

Economic Analysis of Law

# 法律的经济分析

钱弘道 著

清华大学出版社

# 法律的经济分析

钱弘道 著

清华大学出版社  
北京



# 序 言

## 构架符合中国法律特色的经济分析法学

本书 17 个主题基本上围绕法律的经济分析展开讨论,代表我近年来对法律的经济分析的部分思考。

我试图构架符合中国法律特色的经济分析法学。虽然有点不自量力,但多少会有些推动。毕竟,把肇始于英美法系重镇美国的经济分析法学嫁接到中国,是需要那么一批人付出艰辛才能使它转型。在学习探索过程中,我认识到有一些问题是基础并且是关键的。诸如一个主要理论基础——制度经济学,一个前提假设——人是理性最大化者,一个科斯定理,两项基本工具——供给需求分析和成本收益分析,三个分析角度——马克思主义经济分析角度、市场经济的制度基础角度、微观经济学角度,四个基本概念——交易成本、最大化、均衡和效率等。我正是围绕上述问题展开研究的。

一、经济分析法学的主要理论基础是制度经济学。新制度经济学以制度作为其研究对象,以交易成本为核心范畴,分析和论证制度性质、制度存在的必要性以及合理制度的标志。以科斯、布坎南、贝克尔、斯蒂格勒和诺斯等为代表的新制度经济学家形成“诺贝尔境界”(分别获诺贝尔经济学奖)。法律制度能够引起经济学研究高度重视的关键就在于人类经济发展的历史充分证明,对经济增长起决定作用的是制度性因素而非技术性因素。从凡勃伦传统到康芒斯的交易概念,再到科斯的交易成本和科斯定理,经济分析法学奠定了雄厚的理论基础。

二、经济分析方法应用于法律等非市场问题研究的一个重要前提,是假设它们具有与市场问题相似的属性,假设存在着一个与经济市场相似的法律市场。法律市场同经济市场一样,存在着理性人对最大化的追求,存在不同主体的竞争,存在资源分配、交换关系、交易成本,

存在供给和需求、成本与收益的关系,存在效率价值目标取向。

在传统的法学理论中,法律的分析主要以法律上的“公正性”或“正义性”为前提和标准。经济分析法学的研究方法是经济学的方法论,主要是微观经济学,立论的前提和价值判断标准是经济学的前提和标准,即效率或效用最大化。经济分析研究的是理性行为,理性行为是用有效率的手段追求一贯的目的。从理论上而言,凡是理性的东西都可以用经济分析的方法来加以分析和解释。法律是理性的,因此,经济学是用来研究懂得法律或操纵法律的所有人行为的合适工具,法官、律师理应合理行事,并要因为不合理的做法受到批评;普通公民一般以理性的方式对待法律规则或制度。经济学的概念和模型对解释法律和立法制度、司法是有用的。经济分析通过成本、收益的计算,以效率为价值,经过收益、成本的差额比较来确定最有效率的行为方式或制度模式。

基于人是一个理性最大化者(rational maximizer)的基本假设,可推出三项基本经济学原理:一是需求规律;二是消费者效用(幸福、欢乐、满足)最大化的假设;三是自愿的市场交换总会使资源得到最有效率的使用。运用上述一条核心假设和三项基本原理可以对法律现象进行广泛而卓有成效的分析。这些分析最终可以简化为两个主要的命题:经济思考总是在司法裁定过程中起着重要的作用,即使这种作用不太明显甚至是鲜为人知;法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。

三、市场经济能有序运行,其关键正在价格,价格由市场上的供求决定。因此,抓住供给与需求这两个因素,对市场经济的运行就可以作出科学解释。国家机关生产供给法律,不同于市场上的企业以自身赢利为目的的生产活动,国家机关的收入不是像市场主体那样来自于出售产品的价格收入,而是通过非市场渠道,即来自于税收等非价格性渠道。当然,通过供给法律而得到的秩序和安全也在收益之列。法律需求根源于主体期望获取最大的“潜在利润”。如果按照原有的制度安排或行为模式,社会资源的配置没有达到帕雷托最优状态,而改变资源的配置方式将更有效率,这时我们说,原有的制度安排存在“潜在利润”。

