

Law & Economics
法律经济学丛书

ECONOMICS AND THE LAW

From Posner to Post-Modernism

经济学与法律 ——从波斯纳到后现代主义

【美】尼古拉斯·麦考罗 / 著
【美】斯蒂文·G·曼德姆

吴晓露

潘晓松 / 译

朱 慧

史晋川 / 审校

Nicholas Mercurio
Steven G. Medema

法律出版社
LAW PRESS CHINA

“你没有记分卡，就无法告诉选手分数”，看棒球比赛的观众这样说过。麦考罗和曼德姆在本书中不仅提供了记分卡而且更多：芝加哥学派和纽黑文学派的反对者、公共选择学派和公民共和主义学派的反对者、制度和新制度经济学派以及作为对各种不同经济学研究的后现代制衡的批判法学派所提供的主流思想史和框架。

——保罗·H·布里茨克《瓦尔帕莱索法律评论》

本书提供了关于法经济学主要轮廓的精彩介绍。……它特别被推荐给那些对于这一学科各个方面简短且丰富的评论产生兴趣的读者。

——汉斯·伯恩·谢弗《制度和理论经济学杂志》



独角兽工作室

装帧设计

ISBN 7-5036-5735-9



9 787503 657351 >

ISBN 7-5036-5735-9/D · 5452 定价：29.00元

ECONOMICS AND THE LAW

From Posner to Post-Modernism

经济学与法律

——从波斯纳到后现代主义

Nicholas Mercurio

【美】尼古拉斯·麦考罗

Steven G. Medema / 著

【美】斯蒂文·G·曼德姆

吴晓露

潘晓松/译

朱 慧

中晋川/审校



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济学与法律——从波斯纳到后现代主义/[美]麦考罗,
[美]曼德姆著;吴晓露,潘晓松,朱慧译.—北京:法律出版社,
2005.8

(法律经济学丛书)

ISBN 7-5036-5735-9

I. 经… II. ①麦…②曼…③吴…④潘…⑤朱…
III. 法律—经济学—研究 IV. D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 075432 号

©法律出版社·中国

责任编辑/高山 王 坚

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/9.75 字数/222 千

版本/2005 年 8 月第 1 版

印次/2005 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5735-9/D·5452

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

经济学是一门学科,又是一种研究方法,甚至是一种思维方式。像其他的研究方法和思维方式一样,经济学的方法可以、应该,而且已经是“天下之公器”。法经济学,正是经济学作为研究方法在法学领域成功运用之后结出的革命性成果。

今天在西方,法经济学的研究正臻于成熟,而在我国,她正受到广泛关注。当此之时,推出一套法律经济学丛书,可以说是正合时宜。

法律出版社作为中国历史最悠久的法律图书出版机构,始终以传播法律信息,推进法制进程,积累法律文化,弘扬法治精神为己任。2004年成立的对外合作出版分社,亦将发掘世界各大法系法律文化精粹,推介人类杰出法律成果及卓越思想引为重责。作为出版者,我们对推出此套丛书,以集中展现法经济学公认的优秀学术成果,充满热忱和使命感。

《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》一书提供了关于法经济学主要学术思想的精彩介绍,作者表达了对这些相关但又各不相同的学术传统的特有理解。

另外,我们期待对本丛书感兴趣并愿在法经济学领域共同努力的学者与我们联系,合力推动法经济学在我国的发展。

法律出版社对外合作出版分社
2005年8月

法经济学评述

(代中译本序)

史晋川*

“法经济学”(Economics of Law),亦称“法律的经济分析”(Economic Analysis of Law),是20世纪50—60年代发展起来的一门经济学与法学交叉的边缘学科,也是当代西方经济学和当代法学中的一个非常重要的学术流派。由于研究者所持的学科立场及研究视角的不同,西方法学界一般把这一学术流派称之为“经济分析法学”。经济学家和法学家在“冠名”上的看法分歧,实际上在一定程度上进一步表明了这门交叉边缘学科在社会科学中所具有的重要地位。当然,为了淡化“冠名”上的学科倾向,“法和经济学”(Law and Economics)可能是一个比较中性的学科称谓。事实上,法经济学的兴起从来都不是一场学术界的统一运动,在其发展过程中一直都存在着不同的观点和意见,这种观点和意见的分歧不仅存在于经济学家和法学家之间,同样也出现在经济学家内部。鉴于此种状况,本文旨在从芝加哥学派的观点来阐述法经济学的产生与发展、学科的性质与学科的研究范围和研究方法、有关财产、合同和侵权行为的经济分析,并在此基础上对法经济学进一步

* 经济学博士、浙江大学经济学院教授、博士生导师。研究领域为现代西方经济学、区域经济发展战略、法与经济学理论。

发展的趋势作出初步的描述和分析。

一、学科的历史渊源、形成和发展

现代经济学的前身——古典经济学,当时被称为“政治经济学”,是从哲学(伦理学)、政治学、法学和神学等诸多学科中逐渐分离出来的一门社会科学。在古典经济学的发展过程中,由于学科形成的历史渊源和学科本身发展的历史使命,社会制度问题一直是古典经济学家重点关注的研究领域,其中也大量涉及法律问题。从法国重农学派的魁奈到英国古典经济学家亚当·斯密和大卫·李嘉图,在这一点上毫无例外。例如,李嘉图关于分配制度理论问题的研究就涉及英国19世纪初有关“谷物法”的立法问题。19世纪70年代后,伴随着经济学“边际革命”的兴起,社会制度问题的逐渐被冷落,但在欧洲大陆,仍有德国的历史学派及罗雪尔和李斯特等人,继续在研究社会制度和法律问题。19世纪末至20世纪初,随着以马歇尔为代表的新古典经济学的产生及在欧洲大陆主导地位的确立,经济学取代了政治经济学,资源配置成了经济学研究的核心问题,社会制度问题被作为研究资源配置问题的一个既定前提搁置在一旁。但是,即使在同一时期中,北美大陆仍存在着与欧洲不同的情景,以凡勃伦和康芒斯等人为代表的美国制度学派经济学家,并没有中断古典经济学有关社会制度及法律问题研究的传统。^{〔1〕}

〔1〕 有关这一部分经济思想史的内容可以参阅埃里克·罗尔:《经济思想史》(商务印书馆1979年中译本);也可参阅史晋川、张法荣:《比较经济理论分析》(杭州大学出版社1993年版)。此外,在19世纪下半叶至20世纪初,美国经济学家有关法律问题和经济问题及其相互关系的研究,可以参阅Herbert Hovenkamp“Law and Economics in the United States: a brief historical survey”, Cambridge Journal of Economics 1995, 19, 331—352。

此外,由于资本主义经济的发展,尤其是重化工业(石油)、汽车工业和铁路的大发展,从19世纪下半叶开始,在资本主义国家陆续产生了大量的垄断组织,加上20世纪20—30年代世界经济大危机的爆发,导致了英国、美国等国有关反垄断法律的陆续颁布及政府在公共事业领域的干预和产业管制的扩张。因此,在同一时期中,经济学家对于反垄断法律和公共事业及产业管制的有关法律研究,实际上仍然在进行。例如,芝加哥大学经济学系和法学院的经济学家,从20世纪30年代开始就没有间断过关于反垄断和产业管制问题的研究。1939年,芝加哥大学法学院在开设了一套包括经济学、会计学和法学的研究课程后,又任命了原经济系教师西蒙斯作为法学院的第一位经济学教授,开设“公共政策的经济学分析”课程。此后,西蒙斯又将阿伦·迪雷克特引入法学院,迪雷克特与爱德华·列维合作开设了有关反垄断法的课程。在40年代中期,芝加哥大学还成立了一个研究中心,致力于从事“一个有效率的竞争经济中合适的法律和制度框架的研究”(科斯,1993),从而极大地推进了芝加哥大学法学和经济学学科交叉的研究。一些学者也把在芝加哥大学法学院由西蒙斯和迪雷克特等人发展起来的理论称为“旧”法经济学,以区别于50年代以后在芝加哥大学发展起来的“新”法经济学。〔2〕

20世纪50年代后期至整个60年代,是法经济学的初创时期。艾伦·迪雷克特教授在1958年创办了《法和经济学杂志》(Journal of Law and Economics,亦译“法经济学杂志”),罗纳德·科斯教授于1960年发表了《社会成本问题》一文,标志着法经济学的

〔2〕 有关内容可参见 Nicholas Mercurio, Steven G. Medema, “Economics and the law: From Posner to Post-Modernism”一书中有关芝加哥大学法和经济学的论述。此外,即使是在20—30年代,也有经济学家在研究与当今的法经济学所研究的主题相近的内容。例如科斯在伦敦经济学院(LSE)的导师普莱特(A. Plant)就在研究有关专利与版权的问题。有关内容可参阅 Arnold Plant, “Economics Theory Concerning Patents for Invention”, *Economica* I, February 1934, 30—51。

问世。^{〔3〕} 由于上述有关人和事都发生在美国芝加哥大学,所以,可以认为,芝加哥大学是法经济学运动的直接源头。

在法经济学的整个初创时期,法经济学还不是一门相对独立的学科,法经济学运动融合在整个新自由主义经济学运动和“经济学帝国主义”扩张运动中。从非主流的角度来看,当时新自由主义经济学的发展呈现出一种多样化的格局,其中包括了以米尔顿·弗里德曼为代表的货币主义学派;以科斯为代表的产权经济学理论及新制度主义经济学;以詹姆斯·布坎南为代表的公共选择理论和加里·贝克尔为代表的非市场行为经济学研究。^{〔4〕}

罗纳德·科斯教授是法经济学初创时期最重要的代表人物,也是法经济学的学科创始人,其经典之作《社会成本问题》是法经济学学科创立的里程碑。科斯在《社会成本问题》一文中,通过对外部性问题独辟蹊径的分析,得出结论:当交易费用为零时,不同的产权界定将不会影响资源配置的结果;反之,当交易费用不为零时,不同的产权界定会导致出现不同的资源配置结果。这就是著名的“科斯定理”。^{〔5〕}

“科斯定理”告诉人们,私人之间的交易在谈判、签约、监督执行过程中会产生相关费用,即交易费用,同一交易过程在不同的法律制度框架中进行时,所涉及的交易费用是不同的,过高的交易费用将对私人交易形成障碍,从而影响资源配置的效率。有效的法

〔3〕 参见易宪容著:《科斯评传》,山西经济出版社1998年版。

〔4〕 尽管贝克尔本人谦虚地认为他“不是法和经济学领域的专家”。但是许多经济学家和法学家都认为,贝克尔将经济学的分析工具广泛地引入对社会生活诸多领域的研究中,包括刑法、雇佣法和婚姻法的研究中,实际上对法经济学的形成和发展作出了巨大的贡献。1997年,《芝加哥大学法律评论》编辑部召开的有关法经济学的圆桌讨论会上,许多学者的发言均证实了这一点。有关内容可参阅 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997。

〔5〕 参见科斯:《社会成本问题》,载纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,上海三联书店1990年中文版。

律制度安排能够节省私人交易的费用,减少私人谈判达成协议的障碍,有利于资源配置结果的改善。因此,“科斯定理”通过引入“交易费用”这一核心概念,将法律制度安排与资源配置效率两者有机地结合在一起,为运用经济学的理论与方法研究法律问题奠定了基础。

此外,在法经济学的初创时期,还有两位非常重要的代表人物,一位是阿曼·A·阿尔钦,另一位是戈多·卡拉布雷西。阿尔钦在1961年发表了《关于产权经济学》一文,运用效用理论和最大化方法研究了产权制度问题;卡拉布雷西则在同一年发表了《关于风险分配和侵权法的思考》一文,从经济学的视角比较系统地研究了侵权的法律问题。^[6]这两篇论文的研究内容涉及了普通法的两个非常重要的领域——财产法和侵权法,标志着经济学的分析进入了传统上属于法学家的普通法研究的具体领域。

法经济学在20世纪70—80年代经历了一个蓬勃发展的时期。在这个时期中涌现出许多优秀的代表人物与研究成果,例如:理查德·A·波斯纳与《法律的经济分析》(1973年),沃纳·Z·赫希与《法和经济学》(1979年),A·米契尔·波林斯基与《法和经济学导论》(1983年),罗伯特·考特和托马斯·尤伦与《法和经济学》(1988年)。同一时期,有关法经济学的研究机构和学术刊物也纷纷问世,例如:美国爱默里大学的“法和经济学研究中心”和《法经济学》杂志、迈阿密大学的“法和经济学研究中心”和《法与政治经济学杂志》、华盛顿大学的《法和经济学研究》杂志以及在纽约出版的《法和经济学国际评论》;在英国也成立了“工业法研究会”等机构,仅牛津大学就出版了《工业法杂志》和《法学、经济学与组织研究杂志》。此外,一些著名的大学,例如哈佛大学、芝加哥大学、斯坦福大学、加州大学伯克利分校、牛津大学、约克大学、多伦多大学等,

[6] 参见理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(中文译者前言),中国大百科全书出版社1997年中文版。

6 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义

纷纷在法学院、经济学院(系)开设法经济学课程。一些著名大学的老牌法学杂志,例如《哈佛法学评论》、《耶鲁法学评论》、《哥伦比亚法学评论》、《多伦多大学法律杂志》等,也开始纷纷重视法经济学的研究,刊登有关法经济学的研究成果。这一时期,法经济学由于自身的不断成长,已经开始逐渐从新制度经济学中独立出来,成为一门具有比较完善的理论体系的相对独立的新兴学科。

在法经济学的蓬勃发展时期,芝加哥大学法学院的理查德·A·波斯纳教授是最为杰出的一位代表人物,他的著作《法律的经济分析》是一部类似于法经济学“百科全书”的经典作品,这部著作在1973年的出版,标志着法经济学完整的理论体系的建立。同一时期,随着法经济学理论研究的不断扩展和深入,法经济学对立法和司法实践的影响也在不断扩大。例如,美国总统里根在1981年任命了波斯纳、博克和温特等3位在法经济学方面颇有造诣的法学家为美国联邦上诉法院法官;同年,还通过并颁布了12291号总统令,要求所有新制定政府规章都要符合成本—收益分析的标准。^{〔7〕}

在1997年芝加哥大学的圆桌会议中,一些学者认为,法经济学的发展已经对法律教育和法学研究产生了深远的影响。人们通过经济学可以比过去更好地理解法律制度,因为一旦人们揭示出法律中所隐含的经济理论结构,法律的内涵就变得更为简明清晰了。在一些学者看来,经济学分析方法的引入之所以能对法律产生重要的影响,实际上是因为经济学在引入法学领域后,产生了一种反向的运动(类似于把牡蛎植入沙堆中),从而刺激了法学研究。在一定程度上,甚至可以把法学研究的进展视作是法学家对

〔7〕 有关内容亦可参阅罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》(前言),上海三联书店1991年中文版。

法经济学的“愤怒的反应”的结果。^{〔8〕}

二、学科性质、研究范围与研究方法

从学科研究的性质来看,法经济学已明确将自己定位是一门“用经济学阐述法律问题”的学科。用波斯纳的话来说,法经济学是“将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度分析”的学科。^{〔9〕}具体地说,法经济学采用经济学的理论与分析方法,研究特定社会的法律制度、法律关系以及不同法律规则的效率;其研究的主要目的仅在于“使法律制度原则更清楚地显现出来,而不是改变法律制度”。^{〔10〕}根据尼古拉斯·麦考罗和斯蒂文·G·曼德姆的定义,“法和经济学是一门运用经济理论(主要是微观经济学及其福利经济学的基本概念)来分析法律的形成、法律的框架和法律的运作以及法律与法律制度所产生的经济影响的学科。”^{〔11〕}

从法经济学的研究范围来看,法经济学对法律制度问题的研究基本上覆盖了整个法律领域,包括民事、刑事和行政程序;惩罚理论及其实践、立法和管制的理论及其实践;法律的实施和司法管理实践;以及宪法、海事法、法理学等各个方面。但是,法经济学的

〔8〕 参见 Judge Posner 在芝加哥大学圆桌会议的发言,载 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997.

〔9〕 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(第二版序言),中国大百科全书出版社 1997 年中文版。

〔10〕 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社 1997 年中文版,第 25 页。

〔11〕 Nicholas Mercuro, Steven G. Medema, Economics and Law: From Posner to Post-modernism, Princeton University Press 1997, p. 3.

研究重点是“普通法的中心内容——财产、合同和侵权”。^[12]按照波斯纳的说法,经济学家以前对法律的研究基本局限在反垄断法和政府对经济实行公开管制的领域,而法经济学的研究重点则转向了“并不公开管制的法律领域”。^[13]

从法经济学的研究方法来看,法经济学是以“个人理性”及相应的方法论的个人主义作为其研究方法基础,以经济学的“效率”作为核心衡量标准,以“成本—收益”及最大化方法作为基本分析工具,来进行法律问题研究的。加里·贝克尔在谈到法经济学成功的原因时指出,法经济学获得成功的重要原因之一就是它很好的运用了三个重要的经济学原则,一是个人效用最大化原则,二是市场出清(供求均衡)原则,三是效率原则。^[14]W·赫希也曾指出:“尽管并非所有的研究者对法和经济学的研究视角和方法都持有一致的看法,但是,绝大多数的人都认为,新古典主义经济学的分析方法——包括经济理论与计量分析工具——构成了法律和法律制度经济分析的基本特征。”^[15]这一点,甚至连法经济学中的非主流学派的学者也看得十分清楚,R·P·麦乐怡就一针见血地说,“法律的经济分析通过对法律规则(Doctrine)进行成本和收益分析及经济效率分析,使我们可以就法律实施的结果得出结论,并对特定的法律安排的社会价值作出评价”。^[16]

具体地说,与传统的法学研究相比较法经济学的研究主要具

[12] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》(前言),上海三联书店1991年中文版。

[13] 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(第二版序言),中国大百科全书出版社1997年中文版。

[14] 关于贝克尔对这一问题的详细论述请参阅 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997。

[15] Werner Z. Hirsch, Law and Economics: An introductory Analysis (3rd ed.), Academic Press 1999, p. 1.

[16] 罗宾·保罗·麦乐怡:《法与经济学》,浙江人民出版社1999年中译本,第2页。

有如下特征：^{〔17〕}

1. 方法论个人主义

法经济学是以方法论个人主义的假定作为其研究基础的。^{〔18〕}方法论个人主义的核心思想是：社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为研究的基础之上，分析研究对象的基本单元是有理性的个人，并由此假定集体行为是其中个人选择的结果。因此，从法理学的角度来看，法经济学实质上是研究理性选择行为模式的方法论个人主义法学，或者说，是一种以人的理性全面发展为前提的法学思潮。

由于方法论个人主义同样也是古典经济学研究方法的重要基础，并且在“边际革命”兴起后的新古典主义经济学的发展过程中得到广泛的运用。因此，法经济学在以方法论个人主义假定作为其研究基础时，同时也就不可避免地借用了与这一方法论相一致的经济学的概念和分析方法，例如“效用”、“效率”、“机会成本”等概念，以及“成本—收益分析”、“均衡分析”、“边际分析”等分析方法。罗伯特·考特和托马斯·尤伦在阐述运用微观经济理论的工具来研究法律问题的理由时指出：“法律所创造的规则对不同种类的行为产生隐含的费用，因而这些规则的后果可当作对这些隐含费用的反应加以分析”，据此，“我们认为诸如最大化、均衡和效率之类的经济概念是解释社会，尤其是解释理性的人们对法律规则的反应行为的基本范畴。”^{〔19〕}

〔17〕 关于方法论问题的详细论述可参阅波斯纳《法律的经济分析》一书中《中文版译者序言》。

〔18〕 Hens-Peter Schwintowski 在阐述法律的经济分析问题也曾十分明确地指出，方法论个人主义是现代制度经济学最重要的假定之基础，其基本内涵是社会的所有决策都必须建立在个人基础之上（参见 Hens-Peter Schwintowski, “An Economic Theory of Law”, The Journal of Interdisciplinary Economics, 2000, Vol. 12, pp. 1—6）。

〔19〕 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海三联书店 1991 年中文版，第 13 页。

2. 激励分析

激励分析是现代经济学理论研究经济主体行为的一种重要分析方法,尤其适用于研究分析经济主体的预期行为。在波斯纳看来,传统的英美法学研究主要是考察已经发生的事件及案例,是一种“事后研究”(ex post approach),而法经济学主要从事的是一种“事前研究”(ex ante approach),因此,它必须注重分析随法律制度及相关因素变化所产生的预期行为刺激。“对法经济学家而言,过去只是一种‘沉没了的’成本,他们将法律看成是一种影响未来行为的激励系统。”^[20]例如,法经济学在讨论由于合同条文的不明确所产生的合同履行过程中偶发性风险(损失)分摊问题时,之所以要确立一种规则:把损失分配给能以最低成本承担这种损失风险的一方,其目的就是要通过警告未来的签约双方法院将利用这个规则来分配不履行合同的损失,从而利用这一法院确立的规则来促使未来的签约双方设计出对损失风险作出明确分配的合同,促进经济活动效率的改善。

3. 规范研究与实证研究

规范研究和实证研究分别是经济理论中规范经济学和实证经济学的最基本的分析方法。规范经济学研究的主要问题是“为什么?”,实证经济学研究的主要问题是“是什么?”。在一些学者看来,法经济学既然是一门运用经济学的方法来研究法律问题的学科,那么,它同样也可以分成两个部分:一是所谓规范的研究,即运用经济学来研究最优的或最有效率的法律规则的制定问题;二是所谓实证的研究,即运用经济学来研究现实中法律规则的实际效果问题。^[21]

[20] 转引自理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(中文版译者序言),中国大百科全书出版社1997年中文版,第15页。

[21] 有关这一问题可参阅Herbert Hovenkamp, “Law and Economics in the United States: A brief historical survey”, Cambridge Journal of Economics 1995, 19, 331—352。

在法经济学的规范研究中,其最大的特点就是确立和突出法律的经济分析中的“效率”标准,即以效率为标准来研究在一定社会制度中法律的制定和实施问题。在一些法经济学家看来,传统法学研究所强调和重视的是“公平”、“正义”,而这一类概念本身的含义往往是模糊不清的,同时,在非常多的情形下,经济学的分析都可以得出与法律分析相同的结论,所以,可以用“经济效率”去取代“正义”之类的传统法律概念,甚至可以将法律转为经济学。

从具体的效率标准来看,法经济学在研究中所运用的经济效率标准,主要的并不是“帕累托最优”,而是“卡尔多—希克斯”意义上的效率标准(Kaldor-Hicks efficiency)。按照这一效率标准,在社会的资源配置过程中,如果那些从资源重新配置过程中获得利益的人,只要其所增加的利益足以补偿(并不要求必须实际补偿)在同一资源重新配置过程中受到损失的人的利益,那么,这种资源配置就是有效率的。法经济学的规范研究之所以要确立的这种经济效率标准,主要原因在于,“帕累托最优”往往只能适用于市场中的自愿交易场合,而在许多社会活动中,法律规定的权利是无法在市场上交易的,或者是无法通过市场自愿交易来转换的。

在法经济学的研究中,实证研究最适合用来分析法律的效果问题,或者说,实证经济学的分析方法最适合于研究法律的“效果评估”问题,包括对法律的效能做定性的研究和定量的分析。法经济学运用实证研究来分析预测各种可供选择的法律制度安排的效果,目的是为了更好地说明,法律的实际效果与人们对该项法律预期的效果是否一致,或是在多大程度是一致的。实证研究在法经济学中的运用,不仅促进了法经济学研究的“模型化”和研究的“精确化”,而且使得法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析问题研究取得了极大的进展。

三、财产、合同和侵权行为的经济理论

如前所述,法经济学的一个非常重要的特征就是将经济学的理论与方法运用来分析普通法,包括财产法、合同法和侵权行为法。因此,这一部分的主要内容将着重介绍法经济学有关财产、合同和侵权行为的经济理论。^{〔22〕}

1. 财产的经济理论

从法律的观点来看,财产是“一组权力”,这些权力描述了一个人对其所有的资源可以做什么,不可以做什么,包括对资源的占有、使用、改变、馈赠、转让和阻止他人的侵犯等。或者说,“财产的法律概念就是一组所有者自由行使并且其行使不受他人干涉的关于资源的权力。”^{〔23〕}

法经济学有关财产的经济理论,主要集中在关于财产法的四个基本问题上,即:①私人可以拥有什么财产?②所有权是怎样建立起来的?③所有者如何合法地处置其财产?④如何保护产权?如何赔偿对产权的侵犯?

法经济学是依据微观经济学有关私人产品和公共产品的区别来分析和回答“私人可以拥有什么财产”这一问题的。由于私人产品具有个人排他使用的特点,或者说,在消费上具有对抗性,因此,对具有私人产品特性的资源建立和履行所有权(私人财产权)的成本比较低,而通过建立所有权所带来的利用资源的效率将会提高。例如,土地(无论是耕地或者牧场)的使用是具有对抗性的,如果不

〔22〕 这一部分内容主要参考拙作《财产、合同和侵权行为的经济理论》,载《浙江树人大学学报》2001年第2期(中国人民大学复印资料《民商法学》2001年第11期)。

〔23〕 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店1991年中译本,第125页。

建立土地的私人财产权,则将会出现“公地的悲剧”,损害了土地资源配置的效率,而土地的私人所有权的确立,将对土地所有者产生一种有效利用土地资源的激励,从而有利于改善土地资源配置的效率。

对于“所有权是怎样建立起来的”这一问题,法经济学是根据自愿交换的谈判理论和博弈论的研究方法来进行分析的。经济学的谈判理论表明,自愿交换的利益基础在于,交换的参与双方都有可能通过交换来增加各自的利益,或者说,交换将带来一种“合作剩余”。所有权的建立可以被看做是一种通过谈判来建立起一组有关资源配置及资源配置结果分配的“社会契约”的过程,只要有关建立所有权的谈判成本及所有权的建立和运作成本小于所有权的建立所带来的资源配置改善的收益,并且这种收益能够合理地分配于有关谈判各方,所有权的建立就自然而然地作为谈判的结果出现。法经济学在研究所有权建立问题时,提出了两个非常重要的财产法原则:第一个原则被称为“规范的霍布斯定理”,即:“建立法律以使私人协议失败造成的损害达到最小”;^[24]第二个原则被命题为“规范的科斯定理”,即:“建立法律以消除私人协议的障碍”。^[25]这两个财产法原则从不同的角度说明了建立所有权的目的是有助于私人的谈判从而促进资源配置的改善。

对于“所有者如何合法地处置其财产”和“如何保护产权及赔偿对产权的侵犯”这两个问题,法经济学主要是根据经济学的外部性概念来加以分析的。首先,所有者在利用其财产时,不能因为其利用财产的行为而导致出强加给别人一种非自愿成本的结果,或者说,损害了别人的利益。如果说出现了这种损害,也就是侵犯了

[24] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店 1991 年中译本,第 136 页。

[25] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店 1991 年中译本,第 138 页。

他人的财产。其次,当产权受到侵犯时,法律对侵权行为的制裁必须视对产权的侵犯的不同性质而采取不同的措施。具体地说,当对产权的侵犯是一种“私害”(指只对极少数人的损害)时,应该选择禁令这种衡平赔偿;当对产权的侵犯是一种“公害”(指会对许多人造成损害)时,则应该选择损失赔偿(或货币赔偿)这种法律赔偿。^[26]法经济学有关“私害”适用于衡平赔偿和“公害”适用于法律赔偿的研究结论,也是以“科斯定理”作为其分析基础的,其核心思想是产权的保护也必须考虑交易费用,法律的实施必须以改善资源配置效率为目标。

2. 合同的经济理论

法经济学中有关合同的经济理论在利用经济学的理论及研究方法考察了法学经典的合同理论(交易的合同理论)的基础上,试图来回答以下三个问题:①合同法的目的是什么?②应该履行什么样的合同?③如何对合同执行过程中的违约给予补救?

根据法经济学的分析,可以依据交易所需要的时间,将社会经济活动中的交易区分为瞬时交易和缓期交易。缓期交易是一种承诺交易,从承诺的作出到承诺的实现之间存在着一段完成交易所需要的时间,因此,承诺交易一定涉及未来,承诺意味着约束交易参与人的未来的行动。因为承诺交易涉及未来,所以会出现不确定性及风险问题,也会更容易出现信息的不对称问题。合同是完成承诺交易的一个重要手段,所以合同的订立必须考虑到承诺交易中的两个重要的问题——分配由不确定性所造成的风险损失和促进信息交流的顺畅,从而有助于交易双方顺利达成交换目的。相应地,合同法的目的就是“通过强制履行承诺帮助人们实现他们

[26] 有关“私害”和“公害”与“衡平赔偿”和“法律赔偿”的分析,可进一步参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦《法和经济学》(上海三联书店1991年中译本)一书中第四章《关于财产的经济理论》的有关内容。

的私人目标”，^{〔27〕}而有关合同的经济理论的研究重点则是如何通过人们所达成的自愿协议来促进人们对私人目标的追求。

既然合同法的目的是通过强制人们履行承诺来帮助人们实现他们的私人目标，那么，什么样的合同（承诺）应该是按其条款严格履行的呢？法律并不是不加区别地强制人们履行合同，而是强制人们履行有效率的合同。从帕累托效率的角度看，如果一份合同经过修改有可能在双方不受损的条件下至少使一方受益，那么原来的合同就是无效率的；反之，如果不可能出现上述合同修改的结果，那么该份合同就是有效率的。从另一个角度来看，有效率的合同也就是一份完备的合同，合同的经济理论把“完备的合同定义为假如可强制履行，那就能理想地适应实现立约人和受约人目标的一种承诺。”^{〔28〕}合同的经济理论的研究表明，一份完备合同的订立需要满足两个基本的条件：一是合同的订立者必须具备个人的理性；二是签订合同的环境必须是一个类似完全竞争的环境。

有关完备合同的经济理论为法经济学研究由于个人理性和市场环境的缺陷所造成的合同纠纷的法律问题提供了一种新的理论基础。例如，当在合同的执行过程中出现违约时，原告会对被告（违约方）提出起诉，被告则可能会提出辩解。被告的辩解可以分成两类，一是“立约抗辩”，即被告声称在合同订立时就存在不正常的因素，使得合同不完备，妨碍了合同的合法性；二是“履约抗辩”，即被告声称在准备执行合同的过程中出现了意外的情况，导致他无法履行合同。被告抗辩的目的自然是要求法院免除其合同义务。在这种情况下，法院根据效率的原则，将依据合同是否完备的有关标准，来判定违约方所提出的抗辩理由是否能够成立，并以此

〔27〕 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海三联书店 1991 年中译本，第 314 页。

〔28〕 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海三联书店 1991 年中译本，第 317 页。

来作出是否应该免除违约方合同义务的判决。如果合同是完备的,法院可能会判决违约方赔偿违约受害者所承受的实际损害,即违约补救的“法律救济”(亦称“法律补救”);法院也可能会判决违约方履行合同义务,即违约补救的“特定履行”(亦称“衡平补救”)。

3. 侵权行为的经济理论

根据传统的法学理论,侵权是一种给他人造成损害的失职行为,构成侵权行为的要素主要有:①被告对原告没有履行法定的责任,被告的行为有“过失”;②原告受到了伤害,且这种伤害是可估量的伤害;③被告的“过失”是原告遭受伤害的近因或直接原因。法经济学的侵权行为的经济理论,在传统的法学侵权理论的基础上,进一步表明,侵权是一种给他人造成损害的失职行为,且对这一种行为的后果,受害人无法通过求助事先的合同来解决赔偿问题。根据经济效率标准和交易费用理论,侵权行为的发生往往是“始料不及”的,因此,就侵权的伤害及赔偿在事先进行谈判并缔结合同是不可能的,或者说,谈判的成本将是非常昂贵的。以交通事故这一类侵权行为为例,就不可能通过行人和司机事先谈判订立合同来解决侵权行为的责任及赔偿问题。

侵权行为发生后,首先要解决的是侵权的责任问题。侵权的责任问题大致可以分为两类,一是“严格责任原则”,一是“疏忽原则”。严格责任是指只要发生侵权行为,施害人无论如何都必须对受害人所遭受的伤害完全负责;疏忽原则是指施害人在侵权行为中的责任与一定的法定标准有关,施害人的行为在参照法定标准时,施害人可能负完全责任,也可能只负部分责任,也可能不负任何责任。侵权行为的经济分析表明,之所以在发生侵权的场合不能一律运用“严格责任原则”,原因在于这样做的社会成本将大于社会收益,从而使得许多有益的社会活动(包括生产活动)成为不可能,结果是降低了社会的总体福利。

当“疏忽原则”是不可缺少时,与此相关的法定标准或法定预防标准的确定就成了一个关键的问题。法学界和经济学界已广为

接受的有关侵权行为法的规范性效率目标是卡拉布雷西提出来的,即:侵权责任原则的构成应该能使预防费用、事故费用(损失)和行政费用减低到最低限度。据此,法定预防标准的确立原则是:法定预防标准应确定在使社会成本最小化的标准上。设 W 为单位预防成本, X 为预防标准或程度量,则 WX 为预防成本,且是 X 的增函数;同时设 $\rho(X)$ 是侵权行为发生的概率, A 是侵权所造成的潜在受害人的损失费用,则 $\rho(X)A$ 为可能发生的侵权行为的损害费用,且是 X 的减函数;据此,可以得到侵权行为的社会成本(SC)公式:

$$SC = WX + \rho(X)A$$

最佳的法定预防标准确定必须使得社会成本最小化,即

$$SC' = W + \rho'(X)A$$

或者:

$$W = -\rho'(X)A$$

上述方程表明,当侵权行为预防的边际成本(W)等于预防的边际收益($\rho'(X)A$,可理解为预防所避免的边际损害费用)时,所确定的法定预防标准的社会成本达到最小化。利用上述方程即可解出最佳的法定预防标准(或法定预防程度量) X^* 。

当侵权的责任明确后,下一个问题就是侵权的赔偿问题。法经济学的侵权行为的经济理论在“汉德法则”的基础上,运用经济学的理论与分析方法讨论了侵权的赔偿问题。^[29] 侵权行为的经济理论认为,无论是补偿性损害赔偿金的确定,还是惩罚性损害赔偿金的确定,都必须考虑到一个重要的效率原则,即通过损害赔偿把侵权行为所造成的外部损害内部化,以促使人们注意遵守法定预防标准,或通过增加故意侵权行为的预期成本来减少各类侵权行为的发生。

[29] 关于“汉德法则”的内容可参见托马斯·考特、罗伯特·尤伦《法和经济学》一书中第八、九章中的有关论述。

四、90 年代的研究进展及趋势

1997 年,《芝加哥大学法律评论》杂志编辑部召开了一场“圆桌研讨会”,芝加哥大学经济学系、法学院和商学院的一些著名学者,例如罗纳德·科斯、加里·贝克尔、默顿·米勒、理查德·波斯纳、理查德·爱泼斯坦等参加了会议。《芝加哥大学法律评论》在 1997 年秋季号以《法和经济学的未来与展望》为标题,发表了圆桌研讨会的讨论内容;同时,还发表了理查德·爱泼斯坦的一篇题为《法和经济学:辉煌的过去和迷惘的未来》的文章。

圆桌讨论会由理查德·爱泼斯坦主持,会议围绕着主持人所提出的两大问题展开讨论:一是在法经济学的理论和实践中取得了哪些最重要的成就?最令人失望或主要的失败又在何处?二是在法经济学中还有哪些前景看好的值得进一步研究的重要问题?应该利用何种方法——数理模型或经验实证——来研究这类问题?

与会学者的基本看法是,法经济学运动在总体上已经取得了巨大的成功,其主要表现在两个方面:一是经济分析的引进加深了人们对法律体系的认识;二是法经济学的研究成果对反垄断法、产业管制、金融管制、刑法、劳动工资法已经产生了重要的影响。同时,学者们也比较一致地认为,法经济学的研究仍然缺乏足够的深度,法律体系对经济系统运行的影响仍需深入研究。此外,法经济学的研究可能“过于理论化”了,人们对真实世界提出的问题研究不够。正如贝克尔所指出的,如果法经济学总是讨论理论家提出的问题,而不去试图解决外部世界提出的问题,那么,这个研究领域就可能变得“贫瘠”。^[30]

[30] 参阅 Douglas G. Barid, “The Future of Law and Economics: Looking Forward”, University of Chicago Law Review, Fall 1997.

确实,进入 90 年代以后,法经济学的研究似乎进入了一个比较“沉闷”的时期,没有出现新一代的“领军人物”,也没有出现具有“突破性”观点的新的研究文献。^[31]但是,进一步的观察仍然可以发现,90 年代以来,法经济学的研究还是呈现出一些值得注意的变化,这些变化可能预示着法经济学运动在新世纪中的发展趋势。^[32]

1. 法经济学研究领域与学科性质的定位问题

90 年代以来,法经济学的研究领域显示出进一步扩大的趋势,“经济哲学”的色彩有所突出,一些学者试图将经济学、法学、哲学三者结合起来研究,使法经济学的研究领域扩展到更具根本意义的法律制度框架方面,从而推进了法经济学研究中的“经济法学”(Economic Jurisprudence)运动。^[33]从目前的文献来看,在法经济学研究领域扩展的过程中,存在着两种不同的学术倾向:

第一,对法经济学研究的全过程进行比较系统的反思和综合性的研究。麦克罗和曼德姆在《经济学与法律:从波斯纳到后现代主义》一书中明确指出,法和经济学的研究并非是一个一致性的运动,而是不同学术传统并存的研究过程,其中有些研究具有互补性,有些研究则是竞争性的,或者说,是具有冲突对立性质的。因此,很有必要对法和经济学运动中发展起来的主要学术流派,包括芝加哥法和经济学学派、公共选择学派、制度主义与新制度主义的

[31] 自 90 年代末起,以 LLSV 等人代表,美国一些商学院和法学院的学者开始重视研究法律体系与金融体系及证券市场的关系,并把这类研究的成果扩展到转型经济的研究领域。这似乎是与科斯所强调的法经济学应深入研究法律体系对经济系统运行的观点是一致的。这一领域的研究可能代表了法经济学研究的一种新的发展趋势。

[32] 这部分内容请参阅拙文“法经济学:回顾与展望”,载《浙江社会科学》2001 年第 2 期。

[33] 有关学者曾在 90 年代后期就指出了法经济学研究中的这种趋势,但是,由于当时无法对趋势作进一步观察,未能作出更多的描述(参见理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,(中文译者前言),中国大百科全书出版社 1997 年中文版)。

法和经济学学派、现代共和主义和批判法学研究等学派,进行比较与综合研究,从而能够判断究竟那一些学派的思想能够真正成为当代法理学的重要组成部分。^[34]

第二,对法经济学的研究领域进行变革与突破,重新反思法经济学的学科性质定位问题。麦乐怡在《法与经济学》一书中明确指出,“法与经济学”与“法律的经济分析”是既有联系,又有相当程度不同的学科,两者应该加以区分。“法律的经济分析”只是在新古典主义的经济模式中研究既定社会制度中的法律问题,而“法与经济学”的研究应注重经济哲学、政治哲学与法律哲学的相互关系,分析和评估可供选择的多种社会模式,研究和探索选择各种不同社会模式的法律制度与经济关系的后果。由此可见,麦乐怡的观点实际上对由新古典主义支配的“法律的经济分析”在法经济学研究领域中所占据的统治地位提出了挑战,试图突破法经济学研究中“法律的经济分析”这种狭窄的研究框架,将更多具有意识形态内容的研究纳入到法经济学的研究领域,发展出一种“新的思考法学和经济学的方法。”^[35]按照这一观点,在“经济法理学”的研究中,不仅要涉及保守主义法学、批判主义法学、自由主义法学、古典自由主义法学、自由意志者法学,还应该包括新马克思主义及左派共产主义关于法与经济学的理论。

2. 法经济学研究方法的改进问题

90年代以来,在法经济学的研究方法方面所发生的变化,同样地也存在着两种不同的学术倾向:

第一,在以“法律的经济分析”为代表的法经济学运动的主流

[34] Nicholas Mercuro, Steven G. Medema, *Economics and Law: From Posner to Post-modernism*, Princeton University Press 1997.

[35] 关于法经济学运动中的上述不同观点的争论,并不是90年代才开始的,而是伴随着法经济学运动发展的全过程,只不过随着法经济学运动的扩展和研究的深入,争论更趋凸现而已。有关内容可参阅罗宾·保罗·麦乐怡:《法与经济学》,浙江人民出版社1999年中文版。

中,新古典主义经济学的研究方法仍是其基本的研究方法。但是,文献观察表明,新古典主义经济学的“形式化”或“模型化”的研究方法,尽管在法经济学的教科书中仍占据十分重要的地位,可是在实际运用中却存在着两大问题:一是“形式化”或“模式化”的深入进展比较缓慢;二是许多法经济学的研究仍然是以描述和分析案例的研究方法为主。对于研究方法中存在的问题,即使在主流学派中也并无一致的意见。一些学者担心“形式化”会增加法经济学研究的“门槛”,不利于法经济学运动的进一步扩张。同时,另一些学者则十分重视和强调法经济学研究的“形式化”问题,他们认为,如同物理学(牛顿力学)扩散到经济学一样,经济学之所以能扩散到包括法学在内的其他社会科学领域,所凭借的就是其研究方法的“技术优势”。考特和尤伦十分明确地指出:“过去的40年表明,经济知识的发展主要靠的是统计分析,而不是精心描述的案例研究,靠的是微积分的运用,而不是解释概念。”^[36]文献表明,博弈论在经济研究领域的广泛运用,已经对法经济学的研究产生了明显的影响,推动了研究的“形式化”进程。但是,法经济学研究的“形式化”仍有很长的路要走,预计在21世纪初期不会迅速取得重大的进展。

第二,在法经济学运动的非主流学派中,对应于重新反思法经济学的研究领域和学科性质定位的观点,一些学者提出了以比较分析为主的研究方法。按照这一观点,法经济学应该通过围绕各种“公平”社会模式的政治和经济谱系来对比和分析不同的社会制度中的法律安排。麦乐怡曾明确指出:“作为一种比较意义上的研究,法与经济学提供了一种将法律制度视为一种特定的政治理念的反映的研究机会,各种各样的意识形态价值观可以不加修饰地

[36] 罗伯特·考特、托罗斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店1991年中文版,第11页。

置于现行法律制度中加以比较。”^{〔37〕}同时,麦乐怡也特别强调,“在法与经济学的比较研究中,经济哲学应是人们批判性分析法律、政治、社会的重心,分析应集中在特定政治环境中法与经济的关系,这种研究方法注重评估法律制度是如何与经济哲学有内在联系的”。^{〔38〕}强调比较分析研究方法的学者,并不完全否定新古典主义经济学理论与分析方法在法经济学研究中的运用,但是,他们强调在法经济学的研究中,应该“用有限度的经济方法分析法律”,使法经济学的研究“更见哲理和人性”。^{〔39〕}

综上所述,从90年代以来,法经济学运动越来越明显地呈现出两种不同的学术倾向:一是主流学派的“法律的经济分析”,这一发展趋势主要受制于新古典主义经济学的研究方法在法经济学研究中的进一步扩展和加深运用,取决于“形式化”、“模型化”在研究具体法经济学问题中所发挥的作用,这可能是一个十分艰难曲折的进程;二是非主流学派的“法律的经济哲学分析”,这一发展趋势主要受制其研究方法和分析结论在多大程度上能显示出超过“法律的经济分析”;并且,由于这一发展趋势并不完全排斥新古典主义经济学的方法,它还面临着如何在研究领域的范围和研究方法方面与“法律的经济分析”相互协调的问题,以避免理论研究和应用研究的“两张皮”,削弱了理论的解释能力。从目前的研究状况来看,至少在21世纪初期,法经济学运动的发展在很大程度上仍取决于主流学派的发展进程。

主要参考文献:

1. Werner Z. Hirsch, Law and Economics: An introductory Analysis (3rd ed.), Academic Press 1999.

〔37〕 罗宾·保罗·麦乐怡:《法与经济学》,浙江人民出版社1999年中文版,第3页。

〔38〕 同上书,第6页。

〔39〕 同上书,第3页。

2. Nicholas Mercurio, Steven G. Medema, *Economics and Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press 1997.

3. Hens- Peter Schwintowski, "An Economic Theory of Law", *The Journal of Interdisciplinary Economics*, 2000, Vol. 12, 1—6.

4. Douglas G. Barid, "The Future of Law and Economics: Looking Forward", *University of Chicago Law Review*, Fall 1997, 1129—1166.

5. Richard A. Epstein, *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, *University of Chicago Law Review*, Fall 1997, 1167—1177.

6. Herbert Hovenkamp "Law and Economics in the United States: a brief historical survey", *Cambridge Journal of Economics* 1995, 19, 331—352.

7. 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社 1997 年中文版。

8. 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,上海三联书店 1991 年中文版。

9. 罗宾·保罗·麦乐怡:《法与经济学》,浙江人民出版社 1999 年中文版。

10. 埃里克·罗尔:《经济思想史》,商务印书馆 1979 年中文版。

11. 罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,上海三联书店 1990 年中文版。

12. 蒋自强、史晋川等:《当代西方经济学流派》,复旦大学出版社 2001 年第 2 版。

13. 魏建:“理性选择理论与法经济学的发展”,载《中国社会科学》2002 年第 1 期。

14. 史晋川:“法经济学:回顾与展望”,载《浙江社会科学》2001 年第 2 期。

15. 史晋川:“财产、合同和侵权行为的经济理论”,载《浙江树人大学学报》2001 年第 2 期(中国人民大学复印资料《民商法学》2001 年第 11 期)。

序 言

在过去的几十年中,法经济学已经由经济学和法学领域中的一个¹小范围的深奥研究分支发展为一场极具重要影响力的庞大学术运动。这场学术运动对重新诠释法学及在将经济学研究方法拓展到对司法环境的一些重要含义的经济解释方面发挥了积极的作用。本书中我们先从该领域中的一些较为常见的却狭义的定义出发给出法经济学一个较为宽泛的定义,即将其定义为一个将经济学理论(主要是微观经济学理论和福利经济学的一些基本概念)应用于对法律和司法制度的形成、结构与演变过程以及法律和司法制度对经济绩效的影响等方面研究的学术流派。鉴于法学和经济学在许多领域中的相互作用和相互影响,法经济学的一些基本观点,不仅对经济学和法学,而且对其他相邻学科,尤其是那些本身就₁以法律的各个层面作为研究对象的政治学和社会学领域有着重要的意义。

由于,在法经济学中存在着各式各样的观点与思考问题的角度及方法各不相同学术传统,因而,本书的目的只在于对这些千差万别的观点与思考问题的理论与方法的核心要素做一个相对简要的描述。如前所述法经济学运动并不是一场同一的学术运动,而是涵盖了数个有时互为竞争有时又相互补充的学术思想。这些学术思想,其中就包括法经济学的芝加哥学派(Chicago School Law and Economics)、公共选择理论(Public Choice Theory)、制度主义和新制度主义法经济学派(Institutional and Neoinstitutional Law and Economics)、纽黑文学派(New Haven School)、现代公民共和主义(Moden Civic Republicanism)和批判法学研究等(Critical Le-

2 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义

gal Studies)。

本书绝对称不上是一本对每种学术思想都加以详尽评述的论著。事实上,本书的价值在于对各种学术思想的主要观点进行概括性和客观性的阐述。因而,我们并不试图支持或反对某种特定的思想观点,相反我们只是想综述每种学术思想所试图表述的内容,同时我们也充分地意识到各种思想的交流和表达场所最终所起的不过是一种“看门人”的作用,换言之,如果在这些学术思想中存在某种学术思想的观点可能成为现代法理学的一个永恒的组成部分,那么,这个学术思想只能是由该“看门人”决定。

通过非批判性的阐述与分析,我们希望能使读者更为全面地了解法律和司法制度的形成、结构与演变过程间的相互关系及它们对经济绩效的影响。此外,我们还希望对各种学术思想的重要观点及学派之间种种争论的阐述来使读者能领悟到法律和经济间所存在的相互联系,这种联系是重要的和广泛的,从而,使其真正能掌握现代法学经济学所涵盖的学术领域。

在本书的写作过程中,我们得到了很多个人和研究机构的无私帮助。这些帮助和建议对本书的完成起到了重要的推动作用。在这里,我们非常感谢苏珊·罗斯·阿克曼、彼得·波伊克、斯拉恩·埃格特森、杜布·莱恩、比尔·洛维特、罗宾·保罗·马洛伊、沃伦·J·塞缪尔斯、A·艾伦·施密德、马克·图什内特和杰拉尔德·惠特尼对原稿的各个部分所提出的非常有价值的评论和中肯的建议。当然,本书存在的任何不足都将由本书作者负责。

我们也对以下机构和个人在本书写作过程中的支持表示衷心感谢:感谢经济系的曼德姆和系主任 W·詹姆斯·史密斯、文理学院及其院长马文·劳福林、科罗拉多大学丹佛分校研究生院的大力支持及所提供的充足的出书时间;感谢科罗拉多大学丹佛分校经济系的林恩·弗格森、希拉里·谢伊和黛安娜·沃特金斯就本书所做的大量文档整理工作;同时也非常感谢助理研究员玛丽·特雷瑟·库格斯的协作;此外,还要感谢密西根州东兰辛的玛格丽特·亨德

森和新奥尔良大学财经系的戴维斯·塔夫特与富兰克林·洛佩斯为本书中的图表制作所给予的无私帮助。另外,麦考罗要特别感谢新奥尔良大学的校长、副校长和教务长给予他每年在图兰法学院开设“法律关系的经济学”课程的机会;同时也感谢邀请他来教授此这门课程的法学院院长约翰·R·克雷默和全体教职工;最后感谢图兰法学院、维也纳大学经济系和柏林自由大学经济系的学生们——他们所提出的一些问题激励他重新思考和表述了本书中的许多观点。

最后,感谢普林斯顿大学出版社的全体员工,尤其感谢社会科学和公共事务出版商彼特·多尔蒂和他的助手米歇尔·麦克纳在此书及此项目完成过程中给予的建议、帮助和鼓励。还要感谢制作编辑斯特林·布兰德和莫伦·丘恩·戈尔茨坦和文字编辑戴维·E·安德森,他们辛苦仔细的工作大大提高了成书的质量。

尼古拉斯·麦考罗
斯蒂文·G·曼德姆

目 录

法经济学评述(代中译本序)	1

序言	1

第一章 法经济学所适用的法学领域

引言	1
法经济学的研究现状	3
法经济学中的法学	5
法经济学中的经济学	16
法经济学的逻辑性	26
结论	30

第一章附录

效率:埃奇沃思盒状图分析	31
补偿性原则:卡尔多—希克斯效率	58

第二章 芝加哥法经济学

引言	64
芝加哥学派方法的基本结构要素	72
芝加哥法经济学的分析进路	78

2 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义

一个旁支:法经济学纽黑文学派	104

第三章 公共选择理论

引言	110
方法论的“封闭”	113
公共选择理论——经济人	115
契约的公共选择理论——交易经济学	125
寻租行为	128
一个旁支:现代公民共和传统和公共选择	129

第四章 制度主义法经济学

引言	135
核心议题:演化、互相依赖和秩序	150
权利、权力和政府	154
效率的棘手特性	158
比较制度的分析	162
制度主义分析方法的应用	165

第五章 新制度主义法经济学

引言	173
制度环境的法经济学分析	176
制度安排的法经济学分析	186

第六章 批判法学派

引言	208

批判法学的早期前辈:起源	211
批判法学分析的基本因素	215

第七章 后续的发展与持续的关注

后续的发展	230
法律—经济政策的持续关注	237
人名索引	256
主题索引	267
译后记	274

第一章 法经济学所适用的法学领域

令人惊讶的是经济学和法学间存在的交互作用非常显著,而这个事实却要经过如此漫长的一段时间后才被承认——都是通过运用无差异的研究方法而得到的承认。对于所提出的问题,有一些将仍由法学本身独立自足地研究,而另一些则将由经济学加以解决。实际上,法学和经济学在任何时候,任何地方都是互为补充、互相决定的。(贝罗尔兹海默,1912,第23页)

引言

本书的主要目的是给读者提供一个关于在法经济学中占优势学派的学术研究及他们所试图传递的核心思想的简要概述。目前,法经济学^[1]已被定义为运用经济学理论(主要是微观经济学和福利经济学的基本原理)来研究法律和司法机构的构成、结构及对经济的影响。各种不同学术流派的观点在活跃的思想市场中相互竞争,其中包括芝加哥学派、公共选择理论及两个法经济学的专门研究机构(我们可将其称为“制度主义”和“新制度主义”)和纽黑文学派。此外,我们还提供了有关批判法学研究和对现代公民共

[1] 贯穿这本书,我们用法经济学(大写字母L和E)作为一个关于后来出现的所有思想流派的折衷的题目——在我们看来,这是一个明确地处理法律和经济的相互关系的流派。

2 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义

和主义的原则性轮廓的概述,因为,虽然现代公民共和主义不是法经济学所关注的传统领域,但却由于其极为强调法学和经济学的交互作用,因而也可以纳入法经济学的研究领域之中。就如本书的书名所暗示的那样,我们所要阐述的是作为竞争性的、通常用以研究法律的演进和构成,及考察司法和一般经济运行的相互作用的各流派学术思想所体现的观点或方法。^{〔2〕}同样地,这些思想对经济学、法学、政治学及社会学领域中的那些研究工作而言,也是极为重要的基础性研究。

从一开始就必须强调的是,我们仅仅试图阐述每个学术流派所尝试传递的核心思想,而并没有尝试着对这些学派所包含的观点或思想加以评论。我们也认识到某一学派观点所存在的缺陷,特别是当我们对一个特定学派观点的基本要素加以尝试性描述时,如果其与另外一些(和可能是所有的)学派间一直存在或有时存在特别激烈的争辩时,我们对这个问题的处理方法是在本书定义的某个学术流派的思想收益要超过通过在每个学术流派中的那些少数反对或拒绝这种分类方法的人所表现出来的疑虑的价值。

法学和经济学之间所呈现的显著的相互关系能通过多种指标加以证明。首先,最近先后成立了美国法经济学协会、加拿大法经济学协会及欧洲法经济学协会。其次,目前已存在大量主要的出版物用于出版这个领域中的学术成果,如法经济学杂志、法学研究杂志、法学、经济学与组织杂志、公共选择、宪法的政治经济学、法经济学国际评论及欧洲法经济学杂志。此外,还有大量各种各样的、传统的法学评论现在也定期刊登法经济学的文章,每年三期的研究报告——最高法院的经济评论、法经济学研究和司法关系经济学——目前也热衷于法经济学的研究。该领域文献的涉及面与重要性实际上反映在1991年经济学文献杂志正式承

〔2〕 这本书是在麦考罗和曼德姆(1995)的讨论基础上建立并扩展开的。

认法经济学作为经济学正式分类系统中的一个分支领域；再次，主要的法学院包括哈佛大学、耶鲁大学、哥伦比亚大学、斯坦福大学和加州—柏克利大学都已经设了大量的法经济学教学和研究计划，且有大量与这些计划相关的研究报告；最后，在过去长达二十三年中，亨利·G·梅因，乔治·梅森大学的法学院院长已经和法学、经济学研究者一起组织和创办了法经济学学会（目前，每年夏天在达特茅斯学院举行）。这两个学会目前共有超过一千人，其中包括经济学家、法学教授，也有许多法官参加这个活动。^{〔3〕}

法经济学的研究现状

虽然当代法经济学思潮的萌芽至少可以追溯到上个世纪，^{〔4〕}不过在过去四十年间，它才成为经济学和法学领域中学术思想真实而重要的组成部分。在这时期，法经济学存在于有些不确定的和不能被解决的法学领域中——其可能被称为法学含糊不清的未处理领域。源于传统政治学和法学思想的主流法学教义目前仍然存在，但它却不再以一种自我包含的、自治的态度和方法进行发展。这种状况表现在以下方面：“在绝大多数的法学教师眼中，法律被认为是一种多维的现象——历史的、心理学的、社会的和政治的、经济的和宗教的”（帕克和埃尔利赫，1973，第56页）。此外，诸如刘易斯·科恩豪泽（1984，第361页）这样的评论家曾经指出，几乎所有美国的法学研究者、法官和律师都是从一种机械性的视角

〔3〕 这个信息包含了1995年的项目手册“法经济学中心的法学教授学会”，1995年弗吉尼亚州阿林顿的乔治梅森大学法学院法经济学中心。

〔4〕 事实上，我们可以比这个追溯的更远，亚当·斯密的研究工作从某方面说是法经济学传统的组成部分。

来看待法律,在这机械性的意义上,法律规则是作为一种促进目标实现的工具而适用的,这些目标可能是平等、正义、公平或效率。〔5〕

目前的法学研究是由包含了几个学术流派의思想和教义结合而成的,这些流派的学术思想被纳入到了法经济学的学术范畴中,包括以正义为基础的理论家、〔6〕持男女平等主义的法学者、批判法学领域的理论家及所有宣称值得花时间去研究法律的起源和演进的研究者们的研究成果。法律大规模地扩张表明其没有朝着一个新的和有稳定基础的符合多数人意见的方向(米诺,1987)前进。在我们看来,法学研究是由一个存在过多竞争且经常出现互斥观点的集合所组成的。借用艾伦·亨特(1987,第7页)的一个隐喻,法律的冰川已经破裂成无数的碎片,且它的替代物(如果会有的话)仍处于待定状态。也许,目前的法学研究形势能通过下面的评论加以最佳归纳,“由于现实主义的让位,法学的学术成果存在解释性研究框架的过剩,[且]缺乏一个在这些研究框架中进行选择的标准”(注释,1982,第1676页)。

法学与经济学不会平白无故地结合在一起。更适当的表述是有法经济学中的法学研究的部分发展成就——尤其是可以通过不

〔5〕就如科恩豪泽(1984,第366页)所说的,“每一个人都在争论法律应该是什么,同时又静静地坚持着工具主义。坚持法律工具主义……在传统法学研究中大部分是固有内含的。”也见萨默斯(1981)。我们承认这种信仰在法律学者中并不是普遍坚持的。在这个思想中法律坚持它的自治并有它自己内在的、一致的逻辑,例如可参见温里布(1995)。

〔6〕我们很遗憾由于篇幅的限制不允许我们在本书中讨论这两组工作,这两组研究都高度呈现了有关法律的或者法经济学研究的有关方法。第一组是“以权利为基础的理论家”的工作,包括法学家罗纳德·德沃金(1977,1986)、查尔斯·弗里德(1978)、约翰·罗尔斯(1971)和罗伯特·诺齐克(1974)。第二组就是在奥地利的或者哈耶克思想传统学术团队的工作,包括弗里德利希·奥古斯特·哈耶克(1973)、兰迪·巴尼特(1992)、马里奥·里佐(1980,1985)、迪特尔·施密特切恩(1993)和理查德·爱泼斯坦早期的工作(如1980)。这个观点的一点韵味能在下面第二章爱泼斯坦主要的讨论中被找到。也可以参见琳达·施瓦茨斯坦(1992)。

断发展的各种理论分析现行通过法律的社会控制,法经济学中的经济学——很大程度上来源于艾尔弗雷德·马歇尔所开创的新古典微观经济学理论。在下一节中,我们将简要阐述导致法学研究目前情形的演化路径以及法经济学者们对经济效率理论不同运用的简要描述。^[7]最后,我们还将阐述法经济学的内在逻辑性。

法经济学中的法学

普通法的本质

普通法是从数个世纪前的英国王室法院发展起来的,现代的美国法是在法官的判例基础上逐渐发展起来的。普通法法学的发展史是以寻求司法判决提供法律依据的一系列解释和裁判原则为基础,引导了法律的发展,且为法律的合法性和权威性奠定了基石。在中世纪,法律解释受到了神学思想的深远影响,法律被宣称为神的旨意或上帝的意志。从文艺复兴到19世纪中叶,这种曾在多个世纪占统治地位的观点稍有瓦解。此时,法律被安置于终极理念思想之上,如自然法。不同于实证主义哲学家形而上学的科学态度,在19世纪,学者们试图用自然科学的研究方法和自学态度来对待社会科学和法学。^[8]法官各种各样的司法判决(从英国到美国)不断被加入,并继续承认为是普通法具有权威性组成部分,因而,普通法仍在不断地累积。

威廉·布莱克斯通认为,普通法可以被解释为在法官司法判决

〔7〕 本章附录提供了有关经济效率的三个主要概念的详细分析。

〔8〕 例如参见博登海默(1974,第1—7章)。

中得到明确体现的大量习惯和传统的基本原理。^{〔9〕} 这些被称为是普通法基本原理的东西,象征着司法判决可能是在某种明确的指导方针下作出的或正接受其指引。正如一位评论家所观察到的,“这些基本原理是普通法的本质核心,其与英国人日常生活的联系非常紧密,无法忽视他们的存在。”(萨默维尔,1986,第96页)。“基本原则”指出了普通法不朽的核心思想并不是由大量的包括法规、教义及程序的特定判决所组成的,而是明确的观念,在一些方法中并不是系统的,但却是永久保持的,且已经融入日常生活。然而,一些评论家也认识到这个被不断累积的司法判决体系表面上极度混乱,虽然,古典普通法思想仍然认为,普通法仍保持了内在的一致性,是一个包含了普通法基本原则的统一标准体系。然而,一些学者也认识到这个不断累积的司法判决体系表面上极度混乱。但对较有延展性的原则的强调,如通常是用以反对缺乏灵活性的“教义化”或“成文化”的普通法,意在传达普通法要保持其灵活性,也就是法律作为一个社会解调器应是一个保有动态特性的司法体系。的确,在美国,至少在内战期间,就能看到一次“建立在社会自我意识和经济政策基础上的”适用当时的时代需要的法律变革运动(杜克斯伯里,1995,第9页,引自霍维茨,1977,第2页)。

教条主义

19世纪后半叶,发生了一次涉及多学科的积极的学术运动,在这次学术运动中,各种不同的学科尝试根据自然科学的研究模式来规范他们各自的研究范式。在这次一般化的运动中,法学体现的是教条主义;关注的是法律除了早期宗教性的、形而上学的或

〔9〕 对普通法的讨论绝大部分是以科特雷尔(1989,第21—37页)的研究为基础的。

社会经济学的原则之外还剩什么。在这个意义上,法学并不是在寻求一些自然的或神赐的原则,而是一种科学的研究态度,“将其出发点给定作为一种合法的秩序,且能通过一种由占优势的归纳方法将其提取归纳为特定的基本观点、概念和特性”(博登海默,1974,第95页)。换言之,就如朱利叶斯·斯通(1950,第31页)所言,法学所主要关注的是“对法律术语的一种分析,和对法律命题的合乎逻辑的相互关系的一种探究”。

前哈佛大学法学院院长克里斯多夫·C·兰代尔,可能是从这个角度关注美国法律关系最杰出的学者。^[10] 兰代尔不仅在美国的法学教育中创造了案例教学法,而且还提出要使法律教学成为一种科学,那么运用这种方法是必要的。他将法律视为一组隐藏在法律案件背后的原则或教义,且能随着时间的流逝而通过对案例的研究揭示出来。在假设上述观点的前提下,他认为司法判决在法律中有着卓越的地位,就如司法文集所具体表述的“一把长备的、不变更、和不可缺少的法律原则”(波斯纳,1990,第15页),它们本身在不同案件中有不同体现。他确信这些教义只能经过仔细和严谨的案例研究才能被掌握,因而,法律推理的任务就变成从这些判决中洞察法理。因为,他所强调的是从判决中辨别司法教义,兰代尔几乎不会在法律研究中引用其他文献,规章和组织在他眼里几乎不起任何作用。

兰代尔宣称劳伦斯·M·弗里德曼(1973,第535页)确信法律是“一个完全独立的科学”,它的信息库只由司法案例所组成。从知识的本身而言,这是有可能,法律是由早先类似案件所确立的先例原则,运用演绎推理来对个案作出判决。这种观点隐含的思想是法官既没有制定也没有创设法律,他们只是解释和应用法律(科特雷尔,1989,第21—37页)。在案件的判决中,法官所表达的只

[10] 例如参见兰代尔(1871)。其后弗里德曼吸收了兰代尔的研究(1973,第530—536页)。也可以参见托马斯·C·格雷(1983)。

是总的原本固有的明智的法律的一部分(智慧只存在于个人的头脑中),并假定其是基于法官作出的判决而存在。既然法官作出的判决是源于法律的,因此,也就源于早已存在的社群中的学识渊博的人——这个社群具有其自己的文化和习俗,它是法官对这个先验的、同时决定着普通法的权威性和合理性的社群文化和习俗的洞察。由于普通法被认为是天生存在于这个社群中,而不是一个政治竞技场,自然发生的法律秩序也就成为了普通法的最高权威。但如果取而代之的是由法官来制定法律——当该法官是一个当权者或国家公务员时,这种改变会导致将法律强加于社群——他的权威性将被暗中逐渐削弱。既然法官的权威性是以他作为社群的一个代表为基础的,那么他只不过是借此来陈述社群的法律——而不是制定社群的法律(科特雷尔,1989,第27页)。

或许,再也没有比威廉·W·费雪、莫顿·J·赫威茨和托马斯·A·里德(1993,第vii页)更好地概括教条主义的特征了。他们在对他们著作《美国的法律现实主义》的引论中,是这样描述的:

法律,就如同几何学那样被适当地组织而成……每条教义所涉及的主题都是基于一些基本原理的考虑,主要根据过去法庭是如何回应特定类型问题的经验观察,从中推导出来的。从那些基本原理中,个体可以演绎出——通过非争议性的、理性的、强制性的推理过程——大量详细而明确的规则或推论。美国的司法体系……仍然没有完全遵循这个思路;许多学者投入了大量的精力致力于辨别和促进对规则或扰乱它们各自相应领域的概念上次序决议的批判。但是,一旦清除了这类异常和错误,学者们就主张,法律将是“完备的”(足以胜任对任何争议提供单一的公正解决方案)和完美的。

这个教条主义的方法适用于通过合乎逻辑的归纳过程得到的合法的司法判决。其在法学史上的重要性及处理过程可参见弗里

德曼(1973,第535页)。

切断了维系法学研究与美国学术主流及美国日常生活之间本已脆弱的链条。因此,对于凡是直接涉及经济和政治问题的课程,无论被讨论、投票或是被争议,兰代尔均采取了摒弃的态度。他将法学课带入了一个对普通法和最优的普通法法官的崇尚之中。他摒弃成文立法,轻视和指责不合逻辑的判决。他将所有学者的理论与实践都涵盖在科学的定义之下。他将法律完全等同于法官的法律;且法官的法律是狭义地拘泥于形式化和抽象化。

法律,在这种方式下是自我反省的,并由一系列客观上能推理的规则和能被合乎逻辑地应用的程序所组成。从而,法律就变得既正式又孤立。法学仅仅是一个由合法教义建立的主体所组成,一系列原则存在于被最简化的司法判决中,且其中的道德规范、社会环境、政治、意识形态及法学以外的对其他学科的洞察力不再予以考虑。

弗里德曼(1973,第536页)指出,兰代尔方法的可取之处在于其适应了那个时代的职业需求:“它确认了法律和法学知识的声望,同时,也肯定了法学学科是一门不同于其他学科的独立学科,其与政治、立法和街头的行人是有区别的。”律师在司法实践中垄断的职业信念通过一个要求严格且正式专业教育的法律身份而被再次肯定。在法律专业化保护下所进行的律师协会运动是在兰代尔运动的同时兴起的,两者相互依赖、相互促进。在目前法学院课程中——例如,合同法、侵权行为法和财产法——都已经有其相应的固定边界,并根据他们各处适用的普通法来加以区分。事实上,目前,许多的法学教育和法学研究是由对法律一般原则、法律规范、法学学说以及相应产生的程序的全面阐述及分类系统化,以及为洞悉及适用它们的技术组成。

对教条主义的摒弃

19世纪晚期,对教条主义的反对已成气候。在这个领域中的早期学术研究成果,可归类为“社会法学”(sociological jurisprudence),其贡献是由类似于奥利弗·温德尔·霍姆斯、罗斯科·庞德及本杰明·卡多佐等著名法学家作出的。社会法学同时也是作为对抗拘泥于教条主义的形式化和自然与客观权利决定论的传统观念的对立面而出现的。^{〔11〕}这些作者宣称,法律不能不参考社会环境来理解,并反对法律自治思想,他们认为,对其他社会科学的洞察力也应被整合进法学。他们指出法官应该了解影响法律演进路径和作出司法判决过程的社会和经济环境(博登海默,1974,第120—121页)。

卡多佐强调,对法官的要求应是对社会现实的协调,而不应是在法学中拒绝承担分析过程的角色,他确信,“在法庭判决中要最大化地考虑社会政策”(博登海默,1974,第121页)。卡多佐指出,司法判决和法律演进路径都必然受本能的主观基本要素、信仰、信念及社会需求的影响。虽然,在卡多佐看来先例也是重要的,但他确信,当其与正义或社会福利的利害关系的冲突变大时,后者应被优先考虑(博登海默,1974,第121页)。^{〔12〕}

像卡多佐一样,霍姆斯(1923,第1页)强调教条主义的局限性,但他比卡多佐更深刻地指出,合乎逻辑的推理在法学中所扮演的角色并不需要很受重视:“此时,所剩下的必要内容是在决定哪些人应被统治的规则决定方面,时下道德因素、政治理论、对公共

〔11〕 就像达克斯伯里(1995,第1032—1064页)曾适当强调的,无论如何,既不是这些学者也不是现实主义者来追随他们和从他们的思想中能够完全地散发出形式主义的元素。他们也没有必要做这种尝试。例如霍姆斯发现逻辑分析在法律思想中发挥了重要的作用。

〔12〕 也可以参见霍尔(1947)。

政策自发或无意识的直觉、甚至是法官与他的同伴共有的偏见都比三段论的演绎法更加重要。”在他看来,法律所表达的是在社会中占优势群体的意志。理查德·A·波斯纳(1987a,第762页)认为霍姆斯(1987a,第762页),“指出了法律是达成社会目标的一个工具,因此要了解法律就需要对社会环境有所了解”;此外,霍姆斯还认为法官必须熟悉法律的历史、社会和经济的各方面(博登海默,1974,第123页)。^[13] 庞德(1954,第47页)附和并回应了这些观点,指出法律是作为“一个满足需要的社会机构”且法学的历史是“一个不断使之有效的社会工程学”。这些注重实效的和符合社会性的法律观念标志着法学研究已经进入了一个摒弃过去而迈入法律现实主义的阶段。 10

法律现实主义的挑战

法律现实主义运动是对教条主义最有影响的挑战,其在19世纪30年代达到了高潮。现实主义运动部分是对20世纪早期拘泥于形式和逻辑推理的一个更具一般性的回应。当时,美国不同学科的学术研究深受“一种对待问题和指导性假设的更具经验主义的、根据实验的和相对论态度”的影响(珀塞尔,1988,第359页)。现实主义者们延续了霍姆斯的研究工作,寻求将法律转向符合当前的社会现实。在这个过程中,他们同时影响了法学教育和法学研究(弗里德曼,1973,第591页)。^[14]

