

国家“十五”“211工程”课题项目

高等法学讨论教学系列教程

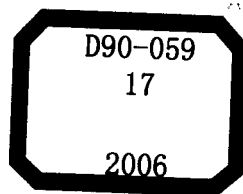
总主编 沈四宝

# 法经济学 讨论教学教程

宁红丽 主编

对外经济贸易大学出版社

国家“十五”“211工程”课题项目  
高等法学讨论教学系列教程



总主编 沈四宝

# 法经济学讨论教学教程

宁红丽 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

法经济学讨论教学教程/宁红丽编著. —北京:对外经济贸易大学出版社,2006  
(高等法学讨论教学系列教程/沈四宝总主编)  
ISBN 7-81078-770-5

I. 法... II. 宁... III. 法学 - 关系 - 经济学 - 高等学校 - 教材 IV. D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 130572 号

© 2006 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

## 法经济学讨论教学教程

宁红丽 编著

责任编辑:张 洁

---

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码:100029

邮购电话:010-64492338 发行部电话:010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: [uibep@126.com](mailto:uibep@126.com)

---

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸:185mm × 230mm 23.5 印张 471 千字

2006 年 11 月北京第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

---

ISBN 7-81078-770-5

印数:0 001 - 5 000 册 定价:38.00 元

# 总 序

对外经济贸易大学法学院，作为财经类院校中的法学院，其主要任务就是为两个市场，即国内市场和国际市场培养高级实用型的法律人才。市场和社会的需要就是我院教学的目标。财经类院校的法学专业历史短，经验少，但专业对口，置身于市场经济之中，社会需求量大，就业率高，容易办出特色，能满足市场和社会的需要，这是办好此类院校法学教学的强大动力。它们将在建立我国社会主义市场经济的过程中，为建立社会主义法治起着重要的生力军作用。

为了达此目的，即为了使财经类院校的法学教学能担负起上述任务，其教学内容和教学方法都应具有自身特点。

对外经济贸易大学法学院，自1984年建立国际法专业以来，长期坚持具有特色的教学方向和教学方法。经过近二十年的努力，已经取得了一些成果，尤其在培养适应市场要求的三会人才方面，即培养学生既懂法律，又懂经贸，还能熟练运用外语（英语）的综合性人才方面，积累了一些经验，经受住了社会和市场的验证。我院的毕业生，特别是硕士生的就业率一直居高不下。2002年，我院的国际法专业被评为全国重点学科，经过激烈的招投标竞争，该专业也荣幸地承担了欧盟法律专业人士的法律培训任务。在国际法专业的博士生中，来自美国、英国、法国、韩国、日本等国及我国香港、台湾地区的学生正在不断增加。

实践证明，在法学教学中实行案例教学和讨论教学，对于培养学生的综合分析问题能力，分清主次和识别真伪能力以及理论联系实际的能力方面起着直接的促进作用。通过案例教学和讨论教学，力求使在校的学生能有更多的机会贴近社会，接触实践，使我们的教学能够实现下述宗旨，即研究理论是为了解决实际问题，研究外国经验是为了解决中国问题。

对外经济贸易大学法学院的国际法专业有两个教学和研究方向：一个是以WTO为主的国际经济法（公法）方向；另一个是以比较商法为主的国际商法（私法）方向。现在出版的系列案例教学教材和讨论教学教材，主要就是这两个教学方向上的研究成果。

在我院编写的系列案例评析中也包括相对成熟的英文案例，目的是为了在我院的双语教学中有所依托。

最后要说明的是，本系列讨论教学教材是对外经济贸易大学法学院“211工程”建设的

一个组成部分，这里不仅凝结了法学院广大师生的心血，也包含了对外经贸大学从事“211工程”建设的全体教职员工和领导们的心血，作为现任法学院院长，我在此向所有支持我院发展的同仁们表示最衷心的感谢。

