法与经济学译丛

行为法律经济学

主编 〔美〕凯斯·R. 桑斯坦
译者 涂永前 成 凡 康 娜

Cass R. Sunstein

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

人的心理状态非常复杂，而传统的法经济学研究范式通常把它看得非常简单。这个论文集将一些追求现实真谛、试图为传统研究范式增添一些复杂性的学者们的前沿论文精妙地编辑在一起，从而构建了法律与社会科学领域中的一个重大里程碑。

——罗伯特·C. 艾里克逊（Robert C. Ellickson），耶鲁大学法学院 Walter E. Meyer 财产与城市法讲座教授

人们通常并不自私并且过于乐观；他们的意志力和自我控制是有限的；他们经常依赖于心理捷径和经验法则。这些特性和法律有什么关系呢？这就是行为法律经济学考虑的问题。行为法律经济学是一个新生的领域，它结合认知心理学和行为经济学进行法律研究；该书对许多当今我们最有争议的法律问题，例如罢工、环境保护、惩罚性损害赔偿，提供了有用的、新的研究视角。它探索了人性对法律问题的影响，从税收征管和投票行为到公司财务和犯罪等。最终它表明，通过对人类行为的更清晰了解，我们就有可能更好地预测法律的实际效果——从而评价法律在社会中起到的实际的和潜在的作用。

——《哥伦比亚法律评论》

凯斯·R. 桑斯坦（Cass R. Sunstein）芝加哥大学法学院卡尔·N. 卢埃林杰出贡献教授，芝加哥大学政治学系教授。其著述颇丰，著作包括《权利的成本——为什么自由依赖于税》，《一次一案：论联邦最高法院的司法简约主义》以及《偏颇的宪法》。（均由北京大学出版社翻译出版）

涂永前 中国政法大学民商法博士生，西北政法学院教师

成　凡 北京大学法学博士，厦门大学法学院教师

康　娜 西南政法大学民商法博士生

ISBN 7-301-11181-9

项目策划　博珩图书编译室
责任编辑　吕亚萍
装帧设计　第零书装部

9 787301 111819 >

ISBN 7-301-11181-9/D·1606
定价：49.00元

法与经济学译丛

Behavioral Law and Economics

行为法律经济学

主编：〔美〕凯斯·R.桑斯坦
译者：涂永前　成　凡　康　娜

北京大学出版社
北京·2006年

著作权合同登记号　图字:01－2004－0292

图书在版编目(CIP)数据

行为法律经济学/(美)桑斯坦主编;涂永前,成凡,康娜译.
—北京:北京大学出版社,2006.11
(法与经济学译丛)
ISBN 7－301－11181－9

Ⅰ.行…　Ⅱ.①桑…②涂…③成…④康…　Ⅲ.法律－经济学－文集　Ⅳ.D90－059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 127258 号

书　　名:行为法律经济学
著作责任者:〔美〕凯斯·R.桑斯坦　主编　涂永前　成凡　康娜　译
责任编辑:吕亚萍
标准书号:ISBN 7－301－11181－9/D·1606
出版发行:北京大学出版社
地　　址:北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　址:http://www.pup.cn
电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62752027
　　出版部 62754962
电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者:北京汇林印务有限公司
经　销　者:新华书店
　　650mm×980mm　16 开本　34.25 印张　510 千字
　　2006 年 11 月第 1 版　2006 年 11 月第 1 次印刷
定　　价:49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究
举报电话:010－62752024　电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

作者简介（以姓氏字母排列为序）

琳达·巴布科克（Linda Babcock），卡内基·梅隆大学 H. 约翰·海茵茨第三公共政策与管理学院（H. John Heinz Ⅲ School of Public Policy and Management）经济学教授。她在研究中运用心理学知识改善了经济学模型与分析，特别是在谈判和纠纷解决领域。

乔纳森·拜伦（Jonathan Baron），宾夕法尼亚大学心理学教授。《思考和决策》（*Thinking and Deciding*，第二版，1994 年）与《误导的判断》（*Judgment Misguided*，1998 年）的作者，他关注的领域是效用的测度和非理论上的一贯性判断（nonconsequentialist judgment）。

沃德·范斯沃思（Ward Farnsworth），波士顿大学法学院副教授。他在芝加哥大学法学院接受教育，曾担任美国联邦第七巡回上诉法庭法官理查德·A. 波斯纳（Richard A. Posner）与美国联邦高等法院法官安东尼·M. 肯尼迪（Anthony M. Kennedy）的法律助手。

克里斯丁·杰罗斯（Christine Jolls），哈佛大学法学院法学助理教授，国家经济研究局的正式研究人员。她在哈佛大学法学院获得法律学位，在麻省理工大学获得经济学博士学位。她主要的写作和教学领域是就业法和行为法律经济学。

丹尼尔·卡尼曼(Daniel J. Kahneman),普林斯顿大学尤金·希金斯(Eugene Higgins)心理学教授与公共事务教授。他的研究领域包括实验心理学以及心理学、决策理论与经济学多领域交叉研究。

马克·凯尔曼(Mark Kelman),斯坦福大学法学院威廉·内尔森·克伦威尔(William Nelson Cromwell)教授。他的研究领域是法和心理学、法经济学、反歧视法、税收政策以及刑法。

杰克·L. 尼奇(Jack Knetsch),在密歇根大学获得土地科学与农业经济学学位,在哈佛大学获得公共管理与经济学学位。在美国、马来西亚、澳大利亚担任学术、政府及其它非学术职位后,曾在加拿大西蒙·弗雷泽大学担任25年的经济学和资源管理教授。他大部分研究和教学是在行为经济学、环境经济学、法律以及政策领域。

罗素·科罗布金(Russell Korobkin),伊利诺伊大学法学院和政府与公共事务研究所助理教授。

詹姆斯·E. 克里尔(James E. Krier),密歇根大学法学院厄尔·沃伦·德拉诺(Earl Warren DeLano)教授。在去密歇根大学任教之前,他在加州大学洛杉矶分校以及斯坦福大学任教。

提摩尔·库兰(Timur Kuran),南加利福尼亚大学经济学教授和费萨尔国王伊斯兰思想与文化(King Faisal Professor of Islamic Thought and Culture)教授。他出版的著作包括《私人真理,公共谎言:偏好错误的社会后果》(*Private Truth, Public Lies: The Social Consequences of Preference Falsification*, 哈佛大学出版社出版)。

唐纳德·C. 朗格沃特(Donald Langevoort),他是位于华盛顿特区乔治城大学法学中心的法学教授。他的主要研究侧重点是公司与证券法,特别关注把社会心理学和组织理论应用于市场行为分析。

乔治·罗温斯廷(George Loewenstein),卡内基·梅隆大学经济学与心理学教授。他的研究集中于心理学在经济学中的应用,具体的领域包括跨时期的决策制定、协商和谈判、法经济学、好奇心理学(the psychology of curiosity)以及涉及冲动型暴力犯罪与药

物上瘾等“失控”行为。

爱德华·J.麦克卡福里(Edward J. McCaffery),南加利福尼亚大学法学院小毛瑞斯·琼斯(Maurice Jones Jr.)法学教授,加州理工学院法经济学访问教授。他是税收、财产、法律理论方面等诸多论文,以及《向妇女征税》(*Taxing Women*, 芝加哥大学出版社,1997 年)一书的作者。

罗杰·G.诺尔(Roger G. Noll),斯坦福大学经济学系公共政策莫里斯·M.多尔百年纪念(Morris M. Doyle Centennial)教授。他的教学和写作集中于商业方面的公共政策,包括运用政治经济学理论解释法律过程。

杰弗里·拉克林斯基(Jeffrey J. Rachlinski),在斯坦福大学获得法律博士和心理学博士。他是康奈尔大学法学院的助理法学教授,在那他主要研究心理学对法律体系的应用。

