

回到“定分”经济学：法律经济学 对科斯定理的误读与澄清

艾佳慧*

目次

引言	(三) 科斯与波斯纳就法律的初始权利 界定问题存有分歧
一、理解科斯定理：一种“经济的法律分析”	四、对科斯定理的其他误读
二、波斯纳理解的科斯定理：一种“法律的经济分析”	(一) 纠缠于第一定理的无谓争论
三、科斯定理的波斯纳版本：一种新庇古主义	(二) 财产法中的“事前研究”还是“事后研究”？
(一) 科斯与波斯纳存在理论分歧	(三) 科斯定理忽略界权成本吗？
(二) 波斯纳的推论不符合科斯的理论观点	五、回到“定分”经济学(代结语)

摘要 科斯定理面世至今,不管是在经济学界还是法学界,均存在对该定理的诸多理论误读。从科斯一以贯之的理论逻辑出发,基于一般化的交易成本概念和比较制度分析进路,科斯定理的重点是科斯第二定理(或科斯定律),即一种“经济的法律分析”。但基于新古典经济学的最优化思维,波斯纳错将科斯第一定理视作科斯定理的核心和重点,不仅将该定理内在的财富最大化视为法律(包括立法和司法)的应然目标,也将最优化模型视为法学研究的基本方法。这是一种将法律视为新古典经济学最优理论之新殖民地的“法律的经济分析”。该理论不仅与科斯经济学背道而驰,还导致了国内法学界在科斯定理上的误判和误用。基于此,我们应该回归科斯所提倡的一种基于比较制度分析的定分经济学。

关键词 科斯定理 法律界权 比较制度分析 最优化模型

* 南京大学法学院副教授、法学博士。笔者在中国台湾地区“中央研究院”法律学研究所访学期间,本文曾作为访学期间的研修论文提交每周一次的例会进行讨论,感谢与会诸位师友给本文初稿提供的建设性意见,也感谢匿名外审专家给出的修改意见,这些建议使本文改进了许多。但一如既往,文章中的一切错误和疏漏仍然是文责自负。

两利相权从其重，两害相权取其轻。

——谚语

在我年轻时，听说，傻得难以启齿的话可以唱。在现代经济学中，这样的话可以放在数学之中。

——罗纳德·H.科斯〔1〕

引 言

毋庸置疑，凭一己之力开创了经济学两大二级学科（即企业理论和新制度经济学）和一门交叉学科（即法律经济学）的罗纳德·H.科斯绝对是20世纪最伟大的经济学家。虽然在世人眼中，他一生的学术成就仅仅两篇文章（即1937年的《企业的性质》和1960年的《社会成本问题》），但科斯却坚信，这些文章中的思想一旦被吸收到主流经济学的分析中，就会“给经济学理论的结构，至少被称为价格理论或微观经济学的东西，带来一个完全的变化”。〔2〕终其一生，科斯都希望经济学界抛弃那种不切实际的、建立在零交易成本假设上的理性选择研究，而采用正交易成本视角的比较制度分析逻辑，去检验企业、市场、政府和法律在经济体系运行中所发挥的作用。但令他失望的是，该极具颠覆性的理论观点并没有获得经济学界的普遍赞成，在很大程度上也未被真正理解。〔3〕

更遗憾的是，不止经济学界，即使是在视科斯为学科之父的法律经济学界，科斯的思想也同样未得到正确、完整的理解。比如，提炼了“科斯定理”的《社会成本问题》一文，虽是美国法学论文引用最多的文章，〔4〕但作为法律经济学基础理论的科斯定理，其精髓和深意却一直未被法律经济学界（无论中外）准确认知和有效应用。举其要者，以波斯纳和库特为首的主流法律经济学界秉持一种“事前研究”的方法论，将零交易成本的“科斯第一定理”中所隐含的完全竞争市场和帕累托效率视为立法和司法的追求目标，一旦交易成本大于零，他们认为法律的功能或是尽量降低交易成本以便利交易，或是将权利配置给出价最高的使用者以模拟市场的资源分配。〔5〕具体而言，在交易成本大于零的现实世界，以帕累托效率为标准，法律应努力实现“卡尔多-希克斯效率”，即对于事前存在高交易成本导致签约不能的各种侵权事故，法律应内化外部成本以实现最优预防和社会成本最小化；对于事后无法和解而导致的高交易成本，法律就应将权利赋予最珍视它们的人。〔6〕用波斯纳的话来说，就是“法律的许

〔1〕 参见[美] 罗纳德·H.科斯：《企业、市场与法律》，盛洪、陈郁译校，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版，第179页。

〔2〕 See Ronald H. Coase, “The Institutional Structure of Production”, 82 *The American Economic Review* 3 (1992).

〔3〕 见前注〔1〕，[美] 罗纳德·H.科斯书，第1~4页。

〔4〕 See Fred R. Shapiro & Michelle Pearse, “The Most-Cited Law Review Articles of All Time”, 110 *Michigan Law Review* 1483 (2012).

〔5〕 参见[美] 理查德·A.波斯纳：《法律理论的前沿》，武欣、凌斌译，中国政法大学出版社2003年版，第6页；[美] 罗伯特·库特、托马斯·尤伦：《法和经济学》（第五版），史晋川、董雪兵等译，史晋川审校，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2010年版，第84~85页。

〔6〕 这些思想散落在波斯纳法官和库特教授的诸多论文和专著中，包括但不限于 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1992), pp. 51 - 52; Robert Cooter, “The Cost of Coase”, 11 *Journal of Legal Studies* 1 - 29 (1982); Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (London: Pearson Education, 2008); 见前注〔5〕，[美] 理查德·A.波斯纳书；[美] 理查德·A.波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版；[美] 威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳：《侵权法经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版。

多原则、程序和制度都可以很有用地堪称是为了回应交易成本问题,或者是为了减少交易成本,或者是,当交易成本具有无法校正的禁止作用时,使资源配置就像交易成本为零时应出现的那种情况。法律努力使市场运作起来,并在市场失败时,努力模仿市场”。〔7〕或者更极端一点地说,法律不过是实现经济最优化的方法和工具而已。〔8〕

在法律经济学界,虽然科斯和波斯纳是当仁不让的两大学术奠基人,但两人的学术旨趣和方法进路却大相径庭。〔9〕一方面,由于科斯始终将经济学作为其关注的核心内容,他并不关心其理论在法律领域如何被理解和应用,以至于波斯纳发出“他对自己做出如此多的贡献而培育起来的这一运动缺乏兴趣,这格外使人困惑不解”的感叹。〔10〕另一方面,波斯纳和库特(特别是前者)在法律经济学领域笔耕不辍,尤其是他们分别撰写了影响力巨大的法律经济学教材,〔11〕使得他们对科斯定理的理解和应用成为当今主流的理论观点。换句话说,波斯纳和库特对“科斯定理”的理解和应用,在多大程度上符合了科斯本人的理论逻辑,是一个未能证实的问题。这又进一步加剧了学界对科斯定理的理解分歧。

鉴于上述情况,本文重点梳理并论证的问题有:其一,基于一般化的交易成本概念,应当如何理解镶嵌在科斯一以贯之的理论逻辑中的“科斯定理”?其二,以波斯纳和库特为首的主流法律经济学对科斯定理的理解和应用是否准确?如果不准确,其误读的理论根源何在?其三,除了波斯纳,学界对科斯定理的误读还有哪几类,又该如何澄清?

