

法与经济学译丛



比较法律经济学

原著：〔美〕乌戈·马太

译者：沈宗灵

审校：张建伟

Ugo Mattei



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法与经济学译丛

比较法律经济学

COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS

原著：〔美〕乌戈·马太

译者：沈宗灵

审校：张建伟



北京大学出版社

北京·2005年

著作权登记号:01-2003-8226

图书在版编目(CIP)数据

比较法律经济学/(美)马太著;沈宗灵译. —北京:北京大学出版社,2005.8

(法与经济学译丛)

ISBN 7-301-09270-9

I. 比… II. ①马… ②沈… III. 法律-经济学-研究
IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第065973号

书 名: 比较法律经济学

著作责任者:〔美〕乌戈·马太 著 沈宗灵 译 张建伟 审校

责任编辑:毕洪海 王 晶

标准书号:ISBN 7-301-09270-9/D·1225

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 18.25印张 235千字

2005年8月第1版 2005年8月第1次印刷

定 价: 28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序言

几年前,恐怕没有一个法律工作者或经济学家能回答这样一个简单问题:什么是比较法律经济学?本书的书名或许会被认为是不可思议的。可是一方面比较法,另一方面法律经济学,现在都是已被确认的两个法学专业。但直到不久以前这两个领域却很少有交流。这真是令人感到意外,因为这两个学科对战后欧洲与美国学者所发展的法律分析,都具有最强烈的非实证主义倾向。^{〔1〕}

看来这两个学科可以相互取长补短。具体地说,比较法可以利用法律经济分析中所使用的功能分析工具获得理论视角。显而易见,比较法则可以通过使用被许多学者认为是理论上最先进的社会科学工具,从而在衡量与理解可供选择法律类型中的相似与

〔1〕 使用这一观念的含义参见第一章。

VI 比较法律经济学

差别的目标方面前进一步。^{〔2〕}

再有,现在有一种强烈呼声,即要求再现不同法律制度之间“法律过程模式”的比较。^{〔3〕}这样看来比较法有可能为经济分析提供一种可供选择的制度蓄水池,这不仅是理论上的,而且也是实际上由法制史所验证了的。比较法的研究成果看来对于法律经济学研究而言尤其有价值,法律经济学不久以前曾受到严格的以美国为中心的地方主义之苦。现在随着世界法律学术图景的快速改变,比较法律经济学也越来越为更多的人所了解,许多人认为它将拥有光辉的学术前景。

这一新兴领域目前正在蓬勃发展。一批学者组成的比较法律经济学论坛现在正在罗伯特·考特(Robert Cooter)教授领导下准备召开“美国法律经济学”第六次年会。在美国法律经济学协会的1995年会议上,在以“法律经济学理论前沿”这一总议题内,其中一个分会致力于“比较法律经济学”;另一个分会则致力于一个与之紧密相关的领域——“法律与发展经济学”。^{〔4〕}在这一领域中发表了许多论文,比较法学家日益感到经济学原理的用途。尽管学术界对这个领域有所关注,但并没有什么书来介绍这一主题并说明其理论基础。本书试图填补这个空白。

本书将自己置于法学领域两个相当发达的范式的最前沿:一方面是比较法;另一方面是法律经济学。它基于我近十年来在这一领域中的研究、教学与写作成果。由于本主题内容的界限尚不确定,因此本书并不试图提供一个系统的论述。可是本书也并非是对比较法律经济学的少数几个论题的泛泛之论。我在这里试图

〔2〕 参见 R. B. Schlesinger, H. Baade, M. Damaska 与 P. Herzog, *Comparative Law: Cases, Text, Materials* 39ff. (5th ed. 1988); Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 Am. J. Comp. L. 1, ff (1991)。

〔3〕 一个突出问题最近由 N. K. Komisar 提出, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (1994); 又参见 Eskridge Frickey, *The Making of the Legal Process*, 107 Harv. L. Rev. 2031 (1994)。

〔4〕 参见 E. Buscaglia and R. Cooter, *Law and Economics of Development* (1997)。

建立这一领域的一个内在统一的结构。

本书的内容有一些局限性。本书没有能对公法规则与制度进行比较。首先,我本人所受的欧洲式教育仅限于作为一个私法学者的范围,而且我也不愿意探讨离我本人专业太远的法律领域。其次,我相信尽管法律经济学对私法的理解已作出有价值的贡献,但它对公法的贡献较不显著,在这方面仍有很多工作要做。最后,我已将许多问题集中在可称为“法律的历史和渊源”以及“传统私法”范围之内,即财产、契约和民事侵权行为中。

