

从波斯纳到科斯的回归

吴建斌*

摘要:科斯与波斯纳均为法律经济学说史上的标志性人物。无论从历史的还是逻辑的角度考察,法律经济学均是沿着从科斯到波斯纳的轨迹展开的。但因后者将前者含有“局限条件下合约选择”的科斯定理本源思想,简化为价高者得、赢者通吃的权利优化配置进路,并对我国法律人产生广泛而深刻的影响,其正当性和解释力也备受诟病,故很有必要提倡从波斯纳到科斯的回归,以澄清法律经济学理论的本来面目,进而更好地发挥其在解释中国法律问题上的积极作用。

一、引言

“立法应有促进社会经济发展的作用”,“司法力求兼顾法律效果与社会效果的统一”。这些隐含

* 南京大学法学院教授、博士生导师。电子信箱:wjb4898@163.com。基金项目:教育部人文社会科学研究规划基金项目(11YJA820083),江苏省社科基金重点项目(11FXA002),南京大学“985”三期基金项目。

着朴素的法律经济学思想的法律政策导向,早已为国人所熟知。近年来,司法解释、指导性案例以及个案裁判体现法律经济学思想的例证也不少。前者如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》有关公司清算义务人责任的界定。该院资深法官著书解读时阐述道:“清算义务人及其民事责任的确立,除了有事后救济的价值外,更多的价值在于警示、引导作用。清算义务人在对借解散逃废债务(后果是承担上述清算义务人民事责任)和依法清算了结公司债务(享受有限责任庇护)进行利益权衡的基础上自行作出对其有利的抉择(隐含着理性经济人利益最大化选择的经济学思想——笔者注)。因此,无须担心对清算义务人责任追究力度过大而损害其权利(实际上此时不存在清算义务人的权利问题)。”^①中者如最高人民法院指导案例10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案”。^②该案中董事会成员均由股东兼任,原告持股比例46%为第一大股东并担任总经理,但因另外两个股东兼董事联手通过董事会决议解聘其经理职务引发董事会决议撤销之诉。终审法院认定解聘理由是否成立并不影响解聘决议本身的效力(当然域外法也有同样法例),原告并无不受解聘之权,故改判驳回起诉,产权界定明晰。最高人民法院指导案例15号“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”,^③则将现行《公司法》有关股东滥用公司人格的公司法人人格否认规则,类推适用于姊妹公司法人人格混同的情形,以便衡平保护债权人的合法权益。后者的例子更多。比如,2013年4月下旬上海市第一中级人民法院对轰动一时的上海外滩地王股权

① 奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法司法解释(一)、(二)理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第336~338页。

② 参见2009年12月8日上海市松江区人民法院(2009)松民二(商)初字第1052号民事判决书;2010年9月1日上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第1302号民事判决书。

③ 参见2011年4月10日江苏省徐州市中级人民法院(2009)徐民二初字第0065号民事判决书;2011年10月19日江苏省高级人民法院(2011)苏商终字第0107号民事判决书。

纠纷案作出一审判决,^①认定被告之间签订的股权转让合同,因合同标的为持有原告享有股东优先购买权的公司股权的公司股权、规避了《公司法》第72条有关股东优先购买权的规定、“以合法形式掩盖非法目的”而无效。该案的判决词充斥着法律经济分析的内容,只是理解上出现重大偏差,需要重新审视而已。

有鉴于此,我国当今法学研究不能停留于要不要承认法律经济学的应有地位,以及探讨它是否适应中国特定环境的问题。法律经济学已经渗透到立法、执法、司法等各个环节,成为法律人无法回避的一种显学。我们甚至常常会不经意地听到很多深受大陆法国家法学传统熏陶的学者随口说出一堆法律经济学的术语词汇。不过,法律经济学在中国不但应用效果并不尽如人意,而且社会各界对此仍是褒贬不一,误解误用的情况随时可见。前些年有的著名学者的认知偏差就尚未澄清;^②近来也有年轻学者根据波氏晚近逐渐减少运用法律经济学方法的动态,推断波斯纳版本法律经济学本身不具有普适性,进而怀疑其对

