

自发到自觉:我国市场信息不对称 法律规制体系研究

李 军^{1ab}, 陈新岗^{2cd}

(1.山东女子学院 a.社会与法学院;b.知识产权研究中心;
2.山东大学 c.经济学院;d.信用研究中心, 济南 250000)

摘 要:信息不对称会导致市场失灵,引起逆向选择和道德风险,这种问题市场是有效市场的隐患,市场自身不能解决,需要公共机构的强制介入,而一般的公共机构缺乏权威,因此需要政府的法律规制。依据科斯定理和法经济学的理论,当交易费用大于零时产权的分配及调整相比交易本身调整能够带来更大社会福利。因此,市场信息不对称法律规制的关键所在是信息披露义务的分配及违反该义务的救济。当前我国市场信息不对称法律规制存在众多问题,尚未形成体系。如:缺少信息不对称法律规制原则、规则体系;法律规制的方法体系中缺少第三方工具、激励工具,工具的设置也缺少经济学和法学理论依据;对于市场信息不对称法律规制核心内容总结不足等。完善其基本思路:遵循信息持有人负披露商品信息义务的原则、制定违反信息披露义务单独惩戒规则及举证责任倒置规则,形成信息不对称法律规制的原则和规则体系;依据一般法理,概括市场信息不对称法律规制体系的核心内容,包含:市场信息披露权利和义务的确定,不披露信息行为的定性及分类;信息不对称行为的法律责任;完善第三方和社会公益组织信息披露工具,依成本—效益理论设置惩罚工具,常态化激励工具,合理设置组合工具,形成信息不对称法律规制的方法体系。

关键词:市场信息不对称;科斯定理;成本—收益理论;信息披露义务;举证责任倒置;法律规制体系;法律规制方法

中图分类号:C02;D912.29 文献标志码:A 文章编号:1672-8580(2017)04-0016-16

一、问题提出

坚持完全市场自由的新自由主义政策以及福利经济学的基本假设中信息是完全的,但是

基金项目:山东省人文社会科学项目(15-JS-YB-11)

作者简介:李军,博士,副教授(E-mail:lijunyishi@163.com)

陈新岗,博士,教授,硕士生导师(E-mail:chenxingang@sdu.edu.cn)

现实生活中信息往往不完全,市场交易的各方所拥有的信息是不同的,并且获取信息需要成本,如此就形成了市场信息不对称的常态^[1-4]。信息不对称条件下,信息优势的一方能够利用信息获取利益,并且有可能利用信息优势进行欺诈,从而可能导致市场失灵。在市场失灵的情况下解决路径是政府干预,而政府干预的一个基本途径是法律规制。对于市场信息不对称的法律规制并不是随意而发,而应该在信息不对称经济学理论和法学理论下构建一套合理的机制或者体系。伴随着我国市场经济的发展,市场信息不对称问题带来了许多问题,如市场中产品的假冒伪劣现象比较严重。为了应对这些问题,我国采取了一些相应的法律规制措施,但是迄今这些措施仍然散乱无章,本文尝试归纳我国市场不对称法律规制存在的问题,以经济学和法学理论为指导,探讨我国市场信息不对称法律规制体系的生成问题。

二、市场信息不对称法律规制的主因及关键所在

(一)市场信息不对称法律规制的主因

根据信息经济学的理论,信息不对称会导致市场失灵问题,主要的表现是逆向选择和道德风险(如下表^[5])。

信息不对称带来的行动及问题

信息不对称类型	隐藏行动	隐藏信息
事前信息不对称		逆向选择
事后信息不对称	道德风险	道德风险

逆向选择,是指市场交易中对交易标的的质量缺少信息的一方往往会降低价格来交易,进行了逆向选择,使得市场价格越来越低,最终导致优质产品很难交易或退出市场。美国学者阿科劳夫(George A. Akerlof)在《柠檬市场:质量不确定与市场机制》一文中,以二手车市场为例较早阐释了逆向选择问题。二手车市场中,卖车一方知道车的质量情况,则卖方可能夸大价格、以次充好,而买方在质量不明的情况下将会尽可能压低价格,如此质量最好的车将很难卖出高价,由此导致好车退出市场,出现了市场失灵现象,最终导致产生劣货驱逐良货的局面,甚至导致旧车市场消失^[6]。逆向选择不仅仅发生于旧车市场,在保险市场、信贷市场等众多的市场交易中经常出现。

道德风险,是指交易中拥有信息的一方在交易后通过信息优势来隐藏信息和行动,从而获益。道德风险可分为隐藏信息的道德风险和隐藏行动的道德风险。如在保险中,被保险人在投保火险之前,更可能采取积极的防火措施,但是在投保火险之后,被保险人更有可能不再像从前一样采取防火措施,或者在火灾险全额赔偿情况下不采取任何防火措施,这便是隐藏行动的道德风险^[7]。如在医疗过程中,医生知道病人的病情,知道如何用药,但是病人并不知道,在用药和医生收入挂钩的情况下,医生有可能隐瞒病情和用药信息,而用价格高的药物,这就是隐藏信息的道德风险^[8]。

通过上述信息经济学理论,可以看出市场信息不对称不仅带来市场失灵,而且会诱发道

德风险,市场失灵的结果是市场消失或失去了效率,并且信息缺失的一方的权益会遭到损害,信息优势的一方会获得额外利益,社会失去了公平。发生逆向选择和道德风险的市场,信息不对称无法通过市场自身解决,信息劣势方获得交易标的信息的成本有时非常高,如消费者很难获得产品的完全信息,这时求助于公共机构是最好的选择,而一般的社会公益组织,如消费者协会等,没有权力,也没有强大力量来充分促进信息畅通。而政府作为国家权力的载体,必然将充当干预市场信息不对称的权威力量。在市场信息不对称的情形下,政府干预的目标必然是促成市场信息的对称,使信息劣势方获得信息,而让信息劣势方获得信息的一条重要和直接路径是信息获得权利和义务的分配,而权利和义务分配的规则应属法律规制范畴。当然政府干预也可以采用经济手段,但是在法治社会中,不管政府采取何种手段,如税收、价格、信贷等等,均应该依法实施,因此政府干预市场信息的手段也应该依法而为。由此可以说,法律规制是政府干预市场信息不对称的主要途径之一。^①

