

Jurisprudence
of
Economic
Analysis

经济分析法学

钱弘道 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Jurisprudence
of
Economic
Analysis

经济分析法学

钱弘道 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济分析法学/钱弘道著. —北京:法律出版社,
2003.9

ISBN 7-5036-4503-2

I. 经… II. 钱… III. 经济法—法的理论
IV. D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084032 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/18.625 字数/492 千

版本/2003 年 11 月第 1 版

印次/2003 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4503-2/D·4221

定价:36.00 元

序

从构思到付印,头尾算起来,这本书整整写了三年。三年里,各种因素屡屡瓦解时间,写作计划时被中断。真是人在江湖,身不由己。但,我终于可以告一个段落了。尽管,它离我的计划尚属于阶段性的。

在这本书里,我按照自己一厢情愿的思路对经济分析法学结构进行了设计,对法律和经济的关系、经济分析法学的沿革、概念和特色、方法论及其评价、理论基础、分析概念和工具等内容做了较为详尽的阐述,并对宪政、产权、犯罪与刑罚三个具体领域的经济分析进行了初步探讨。

我的思路或确信的主要观点是:

1. 经济分析法学在中国的发展至少可以带来法学研究方法的革命,它将革新中国传统法学。

2. 不管西方理论界对马克思主义关于法律和经济的辩证关系作何种解释或曲解,我坚持认为马克思主义在这个问题上的观点是有生命力的。马克思、恩格斯法学观的突出特点就在于,他们研究的一切首先就基于经济的决定作用,将历史的过程进行鲜明的经济解释。经济决定法律是马克思主义法理学的精髓和基石。

3. 现代市场经济的制度基础是法治。中国法治的最大困难和最大危险就在于公权力的滥用得不到有效控制,就在于公权力

序

对私权利的肆意侵害。政治体制、司法体制如何适应市场经济这个问题,对政治改革相对滞后的中国来说,是一个十分尖锐、迫切的问题。

4. 经济分析法学渊源于制度经济学。法律制度能够引起经济学研究高度重视的关键就在于人类经济发展的历史充分证明,对经济增长起决定作用的是制度性因素而非技术性因素。从凡勃伦传统到康芒斯的交易概念,再到科斯的交易成本和科斯定理,经济分析法学奠定了雄厚的理论基础。科斯定理提供了根据效率原理理解法律制度的一把钥匙,也为朝着实现效率最大化的方向改革法律制度提供了理论依据。

5. 法律的经济分析是与传统法学研究迥然不同的方法。在传统的法学理论中,法律的分析主要是规则分析,或称逻辑分析,是以法律上的“公正性”或“正义性”为前提和标准的,经济分析法学的研究方法是经济学的方法论,主要是微观经济学,立论的前提和价值判断标准是经济学的前提和标准,即效率或效用最大化。

6. 经济学和法学的交叉研究将加深对这两个学科的理解,使得研究者多拥有一种方法和角度,并且将长期受益于交叉研究带来的好处。相比之下,传统的研究方法将显得单薄和教条。对法律进行经济分析,重要的是要能够使用微观经济学的工具,并且要懂得案例分析的方法。过去,我们片面地强调对单一领域的专门甚至狭隘性的研究,而对经济分析法学的研究来说,需要具备综合性的知识和能力。这种跨法学、经济学的研究,以及数理工具和案例分析的运用,无疑是一种极其重要的开拓性工作。

7. 经济分析法学是建立在运用一些基本工具之上的,没有这些分析工具,就不可能有经济分析法学。工具好比钥匙,用来开启法律困惑之门。法律的经济分析涉及数学工具以及交易成本、最大化、均衡、效率、边际成本、边际收入、机会成本、相对优势、博弈论、纳什均衡、帕雷托效率、垄断、外部效应、公共产品、信息不对称等重要术语。交易成本、最大化、均衡和效率是经济分析法学最重要的概念。法律就好比一个市场。供给和需求、成本与收益的分

析是法律的经济分析的主要工具。要弄懂法律的经济分析方法,就必须熟练掌握这些基本工具和概念。经济学理论可以对大量的市场和非市场现象进行解释,可以对政治、法律作出鲜明的分析。经济理论不仅仅是漂亮的数学。

