



熊秉元 著

在演化的过程中
为了生存和繁衍
有了
正义和效率的概念

假设冲突和利益
永远会同时存在

那么以经济学中的效率
来解释法律上
正义的内涵
再适合不过了

当法律遇上经济学

正义的成本



人民东方出版传媒
东方出版社

正义的成本

熊秉元 著

当法律遇上经济学

東方出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

正义的成本：当法律遇上经济学 / 熊秉元 著. —北京：东方出版社，2013. 8

ISBN 978-7-5060-6772-0

I. ①正… II. ①熊… III. ①法学-经济学-研究 IV. ①D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 191803 号



正义的成本：当法律遇上经济学
(ZHENGYI DE CHANGREN DANG FALÜ YUSHANG JINGJIXUE)

作者：熊秉元

责任编辑：黄晓玉 张军平

出版：东方出版社

发行：人民东方出版传媒有限公司

地址：北京市东城区朝阳门内大街 166 号

邮政编码：100706

印刷：北京次渠印刷包装有限公司

版次：2014 年 5 月第 1 版

印次：2014 年 5 月第 1 次印刷

印数：1—8 000 册

开本：880 毫米×1230 毫米 1/32

印张：8.625

字数：185 千字

书号：ISBN 978-7-5060-6772-0

定价：45.00 元

发行电话：(010) 65210056 65210060 65210062 65210063

版权所有，违者必究 本书观点并不代表本社立场

如有印装质量问题，请拨打电话：(010) 65210004

“熊”出书，“鹤”作序

——慧见法律经济学

北京大学法学院 贺卫方

2011年，熊秉元先生曾做过一件事情，无意中牵扯到了我。他利用在中国大陆几所大学教学的机会，让选修课程的硕士生和博士生将他的文章作为一个参照，再选择另外一位学者，在两者之间作比较。“比较的重点有二：在处理的主题上，两人异同如何？在分析问题的方法上，两人又是如何取舍？”

在后来发表的一篇题为“熊出没，鹤守门”——我的博客取名“守门老鹤”——的文章里，熊先生说：“令我意外的是，几个不同学校里，绝大多数的同学都选了贺卫方。”看到这里，我更是大感意外：为什么是我？也许跟我和熊先生都属于那种热衷对现实问题发表看法的学者有关。另外，虽然在法学界也有一些学者研究法律经济学，但我个人却从来未敢涉足过这个领域。所以，“熊”与“鹤”就容易成为足以形成较大反差的比对样本。我很关心学生们比较的结果，熊先生在评论中这样总结道：

学生交的报告，内容五花八门，甚至对姓氏名称发挥联想：熊代表积极攻击，而鹤代表稳健守成；熊在山林出没，而鹤在天际翱翔！不过，针对作业要求，报告内容都言之有物。两人文章的涵盖面虽有不同，但都涉

及司法制度和死刑存废等。两人之间的差异，并不特别明显。

在论述和分析方式上，两人则是迥然不同。和大多数法律学者一般，贺卫方采取的是规范式论述，先标明一些理念，再以理念处理个案。我的方式，则是让事实来说话，基本上不作价值判断。吉林大学法学院的一组报告，让我眼睛一亮。他们把两位作者同一时期的文稿，辑成两个大文档；然后计算在文档里，两人各自用了多少规范式的字眼，如“我认为、我觉得、我想、应该”等等。统计结果，大概是1:15；我很少用规范性的字眼，而贺卫方笔下有浓厚的主观价值。这种差异反映了两个学科的特质，也反映了两位作者有意无意的取舍。^①

学生们的这些观察让我很感兴趣，也不免反思自己分析问题的方法以及法学与经济学之间的异同。事实上，即便不说古罗马，从最早的近代型大学博洛尼亚大学初创法学算起，法学作为一个学科的历史也有将近千年了。在一般大学专业分类里，法学系科也经常被列入社会科学院系之中。但是，它的科学特质却很难与后起的经济学相比较。在英语世界里，很少有人将法学称为“legal science”。相反，古罗马伟大法学家乌尔比安引用的塞尔苏斯的那句话倒是听起来更称心合意——“法律是公正与善良的艺术”。

① 详情：<http://www.aisixiang.com/data/42340.html>

从一个法律学者的角度看，两个学科之间产生这种差异有多方面的原因。首先是语言，经济学已经发展出一套全球范围内基本统一的话语系统，诸如“交易成本”、“机会成本”、“社会成本”、“理性自利”、“效用函数”、“效用最大化”、“重复博弈”、“外部性”等等。不仅如此，晚近以来，经济学家更是经常用数学作为分析工具，从而更强化了这种语言的同一性。但是，法学却不然。由于它是随着不同文明的法律发展而生成，因而，不同地方的法学家使用很不相同的概念、分类和相关的话语。即便同属西方文化圈，英国与法国的法学家若要对话常常很困难，因为他们分属于两个不同的法系（legal family）。比较法学家达维（R. David）就明确地说，法国的行政法（droit administratif）根本不能用英语“administrative law”作为对等的翻译。与此同时，英国土地法的许多概念及其相互关系在欧陆法学家看来，简直就是一团乱麻。但是，经济学却只有不同的学术思想流派，而没有类似的区域性“经济学家族”存在。

