

制度经济学研究

第五辑

Research of Institutional Economics

黄少安 / 主编



经济科学出版社

制度经济学研究

第五辑

黄少安 主编

经济科学出版社

责任编辑：吕 萍 于海汛

责任校对：王肖楠

版式设计：代小卫

技术编辑：李长建

制度经济学研究

第五辑

黄少安 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100036

总编室电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www.esp.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

人大印刷厂印刷

三佳集团装订厂装订

787×1092 16 开 15 印张 280000 字

2004 年 10 月第一版 2004 年 10 月第一次印刷

印数：0001—3000 册

ISBN 7-5058-4418-0/F·3690 定价：25.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

制度经济学研究

Research of Institutional Economics

- 主 编 黄少安
学术委员会 (以汉语拼音为序)
黄少安 (山东大学经济研究中心)
林毅夫 (北京大学中国经济研究中心)
茅于軾 (北京天则经济研究所)
盛 洪 (山东大学经济研究中心)
史晋川 (浙江大学经济学院)
杨小凯 (莫纳什 (Monash) 大学经济系)
杨瑞龙 (中国人民大学经济学院)
张曙光 (北京天则经济研究所)
张宇燕 (中国社会科学院)
张维迎 (北京大学光华管理学院)
张 军 (复旦大学经济学院)
邹恒甫 (武汉大学高级研究中心)

编辑部主任 魏 建

目 录

综述

法经济学发展历史概述	黄立君 (1)
------------------	-----------

论文

从经济决定论到公共选择理论	钱弘道 (32)
计算机软件版权保护与专利保护的比较研究	董雪兵 朱 慧 (54)
区域水权的初始分配	
——以黑河流域“均水制”为例	沈满洪 (64)
市场环境中的村庄公社制度：为什么能够成为 自由选择条件下的博弈均衡	
——广东省中山市崖口村个案	曹正汉 (81)
谈判机制与最优专利制度	江麟生 吴晓芳 (98)
情势变更原则的理论反思及经济学视角的分析	钱锦宇 赵海怡 (110)
为什么私力救济	徐 昕 (126)
我国私力救济制度的实证分析：从定性到定量	周林彬 (174)
对《公司法》展开经济学分析的意义	曲振涛 刘文革 (197)
失物制度的演化分析	李振宇 (208)

会议综述

中国法经济学论坛暨制度经济学研讨会综述 (223)

后 记 本刊编辑部 (228)

VOL. 5

CONTENTS

A Brief Account of Law and Economics	Huang-Lijun (1)
From Theory of Economy Determinism to the Theory of Public Choice	Qian-Hongdao (32)
A Comparative Study on Copyright Protection and Patent Protection of Computer Software	Xue Bing Dong & Hui Zhu (54)
The Initial Collocation of Regional Water Rights	Shen-Manhong (64)
A Village Commune in the Transitional Economy; A Case Study of Yakou Village, Guangdong Province	Cao-Zhenghan (81)
Negotiation and the Optimal Patent	Jiang-Linsheng Wu-Xiaofang (98)
Economic Analysis and Reconsideration of the Principle of Rebus Sic Stantibus	Qian-Jinyu Zhao-Haiyi (110)
Why Self-help	Xu-Xin (126)
An Empirical Study on Chinese Self-help Remedy System: From Qualitative Analysis to Quantitative Analysis	Zhou-Linbin (174)
The Meaning of the Economic Analysis to the "Corporate Law"	Qu-Zhentao Liu-Wenge (197)
Evolutionary analysis of institution about lost property problem	Li-Zhenyu (208)

法经济学发展历史概述

黄立君*

【摘要】对法经济学发展历史的分析，无论是国外还是国内，都是不够充分的。鉴于此，本文试图从社会的经济政治状况、学科自身的传承发展等方面对法经济学的发生、发展进行一个比较系统的梳理。论文首先对法经济学的含义进行了厘清；其次，对法经济学发展的历史进行了阐述。最后，论文对法经济学发展进程中已经取得的成就和存在的不足做了分析。

