

法律经济学：英美法系的理论、实践与影响

沈明

一、 导论：法律经济学的法理学地位

一八九七年一月八日，时任美国马萨诸塞州最高法院大法官的奥利弗·温德尔·霍姆斯在纪念波士顿大学法学院新礼堂落成典礼上发表了那篇后来被载入法学史册的著名演讲《法律之路》。霍姆斯在这篇演讲中有一个著名的论断：“对于法律的理性研究在今天可能属于和白纸黑字打交道的人，但是未来它却会属于统计学家和经济学家。”¹ 这一发表于十九世纪末的伟大预言在当时恐怕会让大多数法律人感到相当尴尬，² 可如今，这句话早已经变成法律人耳熟能详的名言了。毫无疑问，霍姆斯法官本人在美国法律史上具有极为显赫的地位，可以毫无争议地跻身少数几位最伟大法官的行列，而他的《法律之路》一文在法学研究中的经典地位同样是无可置疑的。在分别发表于一九九六年和一九九七年的两份学术引证率研究中，《法律之路》一文分别位居法学期刊论文引证次数排行榜的第五名和第二名。³ 与此同时，在这两份引证率研究中还有另一个引人注目的事实，那就是，经济学家罗纳德·科斯的《社会成本问题》⁴——一篇经济学论文——在上述两个研究中均位列榜首。一篇预言经济学家将“占领”法学研究阵地的经典法学论文，在法学论文引证率排行榜上屈居一篇经济学论文之下，位列“亚军”，这实在是一件意味深长的事情。二十世纪下半叶以来法律经济学运动⁵在美国和欧洲一些国家繁荣发展逐渐兴盛，这一法学潮流为霍姆斯法官一百多年前的伟大预言提供了一个近乎完美的证明。关于经济学对法律的意义，霍姆斯在这篇演讲中还明确谈到：“我们必须对好古风尚隐含的危险保持警醒，必须牢记：我们仅仅是为了洞悉现在才会追溯过去。我期盼着将来有一天，历史在教义解释中所起的作用变得非常小，我们不再搞那些别出心裁的研究，取而代之的应该是去探究我们所要实现的各种目标以及之所以追寻这些目标的原因。在我看来，要实现这一理想，每一位法

¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law,” 10 *Harvard Law Review* 457-478, 469 (1897).

² 霍姆斯在《法律之路》这篇演讲中阐述的不少观点和立场在当时都近乎离经叛道乃至惊世骇俗。对该演讲的历史语境分析，请参见 David J. Seipp, “Holmes’ Path,” 77 *Boston University Law Review* 515-558 (1997).

³ Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Law Review Articles Revisited,” 71 *Chicago-Kent Law Review* 751 (1996). James E. Krier and Stewart J. Schwab, “The Cathedral at Twenty-Five: Citations and Impressions,” 106 *Yale Law Journal* 2121 (1997). 这两个引证率研究的统计方法和样本有差别，故而产生了同一篇文章名次不同的情况。后一篇文章对此有说明。

⁴ Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

⁵ “法律经济学”在英语中的最常见表达是“law and economics”，更直观易懂的描述性表达是“economic analysis of law”，尽管后者不及前者常见。美国有四种比较流行的法律经济学教科书采用的就是这两种表达法：Robert B. Cooter 和 Thomas Ulen 的 *Law and Economics*，已出至第六版（Prentice Hall, 2011），A. Mitchell Polinsky 的 *An Introduction to Law and Economics*，已出至第四版（Aspen Publishers, 2011），Richard A. Posner 的 *Economic Analysis of Law*，已出至第八版（Aspen Publishers, 2010），以及 Steven Shavell 的 *Foundations of Economic Analysis of Law*（Harvard University Press, 2004）。与英文表达相对应，“法律经济学”一语在中文里的其他常见替代性表达有“法和经济学”、“法与经济学”、“法经济学”、“经济分析法学”等，笔者并不区分这些说法，认为它们可以互换使用。笔者个人倾向于使用“法律经济学”一语，有如下三点理由：一，在英美学术语境中，指称该交叉学科领域的最常见用语是“law and economics”，“法律经济学”一语大体与之构成翻译上的对应关系，而且比“经济（学）分析法学”或“法律的经济分析”简洁；二，就学术分工而言，虽然法律经济学的研究重镇虽然在法学院，但从方法论角度看，其根本学科属性仍为经济学，“法律经济学”一语的偏正结构可以彰显这一特征。

律人都应该尽量对经济学有所理解。”⁶

可以毫不夸张地说，法律经济学经过半个多世纪的发展，到今天，霍姆斯的愿望——“每一位法律人都应该尽量对经济学有所理解”——在美国法学界已经成为现实。⁷ 借用哈佛法学院劳伦斯·莱西格教授简洁有力的概括来说，“法律经济学已经改变了法律的全部领域。如今，我们全都是法律经济学家了。……[法律经济学]的洞见如今已是常规科学。”⁸ 毫无疑问，作为二十世纪法学领域最为显赫的学术运动之一，法律经济学研究者及其成就已经在法学史上写下了浓笔重彩的一页，而且至它今势头未减，在当代主流法学研究和法学教育中仍然占有举足轻重的地位。昔日法律经济学运动的参与者、时任耶鲁法学院院长的安东尼·克隆曼教授曾有两段关于法律经济学的评述很能说明问题：“[法律经济学是]当今美国法律教育中最强有力的思潮。法律经济学如今完全统治了某些[法学]领域，余下的领域中的绝大多数也受到法律经济学的重大影响。没有哪一位负责人的法律教师，不论喜好它还是怀疑它，能够忽略它。”⁹ “法律经济学运动曾经是而且仍旧是美国法律思想中一股巨大的、充满生机的力量，而且我想说，直到今天，它都持续是并仍旧是这个国家里唯一的最具影响力的法学派。”¹⁰ 进入二十一世纪以后，虽然有关法律的交叉学科研究更加多元化了，但法律经济学的学术地位仍未衰减：“毫无争议，法律经济学长久以来一直是，并且仍旧是，理解与评估法律和政策的主导性理论范式。”¹¹ “一个公认的事实是，法律经济学当下正是人们通常所理解的（putative）法学理论竞争中的无可争议的冠军。”¹²

为什么一个外来的、年轻的学科、一种异质的方法论能够如此成功地“入侵”美国法律和法学——一个常被人们誉为“古老”的职业和学术领域——呢？¹³ 这一学术运动是如何在法律和法学版图上开疆拓土，逐渐以“异端”身份取得“正统”地位的？在美国法律思想史上，法律经济学与其他主要学术流派存在怎样的交锋与互动关系？优劣得失如何？学术竞争对法律制度运作和实践产生了何种影响？法律经济学在二十一世纪的今天出现了那些新的发展与动向，遭遇了什么样的问题？可能有怎样的出路？作为美国“唯一的最具影响力的法学派”，法律经济学运动在过去半个多世纪的发展历程为中国法治建设、法学研究和法律教育可以提供的启示和借鉴价值是什么？带着上述这些问题，本文试图从学术史与思想史的角度入手，追溯法律经济学在英美两国社会科学思想传统中的源流（第一部分），梳理它在二十世纪兴起与繁荣的发展历程，并简要探讨它在二十一世纪出现的某些理论分化和学科前沿趋向（第二部分）。虽然法律经济学运动发

⁶ Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law,” 10 *Harvard Law Review* 457-478, 474 (1897). 这样的话出自十九世纪末一位普通法国家的知名法官之口，格外引人注目。在遵循先例的普通法体制中，“好古风尚”具有天然的正当性。霍姆斯在此对法学的历史进路间接提出了批评，并强调法律人应该以务实的态度面向未来，我们或可把这解读为要以实用主义的新法学来取代传统的历史主义的旧法学，而经济学，是推动这一转型的重要智识工具之一。在美国实用主义法学传统中，历史只有在观照当下和未来的意义上才是重要的，这在霍姆斯之后另一位实用主义法学名家本杰明·卡多佐法官的如下名言中有集中体现：“历史通过照亮过去启明了现在，并通过启明现在，预示了未来。” Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, p. 53.

⁷ 尽管如此，我们不应夸大霍姆斯这篇文章以及他的其他学术作品和司法意见书对于现代法律经济学运动的贡献。霍姆斯对于法律经济学的“预言”之伟大，当然是后见之明的结论。可反过来说，他对于法律经济学运动在二十世纪中后期的发展确实产生了很大的一一尽管是间接的一一影响：他的功能主义思想，他基于法律实用主义立场对法律形式主义的批判（这里需要较为精细的辨析，因为法律经济学——或者干脆说经济学——也有形式主义的一面，详见后文讨论），他的道德怀疑主义，都对后世的法律经济学方法论产生了深刻的影响。

⁸ Lawrence Lessig, “The Prolific Iconoclast,” *The American Lawyer*, December 1999, p. 105.

⁹ Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993, p. 226.

¹⁰ Anthony T. Kronman 在 The Second Driker Forum for Excellence in the Law [Wayne State University Law School, September 29, 1994] 的发言，见 42 *Wayne Law Review* 115, 160 (1995). 着重号为引者所加。

¹¹ Jon D. Hanson & David G. Yosifon, “The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture,” 152 *University of Pennsylvania Law Review* 129, 142 (2003).

¹² 同上，p. 144.

¹³ 人们通常把亚当·斯密作为经济学的鼻祖，把斯密的巨著《国富论》的出版作为经济学的开端。而《国富论》出版的年份——一七七六年——正是美国独立的年份，距法律经济学在二十世纪下半叶的勃兴不过约三百年时间。而法学，即便从罗马法时代起算（虽然法学的起源肯定要比这更早），也已经有两千年的历史。

展到今天已经不再是襁褓中的幼儿，反而掌控了相当大的学术话语权，¹⁴ 但是，法学界内部对于法律经济学的方法论、经验分析、规范意涵其实一直存在争论，在某些时间、某些领域，甚至存在激烈的争论。本文将在第三部分讨论法学界围绕法律经济学所展开方法论论争，以及这些论争所体现的学术与政治立场的分歧。第四部分将走出学院与书本的天地，简要讨论法律经济学研究及其成果对美国司法与立法等法律实践及法律教育的现实影响。第五部分将对这种影响的分析推及中国，尝试由此为中国法学研究和法律教育的未来提出有益的建言。

二、法律经济学在英美思想传统中的源与流

法律经济学的本质是经济学。¹⁵ 它所处理的制度效率与行为激励问题，不但直抵经济学理论的核心，而且还与政治学、伦理学等学科领域息息相关。法律经济学当然不是一个独立的社会科学学科，它自始就是一个横跨法学和经济学的交叉“学科”研究领域，而且其研究方法、对象乃至相关的学术制度与教育制度都一直与法学、经济学两个学科息息相关，并随着这两个学科的发展而发展。既然是交叉学科，并且考虑到任何学科的边界事实上都是模糊的，在较为宽泛的意义上，我们可以说法律经济学处理的是法律与经济两个社会领域的共同问题。具体到我们所要讨论的作为法律交叉学科的现代法律经济学运动来说，其学术属性则要狭窄或者说明确得多，那就是运用经济学的概念理论与分析方法来处理广义法律领域的社会问题。换句话说，经济学是方法，法律是对象。但由于经济学的核心方法——成本收益分析——可能只是被经济学家精巧表述并广泛应用的一种植根于人类本能的心理规律，故而人类可被标签为“经济”的生产与交易活动¹⁶在经济学诞生之前就存在并且良好运作了数千年之久。有鉴于此，我们就不会感到奇怪，法律经济学具有极为深远的思想史渊源。人类其实早就注意到了法律制度与经济活动之间所存在的牵连与互动关系，以及与经济交易心理同构的思维逻辑对人类社会行为的广泛而且亘古不变的影响。而法律，毋庸置疑，更是约束人类行为的基本社会规范。在这个意义上，法律制度与成本收益分析的经济逻辑在对人类行为的规范和影响上存在某种程度的叠加、互动与竞争关系。现代学术对这些关系的结构性与制度性阐释其实就是法律经济学本身。而这种系统的、可归属于今天所说的“法律经济学”的理论工作恐怕至多也就能追溯到十八世纪左右的近代。学界一般会将其现代思想渊源回溯至英国哲学家、法学家杰里米·边沁，¹⁷ 或者再稍往前推，追溯至比边沁略早的几位苏格兰启蒙运动思想家，尽管后者不属于法学家，其法律经济学思想也只是散落在其一般的哲学或经济学著作中。

（一）现代思想渊源——英国思想家的贡献

作为苏格兰启蒙运动的第一位思想巨擘，哲学家大卫·休谟在其代表作《人性论》中比经济学鼻祖亚当·斯密更早论述了人的自利（self-interest）本性及其政治、经济与社会意义，还比功利主义哲学鼻祖边沁更早地阐述了人类趋利避害的本性（尽管其中的规范性意涵较弱）。“人类心智（mind）的本源或者动力就在于快乐或痛苦；而一旦从我们的思想和情感中消除了这些感觉，我们就在很大程度上丧失了激情或行动力，丧失了欲望或意志。快乐或者痛苦的最直接后果是心智产生向往或厌恶的活动（motions）；这些心智

¹⁴ 在美国，很多年轻学者热衷于法律经济学，因为这据称是唯一可以确保晋升、获得终身教职的路径。参见 Guido Calabresi, “The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?” 68 *Proceedings of the British Academy* 85 (1982). 相比之下，批判法学则不怎么“吃香”，批判法学学者曾有过因批评法学的左翼立场而被拒绝终身教职的遭遇。参见 Jerry Frug, “McCarthyism and Critical Legal Studies,” 22 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 665-701 (1987); “Special Feature: The New McCarthyism,” *Newsletter of the Conference on Critical Legal Studies*, July 1988, pp. 2-19.

