

· 制度与经济 ·

自由裁量权的经济学分析^{*}

闭明雄 杨春学

内容提要:交易费用与设计者利益的存在使自由裁量权成为制度体系的不可避免又非常重要的组成部分。自由裁量权赋予了制度执行者处置资源的合法权限,权限大小在经济学意义上可以通过向资源购买者索价的幅度来衡量。自由裁量权具有造福或损害的能力因而可能被贴上价格的标签买卖,对自由裁量权的交易就是购买者向制度代理人支付额外补偿换取“合法的优待”或避免“合法的伤害”的过程。自由裁量权的交易与经济绩效之间的关系是复杂的,在特定的条件下会促进经济的增长。但是,自由裁量权的交易会削弱正式制度的权威,危害社会公平正义。

关键词:制度 自由裁量权 交易费用 额外补偿

交易费用是新制度经济学的核心概念,正是因为交易费用的存在才使制度的缜密性成为制度设计的一个重要主题。制度设计和实施的成本导致制度不可能无限细化,进而出现大量的制度空白地带,这些制度的空白地带留给制度执行人自由裁量的权力,它构成了制度的自由裁量权。实际上明确的正式制度仅是社会秩序的一小部分,正如诺思(1990)所指,“在当代西方世界,我们认为:是正式的法律与产权为生活和经济提供了秩序。然而正式规则,即便是在那些最发达的经济中,也只是型塑选择的约束的很小一部分(尽管非常重要)”。自由裁量权的运用是制度实施的重要环节,它既是法律制度转换为事实行动的过程,又是使这个社会充满人文关怀的重要原因。现代法治社会的建设既需要重视法律的完备程度,也离不开制度执行者在给定的法律规则基础上对法治向量所作的回应。

一、关于自由裁量权的研究

早在古希腊时代人们就认识到自由裁量权的重要性,柏拉图及亚里士多德分别对自由裁量权做过论述(梅登海默,1962)。中国古代孟子也有“徒法不能以自行”的论述。进入近现代以来,随着社会规则的复杂化及专业知识的重要性日益显现,在法律制度的层层约束下人们是怎样行动的,自然就成为社会学家、心理学家、政治学家以及法学家所关心的问题。对自由裁量权的研究,是从分析自由裁量权中人们的决策行为入手的。社会心理学家通过剖析行为人的内心世界,描述、解释、预测人们在特定规则约束下的行动,关注行动主体如何将外在的规则约束与内心认知结构相结合的过程。社会心理学与法学都关注司法领域的自由裁量权,心理学家更倾向于法官在决策过程中的心路历程,而法学家关注的是法律正义的实现问题。实际上,法学理论中的诸多命题都是围绕着规则与自由裁量权二者之间的关系展开的,法治实践中的诸多难题也都与二者的关系定位密切相关。从西方法制史和法律思想史上看,规则与自由裁量权之间的关系经历了绝对自由裁量、严格规则主义和相对自由裁量三个时期。自由裁量权一度被认为是促进法律个性化实施的理想手段,法官的人性化裁

^{*} 闭明雄,宁波大学商学院,邮政编码:315211,电子邮箱:bimingxiong@126.com;杨春学,首都经济贸易大学经济学院,电子邮箱:yxcx16m@aliyun.com。本文受国家社科基金项目“潜规则的经济分析研究”(15CJL006)资助。感谢匿名审稿专家的修改意见,文责自负。

量能减轻和软化法律的严酷性。Davis(1969)的《自由裁量的正义》(Discretionary Justice)一书出版后人们才逐渐关注自由裁量权在实践中被扭曲并引发的非正义问题(Hawkins,1992)。Davis(1969)认为,自由裁量权会导致专横和反复无常的执法,是非正义产生的主要原因,其主张用精密的规则限制自由裁量的权力。自由裁量权是社会法律不可避免地存在,因此,自由裁量与严格规则的关系仍然是法理学研究的基本问题。社会学的研究将目光转向更广泛的领域(特别关注行政官员的自由裁量权),分析自由裁量权下人们行动所受到的各类有形和无形约束,认为程序、先例、事务的重复性、决策网络、道德等非正式约束在决策中同样起作用,因此,所谓的自由裁量的权力实际上是非常有限的。Dworkin(1977)根据所受约束的强弱划分了三个层次的自由裁量权,Goodin(1986)在此基础上将法律、规则明确赋予的自由裁量权称为“正式的”自由裁量权,由语言、道德、规范等所约束的称为“非正式”自由裁量权。Lempert & Sanders(1986)更进一步,认为自由裁量权并不是决策者选择的自由,而是在行动过程中受到法律以外的因素影响的自由。因此,法社会学作为一门法学与社会学交叉的学科,研究者有理由担忧由于多种约束的存在导致的书面法律的价值和规则与执法者实践不一致的“差距”问题(the “gap” problem)。如何确保法律的意图及其背后所代表的正义得到贯彻实施始终是法社会学研究的一条主线。

在经济学领域,早期关于自由裁量权的研究与其说是经济学家将自由裁量权作为一个研究对象进行分析,不如说是研究者运用经济学的方法解释人们在自由裁量权中的行为。这些研究从属于法学、社会学、心理学等领域,是经济学帝国主义扩张的一个表现。理性选择是经济学分析的假设前提,最初对自由裁量权的研究是以完全理性为假设前提开始的,个人被假定为拥有完全信息并且是公平公正的决策者,每一种决策对应着不同的结果,人们的决策转化为对已知目标下的最优方法选择的技术问题,这种假定基本排除了自由裁量权被扭曲实施的可能。直到西蒙的《管理行为》(Administrative Behavior,1947)一书出版,有限理性才被纳入分析框架,自由裁量权下的决策被定义为在特定事例中人们运用有限的信息和能力最大程度实现目标的选择过程,但是对于所假定存在的目标以及手段与目标之间的对应关系一直备受争议。人们开始关注自由裁量权的实施与目标脱节的问题,这伴随着将自由裁量权视为一个研究对象。其实经济学家们早就注意到了管理(可以视为自由裁量权的内容)在经济增长中的作用,熊彼特更是直接地将创新的概念扩展到了管理和组织上。真正确切地将自由裁量权作为研究对象并将自由裁量权进行经济学模型化的,是新制度经济学的代表人物威廉姆森(Williamson)。Williamson(1965)指出,在不完全竞争的市场里,企业管理者的目标是自身的效用最大化而不是企业利润最大化。管理者的效用包括薪水、职务消费、工作安全、权力、社会地位、支配权、声望、专业才能等,其表达式为: $U=U(S, M, I_D)$ 。其中, U 为管理者的效用函数, S 是薪水收入, M 是与管理相关的津贴和职务消费, I_D 是自由裁量的投资(discretionary investment)。自由裁量权有助于增进管理者的自尊和自豪感,从而有助于促进其提升管理水平。管理者总是试图增大自己的自由裁量权以增进其“自由裁量的利润” Π_D (discretionary profits): $\Pi_D = \Pi - \Pi_0 - T$ 。在这里,自由裁量的利润 Π_D 是实际利润 Π (全部收入 R 减生产成本 C 减薪水 S 之差)扣除企业最低必要利润 Π_0 和税收 T 之后的用于满足管理者效用的那一部分利润,它包括与管理相关的津贴、职务消费以及自由裁量的投入,即 $\Pi_D = I_D + M$ 。

