

第五卷

中山大学法学院 ◆ 主办

刘星 ◆ 主编

中山大学法律评论

Sun Yat-Sen Law Review

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中山大学法律评论

Sun Yat-Sen Law Review

中山大学法学院 ◆ 主办

刘 星 ◆ 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 第5卷/中山大学法学院主办,刘星主编. —北京:
法律出版社,2004. 12

ISBN 7-5036-5225-X

I. 中… II. ①中…②刘… III. 法学—研究—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 120249 号

法律出版社·中国

责任编辑/李天一 吴 昉

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 1/16

印张/27 字数/506 千

版本/2005 年 1 月第 1 版

印次/2005 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939629

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5225-X/D·4942

定价:36.00 元

主编小记

新的一期《中山大学法律评论》出版了。时间过得很快，距上一期评论近一年，遥望全国的法学学术繁荣生产，觉得有些不安。

依照办《评论》的某些惯例，主编时而应该说几句，针对本期的内容、宗旨和期待。

读者可以发现，这期法律评论的最大特点是突出了“评论”，也即对《评论》中论文的评论。我们以为这是名实相符。法学论文写作固然不易，可是写出来，没有“评论”般的切磋砥砺，甚至真正的学理批评，论文可能也就被遗忘了。现在书评很多，各类路数目不暇接，甚至在正式杂志和书籍中已是“评满为患”。然而，对论文的评论太少了，仿佛论文没有砖头一般的著作那么重要，而其实，谁都知道，论文的要紧意义是头等的，何况现在的著作往往是“论文集式”的，其目的是为了“机会成本有效利用”的二次流通。是不是应该纠正这种现象？这是本期《评论》的努力所提出的一个问题。自然，我们不敢奢望有了评论的论文就可以被读者记住，有了论文的评论就可以被读者欣赏，可是我们的确希望而且相信论文与评论之间的“对话”，以及其中的思想撞击，在将来的某些时刻能够为读者带来回忆。对话和撞击的魅力，应该是长久的。

本期“评论”作者均为匿名。“匿名”的做法，不是担心论文作者对评论作者有什么“想法”，或者“秋后算账”，我们的论文作者是不可能这样的，而是希望通过“匿名”方式使读者能够有种“作为社会意识形态的思想运作可以从任何一个

方向得到回应”的感受。匿名是隐性的,出其不意,效果随之也是机妙的,也许更能使读者迅速“进入状态”。其实,任何论文,只要发表出来,在今天的文化媒体变幻方式“与时俱进”的情况下都会得到回应,或者赞同的,或者批评的。而在一个具体文本空间中,比如这期《评论》,将其集中起来,可以更为节约思想交流的成本,可以更为方便地形成一个 FOCUS,将“出其不意”和“效果机妙”及时体现,从而为那些时刻关心当代中国法制建设和法学进步的读者提供一个捷径。

但是,写作匿名的做法牺牲了作者的版权,匿名作者为此付出了代价,尽管他(她)们有时也许的确想匿名做点什么,以此率性一次,开心一次,对那些看不惯的“什么”说些不客气的话,因为他(她)们是中山大学法学院的学生,常常自觉甚至自喜归属新新类的一族。提到这点,似乎显得我们有些不那么诚实和“狡诈”。我们的确有点“玩念”,也即在“成熟的”论文和“诚恳的”评论之间建立一个结构,然后让它们自我解构。不过,这是严肃、学术的“玩念”,所以它又是诚实的、开诚布公的。我们相信,学生的评论,尽管在某些人看来可能是“幼稚”的(有些的确“幼稚”),这也是自然的,但是,新鲜新生的思想和思考总是而且必将是推进中国法学学术的一种原动力,必将是针对法学陈旧生产而言的一扫横秋的一类刺激力。如果匿名作者因匿名而感觉付出了代价,我们表示歉意。如果匿名作者因匿名而感觉“发泄”了一次,我们表示谢意。

另外我们要感谢本期论文作者,他(她)们的论文无意中被我们用种种手段当作了靶子,这应该是一种更为值得尊敬的“牺牲”。然而,我们另外要说的是,他(她)们不仅不可能对匿名作者有什么“想法”,而且还应该觉得这是一次“写有所值”的机会。论文发表出来无人理睬,这是最为惨不忍睹的事情。在这个意义上,论文作者的“牺牲”也就有了回报。其实,当众多中国法学刊物书籍中的论文发表出来后,不是石沉大海,就是无声无息,这不是中国法学生产事业的最大遗憾最大失败又是什么?尽管其中少数也许可以充作日后法学生产的“参考资料”。因此,本期法律评论尝试使“投入产出”对等,为改变中国法学生产现状做一点一滴努力,而本期论文作者为此作出了奉献。

