



新编21世纪经济学系列教材

# 法经济学

第三版

Law and Economics

魏建 周林彬 主编



新编21世纪经济学系列教材

# 法经济学

第二版

Law and Economics

魏建 周林彬 主编



中国人民大学出版社  
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

法经济学/魏建,周林彬主编. —2版. —北京:中国人民大学出版社,2017.10  
新编21世纪经济学系列教材  
ISBN 978-7-300-24945-2

I. ①法… II. ①魏… ②周… III. ①法学-经济学-高等学校-教材 IV. ①D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 219803 号

新编 21 世纪经济学系列教材

法经济学 (第二版)

魏建 周林彬 主编

Fa Jingjixue

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京溢漾印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 20.5

字 数 486 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2008 年 5 月第 1 版

2017 年 10 月第 2 版

印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷

定 价 42.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# 内容简介

本书是法经济学的入门教材。主要内容包括法经济学的概念、发展历史和基本理论，财产法、知识产权法、合同法、侵权法、民事程序、刑法、公司法、规制等方面法律相关内容的经济分析，以及法律与经济增长的研究进展。

本书第二版的修订主要围绕两个方面展开：一是对法经济学发展比较快和法律实践变化比较大的几个领域进行了完善，基本概念和较为传统的领域，如财产法、合同法、侵权法和程序法等都没有进行大的修改；二是此次修订采取经济学和法学交叉的方式进行，也即原先以经济学学者为主撰写的部分这次修订主要由法学学者完成，反之亦然。作者们希望本书能够进一步促进经济学和法学的水乳交融。

本书适合法学和经济学本科生学习或研究生以及经济、法律实务工作者参考使用。

## 作者简介

魏建，男，山东博兴人，1969年出生，经济学博士，经济学教授，博士生导师。现为山东大学经济研究院法经济学研究所所长、《山东大学学报（哲学社会科学版）》主编。2006年入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”。2006—2007年在美国伊利诺伊大学法学院法经济学方向访学一年。主要研究领域为法经济学、制度经济学和资本市场。先后出版5部专著，主持承担和完成国家级、省部级科研项目多项，在《中国社会科学》《经济研究》等期刊发表文章百余篇。主要著作有《法经济学：分析基础与分析范式》《管理层收购的成功之路》《法经济学：基础与比较》等。

周林彬，男，湖北宣恩人，1959年出生，法学博士，法学教授，博士生导师。专任中山大学法学院法律经济学研究中心主任、民商法研究所所长。兼任中国法学会商法学研究会副会长，中国法学会经济法学、国际经济法学研究会常务理事，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，广东省社会科学界联合会常务理事，广东省法学会民商法学研究会会长等职务。先后出版学术专著和教材10余部，在《中国社会科学》等刊物上发表学术论文百余篇，主持承担和完成多项国家级、省部级科研项目，先后获得“国务院政府特殊津贴”“省级优秀教师”荣誉称号以及“全国十大杰出青年法学家”提名奖等奖励。