(二) 法律介入市场信息不对称的关键所在

法律介入市场信息不对称是制度经济学研究的范围,采用制度经济学的分析方法结合法学理论,可以找到法律介入市场信息不对称的关键所在。

首先来介绍制度经济学的一个重要理论——科斯定理。科斯定理有三层内容:第一,当交易费用为零时,不管产权如何设置,交易方的谈判皆会带来资源配置利润的最大化,即帕累托最优^②。第二,当交易费用大于零时,不同的权利设置,将导致不同效益的资源配置^[10-11]。第三,当存在交易成本时,通过明确分配已界定权利所实现的福利改善可能优于通过交易实现^[12-13]。交易成本为零是一种理想的状态,交易成本为正是制度经济学应解决的主要问题。约瑟夫·费尔德明确阐述了科斯第二定理的两个合理推论:在选择把全部可交易权利界定给一方或者另一方时,政府应该把权利界定给最终导致社会福利最大化或者社会福利损失最小化的一方;第二,一旦初始权利得以界定,仍然有可能通过交易来提高社会福利^[14]。波斯纳也总结过类似的定理: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;另有:能以最低成本避免事故而没有这样做的当事人要负法律责任^[14]。简言之,当存在交易费用时,应该将初始权利界定给交易费用最低或社会福利最大化一方。例如在二手车市场中,买方想获得二手车质量信息,需要通过自己试驾、咨询专业人士、查询汽车的原来信息等各种途径,付出很高的交易成本,而且并不一定能够获得真实信息,而卖方对二手车质量信息更清楚;这时将交易中二手车质量信息的获得权分配给买方(或者说将信息提供的义务分配给卖方),这样买卖双方的信息将趋向对称。

虽然初始权利和义务已经界定,但是权利能否最终实现和义务能否最终履行,并不确定。如二手车市场中,虽然卖方有义务披露车的质量信息和承担质量责任,但是卖方最终是否披露信息取决于卖方不披露信息的收益和其机会成本的比较。二手车买卖中,披露信息的初始义务界定给卖方后,低质量的二手车卖方如果披露真实信息,那么其价格将降低,这时卖方并不愿意披露信息,反而更愿意美化质量信息。当法律没有规定不披露信息的制裁时,不披露信

息的机会成本是其信誉的降低,而二手车第一手卖方大多不在二手车市场长期多次交易,因此对二手车市场信誉的保持并没有吸引力,而当不披露信息能够卖一个较高价格时,不披露信息的机会成本很小,这时其在交易博弈中的最优选择就是不披露信息。根据经济学的成本—收益理论,改变这种博弈的选择,需要增加不披露信息的机会成本,从而剥夺卖方不披露信息的收益,从而促使其披露信息。法律规制的方法有两种:一种是政府的行政执法手段,法律规定政府对不披露信息的行为可以施加行政处罚等制裁,增加其成本;第二种是司法救济的方式,法律规定卖方不披露信息,买方可以就该行为获得赔偿。因为司法救济大多是损害后果出现后的救济,因此行政手段较司法手段更直接。但是在两者之间哪个效率更优取决于具体的情况,一般而言,在诉讼成本过高或诉讼收益过低的情况下,受害方不轻易诉讼,那么侵害方很容易选择侵害的机会主义行为,以获得更高收益,这种情形下行政手段更优¹⁹。在二手车市场中,低质量的车虽然质量较低,如果没有安全缺陷,不影响合法使用,卖方不告知信息,很难界定有损害,因此受害方的诉讼收益是很低的,在这种情况下行政手段是可行的。当然,如果法律规定不披露信息有很高的惩罚性赔偿,那么司法救济就是一种更可行的手段。

综合上述分析,法律介入市场信息不对称的肯綮首先是法律对于信息披露义务(或者信息获得权)的分配,然后是保证信息披露义务履行的法律手段,包含行政执法手段和司法救济手段。

三、我国市场信息不对称法律规制自发到自觉的历程

(一)我国市场信息不对称法律规制的自发阶段

自改革开放至上世纪 90 年代初,我国商品经济和市场经济处在“摸着石头过河”的初步发展探索阶段,不仅商品经济体制没有建立起来,经济学的理论也处在初步学习阶段。这一时期的法制建设也同样如此,我国的法律大多以从国外简单移植和自发回应市场出现的问题为主,类似于照猫画虎的膝跳反应状态。正与美国学者罗伯特·考特等对美国 20 世纪 60 年代法律状态的描述类似:“立法者和裁决者经常问:一项制裁将如何影响行为,例如,对有缺陷产品的生产者施以惩罚性赔偿,未来产品的安全性和价格将如何变化?或者如果三次触犯法律的人会被自动关进监狱的话,犯罪的数量是否会下降?1960 年的立法者在回答这样问题时的做法和公元前 60 年的人们一样——通过直觉和一切可利用的事实。”20 世纪 60 年代后,“经济学提供了一个科学的理论来预测法律制裁对行为的效用”¹⁹。

例如,1986 年我国颁布了《工业产品质量责任条例》,该法规定了部分信息不对称条款,如第 9 条之(二)要求:根据不同特点,有产品名称、型号、规格、成份、重量、含量、生产批号、出厂日期、用法、产品技术标准编号、生产厂家、厂址等文字说明,有使用期限的产品应标明失效时间;优质产品应当有特殊标志。但是针对该条款并没相应的处罚等法律责任条款,使该类条款规则成为“软法”,实际上失去了其本身应有的效果。1993 年《产品质量法》出台,完善了该信息不对称条款,其第 15 条规定:产品或者其包装上的标识应符合下列要求:有中文标明的产品名

称、生产厂名以及厂址;有产品质量检验合格证明;根据产品的特点和使用要求,需要标明产品等级、规格、所含主要成份的名称和含量的,相应予以标明,等等。并且其第 43 条规定了罚则:标识不合法,如果情节严重的,可责令停止生产及销售,并且可处违法所得 15%至 20%的罚款。如此使得违反信息披露义务有了隐性成本,可以更好地遏制信息不对称的道德风险。

