



法律的经济分析

上

[美] 理查德·A·波斯纳 著

中国大百科全书出版社



法律的经济分析

(上)

[美] 理查德·A·波斯纳 著
蒋兆康 译
林毅夫 校

中国大百科全书出版社

外国法律文库编委会

主 编：江 平

委 员（以姓氏拼音为序）：

冯大同

高鸿钧

郭寿康

贺卫芳

江 平

沈宗灵

王 惠

王卫国

吴焕宁

谢怀栻

信春鹰

徐国栋

余叔通

张乃根

张文显

赵秀文

司 库：李显冬

张 越

文库顾问

格扎维埃·布郎-儒万

(Xavier Blanc-Jouvan)

法国巴黎第一大学教授，比
较立法学会秘书长

保罗-安德烈·克雷波

(Paul-André Crépeau)

加拿大麦吉尔大学法学院教
授，国际比较法学会主席

威特莫尔·格雷

(Whitmore Gray)

美国密歇根大学法学院教授

海因·克茨

(Hein Kötz)

德国汉堡大学教授，马普外
国法与国际私法研究所所长

外国法律文库序

江平

外国法律文库是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界 15 名从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50 年代末以后的 20 多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文革”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。10 多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自 1949 年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥 10 余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，外国法律文库第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了4位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

外国法律文库能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于外国法律文库一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重

要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

中文版作者序言

《法律的经济分析》由中国社会科学院法学研究所蒋兆康先生译出了中文本。这部兼教科书与学术专著于一身的作品初版于1973年，本书是它的第3版（现为第4版——译者注）。它将经济理论运用于对法律制度的理解和改善。本书将主要的讨论集中于美国（现实的）法律制度。这种法律制度具有许多与众不同的特征，它包括了大量的“普通法”立法。普通法是由法官自己制定的作为案件审理的副产品的法律，而不是由立法者或宪法制定者制定的。但是，本书参照美国法律所解释和阐述的基本原则，对其他国家的法律制度也具有广泛的适用性。

本书的主要命题是：第一，经济思考总是在司法裁决的决定过程中起着重要的作用，即使这种作用不太明确甚至是鲜为人知；第二，法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。这两个命题初看起来好像具有高度的意识形态性质，但其实并非如此。全书只是在以下意义上运用经济学：将经济学看作是一种理性选择理论——即诉讼所要达成的理性选择，换句话说，也就是以最小可能的资源花费来达成预期目标的理性选择，从而将省下的资源用于经济系统的其他领域。无论一种法律制度的特定目标是什么，如果它关注经济学中旨在追求手段和目的在经济上相适应的学说，那么它就会设法以最低的成本去实现这一目的。

对于将经济学运用于许多看来似乎远离经济系统的活动——如，犯罪、起诉、离婚、意外事故、反种族歧视法等等，国外的读者可能会感到非常惊讶。但美国的经济学界却对“经济

学”一词有着非常广泛的理解——这与我在上面提出的作为理性选择理论的经济学界定是一致的。美国的经济学家还倾向于相信，人们在其大多数活动领域内的行为是理性的，这种理性化行为不仅仅限于市场交易。所以，非市场行为经济学在本书中得到了显著的表述，而且除了其对法学研究的运用外，它还将使读者领略这一现代经济学的重要领域。

最重要的是，本书认为，我们可以通过运用不同于法官和其他法律专业人员所运用的术语——尤其是经济学术语——来考察问题，从而确定法律的结构、目的和一致性。对于中国的法律制度和法律专业，我知之甚少；但在美国的法律专业人员中却存在着这样一种趋势：他们将法律看作是一个逻辑概念的自主体，而不是一种社会政策的工具。经济学的考察能使法学研究重新致力于对法律作为社会工具的理解，并使法律在这方面起到更有效率的作用。我坚信，对于任何一个试图探究法律在社会生活中的作用这一基本问题的社会和学者团体而言，法律经济学是一种极为有益的理论视野。

理查德·A·波斯纳

1991年8月

第一版序言

近年来,经济学家和法学家们开始致力于法律的经济分析,用经济学的理论和经验方法来阐述法律领域中的各种争议和问题。以前,法律经济学只是反托拉斯和公用事业管制这些领域内的交叉学科;现在,热心于阅读学术期刊的人们会发现,经济分析还被运用于以下领域:犯罪控制、意外事故法、契约损害赔偿、种族关系、司法行政、公司和证券管制、环境问题及当代法律制度中引人注目的其他领域。经济学在法学教育中不断增长的重要性表现为,许多法学院任命经济学家为其教员,法学院的课程逐渐充满着经济推理和证据。

