

● 顾培东 著

法學與經濟學

法学与经济学
的探索

● 中国人民大学出版社

經濟學

380037

法学与经济学的探索

顾培东 著

中国人民公安大学出版社

一九九四年·北京

(京)新登字第268号

法学与经济学的探索

顾培东 著

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

中国人民公安大学印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 14 印张 345 千字

1994 年 12 月第 1 版 1994 年 12 月第 1 次印刷

ISBN7-81011-680-0/D·565 定价: 精装:16.20 元
平装:12.20 元

印数:0001—3000 册

未尽的探索与不了的情结

——自序

(一)

论文结集的愿望萌生于数年前。延宕至今，不完全是讳避附攀名家风雅的羞赧，总认为不到江郎才尽不至抖落陈货。

这些年，学海中，沉舟侧畔亦是漏船。先前学术上的同行相见，每论学问之事，不免一片唏嘘，惺惺相惜；偶遇痴心不改、古道热肠者，又是一片感慨，甚而泛起一丝怜悯之意。我深知，就一个“本人成份”可界定为学者的人来说，这是媚俗到一定级别上才会有的心态。

事实上，近三年来，我与学术日渐疏离。虽然每年仍疲惫地播弄出数十万字的公文，但与倾尽心力的学术之作断断不可同档，虽得他人之悦而不能自赏自慰。不仅如此，十多年的研究经历中潜在塑就的学术至上的价值结构与生存氛围中的得失是非不断进行着相互批判。白昼，浮游于世事之间，匆匆碌碌，尚不失充实；然清夜扪心，总难忍农夫错失季节之痛。对学术生涯的追念趋使我重览旧作，论文结集的夙愿油然而复现。从拉拉杂杂的 70 多个篇什中选出 30 余目，汇成一册，期望藉此重新领略当年的苦痛与欢欣，再次寻觅安息心灵的基点。

(二)

在学术界熟悉我的圈子里，我以“杂”而得名，研究生期间，皓首如霜的导师曾多次耳提面命，令我以“专业为本”，但对专业以外的法学各学科的兴趣总是诱使我一再僭越专业的藩篱。细想起来，除中国法制史、国际法等少数专业我未敢置喙外，法学其他各主要学科我都有过研究文章或书著，以至我和他人均无法界定我在法学中的具体专业。这种状况的直接后果之一是，多年来，我在法学各专业学会中未曾得到过会员以上（含会员）的名份。

如果不把这种“杂”仅仅理解成个人偏好，我则更愿意牵扯出了潜隐于这种“杂”之后的一种法学现象。中国法律实践传统上具有“重刑轻民”和“重实体轻程序”的倾向。这一点，似已成为法学理论中不证之公理。受法律实践中“两重两轻”倾向直接影响而形成的法学现象是：一方面，刑事法律的研究者往往并不重视（或许是无需或不屑）民事法律的研究，而民事法律研究者则常常心仪于刑事法律；另一方面，实体法研究者通常很少留心程序法理论，而程序法研究者则无法回避对实体法的兴趣。我的研究专业是民事诉讼法，既归于“民事”之列，更属“程序”范畴，在“两重两轻”的背景下，可谓出身极为贫贱。对“知辱为勇”原则的奉行，则进一步衍化为我对民法以外各部门法学的涉猎。后来，我才渐渐感悟到，法学原本是一个无法分割的意识整体，任何社会现象一旦被作为法学的对象或纳入法学的评价，都不是某一部门法的原理所能够胜任的。或者说，用单一的部门法原理去评价某种社会现象，无论怎样都是一孔之见，难免捉襟见肘之拙。如果说，纪元前部门法的划分曾经被认为是法律进化的一种表征，那么，在日益复杂的现代社会中，部门法的划分则可以被看作法律在处理社会冲突时的一种低能。这种感悟进一步强

