

FALU JINGJIXUE LILUN YU YINGYONG

法律经济学：理论与应用

史晋川 等著

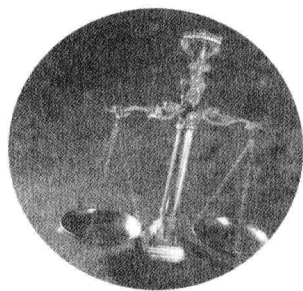


经济科学出版社
Economic Science Press

FALU JINGJIXUE LILUN YU YINGYONG

法律经济学：理论与应用

史晋川 等著



经济科学出版社
Economic Science Press

图书在版编目 (CIP) 数据

法律经济学：理论与应用/史晋川等著. —北京：
经济科学出版社，2011. 2

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0351 - 9

I. ①法… II. ①史… III. ①法学：经济学
IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 011279 号

责任编辑：王东岗 马 兰

责任校对：王凡娥

版式设计：代小卫

技术编辑：王世伟

法律经济学：理论与应用

史晋川 等著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100142

总编部电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www. esp. com. cn

电子邮件：esp@ esp. com. cn

汉德鼎印刷厂印刷

三佳装订厂装订

787 × 1092 16 开 20.5 印张 400000 字

2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0351 - 9 定价：45.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

目 录

第一章 法律经济学的理论进展	1
第一节 学科的渊源、形成和发展	1
第二节 学科性质、研究范围与方法	4
第三节 财产、合同和侵权行为的经济理论	7
第四节 90 年代的研究进展及趋势	11
第二章 知识产权保护的经济学分析	15
第一节 知识产权：创新与激励	16
第二节 知识产权：创新与成本	18
第三节 知识产权的最优保护程度	21
第四节 知识产权和市场交易	25
第五节 知识产权和产业组织	30
第三章 计算机软件侵权的经济学分析	41
第一节 软件的经济学特征	42
第二节 软件侵权：厂商策略	47
第三节 软件保护：制度比较	56
第四节 软件赔偿：法律救济	70
第四章 计算机软件侵权的最优赔偿原则	74
第一节 软件、软件市场及软件侵权的特征	75
第二节 侵权率外生条件下最优赔偿原则设计	77
第三节 软件侵权赔偿基本模型的拓展和修正	80
第四节 研究结论与展望	85
第五章 计算机软件侵权的厂商收益损失确定	87
第一节 计算机软件的侵权特征	87

第二节	收益损失的确定原则	89
第三节	收益损失确定的模型	90
第四节	模型的计算与分析	92
第六章	计算机及个人电脑的商业模式与市场结构	96
第一节	个人电脑市场的运行机制	97
第二节	不同商业模式的竞争	98
第三节	同一商业模式内的竞争	104
第四节	个人电脑互补品市场的合作与竞争	106
第七章	产品责任制度的经济学分析	110
第一节	法学与经济学的竞合	111
第二节	合同法与侵权法的竞合	117
第三节	公权与私法的竞合	124
第四节	可测度与不测度的损失	130
第五节	研究结论与启示	135
第八章	汽车产品责任制度的经济学分析	137
第一节	中美的汽车产品责任制度	138
第二节	产品责任制度的内生决定因素	141
第三节	研究结论与启示	148
第九章	犯罪行为及其惩治的经济学分析	150
第一节	威慑效应和能力剥夺效应的区分	150
第二节	警察规模及构成对犯罪惩治的影响	152
第三节	监禁在犯罪惩治中的作用	155
第四节	堕胎合法化对犯罪率的影响	157
第五节	自然实验方法论研究的评价	159
第十章	流动人口、收入差距与犯罪的理论研究	162
第一节	收入差距与犯罪的理论与实证研究	163
第二节	流动人口、收入差距与犯罪理论研究	168
第三节	流动人口、收入差距与犯罪的经验研究	174

