



法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第七卷 2010年 苏力 主编 刘思达 执行主编

法律实证研究方法在中国

陈若英、刘思达、汪庆华、陈柏峰、李 耕

实效主义法学纲要 柯华庆

中国治理刑讯逼供六十年的经验 何永军

预防刑事冤案中的制度失灵 雷振斌

法律实践中俗民的“冤屈感”：一个解释框架 邢朝国

北庄矿难：社区突发事件中的“理”与“情” 袁长庚

农地流转纠纷中的政治与法律：鄂中个案研究 陆 剑

中国的土地产权制度：基于宪法第10条的分析 程雪阳

法院执行研究为什么难

苏力、刘忠、戴昕、张 巍



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第七卷 2010年 苏力 主编 刘思达 执行主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律和社会科学. 第7卷 / 苏力主编. —北京: 法律出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1374 - 9

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 205321 号

法律和社会科学(第7卷)

苏力 主编

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

印张 17.25 字数 242千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1374 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主办单位：北京大学比较法和法律社会学研究所

主 编：苏 力（北京大学法学院）

执行主编：刘思达（威斯康星大学麦迪逊校区社会学系）

副 主 编：侯 猛（对外经济贸易大学法学院）

编辑委员会：

成 凡（华中科技大学法学院）

邓 峰（北京大学法学院）

高丙中（北京大学社会学系）

贺 欣（香港城市大学法学院）

凌 斌（北京大学法学院）

强世功（北京大学法学院）

刘思达（威斯康星大学麦迪逊校区社会学系）

桑本谦（山东大学法学院）

沈 明（北京师范大学法学院）

唐应茂（北京大学法学院）

赵晓力（清华大学法学院）

赵旭东（中国农业大学社会学系）

张芝梅（中国社会科学杂志社）

朱晓阳（北京大学社会学系）

投稿邮箱：lass@ideobook.com

本刊主页：<http://lass.ideobook.com>

本卷各篇文章中的观点均属于作者个人，
并不必然反映主办单位或其他机构、个人的观点。

主题讨论:法律实证研究方法在中国

中国法律经济学的实证研究:路径与挑战 /陈若英 / 1

中国法律社会学的历史与反思 /刘思达 / 25

中国行政法经验研究:回顾与展望 /汪庆华 / 38

乡村法制研究的现状与前瞻 /陈柏峰 / 51

“地方性知识”在法学语境中的使用 /李 耕 / 61

论文

实效主义法学纲要 /柯华庆 / 71

中国治理刑讯逼供六十年的经验 /何永军 / 108

预防刑事冤案中的制度失灵 /雷振斌 / 129

法律实践中俗民的“冤屈感”:一个解释框架 /邢朝国 / 156

北庄矿难:社区突发事件中的“理”与“情” /袁长庚 / 174

农地流转纠纷中的政治与法律:鄂中个案研究 /陆 剑 / 194

中国的土地产权制度:基于宪法第10条的分析 /程雪阳 / 210

批评:法院执行为什么难

跨越个案 /苏力 / 240

评《法院执行为什么难》 /刘忠 / 246

执行既难,研究不易 /戴昕 / 253

计量方法与因果关系 /张巍 / 263

编辑手记 / 268

中国法律经济学的实证研究: 路径与挑战

陈若英*

在法学和社会科学各学科的联姻中,其与经济学的结合无疑是炫目、影响深远的。^①伴随着一批经典著述在中国翻译出版^②以及中国学者的介

* 芝加哥大学法学院访问助理教授, E-mail: ruoyingc@gmail.com。本文写作得益于与白建军、Richard Epstein、Saul Levmore 和 Thomas Miles 的多次讨论;艾佳慧、白建军、陈训明、李睿鉴、侯猛、廖志敏、刘思达、汪庆华和薛兆峰对本文初稿提出了细致而富建设性的修改意见;在此一并致谢,但所有文责由本人承担。

