

THE UNIVERSITY OF CHINA PRESS

超越法律的经济分析

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW BEYOND LAW

法律与经济学

卷二 法律与经济学

第 10 卷 第 1 期

2010 年 1 月

第 10 卷 第 1 期



南京财经大学法学文库
NANJING CAIJING DAXUE FAXUE WENKU

超越法律的经济分析

——一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学

CHAUYUE FALV DE
JINGJI FENXI

林道海 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

超越法律的经济分析：一种以自由为基础和核心的法律（权利）
哲学/林道海著. —北京：中国检察出版社，2008. 5
ISBN 978 - 7 - 80185 - 944 - 0

I. 超… II. 林… III. 法哲学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 074747 号

超越法律的经济分析

——一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学
林道海 著

出 版 人：袁其国

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱：zgjcbs@vip. sina. com

电 话：(010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销：新华书店

印 刷：北京东海印刷有限公司

开 本：A5

印 张：4. 625 印张

字 数：148 千字

版 次：2008年2月第一版 2008年2月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 80185 - 944 - 0/D · 1920

定 价：18. 00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总序

继国际法学科出版《国际贸易法研究》、《信息网络传播权研究》、《国际经济法要论》、《国际法专论》、《国际私法要论》、《WTO与中国法制》、《国际法最新问题研究》等7部著作之后，学院的教授、博士们今年又出版了《知识产权保护与限制衡平研究》、《经济法理念与体系重整研究》、《跨国公司在华并购的法律规制研究》、《超越法律的经济分析》、《提单权利研究》、《民法抗辩权论》、《技术创新：市场体制与法律保障》等7部法学专著，它们也成为《南京财经大学法学文库》首批面世的书目。我应邀为文库作序，但秉承本人一贯之主张，建议文库不设总主编。

我是2001年4月应聘来到南京财经大学的，开头在国际经济法研究所工作，虽然主要从事研究工作，但作为学科带头人，仍主要担负着学校法学学科建设的任务。当时，学校法学教师人员尚少，基础比较薄弱，不过经整合，也俨然组成了一支国际法学科队伍，开始了相对其他学院显得漫长而艰难的申硕之路。2003年9

* 作者为南京财经大学法学院院长、法学教授，全国首届杰出青年法学家，教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员。

月，法学院成立，出台了一系列鼓励措施，教师们的积极性空前高涨。3年时间，法学院从原来的20多人发展到50多人。教师队伍壮大了，学历结构合理了，教学与科研层次提升了，学院获得国际法硕士学位授予权、一本招生权，老师们发表了大量著述，法学专业成为江苏省第三个法学品牌建设专业。全国人大常委会法工委原副主任、中国法学会副会长卞耀武先生考察后将这种变化评价为：“恐怕在中国法学教育五十多年的历史上也并不多见。”^①

建设过程中，我们也曾遭受到“金陵晓声”、“金许成”、“花和尚”、“史豪鼓”、“丐帮”等匿名者的诬蔑诽谤。一时间，“买刊大鳄”、“文抄太婆”，全院教师“收购刊物”、“狂放卫星”等攻击人身及损害名誉的言辞充斥国内各大小网站，目标直指南京财经大学法学院数十教师5年来为之沥血呕心和不懈努力的国际法学科的申报。“山雨欲来风满楼”，“天阴雨湿声啾啾”！然而，两年过去了，法学院发展起来了，我们也并没有在诬蔑诽谤声中倒下！我们依然堂堂正正地站立在中国的学堂之上！相反，“晓声”黯然，“许成”空梦，“和尚”落荒，“史”家无颜鼓噪，“丐”者求乞无门。那些见不得光，不敢以真面目示人的肇事者终成孤家寡人。

序者之所以在此用一个自然段200多字的篇幅追述往事，目的仅为揭示一个社会规律并为后学者警：当今世界，尽管进入了网络传播时代，给肖小匿名诽谤以无限的发泄空间，但是，真的假不了，假的真不成！放眼宇内，每一个人都是一个微小的分子，任何个人都不可能涂改历史或者扭转乾坤。记得有前人告诫：造谣有效，但是有限。待到大白天下时，造谣者也就被天下人所唾弃。那种因为个人私欲得不到满足，便以为可以通过造谣诽谤实施报复；以为在互联网上贴几个帖子，骂几句娘，涂几只鸭，就能够损毁一所大学，破坏一个学科，甚至断送他人的学术生命，完全是痴人说梦。