【关键词】法经济学 发展历史 概述

一、引 论

关于法经济学发展的历史，国外学者希斯·皮尔森（Heath Pearson）、尼古拉斯·麦考罗（Nichola Mercuro）和斯蒂芬·G. 麦德姆（Steven G. Medema）以及伊詹恩·麦卡伊（Ejan Mackaay）其实做出过很好的研究。皮尔森对法经济学在1830~1930年间的发展做了细致的分析。读者在他的著作《法经济学的起源：经济学家的法律新学科运动，1830~1930》中，可以看到他对19世纪历史学派和美国制度学派对法律最核心问题的研究。^①麦考罗和麦德姆则对波斯纳之后（包括波斯纳）法经济学的发展进行了分析。在他们的《法经济学：从波斯纳到后现代》中，读者可以对当前法经济学主要流派及各自的核心思想获得详尽的了解。^②至于麦卡伊，他在《法

* 黄立君，北京师范大学经济学院，博士后流动站。E-mail: huang0909@sohu.com.

① 参见 Heath Pearson, *Origins of Law and Economics: The Economists' New Science of Law, 1830 ~ 1930*, Cambridge University Press.

② 参见 Nichola Mercuro and Steven G. Medema: *Economics And The Law: From Posner To Post-Modernism*, Prenceton University Press, 1997.

经济学的历史》一文中所做的，很大程度上可以说是对前二者研究的综合。^①应该说，对1830年以来法经济学的发展历程，这几位学者的研究可以给我们提供很好的学术指南。事实上，我们的研究也是建立在他们的研究基础之上的。但是我们也发现：第一，这几位学者只是从学术自身的传承发展角度来分析法经济学发展的历史。但众所周知的是，要阐述一门学科的发生、发展、演变的历史，仅仅从这一个角度进行分析是不够的。人们通常说，理论来源于实践。一种新的学术思潮或一门新学科的产生、发展，往往是顺应经济社会发展要求而产生的一种结果。此外，新的学术思潮、新学科的发展演变还或多或少要受到其他社会科学、自然科学乃至一般文化背景的影响。第二，这几位学者无意于对1830年之前发生的事情做出解释。其实，当我们把以波斯纳为代表的“狭义法经济学”拓展为“广义法经济学”——对法律现象和经济现象之间的关系的——研究——之后，法经济学的起源可以追溯得更远。至于国内学者，在论及法经济学发展历史时，往往直接借用国外学者研究的成果。可见，无论是国外还是国内，对法经济学发展历史的研究都是不充分的。

鉴于目前人们对法经济学发展的历史所作的分析并不充分这一事实，本文试图对这一新兴学科的发生、发展、演变进行比较系统的梳理，以期对它有个更深层次的理解。

在对法经济学的历史演变作出分析之前，先从总体上对它有个了解是有必要的。

二、一门有着多种称呼的新兴学科

对于法经济学，西方学者用各种名称来指代这一迅速发展的新学科。有人称之为“法律的经济分析”（Economic Analysis of Law），有人称之为“法和经济学”（Law and Economics），另外还有人用“经济分析法学”（Jurisprudence of Economic Analysis）、法律—经济学（Law – Economics）、法经济学（The Economics of The Law）、法律的经济方法（Economic Approach to Law）、法律经济学（Legal Economics）、经济法理学（Economic Jurisprudence）等来指代它。很多人对这些名称所包含的内容不加区别，但是罗宾·保罗·麦乐怡（Robin Paul Malloy）却认为“法和经济学”和“法律的

^① 参见 Ejan Mackaay: *History Of Law And Economics*, (ed.) Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Edward Elgar, Cheltenham, UK · Northampton, MA, USA.