基于对法律传统的尊重,在教条主义的核心代表人物中,很少会动摇并接受现实主义者的思想。记载入书本的法律,相较于在

[13] 也可以参见霍姆斯(1897,第469页)。

[14] 应该被强调有关法律现实主义的边界和轮廓是并不是一成不变的。至于有关对现实主义运动的各种问题的调查研究参见费希尔、赫维兹和里德(1993)和达克斯伯里(1995,第2章)。

现实中运作的法律间的分歧被无情地披露了出来。现实主义者拒绝客观决定权利的存在;刚性的司法规则、种类和分类;诉诸过去于——引证权威、杰出的法学家和经典论文也包括先例的推理的逻辑性使用。因此,兰代尔体系大体上是对现实主义者的强烈谴责。卡尔·N·卢埃林(1934,第7页),一位最杰出的法律现实主义者指出在立法程序中的司法规则远没有通常的假设重要,并认为“长达一个世纪之久的由规则决定案件的理论是愚蠢的,其不仅愚弄了充斥了此类观点书籍的阅读者,也愚弄了法官”。沿着相似的研究思路,杰罗姆·弗兰克也主张,反对用逻辑性来涵盖法学研究,司法判决在很大程度上弥漫着“情绪化的、直觉的预感、偏见、情绪和其他的非理性的因素”(博登海默,1974,第125页)。所以法官才是司法案件判决中的核心要素。法律同样地不应被看做是一组规则而应是法官实际的做法。^[15]在现实主义者看来,先例的逻辑性有严重的缺陷。作为先例推理的使用,在本质上是决定一个较早的判例是否简单地等同于当前的手头的案件。在现实主义者看来,这种司法判决模式下的人为因素是很明显的;如此的判决不可避免地需要,对一个案件事实与另外一个案件事实间关系的比较与选择;这种选择必然是受主观价值判断所决定而不是受逻辑性影响(门舍,1990,第22页)。因为,判决依赖于法官对正确的和错误的、社会的、政治的及经济的等因素的考虑,因而,相应也就成为了重要的影响变量。此外,法律的持续变化(也许是对产业革命最引人注目的回应)也证明了法律是确定的、固定不变的和合乎逻辑性的声明是错误的。因而,从反对法学是作为一门归纳演绎的形式主义科学的角度来看,现实主义者强调法学理论是通过逻辑归纳法的科学原则不断发展的(杜克斯伯里,1995,第80页)。

沿着这样的研究思路,法学就不可能是一门合乎逻辑的、自我

[15] 对这些法律的讽刺性描述是法官决定的形成相对于他们早餐吃什么需要更少的逻辑、规则和惯例。见米诺(1987,第93页)。

包含着指导原则的、封闭性学科,而应该是一门最终服务于社会协调需要的更开放的学科。现实主义者持有更强有力的法律概念工具:在他们看来,法律应被看做是“一种运转的工具”(弗里德曼,1973,第592页)。因而,就需要了解法律和社会间关系及经济的、政治的和社会的各因素将继续影响司法判决的方式。每一项司法判决都应被理解为有社会的、伦理道德的、政治的和经济的含义;而且现实主义者主张,这些都应被法官明确地意识到并加以处理而不是藏在合乎逻辑的推理面纱之后。因此,现实主义者声称想要了解这些含义就越必须探究法律和其他社会科学,包括社会学、心理学、政治学和经济学之间的相互关系。

在这个意义上,最重要的是现实主义者致力于运用经济学来理解和指导法律的演进。^[16]现实主义者强调,在法学和经济学之间存在相互关系的重要性,能通过两个极其相似的事实观察到法律转变通常是经济情形和条件的函数,它们成为了必要的且/或导致了法律转变的需求,而且经济的变化也通常会因法律的变革而发生。^[17]卡尔·N·卢埃林指出,法律能通过许多方式影响经济条件,包括它为经济秩序提供基础、影响竞争性市场过程的运行和产出(尤其是通过财产、契约和信用方面的法律结构及以其为基础来约束竞争过程),还将影响税收、社会福利的立法及公众事业的产出和分配。^[18]

鉴于他们所观察到的法律和经济间具有的重要互相依赖性,我们并不惊讶现实主义者如卢埃林认为经济分析对于理解法律和法律的变化是一项有用的分析工具,改良法律将能改进社会环境。事实上,塞缪尔·赫尔曼就曾指出,“一个国家的法律不可能高于其

[16] 有关现实主义和经济学的交叉研究可参见萨缪尔斯(1993)和达克斯伯里(1995,第2章)。

[17] 例如参见卢埃林(1925)、利奇曼(1927)和霍尔兹沃思(1927—1928)。

[18] 参见卢埃林(1925,第678—681页)和塞缪尔斯的讨论(1993,第247—248页)。

经济发展”(赫尔曼,1937,第 831 页),而且他还希望,“‘一门受过专门训练的司法经济学’可能会变成‘解决我们当代主要司法问题的一项现实主义的调节性工具’”(塞缪尔斯,1995,第 263 页,引自赫尔曼,1937,第 821 页)。然而,现实主义者却发现,新古典经济学的某些特定方面,如边际分析是非常有效的分析工具以及索尔斯坦·B·凡勃伦和约翰·R·康芒斯的制度经济学比古典经济学更适用于法学研究。^[19]从现实主义—制度主义者角度,产生了大量探查法律和经济之间关系的研究,并在这个过程中,试图详细了解法学和经济学思想及司法判决间的关系。

补白的需求

虽然法律现实主义主要导致了教条主义的提前终结,但其并没有成为占优势的法学研究。它只是零碎地存在(如果不是它的让位),且伴随着新的令人不安的焦虑。一方面,在 1940 年代,在法学自治领域中已存在更新的信念,这个时期,出现了法律程序运动——一次强调特定程序原则应当中立的运动,其观点是程序应是固定不变的。^[20]因此,凭借程序上的聚焦,法律原则能从对司法意见的研究中被推断出来,相伴随的观点是由研究、分析以及评论权威本文——意见、法令和司法规则——所构成的法学教育在 1960 年代仍然是不容改变的。另一方面,就如埃德蒙·凯奇(1983a)所描述的那样,他是一位志在将经济学介绍进入法学院课

[19] 这种密切的相互关系非常反对反映现实主义和制度主义的悲观主义,而现实主义和制度主义考虑了自由放任的法律—经济政策,及在自由放任掩饰下的强调个人自由的权力和地位的不平等性。至于现实主义和制度主义之间的相关讨论见达克斯伯里(1995,97—111 页)。而有关制度主义的贡献与作用,将在本书的第四章中从更早的时代来追溯它的根源。

[20] 例如参见莫纳汉和沃克(1990,第 28 页)、伍德沃德(1968)和达克斯伯里(1995,第 4 章)。

程,并为经济学对法学的研究提供更友善的接纳环境的法律现实主义者们。

然而在1960年代早期,法律自治信念再一次开始崩溃。波斯纳(1987a,第765—773页)提出了以下一些理由。首先,这个时期,人们经历了1950年代在美国爆发的、规模浩大的政治同一化观念的终结。就如同欧恩·费斯(1986,第2页)曾经指出潜在的“法律死亡”是由1960年代的骚动引起的,并导致了“拒绝将法律观念作为一种公众理想”和“拒绝将司法判决作为解释和发展公共道德的一种程序”。其次,与法学互相补充的学科得到了迅速发展,如经济学和哲学,它们通过实践者在这些学科中的努力,也扩展了新的研究领域,尤其是法学。第三,法学者仅依赖本学科,并不足以解决法司法系统中的主要问题,从而导致了他们信心的崩溃。第四,可以感觉到从传统法律自治视角很难再有新的、哪怕是很小的创新。第五,与研究的科学模式的声望和权威性逐渐增加相一致(因而,导致了非科学的法学分析方法的声望和权威性的相对衰弱),迫使法学研究者更多地采用“科学的”分析方法。最后,随着法律和宪法重要性的不断提高,在传统法学研究中解释此类文件的工具缺乏,导致法学研究试图从其他视角去寻求解释原则。

当然也存在其他的原因导致将法学作为一门自治的学科对待的观点再次幻灭,因此,学者们开始从其他角度为法学分析寻求基础。^[21]这个结果——事实上,是由现实主义者创立的(杜克斯伯里,1995,第92页)——在过去的三十年中引发了大量的“法学和其他学科的”学术运动,这些学术运动探求通过经济学、欧洲哲学、文学理论、人类学、男女平等主义者的研究、马克思主义等来为法学研究带来洞察力。每个方案都代表了一种将法学向外扩展的尝

[21] 再次,我们注意到在法学者中这种倾向绝不是普遍存在的,见温里布(1995)。

试,且试图在它自有的方法中寻找一种能表现法律合理性的基本原则或原理,并通过法律现实主义者在这方面的努力填充剩下的空白。在这个过程,法学分析已经变得高度政治化且与社会科学和人文科学相互交织(米诺,1987,第79页)。^{〔22〕}法学不再是仅依赖对自身领域的理解就能掌握其本质,而导致的结果是其构成了客观事实和从前关于解决重要的司法问题的多数人意见几乎消失不见。

法经济学中的经济学

相对于只通过建立在正义和公平基础上的传统法学教义概念来理解法律,运用经济学的概念,包括经济效率标准对这种概念的理解是不断地扩大反对(还是赞同?)。同样地,法经济学的经济学文献基本上(但这能在后面的章节中被清楚地看到,所以不需要在这里作单独的说明)是由新古典微观经济学和福利经济学的思想所构成的,其中,最有效、最具有生命力的思想是交换的帕累托效率、生产的帕累托效率和卡尔多—希克斯效率(福利最大化)。从一开始,就必须强调,所阐述的所有学术思想并非都对这些各种不同的效率标准给出相同的可信度,而且,这些学术思想之间并不是都不存在相互矛盾和争议(争议并不在于任意一个学术思想中存在);至于有多强调某种学术思想应该取决于这些思想的本身。然而,它们在法经济学文献中的重要性对于这些思想的理解是很有必要的。基于这个目标,我们在这个基础上提供了有关效率分析的简短概括,并在本章附录中予以更详细地讨论。

〔22〕 也可以参见戈登(1990,第413页)。

经济行为的循环推理和效率概念

经济学理想研究的知识结构是完全竞争条件下的经济分析。完全竞争的经济市场有以下各项特征：(1)有大量的买方受自利动机驱动而采取效用最大化行为；(2)大量的卖方也受自利动机驱动而在无法形成优势的行业或竞争性的市场中采取利润最大化的行为；(3)单个的买方和卖方对市场价格没有任何的控制力，他们只是市场价格的接受者；(4)价格为市场中缺乏相互沟通的生产者提供事后指导；(5)产品是标准化的；(6)不存在市场的进入或退出壁垒，故而，消费者和生产者能自由地进入或离开产品和要素市场；(7)所有的买方和卖方都具有所有市场交易的完全信息；(8)资源以私有产权的形式被定义和分配；(9)占优势的法律和财产权通过国家被完全强制执行。

一个完全竞争的经济所固有的相互关系和流程能通过一个标准的圆形流程图被最优描述(参见图 1—1)。这里是私人拥有稀缺性的生产要素——土地、劳动力和资本——均通过要素市场在企业间进行分配，企业所生产的产品和服务依次地用以满足消费者的需求。有关对这个过程的产出评估，经济学家主要关注的是分配效率——也就是，由于(1)生产过程中投入要素的配置状况导致了能最优地满足社会中的经济需要和个体欲望的产出组合；和(2)产出在社会中个体间的配置状况决定了这个社会最优的福利水平。

如果所有生产要素、产品和服务完全通过完全竞争的市场得到，那么产生结果能被证明是有效率的。换言之，在上面简要概述的假设前提之下，给定初始资源的权利安排，那么，土地、劳动力和资本的最优数量将被配置于生产 $X, Y, Z, \dots, N$ 的产品组合，不多不少， N 种产品的最优产量分别为 $(X^*, Y^*, Z^*, \dots, N^*)$ 。这个有效率的产出结果被称为帕累托最优，其意味着资源不能被重

新配置为一种使一个个体的状况变好,而又不使另外一个个体的状况变坏的情形。这个概念将由福利经济学的第一最优定理(其也以对偶定理著称)加以具体表述,并规定除了信息、公共物品和外部性的主要问题外,一个完全竞争、完美运作的市场将能达到对社会的稀缺性资源的帕累托最优配置。^[23] 这个概念能用图 1—1 中的供给曲线和需求曲线加以描述,在图 1—1 中,所有市场都达到出清状态——对每种产品和生产要素的需求量等于相应的供给量。在此有必要对这个概念值所包括的大量内容作更详细地研讨,因为它是理解效率概念的基础。

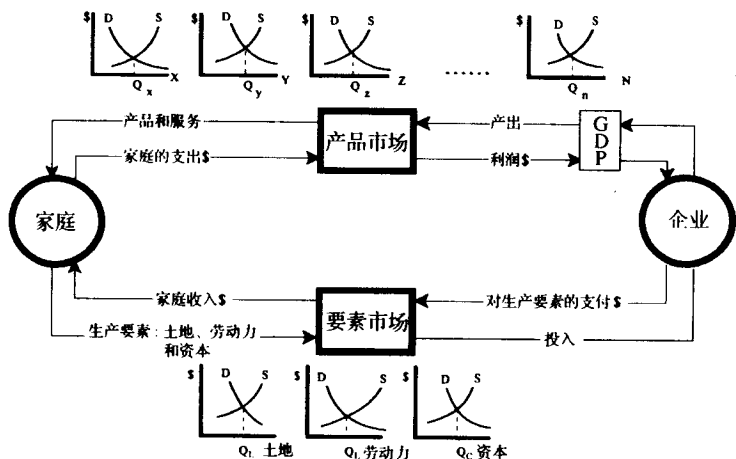


图 1—1

从社会的视角,任何活动的最佳效率水平都将在边际社会收益(MSB)恰巧等于边际社会成本(MSC)时达到。假设,市场机制

[23] 例如参见费尔德曼(1980,第 47—58 页)和平狄克和鲁宾费尔德(1992,第 584 页)。

是一个社会中唯一的掌控社会稀缺性资源配置的工具,个体消费者和生产者都分别通过最大化其效用和利润来作出他们的所有决策。这个最大化过程的影响就是,生产者和消费者根据他们对边际收益和边际成本的权衡来作出他们的选择——换言之,对从事一单位经济活动所能取得的额外收益和所要支付的额外成本加以比较。通过市场能达到有效率的产出结果,每种产品都能满足表 1—1 中提出的四个约束条件。^[24] 这些约束条件确保,私人的收益和成本要与社会的收益和成本相一致,从而就能达到有效率的产出。如果这些约束条件不被满足,我们就将这种情形称为(部分或完全的)市场失灵。对这四个约束条件的一种简要的,但却更贴切的认识是,其对完全理解效率的含义和市场失灵是必要的,也是法经济学最根本的重要前提,而且,实际上,所有的学科都有兴趣研究对资源的有效配置。

- 边际社会收益(MSB) = 边际私人收益(MPB),意味着,通过个体消费者的私人市场交易而增加的社会边际收益与消费者在一个特定市场交易中所能保证获得的消费者私人个体收益完全相同,换言之,在消费上不存在任何的正的或负的外部性。

- 边际私人收益(MPB) = 产品价格(P),意味着,个体对特定数量的特定产品所支付的价格等于其所购买的最后一单位产品所能获得的边际收益。

- 产品价格(P) = 边际私人成本(MPC),意味着,产品的市场价格等于生产该产品的私人边际成本。

- 边际私人成本(MPC) = 边际社会成本(MSC),意味着,通过一个企业生产一单位产品而增加的社会收益等于个

[24] 描述这个效率条件的表格式方法是以保罗·沃纳考特和罗纳德·沃纳考特(1979,第178—194页)的研究为基础的。

体企业生产该产品所增加的私人成本,换言之,在生产中不存在负外部性。

表 1—1
(针对产品 X)

MSB = MPB
MPB = P
P = MPC
MPC = MSC
因而, MSB = MSC, 产生了:
对资源的帕累托最优配置

满足这四个约束条件将确保每个产品的边际社会收益等于边际社会成本。用更基本的术语可表述为,市场需求曲线反映 MSB,而市场供给曲线则反映 MSC;因而,市场均衡(需求 = 供给)将是有效率的($MSB = MSC$)。这种情况的重要性,和其与帕累托最优的关系在于当其不被满足时能通过对这种情形的考察来进行分析。

图 1—2 描述了产品 X 的边际社会收益和边际社会成本。首先考虑一种能生产出特定 X 产品的一种资源配置方式。应当注意到,在点 X^* 左边的区域,边际社会收益大于边际社会成本。此时,一些额外的资源被配置于生产 X 产品,将导致增加的社会收益大于增加的社会成本,从而能提高社会福利。因而,在达到点 X^* 之前,总会社会净收益的增加,但如果超过了点 X^* ,再增加的额外的 X 产品单位,却会有增加的社会成本超过增加的社会收益。因而,在点 X^* 处,有 $MSB = MSC$,此时,社会被认为达到了对生产 X 产品的那些资源的帕累托最优配置。当产出少于 X^* 时,有 $MSB > MSC$ 。此时,会导致对生产 X 产品的社会稀缺性资源的配置不足。

其次,考虑一种能生产出数量为 X_2 的 X 产品的资源配置方

式。此时,所有处于点 X^* 和点 X_2 的点,都有边际社会成本大于边际社会收益。通过减少分配给生产 X 产品的资源,从而减少 X 产品的产出量,那么,就会有社会成本的节约小于社会收益的减少,因而,直到我们达到点 X^* ,即, $MSB = MSC$ 前,都能提高社会福利。因此,当超过点 X^* ,即, $MSB < MSC$ 时,会出现,对生产 X 产品的社会稀缺性资源的配置过度。

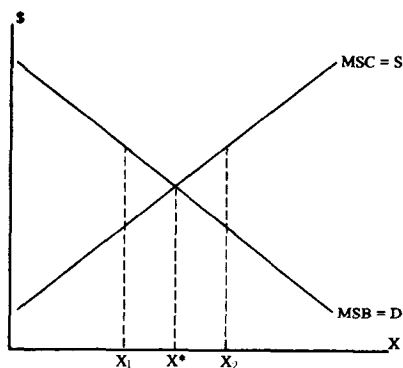


图 1—2

最后,让我们考察一下产出量 X^* 本身。任何低于 X^* 的产出量减少都会导致社会收益的损失超过社会成本的节约,而任何超过 X^* 的产出量增加却会导致社会成本的节约超过社会收益的增加。因此,远离 X^* 的任意点都不能不使某些人的状况变坏。因而,在点 X^* 处,社会能达到资源配置的帕累托最优。

在假设的约束条件下,只有当双方当事人确信能从交易中获利的情况下,交易才会发生。当再也没有额外交易发生的可能性时,经济系统就达到了一个人人都不能在损害他人福利的情况下,使自己的状况变好的情形(也就是福利最大化)。一旦一个经济系统被观察达到了这种情形——当没有人能在不使其他人的处境变坏而使自己的处境变好时,帕累托最优状态也就达到了。通过完全竞争的市场机制来使所有产品市场($X, Y, Z, \dots, Nth$)达

到出清状态,社会就能在整个经济中达到资源配置的帕累托最优。再一次强调,理解的重点在于当每种产品的供给(S)等于需求(D)时,就对所有的成本和收益作出了解释。也就是说,当经济中所有产品都有 $MSB = MSC$ 时,这个产出结果就被称为帕累托最优。

18 必须注意的是每个帕累托最优解都是基于一个初始的和唯一的对资源的权利安排而定的,随后的市场活动都将在这个权利安排中跟随发生。换言之,每个初始的权利安排都会产生一组唯一的最优供给与需求以及一个独特的生产和消费的产品组合和服务组合。故而,也有唯一的资源配置的帕累托最优状态——或也可以说是独一无二的社会福利最大化状态(MXSW)。因而,权利安排 #1(一些任意的权利初始分配)可能会显示,将产生对资源的帕累托最优配置 MXSW #1;同样地,一个不同的权利安排 #2(一些其他可能的权利初始分配)也可能会显示,将产生对资源的帕累托最优配置 MXSW #2;而另外的一项权利安排 #3 仍然可能会显示,产生对资源的帕累托最优配置 MXSW #3 等。因此,这明显就能通过埃奇沃思盒状图的分析加以证明(在本章附录中提供),在经济系统中存在无穷多个帕累托最优状态,每个最优状态都是根据权利的初始安排而定,且在效率层面上,各个状态之间不具可比性。而对这些状态加以比较的唯一方法是进行人与人之间的效用比较——但经济学的实证意义却在于要避免能引起此类比较的经济学标准。

虽然,整个经济系统所达到的帕累托最优状态是以一些已经存在的对权利的初始安排为基础的,但对于初始点是否正义或公平,经济学分析并不能提供有意义的解答。在新古典经济学的分析框架下,这是一个与效率相对立的分配问题(一个与伦理道德相关的问题)。换言之,对于所给出的无数的帕累托最优状态,我们需要基于政治上的指示及/或道德考虑的附加标准来作为一种 MXSW 是否优于另一种 MXSW 的参照。就如艾伦·V·尼斯(1977,第19页)所陈述,“交换经济……将达到一种最优状态——

所有可能的(经济的)世界中的最优状态——如果,占优势的收入分配是符合道德伦理——一种评价,其在西方的自由主义社会中,可以通过政治上的程序而被合法化。”

最后,还必须强调的是如果这四个约束条件中,有任何的一个没有被满足,市场机制将不能导致帕累托最优状态(也就是不符合MXSW状态)。与完全竞争市场的基本结构特征的背离或偏差是指外部性或公共物品的存在,私有产权的缺乏或没有完全强制执行;或在一些情况下,存在一个将影响一个或数个这四个基本等式开放性的资源获取渠道。在这些情况下所导致的市场失灵,结果都将会使得帕累托最优状态($MSB = MSC$)无法达到。所有的经济学家都认识到,在任何的市场经济中都存在着各种不同的导致这些等式不能成立的多种因素和力量,因此,在许多方面,也同时承认了对市场失灵的矫正构成了旧的和新的法经济学的核心内容。

补偿性原则

然而,一般认为很少有政策满足帕累托最优条件,即使一些人的状况变好,而又没使所有其他人的处境恶化。典型的情形是公共政策或司法转变会使一些人受益,另一些人受损,因此,补偿性原则就明确地变成了帕累托标准可供选择的标准或替代标准。对这个原则的理解,必须建立在对帕累托原则理解的基础之上。这个原则的各种不同形式都试图说明,在没有涉及人与人之间比较的情况下,司法变革一般将会对随后发生的社会福利产生影响(布劳格,1978,第625页)。补偿性原则通常被表示为卡尔多—希克斯效率,后被波斯纳由公式表述为福利最大化。但是,补偿性原则的含义比波斯纳的福利最大化的分析等式的含义更丰富,其应用也是以经济学的成本—收益分析为基础的。

补偿性原则表明在一种经济状态向另一种经济状态的转变

(例如由于一项政府政策或法律变化所导致)中,一些人的受益是以另外一些人的受损为代价,因此,其所造成的社会福利的改进可能是含糊不清的——其几乎与帕累托原则有相同的效力——如果受益者有补偿受损者的潜在可能性,以致后者愿意接受这种转变,而前者的处境仍能得到改善。凭借具有潜在可能性的补偿性支付,受益者的处境得到了改善,而受损者的处境没有被恶化。^[25]用最简单术语可表述为补偿性原则支持的是当受益者的收益超过受损者的损失的转变是一种进步——一种基本的收益—成本观念。通常所引证的一个直观例子是关于对英国在19世纪废除谷物法的探讨。最初的谷物法禁止国外的(廉价的)小麦出口到英国,导致了英国国内小麦人为高价,但却使农民以牺牲面包消费者的利益为代价而获益。尼古拉斯·卡尔多(1939)指出,如果那些从废除谷物法而获益的消费者能给因此而受损的农民提供补偿,那么,法律转变后的社会福利仍然得到了改进,因而,废除谷物法就标志着一国总体社会福利的提高,即使这些补偿并没有被实际支付。

20 补偿性原则并不要求支付实际补偿。为了维持有关评估政府政策或司法转变的实证主义者立场,只要在理论上表明一项政策将具有充足的、足以补偿受损者损失的受益者的收益潜在可能性,就足以说明这项政策将能改进社会福利。对受损者要求的实际支付被认为纯粹是分配性的——在标准化的领域中,政治决策的制定,绝对超出了经济学所能明确表述的补偿性原则的外延范围。简言之,事实上可以被分配的净收益的存在,只被认为是用以证明这个转变提高了经济福利。所有研究文献都清楚表明,如果受损者实际得到了受益者的补偿,那么,这种方案本质上就回到了帕累托原则。然而,如果潜在的酬劳不被支付,标注一个能改善社会福

[25] 对这个主题的研究是以赔偿原则分析为核心要素的,有关研究包括E·巴龙(1908,在1935年被翻译成英文)、尼古拉斯·卡尔多(1939)和约翰·R·希克斯和蒂伯·西托夫斯基(1941—1942)。

利的转变就要求默示地接受占优势的收入分配,因而,补偿性支付同时是支付意愿和支付能力的函数。因此,如果没有现实支付(也就是偏好的显示),我们又会犯比较个体间效用的错误。

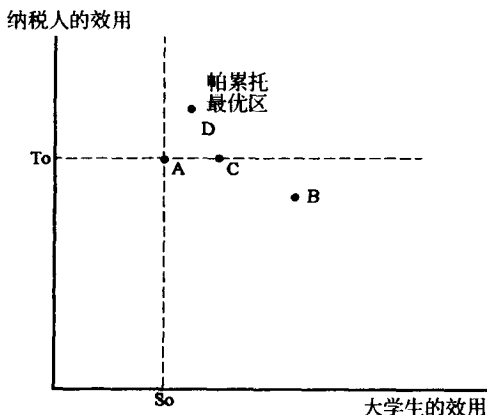


图 1—3

乔·B·史蒂文(1993,第 48—49 页)提供了一个有助于理解补偿性原则的简单例子。这是一个有关用税收来赞助设立大学奖学金的方案。在图 1—3 中,假设在实施这样的一种方案前,经济系统被设在 A 点,纳税人的效用由 T_0 表示,而大学学生的效用由 S_0 表示。

只要设立了用税收赞助的大学奖学金。这个方案实施后的社会情形将会移到 B 点,大学学生的处境因得到奖学金而改善,但同时,纳税人的处境却因为不得不支付奖学金而恶化(这里暗含的假设是收入越高,效用水平就越高,反之,收入越低,效用水平也越低)。如何才能通过假设的补偿,使学生的处境得到改善,而纳税人的处境又没有恶化呢?甚至可能存在这样一种情形,纳税人得到了更多的补偿,例如 D 点,此时,学生和纳税人的处境都比该方案实施前有了改善。

如上所述,效率概念和补偿性原则,是法经济学中最重要的经济学思想。两者都得到了广泛地运用,而且,为了正确掌握我们下面所要阐述的法经济学的逻辑性,有必要对这两者加以充分理解。

法经济学的逻辑性

当今,法学的大部分传统研究和那些能被称为制定法律的工作都是围绕着从法学和政治学理论中派生而来的现代教条主义的原则和概念组织的。这种看法对法学院的学生而言,是再熟悉不过了。他们将法律理解为由宪法、侵权行为法、财产法、契约法、行政法、诉讼法、刑法等组成的一个整体。从一些稍微不同的、更优角度看,我们也能将法律理解为由宪法法规、主要的行政命令、法令条例、普通法、委托代理规则和政府规章,以及它们所暗含的法律原则和学说共同组成的——原则和学说要一起经受时间和法律挑战和批评的考验。这些以不同形式存在的法律原则和学说,包括法律重述、案例集、法学评论文章和教学讲义是世代相传的。

在法经济学的主流观点中,盛行很广的法律体系(或仅指法律)应被尽可能地宽泛定义,包括宪法、现存的全部法令、管理规则(通过类似机构的运作,如立法机关内部制定的规则)、行政法规及目前全部的普通法原则(这些原则是以前面所描述的普通法的基本原理为基础的)。法律——也许更确切的描述应该是**统治社会的法律关系**——连同法律规则一起提供了政治的和司法的权威机构,且借此分别将他们的决定合法化。更明确地说行政和司法机构与他们各自的运作规则、组织机构及特定的决定制定程序相结合,并借此引导制度行为。构成政治、司法和行政管理决定制定程序的主流运作规则,将与其最终作出的政治、司法及行政决定(大体上是政府的决议)直接相关。因此,法律——它的原则和

学说——为下面的合法性提供了依据：(1)一个国家的行政和司法机关的构成；(2)他们各自的制定决定程序；及(3)他们最后的决定。因此，结果是源于行政—司法机关的联合，并随之发生的行政—司法一审判行为，一并导致了法律的出现。 22

让我们假设，在任何时刻，一个存在于混合市场经济中的社会资源都被视为包括四个组成部分——一个私有部分、一个公众部分、一个公有部分及一个能免费获取的部分。每个这些部分的范围和特征都是根据现存的统治该社会的合法关系的情况而定。这四个部分分别被赋予私有财产权、特权、公有财产权和公开获取资源的权利。这就是说私人市场将是享有专有性私人财产权的领域，且据此来界定、分配资源如何运行。各个主体都是通过不断地交易来增益。公众部分将拥有遍及所有政府机构的全部特权。特权被定义为为应对个体使用产品、服务或资源的适当要求，并通过政府公告而产生的权利。这些由政府承诺的权利代表了一个采取协调性行政管理的国家中，政府在各种不同领域中的调解能力，其包括立法、代理、委托和组织机构。这些特权是独占且不可转让的。^[26]在公众部门中，资源是通过所建立特权进行配置的，其是在由政府规则所确立的约束条件下进行。本质上具有公共财产权的资源被认为是被一群人共同拥有的私人财产。在公有产权下，一群个体将共同享有使用和转让资源的权利。较为典型的是一个团体管理机构监督公共财产资源被团体内的成员排外地使用和保留的方式。根据团体以往处理资源、公共财产的规则也将能导致资源的有效配置。最后，免费获取资源的部分是指有权拥有无主物品或资源，也就等同于这些资源的归属遵循先占原则。在这种情形下，存在无产权的资源。免费获取资源的配置方式只有在即使产品的价格为零，供给仍然超过需求时，才是有效的资源配置方式。如果当产品价格为零时，供给并没有超过需求，那么社会中就

[26] 最早对社会地位权利作出明确描述的是戴尔斯(1972,第152—154页)。

不再存在可以被免费获取的资源,否则,资源将会被过度使用。可供选择的管理社会的合法关系——是一个私人权利、公共权利、公有权利和免费获取资源的权利的混合体——将直接影响混合市场经济的经济绩效,更具体地说是私人经济部门、公众机构、公共部门及免费获取资源领域的经济绩效。

- 23 换言之,法律的变更在一个或所有这四个部门中管理社会的合法关系的改变或任何工作规则的变化都将最终引起经济绩效的改变。因此,贯穿于法经济学中的逻辑可以由以下的推理过程加以表述:改变合法统治社会的关系及/或它的运行规则,将最终且全面地影响经济绩效。用符号可表示为:

Δ 法律及/或运行规则 $\rightarrow$ Δ 激励结构 $\rightarrow$ Δ 制度行为 $\rightarrow$ Δ 经济绩效。

这也就是说,如果法律发生了一个改变,例如,(1)私有财产权的定义或分配的改变;或(2)通过司法的、行政的或立法决定制定方式的变化导致其运行规则的改变;或(3)特权(行政管理的要求)的改变;或(4)公共权利的扩张或收缩——在市场、及/或公众的、及/或公共领域中的激励范围将随之被改变,从而,依次改变这些领域中的个人行为,而所有的这些都将共同影响混合市场经济的经济绩效。简而言之,法经济学能被表述为:

Δ 法律 $\rightarrow$ Δ 经济绩效。

值得再一次指出的是经济绩效的评估是典型地运用微观经济学和福利经济学——交换的帕累托最优、生产的帕累托最优和卡尔多—希克斯效率(福利最大化)概念来进行的。

根据法经济学的已有发展,最关注的问题主要是有四部分。首先,一些研究工作致力于对法律和司法机构的发展加以实证描

述——例如其关注的是随着时间的流逝，在法律的发展过程中，是否表现出有效率的逻辑性。其次，建立于效率标准上的标准化和补偿性原则在法经济学研究中居于首要位置，其目的在于寻求法律的某种改变——将能有助于促进有效率的产出。再次，大量的研究工作致力于描述与社会稀缺性资源的配置和分配有直接牵连的那些法律领域中所发生的一些变化——这可以被称为经济效益分析。这些工作主要以效率标准为基础来评估类似的司法转变所导致的结果，尽管在这个议题上的另外一小部分研究是试图阐述可供选择的司法结构和运作规则对资源配置和分配的所产生效应。最后，另外一些附加的研究已经在对法律、经济影响决策过程的复杂关系进行描述，其可被称为法学和经济学间的相互关系或法经济学中的联结关系。然而，这四方面的努力并没有能完全穷尽韦尔纳·Z·荷西（1988，第6页）所描述的更为艰巨的任务。 24

如果效率确实能严格地作为唯一的和最终的目标，那么，我们的任务会轻松得多。然而，我们所面对的却总是几乎完全对立的两个目标——效率和公平。必须谨记，经济学家的最终目标一定是他们所宣称的**社会效率**，其要求不顾收入分配是否公平而只关注通过交易对资源进行有效配置……但司法规则却一定要同时兼顾效率和收入公平分配。经济理论所能给的指导方针的步骤为：首先，收入应该以最理想的方式被重新分配；其次，资源应该通过最有效率的方式被配置，而这要完全依赖于市场竞争。因而，所作出的研究成果必须在主观偏好的收入分配上达成一致意见，并且，其必须是一个能够达到有效配置的结果。谨慎的司法规则的拟订必须同时考虑这两个目标，而不仅仅只根据分配，因而，这是一项艰巨的任务。

这点也将能从下列各章中得到证实,尽管分配时常被包含在一些学派带修辞色彩的观点中,但通常并不被法律的经济分析所重视。

结论

我们根据我们的信念来写这本书,且相关学派的思想也将继续沿着上面所阐述的法经济学分析的四条路径得到发展,并及时地从一个新的折中主义者的视角——一种新的、更折中地接纳学说的视角——来思考法律的出现,而不再就法律对经济结构、经济行为和经济绩效是否有重要影响而争论不休。因而,我们所要及时探讨的是会在法律中出现的新的可被接受的学说,而且,这种学说将与其思想的显著特性合并融入到法经济学中。本书将试图说明法经济学派传递的是关于市场观念的简洁的总体概述,换言之,我们将阐述每个学派思想中知识的渊源、代表性原则、观点及分析的主要模式。我们之所以这么做是希望能提供一种对法律的形成、结构、程序、司法机关、它们对经济绩效的影响及对它们之间的相互关系的更全面的理解。

第一章附录

经济学家定义了[效率]的许多不同形式,如,有效率的生产、²⁵有效率的交换、帕累托效率、国民收入最大化、福利最大化、及功利主义的效率。绝大多数经济学家都能轻松地从效率的一种形式转换到另一种,但这些转换中所体现的细微变化及其重要性往往被非经济学者所忽略(考特,1982b,第1263页)。

效率:埃奇沃思盒状图分析^[1]

在法经济学中,有三个效率概念——交换的效率、生产的效率、及卡尔多—希克斯效率。在本章的附录中将对这三个概念提供详细讨论。

交换的效率

消费者的选择

假设消费单位是从对产品和服务的消费中能获得的效用(或满足),且消费者是根据自身效用最大化来作出理性的消费选择。

[1] 关于一般均衡理论和福利经济学的图表分析是和标准中级价格理论教科书通常所用的解决办法是一致的,例如平狄克和鲁宾费尔德(1992)。这种图表式的简洁陈述最早是由弗朗西斯·M·巴托尔提出的(1957)。我们普遍沿用了古尔德和弗格森的陈述(1980)。至于更进一步的处理是在费尔德曼(1980)的研究中提出的。

根据研究分析的需要,我们假设有两个消费者,消费者 A 和消费者 B,并有两种产品,X 产品和 Y 产品,对个体消费者而言,这两种产品不能完全替代。然而,消费者和产品都可以一般化到任何数目。

假设,个体消费者 A 和个体消费者 B 的行为,遵循四条公理:

1. 完备性:一个消费者可以选择一个 X 产品和 Y 产品的组合——消费组合 R' ,也可以选择一个不同的 X 产品和 Y 产品的组合——消费组合 S' ;个体消费者可以对消费组合 S' 的偏好强于消费组合 R' ;这两种消费组合 R' 和 S' 的偏好也可以是无差异的。

2. 传递性:当一个个体消费者对消费组合 R' 的偏好强于消费组合 S' ,且对消费组合 S' 的偏好又强于消费组合 T' 时,必然有其对消费组合 R' 的偏好强于消费组合 T' 。

3. 支配性:给定特定数量的 X 产品和 Y 产品的消费组合 S' ,如果消费组合 R' 相较于 S' 包括更多的 X 产品,而 Y 产品的数量仍保持不变(或包括更多的 Y 产品,而 X 产品的数量不变),那么,消费者对消费组合 R' 的偏好将强于消费组合 S' 。

26

4. 唯我性:个体消费者的偏爱排列是基于其所消费的产品组合来定义的,而且,不受分配给其他消费者的产品组合的影响。

给定这四条公理,消费者所消费的 X 产品和 Y 产品间的数量关系和个体消费者相应的效用水平能通过一组无差异曲线加以描述。一条无差异曲线被定义为,用以表示对消费者有相同效用水平的 X 产品和 Y 产品组合的轨迹。消费者 A 的一组无差异曲线,就如图 A—1 所示,向东北方移动时,表示效用水平依次提高;因此,IA—3 所代表的效用水平要高于 IA—2 所代表的效用水平,且

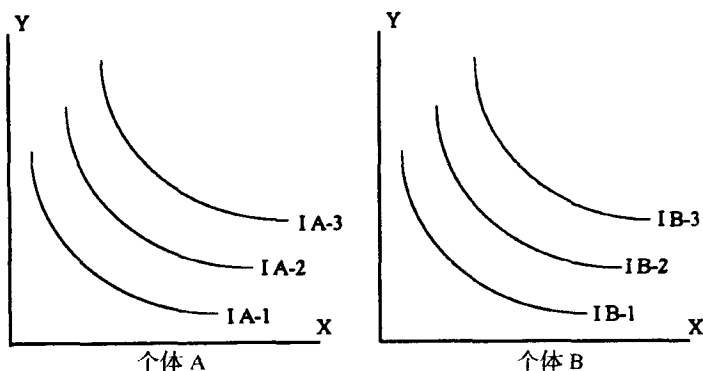


图 A—1

IA—2 所代表的效用水平要高于 IA—1 所代表的效用水平。类似地,当消费者 B 的无差异曲线向东北方向移动时,也就代表了效用水平的提高;因此,IB—3 所代表的效用水平要高于 IB—2 所代表的效用水平,且 IB—2 所代表的效用水平要高于 IB—1 所代表的效用水平。

所有的无差异曲线都为负斜率,而且不会相交,在数学上是连续的,并凸向原点。无差异曲线凸向原点的特性表明边际替代率递减原则的一个直接的必然结果。X 产品对 Y 产品的边际替代率($MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$)表示消费者愿意放弃一单位的 X 产品时,为保持原有效用水平或满意程度不变,所要增加的 Y 产品单位数。个体消费者对两种不能完全替代的产品的无差异曲线之所以会是凸的,是由于个体消费者为获得额外的一单位的 X 产品(例如,从图 A—2 中的 M 点开始沿着无差异曲线下移),为保持相同的效用水平,其愿意放弃的 Y 产品将越来越少。换言之,当消费者向 N 点移动时,其将持有相对于 Y 产品而言,较多的 X 产品,因而,消费者将越来越不愿意为获得额外一单位的 X 产品而放弃 Y 产品。

消费者 A 关于 X 产品对 Y 产品的边际替代率(用 MRS —

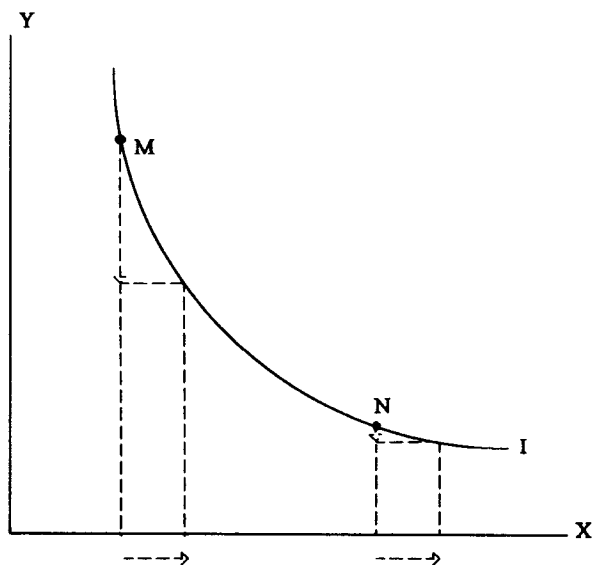


图 A—2

$A_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 表示)是由无差异曲线上任意点的切线的斜率给出的。当沿着无差异曲线下移至 N 点时,无差异曲线上的点的切线的斜率变得越来越小(以绝对值计量),因此,无差异曲线凸向原点的特性只是**边际替代率递减原则**的图解显示。

纯交换模型的均衡与效率〔2〕

假设经济系统中存在给定数量的 X 产品和 Y 产品,埃奇沃思盒状图就能用以分析经济系统中的交换关系。给定 X 产品和 Y 产品的数量,就决定了图 A—3 中的埃奇沃思盒状图的尺寸,盒中

〔2〕 以下对消费者和生产者均衡的讨论是在一个纯的交换模型中提出的。至于在一个竞争市场框架下的这些问题的解决办法,可参见鲍德威和威迪逊(1984)以及平狄克和鲁宾费尔德(1992)。

的点用图解的形式说明了在消费者 A 和消费者 B 之间的 X 产品和 Y 产品所有可能的分配情况。个体消费者 B 的一组无差异曲线绕原点旋转了 180 度,现在被安置在东北角(O_B)。根据被颠倒的无差异曲线,当消费者 B 的无差异曲线向西南方向移动时,其的效用得到了提高。消费者 A 的无差异曲线的原点(O_A)仍被安置在初始位置的西南角,当消费者 A 的无差异曲线向东北方向移动时, A 的效用水平增加了。

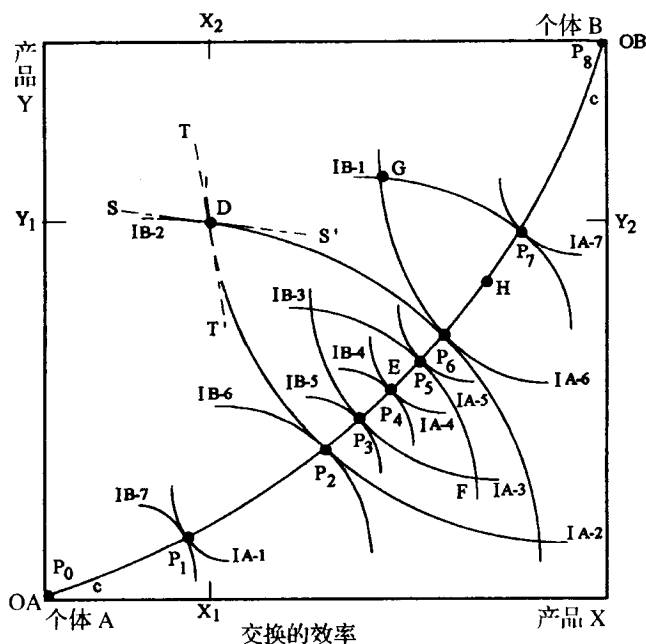


图 A—3

假设消费者 A 和消费者 B 分别从 X 产品和 Y 产品的初始禀赋点开始,如图 A—3 的点 D 所描述。消费者 A 从 X_1 和 Y_1 (相对于 X 产品,有较多的 Y 产品)开始,将该点置于消费者 A 的无差异

曲线 IA—2 上。同样地,消费者 B 从 X_2 和 Y_2 (相对于 Y 产品,拥有较多的 X 产品)开始,将该点置于消费者 B 的无差异曲线 IB—2 上。给定这些初始禀赋,我们从图中可以看到,消费者 A 偏好 IA—2 曲线上东北方向的所有点(因为,它们都在更高的无差异曲线上,从而使消费者 A 的处境得到改善)。基于同样的理由,消费者 B 也将偏好 IB—2 曲线上西南方向的所有点。很清楚,在 D 点存在通过交换的潜在收益。如图所示,潜在收益区是通过交换视角——这个视角所划出的区域是由两条经过 D 点的无差异曲线 IA—2 和 IB—2 共同圈定的。在这个视角下,这个区域内的任意点都能使消费者 A 和消费者 B 的处境相较于 D 点得到改善。消费者 A 和消费者 B 能通过不断地订约和再订约——用 Y 产品交换 X 产品,或用 X 产品交换 Y 产品,且在这个过程中,他们的效用水平得到不断提高——也就是说,从 D 点移向 F 点,并最终将停留在 E 点,在该点上,不再存在任何能从交换中获得的增益。

- 29 这个自发的穷尽交换增益的重复(订约)博弈的原因在于,消费者 A 和消费者 B 在 D 点有不同的主观 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$;换言之,在 D 点,消费者 A 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 较高(在图 A—3 中通过 TT' 曲线的较大的斜率值来体现),这就意味着,消费者 A 完全愿意放弃大量的 Y 产品来换取一单位额外的 X 产品。同样地,在 D 点,消费者 B 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 较低(在图 A—3 中通过 SS' 曲线的较小的斜率值来体现),这同样也意味着,消费者 B 完全愿意放弃大量的 X 产品来换取一单位额外的 Y 产品。因而,消费者 A 和 B 能从交换中获得潜在收益。消费者间将不断地订约和再订约,当且仅当他们各自的边际替代率相等时——也就是 E 点,就不再能从交换中获得增益。与 D 点相比较,经济系统中给定了相同数量的 X 产品和 Y 产品,在 E 点,消费者 A 和消费者 B 都通过消费不同组合的 X 产品和 Y 产品使其效用水平比初始禀赋点得到提高。此时,消费者 A 的效用水平为 IA—4,消费者 B 的效用水平为 IB—4。更一般地说,在 E 点,经济系统达到了交换的一般均衡,即,在该点上,

不再有任何的进一步的交换激励。

注意,在这点上,消费者 A 的无差异曲线与消费者 B 的无差异曲线相切,也就是消费者 A 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 等于消费者 B 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 。而且,远离这点的任何偏离都将导致消费者 A 或消费者 B(或同时)落在效用水平更较低的无差异曲线上——这将降低他们其中任何一个人或两个人的效用水平。因此,E 点被称为帕累托最优点,即不存在任何远离该点的偏离能导致在没有使其他人的处境变坏的情况下,使一个消费者的处境变好。这也就是交换效率的约束条件,其表明当消费者 A 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 等于消费者 B 的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 时,将达到交换的帕累托最优均衡。在 E 点,对于消费这两种产品的所有消费者而言,都能达到每对产品间的边际替代率相等,从而也就达到了交换的效率。

尽管 D 点所表示的初始禀赋点导致了在 E 点的均衡效率,但一个不同的禀赋组合有可能产生不同的交换视角,和不同的双方讨价还价后的均衡点(如,图 A—3 中的无差异曲线 IA—3 上,从点 G 到点 H 的移动就反映了这个情况)。在消费者 A 和消费者 B 的无差异曲线上的所有切点所构成的轨迹——如, P_0 、 P_1 、 P_2 、 P_3 、 P_4 、 P_5 、 P_6 、 P_7 、 P_8 ——能通过曲线 cc 加以描绘,其被称为契约线。在一个经济系统中,最终出现的到底是契约线上所有交换均衡点的哪一点,将取决于消费者 A 和消费者 B 间的初始禀赋分配,和他们所拥有的讨价还价的本领。契约曲线是最优的交换轨迹,如果部分消费者并没有处在契约线上,那么他们只要通过交换使其移到契约线上,就能使一人或两人的处境同时变好,而又不会使其他人遭受损失。理论上,从契约线外的一点移动到契约线上将导致效率的提高。因此,一旦个体已经处在契约线上,那么,任何偏 30
离契约线的移动都将会降低累计的总效用。但如果是沿着契约线的移动,那么必然是,一方主体的受益是以另一方主体的受损为代价。如果是偏离契约线的移动,两个主体的效用将同时下降。任何类似的移动都不可能导致效率的提高。落在契约线上的一

点——一个交换均衡点——被称为一个帕累托最优点。

帕累托最优是指,一种任何变化都会使至少一个个体的处境变坏的状态,且在这个过程中,并没有其他人的处境得到改善。换言之,一个并不处在帕累托最优状态的经济系统是指那种还存在潜在的交换能使部分人的处境变好,且又不会使任何人的处境变坏的可能性。因而,契约线上所有点都能被称为帕累托最优点,契约线是一条由帕累托最优点所组成的轨迹。

点效用可能性边界

给定 X 产品和 Y 产品的总量,及消费者 A 和消费者 B 各自的一组不同的无差异曲线,将存在效用可能性边界,即,用以阐述消费者 A 和消费者 B 与沿着契约线上的一系列帕累托最优结果相联系效用水平。同样地,效用可能性边界将处于不同空间上——不是 X 产品和 Y 产品的其中一种,但不同效用空间上的边界都能用以描述消费者 A 和消费者 B 的效用水平。

依照上面的描述,由消费者 A 和消费者 B 的无差异曲线上的所有切点所组成的契约线 cc,是一条由类似的 P_0 、 P_1 、 P_2 、 P_3 、 P_4 、 P_5 、 P_6 、 P_7 、 P_8 等帕累托最优点所构成的轨迹。从 P_0 点开始,绘出效用空间中的每个点。 P_0 点代表的一种可能性是,消费者 A 只获得零效用,而消费者 B 却得到了最高的效用水平的经济状态。另一个极端是点 P_8 ,其表示消费者 B 只得到零效用,而消费者 A 却得到了最高的效用水平。以同样的方式来描述剩余的点, P_1 、 P_2 、 P_3 等在效用空间中契约线 cc 上相应点,当我们向东北方向沿着契约线移动时,消费者 A 获得了更多的效用而消费者 B 的效用水平下降,这也就是说,当我们这么做时,消费者 A 享有较多的 X 产品和 Y 产品,而消费者 B 则只能拥有较少的 X 产品和 Y 产品。

有关效用可能性边界及其与契约线的关系,有几点应该引起注意:

• 所有沿着契约线的点及所有效用可能性边界上的点都是帕累托最优点。

• 与埃奇沃思盒状图中的 D 点相比较,所有交接视角中的点都是帕累托更优的(部分个体消费者的处境能在所有其他消费者的处境不恶化的前提下得到改善),在这个意义上,在 D 点东北边的点都将帕累托更优于 D 点。

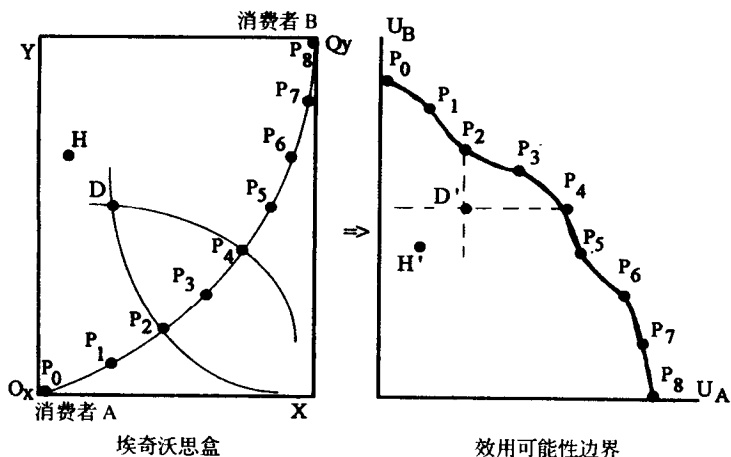


图 A—4

• 与 D 点相比较,所有的类似于点 H 的在 D 点西北边的点,都是帕累托次优(一个或两个个体的处境同时恶化);同样的,在 D 点西南边的所有点(比如, H 点)也是帕累托次优。

• 至于契约线上或效用可能性边界上的任意点,比如说, P₅ 点(在每幅图中),所有沿契约线或效用可能性边界的其他点都不具有帕累托可比性。

• 与 D 点相联系,在交换视角外的所有点(除了那些在 D 点东北边点)都不具备帕累托可比性;在 D 点西北边和东南边的所有点也同样不具备有帕累托可比性。

生产的效率

生产者选择

在稀缺社会资源的获得和使用方面生产单位的选择决策是以所生产产品的利润最大化为目标进行生产的。基于我们的研究目的,我们假设只有两个生产者——一个生产 X 产品(X 产品的生产者),而另一个只产生 Y 产品(Y 产品的生产者)——和两种生产要素劳动(L)和资本(K)——这两种生产要素彼此间是不能完全替代的。分析可一般化到任何数目的生产者和投入要素的种类。

32 生产者所使用的要素投入量和产出水平间的关系可以用一组等产量曲线加以描述。一条等产量曲线被定义为,代表所生产的特定产品的数量不变时,劳动和资本投入量的各种组合的轨迹。在图 A—5 中,我们提供了每个生产者各自相应的一组等产量曲线,当等产量曲线向东北方向移动时,代表产出水平的提高。对于 X 产品的生产者而言, Q_X-3 所代表的产出量要高于 Q_X-2 所代表的产出量;同样, Q_X-2 所代表的产出量也要高于 Q_X-1 所表示的产出量。类似地,对于 Y 产品生产的一组等产量曲线而言,等产量曲线向东北方向移动也同样表示产出量的增加。 Q_Y-3 所代表的产出量要高于 Q_Y-2 所代表的产出量,同样地, Q_Y-2 所代表的产出量也要高于 Q_Y-1 所表示的产出量。

所有的等产量曲线在有效率的范围内都为负斜率,且不会相交,在数学上是连续的,且凸向原点。等产量曲线凸向原点的特性是,边际技术替代率递减原则的直接反映。资本对劳动的边际技术替代率($MRTS_{\text{of } K \text{ for } L}$)表明,使用额外一单位的资本,要保持原有的产出水平不变(在当前的技术水平下),可以减少使用的劳动单位数。在图 A—6 中,当我们沿着图中的等产量曲线从 N 点移到 M 点时,生产产品所使用的每额外一单位的资本在保持原有的

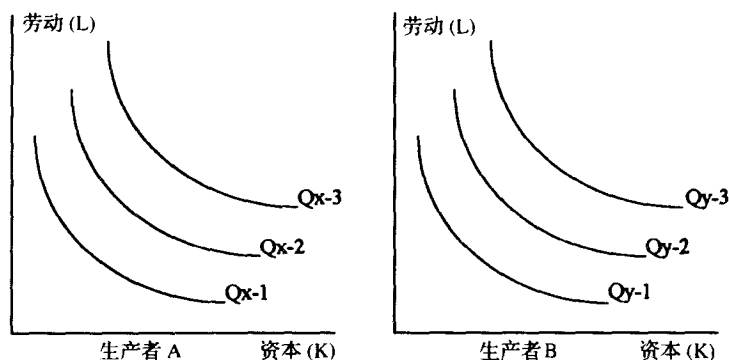


图 A—5

200 单位的 X 产品的产量水平下,所能节约的劳动投入量是不断减少的。换言之,我们可以将 $MRTS_{of K \text{ for } L}$ 理解为,为维持原有的产量水平不变(在现有的技术水平下),要额外节约一单位的资本所要求增加投入的劳动单位数。生产者的等产量曲线之所以是凸向原点的,是因为生产该产品的可变要素所具体表明出来的不完全替代的技术规律——换言之,为保持给定的产量水平不变,用以替代一种生产要素投入量(资本)的逐渐增加的节约,另一种生产要素的投入量(劳动)应该以更快的递增速度增加。举例来说,从类似于 M 点开始,向 N 点移动时,当增加的劳动投入量越来越大时,要维持原有的产出水平不变($Q_x = 200$),要弥补额外逐渐增加的单位资本要素的节约所要增加投入的劳动量将以越来越快的速度增加。 33

$MRTS_{of K \text{ for } L}$ 是由一条等产量曲线上的任意点的切线的斜率给出的。当沿着一条等产量曲线从 N 点向 M 点移动时,等产量曲线上的点的切线的斜率将变得越来越小(用绝对值计量)。因此,凸的等产量曲线只是边际替代率递减原则的图解表示。

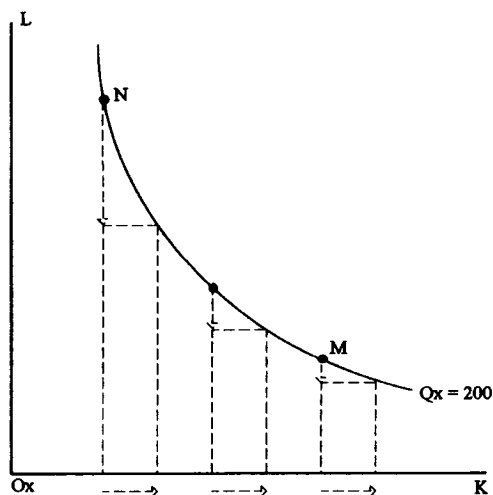


图 A—6

均衡和生产的效率

假定在一个经济系统中,存在给定数量的劳动和资本,一个埃奇沃思盒状图(参见图 A—7)的尺寸恰由给定数量的 L 和 K 决定。^[3]埃奇沃思盒中的所有点代表了在生产不同数量的 X 产品和生产 Y 产品间的 L 和 K 的所有可能配置。 Y 产品生产者的一组等产量曲线被反转,其原点现在落在了东北角(O_Y),所以,当 Y 产品生产者的等产量曲线向西南方向移动时,代表 Y 产品产量的增加。 X 产品生产者的等产量曲线仍然西南角(O_X)的初始位置,当 X 产品生产者的等产量曲线向东北方向移动时,代表 X 产品产量的增加。

34

假设, X 产品和 Y 产品的生产者分别拥有由图 A—7 中 J 点

[3] 下面的分析是和上面消费者交换的埃奇沃思盒的讨论相类似。

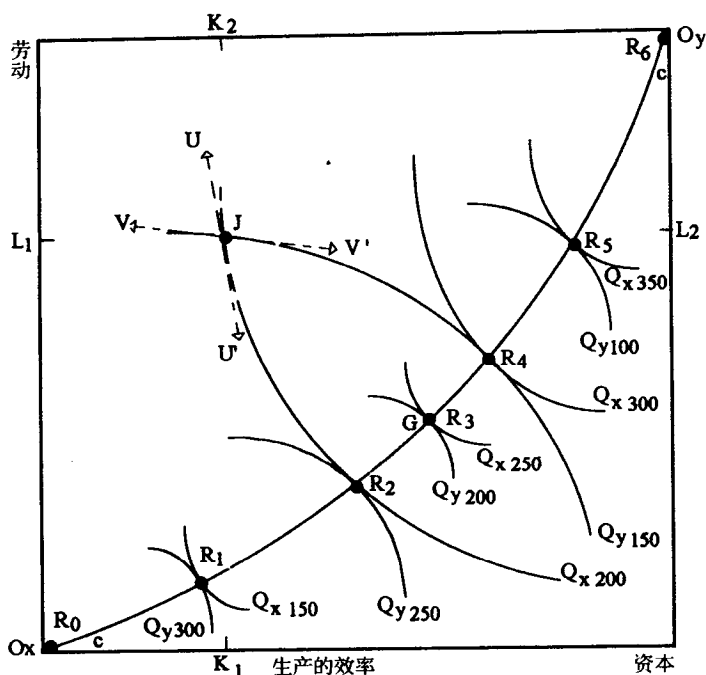


图 A—7

所示的初始生产要素禀赋,其中 X 产品生产者一开始拥有在等产量曲线 Q_X-200 上的 K_1 和 L_1 的生产要素(与资本相比较,X 的生产者投入了较多的劳动);而 Y 产品生产者则在一开始拥有在等产量曲线 Q_Y-150 上的 K_2 和 L_2 的生产要素(与劳动相比较,Y 的生产者投入了较多的资本)。这两个生产者将发现,通过以 K 交换 L 或以 L 交换 K 来重新配置他们所拥有的资源,将提高他们的产出水平,从而使彼此都能从中受益。很清楚,在 J 点仍存在与通过交易重新配置资源的投入相联系的潜在收益。如图所示,由两条经过点 J 的等产量曲线 Q_X-200 和 Q_Y-150 所围成的透镜型区域是存在潜在配置收益的区域。这个区域中的任何点都能使两

个生产者同时获得相对于 J 点的更高的产出量,因而,他们将发现,通过以 L 交换 K 或以 K 交换 L 将能分别提高他们各自的产量水平而获益。两个生产者能通过订约和再订约——不断地将他们各自的产品产出量推至更高的水平——直到他们都达到在任何可能的交换下都不会再有增益的那一点,即, G 点。

这种通过自发的订约与再订约的讨价还价能够穷尽源于重新配置资源的收益的原因在于,每个生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 都是不同的。在 J 点, X 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 较高(图中用切线 UU' 的较大的斜率来描述),也就意味着,对 X 产品的生产者而言,通过投入额外一单位的资本要素,将能导致相对更大数量的劳动要素的节约。然而,在 J 点, Y 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 较低(图中用切线 VV' 的较 IH 的斜率来描述),因此,对 Y 产品的生产者而言,通过投入额外一单位的劳动要素,将能导致相对更大数量的资本要素的节约。这里的潜在增益源于对资源的重新配置。通过交换,将原本用于生产 X 产品的劳动要素转移用来生产 Y 产品,同样的,将原本用于生产 Y 产品的资本要素转移用来生产 X 产品,在经济系统中的初始要素禀赋量不变的情况下,两种产品的产出量都将得到增加,也就是移到了 G 点,有 $Q_X = 250$ 和 $Q_Y = 200$ 。G 点表示经济系统已经达到了生产的一般均衡。

注意,在 G 点,两个生产者的等产量曲线彼此相切,这就意味着, X 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 等于 Y 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 。而且,任何偏离 G 点的移动都将导致一个或两个生产者的产出量下降。换言之, G 点是帕累托最优点,在这种情形下,不再存在一种对投入要素的重新配置方式能使在保持其他生产者的处境不被恶化的前提下,使一个生产者的处境得到改善。这也就是生产效率的约束条件,当 X 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 等于 Y 产品生产者的 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 时,将达到生产的效率均衡。因此,在 G 点,对于生产所有这两种产品的生产者而言,都有这两种投入要素的每对 $MRTS_{\text{of K for L}}$ 相等,即,达到了生产的效率。

尽管, J 点所反映的初始禀赋点导致了一个在 G 点的有效率均衡, 但一个不同的初始禀赋组合或许会产生一个不同的交换透镜型区域, 因此, 有不同的交易后的均衡点。生产者之间等产量曲线的所有切点, 如, R_0 、 R_1 、 R_2 、 R_3 、 R_4 、 R_5 、 R_6 ——由 cc 曲线加以描绘——契约线。契约线上的点所表示的是初始投入要素在两个生产者之间的分配。在这个意义上, 契约线是一条最优的轨迹, 即, 如果生产者被安置在契约线外, 则只要通过重新配置资源将其移到契约线上, 就能在不减少一种产品的产量的情况下, 增加另一种产品的产量, 或两种产品的产量都能得到提高。因此, 在理论上, 将一点从契约线外移到契约线上是效率的增进。只要该点已经处于契约线上, 那么任何的偏离都会导致产出的下降, 反之, 沿着契约线的任何移动都必然导致一种产品产量的增加是以另一种产品产量的下降为代价, 此类移动并不可能导致效率的提高。同理, 契约上的点——一种生产均衡——构建了一个帕累托最优——是一种生产的效率。

36

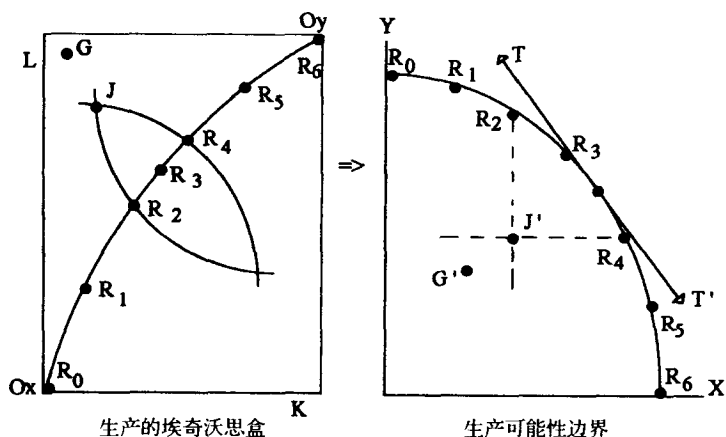


图 A—8

生产可能性边界

给定要素 L 和 K 的总量,及 X 产品和 Y 产品相应的一族等产量曲线,我们就能构造出生产可能性边界。生产可能性边界(也可被称为转换曲线),能通过在给定固定的劳动和资本要素及不变的技术水平下,对应于另一种产品的各种可能的产出时,一种产品所能获得的最大产量的轨迹来定义的。同样地,它所表示的是,给定社会资源禀赋下的最大产出组合。这是一个处于不同空间中的边界,换言之,其并不是投入要素的空间——劳动和资本——而是一个与 X 产品和 Y 产品的空间相对应的另一个空间。

依照上面的描述,契约线是由 X 产品生产者和 Y 产品生产者的等产量曲线上的所有切点组成的轨迹,因此是类似 R_0 、 R_1 、 R_2 、 R_3 、 R_4 、 R_5 、 R_6 点的帕累托最优点的一条轨迹。让我们从点 R_0 开始,在产品空间中对这些点加以解释。这个 R_0 点所表示的是,一个将所有稀缺性的社会资源都用于生产 Y 产品而不是生产 X 产品的可能的经济状况。在另一个极端,点 R_6 所表示的是, Y 产品的产量为零,而将所有资源都用于生产 X 产品。运用类似的方式来描述契约线上的剩余的所有点, R_1 、 R_2 、 R_3 等,——其也是与产品空间中相应的相对应的点。当我们沿着契约线向东北方向移动时,将能得到更多的 X 产品和更少的 Y 产品。生产可能性边界(或转换曲线)的斜率是被称为 x 对 y 的边际转换率($MRT_{X \text{ into } Y}$),指为增加一单位 X 产品的产量而必须减少的 Y 产品产量的单位数。所以, $MRT_{X \text{ into } Y}$ 是由在任意点上的 TT' 曲线的斜率给出的。

37 一些关于生产可能性边界及其与契约线的关系的注意事项应被指出:

- 沿着契约线和生产可能性边界的所有点都是帕累托最优点。

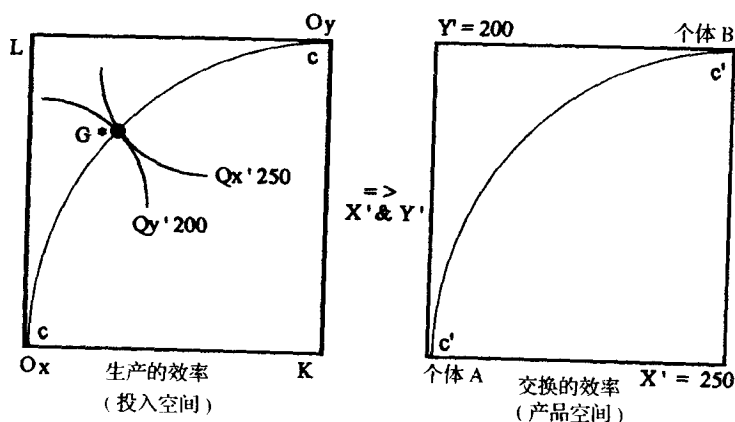


图 A—9

• 与点 J 相联系, 交换区域内的所有点是帕累托更优的; 类似地, 在 J 点东北边的所有点也是帕累托更优的。

• 与点 J 相联系, 点 J 西北边的所有点, 如, 点 G, 都是帕累托次优的; 同样地, 在 J 点西北边的所有点也是帕累托次优的。

• 与契约线或生产可能性边界上的任意点相联系, 比如说, 点 R_5 (在每幅图中), 沿着契约线或生产可能性边界的任意其他点, 分别都不具备帕累托可比性。

福利经济学: 社会福利最大化的获得

两个无穷多

根据上面提出的注意点, 同时给定生产的技术水平, 及劳动和资本要素的投入数量, 在要素投入空间中, 沿着契约线的生产的帕累托最优点存在多重性 (事实上是无穷多个) (参见图 A—9)。在契约线 cc 上任选一点, 记为 G^* 。与这点相联系的是一个特定的

38 X产品和Y产品的生产组合(也就是, $X' = 250$ 而 $Y' = 200$)。这个X产品和Y产品的生产组合将决定在产品空间中相应的埃奇沃思盒的尺寸。这个埃奇沃思盒有其自身的无穷多个帕累托均衡点(沿着 $c'c'$ 曲线)。觉察到这一点,福利经济学试图解决这两种无穷多的问题——也就是,在给定社会的无穷多个有效率的产出和交换的均衡点时,将如何决定哪个才是最优的投入和产出组合——我们就必须了解一个经济系统达到社会福利最大化状态时的三个边际条件。

达到社会福利最大化的三个边际条件

达到社会福利最大化的三个约束条件:

1. 交换的边际条件:当经济系统达到帕累托最优状态时,任意一个消费者所消费的一对产品间的边际替代率($MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$)必须等于所有其他消费者消费同样这对产品的边际替代率。

2. 要素替代(生产)的边际条件:当经济系统达到帕累托最优状态时,任意一对投入要素间的边际技术替代率($MRT_{\text{S of } K \text{ for } L}$),对于所有使用该对投入要素的生产者而言,必须是相等的。

从前面的分析中,应该能清楚地看到,一个完全竞争均衡中的交换激励的内生增益能确保第一和第二个条件被满足。

3. 产品替代的边际条件:当经济系统达到帕累托最优状态时,边际转换率($MRT_{X \text{ into } Y}$)必须等于每对产品和同时消费两种产品的每个消费者在交换中的边际替代率($MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$)——也就是, $MRT_{X \text{ into } Y} = MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 。这一个条件将在下文中作出更详细的说明。

第三个条件表明,MRT必须等于双方主体关于这两种产品的

共同的 MRS。潜在的市场机制调整了消费者的偏好,并作出了相应的回应。如图 A—10 所示,假设消费者在 U 点达到了均衡,这时有 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y} = 12/20$, 且(无论是基于何种原因)经济系统处于生产转换曲线上 $MRT = 10/20$ 的 R 点。此时,就有 $MRS > MRT$ 。 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 表明消费者愿意放弃 12 个单位的 Y 产品来换取 20 个单位的额外的 X 产品,而 MRT 却表明 20 个单位的额外的 X 产品只需要用 10 单位的 Y 产品的生产成本就能生产出来。给定这个点,当原本用于生产 Y 产品的资源用于生产 X 产品,消费者的处境将得到改善。市场机制的作用将会使资源从生产 Y 产品转移到生产 X 产品,直到 $MRT = MRS$ 为止。同样地,如果改为 $MRS < MRT$ (如 S 点),那么,当资源从 X 产品移转到生产 Y 产品上,消费者的处境也将得到改善,因而市场机制的作用也同样

