选 择 性 执 法

戴 治 勇*

内容提要：选择性执法现象是作为执法主体的国家或政府面临情势变化，运用剩余执法权以保证实现其政治、经济及社会目标的结果。选择性执法尽管在转轨时期有其合理性，但弊端已经随着改革的深入而日益凸显，包括对人们预期的扰乱，执法代理人的渎职、腐败，对执法体制进一步改革的阻碍等等。在我国市场经济日渐成熟之际，消除其自我强化带来的不确定性已经迫在眉睫。

关键词：选择性执法　间接执法成本　执法体制

一、引　　言

对于目前转轨时期的法治状况，特别是执法状况，主要有两种解释。与人们通常想当然地认为所有的违法犯罪都应该而且会得到法律的制裁不同，自 Becker 和 Stigler 引入执法成本以后，〔1〕经济学家认识到，在边际报酬递减规律的约束下，百分之百执法要求的执法成本无穷大，远远超过了违法本身所带来的损害而得不偿失。因此，现实中的执法概率必然小于百分之百，只有部分违法者得到了惩罚。Becker 指出，如果执法是随机的，惩罚按照其执法概率的倒数相应提高，那么，对违法者的威慑不会发生变化，执法成本却能减少，最优执法将在减少的损害与增加的执法成本的边际上获得。这是经济学上的最优执法理论。另一种看法是，我国法律还不成熟，成文法不完备，行为仍然无法可依，由此造成执法的困境。

尽管现实中的执法并不完全是标准执法经济理论所指出的边际权衡，但是该理论确实成功地解释了许多执法现象，也指出了法律调节社会秩序的局限。比如，执法收益相对较低的琐碎行为，或者存在第三方不可观察或证实的行为而导致更高的执法成本时，法律难以将其纳入调节范围。前者如很多主要受道德调节的行为，随地吐痰、乱扔垃圾、说脏话等，后者如某些家庭内部纠纷、公司员工渎职等。〔2〕这些都是我国转轨法治进程中已经存在而且也必然会持续面对的问题，即使将来的执法技术提高，执法成本下降，更多的行为可以被纳入法律调节范围，或者更多的违法犯罪可以得到惩罚或威慑，也不能从根本上消除上述现象。不过，我国的执法情况并不完全符合最优执法

---

* 西南财经大学法学院讲师。

笔者感谢西南财经大学“211 工程”建设项目资助。

〔1〕 Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Polit. Econ. 169－217 (1968); Gary Becker & George J. Stigler, *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcement*, 3 J. Leg. Stud. 1－18 (1974); George J. Stigler. *The Optimum Enforcement of Law*, 78 J. Polit. Econ. 526－536 (1970).

〔2〕 参见［美］迪克西特：《法律缺失与经济学：可供选择的经济治理方式》，郑江淮等译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 14 页以下。

理论预言的随机概率，法律大部分时候可能只是处于“闲置”状态，但有时却得到了超乎寻常的严格执行，同一部法律或法条在不同时期执行程度可能出现很大差异。比如，每年年关对食品、交通安全管制法规执行的强化；阜阳奶粉事件后对全国所有奶粉制造商的普查；证券市场执法的忽冷忽热；对盗版、走私、假冒伪劣、煤矿安全、污染治理等等的执法变化也都是非常大的。而且，有时执法的变化甚至不仅仅表现为执法力度或投入的变化，执法方式也可能发生改变，如行政手段介入、齐抓共管等等。因此，尽管用执法成本下执法概率随机来解释我国目前的执法现实，对一般执法问题取得了很大成功，但解释这种不同时期、不同案件执法强度甚至执法方式的巨大变动则仍有很大困难。我们很难说这是由于执法成本变化引起的执法力度调整，因为执法成本在短期内并无大的变动，更不会周期性变化，而且执法成本也不能解释执法方式的改变。至于第二种看法，我国目前面临的执法现实往往不是过去那种无法可依的局面，更多的情况是法律已有明确规定，因此与法律的不完备或者不成熟无关。