经济分析”是既有联系，又有相当程度不同的学科，两者应该加以区分。^①

在上述各种称呼中，目前在英文中已经获得公认的是“Law and Economics”。一般来说，国内学者把“Law and Economics”直译为“法和经济学”或“法与经济学”。但有的学者认为，由于“Law and Economics”的跨学科性质，最好是从不同学科的角度来进行翻译。从法学角度看，最好译为“经济分析法学”；从经济学角度看，最好译为“法经济学”；从其他学科的角度来说，则可译为“法和经济学”或“法与经济学”。^②还有学者为了着重体现这一学科的经济学性质，主张把它意译为“法经济学”，并且认为，用“法经济学”而不是“法和经济学”来称呼一门学科，可以使之更加符合汉语的语言规范。^③其实，我国最早研究法经济学的学者钟明钊先生在1983年《法学季刊》第2期发表的《马克思主义法学的理论基础与法经济学的建立》一文中，用的就是“法经济学”这一名称。那时候，法经济学还没有传播到中国。本文用“法经济学”来指称这一经济学与法学的交叉学科，但是，如果有人用上述提到过的其他名称来指称它，也无关宏旨。而且，在行文过程中，如有需要，我们也会使用“法和经济学”、“法律的经济分析”、“经济分析法学”等名称。

三、法经济学是什么

正如对这一学科有多种称呼一样，“法经济学”迄今也并没有一个大家一致认可的、标准的定义。用郝伯特·霍维坎普（Herbert Hovenkamp）的话来说就是，“不是每个人都认可‘法经济学’已经有了一个专门的（proper）定义”。^④事实上，国内外学者从各种不同的角度来理解“法经济学”。

① 麦乐怡认为，“法律的经济分析”只是在新古典主义的经济模式中研究既定社会制度中的法律问题，而“法和经济学”的研究应注重经济哲学、政治哲学与法律哲学的相互关系，分析和评估可供选择的多种社会模式，研究和探索各种不同社会模式的法律制度与经济关系的后果。麦乐怡的看法是，应该突破法经济学研究中“法律的经济分析”这种狭窄的研究框架，将更多具有意识形态内容研究纳入到法经济学的研究领域，发展出一种“新的思考法学和经济学的方法”。麦乐怡认为，在“经济法理学”的研究中，不仅要涉及保守主义法学、批判主义法学、自由主义法学、古典自由主义法学、自由意志者法学，还应该包括新马克思主义及左派共产主义关于法与经济学的理论。参见罗宾·保罗·麦乐怡：《法与经济学》（中译本），浙江人民出版社1999年版。

② 吴锦宇：《略述“法和经济学运动”在中国大陆的发展（1983~2003）》，载《制度经济学研究》第二辑，黄少安主编，经济科学出版社2003年版，第169~186页。

③ 魏建：《理性选择理论与法经济学的发展》，载《中国社会科学》，2002年第1期，第101~112页。

④ Herbert Hovenkamp: *Law and Economics in the United States: a brief historical survey*, Cambridge Journal of Economics 1995, 19, pp. 331~352.

（一）国内外学者对“法经济学”的理解

很多国外学者并不热衷于给某一事物“下定义”。比如：

法经济学的集大成者理查德·A·波斯纳（Richard A. Posner）就没有给人们提供一个比较明确的关于法经济学定义的阐述。波斯纳在他的《法经济学运动》一文中，用这样的话语来描述法经济学：“由法律制度加以规范的行为范围是如此之大，以致法经济学只好做一个宽泛的定义，以便它能跟经济学一样扩展很广。当然，这不会是一个有用的定义”、“对法经济学进行定义的惟一可能的标准是效用（utility）——而不是准确（accuracy）”、“这个被松散地称为法律的经济分析的学科”^①等等，波斯纳把这门学科描述为“法律的经济分析”（Economic Analysis of Law），意指用新古典经济学的理论和经验方法研究法律制度。

