



Law & Economics
法律经济学丛书

A STUDY OF LAW
AND
ECONOMICS APPLICATION
IN CHINA

中国法经济学 应用研究

冯玉军 主编

D920.4-55

2

2006

**A STUDY OF LAW
AND
ECONOMICS APPLICATION
IN CHINA**

**中国法经济学
应用研究**

冯玉军 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法经济学应用研究 / 冯玉军主编. —北京: 法律出版社, 2006. 9

(法律经济学丛书)

ISBN 7-5036-6588-2

I. 中… II. 冯… III. 经济学—应用—法律—研究—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 099612 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 坚

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/20.625 字数/488 千

版本/2006 年 10 月第 1 版

印次/2006 年 10 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6588-2/D·6305 定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序言一

把纷繁复杂的法律现象置于“事实和规范”之间,置于社会历史条件的总体框架之中,结合对特定时代人们信奉或认可的法律价值观的考察,从法律与经济互动的视角来理解法律规则和法律秩序的真实意义,进而研究其与我们当下生活世界的相关性,探索法律形成、运作和发展创新的内在规律,一向是社会科学的关注焦点,也是马克思主义法学理论的根本特色,更是社会转型时期中国法学研究中的一个具有重要理论价值和实践意义的课题。

我在《法的形成与运作原理》(法律出版社 2003 年版)一书的“序言”中曾经提出:真理可以带来效益,但效益并不等于真理。历史发展表明:人们总是倾向于把在一定历史条件下最能满足人们,首先是在社会中占统治地位的阶级的物质生活需要的观念、措施认为是正义的、公平的,是权利(Right 即“对”的)。这也就是说,总的看,人们倾向于把对该社会的衣、食、住、行最有效益的观念和措施认为是正义的、公平的。也就是说,人们总是倾向于把最有效益的观念、制度,确定为正义的、公平的。这也可以说是近几十年兴起的西方法经济学或法的经济分析理论的基本思路。因此,我们有理由认为法经济学的研究范式,从根本上说,是马克思主义经典作家奠定的,这种研究范式也就是历史唯物主义的范式。^[1] 不过现代西

[1] 这一结论被现代著名制度经济学家、诺贝尔经济学奖获得者诺斯教授誉为“最有说服力的,恰恰是因为它包括了古典经济分析所遗漏的法律相关因素:制度、产权、国家和意识形态。马克思强调有效率的经济组织中产权(原文为资产阶级法权)的重要作用,以及现有产权制度与新技术生产力之间的不适应性,这是一个根本贡献。”诺斯:《经济史中结构变迁》,上海三联书店 1991 年版,第 169 页。

方法经济学抛弃了马、恩运用这一方法得出的关于历史发展客观规律的结论,特别是避而不谈社会主义必然代替资本主义的规律性,而只是在具体的认识论和方法论层面运用经济学的新成就丰富了研究内容。

总的说来,西方法经济学各学派,是以资本主义生产方式和那种生产方式下形成的人性为前提和出发点,来提出并解决公平与效益的问题的,其具体的研究方法确有科学的、符合实际的成分,并且对缓和资本主义社会的矛盾也是有效的。我以为,法经济学的意义,首先在于它十分强调法与经济的内在联系,这种联系不仅是上层建筑与经济基础的一般哲学联系,它更着重从分析法律结构和运行中体现和适应经济规律,使法律更好地确保市场主体按照市场经济规律进行有效的市场交换。另一方面,法律经济分析,实际上也是将理论(概念)法学转入应用(实务)法学研究的一个关键步骤。反观我们的学术理论,注释法学、概念法学和教条主义长期占据我国法学研究的主流,理论研究与法律运作实践有所脱节,不是 Law in action,而是 Law in paper。受注释法学研究范式的制约,大多数研究并非为着主体法律权利和法治的实现,而是基于学说的逻辑自足或维护既有法律秩序的需要;偏重于定性研究和应然分析,忽视量化的、实证的分析;更缺乏富于应用价值的对策研究和真实细致的案例分析。传统法学理论中的某些僵化论断和方法论原理难以解释社会转型时期的法治新课题,低效率的法律运作机制遭遇到前所未有的现实冲击。

