



西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

经济分析法学

School of Economic Analysis to Law



钱弘道 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

经济分析法学

A School of Economic Analysis to Law

钱弘道 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济分析法学/钱弘道著. —北京:法律出版社,
2005.3

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 7-5036-5343-4

I. 经… II. 钱… III. 经济—分析—法学
IV. D90.059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 005698 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郑 导 易明群 陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/850×1168 1/32

印张/8.375 字数/171 千

版本/2005 年 10 月第 1 版

印次/2005 年 11 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 重庆分公司/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 7-5036-5343-4/D·5060 定价:17.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

经济分析法学是用经济学的方法来分析法律问题的新兴边缘学科。它立足于西方新制度经济学理论，运用微观经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法，考察、研究西方法律制度的形成、结构、过程、效果、效率、创新及未来发展。经济分析法学是法学研究中最重要跨学科领域，也是 20 世纪后半叶西方法学发展最快的领域之一。它代表了法学与经济学研究方法的变革和法学与经济学相互交叉渗透的重大新成就。



School of Economic Analysis to Law

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力襄助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



绪 论	1
-----	---

第一章 经济分析法学——号称当今西方法 学的领军流派	9
-------------------------------	---

第一节 一门新兴的边缘学科——经济 分析法学特别在哪里？	9
一、法律的经济分析方法与马克思主 义经济分析法的区别	12
二、经济分析方法对法律传统研究方 法的替代	15
三、经济分析方法对法学、经济学划 时代的革命性影响	25
四、经济分析法学的包容力和发展潜 力	30
五、经济分析法学对中国的影响	34
六、法律的经济分析方法的局限性	36
第二节 用经济方法分析法律——范围有多大？	38

一、立法的经济分析	39
二、宪法的经济分析	40
三、财产法的经济分析	43
四、合同法的经济分析	44
五、侵权法的经济分析	46
六、犯罪和刑罚的经济分析	48
七、公司法的经济分析	49
八、反托拉斯法的经济分析	50
九、金融市场法的经济分析	52
十、家庭法的经济分析	55
十一、诉讼法的经济分析	57
 第二章 寻根溯源——功过评说	 60
 第一节 从古希腊到鼻祖科斯、集大成者 波斯纳以及异军突起的马洛伊	 60
第二节 “劫富济贫”、“两面镜子的神话” 和“真理的火焰”	 82
 第三章 制度经济学和经济分析法学—— 一块硬币的两面	 101
 第一节 什么叫制度？制度有多重要？	 101
第二节 老制度经济学“老”在哪里？	111
第三节 新制度经济学“新”在哪里？	119

第四章 公共选择理论——政治市场和 作为复杂交换的政治 130

第一节 向古典复归——个人自由是社
会政策压倒一切的目标 130

第二节 立宪限制的前提——每个人必
须被当作一个无赖 143

第五章 分析概念和工具——“瑞士的军刀” 151

第一节 四个最重要的概念——交易成
本、最大化、均衡、效率 151

一、交易成本 152

二、最大化 158

三、均衡 163

四、效率 175

第二节 两种最重要的工具——供给和
需求分析,成本和收益分析 183

一、法律的供给—需求分析 184

二、法律的成本—收益分析 201

第六章 应用举例:犯罪和刑罚的经济分析, 诉讼和执行的解释 218

第一节 犯罪是一种职业 218

第二节 刑罚是对罪行的要价 222

IV 经济分析法学

第三节 判决前夜的和解	228
结 语	240

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	245
主要名词术语与代表人物索引	249
参考文献	252

绪 论



经济分析法学的思想萌芽,最早大约可以追溯到 18 世纪边沁创立的功利主义理论。在边沁看来,功利就是指人的幸福和快乐,“趋乐避害”是人的自然本能,支配着人的一切行为。功利作为一项基本原则意味着,判断任何一种行为是非好坏就在于它是否增加当事人的幸福。体现边沁功利主义原则最重要的经济理论和政策就是自由放任主义,要求国家和法律不干涉私人经济活动。虽然这是早期自由资本主义时期的经济思想,但从中可朦胧看到,边沁已经把法律和经济这两种现象结合一体进行了研究了。边沁最得力的弟子詹姆斯·密尔说过,人类之所以组成国家和政府,就是出于人们的自私自利,特别是个人经济利益的考虑。马克思则指出,经过詹姆斯·密尔之手,“经济学内容逐渐使功利论变成了替现存事物的单纯的辩护,变成了这样的说教:在目前条件下,人们彼此之间的现有的关系是最有益的,最有公益的关系。”〔1〕

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第 3 卷,人民出版社 1960 年版,第 484 页。

20 世纪初,在美国制度经济学派^{〔2〕}代表人物康芒斯(John R. Commons, 1862—1945)的著作中,已显露经济方法分析非经济问题的端倪。制度经济学在最直观的意义把法律范畴引入经济学之中,从而编织了法庭与市场这两个不同空间相互联系的纽带——“交易”。它反对传统经济学局限于纯粹的“经济因素”的研究,主张对社会经济问题的研究和分析,应把所有“非经济因素”(如政治的、社会的以及经济的结构,制度和态度等)都包括在其中,尤其强调法律因素的特殊作用。

