

新法律经济学：理论流派与反思性评论

张建伟

(上海财经大学 经济学院, 上海 200083)

摘要: 本文探讨了新法律经济学发展的历史背景和几个主要理论流派, 并对其作了反思性评论, 指出法律经济学目前还缺乏一个明确的研究对象和统一的分析框架, 在价值观和方法论上也存在一定问题, 还需要更开阔的理论视野。最后, 本文指出新法律经济学应以“合作秩序”作为研究对象, 进一步拓展其理论框架, 以及一些需要进一步思考的几个问题。

关键词: 新法律经济学; 理论流派; 发展趋向; 问题意识

中图分类号: F091 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-9952(2000)09-0003-07

一、法律经济学运动和新法律经济学的勃兴

法律经济学作为一门交叉学科, 无论在法学领域, 还是在经济学领域, 都已构成引人注目的学术景观。其发展速度之快、学科交叉之成功, 对理论和现实的影响力之大, 思想之活跃、开放, 都非其它交叉社会科学能比。作为一种众人瞩目的“学术现象”, 它不仅反映了一门新学科的形成和发展壮大, 更体现了 20 世纪末各社会科学之间的交叉与融合的趋势, 也预示了 21 世纪社会科学大综合时代的到来。现代法律经济学理论的集大成者波斯纳将法律经济学在其短短 20 余年发展历程中所取得的成就和影响称为“法律经济学运动”(波斯纳, 1987), 实际上是在揭示法律经济学无论在活力和张力上都已初步显示其生命力。那么, 为什么要对法律进行经济学分析呢?

对法律进行经济分析的法学家的垂青, 来自于他们对正统的法律家的“法条主义”作风的不满。他们认为“法条主义”者往往将法律视为当然或自主的体系, 他们玩弄的往往是从概念到概念的文字游戏, 在法律的弹性空间里寻找“创造性”的解释, 带有很大的主观性。“这种研究法律的方式, 从一开始就单刀直入, 将法律制度的结构和法律主要规则视为理所当然, 把不同时代所决定的判例全部当作似乎是昨天决定的(而不是将旧的判例视为历史的结晶)”(波斯纳, 中文版, 1994)。这就使法律失去了外在的视角, 法律学术也就会流于一般化。美国著名法学家波斯纳指责正统的法律学术著作不具创造性, 而且过分注重词章和雄辩, “狭隘地集中于教条问题, 论述于联邦最高法院最近期的决定, 专注于细小的短暂的差别, 而不是

收稿日期: 2000-05-23

作者简介: 张建伟(1971-), 男, 河南淮滨人, 上海财经大学经济学院博士生。

大胆的科学和描述性的著作,学术界没有产生出法官、律师和立法者为操作一个现代法律体系所需要的知识。”(波斯纳,中文版,1994)。这种指责并不过分,无论是法律理想主义还是从概念到概念的法学,都将面临日益纷繁复杂的经济现实的挑战。早在19世纪末,美国大法官霍布斯就曾预言:“法律研究的未来属于经济学家和统计学家,而非属于研究‘白纸黑字’的律师”(Holmes,1897)。他的预言已经在当代得到了有力的回应,当代经济学家将他们的研究触角延伸到法律领域,并结出了丰硕的理论研究成果。

20世纪60年代以前,经济学家对法律问题的兴趣仅仅局限于几个狭窄的领域,如:公司法、税法和竞争法,被称为旧法律经济学。科斯在他的经典性论文中将权利分析和交易费用概念引入经济学关于资源配置效率分析框架之中,开创了新法律经济学研究之先河。他认为:“在主流经济学中,企业和法律多半被假定存在,而本身并不是研究的主题。于是,人们几乎忽视了在决定由企业和市场进行的各种活动时,法律起着重要的作用。”(Coase,1988)。在《企业的性质》一文中,他思考了企业为什么存在的问题,将交易成本引入企业组织分析中,实际上已经蕴含了法律经济学的一些基本命题:(1)经济制度的选择就是法律制度的选择;(2)交易成本理论的实质是效益最大化(张乃根,1995)。而在《社会成本问题》一文中,他通过对英、美、法中一系列判例的经济学分析,揭示了法律判例中蕴含的经济学意蕴,他这篇文章中的基本思想和案例分析方法,为后世的法学家引入经济学分析和经济学家研究“真实世界”里的经济现象,提供示范性文本。