所以我们既有必要,也有可能借鉴西方法经济学的科学、合理的具体方法,来丰富马克思主义历史唯物主义的方法论原理,并把它应用到法的形成和运作的研究中来。这不仅是我们写作《法的形成和运作的原理》一书时的夙愿,也是我们申报教育部人文社会科学研究 2003 年度博士点基金研究项目《法经济学基本理论及其应用研究》(03JB820003)的根本考虑。这本论文集就是该项课题的重要成果之一。

中国目前正处在社会全面转型和日益国际化的重要历史时期,依法治国,与“国际通行规则接轨”,推动社会主义制度文明建设,积极回应经济全球化与知识经济的时代趋势,构建和谐社会,促进世界和平,已成为当前最重要的政治任务之一。面对形势的需要,中国的法经济学研究任重而道远。在我看来,中国的法经济学研究,应该以当代马克思主义最新成果为指导,站在新世纪社会科学研究的制高点上,面向蓬勃发展的社会转型与改革潮流,在广泛收集整理已有的国内外理论前沿成果的基础上,恰当选择理论研究视角,充分运用科学的、合理的经济学研究方法和法学研究方法,寻求马克思主义的研究范式与现代法经济学的研究范式的有机结合,探求规范与实证相结合的、直面中国现实问题的、博采众家之长的法经济学研究之路,实现理论的综合与创新。而面对这样的任务,亟待阐释和解决的正是如下四对矛盾的关系问题,即:经济学—法学、中国的法经济学—外国的法经济学、法治理论—社会现实、现代新制度经济学—马克思主义经济学等四个对子。申言之,就是这种考虑如何解决经济学与法学两种研究范式“两张皮”的问题?如何处理借鉴西方发达国家法经济学与立足本国国情解决自身问题的法经济学之“中国学派”二者间的关系?如何将法经济学基本理论的阐释同解决现实法律问题结合起来?如何将马克思主义经济学与现代西方经济学这一对“最难结合为一体的”学问融于一炉,即存不存在马克思主义学说与新制度经济学共享的法经济学理论范式?等等。

具体就新制度经济学研究范式与马克思主义政治经济学研究范式的相互关系而言,二者的相同之处在于:经济与法律(制度)的互动关系;产权(所有制)优先原则;法律(制度)变迁与社会发展原理;理想模型(状态)预设。二者的相异之处在于:认识论上的宏观社会制度进路还是具体制度规范进路;方法论上的个体主义还是整体主义;法权关系决定经济关系还是经济关系决定法权关系;以交易为基础还是以生产为基础;主体之间权利义务关系是

自然现象还是社会现象;论证资本主义制度的合理性还是社会主义制度的合理性。

再以中美法经济学研究的各自特点为例,一般说来,中国的法经济学同美国法经济学的研究对象、研究立场、研究范式、研究方法未尽也不必相同,其差异自可从两国不同国情和殊有差异的智识传统上可见一斑:(1)从大的法律传统而言,美国属于普通法系,向以司法审判及先例创法为根本,只在局部涉及立法机构和行政部门的造法工作;而中国(包括台湾地区、澳门特别行政区)则同属大陆法系,有着悠久的“立法定规”传统,是故相较于美国法经济学家从诸多案例中找出经济逻辑的辛劳而言,中国学者的主要工作似乎是对中央和地方两级立法的条文说三道四,以影响立法及其执行为盼。(2)美国的社会生活以及学术研究基本上可以概括为市场经济—创新(或个人)文化取向的;而中国是传统文化—管制(或组织)经济取向的。(3)美国法经济学的社会背景是在一个相当成熟的市场经济国家进行研究;中国则是处于由计划向市场经济过渡的社会整体转型期间的研究(中国台湾地区亦属于新兴工业化阶段),整个社会层面物流、信息流、货币流的运转周期相较美国差距都比较大。