第四节 进一步研究展望	181
第十一章 地区间收入差距、流动人口与刑事犯罪率的实证研究	184
第一节 相关研究文献评述	185
第二节 计量模型与数据描述	186
第三节 计量结果及分析	189
第十二章 电力市场中市场力的监测	197
第一节 市场力测度的结构性指标	198
第二节 市场力监测的模拟模型	200
第三节 市场力监测的其他方法	203
第四节 市场力监测的简要评价	205
第十三章 电力市场中的长期期货合约与默契合谋	207
第一节 研究问题的提出	207
第二节 期货合约与策略性行为	209
第三节 合约与合谋的模型分析	212
第四节 研究结论与启示	216
第十四章 所有权与先占行为的挂钩和脱钩	219
第一节 塔河流域水资源占用竞争的历史沿革	219
第二节 鼓励开发塔河流域水资源的先占原则	221
第三节 运用协调方式改变先占原则的实践	223
第四节 中央政府改变先占原则的推动作用	228
第五节 研究结论与启示	232
第十五章 纵向一体化与联合所有权	233
第一节 通用收购费希尔：问题及分歧	233
第二节 专用性人力资本与联合所有权	236
第三节 研究结论与启示	242
附录：法律经济学的展望与未来（道格拉斯·G·贝尔德等）	244
参考文献	271
后记	320

第一章

法律经济学的理论进展

“法律经济学” (Economics of Law), 亦称“法律的经济分析” (Economic Analysis of Law), 是 20 世纪 50 ~ 60 年代发展起来的一门经济学与法学交叉的边缘学科, 也是当代西方经济学和当代法学中的一个非常重要的学术流派。由于研究者所持的学科立场及研究视角的不同, 西方法学界一般把这一学术流派称之为“经济分析法学”。经济学家和法学家在“冠名”上的看法分歧, 实际上在一定程度上进一步表明了这门交叉边缘学科在社会科学中所具有的重要地位。当然, 为了淡化“冠名”上的学科倾向, “法和经济学” (Law and Economics) 可能是一个比较中性的学科称谓。事实上, 法律经济学的兴起从来都不是一场学术界的统一运动, 在其发展过程中一直都存在着不同的观点和意见, 这种观点和意见的分歧不仅存在于经济学家和法学家之间, 同样也出现在经济学家内部。鉴于此种学科发展状况, 本章旨在从芝加哥学派的观点来阐述法律经济学的产生与发展、学科的性质与学科的研究范围和研究方法、有关财产、合同和侵权行为的经济分析, 并在此基础上对法律经济学进一步发展的趋势作出初步的描述和分析。

第一节 学科的渊源、形成和发展

现代经济学的前身——古典经济学, 当时被称为“政治经济学”, 是从哲学 (伦理学)、政治学、法学和神学等诸多学科中逐渐分离出来的一门社会科学。在古典经济学的发展过程中, 由于学科形成的历史渊源和学科本身发展的历史使命, 社会制度问题一直是古典经济学家重点关注的研究领域, 其中也大量涉及法律问题。从法国重农学派的魁奈到英国古典经济学家亚当·斯密和大卫·李嘉图, 在这一点上毫无例外。例如, 李嘉图关于分配制度理论问题的研究就涉及英国 19 世纪初有关“谷物法”的立法问题。19 世纪 70 年代后, 随着经济学“边

际革命”的兴起，社会制度问题的研究逐渐被冷落，但在欧洲大陆，仍有德国的历史学派及罗雪尔和李斯特等人，继续在研究社会制度和法律问题。19世纪末至20世纪初，随着以马歇尔为代表的新古典经济学的产生及在欧洲大陆主导地位的确立，经济学取代了政治经济学，资源配置成了经济学的核心问题，社会制度问题被作为研究资源配置问题的一个既定前提搁置在一旁。但是，即使在同一时期中，北美大陆仍存在着与欧洲不同的情景，以凡勃伦和康芒斯等人为代表的美国制度学派经济学家，并没有中断古典经济学有关社会制度及法律问题研究的传统（罗尔，1979）。

此外，由于资本主义经济的发展，尤其是重化工业（石油）、汽车工业和铁路的大发展，从19世纪下半叶开始，在资本主义国家陆续产生了大量的垄断组织，加上20世纪20~30年代世界经济大危机的爆发，导致了英国、美国等国有关反垄断法律的陆续颁布及政府在公共事业领域的干预和产业管制的扩张。因此，在同一时期中，经济学家对于反垄断法和公共事业及产业管制的有关法律研究，实际上仍然在进行。例如，芝加哥大学经济学系和法学院的经济学家，从20世纪30年代开始就没有间断过关于反垄断和产业管制问题的研究。1939年，芝加哥大学法学院在开设了一套包括经济学、会计学和法学的研究课程后，又任命了原经济系教师西蒙作为法学院的第一位经济学教授，开设“公共政策的经济学分析”课程。此后，西蒙又将阿伦·迪雷克特引入法学院，迪雷克特与爱德华·莱维合作开设了有关反托拉斯法的课程。在40年代中期，芝加哥大学还成立了一个研究中心，致力于从事“一个有效率的竞争经济中合适的法律和制度框架的研究”（科斯，1993），从而极大地推进了芝加哥大学法学和经济学学科交叉的研究。一些学者也把在芝加哥大学法学院由西蒙和迪雷克特等人发展起来的理论称为“旧”法律经济学，以区别于50年代以后在芝加哥大学发展起来的“新”法律经济学（Mercuro and Medema, 1997）。

