



经济法文库 (商法系列)

Economic Law Library

公司法的法律 经济学研究

THE LAW & ECONOMICS STUDY
ON CORPORATE LAW

◎ 罗培新 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书系上海市第三期重点学科——经济法学（S30902）的建设成果

公司法的法律 经济学研究

THE LAW & ECONOMICS STUDY
ON CORPORATE LAW

◎ 罗培新 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司法的法律经济学研究/罗培新等著. —北京:北京大学出版社,2008.12
(经济法文库·商法系列)

ISBN 978-7-301-14550-0

I.公… II.罗… III.公司法-法学-经济学-研究 IV.D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 174773 号

书 名:公司法的法律经济学研究

著作责任者:罗培新 等著

责任编辑:杨丽明 朱梅全 王业龙

标准书号:ISBN 978-7-301-14550-0/D·2191

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:世界知识印刷厂

经 销 者:新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 17.5 印张 324 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价:32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

2005年国庆节

在法律与经济学之间(代序)

素有市场主体基石之称、守护并见证着中国艰难的经济转型和资本市场风雨变迁的《中华人民共和国公司法》，经全面修订后，于2006年1月1日起全面实施。这部被学者誉为“21世纪最先进的公司法”^①获得高票通过，立法者备极艰辛，功不可没。然而，在额手称庆的同时，我们更应清醒地看到，立法是艰难的政策选择过程，如果认为公司法只要由具有社会强力支撑的立法机关加以颁布，本身就被赋予了权威性，则无疑过于简单。公司法的终极目的在于社会福利，其实质意义上的正当性，渊源于立法者所运用的思想和智识的合理性。在法律由“纸上文字”变成“行动规则”的过程中，立法者和司法部门必须本着如履薄冰、如临深渊之谨慎心态，细为参酌更多的未被立法最终采信的意见，并将其合理性最大可能地体现在配套细则和司法解释之中。

就此而论，梳理并评判多年来我国公司法研究的利弊得失，并以当前国外盛行的法律经济学为研究进路，揭示公司法研究的法律经济学含义及其贡献，对于仍将持续处于动态过程之中的公司法律变革，应当具有一定的理论和现实意义。

社会科学学术史的经验证明，影响一个学派的际遇和发展的重要因素之一是其质量本身，即它是不是一种强有力的分析和解释工具，能否据此有效地积累和传承智识。另外，对以解决世俗纠纷为己任的法律进行研究的各个学术流派，还不可避免地具有实用主义的倾向，甚至有时这一学术流派本身的真实贡献并不是最重要的决定因素，如美国法律经济学的发展即是与司法的需求密切

^① 江平、赵旭东、陈旌、王涌：《纵论〈公司法〉的修改》，http://www.ccclaws.com/int/artpage/11/art_5491.htm，2006年6月6日访问。

相关。^①

通常认为,法律经济学诞生于20世纪五六十年代。此前,法律的经济分析基本上就是反托拉斯法的经济分析,^②在法律界的影响还相当有限。

1958年,芝加哥大学的艾伦·迪雷克特(Aaron Director)创办了《法和经济学杂志》(Journal of Law and Economics,也译为《法律经济学杂志》)。罗纳德·科斯于1961年发表了《社会成本问题》(The Problem of Social Costs),通过对外部性问题独辟蹊径的分析,创设了著名的“科斯定理”,将法律制度安排与资源配置结果两者有机地结合在一起,为运用经济学的理论与方法研究法律问题奠定了基础。

20世纪70年代以后,法律经济学进入蓬勃发展时期。这个时期出现了许多优秀的代表人物与研究成果,最著名的就是理查德·A.波斯纳(Richard A. Posner)及其所著的《法律的经济分析》。此间,大量有关法律经济学的研究机构和学术刊物也纷纷问世。法律经济学由此塑造了一种外向型的成长品格,迅速把触角伸展到了宪政、刑事、民事、婚姻家庭、政府管制、程序规范等几乎无所不包的法律场域。可以说,在法律的意义上,所谓的“经济学帝国主义”,其实就是“法律经济学方法论上的帝国主义”。

