

法律界权视野下的科斯定理： 厘定、推进与不足

Coase Theorem under a View of Delimitating Legal Rights:
Delimitation, Academic Propulsion and Deficiency

艾佳慧

AI Jiahui

【摘要】 基于新古典经济学的市场伦理和最优化理论，主流法经济学界视科斯定理为一种法律应促进和“模拟市场”的规范理论。但是回归科斯一以贯之的比较制度分析框架，科斯定理实际上是一种现实世界的法律界权理论。根据“模拟市场”理论，立法和司法均应以帕累托效率为目标促进和“模拟市场”；秉持法律界权理论，现代市场经济体制能否确立以及效率如何仰赖于法律如何“界权定则”。对效率的理解有差异，导致在理解和厘定科斯定理上出现巨大差异并间接决定了法律经济学不同的理论走向和研究进路。基于此，我们需要反思和审视已成为学界共识的主流界定。

【关键词】 科斯定理 法律界权 卡—梅框架

【中图分类号】 DF0-056 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 06-0129-17

Abstract: Based on the marketing ethic and optimizing model of the neoclassical economics, the mainstream issue of law and economics consider that Coase Theorem as a normative theory that law should promote and simulate marketing. However, when we return the Coase's theoretical framework of comparative institution analysis, Coase Theorem is actually a theory of delimitation of legal rights about the real world. Based on the model to simulate market, the legislation and the justice should promote and simulate marketing in order to achieve Pareto Efficiency. Based on the theory of delimitation of legal rights, there can be no market transactions to transfer and recombine these legal rights if without the establishment of the initial delimitation of rights. We can find some difference about the definition of Coase Theorem and in a way this decides the difference of academic approach of law and economics indirectly. So, we should rethinking the mainstream issue on Coase Theorem.

Key words: Coase Theorem Delimitation of legal rights The Framework of Calabresi-Melamed

【收稿日期】 2018-07-16

【作者简介】 艾佳慧，女，1970年10月生，南京大学法学院副教授，研究方向为法律经济学、法律社会学和司法制度。

当经济学家在比较互替的社会安排时,适当的做法是比较这些不同的安排产生的总社会产品,而私人产品和社会产品之间的比较则是题外之话。

—— 罗纳德·H. 科斯〔1〕

所谓“效率”就是“更好”的代名词:关于替代性结果、一些替代性的状况或政策或计划是不是更好。

—— 托马斯·C. 谢林〔2〕

一、引子

要学习和研究法律经济学,科斯定理肯定是一个绕不过去的理论“门槛”。正因为它是迈进法经济学殿堂的入门级基础理论,如何准确厘定该定理以便应用便成为法经济学研究中的“重中之重”。

波斯纳法官不仅明确指出科斯定理(即法律制度中的许多原则和制度最好被理解和解释为促进资源有效率配置的努力)是其《法律的经济分析》的“主旋律”,〔3〕更在多年以后的《法律理论的前沿》一书中界定了他理解的科斯定理和两个规范推论。〔4〕库特教授虽然从无视博弈的议价过程的角度批评了科斯第一定理的盲目乐观,但在他眼中,正交易成本的科斯第二定理无疑是指“法律的作用是将权利分配给最珍视权利的一方,因此无须交换权利的昂贵过程”。〔5〕就国内而言,由于我们的法经济学自萌芽期到发展兴起的各个阶段均受以波斯纳法官为首的主流法经济学理论影响和熏陶,因此对科斯定理的理解和前面两位学界领袖的观点基本一致。〔6〕即使有敏锐的学者发现了既有对科斯定理的界定存在重大的理论缺陷,但其将此种主流观点视为科斯原意,导致其批判对象有错位的嫌疑。〔7〕

〔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135页。

〔2〕 See Thomas C. Schelling, *Economic Reasoning and the Ethics of Policy* in Katz, in *Foundations of the Economic Approach to Law*, Avery Katz ed., Oxford University Press, 1998, p. 23.

〔3〕 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年版,第26页

〔4〕 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。

〔5〕 库特在文章中还列举了该定理的许多类似版本,比如事故责任应当分配给可以以最低费用预防事故的一方承担,或者违反合约的费用应当分配给最能防止违约的一方承担,如果不能发现谁最珍视这一权利,那么该权利就应当分配给可以以最低费用启动一项交易的那一方。See Robert D. Cooter, *The Cost of Coase*, *Journal of Legal Studies* 11, 1982, pp. 1~29. 中文版请见:〔美〕罗伯特·库特:“科斯的费用”,载〔美〕威特曼主编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社2006年版,第22页。

〔6〕 参见魏建、周林彬:《法经济学》,中国人民大学出版社2008年版,第96~98页;史晋川主编:《法经济学》,北京大学出版社2007年版,第52页;罗培新等著:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第10页,等等。

〔7〕 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,特别是第一章、第三章和第四章。

就科斯定理的厘定而言,虽然既有的厘定和应用在法经济学界已成学术共识,但却并非无懈可击。基于《社会成本问题》文本和科斯本人一以贯之的理论逻辑,本文的学术尝试有三:其一,力图通过回归科斯的比较制度分析进路来反思、质疑,甚至消解当下关于科斯定理的共识;其二,以一种法律界权定则的视野,分别考察经济学界和法学界如何在准确厘定科斯定理的基础上进行有价值的理论推进;其三,分别以一种规范中心主义观和互动博弈的机制设计视角检视科斯定律内在的理论不足,但限于讨论角度和论文篇幅,博弈论和社会规范理论如何在具体理论问题上补正科斯定律之不足还有待下一篇论文。

二、厘定科斯定理:法律界权理论

在法律经济学界(无论中外),“科斯定理”界定上的主流观点认为该定理是一个定理组,其包括一个实证的科斯定理和两个规范的科斯定理。^{〔8〕}分别表述如下:

实证的科斯定理(或者科斯第一定理):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。^{〔9〕}

规范的科斯定理(或者科斯第二定理):

1. 若市场交易成本大于零,法律应该尽可能减少交易成本,比如通过清晰地界定产权,通过使产权随时可以交易,以及通过为违约创设方便和有效的救济来减少交易成本;

2. 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他来说价值最大的使用者,来模拟市场对于资源的分配。^{〔10〕}

鉴于科斯定理的基础性地位,在主流观点如此厘定和应用的影响下,既有法律经济学对法律制度研究的“贡献”有三。其一,法律应努力追求完美市场才能实现的财富最大化(或社会成本最小化)和帕累托效率;其二,在帕累托效率无法实现或者法律尽了最大努力而市场交易成本仍然很高的领域,法律需要做的工作就是“模拟市场,价高者得”,实现一种卡尔多-希克斯效率;其三,在方法论上,新古典经济学极具一般性的

