

规则选择的效率比较： 以环保制度为例

凌 斌^{*}

内容提要：环境群体性事件背后的一个重要的理论问题，是在环保制度中如何选择更有效率的法律规则。卡拉布雷西和梅拉米德提出的分析框架，有助于深入理解环境污染的制度设计。“卡-梅框架”对于法律规则的效率比较，基于事后效率（机会成本）与事前效率（行为激励）的法律经济学标准。同时，不同法律规则的经济效果，最终反映在法益的市场定价之上，对应着不同的市场类型。从效率标准和市场类型出发，可以看到各种现行的和可供选择的环保法律制度可能具有的成本收益和实践效果。以环境影响评价法为核心的现行环保体制，要比一刀切式的事前禁止或是造成严重后果后的司法救济更有效率，但是必须提升环保部门的公信力和执行力。

关键词：环境保护 规则的效率标准 法律与市场 界权成本

一、从环境群体性事件谈起

近年以来，与环境污染有关的群体性事件频频发生，产生了重大的社会和政治影响。尤其是在2012年4月到10月间，天津、什邡、启东和镇海接连发生大规模的环境群体性事件，更是举国震惊。下表列出了一系列环境群体性事件的前因后果。这些事件所涉及的污染企业与当地居民的权利分配，不仅关系到国计民生，也对法学研究提出了亟需思考的理论问题。

坚决果断的处理结果，当然反映了民众和政府对于环境污染的明确态度，但是从实际的社会和经济效果来看，却还有可以探讨和值得深究之处。围绕环境群体性事件，学界近年来的讨论日益增多。目前的学术研究，大体是在“群体性事件”和“环境维权”两个维度

^{*} 北京大学法学院副教授。

表 1 近年来若干重大环境群体性事件一览

名称	起因	经过	结果
厦门 PX 事件	腾龙芳烃（厦门）有限公司计划在厦门沧海兴建年产 80 万吨 PX 的化工厂。	2007 年 5 月 20 日起，反对上马 PX 项目的民间舆论持续发酵。6 月 1 日和 2 日，近万名厦门市民佩戴黄丝带上街游行，要求立即停建。	5 月 30 日，厦门市人民政府举行新闻发布会，宣布缓建外资 PX 化工项目。11 月 6 日，《厦门日报》报道厦门市政府已决定复建 PX 项目。12 月 16 日，福建省政府和厦门市政府决定，将该项目迁往漳州市漳浦县的古雷半岛兴建。
大连 PX 事件	大连福佳大化 PX 项目，因台风致工厂附近溃堤，经媒体报道，为公众知晓。	2011 年 8 月 14 日，一万二千余名大连市民到市政府前示威游行，要求福佳化工立即停产、政府宣布搬迁时间。	8 月 14 日下午，大连市委市政府做出决定，福佳大化 PX 项目立即停产，并将尽快予以搬迁。
天津 PC 项目事件	中沙（天津）石化有限公司计划在天津大港兴建年产 26 万吨聚碳酸酯（PC）的化工项目。	2012 年 4 月 3 日至 13 日，天津大量民众在滨海新区大港区世纪广场游行示威，要求立即停建 PC 项目。	4 月 13 日晚，天津市政府与中石化集团公司研究决定：立即停止项目施工，重新对环境影响评价、安全评价进行更详细的复审。
什邡反对钼铜项目事件	什邡招商引资项目“四川宏达集团钼铜多金属资源深加工综合利用项目”计划开工建设。	2012 年 6 月 30 日至 7 月 4 日，什邡大量民众在市政府和附近的宏达广场集会示威，要求停建钼铜项目。	7 月 3 日下午，什邡市委、市政府决定，停止该项目建设，并且今后不再建设此类项目。
启东反对排污项目事件	江苏南通市政府批准日本王子制纸的制纸排海工程项目申请。	2012 年 7 月 28 日清晨，大量民众在市政府门前广场及附近道路集会示威，要求政府立即叫停排污工程。	7 月 28 日上午，南通市人民政府决定，永久取消王子制纸排海工程项目。
宁波镇海 PX 事件	镇海炼化一体化项目包含 PX 生产装置。	2012 年 10 月初，因项目建设导致拆迁纠纷，镇海区居民陆续到区政府上访。后因项目包含 PX 装置一事曝光，10 月 25 至 28 日，大量民众封路抗议，集会示威蔓延至宁波市中心和市政府，强烈要求项目停建。	10 月 28 日，宁波市政府新闻发言人宣布，宁波市经与项目投资方研究决定：（1）坚决不上 PX 项目；（2）炼化一体化项目前期工作停止推进，再作科学论证。

度上展开。对于前者，学者们探讨了因环境问题而引发的群体性事件的定义、特点、成因和发展趋势。^{〔1〕}而对于环境群体性事件的化解途径，学者们提出的往往是较为宽泛的政策建议：“政府转变经济发展观念”，加强“企业环保意识”，建立“以环保执法部门为核心”的监督机制，建构“制度化的民众参与及表达机制”，建立“环境应急管理预警防范机制”等等。^{〔2〕}相比之下，法学学者多从“环境维权”的角度出发，提出环境群体性事件中凸显的环境法制的完善、公共参与机制的建立和公民环境权的宪法构建等问题。^{〔3〕}具体就环境保护的法律途径而言，学界提出的政策主张非常明确而统一，就是要为环境保护提供更为畅通的司法救济途径。比如，主张将地方政府纳入环境侵权的主体范围，完善环境侵权责任追究制度；^{〔4〕}主张环境维权诉讼或环境公益诉讼，^{〔5〕}将环境公益诉讼的主体范围扩大为政府机关、检察机关、公民个体、社会团体；^{〔6〕}主张进一步将救济途径扩展到环境ADR领域，完善行政性和民间性的ADR制度。^{〔7〕}

如今立法实践已然获得重大突破，上述主张在新修订的民事诉讼法中得到了相应体现。然而，实践上和理论上的问题丝毫没有减少。就实践效果而言，地方政府以“项目环评”为前提的审批、监管体制往往在效果上并不理想，群体性事件爆发后一刀切式地关停迁转也过于极端，司法救济的具体方式和适用范围更亟需探讨。环境保护的法律实践要求在理论上回答，如何比较和选择不同的法律保护途径。

从环境群体性事件出发，最终触及的是法律经济学上的一个基本的理论问题：规则选择的效率比较。从法律经济学的角度来看，上述环境群体性事件的处理结果、制度方案和政策建议，包含了三种法律保护途径。将三种法律保护途径放在一起，就构成了一个可供选择的“规则清单”。如何在规则清单中做出选择，从法律经济学的角度来看，就是规则类型的效率比较问题。

本文集中探讨这样一个理论问题：要做出规则选择的效率比较，应当依据何种效率标准和比较框架。对于法律经济学的这一核心问题，最有影响力的一个理论框架，无疑是卡拉布雷西

〔1〕 参见戴备军：《环境群体性事件处置的实践与思考》，《中国环境报》2006年8月18日；程雨燕：《环境群体性事件的法律对策》，载《2008年全国环境资源法学研讨会论文集》，第794页；童志锋：《快速转型期下的环境群体性事件研究》，载《秩序与进步：浙江乡村社会巨变历程与经验理论研讨会论文集》，第188页；余光辉等：《环境群体性事件的解决对策》，《环境保护》2010年第19期；张华等：《当前我国涉环境群体性事件的特征、成因与应对思考》，《中共济南市委党校学报》2010年第3期；胡美灵等：《农村环境群体性事件与治理》，《求索》2008年第12期。

〔2〕 参见张有富：《论环境群体性事件的主要诱因及其化解》，《经济与管理》2010年第11期；李萍：《环境群体性事件的特点与应对》，《探求》2010年第5期；上引戴备军文、童志峰文。

〔3〕 参见刘超：《环境法的缺失与厦门PX事件》，《江汉大学学报（社会科学版）》2008年第3期；白利萍：《完善环境公众参与的基本途径》，《经济研究导刊》2009年第18期；杨凌雁：《试析环境影响评价程序中的公众参与》，《湖北社会科学》2009年第5期；张一粟等：《论我国环境权入宪的基本架构》，《法学论坛》2008年第4期。