本文认为，我国现有的执法模式与最优执法理论所解释的执法模式的根本差别在于，后者要求的实际上是一种被动执法，而我们目前的执法很大程度上是一种主动执法。这种主动往往是根据情势变化而做的临时调整，故其在不同法律或者同一部法律或法条上，更多的表现为非随机性而不是随机性。

为了获得长期合作的收益，人们往往会作出相应的承诺。尽管存在很多获得短期利益的违约机会，但为了维护声誉的价值，这种机会大都被放弃。不过，如果情势变化，使得声誉价值降低，或者机会主义行为的短期利益增加到足够大，违约就发生了。法律的作用无非是增加违约的成本以降低这种机会主义行为。但如果僵化地坚持原有承诺，也可能造成得不偿失，所以法官在实际判案中往往要在两者之间作出权衡。〔3〕对于法律本身的执行而言，尽管也存在这种问题，由于不再存在法律以外的第三方，为了获得灵活性以适应情势变化，不拘泥于事前的承诺（即法律条文）的情况会增多。〔4〕戴治勇和杨晓维把执法者的这种权衡归结于间接执法成本和间接损害，以区别于强调直接执法成本和直接损害的最优执法理论。“直接执法成本指处理违法事件过程中调查取证、逮捕、诉讼和惩罚等活动所导致的成本；直接损害则指包括了损害者利益和受害者损失的净损害。间接执法成本指当法律本身由于不能适应情势的变化而不尽合理、甚至为‘恶法’时，法律的严格实施可能导致社会损失或社会收益的减少，如无效率价格管制引起的社会福利净损失。间接损害则指由于执法懈怠导致人们关于受害概率提高而必须增加的防范投入，以及违法行为所导致的负外部性，特别是由此引发社会、政治的不稳定，造成对经济增长或发展的损害。”〔5〕

最优执法理论强调高昂的直接执法成本导致法律要么只能以一定概率随机执行，要么对某些损害完全无能为力，但这种推理是以司法完全独立，法官坚持法律条文为前提的。如果不是这样，国家出于政治、经济或其他社会目标的考虑，往往不得不关注间接损害，特别是社会、政治的稳定与否。也就是说，执法代理人或法律条文面临的社会成本收益与国家或政府面临的成本收益往往存在分歧，即使法律体现的是国家意志，情势的变化也会使得事前推测的成本收益与事后实际的成本收益发生分歧。因为法律是也只能是从长期的成本收益权衡衍生出来的原则，而政府面临的更多的是具体问题如何有效解决的相机抉择。这种分歧在任何国家都存在，当政府不能或很难影响司法系统的时候，随机性执法将占主导地位，〔6〕而当司法系统受制于政府，政府能够有效影响或干预执法代理人行为的情况下，政府就很可能通过权力影响法律的实施。一方面可以通过执法强度的变化，

〔3〕 参见［美］考特和尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 344 页以下。

〔4〕 独立的司法很大程度上起着第三方的作用。

〔5〕 参见戴治勇、杨晓维：《间接执法成本、间接损害与选择性执法》，《经济研究》2006 年第 9 期。

〔6〕 美国的选择性执法例证可参见 Steven D. Levitt，*Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime*，87 Amer. Econ. Rev. 270－290（1997）。

另一方面，如果常规的执法投入增加不足以有效地减少其不利后果时，通过执法方式的改变，如行政官员的口头干预、领导批示、红头文件等形式，常常能起到更好的效果。而当法律因时势变化不合时宜而无效，或者法律本身违反市场经济规律，执法本身反倒会阻碍经济发展，带来间接执法成本时，放松法律的执行就可能成为更好的选择。因此，解释我国目前看似奇特的执法状况的关键在于已有理论没有注意到的这种成本分歧和执政者影响司法的能力。