# 目 录

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| <b>第一章 法经济学导论</b> .....              | 1  |
| 1.1 什么是法经济学 .....                    | 1  |
| 1.2 为什么要学习法经济学 .....                 | 9  |
| 1.3 本书的安排 .....                      | 10 |
| 习 题 .....                            | 12 |
| 推荐阅读书目 .....                         | 12 |
| <b>第二章 法经济学的发展历史</b> .....           | 13 |
| 2.1 早期的法经济学思想 .....                  | 13 |
| 2.2 法经济学运动的第一次浪潮 .....               | 15 |
| 2.3 法经济学运动的第二次浪潮：现代法经济学 .....        | 17 |
| 2.4 中国的法经济学研究 .....                  | 20 |
| 习 题 .....                            | 22 |
| 推荐阅读书目 .....                         | 22 |
| <b>第三章 理性选择的经济学：法经济学的经济学基础</b> ..... | 23 |
| 3.1 概述与基本概念 .....                    | 23 |
| 3.2 消费者选择与需求理论 .....                 | 25 |
| 3.3 厂商选择与供给理论 .....                  | 28 |
| 3.4 市场均衡、一般均衡、福利经济学与市场失灵 .....       | 29 |
| 3.5 信息经济学：影响决策的信息因素 .....            | 32 |
| 3.6 博弈论：行为主体决策相互影响下的决策均衡 .....       | 33 |
| 3.7 不确定条件下的决策：风险与保险 .....            | 34 |
| 3.8 行为经济学：决策中的心理因素 .....             | 36 |
| 3.9 产权经济学：成本与收益的边界 .....             | 39 |
| 习 题 .....                            | 41 |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| 推荐阅读书目 .....                    | 41         |
| <b>第四章 法律与法律制度概论 .....</b>      | <b>42</b>  |
| 4.1 法律的含义 .....                 | 42         |
| 4.2 法律的形成和演进 .....              | 44         |
| 4.3 法律体系与法律结构 .....             | 46         |
| 4.4 法律的运行 .....                 | 49         |
| 习 题 .....                       | 52         |
| 推荐阅读书目 .....                    | 52         |
| <b>第五章 法经济学的基础理论与分析方法 .....</b> | <b>53</b>  |
| 5.1 科斯的贡献与现代法经济学大门的开启 .....     | 53         |
| 5.2 法律的市场类比与目标 .....            | 58         |
| 5.3 法经济学分析方法 .....              | 60         |
| 5.4 法律的三个分析范式 .....             | 62         |
| 习 题 .....                       | 65         |
| 推荐阅读书目 .....                    | 65         |
| <b>第六章 财产法的经济分析 .....</b>       | <b>66</b>  |
| 6.1 财产与财产法 .....                | 66         |
| 6.2 财产法的经济目的：稀缺资源的最优利用 .....    | 69         |
| 6.3 产权的界定 .....                 | 74         |
| 6.4 产权使用的冲突和限制 .....            | 81         |
| 6.5 产权的转让 .....                 | 87         |
| 6.6 产权的保护 .....                 | 91         |
| 6.7 产权的公共所有和使用 .....            | 94         |
| 习 题 .....                       | 100        |
| 推荐阅读书目 .....                    | 100        |
| <b>第七章 知识产权法的经济分析 .....</b>     | <b>104</b> |
| 7.1 知识产权经济学的基本原理 .....          | 104        |
| 7.2 知识产权制度的经济学分析 .....          | 110        |
| 7.3 知识产权保护与经济增长 .....           | 121        |
| 习 题 .....                       | 125        |
| 推荐阅读书目 .....                    | 125        |
| <b>第八章 合同法的经济分析 .....</b>       | <b>127</b> |
| 8.1 合同法的基本内容与经济功能 .....         | 127        |
| 8.2 合同的成立 .....                 | 134        |
| 8.3 合同中的信息问题与合同解释 .....         | 138        |
| 8.4 合同的履行和救济 .....              | 144        |
| 8.5 格式合同的效率与公平 .....            | 154        |
| 习 题 .....                       | 158        |
| 推荐阅读书目 .....                    | 159        |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 第九章 侵权法的经济分析 .....            | 162 |
| 9.1 侵权与侵权法 .....              | 162 |
| 9.2 侵权责任的经济理论：确定最优的归责原则 ..... | 165 |
| 9.3 侵权损害赔偿 .....              | 181 |
| 习 题 .....                     | 183 |
| 推荐阅读书目 .....                  | 184 |
| 第十章 民事程序的经济分析 .....           | 186 |
| 10.1 程序法的基本内容 .....           | 186 |
| 10.2 公力救济与私力救济的选择 .....       | 188 |
| 10.3 起诉决策 .....               | 190 |
| 10.4 和解与判决决策 .....            | 192 |
| 10.5 最小化诉讼成本 .....            | 197 |
| 10.6 普通法的效率演进假说 .....         | 205 |
| 习 题 .....                     | 206 |
| 推荐阅读书目 .....                  | 207 |
| 第十一章 刑法的经济分析 .....            | 212 |
| 11.1 犯罪与刑罚概论 .....            | 213 |
| 11.2 刑法的基本原则和核心理念 .....       | 218 |
| 11.3 犯罪的心理状态 .....            | 225 |
| 11.4 正当行为及其他 .....            | 227 |
| 11.5 犯罪的类型化依据 .....           | 230 |
| 11.6 一般预防和个别预防 .....          | 232 |
| 11.7 犯罪的宏观经济学 .....           | 235 |
| 习 题 .....                     | 240 |
| 推荐阅读书目 .....                  | 241 |
| 第十二章 公司法的经济分析 .....           | 243 |
| 12.1 公司与公司法概述 .....           | 243 |
| 12.2 企业理论与公司 .....            | 245 |
| 12.3 公司设立的法经济学分析 .....        | 247 |
| 12.4 公司资本制度的经济学分析 .....       | 250 |
| 12.5 公司内部治理的经济学分析 .....       | 251 |
| 12.6 公司外部关系的经济学分析 .....       | 259 |
| 12.7 公司职工的权益保护 .....          | 261 |
| 习 题 .....                     | 264 |
| 推荐阅读书目 .....                  | 264 |
| 第十三章 反垄断与规制的经济分析 .....        | 267 |
| 13.1 反垄断与规制的经济学原理 .....       | 267 |
| 13.2 反垄断的经济学分析 .....          | 269 |
| 13.3 规制的基本概念 .....            | 274 |



