

★ 博观译丛

Richard Posner

理查德·波斯纳

法律的经济分析

(第七版)

| 中文第二版 |

蒋兆康 译

法律出版社

★ 博观译丛

Richard Posner

理查德·波斯纳

法律的经济分析

(第七版)

| 中文第二版 |

蒋兆康 译

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律的经济分析:第7版/(美)波斯纳
(Posner, R. A.)著;蒋兆康译.—2版.—北京:法律出版社,2012.1

(博观译丛)

书名原文:Economic Analysis of Law

ISBN 978-7-5118-2433-2

I. ①法… II. ①波…②蒋… III. ①法学—经济学—研究 IV. ①D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第168044号

法律的经济分析(第七版)

[美]理查德·波斯纳 著
蒋兆康 译

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2012年1月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 76 字数 1271千

印次 2012年1月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2433-2

定价:138.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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适合于受案例方法训练的法律学生。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·布卢姆、罗纳德·科斯、哈罗德·德姆塞茨、理查德·爱泼斯坦、欧文·菲斯、斯坦利·卡普兰、海因·

科茨、亨利·曼尼、伯纳德·梅尔策、乔治·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年在芝加哥大学法学院举办的财产权研讨班上我与哈罗德·德姆塞茨的交谈。第七章中所提出的反托拉斯法分析深受阿伦·迪雷克托大多数(以其自己名义)未出版的作品的影响。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·贝克尔、罗纳德·科斯、阿伦·迪雷克托和乔治·施蒂格勒。

理查德·波斯纳
1973年3月

第二版序言

出版于1973年的本书第一版,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,从而使第一版现在过时了。我写作本书第二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。

本书的第一版得到了人们的广泛评论,我已将评论者提出的一些建议编入本版。然而,有三种批评意见是我不能接受的。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可以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狭窄的视野;一些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。

自本书第一版出版以来,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,本书第一版出版后,经济学家威廉·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。他对本书做出了重要的贡献。

最后,我想感谢沃尔特·赫勒斯坦、安东尼·克罗曼、伊丽莎白·兰德斯、威廉·兰德斯、埃德华·拉齐尔、罗伯特·麦努金、伯纳德·梅尔策、乔治·普里斯特和乔治·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·罗森费尔德和卡尔·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·波斯纳
1977年5月

第三版序言

20世纪后二十五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。

当本书第一版在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

原则和完整制度结构的适当观念。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意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(第二版出版的时候)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出修正。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第三部分(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·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·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·谢弗尔、乔治·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·姆罗夫卡为第十三章的图 13.2 和图 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·贝克尔、罗纳德·科斯、阿伦·迪雷克托、威廉·兰德斯和乔治·施蒂格勒。

理查德·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,现在是它的第四版。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,而且本书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形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、财务理论、财政理论、人口统计学、家庭经济学、公共选择、产业组织等学科所讨论的问题。这种讨论的广泛性的代价是对有些领域的讨论不够深入。即使是在法律的经济分析的中心领域(研究财产权、契约和公司等课题),近年的研究进展也非常迅速,以至于我在许多方面只能作肤浅的论述。脚注中和章末的参考读物无论如何都不可能是全面的,但它们能使希望进一步研究书中有关主题的读者发现寻找有关学术文献的途径。

虽然本书保留了第三版的基本结构,但1985年10月(本书前一版出版时)以来法律的经济分析的持续快速发展使本书发生了很大的变化——主要是增加了内容。

我要感谢简·迪威斯、蒂法尼·哈斯特和卡左西寇·萨诺等研究助理对我的帮助;感谢尤拉姆·巴兹尔、爱伦·西凯斯,尤其是戴维·弗里德曼,他们为本书提供了许多有益的建议;还要感谢约翰·多诺休、伊恩·爱雷斯在其对本书第三版的评论(“波斯纳第三交响曲:对难以置信的问题的思考”,载《斯坦福法律评论》,卷39,第791页,1987年)中提出的批评意见,我从中得到了启示。

理查德·波斯纳
1992年3月

第五版序言

本书是于 1973 年最早出版的《法律的经济分析》这本学术著作兼教科书的第五版。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,而且本书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、技巧和熟悉应逐步发展,就如对法律一样。本书重视的是经济学理论应用的一面,而非其形式和系统的一面,从而成为对传

统经济学教科书的补充而非替代。由于它的范围是以法律而非传统的经济学领域设定的,其领域就比通常的微观经济学或价格理论教科书更为广泛,从而包含了在福利经济学、劳动经济学、财政理论、公共财政、人口和家庭经济学、公共选择、博弈论、公共经济学、产业组织以及价格理论中的常规论题。这种广泛的涵盖面当然在某种程度上牺牲了对这些领域讨论的深度。即使在法律的经济分析的重点领域——财产权、契约、侵权和公司,我也不得不只是蜻蜓点水,因为这些领域的研究发展相当迅速。^[1]本书中脚注和章末的参考文献只是选择性的,无法穷尽。但它们可以对有兴趣进一步寻求有关主题的学术文献的读者提供一个指南。

