

50

河北中青年社科专家五十人工程文库

知识产权法经济学论

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

南振兴 温芽清 著

ZHISHI CHANQUANFA J

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

ZHISHI CHANQUANFA JINGJIXUE LUN

中国社会科学出版社

河北中青年社科专家五十人工程文库

知识产权法经济学论

南振兴 温芽清 著

中国社会科学出版社



图书在版编目(CIP)数据

知识产权法经济学论/南振兴、温芽清著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 5

ISBN 978-7-5004-8598-8

I. 知… II. ①南…②温… III. ①知识产权法—研究
②知识产权—经济学—研究 IV. ①D913.04②F062.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 043419 号

策划编辑 冯 斌
责任编辑 丁玉灵
责任校对 周 昊
封面设计 王 华
技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 5 月第 1 版

印 次 2010 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16

印 张 16.75

插 页 2

字 数 270 千字

定 价 36.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

总 序

近两年，河北省组织实施了“河北中青年社科专家五十人工程”，并计划利用几年的时间编写出版“河北中青年社科专家五十人工程”文库。目前即将出版的有《商品流通领域研究》、《富民经济论》、《马克思主义哲学在中国的理论嬗变》等六部书稿，还有十部书稿计划陆续出版，内容涉及哲学、政治学、经济学、法学、管理学等许多学科，涵盖了许多前沿性问题，仅从书的名字即可知其意，都是运用马克思主义理论为指导，紧密联系当前经济社会发展的实际，努力进行理论创新的结果，对现实具有较强的指导意义。不难看出，河北的中青年社科专家年富力强、视野开阔、治学严谨，具有适应时代要求的综合素质，在他们身上体现了河北社科理论队伍人才辈出、社科事业兴旺发达的繁荣局面和美好前景。

我们知道，要使党和国家的事业不停顿，首先是理论上不停顿。马克思主义自诞生以来，之所以能够始终保持旺盛的生命力，一直成为无产阶级认识世界和改造世界的锐利武器，就是因为它善于根据发展变化的实际不断进行理论创新。党的十一届三中全会以来，我们确定了改革开放的路线，不断加深了对社会主义发展规律的认识，1992年邓小平同志南方谈话以后我们对社会主义本质有了全新的认识，党的十四大对邓小平同志建设有中国特色社会主义理论作出系统的阐述，党的十五大确立了邓小平理论在全党的指导地位，党的十六大把“三个代表”重要思想写进了党章，确立为党的指导思想，实践证明，我们党在理论创新上取得的每一个成果，都极大地推动了中国特色社会主义的发展进程。党的十六届三中、四中全会进一步提出了许多新的理论观点，特别是科学发展观、加强党的执政能力建设、构建社会主义和谐社会等一系列理论创新，必将推动我国经济社会和党的建设事业的新发展。