再如 1993 年《消费者权益保护法》,虽然规定了假货的惩罚性赔偿,但是在当时遭到了众多反对,即使是立法起草者,也并不清楚到底怎样确定赔偿数额,最后确定了尝试性的两倍赔偿¹⁷。该法第 8 条虽然规定了消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权要求经营者提供商品的规格、等级、用途、性能、价格、产地、生产者、生产日期、主要成份、检验合格证明、有效期限、使用方法说明书、售后服务,或者服务的规格、内容、费用等情况,但是该法并没有规定相应的罚则。

(二)我国市场信息不对称法律规制从自发到自觉的过渡

上世纪末期迄今,我国市场经济向纵深发展,法制建设也得到了全面发展,经济学、法经济学的理论越来越深入人心,根据中国知网的搜索,研究信息不对称的论文最早出现在 1996 年,有 1 篇,2006 年达到高峰 386 篇,此后至今,每年均在 300 篇以上。¹⁸在这一背景下,信息不对称经济学理论在法制建设中得以尝试。

如 2000 年《产品质量法》修改,对于产品信息披露义务的罚则进一步完善,规定:情节严重的,责令停止生产、销售,并处违法生产、销售产品价值金额百分之 30%以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得。而 1993 年规定:处违法所得百分之 15%至 20%的罚款,没有没收违法所得规则。显然 2000 年的修改更加合理,明显增加惩罚力度,进一步增加了违反信息披露义务的隐性成本,能够较好地防止违法受益的机会主义行为。又如 2013 年《消费者权益保护法》针对信息不对称方面增加了许多条款。如针对通过网络、电视等途径购物中买者无法即时当面审视检查货物的情形,赋予了购买人无条件 7 日内退货的“后悔权”(冷静期机制)。对假货等欺诈行为的惩罚性赔偿数额较 1993 年消法进一步增加到三倍,最低为 500 元;并增加了明知缺陷造成人身损害的二倍赔偿。消法赔偿数额的增加明显是针对当前假货和欺诈行为横行的严厉措施,自觉运用了信息不对称的经济学理论,通过增加欺诈者的机会成本来最大程度地减少消费欺诈行为。

我国少部分立法草案说明的部分内容,也体现了我国尝试运用信息不对称经济学理论的自觉。如 2015 年 12 月 2 日国务院法制办公室在《关于〈中华人民共和国专利法修订草案(送审稿)〉公开征求意见的通知》中,说明“为解决专利许可供需信息不对称问题,借鉴国外经验,引入当然许可制度,降低专利许可成本”。

在我国司法实践中,信息不对称理论也开始被运用。如 2013 年 12 月 18 日最高人民法院在《关于认真学习贯彻实施消费者权益保护法的通知》(法[2013]288 号)中,说明:“新《消费者权益保护法》施行后,人民法院要合理分配当事人的举证责任,既要充分运用举证责任倒置,解决当事人商品信息不对称的问题,充分保护消费者的合法权益,又要明确消费者的初步举证

的义务,及时查明案情,分清是非责任。”通过北大法宝案例数据库,以“信息不对称”关键词搜索,带有“信息不对称”词汇的案例和裁判文书有 886 个,其中民事(834)、知识产权(24),较早的案例是案号年份为 2004 年的案例,但是信息库中,裁判文书案例内容不仅包含法院说理部分,还包含当事人诉称、辩称和案例评析等,均存在含有“信息不对称”关键词的情形;另外尚有许多重复案例,如内容基本相同的诉某建工集团的商品房预售合同纠纷案例有 417 个。根据抽选统计,排除重复案例、当事人陈述辩论中带有“信息不对称”词汇的情形,裁判机关说理中带有信息不对称内容的案例约有 40 个(886 个的 1/20)。^③

(三)目前我国市场信息不对称法律规制体系的不足

1.信息不对称法律规制原则、规则体系的不足

首先来看一个案例:孙某与某建工集团有限责任公司商品房预售合同纠纷案。2008 年孙某与建工集团签订《商品房预售合同》,交房后孙某发现房屋内顶部有分管线,影响了层高和空间面积,管道暴露在房内也影响美观,孙某为此进行了包管装修;双方当事人均认可涉案房屋户门外走廊顶部有管道,延伸至户内;其次即使有管道楼层的层高也符合约定;另外,并不是每一层房内都有管道,而建工集团在售房时已知涉案房屋内管道情况,但未就管道情况向孙某告知,亦未因管道问题减少价款。一审和二审法院对本案的说理基本相同:本案中,现行法律法规及双方所签合同中均未要求建工集团需要对本案争议的管道情况予以告知;但是涉案房屋存在的管道确实影响到房屋的美观度,如解决美观度问题可能增加部分装修费用,对房屋使用功能亦造成一定影响;在房屋预售过程中,建工集团知道管道的情况而未将管道问题告知孙某,违背诚实信用原则,理应承担相应的民事责任;鉴于建工集团在售房时未因管道问题减少价款,而涉案房屋存在的管道确实对房屋使用功能造成一定影响,故法院根据该问题对涉案房屋使用功能的影响程度,酌情确定建工集团赔偿孙某 5000 元。^④

该案中,房屋的卖方利用了信息不对称,将有管道的房屋和无管道的房屋售出了相同价格,但是两审法院均未找到在该情形下明确强加卖方告知管道情况义务的法律法规,合同本身也没有约定。因此法院依据《民法通则》规定的诚实信用原则,认为信息不对称的情形下,卖方不告知即违背该原则,因此卖方应该赔偿。但是法院的说理并不透彻,根据信息不对称理论,卖方不告知管道的情况,获得了相对于告知情形下更高的价格,因此实际上该案应该是减少价金的合同价格变更案件。根据合同法,减少价金的条款有:《合同法》第 111 条规定的质量不符合约定的,可以要求减少价款;第 54 条:因重大误解订立的,在订立合同时显失公平的或者一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。在本案中房屋的管道问题既不违法,也不违约,却对房屋的功能有影响,但是影响极小,因此不符合《合同法》第 111 条的情形,也不是重大误解;因为管道影响极小,其降低后的价格与合同价格偏离并不会很大,因此很难构成显失公平;房屋质量本身不违背法律和约定,卖方就管道问题选择了沉默,合同和法律并没有要求告知,因此在房屋质量并不存在较大缺陷的情形下也很难将其界定为欺诈。在具体的法律规

