

本卷要目

专题研究

【刘 辉】

物权法定原则的经济分析

【汪传才】

特许经营合同中不竞争条款研究

【段厚省】

请求权竞合与诉讼标的理论研究

立法问题

【陈 苇 冉启玉】

公共政策中的社会性别

——《婚姻法》的社会性别分析及其立法完善

【陈传法 卓逸群】

宣告失踪与失踪人利益之保护

【李新天 朱琼娟】

未出生者之民法保护探析

域外法

【徐 亮】

美国普通法上隐私权的渊源与流变

【刘信平】

美国侵权法因果关系中的可预见性规则研究

【卓瑞纳·康著 彭学龙译】

知识产权与经济发展：欧美国家的历史经验与教训

商事法

【余晓汉】

关于解决《海商法》中托运人问题的新思考

【肖和保】

保险告知制度：变革中的利益平衡

仲裁问题

【汪祖兴】

挑战与回应：经济全球化背景下我国涉外仲裁制度的缺陷及其完善

——以加入WTO为契机

国际问题

【何其生】

《海牙送达公约》及其实施中的问题

资料

【于海涌】

中国不动产登记法草案（建议稿）



梁慧星 / 主编

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 33

民商法论丛

第33卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第33卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 33

■ 梁慧星 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛.第33卷/梁慧星主编.一北京:法律出版社,2005.7
ISBN 7-5036-5719-7

I.民… II.梁… III.①民法-研究-文集
②商法-研究-文集 IV.D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 070688 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘彦洋 刘 辉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2005年8月第1版

印张/19.625 字数/576千
印次/2005年8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/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

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

书号:ISBN 7-5036-5719-7/D·5436 定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷 首 语

本卷是《民商法论丛》第33卷(2005年第1号)。

【专题研究】栏刊载四篇论文:一是刘辉的《物权法定原则的经济分析》。民法为什么要规定物权法定原则?本文作者通过运用微观经济学、宏观经济学以及福利经济学的方法,得出物权法定原则有利于减少交易中的信息成本并进而促进交易顺利进行的巨大作用。二是汪传才的《特许经营合同中不竞争条款研究》。不竞争条款是特许经营合同最常用的限制性条款,对于保护特许人的利益至关重要,但对受许人却不公平,甚至损害社会公共利益。随着特许经营业的快速发展,这方面的争端日益增长。本文研究不竞争条款,分析其存在价值及在法律上的准确定位。三是税兵的《无居民海岛物权基本问题研究》。无居民海岛系指无常住人口居住的岛屿。我国沿海共有面积在500平方公里以上的海岛6961个,其中,无居民海岛有6528个。无论是从政治、经济还是从军事的角度分析,我国数量众多的无居民海岛都具有重要的战略意义。无居民海岛的利用与开发总是与海洋资源的归属、海洋划界的争端紧密地交织在一起。根据联合国海洋法公约,一个无居民的岛屿或者岩礁能为一个国家带来1550平方公里的领海海域,一个能维持人类居住的岛屿则能够为一个国家带来43万平方公里的管辖海域。可见,茫茫大海上宛若弹丸的无居民海岛承载着维护国家海洋国土安全的重任。但由于立法的滞后,导致“无人海岛无人管”的状况,无居民海岛的所有权归属不明确,炸岛、炸礁、炸山取石及其他严重改变海岛地貌、形态的事件时有发生。更为痛心的是,钓鱼岛、西沙群岛和南沙群岛的一些无居民海岛多年未予重视,致使许多岛礁被邻国占据,造成沉痛的历史教训。因此对无居民海岛物权制度的研究,具有重要理论价

值和现实意义。四是段厚省的《请求权竞合与诉讼标的理论研究》。实体法上的请求权竞合现象,使得传统诉讼标的理论陷入了困境,为此产生种种所谓的新诉讼标的理论。但这些新诉讼标的理论,并未使问题获得圆满解决。本文作者提出三条思路:一是坚持传统诉讼标的理论,以预备的诉的合并来解决请求权竞合问题;二是以诉的声明作为诉讼标的,将请求权作为当事人攻击防御的手段;三是借鉴英美法系以自然的事实作为诉讼标的,请求权同样作为当事人攻击防御的手段。