我们把国家“根据情势需要什么时候严格执行哪部法律，采取什么执法手段，什么时候放松哪部法律的执行，什么时候严格执行哪个具体的案件，采取什么执法手段，什么时候对哪个案件执行特别对待的视具体情况而定的执法方式（law by law，case by case)”称作选择性执法（selective enforcement of law)。[7]这种选择性执法是国家或者有立法权力并能够对执法实施有效影响的中央政府和地方政府，而不是代理人，根据情势调整执法行为的结果。在监督费用不为零的情况下，作为代理人的执法者寻租也可能造成选择性执法。代理人对于违规行为有执行与否以及惩罚大小的自由裁量权，对那些愿意将惩罚对应的货币价值部分地贿赂代理人的违规者，代理人可以放松法律的执行，而对那些不愿意或者没有适当渠道实施“有效”贿赂的违规者，则执法较严。自由裁量权导致的选择性执法是普遍的，对它的分析基本上可以沿用腐败或渎职的经济学理论，不是本文关注的范围。执法代理人寻租导致的选择性执法往往是独立的各个不同的单独案件，其影响是局部的，与此不同，中央政府和地方政府主动采取的选择性执法则往往以全国或地区范围的、大规模的、自上而下的运动式执法或执法懈怠为特征。我们把国家或政府根据不同情势强化或弱化执行既定法律的权力称作剩余执法权。它特指国家或政府在法律已有明确规定的情况下，对执法方式、执法力度的选择，以区别于因为法律不完备而产生的剩余立法权，同时也与执法代理人在法律不完备时的自由裁量权有本质上的区别。

二、选择性执法的实施

由于民法“民不举，官不究”，诉讼的提起由受害者决定，对于政府而言，执法的灵活性相对难以获得。当然，国家可以直接或间接干预司法，极端地，甚至通过选择案件的接受与否来达到目的。如对虚假信息披露的民事赔偿问题，2001年的“406号通知”认为民事赔偿条件尚不具备，三个月后的“1.15通知”则宣布敞开索赔大门。[8]但法院这种直接的反复无常副作用太大，采用很少。而且，民法主要涉及的是直接损害，选择性执法的必要性也就相对少见。因此，选择性执法更多地表现在公法系统，如果我们把刑法、行政法和管制法规等都包括在公法内的话。公法的诉讼或管制的发起、执行强化、弱化可以由国家控制的检察机关、管制机构来决定，其中尤以管制的松紧变化为最。刑事犯罪的选择性执法只有涉及到影响较大、受害者众多的犯罪集团，或者因为信息传播导致人们对某个特定案件的广泛关注，甚至普遍的担忧或恐慌才可能产生。而一条管制法规的实施由于牵涉到众多主体，更重要的是，管制行为的产生本身不仅来自于一般的准入限制，还来自于被管制行为可能导致巨额损害，损害者财富有限无力赔偿的事实。因此，一旦被管制行为在特定时期可能或已经引起损害，受害者数量通常都比较大，而且一般难以得到足够的补偿，比如产品责任、交通安全事故、民间集资、类似小煤窑安全的高危行业事故等等。由此造成的间接损害就很大，故这类案件的选择性执法也就尤其频繁。

法学家强调法律在形成良好社会秩序中的必要作用，经济学家则更重视“看不见的手”。他们发现许多纠纷解决并不是通过法律途径，重复博弈以及商人团体中间建立起来的声誉，除法律以外

