

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

24

法律制度的 信息费用问题

张伟强 / 著

The Information Cost of Law



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

24

法律制度的 信息费用问题

张伟强 / 著

The Information Cost of Law



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

法律制度的信息费用问题/张伟强著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 8
(玛珈山法政文丛 / 汪全胜, 张铭主编)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5420 - 1

I. ①法… II. ①张… III. ①司法制度—信息消费—研究 IV. ①D916.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 022955 号

责任编辑: 李学军

责任印制: 刘译文

装帧设计: 刘 伟

法律制度的信息费用问题

张伟强 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 15611868862

责编邮箱: 752606025@qq.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000823/82008597/010 - 82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店 新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 15.25

版 次: 2018 年 8 月第 1 版

印 次: 2018 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 234 千字

定 价: 69.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5420 - 1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



玛珈山法政文丛

编辑委员会

主 编：汪全胜 张 铭

委 员：（以姓氏笔画为序）

王瑞君 刘 军 张 乐

姜世波 姜爱丽 赵 沛

焦宝乾

总 序

山东大学（威海）法学院是年轻的法学院。说它年轻，一是成立的时间很短，比不上动辄百年或者少说几十年历史的法学院，如果从1994年山东大学威海校区筹建法律系招收经济法专科起算，2014年才迎来它的20年诞辰。如果说有“法学院”名称，那也就是不到10年的时间。2004年，威海校区院系整合，设“法学院”，将原马列部的行政管理专业、社会工作专业并到法律系，建法学院，由谢晖教授出任法学院首任院长。二是师资队伍年轻，平均年龄据我估算，可能也就是40岁左右吧。目前，法学院教职员工70余人，除原有师资以外，对学院师资引进作出贡献的有两位人物：一位是从河南大学来山东大学威海校区任法律系主任的陈金钊教授，学科初建、专业方兴，陈金钊教授引进了不少人才；另一位就是谢晖教授，2004年及其后几年，其广纳国内高校的青年才俊。法学院的人才引进不仅引起了国内的注目，更是成效显著。自2004年始，科研产出占整个威海校区文科学科的一半甚至还多，是山东大学威海校区乃至山东大学的增长点。年轻，不等于没有资历。在这20年的发展过程中，一些学科、一些学者在国内渐有声望，法律方法论研究中心2006年被批准为山东省人文社会科学重点基地，逐渐形成了一支职称结构、年龄结构、学历结构、学缘结构都比较合理的学术团队；陈金钊、谢晖、焦宝乾、桑本谦等学者在国内学术界的影响日显，陈金钊、谢晖被称为著名法学家也不为过。山东大学（威海）法学院的声誉、影响力并不比那些有一定历史的法学院低或小，说起山东大学（威海），至少在法学界，会让人联想到山东大学（威海）法学院吧。

学院的发展离不开人才,学科的发展也离不开人才,没有人才或者没有很好的人才成长平台,发展从何谈起?!山东大学(威海)法学院一方面继续延揽人才,为他们创造良好的成长环境,另一方面对于现有人才也想方设法给他们成长的空间,让他们在威海生活得开心、舒心、放心。威海是最适宜人居的城市,但是仅有这样的自然环境还是远远不够的。这几年,一些人追求更高的平台、更大的发展空间,离开威海。先有主张“华夏多元学术文化格局”,不赞成“大家者流,争聚京华皇城脚下”的谢晖教授北上京城;再有为法律系初建、迎着重重困难顶着种种阻力而发展学科、提升层次的陈金钊教授南下华政;还有如罗洪洋教授、桑本谦教授、谢维雁教授、董学立教授、苗金春教授诸君,或东奔,或西走。诚然,人才流动是一种正常现象,但是对我们山东大学(威海)法学院来说未尝不是一种损失,甚至是巨大的损失。

