

DANGDAIJINGJIXUEXILIE
CONGSHU ● 当代经济学系列丛书

当代经济学文库

● 张乃根著
● 上海三联书店

经济学分析法学

蘇平知學

PDG

本书接受国家青年社会科学研究基金资助

经济学分析法

——评介及其比较

张乃根 著

上海三联书店

(沪)新登字 117 号

责任编辑 虞 虹
封面设计 宋珍妮
责任出版 朱美娜

经济学分析法学——评介及其比较

张乃根 著

生活·读书·新知

三联书店上海分店出版

上海绍兴路 5 号

新华书店 上海发行所发行

上海市印刷十一厂印刷

1995 年 1 月第 1 版

1995 年 1 月第 1 次印刷

开本: 850×1168 1/32

印张: 8.5 插页: 2 字数: 260000

印数: 1-2000

ISBN 7-5426-0684-0/F·165

定价: 13.80 元

出版前言

为了全面地、系统地反映当代经济学的全貌及其进程,总结与挖掘当代经济学已有的和潜在的成果,展示当代经济学新的发展方向,我社决定出版“当代经济学系列丛书”。

“当代经济学系列丛书”是大型的、高层次的、综合性的经济学术理论丛书。它包括四个子系列:(1)当代经济学文库;(2)当代经济学译库;(3)当代经济学教学参考书系;(4)当代经济学新知文丛。该丛书在学科领域方面,不仅着眼于各传统经济学科的新成果,更注重经济前沿学科、边缘学科和综合学科的新成就;在选题的采择上,广泛联系海内外学者,努力开掘学术功力深厚、思想新颖独到、作品水平拔尖的“高、新、尖”著作。“文库”力求达到中国经济学界当前的最高水平,“译库”翻译当代经济学的名人名著;“教学参考书系”主要出版国外著名高等院校80年代后期90年代初期的通用教材,“新知文丛”则运用通俗易懂的语言,

介绍国际上当代经济学的最新发展。

本丛书致力于推动中国经济学的现代化和国际标准化,力图在一个不太长的时期内,从研究范围、研究内容、研究方法、分析技术等方面逐步完成中国经济学从传统向现代的转轨。我们渴望经济学家们支持我们的追求,向这套丛书提供高质量的标准经济学著作,进而为提高中国经济学的水平,使之立足于世界经济学之林而共同努力。

我们和经济学家一起瞻望着中国经济学的未来。

上海三联书店

序 言

本书正在写作中，电讯传来：1991年经济学诺贝尔奖授予美国芝加哥大学法学院教授、《法学与经济学杂志》第二任主编罗纳德·哈里·科斯。这似乎是迟到的荣誉。本书的初衷就是要评介一种将科斯理论运用于分析法律问题的新兴学科，并在此基础上进行比较研究的探索。细心的读者可以发现，“当代经济学新知文丛”已有两本书——《现代产权经济学》（张军著）和《企业组织与市场体制》（张春霖著）不约而同地与本书一起，评析了科斯理论的不同侧面。这一现象本身也是耐人寻味的。

为了给读者提供一个了解或研究经济学分析法学的“向导”，本书注意吸取国外同类书籍的长处，力求通俗易懂。自60年代初科斯原理问世以来，经济学分析法学有了长足的发展。人们一般将60年代之前局限于对反托拉斯法等少数政府管制法的经济学分析，称为“旧的”法学与经济学，而将此后逐渐扩展到财产法、合同法、侵权行为法等领域的经济学分析冠以“新的”法学与经济学。本书第1章试图勾勒出经济学分析法学的概貌，并设定了比较研究的理论任务。“经济学分

析法学的理论基础”是一个十分复杂的课题。我在学习、研究中感到,欲跨入经济学分析法学的“门槛”,掌握微观经济学的初步原理和科斯、波斯纳、威廉姆逊等人的理论要点,必不可少。当然,对于已有一定微观经济学基础的读者,第2章第1节完全可以略去不读。关于科斯的法学—经济学理论,读者还可进一步阅读科斯的论文集《企业、市场与法律》(上海三联书店,1990年)。时至今日,经济学分析法学的“触角”已伸展到几乎所有的法律部门。在一本篇幅有限的小册子里,扼要评介经济学分析法学的具体内容,又不致于失之片面,并非轻松之事。经过反复斟酌,我选择了对财产法、合同法、侵权行为法、公司法和反托拉斯法的经济学分析,构造了本书第3章至第7章的基本框架。我认为,财产法、合同法和侵权行为法是与科斯理论关系最为密切的三个法律。公司法是财产法与合同法的特殊领域。近年来,公司法的经济学分析吸引了越来越多的经济学家与法学家。至于反托拉斯法这一经济学分析的传统领域,也是不应遗漏的。本书的结构虽不完善,但对初学者,也许还是较合适的。

