

# 从主流范式到比较制度分析<sup>\*</sup>

## ——法律经济学理论思维空间的拓展

张建伟

(复旦大学法学院,上海 200433)

**摘要:**文章对法律经济学的主流范式在当代的思想流变及其理论困境作了阐述,指出了法律经济学理论未来发展的趋向是,从主流范式的注重对法律的新古典主义经济分析走向比较制度分析,而且在研究对象方面应将法律经济学的研究对象确立为治理制度和合作秩序,只有如此,法律经济学才能从主流范式的封闭思维和意识形态偏见中走出来;最后,文章指出了法律经济学的比较制度分析范式的未来发展所面临的新挑战和新命题。

**关键词:**主流范式;法律经济学;比较制度分析范式

**中图分类号:**F091 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-9952(2005)08-0100-11

### 一、引言

从科斯的经典论文《社会成本问题》发表一直到20世纪80年代末,法律经济学所取得的成就是有目共睹的。不过,最近一段时期,以芝加哥学派为代表的主流法律经济学理论似乎面临了越来越多的困境,主流范式正陷入“法律经济学向何处去”的迷惘。按照法律经济学家爱泼斯坦的看法,法律经济学正处于边际收益递减的巩固和阐述阶段。近期即使有一些学术进展,也只是在现有的框架内<sup>①</sup>。在理论适用方面,法律经济学关于普通法的效率的论述与成文法系下的价值观也很难相容。法律经济学究竟该向何处去?

带着这个问题,本文对西方法律经济学理论的最新发展重新作了检视与反思,并对法律经济学理论发展的一些新趋向进行了归结。笔者注意到法律经济学理论研究似乎正在发生一些新的转向,这种转向被笔者归结为寻求与主流芝加哥范式相区别的具有现实主义精神的“比较制度分析范式”,或者说一种法律经济学的后“制度主义综合范式”。在这个范式中,政治过程、交易成本、非正式制度(社会规范、社会资本或社会关系网络)、法律制度、公共政策等都被纳入到一个更为贴近历史和现实的经济过程中加以综合考察,其目的在

收稿日期:2005-05-23

基金项目:国家社会科学基金资助项目(04CFX001)

作者简介:张建伟(1971-),男,河南信阳人,复旦大学法学院副教授,博士。

于为合作秩序的治理、公共政策与立法提供理论基础。本文试图对法律经济学的这一发展趋向作一前瞻性的评论。

## 二、法律经济学的主流范式:思想流变及其当代困境

### 1. 法律经济学的主流范式:核心理念与方法论基础

就地域特征来讲,法律经济学主流学派的主要代表人物多集中在芝加哥大学,因此又经常被称为“芝加哥学派”。他们虽没有一个共同的纲领,但在研究风格和基本理念方面仍秉承了芝加哥大学的自由主义学术传统,并在核心理念上不约而同地坚持市场本位和方法论的个人主义和理性选择分析。主流学派的代表人物贝克尔认为,凡是有选择的地方都可以用理性选择的方法来进行分析。主流范式在分析方法上的重要特色就在于其是以个体行为作为基本分析单位,即使在分析企业、国家等组织的行为时,也从个体行为切入,以个体理性的最大化选择作为分析方法。一般而言,理性选择的个人主义方法由三个基本假设构成:稳定偏好、均衡和最大化行为。在这几个假设的基础上,主流学者认为法律应当诱导或尊重个体的理性行为而不是简单的禁止。以犯罪活动为例,如果犯罪活动的价格上升(表现在刑罚的加重),那么犯罪活动的需求就会下降。法律经济学的主流范式对法律问题进行分析、评价和预测,就是以这种经济合理性或理性选择的方法来评价法律权利的不同分配所带来的一致性和效率的。在核心理念方面,主流范式的核心理念可概括为普通法的效率假说和“看不见的手”的范式<sup>①</sup>。

