

民商法研究

张新民 陶 林 李旭东 主编

SHANG

AN
西南师范大学出版社

民 商 法 研 究

张新民 陶 林 李旭东 主编

西南师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究/张新民,陶林,李旭东主编. —重庆:
西南师范大学出版社, 2002. 6
ISBN 7-5621-2677-1

I. 民… II. ①张…②陶…③李 III. ①民法—研究—文集
②商法—研究—文集 IV. D913. 04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 037611 号

民商法研究

张新民 陶 林 李旭东 主编

责任编辑:张渝佳

封面设计:王正端

出版发行:西南师范大学出版社

(重庆·北碚 邮编:400715)

印 刷:四川外语学院印刷厂

开 本:850×1168 1/32

印 张:14.625

字 数:380 千

版 次:2002 年 1 月第 1 版

印 次:2002 年 1 月第 1 次印刷

印 数:0001~1000

书 号:ISBN 7-5621-2677-1/D·123

定 价:28.00 元

目 录

西方经济分析法学对我国民法和法制建设的 借鉴意义	时显群(1)
论中国《民法典》的制定	张新民(44)
美国《统一计算机信息交易法》评析 ——兼论中国电子商务法制建设	陶 林(88)
定式合同研究	雷雪梅(134)
中国企业在美国上市的法律问题研究	徐兴旺(181)
精神损害赔偿制度若干问题研究	张冬青(205)

- 新中国婚姻法的实践与完善..... 房香荣(230)
- 上市公司治理结构研究..... 张新民(267)
- 公司内部监控之强化
——兼论独立董事制度..... 曹兴权 李旭东 曹阳(348)
- 英美公司法董事自利交易规制之比较
- [美]黛博拉 A. 德默特著
曹阳 伍容平 林楚泉译(403)
- 我国农村社会保障制度建设初探
——兼论重庆市农村社会保障制度的建构
- 张新民 雷雪梅 陈世伟(437)

西方经济分析法学对我国民法 和法制建设的借鉴意义

时显群*

第一部分 引论

一、从一则民法案例引出经济分析法学

1997年3月15日,重庆金山酒店公司与桂林同德公司签订正式借款协议,酒店公司向同德公司借款5000万元用于酒店装修,协议规定了还款计划,并以金山酒店8000万元资产作抵押担

* 时显群(1965~),男,江西彭泽人,西南政法大学法学硕士,西南师范大学经济政法学院法学系副主任。

保。1997年5月同德公司要求办理正式抵押文书时得知,金山大厦是债务垒成的“金山”,金山大厦是向银行作抵押贷款1.8亿元建成的。也就是金山大厦已抵押给银行,不能再抵押。同时了解到,金山酒店并无自有资产,连注册资金也被抽走。于是向法院起诉。此案经桂林中院一审,广西高院二审于1997年11月27日作出终审判决,判定被告在规定时间内归还5000万元借款。该判决生效后,被告未按规定的时间还款。1998年2月17日广西高院委托重庆市中院代为执行。同时,银行也向法院起诉要求被告归还其贷款本息。

金山酒店是重庆市一座按四星级标准建设管理的知名酒店,有员工500余名。如果按常规方法执行,金山酒店将面临停业,被分割处理,员工也会失去工作岗位。为了避免这种情况的发生,又满足债权人的利益要求,法院提出了大胆创新。将金山酒店的经营权交由桂林同德公司有偿使用,以冲抵债权,直到债权全部实现时为止。这样,既实现了债权人的合法债权,又能保障银行作为抵押权人的利益。此方案的执行,还使金山酒店的整体形象得以维持并保证了500员工工作稳定。同时执行起来比较方便,成本低廉。