成本是竞争的供给曲线背后的关键因素。更确切地说,供给取决

于增加的或“边际”的成本。法律成本是整个法律动态运行过程中所付出的代价。法律收益,是指通过法律对权利、义务、责任的确认、分配、救济,促进实现社会资源的最佳配置,满足法律主体的最大需要和利益。成本和收益分析已被广泛应用于政府行为、法律制度、诉讼程序的分析中,而且成绩斐然。

四、广义的律的经济分析应当包括宏观和微观、规范和实证的分析。经济决定法律是马克思主义法理学的精髓和基石,法治是市场经济的制度基础,效率是法律改革的目标,三者有机统一,可以构成律的经济分析的宏观和微观样式。

马克思弥补了古典经济学代表人物亚当·斯密在对法律进行经济分析过程中遗漏的相关制度问题。但马克思主义的经济分析把生产组织看成社会和政治结构中的决定因素,它更强调物质产品、生产过程和结果,强调资产阶级同工人阶级的矛盾、一个阶级对另一个阶级的普遍压迫。马克思的经济基础与上层建筑两个概念是一种哲学范畴,强调的是政治法律活动与社会经济生产方式的统一性和同构,为我们研究社会经济政治法律提供了一套工具。

关于市场经济的制度基础的分析是经济决定法律原理对具体经济模式和具体领域的分析运用。市场经济条件下法制的形成得益于两个历史条件:一是破除了专制权力;二是法制具有普遍性和神圣性。专制权力没有破除,其相应的经济是“权力经济”;法律不具有普遍性,公民就会遭受政府的任意监护之害。作为现代市场经济一种体制性的、根本性的游戏规则就是基于法治的规则。

对法律的规范经济分析来讲,效率是目的,是衡量一切法律乃至所有公共政策适当与否的根本标准。法律的实证分析是以经济学常用的方法(如微观经济学中的函数)对法律进行定量分析。实证分析具有明显的技术性和具体性,它将具体的法律与经济问题数量化,使律的经济分析更加精确,比规范分析具有更强的实用价值和操作性。用实证分析来预测可选择的法律效果,往往显示一项法律的实证经济分析效果与非经济学家所希望的效果相距甚远甚至是背道而驰。在经济分析法学产生之前,法学研究一般是定性的。传统法学家由于缺乏统计学、

经济学方面的训练,不能用详尽的实际统计资料来讨论法律效果问题。法律的规范性经济分析和实证经济分析即定性分析与定量分析相结合,两者相得益彰,将促进法学研究的发展。

五、交易成本、最大化、均衡和效率是法律的经济分析中涉及的最基本的概念。没有交易成本概念就不会有法律的经济分析。科斯对经济学理论的贡献,主要是因为他提出了一个“交易成本”概念。科斯的交易成本理论表明:在一个零交易成本世界里,不论如何选择法规、配置资源,只要交易自由,总会产生高效率的结果;而在现实交易成本存在的情况下,能使交易成本影响最小化的法律是最适当的法律。最大化、经济人是对法律进行经济分析的前提假设。均衡分析是分析决策人之间关系的基本方法,博弈论是分析法律等非市场制度和非充分竞争市场的恰当工具。效率是法律的经济分析的最后指向。“效率”或“最优”指的是这样一种状态,当任何偏离该状态的方案都不可能使一部分人受益而其他人不受损,这就是帕雷托准则。帕雷托效率是理想的目标。实践中往往是依据“卡尔多—希克斯”效率标准,即受益者的得益必须大于受害者的损失,并不需要受益者实际赔偿受害者。只要受益者有这个能力并虚拟地补偿受害者损失之后,还有一定的获益,这就增加了社会财富总量,社会资源的配置也是有效率的。效率原理在法律安排中,有两个作用是根本的:一是国家是否运用法律手段干预经济生活必须依据效率;二是权利保护方法的确定应当依据效率原理。

