



中国科学院规划教材

ZHONGGUO KEXUEYUAN GUIHUA JIAOCAI

法经济学

谢地 杜莉 吕岩峰 主编



科学出版社

www.sciencep.com



中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

法经济学

CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

主编 王利明 副主编 王轶 王中 王军



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

中国科学院规划教材

法 经 济 学

谢 地 杜 莉 吕岩峰 主编

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

法经济学是近年来在我国得到迅速发展的新兴交叉学科,对于推动我国经济学与法学学科融合,培养经济学与法学复合型人才,建立和完善社会主义市场经济体制以及建设社会主义制度文明的伟大实践具有重要的学科意义。本书整合经济学与法学两个学科的研究力量,在对国外法经济学研究文献系统把握的基础上,借鉴、参考国内同行的研究成果,以法经济学研究本土化为目标,对法经济学覆盖的主要领域进行了比较详尽的阐释,从而建立了一个比较系统的法经济学研究框架。

本书可以作为法经济学专业以及经济学、法学等社会专业高年级本科生、研究生的教科书或参考书。

图书在版编目(CIP)数据

法经济学/谢地,杜莉,吕岩峰主编. —北京:科学出版社,2009

(中国科学院规划教材)

ISBN 978-7-03-023166-6

I. 法… II. ①谢…②杜…③吕… III. 法学:经济学-教材 IV. D90-059

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第157311号

责任编辑:林 建 卜 新/责任校对:包志虹

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

源海印刷有限责任公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2009年8月第 一 版 开本:787×1092 1/16

2009年8月第一次印刷 印张:21 3/4

印数:1—3 000 字数:478 000

定价:35.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

目 录

导 言	1
第一节 法经济学的研究对象及学科性质	1
第二节 法经济学的产生、演进与发展	3
第三节 法经济学的研究范围与方法	10
第四节 法经济学的发展趋势	14
参考文献	17
第一章	
法经济学的理论基础与分析工具	18
第一节 法经济学的理论基础	18
第二节 法经济学的基本概念与分析工具	34
参考文献	40
第二章	
法律的供给、需求及法律制度的变迁	42
第一节 法律的供给	42
第二节 法律的需求	50
第三节 供求规律	59
第四节 法律制度的变迁	64
参考文献	68

第三章		
	法律的成本-收益分析	69
第一节	成本的概念	69
第二节	成本与收益的关系	72
第三节	法律的成本	73
第四节	法律的收益	77
	参考文献	82
第四章		
	宪法的经济学分析	83
第一节	宪法与宪法原则	83
第二节	宪法的经济学分析原理	88
第三节	宪法原则与经济目标	92
第四节	制宪与修宪	96
	参考文献	104
第五章		
	刑法的经济分析	105
第一节	刑法经济分析的理论假设及其特点	105
第二节	刑法的经济分析理论的主要内容	108
	参考文献	115
第六章		
	合同法的经济学分析	116
第一节	经典合同理论	116
第二节	合同法的目标制度设计与经济价值研究	126
第三节	合同法的经济分析	132
	参考文献	138
第七章		
	财产权法律的经济学分析	139
第一节	财产权与财产法	139
第二节	产权经济学	143
第三节	波斯纳定理在财产权法律中的应用	149

第四节 财产权法律的特殊应用·····	153
参考文献·····	157

第八章

侵权法的经济学分析·····	158
----------------	-----

第一节 侵权法的经济学原理·····	158
第二节 侵权的界定·····	161
第三节 关于损害赔偿的经济学·····	163
参考文献·····	169

第九章

反垄断法的经济学分析·····	171
-----------------	-----

第一节 反垄断的依据及其理论演进·····	172
第二节 反垄断法的历史与现实·····	179
第三节 反垄断的新动向与新课题——信息时代·····	195
第四节 中国反垄断法立法的指向·····	202
参考文献·····	208

第十章

社会性规制的经济学分析·····	210
------------------	-----

第一节 社会性规制的基本理论·····	210
第二节 社会性规制的目标、内容与方法·····	216
第三节 我国社会性规制的现状、问题与改革·····	222
参考文献·····	230

