,多年占道经营的市容顽疾也得到了遏制。^{②8}

与前述信用机制的“基础形态”相比,“高级形态”的显著特征在于:(1)通常以明确的制度规范为依据。如《南宁市城市管理局失信联合惩戒办法(试行)》(2014)和《常熟市城市管理局失信行为管理办法(试行)》(2017)都规定了失信行为的计分周期、计分方法、失信公示和惩戒措施等内容。(2)并非仅局限于城管的事权范围,而是扩大适用于多个政府部门,或与社会通行的征信系统相连接。比如,上述南宁市文件第11条规定:“失信联合惩戒单位在办理业务时,应当向市信用体系建设管理机构申请查询办理业务对象的信用状况。”而“失信联合惩戒单位”则包括南宁市环保局、城建委、城管局、房管局、交通局、税务局等15个政府工作部门;这就意味着,执法对象一旦进入“失信黑名单”,在市内将“寸步难行”。而常熟市文件第12条规定:“违反城市管理相关法律法规规定累计扣分100分(含100分)的,列入严重失信行为,严重失信行为进入市公共信用信息系统黑名单,并向社会公开。”这就将城管领域的失信记录与“市公共信用信息系统”建立了关联,此时失信人所承担的不利后果不仅是行政上的,而且包含了民事上的。此外,亦有论者提出,应当在城管执法领域引入以居民身份证号码和组织机构代码为基础的统一社会征信管理制度,“如不履行行政义务,其不良信息被记入征信系统,将会影响到其社会生活如社保、就业、贷款、医疗等各个方面。”^{②9}由此可见,由于失信行为的不利后果可以扩展到城管之外的多个领域,甚至涉及到社会生活的方方面面,这就显著增加了执法对象所须担负的违法成本。(3)能够对失信行为本身进行实体惩戒。就“失信行为本身”而言,这一形态中较为常见的是,将执法对象的违法行为换算成信用分数(负分),当分数累积到一定程度时则进行惩戒。如常熟市文件第9条规定:“一年内违反城市管理相关法律法规规定,责令限期整改逾期未整改的,每起扣5分”;“无正当理由拒不履行城市管理执法部门作出的行政处罚决定的,每起扣50分”,等等。这类规定的逻辑链条可以表示为:“违法行为→信用分数→失信惩戒”,失信惩戒的对象并不(直接)是“违反城市管理规章制度”的行为,而是执法对象的“不良信用”,或者说,“失信惩戒”所惩戒的是“失信”本身而非前置的违法行为——对于失信人而言,“违法惩戒”和“失信惩戒”是彼此独立、分别进行的,其所遭受的是“违法惩戒”和“失信惩戒”相互平行的“双重惩戒”。就“实体惩戒”而言,其表现为实体上的不利而非仅仅是道德上的谴责,比如,南宁市文件在附件3《南宁市城市管理领域个人失信行为惩戒措施汇总表》中将“1年内不得申请住房保障,或者暂停发放6个月保障房货币补贴,或者延长6个月轮候期”、“通报银行业监管部门并建议降低失信人员信用贷款额度”等15项实体上的不利后果列入了“中度黑名单惩戒措施”。

在上述信用机制“高级形态”的效益量化上,(1)在成本模块中,信用分数的计算和

^{②8} 该案例参见李孟:《吃“软”不吃“硬”,城管一腔深情孰懂?——“柔性执法”效应力调查》,载《中华建设》2017年第1期。

^{②9} 陈兵斌:《改善城管执法体制的方法研究》,载《城市管理与科技》2014年第5期。

信用系统的运行都可以通过数据信息平台进行,未对执法工作带来过多负担,因此物质成本为-1;信用机制的长期运转使得根除成本为-2;由于无论是律师驻队,还是与另外14个部门设立“失信联合惩戒单位”,或是将失信记录接入“市公共信用信息系统”,都不是城管独自所能完成,都需要借助外部力量——甚至说,对于失信行为的惩戒其实主要是通过外部力量来实现的,因此协调成本为-4;由于对前期违法行为采取的是“计分”而非“不处罚”,因此违法成本为0。(2)在收益模块中,尽管该形态并不直接针对个案,但能为执法对象带来“全方位”的违规压力,从而促使其在利害权衡下自觉守法甚至“主动上门缴纳罚款”,因此执法收益为+3;尽管失信惩戒实现了制度化并具有公开性,亦有“信用”作为法理基础,但在这一过程中执法对象既没有深度参与的机会,亦没有选择的余地,因此认同收益为+2;同理,该形态作为城管常态化的管理制度之一,舆论收益为+3;当该形态长期运转时,由于较高的违法成本,可以预期城管规章会获得进一步的遵守,因此秩序收益为+4。(3)在情绪模块中,由于该形态的运转仅需城管人员对于个案相对人“计分”即可实现,几乎无需单独交流与沟通,因此情感联结为0;由于信用机制的加入等于是为城管人员增加了新的工作负担,因此情绪耗竭为-1。综合来看,尽管该形态的收益仍然高于成本(+4),但与上文的“基础形态”(+10)相比则有明显差距;其原因之一在于,“高级形态”所显示出的“制度刚性”在个案处理上效果不如“基础形态”中的“法外柔性”那样显著。