到了20世纪70年代,波斯纳法官十分自信地宣称他为所有的法律问题找到了“财富最大化”这一客观的评价标准,并且发现了法律正义的第二种含义——效率。自此,经济学的概念和理性选择的分析方法得以大规模地在法学领域繁殖开来。经济学在法律分析领域60年代以后的发展就是一个疆域不断扩展的过程,几乎所有的法律领域都被经济学的分析工具开垦过,并且随着经济学研究方法的更新,交易费用分析、比较制度分析、公共选择、博弈分析、演进博弈分析、实验经济学等新的分析工具又被运用到法律经济学中,“经济学帝国主义”在新法律经济学领域得到了淋漓尽致的体现,目前新法律经济学已形成了几个活跃的理论流派,成为一个开放、竞争的理论系统,为法学和经济学分别提供若干创造性的思想源泉。

二、新法律经济学的几个主要理论流派

主流学派即芝加哥学派。该派对法律制度进行经济分析时,秉承了芝加哥大学的自由主义经济思想的传统,以财富最大化、效率最大化、坚定的市场观念为核心观点,在分析方法上多采用新古典主义的边际分析、均衡分析、成本—收益分析等实证的经济分析方法。其基本信条是:(1)斯密定理:自愿交换对个人是互利的。(2)科斯定理:在一个零交易费用的世界里,法律对资源配置不发生影响;而在正交易成本的现实世界里,能使交易成本最小化的法律是最适当的法律。(3)波斯纳定理:如果市场交易成本过高抑制交易,财产权利应赋予对它净值评价最高的人(蒋兆康,1997)。(4)法律是一种影响未来行为的激励系统,法律经济学应对其进行事前研究。其理由是,过去的成本不过是一种“沉没成本”(Sunk Cost),“过去的事就让它过去吧。如果让懊悔破坏决定,那么人们塑造其命运的能力就会受到损害。如果允许一个自由达成契约的当事人在产生不良后果后修改契约条款,那就不可能达成任何契约”(波斯纳,中译本,1997)。(5)在对法律制度的效率评估方面,波斯纳(1992)认为帕累托优势准则(the criterion of Pareto superiority)要求所有相关的人都一致同意,条件过于苛刻,因此,应遵循卡尔多

一希克斯效率准则(赢利者可以对损失者进行补偿)。(6)效率即正义。主流的效率法律观常常招致保守的法学家们的非议,但波斯纳(1992)认为效率最大化即为财富最大化,而财富最大化必促进效用最大化,从而达到社会福利最大化,因此效率最大化也是正义的标准(因资源浪费对于稀缺社会来说即为最大的不正义)。他还指出正义有时牵涉到伦理的、哲学的评价标准,带有很强的主观性,是难以客观衡量的,而用财富最大化至少可以衡量且为人们的社会福利最大化提供了现实的手段,法律对正义的诉求不应以损伤效率最大化和财富最大化为代价。主流学派的代表人物是芝加哥大学的科斯和波斯纳。