法律经济学之所以能够在短时期内迅速成长,以该学派自身的眼光看,主要原因在于“法律推理的隐含结构有很多是经济学的”^③、“法律方法和经济方法虽有差异,但常常会得出相同的结论”^④。另外,正如上文所提及的实用主义原因,法律经济学的繁荣,在很大程度上可归功于“司法市场”存在着简洁明快地解决纠纷的需求。例如,有学者指出,其他社科学法在面对社会问题和纠纷时,似乎满足于指出问题的复杂性,很难针对具体案件及相关立法提供直截了当的理论指引。社科学法或许可以讥讽法律经济学过于简单或者浅薄,但在按照一定的模式运行和“假定”简化相关因素之后,^⑤法律经济学却能够给出一个简单明快的答案。它虽然不一定“法律正确”,却至少可以肯定给出的答案是有效率的。在一个以解决问题为主要导向的领域内,人们和司法实践似乎没有太多的时间

^① See Richard A. Posner, Legal Scholarship Today, 115 Harvard Law Review, 1314—1326(2002).

^② 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第25页。

^③ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第135页。

^④ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第5页。

^⑤ 关于对经济学的“假定”可能简化掉问题中最重要的因素的讽刺或者自嘲,参见A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics, 2 ed., Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1989, p. 1.

等待社科法学的复杂解读。这其实就是为什么法律经济学成为美国法学的“宠物”的主要原因。^①

然而,社会科学学术史表明,从来都没有无懈可击的理论,社会科学一直是在对以往假设的修正和旧有理论的批判的过程中进步的。以一种历史的视角考察,所有对事物的解说都是片面的,而这种不完美和局限性,也正构成了社会科学繁衍和延续的合理基础。

法律经济学试图以自己独有的效率分析方法解构所有的法学领域。甚至婚姻家庭等伦理和人性色彩极为浓郁的法律场域,也在其解构范围之内。但法律经济学这种似乎无所不能的解释力和解剖力,却不可回避地面临着以下责难:法律制度是一个价值多维的制度体系,追求效率最大化的经济学在法律实践中能同时使公平、正义等价值得到增长吗?法律经济学者“效率之外无公平”的论断,是否经过了无懈可击的论证?法律经济学能否在保证其他价值不变的前提下增进效率?法律经济学能否确保追求效率的过程最后不会得到零和的结果?显然,对于这些问题如果无法都给出肯定的答复,则法律经济学作为一学术流派,要宣称其拥有无懈可击的方法论,无疑为时尚早。

即便是波斯纳,在面对上述批评时,也只能回应以谨慎的解释:“当效率一词像本书中那样用以表示实现价值最大化的资源配置时,它作为社会决策伦理准则是有其局限性的……虽然本书确实假定,而且大部分人也许同意它会是一个重要准则。”^②由此可以看出,波斯纳在强调效率的同时,对法律制度的其他价值之维选择了尊重,而不是自负地试图解释。然而,还有其他一些学者则走得更远,他们声称,正义和效率的关系并不是像一些人臆测的那样水火不容,在大多数情况下它们拥有共同的目标和结果,而且经济学追求效率的目标和法律科学追求公正的目标也是相容的。正如弗里德曼所说:“在对法律进行经济学分析的过程中,我们会发现正义与效率之间有着令人惊异的关联。在很多情况下,我们认为公正的原则与那些根据我们的观察是有效率的原则相吻合的。”^③

由是观之,法律经济学面临的基本挑战是,法律追求的公平正义准则与法律经济学的效率分析能否实现无缝对接?按照波斯纳对法律经济学研究方法局限性的肯认,两者显然存在偏差。而这种偏差,导致了法学与经济学存在着某种程度上的“不可共量性”。正由于如此,作为当代法律经济学旗手人物的波斯纳,

^① 参见贺欣:《转型中国的社科法学:一个学术生产与需求的初步分析》,载《法律的社会科学研究研讨会论文集》,北京大学法学院、中国社会科学杂志社主办,2005年5月,第33—34页。