则不能解决本案问题的情形下,法院并没有完全按照信息不对称理论分析该案件,而是直接适用了诚实信用这一帝王原则。

综上所述,通过本案可以看出,信息不对称情形其实存在于市场细微当中,目前我国关于商品房的法律法规不可谓不多,如《民法通则》《合同法》《房地产管理法》《城市房地产开发经营管理条例》《商品房预售管理办法》等等,另有司法解释《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,但是众多的法律规则均未能涵盖一个房屋的管道问题。该案从一个侧面说明目前我国信息不对称的理论并没有在立法、司法、执法中被充分运用,就市场信息不对称问题也没有形成一套较完整的原则和规则体系,致使本案不得不求助于诚实信用原则了事。

2.信息不对称法律规制方法体系的不足

信息不对称的纠正方法有私力方法和公力方法。私力方法主要有:信息传递,如产品提供方通过说明、广告、商标、专业中介、提供担保等方式传递信息;信息甄别,如产品需求方通过产品资料、专业中介等获得信息;双方合意的约定;如约定信息披露的义务归谁等。公力的方法有:政府的干预(包含法律规制)、协会等社会公共力量的干预。信息不对称法律规制方法按照不同的标准有众多分类,如依照是否是信息传递分为信息工具和非信息工具。信息工具又有很多分类,如以功能为标准,可分为收集工具、识别工具、流动工具与补强工具^[19];依照对交易的直接干预与否可分为:直接干预工具,主要有交易主体的信息披露义务,间接干预工具,如公共机构的信息公开制度、信息提供激励制度等^[19]。综合而言常见的分类有信息工具和非信息工具,信息工具如信息披露、信用评价、审批许可等等,非信息工具有不披露信息的制裁惩戒等方法;另外根据奖惩与否分为命令控制方法和激励方法^[20]。命令控制方法是指通过强制措施来实现信息对称或者来处理信息不对称的后果,如审批制、强制信息披露、行政处罚、刑罚、撤销交易及赔偿损失的司法判决等等;激励方法是通过给予经济或者精神的奖励来消除信息不对称,如对于信息披露做的好企业信用等级评价相应较高。目前虽然这些方法在我国市场信息法律规制中均有采用,但是仍存在众多问题。

其一,第三方和社会公益组织信息披露工具采用不充分。按信息传递的主体,信息披露工具有:交易参与方的法定信息披露(如产品质量的法定说明制度);市场第三方的信息披露制度(如证券咨询机构、会计服务机构、房屋中介、砍价师、社会征信等等);社会公益组织的信息披露制度(如消费者协会等);政府信息披露制度(如工商登记信息披露等等方式)。在这些众多信息工具中,目前我国第三方信息和社会公益组织的信息披露制度的发展尤为落后,如我国企业和个人的征信等信用法律制度尚未建立;再如目前的社会公益组织带有较强的行政色彩。如中国消费者协会目前仍是行政主导下的机构^[21],很难从独立第三方角度公正地评价和监督消费市场。如消协实行的“消费者信得过单位”评价制度,许多被评出的企业存在大量问题,如2013年湖南省查封的一家生产假冒伪劣化肥企业曾获“消费者信得过单位”称号^[22]。2003年我国发生了首例因政府对企业颁发“放心牌”而消费者状告政府连带责任的案例^[23],虽然法院

审理认为政府颁发“放心牌”是行政指导行为,并不侵犯消费者的人身和财产权。但是政府采用这种信用评价的方式很容易误导消费者。

其二,惩罚工具设置不符合成本——收益的理论。对信息不对称者的惩罚并不是目的,而是手段,是为了威慑阻止违法行为,那么从经济学的角度而言,仅当信息不对称的收益小于成本时,威慑作用才能产生。在我国的立法中,惩罚工具的设置较少依据成本与收益的理论,特别体现在罚款中。如《中华人民共和国水污染防治法》规定的罚款数额最高是100万元;对于不披露有关信息的部分行为罚款是1万元以上10万元以下;拒绝或者虚假报送水污染物排放申报登记事项;未按规定安装污染自动监测设备或者与国家监测联网,以及监测设备未正常运行的;未依照规定保存废水排放记录等等。^⑤相对于有些国家,我国对水污染的罚款数额相对较低;如美国《清洁水法》中规定,如果某个环境违法行为处于持续状态,就实行“按日计罚”,每天不超过37500美元^[24]。按照常理而言,上述《水污染防治法》列举的信息不披露行为对于环境的检测非常重要,如工业废水检测的原始记录是查清工业废水排放的主要依据之一,原始记录不保存很难查清企业究竟排污多少;在不保存原始监测记录罚款仅有1-10万元以及没有原始记录很难查清废水排放情形下,选择不保存原始记录的收益往往更大,而付出的处罚成本较小。可以看出《水污染防治法》这一罚款设置完全不符合成本与收益理论,很难发挥其威慑非法排污等机会主义行为的功能。

其三,激励工具采用极少。在信息不对称理论中,激励工具是一个有效的解决方法,特别是对于道德风险。如在企业生产产出能够量化的情形下,计件工资较计时工资更有效,因为计时工资中,不管工人努力工作效果如何,大家都获得相同的工资,那么就会熄灭工人的积极性^[25]。激励工具在我国的现有立法中已经开始尝试,如《机动车交通事故责任强制保险条例》规定:机动车如果没有发生交通违法行为和交通事故的,保险公司应在下个年度减少其保险费率。在此后的年度内,一直没有发生交通违法行为和交通事故的,保险公司应继续减少其保险费率,直至最低保费标准。^⑥该规则通过降低保费来减少被保险人投保后不积极防范投保风险的道德风险行为。激励相较于惩罚是显得更人性的一种规制工具,但是当前在我国法律中激励工具运用的较少。如《消费者权益保护法》中没有设置任何生产者和经营者激励工具。