一、理解科斯定理:一种“经济的法律分析”

要准确理解科斯定理,就必须回到科斯一以贯之的理论逻辑和思想脉络。众所周知,“交易成本”是科斯经济学的基础概念。在经济学发展史上,以科斯为先驱的新制度经济学之所以能够在经济学领域掀起一场范式革命,关键在于“交易成本”这一初始概念的提出及其一般化。早在1937年发表的《企业的性质》一文中,年轻的科斯就发现,现实世界中的企业并不是经济学教科书中呈现的那种冷冰冰的、没有任何制度特征的“投入—产出函数”,而是鲜活的人与人之间达成的、为节约市场交易成本而构建的合约结构。〔12〕不沉迷于想象的完美世界,而是将目光投向真实的现实世界,科斯发现,市场交易不是毫无成本的,而正是在市场交易成本过高之处,作为替代性资源配置方式的企业得以出现。更重要的是,市场交易有成本,企业的运营也并非毫无代价。因此,企业家需要考量市场交易成本和企业管理成本二者孰高孰低,一个最优的企业规模即被决定在企业内交易的边际成本(即边际管理成本)和市场交易的边际成本相等之处。在这篇文章中,科斯已经不自觉地迈出了“交易成本”概念一般化的工作,也即令“交易成本”既指代“市场交易成本”,也指代“企业内部交易的成本”。

〔7〕 [美] 理查德·A.波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社1999年版,第476页。

〔8〕 这句挑战法律人神经的话是波斯纳亲口所言。见前注〔7〕,[美] 理查德·A.波斯纳书,第485页。

〔9〕 参见艾佳慧:《科斯与波斯纳:道不同,不相与为谋?》,载苏力主编:《法律和社会科学》第12卷,法律出版社2012年版。

〔10〕 见前注〔7〕,[美] 理查德·A.波斯纳书,第476页。

〔11〕 See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1972); Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (1st edn, London: Pearson Education, 2008).这两本法律经济学教材如今已分别出到了第7版和第10版(中文版已分别有了第6版和第7版),且翻译成多国文字,影响深远。

〔12〕 Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, 4 *Economica* 386-405 (1937).

作为一名典型的“刺猬”型学者，专注于交易成本思考的科斯，在三十年后发表的另一篇重要论文（也即法律经济学理论的基础性文献《社会成本问题》）中继续沿袭其交易成本思想，探讨现实世界法律的关键性作用。在这篇文章中，科斯旗帜鲜明地批判因社会成本和私人成本不一致而欢迎政府管制的庇古福利经济学，并基于不同制度安排自有交易成本的比较制度分析思路，讨论了现代社会无所不在的权利冲突或者交互负外部性的制度解决之道。更进一步，在一般化的交易成本概念基础上，科斯指出了法律在初始权利界定和司法重新确权方面对资源配置、市场绩效和收入分配的深远影响。正是基于这篇文章中的原创性思想，以科斯为首的新制度经济学家们在后续的理论发展中将“交易成本”的概念逐渐扩展到：（1）确权成本，既包括法律确权的实际成本（即度量 and 界定的成本），也包括法律确权的机会成本（即权利界定或规则选择上的机会成本），这是一个无可避免的最高代价；（2）市场交易成本，包括发现交易对象和交易价格的成本、讨价还价的成本、订立交易合约的成本和执行交易的成本；（3）企业内的交易成本，包括企业管理成本、代理成本和经理人寻租成本等；（4）法律实施成本（或保障产权的成本），包括司法运行成本、监督侵权违约行为并对之制裁的成本、维护交易安全和秩序的成本等；（5）政府管制成本，包括政府运行成本、行政法规的制定成本、官员寻租成本等。一言以蔽之，一般化的交易成本就是“经济制度的运行成本”（阿罗语），或者威廉姆森所言的“物理学中无处不在的摩擦力”。

有了这种可以进行比较和权衡考量的一般化的交易成本概念，我们才能理解，在初始权利的界定方面，正是洞察到需要比较两个不同层次的制度机会成本——首先要比较法律确权和其他方式（比如武力）确权的制度成本，然后再比较法律的不同初始确权方案背后各自不同的机会成本。因此科斯才会指出，“合法权利的初始界定会对经济制度运行的效率产生影响。权利的一种安排会比其他安排产生更多的产值。但除非这是法律制度确认的权利的排列，否则通过转移和合并权利达到同样后果的市场费用如此之高，以至于最优的权利排列以及由此带来的更高的产值也许永远也不会实现”。^{〔13〕} 对于现代社会无所不在的权利冲突和“有害效应”，科斯的观点是：（1）“问题在于如何选择合适的社会安排来解决有害的效应。所有解决的办法都需要一定成本，而且没有理由认为由于市场和企业不能很好地解决问题，因此政府管制就是必要的。必须通过对以不同的方式解决问题的实际结果进行深入的研究才能得出结论”。^{〔14〕}（2）当市场、企业、政府等其他社会安排也无法解决权利冲突之际，司法重新确权的作用因此凸显，也即“当市场交易成本是如此之高以至于难以改变法律已确定的权利排列时，情况就完全不同了，此时，法院直接影响着经济行为。因此，看来法院得了解其判决的经济后果，并在判决时考虑这些后果，只要这不会给法律本身带来过多的不确定性。甚至当有可能通过市场交易改变权利的法律界定时，显然也最好减少对这种交易的需求，从而减少进行这种交易的资源耗费”。^{〔15〕} 在科斯看来，“只有得大于失的行为才是人们所追求的”，在法律确权和司法重新确权之际，甚至在选择解决外部效应和权利冲突的各种制度安排之际，必须考虑不同确权方案和各种社会安排的操作成本。“在设计 and 选择设计安排时，我们应考虑总的效果”，这就是科斯提倡的研究方法的改变，一种基于交易成本的、比较的、替代的和总体的理论进路。^{〔16〕}

如对科斯定理有一定了解，就会发现，上述对法律初始确权和司法重新确权的表述正是学界

〔13〕 See Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics* 16 (1960).

〔14〕 See Ronald H. Coase, *supra* note 〔13〕, at 18 - 19.

〔15〕 See Ronald H. Coase, *supra* note 〔13〕, at 19.

〔16〕 See Ronald H. Coase, *supra* note 〔13〕, at 44.

概括的正交易成本处的“科斯第二定理”。^{〔17〕} 在科斯的理论框架中,交易成本是一个核心概念,因为如果没有交易成本,企业就没有存在的经济基础;如果没有交易成本,法律就无关紧要。^{〔18〕} 因此,建立在想象中的、既无企业也无法律,甚至瞬间即是永恒的零交易成本世界上的“科斯第一定理”并不是科斯经济学的重点。^{〔19〕} 科斯明确表示,之所以在文中考察在交易成本为零的世界中会发生什么,不是为了描述在这样世界中的生活,而是旨在为分析正交易成本的现实世界提供一个分析起点和简易装置。^{〔20〕} 他更是指出,“零交易费用的世界已被说成是科斯世界。真理多走一步往往变成谬误。科斯世界正是我竭力说服经济学家离开的现代经济学理论的世界”。不同于忽略法律的关键性作用并将企业和市场视为既定的现代经济学(或新古典经济学),科斯第二定理的关键是将法律这一外生变量转化成了经济发展的内生变量,并提醒经济学家要重点考察法律界权和司法重新界权对经济体系运行效率的基础性影响。

概言之,关注现实世界科斯经济学的本质其实是一种“经济的法律分析”,即一种致力于促进经济增长和市场发展(或者社会产值最大化)的、强调不同的法律界权方案(既指代立法的初始界权,也指代司法的重新界权)会导致完全不同的经济效果,需要在比较制度分析的基础上择优选择的法律界权理论。

二、波斯纳理解的科斯定理： 一种“法律的经济分析”

与科斯基于交易成本的比较制度分析进路相比,波斯纳学习并应用于法律研究的经济学是一种能实现帕累托效率和财富最大化的最优化理论。因此,波斯纳的法律经济学,其理论基础无疑是新古典经济学的价格理论,^{〔21〕}对其研究方向和研究方法有重大影响的经济学家是将人类的一切活动都纳入最优化理论模型的加里·贝克尔。^{〔22〕} 波斯纳不仅完全同意贝克尔对经济学科的定义,即认同“经济学之所以有别于其他社会科学而成为一门学科,关键所在不是它的研究对象,而是它的分析方法”,^{〔23〕}更将价格理论中的最优化理论模型全面应用于包括财产法、侵权法、合同法、家庭法、刑法和程序法在内的一切法律领域,给当时的美国法学界来了一次革命。^{〔24〕} 与科斯

