

信誉的法律基础

——与张维迎先生商榷

王新红

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 市场经济是法治经济, 也是信誉经济。在法律与信誉的关系上, 张维迎先生提出的“信誉是法律制度的基础”的观点是值得商榷的。相反, 法律是信誉的基础, 是维护信誉的保障力量。当代中国市场信誉的缺失, 主要原因是执法乏力和执法腐败。打造“信誉中国”, 必须加强法治建设。

关键词: 信誉; 法治; 公正; 司法

中图分类号: D905.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)01-0054-05

市场经济是法治经济, 需要法律保驾护航, 没有法律的市场是无序的市场; 市场经济也是信誉经济, 需要信誉节约交易成本, 推进交易, 没有信誉的市场是没有效率的市场。那么, 法律和信誉的关系又如何呢? 张维迎先生在《法律制度的信誉基础》^[1]一文中指出: “当人们没有积极性讲信誉的时候, 法律就失去了信誉基础。没有了信誉基础, 法律能起的作用是非常有限的。”张先生的独到见解颇能给人以启发。但恰如张先生自己所言, 他对法律“知之甚少”^[2], 文中不仅有些结论下得过于武断, 而且也难以犯些法律常识错误^①。为此, 笔者不揣浅陋, 发表以下看法, 与张先生商榷。

一、法律为信誉的建立提供预期

理性的经济人都追求自身效益的最大化, 他们何以会在市场交易中讲信誉呢? 张先生用博弈理论给出了答案。笔者认为, 博弈论的分析恰好说明了法律在信誉机制建立中的基础性作用, 而不是相反。下面我们沿着张先生设定的博弈来进行分析。

假定有两个当事人, 一个委托人, 另一个是代理人, 博弈有两个阶段。在博弈的第一阶段, 委托人可以选择信任代理人, 也可以选择不信任代理人。如果委托人不信任代理人, 交易不进行, 博弈结束, 双

方各得的收入为零。如果委托人信任代理人, 博弈进入第二阶段, 轮到代理人决策。代理人可以选择诚实, 也可以选择欺诈。如果代理人选择诚实, 双方各得5个单位的收入; 如果代理人选择欺诈, 代理人得到10个单位的收入, 委托人损失5个单位的收入。现在我们分情况来讨论博弈的纳什均衡。

在没有法律介入的情况下, 假定交易只进行一次, 给定委托人选择信任的情况下, 代理人的理性选择是欺诈, 因为选择诚实只能得到5个单位的收入, 而选择欺诈可以得到10个单位的收入。回到博弈的第一阶段, 委托人预期代理人会选择欺诈, 委托人会选择不信任, 因为选择不信任只是没有收益, 而选择信任则会损失5个单位。这样, 得出的纳什均衡是令人沮丧的: 委托人选择不信任, 代理人选择欺诈, 交易无法进行。

但交易往往不只进行一次, 对多次交易的预期, 博弈的结果就改变了。设委托人开始信任代理人, 如果代理人选择欺诈, 委托人将不再信任代理人, 代理人的所有收益便为10个单位。但如果代理人选择诚实, 委托人继续信任代理人, 代理人每次交易都可以取得5个单位的收益, 这样, 只要以后多次交易的总期望收入(贴现)大于10个单位, 代理人就会选择诚实。委托人预期代理人会选择诚实, 也会选择信任代理人。张先生认为, 至此可以达到纳什均衡: 委托人选择信任, 代理人选择诚实, 交易顺利进行。

确实, 根据无名氏定理(folk theorems), 如果贴

现因子足够高, 欺诈的收益不足以抵偿终止交易所带来的损失, 代理人会选择诚实, 信誉在重复博弈中能够建立^[3]。但是, 重复博弈并不能防止欺诈, 一旦代理人不想再进行下次交易或者预感到委托人不想再进行下次交易时, 便会选择欺诈, 当委托人估计代理人可能会选择欺诈时, 也会选择不信任。况且, 现代社会单宗交易额巨大, 如果欺诈可以不受追究, 太大的利益诱惑必然会导致欺诈。