最后,我们要感谢参与编辑本期评论的学生,他(她)们是车宇君、陈雁飞、方菲、何湘波、林丽虹、刘朝晖、李斯特、沈海、王相东、扬世峰、张强、张丽鹃、张建林、郑彦操、周迪,尤其是沈海、周迪、李斯特等同学。谢谢你们的热情、无私、认真,以及所做的一切。

目 录

主编小记

【特约稿件·前沿】

- 中国法律经济学的现状与未来
——从八个方面转变看
- 周林彬 冯 曦 / 1

【专题论文·研析】

- 关于我国建立排污权交易制度的若干法律思考
论公司僵局
占有私法救济之法理
——兼评我国《民法(草案)》相关规定
论信赖利益的损害赔偿
香港与中国内地在 WTO 中的地位及其
相互关系
实质与形式:国家刑事责任两题
论传统法文化中的刑治主义精神
法国不动产公示制度的历史沿革
现代美国金融监管的崛起
——一个法学的视角
- 李挚萍 / 15
曾东红 宋佑光 / 31
吴文嫔 / 55
沈 海 / 87
慕亚平 林健聪 / 106
杜 宇 / 127
马作武 / 142
于海涌 / 153
林晓燕 / 170

【主题探讨·法律诊所教育】

- 中国诊所式法律教育中教学内容与方法研究
论法律诊所教育与中小企业促进之结合
诊所式法律教育之功能分析
诊所式法律教育与高等教育教学改革
- 杨 鸿 / 189
杨小强 / 205
罗剑雯 / 217
黄巧燕 / 235

【学术论文·透视】

- | | | |
|------------------|-----|-----------|
| 共同犯罪中止形态认定之探讨 | 苑民丽 | 聂立泽 / 247 |
| 刑法中的“共谋”辨正 | | 陈毅坚 / 259 |
| 论土地法律责任制度之完善 | | 刘国臻 / 275 |
| 劳动法意义上的劳动者 | | 黄巧燕 / 288 |
| 补办结婚登记与同居之婚姻效力认定 | | 卓冬青 / 305 |
| 论法院对案外人财产的强制执行权 | 邓伟平 | 刘殿葵 / 320 |

【地方立法司法故事·信息】

- | | | |
|----------------------|--|-------|
| 广州市政府信息公开规定 | | / 334 |
| 《广州市政府信息公开规定(草案)》注释稿 | | / 340 |
| 《广州市政府信息公开规定(草案)》说明稿 | | / 354 |
| 广州市行政复议规定 | | / 360 |
| 广州市行政复议规定注释稿(简本) | | / 383 |

【法学随笔·视线】

- | | | |
|----------------|-----|-------|
| 包公:清官之象征与法律之神明 | 徐忠明 | / 417 |
|----------------|-----|-------|

特约稿件·前沿

中国法律经济学的现状与未来

——从八个方面转变看*

◆ 周林彬 冯 曦**

引言

法律经济学,这一兴起于西方学界且作为现代经济学和法学的前沿理论,因其理论的跨学科性质而日益成为一种西方学术时尚。本文强调的是,近十几年来,经过中国经济学界和法学界的共同努力,中国的法律经济学研究,也初见端倪。但是,与国外法律经济学研究相比,中国法律经济学的研究水平不高。其典型表现,一是研究成果仍停留在西方法律经济学的翻译或编译层面,至今未提出一个符合中国实际的法律经济学理论框架;二是研究成果至今依然停留在法律经济学理论著述层面,至今未提出一个中国法律实务界所接受的法律经济学实践方案。据此,本文的目的是:通过分析当今中国法律经济学研究重点的八个“转变”,为揭示中国法律经济学发展规律抛砖引玉。

一、从“国外研究”转变到“国内研究”

法律经济学是作为国外(特别是美国)学术

* 本文系周林彬主持承担的国家“十五”社科基金规划项目《法律经济学基本原理研究》的中期研究成果之一。

** 周林彬,法学博士,中山大学法学院教授,博士生导师;冯曦,法学硕士,中山大学岭南学院西方经济学专业博士研究生。

资源,主要是通过国内学者(尤其是“海归”学者)翻译或编译国外法律经济学著述,介绍到中国。因此,当今中国法律经济研究的主体,在经济学界以擅长西方经济学研究的学者为主,^①在法学界以擅长西方法学研究的学者为主。^②加之这些擅长西方理论研究学者的国外学术情结和倾向,由此形成了当今中国法律经济研究“重国外研究、轻国内研究”的研究现状。^③