|                           |            |
|---------------------------|------------|
| 13.4 对自然垄断的规制 .....       | 278        |
| 习 题 .....                 | 282        |
| 推荐阅读书目 .....              | 282        |
| <b>第十四章 法律与经济增长 .....</b> | <b>286</b> |
| 14.1 古典社会理论 .....         | 287        |
| 14.2 现代化理论 .....          | 290        |
| 14.3 依附理论 .....           | 293        |
| 14.4 新制度主义理论 .....        | 295        |
| 14.5 现代观点: 法律经济学 .....    | 297        |
| 习 题 .....                 | 302        |
| 推荐阅读书目 .....              | 302        |
| 参考文献 .....                | 303        |
| 后 记 .....                 | 315        |

# 法经济学导论

## 1.1 什么是法经济学

法经济学从萌芽、初创、产生到发展，其丰富的研究成果在学术界及实务界中的影响越来越大。随着“法经济学”“法律的经济分析”“法和经济学”“法律经济学”“经济分析法学”等名词在学术界、法律实务界中曝光率的急剧上升，法经济学也逐渐从默默无闻的边缘学科跃升为炙手可热的交叉学科，在学界享有颇高的知名度。那么，什么是法经济学？“法经济学”“法律的经济分析”“法和经济学”“经济分析法学”这些不同的称呼差异何在？如何把握法经济学的内涵？

国外学者至今未对“法经济学”的概念和含义达成共识。这不仅是因为法经济学涉足经济学与法学两大领域且不同学科背景的学者对法经济学拥有不同的学术世界观，也是因为法经济学的理论和研究范围在不断发展。因此“法经济学”有着不同的称谓，被赋予了丰富的内涵。Law and Economics、Economic Analysis of Law、Economic Approach to Law、Economics of Law、Jurisprudence of Economic Analysis 等英文称谓被不同的学者所采用。其中，Law and Economics 和 Economic Analysis of Law 是最普遍的名称，广泛存在于各种英文文献中（William M. Landes and Richard A. Posner, 1992: 1）。这里，以“法经济学”一词统称上述不同的英文称呼，即广义的法经济学。

虽然大多数学者对这些名称不加以区分<sup>①</sup>，但不同的学者从不同的分析视角、不同的

<sup>①</sup> 麦乐怡（Robin Paul Malloy）认为 Law and Economics 和 Economic Analysis of Law 这两个名称具有不同的含义，应将两者进行区别。罗宾·保罗·麦乐怡，法与经济学，杭州：浙江人民出版社，1999：1-5。

分析方法赋予了法经济学不同的内涵。<sup>①</sup>一般而言,国外经济学界趋向于将法经济学谓之“法和经济学”或“法律的经济分析”,认为法经济学是一种用经济学的方法和理论研究法律问题的学科理论。<sup>②</sup>国外法学界则趋向于将法经济学谓之“法律的经济分析”或“经济分析法学”,认为法经济学是归属于法理学范畴的一种经济学与法学交叉的研究方法或学科理论。

我国学界在引入国外法经济学概念时,没有摆脱国外学者的影响。“法经济学”“法律经济学”“法律的经济分析”“法和经济学”“经济分析法学”等不同的称呼在我国上演着百花争艳的一幕。法经济学究竟是一种方法还是学科理论,究竟是一种法学方法或学科理论,还是一种经济学方法或学科理论,至今仍无定论。因此,必须从研究方法、学科理论、经济学范畴和法学范畴等不同角度分析、把握法经济学概念的内涵。

### 1.1.1 作为研究方法的法经济学:法律的经济分析

从方法论角度定义法经济学,法经济学是法学和经济学的一种新的研究方法。法经济学的发展史印证了法经济学是研究方法创新的结果。法经济学思想的萌芽产生于早期法学家、经济学家将经济学分析方法运用于法律问题的研究中。<sup>③</sup>在20世纪70年代法经济学被认定为独立的研究领域之前,法经济学一直以研究方法的形式存在。方法论意义上的法经济学强调经济学是方法,法律是研究对象。

由于法经济学发端于借用经济学的工具和理论,而经济学的核心是研究方法,因而法经济学的核心也在于方法。学科理论的革命首要起因于方法论的革命,方法的革命对学科理论的创新具有举足轻重的作用。<sup>④</sup>作为研究方法的法经济学,同时推进了经济学和法学的理论创新。因此,无论将法经济学视为经济学的一个分支,还是将法经济学作为法哲学的一个流派,经济学方法论均是其精髓所在。

