



# 回到科斯： 法律经济学理论探源

高永周 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

安徽师范大学法治中国建设研究院资助出版

# 回到科斯： 法律经济学理论探源

高永周 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

回到科斯:法律经济学理论探源 / 高永周著. —  
北京:法律出版社,2016.9  
ISBN 978-7-5118-9829-6

I. ①回… II. ①高… III. ①科斯, R. H. (1910 -  
2013)—法律经济学—研究 IV. ①D90-056

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第186662号

回到科斯:法律经济学理论探源

高永周 著

责任编辑 韩满春  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016年9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 三河市龙大印装有限公司

印张 10 字数 229千

印次 2016年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9829-6

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

引 言 .....	(001)
<b>第一章 科斯法律经济学的思想脉络 .....</b>	<b>(026)</b>
第一节 科斯对庇古传统的批判 .....	(027)
一、科斯定理动摇庇古传统 .....	(027)
二、漠视交易成本的庇古传统 .....	(035)
第二节 科斯定理的逻辑结构 .....	(043)
一、产权界定是科斯定理成立的必要条件 .....	(045)
二、产权界定是科斯定理有效的充分条件 .....	(054)
三、科斯定理推论的逻辑 .....	(062)
第三节 科斯范式的确立 .....	(070)
本章小结 .....	(075)
<b>第二章 法律与经济的对接 .....</b>	<b>(077)</b>
第一节 损害相互性 .....	(078)
一、损害相互性抑或权利相互性 .....	(078)
二、损害相互性与产权界定 .....	(087)

第二节 资源配置与权利配置 .....	(097)
一、资源与权利 .....	(097)
二、规则选择 .....	(100)
第三节 对容忍义务和权利相对性的评析 .....	(136)
一、容忍义务 .....	(136)
二、权利相对性 .....	(142)
本章小结 .....	(148)
<b>第三章 产权界定与交易成本 .....</b>	<b>(150)</b>
第一节 社会总产品 .....	(151)
一、私人成本与社会成本的分离 .....	(152)
二、边际上的因果关系 .....	(154)
三、产权结构与交易成本 .....	(162)
第二节 界权成本 .....	(167)
一、选择与成本 .....	(168)
二、界权成本的迷思 .....	(170)
三、从交易成本到制度成本 .....	(179)
第三节 冲突权利配置路径 .....	(183)
一、裁判冲突权利配置中的问题 .....	(183)
二、冲突权利配置误区溯因 .....	(190)
三、冲突权利配置路径探寻 .....	(211)
本章小结 .....	(237)
<b>第四章 利益衡量论与合约选择 .....</b>	<b>(239)</b>
第一节 什么是利益衡量论:对问题本身的追问 .....	(240)

一、司法实践对利益衡量论的挑战 .....	(240)
二、利益衡量论的本质 .....	(247)
第二节 利益衡量层次结构的剥离 .....	(250)
一、虚幻的利益层次结构 .....	(250)
二、利益层次结构的内在冲突 .....	(257)
第三节 合约选择替代利益衡量论 .....	(264)
一、合约选择的客观性 .....	(264)
二、合约选择:界分国家和市场 .....	(274)
三、合约选择蕴含法治精神 .....	(284)
本章小结 .....	(291)
结 语 .....	(292)
参考文献 .....	(295)

# 引言

## 一、选题缘起

1991年诺贝尔经济学奖得主罗纳德·哈里·科斯(R. H. Coase)(1910—2013)开创了交易成本经济学、产权经济学和法律经济学。其原创性思想集中体现在《企业的性质》(1937年)、《联邦通讯委员会》(1959年)和《社会成本问题》(1960年)中。作为经济学家,科斯颠覆了传统的“黑板经济学”。在中国,无论是经济学界还是经济实务界已经并继续践行科斯经济学的研究方法研究中国问题,尤其是制度变迁领域的问题。<sup>①</sup>“在探寻更好的经济制度的道路上,科斯与中国紧密地联系在一起。科斯仿佛就是内在的思想的中国,中国仿佛就是外在的现实的科斯。二者相互

---

<sup>①</sup> 周其仁:《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》(增订版),北京大学出版社2004年版,第292页。另外,天则研究所主持的“中国制度变迁的案例研究”的显著特点是将自科斯以来新制度经济学的许多新发展运用于中国近年发生的制度变迁,引起了广泛影响,目前已出版了8卷。