〔7〕 前引〔5〕，戴志勇、杨晓维文。

〔8〕 参见张海波：《中国股市大索赔》，广东经济出版社2002年版，第67页。

的其他第三方实施，如家长、一体化组织、行业协会，甚至犯罪集团等等，往往起了更加重要的作用。[9] 法律途径与非法律途径的根本区别在于，法律途径是非人格化的，而非法律途径则是人格化的。人格化的解决方式需要长期关系的维持，但是改革开放以前的计划经济把人们之间的交易关系简化为自上而下的命令和安排，长期关系在其中不起作用。这也就替代甚至摧毁了除政府主导以外的几乎所有其他纠纷解决机制，特别是那些血缘、地缘关系以外的交易纠纷解决机制。这些机制的长期性质决定了它们不是短时间能够建立起来的。改革开发以后新建立的的正统司法途径的高昂诉讼费用和较低的司法裁决执行比例，又使得处于血缘、地缘关系以外的纠纷各方一般不愿选择法律纠纷解决方式，而对于家族邻里关系以内的纠纷，法律的纠纷解决方式很可能在一定程度上对其长期关系构成伤害。在这种背景下，真正主导人们匿名交易中的行为选择或影响人们预期的，主要是政府主导的各种各样的政策法规，尤其是由各级政府颁布、行政官员实施的各种管制性法规，这些法规的作用通过政府的选择性执法在日常生活中得到体现。因此，一方面是其他纠纷解决机制的失灵甚至缺失，一方面是灵活性的需要，管制性法规相比其他法律在社会、经济生活中起到了更加重要的作用，相应地，其实施对行政部门的要求则强化了它在执法体制中更重要的角色。

传统经济学把管制归结于信息不对称、外部性或一些反竞争行为。Shavell 分析了管制相对于法庭和其他干预方式的相对优势。[10] 我国的经济学家则把目前管制的泛滥视作国家维护行政垄断的工具。[11] 这些理论没有注意到，管制作为一种执法方式相比其他方式具有更加灵活的特征，从而符合对灵活性渴求更大的国家。灵活性的需求来自于环境变动频繁与否。“当状态有限且能够准确预见，即在确定性世界中，契约或法律等制度是完美的，不需要灵活性；当世界变化无端，不确定性极大时，灵活性的重要可能使任何事先的制度约束都成为障碍。现实中大部分情况介于两者之间。一方面是不确定世界，另一方面，很多情形也是可以事先预知，或者至少是有规律可循的，因此是可以在经验中加以总结并制度化的。但这种制度化在事后环境改变较大时又可能遭到挑战，这时制度的制定者和执行者面临两种选择，一种是废除旧制度，建立新制度，一种是选择性执行旧制度，两种选择都是有成本的。当制度改变的成本过高（不仅包括制度废除、重新建立通过的成本，还包括它朝令夕改带来预期混乱的成本，人们对它是否过时的判断需要时间等），选择性执行旧制度就成为次优解。”[12] 我国当前的转型时期是一个制度大变动时期，与市场上其他固有的不确定性一起使许多政策、制度后果、行为决策后果难以预期，由此增加了对灵活性的需要，也就需要更加灵活的执法体制。

如果把国家或政府看作选择性执法的委托人，那么所有具体执法者都是其代理人。代理人在什么约束条件下会服从国家的选择，而不是刻板地遵从既定的法律条文或程序呢？经济学假设所有人都在既定约束下最大化自己的利益，无论是公众想象中“铁面无私”的法官，还是贪污渎职的管制者、行政官员都是如此，因此，解释人的行为变化也就转化为考察其约束条件的变化。法律经济学对法官的行为做了很多研究，大致的结论是法官同样是财富最大化者，会对薪酬变化作出反应。只有当薪酬、任期不因其判案发生变化，声誉、同行的评价对其的非货币效用更加重要时，法官的公正、勤勉才能得到解释。[13] 同样，对于固定薪酬的管制者，其执法相对于被管制者的巨大价值，相对于管制者的零价值，以及高昂的监督费用，有助于解释其渎职、腐败的频繁。如果把执法代理人的行为变化简化为受到来自声誉的非货币收益，来自政府的货币和非货币激励（包括直接的货币激励和间接的晋升制度引起的控制权激励），执法努力给执法代理人带来的负效用三个变量的影响，

〔9〕 Y. Barzel，*A Theory of the State*，Cambridge University Press，2002，p. 34.

〔10〕 Steven Shavell，*The Optimal Structure of Law Enforcement*，36 J. Law & Econ. 255－287（1993）.