【立法问题】栏选刊四篇文章。一是陈苇、冉启玉的《公共政策中的社会性别——〈婚姻法〉的社会性别分析及其立法完善》。作者认为,要真正消除男女间的不平等,实现对女性权利的平等保护,在法律的制定中应当具有社会性别视角。本文运用社会性别平等理论来分析婚姻法对男女两性的影响,指出某些形式上的男女平等规定的施行可能给女性带来不利,进而从社会性别平等角度提出完善婚姻法的立法建议。二是陈传法、卓逸群的《宣告失踪与失踪人利益之保护》。我国自1986年的民法通则颁布至今,研究失踪宣告制度的论著甚少,但在有限的论著中已形成两种对立的观点:一是主张仿效法国立法体例,废除宣告失踪制度,而代之以财产代管人制度;二是认为现行宣告失踪制度符合我国国情,仍应予以保留。值此民法典起草之际,本文作者对宣告失踪制度和失踪人利益保护方式作了系统研究,并提出立法建议方案。三是李新天、朱琼娟的《未出生者之民法保护探析》。对于未出生之生命体,法律应否加以保护?怎样进行保护?保护的如何?是制定民法典所必须解决的重要问题。作者认为,应将未出生者与法律中之“人”区分开,同时将“出生”作为未出生者享有权利能力之始点而提前赋予其行使与救济的权利。本文主要从侵权法的角度分析各国强化对未出生者权益保护的趋势,建议我国尽快确立相关法律制度以加强对未出生者之法律保护。四是许光的《基金会创立中的法律问题》。作者认为,在大陆法系财团法人制度之下,基金会的创立采许可制,有最低创立基金的规定,创立程序比较复杂,而英美法系多采登记制或者自由创立制,没有最低创立基金的限制,创立程序相对简单。本文研究财团法人制度下基金会创立的各种法律问题。

【域外法】选刊三篇文章。一是徐亮的《美国普通法上隐私权的渊源与流变》。自民法通则实施以来,有关隐私权受侵害请求精神损害赔偿的案件及所引发的讨论,一直是社会生活中的热点,但学术界关于隐私权的理论研究却仍显薄弱。本文探讨美国普通法上隐私权的渊源与流变,尤其关于隐私权的类型化研究,无疑对我们的理论研究和司法实务有借鉴意义。二是刘信平的《美国侵权法因果关系中的可预见性规则研究》。美国法上的可预见规则,分为合同法上的可预见规则与侵权法上的可预见规则。侵权法上的可预见性规则,是指过失侵权人需要承担侵权责任的损害必须有可预见性,即侵权人只对可预见的损害承担责任,而且要对全部可预见的损害承担责任。可预见性规则之所以成为美国侵权法因果关系的权威理论,其原因在于可预见性规则体现了公平性,而摒弃了直接结果规则的牵强性和不可预见性。可以说,在过失侵权行为案件的审理中,没有哪一个理由能像可预见性那样影响法官的判断。本文作者认为,借鉴美国法可预见规则,可使我国法官在审理存在介入原因的复杂侵权案件中,作出准确统一的判断。三是美国卓瑞纳·康的《知识产权与经济发展:欧美国家的历史经验与教训》,作者是美国缅因州不伦瑞克 Bowdoin College 经济系教授,在文中着重分析欧洲和美国的专利制度和版权制度,并总结其历史经验和教训。本文是作者受英国知识产权委员会的委托完成的,并被该委员会用做编写《知识产权报告》的背景资料,但并不必然代表该委员会的观点。由彭学龙翻译。

【商事法】栏编入三篇文章。一是余晓汉的《关于解决〈海商法〉中托运人问题的新思考》。作者认为,由于受《汉堡规则》的影响,我国海商法第42条第(三)项规定了两种“托运人”,致理论上发生如何识别“托运人”及如何界定“托运人权利义务”的分歧,在司法实践中也出现截然不同的判决,使“托运人”问题成为海商法理论和实践中最尖锐的问题。本文结合司法实践,分析了海商法规定两种“托运人”的必要性,提出删除海商法关于托运人定义的规定,复归于《海牙—维斯比规则》体制的立法建议及司法解释方案。二是肖和保的《保险法告知制度:变革中的利益平衡》。作者认为,保险法设立告知制度,在于补正当事人之间的信息不对称,但在保险实践中逐渐变成保险人限制投保方利益

