

第六卷

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

第六卷

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6卷 / 刘星主编. —北京: 法律出版社, 2007. 4

ISBN 978-7-5036-6986-6

I. 中… II. 刘… III. 法学—研究—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 042301 号

© 法律出版社·中国

中山大学法律评论
(第6卷)

刘 星 主编

责任编辑 刘伟俊
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24 字数 433 千

印次 2007 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6986-6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会主任：刘恒

编辑委员会副主任：周林 徐忠明

编辑委员会成员 (以姓氏笔画为序)：

马作武 王仲兴 李挚萍 杨建广 杨 鸿

张民安 黄建武 黄 瑶 信和 谢石松

谢晓尧 慕亚平 蔡彦敏

主 编：刘星

执 编 辑：丁晓东

目 录

【主题论文·研析】

新法律经济学产生与发展原因探析	周林彬 / 1
公共政策在侵权法中的地位	张民安 / 18
殡葬改革中的法律规避现象研究	董淳铎 / 47
美国对华反倾销中的生产要素方法研究 ——兼及中国的法律对策	张 亮 / 64
美国统一冲突法的道路选择	王承志 / 76
新的国际格局下联合国的出路探析	慕亚平 张彩霞 / 94
高校法治建设研究	崔卓兰 王立峰 / 107
美国司法审查的理论基础	张志伟 / 125
大国的共和之道 ——以美国立宪为例	刘 诚 / 137
当代中国立宪的回眸与展望	郑琼琰 / 147
“不道”罪的特质、源流与功能 ——文化视角下的解释	梁文生 / 158
“以群术治群”何以为梁启超民权思想的核心	邢益强 / 185
法律与文学 ——两种社会控制策略的谋和	陈文琼 / 201

【专题评论·思辨】

论中国区际刑事法律冲突	王仲兴 周 娅 / 218
也论国际投资法的调整对象 ——兼议我国外资法与证券法的立法选择	陈 东 / 229
论国际恐怖主义的法律概念 ——以《关于国际恐怖主义的全面公约》为视角	陈致中 / 240
诉讼时效效力研究	葛承书 / 259

【热点分析·关注】

- | | |
|-----------------|---------------|
| 公司法中“政府管制”的适度性 | 王红一 / 283 |
| 论我国土地发展权之归属 | 刘国臻 / 301 |
| 新型毒品犯罪的定罪量刑 | 杨 鸿 高军伟 / 310 |
| 增值税犯罪的死刑废止论 | 吴玉梅 杨小强 / 321 |
| 逻辑起点与制度选择 | |
| ——论劳动教养应当“如何”改革 | 庄 劲 / 331 |
| 未成年人权益的司法救济 | |
| ——以来自监护人的侵害为视角 | 卓冬青 / 343 |

【他山之石·介译】

- | | |
|---------------|-----------|
| 穗积陈重的法系划分思想简论 | 邓伟平 / 354 |
|---------------|-----------|

【南国动态·地方】

- | | |
|----------------------|-----------|
| 泛珠三角区域知识产权发展战略的制定与实施 | 李正华 / 363 |
| 粤港两地排污权交易制度的探讨 | 李挚萍 / 370 |

主题论文·研析

新法律经济学产生与发展原因探析*

◆ 周林彬**

无疑,以“诺贝尔现象”著称于世的新法律经济学,^①起源于19世纪60年代的美国法学

* 本文系作者主持国家“十五”社科基金规划项目:《法律经济学研究》中期研究成果之一,并受到中山大学“985工程”港澳研究哲学社会科学创新基地的资助。

** 周林彬,法学博士,中山大学法学院教授,博士生导师,中山大学法律经济学研究中心主任。

① 所谓“诺贝尔现象”,是指以“经济分析”法律问题(尤其是非经济法律问题)著称于世的新制度经济学家,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。新法律经济学与旧法律经济学相比的一个显著特点是,后者对法律经济分析的范围,仅限于个别经济法律领域,而前者对法律经济分析的范围,已拓展到所有经济和非经济法律领域,从而扩大了法律经济学的影响,使法律经济学才得以经济分析法学的名义正式成为一个独立的法学流派。以美国为例,卡拉布雷西的《关于风险分配和侵权法的思考》(1961)、波斯纳的《法律的经济分析》(1973)、贝克尔的《人类行为的经济分析》(1976)、赫希的《法和经济学》(1979)、考特和尤伦的《法与经济学》(1988)等著作的问世,充分体现了法律经济学的发展态势:从法理学到法律具体部门分析、从实体法到程序法、从市场法律行为到非市场法律行为、从法律定性分析到法律定量、实证分析[参见波斯纳(1973)]。Rowley(1989)将新法律经济学的根本特征描述为:将市场经济学运用到那些在传统上被认为对市场行为没有影响(如侵权与犯罪)、只是作为市场失灵的条件——法律制度、规则和程序等法学领域。(Rowley, “Public Choice and the Economic Analysis of Law”, in Nicholas Mercuro(ed.), Law and Economics, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 123-173)