〔4〕 参见上引刘超文。

〔5〕 参见王灿发：《环境维权诉讼是公众参与环境保护的重要途径》，载《首届环境与发展中国论坛论文集》，第95页以下。

〔6〕 参见张式军等：《环境公益诉讼基本概念、范围的界定与原告类型的设定》，载《2009年全国环境资源法学研讨会论文集》，第1427页以下。

〔7〕 参见丁渠：《我国环境ADR制度的完善》，《法学杂志》2011年第4期。

(Guido Calabresi) 和梅拉米德 (Douglas Melamed) 在四十年前做出的开创性研究,^[8] 学界称为“卡-梅框架”(C&M Framework)。^[9] “卡-梅框”架提出的是“禁易规则”(inalienable rules)、“财产规则”(property rules) 和“责任规则”(liability rules) 这一类型区分, 并将法律救济的不同类型作为可供选择的替代方案, 从事后成本和事前激励的角度比较不同规则的效率差异。下文将简要论述这一法律规则的分类框架, 从而集中探讨规则选择的效率标准: 一是提炼法律经济学上的常规效率标准, 即事后效率(机会成本)与事前效率(行为激励); 二是提出一个新的比较框架: 规则类型对应的市场类型及其交易价格。

一个富有生命力的理论框架, 应当有助于实践问题的分析和解决。环境污染提出的法律难题, 不仅构成了理论思考的起点, 也提供了实践检验的试金石。本文将从关于环保制度的一个“思想实验”开始, 论述和发展上述理论框架, 进而提出关于环境污染及其法律解决方案的重新思考。

二、污染案: 一个思想实验

前述环境群体性事件中工厂与居民之间的权利冲突, 一直是法律经济学上一个经典的“思想实验”。我们不妨称之为“河流污染案”。“河流污染案”的实验场景非常简单: 上游工厂向河流排污, 下游居民诉至法院。^[10] 这一思想实验只涉及排污工厂与受害居民两类私人主体, 而河流这一自然资源的其他利害关系主体和法院这一公共机构, 都被排除在实验结果的影响范围之外。本文对这一思想实验略加修改, 将河流污染和法律介入涉及的机会成本也加入实验场景。此时受到实验结果影响的独立因素不仅包括工厂和居民, 也包括与河流污染和法律介入有关的其他主体。

通过改写“河流污染案”这一法律经济学的经典思想实验, 可以更为具体形象地比较不同规则。其他条件不变, 法律规则的选择清单至少可以包括以下五类。

规则(1): 确认其中一方具有排污或者免受污染的合法权益, 同时禁止将之转让给另一方。这包含两种可能。(1-1) 宣告禁止工厂的排污行为, 而且工厂不能通过与居民的交易来获得排污权。(1-2) 宣告禁止居民阻碍工厂排污, 而且居民不能通过与工厂的交易来实现不受污染的生活目标。也就是说, 对于法律明令禁止从事某种行为的一方, 结局只能是要么忍受, 要么搬走。这就是卡-梅框架所谓的禁易规则: 在明确权益归属的同时, “不许在即使是自愿的买卖双方之间转让相应权益”。^[11]

规则(2): 确认其中一方具有排污或者免受污染的合法权益, 同时允许双方以自愿协商的方式转让相应权益。这也包含两种可能。(2-1) 驳回居民的诉讼请求, 明确工厂的排

[8] Guido Calabresi and Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).

[9] See Saul Levmore, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules*, 106 *Yale Law Journal* 2149, 2172 (1997).

[10] See Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 8 (1960); *The Federal Communication Commission*, 2 *Journal of Law and Economics* 1, 75-77 (1959).

[11] 前引[8], Calabresi等文, 第1093页。

污权，但居民可以通过与之议价，收购工厂的排污权。(2-2) 确认居民有免受污染的权利，赋予其制止工厂停止排污的司法禁令，但居民可以在工厂支付足够补偿后放弃使用禁令。也就是说，对于法律授权保护的一方，实际上总是拥有两种选择，要么行使，要么转让。这就是卡-梅框架所谓的财产规则：要想从拥有者那里得到相应权益，必须通过自愿交易，也就是从拥有者那里以卖方同意的权益价格加以购买。^[12]

规则(3)：确认其中一方具有排污或者免受污染的合法权益，同时由法院(代表国家)确定另一方足以买断这一权益的评估价格，而非留待双方议价。这也包含两种可能。(3-1) 明确工厂具有排污权，同时规定工厂必须以法定价格补偿居民因工厂污染造成的合理损失。(3-2) 确认居民有免受污染的权利，但是必须以法定价格补偿工厂因节能减排支付的额外成本。也就是说，有权获得相应权益的一方也拥有两种选择，要么放弃，要么付费。这就是卡-梅框架所谓的责任规则：只要愿意支付一个客观确定的价值，就可以消灭一个初始权益。^[13]

上述是“卡-梅框架”的原初分类。^[14]很显然，禁易规则、财产规则和责任规则主要考虑的是不同法律规则对于“买卖双方”当事人的行为影响。为了将法律规则的丰富类型及其多重影响尽可能纳入分析框架，应当在“卡-梅框架”既有分类的基础上，引入管制规则和无为规则两种新类型。^[15]

规则(4)：确认其中一方具有排污或者免受污染的合法权益，同时限定污染的检验标准和排放指标。仍然可能有两种情况。(4-1) 明确工厂获得排污权，国家根据排污量对工厂征收额外的污染税，或者对于工厂减少的排污量给予额外的减排补贴。(4-2) 确认居民拥有免受污染的权利，根据工厂遵守的排污量对居民征收额外的清洁税，或者对于工厂增加的排污量给予居民额外的污染补贴。也就是说，有权获得相应权益的一方也拥有两种选择，要么放弃，要么达标。本文称这类规则为“管制规则”：要想成为特定权益的拥有者，必须符合法律限制的相应标准。

规则(5)：拒绝确认其中任何一方具有排污或者免受污染的合法权益。法院不予受理此类诉讼，不是因为相应权益被给予了另一方，而是任何一方都无权获得法律保护。国家的态度是对河流的权益归属不予界定，既不干预也不保护。国家的立场是对双方的争议不予理会，不予介入。对于工厂和居民来说，他们都没有法律上可供选择的保护途径。本文称这类规则为“无为规则”：法律没有明确将相关权益赋予任何一方，没有提供权益保护的法律规定。

从这一框架来看，当前我国环境保护的主要法律途径，已经从过往的无为规则，转变为了“有为规则”。环境保护的法律规则，可以分为三种类型。一是各地政府普遍实行的管

[12] 前引[8]，Calabresi等文。

[13] 同上文。

[14] “卡-梅框架”的原初分类，还包括财产规则和责任规则之下各自的“亚类型”。上文所示的规则(2-1)和(2-2)是两类财产规则，规则(3-1)和(3-2)是两类责任规则。同类规则下的亚类型之间，也存在规则选择的效率差异。参见前引[8]，Calabresi等文，第1093页。

[15] 专文的详细论述，参见凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，《中国法学》2012年第6期。

制规则,即由地方环保部门依据环境影响评价法对“实施后可能造成的环境影响”的规划和建设项目做出事前审批和事后监管:“进行分析、预测和评估,提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施,进行跟踪监测”(环境影响评价法第2条)。二是发生环境群体性事件之后的禁易规则:上述事件爆发之后的最终处理结果无一例外,都是一刀切式地对相关工厂的关停迁转,大连福佳大化的“对二甲苯”(PX)项目,已经运营了两年之久,最终也难逃停产搬迁的结局。三是法律上的财产规则或责任规则:依据新修订的民事诉讼法第55条,“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。

不同规则的分,显示了国家的不同介入方式和干预程度。禁易规则和财产规则只需要确认规制对象或者权益主体,从而执行既定规则。相比之下,责任规则还需要评估买断排污权或者禁令的市场价格,也就是以法院取代市场进行定价。管制规则需要由特定领域的行政主管部门制定标准、贯彻实施,有时还需要转移支付。与前述“有为规则”相比,无为规则意味着国家权力并未介入,并未对环境权或与污染相关的财产或人身权利作出澄清,^[16]因此将问题留给了工厂和居民,也就是留给了市场或者私力。

如果将上述五类规则视为一个规则清单,那么法律的权利界定就是在规则清单中做出规则选择。比如,按照“卡-梅框架”的效率标准,倘若环境保护的方式不仅限于禁易规则一种办法,我们就需要考虑规则清单中的替代类型,比较不同方案的成本差异和激励效果。

三、事后成本与事前激励

自“卡-梅框架”提出以来,法律经济学研究的一个重点就是不同规则类型之间的效率比较。^[17]“卡-梅框架”的一个最初目标,在于考察在不同规则中做出选择的理论根据:“我们应当根据什么来决定,是使用财产规则、责任规则还是禁易规则保护特定的合法权益?”^[18]与此有关的一系列问题在于,为什么一个社会不能仅仅适用一类规则,为什么对于特定权益的法律保护,应当选择此类而非其他规则。比如,为什么消费者权益保护法第49条选择的救济方式是财产规则(双倍赔偿),而非责任规则、管制规则、禁易规则乃至无为规则?为什么普通的交通事故只适用责任规则(民事赔偿),但是严重的交通肇事却要适用财产规则(刑事制裁)?