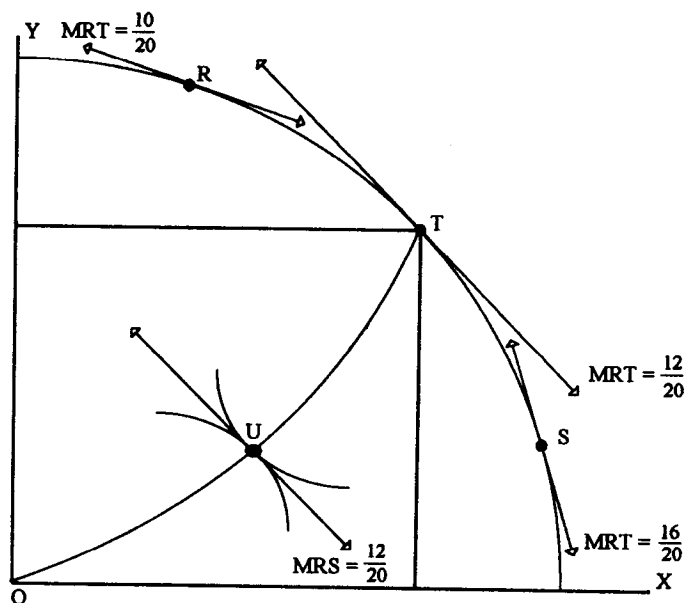


图 A—10

会使资源从生产 X 产品移到生产 Y 产品,直到 $MRT = MRS$ 为止。总之,当 MRS 不等于 MRT 时,对社会资源进行重新配置将有可能使任何其他人的处境不恶化而使至少一个人的处境得到改善,直到达到 MRT 等于 MRS 为止。此时,在不损害至少一方利益的前提下,不再存在进一步重新分配的可能性,因此,对于一个存在资源配置的帕累托最优的社会而言,第三个条件 $MRS = MRT$ 是必不可少的。

总效用可能性边界

尽管效用可能性边界表明,在一个经济系统中,给定 X 产品和 Y 产品的初始禀赋,对于消费者 A 和消费者 B 所能获得的最大效用,我们可以用总效用可能性边界(GUPF)来描述当 X 产品和 Y 产品的产量可变(根据经济系统中的资源约束)时,消费者 A 和

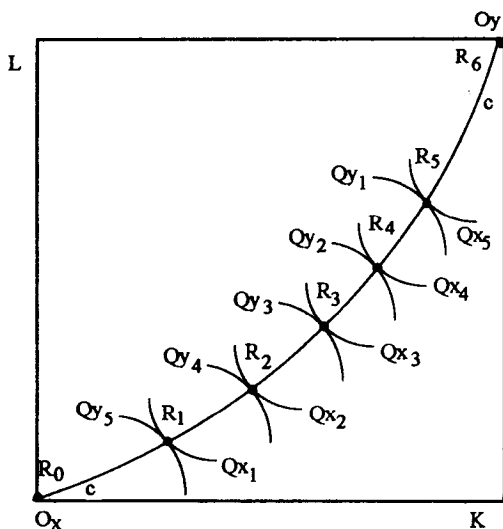


图 A—11

曲线的所有点都是帕累托最优的,表示的是交换的效率,因此,也就满足了第一个边际条件。在转换曲线的 R_4 点(消费者 B 的初始点), $MRT_{X \text{ into } Y}$ 由转换曲线的斜率给出。很明显,在 R_4 点有 $MRT_{X \text{ into } Y}$ 等于曲线 rr 的斜率。给定所选择的 R_4 点,在沿着契约线 c_4c_4 上的所有点都将满足第三个边际条件,其中,这里的 R^* 表示,有 $MRT_{X \text{ into } Y}$ 等于消费者 A 和消费者 B 的共同的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 。

现在,从内部的产品空间转移到效用空间,我们就能描绘出与点 R_4 相联系独特的效用可能性边界(而且,它的名字也正是由此而来)。就如我们在图 A—13 所能看到的那样,将曲线 c_4c_4 描绘到效用空间中,将会有一条点的效用可能性边界 c_4c_4 ,其包括点 R_4^* ,与图 A—12 中的 R_4^* 相对应。我们应该也能从前面的分

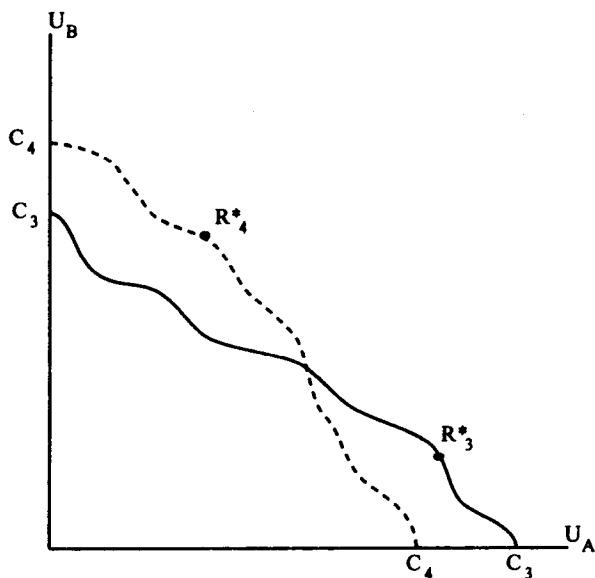


图 A—13

析中清楚地看到,点 R_4^* 是沿着 c_4c_4 曲线的所有点中唯一能满足一个达到社会福利最大化状态的经济系统所必需的三个边际条件的点。

为了要得到总的效用可能性边界,就需要回到图 A—12,沿着 41
转换曲线的另一点,如 R_3 。现在,我们能描绘出一个关于点 R_3 的特定的埃奇沃思盒,其水平轴和垂直轴分别为 OX_3 和 OY_3 ,且有其自己的契约线 c_3c_3 。根据前面的分析,沿着曲线 c_3c_3 的所有点都是帕累托最优的,并代表交换效率,因此,满足第一个边际条件。在转换曲线上的 R_3 点, $MRT_{X \text{ into } Y}$ 与转换曲线的斜率相同(很明显,在 R_3 点,有 X 对 Y 的 MRT 等于曲线 ww' 的斜率)。给定对 R_3 点的选择,在新的契约线 c_3c_3 上的点将能满足第三个边际条件,其中,在 R_3^* 点,将再一次有 $MRT_{X \text{ into } Y}$ 等于消费者 A 和消费者 B 的共同的 $MRS_{\text{of } X \text{ for } Y}$ 。

从内部的产品空间转换到效用空间,现在我们将能得到另一条与点 R_3 相联系的独特的点的效用可能性边界。将曲线 c_3c_3 在效用空间中描绘,将产生特定点 R_3^* 的点的效用可能性边界 c_3c_3 42
(参见图 A—13)。类似于的点 R_4^* ,点 R_3^* 也是能满足一个达到社会福利最大化状态的经济系统所必需的三个边际条件的点。这个程序通过对转换曲线上的每一点的选择来不断重复进行,从而产生了一条相应的点的效用可能性曲线,因此,就有了一个关于特定的 R^* -ed 点的选择集——每一点都满足社会福利最大化所要求的三个效率的约束条件。连接所有的 R^* -ed 点,将产生一条如图 A—14 所示的总效用可能性边界(GUPV),一条由无穷多个帕 43
累托最优点所组成的轨迹,每一点都代表能满足一个达到社会福利最大化状态的经济系统所必需的三个边际条件的经济状态。

终结分析:社会福利函数

虽然给出了无穷多个因满足三个约束条件,能获得社会福利最大化的经济状态的均衡点,但为了得出最终的分析结论,应继续

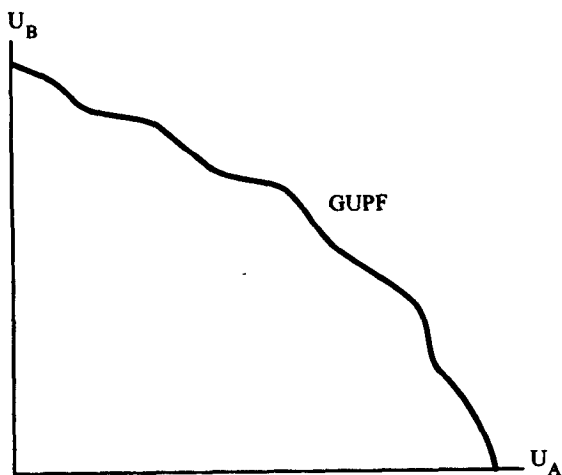


图 A—14

假设存在一个真正得到普遍承认了的社会福利函数,从而能自动地作为在这些最优状态中进行选择的基准。^{〔4〕}有两种类型的社会福利函数可以考虑,存在于效用空间中的社会福利等高线和存在于产品空间中的社会无差异曲线。在任何一种情况下,社会福利函数都将以公式表示,基于政治的和/或伦理道德的考虑必须在选择中加以明确,并利用集体的或一个独裁者的意志加以表达。社会福利函数表示,在社区中的不同成员(在我们所举案例中的个体 A 和个体 B)所得到的可供选择的效用水平间存在的一个有序排列。真正得到普遍认同的社会福利函数概念与无差异曲线有些类似,在理论上都是将个体的一组无差异曲线聚集为一组如图 A—15 所描绘的社会等高线(SWC_1 、 SWC_2 、 SWC_3 、等)。每条社会

〔4〕对真实价值的社会福利函数(也被称为是博格森—萨缪尔森福利函数)的进一步讨论是由穆勒作出的(1989,第 373—383 页)。至于最初的阐述,参见博格森(1938)和萨缪尔森(1947,第 8 章;1955,1956)。

福利等高线都定义了一个由政治决定的、主观的存在于个体 A 和个体 B 的效用之间的一种均衡状态。当一个社会向东北方向移动时,每条社会福利等高线都代表更高的社会福利水平。

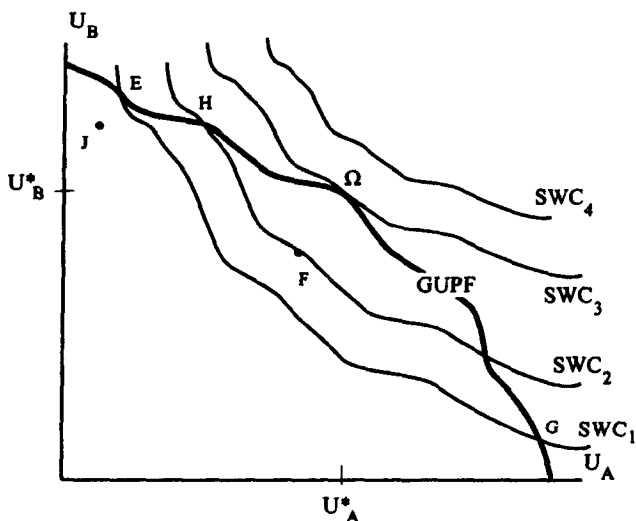


图 A—15

由无穷多个帕累托最优点所组成的总效用可能性边界 (GUPF) 中, 点 Ω 是唯一需要明确着重解释的点。因为, 它不仅仅是帕累托最优点, 而且, 在给定的社会福利函数, 及包括基于政治或/和道德伦理被考虑时, 这点也是唯一的与社会福利最大化相联系的点。在这点上, 帕累托最优 (或效率) 被称为是一个经济系统达到社会福利最大化状态的必要而非充分条件。三个边际条件只提供了对帕累托效率的要求, 但是, 仅靠它并不能保证社会福利最大化。对于后者, 需要得到一个明确的社会福利函数 (仅仅基于政治或/和道德伦理的考虑), 用尼斯的话说, 就是, 最优中的最适宜。

值得注意的是:

44

• 当 SWF 已知时,如果不能在 Ω 点同时达到交换和生产的效率,我们就不能在 Ω 点达到效用最大化。

• 根据第一最优定理,一个完全竞争的市场可能达到由 GUPF 上的某一点所描述的经济状态所代表的效率,但这一点并不必然就是 Ω 点;完全竞争的市场也可能达到沿着 GUPF 曲线的其他任意点,如, H 点、G 点等。

• 存在某种移动能使社会福利恶化,却能提高效率,反之亦然。例如,图 A—15 从点 F 到点 G 的移动,就代表了效率的提高(从 GUPF 曲线外移到该曲线上),但却导致了社会福利的损失(从 SWC_2 移到了 SWC_1)。同样,从点 J 移到点 F (虽然都不是帕累托次优或最优),与从点 J 到点 E 的移动相比较,却提高了社会福利,因为 E 点虽然是帕累托最优点,但与无效率的点 F 相比较,却反映了较低的社会福利水平。

• 注意,给定已经存在的社会福利函数,对点 Ω 的选择包括了交换和生产的效率,因此:

1. 个体 A 和个体 B 有唯一的效用分布(U_A^* , U_B^*);
2. 一个由特定的 X 产品和 Y 产品的产出构成生产可能性边界;
3. 对应于个体 A 和个体 B 的,唯一的 X 产品和 Y 产品的产出量的分配;及
4. 分别用于生产 X 产品和 Y 产品的劳动和资本的一种唯一配置方式。

• 最后,在不考虑社会福利函数时,只依赖于市场机制(在完全竞争的具体约束下)就能使经济系统达到 GUPF 上的某些点,排除了对信息、外部性及公共物品问题的琐细分析。如果社会并不满意这个特别的结果,那么,福利经济学将继续提供下面的各种理论:

观察到……市场机制能导致一个好的(帕累托最优),但 45
并不是最好的结果,从而就有了福利经济学第二定理。假设,
某些人……能得出以下的结论,在一个经济系统中,对产品所
有可能的帕累托最优配置,X配置是最优的最大化思想。第
二基本定理是指,通过微小的改变,包括各人手中所持有的现
金的转移,及通过竞争性的市场机制能实现经济系统的X配
置。换言之,X配置能通过追求利润最大化的企业和/或追
求效用最大化的个体消费者间的相互影响而实现。因此,也
就能通过官僚政府来决定个体从经济系统中所能获得的东
西。(费尔德曼,1980,第3—4页)

总而言之,帕累托最优——处于GUPF曲线上的点——可被
解释为,一个任何人的福利都不可能被提高的经济状态,这也就意
味着,将一个个体移到他(她)所偏好的位置——通过重新配置生
产资源来“转换”产品,或通过交换来“交易”产品——都不会损害
其他任何人的福利。在这个意义上,就达到了帕累托最优的原
则——也就是使一个人的处境变好还又不会使其他任何人的处境
变坏。其将为推进一项公共政策或司法变革提供潜在的基本原
理,而且这种原则是由对帕累托原则的延伸所构成的,另外,还在
不需要进行人与人之间的效用比较的前提下,提供了解释,因此,
也就避免了在福利计算过程中含糊不清的问题。虽然社会福利函
数概念的提出是试图为这个问题提供最终的分析方法,而且,其在
很大程度上依赖于肯尼斯·J·阿罗(1951)的研究工作,阿罗提出了
集体选择——社会福利函数的不可能定理,甚至连一个明显合理
的且广泛地被人们所接受的情形——产生一个完全的、传递性的、
明确的社会偏好序列也是不存在的。作为探求总效率的另一种可
供选择的方法,补偿性原则为计量司法转变提供了更零碎的方法。

补偿性原则：卡尔多—希克斯效率

对补偿性原则典型的图解式分析是通过使用点效用可能性曲线来进行的，^{〔5〕}而且也不能得到与 GUPF 相联系的总效率解。换言之，这方法更加零碎，且其试图比较和计量（运用尽可能明确清晰的方法）由于政策的颁布或司法的变革所导致的前后两种不同状态下的经济系统的效率。

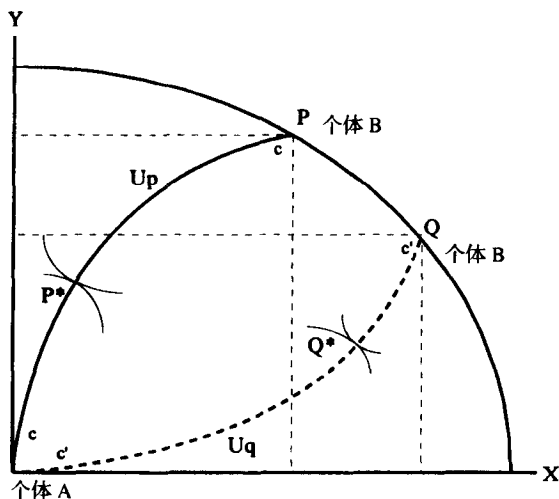


图 A—16

46 为了能运用图示加以简单说明，我们假设一项政府政策或司法变革将导致一个社会（个体 A 和个体 B）沿着关于 X 产品和 Y 产品的社会转换曲线从图 A—16 所示的 P 点（初始点）移到 Q 点（终止

〔5〕 这个分析也能通过在产出空间中参考西托夫斯基社会无差异曲线来实现。例如见罗利和皮科克（1975，第 46—55 页）。

点)。这个分析所关注的是,两条相联系的点效用可能性边界—— U_p 和 U_q 的比较。在图 A—16 中,在政府颁布新的政策或提起司法变革之前,经济系统应处于作为相应契约线 α 的 U_p 曲线上的 P 点。随后,一旦政府的政策或司法变革有了成效,经济系统将最终留在相应契约线 α 的 U_q 曲线相交的 Q 点。应该清楚,补偿性原则的运用是试图对推行一项司法变革所导致的状态 Q 与契约线 U_q , 及与新的由 Q^* (此时,个体 A 的受益是以个体 B 的受损为代价的) 所描述的福利分配方式,以及是否优于维持原本存在的状态 P、契约线 U_p 和与此相联系的福利分配方式 P^* (在初始状态下,相对于个体 A,个体 B 受益)。对从点 P 到点 Q 移动的评估,就像我们从产品空间移至效用空间,存在四种被分析的可能,每种情形都依赖于司法变革前后的点效用可能性边界的相对位置。〔6〕

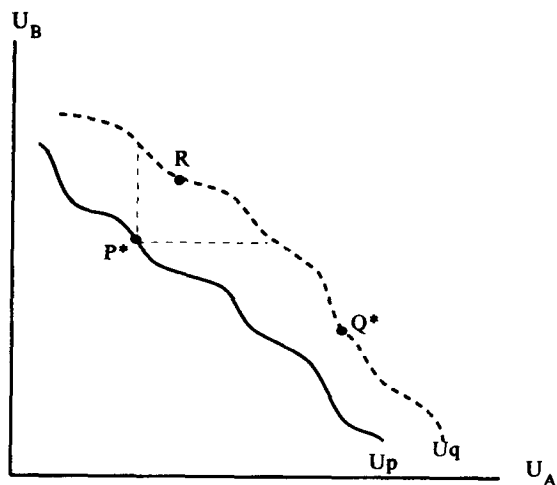


图 A—17

〔6〕 这四个案例是由普赖斯(1977,第19—30页)相继提出的。至于一种可供选择的图表解决办法,参见德瑟帕(1988,第468—472页)。

- 情形 1: 两条点效用可能性曲线, U_p 和 U_q , 不会相交, 如图 A—17 所示, U_q 将全部横卧于 U_p 的上方区域。这种情形将产生一个明确的结果, 当司法变革从点 P^* 到 Q^* 移动时, 总效用水平提高了, 且个体 A 的增益超过了个体 B 的损失。因此, 个体 A 能通过提供对个体 B 所受损失的补偿而使个体 B 同意这种变革。图形说明的是, 是否存在一个沿着 U_q 曲线的帕累托次优点(处于 P^* 点东北边的类似于点 R 的点)。在这种情况下, 司法变革后点 Q 所代表的经济状态, 个体 A 能潜在地补偿个体 B(沿着 U_q) 而达到类似于点 R 的点, 而且, 这两点所代表的经济状况都比沿着 U_p 而观察到的 P 点所表示的经济状况要好。因而, 补偿性原则支持推进政府政策或司法的变革。

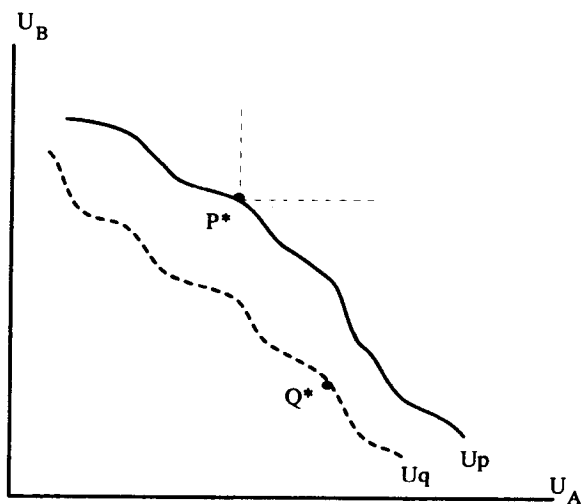


图 A—18

- 情形 2: 两条点效用可能性曲线, U_p 和 U_q , 不会相交, 且如图 A—18 所示, U_p 将全部横卧于 U_q 的上方以外的区域。这种情形也将产生一个明确的结果。当司法变革导致从点 P^* 到点 Q^*

的移动时,总效用水平下降,且个体 A 的增益少于个体 B 损失。因此,个体 A 不可能通过对个体 B 所受损失的补偿而使其同意变革。此时图 A—17 表达的是,不存在一个沿着 U_q 曲线的帕累托次优点(处于 P^* 点东北边的类似于点 R 的点)。在这种情况下,个体 A 不能潜在地补偿个体 B(沿着 U_q),那么司法变革所导致的 Q 点的经济状态将被假设为在不使其他人的处境恶化的前提下,不可能使任何人的处境变好。因而,补偿性原则将支持保持原有的与 P 点相联系的经济状态不变。

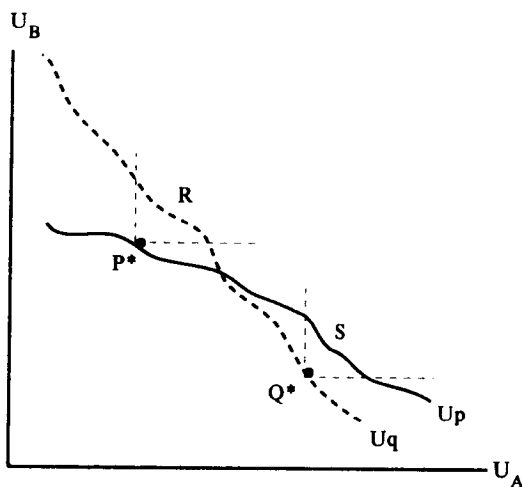


图 A—19

• 情形 3: 两条点效用可能性曲线, U_p 和 U_q 相交, 且点 P^* 和点 Q^* 分别如图 A—19 所示。这种情形代表, 用公式简洁阐述的卡尔多—希克斯补偿原则是自相矛盾和含糊不清的。向点 Q 的移动能被证明是优于初始经济状态 P 点, 例如, 司法变革导致从点 P^* 到点 Q^* 的移动时, 个体 A 的增益将超过个体 B 的损失, 因此, 个体 A 将能通过对个体 B 损失的补偿而使其同意变革。再一次用图形探讨, 是否存在一个沿着 U_q 曲线的帕累托次优点(处于

P^* 点东北边的类似于点 R 的点)。这里类似于情形 1, 存在点 R。当司法变革后达到 Q 点时, 个体 A 能潜在补偿个体 B(沿着 U_q), 从而达到类似于 R 的点, 相对于 P 点所观察到的经济状态是两人的处境都得到了改善。补偿性原则将支持推进预期的政府政策或司法变革。

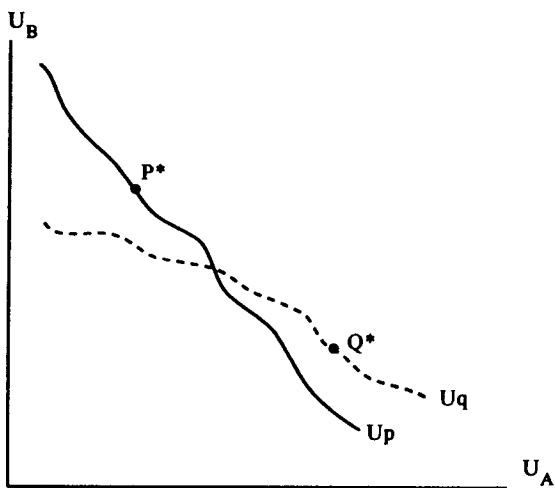


图 A—20

然而, 一旦到达了 Q 点, 我们再一次运用卡尔多—希克斯标准, 用图解的方式加以探讨, 是否存在一个帕累托次优点。唯一的区别仅在于这里是沿着 U_p 曲线的, 处于 Q^* 点的东北边。类似这样的点确实存在, 可将其记为点 S 。从 Q 点返回到 P 点, 个体 B 将能潜在补偿个体 A(沿着 U_p), 意味着, 在 S 点两人的处境都得到了改善。这个结论与前面是相矛盾的。在这种情况下, 由于最初的司法变革, 从点 P 到点 Q , 补偿性原则(由卡尔多提供)将支持推进预期的政府政策变革。然而, 一旦这种变革完成后, 经济系统将处于 Q 点, 而补偿性原则又会支持等返回与点 P 相联系的初始政策。换言之, 在这种福利标准下, 每种经济状态都彼此优对

对方。

• 情形 4: 两条点效用可能性曲线, U_p 和 U_q 相交, 且点 P^* 和 50 点 Q^* 分别如图 A—20 所示。这种情形所代表的是用补偿原则的希克斯公式表示的, 当受损者不能补偿让受益者放弃司法变革所能获得的收益时, 点 Q 所代表的经济状态将优于 P 点。注意, 在图 A—20 中, 个体 B 的损失不能弥补作为受益者的个体 A , 而使 A 放弃司法变革的收益。因此, 希克斯补偿原则将支持推进司法变革。然而, 这又会导致另一个潜在的含糊不清。在预期的政策转换中, 经济系统将从 P^* 点移到 Q^* 点, 个体 A 并不能通过补偿个体 B 使 B 接受这种变革。这也就是说, 这种政策变化不能通过卡尔多检验(也就是, 不存在沿着 U_q 并处于 P^* 东北边的点)。因此, 卡尔多和希克斯检验能对一个给定的政策变革能否提高社会福利这个问题给出相反的回答。

通常要认识到, 沿着西托夫斯基(1941—1942)的研究工作, 只有当卡尔多和希克斯条件被满足时, 一项司法变革才能被明确地认为是一种进步。补偿性原则的现代公式化表述如下: 当且仅当不仅受益者从变革中所能获得的收益足以补偿受损者的损失, 从而使他们各自的处境都得到改善, 且, 受损者不能补偿受益者放弃的在确保他们各自的处境都没有比初始情况下恶化的前提下, 考虑到变革的收益时, 一项变革才能被判定为提高了社会福利。^{〔7〕}

〔7〕 例如参见普赖斯(1977, 第 23 页)。

第二章 芝加哥法经济学

51

“正义”的另一种含义,在我看来也是最普遍的含义,就是“效率”。当我们谈论未经审判就给人定罪,不经合理的赔偿就拿走财产,或者不要求一个疏忽大意的汽车司机对由于他的疏忽而遭受损害的人赔偿等情形时,也就是“不公正”的时候,我们的意思也可被理解为:我们只是说上述的行为和做法造成了资源的浪费。(波斯纳,1975,第 777 页)

引言

虽然法经济学的渊源至少能追溯到亚当·斯密和杰里米·边沁,但是通过像罗纳德·科斯,吉多·卡拉布雷西,亨利·G·梅因,加里·S·贝克尔和理查德·波斯纳^{〔1〕} 这些著名学者的努力,法经济学已于 20 世纪六、七十年代发展成为经济学和法学领域中的一个二级学科。在这些学者中,波斯纳——既是教授、学者,又是一名大法官——也许是最重要的倡导者。这些学者的著作构成了法经济学芝加哥学派的思想与研究方法的核心。这种方法目前已经吸引了一大批拥护者,并已渐渐在法律的经济分析领域中占据了重要的地位。为了方便讨论,我们认为芝加哥学派不仅包括波斯纳等人的贡献,而且还包括大多数属于主流法经济学范畴的东西,例

〔1〕 在 1991 年 5 月 24 日的美国法经济学学会全体会议上,科斯、卡拉布雷西、梅因和波斯纳被授予法经济学的“四位奠基人”的荣誉称号。

如,那些反映在《法经济学杂志》,《法学研究杂志》,《法经济学研究》和许多重要的法学评论上的思想和方法。〔2〕

人们普遍认为,法经济学在芝加哥大学的历史最早可以追溯至20世纪60年代出现的“新”法经济学之前,而“新”的法经济学就是指我们现在所要介绍的芝加哥学派。在芝加哥学派的口头传统中仍然有新、旧法经济学的之分,这种区分与其说是事实,不如说是民间的说法。〔3〕为了更好地理解两者间的差异,很有必要提及一些经济学和法学领域早期的重要作品。虽然芝加哥法经济学早期发展历史的一部分和后来所取得的成功与芝加哥大学经济系的学者们密不可分,但是多数的荣誉仍应归功于法学院教职工创建起来的“智力大厦”。〔4〕而且这一点将会得到越来越清楚的显现。

如第一章所指出的,20世纪二、三十年代现实主义者和制度主义者的互动为法学和经济学的结合打下了良好的基础。几乎与此同时,芝加哥大学也出现了一种类似的互动,只是风格迥然不同。在芝加哥大学法学院,有关法经济学研究的最早可以追溯至20世纪20年代后期。当时,在院长威尔伯·卡茨的领导下,学院开设了一门为期四年的跨学科的课程,其中就包括经济学、会计学等科目(卡茨,1937)。此后不久,也就是1939年,法学院任用了学院史上第一位经济学家,亨利·西蒙斯。西蒙斯此前一直是经济系的讲师,师从芝加哥经济学派的重要代表人物、现代新古典价格理

〔2〕这也是法经济学的研究方法,该方法反映了在这个领域中的主要议题,包括波斯纳(1992)、考特和尤伦(1988)和赫希(1988)。

〔3〕这个“旧的”和“新的”术语的使用被波斯纳(1975,第759页)和基奇(1983a)所证明。

〔4〕1960年之前法经济学芝加哥流派的主要研究吸收了雷德(1982)、达克斯伯里(1995,第五章)和科斯(1993)的研究工作。也可参见霍夫曼坎普(1995)。

论之父——弗兰克·奈特(基奇,1983a,第167页)。^[5]事实上西蒙斯离开经济系到法学院任教是当时经济系内弗兰克·奈特和保罗·道格拉斯两人在政治上明争暗斗的结果。道格拉斯是一位凯恩斯主义的忠实支持者,赞同经济干预,他和经济系的其他部分学者强烈反对西蒙斯的晋升及给予西蒙斯终生教职。结果西蒙斯不得不离开经济系,最后只得在法学院谋到一份教授“公共政策的经济分析”的工作。不过由于西蒙斯在法学院工作相当出色,在1945年他成为法学院第一位长期聘用的经济学家。到20世纪40年代中期,西蒙斯已经确立了自己在芝加哥大学法经济学运动中有贡献的、有影响的地位。^[6]西蒙斯反对干预主义的观点反映了与芝加哥法经济学有关的研究视角。可以说,西蒙斯在法学院的长期工作,一方面为后来法经济学领域的出现打下了坚实的基础,另一方面也创造了一个易于接受新事物的氛围。

在弗里德利希·A·哈耶克的帮助和福尔克基金会的财力支持下,西蒙斯通过自己的努力成功地把一位不寻常的学者——阿伦·迪雷克特引进法学院,从而确保了芝加哥大学法经济学的连续性和未来的巨大发展。迪雷克特对芝加哥大学法经济学传统的稳固建立发挥了极其重要的作用。迪雷克特在20世纪30年代早期就曾是经济系的一员,并发表了一些明显具有芝加哥大学价格理论传统的文章,^[7]而且他也是弗兰克·奈特的学生。1946年迪雷克特担任了法学院大学研究中心主任一职,该中心致力于“有效竞争体制所要求的恰当的法律、制度框架的研究”(科斯,1992,第

[5] 弗兰克·奈特的学生包括米尔顿·弗里德曼、詹姆斯·M·布坎南、艾伦·迪雷克特和乔治·斯蒂格勒,这些人当中除了迪雷克特,都已经获得了诺贝尔经济学奖(加里·贝克尔也获得了该奖项,他是瓦伊纳的学生)。

[6] 在芝加哥对法经济学历史的评论中,科斯指出“我想,谁能够有信心地说西蒙斯……在组成法经济学当代学科的思想发展中起到很少的作用或者没有作用”。(科斯,1993年,第242页)。

[7] 例如参见迪雷克特(1933)。

246 页)。在西蒙斯去世后,迪雷克特就承担了原来由西蒙斯开设的“公共政策的经济分析”课程。

在迪雷克特到法学院任职后,爱德华·列维邀请他与其一起开设“反垄断”课程(“反垄断”是一个法学领域,特别容易受到经济学观点的影响)。通过言传身教,迪雷克特对芝加哥大学法学院的学生,包括几个后来作出了杰出贡献的著名学者,如罗伯特·博克,约翰·麦吉,小沃德·S·鲍曼和理查德·波斯纳都有着极大的影响。⁵³在法学院任职期间,迪雷克特正式设立了全国第一个法经济学研究项目(由学院的“反托拉斯”项目演变过来的),并继续为来自各地的法经济学访问学者提供奖学金。迪雷克特还在法学院内及时地开办了一个研习班,为当时在研究中出现争议性问题进行激烈辩论提供了舞台(当然这种辩论会的形式在经济系内早有传统)。接着,在1958年,迪雷克特创办了《法经济学杂志》。在芝加哥大学教书期间,他向学生们传达了这样一种令人信服的思想:调节是市场的,并不是政府的功能。而这种观点过去经常导致法律推理被经济分析所取代。但对于法学专业的学生而言,这种思想“是不熟悉和难以理解的”(杜克斯伯里,1995,第344页)。

没有什么领域能像反垄断法领域一样受到早期的芝加哥法经济学如此巨大和持久的影响。在芝加哥的传统观点中,反垄断法的目标是为了提高效率。在过去的几十年当中,现存的法经济学识,正如赫伯特·霍夫曼坎普(1986,第1020页)所指出的那样,“自从罗斯福新政以来,芝加哥学派在反垄断政策方面所做的努力要比其在其他相关经济理论方面的贡献多得多。没有人能够否认芝加哥学派对反垄断分析的影响。”鉴于芝加哥传统对竞争体制功效的强调(参见下面),垄断被认为是偶尔的、不稳定的和短暂的——是竞争过程中可能出现的情况,但是垄断(其实,除非它存在)也将很快被竞争压力所消除。鉴于这一点,严格执行反垄断法被认为是不必要的,由于政府失灵,当垄断造成经济的长期无效时,政府

干预也被认为比垄断行为本身更为糟糕。这种强调效率的观点曾受到许多评论家的非难,他们主张,反垄断法的目标在于分配而不是以效率为导向,并指出要通过严格执行反垄断法来限制垄断权力,然而芝加哥大学的观点在反垄断领域已经根深蒂固。从这种意义上,芝加哥学派的学者完全可以声称他们在“反垄断本质到底是什么样的斗争”的研究中已经取得了部分的胜利(福克斯,1987)。因而,芝加哥学派的学者们坚持认为,反垄断的意图是为了促进分配效率,以增进生产者和消费者的经济利益。

芝加哥大学培养出来的律师(1961—1964),后来成为芝加哥大学法学院法经济学项目主任的埃蒙德·基奇的以下评论也许能更好地描述早期芝加哥大学法学院的法经济学思想:

54

对经济学的兴趣不是来自任何反对干预主义的思想,事实上它是由这样一个观点而产生的——法律制度现在将会这样实施(即,干预经济制度)。而这就意味着我们需要学会如何把这件事情做好,或许经济学家们对如何做好这事会有点心得。……以下论点是十分合理和明智的:政府将要做这些事,而我们这些法学院的研究者们应该尽力帮助政府把这个事做对、做好。(基奇,1983a,第175—176页)

虽然法学院的一些贡献的确为法经济学在芝加哥大学的发展打下基础,但若要全面认识芝加哥大学法经济学的发展,那么,了解芝加哥大学经济系的教职工在第二次世界大战前和第二次世界大战后所提出的思想及研究方法就变得十分必要了。尤其是方法论上,曾经出现过两个芝加哥学派,在时间上大致以第二次世界大

战为界(杜克斯伯里,1995,第367页,雷德,1982)。^[8]战前芝加哥学派的研究视角很大程度上是源于弗兰克·奈特、雅各布·瓦伊纳、保罗·道格拉斯和亨利·舒尔茨的研究。但这些研究并不是没有分歧。在这一战前的芝加哥学派中,奈特是芝加哥大学对法经济学研究最具影响力的人。早期芝加哥学派的研究者们一般都接受了自亚当·斯密的著作(1776)问世以来一直处于经济学核心领域的观点,即在一个自由的民主国度,经济人对经济自利的理性追求如先前假定的一样。竞争也被当做是经济生活中内在的、根本的特性。市场运行所产生的结果也要比那些通过政府干预市场机制而产生的结果好得多。尽管在20世纪30年代,这些观点(尤其是后两者)越来越引起同行们的质疑,但是它们在芝加哥学派内的延续足以(并将继续)使芝加哥学派的研究视角与经济学许多其他学派的视角区分开来。

在芝加哥较早的一代经济学家中,奈特确实是对后来的芝加哥学派的思想,及法经济学芝加哥学派影响最大的人。虽然在这个领域中他的著名文章相对而言并不是最重要的,但从目前来看,重要的是他把这种观点传授给了像米尔顿·弗里德曼、乔治·斯蒂格勒和阿伦·迪雷克特等一批学生。奈特的兴趣和学术贡献不在于使用正式的数学和数量工具,而在于他经济学的思考方式和他善于应用这些思考方式去拓展经济学的其他观点,并以此去驳斥那些在经济学内变得越来越时髦的,而在他看来却是错误的理论(雷德,1982,第4,6页)。

正如杜克斯伯里(1995,第368页)所指出的那样,鉴于早一辈芝加哥经济学家“已经掌握和应用了亚当·斯密的某些基本的思想……,战后的芝加哥学派的学者们就更加专心于详述和扩展这

[8] 关于对芝加哥经济学派更多的讨论,见布罗费布里纳(1962)、科茨(1963)、米勒(1962)、塞缪尔斯(1976)和雷德(1982)。值得引起注意的是,即使到了今天,芝加哥学派远不是如一些人所理解的那样同质而没有分歧。

些思想。”与此相一致的是,芝加哥学派新生代经济学家们已着手用正式的措辞来说明竞争市场和有效率的结果产出之间的详细关系。价格理论方面的事实本质上是很抽象的,且普遍与历史无关,但它们很大程度上又很依赖于一些实证的研究方法,如经验研究和数学分析(对于这些研究方法,奈特并不是非常赞同)及相继发生于当时新古典经济学内的一些具有更大影响力的运动。^{〔9〕}在这种意义上,就如同雷德(1982,第6页)评述的那样“奈特影响了他们的思想的形成,但他并没有主导他们所研究的方向。”继米尔顿·弗里德曼和乔治·斯蒂格勒之后,战后的芝加哥学派的经济学家们,以他们的经验研究为依据,强调竞争市场体制的功效,同时赞成更少的政府干预和较少的财富再分配政策,倡导依赖普通法来调解冲突。芝加哥的经济学家们强调要信赖自主交换和全面推动更多的私营企业,因为根据芝加哥经济学家的经验研究,这些措施将会促进资源得到更有效的配置。

除了弗里德曼和斯蒂格勒外,在这一时期对芝加哥学派作出重要贡献的另一伟大的学者是加里·贝克尔。贝克尔认为经济学是一门选择性的科学,他运用芝加哥学派价格理论框架来解释一系列的非市场行为选择,如,劳动力市场上的种族歧视问题(贝克尔,1957);犯罪问题(贝克尔,1968);结婚、离婚、生育子女的决策、家庭内的劳动分工等家庭组织问题;利他主义问题(贝克尔和巴罗,1988,贝克尔和墨菲,1988b,贝克尔,格罗斯曼和墨菲,1991)。所有的这一切都表明贝克尔所运用的法律经济分析的独特方法成

〔9〕 詹姆士·M·布坎南,一位早期的芝加哥学派经济学家,不情愿地批判了“经济科学”方法论的扩张,这种扩张在20世纪80年代已经盛行并且芝加哥传统的许多实证研究都已经证明。他对“经济科学”的看法是完全贬低的,并且他认为集中于工具和数学方法的现代经济学家已经使他们成为关于经济学基本思想和原理的文盲者,进一步说,已经使他们变成了意识形态的阉人。他指出,在经济学中的大多数学术计划,是“已经被租金的接受者所控制,而这些人简单的模仿在这个学科中他们同类人的主流工作”(布坎南,1986,第14—17页)。

为了后来渐渐为人所知的“经济学帝国主义”的典范。^[10]

在书中有关芝加哥经济学家的最后的一个贡献体现在阿门·A·阿尔钦和哈罗德·德姆塞茨有关产权经济学的著作中。^[11] 产权方法是随着经济学家开始逐渐认识到一些抑制个人和公司行为的法律制度安排也许会对社会稀缺资源的分配产生决定性的影响而出现的。产权经济学的基本原理是,认为产权的本质和形式能对资源分配和收入分配产生根本性的影响(维尔杰诺弗斯基, 1982,第 68—70 页)。因此其倡导者提倡研究可供选择产权体制,并指出这些研究能够揭示对经济现象的一些认识。^[12] 他们的主要观点由两部分组成,第一,他们指出资源价值和采用资源的权利束是直接联系的。也就是说,对产权的描述越完备、越明确(产权结构越稀疏),就越能消除更多的不确定性,从而越能促进资源的有效配置。第二,产权研究方法的支持者质疑了标准生产交换理论是否能够对当前出现的稀缺资源的产权制度进行解释。不过他们的经验研究^[13] 表明了对这个问题的答复是肯定的——产权发展的经济学解释能够被推断出来——同时也论证了新产权的出现和发展可被解释为由新技术和市场机会所引起的价值寻求行为的一个必然结果。尽管产权研究方法的出现要归因于许多芝加哥大学经济学家和及他们相应的学术贡献,但产权研究方法是新制度法经济学中的一个基本的学术观点(将在第五章详述),目前,它的发展已远远超出传统的芝加哥大学的经济思想。然而,产权方

〔10〕 关于经济学帝国主义,见布伦纳(1980)和波斯纳(1993a)。

〔11〕 例如参见阿尔钦(1961)、德姆塞茨(1967)、阿尔钦和德姆塞茨(1972)以及菲吕博顿和佩杰维齐(1974)。至于财产权利早期研究的简明文献,可参见菲吕博顿和佩杰维齐(1972)。

〔12〕 有关新制度法经济学对财产权利的两项最近研究拓展将在巴泽尔(1989)和诺斯(1990b)中得到体现。更进一步的讨论见下面第五章的讨论。

〔13〕 例如参见德姆塞茨(1967)、诺斯(1968)、张五常(1970)、昂贝克(1977)和德阿莱斯(1980),除了对一些案例的经验研究以外,他们还研究了财产权利的出现和发展。

法的核心要素仍然在芝加哥大学法经济学中处于核心地位。

总之,法学院和经济系两者的研究方向及所关注的目标在于芝加哥法经济学制度化的各种论述中,经济学越来越多的“帝国主义”倾向和目前对由可供选择的产权结构所引起的经济后果的关注,而这些内容都部分描绘了1964年罗纳德·科斯来到芝加哥大学法学院时所面临的学术环境。科斯当初来到法学院的一个主要原因是与阿伦·迪雷克特一起承担《法经济学杂志》主编一职。当科斯谈及他来法学院的动机时,科斯曾说“要是没有《法经济学杂志》,我想我是不会来芝加哥大学。担任该杂志的编辑正是我所向往的工作。我想把阿伦已开始从事的工作扩展到整个领域——当我说‘领域’,是指整个经济学领域,我对律师和法学教育没有兴趣”(科斯,由基奇引用,1983a,第192页)。

然而,科斯并没料到这场运动对法学界的影响绝不亚于对经济学界的影响。科斯的“社会成本问题”(1960)和吉多·卡拉布雷西的“对侵权和分险分配的一些思考”(1961)这两篇文章却对法学家和经济学家们提出了许多问题,其中就包括对许多分析法律问题的经济学本质的揭示——许多传统法学领域里的法规和判决都会引出成本和收益问题,因而也就可以用有关“效率”原则来加以分析——和把经济分析的方法应用于法学领域的可能性。这个观点鼓励学者们运用经济学的研究方法来分析财产、合同和侵权等领域中的法律问题。之后在1968年,加里·贝克尔对犯罪行为 and 刑法的进行了经济分析,在这两个领域里,贝克尔可以说是扮演了法律的经济分析的“开路者”的角色。到了20世纪70年代早期,法律的经济分析就已经成为一个得到普遍认可和值得探究的领域。

芝加哥学派方法的基本结构要素

价格理论)理论直接应用于对法律的研究。芝加哥方法就包含以下这些前提:(1)个人在非市场行为方面与市场行为方面都一样,是理性的效用最大化者。(2)在非市场行为方面与市场行为方面一样,个人都会对价格刺激作出反应。(3)在效率特征的基础上,法律规则和法律结果都可以加以评价。因而,随之出现的一条标准原则是:法律决策应该提高效率。下面我们将依次讨论上述的每个前提。

“效用”的理性最大化

经济人都是理性的最大化者——也就是说他们作出一些有意图的选择,目的都是为了用有效的手段来追求一贯的目标^[14]——是现代经济理论的基石。在这种思想下,个人都被假定为拥有一组完备的、自反的、传递的和连续的偏好。在这些案件的约束下,消费者偏好也可通过效用函数体现出来。^[15] 在此基础上,进一步假定人人都能够完美地处理所有与他们能得到的选择方法相关的信息,因而人人就能够根据他们的相对“合意度”来对所有可能的结果进行排序、评级,然后偏好于选择能使效用最大化的物品和活动。同样,企业也被认为是利润的最大化者,企业的产出水平、制定的价格水平、投入与支出的构成、企业订立契约的做法等,都将使企业利润最大化。

理性最大化的假设,对决策过程产生的一个直接结果是:只要从额外单位活动所能得到的额外收益大于或等于额外单位活动所需的成本,也就是说,只要边际收益大于或等于边际成本,个人就会从事额外单位的活动(不管是货物的消费、生产,还是劳

[14] 参见考特和尤伦(1988,第1页)和波斯纳(1990,第354页)。注意对这个理性的定义不仅仅意味着有意识的决策的必要性。

[15] 参见克莱普斯(1990,第2章)和瓦里安(1992)。

动力的供给等)。例如,有关要吃多少个苹果的决定,事实上就相当于一个评价从每消费额外一单位苹果中所获得的额外收益是否大于或等于消费那个苹果所付出的成本的问题。同理,着手从事一些与法律联系的个体活动(如违约,采取预防违约的措施,从事潜在欺诈的活动或抢劫一个酒店)就变成了一个比较边际收益和边际成本的问题。从这个角度看,那些从事违法行为的人在本质上与其他人并没有什么不同。他们只是因一些不同的偏好/机会成本/限制,参与了一些“非法的”活动,因为这些活动能使他们的净收益最大化。曾有评论家以个人没有完全和完整的信息为基点质疑过这个观点,但是他们得到的回应是:信息也是一种产品,只有当信息的边际收益大于或等于信息的边际成本时,人们才会花更多的努力去获取额外的信息。所以,疏忽也许是理性的。随着信息价格的上涨,疏忽的水平也会上升。事实上,这是就在合同里没有详细、全面地列出所有的意外事件的基本经济原理。

当然,经济学上“理性”人与传统法律理论上的“理智”人形成对照。传统法律理论的“理智”人是指已融入社会的准则和习俗,并且其行为与这些准则相一致的人。因为法律是反映这些准则和风俗的,因而,自然也将被“理智”人所遵守。那些参与非法活动的人之所以被认为是不理智的,是因为他们违背了这些准则和习俗。同样地,经济学方法则认为,人的行为可能是(通常也是)“理性”的,即使此行为与这些社会准则发生了冲突(考特和尤伦,1988,第11—22页)。

作为“价格”的法律规则

“个人是理性最大化者”的观点意味着个人会对价格刺激作出反应。如果物品价格上升,那么消费者就会消费较少的该物品;当某一产品价格上涨,生产商就会生产更多的该产品(当然

所有这些，都在假设其他情况不变的前提下)。^{〔16〕}在法律领域内，法律规则规定了参与各类非法活动的价格，如罚款、社会服务和监禁。然后理性的效用最大化者就会把每一额外单位非法活动的收益与成本进行比较，这里的成本由被发现和被判刑的概率加以衡量。

通过公共政策和法律政策来调整非法活动——不管是不正当行为、违约，还是犯罪行为——的水平，就变成了调整反映在法律规则上的“价格”的问题。要减少这些活动，人们只要通过把罚款的数额或坐牢的时间增加以实现想要的行为变化的数量，提高这些活动的价格即可。正如波斯纳(1983,第75页)所言，“从经济或财富最大化视角来看，法律的一个基本功能在于改变参与非法活动的激励。”增加参与非法活动的成本会导致某些人减少或放弃参 59
加这样的活动，而继续参与非法活动的人是那些收益仍超出现有较高成本的人。

因而只要边际收益(如预知的损害赔偿)超出边际成本(如消除污染的边际成本)，把责任强加于一个污染企业就会提高污染的价格和促使该企业减少污染的水平。与此相类似，在侵权法上，对过失实行更高的损害赔偿(如惩罚性赔偿，痛苦和伤害等)将会激励潜在的侵权行为者采取预防措施来防止侵权行为的发生。其中，也许最有争议的是，高额的罚款和较长的刑期会减少犯罪的数量。

效率

法经济学芝加哥学派研究方法第三个显著的特点是法律决策的形成和法律规则的评价都应从经济效率的角度来进行分析。运

〔16〕然而，就像贝克尔(1976，第151—158页)已经指出的，甚至当人们不理性的时候，我们同样期待着价格上的增加会导致需求数量的下降。

用的一个标准就是帕累托效率——如果至少有一个人的经济情境可以变得更好而同时又没使其他人的情境变得更糟,那么这样的情况下效率是增进的。以帕累托标准作为法律决策的依据一般认为是相当有限的,因为由法律变化引起的损失是普遍存在的,补偿所有损失是不可能的,因为其代价高昂,所以现状永远存在。在芝加哥学派内,效率的标准定义是卡尔多—希克斯效率或财富最大化:如果赢家的获益超过输家的损失^[17]或者用另一种方法说,如果社会财富(这一点是通过付钱意愿来衡量的)增加了,那么一个法律改变是效率增进的。波斯纳(1990,第382页)指出:“从财富最大化的角度看,经济学的任务是影响人们,以便使他们的产出最大化。”

通过一个例子就可以容易地说明这个问题中的效率概念。假设一个公司把化学品倾倒入一条河流,导致下游的土地所有者的财产价值减少了\$1,000,000。进一步假设,下游的土地所有者提出诉讼,要求对这种倾倒化学品行为的颁布一个永久禁令。如果下游的土地所有者没有办法阻止这种损害,但是公司却可以花费\$600,000安装一个过滤设备来消除这种损害。效率标准表明既然消除污染的成本小于由于化学品排放所引起的损失,那么公司就应该安装一个过滤器,所以禁止排放化学品的禁令就应该被同意。禁令颁布的事实反过来也会促使公司安装过滤器,因而将导致\$400,000的社会财富的增加。但是假设,由于损害的性质和现有的技术,事实上下游的土地所有者他们自己可以以\$300,000的成本消除这种损害。在这种情况下,效率标准表明应该拒绝颁布禁令,因为下游的土地所有者可以以比公司更低的代价来消除损害。事实上如果禁止排放的禁令被拒绝,那么,对土地所有者来说,他们也是愿意采取这样的措施的,因为这样做的收益

[17] 这样假定胜利者能补偿失败者的损失,那么他们境况仍然是好的,就产生了一个假定的(潜在的)帕累托改进。

(\$ 1,000,000)超过成本(\$ 300,000)。

把效率概念当作正义是令许多法经济学芝加哥学派的理论家觉得十分困惑的地方。^[18] 然而,波斯纳(1992,第 27 页)主张效率“也许是正义最普遍的含义”,并且指出“建立在经济原则基础上的道德体系是与日常的道德制度相一致的,并且可以重组我们许多日常道德制度”(波斯纳,1983,第 84 页)。^[19] 波斯纳(1983,第 89 页)试图用一致同意原则为财富最大化规则来建立伦理道德的基础。一致同意原则,正如他自己所描绘的一样,是“与康德哲学强调的把人当做目标而不是手段来对待,简言之,强调自律、一致性的道德标准。”波斯纳所运用的“和谐一致”的概念是建立在事前赔偿基础之上的。“和谐一致”与事前赔偿之间的联系在于,即使个人也许会由于某条规则的实施而成为失败者,但是只要他们最终可能从这些规则的实施中受益(也就是说成为净受益者),那么,他们仍会同意把财富最大化作为一个确定审判的普通法规的标准。对那些由于实施了某条财富最大化法规而遭致损失的人进行补偿是没有必要的,因为他们已经以随着这些财富最大化法规的实施而产生的更大福利(花费的较低成本)形式得到事前赔偿。^[20]

波斯纳认为财富最大化就是把功利主义的某些思想和康德哲学的传统融合在一起,强调人的尊严和自律。他还表示财富最大化作为一个道德概念比功利主义和康德哲学两者都要优越。第一,“追求财富事实上是以自主的市场交易模型为基础的,因而追求财富就要比古典功利主义更加尊重个人选择”(波斯纳,1983,第 66 页)。第二,“经济自由以财富最大化为基础可能要比以功利主义为

[18] 例如参见科尔曼(1980)、德沃金(1980)、克罗曼(1980)和米歇尔曼(1978)。

[19] 然而,波斯纳指出确定的财富最大化的思想超过了边界。通常参见于波斯纳(1983,第 3 章和第 4 章)和波斯纳(1990,第 374—387 页)。

[20] 至于这些思想的详尽的描述,可参见波斯纳(1983,第 88—115 页)。也可以参见麦考罗和瑞安(1984,第 125 页)。

基础更为坚实”(波斯纳,1983,第67页)。第三,“财富最大化原则鼓励和褒奖传统的‘加尔文派教徒’或‘新教徒’的美德和与经济发展有关的各种能力”(波斯纳,1983,第68页)。第四,“财富最大化是一个比较容易辩护的道德原则,因为它为分配和补偿的正义理论提供了一个较为牢固的基础”,同时也比功利主义和康德哲学更为坚定地信奉权利原则。而关于信奉权利原则这一点在功利主义和康德哲学中是十分明显的(波斯纳,1983,第69页)。但是波斯纳也指出,支持财富最大化的最有力论据是实用主义:“我们环顾世界,一般可以看到,生活在这种社会——市场运行比较自由的社会——里的人不仅比生活在其他社会里的人更富有,而且享有更多的政治权利,更多的自由和尊严,也更为满足……因此财富最大化或许是实现各种道德目标的捷径”(波斯纳,1990,第382页)。

61 芝加哥法经济学的分析进路

我们已经了解法经济学芝加哥学派把采纳有效率的法律规则作为一个主要的目标。但是这种分析是如何进行的呢?第一,芝加哥学派一直在关心评价当前盛行的普通法原则与经济效率原则的“适合”程度——也就是一般所说的普通法的效率分析或者是实证的法经济学。第二,在那些普通法被认为是脱离了效率原则的地方,或在出现新的普通法问题的地方,这些学者关心的是制定有效率的法律规则来指导法官的司法判决——也就是通常所说的规范的法经济学。本节的目的是描绘这种分析的基本框架。

普通法的效率

许多法学家也许会认为普通法是大量彼此独立分析领域的集合(例如财产法,合同法,侵权法等领域),而且每个独立领域

都有它自己的一套法官制定的法规和原则,但是法经济学芝加哥学派却认为从总体上来看普通法有基本的经济学逻辑。这个论点,首先是由科斯(1960,第19页)在“社会成本问题”一文中提出,并且已经被波斯纳和其他致力于描述普通法的经济逻辑的学者在众多的研究中仔细探讨过。^[21]支持这一系列研究的学者把这称做是法律经济分析的实证研究。就像波斯纳(1987b,第5页)所定义的那样,普通法的经济学理论(广义上被认为是包括所有法官创造的法律)是指在卡尔多—希克斯的意义上,普通法不仅是一个定价机制,还是作为一个旨在带来一个有效率资源配置的定价机制而为人们所了解。简单说,假设普通法的目标就是要使资源配置的效率最大化,这样就可以理解普通法的发展。其基本论点是,那些通过先例判决来创造法律的法官们试图提高资源配置的效率,从这个视角就可以更好地理解普通法(尤其是侵权法)。

针对效率的这种趋势的两方面都可以在文献中得到体现:第一,制定普通法旨在通过契约培育市场交易,以达到提高效率的目的。第二,普通法判决会导致一些使资源重新分配,而这种资源配置又会刺激着自由市场(要是市场是可行的话)原本存在的一些东西。

效率假设的第一个方面是使用预期效用最大化模型为“在审判前解决还是通过正式的司法判决解决”这一问题提供了一些见
62
解,而且这一点已经在民事、刑事、劳动和反垄断的案例中得到仔细分析。各方当事人所面对的问题仍是“审判前解决还是通过诉讼解决”。考虑到双方的资源限制和上诉获胜的主观概率,每一

[21] 芝加哥学派中第一个彻底地用形式来研究效率假设的是波斯纳(1972b)。也可以参见鲁宾(1977)、普里斯特(1977)和古德曼(1978)。普通法效率理论的主要观点可以在波斯纳(1992,第8,19—21章)以及考特和尤伦(1988,第10章)中被找到。兰德斯和波斯纳(1987)对应用于侵权法领域的普通法效率理论提出了更全面的分析。

方的决策都被假定为哪一种行动将会给他们带来更高的预期效用。

用一个简单的例子就可以说明这个过程是如何在民事案件中运行的。假定双方都同意:如果被告是有责任的,那么判决的赔偿额就会是\$100,000;原告胜诉的概率为0.4。^[22]进一步假设原告的诉讼成本为\$20,000,被告的诉讼成本为\$10,000。这样,原告对诉讼的预期收益是\$20,000($\$100,000 \times 0.40 - \$20,000$),而被告的预期损失是\$50,000($\$100,000 \times 0.40 + \$10,000$)。鉴于原告对审判的预期收益是\$20,000,只要收益超过\$20,000,原告就很乐意进行庭外和解。同样,由于与法庭审判有关的预期成本高达\$50,000,若成本能低于\$50,000,被告也将十分愿意接受庭外和解。因此存在一个\$30,000的范围($\$20,000 \sim \$50,000$),而在此范围内就能出现一个解决方案。如果与商讨过程有关的交易成本相对较低,那么我们可以期望双方在这\$30,000的范围内达成一个皆大欢喜的解决办法。^[23]

这种分析可以扩展到刑法和围绕刑事判决的一些问题上。在一个刑事案件中,被告会权衡他预期的刑期(包括定罪的概率)和抗辩后得到的刑期。原告的效用被认为是包括定罪的次数,且通常通过判刑的严厉程度来衡量。在抗辩交易中,在决定该用什么法律条款时,如果有原告会考虑预期的判刑(再一次,由定罪的概率来衡量)。如果双方都能从一个解决方案中获得预期的收益,那么将会有有一个可以使双方达成解决方案的刑期范围。^[24]

许多因素会影响选择“庭外和解还是诉讼”问题,而且其中有许多因素都已经被引入了有关这个过程的经济模型。这些因素包

[22] 当然,这个分析可推广到法官价值有差异的期望和在原告和被告之间的审判有差异的占优势的主观概率。在这个例子中对称的假设只是有助于简化这个讨论。

[23] 在这个思想和科斯定理有着重要的相似之处,下文中还将讨论。

[24] 例如参见兰德斯(1971)。

括双方不同的诉讼成本,双方对待与诉讼结果有关风险的态度差异和在审判中对胜诉概率的不同估计。而且,诉讼成本在双方当事人之间的分摊有各种不同的办法(例如标准美国式方法和英国规则)。这些方法,在试图解释每种方法所带来的审判解决方案时,都曾被仔仔细细地分析过。^[25]

效率假设的第二个方面——普通法判决将会模拟自由市场的有效结果——是两个基本假设的衍生物。第一,在法庭上,无效率的法规很可能比有效率的法规更加频繁地和更为集中地(在时间意义上)遭到非难。导致这种结果的原因在于对于质疑的一方来说,无效率的法规会产生更高的预期判决,因此在质疑无效率的法规时,个人愿意比在非难有效率的法规时花费更多的时间、金钱和精力。显然,当一个人认识到推翻无效率的规则会产生更大数量的总财富和导致财富的重新分配,而推翻有效率的法规在重新分配财富的同时却会减少总财富(考特和尤伦,1988,第492—496页;波斯纳,1990,第360页)。或者,如果司法判决继续促进无效率的分配,那么诉讼双方可以寻求其他解决争端的办法,例如,仲裁(波斯纳,1992,第535页)。因而我们将预期无效率的法规会经常被推翻,这样随着时间的流逝,有效率的法规就会越来越多。 63

但当这个观点和审判—解决模式的逻辑相结合时,我们明白了以“普通法发展的经济理论”闻名的那部分内容。这一点也可以在乔治·L·普里斯特(1977)和保罗·H·鲁宾(1977)的著作中找到。鲁宾是这样描述这个理论的:

普通法所假定的效率和利用法庭来解决争端之间是有联系的,这种关系经常会出现,因为在一些案件中,若与争端相关的法律规则是无效率的,那么诉诸法庭判决就很可能的,若法规是有效率的,那么诉讼就不大可能出现。这样,有效率的

[25] 例如参见古尔德(1973)和萨维尔(1982)。

法律规则就可以从法庭内的判决演变过来,从而减少更进一步诉讼的激励,同时也增加了有效率的法规将继续存在的概率。简言之,波斯纳所指出的有效率的规则情形是由于有一个演变的机制,而该机制是以冲突双方的效用最大化而不是从法官们的智慧为出发点的。(鲁宾,1977,第51页)

鲁宾在书中继续写道:

如果规则无效率,那么双方会诉诸法庭直至规则被改变;相反,如果规则是有效率的,那么,双方就不会去法庭,有效率的规则也将继续生效。偶然发现这条法规的一个外部评论家会说这条规则是有效率的;但是效率之所以出现是因为一个发展的过程,而不是因为法官们的任何特殊智慧。如果法官们不考虑效率而独立地作出判决,那么人们仍然能够找到有效率的规则。聪明的法官也许会加速实现效率的过程,但他们没有推动这个过程。(鲁宾,1977,第55页)

因而根据鲁宾和普里斯特的研究,向着效率的驱动力就是无效率的法规和决定将比有效率的决定更为频繁地受到争议和诉讼。

64 在试图阐述为什么无效率的法规将会被推翻的具体原因时,约翰·C·古德曼比鲁宾和普里斯特的研究更为深入。古德曼假定:(1)法官们很乐意听从现身法庭的诉讼双方当事人的劝说。(2)关于效率的理解,法官们完全是公正的。(3)任何一方当事人在诉讼花费上的增加都会增大该方获得一个有利判决的概率。既然在无效率的法规下,经济赌注较高,那么先前有责任的一方就有更大的激励,他愿意比在无效率的规则下,花更多的钱在诉讼费上。这样,花费在起诉无效率法规上的额外成本就增加了无效律法规将被有效率的法规取代的可能性。古德曼对此的描述如下:

在诉讼行动模型中,某诉讼方赢得有利判决的概率取决于诉讼双方影响法庭的努力和司法偏见的程度。既然在法庭上诉讼双方明显对判决结果很感兴趣,那么他们就有激励,虽然双方的激励未必相等,通过一些会带来法律成本的工作——如花钱从事司法研究,进行事实调查,聘请律师(论争的才能)等来影响判决。在这里从头到尾都有个根本的假设:诉讼成本的增加将会引起赢得有利判决的概率增加,即使概率的增加幅度很小。即便是以往案例的影响有助于无效率的解决办法的产生,有较大经济赌注的一方到头来也仍将有较高的赢得任何后来案件的概率,只要他的经济赌注与对手的经济赌注的比率超过诉讼双方为确保有相同的获胜概率所维持的诉讼成本的比率。(古德曼,1978,第394—395页)

普通法效率的第二个,也就是人们较为认同的基本原理在于法官们会间接地或直接地选择一些能产生有效率结果的法规。一般来说,“这里的假设不是法官们能够或者的确重复了竞争市场的结果,而是在执行法制的成本(通过法规,努力提高效率的成本必须考虑在内)的限制范围内,普通法判决会把经济体制和本是通过有效竞争——一个没有较大的外部性,垄断和信息问题的自由市场——产生的结果,联系得更为紧密”(波斯纳,1983,第4—5页)。^[26]

波斯纳(1990,第356页,原著的重点)指出,“这就好像法官们想要采纳那些将会使社会财富最大化的规则,程序和案件结果。”

波斯纳(1992,第252页)表示经济逻辑遍布整个普通法,一般来说,当交易成本低廉时,普通法将激发人们“通过市场来引导他

[26] 在普通法的财产效率和这些法定的法律之间的波斯纳主义的差别受到鲁宾(1982)的挑战。也可以参见赫什雷弗的论文(1982)。

们的交易”，然而当交易成本高昂而使得市场分配不可行时，“普通法将通过给行为标价的方式来模拟市场”。法经济学的研究发现普通法与效率原则相一致的例子实在太多，以至于无法在此一一详述。例如，用财产法来组织财产权，是为了促进价值最大化的交易。侵权法通过应用勒尼德·汉德公式，提倡采取一些需要花费和成本的预防措施。合同法中的不可能定律把责任加在能轻易预知紧急事件或就未预见到的紧急事件曾投保过的那一方当事人身上。有关普通法和效率原则相一致的其他例子也可以在海事法、预期损害赔偿、风险的承担、应用和不应用惩罚性损害赔偿中找到。^{〔27〕}

芝加哥法经济学尽管没有一个清楚明确的有关司法行为或决策动机的模型，但却始终坚持：在处理案件时，法官们都记着要考虑社会的总福利（一个包含各种社会价值的概念）。不过，法官有时会拒绝把效用最大化当做一种激励，因为法官与手头的案件几乎没有任何的私人利害关系，况且现在的司法体制旨在使法官与重大的经济激励分离开来。理查德·波斯纳（1993b）近来已经对上述的观点提出了质疑，他争辩道，法官，同其他人一样，也是理性的效用最大化者。只不过法官的效用函数主要是一个有关收入，闲暇和司法表决的函数，法官是在制度结构允许的范围内做判决的。在这种前提下说明和充实法官效用函数的含义时，波斯纳既能解释司法行为的某些方面，又能提供一些源于模型的，可经受检验的预言。

虽然司法决策是否以真实动机为基础这一点仍然值得怀疑，但事实是法官仍不时地被邀请参与“立法”（波斯纳，1993b，第40页）。既然社会福利涉及效率和分配，那么波斯纳（1990，第359页）指出的“繁荣”（也就是财富最大化）是一个“法官们准备去促

〔27〕 例如参见波斯纳（1992，第Ⅱ部分）、波斯纳（1990，第12章）、考特和尤伦（1988）以及兰德斯和波斯纳（1987）。

进”的目标,不过法官们在促进财富再分配方面所能做的,即使有也是很少的。^{〔28〕}而且波斯纳(1990,第359页)指出法官们希望避免争议,财富最大化是“一项相对不会引起争议的标准。”因为手头的案件与法官的自利无关,又/或因为在司法的范畴内,要使法官个人考虑的酬劳合理化是很困难的,所以法官“几乎是由于疏忽而被迫把双方看作是竞争活动的代表”,而且“在这些情况下,他思考哪种竞争活动在经济意义上更有价值是十分自然的”(波斯纳,1992,第523—524页)。

虽然评论家们经常强调,普通法没有反映出明显的经济逻辑和经济语言,但是支持效率标准的学者都认为普通法中根本的经济逻辑还是很清楚的,即使法官们通常不使用经济语言——法官们运用除效率之外的其他语言来解释有效率的安排(考特和尤伦,1998,第497页)。波斯纳(1992,第254—255页)甚至到了这样一个地步——他表示这些有效率的原则只是反映了常识,用正式的经济学术语清楚地表达这些原则超出大多数法官的能力,而说清楚一些常识性的直觉是多数法官力所能及的。有些人认为效率不是一个法官在作出判决时所要计算的值,波斯纳(1992,第255页)对此提出了反对,并回应说正义常常只是“效率的一种说法”而已。他坚持认为效率“一直是一个重要的社会价值”,尤其是在19世纪自由放任时期,当时的普通法已经很接近现代的普通法。

必须强调的是,在这样——这一系列推理的倡议者已成功使该推理的到了认可——的层面上,这种推理也将成为广泛推行制定法的一个意识障碍——更明确地说是制定和通过法令的障碍。构成普通法效率基础的经济逻辑有以下特点:每当由于外部性或其他造成市场失灵的原因引起市场不能有效地配置资源时,人们就可以根据普通法和损害赔偿措施(一部他们声称是由能产生有效率结果的法规和原则所组成的普通法)来推动市场朝最大化的

〔28〕 也可以参见波斯纳(1992,第255页)。

社会福利方向发展。因此,在考虑到存在某种形式的市场失灵,社会就不必依靠时刻准备着的立法分支机构制定、采用调节性的法令或利用官僚机制来提高效率,这时人们所要做的一切就是依赖普通法产生有效率的结果。

规范法经济学:有效率法律规则的制定

规范芝加哥法经济学所关注的是制定有效率的法律来处理一些普通法与经济效益原则相背离的情形。它起源于是科斯(1960,第2页)所提出的“损害的情形在本质上是对等的”的观点。在财产法、合同法、侵权法领域里到处存在这样的例子,因此这个概念应用得很广泛。假设A排放污染,并对邻居B造成了损害。一条要求A停止污染的法规消除了对B的损害,但是正如科斯指出的,这同时也把损害强加在A身上,因为A不得不花钱中止污染。因而,“我们正在处理一个在本质上是对等的问题。避免给B造成损害的同时又会给A造成损害。这里必须解决的问题是:应该允许A损害B,还是应该允许B损害A?”与上述的效率目标一致,科斯继续表示“问题是要避免较严重的损害”——也就是要使社会财富最大化(科斯,1960,第2页)。

67 在伤害是对等的观点下,因果关系的问题就变得比在传统法律方法下更容易引起争议。兰德斯和波斯纳(1983,第110页)对侵权法中的因果关系经济学进行了有效的描述:

如果侵权法的基本目的是为了提_高经济效益,既然要求被告对伤害的后果负责会促进安全和谨慎的有效分配,那么,被告的行为仍会被认为是造成伤害的原因;既然被告采取另外的行动也不会提高效率,那么事故的原因就归于“不可抗力”或其他一些责任不能归咎的力量。在这样的观点下,我们说是施害者“造成”伤害,既然他能以较低的代价避免伤害;另

外的,就不是了。

经济分析方法和“事实原因”、“近因”等传统方法之间的对比是很明显的,但是在这里经济分析方法最有趣的特征是“因果关系变成了侵权法经济分析的结果而不是前提”(兰德斯和波斯纳,1983,第110页)。

