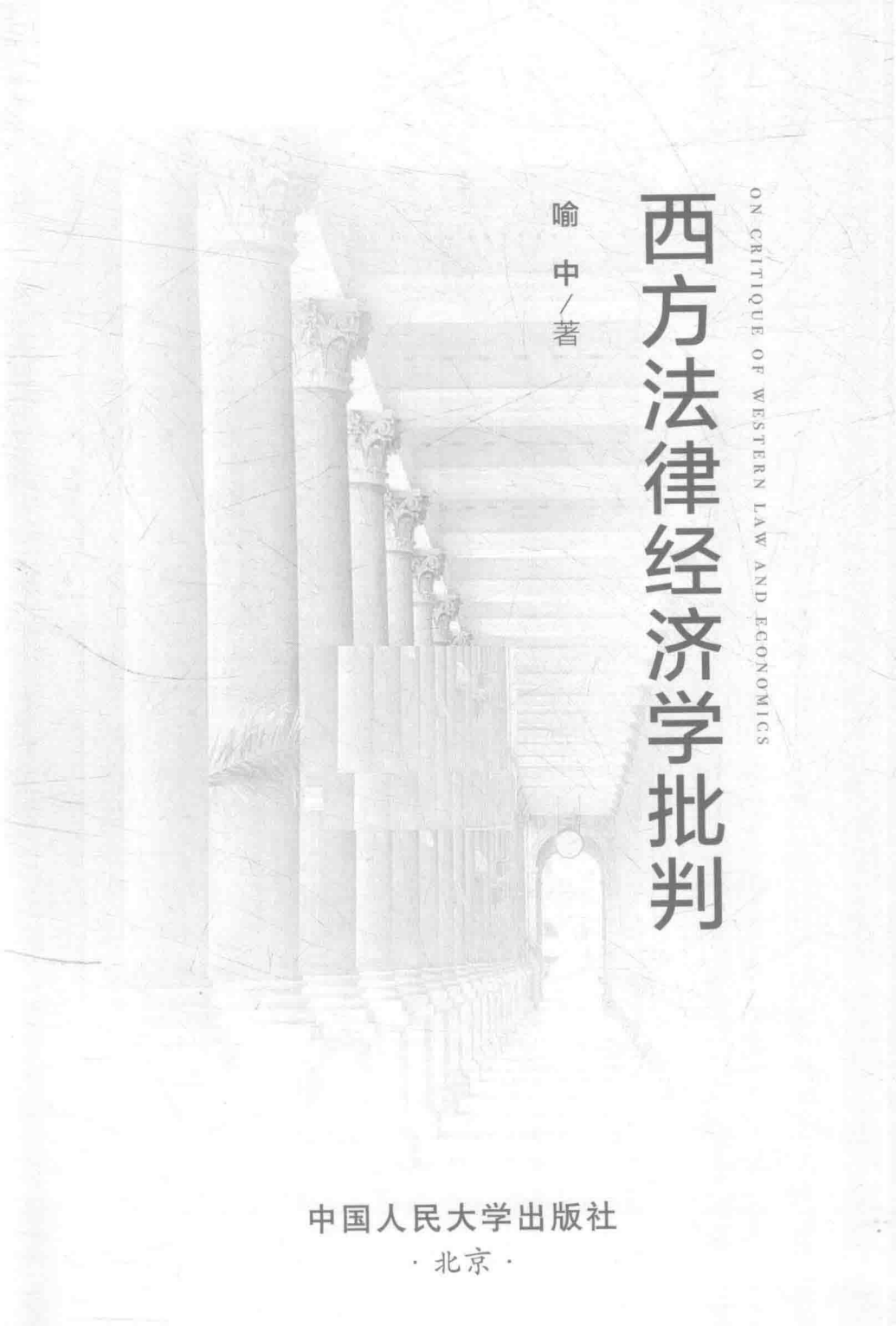


ON CRITIQUE OF WESTERN LAW AND ECONOMICS

西方法律经济学批判

喻中 / 著



ON CRITIQUE OF WESTERN LAW AND ECONOMICS

西方法律经济学批判

喻中 / 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

西方法律经济学批判/喻中著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 9
ISBN 978-7-300-26137-9