¹⁵ 下文在探讨法律经济学的方法论时（见第三部分），我们将对法律经济学的学科属性问题展开分析。

¹⁶ 罗纳德·科斯等新制度经济学家指出，生产、交易和企业（即生产或交易的组织形式）具有同一性和替代性。换句话说，生产同时也是（或者说蕴含着）交易，反之亦然。参见，例如 Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm,” 4:16 *Economica* 386-405 (1937).

¹⁷ 例如，Richard A. Posner, “Bentham’s Influence on the Law and Economics Movement,” in M. D. A. Freeman ed., *Current Legal Problems 1998*, vol 51: *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford University Press, 1998, pp. 425-439. 尽管波斯纳承认，要在边沁和二十世纪英美法律经济学运动之间建立起明确的学术传承关系也不容易。

活动又分化为意志，分化为渴求与厌恶，悲伤与喜悦，希望与恐惧；以上种种不同的分化，取决于快乐或痛苦的变化——变得很有可能或者不太可能，确定或者不确定，或者人们认为那快乐或者痛苦现在根本不受自己的操控。”¹⁸ “贪婪，或者说获取的欲望，是一种普遍存在的情感，它在所有的时间所有的地点对所有人都起作用。”¹⁹ 在这样一种人性观的基础上，休谟提出了一个重要的正义观命题：“正义起源于人的自私和有限的慷慨，以及自然对人类需求的不充分的满足。”²⁰ 正义与个人的经济福利状况密切相关。休谟关于财产权、交易、和契约的论述为法律经济学的现代思想渊源奠定了第一块基石。

苏格兰启蒙运动的另一位重要思想家亚当·斯密是以经济学和伦理学研究著称于世的，他传世的两部最重要著作是《道德情操论》（一七五九年）和《国富论》（一七七六年）。现代读者可能或多或少会忽视的一个事实是，斯密对法理学问题其实也颇有研究。在《道德情操论》一书的结尾，他向读者预告要写一部法理学著作，以讨论“法律与政府的一般原则，以及它们在不同的社会时代里经历的种种巨变，不仅关涉正义，而且关涉警察、岁入、军备，以及有关法律的任何其他问题。”²¹ 不过，斯密生前并未完成他预告的这部著作，只是在他逝世之后，他在格拉斯哥大学上课所用的两部讲稿依据学生笔记整理出版，收入一九七六年格拉斯哥版《亚当·斯密文集》第五卷——《法理学讲座》²²。在“法理学讲座”中，斯密有一个对资本主义发展产生重要影响并与现代法律经济学理论密切相关的重要思想，即通过财产权利来界定社会正义：“每一种政府体制的首要目的（*design*）是维系正义；防止社会成员之间相互侵犯财产，或者强占不属于自己的东西。这里所说的目的就是要每个人都平安地保有他自己的财产。”²³ 与此相关，在《国富论》中，他这样说：“在那些狩猎民族的社会里，由于几乎不存在什么财产，或者至少没有什么超过两三天劳动所值的财产；所以很少有常设的治安官或司法机构。那些没有财产的人彼此之间的伤害只能是人身或名誉上的。不过，在一个人杀害、伤害、殴打、毁谤他人的时候，尽管受害人蒙受了苦痛，可加害者并不能从中获得什么利益。但财产损害却与此不同。侵害者所获收益通常等于受害者蒙受的损失。”²⁴ 在二百多年后的今天，随着经济学和其他社会科学的发展，虽然斯密的上述观点已经颇有商榷的余地了，不过他将社会正义系于财产权利的有效保障的观念是有其特定的时代意义和学术意义的。这一点在当代中国——资本主义全球化进程中的迟到者——的社会语境中显得尤为突出：以原有的社会主义财产制度为代表的“新”传统法律制度作为政治基础设施的主要构架，已经在过去三十年中逐渐衰败成“残垣断壁”，可“资本主义”许诺的产权“正义”至今仍在漫漫长路上。

此外，结合英国的历史，斯密还描述了一个财富“最大化”导向的司法制度现实：“……主权者的司法机构（*authorities*）不但不需要耗费金钱，长久以来反而一直是主权者收入的来源之一。请求他伸张正义的人总是愿意为此而支付金钱，诉求总是与礼品结伴同来的。待主权者的权威完全确立之后，被确认有罪的人除了要向对方当事人赔偿之外，还必须向主权者缴纳罚金。他扰乱了、妨害了、破坏了君主的太平，为此罪过缴纳罚金，被认为是罪有应得。……任何一位读过亨利二世时代下达给巡回法官的训令的读者都能清楚地看出，派遣法官在全国巡回的目的就是要为国王征收某些项目的收入。在那个时候，司法机构不但

¹⁸ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. by David Fate Norton, Mary J. Norton, Oxford University Press, 2000, §3.3.1.2, p. 367.

¹⁹ David Hume, “Of the Rise and Progress of the Arts and Sciences,” in *Selected Essays*, Oxford University Press, 2008, p. 58.

²⁰ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. by David Fate Norton, Mary J. Norton, Oxford University Press, 2000, §3.2.2.18, p. 318.

²¹ Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford University Press, 1976, §7.9.37, p. 342.

²² Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Ronald L. Meek, David Daibes Raphael and Peter G. Stein, Oxford University Press, 1978. 这些讲座据估计系讲授于一七六二至一七六四年间。斯密是在相当宽泛的意义上使用“*Jurisprudence*”一字的，它包括了正义/法律、警察、岁入、军备这些斯密在《道德情操论》一书结尾所概括的内容。（参见《法理学讲座》一书《导论》第5页。）为兼顾表达方便和中文翻译习惯，这里仍将“*Jurisprudence*”译作“法理学”。

²³ Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Ronald L. Meek, David Daibes Raphael and Peter G. Stein, Oxford University Press, 1978, p. 5.

²⁴ Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol. 2, Oxford University Press, 1976, p. 709.

为主权者提供了部分收入，而且创收是主权者要利用司法机构获得的主要利益之一。”²⁵ 在谈完逐利的主权者和司法机构之后，斯密还语含讥讽地写道：“不过，现实中在哪个国家正义都不是免费派送的。至少，各方当事人必须给大小律师（lawyers and attorneys）付费；而如果律师没收到钱的话，他们的活计就要干得比人们现实所见的更加糟糕。在每一间法院，大小律师们每年收取的费用比法官们的薪酬总和要多得多。虽然国王支付了法官的薪酬，但不论在哪，法律诉讼的费用都没有明显降低。”²⁶ 斯密所讨论的这种财富导向的司法制度虽然与后代学者的财富最大化命题不太一样，但他寻求司法制度和司法活动的经济动因的分析思路，却与现代法律经济学具有不应忽略的内在关联。

英国哲学家杰里米·边沁在他的名作《道德与立法原理导论》（一七八九年）中用功利主义哲学和政治学的语言，明晰地阐释了经济学上的成本收益分析原理。如果说休谟和斯密的相关理论还只是二十世纪法律经济学的先声，那么，边沁的学说则可称为现代法律经济学的一个直接的渊源。

边沁的在今天看来尚显粗糙的法律经济学理论直接立足于他的功利主义哲学：“自然把人类置于两位主宰——快乐和痛苦——的统治之下。……凡我们所言所行所思，无不受其支配。我们为挣脱这种束缚所能做的每一次努力都非但不能否定反而将例示并确证这一事实。人们可以在口头上佯称挣脱其主宰，但实际上却无时无刻不受其支配。”²⁷ 波斯纳对边沁的这段名言有精当的解说：“痛苦又名成本，快乐又名收益。因此边沁是在主张：所有人在任何时候任何活动中，都把其行为（以及言辞、思想）建立在成本—收益分析的基础上。边沁花了大半生反复重申、详细阐发并举例说明上述主张。”²⁸ 但边沁并不是这一思想的创始人，甚至休谟也不是。根据波斯纳的考证，英国诗人亚历山大·蒲柏早在一七三三年就写下了这样的诗行：“自爱和理性只渴求一个目标，/ 它们厌恶痛苦，欲求快乐。”²⁹ 不过可以想见，蒲柏也不会是这一思想的创始人——事实上，没有人能担负得起“创始人”的殊荣，因为趋乐避苦一定是写入了“基因密码”的人类本能，³⁰ 严格说来，不会是哪位学者的创造、归纳或发现。然而不管怎么说，是边沁系统表述并在哲学上发扬光大了这一思想，也许正是因此，人们通常把它与边沁紧密联系在一起。当然，思想归属问题对于本文的主题来说并不那么重要，不管边沁与功利原则和成本收益分析法有多少关联，都不影响他提出的卓越的犯罪经济学理论：

一个人，仅当他预期在犯罪中得到的快乐超过其预期的痛苦，或者换句话说，仅当预期收益超过预期成本时，才会选择犯罪；因此，为了威慑犯罪，惩罚必须施加充分的痛苦，以保证这一痛苦与罪犯预期的其他痛苦的总和超过罪犯从犯罪中预期得到的快乐；但也不应该施加比这更重的惩罚，因为这样会给（未被震慑的罪犯）带来一部分不能被犯罪的潜在受害者的快乐（收益）所抵消的痛苦；刑罚明细表必须这样设定：如果罪犯可以在不同的罪行之间选择的话，他会去犯那个

²⁵ Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol. 2, Oxford University Press, 1976, pp. 715-716.

²⁶ Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol. 2, Oxford University Press, 1976, p. 718.

²⁷ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, 1996, §1.1, p. 11.

²⁸ Richard A. Posner, “Bentham’s Influence on the Law and Economics Movement,” in M. D. A. Freeman ed., *Current Legal Problems 1998*, vol. 51: Legal Theory at the End of the Millennium, Oxford University Press, 1998, pp. 433-434. 边沁是为数不多的言行一致、身体力行的学者之一。直到生命的最后时刻，他还在践行自己的哲学理论：“在感觉到死亡的脚步临近的时候，他对守护在身边的朋友说：‘我觉得我要不行了；我们必须尽量把痛苦减少至最低程度。不要让任何仆人到这个房间里来；也不要让年轻人进来。他们在这也无济于事，只能徒生悲痛。可也不能只丢下我一个人在这；你并且只要你一个人陪着我；由此我们就能够把痛苦降低到尽可能小的程度’。” F. C. Montague, “Introduction,” in Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, Oxford: Clarendon Press, 1891, p. 14.

²⁹ Alexander Pope, “Epistle II,” lines 87-88, in *An Essay on Man* (1733). 转引自 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 55, n. 30.