从方法论角度来看,法经济学可以分为经济学方法论和法学方法论两个方面。经济学方法论角度的法经济学,是“经济学帝国主义”<sup>⑤</sup>的主要体现之一,是经济学研究方法对经济学研究范围的开拓,强调以法律问题和实践对经济学分析方法的应用和理论的检验。法学方法论角度的法经济学,是作为一种全新的法学研究方法出现的,提供了与传统法学

<sup>①</sup> 各个学派理论之间的观点及差异,可参看麦乐怡(1999)。这种划分表明,麦乐怡更多地从法哲学视野看待法经济学,其划分基本能在法哲学思想上找到对应的流派。比如新马克思主义法经济学与以哈伯玛斯、阿尔都塞、普兰查斯等为代表的新马克思主义法学,自由主义法经济学与以哈耶克、诺锡克等为代表的新自由主义法学。

<sup>②</sup> Gerrit De Geest (1996) 将法经济学称为最富有争议的经济学分支之一。

<sup>③</sup> 参见第二章“法经济学的发展历史”的内容。

<sup>④</sup> 科学界里不乏因方法论的革新而导致理论、科学飞速发展的例子。例如,在自然科学界,由于17世纪前半叶伽利略创建了实验和数学相结合的科学方法,这种方法论的创新成为近代科学产生和发展的主要动力,至今仍为推动现代自然科学向前不断发展的动力。它不仅产生了伽利略的运动学、牛顿的力学、拉瓦锡的氧化学说、法拉第的电磁理论等物理科学学科,而且产生了生理学、遗传学、分子生物学、心理学等生命科学学科。在经济学界,马歇尔将数学边际分析引入经济学分析,开创了经济学的“边际革命”,并促使数学与经济学联姻。这一方法论的创新,产生了计量经济学、数量经济学、应用经济学等经济学分支,极大地推动了经济学的发展。

<sup>⑤</sup> 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、宏观经济行为等古典经济学问题范围的扩展。这种“侵略”是沿着多条道路进行的,并取得了令人瞩目的成就。经过数十年的扩张和渗透,经济学征服了越来越多的其他学科领域,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。

研究完全不同的新研究思路，但它无意也不可能以此方法否定或取代传统法学研究方法。

因此，方法论意义上的法经济学，因其“低调”而受到了传统经济学和法学研究的欢迎，并从法学方法论意义上将法经济学理论作为法理学的范畴，给予其一席之地，将其谓之“经济分析法学”，以区别于经济学研究范畴上的“法律的经济分析”。尽管都使用同一个英文表达，即 Economic Analysis of Law，但其中有所差异。<sup>①</sup>

### 1.1.2 作为学科理论的法经济学：法和经济学

作为学科理论的法经济学，是把经济学作为分析工具、把法律作为研究对象的一门法学与经济学的交叉学科。<sup>②</sup>换言之，法经济学是将经济学的理论和经验方法全面运用于法律制度分析，主要研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展方向的一门整合法学和经济学的交叉学科。

作为交叉学科的法经济学是理论发展和实践需求的必然：（1）法学与经济学的联盟极大地推动了各自的理论发展，并加深了对这两个学科的理解；（2）现代科学技术发展的规律表明，交叉学科是完成科研创新项目和培养科研创新人才的必备学科条件，法经济学是将分属于传统法学和经济学领域的知识纳入统一的理论框架之内的交叉学科新现象，从而形成了现代经济学和法学的一个“前沿部门”；（3）现代社会中许多重大的经济和法律问题同时具有经济和法律双重属性，要求经济学和法学用各自理论、思维、观念、技术和方法协同合作才能透彻理解和找到解决之道。

国外法经济学的产生与发展历程也表明，它的研究过程就是由方法论研究到学科论研究的理论创新过程。因此，当今中国法经济学发展的一个重要路径，是通过加强法经济学基础理论研究、注重法学与经济学的跨学科创新研究，实现从“方法研究”的重点向“学科研究”的重点转变，推动法经济学这一交叉学科的发展。“所谓交叉学科，也并不是要事先确定学科，而是根据对研究问题的对象需要来丰富扩大自己的知识，不让自己的学科把我们的研究角度和方法限定死了，而是以一个多面手或通才的眼光来研究中国的法律问题。”<sup>③</sup>