〔17〕 由于“定理”是能用数学方式证明的条件句,因此科斯的上述理论表述完全不能称为“定理”。将这种基于真实世界的经验归纳和理论总结称之为“科斯定律”可能更合适。但因循法学界的惯例,本文仍称这一实质上的科斯定律为“科斯第二定理”。对科斯定律的深入探讨,参见艾佳慧:《科斯定理还是波斯纳定理:法律经济学基础理论的混乱与澄清》,载《法制与社会发展》2019年第1期,第124~143页。

〔18〕 见前注〔1〕,[美] 罗纳德·H. 科斯书,第14页。

〔19〕 原始版的科斯第一定理:“有必要知道损害方是否对引起的损失负责,因为没有这种权利的初始界定,就不存在权利转让和重新组合的市场交易。但是,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。”See Ronald H. Coase, *supra* note〔13〕, at 8. 中文版见前注〔1〕,[美] 罗纳德·H. 科斯书,第104页。

〔20〕 见前注〔1〕,[美] 罗纳德·H. 科斯书,第13页。

〔21〕 证据是,在《法律的经济分析》第一版“序言”中,波斯纳法官明确指出“本书是对两本优秀又难读的价格理论教科书的介绍”。参见[美] 理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,林毅夫校,中国大百科全书出版社1997版,第1页。

〔22〕 相关具体分析参见[美] 加里·S. 贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,上海三联书店、上海人民出版社1995年版。

〔23〕 见前注〔22〕,[美] 加里·S. 贝克尔书,第7页。

〔24〕 See Richard A. Posner, *supra* note〔11〕.

基于比较制度考察的“经济的法律分析”相比，波斯纳的法律经济学是一种运用新古典经济学价格理论的最优化模型来全面“殖民”法律学科的“法律的经济分析”。

不同于经济学家出身的科斯，波斯纳是一个哈佛法学院毕业的纯正法律人。可能正因为英美法的判例教学和研究方法（以兰德尔主义为代表）既复杂多变又混乱无序，不满于传统法学研究方法的波斯纳才会选择“皈依”这种以简洁和优雅著称的经济学最优模型。在波斯纳看来，“数学可以为理论提供精确性，可以暴露前后矛盾，可以生成假说，可以使表述更为简洁甚至使之更容易理解，并可以将复杂的互动加以分类”。^[25] 而新古典经济学的最优化理论正是这种建立在基本假设基础上的数理推导。可能也正因折服于最优化理论精准的数学思维，波斯纳才在该理论的长期“熏陶”下养成了一种法律应促进资源优化配置的最优化思路。以此为切入点，我们或许就能理解为什么在其涉及科斯定理的理解及其应用的相关著述中，波斯纳会完全无视科斯重点考察的科斯第二定理（也即科斯定律），反而全盘接受科斯并不重视、仅仅将其视为分析起点的科斯第一定理，更进一步以此为基础推导出高交易成本的相关论断。

科斯第一定理指出，在零交易成本的完全竞争世界，法律无论怎样界权，随后的无成本交易总会实现外部成本内化和社会财富最大化，这是一种能同时实现个体最优和社会最优的帕累托效率。因此，在波斯纳法官看来，第一，财富最大化伦理就是一种隐含于价格理论中的伦理。^[26] 按照他阐述的这种经济学理论，普通法法官创造的法律展示了一种令人赞叹的实质一贯性，就好像是法官都希望采用一些会使社会财富最大化的规则、程序和案件结果。^[27] 第二，法律应首先追求帕累托效率，但在帕累托效率很难适用于现实世界之时，法官就不得不使用一种潜在的帕累托改进：即赢利者可以对损失者进行补偿的“卡尔多—希克斯效率”，不论他们实际上是否这样做。^[28] 在很大程度上，这种本应在零交易成本之处实现的财富最大化或社会成本最小化，正好成为正交易成本世界中法律追求的应然目标。

正是基于零交易成本的新古典经济学最优模型，波斯纳法官强行将科斯文中讨论“车麦之争”的算术式分析转化为边际收益等于边际成本（即 $MR=MC$ ）的最优化模型。^[29] 问题在于，这种强行转换完全歪曲了科斯的本意。在《社会成本问题》一文中，科斯在批判庇古的福利经济学时讨论了这一“车麦之争”（普通法上的一个案例，争议点在于铁路公司要不要对火车运行带来的火花导致附近麦田的受损负责）。在使用了一些简单的算术后，科斯指出了庇古理论的错误：不是因私人产品和社会产品不一致就要求铁路公司赔偿，而是需要比较不同社会安排产生的总社会产品并从中选择社会产值更大的方案。^[30] 这是一种基于总体社会效果的比较制度考察，但波斯纳却错认为，在科斯的讨论中隐含了边际成本等于边际收益的最优化解决方案，并对这种科斯定理的运作进行了图解式描述。这显然是一种彻头彻尾的误读。

不仅如此，基于这种最优模型在实现社会财富最大化（或社会成本最小化）的绝对理论优势，波斯纳的学术努力在于：第一，在法律经济学的实证方面，证明普通法确实通过各种方法便利了财富最大化的交易；第二，在法律经济学的规范方面，论证制定法应尽可能严格符合财富最大化的命

[25] 见前注[7]，理查德·A.波斯纳书，第480页。

[26] 参见[美]理查德·A.波斯纳：“《正义/司法的经济学》1983年版序言”，苏力译，中国政法大学出版社2002年版。

[27] 见前注[6]，[美]理查德·A.波斯纳书，第444页。

[28] 参见前注[21]，[美]理查德·A.波斯纳书，第16页。

[29] 参见前注[21]，[美]理查德·A.波斯纳书，第63~64页。

[30] See Ronald H. Coase, *supra* note [13], at 34.

令;而法官应当根据财富最大化要求去判案。其实践意义在于,在现实世界中,应以此财富最大化的最优模型为标准,要求立法和司法向其靠拢,因为“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,是法官这个位置能很好促进的唯一价值,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础”。^[31]

确立了将零交易成本的财富最大化和帕累托效率视为法律的应然标准后,波斯纳也注意到在现实世界中交易成本并不为零的事实。该怎么解决这个问题?不同于科斯基于不同交易成本的比较制度考察,波斯纳的解决之道是从科斯第一定理出发推导出两个高交易成本的应然推论:第一,法律在注重提高经济效率的意义上应当尽可能地减少交易成本,比如通过清晰地界定产权,通过使产权随时可以交易,以及通过为违约创造方便和有效的救济来减少交易成本;第二,在法律即使尽了最大努力而市场交易成本仍旧很高的领域,法律应当通过将产权配置给对它来说价值最大的使用者,来模拟市场对资源的分配。^[32]全面接受了波斯纳这一思想的库特和尤伦,随后更将这两个推论定义为“规范的科斯定理”和“规范的霍布斯定理”。^[33]正是基于这两大推论,波斯纳在《法律的理论前沿》一书中进一步概括了其倡导的法律经济学的研究范式和学术雄心:

法律经济学最具雄心的理论层面,是提出一个统一的法律的经济理论。在这一提议中,法律的功能被理解为是促进自由市场的运转,并且在市场交易成本极高的领域,通过将若市场交易可行就可以期待产生的结果予以法律上的确认,来“模拟市场”。这样,它就既包括描述性的或者解释性的层面,又包括规范性的或者改良主义的层面。^[34]

但是,需要反思的是,对于科斯定理,这种基于“市场中心主义”的理解是否准确?其法学应用有无问题?