① 具体案情参见2013年4月23日上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民四(商)初字第23号“浙江复星商业发展有限公司诉上海长烨投资管理咨询有限公司等六被告股权转让合同纠纷案”民事判决书,载http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/no1court_2802/zy/2012m4sc23.htm,最后访问时间2013年5月5日。其中原告浙江复星商业发展有限公司、案外人复地(集团)股份有限公司(港交所代码02337,2011年1月退市)和案外人复星国际有限公司(港交所代码00656)为关联企业。被告上海长烨投资管理咨询有限公司、被告上海长界投资管理咨询有限公司和案外人SOHO中国有限公司(港交所代码00410)为关联企业;被告上海证大置业有限公司、被告上海证大五道口房地产开发有限公司和案外人上海证大房地产有限公司(港交所代码00755)为关联企业;被告浙江嘉和实业有限公司、被告杭州绿城合升投资有限公司和案外人绿城中国控股有限公司(港交所代码03900)为关联企业。

② 典型的如苏力:“‘秋菊打官司’案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》1996年第3期;苏力:“‘海瑞定理’的经济学解读”,载《中国社会科学》2006年第6期。拙文(“科斯法律经济学本土化路径重探”,载《中国法学》2009年第6期)对此曾有评述,但在法学界仍未形成共识。

于中国现实问题的解释力。^①当然,这一看法还得到了波斯纳本人演讲的佐证,而问题的症结何在却仍是认识不一。^②2013年4月底南京大学法学院举办的经济法沙龙“从科斯到波斯纳——关于法律经济学的反思与对话”上,更有数位教授直指法律经济学的不科学性。有人甚至明确表示在今后的法学研究中不会吸收运用该方法。这种理论热点所遭遇的现实冷遇,似乎有点出人意料,但又并非毫无缘由。以我之见,它多少与国内法律人深受波斯纳的影响,而更为本源的科斯理论受到忽略甚至冷落有关。^③这导致在我国法律人眼里,少有张五常所概括的“局限条件下合约选择”的科斯法律经济学思维习惯,而波斯纳价高者得、赢者通吃的权利优化配置的进路印记深刻。这种蕴含着强权政治或者社会达尔文主义倾向的所谓法律经济学思想,在面对来自社会各界的广泛指责时,法律经济学信奉者不能不陷入捉襟见肘、无言以对的尴尬境地。因此,很有必要提倡从波斯纳到科斯的回归,以澄清法律经济学理论的本来面目,进而更好地发挥法律经济学在解释中国法律问题上的积极作用。有谚云:不能将孩子与脏水一起泼掉。去除污垢一身洁净的孩子会更加茁壮地成长。

本文分为五个部分,首先以引言提出问题;其次以典型案例说明法律经济学在最新公司纠纷案件裁判中的误解误读;再次重新梳理法律经济学的本源思想;复次比较分析波斯纳套路与科斯范式的不同之处;

① 参见艾佳慧:“当法律经济学‘遭遇’中国问题——梳理与挑战”,载《南京大学学报》(哲社版)2013年第3期;艾佳慧:“单向度的还是互动的法律经济学?——与波斯纳法官的跨洋对话”,载《北大法律评论》第14卷第1辑,北京大学出版社2013年版。

② 参见[美]理查德·A.波斯纳:“法律经济学与法律实用主义”,陈铭宇译,《北大法律评论》第14卷第1辑,北京大学出版社2013年版。

③ 科斯理论自1937年发表《企业的性质》以后被埋没数十年,其本身也有生不逢时的原因。科斯形成其交易成本决定制度选择的基本思想时,20世纪30年代大危机尚未发生,而其成文的1934年凯恩斯《就业、利息和货币通论》也未面世。1936年凯恩斯著作甫一出版就引起巨大轰动并吸引了无数人的目光,翌年发表的科斯论文不为人注意,当在情理之中。而1960年的《社会成本问题》则将主要目标对准更早一些的庇古理论,凯恩斯主义主张的国家干预理论所导致的“政府失灵”弊端未能充分显现,科斯本身也对其着墨不多,故很难为世人所普遍理解。20世纪70年代石油危机后西方各国纷纷陷入“滞胀”泥潭,以及威廉姆森、德姆塞茨、张五常等人的后续研究逐渐发现其理论的普世价值,并广泛传播开来。