有了法律的介入, 不论交易进行多少次, 纳什均衡都始终是委托人选择信任, 代理人选择诚实。交易通过契约进行, 依法成立的契约受法律保护。设若代理人选择欺诈, 法律会强制其赔偿委托人 10 个单位, 5 个单位是委托人的直接损失, 5 个单位是委托人的可得利益损失, 另外, 代理人还要支付处理争议的成本, 设为 1 个单位。这样, 无论代理人做何选择, 委托人都会选择信任, 因为不信任没有收益, 信任总有 5 个单位的收益。代理人也只会选择诚实, 因为诚实有 5 个单位的收益, 欺诈虽然有 10 个单位的收益, 但要赔偿委托人 10 个单位, 还要承担 1 个单位的争议解决成本, 两相抵扣后, 不仅没有收益, 还有 1 个单位的损失。法律预先确定当事人的权利义务, 为当事人提供行为模式的指引。在有法律约束的地方, 当事人尽管仍然可以选择不讲信誉, 但法律会对不讲信誉者进行惩罚, 使不讲信誉者不仅无利可图, 而且要受损失。理性的经济人在此情况下的惟一选择只能是讲信誉。这样, 法律为信誉提供了稳定的预期, 市场信誉得以建立。

笔者同意张先生这样的观点: “法律制度并不是合同得以执行的惟一制度安排。即使不借助于国家的权威, 非正式的合约也可以支持交易的进行。”^[11]也承认张先生援引的以下事实: “即使像美国这样法律制度最健全的国家, 大部分的交易活动也是通过非正式的合约安排进行的, 商业纠纷的解决常常并不借助法律的裁决。”^[11]确实, 除了法律之外, 当事人的内在道德约束、社会舆论、对对方当事人报复的恐惧等, 都可能是当事人履行合同的约束力量。但如果因此忽视法律的作用就不对了。“当事人在自行解决纠纷时也总会顾及这样一个事实, 一旦本案被诉诸法庭, 法院将对此做出何种裁判。换言之, 当事人是在‘法律的阴影’(shadow of the law)下, 通过讨价还价的方式解决纠纷。”^[14]

二、法律为维护信誉提供保障

法律必须作用于社会才能发挥其应有的效能。但徒法不足以自行, 法律的实施包括两个方面: 法律

的适用和法律的遵守, 其中法律的适用是关键。离开了法律的适用, 法律也得不到遵守。

人们讲信誉是因为预期到不讲信誉的不利法律后果, 这里的基本前提是法律能够得到很好的执行。法律如果得不到执行, 就成了“纸老虎”。法律并不能杜绝违法行为的发生, 法律的尊严和不可侵犯性在于对违法行为的制裁。对敢于以身试法者, 法律的适用使之成为扑火灯蛾。这样一方面打击了违法者, 保护了权利人; 另一方面对社会公众起到了一般的预防作用。在法律强大的震慑力面前, 一切理性的经济人都会选择讲信誉。