^② [美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第16页。

^③ [美]大卫·弗里德曼:《经济学语境下的法律》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,第20页。

其研究不可避免地面临着深重的责难。在笔者所见的范围内,最厉害的批评如下:

就是顺着这种“谁出钱最多就给谁权利”的一根筋思维,再加上惊人的写作热情,波斯纳法官已经把法律改写为刺激财富最大化的代价体系,改写了几乎所有部门法中的权利义务体系。而为了贯彻他的思维的一致性,他已经做出很多惊世骇俗的结论:出钱多的人有“权利”违约,有“权利”歧视劣等种族,甚至还有“权利”强奸,只要能够促进社会财富的最大化。^①

前述批判虽然尖锐,却也并未完全失之公允,毕竟它指出了法律经济学试图解构所有法律领域时面临的局限性。

然而,正如自然界因物种的纷繁芜杂而呈现多样性一样,调整领域各有不同的法律,其品质或其公平正义目标的实现方式也或有差异。相对于婚姻家庭等情感法律领域,甚至相对于关乎人之生死的刑事法律领域而言,公司法对公平和正义目标的追寻,在很大程度上甚至几乎完全等同于对效率即股东财富最大化的追求,而这完全依赖于经济学的效率分析。几乎毋庸置疑的是,在当代公司法理论中,效率是一个主导性的理论范式,公司法的法理学也正是以效率分析为基础。^② 另外,可以肯定的是,公司法和商法领域内的学术争议,更多地不是集中于法院是否应当追求效率,而是法院应如何促进这个目标。^③ 目前已经形成的共识是,法律应当追求各种不同公平价值目标的观念,在公司法和商法领域缺乏说服力,因为这里的交易是在具有一臂之距(at arm's length)陌生人之间进行的,他们彼此寻求的目标是自身利润的最大化。^④ 具体说来,公司法调整的是被抽象为一个个理性的经济人在公司运作中发生的经济关系,追盈逐利是各个微观主体的趋同性目标,尊重情感、伦理等在其他法律场域中可能要被考虑的多维目标,在公司法中则无须顾及。就此而论,法律经济学分析方法的效率导向,与公司法的财富和效率最大化目标堪称完美的契合。

正因为如此,本书遵循法律经济学一贯的效率分析范式,探究公司法学的法律经济学含义,进而反思并检讨我国公司法学研究 and 立法实践,从而在方法论上就不会面临根本性责难。

① 柯岚:《波斯纳经济分析法学批判》,载《财经》2005年第13期。

② See Jody S. Kraus, Steven D. Walt, *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, 2000, Introduction at 1.

③ See Lewis A. Kornhauser, *Constrained Optimization: Corporate Law and the Maximization of Social Welfare*, *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 87.

④ Ibid., p. 88.

本书是一部合作作品,具体分工如下:

第一章 罗培新、王几高

第二章 孟高飞、王几高、罗培新

第三章 罗培新

第四章 罗培新

第五章 王莉、丁俊峰

第六章 公莉、黄炅炅

第七章 徐诗诗

第八章 陆茵、卢颖

第九章 傅颖、高汉

全书最后由罗培新审订。

在本书修订过程中,卢颖、傅颖,以及北京大学出版社的杨丽明、朱梅全、王业龙等编辑付出了大量的智慧和辛劳,在此一并致谢。

罗培新

2008年11月

CONTENTS 目 录

第一章 法律经济学的学理路径及其进路下的公司法	1
第一节 法律经济学:历史、框架与方法	1
第二节 法律经济学进路下的公司法	19
第二章 公司法研究与法律经济学分析路径之契合	40
第一节 法律经济学与公司法价值观之契合	40
第二节 法律经济学与公司法基本假设之契合	43
第三节 法律经济学与公司法研究方法之契合	47
第四节 法律经济学视野下公司法正当性之分析	53
第五节 公司法的法律经济学分析的具体制度概说	55
第三章 公司法强制性与任意性边界之厘定: 一个法律经济学的分析框架	80
第一节 问题的提出	80
第二节 公司章程“选掉”公司法规则:国外的历史 图景及我国新《公司法》的回应	83
第三节 标准合同机制和合同漏洞补充机制: 公司法合理性的法律经济学解说框架	90
第四节 公司法强制性与任意性边界之厘定: 一个法律经济学的分析框架	94
第五节 结论	101
第四章 公司表决权规则之法律经济学分析	104
第一节 问题的提出	104
第二节 为什么是股东,而不是其他主体 享有投票权	105