也许科斯分析最有意思,当然也最有争议的方面在后来以科斯定理著称的那部分内容里。虽然科斯定理有好几种不同的形式,但是概括地说,该定理是指如果权利完全界定,且交易成本为零,那么不管先前权力是如何分配的,争论的双方都会进行商讨、交易,从而达成一个同样有效率的结果。科斯定理的中心思想可以通过前面讨论过的污染河流的那个例子来说明。排放污染会给下游的土地所有者造成\$1,000,000的损害,污染者可以以\$600,000的代价安装一个过滤器来阻止损害,而下游的土地所有者只要花费\$300,000就可以消除损害。效率原则明白地表明既然污染造成的损害大于中止污染的成本,污染就应该被消除,而中止污染的最理想的方式就是要求下游的土地所有者采取中止污染的措施。科斯定理认为,不管权利在先前是如何分配的,这正是今后将会广泛存在的解决办法。

假定法庭分配给下游土地所有者免受污染的权力。那么污染者能以\$600,000的代价中止污染。然而,当污染者意识到下游土地所有者能以\$300,000的代价中止污染时,他就乐意付钱(只要不超过\$600,000)给下游的土地所有者,要求他们采取中止污染的措施。下游的土地所有者,反过来也很乐意接受任何超出\$300,000的补偿,从而采取中止污染的措施。这样,在没有交易成本的情况下,依靠土地所有者同意采取中止污染的措施,双方就达成了一个互利的交易。在另一方面,如果污染者被赋予污染的权利,当下游土地所有者面对\$1,000,000(污染造成的损害)和\$300,000(他们自己采取中止污染措施的花费)的选择时,他

68 们宁愿自己采取中止污染的措施。^[29] 因而,不管权利在先前是如何分配的,有效率的结果——由下游土地所有者采取中止污染的措施——就将继续存在。(两种情况)不论发生哪一种情况,从交易中得到的收益的实际分配都将取决于双方相对的谈判能力。^[30]

这个例子为理解用法经济学的方法来解决财产和侵权的争端提供了一种有利的情形,同样还可适用于合同法。假定 A 和 B 签了一则合同,合同约定 A 将以 \$200,000 的价格把房子卖给 B。在合同签订之后, C 也加入购买的行列,并说如果 A 把房子卖给他,他愿意出 \$210,000。接着 A 就违背了与 B 签订的合同,把房子以 \$210,000 的价格卖给了 C。这里既然 C 对房子的估价比 B 要高,对 A 来说,不履行与 B 签订的合同,转而把房子卖给 C,很明显是有效率的。假设接下来 B 向法院起诉 A 违约,要求按照原来的条件执行合同。如果法庭的裁决对 B 不利,那么 C 保留房子——有效率的结果继续存在。相反,如果法庭裁决支持 B 的诉讼,那么房子就从 C 转移到 B 的名下——导致了一个无效率的解决方法。就像前面提到河流污染的例子一样,故事到此并没有结束。如果 C 对房子的估价是 \$210,000,而 B 的估价只有 \$200,000,那么 C 将情愿向 B 出价(价钱不超过 \$210,000)购买房子。对房子的估价只有 \$200,000 的 B 也将愿意接受任何大于 \$200,000 的出价,卖掉房子。这样就达

[29] 当然,由于污染者减少污染的成本是 60 万美元,下游的土地所有者将不情愿提供给污染者一个充分的“贿赂”来诱使他承担这个减少。

[30] 至于科斯定理的大量文献的研究,见泽布(1980)、考特(1982a)、曼德姆(1994,第4章,1995)以及曼德姆和泽布(即将出版)。科斯定理最有争议的一个方面是著名的不变性的命题——不管初始的权利分配同样的有效率结果都将达到。这是广泛接受的收入效应的存在足以使不变性的要求无效;也即,不管权利分配一个有效率的结果都将达到,但是这些有效率的结果将不能给出同样的资源配置方式。这个问题在上述所引证的研究中被详细地涉及。

成了一个互利的交易，而有效率的结果——C 拥有此房——将继续存在。在一个零交易成本的世界中，我们都能获得有效率的结果，不管权利在先前是如何分配的——也就是不管法庭的裁决对 A 有利还是对 B 有利。

如果交易成本为零，从效率的角度来看，开始时是 A 被赋予权利还是 B 被赋予权利并不重要。如果 A 被赋予权利，而 B 对该权利的估价比 A 要高，那么就存在达成一个互利交易——B 向 A 购买此权利——的空间。相反，如果 A 对该权利的估价比 B 高，那么 B 就不愿意出任何令 A 满意的价格，因为要使 A 愿意放弃该权利的价钱实在太高了。类似的推理得出，如果先前权利被分配给 B，那么在零交易成本的情况下，权利最终将由对其估价最高的人使用，因为理性的最大化者可以不费任何成本达成所有互利的交易。^{〔31〕} 鉴于这样的情形，法官就不必考虑有效率的权利分配，因为不管法官怎样裁决，同样有效率的结果都将会实现。^{〔32〕} 法官参与社会工程的所有尝试注定都是徒劳的，因为不管权利先前是怎样分配的，权利最终将被那些对权利有着最高估价的人所使用。

当然，问题是真实的世界，是一个存在交易成本的世界。交易成本基本上包括谈判、监督和执行合约的成本。^{〔33〕} 如果交易成本较低，且与从交易获得的收益有关，那么我们就期望沿着科斯定 69
理的思路通过讨价还价的过程来克服无效率的权利配置。然而交易成本有可能很高，而使交易者望而却步。如果这样，^{〔34〕} 即高昂的交易成本将阻碍交易达到一种有利的状态，那么我们也将会采用被称为法律粘纸效应的做法——权利落在哪里，就会粘附在

〔31〕 这和微观经济理论的埃奇沃思盒分析中的从不在契约曲线上到契约曲线上的位置运动相类似的。参见瓦里安(1993,第484—507页)。

〔32〕 再次，这受上面注释30中所提问题的限制。

〔33〕 对交易成本概念更深入的分析，参见艾伦(1991)。

〔34〕 更明确地，交易成本超过了从交易中产生的经济剩余。

哪里。在这里,法庭有利于一方或另一方的判决将直接确定权利的最终归属,因而影响最终结果的效率。在芝加哥法经济学中,效率的目标表现在规范的描述中:权利应该以使社会财富最大化的方式进行分配。

继续前面的河流污染的例子,既然减少污染的最小成本方法是要求下游土地所有者采取中止污染的措施,效率标准决定了污染者应被赋予污染的权利。就像我们看到的一样,这将会促使下游的土地所有者采取中止污染的措施因为另外一种办法会招致\$1,000,000的损失。当然与全部遭污染或没有污染相比,最理想的污染数量也许是某些中间数量。在这种情况下,考虑到交易成本阻碍交易,一部财产法规就不会产生令人满意的结果。正如吉多·卡拉布雷西和A.道格拉斯·梅拉米德(1972)所指出的那样,既然污染者只有当他从额外污染中获得的收益超过他的成本(由损害补偿金来衡量)时才会污染,效率原则将决定在这种情况下使用责任原则,由此产生最适宜的结果。重新回到前面提到的那个合同法例子,从效率的角度,法庭应该允许A违背她与B签订的合约,把房子卖给C,因为这样做,房子能被对其有着更高估价的人所使用。

这种分析方法反映了被称为“模拟市场”的内容,不过像科斯定理一样,该分析方法也是在一个假定的零交易成本的世界中进行的。这个问题后来变成一个确定在零交易成本的世界中权利的最终归属的问题。通过这种推理分析,法庭试图去辨别有效率的结果,而这种有效率的结果原本是由科斯定理中那些类似市场的交换所产生的。通过用这种方式分配权利达到有效率的结果,法庭就能胜利地实现财富最大化的目标。因为议定合同的正交易成本使得事前详细说明所有的情况变得不经济,所以合同并非面面俱到。在一个因合同缺失条件或条款引起的争论中,法官的任务就是推断出在无交易成本的世界里,哪一方本来应该对所争论的事故负责。既然可以推断出承担责任的一方就是可以用最少的成

本这样做的那一方,那么有效率的判决就应该把事后责任加在该方身上。所以,在合同法中,如果从违约行为中获得的收益超出违约成本,那么法庭就应该允许合同不被执行。

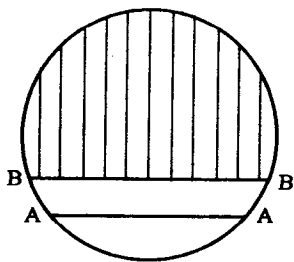


图 2—1

侵权法的一个例子

在侵权法领域,发现普通法的效率性特别明显(尽管大多数文献声称能提供证据支持——财产法,合同法等普通法的原则也能提高效率)。这里发生了从实证描述到规范描述微妙的转移。如果社会有一批可供选择的规则(可以减少事故或中止污染活动的规则),那么经济逻辑就会建议选择最低成本的规则。

这一系列推理是由吉多·卡拉布雷西(1961)提出的,巧合的是几乎在同时,科斯撰写了“社会成本问题”一文。有效率的规则文献的内在逻辑是建立在以下三个假设基础之上的:(1)所有的损失都可以由货币来表示。(2)把更多的社会稀缺资源用于防止事故或中止污染,由此来减少不合意事故和污染的数量。(3)那些很可能要被卷入事故或参加污染活动的人对成本压力很敏感(伯罗斯和维尔杰诺夫斯基,1981,第11页)。侵权法是以效率为基础的,它的目标是利用事后损害裁决来取代所谓的“事前不可行的协议”,而这些事前的协议本来是可以存在的,要是有一

个市场的话(也就是,若交易成本足够低)。

这种分析方法的经济逻辑可以用两个简单的例子来说明:首先,假设图 2—1 代表在政府采取行动试图减少事故的社会成本之前,所有与车祸有关的成本(包括受害者实际遭受的损害、诉讼费用、司法成本、执行成本等)。假定政府首先安装交通信号器和停车标记,那么社会净节省的成本就相当于直线 AA 下面的区域。现在假定,政府另外又设置了一些昂贵的、道路中间隔离用的栅栏,这样将再一次地节省社会成本,而这次净节省的社会成本就等于 ABBA 区域。直线 BB 以上的区域代表事故的剩余成本,或者通常所称的**相互作用损害赔偿**。成为有关责任规则的经济学文献焦点的就是这些成本。

分析选择责任规则的经济学方法也可以被当作区分风险的方法。通过这种方法,社会所有风险都可以被确定为两种:一是背景风险(成本由受害者承担),二就是赔偿风险(源自侵权行为,成本由施害者承担)。责任规则制定的经济学分析的主要目的就是,在充分认识到责任规则的具体选择将决定哪些行为应被纳入背景风险的范畴,哪些行为又应被认为是赔偿风险的情况下,开发一套使相互作用损害成本的总额最小化的责任标准。如果只考虑相互作用损害成本(图 2—1 中,直线 BB 以上的区域,该区域现在就等于图 2—2 中的三个圆),我们就能轻易地描绘问题的两个方面。

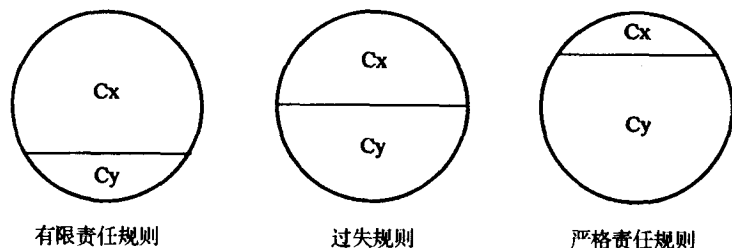


图 2—2

首先,在图 2—2 的每一个圆中,假设 C_x 代表受害者承担的所有成本,因为选定的责任规则把与这些相互作用损害成本有关的风险都当做是背景风险。同样在图 2—2 的每一个圆中,设 C_y 代表施害者承担的所有赔偿风险,因为选中的责任规则把与这些相互作用损害成本有关的风险都当作是侵权行为风险,而不是社会背景风险。被选定的责任规则将决定与可赔偿风险程度形成对比的非赔偿背景风险的程度。例如,根据有限责任规则,大多数风险都被认为是背景风险,大多数施害者也不用对造成的损害负责(受害者承担大部分成本)。而在另一个极端,施害者被认为是严格有责任的,多数风险都不被当作是背景风险,这样,施害者要对造成的大多数损害负责。也许在这两者之间的某个地方存在着第三条责任规则——疏忽/过失规则。在根据疏忽规则建立的体系中,只有当施害者是疏忽的时候(也就是出错时),施害者才对损害负责。这里阐明的基本意思是立法和审判机关对责任规则的选择将导致社会成本的不同分配。只是为了解释的目的,这三个圆的大小才相等(也就是它们代表相同的相互作用损害成本)。如上面 72 所述,对责任规则的制定进行经济分析,其主旨是为了提出一个使相互作用损害成本总额最小化的责任标准。

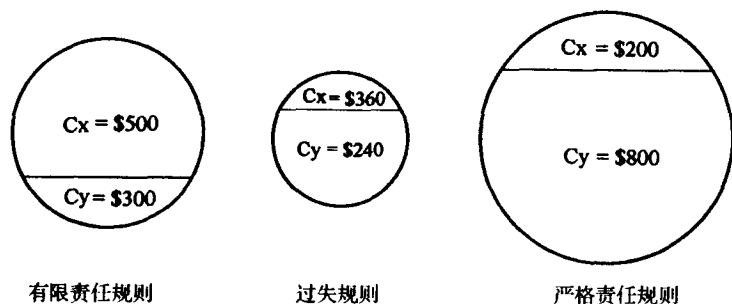


图 2—3

图 2—3 说明了经济分析的过程。这种分析试图告诉人们由

于选用不同的责任规则引起的效率结果。第三个圆说明了假定的严格责任规则。它描绘了成本的分配(80%的成本是由施害者承担,只有20%的成本没有赔偿,因而就由受害者自己承担了)和相互作用损害成本的大小(在本图中是\$1,000)。第二个圆,通过对比,说明了运用疏忽原则时的情况:(1)成本的不同分配(50%由施害者承担,50%没有赔偿,因而就由受害者承担了)和(2)总的相互作用损害成本有\$600。在比较这两条规则时,经济分析建议采取疏忽责任规则,因为该规则能分配风险,改变激励,通过影响人们的行为来使社会成本最小化(因为\$600比\$1,000小)。出于对效率的考虑,人们喜欢运用疏忽规则,而不喜欢严格有限责任规则(第一个圆),因为有限责任规则产生的总相互作用损害成本有\$800,而采取疏忽规则时产生的却只有\$600。直接采用最小成本的解决方案,在无形中也采用了与被选定责任规则相关的特定的风险分配。这是芝加哥学派的研究方法与传统法学公正、公平分析方法背道而驰的重点。公正、公平分析方法关注的是如何分配与风险相关的成本(也就是在上面三个圆中,关于在哪里划一条分离赔偿风险与背景风险的直线的问题),而法经济学芝加哥学派关注的是使与风险有关的总成本最小化(也就是,选一个最小的圆)和成本的分配,且成本的分配除了当它影响到总成本的时候之外一般是不相关的。

73

芝加哥的研究视角和公平、公正研究视角之间的对比可以从理查德·波斯纳和理查德·爱泼斯坦的话中看出。波斯纳(1973,第221页)从芝加哥视角出发,主张“既然资源的有效利用是一个重要的,尽管不总是最重要的社会价值,我认为倡导者有责任说明为什么应该采用一条看似把可避免的成本强加于社会的标准的理由,但现实中他们却没有承担这个责任。”相应地,爱泼斯坦(1973,第152页)争论道:

一旦承认在各方间存在无法用经济学语言回答的有关公

平的问题,在解决法律问题时,经济学辩护的确切作用就不可能确定。这很可能是通过给经济学思想的运用留有足够的空间的方式,一个可接受的公平理论就可以与经济理论相一致。但是判决预先假定的公平理论已被解释得非常清楚,因此,一旦判决作出后,也许任何的经济考虑都不再有存在空间了。

波斯纳声称,法律决策的实质目标应该是效率,并指出责任就在于那些支持公正、公平分析方法的人(公正、公平分析方法说明了为什么公平约因应该支配效率)。爱泼斯坦从相反的角度把公平立为法律决策的目标。他说,从某种意义上说,责任在于那些提倡经济分析的人(经济分析表明了为什么效率约因应该支配公平)。

下面通过一个不同的方法来说明责任规则制定的经济分析:假设法律政策制定者想出了五条不同的但却有助于减少事故的责任规则。这些责任规则和它们各自的效果都被列入表2—1。对受害者来说,五条责任规则中,每一条都能产生一个特定的损害裁决(#1最低的损害裁决→#5最高的损害裁决)。结果,就潜在的施害者而言,每一条责任规则又会引起不同水平的预防措施(#1→#5)。^[35]另外,下面的每一条责任规则(#1→#5)都可以减小事故发生的概率,从而也就减少了预期的事故成本。

从这个简单的例子来看,有一点应该是很清楚的:不管是通过有关法令的颁布,还是看重效率的普通法法官的智慧,侵权法都应该包含#3规则。这是最有效率的(最低成本的)规则,也是一条把事故总成本最小化到\$16的规则。因为其他的每一条规则各

[35] 简单来看,我们设想在这里潜在受害人不能采取预防措施。然而,这个例子可很容易地推广到这样一种情况,即潜在施害者和潜在受害人都能采取预防措施。参见考特和尤伦(1988,第8,9章)。

自影响着针对预期事故损失而花费的预防措施成本,且都会产生比规则#3更高的社会总成本。例如,从运用#3规则改变成为运用#4规则,将导致潜在的施害者在预防措施上多花费\$4,然而预期的损害赔偿却只减少了\$3,因此,从成本角度来说这种改变是不合理的。另外在这个案例中采纳和应用#3规则,可以向社会上的其他人传达一个信号:他们将要为没能采取适当的合理成本水平的预防措施负责。这个信号也为引出有效率的行为提供了必要激励,这与芝加哥法经济学派的效率原则相适合。

表 2—1

责任规则	个人的预防措施水平	预防措施的成本	事故发生的概率	预期的事故损失	总的事故损失
1	没有	\$ 0	15%	\$ 20	\$ 20
2	低	2	11	16	18
3	适中	5	7	11	16
4	高	9	4	8	17
5	极高	14	1	5	19

合同法的一个例子:有效率的违约

契约经济学试图就传统合同法正在发展的法律原理的规则、特征、类别和边界提供了一个不同的分析方法和独特的视角。^[36] 契约经济学的要点是协助签订合同的各方当事人成功完成他们试图做的事情或是完成得更有效率(戈登博格,1989,x)。合同法涉

[36] 合同法的经济学的比较处理方法包括克拉斯韦尔和施瓦茨(1994)、考特和尤伦(1988,第6.7章)、戈登博格(1989)、科恩豪泽(1986)、克罗曼和波斯纳(1979)以及波斯纳(1992,第4章)。

及构造合同,就争议(有关各当事人所坚持的法律权利和仲裁的争议)和诉讼在各当事人之间商议解决方案,以及为某些违约行为辩护。如果各当事人已花费时间和金钱,明确把针对各种可能的情况下的违约行为的处理方法纳入合同条款,那么法庭就没有必要提供一种补救措施。然而,争论还是常常出现,因为合同条款由于各种原因不能包含所有可预见的紧急情况。从经济学观点出发,合同规则显而易见是适宜的和必要的,因为商议和草拟一份能为每一种能预见到的紧急情况提供依据的合同成本太高了。用科斯定理表达就是一个交易成本的问题。如米切尔·波林斯基(1989, p.27)描绘的那样:“合同法可被认为是填补合同中的这些‘空缺’——试图假定合同当事方可以事先无成本的安排每一事项的话,再现各方当事人原本会同意的结果。”

签订合同之后的义务与两个问题有关。在某些情况下,可以 75
不遵守一个在其他方面具有约束力的承诺。第一个问题就和这里所指的“某些情况”相联系,而第二个问题关注的是违约引起的法律后果。这样,根据我们的目的,合同法规则可被分为截然不同的两类。第一类是所谓的不变规则,即使各方企图绕过这些规则签订合同,但这些规则仍然起支配作用。另一类由所谓的违约规则组成。各方也可以通过事前商议,通过协商绕过违约规则变更合同。不过这些规则都是用来填补那些在不完全的合同中出现的“空缺”(克拉斯韦尔和施瓦茨,1994;艾尔斯和加特纳,1989)。契约经济学的绝大部分文献都是致力于研究违约规则和由违约引起的法律后果。如罗伯特·考特和托马斯·尤伦(1988,第290页)评述的那样,“完全认识到在某些情况下违约比履行合同更有效率,这是法经济学最有启发性的见解之一。”且他们进一步定义了有效率的违约:“当履约的成本超过各方当事人所能获得的收益时,违约就比继续履约有效率”(考特和尤伦,1988, p.290)。这些文献的主旨是分析在什么规则下我们会更可能遇到有效率的违约。要理解芝加哥法经济学,人们就不得不运用帕累托效率及科斯定理。

市场和参与其中的合同并不是没有成本的,根据科斯定理,如果合同有成本,那么我们构造的合同应该通过激励价值最大化的行为近似实现科斯定理的结果。^{〔37〕}

如果一方违约,而且法庭判决:(1)合同的缔结是有效的,和(2)不能借故不履行合同,那么就必须确定一个补救方案。基于我们的研究目的,我们将只考虑三种选择方案,前两种补救方案都是法庭的判决,分别是法律救济和衡平救济,第三种补救方案——预定损害赔偿——不是由法庭决定的,而是由签订合同的各方当事人自己构造的,即在签订合同的时候各方就以后不履行合同的行為明确指定的一个补救方案。

• **法律救济**:法庭判决以金钱赔偿损失,它是法庭用得最多的一种救济方法。法律救济的形式有以下三种(波林斯基,1989,第28页)。

预期损害赔偿:即判给违约受害者一定数量的金钱,使他恢复到若合同被执行他本应所处的状况。

信赖损害赔偿:即判给违约受害者一定数量的金钱,使他恢复到若先前没有缔结合同时他本应所处的状况。

恢复原状损害赔偿:即判给违约受害者一定数量的金钱,数额应该与受害者因对方的违约而损失的合同利益。

76

• **衡平救济(强制履行)**:尽管用得不是很多,但它是法庭确定的并可以应用的救济方案的二次救济,也叫做“强制履行”。强制履行,是通过命令违约方履行合同,来保护受害者履行合同的權利。也就是说,法庭实质上是通过一个发挥着

〔37〕 克拉斯韦尔和施瓦茨(1994,第54页)在他们的断言中用贯穿于整个合同法经济学的科斯思想来阐明普遍存在的信心“一个救济的规则需要引导管理的时候似乎是低效率的,你应该考虑从低效率角度来看最有可能失败的一方是否可能付费给另一方以使其放弃他或她的低效率救济的坚持行为。”

相当于财产法作用的命令来保护受害者的权利。

• **清偿性损害赔偿**:与前两个由法庭强加给签约各方的补救方案不同的是,第三个补救方案——清偿性损害赔偿,由签约各方自己协商制定并同意实施。清偿性损害赔偿方案会判给违约受害方一定数量的金钱,而钱的数目是事前经签约各方当事人同意的(波林斯基,1989,第64—65页)。

违约的经济分析想弄清楚,对一个各方面都说明得非常详细的(因而是帕累托有效率的)合同来说,像预期赔偿、信赖赔偿、恢复原状赔偿,强制履行和预期赔偿这样一些合同救济是否有效率;在什么条件下,才是有效率的。换句话说,分析的目的在于从效率的角度看,是要采用一个能立刻阻止无效率的违约,而当违约是有效率的时候又能引起违约的法律救济。上面提到的每一个方案都可以用这种方式在头脑里检查一遍。我们可以用这种方法来思考下面这个简单的例子。

假设 Acme 汽车厂要以 \$12,000 的价格卖一辆车,而弗雷德愿意出不超过 \$15,000 的价钱购买此车,经协商,双方最终以 \$12,000 成交,并且签订了一份购买合同。弗雷德预先付了 \$5,000 定金,并且约好三天后付清剩余款项,然后取车。弗雷德离开 Acme 后就直接去了一家正在进行停业清仓甩卖的汽车配件店。在那里他花了 \$800 为即将到手的汽车买了新的轮胎(由于是处理品,不可退货)。在弗雷德离开后不久,吉姆向 Acme 出价 \$13,000 购买此车,这个价钱与吉姆对拥有该车的估价相等。Acme 在考虑了损害赔偿的问题后,就打算不履行与弗雷德签订的合同,转而把车卖给吉姆,因为这样做他可从交易中多得到 \$1,000。因为弗雷德对车的估计有 \$15,000,而吉姆却只有 \$13,000,所以这样的违约——把车卖给对其估价较低的人——是没有效率的。下面我们就来分析不同的救济方法对实质违约会产生什么样的效果。

预期赔偿

77 预期赔偿,是使受害者的经济状况和合同如果被执行后本应该得到的经济状况一样好的救济方法。因此,如果 Acme 把车卖给吉姆,预期赔偿方案将要求 Acme 不仅要归还弗雷德的 \$ 5,000 定金,而且也要补偿弗雷德 \$ 3,000(由于违约,弗雷德所失去的交易收益)。这样,因为 Acme 把车卖给吉姆获得的收益(\$ 1,000)要比在预期赔偿方案下付给弗雷德的(\$ 3,000)损害赔偿金少,所以 Acme 就会决定不违约了。另一方面,如果吉姆愿意为购买此车出价 \$ 20,000,那么 Acme 的违约决定还是有效率的,因为吉姆对车的估价比弗雷德要高。在这种情况下,Acme 就将违背与弗雷德签订的合同而把车卖给吉姆,因为把车卖给吉姆的额外收益(\$ 8,000)超出他们将必须付给弗雷德的赔偿金(\$ 3,000)。一般来说,在预期赔偿方案下,Acme 不会为任何低于 \$ 15,000 的出价而违约,但是对于超过 \$ 15,000 的出价,Acme 就会违背与弗雷德签订的合同。

从经济学的角度来看,预期赔偿方案鼓励有效率的违约,阻止无效率的违约。这里的经济学推理很容易理解,且易于推广。预期赔偿方案要求违约方以损害赔偿金的形式向受害方支付货物或资源的价值,如果有一个购买者加入竞争,且他对货物或资源的估价高于最初的买家,那么让第三方获得这种货物是有效率的——货物和资源应该配置给最珍视它们的人。虽然卖家预料到法庭会实施预期赔偿方案,但是为获得更高的收益,卖家仍有违约的激励,他宁愿支付预期赔偿金给受约方,也能保有盈余,从而使自身的处境变好,而同时又没有使其他人的经济状况变得更糟。在另一方面,如果加入购买竞争的人对这种货物的估价不如最初的买

家高,那么预期赔偿方案就能适时地、有效地阻止违约。^[38]

信赖赔偿

信赖赔偿,首先把弗雷德放在和他在签合同前一样的位置上,然后按照这样状态补偿他因信赖合同而花费的支出。在这种情况下,弗雷德已花费\$800(不可退还的)买了轮胎,因而在信赖赔偿方案下,Acme 将被迫赔偿给弗雷德 \$800,另外还要归还定金\$5,000。

信赖赔偿方案激励无效率的违约,这一点是很明白的。因为吉姆出价\$13,000,那么 Acme 把车卖给吉姆就可得到\$1,000的额外收益。考虑到 Acme 若是违约的话,也只需要赔偿给弗雷德\$800,那么这就激励 Acme 违约。不过,因为弗雷德对该车的估价(\$15,000)比吉姆的(\$13,000)要高,所以,这个违约是无效率的——资源将不会为最珍视他们的人所拥有。更一般地说,信赖赔偿没有把由于违约而给受害者造成的全部损失内部化给潜在的违约者(也就是说,违约的“价格”很低,无效率地低),结果它会导致许多社会成本超过社会收益的违约行为。

恢复原状赔偿

在恢复原状的赔偿方案下,违约者只需把以前从受害者那里 78 收到的任何款项还给受害者即可——在这个例子中,就是弗雷德的\$5,000定金。鉴于此,Acme 就将违背与弗雷德订立的合同,把车卖给吉姆。只要出价超过\$12,000,Acme 的确就会这么做的,就像信赖赔偿一样,恢复原状赔偿也没有把违约的所有成本内部化给潜在的违约者,因此也很可能会产生无效率的违约。

[38] 有关对预期损害限制的研究,参见戈茨和斯科特(1983)。

这样,在所有的货币赔偿方案中,只有预期赔偿,能通过把所有成本内部化给潜在的违约者的方式,同时在以下两方面发挥作用——阻碍无效率的违约和促进有效率的违约。^[39]

强制履行

强制履行涉及法庭的命令——合同必须按合同的条款来执行。在我们这个例子里,Acme 就被要求必须以 \$ 12,000 的价格把车卖给弗雷德,照此,强制履行就消除了无效率违约的可能性。然而,有人也许要争辩说,强制履行也会阻止有效率的违约。例如,如果吉姆出价 \$ 20,000 购买此车,那么法庭要求的强制履行,即强制 Acme 把车卖给弗雷德,就会产生无效率的结果。然而,在这样的情形下,接下来就存在一个交易,此交易将耗尽上一次交易的收益,当然吉姆也可能愿意向弗雷德出价 \$ 20,000 购车。另外弗雷德对该车的估价只有 \$ 15,000,他也十分愿意以 \$ 20,000 的价格卖掉车。因此,除非交易成本极高,我们就可以期望强制履行接下来也会产生有效率的结果。强制履行和预期赔偿(前文表明是有效率的)之间的差异纯粹是分配性的,也就是,在强制履行方案下,弗雷德将从吉姆较大的支付意愿中获得收益,而在预期赔偿方案下,那些收益就归 Acme 所有了。

基于这一点,有人指出法庭在处理违约的赔偿问题时,应该更多地依靠强制履行方案。^[40] 如果这件货物令法庭很难肯定地辨识出履行合同给受害者带来的价值,那么上面的这种看法尤其正确。例如,如果被违约方对所说的这件货物有着很高的主观估价

[39] 由损害形式的适当讨论所引起的两个额外效率问题。可以使用相关的损害救济效果(1)潜在违约者为预防违约而采取预防措施的激励;(2)潜在受害者依赖于合同而承担支出的激励。例如参见考特和尤伦(1988,第304—319页)的讨论。

[40] 例如见考特和尤伦(1988,第320—323页)和更一般性的讨论的可见施瓦茨(1979)。

(比其他人的估价要高得多),那么在询问被违约方是否准确地表明了他的偏好时,法庭也许会判给被违约方很少的赔偿金。然而 79
在强制履行方案下,违约者有很多与被违约方商议的机会,并且如果被违约方同意违约者的违约行为,那么违约者也会补偿被违约方所有的价值。在一般意义上,通过商议的过程要比通过法庭规定的赔偿金更可能精确地反映出估价,所以只要交易成本低,强制履行也要比其他金钱赔偿方案更有可能有效率地解决争端;相反,当交易成本较高时,金钱赔偿方案就会得到人们的偏爱了。^[41]

清偿性损害赔偿

清偿性损害赔偿条款是在合同成立的过程中由合同双方协商同意变更得到的。如果合同没有被履行,违约一方就得向另一方支付赔偿金。清偿性损害赔偿条款就详细说明了这些赔偿金的情况。然而,传统上法庭不愿意执行这些条款,因为这些规定的赔偿金似乎是难以负担的或是具有过度惩罚性质的(看起来要超过因违约方对被违约方造成损害而应交的补偿)。然而经济学分析方法对这些赔偿金的看法有点不同,理性的最大化者(签订合同的双方)只会同意一个双方都认为是对己方有利的合同,因此这些条款好像也应该是有效率的,否则双方起初都不会同意把这些条款写入合同。存在两个重要的原因可以支持为什么理性的最大化者会同意这些条款,第一,潜在的被违约方对合同的履行有着很高的主观估价——比一般人要高得多,因此,合同中规定的高额预知损害赔偿金,也许反映了受害者对合同履行较高的主观估价。在某种意义上这也是一种违约保险。另一个原因是,潜在违约者也许愿意在合同中插入这样一个条款,以此作为质量保证来吸引顾客。在上述(两种情况)的任一情况下,这些条款在事前对双方都是有

[41] 这和卡拉布雷西与梅拉米德(1972)的讨论相类似,上面已经讨论过。

利的,这样从效率的角度来看,这些条款应该得到执行。〔42〕

一个旁支:法经济学纽黑文学派〔43〕

80 纽黑文学派(也可称为耶鲁学派——译者注)的支持者们把整个现代法制的福利国家作为他们的研究对象,并把他们的研究方法建立在公共政策分析和社会选择理论的基础之上。〔44〕因此,他们认为法经济学的目标是(1)“从经济学角度解释公共行为的正当性”,(2)“现实地分析政治制度和官僚制度”,和(3)“说明法庭在现代政策制定体系中所起的重要作用”(罗斯·阿克曼,1992,第3页)。支持这种观点的人表示,管制过程和行政法在现代福利社会中发挥的作用越来越重要,从而使他们研究法经济学的方法变得很需要而且是必不可少了。正如他们强调的那样,这次法律变革已经“迫使法官和法律学者重新审视国会,政府机构和法院的作用”(罗斯·阿克曼,1992,第8页)。他们坚持这样的主张:一旦人们真正理解了政府的作用,现代管制体系就会被认为不仅要比高度集体主义的制度好,而且也比原来的普通法优越。事实上的据论证,在许多案例中“问题是管制太少了而不是太多了”(桑斯坦,1990,第227—233页)。对纽黑文学派来说,目标是要“改革行政法,使之包含更多既具经验性,又有理论性的东西,并且能对公共官员、政治家和市民的

〔42〕关于清偿性损害经济学,例如参见戈茨和斯科特(1977)、考特和尤伦(1988,第293—296页)和波林斯基(1989,第63—65页)。

〔43〕接下去的描述有一点不成熟。法经济学在这个领域的一些贡献被打上“法学改革学派”的标签;另一些人称它为“改革论学派”;甚至有些人依然用“纽黑文”内容来做标签。不知道它将所有引导到哪里和认识到许多贡献者有(或者已经有)和耶鲁法学院有一些联系,我们跟随阿克曼(1986,第929—930页)和菲斯(1986,第7,15页)也选择“纽黑文”的名称。

〔44〕一些工作成为包含在法经济学纽黑文方法中的思想基础,包括罗斯—阿克曼(1989,1992)、阿克曼(1984)、阿克曼和斯图尔德(1988)以及桑斯坦(1990)。

需求作出更有效的回应。”(罗斯·阿克曼,1992,第8页)。

尽管认识到资源稀缺问题的存在和市场分配资源的优点,但纽黑文学派仍然强调存在多种造成市场失灵——这种市场失灵又会使某种形式的政府干预变得十分必要——的因素。在主张建立在现有市场失灵基础之上的政府干预应该是完全有道理的时候,他们争辩说,随着人们对配置和分配的影响普遍关注(罗斯·阿克曼,1992,第6—7页,第9页)和对公正、公平的持续关注,法经济学的政策就应该被局限于矫正这些市场失灵。而且如有可能,矫正市场失灵的政策都应建立在成本收益分析的基础上,并适时地被颁布实行。不过,这个过程应该包括对所有的收益和成本进行评价(如,被挽救的生命及被保护的大片荒野等),而不单是那些能直接用美元衡量的收益和成本(罗斯·阿克曼,1992,第16—17页)。

纽黑文学派的渊源可以追溯到吉多·卡拉布雷西和卡拉布雷西所作出的开创性贡献。卡拉布雷西早期的两篇文章——《关于风险分配和侵权法的一些思考》(1961)和与A.道格拉斯·梅拉米德合著的《财产规则、责任规则和权利的不可转让性:关于大教堂的一个观点》(1972)——是法经济学分析领域的经典文献。前一篇文章试图对侵权法进行详细的经济分析,并集中分析了责任规则和损失分布间的关系。后一篇文章,以科斯在《社会成本问题》中的分析作为出发点,分析了那些可用来解决争端(因财产使用的互不相容而引起的争端)的选择方案。一方非法地妨碍了另一方财产权的实现(考虑到外部性的存在),而权利(或用他们的话,授权)早已界定,在这种情况下法院也许愿意用下列两种方法来保护这种权利:通过颁布一个禁令或通过命令施害者向受害者支付赔偿金。卡拉布雷西和梅拉米德说,当在这些不同的解决方案中选择时,法庭应该根据双方合作解决争端的能力来做选择。如果存在交易的重大障碍,那么法庭就应该实行损害赔偿金方案。另外,如果交易成本较低,而使双方合作解决争端的障碍几乎为零,

那么实行禁令的方案是更可取的,因为各方当事人自己可以进行交易,以达到有效率的结果。^[45]

- 81 1970年,卡拉布雷西出版了一本现已成为经典著作的书——《事故的成本——一个法与经济学分析》。该书对责任规则的目标和作用进行了经济分析,并为进一步研究侵权法的经济分析奠定了基础。^[46]在书中,卡拉布雷西认为事故责任规则的主要目标是减少事故成本特别是他坚决认为减少事故成本的目标包括(1)减少事故发生的数目和减轻事故的严重程度(他把这称为主要事故成本的减少), (2)减少事故的社会成本(次要的事故成本的减少),和(3)减少与事故有关的行政成本(第三的或效率事故成本的减少)(卡拉布雷西,1970,第24—31页)。在本书和后来一篇扩展此论点的论文中(卡拉布雷西和赫希奥弗,1972,第19页),卡拉布雷西认为责任应该由能以最小成本避免事故的人承担——也就是那个处在一个非常有利位置上的人。他可以在事故成本和避免事故的成本之间进行成本—收益的分析,而且一旦作出决定,他就可以按决定行动。在《事故的成本》和最近一篇分析四种不同的责任规则的文章中(卡拉布雷西和克莱沃里克,1985),卡拉布雷西总结说,只有在广泛的经验研究之后,才能提出明确的方案,问题是很难获得一些对作出这些经验判断十分必要的数据(卡拉布雷西,1970,第14页)。^[47]正是在这种背景下,人们就必须理解诸如埃泽哈克·恩格勒德的评价(1993,第32页)。恩格勒德总结说:“卡拉布雷西的经济分析既深奥,又细微,但它只能表明一些相关的,需要考虑的东西……具体的解决办法仍需政策决策。”

[45] 这个观点在近来的研究中已经被修改、限制和扩充,包括波林斯基(1979, 1980)、艾尔斯和塔利(1995)以及卡普洛和萨维尔(1995a, b)。

[46] 萨维尔(1987)的贡献在于扩展了卡拉布雷西的开创性工作。科梅萨(1990)曾研究过卡拉布雷西在侵权法理论中影响的证据。

[47] 就像卡拉布雷西和克莱沃里克(1985,第626页)的结论,“最终,选择在这中间……这个[试验、规则]……是,就像我们已经重复所说的,完全经验主义的。”

虽然纽黑文学派直接与政策决策的过程有关,而且有较大的关联,但是人们必须认识到卡拉布雷西的著作并没有完全集中在侵权法的效率问题上,反而持续关注公正和公平——纽黑文学派研究方法的特点之一。正如卡拉布雷西(1970,第24页)强调的那样,任何事故法体制都有两个主要目标:第一,它必须是公正或公平的;第二,它必须减少事故的成本。卡拉布雷西接着继续说,“除非该体制把哪些是好行为,哪些是坏行为和哪些又被认为是中性行为考虑在内,否则没有一个事故法体制能够运作起来。任何鼓励坏行为的事事故法体制,对评论家和社会大众来说,都是不公平的,即使从经济学角度来看,这种体制确实是有效率的”(卡拉布雷西,1970,第294页)。

正如恩格勒德评述的那样,“卡拉布雷西拒绝相信经济效率是分配事故损失的唯一标准。他坚持认为财富效率是唯一的,并且应该从‘正义’出发来分配财富效率”(恩格勒德,1993,第33页;同样可参见卡拉布雷西,1980)。^[48]的确,卡拉布雷西本人也曾有力地论证过:“关于在分配方面什么是适宜的,律师经济学家,作为学者,也许有许多可以说……我们能发展出很多‘公正分配’的学术定义,既有理论性的定义,又有基于经验研究的定义”(卡拉布雷西,1991,第1228页)。这样,纽黑文学派持续关注的不仅包括效率和分配,而且还包括公正和公平;并且这种关注都可在吉多·卡拉布雷西开创性的著作中找到根源。 82

支持个人选择,赞成使用像市场、民主政治过程这样一些能促进个人选择的机制,纽黑文学派正是在这样的制度背景下,确立了他们的研究重心——效率和公正。鉴于这一点,他们宁愿选择像税收和补贴这样的政策机制,因为它们能产生一些影响个人选择的激励,所以他们不太重视使用那些法经济学芝加哥学派十分相

[48] 关于卡拉布雷西的分配思想哲学的分析,参见艾顿尼斯奥(1988,723—734页)。

信的普通法救济方案。

相比其他的学派,纽黑文学派使用法令和规章的范围更广,也更依赖一些结构严密的政府制度来帮助解决社会上出现的众多市场失灵现象。因此,他们十分重视研究政府制度的运作情况,而且在寻求解决法律经济问题办法的过程中,他们(总是着眼于配置和分配的影响)也非常强调运用公共政策分析和社会选择分析这两种工具。(罗斯·阿克曼,1992,第6页)。

纽黑文学派强调研究政府政策运作过程的所有方面,这就使得建立一个政府行为模型变得必要。这里使用的模型是一个理性行为者的模型。理性行动者模型与本书探讨的其他各种思想学派存在着某些共同点,这将会变得很明显。纽黑文学派研究缺少的是支持财富和财产分配现状规范的根据和那些常常被认为是属于公共选择学派和法经济学芝加哥学派的保守思想要素。更确切地说,纽黑文学派研究的支持者们“认识到现有的产权分配(由此产生的财富分配)是非常随意的,缺乏有力的规范理由”(罗斯·阿克曼,1992,第6页)。他们认为在处理市场失灵的情况时,政策分析家应该努力确定各种可得到的政策选择,而且他们主张政策分析家这样做的时候决不能像公共选择学派那样优先考虑分配现状,也不能像芝加哥学派那样事先赞成普通法是最优的解决办法。^[49]

法经济学芝加哥学派强调普通法的效率,而纽黑文学派则重视从有着较广基础的政策制定角度来研究法经济学。这两个学派研究重点之间的分歧在侵权领域可以得到更好的说明。就处理事故而言,芝加哥学派提倡通过制定“最小成本”规则,促进那些有效率的普通法补救方案的出台,而纽黑文学派则更依赖于制定法。在纽黑文学派的影响下,普通法的作用被狭隘地认为是“增强规章

[49] 罗斯—阿克曼(1992,第20页)命名“完全无瑕疵”的法经济学芝加哥方法作为“法律对经济学相互关系分析的全面见解”。更一般地参见罗斯—阿克曼(1992,第2章)。

的执行力度”和处理一些“有着广泛基础的规章都解决不好的情形”(罗斯·阿克曼,1992,第131页)。

为了证实这个观点,斯蒂文·萨维尔(1987,第277—290页)提 83
出了以制定法为基础的体制的几个优点:(1)危害随着人口的流动扩散到更大的范围,这样就减少了个人上诉的激励并产生了组织集团诉讼的高额成本,因此制定法是可取的;(2)因为那些引起危害的人没有足够的资源(金钱)来赔偿他们造成的危害,所以普通法事后赔偿体制不会对他们产生强有力的威慑。而相反,此时制定法就能对他们产生足够的威慑;(3)事前制定法可以避免说明因果关系的问题,而在侵权案例中,因果关系是非常重要的;(4)当各种不同的伤害事件有相似的成本—收益结果时,制定法就可以把相同的规则应用到那些处于相似境况里的施害者身上,由此避免了裁决许多个案的必要;(5)在很多情形下,实施制定法体制的成本要比实施侵权体制的成本低。^[50] 在阐述这种体制结构时,苏珊·罗斯·阿克曼(1992,第121页)表示,污染的侵权行为、产品责任和医疗事故特别适合制定法的管理。这些制定法采取事前激励的形式,从而使公司或工厂对制定法提出的损害赔偿金作出回应。因此,在这些情形下,制定法要比侵权普通法更好,更有用,法庭也只对下面两件事进行判决(1)裁决一些因制定法中的“空白”而产生的争端,和(2)处理一些侵权情况——在这些情况下,鉴于侵权行为的特有性质,制定法至今还没有被颁布或者目前仍是不可行的(罗斯·阿克曼,1992,第128—131页)。

[50] 参见罗斯·阿克曼(1992,第120—121页)。

第三章 公共选择理论

84

尽管资源稀缺,各目标间也存在冲突,但是在交易或交换过程中所出现的,用最狭隘的或最广泛的措辞表达出来,仍不是解决最大化问题的方法。出现的就是出现的,就是那么回事。(布坎南,1975,第226页)

引言

公共选择理论可以定义为非市场决策的经济分析——这个理论把个体决策者当作是一个复杂的、能产生政治结果的互动过程的参与者。另外,公共选择理论也可以被定义为,经济分析在政治决策上的应用,它的研究领域涉及国家理论、投票规则和投票者行为、政治冷漠、党派政治、互投赞成票、官僚选择,政策分析和管制。^[1] 这样,公共选择也就构成了研究法经济学的一种方法。公共选择主要通过政治过程来研究法律的产生和实施,而这与芝加哥法经济学所强调普通法研究形成鲜明对比。

现代学者对公共选择理论的关注起源于20世纪50年代中期一些公共财政学者的研究。那个时候这些公共财政学者跨出了政府税收和支出政策的范围,转而努力研究投票理论。公共选择学派的两个著名的先行者是邓肯·布莱克和安东尼·唐斯。公共选择

[1] 这个评论从约翰逊(1991)、穆勒(1989)、麦克莱恩(1987)和布坎南(1972, 1986)。

学派正式确立之前的文献,包括邓肯·布莱克在 20 世纪 40 年代后期写的一系列文章到其开拓性的著作《委员会和选举的理论》(1958)为止。安东尼·唐斯早期的贡献是著名的《民主的经济理论》(1957)。1957 年,詹姆斯·M·布坎南和沃伦·纳特在弗吉尼亚大学建立了托马斯·杰弗逊政治经济研究中心,标志着公共选择理论的正式确立。1963 年成立了“公共选择学会”(最初叫“非市场决策委员会”),接着 1966 年又创立了名为《非市场决策文集》的经济学杂志。两年后,该杂志改名为《公共选择》。1969 年在弗吉尼亚理工学院创建了公共选择研究中心。此后不久,日本和欧洲的公共选择学会也相继成立。1982 年,公共选择研究中心整体搬迁到现在的地址——乔治·梅森大学。公共选择理论目前已经取得了一定的发展,并由以下几部分组成:(1)公理性的社会选择理论;(2)关于官僚、立法机关和国家的传统公共选择理论;(3)交易经济学,契约的公共选择理论。^{〔2〕}

涉及分析官僚、立法机关和国家的传统公共选择理论分支,主要是围绕“经济人”的概念展开的。“经济人”是微观经济学中一个传统的利益最大化基本范式,^{〔3〕}在这个范式中,个人(不管在政治舞台上还是经济领域内)都被认为是追求效用最大化的人,即他们的行为都能实现效用最大化(尽管在他们的效用函数中还存在不少的争议)。这个公共选择理论分支主要的应用范围包括管

〔2〕 这里由于篇幅限制,我们将不研究公理性的社会选择理论。公理性的社会选择理论是福利经济学理论和研究真实价值社会福利函数文献的结果。给定在明确表达真实价值社会福利函数的许多困难条件下,社会选择理论提出了各种不同的公理(基于特殊的价值判断)和试图决定各种集体选择过程的结果(典型的各种投票机制)。至于真实价值社会福利函数和公理性的社会选择理论的文献的简洁评论参见穆勒(1989,第 373—407 页)。经发展社会选择理论已经变的高度数学化和抽象化。其后的研究参见米切尔(1982,第 98—101 页)。

〔3〕 布坎南(1986,第 25 页)也称这个为“最大化—稀缺—配置—效率”的范例。

制,^[4]立法机构^[5]以及政党,^[6]和官僚理论。^[7]而公共选择理论中的交易经济学理论关注的则是交换过程、交易过程,协议过程和合同过程,也就是,在政治、经济领域里人们间达成自主协议的所有过程。^[8]交易经济学的模型首先把个体决策者当作是分析的基本单位,然后根据一个复杂交换的范式来考察政治和政治过程,从而使人们理解集体行动。

在上述的每一个领域,公共选择理论都有实证研究和规范研究两个部分。^[9]在实证研究部分中,根据效率标准,公共选择考察的是:(1)立法机关的政治过程和早期的制定法;(2)官僚决策的原则和官僚决策;(3)管制过程和已颁布的法规及规章;(4)立宪过程,其强调立宪的原则。就规范研究部分而言,指导立法的制定法,官僚法规,管制改革、管制法规,以及增进效率的宪法条款,这些领域中每一个都用将被采纳的改进方案进行了分析。从法经济学的角度看,有一点应该是很清楚的,那就是公共选择理论研究的重点在于立法的非司法方面,同时它把对法官制定的法律进行效率分析的研究工作(尽管不是全部地^[10])留给了法经济学芝加哥学派。

从一开始,我们就应该注意到如果公共选择理论有一个明确

[4] 参见斯蒂格勒(1976)和佩尔兹曼(1976)。

[5] 参见萨加特和托利森(1986)、费思和托利森(1983)、斯蒂格勒(1976)以及佩尔兹曼(1980)。

[6] 早期的工作包括唐斯(1957)和赖克《政治联盟理论》(1962)。

[7] 早期的工作包括塔洛克《官僚体制的政治学》(1965)、唐斯《官僚内幕》(1967)以及尼斯卡宁《官僚政府和代议制政府》。也可参见尼斯卡宁近来更进一步的处理(1994)。

[8] 交换制度是由哈耶克建议采用的术语和19世纪交换科学的“交换学”的早期思想是一致的。交换制度的概念在布坎南(1986,第19—27页)中描述。

[9] 至于公共选择理论的实证和规范要素的一个简洁和关键的评论,参见费伯和弗里克(1991)。

[10] 例如,法官弗兰克·伊斯特布鲁克(1982)争论到因为它依赖于多数投票,所以最高法院的观点必然无法保持连贯性。

的特点,那就是支持该理论的学者拒绝接受传统政治学的两个基本原则。首先,他们拒绝接受政治学的国家观,第二,他们也拒绝接受“政治官员(议员、管制者、官僚等等)为了共同的利益或为了公众的利益而努力工作”的观点(格沃特尼和瓦格纳,1988,第7页)。值得注意的是,一般认为,上面提出的两个研究分支(尽管,当然并不是对所有的支持者都认为)刚好把一些研究人员分成芝加哥公共选择理论学者和弗吉尼亚理论家两部分。一般来说,芝加哥公共选择的倡导者,参与经验研究并相信“使稀缺资源的分配效率最大化”的范式。另外,支持弗吉尼亚公共选择学派的学者尽管承认芝加哥学派经验主义者的工作,但在交易经济学理论的背景下他们仍强调研究与宪法决策有关的理论。也许布坎南(1986,第20页)最能清晰地描绘出法经济学这两个研究分支之间的紧张状况。他说我们应该“取消最大化的范式在我们经济学工具箱中的支配地位……不应该根据资源稀缺性约束来定义我们的研究方法……和停止过分忧虑资源分配及其效率。”正如上面描述的那样,公共选择理论的两个分支——经济人和交易经济学,都有实证和规范的研究部分。然而就我们在本章中的目的,实证研究工作主要是通过“经济人—立法机关和官僚—芝加哥学派”来解释的,而规范的研究部分则是通过“交易经济学—宪法—弗吉尼亚学派”来说明的。

方法论的“封闭”

公共选择理论(两个分支)都关注政治过程,因此,该理论也被认为是传统新古典经济学范式的“扩展”(在这些传统的范式中,政治过程被认为是既定的)。就像市场交易一样,在政治过程中,订立契约的动机也在于双方的互惠和获得那些只有参与交易才能得到的收益。同时,就分析的本质而言,公共选择理论也可被理解为

是一场向着“封闭”前进的运动,它的每一个观点几乎都值得详尽地阐述。

一方面,公共选择理论代表着一种“扩展”,因为公共选择理论的支持者们认为他们的研究方法是突破了新古典经济学理论的狭隘限制去考察一些在新古典经济中被普遍认为是既定的政治限制、法律限制和社会限制。有关国家、投票原则、投票人行为、政党政治、游说、官僚选择和管制的理论,把传统的公共选择理论与主流的新古典经济学区分开来,因此把经济分析正式应用到这种学科上也是很重要的。

87 从方法论的角度看,公共选择理论代表的是一个分析封闭体制的运动(布坎南,1972)。在新古典经济学里,政治制度、政治决策者和政治决策都被认为是经济活动的外生要素,而在公共选择理论中,制度和决策则是内生要素。也就是,理性的效用最大化者不会只在一个可以交换货物、服务和生产要素的市场上行动,他们会与别人进行交换,耗尽从交易中获得的收益,同样还是这些理性的效用最大化者他们也会通过参与各种政治决策来提高他们的效用。结果,社会的稀缺资源就通过市场和政治过程,由同一批但是以不同角色在起作用的理性效用最大化者进行配置。詹姆斯·M·布坎南曾描述这种朝向封闭的方法论运动:

市场中的人的行为和政治过程中人的行为之间有一座极其重要的“桥梁”,我们有必要对此“桥梁”进行分析。而“公共选择理论”可以说就是架设了这样的一座桥梁。公共选择理论研究方法只要求简单地假设,不管在市场里还是在政治过程中,个人都是起作用的。其实政治决策也不是由天上那些无所不晓的神制定并传递下来的。在市场交互作用的过程中,在政治—政府交互作用的过程中,在合作—非政府交互作用中和其他的安排中,我们都能看到个人行为的重要作用。我现在使用的“封闭的行为体系”这个词,没有别的

意图,只是想说分析的范围应该扩展出去,去分析人们在其他几个独立职位上的行为。(布坎南,1972,第12页,增加的重点)^[11]

公共选择理论——经济人

公共选择理论的“经济人”分支试图建立一个有逻辑的、实证、稳固的理论,从而把个人行为与集体行为联系起来。该理论分支试图解释政治过程——如政治结构,官僚运行规则和宪法条款——事实上是如何运行的。即,该理论试图通过研究来理解和解释在当前的或其他的政治规则下,由立法和官僚决策参与者的理性行为产生的立法的和官僚的结果。詹姆斯·格沃特尼和理查德·瓦格纳(1988,第7页)对此描述得十分贴切,“公共选择对政府的作用就如同经济分析对市场的作用一样。在两种情况下产生的结果都反映出个人的选择和能影响个人选择的激励结构。在政治舞台上,主要的演员有投票人、政治家和官僚。”该理论主要分析集体秩序的政治规则(以后就叫政治规则)——包括在某个给定的时间点上流行的那些规则和新规则的制定。议员和官僚都是在这些政治规则的指引下做政治决策的。这些规则不仅给议员和官僚作出决策的能力和范围提供了判断,而且还提供了约束限制。

实证公共选择理论的目标是,当个人和由个人组成的集团参与政治过程的时候,根据个人和集团的理性的效用最大化行为来描述和解释政治结果。源于这些模型的一些主张,可以从对集体

[11] 就像布坎南所证明的,朝向封闭的运动在克努特·威克塞尔的研究和19世纪晚期意大利公共财政学者团体中有他的根源,这个团体包括安东尼奥·德维蒂·德马可、阿米克尔·普维尼、莫罗·法斯阿娜、玛塔赫·潘诺隆尼。参见布坎南(1986,第23—24页)和布坎南(1988,第7页)。

决策过程参与者的一些观察得到的行为中找到经验支持或者受到驳斥。该理论不仅考察在直接民主制度下投票原则的结果和问题,而且还考察代议民主制度里立法机关和官僚机构的运作情况,同时它还重点分析了一些政治规则(这些政治规则是用来构造激励的,因此最终会影响政治决策者决策行为)。^{〔12〕}考虑到在代议民主制度里盛行的政治规则不仅给官僚们提供了判断,而且还给他们带来了不同程度的约束。由于存在着这种处理权和约束相结合的现象,与政治规则有关的决策自由常常是模棱两可的。

公共选择理论在这个领域(经济人理论分支)的许多研究工作不是在直接民主制度背景下进行的,就是在代议民主制度的背景下展开的。从法经济学的角度来看,研究问题是典型地按下面的线索拟定的:为了提高实现一个能促进社会稀缺资源有效分配的政治结果的可能性,哪些投票原则或程序(在直接民主制度下或在代议民主制度下)将会激励投票人投票(或去获悉相关的公众问题)。他们关心的也是这样一些问题:哪些投票原则或程序会产生激励,激励投票人(不管是个人还是代表)在这样一些问题上(如提供哪些公共物品,提供多少公共物品,应该批准多大的量用于消费)投赞成票,投反对票或者弃权呢?

直接民主制度——原则和问题

一些论述直接民主制度下公共选择问题的文献,主要集中在分析投票机制和一些用来通过法律或制定政策的标准。^{〔13〕}在立宪决策阶段,基本的“博弈规则”正在被构造和设计出来,不过此时人们面临的主要问题是为社会确定投票原则设计基线。其中有一个

〔12〕 至于政治家和官僚主义者属性分析的概要评论参见赖斯曼(1990,第56—62页)。

〔13〕 选择投票规则更广泛的讨论在穆勒(1989,第4—8章)中能被找到。

办法是采用一致同意原则,一致同意原则吸引人的地方在于它是惟一能确保法律改变是向帕累托较优状态运动的原则,因为如果提请通过的法律或规章将使某个人的境况变得更糟,那么那个人就会投票反对它,从而阻止该法律或规章的通过。这个观点的起源要追溯到克努特·威克塞尔当初提出用一致性原则来处理公共物品的供应。这条原则要求每一条授权政府支出的决定,都应该有一部相关的税收法案来为政府支出提供资金,进一步说,应该按照一致同意原则通过一部支出—税收的联合法案。^[14]后来埃里克·林达尔(1919)和其他学者撰写的一些文章表明通过收益和责任 89 的适当分配,一致同意是能够实现的。^[15]

尽管一致性原则具有的效率性质在表面上看起来十分吸引人,但是实施该原则也有两个难点:第一,从时间和其他资源来看,设计出一个博得一致同意的建议是十分昂贵的;第二,一致性原则会激励人们采取策略性的行为——决不退让,并提出,如果不分配给他们额外的收益或较低的责任,他们就要否决提请通过的法律或法规的威胁,鉴于这种激励,要通过许多新法律或新法规将是不大可能的(约翰逊,1991,第161页,穆勒,1980,第50—52页)。

考虑到与一致性原则有关的这些困难,某种多数裁定原则就通常被认为是最理想的投票标准。这里的问题是多数裁定原则并不能保证只有那些帕累托最优的(也就是不会使人的境况变得更糟,但至少能使一人的境况变得更好)法律或法规才能被通过正式成为法律。不过,若要确定有效率的投票原则,首先就要意识到所有的投票原则都是成本很高的。这些成本包括两种,并且是这两种成本之和:(1)决策的外部成本(EC)——该成本由那些不同意

[14] 参见威克塞尔(1986)。这个研究工作的重要部分看来就像威克塞尔(1967)“公平税赋的新原则”。

[15] 这个最直截了当的应用是公共物品的范畴。通过调整个人税收的分配(“林达尔价格”)来反映价值,也就是在被讨论的公共物品上这些个人所寄予的价值,一个人能够无异议的同意供应和提供资金资助有效率的公共物品的数量。

此项决策的人承担；(2)决策成本(DM)——与做此项决策相关的交易成本(见图3—1)。

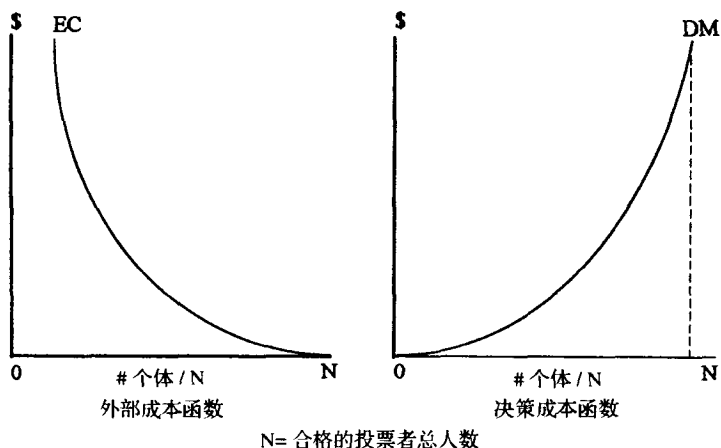


图 3—1

90 EC 随 N (N 是指通过一项议案所要求的投票人数) 的增加而减少, 因为当我们考虑采纳一些越来越符合一致同意要求的决策原则时, 可以施加在外来方身上的成本就会越来越少。DM 是 N 的一个增函数, 因为当我们考虑采纳一些越来越符合一致同意要求的决策原则时, 要使越来越多的人参与决策过程也变得越来越高。这些外部成本和决策成本之和(图3—2中的 TC) 表示实施任何一条决策原则的总成本。在立宪的决策阶段, 对具体的每一类公共政策, 其目标是确定使两种成本之和最小(U 形成本曲线 TC 上的最低点) 的决策原则(也就是, 采纳一个提请通过的法案所需要的票数)。在不采用一致同意原则, 而选择“最低成本最优多数”原则的过程中, 社会实际上已经选择了最有效率的原则(布坎南和塔洛克, 1962, 第 43—84 页)。

正是在这种意义上, 我们注意到一部被很“理性地”(或也许更

确切地说,“经济地”)构造出来的宪法应该考虑到一些不能严格满足帕累托标准的集体决定。孤立地看某一类公共政策,也许我们会作出一些不能严格满足一致同意要求的集体决策,然而,从更大的范围来看,在宪法决策的层面上,关于要运用什么决策原则的集体决策的确能够获得合法的地位。这是因为尽管决策也许不是帕累托有效率的(这里只要求五分之三的选票,而不是一致同意),但是这个决策是根据一个具有成本最小化优点的原则作出的。也即,这是一个能使外部成本和社会决策成本最小化的原则。因此,它就实现了合法的地位。

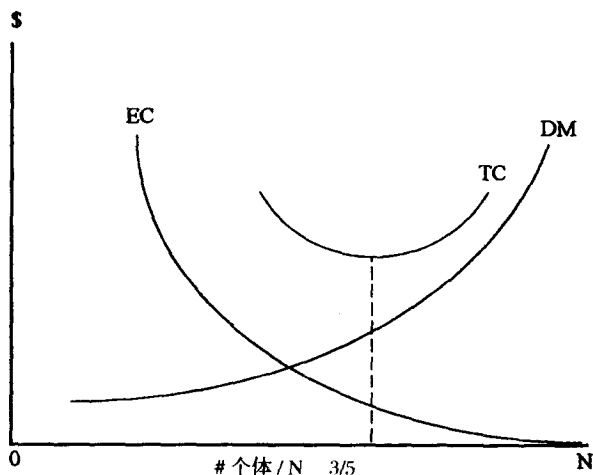


图 3—2

正式通过一部法律需要“多数”的票数。这个“多数”的大小 91 (例如,“简单多数”——51%,或“超多数”,比如说,2/3)在法经济学中是十分重要的,因为它不仅影响一部法律通过的可能性,而且还影响法律首先采取的具体形式。在简单多数的原则下,如果投票者不具有“多峰偏好”(简单说,他们的偏好既不会偏重两个极

端,也不偏重中间),^[16]那么中间投票者定理表明一张特定选票的去向将反映中间投票者的偏好。鉴于这点,人们就可以期望草拟(或修订)一些法律或规章以便满足中间投票者的偏好。相比简单多数原则,超多数投票原则要求很大一部分选民必须有足够兴趣来保证通过一部法律,因而用不同的形式(如以不同的水平或通过收益和责任的不同分配)来组织法律或规章也许是必需的。另外,必须明白议案投票的顺序对于决定哪些议案将被通过也许是很重要的。这是一个有关议程控制的问题——组织投票的顺序以确保得到一个有利的结果。因此,采用的投票原则和投票议程在确定法律—经济政策实际采取的形式方面发挥了重要的作用。

有一点应该很清楚:多数原则并不能保证获得通过的议案在帕累托意义上是有效率的,多数原则也不能保证获得在卡尔多—希克斯意义上有效率的变化(赢家的收益将超过输家的损失)。问题在于简单的“一人一票”制度并没有允许人们登记他们赞成或反对某个议案的偏好强度。例如,议案也许以70%的票数通过了,但是70%投票赞成该议案的选民所得到的也许要比30%投反对票的选民所损失的少。不过有一个方法可以避开这个问题,那就是允许选票买卖,然而这是不合法的。现在人们为避开这个问题而运用的一个机制是游说,或交换选票。就某个具体问题投票,某些选民占少数,但是他们对这个问题又非常在乎,此时他们也许就愿意把他们在一些不那么在乎的问题上的选票和其他选民在他们很在乎的问题上的选票进行交换。从效率的角度来看,游说是一把双刃剑,它使得一些有效率的议案事实上以多数票数通过,要不然这些议案是得不到多数票数的;然而它也使一些无效率的议案

[16] 在多峰偏好和投票含义的问题上有着丰富的文献。穆勒(1999,第3章)提供了一个很好的讨论。

得以通过,而这些议案原本是不会被采纳的。^{〔17〕}

代议民主制度——原则和问题

在代议民主制度的背景下,公共选择学者把他们的注意力转移到正在参加竞选的或已被选上的政治家的投票模式上。假设人们能够把他们的立场在一个标尺上(这个标尺也许要超出从极度开明到极度保守的范围)进行次序排列,那么正参加竞选的议员或已选上的议员(他们都是选票最大化者)将采纳中间投票者喜欢的方案以免被对手或反对党的人挫败。现在人们特别关注围绕决策领域的投票和工作原则而产生的激励,因此不管政客还是官僚都在人们的严密监督之中。 92

〔17〕 一个重要的相关问题是那里是否有能把个人偏好转变成集体偏好的一些伦理学上可接受的机制(也即选举办法)。阿罗不可能定理提出这是不可能的。阿罗提出,在一个民主社会里,一个集体决策规则应该满足以下伦理标准:

(1) 不管选举者偏好的配置都能作出一个决定。这样,例如假如有一些人有多峰偏好这个程序也不会崩溃。

(2) 必须有可能排序出所有可能的结果。

(3) 必须有可能对个人偏好作出回应。特别地,假如每个人都是 A 偏好于 B,那么社会的排序也必须是 A 偏好于 B。

(4) 在某种意义上必须有一致性,假如 A 偏好于 B 和 B 偏好于 C,那么 A 偏好于 C。

(5) 社会对 A 和 B 的排序只依赖于个人对 A 和 B 的排序。这样,对于国防支出和国际援助的集体排序是不依赖于个人对这两个中的一个相对于为治愈艾滋病研究的排序。这种假设有时候称作不相关选择的独立性。

(6) 专政被取消。社会偏好必须不只是反映单个人的偏好。(罗森,1995,第130页,重点被省略了)。

阿罗不可能定理表明那里没有集体决策机制能够满足这六个合理的伦理特性。然而,假如这些特性中的任何一个被放弃,那么就有可能设计出一个决策规则来满足剩下的五个特性。

政治家

在公共选择的“经济人”理论分支中,人们提出了各种不同的模型。这些模型假定政客和议员在如选票、权力和政治收入这样一些因素的基础上作出使他们的利益最大化的决策,例如在公共选择的这个理论分支里,许多模型都集中研究议员和政党在政治运动期间以及执政时期的行为。

对于政治过程,公共选择理论的观点主要表现于分析政治结果为何常常是无效率的。对当前政治过程的不满通常也是以下面的方式表达出来,如果政治家在担任公职期间寻求和获得“政治收入”过程中的行为只是在现实政府的运行和制图板上理想化模式之间产生了一些“松懈”,那就不必在这里担心了。不过如果政治家的这种行为始终影响政府向更大的规模发展,那它就变得与我们的目的有关了。而目前这种影响似乎是存在的。”(布坎南,1977,第13页)。

投票者理性的“无知”和议员自利的期望极大提高当选(再次当选)的可能性,这两个概念处于中心位置。至于后一个概念,在公共选择理论中议员们的动机不是他们想提高公众利益,而是想赞同一些方案和/或投票同意通过可以最大化他们在选民们号召力的法律,或投票同意那些最关心特殊利益集团(例如,主要的赞助团体,那些加强有效宣传的团体,或那些提供有政治意义保证的团体)的方案或法律,议员们通过以上的方式来提高他们当选(再次当选)的可能(谢普瑟,1985)。

至于前者,鉴于“多数”原则,投票人没理由花费时间、金钱或精力去投“信息完全”一票,因为他们知道他们投出的票其作用微不足道。不管投票人经调查研究后投票还是只凭借现有的了解就去投票,选举的结果将不会受到影响。鉴于上述这种可能性很大,投票人在许多问题上保持不了解的状态应该是明智的(理性的),也就是,保持无知是理性的。考虑到投票人获得所有

相关信息的激励很小，而政治家期望借助短期的策略或政策提高他们再次当选的可能性的激励永远存在，因而政治结果——包括法经济学中法学方面的结果——通常是无效率的。这些短期的、无效率的政策和策略之所以被执行是因为它们具有政治吸引力，但它们同时也被描述成是从长远来看对聚集经济是有害的。正是在这种意义上，公共选择理论集中研究所谓的“好的政治”与“好的经济学”之间持续的冲突上（格沃特尼和瓦格纳，1988，第7—14页）。⁹³

官僚主义

“经济人”理论分支也关注官僚决策的经济结果。在法律中常常存在着“空缺”，所以官僚的作用很重要——法律详细规定了某些目标，但就法律实施而言也许并不是十分具体。^{〔18〕} 在法律实施过程中，官僚处理权的范围越大，那么在立法目的（反映在政治决策的过程之中）与法律的实施之间出现分歧的可能性也就越大，因此分析和理解官僚的激励和官僚们为充分了解法律实施而采取的一些行动这两者的作用就变得很必要了。另外，公共选择理论也考察政府的各个部门、官僚和周围的特殊利益集团和官僚与立法机关之间的相互关系。在所有这些当中，重点是考察与信息（官僚产品的成本信息和官僚产品的评价信息）有关的一些问题。

就官僚主义而言，公共选择理论的主要观点说明了官僚决策如何的浪费和无效率及其成因分析过程。而对当前官僚过程的不满通常也是以下面的方式表达出来：

在过去的几十年中公共部门已经发展起来，与此同时公

〔18〕 这些差距很有可能是故意的，就像立法者延迟官僚主义者困难的政治选择是为了不过度损害他们重新选举的机会。

开指责官僚没有效率和反应迟钝的现象也变得越来越普遍。在过去,批评官僚决策的声音主要来自那些希望减小政府规模的人。然而近些年来,支持公共部门行动的人常常冲在最前方——指责官僚没能贯彻立法的意图,对普通市民的需求漠不关心(格沃特尼和斯特鲁普,1980,第451页)。

