

中国民法学的效率意识

熊丙万^{*}

内容提要 对经济效率的追求是中国当代民法得以发生的主要动因。当代民法学从一开始就明确表达了浓厚的效率意识。然而,不少事例表明,经济效率观念常常被民法学说、道德观念、计划经济惯性思维或长官意志等因素所稀释、掩盖或替代,一直未能获得中国当代民法学的系统关注和精细表达,以至于在不少情形出现不经济的经济判断。新世纪民法学有必要树立更加明确、精细的效率意识,对民事法律规则的行为激励效应和社会经济效益开展更直接的讨论和更精细的评估,以降低社会交往成本,促进私人之间更深层次的合作与共赢。

关键词 中国民法学 私人自治 效率意识 公平观念 比例原则

一、问题与方法

“人类社会只要存在,作为类的‘人’就一定具有人类学、生物学上的共性,也分享着大致差不多的核心价值。”^①人们对经济效率的孜孜追求当属其中一例。在很大程度上,人类发展史就是一部不断追求和提高社会组织和生产效率的历史。从茹毛饮血到刀耕火种,到工业化大生产,再到数字信息时代,无不体现了人类追求效率、增进社会福利的朴实心理。在个体生命历程中,从幼年时的“好好学习、天天向上”,到青年时的“力争上游”,再到工作中的“争先创优”,同样反映出效率是一项内化于人心的思维和行为倾向。这种倾向常常表现为一种朴素的日常思维,甚至是一种先天的本能反应,并不一定会以“事半功倍”“经济效率”等人类后天建构的术语来明确表达。

如孙国华教授所言,“总的看,人们倾向于把对社会的衣、食、住、行最有效益的观念和措施认为是正义的、公平的。”^②就像我们在总体上趋于对美的偏爱一样,我们也偏爱讲效益的观念和措施,并认为那些讲效益的观念和措施是好东西。中国当代民法的发

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员,未来法治研究院研究员。本文系国家社科基金项目“中国私法学的哲学和经济学基础研究”(项目批准号:14CFX006)的研究成果。

^① 谢鸿飞《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期。

^② 孙国华“序言”,载冯玉军《法经济学范式》,清华大学出版社2009年版。

展史也同样反映了这一点:这不仅体现在中国今日的民法学对私人自治等基本原则的功能认知和效果预期上(如“将劳动和资本配置到能够产生最大效益的地方去”);而且反映在改革开放初期的民法发生史中。中国当代民法的发生史表明,对经济效率的渴求催生当代民法的主要因素和原初动力。

然而,受种种因素的限制,当初的经济效率追求主要以一种潜意识的朴素形态继续存在,尚未获得当代民法学的系统关注和明确表达。在30多年的民法学发展进程中,原本朴素的效率意识时常被民法学说、道德观念、经济体制惯性思维和长官意志等因素稀释、掩盖或替代。受此影响,当面临复杂社会生活和交易结构时,不少民事规则的经济性被误读甚至遗忘,在结果上徒增了市民社会的生产和交易成本。

在社会组织形式和交易结构日趋复杂的今天,回顾和重申中国当代民法学发生史上的效率观念仍有必要。无论是围绕民法典编纂展开的制度设计辩论,还是针对既有民事制度的解释性讨论,民法学都有必要将潜意识中的效率观念予以明确化和精细化,对民事法律制度展开系统的效率评估和改进,优化民事立法和司法的行为激励效应与经济组织功能。为此,下文先回顾中国当代民法发生史上的效率意识,再呈现当前民法学的效率意识状况及其问题,然后分析中国民法学效率意识障碍的成因,最后阐述如何树立明确、精细的效率意识并澄清关于效率问题的常见误解。

二、中国当代民法发生的经济动因

百余年来,尤其是改革开放30多年来,中国在大规模继受外国民法并进行整合后,已经形成了一套崭新的民事法律制度和学说体系。^③围绕私人自治及其限制问题的学说理论可谓纷繁复杂、蔚为壮观,有时甚至让人眼花缭乱。然而,追溯到中国当代民法的历史起点,我们会惊讶地发现,事情远没有那么复杂。

中国当代民法是与中国经济体制变革相伴相生的社会现象,甚至可以说主要是经济体制变革的产物。在当时的中国,计划经济没有能够让国民“吃饱肚子”。在中国群众自发的改革行动中,出于“吃饱肚子”的本能反应,凤阳县小岗村的18户农民于1978年底签下了分田到户的“生死契约”。这一举动在客观上带来了经济奇迹,并拉开了中国土地制度和整个经济体制变革的序幕。于国家层面,从计划经济到商品经济这一转变本身是为了提高社会生产和交易的经济效率,用当时流行的话来说,就是为了“搞活经济”。而与建立在计划指令基础上的计划经济相比,以价值规律为基础的商品经济不仅认可商品在平等主体之间的流通,而且还强调商品的等价交换,具有明显的效率优势。相应地,改革之初民法的出现也主要是为了满足商品经济建设的制度需求。“搞活经济是改革的中心,是我国社会主义民法的中心环节,也是我国制定民法通则的重大意

^③ 参见梁慧星《中国民法:从何处来,向何处去》,载《中国改革》2006年第7期;孙宪忠《中国近现代继受西方民法的效果评述》,载《中国法学》2006年第3期。

义之所在。”^④当时“经济体制改革的一个重要目的就是,我国广大的经济工作者和企业领导人…在他们的经济活动中要有强烈的投入产出观念、市场观念、竞争观念和效率观念。民法也正是为这一目的服务的一个法律部门。”^⑤“民法贯彻平等、等价原则,对于发展我国社会主义商品生产和交换,提高企业的经济效益,保障人民生活具有极为重要的意义。”^⑥而企业法人制度、破产制度、土地承包经营权等诸多民事法律制度,“都是围绕搞活经济这个中心环节”展开的。^⑦

的确,在今天看来,当时民法学者关于民法与经济效益之关系的认识尚存明显局限。一方面,当时民法学者关于民法及其所调整的商品经济的认识仍然限于国家计划这个大框架的约束。虽然民法学家普遍认识到民法是调整商品经济的法,反映了商品经济的内在规律,有助于搞活经济,但当时的民法学一般仅将包括合同法在内的民法理解为实现国家计划的手段,将民法视为公法的组成部分,而不是独立于公法的私法。^⑧相应地,“服从国民经济计划指导原则”^⑨或者“国家计划指导与经营者的自主性相结合的原则”^⑩成为当时的民法基本原则也就不难理解了。另一方面,“搞活经济”这一改革目标虽然在民法学中得到明确表达,但民法有助于搞活经济的内在机理却并未被正确认识。相反,民法学者用作理论论证的素材经常表现为罗马法、法国民法典、德国民法典等大陆法系国家的民事立法例和学说。^⑪

尽管当代民法学最初关于经济效益的认识存在前述局限,但“1978年改革开放后,社会主义商品生产和商品交换的发展给中国民法学带来了孕育和成长的机遇。”^⑫可以说,中国社会当时对社会组织 and 生产效率的孜孜追求是新中国民法得以发生的主要动因。诚然,民法学这种历经漫长历史锤炼的知识有着相对稳定的理论框架和逻辑,即便是改革之初基础薄弱的中国民法学,对经典民法学关于尊重和保护个人自主性的学说也不会太陌生,但这并不等于当时民法学的主要追求是自主性本身,相反,自主性所代表的经济效益面向才是当时民法学的实际追求。可以想象的是,假如新中国成立后的计划经济体制和行政命令体系足以维持高效的社会生产、流通和分配,能使国民实现丰衣足食,那么,中国当时根本就没有必要从计划经济走向商品经济或我们今天所说的市场经济,与市场经济相伴而生的民法就更是无从谈起了。而在真实的历史语境中,于国民经济濒临崩溃之际,无论是政治决策还是法律学术讨论,都把未来指向了一种比计划

④ 王家福、谢怀栻、陈汉章、苏庆、梁慧星、王晓晔、袁长春编著:《民法基本知识》,人民日报出版社1987年版,第13页。

⑤ 江平主编:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,第19页。

⑥ 佟柔《民法》,法律出版社1986年版,第12页。

⑦ 参见前引④,王家福等编著书,第21-23页。

⑧ 参见前引⑥,佟柔书,第8页。不过,当时学界关于“民法是公法还是私法”的问题存在争议。参见谢怀栻《纪念佟柔同志》,载《佟柔文集》,中国政法大学出版社1996年版,第400页。