当然,由于中国法制建设同西方发达资本主义国家的法制(法学研究)在社会文化背景、社会制度、发展阶段以及法律运作模式等诸多方面都有很大区别,因此,简单地照搬西方国家教条或孤立于世界各国法律文明发展的进程之外均非妥当。法学是一门致用之学,我以为,只有立足于中国国情,充分借鉴吸收发达国家先进的法律制度和运作规则,坚持辩证唯物的马克思主义法学观,瞩目于研究“中国的”和“实践中的”法律问题,才有可能建立法律经济分析的“中国学派”,进而开拓宽广的学术研究领域。从这个意义上说,这本集合了我国内地、台湾地区、香港特别行政区数十位法经济学作者力作的《中国法经济学应用研究》论文集可以说就是这方面的一个重要尝试和努力,其中不

乏大胆有益和创新务实的探索。毫无疑问,它的出版将会极大地促进法经济学研究在中国的发展。

孙国华

2005年8月1日于世纪城寓所

序言二

经过 20 多年的改革开放,中国社会的各个方面都发生了重要而深刻的变化。在经济改革逐渐转向市场经济方向的同时,法制建设也日益取得进步,具有越来越多的法治内容。但值得反思的是:并不是有了市场经济,一切问题就都解决了;有法律不等于有法治,法律越多也不等于法治越完善,巨大的社会进步总是和转型过程中不断出现的社会问题以及与之相伴的各种矛盾冲突同时并存的。所以,如何实现经济社会发展与法制建设的协调统一,就成为当前我国学术界面临的重大理论和实践问题。

作为好的市场经济的法治标准究竟是什么呢?我认为关键在于把握好以下几个重要的“度”。第一个“度”就是国家权力干预市场的度。市场必须有自由和市场秩序,又不能缺少国家强制力。在法学家看来,这就是国家意志和市场主体意志的关系。前者表现为法律的强制性规范,后者表现为任意性规范(当事人意思自治)。经济学家和法学家的共同任务是把握好这个度。没有国家干预的市场当然不好;国家干预过多的市场也不好。要成为一个好的市场经济,只能是有国家权力适度干预的市场经济。这是市场经济的外部环境。第二个“度”就是市场经济发展过程中,市场主体贫与富的度。市场经济是竞争经济,一般而言,竞争中往往是富者越富、贫者越贫(当然不一定是绝对贫困)。市场经济本身就会造成贫富的两极分化,而贫富的过度两极分化又会造成社会的巨大冲突和市场经济的巨大破坏,这就又需要国家力量的干预。吃大锅饭、搞平均主义不可能造就一个好的市场经济。这是市场

经济的内部环境。经济学家和法学家的共同任务就是要把握好市场经济的这个度。概括起来可以说,法治经济中的法治,一是要求自由和秩序,二是要求公平与正义。前者要求不能有国家权力的滥用,后者要求防止为富不仁,因此市场经济的法治必须是以平等、自由、权利、公平为基本价值理念的法治。第三个度就是市场的培育、发展与法治的培育、发展这两条改革主线之间的度。政治体制改革大大超前于经济体制改革,有国际上社会主义国家历史为训,似乎不可取。但政治体制改革大大落后于经济体制改革同样也不可取。第四个度就是国家监管与法治建设之间的度。既要让法治得到发展的必要空间,又不能让法治发展到国家权力无法控制。这就是法治与稳定的关系。过分强调稳定而人治泛滥;过分强调法治,则危及稳定,危及党和国家的生存,也绝不会被容忍。这个度的掌握,可能比前面所讲的三个度更难一些。

俗话说,“风物长宜放眼量”。通过对这些问题长时期的冷静观察,我的结论是:要建设一个好的市场经济就必须遵从法治原则,市场经济发展的研究离不开对法律和法制环境的研究,因为市场主体及其经营活动必须在一定的法律制度下进行,并接受现存的法律制度、政策规定对它的影响。同样,对法律制度问题的研究也离不开经济的分析,这不仅是因为具体的经济研究经常为法学研究提供鲜活的素材,更因为市场与法治本身就是社会进步与发展过程中两个相互促进、关系密切的重要方面。对法律的经济分析和对经济的法律分析,就是要通过对法律—经济复合系统的深入研究,去探讨市场经济和法律的协调发展之途,解释有关法律影响市场运行的规律,剖析主体立法、司法、执法和守法行为背后的经济逻辑,从而开启法与经济分析的新视野与新领域。因此说,在当代社会科学研究中,提倡经济学家与法学家的联盟不仅必要,而且非常紧迫。法经济学作为一门把法学和经济学有机结合的当代显学,无疑在其中扮演着举足轻重的角色。