### 1.1.3 作为经济学范畴的法经济学：法经济学

从法经济学发展史中可以发现，法经济学作为经济学的的一个分支，最早产生于经济学领域。产权理论、交易费用理论、企业理论、制度变迁理论等制度经济学的主要理论也是法经济学中广泛运用的理论。将法经济学视为从属于经济学的一种研究方法或学科分支，业已为经济学界所公认，并被多数经济学家谓之法经济学。<sup>④</sup>法律的这一经济学属性，自然而然地把法经济学推进众多经济学分支之列。因而，从经济学范畴理解法经济学也是题中应有之义。作为经济学范畴的法经济学，强调其作为经济学分支（尤其是制度经济学分支）在发展、完善经济学理论体系上所发挥的重要作用，强调法经济学研究者在充分理解

① 对此区别及意义，容后详述。

② 波斯纳，法律的经济分析。北京：中国大百科全书出版社，1997：3。

③ 苏力，法治及其本土资源。北京：中国政法大学出版社，1996：217。

④ 国内第一本翻译国外法经济学的著作《法和经济学》的主译者、著名经济学家张军就明确地把法经济学定位于隶属经济学领域的交叉学科。

经济学理论的基础上运用真正的经济学分析工具与理论对法律问题进行探索，反对“幼稚”的法经济学，反对“庸俗”的法经济学。<sup>①</sup>

应该强调，经济学对法律的研究不能取代对法律的法学研究，所以明确法经济学的以下特点是十分必要的：

（1）法经济学使用的范畴是经济学范畴，而非法学范畴。因此，不能用法经济学意义的法律概念，取代法学意义上的法律概念。如法经济学更多是从交易这一角度研究“合同”这一经济概念，而法学更多是从企业外部财产关系（如债权关系）这一角度研究“合同”这一法律概念。因此，不能用经济学中的理论概念套用甚至取代法学中的同名法律概念。那种用“合同”与“产权”等经济学概念取代“合同”与“所有权”等法学概念的做法，不仅是片面的，而且容易混淆法律与经济基础的关系。<sup>②</sup>

（2）法经济学关心的不是“书本上的法”，即以白纸黑字形式表现的法条，而是“行动中的法”，是为立法和法律适用而在社会经济生活中表现出的行为。对“行动中的法”的关注，要求立法和改革法律制度时需充分了解现实中人们对法规、制度的反应，即要注重法律法规的事前分析。由此产生了法经济学研究中开放式研究（强调法律逻辑的不自足、以变适应不变）的特点。这一特点虽然不利于法律秩序的形成，但优点是增强了法律与现实社会经济关系的适应能力，超前立法的高效率恰好是该点的典型例证。这正是法经济学对法学研究最有借鉴意义的地方。

（3）法经济学关心的不是法律内部结构的逻辑一致性，而是法律实际效果与预期目标的一致性。此点使法经济学成为法律改革的一个重要政策指导。但是由此产生的问题是，在法经济学中，相关经济学概念往往是多义的，或者不甚明确的，缺少立法要求的精确性。如“产权”概念在不同经济学家那里就有着不同的定义。造成这种现象的原因是，法律概念的界定与权力和利益的分配密切相关，它必须是确定和明确的；而经济学中的概念通常服务于研究内容的便利，因而会出现同一名词在不同分析背景中有不同含义的现象。

（4）法经济学从经济学视角对现行法律采取怀疑和批判的态度。因此，法经济学坚持的不是法定主义，而是合理主义，即坚持合理是合法的前提，“恶法”不是法，为此应该采取“变动”的法律技术，以期及时修改或废除“恶法”。比如，经济学家强调法律过多将产生不良后果，导致政府干预能力过大，出现限制社会自由、侵犯产权的现象，故经济学家主张适度的法律才是好法。而在法学语境中，合法是合理的前提，“恶法”亦是法，强调的是法律的逻辑自足和严格的规则主义，典型体现就是大陆法系特点的法律解释学（如所谓民法是裁判法）。因为法学家们倾向于认为法律多多益善，要建立一个法律帝国，用法律调节社会中的所有关系。

（5）法经济学提出的法律改革意见不是服从于法学理论，而是服从于经济理论，其目的是从更广泛的经济角度理解法律，其研究路径是“经济—法律—经济”。因此，法经济

<sup>①</sup> 所谓“幼稚”的法经济学是指在进行法经济学分析时，仅限于对所分析的法律问题加入经济学注释，经济学理论与法学理论只作为两张皮，并没有实现两种学术资源的真正融合；所谓“庸俗”的法经济学是指在对经济学一知半解的基础上进行法律的经济分析，在运用经济学理论时却没有把握、理解经济学理论的前提条件及缺陷所在，出现“张冠李戴”“病急乱投医”等现象。

<sup>②</sup> 应该注意的是，对于一些经济学基础薄弱的学者（主要是法学学者），在使用经济学概念和范畴时，存在对经济学概念的非规范化使用和错误使用的情况，因此，认真学习经济学基础知识是必要的。