威廉姆森的研究为企业管理提供了一个强大的理论支点,围绕微观企业管理,经济学领域涌现了一大批关于自由裁量权的研究文献。这些文献主要从两个视角探讨自由裁量权。一是将自由裁量权视为管理控制的核心,研究如何提升自由裁量权的运用效率。如Olsen & Torsvik(2000)研究了工人的自由裁量权和激励之间的关系,指出如果能够有效发现工人的懈怠,那么一定的自由裁量权对工人的工作起到激励的作用。二是从股东对公司的控制的视角,重点是关注如何促进自由裁量权的运用与股东利益的一致,这些研究包括Kydland & Prescott(1977),Barro & Gordon(1983)和Barro(1986)等。不同的视角得出的结论和政策主张不同,自由裁量权面临着两难的困境:既必要又存在问题(West,1984)。如何寻找到最优的自由裁量权成为经济学关心的另一个问题。Andersen

(1988)构建了一个确定性模型(deterministic models),指出在公共决策方面是规则还是自由裁量,取决于与规则下的灵活性丧失相关的时间不一致成本。Hiriart & Martimort(2012)研究政府的风险代理机构在风险控制上的最优自由裁量权,指出最优裁量取决于这些代理机构是否具备应用自身专业知识应对潜在危害的能力,当这些机构能胜任时应赋予其充分的自由裁量权,否则反之。经济学领域还有一批文献是从国家层面的角度研究自由裁量权与经济增长之间的关系。20世纪80年代后,一批原社会主义国家经历了由计划经济向市场经济转变的过渡时期,这为制度经济学家研究自由裁量权与经济增长的关系提供了鲜明又现实的案例。如Chilosi(1993)通过对东欧和东德经济转型时期劳动力市场和私有化进程的研究,指出为了避免指令经济的缺陷,应通过减小自由裁量权,以普遍的规则取代逐案干预来追求转型的目标。Ponomareva(2013)认为,经济在转型初期环境的不确定性突出了自由裁量权的重要性,但在转型后期应诉诸正式的控制机制。

综上所述,前人从不同的角度探讨广泛存在于社会各个领域的自由裁量权,对于我们理解自由裁量权与规则之间的关系以及自由裁量权与经济的关系提供了很大的帮助。然而,这些研究主要还是集中于对自由裁量权实施中人们行为及其影响的分析,对于自由裁量权本身的生成、性质及其形式等少有研究。将自由裁量权作为一个研究对象实际上仍然有相当多的问题亟待探讨。比如,在规则的框架内应如何表述自由裁量权,自由裁量权仅仅是由于制度设计中技术性难题而导致的一种无奈存在吗?特别是,既然自由裁量权作为制度执行者增进组织效率的必要工具,那么其必然成为制度执行人试图扩大的一种资源,也必然被制度所影响的人们所觊觎,当这种资源被贴上价格的标签时,其对个人、组织以及社会产生何种影响呢?解答这些问题,是本文的主要工作。

二、自由裁量权的生成

交易费用是新制度经济学的核心概念。交易费用的内涵自其诞生以来就处在不断地深化和扩展中,科斯(1937)将交易费用界定为利用价格机制的成本,威廉姆森(1979)将交易费用细化为与交易相关的事先的交易费用和事后的交易费用,其中度量、界定和保护产权的支出被纳入事前交易费用之中。张五常(1969)认为市场和公司是两种不同的合约,公司取代市场只是一种合约替代另一种合约,选择哪种合约取决于合约的成本。在此基础上,张五常将交易费用拓展到人际关系的一切费用,主张用“制度费用”(institution costs)来取代交易费用,认为交易费用是一系列制度费用,其中包括信息费用、谈判费用、起草和实施合约的费用、界定和实施产权的费用、监督管理的费用和改变制度安排的费用。交易费用转换为制度费用,对自由裁量权提供了理论解释。

人际关系的复杂性使人们在行动上存在诸多不确定性,减少不确定性的方法,可以依靠制度(这里主要是指正式制度)的干预,也可以依靠道德协调,当然也可能会诉诸武力。现代社会人口众多,经济社会事务复杂,技术、知识与环境变化迅速,制度常常成为协调人际关系的首选。人们选择制度这种合约而不是道德、武力,是基于对这些合约的成本权衡的结果,换言之是“制度费用”比较的结果。对这些“制度费用”的考察可通过比较两方面的因素得出。一方面,人们在特定制度框架内行动的不确定性的减除。制度作为指导人类行动的航标和协调人类行动的工具,能够降低基于行动的不确定性。另一方面,制度在降低行动不确定性的同时,也在增加“制度费用”,即制度设计和实施的成本。现实中许多制度的制定费用、实施费用、监督费用高昂到让人望而却步,随着制度层级的细化,制度的设计和执行成本也随之提高。自由裁量权的存在,正是这两类交易费用相互作用的结果。

制度有层次之分:威廉姆森(2000)将制度划分为嵌入(非正式制度、风俗习惯、宗教、传统)、制度环境(产权、司法、体制)、制度安排(交易的契约安排及治理结构)、资源配置及激励结构;奥斯特罗姆(1990)将规则的层次分为宪法的规则、集体选择的规则 and 操作的规则,每一层次的规则都受制于上一层次规则并在上一层次的规则指导下对下一层次规则进行指导,每一层次规则的变更,是在更高层次上的一套“固定”规则中发生的。理论上,制度越是细化,制度所规范的人们行为的不确定性就

