



LAW'S ORDER

What Economics Has to Do with
Law and Why It Matters

经济学语境下的 法律规则

【美】大卫·D·弗里德曼 著

杨欣欣 译

龙 华 编校

David D. Friedman

LAW'S ORDER

What Economics Has to Do with
Law and Why It Matters

经济学语境下的 法律规则

David D. Friedman

【美】大卫·D·弗里德曼 著

杨欣欣 译

龙 华 编校



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济学语境下的法律规则/[美]弗里德曼著;杨欣欣译.
-北京:法律出版社,2004.1
ISBN 7-5036-4581-4

I.经… II.①弗…②杨… III.经济学-分析方法-应用-
法律-研究 IV.D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 098058 号

Law's Order: What Economics Has To Do With Law and Why It
Matters Copyright © 2000 by Princeton University Press

Chinese (Simplified Characters only) Trade Paperback copyright © 2003
by Law Press China Published by arrangement with Princeton University
Press in association with Arts & Licensing International, Inc.

ALL RIGHTS RESERVED

著作权合同登记号 图字 01—2001—0058

法律出版社·中国

责任编辑/高山 李燕芬

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社·对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

经销/新华书店

责任印制/张宇东

开本/A5

版本/2004年1月第1版

印张/13.25 字数/336千

印次/2004年1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

网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796

传真/010-63939622

对外合作出版分社/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/copyright@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939702

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

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4581-4/D·4299 定价:29.00元

出版说明

经济学是一门学科,又是一种研究方法,甚至是一种思维方式。像其他的研究方法和思维方式一样,经济学的方法可以、应该,而且已经是“天下之公器”。法律经济学,正是经济学作为研究方法在法学领域成功运用之后结出的革命性成果。

今天在西方,法律经济学的研究正臻于成熟,而在我国,她正受到广泛关注。当此之时,推出一套法律经济学丛书,可以说是正合时宜。

法律出版社作为中国历史最悠久的法律图书出版机构,始终将传播法律信息,推进法制进程,积累法律文化,弘扬法治精神为己任。2004年成立的法律出版社对外合作出版分社,亦将发掘世界各大法系法律文化精粹,推介人类杰出法律成果及卓越思想引为重责。作为出版者,我们对推出此套丛书,以集中展现法律经济学公认的优秀学术成果,充满热忱和使命感。

这本《经济语境下的法律规则》是从普林斯顿大学出版社引进的一本颇受欢迎的当代法律经济学著作,作者大卫·D·弗里德曼是美国法律经济学领域杰出的学者。在书中,作者娴熟地利用经济学分析方法对法律的各个领域进行了生动解释,许多极富创意的思路与精彩的思辨,引人入胜。

如作者所说,本书主要是为法学院、经济学院学生、法律职业者以及对经济学与法律的关系感兴趣的读者而作,我们也深切期

2 经济学语境下的法律规则

望本书的出版能够给读者带来新的阅读体验。

另外,我们期待对本丛书感兴趣并愿在法律经济学领域共同努力的读者与我们联系,合力推动法律经济学在我国的发展。

法律出版社对外合作出版分社

2004 年 1 月

引 言

我要做什么

如果这个世界上只有一个人,他会面临许多问题,但其中没有一个会是法律问题。如果再加入一个居民,那么就可能会产生冲突了。我们两个人都想摘取同一树枝上的同一只苹果。我跟踪一头被我射伤的鹿,到头来却发现它已经被你杀死、屠宰,并且你正在享用它。

暴力是最显而易见的解决方法,但不是一个好方法:如果使用暴力,我们小小的世界将回缩为一人世界,甚至无人世界。另外一种更好的、而且是迄今为止所有的人类社会都发现了的解决方法是:使用一套明示或默示的法律规则。也就是说,当各方愿望发生冲突时,采用合理、和平的方式来决定各方必须做什么以及如果他拒绝这样做应承担什么样的后果。

我们最为熟悉的法律规则是由立法机关产生、法院和警察机构执行的法律。但是,即便在我们的社会,许多法律并不是立法机关的产物而是由法官产生的,它们体现于过去的判例中,并且决定着将来的案件会如何判决;许多法律的执行不是通过警察而是通过当事人各方来进行的,比如侵权行为的受害者或他们的律师;还有,大量的法律规则不是以法律而是以私人规范的形式存在的。

