

# 合同法基本原则的 博弈分析

我们首先要分析其所立足的现实基础，为什么要建立或者变更？其目标是什么？更重要的是立法目的和实施后的结果会不会一致？如果一个立法目标不构成纳什均衡，它就不可能自动实施，因为至少会有一个人会违背该立法。不满足纳什均衡要求的立法是没有意义的，这是纳什均衡的立法意义。我们要考虑法律制度所涉及的尽可能多的利益主体，分析在新制度下的利益主体博弈的均衡。如果没有这种周全的考虑，越是漂亮诱人的条文越不具有可操作性。如果一定要实施，其后果就是生产更多的社会问题。中国的现实情况是

柯华庆  
■  
著

D913. C4

60

2006

# 合同法基本原则的 博弈分析

立法者为什么要制定新的立法？为什么要建立或者变更？其目标是什么？更重要的是立法目的和实施后的结果会不会一致？如果一个立法目标不构成纳什均衡，它就不可能自动实施，因为至少有一个人会违背该立法。不满足纳什均衡要求的立法是没有意义的，这是纳什均衡的立法意义。我们要考虑法律制度所涉及的尽可能多的利益主体，分析在新制度下的利益主体博弈的均衡，如果没有这种周全的考虑，越是漂亮诱人的条文也不具有可操作性。如果一定要实施，其后果就是生产更多的社会问题。中国的现实情况是

柯华庆  
著

## 图书在版编目 (CIP) 数据

合同法基本原则的博弈分析/柯华庆著. —北京: 中国法制出版社, 2006. 9

ISBN 7-80226-528-2

I. 合... II. 柯... III. 合同法-研究  
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 114248 号

## 合同法基本原则的博弈分析

HETONGFA JIBEN YUANZE DE BOYI FENXI

著者/柯华庆

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/8.125 字数/158 千

版次/2006 年 11 月第 1 版

2006 年 11 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-528-2

定价: 18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66022958

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

作者简介：

柯华庆，江西九江人，中国政法大学法学院副教授，法学博士后，哲学博士。2002年进入中国社会科学院法学所做博士后，研究合同法与博弈论。2006年底赴美国康奈尔大学法学院做博士后，研究劳动合同法与法律经济学。在《比较法研究》、《哲学研究》、《制度经济学研究》、《学术研究》和《社会科学战线》等发表各类论文二十篇，出版译著《博弈论导论及其应用》（美国法律文库）。在《读书》、《书屋》、《经济学家茶座》、《法学家茶座》等发表随笔多篇。当前研究旨趣为法律经济学、劳动合同法和法律方法论，主讲法律经济学、法律博弈论等课程。





1. 法律现代化－中国法治道路问题研究  
蒋立山 著
2. 漂泊的思：现代性视野下的法学与教育  
曹义孙 著
3. 合同法基本原则的博弈分析  
柯华庆 著
4. 话语、实践与制度变迁：当代中国司法的关键词分析（1949－2002）  
滕彪 著
5. 语言法导论  
刘红婴 著
6. 民国时期婚姻法近代化研究  
王新宇 著
7. 中国社会转型与法律治理  
刘金国 蒋立山 主编
8. 依法治国评价理论与实践研究  
王称心 主编

责任编辑 ■ 罗洁琪  
周林刚

装帧设计 ■ 李 宁

## 导 论

本书试图用博弈论方法分析合同法律制度变化的原因，总结出作为法律方法论的法律博弈论。

策略行为出现在两个或多个个体相互作用的场合，此时每个个体的决策取决于他/她对其他个体行为的预测。博弈论就是研究个体在面对其他个体时怎么进行推理，结局又会怎样的学科，也就是说，研究策略行为及其均衡的学科。因为社会中大多数人是经济人，资源是稀缺的，社会中的人在追求自身利益时总是要受到其他个体或群体的约束，最后的结果是个体之间相互作用产生的，这决定了博弈论广泛的应用性，有人甚至认为博弈论就是社会科学的方法论。传统微观经济学也研究具有个体理性的经济人追求自身利益的行为，表面看来它也研究个体相互作用、相互依存时的个体决策。但是，传统微观经济学在谈到个人的决策时，总是在给定一个价格参数和收入的条件下，最大化他的效用；个人效用函数只依赖于他自己的选

