

★ 博观译丛

A. Mitchell Polinsky

A·米切尔·波林斯基

法和经济学导论

第三版

郑戈译

法律出版社

★ 博观译丛

A. Mitchell Polinsky

A·米切尔·波林斯基

法和经济学导论

第三版

郑戈译

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法和经济学导论 / (美)波林斯基著;郑戈译. —3 版.
北京:法律出版社,2009. 11
(法律经济学丛书)
书名原文:An Introduction to Law and Economics
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0082 - 4

I. 法… II. ①波…②郑… III. 法学:经济学 IV.
D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 195608 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2009 年 12 月第 1 版

印张/10.5 字数/146 千
印次/2009 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0082 - 4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献 给

吉多·卡拉布雷西和理查德·A·穆斯格雷夫
他们引导我进入法和经济学之门

序 言

本书研究了法律的经济分析中为数不多的几个问题,目的是集中力量展示“如何像一位经济学家那样思考”法律规则。正如经济学家们所知的那样,像一位经济学家那样思考一个问题就意味着为之建立一个无论是用语言、图形还是数学来表达的“模型”,以便萃取出所研究的那种关系中的精华。不幸的是,对于大多数法学院学生和许多本科生来说,经济学家写的许多关于法律制度的东西都采用了图形和/或数学的模型。本书的目的是表达出经济学的精神以及由此而获得的洞见,而不借助它的技术手段。我将仅仅依靠简单的算术例子。

由于本书并不以任何关于法律制度的知识作为阅读前提,它既可以用于法学院也可以用于本科生的法和经济学课程。在任何一种情况下,它都既可以用作一份更加详尽、全面地讨论这个课题的材料之补充,也可以作为核心教材,而以教师所选择的补充读物辅之。同时,考虑到书中所涉及的论题,它也可以用以补充法学院一年级财产法、合同法、侵权法和刑法课程抑或高年级的环境法课程的传统判例选编读本。

为了使正文尽可能流畅易读,我严格限定了脚注的数量。作为一项一般性规则,只有在需要对正文中的要点进行界定或进一步说明,或者是在需要提醒读者参阅

xvi 书中早先或稍后的讨论之时,我才会加入脚注。这项规则有三个小小的例外。首先,因为我试图在正文中尽可能不使用经济学的技术性术语,我会利用脚注来说明正文中的观点同某一术语之间的关联。其次,有少量脚注旨在援引同正文中的要点相关的判例或法律原则。第三,当正文中提及某一特定作者的作品时,我会加上一个脚注来做适当的引证(不过,脚注中并未包含对其他相关的法律的经济分析学术文献的参引。作为补偿,本书最后的文献附录中提供了一份关于本书所依赖的文献的导读)。

在为第三版而进行修订的过程中,我维持了前两版的结构和风格。目前这一版的最重要的实质性变化在于新增了两章。新增的第一章分析了利用监禁作为一种制裁来阻遏不可欲行为的制度安排,类似于此前版本中对罚款的分析。新增的另一章涉及委托人—代理人责任,讨论了侵害责任是应当加于委托人(比如公司)还是代理人(比如雇员)。这个问题在法律系统中有着广泛的适用性。我还简化了文献附录,省略了前两版中列出的许多早期著作和研讨会文集。之所以如此,一方面是因为,自从第二版面世之后,法和经济学领域内的文献以惊人的速度增加,如果继续维持前两版中的文献附录的风格,这份附录就会变得无比冗长;另一方面则是因为,自第二版之后,已经有几份详尽的文献指南出版(我提供了相关的引证)。

许多同事和朋友对本书各个版本的草稿提出了有益的评论。我想感谢卢西安·贝布楚克、马克·科恩、尤利斯·科尔曼、罗伯特·库特、理查德·克拉斯韦尔、约翰·多诺休、罗伯特·埃里克森、小杜尔希·艾利斯、鲁诺·伽鲁帕、罗纳德·吉尔森、亨利·汉斯曼、托马斯·杰克逊、路易斯·卡普洛、马克·凯尔曼、埃尔文·克莱弗里克、刘易斯·科恩豪瑟、斯蒂文·麦克布莱德、约奥·德梅罗、彼得·梅内尔、罗伯特·努金、理查德·穆斯格瑞夫、格伦·纳格尔、杰弗里·珀罗夫、伊凡·彭、罗伯特·拉
xvii 宾、威廉·罗杰森、罗伯塔·罗曼洛、丹尼尔·鲁宾菲尔德、斯蒂文·舍维尔、格利高里·斯达克和米歇尔·怀特所付出的努力。他/她们的建议大大改善了最后的产品。我还要感谢我的妻子琼·罗伯茨·波林斯基,为她提出的极有价值的编辑建议;芭芭拉·亚当斯,为她在准备本书文稿以出版第一版时所付出的辛劳;莫里斯·拉特纳,为他在更新第二版文献附

