



21世纪经济学专业教材



法经济学

Economics of Law

卢现祥 刘大洪 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪经济学专业教材



法经济学

Economics of Law

卢现祥 刘大洪 主编

国家如何能够改善其法
——司法制度所提供的服
务的质量? 政府应当如何改
善它们的法律体系和司法,以
促进经济增长和社会发展?
哪些新的法律必须引入? 如
何引入? 法律的效果如何?
法律演进的逻辑与经济学的
逻辑是否一致,等等,这些问
题都与法经济学有关。

法经济学的显著特点是经济
学与法律的相互渗透、相互
促进。

一个国家和何能够改善其法
——司法制度所提供的服
务的质量? 政府应当如何改
善它们的法律体系和司法,以
促进经济增长和社会发展?
哪些新的法律必须引入? 如
何引入? 法律的效果如何?
法律演进的逻辑与经济学的
逻辑是否一致,等等,这些问
题都与法经济学有关。

法经济学的显著特点是经济
学与法律的相互渗透、相互
促进。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法经济学/卢现祥等主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 12
ISBN 978-7-301-12889-3

I. 法… II. 卢… III. 法学: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 170042 号

书 名: 法经济学

著作责任者: 卢现祥 刘大洪 主编

责任编辑: 贾米娜

标准书号: ISBN 978-7-301-12889-3/F · 1751

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: em@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752926
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 24.25 印张 462 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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

导 言

法经济学在欧美国家是一个热门领域。它是经济学和法学智慧的一种结晶。在社会科学的交叉学科中,到目前为止,还没有一门学科像法经济学那样引人注目。经济学和法学的相互融合、相互促进会大大提高我们对社会经济体系的认知能力,从而大大促进社会经济的和谐发展。

学习法律的人应该懂点法经济学。法经济学的产生既是世界范围内经济学发展的重大成就,也为法学的研究开拓了一片新的天地,使整个法学理论进入了一个新阶段。与传统法学研究方法相比,法经济学将定量分析导入法学研究,从而使法律的分析更加精确,并促进法学领域的变革与突破。我们将经济学纳入法律研究中,这不可逆转地改变了传统的法学研究方法。法律规则开始被作为一个体系加以研究。人们逐渐认识到,在法律体系中,有许多问题看上去是法律问题,实际上是经济问题,或认识到通过经济分析就可以解决这些问题,或给出解决问题的思路。波斯纳认为,实体法中的许多重要规范都因为经济分析的引入而有所改变。最重要的是经济学家为不同的法律领域提供了一种一致性,而这是许多传统的法律分析中都缺乏的。^①

学习经济学的人也应该懂点法经济学。科斯认为,经济学家研究其他社会制度,如法律和政治,并不是怀有对法学或政治学有所贡献的目的,而是因为这是理解经济制度本身的需要。例如,不考虑财产权制度的性质,就很难讨论市场的作用,因为财产权制度决定了什么东西可以买卖,并且,通过影响进行各种市场交易的成本,事实上决定了什么东西可以买卖,由谁来买卖。如同亚当·斯密为了创立政治经济学的理论体系而研究并系统地讲授法理学,科斯也是为了他的经济学而进行法经济学的研究。事实表明,对实际的法律问题和实际案件的研究,促使经济学家考虑他们本不可能加以注意的现实世界中某些复杂的相互作用,从而向他们提供了增加其分析的深度和力量的机会。^②换言之,对法律制度的研究使经济学更面向真实的世界,大大提高了经济学的解释力。法学与经

^① 伊特韦尔等:《新帕尔格雷夫大经济学大辞典》(第三卷),经济学科出版社1996年版,第158—159页。

^② 同上。

经济学的结合同时也会影响了经济学界,扩展了以市场中的个体与组织选择作为研究对象的微观经济分析领域,促进了对其他制度与非市场现象的研究与理解。

法经济学具有很大的实践价值。目前法经济学已为政府机构和公共团体所广泛接受。例如,美国前总统里根在1981年任命波斯纳、博克、温特等具有经济学倾向的法学家为美国联邦上诉法院法官,并通过12291号总统令,要求所有新制定的政府规章均要符合成本-收益分析的标准。法经济学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。正如一些著名学者所认识到的,法经济学运动在总体上已经取得了巨大的成功,其主要表现在两个方面:一是经济分析的引进加深了我们对法律体系的认识,过去法学家主要是从法律条款方面来认识法律体系,这就不可避免地存在局限性,而经济分析的引入大大拓宽了人们认识法律体系的思路。二是法经济学的研究成果对反垄断法、产业管制、金融管制、劳动工资法等已经产生了重要的影响。这些法律,从形式上来看似乎都是一些条款问题,但实际上都涉及经济利益问题。在这些法律的形成及实施中更多地考虑经济因素可以大大提高这些法律的效率,在很大方面可以更有利于实现公平、公正。