在新世纪新阶段，我国面临着实现社会主义现代化、完成祖国统一、维护世界和平和促进共同发展三大历史任务。我国的改革发展正处在关键时期，社会的经济成分、组织形式、就业方式、利益关系和分配方式日益呈现出多样化趋势，有许多新事物、新情况、新问题、新矛盾需要我们去研究、探索和回答，这既为繁荣发展哲学社会科学提供了良好的机遇，也对广大社科理论工作者提出了新的考验。马克思主义哲学是唯一科学的世界观和方法论，是无产阶级的精神武器，是我们认识当代世界纷繁复杂问题的指针。无论从事何种学科的研究，都必须掌握正确的思想方法，必须学好马克思主义哲学，以深厚的马克思主义理论素养，打牢深入研究各种社会问题的根底。毛泽东同志在 1938 年党的六届六中全会上说过：“在担负主要领导责任观点上说，如果我们党有一百个至二百个系统地而不是零碎地、实际地而不是空洞地学会了马克思列宁主义的同志，就会大大地提高我们党的战斗力量，并加速我们战胜日本帝国主义的工作。”在 1955 年 3 月召开的中国共产党全国代表会议上提出“我劝同志们要学哲学”。学习哲学，有助于人们树立辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观，掌握科学的方法论。当然，在新的历史条件下，马克思主义哲学作为马克思主义的重要组成部分，也要坚持与时俱进，要加以丰富和发展。例如，关于辩证法和认识论的对象需要进一步明确，在谈到辩证唯物主义的对象时，指的只是世界观的对象，而认识论的对象是什么，还不太明确。又如，辩证唯物主义的内容有待补充，结构需要更加严密。列宁在《哲学笔记》中提出的建构体系的原则是逻辑与历史的一致，这在 20 世纪二三十年代是得到公认的。但是，二三十年代的苏联哲学家主要不是根据这一原则，而是根据经典作家的一些论述来建构辩证唯物主义与历史唯物主义的体系的。再如，辩证唯物主义的一些具体内容需要根据时代的发展变化和科学的进步加以修正，如宇宙起源和演变的理论、物质的构成与内部结构的理论、世界形势的变化发展等等，都需要适应时代发展变化的要求，不断地进行发展创新，哲学社会科学工作者要勇于肩负起这一责任。哲学如此，其他各门学科也都有许多问题需要进一步研究和发展。

中青年理论工作者在当前我国经济社会发展中大有可为。以“三个代表”重要思想为指导，树立和贯彻落实科学发展观和努力构建社会主义和

谐社会的提出，为他们提供了不断创新的广阔舞台，中青年社科理论工作者要抓住这一有利时机，刻苦钻研，扎实工作，不断创造出更大的成绩。要认真学习马克思主义经典著作，学习当代马克思主义中国化的新成果邓小平理论和“三个代表”重要思想。要以老一代学者为榜样，树立崇高的历史使命感和社会责任感，甘于清贫、耐住寂寞、潜心研究。要坚持理论联系实际的良好学风，坚持把马克思主义基本原理与具体实践相结合，注重研究全局性、前瞻性、战略性的重大课题，促进理论创新、制度创新、科技创新的蓬勃进行。要坚持从自己所处的省情市情出发，围绕本地区经济社会发展的实际，多开展应用对策研究，研究本地贯彻落实科学发展观的重大理论和现实问题，有条件的可发展有地方特色和区域优势的基础理论研究。要自觉地改造自己的主观世界，把做人做事做学问结合起来、统一起来。

在“文库”出版之际，我表示衷心的祝贺，也希望河北省哲学社会科学战线涌现更多的优秀人才，创造更多的优秀成果。

黄耕夫

2005年4月

目 录

总序	(1)
前言	(1)
绪 论	(11)
第一节 研究的背景和研究的对象	(11)
第二节 研究的视角与模型	(14)
第三节 相关文献的综述	(16)
第四节 研究的思路与主要内容	(22)
第五节 研究的方法	(24)
第一章 知识产品的范畴界定及其经济特性分析	(25)
第一节 知识产品的范畴界定	(25)
第二节 知识产品的经济特性分析	(37)
第三节 小结	(54)
第二章 知识产品的生产机制	(55)
第一节 知识产品生产的运行机制	(55)
第二节 知识产品生产的不确定投入产出机制	(59)
第三节 知识产品的生产成本补偿机制	(62)
第四节 知识产品的价值形成和实现机制	(67)
第五节 知识产品生产的边际成本递减、边际收益递增机制	(73)

