

光华文丛

高晋康 主编



光华文丛

张建伟 著

法律、经济学与 国家治理

法律经济学的治理范式与
新经济法理学的崛起



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

◎ 國家與社會

沈君博：從「新自由主義」到「新威權主義」

國家治理

王康：中國改革開放的歷史與未來

王康紀念文集

法律、经济学与

国家治理

法律经济学的治理范式与
新经济法理学的崛起

张建伟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律、经济学与国家治理:法律经济学的治理范式与
新经济法理学的崛起 / 张建伟著. —北京:法律出版社,
2008.8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8764 - 8

I. 法… II. 张… III. 法学:经济学—研究 IV. D90 - 059

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第134787号

© 法律出版社·中国

法律、经济学与国家治理
——法律经济学的治理范
式与新经济法理学的崛起

张建伟 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2008年8月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 12.375 字数/ 329千

印次/ 2008年8月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8764 - 8

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

晚近之法律发达史昭谕——法乃天下之公器也。律法之学，遂立于诸学之列，渐为显学，域外海内共趋之，前辈后生共奉之，庙堂布衣亦颇多侧目。此时此世，法律堪谓人世经纬，通由法律而生活，织掭规则，获取意义。

迨至现世，法治取神治、人治而代之，蔚为治国之略，遂成法共同成员所皈依之凭借也。然，徒法不足以自行，文以载法，所求者何？或答曰：所希冀者，欲将公平正义、民主平等、自由博爱、诚信宽容诸等现代人文理念，践行落实为具体之法律运作，并由此祈愿，为吾曾灾难深重之神州大地，重建规则，重缔秩序，是谓法治之意义。所凭借者何？或答曰：诸行家前辈、英杰俊才，以脉脉法意，以智识才情，援据西窗法语，璧合本土资源，通联当下之国情与民意，法意与人心，文以载道，燎原薪火，传承不灭。

至若现今之西南财大法学院，肇始于民国末年之正阳法商学院，经由相辉文法学院，辗转历光华

大学法学系。虽偏于西南一隅，处江湖之远，却谨循“经世济民、孜孜以求”之校训，未敢懈怠。然则，三尺高台起于垒土，现倡设《光华文丛》之举，盖缘于此。若此，吾侪同心，著者协力，唯以沙聚跬积、期于汇涓成川。仰我上者，茫茫苍穹，望光华之繁星璀璨，得其所哉，夫复何求？

《光华文丛》首创之期，是为卷语。

高晋康

高晋康 谨 识

只是个物理学家的物理学家,也可以成为第一流的物理学家和社会最有价值的成员。但是,只是个经济学家的经济学家就不可能成为一位伟大的经济学家——我甚至想再说一句,只是个经济学家的经济学家即使不是非常有害的人,可能也是个招人讨厌的家伙。

——弗雷德里克·A. 冯·哈耶克

经济学家必不可少的一个首要职责就是投入其全部精力和能力来进行全面的社会和经济省察……说到理论经济学家的积极作用,他们的长处还是在于对个人经济行为和政府政策的全面分析和评价:这种全面性并没有把理论经济学仅仅限制在保持经济学内部逻辑的连续性上,虽然这种连续性可以使之更具灵活力。这种全面性也没有局限于发展数量分析工具及改善实证分析的方法,即使这些发展确实是非常重要的。为了保证这种全面性,理论经济学不能置身于社会属性之外,也不能与人文的、历史的观点隔绝开来。

——西奥多·W. 舒尔茨

“经济学像生物学一样,他所研究的东西,其本性内部结构和外形都是经常变化着的。”“经济学家必须训练他的知觉、想象、推理、同情和谨慎的能力。”“优秀的经济学家是必须具有综合的天赋的,而这十分难得。他必须在几个不同的方面都有很高的造诣,而且还必须身兼多种能力,这些能力又常常不可兼得。在某种程度上,他必须是数学家、历史学家、政治家、哲学家。他必须懂符号、善于辞令。他必须透过一般了解特殊,并在同一闪念间触及抽象和具体。他必须根据过去、为了未来,研究现在。人类的天性或其社会结构,他都必须心领神会,不容有被漠视的地方。他必须办事果断,处事公平,两种心境缺一不可。他应当像艺术家,超然物外、廉正无私,有时又应该像政治家,体察民情。”

