

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

斯蒂文·萨维尔 著

Steven Shavell

法律的经济分析

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

柯华庆 译

THE AMERICAN

LIBRARY



中国政法大学出版社

书馆

法律的经济分析

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的经济分析 / (美) 萨维尔著; 柯华庆译 —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-5620-3534-3

I. 法... II. ①萨... ②柯... III. 法学 - 经济学 - 研究 IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第144136号

书 名 法律的经济分析
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂
规 格 880×1230 32开本 7.125印张 120千字
版 本 2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3534-3/D·3494
定 价 18.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委

张 越 彭 江

法律的经济分析

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

by Steven Shavell

Copyright © 2004 Thomson/West

All Rights Reserved.

This reprint of *Economic Analysis of Law*,
by Steven Shavell, is published by arrangement
with Thomson Reuters/West.

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2008年
版权登记号：图字01-2008-4309号

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”（Presidential Rule of Law Initiative），由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准。计划书目约五百种，既包括经典法学教科书，也包括经典法学专著。他山之石，可以攻玉，相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

社会欲求的法律经济学

（代译序）



法律经济学被引进到中国已经 30 多年了，但是它在中国的发展却不理想。这肯定与传播者、接受者都相关，但是主要责任在传播者。

随着波斯纳的《法律的经济分析》的翻译出版和朱苏力教授组织的“波斯纳文丛”的翻译，不知道“法律经济学”或者“法律的经济分析”的中国法律人恐怕已经很少了。由此，人们几乎把波斯纳看作法律经济学的代名词。然而，大多数学者和学生反映波斯纳的《法律的经济分析》非常难读和难教，法律人对于法律应该追求“价值最大化”的标准嗤之以鼻。法律经济学在中国只是一种表面的繁荣，说得准确一点，在大多数法律人眼里，法律经济学只不过是将法律著作追求效率或者价值最大化的工具，这一点自然引起“正义”的法律人的反感，加上很多法律经济学论文和著作中的数学模型，

2 社会欲求的法律经济学 (代译序)

很多法律人厌恶法律经济学就不奇怪了!

法律经济学这门学科,大致有四种叫法,它们所强调的方面各不相同。**Legal Economics**——法律经济学(类似于 **Institutional Economics**——制度经济学); **The Economics of the Law** (特定)法律经济学(强调学科性,但好像是经济学); **Law-Economics**——法律—经济学; **Law and Economics**——法与经济学(强调法律与经济学的关系和相互影响,但不像一个学科)。

Economic Analysis of Law——法律的经济分析; **Economic Approach to Law**——法律的经济方法,它强调在法律中经济方法的应用,降低了该学科的地位。**Jurisprudence of Economics**——经济分析法学; **Economic Jurisprudence**——经济法理学,它强调的是法学学派,比如分析法学、历史法学,但其应用性不够,而法律经济学本身的应用性是非常强的。

麦乐怡将法与经济学 (**Law and Economics**) 和法律的经济分析 (**Economic Analysis of Law**)^[1] 区分为两种不同的学科。麦乐怡认为,一个人对法和法律制度的理

[1] 麦乐怡所说的法律的经济分析指的可能就是波斯纳牌号的法律的经济分析。

解来源于他对经济关系的基本观念。法与经济学不是传统法学所讲的寻求法和社会问题的“科学”或正确的答案，而是一个包容各种意识形态之间互相竞争的理论体系，通过比较、评价和选择意识形态界定法和经济学的对话过程，从而导致法的内容和结构方面的真正的主观性的变化。法与经济学要求我们评估可供选择的多种社会模式，并探索这种选择对法律与经济关系的后果。法律的经济分析则采用经济学的方法，把经济学术语作为分析特定社会所实行的法律的理论工具。而且，在这些分析中，新古典主义经济模式被视为一种既定的模式。^{〔1〕}