众所周知,经过近 40 年的实践检验和学者们的努力,一场国

际性的法经济学运动,现在已扩展至全球不同类型的国家和领域,从发达国家到发展中国家,从国内立法司法的成本效益分析到国际反垄断法、国际经济金融体系的制度创新,给法学理论和部门法研究的新进展带来深刻启示,展现出对法治实践课题的独特分析思路及其广阔应用前景。方兴未艾的“法经济学运动”充分体现了全球化背景下,经济与法律两种现象相互联系、相互作用、高度统一的新特点、新趋势。20世纪80年代以来,一大批国外法经济学的著作和论文被译介到中国内地,引起很大反响,包括我主编的《外国法律文库》中收录的美国学者波斯纳著的《法律的经济分析》(上下册)更成为学者和学生们的时髦读物。为数众多的法学和经济学者开始尝试运用法经济学的基本理论和研究方法对中国的经济制度变迁、司法改革以及各个部门法的整合与创新问题进行有益的理论研究,奉献出一批有价值的研究成果,不仅开拓了经济学研究的新领域,而且极大地丰富了中国法治建设与法学方法论的理论内涵。

纵观国内外法经济学的研究,在经过一个学科间概念移植和初步应用的阶段之后,都面临拔高和深化的双重课题,这也就提出了法经济学的两大研究进路:(1)在更高和更广阔的视域构建法经济学的本体论框架;(2)立足于法律规范和法律应用技术层面的个案分析,实现法经济学研究的实证化和本土化。冯玉军博士是近年来我国理论法学界涌现出来的优秀青年学者之一,他在法经济学领域用力甚勤,钻研甚深,成果卓著。这本由冯玉军博士具体负责的《中国法经济学应用研究》论文集的编选,就是基于上述的主题考虑和学术抱负,希望改变过去一段时间,我国学者跟在美国70、80年代法经济学初创时期作品后面亦步亦趋的过时做法,立足于法经济学的国际交流与创新,以历史唯物主义的制度经济分析为标尺,以法经济学的实证化和本土化为基调,以法经济学研究的最新发展与最新论题为标准,邀集目前在中国内地、台湾、香港法经济学研究方面有相当造诣、卓有贡献的中青年学者,惠赐自

4 中国法经济学应用研究

已发表或即将发表的优秀法经济学论文,以总体展现法经济学在中国落地生根之后实证化、本土化的最新成果。从而弥补了法经济学引入中国近 20 年来偏于译介和定性研究,而疏于应用与实证分析的“空白”,并在深入评述国际法经济学运动的基础上,使中国法经济学者以整体的姿态站立在国际学术交流的前沿。

可以想见,这本书的出版,不仅是中国法经济学成果走向应用、注重实践价值的第一步,而且是中国法经济学学者建立学术自觉并日益成熟的重要基石。

是为序。

江 平

2005 年 8 月 1 日

法经济学的当前发展与主要论题*

(代前言)

冯玉军

一

把“法”作为一种社会经济现象进行分析,着重从把握人类社会基本矛盾运动和法律产生与发展的内在原因的立场出发研究法律现象,是社会学说史中的一个古老课题。亚当·斯密很早就论述了法律制度对价格体系的影响,从法学研究跨入经济学领域的马克思指出法律关系不过是社会经济关系的反映,马克斯·韦伯关于经济生活与法律生活之间固定的相互依存关系的论述还直接促使法律的经济解释学派的产生。

* 本文前半部分通过对法经济学这一学科从产生、发展到形成蔚然可观的世界性“法经济学运动”这一过程进行了简约的理论描述,并就其学科定位、研究方法、学术旨趣和当前主要论题作了分析。并对如何实现法律经济分析的“中国化”和“实证化”,持续推动中国转型社会之法律问题的应用研究,建立合乎当前社会需要的、解决实际问题的法经济学学派提出几点意见。后半部分概括说明了这本论文集的编选原则、主要内容和致谢。