——凯恩斯

天堂没有法律,在那里狮子与绵羊和睦相处……越是糟糕的社会,法律越多。在地狱里除了法律什么也没有,并且严格地遵守程序公正。

——Grant Gilmore

目 录

第一章 现实主义、制度主义与新经济法理学

——兼论中国经济法学与经济学

向何处去 / 1

一、经济学现实主义运动 / 3

(一) “为经济学而经济学”的形式主义：当代
主流经济学的窘境 / 4

(二) 经济学现实主义的历史渊源——两个
“斯密定理”和两条思想发展线索 / 8

(三) 当代经济学现实主义运动 / 9

(四) 当代经济学现实主义运动的方法论意义 / 13

二、法律现实主义运动 / 14

(一) 法律形式主义传统及其遭遇的挑战 / 14

(二) 旧法律现实主义运动 / 15

(三) 新法律现实主义运动 / 17

三、经济学现实主义的一面旗帜：国家治理

视野下的制度主义思潮 / 21

(一) 制度主义理论思潮的几个研究分支 / 22

(二) 走向国家治理工程学: 当代制度主义经济学的综合倾向和
发展趋势 /42

四、法律现实主义、制度主义与新经济法理学: 法律与经济交叉
研究范式的兴起 /48

(一) 法律与经济、法学与经济学之间的化学反应: 新法律经济学
与新经济法理学范式 /48

(二) 新经济法理学: 关注国家经济治理的学问 /53

五、范式危机、问题意识与中国式经济现实主义 /59

(一) “苏联范式”与“美国范式”: 两种经济学范式在中国的命运 /59

(二) 问题意识: 反思中国经济学 /60

(三) 现实主义与中国经济学 /65

(四) 中国制度经济学研究: 理论贡献 /67

(五) 中国制度经济学的理论反思 /71

(六) 国家治理视野下中国经济学的现实主义重建 /73

六、中国式法律现实主义与国家经济治理学: 走向新经济法理学的
研究纲领 /78

(一) 现实主义法理学的理论框架与国家治理: 法律与社会科学
交叉研究范式 /78

(二) 中国式法律现实主义的理论建构: 中国新经济法理学研究
范式的崛起 /79

第二章 法律经济学: “范式”竞争、理论反思与发展取向

——国家治理视野下的法律经济学与新经济法理学 /91

一、引言 /91

二、法律经济学学说发展的一个简要的历史回顾 /97

(一) 第一次浪潮 /98

(二) 第二次浪潮 /99

三、主流法律经济学的理论基础与核心论点 /101

(一) 主流范式的微观经济学基础 /103

- (二) 主流范式的方法论基础 / 104
- (三) 主流范式的基本信条 / 105
- (四) 主流范式的核心假说——普通法的效率假说 / 107
- (五) 市场失灵与主流法律经济学的公共政策主张 / 109
- (六) 主流范式的一个总结——“看不见的手”的范式 / 114
- 四、“范式竞争”：理论流派与反思性评论 / 116
 - (一) 范式竞争：主流范式之外的几个学派 / 117
 - (二) 范式危机：主流法律经济学面临的挑战与反思 / 123
- 五、走向法律经济学的现实主义比较制度分析范式 / 136
 - (一) 拓展与修正法律的经济分析中的行为假设 / 139
 - (二) 现实主义方法论 / 139
 - (三) 国家治理过程论中的比较制度分析 / 141
 - (四) 法律不完备、合同不完备和有限理性假设前提下国家治理的比较制度分析 / 142
- 六、法律经济学理论思维空间的拓展——法律经济学的国家治理范式与新经济法理学的兴起 / 142
 - (一) 合作秩序的治理 / 143
 - (二) 比较制度分析视野下的人类行为与国家秩序治理方式 / 144
- 七、法律经济学的国家治理范式和新经济法理学需要进一步关注的问题 / 148
 - (一) 不完全市场、政府管制(规制)与国家治理的公共政策设计 / 148
 - (二) “变法”与国家政治治理的稳定性 / 152
 - (三) 法律与发展经济学 / 154
- 第三章 法律改革、政治稳定与国家治理的合法性 / 156**
 - 一、引言 / 156
 - 二、规则实施模式与国家治理结构的理论框架：以俄罗斯的国家治理为参照系 / 158
 - 三、中国的经济法律改革的渐进模式 / 167

