

经济学

与

法律

的

对话

LAW'S ORDER:
WHAT

ECONOMICS
HAS TO DO WITH

LAW
AND WHY IT

MATTERS

[美] 大卫·D. 弗里德曼

著

徐源丰

译

叶家兴

审订

经济学

与

法律

的

对话

LAW'S ORDER:

WHAT

ECONOMICS
HAS TO DO WITH

LAW
AND WHY IT

MATTERS

[美] 大卫·D. 弗里德曼

—
著

徐源丰

—
译

叶家兴

—
审订

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

· 桂林 ·

经济学与法律的对话
JINGJIXUE YU FALV DE DUIHUA

Law's order: What Economics Has To Do With Law and Why It Matters

Copyright © 2000 by Princeton University Press

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

仅限中国大陆销售。

著作权合同登记号桂图登字：20-2016-260

图书在版编目 (CIP) 数据

经济学与法律的对话 / (美) 大卫·D. 弗里德曼著;
徐源丰译. —桂林: 广西师范大学出版社, 2019.6
(2019.9 重印)

书名原文: LAW'S ORDER: What Economics has to
do with Law and Why It Matters
ISBN 978-7-5495-6371-5

I. ①经… II. ①大…②徐… III. ①法律经济学—
通俗读物 IV. ①D90-056

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 003154 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市五里店路 9 号 邮政编码: 541004)
(网址: <http://www.bbtpress.com>)

出版人: 张艺兵

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码: 530007)

开本: 880 mm × 1 230 mm 1/32

印张: 12.625 字数: 280 千字

2019 年 6 月第 1 版 2019 年 9 月第 2 次印刷

印数: 5 001~8 000 册 定价: 69.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与出版社发行部门联系调换。

- 导论 / 1
- 1 经济学与法律相遇 / 7
- 2 经济效率及其他 / 19
- 3 这个世界哪里错了? (I) / 32
- 4 这个世界哪里错了? (II) / 43
- 5 权利的定义和执行 / 57
- 6 燃烧的房屋和爆炸的可乐瓶: 保险与经济学 / 78
- 7 掷币与撞车: 事前与事后 / 92
- 8 博弈论 / 104
- 9 生命的价值 / 118
- 间奏: 美国法律体系简介 / 128

10 我的、你的和我们的：财产法经济学 / 138

11 知识产权经济学 / 158

12 契约经济学 / 179

13 婚姻、性与婴儿 / 212

14 侵权法 / 233

15 刑法 / 276

16 反托拉斯 / 303

17 其他法律体系 / 327

18 刑法与侵权法的难题 / 349

19 习惯法具有经济效率吗? / 370

后记 / 384

导 论

我要做的事

如果世界上只有我一个人，各种问题一定很多，但绝不会有法律问题。如果再加一个人，便有发生冲突的可能：我们都想摘同一树枝上的同一个苹果；我射伤了一头鹿，沿路追赶下去，却发现已经被你宰来吃了。

暴力相向是显而易见的解决办法，但不是很好的方法。使用暴力，我们的小小世界可能缩小成只剩一人，或者谁也不存在。更好的解决办法是有明示或暗示的法律体系，以和平的方式化解冲突，决定谁该做什么事，以及如果不做，会遭遇什么后果。目前所有已知的人类社会都发现这个办法可行。

我们最熟悉的法律，是由立法机构制定、由法院和警察执行的。但即使在我们的社会中，也有许多法律不是由立法机构制定，而是由法官创造——它们存在于过去的判例中，用以决定未来的案件如何判决；不少法律的执行是由私人实施，而不是由警方执行，如侵权受害者和代表他们的律师；许多法规以私部门规章（private

®

norms，也译为私人规范）而不是法律的形式存在，并由私人执行。

扩大时空环境，我们会在法律的来源和执行方式上碰到更多的多样性。如果我们考虑所有时空环境下的法律体系，那么现在美国制定和执行法律的方式，只能算是其中的一个样本——要解决人际冲突的问题，可行的方法有很多，美国的方法只是其中之一；可行的法律体系有许多，美国的体系只是其中之一。本书重点放在过去一两个世纪的英美法上，并不是因为它们比其他的法律体系重要，而是因为作者、大部分美国读者以及本书所提大多数学者，比较了解这套体系。但本书讨论的观念也适用于其他法律体系。第17章简述其他的法律体系时会谈到这一点。