我们认为,由于法律经济学的国内学术资源贫乏,使得初始阶段的中国法律经济研究,以“国外研究”为主,以“国内研究”为辅,是必要的。但是,这种“国外研究”重点的缺陷,也是明显的。因为中国法律经济研究如果长期停留在介绍国外法律经济学著述的层面,一方面,因其对中国法律的实践关注不足,从而导致中国法律经济学的研究对象——中国法律,失去现实基础;另一方面,一味地介绍国外学术语境下的法律经济学著述,将有碍于国外学术资源转化为国内学术资源,并助长中国法律经济研究中对国外理论的“盲从”之风,进而妨碍中国法律经济研究中原创性思维的产生。

进一步分析,法律是一种本土资源。故此,在大量翻译或编译出版国外法律经济学著述后,下一步中国法律经济学的研究重点,应该从国外研究转向国内研究,即应该从中国国情出发,研究具有中国特色的“原创性”法律经济学问题。^④

还应指出,古典经济学作为一种常用的法律经济分析方法,它的基本假设和分析工具具有一般性和普适性,所以不存在法律经济研究方法(如供求分析和成本效益分析)的“国别”问题。但是,作为法律经济学重要理论基础的新制度经济学,把具有明显国别性的法律制度范畴纳入经济分析的框架,从而使法律经济学的研究内容打上了深深的“国别”烙印。因此,中国法律经济学应更多地关注中国现实(而非美国现实)中的法律,将其研究的重

① 国内第一本翻译国外法律经济学著作《法和经济学》的主译者,就是擅长西方经济学研究的复旦大学经济学院张军教授。

② 美国法律经济学大家波斯纳教授的著作《法律的经济分析》中译本的主译者,是具有美国留学背景的蒋兆康博士。此外,具有美国留学背景的北京大学法学院的朱苏力教授,主持翻译出版了波斯纳文集。

③ 所谓“重国外研究、轻国内研究”,是指国内出版或发表的法律经济学的著述,国内学者翻译或编译国外学者撰写的高水平法律经济学著述(如国内学者翻译出版的美国法律经济学大家波斯纳的十余本法律经济学专著)占多数,而国内学者结合中国实际撰写的法律经济学著述并不多见且学术水平不高(如国内一些学者通过在“抄袭”国外法律经济学的理论上贴上中国的实践“标签”而撰写发表或出版法律经济学著述)。

④ 比如,中国土地所有权制度就与西方的土地所有权制度有很大的不同,一个重要的区别是,中国土地所有权制度的经济基础是公有制,所以对中国土地所有权法律制度的经济分析,必须重视公有制这一国情;又如,中国的家族秩序等独特非正式制度,有必要纳入婚姻家庭法的经济学分析的范围;再如对中国诉讼法制度的经济分析,必须考量中国司法体制与西方司法体制的差异。

点,从“国外”法律的研究转变到“国内”法律的研究。初步分析,实现这种转变的两个重要思路是:

其一,纵向思路,即历史研究的思路。诸如通过中国法律制度史(尤其是近现代制度史)的研究,挖掘中国本土法律制度资源的思路。因为一项法律制度之所以能够持久,必然存在合理性基础,即现行法律制度合理与合法方面的逻辑一致性。为此,吸引更多具有中国法律史学术背景的学者加入到中国法律经济学研究行列中,是必要的。^①

其二,横向思路,即现实研究的思路。诸如要通过中国法律制度现状的研究,挖掘中国本土法律制度资源的思路。因为法律经济学意义上的法律制度,不是书本上的法律,而是行动中的法律。行动中的法律的基本特点,是在具体国家法律环境(如立法、司法和行政执法环境)因素制约下的法律的制定和实施过程。为此,吸引更多的具有中国法背景的学者加入到中国法律经济学研究行列中,也是必要的。^②

二、从“经济研究”转变到“法律研究”

比较分析中国法律经济学研究规模,便不难发现,中国经济学界的研究规模大于中国法学界的研究规模。究其原因,不仅在于经济学帝国主义,^③而且在于中国的市场化改革经历了先经济改革后法律改革的“渐近改革”路径,^④加之法学界的固有的保守主义传统,使得当今中国法律经济学研究,形成了以经济学研究为主、以法学研究为辅的现状。^⑤

