

Falü jingjixue

法律经济学

李正生 编著



电子科技大学出版社

D90-059/22

2007

法律经济学

李正生 编著

电子科技大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律经济学 / 李正生编著. — 成都: 电子科技大学出版社, 2007.6

ISBN 978-7-81114-532-8

I. 法… II. 李… III. 法律—经济学—高等学校—教材 IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 087661 号

法律经济学

李正生 编著

出 版: 电子科技大学出版社(成都市一环路东一段 159 号电子信息产业大厦 邮编: 610051)

策划编辑: 朱 丹

责任编辑: 汤云辉

主 页: www.uestcp.com.cn

电子邮件: uestcp@uestcp.com.cn

发 行: 新华书店经销

印 刷: 成都经纬印务有限公司

成品尺寸: 185mm×240mm 印张 33.25 字数 744 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版

印 次: 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-81114-532-8

定 价: 49.00 元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 邮购本书请与本社发行部联系。电话: (028) 83202323, 83256027
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误, 请寄回印刷厂调换。
- ◆ 课件下载在我社主页“下载专区”。

对于我国广大读者来说,“法律经济学”还是一个出现频率不高,甚至比较陌生的词。根据我国传统的学科分类,法学与经济学分属两个不同的学科门类。跨越这两个学科的研究与思考比较罕见也就不足为奇了。但是,实际上许多法律的背后都有着重要的经济学含义,而不论制定法规的人是否能自觉认识到这种含义。

这使我想到了,我国从计划经济体制向社会主义市场经济体制转型的过程中,有时法规或政府的干预会落后于市场经济的实践。例如若干年前,我国的粮价因市场供不应求而出现了较快的上涨,鸡蛋的价格也随之上涨。于是,一些地方政府出于保护消费者利益和稳定市场价格的考虑,规定对鸡蛋的市场零售价实行限价。为什么在计划经济条件下我们能够做到的事情,在市场经济条件下却做不到呢?也许另一个例子是家电产品的价格联盟。几年前,媒体将彩电生产企业制定价格联盟、防止“恶性竞争”作为正面消息报道。这种做法究竟是对还是错呢?可以看到,这样的问题显然不是一个“纯”法律的问题,而会涉及经济学的分析,或者说,要用到法律经济学的知识。

在过去的几十年里,法律经济学在西方有了比较迅速的发展。法律经济学或法律的经济分析已经成为许多学校法学院或商学院开设的专门课程。法律经济分析几乎深入所有法学研究领域,出现了一批受到良好的经济学与法学训练的、在学术界具有重要学术地位的学者,法律经济学的专门刊物不断增加。法律经济学的影响已经走出书斋,对司法实践产生直接影响。

在我国,法律经济学还处于初创阶段,能查阅到的相关文献很少,尤其是对法律各部门进行全面的经济分析的专著寥寥无几。在这一背景下,专著《法律经济学》无疑是对我国法律经济学文库的一个最新的重要贡献。作者先在中南工业大学(现中南大学)取得硕士学位,其后,又在华中科技大学攻读经济学博士学位,受过法学与经济学良好与系统的训练。该书系作者承担的湖南省教育厅青年项目(编号为05B062)——“法律的经济分析”课题的最终成果。全书共分8篇30章,从一个新的视角——法律经济学的角度,比较系统而又全面地梳理了部门法的法律经济学研究的最新成果,并进而对我国的法律理论与实践作出了比较深入的法律经济学分析。

本书的最大特点在于把经济学理论、法学理论融为一体,并与现实生活中的实践紧密结合,完全突破了过去那种单纯从法学的角度分析法律问题的思维方式,以许多实践中的事例来说明深奥的经济学理论。这样就打破了过去那种纯理论性的演绎模式,让人读起来耳目一新。“没有法律规范的经济是无序的,没有经济内容的法律是苍白的。在学科的交融渗透

中，您将看到一个精彩纷呈的世界！”

该著作可作为高等院校法学、经济学、管理学等专业学习了解法律以及法律与经济学相互融合而成的具有交叉性、边缘性的法律经济学这一新兴学科的教材，也可作为国家机关、企事业单位从事法律、经济学工作人员的参考书，对我国立法、司法和政府部门进行的各项政治、法律和经济改革，具有广泛的指导意义。

