

· 名家專論 ·

轉型社會的社會監管機制轉型

姜明安

[提要] 社會轉型是社會監管機制轉變、轉換、轉型的背景、環境，社會轉型決定社會監管機制的轉變、轉換、轉型。要瞭解、把握社會監管機制的轉變、轉換和轉型，必須研究和探討社會轉型和由社會轉型導致的國家管理和社會治理模式的轉型。在處於社會經濟、政治、文化全方位轉型的中國，社會監管轉型主要表現在下述八個方面：其一，監管主體的單一性向多元性轉變、轉換；其二，監管客體的偏經濟性向偏社會性轉變、轉換；其三，監管方式的單向性向互動性轉變、轉換；其四，監管程序的封閉性、保密性向公開性、透明性轉變、轉換；其五，監管手段的偏強制性向偏柔性、偏激勵性轉變、轉換；其六，監管標準的自由裁量性向裁量基準限制性轉變、轉換；其七，監管者責任的只對上負責性向主要對公眾、對社會負責性轉變、轉換；其八，監管目的的重秩序性向重權利性轉變、轉換。

[關鍵詞] 轉型社會 監管 社會監管 規制

[中圖分類號] D912.1 **[文獻標識碼]** A **[文章編號]** 0874 - 1824 (2013) 02 - 0006 - 13

監管既是維護經濟、社會秩序，保障經濟和社會正常、有序發展的必要社會規制手段，也是保障人的生命、健康和財產安全以及維護國家和社會公共利益的必需的社會治理工具。監管，從主體角度而言，包括政府實施的監管和社會實施的監管以及被監管者實施的自我監管；從客體而言，包括對經濟活動實施的監管和對社會活動實施的監管以及對生態環境活動實施的監管。本文研究的社會監管，主要指相對於經濟性監管的社會性監管，也指相對於政府監管的公民社會監管。

一、社會監管的涵義與社會監管機制轉型的背景

20世紀後期，隨著改革開放的興起和深入，中國社會開始近代以來的第三次重大轉型，^①這次社會轉型，其廣度和深度均超過前兩次，不僅涉及政治、經濟、文化，而且涉及人們的社會生活方式、社會治理方式，以及人與自然的關係和人對待自然的態度：以階級鬥爭為綱向以經濟建設為中心過渡、轉型；計劃經濟向市場經濟過渡、轉型；集權政治向民主政治過渡、轉型；人治向法治過渡、轉型；以意識形態為本向以人為本過渡、轉型；以注重GDP增長向注重尊重和保

障人權，追求人的尊嚴、自由、幸福過渡、轉型；由無視資源、無視環境的與天奮鬥、與地奮鬥向資源節約型、環境友好型的“兩型社會”過渡、轉型。這次中國社會轉型是一個全方位的社會變革，而不是僅涉及社會表層和皮毛的變革，更不是對任何過去時代的回歸或照抄照搬西方制度的“西化”，儘管這種轉型有對中國傳統文明的繼承和對西方現代文明借鑒的一定成分。這次中國社會轉型從開始到現在已歷時三十多年，目前仍方興未艾，也許還要經歷二、三十年。中國只有在全面完成經濟體制改革、政治體制改革的任務和人們的觀念發生相應轉變後，一個新的相對穩定的社會形態才能形成，社會轉型的基本任務才能告一個段落。

本文研究的主題是社會監管機制的轉型。社會監管機制轉型的大背景、大環境是整個社會的轉型，直接背景和環境是國家管理和社會治理模式的轉變、轉換和轉型。因此，不研究、不瞭解整個社會轉型和由整個社會轉型必然導致的國家管理和社會治理模式的轉變、轉換和轉型，就不可能清晰瞭解和明確社會監管機制轉變、轉換和轉型的深刻原因。當然，本文由於篇幅限制，不可能深入研究和探討社會監管機制轉型與國家管理和社會治理模式轉型乃至整個社會轉型的關係。本文研究的重點只是：在當下中國社會轉型時期，在中國目前國家管理和社會治理模式正發生根本性變革的時期，我們的社會監管機制究竟發生了和將發生怎樣的轉變和轉換。至於轉變和轉換的深刻原因，只能留待讀者做進一步的思考和筆者在以後另撰寫論文做進一步的剖析。

下面我們在對社會監管機制轉型這一主題正式進行探討之前，需要先對“監管”和“社會監管”這兩個概念進行適當界定，以確定本文所研究問題的基本領域和範圍。

《現代漢語詞典》對“監管”的釋義是“監視管理”、“監督管理”。^②在人們的日常使用中，有人將“監管”等同於“管理”，有人將“監管”等同於“監督”，也有人將“監管”視為“行政干預”。^③但更多的人還是在“監督管理”的意義上使用“監管”。近年來，許多學者研究“監管”，則是將“監管”等同於國外的“管制”和“規制”（即英語中的“Regulation”一詞），其涵義似比“管理”較狹窄，比“監督”較寬泛。例如，周漢華教授所著《政府監管與行政法》^④及馬英娟教授所著《政府監管機構研究》，都是將“監管”界定為“管制”或“規制”。當然，作為“Regulation”的“監管”，與我國傳統的“管理”、“監督”和“監督管理”的區別不僅限於涵義的寬窄，更在於理念和機制模式的不同。周漢華教授認為，我國傳統“行政管理”與西方國家獨立監管的最重要區別是，前者的基礎是建立在下級服從上級，通過行政命令方式進行管理的上下級關係之上的科層制官僚體制，而後者的基礎則是建立在依法獨立監管，監管者只對法律負責，發生爭議最終通過司法途徑或其他第三方途徑解決的法治化結構之上。^⑤

本文研究的“監管”，其涵義相當於人們日常使用的“監督管理”，內容側重於“監督”而非“管理”。例如，一般行政管理中的人事管理、財物管理、機關內部事務管理即不屬於“監管”的範疇。從應然的角度講，我國“監管”的理念和機制模式（如相對獨立性、從屬法律性、專業性等）將循現代規制（Regulation）的方向發展，但在範圍上不完全等同於美國等西方國家的所謂“第四種權力”的獨立規制（管制）機構所實施的“Regulation”，我國“監管”的內容側重於監督和控制（Supervision and Control）而非“Regulation”中的制定規章（Rulemaking）和裁決糾紛（Adjudication）環節。“監管”是“Regulation”的內容之一，“Regulation”包含“監管”而不同於“監管”。^⑥