由于人类理性的局限, 法律具有不完备性^[5], 当事人之间的契约也具有不完备性, 再加上执法者本身知识、品德、能力的局限, 不讲信誉并不总能受到惩罚。当不讲信誉可以逃过惩罚时, 当事人又会选择不讲信誉。我们在这里继续前面委托人与代理人的博弈, 并引入一个新的因素, 设代理人选择欺诈可以逃避惩罚的概率为 x ($0 \leq x \leq 1$)。在一次博弈中, 设委托人首先选择信任, 代理人选择信任仍然是可以得到 5 个单位的收益, 代理人选择欺诈可以得到 $10 - 11x$ ($1 - x$) 个单位的收益。当 $x = 6/11$ 时, 代理人选择诚实和选择欺诈的收益是相等的, 我们称之为“分界点”; 当 $x < 6/11$ 时, 代理人选择诚实的收益大于选择欺诈, 代理人会选择诚实, 回到第一阶段, 委托人预期代理人会选择诚实, 委托人会选择信任, 得到的纳什均衡是委托人选择信任、代理人选择诚实, 交易得以进行; 当 $x > 6/11$ 时, 代理人选择欺诈的收益大于选择诚实, 代理人会选择欺诈, 回到第一阶段, 委托人预期代理人会选择欺诈, 委托人就会选择不信任, 得到的又是令人沮丧的纳什均衡: 委托人选择不信任, 代理人选择欺诈, 信誉无法建立。多次博弈的原理与一次博弈是相同的, 只是守信的收益要加上预期以后交易的收益, 会比一次博弈的收益高些, 因此, 确定代理人选择诚实与选择欺诈的分界点时, x 值会高些。

法律和契约的不完备性、执法者的“有界理性”使得不讲信誉逃避惩罚的概率不可能达到理想状态 ($x = 0$), 但通过改善执法, 使不讲信誉逃避惩罚的概率值低于分界点, 却是完全有可能的。只要保证不讲信誉逃避惩罚的概率值低于分界点, 讲信誉的收益就永远大于不讲信誉的收益, 理性的经济人就会选择讲信誉, 社会信誉机制就有了切实的保障。

张先生在论述信誉机制发生作用的条件时, 强调了惩罚的重要性, “当事人必须有足够的积极性和可能性对交易对手的欺骗行为进行惩罚”^[11], 这实际上正是在强调法律之于信誉机制的作用。在法治社

会,“以牙还牙、以眼还眼”的报复行为是被严格禁止的,对不讲信誉者的惩罚必须借助于法律之适用,即便是对不讲信誉行为的舆论谴责,也必须依法进行。当然,终止交易也是一种惩罚,这种惩罚无须借助法律,但是,这种惩罚的力度显然是不足以对欺诈者起到震慑作用的。

透析中国大量简易纠纷诉之法院(如简单的债务纠纷)、大量的判决得不到执行的现象,张先生归咎于当事人不讲信誉。从以上分析可知,当事人不讲信誉乃是表面现象,真正的原因是,法律对违法行为惩戒不够,对司法判决的执行乏力。

三、运用法律原则对合同、法律不完备性进行补救

张先生认为,由于当事人的“有界理性”和交易环境的不确定性,当事人订立的合同具有不完备性,导致合同没有办法通过法律执行,这种“非正式契约”是通过信誉机制自执行的^[1]。这种理解带有片面性。确实,合同具有不完备性,不仅如此,法律也具有不完备性。但不完备的合同和不完备的法律都是可以通过补救得到执行的。

就不完备的合同而言,法律提供了多种矫正和补救的办法。首先,对当事人在合同中没有约定的,法律直接提供行为规则;其次,对当事人在合同约定中的瑕疵,法律规定了诸如合同无效、可撤销等多项矫正制度;最后,法律规定了填补合同和法律漏洞的“帝王条款”——诚实信用原则,即对合同没有约定、约定不明的事项,当事人双方、裁判者应按照诚实信用的原则来解释、填补。

对法律不完备性的补救,依靠的是法律原则的运用。在法律漫长的发展史上,形成了法的一些基本原则,如民法中的平等、公平、等价有偿和诚实信用等原则,这些原则是贯穿立法、执法和守法的全过程。当法律出现不完备情况时,在普通法国家,通过司法判例(即“法官造法”)来填补法律的不完备,但“法官造法”不是任意创设法律,他必须遵循法的基本原则;在大陆法系国家,通过基本原则的直接适用、司法解释来补充法律的不完备。

毋庸置疑,有些法律漏洞无从填补,有些合同内容确实无法依靠法律得到执行,需要信誉或其它执行机制来弥补,法律不是万能的。笔者同意张先生的法律与信誉具有“互补性”的观点。但不能同意其