三、科斯定理的波斯纳版本： 一种新庇古主义

前文从“经济的法律分析”和“法律的经济分析”入手,分别展现了作为理论原创者的科斯和法律经济学界最具影响力的波斯纳对“科斯定理”的不同理解。本部分重点讨论波斯纳对科斯定理的理解和应用是否准确和符合科斯原意。

基于对波斯纳理论和科斯理论的全面阅读和理解,笔者认为,波斯纳对科斯定理的理解和科斯的理论完全相左。论据有三:

(一) 科斯与波斯纳存在理论分歧

首先,如果完整版的科斯定理包括零交易成本的科斯第一定理和正交易成本的科斯第二定理,那么科斯和波斯纳的区别在于:科斯并不关心作为分析起点的第一定理,而是重点考察法律在真实世界,如何界定规则才能增进经济绩效的第二定理。波斯纳完全无视科斯经济学的精髓,即基于总体社会效果进行比较制度分析的第二定理,而集中关注能实现社会财富最大化和最优化资源配置的第一定理,并以此为标准要求法律模拟市场。

[31] 见前注[27],[美]理查德·A.波斯纳书,第450页。

[32] 见前注[5],[美]理查德·A.波斯纳书,第6页。

[33] 见前注[5],[美]罗伯特·库特、托马斯·尤伦书,第84~85页。

[34] 见前注[32],[美]理查德·A.波斯纳书,第6页。

我们先看以波斯纳为首的主流法律经济学界如何以新古典经济学理论为基础建构其法律经济学的理论大厦：

表 1 主流法律经济学基于新古典理论而厘定的科斯定理

新古典经济学	主流法律经济学
实证的新古典经济学：研究市场运行机制是什么，在价格这一“看不见的手”的指引下，完全竞争市场会实现供求均衡和帕累托效率，此时个体最优等于社会最优。（法律无关论）	实证的科斯定理：若市场交易成本为零，法律对权利的初始配置和效率无关，因为如果权利配置没有效率，那么当事人将通过一个矫正性的交易来调整它。（法律无关论）
规范的福利经济学：以矫正市场失灵为目标，以实证经济学的完全竞争市场为标准，区分社会产品和私人产品并以负外部性为由欢迎政府干预的庇古式福利经济学。（政府介入论）	规范的科斯定理一：若市场交易成本大于零，法律应该尽可能减少交易成本。 规范的科斯定理二：在法律即使尽了最大努力而市场交易成本仍旧很高的领域，法律应当通过将产权配置给出价最高的使用者，来模拟市场对于资源的分配。（法律介入论）

从上表可以看出，波斯纳对科斯定理的理解，是完全建立在实证的新古典经济学和规范的福利经济学理论基础之上的。但是，在《社会成本问题》一文以及科斯后续对该文的进一步阅读和注释中，我们可以清楚地感受到，关心现实世界的科斯经济学对只聚焦于想象世界的新古典经济学所持有的嘲讽和批判态度。一方面，针对不关心现实世界的现代经济学，科斯讽刺说，“当经济学家发现他们不能分析现实中真正出现的现象时，他们就会创造一个他们能够把握的世界”。^[35] 另一方面，由于新古典经济学有实证（即市场运行机制是什么）和规范（即市场机制应该是什么）两面，科斯的理论批判分别指向了零交易成本假设且忽视法律关键作用的实证经济学（或者微观经济学，也称新古典经济学）和努力矫正市场失灵的规范经济学（重点是以实证经济学的完全竞争市场为标准，区分社会产品和私人产品并以负外部性为由欢迎政府干预的庇古式福利经济学）。

根据笔者的归纳，科斯讽刺和批判这种实证经济学的特点在于：第一，研究的是零交易成本的市场运行机制；第二，理论工具是数学的一个分支，即研究对象具有连续性特点以便求导（即极大或极小）的微积分；第三，理论模型是以数理推导见长的最优模型和一般均衡模型。因此，它也被称为“数理经济学”。然而，把最大化的概念从普通语言转换成数学语言，看似增加了概念的逻辑精准性并扩大了应用范围，^[36]但诚如凯恩斯所言，“在一堆自命不凡和无用的数学符号中”，数理经济学却往往“成功地使作者看不见现实世界的复杂性和相依性”。^[37] 正是基于数理经济学的这些特点，科斯成功找到了该理论的“阿喀琉斯之踵”——不现实的零交易成本假设——并批判甚至颠覆了该理论的正当性和有效性。

与科斯的批判相反，波斯纳版本的法律经济学却完全倾向于依赖这种数理化的经济学模式，

[35] [美] 罗纳德·H. 科斯：《企业的性质：意义》，载[美] 奥利弗·E. 威廉姆森、西德尼·G. 温特编：《企业的性质：起源、演变与发展》，姚海鑫、邢源源译，商务印书馆 2007 年版，第 65 页。

[36] Bruno Leoni & Eugenio Frola, “On Mathematical Thinking in Economics” (unpublished manuscript privately distributed), pp.23 - 24. 转引自[美] 埃德温·多兰、伊斯雷尔·科茨纳等著：《现代奥地利学派经济学的基础》，王文玉译，浙江大学出版社 2008 年版，第 21 页。

[37] John M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest, and Money* (New York: Harcourt, Brace & Co., 1936), pp.297 - 298.

不仅将法律中的权利和义务化解到数学公式之中,并认为一个有效率的结果将实现社会财富的最大化,而财富最大化将产生最后的可行的社会安排。^[38]因此,虽然波斯纳声称科斯定理是其《法律的经济分析》一书的“主旋律”,^[39]但他无视科斯基于交易成本一般化所进行的比较制度分析(即正交易成本的科斯第二定理,或科斯定律),却将科斯定理转化成数理经济学的最优化模型并大加应用的做法,科斯应是完全不赞同,甚至还可能抨击和批判。

(二) 波斯纳的推论不符合科斯的理论观点

其次,波斯纳基于科斯第一定理推出的两个规范结论并不是科斯的理论观点,更不能称之为“科斯定理”。关于科斯定理,国内法学界的主流观点认为,它是一个包括了实然和规范两大内容的定理组,包括:

科斯定理 I: 零交易成本时,法律如何界权不会影响社会财富最大化的实现。

科斯定理 II: 正交易成本时,法律应该(1) 努力降低交易成本(最好的法律是能够使交易成本最小化的法律),或者(2) 当交易成本高到无法交易之时,法律应“模拟市场”以促进财富最大化实现。

国内学界对科斯第一定理的理解没有争议,其理论异议在于,对科斯第二定理的理解应采前者(即法律应极力降低交易成本)^[40]或采后者(即法律应“模拟市场”促进财富最大化实现)。^[41]在很大程度上,国内学者对科斯第二定理的理解完全遵从波斯纳基于科斯第一定理推导出的两大推论。前文已指出,波斯纳在法律经济学界的领袖地位使得他对科斯定理的理解成为当今主流的理论观点,这便是其中一例。

但是,基于这样理解的科斯定理(无论是第一定理和第二定理的关系,还是对第二定理的界定)却完全不是科斯的本意。其理由是,第一,波斯纳直接从零交易成本的科斯第一定理推导出了高交易成本处的两大论断(也即国内学界认定的科斯第二定理),但根据科斯理论的前后逻辑,基于现实世界之经验总结和理论归纳的科斯第二定理(法律界权的比较制度经济学)绝对不可能从零交易成本的科斯第一定理(新古典经济学研究的想象世界的抽象描摹)推导而来。科斯曾从比较制度分析的角度无情批判过现代经济学的这一逻辑,即从私人成本和社会成本无差异的实证经济学(即新古典经济学)中直接推出私人产品和社会产品有差异时支持政府干预市场的规范经济学(即庇古的福利经济学)。因为“政府行政机制本身并非不要成本,实际上,有时它的成本大得惊人”,^[42]故根本不能用零成本的想象政府来证成干预现实市场的理论正当性。以此理论推而广之,科斯对此逻辑——即从零交易成本的科斯第一定理推出正交易成本时法律应干预市场的规范推论——应是完全反对的。

第二,零交易成本处的资源配置最优,将无法推导出高交易成本处资源配置不是最优的结果。波斯纳的这一逻辑推理犯了否定前件的逻辑错误。简资修指出,由于零交易成本的科斯定

[38] 参见柯华庆:《社会欲求的法律经济学》,《法律的经济分析》译者序,第27页。

[39] 见前注[21],[美]理查德·A.波斯纳书,第17页。

[40] 这是《法律的经济分析》一书的译者蒋兆康先生就正交易成本处科斯定理的概括,也是罗培新、史晋川等学者的观点,请见蒋兆康:《中文版译者序言》,载见前注[21],[美]理查德·A.波斯纳书,第20页;罗培新等著:《公司法经济分析》,北京大学出版社2008年版,第10页;史晋川主编:《法经济学》,北京大学出版社2007年版,第52页。

[41] 这是凌斌对科斯第二定理的理解,只不过他将之表述为科斯第三定理。参见凌斌:《法治的代价:法律经济学原理批判》,法律出版社2012年版,第34~35页。

[42] See Ronald H. Coase, *supra* note [13], at 18.