择，而不依赖于其他人的选择；个人的最优选择只是价格和收入的函数而不是其他人选择的函数。经济作为一个整体，人与人之间的选择是相互作用的，但每个人对价格的影响很小。对单个人的决策来讲，所有其他人的行为都被总结在价格里。一个人作出决策时他面临的似乎是一个非人格化的东西，而不是面临着另外一个决策主体。他既不考虑自己的选择对别人选择的影响，也不考虑别人选择对自己选择的影响。而在博弈论里，个人效用函数不仅依赖于他自己的选择，而且依赖于他人的选择；个人的最优选择是其他人选择的函数，其中个体之间的相互作用是很明显的。当所涉及的人数很多时，博弈就趋近于一般均衡，所以博弈论是比传统微观经济学的一般均衡更普适的方法。现实社会中大多数个体的决策所涉及的环境中的个体数是有限的，比如说，石油输出国组织欧佩克成员间选择石油产量的决策，国家与国家之间的外交关系，家庭中夫妻之间的关系等等。博弈论已经广泛应用于商业、政治、军事、外交、体育竞技等领域。在法律关系中，任何一方当事人的行动选择，既要受到自身因素的影响，也要受到其他当事人行为的影响。所以将法律规则下行为人之间的行为互动归结为策略行为是自然合理的。法学家尽管很早就认识到考虑策略行为的必要性，然而很少利用博弈论的数量工具来分析法律中的策略行为。

法律与博弈论是在作为法律经济学的前沿领域出现的。法律经济学是由科斯 1960 年的论文《社会成本问题》奠定基础的，后来经过贝克尔、波斯纳等人的发展，已经在全球形成了法律经济学运动，在美国则深深影响了其立法和司法实践。博

博弈论真正应用到法律分析上还是近二十年内的事情，成熟的成果还不多，考特（Cooter）、卡茨（Katz）、杰克逊（Jackson）和埃里克森（Ellickson）等人自二十世纪八十年代开始将博弈论应用到破产法、民事诉讼程序、合同法、公司法和习惯法等领域。在合同法领域，卡茨（Katz）1990年利用博弈理论分析合同法律中的出价和接受问题，约翰斯顿（Johnston）1990年将博弈论用于阐述合同违约规则。在1994年，芝加哥大学两位法学家拜尔（Baird）、皮克（Picker）和一位博弈论专家格特纳（Gertner）出版了《博弈论与法律》（Game Theory and the Law），该书是对博弈论在法律中的应用的一个总结。

本书试图从法律方法论角度来研究法律博弈论。博弈论作为法律方法论的研究应该解决三个问题：为什么博弈论能够应用到法律分析上？博弈论怎么具体应用到法律分析上去？博弈论应用到法律分析上存在哪些问题？如果说，仅仅将博弈论应用到部门法，那只不过是部门法专家掌握了一种方法来分析法律规则和法律制度。作为法律方法论的法律博弈论的课题首先应该建立法律与博弈论的理论基础，本书第一章通过对法律经济学的理论基础、特征和分析方法的考察，指出交易成本是法律经济学的核心，能够降低交易成本的法律就是最好的法律。第二章指出，科斯交易成本概念的外延并不确定，任何现象（特别是那些难以解释的现象）都可以笼统地归结为交易成本所致。博弈论则将研究重点放在对策成本和信息成本上，实际上信息不完全和对策行为是交易成本的最主要来源，博弈论将这两种交易成本的生成源泉结合在一起，通过数学工具的运用使分析更加严密和更具可操作性，因为，经济学中的可操作的