印证,交相辉映。”<sup>①</sup>在中国的经济学界对于科斯思想的阐述、解读文献层出不穷;相较而言,法学界表现得较为沉寂,且远未达成共识。<sup>②</sup>当今世界几乎无人否认科斯经济学家的身份,<sup>③</sup>而他实际上也是一位法学家。科斯理论对于法学的贡献甚至超过经济学,<sup>④</sup>因此法学界的表现难言正常。

法律经济学进入中国大陆已有近 30 年的历史了。<sup>⑤</sup>从概念的引入、人物和学派的介绍到较为完整的教科书以及相关专著

① 盛洪:《为什么科斯的名字与中国联系在一起了?》,载张曙光、盛洪主编:《科斯与中国:一位经济学大师的中国影响力》,中信出版社 2013 年版,“序二”第 XI 页。

② 吴建斌:《科斯法律经济学本土化路径重探》,载《中国法学》2009 年第 6 期;吴建斌:《上海外滩“地王”案二维解析》,载《法学》2013 年第 7 期。

③ 在我国,有学者对科斯经济学及经济学家的身份提出了质疑。吴易风:《马克思的产权理论与国有企业产权改革》,载《中国社会科学》1995 年第 1 期;吴易风:《产权理论:马克思和科斯的比较》,载《中国社会科学》2007 年第 2 期。

④ [美]理查德·A.波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 476 页。

⑤ 中国大陆第一篇公开出版的关于“法和经济学”文章是 1983 年种明钊发表于《法学季刊》第 2 期,题名为《马克思主义法的理论基础与法经济学的建立》。有学者认为法律经济学作为一个学术传统进入中国大陆的时间为 1985~1986 年。1985 年种明钊、顾培东在《法学季刊》第 1 期发表了《西方法律经济学评介》一文中介绍了西方国家“法和经济学”这一学科的发展情况;1985 年顾培东在《外国法学研究》第 2 期上发表了《西方法律经济方法》一文;20 世纪 80 年代末 90 年代初首次译介了一批法律经济学经典。[美]唐纳德·A.威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社 2006 年版,“中译本序”第 2 页;吴建斌:《探寻法律人化解法律经济学难题的蹊径》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2013 年第 3 期;艾佳慧:《法律经济学“遭遇”中国问题》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2013 年第 3 期;吴锦宇:《略论中国大陆“法和经济学”研究(1978—2005)》,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=29370#m11>,2014 年 5 月 20 日访问;吴锦宇、王小卫:《“法和经济学”引进中国大陆之略考》,载 [http://blog.tianya.cn/blogger/post\\_show.asp?BlogID=449451&PostID=6457632](http://blog.tianya.cn/blogger/post_show.asp?BlogID=449451&PostID=6457632),2014 年 5 月 20 日访问。关于法律经济学的发展史,参见[英]C.G.维尔杰诺弗斯基:《法律经济学的历史沿革》,蒋兆康译,载《法学译丛》1990 年第 4 期。



的翻译,再到批判和应用,法律经济学作为一个学派已经得到中国法学界的承认。法律经济学的思路和方法已经成为一个重要的法学研究的进路,是讨论许多具体部门法问题甚至法学理论问题不可缺少的最重要的工具之一。<sup>①</sup>然而,国内法学界对作为法律经济学开山之作的科斯《社会成本问题》所蕴含的法律经济学思想内核存在误读误解,以致在运用法律经济学理论解释和解决具体法律问题时经常会出现似是而非甚至张冠李戴的情形,例如在中国法学界广为人知的贾桂华诉青年电影制片厂的侵犯肖像权案、邱满囤就邱氏鼠药提起的侵犯名誉案即是示例。<sup>②</sup>中国法学学者们用科斯理论论证上述案例判决的合理性时,在有意无意之间将科斯在《社会成本问题》中提出的对科斯理论具有奠基意义的损害相互性置换为权利相互性,如苏力教授。<sup>③</sup>

---

① [美]唐纳德·A.威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社2006年版,“中译本序”第2页。

② 苏力:《法治及其本土资源》(修订版),中国政法大学出版社2004年版,第125~216页;吴建斌:《科斯法律经济本土化路径重构》,载《中国法学》2009年第6期。

