

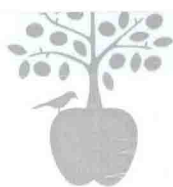
教育部哲学社会科学研究普及读物项目

Popularized Readers of Humanities and Social Science Sponsored by the Ministry of Education

法律经济学趣谈

The Taste of Law and Economics

史晋川·著



凝聚名家智慧·走进大众心灵

江苏人民出版社
江苏凤凰美术出版社

教育部哲学社会科学研究普及读物项目

Popularized Readers of Humanities and Social Science Sponsored by the Ministry of Education

法律经济学趣谈

The Taste of Law and Economics

史晋川·著



江苏人民出版社
江苏凤凰美术出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律经济学趣谈 / 史晋川著. —南京:江苏人民出版社, 2014. 6

(教育部哲学社会科学研究普及读物)

ISBN 978-7-214-12945-1

I. ①法… II. ①史… III. ①法学—经济学—通俗读物 IV. ①D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 129303 号

书 名 法律经济学趣谈

著 者 史晋川

责任编辑 徐 海

出版发行 凤凰出版传媒股份有限公司

江苏人民出版社

江苏凤凰美术出版社

出版社地址 南京市湖南路 1 号 A 楼, 邮编: 210009

出版社网址 <http://www.jspph.com>

<http://jspph.taobao.com>

经 销 凤凰出版传媒股份有限公司

照 排 江苏凤凰制版有限公司

印 刷 江苏凤凰扬州鑫华印刷有限公司

开 本 890 毫米×1 240 毫米 1/32

印 张 5.125 插页 1

字 数 102 千字

版 次 2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

标 准 书 号 ISBN 978-7-214-12945-1

定 价 20.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向承印厂调换)

总 序

纵观党的历史,我党始终高度重视实践基础上的理论创新,坚持用理论创新成果武装全党,教育人民,引领前进方向,凝聚奋斗力量。七十多年前,著名的马克思主义哲学家艾思奇撰写的通俗著作《大众哲学》,引领一代又一代有志之士选择了正确的人生道路,影响了中国几代读者。

党的十八大以来,习近平总书记把握时代发展新要求,顺应人民群众新期待,提出了一系列新思想、新观点、新论断、新要求,这些推进理论创新的最新成果用朴实、生动的语言,以讲故事、举事例、摆事实的方式与人民同频共振、凝聚共识,增强了人民群众对中国特色社会主义理论体系的认同感和知晓度,凸显了当代中国马克思主义大众化、群众性的基本特征,成为新时期理论创新大众化的新典范。

高等学校学科齐全、人才密集、研究实力雄厚,是推进马克思主义中国化时代化大众化、普及传播党的理论创新成果的重要阵地。汇聚高校智慧,发挥高校优势,大力开展优秀成果普及推广,切实增强哲学社会科学话语权,是高校繁荣发展哲学社会科学的光荣任务、重大使命。

2012年,教育部启动实施了哲学社会科学研究普及读物项目。通过组织动员高校一流学者开展哲学社会

科学优秀成果普及转化,撰写一批观点正确、品质高端、通俗易懂的科学理论和人文社科知识普及读物,积极推进马克思主义大众化,阐释宣传党的路线方针政策,推广普及哲学社会科学最新理论创新成果,让中国特色社会主义理论体系和党的路线方针政策,更好地为广大群众掌握和实践,转化为推进改革开放和现代化建设的强大精神力量。与一般意义的学术研究和科普类读物相比,教育部设立的普及读物更侧重对党最新理论的宣传阐释,更强调学术创新成果的转化普及,更凸显“大师写小书”的理念,努力产出一批弘扬中国道路、中国精神、中国力量的精品力作。

实现中华民族伟大复兴的中国梦必将伴随着哲学社会科学的繁荣兴盛。我们将以高度的使命感和责任感,坚持学术追求与社会责任相统一,坚持正确方向,紧跟时代步伐,顺应实践要求,不断加快高校哲学社会科学创新体系建设,为不断增强中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信,推动社会主义文化大发展大繁荣作出更大贡献!