⑨ 佟柔、金平、赵中孚编著:《民法原理》,法律出版社1983年版,第14-15页。

⑩ 前引④,王家福等编著书,第31页、第40-42页。

⑪ 参见前引⑨,佟柔等编著书,第1-5页。

⑫ 王利明、姚辉《人大民商法学:学说创见与立法贡献》,载《法学家》2010年第4期。

经济更有效率的经济体制和法律体系。可以说,通过经济和法律改革来提高经济效率是当时社会的基本共识,正是这种社会共识催生了1986年的《民法通则》和中国当代民法学。

在改革开放40年之际,恰逢“编纂民法典”这一重要工程,我们有必要回顾和重申起初催生中国当代民法学的效率意识,检视其在今日民法学说和民事制度建构中的存在和实践状况。这倒不是因为信奉某种历史决定论,而是因为:中国当代民法的发生史再一次证明,尊重和讲求“效率意识”这一人类共同偏好的思考方式和行为倾向对于增进大众的社会福祉至关重要。这些福祉包括但远不限于本文重点考察的经济交往和利益,即便在婚姻、家庭等具有浓厚道德伦理色彩的领域,当我们在道德哲学上商定一个共同的道德伦理目标后,仍有必要去细致思考何种制度环境才能激励人们去选择那些既有助于实现拟定的道德伦理目标,又能最大限度控制各方成本的社会组织方案。^⑬

值得进一步强调的是,民法学需要讲求效率意识,但并不是要把“效率”塑造为一项与私人自治、公平、诚实信用和公序良俗等相互并列的民法基本原则。民法学的效率意识与民法的基本原则是两个完全不同层次的东西。^⑭强调民法学要讲效率,是要把“追求效率”这种人类共同偏爱的思考方式和行为倾向贯穿于整个民法学思维。无论是民法基本原则的阐释,还是民事法律制度的建构,都有必要注重其经济性。

三、当前中国民法学的效率意识

由于受到认知水平的局限和计划经济惯性思维的残余影响,当代民法学者在当时所秉持的效率意识主要还是一种十分朴素的经济观念,甚至只是一种潜意识,他们对经济效率的追求更多源于针对特定历史语境的本能反应。与之相比,今天的中国民法学所呈现的效率观念则更为明确:这不仅反映在今天的民法学者对民法基本原则的理解上,而且体现在具体制度辩论中所使用的术语上。例如,在阐述意思自治这一核心民法原则时,民法教科书常常如此表达:

“社会发展的历史告诉我们一个经验法则,保证个人自主决定实现的制度是符合人性的制度,也是最有生命力的制度;同时经济发展的历史也告诉我们一个经验法则,‘自主决定能够将劳动和资本配置到能够产生最大效益的地方去。’”^⑮

不唯如此,在围绕诸多民事法律制度展开的立法辩论和学理解释活动中,类似于“鼓励合同交易”“维护交易安全”“保护交易预期”“利益衡量”等高频词汇同样体现了

^⑬ 参见[美]加里·S·贝克尔《人类行为的经济分析》(第2版),王业宇、陈琪译,上海三联书店2008年版,第6编。

^⑭ 有同行建议将效率原则建构为一项新的民法基本原则。参见郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。比较法上,《欧洲私法典草案》明确将效率作为一项与自由并列的私法基本价值。See Christian von Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, at 29-30 (Interim Outline Edition, Sellier, München, 2008).

^⑮ 王轶《民法的基本原则》,载王利明主编《民法》(第5版),中国人民大学出版社2010年版,第29-30页。

民法学者对民事法律制度的效率属性的关注。至少在一个较为抽象的层面,当前民法学围绕这些术语展开的学术讨论活动,明显地呈现出对经济效率的关切和追求。不过,当前中国民法学的效率观念也存在两个方面的局限,效率追求也面临着相应的障碍。

(一) 效率意识被淡化甚至遗忘

当前的民法学说侧重强调“私人自治”对实现效率的价值,常将个人自主决策等同于效率最大化的结果,或推定自主决策就是最有效率的。民法学说的建构也是围绕私人自治、法律行为、意思表示等过程性要素展开的,常常并不直接关切(至少并不细致追问)这些过程性要素在现实生活中将实际引发的经济效果。即便有人直接就民法制度的激励效应和经济后果发表看法,不少学者也无正面、直接回应的讨论习惯。^{①⑥}

的确,围绕私人自治、法律行为等过程要素展开的民法学说构建具有诸多优势,也反映了大陆法的传统:第一,每个人都希望能够自由表达、交往和决策,从而充分体验作为独立人格的存在感、安全感和被认同感。自主决策本身就是能增进每个人福利的好东西;第二,自主决策的确常常能实现对自身利益的理性判断,能通过自主决策实现与其他社会同伴之间的积极合作,通过选择合作对象、合作事项和合作深度来最大限度地实现每个人的利益。在此意义上,维护私人自主决策也常意味着经济效率的随之实现;第三,法律要有可执行性,必聚焦于人的行为,通过对行为的激励来追求一定的结果。当追求的社会目标既定时,对人的行为选择规律把握得越准确,规则的设计也就越具针对性,越能有效实现目标。

不过,不少学者在着重围绕行为过程要素建构民法学说体系时,时常无意识地淡化甚至遗忘了对行为结果的关注。

一些民法学者简单地推定,只要个人能自主决策,就能实现利益最大化的结果,因此,就没有必要再对其行为结果的效率性给予专门关注。特别是,在比较长的时间内,为了应对计划经济时期遗留下来的极端社会本位主义,我国民法学者着力塑造和宣扬个人主义和权利本位主义,但过分侧重强调对既有私权的静态享有和安全保护,却忽视了私有权利的动态生成机制,进而忽视了私人社会生活和私法的合作面向,即私人之间共同合作创造的过程。虽然民法学者也普遍认识到限制自由(或私人自主决策)的必要性,认为对自由予以合理限制是为了让人们普遍享有更大的自由,但其理论认识和学术表达通常是在“公共利益”等虽具导向性但却高度抽象的概念语境下展开的,并没有进一步细致地去认识“公共利益实现障碍的具体机理”。事实上,私人之间常常可以自发地实现相互合作,并在私人自治框架下实现较好的合作效果,获取各自所需的利益。但不少时候,私人之间即便存在符合双方利益的合作前景,也可能受限于交易成本而面临障碍。这也意味着,为了促成一种有效率的社会组织和生活方式,民法在倡导和保护私人自治的同时,还需同步细致地搞清楚私人间的潜在合作意愿、目标和障碍,并尽可能

^{①⑥} 在一场近20位民法同行参与的“灭失质物价值的司法认定”讨论中,仅贺剑博士等就桑本谦教授提出的制度效率问题作直接回应。参见刘保玉等《灭失质物价值的司法认定:裁判依据与法理基础》,载《人民司法》2016年第34期。

地通过制度设计来激励各方采取有助于相互合作与共赢的行为方式。^{①7}

另有一些民法学者则在围绕过程要素建构学说时几乎遗忘了制度的行为激励作用和经济促进功能。表达形式与社会功能是法律的两个基本维度。^{①8}但不少围绕具体民法制度展开的研究都将重点放在形式表达层面,而在着力对法条展开概念和形式逻辑推理时,忽视甚至遗忘了不同形式解释方案将产生的激励效应和经济效果差异。如在讨论冒名处分的法律效果时,大量学者的重点是追问冒名行为到底是构成无权处分还是无权代理,是适用赃物善意取得还是表见代理制度?这类追问侧重于形式美学辩论,却未深入考虑诸如“何种制度安排才能以合理的成本实现对冒名处分的最大限度预防”等问题。^{①9}这类分析侧重于从静态视角去讨论问题,不具备“向前看”的思维习惯,即不关注法律制度对将来行为的激励效应。明确追问制度的经济效应有时反被视为民法学研究中的边缘话题,甚至是旁门左道。

