

# 罗纳德·科斯的法律经济学

——兼谈理查德·波斯纳与非其所愿的中国法律实用主义

柯 岚\*

---

**内容摘要:**1993年,理查德·波斯纳猛烈批判了罗纳德·科斯的方法论,他认为,科斯是“反理论的”或“敌视理论的”。科斯和波斯纳对理论有完全不同的理解。科斯指出,理论必须在足够的经验证据上归纳得出,并且只用于描述事实;波斯纳则对理论持实用主义的态度,他指出,理论只是工具,对工具的评价标准是它的效用。波斯纳把科斯的描述性交易成本理论转变为用于决策制定的规范性理论,这是对科斯理论的一种误用。

**关键词:**波斯纳 科斯 交易成本 财富最大化 反理论

---

1996年,罗纳德·科斯的《社会成本问题》高居美国法律刊物征引率的榜首。出人意料的是,科斯并没有因此而感到陶醉,反倒表现得有些困惑和无辜:“这是一篇经济学家为经济学家所写的论文,对法律学术有所贡献本来非我所愿。”<sup>[1]</sup>没有获得同行的足够认同,反倒是招来了外行的如潮好评,对一心要把经济学建设得同自然科学相近的科斯来说,实在有点无奈。如今科斯已经百岁高龄了,世间万象应该没有什么看不破的了,人到了这把年纪,多少能参透一点宇宙的奥秘,科斯不会再觉得无奈了,他应该满足于这样一个头衔:一个在法律学界获得了空前认同的经济学家。

科斯在法律学界的影响应当首先归功于理查德·波斯纳。众所周知,芝加哥学派的法律经济学就是借着科斯定理开创起来的。如果影响是用征引率和点击率有效说明的,无论科斯还是波斯纳,在中国的影响都将是他们收益最大的,因为在人数上,中国有他国无可匹敌的法律学术群体。自20世纪90年代以来,波斯纳在不断应对美国主流法理学激烈批判的同时,在中国异域却收获了意想不到的成功。不夸张地说,20世纪90年代以来的中国法理学,已经深深打上了法律实用主义的印记,法律经济学的研究也成为不折不扣的显学,很多省市的法学会都已经设立了法律经济学分会。

2012年暑期,芝加哥大学法学院开设了“法经济学”财产法与私法暑期训练营,这是设立于芝大法学院的“法经济学全球化项目”的第一期培训班,学员全部来自中国的学者和研究人员。然而同样出人意料的是,波斯纳亲临现场,表示了对在中国推广法律经济分析和法律实用主义的疑问,他向在座的中国学员提出了一个问题:“在中国是否存在能够容纳对法律进行经济分析的制度结构和法律

\*西北大学法学院教授,法学博士。

[1] R. H. Coase, *The Problem of Social Cost: the Citations*, 71 *Chi.-Kent L. Rev.* 809 (1996). 科斯在获得诺贝尔经济学奖的演讲中也表示了他对这种现象的不情愿,“在此,我不想就它[即《社会成本问题》一文]对法律文献的影响——这种影响一直很大——多说些什么,而想主要考虑一下它对经济学的影响,而这一直不很巨大,尽管我认为它的影响很快就会巨大。”R. H. Coase, “The Institutional Structure of Production”, in *Coase, Essays on Economics and Economists* 10 (1994), 转引自[美]理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第476页。

文化?”他认为在中国的“民主制度尚未健全”和“法治的观念尚属薄弱”的政治文化内,司法部门应避免“实用主义的风格”,而选择去保持“抽象和形式主义”。<sup>[2]</sup>波斯纳这番表白多少有些强势,他应该很清楚他在中国的影响。然而从阐释学的悲悯原则去看,笔者宁愿相信这不是波斯纳作为强势话语者的恃强凌弱和文化歧视,而是说出了他作为一个美国法官的真实看法。如果中国需要更多的谨守规则和法律形式主义,不是在中国学者的呼声下得到反响,<sup>[3]</sup>反倒是因为一个鼓吹法律实用主义的美国学者的提醒而被瞩目,这又是何等的令人困惑和反讽。

