



Yangshan Academic Library

黄文平 著

市场与政府的重塑

法治中国

Rule of law in
China



经济科学出版社
Economic Science Press

法治中国

市场与政府的重塑

黄文平◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

法治中国：市场与政府的重塑/黄文平著. —北京：
经济科学出版社，2015.9

ISBN 978 - 7 - 5141 - 6087 - 1

I. ①法… II. ①黄… III. ①社会主义法制 - 建设 -
研究 - 中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 218528 号

责任编辑：李 雪

责任校对：王肖楠

责任印制：邱 天

法治中国市场与政府的重塑

黄文平 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100142

总编部电话：010 - 88191217 发行部电话：010 - 88191522

网址：www. esp. com. cn

电子邮件：esp@ esp. com. cn

天猫网店：经济科学出版社旗舰店

网址：http: //jjkxcs. tmall. com

固安华明印业有限公司印装

710 × 1000 16 开 19 印张 280000 字

2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 6087 - 1 定价：59.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换。电话：010 - 88191502)

(版权所有 侵权必究 举报电话：010 - 88191586)

电子邮箱：dbts@ esp. com. cn)

前言

(一)

政府与市场的关系，长期以来一直是经济学、法律学、政治学等学科中争论不休而又难以达成共识的论题。而对政府权力进行限制和制约的思想，源远流长，一直可以追溯到古希腊亚里士多德（Aristotle）和柏拉图（Plato）对法治理念的争论。柏拉图认为，除非由哲学家来做国王，否则人类将永无宁日。在他的代表作《理想国》中，柏拉图力主“贤人政治”，蔑视法律的作用，认为不应该将许多法律条文强加于“优秀的人”。亚里士多德反驳他的老师柏拉图的这种治国理念，在其《政治学》一书中指出，“人类的情欲如同野兽，虽至圣大贤也会让强烈的情感引入歧途。唯法律拥有理智而免除情欲。”“若由法律来统治，即是说要求由神明和理智来统治；若要求一个人统治，便无异于引狼入室。”这是西方最早有关限制政府权力的思想。以后，在古罗马西塞罗（Cicero）的《论共和国》，文艺复兴时期意大利政治家马基雅弗利（Machiavelli）的《君主论》，法国政治家让·布丹（Jean Bodin）的《共和六论》，近代英国政治思想家洛克（Locke）的《政府论》，法国启蒙思想家孟德斯鸠（Montesquieu）的《论法的精神》，以及卢梭（Rousseau）的《社会契约论》等著作里，无不涉及限制政府公权力的问题。自15世纪至16世纪资本主义萌芽发展和英国产业革命以来，在重商主义、重农学派思潮的影响和推动下，人们要求政府干预某些产业或部门的经济活动以促进产业发展和增进私人利益。然而，政府对经济活动的干预，导致了垄断和寻租（rent seeking）活

动，并带来了资源的浪费和总体社会福利的损失。在此情形下，亚当·斯密（Adam Smith）对政府干预经济活动的正当性提出了严厉的批驳，并提出了“看不见的手”（invisible hands）的著名论述，认为个人的自利行为能够引导社会资源的有效配置，并在更大程度上促进社会的公共利益。一方面，斯密指出，竞争本身就是一种天然的制约和平衡的制度，它使得市场上物品的价格因不同个人之间的自利行为作用而趋向于成本的自然水平，即“自然价格”，因此，市场竞争保护了公众的利益。另一方面，斯密认为，与市场的有效运作相反，政府干预从最好的方面来说是不必要的，从最坏的方面来说则造成腐败。事实上，某些政府规定或控制纯粹是帮助零售商勾结起来反对公众。亚当·斯密这种强调政府充当“守夜人”（night watchman）角色，只维护法律和秩序、反对垄断、取消对贸易和物价实现法律限制的“自由放任”（laissez-faire）思想，成了西方18世纪70年代至19世纪末期间经济思想的主流，并持续影响到200多年后的今天。

