

国际金融法论丛

转型、变法与比较法律经济学

——本土化语境中法律经济学
理论思维空间的拓展

张建伟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D908-05
Z127

转型、变法与比较法律经济学

——本土化语境中法律经济学
理论思维空间的拓展

张建伟 著



SBL60/03



20028993

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

转型、变法与比较法律经济学/张建伟著. —北京:北京大学出版社, 2004. 10
(国际金融法论丛)

ISBN 7-301-07696-7

I. 转… II. 张… III. 法律-经济学-研究 IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 076340 号

书 名: 转型、变法与比较法律经济学——本土化语境中法律经济学
理论思维空间的拓展

著作责任者: 张建伟 著

责任编辑: 宁杰 李霞

标准书号: ISBN 7-301-07696-7/D·0945

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 三河新世纪印务有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17.75 印张 298 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

总 序

一、法律方法与经济问题

本套专著有一个共同的特点,就是作者们不约而同地采用法律方法研究经济问题。过去我们在二十多年的时间内,多看到用经济学的方法分析法律问题。特别是国外法学界开展的轰轰烈烈的“法律的经济分析”,已有若干部专著翻译成为中文。而现在,在中国的大学和研究机构里,法律研究工作开始进入经济学、公共管理学和工商管理学的领域,用法律的方法来研究这些边缘领域的问题。

在社会科学几个相近的领域,例如经济学、公共管理学、工商管理学和社会学等领域,都有法律研究的论文和著作,这种跨学科的研究成果,也越来越多了。在中国政府将“依法治国”定为基本国策之后,采用法律的思维与方法分析目前的经济改革问题也非常有意义。其意义就在于,我们所说的“依法治国”,不仅仅是表现在一个宏观的口号上,而是要将“依法治国”作为可以实际操作的、用来实际分析经济问题的、作为经济政策设计基础的法律方法。

全国人大常委和全国人大财经委员会委员、北大前校长吴树青老师曾经问我,依照《宪法》,“债转股”是否应该提交全国人大财经委讨论?我说需要研究一下法律,才能回答。此后,国务院关于《国有股减持与成立社保基金》的办法出台,又有人问我,这么大的财政支付转移,是否应该经过全国人大财经委开会讨论?我回答说,需要研究法律。直到我在写这个序的时候,相关的法律研究工作还在进行。我希望从法律制度变迁的角度和我国财经法制程序演进的过程中找出符合法律的答案。

不断遇到类似问题,使我开始研究与思考经济学家们提出的问题:“全国人大财经委员会的职权范围究竟是什么?”“全国人大财经委员会对于国家重大财政支付转移是否有权审议?”从法律学的角度来研究这些经济学问题,本身就构成了一个重要的法律制度程序化和司法化的法学课题。

二、经济学家敏感,法学家稳重

还记得有一次,一位金融业界人士对我说:“改革十多年来,讨论经济改

革的问题,几乎都是经济学者的声音,这不奇怪。目前,讨论《证券法》或公司治理的问题,也几乎都是经济学者的声音,这也不奇怪。奇怪的是,所有这些问题的讨论中,几乎听不到法学家的声音!”说到这里,这位朋友几乎用质问的口气对我说,“你们法学家们关心什么?为什么听不到声音?你们都干什么去了?”

我一下子被他的语气盖住了!当时我想不出用什么简单办法向他来解释。尽管我不完全同意他的看法,因为这里可能有他个人信息渠道的问题,也可能有社会媒体关注的偏好问题,但还有可能是更深层的问题,例如,在改革过程中,许多法律制度和程序都尚未定型,如果采用法律的方法,可能会增加改革的成本,特别是时间方面的成本等。

本套专著的作者们都是研究法律的,他们也可以称为年轻的“法学家”了,因为他们已经发表了相当一批研究成果,从事法学专业研究的时间几乎都在10年以上。他们长期研究的成果,似乎可以部分地回答前面那位朋友的问题了。法学家可能没有经济学家那样敏感,但是,法学家多数比较稳重。法学家的发言将影响经济政策与制度的设计,也影响经济操作与运行。经济发展要考虑效率,但是不能仅仅考虑效率,还要考虑到多数人的公平与程序的正义。我们的政府和社会可能都需要一段时间接受和适应法学家的分析方法和论证方法。