〔11〕 参见张维迎：《关于管制和放松管制的系列谈话录》，《21 世纪经济报道》2001 年 4 月 9 日。

〔12〕 前引〔5〕，戴志勇、杨晓维文。

〔13〕 详见［美］波斯纳：《正义/司法的经济学》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 47 页以下。

那么，在其他两个变量不变的情况下，当来自政府的货币和非货币激励变化很大，执法代理人的行为实际上就被高度政治化了。[14] 这在对管制者的激励中表现尤其明显。

在我国，不仅管制者行为受到国家影响，那些本被设计为相对独立的法官同样如此。对他们，来自政府的货币和非货币激励原本应该固定不变，但这却并非目前现实。国内法学界对司法独立讨论很多，但已有的讨论忽视了国家对灵活性的需要，要求法官行为也要在一定程度上受到政府节制，毕竟案件的最终裁决最后大都要经过法院宣判这一程序。我国目前无论法院体制还是法官认命、薪酬、福利等等，无一不受政府掣肘。当然，相对于行政管制官员来说，法院的独立性仍然较大一些。所以，离开灵活性来抽象地讨论司法独立是现有研究的不足。

因此，选择性执法要求对执法代理人的激励更多地来自决定执法方式和执法力度强弱的国家。更详尽的分析还可以把国家分为中央政府和地方政府，中央政府利用政府的这种层级组织为选择性执法服务，而地方政府在中央政府安排的这种层级组织中展开职位晋升的锦标赛博弈。[15] 这种晋升制度激励一方面有利于自上而下的选择性执法的实施，另一方面，在中央政府面临的监督费用不为零的情况下，一票否决制的连带责任则可能使地方政府对许多间接损害较大的案件隐而不报，“内部”处理，而以经济绩效为基础的锦标赛安排，在使地方政府为了各自地方经济增长可能偏袒地方企业的同时，拒绝执行那些带来间接执法成本，阻碍经济增长的法律往往又成为进一步改革创新的源泉。

三、选择性执法的后果

法律经济学把法律视作改变人们行为决策面临的成本收益，从而调整人们预期，将外部性内部化的制度安排。这种看法对法律经济分析的繁荣无疑具有革命性的作用，但是由于忽视了选择性执法的存在，他们只是把执法等同于执法成本约束下的随机性执法。在这种视角下，真正实施违法的是那些违法收益较高或者对执法概率、制裁成本低估的主体，也就是说，个体收益的差异与法律制裁的划一，以及信息费用是违法的根源。信息费用导致制裁的概率性施加实际上给个体带来了一种风险，虽然罚款、惩罚不能求助于第三方保险，但是对于企业而言，把其视作折旧一样的固定支出，即自我保险仍是可能的，不过选择性执法给个体带来的影响则有很大不同。

当然，选择性执法并不是完全不可预期的，其可预期性因选择性执法的不同而不同。比如对不合时宜法律的执法弱化乃至放弃，每年年关对食品安全、交通安全等等的管制，已经形成周期性强化，所有参与主体因此都将相应调低或调高对执法概率、制裁力度的预期，从而违法数量将相应发生波动性调整，尽管违法收益从而违法需求的周期性增加可能起到一定的抵消作用。

而对由于突发事件、政府高层官员的某个讲话或决定引起的执法风暴，则是完全不可预期的。突发事件包括媒体、网络对该事件的曝光，群体性事件，国外的压力，高层官员因政绩或其他原因对某类案件的突然重视等等。前述分析表明，当执法者受到来自政府激励的强烈影响时，执法实际上已经高度政治化了，我国现有的执法代理人完全或部分（对法官而言）处于这种官僚体系之中，因此，高层官员的决定直接影响到金字塔各个层级官员的利益，从而不时掀起某种自上而下的执法风暴。由于这种执法风暴完全不可预期，其引致的损失不但无法进行第三方保险，自我保险也不可能。对于那些以盈利为目的的企业，选择性执法对其强加了除市场风险以外的执法风险。与许多政策朝令夕改带来的风险一样，这往往带来众多企业，特别是那些抗风险能力较弱的中小企业的意外

〔14〕 Edward Glaseser & Anderi Shleifer, *Coase Versus the Coasians*, 116 Quart. J. Econ. 853－899 (2001).

