

钱弘道 著

LEAP OVER LAW AND ECONOMICS

跨越 法律和经济

LEAP OVER LAW AND ECONOMICS

○ 法律经济学已成为一个重要流派，一种国际性法学思潮的事实将改变中国传统法学的固有结构。中国法律改革将深受益于法律经济学的发展。法律经济学在中国的发展大势所趋。



法律出版社
LAW PRESS

LEAP OVER LAW AND ECONOMICS

钱弘道 著

跨越

法律和经济

LEAP OVER LAW AND ECONOMICS



法律出版社
LAW PRESS

自序 另辟蹊径

我已虚龄四十。算能侥幸长寿活到八十,我还有另一半路可以走。我仍然保持以往的热情和责任心。

“四十”应该有一个认真的回顾与展望。我需要作一次清理,划一道分水岭,过去的和今后的,泾渭分明。清理文字要比清理自己投放精力的头绪要简单。因为原来的文字需作大改,是怎么样就怎么样吧。若大增大删,过去的脉络面目就模糊不清了,那样就淡化了自己在今后的时间里纠正或者批判自己过去的幼稚或错误的理由。而清理精力的头绪,那是要作反反复复的权衡的,要敢于割舍,要放得下,要经得住诱惑。有志于一生作一件两件像样事者,极宜猛省。一般的悟性和一般的超脱,可能都无济于事。今年,我已经决然而然在做这件事了。我的精力,连同我的文字,不应当拖泥带水、婆婆妈妈的,就此作个了断,统统让它们条条理理,清清楚楚,不再烦扰我的心灵吧!

苏洵《上欧阳内翰第一书》有段话:“洵少年不学,生二十五年,始知读书,从士君子游。年既已晚,而又不遂刻意厉行,以古人自期。而视与己同列者,皆不胜己,则遂以为可矣。其后困益甚,然后取古人之文而读之,始觉其出言用意,与己大别。时复内顾,自思其才则

又似夫不遂止于是而已者。由是尽烧曩时所为数百篇,取《论语》、《孟子》、韩子及其他圣人、贤人之文,而兀然端坐,终日以读之者七八年矣。”重新读书七、八年后,苏洵才敢把《洪范论》、《史论》等文章拿出来。我做不到像苏洵这样的干脆和决断:尽烧过去的文章,但重新读书作文,我还是能做到的。所谓重新读书作文者,当读一篇写一篇有一篇之益。何必累千累百?岁月无多,何必多,又何能多?如今做学问的人,大多是急于发表文章、急于在各种研讨会上先声夺人的,难得遇见几个人像古人那样有静心的功夫。明代陈继儒有言:“静坐然后知平日之气浮,守默然后知平日之言躁,省事然后知平日之费闲,闭户然后知平日之交滥,寡欲然后知平日之病多,近情然后知平日之念刻。”我目下所需要的正是要练养一种功夫。斩钉截铁地去做,庶几可一扫寒涩、支离、冗乏、草率之态。

当今之世,多见躁竞得官得名得利者。须求趋竞,不顾羞惭,自取其辱,学者当不屑。风云不与,徒求无益。凡不求而自得,求而不得者,不可胜算。腹有诗书气自华,学者一生笃学,一生可免愧辱。

二

本卷主要收入法律经法学以及与经济有关的文章,因此,名之曰《跨越法律和经济》。

法律经济学在中国的发展至少可以带来法学研究方法的革命,它将革新中国传统法学。经济分析方法在法律实践中的应用将从另一个角度推动中国法律改革。这是法律经济学在当今世界法学潮流中已成为一支强劲的学派或一种运动以及经济分析方法在司法实践中的应用(如美国)所证明了的。法律经济学的研究在不断推进着,在慢慢地或者说是稳健地走向一种蓄势待发状态。这种状态发展的最后结果将革新中国传统法学。中国法学家们无法拒绝市场经济的挑战、经济学家们的咄咄逼人之势、责无旁贷的司法改革和法治建设的重任、国际法律经济学运动的迅猛冲击。法律经济学已成为一个