罗伯特·考特（Robert Cooter）和托马斯·尤伦（Thomas Ulen）——波斯纳最主要的竞争对手——尽管在他们的《法和经济学》（Law and Economics）中开篇就谈“什么是法和经济学”，但也没有给出一个确切的定义，只是通过三个案例来说明法和经济学的主题和分析模式以及如何将经济学用于解释法规和立法制度。^②

另外，由皮特·纽曼（Peter Newman）主编的、权威的《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》，从女性主义、哲学、批判法学的观点以及从法学和经济学视角分析了法经济学，却也没有说明法经济学到底是什么。

不过，还是有学者给出过“法经济学”比较精确的定义。比如，国内学者通常引用的关于“法经济学”的一个最为普遍的定义是由乔治·马森大学（George Mason University）的查尔斯·K·罗利（Charles K. Rowley）作出的。罗利认为，法经济学是“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、演化和影响”。^③

我国学者蒋兆康对国外学者关于法经济学的定义进行了综合，在《法律的经济分析》译者序言中给法经济学下的定义是：“用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形

① Richard A. Posner: *The Law and Economics Movement*, *The Economic Structure of the Law*, edited by Francesco Parisi, Edward Elgar, P. 5 and P. 14.

② 【美】罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》（中译本），上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第2~9页。

③ Charles K. Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, Nicholas Mercuro (ed.): *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, 1989, P. 125.

成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。”^①

无论上述学者通过何种方式来理解、界定“法经济学”，他们的一个共同特点是更多地关注经济学对法律研究的影响，他们强调的一点是：在一个国家的法律系统中，存在许多看似是法学实际上却是经济学问题，这些问题可以用经济学来加以分析与解决。事实上，就法律与经济这个主题而言，法经济学家们在运用经济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方面已经取得了很大的成就。用科斯的话来说，西方学者在运用经济学分析法律，即法律的经济分析方面的研究已经拥有了大量高质量的文献，在某种程度上说，这部分研究的发展甚至都已经不再那么令人激动了。^②

不过，如果仅仅从“经济学在法学研究中的运用”这个角度来理解“法经济学”，可能会局限我们的视野。运用经济学分析法律无疑是重要的，但对于法律与经济这个主题来说，它又是局部的、比较狭隘的。可以说，运用经济学分析法律只不过是内容更为丰富的法学和经济学研究的一部分，对于当今的法学家而言，运用经济学来分析法律仍然还只是“一种有限的方法”^③。因此，我们有必要从更广泛的意义上来理解“法经济学”。

（二）广义上的“法经济学”

本文所说的“法经济学”是一种广义上的“法经济学”。它指的是对社会中法律现象和经济现象之间的关系的研究，既包括从微观、具体层次上讨论二者之间的关系（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，正如马克思指出的那样，法律“表明和记载经济关系的要求”^④。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

① 【美】理查德·A. 波斯纳著：《法律的经济分析》（中译本），中国大百科全书出版社1997年版，第3页。

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

③ 【美】罗宾·保罗·麦乐怡：《法与经济学》（中译本），第2~3页。

④ 《马克思恩格斯全集》第四卷，第122页。

析。也就是说,既要法律进行经济分析,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。

这种理解也缘于法经济学的奠基者之一罗纳德·科斯的影响。科斯就把“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。^①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。”^②国内学者魏建则在他的《理性选择理论与法经济学的发展》一文中,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)。另外,秦海也主张使经济学与法学充分地对流起来。他给“法经济学”下了一个非常广泛的定义,那就是“从经济学的角度看法律,从法律的角度看经济学”。^③

广义地理解“法经济学”无疑使我们的视野变得更为开阔,同时也拓展了法律与经济这个主题所涵盖的范围。可以想见的是,随着人们对“法经济学”理解的进一步加深,人们在继续运用经济学理论和方法来加深对法律制度的理解同时,也会更多地去探讨法律制度对经济制度运转的影响。

概念厘清之后,我们可以对法经济学的历史做一番梳理。

四、法经济学发展的历史

当代法经济学的诞生,使得经济分析方法前所未有地广泛运用于法律问题的分析,形成了法学和经济学相互渗透、互相融合、互相促进对方发展的繁荣景象。这一繁荣景象不可避免地促使人们去对法经济学的历史演变做一番考究。

我们知道,一个理论体系或一门新学科的形成、发展直至成熟,既不是

① 参见 Douglas G. Baird: *The Future of Law and Economics; Looking Forward*, University of Chicago Law Review, Fall, 1997.

② Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, *Economics And The Law: From Posner To Post-Modernism*, Princeton University Press 1997, P. 3.

③ 秦海:《法与经济学的起源和方法论》,载《比较》第5期,吴敬琏主编,中信出版社2003年版,第151~176。

凭空臆造出来的，也不可能是一蹴而就的。理论体系或新学科的形成都有其内在的历史背景和科学条件。它往往一方面是为了适应其时代的特定要求（比如 17、18 世纪重商主义者的理论和政策建议是为了适应在长期混战中兴起的民族国家的需要；而亚当·斯密推崇自由市场则适应了当时资本主义经济发展的要求），另一方面又是学科自身传承发展的必然结果。每一代人都从上一代人的思想中学到和吸收一些东西，因此，思想或学科的发展应该是一个逐渐进步的过程。当然思想或学科的发展还免不了其他社会科学、自然科学乃至一般文化背景对其演进的支持。

作为一门独立学科的法经济学，是晚至 20 世纪 60 年代才在美国兴起的。但是，法学与经济学之间的“融合”却古已有之。透过法学和经济学发展的历史，我们不难发现，一方面，法学理论中充满着丰富的经济思想，另一方面，自经济学创立之初，法律就是经济学研究的题中应有之义。只不过在两个学科的演进过程中，经济学与法学的“联姻”似乎是时兴时衰。因此，从这个角度来说，20 世纪 60 年代以来法学和经济学前所未有的互动，只不过是两个学科之间“亲密接触”的再一次延续。

（一）早期法学家们的经济思想

相比经济学而言，法学的历史要久远得多。我们无法列举所有法学家的经济思想，有些，我们甚至无法知道他姓甚名谁，而只能在他们遗留下来的历史文献中去感知他们的真知灼见。

尽管罗马时代的法学家们重视伦理和政治的因素远超过经济的因素，而且，整个罗马时代也缺乏系统的经济思想，但并不意味着罗马法学家们没有经济思想。法学家们的经济观点主要从各种成文法典中反映出来。完成于公元前 449 年的古罗马的第一部成文法典《十二铜表法》，就以奴隶主私有为核心，对有关所有权、占有权、土地权利、债务、契约等进行了规定。比如，它在第六表“获得物、占有权法”第五条 B 中，就对财产的有效出售或交换，进行了严格的规定。又如，它在保留同态复仇的同时，也增添了罚金赔偿——向受害者的亲属交付一笔款项或一批货物——这一新的解决冲突方式。^①

被法律史学家看做是 5~9 世纪最著名的、最典型的“蛮族法典”的《萨利克法典》是由臣服于法兰克王国的罗马文化人（究竟是谁，后人无从得知）编纂的。它清晰地说明了公元 5~6 世纪西欧刚步入封建初期法兰克王国的经济制度。它保护公社土地集体所有制。《法典》规定土地归农村公

① 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《十二铜表法》，法律出版社 2000 年版。

社所有。公社农民只在一定条件下拥有一份耕地和草地的使用权。土地使用权可以世袭，但不许转让或出售，土地的最后处理权仍属于村社集体。《法典》做了种种规定保障集体所有制不受侵犯。《法典》十分重视对作为主要生产者的自由法兰克人的人身自由及其个人财产的保障。对侵犯自由人人身自由以及盗窃、毁坏私人财产的行为，做了严惩的规定。否认所有居民一律平等的原则。^①

