

LAW AND
ECONOMICS

魏建 著

法经济学： 分析基础与分析范式

LAW AND
ECONOMICS

人民出版社

LAW AND
ECONOMICS

魏建 著

法经济学：

分析基础与分析范式

LAW AND

ECONOMICS

人民出版社

责任编辑:陈 登

图书在版编目(CIP)数据

法经济学:分析基础与分析范式/魏建 著.

-北京:人民出版社,2007.10

ISBN 978-7-01-006571-7

I. 法… II. 魏… III. 法学-经济学 IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 154787 号

法经济学:分析基础与分析范式

FAJINGJIXUE;FENXI JICHU YU FENXI FANSHI

魏 建 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:17.25

字数:260 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-006571-7 定价:34.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

自序

现代法经济学在西方学界已经发展成为一门较为成熟的独立学科，有着自己的研究对象、研究方法和政策主张。自从确定以法经济学为主要研究方向以后，我心中就始终存在一个疑问，即现代法经济学到底进展到了什么样的地步。面对法经济学 50 多年来形成的浩瀚文献，深感难以回答和把握这个问题。因此，在硕士、博士以及随后的阶段都选择了法经济学的基础理论作为研究主题，来研究和分析法经济学的主要研究思路、使用的基本分析方法、得出的基本结论，试图对心中的这个疑问给出一个让自己感到满意的答案。在这个过程中，随着阅读面的不断扩大、研究的扩展和深入，逐渐形成了一些研究成果，最终形成了目前这本书，算是对心中疑惑的初步地系统回答。

本书从法经济学的肇始开始，首先阐述了法律进入经济分析视野的过程，指出科斯在这个过程中发挥了关键作用。然后说明了经济学的基础分析范式——理性选择理论是如何被运用于法律分析中，进而成为法经济学的基础分析范式的。并且围绕着理性选择范式和比照经济学的基本分析方法，法经济学自身的一些基本分析方法也逐渐发展成熟起来。这是对法经济学基本分析方法的一些总结性判断，还需要通过对法经济学在主要领域研究进展的剖析来佐证。

其次，总结性地说明了法经济学在主要领域的分析主题、分析思路、构建的基本模型和得出的基本结论，对财产法、合同法、侵权法、刑法和程序法经济分析的基本内容进行了总结。强调指出：构建和说明部门法的经济目标、围绕经济目标对法律制度进行最优化分析，是法经济学部门法分析的基本模式。部门法的经济目标基本上围绕该法律的经济功能来确定和说明的。法律关系所涉及的当事人在法律制度的约束下，是否有着实现经济目标的内在激励，或者说当事人之间形成的均衡是否符合社会最优均衡要求，就成为进一步经济分

析的主要内容。部门法的经济分析不仅充分证明理性选择理论是法经济学基础性的分析范式，而且可以看出经济分析的进展与现代经济学的进步具有一致性，所主要依靠的经济理论和分析方法也相应表现出了一个演变过程。

再次，分析了法经济学具体分析范式的演变过程，指出谈判理论、博弈分析和行为法经济学是三个前后相继的主要分析范式。谈判理论构筑在科斯定理以及更深层次的理性选择理论基础上，以说明法律在矫正市场失灵方面的作用为主要理论目的，并因此将经济分析统一在“效率”主题之下。博弈分析在进一步推进了谈判理论表现出的洞察力的同时，放弃了谈判理论中一些现实性不强的理论假设，构成了更加符合法律具有的当事人数目有限这一特征的分析范式。行为法经济学直接以理性选择理论为批评对象，认为决策具有更加复杂的认知基础，理性选择的行为假设不仅现实性不足，而且提供的解释力有限。行为法经济学以行为经济学和实验经济学的成果为理论基础，不仅重新考察了法经济学基于理性选择理论做出的判断，而且对许多理性选择理论不能成功解释的法律问题提供了理论基础，从而深化了法经济学的研究深度、拓展了法经济学的研究领域。

