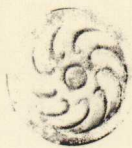


9



高晋康 郁光华 等著

法律运行过程的 经济分析



光华文丛

高晋康 主编

光华文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律运行过程的 经济分析

高晋康 郁光华 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律运行过程的经济分析 / 高晋康、郁光华等著.

—北京:法律出版社,2008.2

(光华文丛)

ISBN 978-7-5036-8202-5

I. 法... II. ①高...②郁... III. 法律—经济学—研究

IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第016332号

© 法律出版社·中国

西南财经大学
法学院光华文丛
高晋康 主编

法律运行过程的
经济分析

高晋康、
郁光华等 著

责任编辑 高山 田会文
装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2008年1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/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 8 字数/ 212千

印次/ 2008年1月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8202-5

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南财经大学法学院
光华文丛

高晋康
主编

卷首语

晚近之法律发达史昭谕——法乃天下之公器也。律法之学，遂立于诸学之列，渐为显学，域外海内共趋之，前辈后生共奉之，庙堂布衣亦颇多侧目。此时此世，法律堪谓人世经纬，通由法律而生活，织掬规则，获取意义。

迨至现世，法治取神治、人治而代之，蔚为治国之略，遂成法共同成员所皈依之凭借也。然，徒法不足以自行，文以载法，所求者何？或答曰：所希冀者，欲将公平正义、民主平等、自由博爱、诚信宽容诸等现代人文理念，践行落实为具体之法律运作，并由此祈愿，为吾曾灾难深重之神州大地，重建规则，重缔秩序，是谓法治之意义。所凭借者何？或答曰：诸行家前辈、英杰俊才，以脉脉法意，以智识才情，援据西窗法语，璧合本土资源，通联当下之国情与民意，法意与人心，文以载道，燎原薪火，传承不灭。

至若现今之西南财大法学院，肇始于民国末年之正阳法商学院，经由相辉文法学院，辗转历光华

大学法学系。虽偏于西南一隅，处江湖之远，却谨循“经济民、孜孜以求”之校训，未敢懈怠。然则，三尺高台起于垒土，现倡设《光华文丛》之举，盖缘于此。若此，吾侪同心，著者协力，惟以沙聚跬积、期于汇涓成川。仰我上者，茫茫苍穹，望光华之繁星璀璨，得其所哉，夫复何求？

《光华文丛》首创之期，是为卷语。

高晋康 谨 识

前 言

经济学被广泛运用于法律研究并非偶然,更不只是因为“经济学帝国主义”的攻城略地,法律经济学的兴起有其更深刻的内在逻辑。曾经,经济学家仅研究市场行为而忽略了被交易的权利,科斯的论文发表后,产权不再无关紧要;再后来,经济学家逐渐认识到产权等更依赖于其后的法律制度,自此以后,法律制度就不仅仅是外在的约束条件,而成为经济学的研究对象。而法学界也经历了从对法律经济学排斥到逐步接纳的过程。在此过程中,法学的研究范式也逐渐被转变,“法律规则开始被视为一个运行的体系加以研究,而不仅仅是一个归档系统”。^① 就我国而言,目前法律经济学的研究还未脱

^① Francesco. Paris, *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*, *European Journal of Law and Economics*, 2004, Vol. 18(3), pp. 259 - 272.

离翻译、介绍的早期阶段,^①不过这种局面正逐渐被纠正,法律经济学研究正在朝第二个发展阶段跨越,即运用法律经济学的研究范式解决中国的实际问题,本书也是这些尝试之一。当然,中国的法律经济学还应该对人类知识有所贡献,要引领学术研究的前沿,从而走向成熟达到以第三个发展阶段,但目前的知识储备尚有限,只有期待同仁共同努力,才能达到这一目标。

我国法律经济学研究存在的种种不足局面表明,当前要推动我国法律经济学的进步至少应在两个方面有所作为。首先,不能仅仅是对国外理论的简单翻译或介绍,更不能只是加上法律经济学的某几个空洞概念却没有摆脱传统法学的分析模式;其次,又不能把这些法学问题演变为完全的经济学分析,毕竟法学研究和经济学研究各自关注的问题、研究范式以及处理方法都有所差异。

为此,本书着重于发掘法律经济学对中国现实问题的解释力和运用的可能性,而且将视野放大到法律允许所需的基础理论与部门法中具有典型意义领域的社会万象展开思考。为了实现理论对“首尾一贯”的追求,本书着眼于法律的运行状况和机理的分析,通过在内容上选择中国的传统部门法相关制度或“禁放令”、“关闭小煤窑”等热点问题,并在反思的基础上获得了很多新鲜的认识。其中,我们采用的基本理论包括传统的产权理论、交易成本理论、博弈论、信息经济学、法社会学等。我们运用的研究方法主要是实证分析与逻辑推理相结合。由此决定了本书所有分析对象都显示了我们试图以法律经济学的眼光解释法律运行状况的努力,这些努力或许也呈现了法律经济学的独特价值,故而我们似乎寻到了些许的慰藉。