六、经济分析已广泛应用于各个法律领域。立法官员和受制于法律的人们的理性行为有多大范围,对法律的经济分析就有多大范围。事实上,法律的经济分析发展到今天,法理学、立法学、法律史学、宪法、行政法、犯罪与刑罚、民商法、诉讼法、公司法、金融法、侵权法、合同法、产品责任法、环境保护法、家庭婚姻法、税法、知识产权法、国际贸易法和反托拉斯法等几乎各个领域都受益于经济分析的方法或受到经济分析方法的冲击。因此,各个部门法的经济分析的发展才真正是这门新兴学科发展的关键,这就需要一种通力合作。

七、法律的经济分析存在着不足。人们受到传统观念中一些固有价值的约束和规范,这些价值和规范扎根于思想和分析方法的长期传

统之中,尤其是扎根于伦理和政治哲学中,这些东西本身并不是经济学的组成部分。经济分析方法本身是不完全的。在经济学中,对于纯粹的经济问题,已发展出一整套的方法,但对于传统、文化、信仰、伦理、道德和秩序等问题的分析尚不完备。经济分析尚不能足够地考虑非经济动机。经济分析在实现合理性的同时,却增加了行为或活动的不确定性。当事人在行动时对自己行为的合法性是不明确的。法律规则的作用之一是提高行为的可预测性,降低对合法性认识的不确定性。如果行为规则随价格的改变而自由波动,那么其大部分用处将大打折扣或完全消失。

八、法律的经济分析尽管存在这样那样的不足,却具有极为广阔而深远的发展潜力。

自近代以来,平等价值成为社会正义和法律正义的核心和主要内容。但是,现代社会由于生产力和经济的发展,市场优势地位和垄断现象逐渐增多,这就威胁到平等的基础:自由选择和自由竞争。垄断所导致的形式平等与实质平等的分离使法律的平等价值发生了分裂,产生了法律体系的价值紊乱,因此就需要有一种新的价值来取代,那就是效率。效率成为法律价值的组成部分,成为法律分析和解释的目的或意图,而效率的解释必须依赖于经济分析。正是在这个基础上,法律的经济分析在法律分析中的作用不可低估。

效率分析方法提供了理解法律的新框架。在相当多的情况下,立法机关和司法机关应当是根据效率来分配权利和义务的。这种思想路线和分析框架很值得我们借鉴。中国的经济体制改革,归根结底是通过政府与企业、企业与企业、企业与职工、职工与职工之间权利和义务的分配和再分配,使权利和义务及其界限最优化,以最大限度地提高经济效率。我们的立法和执法工作应当适应这种改革,把效率作为分配权利和义务的基本标准。为此,加强对经济分析法学的研究,吸收其合理成分,用效率来补充或改造我们的法律理论,是完全必要的。

近年来,中国经济学界掀起了一股新制度经济学热,无论是新制度经济学方面的译著,还是运用新制度经济学的有关概念方法分析中国当前经济问题的论文都不断面世,这足见新制度经济学对中国经济学



界的影响。在新制度经济学的启发之下,人们已开始尝试从产权、委托—代理关系、制度变迁乃至比较制度分析等不同角度来探讨经济体制改革,所涉及的论题包括国有企业改革、非国有企业发展、农村改革、中央政府与地方政府的关系、改革的路径选择及改革战略等诸多方面。

法律的经济分析已经给法学家带来了深刻的影响。法律的经济分析无疑为分析法律制度和法律现象提供了极为有意义的新思路。

钱弘道

2005年4月1日

于桂林至北京途中

# 目 录

序言 构架符合中国法律特色的经济分析法学 .....	I
第一篇 游刃于法学和经济学之间 .....	1
一、从成本概念谈起 .....	1
二、制度经济学和法律经济学 .....	4
三、法律经济学的基本问题 .....	8
四、经济分析的一些具体运用 .....	16
第二篇 法律经济学的理论基础 .....	21
一、制度概念及其在经济学中的地位 .....	21
二、老制度经济学——凡勃伦传统和康芒斯的交易概念 .....	27
三、新制度经济学——交易成本和科斯定理 .....	33
四、法律经济学:理论和实践的意义 .....	39
第三篇 法律经济学和中国法律改革、未来中国法学 .....	45
一、国际法学界已掀起一场法律经济学运动 .....	45
二、法律经济学提供了一套与传统法学迥然不同的 分析方法 .....	48
三、均衡是法律经济学和中国法律改革的共同要求 .....	50
四、效率是法律经济学和中国法律改革的共同目标 .....	52
五、法律经济学在中国的发展趋势和若干建议 .....	53
第四篇 关于对法律进行经济分析的三个角度 .....	58
一、从法律与经济的一般辩证关系分析 .....	58
二、从市场经济的制度基础角度分析 .....	63