① William M. Landes and Richard A. Posner, “The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study”, 36 *Journal of Law & Economics* 385 (1993). 法律经济学在美国之外也已生根开花,特别是以色列和一些欧洲大陆国家。但有鉴于美国在这一领域处于研究和教学的绝对主导地位,本文将国外研究状况的讨论范围限于美国。

② 参见罗伯特·D. 考特(Robert Cooter)、托马斯·S. 尤伦(Thomas Ulen):《法和经济学》,张军译,上海三联书店1991年版;理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版;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;罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法律经济学》(中译本),施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,及其《波斯纳文丛》,苏力等译,中国政法大学出版社。

绍,^③法律经济学(law and economics 或 economic analysis of law)的概念和基本理论框架于20世纪80年代末被介绍到中国,国内法律经济学的理论研究作品已经相当可观。^④法律经济学研究中心在全国各大学纷纷建立,^⑤以学科介绍或以中国法律制度为基础的法律经济学教科书也已陆续出版,^⑥各法学院也开设了与之相关的课程并招收法律经济学方向的研究生。从法律经济学角度进行的实证研究也伴随着国内众多学者的呼吁而出现。^⑦经济学家和法学家对法律经济学理论的介绍以及以苏力为代表的研究者对中国本土问题进行的理论创新,^⑧为法律经济学的实证研究进行了出色的理论铺垫;他对跨学科实证研究的关注和对法律经济学实证研究的倡导,在其创设和主编的《法律和社会科学》中体现得尤为突出。^⑨

③ 较早的介绍性书籍参见张乃根:《经济学分析法学——评介及其比较》,上海三联书店1995年版;周林彬:《法律经济学论纲》,北京大学出版社1998年版;钱弘道:《经济分析法学》,法律出版社2003年版。

④ 对中国法律经济学研究的评述参见黄立君:“近十年国内法经济学研究评述”,载《商丘职业技术学院学报》2003年第5期;史晋川:“法律与经济学——回顾与展望”,载《浙江社会科学》2001年第2期。同时参见冯玉军主编:《中国法经济学应用研究》,法律出版社2006年版。自2006年起,浙江大学出版社还出版了史晋川主编的《法律经济学博士文丛》。

⑤ 浙江大学、中山大学、中国政法大学、中国人民大学、北京大学、山东大学等法学院都设立了专事法律经济学研究的中心。

⑥ 参见史晋川:《法经济学》,北京大学出版社2007年版;魏建、黄立君、李振宇:《法经济学:基础与比较》,人民出版社2004年版。

⑦ 参见钱弘道、黄立君等。苏力:“社会转型中的中国学术传统——《法律和社会科学》发刊词”,载《法律和社会科学》(第1卷),法律出版社2006年版。周林彬:“中国法律经济学的实务研究问题”,载《学术研究》2006年第10期。周林彬:“中国法律经济学研究中的定量分析问题”,载《制度经济学研究》2007年1月。

⑧ 参见苏力:“海瑞定理的经济学解释”,载《中国社会科学》2006年第6期;以及“关于海瑞定理I”,载《法律和社会科学》(第4卷),法律出版社2009年版;张维迎、邓峰:“信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释”,载《中国社会科学》2003年第3期;丁利:“核实技术、激励与举证责任配置”,载《中外法学》2005年第4期;凌斌:“界权成本问题:科斯定理及其推论的澄清与反思”,载《中外法学》2010年第1期;艾佳慧:“‘禁’还是‘不禁’,这是个问题——关于‘禁放令’的法律经济学分析”,载《中外法学》2007年第5期。

