

波斯纳 与法律经济分析

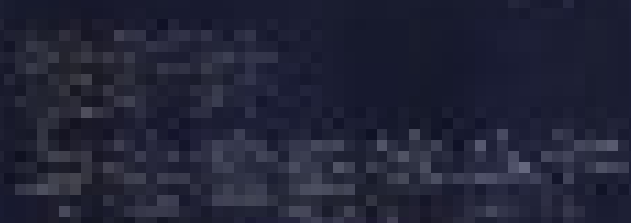
Richard A. Posner &
Law and Economics

林立 著

Richard
A. Posner
&
Law and
Economics



上海三联书店



REVISED EDITION
LAWRENCE FERRELL

THE

Principles of Marketing & Business Law

© 2008 Pearson Education, Inc.

D90-059
L503

波斯纳 与法律经济分析

Richard A. Posner &
Law and Economics

林立 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

波斯纳与法律经济分析/林立著.

—上海:上海三联书店,2005.

ISBN 7-5426-2038-X

I. 波... II. 林... III. 法律—经济学 IV. D90-059

中国版本图书馆(CIP)数据核字(2005)第004578号

波斯纳与法律经济分析

著 者/林立

责任编辑/王笑红

装帧设计/范峤青

监 制/沈 鹰

责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路396弄10号

<http://www.sanlian.com>

E-mail:shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷/华东师范大学印刷厂

版 次/2005年5月第1版

印 次/2005年8月第2次印刷

开 本/890×1240 1/32

字 数/408千字

印 张/16.875

印 数/3001—5000

ISBN7-5426-2038-X

D·87 定价:35.00元

序 言

一股奔騰的当代思潮

从20世纪70年代开始,由法律学者本身来担纲,并以理查德·A·波斯纳为个中翘楚所开展出来的“法律经济分析”这一学术思潮,已经造就了繁荣昌盛的“学术工业”;其影响力宛如一股强大的洪涛,早已由美国的法学院及法庭奔流到千万里之外实施不同法系的众多国度。“如果引证率可以测度影响力,那么当仁不让,波斯纳是在世的最有影响的法学家。”^①就连作为法律经济分析之坚强批判者的德沃金教授,在以忧虑的眼光看待这一趋势时,也不得不承认:“这种常常被称为‘对法律的经济学探讨进路’之态度,已经将一大部分美国法学教育变成其殖民地了。”^②

在我国大陆地区,法学界对研究波斯纳学说所投入的研究热忱,以及至今已呈现出来的丰硕且高度之成果,在中国学习与接受

① 引自朱苏力,《波斯纳文丛》总译序,北京2001年, XII页。

② Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Massachusetts), 1985, p. 4.

西方法学思想的历史中,应堪称是盛况空前的!这个现象,本书贤明的读者们必然都是学术界的硕彦或洋溢着求知若渴精神的学子,早已亲身观察体触到,自然毋需笔者再多赘言。

对于法律经济分析此一思维方式的滥觞、沿革等等这些背景知识,在波斯纳诸著作的中文翻译本中,以及既有的介绍法律经济分析思想的中文著作中,翻译或著作的专家学者,已经提供了精辟详细的介绍;包括对波斯纳法官之生平行述,也有极为流畅生动的描写。

前辈们所完成的,其实是最困难、也是建树最大的工作,令我敬佩不已。他们的心血已经为中文世界中有心致力于法律经济分析研究者奠定了有利的基础,也引起了广泛的研究兴趣,相信未来中国的法学界对此议题的探索,一定会更加兴盛蓬勃。

对于这样一个影响全世界数十亿人民生命的学说,我们不能不投注以深深关切的目光、给予谨慎的伦理学反省,因为其思想的价值观有可能影响无数的立法者、法官、检察官、律师、国家行政人才;而其丝毫之思维举措,都将影响无数人民的权利与生存福祉。因此,笔者实在是因为关心人性尊严保护的殷切动机,才不揣固陋,尝试对波斯纳的思想做一个介绍及反省,并且希望本着综合维特根斯坦所创建的语言分析哲学的精神,对其论述行文做抽丝剥茧的分析工作、探求其真义之后,再给予评价,就算是在中国对波斯纳学说从事研究反省的时代历程中,尽一己绵薄之力,做一点抛砖引玉的工作。期待能引发大家对法律经济分析思潮思索的兴趣,并殷切盼望未来贤明诸君的高见能使笔者获得教益,则甚幸矣。