进入19世纪中期，在西方国家，尤其是美国，铁路和通信业的兴起，不仅引发了现代意义上的企业管理革命，而且经由交通、通信的便利，速度所引致的经济性极大地促进了零售、金融、金属加工、机器制造、石油、橡胶、烟草、食品等部门或行业的成长。19世纪70年代至20世纪初，是美国铁路史上群雄争霸的春秋战国时代，期间铁路业上演了一幕幕竞争激烈、纵横捭阖的联合、兼并、重组的经典戏剧。随着技术更新和生产力的急剧增长，工业化和城市化的浪潮日益改变了人们工作和生活的条件。1873~1878年和1893~1897年发生的两次经济危机，导致了失业、产量下降和广泛的社会动荡。在经济萧条期间，为对付日益激烈的竞争，各铁路公司纷纷采取联营、结盟、财金和政治操纵等经营策略，并针对不同地区的农场主制定歧视性的运费政策。铁路公司的做法，激起人们的普遍不满，并导致了有组织的政治运动。最终，这些运动成功地把人们的视线转移到关注农场主、劳动者、中小企业主的生存和利益上来。1887年，州际商务法令（Interstate Commerce Act）得到美国两大主要政党，民主党（Democratic Party）和共和党（Republican Party），以及各地区压力集团（Pressure Group）的支持，并成立了一个由法院、立法和行政权力机关多

方参与的5人小组，用来处理不同州之间商业方面的往来纠纷，即州际商务委员会（Interstate Commerce Commission, ICC）。此外，在石油、汽车、钢铁、电力、机械、铝业、烟草等行业，也出现了类似铁路业中那样由大公司或财团联合控制市场的情形。在当时的背景下，人们对大型企业之间勾结或共谋的行为十分不满。尽管在州际商务法令通过后，格兰其运动的势头有所减弱，但民众对各种企业联合（Combination）或共谋（Collusion）形式，如卡特尔（Cartel）、托拉斯（Trust）以及垄断（Monopoly）等，仍然持敌视态度。在广大民众、国会两大政党以及社会舆论的压力下，1890年7月，美国联邦政府通过了《谢尔曼反托拉斯法》（Sherman Antitrust Act）。该法案的制定和实施，开创了美国反垄断立法的先河。随着美国经济和社会的发展，美国国会相继通过一系列立法来补充、丰富、完善《谢尔曼反托拉斯法》。

20世纪以来，特别是1929年“大萧条”以后，资本主义国家政府的行为迅速扩大。与之相适应的是，主张政府干预的凯恩斯主义取代了长期以来在经济学领域居主导地位的自由主义经济学。政府行为的扩展，引发了众多的研究课题。同时，宏观经济学、福利经济学、公共经济学、计量经济学、博弈论及信息经济学等学科的发展也取得了很大突破，这就为研究政府行为提供了强有力的研究工具。

在传统的自由市场经济体制下，政府机构通常仅由外交、内务、财政、司法和国防五个部门组成，这些部门的作用也只是局限于为市场经济的正常运转提供保障而已。今天，政府已大大拓展了自身的作用领域，广泛参与到社会经济的各个方面，其组织规模也极为庞大。大部分现代国家，政府部门除上述五部门外，还至少包括工业经济部门，食品、农业和森林部门，劳动和社会福利部门，青年、家庭、妇女和健康部门，交通运输部门，地区发展和城市规划设计部门，教育和科学部门，对外贸易部门等。著名经济学家、世界银行前高官斯蒂格利茨（J. E. Stiglitz）曾说过，“今天，即使在国家干预比较少的美国，政府的影响仍然是随处可见的：大部分美国人都出生在公立的医院中；90%的人是在公立学校接受教育的；10%以上的人的食物是由政府免费提供的；15%以上的人居住的房屋

是政府建造或资助的公房；40%以上的人的医疗和药品是政府提供的；16%的就业是政府提供的（政府雇员）；大部分人享受着政府提供的各类保险和其他社会保障；许多商品的价格是由政府制定的；几乎所有厂商和消费者的行为都要受到政府政策的某种影响。”

在我国，政府作用的范围更为广阔。事实上，政府部门已经成为一个拥有大量资本，向全社会提供产品、服务和就业机会的“公共产业”。随之而来的是，和私人经济部门一样，政府部门也面临着一系列的基本问题：生产什么、如何生产和为谁生产等。另外，政府部门的活动毕竟有别于一般的私人经济活动，如何进行政府行为的成本—收益分析，如何确定政府行为和规模的边界，如何评价政府行为的绩效等，直接关系到政府的管理体制和现实政策，进而对经济增长和社会福利产生重大影响。