CONTENTS 目 录

第三节	剩余索取权必须与投票权相比	106
第四节	为什么累积投票权不宜为强制性规则	109
第五节	闭锁公司与公众公司的表决权规则应当存在结构性差异	112
第五章	有限责任公司股东知情权的法律经济学分析	115
第一节	有限责任公司股东知情权的相关理论	116
第二节	有限责任公司股东知情权的具体制度	121
第三节	有限责任公司股东知情权的法律经济学分析	129
第六章	上市公司信息披露制度的法律经济学分析	134
第一节	三种信息披露模式的成本效益分析	135
第二节	证券市场信息的经济学分析	142
第三节	上市公司信息披露法律制度之梳理	146
第四节	上市公司持续信息披露原则的法经济学分析	149
第七章	董事信义义务的法律经济学分析	154
第一节	信义义务的一般理论:以法律经济学为视角	154
第二节	董事注意义务的法律经济学分析	164
第三节	董事忠实义务的法律经济学分析	176
第四节	董事违反信义义务赔偿责任的限制	187
第八章	上市公司要约收购的法律经济学分析	192
第一节	上市公司收购动因之法律经济学分析	192
第二节	上市公司要约收购规范之法律经济学分析	210

CONTENTS 目 录

第三节	上市公司反收购措施之法律经济学分析	221
第四节	上市公司反收购措施之博弈分析	224
第九章	司法介入公司运作的法律经济学分析	230
第一节	司法介入公司运作的法律经济学基础	230
第二节	司法介入公司运作的极端原因： 有限责任公司僵局	234
第三节	破解有限责任公司僵局的 极端方式：司法解散	242
第四节	解析有限责任公司僵局的其他破解方式	250
第五节	我国有限责任公司司法解散制度之评析	254
第六节	结语	263

第一章 法律经济学的学理路径 及其进路下的公司法

第一节 法律经济学：历史、框架与方法

一、法律经济学的渊源、形成和发展

任何一个理论体系或一门新学科的形成、发展乃至成熟，都绝非一蹴而就。相反，一门理论体系或新学科的形成，都有其内在的历史背景和科学条件。它往往一方面是为了适应其时代的特定要求（比如亚当·斯密倡导自由市场就是为适应当时资本主义经济发展的要求；凯恩斯主义则是针对1929—1933年的世界经济危机背景下的促进就业和经济增长的需求而提出来的），另一方面又是学科自身传承发展的必然结果。每一代人都是站在上一代人的肩膀上，从而比上一代人看得更远。

“法经济学”（Economic of Law），又称“法律的经济分析”（Economic Analysis of Law）、“法律 and 经济学”（Economic and Law）、“经济分析法学”（Jurisprudence of Economic Analysis）等，是经济学和法学的交叉学科。在这个领域，经济学家和法学家的研究各有侧重。罗纳德·科斯（Ronald Coase）曾把法经济学的研究分为两个部分：第一部分是运用经济学分析法律；第二部分是分析法律系统的运行对经济系统的影响。^①从历史维度考察，法经济学是经济学和法学相融合的产物，其研究领域非常广阔。但是，如果从法学研究的内在逻辑看，法经济学主要是指第一部分，因此可以将其界定为：以新制度经济学为理论基石，运用微观经济学、福利经济学、公共选择理论以及其他有关实证和规范方法考察、研