20世纪50年代后期至整个60年代，是法律经济学的初创时期。艾伦·迪雷克特教授在1958年创办了《法和经济学杂志》（*Journal of Law and Economics*，亦译“法律经济学杂志”），罗纳德·科斯教授于1961年发表了《社会成本问题》一文，标志着法律经济学的问世。由于上述有关人和事都发生在美国芝加哥大学，所以，可以认为，芝加哥大学是法律经济学运动的直接源头。

在法律经济学的整个初创时期，法律经济学还不是一门相对独立的学科，法律经济学运动融合在整个新自由主义经济学运动和“经济学帝国主义”扩张运动中。从非主流的角度来看，当时新自由主义经济学的发展呈现出一种多样化的格局，其中包括了以米尔顿·弗里德曼为代表的货币主义学派；以科斯为代表的产

权经济学理论及新制度主义经济学；以詹姆士·布坎南为代表的公共选择理论和加里·贝克尔为代表的非市场行为经济学研究^①。

罗纳德·科斯教授是法律经济学初创时期最重要的代表人物，也是法律经济学的学科创始人，其经典之作《社会成本问题》是法律经济学学科创立的里程碑。科斯在《社会成本问题》一文中，通过对外部性问题独辟蹊径的分析，得出结论：当交易费用为零时，不同的产权界定将不会影响资源配置的结果；反之，当交易费用不为零时，不同的产权界定会导致出现不同的资源配置结果。这就是著名的“科斯定理”。“科斯定理”告诉人们，私人之间的交易在谈判、签约、监督执行过程中会产生相关费用，即交易费用，同一交易过程在不同的法律制度框架中进行时，所涉及的交易费用是不同的，过高的交易费用将对私人交易形成障碍，从而影响资源配置的效率。有效的法律制度安排能够节省私人交易的费用，减少私人谈判达成协议的障碍，有利于资源配置结果的改善。因此，“科斯定理”通过引入“交易费用”这一核心概念，将法律制度安排与资源配置效率两者有机地结合在一起，为运用经济学的理论与方法研究法律问题奠定了基础。

此外，在法律经济学的初创时期，还有两位非常重要的代表人物，一位是阿曼·A·阿尔钦；另一位是戈多·卡拉布雷西。阿尔钦在1961年发表了《关于产权经济学》一文，运用效用理论和最大化方法研究了产权制度问题；卡拉布雷西则在同一年发表了《关于风险分配和侵权法的思考》一文，从经济学的视角比较系统地研究了侵权的法律问题。这两篇论文的研究内容涉及了普通法的两个非常重要的领域——财产法和侵权法，标志着经济学的分析进入了传统上属于法学家的普通法研究的具体领域。

法律经济学在20世纪70~80年代经历了一个蓬勃发展的时期。在这个时期中涌现出许多优秀的代表人物与研究成果，例如：理查德·A·波斯纳与《法律的经济分析》（1973），沃纳·Z·赫希与《法和经济学》（1979），A·米契尔·波林斯基与《法和经济学导论》（1983），罗伯特·考特和托马斯·尤伦与《法和经济学》（1988）。同一时期，有关法律经济学的研究机构和学术刊物也纷纷问世，例如：美国爱默里大学的“法和经济学研究中心”和《法律经济学》杂志、迈阿密大学的“法和经济学研究中心”和《法与政治经济学杂志》、华盛顿大学的《法和经济学研究》杂志以及在纽约出版的《法和经济学国际评论》；

^① 尽管贝克尔本人谦虚地认为他“不是法和经济学领域的专家”。但是许多经济学家和法学家都认为，贝克尔将经济学的分析工具广泛地引入对社会生活诸多领域的研究中，包括刑法、雇佣法和婚姻法的研究中，实际上对法律经济学的形成和发展做出了巨大的贡献。1997年，《芝加哥大学法律评论》编辑部召开的有关法律经济学的圆桌讨论会上，许多学者的发言均证实了这一点。有关内容可参阅 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997.