法经济学运动出现在最发达的资本主义国家——美国,不是偶然的。一方面,现代经济学的理论研究不断扩张和渗透到其他社会科学领域,形成了“经济学帝国主义”的学术格局,运用理性预期理论、新制度经济学、福利经济学、公共选择理论、博弈论与信息经济学的原理和方法分析法律现象更具“科学性”和解释力。另一方面,继美国法学家霍姆斯提出“法律的生命不在逻辑,而在经验”的著名论断之后,以弗兰克和卢埃林等法学家为首发起了法律现实主义运动(Legal Realism Movement),在法学研究中逐步运用经济理论和方法,以揭示法律制度和经济体制相互运行之间的制约关系和影响。他们对正统的法律家们采取的“概念法学”和“法条主义”立场提出批判,强调法律的社会目的和效果,即不仅考虑法的“正义性”、“公平性”,也优先考虑法的“效益性”,注重对与法律有关的政治、经济、社会等诸问题的研究,由此引起的法学思维方式和方法论的革新为法经济学的出现奠定了思想基础。

法经济学(Law and Economics)的基本定位是从法与经济学互动的视角研究社会的重要学科,同时也是一种综合考察经济发展和民主法治建设的重要方法论。它是将法律制度作为经济发展的内生变量加以理论诠释,主要运用现代经济学的理论和方法来研究法律制度(乃至整个社会意识形态体系)的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展,其讨论问题的出发点是基于法律问题和法学研究的现实需要,方法及手段是经济分析方法和经济学,分析解决问题的最终归宿和落脚点仍然是法律和法学。即:法学——经济学——法学。

法经济学有多种多样的称呼。但英文世界的通说是使用“Law and Economics”一词(杂志、教材、大学课程等均是如此),其意在于强调“and”所指代的法学和经济学二者互动、相互影响的关系,从而体现出学科交叉、侧重比较的横断学科内涵,亦同法律社会学(Law and Society)之前例而用之。汉语命名(翻译)为“法经

济学”,原因有三:其一,遵从汉语语言规范和法学界对法哲学、法社会学、法文化学、法人类学等“theory about law”类学科的通用称呼,不用“和”字,言简意赅;其二,“经济分析法学”(Jurisprudence of Economic Analysis)、“法律的经济分析”(Economic Analysis of Law)以及“法律的经济学研究”(the Economic Approach to Law),主要是在波斯纳著作影响下的用词,偏重于强调在法学研究的经济分析方法论,缺少学科性含义,也不能概括流派众多、百家争鸣的学界实情;其三,“法经济学”与“法律的经济学”(the Economic of the Law)不同,亦有别于制度经济学(Institutional Economics),它虽吸收了大量经济学的养分,却不属于经济学的分支,是独立自在的研究类型。

法经济学理论从根本上讲是一个动态的开放的创造性过程。也许是科际整合的秉性使然,法经济学不但在现代经济学的理论宝库中搜求一切有用的养分,深入展开对法律的部门法和法律规范的分析,而且以一种更高的解决问题的姿态将法学、社会学、经济学乃至哲学结合起来,探究法律权利、法律价值、制度效率、司法正义等最基本的法理问题。后一种趋势,由波斯纳继《法律的经济分析》之后立足于实用主义和后现代立场撰著《法理学问题》的努力中可见一斑,也集中体现在法经济学者波林斯基的《法经济学导论》(1983),马洛伊(麦乐怡)的《法和经济学——理论与实践比较研究》(1990)和《法律和市场经济》(2000),以及欧美许多法经济学者的著作当中。

20世纪80年代以后,一大批国外法经济学的著作论文被译介到中国内地,为数众多的法学者和经济学者尝试运用法经济学的基本理论和研究方法对中国的经济制度变迁、法制改革以及司法实践进行有益的理论研究,奉献出一批有价值的研究成果。中国目前正处在社会全面转型和日益国际化的重要历史时期,依法治国,与“国际通行规则接轨”,推动社会主义制度文明建设,积极回应经济全球化与知识经济的时代趋势,已成为当前最重要的政