最后，基于上述对法经济学在主要研究领域分析模式和分析范式演变过程的研究，对法经济学的未来发展方向进行了判断。指出法经济学将继续向实证法学的发展，但是这需要以“理性”概念的进一步精炼为基础，以“一致性”作为理性选择理论的内核来不断提高理论解释力、现实性和预测力以及三者的统一程度。

以上是本书的基本思路和得出的基本结论。回想本书中自己感到有所贡献的地方，主要是对法经济学现有进展的系统化努力。首先是从较为凌乱的部门法经济分析中总结出了其基本分析模式，从而为准确把握部门法经济分析的思路构架了一个方便桥梁。对部门法的分析是从具体的法律问题和具体的法律制度开始的，所使用的经济理论都是为着分析的方便而选择的，理论之间缺乏足够的统一性和系统性。随着分析素材的积累，将这些不同风格、不同视角的经济分析统一在一个较为系统的体系下，就成为学科发展的必需。本书的第一个努力目标就是尝试系统化法经济学在主要部门法领域的研究进展。

构建和阐述部门法的经济目标，围绕经济目标实现进行最优化分析是部门法经济分析的主要模式。按照这个模式，本书成功地总结了法经济学在财产法、合同法、侵权法、刑法和程序法的主要研究进展。特别是财产法领域，尽

管产权经济学已经取得了较为丰富的研究成果，但是财产法的经济分析却缺乏一个理论核心，这可能与各国财产法体系差异巨大有关。本书将财产法的经济目标确定为推进资源的最佳利用，然后分析了产权形态、产权赋予规则、产权利用冲突和保护等财产法制度安排对资源最佳利益的作用机制，为财产法的经济分析构建了一个理论核心。

其次是通过对比法经济学分析范式的提炼和对其演变过程的分析展现了法经济学发展的内在脉络，从分析范式的角度来对比法经济学进行系统化努力。作为“经济学帝国主义”的主要产物，法经济学的分析基础源自经济学。但是现代经济学在不断发展和丰富，新的理论和分析方法不断在涌现，这些都很快地被运用于法律的经济分析，由此也使法经济学表现出一种“繁荣”局面，几乎每一个新的理论和方法都可以在法经济学领域有着一定的用武之地。

从分析范式及其变化的角度来研究法经济学中经济学方法的使用情况具有提纲挈领的作用，不仅能够有助于清晰把握法经济学的理论进展，而且有助于准确判断经济分析的成效。以科斯定理为直接基础、以促进合作为目标的谈判理论有着将较为散乱的经济分析统一在效率价值观之下、形成了较为完整的法经济学理论体系的作用。以谈判理论为基础法经济学在经历了类似“学术爆炸”的繁荣后第一次拥有了较为完整的理论体系。之后随着博弈论在经济学中的广泛应用，与法律要求的特定小环境分析具有一致性的博弈分析迅速成为法经济学青睐的分析工具。特别是博弈分析突破了谈判理论的“市场本位”理念，具有更加广泛的应用范围，所得出的结论更加严谨。然而，谈判理论和博弈分析所赖以构建大厦的基础——理性选择广受质疑，行为法经济学在行为经济学和实验经济学的基础上同样高举质疑理性选择理论的大旗，以对传统分析结论的再检验和拓展新的研究领域、提供新的解释力为亮点，正在壮大成为新的分析范式。

在研究逐渐深入的过程中，自我感到对比法经济学理论脉络的把握越来越深入，对法律经济分析有效性的信心越来越足，由此也进一步激励自己继续探究法经济学的理论奥秘。特别是近年来法经济学研究在国内逐渐升温，中国法经济学论坛已经成功举办五届，同道者越来越多，不再感到法经济学研究的孤单，尽管依然遇到不少交叉学科所特有的尴尬。