法律的历史与渊源领域是比较法已做的最有价值的工作之一。^{〔5〕}为了探寻法律学术领域中两个不同的——而且直到不久以前还互不交流的领域之间的关系,我感到必须探讨这两个学科共同研究、可以相互学习的确定领域。

在传统私法领域中,本书还将讨论比较研究的两个经典领域:信托与契约救济。^{〔6〕}可是这种分析并不限于西方法律制度的比较。有些比较法学者近来总有这样一种意识,即传统的西方主流比较法研究方法是种族主义(ethnocentric)的和有局限性的。所以本书研究财产与民事侵权行为是在非西方领域研究范围内进行的。如此,比较法律经济学的分析能力可以被用来理解东欧国家高度计划经济的市场原则的概况和探讨非洲与拉丁美洲的法律制度。^{〔7〕}

本书前五章旨在从比较法律经济学的观点说明法律的历史与渊源。按照法律经济学传统书籍的习惯,第一章将论题集中在效率与公平的关系上。这一章也讨论了比较法律经济学作为一门实证的或规范的学科的基本问题。该章还展开了比较法律经济学的一个基本的认识论假设:法律不仅是创造了相应的激励的法律规则

〔5〕 有关经典作品参见 Schlesinger 等人作品,同前注〔2〕以及 J. P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968)。

〔6〕 参见第 6、7 章。

〔7〕 参见第 8、9 章。

的集合；它也不是立即就可以转化为一些直接影响个人行为的隐含定价系统，在本书中，我们强调法律的修辞学或意识形态性质也是我们不能忽视的重要方面——如果我们希望了解用来分析法律的法律和经济观念的话。

第二、三章主要一方面集中在比较法与经济学的理论区别，另一方面是传统的法律的经济分析。同时，探讨了比较法对传统的法律经济学能有什么教导。

在第二章特别考查了经济学家对法律经济学所贡献的知识遗产。从比较方面讲，这种遗产可称为“自然法对财产权的误解”。这种误解是在民法法系传统中产生的，在未受质疑的情形下就被引进了现代经济思维。比较法律经济学拒绝这种与任何法律制度现实无关的抽象理论模型遗产。比较法律经济学试图发展出这样一种模型：它考虑到可选择的法律制度的现实，而这种制度是在复杂的历史范围内发展的，且不能用经济学家使用的十分简单的法律制度概念来理解。这一章主张，在一些场合，自然法的遗产制约了我们对财产权与管制之间十分重要关系的理解，这将会导致的不幸后果是，法律经济学被广泛地、不恰当地认为是一种保守主义思想。

第三章处理法律工作者留给传统的法律经济学的遗产，这也会影响其理论上的完善。这是法律实证主义与国家中心主义(State-centrism)遗产。法律工作者的这种受到比较法深刻挑战的狭隘的观念，成为美国制度背景下不加辨别的前提假设。比较法律经济学并没有假定这种背景是理所当然的，而是认为它不过是另一个变量。这里的问题在于，应该将那些仅仅在美国制度范围内所使用的经济分析，与那些适用于理解没有疆界的社会组织现象的法律规则的经济分析区分开来。这一章也探讨了在民法法系中法律经济学的可移植性(transplantability)问题。研究表明，尽管对民法法系与普通法法系之间的制度差别不能置之不理，经济分析还是可以放在这样一个层次上，即并不反对使法律经济学成功

地适用于民法法系语境。可是为了在民法法系范围内有用武之地,重要的就是努力理解民法法系与普通法法系之间的结构性差别,抛弃那些实证主义的误解以及妨害我们理解的错误两分法(dichotomy)。

因此本书的第一部分阐述了比较法律经济学与法理学的融合。这一学科摒弃了法律自然主义与法律实证主义理念,并试图发展一个新的能够反映法律在超越国家界限适用时所普遍遵循的研究范式。

第三章最后部分开始,并在第四、五章加以展开这一讨论,即法律经济学如何对比较法研究有所裨益。这一章概括地讨论了现代比较法的法理学演变,从“共同核心”(common core)研究^[8],至“法律移植”(legal transplants)^[9],再至“法律共振峰”(legal formants)理论^[10],并表明运用交易成本分析的经济学研究方法,可以在科学测定法律制度之间的类似与区别这一任务上更进一步。