越小。当制度细化到人们日常生活的每一方面时,人们的行为都像机械操作一样有章可循,不会发生犹豫、猜疑、争吵和诉讼,机械流水线式的行为大大降低了以人际关系为特征的交易成本。但是,随着规则的细化,制度设计和实施的成本也随之增大。对此,我们用图1予以说明。在图1中, TC_1 表示基于行动不确定性的交易成本, TC_2 表示制度设计和实施的交易成本, TC 表示总成本,是 TC_1 和 TC_2 的加总。由图1不难看出,随着规则的细化,基于行动不确定性的交易成本单调下降,但是制度的执行成本单调上升,总成本曲线则是先下降后上升。最佳的规则安排,既不是费用 TC_1 的最低点,也不是 TC_2 的最低点,而是二者叠加的最低点,即存在最优的制度安排使 TC 达到最小的点。根据总成本最小原则,制度不是无限细化的,而是留给制度执行人一定的自由裁量权,这为制度代理人才智的展示提供了空间,同时也为代理人的利益寻求提供了可能。正如霍布斯(1651)所说:“我们可以看到,世界上没有一个国家能订出足够的法规来规定人们的一切言论和行为,这种事情是不可能办到的;这样就必然会得出一个结论:在法律未加规定的一切行为中,人们有自由去做自己的理性认为最有利于自己的事情”。

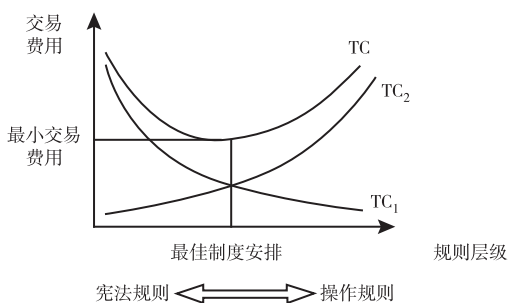


图1 交易费用与明规则层级的关系

随着认识的深化、技术的提高和信息趋于完备,正式制度细化的费用是下降的,制度的执行成本、监督成本等费用也呈下降的趋势。随着交易费用的下降,正式制度进一步细化到操作层面,填补制度的漏洞是可行的。然而,环境的多变性、人类行为的不确定性以及现代经济行为的复杂性,使更低层次规则的制定总是花费大量的成本,正式规则越是细化,其执行成本和监督成本将呈直线上升的趋势,因此,在预期成本—收益权衡之后,结果是经济生活中存在着大量的“法律空白”“产权空白”“规则空白”。正如哈特(1961)所言,试图不给官员留下特殊情况下的自由裁量权的一般标准而让他们清晰地、具有预见性地排解社会矛盾,这是人类也是立法所不能摆脱的困境。

交易费用的存在是自由裁量权产生的主要原因,但是除了交易成本的因素外,制度设计者的利益所在也可能导致“设计性的缺陷”。在制度设计中,最理想的状态是制定者的利益超然于制度,即利益中立。正如卢梭(1762)在《社会契约论》中指出,为了发现最好的规则,“就需要有一个能通达人类的种种感情而自己又不受任何一种感情影响的最高的智慧。它虽与我们的天性没有任何关系,但它又深深了解我们的天性;它的幸福与我们无关,但它又十分关心我们的幸福……主管法律的人也不应当去管人,否则,他的法律就会受他的感情的影响,因而就不可避免地将使他个人的观点败坏他的事业的神圣性”。然而基本上不存在利益超然于规则的人,而且现实状况往往是共同体中具有深切利害关系的少部分人垄断着规则制定的大权,规则的执行者同时又是规则的制定者,或者规则的执行者总是规则制定的重要力量,他们左右着规则的制定,赋予其自身自由裁量的权力是其追求的一个目标。正如诺思(1990)所说:“如果说经济体系能通过创立相对有效率的制度来获致交易收益,那也只是因为在某些特定环境中,拥有改变制度之谈判力量的人为了达到其私人目的,而生成或演化出来的一些具有社会效率的制度结果”。规则制定者的自私使制度总是朝着有利于其利益的方向行进,制度的执行者总是试图给予自己足够大的自由裁量权,他们通过对规则制定的介入来实现愿望,他们的愿望一旦实现,在执行制度时就拥有极大的自主权。

制度的这种“设计性的缺陷”导致众多的集体事务缺乏硬性的正式规定,完全凭着制度执行人(权力代理人)自身的价值观、利益、爱好来处理,这些正式规则的空白地带为非道德非正义行为提供了空间。

三、自由裁量权的经济形式

制度的约束作用,体现在“禁止”“要求”“允许”三方面(奥斯特罗姆,1990;诺思,1990),据此,制度是一种人类相互交往的框架。制度存在着设计、执行、监督三个大的职能,每个大职能下面又可以细分为若干个小职能。如一项法律的出台背后总是凝聚了无数人的心血,每一项制度的实施总是需要成千上万人的协同。位于制度不同据点的人拥有不同的权利和谈判能力。在各个职能中,实施环节直接决定着制度的有效性,制度的执行人是制度的代理人,是制度从典章形式转化为实效的中介。制度执行者的职责就是甄别各种具体情势进而选择不同的规则实施方案,因此制度的实施者实际上掌握着是非判断的权力。制度是人类社会为资源、权力、机会及利益分配而形成的各种规则总和,因此制度的执行者实际上是资源、权力、机会、利益(以下统称资源)的直接控制者,其控制力表现在“禁止”“要求”“允许”上。控制力的大小取决于制度赋予执行者的自由裁量权的大小,控制力的大小用经济学的术语来表达就是定价权。自由裁量权越大,制度代理人对资源的控制力度就越强,即其对资源的定价权就越大。

以“禁止”“要求”为特征的制度世界里,资源、权力、机会等并不能由公开的市场来决定,以强制力为后盾的制度实际上是对市场的替代。制度代理人所拥有的自由裁量权在经济形式上表现为对资源价格的决定权。制度代理人作为资源控制者在自由裁量权范围内能够决定资源的配置与价格,充当着资源的供给方。资源被制度代理人控制(或垄断),制度代理人有动机而且有能力从自身利益出发设定资源的价格(这里所指的价格是广义的价格,即其不仅限于货币价格,还包括非货币化的以时间、空间、质量、身高、学历等为标准的资格、条件)。制度代理人对资源的索价是制度自由裁量权和代理人道德观念的函数,即: $P=f(D_i, M)$ 。其中, D_i 为正式制度的自由裁量权, M 为制度代理人的道德观念。