并排除自己责任的利器,导致保险人与投保人之间的利益失衡。本文分析研究传统告知制度的缺陷及现代保险法告知制度的改革,并提出重建我国保险法告知制度的建议。三是葛文的《人寿保险合同中被保险人信赖利益的构建——以保险法第56条第1款为中心》。我国保险法第56条第1款规定,以死亡为给付保险金条件的合同,未经被保险人书面同意并认可保险金额的,合同无效。此所谓“合同无效”是绝对无效还是相对无效?是一部分无效还是全部无效?属于强制性规范还是任意性规范?“书面同意”的性质及其形式要件是什么?未经“书面同意”是否影响被保险人所“享有”的合同权益?谁对保险合同无效负有注意义务?缔约过失责任应由谁承担及其范围?成为一直困扰审判实践的问题。本文正是针对这些问题的综合判例研究。

【仲裁问题】栏刊载汪祖兴的《挑战与回应:经济全球化背景下我国涉外仲裁制度的缺陷及其完善——以加入WTO为契机》。本文以我国加入WTO为契机,探讨在经济全球化的背景下涉外仲裁制度的一般性要求,包括程序的独立自治性、公开性和运作高效性。并以此为参照指出我国涉外仲裁制度的某些缺陷,最后针对这些缺陷分别从微观角度和宏观角度提出对策。

【国际问题】栏选编两篇文章,一是加拿大凯瑟琳·沃尔希的《应收款融资与冲突法——联合国国际贸易法委员会关于国际贸易中应收款转让公约草案评析》。应收款融资涉及两组合同关系:转让人与债务人之间的原始合同和转让人与受让人之间的转让合同。原始合同与转让合同是独立的,各自受其自体法的约束。但被转让债权的双重性质增加了法律选择问题的复杂性。1992年联合国国际贸易法委员会第25次大会决定把债权转让的问题提上议事日程。经多次讨论,《联合国国际贸易法委员会关于国际贸易中应收款转让公约》(草案)于2001年12月12日获得联合国大会通过,迄今尚未生效。本文作者是加拿大蒙特利尔 McGill 大学法学教授,是负责制定公约的工作组中加拿大代表团的成员之一。本文对公约(草案)中的每一冲突法条文的制定背景作了详细的说明,无疑是很好的学习资料。由王娟翻译。二是何其生的《〈海牙送达公约〉及其实施中的问题》。作者认为,海牙送达公约是

民事诉讼领域最为成功的条约,但该公约在实施中也出现了不少问题,有些问题极具理论探讨价值,对各国司法实践有重要影响。我国是该公约的成员国,公约的每一点变化都会对我国未来的司法实践产生影响。本文广泛结合各国的司法实践,研究海牙送达公约实施中存在的问题,具有重要理论和实践意义。

【资料】栏选刊两份文件。一是《国际船舶保险条款》(01/11/02)。伦敦保险市场是全球最大的保险市场,其 1983 年和 1995 年的船舶保险条款一直统治着海运保险市场。伦敦市场联合船舶保险委员会于 2002 年推出新的船舶保险规则,综合了前两个条款的优点,并弥补了它们的不足,相信不久将取代前两个条款。由郑晓东、姚宏敏翻译。二是《中国不动产登记法草案(建议稿)》。2004 年立法机关重新开始着手物权法草案的讨论修改工作,8 月初召开了物权法草案专家讨论会,10 月人大常委会对物权法草案进行第二次审议,但 12 月的人大常委会却未对物权法草案进行第三次审议。表明原定 2005 年 3 月通过物权法草案的计划已经改变。据说改为在 2006 年 3 月的全国人大大会通过。按照物权法草案(第二次审议稿)的规定,不动产物权变动以“登记”为公示方法。可见不动产登记制度之重要。如果没有一个完整的、科学的不动产登记制度,将来物权法即便颁布实施,也将很难发挥其作用。因此,在物权法之外还应单独制定一个不动产登记法。本建议草案由于海涌起草,是国家社会科学基金项目《不动产登记制度研究》的研究成果。