8. 离开经济决定论的分析,宪政分析是不能深入的;公共选择分析是宪政分析最有特色的理论,对于中国宪政的研究和实践可以起到别开生面的作用。离开市场经济,宪政就没有发展的土壤。宪政改革的方向是重塑个人和国家的关系,重塑国家权力体制,摒除阻碍社会主义市场经济发展的内容,还个人包括财产权利在内的应有的权利,让国家回归市场经济要求的有限的而不是扩张或膨胀的本位。当我们讨论宪政改革时,当我们深切忧虑权力腐败时,应该将解决的方案设计得更彻底一点,也就是尽可能缩小公共空间,扩大市民社会,实现充分市场化,减少公共权力能够配置的公共资源,充分让市场机制来配置资源,将整个社会建立在市场选择的基础上,对公共选择的自我膨胀倾向实施宪政制约,将国家引向一个有限政府、法治政府、民主政府的轨道上去。当今中国所面临的不是经济增长快慢的挑战,而是制度供给方面的挑战。因此,最重要的是我们要着眼于“宪制选择”,而不是仅仅拘泥于“后宪制选择”。

9. 谈判理论是产权分析理论的基础。运用谈判理论可以解释产权的起源。谈判理论告诉我们,自愿合作是实现效率的最佳途径。因此,须克服阻碍谈判进行的因素,恢复效率。在恢复效率的诸途径中,又以能够促进当事人自愿合作的安排为佳。因产权不清将使谈判各方难以确定彼此的禀赋状况,也就无法确定各方的风险值。产权不清晰,一是谈判各方的权利范围不清,二是权利边界重叠,三是权利性质不清,四是参与人是否享有权利不明。财产法、合同法以及其他法律制度用法律将参与谈判各方的权利性质、边界等信息公开出来和固定下来,明确了各方在谈判过程中的权利地位以及可以采取的产权处置方式,建立起可以预期的产权界定及流动框架,从而使谈判的风险值较易确定,达到消除合作障

序

碍的目的。

10. 罪犯是一个理性计算者。理性罪犯的犯罪行为模型是：由于犯罪对他的预期收益超过其预期成本。成本—收益分析这个被广泛应用的经济学工具能帮助我们找到犯罪防范活动的最优支出水平,但这需要对这些犯罪防范活动的成本和收益进行非常准确的估计。对成本和收益进行仔细的分析表明,通过增加犯罪防范活动,社会福利将会提高,条件是:社会从犯罪防范活动增加中获得的利益至少与增加犯罪防范活动的成本相等。

我把对立法、诉讼法、金融法、公司法等领域的分析留给下一个阶段。这决非一件轻松的事。这需要相当的知识积累和底气。科斯和波斯纳的博学高深确是令人佩服。我就向他们学习吧。在经济分析法学的道路上,他们是杰出的榜样。

经济分析法学十分引人入胜,但也不是人人都能潇洒地进入这个领域的。一个人为探究经济分析法学需要具备的主要知识结构是:微观经济学基础,法理学功底,法学各部门法的必备知识,分析案例的基本经验。

不少人读波斯纳的《法律的经济分析》、考特和尤伦的《法和经济学》以及其他权威流行的国外经济分析法学著作时感到很吃力费解,我这本《经济分析法学》或许会好读一些。我并无过分的奢望。但我当然期望这本书对有兴趣学习经济分析法学的人有点帮助。

钱弘道

2003年8月1日于太阳宫寓所

导言 法学研究方法的一场革命^①

经济学对法学的长驱直入几乎给法学研究带来了一场革命。“芝加哥学派”聚集了一批当今世界最优秀的经济学家,20世纪50年代以来经济学的重大进展或多或少地都与这个学派有关。而近40年来西方法学最重要的发展同样归因于这个“芝加哥学派”。

产权经济学、经济分析法学的迅速崛起可以直接追溯到科斯的两篇论文:《厂商的性质》和《社会成本问题》。科斯对经济学理论的贡献,主要是因为他提出了一个“交易成本”的概念。科斯关于交易成本的革命性思想改变了新古典经济学的前提条件。它使新古典经济学和制度经济学结合了起来,使人们可以用前者的成熟方法去实现后者的目的。科斯的交易成本理论表明:在一个零交易成本世界里,不论如何选择法规、配置资源,只要交易自由,总会产生高效率的结果;而在现实交易成本存在的情况下,能使交易成本影响最小化的法律是最适当的法律。科斯的上述观点被称为“科斯定理”。科斯理论为法律的有效实施和高效率法律的制定的经济评估设立了方法论起点。