（二）

管制，即关于政府干预市场的研究，属于经济学的一个正式研究领域。早期政府管制方面的文章大多将焦点放在公用事业的管制上。体现这些研究成果的集大成者，首推卡恩教授的经典教科书——《管制经济学》（Kahn, 1970, 1971）。卡恩所强调的领域主要是对垄断的管制及费率的决定。他特别关注边际成本定价的一般原则、长期和短期边际成本及价格歧视等问题。随后，谢泼德和威尔科克斯（Shepherd & Wilcox, 1979）把“针对工商业的公共政策”划分为反托拉斯法、管制和公共事业三类，他们集中讨论了关于公共所有权和对公用部门的控制等问题。1981年，乔斯科（Joskow）和诺尔（Noll）在全面总结竞争和非竞争产业里的价格与进入管制问题的基础上，主要研究了管制的政治、行政程序，以及管制的立法和官僚理论。

对管制研究影响深远的是斯蒂格勒（Stigler, 1971）作出的。他认为，“作为一种法规，管制是产业所需并主要为其利益所设计和操作的”。斯蒂格勒列举了四种为产业所需而由国家提供的管制手段：直接的货币补贴，新进入的控制，对产业辅助品生产的鼓励和替代品生产的压抑，价格控制。斯蒂格勒（1981）偏重于对管制起源的研究。此外，鲍莫尔和奥茨

(Baumol & Oates, 1975, 1979) 关于环境管制及政策的研究, 维斯凯西 (Viscusi, 1979, 1983) 关于产品和作业场所安全的研究, 都大大拓展了管制研究的领域。

自 20 世纪 70 年代以来, 在英、美等西方发达国家, 针对自然垄断行业生产经营的低效率, 引发了一场关于管制 (regulation) 与放松管制 (deregulation) 的理论探讨及其政府改革运动。然而, 放松管制、引入竞争, 并不能彻底解决自然垄断行业存在的低效率问题。并且, 某些产业所特有的技术和经济特征, 使竞争受到极大的限制, 这样就不可避免地存在某种程度的垄断, 进而影响到企业运营效率的提高。在这种情况下, 人们开始对传统管制理论及其管制方式的理论基础和思维定式进行反思。随着博弈论、信息经济学、机制设计理论、法律经济学等微观经济学前沿理论和交叉学科的不断发展, 传统的管制理论逐渐演变为激励管制理论或新管制经济学 (J. Laffont, J. Tirol, 1993)。

激励管制理论将信息不对称、委托—代理等引入传统管制理论, 并由此展开对信息不对称条件下管制理论的机制设计和管制方式的研究。罗埃比和马盖特 (M. Loeb & W. magat, 1979), 萨平顿和西布利 (Sappinton & Sibley, 1988), 以及拉丰和泰勒尔 (J. Laffont & J. Tirol, 1988) 等先后研究了不对称信息条件下管制机构实行经济福利最大化的机制模型; 萨平顿、威尔曼、琼斯以及拉丰、泰勒尔等人将道德风险和逆向选择引入管制设计, 从而系统、全面、深入地研究了不对称信息条件下的管制方式和管制效率 (Sappinton, 1991; Weyman & Jones, 1994; J. Laffont & J. Tirol, 1993, 1994, 1996)。

在我国, 对管制理论及政府管制政策的研究正处于蓬勃发展阶段。余晖在《政府与企业: 从宏观管理到微观管制》(1997) 一书中对政府管制做了初步的理论探讨; 张昕竹等在《网络产业: 管制与竞争理论》(2000) 一书中对网络产业的政府管制进行了研究; 王俊豪在《英国政府管制体制改革研究》(1998)、《中国政府管制体制改革研究》(1999)、《自然垄断产业的政府管制理论》(2000)、《政府管制经济学导论》(2001)、《中国自然垄断产业民营化改革与政府管制政策》(2004)、《中国垄断性

产业结构重组、分类管制与协调政策》(2005)等系列研究中介绍了国外政府管制的基本理论和经验,并对我国政府管制的理论和实践进行了开创性研究。

(三)

在西方发达国家,主要是美国,政府治理与公共政策分析是两个既相互联系又存在一定差异的研究领域。西方学者研究政府治理,大多是在给定政治制度的框架内,探讨政府行政服务的方式及其效率,包括政府机构的设置、政府行为的约束、政府的行政效率等;而公共政策分析,主要是基于经济学上的成本—收益框架,对政府的公共政策进行全面的审视,包括公共政策原理、公共政策目标、公共政策程序、公共政策评估等。