治任务之一。面对形势的需要,中国的法经济学研究任重而道远。还需要不断创新理论、完善体系、扩展内容、加强实践,以法律人的不懈努力,为法学研究和法制建设作出实实在在的贡献。

二

纵观国内外法经济学的研究,在经过一个学科间概念移植和初步应用的阶段之后,都面临拔高和深化的双重问题,这也就提出了法经济学的两大研究进路:(1)在更高和更广阔的视域构建法经济学的本体论框架;(2)立足于法律规范和法律应用技术层面的个案分析,实现法经济学研究的实证化和本土化。具体到中国的法经济学研究,应该是站在新世纪社会科学研究的制高点上,面向蓬勃发展的社会转型与改革潮流,在广泛收集整理已有的国内外理论前沿成果的基础上,恰当选择理论研究视角,充分运用科学的经济研究方法和法学研究方法,寻求不同研究范式之间的相互沟通融合,探求规范与实证相结合的、直面中国现实问题的、综采众家之长的法经济学研究之路,实现理论的综合与创新。

在法经济学的本体论研究中,最可关注的是“主体间性”问题,由于出现了权利义务的相互性、相对性问题,就使得在以往一切世代都较少存在的经济与法律的互动在全球市场经济的今天显得尤其突出,语境论、博弈论、理性预期理论、交往(沟通商谈)理论、信息科学等为这一研究提供了更明晰的思路。据此,对一系列法律规范内核,包括法律行为、法律关系、法律权利、法律义务、法律责任、法律制裁、法律监督等法律基本范畴进行经济语义的分析,实属必然。

任何一门学科都离不开历史的分析和比较。具体从法的经济分析和经济的法律分析这样两个截然不同的角度出发,对经济学说史和法学学说史进行翔实的思想史回顾,十分必要。在法律思

想史领域,考察自然法学、实证分析法学、社会学法学以及权利法学、行为法学等;在经济思想史领域,考察传统经济学的数次“革命”(研究范式转换),特别是20世纪30年代以来的制度经济学进展;在社会思想史领域,考察自由主义、保守主义、实用主义、历史唯物主义等有极为不同的理论立场。

西方法经济学一般分析框架包括法律市场理论、法律供求理论、法律均衡理论、法律成本效益理论、法律秩序与法制变迁理论。以波斯纳为代表的法经济学者通常运用一定的经济学原理对应研究各个部门法(以英美普通法为例),诸如:博弈论和理性预期理论及其在法理学层面的经济分析;公共选择理论及其对宪法、宪政的经济分析;政府规制经济学及其对政府经济管理经济分析;产权理论与财产法的经济分析;合约理论与合同法的经济分析;激励理论与知识产权法的经济分析;微观产业组织理论、厂商理论与市场主体法(公司法等)的经济分析;社会成本理论与侵权法的经济分析;威慑理论与刑法(刑罚制度)的经济分析;等等。与此同时,基于博弈论和交易成本理论,法经济学研究对于如下一些法学研究中经常存在的矛盾关系也具有相当的解释力:实体法与程序法、公法与私法、民商法与经济法、中央法与地方法、国家制定法与民间习惯、正式法与试行法。除此之外,在法的静态分析和动态分析、法制度分析和法规范分析、法宏观分析和法微观分析以及法的演进、法的历史规律、法的实际运行机制等方面,都有很重要的价值。

值得注意的是,与波斯纳应用大量现代经济学术语对普通法系进行理论性解释的研究进路不同,有学者提出法经济学乃是一门关于政治权力和稀缺性经济资源分配的学科。其学科任务是揭示那些可供选择的不同的意识形态框架所倡导和挑战的价值,并通过比较而倡导其中最具效率和稳定性的一种。换言之,他们认为法经济学不仅是一门实证科学,而且应该是一门规范科学,如果法律工作者和经济学家不谈论价值选择,那他们就失去了为我们