



法律是如何被“架空”的 ——“限塑令”分析的法律经济学进路*

王凤涛

摘要：“限塑令”的出台体现了治理“白色污染”的需要，然而，它忽略了社会规范的作用，难以获得公众的信仰，以至在实施过程中步履维艰。“限塑令”提高了执法成本、增加了交易费用，并为寻租提供了条件，面临被“架空”的命运。通过行政规制实现“限塑”相对于其他方式具有优越性。要实现“限塑”的目标，从目前来看，在生产环节需要对生产商征收污染税，在销售环节需要确立塑料袋押金制；从长远来看，则需要寻求环保而且低廉的替代品。对“限塑令”的分析提供了法律如何避免被“架空”的启示：应当充分关注社会规范，法律特别是控制有害行为的法律必须进行成本—收益分析，重视对意识形态的投入，从而确保一部法律能够增进社会福利。

关键词：“限塑令”；社会规范；行政规制；替代品；法律经济学

法律必须被信仰，否则它将形同虚设。

——哈罗德·J·伯尔曼^[1]

法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的社会。

——罗伯特·C·埃里克森^[2]

* 作者王凤涛，男，山东大学法学硕士，研究领域为法律经济学、环境与资源保护法学等，代表作有《道德解释的谬误——反思长江大学学生救人事件的道德话语》、《嫌疑人近亲属受牵连境遇重塑》、《自然悬挂物坠落致人损害的责任》、《刑法典第89条第2款“又犯罪”之检讨与修改》等。E-mail: wwwft69@163.com

[1] [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第3页。

以“限塑”为初衷的“限塑令”的出台，并不意味着它所规制的问题的结束，实际上问题才刚刚开始。“限塑令”在力求解决问题的同时，也在无意间生成问题，因为“限塑令”的颁布实施本身就是一个问题。“限塑令”在实施过程中，既没能抑制需求也没有减少供给。^[3]“限塑令”对塑料袋消费者、销售商和生产商的行为会产生重新配置的作用，“限塑令”的利弊得失、实施效果以及在执行过程中事与愿违的深层原因都有待深入分析和探讨，而法律经济学提供了有益的理论框架。本文讨论的主题围绕“限塑令”对消费者、销售商和生产商行为的影响，“限塑令”能否促进消费者、销售商和生产商实行“限塑”行为，“限塑令”的习惯改变成本，塑料袋“免费”是不是社会规范，“限塑令”的执法成本，对交易费用的影响，“限塑”的最优策略是财产规则、责任规则还是行政规制，并对“限塑”的径路提供了探索性建议。在最后，从“限塑令”的遭遇出发，阐述了脱离社会规范、忽视成本—收益和意识形态投资的直觉性法规被“架空”的逻辑，进而获得法律如何免于被“架空”的启示。

一、“限塑令”是怎样出台的

塑料袋能极大的方便人们的日常生活，在奥地利人舒施尼发明它时，被视为“一次革命性的解放运动”，在世界各地迅速普及。20 世纪 80 年代，广东零售业最先开始向顾客附赠塑料购物袋，此后迅速普及到大江南北。当年的媒体曾热情讴歌这一“便民举措”，认为这开启了消费史上的新篇章。随着时间的推移，由此引发的日益严重的“白色污染”却越来越让人头疼。研究表明，不可降解的塑料袋自然腐烂需要 200 年以上，而填埋会占用土地，影响农作物吸收养分和水分，还会污染地下水，焚烧又会产生有害气体，损害人体健康。时至今日，塑料袋被英国《卫报》称为 20 世纪“人类最糟糕的发明”。^[4]中国的塑料袋消费数量惊人，白色污染更是惨不忍睹。中国连锁经营协会和商务部 2007 年底联合发布的国内首部《超市节能问题报告》显示，中国快速消费品零售全行业每年消耗的塑料袋数量约为 500 亿个，全国仅每天买菜要用掉 10 亿个塑料袋，其他各种塑料袋的用量每天在 20 亿个以上。仅广州一地，每天产生的塑料袋垃圾就近 2000 万个。来自中国科学院理化技术研究所的数据表明，目前中国每年塑料使用量约为 3000 万吨，其中 10% 不可回收，而 3% 左右成为白色垃圾。人们并非不知道白色污染的危害，但是改变人们的消费习惯却绝非易事。^[5]如何采取措施减少塑料袋的使用，控制“白色污染”，成为全国各地不得不提上议事日程的问题。

对超薄塑料袋的限制，中国部分省市早就开始了。1999 年北京、天津、江苏、辽宁等十多个省市陆续“试水”，与此同时，一些大型超市、销售商也自行推出塑料袋有偿使用的规定。有“香格里拉”之称的云南省迪庆藏族自治州，从 2001 年起禁用塑料购物袋，成为中国大陆第一个禁用塑料购物袋的地区。^[6]这一做法虽然在云南省一度引起了一定程度的重视，但在全国范围内，并未引起太大反响。而除云南省迪庆藏族自治州之外的各省市，在进行“限塑”的“试水”之后便不了了之，也未出台有影响力的规范性文件。

[2] [美]罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 354 页。

[3] 调研发现，“限塑令”实施后，在超市、商场，收银员和销售人员普遍反映塑料袋“刚开始使用的少了”，现在与以前相比“没少”；而在流动摊点、路边店铺和农贸市场，塑料袋的使用量依旧如初，只是方式更为隐蔽。

[4] 参见“‘禁白’如何不‘白禁’‘限塑令’考验政府执行力”，登载于新华网，网址：http://news.xinhuanet.com/politics/2008-01/24/content_7483355_1.htm，访问日期：2009 年 12 月 1 日。

[5] 参见“中国政府重拳治理‘白色污染’”，登载于同心报网，网址：<http://www.oztxb.com/webhtml/news/zgxw/2008/1/08122153953373.html>，访问日期：2009 年 12 月 1 日。

[6] 资料来源于中国法律信息网，网址：<http://www.law-star.com/zt/zt0154/>，访问日期：2009 年 12 月 4 日。

为缓解塑料袋引发的“白色污染”问题，很多城市都曾大力倡导环保消费，但收效甚微。深圳市环保局曾选定一批大型商场作为试点，宣传、推荐使用环保购物袋，树立一批限制滥用塑料袋的环保典型。但是，面对免费方便的塑料购物袋，众多消费者仍然忍不住随拿滥用，用完即扔。曾率先刮起“方便之风”的广东省，悄然开始了另一次探索，而这一次，可谓一石激起千层浪。2007年11月10日，深圳市对1994年9月颁布的《深圳经济特区环境保护条例》进行修改，并公布《深圳经济特区环境保护条例（修改草案稿）》（以下简称《条例（草案）》），公开征求市民意见，深圳市法制办经济法规处负责收集反馈意见。《条例（草案）》的第53条和第86条规定，深圳市将实行消费者有偿使用塑料购物袋制度，销售商如果向消费者无偿提供塑料袋，可能被处以5000元以上5万元以下的罚款。^[7]这项旨在改变市民消费习惯的立法引起了轩然大波。一些网民尖锐地批评说：“让消费者为环保买单，对消费者显然不公平，政府的责任如何体现？”“动辄罚款，难道没有比罚款更好的办法吗？”“这种办法缺少群众观点，谁能在挤地铁上班的时候还带个菜篮子？”，面对公众的质疑，深圳市法制办经济法规处处长曾穗生的回应是，《条例（草案）》中关于有偿使用塑料袋的规定，是希望发挥经济杠杆的作用，使环保成本进入更多人的视野。“立法也是无奈的选择，否则难以推动。”^[8]然而这仅仅是个前奏，正当消费者为这一立法忿忿不平之际，一项全国性的“限塑”法规的出台已在酝酿过程中，更大范围的“限塑”立法运动随即拉开大幕。

