

经济分析法学及其对当代民法的影响^{*}

宋宗宇 郭峰 张爱萍

内容提要：经济分析法学派运用经济学的概念和方法分析法律问题，提出了理性“经济人”假设，主张效益最大化原则，追求最高境界的公平正义。该学派为民法研究提供了经典方法、有助于深化民法价值与原则的认识，也为司法实务开启了一扇崭新的视角。文章认为在我国当前社会转型时期，借鉴与反思该学派的主张，有助于解决制度创新上的困惑，更好地推进法治实践。

关键词：经济人 效益最大化 实质正义 公平正义

中图分类号：D913 文献标识码：A 文章编号：1009-5330(2015)02-0107-06

作者简介：宋宗宇，法学博士，重庆大学法学院教授、博士生导师；郭峰，重庆大学法学院博士生（重庆 400044）；张爱萍，重庆电子工程职业学院讲师（重庆 401331）。

经济分析法学其理论根源可追溯到古希腊的柏拉图和亚里士多德，在他们的《法律篇》和《政治学》中就蕴涵了用经济观念分析法律规则的思想。古典经济学家亚当·斯密和大卫·李嘉图在对社会制度问题的研究中，也大量涉及法律问题，如李嘉图在研究分配制度时就提及19世纪初英国“谷物法”的相关立法问题，^①为经济分析法学的诞生奠定了坚实基础。直到20世纪30年代，经济学与法学的契合才真正开始，一般认为经济分析法学的主要思想来源于功利主义、制度经济学和福利经济学三大理论。

经济分析法学从萌芽诞生到发展壮大，历经了一个艰辛漫长的过程，众多的经济学家和法学家以及从事法律实务的工作者等都为之付出了大量心血和劳动创造，并取得了丰硕成果，其中以科斯、波斯纳的科研成绩最为突出。科斯开创了学派发展的新阶段，成为重要奠基人；波斯纳则集学说之大成，初步构建了经济分析法学派完整的理论体系。^②此外，还有布坎南、贝克尔和卡拉布雷西等知名学者，从不同角度著书立说，为经济分析法学的兴起和发展做出了重要贡献。总之，经济分析法学是20世纪30年代兴起于美国、在世界范围内广泛传播的法学流派，代表了法学与经济学研究方法的变革和两大学科交叉渗透的重大成就。

一、经济分析法学的主要观点

（一）在理论上，主张理性“经济人”假设

正如波斯纳所认为的，经济学的研究是寻找取得最大效益的方法，其前提假定是人作为理性“经济人”而独立存在。“经济人”本性决定了在两种可能的方案中，将会选择效益较大的方案。

^{*} 本文系中央高校基本科研业务费科研专项“从契约到身份：实质正义的价值回归”（CQDXWL-2013-090）的阶段性研究成果。

^① 史晋川：《法律经济学：理论与应用》，北京：经济科学出版社，2011年，第1~2页。

^② 严存生：《新编西方法律思想史》，西安：陕西人民教育出版社，1989年，第188、323页。

作为一种制度的法律，就应顺应、便利甚至鼓励这种选择。斯密定理则认为，自愿交换对个人是互利的。如果市场是资源配置的唯一手段，那么循着市场手段的自发调节，资源配置的最优是可以达到的。科斯定理认为，不产生交易成本，即在零交易成本的条件下，无论初始权利如何安排，双方当事人通过谈判均能使有限资源向最大化方面转移。也就是说，在零交易成本情况下，法律规定已不再重要，因人们可在不产生交易成本的条件下，通过谈判协商来达成并赢得各种权利，其结果总能增加产值。同时，在存在交易成本的情况下，合法权利初始界定将会对经济运行效率产生一定的影响。这里我们所讲的“合法权利的初始界定”，是指在交易成本高、以至于交易将在得不偿失的情况下，人们就会从资源配置最优立场出发，选择适合自己的法律制度安排。从法律的基本功能而言，就要改变激励因素；仅就激励作用来说就等于没有法律，人们还是做自己原来想做的。即使是可执行的法律，人们还会考虑其后果。例如，当履行合同的成本高于不履行时，人们宁愿承担不履行的违约责任也不会去履行该合同。

