

正
大
法
学
文
库

法律经济学



熊春泉 聂佳龙○著



中国政法大学出版社

法律经济学

FALÜ JINGJIXUE

熊春泉 聂佳龙○著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律经济学/熊春泉，聂佳龙著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 11
ISBN 978-7-5620-7840-1

I. ①法… II. ①熊…②聂… III. ①法律经济学 IV. ①D90-056

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第277202号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 8.5
字 数 221 千字
版 次 2017 年 11 月第 1 版
印 次 2017 年 11 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

正大法学文库编委会

编委会主任：聂 剑

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

王满生 刘延林 沈桥林

宗志翔 聂 剑 蒋九愚

熊时升 熊春泉 颜三忠

总 主 编：沈桥林

副 总 主 编：熊时升 熊春泉

总序

在党的十八届四中全会精神指引下，江西师范大学把加快法学专业发展列入了发展战略规划。2015年10月，学校决定，组建以法学专业为主体的新政法学院。此前，政法学院也通过了一项卓越法律人才基地建设经费资助科研计划。恰逢此时，中国政法大学出版社又向我们伸出了热情的双手，愿意对我们倾力相助。缘此种种天时地利人和，新政法学院决定，利用江西省普通高校卓越法律人才培养基地建设经费，组织出版正大法学文库，尝试以此进一步激活教师们的学术细胞和科研情愫，提高科研热情，营造学术氛围。同时，也可以集中展示法学专业教师的最新研究成果，助力学科建设。

之所以定名“正大法学文库”，既取江西师范大学前身中正大学之简称，又采法律“大公至正”之精神，可谓前承历史，彰显法意。

江西师范大学源于1940年创办的国立中正大学。那时的法学专业在国内声名远播、群英荟萃。新中国成立后，学校更名为南昌大学。20世纪50年代院系调整，法学专业整建制调出。学校也只剩下师范部，遂更名为江西师范学院。此后，又几经周折，几经迁址。

现在的法学专业，始于1993年的经济法专科，1996年开始招收本科生。2003年，获批“宪法学与行政法学”硕士点。2004年6月，法学专业遴选为江西省品牌专业。2007年，获批法律硕士专业学位授权。2013年，获批江西省普通高校卓越法律人才教育培

养基地。这一时期，学院也从政教系发展到政法系、政法学院，再到新政法学院。

对法学专业而言，过去那段历史虽已尘封，现在的法学专业办学和师资与那时的法学专业也几乎没有承继关系，但那毕竟是我们的真实历史，不妨存入我们的记忆，化作我们的憧憬。

过去的辉煌给我们以信心！前辈的成就激励我们去追随！今天的我们任重而道远！我们必须坚定地走在由理想与现实共同铺就的发展之路上，头顶蓝天，脚踩大地，牵引专业奔向未来！

出版正大法学文库在我们法学专业办学史上是第一次，但肯定不会是最后一次。

对于文库，我们秉持开放态度。第一批选题，绝大部分来自现在学院的青年教师博士论文。我们的想法是，在已有经费渠道和资助标准基础上，先做起来。日后逐渐扩大资源渠道，开拓研究选题，坚持持久连续。待具备一定影响之后，再考虑面向校内外专家学者征集选题，把文库做成我们的品牌，期盼赢得学界的赞许！

愿正大法学文库未来辉煌！愿我们的法学专业越办越好！

聂剑

2016年7月6日于瑶湖之畔

自序

我和佳龙一直都有写本既有一定理论深度又适合教学要求的法律经济学著作的想法。

我于2008年在中国政法大学做高级访问学者，主攻法律经济学。次年（2009年）在江西师范大学面向全校本科学生（主要是法学专业本科学生）开设了“法律经济学”选修课，紧接着（2010年）为法学理论硕士研究生开设了“法律经济学”专业核心课。于是，写本《法律经济学》的书便成了一个迫切的要求。这一要求在2013年“法律经济学”课成为法学本科专业的任选课后可显得更为迫切。但由于种种原因，这种想法始终没有付诸行动。

