



新视阈文丛  
New Vision Series



法律市场论纲：  
作为经济分析法学的一种基础理论前言

The Legal Market Outline: As a Basic Theoretical  
Preface of the Economic Analysis of Law

聂佳龙 / 著

  
新视图文丛  
New Vision Series



法律市场论纲：  
作为经济分析法学的一种基础理论前言

The Legal Market Outline: As a Basic Theoretical  
Preface of the Economic Analysis of Law

聂佳龙 / 著

江西人民出版社·全国百佳出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法律市场论纲：作为经济分析法学的一种基础理论前言 /  
聂佳龙著. —南昌：江西人民出版社, 2013.9

ISBN 978-7-210-06078-9

I. ①法… II. ①聂… III. ①法学-经济学-研究-中国  
IV. ①D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 186303 号

## 法律市场论纲：作为经济分析法学的一种基础理论前言

聂佳龙 著

责任编辑：余 晖 章 虹

装帧设计：同异文化传媒

封面制作：关 科

出版发行：江西人民出版社

发行：各地新华书店

地址：江西省南昌市三经路 47 号附 1 号

编辑部电话：0791-88600717

发行部电话：0791-86898815

邮编：330006

网址：www.jxp-ph.com

E-mail: jxp-ph@tom.com web@jxp-ph.com

2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

开本：1/16

印张：11.75 字数：153 千字

ISBN 978-7-210-06078-9

定价：22.00 元

承印厂：南昌市红星印刷有限公司

赣版权登字—01—2013—282

版权所有 侵权必究

赣人版图书凡属印刷、装订错误，请随时向承印厂联系

001 导 论:经济分析法学的可行性与选题的缘起

016 第一章 “国家—法律—秩序”管理范式在知识经济时代的困境

第一节 传统社会治理模式:“国家—法律—秩序”管理范式 / 17

第二节 知识经济时代与知识经济时代管理范式 / 25

第三节 知识经济时代“国家—法律—秩序”管理范式面临的困境 / 31

038 第二章 知识经济时代所需之“法”的思考

第一节 法是什么 / 40

第二节 法应该是什么与知识经济时代管理范式的正式提出 / 53

062 第三章 法律市场概观

第一节 法律制度是一种稀缺资源 / 63

第二节 法律资源配置原则 / 66

第三节 法律市场的界定与法律市场的内容 / 69

第四节 法律市场的类型：以中国为例 / 74

## 079 第四章 法律需求

第一节 法律需求的特点 / 80

第二节 法律需求与法律制度变迁 / 84

第三节 法律需求的约束条件 / 89

第四节 满足法律需求的路径与原则 / 94

## 098 第五章 法律供给

第一节 法律供给与法律供给模式的变革 / 99

第二节 法律供给的约束条件与影响因素 / 102

第三节 法律的实际供给 / 106

## 133 第六章 法律生产

第一节 法律生产的成本分析与生产函数分析 / 134

第二节 法律生产过程中的问题之权利冲突 / 139

第三节 法律生产过程中的问题之既存法律权利与“新兴权利”的冲突 / 145

第四节 法律生产过程中的问题之“法律制度悖论” / 156

## 162 结 语：健全我国法律市场的几点建议

## 168 主要参考书目

## 180 后记

## 导 论

### 经济分析法学的可行性与选题的缘起

早在 19 世纪末,美国大法官霍姆斯(又译为霍布斯)曾预言:“法律研究的未来属于经济学家和统计学家,而非属于研究‘白纸黑字’的律师们。”<sup>①</sup>这一预言在 20 世纪 60 年代得到了有力的回应——法律经济学的诞生。法律经济学从诞生至今,尽管取得了长足的发展,但中国法学界对于法律经济学的学科地位并未取得一致的意见,更多的人是将其当成一种方法论或分析方法。无论是将法律经济学视为一门独立学科还是视为一种方法论或分析方法,不可否认的是,法律经济学是“探究法律权利、正义观和经济效

<sup>①</sup> 张建伟. 新法律经济学:理论流派与反思性评论[J]. 财政研究,2000(9):4.