^① 参见沈木珠：《国际法最新问题研究》，法律出版社2005年版，卞耀武所作序言。

《法学文库》是我们法学院全体老师蔑视泼污者，守住一份正义及上下求索的一项努力。尽管在法学界，这一份努力微不足道。的确，我们学院还很年轻，还没有大师，没有重大影响的著述。但是，我们有坚忍不拔的精神和不屈不挠的意志，有任何人都不能动摇的目标和信念，更有我们经受住污泥恶水瓢泼和寒流冰雪考验的经验！值此文库问世之际，我藉以表达我们对外交流，诚心诚意向学术界前辈、向兄弟院校学习的愿望。同时，对多年来给予我们学院无限支持的社会各界表示衷心的感谢。最后，衷心祝愿多年来唇齿相依、笔耕不辍的法学院同仁们，在新的平台上，风展红旗，红雨随心；青春作伴，寒梅著花。

沈木珠

2007年7月26日凌晨于南京

序言

超越法律的经济分析，走向更大的综合——一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学。这既是建设和谐社会和法治国家的时代需求，也是法理的内在要求。

本书试图立足于现代哲学及经济学的相关成果，既汲取法律经济分析的独特贡献，也克服法律经济分析的局限性，明确法律经济分析的能与不能，划定其合理的范围与界限。不仅将问题的解决奠定在经济和社会生活的内在逻辑之上，而且对法律的经济分析（法律经济学）作出了以自由为基础和核心的法律（权利）哲学的独特评价，并试图指出法律的权利哲学与法律的经济分析之间的结合点。通过权利法则的边际约束与成本收益分析之目的论考量的综合，立足于权利法则的根本实现机制——基本人权、人民主权及社会契约之间的内在联系，可以进一步将本书的基本理论构想引向法律规则及其实施的制度层面，为法治国家的立法、执法及司法活动提供一种可能的既形而上（康德的作为科学的形而上学的含义）而又不失现实可行性的理论和学说。

法律经济学或法律的经济分析，其主要的方法论特征即在于将经济学尤其是新制度经济学的基本原理和方法应用于法学研究。新制度经济学认为，对于经济运行来说，以制度为核心的约束条件不是给定的和外生的，而是内生的。其把对制度的分析纳入经济学之中，扩大了主流经济学的视野和解释力。

新制度经济学从方法论上有效地沟通了法学和经济学。法学和经济学在研究对象和价值观上具有相当的共通性。一切立法和司法活动乃至整个法律制度，事实上都起着分配稀缺资源的作用。经济学以研究如何有效率地配置资源为主要任务。在稀缺资源配置的问题上，法学和经济学在本质上是互补和一致的。此外，在分析方法上，经济学还提供了一套分析包括法律行为在内的所有人类行为的相对完整的框架。不管人们面临的是市场还是非市场，只要人们是理性的，这些方法就可以用。法律经济分析的基本假定是，法律是理性的，因而可用经济学的基本概念和分析框架予以研究。基本的经济概念对于理解和解释法律同样是基本的和必要的。

现有法律经济学的基本理论框架及其经济分析方法有其独特的贡献，同时也有其十分明显的局限性。

这个局限性首先就在于它的如下基本假设：效率或财富最大化是公共决策的基本伦理准则，甚至是唯一有价值的准则。这具有唯效率是图的片面性。典型的传统形态的律的经济分析具有不自由的隐含义。以效率或财富最大化为核心价值的律的经济分析只能是工具性的而不能是基础性的。它的适用范围应有明确的界限，而这一界限在迄今为止的律的经济分析中尚未能明确。

其次，就与市场密切相关的法律领域来说，问题并不在于要不要市场机制，而在于如何找出优化的市场机制建立途径并完善市场机制；问题也不在于要不要市场均衡（市场均衡往往是多重的），而在于如何避免不公正的市场均衡，努力实现公正与效率相统一的市场均衡。在这里，律的经济分析也只能是一种必要的方法，而非方法的全部。