最后以结语结束全文。

二、法律经济学裁判考量的重新审视

尽管我国各级法院用法律经济学思维裁决的案件不少,应用得当的例子却并不常见。完全理解错误而又得到学界赞赏的有前引《秋菊打官司》的官司一审判决;^①有关“小肥羊”商标权纠纷案也可以归入缺失局限条件的权利优化配置进路思维的裁判,因获权人未向失权人作出补偿而招致非议。^②限于篇幅,本文不能一一展开分析,而仅以前述上海外滩地王股权纠纷案判决中的法律经济学考量为例进行探讨。

该案原被告双方涉及前引所示五家内地香港联合交易所(以下简称港交所)上市公司的七家关联企业,争议标的额高达数10亿元人民币。详情可查阅前述法院判决书原文,以及笔者另文《“上海外滩地王案”的二维解析》未定稿。当事人双方围绕持有2010年上海外滩地王项目全资控股公司上海海之门房地产投资管理有限公司(以下简称海之门公司)50%股权的股东公司的股权转让合同的效力展开讼争。原告原先持有海之门公司50%股权居于实际控制地位,其余50%股权分别为其他三家公司持有并有意整体转让,而原告仅愿意部分受让并压低价格,第三方港交所上市公司SOHO中国旗下的公司有意整体受让。为避开原告的股东优先购买权给交易带来的法律障碍,交易双方实际签订股权转让合同的标的并非海之门公司股权,而是持有该公司股权

^① 后来2010年10月张艺谋携《山楂树之恋》参加韩国釜山国际电影节之余作讲座时,也坦承:“《秋菊打官司》和《一个都不能少》用了很多偷拍的镜头,如果是现在恐怕不行。中国讲法治了,老百姓莫名其妙发现自己出现在电影里,估计会告我们。那时还不太有关于肖像权的讨论。”参见“张艺谋釜山开课直言对中国文学现状不满”,载 <http://ent.sina.com.cn/m/f/2010-10-09/04313106753.shtml>,最后访问时间2013年5月26日。

^② 参见凌斌:“肥羊之争:产权界定的法学和经济学思考”,载《中国法学》2008年第5期。

的转让方公司股权。据 SOHO 中国在港交所公告披露,交易双方通过《框架协议》、《框架协议之补充协议》以及《股权转让协议》的约定,最后由长昇公司受让持有海之门公司另外 50% 股权的被告证大五道口、绿城公司全部股权,并剥离该两个公司其他资产以实现单独间接持有海之门公司其余 50% 股权的目的,有关股权过户登记手续业已完成。

原告并未诉请行使股东优先购买权,而是诉请确认前述股权转让合同无效并恢复证大五道口、绿城公司在海之门公司的股东地位。原审判决认定被告在“交易前,海之门公司的原有股权结构实际由三方核心利益集团构成,即原告所属方持有 50%,被告证大五道口所属方持有 40%,被告绿城公司所属方持有 10%。原告处于相对控股地位,海之门公司内部的人合性、股权结构的合理性、股东之间的信赖关系相对稳定,经营管理相对正常”。交易发生后,仅从形式上研判似乎并不违法。但“从交易行为的实质上判断,上述交易行为——最终结果直接损害了原告的利益,即原告对于海之门公司的相对控股权益受到了实质性地影响和损害。海之门公司股东之间最初设立的人合性和内部信赖关系遭到了根本性地颠覆”。系争交易绕开“股东优先购买的法定程序……完全规避了法律赋予原告享有股东优先购买权的设定要件,通过实施间接出让的交易模式,达到了与直接出让相同的交易目的……客观上确实剥夺了原告对于海之门公司另 50% 股权的优先购买权。”并以事实认定部分没有质证确认的情节,“目前双方对于海之门公司的董事会成员改组事宜已经发生争议”,推导出“各持 50% 的股权结构的不利因素已经初见端倪。海之门公司未来的经营管理和内部自治的僵局情形也在所难免”。进而断定,“显然,上述交易后果的发生,不利于海之门公司以及项目公司的实际经营和运作,也难以保障外滩 8-1 地块项目的正常开发”。最后,原审判决以《合同法》第 52 条第 3 项有关“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效规定为依据,认定“被告之间关于股权交易的实质,属于明显规避了《公司法》第 72 条之规定……应当依法确认为无效”。