（二）在价值追求上，主张效益最大化原则

效益原则是经济分析法学家们最核心的思想以及对法律最基本的看法。正如波斯纳最大效用定律认为的那样，基于消费者天然的逐利心理，最大的效用即是对付出最小的价格、获取最大效用的追逐；对生产者来讲，即是追求最小成本、最大利润。最大效用与经济学范畴的均衡价格相联系，而均衡价格则是指假定在其他条件不变的情况下，需求与供给达到一致时的市场价格。科斯定理则从四个方面说明了在产权制度选择时需要考虑的成本问题：一是假如不同产权制度条件下的交易成本相同，则产权制度选择取决于制度成本；二是假设必须要建立某一种产权制度，而对该制度因不同的设计及实施方式、方法会产生不同的成本，则该种成本也应予以考虑；三是如若设计并实施某项制度所耗费的经济成本大于推行这项制度的收益，则该项制度没有建立的必要；四是即便既定制度不合理，但若要建立一项新制度的成本非常之大，或新制度建立所得到的收益小于其成本，那么去变革一项制度就是徒劳的、没有必要的。^① 因为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（包括刑法）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益的问题。换言之，所有一切的法律规范、制度和活动，归根结底都在于以有效地利用自然禀赋、最大化增加社会财富为最终目的，即是通过法律手段以促进资源的最优组合和配置，以促使最有效益、最划算的经济结果出现。

（三）在评判标准上，主张最高境界的公平正义

经济分析法学认为，效率和收益是评判、选择和制定法律法规的首要标准，当效益与公平相悖，公平应暂时服从服务于效益。该学派主张“实质正义”，排除具体案件的道德考量，评判是非好坏的标准在于是否有助于达到增加社会财富的目标。正如波斯纳资源流转定律认为的那样，资源利用在市场调节下将趋向价值最大化，即“当资源在被投入最有价值的使用时，我们可以说它们被得到了有效率的利用”^②。当资源被使用在最高位的价值时，即实现了效益的最大化。权利义务的分配及法律责任的确定均应成为实现效益目标的重要手段，从而使有限的资源从效能低向效能高的领域流动集聚，为经济社会发展提供必要的资源供应，特别是要通过优先保障给予高效益的大工业发展所需要的一切资源权利，确保资本投资活动在法律框架下始终处于优势地位，以便为社会提供更大利润、创造更充足的财富，进而在更高层次和更大意义上实现公平正义。