94

这里的中心问题是官僚的效用最大化过程与社会福利的最大化没有任何联系。官僚主义的各种模型都假定官僚的效用函数包含权力、声望、部门预算的规模、工作保障、津贴、未来工资和工作条件等要素。而当追求的这些目标与社会福利发生冲突时,社会福利也就因此降低了。而且议员们缺少一定的激励来抑制政府部门无效率的浪费。对此,在公共选择的文献中可以找出几个典型的原因:(1)政府部门没有一个易辨认的工作指标(即没有底线和没有可用数量表示的产出单位);(2)不公正的工作表现信息(即有关政府部门的信息一般还是从政府部门那里得到的);(3)出于政治原因,政府部门的运作很少会因其无效率而终止;(4)官僚和他们的客户能够组成强大的联盟,从而形成了一个能产生政治决定的利益团体。正如格沃特尼和瓦格纳(1988,第16页)描述的那样,[公共选择理论]表明官僚们面对着一个不正当的激励结构,该激励结构不仅会导致较高的单位成本,而且会产生一个使官僚产出的边际收益小于其边际成本的产出率。

公共选择的这个理论分支不仅仅关注当前的政治规则,注意到这一点很重要。一般大家都认为集体秩序的规则制定出来后并不是一成不变的,而是可以随时修订的。这些修订是在一个各方致力于改变政治规则试图促进他们自己利益的复杂过程中完成的。例如,整个社会直接的政治活动可能会导致一些立法规则或官僚主义规则的改变。但是这些政治活动常常针对立法机关而不是官僚。官僚主义规则,通过特定利益集团(如农场,劳工或教育游说团)的政治活动和官僚他们自己也是经常被改动的。总之,所

有的利益方都试图改变政治规则以最大化他们的效用,这样做的后果是扩大或缩小了处理权限的范围和对立法机关和官僚的约束程度。

规范公共选择理论的目标是建议应该采用什么样的政治改革(常常强调决策过程的效率)。规范公共选择理论的学者,根据他们的经验研究提出许多他们认为是将改进现有政治机构工作表现的建议。

契约的公共选择理论——交易经济学

在交易经济学里,自然协调和自然秩序这两个概念比最大化原则占有更重要的位置。在这里,研究重点从简单交换转移到复杂交换,即,转移到研究政治和经济活动中人们之间达成自主协议的所有过程。交易经济学的中心思想是把个人决策者看作是分析的基本单位,并根据交换范式来考察政治和政治过程(布坎南,1986,第20—21页)。^[19] 实证交易经济学研究的是在明确的规则范围内公共选择范式在简单交易中的应用。在最基础的层次上,这种研究方法关心的是决定集体秩序基本规则的立宪阶段,而在中级的层次上,这个理论关注的是政府制度结构的决定(布坎南,1975,第228页),因此,交易经济学是从经济学视角研究制度环境(人们集体互动的制度环境)的延伸。 95

交易经济学是强调研究复杂交换的科学,而这正好可以把交易经济学和传统的政治学区分开来。交易经济学根据自主交换范式来考察政治和政治过程,而政治学考察的重点是那些与“权力”

[19] 某种意义上来说布坎南指出“在‘经济’和‘政策’的边缘、在‘市场’和‘政府’之间、在‘私人部门’和‘公共部门’之间不能画出一条线。”(布坎南,1986,第20页)。

和/或“强制”有关的人之间的非自主关系。^{〔20〕} 交易经济学实证研究的主旨是说明在现有的政治制度下人们之间的分歧是如何被调解的。更具体地说,公共选择理论的实证分支在试图描述正在发生的事情的时候,希望提高我们区分下面两种制度安排的能力:那些使个人的自利与社会总福利协调一致的制度安排和那些仍旧使个人的自利与社会总福利处于冲突状态的制度安排(格沃特尼和瓦格纳,1988,第8页)。

然而研究重点很快又转移到规范交易经济学上。规范交易经济学提出:各个领域中的分歧应该如何被调解?也就是,如果人们接受了什么是交易经济学研究的基本观点——即,一种把世界当作复杂交换场所的观点,那么规范公共选择理论就出现了,并且公共选择的研究重点转移到研究制度改革。在描绘这个规范部分和叙述公共选择经济学家(无论何时、何地,只要具有市场功能的制度安排似乎是可行的)都赞成这种安排的倾向时,布坎南(1986,第22页)指出,“人们间自主交换被评价为是积极的,而强制交换被认为是消极的,这时,人们就希望用前者来代替后者,当然前提是得假定这个替代在技术上是可行的,而且在资源上的花费上也不是极其巨大的。

成功实现这种替代的方式与交易经济学支持者认为在公共政策中经济学家应该发挥的作用密切相关。简单说,在政治和政治决策的背景下,经济学家的作用是找出、创造和代理那些体现帕累托最优改变的社会安排(再安排)(布坎南,1975,第227页)。为了实现这个目标,公共选择理论集中研究在一致同意原则(为确保帕累托最优的结果)和赔偿要求下,在政治领域里进行复杂交换的可

〔20〕 布坎南强调公共选择理论的交易制度方法没有暗示、推断或者提出政治关系的权力因素是被从政治领域中或者政治过程里所发生的事情中挤出来的。他号召“政治科学学科更应集中注意力于政治安排和至于经济学更应集中注意力于市场安排”。(布坎南,1986,第19—20页)。

能性。^[21] 也就是,公共选择理论规范部分的主旨是构造一个政治过程——在这个政治过程中各种价值可以通过个人的政治行动表现出来,另外把选择团体内的人们意见一致当成肯定社会价值的惟一标准。像市场一样,政治制度也应该围绕“从交易中获得收益”这一普遍一致的原则来构造,重点是构造成本最小化的权利结构 96 和设计出通过契约、选票交换、选票买卖、一揽子交易、赔偿和妥协来解决争端的办法(赖斯曼,1990,第176页)。

公共选择交易经济学方法首先预想经济学家提出社会政策,并假定它们都是有效率的(也即暂时假定提出的办法是有效率的),然后根据社会上人们观点一致性来观察这个办法是否获得了支持。如果一个假定有效率的政策(围绕复杂的交易协议和交换协议构造出来的政策)获得一致的同意,那么在这种程度上,支持交易经济学研究方法的人就可以明确地推荐那个特定的政策。

也就是在这里我们看到了与公共选择“经济人”理论相背离的情况。强调有效率的结果的“最大化—稀缺—分配—效率”范式是公共选择理论芝加哥学派的许多文献所固有的,也是“一个可能会引起反对,在理论上与个人选择无关的分配准则”(布坎南,1986,第25页)。弗吉尼亚学派交易经济学的支持者提出的基本要点是,第一,没有一个外部标准或尺度(如效率)可以评估末期状态;第二,一项公共政策(或法律变革)是否恰当或者是否正确,不在于对于分配效率的评价有没有改进,而在于意见是否一致——集团中人们的意见是否一致。在某种意义上,一项政策之所以公平是因为全社会的人都一致采纳它,他们采纳这项政策不是因为

[21] 就像布坎南所描述的(1959,1959,第129页),赔偿的要求是基本的,“不是为了依靠道德的理由维持任何初始的分配,但是事实上,是为了决定一个人从许多可能社会政策变化中做的满足真正的帕累托规则。对政治经济学家来说为了这个目的赔偿是最好的策略。

它先验是“公平”的。^[22]

尽管“经济人”理论分支和“交易经济学”分支在研究方法上有着细微的差别,但是它们两者构成了一个综合的公共选择理论:“在 20 世纪 60 年代,70 年代和 80 年早期在公共选择领域出现的各种文献都描述这两种中心要素——经济人和交易经济学——各种不同权重的结合。有关官僚和官僚行为理论和管制理论的许多著作被认为是更具有经济人的理论成分,而有关宪法分析的著作更多的是从作为交易的政治范式中派生出来的”(布坎南,1986,第 26 页)。

寻租行为

公共选择关注的另一个要点是政治寻租行为。政治寻租这个词被用来描述“个人在国家的保护下,在寻求财富转让的过程中,浪费资源的活动”(布坎南,托利森和塔洛克,1980, ix)。^[23] 在公共选择分析寻租行为时,重点不是分析那些政府授予某些人的特权和垄断地位(有关的资源分配不当)而是去分析资源的浪费使用情况。这些资源被消耗掉或者说是浪费掉只是为了获得和/或维持下面这些享有特权的位子——花销大的政府说客、律师、会计、新闻广告员和经济学家——要知道这些资源原本都可以用于经济生产。^[24] 戴维·B·约翰逊(1991,第 329—330 页)对此的描写相当简洁明了,“垄断者把国家资源从生产活动中撤回来,并把它用

[22] 就像布坎南指出的,“在主观主义者—契约主义者的观点看来,除了被贯穿结果产生的过程所决定的以外‘效率’不能被说是存在的,只是为了评估结果模式的处理标准必须被运用。”(布坎南,1986,第 102 页)。

[23] 寻租的更进一步讨论能在布坎南等人(1980)、穆勒(1980,第 13 章)和塔洛克(1993)中被找到。

[24] 关于这个文献的批评参见塞缪尔斯和麦考罗(1984)以及曼德姆(1991)。

于寻租活动,是因为他愿意付更高的价钱。垄断者获得了一个垄断权,但对于市民来说,他们遭受了损失,因为那些原本一直用来生产真正的货物和服务的资源,现在却被用来寻租了。”

按惯例,公共选择文献认为与寻租有关的浪费可能是和所有参与者理性行为相一致的政治投资的产物(布坎南,1980,第9页)。尽管是理性的行为,但必须使浪费最小化。公共选择学派为避免浪费而提出的补救方案包括:(1)减弱政府管制的作用;(2)避免建立一些会产生“租”的政府制度;和(3)采取宪法改革,要求采用“超多数原则”(三分之二或四分之三多数)来通过寻租类的法规(约翰逊,1991,第330—332页,第334—335页)。关键是设计一些制度——这些制度不仅要能促进人们去竞争获得那些随着新产生的盈余或新创造的财富而出现的“租”,而且也能阻拦人们为得到现存的“租”而进行的浪费性的竞争(穆勒,1989,第244—246页)。

一个旁支:现代公民共和传统和公共选择

许多公共选择学者认为他们的目的不完全是愤世嫉俗的,他们只是想平心静气且不带任何偏见地描述政治过程的运作——为把众多的私人偏好纳入社会决策,以及提供政府机制的经济分析。^[25] 在这方面,公共选择是一个建立在“利益集团多元主义”这样一个现代政治观点基础之上的政治生活模型。根据利益集团多元主义,个人——认识到他们原有的禀赋,交易的成本,政治失败的成本和政治成功的收益——被认为是把他们自己的一套任意

[25] 这些描述是在“公共选择理论座谈会”上各种各样的文献集上提出了。弗吉尼亚法学评论(1988年3月)。例如参见杰弗里·布伦南和詹姆斯·M·布坎南、德怀特·R·李的文献集和特别地由马克·科尔曼所作的公共选择理论的关键分析。

的,外部的和(相对来说是)不可改变地偏好带到政治市场上,参加那些能使他们的境况比从事政治事业前更好的“交易”。正如费伯和弗里克描述(和在上面概述的)的那样,许多重要的公共选择经济模型对议员和官僚的动机都持有一个相当有偏见的看法(费伯和弗里克,1991,第2,22页)。与公共选择对政府的描绘形成直接对立的是后来渐渐出名的“现代公民共和主义传统。”^[26]如凯瑟林·艾布拉姆森(1988,第159页)详细叙述的那样,公民共和主义——美国政治的集体主义分支——是20世纪60年代历史学家关注的主要焦点,后来在20世纪80年代又成为罗尔斯自由主义的一个选择方案。在20世纪80年代中期,法学家运用了许多公民共和主义的重要观点,直到建立了现在被称作是“现代公民共和主义传统”才罢手。在有些方面,公民共和主义的倡议者与法经济学纽黑文学派的研究往来较为密切,因此他们与公共选择理论弗吉尼亚学派和芝加哥学派的许多核心观点不一致。

用最简单的话说,现代公民共和主义包含许多各不相同的成分,其中一些成分为现代自由主义提供了一种不同的规范体系。公民共和主义是一种既与司法机关有关又与立法机关有关的体系。^[27]它代表了公共决策一种不同的眼光——一种民主自治的想法,同时又结合着对集体决策(这里的集体决策不是简单地把个人偏好集成公共决策的向标)的渴望(马肖,1988,第1685页)。公民共和主义的基础就在于詹姆斯·麦迪逊在古典共和思想的修

[26] 现代公民共和主义是在“座谈会:共和的市民传统”上提出的。耶鲁法学杂志(1988年7月)。特别参见由弗兰克·米勒曼(1988)和凯斯·R·桑斯坦(1988)的文献集。其他地方,也可参见理查德·A·法伦(1989)、弗兰克·米勒曼(1986)和凯斯·R·桑斯坦(1990)。

[27] 共和主义的概要性评论大量的是从费伯和弗里克(1991,第42—47页)和这个“座谈会:共和的市民传统”耶鲁法学杂志(1988年7月)的几个文献集中借用而来。

订本中提出的一系列观点和看法。^{〔28〕} 经验已经表明古典共和相信的小规模民主体制——一种公民直接和积极参与的制度——是行不通的和不现实的,这主要是由于在许多不同的公共政策上出现了派系冲突。因此,麦迪逊对共和主义的观点包括建立一个由一些相对独立的代表组成的共和国。在一个足够大的共和国内,政治派系斗争数目如此众多以至于这些斗争将会互相牵制。因此,代表们也能够避免强大的政治派别压力,集中精力去处理一些政治审议任务,从而提高了公共利益。

从这些理论基础看来,现代共和主义不仅非常相信需要用比个人私利更宽泛的准则,而且也十分相信存在着共有价值和存在着识别出一种公共利益的可能。这样,现代共和主义预想有一个公共领域——在这个领域里,一些能够理性地思考问题且能从他们私人地位和经历中抽身出来的人通过有原则的审议和有条件的对话,在法庭上和立法机关里作出决定。^{〔29〕} 根据凯斯·R·桑斯坦的阐述,公民共和主义传统以信奉下列四条中心原则为特征:^{〔30〕}

1. 公民美德使得政治上的审议成为可能。尽管私利与政治方面的投入有关,但是私利既不是先于政治的,也不是外生于决策过程的,它们是严格审查的对象。共和主义坚持这样的看法:根据集体讨论和辩论,政治家的偏好,以距离现有问题和例行做法的远近为尺度,是可以修改的。审议旨在确保政治结果能够得到各政治党派的支持和各党派对政治结果的意见保持一致。在法经济学的背景下,刚制定出来的法律

〔28〕 对古典共和主义思想的麦迪逊修正的历史说明是从桑斯坦而来(1990,第12—18页)。

〔29〕 这点是由菲兹(1988,第1651页)以及贝尔和班塞尔(1988,第1610页)共同得出的。

〔30〕 这四个原则完全是由桑斯坦所定义的(1988,第1541—1542页,第1547—1558页)。

必须有论据和理由的支持,而不应该是自利交易的惟一结果(桑斯坦,1988,第1544页)。

99 2. 公民共和主义强调政治家之间的平等,并承诺不仅要消除政治参与的不平等,而且还要去除个人间或社会团体间的不对称影响。

3. 公民共和主义也包括普遍主义。“普遍主义”认为有可能通过审议、对话和讨论的方式来调停不同的政治党派或对公共物品不同的理念。这样说来,普遍主义是一种理想的调节手段,是一种建立在实际推理基础之上的,能产生一些既正确的又能反映公共利益的结果。

4. 最后,公民共和主义包括公民权,这一点体现在广泛保障公民的参与权上。这里指的参与不仅是功能性的(如,监督代表的行为和他们的决定),而且还有工具性作用(如,是一种灌输移情、美德和其他一些社会和公民情感的工具)。公民共和主义寻求实现公民对国家制度的控制,另外通过权力分散和自主来促进地方控制。

由此,现代公民共和主义认为政治参与者,在集体自主的不断发展过程中和通过集体自主的过程,使他们自己的私利服从于公众的和公共的利益。共和主义把政治看成是一个与私人部门的生活有序化完全不同的领域——在许多方面是一个更好的领域。^[31]对共和主义者来说,政治生活已完全超越了利用政府去追求私人生活目的的这层意义(追求私人生活的目的是自由主义的基础原则);公民参与政治生活使他能够致力于追求一个公共的事业,这样就超越了私人部门关心的一些纯粹私人的事情。

[31] 这点由爱泼斯坦(1988,第1633页)得出,他肯定地描述了公民共和主义,指出“政治提供了一个职业在那里我们能够发现个人价值和尊重的最高表达方式。政治成为一个高尚的职业”。

在现代共和主义传统里,政府在某种程度上扮演的应该是一种创造性的力量,它既是一位伦理道德教师,又是公共观点的一种反映。政府是一个舞台——在这个舞台上,个人偏好(那些在公共选择理论中被认为是神圣不可侵犯的个人偏好)是在继续进行的有关“什么公共政策属于公共利益的范围”的辩论和对话中被形成和被改良的。根据相关信息和不同视角进行的集体讨论和辩论,现有的欲望都是可以修正的。共和主义并不要求“浪漫地”解决政治分歧和政治争议。实际上,政治分歧和争端正是构成了政治对话的基础,因而也形成了一种创造的和教育的力量。弗兰克·I·米歇尔曼(1979,第509页)就此评论道,“政治必须是一个共同寻求好的或正确的办法来解决我们自我发展方向问题的过程。”随着辩论继续向前发展和偏好的形成,个人现在已了解了正在追求的更大利益,也愿意把他们的私人利益放在次要的位置,相应地约束他们自己的私人追求以实现更大的共同利益。

凯斯·桑斯坦把公民共和主义思想应用于洛克纳^{〔32〕}时期, 100
这个例子就可以很好地说明这种研究方法。洛克纳时期是指从1905年到20世纪30年代早期这么一个时期。在那个时期,审判员们非常依赖宪法的正当程序条款来推翻一些被认为是具有不正当限制的(因而是专断的和易变的)经济规章。在“洛克纳诉纽约州”的案子中,美国最高法院就废除了纽约州的一部关于把甜食店和面包房工人的最大工作时数定在每天10小时或每周60小时的法律。最高法院认为这部法律违反了“第14修订案”的正当程序条款,并且声明:“法令必须有一个直接的关系作为实现目标的手段,而目标本身也必须是适当的和合法的,只有这样,一个妨碍个人一般权利——人身自由权和自由签约出卖劳力的权利——的法令才可以被认为是有效的。”(洛克纳诉纽约州案,第57—58页)。

在从现代公民共和主义的立场来评论“洛克纳时期”的过程

〔32〕 洛克纳诉纽约州案,198,美国45(1905)。

中,桑斯坦说,法庭假定存在一个自然的、且先于政治的私人领域,这也就成了经济立法的一个障碍。^[33] 公民共和主义也十分怀疑审判机关处理法律和政治的方法——这些方法依靠一些据说是早于法律和政治审议的权利。这样,洛克纳法庭判决存在的根本问题是判决依赖于一些自述、现状和普通法的底线。正如桑斯坦争论的那样,一些支持这样阐述的观点是社会强势势力的产物;这些价值立场也必须经受政治和法律的审查和评价。因此,法庭采取站在洛克纳一边的立场时,就忽视了法律的组织功能,从而也就忽视了现存的惯例是怎样取决于司法制度过去和当前决策的。

在法经济学中,法律的发展和形成那部法律的根本原则都值得商榷。对公共选择理论芝加哥和弗吉尼亚学派所固有的利益集团多元主义来说,现代公民共和主义具有的审议本质仍然是一种选择。不过公共选择理论和共和主义彼此是直接冲突的,这一点很清楚。费伯和弗里克在下面的描绘中清楚地说明了这个冲突:

在公共选择理论冒着“犬儒主义”风险的地方,其实共和主义也濒于“浪漫主义”的边缘……公共选择理论家觉得真正参与投票的人数没法说清楚,而共和主义者都认为这是公民美德的一个示范案例。公共选择理论家觉得每部法律里都有“自利”的影子,共和主义者则希望在这些法律里找到追求公共利益的迹象。在一些地方公共选择理论家看到的只有无计划的绕圈子和一些只有战略意义的行为,但是共和主义者在这些地方却能觉察到进行真正政治对话的可能(费伯和弗里克,1991,第45页)。

[33] 这部分大量是直接来自桑斯坦(1988,第1579—1580页)讨论洛克纳时代中而来的。

第四章 制度主义法经济学

在这里,我们感兴趣的是统治制度和统治系统的绩效及 101
我们如何才能客观地而不是猜测地分析和理解决定统治绩效
的变量。其所包括的动力机制是双重的:首先,能使我们更好
地理解经济及政治系统的运行;其次,也能使我们可以更好地
选择并完成富有意义的、有重大影响的制度变革。关注的焦
点在于人与人之间的相互影响及可供选择的财产权是如何影
响其最终结果的(施密德,1987,第 xi 页)

引言

法经济学的制度主义分析源于诸如经济学家亨利·C·亚当斯(1954)在经济学与法学、理查德·T·伊利(1914)在财富分配的财产和契约关系、约翰·R·康芒斯(1924,1925)在经济系统的司法基础及韦斯利·C·米切尔(1927)在价格系统的规律及其现代经济中的地位的研究工作之中。制度主义分析方式的重要构成要素也能在制度经济学的鼻祖如索尔斯坦·凡勃伦(1889,1904),其既是一名律师又是一位法经济学家,罗伯特·李·黑尔^[1]和沃尔顿·H·汉密尔顿(1932)和一些法学家如卡尔·卢埃林(1925)、杰尔姆·弗兰克(1930)和罗斯科·庞德(1911a,b,1912)等学者的研究中发现。

[1] 关于黑尔贡献的进一步研究,参见塞缪尔斯(1973)和达克斯伯里(1990)。

制度经济学(由沃尔顿·H·汉密尔顿在1919年命名的)基本上是美国学者对经济学思想作出的贡献,如法学现实主义,“在19世纪20年代及19世纪30年代早期,这个学派达到了全盛时期”(贝尔,1967)。而且,直至今天它仍然在美国有着较为强劲的发展势头,在欧洲的影响力则相对而言弱一些。为了使读者能更好地了解现在的制度主义法经济学所依据的基础,我们将首先对制度经济学作简短的概述。^[2]

102 制度经济学

制度经济学提出了一种用有些非主流的分析方法来研究经济社会。就如它的名字所暗示的,制度经济学将分析的重心置于研究经济系统中的制度安排。在制度经济学中,对制度有各种不同且宽泛的定义。约翰·R·康芒斯(1934)将制度定义为作为“控制个体行为的集体行为”,且作为“在约束、放松及扩张的个体行为中的集体行为”,因而,这个定义所强调的是被主流经济学家视为原本给定且独立存在个体的社会基础。索尔斯坦·凡勃伦(1899)所定义的制度是指“被广泛遵循的习惯思维和在任何约定时期内占统治地位的惯例”,因而,其所强调的是制度的疑问且以信仰为导向的特性。赫伯特·J·达文波特对制度定义在本质上结合了这两种定义,其将制度作为“一种运作的人类想法或习惯合意——一般被置为对思想的态度和普遍适用的行为准则如私有财产、遗产、政府、课税、竞争和信用”。(斯里瓦斯塔瓦,1965,第470页)。

制度经济学经常被描述为“对抗拘泥形式的反叛思潮”的一个组成部分(施皮格尔,1971,第629页),这个反叛思潮同时也发生

[2] 制度经济学的简要评论是从贝尔(1967)、戈登(1964)、斯里瓦斯塔瓦(1965)和惠伦(1996)得出的。制度经济学更进一步的讨论,也可参见霍奇森、塞缪尔斯和图尔(1994)、塞缪尔斯和图尔(1988,1993)。

在法学、历史学和经济学中。制度经济学作为反叛思潮的一部分是由一群年轻的美国学者倡导的。第一次世界大战后,它主要从事对现代经济学的形式主义批判。在经济学中,主流的经济分析拘泥于形式主义的抽象演绎推理原则,而这已如同是皇冠上的宝石被作为整个经济学研究领域中行之有效的方法准则,消极地假设理性的效用最大化行为及过度关注均衡的比较静态分析的实证研究(尤其在消费者行为的效用分析和分配边际生产力理论中最为突出)。

然而,制度经济学的研究者得反其道而行之,其所关注的是美国经济中特定制度方面的分析。虽然他们主要强调用归纳的方法来描述经济系统的构成要素,但制度经济学的研究者从来不运用极端的归纳方法,而仍然能够实现实质性理论上的一般化。就像沃尔特·S·白金汉(1958,第107—108页)所说的,“一般化的发展使制度经济学取得了比以描述性分析为基础的历史学派(德国的)有着更多的理论内容。制度经济学的理论并不像主流经济学理论那样地精炼且精确,但也并不是如此地抽象以至于缺乏经验性的研究内容。”

查尔斯·J·惠伦(1996)指出制度经济学思想的出现导致了三个直接影响。第一个影响是德国的历史学派,其在很早以前就影响了类似于查理·T·埃利等制度主义思想家。德国的历史学派由威廉·罗斯(1817—1894)所创立,后来被古斯塔夫·冯斯莫尔(1838—1917)领导,在19世纪中期后,这个学派至少是作为反对主流经济学思想的学术流派的一部分而出现。历史学派强调对经济发展的动态分析应完全运用经验数据而不是抽象的观点,且要对人类的制度予以特别关注和重视。因而,强调收集与经济体系中具有重要历史意义的事实相联系有关资料并加以研究,而不是孤立地研究经济系统的本身,在事实上,强调学习并了解它们的历史意义,而不只是考察,如静电的隔离、静态的客观数据、也不只研究不受时间影响的模型,这些都出现在制度经济学中的方法论中。

第二个影响是由查尔斯·皮尔斯、威廉·詹姆斯、约翰·杜威及其他学者所创立的美国实用主义哲学。美国实用主义哲学的倡导者具结了一个通过不确定的内生性来理解和创建一个概念或信念的哲学方法。有关社会现象的分析必须在个体完全根据经验设定的环境中所形成的关系系统中被引导。他们大量地运用经验性研究来代替抽象的演绎推理。与严密的主流微观经济学中的正统“理性行为”假设前提相反,选择将通过实用主义式地被感知——在一个曾经变更的完全根据经验设定的目标和新兴的经济、政治及社会制度的世界中被决定。负责任的调查研究人员通过完整的调查后,所得到的结论是“真实的”,换言之,通过思考一项有实际经验的理论或目标可以想像得到的影响。因此,仅仅是那些有助于组织通过可以理解的视角而储存了与真实世界相联系的数据的假设(也就是持一种经验主义的态度)和以一种进步的、统一的态度来作出这些假设将被认为是合理的。简言之,只要一种观点最终能“富有成效”,那么它就是正确的。实用主义者在对内生不确定性的理解上,提供了一个认识论基础和社会哲学,并成为制度经济学思想的基本原则。

第三个影响源于索尔斯坦·凡勃伦关注经济发展演进的世纪之作,在这本书中我们可以找到很多制度经济学初期很具洞察力的思想。凡勃伦精通政治经济学和哲学,会说大约二十六种语言,是公认的制度主义最伟大的奠基人。在他的研究成果中,影响最大的是源于约翰·贝茨·克拉克的研究,克拉克是卡里顿学院的政治经济学教授,后来还被授予耶鲁大学博士学位。1892年,他被J·劳伦斯·劳克林介绍进新成立的芝加哥大学,并担任经济系主任。任职期间,他主编了超过十年的政治经济学期刊。其后,他不断地游学于不同的学术领域。

这是一位主流经济学思想强有力的批评者,凡勃伦拒绝从在静态均衡分析中的机械论视角来观察经济社会,而是运用他所声称的进化方法来从事经济学分析。他确信物质环境、技术及人类

本能的偏好将孕育和发展制度,且他坚持批判性地研究资本主义制度——尤其是他所提的工业和交易是如何依赖经济力量而运作的——并以此来理解经济社会。沿着这个研究思路,他强调了解群体习惯和制度是很有必要的,不仅要知道这些制度是如何运作的,还要了解它们将如何演进。在他最有名的著作《有闲阶级论》(The Theory of the Leisure Class)(1899)中,对那些因他们的文化背景和继承得到特性而导致的其对待金钱的行为提出了批评,并提出主流的享乐主义是一种短暂的快乐和痛苦的概念过于狭隘和过时。在书中,他描述了两个社会阶层——生产者阶层(在社会上从事生产的那些人)和有闲阶层(那些依赖抽取别人的努力而生活人),并且,他根据对宽泛地影响人类个性的文化因素的理解提出了消费理论,从而避免他所声称的主流经济学狭隘的、个人主义的推论。凡勃伦(举例来说,1904,1923)对工业资本主义的分析就是按照存在交易和工业中的焦点问题从两分法的角度进行阐述,前者为负后者为正。在他看来,交易是一种赚钱和取得获得物品的经济力量。相反,工业却是一种制造产品和服务的工具技术混合体。依照凡勃伦的观点,在这些问题间存在着一个冲突,因而,工业就有获得更高的生产力的倾向,而这将会导致较低的利润率,这个因素是作为将导致与交易所关注的问题相矛盾层面上得出的。他指出这会导致商人试图阻碍将能使消费者获益的工业进步。通过这么做,凡勃伦试图证明他所考虑的是现代资本主义经济系统中的行政管理特征,因为,他反对经济理论及公开发表的言论中的个人主义和竞争性质。^{〔3〕}

凡勃伦在这方面的思想由克拉伦斯·E·艾尔斯进一步发展,

〔3〕 应该注意到凡勃伦把实质性的重点放置在能使产生商业利益的权力实行起来的国家作用和实现此结果的行为上。这样,虽然制度主义法经济学从康芒斯那里得到了主要的提示,但是凡勃伦研究工作的某些方面与这个传统能很好的吻合。例如参见达克斯伯里(1995,第108—116页)和塞缪尔斯(1995)。

艾尔斯于1917年被授予芝加哥大学的博士学位,艾尔斯是在对哲学(杜威所教)和经济学(凡勃伦所教)的学习中,逐渐开始对制度经济学产生兴趣。在接任了阿默斯特学院的职位后,就开始在沃尔顿·汉密尔顿的影响下从事学术研究,和沃尔顿·汉密尔顿一样,他是一位对主流经济学思考进行严厉批评的思想家。艾尔斯在阿默斯特学院任职期间,拒绝接受边际分析——新古典经济学思想的一个基本原理,并开始将其剩下的职业生涯用以寻求一种能很好地解释经济力量何以会形成现代经济状况的新的经济学分析框架。事实上,艾尔斯是第二次世界大战后,制度经济学思想研究的主要典范,在他任职的得克萨斯—奥斯汀大学,他和他的学生们一起提出了制度主义中的凡勃伦—艾尔斯思想。(布赖特,1973,第244—245页)。

艾尔斯的观点可以在他的论文《经济进步的理论》(The Theory of Economic Progress)(1944)中得到最好地反映,在这篇论文中,他解释并应用了经济发展领域中的制度经济学思想。简而言之,就像布赖特(1973)所描述的,这是一项试图解释推动已经成形的经济发展的,但却并不在以往经济学研究考虑之列的那些加速和阻碍经济发展的因素。艾尔斯认为,人类活动反映了两个基本和永恒的力量:“技术性”行为,一种生产性和进步性的力量和“仪式性”行为(例如就像阶层、习俗、文化和意识形态等),这种行为进步反对生产抑制变化,并在技术进步中扮演了约束角色。这项研究工作的核心主题是指数级增长和进步的“技术”(其被宽泛地定义为包括使用工具的所有人类活动,因而,也就包括了人力资本和物质资本)将导致社会福利的巨大改变。研究并没有将关注的焦点过多地放在个体上,而是关注与工具改进相联系的技术进步(也就是能通过各种不同形式组合而成的客观工具),并考察技术进步在推进经济发展中的作用。既然繁琐的制度抵制了变革,他认为进步就是生产性和进步性力量相对强度的函数,相对强度变量有助于解释穿越社会和文化不同发展比率。就艾尔斯而言,用以

对抗经济学的挑战是“设计新的组织形式,实用地发展与之相匹配的而不是与我们的社会和技术进步相矛盾的组织艺术”。(布赖特,1973,第255—256页)

罗伯特·李·黑尔于1909年被授予哈佛大学的法学学士学位,并于1918年被授予哥伦比亚大学的经济学博士学位。后来,他同时在哥伦比亚大学的经济学院和法学院任职,并于1928年后完全在法学院任教。^[4]他强调综合经济学和法学,并且这种思想也同时反映在他的教学——尤其是他的“经济社会中的司法因素”课程和他的著作中,其中大量研究的是关于铁路管制及其公共效用——在这个领域中,经济学和法学的相互交叉一直是其的基本原理和分析前提。^[5]黑尔写了大量关于法学和经济学理论的基础比率评价和关于对比率结构和管制标准的文章,而且他的研究在法庭上评估公共效用中“谨慎投资”原则时也得到了有效的运用(多尔夫曼,1959,第161页)。

黑尔也许是一位最能被称为利用新兴的传统制度主义从事学术研究的法学现实主义者(杜克斯伯里,1995,第107—108页)。与同时代的现实主义者相同,黑尔的研究对占统治地位的传统的自由放任资本主义经济体系构成了极大的挑战。像约翰·R·康芒斯一样(其贡献将在下文中加以评述),黑尔也是受维斯利·H·霍菲尔德清晰的“基本的法学概念”的影响。在霍菲尔德的思想中,“基本法学概念”是指“法律为广大群众所了解和接受的共同特征”(科特雷尔,1989,第88页)。这就像塞缪尔斯所描述的,黑尔范例是由意志自由、强迫、暴力和政策等概念所组成的,司法和经济过程被认为是不可分的。黑尔将经济理解为一种强制性的暴力安

[4] 接下去的讨论是在多尔夫曼(1959)、塞缪尔斯(1973)和达克斯伯里(1995)中提取的。

[5] 就下面所注明的,哈里·特宾的研究是同时代的公共效用管制制度经济学家分析的效仿。

排,而这又是理解潜在的经济配置形式和结构所必需的。同样地,经济被视为是一种通过强制来运行的社会力量系统,因而,通过法庭所表达的经济自由仅是专注于经济强迫的自由。黑尔范式法经济学的发展——同时反映在他的著作和教学中——并逐渐发展为一种“经济作为一个相互强制性系统,而司法的基本原则被包括其中的理论”(塞缪尔斯,1973,第25页);黑尔的观点几乎完全能从他的经典著作《通过法律的自由》(Freedom through Law)(1952)中得到清楚的说明。

黑尔并没有将强制视为应该受到责难的对象,而是将其看作是经济生活的一种基本因素。同样地,他认为如果收入事实上是强迫的结果,它由政府积极地或消极地唆使的话,那么,其就不能被称为是政府对收入公然强制的重新分配,因为这个命题的本身就是错误的(多尔夫曼,1959,第162—163页)。黑尔所持有的关于霍菲尔德在权利方面的思想,引导他几乎将每个法令的经济含义都视为对某些人的自由或财产权的消极影响。在此前提下他确信,对法庭而言保证一种特定法令在颁布后分别导致的收益和损失之间的明确平衡是非常必要的,他指出,这个过程要求“对于司法对经济系统造成的影响有一个现实主义的理解”(引自多尔夫曼,1959,第163页)。虽然黑尔确信道德伦理的判断最终必然成为法庭所做判决的基础,但他认识到为了探知经济后果——配置或分配——法庭将被要求对所有司法裁判的后果作出评估,因而,经济原则在司法中的应用是十分必要的(黑尔,1924,1927)。^[6]

最后,对制度主义法经济学作出特殊杰出的研究是由约翰·R·康芒斯。像凡勃伦一样,康芒斯也是埃利的学生,在他的学生生涯中,他仍然是运用归纳演绎的方法来从事学术研究,但他也同

[6] 虽然波斯纳(1995,第3页)认为法律现实主义者当代法经济学运动中有很少的影响,但是他同意“黑尔参与了一些……法经济学的发现”,就像今天我们知道

时强调在经济学研究中的历史问题和司法问题。早期,埃利使康芒斯对劳动领域感兴趣,后来,康芒斯在这方面的研究帮助他在威斯康辛州大学就职,从而能有大量的时间来从事他向往的学术研究。康芒斯感兴趣的学术研究领域包括劳资关系、劳动改革立法、公共效用管理制度和价格稳定。康芒斯除了在威斯康辛州大学的教学和写作外,他也非常积极地参与公众生活,并为州和联邦委托的安排服务。1934年,在威斯康辛州,他公开出版了《制度经济学:在政治经济学中的地位》。一般来说,制度经济学是指有关权利、责任、自由和披露的经济学。康芒斯反对只强调反映在主流理论中方法论上的个人主义,反之他肯定了集体主义和团体行为在经济分析中的地位。而且,他也反对平衡各种利益的经济学,他将他的分析重心置于现代经济中所固有的利害冲突上。康芒斯乐观地相信主要的经济制度可以被形成和重新改造(因为被需要)以适应社会中内生的社会变革的需要,这种信念令他广泛地探查制度的法律影响、相关经济结构和绩效及在各种不同的变革运用中所表现出的积极作用。

基于这些早期研究者的学术贡献,并沿着他们的研究思路,在制度经济学中出现了一种相对非主流的用以分析经济社会的研究方法。在它较现代的形式中,制度经济学提出了一系列的主张,如果将这些主张结合在一起时,也就成为了一种可供选择的经济学分析方法。有证据表明这些主张连同康芒斯的主要学术贡献为制度主义法经济学提供了赖以存在的基础:^[7]

- 经济行为几乎完全取决于经济活动所发生的制度环境,同时经济行为也会影响制度环境。
- 制度和经济主体的行为间存在的相互交互作用是一个

[7] 接下去的命题是由戈登(1964,第124—125页)所提出的。

演进的程序,因此,就有了经济学分析中的“演化方法”。〔8〕

- 在对其演进过程的分析中,包括强调通过强加于环境的现代技术和现代的、混合资本主义市场经济中的财政货币制度对经济系统中的主体的直接指导。

- 其强调的焦点在于社会经济领域中存在的冲突,而不是合作的、自发的和无意识的经济主体在市场中通过自由博弈中而形成的内在固有的和谐秩序。

- 存在清楚地通过构建作为管理经济行为的社会控制系统的制度来解决经济系统内在固有的经济关系间的冲突。

- 制度主义者提倡通过一种涉及心理学、社会学、人类学和法学等各学科的方法理解经济行为,因此,在对这些行为的描述过程中,需要建立更精确的假设前提。

108

应该清楚,这些主张所包含的一部分思想是被实证主义哲学家所拒绝的,但这些却是更主流的新古典微观经济学价格理论的基础,从而,也就体现了主流经济学的正统分析框架在制度经济学中的地位,即制度经济学者并不主张通过主流经济学的这种方法来获取经济行为的基本重要特征。另一方面,制度经济学——一种演化理论——被认为是建立在源于宽泛的社会科学知识和更“理性的”行为假设基础之上,是一种对关于掌控一个混合市场经

〔8〕 制度经济学的进化方面成为这个学会名字的基础——演化经济学学会——它已经保持了一些知识上的连续性和集中在这个经济学家的团队中。这个学会出版了它自己的杂志,即经济问题杂志。这个杂志的政治经济评论也出版大量有制度学家观点的研究文章,但是它稍微有点儿欧洲人的味道。

济系统的制度的全面了解和评价。^{〔9〕}凡勃伦和康芒斯都试图将行为科学的研究结果纳入到经济分析中。沿着这个传统,同时代制度经济学者拒绝接受个体的固定偏好假设,而是与赫伯特·西蒙的程序性理性概念相一致,提出了法律将系统地受偏好知识影响的假设(施密德,1987,第10章)。

康芒斯和制度主义法经济学的发展

虽然上面提到的每一位学者都对经济学的制度主义分析方法发展作出了重要的贡献,并最终导致制度主义法经济学的出现,但康芒斯对威斯康辛州大学学术传统发展的贡献在这种方法的发展中始终处于核心地位。康芒斯最关注的是最终将影响经济系统绩效的尚未被揭示的那些制度的产生、发展、演化和运行。他主要的研究成果包括对资本主义经济系统的法律基础研究,这主要体现在他的经典论文《资本主义的法律基础》(1924)之中。《资本主义的法律基础》与以往的研究不同,是一项理论性的研究成果,其得益于康芒斯一贯以来涉猎与法律紧密联系的法庭、服务于政府的委任和对法律文献的起草等工作。书中强调了司法和法庭作用的描述及它们将如何决定经济系统中的各因素。像他的前辈一样,康芒斯确信所有的经济制度都将受制于演化。无论是在对资本主义制度、私有财产权或国家本身的描述,书中都显示其是接受了源于权力机关——教堂、国家、法庭演化程序的批准和认可。康芒斯着手了一项针对广泛的各种不同的案件、运行规则及法令的分析,并探查它们对现代资本主义发展的影响,借此来阐述司法与经济

〔9〕 对于现实主义假设的推动导致了早期的制度学家特别对广泛的数据收集的努力。这个值得注意的先锋人物是韦斯利·C·米切尔,他以深入研究商业周期循环而著名,以及也是他创立了美国国家经济研究局,这个研究局已成为在经济学实证研究的一个主要中心。

过程的相互关系。经过这一分析,康芒斯证明了,一方面经济将影响法律,如经济系统将给政治和司法系统带来压力,以使它们向一个特定的方向变革;另一方面,法律也将影响经济——也就是说
109 司法的变化将推进经济行为向一个特定的方向发展。

康芒斯最感兴趣的是法律基础。他试图揭示隐藏在管理社会经济关系的运行规则中潜在的价值,他发现在法庭中这将以“合理的评价”的术语来表达。他还发现法律的发展史证实了存在特定的经过很好地定义的倾向,即法庭部分地摒弃了对资本主义制度的破坏性实践确立了在竞争系统中应被遵循的“合理性”原则。因此,“合理的评价”可能被用来作为在经济冲突中的妥协性政策的基础原则,也就是劳动纠纷、公开利用率的确定、征税政策、定价等领域中的冲突(贝尔,1967,第556—557页)。具体而言,就如同对这些类行为的定义被认为是随着时间的流逝而合理演进,管理社会经济关系的法律规则也不例外。因此,在西方才会引发从一个封建制度的农业社会发展到一个资本主义社会的变革,也就是说经济变化导致了法律变革,依次又推动经济发展的过程。

康芒斯所做的大量分析都涉及法经济学发展的演进,并通过这个视角来证实了法学与经济学间的相互渗透关系,如法学对财产权定义的变化及这种变化对交易的影响、有关企业雇佣关系的法律对市场机制和对工资的讨价还价的影响。康芒斯也详细地列出了法律和经济间彼此影响的机制。这里特别重要的意义在于在他对经济系统中的权利和运行规则作用的分析中,系统地指出了为何在经济系统中,法律是至关重要的(法律的重要性)及为何经济理论的发展应该关注法律和司法变革在构建经济行为和绩效中的作用。而且,通过他对这种成比例的表现的研究,康芒斯(1907)提出了一种计算政治程序中各种规则的影响力的方法以及制度经济学的研究方法,而且,他还研究了立法决策。

然而,大量的制度主义法经济学是植根于威斯康辛州大学的经专门训练的经济学者所创作的学术研究成果之中,但今天,制度

主义法经济学主要的学术贡献却是来源于密歇根州大学的沃伦·J·塞缪尔斯和 A·艾伦·施密德的研究工作。在密歇根州立大学的其他经济学者对哈里·特宾的学术传统的继续继承与发展过程中,^[10]他们对管制和公共效用的分析作出了大量的富有影响力的贡献,在罗伯特·A·索洛的学术思想的继承发展中,他们大量的研究是致力于对垄断规制和制度变革的考察。^[11]制度主义的研究方法关注的是法律(或政府的)和经济的运行过程间的相互影响关系,而不是微观经济学理论在法律上的应用。虽然,绝大多数的经济学者都将法经济学的起源认定为芝加哥大学——法经济学的起源在第一章中已做了阐述,但事实上,法经济学的出现却已部分地存在于早数十年前的制度主义的学术传统中(塞缪尔斯,1993)。尽管制度主义法经济学的研究文献受到了芝加哥学派的研究方法的相当猛烈的批评,塞缪尔斯(1981,第 148—149 页,一位得到波斯纳大为赞赏的经济学家),所提出的分析方法的有用性再一次得到了经济学家和法学研究者在思考经济与法律的相互影响的命题中的关注。

与本书中提到的其他研究方法不同,这种研究方法思考的问题是所有这些作为政府和经济系统或司法和经济过程间相互关系的特定表现。制度主义方法对法学和经济学的潜在推进是两个互为补充的分析模式。从上面所阐述的合乎逻辑的法经济学视角中,我们能得出:

△法律或司法制度→△混合市场经济系统中的行为或举止→
△经济绩效

然而,对于制度主义法经济学而言,强调的却是政府和经济之间的相互关系和相互交互作用,从这个视角来看,这种关系可以被描述为:

[10] 例如参见特宾(1976,1989)以及特宾和埃斯塔布鲁克斯(1993)。

[11] 例如参见索洛(1967,1974,1982)。

△法律或司法制度↔△混合市场经济系统中的行为或举止↔
△经济绩效

虽然,并不是施密德做的所有研究都是专注于“构成↔绩效”的联接,但至少有很大一部分是如此,而且他强调的是通过经济研究来探求可供选择的司法制度构成对经济的影响。^[12]施密德将各种不同的个体间的互相依赖关系带到了前沿。他关注的两点是:(1)各种不同类型的交易——讨价还价的、行政管理的、法定的与授权的交易;且(2)源于互相矛盾的利用、排他性成本、信息成本及经济规模而出现的各种各样的相互依赖关系——技术上的、金钱上的和政治上的外部性。施密德提出的法经济学的制度主义方法必须要问,“当存在利益冲突或分配目标被强制执行时,财产权规则将如何构建人与人之间的相互关系,及影响对决策过程的参与?这个结果又将如何影响经济绩效?”(施密德,1987,第188页)

相反,塞缪尔斯的研究工作倾向于关注对在法经济学领域中,个体和群体的举止或行为的描述——“行为↔绩效”的联结上。在塞缪尔斯看来,组织观念是指法学和经济学的联结,其中,就如塞缪尔斯(1989a,第1567页)所描述的:“法律是经济的一个函数,且经济(尤其是它的结构)也是法律的一个函数……[法律和经济]是连带产生,而不是孤立给定的,也不仅仅是互相影响。”通过法学和经济学的联结,就得出了法律和经济系统的结构,在法经济学的真正意义上,它们是相互影响和被影响的变量。司法规则支配“通过潜在的经济角色进入及参与经济系统中的细则”,且“财产和其他权利……支配着被提前给定的、通过市场产生影响的个体的偏好”

[12] 对制度主义法和经济学的施密德方法的简要综述包含在他的《财产、权力和公共选择:对法和经济学的进一步思考》第二版出版(1987)。特别是“第一章:制度与绩效的一个通用范式”(第3—24页);“第二章:社会系统中的财产”(第25—35页);和“第三章:范式的重新表述”(第181—196页);至于由施密德承担的实证研究,参见施密德(1987,第259—291页)。

(塞缪尔斯, 1975, 第 66 页)。制度主义方法的关注焦点在于尽可能地深入研究法律和经济的联合运行以便能了解其相互的影响过程, 从而能引导对选择结果的深入分析。资源配置、收入分配和财富被解释为“同时包括配置和分配的复杂因果关系链中的一个术语, 这里的配置和分配依次是指仰赖暴力、权利和政府管制的市场力量的函数”(塞缪尔斯和施密德, 1981, 第 4 页)。

制度主义方法的两个分支是被公开承认的。就如塞缪尔斯和施密德(1981, 第 1 页)对他们的著作《制度法经济学》的介绍中所描述的, “我们的主要目标仅仅是要理解法律制度和经济制度是如何运行的——去鉴定有帮助的变量、基本议题和过程”, 并推动“用以分析和预测可供选择的制度设计的相应绩效技术的发展”。^[13] 法经济学的制度主义方法能被最适当地理解为两个互为补充的分支, 它们的区别仅在于根据上面所概略说明的、给定的“结构”和“行为”的相对强调。总之, 制度主义方法强调, 需要用三个清楚的阶段来解释和分析可供选择的替代方案、选择的结果是: (1) 宪法的选择阶段——约束个体的社会契约; (2) 制度的选择阶段——构建和再构建政治—司法—经济制度; 和 (3) 选择的经济影响阶段——描述现存的或可能要进行修订的司法—经济关系, 其是由私有财产权、法令授权或公有财产权所构成的(麦考罗, 1989, 第 3—6 页)。

基于上述的目标, 在本章剩余的小节中, 将列出与理解法经济学的过程相联系的法学和经济学的制度主义方法的核心主题, 而不再进一步探究这两个相互补充的分支间的细微差别。在本章的最后两个小节将说明法学和经济学的比较制度主义方法的形成和

[13] 除了在塞缪尔斯和施密德中得到的文章和在这里所引证的参考文献, 法经济学制度主义方法例子能在以下学者的研究中找到, 包括施密德(1989, 1994)、麦考罗和瑞安(1984)、里伯哈弗斯基(1987)、塞缪尔斯(1992)、布罗姆利(1989)、塞德曼(1973)、奥斯特洛姆(1986)、帕森斯(1974)、卡奈尔(1985)和卡特(1985)。

应用。比较制度主义方法是指通过对制度主义的综合回应,作为能更好地理解司法和经济过程的可供选择的范式,因此,其将有助于填补法学现实主义者所遗留的空白。

112 核心议题:演化、互相依赖和秩序

一些核心议题出现在制度主义法学和经济学的文献中,而且这些议题很清楚地表明是与制度经济学的基本因素相联系的。制度经济学最早发端于20世纪初的二十五年中,是起源于美国的一种思想体系,其核心假设前提是经济制度激发了所有的经济行为。在制度主义的视野中,习惯、风俗、社会模式及司法和经济安排都被视为管理经济生活的基本因素和力量。经济制度被认为是由演化、暴力和技术所组成的联合体。因此,许多制度主义经济学者的研究都专注于描述和分析完全处于社会制度环境中的经济生活。

法经济学的演进

康芒斯在他对资本主义经济体系的司法基础的探讨中,强调的其中一个因素就是经济系统的演化特征,并且通过探讨表明,在一个经济系统的演进过程的构成中,法律的演化最为重要。他关于演化讨论的一个著名例子是财产法的演化。

19世纪末以前,美国法院所坚持的是财产权的物理概念,也就是一种将财产的价值定义为使用价值而非交换价值(康芒斯,1924,第12页)。这种财产定义的其中一个含义是对交换价值的政治剥夺并不需要支付对价,即由宪法第十五和第十四修正案中所规定的补偿。就如康芒斯所指出的,早在19世纪70年代,财产价值由交换价值来决定的思想首次开始进入了美国最高法院的反对议案中,之后,直到19世纪90年代,最高法院才最终用财产权

是由交换价值构成的定义来替代原本的使用价值的定义(康芒斯,1924,第12—14页)。在作出这个转变的过程中,美国最高法院指出,不仅仅是有物质形态的东西是财产,而且“具有能获得预期收益可能性的物品也是财产”,因此,“对财产拥有者的财产的交换价值的剥夺也就等于剥夺了他们的财产权”(康芒斯,1924,第16页,最早强调)。因此,对财产的物理占有不再是需要获得补偿的惟一的“营业收入”,而是替换为对那些降低财产交换价值的行为(包括政府管制)也能提出补偿要求。在1897年的Allegeyer案中又将财产权进一步扩展到对市场的自由进入权,一个决定交换价值大小的重要组成部分(康芒斯,1924,第17页)。这个财产定义将有形财产扩大为同时还包括无形财产(例如债务记录或支付承诺)和“任何能使个体通过买卖、借贷、雇佣和解雇、租用和出租及现代经济社会中的任何交易过程从别处获得收益的行为”(康芒斯,1924,第19页)。这个定义对发展资本主义经济系统的重要性是由康芒斯在对耕种的研究中提出的: 113

被隔离的殖民地或边境上的农民可以生产且消费一些物品,其仅仅只关注其物品的使用价值,但现代社会中的农民却是依赖生产并销售“有社会—使用价值”的产品,并购买其他的由其他生意人生产并销售的“有社会—使用价值”的产品而生活的。通过这种方式,他也“生产”交换价值,也就是资产。他是为了销售并非使用而耕种,而且,由于他对使用其所拥有的自然资源的不确定的选择,即使他不销售其所生产的产品,他的耕作物和谷物的价值仍然存在,因为它们是可以交换的资产,也就是具有交换价值,而他的负债也就是他的债务和税收,所有这些都是通过他根据交换价值或价格,对产品市场和货币市场的预期来实现的。(康芒斯,1924,第21页)

这也就是说,资本主义经济对殖民地和封建经济的著名替代

是指从通过生产自己所使用的产品到“生产他人所使用的产品并以此来交换自己所需要的产品”的转换(康芒斯,1924,第21页),换言之,应该使用更宽泛的财产定义,而这将有助于推进经济系统的转换。

继康芒斯等制度主义者的研究工作后,法学和经济学的制度主义方法是演化性的并强调法律随着时间的流逝所导致的历史过程和演进变化的重要性。就如塞缪尔斯(1989a,第1578页)所描述法律经济的联接:“是在研究针对司法问题的、正在进行的解决措施中形成的一个持续的、探索性的自然发生过程”。法律和经济制度的构成——国家(无论是有关立法、官僚或司法),企业—社团或市场——法律—经济决定的决策渠道,且这个构成被视为是司法—经济变革的一个演化过程的结果,而不是一个趋于恒稳态均衡的运动(施密德,1989,第66页)。司法变革虽然是逐步进行的,但也是连续的,且会“导致司法系统、权利范式及此后的经济组织和控制系统的较大转变”(塞缪尔斯和麦考罗,1979,第167页)。司法变革的普遍深入和正在进行的通过联结程序的司法—经济的重构过程,使这个排列在对能随着时间的流逝而同时推进连贯性和变革性的因素和力量的理解和解释中,演化的历史分析方法变得必不可少。^[14]

连贯性与变革性

在法学和经济学的制度主义方法中,另外一种基本思想是在连贯性和变革性间经常存在的紧张状态。司法—经济的系统演化路径是由司法—经济政策随着时间的流逝而作出的选择所派生的。导致政策的制定程序(可能是立法、官僚或司法)的力量,通过命令或懈怠行为,用以维持司法—经济的制度和关系的现状——

[14] 例如参见菲尔德(1979,1981)和布罗姆利(1989,第2章)。

这就是连贯性,而另外的一些力量将促进这些制度和关系发生转变——这也就是变革性。因而,在司法—经济领域中,持续进行的选择程序将同时决定在任意给定时点上所能得到的制度结构以及制度结构的现状或将来可能会盛行的其他的一些制度结构及其是否会发生变化,如果发生变化,将会有多大的变化。制度主义者认为,必须认识到司法—经济政策的形成是发生在一个永远存在连贯性和变革性的紧张状态的领域中。这种紧张状态每一个都是制定政策程序的结果,而且,更明确地说是团体分别支持的连续性和变革性力量间的相互作用,且每种力量都会给这个程序带来压力(塞缪尔斯,1966,第267—273页)。

相互的依赖、冲突和秩序问题

在制度主义者看来,司法—经济系统是一个互相依赖而非原子式独立的系统。施密德(1989,第59页)认为,经济系统是“一个人际关系的总体”,而不仅仅是“一个产品的总体”,并且在这个世界中,每个个体都缺乏与其他个体间的联系。虽然,这部分内容就是将一种状态从契约线以外的位置移到契约线上,从而穷尽源于交易的收益,但制度主义方法更强调的是:(1)是谁在从事这种行为;(2)这个博弈将从何处开始进行;(3)构成每个个体的位置、角色和状态的参与者的策略行为(也就是有意识有计划的选择行为)。

给定人与人之间互相依赖的重要性和对制度主义方法中由谁采取博弈行为及从何时开始博弈的强调,那么很明显这种方法所强调的是冲突而不是协调,其中“同时包括普通法和宪法的司法系统规则,将为冲突的重新解决和法律权利的发展提供一种框架结构或程序”(塞缪尔斯和麦考罗,1979,第166页)。这里,关于秩序的基本问题,就像塞缪尔斯(1972a,第584页)所定义的,“伴随着连贯性和变革性的,自由的和管制的协调或阶层的和平等自治的

调和。”在塞缪尔斯(1971,第449页)看来,“司法和经济过程的最終意义在于它们的功能都是为了解决秩序问题”。利益冲突的存在使对这些竞争性利益的决策过程和用以解决这些冲突的解决方法成为必不可少。

因此,社会被认为是至少部分地是一项对持续的人际关系中的一致性和冲突性的相互收益的合作性的冒险经营。在这个相互依赖的系统中,包括司法制度在内的所有社会制度将同时提高合作努力用以解决政治—司法—经济冲突的规模(麦考罗,1989,第2页)。对于这些冲突和管制收益的决定,将通过法律或其他方式产生影响,换言之,对一个社会秩序问题的决定也就是一种在人际关系中用以提高协调性、安全性、秩序性的有效的社会制度。事实上,一个社会用以解决冲突的方式将体现他的最终特征。^[15]

权利、权力和政府

从制度主义的视角来看,法律基本上就是权利的创造和再创造。与这种方法实际的、描述性的特性相一致,制度主义者关注的是权利的(再)创设过程及这个过程对制定司法—经济决策及行为的影响。为了从制度主义的视角来理解权利的重要性,首先,很有必要了解制度主义者的个体对选择和其可任意采取的行为的决定过程的概念。

个体决策是个体的机会集的函数,其由“可供选择的行为或选择所组成,每个行为或选择都有相应的机会成本,而且个体可以任意选择”(塞缪尔斯,1974,第120页)。然而,这些机会组合也不是

[15] 在微观层次上,企业不仅仅被看做是合约的联结。它是一个组织团体,被设计成部分的用于保留狭窄的和个人的利益以及便于共享目标的学习。例如参见霍奇森(1988)、埃森伯格(1990)和利本斯坦(1987)。

没有范围边界的;由于其反映的是人类间的互相依赖和不足,因而,每个个体机会集都是受到社会中其他个体的机会集的约束,甚至,事实上是由其决定的。每个个体都需要从尽可能不受约束的机会集中作出选择,并且是依次进行的,这就意味着个体希望能控制选择,进而控制其机会集,而同时其他个体的选择也要受到相应的约束。每种个体决定他或她的选择,决定自身的机会集,并由此作出选择。另外,还将影响其他个体的能力范围,这是一个相互影响过程的结果,其中影响力简单地说是个体 A 在未经个体 B 同意的情况下,影响个体 B 的机会集的能力。个体所能行使强制性的能力,依次地是个体权利的一个函数,可被定义为“行使选择的方法和能力”(塞缪尔斯,1972b,第 65 页),而这种权力是相对于其他人的权力而言的。因此,“个体试图在其机会集中选择一个受约束的最大化均衡,其是相互影响的制度总体的函数,而且是以个体间的相对权力为基础的”(塞缪尔斯,1972b,第 65 页)。甚至,权力也是这个过程中的一个应变量,其是依据随着时间的流逝而存在和演进的机会集而作出的选择的函数(塞缪尔斯,1972b,第 66 页)。

机会集的演进和重新定义通过面对冲突时的权力和相互强迫的谋策将会使潜在的、必须被解决的争议显现出来。例如上游的污染工厂对生产技术选择,将影响甚至与下游用水者活动的选择产生冲突,反之亦然。上游用水者不可能行使不影响下游用水者选择的选择方案,反之亦然。此类冲突的解决将导致创设和分配(或重新分配)法律权利,其将决定个体自由选择的范围,并允许个体对他人的选择施加强制性影响。因而,权力、强制力及相应的机会集和选择结果都是权利的一个函数。

利益冲突解决中的权利起源为前面提出的权利带来了双重特性——“那么有权利人的机会集的增加,而另外那些受强制的人机会集收缩”(塞缪尔斯,1974,第 122 页)。事实上,每次司法变革都会导致收益和成本、一些机会集扩大、另一些机会集收缩。因此,

外部性是普遍存在和相互的——任何一次(重新)界定、(重新)分配或一次程度性的权利行使的变革,都会使一些人受益,另一些人受损,而外部性仍然存在,只是发生了移动。因此,在制度主义法经济学中,财产法、侵权行为法和契约法体系并不提供对外部性的解决办法,而只是判决,如外部性,从而将收益和损害的分配通过权利的司法界定引导向一个特定方向。

在这个过程中,政府扮演了一个核心的和不可缺少的角色,因此,权力并不是权利,因为它们是预先存在的,而权力又确实是权利,因为有政府给予保障。^[16]因此,权利与“在对它们的确认和解释中所固有的司法限制,由其他人行使他们的权利及司法和非司法的变革”(塞缪尔斯,1974,第118页)相联系并由其决定。每个
117 这些因素都是权利创设(及重新创设)过程的一个函数,因而,也是个体通过政府的管理和控制来彻底巩固权利(或其中的变革)能力的函数。因此,政府成为了那些寻求私人司法和经济增益或利益的一个控制体,“一种通过相对权利,及由此而来的市场(固定收入)状况的模式是有给定效果的”(塞缪尔斯,1971,第441—442页)。因而,这个问题并不是一个政府较多或较少的问题,而是哪些人的利益是政府应通过法律予以保障即通过权利的创设和再创设程序。因此,制度主义者认为类似于管制、放权管制及政府干预的术语是一种误导,因为政府无所不在(兰,1980;布赖迈耶,1991)。虽然经常会说采用车间安全规则构成了政府对市场的一种干预,但制度主义者声称此类活动所代表的仅仅是一种权利的转变(或政府所保障的利益的改变)——一种扩大工人的权利/机会集,并收缩雇主的权利/机会集的运动。这个议题是关于谁将会拥有通过政府来使其获得收益的权利和谁能通过政府来保障其权利的实现。在塞缪尔斯看来最关键的问题在于谁能控制并使用司

[16] “权利是指政府保护的任何利益而不是存在冲突的那些利益。”(塞缪尔斯,1974,第127页)。也可参见塞缪尔斯(1974,第118—119页)。

法和经济的联结来控制司法和经济的连贯性和变革性(塞缪尔斯, 1971, 第 440 页)。^[17]

外部性的相互性将影响对关于谁的利益应该通过权利进行保障, 其是选择过程的函数——选择关于谁将拥有权利、谁将能完全行使权利、谁将会影响其他人收益和损失以及程度将会如何(塞缪尔斯和麦考罗, 1979, 第 172—174 页)。这个不可避免的选择的必要性显示法律并不是那些被给定的或被发现的东西, 而是一种通过协商性和非协商性的人类选择作出的人为的痕迹(塞缪尔斯, 1981, 第 168 页)。这个人类的选择过程使对在竞争性收益中作出作为选择依据的价值判断的介绍成为了必要, 因此, 司法—经济的联结结果是指“在政治—司法—经济的竞技场上, 那些不仅参与每个选择阶段且占上风的人的价值表达”——也就是那些能最有效率地利用政府来进一步保障其目标的实现的人的意志表现(麦考罗, 1989, 第 10 页)。

对选择必要性的承认显示了对特定司法规则应用的试验性、选择性和局部特性, 其本身就是选择过程的主题和结果。试验性的使用、规则和类似“本质上的选择性和独裁性”。它们在任何特别情形中的使用基本上是一种决定, 一种最终的纯粹选择。……并不存在能验证它们本身是否是基于适应性而作出选择的自动石蕊测试。它们是基于可变的选择内容进行分类的(空盒子), 而采用哪些内容的决策, 即使不是完全主观的, 也和主观差不了多少(塞缪尔斯和麦考罗, 1979, 第 177 页)。权利是通过这些测试、规则等的使用而产生的, 并同时反映了与这些测试或规则的实际运用及与应用时的事实、收益、损失相联系的选择性理解。因此, 正义并不反映一系列事前给定的高度基础性原则, 而是一个决定占统治地位的法律、规范及价值观的标准化评估过程。^[18] 司法一经

[17] 也可参见塞缪尔斯(1989a, 第 1578 页)。

[18] 也可参见塞缪尔斯和麦考罗(1979, 第 160—163 页)。

济的联结反映了哪些人的利益应被视为权利,哪些人的价值观点应占统治地位及由谁来作出这些决策的决定范围。有关这些议题的决议所决定的不仅仅是权利,而且还是对这个社会中的资源的分配和配置及由此而来的权力、收入和财富。

效率的棘手特性

制度主义方法的一个特点是拒绝接受芝加哥学派所强调的有效率地决定司法判决。但制度主义者并不反对将效率作为法经济学分析中的一个重要变量,但对效率的主张并不是独一无二的,因此,也不能决定权利安排(塞缪尔斯,1981a,第1563页)。这就不仅仅是一个要将一些东西纳入到效率概念中的问题,而是要将后者包含或包括到这个概念之中。

这里研究的出发点是承认经济活动——价格、成本、产出、收入、财富等并不是一些自然现象,而是取决于社会中存在的权利结构,且每个变量的大小和变化是权利的一个偏微分函数,因此,其也是随时间变化的司法制度和司法变革的函数。^[19] 每个特定的权利结构都将导致一组特定的价格、成本、产出等相似内容,从而也有一个特定的有效率的资源配置方式。因此,有效率的结果并不是惟一的。在制度主义者看来,被称为实证主义者的芝加哥学派的正统的“原子式的工业”或“竞争性的市场”及与此相联系的“价格接受者”的概念,并不比“权利接受者”概念更深入(塞缪尔斯和麦考罗,1984)。制度主义者主张,因为权利位于产品价格和成本之下,所以“价格接受者”的说法实质上是绕过了法经济学中最关键的内容。

[19] 参见塞缪尔斯(1971,第440页)、塞缪尔斯(1989a,第1565页)和施密德(1989,第67页)。

因为效率是权利的一个函数且周围不再其他的变量,这也间接地主张效率由权利单独决定,既然成本、价格、产量、财富等都取决于特定的权利结构,那么成本最小化、产出价值最大化及财富最大化也是如此。不同的特定权利结构将会导致不同的(且在经济上不具有可比性的)最小化/最大化评价。这个结果也就说明了某个产出结果的效率仅仅是指与假设的初始权利结构相联系时的效率(塞缪尔斯,1989,第68—69页)。因此,就像塞缪尔斯(1981,第154页)所断言:“对财富最大化/或任何其他的效率标准能决定适当的权利的探讨也就使在对哪些利益应该通过权利进行保障的选择问题上罩了一层面纱。司法判决或变革之所以能被称为有效率,也仅仅是从哪方的利益应该通过权利的确认和安排来保障这个观点出发来考虑的。” 119

而且,“产出”的定义,一个有效率的产出定义,要求对社会适当的效绩目标有一个标准化的事先的明确描述。社会产出(社会福利的总和)、消费性产出(从消费者角度看的产品价值)和生产性产出(从生产者角度看的产品价值,比如利润)是三个可供选择利用的例子。对特定最大化产出定义的沉重的价值选择将影响特定的社会福利函数,从而,存在许多能导致制定出最有效率的分配决策的可能性(塞缪尔斯,1978,第102—104页)。

对多样性的有效率的解决方案、任意给定的基于假设权利结构有效率的方案的可能性及对产出的定义揭示了体现在制定以效率为基础的决定的、内在固有的标准化因素(塞缪尔斯,1981,第155页)。对特定的有效率的解决方案的决定包括关于谁的利益将得到保障、谁将能实现增益及谁将会遭受损失的标准化和选择性的选择。

由于效率的非惟一性(尽管与芝加哥学派的观点相反),但效率不可避免地要与分配相联系,就如塞缪尔斯与施密特(1981,第2页)对它的描述:“与分配分离的效率概念一定是错误的”。因此,权利决定是一个同时包括效率和配置的标准化活动,对何为有

效率的配置以及如何分配收益与成本的决定将会一直传递下去。权利将决定收入和财富的分配,其依次又会决定能被获得的有效率的解决方法。但与此同时,对权利的详细规定及有效率的产出结果将构成社会中未来的收入和财富分配。因此,对权利的选择最终是一个分配问题:“由于独立于权利的界定和安排,对资源和机会集的使用并不是惟一的,因此司法系统必须选择将要被实行的[分配]结果:对有效率的解决方案的定义既是司法系统的目标,也是司法系统的主题”(塞缪尔斯,1978,第106页,最早强调)。因而,如施密特(1989,第69页)所指出的,“总之,全球福利最大化是毫无意义的”,且“为了说明一个个体相对于另一个个体的权利,必须将他们置于毫无遮掩的标准化分析之下,而不是置于令人宽慰的帕累托更优的掩护或拘泥于其他形式之中”。因此,这部分由制度主义者主张的是,“分配问题,即,……有关权力、收入、财富、机会、揭露和损失对法经济学研究和政策是至关重要的”(塞缪尔斯,1975,第70页)。

推理的逻辑线也导致了制度主义者反对普通法的效率理论。给定任意一种权利结构将生产一个有效率的或财富最大化的结果,因此,“所谓普通法的效率只是一种在每种有关权利的明确规定的普通法中可以导致一个惟一的、财富最大化结果意义上的‘完全经验主义的规律性’”(塞缪尔斯,1981,第162页)。如果利益能通过权利加以保障,那么,不同的有效率的结果就会发生。对特定权利结构的选择反映了一种对随着时间的流逝而发展的特定的法律和经济模式的标准化选择,不同的决定将导致不同的发展模式。因而,塞缪尔斯(1981,第162页)认为所有意在解释普通法发展的文献,都“既‘解释’了一切,又什么都没有‘解释’”。他说,“财富最大化不足以解释普通法的演进:市场经济任何有关权利发展上的逻辑性都会导致一些普通法的财富最大化的结果”(塞缪尔斯,1981,第154页)。

与他们对普通法的效率理论的反对相一致,制度主义法经济

学的拥护者们也反对寻租理论(在前一章的公共选择理论中有过描述)。寻租理论被定义为类似于“个体在通过国家来保护的财富转移过程中资源浪费的活动”的寻租(布坎南,1980,第 ix 页)。在这个意义上,如果稀缺资源被代理人以一种由国家授予特权的方式来使用(比如一种独家垄断的特权)或如果国家被利用(比如通过司法活动或游说)来改变产品和/或要素的价格来增加一种与产品增加并不匹配的利润,类似的行为就将会被认为是寻租行为或被认定为浪费。因而,这个理论的标准化增强成为了通过制定政策来避免浪费的推动力量之一,寻租行为通常包括一个更大的、更具垄断性的市场和背后一个更大规模的政府。

寻租理论拥护者的知识结构是竞争性的市场经济、既定的产品和要素价格及由此而得的利润。价格和利润都是继标准化的市场现象而发生的,如企业进入或退出一个行业、采用新技术、改变生产规模等等所有这些合法的。然而,当价格和利润是通过国家来保障实现的,那么所说的这些也就等于是废话。

从制度主义法经济学的视角,对寻租行为特性的描述是一种在选择性地理解和市场合法化中的练习(塞缪尔斯和麦考罗,1984,第 55—70 页)。这就如制度主义者所指出的,运用今天的市场价格和利润作为决定寻租行为或浪费的基础,也就是适当地给出管制产品生产的法律,并同时有选择性地选取一个确认寻租行为和浪费行为的权利子集。正是拥护者所依赖的竞争性模型将对选择性理解产生影响。在制度主义法经济学中最重要的是对价格接受行为的经济预测模型,事实上也就是权利接受模型。市场价格并不是完全预先给定的,司法虽是独立的,但在一定程度上是权利的一个函数,后者直接与在创设、界定、分配、强制、转换权利中都与政府相联系。因而,强调今天占统治地位的产品和生产要素的市场价格完全是根据过去国家的作用及过去的寻租行为来预测的。在市场中产生的构成企业的收益—成本计算的产品和要素价格是特定的财产权,因此,净收益是权利的一个函数。经济系统