理是一个在假设条件下成立的数学推理，一旦定理化，就有可能发生否定前件的逻辑错误（the fallacy of denying the antecedent）。科斯定理的逻辑表述是：P（权利确定，在无市场交易成本下）→Q（最终权利由最高出价者享有，资源实现了有效配置），但否定前件错误会推导出： \sim P（权利确定，在有交易成本下）→ \sim Q（最终权利不由最高出价者享有，资源没有实现有效配置）。^{〔43〕}进而，要实现资源有效配置，法律应该将权利配置给出价最高的一方。正是以此错误推理再加上根深蒂固的市场中心主义观，波斯纳才能从零交易成本的科斯定理推导出高交易成本处的“模拟市场”推论。因此，这种规范推论只是上述逻辑错误的结果，不仅缺失科学性，更缺乏正当性。

第三，波斯纳的第一个科斯推论（又称规范的科斯定理）看起来没有问题，但这种经不起推敲的规范理论并不是科斯的理论主张。由于在现实世界中，很多降低了市场交易成本的法律往往被人们视为好的法律（比如放松市场管制的诸多法律规定），同时人们也寄希望于法律在未来能更多地降低交易成本，因此“法律应降低交易成本”的应然主张似乎很合理。但是一旦装备了科斯原创的比较制度分析之理论滤镜，就会发现该理论的问题在于：第一，该理论缺乏一般化的交易成本观，仅仅考虑了法律降低交易成本的必要性，却忽视了法律的运行同样需要耗费成本。第二，降低交易成本并非法律的唯一目标。法律在界权和重新界权之际需要考察的应当是不同界权方案可能导致的预期制度成本（也即交易成本）和预期制度收益之差，并从中选择一个界权成本较低的方案。再加上市场、企业，甚至政府都是降低交易成本的制度安排，故法律的基础性作用不全是降低交易成本，而是如何通过初始权利的界定和权利冲突时的司法重新界权来实现较大的预期制度收益。在科斯看来，就初始界权和重新界权而论，法律是市场和企业的的前提；就权利冲突的解决机制而言，法律又仅仅是市场或企业的替代。可惜的是，波斯纳完全没有领会科斯的理论精髓。

第四，波斯纳的第二个科斯推论（又被称为“规范的霍布斯定理”，即在高交易成本的条件下，法律应“模拟市场”，让价高者得），其实质是一种正当化法律干预市场的理论，是内化外部成本的庇古福利经济学在法律经济学领域的全面“复辟”。鉴于科斯有生之年的重点批判对象就是在私人产品和社会产品不一致（即出现外部性）之时应由政府出面内化外部成本的庇古福利经济学，不难推知，科斯对这种新庇古主义理论持有何种态度。在很大程度上，波斯纳正是基于其固有的数理化的新古典经济学思维，才推导出和科斯本意相差甚远的“模拟市场”版理论。应当澄清的是，在法律经济学界，波斯纳所宣称的这一理论不属于科斯，更不能称之为“科斯定理”。虽然它是波斯纳误读了科斯定理的一个理论产物，但它也因此只能属于波斯纳，或者应“名正言顺”地被称为“波斯纳定理”，即便国外学术界从来没有“波斯纳定理”这一说法。^{〔44〕}

（三）科斯与波斯纳就法律的初始权利界定问题存有分歧

再次，基于科斯比较制度分析的进路，科斯关注法律的初始界权问题，但波斯纳却并不重视这一问题。通过前文对科斯经济学的阐述和思考，可以发现，科斯重点研究的是“经济的法律分析”。有别于不考虑制度特征的新古典经济学，加上了“交易成本”这一观察视角之后的法律，从经济的“外生变量”摇身一变为“内生变量”。它不仅有助于促进经济体系的有效运转，更在市场机制的绩效增进方面发挥了前提性和基础性的作用。前文已述，科斯主张法律是市场的前提（“权利界定是

〔43〕 参见简资修：《权利之经济分析：定分或效率》，载《法令月刊》第68卷第9期，第27～28页。

〔44〕 笔者曾专门就国内法学界在波斯纳定理和科斯定理之间的理解混乱的情况进行过讨论。参见前注〔17〕，艾佳慧文。

市场交易必要的先决条件”），^{〔45〕}亦即法律的初始产权界定将直接决定市场和企业能否出现，以及市场运转和企业运营是否有效率。因此，在科斯的制度经济学和法律经济学理论中，法律如何进行初始权利界定的问题尤为重要，它不仅事关市场效率，也事关收入分配。

但与科斯完全相反，波斯纳的法律经济学理论却完全无视法律对初始产权的界定，甚至在其相关著述中从来对此不置一词。笔者发现，波斯纳无视法律初始界权的原因主要在于对自由市场经济的绝对信心和身为普通法法官的自我克制和保守。证据有二：第一，波斯纳指出，“由于自由市场经济的存在，初始的权利分配会很快消散，因此，初始权利分配没有什么实际的重要性”；^{〔46〕}第二，在波斯纳看来，“普通法法官是在一个宪法建立的构建内进行工作，因此，对于普通法法官而言，初始分配多少是一个既定的事实。由于劳动的合理分工，这就使得法官在普通法领域内以社会总财富最大化的方式制定规则和决定案件，而立法机关则专管每一份配额的大小”。^{〔47〕}

基于以上三个内容，笔者可以得出一个初步结论：由于缺少科斯比较制度分析进路和一般化的交易成本观，科斯定理的波斯纳版本不仅忽视法律的定分（也即界权和定则）作用，更错把完美市场才会实现的财富最大化视作法律干预市场的应然目标。在很大程度上，该理论就是科斯所批判的庇古主义在法律经济学领域的应用，是一种应该加以反思和检讨的新庇古主义。

四、对科斯定理的其他误读

在经济学界和法律经济学界，科斯定理既熠熠生辉，也饱受误解。除了以波斯纳和库特为首的主流法律经济学界将科斯定理误认为法律应干预市场的新庇古主义之外，还存在以下几种误读的情形。

（一）纠缠于第一定理的无谓争论

科斯定理被误读的最大之处是，众多批评者完全不顾科斯理论的重点——正交易成本的科斯第二定理——而反复批评作为研究起点的科斯第一定理。在批评者的眼中，“科斯第一定理”就是科斯定理，该定理研究的理想世界就是科斯世界。但是，前文所引用科斯原话已经说明，这个所谓的“科斯世界”其实正是科斯竭力说服经济学家离开的新古典经济学所分析的理想世界。因此，以下针对科斯第一定理的批评其实完全无损科斯经济学的声誉。

第一，科斯定理只是同义反复而已。作为大名鼎鼎的《新帕尔格罗夫经济学大辞典》的“科斯定理”词条作者，库特在勉为其难地总结了科斯定理的三方面内容（即自由交换论、交易成本论和市场机制失灵论）和三个版本（既自由交换版、零交易成本版和完全竞争版）后，得出了自由交换版的科斯定理有可能是错的，而零交易成本版的科斯定理和完全竞争版的科斯定理就是一种同义反复。^{〔48〕} 麦扎也指出，经济学界有人主张，科斯定理只是一种太过于平凡、无味的同义反复。^{〔49〕} 在

〔45〕 See Ronald H. Coase, “The Federal Communications Commission”, 2 Journal of Law and Economics 1-40 (1959).