院——虽然有不少学者试图从19世纪德国历史学派和美国制度经济学派论证法律经济学运动的起源。^①但是,就我们目前所熟悉和接受的新法律经济学来看,其研究方法虽然以新古典学派所使用的数学化的、微观分析方法为主,但是其研究对象也已经不再局限于经济管制和经济政策,而是如同1992年诺奖得主贝克尔教授在其得奖讲演中所说的那样“通过效用最大化、向前看的棱镜观察”所有人类行为,包括歧视、犯罪、人力资本、家庭关系等非市场行为。^②

笔者认为,新法律经济学运动起源并发生于美国,有其实践、理论、文化和学科方面的原因。认真分析这些原因,对于准确认识和把握法律经济学产生与发展的一般规律,并借鉴此规律用以指导中国法律经济学的健康发展,至关重要。

一、实践方面的原因:以法律社会化为例

诚然,新法律经济学的产生与发展,是法律与经济关系日趋密切的结果。换言之,这种法律与经济日趋密切的关系,不仅表明了经济学对法学的影响力日趋增强的理论过程,而且表明了法律对经济的影响日趋增强的实践过程。这种理论过程和实践过程,与法律对经济生活的影响不断强化,以至于全面渗透于社会经济生活的法律社会化进程是相同步的。因此,法律社会化是新法律经济学产生和发展的一个重要的实践方面的原因。

比如,在新法律经济学创立期的美国,由于来自法律社会化的推动力,经济学和法学结合开始变得紧密起来。以卡尔·卢埃林、杰罗米·弗兰克等法学家为首发起的法律现实主义运动,^③促使人们改变以往法律形式主义所倡导的概念式法学教学,将眼光更多地投向复杂多样的社会经济现实。这场运

① Hovenkamp, The First Great Law and Economics Movement, 42 Stan. L. Rev. 993 (1990).

② Gary Becker, The Economic Way of Looking at Behavior, 101J. Pol. Econ. 385, 386 (1993).

③ 法律现实主义运动(legal realism movement),这场运动的核心思想就在于把法律从所谓的“古典法律思维”(classical legal thought)的真空中剥离出来,把法律作为一种用以进行社会控制(social control)的工具,实际地去考察法院做出判决的过程究竟如何,去考察法律是否契合了社会经济生活的组织方式(对合同自由的反思,对公司治理问题的考察)等。在这场运动中,参与者不仅有法律学者,也有大量的从事社会科学研究的学者;不仅是参与者的身份,他们所使用的研究方法和进路也完全不同于古典的法律推理,而是大量采用了社会学、人类学、经济学、统计学、心理学等各类社会科学的研究工具,比如 Underhill Moore 和 Charles C. Callahan 运用心理学模型对市政停车管制遵守情况的研究就令人信服地揭示了法律是如何达到其目的的。虽然法律现实主义运动在战后慢慢衰落,但正如凯恩斯主义之于经济学一样,法律现实主义运动的衰落不是因为它的失败,而是因为它已经真正融入了美国法律研究之中,已经成为法律研究的常识。正如一篇回顾法律现实主义运动的书评文章开篇所说的那样,“我们现在都是法律现实主义者了”。

动为法律与社会学和经济学的结合开辟了道路,导致了一些法学院尝试性地开设经济学、社会学等课程。法律社会学和新法律经济学也由此产生。

法律社会化的实践背景是,美国经济大萧条所带来的经济危机,让人们认识到市场并非万能,它也需要政府对市场进行必要的干预。此间凯恩斯主义借助罗斯福新政在解决美国经济萧条上的成功为政府干预披上了合法的外衣,大量的社会性经济立法(如经济管制法)的出台,使凯恩斯主义的影响力上升到极致。