紧接这一方向,第四章从比较法律经济学视角出发,对法律渊源的科层理论(hierarchical theory)提出挑战,此理论是民法法系与普通法法系两种传统中法律论述的经典范式。这一章根据法律共振峰理念阐明,以法律渊源多元观念为基础的竞争分析范式是一个更好的分析工具。对比较法律经济学而论,限定官方法律渊源的数目仅是法律实证主义的一项遗产,它并没有反映实际运行的法律制度现实。法律可被认为是由多个立法供给方所提供的替代性产品市场自由竞争的结果。

第五章集中于法律变迁方面的研究,这是一个比较法和法律经济学都已研究的但却并没有相互关注的问题。这一章利用了来自财产法的例证,以发展出效率与法律移植之间关系的理论,这两

[8] 参见 R. B. Schlesinger, *Formation of Contract: An Analysis of the Common Core of Legal Systems* (1968)。

[9] 参见 A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974)。

[10] 参见 Sacco, 同前注[2], 第1页。

者是比较法律经济学的两个主要观念。这一章背后的基本观念是,如果交易成本为零,法律在全世界都会是有效率的。法律多样性可被理解为由法律传统和法律意识形态所导致的不同交易成本的结果。

本书接下来的两章是有关西方法律传统之内进行比较的内容。这些章节旨在理解比较法律经济学所使用的效率的功能主义思想。它们提供了可能对法律制度的比较效率作出结论的例证。第六章集中在比较法在财产权与契约法的交叉地带上的经典问题:私益信托。这一章表明,从功能视角来看,可以认为以财产权为基础的普通法法系研究方法比民法法系以契约为基础的、代替信托的制度实体更有效率。第七章仍然关注契约领域,提供了比较法律经济学对罚金条款以及约定的违约赔偿金的分析。在这里,民法法系的研究方法证明比普通法法系所提供的方法更有效。

本书剩下的两章主要是关于非西方的法律研究。第八章集中在财产法上,关注中欧与东欧的市场发展。这是法律经济学学者在规范分析与公开商讨方面都很活跃的地区。这一章试图表明法律经济学工作由于缺乏对这一复杂地区的比较法知识而受到严重损失。为了改变这种局面,极有必要提出前社会主义法律的性质问题。只有这样才可能审视交易成本在这里所起的作用。我认为这是讨论改革为何可以降低那些成本的必要前提。

最后,第九章讨论了民事侵权行为法,并扩大到分析包括非洲与拉丁美洲在内的非西方法律制度。也正是在这一地区,对法律差别的纯粹的比较分析,才是避免法律制度“现代化”过程中的种族主义企图的关键。本章还考察了法律中一些最基本的以西方发达国家为基础的经济推理,并表明尽管有这些推理,比较法律经济学关于第三世界的非西方国家经济发展问题,也可以有很多发言权。这一章还表明,法律经济学在适用于非西方法律语境下的法律多元研究方面,还有很长一段路要走。

致谢

本书是根据我过去十年中的大量工作写就的,其中有些工作是和同仁以及朋友一起进行的,我应当对他们表示特别感谢。

第二章是根据与加州大学伯克利分校法学院的 Robert Cooter 教授合写的一篇文章写就的,其基本思想在我 1987 年的 *Tutela Inibitoria e Tutela Risarcitoria* 一书中就已经提出来了。

第三章的部分内容是根据与罗马的 Luiss 大学的 Roberto Pardolesi 教授一起进行的工作写成的。该工作的合作成果是发表在 1991 年《法律经济学国际评论》总第 11 卷(11 Int'l Rev. L. & Econ.) 上的《民法法系国家的法律经济学:比较的视角》(*Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*), 第 265 至 275 页。

第四章是根据与意大利锡耶纳(Siena)大学经济学院的 Francesco Pulitini 教授一起进行的工作写成的。尽管很大程度重写与重新组织了文章,但还是可以认为本章是对二人合作的《法律规

则的比较模型》(*A Competitive Model of Legal Rules*)的改编,该文原载于1991年Albert Breton等主编的《竞争性国家》(*Competitive State*),另外以意大利文发表于1990年的*Quadrimestre*,第77至103页,题为*Modelli Competitivi, Regole Giuridiche ed Analisi Economica*。

第六章是根据我与耶鲁法学院的Henry Hansmann教授一起准备提交给比较法律经济学论坛的一篇文章写成的,该文章还在1995年在伯克利召开的美国法律经济学会的会议上进行了讨论。此文即1994年H. Hansmann与U. Mattei的《信托的比较法律经济学分析》(*The Comparative Law and Economics of Trust*),此文尚未出版。