〔8〕之所以认为该观点是法经济学界的主流观点,不仅在于当世影响力最大的两本法经济学教材(波斯纳法官的《法律的经济分析》和库特、尤伦教授的《法和经济学》)持有此观点,国内的法经济学教材和相关专著也是此观点的拥护者。参见前注〔3〕,理查德·A.波斯纳书,第61~64页;〔美〕罗伯特·库特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,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76~85页;前注〔6〕,魏建、周林彬书,第96~98页;前注〔6〕,史晋川书,第52页。

〔9〕这是波斯纳法官对科斯第一定理的界定,虽然和科斯、斯蒂格勒和诺斯的界定区别不大,但该界定后半句中的“矫正性交易”却是波斯纳法官重点强调的。参见前注〔4〕,理查德·A.波斯纳书,第6页。

〔10〕需要注意,虽然库特和波斯纳法官在规范的科斯定理的内容界定上没有太大差异——即在交易成本太高之处,法律应该把产权分配给评价最高的一方——但库特和尤伦教授却将第二个规范的科斯定理命名为了“霍布斯定理”。参见前注〔8〕,罗伯特·库特、托马斯·尤伦书,第84~85页。

最优化理论以其简洁和优雅可以替代复杂混乱的传统法学理论，并为法科学生提供一个看待法律的既宽广又统一的视角。

但问题在于，此种对于科斯定理的理解和厘定是准确的吗？

通过细致分析《社会成本问题》（可以说，该论文就是提炼科斯定理的母体）一文的论证结构及其背后的理论逻辑，笔者的初步结论是零交易成本的科斯第一定理并不是科斯的关注，而“模拟市场、价高者得”不是科斯第二定理的理论内容，其背后蕴含的市场中心主义和财富最大化更不是科斯理论的价值追求。基于一般化的交易成本概念和比较的、总体的、替代的方法论进路，真正意义上的科斯第二定理是在交易成本大于零的现实世界，法律如何界定初始权利以及司法面对合法权利的相互冲突时如何重新界权才能有效地促进社会产值最大化或者提高市场经济绩效。可以说，对法律研究有贡献的科斯第二定理本质上是一种法律界权理论。

如此厘定科斯定理的论据有二：

论据之一是《社会成本问题》一文的论证结构及其背后隐含的理论逻辑。

该文共十小节，分四大部分。具体而言，第一部分由开篇两节〔即第一节“有待分析的问题”和第二节“问题的交互（reciprocal）性质”〕组成，分别开宗明义地点明“有待分析的问题”和研究该问题的独特思路。在科斯看来，对于现代社会无所不在的交互式外部效应（或者对他人产生有害影响的那些工商企业行为），不应一味以政府征税或民事赔偿的方式解决，而应以一种损害相互性的思路权衡如何避免更严重的损失。用科斯的话来说，由于所“分析的问题具有交互性质，即避免对乙的损害会使甲遭受损害。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”。〔11〕需要注意的是，科斯所关注的问题看似是外部侵害带来的侵权赔偿问题，但其实质是在合法权利相互冲突之际用何种方式正确地度量和界定权利和利益边界的法律界权和重新界权的问题。

第二部分包括三节（即第三节“对损害负有责任的定价制度”、第四节“对损害不负责任的定价制度”以及第五节“问题的重新说明”），讨论在零交易成本的想象世界，法律不管怎样界权均不影响社会产值最大化的实现。其中第三、四节以一个想象的“牛麦之争”（这实际上是一种思想实验的方法）为切入点，分别讨论在养牛者对损害负责任（即法律将权利界定给了农夫）和不负责任（即法律将权利界定给了养牛者）的法律环境下，若定价制度（或市场机制）无成本地运行，社会产值最大化和资源最优配置总能实现。也正是在第四节的最后一段，科斯指出法律界定初始权利的重要性以及零交易成本的法律无关论（该段也是后来被斯蒂格勒抽象为科斯定理的原始表述）。在随后的第五节，科斯通过讨论普通法中的四个案例再次强调若交易无成本，则法律如何界权根本无关紧要，因为随后当事人完全可以无成本地讨价还价来修改法院所作的安排，权利最终会落到出价更高的当事人手中。“法院面临的迫切问题不是由谁做什么，而是谁有权做什么。通过市场交易修改权利最初的合法限定（delimitation）通常是有可能的。当

〔11〕 Ronald. H. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960, p. 2.

然,如果这种市场交易是无成本的,那么假如这种安排会导致产值增加的话,就通常会
出现这种权利的重新安排。”^{〔12〕}就该部分,笔者完全同意简资修的观点,即科斯之所以
浓墨重彩地讨论零交易成本时的法律界权,不是无制度特征的零交易成本世界值得讨
论,而是为了反证庇古外部性理论的错误。庇古基于社会福利最大化的追求,指出一旦
出现了损害他人的负外部性,就需政府出面内化外部成本。但科斯论证道,只要权利确
定了,即使损害未受补偿,社会产值仍是最大的,因为市场交易必然导致了外部效应的
内部化。^{〔13〕}

接下来的第三部分和第四部分是科斯论证的重点和创新之处。在第三部分(包括两
节,即第六节“对市场交易成本的考察”和第七节“权利的法律界定和经济问题”),
科斯的视线从零交易成本的想象世界回到交易成本大于零的现实世界,开始论证法律界
权和重新界权如何直接影响着经济体制的效率。不同于无视法律制度的新古典经济学,
科斯的理论从交易成本角度切入,而“观察角度之翻转,使得法律变得重要了”。首先,
法律的初始界权(特别是对私权的界定)是市场交易的前提。^{〔14〕}可以说,法律对初始
的私权界定正是市场交易的基础,因为若无此界权,后果要么是交易无门(想想改革开
放之前的计划中国)要么是以武力和拳头取胜的“丛林规则”(想想“淘金潮”下牛仔
遍地、枪战频频的美国西部)。其次,一旦确定了初始权利应界定给私人,但权利不止
一类,私人主体也不止一个,接下来的问题就是法律应该将何种权利界定给何种主体。
在科斯看来,在现代市场经济社会,如果“权利的一种安排会比其他安排产生更大的产
值”,^{〔15〕}那么法律制度就该确认这样的界权方案。有了这样的理论准备,科斯的论述最
终回到了开篇提到的现代社会无所不在的交互式外部效应问题。由于交互式的外部效
应意味着合法权利的相互冲突,一旦出现纠纷和诉讼,法官面临的就不是侵权赔偿问
题(这是一种“有损害,就应赔偿”的单向度的传统观点),而是权属争议之后的重新界权
问题。这本质上是无法遵循先例之后的先例重造(一种法官造法),是一种霍姆斯法官
所说的“空隙处立法”。因此,秉承着促进社会产值最大化的目标,法官重新界权的效
率标准仍然是“两利相权取其重”的比较制度考量。进一步,如果法官预判重新界权之
后,未来的权利交易会带来巨大的交易成本,作为立法者的法官甚至可以根据产值最大
化的目标直接否定这类权利的存在。