第十一章

法律金融理论与政府规制·····	231
------------------	-----

第一节 法与金融研究概述·····	231
第二节 法律体系对金融发展的影响·····	239
第三节 金融业的政府规制·····	243
参考文献·····	249

第十二章

收入和财富分配法律的经济学分析·····	250
----------------------	-----

第一节 收入和财富分配的经济学理论·····	250
------------------------	-----

第二节 收入和财富分配的法律框架·····	257
第三节 收入和财富分配法律的经济学分析·····	263
参考文献·····	267

第十三章

公司与企业法律的经济学分析·····	268
--------------------	-----

第一节 企业的性质与现代公司制度·····	268
第二节 公司与企业法律设定的理念、效果·····	275
第三节 法人犯罪的经济学分析·····	282
参考文献·····	287

第十四章

国际经济法的经济学分析·····	288
------------------	-----

第一节 国际经济法及其价值取向·····	288
第二节 国际经济法的经济分析·····	293
第三节 WTO 规则的经济学分析·····	301
参考文献·····	307

第十五章

冲突法的经济学分析·····	309
----------------	-----

第一节 冲突法呼唤经济学分析·····	309
第二节 管辖权的经济学分析·····	311
第三节 法律适用的经济学分析·····	317
第四节 具体国际民商事领域冲突法的经济学分析·····	325
第五节 法官的自由裁量权与联邦责任的划分·····	331
第六节 冲突法中的确定性、灵活性和效率·····	333
第七节 Whincop 对外国法院判决的承认与执行的经济学分析·····	335
参考文献·····	338

后 记

·····	339
-------	-----

导 言

第一节 法经济学的研究对象及学科性质

法经济学 (economics of law), 又称法律的经济分析 (economic analysis of law)、法和经济学 (law and economics) 等, 是 20 世纪 50~60 年代逐步发展起来的一门经济学与法学交叉的边缘学科。法经济学主要运用经济学, 特别是微观经济学的立场、观点和方法, 研究法律的形成、结构、效果及未来发展。

关于法经济学的研究对象或学科性质的表述多有差异, 但本质上是一致的。例如理查德·波斯纳认为, 法经济学是用经济学阐述法律问题的学科, 是将经济学的理论和经验方法全面运用于法律制度分析的学科。其研究目的在于使法律制度原则更清楚地呈现出来, 而不是改变法律制度^①。法经济学既可以视为法学的分支学科或法理学的一个流派, 也可以视为经济学的分支学科。

大卫·弗里德曼认为, 法经济学研究包括三个紧密相关的部分: 一是预测特定的法律规则会产生什么样的效果, 二是解释为什么特定的法律会存在, 三是确定应该存在什么样的法律规则^②。

罗伯特·考特、托马斯·尤伦认为, 法律的经济分析的主要观点是基本的经济概念 (如最大化、均衡以及效率), 对理解和解释法律也同样是基本的。他们还概括了若干不同的观点: 一种最为有力的主张是, 用经济概念替换如正义、权利、义务、过失等传统的法律概念, 可将法律转变成经济学。根据这一主张, 替换之后就可把法律语言作为多余的累赘丢掉。例如, 一些理论家主张用经济效率这一概念取代正义概念。一种较为温和的观点认为, 可以用经济概念解释大多数法律, 但不可剔除和取代法律概念。另一种

^① 理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析. 蒋兆康译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997

^② 大卫·弗里德曼. 经济学语境下的法律规则. 北京: 法律出版社, 2004. 9

完全不同的观点是,经济学家能够解释法院和立法者为什么要在法律上做出某些改变,但这种解释令人怀疑。相反,对法律的经济分析不是要解释法规的历史,而只是预测它们的经济后果,因而比较牢靠……使用微观经济理论工具的理由是:法律所创造的规则对不同种类的行为产生隐含的费用,因而这些规则的后果可当做对这些隐含费用的反应加以分析^①。

