

◆《金融法苑》精华版



波斯纳

为经济发展构筑法制
框架

约翰·沃克尔

市场经济法律制度的
指导原则及核心要求

经济的法制框架

The Legal System of Economy

吴志攀 白建军 ◆ 主编

马哈蒂尔·穆罕默德

马来西亚有选择的
货币管制及其运行
机理

沈联涛

亚洲风暴后的全球
金融预警机制

尼克·洛帕尔多

21世纪世界金融市
场展望——一个全球
投资者的视角

梁定邦

《证券法》对中国资
本市场监管之影响

4-53



法律出版社
LAW PRESS CHINA

《金融法苑》精华版

经济的法制框架

The Legal System of Economy

吴志攀 白建军 ◆主编
北京大学金融法研究中心 ◆主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2014年1月第1版

图书在版编目(CIP)数据

经济的法制框架/北京大学金融法研究中心编. 北京:法律出版社,
2003.9

ISBN 7-5036-4399-4

I. 经… II. 北… III. 经济法—研究—世界 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 068014 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/于佳

出版/法律出版社·法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/7.25 字数/191千

版本/2004年2月第1版

印次/2004年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4399-4/D·4117

定价:18.00元

序

——知识与传播融合后的新学术习惯

吴志攀

1987年我在香港读到《信报》，看到这份报纸上每日有一篇中文写的“社评”。在香港专业人士圈子里，阅读这份社评的人不少。《信报》每日社评的主笔署名为“林行止”。每日读完社评时，感到写这些社评的主笔大概是不睡觉的人：一天写一篇，虽然多是公共领域政治和经济类的评论文章，但是，如此及时快捷的思考反馈，并组成1500字的社论，也是非常人所能为之。

现在内地的书店已经可以买到林行止先生的“社评”集子，如“经济学家”，“经济眉门”等。早在多年前台湾书商已经将十多年来林行止先生写出来的1500篇社评汇集出版，当时大约有40多本。后来听说林先生从《信报》退休了，他的女儿接掌了信报，也接着写社评专栏，没有出现作者的名字，也没有笔名。但是文章的观点犀利，文笔老道。而林行止退而不休，依然在《信报》的另一个栏目里写评论文章，最近他的文章越写越多，越写越快，几乎同当年一样高质高产了。林先生虽然是新闻人，但是他写政治经济评论文章已成为一种生活习惯：在他的生活之中，除了衣食住行之外，还有“思考”和“写作”这两种不可缺少的活动。“思考”与“写作”这也就是一种学术的习惯。

近20多年来，学术领域的知识与经验被新闻媒体融合已经十分

明显了：当报纸越来越越厚，杂志的封面故事越来越充满背景知识的时候，增加内容的不仅仅是新闻和广告，还有更重要的内容就是知识类文章。其中包括相当数量的文章是关于专业领域知识的，如关于数学、物理、化学、文学、历史、哲学、宗教、天文、地理、生物、政治、经济、法律、社会学、教育、医学、考古、艺术、语言等学。这些本来属于大学校园内的知识，早已经进入媒体被公共化了，专业知识的内容成为占据媒体版面相当篇幅的大块文章。在其他传播领域方面，专门的知识类的电视频道和广播频率也成为都市人群中非常具有个性化选择的消费方式，占据了人们生活中的相当比例的休闲时间。“发现(Discovery)”，“国家地理杂志(the National Geography)”，“植物和动物(Plant and animal)”，“国宝背后的故事”，“人物传记”，“百年婚恋”，“科技知识”，“兵器与战争”等都是这方面的广为人知的例子。更有微软公司制成电子版的百科全书“因卡塔”在全球互互联网络发布后，“知识”与“传播”的融合达到了一个全新的阶段。

学术领域中的一些专业工作者与新闻媒体专栏工作撰稿人的角色经常发生混合，以至于相当多的媒体在其制作队伍中开始出现了“首席经济学家”的职位，还出现了“首席艺术家”，“首席政治评论员”，“首席社会问题专家”等。我们注意到这些头衔中不用“顾问”，而用“家”的概念，说明两者的区别还是很大的。“顾问”的独立性和学术性都不如“家”更强。“家”们虽然进入了媒体，但是他们独立的学术身份和地位从这种名称上还可以看出是保留了的。