2007年12月31日，国务院办公厅发布《关于限制生产销售使用塑料购物袋的通知》，规定从2008年6月1日起，在全国范围内禁止生产、销售、使用厚度小于0.025毫米的塑料购物袋（以下简称超薄塑料购物袋）。^[9]2008年第8号中华人民共和国商务部、发展改革委、工商总局令公布《商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法》（以下简称《办法》），该《办法》于2008年4月16日由商务部第五次部务会议审议通过，并经发展改革委、国家工商总局同意予以公布，自2008年6月1日起施行。该法令规定，向消费者提供零售服务的商品零售场所（包括各类超市、商场、集贸市场），应当依据本法规向消费者有偿提供塑料购物袋，并规定商品零售场所的经营者、开办单位或出租单位违反本法规有关规定的行为承担相应责任。^[10]然而，“限塑令”似乎并未引起各地商务主管部门的重视，鲜有出台配套法规的情形，出现了振臂一呼而附和者少的局面。

为了进一步强化实施效果，2008年5月21日商务部发布《关于贯彻落实〈商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法〉的通知》^[11]，进一步强调《商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法》的意义、实施要求、宣传力度和实施监督。各地商务主管部门纷纷出台通知，^[12]进行“限塑”。自此，颇具争议的“限塑”活动在各地如火如荼地开展起来。对“限塑令”的质疑也陆续伴随出现在各种媒体之上。但兴师动众的“限塑令”的实施却流于形式，根本没有也不可能达到预期的效果。

二、“限塑令”对消费、销售与生产的影响

[7] 参见“深圳‘有偿使用塑料购物袋’引发争议”，登载于腾讯网，网址：<http://news.qq.com/a/20071116/000473.htm>，访问日期：2009年12月1日。

[8] 参见“新华视点：治理“白色污染”路在何方？”，登载于新华网，网址：http://news.xinhuanet.com/fortune/2007-12/12/content_7235824.htm，访问日期：2009年12月1日。

[9] 具体规定参见《关于限制生产销售使用塑料购物袋的通知》国办发[2007]72号。广义上讲，“限塑令”包括《关于限制生产销售使用塑料购物袋的通知》、《商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法》等在内的一系列“限塑”的配套性政策规定和法规。文中涉及“限塑令”具体条款时，是指《商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法》的规定，除此之外是在广义上使用的。

[10] 参见《商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法》第2-3、第13-14、第15-17条。

[11] 参见《关于贯彻落实〈商品零售场所塑料购物袋有偿使用管理办法〉的通知》商改发[2008]196号。

[12] 各地商务主管部门出台的通知基本上以商改发[2008]196号为蓝本，结合当地情况细化了具体规定。

“限塑令”要实现的直接目标在于限制塑料袋的免费使用,进而通过限制塑料袋的免费使用治理“白色污染”。基本的经济学逻辑就在于商品的价格与需求负相关,商品价格的上涨会导致需求的下降。但法律制定者却忽略了一个很重要的问题,商品的需求不仅取决于商品的价格,也受到替代品的影响,这一点显然被忽视了,而且商品的供给也会随商品价格的上升而增加。因此,“限塑令”是否会使“治白”以“白治”收场,也就不仅仅是杞人忧天式的疑虑。

(一) “限塑令”为何无法抑制需求

虽然有数据表明,执行“限塑令”后,全国塑料购物袋的使用量减少了2/3,“限塑”成果显著。在所有零售场所中,超市执行“限塑令”的成效最为明显,超市塑料购物袋的使用量减少了80%-90%,农贸市场、批零市场的塑料购物袋使用量减少了50%左右,但多数流动商贩和路边小摊仍在免费提供塑料袋。^[13]但这仅是针对“限塑令”出台初期统计得出的数据,即便数据的准确性不存在问题,也不能说明“限塑令”可以持续保持如此振奋人心的效果。

“限塑令”实施之后,超市内的连卷袋用量急剧上升。连卷袋作为塑料预包装袋,不属于“限塑令”第2条所规定的商品零售场所提供的,用于装盛消费者所购商品,具有提携功能的塑料袋,而是被排除适用的商品的塑料预包装袋。于是,生鲜、水果、蔬菜柜台边上自助的连卷袋,被消费者大量用于包装其他商品,更有一部分消费者索性将余下的连卷袋都拿走,用于当垃圾袋。超市无奈之下只好派专人进行定额配给,这在一定程度上影响了销售商的形象,又让销售商在管制的过程中有所顾虑。与此同时,垃圾袋的销量也在短时间内迅速上升。平时从超市带回家的免费塑料袋用完后可以用作垃圾袋,而现在,与有偿购物袋相比,购买专门的垃圾袋就更为划算。目前国家尚没有垃圾袋的标准,如果是可降解的环保型垃圾袋,要在塑料袋里添加降解料,价格至少比现在市场上的价格高上一倍。“限塑令”的实施至少没有从根本上起到大量减少塑料用量的效果,只是在形式上发生了转移。

“限塑令”提高了塑料袋的价格,根据替代效应,消费者一开始对塑料袋价格提高是敏感的,会暂时减少对塑料袋的消费而加大对其替代品的消费,也就是所谓的“明显减少”,但这只是“限塑令”实施初期的反应。塑料袋与目前市场上的替代品相比,有很多优势——方便携带、不怕水浸、便于放置又价格低廉。目前替代品无论是可降解的淀粉袋还是纸袋、布袋尚不成熟,成本往往比超薄塑料袋高出好几倍,导致价格远高于塑料袋的价格。受预算线的约束,消费者对替代品的消费必定受到限制。同时,在维持效用水平不变的前提下,消费者增加一种商品的消费数量会减少另一种替代品的消费数量,而且随着该种商品消费数量的增加,消费者为得到同等单位的这种商品所放弃的替代品的数量是递减的,^[14]经过一段适应期后,人们降低对塑料袋替代品的偏好,为了获得一单位的替代品所放弃使用的塑料袋数量会越来越少,转而重新认可收费的塑料袋,塑料袋的消费数量会缓慢回到或者接近“限塑令”出台前的数量。

具体到塑料袋的替代品而言,“限塑令”公布实施后,有些销售商开始提供环保购物袋(或菜篮)。假定每个环保购物袋单价为5元,可以重复利用10次,相当于每次消费者要支付0.5元,这与目前大部分塑料购物袋的单价相差不大,甚至会高于相当一部分塑料袋的价格。而与塑料购物袋相比,重复适用环保购物袋,必须加以保持并且要不断清洗以保持清洁,这就会产生保存成本和清洁成本。如果消费者懒得清洗(也可能是腾不出时间)的话,那么一个崭新的塑料袋显然要比一个脏兮兮的环保购物袋更为体面,在成本相同甚至更低的情况下,消费者更愿意去选择收益更大的塑料购物袋而不是环保购物袋。菜篮的情况与之类似,只是重复利用的次数会多一些,但单价更高,而且保存和携带成本也更高,这也是菜篮为何在市场竞争中被塑料购物袋取代的重要原因。

[13] 参见李英:“‘限塑令’的作用与问题分析”,《能源与环境》2009年第1期,第72页。

[14] 参见高鸿业:《西方经济学(微观部分)》(第四版),北京:中国人民大学出版社,2007年,第86页。

（二）“限塑令”为何难以减少供给

塑料袋的供给由生产环节和销售环节所决定，现在来分析一下“限塑令”对生产商和销售商的影响。塑料袋收费对规模较大有稳定消费群体的销售商而言，可谓求之不得。乍看起来，销售商之所以会愿意，是因为塑料袋收费强制销售商去做他们一直想做而不敢做的事，即塑料袋普遍“免费”后，销售商不敢轻易冒天下之大不韪，开塑料袋重新收费的先例，这会影响销售商的声誉。因为这在消费者看来，销售商是在斤斤计较，说的严重一点甚至是在与民争利，从而招致消费者的反感，进而可能会导致销售商失去客户。而“限塑令”可以说赋予了销售商一个挡箭牌，对塑料袋收费的同时又能以“法律规定必须收费，否则会对我们罚款”为由转嫁消费者的不满。