以布坎南为奠基人的“公共选择理论”是用经济方法分析宪法、政治问题的成功尝试。使公共选择理论成为经济学,而不是仅

^① 本导言原载2002年12月17日《中国社会科学院院报》。

仅是异想天开的政治学,是因为布坎南断然地把理性人、效用最大化的假设作为分析基础。布坎南和塔洛克的《赞成的运算:立宪民主制度的逻辑基础》成为公共选择理论的开创性著作。公共选择理论把政治舞台模拟为一个经济学意义上的市场,分析个人在政治市场上对不同的决策规则和集体制度的反应,以期阐明并构造一种真正能把个人的自利行为导向公共利益的政治秩序。政治制度就像市场制度,政治家就像企业家,公民(选民)就像消费者,选举制度就像交易制度,选票就像货币。在政治市场里,人们建立起契约交换关系,一切活动都以个人的成本—收益计算为基础。公共选择理论认为,政府官员是公共利益代表的这种理想化认识与现实相距甚远,行使政治权力的人并非“经济阉人”。我们没有理由将政府看做是超凡至圣的神造物,政府常常会不顾公共利益而追求其官僚集团自身的私利,过多的国家干预只会扰乱和破坏经济生活的内在自然秩序,带来一系列灾难性后果,严重危害民主制度的存在。只有当事实很明显地证明市场解决手段确实比公共干涉解决手段代价更高时,才选择国家;凡有可能,决策应交于个人自己。弗吉尼亚州立大学经济学家詹姆斯·格瓦特说:“公共选择学说的贡献在于证明,市场的缺陷并不是把问题转交给政府去处理的充分理由。”

贝克尔把传统上属于政治学、法律学、社会学、教育学、人口学以及社会生物学等其他人文学科研究的课题统统纳入了经济学的研究领域。《人类行为的经济分析》集中体现并代表了贝克尔的学术思想和学术成就。在贝克尔看来,经济分析适用于解释全部人类行为,这些行为涉及货币价格或影子价格,重复或零星决策,重大的或次要的决策,感情或机械似的目的,富者与穷人,男子与女士,成人与儿童,智者与笨伯,医生与病人,商人与政客,教师与学生等。例如将经济分析运用于解释婚姻,婚姻也存在一个市场。在婚姻市场里许多男人和女人都在寻找他们自己的配偶,每个人都尽最大努力,并假定市场上其他人也尽力而为。如果某个人对婚姻的预期效用超过恪守独身或继续寻找更合适的配偶所带来的

效用,那么他就会决定结婚;同样道理,当重归独身或另行婚配的预期效用大于离异的效用损失——包括与亲生骨肉分离、家庭财产的分割、法律费用的支出及其他损失时,已婚者将终止他的婚姻。再如将经济分析运用于犯罪与刑罚的分析,可以得出这样一个惊人的观点:给定犯罪的预期收益、用被捕和受惩罚的可能性来表示犯罪的预期成本以及他们特殊的风险偏好,犯罪是某些人因完全合理的原因而从事的另一种职业。

“芝加哥学派”的名声显赫主要是因为属于这个学派的经济学家以“经济分析”分析“非经济问题”取得空前的成功。新制度经济学就是指以“经济分析”研究“非经济问题”的学派,是以制度作为其研究对象的经济理论,以交易成本为核心范畴,分析和论证制度性质、制度存在的必要性以及合理制度的标志的经济学派。以科斯、布坎南、贝克尔、斯蒂格勒、诺斯等为代表的新制度经济学家形成“诺贝尔境界”(分别获诺贝尔经济学奖)。新制度经济学成为经济分析法学的主要理论基础。新制度经济学使我们懂得,制度决定了社会的演进方式,制度的变迁是理解历史变迁和国家兴衰的一把钥匙,制度是理解历史的关键。法律变迁或法律创新不是指法律的任何一种变化,而是指用一种效率更高的法律取代原有法律,是立法主体解决法律短缺,从而扩大法律供给以获得潜在收益的行为。法律制度也是一种生产性资源,具有稀缺性,而这种稀缺的资源主要是由立法机关、政府机关提供的。法律变迁的根源在于法律供给者与法律消费者之间的矛盾,推动着法律从均衡到非均衡再到均衡的矛盾运动。法律变迁的发生是由于法律非均衡的存在。由于法律环境和成本收益的不断变化必然会打破原来的均衡,出现法律的再创新。法律变迁和创新是一个连续不断的过程。