第六节 知识产品的生产特点	(76)
第七节 小结	(78)
第三章 知识产品产权制度选择的两难困境	(80)
第一节 知识产品的“公地悲剧”	(80)
第二节 知识产品的“搭便车”问题	(85)
第三节 知识产品的非竞争性、规避成本与排他悖论	(90)
第四节 知识产品产出困境的症结与出路	(93)
第五节 小结	(99)
第四章 知识产权制度选择的必然性和效率性	(100)
第一节 知识产权精巧的制度均衡实现了知识产品生产与消费的最优均衡	(100)
第二节 知识产权制度是知识创新的最优机制	(109)
第三节 知识产品效率制度安排的基本思路	(115)
第四节 小结	(118)
第五章 知识产品的三维产权结构分析	(120)
第一节 科学技术的产权体系配置	(120)
第二节 版权作品的产权配置	(125)
第三节 识别性标识的产权体系配置	(129)
第四节 知识产品的三维产权结构的耦合与优劣	(131)
第五节 知识产品的公私产权结构分析	(134)
第六节 小结	(137)
第六章 中国知识产品历史制度变迁的绩效	(138)
第一节 中国知识产品的历史制度变迁及其绩效	(138)
第二节 “李约瑟之谜”评述	(146)
第三节 中国科学技术“先来居后”的制度经济学分析	(149)
第四节 小结	(155)

第七章 新中国知识产权制度的绩效分析	(157)
第一节 计划经济体制下知识产权制度的绩效.....	(157)
第二节 改革开放后知识产权制度绩效的实证分析.....	(161)
第三节 知识产品奖励制度的绩效分析.....	(167)
第四节 知识产品资助制度的绩效分析.....	(171)
第五节 小结.....	(177)
第八章 新中国知识产权制度变迁的动因与类型	(178)
第一节 有关知识产权制度变迁的理论梳理.....	(178)
第二节 新中国知识产权制度变迁的简要描述.....	(182)
第三节 新中国知识产权制度变迁的动因与类型分析.....	(187)
第四节 小结.....	(201)
第九章 中国知识产权制度的绩效改进	(202)
第一节 知识产权制度效率低下的表现及其原因分析.....	(202)
第二节 知识产权制度绩效改进的基本要求.....	(210)
第三节 知识产权制度绩效改进的制度创新.....	(215)
第四节 小结	(240)
结束语	(242)
第一节 本书的主要结论.....	(242)
第二节 本书研究的前景展望.....	(250)
参考资料	(251)
后记	(258)

前 言

如果站在历史的新的起跑点上回顾一下我国知识产权制度建设的历程，那么在学理上可以将新中国知识产权制度建设的历程划分成以下四个阶段：第一个时期从 1949 年新中国成立至 1978 年改革开放前。这一时期是新中国知识产权制度的“孕育”时期，国家虽然尝试颁布了一些知识产权方面的行政规章，但是刚刚“孕育”的知识产权制度弱小“胎儿”随后遭遇“文化大革命”十年摧残，知识产权制度“胎死腹中”。第二个时期从 1978 年党的十一届三中全会确定改革开放开始至作为知识产权制度主干的商标法、专利法和著作权法全部问世的 1990 年。这一时期才是我国现代知识产权制度的奠基时期，标志着与现代市场经济接轨的我国知识产权制度的主框架已经搭建，尽管它还带着浓郁的计划经济色彩，还很不完善。第三个时期从 1990 年开始至本世纪初，这是我国知识产权制度为适应经济体制向市场经济转轨而自我完善的本土化、国际化改造时期。在这一时期与现代市场经济接轨的我国现代知识产权制度逐步趋于完善，可以说，至此我国现代知识产权制度达到了很高水平，个别地方超出了一个发展中国家甚至部分发达国家的水平，走过了发达国家上百年才完成的制度建设任务。第四个时期从 2001 年新世纪开始，我国知识产权制度建设进入了面向知识经济时代的转型期。在这一时期，一方面，我国知识产权制度将为加入 WTO 参加国际经济大循环而进一步现代化、国际化；另一方面，我国日益完善的知识产权制度终将完成法典化。我国本世纪初为入世而对知识产权法进行的大规模修改，已经使得我国知识产权制度与以《知识产权协定》为核心的国际知识产权制度基本一致，最近几年我国知识产权制度将进行适应我国经济社会发展水平的本土化、国际化、信息化改