实际上塑料袋“免费”只是表面现象，“羊毛出在羊身上”，销售商以前提供的购物袋，成本隐含在商品的利润之中，实际上埋单的还是消费者，免费不过是一种假象。如果法律制定者考虑了这一点，那么强制塑料袋有偿使用的直接目的或许可以理解为将隐性收费显性化。但前提必须执行“限塑令”之后，在不考虑通货膨胀因素的情况下，商品应该降价，降价的幅度是塑料袋收费之前分摊到商品价格中的塑料袋的价格，但没有明显的证据表明销售者在塑料袋收费后降低了商品的价格，塑料袋有偿使用实质上就成了“强制”销售商打着塑料袋有偿使用的旗号，名正言顺地对塑料袋二次收费，这无疑会额外增加消费者的负担。但不能据此就说法律制定者制定了错误的法律，也不能得出“限塑令”一定无果而终的结论，因为“限塑”的手段偏离初衷并不代表不能实现“限塑”的目标。还有一种戏剧性的可能，那就是“限塑令”或许可能歪打正着，而且这并不是主观臆测。在消费者购买商品时已经支付了塑料袋价款的情况下，“限塑令”要求销售商对塑料袋收费，实际上是赋予了销售商对消费者“征税”的权力，而税额就是消费者支付的塑料袋价款。

但这种“税收”与通常意义上的税收不同，“限塑令”第8条虽然规定，塑料袋的销售虽然要设立专门的台帐以备查验，但销售收入归销售商所有，而非上交国库。这就为销售商创造了一种执行塑料袋“征税”规定的激励，因为这部分成本已经分摊到其他的商品当中，而且收费于法有据，可以明目张胆的收取，商品的价格却没有因此发生变化，意味着塑料袋的销售收入是一笔净收益（塑料袋收费导致的交易成本的上升也不能忽视，在下文中我将分析，交易成本上升对销售商收益造成的影响与塑料袋收费的收益相比，几乎可以忽略不计，受交易成本影响比较大的是消费者。），这类销售商不需要担心会因此失去消费者，这就为销售商提供了尽可能多的销售塑料袋的激励，“限塑”成了“促塑”，这或许是“限塑令”制定者始料不及的。

相对规模较大的销售商，小型的超市、商场或集贸市场中的个体经营者而言，就没这么豁达，境况会有所不同。这类销售商没有稳定的销售群体，消费者的选择销售商的余地很大，销售商在对塑料袋收费时会有所顾虑，执行“限塑令”会使其失去一部分顾客，这正是为什么塑料袋有偿使用会给销售商带来收益，却需要规定对违反“限塑令”的行为进行惩罚的原因。更有可能违反“限塑令”的也正是这部分销售商，面对可能失去顾客的风险，他们也就没有执行“限塑令”的激励。“限塑令”第14条为此对违反有关价格行为和明码标价规定的行为，处以5000元以下罚款，从而加大了该类销售商的违法成本，但由于这类销售商规模较小，被查获的概率很小，只要预期违法成本低于失去顾客的成本，这里销售商仍然会提供“免费”的塑料袋，甚至是不符合规格的塑料袋。因此，对这类销售商而言，“限塑令”同样不必然会减少塑料袋的供应。

“限塑令”对生产商供给的影响与销售商有相似之处，但又不尽不同。“限塑令”实施后生产商面临的首要问题是根据“限塑令”规定的规格进行转产，这就不可避免会耗费转产成本，但“限塑令”却没有规定相应的激励措施，这就导致生产商的转产热情不足。由于

受利益的驱动，销售商利用塑料袋牟利的行为，又会促使生产商大量生产各种合格或不合格的塑料袋。

三、“限塑令”能否颠覆社会规范

“限塑令”其实并不复杂，目标也很明确，一言以蔽之就是塑料袋要有偿使用，禁止销售商“免费”提供塑料袋，但“一个事事都受法律控制的社会是一个乌托邦，不能成为我们的理想。”^[15]“限塑令”的出台不免有失草率，更何况它要改变的不是一般的交易规则，而是习惯和社会规范。

（一）“限塑令”改变习惯的成本

对于习惯（habit，而非 convention 或 mores）、社会规范和法律，张维迎作了详细的区分，习惯、社会规范和法律所包含的强制程度不同，用英文进行表述，习惯是 do it；社会规范是 ought do it 或者 ought not do it；法律是 must do it 或者 mustn't do it。这里所说的习惯，并不是社会习惯，而是个人的行为习惯。这种习惯的形成原因尽管很多，但每个人都会按照自己的习惯来做事，并不会考虑更多，这种行为没有人会干涉。社会规范不同于习惯，是人与人之间的行为规则，因此会有规则来限制个人的行为（ought not do），规则要求个人为一定的行为（ought do）。当习惯影响到他人的利益时，就要受到社会规范的约束。^[16]习惯虽然极大的方便了人们的日常生活，但不可否认，习惯作为社会规范的来源，有两个局限性：一个局限是，习惯常常导致对社会整体有害的合作；另一个局限是，相对于立法机关这样一个立法者，习惯没有“立习惯者”，习惯往往群龙无首，改变非常缓慢。如果经济或其他社会实践在迅速地改变，习惯就常常跟不上步伐并且成为进步的拖累。^[17]由此可见，如果习惯促成了有害社会的合作或阻碍了社会进步，就应当加以改变。“限塑令”涉及到两个习惯，即消费者的免费使用塑料袋的习惯和销售商的免费提供塑料袋的习惯。如果这些习惯是有害的，“限塑令”要改变消费者和销售商的习惯就无可厚非。但问题是这些习惯是否导致了对社会有害的合作，是否成为了进步的拖累，如果法律制定者凭借直觉做出非理性的判断，法律的实施效果将会还以颜色。而且习惯的成本可能纯粹是心理上的，与时间成负相关，而习惯收益则与时间成正相关。一旦一种实践成为习惯，服从习惯的收益一成本的比率就会变成高度的正值，以至于即使因中断而产生的实际损害微不足道，中断也会被认为是一项真正的成本。通过习以为常而使社会规范内在化减少了服从的成本，是非常有效率的。当然，社会规范显然也有可能是坏的，即使规范在某些群体内部是有约束力的，因而往往是有效的，它对于作为整体的社会也可能是功能失常的。^[18]当然，这并不代表因为改变行为习惯的成本比较高昂我们就退避三舍，对行为习惯放任不管，而要看改变习惯的收益是否高于为实现改变行为习惯的目标所投入的成本。而我的分析将表明，他们的交易习惯并没有构成对社会进步的损害，也没有减少社会福利。“限塑”进程中如果真的有什么习惯需要改变的话，那也应当是随意丢弃废弃塑料袋的习惯，而非免费提供塑料袋和免费使用塑料袋的习惯。

（二）“限塑令”否定社会规范的代价

社会规范是一种规则，既非通过法庭或立法机关等官方颁布，也不通过法律制裁的威胁来执行，然而却被作为惯例遵守着，否则，它就不是规则了。^[19]即使是在那些具有强有力政

[15] 陈金钊：“对“法治”命题的反思”，《山东社会科学》2008年第11期，第38页。

[16] 参见张维迎：《信息、信任与法律》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第24页。

[17] 参见理查德·A·波斯纳：《法律、实用主义与民主》，凌斌、李国庆译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第300页。

[18] 参见理查德·A·波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第304-305页。

[19] 参见 Richard A. Posner, “Social norms and the law: an economic approach”, *The American Economic Review*, Vol. 87, No. 2, 1997, p. 365.