该案所遇到的特殊问题是,被告之间的股权转让合同并未直接侵害原告的股东优先购买权,但对原告的该项法定权利造成了实际影响。依循传统的法律解释学推理方式判决驳回原告诉请,会导致原告的“损害”无法得到有效救济的不公平结果。有的律师还向记者表达了更多的担忧:“如果这种设计不受制约,《公司法》关于原股东优先(购买)权的规定就形同虚设了。”^①照此理解,被告的行为除了损害原告的权益之外,还会破坏现行法制秩序,具有更大的负外部性,故须予以制止。也即无论在主审法官还是部分律师眼里,该案均有一个预设前提:原告控股地位是合法且不可动摇的;被告之间市场交易的结果即使仅改变目标公司海之门公司中转让方股东公司的股权归属,并不涉及原告享有优先购买权的股权的变更,也是损害原告合法权益的非法行为。但这是错误的。因为该案中原告的行为以及法院判决其胜诉的结果,也会对被告造成损害,甚至打乱已经履行完毕的股权转让合同所形成的经济秩序。即出现了科斯1960年《社会成本问题》中早已关注并详细论证过的损害交互性问题。按照科斯的理解,不能如庇古那样单方面考虑如何制止被告,必须决定的真正问题是究竟允许谁损害谁。在该案中,是允许被告损害原告,还是允许原告损害被告,关键在于如何避免较为严重的损害。确定谁有损害权利之所以重要,是因为它直接决定交易的合法性以及排除受质疑遭否定的可能性,以免花费更大的社会成本,也决定讼争案件的胜负。

本来,该案实质为原告依据《公司法》第72条提起的股东优先购买权确认之诉。从传统的法律解释学角度判断,因前述被告之间达成的交易标的并非原告享有优先购买权的股权,故原告的诉请不应得到支持。原告似乎意识到上述诉讼思路的法律障碍,故转而提起无效合同确认之诉,同时附加恢复原状的诉讼请求。但其要想获得胜诉的结果,同样须证明被告之间的股权转让合同不但违法而且无效。原审判决适用前述《合同法》的规定,是冒着易遭诘难的风险的。该案判决词

^① 陈姗姗、曾新达:“郭广昌潘石屹外滩地王舌战:母协议或成关键”,载《第一财经日报》2012年12月3日版。

也没有充分阐述被告的交易为何形式合法而目的非法。事实上的确难以证明被告的交易有什么非法目的,笔者另文甚至主张其形式和目的均无非法之处。故判决书只好用较多的篇幅论证被告的交易客观上导致原告无法行使股东优先购买权,目标公司海之门公司的股权结构在表面上并未改变,实际上发生了间接变化,原告控股地位不保,公司治理格局受到影响,甚至有陷入公司僵局之虞。但这种在市场竞争中通过自愿交易价高者得的优胜劣汰机制形成的股权格局的变动,就一定因其损害了原告的某种权益。或者导致原告不利益而不具有正当性,从而非要以法院裁决加以否定吗?答案也许是否定的。我们不能撇开个案本身的是非曲直、合法非法的前提条件,简单地以该案裁决书所采取的立场,预设维持原告控股地位就能实现权利配置最优化;或者相反,因受让方出价较高就不顾原告既有的合法权益,而是应当首先判断通过什么样的配置方式取得权利其合法性正当性如何,界定应受法律保护的权利边界,然后再决定将讼争的权利配置给哪一方,诉讼当事人谁输谁赢。个案裁决必须尊重当事人的选择以及市场竞争的结果,而不能轻易地裁决否定通过正常的市场交易形成的权利(资源)配置结果。这就涉及仅仅将法律经济学理解为单纯的效率最大化进路,还是局限条件下合约选择的基本方法。