^① 参见曲振涛：《法经济学》，中国发展出版社2005年版，第3页。

究法律规则和法律制度的形成、结构、过程、效率以及未来发展方向的一门交叉性学科^①,其内容起码包括了三个层面的问题:预测特定的法律规则会产生什么样的效果、解释为什么特定的法律会存在,以及确定应该存在什么样的法律规则。^②

对法经济学概念的界定,并不能为我们展示这场由经济学家引发的法学“革命”的全部,任何历史都是现代史,柏拉图也曾说“研究就是回忆”,因而在对某一具体法律领域进行经济学分析之前,必须对它的思想渊源加以细细梳理。在这一意义上,对法经济学的产生、发展过程作些许简单的历史回顾,就不再是一种怀古式的赘余,而是研究之必需。

(一) 法律经济学的萌芽与孕育阶段

一般认为,现代的法经济学正式诞生于20世纪50年代末、60年代初。但是,其萌芽和孕育却可以一直向上追溯。远在古代希腊时期,在柏拉图的《理想国》和亚里士多德的《政治学》中,就可以看到用经济学思维分析法律规则的影子。随后,在意大利刑法学家贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》中,同样能看到一些经济分析的痕迹,他提出的“刑罚与犯罪相对称”理论^③就带着经济学思维的深深烙印。而同时代的英国法学家边沁创立了功利主义理论,他宣扬人类行为应根据行为带来的苦乐程度衡量,提出“最大多数人的最大幸福是判断是非的标准”^④,以更广泛意义上的“效率”为价值目标,其经济学思维路径更是清晰可辨。而亚当·斯密的《论法律》和《国富论》的经济分析主题是“法律和政府的发展过程”,对权力和法律规则如何影响人们的行为选择进行了分析,很显然也是经济学方法对法律分析的一种尝试。其后,在19世纪中叶,马克思和恩格斯提出“一定的经济关系决定一定的法律关系”原理,并在《资本论》中广泛论述法律和经济的辩证关系,^⑤更是带有经济学分析法律的浓厚意味,以至于有学者提出,马克思主义法学理论是“经济学研究的法理学”。

到了20世纪20年代,美国制度经济学家康芒斯从实践性研究中提炼出自己对法律问题的经济学分析。他强调法律和经济的不可分割性,认为“法律居

① 参见蒋兆康:《中文版译者序言》,载[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第3—4页。

② 参见[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9—10页。

③ 参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第65—66页。

④ [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第202页。

⑤ 参见曲振涛:《法经济学》,中国发展出版社2005年版,第7页。

先于经济,正是法律制度促使了资本主义制度的产生和发展”^①。康芒斯还把经济关系的本质归结为法律上所有权的交易,“他对‘交易’的理解、对财产和财产权利的划分,对科斯在内的新制度经济学家产生了影响……(为)法经济学家制度学派的代表塞缪尔斯、施密德所继承和发扬”^②。

但是,在随后的较长时间里,由于种种缘故,除了一些技术性研究在具有明显经济目的和意义的法学领域内进行外,^③对法律的经济学分析极为稀缺,法经济学的研究也随之陷入低谷。

(二) 法律经济学的形成与发展阶段

经济学和法学的真正结合来自于两个方面的推动:首先是美国著名法学家弗兰克和卢埃林发起的法律现实主义运动;其次是1929—1933年经济危机所引发的针对政府借助于法律手段对市场失灵进行救济的相关思考。同时,芝加哥大学著名经济学家亨利·西蒙斯的启蒙工作和后来艾伦·迪雷克托的努力也对法经济学的正式形成贡献良多。^④种种迹象表明,一种新的力量正在积聚,新的思想即将形成。

20世纪50年代末、60年代初,现代法经济学正式诞生,其标志性事件有:1958年,芝加哥大学法学院创办《法律经济学期刊》(Journal of Law and Economics);1960年,科斯发表《社会成本问题》(The Problem of Social Costs);1961年,卡拉布雷西和阿尔钱恩分别发表《关于风险分配和侵权行为法的一般思考》、《关于财产权的经济学》。^⑤与此同时,公共选择理论和微观经济学理论在法律领域得到应用分析,使得法律理论、宪法、侵权法、财产权法等一系列法律问题的经济研究有了理论基础。^⑥这些文献奠定了法律经济学的理论框架,并激发了后来的经济学家和法学家们的学术想象力。