其四,组合工具设置不合理情形较多。法律规制中采用单一工具的情形较少,而往往是多种工具的组合,如既采用信息工具又采用非信息工具,既采用惩戒工具又采用激励工具。在目前我国信息不对称的法律规制中,组合工具设置不合理的主要表现为:组合工具规制程度与信息不对称情形存在许多不相称的情况,具体表现为:对信息不披露的情形缺乏组合工具或组合工具的叠加过于严厉。如《消费者权益保护法》第8条规定了消费者知情权,但是并没有规定经营者不遵守该条款的任何制裁措施,使得消费者知情权没有任何保障可言。

综合而言,虽然我国对于信息不对称采用的法律规制方法越来越多,但是在忽视信息不对称理论指导的情形下,尚未形成较成熟的法律规制方法体系。

四、我国市场信息不对称法律规制体系的构建

(一)原则、规则体系的构建

根据前文所述信息不对称的经济理论,信息不对称法律规制介入的肯綮是:信息权利的分配和增加信息持有人不披露信息的成本。在此基础上构建的法律原则规则体系包含:对信息权利分配,设置信息持有人负披露信息义务的原则;对增加信息持有人不披露信息的成本,设置单独处罚或赔偿规则、举证责任倒置规则。

1.信息持有人负披露信息义务的原则

根据前述信息不对称的经济理论及分析,一般而言信息义务分配给信息持有人更能实现经济效益。相应地,在法律中应该设定信息持有人披露信息的义务原则,在民法的原则体系中从属于诚实信用和公平原则。这样在信息不对称的具体社会现象下,若无具体规则时可以适用该原则,而不必求助于更抽象并容易引起个案争议的诚信原则和公平原则。在信息持有人披露信息的义务原则的基础上,在制定调整各类社会关系的具体规则时,应该根据这一原则制定具体规则。如在上述孙某与某建工集团有限责任公司商品房预售合同纠纷案中,应该在商品房销售的法律规制中,明确规定商品房预售人有义务披露影响商品房质量、功能、用途的信息,这样就不会出现在本案中难觅具体法律规则的情形。

依法理,信息持有人披露信息义务来源于两方面:约定和法定。约定的披露信息义务基于当事人的意思自治,原则上不受干预。而法定的信息披露义务会带来成本和效益的强制分配,因此法定信息披露的范围是信息披露义务原则的一个核心问题。有些信息是经营者付出额外成本获得的,如销售者通过众多途径获得的某一产品在不同市场的价格信息,要求销售者负有披露该类信息的义务并不合理。^④附加在商品之上的信息很多,那么究竟什么信息应该归属于法定披露信息?常识而言,获得商品后要使用商品,正常地使用商品需要知悉商品使用的基本信息。因此涉及商品使用的基本信息应是法定的披露范围,如商品质量、功能、用途、用法、权利归属、危险度等保护人类动植物生命健康、环境危害等特性和使用的基本信息。同时,对于商品的制造者而言,商品质量等基本信息是制造商品时附带的信息,获知和披露这些信息并不需要过多额外成本。而对于商品的购买者而言,如果制造者或经营者不披露这些信息,那么其获知信息需要付出更大成本。因此,从商品使用需要和成本与收益的角度来看,商品使用基本信息皆应属于法定信息披露范围。商品使用基本信息之外的信息原则上不应纳入法定信息披露范围,如商品的另一重要信息——价格信息,如同样材料制造的鞋为什么不同的品牌销售的价格不同。原则上不涉及商品质量基本信息的价格构成信息,不需要强制信息披露。不同的品牌,其技术、广告等投入不一样,这些信息是商业竞争的正常途径,如果披露将使经营者无任何商业秘密可言,势必使竞争途径丧失,那么竞争市场也将不存在。当然商品的价格并不是无限制,过高的价格和过低的价格均需要规制,以防止信息不披露带来的信息滥用,当然这一问题并不是信息披露义务规制的范畴,而应由公平交易和公平竞争法来规范。

信息持有人披露信息义务原则的另一个核心问题是信息披露义务的主体。首先,依据较小成本原理及信息直接来源的常理,商品的制造者更熟悉商品基本信息,因此应由其作为首要的信息披露义务人。其次,信息披露义务的主体涉及商品后继经营者。虽然商品的制造者是首要的披露义务人,但是商品被制造后在市场流通,后继者可能发现及施加某些信息,如发现商品有缺陷或更好的使用方法,或者损坏了商品,那么这些信息是否需要披露?不言自明,后继经营者应该就其对商品施加的关于特性和使用的基本信息负有披露义务,如运输中碰坏了商品的信息。对于后继经营者发现的信息,应按影响商品特性和使用的优劣来区分。后继经营者发现的商品缺陷信息应该负法定披露义务,因为后继经营者也应对其经营的商品作质量担保;而后继经营者发现的商品更好的使用方法不能强制披露,如果强制披露将压制后继经营者努力经营的积极性,使其付出的劳动得不到应有的回报,最终将会损害商品市场和社会福利。

2.信息不披露行为负单独惩戒规则

根据前文分析,信息权利和义务分配并不能完全消弭信息不对称问题,而需要信息权利和义务下的救济措施,增加不披露信息的机会成本,这样才能够解决不履行信息披露义务的问题。在这些救济措施中,建立信息不披露单独处罚、单独赔偿规则尤为重要。如《消费者权益保护法》规定消费者有权要求经营者提供商品的价格、用途、性能、规格等等有关信息,但是该法并没有规定相应的处罚等救济措施。那么在造成消费者损失的情形下,经营者即使不披露也不会被惩罚,这时经营者就有可能选择不披露信息而模糊产品质量从而抬高价格。孙某与某建工集团有限责任公司商品房预售合同纠纷案也反映了这一社会现象。因此根据经济学的成本与收益理论,应该就信息披露义务本身单独设置处罚或者赔偿规则,而不管是否对信息弱势方造成损害,以增加信息不披露的成本,从而抑制信息方不披露信息的动机。

3.举证责任倒置规则

对信息披露的救济中,不管是行政处置还是司法处置,都需要有成本,如诉讼费、举证成本等;当救济成本过高时,信息弱势方大多会放弃诉讼等救济措施。在信息披露情形下,信息由持有人掌握,对于信息披露义务履行与否其最知情,将信息披露义务是否履行的举证责任分配给信息持有人,能够增加信息持有人不披露信息的机会成本,同时降低信息弱势方的救济成本,因此更符合效益和公平的理念。当前在我国的立法中信息不对称举证责任倒置规则已逐渐被重视起来。如2013年《消费者权益保护法》修订,增加了机动车、计算机等耐用商品或者装饰装修等服务,经营者承担有关瑕疵的举证责任。^⑧