³⁰ 在这个意义上甚至可以把此结论推广到更为广泛的生物族类——所有在漫长的进化过程中未被淘汰的物种都具有趋乐避苦的本能。具有相反的即趋苦避乐本能的物种，假如曾经有过的话，根据进化生物学的基本原理，也应该已经在上亿年的生物进化过程中灭绝了。

最轻的罪；罚金是比监禁更有效率的刑罚手段，因为罚金在造成损害的同时也获得了收益；……罪犯被抓获的可能性越小，相应的刑罚就必须越严厉，以维系一个足以震慑犯罪的预期成本。³¹

显而易见，虽然边沁的理论勾勒仍然是粗线条的，语汇也尚显“原始”，但已经足以支撑起一个关于犯罪与刑罚的法律经济学理论的框架了。³² 要严格地测度边沁对于当代犯罪经济学的影响也许是相当困难的，但这种影响绝不是没有；³³ 而且我们也许不必甚至也不太可能在回顾历史的时候完全摒弃后见之明，在这个意义上，当我们追溯法律经济学的近代渊源时，应该对前辈思想家的贡献给予宽厚的肯定。

休谟、斯密、边沁等思想家作为法律经济学理论的先驱，在被后人称作法律经济学的学术领域中关于财产权、契约、交易、成本收益分析的重要论述不但率先将法律与经济这两个社会系统和两套智识体系有机地联系起来，而且他们的一些理论创建至今恐怕仍然没有被后人完全超越。³⁴ 英国学者的理论贡献，从现代学科分工上看主要属于彼时尚处于形成阶段的古典政治经济学，由此来看，法律经济学后来兴起并繁荣于英美两国，应该不是偶然：英国的政治经济学传统，以及二十世纪早期以托尔斯坦·凡勃伦、约翰·康芒斯为代表的美国“旧”制度经济学研究，在学术谱系上，与法律经济学的兴起具有重要关联；英国经验主义哲学和美国实用主义哲学也为法律经济学的发展提供了“精神”动力或支持，尽管其影响可能是相当间接因而不容易有效证成的——这是近代以来英美两国的哲学与社会科学学术传统与法律经济学之间的智识关联。关于这一点，波斯纳在分析法律经济学主要创始人科斯的方法论时也曾粗略地涉及，他强调科斯的经济学研究风格上的“英国特征”（Englishness），³⁵ 指出“对理论的怀疑是英国思想织锦中的一根明亮的主线。”³⁶ 英国思想家反形而上学、反抽象理论的趋向弥漫于哲学和法律传统，这与欧洲大陆形成鲜明对比。³⁷ 另一方面，从制度上看，普通法遵循先例的原则与制度与经济学上的效率和均衡原理颇为一致，这是推动经济学方法在二十世纪逐步进入法学研究的重要制度原因。

（二）法律经济学运动在二十世纪的兴起、发展与繁荣

我们今天通常所说的现代意义上的法律经济学，最早可以追溯至二十世纪早期的英国。科斯的老师、任教于伦敦经济学院的经济学家阿诺德·普朗特教授早在一九三〇年代就发表了一系列有关知识产权经济学分析的论文³⁸，产生了较大的学术影响，例如他的关于专利的论文被后人奉为知识产权法律经济学研究的

³¹ 这是波斯纳对边沁的概括，见 Richard A. Posner, “Bentham’s Influence on the Law and Economics Movement,” in M. D. A. Freeman ed., *Current Legal Problems 1998*, vol. 51: *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford University Press, 1998, p. 431. 引文省略了原文脚注。边沁本人的论述略显零散，参见《道德与立法原理导论》第十四章。顺带一说，此处所述边沁的犯罪经济学思想中已经隐含了一百五十多年后由美国法官创设的“汉德公式”，详见后文对“汉德公式”的讨论。

³² 当然，这里所涉及的效用的人际比较问题长久以来一直是功利主义经济理论、政治哲学的一个备受责难的“软肋”。参见，例如，Lionel Robbins, “Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment,” 48 *Economic Journal* 635-641 (1938). 现代经济学家在一定程度上用数学工具解决——或者实际上是掩盖——了这个问题。

³³ 参见 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 53.

³⁴ 例如，查理·罗利教授就认为，除了个别的一两个研究之外，现代学者对有关财产与合同的普通法的经济学分析并不比休谟更高明，他甚至认为在有些方面甚至还比休谟差得多。参见 Charles K. Rowley, “An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003,” in Francesco Parisi and Charles K. Rowley eds., *The Origins of Law and Economics: Essays by Founding Fathers*, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 4. 科斯也曾表达过类似的看法。在纪念《国富论》发表二百周年的一个讲话（加利福尼亚大学洛杉矶分校，一九七六年）中，他说：“《国富论》是一部让人阅读时心怀敬畏的著作，其分析之深刻，涉猎之广泛，超过了其他任何经济学书籍。不过它的这种卓越品质又令人感到不安。过去二百年来我们都做了些什么？我们的分析毫无疑问变得更加复杂了，但我们对经济系统的运行并未展示出更深的洞见，在某些方面我们的进路还赶不上亚当·斯密。” Ronald H. Coase, “The Wealth of Nations,” 15 *Economic Inquiry* 309, 325 (1977).

³⁵ 参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 416.

³⁶ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 418.

³⁷ 参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 418.

³⁸ 例如：Arnold Plant, “The Economic Aspects of Copyright in Books,” 1 *Economica* 167-195 (1934); Arnold Plant, “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions,” 1 *Economica* 30-51 (1934).

经典论文之一。当然，他还有一个间接的贡献，就是培养出了科斯这样的学生，尽管此等天才学生所取得的成就未必是教育的结果。

法律经济学不是哪一个人创造出来的学术流派，但如果一定要选择一个人作为它的创始人的话，那就只能是科斯了。尽管科斯被引证最多、影响最大的论文是在他五十岁时发表的《社会成本问题》，但其实他对可称为法律经济学领域的涉足早在二十多岁时就开始了，而且取得了非凡的成绩。当然，科斯早年的代表作首推他的另一篇经典论文《企业的性质》³⁹，这也是他在一九九一年荣获诺贝尔经济学奖的时候瑞典皇家科学院在授奖时提及的两篇论文之一。科斯在这篇文章中发现和解说企业与市场的非垄断性替代关系，⁴⁰指出了市场运作的成本（后来发展成为重要的“交易成本”概念）。⁴¹无论是企业取代市场，还是企业在多大程度上取代市场，即企业与市场的界限问题，都取决于市场运作成本。现实经济世界中选择的结果，无非是使该成本最小化的方案。

一九四〇年代开始，法律经济学运动在美国芝加哥大学正式兴起，因此，芝加哥大学后来被人们誉为法律经济学的发祥地。一九三九年，经济学家亨利·西蒙斯（Henry Simons）“偶然地”被任命为芝大法学院教授，⁴²从此把经济学带入了法学院，并使自由市场、反对经济干预等古典自由主义思想成为早期法律经济学运动的主旋律。1946年西蒙斯去世，另一位“传奇”经济学家阿伦·迪莱克特（Aaron Director）接任了他在法学院的教职。迪莱克特一生著作极少，但却是一位有创见的经济思想家、一位成功的教师。他通过教学影响了自己的学生和同事，包括后来成为法律界精英的罗伯特·鲍克（Robert Bork）、理查德·波斯纳（Richard Posner）、威廉·伦奎斯特（William Rehnquist）、安东宁·斯戈利亚（Antonin Scalia），对现代法律经济学做出了重要贡献。在这一时期，法律经济学尚未成气候，其参与者主要局限于上述“芝加哥学派”经济学家。他们首先将经济学方法引入到反托拉斯法的研究之中，之后逐步拓展，基于“芝加哥学派”的经济学传统，把效率、理性选择等经济学核心概念和理论融入法学研究。这一时期的学者发表了许多与法律有关的经济学文献，涉及的问题包括反托拉斯、公司法、破产法、证券业规制、劳动法、公共设施管制、侵权法、种族歧视等。

就理论渊源来说，法律人对法律经济学贡献不多，值得一提的是侵权法中的汉德公式（Hand Formula），即美国著名法官勒恩德·汉德（Learned Hand）在 *United States v. Carroll Towing*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) 判决中提出的意外事故伤害案件的过失责任判定标准：“鉴于每一艘船都可能出现[意外]脱离泊位的情况，而一旦脱离泊位，它就会对附近的其他船只造成威胁，船主采取预防措施避免给他人造成损害的义务——其他类似情况下的义务也是如此——是以下三个变量的函数：（1）船[意外]脱离泊位的概率；（2）一旦脱离泊位，所致损害的严重程度；（3）采取充分预防措施的成本（burden）。要把这几个概念转化成法律救济，或许有必要用代数的术语来表述它们：设概率为P，损害为L，成本为B，那么责任取决于B是否小于L与P的乘积，即，是否 $B < PL$ 。”汉德公式如今已是美国侵权法和法律经济学教科书必然要讲授的一个经典法学命题，

³⁹ Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm,” 4 *Economica* 386–405 (1937).

⁴⁰ 张五常认为科斯指出的不是企业对市场的替代，或要素市场对产品市场的替代，而是不同契约之间的替代，如工资与租金的系列契约取代了产品市场的系列契约。在张五常看来，企业的本质也是契约。参见 Steven N. S. Cheung, “The Contractual Nature of the Firm,” 26 *Journal of Law and Economics* 1-21 (1983).

⁴¹ 虽然《企业的性质》一文正式发表于一九三七年，但有可靠的文献证据表明，科斯在此文中阐述的思想早在一九三〇或一九三一年就形成的了。参见 Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm: Origin,” 4 *Journal of Law, Economics, and Organization* 3–17 (1988)。正如张五常所说，考虑到此文源于一篇相当于本科生学期论文的写作，人们不禁对其中的洞见肃然起敬。参见 Steven N. S. Cheung, “The Contractual Nature of the Firm,” 26 *Journal of Law and Economics* 1, 1-2 (1983)。

⁴² 西蒙斯自1927年起任教于芝加哥大学经济学系，但学术发表很少，面临被解聘的危险。经济系的弗兰克·奈特（Frank Knight）支持西蒙斯留任，但保罗·道格拉斯（Paul Douglas）反对，西蒙斯转赴法学院教职是二人之间人事斗争的妥协结果。参见科斯的回忆：Ronald H. Coase, “Law and Economics at Chicago,” 36 *Journal of Law and Economics* 239, 240 (1993)。

不过，显而易见，该公式只是一个经济学思想模型，⁴³ 难以真正用于量化计算及司法裁判，因为B和P的数值在实践中是不易确定的，甚至根本无法确定。汉德法官本人对此亦不否认：在写出汉德公式两年之后的 *Moisan v. Loftus*, 178 F.2d 148 (2d Cir. 1949) 案的判决中，他在论及该公式的三个变量时非常坦率地写道：“预防 (care) 是唯一有可能量化评估的变量，尽管通常也做不到。损害总是在一定范围内游走的变量，人们就连它的近似值也无法确定；而且，虽然概率在理论上是可能估算的——如果有某些可以依凭的统计数据的话，但事实上它从来也未能被确定过；而且，除此之外，概率还随损害的严重程度的变化而变化。结果，所有这些努力都成了泡影；而且，假如这些努力还不是毫无用处的话，那用处也仅仅在于，在任何既定情况下，使人们的注意力集中到这个问题上：哪一个变量是可以确定的。”

大约四十年之后，法律经济学家理查德·波斯纳法官在 *McCarty v. Pheasant Run, Inc.*, 826 F.2d 1554 (7th Cir. 1987) 一案的判决中，对“汉德公式”发表了如下评论：“通常……案件当事人并不给陪审团提供量化汉德公式诸变量所需的信息。这就是该公式分析意义大于操作意义的原因。在将个人损失货币化过程中所遇到的理论与实践难题可能会继续挫败试图较为精确地测度预期事故成本的努力；而同样的精确度，在公式的另一侧的测度——预防成本或者负担——中，至少在原则上，是可能实现的。……在未来的很多年中，陪审团恐怕只能对合乎情理与否的问题 (reasonableness) 做出粗略的判断，他们得依靠直觉而无法通过汉德公式中的诸变量来做测算；而只要他们的裁决是合乎情理的，初审法官就无权置之不理，更别说是用自己的裁决来取代陪审团的裁决了。”