所謂“社會監管”，可以從兩個不同的角度界定，具有兩種不同的涵義：一種涵義是從監管主體角度界定，指由公民社會而非由政府實施的監管。這種“社會監管”是相對於“政府監管”

而言；另一種涵義是從監管內容角度界定，指監管主體對社會事務（涉及安全與健康、環境、生態保護、網絡信息交流、消費者保護等事務）的監管而非對經濟事務（涉及保護公平競爭、反壟斷、市場准入與金融、價格控制等事務）的監管。這種“社會監管”是相對於“經濟監管”而言。^①本文所研究的“社會監管”，主要是第二種涵義的“社會監管”，即相對於“經濟監管”的“社會監管”。但是，從轉型社會監管發展的趨勢看，研究第一種涵義的“社會監管”亦非常重要，所以，本文在重點研究政府主體實施的“社會監管”的同時，也會對非政府主體實施的“社會監管”予以較多的關注。

二、社會監管主體和客體的轉型

（一）監管主體的單一性向多元性轉變、轉換

長期以來，人們一直認為，監管是政府的事，是行政機關的事，與社會無關。大量研究監管、規制、管制的專著或行政法教科書所研究的監管主體基本都是如美國、英國、法國一類國家的獨立管制機構（Independent Regulatory Agencies）^②，或日本一類國家的從屬於政府部門、但對政府有一定獨立性的行政委員會^③，或者如我國的完全從屬於政府的行政部門及政府直屬機構或政府直屬事業單位（如證監會、銀監會、保監會等）。^④然而，在現代社會中，監管除了政府監管以外，還存在著廣泛的非政府監管，即公民社會的監管。“一般意義上的監管普遍存在於各類社會組織之中，其涵蓋面極廣。（1）就監管主體而言，一般意義上的監管的主體既可以是個人，也可以是政府，還可以是企業及其他一切非政府組織。……如行業協會依照行業協會規章對其成員進行的監管；……（2）就監管範圍來看，非政府監管的範圍限於該組織成員屬於該組織內的活動以及相關聯的個人與非政府組織屬於該組織內的活動，……（3）就監管依據而言，監管依據既可以是國家的法律，也可以是社會規範，……”“一般來講，市場經濟需要一個多層次的監管體系。政府監管與行業協會等社會中介組織、企業自我監管等非政府監管是相互配合、相互補充的關係，充分發揮非政府監管的作用將在很大程度上減輕政府負擔，促進政府有效監管的實現，而且伴隨著市場競爭程度和社會自治程度的逐步提高，行業協會及其他社會中介組織的監管會日益重要，在競爭對手的壓力下企業自我監管也會佔據越來越重要的地位”。^⑤

從目前許多發達國家的監管實踐看，監管主體的單一性向多元性轉變、轉換是一種明顯的趨勢。在多元監管中，行業協會及其他社會中介組織的監管以及企業自我監管是最主要的形式。英國著名學者哈洛指出，“自我規制是一種在法律和行政中具有當代重要性的現象。……與政府規制相比，自我規制顧及到了更大程度的自由或者自治。……今天，自我規制是最主要的控制手段，涉及的活動領域很廣，包括新聞、廣告和其他數量繁多的專業工作”。^⑥

就我國目前的情況而言，社會監管或社會性監管存在的問題很多，特別是在食品藥品安全、生產安全、生態環境保護、網絡虛擬社會秩序等領域，由於監管不到位、監管主體不作為、監管職能虛置等原因，導致大量侵犯消費者生命、財產權益，損害國家、社會公共利益和公民名譽權、榮譽權、隱私權的案件發生。近年來，我國各級政府針對這些多發、頻發的問題，在監管方面採取了一些強化的措施，取得了一定成效，但問題的嚴重性和甚而繼續惡化的趨勢並沒有得到根本扼制和改觀。這一方面是因為政府監管沒有因應社會轉型而進行根本性的變革、創新，另一方面則是因為監管主體的單一性沒有因應社會轉型而向多元性轉變、轉換，沒有重視發展和推進各種行業協會、自治組織的監管和企業的自我監管。非政府監管雖然不能採取法律僅授予行政機關採

取的強制和制裁措施，但是它們可以通過運用各種軟法手段，給被監管對象施加各種經濟的、輿論的和其他有形、無形的制約、壓力，迫使監管對象遵守保障消費者健康、安全，保護生態環境，保護國家、社會公共利益的規則、標準。這些非政府組織採取的監管措施，雖然不及政府監管措施強硬，但在很多時候可能更為有效。如社會信用評級組織通過對企業信用和企業產品、服務的質量定期評級、發佈，行業協會對所屬成員執業情況的檢查和遵守協會章程、規則信息的公佈，消費者組織號召消費者對製造、銷售假冒偽劣產品企業的產品的抵制，環保組織發起對破壞生態環境的企業的抗議，等等，都可能起到政府監管難以起到的作用。^④在轉型社會，各種社會矛盾、問題和違規現象不可避免地多發、頻發，因應這種情況，社會監管必須轉型：由單一主體的政府監管向多元主體的公民社會監管轉型。

（二）監管客體的偏經濟性向偏社會性轉變、轉換

西方國家的管制（規制）制度最早起始於“市場失靈”的經濟危機，故其管制（規制）的性質和客體主要是經濟性的，美國羅斯福時代的“新政”即是以一系列的經濟性管制（規制）措施為基本內容。之後，反壟斷和價格管制（規制）成為管制（規制）的主要目標和基本任務。“經濟學理論認為，當一個產業處於‘完全競爭’狀態時，分配效率最大，社會資源被充分有效地使用。‘完全競爭’存在於‘當供應同類商品的生產者其數量很大，而每一個生產者所佔有的市場份額又是很小，以至於沒有任何一個生產者有能力通過改變產出來影響商品的價格’”。而“與完全競爭相對的另一個極端是完全壟斷。……競爭的缺乏將會打擊企業追求成本最小化的積極性，從而導致生產的無效率”。^⑤“政府管制由任何旨在解決開放自由市場缺陷的行為構成。政府管制尤其關心保護商業免於無情的、你死我活的競爭，阻止壟斷的出現，保護消費者不被敲竹槓（尤其是由生產者和銷售者定價的商品），也保護商業免於不安全產品和不公平的非法的商業手段”。^⑥“政府對企業的價格和利潤進行規制，其最傳統、最持久的理論根據就是‘自然壟斷’的存在”。^⑦