法律经济学早已超越了波斯纳的时代,波斯纳可能并不具有足够的话语威力来让他这样教导中国的法律经济学群体。但不能否认的是,在中国法学的一般读者看来,法律经济学很大程度上仍是由波斯纳代表的,也是从波斯纳开始的。波斯纳也应该满足于这样一个头衔:一个在不需要法律经济学的国家获得了空前成功的法律经济学家,或者:一个在不需要法律实用主义的国家获得了空前成功的法律实用主义者。话说回来,即便波斯纳在中国问题上是对的,那也并不代表他所提倡的法律经济学和法律实用主义就对美国真的适用。回顾一下20世纪90年代波斯纳同科斯的论争,对于更多了解法律经济学和波斯纳对实用主义的推动,或许不无裨益。

## 一、波斯纳与科斯之争的缘起

自成名作《法律的经济分析》一书1973年出版以来,波斯纳运用科斯定理来解释所有法律现象的热情与日俱增,已经远远超过了科斯的理论初衷,法哲学家们怀疑他误用了新制度经济学的概念和原理。20世纪90年代以来,波斯纳对于来自法哲学界的摧毁性批评都没能作出站得住脚的解释,法律经济学家们在上世纪90年代末也开始表明立场,要避免波斯纳版法律经济学在方法论上的弱点,建构“后芝加哥”法律经济学。<sup>[4]</sup>波斯纳在法学领域遭遇的方法论指责,迫使他必须从经济学方法论中寻找支持,而科斯在方法论上一一直持一种谨慎怀疑的态度,这对他的理论是极端不利的。

由于遭受了主流法律学者的猛烈批评,波斯纳意识到自己理论体系中的瑕疵是因为科斯没有给他提供足够的论据。1993年波斯纳先后在经济权威期刊上发表了两篇论文,分别题为《新制度经济学遇上了法律经济学》、《罗纳德·科斯与方法论》,对科斯发起了激烈批评。波斯纳首先表示,科斯的 two 两篇论文《企业的性质》、《社会成本问题》是其最大的理论贡献,尤其对法律经济学贡献巨大。“从1976—1990年间,根据《社会科学引证索引》,引证科斯的全部文献中,超过1/3的引证是出自法律杂志而不是出自经济学杂志,而这种比例还在增加,在1986—1990年间,这一比例达到了40%。”<sup>[5]</sup>可是科斯却一直很不情愿这样,波斯纳表示对此非常困惑不解。他指责科斯在方法论上“拒绝抽象”、“反理论”、“敌视理论”,“理解科斯的方法论立场,特别是要理解他对形式化理论的敌视,我认为关键在于科斯的英人气质”,“他的文字中有自觉的朴实、温和、重视常识并拒绝高深理论”。<sup>[6]</sup>言外之意,英国人一向不如我们美国人大刀阔斧,敢说敢干,就会玩些小打小闹的机智狡黠,“对理论表示怀疑是贯穿英国总体思想的一根明亮主线”。<sup>[7]</sup>

[2] 参见田雷:《波斯纳反对波斯纳——为什么从来没有学术的自由市场这回事》,《北大法律评论》第14卷第1辑。2006年波斯纳在同访美中国法官会谈时表达了与此相似的观点:中国更需要形式主义的法治,而不是实用主义。所以波斯纳并不是第一次中国法学抛出这样的观点了,只是以前没有在面对大批中国法律经济学学者的场合表达,影响不像这次这么强烈。

[3] 参见徐爱国:《为法治而斗争》,载北大法律信息网[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=19835](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=19835),2012年5月20日;郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》,《中国检察官》2006年第1期;柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,《法律科学》2007年第2期。

[4] See Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford. 396—407 (1997).

[5] 前引[1],波斯纳书,第476页。

[6] 前引[1],波斯纳书,第476—477,478页,部分译文略作调整。

[7] 前引[1],波斯纳书,第478页。

科斯答复得非常简短,但也显然有些动气。波斯纳的意思很清楚,你那定理还不够大,我需要更大的定理,为什么你就不能把它弄得更大一点呢?在治学严谨的科斯看来这简直是无理取闹,他认为波斯纳根本没有搞明白他的理论,结尾时他说道:“在研讨会上我表示了震惊,因为波斯纳写了一些东西讨论我的观点,却不屑于问问我这些观点到底是什么,我引用了《凯隆的钱包》中的一句话:‘如果你花费时间在下等茶馆里寻找神圣的皇帝,这表明你的动机就不真诚。’后来我做了结论,也许这样说对波斯纳有些不公平,用弗兰克·赖特(Frank Knight)的话来说,波斯纳的问题并不在于他不知道什么,而在于他知道的那些并不是他想的那样。”<sup>[8]</sup>