(三) 信用机制的实践困境:违法执法与信用不及

信用机制中“基础形态”所遇到的实践困境在于,其所涉及的“初次不处罚”“前期不处罚”等措施本身涉嫌违法。部分地方的“轻微问题告诫”^⑩还可以视为是在法律规定的处罚幅度内裁量权适用的结果,但另一些地方所采取的“首违不罚制”^⑪以及前文提及的“承诺书”“保证书”“视频承诺”“诚信等级台账”等则未限制初次或前期违法的程度,或者说,即便执法对象实施了一般或较重程度的违法行为,为了信用机制的设立与运转,其也不会受到处罚。问题在于,在没有明确法律依据的情况下,这实质上是违法的,并会在一定程度上降低法律规范的严肃性,或者会带给人处罚与否不是法律规范说的算,而是城管说的算,城管的政策、措施以及主观判断凌驾于法律之上的印象。

而信用机制中“高级形态”所遇到的实践困境则在于,其适用对象相对有限,或者说,其只适用于对信用及失信惩戒比较“在意”的执法对象,反之则很难起到预期效果。比如,同为市场经营者,有固定店面、规模较大的长期经营者对信用较为在意,失信惩戒对其造成的不利后果也更为严重;而无固定场所的流动摊贩、频繁更换“值守”场所的劳务提供者,以及商品质量和食品卫生存在问题的经营者,其在某一地点/区域的经营行

^⑩ “城市管理部门对违法违规情节较轻并能及时纠正、没有造成严重社会危害的违法违规行为,采用行政告诫、警示方式要求行政相对人立即自行纠正,并告知其相关的法律法规要求而不对其实实施行政处罚。”参见前引^⑬,缪卫华、王小星文。

^⑪ 参见吕尚敏:《行政执法人员的行动逻辑——以W河道管理局为样本的法社会学考察》,中国法制出版社2012年版,第136-138页。

为通常是短期的,甚至只是一次性的,不需要稳定的顾客群体,也不需要持续性的商业信誉,失信惩戒难以对其发挥实效——简言之,信用机制无法作用于“信用不及”之处。

四、执法面相之居于执法边缘的“和谐共处”

(一)“和谐共处”:双方合意下的执法默契

城管人员和执法对象“和谐共处”是较为少见但具有典型意义的现象,其主要表现为,在执法过程中双方各让一步,既能保证城管人员完成工作,又能维持执法对象的经营活动;既让城管人员避免了因硬性执法而给自身带来的风险,又让执法对象避免了暴力抗法或失去经营机会的不利后果,双方都能在此一过程中受益。由于双方之间存在着“协议”或“默契”,因此此一模式下基本没有冲突或暴力;虽然对于“执法”而言较为勉强,但笔者仍将其归入“柔性执法”的范畴内加以分析。

案例6:武汉市东湖高新区天龙路一带,城管执法过程中很少发生冲突,通常情况是“互相给面子”:一旦城管来了,这些租用商户门前地盘经营小吃的人就主动退挤到商户的屋檐下;执法人员时常会买几瓶饮料,在菜馆门前边喝边聊;其间并没有城管吼叫、训斥、抢东西等场景,像在例行公事一样,坐等到点散去。随着执法人员的离去,这些商贩又呼啦啦地将屋内的东西朝路边铺开,这一带再次恢复了往昔的热闹。^②

案例7:城管人员在某小区门口发现了摊贩,……城管人员:“这几天要搞大检查,你们就别过来了。”摊主:“知道了,我们会配合的。”第二天城管人员再来检查时,摊贩确实没来。在这个场景中,城管人员通过提醒的方式给摊贩充足的时间离场,避免直接冲突;摊贩则以时间换空间,在大检查时段内以离场方式表达对其权威的认可。^③

通过上述案例可以看出:(1)由于此一过程中城管人员仅进行了身份性的“在场”宣示或者口头上的通知/劝说,能否称得上“执法”尚存有疑问,其中显然不含任何强制因素。若该情景成为一种惯例或持续性的“规则”,则可认为城管人员和执法对象之间形成了一种“相互配合”“和谐共处”的局面。(2)由于这种局面对双方均有利,因此有些类似于博弈语境下“自己活,也让别人活”^④的情景;其中不仅混合了正式规则和非正式规则,而且能使交易成本降至最低。^⑤可以说,双方在博弈过程中共同选择了既有利于自身、又能被对方接受,并且所需成本最低的“最优”模式;而双方的共识、默契或认可则是这一模式成立的前提。(3)从另一个角度看,这也意味着来自国家层面的城管规章是不符合双方效用的,而“和谐共处”则可视作为双方在长期试错过程中混合、变通或创

