

法与经济学

〔美〕罗宾·保罗·麦乐怡 著

孙潮 译

浙江人民出版社

浙江省版权局
著作权合同登记章
浙字：11-95-5号

LAW AND ECONOMICS

By Robin Paul Malloy

COPYRIGHT©1990 by Robin Paul Malloy

Published by arrangement with West Publishing Company, 50 West Kellogg
Boulevard, P. O. Box 64526, St. Paul, Minnesota 55164 - 0526, U. S. A.

All rights reserved.

责任编辑：张建江

封面设计：顾 页

责任校对：鞠 朗

法与经济学

[美]罗宾·保罗·麦乐怡 著

孙 潮 译 陆丽华 校

出版发行 浙江人民出版社
(杭州体育场路347号)
经 销 浙江省新华书店
激光照排 杭州天天电脑信息处理有限公司
(杭州武林路125号)
印 刷 浙江大学印刷厂
(杭州玉古路20号)
开 本 850×1168 1/32
印 张 5 插 页 2
字 数 9.2万
版 次 1999年7月第1版
1999年7月第1次印刷
书 号 ISBN 7-213-01758-6/D·251
定 价 10.00元
如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

译者说明

法与经济学是当今法学理论的重要组成部分。从经济学的角度来解析法律以及法律制度,无疑是认识法律、把握法制的新方法。中国在实行社会主义市场经济的过程中,明了法律的价值、法律在市场交易中的成本和效益、法律在企业运作中的规制以及由此带来的成本和效益、政府在市场失灵时对市场的法律调控的成本和效益等,这些都比简单地将市场经济视为法制经济有价值、有意义得多。

麦乐怡教授的《法与经济学》一书是其法律与经济学研究的心得之一。他的核心观点在其上海美国法律制度讲座中有所阐述,即法律并非有的法学家所言是科学的,是仅仅反映客观规律而无任何价值观念、价值倾向的。即使是经济学本身也带有明显的价值倾向,更何况法律。为此,他对在美国法学思想领域中的许多观点的价值倾向作了剖析。同时,他对美国法律中的代表性判例,尤其是法官本人的价值观念在法院判决中的体现,作了深入而有价值的研究。

我们在建设具有中国特色的社会主义法律体系的过程中,简单引进其他国家的法律制度而不对法律背后所反映的价值观念有清醒的认识,是不负责任的表现。法律安排、

权利和义务关系的设定、法律的制度性建设、法律操作系统的构建、司法人员的培养,都有一个价值观念的问题。为此,翻译本书对于我们了解美国当代法学理论的变迁,美国法律背后的思想基础,都具有启示作用。

麦乐怡教授对中国有着深深的关爱,他多次来中国讲学,对中国在建设自己的法律体系中应注意的价值观念,给予了极大的关注。他是来自意大利的移民后裔,对西方的司法制度有自己的认识。

在译稿出版之际,我首先要向陆丽华女士表示感谢,向我的研究生们表示感谢,并向为这本译稿出版提供了帮助的朋友们、美国驻沪总领事馆文化处、西方出版公司以及浙江人民出版社,表示诚挚的谢意!

孙 潮

前 言

我写这本书的想法是在编著和教授了几年法律和经济学领域的课程后产生的。我能给研究班讲授法律和经济学并在这个领域著书立说,但始终不能给人们指出一些关于法律和经济学这个领域中的既具有综合性又简单明了的介绍性的书籍。本书旨在给学生、律师、教授们和其他所有想对法律和经济学之间关系有个大致了解的人们提供一个介绍性的引导。