三、研究成果的意义

邀我写序的这套专著的作者们,经过三年多时间的专门研究,又经过一段时间的修改,才拿出这样厚重的成果来。我看到这些成果时,就像看到美国最高法院门前的铜铸灯柱底下基座的铜龟,给人以一种稳重、缓慢、深思熟虑的感觉。中国古代在比美国更早几千年的时候,政法合一的朝廷大殿,就有汉白玉雕刻的石龟。龟背上驮着记录历史的石碑,同样给人以庄严、持久、正义的印象。中外司法与法学研究在历史上流传至今,给人的形象方面的印象和感觉是非常类似的,这种感觉在今天还有。

在不太讲究政治经济学基本理念的时光中,又是在变动未定型的过渡时期,经济学家关于对策性的看法是敏捷和回应迅速的。在回应中有许多是充满了智慧的解决方案和温和的中庸选择。相比之下,法学领域的回应还显得少些,也慢一些。有一个可能的答案,也是从本套研究性专著中解读到的:经济学家们谈论的是“物”(商品与交易),法学家谈论的是“人”(权利与义务)。

现实情况也是如此。市场中的“物”，无论是动产，还是不动产，几乎都成为商品，早已流通。现在，更加上升了一个台阶，市场将作为商品的物，进化到了证券化的虚拟资产的形态了。但是，法学这边的情况呢？《物权法》还在起草过程之中，该法案能否在年内通过，目前还是一个未知数。但是，立法的稳重并不影响市场的发展，法学家们在实务性工作方面，特别在市场上的交易契约设计方面，已经在研究具体的问题，在这方面的成果，也已相当可观。

经济学家对问题的讨论，观点可以是多元化的，也有争论。但是，总的方法还是建立在一个统一的理论框架下和一致的假设前提下的。但是，法律则不同。法律天生就是对抗性的，生来就有正方与反方。抗辩是法律运作的方式，法律的逻辑和理念就是在这种对抗之中发展的。对抗性的法学，本身也导致了它的成果在外界人士看起来充满矛盾性和冲突性。甚至让他们感到，这群人搞的不是科学，而是一种抗辩的技术。

四、国际与国内金融法的融合

如果有人要我用一句话来表达什么是国际金融法，我就会说，它是一张没有国界，只有金融中心与边缘关系的地图。如果说，国内金融法与国际金融法还有什么区别的话，只是时间上的区别了，我国加入 WTO 后，区别将越来越缩小。

如果我们承认一美元在美国和在亚洲都等于一美元的话，国际金融的国界就越来越失去意义。而美元市场上中心与边缘的流通关系，就变得越来越有意义。任何国家国界之内的法律制度如果符合金融流通与发展规律的话，这个国家的经济与社会发展就会顺利，否则就曲折。荷兰的人口是俄罗斯人口的 10%，但是，荷兰的金融规模超过俄罗斯的规模。英国人口 6000 万，是印度人口的 6%，但是，伦敦金融市场的规模比印度大若干倍。这就是金融中心与边缘之间的关系之一。所以，区别国内与国际金融市场，在法律规则方面已经不如以往那样重要，重要的是发展中国家中的大国，如何抵御西方金融中心的垄断，将以美元为基础的金融中心从一极化发展为多极化。

具体到我国，研究国际金融法与国内金融法是不可分的，而且这个领域范围之广袤，课题之宏大，数据之丰富，关系之复杂，都是非常吸引人的。特别是年轻人。这个天文般宏伟的领域，特别适合青年人研究与学习。因为，在这个领域比其他法学领域出新成果的机会要更大，创新成果也相对较多。

这套专著的出版,就是一个例证。

本来这套专著的作者们要我写个小序,他们的书稿引发了上面一些话语,我感到有些喧宾夺主了。我感谢作者们以加速折旧的生活方式,写出了这样多的研究成果。学者们的生活,分为两个阶段,在学习的时候,取之于社会;而做研究的时间,特别是出成果的时候,是学者用之于社会和回馈于人民。

愿这些专业研究对金融业内人士有所帮助,对金融体制改革有所贡献。

吴志攀 谨志
2004年6月28日

CONTENTS 目 录

导论	1
一、如何解释法律的本质	1
二、对法律进行经济学解析的另外 几个理论视角	12
三、法律经济学急需拓展思维空间 ——一个初步的反思性评论	15
四、法律经济学思维空间的拓展 ——治理制度与合作秩序	16
五、关于法律的经济学解释的 一个简单小结	26
六、“法律经济学运动”与本书的 写作意图	27
七、转型现实提出的问题与本项 研究的理论意义和现实意义	29
八、“流行的偏见”——质疑“萨克斯 命题”	31
九、“LLSV 命题”的拓展:比较法 与金融学的本土化	33
十、已有的关于法律改革与制度转型 研究的进展及局限性	35
十一、本书的主要研究思路	37
十二、本书的特色:现实主义与多元 比较的视野	37