易拉娜·利托夫(Ilana Ritov),耶鲁撒冷希伯莱大学高级讲师。她的研究领域包括个人偏差决策的认知决定因素。

约沃尔·罗滕斯特雷克(Yuval Rottenstreich),芝加哥大学商学院决策研究中心管理和组织行为助理教授。他的研究领域包括对判断与选择的规范性和描述性分析。

大卫·施卡德(David Schkade),德克萨斯大学奥斯丁分校管理学教授及威廉·W.斯普里格尔(William W. Spriegel)研究员。他的研究领域包括判断和决策制定的心理学、陪审团决策、福利心理学、环境资源评估以及心理学方面的决策支持系统。

马修·L.斯皮泽(Matthew L. Spitzer),南加利福尼亚大学法学院威廉·T.达勒斯法学教授,加州理工学院法律和社会科学教授。他的工作领域是电信规制、行政法和法律经济学。

凯斯·R.桑斯坦(Cass Sunstein),芝加哥大学法学院卡尔·N.卢埃林(Karl N. Llewellyn)杰出贡献教授,芝加哥大学政治学系教授。其著述颇丰,著作包括《自由市场和社会正义》(*Free Markets and Social Justice*)以及《民主和言论自由的问题》(*Democracy and Problem of Free Speech*)等。

理查德·H.塞勒(Richard H. Thaler),芝加哥大学商学院罗伯特·P.格温(Robert P. Gwinn)经济学和行为科学教授及决策

研究中心主任。

阿莫斯·特沃斯基(Amos Tversky),已故斯坦福大学心理学教授,认知心理学和行为经济学的开创者之一。

艾得娜·乌尔曼-玛格里特(Edna Ullmann-Margalit),在耶鲁撒冷希伯莱大学讲授哲学,兼任该校理性和互动决策研究中心成员。她编辑的《务实的推理》(*Reasoning Practically*),将于今年晚些时候由牛津大学出版社出版。

鸣　谢

这本书的出版凝聚了许多人的贡献；此处，我只列举其中的一小部分。对于整体上的帮助，我要特别感谢我的同事和合作作者理查德·塞勒，他传授给了我很多经济学和行为经济学方面的知识，并且提出了很多有帮助的建议。另一位合作作者，克里斯丁·杰罗斯，对如何组织本书提出了有价值的建议。理查德·波斯纳在许多方面对行为法律经济学持怀疑态度，但是他提出了有启发性的批评以及有价值的鼓励。感谢丹尼尔·卡尼曼和大卫·施卡德对本书许多主题所展开的有帮助意义的讨论。加里·贝克尔对“理性”的基本含义进行了有启发性的探讨。布莱恩·莱曼（Brian Lehman）在整理手稿方面的工作很出色。朱利娅·霍夫（Julia Hough）是一名热情而又非常负责任的编辑。对以上所有的人以及那些在这里没有提起的，我都极其感谢。

书中各章都取自以前所做的研究。不过，许多章节都进行了相当大的压缩，有的章节进行了修订和更新。我感谢以下期刊允许对文章重印（注意，有些时候部分文章还进行了重大的修订）：

第1章原载于《斯坦福法律评论》1998年第50卷，克里斯丁·杰罗斯，凯斯·R.桑斯坦，理查德·H.塞勒著，《行为法律经济学的进路》。

第2章原载于《法律研究期刊》1996年第25卷。

第3章原载于《芝加哥大学法律评论》1998年第65卷。

第4章来自于《康奈尔大学法律评论》1998年第83卷,罗素·科罗布金著,《现状偏差和合同缺省规则》,以及《范德比尔特大学法律评论》1998年第51卷,罗素·科罗布金著,《合同谈判的惯性和偏好:缺省规则和格式条款的心理力量》。

第5章原载于《宾夕法尼亚大学法律评论》第146卷。

第6章原载于《行为决策期刊》1990年第3卷。

第7章原载于《伦理学》,1999年,芝加哥大学。

第8章原载于《政治经济学期刊》1990年第98卷。

第9章原载于《耶鲁法律期刊》第107卷。

第10章原载于《弗吉尼亚法律评论》1995年第81卷。

第11章原载于《范德比尔特大学法律评论》1998年第51卷。

第12章原载于《芝加哥大学法律评论》1999年第66卷。

第13章原载于《法律研究期刊》1991年第19卷。

第14章原载于《经济学观点期刊》1997年第11卷。

第15章原载于《斯坦福大学法律评论》1999年第51卷,提摩尔·库兰,凯斯·R.桑斯坦著《有效性串联和风险规制》。

第16章原载于《加州大学洛杉矶分校法律评论》1961年第41卷。

目　录

作者简介 *1*
鸣谢 *5*

导论　　凯斯·R. 桑斯坦 *1*

第一部分　综述和展望

1　行为法律经济学的进路
克里斯丁·杰罗斯　凯斯·R. 桑斯坦
理查德·H. 塞勒 *15*

第二部分　直观推断和偏见：捷径，错误以及法律决策

2　法律决策的语境依赖
马克·凯尔曼　约沃尔·罗滕斯特雷克
阿莫斯·特沃斯基 *71*

3　后见判断的实证心理学理论　　杰弗里·拉克林斯基 *105*

4　行为经济学,合同制定和合同法　　罗素·科罗布金 128
5　有组织的错觉:关于公司为何误导股票市场投资者
(并造成其他社会危害)的一种行为理论
唐纳德·C.朗格沃特 160
6　不愿接种免疫:缺漏偏差与含混
易拉娜·利托夫　乔纳森·拜伦 190
7　次级决策　凯斯·R.桑斯坦　艾得娜·乌尔曼-玛格里特 215

第三部分　评价:法律体系中的价值和金钱

8　对禀赋效应和科斯定理的实验检验
丹尼尔·卡尼曼　杰克·L.尼奇　理查德·H.塞勒 247
9　对惩罚性赔偿金的评估(兼含对法律中
的认知及评价的注释)
凯斯·R.桑斯坦　丹尼尔·卡尼曼　大卫·施卡德 269
10　构造陪审团:从认知角度考察精神损害赔偿
爱德华·J.麦克卡福里　丹尼尔·卡尼曼
马修·L.斯皮泽 303
11　再分配性法律规则的行为经济学分析　克里斯丁·杰罗斯 334
12　私害案件中的当事人在判决后还协商吗?
——对权威观点的深度考察　沃德·范斯沃思 352

第四部分　对法律的需求:为什么法律是现在这个样子

13　有关风险规制的一些认知心理学启示
罗杰·G.诺尔　詹姆斯·E.克里尔 381
14　解释谈判僵局:自利服务偏见的作用
琳达·巴布科克　乔治·罗温斯廷 418
15　控制易得性串联　提摩尔·库兰　凯斯·R.桑斯坦 442

16 认知理论与税收 爱德华·J. 麦克卡福里 474

索引 504
译后记 529

导 论

凯斯·R. 桑斯坦

法律实际上是如何影响人们的呢？人们面对法律是什么反应？法律为什么会是这个样子？法律怎样才能被用来改善人们的生活？对于以上这些问题，本书试图作出一些解答。同时这也是第一次将行为经济学全面用于法律分析的尝试。

在过去二十年间，社会科学对人们实际上如何决策的研究已经取得了许多进展。这些研究很多都依赖于理性选择模型，这个模型在社会科学，包括在法经济学，一直占支配地位。但是，由于预测的不准确，这些模型经常是错误的。人们并不总是像经济学家假定的那样“理性”。但这并不意味着人们的行为不可预测、系统地不理性、随心所欲、无规则可循，让社会科学家们无法捉摸。相反，这些特点是能够被描述、运用，有时甚至是可以被模型化的。