化了我法学领域中“四面出击”的信心。

1987年初，几乎是迫于生计，我调入至少在形式上与法学基本无涉的体改工作部门。对职业操守的尊重促使我全身心投入到经济理论的学习之中。始料不及的是，经济理论自身的深厚素养、强烈的现实性乃至富有诗韵的语汇竟使我沉缅于斯而不愿自拔；经济学界各领风骚数十天的活跃氛围则使我一扫先前的萎态，处于异常激越之中。更令我亢奋的是，于此领域我看到了似曾熟悉却又绝对是全新的研究主题，这就是经济领域中内含的制度因素。中国的改革从根本上说是一个制度变迁的过程，用法学语言表述就是不同主体间权利义务重新界定与调整的过程。因此，这场改革固然需要经济原理与经验作为支撑，但以权利为核心范畴的法学理论则可为其提供独特的视角。许多改革措施，经济原理与经济经验或许能够给出明确的功利分析，但在规范层次上表达这种措施，并进而使其转入实际运作，则有赖于法学的逻辑力量。置身于丰富的制度变革现实，我从法学理论中所得到的枯燥、刻板的范畴或原理一个个都鲜活地跳动在我的面前，耀眼眩目；不仅如此，对制度变革现实的思考仿佛第一次使我的研究过程超越了玩味知识的层次，而获得“经世致用”的实践意义。我不断地用法学思维去缕析变革现实中的热点，承包制、租赁制、股份制、产权制度改革、政府经济行为……，我的视野随着纷现的改革热点而不断推移，并陆续写出一些大体可归类为“经济学”的论文，日积月累，竟也有几十万字。这样，我在自身能力所及的范围内把“杂”做到了极致。

（三）

倘佯于法学与经济学之间，常常萦绕我心际、挥之不去的问题是法律与经济、法学与经济学之间究竟有怎样的姻缘联系？

当一个社会的经济依靠法律的规制而运行时，人们的经济实践究竟是投入与收益的筹算还是在具体地实施法律的指令？同样，一部充满经济内容的法律典章，究竟是一种静态的制度形式，还是一本特殊的、社会化了的经济帐册？我不能判定类似于“所有权”、“抵押权”这样的典型的法律术语究竟是先由罗马商贾们熟诵后再由法学家们记入法律典章，还是先由罗马法学家厘定后再布道般地传给商贾；我亦不知“运行机制”、“宏观调控”这类典型的经济术语又何以不经意地成为法律上的基本范畴。法律与经济如此之高的同一性，法律与经济范畴之间如此便易的转换，几乎消融了两者之间的边界。事实上，就以经济运作为对象的法律来说（本节中所提到的“法律”均指此类法律），在本质上只是对经济过程的一种理性化描述，充其量也只是立法者（或统治者）为一般性经济经验塑制的制度外壳。

我这样说，无意于在两种社会事实中厚此薄彼，我旨在说明，离开相对应的经济过程或经济经验，法律无从兀自建立自己的价值；对实存法律评判的依据应当是经济性的；经济经验或经济机理可以视为法律的“自然法”。强调这一点，或许有助于我们在法律实践、特别是在立法实践中适当减少对传统法律原则或法律原理的依赖，尤其可以避免马克思所呵斥的普鲁士时代“法学家的幻想”。

既然法律的灵魂附依于经济，那么，法学与经济学之间又有何种契合？在学术史上，我不难感受自然法学派与古典自由主义之间内在精神的一致性，亦可看到其他法学流派与经济流派之间的暗合。但这只能表明同一时代不同意识的某种通约性，彼此间毕竟是各自独立的思维形态。更令人惑然不解的现象是：法律作为一种社会现象，从其产生即涉及于经济生活之中，并且随着自身的进化而不断扩张其对经济生活层面的涵盖范围，但直至晚近，法学始终不曾包容经济学的原理。法学曾经谦逊地从哲学、社

会学、伦理学、人类学乃至宗教学中吮吸理论营养，唯独不愿对经济学显示其大度与宽容。罗马时期，法典与法学相映成辉，但罗马法学并未从经济原理（那怕是最为粗俗的原理）角度阐释法典的内在基础，相反以公正、正义的价值立场论证了“商品经济大法”的逻辑根据。这种情况酷似悬壶济世的中医并不以理化分析作为医病的基础，而依凭于自己对精脉的感觉。19世纪以来的法学，其尖端形态始终是法哲学，这种情况至今依然无根本性改变。