教育部社会科学司

2014年4月10日

经济学和法学的金玉良缘 (代序)

尽管在古希腊伟大思想家的著述中,就可以找到十分丰富的法律思想和经济思想,但是作为一门社会科学的学科而言,法学早在公元前的古罗马时代就产生了,而经济学的诞生则要到18世纪工业资本主义兴起的年代,亚当·斯密的《国富论》和西塞罗的《论法律》相比,差不多要晚了1800年才问世。可是,到了20世纪的50年代,法学和经济学开始联姻,这对“老夫少妻”的学科婚姻诞生出了一门新兴学科——法律经济学。

从社会科学中不同学科联姻的视角来看经济学的演进历史,经济学真可以说是“一女多嫁”。从上世纪中期开始,由布坎南教授主婚,经济学与政治学联姻,产生了公共选择经济学和新政治经济学;由贝克尔教授主婚,经济学与社会学联姻,产生了社会经济学及种族歧视、婚姻和家庭经济学;由舒尔茨教授主婚,经济学与教育学联姻,产生了教育经济学及人力资本经济学;由福格尔教授和诺斯教授共同主婚,经济学与历史学联姻,成就了新经济史学和计量经济史学。经济学家甚至骑马扬鞭跨出了社会科学领域,促成了经济学同地理学的联姻,形成了新经济地理学,还让经济学同脑科学和神经科学联姻,催生了神经元经济学,让经济学和心理学联姻,发展出了实验经济学,等等。从社会科学演变的历史

史来看,社会科学中不同学科的融合及交叉研究并不少见,但是,似经济学科这般几乎同所有的其他社会科学的学科都形成不同程度的交叉研究关系,好像也就只有经济学了。可以说,在与其他社会科学的学科联姻时,经济学几乎是不由分说地见一个爱一个,不管对方是否心仪自己,快步上前就是一个熊抱。经济学的这种兴趣广泛的跨学科研究倾向,被称作为“经济学帝国主义”。

为什么经济学在自身发展中呈现出如此强烈的跨学科研究的倾向?

从古典政治经济学到新古典经济学的经济学演进历史中,古典政治经济学研究的是国民财富的性质与原因,新古典经济学研究的是社会经济活动中资源的优化配置。从上世纪中期起,经济学家在新古典经济学的基础上,开始逐渐发展出了一套比较完备的研究社会活动中人类行为的理论框架。例如,经济学理论中,人有两个基本角色——消费者和生产者。在微观经济学的消费者理论中,在分析消费者的行为时,经济学提出了一个“三步曲”的分析框架,即:第一步研究消费者的偏好,第二步研究消费者的预算约束,第三步结合消费者的偏好和预算约束,研究消费者的最优选择行为。设想倘若在上述经济学研究消费者行为的“三步曲”分析框架的基础上,把研究的对象和问题作进一步的凝练与提升,就可以知道,“偏好”就是人想做什么的问题,“约束”就是人能够做什么的问题,“选择”就是把偏好和约束两者结合起来考虑人最好去做什么的问题。由此,微观经济学关于消费者行为的分析框架,就扩展成了一个经济学可以用来研究人

类行为的基本分析框架。其实,从微观经济学的生产者理论中,也有类似的研究生产者或厂商行为的“三步曲”分析框架——生产函数(产量目标)、等成本线(资本约束)和厂商最优要素组合选择,同样也可以抽象为研究人类行为的基本分析框架。

众所周知,社会科学的研究是无法脱离社会这一对象的,而组成社会的是人,因此,社会科学的研究必须建立在对个人意向和行为研究的基础之上。作为社会科学研究对象的基本单元应该是理性的人,社会的集体行为及其作为结果的社会现象是理性的个人选择的结果。在经济学研究中占据主导地位的这种方法论个人主义的指导思想下,经济学家认为,由经济学构建的人类行为的基本分析框架,可以拓展到所有社会科学的学科研究领域去加以运用,这就是经济学具有非常强烈的跨学科研究的“经济学帝国主义”倾向的最重要原因。

当经济学和法学联姻喜得贵子后,法学家众口一致将新生儿起名为“经济分析法学”,意指这是属于法学家族的新生儿,归入法理学的一个研究分支。可同时经济学家却七嘴八舌,给新生儿起了五花八门的名称,有叫法和经济学、法经济学,也有叫法律经济学和法律的经济学分析。但是,无论学科的称谓如何,在法律经济学的主流学派——芝加哥学派——的代表人物理查德·波斯纳法官看来,法律经济学就是一门用经济学来阐述法律问题的学科。具体地说,法律经济学是一门运用经济学的理论和研究方法来分析法律的形成、法律的框架和法律的行动,以及法律制度所产生的社会