圭多·卡拉布雷西(Guido Calabresi)认为,法经济学研究整个社会在一个良好的框架即立法的框架下运行可能产生的成本和收益以及维护社会持续运行所需要的一整套装置。这套装置需要识别,这就是法和经济学。

罗纳德·德沃金(Ronald M. Dworkin)认为,法经济学研究的是正义和分配的问题。因为如果承认一个社会整体运行的规则和纪律是建立在价格基础之上的,那么需要处理的最核心问题就是分配问题。如果从终极关怀的角度来看,关怀的应该是正义问题。因此,他认为法经济学就是研究财富的分配和社会公正问题。

查尔斯·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、过程和影响”^②。因此,他认为,立法制度并不是独立于经济体系之外而给定的,而是经济体系之中的一个变量,必须依赖于其他经济体系的构成因素才能审视他们变迁的效应;立法制度不能作为一个独立于经济体系之外的固定因子来看待,它必须归属于需要解释的公共选择过程。

也有学者认为,法经济学就是从经济学的角度看法律,从法律的角度看经济学。经济学可以弥补法学理论所缺乏的行为理论和规范标准,从经济学行为理论的角度看法律,可以把法律看成是价格,是行为激励;从规范标准的角度来看,经济学所强调的规范是效率问题,尽管关于效率的规范性争执较少,因为没有人会赞成浪费金钱,但如果效率被滥用到凌驾于公平和正义之上的时候,我们就有必要求助于法律了。法与经济学就是要使经济学与法学充分地对流起来,即把理性假定与制度行为融合起来^③。

归结起来,可以发现,法经济研究有两种不同的视角。一种是法学的视角,即在法学研究中引入经济学的分析方法,进而形成、概括新的法学范畴或理论,或者对传统法学范畴、理论进行新的解释。另一种是经济学的视角,主要是拓展经济学的研究对象,把法律制度等非市场经济领域的问题纳入经济学研究视野,进行经济学解释,借此形成和发展经济学范畴及理论,也包括对法律制度如何影响经济效率问题的关注。例如,罗纳德·科斯指出,我感兴趣的是法律系统对交易成本的影响,它使交易变得更容易还是更困难。

由于专业背景的差异,上述两种视角存在着微妙的差别,值得研究者注意。

除了视角的差异外,可能造成混淆的还有法经济学与经济法学的区别。法经济学与经济法学的主要区别是:

① 罗伯特·考特,托马斯·尤伦. 法和经济学. 张军,等译. 上海:上海三联书店,1991. 11~13

② Charles K. Rowley. Public Choice and the Economic Analysis of Law. In: Nicholas Mercuro, ed. Law and Economics. Kluwer Academic Publishers, 1989

③ 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载:比较. 第5辑. 北京:中信出版社,2003

第一,法经济学虽然可以视为法学的分支学科或法理学的一个流派,但更主要的是经济学的分支学科,大体可以放在新制度经济学的模式架下来理解与把握。而经济法学虽然有“经济”二字,但却是一个明显的法学学科。

第二,法经济学运用经济学方法把包括经济法在内的几乎所有的法律制度都作为自己的研究对象,而经济法学则以研究经济领域各种法律问题为研究对象。

第三,法经济学运用经济学,特别是微观经济学研究法律问题,特别强调效率;而经济法学主要是用法学的准则或价值观分析经济问题,主要强调公正等。

■ 第二节 法经济学的产生、演进与发展

哈耶克曾经写道:学科专门划分造成的恶劣影响,没有哪个能比得上其在两门最古老的学科,即法学和经济学里所造成的影响那样明显。

事实上,在19世纪70年代以前的大部分时间里,特别是在古典经济学产生之前,经济学没有从各门哲学社会科学中独立出来以前,由于经济学科形成的渊源和任务的决定,包括法律在内的社会制度问题始终没有脱离经济学的研究视野。经济学与法学属于近亲。许多古典经济大师,包括亚当·斯密(Adam Smith)、马克思等都对经济学和法学融会贯通,并提出很多杰出的思想。只是到了近代,特别是经济学的边际革命以后,经济学与法学的分工才越来越严格,越来越细化,并在哲学社会科学领域形成经济学家与法学家两大阵营,鲜有对话与沟通。所以,当法经济出现时,人们在惊异之余,也曾有很多责难。实际上,经济学与法学的融合不过是当代人们面临破解各种经济社会矛盾时对一种自然、古老的学术传统的回归。