看来波斯纳说话一向不想让任何人舒服,现在看看他对中国人的态度,应该可以推论这不是种族歧视,因为对待学识上给他引过路的英国人科斯他一样不客气:“经济学中的数学和统计学运动,主要是美国人的(或至少主要是非英国人的)经济学,科斯都完全掠过,事实上是他嘲弄的对象。”<sup>[9]</sup>他认为不是只有科斯的理论在帮助建立法律经济学,他需要对科斯定理更普适化的运用,就像数学定理那样,而在《法律的经济分析》中,他就是这样做的。

## 二、科斯的谨慎与科斯定理

科斯并没有回避问题,他明确表示他“确实不喜欢抽象”。<sup>[10]</sup>科斯在理论路径上遵循了由亚当·斯密创立的英国常识经验主义经济学传统,<sup>[11]</sup>重视归纳与在已知范围内的描述,这是自然科学通常使用的方法,科斯一直希望把理论经济学建设成同自然科学类似的学科,<sup>[12]</sup>而自然科学是会随着新例证的出现不断证伪的,这是经验主义科学精神的立足点。

科斯在1960年发表的论文《社会成本问题》,主要是为了批判庇古福利经济学理论中关于对他人产生有害影响的工商业企业行为的观点。庇古认为,工商业企业应赔偿污染等有害行为的损失,将自己的生产活动导致的负外部性内化,计入自己的生产成本。而科斯通过对英国法院一系列案例的分析,证明庇古的结论是错误的。从一个法律人的角度去看,科斯这篇论文的最重要贡献就是提出了两个经济学家看待法律问题的独特视角:首先,在类似污染、噪声这类工商业致害的案件中,损害行为是相互的,为了避免对受污染者的损害将会使企业遭受损害,“关键在于避免较严重的损害”。<sup>[13]</sup>以“斯特奇斯诉布里奇曼”案为例,某糖果制造商在生产中多年来一直使用两个研钵和杵,后来某医生迁居临近房屋内,在头八年,糖果制造商使用的机器并没有对医生造成损害,但此后医生在花园尽头紧挨制造商炉灶处造了一间诊所,他发现糖果制造商的机器发出的噪声和震动使他难以使用他的新诊所,噪声妨碍他用听诊器检查病人的肺部疾病,他还发现在此不能进行任何需要思考和集中精力的工作,便提出诉讼要求糖果商停止使用机器。在这个案例中,如果医生不在该处兴建诊所,糖果制造商本来不会对任何人造成损害,但有了这间诊所以后,他固然给医生造成了损害,但医生不让他使用机器也对他的生产造成了损害。其次,法律制度对这类纠纷的解决不是终局的,当事人双方为了实现自己的利益最大化,可能继续讨价还价,通过交易来改变双方的权利义务配置,换言之,诉讼以后市场对于诉讼结果存在回馈机制。仍以上面的案例为例,如果法院支持了医生的请求,但制造商为了维持自己的生产,会同医生讨价还价,支付给医生一笔钱,且其数目大于医生将诊所迁至成本较高或较不方便的

[8] Ronald H. Coase, Coase on Posner on Coase, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) 149/1 (1993), 98.

[9] 前引[1], 波斯纳书, 第477—478页。

[10] 前引[1], 科斯文, 第97页。

[11] 参见[美]迪尔德丽·N·麦克洛斯基:《好的老科斯定理和好的老芝加哥学派——对泽布和米德玛的一个评论》,载[美]斯蒂文·C·米德玛编:《科斯经济学——法与经济学和新制度经济学》,罗君丽等译,上海三联书店2007年版,第230—241页。

[12] 参见前引[1], 科斯文, 第96页。

[13] [英]罗纳德·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,上海三联书店1994年版,第142页。

段所带来的损失,医生也许愿意放弃自己的权利,允许制造商的机器继续运转。如果制造商胜诉,情况就会反过来,医生会同制造商讨价还价,付钱给制造商以促使他不继续使用机器。科斯通过一系列案例分析表明:“问题的关键在于衡量消除有害效果的收益与允许这些效果继续下去的收益。”<sup>[14]</sup>