成本概念是机会成本。这样法律经济学的一般交易成本模式被法律博弈论所取代，本章全面分析了法律博弈论的优势。

法律方法论只有真正应用到法律分析中才不是空谈，本书试图通过对合同法律制度的分析来展示博弈方法的特点和优越性。霍姆斯对法律研究的忠告是：对于你的研究科目获致一种自由的审查之道，不是去阅读其他什么，而是穷究该科目本身之本原。而这样做的方法，首先是经由藉诸法理学，循随既有的原理体系，而臻达其最高之概括与抽象层次；然后，从历史中探明它是如何演变成今日这种状况的；最后，尽你所能，思考若干规则所追求实现之目的，追求这些目的之缘由，为了实现它们，舍弃了什么，以及是否值得付出如此代价。<sup>①</sup> 在合同法律制度中，一个一般性的问题一直困扰着我：为什么在现代合同法中诚实信用原则会取代合同自由原则成为帝王条款？我们试图找出这种制度变迁背后的经济条件和参与交易的主体的变化，因为正如吉尔莫所言：“法律，就其性质来说，它反映的既不是过去也不是将来的情形，而是社会现实。社会需要是法律产生的前提，而法律的产生又能为社会需要提供保障。”<sup>②</sup>

本书遵循霍姆斯和吉尔莫之教导，探究合同法所立足社会现实的变迁，将合同法的基本原则分为三个层次：增加社会福

---

① Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, Inc. 1920. pp. 167 - 202. 部分翻译参考了许章润的翻译，见霍姆斯：《法律之道》，载于《环球法律评论》，2001年（秋季号）。

② 吉尔莫：《契约法的死亡》，载于梁慧星主编：《为权利而斗争》，北京：中国法制出版社2000年，第59页。

利原则为合同法的最高原则，鼓励交易和交易中合作剩余分配的公平是其实现机制；两大基本原则自由原则和诚实信用原则只不过是不同时期实现社会福利的途径；平等原则首先是自愿互利交易的前提，同时平等原则是在效率的基础上对合作剩余分配的公平要求，如果接受边际效用递减原理，也是社会福利的增加。从古典合同法到现代合同法的演变伴随着自由原则到诚实信用原则的转变。自由原则是古典合同法的核心，而诚实信用原则是现代合同法的核心。近代民法典中的民事主体“人”不分国籍、年龄、性别、职业，不分富裕贫穷、文化程度、政治地位、经济实力，也不分是雇佣者还是受佣者，消费者还是生产者。作为近代民法的经济基础是市场交易的个体大致平等，而且交易中有互换性。民事主体具有平等性和互换性，因此国家可以采取放任的态度，让他们根据自己的自由意思，通过相互平等的协商，决定他们之间的权利义务关系，他们所订立的契约被视为具有相当于法律的效力，所以有私法自治和契约自由原则。但是在合同当事人的地位显著不平等和没有互换性时，实质自由与形式自由就有可能背离。这种状态在现代社会发生，作为近代民法基础的两个基本判断即平等性和互换性已经损失，出现了严重的两极分化和对立：企业主与劳动者的对立，生产者与消费者的对立，劳动者与消费者成为社会生活中的弱者。在现代发达的市场经济条件下，生产者与消费者之间已经不再是平等的关系，实质上是一种支配与被支配

的关系。<sup>①</sup> 我们将全面而详细地分析这种转变。

我们牢牢抓住合同法基本原则要实现的目的这个中心，为了探讨该问题，我们在第三章“合同与合同法”中详细考察了交易的帕累托改善性，讨论了自发的交易不能自我维持的原因，然后讨论了合同法的真正目的在于促进交易，更多的交易则增加社会福利，其他原则只不过是实现该目的的手段，合同法通过降低交易成本和权利配置来实现该目的。考虑到合同的多种形式，为了分析的方便，我们将合同限定为双务合同，并讨论了该合同的特征，假定了合同人的有限理性和投机性，合同的资产专用性特征。有限理性、投机性和资产专用性的存在决定了合同需要规制。我们在第四章和第五章通过纳什均衡和博弈纳什均衡概念分析了合同自由原则和诚实信用原则产生的条件、实现效率的机制。

在分析合同自由原则时，我们选择格式合同作为切入点。因为格式合同被认为是对合同自由的侵犯，我们可以通过格式合同对自由侵犯的分析来说明自由原则的实质：帕累托改善。但是，任何制度的产生都有其合理性，我们分析格式合同制度的演变，分析其追求效率目的之缘由，为了实现它们，舍弃了什么，以及是否值得付出如此代价。在两方面分析的基础上讨论规制格式合同的方法。