编者

2007年1月

序言

第一章 什么是法律经济学	(1)
一 法律经济学的基本含义	(1)
二 法律经济学的研究范式	(2)
三 法律经济学的基本方法	(7)
四 法律经济学的理论基础	(9)
五 法律经济学的意义	(13)
第二章 经济学基本理论简介	(18)
一 成本与效益理论	(18)
二 供给与需求理论	(22)
三 均衡理论	(25)
四 博弈论	(27)
五 信息经济学：风险和保险	(30)
六 福利经济学	(36)
七 法经济学基本定理	(39)
第三章 宪法和宪政	(41)
一 宪法的经济学分析的必要性和意义	(41)
二 中国违宪审查制度	(44)
三 公共选择分析	(50)
第四章 行政法一般理论	(60)
一 行政法的经济本质	(60)
二 行政主体理论的经济解释	(62)
三 行政立法	(64)
四 政府行政行为失灵的制度成因	(68)
五 政府行政行为的制度矫正	(69)
六 政府经济行为优化	(72)
第五章 典型行政行为的经济分析	(74)

一	制定行政规章	(74)
二	政府采购制度	(77)
三	行政处罚	(85)
四	行政许可	(87)
五	行政契约	(88)
第六章	民法的诚实信用原则	(92)
一	诚实信用原则的信息经济学	(92)
二	诚实信用原则的博弈论	(94)
三	诚信原则与自由裁量权	(95)
四	中国信用缺失问题	(97)
五	建立信用系统、完善信用制度的建议	(101)
第七章	财产权与物权	(106)
一	财产权基本理论	(106)
二	物权概述	(108)
三	制度经济学方法对物权立法的启示	(116)
四	物权保护	(119)
第八章	侵权行为法	(126)
一	侵权行为的经济理论	(126)
二	侵权行为中的效用分析	(127)
三	如何看待侵权及其合理人标准	(128)
四	侵权过失以及责任分担	(132)
五	故意侵权、过失侵权和严格侵权	(136)
六	侵权损害赔偿的计算	(141)
第九章	合同法	(146)
一	合同法的经济意义	(146)
二	合同法的交易成本	(149)
三	合同无效制度	(151)
四	预期拒绝履行制度	(153)
五	履约免除	(157)
六	合同违约责任	(159)
第十章	婚姻家庭法	(166)
一	婚姻家庭的经济本质	(166)

二 家庭生产理论	(167)
三 婚姻的成立与解除	(169)
四 婚姻解除的后果	(171)
五 对孩子的法律保护	(173)
六 夫妻财产共有与分割	(176)
七 离婚损害赔偿制度	(181)
第十一章 知识产权相关问题	(185)
一 产权界定与知识产权的制度选择	(185)
二 产权交易与知识产权的利用	(188)
三 产权保护与知识产权的法律救济	(192)
四 知识产权制度中的利益平衡原则	(195)
第十二章 专利制度	(201)
一 专利制度的实质是产权界定	(201)
二 专利制度的合理性	(203)
三 专利制度的效率分析	(206)
四 专利侵权	(207)
五 专利保护	(212)
第十三章 著作权（版权）	(220)
一 著作权保护的几个基本问题	(220)
二 著作权的扩张	(222)
三 音像制品中的盗版行为	(226)
四 音像制品保护的 成本与收益	(229)
五 版权用尽	(231)
六 版权平行进口问题	(235)
第十四章 商标法	(239)
一 商标的经济功能	(239)
二 商标的社会成本	(240)
三 商标的取得、转让和存续期间	(241)
四 显著性和通用名称	(246)
五 侵权与混淆	(250)
六 商标平行进口	(252)
第十五章 司法（程序）公正与效率	(256)