经济影响的学科。

大卫·弗里德曼在谈到法律经济学时说：“法律的经济分析包含着独立且又相互关联的三项任务。第一是用经济学预测法规的效果。第二是用经济学找出经济意义上有效率的法规，从而提出法规应该是什么。第三是用经济学预测将是什么。”（引自纽曼等主编《新帕尔格雷夫法经济学大词典》，中国大百科全书出版社2002年中文版）

我10年前在美国哥伦比亚大学访学时，常去哥大的东亚图书馆，曾经读过台湾大学专攻法律经济学的熊秉元教授的一篇文章，题目是“法律干卿底事？”，说的就是经济学为什么会在法学研究领域派上用场的问题。

熊秉元教授认为，在经济学的“帝国主义扩张”的过程中，经济学与法学的联姻是一段金玉良缘，经济学在法律经济学研究领域的成果最为辉煌，主要因为是经济学家将经济学分析人类行为的基本框架和经济学的个人主义，成功地运用到了法学研究领域。那么，与同其他社会科学的学科联姻相比较，为何经济学家能够在法学研究领域非常成功地做到这一点呢？熊教授说，重要原因之一是经济学和法学的研究主题(subject matter)，具有三个方面的相似性：

第一，经济学和法学所关心的问题，大多数都是“俩人间，一对一的关系”；

第二，经济学和法学所关心的“俩人间，一对一的关系”，往往重点都是俩人间或不同人之间的利益关系，或者说是不同利益主体的关系；

第三，经济学将人视为理性的“经济人”，法学中也有所

谓“正常人原则”，“理性的”和“正常的”(rational and reasonable)，从基准点分析法来看，具有很大的-致性。(参阅熊秉元：《法律干卿底事?》，载《法令月刊》第53卷第8期)

谈了经济学和法学为什么会成就这样一段为学界称奇的金玉良缘后，现在再来简单说几句这本法律经济学的通俗读物。

刚要接着落笔之际，从美国芝加哥大学传来了科斯教授仙逝的消息。科斯教授是名满天下的经济学大师，也是新制度经济学和法律经济学的创始人，吾辈从事法律经济学研究的学者都尊他为人家为祖师爷。依我个人浅见，科斯教授对经济学理论的发展有两个很大的贡献：一是科斯教授矫正了新古典经济学占据主流地位后经济学理论研究中-对制度问题比较忽视的倾向，通过创造“交易费用”概念，重新确立了制度在经济学理论中的重要地位，也由此创立了法律经济学这门学科；二是科斯教授在研究制度及法律对社会经济运行的影响时，批评了“黑板经济学”的研究偏向，竭力提倡经济学要研究真实世界，并且身体力行，重视运用案例研究的方法，通过挖掘真实世界中的真实事件来观察真实世界，并通过深入分析真实世界中的真实事件来揭示真实世界的本质。英美法系法学的教学研究中有重视判例分析的传统，新制度经济学研究中有案例研究的传统，因此，经济学和法学这两门学科联姻后，案例研究方法在法律经济学研究中得到了普遍的重视和运用。

可是，坦率地说，呈现在读者面前的这本法律经济学通俗读物，所收录的文章并非是法律经济学研究中严格学术研

究意义上的案例研究,而只是参照案例研究的分析思路和框架来撰写的通俗性学科知识普及文章。书中收录的文章绝大多数都是从一个选自社会现实生活中真实有趣的故事说起,再从中提炼出一个与法律有关的问题,然后再运用法律经济学的理论来加以分析和阐述。但从全书的内容来看,已经全面地涉及到法律经济学的三大核心研究领域:财产权(产权)、合同(合约)和侵权。另外,还需要专门说明的一点是,本书所收录的大部分文章都曾经在《经济学茶座》等通俗读物或期刊上发表过,但在收入本书时,作者对每篇文章又都做了比较仔细的修改,相当部分文章的材料和内容都进行增补扩充,同时文字修改的篇幅也比较大。此外,根据出版社编辑部对科学知识普及读物出版体例规范的要求,对原文的发表出处就不再逐一作具体标注说明。

最后想要对读者表达的一层意思是,对作者本身而言,自己内心认为已经尽了最大的努力,按照教育部社会科学司的课题立项要求和科普读物写作的基本要求,秉承认真负责的学术研究态度来撰写这本通俗性的科学知识普及读物。但是,由于自身学术素养及知识结构和研究水平的限制,书中一定会存在种种不尽人意之处,甚至错误也在所难免,真诚地希望各位读者不吝赐教。