中,政府是无处不在的,因此,主张界定寻租行为和相应的经济浪费的理论实际上避开了问题的实质。世界并不存在正确的权利、价格、利润或正确的租金结构。因而,寻租理论被认为是一种人为的、被误导的标准化理论,其将会“误导实际的分析和导致人为的错误,因而不能作为区分可以允许的和不能允许的行为的真实基础(塞缪尔斯和麦考罗,1984,第67页)。^[20]

比较制度的分析

因此,制度主义法经济学的基础是用来掌握司法(宽泛地构思)和经济过程间相互关系的一个开端。塞缪尔斯(1975,第72页)指出,对于这个过程而言,有三种努力是至关重要的:(1)一定要提出有关“司法—政治—经济间交互作用的模型;(2)必须确保“客观实际的、完全根据经验的、有关政府的研究既是自变量也是应变量,且经济活动既是政治—司法过程的投入,也是产出”;及(3)必须同时进行“趋于对法学和经济学的自我意识的、客观实际地理解相互联系的理论研究和经验研究。根据塞缪尔斯(1975,第72页)的说法,这类分析将在两方面相互作用并推进对法学和经济学及它们之间的相互关系的理解,并提供“一种预测政治和经济转变或变革的可能绩效的更现实的、更有见识的基础。”

122 在以下的制度主义者的主张中清楚地表明了此点的重要性,即制度主义者主张,制定政治—司法—经济决定的决策过程中本质的标准化态度,这就意味着选择必须在可供选择的有效率的配置结果中作出,因此,也应在可供选择的政治—司法—经济的制度结构中作出。这也就使比较制度方法对法经济学的分析变得十分

[20] 关于这个主题,也可参见曼德姆(1991)。

必要了。^[21] 故,在这个意义上,制度结构仅仅被假设为给定地抛弃或接受。更确切地说,它一定是研究的主题,更明确地说制定司法—经济决定的程序必须包括对可供选择的各种制度替代方案对社会福利的影响的一个比较。

比较制度方法是一种全局而非局部的分析方法(塞缪尔斯,1972a,第582、585页),并且其是由描述和分析“以下内容间的系统性关系”所组成的:(1)政治—司法—经济制度的结构,关注的是其所操作的权利和规则;(2)从激励(处罚或奖励)的角度引导或观察由制度结构决定的行为;及(3)由此导致的经济绩效,在这些制度下,决定经济生活特征的分配和配置(麦考罗,1989,第11页,最早强调)。

因此,比较制度方法的目标是解释和比较,这些真实的、不连续的、可供选择的经济结构下所产生的结果,不仅是根据效率来决定的,而且是根据收入和财富的分配、就业率、及其他影响生活质量或企业生产能力的因素来决定的。关于这一点,塞缪尔斯指出,如果法律是先于经济最大化而单独制定的,那么将剥夺法律生活和经济生活对于人类的意义和重要性(塞缪尔斯,1981,第165页)。这里的目标并不是标准的断言,而是描述性的陈述:“一种研究法学和经济学间相互关系的可行的方法,其将足以适用对各种可供选择的制度、法律安排,连同那些人的利益将能受到保障和那些人的增益将能得到实现的清晰的经济影响(包括对资源的分配和配置)”(麦考罗,1989,第12页)。此类分析并没有授予个体一系列可从他人那里获得收益的特权,但却能使人研究和参与司法—经济的联结过程,从而能更好地理解这些过程,及它们对司法

[21] 对于比较制度方法的需求早就已经被认识到了。其他支持者——来自于这些制度学家的同一观点不是必要的——一个比较制度方法的支持者包括哈罗德·德姆塞茨(1969)、尼尔·科梅萨(1981,1994)、理查德·斯图尔德(1987)、肯尼斯·谢普瑟和巴里·温加斯特(1984)。并且更一般,在新制度经济学框架下的这些研究(见下面的第5章)。

和经济的影响(塞缪尔斯,1989a,第1573页)。^[22]

但是,标准化判断必须在制定司法决定的过程中作出。制度主义方法意识到了这一点并强调,政治—司法—经济决策过程的公开和评估的澄清也是法学现实主义运动的遗物(塞缪尔斯,1989a,第1573页)。经济学家、法学家、政策制定者和法官应该努力使其所做决定下的价值判断尽可能地公开,因此,决策过程应是“谨慎而公开的”而不是“粗心和偷偷摸摸的”(塞缪尔斯,1178,第113页)。^[23]这种对公开性的呼吁很清楚是与比较制度主义方法是密不可分的:

- 123 他不仅应该公开他的标准化前提,而且还要公开他以可供选择的标准化(或实际的)假设为基础而引导的一系列研究。一项研究只能实行一种理解及对产出、成本、收益和权利的详细规定。可供选择研究的呼吁,对意识形态和党派的微妙干涉的注意,并且,强调不可避免的关键性选择及以对产出的政治决定等为基础的价值观、显著的基本分配性结果的必要性(塞缪尔斯,1978,第112页,最早强调)。

令人困惑的价值观和潜在的标准化假设,在芝加哥学派和公众选择学派关于法经济学的研究方法中非常之多,从而严重危害了比较制度分析方法。仅仅依靠帕累托效标准将会使人困惑,而且还会妨碍在法律—经济的联结中必然起作用的标准化选择过程。^[24]

[22] 制度者导向例子的案例研究包括卡特(1985)、塞德曼(1973)、施密德(1985)和瓦德施内德(1986)。

[23] 也可参见塞缪尔斯(1989b)。

[24] 例如参见布罗姆利(1989)、卡拉布雷西(1985,1991)、格里芬(1991,1995)、兰(1980)和米尚(1972)。

制度主义分析方法的应用

应用#1:施密德——结构与绩效

上面提到的制度主义者对过度使用效率分析的疑虑,并转向一种并不关注过度抽象思考的思想,例如并不是通过特定的司法制度或制度结构是所谓的“效率”或“无效率”为基础来评估其是否适当,而是通过对实际的可供社会公开选择的制度描述和比较的研究方法,作为说明的证据。举例来说,在施密德(1987)的研究中,此类分析将在一个状态—特定的结构—引导—绩效的范式下进行,其中,可供选择的制度结构(如对财产权的不同定义)及互相依赖的内在固有来源将被给出相应的定义。其将被联结到对个体、企业和政府行为的(无)激励机制和结果,通常也将决定经济绩效和生活质量。同样地,其还反映了政策分析的一种“总的”方法(施密德,1987,第257—258页)也就是强调结构与绩效间的联结。

为了了解制度主义分析方法是如何对这些主要问题进行研究及这种分析方法与主流经济学研究方法的差别,让我们来思考施密德在一个水污染方面的有关管制标准与收费(或保障使用者的权利)间选择的例子。^[25]有关这个问题的传统经济学研究方法倾向于使对超过排污标准的使用者进行收费(污染税),其理由是:将更有效率,因为,他们能通过更低的成本而导致同样数量污染减少。^[26]后面的推理过程如下所述:管制标准要求,为取得污染的

[25] 这个例子取自施密德(1987,第263—266页)。

[26] 例如参见鲍莫尔和奥茨(1988)、斯图尔德(1988)以及阿克曼和斯图尔德(1988)。

x%的减少,每个生产者一定要减少履行相同的x%的义务。然而,这个全面的方法并没有计入以下事实:消除污染的昂贵成本对不同企业而言是极不相同的。基于效率的考虑,那些能以较低成本减少污染的企业承担较大的负担比例,只有这样才能以最小的社会成本获取总污染的减少。这种收费方式对于每单位污染的费用124 费设立不相同的保障。在此类方案下,每个污染者将与减少额外一单位污染的成本和对该单位成本的收费进行比较。相对于那些只能用更高的成本缓减污染的企业,能以较低成本缓减污染的企业将发现,采取相对更能消除污染的方法(因而将有较少的污染)是有利可图的。因而,这个税是被设在一个能获得总污染x%的减少的充分水平,从而促使能以较低成本缓减污染的企业承担更大的减少污染的负担,因此,在这个过程中为了获得x%污染的下降将比使一个管制标准下所能得到的相同的污染减少的总成本更低,换言之,一个税费设计比一个管制标准更有效率。

施密德(1987,第264—265页)认为此类分析是不完全的,因为其仅仅只关注于成本,而忽视了分配以及与此相应的这些政策对企业的不同影响(也可参见塞缪尔斯和施密德,1976)。而他所拥护的法经济学的比较制度分析方法不仅关注不同的成本,且还透过成本去探求潜在的财产权、机会集和他们的分配内涵。施密德主张,一个包括每个企业都有权就其排放的污染量付费的管制标准,^[27]而“作为第三方的环境保护论者”事实上也就拥有了分享剩余水资源的要求权。管制标准要求每个企业承担相同比率的责任,在达到管制标准前,每个企业所拥有的相对财产权是个恒量。^[28]

对一项可自由交换的财产权利和机会集关系收费意味着资源

[27] 同样的,施密德说,管制标准不同于合理使用原则的利用。

[28] 使这种逻辑更进一步,管制标准的增加保证了企业相对所有权份额的固定,但是减少了有关的第三方环境主义者的企业所有权份额。

上的权利实际上是由政府拥有,且在某种意义上,企业能通过支付特定的费用来购买一定比例的这些权利。在这个系统中,有比较高的缓减污染成本的企业将被允许以较低的税收来免责,因此,在管制标准的系统中,其将能获得较大的使用水资源的权利。当比作一个标准方案时,我们可以看到,使用水流的权利从污染的低成本消除者转到了高成本消除者。而且,因为对使用水流权利的支付对象是政府,而不是权利被缩小了的低成本的污染消除者,因此,我们也能看到企业间收益的重新分配。因此,有关将产生诱导作用的消除方案的实施将影响被卷入企业的相对福利。给定以上所述分析就能预期低成本的污染消除者偏好管制方案,而高成本的污染消除者却偏好付费系统。而每种群体的规模将依次影响政府在决定采用何种系统时相对的压力。 125

就如施密德(1987,第265—266页)所指出比较制度分析方式揭示了“作为第三方的环境保护论者的权利被扩张了,并产生了一个冲突……此冲突存在于工业企业对重新分配成本的分担中。因而,在两企业间将存在一个争取平等待遇的冲突,最低成本的获得者将获一个给定的水流量。”但这个决定并不只是简单地根据成本作出而是根据受影响双方的成本分配作出。当然,相同的分析也适用于企业和第三方的环境保护论者间的权利分配更进一步的决策,即一个采用一项减少污染或维持现状的政策决策。这个决定将影响企业和第三方的环境保护论者之间的权利分配,进而也将影响企业和作为第三方的环保人士之间的成本和收入的分配。将管制标准定在何种水平上的决策并不是在比较制度分析方法下作出的,而是承认一个易得的答案。目标是一个伴随着可供选择的政策机制(制度结构)并将影响有关当事人的演进。但超过了这点,有关采纳哪种制度结构的决策将成为一个何人的利益应受到保障的基本选择问题。

应用#2:塞缪尔斯——法学和经济学的联结

一种引导—导向方法的有效应用是由塞缪尔斯在其论文中讨论米勒等诉舍尼案中提出的。这个案件围绕着弗吉尼亚州立法机关通过的1914年法令而进行,即昆虫学家有权不需要补偿地调查、宣告不适用及毁坏苹果园2英里半径范围内的红雪松,只要其能证明红雪松对苹果园的健康构成了威胁。红色的红雪松锈是一种对红雪松无害但却会危害苹果树的树叶和果实的菌类,众所周知的,如果将红雪松移到苹果树的附近,将会导致苹果园拥有者的经济受损。原告——红雪松的拥有者——争辩道这个法令违反宪法所规定的在没有公平补偿的前提下,剥夺了他们的财产权。这个案件一直到了美国联邦最高法院,法院驳回了对这个法令的反对。斯通法官在当时这个案件的法庭判决中是这样写的:

126

显然,我们可以接受最高法院公开判决书的结论,它认为国家有必要在邻近危险的一方和另一方的财产权的保障间作出选择。如果国家不是颁布现行的法令,而是什么都不需要做,除了允许受损严重的苹果园主,在其所要负担的义务范围内免受检验,这依然是选择。当我们所关注的是这种选择时,国家并没有决定一个阶层的财产权有超越宪法的权力,这是为了保障另外群体的权利,在司法判决过程中,其对公众的价值将越来越大(Miller et al v. Schoene. 引自塞缪尔斯(1971,第437—438页))。

塞缪尔斯(1971,第437—438页)对这个决定作出了评论,并指出在某种意义上,最高法院首席法官斯通的评价使前面的、有关权利问题的必不可少的选择被重新提起,而且,在某种意义上,这种做法是与“上面建立的法律和经济的制度主义方法”主题紧密相

联系的,从而,也就避开了对任何具有全球性效率的解决方案的探讨:

国家不得不作出何人才是财产权的真正拥有者的决定,而且这种决定不仅要正式可靠,也要在他的法律权利中是现实可行。法庭作为国家的一部分不得不作出哪个主体将被视为受害者,从而应受到保护的判决。最终,法庭不得不决定哪方主体有权强迫他人,也就是另一方主体的行为对这方主体的强迫性影响[原文如此]。在两种私人利益间(在两个私有权利的原告之间)存在一个直接冲突,其将要求作出选择,而且这种选择是基于一些(理性的)标准。此时的这种情形中包括被立法和法庭或引入公共利益、公共价值或公共福利的概念,从而,最终通过政治力量加以实现。(塞缪尔斯,1971,第437—439页)

塞缪尔斯争辩道,在缺乏红雪松锈法令时,权利结构对苹果园的拥有者是不利的,因为这种法律使有红雪松拥有者能自由地将损害强加于苹果园主。而且,他们也处于一种强制性的不利环境中,即为了达成减少损害的协议要对红雪松拥有者远离他们的苹果园提供附带支付。而在红雪松锈法令下,所得情况却恰好相反。果园拥有者将被保护而免受损害,发生的损害将由红雪松拥有者承担,而且,这种强制性收益将由果园拥有者获得(红雪松拥有者为了减少损害而与果园拥有者达成协议,有关费用将由远离果园的红雪松拥有者承担)(塞缪尔斯,1971,第439页)。换言之,更一般地,经济活动、绩效和约束条件都是法律的一个偏微分函数。 127

就如塞缪尔斯(1971,第441—442页)所指出的,这种情形也是在司法—经济过程中政府必然存在的一个证明。在缺乏红雪松锈法令下政府是通过现有的权利结构使红雪松拥有者实现其利益,换言之,红雪松拥有者将因现行的权利结构而受益。然而,在

存在该法令的情况下政府将保障苹果园拥有者实现其收益。依照塞缪尔斯的看法,有一点必须指出,政府在任何一种情况下都会相似地出现“政府不得不在一个群体和另一个群体的效率提高中作出选择:政府也将参与制定经济决定的决策过程。”当红雪松锈法令被执行时,其并没有完成“一个政府对一种至今仍然缺乏的情形的干预,而是与一个由决定哪些有效率的司法支持应被给定的利益变化”(塞缪尔斯,1971,第441页)。

这个案例也暗示着一个个体/组织利用政府(以一种非贬义的视角)来实现其最终目标的问题,因此,更一般性地,这是一种利用政府来直接分配和配置经济系统中资源的观点,从而经济绩效和约束条件是个体为了实现其最终目标而可能利用政府的一个偏微分函数。红雪松拥有者就如塞缪尔斯所记录的,“起一种基本的装饰性作用,作为木材使用及被估价”,而苹果园拥有者,支持了弗吉尼亚的一种主要工业。就如塞缪尔斯所指出的,苹果园拥有者是一个得到很好的组织并很有影响的团体,而红雪松的拥有者的相对力量、经济和政治实力都是较弱的。因而,也许并不令人惊讶的是其所反映的是保护在经济上更具重要性及在政治上更具影响力的团体的利益。在这里提出这点并不是否定的,而只是简单地说明,竞争性利益将试图影响(或利用)政府来促进其在一个资源稀缺性的社会中的最终目标和选择的实现。同样地,对司法—经济过程的一种理解及对在经济系统中所产生的结果的决定不能在不考虑政府作为一个解决以资源稀缺性为基础的冲突中来获得,因此,这样的解决方案是一个其所施加的相对压力和谁将能通过政府来保障促进他们收益实现的函数。〔29〕

〔29〕 然而根据塞缪尔斯(1971,第444、445页),这是对于该思想的另一种解释,该思想认为“这个问题不是政府的利益或者没有政府的利益,那么国家习惯于执行的是谁的利益”,以及在更深的层次上,选择的根本必要性和特性“没有相关的一般或中立的原则可以避免这些选择”。参见麦考罗和瑞安(1980)。

由这个案例将能提出一个更深层次的议题,对损害的补偿及其与权利、配置和分配的关系。红雪松法令并不能提供对其所有者因红雪松的毁坏所导致的价值损失的补偿。塞缪尔斯认为,一个更大的问题并不是真实的补偿与不补偿,因为对所有受害者进行的补偿是由财产法规定的,甚至变化也在其中,几乎不会给社会造成财政负担。然而,这个问题事实上变成了“补偿应在何时被支付?”(塞缪尔斯,1971,第446页,最早强调)。〔30〕补偿议题是谁对谁施加了损害问题的一部分,因此,是一个个体对另一个个体的配置的成本和收益范式。在这种情形下,也就是为数不多的红雪松拥有者(采用上面的案例)对抗苹果园拥有者,一方当事人(在缺乏补偿时,这方当事人将遭受损失)对社会总体将被迫承担补偿支付。换言之,财产法决定的不仅仅是对参与一场特定争论的当事人的资源和收入的配置和分配,而且,还将通过补偿性原则影响整个社会。因此,政府影响没有补偿的私人财产权使用能力的程度(对政治权力的使用和程度)将具有超出对参与争议当事人的影响的含意。128

因此,塞缪尔斯说这种情形将唤起前面所提到的大量的处于司法和经济过程间相互关系的重要方面:

首先,一个有关对相对权利、相对施加损害或成本能力及相互强制性力量(或收入要求权)的必要选择存在。司法过程中的经济系统明显是一个由相对权利、从其他人处转移而来的成本揭示及对他人的强制性影响所组成的一个系统。也就是说在权利要求权的冲突间的选择也就是一个个体和另一个个体之间的利益选择。选择是基于个体参与制定经济决定的决策过程的能力。……这些选择是法律的一个函数。因此,

〔30〕至于赔偿问题的制度学派处理办法,参见塞缪尔斯(1974)以及塞缪尔斯和麦考罗(1979,1980)。

除了其他因素之外,收入分配通过对收入的相对要求权是法律的一个偏微分函数。那么,不可避免地,政府就将被卷入到基本特征、结构及私有部分的结果中。因此,政策议题也变成了哪些或谁的权利运作将由政府有效地加以保障、哪些权利政府将不再提供有效保障以及哪些是新创设的权利,换言之,可以利用政府来改变有效率的权利模式或利益的实现。(塞缪尔斯,1971,第442页)

制度主义法经济学的公开积极和甚至不可知论的方法并不能使那些想在决定对司法—经济的政策问题的解决方案上寻求庇护的人感到安慰,而且,更确切的说法可能是逐渐偏离了这个基础。出于对这点的反对,施密特的回应是“如果[制度主义法经济学]不能对解决政策安排问题作出决定性的回答,那么,它还有什么用呢?能识别许多经济系统中明显的力量来源,从而人们能了解他们福利的来源,而且人们是与不幸的选择生活在一起的,而并不能忽视和不考虑它们”(塞缪尔斯,1994,第36—37页)。然而,对司法—经济争论的单一的解决方案反映了在争论中仅有一组特定的评估前提及一个特定的事实、收益、成本概念,比较制度分析方法通过认识到多样性的潜在解决方案和潜在评估前提,试图充实在一个司法—经济系统的持续的社会构建和重建中可供社会自由选择的可能性。

第五章 新制度主义法经济学

国家是一把双刃剑：“国家的存在对经济增长而言，是必不可少的；然而，国家又是一种人为地导致经济衰退的根源。”
(埃格特森，1990，第317页，引自诺斯，1981，第20页)

引言

新制度主义经济学(NIE)类似于制度主义，也是由以下的基本假设开始：制度是决定经济结构，进而决定经济绩效的重要因素。基于对这个出发点的基本洞见，新制度经济学通过以下的学者开始了早期的研究工作，如：阿门·阿尔钦(1959, 1961)、张五常(1969, 1970)、罗纳德·科斯(1960)、哈罗德·德姆塞茨(1964)、和奥利弗·威廉姆森(1963)研究了经济系统中，财产权的作用；^{〔1〕} 科斯(1937, 1960)和乔治·斯蒂格勒(1961)探讨了交易成本和信息成本对交换过程的影响；而布坎南和塔洛克(1962)则通过对集体选择过程的分析，试图说明制度结构、制度变革和经济绩效之间的潜在关系。一个社会的制度结构中的司法构架，以现代的口吻来说，就是以宪法、法令、普通法及代理制度，其部分地作为经济关系的基础。

对这种法经济学分析方法的许多学术贡献都能从《法律、经济

〔1〕 财产权利文献的一个有用的观点可以在菲吕博腾和配杰威齐(1972)。一个近来的研究包括德阿莱斯(1980)。

和组织杂志》和《制度和理论经济学杂志》中找到。虽然,新制度经济学本身就是相当异类的,但其有两个构建分析的基本原理。首先,假定个体是在给定约束下理性追逐自我利益。这些约束相对于新古典经济学理论,更多且更严格。这些包括财产权和交易成本的定义(也是存在的),另外还包括对人类头脑的有限计算能力的认识(就如西蒙(1961,第 xxiv 页)的“有限理性”概念,其中人类行为被认为是,“有意识的理性,但却只是有限的”)。新制度经济学的第二个构建基础(至少在许多情况下)是,财富最大化思想——寻求一种能增进社会福利——生产能力的制度结构。从一种比较积极的视角来看,新制度经济学也试图分析,不同的制度结构对不同历史时期的经济绩效的推进作用。

道格拉斯·诺斯(1990b,第 3 页)将制度定义为,“一个社会中的游戏规则,或,更正式地……人为设计的用以规范人类交互行为的限制。”他说,这些制度“构建了人类交换中的激励,无论是政治上的、社会的或经济的。”这些制度同时包括正式制度,如,法律,和非正式的机制,如,习俗、惯例及引导模式。这里,我们的讨论关注的是,正式的司法机制。新制度经济学的分析聚焦于三个核心概念:适用的权利、讨价还价和交易费用。加里·利贝卡普(1989a,第 1 页,补充强调)指出,“财产权,是用以定义或限定保障个体对特定资产享有一定的特权范围的社会制度”,而且,其功能在于,通过设定资产的生产能力或可交换能力的范围来决定资产的价值。这些权利对个体行为者而言,可能是内生的,也可能是外生的。讨价还价是通过特定财产权的创设、分配、修正的过程(利贝卡普,1989a,第 4 页;埃格特森,1990,第 45 页)。因而,在这个交换过程下——资产的实际移动——是交易或讨价还价的过程,其中,资产的合法权利发生了转移。^[2]相反,新古典经济理论关注的是交

[2] 奥利弗·威廉姆森(1975,第 3 页),新制度经济学的代表者,承认制度学家约翰·R·康芒斯对关于经济活动中交易的中心作用的新制度经济学观点的影响。

换,其有时与真实的交易同时发生,有时在其之后发生。而且,交换的可能性和限制是,可交易的或可谈判的结构——法律结构的一个函数,对这个问题的讨论,新古典经济学理论事实上并没有涉及。在新制度经济学中,订约被视为一个微观层面的过程,其中,私人或团体就权利讨价还价的过程,又是一个宏观层面的问题,其中,私人或团体、和/或政治家、和/或官僚主义者、和/或法官就作为建立社会、司法和经济结构基础的基本法律结构讨价还价的过程(利贝卡普,1989a,第4页)。交易费用,与讨价还价相类似,也在多个层面发生,但能概念化,从一般意义上看,是与制度的建立、维持或修正相联系的成本,如,财产权。^[3]因此,在微观层面上,交易费用由那些与私人主体间的讨价还价过程相联系的那些费用所组成,在宏观层面上,交易费用被认为是,由那些发生在建立和修正社会制度框架的讨价还价过程中的那些费用所构成(菲吕博腾与里克特,1991,第8页;埃格特森,1990,第14—15页)。

由上述讨论表明,新制度经济学分析将从两个不同层面进行,一个是较宏观的导向,而另一个则更微观导向。戴维斯和诺斯(1971,第6—7页,引自威廉姆森,1993a,第53页)可能是对这两层面的分析作出最佳描述的学者,他们区分了制度环境(宏观)和制度安排,或威廉姆森(1993a,第53页)称其为“治理结构”(微观):

制度环境是指,一个基本的政治上的、社会的和法律基本规则的集合,其将为生产、交换和分配提供基础。规则统治着选择权,财产权,订约权就是例子……

一项**制度安排**是指,一种经济单位间是以合作和/或竞

[3] 阿罗(1969,第48页)称“经济系统运行的成本”为交易成本;威廉姆森(1985,第19页)说“物理系统中摩擦的经济等价物”为交易成本。

争的方式运作的制度安排。其……[能]提供一种让其成员在其中合作的制度……或[能]提供一种影响法律或财产权变革的机制。(最早强调)

然而,事实上,制度环境和制度安排是相互影响的,因为,制度环境建立了制度安排存在的一般框架,而制度安排,其效果或困境将产生导致制度环境变革的压力。既然新制度经济学的法经济学分析分为两个层面,那么,我们也将依次分别对其加以讨论。

制度环境的法经济学分析

根据上面所提到的,正式规则是社会制度结构的重要组成部分。诺斯(1990b,第47页)定义了管理社会关系的三种正式制度间的区别。^{〔4〕}首先,社会的政治规则,其“宽泛地”定义了政治上的阶层结构、它的基本决策结构和议程控制的外在特性。其次,经济规则“定义了财产权,也就是,一束从财产中获得的使用权和收益权,并能作为资产或资源进行交换。”最后,契约,“包含了对特定交换协议的明确而详细的限制性条款。”通过对机会集的定义,而将这些规则集中在一起,将有利于促进政治和经济上的交换——其将存在于现存的制度结构或改变制度结构——导致源于交易的收益,因而,将能增加社会福利。这些规则也是相互依赖的,而且,其因果关系是多方向的。换言之,虽然,给定一组的政治规则将会引起一组特定的经济规则,并依次形成特定的契约结构,而源于新的契约结构的压力也会导致经济和政治规则的改变(诺斯,1989,第662页)。许多对制度环境的法经济学分析是在所谓的财产权上作出的经济学分析,比如,诺斯(例如,1981,1990b),约拉姆·巴

〔4〕 也可参见诺斯(1989,1993b)。

泽尔(1989),利贝卡普(1989a,b)和张五常(1969,1970)等。^[5]

公共资源、财产权和交易费用

133

财产权在经济分析和经济绩效中的重要性依赖于他们运作的两个方面。^[6]首先,财产权制度决定了包括资源使用和个体间分配的收益和成本的所有权,因而,也就构成了决定经济行为和经济绩效的激励。其次,财产权制度通过“对特定个体就决定如何使用特定资源的可能权力的分配”,定义了一个经济系统中的一系列参与者(德阿莱斯和斯塔夫,1989,第179页)。在这个方面,财产权决定了一个经济系统中的财富和权力的分配。因而,不同的财产权结构将产生不同的机会集和经济代理人间的不同收益和成本分配,从而,能通过影响他们各自分别的激励和约束结构来影响他们的经济选择。

为了理解在一个经济系统中财产权的作用,我们必须先从构思一个不存在(私人)财产权的状态开始,换言之,处于这个状态中的个体“缺乏对资源使用独占的、可转移的权利”(德阿莱斯,1980,第5页)。早期对这类公共资源的研究是由戈登(1954)、德姆塞茨(1967)、哈丁(1968)和张五常(1970)等学者从事的,有关研究表明,除当且仅当资源的价格为零时,仍存在供给大于需求的情形外,财产权的缺失将导致公共资源因被过度使用而耗竭,这是因为,财产权的缺失将降低个体考虑其行为的完全社会成本的激励。例如,农业土地上不存在私人财产权分配的情形。如果,农民A被允许为了使耕地再生而休耕一年。那么,在公共财产结构下,农

[5] 文献的有用研究也可在菲吕博腾和配杰威齐(1972)、德阿莱斯(1980)以及埃格特森(1990)中找到。

[6] 参见利贝卡普(1989a,第2,10页)以及德阿莱斯和斯塔夫(1989,第179页)。

民 B 可能自己会在这块土地上耕种,因而休耕计划就会破产。农民 A 将没有激励让土地休耕,因而,土地的生产力将最终被减少,从而导致对社会的损害。而且,事实上,安东尼·博顿利(1963)通过对黎波里塔尼亚(Tripolitania)的土地使用情况的分析,指出,公有土地相对于私有土地,有相对较低的平均农作物产量。同样地,理查德·阿涅洛和劳伦斯·唐纳利研究表明,公共产权结构下的牡蛎收获,相对于私人产权结构下,实际上原本有更高产量,但由于被长期使用,最终导致产量因公共资源的恶化而下降。而且,在这些公共资源上存在一个递减的投入激励(因为,投资者对公有资源的投入不能得到完全回报),这个困境会使个体只有在万不得已的情况下才会将资源转向有更高投资回报率的用途上,从而,会过度地将资源用于防止损失减少的行为上(如,试图阻止他人分享其不受私有产权保护的农作物),及有助于减少与公有产权相联系的

134 损失所有措施上。(利贝卡普,1989a,第 12—13 页)

那么,就出现一个问题,为何我们首先能观察到的公共资源不能包括整个社会所有资源被完全界定的、完全明确详细规定的财产权。科斯(1960)为这个问题提供了部分解答:建立和执行财产权是需要成本的,而且只有当个人或团体建立或改变财产权的收益大于成本时,其才会愿意投入资源来保证这种建立和改变。虽然公有财产权会造成公共资源损失耗竭,但也节约了详细规定和执行私有财产权的成本,虽然私有财产权最小化了公共资源的损失,但他们所要求的包括规定和执行成本可能充分大,从而,对一个社会而言,不能或不愿意把它们带进私有财产权的范畴内(张五常,1992,第 59 页)。这就如第 2 章所解释的,公共资源问题在零交易费用的一个世界中是不存在的,因为当事人能无成本地就增益的实现而讨价还价,从而,能形成一个更完善的权利结构。由此,我们可以认为如此之高的交易费用可能会使建立私有财产权来实现增益的希望破产。

更进一步,我们能意识到,继贝克尔(1965)和兰开斯特(1966)

之后,个体的效用并不是源于产品和服务本身,而是源于产品的不同属性及进入服务绩效考虑的各方面的活动。因此,一块土地包括的范围不仅仅是这块土地的本身,而是一束特性,其包括,农业生产力和美学价值,或各种用途的商业开发潜力。同样地,汽车也是一束属性,包括、动力、燃料的经济性、舒适度、质量和外观,且这些属性和他们突出的功能水平将决定资源的价值。因而,交换的结果,最终不仅仅是产品和服务的转移,而且还是一束不同的属性和活动。

给定不完全的信息,个体必须在试图决定这些有价值的属性或活动的性质上花费评估成本,位于他们上面的权利,和这些属性必须被界定和评估以便于在交换中能够进行转移。换言之,资源能被定义为,不仅仅由它的技术特性,而且还是由一权利束构成。随着属性或活动的数目和多样性的增加,评估成本和交易的复杂性也随之增加(诺斯,1990b,第29页)。其他因素,如资源可被观察到的程度、可迁移因素也会影响评估成本(利贝卡普,1989a,第26页)。给出的这些属性是有价值的,并能促使潜在的交易当事人为确定这些属性和它们的价值而支付昂贵的资源,因而,评估会导致高价交易。而且,因为评估成本为正,对这些属性的权利将无法被完全地详细而精确地规定,因而,更完全的被详细规定的权利的预期收益将在临界点超过其评估的预期成本(诺斯,1990a,第91—92页;巴泽尔,1989,第64—65页)。因而,对于与给定资源的属性/权利相联系的评估成本越大时,对与其相联系的财产权的完全界定就越不可能,而且,这种资源的发展程度就越高,可交换性就越差。^[7]

135

由于对特定属性的评估问题难以解决,再加上因为对个体的从事机会主义行为的激励——试图以各种各样的方式来提高其源

[7] 当财产权利定义不明确的时候,对开发和交换资源的激励减少的解释是沿着上面公共池塘问题讨论而发展出来的论点思路进行的。

于交易的收益,如,逃避或隐藏信息——执行问题也会影响交易过程。虽然对一元性产品的即时交易很容易执行,但多元产品的交易关系可能是跨时空发生的,因而,就会使自利性个体可能有不履行协议的风险,因而,这些强制执行机制对此类交易中的个体的劝诱是非常必要的(诺斯,1990b,第3页;1993b,第247页)。然而,问题是强制执行虽然有助于减少交易环境的不确定性,但却非常昂贵。除了在适当层面上的强制执行机制的成本增加了,而且,执行成本的增加也归因于对违约行为的发现和评价,及对违约者施以处罚的行为(诺斯,1990b,第58页)。甚至,事实上,执行成本是如此之高,以至于可能由那么其福利受影响的代理人实行,这也就意味着,特定权利没有被详细而明确地规定,而且对那些得到了详细而明确规定的权利的执行也是不完全的。基于这点,特定的有价值的属性/权利将会被留在公共领域,而且个体可能被激励花费资源来尝试获取这种价值,并防止其他人得到它。因为这些潜在的冲突,个体就有激励达成契约,以保证这些负面激励的效果最小化。

136 在一个社会中发生的混合物交易的程度,是在一个契约性框架下交易代理人能力的函数,其中,这个契约性框架将能与契约绩效相联系的不确定性最小化(诺斯,1990b,第34页)。为了使这些混合物得到交易(也就是,那些交易收益超过成本的产品),有必要存在一些制度机制用以引导潜在当事人通过从事交易,来获得在不完全界定的财产权之前的相对交易成本和/或达成交换协议。由于混合物交易自我执行契约的设计困难,当事人和/或社会就有兴趣发展强制执行机制。^{〔8〕}有关证据已经表明,在私人之间会通过类似第三方调停或通过仲裁机制来执行契约。然而,历史证据表明,在一个社会中,一个经很好组织的混合物交换系统不可能不依赖政治规则而运作(诺斯,1990b,第34—35页,第54页;利贝卡

〔8〕 自我实施合约设计的相关问题将在下面讨论。

普,1989a)。埃格特森(1990,第317页)的研究为这种观点提供了有说服力的表述:“没有国家、国家制度及财产权的支撑框架,昂贵的交易费用将使混合物的交易系统趋于瘫痪,且基于长期交易关系的特定投资也不会发生。”诺斯(1993b,第245页)进一步指出,协议有效率地被执行是“经济绩效惟一的关键性决定因素”。诺斯(1981,第27页,引自埃格特森,1990,第320页)认为,国家,在这类促进交易的执行机制中,似乎具有比较优势,“与一个法律、审判、防卫的设计系统相联系的经济规模是文明的潜在根源。”国家运行的正式规则与/或代替非正式约束(习俗、声誉等),将通过降低各种不同的与交易相联系的交易成本,来促进更复杂的交易协议的达成。

那么,根据前面的阐述,我们就能得出,交易费用的出现主要是由于信息成本,其由讨价还价和谈判成本所构成……测量和控制财产权、执行政治权力、监督绩效及组织活动的成本(张五常,1992,第51页)。约翰·沃利斯和诺斯(1986)的一项研究表明,交易成本构成了美国在1970年的国民生产总值的45%。因为这项费用如此之大,新制度经济学分析方式的拥护者争辩道:如果许多不同的将创造财富的交易没有发生,将导致资源没有被配置到能产生出最大价值的用途上。司法/社会/经济系统在对社会资源的配置方面扮演了重要的角色,其将部分地影响交易成本。新的司法安排能通过降低交易费用来影响生产和交换,从而,能使资源流向产生在最高价值的用途上(诺斯,1990b,第31页)。这里有一个诺斯的研究并没有涉及的附加议题:虽然交易是昂贵的,但是,交易成本将同时由交易者、“社会”或国家承担。因此,那些交易者并不需要考虑特定交易涉及的所有成本,而且,有关的信息成本将妨碍国家获知有效率的国家强制执行的数量。作为以上思考的结论是,源于交换的净增益是新古典经济学理论的标准增益,评估、强制执行成本,及其他成本的产生很少,是因为评估和强制执行都是不完全的(诺斯,1990b,第31页)。

德阿莱斯(1990,第8页)将这权利束的特征描述为,管理一种资源就是指,财产权将如何影响资源的使用、收入流及它的可转移性:“典型地与一种特定资源相联系的权利束可由以下各部分组成:一些处于公共领域中的、能被免费取得的权利(也就是,那些非
137 独占的和不可转移的权利),一些可能有限制的使用权(也就是,独占的但却是不可转移的权利),及一些仍然可能是私人的权利(也就是,既是独占的又是可转移的权利)。”通过这样的定义,资源拥有者将面临约束,财产权束也就会影响个体的选择过程和资源的最终用途。^[9]当一种权利从私有使用权变成公有财产权时,以社会最大化的方式经济地使用资源的激励将变弱,因而,与此相联系的社会福利损失将趋于上升(德阿莱斯,1980,第40页)。

因此,对财产权的形成和转移的分析需要认识到个体和团体的偏好(其将决定预期收益)、导致有关财产权的形成和转换的机会集及激励的经济和社会因素以及那些有助于一种特定财产权体制的建立和强制执行的成本因素。除此之外,我们还必须调查“如何将在成本—收益上计算的变化转变为财产权演进的一般机制。”(菲吕博腾和里克特,1991,第16页)

财产权的建立和变革:激励和政治

在上述的讨论中,我们已经看到,财产权的形成与改变将如何导致能增进社会福利的交易发生。那么,财产权又是如何形成和改变的呢?菲吕博腾和里克特(1991,第16页)为这个问题提供了简洁的回答:新财产权的形成和财产权的改变是指,“因为经济系统中,特定的个体或团体确信,重构财产权体制将是有利可图的,而且他们愿意忍受由此类改变带来的成本。”^[10]换言之,当前的

[9] 关于共有权对使用权以及私有财产权利的讨论,参见德阿莱斯(1980)。

[10] 这个论证方式的实证阐释由速水佑次郎和拉坦(1984)提供。

财产权结构及/或相联系的非正式约束(如,习俗)可能不能支撑新发展的能创造财富的交易,从而导致对新的或修正的权利的需求。这种情形的产生,是由于相对价格、生产或强制执行的技术、个体的偏好或某种政治因数的变化(利贝卡普,1989a,第16页)而导致的。例如,德姆塞茨(1967))的研究表明,加拿大的毛皮交易是如何演进的,交易增加了海狸的毛皮价值,因而,打猎的数量也随之增加,从而导致了印第安人社区在五十年内建立了私人财产权。特里·安德森以及P·J·希尔(1975)研究了土地栅栏发展的经济学含义,大量地用带刺的金属将私人土地围起来——这种做法使私人财产权更经济行使,因而,有助于激励美国西部的私有土地所有权的发展。然而,虽然此类变化导致了与私人财产权结构相关的经济利益,但他们的出现也不是没有成本的,包括除了强制执行权利的成本外,还包括与通过“政治”程序(宽泛地被定义为,包括在一个社区中就权利结构的讨价还价的努力)的成本。因而,如果预期收益足够大,个体通常会将资源用于努力游说,包括建立正式的游说组织,以试图通过“政治”程序来影响变革。

138

在现代经济系统中,财产权制度的建立或变化是在一个讨价还价的过程中发生的,因而,也就反映了偏好与约束在政治舞台上的运行。支持和反对新的或变化了的权利结构的压力,将产生一个受益者支持而受损者反对的建议系统,当事人受被提议的变化对其所分享的社会资源的影响越大,其就愿意用于推进和保卫努力的支出就越大(诺斯,1990b,第87页)。因为每个团体都为寻求尽可能多地分享潜在收益的讨价还价过程,个体只有预期,从这个过程中所能获得的收益至少能与现状一样好,其才愿意参加。给定一种制度结构,其变化将导致对社会的净收益的影响,那么,改变壁垒就是设计一种为导致这种变化而采用的某种方法(可能包括对受损者的补偿)来分配这些收益,从而仍然能最大程度地保持这种变化的生产性(福利增加)优势。后一个议题的产生,是因为不同的分配方式将改变财产权的性质,从而改变从他们的形成和

变化中所能获取的潜在增益的规模(利贝卡普,1989b,第215—216页)。换言之,如果要巩固协议,受益者将被迫给因被提议的变化而受损的人一些补偿,这可能会导致赢者的净收益充分下降,而使其撤回对这种努力的支持。那么,结果将是,这种能提高财富的变化不能实现。

通过政治程序来达成一个此类协议的能力是一个包括以下变量的函数:(1)预期增益的规模(预期增益越大,就越有可能达成协议);(2)参与讨价还价的当事人的数量;和(3)他们的团结程度(参与讨价还价的当事人越少,越团结,就越有可能达成协议);(4)信息的完全程度(其将影响对这种变化所导致的成本和收益的计算能力,从而,影响用以为使重大损失者也能支持这种变化的适当补偿的附带支付方案的构建),同时,还会影响不同的讨价还价者间的潜在欺骗行为;和(5)对增益的分配(受益人是相对广泛,还是相对集中,受益范围越集中,就越难导致协议的达成,因为,有过多的利益将因这种变化而受到损害)(利贝卡普,1989a,第21—26页)。

139

政治程序的存在部分促进了各种不同利益集体间的交易。同样地,政治上的讨价还价程序反映了源于维持现状或对现状的各种改变的利益集团的压力。立法者,即,希望将他们再当选潜在可能性的最大化者,将会尽力地回应那些能对再当选的潜在可能性产生最大影响的利益集团的要求。由于利益的分歧经常在社会中发生,一个明确为多数人支持或反对的提议是不可能出现的,这就迫使立法者要用强有力的理由来尝试着说服那些有不同偏好取向的其他立法者。一个立法者将尝试达成诱其他立法者支持使其委托人能获得相对高的收益的提案,并用支持对他的委托人将造成相对低的成本的其他提案作为交换,因此,最终结果是,如果这个交换成功,他将给他的委托人创造净收益(最有希望的、真实的)。这听起来似乎是一个公共选择理论中资产阶级政客间互投赞成票以通过彼此都有利的提案的过程,但,事实上新制度经济学方法与其是有区别的,谈判是在一个给定的时点上作出的,但却要

经过一段时间后才能完成;换言之,一个在某天作出承诺的行为或许诺,目的是为了将来的一个互惠的行为。时间因素为立法者的潜在机会主义行为提供了可能(例如,拒绝对已许诺的行为投票,或试图颠倒支持部分承诺的立法投票),而且,可以通过一个继续对已经改变的环境作出诚实回应的立法者改变绩效提供了可能性(例如,选民偏好或特定政治环境的变化),而不是机会主义行为。^[11] 这里,我们有通过立法者来交易权利的一个程序(诺斯,1990b,第50页)。

给定不完全信息的存在,这个问题就变为:“当偿付在将来发生和以完全不同的议题为基础时,如何才能保证一个能使进展中的协议达成可信的委托呢?”(诺斯,1990b,第51页)虽然自我执行机制和声誉机制在这里起了重要的作用,但诺斯建议,它们都将因为测量和执行成本,而变得仅有有限的效力。更一般的,埃格特森(1990,第71页)提出,“在政客间的交换中,交易费用将趋于迅速走高,因为,其不像在市场中,有强有力的第三方来帮助强制执行这个领域中的契约。”结果包括强制执行问题的政治制度的发展,或如埃格特森(1990,第72页)所指出的,其是作为一个“设计用以生产稳定政策的首要制度”。诺斯(1990b,第50页)认为,我们能看到,“政治制度构成了政客间的事前交易协议。他们通过建立一个稳定结构来减少交易的不确定性。结果委员会制度变成一个复杂的系统,其由正式规则和非正式组织构成。”政体的组织制度被用以努力减少可能妨碍政治变革实现的交易费用。虽然,其并不能完全消除交易费用,但立法的议程规则和委员会制度将已界定的权限(有效的财产权)指派给特定类型的立法机关,从而使结果几乎不与反复无常的多数主义者行为发生关系(温加斯特和马歇尔,1988)。

所以,在任何给定时点上存在的财产权制度,或通过政治谈判

[11] 参见埃格特森(1990,第356页)以及温加斯特和马歇尔(1988)。

程序的财产权制度的发展,都是由这些在政治上被讨价还价的议题和他们的决议,连同那些围绕着界定、测量及强制执行财产权要求的技术性议题而决定的(利贝卡普,1989a,第12页)。由于竞争性利益集团之间的不同意见及通常大小相当的博弈赌注,就有可能时常会在财产权的改变上产生真实的冲突,而且,作为结果,“制度的变化可能是一个源于现状的、适度调整的递增过程”(利贝卡普,1989b,第220页)。而且,虽然交换会导致无摩擦的(零交易费用)瓦尔拉斯世界的效率;另外,虽然上述讨论建议,当受效率要求时,财产权将被创设或改变(也就是,当收益超过成本时),但事实却是,我们经常看到在真实世界中的无效率的产权安排。我们不能担保政治交换的结果必然产生有效率的产权制度。事实上,虽然政治规则被设计用来通过降低交易费用以促进交换,但是我们时常能看到无效率的财产规则。此类无效率,在诺斯(1990b,第51—52页)看来,是政治交换程序无效率的表现,这种无效率的存在是由于,在立法者和委托人之间或在立法者和官僚代理之间,存在委托方的理性无知,存在一个不愿冒犯强有力的利益集团的愿望来制定规则的考虑。这是因为,有些规则虽然是有效率的,但却违反了利益集团的利益,或政客偏好无效率的权利结构,因为,它会产生较多的税收收入。因此,虽然低交易费用和正确的信息将会导致有效率的财产权制度,但如果缺乏这样的条件,就会使无效率的权利结构成为了经济生活环境。这就如埃格特森(1990,第317页,引自诺斯,1981,第20页)所指出的,“国家是把双刃剑:‘国家的存在对经济增长而言,是必不可少的;然而,国家又是人为地导致经济衰退的根源。’”

制度安排的法经济学分析

从上述的讨论中,我们已经看到,正式规则和强制执行机制通

常是要花费昂贵的成本来建立和维持的,而且在许多情况下,成本越高正式机制就越能获得更多的收益,这就意味着,即使在国家出现之前,执行也是不完全的。由于正式和非正式规则/约束不足以保障契约绩效,因而,保证绩效的惟一方法——会对从事提高财富的交换关系提供最大可能的激励——使每方当事人有兴趣履行协议。换言之,制度环境的作用有限,对于特定情况而言,制度安排则更加重要。 141

然而,制度环境提供了一组规则,或一个框架,让行为人在其中从事生产、交换和分配。制度安排或管制制度,决定了特定的一组从事生产、交换和分配的当事人间的函数关系。例如,尽管契约的基本规则有助于决定订约环境,特定的契约安排构成了制度安排或管制制度,并将决定生产、交换和分配。在有关制度安排的演进文献中,最广泛的研究是对生产的管制过程的探讨——也就是企业关系。因而,这些讨论主要强调,有关企业的订约过程。^{〔12〕}

张五常(1992,第56页)对订约/制度安排的重要性进行了很好的描述,他认为,“在我们的社会中,几乎每个个体都是订约人、次订约人、次次订约人,而且我们之间都是竞争性的。服从于强制执行成本,书面契约和口头契约条款表明,生产和交换活动将是如何被组织和引导的。可以观察到,订约或制度安排需要加以解释。”契约是促进交换的媒介,其能从简单的市场交换到企业内部、垂直的、综合交换的全部领域中运用,且不同的交换机制需要不同的契约安排形式。新制度经济学关注焦点之一是,在真正世界中,能被观察到的各种不同契约安排的逻辑性,在给定环境下,为何特定类型的契约安排对其他方面也会有影响。这个主题将会在下面得到充分的讨论。契约安排的选择是一个关于一些因素的

〔12〕 政治合约过程的上述讨论是这些合约思想在政治领域扩展的一个说明。政治合约过程影响社会制度发展的事实作为制度环境和制度安排之间多维度相互关系的例证。

函数,这些因素包括交易费用、风险、司法/政治安排、社会惯例和那些进入订约过程的资产的技术属性。新制度经济学假设,进入订约过程的代理人的目标是,选择或设计能最小化交易(在被法律所许可的/可执行的约束下)费用的契约形式。新制度经济学界定了两个截然不同的(虽然是相互联系的)订约方法——财产权/代理方式和交易费用方式。

然而,新古典经济学假设,契约是被完全界定的,且瞬时履行的,并能被法院完全强制执行,然而,令订约当事人完全同质的假设基本上是不切实际的,从财产权/代理及交易费用的视角可以认识到,这两个假设通常都不能反映真实世界中的订约过程,研究在真实世界中所观察到的通常是不完全的、履行是延期的,及司法强制执行的也是不完全契约,而且,在很多情况下,订约当事人同意使用可供选择的迂回的争端解决机制。每个这些方法都致力于分析在某些方面略有区别的订约过程,下面,我们将依次对他们加以考察。

财产权、代理和订约过程

虽然大量的有关财产权研究的文献关注的都是对制度环境的分析,但这种方法在对制度安排,在对订约过程的分析中,也取得了丰硕的成果。这里,惟一的特性是,契约函数是作为一种在经济代理人之间转移财产权的机制。张五常(1970,第50页)通过以下方式对此进行了描述,即,订约与财产权的重要性相联系,“联合制造的产品有数个所有权人,因为,生产包括了通过契约的部分或直接的财产权的转移。”部分转移权利的契约,如,出租或雇佣,包含了一个结构。约定,或合同条款,构成了契约的结构,作为一项规则,其设计是详细且明确规定:(a)参与者间的收入分配,和(b)资源的使用情况。

张五常继续指出,价格通常是契约所载许多条款中,惟一被明

确规定的条款。其他条款可能被用于处理交货时间、品质担保及纠纷解决方式。而且,诺斯(1990b,第52页)还进一步指出,在制度环境中,产权是关键的一个组成部分,扮演着通过建立个体所面临的激励和约束来为订约过程设立参数的重要角色。那么,我们所能观察到的契约,将反映存在于现有产权制度中的机会集和激励。

在现代资本主义经济学中,大量的订约是由企业作为买方和/或卖方来完成的,且通常是发生在企业之间。基于此,新制度经济学关于订约问题的文献——因而,在本节和下一节的有关交易费用经济学的讨论中——所关注的焦点基本上是企业。^[13] 新制度经济学将研究、讨论的角度放在企业是作为一个契约的联编关系上。企业的契约关系存在与企业投入的各种产品和服务的供给方,其包括,雇佣关系和企业内的生产关系,及那些企业所生产的产品和服务的销售对象相联系。给定潜在契约关系的范围和各种式样,契约法和契约关系的形式将在决定企业的组织结构方面扮演着一个决定性的角色。明确地,新制度经济学假设,“交易企业的存在目的在于,通过降低监视交换的成本(包括努力)来减少订约后的机会主义行为,从而,引导联营体间的分配”(德阿莱斯和斯塔夫,1989,第180—181页)。

在交易过程中,产生的一个重要问题是代理:“当一个委托人向代理人委托一些权利时,代理关系就产生了——例如,实际享有对资源的使用权——一个代理人受(正式或非正式的)契约约束代表了委托人的利益,并因此能获得回报”(埃格特森,1990,第40—41页)。代理关系存在许多形式,包括所有人—经营者,经营者—工人,选民—立法者,立法者—官僚。代理的核心问题在于,代理人的目标可能不能完全符合委托人的愿望,这就需要有一些类型的监督用以确保代理人的行为确实反映的是委托人的利益。然

[13] 参见上面政治过程合约的讨论。

而,由于监督是需要成本的,而且,通常委托人要完全监督代理人是难实施或不可能的,因而,就有了产生机会主义行为的可能性,例如,偷懒,当委托人和代理人的意见发生分歧时,就会在代理人身上出现这种情况。机会主义行为给委托人强加了两种类型的成本:一是直接的代理成本,它的产生是由于代理人的机会主义行为;二是监督成本,因委托人对代理人的表现的监督而产生。因为监督是需要成本的,委托人只有在因监督而导致的直接代理成本的下降幅度大于额外的监督成本时,委托人才愿意采取监督行为。所获得的结果,几乎确定地包括一些直接代理成本(且通常是一些重要的组成部分)。例如,尽管企业拥有者(委托人)的效用是企业利润的一个直接函数,雇员(代理人)的效用却是一个包括其他变量的函数,如,收入和闲暇,其可能通过代理人在工作中的行为而实现最大化,因而,并不能最大化企业的利润。换言之,工人可能会有逃避(责任)的激励,因为工作努力的减少(这将会降低企业利润),不会导致工人收入的相应减少。因此,企业主希望能监督雇员,试图确保雇员的行为更符合业主的利益——最大化企业利润。然而,业主没有能力完全监督雇员的表现,这就导致了工人还是有逃避(责任)的一些激励。这些监督和激励的问题,在当企业的生产是以团队为基础时,尤为重要。^[14] 团队中每个成员对总产出的贡献的测量是很困难的,因而,团队中的每个成员都有逃避(责任)的激励。而且,如果监督者(或经营者)不能获得监督行为的全部回报,那么,他(她)也有逃避责任的激励。^[15] 给定这些条件,及监督的高成本,建立一个防止逃避(责任)的激励系统的实施结果往往是令人沮丧的。

[14] 当个体工作结合成一个团队关系时的生产能力超过每个个体单独工作进行生产时的总产出时,生产就被组织成团队进行。例如参见阿尔钦和德姆塞茨(1972)以及埃格特森(1990,第六章)。

[15] 也即,谁来监督这些监督者? 参见詹森和梅克林(1976)以及上面的讨论。

有时情形可能是,竞争力量足以除去这些类型的监督问题,例如,团队间的竞争或因为团队的“全体成员”可能有足够的力量直接促进团队或团队成员的努力。同样地,市场中的有关监督者/经营者间的竞争也可能足以防止他们逃避(责任)的激励。然而,在许多例证中,都缺乏充分的竞争,或关于表现的信息,从而造成了解决这类问题的困难。^[16] 144

在缺乏有效率的竞争或信息提供成本低廉的情况下,为了促进对代理人表现的有效率控制,委托人可能会通过构造适当的契约来降低代理成本。契约试图使代理人的利益与委托人的利益相一致。此种激励—校准的一个突出表现是,现代的雇主—雇员间的雇佣契约,其就是一种分享利润的契约安排。在这里,雇主向其雇员提供奖金作为雇员表现所享有的企业利润的分享权。那么,雇员的收入就不仅仅与薪水相联系,而且也取决于因工人提供他或她的工作努力程度而产生的整个企业的绩效。这就是一种激励雇员的利益与雇主的利益更趋于一致的办法,因而,将促使雇员从事能更密切地反映雇主利益的行为。

考虑一个业主—经营者决定卖出部分企业股票的情形。^[17] 此时,由于他现在拥有的股票少于企业股票的全部价值,对他而言,成本是用企业资源支付各种额外的补贴,而收益是从这种新的、能提高企业利润都被相应地减少了。然而,有预期能力的企业股东将预期,这些激励会使他们认识到,资源将不得不被花费到监督经营者的表现上。依次地,股东将降低他们愿意为其所分享的那部分企业所有权的支付价格,因而,也就增加了业主—经营者在股票市场上的融资成本。这些影响(业主—经营者将沉迷于额外补贴和增加企业盈利能力的激励,因而,也就有了提高监督成本和

[16] 参见埃格特森(1990,第134—135页)和德阿莱斯和斯塔夫(1980,第180—182页)。

[17] 采用的这个例子从詹森和梅克林(1976,第312—313页)而来。

降低在每个给定股票上的支付意愿的激励)将被不断扩大,业主—经营者对企业价值的分享率将趋于下降。

代理人可能试图保证他们的表现的一个方法是,运用保证金,即,在订约过程中,代表人向委托人提供一些担保物作为防止代理人机会主义行为的保证(埃格特森,1990,第42页)。在上面的股东—经营者的例子中,这个担证可以采用由“通过由一个公众会计师来进行审计财务账户决算的契约担保,其能直接担保经营者的渎职行为,及对经营者的决策权加以限制”的方式来进行(延森与梅克林,1976,第325页)。然而,这些担保行为也会给企业强加订约成本,和/或给企业强加直接成本,例如,需要雇请审计师或预测盈利机会,因为,经营者永远不能获得因约束其行为所能获得的那些盈利机会所产生的全部收益。

这些代理问题也可以从企业间的契约中看到,例如,一个企业向另一个企业提供投入。在这里,我们基本上有一个相互的委托—代理问题,没有任何一方能完全确定另一方将会履行已达成一致的全部契约条款。例如,买方可能更关心产品是否准时递送,而卖方却可能更关心源于买主订购中的潜在变更或取消。当至少有一方当事人对与特定契约条款相联系的利益的实现强烈关注时,该方当事人可能会在契约中加入惩罚性条款,用于防止对方违约。虽然,此类条款的增加会导致交易费用的附加,但如果其激励—合作的预期收益超过预期的讨价还价成本,那么,当事人仍会愿意将此类条款列入契约。

更一般的,由于不完全的测量和执行,一方当事人可能影响正被讨论的资源的某种属性的价值。解决方案将构成契约的一部分,从而,使这方当事人拥有对那些属性的剩余要求权,因而,也就为该方当事人提供了最大化这些属性价值的激励。更明确地,一个个体对一种资产价值的影响越大,那么,对这种资产价值的要求权范围也就越大,相应地所能获取的收益也就越多(巴泽尔,1989,第41页;诺斯,1990a,第187—188页)。例如,通过构建监督契约

给他一些对源于监督收益的剩余要求权,将能降低监督者逃避责任的激励。^[18]在市场上销售的产品的品质担保中,因为制造商相对更能控制一种资产的短期质量或耐久性,因而,担保或保证责任就应该由他们来承担,即,在短期内对发生的产品缺陷负责,因而,也就给制造商提供了从事证明合理的、高成本的、品质担保措施的激励。然而,更长的期限中,买方对资产的使用将更能影响其后续的质量或耐久性。事实上,部分或全部的担保条款会在一个相对较短的期限内届满,从而,要求买方对其所能决定的事实承担相对较多的责任,并使卖方从买主的机会主义行为上解放出来。

这些相同议题也将影响企业的组织结构——与外部供应者的契约或一系列内部交易的决定。^[19]当一份契约不完全时,决定与契约缺失因素相联系的权利问题,与代理人是否拥有无主资产的财产权是同一个有待于解决的问题(也就是,剩余控制权)。例如,假设,A与B订立契约,让B将X单位的产品转让给A。一份较迟的决定,将之修改为,需要 $X + e$ 单位的产品。在这里,如果B拥有剩余控制权(其能控制该产品的生产),其要A支付一定价格时,才能将额外单位的产品卖给A(或,B要索取更高的、极不合理的价格)。然而,如果由A拥有剩余控制权,情形则会完全不同。在后一种情况下,A拥有控制和迫使B以预期的价格将额外单位e的产品卖给他的剩余控制权。另外,如果A拥有B,而B的经营者又不想将产品卖给A,那么,A完全可以解雇B的经营者,并雇用愿意将产品卖给A的新的经营者,只要,所生产产品的提供是依赖于非人力资本而不是人力资本(也就是,只有经营者B所拥有的专门知识)。A拥有B的收益在于,A能控制B的行为,因而,即使B是独立的,A仍然能以较低的价格购买产品。而且,A将有更大的激励对AB间的关系进行投资,因为,这种投资将能

[18] 例如参见巴泽尔(1985,1987)和埃格特森(1990,第6章)。

[19] 接下去的讨论吸收了格罗斯曼和哈特(1986)以及哈特(1990)的观点。

减少 B 剥夺 A 获利的威胁。当 A 拥有 B 时, B 的工人的利益也就更有可能与 A 的利益相一致, 因为, 在工人的个人利益中, 他们并不能获知, 自己并不能因生产力的提高而获得回报, 因为这些生产力的递增都将被拥有者 B 拿走。当 B 被 A 拥有时, B 的经营者可能会降低从事使企业增益的努力的激励, 因为, 他们从这些优势中所能获得的盈余不可能与 B 是独立时一样多。既然, B 没有控制剩余权, 其讨价还价的能力就大大下降了(哈特, 1990, 第 162—163 页)。

奥利弗·哈特认为, 这里的解决方案, 最终是用资产的公共产权作为补充。如果代理人同时拥有两种组合的资产, 那么, 他们就能从边际生产力的增加中受益(哈特, 1990, 第 163 页)。依次地, 这将产生企业间的关系, 根据各种资产在不同方面互补的程度, 将决定契约安排的综合性和长期性。例如, 如果 A 和 B 联合(A—B)与 C 进行交易, 而这个关系又只占 A—B 及 C 的总体经营中的一小部分, 那么, 对双方而言, 长期的契约关系将优于垂直的企业内部关系。这里的原因在于, 垂直的企业内部关系提高了两者间的控制关系(因为, A—B 剥夺了 C 原本拥有的与 A—B 无关的交易中的剩余), 因而, 这将在很大程度上降低对 C 的经营者和工人的努力激励。

这些类型的激励调整机制被吸收进契约的程度, 是相对交易花费的一个函数——是在契约中加入这些条款的成本(主要是, 讨价还价的成本)与监督代理人表现的额外成本之比, 而且是这两者之和与委托人所预测的直接代理成本之比。在企业中, 可以预期, 当企业的规模扩张时(或, 更一般地说, 随着大规模的现代企业的出现), 预期的直接代理成本和监督成本都将大大提高, 从而, 导致企业主试图设计出更适当的激励调整方案, 并将其纳入到契约安排之中。随着时间流逝而出现的契约(因而, 企业及其结构)是历史过程的产物, 其中存在个体为最小化代理成本的强有力的激励(延森与梅克林, 1976, 第 357 页)。然而, 正如我们在对制度环境

的讨论中所能看到一样,为能导致最优契约而提高契约的复杂性的成本是极为昂贵的,就像最优监督一样,都将导致一些正的最优的直接代理成本。

交易费用经济学

交易费用经济学(TCE)^[20]是新制度经济学的传统组成部分,其是运用有关法学、经济学及组织的相关理论来研究经济系统中的政治制度。交易费用经济学源于约翰·R·康芒斯(1934)的交易是经济分析的基本单位的洞见。利用这个思路,沿着罗纳德·科斯(1937,1960)对交易费用的开创性分析,切斯特·巴纳德(1938)对组织理论的研究,及合同法、交易费用分析方法在对经济系统中的政治制度分析中的出现,在很大程度上,都是从节约交易费用的视角上作出的。在这个一般性的研究方法中,契约法和订约过程在决定经济系统的组织形式方面扮演着重要的角色。

新古典经济学理论假设,契约是完全定义的、即时执行的、并可由法庭完全强制执行的,但事实上对订约当事人的定义本质上是不恰当的。然而,交易费用分析方法认识到,虽然这些假设可能在某环境得到应用,但更普遍的情形是,契约是不完全的,契约的履行是在一段时间后进行的,法庭的强制执行也是不完全的,而且,事实上,这些假设回避了在很多情况下,个体希望将私人的争端解决机制也纳入契约的情形。由于这些现象的存在,对订约当事人的正确定义是至关重要的。并且,虽然产权/代理分析方法对订约过程的研究通常关注的是事前安排,并假设完整的契约由法

[20] 术语学的一个注解在这里被整理。这个部分讨论的新制度经济学研究的特殊脉络是沿着“交易成本经济学”的名字而开展的,它是在奥利弗·威廉姆森的带领下进行的。然而,上面的讨论应该很明显,交易成本分析在新制度经济学里是普遍的,因此尽管它们被打上标签,但是下面的讨论只不过是交易成本分析的一个表现而已。

庭(也只能由法庭)强制执行,交易费用经济学关注的却是,契约的履行阶段,强调事后安排和用以解决订约当事人间的争端的法庭职权以外的机制设计(通常在契约条款中被列出)。

交易费用经济学分析的三个支柱是:(1)经济代理人的有限理性——换言之,其行为是根据赫伯特·西蒙(1961, xxiv)的“有意识的理性,但却是有限的”加以定义的;(2)机会主义行为,这是根据威廉姆森(1985,第30页)的“不择手段地追求自我利益”进行定义的;(3)资产专用性——这个观点是指,在对特定资产的交易中的投资通常是为了完成订约或交易过程。交易过程中的这三个特征用以区别,研究的视角是源于交易费用经济学中对契约的分析,还是源于主流经济学理论对产权/代理方法的分析。当有限理性、机会主义行为及资产专用性同时存在时,我们将得到这样一个环境:“计划必然是不完全的(由于有限理性),承诺也不可能被完全预测(由于机会主义行为),因而,对当事人的精确定义在此将变得至关重要(由于资产专用性)。这是一个受管制的世界。既然法院判决的效力是有疑问的,那么,契约的执行在很大程度上依赖于私人间的强制约束制度。因此,在这样的一个世界中,交易费用将不得不被关注”(威廉姆森,1985,第32页)。在交易费用经济学分析中,这些管制制度(也就是,“私人命令制度”)的作用是双重的——解决在契约关系中产生的冲突,及更重要的是,防止或削弱潜在争议的产生(威廉姆森,1984,第55页;1985,第29页)。

契约关系的维护

虽然不可否认,因代理和产权而提出的事前激励校准非常重要,但交易费用方法关注的却是“契约继续履行下去”的问题,其是在契约关系的履行过程中提出的,并归因于订约当事人的事后机会主义行为。契约继续履行下去的风险是指,“交易者为了夺取源于特定的信任性投资的准租金而违反契约意图的可能性,这种基于

信任的投资是订约当事人已经作出的”(克莱因,1992,第150页)。^[21]这种契约不再继续履行的潜在性,会因为契约的长期性和契约关系中的特定投资的出现而成为可能。如果存在契约履行的缺陷,那么,这些投资就不能被全部收回。这就可能给一方当事人试图掘取对方当事人的一些源于契约的剩余的激励,因为,其了解到,对方当事人可能存在通过最小化契约关系中的没有回报的特定投资而瑕疵履行契约的激励。然而,过度关注契约不再继续履行的潜在的可能性,将弱化当事人从事对长期契约关系投资的激励,因为这需要持续投资,从而导致当事人用比较无效率的短期契约来代替更有效率的长期契约。沿着研究这种思路,在交易费用经济学看来,契约是指一种试图最小化长期合作关系中契约不再继续履行风险的一种制度安排,这种长期合作关系以一方或双方当事人的信任投资为基础,这是对在争论中的冒险事业的一种特定投资,目的是为了能在当事人之间形成令双方当事人都有信心的互惠互利的交易关系。

由于交易费用是伴随订约过程而生的,最主要的是,对将来可能发生的事件的预期成本,和与影响契约的意外事故相联系的讨价还价的成本考虑在内,这些事件可能会也可能不会影响契约的履行,因而,当事人将会选择在契约安排中留出一定的议价空间。这些议价空间将被用来处理当契约在履行过程中,因突发事件而导致履约环境的变化,而这种变化将会使预期成本的下降超过如果当事人再继续履行契约中明确规定的、对付所有与契约本身相关突发事件的条款所能获得的预期成本的减少。此外,既然法院有可能强制执行无争议的契约条款,那么,当事人也就有了为契约留下某些空白的额外激励,从而避免他们自己在将来的契约履行中,可能强加于其本身的真实成本。因此,在一类情形下,如果当

[21] 关于套牢的问题和准租金的讨论,参见克莱因、克劳福德和阿尔钦(1978)。在目前资产的价值和下次最优利用的那个资产的价值之间的差异是准租金。

事人 A 违反了部分或全部的与当事人 B 所订立的契约,但却能有效率地实现利润最大化,而当事人 B 却有可能有激励从事不再继续履行契约的行为而使 A 的成本极度的高,当 B 意识到,法庭将处理这种特定的收益,这就意味着,法庭将剥夺 A 从违约中所获得的、作为回报的大量租金。相反,如果有意留出一定的没有加以明确规定的契约空白,那么,法庭就无法作出强制执行。

虽然,在上面的段落中是用会导致威胁、不再继续履行、潜在的口吻讨论了特定投资,但这些特定投资也能被用于巩固契约承诺的履行。^[22]的确,特定投资具有使契约协议自我执行的作用。^[23]这个过程将以如下程序运行。在存在特定投资的情况下,当事人能留出某些契约条款不作明确且详细地规定,而是通过各种不同的私人执行机制来处理不再继续履行合约的威胁,其中一项就是保证可信的承诺。试图不再继续履行契约的行为的当事人将会意识到,源于另一方当事人的终止契约的威胁——通过契约的议价空间更容易做到——将会提高特定投资损失的可能性。另外,声誉(后者提高了与该当事人从事交易的其他人的预期成本,从而会导致他们要求在契约条款中作出更有利的规定,以解决与交易的继续履行风险)。因而,不再继续履行决定就成为了一个对防止预期成本的预期收益的权衡,而且,如果预期成本充分地高,那么,在很多情况下,契约安排都能自我执行(克莱因,1992,第153—157页)。

在这个视角下,特定投资的存在为在契约的作用上建立了有信心(或有支持)的“抵押品”(威廉姆森[1983,1985]提出的术

[22] 在可信的承诺和可信的威胁之间威廉姆森(1983,第519页)得出了一个明显的区别:“前者包含用于捍卫一个关系的互惠行为,而后者是先占利益的一个单边努力。”也可参见威廉姆森(1985,第7、8章)。

[23] 假如“一方违反条款,另外一方的惟一追索权是终止这个协议”,莱斯特·特尔泽把这种情况定义为自我实施协议。(特尔泽,1981,第27页引自威廉姆森,1985,第168页)。

语),或“私人强制执行资本”(克莱因[1992]提出的术语),其目的是使契约能自我强制执行。这些投资是通过提高违约成本来稳定契约关系,并作为一种向另一方当事人承认保证完全履行契约的信号。根据在交换关系中提供的这些特定投资(可能可以得到另一方当事人的相应投资的回报),当事人表达了其将继续履行契约关系和减少违约的承诺,即,减少在另一方当事人的眼中,可能从事不再继续履行契约的潜在可能性。这个私人强制执行资本的功能在于,作为契约明确规定的条款的替代或补充。换言之,私人强制执行资本能作为一种提高履约可能性的机制,当对其的运用成本相较于将这些额外的条款明确记入契约的成本更低时,将作为契约明确规定的条款的一种替代。此外,私人强制执行资本与由法庭强制的在契约中明确规定的条款一起定义了契约的事后自我强制执行的范围。私人强制执行资本在订约当事人间的分配也是非常重要的,其将影响每方当事人不再继续履行契约的激励,因而,将影响适用于契约自我强制的条件范围(克莱因,1992,第159页,第161—162页)。就如威廉姆森(1985,第30页)所指出的,这些制度安排,受适应性和增进的连续性影响并将产生经济价值。当然,在某些情况下,它就会发生,而且出现的现实情况可能会与预期情况不同,从而使某种程度的不再继续履行契约变得值得采纳。^[24] 150