(一) 宪法的不完备性理论与经济宪法框架的渐变：“执政党领导下的政策性修宪” /169

(二) “双轨制”法律运行模式 /181

(三) 实验主义立法 /182

四、经济法律改革的成就与国家治理转型：走向法治 /188

(一) 保护财产权和合同履行的法律框架的建立 /188

(二) 中国实体经济立法总体历程的简要回顾 /191

(三) 经济立法程序方面的改革 /196

(四) 国家良好治理的宪政努力：约束政府与政府体制改革 /202

(五) 全国人大的治理作用 /206

(六) “潜法律”：“发现人民的法律”与利益表达的立法回应 /207

(七) 政治改革的增量民主实验：第三次农村包围城市？ /210

(八) 从“字面上的法律”到“行动中的法律”：“规则优先”、意识形态投资与“学习型政党” /212

五、阅读中国经济法律秩序：30年法律改革与国家经济治理经验 /218

(一) 改革共识的达成：走出“文革伤痕”与痛苦的社会记忆 /218

(二) 转型期执政党的决策规则：行政性一致同意 /220

(三) “一党制下的模拟政治市场”假说 /222

(四) 中央“控股”下的地方经济分权治理：地方政府公司主义 /226

(五) 国家治理的艺术：“大胆假设，小心求证” /228

(六) 政府的“三只手”、国家良好治理与政府转型 /229

六、稳定的政治秩序、经济法律改革与中国治理的合法性战略：

经验总结 /234

(一) 政治的科斯定理与霍布斯定理 /235

(二) 意识形态的科斯定理 /237

(三) 法律改革的“费边主义”战略和“闪电术”：时机和程序非常重要 /239

(四) 经济改革与法律改革的“意识形态掩护” /240

第四章 转型国家治理的秩序三元观：一个“法律现实主义与多元主义”理论分析 /243

一、引言 /243

二、国家治理秩序：法律不完备、社会规范与“法律多元主义”
治理机制 /245

(一) 法律不完备条件下的多元社会控制体系：一个比较制度分析
框架 /247

(二) 法律、社会资本与“关系”规则 /254

(三) 转型国家秩序治理的法律现实主义与多元主义观察 /256

三、关系主义秩序与中国的多元社会治理机制 /262

(一) 中国转型经验：关系主义秩序中的经济增长基因与法治
障碍基因 /264

(二) 转型期国家治理绩效：良性社会资本保存与非国有经济的
快速成长 /270

(三) 关系主义秩序的阴暗面：社会资本的“封闭式积聚与割据”
与灰、黑色经济生态 /272

四、中国国家治理结构转型的总体绩效——兼与俄罗斯的比较 /274

五、结论与政策含义 /278

(一) 改革并不简单意味着放松管制或私有化 /279

(二) 发现“人民的法律”：立法者或决策者应注意“倾听狗的
叫声” /279

(三) 防止“恶性关系规则企业家”腐蚀经济肌体 /280

(四) 改革者应注意及时将特殊主义关系规则转化为普遍主义的
理性化法律制度 /281

附录一：法律经济学漫谈

——在华东政法大学的讲座 /283

附录二：大国治理：中国社会如何长治久安？

——复旦大学跨学科学术对话 /328

附录三：西方产权理论的哲学审视与中国经济哲学建设 /352

主要参考文献 /363

后记 /383

第一章 现实主义、制度主义与 新经济法理学

——兼论中国经济法学与经 济学向何处去

经济法学的研究不可避免地会涉及法学和经济学这两个学科的结合问题。撇开经济法的部门法性质不谈,单就学科建构来说,经济法研究必然涉及法律和经济两个方面,法学与经济学的联姻能否产出健康产儿,主要取决于二者之间的结合方式,即二者的结合是物理反应过程还是化学反应过程,是走跨学科或多学科路线还是走交叉学科路线,如果是前者,则两个学科互相移植对方的概念或工具加以混合就可以说是跨学科研究了;然而如果是后者,则必须在两个学科之间找到共通点。二者交叉与融合的共通点在哪里呢?笔者认为,在良好秩序及其可行的治理安

排这一点上,法学和经济学是相通的。通过这个桥梁,法律经济学和经济法理学这两门交叉学科都可以以此为基础来建构学科理论体系,共同研究经济法秩序以及国家经济治理结构的演进及其发展规律。从这个意义上说,法学和经济学都可以对国家合作秩序的治理作出智识性贡献,因为二者都是研究达成良好经济秩序和国家经济治理可行安排的学问,二者的有效结合有可能催生出一门新的学问——国家治理学。就法律和法学学科来说,作为人类解决利益冲突问题经验智慧的凝结,它所确立与发展的诊断和解决纷争的一系列标准和原则,可以成为人们交往互动达成合作秩序乃至国家良好治理的重要参考文本。在寻求国家良好治理的处方过程中,法律或法学家的优势不仅在于他们熟知该国的法律制度;更重要的在于,作为一个训练有素的法学家或法律家,他们擅长将相互对立的利益进行比较衡量与调和,尤其是善于在利益冲突和对立中发现评判双方各自该主张正确与否的准则与工具,以及如果该主张是正确的,其正确程度如何,并使当事人和周围的人都能够接受。