两个学科不同的第二个原因是它们的使命有所差异。经济学更多的是对于人的行为作出解释，当然它也会作出一些制度优劣的论证，但整体而言，它更加理性和客观。然而法学则带有更强烈的建构性。尤其是当构成法治国家的底限标准在法学界达成某种共识之后，无论身处何地，法学家的任务就是以法治的基本价值与准则为前提，采取批判的立场，对于现实立法以及司法过程中的缺陷加以揭示，分析其根源，寻找合理的解决之道。熊先生提到我的写作更多地从规范出发，以理念处理个案，也许原因正在这里。

两个学科之间产生差异的原因当然还可以举出一些，不过，差异之外，我们还需要关注它们相通和相容的面向。在过去的半个世纪里，经济学和法学之间出现了一种良性的互动。一个特别喜人的发展就是法律经济学（Law and Economics）的成长与壮大。按照熊先生的说法，这是“经济学帝国主义”在对外“征服”过程中获得的最高成就。他曾经研究何以经济学无法对诸如社会学或政治学产生这样大的影响。我粗浅的看法是，如何在实现正义——这是法学的最高价值目标——的过程中降低成本，乃是法学的一个古老追求。熊先生在书中提到卡多佐以可预见性学说（the foreseeability doctrine）作为某个判决的重要理由，法律的解释与适用必须确立特定行为效果的稳定预期，这种可预期性（predictability）对于那些不在法庭中的人们也具有相当的影响。在从事契约签订时不必心存侥幸；在寻求损害赔偿时未必一定要对簿公堂。法治之所以优于人治，也许并不在于每一起个案都更公正，而是通过规则的不断再生产而强化行为规范及其法律效果的确定性，降低交易成本，使自由得以增长的同时，社会又具有良好的秩序，经济发展也有更好的绩效。

可以说，经济学家关注和研究法律与法学是亚当·斯密以来的老传统了。亚当·斯密有专门论法律的演讲，他还提出一国财富增长的三个条件，即和平、便利的税收以及具有包容性的司法（peace, easy taxes and a tolerable administration of justice）。关于“具有包容性的司法”，按照两位当代学者的解释，是指足以确保契约以及财产权依据法治原则得以履行和保障的法律设置（Timothy Besley and Torsten Persson, *Pillars of Prosperity*, Princeton

University Press, 2011)。晚近的学者，如哈耶克、波斯纳这样的人物，已经很难界定究竟是经济学家还是法学家了。

今天，在不少法律经济学的大部头著作已经被翻译为中文出版的时候，熊秉元先生这本篇幅不大的著作能够在大陆问世具有别样的意义。作者用他在经济学和法学深厚的双边造诣、充满慧见的叙述、俯拾皆是的生动例证以及清雅简约、款款道来的文笔，让我们在愉快的阅读中得以对法律经济学一窥堂奥。尤其是对于法学院的师生和法律实务家来说，更是不可多得的引人入胜且引人入胜之作。

熊先生提到我的文章题为“熊出没，鹤守门”，这次他和东方出版社邀我作序，“守门老鹤”当真站到了他的大著“门口”，“熊”出书，“鹤”作序，守门者实为开门人，这是多么荣幸的角色。花径未扫，柴扉已开，欢迎各位光临，欣赏这满园春色吧！

2014年4月1日

“熊”出书，“鹤”作序

——慧见法律经济学

贺卫方

第一章 法学干卿底事? / 001

当法律和一般民众的实际行为有落差时,压抑已久的积怨,就会像山洪般地宣泄而出。如克林顿绯闻案。

第二章 你的房屋,我的房屋 / 021

追求公平正义时,不能只注意结果,而必须考虑所付出的资源。也就是说“对公平正义的追求,不能无视代价”。

第三章 刻画经济人 / 043

面对人千奇百怪的行为,经济学家希望能找出源头,建立一个在相当程度上能放诸四海而皆准的分析架构。

第四章 人生而自由平等?! / 065

如果人类直接迈入科技社会,女性的表现可能会优于男性;各行各业的领导者可能都是女性。

第五章 个体行为和总体现象 / 089

法律愈严,犯错的价格愈高;反之,亦然。因此,在设想法律时,就可以参考经济学中的需求法则所透露出的信息。

第六章 故事书里的故事 / 111

虽然平等和效率、政治和经济,都是天壤般的差别。但这种看似矛盾的组合,或许是巧妙无比的天作之合。

第七章 经济分析的深层意义 / 133

经济学者所一直努力尝试的,是由不同的角度,把经济分析所隐含的平实简单的智慧结晶带给一般社会大众!