对外经济贸易大学

法学院

**沈四宝**

# 关于在法学理论类课程中 进行“讨论教学”的设想（代序）

王 军\*

目前，关于在我国法学教育中开展案例教学的讨论，已经有了一定程度的深入。在讨论过程中，一个引起广泛关注的问题是：在我国法学教育的某些以理论学习为主要内容的领域，比如民法领域，如何对传统的演讲式的教学方法进行改革？为此，本文提出在这类课程中进行“讨论教学”的设想，并草拟如下内容供讨论教学使用的资料作为讨论的素材，以期抛砖引玉，引发国内法律教育界的讨论。

## 一、“讨论教学”的含义及其与案例教学的关系

迄今为止，关于案例教学，尚没有形成严格的和得到普遍认同的定义。一般而言，案例教学指各类以法院案例为基本教材和课堂讨论对象的教学。以美国为例，该国法学院的大部分课程采用的就是这样的教学。因此，可以将案例教学的两个基本特征概括为：首先，以案例为教材；其次，以课堂讨论为主要的教学方法。

有人认为，案例教学，从方法上说，属于“苏格拉底问答法”。笔者认为，这种认识揭示了案例教学的本质。由此提出的问题是，在某些课程中，结合课程的特点和教学的目的，能否一方面采用“苏格拉底问答法”，另一方面以理论资料或包括理论资料和案例在内的综合性资料为教学的内容呢？这正是本文讨论的核心问题。在下文中，为阐述上的方便，我们姑且将这种教学称为讨论教学。

简言之，本文所谓的讨论教学，指以讨论为基本教学方法的教学。讨论的对象包括旨在表述抽象的概念、原理和原则等的理论性资料，也可以包括案例。因此，在这里，案例教学也是一种讨论教学。换言之，广义的讨论教学包括了案例教学。

---

\* 作者系对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师、副院长。原文载于沈四宝主编：《国际商法论丛》（第四卷），法律出版社2002年版，第671~688页，经作者同意删节后作为本书的代序。

## 二、讨论教学资料编辑应注意的几个问题

在教育部规定的我国大学的法律院系应开设的课程中，至少有一部分课程是理论类的，例如法理学、民法学的总论部分、刑法学的总论部分。笔者认为，对这类课程，鉴于理论的学习是教学的主要内容和目的，在编辑教学资料时应注意以下几个问题：

### 1. 讨论的对象应以“理论资料”为主

笔者所谓的理论资料，指各类旨在直接阐明法学的概念、原理、原则，具有较强的概括性的资料。这类资料主要为法学家著述的节选以及中国和外国制定法的规定。理论类课程主要的教学目的之一，是让学生对特定学科包涵的知识有全面系统的认识。这恰恰是单纯地以案例作为教学的内容所难以实现的。

### 2. 可以佐以适当数量的“范例”

所谓范例（Illustration），指用真实案例缩写而成的或虚拟的，旨在阐明概念、原理、原则或规则等的具体例证。范例中包含一个案例的简要事实，并明示或隐含了该案例的争议，可以包含或不包含审理结果。范例一般不包含推理过程，这部分内容可在范例的上下文中进行印证或说明。与案例相比，范例的内容十分简约，通常已压缩到了无法再压缩的程度。

将范例与法学理论、法律规则相结合，是很好的兼顾“点”与“面”，“特殊”和“一般”的方法，既有助于阐明概念，又能够揭示理论和原则的实践意义。

### 3. 资料的选择应以“精”为原则

资料的“精”指所有的资料都是精心选择的，没有重复和多余，切忌堆砌。在讨论教学中，学生在资料中一般看不到教师关于特定问题的结论。涉及特定问题，结论性意见是讨论的止点或者是最初设计的止点。这种止点是一系列逻辑分析过程的止点，而全部的资料都是与这种分析过程相关的。也就是说，资料的取舍是围绕资料编辑者设计的推理过程的主线展开的。脱离了这一主线，单纯地以传授知识为目的而编入的资料便失去了系统性，就成了杂乱无章的资料堆砌。