(二) 规制体系的核心内容

市场信息不对称的现象在社会生活中无处不在,对其规制的法律规则也纷繁众多,如《产品质量法》《消费者权益保护法》《食品安全法》《环境保护法》《劳动法》《合同法》《公司法》《证券法》《保险法》《广告法》等等众多的法律中存在众多此类规则。综合而言,民商法、经济法、劳动法、环境法、社会保障法、诉讼法、刑法等众多部门法,或多或少存在规制市场信息不对称的法

律规则。由这些法律规则,也构建了许多制度,如:类似证券信息披露的信息披露制度,类似工商登记、不动产登记、不动产登记公示制度,审批核准制度、物的占有推定及票据无因性的善意制度,合同格式条款制度、重大误解制度、信用评价制度等等。在这些众多的法律制度和法律规则中,很难找到一个逻辑体系,不过依一般法理,法律是以规定权利与义务为内容,调整人的行为及社会关系的规范^[29]。据此,市场信息不对称法律规制体系的核心内容是信息披露权利和义务的确定、信息不对称行为的定性及其责任。

1.市场信息披露义务的确定

需要强调的是,无论是在民商事法律关系、行政法律关系中,还是在诉讼程序中,解决信息不对称的核心问题,首先是确定谁承担信息披露义务。如:《合同法》规定格式条款提供方应该以合理的方式提请对方注意的义务;《产品质量法》主要规定了生产者标识的义务,不得提供虚假信息的义务;《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》规定:“对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任”。因此,市场信息不对称法律规制的完善,首先需要在各个部门法的立法中梳理其调整的法律关系中存在的信息不对称情形,依此确定应当披露的信息和信息披露的义务主体。信息披露义务的确定,主要包括信息披露的信息及信息披露义务的主体的确定,在上文信息持有人负披露信息义务原则的部分已作探讨。

2.不披露信息行为的定性

市场信息不对称中信息披露行为的定性也是法律规制的重要内容。信息披露行为的定性涉及行为后果定性问题,如不标识产品信息,是违约行为还是违法行为,涉及到其责任的构成要件和责任的性质及方式将不同。对于不披露信息行为依据其违反的是法定义务还是约定义务,分为违约行为和违法行为。对于披露信息的约定义务和违约行为,法律的规制一般是通过诉讼等司法救济途径实现,而行政干预很少,因此在该类行为的法律规制中应该更多地完善司法救济途径。而披露信息的法定义务和违法行为,行政干预的方式就更多,可以通过行政许可、行政强制、行政处罚等方式进行规制。对于披露信息的违法行为甚至可以通过刑事制裁来进行规制,当前我国立法中已有类似规则出现。如我国《刑法》第 161 条规定:承担法定信息披露义务的企业和公司,如提供虚假或隐瞒重要信息的,构成“违规披露、不披露重要信息罪”。对于不披露信息的行为,根据作为与否,可分为信息披露的不作为和披露虚假信息的作为。在市场信息披露中,信息提供者既可能不提供信息,造成信息不对称,也可能通过提供虚假信息来加重信息的不对称。对于提供虚假信息的应该加重惩戒,以增加其违法成本,如增加民事领域的惩罚性赔偿,增强行政处罚,甚至可科以刑罚。而对于信息披露的不作为,尽量避免以刑事手段进行制裁。

3.不披露信息行为的法律责任

法律责任即是法律权利的保障机制,又是违反法律义务的矫正机制,是法律体系的核心组成部分。同理,不披露信息行为的法律责任是市场信息不对称法律规制的核心内容之一。不披露信息行为的法律责任涉及民事责任、行政责任、刑事责任以及举证不能的责任等司法程

序中的责任。对于不披露信息行为的民事责任,涉及责任的形式、构成要件和承担方式。不披露信息的违约行为,应该承担违约责任;不披露信息的违法行为应承担侵权责任。对于侵权责任,基于信息劣势方很难弄清信息优势方的主观心理状态的问题,应适用过错推定责任或者严格责任。在立法实践中,实际上已自发地形成了这种趋势,如《侵权责任法》规定的产品缺陷责任是严格责任,规定医疗机构隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料的适用过错推定责任。其次,不披露信息的违约行为很多情形下并没有造成实际财产损失,如不披露产品的失效期,并不一定对产品使用者造成实际财产损失或者仅有很少的财产损失,这时应该增加精神损害赔偿和因维权受损的惩罚性赔偿,因为失效期的不确定对产品使用者造成了精神困扰,当事人的维权也有损失,以此增加不披露信息违法行为的成本,并弥补信息劣势方的损失。对于不披露信息行为的行政责任,应该就不披露行为设置单独的惩戒规则,以促进其披露信息。对于不披露信息行为的刑事责任,主要针对披露虚假信息的作为和隐瞒重要信息的行为。对于司法程序中举证责任问题,在上文举证责任倒置规则中已有阐述。

(三)方法体系的构建

首先,立法培育和规范第三方和社会公益组织信息披露工具。在市场中专业性较强的产品和服务,一般交易者很难知悉其质量,需要专业机构或者人员提供有关信息,以便解决信息不对称的问题。虽然这些机构和人员促进了市场信息的传递;但是另一方面如果不加以规制,可能导致信息服务者和信息持有人联合制造虚假信息的情形,从而加剧了市场信息不对称。如目前的电视购物行业中存在宣传信息普遍违规问题^[27],需要立法明确电视购物平台与具体商品经营者的连带责任,以增加电视购物平台违法成本来抑制信息不对称。除了私立的第三方服务机构外,社会公益组织的培育和规范也比较重要。目前我国社会公益组织较混乱,很多带有较浓的行政色彩。因此对于社会公益组织应该进行去行政化培育,同时进行法律规制,引导其通过可行的方式来传递市场信息。例如消费者协会应该取消现行的仅有最终结论的“放心品牌”评价制度,而应采用披露经营者具体信息的方式和带有信用等级性质的评价方式。