有许多方法可以探讨法律体系，如从法律史学家、法律哲学家或律师的观点来看。本书作者——我则为经济学家。我的探究方法是去问：在这个理性个人面对法律而调整行为的世界里，法律体系将产生什么样的结果？

虽然这不是唯一可行的探究方法，应用范围却很广。法律存在的目的，是为了改变人们的行为方式。行车速限的存在，是因为有人希望人们减慢开车速度。法律可能对合约上的暧昧难明之处做出不利签约人的解释，目的是要人们签约时更慎重。

这种经济探究方法可以从两方面着手：从目标着手，可以评估法律，确定它们有没有达成目标；从某个法律条文甚或某个法律体系着手，可以了解法律的目标何在。

经济学的中心假设是**理性**（rationality）——从希望达成的目的切入，最能了解行为。贯穿本书的第二个假设是，法律体系（或者至少其中一大部分）都有其意义，是带有目的的工具。

这里不质疑第一个关于理性的假设，虽然它已有大量文献探讨，而我觉得其中最有趣的，当属近来的演化心理学（evolutionary psychology）。第二个假设则会在本书中被一再检视。本书不断提出的一个问题，即是法律在多大的程度内可以被解释成工具，尤其是作为达成经济效率这个特殊目的的工具。这是法律的经济分析最关心的事情。第19章汇总了相关的证据，结果是尚难盖棺论定。

有什么不对？

法律体系不完全是人类深思熟虑下的产物。在很大的程度内，它是由无数个个别决定组成的非计划性结果。这些个别决定包括议员对于法律中特定条款的磋商，以及法官针对特定案例所做的判决。因此，我们有可能无法找到这种体系的目标。法律体系不一定有意义，而我们也不一定能够了解其意义。人类生来就有绝佳的模式辨识能力（pattern-recognition engine），找得到计算机无法辨识的模式，甚至有时能找到不存在的模式。读者应该问自己一个问题，特别是在接近读完本书时这么问：经济学能在多大的程度上发现法律中的秩序？经济学在多大的程度上能够创造这种秩序？

反对以经济方法探讨法律逻辑的一种说法，在于法律可能没有任何逻辑可资探讨。另一种反对意见认为法律有逻辑，但它关心的不是经济效率（economic efficiency），而是公理正义（justice）。我们惩罚罪犯不完全是为了获得好结果，而是因为罪犯该受惩罚。我们要求侵权者赔偿受害者，不是因为这么做可以给人不去侵权的诱因，而是因为凡造成损害者应该付出代价。我们坚持小孩子把房

间弄得一团乱时应该清理干净，也是基于同样的理由。

对这些言之成理的说法，我有两点回应。第一，公理正义无法适度说明法律，因为数量多得惊人的法律问题与之无关，也因为我们没有适当的理论，可以告诉我们哪些法律合乎公理正义，哪些法律不合公理正义。我们对公理正义的大部分直觉是结果，不是原因——我们认为法律合乎公理正义，因为我们从小到大被教的就是这些法律。

第二，在许多案例中，我们认为自己支持的法律合乎公理正义，其实它们本来就具有经济效率。为使这件事更清楚地浮现出来，我在分析中完全忽视公理正义的问题。为了衡量及判断法律如何成功地满足人之所欲，我把想保有自身财物的欲望与小偷想偷走这些财物的欲望，放在完全相同的立足点上。另一方面，读者将看到很多表面上合乎公理正义的事情（如惩罚盗贼的法律，以及要求把房间弄乱的人收拾干净），到头来适得其反。我想，这是很有趣的一件事。

为谁而写？

本书的读者对象有三类。第一类是所谓的聪明外行人。这种人认为了解法律和经济学本身、这两者间的关系以及这两者跟他自己和这个世界的关系，是很有意思的事。第二类是法律专业人士。他们希望多了解如何在本行运用经济方法。第三类是学生，最有可能是经济系或法学院学生。他们看这本书是因为教授要他们看，但我希望这不是唯一的理由。