一门学科从萌芽到成熟，从概念到实践需要经历一个漫长的过程。2007年在美国伊利诺伊大学法学院访学期间，一次和 Thomas S. Ulen 教授、Tom

Ginsburg 教授聊天时，说起美国现在的法官中也没有多少懂法经济学的。Ulen 教授说，要知道美国的法官是终身任命制，年龄都比较大，他们年轻时在法学院读书的时候，法经济学还没有成为一门学科走进法学院呢。但是等这些法官退休后，年轻一辈的都基本上接受过法经济学训练，目前这样的局面就会大大改观。中国的法经济学目前才刚刚起步，离司法实践的距离更远。尽快缩短距离的一个重要途径就是下大工夫、大力气将法经济学的基础理论搞清、搞透，因为具体的法律制度中外是不同的，但基础理论和方法是相同的，要对中国的法律问题进行经济分析就需要以这些基础理论和方法为起点、为基础，然后才是针对中国特殊法律问题的理论创新，才是以中国法律为背景的中国法经济学学科的构建和成熟。

让法经济学的同道者为此目标而共同努力吧，是为序。

魏 建

2007 年 7 月

于美国伊利诺伊大学法学院

目 录

| | |
|-----------------------|-----|
| 第一章 导 论 | 1 |
| 一、什么是法经济学? | 1 |
| 二、法经济学的历史 | 2 |
| 三、本书的研究目的和基本框架 | 11 |
| 第二章 法经济学的基本分析范式和分析方法 | 14 |
| 一、分析范式与法经济学分析范式概述 | 14 |
| 二、科斯的贡献与现代法经济学大门的开启 | 17 |
| 三、法经济学的基本分析范式: 理性选择理论 | 24 |
| 四、法经济学的基本分析方法 | 35 |
| 第三章 财产法的经济分析基础 | 39 |
| 一、财产法的经济目标: 推进资源的最佳利用 | 39 |
| 二、产权形态与资源最佳利用 | 42 |
| 三、产权赋予规则与资源最佳利用 | 49 |
| 四、产权冲突与资源最佳利用 | 53 |
| 五、产权保护与资源最佳利用 | 59 |
| 六、自愿交易与资源最佳利用 | 63 |
| 第四章 合同法的经济分析基础 | 66 |
| 一、合同法的经济目标: 最大化交换效率 | 66 |
| 二、合同成立制度与交换效率最大化 | 73 |
| 三、合同信息与交换效率最大化 | 79 |
| 四、合同的履行、救济与交换效率最大化 | 85 |
| 第五章 侵权法的经济分析基础 | 99 |
| 一、侵权法的经济目标 | 99 |
| 二、预防行为与预防函数 | 104 |
| 三、侵权归责原则与最优预防 | 112 |

| | |
|-------------------------------------|------------|
| 四、假设的放松：其他因素的影响····· | 118 |
| 五、侵权损害赔偿与侵害成本最小化····· | 121 |
| 第六章 刑法的经济分析基础····· | 124 |
| 一、刑法的经济目标：最优威慑····· | 124 |
| 二、刑罚水平与威慑····· | 131 |
| 三、犯罪的机会成本与威慑····· | 138 |
| 四、犯罪预期成本和收益的认知与威慑····· | 140 |
| 五、威慑的实证分析····· | 142 |
| 六、针对威慑理论的批评及其理论边界····· | 145 |
| 第七章 程序法的经济分析基础····· | 147 |
| 一、程序法的经济目的：纠纷解决成本最小化····· | 147 |
| 二、纠纷解决机制的选择····· | 149 |
| 三、起诉决策····· | 151 |
| 四、和解与判决决策····· | 154 |
| 五、最小化诉讼成本····· | 162 |
| 六、审判制度与纠纷解决成本最小化····· | 168 |
| 七、上诉的经济合理性····· | 171 |
| 第八章 谈判理论：曾经的主流分析范式····· | 173 |
| 一、谈判理论····· | 174 |
| 二、谈判理论在具体法律制度中的应用····· | 179 |
| 三、结 语····· | 186 |
| 第九章 博弈分析：日益壮大的主流分析范式····· | 187 |
| 一、博弈分析的优势····· | 187 |
| 二、法律的博弈分析····· | 196 |
| 第十章 行为法经济学：正在成长的挑战性分析范式····· | 212 |
| 一、理性选择理论的“反常现象”····· | 212 |
| 二、行为法经济学····· | 226 |
| 第十一章 法经济学的未来····· | 238 |
| 一、法律需不需要经济分析？····· | 238 |
| 二、已有经济分析的不足····· | 240 |
| 三、法律需要什么样的经济分析····· | 242 |
| 参考文献····· | 249 |
| 后 记····· | 266 |