③ 在“《法治及其本土资源》新版自序”中,苏力认为,“‘言论自由’(全称应为“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”——笔者注)一文不仅提出了权利的相对性问题,更提出了宪法的问题,都很重要。”在“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”一文中写道,“科斯认为,在出现权利相互性的时候,如果交易费用为零,无论初始权利配置给谁,最终的结果都是一样的,产值最大化,或避免最大的损害。”在“曾经的司法洞识”一文中写道,“这就是科斯定理指出的权利相互性以及侵权案件中因果关系的边际原则。”苏力:《批评与自恋——读书与写作》,法律出版社2005年版,第213页;苏力:《法治及其本土资源》(修订版),中国政法大学出版社2004年版,“新版自序”第IV页,第194页;苏力:《制度是如何形成的》(增订版),北京大学出版社2007年版,第180页。在这些用语中,一方面似乎是苏力教授提出了“权利相互性”,另一方面又似乎是苏力教授在运用科斯理论解释和解决问题。但有一点是肯定的,科斯理论在中国法学界是混乱的。

就此而言,凌斌教授<sup>①</sup>、桑本谦教授<sup>②</sup>、冯玉军教授<sup>③</sup>、艾佳慧教授<sup>④</sup>、喻中教授<sup>⑤</sup>、罗培新教授<sup>⑥</sup>等,似乎是更多地直接援用苏力教授对科斯理论的判读,没有寻根溯源,探究科斯的本意。这种置换何以可能以及这种置换对科斯理论产生何种影响,学者们没有给予任何的理论证明,完全是定义性的。

问题还不限于此,有学者在详细解构科斯定理的基础上,认为科斯理论框架存在无法克服的理论障碍和逻辑矛盾,并以《法治的代价:法律经济学原理批判》一书呈现出来。通观全书,其所谓的“法治的代价”就是所谓的“界权成本”,是为科斯理论所忽略的、是这位学者对法律经济学作出的理论贡献,果真如此吗?

自从理查德·A.波斯纳(Richard A. Posner)法官的著作译介到中国后,法律经济学界似乎只有波斯纳,学者们有意无意地混淆波斯纳和科斯。如果说波斯纳真正继承了科斯的衣钵倒也无须大

① 凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第24~139页;凌斌:《经济运行的法律影响:论科斯框架中法律界权的功能和成本》,载张曙光、盛洪主编:《科斯与中国——一位经济学大师的中国影响力》,中信出版社2013年版,第165~189页。

② 桑本谦:《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》,法律出版社2008年版,第22页。

③ 冯玉军:《权利相互性理论概说——法经济学本体性阐述》,载《法学杂志》2010年第9期。

④ 艾佳慧:《“禁”还是“不禁”,这是个问题——关于“禁放令”的法律经济学分析》,载《中外法学》2007年第5期;艾佳慧:《波斯纳与科斯:道不同,不相为谋?》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第12卷),法律出版社2013年版,第227~246页。

⑤ 喻中:《科斯的法律经济学思想述论——读〈企业、市场与法律〉》,载《政法论坛》2014年第3期。

⑥ 罗培新:《公司道德的法律化:以代理成本为视角》,载《中国法学》2014年第5期。

惊小怪,但学界的质疑声一直不断。<sup>①</sup>那么波斯纳的律的经济分析和科斯法律经济学理论到底有何不同,能否随意混淆,这些问题都需要在理论上正本清源,回到科斯。

理论必然会渗透到实践中去,影响实践。同样,法律经济学理论对中国法院裁判实践都不同程度地存在影响,无论是自觉抑或自发。更何况,法学理论是一个世俗的理论,法律职业是一个世俗的职业,法律条文具有功利的属性。法律经济学在司法实践中的运用已经司空见惯。不过,在具体案件中,不少法院在试图运用法律经济学理论论证其判决的正当性时,经常给人以似是而非、模糊不清的感觉。如2013年4月23日上海市第一中级人民法院判决的“上海外滩地王案”,<sup>②</sup>审判法官该如何选择、如何确定产权的边界(判决)才能实现社会产品的最大化?<sup>③</sup>同样的问题也出现在2012年9月18日最高人民法院公布的指导案例9号案“上海存亮贸易有限公司诉蒋某某、王某某等买卖合同纠纷案”以及近年来经常发生的有限责任公司通过修改章程限制或强制股权转让效力的