### 4. 资料中应含有充分的信息量

在传统的教育模式下，学生通过课堂获取的信息量一般仅限于教师口授的信息量。由于口授要照顾学生记录口授内容的速度，课堂的信息量受到很大限制。采用讨论教学，由于大量信息将通过自学和课前预习而获得，学生只需要记录课堂讨论的要点，课堂进度不再受学生记录速度的限制，信息量将大大增加。

在传统的教育模式下，许多教师也要求学生课前预习教师开出的教科书或参考书，但由于课堂教学以教师讲授为主，而不是以提问和讨论为主，教师没有机会检查学生的

预习情况，致使教师要求的预习往往得不到落实。采用讨论教学，课堂教学的基本方式是提问和讨论，学生不预习就无法回答问题和参加讨论，这迫使学生在课前预习好全部有待讨论的资料，从而使教学的信息量得到了保证。

课程教学信息量的增大要求教学资料的信息量相应增加。一般来说，其信息量与案例教学的信息量相似，估计至少为传统教学中信息量的3~5倍。

#### 5. 讨论后须辅以讨论题但并不给出答案

讨论题的设计是讨论教学的关键环节。讨论题与资料的作用相辅相成：一方面，讨论题产生于资料；另一方面，讨论题的设计决定了资料的取舍。讨论题应当是法学特定领域中的主要问题。通过讨论使这些问题得到明确，或者在暂时无法或无必要明确的情况下让学生认识到这些问题的存在和重要性，这正是法学教学的主要目的所在。

在讨论教学中，资料的编辑者只提出问题而不给出答案，是这种教学的另一个重要目的所决定的，即培养学生自己分析和解决问题的能力。

### 三、在施教过程中应注意的几个问题

笔者认为，我国教学改革的核心问题，是教材建设问题。有了好的教材，不同地区、不同学校的教育水平的差距会相应缩小；有了好的教材，不同教师之间施教水平的差距也会缩小。进一步说，有了好的教材和好的教学模式，学生可能会学在教师之前，迫使教师改进教学。另一方面，就教材与教师的关系来说，教材是静态的，教师是能的、活跃的因素。在案例和讨论教学的教学模式下，教学过程中“变”的因素会更多，因而对教师的要求会更高。现根据笔者近年来从事案例教学的经验和对讨论教学的认识，就讨论教学过程中可能会面临的问题谈几点粗浅的认识。

#### 1. 组织讨论教学的一般方法

##### (1) 讨论从提问开始

一般地说，讨论教学与案例教学的方法是相似的。与传统的演讲式教学不同的是，在讨论教学的模式下，学生在上课前已经按照拟定的教学进度对预先设计完成的讨论题作了预习，因而学生成了课堂讨论的积极参与者，而不再是消极的受教者。在这种情况下，如果讨论的问题相对简单，答案比较清楚明了，学生预习得比较充分，教师就没有必要重复讲授学生显然已经理解的内容了。因此，在上课时，教师首先要做的是通过提问了解学生对教学内容理解的程度，从而使知识的“供”与“求”相适应。

##### (2) 问题的层层递进和相互间的联系

在讨论过程中，教师的问题应当是层层递进、一环扣一环的，应避免前后矛盾、支离破碎和不成体系的提问。



### (3) 学生的回答与教师的解答

在讨论过程中,教师提出的问题应尽可能让学生解答。这是“苏格拉底问答法”的奥秘所在。学生在“被迫”回答问题时精力会高度集中,并且,听课的全体学生的注意力会集中到对一个问题的思考上来。此时,教师的任务并不是立即给出结论,而是归纳和评价学生的观点,给予适度的肯定、否定、反问或提出相关问题。在教师发现学生已经领悟了先前提出的问题之后,便可以进一步提出新问题,使讨论进一步深入。

教师过早给出结论的弊端是:首先,学生会依赖教师的判断,因而放弃了主动思考;其次,学生可能会视教师的结论为真理,因而使学生的创造性被扼杀;再次,当教师的看法有失于偏颇时,无法通过倾听学生的意见而得到纠正。