正是基于法律如何界权和重新界权才能促进市场发展和经济绩效的思路,科斯进
一步借用普通法的五个案例例证了普通法的法官在审案时并不持有“有损害就应有赔偿”
的传统思路,而是充分考量不同界权方案可能带来的预期后果,随后再优先选择一种能
够在长期意义上促进城市发展和经济增长的方案。对于交互式的有害效应,法官重新界
权“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”,然后

〔12〕 同上,第15页。

〔13〕 参见简资修:“科斯经济学的法学意义”,《中外法学》2012年第1期,第191页。

〔14〕 科斯原话是“权利确定是市场交易的关键前奏”, See Ronald. H. Coase, The Federal Com-
munication Commission, *Journal of Law & Economics*, Vol. 2, 1959, p. 27.

〔15〕 前注〔11〕, Ronald. H. Coase 文,第16页。

择优判之。^{〔16〕}

接下来的第四部分也有两小节 [即第八节“庇古 (Pigou) 在《福利经济学》中的研究”和第九节“庇古传统”]。基于其一以贯之的比较制度分析进路, 科斯回头展开了对庇古福利经济学的批判, 指出庇古的福利经济学是一种规范经济学理论, 以零交易成本的完美市场为标准, 视管理成本巨大的政府为零交易成本的完美政府, 故市场一旦“失灵”政府必须介入以便内化外部成本。但问题在于, 首先, 在正交易成本的现实世界, 要实现产值最大化和经济增长, 无须以零交易成本的完美市场及其内在的帕累托效率和财富最大化为标准。其次, 在某些时候, “政府有能力以低于私人组织的成本进行活动, 但政府行政机制并非不要成本。实际上, 有时它的成本大得惊人”。^{〔17〕}因此, 以完美政府纠正不完美市场的办法根本就不可行。最后, 私人产品和社会产品之间的差异并非重点, 对于现代社会无处不在的交互式的外部效应, 并不需要成本高昂的政府介入以内化外部成本。因为只要有法律的初始界权, 市场主体自会根据市场、企业、法律等不同解决方案的成本择优选择处理方案, 政府的介入并不是唯一和最优的。

最后的第五部分仅一节 (即第十节“研究方法的改变”), 是一个经济学方法论上的总结。科斯指出, 源于庇古福利经济学方法存在的基本缺陷, 经济学界未能在解决有害效果问题上得出正确结论, 因此需要一种研究取向上的改变。由于理想世界 (或完美市场) 并不存在, 以这种理想世界的标准要求现实世界的进路是行不通的, 较好的方法只能是将分析出发点定在实际存在的情形上, 然后审视法律 (包括立法和司法)、政策变化的预期效果, 以获得一个在总效果上较好的结果。这就是科斯所言的研究方法的改变。

根据以上对《社会成本问题》一文的论证结论及其隐含的理论逻辑的概括, 笔者发现科斯定理究其实质是一个比较的法律界权理论 (特别是在正交易成本的现实世界), 而不是主流法经济学认定的一个最优化理论。科斯批判那种视完美市场 (在那里, 不存在私人产品和社会产品的差异, 个体最优就是社会最优) 为现实世界之标准的庇古主义 (一旦发现私人产品和社会产品有差异, 就欢迎政府出面内化外部成本以矫正失灵的市场), 因为现实世界并不存在完美市场, 也不存在完美政府和完美法院, 所有的制度均有成本, 一切都要在比较的基础上具体地权衡和考量。但主流观点对科斯定理的界定却认为在市场“失灵” (即法律即使尽了最大努力而市场交易成本仍旧很高的领域) 之处, 法律应出面“模拟市场”以实现资源的有效配置。该观点不仅有违科斯本意, 而且其本质上是一种正当化法律干预市场的理论, 或者说, 一种新庇古主义。

认定科斯第二定理本质上是一种法律界权理论的论据之二是: 《社会成本问题》涉及科斯定理的原始表述共三段, 除去被斯蒂格勒抽象为零交易成本之科斯定理的那段, 涉及正交易成本的两段 (也即科斯第二定理) 的内容与法学界的主流界定完全不一样。

虽然有赚稿费之嫌, 笔者还是要将科斯的原始表述摘录如下:

“有必要知道损害方是否对引起的损害负责, 因为没有这种权利的初始界定, 就不

〔16〕 同上, 第 26 页。

〔17〕 同上, 第 18 页。

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无成本，最终的结果（产值最大化）是不受法律状况影响的。” [It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost.]^[18]

“一旦考虑到进行市场交易的成本，那么显然只有这种重新安排后的产值增长多于它所带来的成本时，权利的重新安排才能进行……在这种情况下，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可能会如此之高，以至于最优的权利安排以及由此带来的更高的产值也许永远不会实现。” (Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about. ... In these conditions the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with which the economic system operates. One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other. But unless this is the arrangement of rights established by the legal system, the costs of reaching the same result by altering and combining rights through the market may be so great that this optimal arrangement of rights, and the greater value of production which it would bring, may never be achieved.)^[19]

“当交易成本是如此之高以至于难以改变法律已确定的权利安排时，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，并在不会给法律本身带来过多的不确定性时，于判决时考虑这些后果。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。” (the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.)^[20]

[18] 同上，第8页。

[19] 同上，第15~16页。

[20] Ronald. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, p. 19.

上述文字分别出现在第四节最后一段、第六节第二段和第七节第一段。先看第一段，这就是后来被斯蒂格勒抽象为科斯定理的原始表述，也被主流法经济学称为科斯第一定理。在科斯论文的前后语境中审读该段文字，并与主流观点相对比，笔者发现虽然主流法经济学界对该定理的界定和科斯的原始表述看起来差不多，但还是存在三个小的差异。首先，科斯的原始表述强调在零交易成本的想象世界，法律如何界权完全不影响社会产值最大化的实现（或者零交易成本时的法律无关论），但主流界定强调的是矫正性的市场交易会纠正法律的无效界权。其次，原始表述不仅不认为法律是初始权利界定的唯一方式，甚至可以有如下的推定，即由于在零交易成本的世界瞬间即是永恒，“在丝毫不否认科斯定理的情况下，私人产权的假设就可以不再讨论了”。〔21〕但主流版本强调法律对权利的初始配置以及随后无成本的权利交易。第三，原始表述并不关心无成本之定价制度能实现何种效率，但主流界定隐含一种无可辩驳的市场价值，即能实现资源最优配置的财富最大化和帕累托效率。