然而,政府依法干预的经济政策并非完美无缺,“市场失灵”与“政府失效”同时存在。到了20世纪60年代后,面对西方经济滞涨的现象,人们开始反思国家依法干预经济导致的“政府失败”,促使人们逐渐意识到法律尤其是政府管制市场的成文法规对经济的作用是有限的,只有适当的法律,才能在消除市场失灵的同时,消除政府失灵。比如贝克尔早在1968年关于犯罪与“最优监督”的理论分析就从侧面证明了适量法律对制约政府腐败、提高政府效率的积极作用。^①

可见,法律社会化背景下政府通过社会性立法干预经济中出现的“政府失败”的现实,要求政府必须全面检讨法律社会化进程中法律对社会经济的作用。比如在如何管理市场这一问题上,经济学家将目光投向了法律,即政府如何利用法律手段干预经济。^②而关于腐败、政府干预的成本与收益、有限政府的研究不断深入的同时,社会法治化运动在全世界范围内如火如荼地开展,也推动了法学与经济学的融合。法律经济学也从早期多以经济学家为代表人物,分析对象多局限于反垄断法等政府管制市场的社会性成文法规,逐步进入以法学者与经济学家为主要支柱,研究对象向私法、司法程序等法学领域全面扩展,法学与经济学的结合从磨合期进入融合期。

笔者注意到,法律社会化不仅是新法律经济学产生的社会实践原因,而且也是法律社会学产生的社会实践原因,所以法律经济学和法律社会学,就有更多的“共同语言”及其在此“共同语言”基础上产生的共同价值取向。

比如,法律社会学与新法律经济学都具有强烈的“工具主义”价值取向,都是根据自身的价值取向来评价法律。作为法律的边缘综合性学科,不仅表现在研究内容上的密切联系,更主要的是表现在研究方法的互相借

① 巴格瓦蒂(Bhagwati,1982)和克鲁格都从不同角度论证了政府干预与腐败之间的密切联系,随后不少学者从实证角度印证了政府干预与腐败之间的相关性。而由政府干预导致的腐败行为,其对经济效率、政府效率的破坏性已毋庸置疑。

② 美国自安达信事件后重新考虑有限政府问题并出台强化公司治理的法规,我国2004年开始实行《行政许可法》以进一步推动政府法治运动、规范政府干预,证明了法律与经济全面结合的必要性及重要性。

鉴和综合运用。法律社会学主要是借鉴社会学的社会调查和统计分析等实证性较强的研究方法来研究法律问题,而新法律经济学则是运用经济学中微观经济学的定量分析和模型分析等精确化程度较高的研究方法对法律问题进行研究。可见,它们分别为法学研究提供了法学学科之外的社会学和经济学研究方法,是法律研究的一种方法和工具。当然,由于各个学科都有各自的学科价值取向,所以学科的研究方法都是以本学科的价值取向为方向,因此在借鉴经济学和社会学研究方法研究法律问题的同时,必然要以该学科的价值取向作为研究方向,如新法律经济学的效益价值是其研究的主要目标,而法律社会学的公正、正义等体现社会利益的价值是其研究的主要目的。

又如,法律社会学与新法律经济学都是一种反形式主义的研究方法。^①因为传统的法学研究方法主要是规范分析,对于法律,首先要判断的不是科学与否,而是正当与否、公平与否,也就是说,传统的法学研究是在其法律自身特定的价值取向指导下,基于法律自身的概念、原则和规则的演绎原则,形成的一套不受其他社会价值影响的独立规则体系。法律因此成为法学家的规则,脱离了现实社会,成为名副其实的空中楼阁。而新法律经济学和法律社会学则认为法律不仅仅是一套纯粹形式的、独立的规则体系,而是一套受各种外部社会因素影响的制度。只不过新法律经济学强调社会经济因素的作用,而法律社会学强调伦理道德、文化传统、政治结构等因素的作用。尽管有此区别,但法律社会学与新法律经济学都力求将使法学研究回归社会,成为普通社会成员的规则。