经济学溶入法学得缘于20世纪中叶以来西方经济学家们的努力。耐人寻味的是，这种努力竟产生于经济学家们对经济学的反思，产生于对主流经济学危机的认识。以科思等人为代表的制度学派，敏锐地看到了主流经济学忽视制度的致命缺陷，把成本与收益、投入与产出的分析和认识延展到制度所提供的框架之中，从而在法学与经济学之间建立了契合基点。稍后，作为法学家的波斯纳则把微观经济学的基本范畴与原理运用于对法律制度的分析，并由此形成了新的法学流派——经济分析法学派。于此，我难以描述这两大流派对我思维的重要影响，能够断言的是，在我的学术肌体中盈蓄着这两大学派的营养。

（四）

我并不赞成法学泛经济化，因而对波斯纳把经济方法认作“放之法律皆适用”的分析手段不能不持某些保留，功利主义色彩过浓的经济分析方法用于诸如婚姻、种族歧视以及非经济类刑事犯罪等领域，难免方枘园凿，甚而难避庸俗之嫌。我所注重的是，法学在整体上应当吸纳经济学的素养；同时，直接规范经济的法律应当全面而充分地体现经济机理。为此而进行的理论研究似应集中在三个层次，其一是价值层次，亦即在公正、正义等基本价

值范畴中，为“效益”或“效率”挤出一席之地。在公正、正义的哲理之光普照不及的地域让效益或效率有所作为，或者让效益或效率为公正、正义辅以更具实感的内涵，一定程度上减弱其主观色彩。其二是规范层次。这方面的作为在于用经济机理去衡度实存法律规则，并揭示实存法律完善的基本方向。由此所进行的分析或许会为罗马以来形成的规则增添更为科学的佐证；亦可能动摇我们至今所深信不疑的某些法律原则。其三是运作层次。在此方面的努力将体现于运用经济的理念和方法，研究法律的运作过程，尤其是把长久被忽视的法律规范的运作成本纳入到研究视野，并以此反证法律规范的效能，综合地判断特定社会的法律运作水平。这三个层次于方家看来或许过于浅俗，失于一般，然而，这恰恰是我在多少个不眠之夜中虔诚地领略科思、布坎南、波斯纳等大师们的精邃思想而得到的丰厚回报。因此，我断定我的后半生将穿行这三个层次之间，终此不悔。

收入这本文集的文章，近半数系与师长、同学、同事们的合作，凡属此类均在书中一一标明，但能够标明的是著作权属，不能标明的是我与合作者的笃情厚意，在本书付梓之时，谨致谢意！

作 者

1994年8月6日

于成都物资大厦

目 录

自序

效益：当代法律的基本价值目标·····	(1)
我国市场经济与法制建设几个问题的思考·····	(25)
论我国立法与经济体制改革的同步·····	(37)
论超前型立法·····	(47)
法律手段在经济运行综合机制中的地位和作用·····	(56)
经济违法行为的成本与整顿经济秩序·····	(63)
论经济法上的制裁·····	(68)
论国有资产关系的债权化·····	(77)
国营企业所有权制度的改革对策·····	(93)
法所有权理论批判与国有制的实现·····	(99)
国营企业所有权制度改革的法学思考·····	(137)
我国经济法人的财产责任范围·····	(149)
国营企业租赁制的法律考察·····	(158)
企业承包经营责任制的法律探讨·····	(167)
论北欧法发展的独特道路·····	(175)
马克思诉讼法律思想初探·····	(183)
论诉权·····	(193)
经济诉讼主体若干问题的探讨·····	(235)