有人认为,在采用“苏格拉底问答法”的教学中,教师只问问题,通常不回答问题。然而,在许多情况下,学生没有能力对提出的问题形成自己的判断,或者,无法将自己的认识表述清楚让其他学生理解,而该问题的澄清是提出和解决新问题的立脚点。在这种情况下,教师实际上不得不说出自己的意见,以便使讨论继续进行。

总之,讨论教学如何进行,并没有一个固定的一成不变的模式,因材施教因人因问题施教是教师应始终坚持的原则。如果说其中有规律可循,则基本的规则是:教师是讨论的组织者和引导者,而不是演讲者。

#### 2. 教师给出结论的必要性

如上文所述,当一个问题的解决构成讨论新问题的前提时,对前一问题的讨论通常要有一个结论。然而,当对一个主要讨论题的讨论结束时,是否一定要得出结论呢?笔者认为,当学生没有能力得出结论,或学生的结论显然错误的时候,如果只有一个结论是正确的,或比较合理的,教师应谈出自己的看法。可是,在许多情况下,教师的任务只是让学生知道问题和分歧的存在,并不是务求得出一个惟一的结论。让学生相信只有一个结论是正确的,会扼杀学生的创造性,因而不是正确的或至少不是最好的教学方法。

#### 3. 教师传授相关知识的必要性

笔者所谓的相关知识,是指在严格意义上不属于解答讨论题必须涉及的,但与讨论的主题有关的知识。笔者认为,在进行讨论教学的过程中,教师是否应讲授有关知识,主要取决于以下几个因素:

(1) 对理解讨论的主题是否为必须了解的知识。例如,在讨论罗马法的制度时,如果学生没有系统地学习过这方面的知识,应简单介绍罗马法的概念、影响和与大陆法的渊源关系;在将德国法与我国台湾地区的法律进行比较时,应适当说明后者受前者影响的历史背景。

(2) 是否为学生起码应了解的法律基础知识。讲授这类知识是一种补课。在某些

情况下，这种补课是必需的。不这样做，进一步的讨论就无法进行。

(3) 对提高学生的素质是否有益以及时间是否允许。在课堂讨论的过程中，当问题被提出而学生有了解的愿望时，回答问题的知识是最容易被理解和记忆的。因此，以提高效益为原则，教师此时应多讲授知识。如果特定的知识不属于相关知识，但知识的价值很高，对提高学生的素质很有益，讲一些当然无妨。然而，无关知识的讲授如果过多，无疑会冲淡主题，影响进度，这是务必引起注意的。

#### 4. 讨论教学对教师的挑战

开展讨论教学的首要条件是编写出高质量的教学用书，其次就是教师要付出更多的努力组织教学。首先教师必须认真备课。由于学生从原来消极的受教育者变成了积极的参与者，在上课时，可能会提出较难的问题；由于讲课的内容和进度从以前完全由教师把握变成多变的难以把握的过程，教师必须充分熟悉授课内容，精心设计主要的讨论题和围绕主要讨论题出现的子问题，并预先想到学生在课堂上可能会提出的各种问题。其次，教师必须不断充实自己，不断学习新知识，跟踪本领域的新问题。只有这样，才能使授课内容不断充实，使课堂气氛活泼和充满生气。

笔者希望，讨论教学作为在法律理论类课程中进行素质教育的现实可行的手段，通过与案例教学相配合，将代表着我国法律教学模式改革的新方向。

## 前 言

多伦多大学教授 Ernest J. Weinrib 曾经说过，在过去的一个世纪里，法学伸长了它的触角，但是却缩小了它的抱负。伸长的这一方面是显而易见的，例如对于法学的研究已经超越了法律本身而延伸到了其他的思考模式之中，这些模式包括了经济学、文学以及历史；它的抱负变小也同样是显而易见的，这一事实也为法律的经济分析、法律实用主义以及批判法学派所认同，根源在于法律本身不具有独立的系统理性。这一伸一缩都产生于同一个现象，即跨学科研究的相对丰富就反映了法学本身的研究资源的贫穷。事实也的确如此。当今所有法律理论的基本问题都在于它们从某个外在视角来观察法律，即“站在法律之外看法律”。例如，法律经济学运动就是将法律作为“效率”这样的非法律的价值表达。