在英国也成立了“工业法研究会”等机构，仅牛津大学就出版了《工业法杂志》和《法学、经济学与组织研究杂志》。此外，一些著名的大学，例如哈佛大学、芝加哥大学、斯坦福大学、加州大学伯克利分校、牛津大学、约克大学、多伦多大学等，纷纷在法学院、经济学院（系）开设法律经济学课程。一些著名大学的老牌法学杂志，例如《哈佛法学评论》、《耶鲁法学评论》、《哥伦比亚法学评论》、《多伦多大学法律杂志》等，也开始纷纷重视法律经济学的研究，刊登有关法律经济学的研究成果。这一时期，法律经济学由于自身的不断成长，已经开始逐渐从新制度经济学中独立出来，成为一门具有比较完善的理论体系的相对独立的新兴学科。

在法律经济学的蓬勃发展时期，芝加哥大学法学院的理查德·A·波斯纳教授是最为杰出的一位代表人物，他的著作《法律的经济分析》是一部类似于法律经济学“百科全书”的经典作品，这部著作在1973年的出版，标志着法律经济学完整的理论体系的建立。同一时期，随着法律经济学理论研究的不断扩展和深入，法律经济学对立法和司法实践的影响也在不断扩大。例如，美国总统里根在1981年任命了波斯纳、博克和温特等3位在法律经济学方面颇有造诣的法学家为美国联邦上诉法院法官；同年，还通过并颁布了12291号总统令，要求所有新制定政府规章都要符合成本—收益分析的标准（考特和尤伦，1991）。

在1997年芝加哥大学的圆桌会议中，一些学者认为，法律经济学的发展已经对法律教育和法学研究产生了深远的影响。人们通过经济学可以比过去更好地理解法律制度，因为一旦人们揭示出法律中所隐含的经济理论结构，法律的内涵就变得更为简明清晰了。在一些学者看来，经济学分析方法的引入之所以能对法律产生重要的影响，实际上是因为经济学在引入法学领域后，产生了一种反向的运动（类似于把牡蛎植入沙堆中），从而刺激了法学研究。在一定程度上，甚至可以把法学研究的进展看作是法学家对法律经济学的“愤怒的反应”的结果（Barid，1997）。

第二节 学科性质、研究范围与方法

从学科研究的性质来看，法律经济学已明确将自己定位为一门“用经济学阐述法律问题”的学科。用波斯纳的话来说，法律经济学是“将经济学的理论和经验方法全面运用于法律制度分析”的学科。具体地说，法律经济学采用经济学的理论与分析方法，研究特定社会的法律制度、法律关系以及不同法律规则的效

率；其研究的主要目的仅在于“使法律制度原则更清楚地显现出来，而不是改变法律制度”（波斯纳，1997）。根据尼古拉斯·麦考罗和斯蒂文·G·曼德姆的定义，“法和经济学是一门运用经济理论（主要是微观经济学及其福利经济学的基本概念）来分析法律的形成、法律的框架和法律的运作以及法律与法律制度所产生的经济影响的学科”（Mercurio and Medema, 1997）。

从法律经济学的研究范围来看，法律经济学对法律制度问题的研究基本上覆盖了整个法律领域，包括民事、刑事和行政程序；惩罚理论及其实践、立法和管制的理论及其实践；法律的实施和司法管理实践；以及宪法、海事法、法理学等各个方面。但是，法律经济学的研究重点是“普通法的中心内容——财产、合同和侵权”。按照波斯纳的说法，经济学家以前对法律的研究基本局限在反托拉斯法和政府对经济实行公开管制的领域，而法律经济学的研究重点则转向了“并不公开管制的法律领域”（波斯纳，1997）。