^① 邱宁、陆幸福：《反思经济分析方法在法律中的应用》，《中共浙江省委党校学报》2012年第2期。

^② 波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第12、20页。

经济分析法学的主要观点和基本主张集中体现在理性“经济人”假设、效益最大化原则和最高境界的公平正义三个方面，其中效益最大化原则受到社会各界的广泛关注与借鉴。

二、经济分析法学对当代民法的贡献

经济分析法学发展到今天，对法律、法学研究产生了积极影响。各部门法都在一定程度上得益于经济分析方法，对当代民法的影响与启示更为深远。

（一）贡献了研究民法的经典方法

经济分析法学的兴起发展突破了传统法学流派的价值观和方法论，为当代民法学的发展做出了积极的方法论贡献。

一方面，为当代民法发展提供了新的研究方法。囿于传统法学的局限，以往的法学流派较多地从公平、正义的价值视角去理解和研判法律的功能定位及其合理性，却容易忽略法律与经济的内在联系和相互作用。经济分析法学在方法上为当代民法研究提供了崭新的分析视角和评价标准，即用“经济学中的效益模式来研究法律，具有定量分析优势，使人们的思维更加准确”^①。当前，人们的法律素养和法治思维日益成熟，法律将会更多地直接介入经济生活、参与资源和财富分配。由此，经济分析法学派认为立法主体在立法时，应该优先考量法律的“效益性”，而不应仅仅考虑法律的“公平性”“正义性”。尤其是在市场经济条件的大背景下，势必要将提高经济效益作为评判现有法律制度安排和确定未来法律功能取向的基本依据，引领人们按照最有效的生活态度和方式合理利用资源，给予有效使用资源的行为刺激，^②这样才能使枯燥的法学行为概念更加符合自然科学的认知模式，从而使法学研究进入一个新的境界。另一方面，为某些法律制度存在的困惑提供了合理解释。比如，20世纪50年代出现的反托拉斯法一度困扰了保守的律师及传统的商人，但他们又拿不出系统概念和有力理论来进行反驳，“当用经济分析法学的学术思想来分析现实世界时，他们才找到了支持他们偏好的和令人信服的学术解释”^③。又如，我们知道，“合理利用”是评判是否侵犯版权的重要标准，解决“何谓合理”的问题，运用经济分析方法就比较简便。

（二）深化了对民法价值体系的理解与认识

民法价值集中体现了民法精神，而最能突出反映民法本质特征和内在精神的价值序列主要有秩序安全、平等公平、自由效益价值等三方面内容。

首先，是关于法的秩序安全价值。“保障合理的秩序是法的基本功能。”^④法律通过预先确定主体的行为模式并对主体行为的法律后果加以明确宣示。民事主体通过预先了解相关法律规则后知晓法律对个人行为的规制要求，以及一旦违反这些规则势必要付出相应的法律后果，从而作出尊法行事的理性选择，预防民事违法行为发生，维护民事活动秩序和安全。其次，是关于法的平等公平价值。党的十八届四中全会强调指出，“加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度，公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用”，公正、公平是法律和法治建设的精神和灵魂。民法倡导公平平等，反对偏

① 谢丹：《经济分析法学派述评》，《江西社会科学》2003年第5期。

② 时显群：《西方经济分析法学在中国》，《现代法学》2002年第2期。

③ 郭振杰：《经济分析的法学方法论贡献及前景分析》，《法律方法》2005年第1期。

④ 王国良、胡雪梅：《论民法的价值与基本原则——对现行民法基本原则理论的质疑》，《江西社会科学》2004年第5期。

私与歧视,民事主体只有真正实现了其平等的法律地位、对等的权利义务以及实现社会资源、合作利益和负担的公平分配,才能最大限度地激发民事主体的积极性,促进社会和谐与社会资源增殖最大化。最后,是关于法的自由效益价值。民法确认和保障各类民事主体人身自由的过程,就是明确民事主体的财产归属及自由支配使用的过程。民事主体只有在自由前提下才能作出最有效益的价值判断和选择,并通过相应的权利义务来确保优化配置资源,最大限度地创造更丰富的社会财富。

(三) 奠定了民法基本原则的理论基础

经济分析法学运用效益、效率观念,对法律现象进行深入的经济分析,为当代民法私法自治、诚实信用等基本原则的确立奠定理论基础。

经济分析法学为私法自治原则提供了“效益”依据。私法自治原则的核心是确认并保障民事主体自由。从本质意义上讲,意思自治仅是一种法哲学思维,也就是人的意志可依其自身法则来制定自己相应的权利义务。从经济视角而言,“意思自治对应的是自由经济体制,其基本理念是保障和鼓励人们依照自己的意志参与市场交易,强调在经济行为中尊重当事人的自由选择,让当事人按照自己的意愿形成合理的预期”^①。通过市场自愿交易使双方都尽可能获得理想产品,彼此得到预期效果,提高社会效益,实现资源的合理流动和效益最大化。同时,经济分析法学也为诚实信用原则提供了有力佐证。从法律角度而言,人与人之间的交往是通过合同的方式来实现的。诚实信用是适用于合同领域的基本原则,而且主要是适用于财产性合同领域,是市场经济活动中形成的道德规则。民事主体只有自觉按照市场制度中对等的互惠性原理办事、提高办事效率、减少不诚信成本,才能维护良好的秩序,在不损害他人利益与社会利益的前提下追求自己的利益,最大限度地规避外部性不经济。