法律规制经济学派。该学派对主流的法律效率论和分权化的自由市场能够导致资源最优配置的理论表示怀疑。他们认为现实中的市场存在种种“市场失灵”,应该用包括:反垄断法、税法、消费者权益保护法、公害法、医院卫生法规(药物管理法)、公用事业法规(电信法、铁路法、邮政法等)、环境保护法等等这些法规和政策,来纠正诸如公共物品、自然垄断、不完全竞争、信息不对称、外部性、风险性等市场本身不能有效解决的问题。政府可供采取的方式有价格限制、数量限制和经营许可证制度等。该学派在分析法律规制的经济理论时有以下几个思路:(1)将规制看成经济体系之外的外生变量,将政府看作代表公共利益的外生机构,从而解决不能靠市场机制将外部性内在化的“市场失败”问题,如:佩尔兹曼(Sam. Pelzman, 1976)就认为政府规制是以社会公共利益为基础的,法律规制应满足消费者和生产者对总剩余最大化的需求;日本的著名产业组织理论家植草益(1990)以资源配置效率为基调,兼顾公正、公平等因素考察了日本的电力、煤气、自来水等公用事业和电气通讯等产业的规制问题,提出了一系列纠正“市场失灵”的法律措施。(2)将政府规制视为经济系统的内生变量,法律规制本身也就成为一种商品,由利益集团之间以及政府、立法者、司法者之间的博弈结果决定,但是政府规则很可能会有利益偏向。持这个思路的代表人物是斯蒂格勒(1971)。(3)反托拉斯法的经济学分析。传统的反托拉斯法经济学分析着重从“市场结构—企业行为—经济绩效”范式出发,运用竞争均衡模型分析企业行为和效率(Mason, 1964; Bain, 1972),认为垄断会造成过高的垄断定价,从而损害消费者的利益。而新的反托拉斯法经济分析则更注重法律规制的效率,他们从效率最大化角度分析传统范式的缺陷,认为反托拉斯法目的在于保护竞争而非保护竞争者,不是要全部禁止垄断而是要禁止那些以固定价格为最终目的的垄断性兼并(Posner and Easterbrook, 1981)。反托拉斯法经济学在最近10年里又获得突飞猛进的发展,交易费用和契约分析(威廉姆逊, 1987)、博弈论和策略行为分析(Holt and Schefman, 1989)等新方法的引入,使法律规制经济学吸收了产业组织理论、应用微观经济学中的最前沿理论,所有这些研究进展表明,反托拉斯法是一把“双刃剑”,其规制效果是极其复杂的,不能一概而论。

法律经济学的制度分析学派。该学派有很深的历史渊源,最早可以追溯到阿丹姆斯关于经济学和法理学的论述,制度经济学家康芒斯(1924)关于资本主义经济体制的法律基础的论述,以及法学家汉密尔顿(1932)的有关论述。但在当代最著名的代表人物是塞缪尔斯(W. J. Samuels)和施密德(A. A. Schimid)以及新制度经济学交易费用分析的核心人物、耶鲁大学的威廉姆逊(O. Williamson)等人。他们3人的共同之处在于,不象波斯纳那样过于强调效益最大化或极端的分权制市场理念,而是将法律制度看成是一个可供选择的过程,即对法律经济现象进行比较制度分析,以交易费用为分析切入点,在多种制度方案中选择能使交易费用最低的制度安排。但是在分析的侧重点上,他们又略有不同。塞缪尔斯秉承旧制度经济学的演进分析传统,将法律和经济过程之间看成一个统一的系统,即“法律是经济的函数,经济也是法律的

函数(W. J. Samuels, 1989),重在分析二者之间的互动关系及演进趋势。施密德(1987)则认为法律制度是协调冲突和人们偏好的规则集合,它决定一个人或集团的选择集,并对经济绩效产生影响。他在其“制度影响(institutional impact)”理论框架内讨论法律制度和经济绩效的关系。为此,他建立了关于“制度影响”理论的“SSP”范式,即状态(situation)—结构(structure)—绩效(performance)分析范式,他认为,物品的特性(共享性、排他性、占先性、交易成本等)和个人特性(偏好、价值观、知识、策略行为等)导致人们在经济活动中的相互依赖性和利益的冲突性,在给定的物品特性和人的特性状态下,人们会选择不同的权利结构,从而影响不同的机会集合以及财富在个人之间的分配(绩效),这样他就为法律制度的设计提供了实证的或规范的分析框架。施密德和塞缪尔斯在基本精神上都继承了旧制度学派的代表——康芒斯的衣钵,将法律制度看成是协调冲突的规则体系,他们都不同意波斯纳等人的主流效率法律观,认为效率并非与利益分配无关,市场对冲突的影响也并非是中性的。他们认为仅仅在产权和效率的表层联系上兜圈子,很容易陷入循环论证的结局,因此他们都主张通过揭示法律和经济的演进过程的规律,去帮助人们选择人与人之间的协调规则——法律制度。威廉姆逊也不同意波斯纳的市场本位模式,尽管他也主张法律制度的效率导向,但他采用的是比较制度分析的方法,即认为人们是选择市场模式还是纵向一体化取决于交易成本的大小,当市场契约费用大于一体化费用时,资产使用者会进行一体化。他将交易费用分析整合进契约过程的考察,区分出新古典契约、古典契约和关系契约三种类型,对于人们理解契约法和市场规制结构具有启发意义。威廉姆逊的交易费用分析方法和契约分析方法的立论基础,是有限理性和机会主义行为假定,在这种假定基础上的经济组织分析,往往有助于理解企业治理结构和法律环境以及产权结构搭配之间的关系,他对法律制度的经济分析的贡献是,提供了一种微观组织分析的理论框架和对法律制度背后隐藏的经济逻辑的深刻洞察。除了以上提到的3位制度经济学家以外,其他制度经济学家如:产权理论的代表人物阿尔钦、德姆塞茨、巴泽尔等,新制度经济学家埃格特森等人,虽然没有集中系统地对法律制度进行经济分析,但都在某种程度上为法律经济学提供了某种分析的视角或经济学理论基础,许多法律经济学家都从他们的著作中寻找思想启迪和创作灵感,体现出最近十几年法律经济学和制度经济学发展的合流趋势,也体现出该学派已不满足于将法律经济学仅仅看作经济学方法在法律制度分析中的运用,而是在探寻法律制度和经济系统的内在关联,并在此基础上透视法律制度背后的经济逻辑。