益之间关系的不断增长的文献”<sup>①</sup>，它给了人们一种全新的认识法律的视角和范式<sup>②</sup>。

目前，“法律经济学……已使经济学理论和方法几乎应用到了法律和法学的每一个领域”<sup>③</sup>。此种现象，有人曾比喻为“经济学帝国主义”。“经济学帝国主义”虽然多少带有些贬损的意味，但却也说明了法律经济学取得的成功。

法律经济学为何取得成功？美国学者罗伯特·考特教授和托马斯·尤伦教授做了这样形象的回答：“就像澳大利亚的兔子一样，经济学在法学的‘知识分子生态环境’中找到了一处空隙并立刻跳入其中。”<sup>④</sup>罗伯特·考特教授和托马斯·尤伦教授所说的“空隙”就是法律对人们相关行为的影响（法学较少甚至不关注这点）。“一切社会科学的理论化，暗含地或明确地，都建立在人类行为概念的基础之上。”<sup>⑤</sup>法律经济学与传统法学不同，它认为：“每一个进入法律关系的当事人都有其不同的动机和愿望，他们依据自己的偏好和最有利于自己的方式进行活动，他们是理性的、追求个人效用最大化的‘经济人’。”<sup>⑥</sup>

经济人假定认为，每个人都能以追求利益最大化为目的，对其所面临的一切机会与目标以及实现目标的手段进行最优选择。这一假定在理论上招致了不少的批评。但“从理论上说，凡是理性的

---

① [英]C. G. 维尔杰诺弗斯基. 法律经济学的历史沿革[J]. 蒋兆康, 译. 法学译丛, 1990(4):14.

② 范式(paradigm), 由美国科学哲学家托马斯·库恩提出, 一般是指某一科学家群体或学派所共同持有或使用的一整套信念、规则、方法及相应的理论。

③ [美]理查德·A. 波斯纳. 证据法的经济分析[M]. 徐昕, 徐昀, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 27.

④ [美]罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学(第五版)[M]. 史晋川, 董雪兵, 等, 译. 上海: 格致出版社, 2010: 3.

⑤ [美]道格拉斯·C. 诺思. 制度、制度变迁与经济绩效[M]. 杭行, 译. 上海: 格致出版社, 2008: 23.

⑥ 冯玉军, 赵小宁. 法律经济分析的理论前提[J]. 天水师范学院学报, 2001(3): 29.

东西都是可以用经济分析的方法加以分析和解释的”这一提法恐怕不会招致任何人的质疑。对此进行细究,这一提法实际上暗含了“经济人”这一假定。法律经济学代表人物波斯纳曾指出:“一种理论的检验不在于其假设的现实性而在于其预测力。”<sup>①</sup>与其他的人的模式<sup>②</sup>相比,“在对不同制度的评价中,‘经济人’是对人类行为的一种独特而恰当的漫画式描述,这不是因为它在经验上正确,而是因为它在分析上是恰当的”<sup>③</sup>。尽管经济人假定有简单化的特征,受到了激烈的批评,但“社会科学目前尚缺乏其他更具有解释力的替代性技术。而如果一种理论缺乏关于人的动机和决策过程的设定,就无法提出预测。事实上,经济分析的缺陷并不会掩盖其说服力”<sup>④</sup>。事实上,经济分析不仅可以使我们明显地看到某一法律制度的不足和存在的问题,还可以将得出的结论直接运用到法律之中来指导法律改进和完善。因此,用经济人的模式来分析法学现象和问题是切实可行的。

马克思曾指出:“每种生产形式都产生出它所特有的法权关系、统治形式等等”<sup>⑤</sup>，“只有毫无历史知识的人才不知道君主们在任何时候都不能不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法还是市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已”<sup>⑥</sup>。这一旨意表明,法律的创制从来都受制于经济发展水平。换言之,法律制度从来都不是无限存在的,恰恰相反,它是人类社会的一种生产物。和商品生产一样,法律制度生产目的同样是为

---

① [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:293.