波斯纳作为集大成者,全面吸收了新制度经济学的成果,构建了用经济方法分析法律制度的宏大体系。《法律的经济分析》就是其成果的杰出代表。正是波斯纳的法律经济分析理论,才得以有一个以“经济分析法学”命名的独立学派。波斯纳将 20 世纪 60 年代初卡拉布雷西的第一篇侵权论文和科斯关于社会成本问题的论

文发表以后的经济分析法学称为“新经济分析法学”。在《法律的经济分析》第二章中，科斯说，“新经济分析法学”——过去30年来发展起来的经济分析法学——是将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度的分析，包括侵权法、契约法、赔偿法和财产权法等普通法领域；惩罚的理论和实践；民事、刑事和行政程序；立法和管制的理论和实践；法律实施和司法管理；以及宪法、民法、海事法、家庭法和法理学。波斯纳有个著名的观点：如果市场交易成本过高而抑制交易，那么，权利应赋予那些最珍视它们的人。

1994年诺贝尔经济学奖授给了三位博弈论专家：纳什、泽尔腾和海萨尼。为什么经济分析学家们将博弈论也应用于法律研究中？最根本的原因是微观经济学和博弈论的基本假设相同：人是一个理性最大化者，也就是在给定的约束条件下追求效用最大化。博弈论是研究决策主体的行为发生直接相互作用的决策以及这种决策的均衡问题，也就是说，当一个主体，好比说一个人或一个企业的选择受到其他人、其他企业选择的影响，而且反过来影响到其他人、其他企业选择时的决策问题和均衡问题。所以在这个意义上说，博弈论又称为“对策论”。博弈论告诉我们：一种制度安排，要发生效力，必须是一种纳什均衡；否则，这种制度安排便失效，因为至少有一个参与人会违背这种制度。博弈论是一种方法，应用范围不仅包括经济学，政治学、法学、军事、外交、国际关系都涉及博弈论。在20世纪80年代，博弈论迅速成为主流经济学的重要组成部分。事实上，它几乎吞没了整个微观经济学，就如同计量经济学吞没了“经验经济学”一样。

公共选择的基本行为假设是：人是自利的、理性的效用最大化者。贝克尔的经济分析以“效用最大化”、“市场均衡”和“偏好稳定”三位一体构成。波斯纳的分析则基于一个核心假设——人在其生活目的、满足方面是一个理性最大化者，三个基本原理——需求规律、消费者效用最大化、自愿的市场交换总会使资源得到最有效率的使用。经济分析之所以成为一门科学，其原因不在于它的

研究对象或种种定义,而在于它的研究方法。经济分析提供理解全部人类行为的可贵的统一方法。经济分析为理解人类行为提供了一直为边沁、康德、马克思及其他学者长期求之不得的统一方法。效用最大化动机的基础是物竞天择的自然法则。贝克尔说:“人类行为不能被条块分割,这种条块分割认为人类行为有时基于最大化,有时不然;有时受稳定的偏好驱使,有时任随意的动机摆布;有时需要最优的信息积累,有时则没有这种需要。相反,所有人类行为均可以视为某种关系错综复杂的参与者的行为,通过积累适量信息和其他市场投入要求,他们使其源于一组稳定偏好的效用达至最大。”

对法学来说,经济分析方法的“侵略”或“加盟”意味着一种思想的革命,一种研究方法的革命。这样的断言毫不夸张。过去的研究深受偏狭和教条之害。经济学家发现了一块以往法学家尚未涉足的缺乏数量推理的领域。法学的传统是一个与数量分析不同的发展方向。经济学让我们以一种新的方式体会法律体系,这种新的方式对于法学家以及对于任何一位对公共政策问题有兴趣的人都极其有用。传统法学由于缺乏统计学、经济学方面的训练而只能用语言不能用详尽的实际统计资料来讨论法律效果问题,从而使法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析常常误入歧途。经济概念对法律概念的替换使得法学研究面貌焕然一新。经济学和法学的交叉研究使得法律工作者多拥有一种方法和角度,并且将长期受益于交叉研究带来的好处。相比之下,传统的研究方法显得单薄和教条。效率已成为法律价值的组成部分,成为法律分析和解释法律的目的或意图,而效率的解释必须依赖于经济分析。正是在这个基础上,经济分析方法在法律分析中的作用不可低估。法律的经济分析已成了传统规则分析的有机补充,离开了经济分析,现代法律的规则分析是不完全的。法律的规范性经济分析和实证经济分析即定性分析与定量分析相结合,两者相得益彰,已经并将更大地促进法学研究的发展。因此,任何藐视或蔑视法律的经济分析方法都是十分幼稚和愚蠢的。