我们或许可以沿着波斯纳法官的讨论再往前推一步。其实，即使案件当事人愿意给陪审团提供量化汉德公式诸变量所需的信息，在事实上也无法有效地做到，因为那些信息的范围是不确定的或者说内容是不特定的，甚至在逻辑上讲可能是无穷无尽的；此外，抛开信息难题不论，陪审团（甚或任何其他人）在事实上都没有能力完成该量化过程，因为——与前一点相关——影响 B、P、L 三个变量的因素是无穷无尽的，人们并不掌握一套公认的、行之有效的依据相关信息量化变量的手段。所以说，汉德公式只是一个指出了分析方向的粗略的数学模型，在它和它所指向的目标之间其实阻隔重重，可以说，将汉德公式严格付诸司法实践将带来高不可攀的司法成本进而社会成本。这对于一个法律经济学命题来说，堪称反讽或悖论。总而言之，汉德公式试图以数学表达式传达的思想无非是一种通过普通法实现的社会政策趋向：将侵权案件中意外事故伤害的过失责任与社会成本和社会收益挂钩，尽管如何衡量其中的成本收益是迄今仍无法解决的难题。应该说，汉德公式隐含的思想其实是一种更为一般性的法律经济学思想的在侵权法领域的应用。

这里，我们可以通过将汉德公式与前文述及的边沁的一个犯罪经济学命题做比较，来引出这个更为一般性的法律经济学原理。边沁在《道德与立法原理导论》中曾指出，要使法律对某种违法行为的处罚的严厉程度足以抵消该违法所得的收益，一定要考虑该违法行为被查获的概率。对那些被发现概率较低的违法行为，必须根据该概率相应提高处罚力度，以保证法律对此类违法行为所应保有的震慑力。⁴⁴ 根据这一思想，我们设违法收益为B，违法行为被发现并受处罚的概率为P，法律对该行为的处罚为L，则立法者在设定

⁴³ 值得检讨的是，在被后人称为“汉德公式”的表述中，汉德法官并没有使用经济学的概念或者语言。固然，“burden”的意思相当于“cost”，但“burden”本身不是经济学概念或术语。也没有理由认为汉德在此是特意避免使用其他学科的术语，因而故意用“burden”而不用经济学意味更浓的“cost”，因为事实显然不是这样，汉德——至少在本案司法意见中——乐于使用法律之外的语言来论证他的判决，所以才异乎寻常地将代数公式写进司法意见书，而且这是远在法律经济学兴起之前的一九四七年！既然汉德使用的是数学而非经济学语言表述“汉德公式”，为什么人们普遍将“汉德公式”作为法律经济学思想先声？这一问题并不只是语词之争。或者反过来，毋宁说这恰恰正是语词之争，学科名称不都是标签么？可能多数人会把“汉德公式”理解为成本收益分析的一种数学表达，但其实这种理解是有些牵强的。因为 B 与 PL 并不是一对像成本与收益那样对应的范畴，它们分属于不同的当事人。而加害人的成本与受害人的（消极）收益是难于比较的。这进而涉及到“汉德公式”的实际应用问题，见正文以下讨论。

⁴⁴ 参见 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, 1996, §14.17, p. 170.

法律处罚的时候应保证 $B < PL$ ⁴⁵。汉德公式处理的是民事侵权，而“边沁公式”应对的主要是刑事犯罪，可是，不论民事侵权还是刑事犯罪，从法律经济学的角度来看，法律的目的都在于通过强迫侵害者支付其侵害行为的全部社会成本来实现矫正正义；或者，也可以从另一个角度来这样说：侵权法 / 刑法的目的在于剥夺侵害者通过侵害行为取得的净收益（侵权 / 犯罪收益减去侵权 / 犯罪成本）。这样一来，“边沁公式”的惩罚设定原则与汉德公式的归责原则在经济学原理上完全是同构的，包括用不确定事件的发生概率来折抵该事件所引发的不良后果，以确定法律责任的分配，不论是侵权责任还是刑事责任。

尽管法律经济学发展壮大的历程有时被称为一场“运动”，⁴⁶但它并不是严格意义上的学术“运动”，因此它没有一个标志性的起始年份。根据波斯纳的说法，我们只能说它起始于一九五八至一九七三年间。⁴⁷ 一九五八年，芝加哥大学法学院创办了《法律经济学杂志》(*Journal of Law and Economics*)，艾伦·迪莱克特成为这份杂志的首任主编。不久之后，科斯从弗吉尼亚大学转到芝加哥大学法学院，接任迪莱克特，成为该杂志的主编，并且先后在这份学报上发表了影响极为深远的论文《联邦通讯委员会》⁴⁸、《社会成本问题》，从中发展出了著名的科斯定理。围绕科斯定理，许多“法律经济学”的理论范式开始孕育。阿门·阿尔钦、哈罗德·德姆塞茨、奥利弗·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。最终形成了法律经济学领域关于产权、交易成本和契约等核心理论范式。一九六一年圭多·卡拉布雷西发表经典论文《风险分配和侵权法的某些思考》⁴⁹，在芝加哥大学之外开创了另一个法律经济学阵地，并逐步发展出了法律经济学的耶鲁学派。一九六八年加里·贝克尔发表经典论文《犯罪与刑罚：一种经济学方法》⁵⁰。一九七二年波斯纳在芝加哥大学创办了《法律研究杂志》(*Journal of Legal Studies*)；一九七三年，波斯纳出版了他的经典教科书《法律的经济分析》。一方面，在《法律经济学杂志》创刊之前，不存在作为学术运动的法律经济学，而另一方面，在《法律的经济分析》出版之后，法律经济学运动的存在已经不容否认。法律经济学运动正式兴起之后，使经济学对法学产生了极为深刻的影响。到一九九〇年，北美和西欧的名牌法学院的教员中，至少聘任了一名经济学家。有一些著名大学还设立了法学和经济学的联合学位(J.D.-Ph.D.)项目。多份法律经济学期刊也陆续创办，⁵¹为巩固这一学术领域提供了重要的制度性支持。法律经济学的百科全书、手册、指南等工具书也已经出版了多种，⁵²标志着该学术领域的发展已经达到了相当成熟的高度。

⁴⁵ 为了叙述方便，笔者暂且把这一从边沁思想中归纳出来的表达式称为“边沁公式”。将此公式作简单代数变换可得： $L > B/P$ ，其法律经济学含义为：法律对特定违法行为的处罚应当大于该违法行为所得收益除以该违法行为的发生概率。与汉德公式一样，此处所谓“边沁公式”也只是一个数学模型或者说法律经济学模型，无法进行量化计算或应用于司法实践。

⁴⁶ 参见 Richard A. Posner, “The Law and Economics Movement,” 77:2 *American Economic Review* 1-13 (1987).

⁴⁷ 参见 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001, p. 32.

⁴⁸ Ronald H. Coase, “The Federal Communications Commission,” 2 *Journal of Law and Economics* 1-40 (1959).

⁴⁹ Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,” 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

⁵⁰ Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” 76 *Journal of Political Economy* 169-217 (1968).

⁵¹ 除了上述《法律经济学杂志》和《法律研究杂志》两种最早创办也最著名的期刊外，与法律经济学密切相关的主要英文期刊还有：1979年 Richard Zerbe, Jr. 在纽约大学创办了《法律经济学研究》(*Research in Law and Economics*)；1981年 Charles Rowley 和 Anthony Ogus (Robert Cooter, Daniel Rubinfeld 后来加入) 创办了《法律经济学国际评论》(*International Review of Law and Economics*)；1982年 Peter Aranson (Harold Demsetz, Ernest Gellhorn 后加入) 在芝加哥大学创办了《最高法院经济评论》(*Supreme Court Economic Review*)；1985年 Jerry Mashaw (Oliver E. Williamson, Roberta Romano 后加入) 在耶鲁大学创办了《法律、经济学与组织杂志》(*Journal of Law, Economics and Organization*)；1994年 Jürgen Backhaus 和 Frank Stephen 在英国创办了《欧洲法律经济学杂志》(*European Journal of Law and Economics*)。 *Journal of Law, Economics, and Organization*, Theodore Eisenberg 等人在康奈尔大学创办了《法律经验研究杂志》(*Journal of Empirical Legal Studies*)，2005年 Francesco Parisi 等人创办了电子杂志《法律经济学评论》(*Review of Law & Economics*)，2009年 Steven Shavell 等人在哈佛大学创办了《法律分析杂志》(*Journal of Legal Analysis*)。

⁵² 例如：Peter Newman ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, 3 vols., Palgrave Macmillan, 1998; Jürgen Backhaus ed., *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 1999; Boudwijn Bouckaert and Gerrit De Geest eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, 5 vols., Edward Elgar Publishing, 2000; *Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition, 9 vols., Edward Elgar Publishing, 2006-2012; A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., *Handbook of Law and Economics*, 2 vols., North Holland 2007.

三、法律经济学的学术谱系及其在二十一世纪的理论分化和新趋向

正如莱西格所说，当法律经济学成为“常规科学”之后，人们就很难再称之为一个“学派”了。很多美国法学院（而不仅仅是精英法学院）里都专门开设了法律经济学课程，不仅如此，如前所述，法律经济学已经渗透到了几乎所有的法律部门和分支领域，从宪法到刑法到程序法，从侵权法到合同法到公司法，从财产法到知识产权法乃至到法律史，课堂教学和教科书编写无不出现法律经济学理论的身影。虽然法律经济学理论有一个相对独立的起源，而且在很大程度上是独立于法学研究的起源，但作为一场学术运动的法律经济学却从属于——或许说“引领了”更为准确——二十世纪美国法学研究范式转型这一更为宏观的学术史背景。在一九六〇年代之前，法学在传统上一直被视为一个自给自足的学科（autonomous discipline）。所谓“自给自足的学科”，是指把这个科目完全托付给仅仅受过法律——此外无须任何其他学科的——训练的人，并没有什么不适当的。⁵³ 在美国法律思想史上，这一思想的奠基人是克里斯托弗·哥伦布·朗代尔。朗代尔一八七〇年受命哈佛法学院院长一职之后，积极推动了法律教育制度的改革，推行苏格拉底教学法，编写案例教科书。朗代尔在哈佛法学院的改革对十九世纪后期整个美国法律教育制度转型起到了极大的引领示范作用，此后数十年间，大多数美国法学院纷纷效仿哈佛，与案例教科书相结合的苏格拉底教学法在二十世纪成为占据绝对主导地位的法律教育模式，并且一直延续至今。朗代尔相信，法律的原则可以从以往案例的司法意见中通过法律推理技术演绎出来，所以阅读、辨析案例必然成为法律职业训练的核心。在这个过程中，法律人学习运用法律推理技术获得法律知识——教育结构和知识系统基本上是对外封闭的，由此，法律和法学确保并维系了其独立自主性。与兰德尔的教育变革相伴而来的新法律意识形态就是“法律形式主义”，又名“朗代尔主义”。⁵⁴这一在十九世纪末二十世纪初的美国法律界占据统治地位而且至今余韵犹存的思潮其实是一种可以归入本质主义的学术思想——“在某种程度上，法律形式主义者就是柏拉图主义者，他们相信存在着一些恒久不变的不可或缺的法律原则，这些法律原则不完美地隐含于已经发布的成千上万的司法意见书中，法律推理的目的就是穿越这些司法意见，抵达法律原则。”⁵⁵ 法律形式主义的影响虽然可谓深远，但几乎是从一开始，它的概念主义、唯科学主义、僵化并且将法律与社会生活割裂开来的特征就遭到霍姆斯等人的反对，⁵⁶ 在霍姆斯看来，这种立场实际上是一种带有宗教意味的学术信仰。⁵⁷ 他在一篇评论朗代尔的合同法案例选编教本匿名短文中不无讥讽地写道：“朗代尔先生的法律理想，他所有的努力所要实现的目标，就是法律的风采（*elegantia juris*），或该体系之为体系所具有的逻辑融贯性。他或许是活着的最伟大的法律神学家。”⁵⁸ 人们通常认为，是兴盛于二十世纪二十、三十年代法律现实主义“打败”或者至少是极大地削弱了法律形式主义，但恰如波斯纳所指出的，在法律现实主义正式兴起之前，霍姆斯、卡多佐、约翰·奇普曼·格雷（John Chipman Gray）、罗斯科·庞德这些法学名家已经在实用主义及

⁵³ 参见 Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962--1987,” 100 *Harvard Law Review* 761, 762 (1987). 在该文中，波斯纳还指出，法学的自给自足性起初是一种政治性的思想，英格兰法官曾以此来抗衡王权对司法的干预。著名的故事是爱德华·柯克爵士以司法裁判依据的乃是技艺理性而非自然理性为由，否定了英王詹姆士一世意欲染指司法的论辩。柯克主张，法律既然是一门技艺，就需要长期的学习和实践才能掌握。柯克最后引用十三世纪英格兰大法官布拉克顿（Henry de Bracton）的名言得出结论：“国王不应在任何人之下，唯在上帝和法律之下”（*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*）。Sir Edward Coke, “Prohibitions del Roy,” in Steve Shepherd ed., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. 1, p. 481.