三、法律经济学的理论内核

科斯与波斯纳均为法律经济学说史上的标志性人物。无论从历史的还是逻辑的角度考察,法律经济学均是沿着从科斯到波斯纳的轨迹展开的。但正如前述,因后者将前者含有“局限条件下合约选择”的科斯定理本源思想,^①简化为波斯纳定理所倡导的价高者得、赢者通吃的

^① 笔者另文有过简要归纳。参见吴建斌:“探寻法律人化解法律经济学难题的蹊径”,载《南京大学学报》(哲社版)2013年第3期。

权利优化配置进路,^①并引发了诸多负面效应,故有必要重新理解和认识法律经济学的理论内核。

波斯纳定理表面上似乎与科斯有关冲突权利有效配置的原发性思想十分相近,^②实际上两者有着本质性区别。科斯获得诺贝尔经济学奖的成就为交易成本理论和产权经济学两方面的开创性研究。他通过间隔 23 年先后发表的《企业的性质》、《联邦通讯委员会》以及《社会成本问题》论证其一以贯之的思想,即市场合约交易安排、企业科层结构设计、政府及其所代表的行政管制、立法安排、司法裁决。这均是理性经济人在局限条件下基于不同成本和效益考量的行为选择,不能从一般意义上笼统地谈论不同制度安排的好坏优劣,而须针对实际情况周延考虑各种影响因素,从总体的、边际的和替代的不同角度进行详细分析后,才能得出符合实际的可行结论。具体而言,1937 年《企业的性质》最大的理论贡献在于揭示了新古典经济学所没有纳入分析框架的交易成本是企业与市场之间替代关系的内在原因,两者之间的边界(边际、切点、临界点)也是可以确定的。1959 年的《联邦通讯委员会》一文,则论证了产权界定的极端重要性,并提出了在当时乃至今天仍为多数人接受,并为几乎所有国家所采纳的具有稀缺性及效益性特征的无线电频率分配行政管制体制并非必要也可能并不适当,而完全可以改变思路,在界定产权的基础上通过拍卖方式这样的市场机制,实现价高者得的资源(权利)优化配置结果(实际上也是配置方式或者途径)。在该文中,科斯明确提出明晰产权是私营企业制度正常运行的先决条件,并以一个新发现的山洞的所有权的例子来说明后来被称为“科斯定理”的观点。^③ 只是因该文对于科斯定理的表达并不十分清楚,故在

① 波斯纳定理的含义为:“如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,权利应赋予那些最珍视它们的人。”参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(第七版),蒋兆康译,法律出版社 2012 年版,第 52 页。

② 参见科斯《社会成本问题》最后一节,有关传统经济学分析对象为资源配置效率而忽视了其背后权利配置实质,应当实行研究方法的改变的论述。

③ [美] 罗纳德·哈里·科斯:《生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,三联书店上海分店、上海人民出版社 1994 年版,第 71 页。

载入1980年版《企业、市场与法律》一书的《社会成本问题的注释》中,科斯作了如下解释:“我最初在《联邦通讯委员会》一文中提出了现已众所周知的‘科斯定理’的观点……用于解释我观点的例子是一个新发现的山洞的所有权。我得出结论:尽管山洞的归属由财产法决定,但山洞是用于储存银行账簿,还是作为天然气贮存库,或种植蘑菇,并不取决于财产法,而取决于银行、天然气公司和蘑菇企业哪一个能为使用山洞支付最高价。”^①“法律体系的目标之一就是建立清晰的权力界限,使权利能在此基础上通过市场进行转移与重新组合。”^②在1991年诺贝尔奖获得者演讲《生产的制度结构》中,科斯对此作了进一步说明:声名狼藉的零交易费用版本的“科斯定理是通向分析具有正交易成本的经济的道路上的阶石”,“假如我们从零交易成本的王国迈向正交易成本的王国,在这个新世界中法律体系的重要性立刻清晰起来”。“个人拥有的权利,以及他们的责任和特权,在很大程度上都由法律决定。结果就是法律体系将会对经济体系的运行产生深远的影响,并且在某些方面可以说是前者控制后者。将这些权利应该配置给那些能够有效地使用它们的、具有引导他们这样做的动力的人是可取的。发现(且维持)这样的权利分配,应通过法律的明确和减少有关转让的法律要求方面的麻烦,因为转让费用应该很低。”^③这就是后来被经济学界和法学界理解为立法或者裁判应当通过模拟市场交易的方式实现资源(权利)优化配置思想的理论渊源。