最后，从技术层面来讲，法律经济学在很大程度上还只是用经济概念主义置换了法律概念主义，还是严重脱离社会现实。传统经济学的形式化模型只是作为近似值才得以成立的。

因此，我们不仅需要明确法律经济分析的方法论意义和理论贡献，也要探讨法律经济分析的局限性，并进一步探索超越律的经济分析的局限性并汲取其理论和方法论贡献的有效途径。

本书认为，法律经济分析的适用范围有其明确的界限，尤其不适用于

基本人权的核心价值以及以财富再分配价值统率政治共识或道德共识的领域。充分发挥法律经济分析的方法论优势并同时克服其固有的局限性，一条重要的出路就在于实现法律分析之法律（权利）哲学维度与经济学维度的视界融合，综合权利法则的边际约束作用与成本收益分析的目的论考量，从而实现法律的正义与效率价值的有机统一。绝大多数的立法、司法和行政决策通常都既要考虑成本收益分析——关于某些经济、政治或社会问题和形势的改善，同时也必须坚持把每一个人都作为平等而自由的个体来对待这一基本人权的“硬核”。基本人权的保障和维护划定了法律经济分析的范围和界限。这种划界也许可以主要由一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学来承当。

二

法律（权利）哲学的基石是法律（权利）概念论。以自由为基础和核心的法律（权利）哲学的基石是一种整体性的法律概念论。这种整体性的法律概念论的关键就在于对于所谓“法的精神”的探讨，以及立足于“法的精神”对于合法性和法两层含义的区分与综合。所谓法的精神即既可能于法律之外之上独立存在（相对于每一特定的法律而非法律之整体而言），又必定部分地不同程度地贯彻、实现于法律（就法律的整体现象而非每一特定法律而言）之中的自然规律和自由法则的总和。法的精神是与实在法的可能性本身紧密联系在一起，并且只有在这种联系之中才成其为法律或实在法的理想或蓝图。

在法的精神的内在结构方面，其先天与经验、自由与自然两个层面尤其重要。

法的精神既有先天的形式要素，也有并主要是经验的具体内容。

法的精神的先天要素主要是自由法则，以及作为其外在运用的权利法则或法律法则。

所谓自由法则也就是从人类的主体性自身出发，以普遍道德法则为核心历史地形成和发展起来的“纯粹理性”（广义）自身的法则。自由法则

包括权利法则或法律法则以及德性法则两个层面，两者分别是自由法则的外在运用（表现）和内在形式，前者约束并保障人的外在行为自由，后者关乎人的内在自由。权利法则或法律法则作为自由法则的外在运用、外在形式和制度存在，是法的精神的核心，应当优先于（不是指时间上的在先，而是指价值序列上的优先）自然规律（包括经济规律）以及德性法则，对于法律权利义务的配置起到检验、校准的定向和边际约束作用。

法的精神的经验内容是一切有待于我们“发现”、“认识”和“表述”的与法律的创制和实现有关的一切经验规律。这种经验规律是历史的和具体的，不同时代和不同民族有不尽相同的内容。它包括自然和社会规律。所谓社会规律主要是指与法律的创制和实现密切相关的社会经济结构、政治法律结构和文化心态结构的规律，以及人口和民族构成、历史传统和风俗习惯等。从历史唯物主义的基本原理出发，我们尤其要关注经济规律、作为经济关系内在结构形式的法权关系或法权要求。此外，任何实在法出于其实证性而具有的特性也值得我们关注。它是立法者应该立足于自由法则予以“发现”和“表述”的经验实证的规律。社会科学尤其是经济学，包括法律经济学在此大有作为。

权利法则或法律法则自身仅仅是法律（权利）正当性之形式的、抽象的消极性检验标准或边际约束条件，从它并不能推导出一个先验的权利体系。为了使外在自由的各界域（Domains）能够共存，也为了使一个特定社会的权利体系能够被它的人民所普遍接受，普遍的权利法则需要包含许多不同的限制，因而权利法则应该被看做一套法则的系统。普遍的权利法则中的“普遍的”一词应当解读为“对所有人适用”这个弱的意义，而不必向每个人提出最终是同一的要求来平等地对待所有人。即便没有法则之下的平等，一个完全且有效的法律秩序也体现了权利的状态。权利可能有许多不同的实现方式，其中只有一部分包含了法则之下的平等。平等的权利既能够通过权利法则或法律法则的检验，也能够经受绝对命令的检验，至于其他权利则不然。