江西师范大学政法学院于2015年6月出台的《卓越法律人才基地资助科研（含教学研究）办法》为我们写本关于法律经济学的书提供了契机。2017年4月，我打电话给佳龙问他是否愿意与我合写一本“法律经济学”的著作，他毫不犹豫地就答应了。佳龙一直致力于法律经济学的研究。学术上，我们师生俩一直保持着法律经济学方面研究的合作，共同发表了多篇学术论文并出版了一部著作。

法律经济学在我国已有三十多年的发展历史，有不少的高校开设了“法律经济学”的课程，也有不少的内国学者编写了相关的法律经济学教材或出版了法律经济学著作。如果从成本的角度考虑，完全可以不用再写一本名为《法律经济学》的书。但是，我在教学实践中发现，运用他人（无论是国外学者，还是国内学者）的成果当作教材来使用，难以收到良好的效果。其中的原因不外乎是：其

一，江西师范大学政法学院更多的是面向法学本科学生开设“法律经济学”课程。受限于学科设置的现状，法学专业没有开设“微观经济学”“制度经济学”等经济学课程。其二，现有的教材大多假设学生具备了一定的法学和经济学相关知识储备，在内容设计上无法使学生能由浅入深地学习这门课程。基于这些客观事实的考虑，我和佳龙确定了这样的写作思路：让学生对法律经济学先有个初步的把握，再着力于对学生法律经济学思维方式的培养。基于这一思路，我们立足于我国不存在法律经济学学派以及法学学生没有接受系统的经济学知识训练这一基本事实，进一步确定了将本书内容分为“历史篇”“理论篇”与“应用篇”三大块。

“历史篇”主要包括梳理、研究法律经济学的发展史、法律经济学理论回顾与展望、中国与法律经济学，具体分为“法律经济学发展史”“法律经济学学派回顾与展望”与“中国与法律经济学”三章。

“理论篇”主要依据法律经济学经典文献以及不同学派的理论，对法律经济学的核心理论——科斯定理、理性人、均衡、效率——进行阐释，具体分为“打开现代法律经济学的钥匙：科斯定理”“基本假设：理性人”“核心分析工具：均衡”“评价标准：效率 or 正义”与“寻找最好法律的方法：汉德公式”五章。

“应用篇”主要根据法律经济学的核心理论阐述所引出的外部不经济性、理性人假设、法律市场理论、博弈分析法、汉德公式等思维或分析方法，结合具体的法律问题，运用法律经济学方法进行分析，旨在让学生掌握如何运用法律经济学的思维或分析方法，具体分为“外部不经济性的应用：‘外部不经济理论视角下的权利冲突分析’”“理性人假设的应用：‘“理性人”标准作为事故过失责任认定标准的经济分析’”“法律市场理论的应用：‘用大数据推进服从守法规律的国家治理现代化’”“博弈分析法的应用（一）：‘试论“囚徒困境”与法律规则的构建’”“博弈分析法的应用

(二):‘规范量刑与自由裁量博弈的均衡性分析’”与“汉德公式的应用:《侵权责任法》中‘责任主体的特殊规定’之检视”六章。

按照计划,我们原打算最早在今年8月底完成初稿的写作。后来由于佳龙下学期也将给法学本科生开设“法律经济学”课程等原因,我们便加快了写作计划,在7月底便完成了初稿,8月初进行了两次修改。7月是南昌最热的月份之一,写作的艰辛毋庸赘言。我们希望这本名为“法律经济学”的书能够实现其应有的价值——对有兴趣学习法律经济学的人有点儿帮助。我们也尽最大的努力来保证这一价值的实现,但囿于知识积累水平等方面有限,难免有不妥之处,诚恳欢迎同行和广大读者不吝赐教,以臻完善。