再来看第一段（即零交易成本的科斯第一定理）和第二段、第三段（即正交易成本的科斯第二定理）之间的关系。

根据科斯的论文结构和原始表述，我们发现存在一个理想的无成本的定价制度是科斯第一定理的成立前提。在这个假设的想象世界，法律怎样规定不重要，也不会存在以内部纵向管理替代横向市场交易的企业，仅仅需要价格这一只“看不见的手”，所有的交易和生产均可以无成本地瞬间完成，不仅社会产值最大化能实现，而且所有的资源均能实现最有效配置。但问题在于这仅仅是一个不现实的假设。由于现实世界是一个交易成本大于零的世界，作为市场之前提的法律由此变得无比重要。科斯的关注在于，在交易成本无处不在的现实世界，立法者和法官（在普通法传统中，这两者是合二为一的）应如何在可替代的不同界权方案中选择才能实现社会产值上更好的结果，重点是在总的效果基础上选择一种“得大于失”的制度方案。基于这种理解，我们发现第一定理和第二定理并不是实证（即“是什么”）理论和规范（即“应该是什么”）理论的关系，而只是基于两个迥异的世界（一个零交易成本的假设世界和一个正交易成本的现实世界）分别提炼的定理（一种能以数学演绎方式证明为真的陈述）和定律（一种经实践归纳而成的可证实也可证伪的理论模型）。

但主流法经济学界厘定的科斯定理之内部关系却不是这样的。在主流观点看来，零交易成本的科斯第一定理是一种实证的法学理论，即完美市场实际运行机制的理论总结，隐含着一种法律能实现的最优效率标准，即财富最大化和帕累托效率。而正交易成本的科斯第二定理是两个从第一定理推导而出的高交易成本推论，是一种规范的法律经济学理论，也即在高交易成本的现实世界，法律要么应努力降低交易成本以利交易达成，要么应在市场失败之处“模拟市场、价高者得”。这是一种以并不存在的完美市场之经济效率为标准要求现实法律（包括立法和司法）制定有效率规则、做出有效率判决的规范理论。但问题在于，这种从完美市场是什么（实然）推导出法律应该是什么（应

〔21〕 Steven N. S. Zhuang, Will China Go “Capitalist”, Hobart Paper 94, Institute of Economic Affairs, 1986, p. 37.

然)的逻辑推论不仅犯了否定前件的逻辑错误(the fallacy of denying the antecedent),更和科斯的原始表述及其背后的理论主张完全相悖。^[22]

最后看应该怎么正确理解第二段和第三段(也即正交易成本的科斯第二定理)。

根据前文对《社会成本问题》一文的细致研读,我们发现,科斯第二定理的内容究其本质就是,以研究现实世界为己任的科斯看到了法律(包括立法的界权定则和司法的重新界权定则)对市场经济的基础性作用。可以说,与建立在不真实假设基础上的追求抽象和数学化的新古典经济学相比,强调比较制度分析的科斯经济学无疑是具体、微观和注重现实的。在科斯看来,就权利的初始界定而言,重要的是预判不同界权方案可能带来的预期收益和预期成本并以此选择一个机会成本更低的界权方案;就现代社会大量存在的交互式的外部效应而言,市场、企业、法律、政府,甚至无为而治都是可以选择的解决之道,重要的是权衡不同解决方案背后的制度成本并择优选之。基于此,科斯坚决反对政府干预的庇古方案,因为“普遍存在的‘外部性’本身就意味着一定存在反对政府干预的‘表面上证据确凿的案例’”。^[23]就司法的重新界权而言,此处存在交互式的外部效应,也即司法面临合法权利相互冲突后的再次权衡,而法官权衡的标准仍然是一种基于社会产值最大化的比较、替代、总体效果的预判和选择。和谢林对效率的理解一致,在科斯眼中,所谓“效率”就是“更好”的代名词:关于替代性结果、一些替代性的状况或政策或计划是不是更好。^[24]

以此观之,主流观点的科斯第二定理却完全不是科斯本意,其“模拟市场、价高者得”的规范理论在很大程度上甚至是反科斯的。如此判断的原因有三。其一,主流视野下的科斯第二定理隐含了一种理想的市场中心主义(不管是法律应降低交易成本以方便权利交易,还是在市场失败之处“模拟市场”),但作为关注现实的比较制度论者,科斯却压根不是一个市场中心主义者。首先,什么是现代经济体系运行的基础和前提?市场中心主义的回答是一个假想的无成本的价格机制,而科斯则认为需要运用一个基于交易成本的选择逻辑去现实地检验市场、企业、法律或政府在经济体系运行中发挥的实际作用。其次,法律的目标和功能应该是什么?市场中心主义的回答是由于完美市场能实现财富最大化和帕累托效率,法律应该“促进和模仿市场的形成”(波斯纳法官语),但科斯的回答是在比较制度分析的基础上,法律应有效地初始界权和重新界权以利社会产值最大化的较好实现。

其二,虽然都强调效率,但科斯眼中的“效率”和主流法经济学眼中的“效率”无论概念界定还是适用范围却有所不同。首先,在科斯看来,所谓效率是一个比较意义上的较优概念,是“更好”的代名词;而主流法经济学者所言的“效率”要么是一种只有无成本的完美市场才能实现的帕累托效率——即要求在给定技术和稀缺资源的条件下,生产最优质量和最多数量的商品和服务,在不会使其他人境况变坏的前提下,如果一项

[22] 参见简资修:“权利之经济分析:定分或效率”,《法令月刊》2017年第68卷第9期,第27~28页。

[23] 前注〔1〕,罗纳德·H. 科斯书,第25页。

[24] 参见前注〔2〕,Thomas C. Schelling文,第23页。

经济活动不再有可能增进任何人的经济福利,则该项经济活动就被认为是有效率的;〔25〕要么是一种更现实一点的“赢家所得超过输家所失”的卡尔多—希克斯效率,即“试图在强制交换发生的环境中重构与市场交易相似的条件”。〔26〕其次,科斯所言“效率”的适用范围仅在市场(或民商事)领域,而主流法经济学者认为的“效率”概念缺乏固有的适用边界,可以从财产法、合同法、侵权法一直到刑法、程序法、婚姻家庭法,甚至宪法的一切法律领域。具体而言,科斯之所以强调法律应追求一种更好的效率,是因为他的研究对象是市场经济体制。正因为不同法律规则和界权方案带来的经济后果有所不同,法官从中选择一个可能带来更好经济后果的规则和界权方案就有其经济意义。而主流法经济学却将完美市场的帕累托效率和财富最大化视作所有法律均应努力实现的目标,只不过由于将不可能在现实世界实现的最优效率视作法律应追求的效率目标,这种学术努力却是注定不可能成功的。