(二) 效率分析被过度简单化

对大量仍秉持浓厚的效率意识的学者来说,由于较少系统关注“何为讲效率”“如何讲效率”等基础问题,其效率观念在一些情形下过于朴素和简化,对民法制度之经济效应的关注既不明确又不精细,容易在复杂情境中作出不效率的效率判断。当面临明显不经济的主张时,那些怀有效率关切的学者又缺乏鲜明、有说服力的对抗武器。

在简单的社会交往和生活中,基于朴素的效率观念甚至直觉作出的制度安排也常常是经济的。例如,在改革开放之初,经济效率的改进空间大。计划经济后期(特别是“吃大锅饭”的公社时期)的生产效率是如此的低下,以至于凭借人类吃饱穿暖的本能反应就能激发出效率改进的方案。凤阳县小岗村的“生死契约”就很好地反映了这一点。即便是“出工不出力”这类十分朴素的经验观察,也有助于我们认识如何提高社会组织方式的经济性。在那时,只要法学家保持起码的经济效率观念,即便采用一些与效率不直接相关(甚至不相关)的分析工具(如借用其他市场经济法域的法律学说),他们提出的制度方案也不会过度偏离起码的经济性要求。

然而,随着市场改革的不断深入,“从计划走向市场”这类巨幅效率改进空间越来越小,社会经济效应的改进也没有起初那么容易和明显。相反,我们需要通过更精细化的制度设计,在更广泛的问题上争取更细微的效益改进。尤其是,今天的社会生产和交易结构变得越来越专业化、规模化、复杂化和网络化,影响生产和交易之经济效应的因素更多,制度设计要想发挥更好的经济调节效果,就需要在更大范围内全面考虑相关社会群体的利益诉求、交互关系和行为选择逻辑,提供更有针对性和有效性的制度激励。而朴素的效率分析则面临更大的片面性风险,出于追求效率这一良好夙愿的制度设计并不一定经济。更何况,当中国社会越来越多地出现其他市场经济国家未曾发生过的、或

^{①7} 参见熊丙万:《私法的基础:从个人主义走向合作主义》,载《中国法学》2014年第3期;蒋大兴:《论私法的公共性维度——“公共性私法行为”的四维体系》,载《政法论坛》2016年第6期。

^{①8} 参见熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,载《中外法学》2017年第2期。

^{①9} 参见冉克平:《论冒名处分不动产的私法效果》,载《中国法学》2015年第1期。

缺乏成熟法治经验的活动时(如大量平台经济形态),那些希望通过引入比较法域的教义学说来改进中国经济活动效率的做法就很难像以往一样奏效。

近十多年来,不少学者关于“交易安全”“交易成本”的讨论就有明显的“过度简化”问题。例如,《合同法》第229条规定的“买卖不破租赁”规则是近年来司法审判和民法典编纂着重讨论的问题。实践中,经常出现的问题是:在房屋买受人或者房屋所有人的外部债权人请求执行房屋时,突然跳出一位长期承租人,主张优先保护其承租权。而这类长期租赁关系往往是被执行人事后虚构的,且不容易被证明。^②被执行人的此类道德风险大大减损了相对人的交易安全,会激励其付出高额的成本来尽力防患。因此,不少学者建议将“租赁登记”规定为承租人主张对抗力的要件,未经登记的承租人一律不得主张对抗受让人。但另有不少学者认为,我国的房屋租赁登记尚未充分电子化和便捷化,实践中有大量短期承租人,一律要求登记将徒增交易成本。对此,立法机构曾提出如下折中的改革方案:“租赁物在承租人依据租赁合同占有期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”将“占有”规定为承租人主张对抗力的要件,的确有可能在一定程度上缓解被执行人的道德风险,但可以预想的是,如何证明“承租人实际占有了租赁物”这一事实将是一个新的证明难题,同样面临“伪造”的道德风险。若细致观察,则可发现一个更经济的改革方案:对长期承租人(如3年以上)提出租赁登记要求,否则不能取得对抗效力;对短期承租人,无论是否登记,均可主张对抗效力。因为,一方面,长期租赁通常是商事交易,且一般都会经历较长的缔约过程。与此相比,办理租赁登记的成本并不高,且可增加承租人的安全系数、大幅减少申请执行人面临的道德风险;另一方面,尽管短期承租人无须登记即可取得对抗力,但被执行人虚构租赁关系的动力并不大。毕竟,虚构短期租赁合同获得的利益有限,却还需向申请执行人(特别是房屋买受人)承担赔偿责任。即便是伪造了短期租赁关系,对申请执行人造成的损失也不大。

总之,当我们讨论与交易安全相关的经济成本时,有必要秉持精细化的效率意识,系统考察和比较各备选民事交往规则在行为激励效应和社会经济效果上的差异,然后作出最经济的制度选择。

四、效率意识障碍的发生原因

至此,我们有必要对“效率意识被淡化、遗忘或过度简化”这一现象的成因进行诊断,排除那些阻碍当代民法学树立和践行效率观念的因素。在本文看来,这至少与以下因素有关:

(一) 计划经济思维的惯性影响

人类发展史表明,经济效率注定无法与“私”字分开。有效率的社会组织和生活方式不仅涉及私有财产权(不一定是完全私有制),还取决于私人的行为选择和激励问题。

^② 参见卢正敏《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》,载《中国法学》2013年第4期。

但在计划经济时期,特别是“文革”期间,中国社会受到僵化意识形态的约束,将“私”字视为阻碍社会发展与进步的绊脚石,^{②①}围绕“私”字展开的学术讨论被严格管束。这也意味着,中国民法学的效率意识从一开始就面临获得精细化培育和表达的思想障碍。“在‘文革’结束后的改革开放中,全国各行各业都进行了思想上的拨乱反正,而法学界从来没有进行过真正意义上的思想上的拨乱反正,没有检讨过民法思想、民法传统、民法制度上的正确与失误。”^{②②}那些与市场经济规律相悖的思维习惯没有真正被清算,在学术、立法和司法中继续发挥着影响力。^{②③}“《民法通则》受旧经济体制、旧意识形态制约的一些不合理的思想和做法,至今仍被因循着。”^{②④}特别是,在围绕私人自治与政府计划管制之关系的民法学讨论中,不少学者对政府计划和管制仍有着深深的“眷恋”,“一般都倾向于高估政府管制的好处”,习惯性地将市场交易中出现的新问题归结为“市场失灵”,并随即建议引入政府管制措施。^{②⑤}但这既没有深入观察各方市场主体的行为选择逻辑和市场的自我调节能力,也没有深刻认识到“市场失灵”的真正原因,更没有对称地认识和分析“政府失灵”的问题。^{②⑥}

例如,在网络打车平台出现之后,大多数平台在上下班高峰期实行动态调价机制。打车需求越旺盛,价格上调幅度越大。这与网络打车平台出现之前的高峰期定价机制形成鲜明的对比。对此,有观点认为,“‘打车软件’加价功能违背了出租车承运服务强制缔约之价格强制义务,而弱势群体对移动互联网技术的不熟悉使其丧失了平等缔约机会,违背了强制缔约实现契约实质正义的制度初衷。”^{②⑦}因此,这些学者主张政府介入定价过程,强制取消高峰期动态调价制度。毫无疑问,这类制度建议的初衷是为了保护乘客的利益,但却忽视了一些基本的市场行为逻辑:在大都市,高峰期通常意味着拥堵期,出租车司机提供客运服务的基础成本(低速行驶的燃油和时间消耗)会明显增加,在平行定价机制下,出租车司机的客运服务活动在经济上甚至有可能入不敷出。拥堵越严重的路段,情况越是如此。这也是为什么大量出租车司机在高峰时段要么停止提供客运服务,要么尽量避免驶入拥堵路段,要么拒绝向乘客提供短途客运服务,要么从线上转移到线下提供黑车服务(这里指网约私家车)之原因。即便那些以平价提供客运服务的出租车司机,在高峰期也更容易出现客服态度问题。

因此,简单地要求政府介入价格调整机制,强制取消动态调价,忽视了在网络打车

②① 参见红枪手:《“私”字是阻碍革命大联合的绊脚石》,载《人民日报》1967年1月31日第3版。

②② 杨立新:《编纂民法典必须肃清前苏联民法的影响》,载《法制与社会发展》2016年第2期。

②③ 参见前引②,杨立新文。

②④ 朱广新:《超越经验主义立法:编纂民法典》,载《中外法学》2014年第6期。

②⑤ See Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 2 *Journal of Law and Economics* 1, 18 (1960).