一	司法基本价值——公正与效率	(256)
二	司法公正与效率的基本关系	(258)
三	司法公正与效率的制衡	(260)
四	司法公正对效率的基本要求	(261)
五	实现司法改革的效率目标	(262)
六	程序经济与程序公正	(265)
七	诉讼改革的成本策略	(268)
第十六章	法治与审判制度	(273)
一	法治	(273)
二	审判制度	(277)
三	法官的地位	(281)
第十七章	经济学专题分析：民事诉讼法	(285)
一	民事诉讼中的供给与需求	(285)
二	起诉与调解的成本比较	(287)
三	民事诉讼效率	(291)
四	民事执行制度	(293)
五	民事诉讼机制的改革与完善	(296)
第十八章	消费者权益保护和产品责任制度	(301)
一	消费者权益保护的经济学基础	(301)
二	关于假冒伪劣商品	(304)
三	消费者权益保护法经济分析	(312)
四	基于动态博弈模型的消费者诉讼	(315)
五	我国产品责任制度	(317)
第十九章	反垄断与反不正当竞争法	(321)
一	判断垄断适度与否的标准	(321)
二	中国垄断行为的特征及反垄断立法	(322)
三	反垄断法不确定性之克服	(324)
四	反垄断中的合理规则	(327)
五	反不正当竞争的措施与对策	(332)
第二十章	税法	(337)
一	税法原则	(337)
二	税收法律制度的供给	(339)

三	税制优化	(341)
四	税收流失	(343)
五	税收违法行为	(347)
第二十一章	土地管理法	(353)
一	土地法律制度的价值与意义	(353)
二	土地发展权	(355)
三	土地承包经营权	(358)
四	基地使用权	(363)
五	城市房屋拆迁制度	(366)
第二十二章	环境法	(373)
一	环境法的需求与供给	(373)
二	环境问题	(377)
三	环境侵害的司法救济制度	(390)
第二十三章	金融法	(395)
一	金融风险的成本效益分析	(395)
二	金融监管	(397)
三	金融生态	(403)
第二十四章	商法理论基础	(411)
一	商法产生的经济根源	(411)
二	商法的地位和功能	(412)
三	商法的基本价值取向	(413)
四	商法理论的科斯定理	(414)
五	商事立法	(416)
六	商事信用	(419)
第二十五章	公司（企业）法	(425)
一	公司法经济分析	(425)
二	企业社会责任	(429)
三	公司控制权的行使	(433)
四	独立董事制度	(436)
五	国有企业产权改革	(439)
第二十六章	证券法	(446)
一	证券信息公开制度	(446)

二	股票期权激励制度	(448)
三	股市治理制度	(451)
四	证券市场刑事责任	(459)
第二十七章	保险法	(466)
一	保险业诚信问题	(466)
二	保险告知义务	(473)
三	保险监管力度	(478)
四	保险归责原则	(482)
第二十八章	犯罪	(486)
一	犯罪成本与犯罪“效益”	(486)
二	犯罪意图	(488)
三	犯罪行为	(489)
四	犯罪危害	(490)
五	犯罪决策	(491)
六	犯罪预防	(494)
第二十九章	刑罚	(498)
一	刑罚成本与刑罚效益	(498)
二	威慑假说	(499)
三	最佳刑事制裁	(504)
四	结论	(509)
第三十章	刑法作用过程中的经济决策	(510)
一	犯罪决策变动	(511)
二	预防决策变动	(514)
三	司法资源投入决策	(515)

后记

第一章 什么是法律经济学

一 法律经济学的基本含义

何谓法律经济学？这是我们研究法律的经济分析首先碰到并要加以解决的问题。所谓法律经济学，即用经济学的概念与方法去研究法律问题的一门学科。在西方，尤其在美国，一般将其称之为“法学与经济学”。例如，该理论研究领域中最具有权威性、代表性的刊物就冠名为“法学与经济学杂志”（The Journal of Law and Economics，由美国芝加哥大学法学院主办）。在美国，许多法学院开设的有关课程和一些教材或著作，也冠以“法学与经济学”。此外，该学科还有一些类似的称呼，如“法律经济学”，“法律的经济学研究”、“法经济学”。在国内，学者们在介绍这一学科时，对其称谓也不一致，有的称之为“经济学分析法学”，有的则叫“经济分析法学”，还有的称之为“法律的经济分析”。关于这一学科的称谓，虽然很多，但大同小异，无关宏旨。关键在于说明其内容是一门法学与经济学结合而成的新兴学科，是法学与经济学相互渗透融合而成的一个新兴的理论体系和学术流派。

广义的“法律经济学”指的是对社会中法律现象和经济现象之间的关系的研究。它既包括从微观、具体层次上讨论两者之间的关系（如波斯纳等所作的分析），又包括从宏观、抽象的层次上说明它们之间的联系（如马克思关于经济基础和上层建筑的关系的论述）。从内容上看，“法律的经济分析”不仅包括了运用经济理论和方法来研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展，而且还应包括对法律在社会运行中对经济活动所造成的影响进行探讨。