法经济学，或者法律的经济分析，是一门以经济学为理论依据和分析工具来分析法学理论和法律制度的学派。它形成于 20 世纪 60 年代，到 70 年代后期开始流行于美国一些主要法学院，如芝加哥大学和耶鲁大学，那儿的一些优秀学者，如罗纳德·科斯、加里·贝克尔等都是当代法经济学的杰出代表。法经济学有新与旧之分，传统的法律经济学针对的是直接规范经济活动的法律（如税法或反垄断法等）进行经济分析，被称作旧经济学；而新法律经济学则将法学研究者研究的传统领域，如宪法、民法以及刑法等都纳入研究的范围。波斯纳就指出，法律经济学是“将经济学的理论和经验方法全面运用于法律制度分析”的学科。法经济学的研究范围因此得到极大拓展。而在司法领域，1981 年，美国总统里根任命波斯纳、博克和温特为联邦上诉法院法官，并发布 12991 号总统令，要求政府制定的所有规章都要符合成本 - 收益分析的标准。经济分析法在美国立法和司法中的影响可见一斑。依照波斯纳的概括，法律经济学已经彻底改变了反托拉斯法，对于放松管制运动也做出了重大贡献，在相当数量的法律领域，例如交通法、通讯法以及法律职业规制本身的放松管制都已经改变了法律前景，同时它对于环境保护、损害赔偿、就业歧视等许多领域都产生了转折性的影响。在这一方面，波斯纳和贝克尔的贡献最值得关注。

与其他法学流派相比，法律的经济分析较为强调对法律进行实质性的价值判断。波斯纳进一步指出，经济学的作用就是从它自己的角度，运用它的知识帮助法律人发现法律规则、政策或者法律实践中可能给人们带来不利影响的东西，避免不必要的损失。经济学是判断法律规则之效果的关键性工具之一。知道规则将产生何种效果对于我们理解

现有的规则和决定我们应有的规则都是至关重要的。在波斯纳那儿，“效率”不再是跟“公平”相对立的语词表达，相反成了“公平”的同义语。

如果将眼光放在美国法学理论发展的历史上，可以发现法经济学和美国法律现实主义运动之间有着密切关联。用美国法律史学家莫顿·霍维茨（Morton J. Horwitz）的话来说，法律经济学其实就是“法律现实主义的废墟上建立起来的保守主义的法律理论。”从共同坚守的工具主义的方法论立场上来看，法经济学算得上法律现实主义的继承人。法经济学获得兴盛的根本原因在于它借助了“科学的威信”。从波斯纳的实用主义的立场我们也可以发现，他希望尽可能消除法律中的形而上学色彩，努力把形而上学问题变成科学问题处理，而法律的经济分析则是他达到这个目的的最佳手段。法经济学沿袭了法律现实主义将法律与政治立场相联系的一贯的保守主义作风，也是法学理论“祛哲学之魅”的例证。

近年来国内关于法经济学的研究成果可谓层出不穷，初习者短期内难以窥其全貌，而本书就是为了使学生了解法经济学的基本范畴及其在私法领域中的发展现状而专门编写的。本书共分为十章，分别对法经济学的形成和基本范畴以及物权法、合同法、侵权行为法、商事组织法、证券法、知识产权法、竞争法、婚姻家庭法共八个法律部门的若干重要制度的代表性文献进行了甄选分析，并设计了相关的思考题目以及参考文献，以便利学习者了解相关信息。本书编写的初衷主要包括以下两点：