导致上述新法律经济学与法律社会学共同价值取向和研究方法的又一个重要原因,是法律经济学借鉴了法律社会学所坚持的法律现实主义的傳統,特别是在关于司法决定如何权衡利害、提高效率的方面,两者之间的密切联系显得尤为清楚。比如波斯纳在为卡多佐写的评传中,对于他的关于社会福利的观点和判决意见中所展现的“原始经济学的分析”给予了很高的评价。不仅如此,通过行为科学、实验心理学等媒介,新法律经济学和法律社会学之间也有许多互相重叠、融合的地方。所以,认为新法律经济学主要是在科学主义的效率的意义上,发展了“法与社会”的范式的观点是正确的。因为“法律现实主义的真正意义并不在于把法律与社会学具体结合起来,而且这种结合并非简单地来源于实践,它的意义在于为将来法律和某种社会学特别是经济学结合开辟了途径。在法律现实主义影响下建立的法律与经济学

① [美]皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大词典》(中译本)第2卷,法律出版社2003年版,第535页。

与社会学之间的融合就证明了这种有限的结合。”^①

正是由于上述结合,在新法律经济学日趋发达的美国,目前许多新法律经济学者已经在有意识地探讨法律经济学与社会学的融合。如波斯纳主张消除阻碍社会学与研究法律的其他学科完全融合的界限。^②特别是由于新法律经济学将其理论和经验主义方法全面运用于各个法学领域,除了经济因素影响较大的反托拉斯法、产权法、侵权法、合同法和经济法规等法律领域,还涉及宪法、家庭法、社会保障法、法律实施和司法管理等非经济因素影响较大的法律领域,力求寻找它们背后的经济动因。然而由于新法律经济学仅仅关注经济因素,使得其难以对非经济因素起主要作用的法律领域提供一个合理全面的研究框架,即使是对产权法等经济性法律制度,新法律经济学也常常无法历史地解释其产生和发展的过程,为此借鉴法律社会学的研究方法和思路,弥补新法律经济学对非经济法律问题研究的不足,十分必要。

进一步分析,因为法律社会学融合了现代社会学中各门学科的研究方法,吸收了各门社会学科的价值取向,形成了自身的稳定、公平、正义和效益等综合的学科价值追求。在这些价值指引下,法律社会学能够采用历史的、比较的、联系的分析方法,从政治、经济、伦理、道德、文化等全面的角度去研究问题,从而克服了法律经济学家仅仅通过数据整理、公式推算和法律成本收益计算等理性分析的片面性和不现实性。

当我们在为新法律经济学和法律社会学找到更多的“共同语言”兴奋不已之时,我们不仅发现许多法律社会学者步入法律经济学研究领域,而且发现一些新法律经济学者的著述中有许多与法律社会学相同或相似的观点和思路。但同时也应该清醒地认识到,新法律经济学更适合于分析与经济因素密切相关的经济法律(如民商法和经济法等)问题,法律社会学更适合于分析与社会伦理、道德、文化传统相关的非经济法律问题(如刑法和婚姻法等);而且,新法律经济学更多的是为我们分析未来的法律制度应该是什么样的,而法律社会学则是更多地为我们解释现在的法律制度是怎样演变而来的;新法律经济学可为法律社会学的研究课题带来更系统的理性分析,而法律社会学则能为经济分析提供一个丰富全面的经验性分析资料。因此,新法律经济学需要与法律社会学形成一种良性的互动关系,我们应该抛弃学科间意识形态的局限,特别是努力消除新法律经济学与法律社会学之间相互融合

① [美]皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大词典》(中译本)第2卷,法律出版社2003年版,第535页。

② 见前引。

的障碍,^①为新法律经济学与法律社会学的互动研究提供一个良好的学术氛围,让它发挥自身的优势。

从中国的实际出发,中国法律传统体系是大陆法系传统,大陆法系是以严格的形式逻辑推理为自身体系完善的途径,这种方法通常不考虑法律之外经济等社会因素的影响。但是中国经济改革的重心在于实行市场经济,实行市场经济的关键在于掌握市场资源的有效利用,根据马克思主义的经济基础决定上层建筑之历史唯物论传统,我国法学研究对经济改革的一个现实反映,就是在法学领域效益原则的确立和法律经济学研究方法的采用。

但是,因为新法律经济学来自于西方,主要是受西方的历史观、社会观所指导的。因此,西方法律经济学研究中缺乏中国社会的利他主义和平等主义等“法正义”的价值取向,无形之中影响到中国法律制度的变迁,这些类似的问题需要借助法律社会学的历史、政治和道德等方法才能获得解释。总之,仅仅运用法律经济学分析论证出来的法律制度,是难以在中国社会中获得强大的生命力的,只有积极借鉴法律社会学的研究方法,才能将西方的法律经济学变成具有中国特色的法律经济学。