⑨ 该刊物的第4卷即是法律经济学专号,大多数文章为实证研究。

对我国法律经济学实证研究进行评述并非没有先例,^⑩但笔者认为,抽象而概括地指出法律经济学实证研究不足这一事实本身并不能充实这一领域的研究,其他学者对中国法律交叉学科实证研究的评述也涉及法律经济学定量研究。^⑪然而,“定量”和“定性”的区分未能充分揭示出法律经济学实证研究中不同研究方法的差异,因此无法帮助我们看清其在中国所面临的不同困难与机遇。秉承实证研究的精神,我们需要对这一领域的主要研究成果进行梳理,^⑫厘清这一研究方法面临的问题和挑战,重申实证研究对于发展我国法律经济学的意义。本文主旨并不在于对具体文章进行微观的评论,而期望借助对相关学术研究成果的提述,廓清法律经济学实证研究的两条不同路径,使未来的研究和评述更为规范和有的放矢。此外,针对学者们对法律经济学研究本土化的倡导,本文希望借助对这一领域研究的讨论,建议学者关注实证研究(包括两种不同的路径)对中国法律经济学乃至整个法学研究国际化可能产生的积极作用。全文共分三个部分。第一部分廓清法律经济学实证研究的两条路径。第一条路径是运用计量经济学工具对法律数据进行回归分析并根据分析结果推衍出一般性结论的计量研究。第二条路径则是对实际案例的具体细节和制度背景的研究,但并不一定将案例的细节转换成统计数据进行回归分析;即便使用数据,也不对其进行计量分析,既包括个案研究,也包括了比较简单的量化研究。文章第二部分指出在中国运用计量和统计工具对法律数据进行研究面临的特殊挑战。第三部分讨论法律经济学实证研究对于中国法律经济学研究国际化的特殊意义。

^⑩ 例如,王娇、赖正均:“实证研究在法经济学分析中的运用现状探析”,载《法制与社会》2008年第11期。此外,文礼均:“司法的经济学分析:研究综述”,载《知识经济》2010年第1期,涉及对司法研究领域的法律经济学实证研究的述评。

^⑪ 例如,王赢、侯猛:“法律现象的实证调查:方法和规范——‘法律的社会科学研究’研讨会综述”,载《中国社会科学》2007年第2期。

^⑫ 感谢艾佳慧指出本文评述著作登载期刊范围可能过于狭窄、存在一定随意性,这将是笔者日后就这一问题深化研究的方向之一。同时,鉴于法和经济学计量研究在中国的普遍缺乏,而这恰是本文评述的重点,笔者在本文中提出的基本观点和结论暂不会因评述期刊范围的调整而需要作根本性的修正。

一、法律经济学实证研究的两条路径

法律经济学在其产生之初就是对高度抽象的传统法理学和理论经济学的一次颠覆,带有浓烈的实证主义色彩,^⑬我们甚至可以认为根本就不存在“非实证”的法律经济学。因此,在国内外没有一个所谓的“法律经济学实证研究”的定义也就不足为奇。与此同时,我国的法律经济学“实证研究”或法律经济学“经验研究”所指向的研究路径并非一条,而是两类存在本质差别的研究类型。因此,要对这一领域的发展现状和面临的挑战进行评述,廓清两者本来的面貌和差别是必不可少的第一步。

在我国,白建军较早地对法律的实证分析方法进行了全面介绍和应用解释。他将实证分析概括为“按照一定程序性的规范进行经验研究、量化分析的研究方法”,由三个基本要素构成:程序、经验和量化,^⑭这可以大致理解为法律经济学研究传统中运用计量经济学工具对大量法律数据进行回归分析的实证研究。^⑮笔者认为,鉴于法律经济学的产

^⑬ 例如,科斯在其诺贝尔经济学奖主题发言中批评当时美国的经济学《研究的是经济学家脑子里而非地球上的制度》(“what is studied is a system which lives in the minds of economists but not on earth”),参见 Ronald Coase, “The Institutional Structure of Production”, 收录于 *Essays on Economics and Economists*, University of Chicago Press, 1994, pp. 3-14。波斯纳也批评了对已有理论著述(“literature”)进行修订、完善和批判的研究思路,倡导以问题(a problem)为中心、广泛使用各学科的研究理论和工具,参见他对贝克为法律经济学所作贡献的评价:Richard, Posner: “Gary Becker's Contributions to Law and Economics”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2 (Jun., 1993), pp. 211-215。