如果在时间和空间上对规则进行更久远的考察,我们会在法律的渊源和执行方面发现更丰富的多样性。如果我们将所有时代、所有地方的法律制度都考虑在内,那么本世纪的法律制度在美国的创设与执行只不过是沧海一粟——只是众多解决人类纠纷的

可能的方式之一,众多可能的法律制度之一。本书之所以花费大部分篇幅来分析上一、两个世纪的英美法,并非由于它比其他的法律体系更重要,而是因为本书作者、大部分读者和在本书中贡献思想的学者对这一法律体系比其他(如荷马时代的希腊、萨迦时代的冰岛和加利福尼亚州的沙斯塔县)法律体系知道得更多。但是,我在书中讨论的观点与其他法律制度也是相互关联的,我们会在第十七章中对上面提到的一些例子作简要的分析。

考察一种法律制度的角度是多样的,其中有法史学家的角度、法哲学家的角度或者是兴趣在于提出为法庭接受的观点或制定为法庭执行的合同的律师的角度。本书由一个经济学家所著。我的方法是通过考察理性行为个体是如何根据他们所面对的法律规则来调整自己的行为,以及这种调整会产生何种后果来试图理解法律制度。

尽管这一方法并非考察法律的惟一可能的途径,但它具有着普遍适用性。法律规则的存在,在很大程度上,是为了改变受其规范的人们的行为。限制时速的规定之所以存在是因为有人希望人们开车时慢一点。法律之所以规定含义模糊的合同将以不利于起草方的方式进行解释,是因为有人希望人们在起草合同时更加仔细。

经济学研究方法在两方面发挥着作用。从目的出发,它提供了一种评价法律规则、即判断它们是否很好地达到了目的的方法;从一个法律规则或法律制度出发,它提供了一种通过找出该法律意欲达到的目标而理解该法律的方法。

经济学的核心假设是理性(rationality)——行为能够通过它所要达到的目的获得最好的理解。贯穿于本书的第二个假设是,法律制度或者至少其中大部分是有其存在的意义的——它们可以被理解为“达到目的的工具”。本书将不对理性假设进行质疑,尽管关于这一主题存在着大量的文献,在我看来,这些文献中最有意思的部分是最近有关进化心理学的著作。本书将对第二个假设反

复质疑。贯穿于全书的问题之一就是在多大程度上我们所观察到的法律规则可以被解释为工具——尤其是被设计用来达到经济效率这一特定目标的工具,而大部分关于法律的经济学分析都是围绕着经济效率进行的。在第十九章我将归总各种论据,并下一个综合性的论断。

问题在哪里

一个法律制度并非全然是、可能亦非主要是人类精心设计的作品,在很大程度上,它代表了大量独立决定的无预谋结果,这些决定出自于立法者就特定法律规则进行权衡或法官就特定案件进行合理判决的过程中。因而,我们很有可能在这一制度中无目标可寻,也无法保证我们会发现每一个特定法律制度都具有合理性。人类有一种与生俱来的、超乎寻常的模式识别功能,这种功能是如此之好,以致我们可以识别连设计最精密的计算机都可能错失的模式,以致我们有时可以在模式并不存在的情况下将其识别出来。当你阅读本书、尤其是到尾声时,你应该自问的一个问题是:经济学在多大程度上发现了法律的规则,而又在多大程度上给法律施加了规则。

一种反对用经济学的方法来理解法律逻辑的意见是,法律可能根本没有可供理解的逻辑。另外一种截然不同的反对意见是,法律具有逻辑,但这种逻辑是、或者应该是与经济效率无关而与正义有关的逻辑。我们惩罚罪犯不是、或者至少不完全是因为这样做可以带来好的效果,而是因为罪犯应该受到惩罚。我们要求侵权行为人消除对受害者的损害,并不是因为这样做可以促使人们不去实施侵权行为,而是因为对造成的损害进行赔偿是天经地义的。基于同样的原因,我们坚持认为如果孩子弄乱了东西,他就应该清理干净。

我对这种非常有说服力的反对意见有两个回答。第一,正义不能够充分地解释法律,不仅因为它与数量惊人的大量法律问题无关,也因为我们没有足够的理论来解释是什么使得一些规则公正而使得另一些规则不公正。在很大程度上,我们的司法制度是结果,而不是原因——我们认为规则是公正的,是因为它们是我们提出的。

