

# 法治的代价

凌斌著

法律经济学原理批判



法律和社会文丛 苏力主编



  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

法律和社会文丛 苏力主编

# 法治的代价

法律经济学原理批判

凌  
斌  
著



  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治的代价 / 凌斌著. —北京: 法律出版社,

2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4499 - 6

I. ①法… II. ①凌… III. ①法学 - 经济学 - 研究

IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 009650 号

© 法律出版社·中国

法治的代价：  
法律经济学原理批判

凌 斌 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 18.5 字数 247 千

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4499 - 6

定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 言

规则选择、权利界定、法律制定、制度变迁、体制改革、顶层设计,所有这些概念指向的都是一个共同的问题:如何在各种竞争方案中做出最优的公共选择。法律代表国家做出的权利界定或规则选择,无疑是其中最为重要的部分。本书的研究主题,就是对法律界权或规则选择的法律经济学原理,做出系统的批判和重建。

放眼国内的学术研究,一个最为基本的研究范式,就是先讲中国的制度存在哪些弊端,再讲国外的制度具有哪些优势,由此得出的万能方案,就是参考乃至引进国外的先进制度。从法律经济学的视角来看,这就是在用一种选择的成本与另一种选择的收益相比。实际上,这是在比较之前就预设了结论:另一种选择更好!按照这种思路,仿佛世界上就存在两种制度:一种制度一无是处,只有成本和弊端;另一种制度完美无缺,全是收益和好处。我们要做的,就是废除有百害而无一利的错误制度,建立有百利而无一害的正确制度。这样的分析和论证模式,如果不是自欺欺人,就只能被理解为党同伐异的政治修辞。这样一

种思维方式指导下的法律实践和制度改革,往往经不起实践的检验。许多被当做灵丹妙药的先进经验,不仅常常水土不服,而且反而把问题变得更为复杂和更难解决。即便如此,那些陷入这种思维定式而不能自拔的专家学者,还是不会反思自己的方法论出了问题。他们总是可以把问题归结为南橘北枳,把责任归结为欠缺配套制度和整体环境,把解决方案归结为更深层次的制度改革。真是应了那句广告词:造一栋房子,配得上科勒龙头!

本文主张的是法律经济学的—个基本观念:所有制度都各有利弊,所有选择都要付出代价。因此,在制度改革和规则选择时应当遵循的基本原则,就是细致分析每种制度的利弊得失,具体比较不同选择的可能后果,从而找到总体而言收益最大、代价最小的那种实践方案。正如科斯的提醒,每种选择都有成本。不要因为看到了制度的某些弊端,就把全部希望都寄托于改变制度。可能的替代选择也许更为糟糕。重要的不是“改变”,而是改变之后的结果。只有从非对即错、非黑即白、不是天堂就是地狱的极端思想和狭隘观念中挣脱出来,我们才可能找到人世间尽可能好的生活方式。这意味着不要轻言改革。改革应当是深思熟虑的产物。审慎而理性的做法在于,越是要做出改变的时候,越需要耐心体会现行制度的好处,仔细考察替代选择的可能弊端。因为人性的弱点往往于此:我们很容易囿于切身的感受,过于夸大当下处境的艰难,而对未来抱有不切实际的憧憬。这正如不论我们走在了哪条路上,都更容易感到这条道路的坎坷荆棘,而把其他道路想象成铺满鲜花。

这当然不是要否认原则问题,混淆大是大非,或者意图阻碍改革。这一主张只是希望提醒我们自己,在每一次变革之前,都要慎重考虑不同选择带给人们的全部影响。我们要反复追问的是,就所有可能的利弊得失和成本收益而言,一个法律、规则、制度乃至体制改变之后,是否在总体上会比以往更好。只有这样,才可能不断积累经验;只有这样,才可能避免重蹈覆辙;只有这样,才是真正的增量改革。

这样一个浅显的观念,不仅在实践中常常惨遭忽略,而且在法律经济学自身传统中也没能得到坚持。其结果是,提出这一主张的科斯本人,同样带领着追随自己法律经济学后裔,走上了他所批判的庇古式的老路。本文的努力在于,对法律经济学的基本原理做出系统的澄清与批判,从而在基础理论层面重新确立比较制度分析的正确研究进路。