^⑭ 白建军:“论法律实证分析”,载《中国法学》2004年第4期,及其白建军:《法律实证研究方法》,北京大学出版社2008年版。

^⑮ 美国法律经济学界对“empirical legal study”这一用语的理解也有狭义和广义之分。李·爱泼斯坦(Lee Epstein)教授等人主张广义的理解,包括任何涉及真实世界法律数据的研究,不一定运用统计和计量分析工具,数据的采集范围和数量也不必庞大;而狭义的理解是对大量经验数据的统计和计量分析,涉及从具体数据中归纳出一般性结论的专业研究方法,具体参见 Lee Epstein and Gary King, “The Rules of Inference”, 69 *U. Chi. L. Rev.* 1 (2002)。

生和发展过程,特别是以罗纳德·科斯(Ronald Coase)等经济学家为代表所传承的研究传统,在讨论法律经济学的实证研究时还应当涵盖另一种研究路径,我们姑且称为案例研究。在进行案例研究时,研究者对一个或多个实例进行微观分析,但并不一定把相关信息转换成数据;或者即使转换成数据,也不一定进行复杂的计量分析,而仅作比较简单的统计和比较分析。美国 and 国内法律经济学者在谈及实证研究时,也涉及上述两类路径。这一领域的经济研究工具在不断增加,某些工具在其中一条路径上发展得更为迅速,如运用心理经济学的理论框架、工具,验证、挑战法和经济学的一些基本假设和制度,多采依赖实验数据进行计量分析。^⑩但两条路径的发展并非相互消长的关系,而是在平行发展,为法和经济学发展提供不同的视角。下文将对两种路径下的我国的研究成果予以评述。

第一条路径是运用计量经济分析工具对法律制度运行和执行效果数据进行回归分析的研究(empirical law and economics)。^⑪其研究过程可大致归纳为四个步骤:数据—假设—计量分析—应用。^⑫研究思路是用收集的大量数据和经过整理的事实(stylized facts)来验证能提供一般性解释力的某一假说。在法律经济学的计量分析领域,这些假说一般是法律经济学的模型和理论。数据和这些假说之间的桥梁则是计量经济学的分析模型和工具,特别是统计回归分析工具。这一过程中的数据采集和回归分析须遵从一定的计量经济学专业规范,可以用分析得出的证据来观照数据来源之外的世界,揭示出法律制度运行的实际画面和影响因素,并构成对具体法律制度建构和改进的实证基础。

⑩ 反映这一趋势的代表性法律专著之一是卡斯·桑斯坦(Cass Sunstein): *Behavior Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000。关于从心理经济学和新古典经济学两个不同的角度进行法和经济学研究,可参见两位法和经济学家之间的对话:Richard Epstein & Oren Bar-Gill, *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*, *NELCO*, 2007, available online at: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1095&context=nyu_lewp, 最后查阅日期:2010年7月24日。

⑪ William M. Landes, *The Empirical Side of Law & Economics*, *The University of Chicago Law review*, Vol. 70, No. 1, Centennial Tribute Essays (Winter, 2003)。

⑫ 参见洪永森:“计量经济学的地位、作用和局限”,载《经济研究》2007年第5期。

在法律经济学的发源地美国,运用计量经济学工具进行法律经济学实证研究是法律经济学的重要组成部分。诺贝尔经济学奖获得者乔治·斯蒂格勒(George Stigler)是这一研究路径在经济学领域的开先河者,^①他对法律经济学领域的形成和发展产生了深远影响。^②法律经济学的代表人物盖瑞·贝克(Gary Becker)对犯罪和刑罚进行的经典分析也运用了这一实证分析方法^③,美国最精英的法学院和经济系都有专职教授从事这一领域的研究和教学。^④凸显这一研究分支重要性的另一个标志是,由波斯纳担任创刊编辑的《法律研究杂志》(*Journal of Legal Studies*)近几年几乎只发表采取这一研究路径的论文。波斯纳本人及其长期的合著者兰德斯教授在过去3年也一直在芝加哥大学开设长达一整年的司法行为讲座(workshop on judicial behaviors),讨论这一领域的计量研究论文。