府的社会里，社会规范也既是法律的一个来源，又是法律的一个廉价、有效的替代物（但有时是与法律不相容的）。一项社会规范常常是一个逐渐出现的合意的结果。社会规范是通过内在化的价值、通过拒绝与违反者交往、通过谴责其行为，并且有时通过私人暴力来强制执行。^[20]可以将社会规范理解为受到一定范围内的社会成员承认和遵守，受到非正式制裁保障实施，违反社会规范会受到非正式的惩罚的行为准则。

社会规范的形成需要一个漫长的过程，要有一定范围的社会成员的接受和认可，并对违反社会规范的行为给予制裁。塑料购物袋在相当长的时间内一直是“免费”的，塑料袋“免费”已经为销售商和消费者广泛接受，并以非正式的制裁加以保障，成为社会规范。这在流动摊点、路边店铺以及一些市场内的销售商中体现的更为明显。这些销售商往往没有稳定的消费群体——消费者选择的余地很大，销售商对自己的声誉和消费者的信任更为重视，这就为消费者施加私人监控和惩罚提供了便利。因为在一个有序竞争的市场环境中，最容易促成经济主体之间的相互信任，而中断交易关系就是一种具有很强大的威慑效果的私人惩罚措施，^[21]这一点可以从“限塑令”实施后销售商和消费者的反应中得到充分验证。对于塑料袋一改以往不收费的惯例实行收费，消费者反应较为强烈，明确表示拒绝使用的情形屡见不鲜。以至于消费者做出“心里特不平衡”，同样的物品“谁免费送塑料袋，我就买谁的”^[22]的表态也就不足为奇了。或许有人将此解释为“限塑令”取得成效的“铁证”，这是过于乐观了。消费者最不愿意看到的就是这一幕，为了收取不值“仨瓜俩枣”的塑料袋价款，违反塑料袋“免费”这一社会规范，所面临的失去消费者的惩罚是相当严厉的，塑料袋收费会严重影响销售商的销售，销售商不可能为了执行“限塑令”不顾一切的把所有的潜在消费者都得罪了。当消费者义正言辞的声称谁塑料袋免费就买谁的时，消费者接下来会怎么做就不言而喻了。

相对法律而言社会规范也有很多的缺点。社会规范比法律更具有公共物品的性质，也就难以杜绝搭便车现象。同时，违反社会规范的惩罚是由私人执行的，施加制裁的成本根本不可能从税收中得到财政支持，因而只能由那些执行规范的人自愿承担，社会规范的生产 and 执行可能是不足的。而且与法律一样，社会规范也可能是坏的，在这种场合，通过法律阻碍其生产与执行就可以增进社会福利。^[23]因此，法律是可以改变社会规范的，但必需谨慎为之，一个重要的参考标准是这一社会规范是否应该被改变，有没有改变的必要，改变是否有实际意义，而不能不加甄别的想当然为之。应当重视中国社会中那些起作用的，也许并不起眼的习惯、惯例，重视经过反复博弈而证明是有效的制度，否则正式的法律就会被规避、无效，而且可能造成社会秩序和文化灾难性的破坏。^[24]冒然去改变社会规范，将是劳民伤财而又徒劳无功的。“限塑令”意在通过塑料袋收费实现“限塑”的目的，却背离了得到普遍认同的社会规范，并进而引起了强烈的反弹。“限塑令”与社会规范冲突虽然并不意味着社会规范是不可以改变的，仅此也不必然导致其目的泡汤，但“限塑令”要颠覆塑料袋“免费”这一社会规范必然会面临诸多困境，付出巨大的成本。

四、“限塑令”的执行困境

[20] 参见理查德·A·波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第299-300页。

[21] 参见桑本谦：《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，北京：法律出版社，2008年，第49页。

[22] 参见“限塑令改变市民购物习惯 以后结账会更慢”，登载于搜狐网，网址：

<http://tv.sohu.com/20080602/n257232757.shtml>，访问日期：2009年12月3日。

[23] 参见理查德·A·波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第300页。

[24] 参见苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，北京：法律出版社，2004年，第36页。

“限塑令”的有效实施离不开卓有成效的执法监管，但“限塑令”的执法难度很大，受财政预算的限制，监管力度难免受限。“限塑令”不仅没有减少交易费用，反而极大的增加了交易费用，降低了交易成功的概率。同时，“限塑令”客观上提供了创租的机会，而寻租者又陷入囚徒困境，进一步加大了社会成本。

（一）“限塑令”的执法成本

“限塑令”的有效实施需要强有力的执法，如果违反“限塑令”的行为得不到有效的惩罚，如果大规模违规行为的存在构成一个事实，并很难受到制裁，这些事实就会很快得到公众认同，参与违规的行为又会在更大的范围内出现。违规行为的持续普遍存在，会左右行政规则的立场，而政府对违规行为的制裁就成为象征意义的，这种情况下，社会规范就会形成，并取得了法律得到普遍认可和执行，法律实际上就等同于被废止。^[25]“限塑令”第4条规定：“商务主管部门、价格主管部门、工商行政管理部门依照有关法律法规，在各自职责范围内对商品零售场所塑料购物袋有偿使用过程中的经营行为进行监督管理。”在14-17条规定了罚款的适用情形及最高限额，在第14-19条具体规定了各部门的监管职责，这种总一分式的规定，有利于各行政执法部门明确监管职责，防止“令出多门”导致的各部门相互推诿。但“限塑令”作为全国性的法规，不仅城市的超市、商场适用，而且对小城镇、偏远的乡村同样适用。“限塑令”如何在如此广大的地域内有效执行，与执法的力度、销售商受到的激励以及消费者的监控密切相关，而生产商之间相互监控的信息的成本很高，也没有监控的激励，而销售商违反“限塑令”对消费者而言是有益无害的，自然不能期望消费者会提供私人的监控，这就对执法部门的执法能力提出了更高的要求，又进一步加大了执法的成本。

（二）“限塑令”对交易费用的影响

法律可以协调预期，但并不是只有制定法才能确立这种大致的预期，各种习惯和惯例也起到这种作用。而且在比较简单的社会中，这些习惯甚至比成文法律更为便利和有效，降低了交易费用，对各种社会交往起到了建立预期、规制人们行为的作用。在市场不发达的社会中，商品交换常常是小额交易，交易双方可能同居于一村一地，彼此比较熟悉，风土人情和行为习惯都很相似，同时各自的信誉对交易双方的未来的交易都构成一种潜在而有效的制约。在这样的条件下，交易比较容易成功。因此，即使没有国家同一的法律，只要有当地的习惯或惯例甚或双方熟悉，就可以促成交易。^[26]“限塑令”由于与交易过程中自发生成的塑料袋“免费”的社会规范相冲突，导致人们在同时面对法律与习惯所提供的不同的预期时产生混乱，无法迅速做出决策。而对“限塑令”宣传力度的欠缺，又导致消费者对“限塑令”知之甚少甚至是一无所知，在购物过程中销售商不得不向消费者“普法”。

在执行“限塑令”过程中的体现是，收银员的工作多出来四个环节。首先是向消费者介绍“限塑令”有关塑料袋收费的规定；其次是确认消费者是否需要塑料袋；再次是为消费者选择需要的塑料袋型号或者询问消费者需要的塑料袋型号；最后要扫描塑料袋上的条形码，并在购物小票上打出金额。^[27]通过收银台时，每位消费者咨询、选择塑料袋花费的时间或许并不很长，但整个消费者群体则因此耗费了大量时间，大大提高了交易费用。很多消费者对购物的新流程一时难以习惯，或者在选择不同规格的塑料袋时会犹豫不决，买的塑料袋过大，消费者支付了额外的成本难免觉得有些亏，买的塑料袋太小又不能保证能够装的下所买的商品。碰到这种情况，收银员也不会轻易向消费者推荐。塑料袋作为超市标价销售的商品，收银员若向消费者推荐大号塑料袋便有“推销”的嫌疑，会引起本来就对塑料袋收费颇具微词的消费者的反感，故而收银员会听任消费者的选择。而且，即使销售商在执行“限塑令”时