〔15〕 参见周黎安：《晋升博弈中政府官员的激励与合作——兼论我国地方保护主义和重复建设问题长期存在的原因》，《经济研究》2004年第6期；《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》，《经济研究》2007年第7期。

破产。执法风险与其他风险最大的不同在于它并不仅仅表现为罚款或货币的损失，还可能表现为其运营资格的直接取缔，而这是任何企业，无论其抗风险能力如何，都无法抵御的。〔16〕

由于法律法规众多，几乎所有主体都随时处于这种选择性执法的笼罩之下，对那些于社会有害的违法行为，如走私贩毒的犯罪集团而言，这可能形成随机性执法威慑以外的又一股威慑力量；但对那些以盈利为目的的企业，由于这种风险时刻危及其生存空间，势必严重削弱它们事前的投资激励。〔17〕

改革开放以来的许多制度创新都是从“违法”开始的，但是这些创新者，或者说制度企业家们的命运却各个不同。特定时期的政策调整，使有的人被定罪判刑进了监狱，有的人却利用先动优势成为戴着无数光环的改革先锋，而大部分人因为遵纪守法失去了致富的好机会。而且这种差异不仅仅表现在单个制度企业家身上，地方政府之间的竞争同样如此。沿海省市利用法律漏洞，或者对各种“违法”现象放任不管，内地政府则坚决执行中央政府的决策，结果却是当这种创新得到承认时，沿海省市已经占得先机。这种巨大的落差在使得人们心理不平衡的同时，也开始怀疑整个法律制度的公信力。这种怀疑最后往往演变为寻租竞争。对于那些改革先锋，选择性执法甚至成为一种可兹利用的有效的排他性手段。地方政府官员在这种执法中并不一定被认为是懈怠而遭惩罚，却可能因为这种“袒护”而在晋升博弈中获胜。

选择性执法不仅影响到当事人的决策，而且对执法代理人本身的行为，对执法制度的改革也有重大影响。对于执法代理人，由于其面临的制度约束要求他对政府激励作出反应，这种对上级激励的依赖会削弱其珍视个人声誉的非货币收益，从而减少他对声誉的投资。而且在这种自上而下的执法风暴中，由于信息费用的原因，上级并不了解各地实际的违法情况，因此，上级对执法效果的考察更可能不是以各地实际的守法状态或秩序作为考核标准，而是以执法者具体处理了多少案件为标准。也就是说，在执法风暴中，办案数量更可能成为层层考核指标。面对这种指标压力的具体执法官员，在相对于办案指标，违法违规者来源充足的情况下，具体受罚的不仅可能是那些更容易暴露或执法成本低的个体，而且考虑到执法者与被执法者之间的串谋，受罚的更可能是那些没有与执法者建立长期“互惠”关系的主体。另外，执法风暴也可能给执法者索贿增加了筹码。而相对于办案指标，在执法成本约束，可罚主体较少的情况下，也就是说，治安环境较好的地区，执法者甚至可能直接圈定（framing）某些个体或企业作为“替罪羊”。毕竟，在众多的法律法规面前，所有的个体如果没有违反这个法规，也可能违反了其他法律，这种执法必将扭曲掀起执法风暴者的运动式执法初衷，也使得企业将过多的精力投资在与执法代理人的关系的维持上。〔18〕

最后，与一般性的管制一样，选择性执法让人们怀疑法律公信力的同时，也带来作为消费者的普通百姓对政府干预的依赖，企业声誉投资收益的减少，这又必将削弱市场上声誉机制的正常发挥。进一步说，选择性执法这种权宜之策的直接而方便的后果是可见的，间接且影响深远的后果却是未知的。

四、选择性执法的转变

选择性执法是由于国家试图获得灵活性引起，灵活性的重要性决定于环境变化的频繁与否，是

〔16〕 详见吴晓波：《激荡三十年》上卷，中信出版社，浙江人民出版社 2007 年版。其中对 20 世纪 80 年代几次宏观调控中，政府运用选择性执法造成民营企业和民营企业家沉浮的描述，如年广久、柳市八大王等等。