### 2. 主流范式的当代流变<sup>②</sup>

从某种意义上说,当代法律经济学的发展实际上就是主流范式的确立与衰微的过程。早在20世纪30年代,就有了法律和经济学相互关联研究的复活,其中一些思想汇入当代法律经济学理论研究潮流中。在英国,经济学家Arnold Plant研究了知识产权的经济学,其学生Coase则在30年代后期发表了一篇关于企业性质的研究论文。但是真正的法律经济学研究的发轫,却是在20世纪40年代的芝加哥大学(后简称芝大)。在经济学家Aaron Director的领导和鼓励下,芝大法学院和经济学院的一些学者如Henry Simons、Frank Knight、George Stigler和Milton Friedman等聚集在一起,形成了典型的具有“芝加哥风格”的法律经济学研究学术群体,他们都不约而同地坚持个人主义、理性选择和均衡分析的传统。

1958~1973年这一段时期是法律经济学主流范式的提出阶段。该时期以1958年由Director任主编的《法与经济学杂志》的创办为标志,后来科斯也移师芝大法学院,加入编辑阵营,并在1960年发表其标志性论文《社会成本问题》。在这篇论文中,科斯指出了外部性问题解决的关键在于产权的清晰界定,而不在于政府干预。此后的阿尔钦(1965)又发表了一系列关于私有财产

和公有产权的论文;而耶鲁大学的 Calabresi 则通过对侵权行为中的行政管理成本和损害成本的权衡,指出侵权法应构建一个导致侵权行为的最优谨慎水平的制度体系。这一时期的文献多集中于对产权问题的论述,且论者多为经济学家。这些经济学家也因此被称为“产权分析”学派,而法学家则相对少一些(代表人物为 Calabresi 和 Manne),他们的论述对法律经济学的早期发展,即在法律经济学的第一次浪潮中起到了关键作用。

1973~1980年是范式接受期。此时,法律经济学开始进入法学院,并为法学学者所接受。尤其是芝大法学院主办的《法律研究杂志》和波斯纳教授的《法律的经济分析》第一版(1972)的出版,更是标志着法律经济学已经开始在芝加哥大学这样的法学院生根了。一些小型的面向法学学者、法律实务工作者的经济学研讨会也在芝大法学院举行。这一时期的法律经济学理论主要表达的是以新古典主义价格理论或市场本位理念为基础的普通法的效率命题。

1976~1983年是范式质疑期。70年代波斯纳建立在新古典洞察基础上的教科书在80年代受到很大非议。尤其是随着注重历史过程分析的新制度经济学、奥地利学派的异军突起,芝大的法律经济分析开始遭到越来越多的批评(这些批评者主要是一些制度分析者,如 Goldberg(1976)、Schmid(1976)、Samuels(1976)等)。另外,一些法理学家如德沃金、弗雷德和批判法研究学者霍维茨等人也对以波斯纳为代表的流范式提出了批评。从总体来看,这一时期对主流法律经济学的批评主要涉及以下几个方面:第一,产权的效率配置是一种同义反复或循环论证,因为对于任何分配而言,总会找到一种资源有效配置的效率结果,那么这时用效率作为产权配置的标准就不适当了;第二,效率缺乏历史特征,对于任何特定问题而言,一种给定条件下的解释都可说是一种效率解,但法律是变动的制度体系,如果存在一种趋向效率的解的话,那么在这一时间进程中,效率就不是惟一解;第三,效率评价具有主观性——这种批评主要来自奥地利学派和德沃金等法理学家。

从1983年到现在是主流范式动摇期,这一时期尽管主流范式已经遭受诸多质疑,但芝加哥范式似乎仍很强劲。波斯纳依然高产,仍坚持其财富最大化理念,其经典教科书到1998年已经是第五版了。而另两位主流学者 Cooter 和 Ulen 则出版了其主流的经典教科书《法和经济学》第三版(2001年版)。