第二,以成本——收益的理论指导设置合理惩罚措施。信息持有人之所以选择不披露信息,一个主要原因是由此而获得的收益高于其不披露信息的成本。因此在设置法律规则时,应该充分加大信息不披露的成本。如《水污染防治法》中应该加大水污染相关信息不披露的罚款额度,而不是仅仅最高 10 万元,并且规定持续性不披露信息的日罚款额度直至其披露信息,这样才能充分增加其违法成本,预防违法行为。

第三,激励工具在法制中应该被充分运用。激励工具作为有效解决道德风险更温和的方法,应该得到足够重视。如在消费者权益保护领域,虽然《消费者权益保护法》中没有设置任何生产者和经营者激励工具,但是其 2013 年的修订增加了间接激励工具,如加大惩罚性赔偿是通过激励消费者追索赔偿的方式来抑制造假行为,当然对于生产者和经营者而言这并不是直接的激励工具。法律、行业规范及其他规则应该增加直接的激励工具。如信息披露程度应作为

企业信用等级评价的一个重要权数,应作为企业管理善治评价的一个重要权数,以此激励企业披露信息。再如法律明确规定对于经营者主动召回缺陷产品的情形减轻处罚等,以激励经营者披露产品信息。综合而言,激励工具有直接和间接方法,具体包含增加被激励者的市场声誉、增加其收益、降低其成本、减轻处罚等等。

第四,合理搭配组合工具。怎样设置合理的组合工具,取决于是否能够节省规制成本又能取得规制效益,也就是规制的程度应该符合比例原则,规制措施恰好能够抑制信息不对称^[20]。当然这是一种最理想的状态,是几乎不能实现的目标。实践中面对信息不对称被过度利用的社会现象,能够实现规制目标的设计是组合工具规制的程度需要超过信息不对称的情形,当然这种程度不应该不合理以至于信息披露的成本过高而压制市场供应。如《产品质量法》第 54 条规定产品标识不合法的处置措施有:责令改正;情节严重的,责令停止生产及销售,并处违法生产、销售产品价值金额 30% 以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得。该条款中“责令停止生产及销售”与“并处违法生产、销售产品价值金额 30% 以下的罚款”的叠加非常严厉,中间缺乏过渡。如可以改为:情节严重的责令改正,并处违法生产、销售产品价值金额 30% 以下的罚款,如果不改正的,再责令停止生产或销售,并处违法生产或销售产品价值金额 30% 以下的罚款及没收违法所得。如此设计能够较好地实现制裁的过渡,不至于使得生产和销售仅仅因为标识不清而直接被禁止。

五、结 语

目前关于市场信息不对称法律规制的研究也有不少,但是大多从某个经济领域进行研究,如对消费信息、金融领域、环境领域、旅游领域、农地转让市场、信用领域等领域出现的信息不对称及其政府规制进行研究,也有个别研究从某法律部门角度研究信息不对称的法律规制,如从民法、经济法的角度进行探讨。但是鲜有对市场信息不对称法律规制的综合研究。本文试图在这些研究的基础上,以经济学理论和法理学理论为指导,以系统的方法归纳市场信息不对称的法律规制体系,供立法者、执法者、司法机构在立法、行政、司法实践中自觉运用法律规则和工具来处置信息不对称问题,以缓解我国目前诈骗层出不穷、假货横行、部分市场混乱失灵的社会状态。

构架法律规制的体系,必然有原则以及原则支配下的规则。以理性逻辑,解决信息不对称基础的方法应是信息劣势方有获得信息的权利,信息优势方有披露信息的义务,因此该体系的原则必然是信息持有人应承担披露信息的义务。在此基础上,以经济学的成本——收益理论及法学理论来演绎规则,当信息持有人不承担披露的义务时,法律应该通过使其违法成本超过违法收益的方式迫使其披露信息,那么较好的方法是对信息不披露行为单独惩戒,因此单独惩戒的规则是必要的。另外法律的执行和适用需要成本,并且信息是否披露信息持有人最清楚,由政府和信息劣势方来举证非常困难,因此应实行举证责任倒置的规则。构架法律规制的体系,其核心内容需要归纳,依据一般法理,信息不对称法律规制体系的内容包含信息披

露义务的确定、不披露信息行为的定性及法律责任。市场信息不对称法律规制体系具有特色之处是:信息不披露信息行为的作为和不作为分类及其处置、不披露信息行为过错责任或严格责任。市场不对称法律规制的工具体系较多,其中重点是围绕工具的比例原则和成本与收益理论来探讨工具的设置,并着重介绍了激励工具。

本文尝试构建市场信息不对称法律规制的体系,从内容到原则、规则体系,再到规制工具体系进行自圆其说,但是能否真正做到这一目标还有待持续探讨。例如仅在原则、规则体系中列举了两个规则,显得体系不丰满。其次,本文的论述更多是从市场交易直接双方的角度,如果加入第三方,将会出现第三方善意及其他问题,需要进一步阐释。另外,市场信息不对称法律规制工具非常多,制度也非常多,囿于内容较多和篇幅有限本文仅进行了简要探讨。

注释:

①格林沃德和斯蒂格利茨提出了格林沃德——斯蒂格利茨定理,认为不仅在外性不完全的市场上存在市场失灵,需要政府干预,在信息不对称情况下也存在市场失灵,也应该进行政府干预。具体见:Bruce C. Greenwald, Joseph E. Stiglitz. Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets[J]. The Quarterly Journal of Economics, 1986(2):229-264.