② 通过对具体的法律制度的考察,我们可以将法律原理中预设的“人的模式”分为六类:一、个人;二、中人;三、恶人;四、经济人;五、社会人;六、生态人。

③ [澳]布伦南,[美]布坎南.宪政经济学·规则的理由[M].冯克利,等,译.北京:中国社会科学出版社,2004:61.

④ 徐昕.论私力救济[M].北京:中国政法大学出版社,2005:136.

⑤ 马克思恩格斯全集(第十二卷)[M].北京:人民出版社,1962:738.

⑥ 马克思恩格斯全集(第四卷)[M].北京:人民出版社,1962:121-122.



了满足社会对法律制度的需求。既然经济发展水平与法律的创制存在对应的关系,那么法律创制需要怎样的经济条件以及法律供求如何达到均衡等应成为我们所要关注的问题。

法律的首要社会功能是定纷止争,确保社会安全有序运行。而这一功能实现的基本前提是有法可依,即有完善的法律制度。在现实中,将我国的法律制度同欧美国家的法律制度相比时,我们常常抱怨我国的法律制度如何如何不完善,但却很少甚至没有考虑我国法制建设的经济状况。事实上,法律的创制不但要考虑社会的需求,还要研究在特定经济状况下,创制某一法律所需的经济投入以及法律创制出来后予以实施的产出情况。当人们从成本与效率的角度看待法律创制与实施时,因没有意识到某一法律的社会效益而没制定该法与因法律过度关注国家或某一方面的利益使得权利义务配置失衡或不合理而导致该法无法实施的情况将会大大减少。<sup>①</sup>因此,发现法律创制背后的经济逻辑,显然具有非常重要的现实意义。而如何发现法律创制背后的经济逻辑必然离不开经济学(包括经济人假定)。

新制度经济学创始人与代表人科斯认为:“一旦考虑进行市场交易的成本,那么显然只有在这种调整后的产值增长多于它所带来的成本时,权利的调整才能进行。反之,禁令的颁布和支付损害赔偿金的责任可能导致发生在无成本市场交易条件下的活动终止(或阻止其开始)。在这种情况下,合法权利的初始界定会对经济制度的运行效率产生影响,一种权利的调整会比其他安排产生更多的产值。但除非这是法律制度确认的权利的调整,否则通过转移和合并权利达到同样后果的市场费用如此之高,以致最佳的权利配置以及

---

<sup>①</sup> 参见陈宗波,阳芳,蒋团标.法律的经济解释[M].桂林:广西师范大学出版社,2004:6-7.

由此带来的更高的产值也许永远不会实现。”<sup>①</sup>不难看出,权利被科斯视为一种资源,一种生产要素,而且法律的运行始终是围绕如何实现权利最佳配置进行的。

如何寻求权利的最佳配置离不开理论支撑和分析工具。钱弘道教授认为,法律的经济分析工具有法律的供给—需求与法律的成本—收益,而法律的供给—需求这一工具应用的理论前提是法律市场假说。按照钱弘道教授的说法,我们可以像公共选择理论把政治舞台模拟成一个经济学意义上的市场一样,将法律模拟成一个市场,从而存在供给与需求的关系。<sup>②</sup>而周林彬教授在其著作《法律经济学论纲——中国经济法律构成和运行的经济分析》中认为,经济法律市场、经济法律供给、经济法律需求、经济法律成本和经济法律效益是法律经济学的本体论。<sup>③</sup>冯玉军教授认为:“一般意义上的法律市场仅指法律制度市场,是由政治国家和市民社会分别作为法律产品的供求双方,基于对法律制度和法律规范的供给(立法、司法、执法)与需求(法律支付意愿、法律支付能力),彼此交换法律权利、法律义务、法律权力、法律责任以及相关信息资源的集合。”<sup>④</sup>魏建教授认为,将法律类比为市场,就是“将法律比喻为一种隐性的价格体系……具有与市场相同的功能,能够实现对人类行为的最佳控制”<sup>⑤</sup>。阳芳认为:“把法律纳入‘市场’分析,实际上就是用概念移植法,把经济学的市场分析方法移植到对合法‘权利、权力、义务、责任、法律程序’的研究,从分析这些稀缺性资源的配置入手,来确定