这则判例虽然在法律条文中找不到根据,但在经济分析法学中却有充分的理由。“对法律经济学而言,这一点表明,任何法律,只要涉及资源使用——而事实上恰恰如此——无不打上经济合理性的烙印……判决时,你也正在对资源使用的各种可能进行明确或不明确的比较和选择。无疑,判决必须依最有效率地利用资源这一原则进行”。^[1]波斯纳指出:“法律的许多领域,尤其是(但并不限于)普通法领域中的财产权、侵权、犯罪、契约,都无不打上经济理性的烙印。虽然很少有在法官意见中明确引用经济学概念,法律裁决的真实理由往往被法官意见的特殊语词所掩盖而非阐明。事实上,法律教育主要就是要求人们学习如何透过语词的表

面现象发现这些理由……发现许多法律原则依赖于不可言喻的效率追求是不足为奇的”。^[2]

经济分析法学自始至终所贯穿的一条主线就是把效益作为法律的基本价值目标和评价标准。这也是经济分析法学的核心思想。波斯纳指出：“法律制度中的许多原则和制度最好被理解和解释为促进资源有效率配置的努力——也是本书^①的主题”。^[3]美国著名法理学家艾克曼在谈到关于法律的经济分析时也提出：“这种分析方法提供了一个分析结构，使我们能够对由于采用一个规则而不是另一个法律规则的结果所产生的效益的规模和分配，进行理智的评价。这种分析特别重要的是，因为它常常揭示出，法律规则的潜在影响可能与推动制定该规则的立法机关或法院的目标（至少在表面上）大不相同。所以只要不把经济学作为唯一的评价原则来误用，而是理智地运用它，就能使学生揭开修辞学的帷幕，抓住躲在法律问题背后的真正的价值问题。”^[4]

二、经济分析法学的含义和基本特征

（一）经济分析法学的含义

何谓经济分析法学？这是我们探究经济分析法学首先碰到的问题。所谓经济分析法学，是法学和经济学相融合的产物，是运用有关经济学理论、方法研究法学理论和具体的法律问题的具有交叉性、边缘性的理论体系和法学流派。在美国，一般又称之为“法律的经济分析”（Economic Analysis of Law），法律的经济学（The Economics of the Law），当然更有称之为“法学和经济学”（Law and Economics）。在国内，我国学者对其称谓也不一致，有的谓之“法律经济学”或“经济分析法学”，有的则叫“法律的经济分析学

① 本书是指《法律的经济分析》，波斯纳的代表作。

说”，当然更有称之为“经济学分析法学”或“经济分析法学”。关于这一学派的称谓，虽然很多，但大都大同小异，关键在于说明，这一学派是经济学和法学相互渗透融合而成的一套新兴的系统的理论体系和法学流派。

我们在把握经济分析法学的确切含义时，必须把它与另外一个与其极其易混的概念即经济法学相区分。经济法学是以经济法为研究对象的一门部门法学。经济分析法学与经济法学的区别主要在于：1. 研究对象不同：经济分析法学不仅涉及具体的法律问题和几乎所有的部门法领域，而且涉及到有关法律价值等具有法律哲学意义上的法律的根本理论问题；而经济法学则仅以经济法这一部门法作为其研究对象。2. 研究方法不同：经济分析法学是以有关经济学的理论、方法来探讨法律理论和具体的法律问题并正因其研究方法的独特性而构成其为一独立的法学流派；而经济法学与其它部门法学在研究方法上没有什么差别。

（二）经济分析法学的基本特征

1. 善于运用经济学的原理和方法分析评论法律制度及其功能，具有定量分析的优势

传统的西方法律哲学（无论是自然法学派，还是分析法学或是社会学法学）忽视法律与经济之间的内在联系和相互作用。^[5] 经济学本质上是实证科学，注重数据分析。法律是调整人们相互关系的行为规范。人的行为难以作定量分析，因此人们以往极少运用经济学理论和方法去分析法律制度。本世纪以来，尤其是第二次世界大战以后，西方各国政府逐渐加强了对市场经济的调节和控制。法律在经济生活中的作用越来越大，人们开始认识到法律与经济有着不可分割的联系。对法律的经济分析在可能的条件下不仅是定性的，而且是定量的，从而使人们可以比较精确地了解各种行为之间经济效益的差异，进而有助于改革法律制度，最终有效地实现最大程度的经济效益。

