

# ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW

Selected Readings

## 法律经济学文献 精 选

*Donald A. Wittman*

【美】唐纳德·A.威特曼 编

苏力 等译



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法律经济学文献精选/[美]威特曼(编);苏力等译.  
—北京:法律出版社,2005.11

(法律经济学丛书)

书名原文:Economic Analysis of the Law-Selected  
Readings

ISBN 7-5036-5900-9

I.法… II.①威…②苏… III.法律—经济学—  
文献—汇编 IV.D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第123304号

©法律出版社·中国

责任编辑/高山王坚

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/16 字数/394千

版本/2006年1月第1版

印次/2006年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5900-9/D·5617 定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 中译本序

法律的经济分析进入中国大陆法学界已有 20 年历史了。<sup>[1]</sup> 从一个令人可疑的理念,<sup>[2]</sup> 到简单的人物和学派介绍及批判,<sup>[3]</sup> 再到比较完整的教科书以及相关专著的翻译,<sup>[4]</sup> 如

[1] 有人凭着“法经济学”这个词就认为,中国大陆第一篇介绍法律经济学理论的文章是西南政法大学钟明钊教授与顾培东研究员发表于《法学季刊》1983 年第 2 期的《马克思主义法的理论基础与法经济学的建立》。但这篇文章其实只是提出了这个词,主张法学与马克思主义政治经济学的结合,与作为一个学术传统的法律经济学的分析其实并没有什么关系。从学术传统的层面上看,1985~1986 年间是法经济学进入中国大陆的时间。钟明钊、顾培东:“西方法经济学评介”,载《法学季刊》1985 年第 1 期;信春鹰:“美国的经济分析法学派”,载《法学研究》1986 年第 3 期;以及波斯纳:“刑法的经济学理论”,载《法学译丛》1986 年第 4 期。有关的回顾研究,可参看野马、王小卫:“法和经济学”引进中国大陆之略考”载 <http://lib.swupl.edu.cn/system/faxuebbs/bbs/dispbbs.asp?boardid=48&id=719>。

[2] 钟明钊、顾培东:“马克思主义法的理论基础与法经济学的建立”,载《法学季刊》1983 年第 2 期。

[3] 比较系统的介绍,同时予以批判的有,张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社 1991 年版;沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版;吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民公安大学出版社 1993 年版;以及张乃根:《当代西方法哲学主要流派》,复旦大学出版社 1993 年版。

[4] 主要的教科书或之类的著作有:罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军译,上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版;理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 1997 年版;皮特·纽曼主编《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》,许明月等译,法律出版社 2003 年版。一些重要的法律经济学著作有,道格拉斯·G. 拜尔、罗伯特·H. 格特纳、兰德尔·C. 皮克:《法律的博弈分析》,严旭阳译,法律出版社 1999 年版;理查德·A. 波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2002 年版;埃里克·A. 波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社 2004 年版;大卫·D. 弗里德曼:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社 2004 年版;斯蒂文·萨维尔:《事故法的经济分析》,翟继光译,北京大学出版社 2004 年版;弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,张建伟,罗培新译,北京大学出版社 2005 年版;威廉·兰德斯、理查德·波斯纳:《知识产权法经济学结构》,金海军译,北京大学出版社 2005 年版等。波斯纳的其他著作也都大量涉及法律经济学的分析。

今,法经济学作为一个学派已经得到了法学界的承认。进入20世纪90年代,无论是在经济学界(往往以新制度经济学的名义)还是法学界,自觉或不自觉的法经济学研究者的数量都在日益增多。<sup>[5]</sup> 尽管也有一些并不了解法律经济学的学者提出了更多是基于直觉的质疑和批判,甚至有人就此撰写了所谓的专著,<sup>[6]</sup> 但“青山遮不住,毕竟东流去”,法律经济学的思路和方法已经不再是一个词,它已经成为一个重要的法学研究的进路,是讨论许多具体的部门法问题甚至法学理论问题不可缺少的最重要的工具之一。而且它仍在发展;它的行情也在看涨。<sup>[7]</sup>

但是,必须承认,法律经济学分析在当代中国法学界的进展还不够快,不仅像样的独立实证研究很稀少,甚至总体上不能跟随国外这一学科的最新发展。其中的重要原因之一,就是由于学术的传统,也由于学科的划分,在今日中国法学界占主导地位的学者对经济学基本原理普遍缺乏实在的了解和把握。这种状况需要一代人的时间才可能有根本的改观。