麦乐怡的这种观念实际上将法律经济学区分为意识形态和工具两个层面。麦乐怡分析了保守主义、自由主义、马克思主义、自由意志论和古典自由主义等各种意识形态下讨论法与经济学问题的可能性。但是，每一种工具背后都可能暗含着哲学或者意识形态，工具总是与目标联系在一起，两者不可能分开。笔者认为要发展法律经济学，三个层次一个也不能少：法律经济学的哲学基础；法律经济学的理论与分析工具；部门法的经济分析。缺少任何一

〔1〕〔美〕麦乐怡：《法与经济学》，孙瀚译，浙江人民出版社1999年版，第1~3页。

4 社会欲求的法律经济学 (代译序)

个方面，法律经济学都会受阻。实效主义法学^[1]对于美国人是常识，一般法律经济学著作中不会涉及，这大大影响了中国法律人接受法律经济学。我甚至认为，法律经济学精神在霍姆斯、卡多佐和庞德等人的著作中已经可以找到，不过直到20世纪60年代它才发展成为一门学科是一件令人遗憾的事情。只是在科斯1960年那篇经典论文《社会成本问题》中提出科斯命题^[2]后，我们才找到了突破口，也就是说，找到了适当的工具。然而，法律经济学的精神蕴含在论文标题“社会成本”中。

波斯纳的那本著名的专著性教材《法律的经济分析》出版后，各种法律经济学教材鲜有以“法律的经济分析”命名的。斯蒂文·萨维尔(Steven Shavell)教授，法律经济学的重要贡献者之一，在2004年出版了教材《法律的经济分析基础》^[3]，同时在“法律人的分析方法”系列丛书中出版小册子《法律的经济分析》。后者

[1] 一般称为实用主义法学或者工具主义法学。本人在“科斯命题的博弈特征与法律实效主义”(载《中山大学学报》2008年第1期)一文中首次提出，称为“实效主义法学”更符合创始人皮尔斯的精神。在本人即将发表的“实效主义系列”中将会从哲学、逻辑学、法学与经济学等领域系统阐释这一观念。

[2] 柯华庆：“科斯命题的澄清”，载《思想战线》2006年第2期。该文分析了为什么称为“科斯命题”，而不是“科斯定理”。

[3] Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

可以被认为是任何想了解法律经济学的必备入门教材。^[1] 本人读完该书就有翻译的强烈冲动，不仅仅因为其通俗易懂，更重要的在于萨维尔教授在本书中纠正了波斯纳的意识形态倾向。萨维尔指出，有一种强烈的批评是法律经济学有着持一种保守的、企图维持现状的观念的特定政治倾向。波斯纳可能就是这种保守主义的代表人物。可以说，萨维尔恢复了法律经济学的本来面目。萨维尔的精神与科斯范式一脉相承。

我下面将问题集中在对科斯命题的分析上。科斯范式到底预示了一种保守主义还是改良主义？波斯纳牌号的法律的经济分析为什么会成为保守主义？我们试图从对实证科斯命题的理解、两个规范科斯命题的选择以及对于效率的理解三个方面来分析这个问题。



科斯最初提出所谓科斯命题是在1959年发表的《联邦通信委员会》和1960年发表的《社会成本问题》中，但是这两篇文章对科斯命题的表述是不同的。1959年的

[1] 另一入门教材为 A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3rd ed., Boston: Little, Brown, 2003.

6 社会欲求的法律经济学（代译序）

版本是：“新发现的山洞是属于发现山洞的人，还是属于山洞入口处的土地所有者，或属于山洞顶上的土地所有者，这无疑取决于财产法。但是法律只确定谁是想获得山洞使用权的人、必须与之签约的人。至于山洞是用于贮藏银行账簿，还是作为天然气贮存库，或养殖蘑菇与财产法没有关系，而与银行、天然气公司、蘑菇企业为使用山洞而付费多寡有关。”^{〔1〕}这里仅仅是对于一个事例进行判断，可以说这一判断是在所有自由交换社会中有生活经验的人都懂得的道理。接着，科斯指出这一观点适用于发射无线电波、排放烟雾、土地使用等领域。后来科斯又通过“斯特吉斯诉布里奇曼案”表明，一旦明确了当事人的法律权利，谈判就能够改变法律规则程序，只要有迹象表明在谈判中所花费的费用有益于问题的解决。从这一假设例子可以看出，“权利的界定是市场交易的基本前提，但是最终结果（产值最大化）与法律判决无关。”^{〔2〕}可以将此命题称为产权版科斯命题。