在整个法学领域和全部实在法中都必须坚持普遍的权利法则的优先性。利益的衡平，成本收益的分析，以及政策的考虑，都只能是第二位

的。这是因为正如康德所指出的：普遍的权利法则作为“形式的原则（即仅仅基于对外关系的自由的原则）”具有无条件的必要性，利益衡平的原则作为“物质的原则（即作为自由选择的对象的目的）”却仅仅在事先给定的目的具备经验的条件这一前提之下才是必要的。并且，关于什么是幸福，根本就没有任何普遍有效的法律原理是能够给定的。首要的正义原则，首先需要加以考虑的公共福利，就是通过法律保障每个人自己的自由的那种合法的体制：只要他不侵犯别人普遍的合法的自由，也就是不侵犯其他公民的基本权利，他就始终可以以自己认为是最好的任何方式去寻求自己的幸福。不能以大多数人的利益或“福利最大化”、“效率最大化”为理由侵犯任何一个人的基本权利。存在着在任何情况下、以任何理由都不得侵犯的基本权利。一般说来，国际人权立法中的“不可克减的权利”就是公认的无论以何种理由也无论在何种情况下都不得侵犯的基本权利。

三

权利法则的一个基本内容就是对于生命、自由以及平等权利及其相互关系的界定。生命权是原点，从生命权到自由和平等权是一种逐级递进和深化的关系，其次序不可以错乱。生命权先于、重于自由权，自由权又先于、重于平等权；反过来说就是，不能以平等权否定自由权，也不能以自由权否定生命权。

权利不是绝对的。当行使权利的后果对社会来说极为不利时，则不得享有这种权利。对于权利的限制必须有切实的根据：第一，这个权利所保护的价值并不真正处于危险状态或只在形式上有某种危险。第二，核心意义上的基本权利，即对于保护个体的人格尊严和得到平等关怀与对待所必需的权力，可能被侵犯。第三，实现这个权利所付出的社会代价可能达到任何与其同等重要的权利被严重侵犯的程度。在对于权利的依法限制方面，法律的经济分析无疑是法律推理的一个重要工具。在许多情况下，这一推理对于合理配置法律权利义务是必要的，法律（权利）哲学在此可以保持沉默。只有在法律的效率价值与生命、自由以及平等（作为终极

价值的自由是德沃金意义上平等对待权利的前提和最终的基础) 价值发生冲突的情况下, 法律的经济分析应当被否定。因为以上述意义上的生命、自由和平等为内核的权利不仅仅是立法或社会习俗的产物, 而且是判断立法和习俗的独立根据。在这里, 法律(权利) 哲学可以看成是法律分析的最后检验标准, 是一个严格意义上的终极性的消极的判断检验标准。这也就是说, 凡是能通过这个标准之检验的都是正当的(当然不一定也不必要就是效益最大化的), 通不过则不具备严格意义上的正当性, 即使它有较高的效率。

法律的经济分析及其他实证的分析与法律的权利哲学的边际约束或检验二者缺一不可、互为补充, 这不仅是超越法律经济学的需要, 也是实现法律的生命、自由和平等及其与效率价值之平衡的基本的有效途径。

权利法则并不能够自然而然地实现。权利法则的实现必须依托于一定的政治社会制度和法律机制。权利法则实现的根本机制就在于: 以基本人权为皈依, 以人民主权为政治动力, 以社会契约为根本性程序载体。在这一实现机制中, 社会契约及相关正当程序的根本作用就在于它是人们对于基本人权以及权利法则达成共识的基本形式或程序载体, 是以自由为基础和核心的基本人权从应然的道德权利向实然的法律权利转化的关键, 也是权利法则实现机制的关键。社会契约是建立合法法律、合法的政治权威及政治义务的根本程序机制。从逻辑上讲, 无论一个国家的历史及现实政治制度如何, 其人民都只有通过社会契约及相关的正当程序, 才能形成人民主权和合法法律。只有认识并贯彻了上述理论逻辑, 民主共和制才是根深蒂固、不可动摇的; 也只有在这一制度大背景下, 法律的经济分析才有其正当的用武之地。

林道海

2008年1月

目录

总序	I
序言	1
第一章 法律经济分析的起源与发展	1
一、法律经济分析的起源与发展	1
二、法律经济分析的贡献	5
第二章 法律经济分析的局限性及其范围与界限	8
一、法律经济分析的局限性	8
二、法律经济分析的合理范围与正当界限	25
第三章 超越法律的经济分析，走向更大的综合	
——一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学	
（上）	28
一、整体性的法（权利）概念——以合法性和法两层含义的区分 与综合为基础	28
二、法治：自由的制度存在	63