① 这方面的例证是,以研究中国法律史著称于国内法学界的梁治平教授,已经出任由我国著名经济学家吴敬琏教授和法学家江平教授共同发起成立的上海法律经济研究所所长。

② 初步分析,以中国法律为研究对象的国内法律经济学著述的作者,绝大多数为具有国内经济学和法学教育背景的学者,其中以国内经济法学者和国内商法学者为主。

③ 所谓经济学帝国主义,是指对包括诸如消费者选择、企业理论、市场、宏观经济行为等古典经济学问题范围的扩展。这种“侵略”是沿着多条道路进行的,并取得了令人瞩目的成就。经过数十年的扩张和渗透,经济学征服了越来越多的其他学科领域,如经济社会学、政府经济学、公共选择理论、教育经济学、法律经济学等已经形成,经济学的学科体系及家族成员也逐步壮大。

④ 由于政治与法律改革的成本大于经济体制改革的成本,加之遵循经济基础第一性和上层建筑第二性的马克思主义哲学规律,中国的市场化改革路径,走的是一条先经济改革、后政治改革的“渐进式”的改革道路。这一改革道路,被誉为具有中国特色的改革道路。

⑤ 明显的例证是,现有的大多数法律经济学论文都源于经济类期刊(例如,《经济研究》、《管理世界》、《经济体制比较》和《经济学季刊》等),大多数法律经济学研究机构都以经济研究机构为主(例如,北京天则经济研究所、北京大学中国经济研究中心、浙江大学经济学院的法与经济学研究中心等),而法学意义上法律经济学的研究和法学领域的法律经济学研究机构尚不多见。而且,全国性的法律经济学学术论坛及杂志,已经在经济学界开展,但至今在法学界仍属空白。

但是,一方面,当今中国经济改革深层次的实践问题的解决,往往取决于政治与法律改革实践问题的解决,按照这一“重法律、轻经济”的改革实践规律,中国法律经济学的重点,应该从研究经济的重点转向研究法律的重点。另一方面,遵循法律经济学关于“制度决定经济”的这一“重法律、轻经济”的学术规律,^①中国法律经济学的重点,也必须从研究经济的重点转向研究法律的重点。此外,作为经济学范畴的法律经济学的研究重点(研究出发点与落脚点均为经济关系这一经济基础),与作为法学范畴的法律经济学的研究重点(出发点与落脚点均为法律制度这一上层建筑)的本质区别,^②也要求中国法律经济学的研究重点由经济研究转向法律研究。初步分析,实现中国法律经济学的研究重点由“经济研究”转向“法律研究”,有以下两个重要思路:

一是法学界要打破法学保守主义传统,将经济学理论和方法引入法学研究。仅以法学范畴的法律经济学研究为例,因为受传统法学“就法论法”研究传统的影响,经济学理论历来为我国法学家漠视,即使一些法学领域(如经济法法学界和商法学界)的一些学者,已经出版和发表了一些用经济学分析法律的创新著述,但因其创新背离法学研究传统,被传统法学理论斥责为“不伦不类”或“学术不规范”。结果是,不仅法律经济学在中国法学界难以形成“气候”,而且许多对经济理论一知半解的法学家(往往是著名法学家),难以在我国重要的经济立法方案设计中占有主导位置。^③为此,法学家(尤其是民商经济法学家)熟悉相关领域的经济学理论,对于提高其法学研究水平至关重要。

二是打破学科壁垒,加强法学界与经济学界合作研究。经济学与法学画地为牢是我国法律经济学研究的一个现实。严格地依学术标准衡量,我国许多法学家基本上不懂经济学,而许多经济学家也基本上不懂法学。虽然目前一些法学家、经济学家开始涉足法律经济学研究,但他们研究的侧重点不同。法学家着重于尝试运用经济学的理论和方法来分析法学理论和具体的法学问题,而经济学家侧重于探讨与法律有关的经济学问题,这是由于他们本身知识结构的局限造成的。如果这种局面不得到改观,势必影响法律经济学研究在中国的发展。

^① “制度决定论”,即认为有效率的制度是刺激经济增长的关键。诺斯认为,所谓经济增长就是人均收入的长期增长,而一些通常被认为是影响经济增长的因素,如技术进步、规模经济、资本积累等并不是经济增长的原因,它们本身就是增长的表现,而只有经济组织和制度才是影响经济增长的最终原因。