⁵⁴ 参见 Christopher Columbus Langdell, “Preface,” *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*, Little, Brown, & Co., 1871, pp. vi-vii.

⁵⁵ Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 14-15.

⁵⁶ 参见 Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 15-16.

⁵⁷ 参见 Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 424.

⁵⁸ “Book Notices,” 14 *American Law Review* 233, 234 (1880). 我从前引《法理学问题》获知这一评论及其作者身份，但随后查考了原始文献并扩充了引文。

其他反对形式主义的学术方向上形成了重要的理论建树，后来的法律现实主义者的创造性殊为有限，在法理学的重大问题上，他们几乎没有任何超越了霍姆斯和卡多佐的贡献。⁵⁹

像法律形式主义一样，法律现实主义是一个深具美国特色的法学流派。它作为法律现实主义的反动者繁盛一时，但在将近一个世纪之后，我们反观二者对美国法学和法律制度所产生的实际影响力，其实难分伯仲。一方面，形式主义法学的法律自主性信念并不完全是意识形态或者政治修辞，它在现实中不但没有被现实主义挫败，反而取得了一系列重要的制度与学术成就。⁶⁰ 而另一方面，现实主义法学自一九四〇年代起声势减弱之后，也并未就此销声匿迹，一九七〇年代兴起的批判法学运动是法律现实主义激进的一支在二十世纪下半叶的传人；而现实主义相对温和的一支则融入了法律实用主义。法律形式主义与法律现实主义的辩论不管怎么说仍旧只是法律制度和法律职业系统内部的纷争。二十世纪下半叶，这种局面发生了根本性的变化。

自一九六〇年代初以来，不仅经济学，还有社会学、文学、政治学、女性主义理论、种族理论、公共选择理论乃至社会生物学等学科领域的理论和分析工具大量进入传统上属于法学的问题领域，导致诸多法律交叉学科研究蓬勃兴起，这标示着法学研究开始了全面转型。一九八七年，波斯纳在《哈佛法律评论》创刊百年纪念专号上发表文章，宣布了“法律作为一个自主学科的衰落”。⁶¹ 这一文章的发表颇具符号意味：波斯纳说：“我对这一变化的有特别敏感的觉察，是因为我学习法律的时候正是视法律为独立自主的学科之确信的行将完结的时代——针对法律现实主义者的批判已经逐渐偃旗息鼓了；而且还因为当年我念的那所法学院集中体现了那种确信（我一九六二年毕业于哈佛法学院）”。作为美国法律教育的重镇，哈佛法学院可以说既是法律自主性思想的发祥地和大本营，⁶² 同时又培养了一些杰出的“逆子贰臣”，成为这一思想的掘墓人。霍姆斯这位法律现实主义最杰出的先驱，以及格雷、庞德这些反对法律现实主义的重要法学家，还有后来的邓肯·肯尼迪、罗伯特·昂格尔这些批判法学的领军人物，当然还有波斯纳，⁶³ 都是哈佛法学院的毕业生和 / 或教员。在这样一个背景下，很容易看出，法律经济学是过去半个多世纪以来法律交叉学科研究兴起和繁荣的一个组成部分，而且是最重要最有代表性的一个组成部分。因此，要厘清法律经济学在二十世纪法律学术谱系中的位置，就需要把它放到这个大背景下来观察和理解。那么，接下来人们不禁要问，美国的法学研究为什么在彼时彼地会发生这种范式上的转变？到底是什么使法律逐渐失去了其自给自足的地位呢？作为二十世纪下半叶法学范式变迁的重要亲历者、积极参与者、法律经济学的主要领军人物之一，波斯纳归纳出了三个主要原因。⁶⁴

首先，二十世纪中期以来美国的法律职业出现了一些重大变化，甚或可以说是危机，具体表现在传统的法律职业规范和职业结构逐渐破碎了。在老牌资本主义国家，典型的如英国，由于历史的原因，法律职业结构基本上是“卡特尔”，即该职业领域通过一定程度的垄断来抵制政府和市场的干预或控制，由此攫取并维系其垄断利润。正如波斯纳的犀利评论所说：“法律职业的历史——尽管一直存在着嘈杂的抗议和辩解的声音——在很大程度上就是该职业的所有构成部门，包括法学教授和司法人员，努力保障其显赫的经济与社会地位的历史。直到晚近时候，美国和其他大多数富裕国家的法律职业界的这种努力都取得了志得意

⁵⁹ 参见 Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 19-20.

⁶⁰ 从一九三〇年代中期至一九五〇年代后期，包括与形式主义法学唱对台戏的现实主义法学最为繁荣的时间里，在几乎没有其他学科帮助的情况下，法律人在诉讼法、商法、宪法、行政法、刑法等诸多法律领域通过各种各样的方式取得了很多重大的有益的进展。详见 Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 425-426.

⁶¹ Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962--1987,” 100 *Harvard Law Review* 761, 762 (1987).

⁶² 那座以朗代尔命名的法律图书馆历久弥新，直到今天仍旧是哈佛法学院最宏伟的标志性建筑。在大楼正中最高的门楣上镌刻着那句曾被柯克援引用来拒绝英王的布拉克顿的拉丁格言：“不在人之下，在上帝和法律之下”（NON SED HOMINE SED SUB DEO ET LEGE）。

⁶³ 批判法学和法律经济学看起来像是政治频谱上的左右两个极端，但其实他们在反对法律形式主义上是合流的。波斯纳对于法律经济学和批判法学之间的这种联系并不否认。参见，例如 Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 441-442.

⁶⁴ 波斯纳对这一问题的讨论见于前引 *Overcoming Law* 第一、二章以及 *The Problem of Jurisprudence* 第十四章，本文对于这三点原因的分析主要参考了上述三章的内容。

满的胜利。”⁶⁵ 当然，法律人不可能赤裸裸地要求社会容忍这个行当的卡特尔攫取其垄断利润，必须依靠一些理论、舆论和修辞来包装这种职业垄断的合法性。最强有力的辩护当然是有法律形式主义提供的即强调法律规则的复杂性和法律技术的专业性，一言以蔽之，法律的自给自足性，以及立足于此的未尝言明却时常暗示的法律的“神秘性”。其背后的真正动力当然是马克思早就指出的经济原因。二十世纪中期之前的传统法学基本上是这种法律职业卡特尔的产物，即教义法学，专注于法律规则和法律技术，认为任何纠纷都可以在查明规则的基础上通过法律推理获得正确答案，甚至是惟一正确答案。

尽管美国的法律制度和法学都是从英国继承来的，但却与后者有一些明显的不同。就法律职业来说，它的卡特尔化程度并不高。⁶⁶ 即使没有后来其他学科跨界进入法学领地，单就法律职业群体内部来说，其原本脆弱的“神秘性”到二十世纪中期也已经日薄西山了。最强有力的证据是这样的事实：人们通常认为，司法意见书的撰写是对法律“手艺”的核心内容，因为它是普通法制度运作的主要产品，也是法律学术研究的基本材料。可难免令人感到吃惊的是，到一九五九年时，美国联邦最高法院的多数法律意见书都是大法官们的法律助手撰写的，到一九九〇年代，美国各级法院的法律意见书大部分都是法律助理撰写的，⁶⁷ 可美国的司法制度居然还在颇为正常地运作。在这种情况下，除去自欺欺人，法律职业的自尊还能维系吗？答案显然是否定的：依附于法律职业卡特尔的传统教义法学很难再原封不动地贩卖下去了。粗略说来，这是推动美国法学范式转型的来自于法律职业界内部的制度原因。

第二点可称为思想原因。一九六〇年代以来，美国法律职业共同体内部出现了重要的变化，那就是该共同体内部的政治共识逐渐衰减。“自一九四〇年以来，主要的政治党派之间几乎没有多少意识形态分歧。极右派先因孤立主义再因种族主义而坏了名声，极左派则因冷战而噤若寒蝉。一九五〇年代到一九六〇年代早期，美国的智识景观的特征是世俗、人文、爱国、中庸，令人惊奇地没有意识形态纷争。”⁶⁸ 但是从一九六〇年代中期开始，美景不再，法律职业界的政治分歧开始逐渐增大。到了一九九〇年代，政治分歧的跨度则是“从左翼的马克思主义、激进女权主义和虚无主义到右翼的经济自由至上主义、政治自由至上主义和基督教原教旨主义。即使我们去掉两个极端，中间地带仍旧相当宽阔：比如说从左翼的罗纳德·德沃金、威廉·布伦南到右翼的罗伯特·鲍克、安东尼·斯戈利亚——两对有声望的、‘功成名就’的人物，但他们之间的意识形态差距是如此之大以至于几乎没有什么共同语言。我们现在知道，如果我们把一个法律疑难问题交给随机挑选出来的两位同样杰出的法律思想家，很有可能，最后得到的两个答案是相反的。”⁶⁹ 那么为什么政治共识的消亡就影响到了法学的独立自主性？因为法律与政治的关联可能比其他大部分学科都要紧密。因为法律说到底就是政治，⁷⁰ 上诉审和法学研究的主要对象是重大或疑难的法律问题，而这些问题同时又都是政治问题，典型的如言论与宗教自由、种族歧视、人工流产等，在处理这类问题的时候，法律因素与政治因素不可避免地相互纠缠，难解难分。在这种情况下，法律职业群体缺乏政治共识会极大地损害司法裁决的权威性和公信力。也就是说，法律人并不能对这些依据制度分工派发给他们的的问题给出称职的解答。传统的法律教义学工具在新的政治条件下已经变得捉襟见肘，而且其“包装”功能越来越难以掩饰，新的理论工具的引入看起来已经势在必行。

与前两点原因不同，推动法律学术范式转型的第三点也是最直接的原因在很大程度上来自法律职业界

⁶⁵ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 33.

⁶⁶ 美国内战之前，有两个州，除了道德品质良好的成年人之外，对法律职业准入没有任何限制条件。当时没有教育程度的要求，没有律师资格考试。直到1951年，美国律师中尚有20%的人没有法学院的学位，50%的人没有大学本科学位。参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 48-49.

⁶⁷ 参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 57.

⁶⁸ Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 427.

⁶⁹ Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 428. 引文省略了原文脚注。

⁷⁰ 这像是一个悖论，左右两派对法律的政治性是没有分歧的：左派不必说了，至少对于波斯纳这样的右派来说，也跟左派一样，认同法律的政治属性。参见 Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962--1987,” 100 *Harvard Law Review* 761, 766 (1987). 尽管在这一问题上，其他大多数右派，如斯戈利亚，与波斯纳的立场有极大的不同。法律经济学主要创始人之一圭多·卡拉布雷西法官就称波斯纳为“右翼的批判法学学者”。参见 Guido Calabresi, “Being Honest About Being Honest Agents,” 33 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 910 (2010).