编者于 2005 年 2 月 15 日

目 录

卷首语	(1)
-----------	-------

【专题研究】

物权法定原则的经济分析	刘 辉(1)
特许经营合同中不竞争条款研究	汪传才(32)
无居民海岛物权基本问题研究	税 兵(55)
请求权竞合与诉讼标的理论研究	段厚省(82)

【立法问题】

公共政策中的社会性别

——《婚姻法》的社会性别分析及其

立法完善	陈 苇 冉启玉(145)
宣告失踪与失踪人利益之保护	陈传法 卓逸群(173)
未出生者之民法保护探析	李新天 朱琼娟(211)
基金会创立中的法律问题	许 光(231)

【域外法】

美国普通法上隐私权的渊源与流变	徐 亮(245)
美国侵权法因果关系中的可预见性规则研究	刘信平(268)
知识产权与经济发展:欧美国家的历史经验与 教训	【美】卓瑞纳·康著 彭学龙译(289)

【商事法】

- 关于解决《海商法》中托运人问题的新思考 余晓汉(359)
保险法告知制度:变革中的利益平衡 肖和保(385)
人寿保险合同中被保险人信赖利益的构建
——以保险法第56条第1款为中心 葛 文(406)

【仲裁问题】

- 挑战与回应:经济全球化背景下我国涉外仲裁
制度的缺陷及其完善
——以加入WTO为契机 汪祖兴(428)

【国际问题】

- 应收款融资与冲突法
——联合国国际贸易法委员会关于国际贸易中
应收款转让公约草案评析
..... 【加】凯瑟琳·沃尔希 王娟译(451)
《海牙送达公约》及其实施中的问题 何其生(487)

【资料】

- 国际船舶保险条款(01/11/02) 郑晓东 姚宏敏译(555)
中国不动产登记法草案(建议稿) 于海涌(582)

专题研究

物权法定原则的经济分析

刘 辉

目 次

- 一、前言
- 二、有关经济分析的一些假设
- 三、对物权法定原则的经济分析
 - (一)从微观经济学看物权法定的影响
 - (二)信息成本和物权法定原则
 - (三)从宏观经济学来考察
- 四、结论与反思

一、前言

罗马法的民法体系采用的是三编制的编撰体系,也即将整个民法体系划分为人、物、诉讼这三编。其中人法和物法是实体法内容,而诉讼法则是程序法。近现代民法体系对法典化也相当重视,^①很多民法典在区分了实体法和程序法的基础上,大体上仍然沿用罗马法《法学阶

^① 虽然在英美法系国家,连民法课程都采用案例教学,但这种方法已经被很多学者批评。英美法系国家如今对法典化也逐渐重视起来。See Shael Herman and David Hoskins, *Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations*, 54 Tul. L. Rev. 987(1980), p. 1034.

梯》的人法和物法划分,将有关人的主体制度、人身权制度和亲属制度归入人法,而将规范财产关系的物权法、债权法以及继承制度^①纳入到物法。《法国民法典》第一编仍然保留了罗马法上的“人法”的称谓,而其第二编和第三编尽管在名称上称为“财产权”和“财产权的取得方法”,但究其实质,不过也是对人们之间通过财产(或者物)而发生的各种关系的调整规范。^②而作为近代民法典代表作(同时也是终结作)的《德国民法典》而言,其对罗马法体例的继承就更加明显。除其运用抽象手段创造出来的总则外,《德国民法典》第二编“债权”、第三编“物权”和第四编“继承”都是有关物法的内容,而第五编亲属法则属于人法内容。其他民法典,如《瑞士民法典》也都或多或少地继承了罗马法体例。^③

不过让我们把焦点移向上面所说的物法。近代民法以债权法和物权法之划分作为其物法体系建构的基本出发点。^④而之所以对传统物法进行如下的划分,其最大的论据就在于债权和物权的划分。近代民

① 对继承制度是否应纳入财产权现今也有很多争议。有人认为继承制度有关人身联系,所以应纳入到人法中。如徐国栋教授主编的《绿色民法典》中,就将继承法全部规定在“第一分编 人身关系法”的“第四分编 继承法”中。参见徐国栋主编:《绿色民法典》,社会科学文献出版社2004年版。这里很清楚地表明了,在《绿色民法典》中,继承法是作为人法的一部分的。而有的学者认为继承制度主要是对被继承人财产的一种分配和调整,所以应纳入到财产法中。See Stephen Jacobson, *Law and Nationalism in Nineteenth-Century Europe: the Case of Catalonia in Comparative Perspective*, 20 *Law & Hist. Rev.* 307 (Summer, 2002), p. 329. 德国民法典即如此。See Robert A. Riegert, the West German Civil Code, Its Origin and Its Contract Provisions, 45 *Tul. L. Rev.* 48 (December, 1970), p. 54.