第一，使法学院学生掌握经济学的基本理论，了解其研究方法，在促进各部门法之间融通的基础上实现法学与经济学之间的交流，从而加深对法律制度以及法律现象的理解。我们现今正处于一个知识高度分工的时代，但这种专业分工的日益细化也同时造成各门学科的研究者“各吹各的调”，老死不相往来的局面。我认为，法学教育应当具有放眼域外的魄力，因此，开设《法经济学》这门课程供研究生选修，是为法学研究生们提供一个涉足经济学领域的入门阶梯。

第二，启发读者多关注现实世界，为身边的社会现象提供深层次解释，强调法律人应该具有的现实关怀。我国目前私法教育主要沿袭的仍然是大陆法系的概念法学模式。这种模式注重逻辑推延，强调概念周延，但却较少现实关怀。对于初学者，私法更多的是一门制度和实用的学科，应更多培养学生多关注现实世界中的现实问题，才不至于踏进概念的泥沼之中不能自拔。现实远比理论复杂多变，面对纷繁复杂的真实世界，如何贯彻自己的理论立场是一个更难的问题，对在这方面具启发性的文献，本书中也多有涉及，相信这对读者会大有裨益。

宁红丽

2006年11月

# 目 录

<b>第一章 法经济学的形成和基本范畴</b> .....	(1)
第一节 法经济学概述 .....	(1)
第二节 法经济学的基本范畴 .....	(13)
第三节 民刑法以及侵权法与合同法的区分标准 .....	(45)
本章小结 .....	(49)
<b>第二章 经济学视野中的物权制度</b> .....	(51)
第一节 物权法的基本范畴 .....	(51)
第二节 物权的保护——财产规则和责任规则 .....	(75)
第三节 经济学视野中的共有制度 .....	(87)
第四节 占有制度 .....	(92)
本章小结 .....	(97)
<b>第三章 合同法的经济分析</b> .....	(99)
第一节 合同法的经济功能 .....	(99)
第二节 “买卖破除租赁”与“买卖不破租赁” .....	(118)
第三节 买卖合同中风险负担规则的效率评价 .....	(128)
第四节 违约救济的经济学视角——实际履行与违约赔偿 .....	(135)
本章小结 .....	(137)
<b>第四章 法经济学在侵权行为法中的适用</b> .....	(140)
第一节 侵权法基本范畴 .....	(140)
第二节 侵权责任归责原则 .....	(142)
第三节 使社会成本最小化的解决方案——汉德公式 .....	(155)
本章小结 .....	(157)
<b>第五章 商事组织法的经济分析（一）</b> .....	(160)
第一节 组织经济学基本理论 .....	(160)
第二节 合伙制度 .....	(164)
第三节 企业的本质 .....	(167)
第四节 有限责任公司和股份有限公司 .....	(180)
第五节 公司社会责任理论及其应用 .....	(198)

---

第六节 社团法人与财团法人的概念及其区别 .....	(205)
第七节 董事的信义义务 .....	(217)
第八节 法人有限责任 .....	(223)
第九节 股权的性质 .....	(233)
本章小结 .....	(234)
<b>第六章 商事组织法的经济分析 (二)</b> .....	<b>(238)</b>
第一节 企业间网络概述 .....	(238)
第二节 特许经营合同 .....	(241)
第三节 信托制度 .....	(260)
本章小结 .....	(280)
<b>第七章 证券法的经济分析</b> .....	<b>(282)</b>
第一节 “柠檬市场”效应与证券法 .....	(282)
第二节 公司并购 .....	(285)
第三节 内幕交易 .....	(294)
本章小结 .....	(296)
<b>第八章 知识产权法的经济分析</b> .....	<b>(298)</b>
第一节 版权法的经济学 .....	(298)
第二节 专利权与商业秘密 .....	(301)
本章小结 .....	(306)
<b>第九章 竞争法的经济学</b> .....	<b>(307)</b>
第一节 垄断的成因 .....	(307)
第二节 垄断的类型 .....	(316)
第三节 自然垄断的经济分析 .....	(327)
第四节 行政垄断 .....	(328)
本章小结 .....	(331)
<b>第十章 婚姻家庭法的经济学</b> .....	<b>(333)</b>
第一节 婚姻的本质与功能 .....	(333)
第二节 离婚制度 .....	(343)
第三节 代理母亲与收养市场 .....	(349)
本章小结 .....	(351)
<b>参考文献</b> .....	<b>(352)</b>