为了体现上述研究思路,本书在体例上共分为三编。首先讨论了真

^① 很长一断时间,宣传法律经济学的文章不少,但这些论文不过偶尔使用了博弈、交易成本、信息等名词粉饰门面而已,真正深刻且熟练利用法律经济学的文章、学者着实不多。参见成凡:“社会科学‘包装法学’”,载《北大法律评论》2005年第7卷第1辑。

实世界中法律的具体运转情况,并设定为第一编。在一开始对法律经济学主流范式的思想流变及其理论困境作了阐述,我们认为不应仅限于将主流经济学的分析工具简单地引入法律分析,因为这种分析范式将势必使法律经济学这门学科由于其本身缺乏一种自主性理论建构而陷入危机之中。法律经济学及法律经济学者急需拓展既有的理论思维空间,发展新的理论范式、重新调整研究对象或引进新的分析工具,来重整主流法律经济学的封闭理论结构。

法律作为减少纠纷和解决纠纷的一种制度安排,就其作为稳定预期的作用看,信息是相当关键的变量。但真实世界里的信息问题导致了法律不完备,为此,立法权、执法权的配置就成为重要的问题。基于此理论,我们对我国立法、执法以及人们是否将纠纷诉之于法院进行了分析,这为法律运转的分析提供了另外一个视角。

在讨论了人们决定是否对簿公堂后,我们转而考察法院在司法中的选择性执法行为。现实中存在的大量法律得不到严格执行,或者虽然得到了执行但却不是依照正常的法律程序的现象,在引入间接执法成本和间接损害这两个关键变量后,可以解释法律的选择性执行。因为执法者的选择性执法避免了僵化执行不合时宜的事前规则所导致的灵活性丧失。但另一个更深刻且有趣的问题是,为什么要事先颁布法律,事后却选择性地执行?成文化的契约和法律是否多余?随后的分析表明这些多余的法律和契约依然有其存在的独立意义,契约弱势方为更容易地向第三方证实哪一方是真正的违约方,而要求契约、法律的书面化与成文化以使自己的利益更容易得到保护。但契约的强弱优势与执行的强弱优势的不统一,导致作为执行强势方只是作出表面承诺,这种承诺就是不可执行条款或者选择性执行条款。

人们是否选择诉讼、法院如何适用法律都是法律运转的场域,而人们是否消费律师以及律师在司法程序中能起到何种作用,同样是真实世界法律运转的一重要场域。在我国,70%的刑事案件无律师介入,律师人均办理的刑事案件大幅下降,那么刑事案件中存在律师的经济性如何

体现？又如何理解作为持续性消费的律师地位之尴尬？通过思考这些问题，我们在第三章发现，在我国，被消费的律师在实现社会正义、维护国家法律和保护当事人权利之间存在紧张的对立，我们认为律师的首要角色应当定位于为当事人服务，律师制度也是一国法治发展的决定性因素之一。

但是，无论是法院的选择性执法，还是当事人的选择性诉讼或者律师消费的尴尬都是我国向法治社会转型中可能或者必然发生的问题，我们是否有足够的理性构建一完备的法律体系，还是只能“摸着石头过河”般的试错？不同的思维方式必然影响我国法律制定转型的路径选择。为此，我们在第四章通过审视两种制度变迁模式背后的差异，相对于俄罗斯带有建构理性的转型特征，中国转型呈现出“演进理性”的特点，特别是东部地方政府策略是由“无为”逐渐转变为“有为”，由“无意识的演进主义”逐渐转变为“演进的理性主义”。对后续的制度转型而言，政府行为应注意两种学理传统的结合，此外不同区域的制度转型也应根据其初始条件有不同的模式。

我们对于法律运行状况的解释最终可以从部门法的运行机理中获得验证。正如第二章所强调的法律是一种信息机制与激励机制，我们在第五章到第八章将法律运行是一种信息机制与激励机制的假说运用到特定的部门法的分析中，并以此作为本书的第二编。

首先，通过检讨民法通则中的代位权制度，指出其“入库规则”存有不足，会出现集体行动中的困境——债权人缺少进行诉讼的激励，不符合帕累托效率标准。进而提出民法理论应突破债权平等的观念，采用优先权原则，如此债权人才有激励行使权利，代位权制度才能发挥其最大作用。

接下来，我们考察了侵权法中的损害赔偿问题。中国理论界对是否引入惩罚性赔偿已经进行了大量讨论，但在我们对这些争论进行深入考察后发现，简单讨论是否适用惩罚性赔偿是不妥当的，在财产性质的侵权中仅补偿性赔偿就足够，但故意侵犯人身性时应该适用惩罚性赔偿。