制度代理人对资源索价幅度的大小取决于其自由裁量权的大小。自由裁量权越大,其索价的幅度可能就越大;裁量权越小,索价的幅度就越小。在自由裁量权范围内对资源的价格设定又受制度代理人的道德观念及情感等因素的影响,唯利是图的资源控制者会根据其需要大幅度地调整其索价,捍卫正义的资源控制者在自由裁量权增大的时候也极少坐地起价,而是一直秉持公意,以公众所期待的价格供给资源。这里的公众期待,是公众根据公正原则对具体事例在法律和规章中的结果所做出的“应是怎样”的判断。在法律和道德原则指导下,公众对具体事例的结果是可以预测的,它构成了人们对法律和制度的稳定预期。这一“公意价格”凝聚着主流道德价值和正义精神。图2展示了在相同自由裁量权下不同的制度执行人的索价范围。其中,图a展示当制度代理人是坚定的道德准则捍卫者时,无论自由裁量权多大,其都会奉行公意价格;图b展示当制度代理人唯利是图时,随着自由裁量权的增大,其索价区间大幅增加;图c展示介于道德准则捍卫者和唯利是图者之间的一般状态,随着自由裁量权的增加,其索价范围也跟着增大,但其索价幅度远小于唯利是图者。值得指出的是,制度代理人是资源的控制者而非资源的所有者,资源实际交易的价格与其个人利益关系并不大。资源价格低于或高于公意价格对制度委托人(或资源所有人)构成直接的影响,却对代理人个人利益不构成明显的影响。资源的价格同时也对资源需求者产生明显的影响,制度代理人能够通过调整资源的价格来影响资源购买者的福利,这也为其增进自身利益提供了操作的空间。

将制度代理人的索价曲线与资源的需求曲线结合起来就得到图3。由图3可知,在既定的自由裁量权 Z_1 中,资源的均衡价格实际上就是资源控制者的索价曲线与需求曲线的交点。无论资源控制者索价多少,需求者几乎都没有抗拒的能力(因为那是以暴力为后盾的“禁止”和“要求”),其能改变的只是资源购买量。在资源的价格弹性较小时,如资源是生活必需品或制度强制购买时,消费者

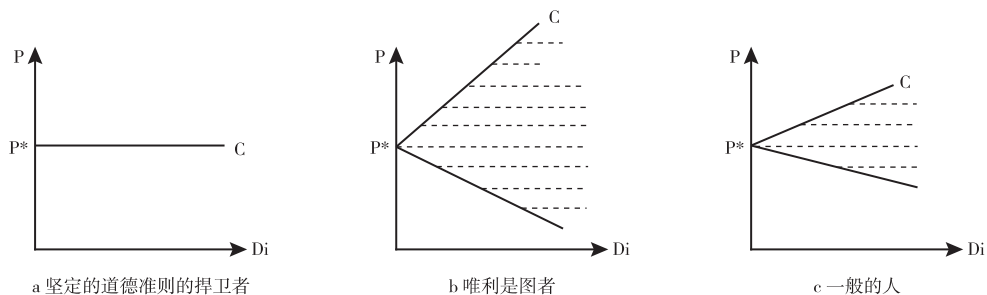


图2 制度代理人的索价曲线

注：横坐标代表资源控制者的自由裁量权 D (discretion)，纵坐标代表价格 P (price)； C 的上下区间代表资源控制者的索价范围(charge)； P^* 代表无自由裁量时资源的价格。

也只能忍受制度代理人的“任意”索价。但是这种“任意”并不是无界限的漫天要价，而是在自由裁量权范围内的“任意”。均衡价格既可能是凝聚着主流道德价值观和正义精神的公意价格 P^* ，也可能是低于这一公意价格的价格 P_1 ，当然也可能是高于公意价格的价格 P_2 。

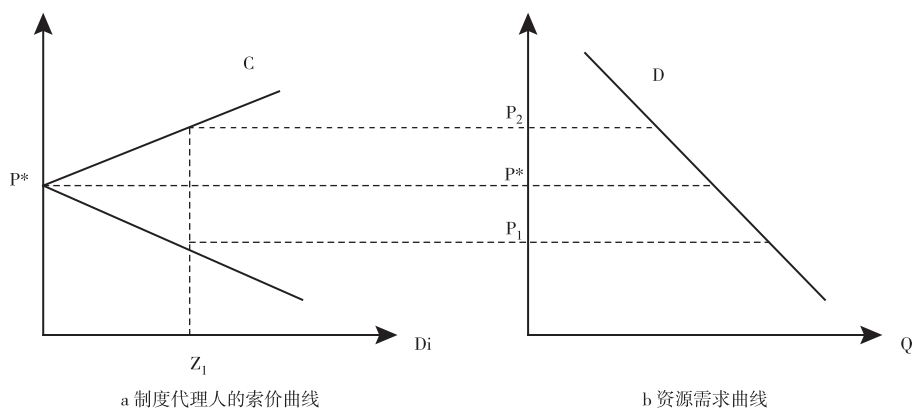


图3 资源控制者的索价曲线与资源价格

四、自由裁量权的实施与额外补偿

自由裁量权是制度执行者按照给定的约束条件处置资源的权力，自由裁量权的运用过程实质上是制度分析中的交易过程。其中，制度执行者是资源的卖方，制度施加的对象为资源的买方，约束条件(货币、时间、空间、质量、身高、学历等)构成了资源(物品、权力、机会、利益等)的价格，“处置”(其内涵丰富，包括奖惩、授予、转让等等)构成了买卖的过程。