^② 该案例参见前引⑩,燎原文。

^③ 该案例参见董艳春:《构建城管执法的协商治理模式》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第6期。

^④ 这种博弈情景较早地出现在一战时的交战双方,参见[英]菲利普·鲍尔:《预知社会——群体行为的内在法则》,暴永宁译,当代中国出版社2010年版,第331-334页。

^⑤ 参见[美]罗伯特·C·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306-307页。

造出的规则;由于这种规则明显有悖于国家层面的制度,因此只能是默示的不能是明示的,也不能大范围地使用甚至“推广”,更不能改变城管人员和执法对象之间冲突和对抗的根源——即便是在作为其发端的一战中,“自己活,也让别人活”的博弈结果也是极个别的现象。

在上述执法双方“和谐共处”的效益量化上,(1)在成本模块中,由于这种默示规则明显违反国家层面的城管规章,并且在程度上显著高于信用机制下的“前期不处罚”,因此违法成本为-5;由于几乎没有实质上的执法行为,因此其他成本皆为0。(2)在收益模块中,由于违法行为并未发生变化,因此执法收益为0;由于这种默示规则须经执法对象合意并获得认可,因此个案相对人的认同收益为+5;但由于其中并未纳入个案相关人及其他居民的意见,有时还会为其带来负效益,因此舆论收益为0;当该模式长期运转时,尽管既不“合法”也不完全“合理”,但仍会在双方之间形成一种“相安无事”的秩序,在这个意义上,秩序收益为+2。(3)在情绪模块中,当默示规则形成后,双方几乎无需交流与沟通,亦无情绪上的支出与回报,因此情感联结和情绪耗竭皆为0。综合来看,由于“和谐共处”在一定程度上符合“执法不作为”的特征,既无支出亦无收益,因此多项效益指标皆为0;其中的-5和+5可以视为是城管人员用执法不作为换取了执法对象的认同,而其间所形成的“相安无事”的秩序(+2),则使该形态的整体效益勉强为正。

(二)“和谐共处”的实践困境:执法不作为和居民负效益

“和谐共处”模式的首要问题即是执法不作为,或者说这种双方都能获益的和谐局面是城管一方通过不同程度地放弃执法职责来换取的;尽管其能在执法双方之间形成“相安无事”的秩序,但城市管理秩序本身并未得到维护。

更深一层的问题在于,这种执法双方的共识、默契或认可忽视了第三方——个案相关人及其他居民——的利益,或者说,这种默示规则是双方的,而城管秩序中的主体却至少是三方的(城管-摊贩-居民),未经居民参与并认可的“双方协议”可能因对其不利而遭受质疑。比如,2015年6月,海口市某市民经过龙昆南中国城公交站路段时,看到很多小贩热热闹闹地摆摊卖着水果、清补凉、炒粉、米线等,而3名城管人员则坐在占道经营摊位上悠然地抽烟喝茶聊天;事件曝光后,有市民留言“希望城管们能做好本职工作,好好引导小摊小贩,还大家一条干净宽敞的路”;琼山区城管大队对两名当事人进行了通报批评,并对其中一名副中队长进行了免职处理。^⑥在此一事件中,尽管城管和摊贩“相安无事”,但过往车辆的通行利益、附近居民的环境利益、就餐顾客的食品安全风险等都受到了不同程度的损害。简言之,国家层面的城管规章虽然不符合执法双方的效用,但却体现了城市管理秩序以及部分居民的利益,而“和谐共处”模式在使城管获益的同时却让其背负了不作为的责任和第三方质疑的风险,是为柔性执法诸面相中相对代价最高的一种。

^⑥ 参见胡诚勇:《城管坐在占道摊位上 抽烟喝茶聊着天》,载《南国都市报》2015年6月4日,第10版。

五、执法面相之个案之中的“根本解决问题”

(一)“根本解决问题”:来自城管主体的“利他帮助”

在柔性执法的诸多动机中,主动性最强的即是为相对人提供“利他帮助”,其“不受内部和外部压力驱使、不含政绩或行政成本的考虑、亦非由法律规范所硬性要求,而是几乎完全出自内心愿望”。^⑤在这一过程中,城管主体以相对人的利益为目的,主动提供法定要求之外的帮助,为其解决根本问题,长期或永久性地避免违法行为再次发生。

案例8:孙琪是郑州市金水区聂庄村村民,家里5口人,父亲和弟弟因病生活不能自理,母亲患软骨病不能直立行走,她和丈夫靠摆摊卖粥维持一家人生计。因长期占道经营,她经常与前去执法的城管中队长赵峥“相逢”。2014年4月,她的堂嫂做饭时不慎油锅着火,全身严重烧伤,堂哥的手臂也被烫伤。面对高昂医药费手足无措的孙琪,试着给赵峥发了一条求助短信;赵峥则表示要号召队员捐款,随后将一条“让每个人献出一份爱,帮助烧伤的商贩一家人渡过难关!”的救助信息发到了城管局的官方微信群中。5月5日,赵峥第3次将城管队员们的爱心款交到孙琪手中,缓解了孙琪一家的医药费问题。^⑥