抵押品的使用是当事人在参与长期契约关系中,应付不确定性的一种惟一的有效机制。由于时间因素导致了契约履行的不确定性,当事人通常会选择放弃使契约更加明确的昂贵努力,而是更倾向于将契约设为一些情景公式或管制结构,以使契约条款能随

[24] 这个讨论说明了产权/代理和合约的交易成本经济学方法不是互相排斥的。也就是,从某种意义上来说,抵押品行使了在缔约方之间的激励—结盟机制。当抵押品在合约限制下被出价时,这些方法将收敛。然而,交易成本经济学方法承认抵押品的出价也可能存在于合约限制条件之外。(克莱因,1992,第159页)。也可参见克莱因(1985)。

时间流逝不作调整。^[25] 就如维克托·戈登博格(1976a,第432页)所指出的,当事人预期他们的契约关系持续越长,他们身处的环境越复杂、越不确定,强调运用明确的契约条款从事交易的可能性就越小;更确切地,“是强调通过建立管理契约关系的规则。规则将决定契约关系的适当期限;规则将决定在履行契约关系的过程中,对料想不到的因素的处理的调整程序;而且规则还将关注契约关系的终止”(戈登博格,1976a,第432页)。例如,在许多长期契约中规定的并不是在一段时间后将要购买的产品价格,而是一种定价规则(例如,成本加费用的定价方式)。这类定价规则可用于最小化争论的发生,因为这种争论之所以会产生,是由于投入成本的提高,供给方希望改变已达成一致的价格而引起的。可供选择地(或作为对这点的补充),当事人可能会在契约中创设类似的机制,如,用于调解或应该遵循仲裁的资源,以此来解决当事人自己不能解决的争端。在订约过程中,这些制度安排可能代替或配合抵押品一起加以使用。^[26]

因此,尽管产权/代理方式的事前交易费用由那些与起草、谈判和为契约设计保障的成本所组成;但事后交易费用强调的却是,在交易费用经济学中,包括那些不适应的成本(也就是,在以下情形中出现的成本:在长期契约中,由于对空白区的干扰,使对缝隙的填充和重新调整契约关系成为了必要,否则,交易可能会与环境不相适应),特定的抵押成本,建立影响争端解决方案的治理结构的成本,及为建立必要的令人放心的可信承诺所要支付的保证成本。因而,事后交易成本引起了对订约过程的各方面的关注,而不

[25] 参见戈登博格(1976a,b),麦克尼尔(1974)和威廉姆森(例如,1984,1985,1991)。

[26] 这个讨论预示了在产权/代理和交易成本经济学方法之间分歧的另外主要点:产权/代理文献含蓄地或者明白地依赖于法院解决可能出现的任何争端的能力。而交易成本经济学强调各方可以通过选择建立法庭职权以外的争端解决机制先占立法资源。参见克莱因(1992,第159页)和威廉姆森(1995,第26—32页)。

仅仅只是对那些发生在事前成本的关注,这也就让我们了解到,事前和事后交易费用是相互依赖的(威廉姆森,1985,第21页)。

契约、治理结构和契约法

企业间的交易能带来三种组织形式:市场、混合(hybrid)和科层,下面将一一加以讨论。在对伊恩·麦克尼尔(1974,1978,1981)部分研究工作的归纳基础上,威廉姆森(1991)提出了契约法的三种基本形式——古典、新古典和自治(forbearance)——它们相应的运作决定了企业交易活动的组织制度。古典契约法支持市场交易,新古典契约法支持混合交易模式,而科层法则支持分等级的交易模式。

根据上面的描述,主流经济学理论中的契约是指,一个离散的、自治的市场交换,其通过一个完全详细且明确规定的契约得以即时履行,以货币定价的产品通过货币支付进行交换,而且契约可由法庭完全强制执行。但这种定义,缺乏对理性的思考,另外对契约当事人的定义也是不恰当的。主流经济学理论甚至认为,契约绩效也是瞬时的,将来需要考虑的事项都将在现在加以处理(例如,通过在契约中详细且明确地规定所有的偶然性事件)。但此类缺乏理性思考的契约在理论上是虚构的,事实上,在真正世界中可以观察到,尤其是在一个“极为活跃的”市场情形中,例如,一个企业,其给定的投入有多种可供选择的供给来源,而且在各供给者间移动的成本可以忽略不计,另外,还要求投入是通过一系列的短期契约实现,随着时间的推移,供给者都是以在那个时点上的最低价格提供物品。短期契约的联合和可供选择的供应者的多样性,确保企业能免于来自于交易对象的机会主义行为的危险。

这些离散的市场交易是在一个古典契约法的框架结构下被便利地分析/支持的,因而,在一些方面必须利用古典契约法的一些特性。

古典契约法是指：(1)契约当事人不恰当地被定义为是同质的；(2)明确强调完全列出契约条款，且法庭提供对这些条款的完全强制执行（包括书面规定的条款要优先于口头协议），并且强调要约和承诺指的都是同一个契约关系和相应的风险；(3)对赔偿的范围主要限定在特定收益和预期损害，从而能使契约的最终价值是可预期的；(4)第三方（包括仲裁人或调停者）被介绍进契约关系之中；且(5)所提供的完全定义的法律本身并不在契约明确规定的范围之内（麦克尼尔，1978，第862—865页）。同样地，古典契约法的作用在于，预先排除了上面所讨论的理性问题，并且契约达成的所有条款是明确且详细的，另外，契约的绩效也是确定无疑的。换言之，古典契约法推进了市场组织的发展。^{〔27〕}

虽然离散的市场组织契约在现代资本主义经济系统中扮演了一个重要的角色，但随着交易环境的复杂性的逐渐增加和普遍深入，契约通常要经过一段时间后才能履行，而且并不能完全明确地在契约中作出规定（交易费用经济学为这种情形的出现提供了原因）。我们已经注意到，这将使当事人有意留出契约空白，和/或建立公式化条款或管理机制，从而使当事人能让他们的契约关系适应于环境的变化，或填充契约的空白。这些因素随着契约历时越长，双方当事人在契约关系投入的特定资产越多，也将变得更加重要。然而，这些关系本身考虑到具有的价值，连续性（因而，当事人是前后一致的）假设真实程度的重要性。从上述的讨论中，应该能清楚地了解，古典契约法并不是非常适用于这种类型的契约关系。因为它强调的是对契约条款的明确而详细的规定、第三方的解决机制，及其有限的可供选择的争端解决的范围。关注契约空白、时间、不确定性和特定的投资，将在心中幻见令人害怕的机会主义行为的幻影，从而导致契约争论的产生。这些争议通过法庭职权以外的机制，如，仲裁或调解，可能更能加以有效率地解决，因为，这

〔27〕 更一般的参见麦克尼尔（1974，1978，1981）和威廉姆森（1985，1991）。

两种机制的成本相对较低,而且仲裁人或调解人试图理解引起争议的事实范围要更广一些。结果,契约可能建立成为各种类型的混合体(威廉姆森提出的概念)或契约关系的管理结构(戈登博格提出的概念),作为解决争议或填充契约空白的首选方式。

新古典主义契约法为这些组织的混合形式提供了更富于创造性的架构,虽然新古典主义契约法仍然建立在古典契约法的基本结构基础之上,但它相较于前者更具弹性。^[28]在最基本的层面上,新古典契约法意识到,事实上,契约的不完全是对不确定性的一种最佳反应,从而能允许契约空白和调整机制在契约中发生作用,以作为能被契约当事人所了解的将受约束的契约条款。然而,在古典契约法下,争论解决方案将受司法系统的影响,新古典契约法将把大量的信任托付给增加混合组织形式的治理结构。卡尔·卢埃林(1931,第 737 页,引自威廉姆森,1991,第 272 页)将这种契约结构描述为,“一个具有高度可调整性的框架,一个几乎从不对现实的运作关系作出精确描述的框架,但其却围绕着这类多样性的、不断变化的关系,提供了粗略叙述的指示,一个对不确定性的特殊场合的引导,及当这些关系终止时的一个最终诉权。”此外,新古典契约法,具体包括了一系列的免责条款——包括履行不能、契约目的不能实现、错误和不合理——其将允许契约当事人避免在成本过高的情况下的契约继续履行。法庭准许不再继续履行契约的弹性的作用表现为对机会主义行为的一种约束,并且还将提高契约当事人的适应性努力(威廉姆森,1991,第 273 页)。

为了证明新古典契约的弹性功能,威廉姆森(1991,第 272 页)提供了下面的例子,内华达电力公司和西北贸易公司之间的历时 32 年的煤炭供应协议:

如果,在一种有不公平情况发生,其对一方当事人造成了

[28] 下面的讨论取自麦克尼尔(1978,第 870—880 页)。

不利的影响,那么,就应该迅速地联合平衡双方当事人的责任,而且,任何欺诈性的决定应被要求修正或调整,以纠正不公平,另外,还要有效率地完成这些行为。对于一方当事人书面提出的对另一方当事人的不公平要求,当事人应在这种书面要求提出的 60 天内,联合达成关于这种不公平要求的协议。对煤价格进行调整的底线是与市价相差 10%,当超过 10% 时,应该重新进行定价。当一方当事人宣称不公平时,应该提供必要信息和数据来证明这种声明是合理的,而且,还应免费且没有迟延地提供给另一方当事人。此外,还应一起提供另一方当事人认为相关的或必要的其他合理的信息和数据。如果,当事人没有在 60 天内达成协议,就应交付仲裁。

继此之后,威廉姆森还进一步提出了此类契约与古典契约的区别:“(1)关注那些未被预料到对契约遵守的干扰是很有必要的;(2)在不相符的情形中,提供一定的偏差范围($\pm 10\%$),并将被契约当事人所接受;(3)如果要提出对契约的修改,就按要求提供信息披露和证明;且(4)在导致契约自动失效的情况下,提交仲裁”(威廉姆森,1991,第 272 页)。

154 尽管混合组织形式和新古典契约法增加了弹性,但对于不断提升的连续性及对真实环境与预期环境的极端偏离的适应而言,它们的弹性仍然是不充分的。所出现的自利性的讨价还价将填满契约的空白,或对争议的解决可能包括高昂的成本。例如,当环境的变化,可能会导致契约已不再适应现存的情况,解决这种不适应的成本及试图通过法庭以外混合组织的解决机制来处理这个问题,可能会过于苛刻(威廉姆森,1991,第 278—279 页)。换言之,这种必须维持原有契约关系的机制可能会被禁止,或这种机制可能过于简单,以至于不足以预先排除对契约协议的根本违背,所以,更富有弹性的组织/契约安排也是必需的。此类制度安排将在科层关系或内部组织中出现,根据威廉姆森(1991,第 279 页)的解

释,这种制度是在当市场或混合模式失灵或被预期失灵时,作为一种“最后的求助方式的”而出现的。

科层组织代替了混合组织中的行政管理式的公式化规定或第三方的解决机制。同样地,科层组织通过一些方式来最小化交易费用,这些方法是,通过驱使而不是仲裁或法庭来解决争论。在科层组织中,包括了大量的思想,信息更容易获得,较少的正式的文件是必需的。通过运用更正式机制(如,律师、法庭或仲裁费用)而导致的直接成本能被避免,争端能以一种比较及时的通行方式加以解决,而且在科层关系中,检查的隐蔽性被大大降低(威廉姆森,1991,第280页)。然而,科层组织也会对企业强加大量的与官僚机构、官僚作风相联系的成本,然而,当个体的预期调整性问题并不是非常严重,但却是极为昂贵时,这些成本可能是不值得支付的。

威廉姆森(1991,第274—276页)提议,科层组织应由自治法加以调节,其有助于运用行政许可来作为争端的有效解决机制。威廉姆森是这样描述的:“尽管法庭仍然例行公事地解决企业存在关于价格、因迟延交付导致的损害、质量不合格及类似问题的争议,但法庭将拒绝承认部门内的争议和有关技术上的争议。由于未被法庭所承认,因而,当事人必须内部解决这些分歧。因此,科层组织就有了其自己的最终解决诉求的法庭。”(威廉姆森,1991,第274页)。

如果,法庭承认当事人的此类内部争议,或当事人委任第三方仲裁,那么,科层组织的运行就会被破坏,被剥夺其许多有用功能。由于认识到科层组织是一个个体的权威性关系,自治法将会对当事人对其必须解决的,产生于其内部的争议的处理造成影响;或当当事人不能自我解决时,将会求助于更高的科层内的主管部门,作为争议的最终解决方式。由于允许科层组织的批准命令权,那么,自治法将允许适应性机制的适用,而这在古典契约法和新古典契约法中是不被许可的,因而,也就不会在市场或混合形式的组织中

出现。

在制度环境的变化对制度安排的影响及这些变化的效率上,我们可以通过考察契约法结构的变化如何影响可供选择的契约/治理结构安排的相对成本进行阐述。^[29]例如,在新古典契约法中,免责条款的变宽或变窄,将分别提高或降低当事人违反契约关系的可能性,因而,也将影响混合组织模式的成本。如果免责条款被定得过宽,那么,当事人可能不愿意在契约关系上做特定的投资,因为,另一方当事人可能违反契约是相对容易的。同样地,如果免责条款被定得太严厉了,那么,当事人也有可能由于高成本而不愿意进行特定投资,因为,存在当面临不利的环境变化而导致这种履行对前一个当事人而言,成本极高,但另一方当事人却仍坚持根据契约条款来履行契约的可能性。对免责条款的评估,或其中的改变,应该根据其对于混合契约模式成本的影响为基础来着手进行。通过类似的方式,在自治条款中的变化也将影响科层组织模式的相对成本。例如,如果法律承认企业内部的争议,那么,科层的成本就会增加。因此,对在自治条款中变化的评估中,也应该以其对科层组织模式的成本的影响为基础来着手进行。

在早期的一些有关协调的文献中,F·A·哈耶克(1945)和巴纳德(1938)强调的是,对变化中的环境的适应是经济协调的一个核心问题。然而,哈耶克是从市场中去寻求适应这些变化的协调机制,而巴纳德却是从组织内部中寻找,比如,科层组织。这两个研究视野从上述的讨论看来,似乎是不一致的。虽然市场对特定类型的契约而言,是有效率的适应机制,但越来越严峻的适应性问题需要更广泛的协调模式,其或许是混合模式,或许是科层组织模式。因为古典契约法建立了一个为市场制度完全适用的环境,而对于混合模式或科层组织模式却是不适用的,其他的契约法形式——新古典或自治——的发展是为了促进其他的组织形式的

[29] 这个讨论基于威廉姆森(1991,第290页)。

发展需要而出现的。^{〔30〕}我们已经看到了三种不同类型的契约法,或契约环境——古典的、新古典的和自治的——它们分别用以支持三种不同类型的管理结构——市场、混合和科层组织,存在一个单一类型的治理结构——其能最小化组织一个特定交易的成本。对组织的描述,从这个分析中能了解到,“其是作为一种与政府管制制度(在成本及能力资格上有所区别)相区别(主要是交易成本最小化)的一种联合交易(在他们的属性上能加以区别)形式”(威廉姆森,1988,第73页),或者也可以作略有不同的表述,“组织交易是基于有限理性上的有效率地利用,而同时提供保障以防止机会主义的危险”(威廉姆森,1985,第32页,最早强调)。

这些过程将能通过企业在保证生产投入中所面临的制造和购买决策中得很好地阐述。企业能选择通过科层组织来自己生产(制造)投入品,或通过一系列的即时市场交易(市场组织),或通过156与单一的供应者建立更复杂的长期契约关系(混合组织模式)来购买他的投入品(购买),对契约/组织安排的选择将是与上面所讨论的交易费用相关因素的一个函数。被考虑的组织结构间的相互影响和交易类型的特征,将一起决定交易与治理结构的匹配性,其因不同类型的交易有不同的特征,我们能观察到,企业不会仅仅是依赖市场、混合模式或科层组织模式的单一形式,而是会选择最适合于其本身的混合模式。

〔30〕 参见威廉姆森(1991,第277—279页,1985)。

第六章 批判法学派

157

批判法学……是一场寻找理论的运动,但同时也是一场批判可能或合意理论的运动。(亨特,1987,第5页)

引言

批判法学(CLS)会最初始于1977年,主要是作为一个全国性的法律从业者、教授和学生、社会科学家和其他致力于法学法律实践和法律教育的批判理论方面发展的研究者组织(克拉尔,1979,第123页)。这场运动起源于对以下三个方面占据主流的不满和不平:(1)法律教育的一般状态;(2)法律教育中所谓的保守主义和(3)正统学说和教条主义在与批判法学派提倡者所认为的社会中的现实问题和法律在解决那些问题时附带的斗争中处于失败地位(亨特,1987,第5页)。批判法学所实现的两个明显作用是:

第一,[批判法学]坚持认为正统学说需要而且也能够接受挑战,并认为在[传统]法学学派之间的争论和争议或多或少主要是集中在单一的传统方面,……[因此]有必要对正统学说的性质和正统学说中多大的部分应该被摒弃等问题展开持续的讨论。第二个作用在于会使持反对观点的学派更注意一些非常现实的问题包括挑战公认的正统观点。批判法学理论的主要特征在于坚持认为对法律有不同的思考是可能的也

是必需的。(亨特,1987,第6页)^[1]

今天,批判法学部分地被认为是自由主义的折中反应,它包括了标准的自由主义正统学说和保守主义的正统学说。^[2]从细微不同的优越性来看,批判法学派可以被认为是形式主义^[3]和教条主义法律推理的反应,而法律推理正是组成当今传统法学学派的重要内容,也是芝加哥法经济学流派最根本的基本原则。^[4]批判法学派既反对形式主义、教条主义、传统法律推理和学说,又反对芝加哥法经济学派的不关心政治的价值中立观点,尽管两者

〔1〕关于批判法经济学研究的简要回顾,参见图什内特(1984)。更详细的阐述评论可见科尔曼(1987)、哈钦森(1988)、奥尔特曼(1990)和博伊尔(1994)。

〔2〕在批判法学研究中,自由主义广泛的被定义为与马克思主义和批判学派有关的思想范围以外的知识范畴。同样地,除了别的以外,约翰·斯图尔特·米尔、理查德·波斯纳、罗伯特·诺齐克和罗纳德·德沃金,都包容了自由主义。参见哈钦森和莫纳汉(1984a,第209页)。

此外,哈钦森和莫纳汉把“现代自由主义大厦”描述为两个分支:一支是以技术方法为基础的,这其中在个人自由的范围内,行为的正当理由依赖于将来能实现的一些利益。它强调“权利”必须从属于这个“利益”,也即,行为目标的价值要大于收入。另外一支是以道义论方法为基础的,在这其中,假如个人能被当作分离的和独立的对象来对待,个人必须保持完全独立自主的行为选择,它强调“权利”必须优先于“利益”,也即,一个行为的来源要比它的结果来得更重要。参见哈钦森和莫纳汉(1984b,第1480页)。

斯帕尔(1984,第516页)把自由主义描述成“支配西方的意识形态……根据一系列矛盾的元性和价值观而被看成的一个世界,这些矛盾对立面如动机和愿望、自由和必要性、个人主义和利他主义、自治和共同体以及主观性和客观性。

〔3〕在批判法学研究中,形式主义被用于传达这样的概念,即法律是演绎和自治的科学;从某种意义上来说它是独立的,因为特殊的裁决就是不考虑价值观和社会、政治或者经济范畴的法律原则、判例以及程序规则的应用。参见施瓦茨(1984,第431页)。

〔4〕关于(芝加哥)法经济学批判法学研究的批评的简要评论,参见图什内特(1980,1986,第508页)、科尔曼(1979a,b;1987,第4、5章)和科恩豪泽(1984,第357—364页)。批判法学研究也是奠基在权利上的理论家的批判性工作,参见哈钦森和莫纳汉(1984b,第1477—1491页)和科恩豪泽(1984,第364—366页)。

的观点是完全相反的。

批判法学派被认为是以推翻自由主义为目标的,而自由主义被认为是掩盖了剥削利用和不公平(施瓦茨,1984,第422页)的学说,并且其最终的野心在于证实自由对话中政治和哲学的破产(哈钦森和莫纳汉,1984b,第1477页)。尽管批判法学派没有包含一个单一的、正式的和有结构的可供选择的政治计划,但这场运动标志着对现实概念的连续支持——法律/政治理论和实践的连续的相互作用——简而言之,对激进主义的支持。^{〔5〕}

必须强调的是,随着批判法学派的发展,它变得非常的异端。它既没有确定的方法论上的方法(诺特,1982,第1669页的注释3),也没被包含或构成普通的可供选择的思想流派。正如哈钦森和莫纳汉所说,“批判法学派不是一个同质的或统一的运动。它的支持者在反对主流法律思想方面是团结的,但他们在对自由—法律病人的不安方面没有一个共同的诊断,更加没有一个统一的治疗方法”(哈钦森和莫纳汉,1984b,第1483页,特别强调的)。以下对批判法学的评论承认各种与批判法学并行的原理、争论和观点。但是,鉴于此外的范围限制,我们有必要忽略不同的贡献者关于主

〔5〕 至于围绕着关于批判法学研究是否应该提出一个一致的、实质可运作的选择性理论的争论问题的重述,参见亨特(1987)。关于“宏大理论”是否合意的争论在肯尼迪和加贝尔(1984)中能够被证实。莱文森(引自图什内特)把所谓的“蓝图问题”描述成批判法学研究对提供这种“蓝图”的否定,理由是—一个人不可能真正知道一个激进的转型社会将会是或应该是怎样运作的(莱文森,1989)。关于批判法学研究对于实践的评论参见斯帕尔(1984,第552—567页)。

题内容和表达形式方面的个人差异。^{〔6〕}

批判法学的早期前辈:起源

批判法学的文献特别归因于法律现实主义、美国史学、马克思主义因素对其思想提供了早期起源。^{〔7〕} 简短地回顾一下这些思潮和运动是如何影响批判法学的发展将是十分有用的。

法律现实主义

正如在第一章所提到的,这里所略述的所有思想流派的许多研究,大部分是对 20 世纪 20 年代至 30 年代的法律现实主义所留

〔6〕 在进行之前我们应该注意两点。第一点是最主要的,在批判法学研究中不是所有的著述都表现出“密集和困难以及经常难以接近”的特性。(戈登,1990,第 415 页)。需要注意的第二点是批判法学派除了这里的回顾之外,还有其他的线索。一个线索是包括一些法律和社会学者的著作,他们的研究起源于 20 世纪 60 年代晚期和 20 世纪 70 年代的“法律和发展运动”的工作。例如参见楚贝克和加兰特(1974)。批判法学研究者包括实证导向的社会科学家,他们是法律和社会学会(成立于 1964 年)最初的重要代表人物。这些研究的大部分发表在“法律和社会评论”杂志中。参见诺特(1982,第 1670 页的第 5 个注释)。在许多方面,法律和社会运动也代表了填补法学现实主义留下的空白的努力。参见弗里德曼(1986)。特别是早几年,尽管这个团体也经常被描述成批判法学研究的一部分,但是现在它作为一个实体更精确的去考虑法律和社会领域。参见哈钦森和莫纳汉(1984a,第 200 页)和多诺霍(1988)。

虽然批判法学研究继续沿着不同强度的各种路径在扩散,两个相关的运动——批判女性主义理论和批判种族主义理论——在批判法学里出现。1985 年,批判女性主义者在批判法学研究的十九次年会上组织了“批判法学研究的女性主义者会议”并曾经保持了十年,他们的贡献——然而延迟了(参见施莱格尔,1984,第 398 页第 24 个注释,第 410 页)——但是已经充分地培育起来了。例如参见,塔布和施奈德(1990)和奥尔森(1990)。批判女性主义者现在已经在批判法学研究中加入了别的一个运动,批判种族主义理论,在威廉姆森(1987)和德尔加多(1987)的例证。

〔7〕 参见诺特(1982,第 1677 页)也可参见图什内特(1986,第 505—507 页)。

下的空白的继续或反应。批判法学派的研究分享了现实主义者的论点,也认为法律结果或结局能够通过对相对较少的基本的和根本的抽象原则或概念的理解而推论或直觉感知到的这种观点是不正确的(图什内特,1986,第505—510页)。沿着现实主义者的研究,批判法学派发展了对现实主义的批判——反对朗德尔的法律形式主义学说观念,法律形式主义认为研究法律就是从仔细审查和检查普通法案例中发现法律原则的一门学问。在这方面,批判法学派尝试发展现实主义的研究事业,反对把法律和社会安排认为是天赋的或必然的观点。显然,前面章节中所描述的思想流派和批判法学派的思想在这个特征上是基本一致的。但是和其他法经济学流派不一样的是,批判法学派——有着激进的传统——对实证主义的解释框架保持着与众不同的敌意,实证主义的解释框架认为法律是能被作为可经经验验证的现象的结果而被理解的事物。^{〔8〕}

美国史学

批判法学派的第二个起源是20世纪早期的美国进步主义史学的研究。在这个传统之下,美国历史被强调为一系列外部影响和法律现象之间的因果关系和确定性的联结。例如,进步主义史学者研究了:(1)经济利益与主要的利益集团;(2)美国政治和政策

〔8〕 参见诺特(1982,第1681页注释81)。批判法学研究也拒绝法学研究的工具主义和形式主义方法。工具主义方法否认法律秩序拥有资本主义社会行动者强加的需求上的任何的自治;它认为法律是仅仅作为统治阶级的利益和意愿的手段和工具。相反,形式主义方法坚持一个绝对的、无限制的从社会而来的法律秩序自治;法律秩序是一个封闭的系统,这个系统的内涵和发展被理解为排除它自己内部的动态变化。参见巴尔布斯(1977,第571—572页)。就像科恩豪泽指出的:“几乎所有的美国法律学者、法官和律师都坚持法律的工具主义观点……在美国的大多数律师,就像法学工具主义者,认为在真实世界中法律应该提升一些合乎意愿的行为。”

的关系。

美国进步主义史学源于弗雷德里克·杰克逊·特纳、弗农·L·帕林顿和查尔斯·A·比尔德等学者^{〔9〕}的研究。在他们的著作中,这场进步运动是产生于冲突和艰难以及对经济和政治失望的日子,然后逐渐变成为在20世纪90年代到1917年间发生于美国的一场基础广泛的经济、政治和社会改革。正如广泛记载的,这场运动是由于对大公司的增加和大公司直接或间接负有责任的政治和经济自由限制的普遍不满而产生的。在进步主义运动的过程中,美国经历了加强商业管制、联邦反托拉斯法的制定及联邦贸易委员会的建立和联邦收入税的采用。^{〔10〕}

在进步主义运动中,美国进步史学根据20世纪80年代以前相关历史的主要方法能够很好的被理解。这种传统坚持认为历史(曾经是文学的一个分支)主要是由“叙述性的客观重述”组成的,是“一门在富有文学理想和书写重大叙述历史的激励下业余绅士所支配的学科”(霍夫施塔特,1968,第35,37页)。但是,在世纪之交,詹姆斯·H·罗宾逊和卡尔·贝克尔提出了“新史学”的思想(萨弗斯,1965,第17页)。正像政治学、人类学、社会学和经济学通过肯定它们的科学性质来加强它们在学术界的地位,新史学也是一样,也在努力提高思想深度。新史学使得史学家注意回答事件所提出的问题,而不在是叙述性的重述(霍夫施塔特,1968,第37160页)。在这里,新史学家研究了进步的技术并关注过去的各自方面,这些与国内的民主改革和当前的公共政策问题都有重要的联系。特纳、比尔德和帕林顿的研究试图将历史和人类学、社会学、政治学和经济学的“科学”努力相联系(后者现在已是达尔文主义的主流)。

特别是特纳的《美国历史中的边疆区域的重要性》(1920)、帕

〔9〕 关于他们工作的一个评论,参见霍夫施塔特(1968)。

〔10〕 关于这个时代的历史说明参见古尔德(1974)。

林顿《美国思想主流》(1930)和比尔德《美国宪法经济观》(1913)给出了所谓的“美国历史多重事件的一个联系方式”(霍夫施塔特, 1968, 第41页)。“新史学”的研究者愿意对社会的经济问题、主导因素和前三十年出现的强大的富豪统治作出较为直接和批判性的思考。在特纳的“边疆”和“自然经济分类”概念和帕林顿“经济因素作为文化的决定因素”观点的基础上,来理解美国政治历史是十分基本的,比尔德认为经济的和阶级的因素在发生作用——人们的物质利益——在决定围绕着美国宪法框架下的历史事件。

因此,随着美国进步主义史学的发展,科学的专论代替了客观的叙述:政治社会因素特别是经济在叙述历史中起到作用;物质因素和经济决定论被传授给年青学者(康马杰, 1950, 第303—304页)。对唯物主义者这代人来说,美国进步主义史学清楚地表明了历史素材是唯物的——这对批判法学的科学马克思主义提供了便利的起点。

新马克思主义

为了理解批判法学的新马克思主义这股思潮,有必要理解所谓的两个马克思主义。批判法学的新马克思主义思潮部分分为科学马克思主义和批判马克思主义。^{〔11〕}科学马克思主义强调生产工具与阶级基础所有起决定作用的重要性,以及在生产工具所有权基础上的社会关系和经济结构所决定的政治、法律和其他思想(上层建筑)。从这个意义上说,它导致了历史变化可理解的法律结果。

相反,批判马克思主义强调社会环境中极端不确定性和得到历史变化的可理解法律的不可能性,他们是政治的、法律的或其

〔11〕 至于科学马克思主义和批判马克思主义的区别,参见古尔德纳(1980)。关于“法律和社会”团队和批判法学研究者的初步关系的叙述,就像批判法学研究内部的一些哲学上的争论——即在“法律和社会科学群体”和科学马克思主义者以及批判马克思主义者之间所谓的“三角关系”。参见施莱格尔(1984)。

他。他们反对区分经济基础和上层建筑。他们将观察到的产权转让、意识形态、历史的偶然性和在历史中的人类力量所起的作用以及生产的关系,作为整个资本主义社会生态学在概念上的分离(尽管事实上是不能分离的)。^[12] 161

我们应该注意的是尽管批判法学的新马克思主义思潮在摒弃自由主义、形式主义和资本主义方面与马克思主义传统是一致的,但批判法学派在形式上是反对马克思主义的正统观点的。最有代表性的是,批判法学者认为“如同自由主义一样,马克思主义也达到了科学衰落的高级阶段”(哈钦森和莫纳汉,1984a,第220页)。此外,正如施瓦茨(1984,第423—424,426,433页)所观察到的,与正统的马克思主义者分析不同,“[在批判法学派的新马克思主义传统中]几乎不讨论结束资本私人所有权后核心的社会主义者目标”,“抑制私人产权到什么程度也几乎没有提及”,而且“他们反对传统的马克思主义认为法律是体现统治阶级政治的观点”。^[13]

批判法学分析的基本因素

描述批判法学的基本因素,主要是沿着批判法学的新马克思

[12] 科学马克思主义传统更类似于马克思主义者思想的中心前提。马克思主义的两个部分的特性由施莱格尔提出(1984,第393页第9个注释)。也可参见诺特(1982,第1677页注释58)。批判马克思主义理论吸收了欧洲哲学体系里的几个思想流派的研究工作,包括:(1)法兰克福社会学派,特别是马克·霍克海默、赫伯特·马尔塞和西奥多·阿多诺的研究;(2)卡尔·曼海姆、米歇尔·福柯、A·葛兰西和尤根·哈贝马斯的研究著述;(3)结构主义者例如F·德索热尔和克劳德·利维斯史陀;(4)现象学派例如E·胡塞尔、马丁·海德格尔和M·梅洛-庞蒂;以及(5)解释学派例如H·G·加达玛和保罗·吕格尔。参见科恩豪泽(1984,第367页第53个注释),哈钦森和莫纳汉(1984a,第215—216页)和施莱格尔(1984,第393页注释9)。也可参见戴维·肯尼迪(1985—1986)。

[13] 其他,哈钦森和莫纳汉(1984b,第1488页)文献“批判法学研究与古典马克思主义之间的距离”。

主义观点从两条(不完全区别)主线发展:(1)“批判马克思主义——不确定性”;(2)“科学马克思主义——确定性”。这样划分并不是为了表明存在一一对应情况,只是为了说明许多(不是所有)发源于批判马克思主义的批判法学者主要关注的是不确定这个概念,它是与社会结构内在固有矛盾相联系的。另一方面,批判法学派的另一个可供选择的主线是源于科学马克思主义的基础研究,较多的依赖于错误的意识形态和不合理的阶层的统治和剥削。此外与批判马克思主义不同的是,它是确定性的并认为基本法律统治社会生活,这些法律给社会提供深刻的逻辑,它的存在不以人们的意志为转移(楚贝克,1984,第579页)。

162 两个马克思主义基本的争论主要是集中在一个问题上,关于一个人是否能决定生活物质条件的精确关系——包括社会中的生产过程和源于它们的关系如生产组织形式和利润分配(哈钦森和莫纳汉,1984a,第218页的注释89)——以及法律条款的形式内容或结构实质。^[14]从以上两个马克思主义的特征显然可知,批判法学中源于批判马克思主义的一派认为这是不确定性的连结点。如肯尼迪所说,“斗争的结果不是由社会总体的任何方面预先注定的,法律的结果也没有‘内在逻辑’可以允许任何人来‘科学地’预言”(肯尼迪,1990,第38,47页)。相反,那些批判法学支持者源于对科学马克思主义方法的坚持,认为这个连结点是可以确认的并对理解法律的发展起到至关重要的作用,在许多方面这个连结点是对社会历史起决定性作用的事物。

为了描述批判法学的主要因素,我们将分析框架沿着以下思路进行分解:作为社会制度的法律、批判法学的发展——包括科学马克思主义批判法学论点的性质和批判马克思主义批判法学论点的性质——和批判法学的议程。以下部分将不维持对两个马克思

[14] 就像哈钦森和莫纳汉(1984a,第221页)所指出的,传统的马克思主义经常被错误的定义成生命的物质条件与社会上层建筑之间连接关系的属性。

主义和相应的批判法学思想两条主线的严格划分。在必要的时候,这些区别对在阐明所提出的描述时是十分重要的,我们会提到这些区别。因为显然许多与这些观点相联系的思想相互交织在一起。

作为社会制度的法律

批判法学派的两个分支都将法律作为主要社会结构的一个方面,从法律的政治维度考虑社会意识结构和对社会中社会政治结构的重构过程的贡献。很明显从一开始批判法学就反对“法律规则研究与社会行为研究之间存在一条明确的界线的看法”(楚贝克,1984,第596页)。因此,批判法学派试图体现外部因素和外部影响的假设——它们可能是社会的、经济的、政治的和/或心理的——影响着社会中法律的发展(诺特,1982,第1677页)。批判法学派的支持者认为法律研究应该集中在作为社会制度的法律上,特别应注意以下几个方面:(1)它在社会中所起的作用;(2)它是如何实现这些作用的;和(3)它与其他主要的社会制度是如何相互影响的(科恩豪泽,1984,第365页)。正如楚贝克(1984,第588—589页)所述,“批判法学者试图揭示基本假定,这些假定是作为司法和学术解决方法的基础存在的,分析和检验那些对法律和社会提出假定的学术作品,研究那些形成法律和社会意识的产品的细微效应。”为此目的,批判法学派成员认为他们自己解决了163激进的不确定性和矛盾(为批判的马克思主义)的暗意,或者解决了错误意识形态和不合理阶层的暗意(为科学的马克思主义)。但对于两者来说,批判法学的研究从主线、风格和条件来看都相信法律是服从于社会理论的(哈钦森和莫纳汉,1984a,第213页)。

另外,新马克思主义的批判法学研究试图为美国的马克思主义法律学文化打下基础。批判法学派提倡者的政治观点是反对社

会工程和自由改革思想,他们相信仅仅通过修补现有的法律体系是不可能达到公平的。^[15]批判法学派认为社会存在的不公正在社会结构缺乏深刻变化的条件下,不公平情况就根本不能治愈(科恩豪泽,1984,第351页)。在这点上,批判法学派强调关注构思和预期制度形式的需要对政治表达、集体决策、资源配置和争端解决的必要性。^[16]他们的政治观点是一种分享民主制、公民共和主义和分权的社会主义的制度形式,一旦被适当地构建就能表现或构成一个自由和民主的社会(克拉尔,1979,第124页)。^[17]

正是因为新马克思主义批判法学关注了不同的方法来思考法律和可供选择的制度层面的法律/政治结构,最终那些可供选择事物(包括思想和法律结构)对资源配置产生潜在影响。这里所提的批判法学派是思想流派中的一支,它对法经济学的持续发展有直接的关系。确实如前面所提到的,批判法学在思想领域内是一个至关重要、非常必要和有价值的流派。

发展中的批判法学

科学马克思主义批判法学论点的性质

需要注意的是批判马克思主义——激进的不确定性方法是两种方法中比较普通的一种(诺特,第1677页注释58)。尽管如此,我们还是要讨论另一个更复杂的批判马克思主义批判法学之前简短的探究一下科学马克思主义的批判法学派。

科学马克思主义批判法学的研究工作在风格上非常类似于美

[15] 参见诺特(1982,第1682页)和克拉尔(1979,第123—124页)。

[16] 至于已经提供了许多理由来解释为什么马克思主义法学文化在美国发展如此之慢,参见克拉尔(1979,第124页注释4)。

[17] 埃布尔(1990),就如哈钦森和莫纳汉(1984a,第222页)定义的。

国史学派的进步主义传统的研究。在科学马克思主义的传统中,有种趋势是在普通的生产模式和随之产生的物质关系的深层结构情况下分析美国法的发展,而后者即随之产生的物质关系是历史的重要促进因素。这种分析经常包括对资本主义发展阶段的讨论并强调社会中物质关系和法律体系实质上确定的一致性。

科学马克思主义批判法学的支持者致力于社会世界思想结构领域的研究,并认为法律是通过意识形态和结构的逻辑而被知悉的。同样的,在物质关系的法律结果之间存在一个确定性的联结。批判法学派既揭示了根本的法律决策的逻辑,又证明了法律决策是符合于实现结果逻辑的。科学马克思主义批判法学的重要作用之一就是有助于揭露剥削,在此思想之上,和其他事物一样,自由主义意识形态中内在固有的经济和政治力量成为了准确和确定理解在社会中实现的政治和经济结果的基础。简而言之,这个论题就是阶级和统治精英对其他人加以限制,并领导他们生活(哈钦森和莫纳汉,1984a,第209页)。为了使读者能对科学马克思主义——不确定性主题下提出的争论性质有更好的理解,我们将用三个例子来提供对文献集中案例的非常简短的描述。^[18] 164

莫顿·霍维茨在他早期作品《1780—1820年美国法中制度概念的出现》(1971)的基础上,写成了开创性的著作《1780—1860年美国法的变迁》(1977)。该文超越了许多以前的史学家,他们关注的是立法政策和在详尽地研究美国法院裁决的基础上发现法院,如:立法机构作出的裁决是在损害社会中其他集团利益的情况下促进美国公司利益和工业化的。

理查德·阿贝尔(1990)在题为《侵权》的文章中,把当代的侵权

[18] 费曼和加贝尔(1990),就如哈钦森和莫纳汉(1984a,第222—223页)定义的。

法描述为与资本主义兴起在原因和影响方面都有密切关系。他认为资本主义侵权法通过纠正他们错误的方式与受害人相分离的途径剥削和剥夺了事故中的受害人。在侵权法中,作为生产过程统治阶级中的部分成员就会动员各种力量维护自身利益,也即保护资本主义产权及律师、内科医生专门技术的垄断权。

杰伊·M·费曼和彼得·加贝尔(1990)在题为《作为意识形态的合同法》的文章中,探索研究了二百多年来合同的历史与资本主义发展三阶段的关系。除去经济生活在地位和社会责任方面的假设,通过自由市场资本主义和20世纪的一体化结构调整垄断经济,他们断言每个阶段都是以意识形态特征为标志的,而意识形态特征都承认普遍的阶层和社会世界中的分级。在这一阶段中法官和律师所做的可以解释为根据一定程序,通过它使他们认同阶级秩序结构并相信这就是这个时代的逻辑。这个结果是在争论和决定即符合逻辑又符合法律的案件中实现的。

165 批判马克思主义批判法学论点的性质

社会历史的偶然性:矛盾^[19]和不确定性

正如上面所说,大多数的批判法学者是延续了批判主义路径。在这点上,大多数的批判马克思主义批判法学的研究证明了以下特征,即传统法律规则表现为历史的偶然性以及深刻的政治假定如理性的、自然的、必需的、必然的和公平的(萨拉特,1989,第10页)。批判法学派直接反对传统方法,主张“现实”是文化和社会建构的基础,法律关系没有内在的本质含义,最终只有在共同的现实建构中才变得可了解和重要。就如哈钦森和莫纳汉所描述的(部分地引用曼海姆),“真理被认为是相对于特别的社会和历史集团、

[19] 在批判法学研究文献中,术语矛盾经常被描述为表示冲突的社会力量的辩证的马克思主义,特别是在发达资本主义。参见施瓦茨(1984,第429页)。

在它无法想像真理独立于价值、社会地位,权利的历史定位而存在的范围内,‘它存在于某些断言的性质中,这些断言是指他们不能被绝对地阐明,但只能根据给定形势下的观点来说明’”(哈钦森和莫纳汉,1984a,第215页)。哈钦森和莫纳汉提出更为一般,可能是更为基本的观点,认为尽管象征的世界在人们精神领域的范围内存有一个主观起源,但个人(特别以种类、信仰和假定为基础抽象出的)把世界当作一个客观事实来感知。他们还提出各种信仰背景变成了所谓的“精神的看门人”(哈钦森和莫纳汉,1984a,第214页注释66,引用伍德,1971,第35页)。

批判马克思主义批判法学的支持者否认在法律推理中存在理性的确定性。因为:(1)不存在区别于政治分析的特有的法律推理模式;(2)法律像政治一样在历史范畴中运作,在政治的背景下与个人意识形态竞争;(3)在具体的案例中,法律不能产生确定的结果,现实就是法律是政治。这是批判法学^[20]核心的原则和论点,它代表着对传统法律教学和学科最永久的威胁(诺特,1982,第1677—1678页)。鉴于社会和法律的历史偶然性,批判法学试图确定法律在使社会结构表现为必然、天然或公平的过程中所起的作用。通过证明自由主义法律结构的基本矛盾,批判法学致力于揭示成为判决过程基础的法律秩序和政治方面的不确定性(哈钦森和莫纳汉,1984a,第212页)。在这点上,批判法学“对法律原则的分析强调了它的不连贯性和对矛盾价值的赞同”,从上述分析可

[20] 回顾霍维茨对哈佛大学法学院学生所作的题为“在法学院教室里真正地发生着什么”的1982年演讲,赫德森引用霍维茨陈述到“试图发现一个中性的职业王国和不同于政治的法律的任何人发现实际是在于他自己。”(赫德森,1982,第5页)。就像哈钦森和莫纳汉所描述的“根据法律学说和政策分析是否提出和不管采用什么技巧,提倡者和法官是没有目标的正确的结果存在——在价值之间的选择是不可避免的。”(哈钦森和莫纳汉,1984a,第208页,额外强调)。在批判法学研究启迪的合理性传统里,佩勒(1985)研究了社会—创造的隐喻,这个隐喻提供了在法律和政治之间的虚构的差别。

以得到“法律在广泛运用于符合经济原则方面不是一个理性的学科”(哈钦森和莫纳汉,1984,第206,223页)。

166 法律的意识形态:自由主义、掩饰和错误意识

在批判马克思主义批判法学中,意识形态被认为是一系列体现在法律制度和法律素材(包括案例、规章和法令)中的信仰、思想和价值。思想,特别是关于法律的思想——它是什么,它做什么,它为什么存在——提供了关于包含社会共有“世界观念”的人类和社会关系的基本观点。这些思想、法律和其他可以说是组成了社会(楚贝克,1984,第589页)。批判法学认为法律推理是不确定的,但同时又相信实际的司法裁决是严格的、以主要自由法律意识形态为条件的(哈钦森和莫纳汉,1984a,第201页)。根据批判法学,处于支配地位的法律意识形态不但是价值的表达而且还对个人价值的形成产生直接作用。^[21]

在批判法学中,自由主义法律意识形态有一个贬低的内涵;它受谴责(与形式主义一起)并不是因为它在道义上是错误的或是不合适的,而是因为它提供了一个错误的意识,^[22]将一致性的表象借用到其他不确定的法律体系,为自由主义提供基础的根本法律意识形态掩饰了他或她自身的个人动机。这种情况可能会发生,因为一个人会误解自己的利益或因为一个人误解了他产生行为的原因。在任何一种情况下,意识形态谎言最终产生是依赖于拥有那些信仰的个人作出的行为。科恩豪泽(1984,第375页)如下描

[21] 参见弗雷泽(1978,第147页)。在批判法学研究中,“法学意识形态”的概念被用作类似于“霸权”的葛兰西的使用方式,这个“霸权”就是这样一个术语指通过无政府的方式和行为在社会中的压迫阶级的非强制性控制。因此,到这样一个程度法学意识形态有助于错误的使一个社会结构合法化,个人之间的法律关系可能被刻画成“霸权”之一。

[22] 就像科恩豪泽(1984,第372—373页)所描述的,“意识形态是贬低的,它是被看穿和丢弃的事物”。

述批判法学中意识形态的作用：“意识形态掩盖了一个人自身的动机，因此允许这样的行为即一个人可能以不同的方式避开自己的利益或关于世界的信仰……意识形态导致一个人的行为与他的利益相反，因为他误解了世界的本性和他的行为可能产生的后果。”

自由主义被认为是掩盖了传统法学研究中未经确认的因素和作用。针对自由主义的基本指责是它提供了一种它是在关注自由和个人权利的幻觉。这样，自由主义就使法律结构和资本主义体制变得具有一定的合理性。但是批判法学煞费苦心地指出，自由的法律（和资本主义）概念本身就代表着掩饰实际上正在发生的根本的剥削行为。正如施瓦茨（1984，第424，433页）在评论批判法学的论文中所描述的，“自由主义麻痹了受害的大众，并将他们同化，为支持压迫他们自身的体制……通过表面的公平来‘掩饰’剥削，使得被剥削者支持‘现有体制’和支持他们压迫，它使阶级结构‘合理化’”。

合法化和不合法等级

167

合法化的概念对批判法学分析十分重要，实际上，与意识形态和历史偶然性的概念有密切联系。这里的立场相当直接：植根于法律意识中的人类和社会关系的社会共有思想通过使这些关系看上去要么必需、要么合意，把不公平的社会关系合法化（楚贝克，1984，第597页）。因此，批判法学派认为法律具有欺骗性：“法律给权力和利益披上了合法权威的精致外衣”（科恩豪泽，1984，第352—353页）。如肯尼迪（1979，第212页）所述，“尽管我们是作为集体中的成员而存在，但我们会对其他人产生影响，同时我们自己也受权力、福利和有权使用不合法教化的等级结构的影响，无论

此等级结构是基于出生于特别的社会阶层还是遗传天赋的偶然性。”〔23〕

关于不合法等级的概念,批判法学的提倡者不相信法律有助于实现这样的目标,即法律界人士会有意识地寻求提高。此外,他们否认法律会通过法律变化与激励,或价格的改变之间的联系从根本上影响社会中个体的行为。这里的基本点是法律的压迫性和强制性是法律的意识形态所固有的。法律结果不是法律制定者或那些试图影响法律制定者的人的意识的副产品(科恩豪泽,1984,第370—371页);法律强制性的本质更为复杂,对外行来说更不明显。因此,批判法学研究试图揭示这个错误,但合理的世界观隐藏在规则和教条的复杂实体和一般的法律意识之中(楚贝克,1984,第597页)。如科恩豪泽(1984,第373页)所描述的,“如果人们相信他们所存在的社会结构是天生的和必须的,而不是社会的和偶然的,他们必然会接受它;如果他们认为世界不会改变,他们就不会去改变它。”

在最基本的层面上,批判马克思主义批判法学试图向法律界的传统学者论证或表明,法律中根本政治前提以及掩盖或成为法律事件偶然性的社会、政治和文化结构都存有疑问。在标准的叙述型法律体系中,社会的、必然的、天赋的或公平的条件是在个体之间自愿结合的(这些个体的存在被断言为前社会或反社会就已被决定),这导致了制度秩序的产生。接下来的澄清分析可以确定最根本最深层的法律结构,以及由此在体系中得到的不调和的与广泛的法律实践。这个广泛的特征意味着,例如当一个法令通过时,就有内容意义和政治环境两方面的不确定性围绕着法律的通过。因此,不存在一套原则可以供司法官作为法律解释的结论性

〔23〕 也可参见图什内特(1986,第506—507页),在法律的发展和利用中,他把不合理的阶层观念的批判法学研究的重要性描述成在我们社会中的一个有秩序的制度,它在权力关系的重要性上既有现实主义又有美国史学的重点。

指导,同样,司法官将他们自己形成的法律意识强加在法律的解释上。批判法学嘲笑了利益折中和平衡的观念,并由此抛弃了讨价还价和合同这些伴随概念,他们的理由是后面的这些概念掩饰了来源于最初社会上权力不平等的统治地位。鉴于最初的不平等,在可能达到的解决中不存在遵从。^[24]因此,如施瓦茨(1984,第441页)说,“在批判法学中,‘矛盾’和‘不一致’的论述是在拒绝社会中相反利益的存在。自由主义试图通过折中和平衡来调和这个紧张状态;相反,批判法学将其作为扩展到资本主义和自由主义结局的基本缺点。”

在许多历史的和当代的批判马克思主义批判法学的研究中,^[25]每个学说的争端都处于矛盾的主张中,最有代表性的是在公共安全和个人自由方面,每个研究得到的结论都是法律过程基本上是不确定的和可操纵的。^[26]因此,鉴于自由主义思想的二元性内在矛盾,自由主义理论创造出的法律权力主张不能减少社会关系的压迫特性(斯帕尔,1984,第517页)。为了使读者了解批判马克思主义——不确定性论文阐述的争论的性质,我们提出四个在文献集中所描绘的简短例证。

邓肯·肯尼迪(1976)在题为《私法审判中的形式与实质》的文章中,分析了两种相对倾向于无法解决的冲突:“个人主义的”和“利他主义的”。在个人主义的情况下使用硬性规则(关于自由主义和主观价值)与在利他主义的情况下使用一般的标准(关于集体

[24] 参见赫勒(1984,第173页)和施瓦茨(1984,第423页)。

[25] 关于文献的这条思路的研究的简要评论(大部分,但不是不排除,肯尼迪、昂格尔、科尔曼、布伦斯特、克拉尔、辛格的研究工作等等),参见哈钦森和莫纳汉(1984a,第223—226页;1984b,第1482—1485页)。

[26] 参见哈钦森和莫纳汉(1984a,第211页)。斯帕尔提出的保留了批判法学研究核心的这个“私人/公共”的差别得到了卡尔·马克思在“犹太人问题”中的最初支持,在黑格尔哲学的批评中,马克思研究了政治和人类解放的差别,讨论了现代国家在政治生活中分裂了人类,随着个人对私人利益的追求政治生活在精神和公民生活上是公共的和共同的。参见斯帕尔(1984,第527—535页)。

主义和对司法的内在高级导向)是并列的。现代法律观点中的两个学说都是“似乎确实”的,因此都要求支配权作出政治选择。

罗伯托·昂格尔(1983)在题为《批判法律研究运动》的文章中,确定了合同法的原则,这些原则每条都与用于解决学说含糊不清的反原则相匹配。他进一步确定了一小组观点作为原则的基础,并解释了这些观点如何表现了两种人类社会的竞争性观点(一般个人对公众)。现代法律学说被描述为掩盖了这两种观点内在冲突的存在性。^[27]

卡尔·克拉尔(1981)在题为《作为意识形态的劳动法:劳资谈判法律的新史学派分析》的文章中,指出包含在劳动法律学说中的合同原则,包括“公共”和“私人”的矛盾区别以及工人权利的矛盾概念化,这可被视为“个人的”或“集体的”,“不能剥夺的”或“可放弃的”。^[28]

169 最后,马克·科尔曼(1981)在题为《实体刑法的解义》中,研究了美国刑法实体方面的法官和研究人员所造成的标准学说争议。他揭露普遍存在的作为案例结果的错误信仰和那些结果所透露的理性的错误认识(以及由此产生的自满)。^[29]

批判法学流派研究的共同主线是在每个实质性的二分法中,个人主义被贬抑与自由主义联系在一起,而集体主义具有内在的利他和/或公平的优点。^[30]如约翰逊所描述的(部分引用肯尼迪):“批判法思想的任务是突破现在已被接受的那种处于背后的基本矛盾现实性的知识范畴。随着我们的思想变得更为成熟,我们会理解那种将每个法律问题都能归纳为一个‘集体的对个人的

[27] 昂格尔(1983),就像哈钦森和莫纳汉(1984,第427页)所描述的。

[28] 克莱尔(1981),就像楚贝克(1984,第595页)以及哈钦森和莫纳汉(1984a,第1488页)所描述的。

[29] 科尔曼(1981),就像施瓦茨(1984,第427页)所描述的。

[30] 这是和传统的马克思主义见解相同的课程,这个见解识别了作为一个极为重要的价值源的社会。参见哈钦森和莫纳汉(1984b,第1488页)。

正确自我决定程度的单一困境’”(约翰逊,1984,第254页,着重强调)。因此,对批判马克思主义批判法学,当代法律学说和分析可以被理解为揭示了一个无穷系列的特别脆弱的折中,这些折中是关于必然的和矛盾的理想(哈钦森和莫纳汉,1984a,第226页),关于相反的和不同的世界观,关于自我和其他个人和公众以及国家和社会。

文本解释

为了更完全地评价批判马克思主义批判法学的研究工作,理解其主要的分析模式就变得也很重要,这种分析模式包括通过探寻一种根据文本进行法律决定工作的方法来解释司法裁决。文本分析试图揭示包含在法律学说和法律文件之中的与批判法学的主旨相一致的社会关系的根本结构,意图说明怎样使得关于自我和他人、私人和公众以及国家和社会的假定——作为传统法律思想基础的本质——被编译在法律中(萨拉特,1989,第10页)。

法律文本的说明主要是成功地借助了文学批判主义^[31]的解释技巧,通过此方法批判法学的支持者可以超越法律文本的表面意义,探寻文本的结构和意识形态的内容,从而揭露或揭示法律秩序的根本真理。^[32]大多数批判法学的结构主义者断言没有人能够从活动本身之外来考察人类的活动。因此一个人必须选择一些内部的视角,从内部视角来探寻被研究的现象,注意所观察的对象大量的的是由他们与另外其他事物的关系来定义的(科恩豪泽,1984,第368页注释57)。在这个约束下,批判法学与其从评价法律应该如何执行的角度探索发现案例文本,不如从评价法律已经表达的价值来研究。这些思想科恩豪泽作了清楚的陈述。

[31] 这些包括符号学、现象学和结构主义。参见诺特(1982,第1683页)和图什内特(1986,第513页)。

[32] 参见诺特(1982,第1682—1683页)和科恩豪泽(1984,第366页注释52)。

170

为了理解社会,一个理论必须解释的不仅是外部现象而且还有人类的意识行为,特别是产生争议中的社会问题的意识行为……然而结构主义未必同意这样的观点,其认为社会科学方法在根本上与自然科学方法有差异,因此坚持理论不能解释社会更不用说去构建它。(科恩豪泽,1984,第368页,着重强调的)

批判法学的议程

在一个层面上,我们看到批判法学试图揭示了一些关系:(1)植根于现代法律意识中的意识形态(或“世界观”)——它的矛盾性、不连贯性和它的掩饰性——以及(2)在自由主义和资本主义社会里,社会等级的支配地位。但是在更深的层面上,存在比揭露矛盾更多的内容。在批判法学中,持续致力于改变法律意识和嵌入其中的关系是转型的政治,它提供了批判法学的批判素材(楚贝克,1984,第590—591页)。论证当前的传统法律学说允许矛盾和不连贯结果的政治目的最终在于在相信在“批判主义将会挑战自满”的基础上,激发“社会变革的动力”(诺特,1982,第1684—1685页);也即批判法学试图对与矛盾性和复杂性混合在一起的传统法律分析进行定位,进而解释为何如此多的个人——在错误的意识下——没有认识到他们自身的权利,也没有开始“真正”的政治变革。如托马斯·C·赫勒(1984,第132,174页)清晰说明的,“这些错误的意识被预期,主要是因为对‘自我’概念的个人知觉或经验的感觉是提供社会秩序集体再生产过程的物质产品。如果一个人能克服分析家的概念困难看到他或她生活结构的背后,那么追求政治变革的策略就显而易见了。”

所有这些都是为了尝试能“解放社会中的个体”(哈钦森和莫纳汉,1984a,第217页)和“使市民能自由地设想一个不同的但更

好的社会法律秩序”(萨拉特,1989,第10页)。“当这些设想完成时,”楚贝克(1984,第593页)认为,“肯定会令我们大跌眼镜,我们可以自由地创造内涵的新体系由此得到新的关系。”可能用楚贝克自己的话来概括这一点最为恰当,“如果社会在某种意义上是由赋予社会互动内涵的世界观组成的,那么改变意识就是改变社会自身……因此如果批判法学学者改变了意识,它就不再是一个单纯的朝向最终变革的运动:它是真实的事件”(楚贝克,1984,第592页)。

第七章 后续的发展与持续的關注

171

“法学家所研究的正义行为的规则是符合某种特征的秩序,而这种秩序法学家多半是不懂的;……这种秩序主要是由经济学家在研究,而反过来经济学家同样对他研究的秩序所基于的行为规则也是不懂的。”(哈耶克,1973,第4—5页)

后续的发展

尼尔·达克斯伯里在他最近的新书《美国法理学的模式》中提出:

今天,法经济学是一门以争论和混乱为主的学科。定义这门学科就如同用调羹吃意大利细面。法经济学可以是实证的、规范的、新古典的、制度分析的,也可以是奥地利学派的——非常简单,这门学科已经被大量的相互竞争的方法论和观点压得喘不过气来,而这些观点又是容易区别的。但是只要是思考过的人都会发现,在提倡者和贬低者之间,误解是大量存在的。(达克斯伯里,1995,第314页)

1897年奥利弗·温德尔·霍姆斯在他的创新的论文《法律的道路》中,预言道“对于法律的理性研究而言,研究文本的人是属于现在的这批研究者,而未来则属于研究统计学和精通经济学的人”

(霍姆斯,1897,第469页)。尽管法律现实主义运动将一定的经济方法带入法学领域(在其他领域,可能只持续了一段时间),但是看起来霍姆斯的未来直到20世纪后期才在美国法学文化中得到实现。但,经济学绝不是要支配法学。确实,有些人认为法律的经济分析已经“凸现出来成为法律研究的最新时尚。”(霍维茨,1980,第905页)。^[1]但是兰德斯和波斯纳最近的研究批驳了这种观点,他们认为“经济学对法学的影响至少是从20世纪80年代(时间很早以至于不能说是20世纪90年代)才开始逐渐增强的,尽管在20世纪80年代的中期,增长速度开始变慢;但经济学对法学影响程度的增加超过了其他任何跨学科或非传统方法对法律的影响;而且传统方法……相对于一般的跨学科研究方法和特殊的经济分析方法也开始衰落。”(兰德斯和波斯纳,1993,第424页)还有安东尼·克罗曼——绝非完全赞同的支持者——把法律的经济分析称为是“当今美国法学理论中最有影响的潮流……它现在已完全占有某些领域,在其他大多数领域中也起到了重要作用。”(克罗曼,1993,第226页)。^[2] 172

至于法学,霍姆斯(1897,第474页,着重强调)也认为,“每个法学家都应该试图去理解经济学”因为它能使“想要寻找的结果和得出结果的原因”清楚明白地显示出来。最近,波斯纳(1995,第90页)对这个观点作了回应,他认为“法学的训练和经验使法学家掌握了一系列重要的诡辩工具和对法律教条的感觉,但没有使法学家具备一种他们所必需的理解法律的社会结果的工具。”就如埃蒙德·基奇提醒我们的一样,正是法律现实主义者最早教导法学家研究现实中运作的法律应该包容和运用社会科学领域特别是经济学的成果(基奇,1983b,第184页)。从那时起经济学家和其他社会科学家(特别是那些在政治科学和社会学领域的人)都已经

[1] 也可参见菲斯(1989)。

[2] 关于克罗曼对法律经济分析的怀疑论,参见克罗曼(1993,第226—240页)。

知道法与经济学是一个有用的学说,它有助于理解法学和法律变化的社会结果。总而言之,在前几章讨论过的法与经济学的各种方法有助于这些学说更好地理解法学和经济学的相互关系以及法律变化的社会影响和法学的发展。

有许多因素表明任何关于法经济学将要灭亡的预言都是幼稚的。即使作为一门学科中的学科(经济学或法学),它已经达到顶峰(我们坚持认为它还没有达到),任何关于它将灭亡的言论都没有考虑到法经济学已经对法学和法律分析产生了重大影响。如果法学经济学现在看上去似乎很少受到威胁,那可能是因为法经济学的部分基本观点已经或多或少成为了法律思考的正统理论。确实,本书的部分内容认为法经济学,作为认识和探究法学和经济学相互关系的思想主体(从芝加哥学派到批判法学派以及其他思想流派),它现在已经成为法学领域中不容更改的部分了。出于种种原因,法学已经不再是一门自治的学科了。

另外,法经济学对经济学学科的影响,在这三十多年里也得到了充分的发展。尽管霍姆斯断言法学家应该理解经济学,但是同样,经济学家也需要理解法学。罗纳德·科斯认为,研究经济学不理解制度,比如法律制度所起的作用,就像“不考虑躯体单研究血液循环系统”一样(科斯,1984,第230页)。从法学的角度来说,科斯认为交易什么和交易多少,依赖于“私人 and 组织想要占有有什么权利和责任——这些都是通过法律体系建立起来的”(科斯,1988,第656页)。正因为这样,“法律体系对经济系统的运行有深远的影响,可能在某些特定的方面可以说是控制了经济体系”(科斯,1992a,第717—718页)。虽然如此,但经济学在其发展过程的很长一段时间内是将制度环境——包括法律结构——作为给定的,并基于此来进行分析的。

如前几章所述,20世纪30年代、40年代和50年代的一些经济学家从事反垄断法、公司法、公共管制和税法的经济意义分析的

重要工作;但是,大多数的法与经济环境仍然没有被考虑。^{〔3〕}同样的,经济分析主要的失误就是没有把法律对结构性激励、对行为的影响和由此导致的对经济活动的作用表现出来;也即,第一,它不能完全的解釋影响经济系统运作的因素;第二,它不能提供一个评价法学和法律变化对经济系统影响的基础。在20世纪60年代,有人就努力尝试着要解决主流经济学的缺陷,特别是芝加哥学派的经济学家和制度学派的经济学家,他们专注于法律和经济相互关系的各个方面已经有很长时间了。每一份努力都使法律对经济的影响表现出一定的重要特征。最近的许多新制度学派经济学家的工作都表现出了从这种角度来思考经济学的一种复苏。法与经济学对经济学学科的影响还在继续(跟法与经济学对法学学科的影响相比较慢)而且必然会得到充分的发展。

前面章节中所述的每种方法都给法与经济学带来了不同的影响——有的是就重要问题或分析方法的争论;有的是关注于法律和经济相互关系的不同方面。芝加哥学派的法律经济学总的来说是法律的经济分析。同样的,它就是将新古典经济理论中的分析工具运用到法学中,对法律规则进行实证和规范的评价。这样做,就可以使法经济学关注体现在法律规则上的“价格”激励;以及理性的效用最大化和利润最大化的经济主体是如何对这些规则作出反应的;以及增加激励的事前性质和事后影响的需要。考虑法律规则是否提高了个人资源配置的效率,因此一般在一个社会中,权利和资源是配置给对它评价最高而且成本对他们来说最低的那些人。

法经济学的公共选择方法给法律文献带来了一套类似的分析工具,但主要是集中在政治领域(与司法领域相对)的立法过程中。在政治过程中运作的代理机构被看做是在政治过程所强加的规则

〔3〕 这包括了有经济含义的普通法、宪法和成文法的大部分主体,也包括了立法机关和官僚机关的行为和作用。

- 174 下理性的效用最大化者。在这个框架下,可以分析个人投票者和被选举者的决策,以及那些解释和执行者有效力的官僚们的法律行为。这种分析立刻导致了关于从政治过程中出现的法律/社会规则和本身统治政治过程的规则的效应(暗指潜在变革)的观点。此外,这种分析的主要目的是从经济效率和交易的产出来评价前面所讲的这些内容。

法经济学的制度学派和新制度学派的分析方法明显的区别于芝加哥学派和公共选择学派的观点。尽管这种分析仍然关注法律和立法,但是它更强调研究法律制度对经济系统运行的影响。而且,这些方法都预期代理机构在处理信息方面能力有限,在程序上是理性的和信息完全的。制度学派的法经济学是制度经济学中对揭示社会制度如何随着时间影响经济系统的结构和运行的问题表现得最为关注的学派。因为它决定了社会中权利的结构,法律被认为是一种资源,通过它可以实现权力和控制。制度学派的法律与经济学主要关注的是理解和描述这些力量是如何影响经济系统,以及经济系统又是怎样引起这些力量的演变。通过这种做法,制度主义者能千方百计地解决法律与经济的关系——实现对法律—经济关系的真正理解——他们又反过来考虑法律—经济变化对社会生活所起重要作用的潜在效应。在说明关系的过程中,因为效率性没有把冲突利益的政治计算考虑在内,所以制度学派的方法反对强调效率,主要是基于以下理由:第一,它不能作为对权力作出明确判断的一个标准;第二,它是一个过于狭窄的假设基础,在它之上才作出了法律的规范评价。

像制度学派一样,新制度学派的法经济学面对的问题仍然是法律如何影响经济系统。在解决问题时,即在宏观层面上——考虑由经济活动产生的环境所组成的规则效应,在微观层面上——分析经济主体之间的制度安排是如何支配和影响他们的关系。通过这种做法,新制度经济学特别强调了产权结构和支配合同程序的规则,和它们对交易费用的影响,以及社会稀缺资源配置效率的

必然含义。

批判主义法学派的两个主要的新马克思主义流派在坚持马克思主义传统,摒弃自由主义、形式主义和资本主义以及主要相关制度的一切等方面是统一的。批判主义法学派的新马克思主义是有其理论基础的,即所谓的两个马克思主义:科学马克思主义——这是批判主义法学派的“确定”的轮廓,和批判马克思主义——这是批判主义法学派的“不确定”的轮廓。科学马克思主义强调以阶级为基础的生产资料所有权的具有决定性,以及政治社会思想内容和由生产资料所有制所决定的社会关系和结构的重要性。相反,批判马克思主义强调的是社会环境的最根本的不确定性,因此要从历史变化或相反的其他政治法律变化来得出明确的法律是不可能的。

批判主义法学派的这两种思想都试图把一些关于外部力量 and 影响的观点进行合并。这些外部力量 and 影响可以是社会的、经济的、政治的和/或心理的,它们都会影响社会中的法律的发展,并且都认为研究法律时必须把法律当作一种社会制度。对这批人来说,法律就是政治。他们特别关注法律在社会中所起的作用,这些作用是如何实现的,以及它与其他主要的社会制度是如何发生相互作用的。最终,批判主义法学派都认为自己解决根本的不确定性和矛盾性(对于批判马克思主义者)或是认为自己能解决错误的思想和不合理的社会分层(对于科学马克思主义者)。在他们共同的联合事业中,批判主义法学派特别重点强调考虑预期制度形式在政治表现、集体决策和资源配置方面的必要性。因为后续的新马克思主义批判法学派关注的是用选择的方法考虑法律,也关注选择法律/政治制度结构,最终关注这些可选择的事物(包括思想和法律结构)对资源配置的潜在影响,所以批判法学派对法与经济学产生直接的影响。

尽管这些研究法经济学的不同方法都取得了全面的胜利,但是仍然存在这样的事实,就如波斯纳(1975,第 772—773 页)所注

明的,许多的批评和批判仍在继续,在各个方面继续着。因为法与经济学还没有立刻成为一门完全的和完美的科学,也还不是一个逻辑上完美的模型,就要立刻拒绝法与经济学。当然,这种批评是不能切中要害的。

对于法经济学合理的批评只能来源于对竞争性的方法和方式的比较。在思考法经济学的有效性时,有思想性的考虑必须在这个思想市场中从两个不同的层面发生。第一个层面是,是否法经济学,能像现在这样被广泛运用,且有助于我们更好地描述法律和经济相互关系,比可供选择的社会科学范式更好地使我们预测法律变化和发展的影响。第二个层面是关于法经济学中的哪一个思想流派给我们提供了最有用的观点、工具和思想,使我们更好地理解法律的这些方面。最后基于这点,我们可以有把握地说,法律不是那么容易理解的,没有一个人可以自信地断言,通过单纯的依赖于法与经济学的一个或几个流派的思想就能为改进法学找到出路,虽然这些法与经济学的流派思想是与传统的法学理论或可能与其他社会科学所提出的一些选择性的范式在原理和学说上是相对的。可以进一步说,没有一个人可以清楚确定地知道改进法学的出路就是提高法官和律师的经济认识,虽然这与让他们保持服从传统、先例和常规的法学理论与实践是相对的,这些都是开放的问题。

但是,就如我们在开始的章节中所述,我们相信随着包含各种思想流派的法经济学的发展,一个新的普遍的学问——更折中地被一般所承认的学说——将会占据法学界。正如我们在整本书中想要解释的,法律对经济结构、行为和运作有重要意义,因此我们认为不可避免的是,越是折中地被一般承认的法律含有的经济成分越重要——它将会使法经济学的一批正确的原理和思想达到统一。

把法经济学各种观点的描述展现给读者。我们这样做的目的是在于说明思想流派之间的一些差别。在此过程中,得出某种有

选择性的方法能够有助于我们理解法律的形式、结构、程序与法律制度的关系以及他们对经济运行的影响。尽管不能否认芝加哥学派法经济学的工作在过去的 30 年中占据主流,以及批判主义法学派和公共选择理论在 20 世纪的 80 年代也相当流行,但我们的目的并不是想要挑出谁是“赢家”谁是“输家”。剩下的问题是哪一些是法经济学没有解决的重要问题?这一章后一部分的目的是要描述一些能更深入说明法经济学许多层面的问题,并且探求一些对法律—经济政策有直接意义并值得关注的事物。

法律—经济政策的持续关注

分析的标准

所有的法经济学思想流派面对的一个最困难的问题是要决定什么是分析的标准,从这个标准来分析法律—经济政策的影响。有代表性的表现是,一项规章或一部分法律从任意选出的法律结构中精选出来用于研究,然后对其进行不同形式的效率分析。但是这儿应包含更多的内容。(第 176 页)

这里将被用来阐明“分析的适合标准”的分析工具是由在彭内尔对圣何塞市的案例中所产生的占用问题。这个案例涉及在 1979 年加利福尼亚州圣何塞市所采用的一个租金管制法令,它包括一个所谓的“租户困难条款”。在这个案例中,高等审判法院被要求决定租金管制法令中的“租户损害”条款是否构成在美国宪法的第五和第十四修正案下的没有公平补偿的私人产权的占用。^[4] 177