中南财经政法大学是一所以经济学、法学和管理学为主干学科的大学,各学科之间的融合是我校学科建设的一个努力方向。本教材的编写就集中了我校从事经济学和法学的一部分教师。主编卢现祥、刘大洪确立了编写大纲和编写的原则,然后由各位老师分工撰写,历时两年,形成了这本教材。具体章节撰写如下:第一章(第一、二、三节卢现祥,第四节刘大洪),第二章(卢现祥),第三章(闵娜),第四章、第五章(葛结根),第六章(高杰),第七章(徐静),第八章(刘大洪),第九章(项本武),第十章(廖建求),第十一章、第十二章(王永强),第十三章、第十四章(廖建求)。本书最后由卢现祥、刘大洪统编定稿。

法经济学是一门正在发展并且发展潜力很大的学科,每年都有大量新的成果和文献出现。尽管我们作出了很大的努力,争取使本教材能够反映法经济学发展的最新趋势和最新成果。但由于水平的限制,这本教材中的实际目标和我们的希望的目标还是有差距的,我们殷切希望得到读者的批评指正。在编写过程中,我们参考了大量国内外学者关于法经济学的成果,在此表示深深的感谢。

编 者

2007年6月28日

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 法经济学概述	(1)
第二节 法经济学的理论基础	(12)
第三节 法经济学的方法论	(17)
第四节 英美法传统和大陆法系及其变动趋势	(24)
第二章 财产法的经济学分析	(29)
第一节 财产权确立的经济学分析	(29)
第二节 公共财产和私人财产	(40)
第三节 财产的处置与保护	(49)
第三章 知识产权法的经济学分析	(65)
第一节 知识产权制度	(65)
第二节 著作权法	(68)
第三节 专利法	(74)
第四节 商标法	(82)
第五节 商业秘密法	(86)
第四章 合同法的经济学分析	(89)
第一节 交易的合同理论	(89)
第二节 合同法的经济功能	(91)
第三节 合同违约的赔偿补救	(107)
第五章 侵权法的经济学分析	(116)
第一节 侵权法的经济本质	(116)
第二节 侵权责任的经济分析	(119)
第三节 损害赔偿的经济分析	(130)
第六章 婚姻家庭法的经济学分析	(137)
第一节 婚姻制度演变与婚姻的本质	(137)

第二节	婚姻家庭的经济分析·····	(141)
第三节	婚姻家庭法的经济分析·····	(150)
第七章	反垄断法的经济学分析·····	(157)
第一节	垄断和反垄断法概论·····	(157)
第二节	反垄断规制·····	(171)
第三节	反垄断执法·····	(184)
第四节	我国的反垄断法·····	(186)
第八章	公司法的经济学分析·····	(194)
第一节	公司法理论·····	(194)
第二节	有限责任制度的经济学分析·····	(205)
第三节	公司所有权与管理权的分离与让渡·····	(212)
第四节	公司治理结构·····	(218)
第五节	破产、重组和杠杆清购·····	(228)
第九章	税法的经济学分析·····	(236)
第一节	国家理论与税收制度的演变·····	(236)
第二节	税收与经济激励和经济增长·····	(245)
第三节	税收与效率及最佳税制·····	(253)
第十章	劳动法的经济学分析·····	(262)
第一节	劳动力市场·····	(262)
第二节	最低工资标准法·····	(268)
第三节	职业安全与健康法·····	(272)
第四节	劳动合同的经济结构·····	(274)
第五节	就业歧视的经济分析·····	(281)
第十一章	刑法的经济学分析·····	(293)
第一节	刑法的传统理论·····	(293)
第二节	刑法的经济理论·····	(297)
第三节	犯罪的成本分析·····	(302)
第四节	威慑的资源配置·····	(304)
第五节	犯罪的有效惩罚·····	(309)
第十二章	法律程序的经济学分析·····	(316)
第一节	立法的经济学分析·····	(316)
第二节	民事诉讼与刑事诉讼的经济学分析·····	(326)