造。从更长远的未来来看,伴随着整个财产权体系向无形财产权这个中心聚拢,知识产权制度在整个财产法制度体系中的地位将日益凸显,知识产权制度终将完成法典化。可以说,知识产权法典化是未来我国知识产权制度的走向。

所以,从未来发展和标志意义上说,21世纪是知识产权法典化的世纪。^①法典化即是法的体系化、系统化,但毫无疑问,知识产权法典的制度设计和创制的先导是知识产权理论的建立和知识产权理念的进化,我国知识产权法典化的主要障碍是知识产权学术法的缺乏。一位法学家甚至说:知识产权学术法乃知识产权法典化的基本途径和必由之路。^②我们认为,实现知识产权法典化的基本前提是知识产权理论的成熟和知识产权法学学科的建立与完善,知识产权理论成熟化的过程,同时也是知识产权法典化的舆论准备、立法技术成熟和法律制度、体系完善的过程。

关于知识产权理论对知识产权制度创新的巨大作用,我们可以从许多经济学家的论述中得到肯定求证。V. W. 拉坦在其《诱致性制度变迁理论》一文分析制度运作中“社会科学中的新知识”的作用时说:“纵观历史,社会知识使制度绩效和制度创新得以增进这主要是通过成功的先例逐渐积累或作为行政与管理知识与经验的副产品来实现的。在最近的一个世纪,社会科学知识的进步已为制度创新的效率开辟了新的可能性。”“社会科学知识可能会经由现存的制度或通过促进新的更为有效的制度的发展和创新而导致更为有效的制度绩效。”“不管对历史经验做出怎样的解释,但有一点似乎是很明显的,即在本世纪后半期,社会科学知识的进步已对制度创新成本的降低做出了重大贡献。社会科学研究能力、制度设计及管理能力都利用了社会科学知识,并已在许多国家有效地制度化了。”而且他还分析了社会科学知识对制度创新发挥作用的机理和途径:一是通过提高制度创新的能力;二是“加强意识形态”潜在地影响制度创新。K. 波拉伊对社会科学知识对制度创新的贡献评价更高,他在其《大转变》一文中

① 吴汉东:《21世纪将是知识产权法典化的世纪》,载曹新明主编《中国知识产权法典化研究》,中国政法大学出版社2005年版。

② 王太平:《学术法·法典法·知识产权法典化》,载于《电子知识产权》2006年第8期,第62—64页。

指出：“是社会发明而不是技术发明是工业革命的主要动力……这正好说明是社会科学而不是自然科学在其革命及隶属于人的自然力量中起作用。”^①

二

然而，当我们回顾和总结我国知识产权制度建设的经验和教训时，当我们起步并向知识产权法典化目标迈进的时候，宏观审视一下我国知识产权法学的发展现状可以发现，整体而言，我国知识产权法基础理论十分苍白、贫乏和幼稚，所谓的知识产权学术法更是尚付阙如，以至于不少学者发出了“知识产权无理论”的焦急、无奈的呐喊。^② 知识产权非理论化主要表现在知识产权缺乏一整套科学的理论体系，甚至连基本概念范畴的界定都没有统一，难怪有学者说：“知识产权目前还不是法学概念”，因为“知识产权‘客体一般’并不存在，知识产权难以界定其内涵与外延，不足以成为法学概念，而只能作为指称一组相关权利的语词来使用”。^③ 从这个意义上讲，知识产权理论研究是我国民商法领域一块亟待开发且开发价值极大的“开发区”。可以说，知识产权客体指向不明是我国知识产权理论化的最大障碍。

从创建科学的知识产权理论体系的视角审视国内外知识产权的理论建构，笔者认为，知识产权理论从萌芽之初即陷入了一个桎梏其发展的悖论之中：知识产权本体与客体的同化，即知识产权的客体回归为知识产权权利本身。