---

① 吴建斌:《上海外滩“地王”案的二维解析》,载《法学》2013年第7期;吴建斌:《从波斯纳到科斯的回归》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第12卷),法律出版社2013年版,第305~320页;柯岚:《罗纳德·科斯的法律经济学——兼谈理查德·波斯纳与非其所愿的中国法律实用主义》,载《东方法学》2013年第3期;艾佳慧:《当法律经济学“遭遇”中国问题》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2013年第3期;艾佳慧:《科斯与波斯纳:道不同,不相为谋?》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第12卷),法律出版社2013年版,第227~246页;罗纳德·H. 科斯:《科斯论波斯纳论科斯》,艾佳慧译,载苏力主编:《法律和社会科学》(第12卷),法律出版社2013年版,第247~251页。

② 上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民四(商)初字第23号民事判决书。因该案的案情较为复杂,吴建斌教授对此作了较为清晰的梳理和评析。参见吴建斌:《上海外滩“地王”案的二维解析》,载《法学》2013年第7期。

③ 吴建斌:《上海外滩“地王”案的二维解析》,载《法学》2013年第7期。

认定上。<sup>①</sup> 诸如此类,不一而足。

法学界对科斯开创的法律经济学理论的迷思以及司法实务界模棱两可的态度促使我们进一步探究科斯法律经济学的真谛。耐人寻味的是,作为交易成本经济学、产权经济学和法律经济学的开创者科斯本人似乎对法和经济学有所保留。

无论是《企业、市场与法律》<sup>②</sup>一文还是《生产的制度结构》<sup>③</sup>一文,都仅仅提及法律经济学,并没有任何的展开。“我对法学家和法律教育毫无兴趣……我的兴趣在经济学,我很愿意弘扬《法律经济学杂志》(*The Journal of Law and Economics*),因为我觉得那会改变经济学家们所做的工作。”<sup>④</sup>就法律制度进入分析层面而言,“我认为,对于工作在这些特定领域的经济学家来说,了解法律制度知识是很基本的要求”,<sup>⑤</sup>“吸引我的是制度会给经济学家们带来什么,而不是它们对法学家的作用。”<sup>⑥</sup>1996年《社会成本问题》高居美国法律刊物征引率的榜首。出人意料的是,科斯并没有

① 吴建斌、赵屹:《有限公司收购设限股权效力解析》,载《社会科学》2009年第4期;吴建斌、赵屹:《公司设限股权转让效力新解——基于江苏公司纠纷案件裁判的法律经济学分析》,载《南京大学法律评论》2009年春季卷;吴建斌:《合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析》,载《法学》2011年第2期;钱玉林:《公司章程“另有规定”检讨》,载《法学研究》2009年第2期;钱玉林:《公司章程对股权转让限制的效力》,载《法学》2012年第10期。

② R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, pp. 1 - 31.

③ R. H. Coase, *The Institutional Structure of Production*, 82 *The American Economic Review* 4, 713 - 719 (1992).

④ R. H. Coase, Remarks appearing in “The Fire of Truth.” Edmund Kitch, ed., *The Journal of Law and Economics*, 192 (1983).

⑤ R. H. Coase, Remarks appearing in “The Fire of Truth.” Edmund Kitch, ed., *The Journal of Law and Economics*, 193 (1983).

⑥ R. H. Coase, Remarks appearing in “The Fire of Truth.” Edmund Kitch, ed., *The Journal of Law and Economics*, 193 (1983).

因此而感到陶醉,反倒表现得有些困惑和无辜:“这是一篇经济学家为经济学家所写的论文,对法律学术有所贡献本来非我所愿。”<sup>①</sup>这给我们留下了无限的想象空间,提出了智识上的挑战。应当注意的是,科斯理论关联到交易成本经济学、产权经济学和法律经济学三个学科的不同理解,并面对不同的受众,“一个作者要有很大的勇气才敢写一篇关于产权、交易成本以及科斯的论文”。<sup>②</sup>因此本书仅仅围绕科斯理论的法律经济学予以探讨。

应当注意的是,近年来从日本传入我国的利益衡量论在法学界尤其是民法学界的影响渐趋广泛。从表面来看,利益衡量论与科斯法律经济学似乎是平行且无交集的两种法学理论。实质上,两者都是有关冲突权利如何配置的法学理论。法学界鲜见有人将两者勾连加以讨论,绝大多数法律人极易受到利益衡量论的影响但对科斯避之不及,让人费解。<sup>③</sup>判断利益衡量论是“言辞包装下的那些利益考量”<sup>④</sup>的断语是妄言还是一语中的亦是本书努力的一个方面。

① R. H. Coase, *The Problem of Social Cost: the Citations*, 71 *Chicago-Kent Law Review*, 809 (1996).