——作者题记

凯恩斯的老朋友、著名文学家肖伯纳曾赞誉说,经济学是一门使人幸福的学问。经济学果真能改进人类福祉吗?已经有越来越多的人对这个说法表示质疑,原因在于主流经济学的学术传统中,抽象的市场本位模式与过度滥用的形式主义文风已使经济学日益脱离现实经济生活,很难想象一个象牙塔中的苍白学问,能担当得起改进人类福祉的重任。主流范式的畸形发展所造成的经济学偏执、封闭的学术品格,已经在不断地激起人们对“经济学与现实”、“现实主义”、“批判现实主义”等话题的兴趣,尤其是最近几年,随着“经济学帝国主义”和经济学跨学科研究范式的兴起,经济学界开始越来越多地对其理论自身的解释力进行反躬自省,从而呼唤一种具有现实主义精神的经济学研究新范式。

就法学研究来说,也正在经历同样的尴尬。法律形式主义和概念法学仍是大陆法系国家比较正统的研究范式,法学理论的作用仅仅被限制

在法律解释和法律适用层面;在大陆法系国家,法学家和法律工作者们对法典的顶礼膜拜所形成的自足完美的法律形式主义传统,及其保守、被动的法律观和法学观,致使法学的理论解释力不断下降,以致这门古老的学科被一些学者视为“幼稚学科”,无法发挥其在引导社会变革、公共政策制定乃至国家治理制度改革中的影响力;因此,我们需要在国家治理的视野下,反思法律经济学和经济法学乃至整个法学和经济学的未来走向。

中国正处于激烈的社会转型期,法律变动频繁,面对复杂多变经济现实及其相关的法律环境,静态地固守既往法律界限,盲目地强调法律适用,实际上反而会导致立法者、执法者以及行为当事人更多的无所适从。对于转型国家来说,无论是法律形式主义还是经济学形式主义,都无力承担法律改革和经济改革乃至国家治理的制度设计之重任,如何理性对待西方主流经济学和概念法学或注释法学研究传统,发展新的经济法学和经济学研究范式,以适应中国当代经济现实与法律发展之流变,并融入中国传统文化及中国经济史等本土资源背景,从而建立和发展有中国特色的、能够为中国经济治理乃至国家治理提供公共政策意见和立法制度设计的经济法学和经济学理论,实乃当务之急。

一、经济学现实主义运动

首先来看一下经济学在最近几年一些学术动向,在经济学领域,由于受物理学的影响,长期以来形成了重视理论思维而轻视工程思维的学术传统,这造成了经济学理论与经济现实的经常性脱节,并促使我们有必要从方法论角度来反思经济学理论本身与经济现实的距离。

从西方经济学的发展史来看,经济学发展过程中的这种反躬自省以及由此引发的经济学现实主义运动,作为一种学术思潮,自“李嘉图恶习”支配学界以来,一直沉沉浮浮、曲曲折折地发展着(德国历史学派和

美国旧制度学派的崛起曾使世界经济学现实主义运动出现过短暂高涨)。在当代,现实主义运动随着“二战”后经济学形式主义化的日益加重,也在20世纪60年代初出现回潮。之后以科斯1960年发表的《社会成本问题》为标志,制度主义作为现实主义运动的一面旗帜,正引导着现代经济学去探索更加纷繁复杂的“真实经济世界”。

当今经济学现实主义运动中的制度主义、演进主义和批判现实主义的马克思主义一起作为与主流学术秩序相偏离的异端派别,备受国际学术界瞩目。这支在主流学术体系的周遭生长出来的现实主义的学术思潮的纵深发展,正在规范意义上对各种理想主义、空想主义所蕴涵的“市场神话”、“国家神话(政府神话)”、“私有产权神话”等理念产生强有力的冲击,从而使主流经济学家们在放宽假设、修改前提条件、引进新的分析工具、拓宽研究领域等方面作出有力回应。从这种意义上说,现实主义思潮的勃兴也许暗示了经济学的未来发展趋向,值得关注。

在现实主义运动中,这些相互交叉的学派的学说包括:不确定性经济学、非线性经济学(混沌经济学)、行为经济学、信息经济学、法律经济学、实验经济学、交易成本经济学、公共选择、组织经济学、新政治经济学、新制度经济学、新经济史学、演进经济学、后凯恩斯主义经济学、新兴古典经济学等。它们的名称各异,但在重新发现经济史、对现实的关注以及国家经济治理工程的建构方面却表现出相似的理论倾向——将经济学重新拉回到“研究真实世界的经济学”状态。

(一)“为经济学而经济学”的形式主义:当代主流经济学的窘境

亚当·斯密在其《国富论》中论述了“看不见的手”的原理之后,市场机制及均衡的有关命题经过边际革命的冲击、瓦尔拉斯的修缮、希克斯的“重新发现”,到阿罗·德布鲁的一般均衡体系创立,已经形成了一脉主流经济学的分析范式。“经济人”理念、完全理性、反演对称的时间观念、单一因果链、经济函数的连续可微假设,成为主流经济学的关键词。他们崇尚演绎推理的形式主义表述方式,已形成如“水晶球”般精巧的理论结构。