我们还可以从一些叫得出名字的法学家那里，领略他们对法律与经济之间关系的洞见。比如，18世纪古典自然法学派重要代表之一孟德斯鸠（1689~1755）就对法律与经济的关系进行过研究。他在《论法的精神》中，从第十四章起，就洋洋洒洒地讨论起法律与气候、土壤、地理、贸易、货币、人口等等之间的关系。作为近代资产阶级启蒙思想家，孟德斯鸠对商品经济大加赞美，指出：“商业使每个地方都能够认识各国的风俗，从而进行比较，并由此获得巨大的好处。……贸易的自然结果就是和平。……贸易的精神使人们产生了一种精确的正义观。”^②他主张门户开放，认为一个国家如无重大的理由就不应该排除任何国家与自己通商。商业发展必然导致相应的发达法制。孟德斯鸠列举了各种与商业有关的法律，指出贸易与宪政制度有某些联系，巨大的商业在共和制下，较之君主制更易发展。“贵族经商与君主制精神格格不入。英国准许贵族经商，是该国君主制受到削弱的最重要因素之一。”^③有商品交换，必然会出现货币。“货币是代表一切商品价值的标准。”每个国家都以法律形式规定本国货币制度以及与外国货币兑换的比率。法律与货币之间的关系是不言而喻的。人口是最重要的经济因素之一。游牧地区，人烟稀少，因为那里只有很少的人有事情做；麦田需要较多的人工作，葡萄园需要的人更多。孟德斯鸠注意到了立法的因地制宜性，所以主张，“关于一国人口的法规主要应视情况而定。”^④

意大利的法学家贝卡利亚在其著作《论犯罪与刑法》中，运用数学方法处理法律问题，用成本收益方法分析了法律的行为问题，提出了“犯罪与刑法均衡原理”。

英国功利主义的创始人边沁（1748~1832）则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的进行改革的宏大方案。18世纪中叶以后，欧洲社会出现了从往昔继承下来的暴虐的刑法制度进行改革的要求。而当时启蒙运动的社会哲学有一个重要组成部分就是认为应

① 《世界著名法典汉译丛书》编委会：《萨利克法典》，法律出版社2000年版。

② 转引自张乃根著：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1997年修订本，第132页。

③ 同②，第133页。

④ 同②，第133页。

当把惩罚当做以最小的人类痛苦为代价来防止犯罪的一个手段，认为在这种惩罚观念和对人性的科学理解指导下的立法，可以成为社会进步的伟大工具，而边沁就是这一社会哲学在英国的首要倡导者。在《道德与立法原理导论》中，边沁对功利原理（即边沁后来所称的“最大幸福原理”）做了阐述。在边沁看来，“功利是指任何客体的这么一种性质：由此，它倾向于给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福（所有这些在此含义相同），或者倾向于防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸（这些也含义相同）。”^①而功利原理则是指这样的原理：“它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或非难任何一项行动。”^②根据功利理论来理解法律，边沁认为一切法律所具有的一般目的应该是增长社会幸福的总和。而政府的业务就在于通过赏罚来促进社会幸福，由罚构成的那部分政府业务则是刑法的主题。在《道德与立法原理导论》中，边沁试图使人们关于惩罚的思想改变方向。他运用例证，并且用经济学家的术语阐发出一套精确的准则。比如惩罚被说成是“一项开支”或“投资”，需要“节约”，即避免不必要的苦痛；其表面“价值”（由一个潜在的犯法者所估计的痛苦程度）必须大得足以抵消他会指望靠犯法得到的“收益”。假如由于惩罚引起的痛苦大于它防止的痛苦，从而使它无效或无益，或者假如一项犯法行为的危害可以靠非惩罚性措施、并因而以“低价”来抑制，从而使它成为不必要的，那就完全不得使用惩罚。比起许久以后关于法律和政治的经济学理论，这些经济比拟是非常超前的。它们贯穿在边沁对“不适于惩罚的情况”所做的初步辨识之中，也贯穿在他按照成本收益解释罪罚相称之必要性所用的精确细则之中。总之，边沁“制定了一套基于功利原理的行为典章，并用依靠同样的原理来调节的制裁措施作为其后盾”^③。在《道德与立法原理导论》中，边沁表达了这样的思想：正是立法的作用和论及立法的科学的作用，才使一个奖惩体系得以确立，这一体系诱使人们做出能够给最大多数人带来最大幸福的行动。^④这样，边沁也就偏离严格的自由放任的立场，赋予了政府运用立法手段创造人为和谐的任务。边沁的分析方法对后来者产生了很大影响。经济学家约翰·斯图亚特·穆勒进一步发展了边沁的功利主义原理。他认为最广义的幸福是一种利益。它是物质与精神、求乐与避苦、眼前利益与长远利益、自己利益与他人利益