第四章 超越法律的经济分析，走向更大的综合

——一种以自由为基础和核心的法律（权利）哲学

（下） 76

一、权利法则的基本内涵 76

二、权利法则的实现机制 99

参考文献 122

后记 135

第一章

法律经济分析的起源与发展

一、法律经济分析的起源与发展

“法律经济学”、“法律的经济分析”以及“法与经济学”在宽泛的意义上可以看做是同一社会现象，本书即将其作为同义词交互使用。法律的经济分析起源于欧洲并主要发展于美国，现今在以美国为主要的流行地域。法律的经济分析作为一个学科形成于20世纪60年代，并从此逐渐波及世界范围。从法理学的角度来看，它可以视为现代法理学中的右翼学派。^①从哲学基础来看，边沁和穆勒的功利主义可以视为其远祖，美国本土的实用主义和工具主义则可谓其近亲。从一个大的时代背景来看，20世纪盛行一时的科学主义和实证主义可谓其理论范式的母体。

法律的经济分析最早可以追溯到19世纪30年代，迄今为止可以说出现过两次比较大的浪潮。

（一）第一次浪潮

法律经济分析的起源主要与德国历史学派有关，是为了反对权利的自然法哲学。其代表人物基本上是经济学家，主要是德国历史学派的一些学者，也包括美国旧制度经济学派的康芒斯等人。他们试图发展一种“权利的解释性科学”，认为权利附属于社会和经济条件，其变化由社会经济条件的变化所决定，并必须反映这种变化。在这一阶段，关于权利的阐释性科学形成了大量的实证研究成果。比如，对于土地开采权利的契约安排的历史研究发现，权利的界定主要取决于资源的稀缺性和从事这些资源开

^① [爱尔兰] J. M. 凯利著，王笑红译：《西方法律思想简史》，法律出版社2002年版，第413页。

发的个人的成本—收益核算。这些权利的确是完全出于个人选择，属于个人权利，至于其他的权利则是公共权利。然而，尽管当时的法律经济分析取得了不俗的成绩，由于经济学的“边际主义革命”和新古典主义经济学主流地位的确立，自19世纪70年代之后，第一次浪潮还是逐渐衰落了。到了20世纪30年代，其在法学界的地位完全为法律社会学和法律现实主义流派所取代。

（二）第二次浪潮

法律经济分析的第二次浪潮即市场本位的以新古典经济学为基础的当代法律经济分析。它开始于20世纪50年代，70年代以来逐渐被人们比较广泛地接受，自80年代以来虽有所继续深化和扩展，但同时也经受了多方面的质疑乃至断然拒斥。目前新古典经济学的价格理论以及交易成本理论是其最有力的分析工具，与此同时，博弈论、公共选择理论等也渐有市场。这期间法律的经济分析经历了一个从科学主义、基础主义到实用主义、工具主义的转型，基本上放弃了早期“包打天下”的雄心壮志。这种转型在其代表人物之一——美国的波斯纳法官的身上表现得特别明显，故我们可以波斯纳的理论转型为例予以简要分析。

标榜科学主义的法律经济分析可以波斯纳1972年出版的《法律的经济分析》一书为代表，该书即试图以“财富最大化”理论来代替功利主义作为法律的实证和价值两方面的基础。具体来说，它有以下几个特点：首先，用经济学形式主义代替法律形式主义。波斯纳认为经济学提供了预测人们在法律规则存在的情况下将如何行为的理论，因此，我们可以通过运用经济学理论和术语来考察法律问题，来确定法律的结构、目的和一致性。尽管波斯纳在一定程度上认识到了作为财富最大化的资源配置准则的效率价值作为社会决策的伦理准则有其局限性，功利主义意义上的效用也有很大的局限性，他还是相当大胆地把“效率作为社会选择的唯一有价值的准则”^①作为其理论的根本点确立下来。其次，“理性人”或“自我利益的理性的最大化者”的假设。它不仅要求每一行为的收益超过成本，而且要求每一行为扩展的边际成本要与边际收益相当。再次，效率即正义

^① [美] 理查德·A. 波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社1997年版，第15页。