诚实信用原则是一个非常含糊、抽象的原则，我们试图讨论合同法的诚实信用原则自古罗马发展到现代的演进过程。其

---

① 梁慧星：《民法学说判例与立法研究（二）》，北京：国家行政学院出版社1999年，第82~90页。

涵义是否相同？社会经济条件有没有变化？现代合同法为什么将其作为帝王条款？道德法律化的机制是什么？

总的来说，我们采用的是一种功能主义的研究方法，任何一种法律制度，作为一种社会制度“是人类活动有组织的体系。任何社会制度都针对一种基本需要；在一合作的事务上和永久团集着的一群人中，有它特具的一套规律和技术；任何社会制度都建筑在一套物质的基础上，包括环境的一部分及种种文化的设备。”<sup>①</sup> 我们要想建立或者变更一种法律制度，我们首先要分析其所立足的现实基础，为什么要建立或者变更？其目标是什么？更重要的是立法目的和实施后的结果会不会一致？如果一个立法目标不构成纳什均衡，它就不可能自动实施，因为至少有一个人会违背该立法，不满足纳什均衡要求的立法是没有意义的，这是纳什均衡的立法意义。我们要考虑法律制度所涉及的尽可能多的利益主体，分析在新制度下的利益主体博弈的均衡，如果没有这种周全的考虑，“越是漂亮诱人的条文越不具有可操作性，如果一定要实施，其后果就是生产更多的社会问题。”<sup>②</sup> 只有在此基础上才能制订出有效的法律。中国的现实情况是，大量立法被规避，立法只是正式规则，另外还有一套潜规则，真正有效的是潜规则，因为它是利益主体博弈的结果。只有当立法达到纳什均衡，立法才是有效的，自我实施的。

---

① 马林诺斯基语，转引自费孝通：《乡土中国、生育制度》，北京：北京大学出版社1998年，第99页。

② 信春鹰：《社会需要什么样的规则》，载于《法学家茶座》第3辑，济南：山东人民出版社2003年，64页。

# 目 录

|               |     |
|---------------|-----|
| 导论            | 1   |
| 第一章 法律经济学     | 1   |
| 一、法律经济学运动     | 1   |
| 二、法律经济学的演进    | 4   |
| 三、经济学怎么能够分析法律 | 8   |
| 四、科斯定理的澄清     | 21  |
| 五、法律经济学的特点    | 43  |
| 第二章 法律博弈论     | 54  |
| 一、从交易成本到博弈均衡  | 55  |
| 二、博弈论精要       | 57  |
| 三、法律博弈分析的优势   | 75  |
| 四、法律、立法与博弈    | 79  |
| 第三章 合同与合同法    | 89  |
| 一、合同限定        | 89  |
| 二、从身份到契约      | 101 |
| 三、合同的经济功能     | 103 |
| 四、合同的前提       | 108 |
| 五、合同法的必要性和目的  | 112 |

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 六、对契约精神的挑战：从契约到身份的运动   | 116 |
| 七、合同法的基本原则             | 123 |
| 第四章 合同法自由原则的博弈分析       | 126 |
| 一、格式合同简介               | 126 |
| 二、格式合同效率原则             | 129 |
| 三、合同法的自由原则             | 132 |
| 四、合同自由的博弈分析            | 138 |
| 五、合同法自由原则变迁的经济分析       | 149 |
| 第五章 合同法诚信原则的博弈分析       | 159 |
| 一、诚实信用原则的本义与扩展         | 160 |
| 二、为什么将本义的诚信原则上升为法律原则   | 168 |
| 三、扩展的诚实信用原则上升为法律原则的必要性 | 194 |
| 结 论                    | 224 |
| 参考文献                   | 231 |
| 后 记                    | 245 |