# 第一章

## 法经济学的形成和基本范畴

### 第一节 法经济学概述

人文科学的各个对象彼此系连，交互映发，不但跨越国界，衔接时代，而且贯串着不同的学科。由于人类生命和智力的严峻局限，我们为方便起见，只能把研究范围圈得愈来愈细。此外没有办法。所以，成为某一门学问的专家，虽在主观上是得意的事，而在客观上是不得已的事。<sup>①</sup>

#### 一、法经济学的概念

**熊秉元：**经济理论不能脱离现实。一方面，经济学所隐含的基本概念，不只可以分析经济活动或经济现象，而且可以用来探讨人在其他领域里的活动。因为，政治、社会、法律等领域里的现象，还是由人的活动所形成，因此也可以利用经济学简洁的架构分析。另一方面，经济学简洁的理论，不只可以帮助政策决定者，以提升资源运用的效率；更重要的，经济学的基本概念，应该帮助所有的社会大众，提升一般人运用资源的效率。结合这两点，方向其实是非常明确：经济学所隐含的基本分析概念，可以成为简洁的思维架构。一般人在生活里面对各种问题（政治、经济、法律、社会等）时，可以依恃这套思维架构。与（目前）一般人由社会化里得到的思维架构相比，经济学的这套思维架构，更有学理根据，也更简洁明确。

在概念上，科斯和凯克斯这两位经济学家都强调：“经济学是一种思维方式”。因

<sup>①</sup> 钱仲书：《七缀集》，北京三联书店2002年版，第180~181页。

此，英式风格理当成为启动和主导这个趋势的力量。然而，事实上英式风格确实置身事外。经济学往外扩充的过程，主要是在美国并由美国的经济学家所推动。从后见之明来看，英式风格没有发挥作用是非常可惜的事。以法律经济学来说，这是经济学对外扩充最成功的领域，而英国正是形成习惯法传统的大本营。从经济学“效率”的角度看，不需要任何数学模型就可以对习惯法有非常深入生动的阐释。可惜，英式风格没有点出这种联结。即使到今天为止，在英国的经济系和法学院里，法律经济学都不是活跃的研究领域。<sup>①</sup>

**R·考特、托马斯·尤伦：**互相加深理解是研究交叉学科的一大收获。但是你慢慢会明白，获得这一收益只需一个代价：法学家必须学点经济学，而经济学家必须学些法律的东西。要进行证明和检验，你一定要能够使用微观经济学的工具，而要在法律上运用这些技术，你需要懂点法律分析的要素，尤其是案例方法。<sup>②</sup>

**大卫·D·弗里德曼：**经济学既不是一套问题也不是一套答案，它是一种理解行为的方法。应用这种方法得到什么结果不仅取决于经济学理论而且取决于应用这种理论的社会现实。<sup>③</sup>

**黄文平：**在法律与社会发展关系上，法律并不只是被动地适应社会的发展，法律本身就是社会的一个重要组成部分。如果经济是关于“人们怎样谋生”，那么法律就可被看做是关于“人们怎样在相对有秩序的社会存在中谋生”。从这个角度而言，法律与经济以及社会发展之间，既紧密联系又相互制约。美国著名法学家哈罗德·J·伯尔曼（Harold J. Berman）曾说：“法律像田地和机器一样，是一个社会中生产方式的一部分；不经操作，田地或机器便毫无意义，而法律恰是关于它们操作的组成部分。如果没有关于工作和交换的权利和义务，就没有人播种和收获庄稼。如果没有某种法律对机器的生产和使用活动予以规定，就没有人生产机器，机器就不会从生产者转移到使用者手中并予以使用，它的使用价值和收益也就不会获得。这样的法律调整本身就是资本的一种形式。”可见，法律的变迁，无疑是法律适应和引导政府与市场关系变化的一种制度性反馈安排。<sup>④</sup>