② 注意,我这里说的是“人们之间通过财产(或者物)而发生的各种关系”,而并非“人们与物发生的各种关系”。因为就权利而言,本是针对人与人之间的关系,而不是人与自然界的关系。Hohfeld认为,每一个对物的权利都可以被视为个人之间的无数的对人权。每一个标准财产权都是作为一束权力,权利人可以对抗其他人。See J. E. Penner, the “Bundle of Rights” Picture of Property, 43 *UCLA Law Review*, p. 712.

③ See Shael Herman and David Hoskins, Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations, 54 *Tul. L. Rev.* 987 (1980), p. 1022.

④ 梁慧星、陈华彬著:《物权法》,法律出版社2003年版,第17~20页。

法严格划分物权法和债权法,原因就在于它严格地区分债权和物权。近代民法认为,物权是针对不特定的多数人的一种消极权利,所以物权法应当采用物权法定原则。而债权是针对特定的少数人的一种积极的权利,所以债权法应当采用契约自由原则。这种区分在历史上有着澄清概念、精密体系的作用。但是,仅仅通过对物权和债权的几个相区别的特征加以阐述,并不能必然得出两者一定就是绝然相对的两项权利的结论,也不能必然得出必须基于此而将物权法和债权法进行绝然划分的理由。

其实在更多的时候,我们看见的是,物权和债权虽然是法律体系的基础制度,但往往却很难说清楚两者的界限。^①就是在宪法(例如美国宪法)中,物权有时也被刻画成具有债权的特征,这样物权法领域可以利用合同法的一些内容。而债权有时则刻画成具有物权的特征,以便利用物权法中的一些制度(例如 the Taking Clauses)。^②这样的结果就造成在现实案件中,究竟是应将当下出现的权利归入物权法以物权法定等原则来进行评价,还是将其归入债权法以契约自由等原则来进行评判的问题始终会悬在法官头上,尤其是当法官们在遇见一种对于他们并不熟悉的权利时,情况更糟。

这个问题的解决有赖于对物权和债权进行更深入的研究,以及对物权法和债权法的各自的特点进行更为细致而又不失全面的比较。但在研究和比较的过程中,对于传统民法中的一些常规性问题也不应掉以轻心,往往一些我们想当然是这样的东西最容易让我们的目光从它身上滑过。而就在这短暂的一掠中,许多影响深远的问题也被忽视了。例如,物权和债权如何区分?此种区分别对立法政策选择到底会有什么影响?又例如,在财产权利多样化的今天,物权法定何以仍作为物权法的基本原则而未被动摇?它是否有助于增加当事人之间的交易?如

① 并且两者在很多情况下具有功能上的关系和互补的作用(参见王泽鉴著:《民法物权—所有权·通则》,中国政法大学出版社2001年版,第7页),这就更加大了严格区分两者的难度。

② See Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 *Columbia Law Review* (2001), p. 774.