这么理解基于这样一种事实：法律与经济是两种密切相关的社会现象，法学与经济学则是两种互有交叉的重要学科。的确，法律与经济天然具有一种亲和力，就像马克思指出的那样，法律表明和记载经济关系的要求。法律与经济的这种特殊关系决定了它们必须互为参照、相互借鉴、双向分析。也就是说，既要对法律进行经济分析，又要对经济进行法律分析；既要分析经济系统的运作对法律的影响，又要注重分析法律系统的运行对经济系统运行的影响。

这种理解也缘于罗纳德·科斯的影响。科斯（1997）就把“法经济学”分成两个部分：一部分是运用经济学分析法律；另一部分是法律系统的运行对经济系统运行的影响。另外，尼古拉斯·麦考罗（Nicholas Mercuro）和斯蒂文·G·曼德姆（Steven G. Medema）也说

过：“法经济学是一门运用经济理论（主要是微观经济学及福利经济学的基本概念）来分析法律的形成、法律的框架和法律的运作以及法律与法律制度所产生的经济影响的学科。”国内学者魏建则对法经济学进行了广义和狭义两种区分。广义的法经济学是指对社会中法律现象和经济现象之间的关系的研究，狭义的法经济学就是指20世纪60年代以后在美国形成的以芝加哥大学和耶鲁大学的一些学者为代表的当代法经济学（也就是波斯纳所谓的“新”法经济学）。

（二）法律经济学的研究范式

（一）微观经济学——法律效果的预测

微观经济理论，其实就是自由市场运行的经济理论，它的核心就是价格理论。它几乎是19世纪后期至20世纪30年代中期西方经济学理论的全部内容，直到现今都是西方主流经济学的主要内容。它在遵循四个假定（稀缺性，最大化或最小化，人的偏好不同，市场制度）的基础上，运用成本—收益分析方法，对人的经济行为及相互关系进行分析，解释说明市场经济社会运作的原理。

微观经济学在法的经济分析中最主要的作用是，对各种法规（包括现实中正在实施的或将会选择的）的效果进行预测。有趣的是，这种分析的结果往往表明，一个法规的效果与立法者的立法目的会背道而驰，或与立法者所希望的会背道而驰，从而给立法者对有关法律的法立、改、废提供参考。

看看下面的例子。某城市住房供应紧张，房租较高，引起低收入租房者的抱怨。政府从维护低收入又从租房者的利益出发，通过了一项法规，对最高房租进行控制。那么，对房租的控制会出现一种什么样的结果？经济分析可以给我们提供答案。

按经济学的价格理论，在竞争的租房市场上，市场均衡点如图1-1所示，在E即当房租为P时，租房者可租到（出租者愿提供） Q_0 量的房子。由于政府规定最高租金c低于市场均衡点E时的租金P，这时出租者只愿提供 Q_1 量的房子，而租房人需要 Q_2 量的房子，即在

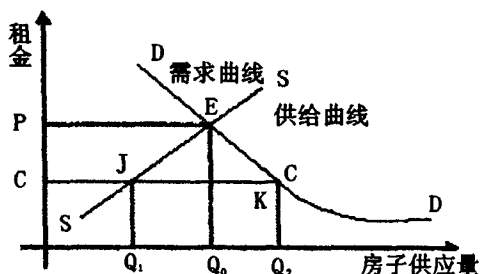


图 1-1

J和K（人为均衡点）之间的租房人无法得到房子。只有提高房租上限，租房供应量才会沿SS上升，其后果为：新建住房提供更多的住房面积，亦引起原有的租房更有效地加以利用。可见，最高房租法令，引起两种后果：一是租房供应减少（开发商无建新房出租的动力，原住房主人也不愿维修从而使成为不可租住房），引起住房更加紧张；一是人们渴望得到住房，非租金以外的支付出现了，如人们为了得到出租房，不得不贿赂房东，或者支