当媒体与传播进入学术知识领域后，学术领域的人们也开始重新看待和评价这一发展了。在历史上，公共知识分子在专业领域的研究和传播手段的条件等缘故，有过非常辉煌的时期，后来新闻媒体代替了他们，他们的后代深入到专业研究领域，与社会日常生活拉开了一段距离。当新闻与传播方式发生巨大变化，特别当这种变革影响到人们的生活方式和工作方式的时候，专业知识分子也重新敏感地认识到角色将发生历史性的复归。他们在专业研究领域正在变为传播方式的内容，于是他们感到生活和工作节奏加快了，产出作品的

速度提高了,他们原来在校园中僧侣般的寂寞和宁静的生活被打乱了:一切都不得不加速折旧,从知识到研究,从生活到健康。当一些教授撰文怀念宁静与寂寞大学生活方式的时候,就说明知识分子们的生活方式彻底改变了。

近10年来,在我国特别是进入上世纪的90年代以来,网络信息海量剧增,使得大城市和校园里的人们获得信息,获得知识的方式容易了,成本也降低了。计算机文字处理大众化和网络信息处理的能力的普及化,使得写文章的字数变得意义越来越不大,写个3—4万字或10—15万字,在过去用手写,用手抄都是相当费时费力的劳动,现在计算机和打印机都将写作的人从这种繁重的“体脑劳动”中解放出来。现在重新回到十几年前林先生“手写时代”:一是,“文章写长容易,写短难”;二是,“事情说有容易,说无难”;三是“写历史容易,写当今难”;四是“写生活容易,写政经难”;五是“写外国容易,写本地难”;六是“说好容易,说不好难”。七是,“每日不写容易,每日写难”。八是“写知识容易,写经验难”。

上述“几项容易几项难”的标准在今天看来,虽然十几年过去了,应该可以作为我们学术领域适用新习惯。就拿第一个标准“文章写长容易,写短难”。在现代信息技术和文字处理的状态下,写长文确实容易了许多,但是,文章的质量与长短没有相关性,文章长了,质量提高了多少呢?曾经有一度评职称还看论文的数字,现在看来计算机统计字数功能为此提供了极大的方便。而且,也为增加字数提供了更大的方便。现在已经没有人将论文的数字作为职称评价的标准了。写作工具不同了,时代不同了,评价标准也不同了。

回到甲骨文和竹简的远古时代,由于刻字不容易,字数越多的器物的文物价值越高。上海博物馆和台北故宫博物院中的两个大铜鼎都是类为字数最多才成为镇馆之宝的。而现如果某篇学术论文以字数最多取胜,很可能被记入另类吉斯尼记录大全成为全球著名的文字垃圾。

林行止写短文的例子已经在北大法学院金融法研究中心主办的

《金融法苑》时,成为一种学术习惯。我们提倡“写短文,一句话说清楚的问题,就不要说两句”。我们在编辑文字的时候,鼓励“在一个段落内,将可有可无的字都去掉。例如,在一句话中最好不要出现两个‘的’字”。我们在编辑《金融法苑》专论文章时所形成的一些不成文的习惯,现在看来是非常有益的。我们自己也有缺乏信心的时候,那就是 1500 字的文章是否被作为属于“非学术文章”来看待?但是,宁可 not 戴学术的帽子,文章也要写得短些,再短些。

习惯的养成需要时间,也需要控制和持久力。由于我们的水平有限,也由于我们的控制力不够,我本人经常不能在 1500 字以内将问题说清楚,就象减肥一样会有“吃少了感到饥”心理。我们此时明白:执行力和操作力的实现本身需要功力和锻炼。虽然我们现在还不能每日写出 1500 字的高水平政治与经济的短文,但是这应该成为我们努力的方向。

传播方式改变了,文章的形式也改变了,学术习惯也正在改变。媒体和学术刊物上发表的文章越来越多,但好文章似乎越来越少,有影响的文章就更少,我们没有抱怨的任何意思,只能感叹为什么我们自己做不出好文章来。我们不能要求任何人,只要求自己既然写不好,就写短一些吧,先养成好的习惯再说。