经济诉讼中的几个基本问题·····	(244)
论集团诉讼·····	(254)
民事诉讼的举证责任·····	(263)
诉讼经济简论·····	(270)
中国现实经济冲突及其诉讼机制的完善·····	(275)
我国现阶段政府经济行为研究·····	(294)
政府经济行为的理论反思与模式构想·····	(309)
微观运行机制的重塑与政府经济行为·····	(331)
论经营责任契约与“三层次两权分离”运行模式·····	(344)
我国国营企业股份制问题研究·····	(367)
论承包制的历史地位·····	(391)
从市场状况与收入结构看调整我国经济	
社会政策的必要性·····	(412)
关于建立统一的市场规则的思考·····	(420)
论我国经济交往的约束机制·····	(426)
建立适应改革与发展的社会平衡机制·····	(432)

效 益：当代法律的基本价值目标

——兼评西方法律的经济分析

传统法理学—法哲学几乎一直将正义（或公正）视为法律的唯一价值目标或功利极值。不仅如此，对法律的哲学、政治、伦理乃至宗教评价，也主要是围绕法律的正义性（或公正性）而展开，同时又以不同涵义的“正义”作为判断依据的。然而，随着法律对社会经济生活影响的日益深重，法律的效益问题逐步受到广泛关注。由于法律的正义性并不能完全涵盖法律的效益价值；正义的实现也不是效益极大化的必然标示。因此，一个首先由人们直觉所感知、继而成为重要理论对象的问题从不同角度被提出：法律在维护社会正义的同时，应否以及怎样保障效益的提高以至极大化？相应，实存法律制度也逐步受制于正义与效益的二重评价。尽管法理学—法哲学著述尚未将效益列入其理论范畴，但已无法否认效益作为当代法律的基本价值目标这一趋势，亦无法回避这一趋势将引起的传统法学理论和法律制度的重大创新与变革。

中国社会主义法学理论体系和社会主义法制正处于进一步创立与完善之中。近 10 年来，中国的立法与司法、尤其是经济立法与司法同样面临着如何保证资源优化配置，并保障效益最大限度地提高的问题。因此，对前述趋势及其影响更应有敏锐的感知和正确的把握。

一、经济学的渗透与法律经济学的形成

效益原本是经济学的根本主题。效益引入法律领域导源于亚当·斯密以来的经济学对法律的渗透，亦即对法律的经济分析的运用。在斯密以前的经济学中，法律结构基本是作为既定前提而被认识的。法律结构如同其他社会条件一样，作为经济活动或行为的一个环境因素；而这种环境因素即或不是不可更改，亦是经济学所无需关注的。经济学只是在实存法律结构之中（实际上在制度真空中）探讨资源配置的优化和效益的提高。

基于对重商主义和干预自由贸易制度的反对，同时基于对“看不见的手”和“自然秩序”的推崇，亚当·斯密第一次把经济学的视野扩及到法律制度。但是，斯密对待法律制度的态度是矛盾的。一方面，斯密无情地抨击体现重商主义和干预自由贸易的“愚蠢法律”或多或少地“侵害了个人改善自己境遇的自然努力的自由，或减少了这种努力的安全”，从而影响了社会财富的创造与增加；另一方面，斯密在阐释“自然秩序”时，又肯定了法律和制度结构对于个人行为的约束作用，把这种法律和制度结构作为“自然秩序”得以形成的社会前提。并且认为，在既定的合适的法律制度结构中，追求私利的个人会无意造成有利于全社会的效果。对斯密的这种矛盾，不能简单地理解为斯密对于实存法律制度的不同取舍，而应溯源于古典自然法学思想的影响。事实上，古典经济学与古典自然法学是一脉相承的。斯密所处时代也正是洛克、卢梭等人倡导的古典自然法学昌盛的时代。古典自然法学所力图倡导的法律秩序包含着对专制主义和无政府主义的双重抵制，^①而在法律态度上则表现为对实在法的批判和对自然法的推崇。斯

^① 参见博登海默：《法理学—法哲学及其方法》中译本第66页，华夏出版社1987年版。

密对待法律制度的矛盾立场正体现出古典自然法学对实在法和自然法的不同态度。尽管存在着这种矛盾，但斯密开创了用经济学的目光，从而以效益为依据检视和评价法律制度的先河，毕竟完成了法律结构在经济学中从前提到对象的转折。19世纪30年代，英国经济学家约索·威廉·西尼耳曾主张把经济学的领域缩至“纯经济学”的范围，并否定经济学对制度的渗透，^①但西尼耳的主张并未能减少同时代以及后世经济学家对法律制度的兴趣。