外部。一九六〇年代以来一些人文社会科学学科的发展及其对法律领域的渗透对教义法学的研究方法和研究结果都提出了挑战，由此一步步侵蚀了法律学科的自主性和封闭性。除了在法律领域取得了骄人战绩的经济学以及与之相关的博弈论、统计学、公共选择理论之外，哲学阐释学、政治哲学和道德哲学、文学理论、种族研究、性别理论（女权主义）都把其“触角”伸展到法律领域，因为这些学科的研究以其各自的方法或理论找到了或者建立了与法律问题的联系，而且随着时间的推移，研究的深入，该联系的紧密度显得越来越强。这些学科、理论、方法不但侵入传统上属于法学领地，而且其研究成果也常常让传统教义法学的学者感到尴尬：教义法学的学者“甘做文本的学生，而阐释学学者则暴露了法律解释的天真（因此，甚至在法律推理的方法论上，共识都不复存在了），与此同时，经济学家嘲弄了教义法学学者对于政策的理解，女权主义和批判法学学者则揭示了渗透在法学文献之中的种种无意识的偏见。这些新知不但与旧学竞争，而且与之对立。教义法学学者已经成为被动防守的一方。而且作为〔教义法学学者〕研究材料和知识来源的文本本身就在退化。由于绝大部分司法意见书都是由法律助理撰写的，而几乎所有的法律助理又都是刚从法学院毕业的学生，故而法学教授对于最高法院最晚近的判决的注析就越来越雷同于他对学生文章的批阅。”⁷¹ 在这样一个外部挤压、内部危机大背景之下，法学研究者内部也发生了明显的分化，一些富有创造力和想象力的学者，尤其是年轻一代学者，不满足于老派的教义法学，面对新学科的挑战，不甘墨守陈规，而是主动借鉴、学习其他学科的理论与方法，由此加入交叉学科研究者行列。这一阶段法学研究中所发生的实质性变化还体现在法学院教员学历背景的变化即聘用制度的变化。由于法律学科在美国传统上就设定在研究生阶段，故而任何一位拥有法律学位（J.D.）的人必然同时拥有一个非法律专业的本科教育背景。一直到二十世纪中后期，美国的法学院在聘用教员时原则上以及实际上都不要求比J.D.更多的学历背景和学术训练。而在传统教义法学主导法律教育的时代，J.D.学位主要是律师职业教育导向的教育（这一点直到今天仍没有根本的改变），与人文和社会科学相关的学术训练极为有限。不过在过去大约二十年间，已经有越来越多的同时拥有J.D.和人文社会科学专业的Ph.D.学位的教员受聘于法学院，⁷² 逐渐改变了法学教授群体的知识背景构成，这一变化正在并且必将持续地强化法律教育和法学研究的交叉学科特征。⁷³ 当然，对这一变化不应做机械地解读或者过度阐释。传统教义法学确实没落了，但这种没落是相对的，教义法学仍然大量保留在二、三流法学院，因为它们仍旧“坚守”职业教育的阵地，基本上不担负学术创新的职责。由精英法学院引领的法学研究前沿虽然强调交叉学科研究，但也并未放弃律师常规业务所需要的手艺，即法律教义学，因为毕竟法学院的主要功能是职业教育——这是它赖以维系的物质基础。当然，法律教义学本身不是一成不变的：它不可避免地受到交叉学科研究的渗透，进而使二者发生一定程度的融合。与经济学不同，法学的学科属性必然是由其研究对象（而不可能是由其研究方法）来界定的，因此跨学科研究不可能离开法律，就此而言，也不可能完全脱离法律教义学，尽管后者在前者的研究中时常充当批判对象的角色。总括来说，以法律经济学为代表的法律交叉学科的发展是值得欢迎而且事实上也是不可逆转的学术潮流。学科本身不能也不应该成为学术研究的边界，因为学科之间本身就没有清晰的边界，更因为世界的结构不等同于用以描述和解释这个世界并预测其未来的知识和理论的结构。否则就难免要陷入早已声名扫地的本质主义的窠臼。

根据法律经济学理论内涵、学科结构和分析方法的演进过程，波斯纳提出可以通过四代学者的划分来理解二十世纪法律经济学运动的学术谱系构成。⁷⁴ 第一代学者以科斯、加里·贝克尔、圭多·卡拉布雷西为代表，他们的主要学术贡献基本上是在一九七〇年之前完成的。第二代学者以波斯纳、威廉·兰德斯

⁷¹ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 88.

⁷² 芝加哥大学法学院从很早的时候起就聘任经济学家做教授，知名的如阿伦·迪莱克特（Aaron Director）于1946年受聘，科斯于1964年受聘。但这时候的跨专业聘任是一种非常规的情况。

⁷³ 到现在，不仅法学，在其他很多社会科学领域中，交叉学科的研究已经成为常规，而不是另外。

⁷⁴ 参见 Richard A. Posner, "A Review of Steven Shavell's *Foundations of Economic Analysis of Law*," 44 *Journal of Economic Literature* 405-414 (2006).

(William Landes)、艾萨克·埃利希 (Isaac Ehrlich)⁷⁵ 为代表, 他们从一九六〇年代末开始在学术舞台崭露头角。第二代学者运用第一代学者的开创的理论方法, 极大地拓展了法律经济学的研究对象——实际上几乎涉及到了法律的所有领域。⁷⁶ 波斯纳等人的研究发现了普通法制度的效率属性, 他们进而试图论证法律背后的逻辑很可能是经济学, 尽管人们对此始终存在争议。这一代学者有不少是法律教授而不是职业经济学家, 他们的研究对法律规则、程序等问题关注较多, 由此对法律教育产生了直接的影响; 可是另一方面他们又不太强调理论模型, 因此理论的精密程度不高。总体而言, 第二代学者承上启下, 其研究成果对于法律教育和法律学术产生了深刻影响, 正是在他们的手里, 法律经济学成为了最重要的法律交叉学科领域。⁷⁷ 到了第三代学者, 人数就明显增多了, 因为如前所述, 此时的法律经济学已经发展壮大。由于第三代学者主要是经济学家和拥有经济学学位的法学家, 如奥利弗·哈特 (Oliver Hart)、米切尔·泼林斯基 (A. Mitchell Polinsky)、斯蒂芬·沙维尔 (Steven Shavell)、卢西恩·贝楚克 (Lucian Bebchuk) 路易斯·卡普劳 (Louis Kaplow)、阿伦·赛克斯 (Alan O. Sykes), 他们的理论分析显示出了更高的精密性, 也在边际上进一步扩张了法律经济学的疆土。如果说第二代学者的主要贡献在于拓展了广度的话, 那么或许可以把第三代学者的主要贡献概括为运用精密的经济学分析工具拓展了法律经济学的理论深度。⁷⁸ 到如今, 第四代学者也已经全面兴起: 与前面三代学者以英美法为主要研究对象形成对照的是, 他们的研究比前辈多了国际的、比较的和历史的视角。而且第四代学者在研究领域、对象、方法上都比前人有所推进, 或者说转变, 例如下述这几个领域, 虽然前三代法律经济学家的研究也偶有涉及, 但主要工作是由第四代学者展开的: 有关人类对法律的认知局限的研究 (行为法律经济学);⁷⁹ 对与法律既有区别又相互重叠的规范性制度如习惯、社会规范的研究;⁸⁰ 将组织经济学应用于法律领域, 研究各种法律组织和法律职业。⁸¹ 第四代学者的人数更加众多, 其中代表性的学者包括克丽丝婷·卓尔斯 (Christine Jolls)、埃里克·波斯纳 (Eric A. Posner)、凯斯·桑斯坦 (Cass R. Sunstein)、理查德·泰勒 (Richard Thaler)。当然, 总括而言, 这个谱系结构是一种人为的划分。值得注意的是, 极少数第二代学者、大部分第三代学者其实和年轻的第四代学者目前仍共处于同一个学术舞台上, 在这个意义上, 他们不是历时而仍然是共时的关系。⁸² 所以说, 这是法律经济学的学术谱系而非单纯学者的谱系。

反思过去是为了更好地观照现在并规划和预测未来。在上述谱系结构的基础上, 最晚近的即第四代研究者对法律经济学带来了哪些新的趋向, 担负着什么样的历史任务? 就目前可以观察到的学术动向来说, 大致包括以下五个方面。首先是运用多重回归等计量经济学的方法进行法律制度的比较研究, 尤其是跨国的、跨越英美法系和大陆法系的比较研究。为什么世界上存在着迥然不同的法律制度, 其背后的经济原因是什么? 第二, 探索法律在包括习俗、道德、声誉、情感的总体社会控制体系中的位置; 第三是解释法官

⁷⁵ 兰德斯和埃利希是贝克尔的学生。

⁷⁶ 这一理论工作典型地表现在波斯纳的著名法律经济学教科书 *Economic Analysis of Law* 中, 该书首版于一九七三年, 迄今已出至第八版。

⁷⁷ 法律经济学第一、二代学者的开创性工作和理论贡献, 详见本文第一部分。

⁷⁸ 参见 Richard A. Posner, "A Review of Steven Shavell's *Foundations of Economic Analysis of Law*," 44 *Journal of Economic Literature* 405, 406-407 (2006). 如前所述, 波斯纳在归纳这一学术谱系结构时考虑的首要因素是法律经济学理论的演化过程。尽管年龄客观上与代际划分具有一定的关联度, 但只是一个附带的、次要的因素。因此, 虽然——比如说——波斯纳和沙维尔年龄相差不到十岁, 但是却分属两代学者。

⁷⁹ 参见 Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," 50 *Stanford Law Review* 1471-1550 (1998); 以及 Cass R. Sunstein ed., *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

⁸⁰ 参见 Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

⁸¹ 参见 John Roberts, *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*, Oxford University Press, 2004.

⁸² 参见 Richard A. Posner, "A Review of Steven Shavell's *Foundations of Economic Analysis of Law*," 44 *Journal of Economic Literature* 405, 411-412 (2006).

的行为，⁸³ 这是显然一个非常重要的经验研究课题，但奇怪的是长久以来一直没有得到学术界的重视。以上这两个领域的研究除了需要传统的理性选择理论之外，还要引入认知心理学的方法和理论才能做出有力的解释。第四，运用长久以来没有得到法律经济学重视的组织经济学，研究并解释司法系统和律师事务所等非商业组织的行为。⁸⁴ 第五方面彰显了与中国这样的发展中国家密切相关的学术机遇和制度机遇：即“运用经济学分析形成可行的、具体的、必要的改革方案。法律经济学并不具备如此真确的魅力以至于可以在学术温室里繁茂起来。法律经济学的生命力的绵延依赖于它能够促进法律的改良。之所以说发展中国家享有重要机遇，是因为它们的经济上无效率的问题乃是与法律制度相关联的。这里的挑战是，发展中国家不具备支撑富裕国家的法律制度的那种政治经济基础设施，在这种条件下，如何逐步推动法律制度变革。”⁸⁵

法律经济学在二十一世纪并非线性发展，新生代学者有颠覆前代理理论范式的倾向。例如行为法律经济学对于理性的批判以及对理性选择—效用最大化范式的扬弃。但法律经济学内部理论范式的论争目前并没有明显的结论，波斯纳等“老派”学者对迄今为止的行为经济学多有保留，行为经济学自身的理论基础也有待夯实。⁸⁶

四、法律经济学的方法论及其批判

在讨论法律经济学的方法论之前必须先界定其学科属性，而要界定作为法律和经济学交叉学科的法律经济学的学科属性，又不可避免地要触及到法学和经济学二者的学科属性。可是，不论在法学还是在经济学领域，学者们对于学科属性的问题历来多有纷争，甚至可以说从来未能达成获得广泛接受的共识。本文当然无力终结这个问题，只是在梳理学说的同时，间陈己见。

关于法律和经济学二者的学科性质，争论的核心不外乎这样一个问题（甚或可称作“悖论”）：以法学为例，人们总在辩驳：作为一个现代学科的法学是由其研究方法还是研究对象界定的？与此相关的问题是：在法律交叉学科兴起并繁荣发展的时代，如何看待法学研究和法律职业技术的分离？由法学研究支撑的法律教育已经开始淡化职业教育的色彩，并有转向学术教育的趋势。可是，离开了法律技术的法学，尤其是交叉学科的法学，其实完全可以离开法学院而在其他社会科学乃至人文学科的科系存在——而且在一定程度上这已经是事实。法学的界定不可能离开研究对象，社会生活和自然显然有大量的事物不属于法学研究的范畴，只有特定范畴的人、物、组织及它们之间结成的社会关系才能进入法学视野，成为法律问题。

⁸³ 参见，例如 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008; Lee Epstein, William M. Landes, Richard A. Posner, “Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis,” 3:1 *Journal of Legal Analysis* 101-137 (2011).

⁸⁴ 二〇〇九年度诺贝尔经济学奖授予了埃莉诺·奥斯卓姆 (Elinor Ostrom) 和奥利佛·威廉姆斯 (Oliver E. Williamson)，就是对组织经济学的学术贡献的肯定。奥斯卓姆和威廉姆斯的研究在很大程度上属于新制度经济学的范畴，也和法律经济学有较为密切的关系。参见 http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/press.html。最后访问日期：2010年10月5日。也参见 Richard A. Posner, “From the New Institutional Economics to Organization Economics: With Applications to Corporate Governance, Government Agencies, and Legal Institutions,” 6 *Journal of Institutional Economics* 1-37 (2010).

⁸⁵ Richard A. Posner, “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*,” 44 *Journal of Economic Literature* 405, 412-413 (2006).