[25] 参见王锡铤：“中国行政执法困境的个案解读”，《法学研究》2005年第3期，第48页。

[26] 参见苏力：《法治及其本土资源（修订版）》，北京：中国政法大学出版社，2004年，第8页。

[27] 参见“限塑令改变市民购物习惯 以后结账会更慢”，登载于搜狐网，网址：<http://tv.sohu.com/20080602/n257232757.shtml>，访问日期：2009年12月3日。

对塑料袋给出图示,说明每款塑料袋承重的物品,帮助消费者做出选择,称其量也只是降低了消费者的错误成本,却不能保证消费者能够对所购物品的重量所适用的塑料袋有准确的估量,而一旦被撑破,意味着消费者既要遭受净损失又要支出更高的成本重新购买塑料袋,这就导致排队结账的过程更加漫长。尽管在收银员对新流程操作熟练、消费者对新流程和塑料袋收费的规定熟悉之后,会加快这一流程的速度,减少耽误的时间,逐渐降低额外产生的交易费用,以至对消费者而言交易费用几乎可以忽略不计,然而收银员熟悉新流程的过程本身就是以耗费大量的社会资源为代价的,而且即便这一流程再迅速,对消费者而言,与塑料袋免费时收银员直接提供塑料袋相比,仍无法将新流程所增加的交易费用降至零,消费者由此获得的产出却不确定,尤其是在消费者购买塑料袋的情况下,这一系列环节就显得有些多余。

（三）“限塑令”创租与寻租者的囚徒困境

在新工艺成本高昂,而传统工艺和标准的塑料袋成本较为低廉,执法活动又具有很强的灵活性的背景下,“限塑令”实际上创设了寻租的机会,塑料袋生产商为获得可观的租金进行寻租就顺理成章。寻租参与者的数量和竞争的层次决定了寻租的三者交易形式:一种寻租是生产商(或称客户)为获得租金而对政府官员(或称行政代理人)实施贿赂行为。该行为涉及的是进行寻租的生产商的利益,生产商在寻租时也就不会考虑其对同行业的其他生产商带来的负外部性。这种形式的寻租带来了导致市场扭曲的强烈诱因,危害尤其严重。另一种寻租是寻租涉及的利益范围扩大到同行业的其他生产商。这时寻租获得的收益不只是对单个生产商的优惠,而是对范围更大的行业的优惠,相应的行政或决策不那么特殊或专断。这种形式的寻租的危害相比前一种寻租要小。再一种寻租是寻租涉及的利益范围更加广泛,寻租行为更倾向于获得最佳的政策。庞大的游说团体在寻租的过程中,可以将大部分的外在因素内化,减少参与寻租的成员之间因寻租的负外部性造成的其他成员利益的损害,避免高昂的寻租成本,^[28]这是交易成本最小的寻租形式。

如果寻租是大部分生产商不可避免的选择,采取利益涉及行业乃至范围更广泛的交易成本较低的寻租就成为最优的选择。单个生产商要实现同样的目的就要面临巨大的交易成本,受预算的约束,要说服执法机关在执法过程中对其违反“限塑令”的行为视而不见就很困难。与单个生产商的寻租相比,生产商之间组成一个集体对“限塑令”的执法机关进行游说或贿赂,说服或诱使执法机关在“限塑令”执法活动中网开一面,相比而言就更容易获得成功。各塑料袋生产商抱团寻租就应该是理所当然,但事实上并没有这么简单。问题就出在参与寻租的生产商面临囚徒困境。参与寻租活动要耗费成本,而共同体内没有为寻租行为支付时间、精力和金钱的生产商,也能获得其他参与者寻租获得的租金。生产商就会感觉到,参与寻租要耗费成本,不参与寻租就能节省成本又能获得同样的收益,不合作对自己是有利的,其他生产商也会面临同样的选择。如果每个生产商为了实现自身利益的最大化而采取不合作的策略,结果是寻租行为根本无法实行,所有参与者都会面临最糟糕的结果,那就是执法部门对任何生产商都依法行事,这是所有生产商所不愿意看到的。而寻租又是可欲的,单个生产商独自进行寻租就成为塑料袋生产商次优的寻租方式。因为每个生产商为了谋取租金,可能不计对本行业乃至更大范围的产业的损害。虽然这种方式要取得成功,比起抱团寻租要困难的多,但相比抱团寻租最终导致囚徒困境的后果,单枪匹马寻租就是划算的,这种寻租恰恰是外部性最明显的方式,危害最为严重,也是成本最高的寻租方式。各个塑料袋生产商耗费的寻租成本,是对社会资源的浪费,根本无益于社会福利的增进。因此,“限塑令”实施过程中的高昂寻租成本,进一步减损了社会福利。

五、财产规则、责任规则还是行政规制

[28] 参见[德]约翰纳·伯爵·兰斯多夫:《腐败与改革的制度经济学:理论、证据与政策》,清华大学公共管理学院廉政与治理研究中心译,北京:中国方正出版社,2007年,第109页。

行政规制作为政府干预市场的手段，在市场失灵时是有必要的，但存在政府不当干预的危险。责任规则在个别情况下可能十分不完善这一事实是直接管制的一种理由，但这种理由并不一定是决定性的，因为直接的行政规制本身也不完美。一方面，由于它是持续性的，所以，比责任规则的成本更高，而责任规则只有在实际损害发生时才被援用。另一方面，由于它要比责任规则更加依赖于公共部门，并且行政官员比法官更容易受行政报答的影响，所以，比责任规则更具政治色彩。还有一个问题是，管制涉及严重的信息问题。如果事故受害人使政府注意到不安全条件却不能从中有所收益，就没有提供不安全条件信息的激励，那么管制者可能很难发现问题出在哪里。^[29]“限塑”应当采用行政规制还是采用产权规则或责任规则，通过行政规制“限塑”是否更为可取，值得深入分析。

根据产权规则，在交易费用为零的情况下，无论法律如何规定，资源配置都是有效率的。交易当事人可以达成各种契约，修正彼此的权利和义务，采取产值最大化的行动。这就表明在交易费用为正的情况下，法律在如何利用资源方面起着非常重要的作用。当交易费用很高时，部分或所有契约就会因成本过高而无法达成。^[30]如果允许销售商将塑料袋出售给随意丢弃塑料袋的消费者（无论是显性收费还是隐性收费），废弃塑料袋造成的“白色污染”就会对附近的居民造成损害，降低他们的环境质量。受到损坏的居民会出钱给销售商，让其不要出售塑料袋给消费者，但是，由于受到侵害的居民是一个很庞大的群体，每一个潜在的受害人都有一种搭便车的冲动，搭便车就不可避免，导致这一交易根本无法实现。也可以将免受废弃塑料袋污染的权利配置给附近的居民，销售商要向消费者出售塑料袋要征得当地居民的同意，但由于当地居民的数量很大，要征得附近所有居民的同意就比较困难。高昂的交易费用导致产权规则解决塑料袋引起的“白色污染”的策略显得软弱无力。

处理外部性问题的另一个方法是责任规则，责任规则与产权规则的区别在于，责任规则可以看成是“赔偿等于损害”，而财产规则可以看成“赔偿高到足以遏制该行为”，当然现实世界中财产规则不是起遏制作用的。尽管有财产规则，有时还会使用责任规则，因为有些情况下，买卖的交易成本要高于诉讼成本。因此，通过市场交易来分配权利成本很低时，财产规则有吸引力，通过诉讼分配权利成本很低时，责任规则就更有吸引力。^[31]当“白色污染”给每个受害人造成的损害很小，通过诉讼获得的赔偿不足以弥补诉讼的成本时，诉讼就不划算，受害人就没有诉讼的激励。而当“白色污染”对特定被害人造成的损害很严重，或者虽然对单个被害人造成的损害不大，但由于潜在的被害人很多（虽然损害往往难以评估，但可以通过建立损害评估机制解决），赔偿总额就会很高，以至于单一的加害人无法支付高额赔偿，评估机制就成为对资源的一种浪费。这时是否减少塑料袋的销售从而降低污染的概率，对销售商就是无关紧要的了。而且“白色污染”通常不是一个加害人造成的，而是许多加害人共同作用的结果，要确定各加害人与特定损害结果之间的因果关系，信息费用会很高。