果没有物权法定,那么当事人之间的交易会有哪些变化?为什么会有这些变化?这些变化对整个社会的福利有什么影响?是否允许无限制地增加物权的种类,就一定有害交易安全?^① 本文的目的即在于重新挖掘出这些问题,并试图回答这些疑问。虽然传统上对物权和物权法定原则的解释(如历史学解释、政治学解释等),在建构物权和债权二分体系上发挥了不可磨灭的作用,但现在,至少这些解释模式或者失去了产生它的语境,或者无法圆满解释现今出现的新现象。于是在传统的解释略显乏力的情况下,本文选取了近年来渊源于制度经济学的经济分析作为方法路径,对于物权和债权的区分进行了经济学解释,并着重于物权法定原则来作为这种分析的入口。当然,经济学解释本身的局限性导致本文的分析进路不可能得出十全十美的结果,它本身的缺陷也需要其他解释模式来弥补,但作为一种方法和视角,经济学解释有可能弥补传统解释模式的缺陷。法律经济学更多时候只是提供一个解释模式,而且它也很难对法律提供一个完整的解释。因为大多数法律规范扎根于思想和分析方法的长期传统中,同时也扎根于伦理和政治哲学中。这些客观事实说明,分析法律的经济方法是基本的,但是不完全的。^② 然而同时也需要说明的是,法律方法和经济方法虽然有差异,但它们常常会得出相同的结论,而且在绝大多数情况下,经济方法和法律方法常常是殊途同归。^③

二、有关经济分析的一些假设

虽然在现代西方,主流的法理学理论一直是法律的哲学。^④ 近年来

① 有些学者,例如史尚宽先生,只是提出过结论,但对于为何会影响交易安全却没有作进一步论证。参见史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第13页。

② [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第15页。

③ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第5页。

④ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第10页。

法学领域由于受制度经济学和产权经济学的影响,对产权问题以及由此而生的财产法上的一些问题都倍加关注。尤其在西方,尽管在过去的十几年里,对法经济学存在大量的批评,但法经济学仍然繁荣在主流的法律文化之中。^①在我们运用经济学的路径对物权法定,或者说财产法的基本特性进行解释的时候,不可避免地将运用整个产权经济学核心的科斯定理^②来解决一些问题,但同时我们又不会局限于科斯定理,我们将把视野拉得更长,所以著名的芝加哥学派的经济分析方法^③也将会出现在本文中。当然,本文采用的最主要的经济学工具还是传统的微观经济学和宏观经济学的方法,其中为了分析物权法定对社会福利的影响,我们还将穿插福利经济学(主要探讨如何协调公平和效率两大目标的经济学)的内容。

运用经济学分析问题的时候,不可避免地会遇到一些前提性问题,也即经济学的一些关于市场的假设经常被运用到分析中去。首先需要说明的是,经济学(尤其是制度经济学)在运用经济工具对包括法律在内的各种制度进行分析的时候,总是带着其惯有的方法。那就是采取简化分析对象的方法,以排除对一事物进行分析时会受其他因素影响的可能性。经济学家更愿意保持其他变量不变,以观察一个变量是发挥作用的。^④这种方法叫做“Ceteris Paribus”——也即“other things

① See Efficiency and a Rule of “Free Contract”: a Critique of Two Models of Law and Economics, 97 *Harvard Law Review* (Feb. 1984), p. 978.

② 参见约翰·伊特韦尔等编:《新帕尔格雷夫经济学大辞典》,经济科学出版社1992年版。所谓科斯定理,是斯蒂格勒、考特等人对科斯《社会成本问题》一文核心思想的概括。此文被公认为新制度经济学的经典之作,科斯定理自然被视为新制度经济学的核心内容。参见陈宝敏:“科斯定理的重新解释——兼论中国新制度经济学研究的误区”,载《中国人民大学学报》2002年第2期;李仁君:“论科斯定理及其在经济理论中的地位 and 意义”,载《天津商学院学报》1998年第4期。

③ 芝加哥学派倡导一种自由模式,认为市场总是效率的,而国家也应该执行当事人的合意。因为他们认为理性的消费者会选择效用最大化的交易。See Efficiency and a Rule of “Free Contract”: a Critique of Two Models of Law and Economics, 97 *Harvard Law Review* (Feb. 1984). pp. 978, 979. 这一点虽然有学者反对,但却不妨碍我们将此作为一种分析方法对制度进行分析。

④ See N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 2nd edition, p. 36.

being equal”。^① 本文也采取这样的方法,尽管这些因素单纯出现在经济生活中是绝无可能的,但这里仅仅将其作为一种解释途径或者说一种视角看待一些问题。但要注意的是,这并非是忽略了其他的因素。只是有必要排除一些情形的干扰,以显示一个稳定的系统如何会被一个孤立的事件搅乱,以及该系统向哪个新的均衡转移。^② 这样我们就能更好地判断我们需要观察的因素。