第一章 导 论

一、什么是法经济学？

法经济学是 20 世纪 60 年代在美国兴起的一门崭新的交叉学科。它是法学和经济学交叉结合的产物，特色是用经济学的理论和方法研究与理解法律现象。对法经济学最普遍的界定为“应用经济学的理论和方法来检验法和法律制度的形成、结构、演化和影响”（Rowley, 1989, 第 125 页）。但也存在争议，有的侧重于认为法经济学研究的是法律政策制定过程中经济学的作用，有的则侧重于研究与法律相关的经济现象，还有的侧重于综合运用法学与经济学的理论与方法研究双方共同关注的问题（如对不完全契约的研究）。并且法学家和经济学家出于各自不同的知识结构和研究视角，对法经济学有着不同的理解。

大致上可以将这些理解分为广义和狭义两类：广义是指对社会中法律现象和经济现象之间关系的研究，不仅从微观、具体层次上讨论二者之间的关系，而且从宏观、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就属于此；狭义的是指 20 世纪 60 年代以后以芝加哥大学为主流形成的法经济学，主要是应用当代经济学的进展研究法律体系下行为人的反映及其对社会资源配置的影响。这些研究又可以分为“实证”和“规范”两部分，前者是经济学研究实际法律规则的效果，后者是用经济学决定最大化或最有效率的法律规则（Hovenkamp, 1995）。不论是广义的理解还是狭义的理解，二者共同的理念是：对法律的理解不能仅局限于法律本身，而应该看到法律不过是社会生活的秩序化，它要反映出社会经济关系等赋予的规定性，法律本身并不是一个自为的主体，形象的说，法律只是社会的一个“面纱”，重要的是揭示出面纱后面的东西。这是对法律进行经济学分析的基本出发点。如果按照法哲学中对法学理论分类，它应当属于与自然法法哲学等规范研究相

对立的实证法哲学的范围（郑永流，1998；朱景文主编，1996）。

法经济学有多种多样的称呼，如“法和经济学”、“法律的经济分析”、“法律经济学”等。在英文中已经获得公认的称呼是“Law and Economics”，直译为“法和经济学”，本书将其意译为“法经济学”，一是因为将“法和经济学”作为一个名词称呼一门学科不太符合汉语的语言规范；二是为着重体现其中的经济学性质，因为它是“经济学帝国主义”最好的体现和最为深入的发展。

二、法经济学的历史

（一）先哲们对经济现象与法律现象之间关系的关注

按照对法经济学的广义理解，法经济学的历史可以追述得很远。亚当·斯密在《国富论》中就已经论述到了法律制度对价格体系的影响。在考察被赋予垄断地位的君主公司时，他指出这种垄断与赋予给新机器的发明人和新书作者的垄断具有同样的性质，法律在这里是被作为公共产品的供给手段来讨论的（Mackaay, 1999）。意大利的法学家贝卡利亚在其著作《论犯罪与刑罚》中，提出了“犯罪与刑罚均衡原理”。英国功利主义的创始人边沁更是提出了以功利主义为原则，在对痛苦与享乐进行计算的基础上对英国立法进行改革的宏大方案^①。

在马克思之前，黑格尔在其《法哲学》中以绝对精神为统领，阐述了法律制度和经济基础的关系。马克思的贡献在于将被黑格尔颠倒了的经济基础和上层建筑的关系颠倒了回来，指出经济基础决定上层建筑，上层建筑对经济基础又有反作用。而这正是科学认识法律制度的首要前提。从法学研究跨入经济学领域的马克思对法律制度的本质有着深刻的理解，他指出，法律关系不过是社会经济关系的反映，法律所集中反映的是统治阶级的利益，是统治阶级实现阶级利益的工具。马克思的研究集中揭示了资本主义制度（包括法律制度）是如何为资产阶级的利益服务的，说明了资本主义制度如何从促进生产力的发展转变为生产力发展障碍的过程。马克思的这些成果尽管没有被后来的研究所