本书的目的就是要将新的和更精确的对行为和选择的理解引入法律这个领域。这个导论的目的，是对这个领域以及这本书的结构和内容进行概述。

偏好塑造（Constructed Preference）

人的偏好和价值，毋宁说是从社会环境推导出来的，不如说是

被塑造出来的。[1] 人们不是围着自己头脑里的菜单打转,"观察到的偏好不简单是通读某些主题列表;在推导过程中,这些偏好实际上是被塑造出来的……不同的推导程序强调了选择的不同方面,进而提供了不同的直观推断,这些直观推断引起的反应并不统一。"[2] 总的来说,人们面临选择时,不是查询一份独立的"偏好清单",据此作出判断;偏好可能是在选择时的程序、描述和语境的产物:"对同一选择问题的不同描述,导致了整体上不同的偏好;策略意义上相同的推导过程,引起了不同的选择;在 X 与 Y 之间的偏好选择,通常依赖于选择束植根于何处。"[3]

分析法律,应该联系到那些我们已掌握的关于人类行为和选择的知识。毕竟,法律制度所作的一般工作,就是塑造选择时的程序、描述和语境。最明显的是,在案件诉讼过程中法律制度创造了程序、描述和语境。例如,陪审团和法官所处的不同场景(假定有不同)可能事关重大;以某因素 A 为依据进行的责任认定或定罪,很可能取决于 B,C,D 这些因素的性质(详见第 2 章)。这说明,法官和陪审团的偏好和价值,可能是被法律体系塑造出来的,而不只是推导。在认定损害赔偿方面,这一点肯定是存在的,并可能引起一些具体的问题。而在法庭之外,类似问题也存在。法律体系对权利的初始配置,法律创造的交易(或者非交易)结构,也很可能影响人们的偏好和价值(详见第二部分中的论文)。因此,通过在影响法庭内部进行的活动,以及在外部影响日常市场和非市场的交易活动,法律可以塑造偏好,而不是推导偏好。

对有关法律的研究,我们可以区分为三种:实证的(positive),约定俗成的(prescriptive)和规范的(normative)。实证工作关注于预测。法律的效果将怎样?为什么法律采用它现在的形式?如果与传统假设相反,实际上人们对损失的反感远远超过对得到相同

---

〔1〕 参见 Paul Slovic, The Construction of Preference, 50 *Am. Psychol.* 364 (1995); Amos Tversky, Rational Theory and Constructive Choice, in *The Rational Foundations of Economic Behavior* (Kenneth Arrow et al. eds., 1996)。

〔2〕 参见 Amos Tversky, Shmuel Sattath, and Paul Slovic, Contingent Weighting in Judgement and Choice, 95 *Psychol. Rev.* 371 (1988)。

〔3〕 参见 Tversky,同上注,第 186 页。

数量收益的喜悦，那么沿着传统经济学假设一路走下去，就会出现错误的预测。正像我们将看到的，这一点对法律的实证分析具有重大意义，其中突出的是针对科斯定理，据此罗纳德·科斯获得了诺贝尔经济学奖；然而事实上，行为法律经济学研究显示科斯定理通常是错误的（见第 8 章和第 10 章）。

约定俗成的研究通常关注的是，社会应当如何才可能实现我们的共同目标。如果我们希望减少贫困，或挽救更多的生命，或减少污染，我们怎么才能做到呢？试考虑一下下面的信息宣传，传统分析会认为它们的效果会是一样的。（1）如果你采用节省能源的办法，你将每年节省 X 元。（2）如果你不采用节省能源的办法，你将每年损失 X 元。但结果表明，宣传活动（2）将远比（1）来的有效果。[4] 正如我们将要看到的，对人类决策重要特性的更深入理解，对怎么做才最好的传统观点，提出了质疑；理解这些特性有助于解释，类似“小心开车，注意别人（Drive defensively; watch out for the other guy）”这样的公益广告，究竟有什么特别高明的地方呢？这里只是举一个例子。

规范工作关注的，当然是法律体系应该做些什么。近来对人类行为理解的改变，对反对法律家长主义的观点，提出了很大的质疑。这些质疑肯定不是去积极支持家长主义，但是它们支持了某 2
种形式的反—反家长主义（anti-anti-paternalism）。例如，如果人们运用了某些导致系统性偏见的直观推断，他们对怎样处理风险的决策可能会被严重误导。如果人们不现实地表现出乐观，就算他们完全清楚统计的事实，也可能因为实际上错误地相信他们自己与伤害基本无关而冒险行事。如果人们的选择，是基于有关他们选择之后的不正确经验判断，那么就有理由疑问，尊重这些植根于不正确判断的选择，是否可以很好地促进效用或者福利。但以上的这些例子，都不能为法律家长主义提供强有力的支持，而且官僚机构和其他人一样，可能也面对同样的认知和动机扭曲。然而这些例子说明，不应该把反对家长主义当成一个先验的前提，而应该符合经验和实际，并且要关系到教育的可能性，以及政府反应可能

---

〔4〕 参见 Elliot Aronson, *The Social Animal* 124—125 (6th ed. 1996)。

的失败。

直观推断和偏见(Heuristics and Biases)

本书的第一部分,关注直观推断和偏见。现在已经很清楚,人们是在直观推断或者经验法则(rules of thumb)的基础上作出决策的,虽然这在很多场合下发挥了作用,但也能引起系统性错误(systematic errors)。同样也已经清楚,人们会受各种引起不准确认识的偏见和厌恶的影响。对一些与法律特别相关的偏见和直观推断,这里进行了一个很简要的说明。

偏见

对极端的规避(Extremeness Aversion)。人们不愿意走极端。一个选择是不是极端,取决于存在的替换方式(见第2章)。极端厌恶引起了折中效应(compromise effects)。在给定的选择之间,大部分人寻求一个折中的选择。几乎所有人都有过这样的经历,比如说,部分因为在选项上存在一个最贵的东西,所以转而购买的是次贵的东西。在这个和其他类似的问题上,选择的框架起了作用;替代选择(没有被选择,表面上是无关的)介入选择结构,可能就会改变选择结果。例如,当人们在一些小收音机A和中等大小收音机B之间选择,大部分很可能选择A;但是当第三个大收音机C的介入,这可能引导许多人们转而选择了B。因此那第三个没有被实际选择的选项(在这个意义上说是不相关的选项)的介入,可能改变了在前两个选项的选择。

对极端的规避说明,新增的、没被选择的替代物与选择结果无关的传统经济理论的简单公设是错误的。对于法律辩护和判断,以及对法律效果的预测方面,这也能产生很大后果。怎样使一个被偏爱的选择,能最好的被构造成一个"折中"的选择?什么时候律师应该提出一个替代的意见,这个替代意见是什么才能最有效果?这是一名律师应该回答的中心问题。陪审团和法官很想选择一个折中的解决方案,但究竟哪个"被视为"折中的解决方案,要视

现有的替代选择而定。在选举,医疗方面的纠纷,以及政策的制定方面,折中效应都可能关系重大。

后见偏见(Hindsight Bias)。有一句熟悉的俗语,事后诸葛亮。这句俗语包含着一个重要的真理,而且和法律有很大关系。大量证据显示,人们经常从事后的角度认为,事情的发生本来就是不可避免的,或者差不多这样。举例来说,如果陪审团认为,某个已经发生的事故本来就是不可避免的,由此而来的"后见偏见"就很可能严重扭曲法律方面的判断。判断某人是否有过错,很可能受到这个偏见的影响。第3章将细致地讨论后见偏见。

乐观偏见(Optimistic Bias)。人类倾向于乐观。这本身看起来是个好现象,但是它能使人们出现很大错误。即使是了解事实的人们,也会认为与别人相比,风险对自己更不容易成为现实。这样就会出现对风险判断方面整体的过度自信,就像绝大部分人以为,自己相比他人,更不可能遭受交通事故、被艾滋病感染、或更不可能会有心脏病、哮喘等许多健康风险。[5] 正是由于对自己行为的这种幻觉,男性同性恋整体上低估了他们染上艾滋病的可能性,即使他们并不缺少关于艾滋病风险的信息。[6] 如第1章所显示的,相对于法律家长主义的传统反对意见,不切实际的乐观提出了一个新问题。如果人们容易认为,他们相对更能够免予风险,那么即使他们知道有关统计方面的事实,他们仍然可能缺乏准确的信息。第5章和第11章说明,乐观偏见与法律中的某些领域相关,并且有一些出人意料的含义。

