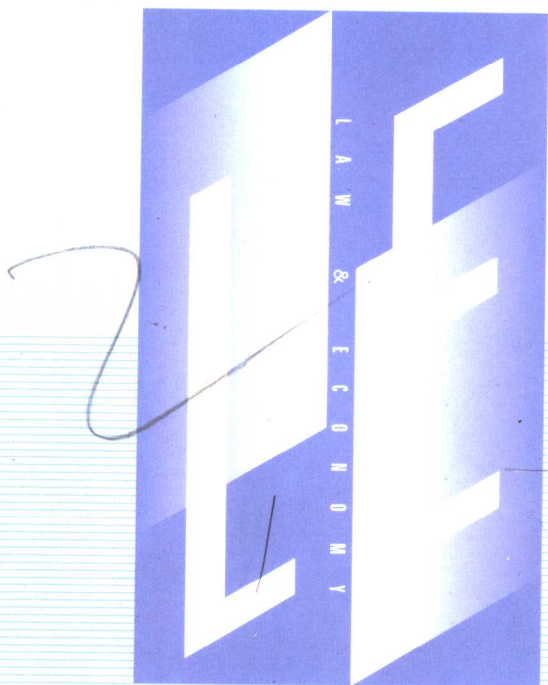




法律与经济普及文库

媒体、法律与市场

| 陈志武 ◎ 著 |



中国政法大学出版社

法律与经济普及文库

媒体、法律与市场

陈志武 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

媒体、法律与市场/陈志武著. —北京:中国政法大学出版社, 2004. 11
(法律与经济普及文库)

ISBN 7-5620-2669-6

I. 媒... II. 陈... III. ①传播媒介-作用-社会主义经济:市场经济-中国②社会主义法制-作用-社会主义经济:市场经济-中国

IV. F123.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 128484 号

.....

书 名 媒体、法律与市场
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.125
字 数 265 千字
版 本 2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2669-6/D·2629
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编 委 会

主 编 吴敬璉 江 平

执行主编 梁治平 李 波

编委会成员 (按姓氏汉语拼音排序)

方流芳	高西庆	季卫东	江 平
焦津洪	金立佐	李 波	梁治平
刘遵义	茅于軾	钱颖一	秦 晖
吴敬璉	谢 平	许成刚	余永定
张春霖	张 军	张维迎	

自序

写自序有一个不成文的惯例，那就是谈一些与书中内容不重复的背景性东西，比如书的由来，作者是如何产生书的灵感，等等。这本书的由来很简单，那就是过去三年我围绕新闻媒体、法律与市场发展的关系写过一些文章，也做过不少讲座。到今天，也确实该把这些相关文章分类综合，这样可以给读者提供一个更整体的视角。

看完本书或其中的一些章节之后，你或许会发现书中使用的图表和数据比一般人文社会科学书籍的要多，按今天社会科学研究者的行话讲，我会尽量用实证数据说话，而不是靠引证“谁谁谁在哪里说过如此，所以就如此”。这种写文章、作研究的风格或许是我们这一代“不务正业”的留美经济学人的“职业毛病”。像多数文革后到北美学习经济学和其他社会科学的留学生一样，在1986年到美国留学之前，我学的专业是计算机工程，而不是正统的人文社会科学。于是，到美国学习以数学模型为主导的经济学时，像我这样的非正统人文社会科学出身的学生反倒是很自然，没有经历过“研究文化”上的冲击，学起经济学就像学工程一样上路。

今天再回头看看过去三年在国内发表的这些文章，发现我已经很习惯从实证数据中为自己的论点找到支持，或者从数理模型中为论点寻找理由。这种研究习惯与其说是由自己的工程背景造

2 自序

成的，倒不如说是我们这一代经济学人和社会科学研究者的共同特点。

那么，“实证加数理逻辑分析”作为社会科学研究方法，其背后又代表一种什么含义呢？这或许预示着中国近代思想变迁过程中的又一次大转变，而且是正在进行中的转变。由于书中章节不会谈到社会科学研究方法问题，我们不妨在自序中简单回顾一下一些相关历史。

一、人文传统与科学实验室

“五四”时期盛行的“德先生”和“赛先生”其实并没有改变中国文人研究人与社会的方法论，“德先生”带来的是民主与自由的理念，而不是研究方法；“赛先生”是研究方法论，但这又被理解成只适用于自然科学和工程技术的研究方法论，跟社会科学没关系。