隨著工業化、城市化的發展，導致“市場失靈”的另兩大市場缺陷——“信息不對稱”和“外部性”問題——愈趨嚴重，引發出一系列雖與經濟有關，但遠超出經濟範圍的社會問題，如產品質量和食品藥品安全事故頻發、生態破壞和環境污染嚴重、網絡駭客攻擊等，從而，社會性監管的重要性愈發顯現出來。美國聯邦最高法院法官斯蒂芬·布雷耶在分析現代政府規制的必要性的理論時提出了七大根據。在這七大根據中，有五大根據涉及社會性規制。這七大根據分別是：其一，控制壟斷，在合理的公共利益限度內保持物價穩定和“天然壟斷者”適當利潤，以取得“分配效率”；其二，防止“橫財式利潤”。橫財式利潤“數量很大且不能反映出生產者的特定才能和技巧，……管制的目標就是把這些非應得的橫財式利潤從稀缺資源生產者和所有者轉移到消費者和納稅人手中”；其三，控制“過高的成本”。“過高的成本是社會真正的、額外的代價（例如，空氣和水污染）。這些成本至今公司還沒有承擔而是強加給了社會”；其四，保障信息披露，解決信息不對稱問題。“公眾需要信息有助於他們評估競爭市場中不同的服務和產品；信息的公佈有助於市場保持競爭力，並產生更多的理智的消費行為，同時又反過來壓低物價；信息的披露對於防止銷售商故意誤導消費者特別有用”；其五，預防過度競爭導致的破壞。“在某種條件下，為公共利益來保護特定公司免於過度競爭以便社會需求的商業不破產。……如果規制者認為日益增加的競爭確實給現存的公司以及消費者帶來不必要的麻煩，那麼這使得規制行為就要禁止新的競爭者進入市場”（當然，對於這種情形，如果能通過非規制手段解決得更好的話，則不應適用

規制)；其六，防止“道德危機”的發生，控制買主不負責任地購買物品和服務。例如，“狂升的醫療費用很大程度上是因為醫療服務不負責任和服務的濫用。因為人們認為政府越來越有義務支付醫療費用，這給政府增加了財政負擔：如果人們認識到醫療費用已經占國民生產總值的太大部分，並且也認識到‘道德危機’阻礙了對個人資源需求的監督”，人們即會擁護規制；其七，刺激工業結構的合理化。通過監督和協調，“如果政府能總體上控制工業領域發展，公眾將獲利。政府干預能導致合理的合作計劃產生與發展，這就當然地提高了效率並降低了成本”。^⑥

布雷耶提出的上述七大規制的根據，同時也都是監管的根據。這些規制或監管根據，除了第一項和第七項主要涉及的是經濟性規制或經濟性監管外，其他五項主要涉及的均是社會性規制或社會性監管。我國目前正處在社會轉型的中期階段，經濟性監管（如銀監會、證監會、保監會實施的監管和反壟斷、反不正當競爭機構實施的監管）雖然仍具有重要地位，但社會性監管的意義越來越重要，如前述七項規制中第二項的控制超高利潤、超高收入，縮小窮富差別，第三項的減少負外部性，防止污染，保護環境，第四項的促進信息公開，維護消費者權益，第五項的避免過度競爭導致公用事業企業破產，保障消費者必須的公共物品供給，第六項的防止“道德危機”，避免過高的社會保險、社會福利需求給公共財政帶來難以承受的負擔，損害經濟發展等，都應該成為我們當前社會監管的重點內容。特別是食品藥品安全和環境生態保護，更應該成為我們當前社會監管的重中之重。如果我們不重視這些領域的監管，不儘快改變目前在這些領域監管不力的局面，我國當前日益增多的社會矛盾就難以得到緩解，改革、發展的勢頭就難以繼續，社會轉型的任務就難以完成。從這個意義上，我們可以說，不實現社會監管的轉型，就難以實現整個社會的轉型。社會監管轉型是整個社會轉型的條件之一。當然，整個社會的轉型也必然引發和促進社會監管的轉型。

三、社會監管方式、程序、手段和標準的轉型

（一）監管方式的單向性向互動性轉變、轉換

傳統政府監管方式完全是或基本是單向性的：監管主體向監管對象發號施令，監管對象的義務、責任只是服從。監管主體無須就向監管對象所發所施的號令徵求監管對象的意見，與之討論、協商，乃至討價還價，達成互讓互諒的妥協協定。監管主體對監管對象進行監督檢查，監管對象的義務、責任只是配合、協助。監管主體無須就監督檢查的必要性、範圍、內容、方式、期限等事項聽取監管對象的意見、建議，監管對象無權就這些事項與監管主體討論、協商。監管主體對監管對象採取行政強制，實施行政處罰，無須向監管對象告知強制、處罰的根據和說明理由，聽取申辯，監管對象無權要求監管主體對強制、處罰的合法性、適當性進行說明、解釋，對監管對象的異議、辯解、疑惑予以答覆、闡釋等。

20世紀中期以後，這種傳統的單向性的政府監管方式開始逐步轉變。“對於行政行為這樣單方地確定市民的權利義務的手法，人們提出了各種批評的觀點，……為了使行政行為亦能適合現代行政的需要，人們正不斷改變著其功能，……行政機關在決定作出行政行為之前，經常在行政與私人之間進行意見的交換”。這種同私人進行協商作出的行政行為，在德國稱為“基於協商的行政行為”（*der ausgehandelte*）。例如，根據德國《公害規制法》規定，監管主體通過與具有多個排污設施的企業協商，“如果其擁有的全部設施的排污總量控制在排污規制的數值範圍之內，那麼，可以允許其個別設施的排污量超出規定的數值。……借助這樣的手法，行政機關可以督促

私人先從經濟上易於著手處理的設施開始，改善其排污狀況”。在德國，“行政機關與私人之間進行協商的過程中被作為交易材料的，不僅包括行政行為這樣的個別措施，還包括法規命令這樣的行政立法”。^⑧