法律经济学的公共选择学派。法律的制定和实施是一个与政治决策密切相关的过程。这就需要有一个关于政府的实证经济理论,来解释政府的政策偏好以及利益集团游说对政治决策过程的影响。以布坎南、图洛克、尼斯坎南、瓦格纳和罗尔斯等为代表的公共选择学派所从事的正是这样一种工作。他们将研究的触角延伸到法律经济学领域,对宪法的选择和改革、法律程序、法规效率与公正等问题都作出了独到的分析。法律经济学家(施密德,1987)也将公共选择理论纳入到他们的理论视野之内,从而补充和完善了主流法律经济学的市场本位模式。公共选择学派的如下的一些理论命题尤其引人注目:(1)布坎南对“科斯定理”所作的“主观契约主义”的重构。布坎南认为,科斯定理的实质在于,“有关的交易双方之间的自由交易契约过程会使所有与帕累托相关的外在性都趋于消失”(Buchanan, 中译本,1989)。但是他认为这个论点是含混的,也就是说他认为科斯是在强调用结果准则应用于交易过程效果的分析,没有注意交易过程本身的效率问题,因此是经不起推敲的(库特对科斯定理的挑战即是一个例子),在有策略行为存在的市场中,即使交易双方没有信息交流的障碍,也不一定使资源按其最有价值的

用途进行配置。对于这一点,布坎南区分了规则约束下的效率和规则约束本身的效率两个概念。他认为,在一定规则约束下,人们只要是自愿而未受强制地去交易即是有效率的,但对于规则本身来讲,则与众多交易者的一致同意有关,如果人们一致要求改变规则,那么这表明修改规则对交易者来说是有利的,此规则是无效率的;如果人们对修改规则的意见并不一致,则现行的规则是有效率的。可见,布坎南认为检验效率的标准不是象科斯及波斯纳所强调的那样从结果去判断,而是建立在主观契约主义的一致同意基础之上,在过程中去判断。如果用这种判断标准去衡量,即使交易成本为正,也不会阻碍自愿交换活动,即不会损害资源配置效率。因此,布坎南推断,规则过程的效率与公正比规则本身更重要。(2)宪法经济论。布坎南等人认为宪法是规则中的最高层次,是规则的规则,宪法是影响其它法律的立法和执行的最重要的制度环境,也是限制政府权力、保护规则过程公正的重要因素。他认为对于立宪来说应贯穿一致同意原则。(3)在“无知的面纱”下选择的规则才是公正的和有效率的。这是著名政治哲学家、公共选择学派另一代表人物罗尔斯的观点。他认为人们对规则达成一致意见,必须对未来是无知的,包括对个人属性的无知(如:个人能力、偏好、社会地位、出身等)。(4)立法、司法和法律制度变迁过程中利益集团的影响是不容忽视的。利益集团的游说、贿赂,立法机构、执法机构的“寻租”活动,都难以保证法律制度的中性、无偏以及有效率地运作。公共选择分析使法律经济学研究者打破了政治过程和立法、司法过程的理想模式,得以洞察政治内幕和集团的内部争斗,法律运作的成本更加显明,它有利于法律经济学从私有产权—市场—效率的循环论证的怪圈中挣脱出来,去探讨一些规范意义上的政策命题。