自由裁量权是公开制度的一个存在，因此自由裁量权的运用过程(即资源的交易过程)也是合法的和可以公开的。在一个正义的社会里，资源的成交价格是由制度代理人在审慎辨别特定情势之后所做的符合制度委托人(或公众)利益的价格，制度代理人是一个不存在自身利益的超然于规则的人。然而，不存在利益超然于规则的人，个人并不因为其有时充当规则的制定者和执行者而转换他的心理和道德齿轮。正如布坎南(1975)所指，“有代表性的或者普通的个人在参与市场活动和政治活动时，都是以同样的普通价值尺度为基础而行动的”。制度执行者通常会利用自由裁量权增进自身利益，其手段就是利用资源的定价权来影响资源购买者的福利，后者为在资源买卖中获得的“合法的优待”或避免“合法的伤害”而向制度执行者支付资源交易价格之外的补偿。因此，资源交易的价格分为两部分：第一部分是可公开的资源转让的价格，第二部分是支付给制度代理人的补偿。额外补偿依附于可公开的资源交易，是交易上的交易，但并不是所有的自由裁量权的行使都附着着补偿，它取决于制度代理人的特性。

可以构建一个博弈矩阵来说明合法的资源的买卖关系背后的补偿。矩阵的行表示制度代理人的两种特性：一是没有操守(根据自身利益最大化去行动)，二是有操守(道德和公意的坚定捍卫者)。矩阵的列表示资源购买者的意图或面临的选择：一是以小于公意价格 P_1 获得资源，二是以公意价格 P^* 获得资源，三是以大于公意价格 P_2 获得资源。尽管有三种可能价格，但理性的资源购买者不会主动支付大于公意的价格 P_2 ，因此资源购买者有两种出价策略：一是以小于公意价格 P_1 获得被制度代理人所控制的资源(获得“合法的优待”)，二是以公意价格 P^* 获得被制度代理人所控制的资源(避免“合法的伤害”)。无疑，当购买者遇到刚正不阿(有操守)的制度代理人时，无论其意图如何，资源最终成交的价格均为公意价格。当购买者遇到唯利是图(没有操守)的制度代理人时，后者会用自由裁量权来增进自身利益——向资源购买者索取额外的支付。当资源购买者想以低于公意价格 P_1 获得资源时，必须向资源控制者支付补偿。当资源购买者为了避免资源控制者索要的价格高于公意价格时，也必须向资源控制者支付额外补偿。如果资源购买者想以公意价格获得资源又不进行额外支付，则其面临的价格很可能是 P_2 。

表 1 自由裁量权下资源交易的价格及额外补偿的矩阵

		资源购买者的意图或面临的选择		
		小于公意价格 P_1 (获得合法优待)	公意价格 P^* (避免合法伤害)	大于公意价格 P_2
制度代理人的特性	没有操守	$P_1 + \text{补偿}$	$P^* + \text{补偿}$	P_2
	有操守	公意价格	公意价格	公意价格

可以用图形将这一支付补偿表现出来。图 4 展示的是当资源购买者的意图是获得“合法的优待”时的补偿情形。由于制度代理人拥有资源的定价权，资源购买者从中嗅到了商机，认为可以以低于公意价格达成交易，于是主动向资源控制者支付数量为 R 的补偿。资源控制者获得这一补偿后，将其控制的资源以 P_1 的价格交付。这样资源购买者实际上是以 $P_3 = P_1 + R$ 的价格获得了资源，此时， $P_3 < P^*$ ，即支付补偿后成交的价格仍然低于公意价格，补偿的额度小于公意价格与其意图支付的价格之差($R < P^* - P_1$)。

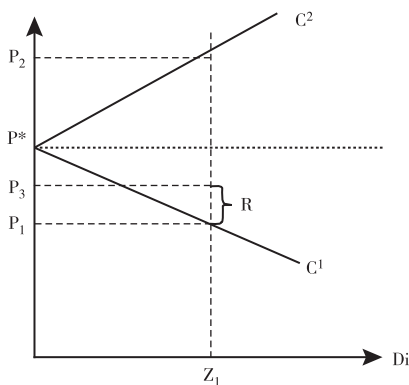


图 4 资源购买者为获得“合法的优待”而支付补偿

当资源购买者的意图是避免“合法的伤害”时(即避免资源控制者公开施加 P_2 的价格)，他会主动向后者支付 R 的补偿(见图 5)。补偿后资源购买者实际上是以 $P_3 = P^* + R$ 的价格获得了资源，此时， $P_3 < P_2$ ，即支付补偿后避免了被施加 P_2 的最高索价。补偿额度小于制度代理人最高的可能索价与公意价格之差($R < P_2 - P^*$)。

P_1 和 P_2 是为了分析的便利而设定的某个自由裁量权下两个边界价格，实际上 P_1 到 P^* 之间以及 P^* 到 P_2 之间都有个很宽的频谱，资源购买者也可能是为了实现期间的某个价格而向资源控制者

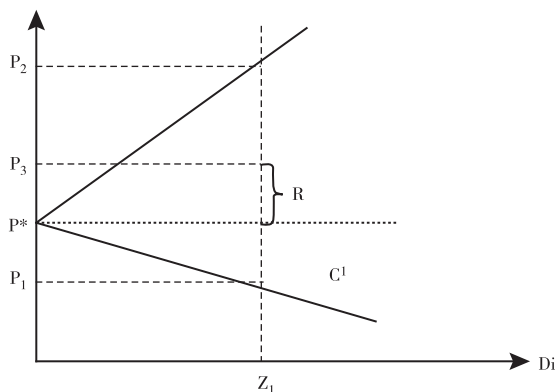


图5 资源购买者为避免“合法的伤害”而支付补偿

支付补偿,其补偿 R 的大小常常根据 P_1 、 P^* 和 P_2 之间的差距而调整。

现实社会中不乏对自由裁量权控制者补偿的案例。病人向医生主动地支付红包,可能是为了获得更优先和优质的治疗(小于公意的价格),也可能是为了避免医生的故意怠惰与刁难(医生最大可能的索价);供应商为获得供应权而向政府采购人员行贿,其意图是以低于公意价格获得供应权。

五、自由裁量权交易的经济意义

资源购买者为获得资源而支付了 $P+R$ 的价格,其中 P 是资源公开的成交价格,这部分支付最终由制度代理人转交给制度委托人(上级、全体成员或公众),而补偿 R 落到制度代理人的手中,作为获得“合法的优待”或避免“合法的伤害”的代价。 R 是依附于交易上交易的价格,其实质上是自由裁量权本身的价格。自由裁量权是一种有价值的资源,它既能满足人们的权力欲望,又具有造福或损害的功能,因此它具备了被贴上价格的标签作为商品交易的潜能。在前面自由裁量权的经济形式中,自由裁量权的市场价格主要取决于三方面:一是自由裁量权的大小,二是制度执行人的道德观念,三是资源的价格弹性。自由裁量权被当作商品交易,对社会经济产生重要的影响。