在我國，隨著《行政處罰法》、《行政許可法》、《行政強制法》等行政基本法律的制定實施，包括行政監管在內的行政行為方式也開始從單方向向互動性轉化。例如，行政主體向行政相對人發佈行為規則、準則，事先需要徵求行政相對人的意見，與之進行一定的討論、協商。行政主體對行政相對人進行監督檢查，如非特別需要例外，應就監督檢查的必要性、範圍、內容、方式、期限等事項聽取相對人的意見、建議，對於相對人合理的意見、建議，行政主體應當採納。行政主體對行政相對人採取行政強制，實施行政處罰，必須向行政相對人告知強制、處罰的根據和說明理由，聽取其陳述、申辯，相對人有權要求行政主體對強制、處罰的合法性、適當性進行說明、解釋，並可申請行政主體對法定強制、處罰行為舉行聽證，與行政主體進行對質、辯論，相對人提出的異議、申辯及相應證據成立的，行政主體應當採納。^⑨當然，這些例子只是我國整個行政行為方式發展呈現的一個總的趨勢，有些還僅只是法律、法規的規定，尚未完全付諸實踐。在社會監管方面，我國監管主體在行為方式上由單方向向互動性的轉變、轉換還遠沒有完成，一些地方、一些部門現在實施的基本監管模式仍然是傳統的單方命令—服從式的行政模式，這方面的轉型還處在進行時而非完成時，改革、發展的任務還相當艱巨。

2004年，國務院曾發佈《全面推進依法行政實施綱要》，要求“行政機關實施行政管理，除涉及國家秘密和依法受到保護的商業秘密、個人隱私外，應當公開，注意聽取公民、法人和其他組織的意見；要嚴格遵循法定程序，依法保障行政管理相對人、利害關係人的知情權、參與權和救濟權”。根據《綱要》的這一要求，監管機關實施監管，應該與相對人互動，與之討論、協商，以找到既能達致最佳法律效果、又能達致最佳社會效果和經濟效果，且能得到有效實施的監管方案。這種互動式監管對於當前解決環境污染、小產權房、非法集資等處理難度大，處理不好可能引發群體性事件或其他社會問題的事項的監管尤具重要意義。解決這些問題的方案顯然都不是唯一的，如何在眾多方案中找出最佳或較佳方案，必須與行政相對人討論、協商，甚至討價還價。

（二）監管程序的封閉性、保密性向公開性、透明性轉變、轉換

傳統行政以封閉性和保密性為基本特徵，中外皆然。

行政不同於立法和司法，不可能每一事項、每個行為、每道程序都全方位公開。一定事項、一定行為、一定程序在一定時空的保密對於行政是必須的。否則，某些領域（如國防、外交、調查、追究違法犯罪、突發事件應對等）的行政可能無法運作和有效進行，國家安全和社會經濟秩序從而會無法保障。但是，行政的封閉性和保密性，特別是超過必要限度的封閉性和保密性，又是有著極大的弊害的：行政暗箱操作，可能為腐敗、濫權提供機會；行政行為的根據、條件、標準、程序不公開，行政相對人知情權被剝奪，對強大的行政權無以對抗，其合法權益即難以保障；另外，政府信息不公開，公民難以監督政府，政府行為的錯誤、失誤即難以發現和糾正，從而可能導致國家和人民利益的不可挽回的重大損失。

像我們中國這樣一類東方國家，有著“民可使由之，不可使知之”的傳統官治文化，歷史上行政的封閉性和保密性就較西方國家尤甚。即使是在中華人民共和國建立以後，我們的政府仍奉行“保密是原則，是鐵的紀律，公開是例外，是嚴加限制的政策”的理念。1951年，我國就制定了《保密條例》，1988年又制定了《保密法》，但直至2007年，我國才制定《公開條例》，至

今尚未制定《公開法》。⁹

自 20 世紀中期以後，隨著世界民主化、信息化浪潮的興起，許多國家和地區的行政開始從封閉性和保密性向公開性、透明性轉變、轉換。1967 年，美國首先制定了《信息自由法》，之後又於 1976 年制定了《陽光下的政府法》，確定了“公開是原則，保密是例外”的現代行政模式，此後，世界上有七十多個國家和地區仿效，通過立法轉換行政模式：從行政的封閉性和保密性向公開性、透明性轉變、轉換，儘管行政相對於立法和司法，其公開和透明度仍然相對要小些，其封閉和保密度仍然相對要大些，但現代行政向公開透明發展的世界性趨勢已經顯現。

一般認為，在各種行政行為中，監管行為的封閉性、保密性似乎要大於其他行政行為（如行政決策行為、行政規章和行政規範性文件制定行為、行政徵收、徵用行為、行政裁決行為等），監管行為的公開性、透明性的要求似乎要低於其他行政行為。因為監管過程涉及對監管對象的調查，對監管對象違法行為的收集、認定、核實，監管程序和監管過程的公開，可能導致監管對象轉移、隱藏、毀滅證據，或導致監管對象相互串通，製造假證，或威脅、收買證人做假證等。但是，也有學者認為，監管行為的這種封閉性、保密性的需要只存在於監管的某些過程、環節，整個監管行為還是需要公開、透明的。公開性和透明性“是現代民主國家對監管程序的基本要求。與傳統行政機關不同，監管機構承擔模擬競爭市場的職能，監管過程的透明、公開是實現公正、可信監管的前提，所以對監管程序有著更高的透明度要求。OECD¹⁰曾指出，一種富有開放性的監管文化是良好監管的特質，封閉式的政府監管模式往往導致低效與腐敗，而開放和透明能夠保持監管的健康與活力。透明性原則要求監管機構必須公佈所有由監管機構產生、獲得或控制的信息。通過對監管信息的公開，不僅可以保證監管機構的監管行為隨時受到公眾的監督，減少腐敗現象，而且能夠為公眾提供穩定的行為預期，減少監管成本和社會成本”。¹¹

由此可見，公開、透明是現代行政的要求和特質，社會監管程序由封閉性、保密性向公開性、透明性轉變、轉換是監管轉型的必然趨勢。在我國，自《政府信息公開條例》實施以後，社會監管程序的公開透明取得了重大進展，但是一些地方和部門在監管標準、監管過程和監管結果的公開方面還存在很多欠缺，例如，不公開監管標準，就同一事項對不同相對人實施不同的標準；不公開監管過程，通過非法手段（如釣魚執法）調查取證；不公開監管結果，為其監管行為尋租和保護“關係戶”與“特殊監管對象”留下空間和機會。因此，進一步推進社會監管的公開透明仍然是我國監管機制改革的重要任務。