“只有在一个人人们比较重视信誉的社会里,法律才能真正发挥作用”^[1]的论断,尽管人们讲信誉有利于法律的执行,但没有任何证据表明,法律发挥作用要以人们讲信誉为基础,法律的执行力来自于国家的强制力,而不是其它。

由于法存在局限性,张先生指出,“法律不应向社会规范抢夺地盘,不要把‘没有法律的秩序’(order without law)变成‘没有秩序的法律’(law without order)。”^[1]这是正确的。但其“如果我们没有办法保证法律能得到公正执行,法律也不应管”^[1]的论断却走得太远了。首先,法律所追求的公正,是一种程序的公正,是相对意义的公正,不是绝对的公正,世界上没有任何国家能保证其任意一项法律能得到完全公正的执行,但这却不能否定法律存在的巨大价值。以刑法对故意杀人罪的规定为例,毫无疑问,有一些杀人案破不了,因而就有一些杀人犯得不到追究;同时,也有一些没有杀人的人被诬陷、被冤屈为杀人犯,从而被送上了断头台,我们能说让法律别管杀人案吗?其次,在有权利的地方,就必须有法律,没有法律保障的权利是虚幻的,没有意义的,而法律对权利的保护却很难保证是公正的,我们能以权利很难得到公正保护而放弃法律保护吗?显然不能。在法治社会,一切争议都止于法律,布什与戈尔的总统选举争议的解决,为世界提供了一个很好的范例。我国目前的情况,不是法律管的太多了,而是大多数应该由法律来管的事务,没有纳入法治的轨道。

张先生还主张,“法律条文应尽可能明确、具体,”^[1]因为“法律条文越含糊、抽象,执法者的权力就越大,法律就越可能被滥用。”^[1]但同为经济学家的英国伦敦经济学院许成钢教授却根据法的不完备性理论指出,法律规定越是抽象,涵盖的范围就越广,法律的漏洞就越少,对被管理者的阻吓作用就越强^[5]。两种观点截然相反,都只是揭示了问题的一个方面,都是片面的。法律应当明确,不明确就丧失了可预见性,容易使人无所适从,也易被执法者滥用;但法律也不能过于具体、细致,太具体就失去了广泛性和灵活性。

四、司法独立和正当程序是司法者讲信誉的制度保障

张先生指出,“在讨论法制建设时,人们常常隐舍地假定,法院和政府本身是一个超然的东西‘神’,

大公无私,没有自己的利益,只是依法裁判。但实际上,法官和政府官员也是人,有他们自己的利益,从整个社会看,法官和政府官员也是当事人,没有所谓的超然的第三者。”^[11]这里,张先生存在对法治建设的误解。在法治建设中,从来就没有人认为执法者是“神”,相反,充分认识到对执法者监督的重要性。孟德斯鸠指出“一切有权力的人都容易滥用权力,有权力的人们使用权力一直到有界限的地方才休止。”^[6]为了防止行政执法权的滥用,现代民主国家确立了“司法最终解决原则”,即一切法律争议,在通过别的途径不能解决的情况下,当事人都可以请求司法救济,接近司法(access to justice)被视为一项宪法性的权利。^[7]

那么,为什么要将纠纷交由法院解决?是法官的素质更高,还是法官的品德更高尚?这一问题并不能简单地回答,人们确实追求法官的高素质,所谓“法官知法”,既是对法官的信任,也是对法官的要求;人们也确实寄希望于法官的高尚品德,对法官依法执行职务的保障主要不靠外部监督,而是依靠法官的“慎独”。但是,法官不是“天外客”,也是有着七情六欲的凡夫俗子,因此,所谓的高素质和高尚品德是靠不住的,也不成其为人们将纠纷提交司法解决的充分理由。真正起决定作用的原因在于:一是独立的、超然的专门机构和专门人员,二是以公正和保障“听讯权”(right to be heard)为核心的司法程序。法院和法官的独立以及能够实现公正的司法程序,一方面保障纠纷的公正处理,另一方面也给人们以获得公正待遇的内心自信。