对责任规则在“限塑”问题上不足的分析，暗含了一个假定，即“白色污染”造成了特定被害人的损害。在环境污染领域，不容忽视的问题是，绝大部分的环境要素在传统民法上属于“公共”的“财产”，很多环境要素属于国家财产，甚至是无主物，对此，任何公民、法人和组织没有排他的产权。根据现行民事诉讼法，民事侵权诉讼的原告应与案件有“直接利害关系”或者“直接受到损害”，意味着原告必须享有被侵害的实体性权利，这种权利必须被原告“专属”或“排他”地享有。因此，对单纯造成环境的“白色污染”和破坏的行为，

[29] 参见[美]理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第486页。

[30] 参见[美]罗纳德·哈里·科斯：《企业、市场与法律》，盛洪、陈郁译，上海：格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社，2009年，第173页。

[31] 参见[美]大卫·D·弗里德曼《经济学语境下的法律规则》，杨欣欣译，北京：法律出版社，2004年，第64-65页。

无法提起民事侵权诉讼。环境公益诉讼提供了可能的制度安排,个人、组织或者机关为制止损害公益的行为,可以对损害国家、社会或者不特定多数人利益的行为,向法院提出的特殊诉讼,追究公益损害人相应法律责任。^[32] 尽管 2005 年 12 月 3 日国务院发布《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》,提出“完善对污染受害者的法律援助机制,研究建立环境民事和行政公益诉讼制度”,“发挥社会团体的作用,鼓励检举和揭发各种环境违法行为,推动环境公益诉讼。”^[33] 但法律上并未对环境公益诉讼作具体规定,责任规则解决纯粹造成环境损害的“白色污染”时存在的漏洞就无法得到填补。

财产规则无法解决塑料袋买卖产生的负外部性,责任规则也不能提供妥善的方案,行政规制就进入选择的视野,行政规制就成为退而求其次的选择。当然,这并不必然意味着行政规制更为可取,还需要作细致的探讨。吉多·卡拉布雷西和道格拉斯·梅拉米德在其堪称经典的著述中,除提出财产规则所保护的法授权利和责任规则所保护的法授权利之外,考虑到有很多的法授权利涉及很大程度的行政干预,又提出了不可让渡规则保护的法授权利,即受行政规制的法授权利。通过行政规制,不仅确定谁最初享有法授权利,在法授权利被占取或者毁损时,还要确定不享有法授权利的一方必须支付的赔偿。另外,还规制其销售,规定有效销售的先决条件,限制在买方和卖方之间进行自愿的转让,或是在某些或者所有情况中,完全禁止销售。行政规制全然不同于财产规则和责任规则,不仅“保护”法授权利,而且还可以被看作是限制或者规制权利本身。效率目标似乎由于从事交易的能力受到限制而被颠覆,但当交易会造成显著的外部性,即向第三方强加了成本的时候,经济效率由于这些限制反而更加被趋近了。^[34] 在受害人因“白色污染”受到损害很大或单一受害人受到的损害不大,但赔偿总额很高,以至于加害人无法支付巨额的赔偿,或者是单一被害人受到的损害很小,考虑到诉讼成本,缺乏提起诉讼的激励,导致加害人的行为得不到威慑被变相放纵,以及对单纯造成环境损害的行为,无法通过诉讼途径加以惩罚时,行政规制可以很好的补充责任规则的不足,激励有效率的行为。因此,通过行政规制的方式“限塑”无可非议,但仅限于行政规制本身,并不代表任何意在限塑的行政规则都是可取的,这要看具体的制度如何设计。

六、“限塑”的探索性制度安排

有着良好初衷的“限塑令”在实施过程中为何会陷入生产商、销售商和消费者的“围攻”?这不仅让人怀疑“限塑”是否正确的选择,揣测“限塑令”的制定是否有理有据。但“限塑令”遭遇尴尬,“限塑”却不能因此不了了之,通过对“限塑令”的困境的分析,我将对当前以及可预见的未来时间里如何实现“限塑”提供一个探索性建议。

(一)“限塑”是个错误吗

中国之所以对塑料袋出重拳,所谓“不证自明”的原因在于,塑料袋的过度使用对能源以及环境产生了不可忽视的负面影响,乃至贻害无穷到了不得不管的地步。超市、百货商店、菜场等商品零售场所每天使用 30 多亿个塑料购物袋,天买菜要用掉 10 亿个塑料袋,其他各种塑料袋的用量每天在 20 亿个以上。超市每年塑料袋用量在 40 万吨,而超市以外的百货商店、菜场、水果摊用量大概是超市的 3 倍。全国塑料袋每年使用 160 万吨的塑料。每生

[32] 参见别涛:“中国环境公益诉讼的立法建议”,《中国地质大学学报(社会科学版)》2006 年第 6 期,第 4 页。

[33] 参见《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》国发[2005]39 号,第 19 条、第 27 条,登载于中央政府门户网,网址: http://www.gov.cn/zwggk/2005-12/13/content_125680.htm, 访问日期: 2009 年 12 月 6 日。

[34] 参见吉多·卡拉布雷西,道格拉斯·梅拉米德:“财产规则、责任规则与不可让渡性:“大教堂”的一副景观”,凌斌译,载[美]唐纳德·A·威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,北京:法律出版社 2006 年版,第 33、40-41 页。

产一吨塑料袋，需要消耗三吨以上的石油。近年来，国际油价暴涨，直接推动了全球工农业生产成本和物价的上涨，塑料袋间接推动粮食涨价。塑料袋在购物回家以后就变成垃圾袋，很少再作为购物袋使用，目前中国每年随着生活垃圾进入填埋场的废塑料占填埋垃圾量的3%—5%，其中大部分是塑料袋。埋在地下不易腐烂并且严重污染土壤，采取焚烧处理方式，则会产生有害烟尘和有毒气体，长期污染大气环境。废弃塑料包装物混在土壤中，易造成土壤板结，影响农作物吸收养分和水分，导致农作物减产。废弃在地面和水上的废塑料袋，容易被动物当作食物吞入，塑料袋在动物肠胃里消化不了，导致动物肌体损伤和死亡，这种现象在动物园、牧区、农村和海洋屡见不鲜。^[35]这就为“限塑令”的出台提供了充分的正当性，由此所得出的应当“限塑”的结论是没有问题的，但论据有待修正。

在目前的技术条件下，中国要生产每天所需的塑料袋，会耗费大量的石油，这不足以构成“限塑”的理由。人们的衣食住行要耗费能源是不可避免的，不只是塑料袋生产如此。我们不能因为塑料袋生产会耗费能源就限制塑料袋的生产，按照这样的逻辑，工农业生产只要会耗费能源就应该加以限制，那回到初民社会就成了再理性不过的选择，这个结论无疑是荒谬的，由塑料袋生产会耗费能源得出“限塑”的结论是直觉性的。只要塑料袋生产所耗费的能源的价值低于产出的收益，塑料袋生产就有助于增加社会福利。对此要做出准确的估算尽管是可能的，但法律制定者要证明塑料袋生产的产出低于耗费的资源的信息成本很高，而且也没有证据证明决策制定者事先做了深入细致的估算。因此，促使制定者颁布“限塑令”的因素更多是塑料袋对环境所造成的负外部性，这也足以说明“限塑”是正确的决策。“限塑令”面临被架空的命运与“限塑”的目的是无关的，在“白色污染”日趋严重的形势下，如何走出“限塑”的迷局，就成为摆在我们的面前亟需破解的难题。