“知识产权本体与客体的同化”这一悖论源于古罗马法。2 世纪，著名罗马法学家盖尤斯（Gaius）在其所著的《法学阶梯》一书中，将作为财产的物划分为“有形物或有体物”（Corporales）和“无形物或无体物”

① V. W. 拉坦：《诱致性制度变迁理论》，载于《财产权利与制度变迁——产权学派与制度学派译文集》，上海人民出版社、上海三联书店 1994 年版，第 327—370 页。

② 王太平：《知识产权的理论化问题》，载于王太平《知识产权客体的理论范畴》，知识产权出版社 2008 年版，第 1—19 页。

③ 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 2000 年修订版，第 541 页。

(Incorporales)。盖尤斯认为,有形物是存在于自然界中可以触知的实体,如奴隶、谷仓、土地等,无形物则系“法律上拟制之关系”(Quae consistunt in iure),仅指由法律拟制的具有经济价值的权利,如地役权、用益权等。这种无形财产的由来和无形财产见诸经典的最早注释后来用来解释知识产权客体,就演化出了知识产权系指一组财产权利,该类财产权利被法律拟制成“无形物”,从而纳入知识产权客体的范畴。

众所周知,依法学基本理论,知识产权的产生与存在总是以其客体——某种财产为基础的,知识产权作为一种人与人之间的民事法律关系无法脱离客体而存在,否则这种民事权利即成为无源之水、无木之林。知识产权客体“是一种权利”的错位解释,使得知识产权本体与客体不分,这导致了知识产权客体的“迷失”,所以,自罗马法由来的“知识产权客体即知识产权权利本身”的理论,使得权利本体意义上的知识产权转而又回归成了知识产权的客体。这种“知识产权客体即是知识产权本体,知识产权的权利本体又是知识产权客体”的周而复始的怪圈立论,如同“鸡生蛋,蛋生鸡”,弄不清究竟是先有鸡还是先有蛋一样,使得知识产权理论陷入了最基本范畴定位的怪圈,进而使得知识产权理论大厦无法建立。

知识产权理论的贫困急切呼唤知识产权方法论的变革。知识产权研究的方法论不仅意味着知识产权研究的具体方法,而且还要“涉及到研究主体思考问题的角度选择,研究对象范围的确定,研究途径的比较选择,研究手段的筛选和运用,研究目的的限定等”。^①所以,在这个意义上,我们说,知识产权法的发展不仅是其学科自身即知识产权法学本体论的发展,也是知识产权研究方法和方法论的发展,甚至可以说:一切理论探讨,最终都可以归结到其研究方法论的探讨;一切理论变革又首先依赖于对其研究方法论的变革,只有方法论上的科学更新才能带来该学科的重大突破。如布坎南、科斯、贝克尔等经济学家将经济学方法

^① 原文是刘水林先生针对法学方法论而言的,笔者这里借用来指知识产权法学方法论。该文来源于刘水林先生发表于《法学研究》2001年第3期,第42—54页上的《法学方法论研究》一文。

与理论用于前人从未解释过的政治、公司、婚姻合约而荣获诺贝尔经济学奖。

知识产权各种复杂专有权设计和其相关制度安排的规范分析如同“杀人者死”的简单律令一样，因而单纯的文义规范解释有时显得生硬、武断和唐突，实质上它背后深奥的经济机理中隐藏着必然性。专利权的专有性远远高于版权是因为唯有如此才能在制度上保证激励专利技术源源不断的产出，而版权的专有性如果高到专利权的程度就会禁锢文化、思想和技术的传播，进而影响一国社会的进步，二者精巧的制度设计又都在知识创新者个体利益与知识使用者群体利益之间实现了经济均衡。

知识产权理论的贫困从根本意义上说源于方法论的单一和贫穷，知识产权法的传统分析工具是建立在概念基础之上的分析推理、辩证推理，然而这些方法与法律解释学一样，局限于语言的逻辑分析和单纯的价值评判，无法使知识产权制度得以帕累托改进和优选，也无法知悉知识产权制度是如何影响着相应的经济运转及其经济绩效。