吴志攀

2003 年 9 月 3 日

目 录

吴志攀:序/1

——知识与传播融合后的新学术习惯

经济的法制框架

理查德·A·波斯纳:为经济发展构筑法制框架/3

约翰·L·沃克尔:市场经济法律制度的指导原则及核心要求/16

彼得·杜拉克:创新图存/23

沈联涛:亚洲金融风暴后的全球金融预警机制/32

马哈蒂尔·穆罕默德:马来西亚有选择的货币管制及其运行机理/40

厉以宁:如何抵消亚洲金融风暴对我国经济增长的不利影响/55

饶余庆:国际金融新秩序与香港/62

梁定邦:公司治理之伦理和文化透视/69

王益:公平、效率和有效监管/75

——中国金融法改进的目标

宏观环境:世界金融市场和中国

尼克·洛帕尔多:21世纪世界金融市场展望/89

——一个全球投资者的视角

威廉·恩达尔:丧钟为国际货币基金而鸣/98

——从巴西货币暴跌谈开来

海闻:加入 WTO 对中国经济的深远影响/103

胡坚:加入 WTO 对我国银行业的影响与我国银行体系构建中的核心问题/107

罗朝晖、孙祁祥、高西有:论加入世贸组织对中国保险业的影响/120

微观治理:中国金融市场法制架构

郑顺炎:我国《证券法》立法技术浅析/129

梁定邦:《证券法》对中国资本市场监管之影响/137

梁定邦:“大钱”:中国之需/144

郭雳:格拉斯-斯蒂格尔法案的废除及其中国银行法的潜在冲击/147

白建军:银行涉讼结果的实证分析——从银行诉讼地位看其涉讼结果/162

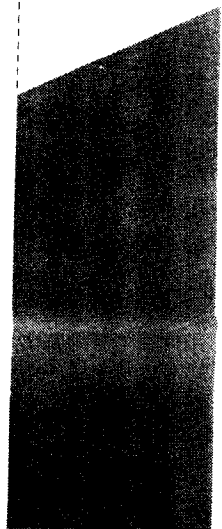
罗培新:质疑行政主导下的独立董事制度/182

刘燕:光荣与梦想——国际会计准则 2000 年重大事件回眸/200

张建伟:“会计造假”的背后/215

——上市公司“会计舞弊”现象的制度解析

经济的法制框架



为经济发展构筑法制框架

理查德·A·波斯纳(Richard A. Posner)

编者按:理查德·A·波斯纳是美国联邦第七巡回上诉法院的首席法官和芝加哥法学院的资深教授。波斯纳教授是法和经济学领域内的权威学者。本文是他在1998年8月19日到22日在美国阿斯潘举行的世界经济论坛上所发表的演讲。波斯纳教授在文章中对发展中国家进行法治建设提出了非常独到和中肯的见解。我们特地将这篇演讲稿翻译成中文,以飨读者。

内容要点:

在现代化进程中,国家的经济繁荣至少需要一个适度的法制基础架构,其核心作用就是保护财产及合同权利。为创建这样的基础架构所需的法制改革,或许就是采用一套由相对精确的法律规则所组成的制度,而不是为了改善该国的司法状况进行巨额投入;或者是采用更加自由灵活的标准。这样能够促成一个良性循环,即最初对法制改革的适度开支能促进经济增长率的增加,而随后的经济增长则能为更进一步的法制改革提供所需的资源。

以往的经济学家总是认为,经济发展将会引发大量的市场失灵,所以他们开出各种复杂的处方,通过政府干预来纠治问题。但许多政府失灵(Governmental Failure)的原因(尤其是在不发达国家)却往

往被忽视^①。从1995年一次关于法制改革的学术会议上的讨论,以及从其他一些近来主张司法改革的学者们的观点中^②,我们可以看到,有越来越多的人已经意识到:不发达国家的政府,并没有能够提供—个市场经济所需要的基础制度框架,可能这是导致这些国家贫困落后的重要因素之一。市场比一些专门研究市场失灵的学者所想象的要更加强健和充满活力。但是,市场的活力有赖于建立起一个能够实现和保护法律权利(尤其是财产和合同权利)的环境,而这种“法治环境”在发达国家往往被视为天经地义、理所当然^③。

发达国家的公民之所以认为这种“法治环境”(或称“法治机器”)理所当然,是因为它在大多数时候总是运转良好而且所费不多。在这种比较理想的状态下,法治机器由品行良好、能力较强且享受高薪的职业法官所组成,这些法官掌握法治机器的运作规则,而那些精心设计出来的规则能够有效地促进商业活动。法官们不应受到来自立法和行政部门的干预。他们还可以得到那些品行良好、能力较强而且享受高薪的律师们的建议和帮助。法官们的判决依靠品行良好、能力较强而且享受高薪的行政司法官、执行官、警察以及其他公职人员加以执行。有足够数量的法官以便及时裁决案件,而且法官能够依靠各种成型的规则与惯例(例如财会标准、统计制度以及关于土地和证券权益的公共登记等)进行裁决,这就使法官能够比较合理准确地解决当事人之间的纠纷,而且花费也比较适度。