为此,翻译此书就不是多余的。尽管已经有多种法律经济学教科书和专著翻译出版了,这本书却有几个好处。第一,它汇集了法律经济学的一些经典文献;第二,它涉猎了很多法律部门以及一些准法律的领域,因此让读者看到了广泛运用法律经济学分析的可能;第三,由于编者的工作,本书汇集的论文虽大都不再完整,但

---

[5] 例如,张维迎:“法律制度的信誉基础”,载《经济研究》2002年第1期;张维迎、邓峰:“信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释”,载《中国社会科学》2003年第3期;王成:《侵权损害赔偿的经济分析》,中国人民大学出版社2002年版;魏建、黄立君、李振宇:《法经济学》,人民出版社2004年版;张建伟:《转型、变法与比较法律经济学:本土化语境中法律经济学理论思维空间的拓展》,北京大学出版社2004年版;黄文平、王则柯:《侵权行为的经济分析》,中国政法大学出版社2005年版。

[6] 例如,林立:《波斯纳与法律经济分析》,上海三联书店2005年版。

[7] 可参见,Carl Sunstein ed., Behavioral Law and Economics, Cambridge University Press, 2000; 理查德·波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版。

却可以说保留了其精华部分。对于希望了解法律经济学分析的读者来说,仅此三点就节省了大量的信息费用。

我喜欢并提倡法律经济学。但不认为法律经济学代表了法律的真谛,也不相信有什么可以替代具体分析研究法律问题的、一通百通法学的真谛。<sup>[8]</sup> 尽管如此,法律经济学无疑可以帮助我们从一个特定角度系统理解法律以及其他与制度相关的领域;<sup>[9]</sup> 它有其他任何研究都难以替代的优点,包括它的简洁、经验主义和务实。即使它的一些研究结论错了,或者是如今很有点帝国主义,我们也不应在了解之前就拒绝它。我们无法预先知道哪一条路通向真理,如果还有通向真理的道路的话;因此,任何选择都应当由读者和研究者在尝试之后作出,而不是由学者越俎代庖,扮演一个思想检查者的角色;而对于任何一个社会来说,更多的选项只会给我们更多的自由,激发更多的想象,尽管自由也会有成本。

本书是一本由诸多学者在不同年代撰写的论文集粹,因此,本书的翻译没有必要,也就没有由一人承担。这加快了产出,对读者是一种收益;却也会为此支付代价,例如某些专业术语译名不统一之类的问题,译本也就因此省略了原著的索引。对此,“没有最好,只有更好”,这句新飞冰箱的广告词可以作为自我安慰,同时也再一次提醒我们生活中经济学的无处不在。

苏 力

2005年9月24日于北大法学院

[8] 理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,引论。

[9] 例如,理查德·波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版(分析了家庭、婚姻和性);《衰老与年龄》,周云译,中国政法大学出版社2003年版(分析了老人和老龄化);《公共知识分子》,徐昕译,中国政法大学出版社2003年版(分析了公共知识分子);埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版(分析了农业社会的社会规范);埃里克·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版(分析了多种社会规范);Richard A. Posner, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, 2004(分析了灾难)。我也曾将之运用于分析学术著作之翻译,苏力:“集体翻译中的制度问题”,载《法律书评》2003年第1期。

## 编者序

本文选的指导原则是为读者提供一个法律经济学分析的坚实基础。我选择了一些对于读者既符合直觉也很有趣的论文。

大多数发表的论文都是为学界同仁撰写的。这意味着经济学论文通常充满了形式化的数学,有时只有经济学家同仁们才会喜欢它。在这一文选中,我一般谢绝了这样的论文。并且当我选用了——有少数例外——最初有数学公式的论文之际,我也删去了其中的数学部分。作为对数学的一种替代,文选中的论文提供了相当程度的经济学直觉。通过这种方式,读者可以把直觉运用于本书未涵盖的其他领域。此外,我还删去了原文大约 75%。这不仅使本书定价降低  $3/4$ ,而且使读者能集中关注其精华。我认为,论文太长,学生一般就只会浏览,而不是努力地深入研读。原文针对的读者一般是不同的,那都是该领域的研究者。我努力删减这些论文,为了使它们更针对学生。