学研究主要围绕经济学展开，强调法律是研究对象、价格、行为激励。经济学界从制度经济学角度看法经济学，以至它们有意识地回避强调法律对经济重要作用的法经济学观点。<sup>①</sup>

(6) 法经济学思考的法律是“向前看”的法律，而不是“向后看”的法律，所以对案例的经济学研究重在对以后问题的“处理”，而不是对以前问题的“处理”。正如波斯纳(Posner)指出的，经济学对侵权的分析，不重视事后补救，而看重事先预防，所以是“过去的就让它过去”和“一切向前看”的逻辑思路。而在法学语境中，法律具有滞后性，一方面表现在它不能对未来发生的情况作出裁判；另一方面表现在它通常是在行为发生、一定的社会关系成就以后，对行为进行评价和对社会关系进行调整。比如侵权法关注的是侵权行为发生以后何种赔偿方案是合理公平的，合同法关注的是合同违约行为发生以后违约责任的合理承担问题。

总之，经济学视角的法经济学注重对经济理论的准确把握，关注相关经济体制的完善。因此，在展开相关研究时要特别注意法律问题在经济学语境与法学语境中的差异及统一，防止概念的混淆使用。同时这种现状也给法经济学的推广提出了建立统一的学术和概念平台的任务。

#### 1.1.4 作为法学范畴的法经济学：经济分析法学

经济学范畴的法经济学，重点研究的是法律制度如何影响经济活动，目的是改革和完善法律制度以使经济的运行更加有效率。而法学范畴的法经济学，研究重点是法律规则，并据此原则改革和完善法律制度。

从法经济学的发展史可知，早期法经济学以经济学范畴的法经济学研究为主，有关法律的论述主要是为了佐证经济学家对法律制度的某种认识。现代法经济学则以法学范畴的法经济学研究为主，其研究中贯穿的经济理论，主要是为了佐证法学家对法律制度的某种认识。<sup>②</sup> 这种研究重点的变化，拓宽了法经济学的研究范围，出现了“重经济学研究的旧法经济学，与重法学研究的新法经济学的不同”。作为现代法经济学的发源地，美国的法经济学研究已经形成了“法学研究为主导，经济学人士参与”的局面。<sup>③</sup> 其中，以波斯纳<sup>④</sup>的专著《法律的经济分析》为突出代表，该书不仅全面吸收了以往法经济学的各种研究方法和成果，而且构建了全面阐释法律的经济原则的宏大法经济学体系，至此法经济学才得以以法经济学的名义，正式成为一个独立的法学流派(Mitchell Polinsky, 1983: 38-42)。受到波斯纳的影响，研究法经济学的法学学者，往往习惯于将法经济学谓之“法律的经济分析”或“经济分析法学”。

① 张乃根. 法经济学. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 18.

② 如波斯纳所言，早期法律的经济分析集中在反托拉斯法和显性经济市场其他法律管制领域，这些工作与经济学家们传统上所做的工作差异不大，均为了更好地解释经济行为、经济制度。20世纪60年代以后，法经济学已扩展至非市场领域，“经济学理论和经验主义方法全面用于对法律制度的分析”，“使法律制度原则更清楚地显现出来”(波斯纳, 1997: 25-26)。

③ 比如，在美国，法经济学最有名的研究项目“约翰·M·奥林(John M. Olin)法经济学项目”都是设在比如哈佛大学法学院、斯坦福大学法学院、加州大学伯克利分校法学院等法学院之中，而非在这些学校很出色的商学院或者经济学系中。而且，从这些项目所发表的工作论文来看，论文作者的主体也是法学院的法学教授。

④ 现在波斯纳已经成为联邦第七巡回法院巡回法庭的法官。

经济学范畴的法经济学不能代替法学范畴的法经济学。为此,有必要正确认识和把握法学家运用经济学研究法律的特点。

(1) 这种研究从属于法学范畴。法经济学以法律为研究对象,虽然在法律研究中运用经济学的研究方法是新方法,但所研究的是法律问题。如权利和义务、实体和程序这些法学问题,往往是法经济学研究的基本问题。国外有关法和经济学或法律的经济分析的著作大致包括以下内容:财产法、合同法、侵权法、犯罪和刑法、诉讼程序法等。

(2) 它关注的是“书本上的法”(如法律条文)与“行动中的法”<sup>①</sup>(如立法与司法活动)是否一致的问题。如果不一致,就要求提出解决这种不一致的法律方法和途径。对“书本上的法”与“行动中的法”的一致性的关注,要求“运用经济学预言法律规则的效果”“运用经济学决定何种法律规则在经济上是有效率的”“运用经济学预言法律规则的演化和发展”<sup>②</sup>,在此基础上设计、制定法律制度。它认为只有充分考虑到各主体在某特定法律制度下的理性选择行为,才能设计和制定出“书本上的法”与“行动中的法”高度一致的法律制度。