^① 有学者认为当代的法经济学是边沁开创的功利主义法学在当代的体现，参见朱景文主编：《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》，中国检察出版社，1996，第161页。

全部吸收，但其（法律）制度“非自为性”和“工具性”的观念，经过马克思·韦伯的发展成为“法律工具主义”，其法律制度的利益性，经过批判主义法学的阐发而对当代的法经济学研究产生了重要的影响。

（二）德国历史学派和美国制度学派的贡献

德国历史学派及其在美国的继承者——制度学派对法律制度的形成及作用给予了广泛而深入的关注，形成了法经济学研究的第一次浪潮（Mackaay, 1999）。

德国历史学派从国家、民族的特殊性出发，认为只存在着国家和民族的经济规律和法律，不存在普遍适用的经济规律与法律体系，所有的法律都只是适应国家和民族的特殊需要而产生的，并只有这些需要决定法律的存在。这些基本观点与萨维尼领导的德国法学历史学派是一致的。德国历史学派对土地和契约安排中的产权利用情况进行了大量的历史研究，研究显示诸如人口密度、土地的肥沃程度和开发状况，对土地产权是被明确赋予给个人，还是留归公共使用，以及对公共用地适用什么样的规则等都有着显著的影响。在这里已经显示出了交易成本作用，并且他们的许多思想被哈耶克继承了下来，构成了当代法经济学中奥国学派的一部分内容（Pearson, 1997）。

在大萧条之后，美国的经济学家们集中关注政府在政策制定过程中扮演什么角色的问题。边际主义经济学家们广泛地使用基数效用论研究税收和如何改善社会福利状况等问题。制度学派的经济学家们则重点关注制度的作用。凡勃伦在激烈地批评边际主义经济学的基础上，强调制度对行为决策的影响和社会的利益冲突，并对企业的性质进行了深入分析（凡勃伦，1964，1959）。

康芒斯（1924，1983）对后来的法经济学研究具有重大影响。康芒斯认为经济学的主要任务就是探究决定一般经济秩序的合理规则的构成要素，这些合理规则的运行影响着个人、企业和工会的经济力量。制度经济学对康芒斯来说就是权利、责任、自由和暴露的经济学，经济就是一系列有目的的“管理均衡”的变迁，社会性的具有制裁力的习惯对经济制度具有约束力。在这些观念下，康芒斯深入而广泛地研究了制度，尤其是法律制度的影响，从中寻求解决利益冲突的方案，并讨论这些解决方案对经济结构和绩效的影响。康芒斯广泛参与了威斯康星州和美国关于劳工的立法活动以及一些其他立法活动，他称自己实践的经济学为“调查经济学”。《资本主义的法律基础》和《制度经济学》成为法经济学中制度学派的经典，并且康芒斯的许多思想被威廉姆森、

诺思，特别是制度学派的当代代表萨缪斯（Samuels）和史密德（Schmid）所继承和发扬。

但是由历史学派和制度学派形成的第一次法经济学浪潮在二十世纪三四十年代很快就衰落了。Pearson（1997，第131页）将衰落的原因主要归结为两点：（1）社会科学中专业化分工加强，使得经济学家们将注意力集中于对市场研究，从而将市场的法律框架视为既定并排除在研究视野之外；（2）在这次浪潮中，他们所依赖的经济学理论与方法的不成熟性。当时古典经济学受到了广泛的质疑，边际主义经济学刚刚形成，许多学者在对法律制度进行解释时，逐渐偏离了严格的个人理性选择模型，而转向诸如“国家精神”、“社会—心理动机”和“集体意志”（康芒斯）或“国家的心理—道德生活”（施穆勒）等因素，与经济学的专业化背道而驰。

实际上，历史学派和制度学派对法律制度的分析之所以失去了吸引力，与其使用的分析手段的不成熟密切相关。历史学派埋头于历史资料的梳理，对实际运行的法律规则缺乏分析。制度学派的方法则是马克·布劳格所称的“讲故事”的方法，“讲故事法缺乏严密性，缺乏明确的逻辑结构，要证实它非常容易，要证伪它实际上却不可能”（马克·布劳格，中译本，1992，第133页），因此缺乏解释力和说服力。