熊春泉

2017年7月28日

目录 | contents

第一编 历史篇

第一章 法律经济学发展史	3
第一节 发轫期 (20 世纪 30 年代 ~ 20 世纪 50 年代)	5
第二节 范式孕育期 (1958 ~ 1973 年)	8
第三节 范式接受期 (1973 ~ 1980 年)	11
第四节 范式质疑期 (1976 ~ 1983 年)	13
第五节 成熟期 (1983 年至今)	17
第二章 法律经济学学派回顾与展望	19
第一节 芝加哥法律经济学 (含纽黑文学派)	20
第二节 公共选择理论	24
第三节 制度主义法律经济学	28
第四节 新制度主义法律经济学	31
第五节 法律经济学的后续发展	36
第三章 中国与法律经济学	40
第一节 中国法律经济学的起步 (20 世纪 80 年代)	40
第二节 中国法律经济学的早期发展 (1990 ~ 1998 年)	45

第三节	中国法律经济学的全面发展（1999 年至今）	51
第四节	中国法律经济学的困境与出路	65

第二编 理论篇

第四章	打开现代法律经济学的钥匙：科斯定理	73
第一节	外部性与交易成本	73
第二节	《社会成本问题》与科斯定理	80
第三节	科斯定理与法律经济学	85
第五章	基本假设：理性人	90
第一节	完全理性与经济人假设、理性经济人假设	91
第二节	有限理性与有限理性经济人假设	95
第三节	理性选择理论与法律经济学	100
第六章	核心分析工具：均衡	105
第一节	均衡与需求—供给	105
第二节	纳什均衡与博弈论	109
第三节	均衡与法律经济学	115
第七章	评价标准：效率 or 正义	119
第一节	效率与正义的冲突：法律经济学中一个 恼人不休的问题	119
第二节	正义标准的一般性描述	125
第三节	法律追求三位一体的正义	131
第四节	三位一体正义语境中法律经济学的评价标准	136

第八章 寻找最好法律的方法：汉德公式	142
第一节 汉德公式由来及其完善	142
第二节 汉德公式的理论基础	147
第三节 汉德公式与寻找最好的法律	151
第四节 大数据与利用汉德公式寻找最好的法律	156

第三编 应用篇

第九章 外部不经济性的应用：“外部不经济理论视角下的 权利冲突分析”	163
第一节 权利冲突的经济探源	164
第二节 权利冲突的经济分析	168
第三节 权利冲突的解决途径	172

第十章 理性人假设的应用：“‘理性人’标准作为事故 过失责任认定标准的经济分析”	179
第一节 事故过失责任认定的“理性人”标准由来及 特征	180
第二节 以“理性人”标准作为事故过失责任认定标准的 经济分析	182
第三节 “理性人”标准与个别标准两者权衡问题之 探讨	186

第十一章 法律市场理论的应用：“用大数据推进服从守法 规律的国家治理现代化”	191
第一节 守法的重新认识	192
第二节 国家治理现代化：服从守法规律的善治	197
第三节 国家治理现代化的实现：法律供给	

“市场化”	202
第四节 大数据助力法律供给“市场化”	207
第十二章 博弈分析法的应用（一）：“试论‘囚徒困境’ 与法律规则的构建”	214
第一节 “囚徒困境”的描述及其对法律规则构建的 启示	214
第二节 经济人与法律规则的构建	217
第三节 信息完全与法律规则的构建	220
第十三章 博弈分析法的应用（二）：“规范量刑与自由裁量 博弈的均衡性分析”	225
第一节 形式正义与实质正义的衡平：规范量刑与自由 裁量的博弈视角分析	226
第二节 规范量刑与自由裁量的博弈模型分析	230
第三节 制约法官量刑自由裁量权的法律制度安排	234
第十四章 汉德公式的应用：《侵权责任法》中“责任主体的 特殊规定”之检视	240
第一节 汉德公式的解读	241
第二节 基于效用的连带：激励个体行为的行为主体与 责任主体分离	245
第三节 基于行为的连带：获得个体信息的行为主体与 责任主体分离	249
结语：进入法律经济学领域的不成熟“套路”	253
参考书目	256