另外要说明的是,由于本文的一些分析会采用到科斯定理,所以本文对市场的一些假设也会采用科斯的“乐观主义”,也即只要交易成本^③ 降低,交易就会大量产生。只要交易无成本,合作就会诞生,而这些结果都与谈判的策略无关。换句话说,理性的谈判者将一直谈判,进行交易,直到不再有互利的可能性为止。^④ 而在此,谈判总是能够达成协议的。谈判的结果是在价格上达成一致,谈判博弈较之其他博弈的优点就是各方能够进行谈判的事实。^⑤ 需要说明的是,我们在此的假设没有考虑谈判实际上具有内部的不稳定因素。^⑥ 因为这些因素很可能与具体的交易对象以及交易双方之前对对方信息的占有有很大关系,比如自利的双方都会努力争取交易中的每一笔收益,只要由此而引

① See N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 2nd edition, p. 66.

② 这是一种新古典经济学常用的静态分析方法,它经常假设政策制定者能够设计出一系列合理的、能实现目标的行动。参见[德]柯武刚、史漫飞著:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第42页。

③ 当产权得到积极的运用时,除了排他成本之外,还会产生协调成本,这些成本即交易成本。参见[德]柯武刚、史漫飞著:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第237页。

④ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第6页。

⑤ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第127页。

⑥ 在实际中,少数人之间的谈判有时以失败而告终,如工会罢工、劫机者杀死人质、房地产经纪人由于价格上不能达成一致意见而蚀本和诉之法庭,等等。与通讯和履行协议费用无关的基本障碍,在于谈判策略的性质。就其定义而言,一项谈判具有达成协议可产生利益的特点,但怎样分配利益却无协商一致的办法。仅仅通过谈判无法完全达成协议,谈判具有内在的不稳定性。参见约翰·伊特韦尔等编:《新帕尔格雷夫经济学大辞典》,经济科学出版社1992年版。

起的不合作可能性所产生的损失小于其收益。当谈判者以其现有的信息过低估计对手的决心,他们就会向对手施加过大的压力,因而谈判也就无法达成协议。但由于了解了经济学的特殊方法,我们会故意忽略这些不可估量的不稳定因素,从而有利于我们建立一个经济模型(economics model)。^①而相信乐观主义下人们的行为是在我们的经济模型里惟一可能作出的选择。这不仅在我们遇到运用科斯定理时将使我们的结论更加清晰,而且在后面进行信息成本(即 information cost)分析以及对整个市场和社会福利的分析中也起到了基点的作用。

如果我们把上面所说的前提视为第一个假设的话,那么我们的第二个假设将是针对市场主体的。这也是经济学的一贯主张,那就是人都是自私自利的。这里的自私自利并非贬义,它仅仅代表了一种实证(positive)的观点,即人们都会对刺激产生反应,人们的行为也都是在衡量了自己的收入与成本后才做出的。人们会选择自己利益最大的方式来计划自己的下一步。如果他做某件事的预期收入高于其成本,他就会行为;而当他做一件事的机会成本(opportunity cost)^②大于做另外一件事的机会成本,那他就不会去做前者,而是选择后者。也即人们不做某件事情、做这件事还是做那件事,完全取决于激励的大小。而且经济学假设主体会“均衡”这个目标,^③也就是指在一个市场的均衡点上,由于此时各方都能获得利益最大化,所以各方都不会打破这种状态,相反各方会尽力维持这种状态。我们也从中看到,经济学之所以简单地假设法律官员应合理行事,普通公民一般也以理性的方式对待法

① 经济模型比它所描述的现实简单。经济模型所包括的和所放弃的是关于本质是什么和非本质的细节是什么的假设产生的。参见迈克尔·帕金著:《微观经济学》,梁小民译,人民邮电出版社2003年版,第12页。

② 所谓机会成本,即为了得到某种东西而放弃的另一种东西,我们说前者的机会成本就是后者,也就是说任何一种行为的机会成本就是放弃的另一种评价最高的行为。参见迈克尔·帕金著:《微观经济学》,梁小民译,人民邮电出版社2003年版,第5页。

③ 均衡指因为每一方都同时达到最大目标而趋于持久存在的相互作用形式。参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店和上海人民出版社1994年版,第22页。