本书的具体内容,已经摆在读者面前,本人不再赘述。稍微需要交代的是,本书的各部分章节之间有着理论上的紧密关联,读者可以在《导论》中获得一个总体的脉络。同时,考虑到当下人们的阅读习惯,书中保持了每章内容的相对完整。其中的某些内容以及注释,会因为前后关联的需要而有所重复,还请读者谅解。最后,在读者开始阅读本书之时,尽管作为其作者,本人已然退场,只能将一切解读、批评和处置的权利拱手奉上,但是作为其笔者,本人依然在场,并且诚请思考和关心同类主题的先进与来者、同仁与方家能够不吝指正。

# 目 录

序言 / 001

导论:夏娃的苹果 / 001

一、思想实验:夏娃的苹果 / 002

二、实验的扩展:科斯的困境 / 005

三、实验的推进:伊甸园里的“坏孩子” / 007

四、进一步的分析:法律救济的规则选择 / 012

五、规则选择的效率比较 / 017

第一章 经济运行的法律影响:科斯框架中的法律  
立场 / 024

一、问题:科斯定理与法律界权 / 024

二、市场之前提:“科斯第一定理”中的法律界权 / 027

三、市场之替代:“科斯第三定理”中的法律界权 / 033

四、市场的前提还是替代? 科斯框架的必要澄清 / 036

五、忽略界权成本的逻辑谬误 / 040

六、科斯框架的界权成本问题 / 044

## 第二章 法律的性质 / 049

- 一、问题的提出 / 049
- 二、权利界定与交易成本 / 053
- 三、权利的性质 / 057
- 四、权利的边界 / 063
- 五、法律的统治 / 069
- 六、概念的意义 / 074
- 七、视角的分歧 / 079
- 八、结语：法治的代价 / 085

## 第三章 科斯定理及其推论的界权成本问题 / 089

- 一、界权成本：应予考察的问题 / 089
- 二、概念的界定 / 093
- 三、科斯推论的理论谬误 / 099
- 四、科斯框架的法律经济学修正及其局限 / 106
- 五、研究进路的转变 / 111

## 第四章 科斯框架的修正与界权原则的重构 / 118

- 一、零界权成本假设：法律经济学的视角转换 / 118
- 二、霍布斯条件与洛克世界：法律经济学的初始位置 / 123
- 三、洛克福利函数：一个理论描述 / 127
- 四、科斯定理的理论偏差 / 131
- 五、科斯推论的法律经济学重构 / 134
- 六、余论：回归“科斯方法” / 139



## 第五章 法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡-梅框架的重构 / 145

一、规则结构与规则选择 / 145

二、“卡-梅框架”的原初结构 / 150

(一) 禁易规则 / 151

(二) 财产规则 / 154

(三) 责任规则 / 156

三、“卡-梅框架”的前后延展:管制规则与无为规则 / 159

(一) 管制规则 / 160

(二) 无为规则 / 166

四、重构“大教堂”:规则结构的逻辑划分 / 170

五、规则选择的意识形态 / 174

六、结语:中国法上的可能应用 / 179

## 第六章 规则选择的效率比较:以环境保护制度为例 / 185

一、从“环境群体性事件”谈起 / 185

二、“河流污染案”:一个思想实验 / 190

三、事后成本与事前激励 / 194

四、规则类型与市场类型 / 200

五、回到“污染案”:效率比较的实践应用 / 206

六、结语:法律选择的制度成本 / 212

## 第七章 肥羊之争:产权界定的法学和经济学分析 / 215

一、逐“羊”中原:“小肥羊”商标案 / 215

二、《商标法》第11条与产权界定的竞争原则 / 218

三、《商标法》第 31 条与产权界定的衡平原则 / 228
四、单一竞争原则的无效率与辅助衡平原则的 必要性 / 232
五、其他替代解决方案的检讨 / 242
六、产权界定的责任规则 / 245
七、《商标法》第 9 条与产权界定的和谐原则 / 249
八、结语：“肥羊之争”与中国产权制度改革 / 253
<b>第八章 人各有价：信用危机与市场经济 / 260</b>
一、中国当代的诚信危机 / 260
二、道德主义与科学主义 / 263
三、“鱼水之欢”：小农经济和计划经济下的 “诚信” / 265
四、“青黄不接”：市场经济对传统诚信的摧毁 / 268
五、“人各有价”：市场机制下的诚信特点及其 建立条件 / 270
六、政府与法律的作用及其限度 / 273
七、克服现代诚信危机和完善诚信定价制度的 法律条件 / 279
<b>后 记 / 281</b>

## 导论:夏娃的苹果

自法律经济学诞生之际,这一学科就忽略或者误解了法律界权或制度选择的机会成本——本书称为“界权成本”。在半个世纪的漫长岁月中,这一问题始终未能得到应有的重视。<sup>[1]</sup>这其中,除了实践的需要,还有重要的理论原因。作为法律经济学的理论基础,无论是庇古主义还是科斯主义,都倾向于忽略法