由于我对法律和经济研究的内容有广泛的了解,所以,我想使这本书尽可能地具有包容性。这本书虽然可以当作是对法律和经济学之间关系的介绍,但却不仅仅是描述性的工作成果。我本人在努力创建一种新的思考法学和经济学的方法,本书所采用的全面研究法和对各思想所作的区分,就是我这项工作的最重要组成部分。从这个角度出发,我试图对各种各样的有关法律和经济学之关系的观点作一介绍,并在本书中对保守主义者、自由主义者、左翼共产主义者、新马克思主义者、自由意志论者和古典自由主义者的观点作一简短的评述。这些哲学传统思想的继承者可能会认为在寥寥数页之中我留有太多问题没有谈及。但是,我已

尽力清楚地表述那些使这些观点相互区别的价值观和本质上的差异,从而使读者可以看出在法律与经济学之间的关系这个领域,每个相对立的理论中那些起作用的概括性的主题。

除了大致介绍经济学基础知识和引发在法律和经济学问题上争论的那些主要的思想之外,我还试图在各章之后列出建议阅读的书目,这能使读者依其个人兴趣和时限度进行更详细的研究。由于从各种建议阅读著作中收集了许多内容,本书还可被用作进行法律和经济学研究的核心组织材料。同时,本书还可以成为其他相互论争的思想理论介绍法律和经济学基础知识时的有益的工具而在其他课程中使用。

最后,本书有一部分是关于判例的研究。本书中所选判例代表了法律的几个主要领域(合同、所有权、侵权等)。我尽量选取那些在现实中运用的、能很好地说明那些有影响的相互论争理论的判例。这些判例对法律专业学生来说可能比较熟悉。我使用判例的目的是为了说明本书讨论的一般性理论能被应用于法律实践中。换言之,关于法律的理论上的争论并非只是纸上谈兵。

我希望这本书能成为一个简明但是有益的、对复杂的法律理论新时代的介绍。本书将提供一种广阔的基础性介绍并附之阅读书目。有限的阅读量以及有益的资料来源,将有助于那些仅仅想了解法律与经济学为何物的人们。本着这种精神,在西方出版公司的帮助下,我的愿望成为了现实。

在准备撰写本书的过程中,我得到了来自许多人的无价之帮助和评论。在此,我要感谢泼考克思教授、乔纳森·特勒教授和爱兰·蔡尔季斯教授对本书初稿的审阅和评论。同时,我要特别感谢我的研究助理乔·麦克格林奇、前研究助理琳达·伊蓬,后者帮助我准备了有关经济学基础章节的资料并汇编了经济学方面的术语。最后,我要感谢我在图兰那法学院任教期间文字处理人员给予的合作。

罗宾·保罗·麦乐怡
希洛克斯,纽约

目 录

译者说明·····	1
前言·····	1

第一部分 背景与观点

第一章 法与经济学——一种比较的方法·····	1
第二章 法和经济学的经济学基础·····	11
第三章 法与经济学理论中的意识形态倾向·····	41

第二部分 概述——各种法与经济学理论的比较研究

第四章 保守主义的法与经济学理论·····	51
第五章 法与经济学的自由主义观点·····	60
第六章 左派共产主义以及新马克思主义关于法与 经济学的理论·····	67
第七章 法与经济学的自由意志观点·····	76
第八章 法与经济学的古典自由理论的观点·····	84

第三部分 实际运作——典型案例的剖析

第九章 合同法：显失公平的问题·····	93
----------------------	----

第十章	不动产法:默示的可居住性担保	101
第十一章	刑法、宪法:拥有指派律师服务的权利.....	112
第十二章	雇用法:可比价值	119
第十三章	侵权法:设计安全与社会责任	131

第四部分 结 论

第十四章	完善律师的技能.....	138
术语汇编	144

第一部分 背景与观点

第一章 法与经济学——一种比较的方法

法律文献中充斥了法与经济学以及法律的经济分析的论文。自从理查德·波斯那完成了他的《法律的经济分析》一书的第一版后,出现了大量有关采用经济的方法来解决复杂的社会问题和法律问题的论文^①。除此之外,许多法学院的教授开设了名为“法与经济学”或者“法律的经济分析”的课程。但是,这些课程的内容何在?它们教会了我们法与经济学的何种关系?为了理解这些问题,人们必须首先理解“法与经济学”与“法律的经济分析”两者的区别。