人才、学科是山东大学(威海)法学院发展的着力点。法学院现已形成了法律方法论重点学科、刑法学科、国际法学科、政治学科、立法学科、行政管理学科等学群,一些青年才俊也迅速成长。2013年,山东大学威海校区启动学科建设资金,对法律方法论学科给予重点扶持。自2014年始,法律方法论作为一个专业,将独立招收博士研究生,这是一个很好的发展机遇,也是我院学科发展的良好平台。法律方法论学科(基地)有了学校的支持,有了该学术团队的精诚合作,我相信,该学科还有更大的发展空间。学校学科政策扶强不扶弱,但对于学院来讲,除了重点学科之外,还有更多其他的学科,也需要有一定的政策与经费支持,不能发展一个学科,其他学科就不再考虑了。目前,除了法律方法论学术团队以外,我院其他各专业、各学科人才成长也很快,每年都有教师博士毕业,或主持省部级以上课题。随之,博士论文或课题成果的出版也面临问题。如何扶植这些成长的学科,如何扶持这些年轻才俊,让他们尽快成长,更重要的是,将这些成果推向社会,扩大法学院的影

响，这些问题亟须规划与考虑。在这样的背景下，法学院学术委员会经过商议，决定设立“玛珈山法政文丛”，资助年轻教师学术著作的出版，以振兴法学院的学术，继续保持或扩大法学院的发展强势。

这里我首先要感谢知识产权出版社的李学军编辑，因为他的促成与努力，我们才能够将出版文丛的想法付诸实施。法学院与知识产权出版社共同策划、出版“玛珈山法政文丛”，每年计划出版3~5本，为我院青年才俊提供成果展示的平台。我相信，“玛珈山法政文丛”的出版，一方面会为我国学术研究增加些许色彩，另一方面也为学界同仁了解山东大学（威海）法学院、山东大学（威海）的学人，提供一个很好的窗口。

本文丛的出版，得到了知识产权出版社特别是李学军编辑的大力支持与帮助，也得到了山东大学（威海）学科发展经费的资助，在此，特表示诚挚的谢意！

汪全胜

于威海玛珈山下枕涛书斋

2013年11月17日

前 言

法律是一种主要由政府作为第三方实施的社会控制方式、激励机制。法律制度的有效性很大程度上取决于其能否精确地对不同的“有害”行为设置恰当的法律 responsibility，并予以准确地实施，也就是控制的精确度。提高法律控制的精确度有助于更好地威慑有害行为，避免对可欲行为的错误威慑，同时也能够减少没有收益的，甚至会带来损失的法律实施成本。法律制度的精确运作必须以获得足够的信息为前提，而信息从来都不是免费的。如此一来，对法律控制的精确度的追求就受制于信息费用，信息费用也就成为决定法律制度有效性的关键变量。

本书旨在运用经济学的分析工具来研究制约法律控制的精确度，进而决定法律制度的有效性的信息费用问题，同时透过信息费用这一关键变量来考察相关法律制度，探讨它们背后的支配性逻辑。因法律控制的精确性不足而带来的损失，可以称之为误差损失。法律制度作为一种社会控制机制，其根本目的在于通过改进行为提高社会福利水平。如此一来，理想的法律制度应该寻求法律控制的误差损失与信息费用之间的均衡，也就是两者之和的最小化，此时法律控制的净收益最大化。能够更好地回应特定的信息环境，进而更为接近这一均衡点的制度安排是更有效率的制度安排。

法律运作的第一步需要制定包容适度、威慑适度的法律命令。这就需要法律对调整对象进行恰当的“类型化”，设置相适应的法律 responsibility。忽略更多差异、考虑较少因素的简单规则有助于节省信息费用，但会带来社会控制的更大误差损失。区分更为细致的复杂规则有助于提高精确性，但通常也会增加信息费用。另一种形式的法律命令“标准”，有助于通过法官裁量获得更高的个案处理的精确性，但通常也意味着更高的信息成本、不确定性增加及权力滥用的风险，尤其在法治不发达的国家。规则与标准各有不同的优势，适合不同的领域，且