第八章是根据我与特兰托(Trento)大学的Gianmaria Ajani教授一起为在Ckechia举行的欧盟法法典化项目准备的一篇论文写成的。该文章最后以二人合作的形式发表在1995年第19卷的《黑斯廷斯国际法与比较法评论》(*Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*),第1至21页,题为《转轨过程中的财产法法典化:比较法律经济学的某些建议》(*Codifying Property Law in the Process of Transition: Some Suggestions from Comparative Law and Economics*)。

最后,第九章是根据与Mauro Bussani教授一起为拉丁美洲和加勒比地区法律经济学协会准备的一篇文章写成的,该部分内容可以说是这篇文章的改编,即《让其他路径有效率:不发达国家的法律经济分析和侵权法》(*Making the Other Path Efficient: Economics Analysis and Tort Law in Less Developed Countries*),载于Edgardo-Buscaglia和Robert Cooter主编的《发展的法律经济学》(*Law and Economics of Development*)。

第一、第五和第七章以前的文本曾出现在我写的以下著作中:《作为公平的效率:以比较法律经济学为视角》(*Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics*),载1994年《黑斯廷斯国际法与比较法评论》总第18卷,第157至173页;《法律移

植中的效率:比较法律经济学随笔》(*Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*),载1994年《法律经济学国际评论》总14卷,第3至19页;《契约中惩罚条款的比较法律经济学分析》(*The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts*),载1995年《美国比较法杂志》(*Am. J. Comp. L.*)总第43卷,第427至445页。

欧洲和美国的许多同仁在和我讨论比较法律经济学以及鼓励我准备本书中给予了我很多帮助。其中应当特别感谢我在比较法领域的良师益友,米兰的 Antonio Gambaro,都灵的 Rodolfo Sacco 以及康奈尔和黑斯廷斯的 Rudolf Schlesinger;特别感谢我在法律经济学领域的良师益友,耶鲁的 Guido Calabresi 以及伯克利的 Robert Cooter。没有他们的教诲与支持就不会有本书。

感谢比较法律经济学论坛的成员和朋友们,我和他们一起在伯克利、布鲁塞尔、日内瓦、纽约以及芝加哥进行过自由的讨论:波恩的 Michael Adams、Robert Cooter、日内瓦的 Jeorg Finsinger、苏黎世的 Gerard Hertig、耶鲁和比萨的 Henry、Marina 和 Lisa Hansmann、卢维斯的 Gui Horsmans、纽约的 Lewis Kornhauser、东京的 Shozo Ota、耶鲁的 Susan Rose Ackerman、伯克利的 Daniel Rubinfeld 以及伊利诺伊乌尔班纳的 Thomas Ulen。

还要非常感谢许多在不同场合对于我某些思想的发展做出过贡献的朋友和同仁:托利诺的 Piergiuseppe Monateri、Angelo Chianale,伯克利的 James Gordley、Richard Buxbaum、Mel Eisenberg,黑斯廷斯的 Radhika Rao、Richard Marcus、Ash Bhagwat、Bill Dodge、Bill Wang、David Faigman,特兰托的 Elisabetta Grande、Michele Grazia-dei、Luisa Antonioli、Massimo Santaroni、Vanni Pascuzzi、Maria Rosaria Ferrarese、Silvio Goglio、Gianantonio Benacchio Massimo Egidi,哥伦比亚的 George Fletcher,哈佛的 Duncan Kennedy,耶鲁的 Bruce Ackerman,弗吉尼亚的 Saul Levmore、剑桥的 Tony Weir、Tony Jolowicz,佐治亚的 Alan Watson,密歇根的 Mathias Reimann,那布勒斯的

Antonino Procida Mirabelli di Lauro, 乔治梅森的 Francesco Parisi, 蒙彼利埃的 Christian Mouly, 奥斯陆的 Erling Eide, 乔治敦的 Edgardo Buscaglia, 墨西哥城 Itam 的 Andres Roemer, 雷根斯堡的 Reinhard Zimmermann, 提耳堡的 Pierre Le Grand, 以及许多其他参与那些我有机会提出本书中部分思想的研修班和会议的人。

还要感谢我的领导们的支持: 特兰托的 Roberto Toniatti, 黑斯廷斯的 Mary Kay Kane 和 Leo Martinez, 以及斯特拉斯堡比较法系的 Alfred Rieg。