重要流派、一种国际性法学思潮的事实将改变中国传统法学的固有结构。中国法律改革将深深受益于法律经济学的发展。法律经济学在中国的发展大势所趋。

投资银行是现代金融的核心。投资银行直接影响金融资源的配置。没有投资银行业的高度发展,就没有当今世界高度发展的市场经济。投资银行的发展程度不仅关系着中国资本市场的发展,甚至影响着中国企业改革的成败。投资银行要担负起改变中国金融结构不合理的双重任务,成为推动中国金融市场的核心产业。决定中国投资银行业发展步伐的是国内金融环境,是中国金融体制改革的进程。中国必须加速建立与市场经济相适应的包括投资银行主体在内的金融机构体系、金融市场体系和金融调控与监管体系,化解金融隐患,增强防范和抗御风险的能力。为了适应国际投资银行业的竞争,为了应付日益严峻的国际金融挑战,中国应当通过投资银行业内的并购重组,扩大投资银行规模组建有实力参与国际竞争的现代骨干投资银行。中国投资银行要想开展多功能的投资银行业务,要想参与国际投资银行竞争,除了必须以扩大规模为前提,别无他路。

高科技产业是市场经济发展的龙头,要发展高科技产业,必须发展风险投资。中国风险投资发展的关键是政府和民间都尽到责任。政府要搭好舞台,制定好游戏规则,风险投资机构和创业企业要练好内功,锐意进取,勇于创新。风险投资是一种极为“精致而脆弱”的投资活动形式,在任何环节上出现差错,都有可能导致整个投资交易体系“雪崩”式的破坏。这种“脆弱性”决定了该种投资活动的存在与发展对制度具有高度的依赖性。制度环境的欠缺将使风险投资者的信心缺乏基础,并直接导致投资供给的不足,或者寻求制度外的力量来保障资金安全,这极可能导致腐败和总体投资环境的恶化。中国现有的风险投资制度环境无法发挥创造者的主观能动性,无法给风险投资者的投资交易安全保障和信心。在一个法制不健全的环境里,从事风险投资这样高级的金融操作,投资者要付太高的交易成本,以至于交易可能根本无法实现。因此,在目前情况下,风险投资的制度

环境比技术研究和资金投入本身更能推动风险投资发展和技术进步。中国当下的问题并不在于资金投入的数量,而在于一个使资金得以充分有效配置的机制。

通过跨越法律和经济的学习思考,我进一步地体会到法律和经济在许多问题上密切相关、难解难分的,交叉研究往往会相得益彰,会有很多意外收获。法学的基本原理和部门法、法律史以及法律实践当然更是缠缠绵绵,不可有意无意地去割断。过于死守自己的狭窄领域,不去跳越樊篱,有时往往思路碍窒,适得其反。学者当放开胸襟,兼收并蓄。

这个时代早已把吟诗作词的风花雪月留给尘封的历史了。地球似乎越来越小,不愿动弹的人也被迫往前走,到处要见真刀真枪。我们必须前行,我们无可选择。

学者忌浅尝辄止,忌无病呻吟,忌哗众取宠。为避免蹈袭大流之辙,为长远计,为不陷入偏狭和教条,我琢磨着要做点另辟蹊径的事。一些想法积累了许久,总是要寻找一个畅通的出口的。惟有另辟蹊径,才有可能找到一个畅通的出口,才有可能力所能及地做一点令自己满意的事情。