案例9:2014年,广安市城管在实施创建文明城市工作时,要求居民和商户撤掉防护栏,而城南天府饭店附近的一家商户始终不予配合。城管人员了解到,一年前,该商户老板买到一个经开区的开发指标,后来政府统一开发经开区,这个指标也就作废了,但并没有把买指标的钱退还;城管人员随即带商户老板到相关部门解决了此事。此后,商户老板坦言他的店面被偷了两次,因此不愿撤掉防护栏,而城管人员则建议他安装隐形防护网,并带他去商店选购。最终该商户撤掉了防护栏。^⑦

通过上述案例可以看出:(1)无论是为相对人捐款、协助退款、还是安装防护网,都属于直接或间接地提供利他帮助的行为,不仅不含有刚性和强制性内容,而且是柔性执法诸面相中最具利他、服务和柔性色彩的一种。需要注意的是,这些行为是以相对人利益为目的主动实施的,而非依循法律的要求被动作出的,或者说其实这些行为都不在城管的法定职责范围内——城管并没有责任和义务为摊贩捐款、解决指标退款问题以及帮助选购防护网,换言之,即使不实施上述行为,其也完全不构成“行政不作为”。因此尽管其在形式和结果上符合“柔性执法”的特征,但在内涵上已经超越了“执法”的范畴——“城管执法”是一种“负担性行政”,而在法定要求之外主动增进执法对象的利益,则可认为是一种“利他行为”。(2)从执法效果上看,案例8中,尽管城管的捐款仅

^⑤ 前引①。

^⑥ 该案例参见贺新、李凤虎:《变“堵”为“疏” 城管商贩一家亲》,载《河南日报》2014年6月18日,第12版。

^⑦ 该案例参见熊洪静等:《广安城市管理执法大队“柔性执法”》,载 <http://scnews.newssc.org/system/20141219/000521104.html>,最后访问时间:2018年3月28日。

能解决孙琪当下的医药费问题,而不能解决一家人的谋生问题,或者说无法改变其“流动摊贩”的谋生手段,但至少会使其愿意接受疏导点中的摊位;在这个意义上说,孙琪“个案”中的“占道经营”问题得到了根本解决。案例9中,城管通过协助退款换取了商户老板配合执法工作,而“帮助选购防护网来替换防护栏”,显然比单纯地“依法撤掉防护栏”更能解决防盗问题;在这个意义上说,商户“个案”中的“防护栏”乃至“防盗”问题也得到了根本解决。(3)从适用范围上看,“根本解决问题”这种方式主要是“一对一”的,即为个案中的相对人解决问题(案例8);也可以是“一对多”的,即为存在同一问题的一类相对人解决问题(案例9中“防护网替换防护栏”可适用于复数商户);甚至可以是“一对领域”的,即通过“将建筑垃圾清运和资源化利用引入市场机制”等方案来从根本上解决建筑垃圾领域的城市管理问题,^⑩等等。但从整体上看,其主要还是“个案性的”,而不是“体制性的”——其能为个案相对人根本解决问题,使其在城管领域的违法行为不再发生,但仍无法解决各方之间深层次的利益冲突。

在上述为执法对象“根本解决问题”的效益量化上,(1)在成本模块中,由于这种“利他帮助”不仅需要支付原有的执法成本,而且需要支付“执法工作”之外的成本,其尽管能够“一劳永逸”地解决问题,但支付的时间和精力也最多,因此物质成本和根除成本皆为-5;由于案例9中退款问题所涉及到的部门间协调仅为偶然现象,因此协调成本为-1;由于“额外”的利他行为并不违反城管规章,因此违法成本为0。(2)在收益模块中,由于个案中的执法目的已经全部实现,因此执法收益为+5;由于作为受益对象的相对人通常都会认可城管的“利他行为”,因此认同收益为+5;由于不仅未对个案相关人及其他居民带来负效益,而且较易获得其支持和肯定,因此舆论收益为+5;由于个案相对人的违法行为得到了长期或永久性地消除,因此秩序收益为+5。(3)在情绪模块中,由于该模式需要城管人员基于关心或同情并与执法对象进行深层次的交流和沟通才能实现,因此利他帮助为+5;相应地如果其大范围、高频率地实施,也会对城管人员带来过大的精神负担,因此情绪耗竭为-5。综合来看,作为柔性执法中力度/幅度最大的一种,“根本解决问题”不仅得到了各项均为“满分”的收益,同时也支付了大量的成本;尽管该形态在整体上呈现出明显的正效益,但由于成本过高也难以大范围地实施。