但是张五常对产权版的科斯命题的表述是不同的：

〔1〕 [美] 科斯：《生产的制度结构》，盛洪译，上海三联书店 1992 年版，第 71 页。

〔2〕 [美] 科斯：《生产的制度结构》，盛洪译，上海三联书店 1992 年版，第 72 ~ 73 页。

权利的界定是市场交易必不可少的前提。张五常多次强调这是产权版科斯命题的核心，是一个标准意义上的定理。^{〔1〕}事实上这两个命题不同，在我们看来，产权版科斯命题是一个实证命题，而张五常想提出的实际上是一个规范命题。产权版科斯命题的核心命题是后一部分：最终结果（产值最大化）与法律判决无关，而不是张五常说的前一部分。如果把张五常的命题作为实证命题看待就是一个假命题。因为权利的界定既不是市场交易的充分条件，也不是市场交易的必要条件。权利界定后，如果缺乏对交易的保护，市场交易不会存在或者很少存在。按照巴泽尔的理论，权利的界定是一个演进过程，从不界定到清晰界定都是合理的，而且由于信息成本，任何一项权利都不是完全界定的。^{〔2〕}但人类社会从一开始就进行市场交易。当然我们这里并不是说权利界定没有好处，产权界定不会出现“扯皮”现象，确实可以减少交易成本。而是说，界定权利本身也需要成本，在界定权利的边际成本比没有界定或者界定不清晰时的扯皮

〔1〕 张五常：“科斯定理的谬误”，1999年10月12日张五常教授应北京大学中国经济研究中心的邀请在北京大学电教报告厅做的演讲。

〔2〕 [英] 巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域、段毅才译，上海三联书店1997年版，第159~163页。

8 社会欲求的法律经济学（代译序）

等边际成本小时应该进行界定。当然这并不证伪张五常的主张：权利的界定应该是市场交易必不可少的前提。实际上这是古典经济学的法律基础，也是市场经济的法律基础。休谟、斯密就曾经详细论述了这个问题。休谟确立了人类社会的三条基本自然法则，即稳定财物占有的法则、根据同意转移所有物的法则、履行许诺的法则。他指出“人类社会的和平与安全完全依靠于那三条法则的严格遵守，而且在这些法则遭到忽视的地方，人们也不可能建立良好的交往关系。社会是人类的幸福所绝对必需的；而这些法则对于维持社会也是同样必需的。”〔1〕斯密接受了休谟的基本观念，将国家确立个人财产权作为考察国民财富性质和原因的出发点。〔2〕但是不管休谟和斯密怎么强调财产权的重要性，他们知道这是一个价值判断。斯密承认，财产权和政府在很大程度上是相互依存的。财产权的保护和财产的不平均是最初建立政府

〔1〕 [英] 休谟：《人性论》（下册），关文远译，商务印书馆1980年版，第566页。

〔2〕 斯密在写《国富论》前写过一本《法理学讲义》，后来由坎南编辑，以《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》为名发表。科斯也把这一思想归于斯密。参见张五常：《经济解释》，易宪容、张卫东译，商务印书馆2002年版，第441页。

的原因，而财产权的状态总是随着政权的形式而有所不同。^[1]事实上，从对科斯该命题的仔细分析看，该命题应该是：不管法律把权利界定给哪一方（只要清晰界定），最终结果（产值最大化）与法律判决无关。也就是说，最终结果依赖于市场的交易。为什么张五常把科斯原初的实证命题变成了规范命题，而且认为它是一个标准意义上的定理？这是因为产权明晰的潜台词是古典经济学主张的财产私有化，张五常就是其坚定的支持者。^[2]因此，我们认为，张五常版本的科斯定理不过是一种意识形态或者是新古典经济学的“公理”。对于产权到底应该私有还是公有的问题，萨维尔正确地指出，