三、从微观经济学角度分析 .....	67
<b>第五篇 经济分析法学的几个基本概念阐释 .....</b>	<b>73</b>
一、交易成本 .....	73
二、最大化 .....	77
三、均衡 .....	81
四、效率 .....	89
<b>第六篇 法律的经济分析工具 .....</b>	<b>96</b>
一、法律市场假设 .....	96
二、法律的供给—需求分析 .....	102
三、法律的成本—收益分析 .....	108
<b>第七篇 若干法律领域的经济分析探要 .....</b>	<b>121</b>
一、立法的经济分析 .....	121
二、宪法的经济分析 .....	122
三、财产法的经济分析 .....	125
四、合同法的经济分析 .....	126
五、侵权法的经济分析 .....	128
六、犯罪和刑罚的经济分析 .....	129
七、公司法的经济分析 .....	131
八、反托拉斯法的经济分析 .....	132
九、金融市场法的经济分析 .....	133
十、家庭法的经济分析 .....	135
十一、诉讼法的经济分析 .....	136
<b>第八篇 从市场经济到有限政府的必然逻辑 .....</b>	<b>139</b>
一、公共选择的启示:宪制选择和有限政府 .....	139
二、中国的实践:从市场经济到有限政府 .....	144
三、保护产权:现代宪政和有限政府的必然要求 .....	149

---

第九篇 司法改革的几点经济思考	154
一、司法制度资源配置	154
二、诉讼程序效率	155
三、执行效率	158
第十篇 论司法效率	160
一、如何理解效率和司法效率	160
二、为什么司法改革要把效率作为目标	164
三、怎样实现司法改革的效率目标	167
结语	171
第十一篇 执行改革的经济分析	173
一、执行效率要求有效配置执行资源	173
二、制度安排是提高执行效率的关键	177
三、成本—收益分析是执行效率的基本分析工具	186
四、结论	191
第十二篇 关于促进中小企业发展的政策法律思考	193
一、中小企业发展的金融政策法律支持	193
二、对中小企业实行税收优惠的法律支持	204
三、加快反垄断立法,保护中小企业发展	206
四、及时修改《公司法》、《中小企业促进法》等 相关法律法规	210
第十三篇 民营资本参与国企改革的若干问题	213
一、政府行为缺少规制、服务不到位是民营资本参 与国企改革的严重障碍	214
二、缺少公开、公平、透明的产权交易体系,民营资本参 与国企改革将加大阻力	216

---

三、相关法律和体制不完善,将直接影响民营资本参与 与国企改革的进程 .....	220
<b>第十四篇 生态环境保护的经济分析</b> .....	226
一、生态环境和外部不经济性 .....	226
二、生态环境保护和政府干预 .....	229
三、生态环境的保护和法律安排 .....	234
<b>第十五篇 经济分析法学的是与非</b> .....	240
一、“劫富济贫” .....	240
二、“两面镜子的神话” .....	242
三、“真理的火焰” .....	244
四、正确的态度 .....	247
<b>第十六篇 法学研究方法的一场革命</b> .....	251
<b>第十七篇 法律的经济分析方法评判</b> .....	256
一、对传统法学研究分析方法的替代 .....	256
二、与马克思主义经济分析法的比较 .....	265
三、经济学对其他学科的“侵略” .....	271
四、对中国理论与实践的影响 .....	280
五、不可回避的缺陷、局限及困惑 .....	284
<b>附录 A 效率与公正:做蛋糕与分蛋糕</b> .....	297
<b>附录 B 在法学和经济学之间</b> .....	303
<b>后记 人不是机器</b> .....	307