回顾法经济学的产生、演进与发展过程,大体可以概括为以下几个阶段。

一、第一阶段:古典经济学产生之前的法经济学思想

追溯法经济学的渊源,许多重要思想的源头可以追溯到古希腊、古罗马时代。古希腊柏拉图的《理想国》中的《法律篇》、亚里士多德的《政治学》已经有对法律进行经济学分析的成分,古罗马的贾斯蒂尼安在《民法集成》中也有经济分析法学的痕迹^①。

有学者认为,法经济学的渊源可以追溯至15~16世纪的马基雅弗利(Machiavelli)^②。

在经济学的重农主义、重商主义时代,经济学家的研究从来都是把社会制度特别是法律制度纳入其研究视野之中。典型的如重商主义代表人物安·德·蒙克来田的《献给国王与王太后的政治经济学》,明显代表了当时的经济学研究倾向,即经济学离不开对政治、国家的关注,当然法律问题同样是不可忽略的。

① 熊彼特. 经济分析史. 北京:商务印书馆,1981. 110, 111, 189, 272, 273

② 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载:比较. 第5辑. 北京:中信出版社,2003. 156, 157

二、第二阶段：从古典经济学产生至19世纪70年代经济学“边际革命”发生之前的法经济学思想

这个阶段有一个重要的特点，就是古典经济学大师在经济学研究过程中对法律问题的高度关注。斯密与马克思是两座丰碑。

斯密被公认为现代经济学的鼻祖，事实上，也可以被认为是法经济学的宗师^①。斯密的研究领域决不止于经济学，在道德、哲学领域，有《道德情操论》传世；在法学领域，有《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》被整理出版；在《国富论》中，斯密关于“好的法律”与“坏的法律”的讨论堪称法经济学的经典论述。在批评《谷物法》时他指出，通过这一法律的人好像知道了《谷物法》在为谁服务，但是实际上他们不知道这到底是怎么回事。因此，《谷物法》被认为是“坏法”。

马克思在《政治经济学批判》序言中谈到他研究经济学的最初动因时写道：“1842~1843年，我作为《莱茵报》的主编，第一次遇到要对所谓物质利益发表意见的难事，莱茵省议会关于林木盗窃和地产分析的讨论，当时的莱茵省总督冯·沙培尔先生就摩塞尔农民状况同《莱茵报》展开的官方论战。最后，关于自由贸易和保护关税的辩论。”^②这一连串的事件，几乎都与法律问题有关。为了发表自己的意见，马克思没有单纯地去研究法律，而是深入到法律的背后去探讨经济根源。正如斯密在被前人忽视的“较低层次”的政府对经济生活管理的领域里，孜孜不倦地研究“价廉物博”的性质和原因，最终创立了英国古典政治经济学，马克思在被前人忽视的法律之经济根源这一领域，发现了资本主义经济中的剩余价值规律，由此创立了马克思主义的政治经济学^③。诺贝尔经济学奖获得者诺斯认为，马克思对法律这一上层建筑的经济基础分析是最有说服力的，恰恰是因为它包括了古典经济分析所遗漏的法律相关因素：制度、产权、国家和意识形态。马克思强调在有效率的经济组织中产权的重要作用，以及现有产权制度与新技术生产力之间的不适应性，这是一个根本贡献^④。

三、第三阶段：19世纪70年代经济学“边际革命”至19世纪末20世纪初法律从经济研究视野中“淡出”与法经济学思想的萌动

19世纪70年代以后，随着经济学“边际革命”的兴起，制度（包括以法律、法规形式存在的正式制度）在经济学研究中逐渐被冷落，经济学与法学的界区越来越明显，并发展成为两种不同分析范式：法学关注公平与正义，经济学关注成本-收益与效率。