I. ①西… II. ①喻… III. ①法律经济学 IV. ①D90-056

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 191290 号

西方法律经济学批判

喻中 著

Xifang Falü Jingjixue Pipan

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511770 (质管部)
010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)
010-62515195 (发行公司) 010-62515205 (读者服务部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 148mm×210mm 32 开本 版 次 2018 年 9 月第 1 版

印 张 8.75 插页 3 印 次 2018 年 9 月第 1 次印刷

字 数 209 000 定 价 38.00 元



版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序

自 20 世纪 90 年代以来，法律经济学在中国法学界日渐成为显学。学者们在介绍自己的研究领域之际，越来越多地出现了“法律经济学”这个术语。法律经济学俨然已成为一个新兴的分支学科。那么，法律经济学是一个什么样的法学分支学科呢？最容易想到的回答是，法律经济学是法学与经济学交叉融合的学科。某些理论问题，倘若既涉及法律也涉及经济，研究这样的问题似乎就可以归属于法律经济学。这样的理解显然过于宽泛。因为几乎所有的法律问题，都可能涉及经济问题。在哪个具体的法律问题背后，不涉及相关主体的经济与利益？倘若把那些与经济有关的法律问题都当作法律经济学问题，那么，法律经济学的范围不仅可以覆盖法学，甚至还可以延伸至经济学。对于法律经济学的含义，显然不宜这样理解。

理解法律经济学的另一种方式，就是把它理解为一种研究方法。具体地说，就是运用经济学的方法去研究法律问题，由此形成的学术成果就是法律经济学。这恐怕是很多法律经济学的从业者所理解的法律经济学。波斯纳的大著《法律的经济分

析》提供了如此理解法律经济学的典型“学案”，这本书的标题已经指示了法律经济学的性质。从这个意义上说，法律经济学似乎不是一个分支学科，甚至也不是一个专门的研究领域，而只是一种研究法律问题的方法，即法律经济学只是一种关于法律的方法论。这种关于法律经济学的理解方式也有一个值得注意的问题：它主要是法学家立场的产物。法学家（譬如波斯纳）为了研究法律问题，选取了经济学的方法，由此促成了法律经济学的兴起。但是，这种理解法律经济学的方式，可能会受到经济学家的反对。

在经济学家看来，法律只是经济的一个变量。经济受制于各种各样的约束条件，譬如生产资料、科学技术、劳动力等，都会影响经济发展水平。在诸多约束条件中，法律制度只是其中之一，不同的法律制度安排将会影响经济的走势。因而，从法律制度的角度研究经济问题，也是法律经济学。譬如科斯，就是这样的经济学家或法律经济学家。由此可见，法律经济学其实包含两种立场：法学家的法律经济学与经济家的法律经济学。

虽然法学家的法律经济学也呈现出丰富多彩的学术姿态，但是，抽取其中的最大公约数，可以发现，它们有一个共同的特征：习惯于以解释者的角色面对法律问题。更具体地说，就是偏好以经济学的理论与方法，解释法律制度背后的经济原理。为什么会形成某种特定的法律原则与法律制度？原来这样的法律制度具有某种经济学的依据，能够通过经济学理论予以解释与说明。特别是某些历史悠久、比较定型的法律原则与法律制度，隐藏在它们背后的经济学理据，就显得越发坚实。因此，法学家的法律经济学，较多地体现为“解释者的法律经济学”。

相比之下，经济学家的法律经济学更加看重经济效果：不同的法律设计与制度安排，将会导致不同的经济效果。在特定

的情况下，一种法律制度能够更好地促成经济发展、提高经济效率，另一种法律制度则会妨碍经济发展、降低经济效率。因而，制定什么样的法律、设置什么样的制度，对于经济发展来说，将会产生重要的影响。这种风格的法律经济学虽然也有解释的作用与功能，但更加明显的特征是指示法律制度的走向。这样的法律经济学，可以被称为“立法者的法律经济学”。这里的所谓“立法者”，并非实指研究者就是国家的立法者，而是想指出研究者的角色与立场：他们旨在告诉读者，下一步该怎么办。

这两种立场各异的法律经济学提醒我们，关于法律经济学，既应当从法学家的角度来理解，也应当从经济学家的角度来理解。也许正是因为这个缘故，法律经济学作为一个特定的研究领域、研究方法，又被称为“法与经济学”。正是“与”这个连接词，反映了法律经济学的本质特征。