法与经济学的研究,就其性质而言,具有比较的意味。它注重经济哲学、政治哲学与法律哲学的相互关系,尤其是在它们与可选择的社会安排相关联的时候。总而言之,人们必须清楚地认识到:一个接受马克思主义政治经济学思想的人与一个崇尚自由市场经济和资本主义的人具有截然不

^① R. 波斯那:《法律的经济分析》(1986年版,1972年第1版)。

同的法律与法律程序观。认识到这一简单的真理对于阅读司法意见是十分重要的。在特定类型的法官面前,案件的性质、法律争议的形式在很大程度上被法官个人所持的关于促进一个“正义”社会的政治和经济关系的意识形态观念所左右。

相对于法与经济学的意识形态倾向和比较方法,法律的经济分析则采用经济学的方法,用经济学的术语来作为分析特定社会所实行的法律的理论工具。在这个意义上,冠之以法律的经济分析的理论,就我们的目的而言,仅仅是一个包括批判主义法学、保守主义法学、自由主义法学、自由意志者法学以及古典自由主义法学等学派的在比较的背景下进行的更为广阔丰富的学科领域的组成部分。法律的经济分析通过对法律规则(Doctrine)进行成本和收益分析及经济效率的分析,使我们可以就法律实施的结果得出结论并对特定的法律安排的社会价值作出评判。例如,我们可以争辩说,侵权责任和违约责任的某些规定不适当地将法律结果归责于没有能力或不可能承担起相应社会行为的一方。同样如此,经济的方法仍然可以用来分析当刑事制裁严重性发生变化或税法发生变化时或者当财产法或不动产法发生变化时人们可能作出的反应。

在这些经济分析当中,新古典主义经济模式被视为一种既定的模式,而现行的法律或者提议制定的法律仅仅在既定的社会体制中予以分析。这种经济分析方法使我们能够对一个法律规则作出评价,也为我们断言在多大程度上有持续或改变这一规则的冲动提供了可能。然而,法律的经

济分析方法,对于当今的律师而言是一种有限的方法。在当今的法律环境中,律师不仅应当能够确定当事人的案件究竟属于违约还是侵权,而且应当能够根据他的听众或多或少地倾向的法系流派来为他的辩论找到一个合理的哲学基础。这些有关法律观念或理念很大程度上是与人们的信仰相联系,这种信仰可以是保守主义的,自由主义的,左派共产主义的,自由意志论者的或者古典自由主义的。

法与经济学的研究要求我们评估可供选择的多种社会模式,并探索这种选择对法律与经济关系的后果。法律的经济分析仅仅是采用经济学的方法来分析特定社会的法律制度和法律关系。而法与经济学则是通过围绕各种“公平”社会模式的政治和经济谱系来对比和比较不同的社会安排的。法律的经济分析仅仅采用经济学的方法来界定特定社会制度下不同法律规则的效率,而法与经济学的首要目的,则是发现变化中的社会的政治经济结构怎样影响特定的价值观以及原则。这种方法会导致比用有限度的经济方法分析法律,更见哲理和人性。其结果是,这种方法更适合于律师、法学教授、法学院学生在法学研究的其他领域如法理学研究中运用。

作为一种比较意义上的研究,法与经济学提供了一种将法律制度视为一种特定的政治理念的反映的研究机会,各种各样的意识形态价值观可以不加修饰地置于现行法律制度中加以比较。对于这种法律制度以及支撑这种法律制度的意识形态的批判和评估是重要的,因为它不仅告诉我们我们来自何方,并指出我们的法律和社会将向何方发展。