20 世纪五六十年代,美国一些经济学家如贝克尔(Gary S. Becker, 1930—)、卡拉布雷西(Guido Calabresi, 1932—)进一步从经济学角度探索法律对非市场领域的影响,开拓性地把福利经济学运用于对法律现象的分析和研究,正式播下了经济分析法学的种子,但其范围仅限于反托拉斯法、税法、公司法、公共运输法等明显调整经济关系的法律领域。科斯(Ronald H. Coase, 1910—)、阿尔钱恩(Armen A. Alchian, 1914—)等学者进一步把经济学原理和分析方法运用到非直接调整经济关系的法律部门。他们对物权、侵权行为、损害赔偿所作的探讨和研究,显示出新的格局,突破了传统法学概念的樊篱,形成法学研究“经济学化”的雏形。公共选择理论这一全新理论的杰出代表是当时弗吉尼亚理工学院和弗吉尼亚大学公共选择研究中心的创立人布坎南(James M. Buchanan,

〔2〕 制度经济学(Institutional Economics)是 19 世纪末 20 世纪初在美国出现的一个资产阶级经济学派。它主张运用制度——结构分析法,分析制度因素和结构因素在社会经济发展中的作用,着重从制度和结构方面分析资本主义社会的变化及其存在的问题,推测资本主义发展的趋势,并提出政策建议。

1919—)和塔洛克 (Gordon Tullock 1922—, 又译图洛克)。“公共选择”是作为政治经济学中的一个独立或半独立的分支学科而出现的。经济学家们试图通过追求最大化自身利益的经济人行为假设以解释政府的官僚行为,旨在发展在基本方面相似于商业市场个人行为的非市场行为模式。

由于经济分析法学受“芝加哥经济学派”的影响,并发端于经济学,而且大多数代表人物为芝加哥大学教授,故又被称为“芝加哥学派”(Chicago School)。

经济分析法学的著名代表人物有:科斯、卡拉布雷西、贝克尔、波斯纳 (Richard A. Posner, 1939—)、马洛伊 (Robin P. Malloy, 1956— , 又译麦乐怡、马老一),其中影响最大的是科斯和波斯纳。

科斯生于英格兰的威尔斯登,毕业于国际闻名的伦敦经济学院,1932年获学士学位,1951年获得博士学位,1951年移居美国,先后在布法罗大学、弗吉尼亚大学和芝加哥大学任教。科斯公开发表的论著并不多,据统计只有15篇论文,但每篇论文都有真知灼见,特别是他1937年在《经济学》杂志发表的《企业的性质》和1960年在《法与经济学杂志》(Journal of Law and Economics)发表的《社会成本问题》,以其划时代的创见而在学术界获得殊荣。这两篇论文建立了用经济学的术语分析法律权利和责任的方法,被誉为经济分析法学的“经典”。科斯在文章中提出的有关妨害法和整个法律制度的内在经济逻辑的观点,被人们称为“科斯定理”。科斯1991年荣获举世瞩目的诺贝尔经济学奖,因为他发现和澄清了交易成本和财产权对经济的制度结构和运行的意义。

卡拉布雷西1961年在《耶鲁法学杂志》发表的《关于

风险的分配和侵权法的思考》最早系统地把经济分析方法运用于非直接调整经济关系的法律部门,播下了经济分析方法的种子。

贝克尔 1955 年获芝加哥大学经济学博士学位(25 岁),1970 年以后一直在芝加哥大学执教。贝克尔以“经济分析”研究“非经济问题”著称于世。他的《人力资本》、《家庭论》、《人类行为的经济分析》被奉为经典。贝克尔将效用最大化假设运用到了所有个人选择领域,包括习俗、婚姻、家庭、家务、歧视、犯罪和人类行为一般理论,无论其是否发生在市场。贝克尔对美国的新经济学思潮和经济分析法学的影响都是巨大的。这种影响应该得到人们更好的理解,即使对非经济分析的专家来说亦是如此,因为他提出的一系列答案以全新的方式解释了当代的大部分问题。

波斯纳在前人的基础上,开展了卓有成效的研究工作。他从法理学的高度,对这种法学思潮及研究方法进行理论上的总结和概括,确立其范畴和理论体系,为使之成为独立的法学流派作出了巨大的贡献。他于 1972 年出版的《法律的经济分析》(Economic Analysis of Law)是经济分析法学的代表作,是经济分析方法在法学中最系统、最全面的运用,常常被美国法学院的各种教科书引以为据。波斯纳对经济分析法学的最基本贡献是把新自由主义经济学、新实用主义哲学的理论以及科斯所揭示的妨害法的内在经济逻辑和效率原理普遍化,主张法律体制中的许多学说和制度都最好被理解和解释为促进有效率地分配资源的努力,并对主要的法律部门逐一进行了分析和验证;同时,他用市场经济学的原理分析法律,发展了科斯定理。