（三）现代法经济学的发展历程

Mackaay（1999）将现代法经济学运动称为法经济学的第二次浪潮。并将法经济学的第二次浪潮分为萌芽、范式提出（1958—1973）、范式接受（1973—1980）、质疑范式（1976—1983）和持续深入（1983年至今）五个阶段。

1. 萌芽

经济学家亨利·西蒙斯（Henry C. Simons）和艾瑞·迪莱克特（Aaron Director）为法经济学的再生作出了重大贡献。1934年西蒙斯受聘于芝加哥大学法学院，讲授“价格理论”，由此建立了在芝加哥大学法学院的教师中必须有一名经济学家的传统^①。西蒙斯坚持自由竞争的市场是实现效率的最佳途径

^① 西蒙斯受聘于芝加哥大学法学院当时是出于无奈。在此之前他受聘于芝加哥大学经济学系，但由于他的成果比较少，Paul Douglas 坚决反对对经济学系继聘，但 Frank Knight 是他的强力支持者，再加上他在法学院有不少朋友，折中之下，法学院向西蒙斯提供了一个半职职位。但正是这一偶然和无奈之举，为法经济学的诞生创造了机会。参见 R. H. Coase（1993）。

的信念，对当时美国政府正在逐步加强的经济控制提出了批评，坚决反对国有化政策，并认为政府对铁路和公共福利的管制是失败的。这些观点在当时来说都是非主流的，完全迥异于法学界的主流观点。因此受到了他的一部分法学院同事的反对。但他的观点给予迪莱克特、施蒂格勒、弗里德曼和图洛克以较大的影响（Coase, 1993）。

继西蒙斯之后，迪莱克特受聘于芝加哥大学法学院，他的出色成绩改变了他的同事们对经济学家的态度。他开设“经济分析与公共政策”课程，稍后与法学院的反垄断法教授艾德沃德·利维（Edward Levi）共同开设反垄断法课。这给了迪莱克特展示法律经济分析魅力的机会，并使反垄断法成为经济分析的最初领域和法经济学中最传统的领域。在经历了大萧条和“新政”之后，当时美国的主流观点是——为得到有效率竞争的结果，必须对工商业活动进行严格的监管。迪莱克特的分析表明这些主张是缺乏根据的，甚至是反效率的，垄断并不是像传统理论所说的那样破坏消费者的福利。在迪莱克特的影响下，从1940年到1950年期间，公司法、破产法、安全管制、劳工法、所得税法、公共福利管制和侵权法都逐渐进入了经济分析的视野（Mackaay, 1999）。

波斯纳（1975）等将这一阶段的法经济学称为“旧法经济学”（相应地，他称1960年以后的法经济学为“新法经济学”），因为这一时期的经济分析主要集中在管制问题的研究上，主要是分析法律对一些经济领域的介入效果，还没有将经济分析一般化。尽管法经济学在这一时期重新萌芽具有一定的偶然性，但这与经济学成熟程度的提高有着密切的联系。此时微观经济学中的“新古典假说”已经形成，并且日益精致化，已经能够为法律的经济分析提供工具和理论支持，“经济学帝国主义”也已经开始萌发。

2. 范式的提出：经济学进入了法律的核心领域（1958—1973）

1958年，迪莱克特作为第一任主编的《法经济学杂志》创刊，标志着法经济学有了自己的理论阵地。不久，科斯受聘于芝加哥大学并担任该杂志的编辑。之后在科斯、阿尔钦以及耶鲁大学的卡拉布雷塞（Guido Calabresi）的努力下，法律的经济分析被一般化，法经济学突破“旧法经济学”的研究领域，进入了法律的核心领域。

在此之前以及与此同时代的“经济学帝国主义”趋势，是推动法律的经济分析一般化的主要力量。首先是贝克尔的工作。贝克尔对非市场行为的分析起始于他1955年的博士论文《市场歧视》，之后扩展到犯罪、家庭、人力资