自由裁量权的交易对社会福利产生的影响可以分两部分进行分析。第一部分是自由裁量权交易价格 R 的影响。 R 其实只是从资源购买者手中到资源控制者手中的转移支付,并不直接构成社会福利的损失或者增进(Khan,2000),它对社会福利的影响取决于交易双方的性质。如果交易双方的偏好和对资源配置的决策是一致的,即同一笔金钱在资源买方手中和资源控制者手中是没有差别的,那么 R 不会对社会福利产生影响;交易双方的偏好和资源配置决策是不一致的。如个人和企业可能将这笔金钱应用于研发、创新或生产,而接受转移支付的制度代理人利用获得的支付用于消费和享乐,甚至也可能由于担心被揭发而隐藏起来,从而造成了资源的浪费。这时转移支付影响了资源配置,对社会福利产生了影响。自由裁量权的交易对社会福利产生的影响远不只是转移支付产生的影响,这就是自由裁量权交易的社会经济影响的第二层面,即资源和权利配置的变化产生的影响。自由裁量权的作用在于决定资源和权利的配置。这些权利和资源配置的变动对社会福利产生的影响取决于自由裁量权交易的市场结构,即资源买方是以什么方式获得自由裁量权的,是竞争的方式还是非竞争的方式。

自由裁量权对经济增长的作用方向取决于自由裁量权的使用。从资源购买者方面来看,如果寻求自由裁量权庇护的是生产者,则自由裁量权的买卖很可能会促进经济发展。生产者如果是低于公意价格获得了资源,即获得了“合法的恩惠”,则其节省资源购买的成本,节省的投入用于扩大生产,从而促进了经济的增长。如果生产者通过额外支付避免了制度执行者“合法的伤害”,则避免了在生产过程中被骚扰、阻扰、刁难等可能性,减少了潜在的损失,同样促进了生产的发展。当寻求自

由裁量权庇护的是非生产性的个人或组织时，则其可能与经济增长无关。当然，经济社会不存在对生产者与非生产者的严格划分，二者之间有无数的中间状态，是哪种效率的个人或企业获得了自由裁量权背后的资源，这与自由裁量权交易的市场结构有关，即自由裁量权的获得是竞争的还是非竞争的。

以怎样的方式获得自由裁量权(是竞争的方式还是非竞争的方式)，取决于自由裁量权的受益是否具有排他性。当自由裁量权的受益具有非排他性时，对自由裁量权的获取就不存在竞争。如果资源购买者是具有效率的生产者，则自由裁量权的交易促进了经济增长；如果资源购买者是缺乏效率的，则自由裁量权的交易抑制了经济增长。如在办理营业执照过程中，官员的自由裁量权是非排他性的，可以同时使多个企业顺利获得执照，也可以同时刁难多个企业。有效率的企业通过购买官员的自由裁量权而顺利获得营业执照增加了社会产出，缺乏效率的企业(如高污染高排放企业)通过购买官员的自由裁量权获得执照则消耗了资源降低了社会产出。当自由裁量权的受益具有排他性时，对自由裁量权的争夺将会变得激烈。资源买方之间的相互竞争必然稀释每个买方所得的份额，如果资源的使用存在着规模经济效应，则被稀释掉的资源将减损社会产出；如果资源的分散使用并不影响其效率的发挥，则被稀释的资源并不影响社会产出(除了竞争本身产生的费用外)。如果资源存在一个公开拍卖的市场并由出价最高者获得，则资源的配置最具经济效率。但是，任何一个社会或组织，制度代理人都承担着甄别各种情势选择公意价格的责任，几乎都不会允许制度代理人将制度视为私人物品进行买卖。将自由裁量权进行买卖如果不是明显违法，必然是违背公众期待的，因此自由裁量权的交易必然转入隐蔽状态，不可能存在一个公开竞争的市场。实际上，制度代理人对自由裁量权的买卖常常撇开经济的考量，影响“谁受益”的因素，除了资源购买者的支付外，还有权力结构、亲缘关系等因素。权力与亲缘关系的存在，使资源控制者并不单纯地考虑购买者的出价。如果资源买方恰好是经济效率最高者则交易促进了经济的增长；如果资源流向低效率者则导致效率的损失。

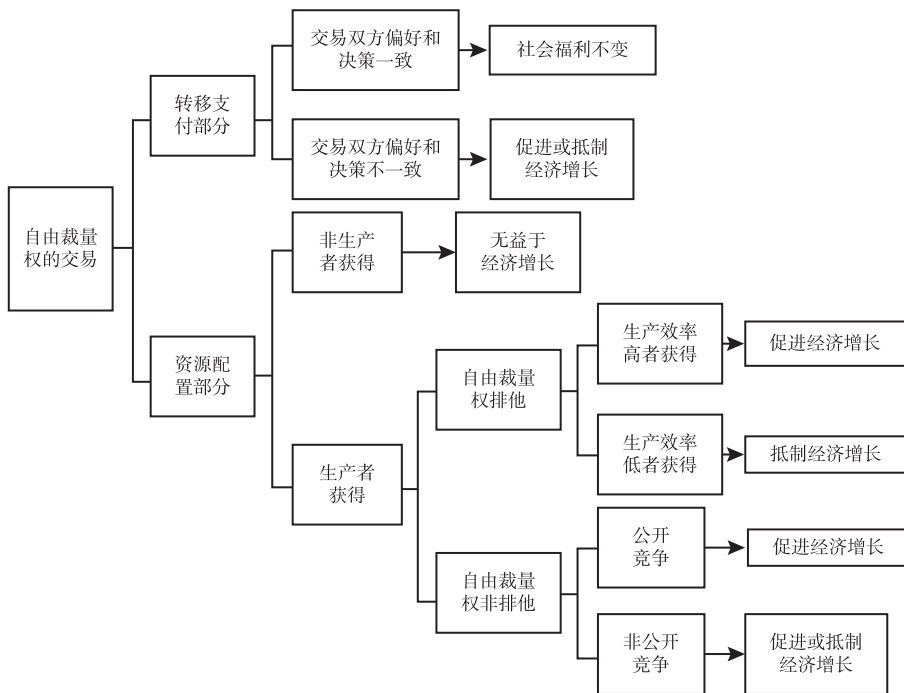


图 6 自由裁量权交易与经济增长的关系

公权力领域的自由裁量权交易与腐败密切相关，因此，自由裁量权与经济增长的复杂关系与对腐败、寻租的研究相一致。针对发展中国家的一些研究，有人提出了腐败的“次优论”：像发展中国家