---

① [美] 罗纳德·哈里·科斯. 论生产的制度结构[M]. 盛洪,等,译. 上海:上海三联书店,1994:359.

② 钱弘道. 经济分析法学[M]. 北京:法律出版社,2003:201.

③ 周林彬. 法律经济学论纲——中国经济法律构成和运行的经济分析[M]. 北京:北京大学出版社,1998:143-316.

④ 冯玉军. 略论法律市场[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版),2002(4):405.

⑤ 魏建,周林彬. 法经济学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2008:81.

这些权利分配的最适度边界。”<sup>①</sup>

由上可见,在国内关于法律市场有着不同的认识。

对上述关于法律市场的定义予以细究,笔者认为都值得商榷。钱弘道教授观点的逻辑似乎是先有法律市场,然后才有法律的供给与需求的关系。只有先存在法律市场然后才有法律的供给与需求的关系,显然是倒果为因,与事实不相符。而周林彬教授将法律市场视为一种方法论。因为法律的供给—需求和法律的成本—收益是法律的分析工具,均可应用于法律市场分析之中,将法律供给、法律需求、法律成本、法律效益同法律市场归为法律经济学的本体论,无疑是混淆了法律经济学的基础理论和方法论。冯玉军教授尽管较为准确地揭示出了法律市场的本质,但现在一般认为市民社会是建立在资本主义生产方式之上的,由此可以推断冯玉军教授不承认前资本主义社会存在法律市场,显然与历史事实不相符。魏建教授的定义严格地说仅仅是用成本—收益分析法律行为的翻版。阳芳和周林彬教授一样,将法律市场视为一种分析工具。

法律经济学发端并且发达于西方,对于中国而言是个舶来品。一如我们所知,将法律经济学引入中国势必会将这个学科的理论基础、概念以及研究范式等一并引入。即使我们暂且不去深究“法律市场”是否是一个理论,但可以肯定的是,它是法律经济学的一个重要的术语。从词源上讲,“法律市场”是利用所谓概念移植方法——将经济学中的市场分析方法拓展到法学研究领域——所产生的一个合成词。于是按照想当然的逻辑,我们可以以词典学的方法——从“法律”与“市场”这两个名词的定义——来理解“法律市场”。然而,定义中简洁的系动词“是”“具有高度的误导性,因为它暗示着这样一种不言而喻的假定,即,一个事物的名字证明了这一被命名的事物的存在,且这一名字通过自身传递着有关这一事物之本质的知

<sup>①</sup> 陈宗波,阳芳,蒋团标. 法律的经济解释[M]. 桂林:广西师范大学出版社,2004: 159.

识,它们是文字魔力的另外两种残迹。自然而然地,被附加的定义被认为是对一个已然被充分辨识之事物的进一步——正确或错误的——描述,而不被视为是一种辨识这一事物并以此来与其他事物区分的手段”<sup>①</sup>。因而,从“法律”与“市场”这两个名词的定义理解“法律市场”实质上是种循环定义。“任何一门学科提出的任何有关某术语之意义的问题,只有意在追问,在这一特定的学科中,这一特定的术语(或其他符号)应当被如何理解,才能被理解。”<sup>②</sup>为了找答案去追问应当如何理解“法律市场”,而首先追问的无疑是法律经济学。表面上,市场分析方法拓展到法学研究领域是经济分析法学的一种具体体现,如果用历史的眼光看,实际上则是经济分析法学所导致的必然结果。因而,要想对“法律市场”理论有个较为精准的把握,首先要对经济分析法学即法律经济学的发展史有个较为清晰的了解。