在这篇论文中,科斯并没有提出文字版的科斯定理,只是提出了大致的理论设想:“如果定价制度的运行毫无成本,最终的结果(产值最大化)是不受法律状况影响的。”<sup>[15]</sup>科斯定理是后来斯蒂格勒替他总结出来的,科斯定理源于《社会成本问题》中的一系列案例,科斯本人一直非常谨慎地拒绝将其中的论点予以普适性应用。他在这篇论文中十分谨慎地拒绝作出普适性结论,他提出,每一个案例分析和每一个假设数学模型都谨慎地设想其中参数变更后的不同可能性。科斯的谨慎还表现在他没有明确给出对于科斯定理至为关键的交易成本的概念,只是列举了交易成本可能包括的因素。“为了进行市场交易,有必要发现谁希望进行交易,有必要告诉人们交易的愿望和方式,以及通过讨价还价的谈判缔结契约,督促契约条款的严格履行,等等。这些工作常常是花费成本的。”<sup>[16]</sup>后来在解释交易成本概念中出现的模糊不明,说明科斯的谨慎不是没有道理的,在具体情境下交易成本是一个极具解释力的概念,但是一个非情境化的抽象的交易成本概念,却几乎是空洞无物的。大部分经济学家倾向于将交易成本定义为“生产以外的成本”,又把生产定义为“人对自然的活动”,把交易定义为“人与人之间的活动”。<sup>[17]</sup>问题在于怎样理解生产,如果生产只意味着“人对自然的活动”,那就是把生产理解为一种鲁宾逊经济,获取信息的费用就应属于交易成本。但是现代经济显然不是鲁宾逊式的,在现代经济中获取信息很多时候本身就是一种生产活动(信息的生产)。把交易成本理解为“生产以外的成本”或“市场运行的成本”都不能解决其中的模糊之处,这样一来交易成本的外延就太广泛了,它就要包括无数的因素,尤其不能忽略作为制度运行起点的立法成本。确切地解释经济学家们替科斯定义的“交易成本”,实际上它是指“生产以外所有造成资源配置无效率的费用”。<sup>[18]</sup>这几乎就是一个同义反复的概念,它也会使科斯定理成为同义反复,这样一来“科斯定理”就变成了:(1)如果生产以外不存在造成无效率的费用,无论最初权利怎样界定,都可通过市场交易达到资源的最有效率的配置;(2)如果生产以外存在造成无效率的费用,某些权利界定就会造成资源配置的无效率。

科斯在方法论上的这种谨慎怀疑态度恰恰是增强他的理论力量的最重要的因素,这说明他对于经济学方法论局限性的一种深刻体察。经济学是以理性人作为前提的,而人们在现实生活中往往非理性地行为,这也正是科斯在他的论文中从不忘使用“可能”、“也许”这些词的原因。还以前面的糖果制造商为例,如果法院支持了医生的请求,制造商为了维持自己的生产,会同医生讨价还价,支付给医生一笔钱,且其数目大于医生将诊所迁至成本较高或较不方便的地段所带来的损失,医生也许愿意放弃自己的权利,允许制造商的机器继续运转。但医生也可能是一个随遇而安怕麻烦的人,他根本就不希罕得到这笔钱,反正就是懒得再搬一次家。经济学还是依赖于数学运算的,因此要把所有参数都视为可用货币度量的或是可以单位化的,而现实生活中无数的因素都是不可用货币度量或不可单位化的。经济学是追求效率或“产值最大化”的,而效率本身是一个短视的概念,如果完全不考虑分配正义,一时的有效率可能转变为长远的无效率。科斯论文的本意是要提出一个描述性的理论,试图说明经济学家看待法律问题的不同视角,而不是要提出一个规范性的理论来设计法律秩序,<sup>[19]</sup>因为

[14]前引[13],科斯书,第171页。

[15]同上书,第149页。

[16]同上书,第157页。

[17]同上书,译者的话,第4页。

[18]Pierre Schlag, An Appreciative Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View From the Left. 1986 Wis. L. Rev., n38.