史晋川

浙江大学 玉泉校区

目 录

经济学和法学的金玉良缘(代序)/001

1. 科斯教授的“牛”
——法律经济学的起源/001
2. 天上闪烁的星星归谁?
——财产权的法律经济学分析/012
3. 万炮齐轰 争云抢雨
——大气云水资源的产权界定分析/020
4. 千里塔河 水流何方?
——水权制度的法律经济学分析/027
5. “你有权保持沉默”
——“米兰达提醒”的法律经济学分析/038
6. “殴打致伤”与“咖啡烫伤”
——证据标准的法律经济学分析/050
7. 一桩狗咬人致死的官司
——举证责任的法律经济学分析/058

8. 偷鸡数百 获刑无期
——归责标准及量刑的法律经济学分析 / 066
9. 购买赃物 该当何罪?
——证实所有权的法律责任配置分析 / 073
10. 谁动了公司的软件?
——法律经济学视角的软件侵权分析 / 081
11. 红灯·黄灯·绿灯
——交通法规的法律经济学分析 / 090
12. 东南菱悦撞上劳斯莱斯
——法律经济学视角的交通侵权责任 / 098
13. 从韩亚航空空难赔偿说起
——法律经济学视角的“生命价值” / 106
14. “彭宇案”与“丽莎案”
——法律经济学视角的法律与道德 / 117
15. “一夫一妻”与“多夫多妻”
——经济学视角的婚姻制度 / 122
16. 徽州“杀猪封山”与加州“牲畜越界”
——社会秩序背后的习俗与法律 / 127
17. 温州“眼镜大王”为何“跑路”?
——民间金融的人格化合约执行机制 / 133
18. EMBA 与“同学经济”
——交易中的人脉关系与法律制度 / 139

1. 科斯教授的“牛” ——法律经济学的起源

本文的标题一语双关，一是指罗纳德·科斯教授是当代社会科学研究领域中横跨经济学和法学两大学科的大名鼎鼎的“牛人”，二是指法律经济学这门法学和经济学交叉学科的诞生就是源自于科斯教授半个多世纪前发表的《社会成本问题》一文中“牛群吃麦苗”的故事。

2010年8月，应芝加哥大学法学院和科斯基金会的邀请，我和浙江大学经济学院的几位同事一块去芝加哥大学法学院参加“生产的制度结构”暨庆贺科斯教授百岁华诞的国际学术研讨会。会议的第一天，当众人步入芝加哥大学法学院大楼的一楼大厅时，一眼望去，大厅内赫然摆放着一座牛的塑像——一头咖啡色和白色相间的牛，心里大惑不解，庄严肃穆的法学殿堂中，墙上挂着一排法学院历任院长的油画画像，大厅内为何端放着一头牛的塑像？于是在会议休息时，请教旁人，得到的答案是这头牛的塑像是为了纪念科斯教授《社会成本问题》这篇名作而塑造的艺术品。

芝加哥大学法学院，是当今法律经济学学科最重要的发源地。20世纪30年代，芝加哥大学法学院独创性地开设了一套包括法学、经济学和商业会计学的研究性课程，又破天荒地从经济学系聘来了一位经济学教授——西蒙，开设了

“公共政策的经济学分析”课程,随后又引进了阿伦·迪雷克特教授,同法学院的院长爱德华·莱维教授合作开设反托拉斯法的课程。当时在讲授这门课程时,莱维教授主要用传统的法律思考方式,结合各种案例研究,对反托拉斯进行法律的综合分析,而迪雷克特教授则在他的每堂课中,都会运用经济分析方法来批驳莱维教授的观点,并努力展示用经济学原理来分析反托拉斯法及法律的优越性。这门由迪雷克特教授和莱维院长“打擂台”式的课程,吸引了众多学生去听课,据当时的法学院学生、后来成为美国联邦巡回法院法官的博克回忆说,学生们喜欢这门课程的主要原因之一,就是同学们上课时,可以经常看到自己的院长听说自己深信不疑的法律案例分析被迪雷克特教授彻头彻尾痛驳时“痛苦的表情”。迪雷克特教授对芝加哥大学的法律经济学学科创建和发展有三大贡献:一是他的课程在研究“一种为有效率竞争体制所需的恰当的法制和制度框架”方面开了先河;二是他于1958年在芝加哥大学法学院创办了法律经济学学科的第一本学术期刊——《法律经济学杂志》;三是他慧眼识英雄,挑选了科斯作为他的接班人,来主持芝加哥大学法学院的法律经济学项目并主编《法律经济学杂志》。