第八章 仇人眼中长刺猬 / 153

在科斯的世界里,污水、噪音、黑烟等,是正常经济活动的一部分;在真实的世界里,经济活动像是一场多回合的球赛。

第九章 无怨无悔的爱? / 175

波斯纳法官曾说：“对于公平正义的追求，不能无视代价。”这句名言很巧妙地为经济分析和法学问题搭起了桥梁。

第十章 谁的剑谱,谁的武功? / 195

五星级厕所和百年危楼共存的景象当然有点荒谬可笑,不过,这多少算是后见之明的智慧。

第十一章 岂止是明察秋毫而已 / 217

即使最民主的社会里,某些方面也都残留着专制独裁。那么,我们对于自己周遭的不仁不义,是否也该有所因应呢?

第十二章 法学和经济学的对话 / 239

正义和效率都是人们在演化过程里为了生存和繁衍所发展出来的概念。连接了它们,也就连接了法学和经济学。

当法律遇上经济学

- | | |
|----------------------|-----------------|
| 经济学的困窘 / 007 | 警察捉小偷的故事 / 140 |
| 杀人偿命,毁了骨灰坛怎么办? / 026 | 经济分析的深层意义 / 147 |
| 不得好死,难道不行? / 037 | 最高指导原则 / 163 |
| 人神之间 / 053 | 法律的轨迹 / 168 |
| “农地农用”问题的诸多迷思 / 074 | 智慧的结晶 / 182 |
| 约法哪三章? / 081 | 乌鸦的话 / 186 |
| 迟到的代价 / 097 | 游戏规则的游戏 / 211 |
| 永远的“卫尔康事件” / 104 | 奉命行事者无罪? / 234 |

第一章

法学干卿底事？



当法律和一般民众的实际行为有落差时，压抑已久的积怨，就会像山洪般地宣泄而出。如克林顿绯闻案。

过去在美国读研究所时，我的博士论文和主流的信息经济学有关。回到台湾的母校开始任教之后，也许是因为环境里的步调较慢，所以我稍有闲情逸致，就开始接触其他的研究领域。

最先接触的，是以布坎南（James M. Buchanan）为主的“公共选择”（public choice）学派；这是以经济学的分析架构，探讨政治现象，也可以称为是“新政治经济学”。而后，又看了一些社会学的文献，特别是科尔曼（James Coleman）的论著。他曾任美国社会学会的会长，长期在芝加哥大学任教；和诺贝尔奖得主贝克尔（Gary Becker）是老友，也是把经济学的“理性选择模型”（rational choice model）带进社会学的学术巨擘。然后，因缘际会，我开始接触科斯（Ronald Coase）和波斯纳（Richard Posner）等人的著作；他们都是为“法律经济学”（law and

economics) 奠基的重要人物，而这个新兴领域还正方兴未艾。

无论是公共选择、社会经济学或法律经济学，我都是边读边教、也边写论文。在这一趟智识之旅上，我觉得一路走来，美不胜收；不过，直到碰上法律经济学，我自觉大概终于找到了安身立命之处。心情上有很扎实的感觉，在研究上似乎也容易得到共鸣。

问了个好问题

在智识的追求上，我自觉是很幸运的人。因为，自 1960 年起，经济学开始向政治、社会、法学等领域扩展。经过三四十年的发展，都已经有很丰硕的成果；在当初发展时我虽然没有机会身临其境，但是却能在布坎南、科斯、贝克尔等人的有生之年，享受他们智慧的结晶。而且，除了眼睁睁地看着他们得到诺贝尔奖之外，还有幸和他们中的几位有书信往来。

因为有这种背景，所以我偶尔会琢磨比较，经济学向不同领域扩展的轨迹和成果。毫无疑问，在“经济学帝国主义”的攻城掠地里，法律经济学的成果最为丰硕。这是为什么呢？经济学对其他领域的探讨，都是在 1960 年左右开始；可是，为什么是“法律经济学”绽放出最鲜美的花朵？

在文献上，有好几篇“综论”（review article）性的文章，回顾法律经济学的发展过程。这些作者几乎都异口同声，认为主要

是因为经济学有一套强而有力的“行为理论”(a powerful behavioral theory)，所以才能在法学研究上大放异彩。

在读这些论著时，我觉得他们言之成理；可是，我也察觉到他们在逻辑上的一个盲点。因为，既然经济学几乎同时进入政治、社会和法学领域，如果只因为经济学有一套“行为理论”，那么在各个领域里的成果应该一样辉煌才是！可是，实际情形并非如此；“政治经济学”和“社会经济学”的发展，远远不及“法律经济学”。就以2003年来说，在法律经济学这个领域里，国际上已经有近十种专业学术期刊；相形之下，政治经济学的专业期刊，只有三到四种，而社会经济学的专业期刊数目更少。

因此，除了行为理论之外，一定有其他的原因，使法律经济学独领风骚。那么，是什么原因呢？当我在两三年前想到这个问题时，我知道自己问了个好问题。如果能找出有趣、有说服力的答案，不仅能满足我自己的好奇心，也可以在学术上有所贡献。

一得之愚

在本质上，我问的问题是：“当经济学往外扩展时，在法学的领域里最为成功，为什么？”就逻辑而言，要回答这个问题，至少要从两方面来处理：一方面，我需要解释，经济学进入法学之后，可以大展身手的原因；另一方面，我必须说明，经济学进入政治和社会这两个领域，为什么不能大展身手。因此，看起来是经济