该书受惠于特兰托的 Dipartimento di Scienze Giuridiche Dell'Universita di Trento, the Consiglio Nazionale delle Ricerche, 国际法与比较法弗罗姆讲座、加利福尼亚大学以及黑斯廷斯法学院的慷慨财政资助。下面的人在不同的阶段提供了珍贵的研究帮助: 特兰托的 Andrea Pradi、Andrea Rossato, 尤其是 Claudia De Lorenzo; 黑斯廷斯的 Irina Tenzer、Jeff Lena、Joshua Koran、Mario Prats、Andrea Orleans, 尤其是 Fabio Marino。我还要感谢黑斯廷斯和特兰托图书馆工作人员的支持, 尤其是 Ted Jang、Bill Hermann、Steven Lothron、Vera Costella、Mercy Osorio、Carol Hough、Linda Weir、Cristina Osele、Carla Boninsegna、Sonia Pompermaier、Ornella Bernardi、Ivonne Ronz、Emiliana Rigamonti 以及 Ivana Eccher。

在出版本书的过程中, 要特别向我的家人致以敬意。在我们往返于欧洲和美国之间时, Betta Clara 和 Greta 为我营造了充满爱意、其乐融融的环境。我的母亲 Carolina Grandis 一直并且积极支持我的学术生涯。我的姐姐 Ilaria Mattei 带来了一位新的男性家庭成员即 Stefano 宝宝的快乐, 否则性别比例将会失衡。他是在我撰写本书期间令我难忘的去世的父亲 Camillo Mattei 的一种奇妙的延续。

1996 年 11 月 11 日, 正当我在校改本书的清样时, 本书所题献的两位鲁道夫之一——鲁道夫·斯莱辛格在旧金山去世了。与其说鲁道夫是我的导师, 不如说他是我的朋友。因为他独特的才智

和慷慨使他成为灵感、鼓励以及惊奇的不竭源泉。他阅读了本书的全部手稿,并且一页一页地进行评论,提出了许多无价的重要见识。对我来说,没有了他的黑斯廷斯和整个海湾地区空空如也。鲁道夫·斯莱辛格的学术将在比较法学家共同体中永存。他的精神将永远不会被那些有幸遇到他的人所忘怀。

目 录

序 言	V
致 谢	XI
第一章 效率与公平	1
比较法律经济学中的规范与实证分析问题	3
制度舞台上的公平与效率	12
公平、效率、诉讼形式和福利国家	14
公平、效率以及实体法律规则	17
作为法律辩论的公平与效率	21
公平、效率和法律移植	24
第二章 经济学家留给法律经济学的遗产：自然法在历史 与比较视角下的误解	28
走向财产权的连带理论	30
作为法律与经济推理交叉领域的外部性	31
财产权的自然法观念	33

II 比较法律经济学

民法法系中的自然法模式	34
普通法法系的模式	40
自然法财产权:现代经济学说的背景	42
财产权结构、外部性以及边际主义革命	48
庇古主义传统和外部性概念	52
财产权结构和对外在成本公法补救的探索	53
法律经济分析中的财产权结构	55
超越自然主义关于财产的误解	60
第三章 普通法法系与民法法系的差别:	
抛弃法律实证主义	69
实证主义者的误解	71
民法与普通法中真实与虚假之分	77
欧洲继受法律经济学的结构性障碍	81
文化阻碍	85
法律经济学:一种学术现象	88
欧洲继受法律经济学的时期	91
意大利的比较法律经济学	93
法律经济学能教给比较法什么	94
第四章 法律渊源中的竞争关系	100
合作与竞争:两个模式	101
来自比较法的证据	108
学术作品作为法律渊源	108
侵权行为法中的学术创造性	111
结论	118
第五章 法律变迁:比较法律经济学的视角	121
法律变迁、法律移植和比较法	122
法律变迁:效率解释	123
趋同:以征收为例	124
比较模式:以信托为例	128

传统、意识形态以及无知:以他人土地上的	
建筑物为例	131
超越声望:法律趋同中的效率	139
结论	143
第六章 比较效率研究之一:私益信托	145
作为普通法与大陆法主要区别的信托	148
对信托关系的两种对立研究方法	154
信托的经济分析	158
主要当事人之间的关系	159
主要当事人及其个人债权人之间的关系	160
作为实体的信托	167
当委托人死去时	167
继任和继受的接受人	170
结论	173
第七章 比较效率研究之二:违约金条款	175
问题	175
有效模式	179
普通法对罚金条款的禁止:第一个极端模式	182
拿破仑模式:对立的极端	183
中间模式	184
法院在契约法中角色的改变	189
普通法法系与民法法系的比较	191
结论	194
第八章 地域研究之一:在后社会主义国家中	
财产法的法典化	196
东欧与中欧国家仍是一类法系么?	198
在原社会主义国家法律制度中新法典是否必要?	202
从原社会主义财产法到后社会主义的财产法:	
连续性抑或变化?	205