在这个大的背景下，与主旋律稍显不和谐的音符也是存在的，那就是德国历史学派

① 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载: 比较. 第5辑. 北京: 中信出版社, 2003. 157, 158

② 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集. 第2卷. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译. 北京: 人民出版社, 1972. 81

③ 张乃根. 法经济学: 经济学视野中的法律现象. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 61

④ Paul Burrows, Cento G, Veljanovski. The Economic Approach to Law. Butterworth Co (Publishers) Ltd, 1981

的研究。以李斯特、施穆勒、罗雪尔、瓦格纳等为代表的德国历史学派致力于国民经济学的研究,特别关注社会制度和法律问题,寻求政治经济学与法学之间的各种衔接。这些研究,是当代制度经济学,同时也是法经济学研究之滥觞。所以有人认为,法经济学起源于欧洲,主要与德国历史学派有关。

四、第四阶段:19世纪末20世纪初至20世纪20~30年代法经济学理论的酝酿

19世纪末20世纪初,随着以马歇尔为代表的新古典经济学的产生及其在欧美国家主导地位的确立,经济学取代了政治经济学,资源配置成为经济学的核心问题,社会制度(包括法律制度)问题作为一个既定的前提似乎在经济学研究中被搁置了。但是,也同样在这个时期,法经济学理论及思想却进入了酝酿期,主要表现在:

一是在实践层面,由于长期的自由竞争导致的生产和资本集中,进入19世纪末20世纪初以后,在欧美国家主要行业出现了大量的垄断企业和垄断组织,控制产量、操纵价格,影响了资源配置的效率。如果从法律的公平、正义原则出发去判断,自由竞争引起生产、资本集中,进而凭借自身的实力垄断产量、控制价格,谋求自身的利润最大化,是一种合理的行为,似乎也不违背公平、正义的原则。但是,从经济学的角度来考量,垄断扭曲了市场竞争机制和价格机制的作用,损害了资源配置效率,因此不能允许垄断企业凭借实力滥用市场支配地位。从19世纪末20世纪初开始,以美国为代表的先行发达国家纷纷着手制定并实施反垄断法,以遏制各国不断抬头的垄断势力。这一事实表明,法律不可能,事实上也从来没有摆脱经济学原则的影响、渗透,这从实践层面证实了法经济学分析的现实意义。与此相关,19世纪末以后,各国还相继对自然垄断的公用事业领域依法实施程度不等的政府规制政策,以解决特定领域的公平与效率难题。这可以视为经济学原则影响立法、司法、执法过程的一个实践例证。反垄断法与政府规制也逐渐成为法学与经济学结合研究的传统领域。

二是在理论层面,德、美等国的部分学者并没有中断古典经济学家关注包括法律制度在内的社会制度问题的经济学研究传统,而是不断深化这种研究。

首先是德国人马克斯·韦伯的研究。韦伯与马克思的法律观相似,即法律关系有一定的经济根源,在不同的经济结构中,不同的利益集团(阶级)对经济方面的立法有着不同的要求。立法是利益的反映,通常是最有影响力的利益集团起决定作用。韦伯还写道:“任何法律保障都是直接为经济利益服务的。即使不尽如此,经济利益也是影响法律创设的极重要原因。任何法律秩序权威保障都以一定方式依赖于社会团体的一致行动,而社会团体的形成又在很大范围里依赖于物质利益安排。”^①韦伯认为,经济生活的秩序取决两种因素,一是实际有权分配物品和服务的方式,这种方式是从各种互相冲突的利益均衡过程中产生的;二是行使这种权利来利用物品和服务的方法^②。其中,第一个因素是通过立法来实现的,是法律规范表现的“应然”的经济秩序;第二个因素是

① 马克斯·韦伯. 论经济与社会中的法律. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998. 33

② 马克斯·韦伯. 论经济与社会中的法律. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998. 13, 14

根据法律规范行使权利而达到的“实然”的经济秩序。“应然”的法律规范起着引导作用,通过人们的习惯行动,变为“实然”的法律秩序。显然,这些杰出思想对当代法经济研究具有重要的启迪。