---

[1] 这方面的研究,不论是美国还是中国都很欠缺。法律经济学发展的前二十年,这一问题几乎完全被美国学界所忽略。而在最近十几年间,围绕财产规则和责任规则的探讨开始关注和讨论界权成本问题。然而遗憾的是,这些研究往往是把法律的界权成本理解为一种特定类型的交易成本。这就完全错误理解了法律界权的经济性质。See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 *Harvard Law Review* 713 (1996); Steven Shavell, *Economic Analysis of Litigation and the Legal Process*, *NBER working paper w9697*, Ch 17; Richard Brooks, *The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral*, 97 *Nw. U.L. Rev.* 267 (2003); Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 *New York University Law Review* 1719 (2004); Antonio Nicita and Matteo Rizzolli, *Property Rules, Liability Rules and Externalities*, 24 *Journal of Public Finance and Public Choice* 99 (2006); Stewart Sterk, *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property Rights*, 106 *Michigan Law Review* 1285 (2008).

律选择的机会成本,忽略法律界权的效率比较。<sup>[2]</sup> 尽管一些学者试图修补现有的法律经济学框架,<sup>[3]</sup>但是从未在基本原理层面挑战和改变这一主流范式。

这正是本书要探索的问题。

## 一、思想实验:夏娃的苹果

要深入理解这一问题,可以从一组“思想实验”开始。<sup>[4]</sup> 这组思想实验,本书称之为“夏娃的苹果”(Eve's Apple)。

依照庇古和科斯的基本框架,最为简化的资源配置,好比两人之间倒换一件物品:每人代表交易(或者争议)的一方主体,物品(善品或者恶品)代表作为交易对象的权利,双方组成了一个最为简化的交易或合作组合。而外在于这个化简后的交易组合的“他者”,代表庇古笔下的政府或者科斯所谓的法律。这样就可以模拟出化简之后的市场交易和外在于干预之间的基本关系。我们可以据此构想第一个思想实验。

现在,我们假设在一个名为“伊甸园”的幼儿园里有两个孩子,男孩名叫亚当,女孩名叫夏娃。夏娃正把一个苹果交给亚当。在交接之际,夏娃失手将苹果掉在了地上。碰巧在他们身边的,是在这里担任志愿者的庇古老师和科斯老师。我们要问的是,两位经济学家依照自己的理论,各自应当做何选择。

我们首先来问问庇古老师。庇古会将苹果的失落视为一个“事

---

[2] 本书是在经济学特别是法律经济学的概念框架下展开讨论。对于已经成为学界共识的概念,如效率、成本,本书不再予以介绍。但是在涉及有关问题时,书中会进一步加以澄清。

[3] See e. g., Mitchell Polinsky, Controlling Externalities and Protecting Entitlements. Property Right, Liability Rule, and Tax - Subsidy Approaches, 8 *J. Legal Stud.* 1 (1979); Edward Glaeser, Simon Johnson, and Andrei Shleifer, Coase versus The Coasians, 116 *The Quarterly Journal of Economics* 853 (2001).

[4] 关于思想实验参见凌斌:“思想实验及其法学启迪”,载《法学》2008年第1期。

故”。而他的解决办法，是惩罚失落苹果的夏娃，比如罚她自己拾起苹果，或者如果必要，还可以打手板。因为他认为，失落苹果的原因，在于夏娃的“漫不经心”（*undue care*）；而夏娃之所以漫不经心，是因为她并不承担失落苹果的“社会成本”，导致她自己的“私人成本”与幼儿园的“社会成本”彼此分离。<sup>[5]</sup> 所以需要通过外在的惩罚，让夏娃自己承担失落苹果的代价，从而让她“长记性”，以后不再犯错。

科斯反对庇古。他认为关键不在于哪个孩子犯错——因为问题具有“相互性”，而在于时时“谨慎小心”（*due care*）实在耗神太大（*costly*）。正所谓“一个巴掌拍不响”，“事从两来，莫怪一人”。如果孩子们本可以不费心地（*costlessly*）把苹果倒来倒去，他们就不会出错，而且总是会按照最大化双方效用的方式选择如何传递这个苹果。因此科斯眼中好的解决方法，绝不是打手板，而是把苹果重新放回到他们手中。而且为了关爱这些孩子，科斯还认为，如果他们确实是累了，就应当直接把苹果放到他们如果不累本会顺利放入的亚当手中；甚至即便在他们自己能干的时候，也应当代执其劳，以免孩子们浪费太多的体力。