20世纪80年代虽为法经济学成熟期,但毕竟时过境迁,芝加哥学派的主流学术地位还是发生了些许动摇,相互竞争的理论范式出现了,而且出现了新的理论阵地:在欧洲,有着大陆法系特色的《国际法和经济学评论》在1981年创刊;而1985年,另一本更倾向于新制度经济学分析方法的《法、经济学和组织》杂志也在耶鲁大学创刊,该杂志一直秉承其制度分析(政治、经济、法律)的理论风格,在法律经济学学术界独树一帜。

最近20年来,越来越多的学者对主流法律经济学所蕴涵的新古典主义价

值观和方法论倾向表示不满(如:麦乐怡、艾克尔曼、施密德等人)。主流法律经济学的地位也正受到越来越多的挑战,新制度经济学派、改革主义学派(耶鲁学派)、公共选择学派、批判法运动、女权主义者等都在致力于建构和提出与主流学术秩序相竞争的理论体系或理论视角。在方法论方面,法律经济学的研究方法不断地更新,演进博弈论、行为经济学、法律人类学、法律社会学、公共选择、实验经济学等新分析方法越来越多地被运用于法律的经济分析领域。这些法律经济学的最新发展表明,主流法律经济学的新古典主义市场本位模式的单一视角分析已经显示出其理论局限性。也就是说,法律经济学正面临着一个主流范式的危机与重建阶段。

### 3. 主流范式的当代困境

法律经济学理论的困境源自于其对现实问题解释力的下降。对于大陆法系、成文法系或民法传统的国家,由于政治结构与普通法法系国家不同,主流法律经济学的“普通法的效率”理论就很难有解释力。因为,这些国家的法律供给并不是由普通法法院中存在的“看不见的手”机制来协调的,而是由主流法律经济学家们所极端鄙视的立法机关的立法活动“生产”出来的,其中涉及的主要是公共选择的集体决策过程。第三世界或发展中国家关于“法律与发展”和“法律移植”的经验与实践表明,简单地移植西方主流法律经济学者所标榜的私有产权和普通法体系,并不能保证较高的法律运作效率和经济发展水平,因为一个国家的法律制度往往与该国的传统文化和政治结构甚至地理位置、军事力量等因素紧紧联系在一起,尽管经济利益结构是法律形成和运作的最根本的因素,但是它并不一定导致一个有效的法律制度自动地出现。

鉴于主流法律经济学长期局限于纠纷解决的法院维度,自爱利克森(1991)在20世纪90年代初对法律中心主义进行挑战之后,90年代中后期,法律经济学理论研究发生了一个重要转向,即一些学者开始从单纯对法律效率的研究转向对社会规范以及社会规范与法律之间关系的研究。这些学者主要来自新芝加哥学派、耶鲁大学罗伯特·埃利克森和伯克利加州大学的罗伯特·库特尔、伊里诺伊大学托马斯·尤伦以及康奈尔大学经济学家的考希克·巴苏<sup>①</sup>。

劳伦斯·莱希格认为,法律经济学分析的对象应该是建构性体系(architecture)、市场、规范和法律体系共同构成的一个整体。他认为,人类行为受制于四类约束规制,法律仅仅是这些约束规制之一,社会规范同样具有规制人类行为的作用,但不是通过集中式的国家强制或者法律强制。他强调市场和建构性体系也对人们的行为具有规制和约束作用,它是通过价格机制来实施约束的,另外“建构性体系”本身也具有约束作用(在他眼中建构性体系就是事物的现实状态)。另一位法律经济学家巴苏则区分出三种不同的社会规范<sup>②</sup>:理性限制规范(rationality-limiting norm),即阻止人们选择某种特定行为的规范,不论这种行