〔17〕 特别是在改革开放初期，在当时的法律制度背景下，其收入来源即使不是官方禁止的黑市，也可能处于灰色领域。这种涉嫌违法带来的不稳定预期导致很多人选择将资金移转国外，从而造成大量资本流失。

〔18〕 现实中“法罪错位”的现象非常普遍。“三十年企业史，企业家落马无数，而喊冤申屈之声不绝于耳，一些被定罪的企业家往往犯事于东，而获罪于西，这就是非常隐秘的‘法罪错位’现象。”参见前引〔16〕，吴晓波书，第 66 页。

否可预期。目前的改革在我国历史上是前所未有的，在这种复杂多变的转轨时期，任何一项经济改革的后果都是无法完全预料的，这就增加了对灵活性的需要，一开始就像法治国家那样严格按照法律来调整社会秩序会面临巨大困难。从这个角度讲，选择性执法将在转轨时期的中国长期存在。

但另一方面，选择性执法的最佳实施，要求仁慈的、无所不知的执法者在变动不居的环境中对执法成本收益进行权衡。这在现实中是无法满足的，这种假设自布坎南和塔洛克以后也不断受到挑战和批判。〔19〕现实中的执法者都是在约束条件下最大化自己的利益，有限的在位期往往使得执法者更偏向于短期的利益权衡。在监督费用不为零的情况下，选择性执法的结果还可能大大偏离其执法的最初目的。而且，对选择性执法的依赖将不断强化并扩大政府权力，甚至执法者的个人权威，它又反过来方便并加剧选择性执法，这必将阻碍正在努力完善的法治进程。

尽管我们可以说灵活性是转轨时期的必然要求，但环境在不断变化，灵活性的需求也在不断变化。转轨初期，计划经济体制开始失灵、解体，新的资源配置制度尚未建立，这时灵活性需求最大，选择性执法也就最为突出。尽管我们现在仍然“摸着石头过河”，但是改革的目标、前景已经越来越清楚，建设市场经济、法治社会已经成为共识，相应的配套制度也在逐步完善，这时，灵活性需求实际上在不断下降，选择性执法也就在相应减少。用经济学的术语来讲，承诺和灵活性都是可欲的经济物品（goods），假设存在着一簇承诺和灵活性之间权衡的无差异曲线。改革开放初期，坚守承诺的代价或价格（即有效承诺的成本减去收益）较高，灵活性的价格较低，所以，最优的选择是更少的有效承诺，更多的灵活性。而改革的过程同时也是二者相对价格改变的过程，有效承诺的价格越来越低，或者收益越来越高，而灵活地选择性执法的收益越来越低，带来的成本却越来越高。因此，最优的结果就应该是更多、更有效的承诺，更少的灵活性或选择性执法。

既然环境所引起改革后果不可预期的可能性已经下降，消除那些没有经济合理性的各种管制法规，削弱相应管制部门的权力，就是必然的趋势。同时，现在法院的作用和法院以外其他第三方的作用都没有得到很好的发挥，很大程度上也是这种缺位造成人们对政府管制甚至权力的依赖，只要发生了任何重大事故或损害，政府的责任往往成为关注的焦点。在这种背景下，政府就很难着重于对法律原则的尊重，长期利益的权衡，而不得不把精力放在具体纠纷案件的解决上。因此，为了避免这种状况，必须同时让纠纷解决的各种途径都得到很好发挥。需要注意的是，它们的作用在各自的优势内是互补的，在一定区间上又是可以替代的，一方的强势可能部分取代另一方有效作用的发挥。〔20〕

由于良好的法律制度运行构成人们对其行为后果相对准确的预期，从而也是环境相对稳定的必要条件，如果选择性执法扰乱了人们预期，它本身就会成为不稳定的一个根源，这反过来又强化了对灵活性、选择性执法的需求。这种自我强化必须在进一步的法治改革进程中加以消除。不仅如此，选择性执法甚至还可能存在另一种自我强化。在预算有限的约束下，当政府放弃在各种案件的边际投入原则而将更多的资源投入到某一类案件，从而导致这类案件得到暂时的突然下降时，其他违法案件由于办案投入减少又会不正常的增加，也就更可能带来下一轮的选择性执法需求。