在20世纪50年代末期到60年代初期,当法律经济学这门新兴交叉学科崭露头角时,有三位学者和三篇文章影响重大。一位是阿曼·阿尔钦教授,他在1961年发表了《关于产权经济学》一文;另一位是戈多·卡拉布雷西教授,他在1961年发表了《关于风险分配和侵权法的思考》一文。这两篇重要论文,从经济学的视角分析了财产和侵权问题,标志

着经济学的分析进入了传统法学所研究的普通法的两个非常重要的领域——财产法和侵权法。但是,作为法律经济学学科诞生最具里程碑意义的还当是罗纳德·科斯教授在1960年发表的论文《社会成本问题》,这篇经典之作就是发表在迪雷克特教授主编的《法律经济学杂志》上。

科斯教授关于社会成本问题的研究,是从养牛者走失的牛群损害了邻近农夫麦田里生长的麦子这一故事开场的。为了便于读者更容易理解,我们对科斯教授论文中牛群吃麦苗的故事进行了相应的情节改编和简化叙述。

假设在苏格兰的某山区农村有一位农夫,开垦了一片土地种植麦子,一年辛勤劳作的总收成减去成本后的纯收入是100英镑。后来,附近迁入了一位养牛人,养牛人一年辛苦放牧的总收益减去成本后的纯收入是60英镑。因此,如果农夫和养牛人各自种麦子和放养牛群,相安无事的话,俩人的纯收入之和是160英镑。但是,农夫的好景不长,养牛人开始扩大放牧的牛群数量,牛群数量增加后牛经常地闯入农夫的麦田啃食麦苗,导致农夫的收成减少,一年的纯收入从100英镑下降至60英镑,同时,养牛人由于扩大了牛群数量,他的纯收入则从60英镑增加至90英镑。按照传统的法律分析,显然人们会认为,既然养牛人给农夫造成了损失,就必须考虑如何制止养牛人的行为,维护农夫的利益。但是,在科斯教授看来,这种传统的思维可能过于简单和片面,有值得商榷之处。他认为,这一类所谓损害问题,在缺乏明确的财产权利界定的情形下,是一种具有“相互性”的问题,即:如不制止养牛者的行为,放任牛群吃麦苗,确实是损害了农夫

的利益,但是,换一个思维角度来看,若制止养牛人的行为,那么,在避免农夫的损害时,事实上是使得养牛者的利益被损害了。因此,关键问题不只是简单地制止损害,而是要考虑如何去制止更严重的损害。那么,什么是更严重的损害呢? 科斯教授引进了经济学的判断标准——经济活动所生产的产品价值的大小。

我们现在来进一步设想,可以通过在农夫的麦田和养牛者的牧场之间建立一道长长的栅栏,来防止牛群闯入麦地吃麦苗。但是,由于地形地貌的原因,由养牛者在靠近自己牧场一边建造栅栏比较容易,只要花费 30 英镑就可以建造一道栅栏;而受地形限制,农夫在靠近自己的麦田一边建造栅栏比较困难一些,要花费 35 英镑才能建造起一道栅栏。当然,由于农夫和养牛者的双方地界没有明确的法律界定,谁都不会愿意花钱来建造栅栏。

倘若现在农夫把养牛者告上法院,法院的最终判决无非是两种:一是禁止牛群进入麦地吃农夫的麦苗,即要求养牛者看管好自己的牛群;二是不禁止牛群进入麦地吃农夫的麦苗,而是要求农夫自己照看好自己的麦田,防止牛群进入麦地吃麦苗。在前一种判决下,养牛者对牛群吃麦苗负有法律责任,农夫可以向养牛者要求赔偿;在后一种判决下,养牛者无需承担法律责任,农夫自己承担损失。

在法院的判决是禁止养牛者的牛群进入麦田吃麦苗的情形下,养牛者有三种选择:一是继续放任牛群进入麦田吃麦苗,但他要赔偿农夫的损失 40 英镑;二是减少放牧牛群的数量以避免过多的牛去吃麦苗,这样养牛者自己会损失由于