当然,系统完整阐述上述思想的是《社会成本问题》一文。该文主要是为了回应一批经济学名家对《联邦通讯委员会》的质疑而作的。科斯指出工商企业对他人产生有害影响的庇古式解决方法既非必要,也不一定理想之后,点出了问题的本质是损害具有交互性,关键在于决

① 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第168页。

② [美]罗纳德·哈里·科斯:《生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,三联书店上海分店、上海人民出版社1994年版,第71页。

③ [美]奥利弗·E.威廉姆森、西德尼·G.温特:《企业的性质——起源、演变和发展》,姚海鑫、邢源源译,商务印书馆2007年版,第304~305页。

定允许谁损害谁,以及如何避免较为严重的损害。接着两节用牛损害邻地庄稼的假设性例子,证明无交易成本的世界中资源配置的效率与产权界定、法律制度无关。第五节则引用恩特奇斯诉布里奇曼等4个案例重新说明无交易成本的世界的资源配置结果。第六节进入正交易成本的真实世界,阐述交易成本对市场机制、企业机制、政府(法律包括立法、司法机制)选择和安排的影响。然后在第七节中以英美两国的大量判例为素材,论证交易成本(局限条件)考量之下对具有损害交互性效应行为的制度安排及其演变。在该节的最后,科斯总结道:“我们在处理有妨害后果的行为时所面临的问题,并不简单地是限制那些有责任者。”通过立法、司法配置资源(权利)必须考虑成本效益,“在由法律制度调整权利需要成本的世界里,法院在有关妨害的案件中,实际上作的是有关经济问题的判决,并决定各种资源如何利用”。“我们还发现了对问题交互性性质的评价的证据。”“当法律规定增加妨碍事项的清单时,诉讼也使那些本来在普通法上构成妨碍的事情合法化了。经济学家所考虑是要求正确的政府行为的情形,实际上常常是政府行为的结果。”^①之后,科斯在第八节详细考察庇古在《福利经济学》中的研究,并在指出其错误(第九节)的基础上,用最后一节归纳出传统经济学方法的三大缺陷,呼吁“研究方法的改变”,主张在追求趋利避害、得大于失的行为时,切记“改善某些决策的现行体系的变化也可能会恶化其他决策”,且“必须考虑各种社会安排(不论是市场机制还是政府部门)的操作成本。在设计 and 选择社会安排时,我们应考虑总的效果”。^②

四、波斯纳套路和科斯范式的区别

透过对表面现象进行仔细分析,波斯纳套路与科斯范式所传递的

^① 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第127~128页。

^② 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第147页。

经济学思想完全不同,甚至后者并无基本的新制度经济学思维。理由为:前者是在交易成本为零故权利界定无关资源(权利)配置效率的假设条件下,论证正交易成本的真实世界中产权清晰法律制度法律环境的极端重要性,并进一步论证一旦权利边界清晰之后,法律应当创造可以将权利优化配置的机制,也即通常的市场机制,以便让当事人在经济理性引导之下通过自愿交易实现权利(资源)配置最优化,而非通过立法甚至政府行政干预直接(强制)配置资源(权利)。立法确定能够引导资源(权利)配置最优化规则,与立法直接(强制)配置资源(权利),两者均体现政府的地位和作用,但其性质完全不同,效果也会大不一样。“没有理由认为由于市场和企业不能很好地解决问题,因此政府管制就是必要的。”“经济学家和决策者(岂止他们——笔者注)一般都有过高估计政府管制的优点的倾向。但我的这种信念即使成立,也只不过是建议应减少政府管制,它并没有告诉我们分界线应定在哪里。似乎在我看来,必须通过对以不同的方式解决问题的实际结果进行深入的研究才能得出结论。但结果(译文多出的“结果”一词似为笔误,应移入本句后段——笔者注)以有缺陷的经济学分析工具进行这种研究(其结果)是不理想的。”^①可见,科斯范式的最大特点在于分析问题的思路非常清晰,考虑问题十分周延:在权利归属不明,谁都有机会争取时,公权力不宜直接介入,而只要确定各种主体平等竞争的规则,谁胜谁负则由市场竞争决定,以实现价高者得的优胜劣汰结果。而当因产权不清导致市场交易无法进行、竞争秩序混乱不堪,以至于谁都无法有效利用资源时,政府管制或者直接决定资源配置也非唯一的有效途径。而是可由公权力先厘清产权如宣布无线电频率为国家所有,再通过拍卖方式实现价高者得的优化配置结果。科斯和其助手王宁在其新作《变革中国:市场经济的中国之路》一书中,以新中国尤其是改革开