[16] 在环境污染案件中,区分居民一方的权利种类可能有所不同,既涉及排他性的人身权与财产权,又涉及共享性的环境权。由于本文的重点在于比较不同救济类型的效率差异,因此在一般情况下统称为居民一方的合法权益,不再区分合法权益的具体类型。但是应当承认,这种权利类型的差异会带来经济效率的差别,意味着界定和重组权利的界权成本和交易成本可能不同。

[17] 最初的效率比较重点在于将合法权益配置给谁,是对“卡-梅框架”中三类规则的亚规则类型的区分(参见前引[8], Calabresi等文)。后来的法律经济学讨论则主要集中于不同类型规则之间的选择,尤其是财产规则和责任规则的效率比较。See David Melville, *Liability Rules, Property Rules, and Incentives Not to Bargain: The Effect of Competitive Rivalry on the Protection of Legal Entitlements*, 29 Seton Hall Law Review 1277 (1999); Richard Brooks, *The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral*, 97 Northwest University Law Review 267 (2003); Lee Anne Fennell, *Revealing Options*, 118 Harvard Law Review 1399 (2005)。

[18] 前引[8], Calabresi等文,第1093页。

最初，两位作者提出的评价标准是三个：经济效率，分配偏好和其他正义考量，^[19] 而之后的法律经济学讨论则主要集中于经济效率。^[20] 综合四十年来的主要研究，效率标准集中在两个方面：一是事后效率，主要包括交易成本和估价成本；二是事前效率，主要包括过度投资或投资不足，道德风险或逆向选择。不同规则之间的效率比较，可以依据上述标准逐一检验。本文无意详细论述每种标准的具体内容，而是关注事后和事前效率的基本原理。

法律经济学上，规则选择的效率标准至少可以追溯到“科斯定理”提出的“交易成本”。由科斯定理可知，如果交易成本较低，选择把相应权益赋予工厂还是邻居对效率结果并无影响。^[21] “卡-梅框架”的两位作者，则是探讨了交易成本较高情况下不同规则的比较优势。^[22] 就上述污染案的思想实验而言，只需要增加一个实验条件：一个工厂对一百个居民。这时，如果相应权益被配置给了全体居民，那么使用财产规则可能导致的交易成本将会非常之高，比如存在“敲竹杠”和“搭便车”的情况。要避免这种情况，一个可能的替代选择就是责任规则：允许工厂按照法院设定的评估价格，一次性“买断”所有居民的权利。^[23]

但是，随着研究的深入，一些法律经济学家逐渐意识到，与财产规则相比，责任规则虽然减少了交易成本，却增加了法院的“估价成本”。^[24] 不论是评估相应权益的价格，还是决定哪一方有权买断对方，法院同样要付出非常巨大的代价。比如要评估一百家居民的房产价格，法院肯定要付出很高的估价成本，如果遇到“史上最牛钉子户”，还要付出更大的管理成本。这意味着，责任规则的适用必然有一个临界点，超过这个临界点就要被其他规则特别是财产规则所替代。随着这一讨论的深入，估价成本逐渐为法律经济学所注意，提出了许多名异实同的概念，诸如“适应成本”、“实验成本”、“信息成本”、“评估成本”、“管理成本”、“事前交易成本”等等，不一而足。^[25] 责任规则与财产规则之间的选择是法律经济学上讨论最多的问题。法院在选择责任规则时，面临着一系列问题需要做出权衡，诸如做出权益价格评估所需的搜寻成本或管理成本，以及由此提升的发生错案的预期成本、

[19] 两位作者衡量经济效率的标准包括：“管理成本”，“敲竹杠（交易成本）”或“搭便车（外部成本）”。参见前引〔8〕，Calabresi等文，第1095、1107页。

[20] 其他标准的考虑，比如，Madeline Morris, *The Structure of Entitlement*, 78 *Cornell Law Review* 822 (1993); Ronen Avraham, *Modular Liability Rules*, 24 *International Review of Law and Economics* 269 (2004); Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 *Columbia Law Review* 934 (1985).

[21] 前引〔10〕，Coase文。

[22] 前引〔8〕，Calabresi等文，第1119页。

[23] 同上文，第1119-1122页；张五常：《经济解释》，香港花千树出版有限公司2002年版，第179页。

[24] See James Krier and Stewart Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 *New York University Law Review* 440 (1995).

[25] 参见〔美〕波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，中国政法大学出版社2003年版，第280页；〔美〕波斯纳：《法律、实用主义与民主》，凌斌、李国庆译，中国政法大学出版社2005年版，第152页；Mitchell Polinsky, *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, 32 *Stanford Law Review* 1075 (1980)；前引〔17〕，Richard Brooks文；Edward Glaeser, Simon Johnson, and Andrei Shleifer, *Coase versus the Coasians*, 116 *The Quarterly Journal of Economics* 853 (2001)。还有一些作者提及了这一问题，参见Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 2002, p. 52; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, p. 99。

选择不同规则的管理成本（比如选择过错责任要比选择严格责任付出更多审查过错的成本），以及因上述原因导致的延缓其他案件审理的机会成本等。此外，当事人由此付出的更多诉讼成本也需要考虑，比如更多的律师代理成本，在同样时间做其他事情的机会成本，花费同样资源本可得到的其他收益等。这意味着，仅仅声称节省交易成本之类的简单理由已经不足以支持责任规则的适用。^[26] 总之，要充分考量规则选择的事后效率，就不能简单以交易成本高低而论，而必须细致比较各类规则在机会成本上的替代关系。^[27]

如果说上述效率考量还只是事后效率，那么引入事前激励这一效率标准之后，问题就会变得更为复杂。法律规制的规则选择总是会对未来的行为模式产生影响。责任规则与财产规则和管制规则的效率差异，是法律经济学上历来最多讨论的问题。

就司法救济本身而言，总是存在财产规则与责任规则的选择问题。财产规则的立法目的在于激励人们尊重他人的私有产权和意思自治。如果居民免受污染的合法权益处于财产规则的保护之下，排污工厂所需承担的法律责任，往往会超过居民拥有的权益本身的客观价值。财产规则通过设置很高的门槛，激励工厂避免或者减少排污行为。相比之下，从权益相对人（比如工厂）而非权益拥有者（比如居民）的角度来看，责任规则要比财产规则意味着更多的选择自由，因此也意味着更多激励：法律不仅允许当事人之间进行自愿的权益交易，而且允许一方当事人通过支付费用的方式“征用”相应权益。也就是说，责任规则的本质是有关“强买强卖”的合法规则，一种财富再分配的规则，最终得利的一方总是实际上拥有主动权的一方，而不是名义上拥有所有权的一方。比如其中的“强买”规则，^[28] 实际上是给了权益拥有者以外的其他人“花钱买方便”的权利，意味着“有钱好办事”，意味着“金钱即权利”，意味着对“财产私有”和“意思自治”原则的破坏。^[29] 因此，责任规则的适用往往需要格外充分的理由。用经济学的术语来说，责任规则的适用应当是有效率的，应当是对社会福利的增进。为此，经济学家提出了很多理论辩护，比如减少交易成本，避免逆向选择，预防道德风险等。^[30]

[26] See Louis Kaplow and Steven Shavell, *Do Liability Rules Facilitate Bargaining? A Reply to Ayres and Talley*, 105 *The Yale Law Journal* 221 (1995); Ian Ayres and Eric Talley, *Distinguishing Between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules*, 105 *The Yale Law Journal* 235 (1995); Louis Kaplow and Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 *Harvard Law Review* 713 (1996); Ian Ayres and Paul Goldbart, *Correlated Values in the Theory of Property and Liability Rules*, 32 *The Journal of Legal Studies* 121 (2003).