从法律经济学的研究方法来看，法律经济学是以“个人理性”及相应的方法论的个人主义作为其研究方法基础，以经济学的“效率”作为核心衡量标准，以“成本—收益”及最大化方法作为基本分析工具，来进行法律问题研究的。加里·贝克尔在谈到法律经济学成功的原因时指出，法律经济学获得成功的重要原因之一就是它很好地运用了三个重要的经济学原则，一是个人效用最大化原则；二是市场出清（供求均衡）原则；三是效率原则^①。W·赫希也曾指出：“尽管并非所有的研究者对法和经济学的研究视角和方法都持有一致的看法，但是，绝大多数的人都认为，新古典主义经济学的分析方法——包括经济理论与计量分析工具——构成了法律和法律制度经济分析的基本特征”（Hirsch, 1999）。这一点，甚至连法律经济学中的非主流学派的学者也看得十分清楚，R·P·麦乐怡就一针见血地说，“法律的经济分析通过对法律规则（Doctrine）进行成本和收益分析及经济效率分析，使我们可以就法律实施的结果得出结论，并对特定的法律安排的社会价值作出评价”（麦乐怡，1999）。

具体地说，与传统的法学研究相比较，法律经济学的研究主要具有如下特征：

1. 方法论个人主义

法律经济学是以方法论个人主义的假定作为其研究基础的。方法论个人主义的核心思想是：社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为研究的基础之上，分析研究对象的基本单元是有理性的个人，并由此假定集体行为是其中个人选择

^① 关于贝克尔对这一问题的详细论述请参阅 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997。

的结果。因此，从法理学的角度来看，法律经济学实质上是研究理性选择行为模式的方法论个人主义法学，或者说，是一种以人的理性全面发展为前提的法学思潮。

由于方法论个人主义同样也是古典经济学研究方法的重要基础，并且在“边际革命”兴起后的新古典主义经济学的发展过程中得到广泛的运用。因此，法律经济学在以方法论个人主义假定作为其研究基础时，同时也就不可避免地借用了与这一方法论相一致的经济学的概念和分析方法，例如“效用”、“效率”、“机会成本”等概念，以及“成本—收益分析”、“均衡分析”、“边际分析”等分析方法。罗伯特·考特和托马斯·尤伦在阐述运用微观经济理论的工具来研究法律问题的理由时指出：“法律所创造的规则对不同种类的行为产生隐含的费用，因而这些规则的后果可当作对这些隐含费用的反应加以分析”，据此，“我们认为诸如最大化、均衡和效率之类的经济概念是解释社会，尤其是解释理性的人们对法律规则的反应行为的基本范畴”（考特和尤伦，1991）。

2. 激励分析

激励分析是现代经济学理论研究经济主体行为的一种重要分析方法，尤其适用于研究分析经济主体的预期行为。在波斯纳看来，传统的英美法学研究主要是考察已经发生的事件及案例，是一种“事后研究”（*ex post approach*），而法律经济学主要从事的是一种“事前研究”（*ex ante approach*），因此，它必须注重分析随法律制度及相关因素变化所产生的预期行为刺激。“对法律经济学家而言，过去只是一种‘沉没了的’成本，他们将法律看成是一种影响未来行为的激励系统。”例如，法律经济学在讨论由于合同条文的不明确所产生的合同履行过程中偶发性风险（损失）分摊问题时，之所以要确立一种规则：把损失分配给能以最低成本承担这种损失风险的一方，其目的就是要通过警告未来的签约双方法院将利用这个规则来分配不履行合同的损失，从而利用这一法院确立的规则来促使未来的签约双方设计出对损失风险作出明确分配的合同，促进经济活动效率的改善。

3. 规范研究与实证研究

规范研究和实证研究分别是经济理论中规范经济学和实证经济学的最基本的分析方法。规范经济学研究的主要问题是“为什么？”，实证经济学研究的主要问题是“是什么？”。在一些学者看来，法律经济学既然是一门运用经济学的方法来研究法律问题的学科，那么，它同样也可以分成两个部分：一是所谓规范的研究，即运用经济学来研究最优的或最有效率的法律规则的制定问题；二是所谓实证的研究，即运用经济学来研究现实中法律规则的实际效果问题。

在法律经济学的规范研究中，其最大的特点就是确立和突出法律的经济分析中的“效率”标准，即以效率为标准来研究在一定社会制度中法律的制定和实施问题。在一些法律经济学家看来，传统法学研究所强调和重视的是“公平”、“正义”，而这一类概念本身的含义往往是模糊不清的，同时，在非常多的情形下，经济学的分析都可以得出与法律分析相同的结论，所以，可以用“经济效率”去取代“正义”之类的传统法律概念，甚至可以将法律转为经济学。