对于经济学专业的学生,这一文选提供了一个暂停,不用看中级微观经济学课本中表述的枯燥理论。这里的理论表述比无休止地练习等成本曲线以及其他要生动得多。

对于法学学生,这一文选创造了对法律的一个整体看法。这与法学院形成对比,在法学院,侵权、合同以及公司法等都完全是作为分离的领域处理的,各自有自己的逻辑。

我为每篇文章都提供了论文撰写的背景和语境。通过这种方式,本文选就不仅仅是没有明显联系的系列论文,而是一门更融贯的课程。为了有动力,我还收入了一些讨论争议问题的论文。

## 2 法律经济学文献精选

法律经济学入门读本通常有大量敌视经济学的材料。这一文选并不如此。我假定的是,阅读本书的人是想了解经济学分析可能如何解说法律而不是要听一些反对经济学理论的陈词滥调。

文选中有一位诺贝尔奖获得者的作品,还有其他在法律经济学中非常有影响的作者的作品。我希望每个读者都能从这些文章中收获很多。而我正是如此。

我感谢切瑞尔·范·德维尔(Cheryl Van de Veer)和佐·索迪亚(Zoe Sodja)的艰苦努力,把作品原文转为文本形式。尽管有光学阅读器帮助,但这也不是一项轻易的工作。

## 致 谢

编者和出版商都非常感谢下列作者和机构,感谢他们允许重印这些版权作品。

Coase, Ronald (1960) “The Problem of Social Cost”, 2 *Journal of Law and Economics*, 2—144. © 1960 by The University of Chicago.

Cooter, Robert (1982) “The Cost of Coase”, 11 *Journal of Legal Studies* 1—29. © 1982 by The University of Chicago.

Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed (1972) “Property Rules, a Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, 85 *Harvard Law Review* 1089—1128. © 1972 by the Harvard Law Review Association.

Brown, John P. (1998) “Economic Theory of liability Rules”, in Peter Newman (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave Macmillan: London. Reproduced with permission of Palgrave.

Cooter, Robert (1985) “Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution”, 73 *California Law Review* 1—45. © 1985 by the California Law Review, Inc. Reprinted by permission of the University of California, Berkeley.

Wittman, Donald (1998) “Coming to the Nuisance”, in Peter Newman (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and*



*the Law*, Palgrave Macmillan: Landon, Reproduced with permission of Palgrave.

Shavell, Steven (1984) "Liability for Harm versus Regulation of Safety", 13 *Journal of Legal Studies* 357—374. © 1984 by The University Chicago.

Kronman, Anthony T. (1978) "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts", 7 *Journal of Legal Studies* 35—64. © 1978 by The University of Chicago.

Landes, William M. and Ricahrd Posner (1989) "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 *Journal of Legal Studies* 325—363. © 1989 By The University of Chicago.

Hansmann, Henry and Marina Santilli (1997) "Authors 'and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and economic Analysis", 26 *Journal of Legal Studies* 95—143. © 1997 by The University of Chicago.

Priest, George L. (1981) "A Theory of the Consumer Porduct Warranty", 90 *Yale Law Journal* 1297—1352. Reprinted by permission of The Yale Law Journal Company and William S. Hein Company.

Polinsky, A. Mitechell (1987) "Fixed Price versus Spot Price Contracts: A Study in Ricsk Allocation", 3 *Journal of Law, Economics, and Organization* 27—46. Reprinted by permission of Oxford University Press.

Rubin, Paul H. (1978) "The Theory of the Firm and the Stucture of the Franchise Contract", 21 *Journal of Law and Economics* 223—233. © 1978 by The University of Chicago.

Klein, Benjamin (1980) "Transaction Cost Determination of 'Unfair' Contractual Arrangements", 70 *American Economic Association Papers and Proceedings*, 356—362. Reprinted by permis-

sion of the American Economic Association.

Woodward, Susan E. (1985) "Limited Liability in the Theory of the Firm", 141 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 601—611.

Jensen, Michael C. and William H. Mechling (1976) "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", 3 *Journal of Financial Economics* 305—360. Reprinted with permission from Elsevier Science.

Winter, Ralph K., Jr. (1977) "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", 6 *Journal of Legal Studies* 251. © 1977 by The University of Chicago.