第一编 历史篇

第一章 法律经济学发展史

针对西方传统法学研究方法的弊端，美国大法官霍姆斯（Holmes）在19世纪末预言：“法律研究的未来属于经济学家和统计学家，而不是属于研究‘白纸黑字’的律师们。”^{〔1〕}

西方传统的法学研究方法主要是价值分析方法与规范分析方法，前者侧重于对法律与正义、理性的关系以及法律的伦理基础进行分析；后者则侧重于对法律的概念的诠释。然而，“价值分析方法无法说明法律的伦理基础和正义价值的确切内涵，而只能求诸伦理、正义、理性这样的永恒概念，并最终使法学研究沾染上严重的意识形态色彩。规范分析方法则使法学研究在一定程度上演变为一场概念之争”^{〔2〕}。正是由于西方传统法学研究方法存在着前述所指的弊端，在半个世纪后霍姆斯的预言便成真了——“法律经济学”诞生。

“法律经济学”又有法经济学（Economics of Law 或者 Lexeconomics）、法和经济学（Law and Economics）、经济学法学（Legal Economics, Economic Jurisprudence）、法律的经济分析（Economic Analysis of Law）、经济分析法学（Jurisprudence of Economic Analysis）等名称。波斯纳认为：“用‘Economics of Law’比用‘Law and

〔1〕 Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, p. 469.

〔2〕 丁以升：“法律经济学的意义、困境和出路”，载《政治与法律》2002年第2期。

Economics' 更清楚、明确, 故更合适”^[1]。麦乐怡(现译为马洛伊)认为, “Law and Economics”与“Economics Analysis of Law”是两种不同的东西, 法与经济学不是传统法学所讲的寻求法和社会问题的“科学”或正确的答案, 而是一个包容各种意识形态之间互相竞争的理论体系, 通过比较、评价和选择意识形态界定法和经济学的对话过程。我国学者钱弘道教授认为, “经济分析法学”由于更能反映该学科的特征, 也合乎西方法学流派的命名传统, 从而适合作为最终相对统一的学科名称^[2]。法国学者布尔迪厄曾言: “命名一个事物, 也就意味着赋予这一事物存在的权力。”^[3]由此, 如何进行恰当的命名显得尤为重要。 “在社会科学问题上有一种最可靠的方法, 它是真正养成正确分析这个问题的本领而不致淹没在一大堆细节或大量争执意见之中所必需的, 对于用科学眼光分析这个问题来说是最重要的, 那就是不要忘记基本的历史联系, 考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生、在发展中经过了哪些主要阶段, 并根据它的这种发现去考察这一事物现在是怎样的。”^[4]因此, 要想找到恰当的命名, 必须要对“法律经济学”的历史进行梳理。

早在 20 世纪 90 年代, 学者蒋兆康先生就指出: “法律经济学的发端、成长、发展是近 30 年来世界范围内法学理论研究的一大成就, 为法学研究开拓一块新的领地。”^[5]时至今日, 法律经济学发展已有五十余年, 其影响力日趋扩大, 其内容也发生了重大的变

[1] [美] 理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》(下), 蒋兆康译, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 第 906 页。

[2] 钱弘道:《经济分析法学》, 法律出版社 2003 年版, 第 45 页。

[3] [法] 布尔迪厄:《文化资本与社会炼金术——布尔迪厄访谈录》, 包亚明译, 上海人民出版社 1997 年版, 第 91 页。

[4] 《列宁选集》(第 4 卷), 人民出版社 1995 年版, 第 26 页。

[5] [美] 理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》(上), 蒋兆康译, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 序言第 2 页。