动带给当事人的效用是多少,它都可改变当事人的可行选择集,缩小当事人的选择空间;偏好转变规范(preference-changing norms),即改变人们偏好的规范,这种规范随着时间的推移变成人们偏好的一部分或成为一种习惯和本能;均衡筛选规范(equilibrium-selection norms),即协调人们在众多纳什均衡中选择某个特定的纳什均衡的规范。这种规范不改变博弈本身,但改变博弈的均衡结果。这种规范与前两种规范的不同在于,均衡筛选规范不改变选择空间也不改变个人偏好,只是协调个人的选择,使得某个特定的纳什均衡出现。这意味着,对每个人来讲,给定别人的选择,自己的选择一定是最优的(理性的)。它通过审视人类行为之间的互动博弈,来引导人们适应社会规范。

以上所讨论的法律经济学的学术进展表明,主流范式仅仅将成本—收益分析和价格理论应用于法律分析是没有前途的,未来的法律经济学究竟是该融入主流经济学范式之中,还是另辟蹊径,探求一种现实主义的“法律与经济过程”的真正融合?答案可能存在于法律经济学各种理论范式的竞争性筛选过程之中。而在这种筛选过程中,有一点是可以肯定的,那就是,制度主义对历史和现实经济过程的卓越的洞察所形成的经验智慧和逻辑力量的结合,必将极大地丰富法律经济学的研究视野和研究精度,因而在理论的进化中具有某种优势。原因在于,如果法学的生命果真如霍姆斯所说的,在于经验而不是逻辑,并且我们把法律经济学理解为更靠近法学这一端的话,那么就需要重新评估主流的新古典主义理性选择理论作为法律经济学理论基础的适宜性,而制度主义中所蕴涵的新古典品质的逻辑力量和演进历史观的结合则更加具备作为法律经济学未来发展理论基础的潜力。因此笔者预测法律经济学未来的一个有前途的发展方向是“后制度主义综合”。在这个综合范式里政治、经济、法律、社会等视角被统一到与主流新古典主义相区分的比较制度分析的理论框架内。法律经济学的“后制度主义范式”或“比较制度分析范式”在思考法律问题和公共政策问题时,将各种理想状态下的完备理性、信息完全等假设条件下的完全市场、完备法律、完全合同等状态仅仅视为参照系,而强调以现实主义的不完全市场、不完备法律、不完全合同、有限理性的政府为出发点,强调各种治理资源和治理机制之间的互补性或替代性制度结构,这样就为比较制度分析提供了用武之地。

由以上分析我们可以看出,法律经济学一个最新的发展趋向是法律社会学和法律经济学的日趋融合,而这两门学科越来越倾向于对“秩序”问题的探讨,即将法律仅仅看成是人类合作秩序得以形成和维持的一种手段而不是全部,如果从这样一种理念出发,以比较制度分析的视角去研究法律经济学,其发展前景就广阔得多。

### 三、研究对象的重新确立:法律经济学理论思维空间的拓展

主流法律经济学分析框架的最重要缺陷就是它仅仅将新古典主义微观经济学的分析工具引入法律分析,法律本身却缺少了一种与经济学沟通与融合的自主性,在这种单方需求的格局下,法律对经济学所求甚多,而对经济学的贡献甚少。造成这种现象的原因在于主流法律经济学到目前为止仍没有一个明确的研究对象,也就没有一个明确的目标将这二者整合起来。在笔者看来,法与经济学要想发展成为一门独立的学科就必须走出仅仅将经济学视为分析工具的狭隘视角,去寻找一个法学和经济学共通的研究对象,这个共通的研究对象就是合作秩序的治理,在合作秩序治理的旗帜下,法律经济学的思维空间就会得到极大的拓展。

#### 1. 合作秩序

秩序是一个很难对之下一个确切定义的概念和范畴,不同研究领域的学者可以从不同的角度去理解它。从法学的角度来看,美国著名法理学家博登海默指出:秩序“意指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。另一方面,无序则表明,普遍存在着无连续性、无规律性的现象,也即缺乏可理解的模式——这表现在从一个事态到另一个事态的不可预测的突变情形。历史表明,凡在人类建立了政治或社会组织单位的地方,都曾力图防止不可控制的混乱现象,也曾试图确立某种适于生存的秩序形式。这种要求确立社会生活有序模式的倾向,决不是人类所作的一种任意专断或‘违背自然’的努力”(博登海默,1987)。