付高额保证金,总费用反而可能高于均衡点 E 时的租金。这亦被世界许多城市的历史经验表明。正因此,欧洲一位批评家说了句挖苦最高租金法令的话:“在破坏城市方面没有什么能比租金控制更有效的了——除了轰炸之外。”^[1]针对此,经济分析认为,假如通过一项给低收入租房者一定的房租补贴的法令,这样租房者愿以较高房租租房,这就引起租房供应量增加,即上面提到的租房供应量沿 SS 上升,从而缓解租房供应紧张状况。以上分析不难看出得出这样一种结论,要使低收入租房者免受住房紧张之苦,一个有效的办法是,给租房者一定的租房补贴。

这个例证及许多类似的情况说明,通过对法律的经济分析,可以使人们认识到,法律对契约条款的强制干预,将导致价格变更,或对价格干预引起行为变化导致供求变更。因此,立法者要充分预测到这种变化,才能选择适当的法令,实现立法目的,否则往往事与愿违。

这一分析建立在有一个完备的市场基础上。它说明在有完备市场条件下,政府要实现立法目的,只能充分利用市场机制,否则,就会扭曲市场,最终导致法令“扭曲”——即法律实施结果与立法目的背道而驰。

但在某些情况下并不存在市场,一些结果的产生,并非交易之结果,即一些人提供一些“东西”没得到补偿,而一些人得到一些“东西”也没有支付费用。如事故和犯罪,以及在工业社会中大量存在的“外部性”。在分析这些情形的过程中,经济分析的贡献是,模拟一个市场,把产生结果的合理选择因素包含在分析之中,以说明这种通常被认为是不合理的或是没有作选择的结果,其实也是合理的、选择的结果,只不过是单方选择的结果。

(二) 新制度经济学——设计法律

经济学中的制度学派分为旧制度学派和新制度学派。这种新旧之分,虽含有产生时间先后之义,但更主要的是由于存在两种不同的思想传统。旧制度学派始于 19 世纪末 20 世纪初,并延续至今,其思想是美国的制度主义传统。这一思想传统与凡勃伦、米契尔、康芒斯以及现代的塞缪尔斯等有关。新制度主义始于 20 世纪 60 年代,其发展虽只有三四十年,但已成为当今经济学中的一种时髦,对现代经济学产生了很大影响;其理论可以说是源于古典主义、新古典主义以及奥地利经济学中制度主义因素,是这些传统的再现和扩张。前者被称为“老”制度经济学,简称为 OIE;后者被称为“新”制度经济学,简称 NIE^[2]。

法律的经济分析中所言及的制度经济学意指新制度经济学,又称现代制度经济学,更确切地说法律的经济分析学派是新制度学派的一个分支。

现代制度经济学内部又包括不同的类别,就对分析、读解法律而言,主要对如下领域进行了研究:(1)有关产权(主要代表是德姆塞茨、阿尔钦安)和法律(主要代表是波斯纳)的研究。(2)有关代理理论(由麦克林发展)及交易费用理论(由科斯开创,威廉姆森、张五常等应用和发展),对组织及制度的研究。(3)道格拉斯·诺思结合以上理论对制度经济史学的研究。另外,新制度主义还包括奥地利学说(当代主要代表人物是哈耶克)和新熊彼特学派用看不见的手或演进术语,结合博弈论解释各类制度发展的尝试^[3]。这些

方面是互补的,概括起来,可以说其内容主要阐述了两大问题,即制度变迁理论和制度影响理论。

新制度经济学的一个重要研究结论是:“制度是重要的”,因为一个组织在制度上做出的安排和确定所有权所造成的激励状况,决定着一个经济组织的经济效益。不仅如此,制度的不同安排,还影响一个社会的交易费用高低^[4],从而影响到一个社会的分工和专业化演进。可见,制度决定着一个社会的经济增长状况。

制度如此重要,那么制度是什么?新制度学派对此作了明确回答,即制度就是管束人们行为的一系列规则,这些规则涉及社会政治及经济行为。正如诺思所言:“制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范,它旨在约束追求主体福利或效用最大化利益的个人行为。”^[5]这表明制度的内容非常广泛,种类亦五花八门。从其产生的渊源来说,有自生的——即随着人们之间的互动自然而然地形成的和由人类理性刻意构造的。从对人的约束方式看,有外在约束的(又称他律的制度)和内在约束的(又称自律的制度)。从功能来讲更为复杂,仅以其经济功能为例,就可分为四类:(1)用于降低交易费用的制度。(2)用于影响生产要素的所有者配置风险的制度。(3)用于提供职能组织与个人收入流之间联系的制度。(4)用于确定公共品和服务的生产与分配框架的制度。