着眼于法律经济学的本质特征，本书对于西方法律经济学的研究，既注重法学家的法律经济学，更注重经济学家的法律经济学。还有一些学术思想人物，既不是纯粹的法学家，也不是纯粹的经济学家，但他们与法学、经济学、政治学、社会学、哲学都有关联，这些人在法律经济学方面的贡献，也许更加值得注意。基于这样的认知，本书选择了科斯、波斯纳、卡拉布雷西、布坎南、奥尔森、威廉姆森、米塞斯、哈耶克、欧肯、缪尔达尔等十位经典作家，这些精于法律经济学的人物，既涉及美洲的芝加哥学派、耶鲁学派、弗吉尼亚学派，也涉及欧洲的奥地利学派、弗莱堡学派、瑞典学派。研究这些思想人物的代表性文献，描绘他们的思想肖像，梳理、归纳、提炼、评析他们对法律经济学的理论贡献，庶几可以反映出西方法律经济学的精神与风格。

他山之石，可以攻玉。希望这些关于“他山”的“石头记”，可以为当代及未来中国的法律经济学理论与方法提供一些借鉴。

目 录

第一章 科斯	1
一、交易费用的概念与意义	2
二、权利的相互性	7
三、雇主与雇员的法律关系	12
四、关于科斯定理	16
五、评论及延伸性讨论	21
第二章 波斯纳	24
一、法律实用主义	25
二、经济学的进路	36
三、财富最大化的目标	46
四、结论	57
第三章 卡拉布雷西	60
一、权利设置的正当理由	62
二、权利保护的三种规则	66
三、规则选择的四种方案	71
四、方法论及其启示	76

第四章 布坎南	78
一、宪法经济学的内在理路	80
二、宪法经济学的外在关联	88
三、宪法经济学的中国意义	97
第五章 奥尔森	102
一、个人利益与集体利益	104
二、集体行动的形成机制	108
三、集体行动与国家兴衰	113
四、结语	119
第六章 威廉姆森	122
一、作为一种新范式的“法律—经济学—组织”	123
二、“法律—经济学—组织”范式中的法学资源	127
三、“法律—经济学—组织”范式中的经济学资源	131
四、“法律—经济学—组织”范式中的组织学资源	135
五、“法律—经济学—组织”范式的理论意义	138
第七章 米塞斯	141
一、基本预设与思维方式	144
二、自由秩序的基本原则	150
三、自由秩序的制度表达	157
四、作为大同世界的自由秩序	163
五、小结	169
第八章 哈耶克	173
一、法治的内涵	174
二、计划经济如何销蚀法治	177
三、形式法律对于法治的价值	181
四、法治导致经济上的不平等	184
五、结论及延伸性讨论	187

第九章 欧肯	192
一、经济秩序的特征	194
二、经济秩序的形成机制	198
三、经济宪法的概念	202
四、经济宪法的建构性原则与调节性原则	206
五、经济秩序与经济宪法的差异	210
六、结论及延伸性讨论	213
第十章 缪尔达尔	216
一、计划的第三种类型	218
二、计划与平等	224
三、民主计划	229
四、腐败对计划的妨碍	235
五、结语	238
附录 孝治的终结与法治的兴起	241
后 记	269

第一章 科斯

科斯是法律经济学的主要奠基人与创始人。他通过交易费用这个原创性的概念，论述了企业内部的科层体制的经济功能，论述了权利的相互性，尤其是在交易费用普遍存在的条件下，法律对于初始权利的界定所具有的经济意义，以及司法判决对于资源配置的决定性影响。研究科斯的法律经济学思想，有助于我们反思传统的民事侵权理论、权利边界理论、劳动合同理论。科斯把经济学的方法运用于法学研究，在法学与经济学之间架起了一座桥梁，将法律制度安排与资源配置效率结合在一起，开启了一个新的思想理论空间。

科斯（Ronald Harry Coase, 1910—2013）生于英国。1932年自伦敦经济学院毕业后，科斯曾先后任教于邓迪经济学院、利物浦大学、伦敦经济学院、布法罗大学、弗吉尼亚大学。1964年，科斯担任芝加哥大学法学院教授，同时出任《法律经