第三节	行政程序的经济学分析·····	(338)
第十三章	宪法的经济学分析·····	(343)
第一节	宪法的经济理论·····	(343)
第二节	宪法改革·····	(354)
第三节	宪法若干问题的经济学分析·····	(356)
第十四章	环境法的经济学分析·····	(365)
第一节	环境的相关经济理论·····	(365)
第二节	环境保护的经济途径·····	(371)
第三节	典型环境法律制度的经济分析·····	(374)

第一章 导 论

一个国家如何能够改善其法律和司法制度所提供的服务的质量？政府应当如何改革它们的法律和司法体系以促进经济增长和社会发展？哪些新的法律必须引入？如何引入？法律的效果如何？法律演进的逻辑与经济学的逻辑是否一致？……这些问题都与法经济学有关。本章将介绍什么是法经济学，法经济学的形成及基本特点，法经济学的价值与局限性，法经济学的理论基础，法经济学的方法论及英美法传统和大陆法系及其变动趋势等内容。

第一节 法经济学概述

一、什么是法经济学

法经济学(economics of law)也可称为法律经济学、经济分析法学、经济学和法学、法律的经济分析等。它运用现代经济学中的价格理论、福利经济学、公共选择理论等基本原理与方法来研究法律和司法机构的构成、结构及其对经济的影响。法经济学是近五十年来发展起来的一门经济学与法学交叉的边缘学科，也是第二次世界大战后当代西方经济学中的一个重要的学术流派。交叉边缘学科有很多，法经济学应该是其中结合得比较好、影响比较大的。在社会科学中，目前还没有一门交叉边缘学科像法经济学这样有影响力。波斯纳认为，法经济学是“将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度分析”^①的学科。具体地说，法经济学是用经济学的理论与方法，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学）、福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究特定社会的法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。其研究的主要目的仅在于“使法律制度原则更清楚地显现出来，而不是改变法律制度”^②。值得指出的是，它会使法律制度更加完善。

① 理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析》（上），中国大百科全书出版社1997年版，第25页。

② 同上，第25页。

从法经济学发展的历程来看,波斯纳关于法经济学的学科定位得到了学术界的广泛认同,许多学者关于法经济学的定义都与其相类似。如尼古拉斯·麦考罗和斯蒂文·曼德姆将法经济学定义为“运用经济理论(主要是微观经济学及其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”^①的学科。查尔斯·罗利则将法经济学定义为“运用经济理论和计量经济学方法检验法律和立法制度的形成、结构、过程和影响”^②的学科。耶鲁大学的圭多·卡拉布雷西提出,法经济学研究整个社会在一个良好的框架下(即立法的框架下)运行可能产生的成本和收益,以及维护社会持续运行需要的一整套装置。而这套装置需要识别,这就是法经济学。

不过,罗纳德·德沃金认为,法与经济学研究的是正义和分配的问题。因为,如果承认一个社会整体运行的规则是建立在价格基础上的,那么,需要处理的最核心的问题就是分配问题。如果从终极关怀的角度看,关怀的应该是正义问题。因此,他认为法经济学就是研究财富的分配和社会公正问题。罗纳德·德沃金的这个定义与前面的一些定义还是有所区别的。他强调法学对正义追求的这一面。上述一系列定义基本上反映了法经济学在20世纪80年代走向成熟的过程中,理论家们所认定的法经济学,其学科定义和边界实际上是非常模糊的。波斯纳说“法与经济学的定义和边界在于实用性,而不是准确性”^③,其目的是为了“开辟一个使大量的法学知识在其学说和制度方面与经济学研究相关的领域”。^④