本和以及一些通常被认为是“非理性行为”的经济学分析上。贝克尔指出“最大化行为、市场均衡和偏好稳定的综合假定及其不折不扣地运用便构成了经济分析的核心”（中译本，1995，第8页），“经济分析是一种富有解释力的方法，适用于解释全部人类行为”（中译本，1995，第11页）。贝克尔的工作基本上使经济学的分析工具具有了普遍适用性，并且贝克尔成功地展示了对一些法律问题的深刻分析，得出了一些不同与已有理论的结论，使法律的经济分析的一般化在理论上不再有障碍。

其次是公共选择学派的贡献。公共选择学派是将经济学的个人主义方法论和理性选择模型应用于政治领域的成功尝试。“在某种意义上说，公共选择或政治活动的经济理论的首要内容可以归纳为在所有行为环境中人们都应被看做是理性效用最大化者这个命题的‘发现’或‘再发现’。”（Buchanan，1978，第17页）公共选择学派不仅激励了法律的经济分析，而且其相当一部分内容因与法律制度有关（如宪法的经济分析）而成为法经济学的一部分。

科斯早在1937年就发表了《企业的性质》一文，提出了“交易成本”概念。1960年科斯在《法经济学杂志》发表了法经济学的奠基之作《社会成本问题》。该文从讨论外部性问题入手，通过对一些法律案例的分析，揭示出外部性的存在并不是政府干预的适当基础，交易成本的高低成为制度选择的标准。文中表述的思想被归纳为“科斯定理”。科斯的文章不仅在理论上显示出对法律进行经济分析的重要性，更为重要的是在方法论上科斯展示了对法律进行分析的方法，即坚持理性选择的成本收益比较，坚持对法律制度进行实证分析，而不是进行抽象的概念推演。交易成本分析方法因此成为法经济学的基础分析方法。《社会成本问题》一文使法律的经济分析的一般化在方法上成为现实，这也是为什么法经济学研究者将科斯的贡献放在突出位置的原因。

1961年卡拉布雷塞在《耶鲁法学杂志》发表《关于风险分配和侵权法的一些思考》一文。文章从经济学角度对侵权法进行了系统分析，基本观点如下：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的标准基础（1961）。卡拉布雷塞的文章不仅表明在侵权法——传统的普通法领域进行经济分析是可行的，而且在于卡拉布雷塞是以法学教授的身份参与分析的，其对法学界的影响是科斯等经济学家所不能比拟的。“卡拉布雷塞的杰出之处就在于他展示了简单的经济理论的巨大力量，它不仅能对整个法律进行理性化，而且能对法律的改革提供坚实的基础”（Veljanovski，

1990, 第 21 页)。卡拉布雷塞为法经济学被法学界和律师们所接受作出了贡献。

1965 年阿尔钦发表《关于产权的经济学》一文, 利用效用最大化假说分析了私人所有权和公共所有权的不同效应, 表明产权的发展变化是受经济力量决定的 (1965)。

这样, 科斯、卡拉布雷塞与阿尔钦的工作分别将法律的经济分析带入了法律的核心领域——财产法和侵权法, 更重要的是为经济分析的一般化开辟了广阔的前景。此后, 大批经济学家 (如德姆塞斯) 和法学家 (如波斯纳) 进入这个领域, 并取得了丰硕成果。尤其是芝加哥大学一部分学者致力于法律的经济分析, 声名鹊起, 形成了法经济学中的芝加哥学派。

3. 范式的接受: 法经济学进入法学院 (1973—1980)

Mackaay (1999) 指出有三件事情标志着法经济学的普及: 一是 1972 年由波斯纳任主编的《法律研究杂志》 (*Journal of Legal Studies*) 的创刊; 二是 1972 年波斯纳出版了具有强大影响力的专著兼教科书《法律的经济分析》; 三是成立专业的学术组织, 对法学教授、律师进行经济分析培训。时任乔治·华盛顿大学法学教授的亨利·曼恩 (Henry Manne) 的经济研究所发挥了重大作用。