^① 参见 Jacob Mincer, George Stigler's Contributions to Economics, *The Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 85, No. 1 (1983), pp. 65-75。

^② 例如,科斯和哈罗德·德姆塞茨(Harold Demsetz)都盛赞斯蒂格勒在说理和论证中娴熟运用数据和计量验证方法,为后人的研究树立了榜样,引自 Joshua Wright, George J. Stigler, "The Father of Empirical Law and Economics?" August 15, 2006, 载 http://www.elsblog.org/the_empirical_legal_studi/2006/08/george_stigler_.html (最后查阅日期:2010年7月5日)。参见 Ronald H. Coase, "George J. Stigler" in *Essays on Economics and Economists*, the University of Chicago Press (1994), p. 201, Harold Demsetz, "George J. Stigler: Midcentury Neoclassicalist with a Passion to Quantify", 101 *Journal of Political Economy* 793 (1993)。斯蒂格勒对法律经济学的贡献并不限于研究方法,他关于垄断问题、美国电力监管制度对电力市场价格影响的实证研究开辟了政府管制理论研究的全新视角,参见 George Stigler & Claire Friedland, "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", *Journal of Law and Economics*, Vol. 5 (October 1962), pp. 1-16; 延续该文写就的“政府市场监管理论”一文正式将微观经济学中的“理性选择”(rational choice)模型引入对政府监管部门官员行为的分析,为公共选择理论奠定了理论基础,对法律经济学应用于非市场领域问题产生了深远影响,参见 George Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2 (Spring 1971), pp. 3-21。

^③ 参见 Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The Journal of Political Economy* 76, pp. 169-217 (1968)。

^④ 例如,斯坦福大学法学院的A.米切尔·波林斯基(A. Mitchell Polinsky),哈佛大学法学院的斯蒂文·萨维尔(Steven Shavell)、芝加哥大学法学院的威廉·兰德斯(William Landes)。

计量研究程序和过程的科学性赋予了法律实证研究新的说服力和吸引力,但其研究质量和学术贡献必须面对更为专业化和标准化的考量。我国的法学研究已将这一方法运用到了一些法律领域的研究中,如司法制度改革、^{②③}刑事犯罪制度^{②④}和民事审判制度。^{②⑤}在理论模型和假说的构建上,学者们或是借鉴在美国法律经济学界比较成熟的解释模型,或是根据中国的实际情况对相关的变量和限制条件加以修正,以期创设出反映中国现实的法律经济学理论模型和假说,^{②⑥}从而呼应了弗里德曼对实证经济学不断创立新假说的呼吁。^{②⑦}

计量研究对象是对现实生活的抽象,使用的分析工具在任何一个学者手中都是同一工具,而数据分析自身具有严谨的逻辑性,这些特征为学术批评和辩论在更为冷静和客观的基础上进行提供了更大的可能性。在我国,这一特征已经得到初步展现,我国学者之间已经开始进行开诚布公的批评,为国内一团和气的学术交流习惯带来了新气象,也展现了以研究方法而非研究对象为基础的学术共同体的出现和发展,艾佳慧对冉井富关于民事诉讼率变迁研究的评论即是一例。^{②⑧}

第二类法和经济实证研究也使用法律制度的具体事例,但并不一定关注被分析事例的样本代表性,不一定对数据和事实进行复杂的量化处理。既可以就某一个单一案例或具体法律制度设计展开分析,取

^{②③} 参见艾佳慧:“司法知识与法官流动——一种基于实证的分析”,载《法制与社会发展》2006年第4期。

^{②④} 白建军:“刑罚轻重的量化分析”,载《中国社会科学》2001年第6期;“犯罪轻重的量化分析”,载《中国社会科学》2003年第6期。

^{②⑤} 例如,冉井富:《当代中国民事诉讼率变迁研究:一个比较法社会学的视角》,中国人民大学出版社2005年版。

^{②⑥} 唐应茂和盛柳刚的两篇作品:“民商事执行程序中的‘双高现象’”和“中国司法执行难的计量分析”,分别载于《法律和社会科学》第1卷(2006年)和第4卷(2009年)。

^{②⑦} Milton Friedman, “The Methodology of Positive Economics”, *Essays in Positive Economics* (University of Chicago Press, 1966).