录方面提供的协助。

在书归正传之前,似乎有必要指出一点方法论上的注意事项。经济分析如今既被用来解释法律制度,也被借用来推荐或许有助于改善法律制度的变革。经济学家分别将这两种利用经济分析的方式称为实证(或描述性)经济学以及规范(或指导性)经济学。读者们将会发现,本书具有规范性的取向。就这里所讨论的每一项法律实例而言,我们都将确定哪一种法律规则或政策能够最好地促进某些目标的实现——我们侧重的目标是效率。由于当下的法律系统无疑已经受到效率考量的影响,现有的法律规则和政策在很多时候就是在效率上较优的规则和政策。从这个意义上讲,本书也为当下法律系统的某些方面提供了一种经济解释。

目 录

图表清单 / 005

序言 / 007

第一章 导论 / 001

假定的作用 / 002

第二章 效率与公平 / 006

存在冲突么? / 006

第三章 科斯定理 / 010

零交易成本 / 010

正的交易成本 / 011

第四章 应用一:侵害法 / 014

零交易成本 / 016

对策行为 / 017

不完备信息 / 019

第五章 应用二:违约 / 023

一份面面俱到的合同 / 025

有效率的违约 / 026

有效率的信赖 / 029

第六章 应用三:交通事故 / 033

开车人的注意程度 / 034

行人的注意程度 / 036

活动水平问题 / 039

第七章 风险承担和保险 / 044

风险承担 / 044

保险 / 046

第八章 应用四:违约再探 / 049

最优风险分配 / 050

各种救济方式的效果 / 052

第九章 应用五:交通事故再探 / 056

无法获得私人保险时的情况 / 057

可以得到理想的保险时的情况 / 059

不完全保险 / 060

第十章 应用六:通过罚款来执法 / 063

风险中立的情形 / 065

风险规避的情形 / 066

第十一章 应用七：用监禁来执法 / 072

负效用成比例增加 / 073

负效用超比例增加 / 075

负效用低于比例增加 / 077

第十二章 竞争性市场 / 081

价格等于成本 / 082

竞争性定价的效率 / 083

第十三章 应用八：污染控制 / 084

只有污染者才能决定损害程度时的情况 / 085

受害人也能影响损害程度的情况 / 087

第十四章 应用九：产品责任 / 090

消费者拥有完全信息的情况 / 091

消费者低估了产品风险的情况 / 093

风险规避 / 094

消费者采取注意 / 097

第十五章 应用十：委托人—代理人责任 / 099

基本分析 / 100

代理人的风险规避 / 103

监督代理人 / 105

对判决免疫的问题 / 106

第十六章 应用十一：诉讼、和解与审判 / 108

诉讼过程 / 108

对实体法律规则的分析 / 113

第十七章 效率与公平再思考 / 118

通过税收和转移支付进行的再分配 / 118

能用法律规则来进行收入再分配吗? / 120

应不应该利用法律规则进行收入再分配? / 122

第十八章 要点概括 / 126

效率—公平问题 / 126

激励问题 / 127

风险分配问题 / 129

第十九章 结 语 / 131

估价的难题 / 131

文献附录 / 135

索引 / 146

图表清单

1. 侵害法的例子 / 015
2. 违约的例子 / 025
3. 交通事故的例子——开车人的注意程度影响预期事故成本 / 034
4. 交通事故的例子——开车人和行人的注意程度都影响预期事故成本 / 037
5. 交通事故的例子——开车人的注意和活动水平影响预期事故成本 / 040
6. 违约的例子 / 050
7. 交通事故的例子——开车人的注意程度影响预期事故成本 / 057
8. 罚款的例子——居民是风险中立的 / 065
9. 罚款的例子——居民是风险规避的 / 068
10. 监禁的例子——负效用成比例增加 / 074
11. 监禁的例子——负效用超比例增加 / 076
12. 监禁的例子——负效用低于比例增加 / 078
13. 污染控制的例子 / 085
14. 产品责任的例子 / 091
15. 委托人—代理人的例子——企业承担严格责任 / 101
16. 委托人—代理人的例子——员工承担严格责任 / 102
17. 诉讼过程的例子 / 109
18. 交通事故的例子——开车人的注意程度影响预期事故成本,表中也列出了诉讼成本 / 114