②⑥ 参见[美]奥利弗·E·威廉姆森:《治理机制》,石烁译,机械工业出版社2016年版,第201页。

②⑦ 单平基:《从强制缔约看“打车软件”的法律规制》,载《法学》2014年第8期。需指出的是,单平基教授评论的对象主要是滴滴、快的软件上线后在线上运营的传统出租车。但在私家网约车服务在这些平台上线之后,动态调价机制也面临同样的批评。德国柏林勃兰登堡高等行政法院在一份判决中也明确否定了动态调价商业模式。Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. April 2015, Az. OVG 1 S 96.14, Rn. 49.

平台出现前所面临的严重“供给不足”问题,在效果上无助于改善大城市乘客普遍面临的打车难题。至于与动态调价机制相伴随的“支付能力越强的人越容易打上车”这一现象,我们需认识到:一方面,出租车并非多数市民的日常出行方式,或者说并非需要由国家强制保障的生活必需品,而是公共交通的一种补充出行方式,与基本医疗、基础教育等公共产品存在重大差异;另一方面,北京、上海等大都市之所以长期面临打车难题,在很大程度上是地方政府所采取的僵化的出租车数量管制政策导致的。解决“打车难”的有效策略不是走计划经济的老路,让政府去代替市场定价,而是要求政府放松数量管制之手,促进运营者之间的市场竞争,采取发展公共交通、鼓励拼车与合乘等手段。^{②8}反过来,迷信市场力量同样会导致问题。如果动态调价商业模式使得“乘客不加价、司机就不接单”成为一种与车辆供给调节无关的常态时,监管机构就有必要介入,审查这类商业模式是否存在“故意哄抬价格”等损害消费者权益的问题。

但无论如何,关于私人自治与政府管制的关系的讨论,我们有必要跳出前述两种思维误区,不可简单地认为政府或者市场具有更好的社会组织和调节能力。此外,我们同样需要避免在一个抽象的层面空洞地强调对私人自治与政府管制的平衡与协调,或仅诉诸于“原则上市场自由”“原则上政府管制”之类的惰性思维。我们需要结合具体问题所处的复杂语境,耐心地分析相关问题的发生原因,细致地对比分析各种备选方案(市场也好,管制也罢)的潜在行为激励功能和社会经济效应,然后才可能得出更为有效的制度选择方案。^{②9}

(二) 朴素道德观念的约束

在多元的社会规范体系中,道德观念是一种重要的规范来源。与法律规范不同,道德规范是通过生活中的缓慢教化而渐进产生的。例如,从祖辈到父辈、再到孙辈,反复地讲述着尊老爱幼的朴素故事,尊老爱幼就成了普遍内化于心的信念和行为规范,为人们普遍秉持和遵守。道德观念的“教化”特点也就决定了,道德规范不仅需要经历一个比较长的时期才能形成,而且一旦形成之后就会成为一种稳定性很高的行为约束。

道德观念的缓慢生成过程意味着,道德观念蕴含着社会大众的一般生活经验,反映了人们对特定社会组织和生活方式的朴素评价和选择。在这些情形下,社会道德宣扬的行为规范确实有助于普遍地增进人们的社会福利,也即是符合经济原理的,因而常有必要将其升格为普遍性的国家立法,^{③0}尊老爱幼就是一个典型的例子。因为,每个人都有童年和老年,都希望幼有所教、老有所养。然而,我们又往往无法自教和自养,只能寄希望于成年者与非成年者相互合作,长慈幼孝,以实现每个人人生的完整和愉快。时髦地说,尊老爱幼道德观背后蕴含着期权逻辑,城市居民养老金制度就很好地说明了这一点。这大抵也是为什么《宪法》和《婚姻法》都规定父母有抚养教育未成年子女的义务、

^{②8} 参见熊丙万:《专车拼车管制新探》,载《清华法学》2016年第2期。

^{②9} See Ronald Coase, *supra* note 25, at 18.

^{③0} See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961 (2001).

成年子女有赡养扶助父母的义务之原因。

不过,道德规范的形成过程和朴素经验属性同时意味着,道德教化只能在变化很少的社会里发生作用。而如费孝通先生所言,在中国这样一个快速发展和变迁的社会,我们很多时候并不能依靠经验知识的指导。因为,朴素经验和教义所产生并适用的社会条件不再适配。“在变迁中,习惯是适应的阻碍,经验等于顽固和落伍。”^①直接将朴素的道德规范作为标准来设定法律规则,可能激励一些人在社会交易中采取机会主义、敲竹杠等有害于社会经济秩序的行为。

中国在改革开放以来的民事立法工作具有浓厚的经验主义色彩,在相当大的程度上是依据既有立法和审判经验制定的。不少民事立法“往往局限于实践经验所得,对于未来可能出现的新情况、新问题往往无从应对。”^②当前民法典编纂过程中关于“违约方的合同解除权”的学术辩论就是一个代表性事例:早在中国民法学会起草的《民法典合同法编》(专家建议稿)中,有一条建议规定:“法定解除权原则上由非违约方享有,但在维持合同效力将显著不当增加违约方负担的情形下,违约方也有权解除合同。”在多次学术研讨中,不少学者提出“有违契约严守”“自古都是非违约方享有解除权”“违约本身就是一种不道德、不诚信的行为,怎能反过来享有解除权”,批评该立法动议。^③的确,这类基于朴素道德教化和经验的判断,在普通的违约情形中是经济的。若当事人可轻易违约且不用足额赔偿相对人的预期利益,不仅容易诱发机会主义行为,刺激一方当事人在稍有更好交易机会时就“跳出”合同,而且会严重损害相对人的缔约预期,激励相对人采取措施来防患因被违约而面临的各种不利局面,徒增交易成本。

然而,另有不少情形,当事人一方或者双方在缔约时所预测的未来履约情景发生重大变化。这种变化虽不至于严重到“不可抗力”“法律上或者事实上履行不能”这样的程度,但实际履行给一方当事人造成的经济负担将会超过相对人因此获得的预期利益。在土地、房屋、油罐、集装箱等长期租赁合同中,承租人和出租人都可能面临这样的困境。在此情形,如果能够相对准确地确定相对人的预期利益并保证其获得足额或稍高赔偿,那么,允许一方当事人解除合同将有助于“双赢”。在经济学上,这类问题被称为“效率违约”(这是经常被法学家误读的经济学说,后文将对其进一步讨论)。在认识到这一点后,我们就会发现,“违约方的合同解除权”并非一个简单、抽象的道德评价问题,而是一个关于“相对人预期利益的足额赔偿和准确判断”的务实问题。

事实上,当事人常常能自发地通过事前合同安排或事后重新协商来解决这类问题。实践中,大量合同会就未来可能影响履行的情形作出预测和特别安排,在特殊情形出现后,不少合同当事人会以给予相对人足够赔偿的方式(通常超过相对人的预期利益)来协议解除合同。然而,无论是事前安排还是事后重新谈判,都不是无成本的,亦有可能

^① 费孝通《乡土中国》,人民出版社2008年版,第84页。

^② 前引②,朱广新文。

^③ 这类表达同样可见于学术文献,参见孙良国《效率违约理论研究》,载《法制与社会发展》2006年第5期。

阻碍当事人有效率地解除合同。^{⑤4} 特别是在一方当事人面临重大经济负担、而相对人却敲竹杠时,双方可能难以通过自发谈判来达成“双赢”结果。“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”^{⑤5}就是典型例子。原告新宇公司所开发的大型商铺因经营不善而需进行业务转型,导致继续履行与被告冯玉梅签订的单个商铺买卖合同成本过高。而在大多数单个商铺店主接受协议解约的情形下,承租人冯玉梅在解约谈判中提出了畸高的赔偿要求,很可能远超实际履约给其带来的预期利益。这类敲竹杠行为与征收拆迁中的“钉子户”现象类似,会阻碍社会更有效率地利用财产或开展交易。对此,只要赔偿数额足以使冯玉梅的现实既得利益不因合同解除而减少,赋予违约方解除合同的权利既无不公,也符合效率观念。就立法表达而言,在民法学会提出的建议条文的后面补充上诸如“违约方行使解除权不得损害守约方的预期利益”这样的规定即可。