在作比较分析的过程中,选择不同学派的核心价值观并不是件难事,例如人们可以关注自由主义哲学以及它的核心理念——崇尚道德、个人自由和人格尊严。同样,人们可以选择利他主义的共产主义而不选择个人自由主义。不同的选择,同样能够达到分析和比较的目的。因此,法与经济学的研究,并非只是狭隘地用某一法律制度的经济效率来检验法律规则,而且考虑该法律制度的政治经济和历史背景。从法与经济学这门课程中,人们必须提供一种批判的手段来发现包容着不同政治、经济理念的法律制度是如何影响特定的社会价值的。例如人们必须了解古典自由主义关于个人自由的理念怎么被反映民主资本主义、民主社会主义、马克思共产主义、国家资本主义和新法西斯主义理念的法律制度所影响的。同样如此,通过这种比较的分析方法,人们仍然可以获得同样的学术收益,即使我们所研究的核心价值是利他的共产主义而不是个人自由主义。尽管学术收益是相似的,但是从这种批判性分析中得出的结论却是不同的。因为任何一种人们推崇的价值观念的改变都可以得出有关社会、政治、经济、法律制度可能性和可接受性的截然不同的结论。

在进行上述比较研究中,人们必须分析由特定的政治意识形态如自由资本主义所培植的法律制度,从而发现事实上的法律制度是如何与特定社会的政治倾向相一致的。人们可能发现:真实存在的法律制度竟与一个社会所呈现的政治倾向相违背。对这种不一致,人们既可以从政治角度也可以从经济角度加以分析。此外,揭示这种不一致还能导

致对某种社会行为的批判,从而引起对社会需求的重构。这种研究可以使人们摒弃那些“过时的”规则,从而承认内在的与当代法律制度相吻合的新的规则或者得出相反的结论;这种研究也可使人们排斥新的社会规则渗透到人们仍然推崇的社会规则之中。重要的是,一个社会尤其是这个社会中的律师必须清楚地意识到不同的法律制度将如何影响诸如个人自由这样的社会理念,或者反过来说,不同的价值观念例如利他的共产主义而非个人自由主义是如何影响适当的法律制度的形态的。

以下例子有助于对这种方法的说明。设想印第安那州的印第安那波里斯^①,这是一个拥有一百万居民并坐落在“核心地带”的中心城市。这个社区的人民崇尚传统的保守主义和共和主义的价值观,这个社区的人们崇尚奋斗、资本主义、自由市场经济,他们是坚定的个人主义者。但是,与这种口头上的传统价值观念形成戏剧性对照的是,州首府的荷塞斯人,生活在一系列全然不同的政治、法律和经济规范下。在振兴城市的探索中,这个城市努力地提出了有助于改变城市面貌的创造性的财政和法律制度,有些人认为这使生活的质量得到了提高,但是作为社区规范基础的哲学与价值观念的变迁却被人们所忽视而未被评价。

当印第安那波里斯的律师、政治家、商人将其注意力集

^① 见麦乐怡《集资振兴美国城市的政治经济》,《凡地法律评论》第40期第67页(1987);又见麦乐怡《为了农奴制而计划——一种法学、经济学与国家交互的理论》(即将由宾西法尼亚大学出版社出版)。

中在如何振兴城市时,没有人想到实现城市振兴的某些手段会如何影响社区的观念。在一个私有财产权、自由企业、个人企业家至上的城市里,实际上绝大多数城市商业性房地产业获得大量的政府补贴,并为市政中央计划委员会所管理,实质性地由“政府”拥有。这种“国家资本主义”或者“城市社会主义”与绝大多数的荷塞斯人所口头标榜的自我形象大相径庭。这种城市振兴计划的价值理念应当是有关基本价值观念的讨论的重点。人们在决定究竟应摈弃旧准则还是拒绝新准则之前,必须了解其社会、政治、经济和法律模式到底在多大程度上反映了特定的基本意识形态。