基于对制度的这一认识,制度学派必然要考虑如何设计制度——当然包括如何设计法律制度——以提高经济效益。科斯对这一目的曾给以明确阐述,并把此说成是他与波斯纳的分歧所在。即以效率为设计法律的原则和目的,加之其思想渊源中有“功利主义”的传统,因此,新制度学派的效率观就与福利经济学的理论发生重合(这样亦可把福利经济学理论作为法律经济分析的经济学工具)——即以帕累托效率作为目的。

一旦把效率作为法律的目的,在权利的分配中,法律经济分析学派主张把权利分配给最有效使用的人(或这种分配最能节约交易费用)。如许多法律经济分析的专著中经常提及的关于排放烟尘的工厂与附近一家营业性洗衣店权利的分配问题,到底是工厂有污染的权利还是洗衣店拥有免受污染的权利,经济分析认为在交易费用存在时,应当把权利分配给最能节约交易费用,亦即使社会效用最大化的一方^[6]。

对责任的分配,若从效率出发,应把责任分配给预防事故发生成本最小的一方。如在侵权法中,常提及著名的汉德公式: $B < PL$ 。式中的B表示预防成本,P为损害的概率,L表示损害金额。这一公式的意义是,只有当侵权人预防侵权发生的成本小于可能造成的损害时,侵权人的行为才构成过失,才承担责任^[7]。另外,以效率为目标或原则分析法律,亦可说明民法上的自由原则、诚信原则。自由原则,我们可从上述租房契约例中看到,政府用法令限价或附加什么条款,其结果是无效率的。诚信,按经济学分析,信誉是长期重复博弈中,人们为谋求长期利益最大化的手段。

可见,新制度经济学理论中的制度影响理论,对立法者选择什么样的法律规则,提供了规范性原则。

（三）公共选择理论——法律为什么是这样？将是怎样？

公共选择理论正式发端于1957年，由詹姆斯·布坎南和沃伦·纳特所创立。在其创立初期，因与传统主流经济学的基调不符，被经济学界忽视，后经布坎南、塔洛克、缪勒等学者的不懈努力，公共选择理论的影响日渐扩大，1986年诺贝尔经济学奖授予布坎南，是这一理论得到经济学界普遍认同的标志。

公共选择理论坚持传统经济学中的基本假定，并用传统经济学的分析工具揭示了政治家及政治决定参与者的“经济人”本质。正如布坎南所说：“我们想要做的事情，就是把40年来人们用以检查市场经济的缺陷和不足的方法，完全不变地用来研究国家和公共经济的一切部门。公共选择理论只是明确地提出有关公共经济的一般理论的一种努力……”^[8]于是乎有人便认为公共选择理论只是传统微观经济理论的应用，但事实并非如此。公共选择理论在承认现代经济需要政府干预的同时，思考了传统经济学没有思考过的一些重大问题。政府能有效地做到人们期望它做的事情吗？政府真的会创造出一个公正的社会吗？为回答这些问题，向传统的“仁慈国家”及对人的二重标准——即政治活动中只有遵循公共利益的“经济人”似的公务员与市场中的“经济人”——这些传统观念提出挑战，认为这绝对不可能。基于此，公共选择理论严格遵守“经济人”假设，把政治舞台模拟为经济意义上的市场，分析人在政治市场上对不同的决策规则的反映，以期阐明并构造一种真正能把个人的自利行为导向公共利益的政治秩序。这些都说明了公共选择理论对经济学理论的创新与发展。

公共选择理论的主要内容包括：公共物品理论、政府失灵理论、利益集团理论、寻租理论和宪法经济学等理论。这些对我们从一个新的维度认识法律为什么是这样？将是怎样？即理解现今法律制度的“所以然”，特别对理解宪法、行政法存在的必要和走势提供了理论基础，对此我们可从下列的分析中说明。公共选择的最基本理念认为，政治活动中的人与市场中的本质上没有区别，“都是追求效用最大化的人——政治活动表现为一种特殊形式的交换，而且就像在市场关系中那样，理想上还期望这种政治关系使所有各方都互有收获”^[9]。这意味着，政治过程有时可以是一种正和博弈，当然，有时可能是一种零和博弈。正因如此，必须对权力进行约束，而约束权力的最好办法就是不能让权力掌握在一个人或一个集团手中——即必须分权。