^② 法学范畴的法律经济学是用经济学工具分析法律制度,其目的是为了改革和完善法律制度;经济学范畴的法律经济学是研究法律制度如何产生影响,其目的是改革和完善经济制度。

^③ 一个典型的例证是,我国证券法和公司法的专家论证召集人,不是法学家,而是经济学家。

进一步分析,如果中国经济学界和法学界研究法律经济学过程中的各自为战现状任其发展,不仅导致有关经济学范畴和法学范畴的法律经济学研究中法学与经济学相互脱节的“两张皮”现象,^①而且阻碍中国法律经济学学术资源的优化配置。因为在法律与经济关系日趋密不可分的今天,一个法学与经济学研究的重要规律是:法律研究需要注入“效率”的元素,为此以研究“效率”为己任的经济学,应该也必须成为法学研究的基本内容;经济学研究需要注入“公平”的元素,为此以研究“公平”为己任的法学,应该也必须成为经济学研究的基本内容;更重要的是,现代社会中许多重大的经济和法律问题具有综合性,要求众多的经济科学和法律科学用各自的理论和方法协同合作方能解决。在经济学和法学研究中积极主动地实践、完善和发展法律经济学这一边缘学科,不仅是适应国家经济建设的需要,而且是法治建设和发展的需要,更是培养高素质经济学和法学专业创新和复合型人才的需要。故此,整合法学与经济学资源,加强法学界与经济学界对法律经济学的合作研究势在必行。

三、从“方法研究”转变到“学科研究”

国外法律经济学的研究,目前已进入经济学与法学的边缘学科发展阶段。^②其典型是,体现边缘学科研究优势的法律经济学及相关经济学(如制度经济学)研究成果的学术创新使得研究者屡获“诺贝尔”奖。^③

但是,中国法律经济学的研究,至今仍处于从属经济学或法学的研究方法的发展阶段。前述中国法律经济学研究以经济研究为主的现状,以及中国经济学界至今将法律经济学作为新制度经济学的一种理论对待,且不承认法律经济学的独立经济学科地位,就是例证;又如,绝大多数中国法学界同仁,则将法律经济学作为一种研究法学的方法对待,进而习惯于将法律经济学谓之法学研究方法即所谓经济分析法学,以区别于侧重学科理论的法律经济学。结果是,有关法律经济学的方法研究著述,多于有关法律经济学的学科研究著述。

① “两张皮”是对法学和经济学著述中法学和经济学用语不符合法学和经济学规范之缺陷的俗称,它表明著述者对有关经济学理论知识一知半解和法学功底浮浅,也导致学习者对有关法学和经济学知识学习的难以深入。

② 所谓“边缘学科”,是指在两种以上不同领域的知识体系的基础上,采取“跨学科的方法”(interdisciplinary approach)发展起来的综合性科学门类。法律经济学是将分属于传统法学和经济学领域的知识纳入统一的理论框架之内的边缘学科新现象,从而形成了现代经济学和法学发展的一个“前沿部门”(the frontiers of science)。

③ 比如,以“经济分析”研究“制度和法律问题”著称于世的西方法律经济学家,主要指斯蒂格勒、贝克尔、布坎南、科斯、诺斯,他们分别于1984年、1989年、1991年、1992年、1994年荣获诺贝尔经济学奖。

导致上述中国法律经济学研究重方法研究、轻学科研究的原因,一是中国法律经济学研究起步较晚,加之受传统经济学和法学理论的束缚,使得经济学界和法学界将法律经济学作为经济学和法学研究方法的一种补充方法加以应用,要么不习惯,要么疑虑重重,更不要说用法律经济学这一学科理论改革传统学科理论了。二是中国法律经济学的基础理论研究薄弱。如前所述,至今没有建立一套符合中国国情的法律经济学理论体系,以基本概念、方法、理论为要素的中国法律经济学学科理论体系建立的基础理论条件,基本不具备。三是法律经济学的方法研究有一定的现实合理性。因为“如果一个学派统一于研究方法而不是实质性的原理,那么它的寿命将会更长。方法论并不局限于实质性的问题,因而学派的成员能够更容易地适应新问题和新的挑战”。^①

我们认为,法律经济学作为法学与经济学的边缘学科,不仅符合现代科学创新的趋势和规律,而且也是现代法律与经济实践规律的要求。国外法律经济学的产生与发展表明,它的研究过程就是由方法论研究到学科论研究的理论创新过程。因此,当今中国法律经济学发展的一个重要路径,是从“方法研究”的重点向“学科研究”重点的转变。初步分析,这种转变的基本思路是:

第一,加强法律经济学的基础理论研究。法律经济学是建立在法律领域具体知识的研究,^②它的位置是经济学或法学所不能替代的,也不是纯粹经济学或纯粹法学力所能及的。因此,法律经济学有其独立的研究范围和研究方法,这是法律经济学成为一门独立学科的学术基础。在学术策略上,如果缺乏对法律经济学基础理论的研究,不能建立自身的核心范畴,法律经济学只能停留在研究方法的层面,成为其他学科的附庸。为此,应该加强中国法律经济学基础理论的研究,不断提炼本学科的核心范畴、基本原理和研究范式,^③从而建立独立于法学和经济学的学科理论体系。

第二,注重法学与经济学的跨学科创新研究。从科学发展规律而言,学

① [美]施蒂格勒:《经济学家和说教者》,上海三联书店1990年版,第166页。

② [美]理查德·A·波斯纳著:《法律的经济分析》(下)(中译本),中国大百科全书出版社1997年版,第906页。

③ 法律经济学范式是以自由主义经济学和方法论为依据的范式。因此,它的理论预设是个人主义,它的核心理论包括交易成本和公共选择等理论。根据侧重点不同,法律经济学范式亦有不同进路,基本可以概括为新古典范式、新制度范式和成本效益范式(福利经济学的派生,但具有独特性)。所谓新古典范式,是指应用新古典的完全理性假设、效用理论、边际理论、供求理论分析法律;新制度范式,是指应用新制度的有限理性假设、产权理论、契约理论、演进理论分析法律;成本效益理论是福利经济学的一个派生,它的独特性在于建立一整套成本效益的计算方法,可操作性强。可见,建立上述法律经济学基础理论体系有助于克服中国法律经济学研究表面化倾向。例如,新制度经济学进路告诉我们人是有限理性的,政府也不例外,政府干预并不总是有效率的,事实上存在政府干预替代思路,即产权安排的思路,该结论不会出于完全理性假设的新古典经济学进路。

科源于人类认识能力有限性而对现实的划分,随着研究的深度增加,传统学科仍有细化的趋势;但同时,随着研究专业化知识积累,人类的抽象思维能力提高,科学也形成另一个趋势,即综合的趋势。这样,跨越学科的研究和学科间的渗透不可避免。事实上,跨学科研究已成为一种学术创新潮流,从而在法学与经济学跨学科研究基础上产生的法律经济学,将成为人类创新知识谱系中一个片断。因此,中国法律经济学研究的现实策略是,打破法学与经济学传统疆界,实现法学与经济学术资源(包括财力资源和人力资源等)优化配置,建立跨学科的法律经济学研究机制和机构,为中国法律经济学研究的创新研究奠定坚实的学科基础。

四、从“理论研究”转变到“实务研究”

国外法律经济学流行的一个重要原因,是法律经济学已经成为解决法律实务问题的一个重要理论和方法。诸如美国关于联邦立法进行成本效益预算的里根总统令,美国法官及律师的法律经济学专业培训,以及美国法官依据法律经济学研究思路确立的有关侵权法适用的“汉德公式”等。^①但是在中国,法律经济学至今仍停留在理论研究阶段。法律经济学的实务应用几乎是空白。虽然有所谓应用的法院案例,但充其量是一种法律经济学的事后注释。^②

导致中国法律经济学实务应用缺失的主要原因,一是受注释法学传统的影响。因为受注释法学传统的束缚,中国法律人更注重法律条文的文字和规范解释,而忽视法外之法(如各种法律的“潜规则”)的研究。于是,侧重法律条文以外因素研究的法律经济学研究,被视为一种与实务关系不大的法理研究,虽然有学术价值,但不能直接解决实务问题。二是中国法律实务界缺乏法律经济学知识的培训。正是因为注释法学垄断的情势之下,法律视为一门纯粹的技术,法条背后的知识可有可无,法律经济学的培训也就显得多余了。据此,中国法律经济学研究重点要从“理论研究”转变到“实务研究”。初步分析,实现这种重点转移有以下思路:

一是破除注释法学传统。因为传统注释法学对法律的分析是以法律的自身合理性为前提的,而法律的不合理性又是客观存在的。因此,就法论法的传统法学研究的认识缺陷,在于只知其一即“法律是什么”,任其发展会导