制度经济学家康芒斯则从预期的角度来理解秩序。他认为:“这‘秩序’的意义,是由于除了过去的经验作出可靠的推断,未来是完全不能确定的;也由于我们可以恰当地说人们生活于未来而行动于现在。因为这些缘故,那活动单位含有一种因素,它表示预料,或者说,预先抓住那种限制性的或是关键性的要素,根据现存对这种要素的控制,可以预料对将来的结果,也可以相当地控制,只要所有的预期是靠得住的。这实在是人类活动的显著特征,使它和一切自然科学有所区别。以后我们要把它抽象地分出来,概括地叫做‘未来性’。可是,一切经济学家用‘确定性’这个名义所假定的那种有规则的预期(这是未来性的一般原则中的一种特殊情况),我们为了目前的用途,简单地叫它‘秩序’”(康芒斯,1962)。

从以上两位学者对秩序的理解可看出,秩序总是与时间和不确定性有关系,人与人之间要达成一种较为稳定的合作秩序,往往需要一种默契、共同知识或者某种意义上的权力来维持一个共同体。由未来不确定性引起的非合作倾向或机会主义行为,就需要一定的规则系统来治理人与人之间的关系,以维持合作秩序,这个规则系统包括:政策、法律、非正式规则(习惯、风俗)以及企

业、市场、政府、关系网络等各种治理制度。

## 2. 比较制度分析视野下的人类行为与秩序治理方式

主流法律经济学过于强调“市场本位”的价值观,没有对各种非正式制度、政府立法、政策规制等倾注更多的注意力。以现实主义的视野来看,秩序治理结构是多元的,价值观是多元的,制度是多样化的,其中必然蕴藏着不同的经济结构和经济逻辑,而比较制度分析则可以通过比较其中蕴涵的各种治理制度的交易成本,去观察真实世界中制度运作的效率。

### (1) 微观视角

人类合作秩序的维持之所以艰难,原因在于,在资源稀缺环境约束下,人类行为的互动难免会发生外部性冲突,规则就产生和贯穿于冲突解决的过程之中,并成为秩序治理所依赖的重要资源。但是对于不同的秩序治理方式,其所需的规则资源也不一样,秩序治理模式和治理成本也不一样。

从个人行为与秩序维持的角度,可以将人类秩序的维持粗略地分为四种方式:生物本能的自发维持、自律、第三方监督、第三方仲裁(或强制)。在生物界的自然秩序和人类种族繁衍秩序方面,我们经常能看到本能的作用,如蜜蜂和果树之间基于正外部收益“交易”基础之上形成的各自的繁衍秩序;“蚂蚁王国”中分工合作秩序井然的画图。在自律的场合,秩序的治理是依靠道德或宗教信仰之类的羞耻感或负罪感来自我实施的。表面看起来,自律的秩序似乎是内生性很强的,但是它也有一定的外生性。例如可以通过礼乐教化和道德说教、教义宣传等方式影响人的偏好集。自律的秩序维持方式也往往很脆弱,这可以通过观察道德或宗教信仰背后“经济人”交互作用的博弈结构来说明。

宗教信仰的秩序治理方式往往是通过“来世”、“报应”说来影响人的心灵结构和偏好。比如“善有善报、恶有恶报”和“上天堂”、“下地狱”之说,就是用虚幻的“来世”、“报应”形成一种对人类行为的奖惩机制以使之自律。但是这种机制也是脆弱的。因为,在“经济人”的效用函数中,如果“来世”这些说法被其进行贴现收益的计算结果小于其在“现世”铤而走险行恶所得的收益,那么,这类虔诚商品的效用就很低,以致于对该“经济人”失去约束力。