[27] 参见前引 [24], James Krier 等文; 前引 [17], Richard Brooks 文; Thomas Merrill, *Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights*, 14 *The Journal of Legal Studies* 13-48 (1985); Antonio Nicita and Matteo Rizzolli, *Property Rules, Liability Rules and Externalities*, 24 *Journal of Public Finance and Public Choice* 103-123 (2006); Stewart Sterk, *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property Rights*, 106 *Michigan Law Review* 1285-1335 (2008); Henry Smith, *Property and Property Rules*, 79 *New York University Law Review* 1719 (2004); Keith Hylton, *Property Rules and Liability Rules, Once Again*, 2 *Review of Law & Economics* 137 (2006).

[28] See Ian Ayres, *Optional law: The Structure Of Legal Entitlements*, University Of Chicago Press, 2005.

[29] Jules Coleman and Jody Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale law Journal* 1370-1371 (1986).

[30] See Ian Ayres and Eric Talley, *Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade*, 104 *Yale Law Journal* 1027 (1994-1995); Carol M. Rose, *The Shadow of The Cathedral*, 106 *Yale Law Journal* 2175-2200 (1997); Ian Ayres and J Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 *Yale Law Journal* 703-750 (1996); Ian Ayres and Paul Goldbart, *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*, 100 *Michigan Law Review* 1-79 (2001); Richard Epstein, *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 *Yale Law Journal* 2091 (1998).

从事前效率也就是行为激励的角度来看，责任规则实际上往往具有管制规则的同样效果。责任规则虽然只在具体案件中应用，但从一个判决对未来的示范乃至约束效力来看，法院判定的赔偿费，实际上构成了一种对特定行为课处的消费税。在这个意义上，不论权益相对人是否愿意行使责任规则赋予的征用权，只要法定情形发生，都要“被征用”，被迫为自己损害（消费）的权益支付对价。如果法定情形的实际发生可以通过事前概率（ P ）加以估计，法定情形发生之后的实际损害可以通过法院的客观定价（ D ）予以衡量，那么相应权益的客观定价与损害的事前概率两者的乘积（ $D \times P$ ），实际上就是一种“消费税”（ F ）——消费特定行为必须缴纳的税额。我们不妨称之为“责任税”。责任税在现实中的表现往往是“保险费”。一旦法律赋予了从事某类活动的人以损害赔偿义务，比如汽车司机一旦肇事必须支付伤者的医药和误工费用，这些人就会评估自己征用他人合法权益的潜在风险（ P ）和实际损害（ D ），购买相应的第三者责任保险；而保险公司收取的保费额度，参照的正是相应法定情形发生的预期成本（ $D \times P$ ）。在这个意义上，责任规则的“责任税”就是另一种“庇古税”（pigouvian tax）。^[31]

还是以污染案为例来理解这一问题。上述讨论中我们得到了一个关系式（ $D \times P$ vs F ），这一关系式可以从多个角度来加以理解。一是，不同规则的变量之间实际上存在着换算关系（ $D \times P = F$ ）。这样，责任规则下的特定权益的损害赔偿额度，其实可以从管制规则下的“责任税”予以衡量（即 $D = F/P$ ）。也就是说，如果相应权益的客观价格难以确定（比如缺少此类市场），可以尝试通过其责任税（或者参考保险费）除以损害发生概率的方式来推测，反之亦然。二是，上述关系式提供了不同制度之间的比较基础。责任规则与管制规则的比较，可以简化为当事人预期成本上的比较。这一差别可能会对当事人的行为产生不同的影响，如过度投资或者投资不足，逆向选择或者道德风险。比如，对于工厂而言，司法赔偿（ $D \times P$ ）可能比政府征税（ F ）的预期成本更低，因此可能在污染性生产上过度投资，产生道德风险。当关系式两端的实际金额大致相等时，还可以反过来从事后效率的角度，对实现同样政策目的的不同救济手段加以评估。三是责任规则与管制规则之间的一个重要的衡量标准，是估量损害发生概率（ P ）或者说事故风险的难易程度。通过区分事故风险在公共认知上的差异，可以为不同规则找到各自的适用范围：在事故风险较不确定的领域，由行政机关实施的管制规则一般而言要比由司法部门适用的责任规则更有效率；反之，则应由司法部门予以救济。

限于篇幅，本文不再举例。总而言之，不同的规则选择各有利弊，各有其适用范围。需要考察的是，每种选择的潜在代价，既包括事后成本，也包括事前激励。不论是事前还是事后效率，都意味着没有哪一种规则类型可以包打天下。在理清每种规则的机会成本和行为激励的基础上，应当综合比较所有这些可选规则，以期发现总体上成本最低、收益最高、私人行为最符合社会期望的那个制度方案。

[31] 更为详尽而深入的分析，参见 Mitchell Polinsky, *Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches*, 8 *The Journal of Legal Studies* 1 (1979); 前引 [25], Edward Glaeser 等文。

四、规则类型与市场类型

传统法律经济学关于事后和事前效率的分析进路，往往侧重于规则之间的两两比较。综合比较多种规则的效率差异，应当着眼于不同规则对应的市场类型。本文希望从这一角度，为规则选择的效率比较提供一个新的分析维度。

不同规则对应着不同的市场。各类规则之间的效率差异，就在于其所对应的市场类型的不同。禁易规则对应的是黑市或无市，财产规则对应的是白市，责任规则对应的是绿市，管制规则对应的是红市和灰市，无为规则对应的是黄市。黑市、白市和灰市都是通行的说法，绿市、红市和黄市是本文的发明。下文逐一解释。^[32]

价格差异是市场类型差异的集中体现。规则选择的具体效果，总是体现为相应权益的市场价格。权益的最终定价，是当事人之间市场交易的结果。不仅财产规则对应着市场交易，其他规则类型也总会指向某种市场类型。以责任规则为例，即使事故已经发生，在可以执行责任规则的情况下，人们往往还是会选择自愿交易，即通过谈判的私人定价而不是诉讼的司法定价解决问题。责任规则下特定权益的预期价格，只是双方就此进行谈判时的议价起点。用博弈论的术语来说，责任规则的法定价格只是一个议价过程中的“可靠威胁”。^[33]想象一下，交通事故中受到伤害的一方如果提起诉讼，预期可以得到十万元的损害赔偿——即受害人的健康肢体这一特定权益的法定价格。但是受害人很可能并不真的起诉（考虑到起诉的机会成本），而只是以此作为威胁，与加害人之间讨价还价，最终得到一个比十万元或多或少的赔偿数额。其他规则类型也是如此。法律经济学意义上的市场包含了所有自愿和非自愿的交易类型。下表给出的是不同规则类型与不同市场类型及其交易价格的一个简明对照。

表2 规则类型对应的市场类型及其交易价格

效率差异 规则类型	市场类型	交易价格
禁易规则	黑市/无市	最高/无
财产规则	白市	标准市场价格
责任规则	绿市	通常低于白市
管制规则	红市和灰市	红市价格通常高于白市而低于黑市；灰市价格一般低于白市，但通常并不稳定
无为规则	黄市	介于灰市和黑市之间

以排污权的市场交易为例。一个给予排污权财产规则保护的国家，意味着充分的排污自由。只要当事人自愿，就可以在任何时间地点使用或转让自己的排污权。买卖排污权的双方受到国家的充分保护，与买卖一部手机没有区别。一方先期履行合同义务比如停止排

[32] 当然，每种规则下都可能最终达不成交易，结果是“无市”。以下仅仅讨论达成了交易或和解的情况。

[33] Hal Varian, *Microeconomic Analysis*, W. W. Norton & Company, 1992, p. 516.