我的第二个回答是,如果不是所有的、那么许多案件表明我们认为因公正而获得支持的规则在事实上是有效率的。为了更清楚地表明这一观点,我选择了在分析过程中完全忽略有关正义的问题。在衡量某一法律规则在多大程度上能够成功地满足每个人的需要并以此来评价这一规则时,我平等地对待我希望保有财产的愿望和小偷要窃取财产的愿望。尽管如此,你将看到很多看似公正的规则——例如,对抗盗窃和要求人们在弄乱物品后进行清理的规则——到头来被证明正好相反。而我认为,这一点非常有意思。

为谁而做

本书的目标读者有三类。第一类是知识渊博的非专业读者——那些认为了解法律、经济两者之间、两者与其自身及其所在世界之间相互关系是非常有意思的事情的人们。他们阅读这本书的原因也同样是阅读《自私的基因》(The Selfish Gene)或《红皇后》(The Red Queen)的原因。第二类是希望更多地了解在自身领域中的经济学方法的法律职业者。第三类是学生,极可能是经济学院或法学院的学生,他们阅读这本书是遵照教授的指令,我希望他们会发现这并不是读这本书的惟一原因。

为不同类型的读者进行写作所面临的一个问题是,他们需要不同类型的作品。学生,尤其是法学院的学生,在某种程度上也包

括法律职业者,希望看到有学术风格的脚注、案例援引和大量的参考书目;而非专业读者会认为这些东西很累赘并且没有必要。我解决这一问题的办法是,将学术格式移至网络上。这本书是为非专业读者所作的,没有脚注,并且很少援引案例和参考书目。为配合本书,我制作了一个网页,其中包含了学生和法律职业者所发现的本书文字版本中所有缺失的内容。该网址是:

www.best.com/~ddfr/laws.order/;

我以这种方式来写作本书的原因之一是,我对于学术格式有一种错综的看法,即使在学术背景下也是如此。当然,对案例、文章和其他类似的、可供参考的资料有所指引是有帮助的。但是,本书最基本的目的是理念的构建,在一大堆学术细节中,这种构建很容易丧失,不仅对于读者,对于作者也是如此。对于本领域中的一本早期著作我仍然怀有反感,该书的第一章中充斥着介绍很多参考书目的脚注,几乎没有一句话是向一个尚不知该书会教什么内容的读者传达真正的信息。

我希望将本书内容简化到它实际关注的问题,并利用现代科技在别处提供可轻易获得的所有资料。这样,我就能够获取学术格式的益处而无须花费成本。同时,我也为自己提供了一个可以继续修改和扩充内容的地方,而且避免了重新排版所需的昂贵费用。愿意对这一过程提供帮助的读者可以在本书的网页上找到我的电子邮件。

最后,阅读指南

有两种方法可以对法律的经济分析进行解析——法律的方法或经济学的方法,通过经济学的理念或通过法律的领域。我在本书中对两种方法都进行了尝试。本书的第一部分勾勒了经济学的基本概念——理性、经济效率、外部性、生命价值、风险配置的经

6 经济学语境下的法律规则

济学等等——这些概念可被用来理解广泛的法律问题。接下来插入了一章有关我们的法律制度是如何构成的内容,这基本上是为了那些既非律师也非法学院学生的读者而作的。第二部分是应用经济学去分析法律的核心领域——简要地说,即法学院一年级学生所修习的课程——并且是依该顺序进行安排的。

本书的结论部分对我们届时已经学到的东西进行了各种方式的应用:一章是用于分析与我们截然不同的法律制度;一章是用于分析为什么我们有两种法律体系——侵权法与刑法——以不同方式解决同一问题以及我们是否可以舍弃其中之一;还有一章则考察了支持和反对关于法律、至少是法官创立的法律,在经济上是有效率的这一观点的论据。在本书的结尾一章,我试图对我们从法律规则体系中学到的东西做一个总结。

目 录

引 言	1
我要做什么	1
问题在哪里	3
为谁而做	4
最后,阅读指南	5
第一章 经济学与法律有何关联	1
法学理论大突破	6
法律教给经济学家什么	8
成长之路:法律经济学的三大领域	9
第二章 效率与相关的讨论	14
一个包含所有人在内的巨型饼分图	14
如何将所有人加总	15
效率是否总是好事	18
是马歇尔理论的替代选择还是对问题的掩盖	22
自由市场的简单例子	23
自由市场的简单例子错在哪里	24
第三章 这个世界怎么了(第一部分)	26
寻租:如何避免拱手相送	31
错误之产生:市场诉讼中的欺诈	34