[4] 美国宪法第五修正案规定“没有合理的赔偿条件下私有财产不可以为了公共使用而占用。”虽然制定的案例不是新的,但是作为一个有特色的分类美国最高法院已稳固地确立了它们的案例是佩恩中心运输公司诉纽约市案 98 S. Ct 2646(1978)。

我们首先从这个案例事实的简单概要开始。^{〔5〕}

1979年加利福尼亚州圣何塞市颁布了一个租金管制法令,它规定房东可以设置一个包含每年有差不多8%增加额的“合理的租金”,基于七个因素的增加额要接受仲裁申诉办公室的复审。如果一个租户反对在租金上超过8%的增加,在这种情况下申诉办公室在决定房东提议的增加额是否合理之前,要求有一个意见听证会。

被考虑的七个因素中,首先的六个因素被法院描述为是客观的,这六个因素是:(1)房屋的历史;(2)所有住房单元的物质条件;(3)所提供的房屋设施的任何变化;(4)提供额外租用单元的房东成本;(5)偿债的成本;(6)比较住房租用市场的普遍状况。首先这六个因素的应用导致客观地决定了租金的合理增加。在这个法令中包括的第七个因素被称为“租户困难条款”:

至于租金的增加……超过了[在法令上]设置的标准,该超出值是否允许同样是被允许增加的部分……申诉办公室应该考虑到施加到现在租户身上经济的和资金的困难……假如申诉办公室确定计划增加值构成了一个不合理的严重的资金或经济的困难……他可以命令这个增加的超过部分……不被允许。^{〔6〕}

这是以租户资金困难为理由而对递增的租金增加的潜在拒绝,而租户的资金困难正是这个案例的问题所在。理查德·彭内尔(109个出租房单元的主人)和加利福尼亚三个县的公寓住房所有

〔5〕 这个案例的事实是直接取自美国高等法院的报告。这个部分直接来自于报告中的案例。如此声明我们的目的是为了避开另外的地方过度引用这个案例中的主要评论。

〔6〕 这个法令的部分包含在彭内尔诉圣何塞市案(后面在文中引用为彭内尔), 108 S.Ct (849)第854页。

者协会为了寻求一个声明,起诉萨纳塔·克拉县的上级法院,从表面上来看这个法令在本质上是无效的,是因为租户困难条款的适用违反了第五和第十四修正案的占用条款。他们认为这个可能的减少只是归因于考虑到租户困难,基于别的六个给定的客观因素将有可能有一个合理的租金增加,而这个减少构成了一个占用,在这个占用中是把房东的财产转移到了个别困难的租户身上。 178

加利福尼亚上级法院代表彭内尔和协会作出了判决。加利福尼亚上诉法院肯定了下级法院的裁决。然而,上诉法院的决定后来被加利福尼亚高级法院推翻,高级法院发现该法令没有违反这个占用条款。这个案件后来被上诉到美国最高法院。

美国最高法院^[7]指出该法令强制性地考虑了租户的困难。也即,在这个法令规定的条件和当被侵害一方的请求下,申诉办公室要求考虑目前租户的经济困难。如果计划增加额构成了一个不合理的严重的资金和经济上的困难,那么这个官员可以命令这些增加的超出部分(超过8%)的一些或者全部无效,尽管该官员没被要求这么做。然而最高法院指出没有明显的证据表明这个条款曾经被使用过,因此认为两个下级法院的裁决是不成熟的。

但是,法院继续考虑这个案例的价值。这样做的话,法院承认价格管制的合理目标是在国家管辖权力范围之内。特别是,发现这个法令的目的——由于城市住房短缺阻止不合理的租金上涨——是合法的。更进一步,法院发现这个法令提出了一个合理的尝试来调和冲突的利益,即保护租户免受租金增加的沉重负担和同时确保房东在他们的投资上保证有一个公平的回报。法院接着发现,在确定是否允许在租金上越过和超出某个数量的额外增加之前,这个法令是如此仔细地考虑了房东和租户的个体情况是合理的,从表面上看它没有违反第五和第十四修正案中的“未经公

〔7〕 主审法官伦奎斯特发表了法院的观点,和法官奥康纳一起参加的斯卡利亚法官部分的赞成和部分的不同意。法官肯尼迪没有参与这个案例的判决。

平补偿,一律不得对私人财产进行征收”。

在最高法院法官斯卡利亚的异议中,他不同意法院的裁决,上诉人占用的权利是不成熟的,并宣称在没有公平补偿下租户困难条款确实影响了私人财产的占用。斯卡利亚法官主张相对于租金合理增加的过度范围是完全独自地被前六个因素所设定。他认为租户困难条款有助于一个不同的目的,即为贫穷租户考虑的一个财产计划。他主张把解决公共问题——贫穷——的负担给一个个别的房东们,它构成了占用是因为它迫使私人个体的一个小团体承受负担,而这个负担本来应该是被普遍的公众所承担的,这是个典型的应通过社会福利计划来完成的国家事务。

179 这是一个有用的案例,因为它清楚地表明法律经济政策的评价或分析使“拿起一个照相机”成为必要。很清楚法院的大多数人比斯卡利亚法官更关心这个问题。唐纳德·舍恩(1979,第264—265页)把这个过程称为“命名和设计”,并对此过程作了如下的效应描述:“注意的事情被选出来,是以一种适合为情势所构建的设计的方式来命名这些事情……通过命名和设计的过程,这个故事使得……‘从数据分析到介绍性的分析,从事实到价值,从是什么到应该是什么’。如此这些是典型特征的/描述性的故事,即他们用使它似乎优美的、引人注目的甚至是明显的方式来执行规范性的跳跃”。

利益方、法院和法律经济分析家都可能不同地设问;也即,利益方总试图使他们的案例选择一个分析标准,而这个标准最适合他们的案例。另外,在判决这个案例中法院将在一个或别的分析标准方面提出它的基本原理,而这个原理是在这个特殊案例中决定它的判决的。总而言之,(1)法律经济分析;(2)利益每一方的意见;(3)一个案例中在“适当”的标准上用语言表达这个问题明显地有助于法院的判决。

例如彭内尔的案例中,这个策略是典型的且相同的:隔离和关注于一个单一的法规(或条款)和把它放置在一个法律救济中——

也即,反对这个适合的背景法——通过选择适合的背景法来最好地支持某方的观点(或者是法律经济分析家、利益方,或者是法院)。理解这个案例分析和法院判决的关键是,首先要揭开所作的细微选择,而这个选择就是在判决这个案例中构成这个适合的背景法。这样,这部分的目的就是暗示分析标准的选择对于分析来说是有意义的并因此发展了法律—经济政策。

从分析、讨论和判决这个租金控制案例中来看,典型的有三个分析标准。首先,在最狭窄的范围内,一个人能够独自全神贯注于一个法令的特别有争议的条款;也即,在斯卡利亚之后,一个人能够精选出相关法规(或者规章)中夸大大部分条款(这里,是指租户困难规定)和使它经受法律—经济的详细审查。如此的详细审查将带来最明显的救济事实是无可争议的,这个事实就是使一些人受益而随着一个条款的制定另外一些人加重负担;也就是说,事实上任何条款,从狭义的视角来看,都将表现为经济分配的利益和损害。确实,如果不是这种情况,就不会存在法律争端。这个观察和上诉人较狭义的争论是完全一致的(就像美国最高法院所承认的),即这个条款实现的是从房东的财产到个别困难租户的转移(彭内尔:856)。很清楚,这一孤立条款将有助于利益的一方(租180户)的获益超过另一方(房东)。因此,从某种意义上来说,法院支持这个法令等于“剥夺”了房东的利益。然而,宣布这个法令违宪(例如加利福尼亚两个下级法院的裁决)的相反的判决可能“剥夺”了租户的利益而使房东直接受益。就如法经济学所认可的,在判决案例中,法院在竞争利益之间决定权利时,不可避免的结果是一些人将获益而另一些人将受损。狭义地看,当在依赖于一个不同的无疑问的特殊结构下仔细检查一个单一条款时,一个人期望能发现这个结构提供一个受益或损害的方式,而这个结构能为后者的占用提供一个潜在的权利要求。

但既不是利益方的分析家也不是法院需要有如此一个狭义的焦点。从稍微宽泛一点的观点来看,一个人能够调查“对房客损

害”的规定作为租金控制计划公平的一面,这个计划保留了圣何塞市(当然,包括加利福尼亚州)的住房政策部分。一般地,从关注租金控制计划和住房政策的广泛的观点来看,要求分析家、利益方、最高法院(这个案例中,是持反对意见的斯卡利亚法官)有一个确定的选择性理解来挑选这个租户损害的条款作为引用占用条款的理由。圣何塞市和加利福尼亚州的住房政策有些迷惑:(1)联邦和州的公共税收和支出计划;(2)州和当地政府的住房管制;(3)地方性的建筑法规。每一个政策都有它不同的经济影响——这些影响就是在其他人损失的情况下而使一些人获益。任何解决方案都不可能只存在收益而不存在成本,因此当从某些更广泛的救济来观察,每一个政策都为占用提供了一个潜在的要求权。就此案例而言,法院大多数人分析采用的标准,以及后来法院的判决所反映的选择性理解正是这个特殊的分析标准。

最后,我们能够用最宽泛的可能范围来考虑这个“租户损害”条款,将之作为与社会交叉的法定主义干涉的一个单例。从这个观点出发,我们观察到由于在现代政府中,法律改变是无处不在的,所以不同的经济利益和经济负担也是无处不在的(每一个潜在的占用)(塞缪尔斯和麦考罗,1979,1980)。所有的法定主义干涉是零和博弈的一部分,这是不用提示的。然而几乎没有任何法定主义干涉是双赢的情况;更进一步,我们独断地认为大量的法定主义干涉是胜利—失败的情况,而这个胜利者的收益可能或者不可能超过失败者的损失。根本的一点是在现代混合市场经济中,社会在利益的竞争方之间经常重新决定权利。不可避免的结果就是一些人将获益而一些人将受损。由于反对背景和反对法律救济,181 权利连续地被创造和再创造,那里就有大量的失败者,而这些失败者因为财务原因没有得到补偿。

因此,关于此占用诉讼,法经济学的答案是:(1)谁将拥有这个权利?(2)谁的损失应该被补偿?采用不同的分析标准可能有不同的答案。在这个分析中所实施的标准推进了这些结果,这些结

果是由那些分析中主要和基本的因素所产生的,而其他一些因素被放进了背景中。给定法律—经济政策中的胜利—失败属性和给定那些准备斗争的原告的动机情况下,被法定主义干涉所带来的成本构成了占用,在这个案例中基本问题的更深入理解是从这个分析标准通过评价得到的,这个论述将被实施,同时,最终将制定法律政策和构成法院的判决。

理性行为人模型在分析个人和社会行为中的地位

对于法经济学甚至是对于所有试图在传统边界之外运用经济分析的领域来说,一个重要的问题是,是否以及到什么程度或在什么情形之下,人们的行为可以用经济分析的方式表现出来。或者,换个说法,经济学能在何种程度上将它的研究工具运用到法律—政治行为中?尽管我们这里所研究的流派在行为和思想上还不一致,但是理性假设至少在芝加哥学派、公共选择学派和新制度经济分析学派中是十分显然的。关于激励个人对法律和法规变化作出反应的敏感度的理解,对实证的和规范的法经济学都有意义。

一个人不需要接受理性人模型来理解法律对个人和集体行为的影响——正如法律要求污染者为其导致的损害而支付赔偿(或免除赔偿)可能会对污染者行为和那些决定要住在污染工厂附近的居民、企业、农场和其他实体产生影响。当一项活动费用昂贵时,人们就会倾向于较少从事这项活动;当活动费用较便宜时,人们就会较大程度地追求该项活动。一个人能够观察到个人的反应,但却很难理解是什么激励着这些反应。人类行为的理论有很多,在这些理论当中,理性人假设只是其中之一;当然,主要原因在于人类行为是一个很复杂的现象。即使是以理性为基础的方法论的最热心的支持者,也不会相信理性效用最大化的经济模型可以解释人类行为的所有方面或者相信它是支配任何给定选择的惟一动机。然而,尽管用理性行为人来描述人类行为的支持者和批判 182

者认为是对准法经济学(特别是芝加哥学派)研究事业的最重要的批评之一。^{〔8〕}在法经济学的许多方面存在普遍性的约束。一般来看,例如人们对变化的反应是受约束的,他们的美元价格或法律是与效用最大化规则一致的。就如考特和尤伦(1988,第11—22页)指出,法经济学关于个人如何对法律作出反应的预测与描述和法律传统方法下的人类的合理性标准表现得十分接近。

正如前面所说的,持续积累的证据——即使是相当赞成法经济学的个人研究工作——都表明,在某些重要的方面,效用最大化模型不能说明人类行为的许多方面,这对法经济学的某些方面有重大意义。罗伯特·埃里克森(1989)认为通过关注对人类行为以及由此导致的个人对法律反应的心理影响和社会影响,能够极大地丰富法经济学。考虑到心理因素,他对照了法经济学中的标准假定:认为行为人“都是知晓和尊重法律规则”(埃里克森,1989,第40页)和许多事实背景下的证据:行为人并不知晓或清楚理解他们所服从的法律。这种认识上局限的影响被证实一定的趋势上是依赖于习惯的标准或规则,而不是法律本身,来解决争端的。不同类型认识局限的存在(不确定性只是其中之一),对法经济学的某些基本结论提出了质疑,比如特别救济的对等性或其他非对等性,以及这些假定的对等性或非对等性导致的结果。这些行为的一个例子是埃里克森(1991)研究的牛群越界争端。他发现规定牛群越界的法律的变化实质上对争端没有影响——这并不是因为科斯定理机制在发生作用,而是因为尽管法律变化改变了各自双方的法律权利和义务,但是个人都继续依赖着老一套规则来解决他们的争端。实际上,与科斯定理的假定相反,在这个案例中交易费用不低,这是会导致一方预期法律将真正影响资源配置。然而,埃里克森断言这些规则从根本上有助于克服与交易费用相关的困

〔8〕 例如参见来自埃里克森(1989)、凯尼曼、尼奇和塞勒(1990)以及霍夫曼和斯皮策(1993)的赞成观点,以及来自科尔曼(1979a, b, 1987)的反对一派的观点。

难。但与以理性行为人为基础的法经济学所表现的结果相比,同样会导致出一个不同的结果。因此,这些行为的存在对法经济学有效地预测法律变化对个体活动影响的能力提出了质疑(埃里克森,1989,第40—42页)。

埃里克森认为个人行为模型通过借助社会学的知识,特别是183
通过分析社会或文化对个人偏好的影响,能够得到进一步提高理论的分析能力。效用最大化方法假定偏好是外生给定的,然而有丰富的证据支持另一种观点,即偏好事实上是内生的,而且影响倾向和偏好的要素之一就是法律规则。此外,埃里克森认为除了自私以外还有许多重要的社会力量在发生作用,并且影响着个人的倾向和偏好,非合作的结果经常通过经济理论表现出来(埃里克森,1989,第43—54页)。

没有什么能够否认自利的力量在决策制定过程中会起作用。就人类行为而言,至少在某些领域,表现出在实现目标的手段方面存有一定的一致性,用经济的方法分析法律对个人和集体如何对法律和法规的变化作出反应以及个人是否愿意在充分的程度上运用理性行为模型等问题形成一定的洞见。然而,对于究竟是什么力量在影响个人对法律作出反应的问题上仍然保留着大量的争议,因此要揭示这些影响因素,提升法经济学的研究事业,仍然还有许多工作要做。

从某种意义上说,问题就是在于一个领域:用经济分析预测的反应类型可以更正确地应用在法律的更公开的经济领域——产权法、合同法、侵权法和公司法,而不是在婚姻家庭法或刑法领域,这些领域内非经济的动机可能应该起到一个更重要的作用。^{〔9〕}确实,这一点现在已经被法经济学所认识到,近期的研究都在努力探

〔9〕 对法律大范围领域的经济论证的应用被限制,它几乎排除了芝加哥方法,这个最一般的讨论在波斯纳(1992)中被找到。在波斯纳(1995)的许多文章中也反映了芝加哥方法的大范围应用。

求心理和社会因素对它所作出预测的影响效应。^{〔10〕}法经济学理论化和向前发展的能力(也即,评价潜在法律变化的影响)非常依赖于对适应法律变化的个人行为的理解。

混合规范的法律分析和实证的经济分析

法经济学中以及在法经济学与一般法学理论之间,留待解决的主要问题之一,就是决定在实证分析和规范应用方面的合适领域内什么是效率。效率作为一种法律标准来强调是无需争论的,特别是在芝加哥学派倡导的方法中,这招致了许多对法经济学的敌意。^{〔11〕}但是,即使是在包含法经济学的思想流派中,效率的地位——在实证和规范方面的运用——是断然没有解决的。

184 关于效率分析较少争议的方面是它的实证变量——评价在什么程度上法律促进了有效的社会短缺资源的配置。在实证的领域中,为以下的问题寻找答案:疏忽原则能有效地促使那些以最小成本采取预防行为的人去如此行动吗?在何种程度上合同法推动或抑制了资源流向那些对它评价最高的人?环境管制或普通法的妨害原则的运用能使收益(通过消除污染带来的)超过成本吗?司法和/或立法的程序能促使有效的法律变化吗?等等问题。这些正是实证经济分析运用在法律领域中的典型问题。需要强调的是,从这一方面来看,这种分析与可供选择的市場结构、农业补贴、最低工资、资本利得税、进口关税效率的传统经济分析没有差别(这些,就其本身而言,确实降低了在这里广泛定义的法经济学的界限)。

〔10〕 例如,美国法律和经济学学会的1995年会议包含了研究这些边界的许多论文。

〔11〕 过去我们注意到大多数法律经济分析的批判家几乎专有的把法经济学看做是芝加哥法经济学;因此针对效率的敌意就集中在芝加哥学派上。

然而,即使是在实证、描述的形式下,效率分析也不是没有争议的。关于实证方法,有两个开放的问题继续存在。第一个问题关注的是:实证、描述的经济分析,也即,效率的使用,能够多大程度上影响我们考虑法律的思路?第二个问题是关于在使用效率分析法律时所固有的争论。

争议的问题是把经济学运用到法律的研究事业——也即纯实证的效率分析——通过确定我们所看到的和我们所了解到的来形成法律思想和语言。法律的效率分析以某种方式构建了法律,因此也框定了法律的目标(约翰斯通,1990;舍恩,1979)。简单地说,一个人如何能通过准确分析法律 X、Y 和 Z 来进行规则性的研究,然后又不把效率当作法律的目标?这是所有号称是法律实证分析会遇到的公认的固有局限。一位有思想性的评论者对这种持久性的批评作出了反应,认为当“法经济学有助于阐明和丰富我们对法律的理解……作为一种分析工具,它不可避免地形成了它所分析的法律世界,单纯的经济模型还是不够的,除此之外,必须通过对法经济学所运作的社会和文化领域有更深入的理解来实现提高。”(约翰·斯通,1990,第 1221 页)

第二个关注的问题是经济学家作出有意义的效率判断^[12]的能力是基于以下理由,因为财富本身是权利的函数,不存在惟一的财富最大化的结果;任何这样的结果都与初始的权利配置相关——因此,效率分析当然被认为是处于争议之中的。既然价格、成本、数量等等是权利的部分函数,效率是价格、成本和数量的函数,那么效率能用来评价依赖于其他因素的权利配置吗?在法经济学广泛的领域中,关于这个问题给出的答案是肯定的。然而,越来越多的学者开始指出这种环形状况的困难,特别是在对价格、

[12] 关于来自于制度学家的批评,参见上面的第四章。至于其他类似的批评,也可参见卡拉布雷西(1982,1991)和达克斯伯里引用的参考文献(1995,第 403 页注释 512—514)。

- 185 成本和其他因素有“重大”影响的法律变化的分析中。因此留下的问题是关于在两种不同的价值,有时是重要的法律变化的两种不同的派生情况,在其他时候对这些变量只有很小影响的法律变化的两种不同结果中作出有意义的效率比较。

在概述了两个重要的实证分析问题之后,我们现在转向更具争议的问题——效率标准的规范应用。在这里,我们也会面对两个值得关注的问题。第一个问题是:社会中的个体行为与号称是能描述他们行为的法律—经济模型在多大程度上具有一致性?第二个问题是关于以效率为标准选择一种法律放弃另一种法律的合意性。

至于第一个方面,问题是非常直截了当的。从工具的角度规定了特殊的法律变化、法律规则或法律救济——实现一个特别合意的结果,会很有效率或是其他——假定个人都能以这种方式来反应,合意的结果就能够达到。当然,多数人是遵守法律的,但有不少人是不遵守的。例如,在效率的基础上采用特别的侵权责任原则——这个规则在潜在施害人和潜在受害人双方之间形成了预防的效率标准——假定这些个人在现实中会作出反应,采取这些预防措施。确实,可能他们这样做是出于自利,是为了使预期成本最小化。另一方面,正如前面所说,由于有证据表明人们出于认识上或其他原因并不一定是这样来行动的,所以能够可信的运用效率标准的案例又相对地减少了。这不是对单独的效用最大化/效率理论的驳斥,因为任何一种法经济学的方法是否都应允许他们考虑对法律的实际个人反应的个人行为的一般化概念,这仍然被留作是一个开放的问题。

效率规范运用的第二个问题是一个更有争议的问题。这里我们面对的问题是关于一种合意性:规定一种法律安排而放弃另一种法律安排,仅是因为它更有效率;也即,在任何程度上效率是或其中之一在在法律规则选择上的标准?效率标准的规范运用,可以采取两种形式:一种是“第一顺序”原则,在这种原则中效率是几

大目标之一,或是制定法律—经济政策目标之一。另一种是“第二顺序”原则,在这种原则下,效率被用来作为决定所追求的非经济目标^[13]的手段。使用“第一顺序”原则会达到最优或是效率标准的活动——就是社会净收益最大化。例如,效率标准形式会表明法律所允许的污染程度从消除污染的社会净价值最大化角度看达到有效的程度。使用“第二顺序”效率标准形式会出现:在约束条件为提供合意的活动标准会导致在给定总收益实现的情况下,成本函数最小化。例如,一旦社会决定了(出于伦理或政治的原因)污染减少的适当标准,污染减少的理想标准就会在成本最低、最有效率的行为中出现。除了关于这些效率判断的唯一性之外,对效率标准提出的批评主要是伦理方面和政治方面。 186

一个基本的问题是对于收益超过损失但受损方未能得到补偿(也即财富最大化)的改进案例(在第一顺序或第二顺序的意义上)有过度的抵制。批判法学派和法经济学制度学派,认为财富最大化标准是财富的现有分配具体化(即,财富最大化对那些已经拥有财富的人有利);因而,效率标准的援引仅仅只会加强现有经济体系中的权利关系,使市场体系成为权利的仲裁者。

第二个问题是关于效率是否对何为公平发生影响。这成为了对法经济学运动最广泛争议的舞台之一。但是例如波斯纳就雄辩地指出效率是道德的,是与公平规则一致的。其他的人也同样坚持自己的观点,认为在制定法律过程中运用效率标准与法律应该反映公平意义^[14]的思想相反。

埃弗里·卡茨恰当地指出效率在法学理论中要找到恰当的位置是非常困难的,这种困难的部分来源于经济学和法学的文化冲突:“在他们自己的文化中,经济学家确实能将注意力限定在方法

[13] 这个第一顺序原则是和解决一个无约束的最大化问题相一致的,而第二顺序原则是与解决一个有约束的最大化问题相一致的。

[14] 参见上面第2章的这点讨论。

上——即效率上——确信行为人或组织会注重结果。法学家觉得他们不会放弃对其他标准的责任,公民和政府官员当然不会采纳这种方法”(卡茨,1996,第2264页)。卡茨是正确的。经济学家是以经常发表规范性声明而著称的,就像在税收或进口关税问题的例子上。尽管经济学家有时会在某些可能是分配的方面受到质疑,但是如果不是出于其他原因,应该承认在经济学家自己的领域中,一般他们还是能给出一些有益的观点的。然而,将效率标准广泛运用到诸如宪法、普通法的制定、政治过程的内部文件等方面代表了经济学研究工具运用的强势拓展,扩展到了被认为至少在规范意义上已不属于经济学的领域。

至于它的规范成分,法律不仅仅是一套命令,它还是为社会建立秩序的原则。因此,一个开放的问题就是关于效率是否,或是用于决定社会基本秩序的原则之一。如果效率标准是所用原则之一,那么补充的问题是当它与其他(伦理的和/或政治的)原则冲突时,应给予它何种适当权重。这个问题在法经济学、一般法学和社会学中都留待研究。但值得注意的是,即使是经常被看作是芝加哥效率分析方法化身的波斯纳,他也不相信效率是制定法律的惟一基础:“我不相信经济学家掌握着所有解决法学理论的钥匙。我宁愿相信经济学是其中的一把钥匙。其他还有布拉格学派、后现代主义者和自由主义,特别是阶级传统”(波斯纳,1995, viii)

但是,针对波斯纳和芝加哥学派的批评家们抓住效率作为攻击重点,把整个法经济学研究事业认为是不道德的,并以这些理由为依据拒绝接受法经济学,因为他们认为这并没有脱离本质,即法律的变动是经济变动的一个函数。即使有人坚持认为效率在法律—经济政策制定上不起任何作用(或是有限的、不明确的作用),但也不能否认这样一个事实,即许多选择是以竞争为目的的,在选择中伴随着权衡,某些权衡是经济的,因此对经济学的理解是理解法律影响的重要组成部分。同样的观点可以用于其他的批评家——那些认为法律必然能在这些会变成其他行为入成本的利益

中作出选择。任何已知的一套法律都包括一系列道德评价,市场也不例外。那么这个问题就不再是效率对其他价值判断标准的问题,而应该更恰当的说,是效率选择包括的价值问题。

法律变化对配置和分配的影响

在第一章(引用赫希)的结尾就已经强调过法律的变化对资源的配置和分配产生特有的影响。分开来看,就是资源以何种方式被配置(有效的程度不同)和谁得到什么^[15]的决定方式。在法经济学的这个领域内,有一个问题是留待开放的:关于法经济学应该怎样决定法律—经济政策的配置和分配效应是否存在一个多数人一致同意的办法?更具体地说,如果存在此种方法,法经济学应该怎样系统地和正式地对待这两个不同思想流派?

从法经济学“经济方面”的要点来看,可以清楚地知道,作为法律变化结果的资源配置效率是主要关注的问题。确实,经济理论的许多贡献对法律变化的分析产生影响,直接集中在资源配置的相对效率上。另一方面,从“法律”的方面,传统理论关注的问题经常是以建立在公平和公正基础上的法律原则为形式的分配问题。

如果世界是像完全竞争市场所描述的那么简单,则就如肯尼斯建议的一样,我们所要做的就是公平的环境下,设置初始的产权结构,阻止信息、外部性和公共物品等问题的出现,然后,市场就会提供给我们有效的资源配置——最佳的最优状态。^[16]然而,在法经济学的研究者中没有一个人相信,在当今混合市场经济中,法律变化或法律—经济政策仅仅被限定在初始点上。政府政策——实际上所有的法律变化——是普遍存在的,时而发生作用,

[15] 参见来自于上面第 23—24 页赫希的引用。

[16] 参见来自于上面第 18 页尼斯的引用。

时而不发生作用,可能更准确的说是时而管制,时而取消管制,然后再管制。

在法经济学中强调效率的主要原因非常简单:经济学中已被接受的范式作为一个主要目标就是要评价经济产出的效率。纵观经济学理论的所有内容会告诉你,经济学家倾向于相信作出分配判断决定是政治家的事情,不是经济学家的事情。经济学家能提供的,只是关于世界不同状态的相对效率评价。有人可能会问,一门极少关注分配的学科怎么会在分配问题(以不同形式)历来就起着重要作用的学科中(如法学)取得如此成就。此时,鲁文·布伦纳(1980)关于经济学方法在研究法学时为何会取代其他社会科学方法而占据统治地位的描述是有启发性的。他认为应该归因于两个原因:第一,经济学有一个已经被接受的范式,一个成熟、统一的框架构建在每个法律—经济分析家都熟知并且过分自信地假定其他理论贡献者也知晓的第一法则之上——他们有一个共同的权衡点。勃伦纳认为当今其他社会科学范式在他们自己的学科中缺乏这样的一致性和广泛的接受性,因此要求每个法律的社会科学研究人员重新从基础开始构建他或她自己的理论。第二,他认为经济分析方法成功的部分原因是因为这样一个事实:经济分析方法所作出的预测比其他社会科学理论所作出的预测更符合事实。无论布伦纳是否正确,看上去似乎这种理解已经受到广泛支持,并且这无疑有助于经济学(日益增加的思想流派可以证明)在更广阔的社会科学思想领域内占据上风。鉴于它的成功,经济学很好地填补了20世纪60年代法律理论存在的空白。并且鉴于它固有的对效率的强调,也很清楚地表明为何从“经济学方面”看,配置在法经济学中处于中心的地位。

不能认为法律学科是建立在公平或公正的概念之上的。从“法律方面”看,公平和公正是直接与分配相关的,因此把分配放在中心位置。无论是什么支持着以公平和公正为基础的学说可能都已经超越了法学研究,这可以在大多数法学的常规教学中得到证

实,他们似乎越来越坚定,因为许多的法学学者也经常致力于法经济学的研究。确实,一些致力于研究芝加哥法经济学的研究者的共同话题之一就是“经济原理被编译成伦理学词汇,这些词汇是法律语言和公正与平等的语言的重要组成部分。这些公平与平等的语言在很大程度上是经济原理翻译成伦理学语言的法律观点的主流。”(兰德斯和波斯纳,1987,第23页)只要有人继续认为法律是在自治情况下从一代人传到另一代人并且依赖于它的第一公平和公正原则,而有其他人提倡效率在法律计算中的较大或较小的作用,那么紧张局势会持续下去。

这里我们的目的不是要表明法学是否应该包含或多或少经济学的价值问题——我们认为法学应包含更多,但这并不是关键问题!本部分的目标只不过是表明由于一系列原因——部分因为经济学和法学各自所表现的——对如何系统地和正式地决定配置和分配的混合问题不存在一致同意。出现两个极端的状态,任何一个都不能令人满意。一方面,那些法经济学的贡献者简单地认为社会应该随着(只随着)由效率决定的法律变化而前进。对于那些法学界认为效率不应该是社会主要追求的价值的人,他们有责任证明为何一个强调可避免成本的标准(以公平或公正为基础)仍然不能被采纳。(波斯纳,1973,第221页)另一方面,从“法律方面”看,有些人认为一旦公平和公正问题对评价法律变化产生影响,即使有的话,也只有一点空间留给效率问题,因此避开了效率方法。这些都是极端看法。

表面上看似还有第三种可供选择的方法,它通过占据中间位置,因此可以要求得到支持,它确实足以省下一些心思去休息。这是赫希和许多法经济学学者主要采用的方法——主要是劝告同行同时考虑配置和分配。我们之中有人会(真正地能够)反对它吗?当然留下的最显然的问题是:这会招致什么问题?如何能使其继续下去?现实看来似乎是,尽管这种同时考虑配置和分配的劝告作为原则已被广泛接受,但它只有在双方不和时才最受注重;之

后,马上转移到对配置/效率事项的细节性分析上。迄今为止,在法经济学中,对于我们应怎样系统地采用一种形式上包含了配置和分配混合描述的分析方法,还没有达成一致同意。也没有说到应该采用什么规则在混合的基础上——给出效率与分配相比较的相对比重,对结果作出判断。要研究的还有很多——许多问题留待思考。

190 需要更多的实证分析

由于许多学者在特定的领域内作研究,所以法经济学最迫切需要的是更多关于历史的和跨时期角度^[17]的实证研究。从历史的角度看,从研究促成法律变化的因素和这些变化在经济领域内的效应中获得宝贵知识。例如,为什么我们要在过去的世纪中研究侵权和产品责任制度的实质性变化,以及这些变化的效应?回顾上面占用法的例子,占用定义的扩张会产生什么效应?有许多诸如此类的重要的问题值得仔细研究,这些研究对当今法律经济问题提供宝贵的洞见,也能提高我们对法律和经济相互关系的理解。

从更标准的实证研究中可以得到的好处已经在前面的讨论中提到过了。例如,关于法律规则变化对个人行为的影响,实证证据能给出什么结论?这些实证证据反馈到理论,可以提高我们评价可供选择法律规则结果的能力。除了规则对个人行为的影响之外,还存在一个完整的问题,即评价可供选择的法律规则的较大的经济影响。这类研究的范围包括从合同制度研究到评价特别是产品责任制度的影响到解决模糊交易费用概念的努力,甚至到法律—经济关系的完整的主体。尽管我们对这些现象进行了模型分析,但是从趋势上看,极少存在实证分析,即没有对理论本身进行

[17] 例如参见尤伦(1989,第223—224页)和科斯(1992,第718—719页)。

支持,反驳或表达更精致的证据,也没有说明影响的程度或大小。在其他情况下,特别是关于法律的经济影响,理论本身就相当缺乏,只有通过更强的实证基础才能提高理论的发展。这些实证研究方法的难点之一是在于收集数据的困难。诚然,这些现象中的部分是很难被量化的。然而,我们有理由相信实证研究缺乏的主要原因是很少有人愿意去做,而不在于数据的缺乏。数据的采集包含了相当艰辛和创新的工作,正如拉普拉斯所说,“我们所知道的不多;我们所不知道的却很多”。(贝尔,1937,第172页)

人名索引

- Abel, Richard, 164, 204 理查德·阿贝尔
- Abrams, Kathryn, 97 凯瑟林·艾布拉姆森
- Ackerman, Bruce A. , 195, 200 布鲁斯·A·阿克曼
- Adams, Henry C. , 101 亨利·C·亚当斯
- Adorno, Theodor, 204 西奥多·阿多诺
- Agnello, Richard J. , 133 理查德·J·阿涅洛
- Alchian, Armen A. , 55, 130, 193, 201 阿门·A·阿尔钦
- Allen, Douglas W. , 195 道格拉斯·W·艾伦
- Altman, Andrew, 202 安德鲁·奥尔特曼
- Anderson, Terry L. , 137 特里·安德森
- Arrow, kenneth J. , 45, 197 肯尼斯·J·阿罗
- Attanasio, John B. , 196 约翰·B·艾顿尼斯奥
- Ayres, Clarence E. , 104, 105 克拉伦斯·E·艾尔斯
- 拉伦斯·E·艾尔斯
- Ayres, Ian, 75, 195 伊恩·艾尔斯
- Balbus, Isaac D. , 203 艾萨克·D·巴尔布斯
- Bansal, Preeta, 198 普利特·班塞
- Barnard, Chester, 155 切斯特·巴纳德
- Barnett, Randy, 191 兰迪·巴尼特
- Barone, E. , 192 E·巴龙
- Barro, Robert J. , 55 罗伯特·J·巴罗
- Barzel, Yoram, 132, 135, 145, 194, 201 约拉姆·巴泽尔
- Bator, Francis M. , 192 弗朗西斯·M·巴托尔
- Baumol, William J. , 200 威廉·J·鲍莫尔
- Beard, Charles A. , 159, 160 查尔斯·A·比尔德
- Becker, Carl, 159 卡尔·贝克
- Becker, Gary S. , 51, 55, 56, 134, 193, 194 加里·S·贝克尔

Bell, Derrick, 198 德里克·贝尔
 Bell, E. T., 190 E·T·贝尔
 Bell, John F., 101 约翰·F·贝尔
 Bentham, Jeremy, 51 杰里米·边沁
 Bergson, Abram, 192 艾布拉姆·博格森
 Berolzheimer, Fritz, 3 弗里茨·贝罗尔兹海默
 Black, Duncan, 84 邓肯·布莱克
 Blackstone, Sir William, 6 瑟·威廉·布莱克斯通
 Blaug, Mark, 19 马克·布劳格
 Boadway, Robin W., 192 罗宾·W·伯德威
 Bodenheimer, Edgar, 7, 9, 10, 191 埃德加·博登海默
 Bork, Robert, 52 罗伯特·博克
 Bottomly, Anthony, 133 安东尼·博顿利
 Bowman, Ward S., Jr., 52 小沃德·S·鲍曼
 Boyle James, 202 詹姆斯·博伊尔
 Breimyer, Harold, 117 哈罗德·布赖迈耶
 Breit, William, 105 威廉·布赖特
 Brennan, Geoffrey, 198 杰弗里·布伦南
 Brenner, Reuven, 188, 193 鲁文·布伦纳
 Brest, Paul, 205 保罗·布伦斯特
 Bromley, Daniel W., 199, 200 丹

尼尔·W·布罗姆利
 Bronfenbrenner, Martin, 193 马丁·布罗费布里纳
 Buchanan, James M., 84, 86, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 120, 130, 193, 196, 197, 198 詹姆斯·M·布坎南
 Buckingham, Walter S., 102 沃尔特·S·白金汉
 Burrows, Paul, 70 保罗·伯罗斯
 Calabresi, Guido, 51, 56, 69, 70, 80, 81, 82, 193, 195, 196, 200, 206 吉多·卡拉布雷西
 Cardozo, Benjamin, 9 本杰明·卡多佐
 Carter, Michael R., 199, 200 迈克尔·卡特
 Cheung, Steven N. S., 130, 132, 133, 134, 136, 141, 142, 194 斯蒂文·N·S·张(张五常)
 Clark, John Bates, 103 约翰·贝茨·克拉克
 Coase, Ronald H., 51, 52, 56, 61, 66, 67, 69, 70, 75, 130, 134, 172, 173, 193, 194, 206 罗纳德·H·科斯
 Coats, A. W., 193 A·W·科茨
 Coleman, Jules, 194 朱尔斯·科尔曼
 Commager, Henry Steele, 160 亨利·斯蒂尔斯·康马杰
 Commons, John R., 11, 101, 102, 106, 108, 109, 112, 113, 200 约翰·R·

康芒斯

Cooter, Robert, 25, 58, 63, 65, 75,
182, 193, 194, 195 罗伯特·考特

Cotterrell, Roger, 7, 8, 106, 191
罗杰·科特雷尔

Craswell, Richard, 75, 195 理查
德·克拉斯韦尔

Crawford, Robert G., 201 罗伯
特·G·克劳福德

Dales, John H., 192 约翰·H·戴
尔斯

Davenport, Herbert J., 102 赫伯
特·J·达文波特

Davis, Lance, 131 兰斯·戴维斯

De Alessi, Louis, 133, 136, 137,
143, 194, 200, 201 路易斯·德阿莱斯

Delgado, Richard, 203 理查德·德
尔加多

De Marco, Antonio De Viti, 196
安东尼奥·德维蒂·德马可

Demsetz, Harold, 55, 130, 133,
137, 193, 194, 200, 201 哈罗德·德姆
塞茨

De Saussure, F., 204 F·德·索热尔
Deserpa, Allan C., 193 艾伦·C·
德瑟帕

Dewey, John, 103, 104 约翰·杜
威

Director, Aaron, 52, 54, 56, 193
阿伦·迪雷克托

Donnelley, Lawrence P., 133 劳
伦斯·P·唐纳利

Donohue, John J., 203 约翰·J·多
诺霍

Dorfman, Joseph, 105, 106, 199
约瑟夫·多尔夫曼

Douglas, Paul, 52, 54 保罗·道格
拉斯

Downs, Anthony, 84, 196 安东
尼·唐斯

Duxbury, Neil, 6, 11, 13, 53, 54,
105, 171, 191, 192, 193, 198, 199, 206
尼尔·达克斯伯里

Dworkin, Ronald M., 191, 194,
202 罗纳德·M·德沃金

Easerbrook, Frank, 196 弗兰克·
伊斯特布鲁克

Eggertsson, Thrainn, 130, 131,
136, 139, 140, 143, 144, 200, 201 恩拉
恩·埃格特森

Eisenberg, Melvin A., 199 梅尔·
埃森伯格

Ellickson, Robert C., 182, 183,
205 罗伯特·C·埃里克森

Ely, Richard T., 101, 103, 106 理
查德·T·埃利

England, Izhak, 81 埃泽哈克·恩
格勒德

Epstein, Richard, 73, 191, 198 理
查德·爱泼斯坦

Erllich, Thomas, 5 托马斯·埃尔

利赫

Estabrooks, Maurice, 199 莫里
斯·埃斯塔布鲁克斯

Faith, Roger L., 196 罗杰·L·费思
Fallon, Richard A., 198 理查德·
A·法伦

Farber, Daniel A., 97, 100, 196,
198 丹尼尔·A·费伯

Fasiana, Mauro, 196 莫罗·法斯
阿娜

Feinman, Jay M., 164, 204 杰伊·
M·费曼

Feldman, Allan M., 45, 192 艾
伦·M·费尔德曼

Ferguson, Charles E., 192 查尔
斯·E·弗格森

Field, Alexander J., 199 亚历山
大·M·菲尔德

Fisher, William W., 8, 191 威廉·
W·费希尔

Fiss, Owen M., 12, 195, 205 欧
文·M·菲斯

Fitts, Michael A., 198 迈克尔·
A·菲兹

Foucault, Michel, 204 米歇尔·福
柯

Fox, Eleanor M., 53 埃莉诺·M·
福克斯

Frank, Jerome, 10, 101 杰尔姆·
弗兰克

Fraster, Andrew, 204 安德鲁·弗

雷泽

Frickey, Philip P., 97, 100, 196,
198 菲利普·弗里克

Fried, Charles, 191 查尔斯·弗里
德

Friedman, Lawrence M., 7, 8,
10, 11, 191, 193, 203 劳伦斯·弗里德
曼

Friedman, Milton, 54, 55 米尔顿·
弗里德曼

Furubotn, Eirik, G., 131, 137,
193, 200 埃里克·菲吕博腾

Gabel, Peter, 164, 202, 204 彼得·
加贝尔

Gadamer, H. G., 204 H·G·加达
玛

Galanter, Marc, 203 马克·加兰特
Gertner, Robert, 75 罗伯特·加特
纳

Goetz, Charles J., 195 查尔斯·J·
戈茨

Goldberg, Victor, 74, 150, 152,
195, 201 维克托·戈登博格

Goodman, John C., 63, 194 约
翰·C·古德曼

Gordon, H. Scott, 133 H·斯科
特·戈登

Gordon, Robert A., 198, 199 罗
伯特·A·戈登

Gordon, Robert W., 192, 203 罗
伯特·W·戈登

- Gould, John P. , 192, 194 约翰·P·古尔德
- Gould, Lewis L. , 203 刘易斯·L·古尔德
- Gouldner, Alvin W. , 203 阿尔文·W·古尔德纳
- Gramsci, A. , 204 A·葛兰西
- Grey, Thomas C. , 191 托马斯·C·格雷
- Griffin, Ronald, 200 罗纳德·格里芬
- Grossman, Michael, 55 迈克尔·格罗斯曼
- Grossman, Sanford, 55, 201 桑福德·格罗斯曼
- Gwartney, James D. , 85, 87, 93, 94, 95 詹姆斯·D·格沃特尼
- Habermas, Jurgen, 204 尤根·哈贝马斯
- Hale, Robert Lee, 101, 105, 106, 198, 199 罗伯特·李·黑尔
- Hall, Margaret E. , 191 玛格丽特·E·霍尔
- Hamilton, Walton H. , 101, 104 沃尔顿·H·汉密尔顿
- Hand, Learned, 65 勒尼德·汉德
- Hardin, Garrett, 133 加勒特·哈丁
- Hart, Oliver, 146, 201 奥利弗·哈特
- Hayami, Yujiro, 201 速水佑次郎
- Hayek, Friedrich A. , 52, 155, 191, 196 弗里德里希·A·哈耶克
- Heidegger, Martin, 204 马丁·海德格
- Heller, Thomas C. , 170, 204 托马斯·赫勒
- Herman, Samuel, 11 塞缪尔·赫尔曼
- Hicks, J. R. , 50, 192 J·R·希克斯
- Hill, P. J. , 137 P·J·希尔
- Hirsch, Werner Z. , 23, 187, 193, 206 沃纳·Z·赫希
- Hirschhoff, Jon C. , 81 乔恩·C·赫希奥弗
- Hirshleifer, Jack, 194 杰克·赫什雷弗
- Hodgson, Geoffrey, M. , 198, 199 杰弗里·霍奇森
- Hoffman, Elizabeth, 205 伊丽莎白·霍夫曼
- Hofstadter, Richard, 159, 160, 203 理查德·霍夫施塔特
- Hohfeld, Wesley, H. , 106 维斯利·霍菲尔德
- Holdsworth, W. S. , 192 W·S·霍尔兹沃思
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. , 9, 171, 191, 204 小奥利弗·温德尔·霍姆斯
- Hovenkamp, Herbert, 53, 193 赫伯特·霍夫曼坎普
- Hudson, Brad, 204 布拉德·赫德

森

Hunt, Alan, 5, 157, 202 艾伦·亨

特

Husserl, E., 204 E·胡塞尔

Hutchinson, Allan C., 158, 161,
162, 163, 164, 165, 166, 169, 170,
202, 203, 204, 205 艾伦·C·哈钦森

James, William, 103 威廉·詹姆斯

Jensen, Michael, 144, 147, 201 迈
克尔·詹森Johnson, David B., 89, 97, 196 戴
维·B·约翰逊Johnson, Philip E., 169 菲利普·
E·约翰逊Johnston, Jason Scott, 184 贾森·
斯科特·约翰斯通Kahneman, Daniel, 205 丹尼尔·
凯尼曼Kaldor, Nicholas, 19, 47, 49, 50,
192 尼古拉斯·卡尔多

Kanal, Don, 199 唐·卡奈尔

Kaplrow, Louis, 195 路易斯·卡普
洛

Katz, Avery, 186 埃弗里·卡茨

Katz, Wilbur, 52 威尔伯·卡茨

Kelman, Mark, 169, 198, 202, 205
马克·科尔曼Kennedy, Anthony, 205 安东尼·
肯尼迪

Kennedy, David, 204 戴维·肯尼

迪

Kennedy, Duncan, 162, 167, 168,
202, 205 邓肯·肯尼迪Kitch, Edmund W., 12, 52, 53,
54, 56, 172, 193 埃蒙德·基奇Klare, Karl, 157, 163, 168, 204,
205 卡尔·克拉尔Klein, Benjamin, 148, 149, 150,
201, 202 本杰明·克莱因Klevorick, Alvin K., 81, 196 阿尔
文·K·克莱沃里克Kneese, Allen V., 18, 43, 188,
206 艾伦·V·尼斯Knetsch, Jack L., 205 杰克·L·
尼奇Knight, Frank, 52, 54, 55, 193 弗
兰克·奈特Komesar, Neil K., 196, 200 尼
尔·K·科梅萨Kornhauser, Lewis, 5, 162, 163,
166, 167, 169, 170, 191, 195, 202,
203, 204, 205 刘易斯·科恩豪泽Kreps, David, M., 194 戴维·克
莱普斯Kronman, Anthony T., 172, 194,
195, 205 安东尼·T·克罗曼Lancaster, Kevin, 134 凯文·兰开
斯特Landes, William M., 67, 171,
189, 194 威廉·M·兰德斯

Lang, Mahlon G., 117, 200 马

伦·兰

Langdell, Christopher C., 7, 8,
191 克里斯托弗·C·兰格

Laughlin, J. Laurence, 103 J·劳伦
斯·劳克林

Lee, Dwight, 198 德怀特·李

Leibenstein Harvey, 199 哈维·利
本斯坦

Levi, Edward, 52 爱德华·列维

Levinson, Sanford, 202, 203 桑福
德·莱文森

Levi-Strauss, Claude, 204 克劳
德·利维·斯特劳斯

Libecap, Gary D., 131, 132, 134,
136, 137, 138, 140, 200 加里·D·利贝
卡普

Liebhaufsky, H. H., 199 H·H·里
伯哈弗斯基

Lindahl, Eric, 89 埃里克·林达尔

Litchman, Mark M., 192 马克·
M·利奇曼

Llewellyn, Karl N., 10, 11, 101,
152, 192 卡尔·N·卢埃林

Lukacs, G., 161 G·卢卡斯

Macneil, Ian R., 151, 152, 201,
202 伊恩·R·麦克尼尔

Madison, James, 98 詹姆斯·麦迪
逊

Manne, Henry G., 4, 51, 193 亨
利·G·梅因

Mannheim, Karl, 204 卡尔·曼海
姆

Marcuse, Herbert, 204 赫伯特·马

库塞

Marshall, Alfred, 5 艾尔弗雷德·
马歇尔

Marshall, William J., 140, 201 威
廉·J·马歇尔

Marx, Karl, 205 卡尔·马克思

Mashaw, Jerry, 98 杰里·马肖

Mcgee, John, 52 约翰·麦吉

McLean, Iain, 196 伊恩·麦克莱恩

Meckling, William, 144, 147, 201

威廉·梅克林

Medema, Steven G., 191, 194,
198, 200, 218 斯蒂文·G·曼德姆

Melamed, A. Douglas, 69, 80, 195
A·道格拉斯·梅拉米德

Mensch, Elizabeth, 10 伊丽莎白·
门舍

Mercuro, Nicholas, 111, 113, 115,
117, 118, 120, 121, 122, 180, 191,
194, 198, 199, 200 尼古拉斯·麦卡罗

Merleau-ponty, M., 204 M·梅
洛-庞蒂

Michelman, Frank, 99, 194, 198
弗兰克·米歇尔曼

Mill, John Stuart, 202 约翰·斯图
尔特·米尔

Miller, H. Laurence, Jr., 193 H·
小劳伦斯·米勒

Minow, Martha, 5, 13, 192 玛莎·
米诺

Mishan, Ezra, 200 埃兹拉·米尚

Mitchell, Wesley C. , 101, 199 韦
斯利·米切尔

Mitchell, William C. , 192 威廉·
C·米切尔

Monahan, John, 192 约翰·莫纳
汉

Monahan, Patrick J. , 158, 161,
162, 163, 164, 165, 166, 170, 202,
203, 204, 205 帕特里克·J·莫纳汉

Mueller, Dennis C. , 89, 97, 192,
196, 197, 198 丹尼斯·C·穆勒

Murphy, Kevin M. , 55 凯文·M·
墨菲

Niskanen, William A. , 196 威廉·
A·尼斯卡宁

North, Douglass C. , 130, 131,
132, 134, 135, 136, 138, 139, 140,
142, 145, 194, 200 道格拉斯·诺斯

Nozik, Robert, 191, 202 罗伯特·
诺齐克

Nutter, Warren, 84 沃伦·纳特

Oates, Wallace, E. , 200 华莱士·
E·奥茨

O'Connor, Sandra Day, 205 桑德
拉·戴·奥康纳

Olsen, Frances, 203 弗朗西斯·奥
尔森

Ostrom, Elinor, 199 埃利诺·奥斯
特洛姆

Packer, Herbert L. , 5 赫伯特·L·
帕克

Pantaleoni, Matheo, 196 玛塔赫·
潘诺隆尼

Parrington, Vernon L. , 159, 160
弗农·L·帕林顿

Parsons, Kenneth H. , 199 肯尼
斯·H·帕森斯

Peacock, Alan T. , 193 艾伦·T·
皮科克

Peirce, Charles, 103 查尔斯·皮尔
斯

Pejovich, Svetozar, 193, 200 斯韦
托扎尔·配杰威齐

Peller, Gary, 204 加里·佩勒

Peltzman, Sam, 196 萨姆·佩尔兹
曼

Pindyck, Robert S. , 192 罗伯特·
S·平狄克

Polinsky, A. Mitchell, 74, 75, 76,
195 A·米切尔·波林斯基

Posner, Richard A. , 7, 9, 12, 19,
51, 53, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67,
73, 110, 171, 172, 175, 186, 187, 189,
193, 194, 195, 199, 202, 206 理查德·
A·波斯纳

Pound, Roscoe, 9, 10, 101 罗斯
科·庞德

Price, Catherine M. , 193 凯瑟
林·M·普赖斯

Priest, George, 63, 194 乔治·普
里斯特

- Purcell, Edward A., Jr., 10 小爱德华·A·珀塞尔
- Puviani, Amilcare, 196 阿米克·普维尼
- Rawls, John, 191, 202 约翰·罗尔斯
- Reder, Melvin W., 54, 55, 193 梅尔文·W·雷德
- Reed, Thomas A., 8, 191 托马斯·A·里德
- Rehnquist, William, 205 威廉·伦奎斯特
- Reisman, David, 96, 197 戴维·赖斯曼
- Richter, Rudolf, 131, 137 鲁道夫·里克特
- Ricoeur, Paul, 204 保罗·吕格尔
- Riker, William, 196 威廉·赖克
- 232 Rizzo, Mario, 191 马里奥·里佐
- Robinson, James H., 159 詹姆斯·H·罗宾逊
- Roscher, Wilhelm, 103 威廉·罗施
- Rose-Ackerman, Susan, 79, 80, 82, 83, 195, 196 苏珊·罗斯阿克曼
- Rosen, Harvey S., 197 哈佛·罗森
- Rowley, Charles K., 193 查尔斯·K·罗利
- Rubin, Paul, 63, 194 保罗·鲁宾
- Rubinfeld, Daniel L., 192 丹尼尔·L·鲁宾费尔德
- Ruttan, Vernon W., 201 弗农·W·拉坦
- Ryan Timothy P., 194, 199, 200 蒂莫西·P·瑞安
- Samuels, Warren J., 11, 106, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 180, 192, 193, 198, 200 沃伦·J·塞缪尔斯
- Samuelson, Paul A., 192 保罗·A·萨缪尔森
- Sarat, Austin, 165, 169, 170 奥斯汀·萨拉特
- Saveth, Edward N., 159 爱德华·N·萨弗斯
- Scalia, Antonin, 178, 179, 205 安东尼·斯卡利亚
- Schlegel, John Henry, 203, 204 约翰·亨利·施莱格尔
- Schmid, A. Allan, 101, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 123, 124, 125, 128, 129, 199, 200 A·艾伦·施密德
- Schmidtchen, Dieter, 191 迪特尔·施密特切恩
- Schmoller, Gustav von, 103 古斯塔夫·冯施莫尔
- Schneider, Elizabeth M., 203 伊丽莎白·M·施奈德
- Schon, Donald A., 179, 184 唐纳

德·A·舍恩

Schulz, Henry, 54 亨利·舒尔茨

Schwartz, Alan, 75, 195 阿伦·施瓦茨

Schwartz, Louis B., 158, 166, 202, 204 路易斯·B·施瓦茨

Schwartzstein, Linda A., 191 琳达·A·施瓦茨斯坦

Scitovsky, Tibor, 50, 192, 193 蒂伯·西托夫斯基

Scott, Robert, 199, 200 罗伯特·斯科特

Shavell, Steven, 83, 194, 195, 196 斯蒂文·萨维尔

Shepsle, Kenneth A., 92, 200 肯尼斯·A·谢普瑟

Shughart, William F., 11, 196 威廉·F·萨加特

Simon, Herbert, 130, 147 赫伯特·西蒙

Simons, Henry, 52, 193 亨利·西蒙斯

Singer, Joseph, W., 205 约瑟夫·W·辛格

Smith, Adam, 51, 54, 191, 199 亚当·斯密

Solo, Robert A., 109 罗伯特·A·索洛

Sommerville, J. P. 6 J·P·萨默维尔

Sparer, Ed, 202, 203, 205 Ed·斯帕尔

Spiegel, Henry, 102 亨利·施皮格

尔

Spitzer, Matthew L., 205 马修·L·斯皮策

Srivastava, Sik, 102, 198 希克·斯里瓦斯塔瓦

Staaf, Robert J., 133, 143, 200, 201 罗伯特·J·斯塔夫

Stevens, Joe B., 20 乔·B·史蒂文斯

Stewart, Richard B., 195, 200 理查德·B·斯图尔德

Stigler, George J., 54, 55, 130, 193, 196 乔治·J·斯蒂格勒

Stone, Harlan. Fiske, 125, 126 哈伦·菲斯克·斯通

Stone, Julius, 7 朱利叶斯·斯通

Stroup, Richard, 93 理查德·斯特鲁普

Summers, Robert S., 191 罗伯特·S·萨默斯

Sunstein, Cass R., 80, 98, 99, 100, 195, 198 凯斯·R·桑斯坦

Talley, Eric, 195 埃里克·塔利

Taub, Nadine, 203 娜丁·塔布

Telser, Lester, 201 莱斯特·特尔泽

Thaler, Richard, 205 理查德·塞勒

Tollison, Robert D., 96, 196 罗伯特·D·托利森

- Tool, Marc R. , 198 马克·R·图尔
- Trebing, Harry M. , 109, 199 哈里·M·特宾
- Trubeck, David M. , 161, 162, 166, 167, 170, 203, 205 戴维·M·楚贝
- 克
- Tullock, Gordon, 90, 96, 130, 196, 198 戈登·塔洛克
- Turner, Frederick Jackson, 159, 160 弗雷德里克·杰克逊·特纳
- Tushnet, Malk V. , 158, 202, 203, 204, 205 马克·V·图什内特
- Ulen, Thomas S. , 58, 63, 65, 75, 182, 193, 194, 195, 206 托马斯·尤伦
- Umbeck, John, 194 约翰·昂贝克
- Unger, Roberto, 168, 205 罗伯托·昂格尔
- Varian, Hal R. , 194, 195 哈尔·R·瓦里安
- Veblen, Thorstein B. , 11, 101, 102, 103, 104, 106, 108, 199 索尔斯坦·B·凡勃伦
- Veljanovski, Cento G. , 55, 70 森托·G·维尔杰诺夫斯基
- Viner, Jacob, 54, 193 雅各布·瓦伊纳
- Walker, Laurens, 192 劳伦斯·沃克
- Wallis, John, 136 约翰·沃利斯
- Wandschneider, Philip, 200 菲利普·瓦德施内德
- Wonnacott, Paul, 192 保罗·沃纳考特
- Wonnacott, Ronald, 192 罗纳德·沃纳考特
- Weingast, Barry R. , 140, 200, 201 巴里·R·温加斯特
- Weinrib, Ernest J. , 191, 192 欧内斯特·J·温里布
- Whalen, Charles J. , 102, 198 查尔斯·J·惠伦
- Wicksell, Knut, 88, 196, 197 克努特·威克塞尔
- Wildasin, David E. , 192 戴维·E·威迪逊
- Williams, Robert A. , 203 罗伯特·A·威廉姆斯
- Williamson, Oliver E. , 130, 131, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 200, 201, 202 奥利弗·E·威廉姆森
- Wood, Robert S. , 165 罗伯特·S·伍德
- Woodward, Calvin, 192 卡尔文·伍德沃德
- Zerbe, Richard O. , Jr. , 194 小理查德·O·泽布
- Wagner, Richard E. , 85, 87, 93, 94, 95 理查德·E·瓦格纳

主题索引

- Anthropology 13 人类学
- Center for study of public choice,
84—85 公共选择研究中心
- Chicago Law and Economics,
51—79 芝加哥法经济学
- Analysis of contract law, 74—49
合同法分析
- Analysis of tort law, 74—79 侵权
法分析
- Coming of age in 1960s and
1970s, 51 20世纪60年代和70年代
时代的来临
- Defined, 51, 84, 85 定义
- Normative prescriptive analysis,
66—69 规范说明分析
- Origins of law and economics at
university of Chicago, 51—56 芝加哥
大学法经济学的起源
- Economics of property rights,
55—56 产权经济学
- In law school, 52 法学院
- Antitrust law, 53 反托拉斯法
- In economics department, 54—55
经济学系
- Positive descriptive analysis, 61—
66 实证描述分析
- Premises underlying, 57—60 根
本的前提
- Agents as rational maximizers,
57—58, 181—183 理性最大化的经
济人
- Legal rules as prices, 58—59 作为
“价格”的法规
- Pursuit of efficiency, 59—61 效率
追求
- Coase Theorem, 66—69 科斯定
理
- Common law, 5—9 普通法
- Maxims of, 6 格言
- Precedential reasoning, 10 先例的
推理
- Rules and doctrines of, 6 规则和
学说
- Compensation principle, 19—21
赔偿原则
- Actual vs. potential compensa-
tion, 19—20 实际的和潜在的赔偿
- And catallaxy, 95—96 交易经济
学

- Kaldor-Hicks efficiency, 13, 19, 23, 45—50, 59, 60, 91 卡尔多-希克斯效率
- Tax-funded scholarships as, 20—21 税收赞助的大学奖学金
- Wealth maximization, 19, 23, 59, 60 福利最大化
- Continental philosophy, 13 欧洲哲学
- Contract law 合同法
- Expectation damages, 75, 76—77 预期损害赔偿
- Liquidated damages, 75, 79 清算损害赔偿
- Reliance damages, 75, 77—78 信赖损害赔偿
- Specific damages, 75, 78—79 强制损害赔偿金
- Critical Legal studies, 157—170 批判法学研究
- Agenda, 170 议程
- Defined, 157—158 定义
- Elements of, 162—170 要素
- Critical Marxist discourse, 165—170 批判马克思主义者学说
- Law as social institution, 162—163 作为社会制度的法律
- Scientific Marxist discourse, 163—164 科学马克思主义学说
- Textual explication, 169—170 文本说明
- Origins of, 157—160 起源
- American progressive historiography, 159—160 美国进步主义史学派
- Legal Realism, 158—159 法律现实主义
- Neo-Marxism, 160—161 新马克思主义
- Critical Marxism, 160—162 批判马克思主义
- Scientific Marxism, 160—162 科学马克思主义
- Doctrinal law, early, 6—8 法学说, 早期
- As autonomous and scientific, 7 作为自治的和科学的
- Decline of law's autonomy, 12, 13 法律自治倾向
- Doctrinal law, modern 法学说, 现代
- Derivative of legal and political theory, 21 法律和政治理论的派生
- Instrumental view of, 5 工具主义的视角
- As multidimensional phenomenon, 5 作为多维现象
- Transmission of, 21 传承
- Economics, 13—18, 25—50 经济学
- Market failure, 18 市场失灵
- Maximum social welfare, 18, 38,

39,43 社会福利最大化

Mixed market economy, 22—23
混合市场经济

Communal sector (communal property rights), 22 公有部门(公有产权)

Institutions(working rules), 22 制度(工作规则)

Privative sector (private property rights), 22 私人部门(私有产权)

Public sector(status rights), 22 公众部门(特权)

Overallocation of resources, 16 资源分配过度

Underallocation of resources, 15 资源分配不足

Efficiency. See also welfare economics 效率,也可参见福利经济学
of common law, 61—66 普通法
Critique of, 120 批评

Formulating efficient legal rules, 66—79 明确阐述法律规则的效率

Vs. equity tradeoff, 23—24, 81—82, 187—189 对公平权衡

Maximization-scarcity-allocation-efficiency paradigm, 86 最大化—稀缺—配置—效率范式

Pareto, and allocation of resources, 14, 16, 90 帕累托和资源分配

And assignment of rights, 17—18 权利分配

In exchange, 13, 23, 25—31 交换

In production, 13, 23, 31, 37 生产

Problematic nature of, 118—121

棘手特性

Multiplicity of efficient solutions, 119—120 有效率的解决方案的多样性

Vs. distribution, 119 分配

Pursuit of 59—61 追求

Efficiency(cont.) 效率(继续)

Wealth maximization, 19, 23, 59, 60 福利最大化

Critique of, 119—120 批评

Feminist studies, 13 男女平等主义者的研究

Institutional economics 102—108 制度经济学

Defined, 102 定义

Influences 影响

American pragmatic philosophy,

103 美国实用主义哲学

Ayres, 104—105 艾尔斯

Commons, 106—108 康芒斯

German historical school, 102—

103 德国历史学派

Hale, 105—106 黑尔

Hamilton, 105 汉密尔顿

Veblen, 103—104, 108 凡伯伦

As revolt against formalism, 102

对抗拘泥形式的反叛思潮

Institutional Law and economics,

101—129 制度主义法经济学

Applications of 123—129 应用

Influences 影响

Commons, 108—109 康芒斯

Hale, 105—106 黑尔

Samuels, 109 塞缪尔斯

Schmid, 109 施密德

Central themes, 112—115 核心议题

Continuity vs. change, 114 连贯性与变革性

Evolution of law and economy, 112—114 法经济学的演进

Mutual interdependence, conflict, and order, 114—115 相互的依赖、冲突和秩序问题

Comparative institutional analysis, 121—123 比较制度分析

On efficiency of common law, 120 普通法的效率

Legal economic nexus, 110—111, 118 法学和经济学的联编

Logic of, 110 合乎逻辑的

Origins of, 101—102 起源

Positive analysis within, 111 实证分析

Price-taking behavior vs. rights-taking behavior, 118 价格接受者对权利接受者

Problematic nature of efficiency, 118—120 效率的棘手特性

On rent-seeking literature, 120—

121 寻租理论

Rights, power, and government, 115—118 权利、权力和政府

Necessity of choice, 117—118 选择的必要性

Opportunity sets, 115—116 机会集

Reciprocal nature of externalities, 117 外部性的相互性

Rights creation process, 116—117 权利创设过程

Law and Economics 法经济学

Contributing schools of thought, 3 有贡献的思想流派

Defined, 3 定义

Empirical work, 189—190 经验研究

Levels of analysis, 176—181 分析层次

Logic of, 21—22 逻辑

As marketplace of ideas, 24 思想市场

As naming and framing process, 179 命名和设计的过程

Normative and positive analysis, 183—187 规范和实证分析

Origins of, 4, 5 起源

Present status, 171—176 目前状态

Professional associations within, 4 专业协会

- Professional journals within, 4 专业杂志
- Legal realism, 10—12 法律现实主义
- Creating receptive environment to economics, 12, 171 为经济学创造能接纳的环境
- And instrumental conception of law, 11 法律的工具主义概念
- As law turning outward, 10 法律转向
- Legal and economics change, 11 法律和经济学变化
- Void left by, 12 剩下的空白
- Literary theory, 13 文学理论
- Marginal rate of substitution, 26 边际替代率
- Marginal rate of technical substitution, 32 边际技术替代率
- Marginalist thinking, 15—16 边际思想
- Marginal private benefit, 15 边际私人收益
- Marginal private cost, 16 边际私人成本
- Marginal social benefit, 15 边际社会收益
- Marginal social cost, 16 边际社会成本
- Marxism, 13 马克思主义
- Critical Marxist discourse, 160—162, 165—170 批判马克思主义学说
- Neo-Marxism, 160—161 新马克思主义
- Scientific Marxist discourse, 160—162, 163—164 科学马克思主义学说
- Modern civil republicanism, 97—100 现代公民共和主义
- Citizenship, 90 公民
- Deliberation, 98 审议
- Equality, 99 公平
- And New Haven school, 98 纽黑文学派
- Universalism, 99 普遍性
- Neoinstitutional law and economics, 130—156 新制度主义法经济学
- Agency, contracting, and transaction costs, 142—156 代理, 合约和交易成本
- Governance structures, 151—156 治理结构
- Safeguarding contracts, 148—151 维护契约
- Contractual performance, 133—137 合同实施
- Property rights, 133—135, 137 产权
- Transaction costs, 135—137 交易成本
- Defined, 130—132 定义

- Institutional environments, 132—
137 制度环境
Origins of, 55—56 起源
Political process and incentives,
137—140 政治过程和激励
Political rules, economic rules and
contracting, 132 政治规则, 经济规则
和合约
Property rights, transaction
costs, and contractual performance,
133—137, 140—142 产权, 交易成本
235 和合同实施
New Haven school of Law and
Economics, 79—83 法经济学纽黑文
学派
And modern civil republicanism,
98 现代公民共和主义
Organic conception of the state,
85 国家的组织概念
Public choice Theory, 84—97 公
共选择理论
Catalaxy Paradigm of, 95—96 交
易经济学范式
Defined, 94—95 定义
Presumptively efficient solutions,
96 假定有效的解决方法
Conventional public choice theo-
ry, 85, 87—94 传统的公共选择理论
Bureaucrats and bureaucratic out-
comes, 87, 92, 93—94 官僚主义者和
官僚政治的产出
Decision-making costs, 89 决策成
本
Direct democracy, 88—91 直接民
主
External costs of decision making,
89 决策的外部成本
Homo economics, 85 经济人
Least-cost optimal majority, 90 最
低成本最优多数
Legislative outcomes, 87 立法结
果
Log rolling, 91 互投赞成票
Political rules of collective order,
87—94 集体秩序的政治规则
Politicians and political outcomes,
92—93 政治学的和政治的结果
Rational ignorance, 92—93 理性
无知
Representative democracy, 88,
91—94 代议制民主
Unanimous consent, 88—89 一致
同意
Defined, 84—86, 96 定义
Maximization-scarcity-allocation-
efficiency paradigm, 86 最大化—稀缺
—配置—效率范式
Methodological closure, 86—87 方
法论的封闭
And modern civil republicanism,
100 现代公民共和主义
Normative analysis, 85, 94 规范

分析

Origins of, 84—85 起源

Positive analysis, 85 实证分析

Rent seeking, 96—97 寻租

Virginia-based public choice, 86

弗吉尼亚公共选择学派

Public interest, 85 公共利益

Purely competitive markets, 13—

14 完全竞争市场

Sociological jurisprudence, 9 社会学法学

Thomas Jefferson center for studies in political economy, 84 托马斯·杰弗逊政治经济研究中心

Tort law 侵权法

Background vs. compensated risks, 71—73 背景与赔偿风险

Interaction damage costs, 71 相互损害成本

Limited liability rule, 71—72 有

限责任规则

Negligence rule, 71—72 过失规则

Strict liability rule, 71—72 严格责任规则

Welfare economics, 37—45. See also economics 福利经济学, 也见经济学

Grand utility possibility frontier, 39—44 总效用可能性边界

Maximum social welfare, 18, 38, 39, 43 社会福利最大化

Optimum optimum, 18 最优状态

Point utility possibility frontier, 30—31 点效用可能性边界

Production possibility frontier, 36—37 生产可能性边界

Social welfare functions, 43—45 社会福利函数

译后记

在法律出版社的支持与惠助下,《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》的中译本终于能与读者见面了。该译本的问世源于2004年4月在浙江大学召开的“中国法经济学论坛”暨制度经济学研讨会。期间,法律出版社对外合作分社的社长朱宁女士和编辑高山先生专程与会,和浙江大学法与经济学研究所史晋川教授商议了译著的出版事宜。此后,陆续的接触与进一步的交流,使本书翻译与出版工作得以顺利进行,最终能将译著呈现给国内读者。

本书是一部关于法经济学流派的专著。尽管译者对翻译工作倾注了极大的热情也作出了最大的努力并且得到了多方的帮助,但是这部力作在语言转换过程中仍然不免被折损了许多精彩之处,同时翻译的错误依然在所难免。对此,我们希望读者能予以谅解和指正,以便我们在以后的译本中加以校正。此书翻译工作的具体分工是,序言和第1、4、5章由吴晓露翻译,第2、3章由潘晓松翻译,第6、7章以及注释、主题和人名索引由朱慧翻译。最后,由史晋川教授审校全书。

在本书的翻译过程中,得到了董雪兵和吴意云等同学的帮助,在此表示感谢。最后要特别感谢编辑高山先生和法律出版社对译本所倾注的热忱以及给予的帮助。

译者

2005年5月于杭州