为这么多不同类别的读者而写的一个问题是，他们的要求各不相同。学生，尤其是法律系的学生，以及法律专业人士，希望多读到一些学术性注释、案例和参考书目，但聪明的外行读者可能觉得累赘和没必要。于是我把学术性的参考工具移到网络上。本书是为外行读者而写，不加注释，引用的案例或参考书目极少。我采取的配套措施是建立一个网站，尽量加进学生或法律专业人士觉得本书可能遗漏的内容。本书利用页边的图示把两者连接起来，网址及对应的内容如下所示：

www.daviddfriedman.com/laws_order

- Ⓟ 引用一本书或一篇文章
- Ⓜ 链接到网络书或文章
- Ⓒ 案例
- Ⓜ 数学运算
- Ⓡ 其他评论

用这种方式写书的一个原因，是我对学术性参考工具不是那么有好感。把参考案例、文章等开列出来，当然有帮助，但本书基本上是谈一个观念结构，很容易在学术细节中迷失方向——不只读者会这样，连作者也难免。

我希望把本书精简到只谈要谈的事，其余的就利用现代科技移到唾手可得的网络上，如此便可享受学术参考工具带来的好处，却不必负担成本。同时我也有个地方，能够不断更新和扩充内容，不需要花大笔钱重新排印付梓。读者如愿助一臂之力，请在本书网页

上找我的电子邮件地址。

本书架构

进行法律的经济分析有两种方法，一个是依经济观念，另一个是依法律领域。本书两者兼容并蓄。第一部分概述基本经济概念，如理性、经济效率、外部性、生命价值、风险分配的经济原理。它们可以用来了解范围广泛的法律问题。之后有一章间奏，简述美国的法律体系如何建立，主要是供律师和法律系学生以外的读者阅读。第二部分把经济学用在分析法律的核心领域。大致来说，内容包括法律系学生一年级课程会学到的东西，并据此安排前后顺序。

最后一部分用各种方式把本书所谈付诸应用。里面有一章探讨与英美法非常不同的法律体系；有一章讨论为什么美国要用两套法律体系（侵权法和刑法），以不同的方式做大致相同的事情，以及能不能废除其中之一；还有一章探讨法律（至少是法院判例）具有经济效率或不具经济效率的各种证据；最后一章总结全书对法律体系所做的分析。

1 经济学与法律相遇

美国有些州最严重的刑罚是无期徒刑。由于持械抢劫是非常严重的罪行，有人建议对持械抢劫者处以死刑。但宪法律师质疑这么做是否符合禁止使用残酷和异常惩罚方式的原则。法律哲学家则质疑是否适当。

有经济学家指出，如果持械抢劫的刑罚和持械抢劫加杀人相同，那么杀人受到的额外刑罚是零。我们不禁要问：这是不是鼓励歹徒在抢劫之余再杀人？

这就是经济学要探讨的法律问题。经济学最根本的课题不是金钱或经济体，而是理性选择的含意，因此它是了解法律效果的基本工具。明白法律产生的效果，不仅可了解法律本身，并且能决定我们应该制定什么法律。

经济方法的基本假设是人具有理性，不管是在法律上或是其他事务上。强盗之所以是强盗，和我当经济学家的理由相同：个人的偏好（tastes）、机会和能力，决定了什么是最吸引自己的行业。哪些法律会通过，如何解读和执行，最后要取决于什么行为符合立法者、法官和警察的理性利益。

理性并不意味着窃贼会先仔细计算成本收益，再决定要不要入屋行窃。持械抢劫者不会去做精确的分析，分析射杀受害者会使落网概率降低10%还是20%。但如果落网风险显然能够降低，刑罚却不会加重，他很有可能扣下扳机。

即使在没有那么重大的事情上，人也不见得一直保持理性。比方说，即使不应该吃那么多，我偶尔还是会吃三份意大利面。当我熟悉本身的非理性行为后，可以想办法去克服。如果薯条放在唾手可得处会被我不知不觉地吃光，有时我会故意把它们放得远远的。