(三) 知识在跨学科流动过程中的失真风险

尽管民法学者的日常学术话语中频现“交易安全”“交易成本”等经济术语,但因长期受法学学科封闭氛围的影响,不少学者在追求法学自身独有方法的同时,缺乏足够兴趣和精力去走近经济学知识。即便越来越多的民法学者致力于借用其他学科的智慧来分析法律问题,也有可能因为缺乏必要的学术“免疫力”而对一些尚存较大分歧的知识不加批判地接受,^{⑤6}或在没有完全阅读和理解的情况下加以运用或提出批评,甚或出于装裱目的而加以选择式阅读和引用。这些问题不仅容易进一步造成其他法律学者的误解,而且还容易引发和加深其他法律学者对整个经济学知识的直觉性偏见和抵触心理,甚而使其戴着“有色眼镜”来接触和沟通经济学知识。^{⑤7}如此一来,系统关注和精细表达效率观念就变得更加困难。最典型的例证莫过于民法学者对“效率违约”理论的两种常见误解。

一种误解把“效率违约”视为一种只管效率、不顾公平的理论。其通常将“效率”简单地等同于违约方的单方效率(或单方的成本收益核算),或者至少很容易给人造成此种印象。“效率违约”理论于是被简化为:“凡是对一方当事人来说,其违约的效益高于履行的效益,则应鼓励其违约”或者,“如果一方当事人从违约中获得的利益将超出他向另一方作出履行的期待利益,如果损害赔偿被限制在对期待利益的赔偿方面,则此种情况将形成对违约的一种刺激,应当鼓励当事人违约。”^{⑤8}对法学家而言,这样的理论主张显然是背离基本直觉和常识的,因为,这种版本的效率观念没有考虑违约行为给整个

^{⑤4} See Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, at 314-316, 367 (Cambridge: Harvard University Press, 2004).

^{⑤5} 参见“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2006年第6期。

^{⑤6} 关于法学家的学术免疫力问题,参见王轶:《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》,载《法制与社会发展》2006年第1期。

^{⑤7} 参见杨瑞龙:《面对制度之规》,中国发展出版社2000年版,第4-5页。

^{⑤8} 王利明:《契约精神与法治社会》,载王利明:《人民的福祉是最高法律》,北京大学出版社2013年版,第151页。如此表达效率违约理论的文献较为常见,参见叶林:《违约责任及其比较研究》,中国人民大学出版社1997年版,第36页;谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第472页。

社会经济秩序造成的损害。毕竟,“对违约方有效率的,对守约方则未必有效率”。^{③⑨}

但问题在于,此种版本的“效率违约”理论几乎未曾在经济学家的经典文献中出现过,只不过是法律学者在跨界知识译介中误解或虚构的标靶而已。“效率违约”理论所关注的效率并不是违约方的单方效率,所主张的赔偿额更不是以违约方的预期利益为限。作为一种描述性的经济理论,效率违约与其说是在鼓励当事人违约,还不如说是在描述当事人在合同交易中乃至整个社会生活中的行为选择规律。^{④①}其要义在于:1. 当事人之所以缔结合同,是因在缔约时预测未来依约履行合同义务将让双方都能从中获益。不过,这种“共赢”前景是以合同当事人对未来履约时所处的社会情境或者条件的预判为前提的;2. 在缔约时,合同当事人无法就未来可能对双方履约成本和收益造成实质性影响的情境进行逐一预测和谈判,而其中一些情境将对一方当事人的履约成本造成超出缔约预期的重大影响,以至于一方当事人因不履约而节省的成本(或者说因不履约而获得的收益)超出了相对人因履约而获得的利益;3. 在此情形下,免除一方当事人的履约负担(允许其“违约”),并让其向相对人提供不低于预期利益的赔偿,将使双方都能从中获益。^{④②}

不过,“效率违约”理论的提出是否意味着经济学家就主张当事人可以轻易主张违约呢?这涉及第二种关于“效率违约”的常见误解,即认为“效率违约”是一种关于“当事人可以轻易跳出合同约束”的理论主张。^{④③}前文曾提出,“效率违约”是一个关于“相对人预期利益的足额赔偿和准确判断”的问题,而不是一个道德评判的问题。在讨论“足额赔偿”之后,这里进一步分析“准确判断”的问题。前文关于“效率违约”的讨论都以“一方当事人因违约节省的成本”“相对人的预期利益”可以大致确定为前提,在理想状态,如果法官能够事后准确获取这两项信息,那么,法官不仅可以确定特定违约请求是否符合效率观念,而且可以在符合效率观念的情形作出对各方都有利的裁判。但现实是,除了违约方与相对人自己外,几乎没有比他们更了解这两项经济信息的人了,当

^{③⑨} 前引^{③⑨},谢鸿飞书,第477页。

^{④①} 参见唐清利:《效率违约:从生活规则到精神理念的嬗变》,载《法商研究》2008年第2期。

^{④②} 在现货买卖合同中,允许这类违约不仅让买卖双方获益,还将惠及向出卖人出价更高的第三人。因为第三人购得了对其有价值的货物。例如,“甲将其房屋出卖给乙,作价100万元,在履行前,丙向甲提出120万元的价格,此时,只要乙的损失小于20万元(假设为10万元),支持甲向丙履行,合同就是有效率的(在向乙支付一笔介于10万—20万元之间的赔偿金后,甲仍可获利)”。德风教授曾对此提出过两项批评,并认为“即使是按照将功利主义哲学发挥到极致的法和经济分析理论,‘合同应绝对遵守’也未必是可以轻易推翻的命题”:一是实践中相对人的预期利益难以确定,且通过司法程序来确定预期利益这一环节本身也是有成本的;二是“允许原合同债权人取得标的物,然后再将标的物转卖给第三人,实际上也丝毫不会损害法和经济学强调的福利最大化的目标”。参见许德风:《论法教义学与价值判断》,载《中外法学》2008年第2期(案例略有修改)。这两项“批评”的确在理,但事实,经济学家在阐述“效率违约”理论时也是这样想的。对第一项批评,正文将作进一步阐述。对第二项批评,经济学家主张严格区分“第三人仅认识出卖人并向出卖人报价”与“第三人同时认识双方当事人并向他们同时报价”这两类情形,并分别讨论两种情形下“违约”或“守约”的效应。前述案例主要是针对前一种情形而言的。在后一种情形,支持出卖人的违约要求并不会实质增加货物的利用价值,因为,第三人仍然可以从买受人那里获得该财产。See Steven Shavell, *supra* note 34, 368-377.

^{④③} 参见前引^{④②},许德风文,第188页。

争议发生后,双方当事人都可能是机会主义者,“买受人可能会夸大其期待价值,而出卖人可能会夸大其成本增长的幅度,这都是确定损害赔偿数额的障碍。”^{④③}而法官无论高估还是低估这两项经济信息,都可能引发负面效应:如果高估相对人的预期利益,则使那些有效率的违约行为无法发生;如果低估相对人的预期利益,则使一方当事人轻易获得违约的机会,诱发无效率的机会主义违约。实际上,经济学家也深刻地认识到了法官的信息不充分问题,并认为实际履行通常更有助于实现当事人之间的“共赢”。^{④④}因此,除“新宇公司案”这类存在明显敲竹杠、显著不当增加一方当事人负担的情形外,法官一般不宜支持效率违约主张;即便在这类情形下,也可附加“请求法院解除合同”等程序性条件,以防止解除权被一方当事人滥用。

当然,这并不等于“效率违约”在诉讼程序之外无法发生。相反,如前文所述,在没有竹杠可敲的情形下,当事人之间常有机会通过事后自发的协商来调整既有合同(包括协议解除),以实现共赢。在“新宇公司案”中,如果争议标的不是大型商场中的一个商铺,而是街边的一个独立店面的长期租赁权,那么,当新宇公司收到来自第三人的更高承租报价后,就可能以足额赔偿冯玉梅为条件要求解除长期租赁合同,此外,冯玉梅很可能提出高于其预期利益的赔偿请求,但在理性决策时不可能漫天要价,因为,如果要价过高,新宇公司就会干脆选择继续履行而放弃转租给第三人,反而使其得不偿失。