同理,环境侵权也不应该适用惩罚性赔偿。除此以外,通常理论和实践所认可的无过错责任也有值得改进之处,在特定情况下受害人应当采取预防措施,而此成本可向施害人请求补偿,如果原告没有采取预防措施,则其发生的损失不能向被告请求赔偿。

进而,我们以法律是一种信息机制的假说为起点对婚姻法中的问题进行探讨。在研究中,我们发现学者们讨论的婚姻的信号功能与分离功能是矛盾的,对婚姻形式的要求也是不一样的,由此指出中国的婚姻法可以规定同居(准婚姻)、无过错婚姻和契约婚姻,在这三种婚姻形式下离婚后扶养义务、财产分割、子女监护权等的处理都应区别对待。

此外,我们还将验证的视阈投放到传统部门法之外,对金融制度进行检讨。法与金融是近年来的热点问题,其中具有代表性的有 LLSV 理论。针对 LLSV 理论的法律起源决定论,学者们从政治、文化、社会规范等提出了批评,^①特别是 LLSV 的系列研究都很少涉及中国这一重要的新兴、转轨国家,^②其原因正在于 LLSV 理论在解释中国现象时具有局限性。然而,我们发现,除法律因素外,政治因素以及其他因素对金融发展的影响是非常重要的,所以 LLSV 法律来源论或法律决定论对股份集中程度和小股东保护的相关性以及小股东保护(披露制度)和资本市场发展的关系的解释是不完全和片面的。

为了进一步对法律运行提供合理的解释,我们在最后一编选取了两个被广泛关注的事件,从与舆论及理论界很少涉及的视角出发,发现了公共政策制定的不足,并获得了一些令人惊讶的结论。

我们关注到的第一个热点问题是“禁放令”。或许出于传统的原因,过年燃放烟花爆竹是一个很少被质疑的习惯,而“禁放令”的执行也遇到

① See Beck, T. Demirgüç - Kunt, A. Levine R., *Law, Politics, and Finance*, World Bank Policy Research Working Paper No. 2585, 2001; Rene M. Stulz, Rohan Williamson, *Culture, openness, and finance*, *Journal of Financial Economics*, 2003, Vol. 70, pp. 313 - 349.

② See Franklin Allen, Jun Qian, Meijun Qian, *Law, finance and economic growth in China*, *Journal of Financial Economics*, 2005, Vol. 77, pp. 57 - 116.

了过多的阻力与高昂的执行成本。本书对“禁放令”的存废进行了分析。与通常观点不同,本书把燃放烟花视为一种具有负外部性的习惯,而这种负外部性是难以通过责任规则、财产规则完全内部化的,基于此,“禁烟令”的后果并没有通常想象的那么悲观;而各地政府所谓顺应民意的“限放令”有欠妥当,其实践效果甚至还不如“禁放令”。

我们关注的第二个社会热点问题是矿难。政府在关闭小煤窑方面进行了大量努力,但矿难仍然无法根除(包括最近被报道的煤奴)。除政策难以执行外,政策本身是否存在合理性欠缺的问题?因而,我们围绕安全设施装备与产权稳定性对政府现行政策进行讨论,认为政府关闭小煤窑必将是无法完全实现的,关闭小煤窑反而可能滋生新的安全隐患。重要的不是关闭小煤窑而是激励矿主装备安全设施。与关闭小煤窑相反,要确保合法小煤窑采矿权的稳定性,只有如此才能鼓励煤矿主进行投资,进而从根本上降低矿难。

本书可能对现行法律制度运行状况的观察和检讨或多或少地对一些传统的理论或为大家熟悉的观点甚至某些被视为常识性的事物构成了冲击,但在既定的法律经济学思维范式下,这些结论却有其思维进路中的必然性。尽管,我们不一定能获得完全正确的结论,却可能由此对以后的立法、政策制定提供一种不同的思路,至少可能激发人们以更加审视的态度看待不曾质疑过的观点。如此以往,我们的立法活动、政策制定可能会更加趋于理性与合理。^①

当然,欲借用法律经济学工具突破传统与常识而试图有所为,则必须满足一个前提条件——法律经济学确实能提供传统理论不能带来的新鲜理论。以奥卡姆的剃刀来评判,我们需要反思法律经济学对传统理论特别是法学研究带来了什么?法律经济学是否真的重要?我们需要什么样的法律经济学?乃至于是否需要法律经济学?这些质疑并非毫