阅读本书的辅助及感谢

笔者对法理学有兴趣、思考其问题,并曾将反省所得写成过多

篇文章发表。在本书的探讨之中经常会触及的诸问题,有许多笔者已经在以前发表的论文中试图依一己反省所得的看法加以说明并回答;在本书中探讨问题时,笔者也经常会指涉到这些文章。为了读者查阅参考上方便,笔者亦希望未来尽可能将这些论文搜集起来,以论文集的方式出版成书;可惜目前尚未能有机会实现;不过,归功于现代科技,在网站上也可以找到这些文章了,而若有部分较新的文章尚未被收录在网站上,也欢迎诸君以 E-mail(taiwan37@ms37.hinet.net)向笔者索取,自当敬奉。

另外,我要对过去从事法律经济分析研究的学术界前辈们再次表达佩服与尊敬之意。“前人种树、后人乘凉”,是人类代代相传中不断出现的现象;然而笔者作为后辈在享受方便舒适之际,焉能忘怀前人筚路蓝缕辛苦耕耘之功;就像我的先祖来自福建漳州府诏安县五都田埔乡,于乾隆年间来台,世代务农,过了不知道多少劳苦且卑微的生命岁月,最后,到家父与我这两代人才终于有读书的机会。而我当然也深深感谢上海三联书店愿意出版拙著,让这本书成为我和大陆的学术同好交谈对话的桥梁。

笔者才疏学浅,所以书中疏误之处在所难免,我对前辈或后起之秀读者们赐予我所期待的指教,以匡余之不逮,也都事先在此表达诚挚的感谢。若又能藉此书广结天下爱好法学思想研究之士,并向大家学习,则又甚幸矣!

最后,要诚恳祝福所有读者们健康愉快、生活幸福。

林 立

2004年春写于淡水暮色中

目 录

导 论

0.1 革新的方法与激起的响应	1
0.1.1 实用主义的方法论	1
0.1.2 批判性的回响	4
0.2 本书的内容纲要	8
0.2.1 经济篇	8
0.2.1.1 波斯纳学说的三大终极难题	11
0.2.1.2 对波斯纳学说三大难题的说明	13
0.2.1.2.1 波斯纳本人对第一个难题的解决策略	18
0.2.1.2.2 波斯纳本人对第二及第三个难题的答复	20
0.2.2 法理学篇	29
0.2.3 法律个案分析篇	30
0.2.4 为伦理价值重新作一个奠基的尝试	32

第一篇 经济学篇

第一章 作为法律经济分析基础的经济原理

1.1 法律与经济学的接轨	39
1.1.1 消费者以有限的资源求取最大满足	45
1.1.2 出售者追求最大获利	49
1.1.2.1 “机会成本”的意义与人之“最大化理性”	49
1.1.2.2 以完全竞争市场阐述人的“最大化理性”	54
1.1.3 在自愿交易下,资源将得到“最佳”(optimum) 之运用	57
1.2 “效用”、“价值”、“效率”的探究	62
1.2.1 效用(Utility)	62
1.2.2 价值(Value)	64
1.2.3 效率(Efficiency)	68
1.2.3.1 政策或裁判决定得与失之正当性基础何在? ——帕雷托与卡尔多-希克斯的原则	70
1.2.3.2 恢宏的计划——以自由市场交易模式全面重构 法律,以求解决政策或裁判决定得与失之正当性 的难题	76
1.2.3.3 对市场效率作为惟一判准的省思——窄化的 视野	81
1.3 对波斯纳将帕雷托原则“金钱化”、“可计量化”之反省	83
1.3.1 帕雷托法则的原意	83
1.3.1.1 福利与金钱的分离与纠结	87
1.3.2 由“唯金钱观”再衍生的视野偏狭	91

1.3.2.1 芝加哥学派与微观经济学意义的扩张	94
1.3.2.2 偏执的深化与固化——纯“科学”的社会改良计划?	97
1.4 帕雷托法则对分配额度的沉默	98
1.5 小结	103

第二章 法律经济分析的肇始与转折

2.1 法律经济分析诞生的背景	105
2.1.1 市场机制的穷尽乃法律介入之始	106
2.1.2 “垄断”作为早期法律经济分析之主题	108
2.1.2.1 人为垄断的问题	109
2.1.2.1.1 垄断与反托拉斯法的吊诡	113
2.1.2.1.2 独占是否一定无“效率”?	115
2.1.2.1.3 对波斯纳关于反托拉斯问题态度之评析	120
2.1.2.1.4 “反托拉斯法”小结	122
2.1.2.2 对“自然垄断”的管制	124
2.2 新的法律经济分析之发轫——科斯与“外部性”	127
2.2.1 “外部性”难解的症结所在	127
2.2.2 解决“外部性”的传统方法	130
2.2.3 以市场自由交易机制解决“外部性”的构想	133
2.2.3.1 “交易成本”的关键角色与“科斯定理”之精神	136
2.2.3.2 法律决定权利归属之迫切性——“法律决定交易成本的高低”	138
2.2.4 “权利相对化”之策略与科斯的“纯经济效率”单面向思维	140
2.2.4.1 “纯经济效率”之思维所导致的忽略弱势者	