由于经济学是一门技术性学科(而且正日益变得更加技术化),所以,将经济学运用于法学教育和法学研究就给那些没有良好经济学功底的法律院校学生、教师(而且大多数都这样)带来了许多困难。造成这些困难的原因是,没有任何可供其使用的法律经济学教材。有两种办法可以明显地用以弥补这种缺陷。其一,用一部基础经济学教材——但它应着重于与法律有着特殊关系和包括着法律阐述的经济学领域。其二,用一部摘录自法律经济学文献的著作。然而,本书所走的是第三条道路,即试图将两者的优势结合起来。它将相关的经济学理论编织成一种对法律制度中制度和规则的系统(虽然肯定是不全面的)研究。这种方法能使将经济学运用于法学的主要学术文献得以概括,并在有些方面得以发展,又不受禁止引用技术术语或不适当细节的影响;而且它使读者所面临的经济学不再是一种抽象的理论,而是一种相当广泛地运用于法律制度中各种不同问题

的有效分析工具。重视具体运用而非抽象理论应该是适合于受案例方法训练的法律学生的。本书中对现代福利经济学术语(如“帕累托最佳状态”等)的严格限制使用(如果不是完全不用的话)是为了防止学生将经济分析与掌握经济学词汇混为一谈。

本书的主要宗旨在于,用作法学院中法律的经济分析课程的教材,也可供有兴趣发现经济学对他们理解法律程序所起作用的学生用作补充阅读材料。想更为系统地研究经济学的法律院校学生可能会发现,本书是对两本优秀而又难读的价格理论教科书的介绍。当我最早与法律院校学生(和教师)讨论本书腹稿时,很少以先前的法学知识为先决条件,所以它对研究与法律有关的经济学感兴趣的经济学和商学院校学生也会有用。最后,我认为,由于本书不仅概括了法律的经济分析的文献,而且增加了一些其他内容,所以它可能会吸引对与法律有关的经济学感兴趣的职业律师和经济工作者成为其读者。

由于许多法学教师不习惯于用教材讲课,所以对在课堂上使用本书的方法提些建议可能是合适的,我希望本书在许多方面的叙述是很清楚的,不至于要求指导教师用更简单的术语为学生解释。他应该可以用课堂的时间来探究学生理解的程度;既可以按本书向学生提出问题,也可以与学生一起研究脚注和各章末的问题;许多问题涉及本书并未讨论的领域。指导教师还会用课堂时间来探究经济分析作为解释和规范工具的局限性。我未能在本书中强调这些局限性,部分的原因就是为了让学生和教师通过提出和论证这些局限性从而对此提出挑战。我相信学生们会积极地从事这一工作。

脚注中和每一章末的参考文献对那些愿意进一步研究法律经济学文献的读者而言是极为有用的。

我要感谢费希尔·布莱克、沃尔特·J·布卢姆、罗纳德·H·科斯、哈罗德·德姆塞茨、理查德·A·爱泼斯坦、欧文·

M·菲斯、斯坦利·A·卡普兰、海因·D·科茨、亨利·G·曼尼、伯纳德·D·梅尔策、乔治·J·施蒂格勒，他们对我早期的部分手稿进行了有益的评点。我还要感谢参考文献为我提供的帮助，遗憾的是还有一些重要的文献没能记载在内。我在本书第一篇中提出的有关普通法的观点在很大程度上得益于1970年哈罗德·德姆塞茨在芝加哥大学法学院举办的财产权研讨班上我与他的交谈。第7章中所提出的反托拉斯法分析深受阿伦·迪雷克托大多数未(依其自己名义)出版的作品的影响。我最为感激的是那些通过其作品和谈话而使我对经济理论和经济学与法学间的关系有了更丰富的全面理解的人们：加里·S·贝克尔、罗纳德·H·科斯、阿伦·迪雷克托和乔治·J·施蒂格勒。

理查德·A·波斯纳

1973年3月

第二版序言

出版于1973年的本书第1版，主要是在1972年写就的。自那时起，将经济学运用于法学研究的文献已增加很多，从而使第1版现在过时了。我写作本书第2版的主要目的就是收编近来出现的文献。在这一版中得到广泛深入修正的论题有：侵权损害赔偿、法律规则制定、契约、家庭法、公司信贷和信托投资法。另外，我还利用这一机会，在修改重要问题的同时也修改了次要问题，在修改实质性内容的同时还增加了一些思考题和参考文献，我希望这将增加本书作为一种教学工具的有效性。