从法经济学的内容来看,法律经济分析包含的内容,因划分的目的和价值取向的不同,则有不同的观点。

一是戴维·弗里德曼的观点。他认为法经济学应包括三个方面:第一,用经济学预测法律的效果。经济学的基本问题之一就是研究约束条件下的最大化问题。同样,经济学可以把法律作为一个约束条件来研究人类的行为及其效果。第二,用经济学找出在经济意义上有效率的法规。社会经济生活中的法规有很多,但并不是所有的法规都是有效率的。我们可以用经济学来分析哪些法规是有效率的,哪些法规是无效率的或是低效的,从而为社会经济中法规的优化找到客观的依据。第三,用经济学说明法规的发展趋势。法规的体系是多样的(如普通法与大陆法),并且不同的法规体系还出现了相互融通的趋势。对于法规发展

① 尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·G.曼德姆:《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》,法律出版社2005年版,第1页。

② Douglas G. Baird, *The Future of Law and Economics: Looking Forward*, *University of Chicago Law Review*, Fall 1997.

③ 道格拉斯·G.贝尔德:《法经济学的展望与未来》,《经济社会体制比较》,2003年第4期。

④ 同上。

的趋势,也可以用经济学加以研究。这三个方面分别使用的是微观经济学的价格理论、福利经济学理论及公共选择理论。

二是科斯的观点。在科斯看来,法经济学可分为两部分,而且这两部分已日趋分离。一部分是运用经济学分析法律,即法律的经济分析,这部分包括运用经济学的方法和概念来探讨法学家的研究原则及论述法律系统的运行。波斯纳为该领域作出了重大贡献。他的《法律的经济分析》成为这方面的经典之作。另一部分是法律系统的运行对经济系统运行的影响(法律制度如何对经济制度产生影响)。科斯这里所说的第一部分实际上就是指用微观经济学理论分析法律,第二部分则包括用制度经济学及公共选择经济学来说明经济发展需要怎样的法律制度,以及法律制度的未来走向。可以说,科斯所说的法经济学的内容比戴维·弗里德曼所说的法经济学的内容要宽泛一些。科斯对第二部分更感兴趣,也认为这一部分更重要。确实,法律系统是如何影响经济运行的,这当中还有许多问题值得我们探讨。

不同的法律系统对经济影响是有差异的,如研究表明,普通法系比大陆法系更有利于金融发展和经济增长。这其中的原因是什么,也值得我们进行深入的研究。LLSV(La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer 和 Vishny,以下简称 LLSV)用一系列显示保护投资者和法律执行质量程度的指标分析得出,保护投资者(法律及其执行的实效性)与各自国家的法律制度起源密切相关。法律体系以英国判例法为起源的国家表现得最强,以法国成文法为起源的国家表现得最弱,以德国、北欧各国法律体系为起源的国家表现居中。此外,以法国法为起源的国家,其资本市场的发展速度最慢(LLSV,1997)。他们研究发现,法国式的大陆法国家比普通法国家表现出更高的程序形式主义特征,而同时却没有为司法体系带来更高的效率、更多的一致性和更大的公平。大陆法国家对经济活动干预较多,但更多的干预并没有带来良好的经济和社会效果,不仅如此,采纳法国大陆法体系的国家通常伴随着更为糟糕的公共部门和更多的腐败(LLSV,1999)。^①

法经济学以标准的经济学假说为前提,即假定个体都是理性的最大化者,不同的个体行为体现为不同的价格,而法经济学就是要研究法律作为一种改变相对价格的工具所起的作用。在这种方法论下,法律规则的改变通过改变相对价格结构以及最优化问题的约束条件来影响人类的行为。这样,作为分析法律的一个范式,财富最大化行为被法律规则所推动或者约束。

经济学是分析法学的一项有力的工具。如果人类是最大化其效用、财富或者福利状况的理性主义者,对于外部约束条件的改变,比如法律,他们将作出理

^① S. 詹科夫等:“新比较经济学的新视角”,载吴敬琏主编:《比较》(第4辑),中信出版社2002年版,第62页。

性的反应。理性的假设前提为许多法经济学文献提供了基础。建立在标准的经济学假设之上的价格理论,由于拥有复杂的工具,在对法律规则的选择与研究中大有用武之地。^①

20世纪80年代之前的30年内,经济学的范围已经超出了显性市场交易的领域,出现了产权、公司与非营利性组织、政府、教育、家庭、犯罪、人类学、种族和性别歧视、隐私,甚至包括动物行为的经济理论,因此,法经济学只不过是经济学扩展到法学领域(法学归为非市场行为),用经济学工具分析人类社会法律现象的一门新学科。