然而,如果一个国家的情况与上面这种理想的市场法治模式不尽相同,甚至差别较大,也不一定就会严重损害这个国家的经济效率。对于那些在发展的优先顺序这个问题上举棋不定的国家来说,这一点非常重要。我们只须举出下面几个例子:美国某些取得经济成功的州实行选举式的、高度政治化的司法制度,而且法官的专业能

① 参见 Stiglitz, 1994。

② 参见 Rowat, Malik 与 Dakolias 1995; Dakolias 1996。

③ 有关从韦伯主义的观点进行的论述,参见 Gray 1991 和 Rausser 1992。

力相当值得怀疑；像中国和越南这样的东亚国家虽然在法治上还比较薄弱，但也获得了经济成功；英国是世界上拥有最为精细的司法制度的国家之一，但她多年以来却徘徊于工业化国家中的落伍者之列。再如印度，这个国家具有一个英国式的法律制度，而且有大量的律师，但经济发展却不如中国。当中国在 80 年代开始经济起飞时，她的法律制度还相当不发达。

法律制度：正式与非正式

那么如何来解释上面所举的这些例子呢？一种可能的解释是法制改革过于昂贵。发达国家往往没有意识到这一点，因为保障已有法治制度运作的相对成本并不大^①。另一种解释是一套法律制度的功能不仅限于实现合同与财产权利，它也可能因执行“坏法”而降低经济效率。^②但或许最为重要的解释是实际生活中存在着许多法律（尤其是那些保护和实现合同与财产权利的法律）的非正式替代物。这些替代物包括：仲裁；名誉，这可能伴随着打击报复（例如对未能履行合同的人进行勒索）^③；合并（因此独立公司之间的争议就会随着公司合并而变得纯内部化了）；双边垄断，这能为可依法执行的雇佣合同提供一种替代物^④；强臂策略，例如那些用于非法市场的策略；以及利他主义，它使得许多家族所有的公司在法律框架之外有效地运作^⑤。这些替代物的重要性也可以从以下事实得到确证，早在国

① 参见 Posner 1996。

② 作者注：这或许能够解释各国在律师人数与经济增长率之间所存在的负面关联。参见 Murphy, Shleifer, 和 Vishny 的有关论述, 1991。这种关联具有误导作用，因为律师产出的相当部分是由非市场的商品所组成的；但这一点在不发达国家不如在发达国家那样重要。

③ 参见 McGrory 的相关论述, 1995。

④ 参见 Becker 1993。[作者注：作为一名具有为某家公司所需的特定技能的雇员，他通常在这家公司能够获得比别家公司更好的工作。这样的雇员将不愿离职，而雇主也不愿缺少具有这种技能的雇员。]

⑤ 参见 Rubin 在 1994 年对中欧和东欧情况的探讨。

家和正式的法律机构出现之前,就已经存在财产权利和合同履行这种协调和优化经济活动的方法。即便在具有高度好讼文化的美国,大部分的合同及财产纠纷还是通过非正式途径解决的,而且很多纠纷根本就没有想过要诉诸法律。再说,诉诸法律往往也因为诉讼程序花费过高而缺乏实际意义。

经济增长的重要意义

即便不能从理论上证明一个国家繁荣昌盛的必要条件之一就是合理且有效运作的法律制度,但还是存在经验性的证据显示,法治对于一个国家的财富以及经济增长具有相当的贡献作用^①。这或许显得有些似是而非,至少当法律很弱或者根本没有法律的情况下,财产与合同权利的实现常常只能依靠威胁,有时甚至是实际的暴力^②;依靠在现代经济条件下已经有些功能紊乱的家庭联盟;以及依靠各种复杂的自我保护方法。这些都属于法律的昂贵替代物,就像以前社会主义国家中的“计划指令”一样。这些替代物的潜在成本对于新成立的公司而言并不公平,因为它们缺乏现成的声誉来说服客户相信它们是可靠的。而且,这些替代物更加有利于简单的现货交易,而不是复杂的交易,因为法律上的救济通常不能要求违约方进行实际履行^③。需要指明的是,在现代经济中不依法行事的累积成本可能会相当巨大。