^{②⑧} 艾佳慧:“民事诉讼率变迁的背后——评冉井富《当代中国民事诉讼率变迁研究:一个比较法社会学的视角》”,载徐昕主编:《司法》(第2辑),中国法制出版社2007年版。

得类似社会学的田野调查,^②亦可就某一类事例采集较大数量的数据和分类的事实进行分析。在美国法学家中,这一类研究路径的代表作有罗伯特·埃里克森的《无须法律的秩序:邻人如何解决纠纷》^③以及丽莎·伯恩斯坦对纽约钻石销售行业自律关系的实证研究。^④在经济学界,科斯和张五常等人精准的案例研究也影响了法律经济学的实证研究发展。^⑤ 这些研究对法律事例的选择和描述,对法律经济学理论解释力的理解、应用和创新,都可谓仁者见仁,智者见智,其出现伊始并无严格的门第之分和规范要求。使用范围和方法论上的开放性和地方性,也正是其生命力和吸引力之所在,也是这一路径下作品数量庞大和研究对象极为丰富的原因。但这就为概括性的评述带来一个难题:概括性过强将难以避免空洞和缺乏建设性的评论,对具体研究的方法和结论作出微观的评述则失去了概括性评述本身的意义。因此,本文只试图对其在中国的发展过程和趋势作一定描述。

在这一路径上,我国的经济学家似乎比法学家先行一步。由天则经济研究所主持,张曙光及其合作者主编的《中国制度变迁的案例研究》自1993年就开始收集和出版涉及中国法律制度的案例研究;但在1996年出版第一集时,刊登的作品均为经济学家所作的案例研究。直到2004年,该丛书出版第三集探讨包括法律制度在内的正式制度与非

^② 参见张建伟:“主流范式的危机:法律经济学理论的反思与重整”,载《法制与社会发展》2005年第4期。

^③ 罗伯特·埃里克森(Robert C. Ellickson):《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》(Order without Law: How Neighbors Settle Disputes)(中文版),苏力译,中国政法大学出版社2003年版。

^④ Lisa Bernstein, “Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1 (Jan., 1992), pp. 115 - 157.

^⑤ 科斯的案例研究作品很丰富[详见“科斯研究所”(Coase Institute)官方网站的科斯发表作品目录:<http://www.coase.org/coasepublications.htm>],代表作品包括关于通用汽车公司、美国联邦通讯委员会对无线电频率的监管等。张五常对我国台湾地区土地制度变革所作的研究成果见:《佃农理论:应用于亚洲的农业和台湾的土地改革》(中文版),易宪容译,商务印书馆2000年版。

正式制度之间的互动关系时,法学研究者才第一次加入作者行列。^③到目前为止,该丛书已经出版六辑,是法经济学实例研究的重要成果。此外,经济学家黄少安和史晋川在2003年发起的“中国法经济学论坛”,每年举行一届,荟萃了我国法律经济学领域的很多研究成果,包括实例研究和计量研究方面的成果。周其仁对中国农村土地制度的研究,很好地将法律经济学对土地财产制度的阐释用来分析和评价中国的农村土地制度。^④在中国,经济学家比法学家在案例研究上先行一步很可能存在制度性的原因:正式法律制度在现实市场中被架空,非正式合约安排和地方政府对正式法律制度的变通执行取而代之,甚至以违法^⑤和法律规避的形式长期存在,^⑥有的违法行为还逐步演化成为正式的法律制度。^⑦长期受法条解释的传统训练,中国的法学家可能并不能自然地将非正式,甚至是违法行为作为法学研究的对象。我们也很难奢望从法理学的视角向中国介绍法经济学的法学家们从一开始就具备用法经济学的放大镜观察现实生活的敏感度。