^① 比如由于法律经济学的兴起,在法律出台之前,美国国会都会对该法律稿进行事前评价,其方法就是借用法律经济学的工具。

无道理。

本书的努力试图表明法律经济学确实能带来一些新鲜理论,甚至是破解许多症结的钥匙。它确实能提供不同于传统法学研究的独特视角,这也许正是法律经济学的魅力与必要性之所在。窃以为,理论的意义非在于模型的复杂、精致,以致高深得令人无法解读,而在于,她揭示了曾被遮蔽的现象、扩展了人类的认识,更重要的是,她深刻的影响并重构着我们的行为模式与制度选择。倘此若真,也权当本书的自勉吧。

本书作为一份尝试性的成果,是集众人之力合作而成的。其中全书的策划、体例安排和定稿由高晋康和唐清利负责;统稿与修改工作是由高晋康、唐清利完成的;前言由高晋康、唐清利、万江执笔和修改定稿;第一章是张建伟撰写的;第二、三、四章由戴治勇、杨晓维完成;第五章由邓君韬、罗宁完成;杨海涛完成了第六章;邵兴权、刘为民共同撰写了第七章;陈屹立、张帆撰写了第八、九章;第十章由郁光华撰写;第十一章由郁光华与邵丽合作完成;第十二章由艾佳慧撰写;第十三章为万江所著。从文章结构的初始安排到章节的完成经历了近两年时间,在此期间,本书部分章节曾提交给第5届法律经济学论坛,一些章节已在《经济研究》、《北大法律评论》等刊物上发表,对此特别感谢!

作者

2007年7月于光华园

目 录

卷首语 / 1

前言 / 1

第一编 法律运行的经济学分析

第一章 法律经济学理论思维空间的拓展 / 3

一、引言 / 3

二、法律经济学的主流范式：思想流变
及其当代困境 / 4

三、研究对象的重新确立：法律经济学理论
思维空间的拓展 / 10

四、转型、变法与发展：比较法律经济学的新
机遇与新挑战 / 15

五、结语 / 17

第二章 从信息角度看法律实践 / 18

一、法律的经济解释 / 19

二、立法与信息 /20

三、执法与信息 /24

四、人们为什么对簿公堂 /27

五、结语 /30

第三章 法律如何被执行? ——选择性执法 /31

一、备择的其他解释 /32

二、剩余执法权 /35

三、选择性执法与灵活性的获得 /37

四、结语 /44

第四章 “多余”的契约,“多余”的法律? /47

一、为什么成文契约 /48

二、执行强势方的选择 /52

三、从契约到法律 /55

四、结语 /57

第五章 从我国的律师消费看法律运行 /59

一、问题的提出 /59

二、社会对律师消费的历史回顾 /63

三、律师执业过程中的伦理困境分析 /64

四、律师消费伦理正当性之寻求:制度角色与法治成本 /66

第六章 制度转型与经济分析的初始条件 /68

一、理性主义和经验主义的争论 /69

二、经济学的构建主义传统和演进主义传统 /70

三、制度转型模式 /73

四、政府行为的合理选择 /76

第二编 民商事法的经济分析——基于信息与激励理论的讨论

第七章 从“入库规则”到优先权规则的转化：

一个公共选择的视角 /83

一、“入库规则”约束下代位权制度实施的低效 /84

二、一种选择性的激励：优先权规则 /90

三、结语 /96

第八章 损害赔偿的法律经济学分析 /97

一、惩罚性赔偿的正当化理由及其评述 /98

二、有效侵权、故意侵权与惩罚性赔偿 /101

三、惩罚性赔偿的具体适用 /106

四、结语 /109

第九章 环境侵权损害赔偿的经济分析 /110

一、环境侵权损害赔偿无过错责任原则的改进 /111

二、暂时性赔偿方式与永久性赔偿方式的选取 /116

三、惩罚性赔偿 /120

四、结语 /123

第十章 从经济学视角看中国的婚姻法改革 /124

一、西方婚姻法的历史演变 /125

二、扩大合同自由安排的意义 /134

三、对滥用合同自由行为的法律规范 /147

四、结语 /150

第十一章 论 LLSV 法律来源论的缺陷性 /152

一、对股权集中的政治经济学分析 /153

二、对披露机制的政治经济解释 /159

三、结语 /168

第三编 公共政策的法经济学检讨

**第十二章 “禁”还是“不禁”，这是个问题——关于“禁放令”
的法律经济学分析 /171**

一、问题的提出 /172

二、燃放烟花爆竹是社会规范吗？ /177

三、产权规则、责任规则还是行政规制 /184

四、为什么禁而不停？——烟花爆竹的需求和供给分析 /191

五、“禁改限”的无奈以及潜在的问题 /197

六、一点余论 /205

第十三章 矿难治理中的产权改革 /209

一、矿难探源：安全措施的欠缺与采矿权的不稳定 /213

二、官煤勾结：采矿权的另类合约安排 /216

三、预防矿难之策：提高赔偿额、关闭小煤窑或其他 /218

四、出路：有恒产者方有恒心 /221

参考文献 /224

后记 /238