现状偏见(Status Quo Bias)。人们倾向于喜欢现状,需要有足够多的理由,才能说服他们离开现状。特别是,人们是按照与某特定参照点的关系来进行环境评价的;基于这个参照点理解发生的收益和损失是至关重要的。这是前景理论(prospect theory)的中心发现。法律中惯常的参照就是现状,这产生了现状偏见,在法律

---

〔5〕 参见 Neil Weinstein, Optimistic Biases About Personal Risks, 246 *Science* 1232 (1989)。

〔6〕 参见 Laurie Bauman and Karolyn Siegel, Misperception Among Gay Men of the Risk for AIDS Associated with Their Sexual Behavior, 17 *J. Applied Soc. Psychol.* 329 (1987)。

上这是一种重要的现象;第 4 章将讨论合同法和现状偏见之间的
4 关系。

直观推断

行为经济学和认知心理学已经揭示了人们为简化他们的任务而使用的一大批直观推断方法。

易得/有效性(Availability)。如果某个事故容易被想起来或是"易得的(available)",人们就会倾向于认为该风险更严重。如果广泛运用,易得/有效性直观推断(availability heuristic)将产生整体的认知错误。人们将认为一些风险(例如核事故)是高的,而其他风险(例如中风)相对较低,这样对风险的估计将可能出现全面偏见。易得/有效性直观推断看起来似乎影响着对法律的需求(见第 1,13,15 章)。

锚定/固执先见(Anchoring)。人们经常会固定在一个最初价值判断或"锚位"上,不大进行充分的调整,而作出对概率的判断。[7] 这个最初价值的来源也许是武断的或者不理性的。所以这样直观估计出来的概率估测就可能会有严重错误。例如,陪审团对损害赔偿金的判定,就有可能是基于"锚位";这种情形可能会产生相当程度的随意性。

基于案例决策(Case-based Decisions)。由于经常难以计算替代方式的预期成本和收益,人们惯于通过以往的案例推理[8],并且采取小的可逆的步骤,来简化他们的任务。这种"基于案例决策"的方式,在法庭中发挥重要作用,并会倾向于类推思考(见第 7 章)。

这些多种多样的偏见和直观推断引起了一个大问题:个人和机构是不是能够作出高级决策,或次级决策(second-order decisions),以使得这些事情能做得更好?第 7 章讨论了一系列的可能性。

---

〔7〕 参见 David Kahneman and Amos Tversky, Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases in *Judgment Under Uncertainty* 3 (David Kahneman et al. eds., (1982)。

〔8〕 参见 Itzhak Gilboa and David Schmeidler, Case-Based Decision Theory, 110 *Q. J. Econ.* 605 (1995)。

估值

本书第二部分主要是关于估值(valuation)。人们面对收益和损失的反应会是怎样的?法律制度常常会与金钱有关;但人们对金钱的理解是怎样的?他们对此的思维有什么特性?

损失规避(Loss Aversion)。人们对损失特别厌恶。他们对损失的不快,比得到同样收益的愉快来得更大——大体说来,损失带来的不快是其两倍。与经济学理论相反,人们并不认为支付成本和机会成本是一回事。

损失规避对实证法律分析有重要含义。这意味着,例如,科斯定理在一个方面是非常错误的。科斯定理认为当交易成本为零的时候,初始权利的分配无关紧要,因为通过自发的谈判,它并不影响最终世界的状态。由于那些获得最初权利配置的人们将比那些没有得到权利的人有着更高的权利估值,所以科斯定理是错误的,权利的分配在发挥作用。因此,如果工人被分配到一项(可放弃的)只有特定原因才能被解雇的权利,他们对这个权利的估值很可能比如果雇主被分配到一项(可交易的)随意解雇的权利并对此进行估值,其结果比后者要高得多。因此,空气吸入者可能对他们免受空气污染的(可交易的)权利的估值,要远远高于如果污染者被给予一项向空气释放污染物的(可交易的)权利对此的估值。法律权利创造出了禀赋效应(*endowment effect*),也就是说,仅仅是因为被赋予这个事实,就会产生更高的估值。第8,10,12,和13章将这个发现联系到了许多法律问题。

这里还有更深入的一点。人们厌恶损失,但一个事件是被"解读"为损失还是收益,并不只是依赖于事实,而是依赖于一系列的语境因素,包括事件在什么样的框架下发生的?现状常常是一个参照点,根据现有的配置和做法,损失按照这个参照而理解;但操纵框架也是有可能的,可能编码被改编了,导致原本被理解为收益的变成了损失,或者相反。比如一家公司打出"现金支付给折扣"而不是"信用卡支付收取附加费",或者父母亲表示如果X行为(而

5

不是 Y 行为)孩子将受到奖赏,而不是如果 Y 行为(而不是 X 行为)孩子将被惩罚,或者熟悉的广告词,大意是"你不可能掏不起这个钱"而使用某个产品。在环境规制方面,通过政策制定者声称是在努力"恢复"空气或者水质到它在 X 时期的水平,就有可能操纵参照点;所说的要恢复到的那个时期,对人们的选择会有很大影响。[9]

就本书而言,最重要的参照点来源是法律——法律体系是怎么配置初始权利的?本书第二部分的大部分内容讨论初始配置产生的后果。

损失规避对侵权法体系的目的也提出了严肃的问题。损害赔偿的数量标准是不是应该使受伤害的一方恢复到伤害之前的原状,或者赔偿是不是应该反映在伤害事实发生之前假设受伤害一方愿意接受伤害而可能要求得到的金额数量?陪审团似乎相信在伤害之前要求得到的数字可能会远高于恢复原状的数字。看起来整体上法律体系认为赔偿问题是后一个问题,虽然并不清楚这样选择有什么系统的理由。第 10 章将细致地处理这个问题。

心理账户(Mental Accounting)。大部分经济学家的一个简单而明显成立的假设是,钱是可以互换的。但是这个假设错了。钱是以间隔的形式出现的。人们创设各种"框架",从而产生心理账户,依赖于此的损失和收益之间不能互相代替,包括最简单货币意义上的损失和收益。对日常行为的观察可以显示出,人们经常用分开的预算和账户进行决策。比方说一些钱是为退休做准备的;一些钱是为度假准备的;一些用作大学学费;一些是为按揭或零售付账。心理账户是财政自我控制的一个重要内容,这种做法对法律和政策而言也有一系列的含义。例如,它说明,政府可以通过有创造力的政策,构造一些心理账户。同时这也说明,也许作为一种自我控制的策略,可能存在创建心理账户的公共需求,这一点在社会保险和其他带有明显家长主义色彩的项目上就得到了明显体

6

---

〔9〕 参见 Robin Gregory, Sarah Lichtenstein, and D. MacGregor, The Role of Past States in Determining Reference Points for Policy Decisions, 55 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* 195 (1993)。

现。一些法规阻止人们从事他们所希望的某些选择，这很可能反映了拥有分立心理账户的广泛愿望。当然也存在独立的机制去实现这个目标，但是除非看得出这钱本身是不可互换的，法律界人士就不能充分理解这个机制。第 11 章将在法律规则的语境下讨论心理账户。

市场外，把规范判断转化成金钱的难度。法律体系经常要求法官或者陪审团作出某些判决，并且随后把这些判决转化为一定数量的金钱。这种转化是怎么发生的？这能做得好么？第 9 章说明在许多情境中，此类规范判断并不武断，是可以预测的。例如，对可能产生惩罚性损害赔偿的恶劣行为，人们对判罚金额的数量形成了相当一致的判断。邻人对环境宜人场所的估值也有类似的发现。但在将规范判断的转化不限制金钱数量时会产生相当的“噪音”和随意。当人们被问起他们愿意支付多少钱去保护两千只鸟，或对一个由于不小心而引起人身伤害的被告可以施加多少惩罚，这些问题产生的数字就像是看不见的刺痛，要多严重有多严重。