（三）監管手段的偏強制性向偏柔性、偏激勵性轉變、轉換

傳統的監管手段包括審批、許可、調查、檢查、檢驗、鑒定、查封、扣押、扣留、調閱帳冊和記錄、採取即時強制措施、給予行政處罰和其他制裁、實施強制執行等。“這種傳統的確保行政實效性的手段，有直接確保義務履行的行政強制手段和作為間接強制的行政罰手段。但是，最近，拒絕提供電、水（斷電、斷水）等手段或者依據法令課以課徵金、加算金成為了新的義務履行確保手段。另外，雖然沒有相關的一般法的根據，但在大多數情況下，公佈行政義務違反者的名單是為了確保義務履行的目的。行政行為的撤銷、撤回（如撤銷、撤回許可證照）也是傳統瑕疵論的一部分，或者說是與之相關的問題，這些法制也具有行政上的義務履行確保手段的意義。另外，拒絕授益性行政行為（如拒絕許可、拒絕稅收減免申請）也具有相同的意義”。¹²

考察我國和外國行政監管中運用的各種傳統監管手段，¹³其最基本的特徵是強制性。但是，隨著現代社會民主化的發展和人們（包括監管對象）權利意識的普遍提高，加之強制性監管手段

運用過多往往產生許多負面作用，故各種偏柔性的監管手段，如行政指導、行政協商、行政契約、信息披露、經濟工具、自我規制等，應運而生，補充強制性監管手段的不足，或在一定範圍、一定領域替代強制性監管手段。英國有學者提出“邁向‘理性的’社會性規制”的主張：“提倡優先適用目標標準（由企業自行設計能達成規制目標的成本最低的方式）以及其他更優的規制形式，包括自願性的行為守則，自我規制以及經濟工具”。^⑤

所謂“經濟工具”，是指“通過財政激勵而非法律強制來鼓勵某些行為。這種激勵既可以是消極的（行為的作出不受法律的限制，但如果行為人選擇一種法律不鼓勵的方式則需支付一定的費用），也可以是積極的（如果企業選擇法律所鼓勵的方式行為，則將獲得一定的補貼）”。^⑥“經濟工具”主要包括下述三種形式：（一）徵收稅費。“為了糾正外部性產生的資源錯誤配置，徵收的總量應當相當於企業或私人給他人造成的邊際損失。因為由行為人來承擔外部成本，所以，如果該行為發生在競爭性市場中的話，這應當能確保生產和消費的分配效率”；（二）提供補貼。“補貼的作用剛好與稅費相反：向企業或私人支付一定金錢，以減少法律禁止的行為。……如果支付的數額反映了消除外部性的邊際成本時，就能夠保證有效率的配置”；（三）排污權交易。“公共機構根據其對最佳周邊環境質量的觀察，對氣域和水域的排污量設定絕對限度，並且通過拍賣程序來轉讓污染排放總額度，並由出價最高者得。一旦企業獲得了排污額度，這一權利可在企業間相互交易，如此，最終這些排污額度即由最能發揮其價值的企業獲得。因為他們此時達到了減少污染的最高成本，分配效率也將實現。由於成本更低的減污企業，將會發現減少污染比獲得排污權的成本更低。”^⑦

我國目前由於尚處於轉型社會的中期階段，偏強制性的監管手段不可避免地還會使用較多，但偏柔性的監管手段也開始越來越受到重視，許多監管機構開始有意識地在實踐中探索和適用偏柔性的監管手段，^⑧有關法律、法規也越來越多地以立法形式將實踐中適用較廣泛，並證明實際有效的各種偏柔性的、激勵性的監管手段加以規定和推廣。例如，《清潔生產促進法》即規定，政府通過財政稅收政策、產業政策、技術開發和推廣政策，促進清潔生產；通過政府財政安排專項資金，支持技術進步和技術改造項目，並以協定形式促使企業自願削減污染物排放；通過減免增值稅，鼓勵企業利用廢物生產和從廢物中回收原料等。^⑨近年來，我國像《清潔生產促進法》這樣的法律越來越多，國家直接通過立法推進政府監管手段從偏強制性向偏柔性、偏激勵性轉變、轉化。

（四）監管標準的自由裁量性向裁量基準限制性轉變、轉換

監管行政行為像其他行政行為一樣，行政主體享有廣泛的裁量權。在社會監管中，監管主體這種裁量權對於監管的順利、有效實施以及保證實質正義的實現都是必要的和不可缺少的。美國學者戴維斯曾經指出：“為什麼裁量在這麼大的程度上主導著行政正義而沒有規則甚至標準的指引呢？答案有三：（1）許多應當受規則支配或指引的裁量而現在沒有規則；（2）許多裁量正義之所以沒有規則是因為沒有人知道如何制定規則；（3）許多裁量正義之所以沒有規則是因為裁量比可能制定規則更可取，與明確的規則得出的結果相比，個別化的正義往往更優，或被認為更優。”^⑩

對於行政裁量的必要性和合理性，筆者曾經在一篇文章中從四個方面進行過論證：其一，這種必要性和合理性是基於行政管理事務的無限性與法律的有限性的矛盾。行政機關每天要處理大量的有關國家經濟、社會、文化等廣泛的事務，法律不可能事前對這些事項完全加以明確、具體

的規定，不可能事前對之都給出準確界限和確切的行為規範，故需要執法者不斷適應新情況、新變化而決定行為路徑和行為方式。其二，這種必要性和合理性是基於行政管理事務的專業性與立法者的非專業性的矛盾。在現代社會，行政管理所涉事項往往具有很強的專業性和技術性。而作為立法者的議會議員、人民代表，往往缺乏專門知識，甚至是外行，故他們就相應事項立法時，只能規定一般原則，具體細則不得留給對相應行政事項通常具有專門知識、專門經驗和專門技能的行政機關及其工作人員裁量處置。其三，這種必要性和合理性是基於政治、政策需要相對靈活性和法律需要相對穩定性的矛盾。行政與政治、政策密切聯繫。而法治則要求行政必須嚴格依法，不允許違法行政。為協調法治與政治二者的關係，使之不發生衝突，立法者制定法律時自然要給行政留下一定裁量空間，使執法者執法能適當融入政策的考量。其四，這種必要性和合理性是基於形式正義要求公平性與實質正義要求公正性的矛盾。立法只能針對不特定的人而制定，對任何人平等對待，一視同仁。但現實生活是千差萬別的，處在同樣法律關係中的人，實施同樣法律行為的人的情況是千差萬別的，法律不可能針對千差萬別的情況做出千差萬別的規定。對此，立法者不得不基於現實生活的千差萬別，在確定規則時留下彈性空間，賦予執法者以“不同情況，不同對待”的較廣泛的裁量空間，以保證實質正義。^⑥