(二)“根本解决问题”的实践困境:成本高昂及转移负担的风险

“根本解决问题”在实践中遇到的首要问题即是成本过于高昂,除有形成本外,还需要复数的城管人员反复消耗大量时间——虽然在问题解决后该执法对象可能一劳永逸地离开城管的“执法视野”,等于是将持续性的执法行为集中在了前期的某个点上,但若为辖区内所有生活困难的摊贩捐款,或者帮所有商户更换防护网,那么不仅物质成本极为可观,而且也很难有足够的人员和时间去开展这些“浩大的工程”。

^⑩ 许昌市城管局与特许经营企业签订协议,利用建筑垃圾再生各种骨料、标砖、市政地砖、步砖等材料,年产值达到3亿多元。截至2014年,该市建筑垃圾资源化利用率在95%以上,有效解决了建筑垃圾私拉乱运、围城堆放、占压耕地、破坏环境的难题。参见张晓辉、毕静:《频获国家“点赞”的许昌城管》,载《中国建设报》2015年2月26日,第8版。

除此之外,可能存在的另一个问题在于,该形态下高昂的成本是否会转由执法对象承担,或者说是否会分摊到执法对象身上?比如,为了解决路边烧烤的油烟污染、噪声扰民等问题,临沂市城管局推广使用“环保烧烤炉具”,新炉具“不但外形美观整洁,更重要的是增设了空气净化装置,大大减少了污染……一氧化碳排放降低83%,致癌的苯并芘排放降低99.7%……目前全市90%以上烧烤摊都更换了新型炉具”。^①诚然,新型烧烤炉具的推广和使用能够解决一系列环境问题,但有可能引发另一系列问题,即新炉具的更换是否由商贩来承担费用?费用是否合理?若新炉具未能起到预期的环保效果应当如何处理以及由谁承担责任?若商贩拒绝更换是否应采取强制措施?城管和新炉具生产者是否存在利益勾连?等等。再如,为了解决报摊业主的占道经营问题,武汉市武昌区城管局设计出一款新型售报车,其正面、背面均可撑开30°角,可分3层陈列近20份报纸,平面可摆放10余份杂志,侧面可放置矿泉水饮料,车内还可存放货物。尽管该售报车“既满足了该路段报摊零售人员的就业需求……同时消除了以往报摊杂乱占道的状况,优化了市容秩序”,^②但问题仍然是,这种为每个摊主“私人定制”的售报车是否需由摊主承担费用?费用是否合理?若摊主拒绝使用是否应采取强制措施?城管和售报车生产者是否存在利益勾连?等等。与案例8和案例9中城管单纯的利他行为不同,在新炉具和售报车的更换过程中,执法对象可能是有成本的,这等于是城管将“根本解决问题”的成本部分或全部地转移到了执法对象身上,其不仅增加了执法对象“可接受性”的问题,甚至还存在着城管“营利”的风险。在这个意义上,源自“利他帮助”的“根本解决问题”,其前提应当是没有增加执法对象的负担;否则即需考虑其可能产生的副作用并防止不良因素隐藏其中。