从具体的效率标准来看，法律经济学在研究中所运用的经济效率标准，主要的并不是“帕累托最优”，而是“卡尔多—希克斯”意义上的效率标准（Kaldor - Hicks efficiency）。按照这一效率标准，在社会的资源配置过程中，如果那些从资源重新配置过程中获得利益的人，只要其所增加的利益足以补偿（并不要求必须实际补偿）在同一资源重新配置过程中受到损失的人的利益，那么，这种资源配置就是有效率的。法律经济学的规范研究之所以要确立的这种经济效率标准，主要原因在于，“帕累托最优”往往只能适用于市场中的自愿交易场合，而在许多社会活动中，法律规定的权利是无法在市场上交易的，或者是无法通过市场自愿交易来转换的。

在法律经济学的研究中，实证研究最适合用来分析法律的效果问题，或者说，实证经济学的分析方法最适合于研究法律的“效果评估”问题，包括对法律的效能做定性的研究和定量的分析。法律经济学运用实证研究来分析预测各种可供选择的法律制度安排的效果，目的是为了更好地说明，法律的实际效果与人们对该项法律预期的效果是否一致，或是在多大程度是一致的。实证研究在法律经济学中的运用，不仅促进了法律经济学研究的“模型化”和研究的“精确化”，而且使得法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析问题研究取得了极大的进展。

第三节 财产、合同和侵权行为的经济理论

如前所述，法律经济学的一个非常重要的特征就是将经济学的理论与方法运用来分析普通法，包括财产法、合同法和侵权行为法。因此，这一部分的主要内容将着重介绍法律经济学有关财产、合同和侵权行为的经济理论。

1. 财产的经济理论

从法律的观点来看，财产是“一组权力”，这些权力描述了一个人对其所有的资源可以做些什么，不可以做些什么，包括对资源的占有、使用、改变、馈

赠、转让和阻止他人的侵犯等。或者说，“财产的法律概念就是一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的关于资源的权力”（考特和尤伦，1991）。

法律经济学有关财产的经济理论，主要集中在关于财产法的四个基本问题上，即：①私人可以拥有什么财产？②所有权是怎样建立起来的？③所有者如何合法地处置其财产？④如何保护产权？如何赔偿对产权的侵犯？

法律经济学是依据微观经济学有关私人产品和公共产品的区别来分析和回答“私人可以拥有什么财产”这一问题的。由于私人产品具有个人排他使用的特点，或者说，在消费上具有对抗性，因此，对具有私人产品特性的资源建立和履行所有权（私人财产权）的成本比较低，而通过建立所有权所带来的利用资源的效率将会提高。例如，土地（无论是耕地或者牧场）的使用是具有对抗性的，如果不建立土地的私人财产权，则将会出现“公地的悲剧”，损害了土地资源配置的效率，而土地的私人所有权的确立，将对土地所有者产生一种有效利用土地资源的激励，从而有利于改善土地资源配置的效率。

对于“所有权是怎样建立起来的”这一问题，法律经济学是根据自愿交换的谈判理论和博弈论的研究方法来进行分析的。经济学的谈判理论表明，自愿交换的利益基础在于，交换的参与双方都有可能通过交换来增加各自的利益，或者说，交换将带来一种“合作剩余”。所有权的建立可以被看作是一种通过谈判来建立起一组有关资源配置及资源配置结果分配的“社会契约”的过程，只要有关建立所有权的谈判成本及所有权的建立和运作成本小于所有权的建立所带来的资源配置改善的收益，并且这种收益能够合理地分配于有关谈判各方，所有权的建立就自然而然地作为谈判的结果出现。法律经济学在研究所有权建立问题时，提出了两个非常重要的财产法原则：第一个原则被称为“规范的霍布斯定理”，即建立法律以使私人协议失败造成的损害达到最小；第二个原则被命题为“规范的科斯定理”，即建立法律以消除私人协议的障碍。这两个财产法原则从不同的角度说明了建立所有权的目的是有助于私人的谈判从而促进资源配置的改善。