美国著名的社会学家丹尼尔·贝尔曾指出,当代社会科学的发展,“都主要是数学和统计方法的革新,或者是由定量分析推导出来的理论。”^[6]美国著名的科学家汤姆生说:“你所研究的问题,如果不能用数学来表示,那么你的认识是不够的,不能令人满意的,你的思想还没有上升到科学阶段”。^[7]

2. 注重对法律问题进行实证分析,强调实用价值和操作性

为了说明经济分析法学这一鲜明特征,也为了进一步说明法律的经济分析的含义,让我们用经济学的观点来分析一则案例。欧洲某公司(甲方)与中东地区某石油公司(乙方)签订了一项石油买卖合同。后因输出国爆发了战争,致使乙方无法如期履行合同,将石油输送给甲方。由于没有石油,甲方损失了有利可图的投资。于是,甲方遂以乙方违反合同向法院起诉,请求法院判令乙方负损失赔偿责任,金额相当于如果石油如期运到甲方将实现的利润。然而,在合同中,甲乙双方没有规定因发生战争导致合同不能履行的风险及其责任的承担问题,因此法院就不能简单地依据合同本身的条款规定来解决纠纷。因此,法院要解决这个诉讼案件,就必须作出选择:即是因为战争造成乙方“不可能”履行合同而免除其赔偿责任,还是因为乙方存在违约行为从而判令乙方赔偿甲方所损失的利润。对于这个案件,根据传统的合同法观念,战争属于“不可抗力”,乙方不负任何赔偿责任。然而根据法律的经济分析学说的观点,假定甲乙双方对于战争是在中东地区做生意的一项风险可以预见,那么,这种风险就必须由合同的一方来承担。从经济效益的观点来看,“法院应该以使将来的合同行为更有效率为目的来分配未输送石油的损失。”根据法律的实证性经济分析,要达到这个目的的一个规则,就是“要把损失分配给能以最低成本来承担这种损失风险的一方。”也即判断合同双方各自预测和防范这一风险的成本高低,然后决定由花费较少成本的一方承担这一风险及其责任。结合上例,似乎在中东地区做生意的乙方比欧洲的甲

方更能估计到那个地区的战争风险,并更容易采取措施消除战争影响。例如为防止因战争致使合同无法履行,可由乙方来购买保险且成本比甲方来做低;也可由乙方以低价低廉地安排其它可能不受战争封锁的航线来输送石油;也可由乙方即使在中东地区发生战争时候与世界上其它不太敏感的地区的石油公司建立业务以解决缺油的燃眉之急。

如果乙方果真如上述更有能力承担因战争造成的无法履行合同的₁风险,乙方对战争这一风险的预见、防范所需的成本比甲方少,根据法律的实证性经济分析,一个以改善经济效益为目标并以自己的判断来促使将来的合同行为更具有效益的法院,就要坚持由乙方负违约赔偿责任。“这一结论与因 1967 年中东战争而造成的一些实际案例的结果是一致的。”

从上面的案例可以推论:任何法律的制定和执行都要有利于资源配置的效益并促使其最大化。这就是法律的经济分析学说最根本的观点。

三、对法律(民法)进行经济学分析的必要性

运用经济学的理论和方法对法律进行分析,把效益作为法律的基本价值目标,是当代社会经济发展的必然趋势,体现了法律在当代的基本使命。

法律无论作为一种治国方式,抑或作为一种文化现象都是受制于社会整体的发展,尤其是受制于社会经济的发展。对此,马克思指出:“社会不是以法律为基础,那是法学家们的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的,由一定的物质生活方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个,个人恣意横行。”^[8]从这一原理出发,每一时代法律制度的基本使命与同时代社会经济发展的主要任务是一致的,每一时代的立法者也只能从同时代社会经济发展的主题中领悟并确定法律制度的使命。当代