19世纪末、20世纪初在美国兴起的制度学派，则明确地把社会经济的发展同制度及制度的演化联系起来考察，从与经济生活相关的各种制度中揭示经济发展的缘由及过程，描述制度对经济发展的影响。制度学派的创始人凡勃仑把作为经济组织的企业的运营视为财产所有权制度的实际演示。^②虽然从正确的认识论角度看，凡勃仑颠倒了经济行为同法律制度之间的逻辑关系，忽视了后者相对于前者的次生性，但凡勃仑的这种分析无疑为经济学提供了一个独特的视角。制度学派的另一创始人康芒斯以相同的方式，从法律、经济、伦理三个方面综合地理解社会经济过程。康芒斯区分了“物质财富”与“所有权”的不同属性，从而揭示了纯经济性“交换”与在法律调节下的“交易”之间的区别，以及这种区别在实际经济运行过程中的不同效果。^③康芒斯所作的这种区分，直观而具体地展示了法律制度（包括法院审判行为）对于微观经济活动 and 经济行为的影响。不仅如此，康芒斯还根据蕴含并结合于单个交易行为之中的“冲突”、“依存”与“秩序”这三项原则的联系，描述了经济交往所必备的前提。制度学派的出现，使得经济学对法律的考察趋于系统化。在制度学派的理论中，

① 参见汤在新主编：《近代西方经济学史》第301页，上海人民出版社1990年版。

② 参见凡勃仑：《企业论》中译本1—12页，商务印书馆1959年版。

③ 参见康芒斯：《制度经济学》中译本67—92页，商务印书馆1983年版。

法律对于经济的影响已不是个别或局部性的，整个社会经济过程都建诸并受制于法律制度的影响，这种影响如同经济活动所受到的自然条件的影响一样。制度学派的这些基本观点在加尔布雷思、阿尔钱恩等人创造的新制度经济学中得到了进一步的阐发。

经济学对法律的渗透、经济分析的运用在本世纪 60 年代以后随着经济学界对制度的进一步重视以及制度分析方法的广泛运用而达到了新的境界。60 年代以来，随着凯恩斯主义的没落和新自由主义的兴起，反思在干预主义影响下所形成的社会立法成为西方经济学的一种时尚。加尔布雷思等人的新制度经济学、布坎南的公共选择理论以及科思的社会成本及产权理论都是基于对法律制度或其他公共社会政策的分析而展开的。同古典经济学及制度经济学一样，60 年代以来兴起的这些经济学理论也大量地包含了对实存法律的批判与抨击，但与前所不同的是，这些经济理论已不是简单地诅咒实存法律的缺陷，而是依据自身所确立或崇奉的经济理论原则，并且运用经济运行的一些实例，对某些实存法律作具体分析。与此同时，经济学家已不再把对制度的分析视为经济学对法律的偶尔关注，而当作经济学（尤指政治经济学）的常规任务与基本使命。在这方面，布坎南的公共选择理论尤为突出。布坎南把公共选择理论直接建立在“对规则、立宪、立宪选择及规则选择的”注重和强调上，并且宣称“作为科学的政治经济学”，“它的目的是用某种最终目标来评价约束结构或法律结构，这种最终目标是为潜在共同利益的开发效率而进行的重组和改革。”^① 布坎南不仅从其经济自由主义出发对垄断、契约、税收及财政等法律制度和经济政策作了广泛的分析和评价，而且还运用“经济人”的原理，对立宪制度、法律的经济学的全面、具体运用，集中体现在作为一门独立学派的法律经济学或经济分析法学之