第一章 导 论

1

非经济学家想取笑经济学家(或者经济学家们想彼此取笑)的时候,常常讲起下面这个故事:

一次海难将一位物理学家、一位化学家和一位经济学家抛到一个荒无人烟的小岛上,没有食物。几天以后,一听豆子罐头被冲上岸。物理学家建议用下面的办法打开这听罐头:

我已经计算过了,一个一磅重——也就是这个罐头的重量——的物体被抛至 20 英尺的高度时,其下落的极限速度将达到每秒 183 英尺。如果我们置一石块于罐头下,就能保证冲击力恰好能使罐盖开裂而豆子却不致洒落。

化学家则提出了另外的设想:

此法甚是危险,因为我们无法确保将罐头抛至正确的高度。我有一个更妙的主意。我们先生起一堆火,然后将罐头放在火上加热 1 分零 37 秒。我已经计算过了,这样恰好能将罐盖胀开。此法较为安全,因为如果罐头提前胀开,我们可以迅速将它从火上移开。

经济学家的反应是：

两位的招数或许可行,但太过复杂了。我的办法简单多了：
假定我们有一个开罐器。

2 如果你以前学过经济学,你会立即领会到这个笑话的意义(或许还不
止一次地听过这笑话呢)。要是你没学过经济学,很快你就会明白刚才应
该笑得更开心些。这个开罐器的故事包含了关于经济学家的一条重要的
真理和一条重要的谎言。这真理就是他们用做假定的方法来解决
问题,这谎言就是他们做了可笑的假定(遗憾的是,这并不总是一句谎言)。

假定的作用

经济学家之所以做假定,原因很简单:从经济学的角度来看,如果不
借助若干抽象的话,这个世界未免太难以理解了。举个众所周知的产品
责任法案例来说明这一点吧。艾斯柯拉诉可口可乐装瓶公司,在此案中,
一瓶苏打水突然爆炸,炸伤了原告。加利福尼亚最高法院的法官特雷纳
表述了如下支持原告的观点:^[1]

我同意该判决[支持原告],不过我想,在像这样的案件中,
制造商的过失不再应该被挑出来作为原告获得赔偿的理由。照
我的看法,当一个制造商将产品投放市场,知道顾客在使用之前
不会严格地检查,并且产品被证明确有某种致人损害的缺陷,制
造商就得负绝对责任……即使他没有过失……公共政策也要求
将责任配置给可以最有效地减少市场上有内在缺陷的产品对生

[1] Escola v. Coca Cola Bottling Co., 24 Cal. 2d 453, 461-462, 150 P.2d 436, 440-441 (1944).

命和健康造成的危险的一方身上。很显然,制造商可以预见到一些危险,可以阻止一些危险的再次发生,而公众却做不到这一点。那些被有缺陷的产品所伤害的人们对这一后果的发生毫无准备。损害所产生的费用以及时间或健康的损失对受害人可能是灭顶之灾,但却并非是必然如此的灾难,因为本来制造商可以对此进行保险,将它作为经营的成本在公众中分散掉。另外,阻止有缺陷的产品在市场上流通而对公众产生威胁也符合公共利益。如果这样的产品已经进入市场,为公共利益计,也应该让制造商承担致损的责任,因为他即使在产品的制造中没有过失,也该对产品到达市场负责任。而且,尽管这种伤害是断断续续发生的,偶尔才会达到严重的程度,但它发生的风险却是恒常的、普遍的,所以对这种风险的防范也应该是恒常的、普遍的,由制造商承担这种防范再合适不过了。