第三种秩序治理方式是第三方监督(或双方互相监督)。这种方式往往发生在现货交易或“人格化交易”的场合。其交易契约形式往往为“隐含合同”(implicit contract),其实施靠声誉或信任关系来执行,因此多发生在重复交易的熟人社会。博弈论为这种秩序维持方式提供了基于理性选择基础之上的经济学解释。经济学上的无名氏定理就说明了在无穷多次“囚犯困境”博弈中,双方合作出现的条件是,时间贴现率足够低,并且背信弃义而损害自己名誉所带来的收益减少足够大。另外,对“以牙还牙”(tit for tat)之类的对报复行为的担心,也使合作秩序得以维持。

第四种秩序治理方式为第三方仲裁,包括政府、法院、宗族势力、黑帮、其

他组织的仲裁等。由于冲突双方因信息交流困难、谈判成本高昂而靠互相监督不能解决冲突时,通过在敌对双方之间引入一个中立的仲裁者以沟通信息,通常能够降低交易成本。

## (2)宏观视角

以上从微观行为主体互动的角度来理解人类合作秩序的维持方式,倘若以国家作为既定前提,从宏观的或从国家组织治理的角度来理解秩序的治理问题,则必须对国家、市场和社会之间的关系有一个基本了解。

埃格特森(中译本,1996)曾在宏观上将产权结构和政权结构之间的关系分为三种类型:(1)私人实施各自规则的无国家社会;(2)公共法律的私人实施社会;(3)公共法律的政府实施社会。在第一种情况下,人类合作秩序的建立往往要借助于武力征服、威慑、亲戚网(包括通婚)、交换和扣押人质、复仇、补偿、第三方仲裁(私人或私人团体)等手段来维持。在第二种情况下,虽然有公共法律,但没有警察和军队等执法部门,产权和合同的履行仍依靠私人来实施,如公元930年到1262年的冰岛共和国就属于这样的情况(埃格特森,1996)。在政府规定了产权的基本结构、裁定纠纷和实施法规的第三种社会中,由于政府充当了第三方仲裁人,实现了公共法律实施的规模经济,因此以低成本的治理方式维持了合作秩序,大多数和平时期的国家都属于这种情形。

在一个由国家统治的社会里,该国的合作秩序总是由政治秩序和民间秩序所构成。也就是说,国家共同体中合作秩序的获得不是仅仅靠自发形成的,而总是伴随着国家运用权力、意识形态、法律、政策等对民间秩序进行的治理和渗透。当一个国家的政治秩序混乱或缺失时,民间各种原始的治理方式,如武力、胁迫、复仇、亲戚网、黑社会仲裁等形式就会重新流行起来,在一般情况下常会伴随战乱和经济停滞,在这方面,转轨中的俄罗斯就提供了一个很好的案例。俄罗斯的案例从反面说明,在特定的情况下,转型期的国家民间秩序维持往往需要一个相对稳定而坚硬的政治秩序外壳的保护。但是一个现实问题是,在经济转轨或大规模“变法”发生时,往往伴随着政治秩序和民间秩序的变动,在这种变动过程中如何保存社会资本存量,以维持民间的合作秩序,就会成为决定转轨时期国家治理绩效的关键因素。也就是说在国家给定的情况下,要想使国家在稳定前提下转轨,就必须注意政治秩序和民间秩序之间的互动与平衡。

法律经济学理论要想提高其理论解释力,就必须在秩序多元、法律多元的视角下,以多元比较制度分析的方法拓展其理论思维的空间。而要做到这一点,就必须在研究对象上首先摒弃主流范式那种仅仅将法律经济学理解为“以主流经济学的理性选择分析方法对法律进行经济分析”的狭隘视野,而代之以合作秩序的治理的比较制度分析视角,这将使法律经济学在理论品格上更具包容性,笔者且将这种研究范式称为法律经济学的“比较制度分析范式”或“比较法律经济学”<sup>⑥</sup>。