① 布坎南：《自由、市场和国家》中文版第 50 页，上海三联书店 1989 年版。

中。法律经济学的萌生以 60 年代初期加尔布雷思的《关于风险分配和侵权法的若干思考》以及科思的《社会成本问题》这两篇论文为标志。60 年代后期及 70 年代初,法律经济学已获得独立学派的意义,而 1973 年美国芝加哥大学教授理查德·A·波斯纳的《法律的经济分析》一书的问世,则从根本上奠定了法律经济学或经济分析法学的地位。法律经济学无疑承袭了既往经济学对法律分析的各种成果,但由于这一学派具有集大成的性质,因而也显示出某些特点。其一,法律经济学较为全面地吸收了经济学各流派的观点与方法。但是,法律经济学中又采纳了干预色彩较浓的福利经济学的某些原理与范畴。作为法律经济学基本范畴和分析模式的“最优行为”、“稳定偏好”和“社会成本”以及三者之间关系的原理,就部分地源于福利经济学。^①另外,边际主义经济学以及数理经济学的基本方法也在法律经济学中得到广泛运用。不仅如此,法律经济学对垄断竞争理论的分析方法亦有所采纳。其二,法律经济学不仅将经济方法应用于对具有经济内容或直接同经济活动相关的法律的分析,同时又应用于对非经济性的法律行为或活动的分析。波斯纳认为,“‘新’的法律经济学不承认对法律进行经济学分析的任何限制”。^②因此,法律经济学除了广泛涉及反托拉斯法、税法、贸易管理、劳工、公共事业、金融、商业组织等方面的法律外,还对财产法、契约法、家庭法、侵权法、刑法以及诉讼程序、行政程序、立法程序等作了全面的分析。其三,法律经济学以实存法律体系和经济学原理为基础,相应建立了自己完整的理论体系。斯密、康芒斯以及布坎南等人对法律的分析往往还是以经济学理论体系为基础的,法律的分析主要是用于佐证他们对经济运行的某种认识。与此不同,法律经济学依据实存法律的体系,并依据各部门法(主要是普通法)的立法体系,结

① 参见(英)保罗·伯罗斯等:《法律经济方法》导言部分,1981年伦敦英文版。

② 菲利浦·苏尔茨曼:《法理学和法哲学的见解》第 853 页,1979 年英文版。

合经济学的原理，形成了自己完整的理论体系。被奉为法律经济学之经典的《法律经济分析》一书中完整地反映了这种体系。该书的结构包括法律与经济、普通法、市场之公共监督、商业组织的法律与金融市场、法律与收入和财富的分配、法律程序、宪法与联邦制度共7篇，这些内容基本覆盖了立法与司法的所有内容。正因为如此，法律经济学在学科性质上究属经济学，抑或法学已难以判定。经济学根据法律经济学所广泛采用的经济方法和原理，将其归为政治经济学的一个分支；^①而法学则把法律经济学视为与功利法学、实证法学具有联系的法学的一个流派，并将其称之为经济学分析法学。^②

概括地说，法律经济学对法律的分析包括实证分析与规范分析两种。实证分析主要用于对某种具体的法律制度，如刑罚制度、侵权制度的效果进行分析。实证分析包括两层含义：其一，以效果为中心，以某种假定为前提，提出定性预测或评价。其二，运用由统计等手段所形成的材料验证这些预测或评价。实证方法力图回答这样的问题：法律可能有哪些效果；这些效果是否实际发生；法律目标是否真正得以实现等等。法律经济学的规范分析主要是研究个人效益与社会效益的关系，分析效益实现中的影响因素，并提出法律规制或矫正方法，规范分析借助于完全竞争理论和福利经济学的外部成本理论，研究在理想的社会环境模式中，外部成本形成的原因和性质，并研究如何从法律上降低行为的外部成本，提高综合效益的手段。这种方法广泛用于对污染、意外事件、以及婚姻家庭、种族歧视等行为及立法的分析。^③

从斯密对重商主义法律制度的抨击到法律经济学的确立，经

① 参见布坎南：《自由、市场与国家》中译本第20页。

② 参见张乃根：《波斯纳的经济学分析法学》，载《外国法学研究》1988年第4期；张文显：《当代西方法学思潮》第105页，辽宁人民出版社，1989年版。

③ 关于法律经济学的分析方法，参见拙作《西方法律经济方法》，载《外国法学研究》1985年第2期。