二、法经济学的形成及基本特点

法经济学是战后当代西方经济学中的一个重要学术流派。法经济学的产生基于两个前提条件:第一,法学与经济学在研究主题和价值上有相当的共通性。如理性假设对于法学和经济学都是通用的。什么样的法律被通过、它们是如何被解释和执行的,最终取决于何种行为是立法者、法官和警察的理性利益所在。第二,在分析方法上,经济学提供了一套分析人类行为的完整框架和工具,而这套框架和工具是传统法学所缺少的。法经济学的产生大大提高了人们对于一些法律现象和法律问题的解释力。

在1960年法经济学正式诞生以前,尽管也存在一些对税法、公司法、公用事业和公共运输业管制的重要经济研究工作,但法律的经济分析重点就是反托拉斯法的经济分析。随着经济学向法学领域的扩展,经济学与法学在逐渐交融的过程中经历了萌芽阶段与酝酿阶段。1958年,迪莱克特创办了《法律与经济杂志》(*Journal of Law and Economics*),推动了经济学与法学的结合。1960年,科斯在“社会成本问题”一文中提出了著名的科斯定理。其主要观点是,如果存在交易成本,那么政府对产权不同的法律配置方式,将会对资源配置效率产生不同的影响,因此,法律的目的应是推进市场交换,降低交易成本。这一划时代的创见使科斯在学术界被公认为是法经济学的创始人。科斯在他的经典性论文中将产权和交易成本引入经济学关于资源配置效率的分析框架之中,开创了法经济学研究的先河。他认为:“在主流经济学中,企业和法律多半被假定存在,而本身并不是研究的主题。于是,人们几乎忽视了在决定由企业和市场进行的各种活动时,法律起着重要的作用。”(科斯,1988)。在“企业的性质”一文中,他提出了企业为什么存在的问题,将交易成本引入企业组织分析中,实际上已经蕴涵了法经济学的一些基本命题:(1)经济制度的选择就是法律制度的选择;(2)交易成本理论的实质是效益最大化(张乃根,1995)。而在“社会成本问题”一文中,他通

^① 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店1994年版,第82页。

过对英、美、法国家一系列判例的经济学分析,揭示了法律判例中蕴涵的经济学意蕴。他这篇文章中的基本思想和案例分析方法,为以后的法学家引入经济学分析和经济学家研究“真实世界”里的经济现象,提供了示范性文本。

在法经济学的初创时期,除了科斯之外,还有两位非常重要的代表人物,一位是卡拉布雷西,另一位是阿曼·阿尔钦。卡拉布雷西于1961年发表了“关于风险分配和侵权法的思考”一文,这是从经济学视角研究侵权法的首次系统尝试。他论证这样一个基本问题:简单的经济原则能使法律产生整体合理化的力量,并为社会意外事故的损失分配提供系统标准的基础。阿尔钦也同时发表了“关于财产权的经济学”一文,试图将效用最大化理论扩展到法律制度的研究,从而表明:不仅经济制度决定了特定的经济现象,而且财产权的演进、发展本身也受经济力量支配。这两篇论文的研究内容涉及了普通法的两个非常重要的领域——财产法和侵权法,标志着经济学的分析进入了传统上属于法学家的普通法研究的具体领域。

与此同时,法经济学在另外两个方面也取得了迅速发展。一是以詹姆斯·布坎南和戈登·塔洛克为代表的公共选择理论,他们试图通过追求最大化自身利益的经济人行为假设来解释政府和官僚行为,旨在发展在基本方面类似于商业市场个人行为的非市场行为模式。二是以加里·贝克尔为代表的非市场行为经济学研究,即将微观经济学(主要是价格理论)运用于非市场行为研究,他将效用最大化假设运用于所有个人选择领域,包括婚姻、家庭、家务、歧视、犯罪和人类行为的一般理论,无论其是否发生在市场。上述发展形成了法经济学的基本理论框架,为以后法律理论、财产权法、契约法、侵权法、公司法等一系列问题的经济分析奠定了理论基础。