20世纪70年代是法律经济学发展的重要阶段。一方面,法律经济学研究项目和研究中心在美国和欧洲各大法学院相继创设;另一方面,法律经济学的研究成果层出不穷,其中最具有代表性的成果是芝加哥大学的教授理查德·波斯纳(Richard A. Posner)撰写的《法律的经济分析》。他借助经济学分析范式,通过著述、讲座对美国法律的各个具体领域进行了深入而细致的分析,构建了一个比

① 钱弘道:《法律经济分析》,清华大学出版社2006年版,第30页。

② 黄立君:《法经济学发展历史概述》,载《2004年中国法经济学论坛文集》,浙江人民出版社2004年版。

③ 参见蒋兆康:《中文版译者序言》,载[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第5页。

④ 同上。

⑤ 同上。

⑥ 同上书,第7页。

较完整的法经济学理论体系。这“不仅对法学研究的方法论提出了严峻的挑战,而且正在改变着许多传统法学家、法律专业学生、律师、法官和政府官员的行动哲学”^①,传统法学的固有结构和思维方式因此面临瓦解,其影响不言而喻。法律经济学也由此塑造了一种外向型的成长品格,迅速把触角伸展到了宪政、刑事、民事、婚姻家庭、政府管制、程序规范等几乎无所不包的领域。可以说,在法律意义上,所谓的“经济学帝国主义”,其实就是“法律经济学方法论上的帝国主义”。20世纪70年代末、80年代初,法律经济学开始面临质疑,受到了施密德等经济学家和德沃金、弗莱德等法学家不同角度的猛烈批判,^②这些批判在一定意义上促使法律经济学不断自我反思和完善。

1981年,美国前总统里根任命波斯纳、博克、温特等有着经济学思维倾向的法学家为联邦上诉法院法官,并通过12291号总统令,要求所有新制定的政府规章必须符合“成本—收益”分析的效率标准;要成为美国各级法院的法官,也必须事先通过法律经济学课程的培训和考试。^③这无疑标志着法律经济学在法律实践中获得了巨大的成功,得到了广泛的认同。

(三) 法律经济学的发展前瞻

在经历了初步形成、前期发展之后,法律经济学研究日趋呈现出多元化、开放性的特点,主要表现为法律经济学研究方法的拓展。先前的以新制度经济学为主导的研究格局,慢慢演化为新制度经济学、博弈论和信息经济学、超边际经济学、新经济史、新比较经济学、混沌学、统计学等^④各种研究方法相互辉映的“百家争鸣”式的格局。笔者认为,博弈论、统计分析和经济计量对法律经济学的研究价值尤其值得重视。

20世纪90年代以后,法经济学发展的一个重要趋势是博弈论应用分析的日益广泛。博弈论研究的是互动环境下的理性选择^⑤,它本身是一种数学方法,在应用于经济学之后,其方法论价值受到广泛重视。博弈论突破了“市场本位”

① 蒋兆康:《中文版译者序言》,载[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第9页。

② 参见黄立君:《法经济学发展历史概述》,载《2004年中国法经济学论坛文集》,浙江人民出版社2004年版。

③ 参见柯华庆:《法律经济学的思维方式》,载黄少安主编:《制度经济学研究》第9辑,经济科学出版社2005年版,第39页。

④ 参见吴锦宇:《中国内地法经济学研究述评(1978—2005)》,载冯玉军主编:《中国法经济学应用研究》,法律出版社2006年版,第254页。

⑤ 博弈论主要由匈牙利数学家、计算机的发明者冯·诺依曼创立,1944年他与奥斯卡·摩根斯特恩合著的《博弈论和经济行为》的出版,标志着现代博弈理论的形成。1950年和1951年,纳什通过两篇论文,提出了著名的纳什均衡,奠定了现代非合作博弈论的基础。