早在20世纪90年代,学者蒋兆康先生就指出:“法律经济学的发端、成长、发展是近30年来世界范围内法学理论研究的一大成就,为法学研究开拓了一块新的领地。”<sup>③</sup>时至今日,法律经济学已发展了50余年,其影响力日趋扩大,其内容也发生了重大的变化。根据学者伊詹恩·麦卡伊的观点,法律经济学发展可分为发轫期、范式孕育期(1958—1973)、范式接受期(1973—1980)、范式质疑期(1976—1983)与成熟期(1983—)等五个阶段。<sup>④</sup>更一般地看,法律经济学发展可分为复兴阶段、初创阶段、成长阶段、持续发展阶段。

20世纪30—40年代,由历史学派与制度学派掀起的法律经济

---

① [德]赫尔曼·康特洛维茨.为法学而斗争;法的定义[M].雷磊,译.北京:中国法制出版社,2011:64.

② [德]赫尔曼·康特洛维茨.为法学而斗争;法的定义[M].雷磊,译.北京:中国法制出版社,2011:65.

③ [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析·中文版序言(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:2.

④ 转引自魏建,周林彬.法经济学[M].北京:中国人民大学出版社,2008:22.

学运动第一次浪潮由于经济学没有成熟到能够对法律进行分析的程度,很快便衰落了。20世纪40年代,芝加哥大学法学院的经济学家阿兰·迪莱克特于20世纪40年代致力于将经济学方法运用到研究法律问题,尤其是反托拉斯法的研究之中。在迪莱克特的带动下,芝加哥大学的其他学者纷纷开始从经济学的角度认识与理解法律问题,研究范围扩展到了反垄断、所得税法、公共事业规制与金融规制等领域。正是在迪莱克特的努力下,法律经济学在20世纪40年代复兴。

20世纪60年代为法律经济学的初创阶段。在这一阶段涌现了一批为法律经济学的研究打下了理论基础的经典论文与经典理论。经典论文有:科斯的《社会成本问题》、G. 卡拉布雷西的《关于风险分配和侵权法的一些思考》、A. A. 阿尔奇安的《产权经济学》。经典理论有:布坎南和塔洛克的公共选择理论、加里·S. 贝克尔的非市场行为研究。

发表于1960年的《社会成本问题》被视为法律经济学的奠基之作。科斯在该文中提出了后来被经济学家施蒂格勒命名为“科斯定理”的思想。一般来讲,科斯定理指的是只要交易费用为零,不论权利的原始配置如何,均能产生出高效率的资源配置。从科斯定理中可以推论出:如果交易费用为正值时,权利的原始配置就显得尤为重要。于是,法律制度安排通过“交易费用”这一概念同资源配置效率联系在一起,进而实现了法学与经济学的“真正联姻”。这样,科斯被世人公认为在法律经济学的形成与发展过程中起了创始人的作用。对此,经济学家拉斯·魏龄有过精辟的评论,他说:“‘社会成本问题’包含一个特别假设,它实际上是科斯的基本推理中的一个重要环节,法学家们以很大的兴趣吸收了它。这种用权利描写的概要,以及可设想的立法效应,已成为经济学和法学之间的边界上一

个全新学科的开始,简单地称为‘经济分析法学’。”<sup>①</sup>

卡拉布雷西的《关于风险分配和侵权法的一些思考》一文首次尝试从经济学的角度来研究侵权法。该文将侵权法视为一种激励适当的预防体系,将侵权成本最小化是侵权法的目标。同时,卡拉布雷西在该文中“试图表明这样一种理论:简单的经济原则能使法律产生整体合理化的力量并为社会意外事故的损失分配提供系统标准的基础”<sup>②</sup>。而阿尔奇安的《产权经济学》讨论了公有制与私有制各自的经济结果,并由此说明产权结构是影响经济结果的一个变量。