污之后，另一方如果不履行自己的合同义务比如拒绝付费，那么先期履行的一方有权向法院请求强制履行。这种自由交易的合法市场，通常称之为白市。相反，禁易规则下，自愿的排污交易受到严格禁止，因此只能在黑市进行。黑市就是私自交易的违法市场。债权人和债务人双方的利益都不受法律保护，甚至还要受到法律惩罚。因此，当一方先期履行了合同义务比如付费之后，另一方完全可以不履行自己的合同义务比如继续排污，先期履行的一方完全无法向法院请求强制履行或者不当得利返还，甚至一旦被发现有受到行政拘留或者罚款等严厉惩罚。^[34]

管制规则下的排污交易，得到法律的允许和保护，只不过被限制在“红灯区”内，并且要缴纳更高的管理费用或者支付额外的营业税。这时，如果一方履行合同义务之后另一方拒绝履行，履行义务的一方有权向法院请求救济，比如要求法院强制履行或者返还不当得利。这种将交易限制在一定范围内的合法市场，本文称之为红市。红市可以看作管制规则下的白市。管制规则在红市之外还会产生副产品：灰市。灰市是指与白市或红市并行的交易市场，^[35]也称为“平行市场”。^[36]灰市中的交易，权益本身是合法的，但是交易途径是违法的。^[37]那些“红灯区”之外的排污交易就属于这种灰市。

与上述规则不同，责任规则允许非自愿的排污交易。比如，一方可以在强行排污或停止排污后，支付（买权规则下）或者获得（卖权规则下）一个法院判决的（与如果存在自愿的排污交易市场则会支付的金额大致相当的）补偿金额；不自愿的一方有权从国家获得的保护途径，只是获得或者支付法定补偿，而不是足以阻止他人排污的禁令或惩罚。本文将这种通过第三方定价实行的强制交易的合法市场，称为绿市。很显然，绿市给了强买或强卖的一方很大便利，而给予不自愿一方的仅仅是一个事后的补偿权。

无为规则下的排污交易不受任何法律干预，既不保护也不惩罚，全由当事人自己决定。这时，如果一方先期履行合同义务比如支付了费用，而另一方如果不履行自己的合同义务比如继续排污，那么先期履行的一方既无权向法院请求不当得利返还，任何一方也不会受到任何法律制裁。交易过程的一切风险自行承担，这就是无为规则下的黄市。黄市就好像夜间亮着黄灯的路口。无为规则就是交易市场的“黄灯”。黄灯并没有给出明确规则，只是一种警示，提醒参与资源竞争的各方注意自我利益。

每类规则下双方都可能达成和解，那么这些规则的差异何在呢？^[38]如表2所示，从和解达成的权益定价就可以看到。一般而言，禁易规则之下的黑市交易，可能价格最高。因为工厂一方退出成本过高，不得不接受居民的“敲竹杠”，支付很高的买断价格。财产规则之下的白市交易，形成的是标准的市场价格，可以作为其他交易价格的基准。责任规则之

[34] 买卖婴儿的黑市是另一个例证。See Elisabeth Landes and Richard Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 *The Journal of Legal Studies* 323 - 348 (1978).

[35] See David Sugden, *Gray Markets: Prevention, Detection and Litigation*, Oxford University Press, 2009.

[36] See Christopher Stothers, *Parallel Trade in Europe*, Hart Publishing, 2007.

[37] 有时也会获得合法性而转化为“白市”。See *Quality King Distributors Inc. v. L'anza Research International Inc.*, 523 U.S. 135 (1998).

[38] 每种规则下也都可能“无市”，达不成和解协议，价格为零。如果考虑到这一概率，各类市场的预期价格都应该有所降低。此处讨论只是为了一般性的说明问题。

下的绿市，由于目的在于便利交易，往往低于白市价格，更低于黑市价格。管制规则之下有两个价格：红市价格和灰市价格。依照供给的短缺程度红市价格往往高于白市价格而低于黑市价格。由于红市的存在，灰市价格一般会比白市价格低，但是很不稳定。无为规则下的黄市，价格的不确定性也许更大。由于不存在红市，但也没有违法风险，因此黄市价格可能介于黑市价格和灰市价格之间。

当然，法律实践中的价格差异还会受到很多因素影响。要进一步了解规则选择的效率差异，需要理解不同市场的效率特点。这其中最容易彼此混淆的是黑市和灰市。

禁易规则的立法目的，就是禁止特定市场。比如在现代国家，很多地方都禁止性交易、奴隶买卖、器官买卖、婴儿买卖等等，尽管历史上这些市场都曾广泛存在。这类市场之所以受到禁止，往往是因为立法者或公众认为这类权益的特点使之不适合进入市场交易。但是，立法者只能在法律上宣布特定权益的市场交易不受法律保护以及需要承担特定的法律后果，因此关闭相应的合法市场，却无法从根本上禁止黑市交易。在环境污染问题上显然也是如此。人类历史上普遍存在的例证是，哪里有禁易规则，哪里就会形成黑市。比如美国禁酒令时期就出现了大量酒类交易的黑市，世界各地现在都普遍存在毒品买卖、器官买卖乃至人口买卖的黑市，更不用说性服务的违法交易。这是由于特定权益的需求和供给通常都具有“刚性”（即经济学上的“不完全弹性”）：既不会因为价格（包括风险）的提高而完全消失，也不会完全不受价格变化的影响。只要价格上升到一定程度，总会产生相应的供给，或者只要价格降低到一定程度，总会产生相应的需求。甚至一些市场诸如性、毒品交易在达到某个价格后几乎是完全无弹性的：不论产品或服务的价格如何继续上升，都会存在一定数量的需求，除非将所有需求方和供给方都投入监狱。因此，禁易规则的实际效果不是杜绝了特定权益的市场交易，而是强迫特定权益只能在黑市交易。

与禁易规则会产生黑市类似，管制规则也可能导致灰市。这是因为，管制规则也会导致类似于禁易规则造成的市场短缺。市场产生短缺，仍然存在一定的并未出清的市场需求，这就必然引来相应的供给。白市缺失或者红市太小，就会产生黑市和灰市。黑市和灰市，都属于“地下经济”，在日常语言中也常常混淆在一起。但是，如果仔细研究两者的市场运行，就会看到不同规则的不同影响。管制规则下的灰市，通常提供的是质量更差或价格更低的服务和产品（与法律干预下的红市价格相比）。而禁易规则下的黑市，往往质量虽差但价格高昂（与如果存在合法市场的均衡价格即白市价格相比）。某种程度上，正是因为忽略了不同规则的不同市场影响，人们往往把管制规则混同于禁易规则，以至于迟迟未能从“卡-梅框架”中区分出来。

根本的差别在于，禁易规则导致的是违法因而高风险的黑市交易，而管制规则导致的则是合法而短缺的红市和非法而混乱的灰市交易。这是因为，管制规则下存在替代灰市的红市，而禁易规则下只有黑市。禁易规则下的权益由于不能在合法市场上获得交易，就只能以极高的风险在不受法律保护或者受到法律严厉惩罚的黑市上进行交易。由此导致的结果，要么是黑市价格远远高于允许合法交易情况下的市场价格，要么是黑市产品和服务的质量远远低于允许合法交易情况下的应有质量。两者在经济学上是一个意思，就是同样数量和质量的的产品或服务在黑市的交易价格远远高于合法市场。因为供给者必须将因高风险

而提高的预期成本加入到权益价格之中，而且这类市场的供给和需求都将相对有限，由此造成的市场规模变小也会导致价格上升。总之，禁易规则的经济效果是高风险因而高价格的黑市交易。^[39]

管制规则下的灰市要比黑市的情况远为复杂，可能是价格的上升、下降、波动、甚至紊乱。灰市始终是红市的副产品，因此总会受到红市的影响。红市是灰市的参照系。一般来说，与红市相比，灰市的权益价格更低（质量更差或数量更少）。灰市交易是红市饱和后溢出的市场，往往较红市的需求为小。典型的例子是所谓“黑律师”、“黑出租”。但是，如果红市的规模过小，灰市交易的价格也可能接近甚至高于红市价格，因为灰市交易毕竟不符合法律规定因此也存在一定的风险。而且，灰市价格不受法律管制，如果红市的管制很严格，灰市就很可能价格更高。比如下雨时的“黑出租”常常会比正规的出租车要价更高。动态和长期来看，灰市会随着红市波动。而静态和短期来看，灰市相比于红市通常都在定价上更为混乱。^[40]这也意味着，管制规则对政府职能和行政能力提出了更高要求：管制规则的效率取决于政府控制灰市的监管力度。