就社會監管而言，基於上述四項理由，立法者在為監管主體確定監管標準方面，必然為監管主體留下較大的裁量空間。然而，“裁量之運用既可能是仁行，亦可能是暴政，既有正義，亦有非正義，既可能是通情達理，亦可能是任意專斷”。^⑦因此，要保證監管裁量標準的正確適用，以之實現正義，防止監管主體濫用裁量權，任意專斷，以之施暴政，就必須對監管裁量權加以法律控制。在現代社會，人們創設了各種各樣的控制裁量權的方法、途徑。筆者曾經在一篇文章中列舉了六種方法和途徑，^⑧其中之一即是通過制定“裁量基準”控制裁量權。所謂“裁量基準”，是指行政機關專門為規範行政執法裁量制定的具體判斷、裁量標準，通常是對法律、法規原則性、抽象性、彈性條款或裁量幅度過大的條款具體化、細化和量化。裁量基準不是法律，在一般情況下，執法者必須遵循裁量基準，但出現特殊情形，執法者可不遵循，而應在法律賦予的裁量權大範圍內作出行政行為，但執法者對此應在法律文書中說明理由。由此可見，在現代社會，監管標準的裁量空間雖然仍然存在，但它必須受裁量基準對之設定的相應限制。

近年來，我國許多地方和部門的行政監管機關制定了大量的執法裁量基準，如治安管理執法裁量基準、交通執法裁量基準、工商執法裁量基準、食品安全執法裁量基準、環境保護執法裁量基準等，這些執法裁量基準的制定和實施，對於防止行政監管的恣意、濫權，保障監管的準確性和公正性，起了極為重要的作用。

四、社會監管者責任與監管目的的轉型

（一）監管者責任的只對上負責性向主要對公眾、對社會負責性轉變、轉換

傳統監管的一個重要特徵是科層官僚體制：上級領導下級，下級服從上級，監管機關和監管人員與所有其他政府機關和政府工作人員一樣，只對上負責而不對人民代表機關、公眾和社會負責。^⑨監管出現問題（如失職、瀆職等）或因監管出現的問題而引發事故、災難（如食品安全事故、環境污染事故、礦難等），問責主體只是其上級機關，而不是人民代表機關、公眾和社會。上級機關因種種原因，問責的隨意性往往很大。在很多時候，上級機關會袒護相應下級責任機關和責任人員，大事化小，小事化了，或者為掩人耳目，在事件的“風頭”上，對責任者嚴格追責，如

撤職、免職等，待“風頭”一過，就讓責任者官復原職，甚至讓責任者官位不降反升或明降暗升。當然，上級機關及其領導人出於某種原因（如輿論聲浪太高，不嚴格追責會威脅到追責者本身官位，或者追責者早就對相應責任人反感，想找機會給予懲治等），也會嚴懲相應下級責任機關和責任人員，對之嚴格追責。很顯然，這種問責制不僅對問責對象不公平，對非問責對象的其他所有監管者也很難起到真正的警示作用，促使所有監管者都認真積極履責，依法監管，不濫權，不懈怠。

傳統監管負責制和問責制的弊端，隨著人們民主意識和權利意識的提高，越來越為人們所認識。行政監管機關是政府的組成部門，而政府是由人民代表機關產生的，首先應接受人民代表機關的監督，向人民代表機關負責。在國外，政府和政府部門因失職瀆職導致重大事故、災難的發生，往往首先是議會對之問責，通過質詢或聽證查明政府和政府部門及其負責人的責任，然後迫使相應負責人引咎辭職，或啟動罷免、彈劾程序，直接追究政府、政府部門及其負責人的責任。在我國，近年來各級人大，特別是一些地方人大，也逐漸開始運用憲法、組織法和人大代表法規定的詢問權、質詢權和特定問題的調查權，對政府及其監管機關進行監督、問責。當然，目前我國人大和人大代表行使詢問、質詢和特定問題調查權的情況還很少，很不普遍，但是，人大和人大代表作為重要問責主體進行問責的趨勢已經顯現。

對於政府監管失職、瀆職的問責，其問責主體除了人民代表機關和監管機關的上級機關以外，隨著民主化和信息化時代的到來，公民和公民社會越來越多地開始直接監督監管者，成為社會監管主體，監管者在一定程度上要直接向公民和公民社會負責，公民和公民社會開始通過一定的途徑和形式直接或間接對監管者問責。美國行政倫理學教授特里·L·庫珀指出：“公共行政人員作為一種代理人角色，包括了複雜的責任內容，即對多種委託人負責，這些委託人包括組織的上級、政府官員、職業性協會和公民。”^⑥

公民和公民社會直接監督監管者，監管者在一定程度上直接向公民和公民社會負責，公民和公民社會通過一定的途徑和形式對監管者問責的監管責任模式之所以能實際運作，這在很大程度上應歸功於上世紀末開始蓬勃興起的互聯網的作用。無論是在國外，還是我國，正是由於互聯網的神奇功能，傳統監管，乃至整個傳統行政才真正全面開始從只對上負責轉變、轉換成不僅要對上負責，而且要直接對行政相對人，對公民和公民社會負責。正是現代互聯網為行政相對人、公民和公民社會直接參與對監管者及所屬政府的監督提供了強有力的技術支撐。

（二）監管目的的重秩序性向重權利性轉變、轉換

有一首流行歌的歌詞中有這樣一句話：我不知道你是誰，但我知道你是為了誰。傳統監管之所以必須改革，轉換機制，轉換模式，其最重要的癥結在於，監管者沒有搞清楚自己是誰，自己監管是為了誰，為了什麼。或者更準確地說，他們把“監管是為了誰，為了什麼”的答案給搞錯了，把監管的目的、方向、目標、宗旨給界定錯了，對監管定錯了位。傳統監管者將其監管目的界定為主要是維護和保障經濟社會秩序。他們視維護和保障經濟社會秩序為其第一位的追求、第一位的責任，而對監管對象及其他公民的人權保障，對監管對象及其他公民的人格尊嚴的尊重，則被他們視為第二位的追求、第二位的責任。甚至監管對象和所有公民的權利、尊嚴、福祉在他們心目中連第二位的位置都排不上：監管者完全是為監管而監管，為秩序而秩序。