^① 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第116~117页。

放30年的制度变迁史为例,再次论证了这一思想。^① 尽管上述思想主要适用于制度选择的总体考量,在个案中因为局限条件发生变化,应尽可能严格地局限在有证据证明的事实依据上,围绕当事人的具体讼争依法作出裁断(实际上是“以事实为依据,以法律为准绳”的法律解释学语境转化为法律经济学语境的一种翻版)。不是当事人所有的权利均须保护,而是在其诉请的权利有事实和法律依据的条件下予以保护。即使对当事人而言裁判的最终结果并未达到最优化,但只要它是合法裁判即具有正当性。因为加入社会成本因素,片面追求最大化结果而随意改变现有制度安排的格局,则有可能会导致更大的社会成本。即使重新配置资源(权利),也须补偿遭受损害的合法权利一方;假如因有限理性、信息不对称、合约不完全等原因导致次优或者次次优结果,也仍然不能否定上述传统法学方法所没有的经济分析思路及其结果的合理性。而波斯纳定理“如果市场交易成本过高而抑制交易,那么,权利应赋予那些最珍视它们的人”的含义,则已经离开了竞争性市场交易的条件或者语境。且主张市场机制条件下“交易成本过高而抑制交易”甚至无法达成交易,即“看不见的手”市场失灵时,则应由政府(包括行政措施、立法规定、司法裁判)“看得见的手”出面将“权利赋予那些最珍视它们的人”,也即片面的肤浅的甚至蕴含有强权政治思想的公权主导而非市场竞争结果导致的价高者得、赢者通吃的一根筋思维,则势必会导致社会分配更加不公平的结果。这也与弱者特别保护的文明社会法制理念、实定法条相悖。

两者的根本性区别在于:第一,科斯范式主张公权力的角色主要在于界权或者确立游戏规则,最优化配置的过程通过市场机制从而实现价高者得的结果。当然,界权本身也并非不计成本不讲效率,故如何界权必须谨慎。后者则主张直接通过“看得见的手”强制配置冲突权利。只要满足“市场交易成本过高而抑制交易”的条件,政府即可模拟市场

^① 参见[美]罗纳德·哈里·科斯、王宁:《变革中国:市场经济的中国之路》(2012年的英文原版题目为“*How China Became Capitalist*”),盛洪、陈郁译,中信出版社2013年版,特别是其最后两章。

交易机制配置资源(权利),即将“权利赋予那些最珍视它们的人”,从而为政府强力甚至非法介入资源(权利)配置提供理论依据。其本意正好与科斯相左。第二,科斯也非市场拜物教,因为现实中交易成本往往大得出奇,致使在零交易成本假设条件下不成问题的交易无法达成,故可以组成企业或者由政府直接主导。但后两者的成本可能更高,故不能笼统地说哪种机制更好。一切均须从现实情况出发,在尽可能周延地考量各种影响因素对各种待选方案进行总体的、边际的、替代的研究之后,得出符合实际的结论。后者只是简单、表面的价高者得的一根筋思维,甚至落入科斯所批判的庇古福利经济学方法的窠臼,根本没有张五常所精辟概括的科斯超出常人“局限条件下的合约选择”的新制度经济学与法律经济学思想。第三,无论是科斯的《联邦通讯委员会》还是《社会成本问题》,均是在冲突权利主体行为导致交互性损害影响的基础上讨论如何寻求对策的。其前提是权利边界不清,除了前述界权重要以及如何界权总体思路即经济学是选择科学的思想外,蕴含着同样重要的观点,即对于改变既有的权利配置或者制度安排格局持有非常谨慎的态度。假如这样的改变损害既定的合法权利,应当花费尽可能少的代价,政府行为或者立法变化也不例外;假如这样的变化别无选择,也要尽可能补偿受害方的损失。假如无法补偿或者不能实际补偿,则尽可能减少这样的干预行为;假如无法回避,则采取科斯所没有明确提出的公正公开程序。这也是当今行政法学界已经得到公认的程序正义原则的应有之义。波斯纳视野中既无周延考量待选方案的思路,也无合法权利受损时应当得到补偿的私权保护含义,更无公权力行使应该受到节制的有限政府理念。在此意义上说,前者为创设法律经济学的经济学大师,后者为擅长运用简单的经济学词汇加上行云流水般的高超语言能力描述法律问题的经济学业余爱好者;两者不在同一个层次上。