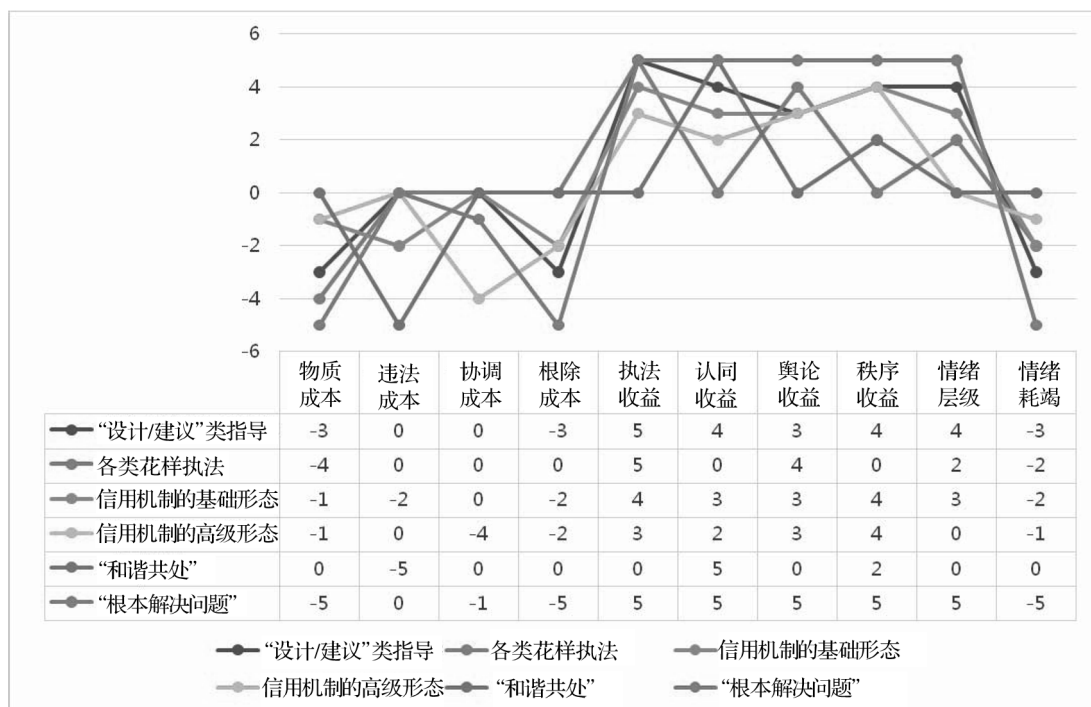
六、城管柔性执法诸面相的“优先级”设置

至此,我们已对城管柔性执法的4重面相共6种形式分别进行了考察和分析,并按照3个模块共10项指标进行了效益量化。在此基础上,我们一方面将诸面相的效益量化情况汇总如下(见表2),另一方面,由于任何一种面相都未呈现出完整的“之”型线,或者说不存在各项成本皆为0、收益皆为+5的情形,加之任何一种面相都存在着明显的实践困境,因此所有面相都不是“全善”的,在实践中应当根据综合效益、特殊指标、执法领域等因素进行选择 and 排序,即对诸面相进行“优先级”设置。

^① 郭万盛等:《城管变“城管” 执法有温度》,载《决策探索》2014年第12期。

^② 柯善北:《由管理到法治的嬗变——武汉市武昌区引入司法力量引导城管执法》,载《中华建设》2015年第2期。

表2 城管柔性执法诸面相效益量化情况汇总



第一,按照“效益最大化”的一般思路,诸面相应首先按照成本与效益相抵后剩余数值的大小进行排序,即:“设计/建议”类指导(+11)>信用机制的基础形态(+10)>“根本解决问题”(+9)>各类花样执法(+5)>信用机制的高级形态(+4)>“和谐共处”(+2)。从上述排序可以看出,各面相的效益数值与其服务属性基本呈正比例关系——“设计/建议”类指导和信用机制的基础形态都是城管主动提出并带有创新性的服务,而“根本解决问题”则已迈入了“利他帮助”的领域;相较而言,由于各类花样执法隐含了“无形的强制”、信用机制的高级形态制度刚性过于明显,以及“和谐共处”并无服务可言,因此整体效益也相对较低。简言之,以“综合效益”为衡量标准,城管应当优先选择服务性更强的柔性执法方式。

第二,“优先级”设置还应对特殊指标进行单独考虑:(1)“根除成本”和“秩序收益”都是关涉到执法效果长期化和持续化的指标,其不仅涉及到个案问题的解决程度,而且涉及到相关秩序的稳定程度。尽管诸面相中,能够获得秩序收益者大多需要支付较高的成本,但笔者认为这种成本是值得的——在城管的人力、物力和时间等允许的前提下,应当优先选择“设计/建议”类指导、“根本解决问题”等能够缓解或消除矛盾和问题的执法方式。(2)“认同收益”和“舆论收益”都是关涉到城管外部评价的指标,尽管多数情况下二者都呈正相关关系,二者不能相互替代,并且不能因追求一方而放弃/放任另一方。比如,在前述的“举牌执法”中,城管为了媒体和舆论宣传而放弃了个案相对人的认同;而在前述的“和谐共处”中,城管为了摊贩的默契而放弃了附近居民的认同——

个案相对人、相关人及其他居民往往有着不同的利益和需求,应当将其放置在同一水平线上加以考虑,不宜顾此失彼。(3)“违法成本”和“协调成本”则是稍显“敏感”的成本:在“违法成本”方面,信用机制的基础形态和“和谐共处”皆有涉及。对于前者而言,可以说其服务性、可接受性以及较高的综合效益在一定程度上是以“违法执法”为前提的,尽管我们并非全然否定,但仍建议将“前期不处罚”限制在情节轻微或较轻的违法行为上,以尽可能地降低“违法成本”所带来的负效益。在“协调成本”方面,信用机制的高级形态和“根本解决问题”皆有涉及。对于后者而言,有时城管执法确实需要其他部门的配合或帮助,^⑬此时更需担心的往往不是成本高低,而是城管囿于程序烦琐、耗时耗力乃至“不愿求人”等因素不去与其他部门协调,以至于执法工作不能得到更为理想的结果。对此,笔者认为协调成本是值得支付的,特别是城管与各部门形成长期且固定的协作关系后,很多执法工作中的难题甚至顽疾都会迎刃而解。(4)在情绪模块的4项指标中,诸面相呈现出较为明显的规律性,即无论是情感联结、人际交流还是利他帮助,相对人所接受的“情绪层级”都与城管人员的“情绪耗竭”成正比,或者说,城管人员与相对人的交流和沟通越深入、越频繁,其在精神上的负担也就越大。然而对这一模块的关注并不是建议城管采取信用机制的高级形态和“和谐共处”这类几乎不和相对人发生情感关联的方式,而是提示城管将情绪劳动纳入到综合效益的考量中——“设计/建议”类指导和“根本解决问题”等虽能取得优良的执法效果,但若长期反复使用则可能使城管人员不堪重负,过早地超过“情绪耗竭”的极限,从而自觉不自觉地使本应具有柔性和服务性的执法方式发生变形,包括主动性不足、应付了事甚至以强制相威胁等等——情绪模块中的各项指标虽然不像其他模块那样外在、明显和容易识别,但却内在且持续地发挥着作用。