对于“所有者如何合法地处置其财产”和“如何保护产权及赔偿对产权的侵犯”这两个问题，法律经济学主要是根据经济学的外部性概念来加以分析的。首先，所有者在利用其财产时，不能因为其利用财产的行为而导致出强加给别人一种非自愿成本的结果，或者说，损害了别人的利益。如果说出现了这种损害，也就是侵犯了他人的财产。其次，当产权受到侵犯时，法律对侵权行为的制裁必须视对产权的侵犯的不同性质而采取不同的措施。具体地说，当对产权的侵犯是一种“私害”（指只对极少数人的损害）时，应该选择禁令这种衡平赔偿；当对产权的侵犯是一种“公害”（指会对许多人造成损害）时，则应该选择损失赔偿

(或货币赔偿)这种法律赔偿。法律经济学有关“私害”适用于衡平赔偿和“公害”适用于法律赔偿的研究结论,也是以“科斯定理”作为其分析基础的,其核心思想是产权的保护也必须考虑交易费用,法律的实施必须以改善资源配置效率为目标。

2. 合同的经济理论

法律经济学中有关合同的经济理论在利用经济学的理论及研究方法考察了法学经典的合同理论(交易的合同理论)的基础上,试图来回答以下三个问题:①合同法的目的是什么?②应该履行什么样的合同?③如何对合同执行过程中的违约给予补救?

根据法律经济学的分析,可以依据交易所需要的时间,将社会经济活动中的交易区分为瞬时交易和缓期交易。缓期交易是一种承诺交易,从承诺的做出到承诺的实现之间存在着一段完成交易所需要的时间,因此,承诺交易一定涉及未来,承诺意味着约束交易参与人的未来的行动。因为承诺交易涉及未来,所以会出现不确定性及风险问题,也会更容易出现信息的不对称问题。合同是完成承诺交易的一个重要手段,所以合同的订立必须考虑到承诺交易中的两个重要的问题——分配由不确定性所造成的风险损失和促进信息交流的顺畅,从而有助于交易双方顺利达成交换目的。相应地,合同法的目的就是“通过强制履行承诺帮助人们实现他们的私人目标”,而有关合同的经济理论的研究重点则是如何通过人们所达成的自愿协议来促进人们对私人目标的追求(考特和尤伦,1991)。

既然合同法的目的是通过强制人们履行承诺来帮助人们实现他们的私人目标,那么,什么样的合同(承诺)应该是按其条款严格履行的呢?法律并不是不加区别地强制人们履行合同,而是强制人们履行有效率的合同。从帕累托效率的角度看,如果一份合同经过修改有可能在双方不受损的条件下至少使一方受益,那么原来的合同就是无效率的;反之,如果不可能出现上述合同修改的结果,那么该份合同就是有效率的。从另一个角度来看,有效率的合同也就是一份完备的合同,合同的经济理论把“完备的合同定义为假如可强制履行,那就能理想地适应实现立约人和受约人目标的一种承诺”(考特和尤伦,1991)。合同的经济理论的研究表明,一份完备合同的订立需要满足两个基本的条件:一是合同的订立者必须具备个人的理性;二是签订合同的环境必须是一个类似完全竞争的环境。

有关完备合同的经济理论为法律经济学研究由于个人理性和市场环境的缺陷所造成的合同纠纷的法律问题提供了一种新的理论基础。例如,当在合同的执行过程中出现违约时,原告会对被告(违约方)提出起诉,被告则可能会提出辩解。被告的辩解可以分成两类:一是“立约抗辩”,即被告声称在合同订立时就

存在不正常的因素，使得合同不完备，妨碍了合同的合法性；二是“履约抗辩”，即被告声称在准备执行合同的过程中出现了意外的情况，导致他无法履行合同。被告抗辩的目的自然是要求法院免除其合同义务。在这种情况下，法院根据效率的原则，将依据合同是否完备的有关标准，来判定违约方所提出的抗辩理由是否能够成立，并以此来作出是否应该免除违约方合同义务的判决。如果合同是完备的，法院可能会判决违约方赔偿违约受害者所承受的实际损害，即违约补救的“法律救济”（亦称“法律补救”）；法院也可能会判决违约方履行合同义务，即违约补救的“特定履行”（亦称“衡平补救”）。