信誉对于执法者来说,无疑是重要的。让不讲信誉的人执法,一方面会损害公正,另一方面也不会取得相对人的信服。但是,靠什么来约束执法者讲信誉呢?靠的仍然是法律制度。首先,让不讲信誉的人成不了执法者;其次,让执法者有维护自己信誉的积极性;最后,对不讲信誉的执法者进行惩罚,包括清除出执法队伍和追究法律责任。

张先生认为,“要使执法者讲信誉,首先必须在司法环节引入竞争。”并引经据典地指出:“西方现代法律制度就是在中世纪的竞争中逐步形成的,”“一些赢利性的私人法庭也已出现,一些法官在退休之后开始从事赢利性的判案。”^[11]对张先生的高论,笔者不得不再次表示异议:将竞争机制引入司法是不可行的。首先,法官的收入与法院的诉讼费收入应该是无关的。刑事诉讼是不收费的,民事诉讼和其它诉讼收取的费用也与法官的劳动付出无关。有些案件,可以收很多的诉讼费,却只要付出很少的劳

动;有些案件只能收很少的费,甚至不能收费,却要付出较多的劳动。因此,法官的收入同法院的诉讼费收入联系不起来,如果硬要将两者联系起来,其结果必然是法院只关心诉讼费高的案件,对诉讼费低的案件进行推诿和拖延。既然法官的收入与诉讼费无关,法院就不怕别人“抢案源”。其次,如果法院有竞争的动力,法院为了“抢案源”,就会偏袒原告,以求得更多的人到法院起诉,这样,司法就失去了公正,而不是张先生设想的更公正。第三,司法独立和法官在具体案件中的超然地位是现代司法制度的灵魂,如果审判中加入了法官的利益,整个司法制度都要崩毁。

无论是历史,还是现实,司法领域从来就不是一个可以竞争的领域,也一直未存在过竞争。所谓“西方现代法律制度就是在中世纪的竞争中逐步形成的”,这不过是张先生的误读而已,现代民商法确实是在竞争中发展起来的,但这里的竞争指的是市场主体之间的竞争,而不是司法机构之间的竞争。至于仲裁和司法裁判的关系,也不是竞争关系,仲裁可以排斥司法管辖,但国家是鼓励当事人选择仲裁解决争议以减轻司法机关的重负的,法院和法官并不担心当事人选择仲裁解决争议。此外,当事人履行仲裁裁决,主要不是靠当事人讲信誉,而是靠司法机关的强制执行权,一方当事人不履行仲裁裁决,对方当事人可以申请司法机关强制执行。

所谓“赢利性的私人法庭”,从性质上说,不是法庭,而是仲裁机构。当事人之所以愿意接受“私人法庭”的“裁决”,乃是因为不接受裁决,就得面临诉讼,而诉讼的结果会是一样的(“私人法庭”的“法官”是资深的退休法官,其裁决与法庭的裁决具有一致性),但却不得不支付巨额的诉讼费用。作为理性的经济人,当然会接受“私人法庭”的“裁决”。这就是“私人法庭”能发挥作用的机理。但这里有一个前提,那就是法院会公正裁决,如果法院的裁决不公正的可能性很大,当事人也就不会接受“私人法庭”的“裁决”,而是到法院去寻租。可见,法院和法官讲信誉,不仅不会增强法院的竞争力,相反,人们更能预见到纠纷的处理结果,更倾向于采取非诉讼的方式解决纠纷;而法院和法官不讲信誉,寻租的机会多,发生纠纷时,当事人就更愿意到法院去寻租,诉至法院的案件反而会增多。这也证明了司法环节引入竞争机制之不可行。