以上对当代新法律经济学新发展过程中出现的四个流派作了简要评介,实际上这种区分至多只能是相对意义上的,在实际研究工作中,这些流派的经济学家和法学家经常“客串”到其他流派中,或运用其他流派的成果和分析工具来完善自己的理论架构。因此,可以说新法律经济学面对的是一个超越和综合的问题,而这种超越与综合必须建立在,法律经济学家对他们所面临的困境,或者对各流派各自的分析范式的危机的深刻认识与反省基础之上。正是从这种意义上说,各流派之间的争论和分歧正好给研究者提供进一步思考和洞察的契机。

三、反思性评论

在法学界,新法律经济学成为当代法学领域最有活力和影响力的学派,在经济学理论界,则引导和促进制度主义思潮的勃兴,并对主流经济学产生了强有力冲击。新法律经济学还同时在这两个领域点燃起法律现实主义思潮和经济学现实主义思潮,为法律形式主义、概念法学和经济学形式主义唱了一曲无尽的挽歌(张建伟,2000)。

随着新法律经济学在法律领域的不断拓展,经济学的价值观对法学的价值观也产生了强烈的冲击。尤其是刑法领域和家庭婚姻法领域,正义、温情、公平和效率的较量尤为明显。正义值多少钱?对于精神上的伤害,金钱能在多大程度上给予补偿?这些问题常常是正统法学家攻击法律经济学的靶子。经济学分析还刺破了笼罩在家庭和婚姻之上的温情脉脉的面纱,使我们看到感情、伦理等因素在市场经济条件下的尴尬境地和市场的力量正在如何改变着传统社会的价值观。然而,我们也不能不思考这样一个问题,在我们不断抱怨法律裁决的主观性,而试图为法律问题之解决引入经济效率标准时,如何才能守住公正的底线?

从总体上来说,法律经济学是在为法律分析寻求一种经济学的基础,以试图发现法律背后的经济逻辑。但是关键在于即使是经济学也有不同的流派,我们究竟应该为法律问题引入哪

一种经济价值观呢？很难想象以马克思主义经济学为基础的价值观和以新古典主义经济学为基础的价值观会在法律解释问题上取得一致意见。在西方目前的法律经济学流派中，市场本位的以新古典主义经济学为基础的法律经济学为主流理论，这体现在各大学的法律经济学教科书中。然而在新法律经济学的最近的发展中，有越来越多的学者对主流学派的论点和分析方法提出质疑，它们使我们看到了法律经济学未来的发展趋向。一个越来越明确的共识是，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，因为它使法律经济学缺少一个明确的研究对象，只局限于在学科交叉的边缘打“擦边球”，法律经济学也就很难成为一个自足的理论体系。看来，法律经济学还需要一段时间对其各种流派作一整合。一个最新的发展趋向是法律社会学和法律经济学有日趋融合的趋势，而这两门学科越来越倾向于对“合作秩序”问题的探讨，即将法律仅仅看成一种人类合作秩序得以形成和维持的一种手段而不是全部。如果从这样一种视角出发去研究法律经济学，其发展前景就广阔得多。对于这一点，我们可以从哈耶克的“自由秩序”理论中得到许多启发，也能从斯密、马克思关于规律和经济之间关系的论述中寻找思想启迪。当然，这还需要一个很长时间的探索，就目前来说，法律经济学领域的以下问题值得重视和进一步研究：

1. 法律经济学现在仍然没有一个统一的理论体系，显得很松散，如何才能形成一个统一的理论框架？新法律经济学的一个最显著的特征，就是经济方法在越来越广泛的法律领域里的应用，但是这种倾向除了制造了疆域更为广阔的“经济学殖民地”以外，法律经济学很难有独立自主的发展的余地。问题的关键在于，法律或法学对经济学的影响仍没有得到应有的重视，这可能与法律本身缺乏“自主性”有关系。法律不会自动地从经济生活中产生，它与政治过程、社会风俗、习惯都有千丝万缕的联系，公共选择学派和制度分析学派虽然试图在更广泛地视野下考察法律和经济过程之间的关系，如政治选择、宪法规则和权力等，但是它们本身也缺少一个统一的分析框架。这说明，法律经济学要形成一个统一的理论框架，还需要从其相邻学科如政治学、社会学、哲学中汲取营养，并且最终用经济学来整合它们，这显然还需要一段时间的探索。