济学杂志》的主编——这是他特别看重的一个职务。^① 1991年，科斯获得诺贝尔经济学奖，获奖理由是：揭示并澄清了经济制度结构和函数中交易费用和产权的重要性。

作为法律经济学芝加哥学派的主要代表，尤其是作为法律经济学的主要奠基者、主要创始人，科斯对法律经济学这个新兴的交叉学科产生了极大的影响。即使是在退休之后，作为芝加哥大学法学院的高级研究员，他在法律经济学领域仍然十分活跃。

科斯没有大部头的著作，他最负盛名的代表作是两篇论文：《企业的性质》（1937年）、《社会成本问题》（1960年），其他论文还有《边际成本的争论》（1946年）、《美国广播业：垄断的研究》（1950年）、《联邦通讯委员会》（1959年）、《产业组织：研究的建议》（1972年）、《耐久性与垄断》（1972年）、《经济学中的灯塔》（1974年）、《企业的性质：起源、含义与影响》（1988年），等等。这些论文中的主体部分都被收入1988年由芝加哥大学出版社出版的论文集《企业、市场与法律》。透过这部文集，可以读到科斯极具启示性的法律经济学思想。

一、交易费用的概念与意义

在科斯的理论贡献中，交易费用（Transaction Costs，或交易成本）是一个基础性的核心概念。科斯没有给交易费用下

① 科斯在谈及来芝加哥大学法学院的动机时说：“要是没有《法律经济学杂志》，我想我是不会来芝加哥大学。担任该杂志的编辑正是我所向往的工作。”麦考罗，曼德姆. 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义. 朱慧，等译. 北京：法律出版社，2005：57.

一个严格的定义，但他告诉我们：“为了进行市场交易，有必要发现谁希望进行交易，有必要告诉人们交易的愿望和方式，以及通过讨价还价的谈判缔结契约，督促契约条款的严格履行，等等。这些操作的成本常常是极端地和充分地高昂，至少会使许多在无需成本的定价制度中可以进行的交易化为泡影。”^① 这些在市场交易过程中产生的费用，就是交易费用。分而述之，交易费用主要包括“搜寻与信息成本、讨价还价与决策成本、监督与执行成本”^②。科斯发现，在市场交易过程中，这些成本都是无法避免的。1991年，在《论生产的市场结构》一文中，科斯又一次解释了交易费用：“谈判要进行，契约要签订，监督要实行，解决纠纷的安排要设立，等等，这些费用后来被称为交易费用。”^③ 可见，在科斯的理论中，交易费用主要是指市场运行的费用或成本。

西方传统的主流经济学理论主要聚焦于市场，市场主要依赖供求关系，尤其是价格机制来运行。但是，科斯发现，价格机制的运行并不是免费的，“利用价格机制是有成本的。通过价格机制‘组织’生产的最明显的成本就是所有发现相关价格的工作。随着出卖这类信息的专门人员的出现，这种成本有可能减少，但不可能消除。市场上发生的每一笔交易的谈判和签约的费用也必须考虑在内”^④。

在市场交易过程中，交易双方要达成协议，就会产生一定

① 科斯. 企业、市场与法律. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2009: 113.

② 科斯. 企业、市场与法律. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2009: 6.

③ 胡庆龙. 罗纳德·哈里·科斯——新制度经济学创始人. 北京: 人民邮电出版社, 2009: 46.

④ 科斯. 企业、市场与法律. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2009: 39.

的费用。尤其值得注意的是，不同类型的协议所产生的费用是不一样的，这里面存在较大的伸缩空间。科斯发现，“如果签订一个较长期的契约以替代若干个较短期的契约，那么，签订每一个契约的部分费用就将被节省下来。或者，由于人们注重避免风险，他们可能宁愿签订长期契约而不是短期契约。现在的问题是，由于预测方面的困难，有关物品或劳务供给的契约期越长，实现的可能性就越小，从而买方也越不愿意明确规定出要求缔约对方干些什么。对于供给者来说，通过几种方式中的哪一种来进行物品或劳务的供给，并没有多大差异，可对于物品或劳务的购买者来说就不是如此。但由于购买者不知道供给者的几种方式中哪一种是他所需要的，因此，将来要提供的劳务只能以一般条款规定一下，而具体细节则留待以后解决”^①。