马洛伊是从经济分析法学阵营分化出来的学者,他对

波斯纳的经济分析方法提出了批评。马洛伊称传统法律方法为“法的实践中的神话”，而波斯纳的经济分析方法是“两面镜子的神话”。马洛伊还将符号学运用于经济分析法学研究中，指出传统经济分析法学存在一些缺陷，这种缺陷是因为过多地借用实证经济学。他在2000年出版了一本书，名为《法律和市场经济》（中译本即将由法律出版社出版），提出一种“法律和市场经济理论”，这种理论将法学、经济学、符号学结合在一起。他另辟蹊径，提了一个“创造力”的概念，提出一种不同于波斯纳的新思路。以波斯纳为代表的传统思想将效率和正义的冲突设置成法律与市场经济的首要紧张状态，而马洛伊认为，真正的冲突存在于效率和创造力之间。创造力是一个发现的动态过程。这个过程通过社会责任的道德环境而得到增强，它是前摄性的和不断进化的。财富形成和社会繁荣的主要动力是创造力，因此，在法律和市场理论的研究中，效率不应该放在首要位置。我们应当更仔细地调查在社会中互相作用的网络 and 模式，而不是花费那么多注意力在效率上。效率在法律和市场理论中有一定作用，但不能充分选择创造力，因为创造力是不确定的。马洛伊指出，法律和市场经济的关系是一个动态和复杂的过程，它不仅仅是实证的、效率的、财富最大化的，或者是一个剥削的、压迫的、混乱的过程，在这些之外，还有更多的东西。我们应当拥有一个更宽广的视野。他声称他的分析方法在21世纪将占统治地位。马洛伊将不同意识形态、不同学派理论纳入他的经济分析的事实说明经济分析法学并不像有人指责的那样狭隘，相反，它具有传统法学研究意想不到甚至有时是不可比拟的包容力和发展潜力。

经济分析法学的重要理论基础是美国的新自由主义

经济学或新制度经济学。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。法律的经济分析是与传统法学研究迥然不同的方法。在传统的法学理论中,法律的分析主要是逻辑分析,是以法律上的“公正性”或“正义性”为前提和标准的;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。

经济分析法学以个人为基本分析单元,把个人假定为最大限度地追求功利的利己主义分子,并在这一前提下展开对人的行为及其后果的分析。经济分析法学认为,构成社会的个人在本性上都是使自我满足极大化的理性主体。这些主体不仅对自己的行为总是具有价值判断,而且总是在权衡顺序较好的意义上选择对自己有利的行为。在法律领域,不管人们(包括法学家们)意识到与否,经济学的一些基本规律和原则都自觉不自觉地得到确认和适用,并赋予这些要素以全新的内容。包括犯罪行为在内的各种社会行为都为个人带来选择的机遇,法律便成为人们行为选择的契机。稳定偏好在法律的经济分析中表明着个人对社会行为的确定的主观评价。机会成本表示个人的行为选择中,为了获得某种利益而必须舍弃的另一种利益,也就是反映个人的社会行为与法律后果之间的权衡关系。机会成本调节着稳定偏好所带来的冲动,并以最大功利为依据决定个人社会行为的选择。

经济分析法在理想的社会环境的模式基础上,集中分

析社会成本的原因和性质,并研究如何通过法律手段将其降低到最小限度,实现社会效率。在经济分析法学看来,社会成本的存在为法律干预社会经济生活提供了理论依据。法律的目的就是使行为的社会成本缩减到最低限度,从而实现最佳社会效率。

经济分析法学强调了选择的必要性和可供选择的诸对象的成本和利益。只要社会资源是有限的,对成本和利益的分析就永远是必要的。不存在无价的事。

效率原则是经济分析学最基本和最主要的原则。它既是经济分析学家们把经济学理论用于具体分析、研究和解决法律问题的过程中所抽象出来的一项基本原则,也是他们对法律的最基本的看法。通过对法律的经济分析,他们得出结论:任何法律现象都是以一定的经济关系为基础的,所有的法律规范都有其经济根源,一切法律问题归结起来都是经济问题,都是解决如何提高经济效率问题。换言之,所有的法律规范、法律制度和法律活动(立法、司法、诉讼等),归根到底,都是以有效地利用自然资源、最大限度地增加社会财富为目的,也就是以法律手段促进资源的最佳配置、促使有效率的结果的产生,从而实现帕累托式或卡尔多—希克斯式的最适宜状态。所以,效率原则是法律赖以建立的基础,也是法律惟一的出发点和归宿。

以这个效率原则为中轴建立起来的经济分析法学就必然肩负着两项中心任务。这就是:第一,作为分析的法学,它主张法学家应该充分掌握经济分析这一最有效的工具,并利用它去分析现行的法律规范、法律制度和法律活动,以期理解并论证它们是否以及如何根据效率原则制定和适用,同时对一切不符合效率原则的地方提出相应的改革方案。第二,作为规范的法學,它致力于预测法律规范、