第三,“优先级”设置还应根据具体情况考虑其他相关因素:(1)注意隐含着的强制因素。需要再次强调的是,本文是在“非强制框架下”探讨各种问题,“非强制”应当是柔性执法诸面相的前提和基础;尽管强制和非强制并不是排斥/替代关系,但我们仍然不赞成将强制因素融入到非强制手段中,形成“强制仍是强制、非强制也包含强制”的局面。比如,举牌执法和反复执法等花样执法中隐含了“无形的强制”,或者说其仅仅是用“情景上的强制”取代了“物理性的强制”;信用机制的高级形态虽然表现为一种不含直接强制的“督促机制”,但对相对人的失信惩戒更倾向于一种强制制裁;“根本解决问题”时若要永久性地排除某一领域内的问题,依靠全体相对人的自愿配合恐怕不太现实,此时就存在着强制接受和“转移负担”的风险,等等。尽管融入强制因素能够节省执法成本,并能将城管的意志付诸实现或加以推广,但这毕竟有违柔性执法的初衷,甚至可能成为“以柔性之名行强制之实”的形象工程,因此应当在柔性与刚性、非强制与强制之间尽可能清晰地划出界限。(2)注意诸面相各自的实践困境。通过上文可知,其实每种面相都存在着自身的实践困境,而在具体执法情景的“优先级”设置中应当对其程度

^⑬ 参见刘福元:《部门间行政协作的困境与出路——以城市管理综合执法为例》,载《当代法学》2016年第5期。

加以考虑。比如,“设计/建议”类指导的实践困境较为泛泛,主要是诸面相的共性问题;“根本解决问题”的“转移负担”则更多地表现为一种风险,风险的程度与所要解决的问题领域成正比,在面对个案相对人时可以忽略不计,但在面对执法领域时则须审慎权衡;信用机制所面临的“信用不及”需要根据相对人进行调整,即对于“在意”信用的相对人调高该方式的适用顺序,而对于“无关痛痒”的相对人则调低其适用顺序,等等。

最后,诸面相可以根据适宜度与城管执法的诸领域进行匹配,即将诸种柔性执法方式及其优先级设置分别对应到各个执法领域中去,形成相对稳定的参照方案。由于城管事权纷繁复杂,其所映射的执法领域也形态各异,^④我们仅就实践中较为常见且本文涉及的4个领域进行匹配(见表3)。

表3 柔性执法方式与城管执法领域匹配情况示意

	流动摊贩	商户店铺	环境卫生	经营工具
“设计/建议”类指导	√ 2 序	√ 2 序	√ 1 序	√ 1 序
各类花样执法	√ 4 序			
信用机制的基础形态	√ 3 序	√ 3 序	√ 2 序	√ 2 序
信用机制的高级形态		√ 4 序	√ 3 序	
“和谐共处”				
“根本解决问题”	√ 1 序	√ 1 序		√ 3 序
	案例 2、3、8	案例 4、5、9	案例 1	新炉具和售报车
注:“√”为可以采取的柔性执法方式,“1 序、2 序……”则是不同柔性执法方式的优先级设置。				

通过上表可以看出,每一执法领域都有3至4种执法方式可以适用,而“和谐共处”这种“自生自发”的被动形态不宜在任何执法领域中主动适用;同时这里的优先级排序也意味着,如果某种方式在具体个案中缺乏实施条件或者难以达至预期效果,则应转而考虑下一顺位。具体而言:

(1)在以“流动摊贩”为执法对象的领域中,应当优先考虑“根本解决问题”(1序),即长期或永久性地消除相对人的违法行为;但若成本过高或无“根本解决”之可能,则应按“综合效益”标准依次考虑后续的“设计/建议”类指导(2序)和信用机制的基础形态(3序);由于信用机制的高级形态对于流动摊贩往往起不到作用,因此未将之列入排序范围;而各类花样执法则是前3序皆无效时“不得已而为之”的最后手段(4序)——尽

^④ 关于城管事权的评述,参见刘福元:《城管事权的法理构筑——从相对集中处罚权到大城管立法》,载《法学论坛》2017年第3期。

管其同样不宜在任何执法领域中主动适用,但作为一种“柔性”手段,其总要好过于强制乃至暴力执法。以案例3为例,对于在商业广场入口处贩卖水果的摊贩,应当首先考虑是否存在为其一家人——特别是怀孕的妻子和年迈的父母——解决生活困难的可能性(1序);若无可能则应动员其进入疏导点或市场内经营,并在费用方面给予优惠或减免(2序);若该摊贩拒绝前往则仍可以采取承诺书、保证书、视频承诺等加以督促(3序);若所有方式皆无效,即可采取案例3中实际采取的“举牌执法”方式(4序)。