其次是美国学者凡勃伦与康芒斯的研究。凡勃伦与康芒斯是美国制度经济学(旧制度经济学)的代表人物。凡勃伦批判了经济学的“边际主义”倾向,强调制度对行为决策的影响和社会利益冲突并形成了制度经济学的“凡勃伦”传统。其要点:一是对新古典经济学重市场轻制度的传统进行批判,建立以研究制度演进过程为对象的经济理论;二是批判资本主义社会的弊病,主张从制度上改变资本主义的经济、法律结构。康芒斯是凡勃伦的学生。他的研究是从公司法、反托拉斯法等“制度”的研究入手的,并提出了对后来的新制度经济学具有重要影响的“交易”概念,也提出法经济学的重大问题,即“从老派经济学家的‘交换’是商品的实际转移的意义,变成把交易关系作为法律上所有权的转移的制度上的意义”^①。

五、第五阶段:20世纪30年代至今法经济学运动的展开

法经济学运动包括五个时期,即发轫期、范式孕育期、范式接受期、范式质疑期和成熟期^②。

(一) 发轫期

1937年,科斯撰写《企业的性质》一文,提出了“交易成本”概念,发现了在价格机制以外还存在着另外一种资源配置方式。这篇文章不仅是新制度经济学的发端,也是法经济学的基础文献。20世纪40年代以后,发轫期则主要在芝加哥大学的舞台上展开。正是在这个时期,作为一个经济学家,阿龙·迪雷克特(Aaron Director)被任命继任亨利·西蒙斯(Henry Simons)在芝加哥大学法学院的教授职位。迪雷克特将经济学分析方法运用于反托拉斯法的研究之中。其他代表人物还包括西蒙斯、施蒂格勒、加里·贝克尔等。涉及的主要问题包括反托拉斯法、公司法、破产法、证券规制、劳工法、公共设施的规制、侵权法等领域的经济学分析。

(二) 范式孕育期

20世纪50年代以后,作为范式孕育期的一个最明显的标志,1958年芝加哥大学法学院创办了《法与经济学杂志》(Journal of Law and Economics),迪雷克特成为这份杂志的第一任主编。不久之后,科斯从弗吉尼亚大学转到芝加哥大学法学院,成为该杂志的主编,并且于1960年在这份学报上发表了《社会成本问题》一文。正是在这篇文章中提出了著名的科斯定理。围绕科斯定理,阿尔钦、德姆塞茨、威廉姆森、张五常等人撰写了大量的关于产权、交易成本和契约的理论研究文章。最终形成了法经济学领域关于产权、交易成本和契约等核心理论范式。

^① 康芒斯. 制度经济学. 上册. 于树生译. 北京:商务印书馆,1962. 70

^② 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载:比较,第5辑. 北京:中信出版社,2003. 160~168

在这个时期,以波斯纳的研究为代表,财富最大化原理被引入了法学领域。波斯纳在《法与经济学运动》一文中指出,人们在做出非市场行为决策时,如结婚或离婚、犯罪或抑制犯罪、执行逮捕、案件的诉讼或和解、驾车过程的注意或大意、污染、拒绝与不同种族交往、规定雇员的强制性退休年龄等,他们都是以满足最大化的理性当事人行事的。波斯纳甚至认为:“立法机关拥有强有力的财富再分配要求,而司法部门集中关注基础更为广泛的社会要求,即以有效率的规则来保护安全、产权和交易。”“财富最大化不仅事实上是普通法审判的指南,而且是一种真正的社会价值,使法官这个位置能很好地促进的唯一价值,因此它提供的就不仅是精确描述法官应当如何行为的关键,而且也提供了批评和改革的正确基准。如果法官没有做到财富最大化,法律经济学分析家就会敦促他们相应地改变做法或改变学理。此外,分析者还会敦促任何足以不受利益集团压力、能够为了公益立法的立法者采纳这样一个纲领,只颁布那些符合财富最大化命令的法律。”