② [加]道格拉斯·W. 艾伦:《再论产权、交易成本和科斯》,载[美]斯蒂文·G. 米德玛编:《科斯经济学:法与经济学和新制度经济学》,罗君丽等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2010年版,第138页。

③ 吴建斌:《探寻法律人化解法律经济学的蹊径》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2013年第3期。

④ 史晨:《经济学教育的解毒剂》,载[美]保罗·海恩等:《经济学的思维方式》,史晨等译,世界图书出版公司北京公司2012年版,第356页。关于利益衡量之“衡量”的用语,有学者用“考量”一词,也有学者用“较量”一词。[日]加藤一郎:《民法的解释与利益衡量》,梁慧星译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第74页。

## 二、文献回顾

作为科斯理论有机组成部分的交易成本经济学、<sup>①</sup>产权经济学和法律经济学是密切相关的,且后两者没有实质性的区别。“法和经济学就是制度经济学的法学对应物”;<sup>②</sup>“法律经济学直接源于美国的新制度经济学或新自由主义经济学,两者是一个硬币的两个方面”。<sup>③</sup> 严格来说,制度经济学包括法律经济学,因为科斯所言的制度的范围很广,不仅包括法律制度,还包括经济制度、政治制度、社会制度、教育制度等;不仅包括正式制度还包括非正式制度;不仅包括狭义的制度也包括政策。在现代社会,特别是在美国,法律制度是基本的制度,法律经济学一支独大,从而从制度经济学中独立出来。<sup>④</sup> 因此,本书的文献梳理不可避免地涉及制度经济学和法律经济学研究两个方面,同时考虑到侧重点的不同,更多地偏重于“法学方面”的有关科斯法律经济学的文献。

作为科斯法律经济学开山之作当属其于1960年发表的鸿文《社会成本问题》。但是作为科斯理论重要组成部分的法律经济学思想,其源起及其发展并不仅仅限于该文,而可以追溯到1959年的《联邦通讯委员会》和1937年的《企业的性质》。“几乎没有人否认,科斯有关社会成本的论文是他最重要和最著名的。但我特别看重《企业的性质》一文,因为其中的洞见是他后来大部分著

---

① 有学者将新制度经济学称为交易成本经济学。参见[美]道格拉斯·诺斯:《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第17页。

② 盛洪:《为什么制度重要》,郑州大学出版社2004年版,第19页。

③ 钱弘道:《法律经济学的理论基础》,载《法学研究》2002年第4期。

④ 柯华庆:《科斯方法论和社会连续性理论》,载《制度经济学研究》2012年第4期。

作的源头。”<sup>①</sup>科斯“对是否组织一个更小或更大的交易,也就是企业规模的选择,开启了关于在企业内部直接生产所花费的成本和通过价格体系进行合作生产所花费成本之间的比较。随后,在《社会成本问题》中,这个洞识被推广,从而成为交易成本经济学基石:如果签订和实施合同没有成本,所有由合作而产生的收益都会实现,不管特定的组织安排或法律规则是如何决定合同。如果说制度和法律规则的作用是重要的,那是因为交易成本并非无足轻重”。<sup>②</sup>

《企业的性质》是科斯探索企业存在根由的理论成果。正是因为观察到除了市场还存在企业,科斯援引阿瑟·索尔特(Arthur Salter)爵士对经济体制的描述,“正常的经济体制自行运行。它的日常运行不在集中控制之下,它不需要中央的监查。就人类活动和人类需要的整个领域而言,供给根据需要而调整,生产根据消费而调整,这个过程是自动的、有弹性的和反应灵敏的。这种理论假定资源的流动方向直接依赖于价格机制”。科斯认为,阿瑟·索尔特的描述给出了一个有关我们经济体制的非常不完整的画图。在企业中,这种描述根本不适用。<sup>③</sup> 正是在探索企业存在原因的过程中,科斯提出了交易成本的概念,揭示了企业的性质,即对交易

① Steven N. S. Cheung, *The Contractual Nature of the Firm*, 26 *The Journal of Law and Economics* 1. 20 (1983). 科斯本人在其 1988 年结集出版的论文集《企业、市场与法律》中明确表达了这种思想:“本书的核心是《企业的性质》、《边际成本的论争》和《社会成本问题》,其余几篇或拓展、或说明、或解释了上述三篇文章的观点。我们很快就会看出,所有这些文章实质上都包含同一观点。”See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, p. 1.