Easterbrook, Frank H. and Daniel R. Fischel (1981) "The Proper Role of A Target's Management in Responding to a Tender Offer", 94 *Harvard Law Review* 1161—1204. © 1981 by the Harvard Law Review Association.

Carlton, Dennis W. and Daniel R. Fischel (1983) "The Regulation of Insider Trading", 35 *Stanford Law Review*, 857—895. Permission conveyed through Copyright Clearance Center, Inc.

Baird, Douglas G. and Thomas H. Jackson (1984) "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy", 51 *University of Chicago Law Review* 97—130. Reprinted with permission.

Landes, Elisabeth M. and Richard A. Posner (1978) "The Economics of the Baby Shortage", 7 *Journal of Legal Studies* 323—348. © 1978 by The University of Chicago.

Prihard, J. Robert S. (1984) "A Market for Babies", 34 *University of Toronto Law Journal* 341—357. Reprinted by permission of University of Toronto Press Incorporated.

Cohen, Lloyd (1987) “marriage, Divorce and Quasi-rents: Or, I Gave Him the Best Years of My Life”, 16 *Journal of Legal Studies* 267—303. © 1987 by The University of Chicago.

Becker, Gary S. (1968) “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169—217. © 1968 by The University of Chicago.

Posner, Richard A. (1993) “Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract”, 141 *University of Pennsylvania Law Review* 1817—1848. Reprinted with permission.

Baily, Martin J. (1992) “Approximate Optimality of Aboriginal Property Rights”, 35 *Journal of Law and Economics* 183—198. © 1992 by The University of Chicago.

Ellickson, Robert C. (1993) “Property in Land”, 102 *Yale Law Journal* 1315—1400. Reprinted by permission of the Yale Law Journal Company and William S. Hein Company.

Wittman, Donald (1982) “Efficient Rules of Thumb in Highway Safety and Sports Activity”, 72 *American Economic Review* 78—90. Reprinted by permission of the American Economic Association.

Brinig, Margaret F. (1990) “Rings and Promises”, 6 *Journal of Law, Economics, and Organization* 203—215. Reprinted by permission of Oxford University Press.

上述论文如有任何错误或忽略,出版者均为之抱歉,并对任何指正表示感谢,本书将在下一版或重印中予以修正。

# 目 录

中译本序  
编者序  
致谢

## 第一编 科斯定理

第一章 社会成本问题.....	3
编者引言 .....	3
一、应予考察的问题 .....	4
二、问题的相互性 .....	4
三、损害赔偿责任的定价制度 .....	5
四、无损害赔偿责任的定价制度 .....	8
五、这个问题的再例证 .....	10
六、考虑到市场交易的费用 .....	13
七、权利的法律界定和经济学问题 .....	16
第二章 科斯的费用.....	18
编者引言 .....	18
导论 .....	19
议价问题 .....	20
结论 .....	24

## 第二编 财产权利、责任规则和规制

<b>第三章 财产规则、责任规则与不可让渡性：“大教堂”的 一幅景观</b> .....	29
编者引言 .....	29
一、导论.....	31
二、法授权利的设置 .....	34
三、保护和规制法授权利的规则 .....	36
四、本文的理论框架与污染控制规则 .....	42
五、本文的理论框架与刑事制裁 .....	48
<b>第四章 责任规则的经济学理论</b> .....	51
编者引言 .....	51
应用领域：适用于侵权法而非契约法的经济学 .....	52
预防措施的经济性 .....	53
对预防措施的集中控制 .....	54
在责任规则下由两方控制的情形 .....	56
责任规则 .....	56
改变行为的数量 .....	61
其他评论 .....	62
<b>第五章 整合侵权、合同和财产法：防范模式</b> .....	64
编者引言 .....	64
防范模式 .....	66
概括与总结 .....	79
<b>第六章 关于法律侵扰</b> .....	81
编者引言 .....	81
一、情况一：土地特征已事先确定 .....	84
二、情况二：土地特征取决于首用者 .....	85
三、情况三：土地特征由后到方决定 .....	86

四、情况四：土地特征由后到方决定，但他本不该在那儿 .....	89
五、扩展 .....	90
<b>第七章 损害赔偿责任制或安全规制 .....</b>	<b>91</b>
编者引言 .....	91
一、导论 .....	92
二、决定责任与安全规制相对可欲性的理论因素 .....	93
三、主要通过责任控制的行为：典型侵权 .....	100
四、受特别规制的活动 .....	103
五、总结性评论 .....	106