最后,科斯自始至终都在批评建立在不真实假设基础上的新古典经济学,但主流法经济学却将不真实的完美市场才能实现的经济效率作为法律应努力实现的目标。在前者,科斯曾辛辣讽刺过不研究真实世界的新古典经济学家:“当经济学家发现他们不能分析现实中真正出现的现象时,就会创造一个他们能够把握的世界。”〔27〕科斯学术生涯中最具分量的两篇论文(即《企业的性质》和《社会成本问题》),其理论贡献均是建立在对假设不现实(即零交易成本)的新古典经济学理论的批判基础上,正如科斯所言:“我在《企业的性质》中表明,如果没有交易成本,企业就没有存在的经济基础。我在《社会成本问题》中表明,如果没有交易成本,法律就无关紧要,因为人们可以无成本地进行有关获得、分割和联合权利的谈判,从而提高生产的价值。在这样的世界中,构成经济体系的制度既没有实质意义也没有什么目的。”〔28〕但令人惊讶的是,在主流法经济学的研究视野中,不仅完全忽视科对新古典经济学理论的批判,反而全面拥抱并不存在的完美市场和帕累托效率。不管是事前立法应努力制定社会成本最小化的规则,还是在市场失败之处通过事后司法“模拟市场、价高者得”,法律的功能就在于努力实现完美市场才能达成的最优效率。两相对照,我们发现科斯和主流法经济学者的学术观点其实天差地别。

综上,以主流法律经济学界对科斯定理的厘定为参照系,通过对《社会成本问题》文本的研读以及科斯原意的探究,本节论证了科斯定理的重点是比较制度分析框架下的法律界权论,而当下关于科斯定理的共识,在本质上源于主流法经济学家(波斯纳法官和库特教授是领袖)基于其根深蒂固的新古典经济学思想而产生的对科斯理论的误读。对于如此误读,国内法学界不应全盘接受,而应条分缕析地逐一鉴别以便回到科斯。

〔25〕 参见〔美〕保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》,萧琛主译,商务印书馆2013年版,第4页。

〔26〕 前注〔3〕,理查德·A.波斯纳书,第18页。

〔27〕 〔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》,商务印书馆2007年版,第65页。

〔28〕 前注〔1〕,罗纳德·H.科斯书,第14页。

三、科斯定理的理论推进

厘定了科斯定理究其本质是一种现实世界的法律界权论之后,本文余下的学术任务便是在法律界权的视野下考察学术后继者对该理论的有效推进以及进一步揭示此界权理论的内在不足。根据行文顺序,本节先讨论理论推进,下一节再讨论其内在的理论不足。

在经济学界,对法律界权理论的学术推进在于以诺斯、威廉姆森为代表的制度经济学和交易成本经济学的兴起和发展;^[29]在法学界,重要的推进是在科斯定理基础上发展起来的“卡—梅框架”的提出与应用。^[30]鉴于篇幅,本节重点讨论诺斯的理论推进和“卡—梅框架”。

先看诺斯对科斯定理的推进。诺斯明确指出科斯提炼的交易成本为经济学家考察经济组织的成本提供了一个基础工具,更视科斯的交易成本理论为其研究制度变迁的基本方法论基础之一,“我的制度理论是建立在一个有关人类行为的理论与一个交易费用理论相结合的基础之上的。当我们将这两者结合在一起时,我们就能理解诸种制度何以会存在,以及它们在社会运行中发挥了何种作用”。^[31]可以说,包含了法律等正式规则在内的制度在社会中具有基础性的作用,它们是决定长期经济绩效的根本原因。^[32]

在诺斯看来,制度是一个社会的博弈规则,或者更规范地说,它们是一些或自发形成或人为设计的、型塑人们互动关系的约束,制度通过其对交换和生产成本的影响来影响经济绩效。^[33]诺斯认为科斯理论对重构经济学理论具有深远意义且最为关键的一个论点是:若交易无成本,则新古典经济学的有效竞争结论就能成立;倘若交易是有成本的,那么制度就是重要的,此时,产权制度结构会改变资源配置。^[34]对该论点的前半部分,诺斯解释道,交易的无成本,使制度安排可以被绕过甚至被改变,竞争的力量强大到能消除在博弈论模型中给背叛行为带来收益的那种不完全与非对称信息,此时,包

[29] 诺斯的经典著作有:〔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;〔美〕道格拉斯·C. 诺斯:《经济史上的结构与变革》,厉以平译,商务印书馆2002年版;〔美〕道格拉斯·C. 诺斯、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平等译,华夏印书馆1999年版。威廉姆森的经典著作有:〔美〕奥利弗·E. 威廉姆森:《资本主义经济制度》,段毅才、王伟译,商务印书馆2002年版;〔美〕奥利弗·E. 威廉姆森:《治理机制》,王键、方世建等译,陈光金、王志伟校,中国社会科学出版社2001年版。

[30] See Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85, 1972, pp. 1089~1128. 中译本请参见吉多·卡拉布雷西、道格拉斯·梅拉米德:“财产规则、责任规则与不可让渡性:‘大教堂’的一副景观”,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29~50页。

[31] Douglass. C. North, Institutions, Institutional Changes and Economic Performance, Cambridge University Press, 1990, p. 27.

[32] 同上,第107页。

[33] 参见前注〔29〕,道格拉斯·C. 诺斯书,第3、6页。

[34] 同上,第15页。在笔者看来,这一诺斯版本的科斯定理可能是最准确也最符合科斯本意的一个版本。

括法律在内的所有制度都不重要,有效竞争下的帕累托效率和财富最大化自然会实现。对后半部分,诺斯指出新古典理论的包括零交易成本在内的所有严格条件都经不起推敲,因此,包括法律在内的制度如何设计,又如何实施对经济运行效率的影响非常重要。首先,现实世界是一个交易成本大于零的世界。以一种整体的一般化的交易成本观来看,法律如何界权、规则如何制定直接影响到经济体系的运行效率。其次,现实世界根本不存在完全信息的情况。所有个体均是在不完全信息条件下行动,使用的是源于主观的、错误连连的模型,而信息反馈根本不足以匡正这些主观模型。因此,即使是主观意愿很好的制度安排也很有可能并没有实效。最后,制度未必或者说通常不会是为了实现社会效率而被创造出来的,相反,它们之所以被创立,是为了服务于那些有制定新规则的谈判能力的人的利益。^[35]因此,在人类历史上,之所以存在大量无效制度的原因是统治者面临的竞争约束(被竞争者取而代之的威胁)缺失和交易成本约束(有效的规则需要更多的税收成本以至于统治者的岁入会降低)。^[36]