社会经济发展的主题在于最大限度地优化利用和配置资源。尽管人类资源稀缺的矛盾一直与人类相伴而存,但将优化利用和配置资源作为一种明确的社会目标仅属于现代文明社会。当代社会经济发展的这一主题也相应决定了当代法律的基本使命。

法律的传统作为在于对各种财富以及财富的交易行为给予公平的保护。应该看到,对财富及其交易行为的公平保护是资源优化使用和配置的前提与必要保障。然而,财产及其交易行为的公平保护相对于资源最大限度地优化使用与配置的社会目标来说,前者的作为则是明显不够的。法律的传统作为与当代使命的这种差距常为法学家所比喻^①:法律的传统作为只是保障人们公平地分享“蛋糕”;而法律的当代使命则不仅要保障“蛋糕”分享的公平性,更需要促使人们努力增加“蛋糕”的总量。

经济分析法学强调效益价值,强调法律应有利于社会资源的配置和社会财富的增值,这与市场经济内在规律相一致。因此,在市场经济条件下,为了建立符合市场经济内在规律的法律体系,就必须加强经济分析法学的研究和运用。因为民法是市场经济的基本法,所以尤其要加强研究经济分析法学在民法中的运用。

对民法的经济学分析具有重要的理论和实践意义(事实上,对法律整体进行经济学分析也是十分重要的)。它不仅促进了民法学与经济学的相互渗透融合,而且极大地拓宽了民法学理论研究方法论领域和固有的思维模式,使定量分析导人民法学的理论研究;更为重要的是它深刻地揭示出民法规范的本质——对有关法律权利和义务的科学规定的真正价值不在于这些规定的本身,而在于通过民法规范达到社会资源的最佳配置,促进社会经济的发展和社会财富的增值。著名的法学家博登海默指出:“如果某人未

^① 张文显先生就作了如此的比喻。(张文显:《20世纪西方法哲学思潮研究》[M].北京:法律出版社,1996.202)

接受经济学的训练,那么他就无法认识到法律问题与经济问题之间的紧密联系,而这种关系在许多法律领域里都存在着……如果一个人只是个法律工匠,只知道审判程序的方法或精通实在法的专门规则,那么他的确不能成为第一流的法律工作者。一个法律工作者如果不研究经济学与社会学,那么他极易成为一个社会公敌”。^[9]

第二部分 西方经济分析法学的产生与发展

一、经济分析法学产生的背景和条件

(一)法律现实主义运动和当时的经济大萧条

西方法学家们传统上比较忽视法律与经济之间的内在联系和相互作用。^[10]因此,很少有人甚至没有人试图系统地把经济学原理和方法引入法学研究领域,自觉地运用有关经济学理论、方法来研究法学理论问题和具体法律问题。

只是到了 20 世纪 30 年代初,由于来自法律现实主义运动和经济大萧条这两方面的推动力,才使经济学和法学真正地结合,从而导致了—个新兴的法学流派的诞生即经济分析法学。^[11]—方面,以弗兰克和卢埃林等赫赫有名的法学家为首而发起的当时风靡美国的法律现实主义运动,促使人们改变以往的概念式的法学教学,将眼光更多地投向复杂多样的社会现实。这场运动对本世纪美国的法学教育和研究产生了深远的影响,导致了一些法学院尝试性地开设经济学、社会学、政治学等课程。另一方面是当时美国大萧条所带来的经济危机,让人们认识到市场并非万能,它也需要政府对其管制,在如何管理市场—问题上,经济学家将目光投

向了法律,即政府如何利用法律手段干预经济。这一需要使法学和经济学紧密结合起来。所以早期出现这一学科中的代表人物多为经济学家,其分析对象多局限于反垄断法等政府管制市场的成文法规。^[12]