不幸的是,这里可能存在一个“鸡生蛋,蛋生鸡”的问题:一个贫穷的国家很可能无力支付得起一套良好的法律制度,但没有一套良好的法律制度,这个国家也许就永远不可能发展到能够支付得起良好法律制度的富裕水平。Gray 在 1997 年提出法制与经济改革应该齐头并进,同时进行。她指出,如果没有经济改革,也不会有对法制

① 参见波斯纳即将出版的著作;Barro 1991;Scully 1988。

② 参见 Intriligator 1994; McGroarty 1995。

③ 参见 Hendley, Ickes 和 Ryterman 1997。

改革的强烈需要,因为大多数有实力的经济主体可以通过其他途径实现其目标,例如禁止性关税和政府的救援行动。而且,正如上面所提到的那样,缺乏法律将给新成立的公司造成很大的损害,这在实际上有助于那些成立很久的老公司。因此,经济改革无论在需求还是供给方面对法制改革都是很重要的:它能够刺激对法制改革的需求,并且为法制改革提供所需的必要资源。

但这一点也不能被过分夸大。正如我在文章一开头就指出的那样,经济进步是可以在缺少法律,甚至根本没有法律的情况下发生的。随着一个正在实现现代化的国家日益繁荣,它将会有额外的资源来改善它的法律制度。在一开始对法制改革的投入过于巨大,反倒可能会消耗过多的经济资源,进而扼杀整个改革。考虑到这种情况,谨慎的选择应该是推迟进行那些代价昂贵而又雄心勃勃的法制工程,而代之以一个比较适度的开端。

在一次相关的研讨中, Hay、Shleifer 和 Vishny 在 1996 年研究了进行低成本法制改革的可能性,这种法制改革的目标在于为有效的市场运作创造先决条件(或者至少能促进这些条件)。这些学者指出,与制定和颁布规则来有效地调控现存的低效率机构相比,创建高效率的法律机构显然更加昂贵和耗费时间。设立与废止一条规则只需要比较小的固定成本和可以忽略的边际成本(正如其他的信息商品那样),而法律机构的建设则需要投入大量的高成本和受过良好教育的劳动力。这就意味着采用“优先发展规则”的战略对那些人口众多的贫穷国家更为有利,因为这些国家的平均成本比较低。像中国这个人口最多的发展中国家,就是遵循这种战略,在实行经济自由化的同时引入商业化的现代法律规则。

规则优先

许多改善法律制度的措施,可以采用这种“规则优先”的战略作为开始步骤。需要强调的是,这些措施不仅应该是有效率的,而且应该能够区分实体上的效率和程序上的效率。如果一条规则阐明了内

在化的规律,或者能促进资源的有效配置(例如禁止未经允许使用他人财产的规则),那么这条规则就是在实体上有效率的。如果一条规则被设计来用于降低适用法律制度的成本,或者是用于提高适用法律制度的准确性,那么它就是在程序上有效率的。

我们可以举出下面一些例子:要求合同必须采用书面形式的规则;要求侵权之诉必须在侵权行为发生之日起三年之内提起的规则;要求特定种类的争议必须提交仲裁的规则,例如雇员与雇主之间或证券经纪人与其客户之间的争议;允许损害赔偿之诉的胜诉方获得自提起诉讼之日起到赔偿给付之日止赔偿金额的利息(按同期市场利率计算)的规则。在上面这些例子中,前两个被设计用于降低法律制度的信息成本;而第三个则通过把一定种类的争议通过其他争端解决方法处理,从而减轻了司法人员的工作负担;第四个例子则使得法官既能够有比较充裕的时间处理案件,又不至于使当事人(权利受到侵害的一方)的利益受到损害。

要求将争端提交仲裁的规则具有额外的重要性,因为这有助于促成贸易协会和其他商会组织发挥作用。在一个商业社会中,这些组织是处于国家、个人或家庭之间的非常有用的中介^①。尽管律师通常认为自己是程序上的专家,他们有时还是会忽视这些程序性的规则而过于强调实体规则,这样做其实是以牺牲实体权利为代价的。其实律师们还是更加重视错综复杂的实体规则,而不是上面所列出来的那些程序性规则。

适用上的考虑

有一点在此需要明确,即上面所提到的是“规则”而非“标准”。因为判断规则是否被违反,这是一个相对机械和事先准备好的过程,而不是一个需要自由裁量或对大量事实作出判断的过程。例如判断是否构成非法侵入他人地界,需要判定哪里是地界所在,是否越过了

^① 参见 Casella 1996。