可以看出,科斯经济学对诺斯的学术影响体现在两处:其一,科斯关心的是决定企业存在与否和法律如何界权的交易成本,而诺斯关心的是决定整个经济绩效的交易成本;其二,科斯的关注是在现实世界法律如何有效界权才能实现更好意义上的经济效率,而诺斯却将研究视野扩展到了经济史,关注的是在一个长时段的历史中制度如何影响经济增长以及制度如何起源。^[37]因此,诺斯对科斯定理的推进之处在于将交易成本分析引入经济史研究。一方面,政治制度决定的交易成本大小对经济成效有重大影响,因为政治规则决定经济规则。在诺斯看来:“政治不仅界定并实施着型塑一个经济体系基本激励结构的产权,而且在当今世界……政府无处不在的、时刻在变的管制,都是影响经济绩效的最关键因素。”^[38]因此,对于一个有待发展经济的国家而言,重要的是如何建立和实施有效率的产权,只不过产权以及由此产生的个人契约一般都是由政治决策过程所界定并实施的。另一方面,现代市场经济发展的基础在于如何构建陌生人之间的信任机制,而现代法治及其具体制度形式(也即科斯所看重的法律的界权定则)可以提供这一制度保障基础。正是有了宪政和法治的保障和支撑,有了公正有效的法律制度和司法系统,人们才会相信合作伙伴不敢欺诈和违约,解决人们之间各类纠纷的不是私下贿金而是公正法律,也因此,陌生人之间的合作才有可能,现代社会的安全和秩序才可期。更进一步,诺斯还从路径依赖的角度探讨了决定政治制度的信仰体系和意识形态是导致经济制度变迁困难的主要原因。^[39]因此,虽然制度构成了一个社会的激励结构,政治和经济制度也是决定经济成效的根本因素,但在与经济和社会变迁相关的时间维度中,路径依赖和人类的学习过程决定着制度的演进方式。^[40]

[35] 同上,第21~22页。

[36] 参见〔美〕道格拉斯·C.诺斯:“导论”,载〔美〕约翰·N.德勒巴克、约翰·V.C.奈编:《新制度经济学前沿》,张宇燕等译,经济科学出版社2003年版,第17页。

[37] 诺斯亲自承认了这些学术影响,具体内容请参见上注,第15页。

[38] 前注〔29〕,道格拉斯·C.诺斯书,第154页。

[39] 参见〔美〕道格拉斯·C.诺斯:“时间进程中的经济绩效”,王列译,草木校,载罗卫东编选:《经济学基础文献选读》,浙江大学出版社2007年版,第302、306页。

[40] 同上,第296页。

可以这样说，正是有了诺斯在经济史上的理论推进，才大大提高了科斯定理在经济领域的理论解释力（不仅能解释现实世界更能解释历史世界）和辐射力（不仅在企业理论、法律经济学，更有经济史和经济增长理论）。

再看“卡—梅框架”的理论推进。如果说科斯第二定理集中于在现实世界法律如何界权和重新界权，那么卡拉布雷西和梅拉米德的学术贡献就在于给出了既有法授权利的不同保护方式（或救济）及其规则组合的效率意义。一般地，两位作者提出的保护法授权利的三种类型划分，即财产规则、责任规则和不可让渡规则，被法经济学界称为“卡—梅框架”（C & M Framework）。不同于传统上基于行为的规则分类模式（比如公法私法、刑法民法或者债权物权），“卡—梅框架”的独特性在于，其规则分类的着眼点是效果模式，也即公民合法权益受到侵犯时所能得到的不同法律救济的保护力度。^{〔41〕}而正是从法益保护的效果模式出发，“卡—梅框架”提供了用以理解整个法律体系的“一个统一视角”。^{〔42〕}

受科斯定理中交易成本考量的影响，“卡—梅框架”指出在高交易成本的现实世界，应采用何种方式保护法授权利取决于交易成本的存在及其非对称性。如果交易成本不能忽略不计，交易成本的高低就会受到权利归属和责任认定的影响，也即不同的界权方案和法益保护方式意味着不同的交易成本，因此区分法益保护的三种模式和四种规则就有了实际意义。^{〔43〕}不同于科斯第二定理仅仅考量不同界权方案中的交易成本高低，“卡—梅框架”考量的因素更多更具体，以大陆法系为例，这种考量既体现在立法层面，也体现在司法层面。^{〔44〕}

首先看立法层面。立法者除了应根据是否能够有效降低交易成本（或界权成本）确定界权方案或初始法益归属，还需要根据情况确定保护法益的三种方式。（1）财产规则。一方面赋予法益拥有者的法益定价权方便随后的权利交易和转换，另一方面，禁止对法益进行非自愿的私人“交易”，也即针对那些侵犯权益的行为，在立法上确定相应的救济方式，比如物权法上的停止侵害、返还原物、排除妨碍和消除危险，合同法上的强制履行，消费者权益保护法和食品安全法上的惩罚性赔偿等等。（2）责任规则。在事前的自愿交易因交易成本高昂以致完全不可能的领域，比如在不当得利，无因管理，过失侵权，交通事故责任、医疗责任和产品责任的认定，甚至在政府征用中，通过事前立法确立一种事后的非自愿的法益转移和强制性的法益定价往往是有效率的。从法益拥有者的角度，虽然责任规则意味着更多的国家干预——法益转让或消灭的价值由国家决定——

〔41〕 参见前注〔7〕，凌斌书，第146页。

〔42〕 Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85, 1972, p. 1089.

〔43〕 这里的三种模式指保护法授权利的财产规则、责任规则和不可让渡规则；四个规则指法官面对权利冲突的司法个案时有四种法益保护的规则可选，它们是将权利界定给原告且以财产规则保护之、将权利界定给原告且以责任规则保护之、将权利界定给被告且以财产规则保护之以及将权利界定给被告且以责任规则保护之。具体内容参见上注，第1106页。

〔44〕 基于普通法的“法官造法”传统，在卡拉布雷西和梅拉米德两位作者的论述中，立法和司法的区分是不明显的。如果不认真甄别，中国学者很容易得出法益保护的三种模式和四大规则都是法院在认定和适用的结论，但在立法和司法截然两分的大陆法系，这一结论是不准确的。

但仍然是法益保护的一种方式。^[45] (3) 不可让渡规则或禁易规则。虽然看起来像一种权利限制, 基于父爱主义或政府管制立场的不可让渡规则其实也是一种法授权利的保护机制。立法者既可以通过立法禁止法益在即使是自愿的买卖双方之间进行转让以取缔特定市场, 比如禁止毒品、武器买卖, 禁止代孕等, 也可以通过立法确立事前的政府管制规则, 由于禁止了利害关系人自愿的风险分配, 这种管制也是一种为避免事后损害赔偿之发生而事先制定的禁易规则。^[46]