3. 侵权行为的经济理论

根据传统的法学理论，侵权是一种给他人造成损害的失职行为，构成侵权行为的要素主要有：①被告对原告没有履行法定的责任，被告的行为有“过失”；②原告受到了伤害，且这种伤害是可估量的伤害；③被告的“过失”是原告遭受伤害的近因或直接原因。法律经济学的侵权行为的经济理论，在传统的法学侵权理论的基础上，进一步表明，侵权是一种给他人造成损害的失职行为，且对这一种行为的后果，受害人无法通过求助事先的合同来解决赔偿问题。根据经济效率标准和交易费用理论，侵权行为的发生往往是“始料不及”的，因此，就侵权的伤害及赔偿在事先进行谈判并缔结合同是不可能的，或者说，谈判的成本将是非常昂贵的。以交通事故这一类侵权行为为例，就不可能通过行人和司机事先谈判订立合同来解决侵权行为的责任及赔偿问题。

侵权行为发生后，首先要解决的是侵权的责任问题。侵权的责任问题大致可以分为两类：一是“严格责任原则”；二是“疏忽原则”。严格责任是指只要发生侵权行为，施害人无论如何都必须对受害人所遭受的伤害完全负责；疏忽原则是指施害人在侵权行为中的责任与一定的法定标准有关，施害人的行为在参照法定标准时，施害人可能负完全责任，也可能只负部分责任，也可能不负任何责任。侵权行为的经济分析表明，之所以在发生侵权的场合不能一律运用“严格责任原则”，原因在于这样做的社会成本将大于社会收益，从而使得许多有益的社会活动（包括生产活动）成为不可能，结果是降低了社会的总体福利。

当“疏忽原则”是不可缺少时，与此相关的法定标准或法定预防标准的确定就成了一个关键的问题。法学界和经济学界已广为接受的有关侵权行为法的规范性效率目标是卡拉布雷西提出来的，即：侵权责任原则的构成应该能使预防费用、事故费用（损失）和行政费用减少到最低限度。据此，法定预防标准的确立原则是：法定预防标准应确定在使社会成本最小化的标准上。设 W 为单位预防成本， X 为预防标准或程度量，则 WX 为预防成本，且是 X 的增函数；同时设

$p(X)$ 是侵权行为发生的概率, A 是侵权所造成的潜在受害人的损失费用, 则 $p(X)A$ 为可能发生的侵权行为的损害费用, 且是 X 的减函数; 据此, 可以得到侵权行为的社会成本 (SC) 公式:

$$SC = WX + p(X)A$$

最佳的法定预防标准确定必须使得社会成本最小化, 即:

$$SC' = W + p'(X)A$$

或者

$$W = -p'(X)A$$

上述方程表明, 当侵权行为预防的边际成本 (W) 等于预防的边际收益 ($p'(X)A$, 可理解为预防所避免的边际损害费用) 时, 所确定的法定预防标准的社会成本达到最小化。利用上述方程即可解出最佳的法定预防标准 (或法定预防程度量) X^* 。

当侵权的责任明确后, 下一个问题就是侵权的赔偿问题。法律经济学的侵权行为的经济理论在“亨德法则”的基础上, 运用经济学的理论与分析方法讨论了侵权的赔偿问题。侵权行为的经济理论认为, 无论是补偿性损害赔偿金的确定, 还是惩罚性损害赔偿金的确定, 都必须考虑到一个重要的效率原则, 即通过损害赔偿把侵权行为所造成的外部损害内部化, 以促使人们注意遵守法定预防标准, 或通过增加故意侵权行为的预期成本来减少各类侵权行为的发生。

第四节 90 年代的研究进展及趋势

1997 年,《芝加哥大学法律评论》杂志编辑部召开了一场“圆桌研讨会”, 芝加哥大学经济学系、法学院和商学院的一些著名学者, 例如罗纳德·科斯、加里·贝克尔、默顿·米勒、理查德·波斯纳、理查德·爱泼斯坦等参加了会议。《芝加哥大学法律评论》在 1997 年秋季号以《法和经济学的未来与展望》为标题, 发表了圆桌研讨会的讨论内容; 同时, 还发表了理查德·爱泼斯坦的一篇题为《法和经济学: 辉煌过去和迷惘的未来》的文章。

圆桌讨论会由理查德·爱泼斯坦主持, 会议围绕着主持人所提出的两大问题展开讨论: 一是在法律经济学的理论和实践中取得了哪些最重要的成就? 最令人失望或主要的失败又在何处? 二是在法律经济学中还有哪些前景看好的值得进一步研究的重要问题? 应该利用何种方法——数理模型或经验实证——来研究这类问题? 与会学者的基本看法是, 法律经济学运动在总体上已经取得了巨大的成