与中国的这一制度背景相关,违法行为、所谓的法律规避行为和法律缺失状况下的自发性制度安排与法律制度至少是并驾齐驱,为法学研究提供了丰富的地方性素材。因此,法经济学案例研究呈现了另一个特征:中国学者已经有意识地将视线投向中国特有的法律制度和替代法律制度的正式与非正式制度安排,运用法律经济学的理论来分析这些中国特有的实例。例如,徐昕运用博弈论对证人制度的案例进行

③ 张曙光、丁利:“前言:演进社会中的制度设计与实施”,载《中国制度变迁的案例研究》(第3辑),中国财政经济出版社2002年版。该丛书第1辑由上海人民出版社1996年版;第2、3、4、5辑(浙江卷)和第6辑(广东卷)均由中国财政经济出版社出版,出版年份分别为1999年、2002年、2005年、2006年和2008年。

④ 参见周其仁:“农地产权与征地制度——中国城市化面临的重大选择”,载《产权与制度变迁:中国改革的经验研究》(增订本),北京大学出版社2004年版。

⑤ 例如,目前各大城市普遍存在的“小产权房”。

⑥ 例如,20世纪90年代被中国民营企业普遍采用的“返程投资”的形式,用以规避资本项目外汇投资的监管规定。

⑦ 例如我国农村的联产承包责任制在1970年代出现之初,明显违反了禁止承包农村土地的规定,参见陈锡文:《中国农村改革:回顾与展望》,天津人民出版社1993年版,第39~49页。

的解读,^{③⑧}刘光华对民间投资和乙肝歧视案的案例研究,^{③⑨}李国庆运用制度经济学对律师行业的分析,^{④⑩}以及沈满洪从新制度经济学角度对我国几个地区水权交易案例的研究^{④⑪}等。

与计量分析相比,这一路径的研究解释力和普适性必然会具有一定的局限性,但这一局限性并非研究方法自身的不足,而正是法律的地方性和时代性特征的倒影。与此同时,其对细节和制度背景描述的准确性和全面性却是计量研究所无法企及的,侯猛对中国最高人民法院案例和判决书细致入微的解析和制度分析很好地证明了这一优势。^{④⑫}这一路径的开放性还体现在专业化人力资本上较低的进入门槛上,使得从事法律实务工作的法官、检察官和律师都可以有效地参与法律经济学的实证研究。池小娟和李芳两位检察官对刑事犯罪程序中存疑不起诉制度的实证研究,^{④⑬}突出证明了法律实务界人士参与法律实证研究及其带来的丰富素材和独特视角。

二、法律经济学的计量实证研究(empirical law and economics)在中国面临的挑战

不同学科和不同研究方法的界限非由理论化的定义所界定,而是

^{③⑧} 徐昕:“法官为什么不相信证人?——证人在转型中国司法过程中的作用”,载《中外法学》2006年第3期。

^{③⑨} 刘光华:“转型时期的民间投资及其法律规制的制度逻辑”和“办公室的故事:是谁在歧视乙肝病毒携带者——一个关于社会权益存在和运作实际的实证分析思路”,均收于冯玉军主编:《中国法经济学应用研究》,法律出版社2006年版。

^{④⑩} 李国庆:“中国律师产业实证研究——从进入壁垒切入”,载《法律和社会科学》(第4卷),法律出版社2009年版。

^{④⑪} 沈满洪:《水权交易制度研究——中国的案例分析》,浙江大学出版社2006年版。

^{④⑫} 侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社2007年版。

^{④⑬} 参见池小娟、李芳:“存疑不起诉的证据问题之实证研究”,载《法学评论》2009年第6期。

由实用功能所决定的,^④对法律经济学实证研究的方法作细化的分类也应该注意到这一点。计量经济学在法律经济学实证研究中的应用已经不可避免,也是我们应当探索的研究方法。从法律经济学角度对法律数据进行计量分析在美国法律经济学界的迅速发展和在中国的萌芽,均证明了这一研究方法的吸引力。这一方法固有的科学性、高技术性和专业性,对于中国法学研究学术规范和职业道德操守的形成将构成有效的激励和约束。但笔者并不赞成向这一研究方法立即投入大量的人力和财力,主要是因为它在中国未来的发展面临诸多研究的挑战和限制:其中一些是这一方法所固有的,另一些则是中国的特定制度环境所带来的。