可见，西方的分权理论，及以此为基础的宪政理论，就是以政治中的人亦是“经济人”这一对人的假设为基础的。或者说“经济人”假设，是对孟德斯鸠所说的“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”这一名言的经济学注解。深受孟德斯鸠思想影响的美国民主理论——麦迪逊式的民主理论（这种理论实际上已体现在美国的宪法结构中）亦是如此，上述如布坎南所言：“有证据表明，麦迪逊本人曾经假定，人们在其私人行为与集体行为中都一样地遵循着效用最大化政策，他之渴望限制多数派与少数派两者的权力，至少在某种程度上就是以对这种动因的认识为基础的。”^[10]

公共选择理论分析的主要结论是“政府失灵论”。公共选择理论家承认“市场失灵，国

家（政府）应当干预，但问题是政府干预能否解决问题，对此布坎南等人对政府干预提出两点疑问：（1）什么东西能够保证政府做出的决策恰好符合集体偏好结构？（2）即便这些决策是好的，是符合公共利益的，有什么东西能保证政府行动的结果符合立法者的初衷？把这两个问题稍加转化，我们可以这样追问：（1）什么能保证立法机关选择的立法方案是最符合全民福利最大化的方案？（2）即使立法是好的，即立法者能选择出符合社会福利最大化的立法方案，凭什么能保证执法、司法机关能依法办事，从而使法律执行结果符合立法者的初衷？对这两点疑问现代民主社会能否解决，答案是否定的，这由以下原因所决定：

其一，政府是无意识、无偏好的“稻草人”。因为政府是由政治家和政府官员组成的，因此，政府行为和目标在很大程度上受政治家和官员的动机支配。而政治家如同经济中追求利润的企业家，“为了实现他们的个人目的，他们制定他们相信能够获得最多选票的政策……”这势必导致，他们往往屈服于代表特殊利益的压力集团，颁布有利于这些利益集团的立法和政策。

其二，政治市场的双边垄断（官员垄断公共部门的服务供给，政治家垄断了公共部门的服务需求）的特性，这样政治家和官员在扩大政府预算规模上“不谋而合”，导致政府规模不断膨胀，公共产品仍不能有效提供。

其三，在存在几种提供公共物品的方案中，应选择哪种方案的公共选择有两种方法——直接民主和代议制民主。在直接民主下，通行两种选择规则：一致同意规则和多数投票规则。按一致同意规则做出的集体选择无疑是帕累托最优状态。但现实中这种规则因操作中成本太高，加之往往使对多数人有利的方案无法通过，导致没有选择结果，造成资源浪费等原因，而很少被采用。因此，多数投票规则是民主社会经常使用的投票规则。^[11]

就多数投票规则而言，因为阿罗不可能性定理告诉人们，就什么是“社会需要”这个问题本身就不可能有答案，因此会出现“投票悖论”^[12]，这势必导致对选择程序控制权的争夺；另外，由于个人的偏好强度在投票中难以反映，及选民（出于认为自己的投票对最终结果几乎没影响）对公共选择活动的冷漠，这些都导致政府失灵（政府的各种立法或政策并不一定能促进社会福利最大）。

以上理论分析向我们昭示，法律为什么是目前这种样子，同时也向我们说明法律的命运。这就是，立法者没动力去寻找应然之法（最能促进社会利益最大化实现的规则），即使研究法学的学者或专家，从理论上找到了应然之法，但立法者的“经济人”本性决定，没有一定的约束，他们亦不一定将采取此种最佳立法方案，使应然变为实然。不仅如此，假若立法者选择了最佳立法方案，但这种法律在执法、司法过程中也不一定会按立法者的意图被实施，现实法律运行中大量存在的贪赃枉法现象就是对此的最好说明。

可见法律的未来走向取决于对政府失灵的矫正状况，鉴于此，以布坎南为首的公共选择学派主张宪法改革，这种改革就是通过重新确立一套经济和政治活动的宪法规则来对政府权力施加宪法约束，通过改革决策规则来改善政治。这就是说，法律在多大程度上能代表社会利益、法律在多大程度上能按立法者的意旨执行取决于宪法的完善程度，以及以宪政为基础