波斯纳的《法律的经济分析》极大地扩大了法经济学的影响力。波斯纳将科斯等人已经形成的有关产权、契约、侵权责任的基本观念进行一般化, 推广到几乎所有的法律领域, 全面展示了对法律进行经济分析的可行性, 表明不仅可以对显性市场行为进行分析, 对隐性市场行为也同样可以在“效率主题”下进行分析。波斯纳将此称为“新法经济学”, 并将新法经济学的核心理念归纳如下 (Posner, 1975): 一是法律行为人也是理性的最大化者; 二是法律体系本身也是以促进经济效率为目标的; 三是经济分析有助于法律体系改革方案的设计。波斯纳这本书影响力巨大的另一个重要原因就是, 波斯纳在书中使用的经济学方法对律师们来说简单易学, 可以方便地应用于法律问题。“你提出一个法律领域, 我就能够告诉你价格理论的几个基本原理如何决定该领域的隐性经济结构” (Epstein, 1997, 第 1168 页)。

4. 范式的质疑 (1976—1983)

早在 20 世纪 70 年代初期, 芝加哥学派的法经济学就受到了质疑。在波斯纳将全部的经济分析归结到“效率”主题之下后, 更是受到了来自各方面的

批评和怀疑。从主体上看，有来自法学界的以德沃金（Ronald M. Dworkin）为代表的新自然法学派和以肯尼迪（Duncan Kennedy）为代表的批判法学派的批评，也有来自经济学界内部以萨缪斯为代表的制度学派和以拉兹（Mario J. Rizzo）为代表的奥国学派的批评，以及法经济学内部的芝加哥学派、卡拉布雷塞为代表的耶鲁学派和以威廉姆逊为代表的新制度经济学之间的相互批评。前者的批评十分激烈，后二者的批评较为温和。

批评所涉及的内容十分广泛，既有对具体法律规则的实施效果和改革建议的争论，又有对法经济学的基本观念和方法论的争论。在批评与反批评的过程中，一方面以波斯纳为代表的主流法经济学^①继续高举“效率主题”的大旗，不断完善及修正自己的理论，开拓新的分析领域；另一方面，批评者们也逐渐在形成系统的观点，发展成为法经济学中的新派别。因此批评与反批评的过程也是法经济学的影响不断扩大的过程。这一时期，法经济学开始走出美国向国际学术浪潮演变。20世纪70年代中期，法经济学就进入了英语国家，到70年代末期，北欧和西欧的一些国家也开始研究法经济学（Mackaay, 1999）。

5. 法经济学的持续扩展（1983年至今）

自20世纪80年代中期以来，法经济学进入了一个相对平稳的持续发展阶段。这主要表现在两个方面：

（1）影响日趋扩大。从事法经济学研究的学者越来越多，开设法经济学课程和设立法经济学研究计划的法学院越来越多。法经济学的专业期刊也越来越多，《法经济学杂志》和《法律研究杂志》依然是主导期刊。1979年开始的《法经济学研究》（哈佛大学出版社出版）年度系列论文一直持续到现在。此外，1981年由著名法经济学家库特（Robert Cooter）为主编的《法经济学国际评论杂志》创刊，1985年耶鲁大学的《法学、经济学和组织杂志》创刊。各大学法学院的法学评论更是长期以法经济学作为选题方向^②。美国政府自里根执政时起就颁布总统令，要求对政府的所有法令进行成本收益分析，他之后的布什、克林顿都坚持了这一法令的有效性。并且法经济学的国际影响也日趋

① 主流法经济学主要指的是由波斯纳领导的坚持“效率主题”以新古典经济学为理论观念和工具的法经济学，因此又称为新古典法经济学。有时被称为法经济学的芝加哥学派，但这可能不太准确，因为科斯、施蒂格勒和波斯纳之间也有分歧。参见 Hovenkamp, 1995; Mackaay, 1999; Coase, 1993; Stigler, 1992。

② 兰德斯和波斯纳从数量上分析了法经济学论文的引用情况，指出它们的引用率超过了其他法学领域的研究。参见 Landes and Posner, 1993。