② [美]斯科特·E. 马斯滕:《关于企业的三大难题》,载[美]斯蒂文·G. 米德玛编:《科斯经济学:法与经济学和新制度经济学》,罗君丽等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社 2010 年版,第 66 页。

③ R. H. Coase, *The Nature of Firm*, 4 *Economica* 16, 387 (1937).

成本存在的最重要的适应性变化,可能还是企业的出现。<sup>①</sup>

《联邦通讯委员会》一文则是科斯长期研究英国和美国无线电管制的理论成果。该文提出了业已被施蒂格勒归纳科斯的定理的观点。<sup>②</sup>从学术思想发展的脉络来看,可以说《社会成本问题》是《企业的性质》和《联邦通讯委员会》自然延伸和集大成者,三者是一脉相承的。

在科斯的原著中,引起争议最多的是《社会成本问题》一文。皮特·纽曼写道:“《社会成本问题》的含义是如此引起争议,其逻辑性如此具有诱人特质,其结论在具有现实性可能上是如此明显,其对未来著作提供的机会是如此明确,毫不奇怪,其分析与理论性产生了一场激烈的运动。其思想的意义与相关性被评论家们一遍又一遍地研究。对只知道按教科书对待的那些人而言,阅读原著是一件稀罕的事情,富有启发性。我猜想大多数经济学家未曾读过《社会成本问题》,所有人最终能在解释科斯定理时发表一次即兴评论。”<sup>③</sup>本书将建立在对科斯原著研究的基础上,尽最大努力挖掘其文本中所蕴含的法律经济学思想。

### (一) 外国文献梳理

“科斯经济学首先在西方学术界产生了影响力。这或许是因为,他提出交易费用概念的论文研究的是企业的性质,经验基础是西方发达国家市场里的公司;他把交易费用假设为零,并以此为台阶走向正交易费用的世界,经验基础是西方国家法治下的侵权判

---

<sup>①</sup> R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, p. 7.

<sup>②</sup> See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, p. 157.

<sup>③</sup> [美]皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》,许明月等译,法律出版社2003年版,第304页。



案的司法实践。”<sup>①</sup>这描述了科斯法律经济学在西方世界展现其学术穿透力的诱因。

从纯粹的法律经济学的角度来看,自科斯之后,西方法律经济学集大成者非波斯纳法官莫属,其鸿篇巨制《法律的经济分析》自1973年出版以来至2006年已有了七个版本,被译成多国文字,几乎涉及法律的所有领域,中国学者从中归纳出波斯纳定理。<sup>②</sup>毋庸置疑,科斯定理奠定了法律经济学的主要框架,法律经济学著作大多都是科斯定理的运用。波斯纳亦承认科斯定理是他的《法律的经济分析》的主旋律。<sup>③</sup>除此之外,波斯纳法官的《法理学问题》、《超越法律》、《司法/正义的经济学》、《性与理性》等都不同程度地涉及到科斯法律经济学理论。早年的波斯纳法官将法律的经济分析运用到法律的各个领域,而在晚年似乎认识到了法律的经济分析的局限性,提出了实用主义的法理学。问题在于,波斯纳法官为什么要在法律的经济分析上作出退让?是法律经济学本身固有的理论缺陷使然,还是其曲解科斯所致?

罗伯特·库特认为,科斯定理暗含了当交易费用为零之际,议价可以克服外部性问题的理念。而他在《科斯的成本》一文展示了议价行为天生涉及战略性,各方都愿意用达成协议的某种概率来交换是因为达成这一协议可能带来的更大剩余;但是议价有失败的概率,这意味着,即使交易成本为零,权利的分配也会带来不同的结果,因为现状总是最优的。简言之,库特展示了这个所谓的

① 周其仁:《科斯的中国影响力》,载张曙光、盛洪主编:《科斯与中国——一位经济学大学的中国影响力》,中信出版社2013年版,第10页。

② [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第7版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,“中文版第2版译者序言”第52页。

③ [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第7版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第30~31页。