有一种常见的疑虑:违约方因无法准确知晓相对人的预期利益,所以,难以判断第三人对交易标的物(以现货买卖为例)的估值是否高于相对人的估值,因而难以判断何时违约才有效率。的确,没有人比当事人自己更了解其对特定物品的估值,但对于“违约方支付多少‘预期利益赔偿’才让相对人满意”这一问题,违约方与相对人之间的重新谈判通常不是通过一次报价,而是通过多次讨价还价才达成一致的。而在多次讨价还价中,违约方可通过相对人愿意接受的赔偿金来大致判断相对人的估值。相对人愿意接受的赔偿金会高于其实际预期利益,否则接受违约无利可图。^{④⑤}

(四) 比较和借鉴的惯性影响

自改革开放以来,中国民法和民法学从无到有,并逐渐呈现出繁荣之势。这在很大程度上得益于对法治发达国家和地区之民法文化的高质量比较和借鉴,且这种借鉴远未到结束的时候。^{④⑥}但在相当长一段时间内,大量民法学比较和借鉴并未深入规律层面,而是表现为一种对域外法律规则和学说的简单译介和直接“进口消费”,并没有对中国语境给予足够充分的关注和考虑。比较法研究常常变成了法条比较研究,法律学者“最热衷探讨的,仍是成熟法律体系的形态和特征。”^{④⑦}应当说,就市民社会关系和样态而言,在很多问题上具有普适性,不同法域分享着类似的社会语境和价值取向。在这些

^{④③} 前引④,许德风文,第188-189页。

^{④④} See Steven Shavell, *supra* note 34, 352-353, 377.

^{④⑤} 参见孙良国、单平基《效率违约理论批判》,载《当代法学》2010年第6期。

^{④⑥} 参见前引③,孙宪忠文。

^{④⑦} 尚连杰《“知假买假”的效果证成与文本分析》,载《华东政法大学学报》2015年第1期。

问题上,对比较法域的民法制度和学说的简单译介和应用就足以实现对市民社会生活的良好调整。改革开放以来,我国民法学者在大量问题上对比较法的借鉴也呈现出了这样的特点。这不仅起到了快速建构一套民事制度和学说体系的作用,而且节省了学习和建构的成本。

然而,这同时也是问题之所在。经年累月之后,这种粗放型的比较和借鉴方式有可能演变成一种思维惯性:遇到问题首先想到的是从比较法域寻找经验和启示,潜意识里推定比较法上有一种做法可以作为解决中国问题的标杆。在这样的知识生产和应用过程中,我们可能并未深入到中国语境,对不同制度备选方案将实际引发的行为激励效应与社会经济后果予以专门和系统的关注。但对于像中国这样一些处于发展和转型期的法域而言,重新还原到具体历史处境,发现法律的时间性和特殊历史处境相当重要。^{④⑧}

我国法学界和审判实务界在“知假买假者能否请求惩罚性赔偿”(下称“知假买假”)这一问题上的持久分歧便是代表性事例。在十多年来的辩论中,民法学者大致使用了三招论辩术:一是前文已评论过的朴素道德分析,即用“不劳而获”“投机倒把”“以暴制暴”等大众道德观去评价索赔或欺诈行为;二是形式逻辑分析法,侧重对法律概念及其体系结构等外在表现形式作语义逻辑推演,如分析《食品安全法》第148条规定的惩罚性赔偿请求权的语义构成要件,研究该条与《消费者权益保护法》第55条之逻辑关系等。这种使用频率特别高的形式分析法,很大程度上源于30多年来对域外法律学说的粗放借鉴。而对于“知假买假”这类具有中国特色的问题,其发生原因、实践类型与社会效应都有本土复杂性。希望将复杂现实问题转化为形式问题来处理的努力,常常无助于有效解决现实问题。特别是,在形式逻辑层面,我们能够建构出两套完全相对的解释方案,一套支持“知假买假”,另一套反对。但形式推理本身又无法对两套冲突的方案作出决断;三是社会经济效应的分析方法,侧重分析支持或否定“知假买假”将引发的社会效应。但如前所述,受制于粗放型比较借鉴的惯性思维,不少学者在考察制度方案的经济效应时,并不习惯展开精细分析。即便是从社会经济功能角度来观察“知假买假”的学者,也常陷入“因其能抑制商家的欺诈行为而对其毫无保留地支持”或“因其吹毛求疵式打假而一律否定之”这样的认识误区。而细致的效应分析结论应该是:法官有必要严格区分“良性知假买假”(针对有实质性安全问题的食品或误导消费决策的其他商品)和“恶性知假买假”(针对轻微标签瑕疵的商品),对两种情形下的赔偿请求予以区别对待。如此既能发挥知假买假者在抑制违法生产经营行为、增进消费者福利上的积极效应,又能抑制机会主义打假,对社会整体来说是一种最优选择。经验研究也表明,北京等部分地区的法院在审判中已采取了区别对待做法。但大量学者在热衷于从成熟法域寻找启示的同时,尚未来得及贴近本国实践细致地分析制度选择方案的经济性。

^{④⑧} 参见泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016年第1期。

五、效率意识在民法学中的展开

前文的大量事例在呈现中国民法学当前的效率意识障碍和发生原因的同时,也初步展现了如何在民法学中践行效率意识。这里作进一步阐述。民法学对效率意识的践行,至少可以从两个维度来展开:一是法律和法律学说建构活动本身;二是法律学说建构活动具体指向的法律制度。后一维度是本文关注的重点。

在前一维度,可以说,法律和法律学说的建构活动本身就是效率意识的一大体现。因为,现代社会中的法律是对经验世界的编码活动,通过一套形式化的概念术语和体系结构安排将纷繁芜杂的社会现象加以归纳和抽象处理,为人与人之间高效交流建立了基础,使之免于“一事一议”和“从头议起”。这些形式化的术语和结构经由职业法学家群体的整理和加工,即变为法律学说;再通过法学教育等途径被认知和传播,成为职业法律群体的“行话”或者说“口诀”。如此一来,当一位法律学者谈及某一个惯常法律术语及其相应学说时,其他法律学者就能够立即对其所言之物了然于心。这样不仅有助于提高法律人之间的交流效率,节省法律人之间的沟通成本,而且有利于增进法律规范和社会秩序的稳定性。这大抵也是为什么民法学经常说“无法律不教义”之原因。民法学者建构的教义学说,在形式结构上越匀称、越符合体系美学,在价值内容上越讲求前后融贯,就越便于法律人认识、掌握和传播,也越符合经济效率的要求。

而在后一个维度,效率意识甚至更为重要。因为,经由教义学说建构的民事法律制度将直接成为人们从事民事交往活动的外在约束和行为激励。无论民法学者是否深刻意识到了这一点,民法制度的行为约束和激励效应都是客观存在的。不同学说推荐的制度方案很可能提供不同的激励方向和强度,进而给相关当事人造成不同的社会交往成本。这就要求,法律学者在建构和阐释民法教义学说之时,有必要对拟推荐的制度方案之行为激励对象、效应和后果展开全面、精细评估,对各种备选方案进行综合比较,以确定最为经济的选项。在前文论及的诸多事例中,大到从国家政策指令向民事法律制度的宏观转轨,中至民法基本原则的中观变迁,小到买卖不破租赁的登记要求、违约方的合同解除权、网约车的动态调价和知假买假者的权利等微观问题,都说明了这一点。好的教义学说需要同时体现效率意识,系统阐述推荐某种而不是另一种制度方案的经济理由以及与之相应的道德、政治哲学原理,以尽量避免作出不经济的判断。而对制度方案展开细致的效率评估又会反过来提升教义学说的水准。

在民法学中展开效率意识,除树立和践行前述操作要领外,还有必要进一步理解以下内容:一是在效率分析框架内,客观认识模型和量化分析在效率评估中的角色,以免因误解而对效率分析敬而远之;二是在效率分析框架外,理性看待“追求效率”与“讲求公平”之关系,以免因假想的矛盾而拒绝认真对待制度选择必然引发的经济效应。