熟悉法律经济学的读者知道，上述实验情景是一个经典的“合同”或者“侵权”场景。熟悉庇古和科斯作品的读者也很容易知道，上述回答就是他们各自理论的基本表述。科斯的这种解决方案，就是在他的诺贝尔奖获奖论文中提出的著名论断：“当市场交易成本高昂以至于难以改变法律建立的权利安排时，法院直接影响着经济活动。……甚至在可以通过市场交易改变法律界权的时候，依然明显可欲的是：[通过法律界权]减少这类交易的需求，从而减少交易进行过程中的资源使用。”<sup>[6]</sup> 我们也容易从中看到，不论是庇古还是科斯，都认为市场或者说

---

[5] 参见庇古：《福利经济学》，朱泱、张胜纪、吴良健译，商务印书馆2006年版，第二编第九章。

[6] Ronald Coase, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 19 (1960).

私人之间的交易和争议需要外在干预。他们的差别只在于方式不同。科斯批评庇古,认为通过追加私人成本(如赔偿或者征税)而实现私人成本与社会成本的一致,忽略了为了实现这一目标,也必须付出代价(“所有替代方案都有成本”)。<sup>[7]</sup> 科斯和宣称以科斯为教主的法律经济学家,因此主张通过法院来澄清私人之间的权利关系,使他们能够从争议中摆脱出来,重新开始互惠的合作与交易,要比由政府取代私人进行市场干预更为妥当。<sup>[8]</sup>

但是,如果我们仔细推敲这个例子,不难看到科斯和法律经济学家其实也忽略了一个重要问题:无论是庇古还是科斯,无论是责打还是帮助夏娃,他们都和孩子们一样要费心留神,耗费气力——一样要支付成本。这意味着,与庇古主义的政府干预应当考虑“管理成本”一样,科斯主义的法律救济也不能忽略相应的“界权成本”。如果将这一因素纳入进来,我们就必须重新考虑,对于孩子失手掉落的苹果,究竟何种处理方式更有效率。这正是本书的前三章要探讨的核心问题。第一章针对的是法律经济学的理论基础——科斯定理:由于混淆了两类不同的“经济运行的法律影响”,科斯定理在理论框架中遗漏法律选择至关重要的“界权成本”。在接下来的第二章中,本书将进一步从基本概念和一般原理上表明,“界权成本”既非“交易成本”,更非“沉没成本”,而是决定着权利的边界和法律的限度。而在第三章中,本书进一步批判的是因忽略界权成本而导致的法律经济学的错误推论,尤其是以波斯纳等法律经济学家为代表的以司法取代行政的市场干预原则。

---

[7] *Id.*, at 18.

[8] 参见波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第6页。

## 二、实验的扩展:科斯的困境

接下来,让我们设想一个更为现实的实验场景:这个名为“伊甸园”的幼儿园里,共有一百个和亚当夏娃一样的孩子。姑且假定男孩女孩各一半,每两个孩子被分为一组,男孩摘苹果,女孩拿着盛苹果的小篮子。男孩每摘一个苹果,就递给女孩,女孩把苹果放在篮子里。由于苹果很大很滑,孩子们的手小力气也小,他们中间总会有人一时不慎把苹果掉在地上,而且有些苹果滚得很远。有时是因为夏娃们没交好,有时是因为亚当们没接好,有时可能交接上都有责任,有时其实是突然吹了一阵大风。

假定这次只有科斯老师当值。我们要问的是,如果科斯一次只能拾回一个苹果,他会怎么选择?如果同时有多个苹果掉在地上,他应当先替哪组孩子拾回苹果?如果孩子确实累了,他是不是应该替孩子把苹果直接运到厨房?科斯自己会不会因为太过疲劳也丢掉了苹果?如果科斯不得不面对这些情况,他是否还会认为,“甚至当孩子们可以自己拾回苹果的时候,依然明显可欲的是,替孩子们拾回苹果,从而节省他们的体力”?