CONTENTS 目 录

第一篇 走向现实主义法律经济学：
从主流范式到比较制度
分析范式

第一章 法律经济学：“范式”竞争、理论反思 与前瞻性评论	43
一、引言	43
二、一个简要的历史回顾	45
三、主流法律经济学的理论基础与 核心论点	48
四、“范式竞争”：理论流派与反思性 评论	62
五、法律经济学的“后制度主义综合”： 走向现实主义的比较制度分析 范式	74
六、法律经济学理论思维空间的拓展 ——需要进一步思考的几个 前沿问题	88

CONTENTS

目 录

第二篇 中、俄转型经验及其比较
法律经济学含义

第二章 俄罗斯法律改革与秩序治理:转型
经验及其法律经济学含义 95

一、俄罗斯的激进法律改革与
秩序治理的低绩效 95

二、俄罗斯法律改革与秩序治理结构
转型的经济学分析 101

三、俄罗斯改革的整体评论及其法律
经济学含义 105

四、反思俄罗斯改革:有更好的
洞可进吗? 109

五、结论 109

第三章 “变法”模式与政治稳定性
——中国经验及其法律经济学
含义 111

一、中国的法律改革模式和“变法”
策略 112

二、阅读转轨秩序:中国“变法”
模式的经济学分析 126

三、稳定政治秩序的获得——中国法律
改革经验的理论含义与政策含义 134

CONTENTS 目 录

第四章 转型国家治理的多元化规则 实施理论：中、俄转型秩序的 比较法律经济学	
——解析转型期中国经济增长与 国家治理之谜	138
一、引言	138
二、法律不完备条件下的规则实施 多元化理论分析框架	139
三、中国经验：中国民间秩序治理 结构转型及绩效	150
四、中国国家治理结构转型的总体绩效 ——兼与俄罗斯比较	158
五、转型面临的挑战和经济增长的 可持续性问题	160
六、理论与政策含义	162

第三篇 比较法与金融学与 中国金融法变革

第五章 比较法与金融学：寻求金融法 变革的理论基础	167
一、法与金融学的勃兴	167
二、金融法的经济学分析：为金融变法 提供价值评判	169

CONTENTS 目 录

三、公司金融研究的法律方法及其政策 争议:走向“普通法”还是遵从 “路径依赖”的宿命	175
四、金融法变革与“路径依赖”: 若干启示	182
第六章 证券“变法”与中国证券市场治理 结构转型	
——比较法与金融学理论的 一个应用分析	189
一、重提韦伯命题:由法律失灵和公司 治理失灵所提出的问题	189
二、文献回顾、已有研究的局限性与 本章的分析框架	190
三、中国证券市场的政治性质:政治 结构所导致的路径依赖	193
四、中国证券市场的网状结构: 关系网络与“关系”交易的 一个实证描述	200
五、证券市场治理的“权力——关系”本位 模式:一级市场风险与二级市场私人 秩序两面性	209

CONTENTS 目 录

六、公共秩序与私人秩序的错位 与断裂：潜规则运行与 法律边缘化	215
七、证券市场公共治理结构转型： 从“权力——关系本位”模式 到“权利——责任本位”模式 的政治可行性选择	224
八、结语	233
第七章 从“股东至上主义”到“债权人主义”： 中国商业银行的公司治理转型	234
一、引言	234
二、银行监管与商业银行的 公司治理	234
三、中国商业银行治理中的“股东 至上主义”逻辑	238
四、走向“债权人主义”	243
五、其他治理主体参与路径的选择	245
六、结语	247
主要参考文献	259
后记	271

“学科专门化划分所造成的恶劣影响,没有哪个能比得上其在两门最古老的学科即经济学和法学里所造成的影响那样明显。”

——哈耶克

“法律研究的未来属于经济学家和统计学家,而非属于研究‘白纸黑字’的律师。”

——霍姆斯

“经济学家和政治哲学家们的观念,不管是正确的还是错误的,其影响力都要比人们通常以为的要大。这个世界确实是由少数人操纵的。从事实实践活动的人常常相信自己决没有受任何思想观念的影响,然而,实际上,他们经常是某些经济学家的奴隶。那些迷恋权力而将观念当作耳旁风的人,其实正在践行着若干年前某个蹩脚文人的胡思乱想。我相信,既得利益者的权力被大大夸大了,而观念潜移默化的力量则被低估了……不管是对于为善还是作恶,最危险的迟早是观念,而不是既得利益。”