[19]经济学家麦克洛斯基对科斯本意的被误用作了非常准确的解释:“科斯强调交易成本,实际是说:‘因为交易成本比较高,资源的初始配置状态很重要’。庇古税不会带来真正的解决方案,除非特别碰巧。承认并直面生活事实:‘交易成本很高。’(这等于说次优有时是可行的。)奇怪的是,经济学家们却认为他是在说:‘没事,交易成本很低。’(这等于说最优是适用的。)”……科斯一直都在说,有关公共政策的提议都包括一些心照不宣的东西,这些东西事实上经济学家是无法理解的。”参见前引[11],米德玛书,第234页。译文略作调整。

经济学家关心的只是产值的最大化问题,而这显然不是法学家主要关心的问题。科斯还明确表示,经济分析不是解决社会制度安排的唯一考虑,“福利经济学的问题最终必然归结为美学和伦理学问题”。〔20〕

### 三、波斯纳对科斯定理的误用

波斯纳之所以指责科斯“反理论”,关键在于他对理论有同科斯完全不一样的理解。科斯对理论一直持一种非工具主义的态度,“一种理论并不同于一个定期航线或巴士的运行时间表。我们不止关心它的预测的准确性,一种理论也可作为一个思考的基础,它有助于我们理解到底发生了什么”。〔21〕正是因为他对理论的这种理解,科斯在《社会成本问题》中才没有试图提出一个关于交易成本的一般性理论,因为他还没有形成一个可以帮助人们理解“到底发生了什么”的关于交易成本的一般性理论,而后来其他经济学家将这种理论一般化的努力也都没有成功。波斯纳法官对理论则持一种完全工具主义和实用主义的态度,“一个理论模式可能是一个有用的发现的工具,即便它是不真实的,就像托勒密的天文学理论是一个有用的航海工具一样,……即便它的基础前提是虚假的。……我们应对理论持实用主义的态度,它是一个工具,而不是对终极真理的窥透,而对一个工具的评价标准是它的效用”。〔22〕基于这种不同的理解,波斯纳指责科斯没有提出关于交易成本的一般性理论,因为波斯纳牌号的法律经济学在法哲学界遭遇的最多指责之一,就是其中对“交易成本”的教条化使用,其中交易成本被视为一个绝对不容置疑的、无需精确界定的非情境化的概念。但如果不对这个概念作精细的界定,不视具体情境说明到底交易成本包括哪些费用,很多法律经济学的理论公式都会成为空中楼阁,这成了波斯纳版法律经济学最致命的方法论弱点。〔23〕也正是基于这种对理论的完全不同的理解,波斯纳在《法律的经济分析》中把科斯的谨慎的、非普适化的描述性理论转变成了一种教条化的、完全普适性的规范性理论,这是对科斯理论的奇迹般的运用,是一种奇特的理论炼金术。而这种转变实质是对科斯理论的误用,甚至完全违反了科斯的理论初衷。〔24〕

按照波斯纳的理解,即便经济学家们替科斯总结的科斯定理是错误的,即便交易成本作为一个非情境化的抽象概念是同义反复的或无意义的,它们也可以成为有用的工具。那什么是他理解的效用呢?波斯纳版法律经济学作为一种规范性理论,其规范性目标就是要追求法律制度的效率,实现社会的“财富最大化”。其理论基本以交易成本和理性人为前提,再辅以个人的自发性和支付能力前提,并认为“社会的财富就是由货币支撑的(也就是在市场上注了册登了记的)诸多(这是在财富最大化体系中唯一有道德分量的偏好)偏好的总体满足”,〔25〕一个人愿意为一项权利支付的总数(假定他的财富已被某种资源分配限定),就是对资源多大程度上有利于他的决定性的证明,“那些愿意为一项权利支付最多的人被认为是对该权利估价最高的,这项权利因而将带给他们比任何其他其他人更多的效用。因此,权利应当赋予那些愿意为其支付更多的人”,〔26〕“如果从一开始就把权利分配给最珍视它的使用者,那么就可以避免纠正性交易的费用”。〔27〕就是顺着这种“谁出钱最多就给谁权利”的简单逻辑

〔20〕参见前引〔13〕,科斯书,第189页。

〔21〕〔22〕Uskali Maki, *Against Posner against Coase Against Theory*, Cambridge Journal of economics, P592 (1998).

〔23〕See Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, Bookreview on Laura Kalman, *Legal Realism at Yale 1927—1960*. 76 Calif. L. Rev., 524 (1988).

〔24〕参见前引〔18〕,Pierre Schlag文,第937—938,944页。

〔25〕[美]理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第61页。

〔26〕参见前引〔23〕,Joseph William Singer文,第514页。

〔27〕参见前引〔25〕,波斯纳书,第72页。