一般来说,西方关于政府治理的理论研究,主要是在行政管理的框架内进行。所谓行政管理,又称公共行政(public administration),是随着社会公共权威的出现而产生的对社会公共事务进行的管理活动,它包括维护、保卫、扶助、管制、服务和发展等多种职能。行政管理理论的发展,主要是沿“传统行政管理理论→过度时期的行政管理理论→新行政管理理论”这一研究进路展开;研究方法,由“单纯的政治学→政治学+行政管理学→行政管理+经济学”的模式转变;研究内容,由“政府权力配置→政府组织结构+政府行为→政府机构设置+政府行为+政府行为效率”的方向深化和拓展。在行政管理发展史上,古典行政管理理论以威尔逊(T. W. Wilson)和古德诺(F. J. Goodnow)的政治—行政二分法和马克斯·韦伯(Max Weber)的科层组织理论为基础,它试图解答政府服务的效率问题。新公共行政理论以弗雷德里克森(H. G. Frederickson)为代表,它试图回答这样一个问题:政府行政在满足效率的基础上,其行政服务是否增进了社会公平?换句话说,即要求政府把出色的行政管理与社会公平有机地结合起来。

任何关于政府治理的研究,都无法回避对政府权力的研究。按照古典自由主义者的观点,政府是一种必要的“恶”,因此,必须限制政府的权力,以防止政府扩张权力而损害民众的自由;凯恩斯主义者强调国家干

预，但这种干预是以缓解而不是加剧市场失灵为根本目的；公共选择学派的代表人物戈登·图洛克（G. Tullock）曾精辟地指出，私人企业和行政部门的区别不在于个人在其中的表现不一样，而在于规定个人行为的制度约束在私人企业中要比在政府部门严格得多。因此，他认为，在其他条件不变的情况下，私人企业中的个人活动最有可能符合公共利益，而在行政机构中，人们却最有可能肆意追求最大化个人利益，而不管这些个人利益是否符合公共利益。

现阶段，我们正在进行有中国特色的社会主义建设，正在推进法制现代化，实现从人治型向法治型国家的转型。作为历史创造过程中的每一位当事人，我们有机会目睹并亲自参与到这场中国历史上，无论变革的规模、范围、影响程度来说都堪称巨大的变革中来，既感欣慰又觉压力。一方面，激烈变革的时代，为个人发展提供了一个无限广阔的舞台，“这是最好的时代，这是最坏的时代，这是智慧的时代，这是愚蠢的时代；这是信仰的时期，这是怀疑的时期；这是光明的季节，这是黑暗的季节；这是希望之春，这是失望之冬；人们面前有着各样事物，人们面前一无所有；人们正在直登天堂；人们正在直下地狱”（查尔斯·狄更斯语，引自《双城记》）。另一方面，制度的变革，尤其是经济体制的变革，牵涉不同群体或组织利益的调整，利益面前，人们很少会取礼让的策略，往往取合作或非合作的博弈策略。故而，这个调整的过程，就不可能平坦顺畅。如何在平等与效率、发展与稳定之间取得一个由公共选择达成的社会共识，将在相当程度上影响到政府公共政策的执行效率。倘若形成一个“上有政策，下有对策”的局面，不仅会降低政府公共政策的效力，而且将扭曲政府在民众心目中的形象，降低政府的公信力，造成政府与民众的疏离。

归根结底，利益的分割及其调整成了人类社会演进的核心。马克思主义经典作家把阶级的形成和阶级斗争看做人类社会进步的动力，这足以说明，利益尤其是经济利益在人类社会中的重要位置。对利益的不懈追求，既是个人理性的体现，同时也是社会冲突的根源。但是，在不同的时代背景下，衡量利益的尺度以及利益比较的方式都存在着极大的差异，此种差异催生了那些影响人类社会发展的许多重大历史事件。

在市场经济中，各经济主体因自身禀赋、努力程度、教育水平、外界环境、遗传基因、继承、机遇等因素的差异，造成了财富的不平等和社会地位的差别。目前，我国的社会分层已日益显著，不同阶层很难就某个公共利益达成完全一致的公共选择。如果没有一个合理的妥协，财富分化所带来的就不只是阶层的分化，更是公共空间的缺失和公共利益的匮乏。公共空间和公共利益的过度压缩，将会畸形化私人空间和私人利益，导致社会秩序的紧张，并最终影响个体的经济福利。基于此，政府的公共政策，以及公共政策的公正性、科学性、可行性，也才显得更为紧要。