——凯恩斯

导 论

一、如何解释法律的本质

法律与我们息息相关,从摇篮到坟墓。

从功能主义的角度来看,法律作为一种正式规则,与风俗习惯、伦理道德等非正式规则一起构成人类赖以生存的制度环境,正是这种制度环境构筑了人类合作秩序的基础。

然而当我们真正去思考法律的起源和本质时又感到很迷惑。

法律到底是公平正义的化身还是统治阶级压迫人民的工具?法律是秩序的惟一源泉吗?法律规则是内生于还是外生于人类的行为?法律的价值是正义、公平还是效率?关于这些问题的讨论至今仍是法律理想主义、法律现实主义以及其他法哲学理念激烈交锋的中心。

1. “蚂蚁王国”里的“法律智慧”——一个法律理想主义的隐喻

对于法律、规则和秩序的解释,应该说是一个庞大的理论课题,要在一本书里把它说清楚,就笔者目前的学术能力而言,显然是力不能逮的,不过,我们还是可以从动物王国中获取些许启迪。

从动物的本能行为往往能够看出人的行为的影子,只要我们有足够的细心去观察“蚂蚁王国”,我们就会发现动物世界那分工与合作的秩序井然的画图,法律理想主义的观点与此种隐喻有诸多相似之处。

美国法学家赞恩在他的《法律的故事》一书中描绘了“蚂蚁王国”的生活图景。在“蚂蚁王国”中,只有蚁后繁衍子孙,雌性工蚁则负责各种劳作,雄蚁除了给蚁后授精的以外,其余的全部被杀死。蚂蚁会精心挑选地址来建筑蚁穴,而且有专门的育蚁室和储藏食物的储藏室。在集体生活中,蚂蚁严格遵守集体规则,它们很讲卫生,“不知疲倦地把各种弃物从家中搬走。据说在蚁穴中还养有甲虫,目的是为了甲虫搬走垃圾。每天蚁穴定期关闭,并定期开门,大门设有守卫的步哨。”蚂蚁还修建了道路、隧道等“公共设施”。工蚁为了集体利益而吸食甜液,然后为集体贡献甜蜜。在“蚂蚁王国”中没有严密的组织,也没有政府,但是一切活动又都是那样井然有序,每一个蚂蚁都是守法的“居民”,集体法则自动执行。这说明,“蚂蚁王国”的法则与蚂蚁的本能可以天衣无缝地契合起来。“蚂蚁王国”是法律理想主义者关于法律运作的理想蓝图,在那里,“自然法则”是先验地被给定的,并且是靠本能的适应性来自动遵守的。蚂蚁的“法律智慧”真是令人叹为观止。

2. 从法律的哲学思考到经济分析

哲学家霍布斯则不相信法律制度的“蚂蚁模型”,他认为法律不是神权所授的“自然法则”,而是人与人之间的合约。在自然状态下,人们为了自己的生存会像狼一样处于全面战争和敌对状态,即“一切人对一切人的战争”,这种状态被称为“霍布斯丛林”,正如他所描绘的,在一个没有主权者的社会中,就只有混乱:

……持续的担心,以及暴力死亡的危险;并且人的生活孤独、贫穷、肮脏、野蛮和短暂……。对于这场每个人反对每个人的战争,也还有一个后果,没有什么是不公正的。对与错、公正与不公正的概念都没有存身之地。在这里没有共同的权力机关,没有法律;而没有法律的地方,