钱弘道

2003年6月10日于弘道书院

目 录

自序 另辟蹊径 / 1

法学研究方法的一场革命 / 1

法律经济学和中国法律改革、未来中国法学 / 7

法律经济学的理论基础 / 21

法律的经济分析概念和工具探讨 / 47

论司法效率 / 108

法律的经济分析理论述要 / 129

从法律经济学看我国法律改革 / 201

司法改革与效率目标 / 205

司法改革的经济分析 / 208

执行改革的经济分析 / 222

债权凭证是一种法律上可期待的信用 / 243

“酒后驾车险”的经济和法律之辩 / 245

犯罪与刑罚的经济分析——理论基础及其方法 / 247

生态环境保护的经济分析 / 286

调解与诉讼：经济的分析 / 304

我们正处于新金融革命时代的开端 / 308

中国金融法律体系如何适应 WTO 规则 / 319

用法治手段规范城市商业银行 / 332
现代金融的核心 / 349
论现代金融系统的一个核心要素——投资银行 / 355
论投资银行在 21 世纪中国企业发展中的作用 / 375
投资银行产业在经济中的地位 / 383
中国投资银行产业发展要点问题分析 / 390
国际投资银行产业的地位 / 411
危机必然推动历史发展 / 414
营销革命 / 424
外商投资法律现状及其发展预测 / 438
外商投资的若干问题 / 486
新经济新观察 / 503
关于中国风险投资发展的若干思考 / 591
附:中国风险投资路在脚下 / 617
钱弘道:走风险投资道路必须要有创业板 / 620
创业板推出无望 MBO 成退出蹊径
风险资本面临困境 / 622
中国风险投资瞄向海外 / 626
风险投资的社会责任与政府责任(访谈)
——访中国风险投资研究院(香港)副院长、
中国风险投资公司监事长钱弘道博士 / 630
弘道书院(代后记) / 637

法学研究方法的一场革命

经济学对法学的长驱直入几乎给法学研究带来了一场革命。“芝加哥学派”聚集了一批当今世界最优秀的经济学家,20世纪50年代以来经济学的重大进展或多或少地都与这个学派有关。而近40年来西方法学最重要的发展同样归因于这个“芝加哥学派”。

产权经济学、法律经济学的迅速崛起可以直接追溯到科斯的两篇论文:《厂商的性质》和《社会成本问题》。科斯对经济学理论的贡献,主要是因为他提出了一个“交易成本”的概念。科斯关于交易成本的革命性思想改变了新古典经济学的前提条件。它使新古典经济学和制度经济学结合了起来,使人们可以用前者的成熟方法去实现后者的目的。科斯的交易成本理论表明:在一个零交易成本世界里,不论如何选择法规、配置资源,只要交易自由,总会产生高效率的结果;而在现实交易成本存在的情况下,能使交易成本最小化的法律是最适当的法律。科斯的上述观点被称为“科斯定理”。科斯定理为法律的有效实施和高效率法律的制定的经济评估设立了方法论起点。

以布坎南为奠基人的“公共选择理论”是用经济方法分析宪法、政治问题的成功尝试。使公共选择理论成为经济学,而不是仅仅是异想天开的政治学,是因为布坎南断然地把理性人、效用最大化的假设作为分析基础。布坎南和塔洛克的《赞成的运算:立宪民主制度的逻辑基础》成为公共选择理论的开创性著作。公共选择理论把政治

舞台模拟为一个经济学意义上的市场,分析个人在政治市场上对不同的决策规则和集体制度的反应,以期阐明并构造一种真正能把个人的自利行为导向公共利益的政治秩序。政治制度就像市场制度,政治家就像企业家,公民(选民)就像消费者,选举制度就像交易制度,选票就像货币。在政治市场里,人们建立起契约交换关系,一切活动都以个人的成本——收益计算为基础。公共选择理论认为,政府官员是公共利益代表的这种理想化认识与现实相距甚远,行使政治权力的人并非“经济阉人”。我们没有理由将政府看做是超凡至圣的神造物,政府常常会不顾公共利益而追求其官僚集团自身的私利,过多的国家干预只会扰乱和破坏经济生活的内在自然秩序,带来一系列灾难性后果,严重危害民主制度的存在。只有当事实很明显地证明市场解决手段确实比公共干涉解决手段代价更高时,才选择国家;凡有可能,决策应交于个人自己。弗吉尼亚州立大学经济学家詹姆斯·格瓦特说:“公共选择学说的贡献在于证明市场的缺陷并不是把问题转交给政府去处理的充分理由。”

贝克尔把传统上属于政治学、法律学、社会学、教育学、人口学以及社会生物学等其他人文学科研究的课题统统纳入了经济学的研究领域。《人类行为的经济分析》集中体现并代表了贝克尔的学术思想和学术成就。在贝克尔看来,经济分析适用于解释全部人类行为,这些行为涉及货币价格或影子价格、重复或零星决策、重大的或次要的决策、感情或机械似的目的、富者与穷人、男子与女士、成人与儿童、智者与笨伯、医生与病人、商人与政客、教师与学生等,例如将经济分析运用于解释婚姻,婚姻也存在一个市场。在婚姻市场里许多男人和女人都在寻找他们自己的配偶,每个人都尽最大努力,并假定市场上其他人也尽力而为。如果某个人对婚姻的预期效用超过恪守独身或继续寻找更合适的配偶所带来的效用,那么他就会决定结婚;同样道理,当重归独身或另行婚配的预期效用大于离异的效用损失——包括与亲生骨肉分离、家庭财产的分割、法律费用的支出及其他损失时,已婚者将终止他的婚姻。再如将经济分析运用于犯罪与