在我国社会主义市场经济体系下，政府进行管制的范围和力度对整个国民经济的运行显得尤为重要。政府的公共决策是一国经济发展的导向标，决定着民众对国家和谐稳定发展的信心。在国家提倡大众创业、万众创新的时代，亚洲首富马云的创业之路成为如今各位青年才俊的励志动力。马云巧妙地运用了“互联网”这一富有魔力的虚拟形态，创造了事业成功的神话，引领国家经济深度发展、企业转型升级的方向。互联网技术被广泛应用于各行业部门，从办公到管理都离不开互联网系统，在互联网技术运用逐渐成熟之际，互联网的创新再次刷新了大众的眼球。马化腾于2013年首次提出“互联网+”概念，2015年3月5日，在全国两会上，李克强总理将“互联网+”提升为国家发展战略。互联网金融，互联网医疗，互联网农业等，互联网与传统行业的深度融合，将成为我国企业转型升级中新的经济增长点，为一国经济的有效运行创造更大的价值，积累更丰厚的财富。

万事万物在呈现给大众利好的一面时，必然暗藏着其风险和危机。对于风险，并不能将其消除，而只能是预防。例如，互联网在与传统行业两者磨合的期间内，壁垒的出现会阻碍融合的进程，行业的冲突会引发法律的纠纷等，这时候，需要政府为“互联网+”这一新兴行业的发展提供一个完善的法制环境，若国家管制的范围或力度未能把握好，可能会引发影响一国经济的发展，阻碍社会文明的进步。

个体或者一个群体的社会地位是影响一国经济绩效的重要因素。社会地位涉及多种学科，包括心理学、社会学、经济学等，笔者在本书中对社

会地位做了初步的研究，主要从社会学和经济学这两门学科的角度出发研究社会地位，对社会学文献中关于社会地位的内涵、特征等做了主要介绍，在初步了解的基础上进一步分析社会地位对职业声望以及个体职业选择的影响，且比较了社会地位和收入在代际传递方面的差异。从经济学的角度出发，剖析了社会地位对个体或家庭的工资、经济增长以及储蓄消费之间的关系的的影响。笔者认为，由于社会地位其本身所具有的复杂性，这就要求不同学科领域的学者互相合作、互相借鉴，合力推动社会地位的深入研究。

本书运用经济学和法律学相交叉的法律经济学研究方法，以中国社会转型时期发生的代表性事件为线索，分析了经济主体的法律行为及其影响因素，深入研究了社会地位这一难以捉摸的意识形态，剖析了社会地位与个体或家庭的工资、经济增长以及储蓄消费这三者之间的关系。在此基础上，笔者探讨了在法治发展和互联网时代背景下，社会公共安全风险的防范，政府与市场的边界，以及政府治理模式的选择。

最后，因时间仓促和作者知识的局限，书中难免存在疏漏和错误，恳请读者和专家惠予批评，不吝指教。

黄文平

2015年6月

目 录

第一篇 法律的经济分析

第一章 导论	5
第一节 序言	5
第二节 法的理念	8
第三节 法的二重性	17
第二章 实体法的经济分析	20
第一节 引子	20
第二节 社会生活与法律	27
第三节 法益权衡	33
第三章 程序法的经济学分析	43
第一节 法与利益	43
第二节 程序与利益的配置	46
第三节 理性选择	51
第四章 法律行为的微观经济分析	58
第一节 法律行为	58

第二节 法律市场	61
第三节 法律市场的静态均衡	64
第四节 法律市场的动态均衡	66
第五章 法律的局限	70
第一节 产品责任的案例	70
第二节 责任风险的法律分析	72
第三节 责任风险的配置	75
第四节 法律的局限	78