五、打造“信誉中国”的法律机制

三角债、假冒伪劣、商事欺诈充斥市场,礼仪之

邦的中国从来没有像今天这样“礼崩乐坏”。有识之士对中国市场信誉的缺失忧心忡忡,发出了打造“信誉中国”的呼吁^[8]。经济学家、社会学家、哲学家无不从各自的角度探讨对策。

上面的研究表明,法律是信誉的基础和保障。离开了法律,信誉难以建立,即使建立了,也难以持续。解读中国的信誉缺失现象,我们发现:欠债者之所以敢不还,乃是法院执法不力,判决得不到执行,所谓打“法律白条”,欠债的收益明显大于还债的收益;假冒伪劣产品之所以“满天飞”,是因为这些产品可以给制假贩假者带来丰厚的利润,而执法机关对制假贩假行为的打击却极其不利,制假贩假者受到打击的概率极小,偶尔受到打击,但打击带来的损失也远远低于制假贩假带来的利润;……法律丧失了应有的权威和尊严,信誉就失去了基础和保障,信誉崩溃也就在所难免了。

要打造出“信誉中国”,必须加强法治建设。法治大体包括3个方面的内容:制定良好的法律,法律得到严格的执行,执法者受到严密的监督和制约。我国在这3个方面都需要做出努力,但现今最为突出的问题,乃是法律执行的乏力和执法腐败。建构“信誉中国”法律机制的关键是严肃执法。当有一天,不再存在“法律白条”、不再存在放纵违法,即便法律仍不完备,执法者的水平仍有很大局限,“信誉中国”也将出现在我们面前。

注释:

- ① 张先生认为在魏女士与银行的争讼案中,法院判银行胜诉的理由是:“法院假定银行比客户更重视信誉,因而更值得信赖。”就是犯了法律常识的错误。法院之所以在双方均不能提供充分证据的情况下,判决银行胜诉,乃是基于“谁主张,谁举证”的举证责任规则,与当事人的信誉无关。张先生设想的法院判决的理由,是将人做了等级划分。这在历史上是有过的:贵族比贫民、男人比女人、教徒比非教徒均更有信誉,其证言更能得到法院的采信。但自资本主义倡导“法律面前人人平等”以来,平等已成为现代民主社会法律的基本价值取向,法律规则对所有人都是一视同仁的,不因主体的信誉高低而有区别。

参考文献:

- [1] 张维迎. 法律制度的信誉基础[J]. 经济研究, 2002, (1): 3-13.
- [2] 张维迎. 经济学家看法律、文化与历史[A]. 产权、政府与信誉[C]. 北京: 三联书店, 2000.
- [3] 道格拉斯 G 拜尔, 罗伯特 H 格特纳, 兰德尔 C 皮克. 法律的博弈分析[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [4] 劳伦斯 M 弗雷德曼. 美国司法制度历史断面之剖析[A]. 司法制度的历史与未来[C]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [5] 许成钢. 法律、执法与金融监管——介绍“法律的不完备性”理论[J]. 经济社会体制比较, 2001, (5): 1-12.
- [6] 孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 北京: 商务印书馆, 1963.
- [7] 卡佩莱蒂. 民事诉讼程序保障比较研究[A]. 当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼[C]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [8] 柯榜凯. 信用红灯亮起来[N]. 法制日报, 2001-12-17(8).

On legal foundation of reputation ——discussion with Zhang Weiyong

WANG Xirhong

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Market economy should be a kind of economy ruled by law as well as with great reputation. On the relationship between the law and the reputation, the author doesn't agree that reputation is the basis of law suggested by Mr Zhang Weiyong, and insists that the law is the basis and safeguard of it. The main reasons for the lack of reputation in China's contemporary market are the incapability of enforcing the law and the corruption in enforcing the law. To create a highly credible China market, we must make efforts to create an environment governed by the law.

Key words: reputation; rule by law; justness; justice