几乎在上述经典论文发表或出版的同时,萌发了两个法律经济学的经典理论,即公共选择理论与非市场行为研究。

公共选择理论以追求自身利益最大化的经济人行为为逻辑起点,通过发展出在基本方面类似于市场中个人行为的非市场行为模式来解释官僚与政府的行为。用该理论杰出的代表人物的话说,“公共选择实际上是经济理论在政治活动或政府选择领域中的应用和扩展”“公共选择只是明确了公共经济一般理论的一种努力,它可以帮助我们集体选择方面从事人们长期以来在市场微观经济学方面所做的工作,即用一种相应和尽可能合适的政治市场运转理论来补充物质资料或商业服务之外的生产和交换理论。该理论正是这样一种竭力要建立模拟今天社会行为的模式,其特点是:根据个人是在经济市场还是在政治市场活动,采取不同方式处理人类决策的过程”。<sup>③</sup> 公共选择理论学派主要代表人物是布坎南与塔洛克。1986年,布坎南因为在公共选择理论的创立与传播方面做出了杰出

---

① 王宏昌. 诺贝尔经济学奖获得者讲演集[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1994: 170.

② [美]理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析·中文版序言(上)[M]. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 6.

③ 转引自[美]理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析(上)[M]. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 27.

的贡献而获得诺贝尔经济学奖。

波斯纳曾有言：“如果在‘新’法律经济学的创始人名单中没有加里·S. 贝克尔，那将是一个极大的缺憾。贝克尔坚持认为经济学与大量的非市场行为（包括慈善和爱）有关联，而且其对犯罪、种族歧视、婚姻和离婚的经济分析的独特贡献打开了卡拉布雷西和科斯的财产权和责任规则研究所没有涉及的法律制度经济分析的广泛领域。”<sup>①</sup>贝克尔从人所进行的一切行为都蕴含着追求效用最大化的动机这一假设出发，将无论是否发生在市场的人类行为纳入了经济学的研究视野。正是因为这一杰出的贡献，贝克尔于1992年获得诺贝尔经济学奖。

20世纪70年代为法律经济学的成长时期。这一时期，在法律经济学家们十年不懈的努力下，法律经济学确立了学科地位，成为法学领域中不可或缺的领域。在这一时期，莫里哀大学和迈阿密大学先后创设了各自的法律经济学研究中心，哈佛大学、加利福尼亚大学伯克利分校、加利福尼亚大学洛杉矶分校、斯坦福大学、多伦多大学、牛津大学等一些欧美有极大声望的大学的法学院都设立了法律经济学研究项目，一些期刊先后创办。在这一时期，最值得庆幸的是波斯纳的《法律的经济分析》这本法律经济学经典专著与教材的问世。

1973年，波斯纳出版了使其誉满世界的《法律的经济分析》（第一版）这部具有专著与教材性质的大作。在本书的序言中，波斯纳明确指出，近年来，经济学在法学教育中不断增长，但“由于经济学是一门技术性学科（而且正日益变得更加技术化），所以，将经济学运用于法学教育和法学研究就给那些没有良好经济学功底的法律

---

<sup>①</sup> [美]理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析（上）》[M]，蒋兆康，译，北京：中国大百科全书出版社，1997：26。

院校学生、教师(而且大多数都这样)带来了许多困难”<sup>①</sup>,基于此种状况,“本书的主要宗旨在于,用作法学院中法律的经济分析课程的教材,也可供有兴趣发现经济学对他们理解法律程序所起作用的学生用作补充阅读材料”<sup>②</sup>。随着将经济学用于法学研究的文献日趋增多,波斯纳对《法律的经济分析》一书进行了数次的修订与扩充。但该书始终贯穿“效率主题”,同时不断证实与展现:简明的经济学概念可以用来分析与解释法律制度的结构。正是由于波斯纳这种不懈的努力,促成了法律经济学成为一个影响力日趋增强的独立的法学流派。