本书经济学分析的对象是调节市场经济的基本法律制度。市场经济体制的前提之一是企业的产权界定。要促使社会资源配置的效益最大化,就离不开一定的合同过程。任何经济关系都包含一定的权利与义务关系。没有侵权行为法的保障,人们享有的财产权以及相关的法律权利就将成为一句空话。以广泛筹资为目的的公司化企业是市场经济的主要商业组织形式。它折射了方方面面的法律—经济关系,因而自然引起人们的高度重视。市场经济的实质是利用价格机制达到社会资源配置的效益最大化。反托拉斯法是建立公平竞

争的价格机制的“宪章”。总之，本书旨在探究一整套与市场经济相适应的最佳经济—法律制度。科斯曾指出，不少经济学家忽视了在决定由企业和市场进行的各种活动时，法律所起的重要作用。在法治观念浓厚的社会里况且如此，在中国，情况如何呢？这不能不说是一个发人深思的问题。

本书是我承担的国家青年社会科学研究基金项目“对中美两国法律的经济学分析”的主要成果。1989年10月至1990年9月，我在美国哥伦比亚大学法学院访问时，便已酝酿本书的写作计划。回国后，我在从事基金项目的研究和讲授有关课程的过程中，逐渐写成了如今呈现给读者的这本拙作。在书稿付梓之际，对于曾悉心指导我的美国哥伦比亚大学法学与经济学研究中心主任戈德堡(Victor P. Goldberg)教授，经常与我进行学术交流的法学博士方流芳君，经济学博士盛洪君和张军君，慷慨提供各种资料的哥伦比亚大学法学院图书馆与复旦大学法律系资料室，细心打印我书稿的徐亦青小姐，热情支持我出版本书的“当代经济学系列丛书”主编陈昕先生和编辑虞虹小姐，一并致以最衷心的感谢。诚然，没有我妻子林霞的理解与帮助，本书的写作也是难以想象的。

期望本书能给予人们一点新知。书中不当之处，敬请读者赐教。

张 乃 根

1992年9月于复旦园

目 录

序 言

1. 饶有兴趣的新学科	1
1.1 什么是经济学分析法学	1
1.2 经济学分析法学的历史	4
1.3 经济学分析法学的方法	12
1.4 经济学分析法学的比较研究	22
2. 经济学分析法学的理论基础	27
2.1 微观经济学的一般原理	27
2.2 科斯的法学-经济学理论	42
2.3 波斯纳的经济学分析法学理论	56
2.4 威廉姆逊的法律与经济组织学说	69
2.5 比较研究的若干理论问题	74
3. 财产法的经济学分析	80

3.1 美国财产法概述	81
3.2 科斯原理与产权经济学	86
3.3 科斯原理的实证:布默诉大西洋水泥制造公司	95
3.4 产权制度的分配效应	99
3.5 土地利用的政府管制	103
3.6 比较分析:中国土地产权制度	109
 4. 合同法的经济学分析	 117
4.1 美国合同法概述	117
4.2 交易成本理论与合同法	122
4.3 合同成立的经济学	129
4.4 履约的不可能	134
4.5 违约与补救	138
4.6 比较分析:中国经济合同制度	142
 5. 侵权行为法的经济学分析	 149
5.1 美国侵权行为法概述	149
5.2 社会成本理论与侵权行为法	154
5.3 汉德公式与侵权行为的责任形式	158
5.4 产品责任制的经济学	170
5.5 比较分析:中国的侵权行为责任形式	178
 6. 公司法的经济学分析	 184

6.1 美国公司法概述	185
6.2 公司化企业的经济学	190
6.3 公司中的“两权分离”	194
6.4 上市公司的“披露”制度	199
6.5 “内部人员交易”的经济学分析	203
6.6 比较分析:中国国有企业的公司化	207
 7. 反托拉斯法的经济学分析	 214
7.1 美国反托拉斯法概述	214
7.2 反托拉斯法的经济学原理(Ⅰ)	220
7.3 反托拉斯法的经济学原理(Ⅱ)	226
7.4 卡特尔与谢尔曼法	234
7.5 垄断性兼并与克莱顿法	238
7.6 比较分析:中国反垄断立法	242
 主要参考文献	 248
 后记	 254



饶有兴趣的新学科

1.1

什么是经济学分析法学？

这是初学者首先要碰到的问题。经济学分析法学是经济学与法学融合的产物，或者说是两者交叉的学科。在西方，尤其在美国，人们一般称之为“法学与经济学”（Law and Economics）。譬如，该交叉学科领域中最具权威性的刊物就叫“法学与经济学杂志”（The Journal of Law and Economics，由美国芝加哥大学法学院主办）。美国许多法学院开设的有