这就是说，长期契约比短期契约能够节省更多的交易费用，是一种更有经济效率的契约方式。同时，长期契约还满足了人们规避风险的需要，因而能够得到普遍的欢迎。这两个方面为长期契约取代短期契约提供了动力和诱因。不过，由于在长期契约中，“将来要提供的劳务只能以一般条款规定一下，而具体细节”只能留待“以后解决”，这些需要“以后解决”的“细节问题”同样需要谈判，同样会产生新的签约费用（亦即交易费用）。

正是为了节省在购买劳务的契约中存在的交易费用，企业产生了。譬如，A 与 B 经过谈判，签订了一个长期的劳务购买契约，A 每天（或每月）向 B 支付一笔固定的报酬，B 提供 A 所要求的劳务。在合同有效期间，双方不再讨价还价。这样，A 与 B 之间的交易费用就降低了，雇主与雇员的关系也随之产

^① 科斯，企业、市场与法律，盛洪，陈郁，译，上海：格致出版社，上海三联书店，上海人民出版社，2009：39-40。

生了，购买劳务的 A 成了雇主，出售劳务的 B 成了雇员。倘若 A 与 C、D、E、F 等其他人都签订了这种较长期的劳务购买契约，这就意味着，C、D、E、F 等人与 B 一样，都是雇主 A 的雇员，都要服从 A 的劳务安排，都向 A 领取约定的报酬。那么，在这个相互交往的群体中，A 与其他人之间的交易费用全部都降低了。A 与其他人组成的这个相互交往的群体，就是一个企业。其中有企业家（雇主 A），也有工人（雇员 B、C、D、E、F 等），企业家向工人支付工资，工人按照企业家的安排从事劳务活动。这就是企业的产生机制。从交易费用的角度来看，企业的价值就在于节省一部分交易费用，企业就是一个节省交易费用的组织形式或组织机构。

既然通过企业这种组织能够降低企业家与劳动者之间的交易费用，能够节省某些市场运行成本，那么，企业机制能否全面取代市场机制，从而最大限度地降低整个社会的交易成本呢？这正是科斯进一步思考的问题。他提出：“企业的引入基本上是由于市场运行成本的存在。一个与此相关的问题是（远非奈特所提出的垄断问题），既然通过组织能消除一定的成本，而且事实上减少了生产成本，那么为什么市场交易仍然存在呢？为什么所有生产不由一个大企业去进行呢？”换言之，全社会所有的生产能否交给一个大企业去进行呢？科斯的回答是否定的。他解释说：“首先，当企业扩大时，对企业家函数来说，收益可能会减少，也就是说，在企业内部组织追加交易的成本可能会上升。自然，企业的扩大必须达到这一点，即在企业内部组织一笔额外交易的成本等于在公开市场上完成这笔交易所需的成本，或者等于由另一个企业家来组织这笔交易的成本。其次，当组织的交易增加时，或许企业家不能成功地将生产要素用在它们价值最大的地方，也就是说，不能导致生产要素的最佳使用。再者，交易增加必须达到这一点，即资源浪费带来的亏损等于

在公开市场上进行交易的成本，或者等于由另一个企业家组织这笔交易的亏损。最后，一种或多种生产要素的供给价格可能会上升，因为小企业的‘其他优势’大于大企业。当然，企业扩张的实际停止点可能由上述各因素共同决定。前两个原因最有可能对应于经济学家们的‘收益递减’论点。”^①

缘于以上几个方面的原因，特别是前两个原因，企业不可能无限扩大。因而，企业内部的科层管理机制也不可能无限制地取代企业外部的市场交换机制。但是无论如何，企业内部的管理与服从关系，具有降低交易成本的功能，这是科斯的一个极富创造性的观点。在科斯之前，新古典经济学习惯于把企业看成市场交易过程中的最小单元，习惯于把价格机制作为经济运行的唯一机制。然而，通过科斯的交易费用概念，可以看到，企业内部的科层体制能够降低交易费用，能够提高经济效率，能够创造经济价值。