其成本收益与司法环境密切相关。我们通常所说的立法“宜粗”还是“宜细”的问题，其实质就是规则与标准及法律的精确性与信息费用的问题。应该根据不同的司法环境与不同的调整对象来寻求有效率的规则与标准组合。程序的重要功能就在于增加信息供给、减少信息需求，降低公众对政府决策的监控成本，人们可能难以对政府的实质性决策进行评判，但却容易确认是否违反了程序。程序可以通过严格的形式主义的“程序性”规则容纳对实质问题的裁量，有助于提高规则与标准的综合治理收益。

法律创制出来以后必须能够予以准确地实施，否则法律的控制目的也不可能达成。提高司法准确性，减少错误惩罚与错误开释有助于提高法律的威慑水平，获得更好的控制效果，但这也同样受制于发现及核实事实的信息费用。准确性可以通过有罪者被定罪概率与无辜者被错误定罪概率的比值来测度。在事实层面上，法律实施的准确性与信息费用同证明方式、证明标准、证明程序密切相关。这些基本的司法制度从不同的维度影响着司法的准确性与成本，反过来它们的不同形态及变迁也是不同的信息费用环境决定的，是制度对变化了的信息成本的回应。“神判”方式是认知水平低下、信息技术落后、信息成本高昂的环境下的一种司法证明方式。它通过一系列的制度与技术安排减少或替代了信息需求，是适应当时环境的产物，是特定环境下寻求社会控制的精确性与控制成本之间的均衡的结果。古代社会高度形式化甚至是机械性的实体法及程序法，是对当时高昂信息费用的一种必然的回应。从“神判”到“人判”、从“知情陪审团”到“不知情陪审团”、从“法定证据”到“自由心证”的变迁反映的是司法制度随信息成本的变化而变化。信息条件不变的情况下，证明标准的提高意味着单个案件所需信息费用的增加，这有助于降低无辜者被错误惩罚的概率，但若司法投入的总量不变，也会增加真正有罪者被错误开释的几率，在调整证明标准时必须考虑不同维度的成本。而信息成本大大降低时，即使司法投入总量不变，适当提高证明标准也既能够降低无辜者被错误定罪的概率，亦不会提高甚至还会降低真正有罪者被错误开释的概率，此时提高证明标准就是有效率的。最佳证明标准同信息费用水平密切相关。证明程序也同时影响着错误惩罚几率与错误开释几率，并同信息费用密切相关。正当程序也必须在提高准确性和

信息费用之间寻求平衡，而非单一地提高对无辜者的保护强度。

在法律层面上，实施中会遇到法律模糊、冲突、漏洞以及同社会正义观念严重背离等情况。这就涉及疑难案件中法律的解释、补充、续造等问题。不同的解释方法意味着不同的信息费用与精确性。形式主义倾向的裁判既有助于节省法官的裁判成本，又有助于获得判决的权威性与说服力，且有助于提高法律的确定性，降低人们的服从成本、和解成本及对法官的监控成本。正因为如此形式主义才成为正统的司法意识形态，这也是社会所期望的。但在疑难案件中严格形式化的裁判将导致案件处理的精确性的损失，此时就面临着两种成本的平衡问题。形式化较强的文本解释与裁量性较强的非文本解释反映了对不同成本的关注。法官会优先尝试用信息成本较小的解释方法来解决案件。为了降低说服成本（也就是信息成本），司法过程充满了修辞。判决出自法律是最有效的修辞，因此法官即使在“造法”也会努力披上“解释”的外衣。当然，这也是法律对修辞的一种限制。更有助于法官决策的是社会科学知识而非道德理论，但道德话语往往更具修辞色彩，因此尽管我们主张疑难案件中的后果主义权衡应以社会科学为指导，但却仍然赞成道德话语的修辞策略，这有助于降低说服成本。