#### 四、转型、变法与发展:比较法律经济学的新机遇与新挑战

##### 1. 转型、“变法”与政治稳定性

法律改革与法律的长期自然演进有很大的不同。前者往往是在短期内涉及大规模的变迁,利益冲突也被集结在一个较短的时间段内,国家对政治秩序的维护就对法律变迁的稳定性和效率产生重要影响。由于在法律改革中政府、法律及公共政策与市场的演进成为一个互动的过程,法律经济学的单一市场本位模式就不能说明国家秩序治理结构转型中的复杂机制。这种复杂机制主要涉及:政府公共政策与法律之间的关系、法律与非正式规则之间的关系、公共政策与非正式规则的关系。它们最终可以归结为国家政治秩序和民间秩序之间的互动关系,转轨和改革时期的政治稳定性就是靠这种政治秩序和民间秩序的良好互动机制来维持。笔者曾以中国的法律改革与秩序治理结构转型为经验背景,构建了一个理论框架<sup>①</sup>,以弥补主流法律经济学对非正式规则、公共政策以及它们与法律之间的互动关系方面研究的不足。这种研究实际上也是在探索一种旨在将政治过程、经济过程、法律过程与非正式规则、传统文化结合起来研究的“比较制度分析范式”或法律经济学的“后制度主义综合范式”,当然这种努力也仅仅是初步的<sup>②</sup>。

##### 2. 法律与发展经济学

法律经济学要想在发展国家的法律改革和经济发展问题上获得解释力,就需要与发展经济学的有关原理相融合。在发展中国家,财产权的建立仍受到许多牵制,如变动不居的税率、操纵、腐败等。契约责任也没有得到很好的定义。法律实施或司法系统的腐败以及过度规制导致产权的不安全性从而导致高昂的交易成本。制度不稳定和不连续性也在影响着投资、储蓄和消费活动。这说明经济发展需要一个良好的法律和司法框架,这就需要从效率增进的角度考虑法律、司法改革,包括:法律移植、变法、司法改革、法律一体化等措施,这是法律经济学理论的新的生长点。

法律、司法在解决争端中的作用表现在:定义权利,裁决契约责任,拓展金融工具,保护环境等。在私有化经济转型国家,法律框架可在风险管理(可预期性)方面改进绩效。如果公共法律制度不健全而政治结构又不稳定,那么私人契约安排就会更有风险,从而影响私人投资决策。经济发展需要更大的市场和长期契约,这就需要清晰的法律结构,如何才能构建一个有效的法律框架和司法机制,将社会规范转换为法律,就成为法与发展经济学的主题。发展中国家法律的经济分析代表了一种这样的努力:法律变迁、规制和实施机制的变迁将如何导致效率和平等。也就是说,法律中的奖罚机制如何影响个体行为。这就意味着采用法律现实主义比较制度分析和微观经济分析在方法论上的融合。这样,通过人类行为的经验研究,将会加深关于变法如何增进更有

效率的社会秩序的认识。

就发展中国家的法律改革模式而言,“自下而上”的立法与变法模式由于符合人的有限理性假设和有关地方性知识的重要原理,它与社会规范更具有相容性。为减少交易成本,增进效率,这是一种比较容易实施的法律决策,政治家须注意在立法时不仅仅遵循市场规律,也要注意与非市场社会规范的协调,以便法律更贴近个人的行为习惯。变法还须注意法律与立法与特定政治结构的相容性,增加可接受性。法律改革、效率和平等之间的关系仍须进一步探讨。