1961年,卡拉布雷西发表《风险分布和侵权法的某些思考》一文^①。卡拉布雷西认为,侵权法应该被看成是一个诱使恰当的警戒行为的体系,财产损失的代价等同于执行这一体系的代价。最后,卡拉布雷西在1970年出版了《事故的成本》一书,确定了法与经济学的耶鲁学派。

20世纪60年代,法经济学的先驱者之一贝克尔在哥伦比亚大学形成研究团队。他们运用当时流行的弗里德曼和施蒂格勒的《价格理论》去检验社会经济生活中各种各样的命题——特别是犯罪、种族歧视、法庭等。例如,贝克尔曾建议兰德斯应该将施蒂格勒等所发展的对公共产品的回归分析方法运用到就业法案的分析中^②,并利用多元回归分析去估计法律或规制对实际经济活动产生的效应。

在此时期,一般认为在波斯纳之前,除了贝克尔关于犯罪的论文、埃尔利希关于威慑和法律强制的研究以及兰德斯关于法庭、诉讼争执和保释制度的研究之外,实际上经济学尚没有进入法律领域。兰德斯认为,这些研究实际上都是经济学家做出的,“是应用经济学的理论和经验工具对强制制度的研究”。当兰德斯获得芝加哥大学法学院的终身教职后,对这一时期的法经济学,他总结道:“我真正的兴趣是从经济学角度解释法律规则和教条,科斯不是。他认为,法律知识和立法制度是颇有价值的,因为它有助于人们理解显性的市场是如何恰当地运转的。但是,科斯对这些没有兴趣。例如,对于事故和契约损失具有约束责任和义务的不同法条具有隐含的经济逻辑。科斯的开创性著作作为法经济学提供了基础,却没有热情去发展它,这对于法经济学是绝妙的讽刺。科斯相信,大量的法经济学研究是游离于主流经济学之外的,无论如何,律师而不是经济学家可能更适合于这一领域。许多法学教授甚至走得更远,他们认为,从经济学的角度检验法律,律师也是失败者。”

① Guido Calabresi. Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Tort. Yale Law Journal, 1961. 70: 499~553

② George Stigler, Claire Friedland. What Can Regulate? The Case of Electricity. Journal of Law and Economics, 1962, (1)

（三）范式接受期

尽管在芝加哥大学存在着新、旧法经济学的辩论，波斯纳与科斯有很大分歧，但是，这并没有影响法经济学大范围地进入法学院。1972年，波斯纳在芝加哥大学创办了《法律评论杂志》(Journal of Legal Review)，很显然，这是与《法与经济学杂志》分庭抗礼的标志；1973年，波斯纳又出版了《法律的经济分析》。越来越多的大学法学院开始延聘经济学教授，或者专门为法学家和律师举办经济学的研讨活动，以便使法学家们更加熟悉经济学理论。波斯纳的《法律的经济分析》起到了推波助澜的作用，虽然它通篇清晰地表明了律师的表述风格，但是，它完全将微观经济学的理念贯穿其中，它将经济学原理渗透到了每一个法学家所熟悉的法学规则和法条之中。据秦海研究员介绍，正是因为这些理念的深刻影响，目前，美国法院的许多有名的大法官都是以研究法经济学而著称的。进入20世纪70年代，美国大学法学院几乎形成了一种不成文的规定，每一个法学院至少必须有2名经济学教授。如果没有2名经济学教授，至少须有1名经济学教授和1名经济学博士（作为助理教授）^①。

（四）范式质疑期

20世纪70年代后期，美国出现了关于法经济学方法论的大论战，主要有两个阵营：一是纽约大学、哥伦比亚大学等，二是芝加哥大学。后来，康奈尔大学也参与进来。这一时期争论的焦点主要是对法经济学范式的质疑，集中体现在效率与财富最大化问题上^②。

第一，效率不是财产权配置的基础，因为对于任何资源配置而言，有效配置总是能够被发现。因此，效率是同义反复。这种循环论证也可以从科斯定理中推倒出来。在A. 伦·施密德(A. Allan Schmid)看来：“一个人不能在别人认为自己的行为是正当的情况下，仅从自己的立场出发把别人的行为说成是偷窃。当财产限定了一个人所能交易的东西时，财产不会是有效交易的产物。人们从交易中得到的东西，不仅来自于他自己对生产、保护、行窃的选择，而且也取决于别人的仁慈，而仁慈基本上是依赖于人们对公正性的伦理选择。如果违背了任何权利制度赖以存在的公正性，那么交易所得仍是一种幻影。”^③