（二）“限塑”的实施方案

“限塑”应当从规制生产商和销售商的行为两个方面着手，而且重在从生产商处入手，建立生产商的延展责任。生产商相对集中，监管成本相对较低，在生产环节规范了塑料袋的生产的规格和数量，也就从源头上控制了塑料袋的存量。在塑料袋的流通环节则辅之以对销售商的监管，控制塑料袋的流量。上海市的做法也印证了这一思路是可取的。2000年上海市颁布实施《一次性塑料饭盒管理暂行办法》，规定一次性塑料饭盒生产商必须按每个3分钱缴纳污染管理费。其中，1分钱用于支付回收者的劳务费，其余费用用作运输、管理和处置的补贴。这一举措有效地激励了回收者的积极性，不仅原来漂浮在黄浦江上、遗弃在铁路两旁以及散落在大街小巷的一次性塑料饭盒销声匿迹，而且一次性塑料饭盒从生产、回收到再利用已基本形成产业链，塑料饭盒这一昔日的“白色污染”转变为可供利用的资源。^[36]具体而言，“限塑”在生产环节对生产商征收特种税，用于塑料袋的回收、运输、管理和不能循环利用的废弃塑料袋处理，激励塑料袋回收者和拾荒者回收和捡拾塑料袋，并为塑料袋的回收利用提供了资金。使得生产商不仅要对其生产过程中的污染负责，还要对可能造成无法的塑料袋的循环利用和处理负责，从而在生产环节之外确立起生产商的延展责任。

由于塑料袋被随意丢弃引发的“白色污染”难以治理，查找塑料袋丢弃者的成本很高，及时发现丢弃者比较困难，查获塑料袋丢弃的概率就很小。要保持足够的威慑就需要足够严厉的惩罚，严厉的惩罚又会耗费很高的社会成本，严惩丢弃塑料袋的行为就是无效率的。与强制对消费者“征税”这种行政规制相比，一种更为灵活的行政规制方式或许可以为破解流通环节的“限塑”难题提供思路，那就是对消费者使用的塑料袋收取押金，在消费者返还塑料袋时退还押金，通过采取这种激励，鼓励消费者向销售者退还塑料袋。

[35] 参见“塑料袋 人类最糟糕的发明”，登载于新华网，网址：

<http://news.sina.com.cn/c/2008-06-01/061013954312s.shtml>，访问日期：2009年12月4日。

[36] 参见严朝霞：“‘限白’与‘白限’之间需要经济杠杆”，登载于四川新闻网，网址：

<http://comment.newssc.org/system/2008/07/12/010951392.shtml>，访问日期：2009年12月4日。

这种方式看起来是要求销售商对消费者收取容器的押金的“塑料袋版本”，却有所不同。容器的产权归销售商享有，至少在目前是如此，在要求消费者返还容器的情况下，容器通常是不得不使用的，消费者支付的购物款里不包含容器价款，容器的押金要求消费者在支付商品的费用后另行支付一定数额的押金，在消费者退还容器时，销售商退还押金收回容器。如果消费者拒绝退还容器，就会失去押金。对塑料袋强制收取押金与容器的押金有所不同，消费者可以使用也可以不使用塑料袋，一旦选择使用塑料袋就必须交纳押金。而且消费者已经购买了塑料袋，即使在塑料袋表面上看似免费的情况下，消费者也已经支付了购买塑料袋的价款，这时塑料袋的产权是由消费者享有的。在消费者取得了塑料袋的产权下，销售商在消费者购物后就应该“免费”把塑料袋交给消费者，而销售商不提供塑料袋本身就构成侵权，这也就是销售商要“免费”提供塑料袋的原因所在。“限塑令”出台前，即便销售商没有提供塑料袋，消费者之所以也没有主张对塑料袋的产权，是因为没有察觉这一点或者觉得为保护塑料袋的产权而诉讼的成本太高。因此，消费者在购物后不退还塑料袋不可能面临任何惩罚，不会受到威慑，也就没有无偿返还塑料袋的任何激励。有鉴于此，可以将塑料袋的价款从商品的价格中分离出来单独收取，商品则应当进行相应的降价。但要大范围的调整商品的价格，销售商必然需要支付一笔不菲的转换成本，而这种转换成本是没有社会产出的，因此，没有必要将商品降价，再另行向消费者收取押金。可以将塑料袋的价款分摊到商品价格中收取，商品的价格不需要调整，在消费者返还塑料袋时，销售商退还押金，消费者如果不退还塑料袋就会失去押金，这时押金就会使消费者面临很大的成本，从而鼓励消费者返还塑料袋。而且这种方式并未背离塑料袋“免费”即隐性收费的社会规范，消费者支付的购买塑料袋的费用仍然隐含在商品价格中，不需要调整商品的价格，避免了销售商没有社会产出的转换成本，而且降低了回收的成本。

对塑料袋收取押金的做法，在消费者返还塑料袋可以收回押金的情况下看似是无成本的，其实不然。这一推论忽略了退还的成本（主要是非经济成本），消费者要退还塑料袋，就要承受储藏成本、时间成本和交通成本，销售商面临的则是簿记成本。如果规定的押金低于这些成本，那么消费者就不会退还塑料袋。如果押金数额高得足以使消费者退还塑料袋，那么就会产生社会成本，这种社会成本表现为消费者的时间成本和其他成本。^[37]消费者是否退还塑料袋就取决于押金数额是否高于消费者的返还成本，但只有在消费者的返还成本没有超出消费者的收入所能负担的额度的情况下才是可行的，实际上消费者会受到预算线的约束。如果押金数额高于消费者退还所耗费的成本，消费者的退还成本很高，超出了消费者的支付能力，那么消费者就会选择不用塑料袋。销售商或许会向消费者提供免费菜篮，并收取高额的押金，以促使消费者返还菜篮，尽管同样是交纳押金，同样是返还以收回押金，与菜篮相比，消费者显然更愿意用轻便的塑料购物袋。

操作过程中的一系列问题产生的大量成本也不能忽视。首当其冲的问题是怎么解决回收过程的识别问题，降低塑料袋回收的识别成本，无非有两种方案，降低销售商的辨别成本或降低消费者的证明成本。就销售商而言，怎样辨别消费者返还的塑料袋是该销售商提供的。可以考虑由消费者来出示购物发票，但发票只能证明消费者在该销售商处购买了商品，难以证明使用了塑料袋。这种情况下，由消费者的证明成本会很高，这就导致购物发票证明消费者使用了塑料购物袋的策略行不通。“限塑令”提供了可供借鉴的方案，“限塑令”第7条规定：“商品零售场所应当在销售凭证上单独列示消费者购买塑料购物袋的数量、单价和款项。以出租摊位形式经营的集贸市场对消费者开具销售凭证确有困难的除外。”可以考虑由销售商提供的销售凭证上列示的消费者购买塑料购物袋的数量、单价和款项为凭证，消费者返还塑料袋时出示凭证，证明塑料袋是从特定销售商处获取的，既降低了消费者的证明成

[37] 上述分析受到以下文献的启发，但并非直接来源于该文献。参见[美]理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第500页。

本又减少了销售商的辨别成本和错误成本。这种方案的凭证保存这一非经济成本不能忽视，因为同发票一样，凭证不容易保存，要降低保存凭证的成本，就需要规定一定的返还期限。

另一种方案是在塑料袋上印制便于识别的标志，标示为特定的销售商所销售。大型或连锁购物超市、商场的塑料袋使用量很大，定制塑料袋的成本通过销售可以轻易收回，现在大部分超市、商场都有自己的印制标示的塑料袋，不需要另行花费印制成本，因此对大型购物超市、商场不是问题，需要关注的仅仅是对消费者产生的非经济成本。但对于小型销售网点、农贸市场或流动摊贩（假定其接受这种方案）而言，由于销售量有限，销售塑料袋的收益难以补偿印制的成本，这恰恰是此类销售商提供了另一种可能，即消费者流量不大的情况下，在一定时间内记住哪些消费者在购物时使用了塑料袋并不困难。至于采纳哪种方式，可以由销售商自由选择，因为行政机关要确定哪种方式对销售商而言最优，信息成本很高，只有销售商对两种方式的成本与收益最为清楚，进行选择的信息成本也最小。因此对大型超市、商场而言，提供证明凭证或印制便于识别的塑料袋就是可欲的，而对于小型购物网点、农贸市场和流动摊贩开具销售凭证确有困难的，提供简易凭证或凭借记忆保证减少退还过程中的错误成本更为可取。而只要强制收取押金的社会总成本小于禁止随意丢弃塑料袋的社会产出，强制收取塑料袋押金的行政规制就是有效率的。但这只是在当前技术条件下的权宜之计，长远之计则是开发成本低廉、便于携带、足以替代塑料购物袋的可降解塑料购物袋，从根本上解决塑料购物袋所造成的“白色污染”问题。