本书的第1版得到了人们的广泛评论，而且我已将评论者提出的一些建议编入本版。然而，有三种批评意见我是不能接受的。第一种批评意见认为，本书不适当地将经济学在法学研究中的规范和实证运用区分开来；这种区分过去是（而且现在仍然是）本书所强调的一个观点。第二种批评意见认为，本书没有对讨论的各种不同的法律问题进行足够深入的研究。这种观点误解了本书的目的，本书并不是一本旨在研究美国法律制度的专著，而是一本用经济学阐述法律问题的教科书；由此，这些问题只能得到例证性的研究，而不能得到彻底全面的研究。很明显，我不会认为（例如）联邦税法能在一小章的范围内得到充分的研究。但是，我的目的不在于研究联邦税法；我的目的是提出一些用经济分析来阐述的税收问题。第三种批评意见是，由于本书对法律的讨论只限于经济分析，所以它对法律问题提供了过于窄狭的视野；一位评论者还责备我没有引用人类学家们对财产权的研究。但是，我的目的过去不是，现在仍然不是为

法学研究提出社会学、人类学或哲学的方法；我的目的在于提出一种法律研究的经济学方法——这对一本书而言已经足够了。

自本书第1版出版以来，已出版了三种法律经济学读本；我把它们推荐给本书的读者。另外，对不了解和以前没有接触过经济学的本书读者而言，近来出版了一本特别适合于他们的基础性价格理论教科书。

而且，本书第1版出版后，经济学家威廉·M·兰德斯被聘为芝加哥大学法学院的教授。兰德斯教授和我进行了一系列的合作研究，成果摘要被编入本书的不同章节。但是，除了这些研究之外，本书中的一些新思想也来自我们的合作教学和对法律经济学的许多讨论。他对本书作出了重要的贡献。

最后，我想感谢沃尔特·赫勒斯坦、安东尼·T·克朗曼、伊丽莎白·M·兰德斯、威廉·M·兰德斯、埃德华·P·拉齐尔、罗伯特·H·麦努金、伯纳德·D·梅尔策、乔治·L·普里斯特和乔治·J·施蒂格勒，他们对本书的手稿进行了有益的评点；还要感谢的是：菲力普·哈里斯、安德鲁·M·罗森费尔德和卡尔·E·威特希的研究助理工作，克拉拉·鲍勒的引证查对工作及芝加哥大学法学院法律经济学项目的经济资助。

理查德·A·波斯纳

1977年5月

第三版序言

20世纪后25年法学理论方面最重大的发展也许是经济学被不断广泛地运用到法学研究的各个领域：包括那些既很基本但又明显不具有经济性的侵权、刑法、家庭法、程序法和宪法。它为完全可预料的关于这一运动的争议所困扰，运动本身不仅对方法论提出了挑战，而且对许多传统法学家、法律学生、律师、法官的政治倾向提出了挑战——它常被嘲笑为不仅有障碍作用，而且明显是错误的——然而，法律的经济分析仍然致力于引起不断增长的学术和实践兴趣，使文献的广度和深度得到了发展。

当本书第1版在1973年出版时，还没有经济学在法学中应用的教科书和专著。那时，本书就具有这两方面的意义。现在，这虽仍然是唯一的一部专著，但它不是仅有的教科书了。目前市场上有一些编辑而成的读本，主要是由法学家们特地为学生准备的；也有两部经济学家著的教科书和一部经济学家编的案例著作。但是，其中没有一本在广度和深度上能与本书相匹敌。

撰写法律经济学教科书最基本的选择是结构上的：是用经济学原则还是法学原则组织本书呢？如果用经济学原则，那么法律原则将被作为例证而依附其上。无论这种研究方法有多少优点，但它还是不足以传播法律原则和制度完整结构的适当观念。法律是一个系统；它有一个经济分析能启发的整体，但要明了这个整体，就必须研究这种系统制度。本书试图使经济原则在系统的（虽然肯定是不完全的）法律原则研究中得到体现。如果看一下索引就会明白，本书讨论了大量微观经济学的论题、

虽然其顺序与经济学教科书并不一样。由于很多法律制度是关于非市场行为的——家庭、犯罪、事故、诉讼和其他许多远离传统市场的经济理论的行为——本书与传统微观经济学教科书相比，更重视非市场行为经济学。与大量极重视对法律进行法学的、经济学的规范分析的著作相反，本书注重对法律进行实证分析：经济学的应用使法律制度原则更清晰地显现出来，而不是改变法律制度。