也就谈不上不公正……。这些条件的结果还有,这里没有财产,没有所有权,也不分我的还是你的;而只是属于每个有能力得到的人,并且也只是在它可以持有的时间内……。^①

因此,他主张建立强力和独裁的“利维坦”制定法律以强迫被统治者服从。霍布斯的法律与国家观念,实际上构成后来关于合作秩序治理的“法律中心主义”的源头。

另外两位哲学家洛克和卢梭则从社会契约的角度去理解法律和国家的性质,他们虽不像霍布斯那般将人类生活想像成一场噩梦,但也不赞成国家权力的无限扩张。洛克认为社会契约仅限于公共领域,权力单位的权力并不是无限的,人们可以反抗权力单位超越委托权限而对公民造成的利益伤害。卢梭的社会契约论则更为民主,他认为,按照霍布斯的观点,一个人之所以服从国家的法律,是因为她能给他带来利益和好处;但是说到底,这样的一个人对国家的服从多半出于被迫而非自愿,霍布斯的“利维坦”在他的眼里最多只不过是一堆乌七八糟的“众意”而非“公意”,没有凝聚力。因为这种社会的信任基础异常脆弱,一旦国家权力对这个市民社会完全失控,那么在外敌入侵和内乱等极端状况发生时,整个民族就会陷入灾难和无序。卢梭认为,消除这种危险的惟一途径就是以法律重新整合已经分离的国家与社会,他认为法律是社会公民的“普遍意志”或公意,个人的权利与自由来自于这种“普遍意志”的许可,而且个人也必须服从普遍意志,服务于社会,一旦“普遍意志”受到怀疑则它会自然解体。

作为哲学家的马克思没有从社会契约的角度去理解法律规则,他更倾向于将法律看成一种意识形态,并极力关注法律制度背后的经济层面,他认为:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它本身来理解,也不能从所谓的人类精神的一般发展来理解,相反,它根源于物质的生活关系,这种物质的生活关系的总和,黑格尔按照 18 世纪的美国和法国的先例,称之为‘市民社会’,而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求。”^②

马克思当年由对法学的失望转而研究政治经济学,他试图探寻法权背后的经济根源。他通过对政治经济学的考察认为,法律不过是阶级统治的工具而已,法权关系将随着经济基础的变迁而发生变革。他的这些思想启

① 转引自埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 167—168 页。

② 马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》第一卷,人民出版社 1995 年版,第 82—83 页。

发人们,法律制度既非神授或先验给定,其本身也是经济变迁过程的一个内生变量。他的研究为后来的制度经济学家或法律经济学家提供了思想源泉,后世的一些理论家试图将他所编织的理论之网织得更为细密,以求捕捉到更为具体的现实细节(马克思的理论就像一幅幅粗犷的大写意画,而后世的一些法律经济学家则有精描细写的工笔画味道)。

虽然他们在法律和经济的关系方面还存在“鸡生蛋,蛋生鸡”式的不同意见,但是却都已论及法律与经济互动关系的不同侧面,为用经济学方法分析法律提供了广阔的发展前景。马克思虽然在其著作中没有使用成本——收益的分析方法,但他的视野更宽广,他将历史唯物主义和辩证法思想融入政治经济分析中,洞察到了法律制度背后的经济根源。^①

哲学家的视野总是宽广而恢宏的,而现实中的法律却总是具体而微。如果说社会契约论曾经是新兴资产阶级进行立宪设计的号角,那么马克思的法哲学思想则宣布了资产阶级的法律上层建筑的过渡性质。其实如果我们仅仅是对历史上的法律革命感兴趣,那么历史似乎只不过是一瞬。

西欧从市民阶层初掌城市权力到法国资产阶级大革命历时八百余年,从资产阶级掌权又到今天也是一个不短的历史过程,这期间并不是时时都在经历法律革命这样的转变。其实,法律制度就像国家一样不仅仅是阶级矛盾不可调和的产物,同时也是阶级矛盾调和与妥协的产物,也就是说法律制度是相对稳定地对经济生活、社会生活起调节作用。在这期间,法官、律师、政客、法学家起着法律解释者的作用,他们力图把法律当成一种修辞、论辩的艺术。而现代经济学家则雄心勃勃地将现代经济学的一揽子分析工具,如成本收益分析法、均衡分析、边际分析等应用到法律的解释领域,不过他们不是将法律先验地看成“公平”、“正义”的化身,而是试图为法律找到一个客观的评价标准——效率和财富最大化,从而既想在功能上打磨法律武器,也试图使法律学真正地变为科学。

目前法律经济学在西方的兴起正反映了这个潮流,律师、法官等实务界也开始接受法律经济学的实证观念和分析方法。法律制度的讨论不再是“号角”和“政治宣言”或某种哲学思辨,而是成为一种适用于司法审判的实

^① 早在18世纪后半叶,意大利著名刑法学家贝卡里亚在其名著《论犯罪和刑罚》中也表现出一种明显的经济分析的倾向。他认为,死刑的威吓作用是多余的,只要刑罚的恶果大于犯罪的收益,刑罚就可以发挥其效用(贝卡里亚,1764)。他对法律的成本——收益分析方法后来为当代法律经济学家所继承。