**Richard A. Posner：**由法律制度加以规范的行为范围是如此之大，以致法经济学只好作一个宽泛的定义，以便它能跟经济学一样扩展很广。当然，这不会是一个有用定义。……“对法经济学进行定义的惟一可能的标准是效用（Utility），而不是准确（ac-

① 熊秉元：《会移动的城堡》，社会科学文献出版社2002年版，第212页。

② [美] R·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店1994年版，第16~17页。

③ [美] 大卫·D·弗里德曼：《经济学语境下的法律规则》，杨欣欣译，法律出版社2004年版，第387页。

④ 黄文平：“论侵权与契约的替代——一个法律经济学的视角”，载《经济评论》2004年第6期，第78页。



curacy)。”

大约 30 年前，法律的经济分析几乎是反托拉斯法经济分析的同义词。……但是，“新”法律经济学——过去 30 年来新发展起来的法律经济学——是将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度的分析，包括侵权法、契约法、赔偿法和财产法等普通法领域；惩罚的理论和实践；民事、刑事和行政程序；立法和管制的理论与实践；法律实施和司法管理；以及宪法、初民法、海事法、家庭法和法理学。<sup>①</sup>

**Charles K. Rowley**：法经济学是运用经济理论和计量经济学方法检验法律和立法制度的形成、结构、演化和影响。<sup>②</sup>

**Nicholas Mercuro and Steven G. Medema**：法经济学是一门运用经济理论（主要是微观经济学和福利经济学的基本概念）来分析法律的形成、法律的框架和法律运作以及法律与法律制度所产生的经济影响的学科。<sup>③</sup>

**季卫东**：法律经济学或法律的经济分析，是一门以经济学为理论依据和分析工具来解析法学理论和法律议题的学问，是一种理解规范运作的实然面和应然面的观点。它作为一个学派形成于 20 世纪 60 年代，到 70 年代后期开始成为美国一些主要法学院的显学，与西方法学中的其他流派相比，法律的经济分析较为强调对法律进行实质性的价值判断。但由于法和经济学这一学派所使用的技术手段过于复杂，也由于把效率绝对化的观点与法律制度的公正理念不断产生冲突，使得它在法学界和社会学界的实际影响受到了很大的限制，因为法律经济学为了扩大自己的影响，在逐步冲淡科学主义和形式主义的色彩，更加强调使用主义、工具主义乃至常识的成分，包括波斯纳在内的这一学派的代表学者也开始承认经济分析的权威性和自我完结性都是有限度的。<sup>④</sup>

法经济学有所谓新与旧之分，传统的法律经济学是仅针对直接规范经济活动的法律，例如税法或反托拉斯法等，作经济分析，新的法律经济学则将法律人传统上研习的法律，例如宪法、民法以及刑法等，纳入研究的范围。在科斯的两篇最重要的文章“企业的本质”与“社会成本问题”中，英美普通法中的雇佣关系与相邻关系如果不是有其灵感来源，至少是以为之论证基础，对于新的法律经济学有开创性的贡献，绝对是毋庸置疑。<sup>⑤</sup>

① [美] 理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》（上），中国大百科全书出版社 1997 年版，第 25 页。

② Charles K. Rowley: *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, Nicholas Mercuro (ed.); *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p125.

③ Nicholas Mercuro and Steven G. Medema: *Economics and The Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton Press 1997, p3.

④ 季卫东著：《宪政新论》，北京大学出版社 2002 年版，第 325 - 326 页。

⑤ 简资修：《经济推理与法律》，北京大学出版社 2005 年版，第 27 页。