20世纪60年代,罗纳德·科斯与圭多·卡拉布雷西开创性的工作表明,经济学与所有的法学领域都有广泛的联系。科斯与卡拉布雷西所带来的方法论突破立即打开了法与经济学的研究领域,使之拓展到侵权法、财产法与合同法的范围。他们的工作所具有的分析价值不仅体现在这些领域,而且法经济学后来的发展也表明了这种方法论在法学研究的其他许多领域所具有的解释与分析功能。60年代早期的法经济学者与70年代的法经济学者,在具体方法上存在明显差异。早期的研究注重法律规则对经济体系常规功能的影响(如他们研究法规对市场均衡的影响),而后来的学者则利用经济学分析方法来更好地理解法律体系。事实上,在70年代,众多经济分析日益渗入法学研究中,特别是一些重要经济分析工具的应用,逐渐揭示出一个规律,即从法律体系的起源与演进到实

体、程序与宪法规则,基本上法律体系的每一个方面都具有一定的经济结构。^①

70年代是法经济学的成长时期。在这一时期,法学家逐渐替代经济学家,在法经济学领域占据主导地位,同时使经济学渗入法学的领域更为广泛。到了70年代,理查德·波斯纳法官十分自信地宣称他为所有的法律问题找到了“财富最大化”这一客观的评价标准,并且发现了法律正义的第二种含义——效率。自此,经济学的概念和理性选择的分析方法得以大规模地在法学领域繁殖开来。波斯纳在《法律的经济分析》(1973)中已证实了简明的经济学概念可以解释法律制度结构。波斯纳对财产法、契约法、侵权法、家庭法、刑法、反托拉斯法、劳工法、税法等几乎所有的部门法进行了经济分析,并通过法律实践对这一理论加以推广。目前为止,主流法经济学家已将经济学理论和方法几乎应用到了法律和法学的各个领域,包括侵权法、契约法、财产法、产品责任法、犯罪及刑法、环境保护法、家庭婚姻法、宪法、公司法、商法、反托拉斯法、金融法、税法、知识产权法、国际贸易法,以及法理学、立法学、法律史学、法律实施理论、惩罚理论、民事、刑事、行政诉讼程序理论、原始法理论等。正是波斯纳的法经济理论,才得以使法经济学成为一个独立的法学流派。

20世纪80年代以来,法经济学得到了广泛重视。在最近几年里,我国的法学领域也出现了“法经济学”这一名词,各种著述相继开始向大众揭示法经济学,一些大学也开始将其作为一门专业课程。

法经济学的一个显著特点是,经济学与法学的相互渗透、相互促进。在许多方面,法与经济学研究的影响已经超过了当初的预想。将经济学纳入法律研究中,这大大地改变了传统的法学研究方法。法律规则开始被作为一个运行的体系加以研究。法学与经济学的结合同时也影响了经济学界,扩展了以市场中的个体与组织选择作为研究对象的微观经济分析领域,促进了对其他制度与非市场现象的研究与理解。^②我们主要集中讨论了经济学能给分析法律规则和制度增添什么新的东西,同时我们还发现了经济学家可以从法律中学到的东西。通过研究,经济学家不停地称颂自愿交换的重要性,但经济学并没有详细说明交换要做到自愿意味着什么。如果经济学家倾听法律要教给他们的东西,就会发现他们的模型可构造得更接近现实,也可以使经济学变成真实世界的经济学。

经济学与法学相互渗透、相互促进根源于法学和经济学在研究对象和价值观上具有相当的共通性。法律权利其实就是资源的法律形式,法学的核心问题就是法律如何以其特有的权利义务结构公正地配置资源。所有的法律活

^① 弗朗切斯科·帕里西:“法与经济学的实证学派、规范学派和实用学派”,载吴敬琏主编:《比较》(第20辑),中信出版社2005年版,第78页。

^② 同上,第79页。

动,包括一切立法和司法活动乃至整个法律制度,事实上都有分配稀缺资源的作用。经济学以研究如何有效率地配置资源为主要任务,“凡是以多种用途为特征的资源稀缺情况下产生的资源分配与选择问题均可以纳入经济学的范围,均可以用经济分析加以研究。”^①在稀缺资源配置的问题上,法学和经济学在本质上是互补和一致的。此外,在分析方法上,经济学还提供了一套分析包括法律行为在内的所有人类行为的相对完整的框架。