(四) 提供了司法实务的崭新视角

经济分析法学也为当代民法实务提供了一种崭新的价值判断方法。目前,经济分析方法已全方位向民法领域渗透,早在上世纪美国判例法就采纳经济分析法学的理论方法,推动了整个法律制度的变革创新。如在里根总统任期就曾颁布 12291 号令,对新出台的行政规章必须进行强制性成本收益分析提出了明确要求,严谨推行社会收益小于社会成本的规章。澳大利亚的法改委也认为,“法律改革,及其一般的、实际意义上的立法,必须关注其内在的经济因素。我们必须谨慎地衡量法律变革的成本与收益”^②。当然,熟练运用此种方法,要求司法工作者具备一定的经济学理论知识和对法律进行经济分析的能力,才能正确理解法律的精神,提高办案效率。

必须指出的是,经济分析法学的“效益”崇拜,有时悖于社会伦理价值。该学派将法律的价值和作用归结为“效益”和“追求社会财富最大化”,排斥法律的其他价值存在。为此,运用经济分析方法解决法律问题时应当慎重,否则可能导致个人的效益最大化与社会整体成本、基本价值取向相冲突。例如,在处理交通肇事致人死亡案件中,为减免刑事制裁,肇事方往往愿意付给受害人家属较高的赔偿;而受害人家属在人死不能复生的情况下,往往也愿意接受较高的赔偿条件,双方似乎都实现了利益的最大化。但是,这也容易纵容司机对生命的亵渎和不敬,错误地将承担刑事责任与给付金钱划上等号。

^① 刘凯湘、张云平:《意思自治原则的变迁及其经济分析》,《中外法学》1997年第4期。

^② 周林彬:《中国法律经济学的实务研究问题》,《学术研究》2006年第10期。

三、经济分析法学对我国民法发展的影响

改革开放以后,我国开始研究“经济分析法学”。1983年西南政法学院种明钊教授在国内首次发表文章介绍“法和经济学”,此后吉林大学张文显系统介绍了美国的“法和经济学”理论,复旦大学张乃根和社科院蒋兆康翻译了波斯纳的《法律的经济分析》。1990年沈宗灵先生撰文全面介绍了波斯纳在法学中对经济分析的运用,并较早使用“经济分析法学”这一学科称谓。^①近年来,一批具有开拓创新性的学者也对我国民法发展产生了积极影响。

(一) 对我国《民法典》编撰工作的影响

民法典被称为“社会生活的百科全书”,编纂民法典是中国法学界乃至全社会多年的期盼。十八届四中全会《决定》首次提出了加快编纂民法典,建设中国特色社会主义法治体系的全新命题,必将开启一个公民权利保护的新时代。在社会条件日益成熟的今天,致力于经济分析法学研究,必将有力地推动民法典编纂进程。

一方面,为我国《民法典》编撰提供理论支撑。民法典的基本价值在于,为民事主体提供自由与效益,以确保在自由从事经济社会活动中作出最优的价值判断选择。制定我国《民法典》,应当在充分发挥理性“经济人”能动性基础上,科学创设民事规范行为模式和责任规则,合理厘定初始民事权利义务,建立有效的社会经济激励机制,促进社会效益的提高。具体而言,应当科学创设人身权、财产权、知识产权等主要法律制度,调动人们生产生活的积极性和主动性,进一步激发和释放社会活力,带来源源不断的经济社会效益,不断推动社会进步。

另一方面,为我国《民法典》制定奠定效益原则。我国《民法典》立法工作应当遵循经济分析法学的效益原则,充分考量立法成本和司法效益,主要包括进一步规范公司法人治理制度、健全完善民事主体制度、鼓励为减少交易成本而创设的替代性制度,等等。通过制定出台各种交易规范及标准术语来优化配置合同权利义务,切实规避或减少民事主体为达成某种交易而需要通过反复推敲合同条款所支付的额外成本。在民事责任制度中,要系统规范各种违约和侵权行为,对其认定标准、归责原则、构成要件及各类民事责任形式作出规定,以降低民事主体在解决民事冲突中的外在成本。