七、“限塑令”的启示——法律被“架空”的逻辑

“限塑令”在“白色污染”日趋严峻的形势下公布实施，可谓应运而生，但正是这样一部法律，却面临被“架空”的命运。“限塑令”引出的问题并不仅仅是这部法律本身的命运，更重要的是，它让我们深思，依靠国家强制力保证实施的法律何以会被轻而易举的“架空”，由此获得怎样的法律才会得到有效执行的启示，或许这才是更重要的。

“限塑令”被“架空”首先在于低估了社会规范的功能，忽视了改变行为习惯的难度。“其实，真正能得到有效贯彻执行的法律，恰恰是与那些与通行的习惯、惯例相一致或相近的规定。一个只靠国家强制力才能贯彻执行下去的法律，即使理论上再公正，也肯定会失败。”^[38]这就需要重视从社会规范中提升正式规则，通过观察民间行为主体之间形成的自我约束的博弈均衡，并加以强化、巩固和提升。这种法律由于注意到了社会规范与法律之间的互补性，容易获得人们的信仰，更容易被内化为行为习惯。当法律变成人们的社会习惯，并塑造了人们的偏好和预期时，就可以得以自我实施。^[39]当然，我并不认为社会规范都应当吸纳进制定法中（尽管制定法从社会规范中吸纳有助于促进合作和增加社会福利的因素很重要），或者是法律都应当来源于社会规范，而是说法律应当尽可能不要轻视乃至试图颠覆社会规范，即便一项社会规范会减损社会福利，需要加以改变也不能期望一蹴而就。社会规范的形成是一个日积月累的过程，其改变和消除同样需要一个漫长的过程，这时法律所要做的是激励和引导，而非借助强力推行，否则只会适得其反。因为这种强制性的制度变迁，与习惯背离较大或没有系统的习惯、惯例的辅助，在法律制定颁布后不易甚至根本不被公众接受，无法成为他们的行动规范，这样的法律往往不能有效地减少交易费用。由于人们会积极追求交易费用的减少，他们往往就会规避法律，借助于一些习惯的解决问题的方式，结果就是制定法的普遍无效和无力。^[40]“限塑令”正是由于对经过数十年形成的塑料袋“免费”的社会规范熟视无睹，对于在此社会规范下运行的销售商免费提供塑料袋、销售者“免费”使用塑料

[38] 苏力：《法治及其本土资源（修订版）》，北京：中国政法大学出版社，2004年，第10页。

[39] 参见张建伟：《法律、经济学与国家治理》，北京：法律出版社，2008年，第258页。

[40] 参见苏力：《法治及其本土资源（修订版）》，北京：中国政法大学出版社，2004年，第14页。

袋的行为习惯没有给予足够的重视，以至陷入被“架空”的境地。由此得到第一个启示：法律不能无视社会规范。

“限塑令”忽视对成本—收益比较，是致使其被“架空”的另一个因素。如同人们缺少信息或者灵机一动而做出决策结果会出错一样，一个高度回应性的政府也可能出错。成本—收益分析是一个有效的矫正工具，因为它把注意力集中在规制措施的实际后果上。^[41]要对有害行为进行法律控制，国家就必须投入足够的公共资源实施监控和惩罚，并且惩罚的效果必须使得行为人得不偿失。考虑到公共资源的投入量要受到国家财政预算的约束，国家为了节省公共资源的支出，尤其是为了避免公共资源的过度消耗，就要限定法律的控制范围和力度。当法律对某些有害行为采取放纵态度的时候，道德、习俗等非正式制度通常不会袖手旁观，私人之间的监控和惩罚会对这些有害行为进行非法律的社会控制。^[42]“限塑令”试图通过塑料袋有偿使用实现治理“白色污染”的目的，但低估了社会规范存在和功能，以至于使原本由社会规范调整的领域被强行纳入法律控制的范围，而国家的财政预算是有限的，不可能无限的投入资源来保障“限塑令”的实施，高昂的执法成本无法也不应该得到保证，结果既造成公共资源的耗损，又破坏了原有的秩序，造成了交易费用的上升和巨大的社会成本。所以，法律必须重视成本—收益的比较，并关注非正式的制度资源对社会控制的影响。由此可以获得第二个启示：法律必须重视成本—收益分析。

意识形态投入不足是“限塑令”被“架空”的又一个重要因素。意识形态的稳定程度及其分布会影响社会资源的存量和流量。作为一种共同知识，意识形态能够体现一个社会中主流的信仰体系，当法律和社会规范发生摩擦时，意识形态投资会促使公众更加尊重法律的权威，从而降低交易成本。如果社会失去了这种意识形态，管理者执法的成本、公众相互之间监控的成本就会趋于无穷大。^[43]法治社会要维护政府和公民权利之间的均衡。这种均衡的维持不仅要依靠硬性制度的匡约，还需要公民文化的觉醒。^[44]意识形态的投资就很重要，意识形态投资的一个重要方式就是宣传，对于“限塑令”，无论是媒体还是相关公共部门，宣传力度都十分有限，在“限塑令”刚出台之初，尤其是邻近出台之日的几天，是宣传的集中期，还可以见到大量宣传。然而在那之后，关于“限塑令”的宣传明显减少，之后几乎淡出了公众的视线，当然这与媒体重视新闻的时事效应有关，但这不能作为替“禁塑令”宣传不足开脱的理由。“限塑令”宣传的乏力，直接导致施行之后一段时间里，销售商、消费者对“限塑令”的陌生，并极大的提升了交易费用。因此，法律的颁布与实施必须进行足够的意识形态投资，积聚社会良性资源，避免因意识形态投入不足威胁到法律的实施效果。至此，我们获得了第三个启示：法律的有效实施离不开对意识形态的足够投资。

“限塑令”只是中外诸多直觉性法律遭遇的一个缩影，在此之前有席卷全国烟花爆竹“禁”改“限”的教训，也有雷声大雨点小的禁用一次性筷子，最后不了了之的经历，还有美国宪法第 18 修正案“禁酒法案”在实施十余年后，以全面解禁而寿终正寝的闹剧，直觉性法律却依旧乐此不疲，时而不时以制定法的形式展现出来。直觉毕竟并不总是靠得住的，任何非理性的直觉性法律的出台都是对社会资源的浪费，这既体现在制定过程中耗费巨大成本，也体现在制定后导致的资源的低效配置。法律的制定、解释与执行应当顾及社会规范的价值，重视成本—收益的分析和意识形态的投资，唯有如此，法律在实施过程才可能不被架空，法制现代化才不会仅仅是宣言，法治进程才具备实现的制度根基。

[41] 参见凯斯·R·孙斯坦：《风险与理性——安全、法律与环境》，师帅译，北京：中国政法大学出版社，2005 年，第 43 页。

[42] 参见桑本谦：《私人之间的监控与惩罚——一个经济学进路》，济南：山东人民出版社，2005 年，第 302-303 页。

[43] 参见张建伟：《法律、经济学与国家治理》，北京：法律出版社，2008 年，第 261 页。

[44] 参见陈金钊：“法律思维方式与公民文化的塑造”，《社会科学研究》2008 年第 1 期，第 18 页。

（初审编辑：谷德近）