刑罚的分析,可以得出这样一个惊人的观点:给定犯罪的预期收益,用被捕和受惩罚的可能性来表示犯罪的预期成本以及他们特殊的风险偏好,犯罪是某些人因完全合理的原因而从事的另一种职业。

“芝加哥学派”的名声显赫主要是因为属于这个学派的经济学家以经济方法分析“非经济问题”取得空前的成功。新制度经济学派就是指以经济方法研究“非经济问题”的学派,是以制度作为其研究对象的经济理论,以交易成本为核心范畴,分析和论证制度性质、制度存在的必要性以及合理制度的标志的经济学派。以科斯、布坎南、贝克尔、斯蒂格勒、诺斯等为代表的新制度经济学家形成“诺贝尔境界”(分别获诺贝尔经济学奖)。新制度经济学成为法律经济学的主要理论基础。新制度经济学使我们懂得,制度决定了社会的演进方式,制度的变迁是理解历史变迁和国家兴衰的一把钥匙,制度是理解历史的关键。法律变迁或法律创新不是指法律的任何一种变化,而是指用一种效率更高的法律取代原有法律,是立法主体解决法律短缺从而扩大法律供给以获得潜在收益的行为。法律制度也是一种生产性资源,具有稀缺性,而这种稀缺的资源主要是由立法机关、政府机关提供的。法律变迁的根源在于法律供给者与法律消费者之间的矛盾,推动着法律从均衡到非均衡再到均衡的矛盾运动。法律变迁的发生是由于法律非均衡的存在。由于法律环境和成本收益的不断变化必然会打破原来的均衡,出现法律的再创新,所以,法律变迁和创新是一个连续不断的过程。

波斯纳作为集大成者,全面吸收了新制度经济学的成果,构建了用经济方法分析法律制度的宏大体系。《法律的经济分析》就是其成果的杰出代表作。正是波斯纳的法律经济分析理论,才得以有一个以“法律经济学”命名的独立学派。波斯纳将 20 世纪 60 年代初卡拉布雷西的第一篇侵权论文和科斯关于社会成本问题的论文发表以后的法律经济学称为“新法律经济学”。在《法律的经济分析》第二章中,科斯说,“新法律经济学”——过去 30 年来发展起来的法律经济学——是将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度的分

析,包括侵权法、契约法、赔偿法和财产权法等普通法领域;惩罚的理论和实践;民事、刑事和行政程序;立法和管制的理论和实践;法律实施和司法管理以及宪法、初民法、海事法、家庭法和法理学。波斯纳有个著名的观点:如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,权利应赋予那些最珍视它们的人。

1994年诺贝尔经济学奖授给了三位博弈论专家:纳什、泽尔腾和海萨尼。为什么法律经济学家们将博弈论也应用于法律研究中?最根本的原因是经济学和博弈论的研究模式是一样的,这就是强调个人理性,也就是在给定的约束条件下追求效用最大化。博弈论是研究决策主体的行为发生直接相互作用的决策以及这种决策的均衡问题,也就是说,当一个主体好比说一个人或一个企业的选择受到其他人、其他企业选择的影响而且反过来影响到其他人、其他企业选择时的决策问题和均衡问题。所以,在这个意义上说,博弈论又称为“对策论”。从著名的“囚徒困境”可以引出一个很重要的结论:一种制度安排,要发生效力,必须是一种纳什均衡;否则,这种制度安排便不能成立。博弈论是一种方法,应用范围不仅仅包括经济学,政治学、法学、军事、外交、国际关系都涉及博弈论。在20世纪80年代,博弈论迅速成为主流经济学的重要组成部分。事实上,它几乎吞没了整个微观经济学,就如同计量经济学吞没了“经验经济学”一样。