20世纪80年代至今可谓是法律经济学持续发展的阶段。在这一阶段,法律经济学的影响力日趋扩大,法律经济学的内容在质疑与批评中发生了重大的变化。

根据我国学者蒋兆康先生的概括,法律经济学的影响力日趋扩大体现在七方面:第一,法律经济学逐渐从北美、欧洲被介绍到世界其他国家,并为这些国家所接纳,进而成为一种国际性的法学思潮;第二,法律经济学的研究在欧美之外的国家得到加强;第三,法学家与经济学的合作取得卓著的成绩;第四,具备法学和经济学知识背景的年轻学者正在出现;第五,将经济学、法学、哲学结合起来建立经济法哲学;第六,法律经济学为政府与社会公共团体广泛接受;第七,法律经济学家们开始对法律规则、程序的模型化和数理分析感兴趣。<sup>③</sup>正是因为法律经济学有着世界性的影响力,而且这种影响力在全球范围内不断加强,其已成为当代西方乃至全世界法学研究中不可忽视的一个派别。

---

① [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析·第一版序言(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997: I.

② [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析·第一版序言(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997: II.

③ [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析·中文版序言(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997: 11.



正如所有理论发展到一定程度或发展一段时期后,都会进入范式质疑期一样,法律经济学发展至今正面临着来自各方面的质疑、批评。纵观这些质疑与批评,均是围绕波斯纳提出的“效率主题”展开的。波斯纳主张:“判断行为和制度是否公正或良好的标准就是这些行为和制度是否最大化了社会的财富”<sup>①</sup>,于是其建立的法律经济学隐含地将效率视为法律所追求的价值以及认为效率是判断一项法律制度是否良好的标准。对于这一主张,以德沃金为代表的法学家提出了批评,他们认为以“效率”“财富最大化”为司法依据,会破坏社会的公平与正义。同是法律经济学阵营的马洛伊也提出了批评。马洛伊指出,波斯纳的经济分析方法“将效率和正义的冲突设置成法律和市场经济的首要紧张状态”<sup>②</sup>,从而其主张的经济分析方法是“两面镜子的神话”<sup>③</sup>。马洛伊还指出,以波斯纳为代表的传统思维认为“法律应当是有效的,并且主要关注财富最大化,而不关注其他诸如道德、伦理的或社会的价值。……一个社会责任的普遍伦理是创造性环境的基础,它能够激发并使可持续财富形成和社会繁荣趋于最大化”<sup>④</sup>。由此,马洛伊认为法律与市场经济的真正冲突是效率与创造力之间的冲突,从而主张法律经济学必须进行范式转变。

面对法律经济学被认为是一种以效率代替正义(公正)的粗鄙且不道德的功利主义的质疑与批评,波斯纳对其主张进行了极力辩护。波斯纳曾专门在《正义/司法的经济学》一书中回应了这一抨

① [美]理查德·A.波斯纳.正义/司法的经济学[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2002:115.

② [美]罗宾·保罗·马洛伊.法律和市场经济——法律经济学价值的重新诠释·经济分析法学的是与非[M].钱弘道,朱素梅,译.北京:法律出版社,2006:5.

③ 转引自[美]罗宾·保罗·马洛伊.法律和市场经济——法律经济学价值的重新诠释·经济分析法学的是与非[M].钱弘道,朱素梅,译.北京:法律出版社,2006:3.

④ [美]罗宾·保罗·马洛伊.法律和市场经济——法律经济学价值的重新诠释[M].钱弘道,朱素梅,译.北京:法律出版社,2006:23.