生计的后果	142
2.3 新的法律经济分析精神方向的奠定	145

第二篇 法理学篇

第三章 “财富最大化”之权利理论

3.1 伦理学建构的滥觞与构思	151
3.2 对功利主义的批判	153
3.2.1 功利主义效用考量之外延性	154
3.2.1.1 厘清功利主义之效用计算标准	160
3.2.2 功利主义忽略个人权利之致命缺陷	162
3.2.3 效用量化的困难	164
3.2.4 个别行为与种类行为之差别结果	165
3.2.5 波斯纳所瞩目的功利主义之弊病	167
3.3 由批判功利主义来阐明“财富最大化”价值观之优点	169
3.3.1 主观满足感作为请求权基础之不当性	169
3.3.2 “财富最大化”伦理学之生产性	172
3.3.3 “财富最大化”伦理学的权利分配原则	174
3.3.3.1 “财富最大化”尊重个人权利吗?	176
3.3.3.2 无法给予“没有市场价格”的人性尊严一席之地 的学说	181
3.4 对“财富最大化”伦理学的终极基础之探究与批判	183

第四章 由“自愿性”推导出“对自主性的尊重” 作为正当性基础之尝试

4.1 以“自愿性”作为解决卡尔多-希克斯原则意义下抉择

正当性难题的锁钥	187
4.1.1 两种使法律“合同化”的进路	190
4.1.2 侵权行为法如何被视为全民之合同	191
4.1.2.1 利益分歧冲突与“全民合同”的不可能性	194
4.1.2.2 “非全民之合同”乃枉然的尝试——不能解决 卡尔多-希克斯原则意义下的财富增进之正 当性何在的难题	197
4.2 罗尔斯对个人权普遍保障的尝试	200
4.2.1 人之侵犯性与求自保之本质	200
4.2.2 由人性推导出成就社会稳定合作的两个正义原则	203
4.3 罗尔斯与波斯纳基本价值信念的殊异与理论的争执	208
4.3.1 古典自由主义对财富重新分配的典型批评	208
4.3.2 终极信念之殊异与两种学说的不可共量性	211
4.3.3 学说正当性之检验在于各自体系内部的终极 价值判准.....	215
4.3.4 “财富最大化”作为正当性基础的困难性与脆弱性	218

第三篇 法律个案分析篇

第五章 财产法

5.1 财产权的意义	225
5.1.1 财产达成有效率使用的两大条件	227
5.1.2 财产权的必然受限——相互干扰的不可避免性.....	228
5.1.2.1 在“不兼容使用”之中求取效率的方法	229

5.1.3 正义的损失,抑或同时又伴随“财富”的损失?	237
5.1.3.1 无力对“没有市场行情的价值”事物的评价	239
5.1.3.2 纯经济思考下的人道困局与妥协的限度	241
5.1.3.3 纯经济思考下的人道困局与案例	243
5.1.4 政策工具性司法下的权利保护之危机	247
5.2 民法的效率思维	249
5.3 知识产权	251
5.3.1 保护知识产权的意义	252
5.3.1.1 专利权	252
5.3.1.2 商业秘密的保护	255
5.3.1.3 著作权	257
5.3.1.4 商标权	259

第六章 合同法

6.1 合同的意义——自愿交易保证双赢	261
6.1.1 克服实现合同理想的两个障碍	262
6.1.1.1 机会主义	262
6.1.1.2 偶然	264
6.1.1.2.1 以普遍保险的方式克服偶然性——合同法的 新理念	265
6.1.1.2.2 新理念的困难与私法自治的解决可能性	267
6.2 波斯纳体系中“财富最大化”与“个人权利”的永恒冲突 	268
6.2.1 “财富最大化”的实值目的之提出造成两种价值 并存之矛盾	268
6.2.2 为了“财富最大化”而规避法律的方法	270