公共选择的基本行为假设是:人是自利的、理性的效用最大化者。贝克尔的经济分析以“效用最大化”、“市场均衡”和“偏好稳定”三位一体构成。波斯纳的分析则基于一个核心假设——人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者,三个基本原理——需求规律、消费者效用最大化、自愿的市场交换总会使资源得到最有效率的使用。经济分析之所以成为一门科学,其原因不在于它的研究对象或种种定义,而在于它的研究方法。经济分析提供理解全部人类行为的可贵的统一方法。经济分析为理解人类行为提供了一直为边沁、康德、马克思及其他学者长期求之不得的统一方法。效用最大化动机的基础是物竞天择的自然法则。贝克尔说:“人类行为不能被条块

分割,这种条块分割认为人类行为有时基于最大化,有时不然;有时受稳定的偏好驱使,有时任随意的动机摆布;有时需要最优的信息积累,有时则没有这种需要。相反,所有人类行为均可以视为某种关系错综复杂的参与者的行为,通过积累适量信息和其他市场投入要求,他们使其源于一组稳定偏好的效用达至最大。”

对法学来说,经济分析方法的“侵略”或“加盟”意味着一种思想的革命,一种研究方法的革命。这样的断言毫不夸张。过去的研究深受偏狭和教条之害。经济学家发现了一块以往法学家尚未涉足的缺乏数量推理的领域。法学的传统是一个与数量分析不同的发展方向。经济学让我们以一种新的方式体会法律体系,这种新的方式对于法学家以及对于任何一位对公共政策问题有兴趣的人都极其有用。传统法学由于缺乏统计学、经济学方面的训练而只能用语言却不能用详尽的实际统计资料来讨论法律效果问题,从而使法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析常常误入歧途。经济概念对法律概念的替换使得法学研究面貌焕然一新。经济学和法学的交叉研究使得法律工作者多拥有一种方法和角度,并且将长期受益于交叉研究带来的好处。相比之下,传统的研究方法显得单薄和教条。效率已成为法律价值的组成部分,成为法律分析和解释法律的目的或意图,而效率的解释必须依赖于经济分析。正是在这个基础上,经济分析方法在法律分析中的作用不可低估。法律的经济分析已成了传统规则分析的有机补充;离开了经济分析,现代法律的规则分析就是不完全的。法律的规范性经济分析和实证经济分析即定性分析与定量分析相结合,两者相得益彰,已经并将更大地促进法学研究的发展。因此,任何藐视或蔑视法律的经济分析方法都是十分幼稚和愚蠢的。

法律的经济分析无疑为分析法律制度 and 法律现象提供了极为有意义的新思路,并有助于中国法律界走出业已成为习惯的僵化的研究方法和不自觉的意识形态束缚。

后 记

本文载 2002 年 12 月 17 日《中国社会科学院院报》，并作为《经济分析法学》一书前言。

法律经济学和中国法律改革、 未来中国法学

在北美和欧洲,经济学大举“入侵”法学已是一个不争的事实。经济学家从自己观察世界的独特视角出发,对法律做出深刻的经济学分析,这种分析被看做是“经济学帝国主义”的表现之一。中国法学界已几乎没有人不知道法律经济学(Law and Economics)或经济分析法学(Economic Analysis of Law)。不少人跃跃欲试,意图突破冷门,在法律经济学领域有所作为。但是,有些人还没开始就知难而退、避难就易了;有些人好不容易跨进门槛,辛苦折腾了一番,又在取得了或多或少的阶段性成果后中止了。经济学界也有磨拳擦掌的,但也未见显著成果。法律经济学的研究在中国尚未形成气候,没有形成研究队伍的“正规军”,基本上处于“游击队”阶段。这在某种意义上也是中国传统法学、经济学以及中国司法传统的积弊所导致的遗憾。基于对理论研究趋势和中国法律改革进程的基本判断,我认为,这种遗憾不会太长久,法律经济学对法律改革、司法实践以及未来中国法学、经济学的深远影响是我们期盼的,也是可以预测的。

一、国际法学界已掀起一场法律经济学运动

我们如果将第一部具有现代意义的经济学著作——亚当斯密

1796年的《国富论》作为标志,经济学到今天已辉煌了两百多年。法学的历史则更为久远。《查士丁尼法学总论》公布于533年,《查士丁尼学说汇纂》出版于533年,距今已近1500年的历史。20世纪60年代以来,这两个学科之间出现了前所未有的互动。经济学长驱直入法学,产生了法律经济学。