二、理论方面的原因:以经济学帝国主义为例

一般认为,新法律经济学的产生与发展,是经济学帝国主义在法学研究中的一个典型表现。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、宏观经济行为等经济学问题范围向非经济学领域的扩展。这种“侵略”是沿着多条道路进行的,并经过扩张和渗透,经济学征服了越来越多的其他非经济学科领域,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。其中现代法律经济学的形成与发展则是经济学帝国主义运动中的一个重要力量。从这种意义上说,经济学向法学的拓展,是新法律经济学产生与发展的一个重要理论原因。

比如,卡拉布雷西从经济学的视角比较系统地研究了侵权这一普通法的重要领域的法律问题。卡拉布雷西出色地分析说明了简单的经济学原则作

^① 波斯纳在赞成法律经济学与法律社会学之间的“共同语言”的同时,指出了两者之间的差异,确切地说是两者融合的障碍。他认为,美国的法社会学者所提出的理论存在片面性、缺乏经验证据、所用统计学方法的现代性不足等缺陷。他强调法社会学缺乏一个引人注目的假设去对抗科斯定理、普通法的效率论、雇佣的人力资本解释、代理成本、寻租、选择假设、临时成本、财产权的经济学以及归责原则、严格责任、有效市场的假设等。与他“太多警告”的观点一致,他很少谈及社会学思想引入法律经济学研究。一些社会学家同样也对法社会学与法律经济学之间的联系持批判态度,但原因不同。正如科斯提醒我们的:只有经验能够说明是纯经济学的方法有相对优势,还是丰富后的经济学方法更好。

为一种解释整个法律体系的原理的巨大力量,以及在法律体系的改革中所起到的基础性作用。^① 1973年美国芝加哥大学法学院教授波斯纳出版了《法律的经济分析》一书,不仅全面吸收了以往对法律经济分析的各种研究方法和成果,而且将经济分析的视角从以往的经济法律领域扩大到非经济法律领域。该书对多个法学领域:如财产法、契约法、家庭法、侵权法、刑法、法律史、法哲学、反托拉斯法、劳动法、公用事业法、公司法、证券法、信托法、税收法、程序法等,进行了经济学分析;更重要的是,波斯纳的法律经济分析还在现存法律体系整体的基础上,构建了全面阐释法律的经济原则的宏大体系。其研究中贯穿的经济理论原则,是为了佐证法学家对法律制度的某种认识。可以说,波斯纳该书乃以一种直接简明的方式由法律人写给法律人的著作,它试图更清楚地表达经济学术语,并且采用了法律人所熟悉的法律领域的一些特性,并据此建立一个完整的新法律经济学理论与实践体系。

可见,新法律经济学,不再把对法律的经济分析视为经济学对法律的偶尔或部分关注,而是当作经济学研究的主要内容与基本使命,在此基础上产生了对法律进行全面、系统的经济分析的理论体系,即新法律经济学体系,在经济学领域中已获得独立学派的地位,标志着法律的经济分析进入了崭新的境界。一些诺贝尔经济学奖得主如斯蒂格勒、贝克尔、布坎南、科斯、诺思等关于法律经济分析的理论,已经上升为法律经济学的范畴。法律经济学这一概念,也首次出现在与新制度经济学相关的美国经济学词典中。对此经济学帝国主义对新法律经济学产生与发展的重要作用,还可以从以下几个方面进一步认识:

1. 新法律经济学的产生与发展表明,被经济学“入侵”的法学领域,无一例外地牵涉到人的自利以及资源的稀缺。这样,以自利(追求自身效益最大化)和资源稀缺为分析前提的经济学,就能够在法学领域一展风采、大显身手。也正是因为法律的目的在于通过规范人与人之间的关系以确立秩序,而规范人与人之间的关系必然考虑到人的本性——自私这一问题,而人的自私也根源于资源稀缺这一人类生活的基本前提。因此,法学也必然牵涉到人的自私以及资源的稀缺,法学也就必然摆脱不了被以研究稀缺资源有效配置为己任的经济学“入侵”的命运了。

2. 新法律经济学的产生与发展表明,虽然法学与经济学的语境不同,但法学和经济学都是研究“理性选择”的学科。理性选择问题与上面所说的自利、资源稀缺问题,本质上是等价的。正如贝克尔运用经济学理论研究了许多传统的社会学问题:犯罪、家庭、婚姻、人口、种族歧视等,将一大块“社会学

^① Veljanovski, *The Economics of Law—An Introductory Text*, London, Institute of Economic Affairs, 1990, p. 21.