显然,“伊甸园”里的科斯老师,并非像上帝一样无所不能,无所不知,因此必须有效运用自己仅有的体力和智力。如果科斯老师代表的是他笔下的法律体制,那么这一问题用经济学的话来说,就是法律运作具有不可忽略的界权成本。

很显然,之所以不能从孩子们手捧苹果时的情形,直接得出在苹果失手落地后科斯老师应当如何的结论,是因为两个语境之中需要考虑的机会成本并不相同。苹果尚在掌握时,唯一重要的只是亚当夏娃本身的“留心成本”(care cost)。但是苹果失落后就不仅如此。充分考虑亚当夏娃的境况,固然预期一旦科斯老师做出选择后的社会结果必不可少,但这绝非科斯决定究竟应当越俎代庖还是令其自助的全部理由。

因为科斯的选择不仅将会影响亚当夏娃的效用,而且本身也有代价:他本人拾回苹果也有机会成本,甚至他先拾起哪个苹果也是个问题。因此,既然科斯坚持从“社会总体”而非个人利害的角度来考虑是否替夏娃拾回苹果的问题,他就不能太过“无私”和“忘我”。因为这样的“无私”和“忘我”,反而使他遗漏了自己,遗漏了自己付出的很多至为重要的界权成本:除了弯腰伸手的会计成本,还有为了拾起一个苹果而耽误拾起其他苹果的机会成本。而且科斯也会出错,也会一不小心把苹果掉在地上,这正如没有哪个国家的司法裁判能够确保一贯正确,等等。这些代价都和交易成本一样现实。除非假定这些成本为零,否则就不应当忽略。

是的,上述思想实验意味着,不应将界权成本置之度外。虽然市场的交易成本可能非常高昂,而法律的界权成本同样可能高不可攀(prohibitive)。显然,如果法律的界权成本同样高昂,就没有理由认为通过法律界权节省交易成本是理所当然。不能因为不喜欢庇古和政府干预就引入法律。既然科斯承认“直接的政府管制未必能比将问题留给市场或者企业解决给出更好的结果”,<sup>[9]</sup>那么法律界权就也会有同样的问题。科斯批评庇古以理想的政府对比现实的市场,<sup>[10]</sup>而他本人却同样是在用理想的法律与现实的市场相比。这就如同,考虑到科斯老师的自身代价,是不是应该以及应该如何帮助孩子们拾起夏娃失落的苹果,就是个问题。这时要考虑的,不仅是夏娃是不是错了(庇古),是不是累了(科斯)。问题的关键在于,科斯老师面临着一系列选择,他必须比较和权衡这些选择的利弊得失:他去拾起苹果和让孩子们自己重新拾回苹果哪一个代价更低;他先帮这组孩子还是那组孩子拾起苹果,哪一个代价更低;他拾起苹果后,是重新放回到孩子手中,还是替孩子们直接放入篮子,哪一个代价更低,如此等等。

上述思想实验虽然是虚拟的,但类似的问题其实在法律实践中每

---

[9] Coase, *supra* note 6, at 20.

[10] 参见波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第469页。



天都在发生。比如一个合约由于交易成本过高而并不完备,势必会增加违约纠纷的发生概率。要是按照庇古的看法,这些不完全合约就是一系列“交易事故”。那么,法律应当如何处理这些事故?如果交易成本高居不降,是否应当为了节省交易成本而一律用法律取代合约?是否应当鉴于缔约时的交易成本过高而豁免缔约过失?如果法律解决争议的成本大大高于私人相互交易的成本呢?进而,究竟什么情况是法律最佳的介入时机和介入方式?交易成本的高低相对何者而言,应当如何判断?这些都是我们理解法律界权的效率影响所必须思考的问题。上述思想实验意味着,不论对这些问题的回答如何,也不论法律界权之后的交易成本和激励效果如何,在法律界权之时提出的这些问题,都不可能在忽略法律界权自身成本的情况下得到恰当的回答。本书的第四章,集中讨论的正是这些问题。法律经济学上的一个常规进路,就是在市场的“交易成本”之外,引入法律的“估价成本”。本章的一个努力,在于转换法律经济学的研究视角,从法律而不是市场的角度出发,综合考虑市场和法律的机会成本,进而重构法律经济学的界权原则。

### 三、实验的推进:伊甸园里的“坏孩子”

不过,上述思想实验仍然只是最为简化的司法情形。现实的法律运作要远为复杂,面临更多的选择和成本。其中可能对法律界权产生重要影响的一个因素,就是芝加哥大学教授、诺贝尔经济学奖得主加里·贝克尔提出的“坏孩子”问题。

贝克尔著名的“坏孩子定理”(Rotten Kid Theorem)指出:在家庭生活中总会有这样的“坏孩子”,会为了自己获利去踢自己的姐妹。<sup>[11]</sup> 换

---

[11] See Gary Becker, A Theory of Social Interactions, 82 *Journal of Political Economy* 1063 (1974). 在《家庭论》的中译本中,“坏孩子定理”被翻译为了“罗登·凯德定理”。