②2016年1月6日通过中国知网以“信息不对称”为关键词以篇名进行论文检索。

③2016年1月7日通过北大法宝和北大法意案例数据库进行了检索。通过北大法意案例数据库,因为数据库中的搜索没有最精确的搜索,用“信息不对称”关键词对判例全文进行搜索,带有“信息”“对称”“不”等词汇的案例都被选出,因此案例选出的较多,共656条,较早的案例是案号年份为2004年的案例,这些案例中还有重复的案例,如诉某建工集团的商品房预售合同纠纷案例有310个,裁判文书案例内容包含当事人诉称和辩称、案例评析等,其中含有“信息不对称”。根据抽选统计,裁判机关说理中带有信息不对称内容的案例大致在1/15(40个案例)左右。通过北大法意数据库检索的有关案例数量和北大法宝数据库类似。

④孙某与某建工集团有限责任公司商品房预售合同纠纷上诉案,资料来源于北大法宝数据库。

⑤《中华人民共和国水污染防治法》第72条。

⑥《机动车交通事故责任强制保险条例》第8条。

⑦波斯纳在其《法律的经济分析》中举过这样一个例子:“在莱德劳诉奥根(Laidlaw v. Organ)一案中,一位名叫奥根的新奥尔良商人由于在新闻为公众知道前就知道了格亨特条约(the Treaty of Ghent,它结束了1812年战争),所以他以特定价格从莱德劳公司处订购了大量烟草。当公众知道要解除英国对新奥尔良海上封锁的条约时,烟草价格很快上涨了30%-50%,莱德劳公司就想不履约。联邦最高法院认为这是不允许的。”波斯纳分析认为:如果我们不允许人们自己保有信息从而得益,那么他们首先获取信息的积极性就会很小或没有,最终受损失的往往是社会。由于奥根的交易,才使根据战争结束这一信息作出的价格调整得以很快开始。如果他不可能从隐蔽某些他拥有的信息(虽然其余的存在于市场价格中)而得益,那么他不可能有任何激励去开始其交易。具体见波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,2003.

⑧《中华人民共和国消费者权益保护法》第23条第3款规定:经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务,消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵,发生争议的,由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

参考文献:

- [1] 约瑟夫·斯蒂格利茨.信息经济学:基本原理:上[M].纪沫,等译.北京:中国金融出版社,2009.
- [2] 约瑟夫·斯蒂格利茨.信息经济学:应用[M].纪沫,等译.北京:中国金融出版社,2009.
- [3] 肯尼斯·J·阿罗.信息经济学[M].何宝玉,等译.北京:北京经济学院出版社,1989.
- [4] 鲜京宸,刘庆.不完全信息转递下美国国债期货投资路径与久期对冲方法研究[J].重庆师范大学学报(哲学社会科学版),2015(4):82.
- [5] 张维迎.博弈论与信息经济学[M].上海:格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社,2004.
- [6] George A. Akerlof. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism [J]. The Quarterly Journal of Economics, 1970(3):488-500.
- [7] 赖茂生,王芳.信息经济学[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [8] 马费成.信息经济学[M].武汉:武汉大学出版社,2012.
- [9] 科斯.企业、市场与法律[M].盛洪,等译.上海:上海三联书店出版,2009.
- [10] 科斯,阿尔钦,诺斯,等.财产权利与制度变迁[M].刘守英,等译.上海:上海人民出版社,1994.
- [11] 袁庆明.新制度经济学[M].上海:复旦大学出版社,2012.
- [12] 约瑟夫·费尔德.科斯定理 1-2-3[J].李政军,译.经济社会体制比较,2002(5):78.
- [13] 何自力.比较制度经济学[M].北京:高等教育出版社,2007.
- [14] 波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,2003.
- [15] Steven Shavell. Liability for Harm Versus Regulation of Safety[J].The Journal of Legal Studies,1983(13): 357-374.
- [16] 罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学:第三版[M].施少华,姜建强,等译.上海:上海财经大学出版社, 2002.
- [17] 王元元.“消法”出台始末[J].瞭望东方周刊,2015(12):20.
- [18] 邢会强.信息不对称的法律规制——民商法与经济法的视角[J].法制与社会发展,2013(2):114-116.
- [19] 应飞虎,涂永前.公共规制中的信息工具[J].中国社会科学,2010(4):120.
- [20] 凯斯·R·孙斯坦.风险与理性:安全、法律及环境[M].师帅,译.北京:中国政法大学出版社,2005.
- [21] 刘武俊.消协去行政化才能让消费者信得过[N].法制日报,2013-11-09.
- [22] 黄兴华.湖南查封一生产假冒伪劣化肥企业曾获“消费者信得过单位”[EB/OL].(2013-03-28)[2016-01-11].http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-03/28/c_115197603.htm.
- [23] 马胜利,马伟利.质监局颁发“放心牌”该不该[J].检察风云,2004(2):34-35.
- [24] 李静云.按日计罚怎么罚[N].中国环境报,2014-04-02.
- [25] 陈钊.信息与激励经济学[M].上海:上海人民出版社,2005.
- [26] 孙国华,朱景文.法理学:第三版[M].北京:中国人民大学出版社,2010.
- [27] 高敬.中消协报告曝电视购物三大问题[N].中国质量报,2015-11-05.
- [28] 马有芳.违法信息披露:一种全新的行政实效性确保手段[J].四川理工学院学报(社会科学版),2016(5):23-25.

责任编辑:梁 雁

From Spontaneity to Self-Consciousness: A Study on the Legal Regulation System of Market Information Asymmetry in China

LI Jun^{1ab}, CHEN Xingang^{2cd}

(1. a. School of Sociology and Law, b. Center for Intelligence Property Research, Shandong Women's University, China; 2. c. School of Economics, d. Center for Credit Research, Shandong University, Jinan 250000, China)

Abstract: The information asymmetry will lead to market failure including adverse selection and moral hazard. Therefore, the legal regulation is necessary. According to the Coase Theorem and law and economics theory, the focal point of the legal regulation of market information asymmetry is the disclosure of information in an assigned duty and the relief for breach of the obligations. At present, there are many problems of legal regulation of market information asymmetry in China and the system has not been formed yet. This paper puts forward the following suggestions: the principle of the information holder bearing the disclosure obligation of information should be set up, separate disciplinary rules for violation of information disclosure obligation and the inversion of onus probandi should be established, thus, the system of principles and rules the legal regulation of the information asymmetry can be formed. The information disclosure tool of the third party and social welfare organizations should be perfected, the instrument of punishment should be set up according to the cost-benefit theory, the incentive tools should be normalized, the reasonable combination of tools should be set up, thus, the method system of the legal regulation of the information asymmetry can be formed.

Key words: market information asymmetry; Coase Theorem; cost-benefit theory; obligation of information disclosure; inversion of onus probandi; system of the legal regulation; methods of the legal regulation