① 进一步的论述,参见[美]波斯纳著《法律的经济分析》(中译本,中国大百科全书出版社)一书译者所作序言。

② 近年来,虽然中国最高法院围绕司法改革提出的“公平与效率”改革主题,引起了众多法官对法律经济学理论的研究兴趣,他们纷纷尝试用法律经济学理论检讨现行审判和执行制度的低效率,并在此基础上提出提高现行审判和执行制度效率的若干改革新思路。但是,至今未见一份引述法律经济学之法理的判决书。

致“合法不合理”；就经济论经济的规范法学研究的认识缺陷在于只知其二“即法律为什么”，任其发展会导致“合理不合法”。而只有通过法律经济学实务研究，才有可能将法律“是什么”和“为什么”二者有机地结合起来，实现法律实然和应然经济分析的统一，有效解决“合理不合法”这一市场化改革中的实践难题。

二是在法律实务界普及法律经济学知识。法律是利益分配机制，成熟的并为大众接受的法律经济学才能在法律实务界中实施，^①因此，法律经济学知识在法律实务界中的普及是实现法律经济学从“理论研究”转变到“实务研究”的必经之路。

五、从“定性研究”转变到“定量研究”

定量分析方法，是主流经济分析方法。因此，法律经济学著述中的定量分析，谓之国外法律经济学著述的一个常用范式。^②这是因为，一方面，定量分析能显著提高对法律问题争论的效率，争论的双方都能找到分歧之所在。而在定量分析之前，争论的双方往往对一些概念的定义不严格，同一个概念可作不同解释，使得争论双方搞不清楚分歧的实质。另一方面，经济学教学中大量应用数学，使得不同的老师可以出答案惟一的试题，学生可以完全重复老师的推理，因而便于主流学派的形成。正是由于不同的领域和不同代际的经济学家共享一个主流经济学，不仅促进了不同专业领域经济学家之间的分工，而且使不同代际的经济学家也可以分工，从而大大地促进了经济学的发展。在对待经济学数学化的问题上，新古典经济学可以说是为定量分析的代表。

但是，中国法律经济学的著述，特别是法学领域的法律经济学研究著述，偏重定性分析，而定量分析的内容鲜有，从而使有关法学研究结论的真实性，因缺乏数量分析而大打折扣，并形成了中国法律经济学与传统法学研究法律的不同风格，即所谓“规范分析”（如定性分析）和“实证分析”（如定量分析）的不同特征。^③究其主要原因：一是中国传统法学对现代经济学偏见造就的知识（特别是高等数学知识）缺乏。由中国传统的法学教学观之，中国的法学界

① 值得重提的是，美国大多数联邦法院的官员都接受了由法律经济学研究中心提供的法律与经济学短期教程的正规训练。

② 查阅国外法律经济学论文，绝大多数作者将数学模型和统计分析数据，作为其论文的写作方法和思路。

③ 法律的要求是一种“规范性”的要求，而经济学是一种“实证性”观察的结果，前者是“应当如何如何(aught to be)”，后者是“实际上如何如何(it is)”。可见，法学研究的重点是现行法律规则和规则的改进，而法律经济学研究的重点是现实行为和行为在法律规则下的变化及其规律。以侵权法为例，传统法学着重于恢复被侵权的正义天平，更多地考虑如何合理地补偿受害者，惩罚有过错的一方；而法律经济学则对预防的效率更感兴趣。

接触高等数学知识的极为罕见,对现代经济学方法理解也就难以深入;二是传统法学的规范分析较之现代经济学的实证研究容易。加之受传统法学方法和马克思政治经济学规范分析方法的影响,中国法学界大都擅长规范分析方法的运用,对定量分析方法比较陌生。为此,中国法律经济学研究重点要从“定性研究”转变到“定量研究”。初步分析,实现这种重点转移有以下思路:

一是消除法学界对定量分析的顾虑。这种顾虑主要表现在,法学理论和实务界对定量分析中出现的大量的数学模型难以理解和接受,定量分析的价值不大。我们认为,上述顾虑是对定量分析的误解。第一,法学规范的进步必然依靠外部学科知识的补充,因此,用经济学规范修正法学规范也有其历史必然性;第二,定量分析的价值在于:一方面为立法界和司法界决策提供了经济学定量分析依据。在自由竞争的思想市场当中,决策者需要综合和尊重不同学科的结论,定量分析作为思想市场中的一分子作用于决策过程;另一方面,经济学数学模型的应用旨在证明某一决策的经济合理性,虽然,它的过程不为普遍所认知,但知识分子的良知和职业操守告诉人们经济学数学模型的科学性。因此,经济学数学模型在法学中应用是一种反思理性,即,它时刻提醒人们哪些选择、哪些决策是符合经济学标准的。