# **第一章 法律经济学**

## **一、法律经济学运动**

现代法律经济学是二十世纪六十年代自美国兴起的一门交叉学科，它应用经济学的理论和方法来评判法律规则和法律制度的效果，并选择最有效率的法律规则。经济学对法律有三个方面的作用：第一，经济学提供了一个行为理论以预测人们如何对法律的变化作出反应。第二，经济学提供了一个有用的评估法律的规范性标准。法律并不仅仅是神秘不可思议的技术性争论，它们是用来达到重要的社会目标的工具。经济学预测了法律对效率的影响。第三，经济学预测了法律对收入与财富分配的影响。经济学家比其他社会科学家更好地理解法律是如何

影响收入和财富在各个阶层之间的分配的。<sup>①</sup>

总的说来，法律经济学包括两个方面：实证法律经济学和规范法律经济学。实证法律经济学试图解释法律规则及其结果的现状而非改变和改善法律规则及其结果。波斯纳对普通法的研究表明，法律的许多领域，尤其是普通法领域中的财产法、契约法、侵权法和刑法，无不打上了经济理性的烙印。规范法律经济学以效率来评判法律规则与制度。它没有能力告诉社会是否应该设法限制盗窃，但有能力表明允许无限制的盗窃是无效率的，有能力表明有效违约是有效率的等等。<sup>②</sup>

一百多年前，霍姆斯在《法律之道》中预测：“对法学的理性研究来说，当前称雄的人或许还是法条主义者，但未来称雄的法律从业者将会是能够驾御统计学和经济学的人。”“我们不应去进行文过饰非、投机取巧的研究，相反，应将精力用来探究应予追求之目的与如此追求之理由。为了实现这一目标，在我看来，每一个法律从业者都应该努力驾御经济学。”<sup>③</sup> 霍姆斯的预言已经成为现实，法律经济学已经在全球形成了一场运动。法律经济学的大量研究机构出现，很多名牌大学的法学院开设了法律经济学课程，出版了一系列刊物、教材和专著。在任何一所美国法学院，法律经济学都是学生必修的课程。法

---

① Cooter, Ulen, *Law and Economics*, fourth edition, Addison - Wesley, 2003, pp3 - 4.

② 波斯纳：《法律的经济分析》，第4版，北京：中国大百科全书出版社1997年，第26~29页。

③ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, in Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, Inc. 1920. pp. 167 - 202.

律经济学已经成为美国法律教育的核心哲学！到 20 世纪 90 年代早期，在欧洲、加拿大、拉美和澳大利亚都已经有了法律经济学的职业组织。对于法律经济学持怀疑态度的耶鲁大学法学院的克隆曼（Jules Coleman）1993 年认为，“法律经济学是今日美国法律教育中最强有力的流派。法律经济学如今完全控制了某些领域，重要地存在于其他大多数领域。没有哪个负责责任的法律教师，无论是赞同还是不相信它，能够忽视它。”耶鲁大学法学院的阿克曼（Ackermann）将法律经济学描述为“20 世纪中最重要的发展”，“这种思想路线提供了一个分析结构，使我们能够对由于采用了一个法律规则而不是另一个法律规则的结果而产生收益的规模和分配，进行理智的评价。这种分析特别重要，因为它常常揭示出法律规则的潜在影响可能与推动该规则的立法机关的目标大不相同。所以，只要不把经济学作为唯一的评价原则而误用，而是理智地运用它，就能揭开修辞学帷幕，抓住躲在法律问题背后的真正价值问题。”在美国，法律经济学已经深入到了立法和司法实践中。里根总统 1981 年任命法律经济学家波斯纳、博克和温特为美国联邦上诉法院法官，并通过 12291 号总统令，要求所有新制定的政府规章都要符合成本 - 收益分析的标准。在美国的各级法院，要成为一名法官，必须通过“法和经济学”课程的培训和考试。现在，在各级法院有法律经济学专家。例如，美国联邦法院助理法官布雷尔（Stephen Breyer），第七上诉法院法官伊斯特布罗克（Frank Easterbrook），第二上诉法院法官卡拉布雷西（Guido Calabresi），华盛顿特区上诉法院法官金斯伯格（Douglas Ginsburg），以及第九上诉法院法官科辛斯基（Alex Kozinski）