发端于 20 世纪上叶西方的法经济学为知识产权的多角度分析和理论的发展带来了方法论革命。以经济学的“效率”为核心衡量标准，以“成本—收益”及收益最大化为基本分析工具对法律进行经济分析使法经济学成为方法独特、视角新颖的当代有重大影响的法学流派，虽然将其视为“打破三大主流法学派鼎立的局面……与之相抗衡，形成四强并立新格局的趋势”^①可能有些偏颇，但它对法学无疑带来了革命性影响。

三

什么是法经济学？法经济学集大成者理查德·A. 波斯纳（Richard A. Posner）把法经济学解释为“法律的经济分析”，意指用新古典经济学的

^① 刘全德：《西方法律思想史》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 243 页。

理论和经验方法去研究法律制度。^① 罗伯特·考特 (Robert Cooter) 和托马斯·尤伦 (Thomas Ulen) 在他们所著的《法和经济学》一书中, 通过对三个案例的分析揭示了法经济学的主题和分析模式是将经济学用于分析法律。^② 查尔斯·K. 罗利 (Charles K Rowley) 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 我国学者也大都认为法经济学是“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成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科”。^④ 笔者认为, 如果仅从上述意义上理解法经济学, 那无疑是狭义的、局部的, 而实际上运用经济学分析法律和法律制度只不过是内容丰富多彩的法经济学的一部分, 因为运用经济学分析法律和法律制度对法学家而言, 毕竟只是“一种有限的方法”,^⑤ 故此我们不妨将此种意义上的法经济学称之为狭义的法经济学。广义的法经济学着眼于对社会中广泛存在的法律和经济现象之间的宏观和微观关系的研究, 也就是说, 法经济学不仅用经济学的方法和理论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, 而且还对法律制度在经济运行中对经济活动所造成的影响进行探讨。这种观点既源于法律和经济具有一种天然的亲和力, 二者之间的关系决定了它们必须互为参照、相互借鉴、双向分析, 同时也源于法经济学的奠基经济学家们的理解, 如果说波斯纳的法经济学分析范式是用经济学研究法律和法律制度, 那么科斯则开创了法经济学的经济的法律分析范式, 科斯认为“法律制度中的许多原则和制度最好被理解和解释为促进资源的有效率配置的努力

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 2004 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.

④ 这是蒋兆康先生在波斯纳所著的《法律的经济分析》(中国大百科全书出版社 1997 年版) 中译本译者序言中对法经济学作的定义。

⑤ [美] 罗宾·保罗·麦乐怡:《法经济学》(中译本), 浙江人民出版社 1999 年版, 第 2—3 页。

力——也是本书的主题”，^① 科斯 1997 年还说：“我关心的是法律系统的运行对经济系统运行的影响。不同法律系统对特定的经济系统的影响有何不同？当采用这种而不是其他法律规则时，对经济系统又有何不同影响？这才是我对法经济学感兴趣的原因，也是我来芝加哥大学的原因。”^② 此外，尼古拉斯·麦考罗（Nicholas Mercuro）和斯蒂文·G. 曼德姆（Steven G. Medema）也认为：“法经济学是一门运用经济理论来分析法律的形成、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。”^③ 国内法经济学学者魏建和秦海也均认为，法经济学应该对社会中的法律现象和经济现象之关系进行研究，“从经济学的角度看法律，从法律的角度看经济学”。^④ 越来越多的学者都已经认识到，法经济学“仅仅将成本—收益分析和价格理论应用于法律分析是没有前途的”。^⑤ 市场是迄今人类发现的组织经济最为有效的方式，而成熟的市场经济体制必须通过法制来遏制垄断、消除外部性和信息不对称，降低市场的交易费用保证市场的效率，也正因为如此，市场经济也被称为法制经济。所以，“法学家必须成为‘交易费用工程师’，去研究如何通过法律来降低交易费用，进而提高市场的效率”。^⑥ 法律的根本目的在于提高人的经济收益和福祉，经济的法律分析从法律对经济影响的视角来评价法律制度的优劣，从而直抵法律制度的目的。