〔46〕 见前注〔27〕，〔美〕理查德·A.波斯纳书，第469页。

〔47〕 见前注〔27〕，〔美〕理查德·A.波斯纳书，第484页。

〔48〕 具体内容请参见〔美〕罗伯特·库特：《科斯定理》，载〔英〕约翰·伊特韦尔（主编）：《新帕尔格雷夫经济学大辞典》第1卷，经济科学出版社1992年版，第499~500页。

〔49〕 参见大卫·D.麦扎：《科斯定理》，邓瑞平译，载皮特·纽曼（主编）：《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》，法律出版社2003年版，第303页。批评科斯定理的相关文章，See Varouj A. Aivazian & Jeffrey L. Callen, “The Coase Theorem and the Empty Core”, 24 Journal of Law and Economics 175-181 (1981)。

国内学界，柯华庆不仅完全认同库特的批评，甚至认为科斯定理存在逻辑层次和经验层次的谬误。^{〔50〕}

第二，科斯定理无视议价的策略性质，因而无法证明零交易成本下的交易会促进帕累托效率的实现。比如萨缪尔森和诺德豪斯就指出，科斯定理根本没有得到证明，因为“博弈论没有定理能够证明，一只看不见的手将一对或更多的谈判者引向污染的帕累托有效率水平。科斯从来没有证明这一点，也没有其他任何人做到这一点”。^{〔51〕} 吉奥加卡波罗斯也认为，因为谈判僵持、系统性错误、风险厌恶、财产分配等原因，科斯定理难以实现。^{〔52〕} 库特表示，忽视策略行为的科斯定理表现了对私人合作的极端乐观，其更是从议价博弈的角度提出了一个“反科斯定理”：如果没有一个制度化的机制来决定合约条款，有关外在费用再分配的私人议价不会有效率。^{〔53〕}

第三，科斯定理中的产权清晰前提实际上根本不存在，因而该定理有误导之嫌。比如斯蒂格利茨就批评，科斯定理是“科斯谬误”(The Coase Fallacy)，指出科斯的产权清晰论是产权神话，并且指出这种神话对社会主义国家的危害性。^{〔54〕} 巴泽尔认为，科斯没有讨论产生责任问题的条件问题，他指出，合同双方一般都能影响结果的变化性。由于个人影响不能无成本地独立出来，所以产权通常就得不到明晰界定；随着乙方对产出价值的影响上升，如果该方承担更大部分的产出变化性，那么权利就将更好地界定。^{〔55〕}

除了以上三类对科斯第一定理的主要批评，学界还有人批评科斯定理的适用范围有限。比如，在Elder看来，科斯定理通常适用的领域并非是现实世界的常态。^{〔56〕} 在国内，吴易风教授也认为科斯定理的适用范围很小，通常只是在讨论外部性(比如污染问题)时才适用。^{〔57〕}

在笔者看来，第一类批评其实只是科斯定理的解读者对零交易成本的理想市场给出不同说法带来的问题，并不是科斯在同义反复，而是那些研究黑板经济学的学者们在自寻烦恼。第二类批评还算有见地，只不过虽然科斯第一定理确实存在对议价博弈的忽视，但这其实是新古典经济学要回应的问题。第三类批评也没批评到点子上，因为在零交易成本的想象世界，产权界定清不清晰，甚至要不要界定产权都变得不再重要。正如张五常所言，如果交易成本为零，“在丝毫不考虑科斯定理的情况下，私人产权的假设就可以不再讨论了”。^{〔58〕} 最后一类批评看似有道理，因为科斯第一定理确实是对非现实世界的抽象描摹，现实世界的外部性现象也确实是他的一个关切，但问题关键在于，科斯明确表示对非现实世界的理论抽象(即科斯第一定理)只是其研究的起点而非终点。

因此，就学术批评而言，以上批评的靶子其实是零交易成本假设的新古典经济学理论。鉴于

〔50〕 参见柯华庆：《科斯命题的谬误》，载《思想战线》2006年第1期，第37~43页。

〔51〕 [美] 保罗·萨缪尔森、威廉·D.诺德豪斯：《经济学》，高鸿业译，中国发展出版社1992年版，第1204页。

〔52〕 参见[美] 尼古拉斯·L.吉奥加卡波罗斯：《法律经济学的原理和方法：规范推理的基础工具》，许峰、翟新辉译，复旦大学出版社2014年版。

〔53〕 参见[美] 罗伯特·库特：《科斯的费用》，苏力译，载[美] 威特曼主编：《法律经济学文献精选》，法律出版社2006年版，第22页。

〔54〕 Joseph E. Stiglitz, *The Economic Role of The State* (Oxford: Blackwell Pub, 1989), p.36.

〔55〕 参见[美] Y.巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域、段毅才译，上海三联书店、上海人民出版社1997年版，第75~76页。

〔56〕 Eric Elder, "Coase Theorem", 1 Survey of Social Science: Economics Series 303-304 (1991).

〔57〕 参见吴易风：《产权理论：马克思与科斯的比较》，载《中国社会科学》2007年第2期，第16页。

〔58〕 Steven N.S. Cheung, *Will China Go "Capitalist"* (London: Institute of Economic Affairs, 1986), p.37.

科斯定理的重点并不在零交易成本的第一定理,上述批评可以说完全没有瞄准靶心,甚至已经脱靶,即便是有一定理论启示意义的“反科斯定理”。^[59]

(二) 财产法中的“事前研究”还是“事后研究”?

有学者基于科斯的“相互性”理论,认定科斯定理在财产法中的应用必然是一种不问过去只看未来的“事前研究”方法,而传统法学在解决纠纷时普遍要求遵循“事后研究”的方法,即根据纠纷发生前已经确定的规范,对照纠纷事实因素,对规范中的概念、类型等进行类推或三段论适用,分析受损利益的归属主体,给予规范中确定的既有救济。^[60]在该学者看来,经“相互性”本质之认识转换,不仅各种资源利用冲突中特定的物引起的“因”被逐渐泯灭,传统以来个人财产“对世”的绝对性关系也遂为人和人之间的相对性关系所掩盖,因此,这种“事前研究”方法对传统法律推理和人间秩序的破坏是巨大的:第一,会导致传统法学“财产权”的“对物性”特征消隐;第二,法律推理中不法行为和损害后果之间的因果关系被彻底颠覆;第三,人类自古以来最为看重的交往安全和收益安全的必然丧失。^[61]

不得不说,这一批评很有见地和深度,但需要进一步澄清和讨论的是:第一,应该如何理解科斯的“相互性”理论?第二,根据前文的梳理,真正的科斯定理是一种“事前研究”方法吗?第三波斯纳倡导并实践的“逐案最大化”(case by case maximization)的“事前研究”方法怎么成了科斯理论的标签?