但我对其他人的认识并没有那么清楚，无法把他们的非理性纳入法律如何影响行为的分析中。但我知道他们和我一样，有想要完成的目的，而且会选择正确的方法（虽然并不完美）去完成。这是人的行为中可以预测的部分，也是经济学赖以建立的基础。

持械抢劫者应判十年有期徒刑还是无期徒刑？大部分人不会将其视为燃眉之急的问题。更重要的问题是举证标准：为了把某人定罪或让他在民事诉讼中败诉而赔偿损失，必须有多强的不利证据？

我们会倾向于认为，除非确定一个人有罪，否则不应予以惩罚。但依这标准，没有任何人会受到惩罚——即使最确凿的证据也有概率上的问题。就算招供认罪，也不能当作绝对的证据——虽然我们的法律体系不再允许刑讯（torture），却允许认罪减刑协议存在，所以无辜的被告可能宁愿认小罪，以免因重罪而服长期徒刑。科学证据不再能够作为真凭实据，即使DNA比对完美无瑕，因为实验室的工作人员可能会犯错，或者嫌犯可能有个一模一样的双胞胎手足。所以，要定一个人的罪，没办法拿出绝对证据。

那么和绝对证据差上多少可以接受？提高举证标准能够降低无

罪被判有罪的概率，但也提高有罪被判无罪开释的概率。两者相抵的结果是不是值得去做，要看两种错误的相对成本而定。如果按照威廉·布莱克斯通（Blackstone）在两百多年前说的，“宁可错放十人，也不要冤枉一个好人”，我们就应该不断提高举证标准。

事实上，美国的法律体系在刑事案件中采取高举证标准（“排除合理怀疑”原则 [beyond a reasonable doubt]），在民事案件中只用低标准（“优势证据”原则 [preponderance of the evidence]）。为什么？答案不纯粹在于“刑事案件的刑罚较重，因此我们比较慎重”。对大部分人来说，一百万美元的损害赔偿判决和拘役一个星期比起来，前者的惩罚确实比较严重。

经济学提出了简单的解释。民事官司败诉的后果通常是被告支付现金给原告，但刑事犯罪判刑确定的后果很可能是坐牢或死刑。民事案如果误判，表示我应该胜诉的官司竟然败诉，必须付钱给你，或是你应该胜诉的官司结果败诉，必须付钱给我。平均而言，惩罚本身的净成本为零——那只是资金的移转。刑事案如果发生错误，表示我因未曾犯下的杀人罪而被处死，或是你因未曾犯下的杀人罪而被处死。刑事案和民事案不同，因为一方之所失并非另一方之所得。刑罚会产生净成本，而非移转，因此审慎量刑是有道理的。

至于经济学在法律另一个领域的应用，不妨拿“强制适宜居住保证”（nonwaivable warranty of habitability）来说明。这是一种法律理论：若干法院主张公寓必须在暖气、热水、空调等方面符合法院定义的标准，不管租赁合同有没有明载相关条款。如此一来，立即产生的影响是出租人本来不提供的服务，也必须提供给承租

人。有些出租人将因此受到不利影响，有些承租人则将获益。支持或反对这种规定，主要看你站在哪一边。

长远来看，产生的影响则相当不同。每一份租赁合同现在自动包含质量保证。出租物将更吸引承租人，出租人的负担则加重。供给曲线、需求曲线、价格、公寓的租金全部往上提升。从承租人的观点来看，问题不在于法院规定的条款是不是有价值，而是这些条款提供的服务的价值是否高于这些服务的成本。

答案很可能是否定的。如果这些保证对承租人的价值高于出租人的成本负担，出租人应该已将它们包含在租赁合同中，并为此收费。如果出租人的成本负担高于承租人获得的价值，则强行规定并促使租金因此调整，反而可能使出租人和承租人同受其害；尤其可能使较穷的承租人处境更糟，因为他们最不愿意增加支出以享受额外的服务。有人可能挖苦说，这个理论的真正功能，是把穷人赶出采取这个理论的法律管辖区之外，因为在这样的管辖区中，提供穷人住得起的房子是非法行为。