黑白灰红绿黄的市场差别，使我们进一步看到规则类型的区分意义，凸现了科斯关心的“经济运行的法律影响”。^[41]从经济学的角度来看，所有选择的实践效果都反映在价格之上，决定价格的重要因素是市场类型。而特定的市场类型，往往是特定规则选择的结果。市场类型是规则与价格关系的连接点，特定的规则类型总是通过特定的市场类型作用于权益的最终定价。法律规则的效率比较，应当着眼于规则类型与市场类型的对应关系，从不同规则对应的市场类型，看到不同规则产生的效率影响。

五、回到污染案：效率比较的实践应用

至此，通过对“卡-梅框架”的进一步完善，本文已经从不同规则的事前和事后效率及其对应的市场类型和交易价格两个维度，建立了关于规则选择效率比较的理论框架。不论事后效率（机会成本）和事前效率（行为激励），还是市场类型及其交易价格，都为理解规则选择的实践差异提供了比较和分析的框架基础。

不同于传统法律经济学上关于事后成本和事前激励的效率标准，基于市场类型的差异，提出的是关于不同规则实践后果的一个总体性的比较框架。这当然并不意味着两种分析维度不可兼容。市场类型的差异本身，并不能直接得出规则效率的评价。只有结合了规则选择在事后和事前效率上的差异，才能更好地理解，为什么一个社会并非总是选择看似效率

[39] 当然，如果禁易规则的执行极不严格，以至于黑市变为了白市，那么随着交易风险的降低，法益价格也会下降。这是另外一个问题了，本文无从多论。

[40] 灰市的一个典型例证，是劳动合同法规制下的劳动市场。即使有法律的明确规定，工人仍可能迫于各种压力而延长劳动时间。这就是在八小时的红市之外，创造了“加班”的灰市。加班工资就是灰市价格。但是有时，灰市价格可能会以另外一种极端方式表现出来。比如无法承受长时间劳动的心理强迫而跳楼。从法律经济学的角度来看，自杀也是加班的一种“价格”。这也是我们所说的灰市价格可能波动很大的一个例证。参见徐志强、丘慧慧：《富士康血汗工厂调查》，《深度话题》2006年第7期。与之相比，劳动市场的黑市典型，就是黑煤窑雇佣的童工。从两者的不同处理结果，可以看到灰市和黑市的差异。

[41] Coase, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, p. 10.

最优的白市或绿市，而是很多时候宁可付出灰市或者黑市的代价，仍然选择管制乃至禁易规则。

回到前文所述的环保法律实践。^[42] 通过将现实的法律实践对应于特定的规则类型，我们得以考察不同规则类型对应的市场类型、事后成本或事前激励，在可供选择的规则清单中做出具体而微的比较权衡。

从环境保护的法律实践来看，所有前述的救济途径及其相应的实践后果，都可以在本文的规则类型及其相应的市场类型中找到对应。现行的立法选择，是以“环评”为核心的行政主导体制，也就是管制规则。^[43] 管制规则之下，工厂只要符合环境影响评价法规定的环评标准，获得环评批复与排污许可，就可以通过支付“排污费”（一种准污染税）获得进行生产的合法权益。这时形成的是一个行政许可建立的红市。但是工厂也许会在缴纳排污费后偷偷增加排放量，因而创造出一个灰市。可以想见，某些地方的排污工厂可以通过私下给居民或官员“封口费”，长期维系这一灰市，使得灰市变为了“准白市”。但是在很多地方，则因灰市无法被居民所接受，而产生了“环境群体性事件”。甚至，正是因为人们预见到红市之外必然产生“灰市”，因此在立项之初就表达出了反对意见，比如新近发生的云南昆明和四川成都的公众游行。

群体性事件的处理结果对应的是禁易规则。禁易规则之下，法律禁止工厂的排污行为，而且工厂不能通过与居民达成协议来获得排污权。名义上说，工厂的结局只能是搬走，最终的结果是“无市”。但是实际上，只要利益足够大，工厂还是可能私下高价买断居民对河流的合法权益或者贿赂腐败官员，从而继续生产。这就形成了一个黑市。这时，当事人或利害关系人可以诉诸法院，寻求财产规则或责任规则的保护。财产规则之下，居民有免受污染的权利，可以获得强制工厂停止排污的司法禁令。居民有权在工厂支付足够补偿后放弃诉诸司法禁令，这时双方之间形成的是一个白市。责任规则之下，原本拥有权益的居民只有以法定价格获得补偿的权利。这时，法院可以委托评估机构确定一个损害赔偿额度，工厂在支付损害赔偿金后就可以继续生产。工厂和居民之间形成了一个强制交易的绿市。理论上，法院还可以选择无为规则。这时，工厂可以继续生产，但是会受到附近居民的不断抗议，乃至面对暴力冲突，同样会导致“环境群体性事件”。即使国家听之任之，为了企业形象或者生产安全，工厂也可能会最终和居民达成一个和解协议。这里形成的是一个黄市。

中国环保法律实践的历史演进，实际上正是一个在上述规则清单中依次选择的过程：从最初的无为规则的黄市，变为财产规则的白市和责任规则的绿市（环境保护法），又在此基础上增加了管制规则的红市和灰市（环境影响评价法），再到禁易规则的黑市或无市（主要是“群体性事件”的处理结果，尽管在环境保护法中已有规定），最后是扩大财产规则和

[42] 为了简便起见，我们假定：除无为规则外，相应权益都被赋予了居民，而且居民和工厂的退出成本都极为高昂。这一假定符合通常的环境污染问题。

[43] 我国现行的环境保护法律实践，实行的是以标准管制为核心的管制规则，即所有的管制措施都是为了实现特定的环境标准。围绕特定的环境标准，现行法律确立了以“环境评价—排污控制—污染治理”为体系的环保制度。这种以标准管制为基础的环保体制，正是管制规则的基本特点。

责任规则保护的主体范围（民事诉讼法）。比如，一方面，“直接受到损害的单位或者个人”可以依据环境保护法第 41 条，提起民事上的环境污染损害赔偿之诉，也就是诉诸责任规则，或者政府主管部门或检察机关依据其第 35、37、38、43 条，提供财产规则的保护途径。另一方面，“法律规定的机关和有关组织”也可以依据民事诉讼法第 55 条，“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”，“向人民法院提起诉讼”。表 3 是对上述一系列法律实践的一个简明呈现。

表 3 中国环保法律实践对应的规则类型

实践类型	规则类型	解决途径	规则类型	市场类型
早期		无明确法律规定	无为规则	黄市
环境保护法（1989）第 36、39 条		关停迁转	禁易规则	黑市/无市
环境保护法（1989）第 41 条		排除危害，赔偿损失	责任规则	绿市
环境保护法（1989）第 35、37、38、43 条		罚款，行政处罚（治安管理处罚），追究刑事责任	财产规则	白市
环境影响评价法（2002）		事前审批，事后监管	管制规则	红市和灰市
民事诉讼法（2012）		环境公益诉讼	财产规则/责任规则	白市/绿市

要比较相继而并行的上述环保制度，还需要具体分析不同规则类型的效率差异。基本的问题在于：（1）在环境污染问题上，为什么当前以项目环评为核心的管制规则在效果上并不理想？环境群体性事件爆发之后的禁易规则是否更为可欲？（2）为什么以往的环境污染特别是环境群体性事件中司法一般不予介入？尤其是，司法救济的责任规则，是否应当以及在多大程度上能够取代政府干预的管制规则？（3）如果依据民事诉讼法第 55 条引入司法救济，应当适用财产规则还是责任规则？只有回答了上述三个基本问题，才可能在更为一般性的意义上回答：如何理解、评价和改革现行的环保法律制度。

首先，通过黑市和灰市两类市场的区分，可以进一步理解，为什么近来的环保实践往往演变为群体性事件，以至于最终解决方案从管制规则变为了禁易规则。一如前述，只要污染企业生产的产品存在着巨大的市场需求，对工厂适用禁易规则就必然导致违法生产的黑市。以环境保护的现实方案而言，很多情况下为了避免禁易规则下的危险黑市，人们往往可以接受管制规则，开放政府监管下的合法红市。但是巨大利益的驱使下，污染工厂总是有动力在合法红市之外暗地创造非法灰市（比如大连福佳大化的 PX 项目），比如在许可范围之外增加排污量，或者在污染治理上偷工减料。污染工厂暗地创造的非法灰市，要长期维系，必须“收买”当地居民的多数民众或当地政府的少数官员。一般来说，污染工厂收买少数官员总是要比收买多数民众更为容易，也更为便宜。如果当地政府官员能够监管有力、有效杜绝非法灰市，如果污染工厂愿意下大力气、花大价钱来抚平居民因环境污染产生的不满，那么这一环保体制都能够得到维系，工厂和居民就可以相安无事。