是否考虑行为主体的主观意图，对于法律运作的信息费用有着重大影响，原因在于主观意图的观察与核实成本极为高昂，甚至有些信息根本不可能为行为主体之外的人所获得。这就涉及过失责任与严格责任问题。在侵权制度中，两者均致力于实现事故预防费用、事故损失与制度运作的信息成本之和的最小化。信息费用决定着它们达成目标的能力和成本。过失标准客观化的原因在于节省信息费用。过失责任受制于确定过失的信息费用，严格责任受制于评估预测事故损失的信息费用。制度的比较优势取决于不同环境下它们自身运作所需的信息成本，及引导行为主体有效运用私人信息的能力。

法律在某种意义上可以看作是一种“契约（合同）”，反过来合同在某种意义上也可以看作是一种特定主体之间的“法律”。因此对合同制度的探讨所发现的问题往往能够扩及整个法律制度。除了法律以外，合同还存在其他实施机制，不同的实施机制有着不同的信息需求和信息能力。实际上，法律本身也存在政府之外的实施主体与方式。合同法的一项主要功能在于提供易于观察、核实的合同程式，降低法

院确认是否存在自愿接受法律约束的合意的信息成本，减少错误强制。合同法还为合同的订立及法官解释、补充合同提供了大量隐含条款，降低了交易与司法成本，提高了判决的可预测性。法官对不完备合同的补充能力是有限的，严格遵循合同文本有助于降低裁判成本、减少错误补充、防止法官滥权，促使当事人努力签订更为完整的合同。由于信息费用与司法能力的限制，法官不应该更为能动地补充合同，而是重新认识在信息需求上不同于法律的其他实施机制，在司法中更为尊重合同自由与合同文本。在一定程度上，这些结论也可以适用于法律自身的运作。

为了降低信息费用，法律大量依赖易于观察、核实的简单事实。最典型的就是对年龄、性别等自然身份特征的依赖。同时法律还创设了大量的社会身份特征，如古代社会的基于出身的等级身份、现代社会则是基于学历、职称、选举中胜出等获得的身份。尽管对简单事实的依赖导致了错误损失，但却降低了信息成本，减少了因不确定性而导致的严重损失。世袭制度尽管无助于获得最有能力的统治者，却大大避免了因权力交接的不确定性而导致的争夺与冲突。现代民主制度也同样不能保证获得最有能力的领导人，人们在投票时可能没有能力鉴别候选人的能力与政策，那就投一个“好人”的票。各种身份特征是人们应对复杂环境的一种简化机制。从信息费用的角度看，我国古代依据科举成就授予官职同现代社会政府官员晋升重视学历具有相通之处。政绩、能力在很多情况下是难以衡量的、欠缺客观性的，学历却是一个客观的简单的事实，况且正常获得学历还是一个反映能力的有效信号。高校学术成就评价与职称评定的数量化背后隐藏的也是寻求低成本的、确定的评价依据的逻辑，尤其在缺乏信任的环境下。

基于信息与组织的角度，法官独立审判是产出好判决的最佳组织模式。基于博弈的视角，审判独立是政府公信力与正当性的必要前提。由此，审判独立可以说是司法权的一项基本规律。以法官独立方式组织司法权和用科层制运作行政权背后隐藏着同样的经济学逻辑。那就是何种模式是最有效率的，而非前者意味着公正，后者则是效率。经济分析能够克服传统理论的缺陷，为审判独立提供更具解释力与干预力的理论。

不同社会控制机制之间的竞争很大程度上取决于它们应对信息费

用的能力。柏拉图认为“哲学王”统治理想国的最大障碍就在于高昂的信息费用。作为规则之治的法律的优势在于借助一般性规则，通过同类情况同样对待的“类型化”处理，降低了“具体问题具体对待”所需的高昂信息费用，当然也因忽略了调整对象的无限差异性而导致了社会控制精确性上的损失。法律应寻求两者之间的均衡。法治所要求的“良法”的形式美德本质上都在于降低信息费用，信息费用为这些形式美德提供了一个有效的参照。法治的成功在于既有效回应了政府控制社会的信息问题，又回应了社会控制政府的信息问题。自由的意义在于能够有效地产出和利用分散存在的知识和信息。大多数情况下政府并不比个体更具信息优势，这是有限政府的重要经济学理由，政府控制的边界取决于控制收益与控制成本之间的均衡。“人治”和“法治”之争的背后，隐藏的仍然是社会控制的精确性与信息费用的均衡的经济学逻辑。