2. 主流法律经济学家波斯纳非常推崇分权化市场在资源配置效率中的魔力，他更加强私人财产权的流转效率，即财产权的有效率利用的关键在于各种生产资源能通过市场交易流向对该资源评价最高、最具有能力使用该资源的资源使用者。这种“强者为王”的逻辑必然冒犯法律公正论者的基本信仰，因为在波斯纳的世界里，法律价值几乎已经淹没在经济价值的海洋之中。由此看来，如何协调公平、公正和效率之间的关系，是法律经济学在其进一步发展亟待解决的重要课题。

3. 法律作为一种意识形态，究竟是内生于经济过程还是外生于经济过程的？是自生的还是创设的？是法律决定经济还是经济决定法律？

4. 法律作为秩序治理资源的一种模式，与伦理、道德、习惯等非正式规则之间的关系如何，是互补关系还是互替关系抑或兼而有之？如何使其在秩序治理过程中和谐相处？法律秩序仅仅是一种秩序状态，由人与人之间的长时期交往、互动过程中形成的伦理秩序的生命力或许更长久、历史更久远，因为，我们从社会人类学的研究中能够发现，在那些没有国家和法律的社会里，人们能凭道德、习惯的力量获得合作秩序。即使在现代法治社会里，法律的治理范围也仍很有限，并且成本很高。法律和道德应该在未来的法律经济学研究中统一在同一理论框架之内，而二者统一的基础就是“合作秩序的治理”，也就是说，“合作秩序”应该成为未来的法律经济学的研究对象。

以上问题表明,法律经济学仍然很年轻,还有很长一段路要走,但是有一点可以肯定,保持这些“问题意识”将会使法律经济学在其发展道路上更有方向感,而本文正是在引导这种“问题意识”。

主要参考文献:

- [1]张建伟. 当代西方经济学理论的现实主义思潮[J]. 经济学动态, 2000, (3).
- [2]张建伟. 现实主义、制度主义与中国经济学发展[J]. 中国社会科学, 2000, (4).
- [3]波斯纳. 法律的经济分析[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [4]植草益. 微观规制经济学[M]. 北京: 中国发展出版社, 1992.
- [5]威廉姆逊. 反托拉斯法经济学——兼并、协约和策略行为[M]. 北京: 经济科学出版社, 1999.
- [6]施密德. 财产、权力和公共选择[M]. 上海: 上海三联书店, 1999.
- [7]布坎南. 自由、市场和国家——80年代的政治经济学[M]. 上海: 上海三联书店, 1989.
- [8]张乃根. 经济分析法学[M]. 上海: 上海三联书店, 1995.
- [9]波斯纳. 法理学问题[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [10]Holmes. The Path of Law[J]. Harvard, Law Review 10. 1897.
- [11]Posner and Esterbrook. Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials [M]. West Publishing Co., 1981.
- [12]Holt and Scheffman. Strategic Business Behavior and Antitrust, Economic and Antitrust Policy[M]. ed. by Robert. J. Lerner and James. W. Meeham, 1989.
- [13]Coase. The Firm, the Market, and the law[M]. The University of Chicago Press, 1988.
- [14]Posner, R. A. The Law and Economics Movement[J]. A. E. R. Papers and Proceedings May, 1987.

New Economics of Law: Theoretical Schools and Critical Review

ZHANG Jian-wei

(School of Economics, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai, China, 200083)

Abstract: The thesis discusses the historical background of the new economics of law and its several main schools, and makes some reflective comments on this subject. It points out that the new economics of law still lacks a definite object of study and an unified analytical frame, and has some problems in its viewpoint of value and methodology. So a wider theoretical vision is needed. Finally, this thesis points out that the new economics of law should study “cooperative order” as its studying object, extends its theoretical frame, and put forward some issues that need further consideration.

Key words: new economics of law; academic school; the trends of development; question consciousness