第四章 这个世界怎么了(第二部分)	36
都不起作用	37
都起作用	39
视交易成本而定	40
科斯加庇古:过多未必是好事	42
科斯、米德和蜜蜂	43
科斯、财产权和法律经济学	46
第五章 权利的定义与行使:财产权、赔偿责任和 连线图	50
冒火花的铁轨	50
暂离主题:一个经常被忽视的问题	59
回到主题	60
财产规则还是责任规则	64
责任规则与罚金	67
附言	68
第六章 燃烧的房屋和爆炸的可乐瓶	70
保险经济学	70
暂离主题:风险厌恶不是风险	72
回到保险问题	73
道德风险:干扰还是特色	75
逆向选择:别人知道而你不知道的情况	78
解决了一个问题又制造了另一个问题	79
受法律调整的生物科技的风险或提供帮助时如何会伤害到 他人	80
进一步的思考	82

第七章 掷币与撞车:事后与事前	84
为什么惩罚未遂行为	85
选择正确的规则	85
根据法律得到的结果是否正确	90
法律规则的市场	91
理性的巫术杀手:是否应惩罚不可实现的未遂犯罪	93
第八章 博弈、讨价还价、虚张声势及其他棘手问题	96
双边垄断	100
囚徒困境	103
结论	107
第九章 贵如生命的价值	110
问题不是乘以无限而是除以零	111
回到法律	112
最佳威慑、最佳保险,而二者从不会相遇	114
如何实现一个完美的信息神话	116
对伤害的损害赔偿	117
插述:美国法律制度简介	120
法律从哪里来	120
法院的结构体系	122
法律的结构体系	126
第十章 我的、你的和我们的:财产法的经济学	131
一组权利:所有人拥有什么	131
财产与公共财产	134
漂流之岛	138

4 经济学语境下的法律规则

为我们的文明向狗致谢	139
美国政府曾犯下的最昂贵的错误	140
或许并非如此——为“宅地法案”辩护	142
另一方面：财产权的益处	144
不动产和动产	145
规则与规定：“附着和相关”原则	147

第十一章 乌云与带刺的铁丝网：知识产权法的经济学 150

著作权法	150
专利权法	154
知识产权的经济学原理	157
计算机法	161
反对知识产权的案例	162
商业秘密：既不是尸体也不是飞禽	163
没有著作权法的保护：先行者受益	167
无法保护的著作权	168
即将实现的保护	168

第十二章 合同法的经济学 171

为什么我们需要合同法	174
支持缔约自由的案例	174
反对缔约自由的案例	177
寻找胁迫的合理性	179
关于沉船的谈判	181
假胁迫：格式合同	184
合同、合同、谁订立了合同	186
少于两方的合同：猫和车祸受害人	188
填补空白	190
风险承担	191

走出合同:有效率的违约	193
进入你可能想退出的合同:有效率的签约	196
无效率的信赖	197
重复自己	199
欺诈的边界	199
第十三章 婚姻、性和孩子	203
生命中最好的时光给了他:机会违约	207
非婚生子女	208
对两性法的解释	211
闪亮的枷锁	212
诱奸法律不为人知的部分	213
买卖婴儿	215
配给过剩的小猫	220
有小孩是件好事吗	221
通往效率的两种路径	223
第十四章 侵权法	225
侵权法的原理	225
一个行为何时是有过错的	226
因果分析 I:坠落的保险箱和濒临死亡的猎人	228
因果分析 II:9%有罪	233
责任:如何只发生有效率的故事	236
双重因果关系问题	240
损害赔偿金额	247
惩罚性损害赔偿的意义	248
为什么赔偿受害人	254
双因关系和产品责任:谁来为可乐瓶手榴弹负责	256
扑克、信息价值和司法过失	261

6 经济学语境下的法律规则

蛋壳脑袋和前后不一的法律规则	264
容易发生的奇迹	266
进一步的思考	267

第十五章 刑法

向窘迫的现状妥协	270
严肃对待执行成本	271
最优刑罚理论	273
为什么要计算罪犯的收益	277
最有效率的惩罚	279
富人是否应该付更高的罚金	281
我遗漏了什么	283
为什么不把他们都吊死	285
不充分的回答	287
无效率惩罚的优点	289
食人主义、寻租和强奸	292

第十六章 反垄断法

第一部分:经济学	295
第二部分:垄断的无效率	298
为什么垄断	299
人为垄断	302
解决之道与随之而来的问题	304
扩张垄断	307
纵向一体化	307
零售价格控制	308
捆绑销售	310
结论	312
反垄断,下一代	314