再看司法层面。根据主张法律安定性的科斯第二定理, 在立法先行的大陆法系, 法官首先需要在尊重立法的基础上适用法律, 只有在立法有漏洞或权利有冲突之时, 司法者才需要在个案中重新界权或确立新规则。但在“卡—梅框架”看来, 法官在具体个案中重新界权只是第一步, 也即确定“谁的权利”, 第二步还需考量究竟是利用财产规则还是责任规则来保护法官重新界定的权利, 也即确定“如何保护”。为实现有效率的资源配置, 法官需在个案中仔细斟酌将权利判给原告并以财产规则加以保护(规则1)、将权利判给原告并以责任规则加以保护(规则2)、将权利判给被告并以财产规则加以保护(规则3)以及将权利判给被告并以责任规则加以保护(规则4)这四种规则组合各自的界权成本和判决成本, 并从中选择一种成本最小的方案。张巍曾经以日本最高裁判决的一则典型滋扰案件为例, 详细讨论了以上四种规则组合背后的各类成本, 并据此得出结论: 对于这种典型的“科斯—卡拉布雷西”案件, 法官以相对主观的价值作判并不能服众, 以科斯定理和“卡—梅框架”确立的效率价值为皈依并建立起具体的“成本—收益”比较标准才是处理此类案件的不二法门。^[47]

综上, 不管是经济学界的诺斯还是法学界的卡拉布雷西和梅拉米德, 都在科斯定理奠定的理论上完成了不小的推进和拓展, 不仅推动科斯经济学往纵深发展, 更使其获得了巨大的跨界学术影响力。

四、科斯定理的潜在不足

但是, 再伟大的理论也并不就是真理, 科斯定理也不例外。不提抽象描摹零交易成本之想象世界的科斯第一定理, 极具理论价值和应用价值的科斯第二定理其实存在两个内在的理论缺陷: 其一是暗藏其中的法律中心主义, 其二是缺乏互动的博弈论思维, 不仅忽视对双边行为的法律规制, 公共决策主体的界权方案考量也缺少对权利界定(或规则制定)与规则下人们理性行动之间互动的博弈维度。

[45] 参见前注 [42], Guido Calabresi and Douglas Melamed 文, 第 1092 页。

[46] 在此处, 笔者同意简资修的观点, 事前的政府管制规则就是一种为避免事后损害赔偿之发生而采取的事先预防措施, 由于禁止了利害关系人自愿的风险分配, 本质上就是一种禁易规则。参见简资修: “不法治的代价: 何为科斯的经济学”, 载《人大法律评论》(2015年卷)(第2辑), 法律出版社2015年版, 第467页。

[47] 具体分析, 请参见张巍: “‘滋扰’案件权利保护的效率标准——对日本最高裁一则判例的探讨”, 载苏力主编: 《法律和社会科学》(第9卷), 法律出版社2012年版, 第212~221页。

就科斯定理中的法律中心主义,凌斌对此有过批评,^[48]但最具影响力和创造性的学术批评来自于埃里克森就夏斯塔县牧区纠纷解决机制提炼的社会规范理论。^[49]埃里克森指出,尽管科斯的著述断然显示了反政府的意味,但在《社会成本问题》中,他还是采用了“法律中心主义”的观点,即立法者和法官就是个体间法定权利的唯一创造者。正是在此处,科斯重复了一个至少可以追溯到霍布斯的大错。^[50]因为,许多权利,特别是日常的权利,并不来自法律的界定,而大多自发产生。有时,人们甚至会用他们自己的规则来补充以及事实上废止国家的规则。^[51]因此,科斯以及跟随其后的法律经济学家(包括卡拉布雷西和梅拉米德)的最大问题在于低估了非法律体系(或者社会规范)在界定权利和实现社会秩序中的基础性作用。^[52]由于“支配普通人际事务的基本规则并不在法律书本中”,^[53]埃里克森的结论是“法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多而秩序更少的世界”。^[54]

之所以称埃里克森的这一学术批评最具影响力和创造性,是因为正如库特所言“埃里克森的研究看起来回应的是过去,但他的目标却是面向未来的……如果说《无需法律的秩序》这本书能够带给未来一些启示的话,它至少意味着这一领域,就像勇敢的鱼鹰一样,已经渡过了它最危险的境地而到达了一个足以振翅高飞的新起点”。^[55]后来的学术发展验证了库特的这一预言。因为自该书出版的1991年到现在,埃里克森亲手开辟的这一领域已经赢得了众多的追随者和耕耘者,不仅学术研究硕果累累,更形成了美国

[48] 凌斌敏锐地发现了科斯定理中的法律中心主义缺陷,也即“只有法律进行了初始的权利界定,市场才能对法律界定的初始权利进行权利重新转移”,因此,“忽略界权成本,从而把法律界权视为市场经济的唯一前提,以为没有法律的产权界定就没有市场经济,这正是科斯及其后裔根深蒂固的错误观念”。但遗憾的是,凌斌的批评火力大多集中在零交易成本的科斯第一定理,这导致其批评的深度有限。相关讨论参见前注[7],凌斌书,第29~32页;凌斌:“从界权成本看真实世界——兼答简资修教授”,载《人大法律评论》(2015年卷)(第2辑),法律出版社2015年版,第476页。

[49] 参见〔美〕罗伯特·C.埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版。

[50] 埃里克森认为科斯有一种法律中心主义思想,因为他暗示了在市场交易成本不为零的情况下,权利的初始配置应该由法律制度来确认。科斯的观点,请参见前注[1],罗纳德·H.科斯书,第113页。埃里克森对此的批评,参见上注,第166~171页。

[51] 埃里克森通过对夏斯塔县越界牲畜纠纷解决的实地调研,发现有大量证据支持这一结论。详见前注[49],罗伯特·C.埃里克森书,特别是第十一章(实体性规范)和第十二章(救济性规范)。

[52] 埃里克森将卡拉布雷西和梅拉米德也视为法律中心主义者的证据是,在《财产规则、责任规则和不可让渡性:一副大教堂的景观》一文中,他们指出“任何法律体系必须面对的第一个问题就是我们称之为‘权利’(entitlement)的问题。无论何时,只要一个国家面对两个或更多的人,或两个或更多的群体的冲突利益……法律所做的最基本的事情就是决定冲突的哪一方有权获胜”。参见前注[42],Guido Calabresi and Douglas Melamed文,第1089~1091页。

[53] 前注[49],罗伯特·C.埃里克森书,第178页。

[54] 这是埃里克森著作的最后一句话,参见上注,第354页。

[55] Robert D. Cooter, Against Legal Centrism, California Law Review 81, January, 1993, p. 417.