但是法律体系经常就是建立在这些刺痛上面。因此，对诽谤、性骚扰、痛苦和伤害的损害赔偿的认定，以及对全部惩罚性损害赔偿的认定，都存在严重困难。理解这些困难很可能会引发一些具体的改革提议。也许可以通过立法或者规制机关，预先决定怎样把规范判断转换成有限数量范围内的金钱，从而实现这种“转化(mapping)”。

对法律的需求

本书的第三部分关注对法律的需求。法律为什么是这个样子？行为法律经济学提供了一些独特的回答。

自利服务偏见(Self-serving bias)。人们对公平的判断是自利服务的，他们既倾向于不切实的乐观，又对他们自己的判断过度自信。随机问任何一家人“你做家务活的百分比”，把他们对这个问题的答案加起来，得到的数字非常可能超过百分之百。这一点可

以用来解释谈判僵局，不通过这个也许是解释不清这个现象的（见第 14 章）。为什么没有更多的案件通过和解解决？为什么法律制度把那么多钱用于纠纷解决？一部分原因是因为存在自利服务偏见这个事实——相信自己该获得的超过了别人可能预想的——这同时影响了谈判的双方，从而导致协议难以达成。

合作，公平，恶意和互惠人。经济学家有时假设人是自利的，因为他们关注自己而不是别人的福利，并且他们最关注的是物质福利。有的时候情况是这样，所以这通常是一个有用的简化假设。但是人们同时也希望被公平地对待并公平地做事，而且，这甚至可能更重要，他们希望其他人认为他们做事公平，特别是（虽不仅仅）在陌生人之间。人们为了达到或显得公平，可能会牺牲他们经济上的自我利益，这一点对理解法律的目的而言，尤为重要。人们可能是互惠人（Homo reciprocans），而不是经济人（Homo econoicus）。[10]

试以最后通牒博弈（the ultimatum game）（在第 1 章中讨论）为例。博弈指导者随意给两个博弈者中的第一个一些钱。第一个博弈者被告知把这笔钱中的一部分给第二个博弈者。如果第二个博弈者接受这个数量，那么第二个博弈者就能拿走这部分钱，而第一个博弈者同时能拿走剩下的钱。但如果第二个博弈者拒绝这个要约，那么两个博弈者什么也得不到。博弈双方都被告知这是博弈规则。讨价还价是不允许的。依据标准的关于理性、自利和选择的假设，经济学家们预测第一个博弈者应该出一分钱而第二个博弈者应该接受它。但发生的事实不是这样。要约的平均数字是在总数的 30% 到 40% 之间。低于 20% 的要约一般是被拒绝的。经常会出现 50∶50 的平分局面。在不同数额的筹码和多元文化中，这个结果是相同的。

最后通牒博弈的结果非常具有启发意义。至少在对公平规范的违背可能被公开时，人们倾向于不违背公平规范，即使这么做要

---

〔10〕 参见 Ernst Fehr and Simon Gachter, How Effective Are Trust-and Reciprocity-Based Incentives, in *Economics, Values, and Organization* 337 (Avner Ben-Ner and Louis Putterman eds., 1998)。

付出一定的经济代价。如果环境造成了暂时的短缺，公司一定会提高商品的价格吗？在暴风雪后提高铲雪铲子的价格，或是在雷雨天提高伞价这些种种提价行为，社会对此有没有限制？很可能合同的双方当事人不愿意去乘人之危牟利，部分原因就是社会限制自利行为。对此，将来还有很多研究要深入。实验性研究显示存在囚徒困境（Prisoner's Dilemma）的情况下会出现高度的合作，尤其当人们可以相互交流的时候。[11] 第12章说明了这种刻毒，或 8
恶意，可能对决定法律的后果发挥重要的作用。

再论易得/有效性和社会影响。我们已经看到人们根据易得或容易想到的例子判断概率。更进一步说，易得性直观推断在经验构成的社会环境中发挥作用。人们经常想和做的是（他们认为的）别人怎么想和怎么做。这部分可能由于当一个人缺少许多私人信息的时候，他会积极地依赖于别人的信息。如果你不知道杀虫剂是不是会引起癌症，或者危险废料堆是不是一个严重的社会问题，你很可能会听从别人看起来是怎么想的。部分这是由于名誉的影响。如果大部分人认为危险废料堆是个严重的社会问题，或者法律应该禁止某些令人憎恶的犯罪，你就应该和大部分人一样，这样他们就不会认为你无知、病态或者无情。这些方面对法律的内容来说有着广泛的应用。它们有助于解释对政府规制的供给和需求。"易得性串联（availability cascades）"驱使着法律和政策同时走向幸运和不幸运两个方向。

未来

行为法律经济学还处在它十分初级的阶段，尚有大量的工作有待去做。其中有些重要问题是基础性的，而且与经济学本身的性质有关：行为经济学能产生关于行为的统一理论吗，抑或它仅仅

---

〔11〕 参见 *The Handbook of Experimental Economics* 111—173（John. H. Kageland Alvin E. Roth eds., 1995），该书对此方面提供了全面的评述。因此一些行为研究，与日渐增长并且越来越独立的对通过社会规范的规制的研究，有密切的关系。又参见 R. Ellickson, *Order Without Law*（1991）。我认为最终这两方面的研究，将会融合成为一个研究领域。

是对诸多效应的凌乱集合？它是不是太个案化，太无章可循，以至于无法在法律语境中有预测力？与通常的基于理性假设的经济学进路相比，行为经济学是不是忽视了简约的价值？究竟在什么意义上，行为经济学算是一种经济学？

还有许多待回答的问题是经验性的，这些还需要在真实世界和实验环境中进行研究。有关递增合作行为与递减怨恨行为的概率是一个非常重要的研究方向。这两种情况的前提条件是什么？什么时候法律产生这种或者那种情况。另一个，建立陪审团对涉及难以货币化的伤害案件（诽谤，痛苦和伤害，性骚扰，和故意施加的情感伤痛）所认定的赔偿金的全面数据库，将非常有价值，从中可以看出，是什么因素使得赔偿金数额更多了。是否对规范判断存在一致意见，而对金钱赔偿的数量有着广泛分歧（如第9章里看到的那样），在许多法律领域，这是一个饶有趣味的问题。

一个很大的问题是教育对认知和情感扭曲要发挥什么作用，
9 才能消除上面提起到的一些效应。（这些效应中的一部分显然不能理解为扭曲；注意互惠的人们能使他们避免很多麻烦。）通过法律对人们“减少偏见”，是不是可以增进人类的福祉？什么制度在减少偏见方面做得最好？是不是对行为经济学的广泛理解会产生学习过程，以至于运用行为经济学将变得不那么必要了呢？

尽管这本书篇幅不小，但这本书的首要目的，只是作为一个开始——开始更新和更完善的认识真实世界里的法律效果，从而最终更好地运用作为社会秩序工具的法律。

第一部分　综述和展望

1 行为法律经济学的进路

克里斯丁·杰罗斯 凯斯·R.桑斯坦
理查德·H.塞勒

这一章的主要目的是提出一种法律的经济分析方法，该方法源自更精确的选择概念，更好地体现了对人类行为及其原因的理解。我们尝试按以下两个逻辑步骤概括法律当中行为研究的已有发现：提出一个法律经济分析行为方法的体系框架，然后用行为知识对法律经济学一直关注的主题提出具体的模型和方法。对这些特定问题的分析是初步的，往往带有一种研究纲领的建议性质；我们涉及宽广的主题领域，以此显示行为方法的潜在用途。

我们认为，建立在行为经济学上的方法，将有助于以下三个方面的法律研究：实证的、对策的和规范的。实证的任务将解释法律的效果和内容，这可能是法律经济学最核心的部分，也是我们最想强调的。法律将怎样影响人的行为？当现有规则发生变化时，人们可能会有什么反应？法律为什么采用它现在采用的形式？对策的任务是研究法律可能怎样被用于实现具体目标，例如，威慑社会不欢迎的行为。规范任务是更广泛地评估法律体系的目标。传统经济学反对家长主义的观点是基于行为人都懂得并且追求他们自己最佳利益的理念——但行为分析学者对此提出了质疑，而且同时质疑多种形式的政府干预，因为官僚机构毕竟也是行为者。

基础:什么是“行为法律经济学”?