这一研究方法的特征之一是“看数据吃饭”,研究题目的选择首先受制于可供分析用的数据是否存在和其内容,研究题目基本随数据走。这一技术限制虽然是研究方法科学性和客观性的体现,却会给学术研究的创造性带来两方面的影响。从研究者“成本—收益”的角度分析,数据丰富的领域必然会吸引更多的研究者,但受到研究者追捧的题目未必皆有学术价值或实践价值,从而造成浪费。而且,这种趋势具有自我膨胀和复制的功能:对同一问题进行研究的学者很可能期望并实际产生“正的网络外部性”(positive network externality),参加讨论的人越多,吸引来的研究者就越多,这项研究对每一个参与其中的研究者的价值,以及它对该网络运营者的价值也会随之增加,而这样的效果会激励该网络运营者和参与者进一步扩大网络,电信网络和目前流行的网上社交网络都是如此。但对于整个社会而言,尤其是对于学术研究而言,网络的规模并非越大越好,对网络成员和运营者产生的正的网络外部性并不能等同于该网络的净社会福利,甚至可能会减损社会整体的福利。因为某一个研究网络太大时很可能会导致学术、财力和人力资源的无效或低效分配,可能削弱学术的创新性,特别是计量研究的成本畸高,将研究资源集中于很窄小的问题上可能会浪费并挤占研究资源,影

^④ Richard A. Posner, “Ronald Coase and Methodology”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 7, No. 4 (Autumn, 1993), pp. 195 - 210.

响整个学科的健康发展。美国近些年对影响美国法官断案因素的计量研究众多,却被认为总体价值甚微,在一定程度上印证了这一负面影响。^{④5}在中国,对法院和司法制度的计量研究吸引了不少学者,是法和经济学计量研究最为集中的领域。^{④6}作者的选题意图在文章中并不明朗,但该等文章明显借鉴了美国学术界的研究模型,我们不难看出美国学者的选题对中国学者的影响。然而,因为法官和法院在中国法律制度和社會中并不享有美国法官和法院的绝对主导地位,也因为中国的公开数据有限,中国法学界未形成对司法制度进行研究的“一窝蜂”的局面。不少学者对于司法制度之外的诸多问题进行了有益的尝试,如王学辉和邓华平对行政立法成本进行的研究。^{④7}但若对于这一现象不保持足够的警惕,我们在对美国学术成果的借鉴过程中,很可能会误解这一问题在整个法律经济学研究中的地位和重要性,妨碍我们将目光投向其他问题领域。

“看数据吃饭”还会从另一个途径影响学术研究的创造性:研究者的选题常常不能为研究者本身的兴趣所左右,而必须从属于一个研究者无法控制的现实:就某一问题是否存在足够数量和质量的数据。所有的学术研究都是个人兴趣和资源限制相互作用的产物,特别是研究材料和对象的限制。从包括数据在内的现有外部资源中创造性地提出

^{④5} 感谢芝加哥大学法学院从事法律经济学研究的 Saul Levmore 教授和专事法律经济学计量研究的 Thomas Miles 教授与笔者分享这一洞见。关于对美国最高法院法官和判决超乎寻常的研究集中度问题,同时参见了沃顿商学院专事法律经济学计量研究的戴维·查灵(David Zaring)对美国法和经济计量研究的时评,载博客“Conglomerate”,载 <http://www.theconglomerate.org/2009/11/empirical-legal-studies-today.html>,最后查询日期:2010年7月8日。

^{④6} 参见本文第一部分的引文和文礼均:“司法的经济学分析:研究综述”,载《知识经济》2010年第1期。

^{④7} 王学辉、邓华平:《行政立法成本分析和实证研究》,法律出版社2008年版。