(一) 效率分析与模型运用

不少法律学者对经济效率分析敬而远之,是因为他们把经济效率分析等同于那些

不被法学家熟悉的数学模型分析。^{④⑨}的确,今天大量职业经济学研究都是借助行外人看来复杂的模型展开的。简要说,“模型是对事物的简单化,通过剔除干扰因素,来表现某种具体机制如何运行。”^{⑤⑩}对于涉及复杂语境的情形,通过对复杂社会语境进行抽丝剥茧,将对人们行为选择和后果有重要影响的那些因素编码入特定模型,有助于更直观、准确地呈现和理解不同因素(或者说“变量”)之间的相互作用关系和变动规律。例如抛物线,虽然其与抛物体的实际运动轨迹并不完全吻合,但却能够帮助我们对抛物运动轨迹形成直观印象,让我们更容易理解物体在轨迹上不同位置的运行速度。再如,“呼吸系统的塑料模型只显示肺的细节,而忽略身体的其他部位;建筑师可能造一个模型来反映某栋房屋周边的地貌,或显示屋内布局;经济学家的模型与此类似,只不过不是物理的,而是用语言和数学来象征性地表现的。”^⑪

我们既不能认为经济学模型一定是复杂的,更不能认为经济效率认知一定需要借助数学模型来展开。相反,数学模型不过是一种理解社会经济运转规律的辅助工具而已。大量经济学知识是如此的简明,以至于法学家的真诚沟通就足以形成充分理解,根本无需模型辅助。前文在宏观、中观和微观三个层面对诸多民法事例展开的经济效率分析,就是代表性事例。实际上,历史上那些有影响力的、开创性的经济学知识或原理少有是通过复杂的数学模型来呈现的,而大多是以可以普遍感知的生活经验为素材的,斯密的《国富论》和科斯的《社会成本问题》就是这样的代表。这主要是因为,关于不同制度备选方案之经济效率的认知准确性问题是一个程度性问题(a matter of degree)。我们对各制度备选方案之经济效率的认知精确性的追求,以有助于帮助我们在不同制度备选方案之间作出比较和选择为限。毕竟,经济效率分析活动本身并不是免费的,分析得越微观、越精细,成本就越高。“理论要看性价比,更精确的理论也意味着更高昂的成本,以牺牲理论本身的精确性来降低理论本身的知识门槛未必不是一笔划算的交易。所以,在功能意义上,理论的精确性不是一个奋不顾身的追求,而是一个在各种约束条件下的选择。”^⑫特别是,法律人与职业经济学家所面临的工作任务存在较大差异,前者须对事无巨细的现实问题(争议)作出及时评价,即便法学家都具备运用模型来分析法律制度之经济性的能力,其对制度经济效应的分析精细程度也注定是有限的,至少在绝大多数情形下难以(也没有必要)诉诸复杂的分析模型。

近年来,越来越多的民法学者在分析民法制度时对其经济效应给予专门关注,^⑬还有不少文献对民法制度的经济效应问题展开了专题研究,并尝试用简明的数据模型来

^{④⑨} 参见前引^{③⑧},叶林书,第36页。

^{⑤⑩} [土]丹尼·罗德里克《经济学规则》,刘波译,中信出版集团2017年版,第14页。

^⑪ 前引^{⑤⑩},丹尼·罗德里克书,第14-15页。

^⑫ 这是桑本谦教授的观点,季卫东、舒国滢、徐爱国、桑本谦、陈景辉、聂鑫、马剑银《中国需要什么样的法理学》,载《中国法律评论》2016年第3期。

^⑬ 参见朱虎《国家所有和国家所有权》,载《华东政法大学学报》2016年第1期。

呈现和比较不同制度选择方案之间的经济优劣。^{⑤④} 另有学术文献尝试借用当前在行政法领域里流行的“比例原则”学说来向民法学界中转经济学基础知识,^{⑤⑤}并在一些具体制度研究中得到了运用。^{⑤⑥}但也有民法学者并未准确认识“数据模型”对效率分析的意义,在数据模型的选择和运用上既没有考虑必要性,也没有考虑在文献受众中的可理解和可接受性,因此,反而是向那些效率意识尚不明确的法律学者传递了错误的信号。总之,民法学者有必要理性地看待和运用模型工具。

(二) 效率分析与成本量化

前文强调,制度分析活动需要细致观察和比较不同制度约束将给相关当事人以及整个社会引发的各项经济成本。但民法学者应当如何观察和比较这些成本呢?需要对每一项成本作单独量化处理吗?这也是效率分析容易被误解的地方。要准确理解这一点,有必要理解我们测量交易成本的目的。

虽然交易成本是一个广受欢迎的概念,但即便在经济学家眼里,“如何测度交易成本着实是一件难于上青天的事情”。^{⑤⑦}不过,即便有一个这样的精确度量衡,仅仅知晓单个制度方案的交易成本并没有实质意义。有意义的是,我们能够对不同制度方案将引发的交易成本进行比较,通过比较视角来审视不同制度方案之间的优劣。因此,“多种制度选择方案之间的交易成本比较才是解决问题的金钥匙”。^{⑤⑧}而要完成这种比较,我们常常并不需要对被比较的各项交易成本逐一量化,相反,我们需要的是,从行为激励效应和社会经济后果的视角去认识备选方案的基本意识,以及贴近社会生活实践去观测人们的行为选择逻辑的思维习惯。

早期的中国民法学前辈围绕计划经济和商品经济这两种制度展开的阐述就是再简单不过的例子。另以《公司法》第16条的“担保决议要求”为例,如果将其认定为效力性强制性规范,那么将激励债权人在接受担保时去核实公司是否做出了“同意担保”的决议;反之,如果将其认定为管理性强制性规范,那么将激励公司的分散董事或者股东在平时采取措施以防控公司法定代表人等实施越权提供担保的行为。显然,让债权人承担对“公司是否作出了担保决议”这一事实作出形式化审查的成本要比让分散的董事或者股东去防控公司法定代表人实施越权担保行为的成本要更低。因此,将《公司法》第16条认定为效力性强制性规范是一种更经济的选择。

(三) 效率分析与公平目标

不少人容易在抽象层面将“追求效率”与“讲求公平”这两大目标对立起来,并因此低估效率分析的功用。但这主要是法律学者“人云亦云”的结果,与波斯纳早期在美国

^{⑤④} 参见张鹏“按份共有人优先购买权制度的经济分析”,《法商研究》2016年第1期。

^{⑤⑤} “比例原则作为目的理性的集中体现,作为成本收益分析的另一种表达,在私法中也应具有普适性”,纪海龙《比例原则在私法中的普适性及其例证》,载《政法论坛》2016年第3期。

^{⑤⑥} 参见许德风《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》,载《清华法学》2016年第2期。

^{⑤⑦} 前引^{②⑥} 奥利弗·E·威廉姆森书,第4页。

^{⑤⑧} 前引^{②⑥} 奥利弗·E·威廉姆森书,第4页。

法学界对主流经济学智慧的误解和误传有关,^{⑤⑨}是美国法学家误解经济学的翻版。事实上,主流经济学家不仅注重公平、深知不平等的代价,^{⑥⑩}而且积极致力于研究特定社会公平目标是否具有实现可能性、如何更有效率地实现特定社会公平目标等现实问题。在经济学家们的精神世界里,“一个有效率的市场经济应该是建立在与公正与正义相联系的道德基础上的法制经济,并非是一个私欲横流、损人利己、尔虞我诈的无序经济。”^{⑥⑪}

经济学学者通常严格区分基于公平观念的应然判断与基于客观事实的实然判断(或者说,价值取向问题与事实描述问题)。不过,主流经济学研究侧重于后者,因而主要是一门描述性或解释性科学,其侧重于客观描述不同制度选择方案在激励效应和社会后果上的差异,或者说解释各类社会经济现象的深层发生原因。^{⑥⑫}而这给不少法律学者一种“只讲效率不讲公平”的错觉。但事实却是,经济学学者不是不关心前一类问题,而是认为价值层面的问题有必要通过严肃的政治哲学或道德哲学讨论来回答。^{⑥⑬}