⁸⁶ “行为经济学是根据其研究对象而非研究方法界定的，而其研究对象仅仅是理性选择模型（或至少是最简单的理性选择模型）所无法解释的现象集。如果这类现象中有很多彼此没有关联，就像人类不能食用的对象集包括石头、毒菌、雷电、毕达哥拉斯定理一样，那也没有什么好奇怪的。对某一理论在经验领域中的遭遇的种种失败进行描绘、阐述、分类，是一种有理据的、重要的学术活动。但是它并不构成一种替代性的理论。” Richard A. Posner, “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law,” 50 *Stanford Law Review* 1551, 1559-1560 (1998). 波斯纳还在相对晚近的一篇访谈中说：“我并不觉得理性和非理性行为之间的区分有什么用。人就是那个样——一般情况下，他们偏好获得更多好东西更少坏东西，不过他们也是情感的动物，只能凭借有限的信息和有限的信息处理能力采取行动。在确定政府的适当角色的时候，必须把这些有关人性的事实考虑在内。” “Seven questions for Richard Posner,” June 6th, 2009,

http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2009/06/seven_questions_for_richard_po.cfm。最后访问日期：2011年10月2日。

然而，法学显然又不能仅仅依靠研究对象来作为界定标准，因为现如今有不少经济学家、社会学家、政治学家、人类学家乃至哲学家、文学理论家也都把法律问题作为研究对象，并产出了富有建树的成果。以研究对象作为界定标准会使法学极大地泛化，最终无法实现定性的目的。那么研究方法呢，是否可以用某一个或者某一些法学方法作为学科界定的依据呢？回答是也不行。因为虽然常常有人讨论“法学方法”，但如果较起真来，那恐怕还真有点让法律人尴尬，我们的方法论工具箱里可以拿出来示人的东西实在是太少了。归纳法？演绎法？三段论逻辑？各种所谓“法律解释”的方法？⁸⁷但这些都是法律方法么？抑或只是人类思维的一般方法？答案显然是后者。这些所谓“法律”方法事实上在法律之外的绝大多数学科以及非学术的很多社会生活领域中广泛使用，法律人如果一定要把它们据为己有，实在是一厢情愿。⁸⁸

被国人誉为“社会科学皇冠（上的明珠）”的经济学尽管比法学更为发达，但在学科属性问题上也纠缠不清，比法学好不了多少。比如，科斯和贝克尔两个人，都是诺贝尔奖得主，也都是法律经济学的主要创始人，在这个问题上的意见就完全相左。为经济学的“帝国主义”霸业立下汗马功劳的贝克尔主张以研究方法作为经济学的学科界定标准，因此可以将以成本收益分析为基石的经济学方法应用于犯罪、人力资本、家庭、宗族或性别歧视等任何传统上认为不属于“市场”的社会领域。⁸⁹但科斯却不同意这种看法，他觉得经济学家远没有做好自己的本职工作，即对于由古典经济学家确定的市场领域的研究。运用经济学研究法律或其他非市场领域的社会问题固然并无不可，但那不是经济学家的专长，也不应该是经济学家的主业。事实上，科斯认为经济学家在法律经济学之类的交叉学科领域并不具备比较优势，这也是这位法律经济学的最重要创始人始终对这一领域缺乏热情的主要原因。⁹⁰

回到法律经济学上来。既然作为其“宿主”的法学和经济学在学科性质上难以完全走出混沌，那么我们只能暂时搁置争议，采用折中的办法，以研究方法（经济学）加研究对象（法律）的双重标准来确定法律经济学的性质。这样一来，它就兼有了经济学和法学双重身份。尽管法律经济学在目前的美国经济学界并非显学，但在考察其方法论的时候，我们必须仍旧把它定位在经济学，因为如前所述，很难说有什么专属于法学的方法论，而且即使有，也与法律经济学分析没有关联。正是在这个意义上，我们说，法律经济学说到底就是经济学，至少是贝克尔所理解的那种经济学。

美国著名的法律经济学家戴维·弗里德曼对法律经济学的方法及其所对应的理论应用有这样一个简明的概括：“法律经济学，涉及到三种相互区别又彼此关联的研究。第一是运用经济学预测法律规则的效果（价格理论的运用）。第二是运用经济学判定何种法律规则在经济上是有效率的，以便对法律规则的设定提出建议（福利经济学的应用）。第三是运用经济学预测法律规则的演化和发展（公共选择理论的应用）。”⁹¹总而言之，弗里德曼强调的法律经济学是经济学在法律中的应用。这和笔者所理解的法律经济学性质是一致的。

既然法律经济学的方法论就是经济学的方法论，我们便可以对其做出一般性的归纳。⁹²简要来说，法律经济学的方法论构成大致有如下四个方面：第一，个人主义。经济学分析是从个人出发的，在这个意义上，人们说“经济学家总是个人主义者”。经济学对任何问题的分析，包括组织行为的分析都是建立在个人

⁸⁷ 参见，例如 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆，2003。

⁸⁸ 也许学科属性问题是一个应该抛弃的本质主义的提问；但这个问题在学科建制和教育体系中又有其现实意义。这里的要点恐怕在于，最终决定学术和教育制度的因素在学科属性的学理之外。

⁸⁹ 参见 Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1978; 以及 Gary S. Becker, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior,” 101 *Journal of Political Economy* 385-409 (1993).

⁹⁰ 人们通常把科斯、贝克尔（还有已故的米尔顿·弗里德曼、乔治·斯蒂格勒）等经济学家归入所谓“芝加哥学派”，但在这里我们再一次看到标签可能是误导人的，“芝加哥学派”的经济学家们在经济学属性这种根本的方法论问题上尚且缺乏共识，所谓学派只能是一个无害亦无用的称谓。难怪波斯纳说“芝加哥学派”这一称谓应该“退休”了。参见 John Cassidy, “After the Blowup,” *New Yorker*, January 11, 2010, p. 28.

⁹¹ 参见 David Friedman, “Law and Economics,” in John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman ed., *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan Press Limited, 1987, vol. 3, p. 144.

⁹² 不过鉴于经济学发展到今天已经是一个支脉众多、分工细密的学科，其方法论也出现多元化的趋势，这种归纳或多或少难免会有失全面和周延。

行为分析的基础之上，即由个人到组织。公共选择理论的分析单位常常是组织，如利益集团，但并未突破个人主义的方法论。第二，理性选择。“人们总是理性地最大化其满足度——一切人（只有很小的孩子和严重智力障碍者是例外）在他们的一切涉及选择的活动中（精神变态的或其它因滥用毒品和酒精而产生类似精神错乱影响的活动除外）均如此。这个定义包括了罪犯决定是否从事某项犯罪、诉讼人决定是在庭外解决还是诉讼解决、立法者决定投票支持或反对某法案、法官决定在案件中如何投票、合同一方决定是否撕毁合同、驾驶员决定车速多快、行人决定穿行马路多大胆以及通常的诸如商人和消费者这样的经济活动者的决定。因此，很明显，无论是由法律制度规制，还是发生在法律制度之内，大多数活动都是经济分析者分析的材料。无需多说，非货币性满足以及货币性满足都进入了个人的最大化算计（事实上，对大多数人来说，金钱都是手段，而不是目的），而理性的决定也并不需要是意识层面深思的结果，实际上，理性决定完全不需要是算计的。……‘理性’指的是手段适合目的……”⁹³ 第三，稳定的偏好。人的偏好在漫长的一生中肯定是变化的，但就经济学分析的目的而言，这一假定通常是成立的。因为经济学研究通常不涉及某一个体的长时段的生活选择，而且一个人在成年之后，偏好的变化是相当缓慢的。如果分析对象是一个人数较大的群体，那么群体中各个成员随时间而发生的偏好改变通常又可以相互抵消，因此在总体上显示出来的偏好依然不会有显著变化。因此，在大多数经济问题的分析中，偏好的变化都可以忽略不计。所以，处于简化分析的考虑，经济学一般假定人的偏好是稳定的。⁹⁴ 第四，均衡 (equilibrium)。均衡分析是经济学的基本分析方法。经济学家在考察某个人或组织的行为时，最后总要落实到某种稳定的状态，这种在其他变量不发生变化的情况下，当事人无法改变的或不愿意改变的状态，经济学家称之为均衡。例如在价格为X的情况下，某种产品在某个市场上的供给数量恰好对于需求数量，此时即为均衡状态。⁹⁵

一九七〇年代后期至一九八〇年代后期，一部分批判法学学者对主流法律经济学提出了较为猛烈的批判，但这些批判在当时没有产生多大效果。不过，依据后见之明可以看出，批判法学的不少论点在后来得到了该学派之外的其他学者的研究的支持。批判法学对法律经济学的批评涉及到如下几个主要方面：首先是法律制度的效率问题，普通法制度内在的效率特征在批判法学学者看来未必是一个真实世界中的事实，因为即使在自由竞争的市场中，效率的最终达成也好取决于外部性问题的解决。而现实中的外部性问题很可能比法律经济学家们所意识到的要更加严重，而且其中包含了很多重大的政治问题，例如法官在司法实践中的政治考量，很难再经济学框架内获得有效的解决，不论实证经济学还是规范经济学。就可以用于司法实践的效率标准而言，即使早早抛弃了完全没有实践价值的帕累托优先原则，剩下的唯一可用的卡尔多—希克斯标准仍然无济于事，因为它与长久以来人们所理解的分配正义原则可能存在明显的冲突。法律经济学的效率意旨最终无法在政治性的司法实践中落实。⁹⁶ 法律经济学的形式主义特征是显而易见的，但法律经济学并非简单重拾了法律形式主义。当然，这并不是因为法律经济学获得了等多洞见或者变得更加复杂精密，而是因为它变得模棱两可了，而出现这种局面的主要原因，恰恰是批判法学。批判法学和法律经济学是法学院的两个主流，而且乍看起来，二者甚至难以区分。⁹⁷

在评论哈佛法学院法律经济学领军人物沙维尔在其代表作《法律的经济分析基础》一书中犯下的微小法律错误时（沙维尔是一位任教于法学院的职业经济学家，没受过正式的法律教育），波斯纳写道：“让

⁹³ Richard A. Posner, *The Problem of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 353-354.

⁹⁴ 心理学介入经济学之后，即在行为经济学中，这一假定或多或少遭到了动摇。因而晚近有一些经济学研究已经放弃了这一假定，将偏好设定为分析变量。

⁹⁵ 参见 Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest ed., *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2000, vol. 1, *The History and Methodology of Law and Economics*, pp. 383ff.

⁹⁶ 参见 Duncan Kennedy, “Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies,” in Peter Newman ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan References Limited, 1998, vol. 2, pp. 465-473.