首先,在普通法传统和科斯理论的框架下,科斯的“相互性”理论有其适用前提。前文已指出,科斯理论的精髓是作为市场之前提的法律初始界权以及在出现权利冲突时的司法重新界权。鉴于科斯终其一生都生活在普通法国家(前期是英国,后期是美国),根据英美法系的判例传统,可以推定,科斯理论中的法律初始界权就是“先例的确定”,“不给法律带来过多的不确定性”即“遵循先例”,而出现权利冲突时的重新界权就是“先例的推翻和重塑”。有此背景性了解,我们再回到《社会成本问题》,看看科斯是在什么语境下提出此“损害相互性”理论。

在《社会成本问题》中,科斯开篇就指出,“本文涉及对他人产生有害影响的那些工商业企业的行为”,然后才有了如下关于“损害相互性”的论述:“传统的方法掩盖了不得不做出的选择的实质。人们一般将该问题视为甲给乙造成损害,因而所要决定的是:如何制止甲?但这是错误的。我们正在分析的问题具有交互性质,即避免对乙的损害将会使甲遭受损害,必须决定的真正问题是:是允许甲损害乙,还是允许乙损害甲?关键在于避免较严重的损害。”而且,“必须从总体的和边际的角度来看待这一问题”。^[62]

基于科斯比较制度分析的理论进路而仔细研读这一段话,笔者发现“损害相互性”理论的应用前提是:只有面对现代社会无处不在的、具有交互式的“有害影响”时,法官才应该从总体的经济效果出发,考虑怎样重新界权才能避免较严重的损害。正如简资修所言,财产权之保护,绝对是法律系统的重要功能。因此,对于法律界权之后的故意或过失的侵权,并不存在什么损害的相对性,只

[59] 本文的一名匿名外审人在此处曾经指出,学界围绕科斯定理讨论得最多的是三个概念(即相互性、有效性、不变性),此处仅仅讨论了相互性和有效性,而对于不变性的讨论较少。笔者认为,不论是相互性、有效性还是不变性,均是围绕零交易成本的科斯第一定理展开的理论论争,鉴于科斯理论的精髓是正交易成本的科斯第二定理(更准确的表述是“科斯定律”),这些理论论争其实毫无意义,本文因此也没有必要全面介绍之。

[60] 参见冉昊:《反思财产法制建设中的“事前研究”方法》,载《法学研究》2016年第2期,第80页。

[61] 更具体的分析见前注[60],冉昊文,第81~90页。

[62] See Ronald H. Coase, *supra* note [13], at 1.

能依法言法以实现法律的安定性。^[63]甚至，在科斯比较制度分析的框架中，一旦现实中出现交互式的“有害影响”，法院也不应是纠纷解决方式的首选。因为，在合法权利相互冲突之时，私人主体可以采和解、调解甚至“纵向一体化”（也即企业）的方式解决。只有私人主体无法就该纠纷的解决达成一致意见，不得不将该纠纷提交法院之时，此时才应由法院这一公权力机关出面考量“如何避免较严重的损害”并将“权利配置给那些能够最具生产性地使用权利并且他们有激励这样使用的人”。^[64]这其实就是合法权利冲突、法律模糊或出现漏洞之时司法的重新界权或“先例的推翻和重塑”。

其次，从“相互性”理论有其适用前提可以推出，科斯并不否定传统法学的“事后研究”方法。因为先例（即使是推翻了旧先例的新先例）中新的界权和规则一旦确定之后，基于法律的安定性和行为人稳定预期之需要，接下来必然是长时期的“遵循先例”，而法官“遵循先例”之时必然采用的就是传统法律人熟悉且通用的“事后研究”方法。因此，那种认为科斯的推理是一种经济推理，不考虑法律或先例的具体规定，而只是在各执一词的原告和被告之间以“产值最大化”评判谁输谁赢的观点，是不准确的。^[65]传统的法律推理（即三段论推理）和科斯的经济推理都各有其适用前提。

最后，那种凡事以效率为考量标准且背离“事后研究”之规范思考的“事前研究”方法，并不为科斯所主张和认可。在很大程度上，这种方法其实只是波斯纳倡导并实践的建立在后果主义基础上的“逐案最大化”。但波斯纳持有的这种“事前研究”标签为何成为科斯理论的标签？根据前面的论述，原因其实非常简单：正是因为国内学界没有准确理解科斯定理，混淆了比较制度分析的科斯理论和财富最大化的波斯纳理论，以至于将波斯纳基于科斯第一定理的两个错误推论误认为是科斯第二定理，才引起了误会。

（三）科斯定理忽略界权成本吗？

凌斌在其《法治的代价》一书中提炼了一个与“交易成本”并列的概念即“界权成本”，并以此来批评科斯定理只关心交易成本而忽视了界权成本。^[66]这里的疑问是：什么是“界权成本”？秉持比较制度分析思路的科斯理论真的忽视界权成本吗？根据凌斌的界定，“界权成本”是私人主体之外的公共权威在权利界定或规则选择上的机会成本，是一种无可避免的最高代价；^[67]而“机会成本”总是在选择的时候，在“可能性”尚在的时候予以考虑的成本，因此不再考虑已经不再是选择的“沉没成本”。^[68]基于此，“机会成本”（opportunity cost）可以理解为：在面对方案选择时，因选择一种方案而放弃的另一种方案的预期最大收益。故“界权的机会成本”（即“界权成本”）可以理解为：选择一种界权方案时放弃的另一种界权方案的预期最大收益，也即无可避免的最高代价。^[69]基于这样的理解，公共权威在进行公共政策选择时自然应该考量两种

[63] 参见简资修：《科斯经济学的法学意义》，载《中外法学》2012年第1期，第195页。

[64] See Ronald H. Coase, *supra* note [2], at 713-719.

[65] 参见俞中：《科斯的法律经济学思想述论——读〈企业、市场与法律〉》，载《政法论坛》2014年第3期，第162~177页。

[66] 见前注[41]，凌斌书，特别是其中的第一章、第三章和第四章。

[67] 参见凌斌：《界权成本问题：科斯定理及其推论的澄清与反思》，载《中外法学》2010年第1期，第107页。

[68] 见前注[67]，凌斌文，第109页。

[69] 这里的预期最大收益是在成本—收益考量基础上预估的，其值一定等于预期收益减去预期成本（主要是各项交易成本），也即这一不可避免的最高代价内含了对预期收益和预期成本的综合考量。

界权方案(或规则选择)的机会成本(或不得不放弃的预期最大收益)并从中选择机会成本较低的方案。

鉴于在现代国家,公共权威不仅包括治国者(或政治家),也包括政府、立法者和司法者,我们只需逐一讨论这些公共决策主体当如何考量公共决策,就能明建立在比较制度分析基础上的科斯定理是否忽略了界权成本。

对治国者来说,他们需要考虑两个层面的公共决策的内容:其一,是否选择将权利界定给私人主体;其二,一旦将部分权利让渡给私人主体,面对随之而来的市场经济,是否选择法治。前者将权利完全界定给国家,会给国家带来巨大的信息成本、代理成本和其他管理成本,而预期收益极小。反之,如果将权利让渡一部分给私人主体,虽说会增加一部分市场交易成本,但在大幅度降低国家治理成本的同时,还会收获市场带来的巨大预期收益。两相比较,将权利让渡一部分给私人主体的公共选择由于机会成本最小,自然成为治国者的不二选择。关于后者,治国者在面对市场时,有法治或非法治(人治或礼治)的选择。由于选择法治的机会成本(即法治的代价)就是选择非法治(人治或礼治)的预期最大收益(反过来,选择非法治的机会成本就是选择法治的预期最大收益),如果选择法治的预期最大收益(预期收益与预期成本之差)远远大于选择人治的预期最大收益,选择法治的机会成本就远远小于选择人治的机会成本。在这种情形下,治国者的理性选择自然是法治。

对政府来说,粗略地看,政府在面对市场时有管制或不管制的两种选择。管制的界权成本就是不管制的预期最大收益,不管制的界权成本就是管制的预期最大收益。如果政府通过调查和研究发现,不管制的预期最大收益(即不管制的预期收益减去不管制的市场交易成本)小于管制的预期最大收益(即管制的预期收益减去管制的政府管制成本),那么一个理性政府的选择自然是管制。当然,此处更为细致的讨论还在于,政府应该在何时何处介入管制,以及如何选择管制方式和管制力度。不用多说,政府在进行具体管制方案的选择时,同样需要考量不同方案背后的界权成本并择优选之。