(二) 对我国民事法律制度的影响

物权的本质在于,将特定物归属于某一权利主体,由其直接支配、享有其利益并排除他人对此支配领域之侵害或干预。物权在发生变动时,一般采用登记或者交付的方式来体现物权的公示和公信原则,从而降低因确定、保护物权所带来的高昂成本。如果要求每一个权利主体通过自身能力采取必要的防范措施去排除他人侵害或干预,势必花费高昂成本。而将公示和保护物权交给国家,对不动产以登记、动产以交付和占有作为公示方式予以公示,有效排除他人对物权的侵害和干预,能够有效降低财产的排他成本。相较于要求每个权利主体都采取防范措施而言,登记和交付(占有)会更有效率。这种设计是最有效而且合理的制度安排。同样,在对第三人利益保护中,登记和交付(占有)也是最有效率的制度设计,第三人只需查阅交易标的登记状况或者占用状态,就能够确认是否交易、与谁交易,这样能够较好地降低交易成本。正如波斯纳所言,“能使交易成本最小化的法律是最适当的法律”^②。

经济分析法学认为,合同是为转移和交换财产权利提供保障和服务的法律制度,以规范的语

^① 沈宗灵:《论波斯纳的经济分析法学》,《中国法学》1990年第3期。

^② 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,第12、20页。

言规避商品交换或财产转移过程中的复杂性和不确定性。该理论为法院在合同纠纷中的作为提供了稳定的、科学的正当理由,能有效维护双方当事人利益,促进资源配置合理有效。一方面,通过合同维护适当的交换动机,使交换顺利、低成本进行。另一方面,通过合同提供一套规范术语和交换制度,减少交换的复杂性和相应费用。侵权是指侵权人通过违背他人意志,谋取侵权效益。之所以会有侵权行为产生,关键在于侵权人为支付少于市场的成本而谋取侵权效益。在一定意义上讲,大部分侵权行为都是故意的,是成本和收益衡量后的结果。因为加害者知道,如果他采取更多的预防措施(支付更高的成本),就可能减少事件发生。当然,应当将此处的侵权行为与普通犯罪非常接近的诸如侮辱、殴打和侵占等侵权行为区分开来,因为接近犯罪的侵权行为纯粹是强迫性的财富与权利转移,没有任何经济效益可言。基于上述认识,对侵权行为的防范,立法上必须加大侵权人的违法成本,使其谋取的侵权效益远远小于所支付的侵权成本,才能收到事半功倍的效果。

此外,经济分析法学对人身权、婚姻家庭、知识产权以及商事活动等都产生了积极影响。

(三) 对我国民法司法适用的影响

事实上,我国的法学理论与司法实务中或多或少运用了经济分析方法。“效率”作为法律的价值目标已经得到广泛认同,特别是近年来,我国社会主义市场经济快速发展,市场经济体制日臻完善。从司法实践来看,各级法院所受理的经济案件的数量越来越多、越来越复杂,案件的诉讼裁决对使用效益及资源配置的影响将日益显现。例如,在2005年广州刘佰良公共构筑物致害人身损害赔偿案中,^①法院根据侵权行为的经济分析理论,认为加害人的活动价值及防止危险的经济因素可作为认定其过失的相关因素。该案运用汉德公式(Learned Hand)这项经济分析的经典方法对加害人的主观状态进行判断,即设定发生损失的几率为 P ,损失金额为 L ,预防成本为 B ,则在 $B < PL$ (即预防成本小于损失金额乘以损失发生几率)时,加害人始有过失。法院据此认定,对通风采光井采取保护性的覆盖措施以防止他人不慎失足的预防成本远低于发生人身损害的风险,该公共构筑物设计和管理者应当承担相应的赔偿责任。这类司法裁判运用经济分析方法,对受害者给予了适当救济,彰显了对弱势人群的司法关怀和社会成本考量,取得了较为理想的法律效果。