本书没有预先为读者提供经济学方面的知识。不熟悉数学的法律院校学生们不必为本书担忧。本书也没有预先为读者提供法学方面的知识，虽然它对至少学过一些法律知识的人们比没有学过任何法律知识的人更有用，但它的确也向经济学家及其他愿学些法律知识和或许作这一方面研究的社会科学家们介绍了法律。最后，正如我所说，本书是一部法律的经济分析的学术专著，但它确实比预想的要略显简短和不够全面，这是因为本书主要是为学生所写。虽然大部分的思想来自以前的出版物（每章之后都有参考书部分），有的是我自己的，有的是其他学者的，但本书像前几版一样，包含了大量的原始分析。

读过本书前几个版本的人会惊讶地发现我对本版作了相当广泛的修正。自1977年（第2版出版的时候）以来，不仅已有大量有关法律经济学的学术成果产生，而且自1981年以来我成为联邦上诉法院法官，这促使我努力探究将经济学运用于那些我作为专职教授和法律顾问时未能深入研究的领域，从而使我能对自己相关领域的一些思想作了修正。我希望这些努力能使本书成为一本更完美的著作。我知道本书篇幅比以前更大，为此，我要对教学和学习提个建议：本书要在一个学期或半个学期内教完是不可能的，本书课程的教学，在法学院最好安排在第二学年的下学期，或第三学年的上学期，我建议尽量只要教第一至三部分（基本经济原则、普通法、垄断管制）加第六部分（法律

过程,包括程序)。但我希望学习这一课程的学生要自学本书的其余部分,因为他(或她)会发现其他部分既有利于理解他们讨论的法律领域,又有利于对课程讲授部分理解的加深。

我的一些朋友和同事非常热情地阅读并评述了本书的各章:道格拉斯·贝尔德、玛丽·贝克尔·沃尔特·J·布卢姆、克里斯托弗·德穆思、弗兰克·埃斯特布鲁克、罗伯特·埃利森、丹尼尔·费谢尔、沃尔特·赫勒斯坦、詹姆斯·克里尔、威廉·M·兰德斯、索尔斯·列夫莫尔、迈克尔·林赛、萨姆·佩尔兹曼、卡罗尔·罗斯、安德罗·罗森菲尔德、斯蒂文·谢费尔、乔治·J·施蒂格勒、杰弗里·斯通、卡斯·森斯坦、罗伯特·威利斯。我还非常感谢他们:担任我研究助理的德怀特·密勒、基思·克罗和理查德·科德雷;芝加哥大学法学院法律经济学研究项目为此提供了资助;罗伯特·姆罗夫卡为第13章的图13.2和13.3提供了解释;我的夫人查伦为我的编辑工作提供了帮助。还要感谢那些经济学家,是他们对我经济思想的形成发挥了最重要作用——加里·S·贝克尔、罗纳德·H·科斯、阿伦·迪雷克托、威廉·M·兰德斯和乔治·J·施蒂格勒。

理查德·A·波斯纳

1985年10月

第四版序言

这本学术教科书最早出版于 1973 年，现在是它的第 4 版。它的主题是对法律规则和制度的经济分析。与有关本主题的其他教科书（没有其他的学术著作）不同，本书的范围几乎涉及全部的法律制度并将重点置于非市场行为的法律管制——不仅包括我们熟悉的犯罪、事故和法律诉讼等例证，而且包括（经济学家们）不太熟悉的吸毒成瘾、性行为、代理母亲身份、海上救助、宗教礼仪等例证。本书的组织原则也与其他书不同，它依法律概念而非经济学概念进行排列。这种方法使我们能将法律作为一个系统来观察、把握和研究，这一系统可用经济分析的方法进行阐明、揭示并在某些方面进行改善。同样，这种方法使我们能将经济学看作是理解和改革社会习惯的工具而非是一种复杂的、令人退缩的正式数学系统。本书中的经济学解释强调了经济原则的统一性、简明性和有效性，但也涉及其艰涩性。经济学在这里的出现并不是非常正式的，本书而且假设读者此前对经济学是不了解的。

你不可能从一本书中就能学好经济学，本书做不到，其他书也做不到。对经济学的感觉、技巧和熟悉随着对法律的感觉、技巧和熟悉而慢慢发展。本书并不重视经济学的正式和系统方面而偏向经济学的运用，从而成为对更为传统的教科书的补充而非替代。与普通的微观经济学或价格理论教科书相比较，本书包含了更多的基础理论。因为其范围不是由某些预先确定范围的经济学所决定而是由法学所决定的，所以其不仅包括价格理论中的标准主题，还包括了福利经济学、劳动经济学、财务