中国人的智慧是众所周知的，像孔子、孙子、管子等这些哲学、社会、经济学大家是人类几千年都难得超越的先知先觉。但中国传统的人文社会理念与智慧往往不超出个人或局部社会的经验总结。换言之，孔子自己的生活经历可以非常丰富，对周围的人 and 事观察得也绝顶细致，从这些经历和观察中他也能提炼出真正的精华。但是，一个人甚至一群人的经历毕竟总是有限。再者，不同时代、不同社会的处境也可能千差万别，一个时代、一个社会中观察与体验到的规律未必是另一个时代、另一个社会的规律。换言之，中国的工匠技术与手工业历来比西方社会发达，但工业革命却偏偏发生在西方的英国而不是发生在中国。原因是在西方出现了科学实验室，让研究者可超出自己的亲身经历、超出“经验”去设计制造各种假想的实验状态，可以多次、让更多人重复实验，以此来发现在个人不可能经历到的状态下物质和自

然的规律,研究的结果可以大大超出个人的经验总结。例如,正常人是不能经历 1000 度的高温,因此也不会知道在 1000 度高温下泥土的物理表现,但在特设的实验室里这是容易模拟发现的。

二、容闳、严复、五四新文化

“赛先生”深入中国学界与社会当然是一个漫长的过程。几天前是耶鲁大学 2004 届毕业典礼,这件事本身可能不会引起耶鲁毕业生家属与朋友之外的人注意,但今年是容闳从耶鲁大学毕业 150 周年,他是第一个留美的中国学生,在后来的洋务运动中起过举足轻重的作用。1854 年从耶鲁拿到学士学位后,容闳于当年 11 月从纽约上帆船启程回国。在海上航行整整 154 天后,他终于回到自己的广东老家。回国后,他于 1863 年向两江总督、洋务运动领军人曾国藩建议设立中国自己的机器制造厂,首先要生产制造“机器的机器”。在当即得到曾的支持后,容闳去美国采购了第一批机器,运回上海成立了后来的江南制造局。不久他又建议成立中国第一个技术培训学校,进一步为中国今天的制造业与机器工业奠定基础。1868 年容闳向清朝军机大臣文祥上书,建议成立中国第一个股份公司——轮船招商局。但不巧的是,由于文祥的母亲两个月后去世,他必须回老家守丧,这就使容闳的轮船招商局建议一直拖到 1872 年再由李鸿章、朱其昂筹办。1868 年容闳建议清政府送幼童出国留学,1870 年得到曾国藩的支持并由他领衔奏请朝廷,随即朝廷设立“出洋肄业局”负责留洋事宜。第一批 30 名留美学生于 1872 年由容闳带领前往美国,其中包括“中国铁路之父”詹天佑。那次留洋计划除了公派美国的学童外,随后还拓展到派往英国等欧洲国家的留学计划,为严复等人留学奠定了基础。1874 年 6 月,容闳发动粤籍实业家集资创办近代中国第一份民办中文报纸《汇报》,成为上

4 自序

海报业的先锋。1896年容闳着手准备设立中国国家总银行的计划。计划完备后立即得到总理衙门大臣张荫桓与户部尚书翁同龢的支持，并开始筹办国家银行事宜。

容闳对晚清洋务运动的贡献显而易见。从他早期的工作中也可以看到中国近代思想史的变迁。他作为第一个留美毕业生，在美国生活、学习了十余年，属于当时少有的既懂中国又领会西方文化的精英。当容闳于1865年着手翻译《帕森斯合同理论》(PARSONS ON CONTRACTS)一书时，他面对的中国社会当然难以理解这些翻译工作会有任何意义。国内的一位学者当时劝说容闳不要去做这些无用功，原因是即使这类书籍全部翻译出版了，中国人也不会需要它，因为中国社会很少涉及合同诉讼。于是，容闳放弃了翻译启蒙工作。甲午战争的失败给国人以巨大的冲击，随即引发的大反思迫使人们向外开放。于是，当19世纪80年代从英国留学回来的严复于1897年翻译出版赫胥黎的《天演论》时，他的努力立即引发了巨大的社会反响。1901年严复接着翻译亚当·斯密的《国富论》等“八大名译”。他的翻译工作以及那时西方民主自由思想的进一步引进，为晚清的维新变法提供了必不可少的思想火花，也为后来的“五·四”新文化运动打下了基础。