但这并不是说,关于制度经济效应的描述性研究对回答价值判断问题不重要。相反,非常重要,对民法更是如此。一方面,我们在总体上推定,民事主体之间的经济谈判能力相当,社会地位可互换。那些对整个民事交往群体来说有效率的制度方案对单个民事主体来说也是有效率的或者说有利的。虽然这一点几乎已经是民法学常识,但却常被淡忘。另一方面,即便在那些需要保护弱势群体情形,换言之,在有一个明确的公平目标或公平系数时,我们仍需要去构想那些能够更有效率地实现该目标的制度方案。^{⑥⑭}前文关于消费市场中“知假买假”的讨论,就是代表性事例。

另外,对制度的经济效应的准确认知又会反作用于我们的价值判断,^{⑥⑮}有助于更准确地评估拟设定的公平目标的实现可能性,从而避免诸如“法律规范具有效力、应该得

^{⑤⑨} 中国法律学者对经济学知识的认识多来源于波斯纳,常常将其视为法律经济学知识的权威。的确,波斯纳在法律经济学中扮演着重要的历史角色,特别是率先向法学界推介了经济学这门知识,并以身示范,坚持在司法审判和学术研究中予以运用。但与波斯纳在法理学上的洞见相比,经济学或者法律经济学是其明显的弱项。与大量“半路出家”的法律学者一样,波斯纳本人并没有接受过系统的经济学训练,从一开始就在一些关键问题上误解和误传了经济学知识,给法律学者树立了虚假标靶,使法律学者对经济学产生了深深的误解甚至直觉性抵触。例如,波斯纳早期关于社会财富最大化目标的误解。See Louis Kaplow & Steven Shavell, *supra* note 30, 996; 再如,波斯纳早期关于“零交易成本”的误解。See Oliver E. Williamson, Evaluating Coase, 8 *Journal of Economic Perspectives* 2, 201, 201-203 (1994)。实际上,自20世纪70年代以来,一大批受过职业经济学教育(有的同时受过法学教育)的毕业生涌入法学院,开创和讲授法律经济学,是法律经济学世界的中坚力量。

^{⑥⑩} 参见[美]约瑟夫·E·斯蒂格利茨《不平等的代价》,张子源译,机械工业出版社2013年版,序言第VIII-IX页;[印]阿马蒂亚·森《以自由看待发展》,任颐、于真译,中国人民大学出版社2002年版。

^{⑥⑪} 前引^{⑤⑨}杨瑞龙书,第47页。

^{⑥⑫} 当然,经济学家也是人,会有明确的价值取向,不仅会影响到他们所从事的研究课题,有时也许还会影响到他所得出的结论。参见[美]米尔顿·弗里德曼《经济学中的价值判断》,载《弗里德曼文萃》(上册),胡雪峰、武玉宁译,首都经济贸易大学出版社2001年版,第4页。

^{⑥⑬} See N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 5th ed., at 30-36 (South-Western, 2007)。

^{⑥⑭} See Matthew D. Adler, *Cost-Benefit Analysis and Distributional Weights: An Overview* (August 20, 2013), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2313388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2313388> (last visited on August 24, 2016)。

^{⑥⑮} 参见前引^{⑥⑫}米尔顿·弗里德曼书,第4页。

到遵守”之类的单向度思维。^⑥的确,价值多元化及其调和问题是这个时代的基本特点。^⑦但在不少辩论中,法律学者之间的价值分歧只是一种表象而已,背后实际对应着对同一制度方案将实际引发的社会经济效应的不同理解,如能坦诚、耐心地分析后一方面的问题,他们最终会发现,他们之间根本就不存在价值分歧。

现实却是,不少学者缺乏分析制度的经济效应之习惯和耐心,而是倾向于径直拿起“价值立场”的武器去讨论现实问题。造成这种思维和讨论倾向的原因也不难理解,“责问一个人的动机,常常要比回答他的辩论,或迎战他的论据要容易得多。通过把与我们持有不同观点的人视为要想取得‘坏’目标的‘坏’人,我们可以缩短进行分析及收集证据的艰苦过程,而与此同时,又可以赢得公众义愤与道德热情对我们的观点的支持。”^⑧前文讨论的“网约车高峰期动态调价”问题就是一个代表性事例。再如,在近年来围绕“住宅建设用地使用权自动续期”展开的学术讨论中,民法学者围绕“自动续期是否需要缴纳续期费”展开了激烈辩论。不少民法学者出于保护公民财产权的良好初衷,提出“住宅性建设用地使用权一律免费续期”的政策动议。然而,这类善良的政策动议没有考虑“基本生存保障型住宅用房和投资性住宅用房的区别”以及“一律免费需求后大量‘无房户’的基本生存保障问题”。出于朴素公平感提出的政策动议并不能带来公平结果。与此相比,区分“基本生存保障型住宅用房”与“投资性住宅用房”,并结合相关必要的市政公共服务成本来分别设定“自动续期费”将是一个更具有可行性、更有助于实现公平的做法。^⑨

总之,从实践操作层面理清“追求效率”与“讲求公平”之间的关系,准确把握在民法学中展开效率分析的角度与限度,^⑩对于在民法学中践行效率意识至关重要。

余 论

本文结合中国当代民法的发生史阐述了效率意识这一为人类所共同偏爱的思维方式在民法学中的意义,并结合大量事例对我国民法学效率意识之现状及问题作了评述。本文尝试揭示那些阻碍民法学树立明确、精细效率意识的原因,并就如何在民法学中展开更加明确、精细的效率意识作了初步阐述。实际上,近年来已有学者在这方面作了积极努力,如尝试在民法学中引入“比例原则”这一广为公法学者采用的效率表达工具,以强化民法学的效率观念;在大量具体制度研究中有意识地评估各种制度备选方案的经济性。本文尝试对通过“比例原则”来间接表达的效率意识作进一步揭示和阐述,希望是一次有意义的理论延伸。

^⑥ 参见薛军《实证研究与民法方法论的发展》,载《法学研究》2012年第1期。

^⑦ “夸张地说,只有多元主义才是唯一的普遍价值”,前引①,谢鸿飞文。

^⑧ 前引②,米尔顿·弗里德曼书,第6页。

^⑨ 参见孙良国《住宅建设用地使用权自动续期的前提问题》,载《法学》2016年第10期。

^⑩ 参见李志刚《法经济学在民商审判实务中司法运用——角度与限度》,载《人大法律评论》2017年第1辑。

需重申的是,无论是比例原则强调的比例性,还是效率意识注重的经济性,其关注的对象远不限于金钱和物质交易,也不限于市场经济交往场景。效率意识作为一种理性选择意义上的人类思考和行为倾向,广泛适用于各类经济的和非经济的社会交往活动。除了平等主体之间的财产交易场景外,还包括消费合同、劳动合同等带有明显公平分配特点的其他私人交往活动,亦涵盖人格、婚姻和家庭等具有浓厚道德伦理色彩的人际关系场域。在这些场域,一方面,对诸种制度备选方案的潜在行为激励效应和社会经济效果展开全面、精细的评估,有助于检视拟设定、追求的公平分配和道德伦理目标的可行性和妥当性;另一方面,即便在政治哲学和道德哲学辩论中确定了拟追求的公平分配和道德伦理目标,我们同样有必要理性地思考和选择那些既有助于目标实现又能最大限度控制实现成本的方案。对此,本文仅在消费合同等事例上略有涉及,其他更多问题值得进一步专题研究。

Abstract: The pursuit of economic efficiency is the main reason for the happening of Chinese contemporary civil law. Contemporary civil law has clearly expressed a strong consciousness of efficiency from the outset. However, many examples show that the concept of economic efficiency is often diluted, covered or replaced by civil law doctrine, moral idea, inertial thinking or will of the leader in planned economy, and other elements, and has been unable to obtain the systematic attention and elaborate expression of the contemporary civil law in China, so that the economic judgment is not economic in some cases. In the new Century, it is necessary for the civil law to establish a more specific and more precise consciousness of efficiency to conduct more direct discussion and more detailed evaluation on the behavior incentive effect and the social economic effect of civil legal rules, in order to reduce the cost of social exchanges and promote the deeper cooperation and win-win between individuals.

(责任编辑:王莉萍)