6.2.3 法律安定性的破灭及个人既有法定权利保护的 丧亡	275
6.2.4 “财富最大化”作为最高价值破坏私法自治	276
6.3 违约之下的效率考量	278
6.3.1 选择最适的损害赔偿方式	279
6.3.1.1 “求偿范围限制”的法学问题	282
6.4 “约因”(Consideration)的经济效率分析	285
6.4.1 “约因”的意义	285
6.4.2 对“约因”所加诸的限制之规避	289
6.4.3 “约因”尚存的意义之省思	291
 第七章 侵权行为法	
7.1 对“汉德公式”的再省思与厘清	295
7.1.1 “过失”作为归责的基础	296
7.1.2 “汉德公式”符合经济学意义的效率吗?	298
7.1.3 “边际汉德公式”的提出及检验反省	301
7.1.3.1 边际效用思想的困境与他种出路	310
7.2 无过失责任制度下的产品责任	312
7.2.1 商品生产与交易的改变以及消费者保护	312
7.2.2 无过失责任的必要性	314
7.2.3 无过失责任的“客观归责”问题	315
7.2.4 无过失责任下的厂商抗辩的经济后果	321
7.2.5 无过失责任下的经济后果	324
7.2.5.1 无过失责任下的司法成本	326
7.2.6 无过失责任经济效率估算的困难	327
7.2.7 无过失责任与公平正义	328
7.3 基于普遍保险的社会安全制度之建立——侵权行为法	

之终结?	329
7.3.1 侵权行为法对生存权保障之不足	329
7.3.2 责任保险制度及其伦理争议	330
7.3.3 以“无过失补偿”取代侵权行为法	334
7.3.3.1 无过失补偿的公平正义问题	336
7.3.4 终极人道的制度须被奠基于高标准的国民公德	338

第八章 诉讼法

8.1 司法的宗旨是什么——个人权利救济或增进社会财富?	341
8.1.1 法律经济分析的边际效益司法观	341
8.1.2 “社会财富最大化”宗旨下什么叫做“误判”?	345
8.1.2.1 在个人权利救济的目的之外添加“增加社会 财富”的实质目的而造成错乱.....	346
8.1.2.2 信仰“社会总体利益”而漠视个人权利的理论	347
8.1.3 对诉讼本质的彻底误解——人民走入法庭的目的 是什么?	349
8.1.3.1 以只关心社会财富增减的“局外人”立场企图 指挥诉讼当事人	353
8.2 民事和解的经济效率	354
8.2.1 和解的信息基础	355
8.2.2 信息的获得与促进效率的功能	358
8.2.3 法官的态度为和解正义之前提	359
8.3 认罪协商(Plea Bargaining)	362
8.3.1 认罪协商的以法律基本价值为基础	362

8.3.2 认罪协商的堕落变质	366
8.3.3 思索其他诉讼经济的方法	373
8.3.4 认罪协商的改革及刑事诉讼法的终极目的	375

第九章 刑法

9.1 刑法的本质	377
9.1.1 刑罚必要性的基础	378
9.2 刑罚手段的目的及功效	381
9.2.1 金钱剥夺与生命或自由的剥夺的效果	381
9.3 刑法的多重目的	384
9.3.1 “应报刑论”——罪责与刑罚的对称	385
9.3.2 预防理论——社会政策的工具性考量	388
9.3.2.1 一般预防理论	389
9.3.2.1.1 订立威慑的基准	390
9.3.2.2 个别预防理论	391
9.3.3 纯经济效率意义下的“最佳威慑”及其批判	394
9.4 经济学观点犯罪之基础之反省	398
9.4.1 紧急避险与非金钱性侵害的问题	403
9.5 没有被害人的犯罪？——自愿交易可正当化一切？	404

第十章 宪法基本人权

10.1 人性尊严的“价值”	411
10.2 “证据排除”法则	413
10.2.1 “证据排除”的意义与缘由	413
10.2.2 作为“司法正洁”象征的“证据排除”	421
10.2.3 “证据排除”的受限	422

10.2.4 严格“证据排除”的必要性	424
10.2.5 “法益衡量”在“证据排除”中的正确定位	428
10.3 “缄默权”与“不自证己罪原则”	431
10.3.1 “缄默权”的传播与不同法系的情形	431
10.3.2 对“缄默权”之合理性的激烈争辩	432
10.3.3 “缄默权”的真正意义	434
10.3.3.1 侦查阶段“缄默权”的保护功能	435
10.3.3.2 审判阶段“缄默权”的保护功能	437
10.3.4 人性尊严价值超越经济效率的考量	437
10.4 平等权与“歧视”的经济学	439
10.4.1 平等权的终极性与无上意义	439
10.4.2 歧视的经济学	440
10.4.2.1 歧视的纯粹实证性研究	440
10.4.2.2 纯实证研究对实践的影响	444
10.4.2.3 由实证性研究被过渡到价值判断性的命题 ——以财富正当化歧视?	446
10.4.2.4 对歧视心态的批判	449
10.4.3 对波斯纳“财富最大化”价值观的解析与批判	450
10.4.3.1 科学技术的意识形态兴起及典型学说	450
10.4.3.2 工具理性僭越而为终极、普遍指导性的 实质价值	454
10.4.3.3 技术理性窄化的单维视野为人类生存的危机	460

第四篇 伦理奠基篇

第十一章 一个伦理价值重新奠基的尝试