实际上,法律经济学的理论基础就是新制度经济学(New Institutional Economics),只是法学家和经济学家研究的视角、范围、方法不同罢了。法律经济学和新制度经济学都建立在科斯定理(Coase Theorem)之上,都以效率为中心。新制度经济学能成为西方经济学的一个颇有影响的理论分支,主要归功于罗纳德·科斯(Ronald H. Coase, 1910)的开创性贡献。科斯1991年获诺贝尔经济学奖,因为发现和澄清了交易成本(Transaction Cost,或译交易费用)和财产权对经济的制度结构和运行的意义。新制度经济学,顾名思义,是以制度作为其研究对象的经济理论,是以交易成本为核心范畴,分析和论证制度的性质、制度存在的必要性以及合理制度的标志的经济学派。新制度经济学之所以被称之为“新”,主要是因为它完全沿用和承袭了新古典经济学的核心假定、方法和工具,如理性人假定、稳定偏好、均衡(Equilibrium)、最大化分析等。也就是说,它是在新古典的范式里重新研究和估价资源配置所依赖的制度条件,将传统理论设定为已知不变的参数——产权制度、交易费用、经济组织视为亟待解释的关键性变量,并侧重研究效率(Efficiency)的性质和结果如何与这些变量相联系。

国内学界一般认为,科斯在1960年发表的《社会成本问题》^①和卡拉布雷西(G. Calabresi)在1961年发表的《关于风险分配和侵权行为法的一些思考》^②两篇论文代表了经济分析方法运用于法律领域中的最初尝试,标志着法律经济学理论框架的初步形成。

① 载《法律和经济刊物》第3卷,第1页(1961年)。

② 载《耶鲁法律刊物》第70卷第499页(1961年)。

与此同时,以美国经济学家创始人詹姆斯·M·布坎南和戈登·图洛克为代表的经济学家试图通过追求最高自身利益的经济人行为假设以解释政府和官僚行为,旨在发展在基本方面相似于商业市场个人行为的非市场行为模式——公共选择理论,并形成公共选择学派。公共选择学派的创始人认为,政治是一种复杂的交换;按照经济学关于“经济人”的经典假定,个人是效用最大化的追求者,其决策和选择的变动仅取决于外部的约束条件的变动,因此个人在市场安排和政治安排中的行为变化只能由他所处的不同制度来解释,而不能说同一个人在市场结构中是自私自利的利己主义者,到了政治决策过程中就变成了一个克己奉公的利他主义者。公共选择理论研究范围涉及传统上完全属于政治学领域的国家理论、投票规则、投票者行为、政党、官僚行为等许多重要方面。公共选择学派特别强调规则、立宪和立宪限制的重要性。在他们看来,这些因素不仅是效率增进的必要条件,而且是确保资本主义自由社会不失去其内在含义的基础。在这个意义上,公共选择理论又被称为“新政治经济学”或“宪制经济学”。1986年布坎南被授予诺贝尔经济学奖。美国经济学家贝克尔(G·Becker)将微观经济学的价格理论运用于非市场行为研究,抱守“经济人”的信条,坚持用经济人假设解释人类行为,坚信市场机制能够比其他人的组织更好地解决大多数经济和社会问题。贝克尔的历史性贡献在于他把传统上属于法学、政治学、社会学、社会生物学、人口学、教育学等其他人文学科研究的课题统统纳入了经济学的研究领域,大大开拓了经济学、法学的视野。在贝克尔看来,人类的一切活动都蕴含着效用最大化动机,都可以运用经济分析加以研究和说明,政客、知识分子、经商、从戎、独身、结婚、利己主义、利他主义,各种人的各种活动目的只有一个,那就是追求效用最大,而不管这些人的职业或这些人的活动是否具有商业性质。

1973年,芝加哥大学法学院教授理查德·A·波斯纳(Richard·A·Posner, 1937)出版了誉满学界的《法律的经济分析》。这本著作论述范围很广,几乎包括美国所有的部门法。波斯纳通过著述、讲座和曾经主编