法与经济学的比较研究有助于人们介入这种评价过程。在研究法与经济学的关系时,人们必须学习以批判的方式分析问题。也就是说,人们应当了解其自身的政治和经济观念是如何反映和被反映在他们理解和使用的法律之中的。法与经济学的学者更应掌握不同的意识形态观念,从而使他们能有效地介入关于社区成员的价值观以及实现这种价值观的正确手段的有意义的对话。从这个意义上讲,法与经济学理论与法律的经济分析理论两者之间,有着很大的区别。

法与经济学的研究不同于法与政治的研究,尽管两者之间存在明显的相互关系。在法与经济学的比较研究中,经济哲学则是人们批判性分析法律、政治、社会的重心,分析应该集中在特定政治环境中法与经济的关系,而不是重点关注社会制度背后的政治理论。因此,这种研究方法注重评估法律制度是如何与经济哲学有内在联系的。

比方说一个马克思主义的有关既定社会人群中存有合适经济制度观念的人与保守主义的“里根共和主义”或者“芝加哥学派”经济学家的观念截然不同。其结果是，反映不同经济哲学的法律、政治社会制度也无法一致。正因为如此，人们可以观察到：作为文化积淀的法律制度是建立在一个社会所拥有的经济哲学基础之上的，并且反映在所在社会的法律和正义观念之中，就这个意义而言，法与经济学的研究应当开始关注通过意识形态所显示出来的法律、政治、经济学之间的动态关系。

同样，法与经济学的比较研究也不仅仅是法理学的研究。法与经济学的研究探索在一个“善良”、“正义”社会中法律与经济概念之间的关系。在初级层面上，它并不研究“何为法”，也不研究法学理论的历史。十分自然的是，在法与经济学的研究中必将涉及上述内容。但是，这并非其重点。这一点可以从与不动产法课程的相似性中容易得到理解。尽管宪法设定了许多不动产的原则，但是不动产法课程并非简单重复宪法课程的内容。同样如此，法与经济学的比较研究是从根本上不同于法理学的。

在说明了法与经济学的一般性质后，我将简要概述本书的结构，作为一本基本为研究不同的法和经济学流派提供介绍性来源的书，首先本书将概述每一学派的基本观点；其次，本书将展示各学派的观点在实践中的运用。因为本书是涉及法与经济学的，并且其读者可能熟悉法学多于熟悉经济学，因此，本书为非经济学家们提供了有关经济学知识的介绍。这篇介绍提供了经济学的基本方法和术语。这章应

被视为在进入正式的比较分析之前解决定义性问题的入门。从这一点出发,下面的章节将讨论各种经济分析中存在的内在价值判断,这章旨在纠正读者的错误想法,以为经济学是一门中立客观的科学,其实正相反,经济学如同法学一样,是具有鲜明哲学和意识形态倾向的科学。在此,马克思主义经济学与凯恩斯经济学是不同的,同时,它们与“芝加哥经济学派”也不同。

通过第二、三章的介绍性说明之后,我们便建立起研究的基础,之后我们介绍相关的法与经济学的比较理论,在体系上按五个独立主题排列。第四章到第八章介绍法与经济学的比较观点,每章介绍不同学派有关在一个善良正义社会中法与经济概念的关系。第四章涉及保守主义的法与经济学理论。本书在这种哲学体系内研究该学派的代言人波斯那的律的经济分析方法。第五章涉及自由主义的法与经济学理论,本章所关注的是那些支持“福利国家”的政治观点和思想方法。第六章介绍批判主义法学运动,尽管该运动不具有统一性,但是其倾向于新马克思主义和左派共产主义哲学的特征依然十分明显,他们的思想与律的经济分析方法是格格不入的。第七章涉及自由意志论者的哲学以及他们对法律与经济学关系的认识。在这个分课题中我们分析自由主义与保守主义在以下问题上的有趣差异,即:在一个有限政府中,法律在促进人们权利中的“正确”作用。第八章则研究古典自由主义关于法与经济学的理论,古典自由主义理论在某些方面与自由意志论者之间有着相似之处,同时,它们也存有差异,这种差异在于它们更倾向于政