第二篇 市场与政府的边界

第六章 管制的理性与风险	83
第一节 慈善行为中的虚假捐赠	84
第二节 非理性消费与政府监管	87
第三节 健康和安全领域政府管制的风险	100
第七章 管制的边界与管制效率	114
第一节 公司的有限责任与管理者的道德风险	115
第二节 信息租、股东权利与政府监管	124
第三节 政府价格管制的效应分析	133
第四节 社会地位与经济绩效相互关系的研究评述	141
第八章 市场与政府的边界	158
第一节 企业发展进程中的市场因素与政府角色	158
第二节 国有资产改革的效率与公平	167
第三节 产权虚置状态下的国有企业公司治理	176
第四节 卫生医疗服务改革与政府垄断责任	182

第三篇 法治与政府治理

第九章 公共安全与政府管制	193
第一节 公共卫生安全与政府管制改革	193
第二节 公共安全风险与政府管制	201
第三节 制度创新的理性约束	208
第十章 互联网、法治与政府治理	215
第一节 媒体包围下的司法判决	215
第二节 互联网技术的发展与政府管制	219
第三节 经济新常态：“互联网+”的创新与监管	228
第四节 沉默权与人际间合作秩序的扩展	245
第十一章 政府治理模式的选择	253
第一节 政府政策的动态不一致性	253
第二节 中西方经济增长与法制转型的路径比较	261
第三节 制度竞争与政府治理模式的选择	269
参考文献	277
后记	283

第一篇 法律的经济分析

法律的经济分析 (Economic Analysis of Law) 是 20 世纪 70 年代初, 首先在美国兴起的一门边缘性、交叉性学科, 其先驱者是罗纳德·H. 科斯, G. 卡拉布雷西和 A. A. 阿尔钦等人。他们在 20 世纪 60 年代分别发表了《社会成本问题》(Ronald H. Coase, 1960), 《关于风险分配和侵权法的一些思考》(Guido Calabresi, 1961) 以及《关于财产权的经济学》(A. A. Alchain, 1961) 的经典论文, 代表了经济分析方法运用于法律领域中的最初尝试。

几乎与此同时, 法律经济学还从另外两个方面得到发展: 一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始者詹姆斯·M·布坎南 (James M. Buchanan) 和戈登·塔洛克 (Gordon Tullock), 他们试图通过追求自身利益的经济人行为假设以解释政府和官僚行为, 即公共选择理论 (Theory of Public Choice); 二是加里·S·贝克尔 (Gary S. Becker) 将微观经济学, 主要是价格理论运用于非市场行为研究, 包括对婚姻、家庭、家务、歧视、犯罪等一般的人类行为的分析, 从而大大拓展了经济学的研究领域。

以上的发展基本上奠定了法律经济学研究的理论基础。在西方, 该学科还被冠以其他类似的称呼, 如“法和经济学” (Law and Economics), “法律的经济学” (The Economic of Law), “法律的经济学研究” (The Economic Approach to Law)。

如果要给这门学科一个初步解释的话, 我们不妨引用这一领

域中的集大成者，芝加哥大学教授波斯纳（Richard Allen Posner,）给法律经济学下的定义：法律经济学是用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。一方面，它以人类社会的法律现象为研究对象，故成为法学的一个分支或法理学的一大流派；另一方面，由于它以经济理论和方法为其指导思想和研究方法、工具，故又是经济学的分支学科。

波斯纳认为：经济学是人类在一个资源有限、不敷需要的世界中进行选择的科学。它的假设是：人是对自己的生活目标，自己的满足，也即我们通常所讲的“自我利益”的理性的、最大限度的追求者。（自我利益不应与自私自利混同，他人的福利也可能是个人追求的满足。）在此假定基础上，波斯纳导出了三个基本概念作为对法律进行经济分析的理论基础：一是支付价格和需求数量的反比例关系，即经济学中的供求法则；二是成本等于“可供选择的价格”（alternative price）或机会成本（opportunity cost）；三是基本概念是如果容许交换，资源就具有最高利用价值的倾向。

关于经济学和法律的关系，波斯纳指出：经济学对法律进行规范分析是一个有力的工具，在一个资源有限的世界中，效益是一个公认的价值，表明一种行动比另一种更有效当然是制定公共政策的一个重要因素。他同时强调，人们往往将法律简单地理解为以国家强制力为后盾的命令，因而，凡来自主权权力的任何命令都是法律，这就歪曲了法律一词的通常意义。有鉴于此，波斯纳认为法律的定义必须包括以下四种因素：一是作为法律，这种命令必须是人们能遵守的；二是对类似的人必须平等对待；三是