对立法者来说,一般而言,在大陆法系,立法者面临的公共政策考量在于如何进行初始产权界定和确立规则。其同样面临如何选择的公共决策难题。根据凌斌的认定,界权成本只能是面临选择时考虑的机会成本,已经成为沉没成本的立法成本自然不在考量之列。鉴于此,立法者在进行界权时只需考虑不同界权方案可能带来的预期最大收益,并从中选择机会成本最小(也即不如此选择的预期收益最小)的界权方案。需要再次强调,界权成本比较的是不同界权方案之无可避免的最高代价,只有无可避免的最高代价较小的方案才是界权成本较低的方案,也才是理性立法者应该选择的界权方案。甚至,面对现代社会有害效应(也即负外部性影响)的无处不在,立法者还需要考量是否需要通过立法否定一部分权利的存在,只要否定部分权利的机会成本小于不否定部分权利的机会成本,立法者就应该选择通过立法否定部分权力的存在,^[70]正如我国台湾地区“民法”第793条的但书规定。^[71]

最后对司法者即法官来说,不管是大陆法系还是英美法系,法官作为公共决策的主体,首先应

[70] 此处的逻辑是:由于不否定部分权利会带来极大的交易成本而预期收益并不大,因此否定部分权利的机会成本较小;反过来,否定部分权利在节约大量交易成本的同时并不会导致预期收益的大幅度减少,因此不否定的机会成本较大。两害相权取其轻,立法者当然应该选择否定部分权利。

[71] 该条规定:“土地所有人于他人之土地、建筑物或其他工作物有瓦斯、蒸气、臭气、烟气、热气、灰屑、喧嚣、振动及其他与此相类者侵入时,得禁止之。但其侵入轻微,或按土地形状、地方习惯,认为相当者,不在此限。”

该尊重立法和遵循先例，只有在立法有空缺或力所不及的地方，法官才有在个案中确立新规则和重新界权的权力。在此类法律适用有困难的案件中，法官同样面临不同界权方案的选择，同样需要考虑不同界权的机会成本并择优选之。此时，法官就是立法者，不用考虑已成为沉没成本的诸多司法成本，而只需对不同界权方案的机会成本进行斟酌考量，从中选择机会成本较低（与备选方案相比，预期成本低而收益高）的方案。

通过上述针对不同公共决策主体如何根据界权成本标准进行方案选择的分析可以发现，“两利相权取其重，两害相权取其轻”正是公共决策主体的基本思路。这同样是前文讨论的以比较制度分析为基础的科斯经济学的精髓，也是研究公共决策方案选择的科斯第二定理的核心关注。可以这么说：科斯定理不仅没有忽略界权的机会成本，而且，其运用之妙正在于考量不同界权方案背后的界权成本并择优选择之。是故，国内学者认为科斯定理忽视了界权成本的问题根源，还是因为将波斯纳基于科斯第一定理推定的“模拟市场”版科斯定理视为了科斯本人的原意。

五、代结语：回到“定分”经济学

中国人常说“没有规矩不成方圆”，又说人应“安分守己”。如果现实世界中的主体是不得不在既定的“规矩”和“分”中趋利避害的理性行动者，那么这个“规矩”和“分”就是具体的、以法律界权和定则为主要内容的制度环境。科斯曾隐含指出，在传统的具有小规模生产、人际关系化和地方性特点的市场（也即交易具有重复博弈的特点）中，自发的私人法律体系和社会规范承担了定则界权的制度功能；但市场机制一旦复杂化、非人际关系化和陌生化，该市场的有关运行机制就必须依赖于国家（既具有强制力的第三方）的法律体系。^{〔72〕}可以这样说，国家法的界权和定则直接影响到现代市场经济的运行和效率。法律不仅是现代市场主体的交易前提，更是其不得不遵从的“规矩”和“分”。

正是因为法律在现代市场经济中的基础性地位，科斯才反对将法律视为外生变量且以零交易成本为前提的新古典经济学及其最优化模型。在科斯看来，经济学家犯错误的原因就在于他们的理论体系没有考虑到法律的变化对资源配置的影响，因为法律界权定则的安排，将直接影响到人们的行动（以及行动的意愿），而这将决定应该达成什么样的契约安排以便采取实现产值最大化的行动。^{〔73〕}正是由于科斯认识到现代社会中的法律在决定资源如何有效利用方面起着极为重要的作用，他在《社会成本问题》中提炼的法经济学理论不是零交易成本的“法律无关论”，而是在正交易成本的现实世界，研究法律如何界权和定则才能促进社会产值最大化的“法律界权理论”。

鉴于法学界（无论国内国外）在科斯定理的理解和应用上存在很多争议，本文试图从科斯一以贯之的理论逻辑出发，揭示以波斯纳和库特为首的主流法律经济学在科斯定理理解上的问题，并进而分析他们的理解为何与科斯本意有巨大差异。首先，基于一般化的交易成本概念和比较制度分析进路，科斯定理的重点是科斯第二定理，即一种“经济的法律分析”，也即在正交易

〔72〕 见前注〔1〕，〔美〕罗纳德·H.科斯书，第8~10页。不仅是科斯，研究经济史的诺斯也持有同样观点，参见〔美〕道格拉斯·C.诺斯：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，韦森审校，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2008年版，第47~49页。

〔73〕 见前注〔1〕，〔美〕罗纳德·H.科斯书，第170、173页。

成本的现实世界,法律应该如何界定才能促进市场体制的经济绩效或社会产值最大化。但遗憾的是,在法律经济学界领袖群伦的波斯纳,基于新古典经济学的最优化思维,不仅错将科斯第一定理(在科斯眼中,零交易成本的第一定理仅仅是其研究正交易成本的现实世界的研究起点而已)视作科斯定理,更将该定理内在的财富最大化和最优化模型分别视为法律(包括立法和司法)和法学研究的应然目标和基本方法。这种将法律视为新古典经济学最优理论之新殖民地的“法律的经济分析”不仅与科斯提炼的视法律“定分”为市场前提和替代的“经济的法律分析”分道扬镳,二者更是势不两立。这也是科斯为何不留情面地批评波斯纳完全不懂其理论的原因。^[74]在很大程度上,正是波斯纳对科斯定理的误读,导致了国内法学界在科斯定理的误判和误用。

行文至此,让我们再次重温科斯的谆谆教导:在经济学界和法律经济学界,“只有方法上的转变是不够的。如果没有对替代性制度安排所达到的效果有所了解,就不可能合情合理地在它们之中进行选择,从而,我们需要一个能够分析制度安排发生改变所带来影响的理论结构”。而这就是科斯倡导的、法律经济学界所应回归的,基于交易成本概念和比较制度分析的法律界权理论。

Abstract At present, there are some great differences in how to understand Coase Theorem in China. Based on Coase's consistent theoretical logic, the keystone of Coase Theory is the second Theorem, a legal analysis of the economy. However, based on optimizing the model of neoclassical economics, Judge Posner thinks the Coase Theorem is the first Theorem, a theory based on zero transaction cost assumption. Based on the first Coase Theorem and its optimizing thought, Judge Posner considers the wealth maximization is the final objective of the legislation and justice. Comparing with the Coase thought of legal analysis of the economy, this is a thought of an economic analysis of law, so Posner's understanding of Coase Theorem is a problematical thought. Once this theory which is looked like the foundation of law and economics is applied in China, there will be some misunderstanding and mistakes about Coase Theorem. Therefore, we should back to Coase's Economics in Definition Rights in the future.

Keyword Coase Theorem, Definition Rights in Law, Comparative Institutional Analysis, Optimizing Model

(责任编辑:黄韬)

[74] See Ronald H. Coase, "Coase on Posner on Coase: Comment", 149 Journal of Institutional and Theoretical Economics 96-98 (1993).