对法律进行经济分析的法学家对经济分析的重视,来自于他们对正统的法学家的“法条主义”作风的不满。他们认为“法条主义”者往往将法律视为当然或自主的体系,他们强调的往往是从概念到概念的文字游戏,在法律的弹性空间里寻找“创造性”的解释,带有很大的主观性。“这种研究法律的方式,从一开始就单刀直入,将法律制度的结构和法律主要规则视为理所当然,把不同时代所决定的判例全部当做似乎是昨天决定的(而不是将旧的判例视为历史的结晶)。”^②这就使法律失去了外在的视角,法律学术也就会流于一般化。美国著名法学家波斯纳指责正统的法律学术著作不具创造性,而且过分注重辞章和雄辩,“狭隘地集中于教条问题,论述于联邦最高法院最近期的决定,专注于细小的短暂的区别,而不是大胆的、科学的和描述性的著作,学术界没有产生出法官、律师和立法者为操作一个现代法律体系所需要的知识。”^③早在19世纪末,美国大法官霍布斯就曾预言:“法律研究的未来属于经济学家和统计学家,而非属于研究‘白纸黑字’的律师。”他的预言已经在当代得到了有力的回应,当代经济学家将他们的研究延伸到法律领域,并结出了丰硕的理论研究成果。

法经济学的第二个基本特点是经济学和法律结合的基础在于效率。贝克尔认为,法经济学运用了三条基本原则:利益最大化、市场出清与尊崇效率。经济学家极其重视效率,这并不是因为私人部门常常是高效的,或政府往往是低效的,而是因为一个效率改进的行为将可能使整个社会受益。通过组建一个更有效率的组织,或者建立一个更有效的制度,或者设计一个更有效率的法律机制、政治体制或市场体系,人人都可以从中获益。既然这仅仅是一个潜在的效率改进,也就意味着其未必能够实现,或是有些人的境况可能变得更坏。因此效率仅仅是一把标尺。在法经济学的分析中,经济学家将问题从有关公平、正义、公正之类的争执转变为有关效用的争执。这部分是因为经济学家经常考虑法律规定对 market 价格的效用,而传统的法学家则经常不这样。经济分析经常表明,就那些通常被认为完全建立在正义的基础上的规则而言,存在着对效用的考虑。^④

① 加里·S. 贝克尔:《人类行为的经济分析》,上海三联书店、上海人民出版社1995年版,第3、8页。

② 理查德·A. 波斯纳:《法理学问题》,中国政法大学出版社1994年版,第3页。

③ 同上。

④ 伊特韦尔等:《新帕尔格雷夫经济学大辞典》(第三卷),经济科学出版社1996年版,第158—159页。

波斯纳认为,在整个法律体系,在许多领域,经济学的思维的影响是非常明显的。这种影响的过程或机制是法经济学要探讨的重要问题。反垄断法就是一个典型的例子。经济学分析已经深入反垄断思想中了。在社会经济活动中引入竞争、打破垄断、放松管制运动也从经济分析中获得了许多思想火花。经济学思维还在监管领域打下了深深的烙印,并在许多领域取得了非凡的成就。例如在环境保护领域,二氧化碳排放许可市场业已形成。监管机构的许多努力也把市场引入监管框架中。相对于其他学科,法经济学的比较优势表现在两个领域:(1)它可以发现造成商业交易的高交易成本的法律制度;(2)它提供了经验性地确认哪些法律和程序类型可以最佳地促进或阻碍一种竞争性的经济环境的方法。^①

法经济学还对法律教育与法学理论产生了深远影响。与过去相比,我们现在更加认识到“经济学是因,法律体系是果”。过去对法律的理解仅仅停留在肤浅的抠字眼的水平上。例如,侵权法与合同法采用的是不同的术语,属于两个完全不同的领域,但现在,得益于经济学的应用,侵权法与合同法是类似的,在许多方面事实上是共通的,虽然处理方法还多少有些差别,但使用的分析方法是相同的。当我们看到法律内部潜含经济规则时,法律就变得更为简单了。虽然许多人仍然尊重传统法律规则,但这些规则需要一些新的理论基础。^②

三、法经济学的价值与局限性

法经济学的价值是多方面的,主要有:

1. 法经济学促进了法律制度的完善和法学学科的发展

法经济学的产生既是世界范围内经济学发展的重大成就,也为法学的研究开拓了一块崭新的领地,使整个法学理论进入了一个新阶段。经济分析是与传统法学研究方法迥然不同的方法。它将定量分析导入法学研究,从而使法律的分析更加精确,更加有利于法律领域的变革与突破。法经济学产生后,使得法律的规范经济分析和实证经济分析即定性与定量分析相结合,两者相得益彰,大大促进了法学研究的发展。将经济学纳入法律研究中,这不可逆转地改变了传统的法学研究方法。法律规则开始被作为一个体系加以研究。

在斯蒂格勒看来,经济学具有两种可能在法律领域里完全不同的作用。第一种作用是根据律师的要求,提供所需要的经济学理论。比如,律师要研究反托拉斯法案件中的市场规模,或者是防止某一兼并产生的效果,或者是国际贸易中

^① 艾德加多·巴斯卡哥利亚、威廉·赖特利夫:《发展中国家的法与经济学》,法律出版社2006年版,第7页。

^② 加里·贝克、科斯等:“圆桌会议:展望法与经济学的未来”,载吴敬琏主编:《比较》(第19辑),中信出版社2005年版,第82—83页。

的反倾销性质时,就会邀请经济学家一起研究。第二种作用是对争议的问题进行研究。比如,在一件不动产买卖的案件中,人们会问为什么不动产买卖要采纳某种制度,各种买卖方法的成本是多少,谁负担这些成本。回答这些问题,需要律师与经济学家,甚至政治学家,从不同角度加以研究。这时,经济学家不只是被动地应邀,而是主动地研究。20世纪60年代后的新法经济学就与第二种作用有关。^①人们逐渐认识到,在法律体系中,有许多问题看上去是法律问题,实际上是经济问题,或是认识到通过经济分析就可以解决这些问题,或给出解决问题的思路。波斯纳认为,实体法中的许多重要规范都因为经济分析的引入而有所改变。最重要的是经济学家为不同的法律领域提供了一种一致性,而这是在许多传统的法律分析中都缺乏的。^②

2. 法经济学促进了经济学本身的发展

科斯认为,经济学家研究其他社会制度,如法律和政治等,并不是怀有对法学或政治学有所贡献的目的,而是因为这是理解经济制度本身的需要。例如,不考虑财产权制度的性质,就很难讨论市场的作用,因为财产权制度决定了什么东西可以买卖,并且,通过影响进行各种市场交易的成本,事实上决定了什么东西可以买卖,由谁来买卖。由此可见,科斯完全是从经济学角度去看待法律制度问题,并通过对法律制度的分析,揭示经济制度的运行规律。这就是科斯的法经济学,也是他如此重视法律问题的根本原因。如同亚当·斯密为了创立政治经济学的理论体系而研究并系统地讲授法理学,科斯也是为了他的经济学而进行法经济学研究的。事实表明,对实际的法律问题和实际案件的研究,促使经济学家考虑他们本不可能加以注意的现实世界中某些复杂的相互作用,从而向他们提供了增加其分析的深度和力量的机会。换言之,对法律制度的研究使经济学更面向真实的世界,从而大大提高了经济学的解释力。法学与经济学的结合同时也会影响了经济学界,扩展了以市场中的个体与组织选择作为研究对象的微观经济分析领域,促进了对其他制度与非市场现象的研究与理解。

如果我们从零交易费用的世界中走向正交易费用的世界,在这个新世界中的法律体系的至关重要的性质立刻清晰可见。在假设的交易费用为零的世界中,交换的双方可以通过谈判改变任何阻碍他们采取增加产值所需的任何步骤的法律条款;而在交易费用为正的现实世界中,这种过程会极端昂贵,并且即使是被允许的,也会使大量有关法律的缔约无利可图。由此,个人拥有的权利,连同他们的责任和特权,在很大程度上由法律决定。一个有效的体制应该是,这些

① 张乃根:《法经济学——经济学视野里的法律现象》,中国政法大学出版社2003年版,第147页。

② 伊特韦尔等:《新帕尔格雷夫经济学大辞典》(第三卷),经济科学出版社1996年版,第158—159页。