为了整体上识别行为法律经济学的定义特点,有必要先理解
14 法律经济学的定义特点。如我们所知,法律经济学认为,对法律规则最好是根据标准的经济学原则进行分析和理解。加里·贝克尔对这些原则有一个典型的表述:“所有的人类行为都可以被视为包含着这样的参与者,他们(1)最大化他们的效用;(2)来自一个稳定的偏好集合;(3)在不同市场积聚最佳数量的信息和其他投入。”[1]法律经济学的任务,是研究这种市场内和市场外的理性最大化行为隐含的意义以及它对市场及其他制度的法律含义。

那么行为法律经济学的任务是什么?它与标准的法律经济学有什么区别?这是以下我们要回答的问题。

经济人和真实的人

行为法律经济学的任务,简单来说,是探索现实(不是假设的)人类行为对于法律的含义。“真实的人”怎样与经济人区别开呢?我们将强调人类行为的三种重要“有限”以阐明这种区别,这些有限对效用最大化、稳定偏好、理性预期和信息的最优化处理等核心思想都提出了质疑。[2] 人们表现出来的,可以说是有限理性、有限意志力和有限自利。

虽然其他社会科学文献对上述三个有限早已经有所论证,但在经济学中,它们相对来说还是未经挖掘(尽管近期已出现一些萌芽性的著述)。每一种有限都代表了大多数人与标准经济学模型不相一致的重要方面。虽然有一些是一种以上的限度起作用的例子,但在目前阶段,我们考虑最好还是将它们分开阐述。尽管如此这三个有限中的每一个都是对传统经济模型的系统性(不是随机

---

〔1〕 参见 Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 第 14 页,(1976)。

〔2〕 对这一观点的进一步说明,参见 Richard H. Thaler, Doing Economics Without *Homo Economicus*,载于 *Foundations of Research in Economics: How Do Economists Do Economics?* 227, 230—235 (Steven G. Medema and Warren J. Samuels eds., 1996)。

的或者武断的)背离,因此这三个有限中的每一个,都将产生有说服力的法律预测和对策。

有限理性(Bounded Rationality)。有限理性,最早是赫伯特·西蒙(Herbert Simon)提出的思想,指的是人类认知能力并非无限这个明显的事实。[3] 我们的计算能力是有限的,并且记忆能力也存在严重瑕疵。人们对这些缺陷能够作出敏感的反应,可以说人们对他们自己的认知界限有时会作出理性的回应,以便最小化决策成本和错误成本的总量。为对付有限的记忆力我们制作各种列表。为对付有限的脑力和时间我们运用心理捷径和经验法则。但是即使有这些补救措施,而且有些时候就是因为这些补救措施,人类行为系统性地背离了传统经济学模型对无限理性的预测。即使是理性地使用这些心理捷径,错误预测仍然可能产生。这种对标准模型的背离可以被分解为以下两个方面:判断和决策。实际 15
判断显示出与无偏见预测模型系统背离,实际决策也经常与预期效用理论的公理相违背。

实际判断和无偏见预测之间的不同,有一个主要来源,是对经验法则的使用,就像在丹尼尔·卡尼曼和阿莫斯·特沃斯基的开创性工作中强调的那样,例如,易得直观推断——依据判断回忆该事件同类事例的难易程度(这个事件"易得"到什么程度)来估计事件发生的频率等经验法则,会引导我们得出错误的结论。例如,如果人们不久前看到过类似事件的发生(比如一场汽车事故),比起没有看到,人们会更倾向于认为该事件的发生概率较大。[4] 在卡尼曼和特沃斯基的工作中,更重要的是它表明这些捷径和经验法则是可以预测的。虽然直观推断整体来说是有用的(这解释了为什么它们会被采用),但在特殊场合下它们导致错误。这意味着某人运用经验法则,从节约思考时间方面可以认为这种行为是理性的,但是这个人所作的预测将与在标准理性选择模型下的预测

---

〔3〕 参见 Herbert A. Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, 69 *Q. J. Econ.* 99 (1955)。

〔4〕 参见 Amos Tversky and Daniel Kahneman, Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases,载于 *Judgment Under Uncertainty* 3, 11 (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky ed., 1982)。

不同。

如同无偏见预测理论不是刻画人类实际行为的良好理论类似，预期效用理论对实际决策的描述也不算好。虽然预期效用理论的公理体现了理性选择，但就像我们从阿莱（Allais）和厄尔斯堡（Ellsberg）所做的开创性实验得出的结论那样[5]，现实的选择在一些重要方面与这个模型相背离。近年来的研究急速增加，试图为现实的决策制定提出更好的正规模型。卡尼曼和特沃斯基提出的模型，被称为前景理论，看起来对所观察的行为的许多特征解释得较好，所以这里我们运用这个模型。[6]

有限意志力（Bounded Willpower）。除了有限理性，人们经常表现出有限的意志力。这个术语是指人们经常做那些他们明知的将与他们长远利益相冲突的事情。很多抽烟者说他们本来不喜欢抽烟，而且有很多抽烟者花钱参加学习班或者买药物以帮助他们戒烟。同有限理性一样，许多人意识到了自己的有限意志力，并采取了一些手段去减轻这方面的后果。他们加入某个养老金计划或“圣诞节俱乐部”（一种特殊的存储安排，它要求只有邻近节假日才可以抽出资金）以避免储蓄不足，当他们试图节食的时候，不会在房屋里面到处放置诱人的甜点。有时候他们可能会投票支持例如社会保险之类的政府政策，以抵消自己希望暴富的赌博念头。因此，对法律的需求和供给可以反映出人们对自己（或别人）有限意志力的理解；某些买卖的“僵持”时间和某些鼓励甚至要求存款的
16 计划，也值得思考。

---

[5] 参见 Colin Camerer, Individual Decision Making, 载于 *Handbook of Experimental Economics* 587, 619—620, 622—624 (John H. Kagel and Alvin E. Roth ed., 1995)（描述了阿莱悖论）；Daniel Ellsberg, Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms, 75 *Q. J. Econ.* 643 (1961)。

[6] 参见 Daniel Kahneman and Amos Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, 47 *Econometrica* 263 (1979). 对这一模型及其他模型的经验检测的综述，见 Camerer, 同前引注 5，第 626—643 页。John D. Hey and Chris Orme, Investigating Generalizations of Expected Utility Theory Using Experimental Data, 62 *Econometrica* 1291 (1994)，结论是预期效用理论运行良好，但是他们没有把前景理论当作是一种替代选择。Itzhak Gilboa and David Schmeidler 在 Case-Based Decision Theory, 110 *Q. J. Econ.* 605 (1995) 中提出了一种与前景理论不同的对预期效用理论的修正。

有限自利(Bounded Self-interest)。最后,我们用有限自利这个术语来表示关于多数人效用函数的一个重要事实:在某些场合下,对于别人,甚至是陌生人,他们在乎,或者装作在乎。(因此,在这里我们不质疑效用最大化的观点,我们质疑的是这个普遍假定可以包括什么。)我们的提法同简单的利他主义不同,对此传统经济学已经在诸如遗赠决定等方面强调过。比起传统经济学的假设,有限自利存在于广泛得多的情境范围,而且这种有限性发挥的作用也与传统的理解很不一样。在许多市场和谈判中(与诸如遗赠这些非市场的环境相对),人们关心自己是否被公平对待而且也希望公平对待那些其他做事公平的人。这些关心的结果是,比起新古典理论假设的参与人,行为经济学模型的参与人既是更好的,同时也是更恶的(当他们没有被公平对待时)。用来说明人们怎样对待公平和不公平的规范模型已经构建出来了,本文将提到这些模型。