## 第一篇 游刃于法学和经济学之间<sup>①</sup>

今天我要给大家讲的题目是《游刃于法学和经济学之间》。对这个题目可以有两种理解：一是如何在法学和经济学之间融会贯通自己的知识；二是在法学和经济学之间，是否可以找到一种互相渗透的分析方法。前一种主要是知识的架构问题，后一种则是研究方法的相互运用问题。我们今天的讲座主要侧重于第二个方面。

### 一、从成本概念谈起

在座的各位大多数没有学过经济学，那么我们就从成本概念谈起。

成本是竞争供给背后的关键因素。成本在经济学中的重要性是由于一个深刻的原因：企业所决定的某种物品生产与销售的数量取决于该物品的价格与成本。更确切地说，供给取决于增加的或“边际”的成本。如果一个学生能在经济学课程中真正理解成本以及成本的所有方面，那么这门课程就算学得像回事了。

我们在座的每个人都可以看作个人企业。你来学习，你就是在投入成本。你投入成本是为了将来获取收益，这种收益可能是可预期的，也可能是不可预期的。如果你拿不到硕士或者博士学位，将来在社会上谋职，一些政府机关或者企业就不肯录用你，这样你的预期收益就不能实现，个人效用就得不到最大化了。

这里，我们要理解一个交易成本的概念。交易成本是与人打交道的成本。我们可以把中国社会科学院比作一个企业，中国社会科学院是一个具有著名品牌的大集团企业，它由各个相对独立运作的企

---

<sup>①</sup> 本文系作者在中国社会科学院研究生院所作的“法学前沿讲座”。

业——各个研究所组成。同学们之所以选择这里，很大的原因是冲着它的著名品牌来的。但是，它却不是一个十分理想、称心如意的企业，它可能不完全适合于培养学生。因为作为一个企业，它要尽量减少它的交易成本，但我觉得社科院的老师和学生之间的交往、交流并不方便，导师在离研究生院很远的地方上班、居住，师生见面的次数很少，这样双方进行交流的交易成本不小。研究生院相对独立，也相对孤立，不像北大、清华，将本科、硕士生、博士生以及各种设施全都集中在校园里，这样，获取信息的成本就相对小。另外，我们研究生院的环境不好，就一个院子，面积不大，给人一种沉闷的感觉，不像北大未名湖那样有诗情画意，不像浙江大学有美丽的西湖作依傍。我们研究生院的学生要去趟颐和园都不是很容易的事，路太远，交通太拥挤，成本太大。大家知道，读书的确是要环境的。中国古代的书院都是建在风景很美的地方，如白鹿洞书院在庐山脚下，岳麓书院背靠岳麓山，面临湘江，嵩阳书院在底蕴很足的嵩山，武夷书院在风景那边独好的武夷山。读书思考需要安静的心灵，而研究生院外面隆隆的汽车声让我们觉得烦躁不安。读书人要天天用脑，烦躁时间一长，就可能会神经衰弱。这样，势必加大学习成本，降低学习效率。因此，社科院作为一个教育产业领域的企业来讲，并不是一个非常理想的企业。因为交易成本相对较大、缺少一个很好的企业环境，因此不利于研究人员工作和学生学习。通过从成本、企业环境角度来理解社科院，对成本、交易成本概念就有一个较好的把握了。

另外，还有一个机会成本的概念。大家都是来拿硕士、博士学位的，现在坐在这个教室里读硕士、博士，就放弃了做其他事情的可能。例如，放弃了赚钱、做官或者出国的机会，这样就存在巨大的机会成本。机会成本是微观经济学最基本的概念之一。机会成本是由于将资源使用于某一方面而不能用于其他方面时所放弃的收益。当被迫对稀缺物品作出选择时，我们都要付出机会成本。一项决策的机会成本是另一种可得到的最好决策的价值。