### 第三编 知识财产

<b>第八章 错误、披露、信息与合同法 .....</b>	<b>111</b>
编者引言 .....	111
导论 .....	112
一、错误与风险分配 .....	113
二、信息生产与披露义务 .....	117
三、单方错误与披露义务 .....	127
结论 .....	127
<b>第九章 版权法的经济分析 .....</b>	<b>129</b>
编者引言 .....	129
一、版权经济学基础 .....	131
二、适用 .....	138
<b>第十章 作家和艺术家的道德权利：一个比较视角的法律经济学分析 .....</b>	<b>150</b>
编者引言 .....	150
一、导论 .....	151
二、作品完整权 .....	153
七、结论 .....	170

## 第四编 合同与质保

<b>第十一章 消费者产品质保理论一种</b> .....	173
编者引言 .....	173
一、剥削理论与信号理论对于保证条款的影响 .....	175
二、投资理论对于质保条款的解释 .....	179
三、对理论的经验考察 .....	183
结论 .....	185
<b>第十二章 固定价格与现货价格合同：一种关于风险分     配的研究</b> .....	186
编者引言 .....	186
一、导论 .....	187
二、归纳评论 .....	190
<b>第十三章 企业理论与特许经营合同结构</b> .....	192
编者引言 .....	192
一、导论 .....	193
二、制度结构 .....	194
三、对于特许经营的资本市场解说 .....	195
四、一种替代解说 .....	196
五、其他争议 .....	200
六、总结 .....	202
<b>第十四章 交易费用决定“不公平”的合约安排</b> .....	203
编者引言 .....	203
一、“敲竹杠”(Hold-up)问题 .....	205
二、合同解决方法 .....	207
三、“不公平”的合同条款 .....	209
四、不平等的议价力量 .....	212
五、结论 .....	214

<b>第十五章 合同理论的法律经济学分析</b> .....	216
编者引言 .....	216
一、导论.....	217
二、强制执行承诺 .....	218
三、国家提供规则完善合同的功能 .....	221
四、信息强制的规则 .....	226
五、完善合同的非经济学方法 .....	227
六、结论.....	228

## 第五编 公司 and 公司融资

<b>第十六章 公司理论中的有限责任</b> .....	231
编者引言 .....	231
一、风险转移何时不成争点 .....	234
二、股东扩展责任的费用 .....	235
三、限制责任的费用 .....	238
四、有限责任与侵权债权人 .....	242
五、结论.....	243
<b>第十七章 公司理论:管理行为、代理费用和所有权结构</b> .....	245
编者引言 .....	245
一、导论和摘要 .....	247
二、外部权益的代理费用 .....	252
三、关于公司形式的几个未解 .....	257
四、债务的代理费用 .....	260
五、一种公司所有权结构理论 .....	264
七、结论.....	266
<b>第十八章 州法、股东保护及公司理论</b> .....	267
编者引言 .....	267
一、问题.....	268



二、特拉华州的“底线竞争”和资本市场 .....	270
三、公司理论:产品竞争就是管理控制和管理裁量的市场 .....	278
四、法律在公司治理中的适当角色 .....	282
总结和结论 .....	288
<b>第十九章 回应收购要约中目标公司管理层的适当角色</b> .....	291
编者引言 .....	291
一、防御策略与股东福利 .....	293
二、支持目标公司管理层采取抵抗策略的论证 .....	301
<b>第二十章 内幕交易的规制</b> .....	305
编者引言 .....	305
一、内幕交易与科斯定理 .....	308
二、为何公司想把宝贵信息之产权配置给管理者而非股东 .....	310
三、反对内幕交易的论辩 .....	313
四、限制内幕交易的法律规则 .....	317
五、总结和结论 .....	319
<b>第二十一章 公司重组与多样所有权益之处置:对破产 中充分保护抵押债权人的一个评论</b> .....	322
编者引言 .....	322
一、所有权益多样化的问题 .....	324
二、担保债权人的州法权利 .....	329
三、破产与担保债权人 .....	330
四、担保债权人与公司重组不确定性的费用 .....	333
五、破产政策和破产法典 .....	335
结论 .....	337

## 第六编 家庭法

<b>第二十二章 婴儿短缺的经济分析</b> .....	341
编者引言 .....	341