如果这个分析看起来不尽合理，可以想想法律规定所有汽车都装天窗和CD换片机的结果。本来就会买这类车子的顾客将不受影响，但有些人会觉得没什么价值，还要多花钱。

虽然以上这些经济问题的说明很简短，但结果并不那么显而易见。我们可以多费些心思在租赁条款加上限制，这些限制对若干承租人和出租人有利，但会牺牲其他人（大部分承租人或出租人）。我们也可以另外创造一些限制，让出租人和承租人同蒙其利。重点不在于合同条款的限制是好或坏，而是我们没办法只根据限制本身来评估其影响。我们同时也必须观察这些限制对其他

合同条款的影响。

在任何特定法律案件中，大家关心的是现行法律如何处理已经发生的事件。但从这种事后的观点出发，往往难以了解现行的法律。原因不在于法律没有道理，而是我们搞错了思考的方向。

比方说吧，假设我逮到一个千载难逢的良机，可以把有钱的叔叔从悬崖上推下去。但我的运气坏到极点，有位野鸟观察员正巧把照相机对准我这边，害我被捕、受审而被判刑。审判时，我的律师指出，由于罕见的诱惑（叔叔很有钱，而我很穷）和难得一见的好机会，我才会犯下那种罪行，而且我只有一位有钱的叔叔。此外，一旦判我有罪，将来就没有人会和我一起去攀岩。因此，他辩称法院应该判我有罪并把我放走。不管怎样，我都没有机会再杀人，何况判我死刑或监禁也不会让我叔叔起死回生。

结论很奇怪，理由却头头是道。许多法律学者对这种说法可能做出的回应是，法律不只关心结果，也关心公理正义。放我走可能无害，但仍然不对。

经济学家则有不同的回应。错的不是看结果，而是看错误的结果——回头去看已经发生的杀人事件，而没有往前看将来可能发生的杀人事件。法院如果放我走，不处以任何惩罚，等于宣布其他人面对类似诱惑并犯下杀人罪行后，遭到惩罚的风险将降低。处决杀人犯并不能使受害者起死回生，但它所建立的判例可以吓阻（deter，也译为威慑）未来的杀人犯，并拯救可能的被害人。人们是根据法律建立的诱因结构（the structure of incentives，也译为激励机制），以及因应这些诱因（incentives，也译为激励）而改变行为的结果，来判断法律。

经济方法能够分析的法律领域，不是只有犯罪和合同。超速罚款不是一种特别的税收，而是希望驾驶人不要开快车。侵权法决定车祸肇事人的责任归属，因而影响可能导致车祸的诱因，例如不检查煞车系统或醉酒驾车。民事诉讼程序决定诉讼当事人有权彼此要求索阅哪一类信息，因此影响企业保存（或不保存）纪录、检查（或不检查）可能成为诉讼主体的产品瑕疵问题、提出（或不提出）诉讼等行为的诱因。离婚法决定你在什么情况下可以脱离婚姻，而这是在结婚前应该考虑的事情之一。在法律的经济分析中，主体是法律，无一例外。

法律理论大震撼

物理系学生学了经典力学和电磁理论，就已经具备基本学识来处理20世纪以前的物理问题。他们只要利用事实和数学就能应付自如。如果再学会相对论和量子力学，20世纪后的问题也能迎刃而解。经济学系学生通晓价格理论后，便几乎可以处理所有经济理论能够清楚解答的问题，因此经济学系开的许多课程，都只是价格理论在运输、农业、贸易或法律等特殊领域的应用。但法律系学生读懂侵权法，就只懂得侵权法。如果他要了解刑法，就必须从头念起。

经济学改变了这种情形。你会在后面几章学到一套知识工具，而本书其余各章都是这些工具在不同法律领域的应用。你将发现，一旦你从经济学的角度来了解财产法、合同法或侵权法，其他领域也已了解大半。虽然每个领域各有特殊的问题，基本分析方法则是