毛澤東曾經說過，“世間一切事物中，人是第一個可寶貴的”。^⑦“我們這個隊伍完全是為著解放人民的，是徹底地為人民的利益工作的”。^⑧毛澤東的這些話無疑是非常正確的，我們的

黨和政府過去在很多時候也是這樣做的。但是我們在執政以後，有一些時候，一些場合，我們卻忘了這些話，不是為了人，不是為了人民利益，不是以人為本，而是為階級鬥爭而階級鬥爭，以階級鬥爭為綱；為 GDP 而 GDP，以 GDP 為中心，為穩定而穩定，以穩定壓倒一切。在進行監管時，我們的監管者不是為人民的利益，為人民的安全、健康而監管，而是單純為追求秩序、穩定而監管，單純為保發展、保增長而監管。為秩序、穩定、發展、增長進行監管，可以不惜犧牲被監管者的人權，可以不惜犧牲法治。誠然，政府公職人員承擔著法律賦予的監管職責，在監管中，努力保障秩序和穩定，保障經濟發展，保障一定時期、一定地區中心任務的完成，是義不容辭的。作為政府監管人員，當然有義務和責任去完成政府和上級主管部門交付給自己的監管任務，維護好社會經濟秩序，保穩定，保發展，保增長。但是，我們同時一定要記住，我們是人民的公僕，維護秩序和穩定，保障經濟發展，保障 GDP 的增長，保障一時一地某種中心任務的完成，其最終目的是為了人，為了實現人的權利、人的尊嚴和人的福祉，而不是為秩序而秩序，為發展而發展。如果秩序、穩定的維護，經濟的發展，GDP 的增長，一時一地某種中心任務的完成與人的權利、人的尊嚴和人的福祉相矛盾、相衝突，則前者必須服從後者。

現代監管與傳統監管的根本區別即在於為誰監管，為什麼監管。所謂“監管轉型”，最關鍵的即應該是監管目的的轉型：使監管模式由過去的只注重秩序維護和保穩定、保發展、保增長的模式向現代民主法治社會要求的既注重秩序維護和保穩定、保發展、保增長，也注重且更注重人權保障和人格尊嚴，以人為本的模式轉變、轉換。目前，在我國監管機制改革的頂層設計及具體實施中，我們已經看到了這種轉變、轉換的趨勢，不過，這一趨勢要得以保持、發展，並形成未來社會監管的全新模式，還需要我們經過長時期艱苦不懈的努力。

前不久，中國共產黨第十八次全國代表大會在北京召開，胡錦濤在十八大報告中指出，要加強和創新社會管理。所謂“社會管理”，當然包括社會監管；所謂“創新”，自然也意味著轉型：社會監管內容和形式、實體和程序、目的和手段、體制和機制的全方位創新，自然構成社會監管機制的轉型。我們完全可以預期，十八大以後，我國社會監管機制的轉型將會加速和進一步深化。毫無疑義，一個既體現世界發展潮流，又體現中國特色的全新的社會監管機制將逐步在中國社會整體轉型的過程中形成，而這個全新的社會監管機制反過來又將推進中國社會整體的進一步轉型。

①筆者認為，中國社會近代以來發生了三次重大轉型：第一次是1840年到1937年，中國因外國列強的入侵，由封閉的封建社會向半封建半殖民地社會轉型；第二次是1949年到1956年，中國因中國共產黨領導人民推翻“三座大山”，由舊民主主義社會向新民主主義社會再向高度集權的計劃經濟的社會主義轉型；第三次是1978年至現在，中國因改革開放，由高度集權的計劃經濟的社會主義向民主法治的市場經濟的社會主義轉型。

②《現代漢語詞典》，北京：商務印書館，2005年第5版，第663頁。

③①②馬英娟：《政府監管機構研究》，北京：北京大學出版社，2007年，第18～20頁；第20、25頁；第258頁。

④⑩周漢華：《政府監管與行政法》，北京：北京大學出版社，2007年，第7～33頁。

⑤周漢華：《政府監管與行政法》，第11頁。關於現代監管與傳統行政管理的區別，周漢華認為，除了制度基礎不同之外，現代監管還有下述五項特色：（一）監管機構的組織、職權由法律確定，未經法律修改，不得隨意變更。監管機構工作人員其負責人享有任職保障，非有法定事由不得免職、調

動、降職、降薪或降低其他待遇。與之相適應，監管機構工作人員則不得從事任何與其任職行為有利害衝突的活動；（二）監管機構依法獨立行使制定規則、執行規則與裁決爭議的權力，不受任何組織與個人的干預；（三）監管機構應遵循法定程序行使權力，實行行政公開與公眾參與的原則；（四）監管機構的活動經費由財政預算或監管收費加以保障，不得被隨意扣減；（五）監管機構的具體行政決定可受司法審查，其監管行為受國家權力機關、行政機關的法定監督和公眾的社會監督，監管行為違法造成損害應承擔賠償責任（第12～13頁）。

⑥我國政府監管包括專門監管機構（如銀監會、證監會、保監會）實施的監管和政府部門（如工商、質監、環保、食品藥品監管部門）實施的監管。我國政府監管機構不完全同於美國的獨立規制（管制）機構（Independent regulatory commission），後者同時行使立法、行政、司法三權，被稱為“第四部門”或“第四種權力”。我國政府監管機構雖有一定的行政立法權和行政司法權，但基本職能是通過檢查、調查、實施行政強制和行政處罰等手段行使行政執法權，其執法—監管遵循的規則主要由立法機關制定，其執法—監管中產生的糾紛主要由人民法院裁決。

