

法 律 科 学 文 库

主 编 曾 宪 义

财产法的 经济分析

彭
汉
英
/
著

 中 国 人 民 大 学 出 版 社

法律科学文库

主编 曾宪义

财产法的 经济分析

彭
汉

著

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

财产法的经济分析/彭汉英著.
北京:中国人民大学出版社,2000
(法律科学文库/曾宪义主编)

ISBN 7-300-03397-0/D·484

I. 财…

II. 彭…

III. 财产-所有权-民法-研究

N.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 12091 号

法律科学文库

主编 曾宪义

财产法的经济分析

彭汉英 著

出版发行:中国人民大学出版社

(北京海淀路 157 号 邮编 100080)

发行部:62514146 门市部:62511369

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:北京市丰台丰华印刷厂

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:9.25 插页 2

2000 年 6 月第 1 版 2000 年 6 月第 1 次印刷

字数:213 000 印数:1—5000

定价:16.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱

了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了讯息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。惟有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有

重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同,内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融,故而在19世纪中叶,随着西方列强对中国的侵略,绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体,中国的法制也由此开始了极其艰难的近代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话,中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争,道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等,使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说,社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇,但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变,在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以,尽管曾经有过许多的机遇,无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力,中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至本世纪70年代末期,“文化大革命”的“十年动乱”宣告结束,中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界,用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路,中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动,也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设,也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的

初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近 20 年的努力，到 90 年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近 20 年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正以法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专门家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的 20 年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过 20 年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时

期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近20年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善,等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良

101093

法美制”的建立，更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制，当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套《法律科学文库》，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套《法律科学文库》是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精装出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

《法律科学文库》的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版《文库》这一机会，集中推出一批高质量、高

水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，《法律科学文库》能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

序

孙国华*

适应新的历史时期的需要，在邓小平理论和党的十五大精神的指引下，介绍和引进当代西方新的法学流派和分析方法，并且运用这些方法来分析我国法律制度，论证其历史性和逻辑性，提出改革、完善我国立法的建议，对贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，无疑有

* 孙国华系中国人民大学法学院教授，博士研究生导师。

重大的理论、现实意义，这项工作过去一直做得很不够。随着我国社会主义市场经济体制的建立，以及与之相应的法律体系的逐步形成，这项工作显得越来越重要了。这也是繁荣我国法学研究、推动马克思主义法学发展的有益探索。

彭汉英同志的这本书是在她的博士论文的基础上扩充、发展完成的。由于经济分析法学这一课题兼跨法学和经济学，涉及若干法律专业的许多具体制度，作者在攻读博士学位期间就进行了多方面的准备，在参加工作后，仍然孜孜不倦地继续这一领域的研究，使这本书得以最终完成，这种精神是可嘉的。作者能坚持马克思主义理论方向，敏锐地、有分析地吸收西方新的法学理论和方法，这种态度和方法是正确的，也是十分可贵的。我愿意把这本书推荐给读者，并希望作者在今后的学习和工作中为我国的法学理论研究作出更大的贡献！

前 言

在我 20 余年的求学生涯中，最令我心仪、最令我折服、也最令我敬畏的学问莫过于经济学了。那么复杂的数量关系、方程式，那么奥妙无穷的图表、曲线、假定，然后又是那么一套又一套高深的理论、高明的见解，直让我云里雾里，佩服得五体投地。我是学文科出身的，中学时语文、历史、地理常遥遥领先，惟独数学往往不令人满意。因此，对于以数学武装起来

的经济学，我总有一种如仰高山的感觉。但就像吃辣椒一样，越是怕它，又越是喜欢它，五年以来，我就已下定决心，要同经济学握手，成为朋友。

选定这个题目来写作的时候不是没有一点踌躇的。这不仅因为对经济学的敬畏，不仅因为时间有限，也不仅因为这方面的研究积累尚浅，可得到的中文参考资料不多，而且因为我所熟悉的法理学领域将它作为一种法哲学进行评介性的工作已经做得差不多，但是显然，仅仅到此为止，仅仅把它作为一种法学思潮蜻蜓点水式地介绍一下是远不能揭示其深厚意蕴、显示其丰富内涵，也是远不能适应我国当前对有新鲜活力的、适应我国改革开放、建立社会主义市场经济体制需要的、有中国特色的法学理论的需求的。我强烈地感觉到，这些年随着我国现实经济生活的巨大变化，法学理论渴望着更新，渴望着一种具体、生动、同普通人的普通生活联接在一起的理论，渴望着从新的视角、用新的方法、进行新的诠释，渴望着一种既不轻信盲从、又不自命清高，既能领会和传达先进的西方法学学说之真义，又能双足踏在中国的土地上，说中国人的话，想中国人的事的理论。很显然，这个目标之于我，是力所不逮的，它需要许许多多的人，甚至几代人的探索、铺垫、发展、升华，而我，只不过是一名开路工。但是，能够尝试用微观经济学方法这样新式的武器来解剖法律，寻求它与马克思主义经济分析理论的沟通，以及将新的法理与部门法的原则和规则贯通，这样一种工作，且不说它的重大意义，单就其本身也是十分吸引人的。兴趣是最好的老师，有兴趣就有了动力。当我辗转于各家图书馆、书店之间，把各种力所能及的中文的、外文的资料浏览一过之后，我发现，我写成一本书的可能性是存在的。这也正好应验了一句古老的谚语：“一旦开始纺织，上帝便会提供线团。”