应用。这种种有限会在什么时候起作用呢?任何的一般描述肯定都不完全,但可以作出一些大概的归纳。首先,只要法律体系中的行为人要去判断某个不确定事件的概率,与判断行为相联系的有限理性就会发挥作用。其次,只要行为者要去评价结果,与决策行为相联系的有限理性也将发挥作用。当决策结果具有跨时期性质时,有限意志力就会与之相关;我们可以犯罪行为为例,其中的收益一般来说是即时的但成本却被推后了。最后,有限自利(就如我们使用的概念)主要与一方明显偏离了惯常或普遍的做法相关联;在这些情况下,另一方通常会愿意付出金钱代价去惩罚"不公平"行为。

可检验的预测

行为法律经济学和传统法律经济学的区别,不只是它们对人类行为的假定。在可检验的方面,它们对法律(以及其他力量)怎样影响行为所作的预测也有不同。我们认为,行为法律经济学是一种具有更高相关系数"R^2"的法律经济学,对观察到的数据有更强的解释力。为更具体说明行为法律经济学和传统法律经济学之间的区别,可试以理查德·波斯纳在他的《法律的经济分析》一书

中探讨[7]得出的三个十分传统的“经济学基本原则”为例，它们对这些观点的论述都非常传统。那么行为法律经济学与这些“基本
17 原则”的区别到底有多大呢？

传统方法的第一个基本原则是向下倾斜的需求：如果价格上升，那么对某商品的总需求将下降。这个预测当然是有效的。但是符合向下倾斜需求的预测，并不等于说明人们是最优化的。正像贝克尔指出的那样，即便选择是随机的（而不是在服从于他们偏好的框架内），只要资源是有限的，人们也一样会呈现出如果价格上升则减少消费该商品的趋势。[8] 这种行为在实验室老鼠身上也得到了证实。[9] 因此，向下倾斜的需求不能作为支持最优化模型的证据。

传统法律经济学的第二个基本原则着眼于成本的性质：“对经济学家来说，成本是‘机会成本’”，“已经发生的积淀成本（sunk costs）不影响对价格和数量的决定。”[10] 因此，根据传统的分析，决策者将权衡机会成本（由于放弃机会而引起的成本——比如，出售某物品的机会）和支付成本（例如购买某物品引起的成本），将不考虑积淀成本（不可能恢复的成本，例如不能退票的票据的购买成本）。但是这每一个前提都经常是预测失误的原因。机会成本和支付成本相等隐含着，在不存在明显的财富效应时，购买价格将大体上等于销售价格。但我们都很清楚，这二者经常是不一致的。许多人拿到了一场热门比赛的入场券，例如超级碗（Super Bowl）比赛，他们不愿意按照市场价格（打比方说 1,000 美元）买这张票，但是也不愿意按照这个价格出卖这张票。事实上，出售价格和购买价格间的估值比例通常至少是二比一，而且交易规模使得用财富

---

〔7〕 参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 第 4 页（5th ed. 1998）。

〔8〕 参见 Gary S. Becker, Irrational Behavior and Economic Theory, 70 *J. Pol. Econ.* 1, 4—6 (1962)。

〔9〕 参见 John H. Kagel, Raymond C. Battalio and Leonard Green, *Economic Choice Theory: An Experimental Analysis of Animal Behavior*, 第 8, 17—19, 24—25 页 (1995)。

〔10〕 参见 Posner, 前引注 7, 第 6, 7 页。

效应来解释这种差异没有说服力。[11] 但以下将说明，这些结果正是行为分析的预测。

对积淀成本的传统假定也产生了无效的预测。剧院顾客在某个有演出的晚上决定是否外出，如果积淀成本是被忽略的，他本应不考虑已经预付的季票成本[12]；但是在一个对剧院顾客的研究里，一些人被随机指派得到了一些打了折的预付季票，结果发现这些得到打折的顾客，比那些没有得到打折的顾客大大减少了观看演出的次数，尽管在两个实验组里，（由于是随机指派）事实上本应起作用的收益—成本比率——收益和成本同步——平均来说是相同的。[13] 简而言之，积淀成本是起作用的；再一次，标准的预测被证明失效。

第三个传统法律经济学的基本原则，是随着市场追逐所有未开发的利润机会，“资源将向最有价值的使用方向流动”[14]。这个说法和机会成本与支付成本（out-of-pocket cost）相等（见基本原则二）的观念相结合，就产生了科斯定理——只要交易成本为零，初始权利配置不影响资源的最终分配。[15] 许多经济学家和有经济学 18
知识背景的法律界人士认为科斯定理是个同义反复（tautology）；如果真的不存在交易成本（而且没有财富效应），并且如果某个替代性资源配置会使有些人情况变好而不会使任何人情况变坏，那么参与者当然将移动到这个配置状态。但是细致的经验研究表明，科斯定理不是同义反复；事实上，它能导致错误预测（见第 8 章），也就是说，就算是当交易成本和财富效应都等于零，初始的权利配置也影响到最终的资源配置。这些结果被行为经济学预测到了，它强调机会成本和支付成本之间的区别。

试以以下一组检验科斯定理的实验为例（更详细的说明在第 8

---

〔11〕 参见 Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, 98 *J. Pol. Econ.* 1325, 1327 表 1 (1990)（研究总结）。

〔12〕 参见 Robert Nozick, *The Nature of Rationality*，第 22 页（1993）。

〔13〕 参见 Hal R. Arkes and Catherine Blumer, The Psychology of Sunk Cost, 35 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* 124, 127—128 (1985)。

〔14〕 参见 Posner，前引注 7，第 11 页。

〔15〕 R. H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960)。

章);我们的解释将提供一个针对特定法律经济分析的语境。参与实验者是44名在康奈尔大学选修高级法律经济学本科课程的学生。其中一半学生被分配了代金券(token)。每个学生(无论是不是分到了代金券)都给代金券指定了一个个人的价值,实验结束后代金券上指定的价值将被兑现;这些指定的价值引起了代金券的供给和需求曲线。代金券市场开始运作。那些没有代金券的参与实验者可以购买一张,那些有代金券的参与实验者可以出售。如果出价高于他们指定的价值,那些有代金券的应该(事实也是)出售他们的代金券;如果能得到比自己估值低的,那些没有代金券的应该(事实也是)购买代金券。这个代金券市场是一次经济学理论的完全胜利。均衡价格始终正好是理论预测到的那样,代金券确实是向那些对它们估价最高的人流动。

然而,生活通常同把代金券兑换成现金不一样。于是另一个实验开始进行,与第一个完全一样,但现在其中一半学生被配发的是康奈尔的咖啡杯而不是代金券。这里行为分析得出了一个与标准经济学分析不同的结论:因为对那些价值并不是完全被外因限定的(exogenously defined)的商品而言(如同在代金券的例子里所显示的那样),人们并不将机会成本等同于支付成本,那些分到杯子的学生不愿意转让杯子,即使是出价比他们如果没有分到杯子而考虑购买的价格高。

这个预测正确吗?当然。市场一经运行杯子就会被购买和出售。同代金券的那个例子不一样,产权的配置对最终杯子的分配产生了显著的后果。那些分到杯子的学生有一种强烈的倾向保有它们。虽然根据科斯定理可以预测到将有大约一半的杯子被交易(因为从代金券的实验显示交易成本基本上不存在,而且杯子是被
19 随机分配的),但是只有15%的杯子被交易。而且那些分到杯子的学生所愿意放弃他们杯子的价格,是那些没有得到杯子的学生所愿意出价的两倍还要多。如果反复运作这个市场,结果也保持不变。这种效应整体上被称为"禀赋效应";它是"损失规避"——损失比收益的感觉更强烈——这个更广泛现象的一种体现,同时这也是卡尼曼和特沃斯基所提出的前景理论的中心内容。

这里至少有三个重要结论。第一,市场确实是一个包容度很

强的场所。哪怕是涉世未深的参与实验者以很低的本钱进行交易产生的结果,也与代金券交易理论所预测的结果显著不同。第二,如果参与实验者必须自己决定他们的估值(就像对杯子那样),结果可能和经济学理论的预测非常不同。第三,这些偏离虽然一直存在并且相当重要,但是在实验之外表现得并不明显。也就是说,就算是在杯子市场,交易也确实是发生了;只不过是交易的数量比理论所预测的要少。这些方面的内容可以被运用到其他市场;以下我们提供一些例证。

市场力量的作用

在一些场合(非常少见),例如期货交易,市场力量非常强,那三个"有限"就与预测目的显得不相关了。这一点是重要的;它说明了虽然人们经常表现出有限理性、有限意志力和有限自利,市场有些时候可能会引导这些行为与传统经济学的假设相一致。于是问题就变成,确切地说,到底什么时候可以合理地认为市场力量作用于人类行为,使其符合传统经济学的假设?什么情况可以应用于法律经济学适用的大部分领域呢?