信息成本为正并不能推翻理性，理性会权衡信息搜集、处理的成本与收益。由认知与行为异常构成的“有限理性”本身可以通过理性获得有效解释。诸多心理捷径是人们进化形成的应对复杂的外部世界的有效方式，尽管有时候会导致错误的决策。个体信息不充分并不必然需要限制自由的家长式干预，政府可以通过提供信息来帮助人们作出更好的选择，而不是代替人们作出选择。而且政府的信息优势通常仅限于部分领域，对于涉及个体偏好的信息，政府几乎不可能比个人更清楚。一些领域，认知与行为的系统偏差也同样只是为家长主义干预提供了可能而非必然需求，政府及官员同样也受制于“有限理性”。事实上很多被认为是保护选择人自由利益的家长式干预本质上都具有负外部性。在个体信息不完备或存在“有限理性”的领域是否应该予以家长式干预需要具体问题具体分析。

由此，信息费用既是我们研究的对象，也是一种新的研究视角。它能够帮助我们刺穿诸多复杂的术语、理论，直面事物的本原，为很多问题提供清晰、简洁而富有解释力的说明。进而为法律研究提供一种简约而富有解释力的理论或视角。同时本书研究所获得的诸多结论也对我国的制度变革、法治建设具有一定的规范意义。