领地”纳入了经济学门下的研究领域,^①将法律的经济分析范围从市场行为拓展到非市场行为,其根据就在于法学与经济学存在着共同的基本命题——法律或经济主体在资源稀缺等一定限制条件下的理性选择问题。

进一步分析,虽然新法律经济学研究的对象是纷繁复杂、在不同国家和地区存在和实施的带有地方性的、本土特色的法律现象。但是,新法律经济学在很大程度上实现了其研究成果在跨学科背景和国际范围上的“通约性”,使得对法律现象的研究方法和结论不再局限于一国、一个地区的范围。这一点从比较法的角度来看是一个巨大的进步,因为法律经济学由于其把各种社会、经济、制度的因素通过统一的经济学范式进行了模式化,从而使得各国学者之间对问题的把握和分析交流起来有了统一的理念。^②

3. 新法律经济学的产生与发展表明,经济学和法学各自学科发展的需要所导致的经济学和法学的“对话关系”。其中,法律与经济的密切关系是这种“对话关系”的客观基础;法学与经济学研究的共同“语境”又是这种“对话关系”的主观基础;而减少法学与经济学各自因缺乏“对话关系”而导致的重复劳动,则提出了加强“对话关系”的迫切性。

笔者认为,法律与经济学之所以可以对话,其根本原因在于“随着研究技术手段的改进,以及专业化知识的逐渐积累,人类的抽象思维能力应该提高,从而社会科学也形成另一个趋势,即综合的趋势。作为这个终究目标的一个阶段或一种准备,跨越学科的研究和学科间的渗透不可避免”。^③也正如华勒斯坦在《开放社会科学》中所指出的一样,知识、学科体制都是历史演变、社会劳动分工的产物,科学知识、学科体系的划分并不是一种终极真理、一成不变,学科边界的界定必然随着社会的分工而不断发展,随着知识的不断深化而出现不同学科之间的互相渗透、交叉发展。新法律经济学正是这种学科间互相交叉、互相渗透、互为分析工具的结果,是知识、学科发展的客观结果,不以人的意志为转移的客观规律。

4. 经济学帝国主义,只具有相对意义而绝非绝对意义。所谓相对意义指的是经济学只是在方法论意义上悍然入侵法学研究领域,促使法律经济学这一学科的建立。换言之,作为一种研究方法的经济学的,对提高法学研究的

① 贝克尔将经济学本质视为一种思维方式,把经济学的核心归纳为“最优化行为、市场均衡和偏好稳定的假设组合而成的”(贝克尔,1976),从而将经济学方法应用于人类行为更为广阔的领域,包括市场行为以及犯罪、婚姻等非市场行为。这种方法观带动了经济学跨出其传统研究领域,逐步进入社会学、政治学、法学、教育学、社会生物学等学科研究领域。

② 本文无意否认人类学、社会学、哲学等传统法律交叉学科对法律研究的重要性,只是,本文认为相对于这些更传统的视角,法律经济学视角就其目前的发展来看更具有比较优势,尤其是在国际化这一点上。

③ 蔡昉:“经济学家为什么倾向于奉行‘经济学帝国主义’”,载《读书》1999年第6期,第74页。

水平,弥补传统法学分析方法的单一性与片面性等局限,发挥着重要作用。但是这种方法论意义上的“经济学帝国主义”,既不能用经济现象取代法律现象,也不能用经济学理论取代法学理论,而且作为一种研究法律的新方法,新法律经济学意味着经济学分析方法乃是一种从属于法学的研究方法。因此,法学界那种试图用新法律经济学重构法学理论体系的观点和思路,是片面理解和错误认识“经济学帝国主义”本质的结果。^①

5. 经济学帝国主义不是以法学领域的收缩为前提,相反,法学理论因法律全面涉及市民社会的政治、经济、文化等各个领域而获得走向繁荣的新契机,经济学也因法学理论的渗透而日臻成熟。