(2)在以“商户店铺”为执法对象的领域中,1序至3序与上述“流动摊贩”时相同;由于相对而言,其属于“有固定店面的长期经营者”,因此信用机制的高级形态可以适用,但考虑到该方式的制度刚性过于明显,因此将之设为4序。以案例9为例,对于不愿撤掉防护栏的商户,应当首先与其深入沟通并了解不愿撤掉的原因,进而通过案例9中实际采取的“协助退款”“帮助更换防护网”等措施为其“根本解决问题”(1序);若无实施条件,则应为其考虑其他可行的折中方案(2序);若无方案可行或者商户拒绝接受,则可通过信用机制对其施以道德上的诚信压力(3序),乃至通过“失信黑名单”“信用信息系统”等对其施以实体上的失信惩戒(4序)。

(3)在“环境卫生”这一执法领域中,“根本解决问题”通常无法适用,如垃圾污染、油烟污染、噪声污染等属于连续/持续性的城市管理问题,很难针对个案相对人或该领域寻找到“一劳永逸”的解决措施或方案,因此未将之列入排序范围;而这一领域的执法对象既有可能是流动摊贩又有可能是商户店铺,因此信用机制的高级形态可以适用;范围内的三种方式,其排序与上述“商户店铺”时相同。以案例1为例,对于经营中存在油烟污染的店铺,应当首先考虑是否有可行的方案来缓解这一问题,即如案例1实际采取的那样设计出既能避免油烟直排、又具有安装可能性的改造方案(1序);若无方案可行或者店主拒绝接受,则可通过信用机制的基础形态督促其减少油烟排放或自行设计改造方案(2序);若店主仍然拒绝,则可转而适用信用机制的高级形态(3序)。

(4)对于“经营工具”这一问题,此处主要针对的是“根本解决问题”中存在转移负担风险的更换新炉具和售报车等措施。以此为例,对于经营路边烧烤和报纸的摊贩,应当首先通过“设计/建议”类指导动员其进入疏导点或市场内经营,也可如案例中实际采取的那样建议其更换新炉具和售报车(1序),但此时不得强制更换;若不被接受,则可通过信用机制对其“油烟污染、噪声扰民”和“占道经营”行为施以道德上的诚信压力(2序);若仍无效果,则可要求摊贩统一更换,从而根本性地解决上述问题(3序)——而无论是在哪一执法领域,含有刚性、强制及风险因素的柔性执法措施,都应放在最后/末序加以考虑。

余 论

城管部门为了系统性地拆解“执法—抗法”这一双输格局,从执法方式改革入手,经

过不断地尝试和探索形成了一系列柔性执法措施。尽管这些措施呈现出诸多面相,以及尽管每一种面相都存在着不同程度的实践困境,但首先,与“强制/硬性”方式相比,“柔性/非强制”方式在和谐稳定、公众认同、秩序维持等方面有着显著优势,将之置于强制手段之前适用应当成为执法过程中无可争辩的行动逻辑;其次,柔性执法的不同面相体现出较为明显的方式性差别,在成本、收益和情绪模块中也体现出不同的量化数值,因此任何一种面相都不能无差别地适用于所有执法情景,在具体执法情景中也不能不加选择地适用各种面相,城管主体应当根据综合效益、特殊指标、执法领域等对诸面相进行“优先级”排序,并使个案情景和柔性执法措施达到最佳的匹配度;再次,很多时候柔性执法实践体现更多的是某些城管部门乃至个别执法人员的“执法艺术”,但我们仍然建议通过统一且完整的规范体系或以案例指导等形式将柔性执法固定下来,使之成为城管执法工作的常态;最后,城管柔性执法具有显著的开放性特征,文中所列举的诸面相并不是柔性执法的全部,通过执法创新而形成效益指标更为优秀或者个案适应性更强的其他措施,亦是城管执法改革的核心动力。

Abstract: To break through lose-lose situation between the law enforcement and law resistance in a systematic manner, local urban management officers generally adopt flexible or non-compulsory means of law enforcement. Due to the features of flexibility and diversity in practice, flexible law enforcement of urban management officers has diverse forms, including the conventional manners like administrative guidance and humanity-based law enforcement, the basic and senior forms of credit mechanism, co-existence at the edge of law enforcement and solving problems at source for the concerned person, etc. Case analysis on and the benefit quantification of all forms of law enforcement show that none of them has the perfect benefit curve, instead, all of them have the obvious dilemma in practice. Therefore, it is required to make the priority setting in the specific law enforcement scenario of urban management officers according to the comprehensive benefits, special index and law enforcement field, etc.

(责任编辑:吴 蕾)