1992年3月,即本书上一版出版以来,法律的经济分析的迅速发展,在本书的大量修改中得以体现。主要的方法论创新就是对将博弈论适用于法律的经济分析的明显关注。最主要的实质性修改就是在于第二部分和关于雇佣关系的第十一章、关于公司的第十四章、关于死亡时财富转让的第十八章和关于程序的第二十一章。除了关于经济正当程序的第二十四章,其他各章也多少作了修改。参考资料已被更新,错误已被更正,过量和多余的资料已被删除。正如本书的前几版一样,当大部分的分析基于学术文章和论述时,有一部分是创始性研究。有些法律经济学的技术性文献阐述或发展(或修正)了本书以前版本中的建议,而且我希望本书中的一些新的建议,包括积极性校正行动、实质性履约、对财富性犯罪的

[1] 哈佛著名的法律史学家莫顿·霍维茨(Morton Horwitz)在1980年的以下预言并未得到证实:“我有一种强力的感受,那就是法律的经济分析的研究已经到达了顶峰,并且在最近出现了萎缩。”莫顿·霍维茨:“法律经济学:科学还是政治?”(Law and Economics: Science or Politics?),载《霍夫斯特拉法律评论》(Hofstra L. Rev.),卷8,第905页,1980年。五年以后,另一位著名法律学者欧文·菲斯(Owen Fiss)作出了较为审慎但却依然是错误的预测:“法律经济学……似乎已经发展到了它的顶峰。”欧文·菲斯:“重新获得的法律”(The Law Regained),载《康奈尔法律评论》(Cornell L. Rev.),卷74,第245页,1989年。一位法律经济学运动的旁观者作出了较为理智的评价:“法律经济学代表了一个例证,即社会科学已经在法院、行政机关和其他法律场合的法律争议核心发现了其应有的位置。”布莱恩特·格兰特(Bryant G. Garth):“法律与社会的战略性研究”(Strategic Research in Law and Society),载《佛罗里达州立大学法律评论》(Fla. State U. L. Rev.),卷18,第57、59页,1990年。关于法律经济学的持续发展,参见威廉·兰德斯和理查德·波斯纳(William M. Landes & Richard A. Posner):“经济学对法律的影响:一种量化分析”(The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study),载《法律与经济学期刊》(J. Law & Econ.),卷36,第385页,1993年。本书第五版中的修订和增加内容就证明了仅仅在过去五年中的学术文献的发展。

处罚、商业力量、社会规范和担保信贷等,同样能激发进一步的研究和思考。

我要感谢阿施·阿加瓦尔、肯尼思·布里哥斯、索林·费纳、迪米特利·卡萨泽斯、杰弗里·梅因、克里斯托弗·奥特勒、尼尔·佩蒂、戴维·萨克斯、伊姆兰·希达克、戴维·苏默斯、安德鲁·特拉斯克和戴维·韦斯巴克,他们提供了卓越的研究助理;还要感谢道格拉斯·贝尔德、戴维·弗里德曼、威廉·兰德斯和史蒂文·谢西尔,他们提供了有益的评论和建议。

理查德·波斯纳
1997年7月

第六版序言

本书是于1973年最早出版的《法律的经济分析》这本学术著作兼教科书的第六版。它的主题是关于法律规则和制度的经济学分析,或更通常地被称为“法律经济学”(Law and Economics)。这一学科是法学研究中最为深奥的交叉研究领域。耶鲁法学院的院长,一位法律经济学运动的批判者,也不得不承认其为“美国法律思潮中非常活跃的力量”并且“依然和将继续是这一国家最有影响的法理学学说”。^[1]

除了现在还没有相关的学术著作外,^[2]本书与其他有关本主题的教科书的不同之处是,它广泛的覆盖面(几乎涉及了法律制度的所有领域)和对非市场行为法律制度的重视——不仅包括为大家熟悉的例子,如犯

[1] 安东尼·克罗曼(Anthony T. Kronman):“在第二届卓克论坛上就法律卓越性的评论”(Remarks at the Second Driker Forum for Excellence in the Law),载《韦恩法律评论》(Wayne L. Rev.),卷42,第115、160页,1995年。(安东尼·克罗曼当时为耶鲁法学院院长,现已卸任。——译者注)

[2] 但有两部有关法律的经济分析的百科全书:《新帕尔格雷夫经济学与法律大辞典》(The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law),彼得·纽曼(Peter Newman)编辑,1998年(3卷本);《法律经济学百科全书》(Encyclopedia of Law and Economics),鲍德维金·鲍克尔特和格里特·弥斯特(Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest)编辑,2000年(5卷本)。