⑦研究規制（Regulation）的學者通常都將“規制”分為“經濟性規制”和“社會性規制”兩種：“經濟性規制”主要關注政府在約束企業定價、進入與退出等方面的作用，重點針對具有自然壟斷、信息不對稱等特徵的行業；“社會性規制”是以確保居民生命健康安全、防止公害和保護環境為目的所進行的規制，主要針對與解決經濟活動中發生的“外部性”問題。參閱 [英]安東尼·奧格斯：《規制：法律形式與經濟學理論》，駱梅英譯，北京：中國人民大學出版社，2008年，第5～6頁。

⑧參看 [美]肯尼斯·F·沃倫：《政治體制中的行政法》，王叢虎等譯，北京：中國人民大學出版社，2005年，第30～32頁；[英]卡羅爾·哈洛等：《法律與行政》，楊偉東等譯，北京：商務印書館，2004年，第580～590頁；[法]讓·里韋羅等：《法國行政法》，魯仁譯，北京：商務印書館，2008年，第89～92頁。

⑨參看 [日]室井力主編：《日本現代行政法》，吳微譯，北京：中國政法大學出版社，1995年，第296～297頁。

⑩⑪ [英]卡羅爾·哈洛等：《法律與行政》，第638～640、559頁。

⑫針對我國食品安全方面不斷發生的惡性事件，如毒奶粉、瘦肉精、地溝油等，加強行業協會（如奶粉協會、牲豬養殖屠宰協會、食用油協會）的監管非常重要。因為協會每一個成員企業產品的質量、安全關係到協會全體成員企業產品的市場信用，從而關係到協會全體成員企業的生存。故協會對協會成員的監督和協會成員的相互監督的主動性、積極性要比政府部門及其工作人員的監督主動性、積極性大得多。現在的問題是大多數食品生產和銷售的行業沒有建立協會，少數行業建立了協會則沒有通過有效的機制使之真正發揮作用。

⑬⑭⑮⑯ [英]安東尼·奧格斯：《規制：法律形式與經濟學理論》，第22～23、344～346、248、249～253頁。

⑰⑱ [美]肯尼斯·F·沃倫：《政治體制中的行政法》，第128、131～134頁。

⑲ [日]大橋洋一：《行政法學的結構性變革》，呂豔濱譯，北京：中國人民大學出版社，2008年，第6～14頁。

⑳參見《中華人民共和國行政處罰法》第6、31、32、42條；《中華人民共和國行政許可法》第7、36、46、47條；《中華人民共和國行政強制法》第8、18、36、42、51條。

㉑《保密條例》是指《保守國家機密暫行條例》，《保密法》指《中華人民共和國保守國家秘密法》，《公開條例》指《中華人民共和國政府信息公開條例》。

㉒OECD是“經濟合作與發展組織”（Organisation for Economic Co-operation and Development）的英文縮寫。

㉓ [韓]金東熙：《行政法》，趙峰譯，北京：中國人民大學出版社，2008年，第317頁。

㉔如上述韓國學者介紹的韓國行政監管中運用的各種手段：行政強制、行政罰、斷電、斷水、課徵金、加算金、撤銷、撤回許可證照、拒絕許可、拒絕稅

收減免申請等。

⑳參見馬英娟著《政府監管機構研究》第三章第三節關於“監管形式發展趨勢：從單純的命令控制型監管到經濟激勵型監管的興起”的論述，見該書第170～176頁。

㉑參見《中華人民共和國清潔生產促進法》第四章，第30～34條。

⑳㉒ [美]肯尼斯·卡爾普·戴斯：《裁量正義》，畢洪海譯，北京：商務印書館，2009年，第15、1頁。

㉓參見姜明安：《論行政裁量權及其法律規制》，長沙：《湖南社會科學》，2009年第5期。

㉔筆者提出的控制裁量權的六種方法和途徑分別是：程序控制、立法目的控制、基本原則控制、行政慣例控制、政策控制和裁量基準控制。參見姜明安《論行政裁量權及其法律規制》一文。

㉕周漢華教授在論述行政管理與獨立監管的區別

時，曾提出二者最重要的區別是，前者是建立在下級對上級負責、只服從上級的科層官僚體制的基礎上，而後者是建立在獨立監管、依法監管、監管者只對法律負責的法治治理結構之上（參看周漢華：《政府監管與行政法》，第11頁）。我國傳統的監管制度（甚至現行的監管制度）雖然不完全等於“行政管理”，但並非屬於獨立的監管模式，實際上其基本模式仍屬於一般的“行政管理”模式。

㉖特里·L·庫珀：《行政倫理學——實現行政責任的途徑》（第四版），張秀琴譯，北京：中國人民大學出版社，2001年，第64頁。

㉗《毛澤東選集》，第四卷，北京：人民出版社，1991年，第1512頁。

㉘《毛澤東選集》，第三卷，北京：人民出版社，1991年，第1004頁。

作者簡介：姜明安，教育部人文社會科學重點研究基地——北京大學憲法與行政法研究中心主任，北京大學法學院講席教授、博士生導師、法學院學術委員會委員，北京大學學術委員會社會科學學部委員；兼任中國行政法學研究會副會長、中國警察法學研究會副會長、最高人民法院特邀諮詢員、最高人民檢察院專家諮詢員；曾任國務院行政審批改革專家諮詢組成員、北京市第十三屆人大代表、北京市第十三屆人大教科文衛委員會委員。1982年畢業於北京大學法律學系，畢業後留校任教，先後任助教、講師、副教授、教授。1987年、1990年、1994年、2000年先後赴美國華盛頓大學、英國劍橋大學、澳大利亞悉尼大學、美國加州大學洛杉磯分校訪學或做高級訪問學者。主要研究領域為行政法和行政訴訟法，出版著作60多種，發表學術論文150餘篇。代表性著作有《行政法學》、《行政訴訟法學》、《行政法概論》、《行政法與行政訴訟法》、《行政執法研究》、《行政程序研究》、《法治的求索與吶喊》（三卷本）、《法治思維與新行政法》等。自1992年起享受國務院為有突出貢獻專家頒發的政府津貼；多部著作、論文獲省部級一等獎和二等獎；以其為首的教學團隊獲北京市教學成果一等獎和國家級二等獎。作為行政法專家，曾參與《行政訴訟法》、《國家公務員暫行條例》、《國家賠償法》、《行政處罰法》、《行政覆議條例》、《立法法》、《行政許可法》、《行政強制法》等法律、法規試擬稿的草擬工作和其他多部法律、法規的立法諮詢、論證工作。

[責任編輯 劉澤生]