从法学的角度来看，企业内部的科层制与政府内部的科层制具有一定的可比性，企业内部的治理结构与政府内部的治理结构也有一定的可比性。因而，从“企业的性质”可以联想到“政府的性质”。如果说，企业内部的科层体制允许企业家这样的“权威来支配资源”，从而“节省某些市场运行成本”^②，那么，按照同样的逻辑，政府内部的科层体制允许行政性的公共权威来支配资源，是否也可以节省某些市场运行成本呢？回答应当是肯定的。这样的解释不仅为政府的存在提供了正当性依据，可以从经济的角度解释“政府的性质”，而且可以解释经济计划、政府干预经济的正面价值与积极意义。

① 科斯：《企业、市场与法律》，盛洪，陈郁，译，上海：格致出版社，上海三联书店，上海人民出版社，2009：42-43。

② 科斯：《企业、市场与法律》，盛洪，陈郁，译，上海：格致出版社，上海三联书店，上海人民出版社，2009：40。

当然，正如企业不可能无限地降低交易费用，从而全面取代市场机制、价格机制一样，承认经济计划的功能也绝不是要回到传统的计划经济。我们只能说，政府的计划与干预，同样具有降低交易费用的功能；与企业一样，政府也可以在某些情况下，充当市场的替代机制。

二、权利的相互性

如果说《企业的性质》一文通过交易费用这个概念，解释了企业的产生机制，论证了企业内部的科层体制的经济价值，那么，《社会成本问题》则体现了对于交易成本概念的进一步运用。在这篇文章中，科斯着眼于外部侵害的解决方案，对权利边界的界定方式进行了研究，尤其是有关权利相互性问题的论述，开启了从经济角度审视法律问题的新视角。

何谓权利的相互性？在《社会成本问题》的开篇，科斯就写道：“本文涉及对他人产生有害影响的那些工商业企业的行为。一个典型的例子就是，某工厂的烟尘给邻近的财产所有者带来了有害影响。”对于这样的外部侵害，传统的“分析结论无非是要求工厂主对烟尘所引起的损害负责赔偿，或者根据工厂不同的烟尘排放量及其所致损害的相应金额标准对工厂主征税，或者最终责令该厂迁出居民区（当然也指烟尘排放对他人产生有害影响的地区）。以我之见，这些解决办法并不合适，因为它们所导致的结果不是人们所需要的，甚至通常也不是人们所满意的”^①。

^① 科斯. 企业、市场与法律. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2009: 96.

传统的分析方法和分析结论有什么问题呢？为什么不能让人满意呢？科斯的回答是，这些“传统的方法掩盖了不得不做出的选择的实质。人们一般将该问题视为甲给乙造成损害，因而所要决定的是：如何制止甲？但这是错误的。我们正在分析的真正问题具有交互性质，即避免对乙的损害将会使甲遭受损害。必须决定的真正问题是：是允许甲损害乙，还是允许乙损害甲？关键在于避免较严重的损害”^①。这句话，是科斯对权利相互性所作出的简略而精当的概括。它让我们看到，权利并不是绝对的，即使是法律明文规定的权利也不是绝对的，一个人甚至不能绝对地说“这是我的权利”，因为你的权利与他的权利之间，可能存在一个交叉或重叠的部分：你的权利中的某一部分，同时也是他的权利。在当代中国的法律理论中，这种情况被概括为“权利冲突”^②。按照科斯的理论，权利冲突的根源就是权利的相互性。因此，在甲的权利与乙的权利发生冲突的情况下，或者说，在发生外部侵害的情况下，法律上需要解决的真正问题是：把重叠部分的权利归属于甲还是归属于乙？如果仅仅从法律上看，无论是归属于甲还是归属于乙，都是可以成立的。因为双方都可以依法提出自己的权利主张，司法者也可以遵循先例，运用价值衡量、利益衡量之类的法律方法作出裁决。但是，科斯认为，司法者按照法律或先例作出裁决的时候，必须考虑这样一个前提：要避免“较严重的损害”。所谓“较严重”，在科斯的理论中，是用经济制度的运行效率来衡量的，更简而言之，是用“产值最大化”来衡量的。

① 科斯. 企业、市场与法律. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 格致出版社, 上海三联书店, 上海人民出版社, 2009: 97.

② 刘作翔. 权利冲突的几个理论问题. 中国法学, 2002 (2).