经济分析法学是法学与经济学研究方法变革的重要体现,也是法学与经济学相互交叉与渗透的重大突破,对当代法学特别是对当代民法学产生了重要而深远的影响,对我国社会转型时期注重与强调效率优先的时代意义尤其明显。作为一个法学流派,经济分析法学的分析方法也具有一定局限性,特别是以波斯纳为代表的学说将“效率”强调到了极限,有很强的“经济学帝国主义”倾向,需要不断完善和克服。我们不能简单地移植与复制。在具体运用该方法过程中,必须要与其他社会科学相结合,特别不能忘记法学是一门价值判断的科学,法律应当以追求公平正义为最高价值目标。只有这样,才可能更好地解决制度创新上的困惑,更好地推进法治实践不断向前发展。

责任编辑:万小燕

^① 参见广东省广州市天河区人民法院〔2005〕天法民一初字第1469号民事判决书、广东省广州市中级人民法院〔2006〕穗中法民一终字第587号民事裁定书。

Abstract: Following with deepening reform of whole country, the institution of contractual management rights has faced many challenges in its inside—structure, and need to perfect itself. Firstly, we should adjust the land contract qualification in which the function of survive support of land is a core and the agricultural census register is a standard, and break the connection between the former and the latter. The regulation of thirty years contractual time of land is a result of overload focus upon real rights attribute of contractual management rights of land. The long—terms unchanged contractual land does not mean the unlimited duration rights. Secondly, the reform of the institution should design an elastic rule on time limitation of contractual management rights of land. Thirdly, to outstand its private rights of land, we should found a dynamic adjustment institution of contractual land, and make some appropriate arrangement upon time and method of adjustment.

Key words: Contractual management rights of land; Census register; Time limitation of Contract; Adjustment of contractual land

Economic Analysis of Jurisprudence and Its Influence to Modern Civil Law

Song Zongyu, Guo Feng, Zhang Aiping(107)

Abstract: The group of economic analysis of jurisprudence used concepts and methods of economy to analyze issue of law, proposed the assumption of rational economic man and advocate the maximization principle of benefit to pursue to fairness and justice. The group provided the classic method for study of civil law, made the knowledge on principles and value of civil law in depth, opened a new perspective for judicial practice. In the term of social transition of China, the reference and rethink of the group's viewpoint will help to resolve some confusion on creative of institution, and promote judicial practice better.

Key words: Economic Man; Maximization of benefit; Essence justice

Discussion on the Path of Realization of China Dream— —Based on Chinese Cultural Broadcasting Ability

Cao Shengqiang, Cao Sikang(119)

Abstract: In history of China, the ancient culture had attracted the entire world because of its amazing and charming characteristics, had a important position in cultural history of the world. However, since 1840's, the broadcasting ability of Chinese ancient culture has lost because of many reasons. The history of cultural broadcasting of China enlightens us that the ability of cultural broadcasting is proportional to the comprehensive national strength. Nowadays, the strength of China has raised up very fast, and China Dream is being our new identification, we should grasp opportunities and realize China Dream ,by enhance our ability of cultural broadcasting to improve the world to understand China better.

Key words: Culture of China; Ability of broadcasting; China Dream; Path of realization; Relation between East and West; Image of state

Issues in Endowment Insurance Institution of China in Aged Tendency of Population and Recommendations

Wang Guoxin, Xiang Xue(134)

Abstract: With the gradually improvement of life level and medical conditions, the proportion of elderly population of China is rising. On this account, the institution of endowment insurance of China should be perfect as quick as we can. The paper gave the situation of aged tendency of population and its challenge to our society, pointed out some problem in the institution of China, such as the absence of coherence, the low replacement rate of pension and ubiquitous transfer difficulty, the poor gathering ability of fund etc. According to problems mentioned above, the paper made some recommendations.

Key words: Aged tendency of population; Institution of endowment insurance; Mergence; Replacement rate of pension;" Double track" of endowment system