二是弥补法学界知识(特别是高等数学知识)的不足。法学传统的定量分析的薄弱,而定性分析的传统坚实,定性分析的方法较为容易接受和应用(例如,交易成本和外部性理论)。从某种意义上,从定性分析到定量分析,转换、学习的成本高昂,也就造成规范分析的“路径依赖”。因此,需要更多资源的投入,改变长期依赖规范分析的低效率状态。弥补传统法学研究中定量分析知识不足的途径:一是在法学教育中全面增加高等数学课程;二是在法学研究中,引进数理分析方面的专才。应该说明,不能祈求每位法律人既有扎实的法学理论,又具有扎实的高等数学理论,因此,为弥补法学界高等数学知识的不足,除了在高等教育法学中增加必要的高等数学知识外,法学研究中引进数理分析方面的专才的弥补途径较为可取。

六、从“法理学研究”转变到“部门法研究”

“重法理学轻部门法”,是目前中国法律经济学研究的特征之一^①。究其原因:第一,法律经济学涉及到有关法律价值和法学研究方法等具有法哲学

^① 不完全统计,中国内地已出版的法律经济学译著和专著,由法理学专业人士翻译和编写的有23部,而由部门法专业人士翻译和编写的是8部左右。另外,据对中国学术期刊网(1994年~2003年,搜索的关键词或篇名是法律经济学,搜索的栏目是法律政治类)论文统计,关于法律经济学基本理论方面有165篇,关于部门法的法律经济学研究论文为63篇。可见部门法的法律经济学的研究滞后于法理学方面的法律经济学研究。

意义上的法理学问题,所以法学意义上的法律经济学基础理论,往往成为法理学领域的重要问题,以致于出现许多了中国法律经济学的研究者多出身于“法理学”学术背景的现象;第二,法律经济学首先是作为一种西方法哲学思潮介绍到中国的,因此,中国法理学是首先接受法律经济学思想的领域;^①第三,由于受到传统法律意识的影响,提倡“理性经济人”和“追求财富最大化”的法律经济学主题与主流法学思想格格不入,中国法理学对法律经济学的研究也是遮遮掩掩,直至“建立社会主义市场经济体制改革”的目标确立后,提倡财富最大化的思想成为共识,法律经济学法理学研究才得以逐步发展;第四,部门法和法理学的学科隔阂。因为部门法学者忽视法理学研究,而法理学者忽视部门法研究,已成为一种中国法学研究的常态,自然也就影响了法律经济学的法理学研究成果向部门法领域转化。

但是,从研究方法的角度分析,法律经济学可以成为任何一个部门法的研究方法。从研究对象的角度,法律经济学不仅研究经济法律,而且研究非经济法律,所以法律经济学的研究对象是任何一个部门法。此外,法律经济学的研究水平提高的一个决定因素,是从法理学的经济分析深入到部门法的经济分析。法律经济学的部门法研究,不仅是法律经济学实务价值实现的保障,而且是法律经济学研究由浅入深的关键,更重要的例证在于,正是由于法律经济学的部门法研究,才使法律经济学的理论与实践体系得以真正建立,从而使法律经济学成为一个独立的学科。^② 据此,中国法律经济学研究重点要从“法理学研究”转变到“部门法研究”。初步分析,实现这种重点转移的一个重要思路是:

打破法律经济学研究中的法理学和部门法学的学科界限,努力实现部门法法学研究和经济学的互动研究。一方面,法理学意义上的法律经济学研究,是从抽象的层面上对法律现象的经济学把握,它的优点在于与部门法意义上的研究相比,前者更有利于学科基础理论的建设。但是,基础理论应该建立在对部门法学基础理论掌握的基础上,因此,法理学意义上的法律经济学研究应关注部门法学提出的法律经济学实务问题,且深入其中。同时,部门法意义上的法律经济学研究不可避免地涉及法律经济学的解释、推理等法理学范畴问题。因此,应该努力把法理学意义上的研究成果应用到部门法学

^① 如我国著名法理学家沈宗灵和张文显教授所著的西方法理学著述中,系统介绍了西方法律经济学理论和方法,为中国法学界系统学习法律经济学理论,作出了开创性贡献。

^② 国外法律经济学成为一门独立学科的标志即是部门法的法律经济学研究的全面展开,其典型是1973年波斯纳教授的《法律的经济分析》一书出版。