法学界的“社会规范学派”(Norms School)。^[56]

就科斯定理缺乏互动的博弈论思维,其实库特早有察觉。在《科斯的费用》一文中,库特不仅明确表示科斯定理忽略策略行为,更从议价博弈的角度提出了一个反科斯定理(或霍布斯定理):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。^[57]但遗憾的是,库特反对的是科斯第一定理,其提出的霍布斯定理针对的仍然是零交易成本的理想世界。在交易成本大于零的世界,新古典经济学的价格理论将法律制裁视为影子价格并假设人们对法律制裁的反应与对价格的反应相同,而科斯第二定理告诫公共决策主体在界权和重新界权之际必须考量不同方案背后的界权成本(内含交易成本)并选择机会成本较低的方案。但面对无处不在的双边行为和互动场景,仅仅考量界权的机会成本其实并不够,我们更需要探讨法律机制如何影响人们的信念和行为从而促进合作和实现有效率的法律。这是博弈论可以大展身手的地方,也是只考虑单个公共决策主体理性决策的科斯第二定理的内在不足。^[58]

不仅如此,在实践中适用科斯第二定理其实还存在一个困难,即如何计算不同界权方案背后的机会成本。由于不同界权方案或定则背后隐含着界权后“趋利避害”的理性行动者的相机选择,更决定着此界权或定则可能带来的机会成本和实际成效,因此,不预测规则下的行动者如何行动、不估量如此行动的相应成本和实际结果,公共决策主体基于界权成本的成本—收益考量就没有真正的基础。而根据研究互动决策的博弈论,一个立法者或制度设计者如果需要界权或定则来约束某个社会场域中人们的行动并调整相应的社会关系,那么其只能遵循一个解决问题的基本逻辑:在所有技术可行的法律范围内,每种界权或定则所决定的博弈规则为人们提供了相应的行为激励,他们在此激励、知识和信念的指引下进行社会博弈最可能产生什么样的均衡结果,对这些结果进行基于机会成本、效率和社会正义的评价,根据最合理的结果选择如何界权或定则。^[59]

在很大程度上,科斯定理之短正是博弈论之所长。要弥补科斯第二定理的理论缺陷,擅长分析互动策略的博弈论正好派上用场。

五、简短的结语

该如何厘定作为法经济学基础理论的科斯定理?是基于新古典经济学的最优理论将之视为一种促进和“模拟市场”的法律规范理论,还是回归科斯的比较制度分析框架,视其作为一种现实世界的法律界权理论?可以这样说,在理解和厘定科斯定理上的巨大差

[56] 该学派的重要成果包括, Robert Ellickson, *Order without Law: How neighbors settle disputes*, Harvard University Press, 1991; James Coleman, *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, 1990; Jon Elster, *The Cement of Society*, Cambridge University Press, 1989; Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000; Richard McAdams, *The Origins, Development, and Regulation of Norms*, *Michigan Law Review* 96, 1997, p. 338; Paul Mahoney and Chris Sanchirico, *Norms, Repeated Games, and the Role of Law*, *California Law Review*, Vol. 91, 2003, pp. 1280~1329.

[57] 参见前注〔5〕, 罗伯特·库特文, 第22页。

[58] 这是笔者下一篇论文的主题, 因篇幅所限, 此处不多赘述。

[59] 参见丁利:“制度博弈、博弈均衡与社会正义”,《中国社会科学》2016年第4期,第136页。

异直接决定了法律经济学不同的理论走向和研究进路。

从国内外法学界已形成共识的对科斯定理的相关厘定（即零交易成本的市场矫正论和正交易成本的促进和模拟市场论）出发，本文致力于回归提炼了科斯定理的基础性文本《社会成本问题》来重新认识和理解真正意义上的科斯定理。不仅从对该文的论证结构以及隐含其中的理论逻辑的仔细梳理中发掘科斯定理的真实含义，更将科斯关于科斯定理的三段原始表述和法学界对科斯定理的相关界定进行一一比对。梳理和比对的初步结论是：（1）主流法经济学厘定的科斯定理包括零交易成本的科斯第一定理（一种实证理论）和正交易成本的科斯第二定理（从科斯第一定理推导而来的一种规范理论），但是，零交易成本的科斯定理仅仅存在于新古典经济学的想象世界，实证的科斯定理也不可能推导出规范的科斯定理。（2）零交易成本的科斯定理不是科斯关注的理论重点，科斯的理论创新之处在于翻转甚至颠覆了无视交易成本和制度环境的新古典经济学，指出在交易成本大于零的现实世界，由于法律制度如何界定规则直接决定了经济体系的运行效率，因此一种务实的经济学必须将现实法律纳入其分析研究之中。（3）由于在真实世界，所有制度均需成本，所以在要不要法律界定、法律如何进行初始权利界定、采用何种制度解决合法权利的相互冲突以及司法如何在个案中重新界定等各个方面，有制度选择权的公共权威应该在可选方案中优先选择那种可能促进经济增长和社会产值最大化的较优方案。这就是科斯基于真实世界提炼的科斯第二定理（或者，更准确地，一种从实践中提炼的科斯定律），一种追求总体经济效果较优的法律界定理论。（4）由于主流法经济学的领军人物深受研究零交易成本世界的新古典经济学影响，主流法学界在科斯定理的厘定和理解上出现了重大偏差，以至于将正交易成本时的法律界定论误认为法律应以完美市场的经济效率为目标努力促进和“模拟市场”。

文章写到了最后，笔者只想在上述结论的基础上指出，如果秉持科斯的基于比较制度分析基础上的法律界定理论，不仅可以理解现代法治对于市场经济体制的基础性作用，理解经济学界的诺斯和法学界的卡拉布雷西、梅拉米德分别在制度变迁理论和法律救济理论（即法律界定之后的“卡—梅框架”）上对科斯定理的重要学术推进，还可以进一步基于规范中心主义和双向互动的博弈论思维发现科斯定理（在法律界定方面）的内在理论缺陷。但如果对科斯定理的厘定和理解出现重大偏差，不管在立法还是司法场域，试图让法律以最优效率为目标促进和“模拟市场”的理论不仅不足以指导立法者和法官如何界定或重新界定，盲目应用该理论更可能使法律呈现一种“有钱人说了算”的社会达尔文主义倾向，既不公平也无效率。

明了此理，能不慎然乎？

参考文献

- [1] 凌斌. 法治的代价：法律经济学原理批判 [M]. 北京：法律出版社，2012.

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）