## 五、结 语

作为一门新兴交叉学科,主流法律经济学在面临转型、变法之类以政治秩序和民间秩序大规模变动为基本特征的课题时,其单向度和封闭性思维显示出有些力不从心。这说明法律经济学者急需拓展既有的理论思维空间,发展新的理论范式,重新调整研究对象或引进新的分析工具,来重整主流法律经济学的封闭理论结构。笔者认为,未来的法律经济学理论应在国家或组织治理以及人类合作秩序拓展与维持方面有所建树,而不应仅限于将主流经济学的分析工具简单地引入法律分析,因为这种分析范式将势必使法律经济学这门学科由于其本身缺乏一种自主性理论建构而陷入危机之中。当然,对于国家或组织治理以及人类合作秩序拓展与维持来说,我们更需要一种进行比较制度分析并进而作出公共政策选择和法律决策的智慧。这种智慧除了要求对政治摩擦力(交易成本)有基本的洞察以外,还要对那些非正式约束如社会规范、人际关系网络中蕴涵的“关系”规则的“双刃剑效应”有一个清醒的认识,只有这样才能在比较组织和比较制度分析的基础上,更好地理解国家治理过程中深层制度结构的微妙变化。这其中所包含的法律经济学原理,正是本文所倡导的“法律经济学的比较制度分析范式”或“法律经济学的后制度主义综合范式”所要讨论的命题。相比较而言,主流的新古典主义“市场本位”和“普通法法院本位”的法律经济学分析范式由于其理论结构的封闭性、单一性以及缺乏多元比较的学术兼容性,而缺少应有的洞察力,这不能不说是一种遗憾。从这个意义上说,本文通过对主流法律经济学理论范式的反思,也将促使我们重新思考主流法律经济学在中国转型、变法与发展等问题的适用性,而这种反思本身实际上也是法律经济学思维空间拓展的过程。

\* 本研究为张建伟主持的国家社会科学基金项目“法与金融学理论的本土化研究”的阶段性成果。

注释:

①参见 Richard A. Epstein, Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, University of Chicago Law Review, Fall 1997:1167~1177。

- ②参见张建伟:《转型、变法与比较法律经济学》,北京大学出版社2004年版,第51~52页。
- ③关于法律经济学理论发展史的更详细论述,参见Boudewi和Gerrit De Geest主编:Encyclopedia of Law and Economics, <http://www.encyclo.findlaw.com>, 2005-05-01。本节参考了其中的相关论述。
- ④参见秦海:《法与经济学的起源和方法论》,载于吴敬琏主编的《比较》第5期,中信出版社2003年3月版。
- ⑤转引自张维迎:《产权、政府与信誉》,北京三联书店2001年版,第42~44页。
- ⑥⑦⑧参见张建伟:《转型、变法与比较法律经济学》,北京大学法学院博士后报告(2003)。

参考文献:

- [1] Basu, Kaushik. The role of norms and law in economics ;An essay on political economy [R]. Working Paper, Department of Economics, Cornell University, 2001.
- [2] Commons, John R. Law and economics[J]. Yale Law Journal, 1925, 34(2); 371~382.
- [3] Ellickson, Robert. Order without law: How neighbors settle disputes[M]. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1991.
- [4] 皮斯托, 许成刚. 不完备法律[A]. 吴敬琏. 比较(4)[C]. 北京: 中信出版社, 2002.
- [5] 汪丁丁. 经济发展与制度创新[M]. 上海: 上海人民出版社, 1995.
- [6] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 北京: 华夏出版社, 1987: 207.
- [7] 康芒斯. 制度经济学[M]. 北京: 商务印书馆, 1962: 72~73.
- [8] 埃格特森. 新制度经济学[M]. 北京: 商务印书馆, 1996: 58~59.

## From Mainstream Paradigm to Comparative Institutional Analysis Paradigm

——Rethinking the Mainstream Law and Economics

ZHANG Jian-wei

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200433, China)

**Abstract:** This article reveals the difficulties of mainstream of Law and Economics. Also, the author rethinks the theoretical defeats of the mainstream of Law and Economics, pointing out that it has been bogged into a crisis by more and more challenges. And then the author thinks that the future of Law and Economics is toward Comparative Institutional Analysis Paradigm, which studies the governance institution and cooperation order. Finally, the author puts forward the new challenges that the Paradigm of Comparative Institutional Analysis of Law and Economics is facing in its further development.

**Key words:** mainstream paradigm; Law and Economics; Comparative Institutional Analysis Paradigm (责任编辑 金 澜)