但容闳、严复、五·四新文化运动以及后来多年的引进工作，基本都只停留在思想与理念的引进上，而在社会科学的研究方法上受到西方的影响甚少。因此，虽然晚清和民国期间通过“翻译”让中国学到了许多新思想、新理念，但在研究方法上我们并没有领悟到其精华——“实证加逻辑分析”。特别是在“中学为体，西学为用”的指导下，当年强调的“德先生”和“赛先生”并没有改变“中学”轻实证、轻形式逻辑考证的研究方法，以至到了今天我们的社会科学研究还只停留在自己的“经

验总结”上。对于从西方引进的相互矛盾的思想，我们只能根据灵感和需要去取舍，而不能做自己的“实证加逻辑分析”。

在没有以实证与形式逻辑为基础的“社会科学实验室”的条件下，过去一百多年里我们的精英决策者只好拿中国社会去亲身做试验，去“摸着石头过河”。其代价是连续不断的革命和由此引发的社会动荡。道理很简单，既然没有“社会科学实验室”让我们通过实证和形式逻辑发现决策的各种可能后果（包括正面的与负面的），就只好拿真实的社会去作实验。实际上，中国一代又一代的精英还真的在这样做着。这让人想起来都后怕！

三、今天的研究与融合机会

二战之后电脑技术的普及特别是互联网出现之后，研究人员已经把世界近两百个国家过去和现在的经验数据输入电脑，然后组成数据库供我们免费使用，用这些数据来检验关于人和社会的各种理念与假设，以判断这些理念的真伪。如今，各种各样为不同学科建立的人文社会科学数据库在互联网上可以方便地搜索到，这真是现代人的福气。这些历史与经验数据当然距离可靠的“社会科学实验室”还很远，但至少我们现在有能力把近两百个国家成功与失败的实际经验综合在一起，辨别其中的共同规律，让我们有可能避免一些国家犯过的错误、经历过的教训，以免我们再像以前那样非要亲自“以身试法”不可。特别是，通过分析众多样本国家的经历，我们能够更系统地领悟出他国成功的经验。从这个意义上讲，今天我们能从世界学到的不再是简单照抄的思想与理念，而是一套研究经济、社会与国家的形式逻辑方法论，再就是能够帮助我们证伪的跨国数据库。这意味着中国与世界思想的融合正在开启新的一页。

本书收集了作者有关新闻媒体、法律与市场经济关系的十几

6 自序

篇文章，其中不少章节正是得益于跨国数据库所提供的研究可能性。书中多数章节（特别是关于媒体与经济的部分）是基于本人的研究，包括一些尚未发表过的研究。另一些章节则综合介绍其他人的相关研究。除了引言之外，其余 18 章被分成四大部分。第一部分集中讨论媒体与市场经济的相关性问题。第二部分讨论由证券市场引出的对政府架构的要求问题，也就是说为了保护股东的利益，立法、行政与司法必须要有某种制衡架构，否则股东权益就难以保护，由市场经济带来的道德风险将难以克服。第三部分讨论制度变迁到底是如何发生的问题，我们知道制度资本是经济持续增长、深化发展的必要前提，但问题是：如何才能达到那种必需的境界？那种必要的推动力又是如何产生呢？最后一部分的重点放在法律诉讼的程序性问题上，通过介绍三个最有代表性的美国证券诉讼案例，希望对中国的司法改革能够有所启示。各章节在结构上相对独立，因此，阅读此书时读者既可挑选其中的某些章节，也可按自己的顺序阅读。

由于这些文章起初都是为大众媒体而写，因此除了注释所用数据资料的来源之外，基本没有能够一一给出相关的参考资料和文献（第 4 章与第 14 章除外），这是本书的最大遗憾，希望各位同仁能够谅解。

在本书各章的写作中分别得到了很多朋友和同仁的帮助，像美国三一学院的文贯中教授、清华大学的龙登高教授和法学博士生王永华、北京大学的林毅夫教授、张维迎教授、陈平教授、贺卫方教授、经济学研究生熊鹏和法学研究生石明磊、中国人民大学的陈雨露教授和郭峰教授、中国政法大学方流芳教授、复旦大学的韦森教授、华中科技大学孙旭培教授、上海社会科学院魏永征教授、上海法律与经济研究所梁治平先生、南京大学的李玉教授、中国青年政治学院展江教授、全国人大法工委石宏先生、国