① 【英】边沁著：《道德与立法原理导论》（中译本），商务印书馆2002年版，第58页。

② 同①。

③ 参见H. L. A 哈特为《道德与立法原理导论》所做的导言，《道德与立法原理导论》（中译本），第3页。

④ 【美】亨利·威廉·斯皮格尔著：《经济思想的成长》（上）（中译本），中国社会科学出版社1999年版，第295页。

等诸方面的统一。在穆勒的功利主义理论中,更加强调行为的功利效果,他认为“最大幸福主义,主张行为的是与它增进幸福的倾向为比例;行为的非与它产生不幸福的倾向为比例。”^①由此,功利主义理论发展成为将财富最大化和非财富最大化、利己主义和利他主义以及法学研究与经济学研究紧密结合的复杂理论体系,并且成为以后法经济学的思想渊源之一。爱尔兰的法学家 J. M. 凯利则把边沁和穆勒的功利主义称做当代法经济学的远祖。^②

(二) 早期经济学家的法律思想

众所周知,经济学(政治经济学)是从哲学(伦理学)、政治学、法学和神学等诸多学科中逐渐分离出来的一门社会科学。资产阶级政治经济学形成之初,法律问题就是早期的经济学家们从事研究的内容之一。按希斯·皮尔森(Heath Pearson)的说法,“法律本来就是政治经济学一个很自然的关注对象(natural concern)”^③。

资产阶级最初的经济学说,也就是处于封建主义和自由主义之间的中间阶段的重商主义,表述了一种流行于资本主义曙光时期即工业革命以前的经济纲领。此时西欧各国社会经济发展的状况是:继地理发现和殖民化时代之后,出现了繁荣的国际贸易,商业资本得到了迅速的发展和壮大,而且金块成了国际核算单位,由此,货币及其积累成为重商主义时代发展壮大的单一民族国家首要关心的问题。封建专制的中央集权国家因为日益增长的货币需求,开始关心加强商业资本的力量;商业资本家为求得更进一步的发展,试图寻求封建君主的保护。这种需求反映到理论上,就是重商主义政策和重商主义学说的出现。重商主义者把货币看成是财富的惟一形态,把货币多寡看作是衡量国家富裕程度的标准。而且,重商主义者还把对外贸易看做是货币财富的真正源泉。因此,无论是早期的货币差额论者,还是晚期的贸易差额论者,为了保证有更多的货币流回本国,都主张通过国家的干预来支持对外贸易,而国家干预的主要手段就是法律。比如,为了增加货币和限制货币输出,当时许多国家都根据早期重商主义者的主张,采取了一系列措施,颁布了各种法令,甚至规定严厉的刑罚,禁止货币输出国外。例如爱德华四世就于1478年,把输出金银定为大罪。而另一位重商主义者——路易十四的财

① 转引自冯玉军:《法律经济分析理论的批判性回顾》,载张文显等主编《法理学论丛》(第3卷),法律出版社2002年版,第106~118页。

② 【爱尔兰】J. M. 凯利著:《西方法律思想简史》(中译本),法律出版社2002年版,第413页。

③ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics: The Economists' New Science of Law, 1830~1930*, Cambridge University Press, P. 6.