关课程和一些教材或著作也冠以“法学与经济学”。¹⁾此外,该交叉学科还有一些类似的称呼,如“法律的经济学”(The Economics of the Law)、“法律的经济学研究”(The Economic Approach to Law)、“法律的经济学分析”(Economic Analysis of Law)。尽管这些称呼大同小异,不必深究,但也应该指出,一般而言,法学家与经济学家在涉足这一交叉学科领域时,有一定的侧重点。前者尝试运用经济学的原理和方法分析具体的法律问题,后者更多地探讨与法律有关的经济学问题。从这一并非泾渭分明的区别出发,经济学分析法学当属前者。本书在研究法学与经济学时采用了“经济学分析法学”这一名词。这不仅因为我倾向于前者,而且考虑到与国内学者的认同缘故。据我所知,我国法学或经济学文献中已有“经济分析法学”的说法。²⁾当然,倘如有人愿意使用诸如“法经济学”或“经济学法学”此类称谓,也无关宏旨。关键在于说明:这是一门法学与经济学结合而成的新兴学科。

为了进一步说明什么是经济学分析法学,让我们来分析一个假定的民事案例。假设:有一家工厂(甲方)与周围五户居民(乙方)发生民事纠纷,原因是甲方的烟囱冒黑烟,致使乙方在室外晾晒的衣服受污。乙方起诉,要求甲方停止排烟,并赔偿损失。法院如何审理此案呢?假设已知,乙方每户居民因烟污蒙受75元的损失,乙方损失共计375元(75×5)。如

¹⁾ 如我曾访问的美国哥伦比亚大学法学院一年级必修课“法学方法论”(1989.9-12)中包括“法学与经济学”,三年级讨论班课程“法学与经济学”(1989.9-90.4)。有关教材,如 A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (Little Brown and Company, 1988, 2nd).

²⁾ 见张文显:《当代西方法哲学》(吉林大学出版社,1987年)第8章;盛洪、陈郁等译:《企业、市场与法律》(上海三联书店,1990年),“译者的话”。

要消除烟污,可采取两种方法:其一,甲方安装除烟尘设备,需用 150 元;其二,乙方不在室外晾晒衣服,每户买一台干衣机(50 元/台),共需 250 元($50 \text{ 元} \times 5$)。显然,第一种方法最经济,最有效益。因为,这样可以化 150 元成本消除 375 元损失,净收益为 225 元,而第二种方法仅得收益 125 元。问题在于,如法院判决甲方应负损害赔偿责任,或不负该责任时,会出现不同的结果吗?回答可分两步。首先,假设在零交易成本的条件下,即甲乙双方或乙方各户之间的任何谈判协商及履行都不需要任何费用的情况下,不论法院判决如何,甲乙双方都会设法寻求一个最有效益的解决办法。如法院判决甲方应负损害赔偿责任,甲方无疑会花 150 元安装除烟尘设备;如法院判决甲方不负该责任,乙方衡量以下三者的得失:(1)每户甘愿损失 75 元,共计 375 元;(2)每户买一台干衣机,共计 250 元;(3)每户花 30 元,共计 150 元,以便与甲方谈判,由甲方安装除烟尘设备。结果肯定会选择(3)。然后,假设在有交易成本的条件下,法院判决对效益结果的影响。如法院判决甲方应负损害赔偿责任,甲方无须与乙方谈判,自己会花 150 元去安装除烟尘设备。然而,如法院判决甲方不负该责任时,乙方却陷入进退两难的维谷:要么(1)每户自己去买干衣机,要么(2)花费一定的交易成本,说服甲方安装除烟尘设备。假如每户需花 60 元交易成本(合计 300 元),那么乙方就只得放弃谈判,因为(2)的总成本为 450 元($300+150$),超过了原来所蒙受的损失 375 元和购置干衣机的费用 250 元。相比之下,乙方每户添置一台干衣机还较合算。

上述分析表明,在零交易成本的条件下,法院的判决(即法律权利的赋予,如在此案中,赋予甲方排放烟尘的权利,抑

或乙方享有洁净空气环境的权利)对效益结果的产生,没有任何影响;反之,在有交易成本的条件下,法院的判决直接影响到效益结果的产生与否。因此,在决定法律权利的赋予时,法官要顾及效益,如在以上案例中,法官就应判决甲方负损害赔偿责任。推而言之,任何法律的制定和执行都应有利于资源配置的效益最大化。这就是经济学分析法学最主要的观点。