务院法制办张耀波先生、最高人民法院法官甘文先生和贾伟先生、国家发改委徐林先生、证监会宣昌能博士、万盟公司董事长王巍博士、普华永道的陈志宏和岳峥、《财经》主编胡舒立、《证券市场周刊》编辑周年洋、《经济观察报》记者李利明、《证券日报》记者李云龙、《新财富》编辑刘凌云、耶鲁大学博士研究生范文仲和张弘、耶鲁法学院的 Jamie Horsley 和 Paul Gerwitz 教授、耶鲁法学院毕业生刘向民，等等，这些朋友还有我岳父王正华时常是我的文章的第一读者，他们给我提出了很多宝贵意见，在此一并向他们致谢。当然，《新财富》杂志主编张信东和副主编冯玉为我的这些以及其他文章付出了很多努力，为改进我的写作风格立下了汗马功劳。另外，特别感谢李利明，他是本书各章的总编辑，纠正了本书初稿中的不妥之处，提高了可读性。当然，我也要感谢《新财富》、《财经》、《经济观察报》、《证券市场周刊》、《证券日报》等杂志与报纸读者的支持。也感谢上海法律与经济研究所为本书出版所作的努力。再有就是我过去的同学、现在的同事——William Goetzmann，他这些年给了我许多影响，在此也特别感谢。

最后感谢我的夫人王蓓、女儿陈晓 (Tiffany) 和陈笛 (D. J) 多年来的支持，为了写这些永远也写不完的文章，为了做这些永远也做不完的研究，我经常向她们保证做完这个项目或写完那个文章后我就花很多时间跟她们在一起，可是我时常让她们失望。她们是本书的真正贡献者。

2004 年 5 月 30 日于耶鲁大学校园

目 录

自序	(1)
引言	(1)

第一部分 新闻自由与市场发展

第一章 自由的新闻媒体是市场经济的必要 制度机制	(21)
第二章 财经新闻自由与股东权益保护	(50)
第三章 媒体侵权诉讼可能引发一场危机	(61)
第四章 从诉讼案例看媒体言论的法律困境	(72)
第五章 财经媒体对证券市场的促进功能	(104)

第二部分 市场监管架构

第六章 立法，立法，再立法	(137)
第七章 证监会、法院与人大：如何分管 证券市场	(146)
第八章 法院如何介入证券监管	(162)
第九章 证券诉讼可否试行“判例法”	(176)

2 目 录

第十章	“判例法”优势	(184)
第十一章	司法独立、判例法与股东权益保护	(196)
第十二章	法治水平不高时, 不宜对公众 证券市场期望过多	(203)

第三部分 法治发展

第十三章	产权保护是一种脆弱的社会状态	(215)
第十四章	资本市场与法治发展的互动—— 回顾中国近十几年的经历	(222)
第十五章	股市半桶水	(225)

第四部分 集体诉讼与美国证券案例

第十六章	证券集体诉讼在美国	(267)
第十七章	判例法系下惩处股市操纵案: 追查“东京究”	(298)
第十八章	美国如何对待内幕交易	(319)
参考文献		(339)

引言

——中国经济挑战制度经济学

过去二十几年中国轰轰烈烈的改革实践，不仅带来了人们生活水平的提高与生活内容的改善，而且也似乎在一些方面挑战现有的经济学理论，比如，制度经济学（Institutional Economics）。由于制度经济学大师——道格拉斯·诺斯 1993 年获得了诺贝尔经济学奖，一瞬间我们都认识到制度资本或制度成本对经济发展的决定作用。可是，当转过身看看中国的市场制度环境与法治水平，我们又开始纳闷：中国的法治与产权保护还相当欠缺，可是这些年中国的 GDP 却以年均超过 9% 的速度在增长，这是怎么回事？难道我们能使在其他国家成立的结论在中国就行不通？真的是中国有中国的经济学、西方有西方的经济学？在这篇简短的引言中，我们不妨先试着回答这几个基本问题，在回答的过程中，我们同时也对本书内容有个轮廓性的了解。

一、制度资本与制度成本

这本书的中心话题是新闻媒体与法治对市场经济发展的关键作用，虽然个别章节（比如，第 14 章）是从经济发展对法治发展的促进作用的角度来讨论，但大多数章节的立足点是反过来：开放的新闻媒体和可靠的法治是市场经济深化与持续发展的必要条件。因此，该书的主题属于制度经济学范畴，探讨的角度有两

个，第一是“为什么”这些制度机制是必要的，第二是“如何”构建这些必要的制度机制（institutions）。

制度经济学判断制度优劣的最重要标准是看它是否有利于市场交易的发生与深化。如果一国的制度有利于交易市场的容量最大化、有利于经济的深化，那么我们就说该国具有高的制度资本。不利于市场交易的制度则使交易的成本变高，这种成本通常被称为“制度成本”。当然，制度成本不仅仅指在市场交易发生过程中实际要支付的成本，更包括由于制度障碍而根本无法做的或选择放弃的市场交易机会（机会成本），这种机会成本包括“本来可深化的市场”但因制度障碍只能半途而废或者勉强发展的市场。