第二，效率是无法证伪的。一旦一种明显的无效率安排被发现，那么，那些影响无效率产权安排的因素可能就会被称为“受到忽视的成本”，而这些成本就可能被用来说明这种无效率的安排。试想交易成本这一词汇，从来就没有被清晰地界定过。这或许对于思考而言具有重要的启发性，但是对于理论测试而言却是不符合要求的，因为无法证伪。

① 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载：比较. 第5辑. 北京：中信出版社，2003

② 秦海. 法与经济学的起源和方法论. 载：比较. 第5辑. 北京：中信出版社，2003

③ A. 艾伦·施密德. 财产、权力和公共选择：对法与经济学的进一步思考（原著发表于1987年），上海：上海三联书店，1999

第三,效率无历史特性 (ahistorical character)。倘若没有历史属性,那么对于任何特定的问题而言,任何一种给定的解释都可以说是有效率的解。然而,法律是随时间演化的,一个满意的解必须是适应于历史的,但无法适用未来。例如,管制类型、租金制、环境保护等;又如,倘若任何法律问题都是独一无二的有效率解,为什么不同国家存在着不同的法律体系?

第四,价值主观性问题。奥地利经济学者认为,价值是主观主义的,在实际生活中,从某个具体的事情中所产生的赢家和输家之间并不存在着交易,而且也不存在着赢家对输家的补偿,就可能导致帕累托改进,实际上这种情况也很少发生。

第五,关于效率逻辑的起源问题。波斯纳认为,普通法反映的是效率逻辑。但是,批评者认为,实际上人们无法构建一个理论来说明普通法所包含的效率逻辑的起源。在给定的司法程序约束上,法官甚至包括议会也不能自由地追求财富的再分配政策,他们必须屈从于一些利益集团的压力。如果效率规则是法庭强迫接受的规则,那么,任何规则都会迫使法庭接受。法庭被强迫接受规则实际上是不确定的。所以,从这一点来看,与其说法庭被强迫接受了关于效率的理论,倒不如说法庭实际上总是受到不确定性规则的强制。

此外,还有的批评主要围绕社会分配以及公正、正义等问题展开。

这些争论并没有使法经济学变得支离破碎,反而使其开始真正成为一个伴随着法学和经济学研究的进展而发展起来的交叉学科。

(五) 成熟期

回顾法经济学产生与发展的历史,可以发现,法经济学与制度经济学,特别是新制度经济学之间存在某种内在联系,但也存在明显的区别。

二者的联系在于法经济学与新制度经济学几乎是同步、互动发展起来的、研究同一类问题的两个视角,具体表现在:

第一,理论渊源具有一致性。

第二,代表人物具有一定程度的共通性。

第三,经济学方法的同一性,即共同地运用新古典经济学的方法去找回似乎被新古典经济学失落的制度(法律)。

第四,研究对象的重合交叉性。新制度经济学主要研究新古典经济学忽略的三个领域:一是各种可供选择的社会规则(特别是产权,作者注)和经济组织(也是制度,作者注)如何影响经济行为、资源配置;二是在同样的法律制度下,经济组织形式为什么使经济行为发生变化,企业背后的经济逻辑是什么;三是控制生产与变换的基本的社会及政治规则背后的经济逻辑是什么,是如何变化的。法经济学则运用经济学分析框架致力于回答三个问题:一是确定应该存在什么样的法律规则,二是注释为什么特定的法律会存在,三是预测特定的法律规则会产生什么样的后果。这表明,新制度经济学与法经济学的关注是高度重合的,或者说存在很大的“交集”。

二者的区别表现在:

第一,研究对象涵盖范围的差异。新制度经济学的“制度”内涵十分丰富,不仅包