[1] [英] 坎南编：《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》，陈福生、陈振骅译，商务印书馆1962年版，第35页。

[2] 卢周来：“‘科斯定理’与‘产权明确’”，载卢周来：《穷人与富人的经济学》，海南出版社2002年版，第99~106页。从张五常的目的来看，张五常在一定时期对科斯定理的歪曲是有效果的，因为在计划经济一体化的时代，对私有产权的重要性的强调是必要的，矫枉必须过正。1981年，当香港大学经济系主任一职不久将会空缺时，科斯立即叫张五常申请。科斯认为张五常在香港的责任是向中国人传授经济体制运行的知识。参见张五常：《经济解释》，易宪容、张卫东译，商务印书馆2002年版，第490页。科斯的经济运行知识无疑包括企业或者计划与市场两方面。但是，考虑到在改革开放之前中国是一统的计划经济和国有经济，张五常对科斯定理的歪曲产生的效果是好的。张五常自己很明白他所做的就是意识形态的工作。“在伟大的变革时期，经济学家可以成为意外的英雄。因为在这样一个时期，常常存在意识形态的真空，不论哪一个经济学家恰好拥有知识而填补了这种真空，都会造成这样一种错觉：好像是他促成了这种变革。参见张五常：《经济解释》，易宪容、张卫东译，商务印书馆2002年版，第491页。

我们能够解释为什么财产权可能是社会意义上有价值的，但是它们并不支持一种特定的财产权形式，尤其是并不构成私有财产权的一个论证，私有财产权意味着财产广泛地被私人而不是被国家拥有（且能被转让）。财产权的好处可能通过不同的财产权制度得到实现。譬如，社会主义国家里对所有权的保护不会引发纠纷，并能避免在财产获取与维护上的浪费，这点与资本主义国家一样。此外，在社会主义国家的企业中，即使工人不拥有他们生产的产品，通过对工人的监督和建立适当的工资结构，对工人工作的激励也是显而易见可以达到的。就此而言，这与资本主义制度下的公司并无二致。^[1]

1960年发表的《社会成本问题》中，科斯再次通过“斯特吉斯诉布里奇曼案”和牛损害谷物的实例表明：在市场交易的成本为零时，法院有关损害责任的判决对资源的配置毫无影响。接着科斯又通过“库克诉福布斯案”、“布赖恩特诉勒菲弗案”等说明：通过市场交易修改权利最初的合法限定通常是有可能的。当然，如果这种市场交易是无成本的，那么通常会出现这种权利的重

[1] Shavell, *Economic Analysis of Law*, Foundation Press, 2004, p. 6.

新安排，假如这种安排会导致产值的增加的话。^{〔1〕}这就是著名的无交易成本版科斯命题。

对无交易成本版科斯命题的理解要注意两个问题：首先，这里所说的无关紧要是指究竟配置给哪一个是不重要的，但是权利的初始配置行为本身是重要的。科斯明确地指出：“法律体系的目标之一就是建立清晰的权利界限，使权利能够在此基础上通过市场进行转移与重新组合。”^{〔2〕}权利界定本身也是有成本的，这是为什么很多权利不被清晰界定的原因。其次，把权利配置给哪一个对个体来讲是重要的。从收入分配的角度来看，权利的最初分配一直是举足轻重的。这个时候，法律只具有传统意义上的分配功能。因此，我们确实可以证明法律与效率问题无关，但其前提是交易成本为零。

市场交易为零的假定是很不现实的。科斯指出，为了进行市场交易，有必要发现谁希望进行交易，有必要告诉人们交易的愿望和方式，以及通过讨价还价的谈判缔结契约，督促契约条款的严格履行，等等。“这些工

〔1〕 [美] 科斯：《生产的制度结构》，盛洪译，上海三联书店 1992 年版，第 151、157 页。

〔2〕 [美] 科斯：《生产的制度结构》，盛洪译，上海三联书店 1992 年版，第 71 页。