⁹⁷ 关于法律形式主义、法律现实主义、法律经济学、批判法学之间纠结盘绕的复杂关系，请看内尔·达克斯伯利的精湛研究：Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995，尤其是第五章。

人感到奇妙但却真实的是，尽管经济学在智识的层面上比法律更加复杂，而且尽管法律和经济学之间在相当大的程度上存在着一种同构关系——认识到这一点就接近了法律的经济学分析之核心——然而，如果一个人不是法律人，不管他多么聪明，都很难非常正确地掌握法律。法律就像一门语言，如果要正确无误地讲它，那它非得是你的母语不可。”⁹⁸ 这段话出自曾经断言法律作为一个独立自主的学科已经走向衰落的波斯纳之口，格外引人注目、值得反思，我想读者一定从中嗅到了法律形式主义的味道。确实如此。波斯纳晚近以来的法律经济学思想看起来有新的变化，他似乎相信法律有某种坚硬的不可通约的内核，经济学方法归根结底只是方法，处于工具性地位。其实，法律经济学与传统上相互对立的法律形式主义和法律现实主义的关系比其显现出来的要密切得多。⁹⁹ 法律经济学像是法律形式主义和法律现实主义二者结合的产物——

首先，经济学的简约论有其形式主义的一面，“法律经济学简直就是朗戴尔式概念法学的完美镜像，当结果被判定为无效率时，就像一个案件的处理不符合某一法律原则，就会背作为‘错误’而否定。”¹⁰⁰ 而法律现实主义当中的实用主义成分又给法律经济学的发展提供了很多有益的营养。法律经济学的哲学立场或许可以概括为在法律形式主义和法律现实主义之间徘徊。批判法学等其他的法学流派对它的批判大概或多或少都能追溯至此。当然，对波斯纳上述貌似回归法律自主性的评论不应该做机械的理解。其实在波斯纳那里，法律经济学从来不是“上帝”，不是目的本身，不包打天下，也不解决所有问题。波斯纳的法律哲学的方法论结构其实是由“三驾马车”组成的，即自由主义、实用主义和经济学。¹⁰¹ 其中任何单独一种进路都不足以为法律提供充分的理论支撑。因此，我们也许应该对波斯纳的上述评论做这样的理解：他想适度强调法律人在法律经济学领域的“比较优势”（这其实是回归科斯的立场），而这很可能是他在先前没有完全意识到的一个问题。自一百多年前霍姆斯呼吁法律人学习经济学知识开始，一直到今天，法律人在法律经济学研究中的“比较优势”是一个很少被讨论甚至在大多数时间里是很少被法律人意识到的问题。沙维尔的例子提醒了我们，这并不是一个虚假的命题。尤其是在二〇〇八年全球经济危机爆发之后，有关经济学研究的方法论反思颇为迫切，来自经济学内部的自我批判相当犀利。¹⁰² 在这种情况下，法律人对“比较优势”的自觉和经济学方法的检讨甚或扬弃就变得格外重要。

总而言之，在考察了法律经济学方法论的种种理论纷争之后，我们得到的或者说应该强化的乃是这样一种信念：“没有任何一种单独的理论进路，包括法律经济学在内，能够完全地、一劳永逸地把握法律的复杂性。”¹⁰³

五、法律经济学对于中国法学研究和法律教育的影响与借鉴意义

我们正处在全球化的时代。一九八〇年代末以来，随着苏东剧变、冷战结束，意识形态甚至“历史”据称都在走向“终结”。¹⁰⁴ 世界经济的一体化推动着商法和知识产权法等法律部门率先开始全球化。而深

⁹⁸ Richard A. Posner, “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*,” 44 *Journal of Economic Literature* 405, 411 (2006).

⁹⁹ 参见 Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995, Ch. 5.

¹⁰⁰ G. Edward White, “From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History,” 40 *Southwestern Law Journal* 819, 840 (1986).

¹⁰¹ 参见 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, “Introduction.”

¹⁰² 参见，例如，Daron Acemoglu, “The Crisis of 2008: Lessons for and from Economics,” 以及 David Colander *et al.*, “The Financial Crisis and the Systematic Failure of the Economic Profession,” 两文均收于 Jeffrey Friedman *ed.*, *What Caused the Financial Crisis*, University of Pennsylvania Press, 2011.

¹⁰³ Lawrence Lessig, “The Prolific Iconoclast,” *The American Lawyer*, December 1999, p. 105.

¹⁰⁴ 参见 Francis Fukuyama, “The End of History?” *National Interest*, Summer 1989, p. 3; Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Harper Perennial, 1993; Daniel Bell, *The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, 2nd ed. Harvard University Press, 2000.

层次的法律全球化，包括与人权、民主、法治等普世价值法学相联系的政治制度的全球化进程，也早已经揭幕。“全球化”是一个政治基本正确因而容易获得普遍接受的学术概念或社会目标，然而事实上，今天包括法律全球化在内的各种“全球化”，其实在很大程度上乃是“美国化”的婉称。¹⁰⁵ 马克思的经典政治经济学早就指出，法律历来是由社会经济基础所支撑的政治上层建筑，¹⁰⁶ 在这个意义上可以说法律总是政治的产物。进而，从原理上看，是法律生产并制约着法学研究，尽管后者对前者也会产生反作用。¹⁰⁷ 所以，随法律的全球化或美国化而来的，必然是法学研究的全球化或者美国化。法律经济学在中国已经开始显示出越来越大的影响力。一个重要的标志是，已经有数量众多的美国法律经济学教科书、研究专著、经典文献选本被翻译成中文出版，这些著作已经并且必将继续对中国的法学研究和法律教育产生影响乃至某种程度上的冲击。曾经一度背负“幼稚”恶名的中国法学虽然没有类似美国法律形式主义那样的历史包袱，但是全球化之新时代所召唤的法律学术转型依然面临着诸多的阻力和困难。文革结束之后，近乎“真空”的法律研究领域先是由“政法法学”短暂统领，待恢复高考之后的新三届毕业生逐步走上法学研究和法律教育岗位之后，“注释法学”开始独占鳌头，在很大程度上，这种局面一直延续至今。另一个法学研究支流是从一九九〇年代中期开始逐步发展起来的“社科法学”，法律经济学应该归属于这一类型的研究。¹⁰⁸

和以法律经济学为代表的交叉学科研究在美国兴起的情况类似，过去的十多年间，随着法学研究的“改革开放”程度的逐步加深，随着西方法学概念、理论、方法的大量引进，以法律经济学为代表的社科法学得到越来越多的中国法学研究者尤其是年青一代学者的青睐，也在某些层面上和势力依然强大的注释法学开始融合。以经济学为代表的社会科学方法容易提炼问题，展开经验研究，也易于进行国际学术交流和对话，这是其长处所在。可以预见，随着法律全球化 / 美国化的程度日益加深，中国法学研究的社会科学化还会进一步发展。这是外部原因。另一方面，从内部来看，当代中国正处于剧烈社会转型时期，法律是一套缺乏尊严和民众信任的“寄生性”社会控制系统。¹⁰⁹ 在这样的社会现实之下，从政治策略上讲，也许只有社会科学的方法能够为法律政策的制定和法律改革提供一种非政治性的或“客观”的合法性证明。中国法学进一步社会科学化的内在动力。当然，除了经济学之外的其他学科与法律构成的交叉学科研究也在过去三十年间取得了很大的发展，但与这些研究领域在美国发展的境况类似，由于种种原因，其发展水平相对来说难与法律经济学比肩。在这个意义上，可以说法律经济学是追踪中国法学研究的社会科学化和全球化的一条主要线索。

在法律制度和法学研究的全球化的大背景下，法律经济学对中国的法律教育也产生了深刻的影响。传统上，大陆法系与英美法系法律教育制度存在重大差异，这种教育制度的差异当然是植根于法律制度的差异。二十一世纪以来，随着法律制度的全球化，英美与欧陆两大法系的法律教育制度也出现了融合的趋势。就中国来说，有越来越多的拥有英美法系国家的法律学位的学者进入法学院任教，中国法学院课堂里的英美法律知识比重也正在急剧增加。中国法律教育（其实是整个大学教育）在过去十年间所面临的最大困境

¹⁰⁵ 关于美国法在法律全球化进程中所发挥出来的种种突出的影响，参见 R. Daniel Kelemen & Eric Sibbitt, “The Globalization of American Law,” 58 *International Organization* 103 (2004); Wolfgang Wiegand, “The Reception of American Law in Europe,” 39 *American Journal of Comparative Law* 229 (1991); Jacques DeLisle, “Lex Americana?” 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 179 (1999); Jacob Dolinger, “The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System,” 38 *American Journal of Comparative Law* 803 (1990); George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the World*, New York University Press, 2009. 中文文献中，最全面深入的研究是：高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，载《中国法学》，2011年第1期。

¹⁰⁶ 参见马克思：《〈政治经济学〉序言》，载《马克思恩格斯文集》（第二卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社，2009年，第588—594页。

¹⁰⁷ 值得注意的是，法学研究对于法律制度的影响包括了以学术表达为“包装”的政治政治性的和其他非学术的影响。法律规则总的来说是政治竞技游戏的产物。

¹⁰⁸ 三种法学类型的划分，请看苏力：《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》，载《比较法研究》，2001年3期。

¹⁰⁹ 关于新法治话语的寄生性，请看冯象：《法学三十年：重新出发》，载《读书》，2008年第9期。

恐怕是教育行政主管部门主导下的招生规模急剧扩大，与此同时，法律职业准入门槛极低，国家司法考试并不以法律学位为前提，其直接后果就是法律教育和法律学位的迅速贬值，法律专业的各个层次学位的毕业生普遍就业困难。面对外学科可以“挤进来”的挑战，直接的应对措施当然就是“走出去”。在这里，我们可以从美国法律经济学的发展及其对法律教育的影响中获得一些有益的启示和借鉴。

既然法学院永远面临着职业教育和学术教育的张力，我们有必要在这一前提下考虑不同层次和类别的法学院之间的教育分工，以及社会科学与人文学科之间的教育分工。具体来说，在招生难就业难的窘迫现实之下，如果任何特定的一所法学院都难以兼顾职业教育和学术教育，而精英法学院又不可能反时代潮流而动放弃学术教育，那么现实的出路也许就是在精英法学院和普通法学院之间建立起学术教育和职业教育分工的格局。以法律经济学为代表的社会科学法学应该在精英法学院应该得到加强，当然，法律与人文的交叉学科研究也是并且应该是学术教育的题中应有之义。普通的法学院主要担负培养律师等实务法律人的职责，而精英法学院的教育产品则主要是法律研究者和法学教师（也必然会有少量的高端法律实务人才）。这一在艰难的法律教育现实挤压下提出的教育改革建言实际上与美国如今的法律教育结构具有异曲同工之处，而前所述，后者的法律教育模式形成的背景乃是二十世纪中期以来以法律经济学为代表的交叉学科研究“打败”了传统的形式主义法学、现实主义法学。在这个意义上，法律经济学在中国的发展以及它对“政法法学”和“注释法学”的逐步取代或融合凸显了它对于推动中国法律教育转型所具有的积极意义。

在始于二〇〇八年的美国并蔓延至全世界所有主要经济体且持续至今的全球性经济危机的社会现实背景下，经济学，尤其是其中的宏观经济学和金融经济学的声誉受到重创，数十年来统治经济学研究的数理模型方法受到越来越多的质疑与抨击，法律经济学在这场因经济危机而引发的“经济学危机”中也难免受到负面影响，¹¹⁰ 尽管人们对该影响的系统评估与清算尚需时日，但可以初步推断的是：（一）随着保守主义经济意识形态的相对衰落，强调以积极的社会再分配等手段促进社会公正的左翼法律经济学会相对抬头；（二）经济学中数理建模方法的滥用有望相对缓解，“黑板经济学”¹¹¹、“虚幻谬误”（nirvana fallacy）¹¹²之类方法论会引起人们更多的警觉，由此可能在一定程度上消除法律经济学研究中存在的相应弊端，经验研究会比以往更受重视；（三）经济危机使国家宏观调控和金融监管等领域的法律规范的主要地位重获凸显，金融、证券、公司等相关领域的法律研究和法律教育将在法学院内得到更多的重视，而这些领域素来是法律经济学研究的重镇，与此相关的法律经济学子领域必将成为未来若干年研究的重点。以上三点预测均涉及经济危机冲击之下的法律经济学研究“转向”问题，如果我们能够抓住这个时机，既放眼世界又立足中国，在学术和教育实践中避免弯路，探索捷径，则可能在一定程度上将中国法律经济学研究和教育的后发劣势转化成后发优势。

走出“幼稚”阶段的中国法学和法律教育依然“年轻”，改革之路正长，法律经济学在美国的发展历程给中国法学人提供了诸多有益的启示，帮助我们这一代中国学者把握自己的命运，并由此参与塑造中国法学和法律教育的未来。

二〇一〇年十一月初稿，
二〇一一年十月二稿。

¹¹⁰ 参见拙文：《经济危机与经济学的危机》，待刊稿。

¹¹¹ 参见 Ronald H. Coase, “The Institutional Structure of Production,” 82 *American Economic Review* 713, 714 (1992). 科斯认为这种方法可以追溯至曾一度影响很大的罗宾逊夫人 (Joan Robinson) 的《不完全竞争经济学》(1933) 一书，罗宾逊的方法也曾影响过年轻的科斯：“这种理论工具有一个长处，你无需去发现发生在真实世界中的任何事情，仅凭在黑板上画满图表公式就可以把课程讲完。” Coase, “The Nature of the Firm: Meaning,” 4:1 *Journal of Law, Economics, & Organization* 19, 22 (1988). 有学者指出，“黑板经济学”是交易成本最低的经济学，参见 Uskali Mäki, “Science as a Free Market: A Reflexivity Test in an Economics of Economics,” 7:4 *Perspectives on Science* 486 (1999).

¹¹² 参见 Harold Demsetz, “Information and Efficiency: Another Viewpoint,” 12 *Journal of Law and Economics* 1 (1969).