但是，如果最终的结果，是污染工厂罔顾居民利益，暗地和少数政府官员达成权钱交

易,当地居民就只能以激烈手段维护自己的权利和利益。一旦非法灰市长期得不到有效控制,就必然导致普通公众对于政府监管能力和廉洁品质的强烈质疑。而且,如果政府始终监管不力甚至与污染企业同流合污,管制规则的灰市弊端就会被不断放大,红市就会事实上被灰市取代,乃至最终也变为灰市。这时,民众只能以“环境群体性事件”的方式,要求适用一刀切的禁易规则取代名存实亡的管制规则。只是,这时虽然不再付出污染泛滥的灰市代价,却付出了禁易规则的黑市代价。从社会的角度来看,黑市的代价绝不仅仅是黑市中违法而危险的交易、更多的暗箱操作和违法乱纪,而且意味着失去了那些本可在其他市场(比如管制规则下的红市)中得到的收益:价格更低、质量更好的产品和服务,就业的增加,经济的持续稳定发展,社会的和谐安定,等等。禁易规则只能是极端情形下的权宜之计,绝非万能的良策,无助于环境污染问题的彻底解决。

那么,既然行政手段有着明显的局限(禁易规则过于极端,管制规则并不理想),是否司法介入会效果更好呢?这是很多学者尤其是法律学者会提出的疑问。让我们主要以责任规则和管制规则为例,考察这两种司法和行政干预的典型途径之间的效率比较。两者在事前效率上的替代关系,有助于深入理解环境保护的司法救济。

选择责任规则(通过司法部门事后界定损害赔偿金)还是管制规则(通过行政部门的事先审批、事先课处污染税),关键在于事故风险评估的难易程度。一方面,随着我们对于某类环境污染的因果关系以及影响范围获得了较为明确的科学认识,现行的以行政管理和转移支付为主的环保方案(管制规则),就可以更多转化为司法裁量和损害赔偿的救济方式(责任规则)。另一方面,如果是新出现的、相关科学认识尚不成熟的污染性生产项目,由于因果关系尚不清楚,损害发生概率难以估计,或者缺乏共识,也许适用管制规则就要比责任规则更为可行。很多群体性事件的爆发,都在于普通公众和政府部门乃至专家学者之间,对于建设项目(比如PX项目)的污染危害缺乏共识。事故风险的公共认知往往陷入某种极端情形:不是完全缺乏认识,就是只有片面认识。这种情况下,不仅政府主管部门的“环境影响评价”难以服众,法院对于事故的发生概率和实际损失的司法判断同样不可能被接受。尽管民事诉讼法第55条给出了更为宽泛的司法救济的法律依据,但是事故风险在公共认知上缺乏客观依据和主观共识,仍然是现实的并且难以克服的障碍。

在经济学上,事故风险的公共认知是一个“估价成本”问题。从事前效率出发提出的规则选择问题,面临的是司法介入的事后效率问题。一般来说,法院自身很难在短时间内解决这类事实性的而非法律性的认知问题,毕竟司法的专长不在此。环境污染案的立案难由来已久,从法律经济学角度得出的一个可能的解释,就是案件受理的机会成本太大。环境污染案件的特点,决定了这类案件的司法成本往往会比其他案件为高,比如因果关系通常很难确定,损害以及赔偿范围也不易划清,尤其是对当地生产生活的实际影响难以估量。环境污染案件中科斯所谓的“问题的相互性”非常显著:^[44]工厂提供的就业机会和税收贡献,与污染产生的民生影响和环境破坏,孰重孰轻,往往很难估价。当这些问题摆在法院面前时,是否受理案件就成为了一个问题,而非理所当然的结论。

[44] 前引[10], Coase文。

即使引入保护力度更强的财产规则也是如此。毕竟，环境污染造成的损害往往是不可恢复甚至不可替代的，即使可以寻求司法救济，也往往是大错已成，无力回天。与其把问题留待事后解决，不如在一开始就防微杜渐。随着社会对于长期生存环境的珍视日益超过了短期经济效益，司法通过金钱损害赔偿（责任规则）乃至刑事制裁（财产规则）提供的事后激励，已经无法满足人们的利益诉求。这就可以理解，即使民事诉讼法第 55 条提供了公益诉讼途径，人们还是会通过上街游行的方式，在立项之初就阻止环境污染项目的启动。当然，这不能全然理解为对司法机关的不信任（这当然是一个因素），而应该将其视为人们表达出的一个公共偏好。而政府部门的事前管制，明显要比司法机关的事后救济更能实现这一公共目标。

这意味着，不同规则之间效率比较的关键问题，实际上与规则适用主体的制度能力密切相关。就当前中国环保实践而言，规则适用主体的公信力与执行力能否得到有效提升，是现行环保体制中各类规则之间效率差异的决定性因素。从事前效率的比较来看，所有规则类型都有行为激励上的管制效果，但是管制的途径以及效率会有很大的差异。相比于管制规则下动态互补的红市和灰市以及禁易规则的黑市，财产规则的白市或责任规则的绿市尽管看似更有效率，实际上是对司法机关的制度能力提出了极高的要求。

就当代中国的实际情况而言，行政机构往往要比司法机关在环境保护方面具有更大的制度优势。行政机构往往要比司法机关具有更多的制度弹性，因此其制度能力的调试空间也相对更大。政府主管部门可以通过提高“环评标准”、加征“排污费（“污染税”）或者强制“环境保险”等许多方式，以事前的风险防范替代事后的损害补救，将潜在污染控制在一定范围之内。如果我国法院的司法制度能力，一时难以突破其客观局限（表现为污染损失的估价成本过于高昂），那么民事诉讼法第 55 条提供的公益诉讼途径，也就难以在短期内得到有效实施。实际而言，中国司法部门的公信力和执行力也并不比行政部门更高。当然，这绝不意味着现行的行政主导体制尚能胜任当前的环保要求。接连不断的环境群体性事件已经足以说明，以环境影响评价法为核心建立的环境保护体制，亟需完善。在现行环保体制下，要为环境保护提供更为有效的法律途径，需要环保部门大幅提升自己的公信力与执行力，既要避免禁易规则的一刀切式的因噎废食，也要避免管制规则下监管不力造成的严重后果。

当然，司法介入仍然有其实践的意义，尤其是在事故风险认知的科学性和共识性更强的情况下。随着民事诉讼法第 55 条（公益诉讼条款）的适用日益广泛，司法应当如何介入，也会成为一个新的问题。这就涉及财产规则与责任规则的效率比较。

对此，以往的法律经济学研究，多是强调“节省交易成本”的事后效率。实际上，作为一种事后救济手段（不论财产规则还是责任规则，都意味着司法定价取代了私人议价），在行为激励即事前效率上的差异可能更为重要。为了确保财产规则的有效实施，促进权益的私人定价，财产规则的救济手段要明显区别于责任规则。如果权益还在拥有者手中，比如污染工厂尚未或者刚刚开始生产，解决办法就相对简单，通常是对妨碍私人自愿定价的一方（比如工厂）发布禁令，强制其停止侵害，以阻止潜在的或者已经发生的权益侵害，有时还要并处其恢复原状和排除妨害。但是，如果相应权益已经被人剥夺，比如污染工厂未经批准暗地生产（大连福佳大化 PX 项目就是如此），就要对已然铸就的错误给予严厉的

法律制裁：从惩罚性赔偿直至刑事处罚。否则，如果一律是依据“市场价格”支付损害赔偿金，财产规则就被转化为了责任规则，就在事实上失去了意义。正如弗里德曼所说，“粗略地讲，我们可以将责任规则看成是赔偿等于已经造成的损害，而将财产规则看成是赔偿高到足以遏制该行为。”^[45]

一般而言，当政策导向侧重于对居民生活环境的保护，法律就应该选择以财产规则来保护环境资源；反之，当目的在于激励企业更多投资，提升当地的就业和税收，法律就会倾向于选择责任规则。这意味着，真正的事后效率上的权衡，其实不在于交易成本的高低，而是与当时当地的政策取向有关，比如创造更多就业机会，还是营造更多宜居社区。从当代中国来看，究竟是就业重要还是宜居重要，仍然因时因地有所差异，而且往往难以偏废。所谓“又好又快”的发展模式，实际上是要求在生产和生活之间寻求一个平衡。