(二)学科间的相互渗透

20 世纪前的很长一段时期,法学研究与其它学科的发展基本上没有直接的联系,几乎是各行其道。正如博登海默所说:“至少在法制生活中的某些重要时代,盛行着这样一种趋向,即把法律建成一门自给自足的科学,完全以它自己的基本原理为基础,不受政治学、伦理学和经济学等学科的外部影响。”^[13] 二战后,由于科技迅速发展,使人们日益感觉到,对于世界这个有机体,单靠每个学科独自孤独的力量,难以获得清晰和全面的认识。于是,各个学科之间相互渗透,出现了许多交叉学科。与此相适应,法理学也越来越多地注重于与法学有关的政治、经济、社会等诸问题的研究,其中法学和经济学的相互渗透,从而最终导致经济分析法学这一流派的产生。^[14]

二、经济分析法学的思想渊源

(一)功利主义理论

功利主义理论是由 18 世纪英国著名的法学家杰里米·边沁所创立。边沁的功利主义理论以研究人的本性开始,认为“趋利避害”、“避苦求乐”是人的自然本能,是人们对待利、害、苦、乐的共同态度,是人们行为的唯一动因。^[15] 根据功利主义理论,功利是基于人类本性而产生的,是判断一切行为和制度好坏优劣的最高和唯一标准。功利原则是人类伦理不证自明的最高原则,狭义作用于个人,广义作用于社团、社会、国家。边沁为立法确立了两个原则:(1)立法以社会效益为检验标准;(2)立法应以最小的损失谋求大

多数人的最大幸福。^[16]从以上可以看出,在边沁那里,已经隐隐约约地把法律和经济这两种现象结合一体地进行研究了。

(二)制度经济学理论

制度经济学(Institution Economics)是19世纪末20世纪初在美国出现的西方一个经济学派。它主张运用制度——结构分析方法,分析制度因素和结构因素在社会经济发展中的作用,并提出政策建议。^[17]

制度经济学的主要代表人物是康芒斯(美国著名的经济学家,《制度经济学》为其代表作),该学派反对传统经济学局限于纯粹的“经济因素”的研究,主张应联系所有非经济因素(如政治结构、制度、法律等)来对社会经济问题进行研究和分析,尤其强调法律因素的特殊作用。在这一点上,康芒斯表现更为突出。他积极主张法律和经济现象不可分割的紧密联系,甚至认为法律制度在社会经济生活中起最主要的作用。

特别是新制度经济学以交易费用或交易成本为核心范畴,分析和论证制度的性质,制度存在的必要性以及合理制度的标志。它考察的重点不是经济运行过程本身,而是经济运行背后的产权关系,即经济运行的制度基础,通过考察和分析产权关系,来合理地界定、变更和调整产权结构,以降低或消除经济运行中的交易费用,提高经济效率,改善资源配置。在一定意义上,可以说经济分析法学与新制度经济学是同一硬币的两面。^[18]

(三)福利经济学理论

福利经济是现代西方经济学的一个支派,产生于19世纪末20世纪初。该学派认为:经济学的任务就是研究资源如何配置才是有效益的,即促进社会福利的增加和最大化。^[19]

意大利福利经济学家帕累托根据个人境况的好坏变化提出

“最适宜状态”概念来作为检验社会福利是否增值的标准。^① 由于帕累托的“最适宜状况”难以实现,有诸多局限性,人们便对其标准进行修正、改进,从而提出“卡尔多——希克斯标准”^②来检验社会福利是否增值,资源配置是否有效率。“卡尔多——希克斯标准”的核心论点是:如果资源配置的任何改变使一些人的福利增加而同时使另外一些人的福利减少,那么只要增加的福利超过减少的福利,就可以认为这种改变使社会福利总体实现了增值,因而这种改变也是有效率的。^[20] 显然,经济分析法学正是基于这样的效益原则对法律进行经济分析的。