因此，在市场经济建立相对比较完善的时期，应该逐渐减少、杜绝选择性执法，因为这时灵活性的需要已经不是来自于改革造成后果的可能多变，而更多的是由于选择性执法自我强化本身造成。如果一定的灵活性是必要的，承诺和灵活性又同时都是可欲的，那么，将其制度化可能是一种

〔19〕 参见［美］布坎南和塔洛克：《同意的计算——立宪民主的逻辑基础》，陈光金译，中国社会科学出版社2000年版，第17页以下。

〔20〕 详见［美］埃里特森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，中国政法大学出版社2003年版，第149页以下。他将社会控制体系分为由个人伦理第一方自我控制，由合约受诺者执行的第二方控制，以及包括非科层化的社会力量，社会组织（非政府的科层制）和政府（国家的科层制）的第三方控制五种。这五种控制体系优势互补，有所分工而又相互交叉混合。

比选择性执法更好的选择。比如在可能的情况下，法律中明确规定需要灵活处理的条件，并严加限制，将比在具体执法过程中灵活处理对形成人们的稳定预期更好。Haubrich 和 Ritter 曾考察过汇率制度。稳定的名义汇率承诺政策有利于国际贸易、投资的扩大，但是当生产率增长差异或其他一些类似原因要求对本币进行贬值时，坚守这种承诺就不得不放弃通过改变名义汇率的较为简单的机制，而采取国内通货紧缩政策，带来失业和产出损失的巨大代价。如果事前颁布相应规则，有时利用无条件规则，有时保持灵活性，并界定相机选择的临界值，将可以把承诺和灵活性的优点结合起来。[21]

五、结　　语

在国家拥有立法权，同时对执法又能够实施有效影响的背景下，国家总是有激励对不同情况做出相机抉择。当法律成为一种约束显得僵化时，国家就有积极性去超越它。这主要表现为国家利用剩余执法权，通过执法投入和执法方式的变化进行选择性执法，以获得更大的灵活性。本文认为它是解释中国目前普遍存在的选择性执法，以行政政策替代法庭裁决、严打式的周期性、运动式执法等多种“怪”现象的基础。在现有的制度背景下，选择性执法在这里被解释为国家有意为之，而不仅仅是由于直接执法成本过高或立法的低质量，更不是执法代理人的腐败、渎职或自由裁量造成的。这种执法方式需要国家能够有效制约、影响执法代理人为前提，由此形成了目前这种严重依赖行政管制部门的执法体系。不仅如此，即使是法院系统的设置，法官任命、薪酬福利也都受到不同程度的影响。也就是说，目前的执法体制很可能是为国家灵活性需要服务的。

尽管从短期看，从转轨时期来讲，选择性执法有其相对的优势，但它的不利后果也已经显露出来，比如执法体制的偏倚对法治进程的阻碍、人们预期的混乱，以及执法代理人的腐败、渎职等等。尽管我们无法消除转轨时期制度、文化、意识形态的大变动带来的对灵活性从而对选择性执法的需求，但是相比改革初期的 20 世纪 80 年代，目前这种变动已经不是那么剧烈了。比如建立和完善市场经济，建设法治政府都已经成为国家长远的政策目标，市场机制这只“看不见的手”也在发挥越来越大的作用，对各种不确定的干扰已经开始具备越来越大的调节能力。因此，选择性执法的必要性越来越弱，相反，造成其持续的根源更多的开始来自于其本身的自我强化，这是我们建设法治进程所必须消除的。

〔21〕 Joseph G. Haubrich & Joseph A. Ritter，*Commitment As Irreversible Investment*，Federal Reserve Bank of St. Louis，Working Paper No. 95－104，March 1995. 这种讨论与合同中对再谈判条件的限制规定是一样的。