目 录

导 论 1

- 一、信息费用何以重要与可能 1
- 二、研究现状 9
- 三、基本模型与思路 16

第一章 规则与标准的信息费用问题 29

- 一、规则与标准的界定 24
- 二、规则的信息费用问题 27
- 三、标准的信息费用问题 32
- 四、寻求有效率的组合 34

第二章 司法证明的信息费用问题 42

- 一、准确性的成本与收益 43
- 二、证明方式 46
- 三、证明标准 57
- 四、正当程序 62

第三章 司法方法的信息费用问题 65

- 一、几种解释方法 65
- 二、论证与修辞 73
- 三、作为司法知识的道德理论与社会科学 79

第四章 侵权制度中的信息费用问题 86

- 一、传统理论的反思 86

二、过失责任制度 89

三、严格责任制度 94

第五章 合同制度中的信息费用问题 104

一、合同的非法律实施与法律实施 104

二、合同程式 108

三、隐含（或备用）条款 115

四、关系合同 122

第六章 法律对“简单事实”的依赖及其延伸 133

一、法律对身份特征的依赖 134

二、科举、考试、学历 142

三、信息费用与职称评审 148

第七章 审判独立与信息费用 154

一、传统解释的局限 154

二、法官独立：好判决的最佳生产方式 156

三、法院独立：政府公信力的前提 160

四、公正还是效率：两者矛盾吗？ 163

第八章 从“人治”到“法治”的信息费用问题 166

一、“理想国”的信息难题 166

二、法律的“内在道德” 171

三、有限政府 182

第九章 信息、有限理性与法律家长主义 191

一、法律家长主义的反对与支持 191

二、信息不完备与家长式干预 196

三、“有限理性”的理性分析 201

四、有限理性与家长式干预 207

附案例研究：iPad 商标案中的“白手套”交易 211

一、欺诈认定的难题 212

二、基于信息的后果分析 214

三、“敲竹杠”及其矫正 216

四、经济学逻辑违背“诚实信用”吗 220

导 论

不完全信息问题是博弈理论和法学的中心问题。*

——拜尔、格特纳、皮克

信息成本是决定法律制度有效性的主要因素。**

——张维迎

一、信息费用何以重要与可能

我们生存在一个信息成本（费用）为正、充满不确定性的世界。尽管信息技术的进步及合理的制度安排有助于降低信息成本，却不可能完全消除。甚至最能体现人类理性的知识、理论本身也为信息成本所支配，也只是对存在高昂信息费用的外部环境的一种回应。在笛卡尔看来，最可靠的知识是以确定性的公理性事实为起点演绎推理而来的；然而人们通常无法获得确定的公理，甚至连确定性公理是否存在都无法确定。^① 我们甚至不能否认，我们所感觉到的一切都是邪恶的上帝在用探针刺激一个“缸中之脑”而产生神经信号，我们只是生活在梦境之中，这一点永远不可能以经验的方式予以反驳。^② 如此一来，科学知识的起点就代为以经验为基础的归纳性命题，然而这自然就遇到了休谟所说的，归纳何以可能的问题，即使已发现的乌鸦都是黑色

* [美] 道格拉斯·G. 拜尔、罗伯特·H. 格特纳、兰德尔·C. 皮克：《法律的博弈分析》，严旭阳译，法律出版社2004年版，第2页。

** 张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版，第179页。

① [美] 威廉姆斯·庞德斯通：《推理的迷宫——悖论、谜题，及知识的脆弱性》，李大强译，北京理工大学出版社2007年版，第11页。

② [美] 威廉姆斯·庞德斯通：《推理的迷宫——悖论、谜题，及知识的脆弱性》，李大强译，北京理工大学出版社2007年版，第4、9页。

的,我们也不能保证天下乌鸦一般黑,毕竟还可能存在非黑色的乌鸦。^①如此又怎么能放心地将归纳命题作为科学推论的基础。对于这一哲学难题,经济学有一个简单而有解释力的答案。“天下乌鸦一般黑”的全称判断与“乌鸦1是黑色的、乌鸦2是黑色的……”的单称判断相比。前者尽管不如后者准确,但却大大节省了描述、理解、记忆、交流的信息成本;依据前者对未知事物进行预测,尽管会出错,却是一种“低成本的认知策略”;无论是描述还是预测,只要预期错误损失小于因此而节省的信息成本就是有效率的、可欲的;这里面隐含着一个精确性与信息成本的平衡问题,从效率的角度看,我们应该追求误差损失与信息成本之和的最小化。^②实质上对有用的归纳结论的证明本身也遵循着节省信息费用的逻辑。如人们通过不断发现黑乌鸦来逐步证实所有乌鸦都是黑色的这一归纳命题,超过一定程度后,每多发现一只黑乌鸦,这一全称判断的正确性与可靠性就又多得一分。其实我们也可以通过发现所有非黑色的东西都是非乌鸦来证实这一全称判断。尽管逻辑上没问题,但我们可能会觉得哪里不对劲,科学也不主张用这种方式。原因在于后者的成本要比前者大得多,是人类根本承受不起的。以天下乌鸦一般黑为例,有哲学家进行过计算:“以乌鸦为样本需要1万美元,以非黑色的对象为样本需要20亿美元!”^③

表达和交流之时,我们经常会遇到“词不达意”的困难。语言不可能同外部世界或人的主观感受一一对应,“百红千绿万种灰”就反映了语言对色彩的大大简化,语言本质上也是一种“简化复杂的工具”。^④更为复杂的语言可能有助于提高信息传递的准确性,但掌握和适用语言的成本也会大大增加,想想那厚厚的词典就让人害怕。一个新的词语只有当它带来的信息收益超过了信息成本之时才是可欲的,也只有这样的词语才会更多地被人使用而不是遗忘或从不会产生。^⑤事实上,从实用主义的角度看,“所有思想和制度都是人应付环境的

① [英]休谟:《人类理解研究》,关文运译,商务印书馆1974年版,第32页。

② 桑本谦:《休谟问题的经济学描述及其联想》,载《博览群书》2008年第6期。

③ [美]威廉姆斯·庞德斯通:《推理的迷宫——悖论、谜题,及知识的脆弱性》,李大强译,北京理工大学出版社2007年版,第46页。

④ 郑也夫:《信任论》,中国广播电视出版社2006年版,第101页。

⑤ 桑本谦:《休谟问题的经济学描述及其联想》,载《博览群书》2008年第6期。