(3) 对法律的改革不是服从于经济学理论,而是服从于法学理论,所以其研究的路径是“法律—经济—法律”。法学范畴的法经济学以法律为研究对象,同时法律也是研究目的、研究结果,即为了完善法律制度、法律原则及法律发展的法哲学。不难发现,对各种法律问题的经济学分析,最终论述基本上都回到具体的法律规则、法律制度如何改善以有效地实现法哲学所追求的正义、公平等原则上来。

因此,法学范畴的法经济学在运用诸多经济理论分析法律诸现象的过程中,不仅置身于经济学研究之中,而且要时刻注意超然于经济学之上,亦即提出符合法学理论范式的法律内容和命题。此点是法学范畴的法经济学研究的一个本质特点。在法律的法经济学研究中,这种对经济理论既“置身”又“超脱”的方式,是法经济学研究摆脱经济学和法学相互脱节的“两张皮”<sup>③</sup>困境的根本途径之一。

### 1.1.5 法经济学概念的特征

综上,从研究方法、学科理论、经济学范畴和法学范畴不同角度理解的法经济学有着不同的内涵。那么,把握这些不同视角下的法经济学概念的技巧是什么呢?关键在于抓住法经济学概念所具有的多元化、动态性、法学与经济学相结合这三个本质特征。

#### 1. 多元化

法经济学作为法学与经济学“交集”的产物,双学科结合的特征从根源上决定了法经济学具有多元化的本质特征。既可以从学科革命的导火线方法论革命着手,从研究方法创新——运用经济学方法研究法律角度,将法经济学定义为“法律的经济分析”,强调作为研究方法的经济学,也可以从学科发展的规律入手,从边缘学科角度将法经济学定义为“法和经济学”,强调它是一门法学和经济学整合的边缘学科;既可以立足于研究方法——

<sup>①</sup> 这里的“行动中的法”是指现实中的各种法律行为,法在现实生活中的运作和实现,包括立法、司法、执法活动,以区别于国家等立法机关颁布的法律规则,即“书本上的法”。

<sup>②</sup> 大卫·D·弗里德曼. 经济学语境下的法律规则. 北京:法律出版社,2004.

<sup>③</sup> “两张皮”是对法学特别是经济法学著述中经济学用语不符合法学语言规范之缺陷的俗称,它表明著述者对有关经济学理论知识一知半解和法学功底肤浅,也导致学习者对有关法学和经济学知识不能深入学习。

经济学范畴,将法经济学视为“经济学帝国主义”的产物——属于经济学的一种研究方法或学科分支,称之为“法经济学”,也可以立足于研究对象——法律范畴,将法经济学视为法学“进口”经济学理论和方法的产物——属于法理学、法学理论的一种研究方法或学科分支,谓之为“经济分析法学”。多元化也暗示着“法经济学”的概念多种含义并存。四种不同的称谓从四种角度赋予法经济学概念四种不同的内涵,进而构成有机的、全面的法经济学概念体系。

## 2. 动态性

法经济学概念不仅多元化,而且具备动态性,是一个开放式的理论体系。进一步来说,研究对象法律制度的开放性以及研究方法经济学理论的演进性也预示着法经济学概念的动态性。

从纵向维度看,随着法经济学从萌芽期、法经济学运动的第一次浪潮到第二次浪潮,经济分析方法逐渐被法学者接受,进而使法经济学成为一个独立的研究领域。法经济学概念也随之逐步形成强调研究方法的“法律的经济分析”、强调学科理论的“法和经济学”、强调经济学范畴的“法经济学”、强调法学范畴的“经济分析法学”四种不同概念“四足鼎立”的状态。

从横向维度看,学者的研究目的、研究背景不同,分析视角不同,进而所强调的理念也不同。为了研究法律制度如何影响经济活动、为改革和完善经济制度出谋献策,学者们强调经济学范畴的法经济学。但如果主要为了研究法律规则、法律制度背后的经济原则,并据此原则改革和完善法律制度,学者们往往强调法学范畴的法经济学。

从研究范畴看,法经济学的概念在不断扩展。波斯纳所区分的“旧”法经济学与“新”法经济学就反映了法经济学概念从主要限于反托拉斯法和显性经济市场其他法律管制的经济分析(如税法、公司法、公用事业和公共运输业管制)扩展至对囊括显性市场行为和而非市场行为在内的法律制度的全面经济学分析(包括实体法、程序法、法理学等)。<sup>①</sup>