下面将本书的体系和主要内容简介如下：

经济分析法学介绍到中国来已经有一些时间了，但是，将它很好地消化和吸收还需要一段过程。就笔者所知，到目前为止，刑法的经济分析、知识产权法经济分析和行政法经济分析，已经有人作过尝试了，可对于一些直接调整经济关系的法律的经济分析却令人遗憾地尚付阙如，而这些在经济分析法学发源和盛行的地方却是大行其道的。有鉴于此，笔者决心不揣浅陋，在这方面作些尝试和努力。

全书共分七章。

第一章，经济分析法学概论。介绍经济分析法学产生的背景，基本的理论观点，其与马克思主义经济分析理论的联系和区别，以及经济分析法学的研究方法和研究现状等，力图简明扼要地勾勒出经济分析法学的概貌，为下文的分析做好铺垫。

第二章，财产法的界定。“财产法”一词，在学术界并没有统一和明确的定义，在实际中其使用有时宽泛，有时狭隘，本文将它限定为一些直接调整财产关系的法，包括民法中的物权法、债权法、知识产权法中调整财产关系的法律规范，以及经济法中的公司法和反垄断法。它不同于英美法中约定俗成的“财产法”概念，笔者把后者称为狭义的财产法。在本章第三节中，笔者对财产法的历史作了一个经济学的解释。

第三章，物权法的经济分析。从第三章开始，论述进入实质性的分析阶段。物权法调整的是因占有、使用、收益和处分财产所发生的社会关系。物权，尤其是其中的所有权，最为直接地规定了社会物质财富的分配、归属关系，其包含着最根本的经济关系、最直接的经济逻辑。科斯定理认为，当交易费用为零时，法律权利的任何分配都是有效益的；当交易费用不为零时，法律权利如何分配就会对资源配置产生重

要影响。物权法律制度直接影响到资源能否有效配置，是一切以财产法律关系为研究对象的学科当然的起点。在第一节中，笔者分别阐述了西方经济分析法学家和马克思主义在财产所有权制度的起源问题上不同的解释，并试图作一个比较分析。在第二节中，叙述了所有权理论从绝对所有权理论到相对所有权理论的发展，揭示了这一过程背后的经济逻辑，并介绍了经济分析法学家的 Guido Calabresi 和 Douglas Melamed 的理论，然后着重把分析的焦点对准产权妨害和政府征用这两大问题。产权妨害方面，在介绍了西方经济分析法学家的主张之后，笔者试图对我国处理相邻妨害的法律作类比分析，力图使之包含更多的经济效益的考虑。政府征用的法律关系本是属于行政法、经济法的研究对象，本文之所以涉及到它，是因为它可以看做是对财产所有权或使用权的一种公益限制，把它同我国的国家建设征用土地法律制度相对照，也可以得到一些启示。在第三节中，叙述了关于私人所有权和公共所有权的效率问题，它是经济分析法学无法回避的课题。人所共知，马克思主义认为公有制（或公共所有权）的效率更高，而私有制无法克服社会生产的两大类矛盾，不可避免地会导致周期性的经济危机，因而是低效率的。西方经济分析学家则一般认为，私有产权的效率更高，公有产权因为不能克服“搭便车”的问题，效率较低，但是他们中的大多数人也不否认完全的私有产权会带来低效率。我国是以公有制为主体的国家，如何迎接理论上的这种挑战和面对现实中确实存在的种种问题，就显得迫切而又尖锐。我们不能指望马克思主义创始人在 100 多年前为我们准备好一切现实问题的答案，而必须靠自己在实践中去探索和发展马克思主义。

第四章，债权法经济分析。债权法是调整财产流转关

系的法律规范，怎样保证财产从效率低的使用转移到效率高的使用，是经济分析法学津津乐道的话题。

首先，合同法的经济分析。经济分析法学对合同的成立与生效要件乃至合同法的一些基本原则提供了经济学的解释，涉及约因，格式合同，当事人的主体资格，欺诈、胁迫、乘人之危，重大误解和显失公平等问题。在合同的履行方面，经济分析法学对履约免除提供了一个多级步骤论的解释，其核心思想是，因不可抗力、情势变更等意外事故产生的免责不是绝对的，而是相对的，关键是看哪一方预防和承担意外事故的风险成本较低。“有效违约”的观点是不少经济分析法学专家认为“最有见地的观点之一”，即当实际履行的结果并不经济时，应当允许当事人违约。当然也有学者对此提出异议，认为它会鼓励违约，破坏交易秩序。笔者认为关键是看怎样正确理解“有效违约”的含义。经济分析法学家在提倡“有效违约”的时候，始终是有限制条件的，对此我们不可忽略。总的来看，“有效违约”还是合理、有效益的。关于违约赔偿，经济分析法学通过复杂的推理论证，认为应当使信赖利益损失赔偿费从信赖值的增函数变为信赖值的不变函数，在实践中，大体上就是使损害赔偿额等于违约方在订立合同时能够合理预见到的损失。这一点与我国法律的规定基本是一致的，但同美国等其他一些国家的规定则有出入。

其次，侵权行为法的经济分析。在这一领域中，经济分析法学本着效益的原则，继续提出了它不同凡响和遭人非议的理论。在传统的侵权法中，对侵权行为的处理一般是谁损害，谁赔偿；损害多大，赔偿多少。而经济分析力学的学者提出，传统的思维逻辑认为：如果甲损害了乙，法律所应当决定的是怎样去制止甲的行为，这种逻辑是不正确、非科学的。因为所采取的措施具有相互性，制止甲的行为以免损害