法经济学的基本理论工具由宏观经济学和微观经济学构成，包括新制度经济学、公共选择理论、博弈论、交易费用理论和产权理论等，其

① [美] 理查德·A. 波斯纳：《法经济学》，蒋兆康译、林毅夫校，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 26 页。

② Douglas G. Baileinl, 1997, The Future of Law and Economics Looking Forward, University of Chicago Law Review, Fall pp. 1167-1177.

③ Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, Economics and the Law: From Posner to Post-modernism, Princeton University Press 1997, p. 3.

④ 魏建：《理性选择理论与法经济学的发展》，秦海：《法与经济学的起源和方法论》，载于《比较》第 5 期，中信出版社 2003 年版，第 151—176 页。

⑤ 张建伟：《转型、变化与比较法律经济学——本土化语境中法律经济学理论思维空间的拓展》，北京大学出版社 2004 年版，第 73 页。

⑥ Ronald J. Gilson, 1984. Dec Value Creation by Business Legal Skills and Asset Pricing Yale Law Journal 94: pp. 239-313.

理论方法主要有规范分析和实证分析、成本—收益比较分析、边际分析等，资源有限和稀缺、经济人、有限理性等是其基本假设。法经济学是经济学与法学融合而成的边缘性学科，是法学研究的一场“范式”革命，更是法学研究方法论的变革。^①首先，它解决了法律制度的合理性和价值判断一直无法作出符合“科学性”计量和量化的难题。运用经济学理论对法律进行定量分析，“为法律事实、法律效果、法律效率、宪政理论等问题提出了一系列使我们为之耳目一新的假设、理论和方法”。^②视野的开阔、方法的创新，必然促进法学的变革、重构与繁荣。其次，法经济学破解了许多法律困惑，“传统的商人和保守的律师常被20世纪50年代的反托拉斯法所困惑，但他们却没有系统的概念和理论去反驳它，但用法经济学的学术思想来分析现实世界时，他们才找到了支持他们偏好的和令人信服的学术解释”。^③

法经济学作为一门独立的学科兴起于20世纪60年代，但法学与经济学之间的融合古已有之。18世纪古典自然法学派代表人物孟德斯鸠就对法律与经济的关系作过研究，意大利法学家贝卡利亚在其著作《论犯罪与刑法》中，用成本—收益方法分析了法律行为，提出了“犯罪与刑罚均衡”的理论，而亚当·斯密开创了用经济学的效率为依据监视和评价法律制度的先河，其在《关于法律警察、岁入及军备的演讲》、《国民财富的性质和原因的研究》等著作中，对经济发展对法律制度演变的影响和法律制度对经济系统的影响都作过精辟的研究。1960年罗纳德·科斯发表的著名的《社会成本》标志着现代法经济学的奠基。始于20世纪60—70年代的现代法经济学运动，伊詹恩·麦卡伊（Ejan MacKaay）将其划分为五个时期：发轫期，这一时期可以追溯到20世纪30年代阿诺德·普兰特（Arnold Plant）对知识产权经济问题的探索，直到20世纪50年代末芝加哥大学阿兰·迪雷克特领导的“旧法经济学”

① 钱弘道：《跨越法律与经济》，法律出版社2003年版，第41—42页。

② [美]理查德·A.波斯纳：《法经济学》，蒋兆康译、林毅夫校，中国大百科全书出版社1997年版，第26页。

③ [美]道格拉斯·G.贝尔德：《法经济学的展望与未来》，吴晓露译，载于《经济社会体制比较》2003年第4期，第83—89页。