经济分析无疑为分析法律制度和法律现象提供了极为有意义的新思路,并有助于中国法律界走出业已成为习惯的僵化的意识形态束缚。

目 录

序 /1

导 言 法学研究方法的一场革命 /1

第一章 法律与经济辩证统一的关系 /1

一、经济决定法律 /1

二、马克思主义和西方其他学者观点的比较 /14

第二章 法律与市场经济 /24

一、市场经济与计划经济 /24

二、法律在现代市场经济中的作用和原则 /28

三、现代市场经济是法治经济 /32

四、中国市场经济的问题和法治的困难 /36

第三章 经济分析法学的概念、方法论及其范围 /44

一、经济分析法学的概念和方法论 /44

二、法律的经济分析范围 /68

第四章 经济分析法学的产生、发展及其评价 /85

一、经济分析法学的产生和发展 /85

目

录

二、经济分析法学评价 /103

第五章 经济分析法学的理论基础 /118

一、制度概念及其在经济学中的地位 /118

二、老制度经济学：凡勃伦传统和康芒斯的交易概念 /125

三、新制度经济学：科斯定理 /132

第六章 法律的经济分析概念 /141

一、交易成本 /141

二、最大化 /153

三、均衡 166/

四、效率 /178

第七章 经济分析法学的供给需求分析 /189

一、需求规律 /189

二、法律供给 /201

三、法律需求 /227

第八章 法律的成本—收益分析 /240

一、成本概念 /240

二、成本和收益的关系 /247

三、法律成本 /260

四、法律收益 /271

第九章 宪政的经济分析 /283

一、宪政的经济根源 /284

二、宪政和市场经济 /298

三、公共选择分析 /313

第十章 产权的经济分析 /330

一、产权概念、起源及其界定 /331

二、产权的法律保护 /342

三、产权结构 /353

第十一章 犯罪与刑罚的经济分析 /362

一、犯罪的经济分析 /362

二、刑罚及其相关犯罪活动防范的经济分析 /368

附(论文): /387

经济分析法学和中国法律改革、未来中国法学 /387

经济分析法学的理论基础及其理论实践的意义 /401

法律的经济分析概念和工具探讨 /427

司法改革的经济分析 /487

论司法效率 /501

执行改革的经济分析 /516

调解与诉讼:经济的分析 /538

生态环境保护的经济分析 /542

主要参考文献 /561

后记 /575

第一章 法律与经济辩证统一的关系

一、经济决定法律

我们首先必须对法律与经济之间谁决定谁的问题有一个明确和坚定的认识,否则法律的本质性和根源性的问题会被混淆。

法律和经济的关系是法学中一个基本的极其重要的问题,为历代思想家法学家所关注。尤其是在马克思主义法学发展史上,更是一个核心问题。对这个问题的阐释,迄今为止没有人能够创造出比马克思、恩格斯更为精辟的理论。因此,我们探讨法律与经济谁决定谁的问题,必须从思想巨人马克思、恩格斯那里寻找答案。

我们可从狭义和广义两种意义上理解“经济”一词。从狭义上说,经济或者指生产力,即生产的物质技术基础和劳动过程,或者指生产关系,指经济制度、经济基础。从广义上说,经济反映人与自然界的全部关系的总和,既包括了科学技术、生产力、地理基础、外部环境等,也包括了人们在生产、交换、分配方面全部关系的总和。政治经济学的“经济”是指一定社会的经济基础,即一定生产关系的总和。在经济学中,经济是指在相互竞争的用途之间配置稀缺资源的一种机制。经济这种机制所要解决的问题是:生产什么(What),如何生产(How)和为谁生产(For Whom)。这三个问