1.2

经济学分析法学的历史

经济学分析法学的思想萌芽可以追溯到 18 世纪下半叶。当时,意大利著名刑法学家贝卡利亚在《论犯罪和刑罚》(1764 年)中提出“刑罚与犯罪的均衡性”的原理时已包含了某种经济学的观点。^①同时代的英国功利主义创始人边沁在阐述改革英国刑法制度的指导思想时也具有一定的经济学倾向。^②到了 19 世纪中叶,马克思和恩格斯在创立历史唯物主义时提出了“一定的经济关系决定一定的法律关系”的基本原理,尤其是马克思在《资本论》中更是广泛地论及了法律与经济的辩证关系。^③马克思主义的法学理论可称为“经济学研

^① C.B.Beccaria, *An Essay on Crime and Punishments* (Stanford:Academic Reprints,1953),chap.4.P.28.

^② 参阅 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*(Methuen, 1982),chap.1,of the Principle of Utility.

^③ 参阅 Phillips Paul, *Marx and Engles on Laws* (Barnes and Noble 1980),chap.1, *The German:Ideology* PP.27--39, K.Marx, *Marx and Engles on Law* (Academic Press, 1979), chap. 3, *Law and Economic Relations*.

究”(Economic Approach)的法理学。^① 本世纪 20 年代,美国制度经济学代表人物康芒斯对法律与经济的关系进行了富有价值的研究。他的《资本主义的法律基础》等论著是经济学分析法学的重要理论来源。尽管贝卡利亚、边沁、马克思和康芒斯都从不同角度论述了法律与经济的关系,但他们尚未对法律作系统的经济学分析。因此,他们的论述仅包含了经济学分析法学的思想萌芽。

经济学与法学的真正结合肇始于本世纪 20 年代末 30 年代初,其推动力来自两方面。一方面来自当时风靡美国的法律现实主义运动(Legal Realism Movement)。弗兰克和卢埃林等赫赫有名的法学家发起的这场运动对本世纪美国的法学教育和研究产生了深远的影响。它促使人们改变以往概念式的法学教学方法和内容,将眼光更多地投向复杂多样的社会现实,并尝试在法学院开设经济学、社会学、政治学、人类学等社会科学课程。另一方面是经济大萧条的冲击。大萧条的严峻现实告诉人们:市场并非万能。为了克服市场失灵带来的严重弊病,政府需要运用法律的手段干预经济生活,实行必要的管制。这样客观上要求律师懂得更多的经济学知识。

在此背景下,素有“经济学分析法学发祥地”之称的美国芝加哥大学法学院在院长卡茨(Wilbor Katz)教授倡导下,率先酝酿课程设置的改革。尽管拟议中的四年制课程计划(一年的社会科学教育和三年的法律职业教育)最后未付诸实施,但经济学却成了法学院的正式课程。1939 年,著名经济学家哈里·西蒙斯(Henry Simons)受聘担任芝加哥法学院专职

^① R.W.M. Dias, Jurisprudence (Butterworth Press, 1985, 5th ed), P. 395.

教授。这是法学与经济学实际结合的关键一步。西蒙斯创设了“经济学分析与公共政策”(Economic Analysis and Public Policy)课程,着重分析政府干预市场经济的效果。¹1946年,西蒙斯去世,阿隆·迪莱克特(Aaron Director)继任芝加哥法学院经济学教授。在经济学分析法学的开创史上,迪莱克特作出了特殊的贡献。首先,他将“经济学分析与公共政策”改为“价格理论”(即微观经济学)课程,系统讲授经济学原理。然后,他与同院的法学教授爱德华·利维(Edward Levi)合作开设了“反托拉斯法”课程。²反托拉斯法是美国联邦政府干预市场经济的最早措施之一,也是经济学与法学关系最密切的领域之一。由于迪莱克特等人的努力,对反托拉斯法的经济学分析逐渐发展为美国学术界公认的“芝加哥学派”。最后,他于1958年创办了《法学与经济学杂志》,并担任第一任主编。该杂志对于推动经济学分析法学的全面发展,起到了不可替代的重要作用。

然而,在60年代初之前,对法律的经济学分析局限于反托拉斯法等少数政府管制市场经济的成文法规。这就是所谓“旧的”法学与经济学(“Old” Law and Economics)。科斯(Ronald H.Coase)的“社会成本问题”(1960年)和卡莱布雷赛(Guido Calabresi)的“关于风险分配和侵权行为法的若干思考”(1961年)这两篇论文是系统地运用经济学理论和方法

1) 参阅Edmund W.Kitch ed. The Fire of Truth: a Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970, Journal of Law and Economics vol XXVI (April 1983).

2) 参阅Edmund W.Kitch ed, The Fire of Truth: a Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970, Journal of Law and Economics vol XXVI (April 1983).