这意味着，实践当中或许可以形成一个责任规则与财产规则相结合的“组合规则”。一方面，在环境污染后果相对严重的情况下，优先适用财产规则。我国目前的环保法律制度中，环境保护法在第五章（法律责任）规定了一系列行政处罚和刑事处罚措施，从警告、罚款直至行政处分、刑事责任。尤其是第43条明确规定：“违反本法规定，造成重大环境污染事故，导致公私财产重大损失或者人身伤亡的严重后果的，对直接责任人员依法追究刑事责任。”一些环保法律，比如水污染防治法第90条和大气污染防治法第61条，也规定了类似的刑事责任。刑法第八修正案也对第338条做出了进一步修改：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”这些都可以视为财产规则的体现。不过，这些财产规则都是刑事处罚或行政处罚，而没有涵盖民事救济。随着环境公益诉讼的增多，相关领域的民事立法和司法，也许可以增加一些具有惩罚性赔偿性质的救济途径。^[46]另一方面，在环境污染后果相对较轻的情况下，由法院按照污染程度裁量赔偿金额。这也是目前国内通行的做法，只赔偿环境污染造成的实际损失。其依据通常是环境环保法第41条：“造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失”。^[47]至于具体的污染评估和赔偿额度，尚没有明确的法律规定，因此时常不能获得公众的信服。不论是惩罚性赔偿还是实际发生的损害，都还需要立法上的进一步突破，以及在司法实践当中不断总结经验。

综上所述，仅就目前的环保法律实践来看，制度上更为可行的仍然是不理想的管制规则乃至禁易规则，而不是更理想的责任规则或财产规则。而在责任规则和财产规则之间，则要依照污染后果的轻重加以选择。应当看到，每一种规则都不够理想。现实往往如此：理想的遥不可及，可及的并不理想，最终能做的，只是“两害相权取其轻”。这就是制度选择的经济原理。

[45] [美] 弗里德曼：《经济学语境下的法律规则》，杨欣欣译，法律出版社2004年版，第64页。

[46] 美国环境保护方面早已产生了惩罚性赔偿的司法判例，比如，*Silkwood v. Kerr-McGee Corp.*, 464 U. S. 238 (1984)。

[47] 比如，林成福与何平基相邻污染侵害纠纷上诉案，（2012）南市民一终字第1508号；魏其保与光山县龙山水利发电站等水污染侵权纠纷案，（2010）信中法民终字第033号；王道顺与镇江市凯帆铜材有限公司环境污染损害赔偿纠纷上诉案，（2007）镇民一终字第214号。

六、结语：法律选择的界权成本

本文提出的是一个用于理解和比较不同规则之间效率差异的分析框架。以环境保护制度的规则选择为例，本文丰富了“卡-梅框架”的规则类型，梳理了事后成本和事前激励的效率标准，进而提出了规则类型对应的市场类型：无为规则对应的黄市、禁易规则对应的黑市、财产规则对应的白市、责任规则对应的绿市、管制规则对应的红市和灰市。

本文对这一理论框架的论述，主要是以环境污染问题为例。实际上，现实中的可能应用数不胜数。比如今年两会期间一些代表提出的诸如“卖淫合法化”、“二胎生育指标转赠”、“金钱买分数”、“索赔小三”、“取缔网吧”等所谓“雷人提案”，都提供了上述框架的典型例证。迟凤生代表的“卖淫合法化”提案，是希望将原本的禁易规则（刑法第358条关于“组织他人卖淫罪”的规定），修改为管制规则乃至财产规则，将性交易从黑市（违法市场）转化为红市（特许市场）乃至白市（自由市场）。李兴浩代表提出的“穷人可将二胎生育指标转赠给富人”，也是希望将原本的禁易规则改为财产规则，将生育指标作为一项财产权利，开放一个生育指标的白市。马兰代表认为，第三者和有过错的配偶一方共同侵犯了另一方的权利，无过错方有权向第三者提出赔偿，是希望将第三者和原配之间现行的无为规则修改为责任规则。这一呼声早在2001年修改婚姻法时就不断被民众提出，希望法律赋予无助的无过错配偶一项对第三者“强卖”的求偿权。刘长铭委员所说的，“谁要是给我500万，我绝对降他20分录取”，则是希望将管制规则改为责任规则，将北京四中的学生录取名额明码标价，价高者得。而严琦委员提出的“关闭社会网吧”的主张，则是希望将管制规则改为禁易规则，认为最为有效的解决方案不是加强管理，而是彻底关闭，将红市和灰市变为黑市。着眼于规则选择对应的市场类型，可以一目了然地看到这些提案的实质意涵，以及这些提案可能带来的实践后果。这一理论框架，应当有着广阔的应用前景。

理论而言，每种合法权益都可以从上述规则清单中选择任何一种保护途径。但在实践层面，法律最终只能选择其中的一种。选择了一种规则，就意味着必须放弃所有其他选择，意味着只能得到这种规则对应的市场类型、机会成本和行为激励，而不可能兼得只有选择其他规则才可实现的实践效果。这就是法律选择的“制度成本”，也是笔者一直强调的“界权成本”。^[48] 规则选择的界权成本，不是张五常所说的非鲁滨逊经济必然付出的“交易成本”，^[49] 也不是庇古所说的相对于私人成本的“社会成本”，^[50] 而是指法律在选择特定规则类型时所必须放弃的、如果选择其他规则类型可能获得的全部收益。正如在环保制度的例子中看到的，现行法律得到的只能是管制规则下并行不悖的红市和灰市，甚或极端情形下的黑市，而必须付出从财产规则的白市、责任规则的绿市、乃至无为规则的黄市中可能得到的那些制度收益。这就是中国当代环保制度的“价格”，这就是这一制度选择的界权成本。

效率比较的根本意义，在于提醒我们，规则选择总是必须付出相应的界权成本。没有哪种规则天经地义。任何法律选择都应在约束条件下，充分考虑到不同选择的事后成本和

[48] 参见凌斌：《界权成本问题：科斯定理及其推论的澄清与反思》，《中外法学》2010年第1期。

[49] 前引〔23〕，张五常书，第145页。

[50] [英] 庇古：《福利经济学》，朱泱等译，商务印书馆2006年版，第二编第九章。

事前激励,及其对应的市场类型与权益价格。不同的规则类型总会直接或间接影响到人们的生产生活:企业的生死存亡,居民的生老病死,以及其他社会成员的幸福和痛苦。法律选择的艰难就在于此。只有充分考察所有可能的规则类型,比较不同选择的效率差异,才能更为理性而审慎地理解、评价和完善相关制度。五类规则的分析框架,及其相应成本、激励的梳理和对应市场、价格的区分,可以帮助我们更为清晰地看到不同选择的实践后果和效率差异,从而做出尽管艰难但是依然清醒的法律选择。

Abstract: The key issue behind the environmental group events in law and economics is the efficient choice of the legal rules in environmental protection. The property rules and liability rules framework by Guido Calabresi and Douglas Melamed is of help. The main efficiency standards of C&M Framework are ex post opportunity cost and ex ante incentive efficiency. Taking a thought experiment of environmental pollution as example, the C&M Framework can be extended to five types of rules, corresponding to different types of markets, that is, inactivity rules to yellow market, inalienable rules to black market or no market, property rules to white market, liability rules to green market, and regulation rules to red market and gray market.

According to the efficient standards, we may examine the cost-benefits and the practical effects of the existing and potential legal options in environmental protection. By contrast, the current regime based on the Environmental Impact Assessment Law is generally more efficient than the ex ante administrative prohibition and the ex post judicial remedies, but is subject to the credibility of the environmental protection agencies. However, according to the very practice of environmental protection in today's China, the regulation rules and the inalienable rules are more realistic than the liability rules and the property rules. And the choice between the liability rules and the property rules should take the heaviness of the pollution into account. The choice of rules has to suffer the delimitation cost. Only if all the possible types of rules have been examined and all their efficient differences have been compared, can the choice, evaluation, and improvement of rules be rational.

Key Words: environmental protection, efficiency of legal rule, law and market, delimitation cost