三、经济分析法学发展简史

(一) 诞生阶段

经济学和法学的真正结合始于 20 世纪 30 年代初,这标志着

① 帕累托最适宜状态,福利经济学术语,指经济福利所达到的最优状态。帕累托认为:如果生产和交换情形发生变化,也就是资源的重新配置使得有些人境况变好而同时使其他人的境况变坏,则不能说明整个社会福利是增值的,也不能认为此时的资源配置是有效率的。只有资源的重新配置使有些人境况变好,而同时其他人并未因此变得坏些,这时才能说社会福利增加了,资源的配置也是有效率的,这就是帕累托最适宜状态。后来的经济学家认为这种状态难以实现,有局限性,因而对社会福利是否增值的标准进行了修正。

② 卡尔度和希克斯都是英国经济学家。卡尔多首先提出社会福利增值的检验方法即假想的补偿原则,后来希克斯对其大加发挥,并提出自己的理论。由于两者的观点大致相同,所以一般将他们的观点称为“卡尔多——希克斯标准”。卡尔多认为,如果在情况 A 下,受益者在补偿受损者之后,仍然比情况 B 好,那么对社会来说,情况 A 就比情况 B 好。在 A 情况下,社会福利便实现了增值,此时的资源配置也是有效率的。值得注意的是,卡尔多所说的补偿并不是真实的补偿,而仅仅是一种虚拟的补偿,即只要受益者在资源重新配置下所得大于此时受损者所失。而希克斯则认为:实际上既不要真实补偿又不要虚拟补偿,只要资源配置的改变提高了经济效率,增加了社会总财富,那么,在经过“足够长的时间”以后,受损者都会“自然而然”地从改变后的状况中获益,从而得到补偿。

经济分析法学的正式诞生。^[21]在前文所述的背景下,素有“法律——经济学发祥地”之称的美国芝加哥大学法学院在1939年聘请了著名经济学家哈里·西蒙斯(Henry Simons)担任专职教授,并由他开设了“经济分析与公共政策”课程。这是经济分析法学的开端。^[22]1946年,西蒙斯去世,经济学家阿隆·迪莱克特(Aron Director)接替其职位。在经济分析法学的开创史上,迪氏作了特别的贡献。首先,他将“经济分析与公共政策”课程改为“价格理论”即微观经济学课程,系统讲授经济学原理;其次,他与法学教授爱德华·利维(Edward Levi)合作,共同开设了“反托拉斯法”课程。反托拉斯法即反垄断法是美国政府干预市场经济的最早措施之一,也是法学和经济学结合最密切的领域之一。再次,迪氏在1958年创办了《法律与经济学杂志》,该杂志对于经济分析法学的发展具有十分重要的推动作用。^[23]

(二)发展阶段

在20世纪60年代初以前,对法律的经济分析仅仅局限于反垄断法等少数政府管制市场经济的成文法规。法律的经济分析几乎是反托拉斯法的同义词。^[24]这就是所谓的“旧的”经济分析法学。自从60年代以后,经济分析法学不断扩大其研究领域,如财产法、侵权法、合同法、刑法;立法和司法;甚至宪法和法理学等,从而开始了经济分析法学发展的新阶段,称为“新的”经济分析法学。在经济分析法学这一发展过程中,科斯^①、卡莱布雷斯和贝克尔3人起了不同的重要作用。^[25]科斯的《社会成本问题》(1960)和卡莱布雷斯的《关于风险分配和侵权法的若干思考》(1961)这两篇论文是“系统地”运用经济学理论和方法分析那些并非公开宣布调整经

① 科斯,全名为罗纳德·哈里·科斯(Ronald Harry Coase),1910年生于英国,后到美国芝加哥大学法学院任教,美国著名经济学家,1991年诺贝尔经济学奖获得者,经济分析法学理论最重要的奠基人,代表作为《企业的性质》和《社会成本问题》。