我们生活在一个存在稀缺性的世界中。我们的欲望总是超过了能用于满足欲望的资源，这就是稀缺性。我们的经济活动就是解决欲望

无限性和资源有限性之间的矛盾。我们每个人都有很好的计划、很远的理想,为此,我们每个人在夜以继日地奋斗。但是,我们的时间和精力是稀缺的、有限的,这就构成了矛盾。于是,我们就必须进行选择,学会有效配置自己的资源。我们要选择不去满足哪些愿望,为的是满足更好的愿望。我们要选择先去满足哪些愿望,后满足哪些愿望。最近,我一直在考虑自己时间和精力的配置是否科学。也就是说,我在进行选择。我们最大的资本就是自己的身体,配置得当就可以得到好的收益,如果配置不当则可能收益低下,甚至可能中途破产。我们要衡量自己,扬长避短,就像企业一样。我们的长处和弱点是什么,从事什么职业的研究最可能有大作为,必须权衡。如果是从事学术研究,就要考虑主要知识积累是什么,这一生从事什么样方向的研究最可能有成就。如果个人的长处是与人交流协调、组织管理、领导别人,那么做官可能是最好的。如果父母已经有一个庞大的企业需要你接棒,或者你来自温州、广州这种商业城市,你可能先天具有经商办企业的潜能,那么你可以选择做生意办企业。扬长避短,企业如此,个人也是如此。

我以自己为例。就我个人的精力配置而言,我先读法学,从中国法律制度到西方法哲学,然后我又选择了经济学,研究投资银行。在北大读完博士、完成博士后研究之后,到法学所,用了多年时间,把法学和经济学结合起来,进行法律经济学或者叫经济分析法学的研究。这些年,我还做了一些风险投资的理论研究和实务工作。这些年我个人的精力配置是否得当?是否产生了好的收益?我不知道,没有也不可能有精确的计算。但有一点是确切的,那就是,这些年来不同学科知识的横贯与交汇使得我在选择职业方面相当自由,我可以做学术研究,也可以去开公司,可以做法律经济学方面的研究,也可以做其他专业方向的研究。更重要的是,我发现法学和经济学之间没有界限。这就是跨学科的学习研究所带来的益处。因此,我在此声明,对于学生来说,最好的学习方法就是跳出自己的专业领域去学习其他专业的知识,如学习法学的要读哲学名著、学习历史的要读法学著作、学习哲学的要读经济学基本知识等。你会发现,每门学科都是相通的。这样,你所掌握的就不仅仅是一个专业的东西了,知识结构也相应变成了立体的。一只再俊



青蛙跳出井底所看到的天空,也比始终呆在井底的绝顶聪明的青蛙所看到的天空宽阔。这些年我收获最大的就是,我写文章的时候不必拘泥于某一个特殊的领域,我可以左右逢源。所以,我的看法就是,在做到“精”之前,必须是一个知识广博的人。知识好比金字塔,必须要有很宽广的塔基,否则你的知识就会很单一,金字塔建不起来不说,好不容易建起来的“雷锋塔”,也会因为根基不牢固而倾塌。具有金字塔知识结构的人才是我们这个社会所急需的。另外,我这种精力配置也有让我感到遗憾的地方,那就是我觉得疲于应付,也就是很劳累。首先,我在法学方面驾轻就熟,继续下去会很轻松,而要同时开发经济学潜力就会比较累;其次,我在做理论研究的同时,还得关注实践,往往顾此失彼。读书人的通病就是做学问不错,做实事很差,眼高手低。这个社会需要做事的人。我努力把做学问和做事结合起来,势必很大一部分精力就投放在做事方面,这样我往往觉得精力不够用,觉得很累。人很累,就意味着你的生命质量差,你这个企业运转不良,不是稳健的运行。当累到身体垮了、英年早逝的时候,就意味着你这个企业彻底破产了。所以说,我们最大的资本就是身体,生活不能太累。那么该如何改变呢?从经济学角度讲,就是要选择,要有效配置。第一,做学问的人是不必挂那么多头衔的;第二,专注于自己最擅长的事情。我一直都在琢磨自己最适合写什么风格的文章,也就是考虑如何使产品个性化,形成自己企业产品的特点,如何把个人的企业精神熔铸到自己的产品中去,从自己的文章中体现自己的风格、自己的思想、自己的精神。稀缺的资源只有进行有效的配置后才能产生效率,所以一定要重视资源配置问题。

我刚才的这一番话,已经将本次讲座主题所要涉及的成本、交易成本、机会成本、资源稀缺性、选择、资源配置以及效率给大家做了一个简要的说明。

## 二、制度经济学和法律经济学

我以风险投资为例,来说明制度稀缺和创新问题。目前,风险投资