从研究工具看,法经济学的分析工具在不断更新。经济学是法经济学的主要分析工具,随着经济学理论的迅速发展和不断完善,法经济学所采用的经济学理论、方法也不断更新,因而法经济学概念也出现不断更新的趋势。早期它主要运用微观经济学理论、福利经济学理论(如“旧”法经济学),目前主要运用博弈论、公共选择理论、行为经济学等。自“新”法经济学以来出现的芝加哥学派、耶鲁学派、公共选择学派、制度分析学派等所主张的理论的不同,也从不同程度上印证了法经济学概念中的经济学理论和方法的变化。

## 3. 法学与经济学相结合

不同学者从不同的分析视角定义法经济学所形成的多元化概念,均强调了法学与经济学的结合,差别在于所强调的结合度有所不同。强调分析方法的“法律的经济分析”,法学与经济学的关系为研究对象与分析工具;强调交叉学科的“法和经济学”,不仅强调研究对象与分析工具的关系,更重要的是关注两个学科的全面结合,即关心这一交叉学科对

<sup>①</sup> 波斯纳将20世纪60年代以前的法经济学称为“旧”法经济学,20世纪60年代初卡拉布雷西《关于风险分配和侵权法的一些思考》、科斯《社会成本问题》和贝克尔《人类行为的经济学研究》三篇开山之作的发表标志着“新”法经济学的出现(波斯纳,1997:21-22)。



经济学、法学自身发展的影响，不限于交叉学科自身的成长；强调经济学范畴和法学范畴的法经济学更多地关注其对经济学或法学单一范畴的影响，即法经济学如何完善或促进经济学研究或法学研究。

### 1.1.6 法经济学概念的意义

分析不同视角下的法经济学的不同内涵，主要目的在于把握法经济学研究的基本方向。如波斯纳所言，“定义法经济学的唯一可能准则是它的实用性而不是准确性”（波斯纳，1997：905）。探究不同视角的法经济学概念，不在于追求概念的准确性，而在于法经济学研究的实用性。

首先，全面理解法经济学。多元化、动态性、法学与经济学相结合这一特征表明，在进行法经济学研究时，不能把眼光局限于单一视角，应从研究方法视角、交叉学科视角、经济学视角、法学视角全面理解法经济学，了解不同视角所强调的内容及各自的差别与联系。在此基础上，结合研究目的、研究背景来确定自己的分析视角，选择最优的研究角度。

其次，与时俱进。法经济学概念的动态性已充分显示法经济学研究体系、理论框架的开放性。这要求研究者要时刻关注和把握经济学理论发展动态及研究方法的发展，而不能局限于原先所运用的经济学理论和方法。与此同时，尽可能地把这些新理论和新方法作为新血液注入法经济学理论和实践体系中，把握好新分析工具的更新节奏，进而实现与时俱进的法经济学研究。不仅仅了解理论、方法的新动态，更重要的是将其运用于法经济学理论研究和实践。

最后，共同语境的构建。法经济学领域作为法学者和经济学者的“合作企业”，由法学者和经济学者分工协作、联合投入，最终联合“生产”出法经济学这一相对独立的交叉学科。这种联合性迫切要求构建法学和经济学的共同语境，即法学与经济学之间的交流平台。要求在进行法经济学研究时注意经济学与法学的语境差异，力图使自身的研究同时符合法学与经济学的研究规范，进而有利于两个学科之间的交流与发展。这也是法经济学研究走向深入层次的基本需求。

综上所述，可以以“法经济学”一词统率上述强调研究方法的“法律的经济分析”、强调学科理论的“法和经济学”、强调经济学范畴的“法经济学”、强调法学范畴的“经济分析法学”，将法经济学定义为运用经济学方法和理论全面分析法律问题的经济学和法学整合的交叉学科。

鉴于国外法经济学的发展历程和目前我国的研究现状，我们应做到以下几点：

（1）强调方法论意义的法经济学。法经济学作为一种方法论，更容易为经济学学界、法学界所接受，更有利于其在经济学领域、法学领域的发展，有助于法经济学在我国的发展。

（2）注重通过学科建设这一途径来加速法经济学在我国的基础理论研究，增强法学与经济学的跨学科创新，提升中国法经济学的研究水平及研究地位。注重从学科理论视角来发展法经济学，更有利于实现法学与经济学学术资源（包括财力资源和人力资源等）的优化配置，从而为理论创新、研究水平提高奠定坚实的基础。

（3）在进行法经济学研究时，要把握法学范畴与经济学范畴的法经济学的差异，同时，通过经济学、法学视角法经济学的结合，实现经济学理论与法学理论、经济学方法与