3

以上摘录的特雷纳法官的意见已经隐隐约约地提出了一些问题,但并未作出进一步的回答。“公共政策”或“公共利益”的标准如何确定?效率和公平都应当考虑在内么?过失责任规则和绝对责任(严格责任)原则对制造商在设计和生产过程中的注意程度以及消费者在使用过程中的注意程度有何影响?对该行业的产量和价格又有何影响?问题的答案是否取决于消费者对产品的危险有无错误的认识?是否取决于受害者是消费者还是与此无关的第三人?当消费者在使用中也有过失的时候,应不应该允许制造商提起“与有过失”(contributory negligence)的抗辩?制造商和消费者,最好由谁来承担那没有清除的产品危险?这个问题在什么程度上取决于制造商是自我保险还是购买责任保险?取决于消费者购买了事故保险还是已经为一般社会保险项目所涵盖?如果你对产品责任方面的经济学文献还不是很熟悉的话,你恐怕尚不能以一种系统的方式回答这些问题。不过,读完这本书后,你当可像一位经济学家那样考虑这些问题,并给出相应的答案了。

经济学家回答这些问题的方式是,通过一些使问题简单化的假定,舍去其他因素,单单考虑一两个因素。举例说来,开始的时候可以单考虑受

4

害者是消费者的情况,并且假定他对产品的危险有完全的信息;他不可能通过自己的行为影响到侵害的可能性和严重程度;他是个“风险中立者”(risk neutral)。^[2]在这样的框架中确定过失责任规则和严格责任规则对制造者注意程度以及行业的价格和产量的影响就比较简单明确些。然后就可以往这个框架中加入下列一些复杂因素,分别研究它们的影响:消费者对危险有错误认识,制造商和消费者共同决定侵害的可能性和严重性,消费者是“风险规避者”(制造商也可能属于这种类型)。^[3]最后一个复杂变量——风险规避——将在保险是可得和不可得的两种情况下分别予以考虑。

刚才描述的那些与一整套特定假设相对应的特定情况,之所以能被相对简单地加以分析,是因为一次只考虑少数几个变量。尽管大家都知道这些特定假设很不现实,但它们会帮助我们推演出一些与现实的产品责任有关的认识。而且,在考察了所有情况之后,你就会对产品责任的经济学有一个全面的——并且,更重要的,是清晰明了的——看法。

对于产品责任的经济学分析中简单化假定的作用的讨论适用于经济学家所涉猎的任何问题,包括本书的所有专题。经济学的艺术就是通过假定使问题变得足够简单,以便更好地理解它的某一方面,而并不一定使5 这些方面变得不重要。那种以为经济学家有时通过假设去掉了问题的真正有意义方面的想法才导致了开罐器之类的嘲笑。

到此为止我所说的一切并非辩解,而是一些警告。要做好接受(至少暂时接受)那些显然是不现实的假定的准备。通过这本书,我希望能使你确信可以从法律的经济学分析中洞察到许多东西,并且这种洞察是艺术地选择简单化假定的结果。

这本书的编排方式不是那么循规蹈矩。介绍基本经济学概念的章节和运用这些概念解释法律问题的章节交叉编织。通过这种方式,未受过经济学训练的读者可以对有关的经济学知识有一个系统的了解,而学习过经济学的读者则可以很轻松地辨别并跳过那些他们熟悉的材料。涉及

[2] “风险中立者”的定义见下文第31~33页。

[3] “风险规避者”的概念在下文第57页有解释。

的经济学概念包括效率与公平,风险承担与保险,以及竞争性市场。这些概念将被用于侵害法、违约、交通事故、执法、污染控制、产品责任等法律问题。最后,在总结性的章节里,将讨论一些对法律的经济学分析有实质性补充的问题。

为了使表述更简明易懂,更好地传达经济学分析的风格,问题的引入将采取由易到难、循序渐进的原则。比如,第五章将首次讨论当事人被假定为风险中立者时的合同关系中的违约救济问题,分析建立在当事人的违约决定和“信赖”支出上的救济手段的后果。第七章引入风险规避的概念,讨论保险的功能。第八章则在更加现实的假定——假定当事人是风险规避者——下再次考察违约救济。重点是讨论各种救济方式如何影响实际发生的违约风险之分配。通过这种循序渐进的分析,我们很容易就能看到违约救济的不同经济功能——控制合同双方的违约和信赖选择,并且在违约实际发生时分配风险。关于交通事故的讨论重复了这种模式。其他专题,诸如侵害法、污染控制、执法以及产品责任,则仅用一章的篇幅讨论。 6