制度经济学关注的核心是产权保护与合约执行机制。这个听起来似乎很狭窄的主题实际上包括了一国制度的方方面面，包括法治、政府权力与制衡结构、司法独立等等（见第13章）。比如，不受制约的行政权力最后归结到对私人产权与合约权益的侵犯，因此对行政权力的制约问题最终也是一个产权、合约权益的保护问题。制度经济学的中心命题是产权保护与合约执行是经济深化发展的必要前提。如果没有可靠的产权与合约权益保护的制度，人们就无法预期从事市场交易、从事投资的结果，不能知道从交易、投资中获得的利益能否属于自己。而经营、交易结果的不确定性将迫使人们停止交易、不愿做出投资，即使他们想进行市场交易，交易成本也可能高得令人望而却步。于是市场发展会停滞不前，经济增长无法持续。^[1]

[1] Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

二、对中国经历的一种解释

正如前面所提，近二十几年中国的制度在不断朝着有利于市场交易的方向变迁，但一个公认的事实是其离真正的市场制度结构还相距甚远，特别是产权保护制度变革还只是近两年的事情。可是，这些不足并没有阻止中国经济在近二十几年以年均9%的速度增长。这种经历似乎否定了制度经济学的核心命题。

其实不然。促使经济增长的资本包括自然实物资本、人力资本和制度资本。即使一国的制度资本欠缺，但如果其人力资本和自然资源出奇的丰富，那么这两种资本可在一定范围内弥补制度资本的不足，也就是说，人力资本和制度资本有一定的相互替代性。在给定的资本与自然资源的情况下，如果想挖掘其最大潜力并使市场达到最深化的地步，那么制度资本则会是决定性因素。

我们可用劳动力成本和制度成本在一定范围内的替代性来解释中国过去二十几年的经历。中国拥有世界上最多、也相对很廉价的劳动力，这种劳动力优势在经济增长初期可以弥补、对冲高制度成本对中国经济的负面影响。

为了更形象地说明这一道理，我们不妨想像这样的一种局面。假如郑州市要盖一栋特别的仿古中国戏曲大院，用料全部是传统的青砖青瓦，并且声称要用全国能找到的最好的泥土烧出的青砖青瓦。结果其建筑公司找到江西景德镇，决定从景德镇买来1000万吨泥土，每吨售价为100元，共10亿元。

假设大家对法院解决合同纠纷的公正性和可靠性都不放心，没人相信正式司法解决合同纠纷的能力，那么将会造成的局面是，景德镇卖方在没有收到付款之前不肯发货，而郑州建筑公司又声明在没有收到货之前决不放款。怎么

办呢？有两种选择：双方要么选择“绝对不跟陌生外地人交易”（那么经济会无法发展），要么通过某些运作上的安排来规避“交易制度风险”。

一种规避交易合约风险的办法是把这笔“大交易”分成100份“小交易”，每次运10万吨泥土，等两天将泥土运到郑州之后，郑州公司立即付给景德镇卖方1000万元。这样，即使哪一次郑州方不能付款，卖方最多损失掉1000万元，而不是整个交易的10亿元。但问题是，如果分100次交货，而每次“小交易”又需要两天时间才能完成，那么整个交易需要200天才能作完。相比之下，如果正式司法能够非常可靠地处理合约纠纷，那么双方就能以交易合约为准，签约即可发货，整个交易可在两天里完成，而不是要等200天。

在这里“制度成本”包括以下几项。第一，郑州的中国戏曲大院工程被拖后200天，而不是立即就可以开始。当然，如果整个经济的市场交易环境都是如此，那么整个社会里人们在单位时间能创造的价值整体上就会很低，也就是生产力很低，每人每年能完成的交易次数和交易量都会很少，经济增长就慢。当然，也正因为如此，许多市场（比如，跨区域市场）可能根本不会发展。第二，本来两天可以做完的交易被拖延到200天完成，在中国或许还能接受，原因是劳动力成本低，而且劳动力数量也多，只是“多辛苦一点而已，忍一忍就过去了”。相比之下，如果是在劳动力成本高的国家，这种规避交易风险的安排显然难以执行。换言之，正是由于廉价的劳动力，我们才有对冲高制度成本的可能性。第三，正因为制度资本的欠缺才使人们单位时间的产出（生产力）不可能很高，每天能创造的价值低，这反过来又使人们的收入也不可能高，迫使劳