那样存在各种僵化制度的特殊情形中,腐败有助于瓦解僵化的或不合理的制度安排,从而提高效率,促进经济增长。伦敦大学亚非学院 Khan(2000)通过对东南亚国家清廉指数与经济增长率的比较分析,得出寻租或腐败一定程度上促进了地区经济增长的结论。在《评估新兴巴勒斯坦:善治与转型潜力》(Evaluating the Emerging Palestinian State: “Good Governance” versus “Transformation Potential”)一书中,Khan 强调了转型潜力(transformation potential)的重要性,即一个国家或地区将寻租行为转化为有利于经济增长用途的能力。

六、自由裁量权的交易与经济秩序

自由裁量权的运用及处置不仅关系到经济效率,而且也对经济秩序产生重要的影响。社会制度中对自由裁量权的容忍不仅仅出于一种无奈,而且出于一种对“个体化正义”的希求。自由裁量的权力不仅促进法律实施的人性化,从而减轻和软化法律的严酷性,而且也能将制度的正义延伸到广泛的具体情势中。自由裁量权在社会经济秩序中的必要性在司法领域已经有大量的研究。这里所关心的是,当自由裁量权被贴上价格的标签出售时,将会对经济秩序产生何种影响。

社会经济秩序是依靠正式规则和非正式规则共同维持的,尽管正式规则仅仅是社会约束的一小部分,但却是关键的部分。当传统的乡土社会逐步瓦解,单纯而自然的熟人社会走向利益关系日益复杂化的现代社会时,礼仪、道德在陌生人社会很难支撑起复杂的现代经济社会关系。庞杂的正式规则成为经济社会关系的调节器,它为组织和社会成员的权益保障和争议裁决提供了最终的解答,尽管它常常不在现场,却时时地起作用,构成了人们行动的稳定的预期。当自由裁量权作为一种资源被制度代理人交易时,而且当这种交易成为实施自由裁量权的通行的方式时,“潜规则”就产生了。吴思先生在对中国历史的解读中创造性地提出了“潜规则”一词,形象地概括了中国历史上广泛存在的权力交易现象。“潜规则”是公权力执行人为了增进自身利益而故意对明规则(主要是那些正式规则)进行曲解、过滤和变通的结果。在制度代理人的曲解、过滤和变通中,明规则早已失去了原来的本意。正式规则让位于亲疏、社会关系、金钱、权力甚至暴力等非正式秩序,而后者很难在现代经济社会中构成人们稳定的预期。公权力领域自由裁量权的交易与腐败相关,腐败已经成为社会的沉疴毒瘤,它腐蚀着人们对正义的追求和对正式制度的信念。总之,自由裁量权的交易消解了正式制度的效用,削弱了正式制度的权威,其衍生的潜规则造成公开制度的名实分立,社会多元规则的并存,导致社会秩序的混乱。

制度是为了增进共同体的利益和维护社会公平正义而被设计或演化出来的,由于执行成本的存在,制度无法足够细化以应对各种情势,自由裁量权赋予制度执行人在错综复杂的情势下发挥聪明才智审时度势维护公平正义的权力。卢梭(1762)指出,行政官个人具有三种意志:个别意志、团体意志和人民的意志。“在一个完善的立法体系里,个别意志或个人意志等于零,是不起任何作用的,政府本身的意志完全是从属的,因此只有公意即主权者的意志始终占主导地位,是其他各种意志应当遵循的唯一标准”。公意承载着社会的公平正义,在自由裁量权内,对公意的维护和服从,是代理人应该遵守的法定的义务。正如洛克(1690)所指,“有许多事情非法律所能规定,这些事情必须交由握有执行权的人自由裁量,由他根据公众福利和利益的要求来处理”。公共福利和利益的增进与维护,不仅仅依赖于明确的规则,还依赖于社会公众的公共道德标准。实际上,自由裁量权本身并不意味着专横与任意,而是受先例、语言、道德、规范等非正式制度的共同影响。这些非正式约束构成社会秩序的重要组成部分,这些非正式约束为自由裁量权的运用指明了方向和路径,这个路径(方法)常常是唯一的,制度代理人的职责就是辨识并无条件地捍卫那个唯一的公意,而不是有条件地执行公意甚至故意歪曲公意。在资源的交易中,有些价格尽管仍处于正式制度的框架内并披上“合法”的外衣,但实际上已经背离了公意。当制度执行人为增进自身利益而有目的地偏离公意价格时,自然就损害了支撑自由裁量权实施的那些非正式约束,打击了组织成员和社会民众对传统、公共道德的信念,冲击着社会的经济秩序。

此外,自由裁量权的交易还直接侵犯了其他利益相关人的权利。自由裁量权的交易,在现有的制度框架内,对交易双方都是有益的,因为在交易中,资源控制者获得了收入,资源购买者避免了“合法的伤害”或获得了“合法的优待”。但是交易双方利益的增进却是奠定在组织和社会成员权利被侵犯的基础上的。制度代理人的自由裁量权是委托人(共同体成员)所授予的集体资源,对集体资源的运用涉及全体成员的权利和利益,交易若涉及多方利益,确保交易有效率(如果效率是以自愿原则为衡量标准的话)的途径是征得每一利益相关方的明确同意,正如布坎南(1975)指出:如果要达到效率标准,必须订立某种面向所有人的“社会契约”,该契约要求共同体的全体成员参加根据全体同意规则确定的集体决策。参与对集体资源处置的决策或者至少对集体资源处置有知情权,是每个组织和社会成员的基本权利。自由裁量权的交易是在台面下进行的交易,无法公之于众,因此组织成员不仅无法参与处置,连知情权也被剥夺。有些自由裁量权的交易在客观上确实促进了经济的增长,但从权利的视角来看必定存在着剥夺与被剥夺。而在一个正义的社会里,权利被赋予比效率更为优先的位置,正如罗尔斯(1971)所言,“某些制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除”。