五、结语

上海外滩地王股权纠纷案件,反映了我国企业在市场经济环境下

面对大量不确定因素进行重大交易所遇到的风险和困惑。因利害关系重大争讼双方权利冲突严重,该案当事人失去了诉前和解的机会。但仔细分析,从法律解释学考量的争议实际上并不存在,也即不是法律规定不明确。我国《公司法》第72条所规定的股东优先购买权不是不受保护,而是受到保护的只能是目标公司原股东且是其享有优先购买权的该公司股权,主体和客体均不能随意扩大。不享有股东优先购买权的人既不得主张该项权利,更不能行使诉权。在此意义上,该案就不应该立案,更何谈原告胜诉?原审法院轻率界定权利边界的错误十分明显。而《合同法》第52条有关以合法形式掩盖非法目的的合同无效的规定,也只能适用于形式合法目的非法的交易合同,同样不能扩及形式非法目的合法或者两者均合法的交易合同。尤其是商事主体间涉及面广泛的交易,不宜轻易认定交易或者合同无效,以免阻碍交易自由且扰乱正常的交易秩序。该案的原告与受让方是通过市场竞争优化权利配置的,受让方设计了绕开原告优先购买权法律障碍的交易结构,最终间接获得了系争股权,并无违法之处,而是棋高一着。因无力竞争而失去权利包括商业机会的人无权要求得到补偿甚至否定整个交易结果,除非竞争对手破坏竞争秩序或者真的“以合法形式掩盖非法目的”,否则就应当依法承认交易结果。该案属于系争交易本不违法而因利害关系人理解偏差引发的讼争。原告因第三人的行为受到有害影响,没有理清其享有依法应予保护的權利,还是应当认可市场交易的结果之间的界限,由此引发争议。这就需要《公司法》有关股东优先购买权的规定以及理念的精深理解,并清楚认识合同法上“非法目的”的真实含义。假如仍然无法释疑,似可借助于科斯法律经济学的知识以及分析思路。本文就是这方面的研究尝试。根据产权界定和保护规则,应受保护的合法权利和因他人的有害影响而遭受损害或者不利益,只是不受法律的直接保护因而不可诉,但不是不可以通过其他途径得到救济。包括该案可采取私力救济权利之间,其权利性质及保护方式判然有别。我们有理由相信,假如该案终审法院维持原判,原审判决所称“三方核心利益集团”之间的关系势必会陷入“剪不断、理还乱”案结事难了的

境地,社会成本难以估量。而一旦终审改判驳回原告起诉,海之门公司的股权结构仍可保持不变。但因 SOHO 中国一方替代转让方成为证大房地产和绿城公司的股东,凭其合计持有海之门公司 50% 股权的地位,继续依法要求更换选派到海之门公司的董事人选,原告一方也没有理由拒绝接受,进而形成双方代表共同治理海之门公司的局面。这样的产权格局一旦界定清晰,原告为了自己的商业利益,也会改变原来的敌视态度,采取与新的合作者合作的方式。原审判决词所担心的系争交易负面影响会随之消除。由此可以推论,法院不必代替企业进行商业判断,司法能动主义可以休矣。