笔者认为,虽然美国经济立法中经济学家唱主角的情形屡见不鲜,而且这一经济专家立法现象也是新法律经济学及“经济学帝国主义”表现的一个例证。但事实上,从前述新法律经济学产生的社会条件——法律社会化分析,新法律经济学产生的历史进程,与法律对经济生活全面渗透的进程相适应。因此,新法律经济学不仅是经济学对法学的扩张,也是法学对经济学的扩张。其原因在于法律经济学所倡导的是法律对经济的决定作用,导致作为传统法学研究对象的法律也成为经济学的研究对象,而经济学中有关法律、制度的理论和观点(如制度变迁理论、国家理论等)也就自然而然地成为法学的“麾下大将”——他们都为法律服务。显而易见,那些以法律经济学为由来贬低法学地位的经济学家,其认识也是错误的。特别是那种以经济学“帝国主义”现象来贬低法学地位的流行观点,^②将受到新法律经济学理论的有力挑战,其挑战力根源于法律作为一个基本的经济学范畴所具有的对经济学研究举足轻重的作用。^③更重要的是,成熟的法学是克服混乱的经济学的根本学术力量。因为偶然的、变动不居、纷繁复杂的经济现象只有用反映市场规律的法律规则来解释和概括,借助法律的稳定性等特征以及功能,将其

① 一些有关部门的法律经济分析的论文常常冠以“法律经济分析与××法的反思与重构”的标题,就是例证。也正如作者撰写的物权法的法律经济分析一书(《物权法新论:一种法律经济分析的观点》,北京大学出版社2000年版)的序言中指出的:“本书的经济分析无意破坏传统的物权法理论和实践体系,更无意创造一种游离于现行法体系之外的物权制度体系。所以本书有关物权法经济分析的内容,将从我国物权立法、司法、执法、守法的法律实践层面,以及从我国物权法总论、所有权、他物权的法律理论层面依次展开,并重点结合当前我国法学界和法律实务界关注的‘焦点问题’即中国统一物权法制定所及重大理论和实践问题,从经济学的角度即重点是经济上是否合理的角度,进行分析论证。”

② [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》一书(上海三联书店2003年第2版)第10页中的观点,该观点被一些中国经济学家欣然接受,并据此提出“成熟的经济学”和“幼稚的法学”这一不负责的观点。

③ 以凡贝伦、康芒斯等为代表的旧制度经济学以及以科斯、诺思等为代表的新制度经济学在经济学界共同掀起的“制度革命”,就道出了法律、制度在经济学研究中的重要性。正如马修斯所言,制度的重要性早已毋庸置疑。

感性的琐碎成分剔除,留下足以指导社会实践的理论标尺。对新法律经济学来说,成熟法学的基本特点,是能够用法律来预言和解释经济规律的。由此,对中国经济体制改革方案设计,法学家对经济问题较之经济学家更有发言权。^①正如著名经济学家米勒教授所言:“中国不缺经济学,缺的是法律。”^②这种发言权又取决于对法律的经济学理论背景和知识的深入理解。正是在这两种意义上,中国法学界大可不必因“经济学帝国主义”在法学研究领域的出色表现而惊慌失措,而应该以积极和开放的态度迎接这一新的法学研究方法,并将新法律经济学理论和方法在中国法学研究领域的广泛应用,作为中国法学由“幼稚”走向“成熟”的决定性一步。

三、文化方面的原因:以英美法文化为例

一般认为,新法律经济学最早以英美法为研究对象。如科斯教授关于法律经济学的一篇经典论文——《社会成本问题》,就是以英美侵权法的案例为其经济分析的对象。其他一些法律经济学大师,诸如斯蒂格勒、贝克尔、波斯纳,在他们的法律经济学著述中,也都是以英美法为其经济分析对象的。又如集新法律经济学之大成的波斯纳教授所著法律经济学经典著作《法律的经济分析》一书中,不仅以英美法律体系为参照物展开全方位的法律经济分析,而且提出了“普通法”(英美法)是一个较之“成文法”(大陆法)更有效率的法律体系(至今为止,翻译成中文的国外法律经济学著作,均为英美法的经济分析的著作)。

笔者认为,新法律经济学在美国的发展并成为一场运动,更多的要得益于美国作为英美法系传统的一种代表所具有的普通法特征,以及相应的美国实用主义法律文化。^③于是提出的两个问题是,为什么法律经济学的研究领域最早产生于英美法领域?以英美法为研究对象的新法律经济学理论及结论,是否适用于大陆法系国家的法律的经济分析?对此问题,可以从以下几方面进一步认识:

1. 英美法判例法体系本身的开放性,与新法律经济学的批判性相吻合。

① 这一成熟的、富有理智的观点,是由著名经济学家盛洪著的《经济学精神》一书第264页的内容中概括出的观点。该书由四川文艺出版社1996年版。2005年证券法修改起草班子,笔者认为和公司法修改起草班子相比,有一个缺陷,就是法学界参加的特别少,基本上都是搞经济学和金融学的,还是以前起草证券法的那班人在主导。

② [美]莫顿·米勒,1990年诺贝尔经济学奖获得者,美国芝加哥大学经济学教授。

③ 日本学者也指出,“法与经济学”之所以能在美国这块土壤上产生并开花结果,主要是因为美国法的基本构成,是不成文的判例法,其所遵循的实用主义的原则,并以司法判例形成的基本法理为核心构建起来的法律体系(参见内田贵:“‘法与经济学’で何ができるか”,载《法学ヤミナー》日本评论社1987年版第396号,第27页以下部分;岸田雅雄:《法と经济学》,新世社1996年版,第47~48页)。

所谓英美判例法体系的开放性主要是指普通法系法官相对于大陆法系法官所具有的“造法”功能。虽然这种大陆法和普通法之间的差别不能被过分夸大(容后详述)。但是,英美法系法官在面对社会新情况,甚至是政治层面的出现的纠纷和僵局时所表现的能动性和适应性,是其他大陆法系国家所不具备的,甚至是美国以外的其他普通法国家都不具备的。^①因此,英美法系的开放性,相对于大陆法系对待“法官造法”的抵制态度,使得英美法的法律制度可以通过当事人借助于不同层级的个别法官取得突破,比如严格责任制度在判例法上的发展,环境污染损害中的集团诉讼等。^②这种法律体系的开放性为法律经济学研究和实践带来了合法性理由。因为,当不断变化的社会矛盾被提到法官面前来“要一个说法”的时候,法官势必面临“无法造法”或者“有法释法”的境地,那么,新法律经济学的效率标准作为判断法律规则正当性的重要一极必然要被作为一个重要理由提出,法官也必须对此做出回应,从而,新法律经济学的研究或明或隐地被融入了整个法律规则体系之中。

进一步分析,不同于其他更多批判性而少建设性的法学思潮(比如女权主义法学、批判法学),法律经济学能够为法官、律师提供实践导引的这种“建设性”特点,不仅满足了20世纪60年代美国法学理论界在民权运动、越南战争所导致的思想分裂面前对统一理论的渴求,更重要的是,法律经济学不仅解释了法律制度——尤其是普通法的合理性,并且为疑难法律争论提供了一致的解决之道——效率最大化、财富最大化。这种建设性的批判无疑是新法律经济学在英美法系得以生根发芽的关键。

总结而言,新法律经济学主张法律是一个实践的体系,更加强调“行动中的法”而非“书本上的法律”,从学术研究的进路来看,这种重实践不重概念演绎的方法更符合英美法系法律人(包括律师、法官、政府律师甚至立法者)的思维习惯,也就是重司法实践不重纯粹哲学式本质主义分析的习惯。^③而

① 想一想美国的尼克松和克林顿两位总统面对国会的不可一世与面对最高法院权威时的“乖乖低头”,以及2000年的大选中戈尔那句“这是最高法院的判决,我表示服从”。这种托克维尔在18世纪所观察到的有问题——即使是政治僵局——到法院解决的传统看来并没有传播到其他国家,美国法官尤其是联邦法院法官的权威是其他国家法官难以望其项背的。

② Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2001. 虽然本书的主要目标是为了批评美国在民事、刑事以及公共管制领域对抗式思维泛滥导致社会问题解决效率低下的状况。但是,从我国的视角出发,我们可以发现一个我们法治实践极度缺乏的维度就是法官在规则创新方面的弱势,而美国的法官由于其地位比较独立,对于立法和行政由于扯皮解决不了的问题通常会给出更为便捷的解决之道。这里最明显的例子就是法院对大规模的环境污染诉讼和产品质量诉讼以及惩罚性赔偿的认可,从整体上而言,正是这种潜在的法院和陪审团惩罚性赔偿的压力让美国人享受了更环保的生活环境和更安全的产品服务。

③ 苏力:“什么是法理学?——‘法理学问题’”(译后),载苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第220~223页。