七、自由裁量权与公意的统一

自由裁量权是制度体系中不可避免的部分,它甚至是现代社会秩序的中心内容,因为现代社会秩序越来越依赖于法律和行政官员的明确授权以及专业知识来达到广泛的立法目的。但是自由裁量权又容易沦为制度执行人谋取私利的工具,将自由裁量权作价交易侵蚀了社会正义。自由裁量权的两面性给规则设计带来一定的困难。然而自由裁量权被滥用的后果似乎总比规则被整齐划一地实施的后果严重,人们更倾向于牺牲部分个别正义来消除自由裁量权的滥用。现代社会也总是力图将正式规则扩展到每一个情势中,用普遍性的规则取代逐案处理的自由裁量权。法治国家清廉,并不在于其政治人物道德有多么的高尚,而是在于其规则的细致,社会正义的实现也不依赖于行政官员审慎地运用他们手中的权力,而是在于对行政官员手中的权力施加不同形式的约束与限制。因此,通过对自由裁量的范围进行限制,消除行政官员手中那些不受任何原则和规则指引的自由裁量。但是,一个再完美的制度,也不可能所有事务上都做到“无微不至”,一个完全依赖严密的正式规则来管理的社会,个人的才智也将失去发挥的空间。对自由裁量权的运用施加软约束才能确保制度代理人在自由裁量权内的行为与公意一致。程序性的要求、先例、个人道德信念在决策中同样起作用,它们构成了自由裁量权行使的非正式的“弱约束”。在人们从政治学、管理学、法学等学科对约束行政权的方式进行研究后,不约而同地发现并主张程序是约束权力的一个有效的措施。在一个缺乏民主法治传统文化背景的情况下,利用程序的力量束缚行政自由裁量权这匹“烈马”,无疑是一种有效的措施。公开是程序性要求的重要内容,公开是约束自由裁量权被交易的一把利剑,能有效防止制度代理人滥用自由裁量权。因为公开是恣意与专横的天敌,决策过程的透明化可以有效减少代理人任意解读制度的可能性。内在的道德操守是促进自由裁量权与公意统一的最后的依靠。制度代理人的道德操守确实在其中起着重要的作用,如何促使制度代理人坚守道德底线,一直是政治实践中的一个难题。然而可以肯定的是,探讨从一开始就防止唯利是图者成为制度代理人比如何提升在位者道德水平更有意义。因此,设计一个将道德高尚的人遴选出来的制度才是从源头上确保制度代理人道德操守的有效方法。

参考文献:

- 奥斯特罗姆,1990:《公共事物的治理之道》(中译本,2012),上海译文出版社。
 布坎南 塔洛克,1962:《同意的计算——立宪民主的逻辑基础》(中译本,2000),中国社会科学出版社。
 布坎南,1975:《自由的界限》(中译本,2012),浙江大学出版社。
 哈特著,1961:《法律的概念》(中译本,2003),中国大百科全书出版社。
 科斯,1937:《企业的性质》,《企业的性质——起源、演变和发展》(中译本,2007),商务印书馆。
 卢梭,1762:《社会契约论》(中译本,2011),商务印书馆。

- 罗尔斯,1971:《正义论》(中译本,1988),中国社会科学出版社。
- 洛克,1690:《政府论》(中译本,1999),中国社会科学出版社。
- 梅登海默,1962:《法理学:法律哲学与法律方法》(中译本,1998),中国政法大学出版社。
- 诺思,1990:《制度变迁与经济绩效》(中译本,2014),格致出版社。
- 霍布斯,1651:《利维坦》(中译本,1986),商务印书馆。
- 张五常,1969:《交易费用、风险规避与合约安排的选择》(中译本,1994),上海三联书店。
- Andersen, T. M. (1988), “Rules or discretion in public sector decision-making”, *Scandinavian Journal of Economics* 90(3): 291—303.
- Barro, R. J. (1986), “Recent developments in the theory of rules versus discretion”, *Economic Journal* 96(Supplement): 23—37.
- Barro, R. J. & D. B. Gordon(1983), “A positive theory of monetary policy in a natural rate model”, *Journal of Political Economy* 91(4): 589—610.
- Chilosi, A. (1993), “Rules vs. discretion in economic transition”, *Revue Européenne des Sciences Sociales* 31(96): 201—215.
- Dworkin, R. M. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
- Goodin, R. E. (1986), “Welfare, rights and discretion”, *Journal of Legal Studies* 6(2):232—261.
- Hawkins, K. (1992), *The Use of Discretion*, Clarendon Press.
- Hiriart, Y. & D. Martimort(2012), “How much discretion for risk regulators?”, *RAND Journal of Economics* 43(2): 283—314.
- Khan, M. H. (2000), *Rents, Rent-Seeking and Economic Development: Theory and Evidence in Asia*, Cambridge University Press.
- Kydland, F. E. & E. C. Prescott(1977), “Rules rather than discretion: The inconsistency of optimal plans”, *Journal of Political Economy* 85(3):473—492.
- Lempert, R. O. & J. Sanders(1986), *An Invitation to Law and Social Science*, University of Pennsylvania Press.
- Naughton, B. (2017), “Is China socialist? ”, *Journal of Economic Perspectives* 31(1):3—24.
- Olsen, T. E. & G. Torsvik(2000), “Discretion and incentives in organizations”, *Journal of Labor Economics* 18(3): 377—404.
- Ponomareva, Y. (2013), “Dynamics of managerial discretion in transition economies”, *Asian Journal of Business Research*, Special Issue:1—13.
- Torben, M. & T. M. Andersen(1988), “Rules or discretion in public sector decision-making”, *Scandinavian Journal of Economics* 90(3):291—303.
- West, W. F. (1984), “Structuring administrative discretion: The pursuit of rationality and responsiveness”, *American Journal of Political Science* 28(2):340—360.
- Williamson, O. E. (1979), “Transaction-cost economics: The governance of contractual relations”, *Journal of Law & Economics* 22(2): 233—261.
- Williamson, O. E. (2000), “The new institutional economics: Taking stock, looking ahead”, *Journal of Economic Literature* 38(3):595—613.

(责任编辑:陈建青)

(校对:何伟)