比较一下期货合同市场和犯罪行为市场,可能会对这个问题具有指导价值。思考以下命题,如果犯罪行为的预期收益大于犯罪的成本,潜在的罪犯将实施犯罪行为。[16] 假如一个罪犯错误地认为犯罪的收益超过犯罪的成本,但事实上正好相反。首先要注意在这种情况下套利是不可能的。如果某些人很不幸地以一种负的预期效用犯了罪,那么任何其他个人都不能直接通过这个人的行为而获利。金钱市场之外(而且即使在这个市场内也不总是),那些进行低盈利活动的人们损失了效用,但并不为其他人创造利润机会。他们一般也不会从市场消失。(经营糟糕的公司甚至能存活很多年时间;例如通用公司。)做一名坏犯罪分子很少会是致命的,有组织的犯罪可能是个例外,那里存在一些被"恶意接管"的机会。最后,开始从事犯罪的决定并没有许多可以重复学习的机

---

〔16〕 例如,可参见 Steven Shavell, Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent, 85 *Colum. L. Rev.* 1232, 1235 (1985)。

会。一旦某个十几岁的年轻人从高中辍学成为了毒品贩子，他就
20 难以再成为牙医了。

简约

对我们方法的一个可能反对是，传统经济学具有简洁和简约的优点。至少——这种反对会表示——传统经济学提供了一个理论。反过来说，行为视角向我们展示的是有关人类行为的一幅更复杂和更无章可循的画面，就是因为这种更复杂和更无章可循的行为，这幅画面也许使得预测工作更加困难。所有事情都可以以事后的方式得到解释——工具总能被找出来，直到完成解释任务为止——但是将失去经济学方法的那种精妙、概括以及预测的力量。分析工作者难道不应该以简单的工具进行分析么？我们此处给出两个回答。第一，简洁和简约确实是有益的；但是对构建行为模型来说，简单同时正确才更有价值。但传统经济学并不是这样，因为它的预测经常是错误的。

第二，传统经济学为达到简约，经常以牺牲实际的预测能力为代价。它的目标是提供一个行为的单一理论，一个也许不可能完成的任务。从“理性”（传统分析的中心词）这个概念自身来说就不是一个理论；为产生预测，它必须更完全地具体化，这经常要通过使用辅助假设。事实上，“理性”这个术语非常含混，能指很多东西。一个人可能被视为是理性的，当他的行为（1）符合预期效用理论的公理；（2）对激励发生反应，这就是说，当成本和收益变化的时候，行为者将改变他的行为；（3）内部是一致的；（4）促进他自己的福利；或者（5）对达到他的目的是有效率的，不管这些目的和他真实的福利之间是什么关系。我们观察到的是对这些定义中大部分偏离；对于（1）来说，早在大约五十年前，学者们已经开始记录对预期效用理论的偏离，前景理论看起来对行为的预测更好。对于（4）和（5），人们的决定有时候并没有促进他们的福利，也不会帮助他们实现自己的目标；对于（3），行为研究显示人们有时候以一种不连贯的方式行事，例如，如果被要求做个直接选择，会指出 X

优于 Y，但当被要求给出他们对这二者的支付意愿，Y 却优于 X。[17] 所以说如果理性这个用语从(1)、(3)、(4)或(5)这些角度理解，我们的许多例子将显示人们通常是不理性的。对于(2)，如果不把什么算是成本什么算是收益具体说清楚的话，对激励发生反应这个提法将是空洞的。如果理性就是简单指基于主要的激励，人们"选择"他们所"偏好"的事物，那么这个理性的概念对行为的限定就太少了。如果一个人正好喜欢蓖麻油，那么她见蓖麻油就喝也是理性的。其他的自毁行为(诸如吸毒，自杀，等等)也可以从类似的角度去解释。这么来看，甚至理性究竟指的是"偏好"还是进行预测，也说不清楚。 21

如果这样一个理性概念可以产生好的预测，那么也许没什么不满意的理由；但问题在于，这个变化多端的概念，使得理论没有任何前提限制可言。一个有无限自由的理论根本就不是理论。例如，思考一下如此多的人们去投票(尽管都绝对肯定知道没有一个人的投票将会影响结果)，这是不是一个悖论(很多经济学家这么认为)。如果这是个悖论，那么理性假设的麻烦就大了；如果这不是个悖论，假设预测到的又是什么呢？它仅是预测人们在情况改变时会作出的反应——例如，如果下雪投票的人将会更少？如果是这样，这个预测还不算坏，但是假如在一次暴风天气里投票的人反常得多，那么它就可能会说，更多人投票的原因，不过是在这种情况下投票将显得特别勇敢(所以以这种形式的理性为基础可以产生很多预测)。作为回应，传统经济学有时候会转向更强形式的理性，并且这些形式在有的情况下提供强有力的预测；但是这些预测经常是不准确的，就如上文的说明，下文的例子也将表现这一点。

我们现在转向实证的，对策的和规范的问题。我们的目的不是把它们全部解决，而是通过涉及广泛的问题领域，以展现行为经济学的前景。对于那些关于这些问题的权威论断还需要做大量的检验工作。以下将要进行的，也许部分应该视为是一个针对早期

---

〔17〕 参见 Amos Tversky, Rational Theory and Constructive Choice, 载于 *The Rational Foundations of Economic Behaviour* 185, 189—191 (Kenneth J. Arrow et al. eds., 1996)。

法律经济学的建议，一个用一套新工具来开展研究工作的纲领。

参与人的行为

最后通牒博弈与公平

博弈和它的积淀成本变化。我们从上文提到的第三个有限，有限自利开始。属于这个有限范围的第一个有用的例子，是有关一个非常简单的谈判博弈里的参与人行为，这个博弈被人们称为最后通牒博弈（the ultimatum game）。在这场博弈里，有一个参与者，也就是出价者（Proposer），被要求对她自己和另一个参与者，也就是受价者（Responder）之间的一笔钱，提出一个分配方案。然后受价者可以作出选择。他既可以接受出价者给他的那部分钱，剩余的留给受价者，他也可以拒绝这个方案，拒绝则两个参与者都什么也得不到。两个参与者都不知道他或者她的对手的身份是什么，而且参与者相互间只玩这么一次，这样荣誉感和未来关系这些因素就被消除掉了。

经济理论对这场博弈有一个简单预测。出价者将提出可能找到的最小货币份额，比如说一分钱，同时受价者将接受，因为得到
22 一分钱比什么都没有得到要好。事实证明对博弈的预测非常错误。受价者一般来说拒绝现有金额数量20%以下的提案；受价者表示他们愿意接受的平均最低数量，是在这笔钱的20%～30%之间。[18] 这样看来，受价者希望惩罚不公平的行为，哪怕是他们自己也要付出金钱代价。同时这种反应似乎被出价者也预测到了；他们一般会提议从这笔钱里拿出相当一部分进行分割，其比例通常是在40%～50%之间。[19]

经济学家们经常疑虑，此类实验的结果与实验所采用的方式

---

〔18〕 参见 Werner Guth, Rolf Schmittberger and Bernd Schwarze, An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, 3 *J. Econ. Behav. & Org.* 367, 371—372, 375 tbls. 4—5 (1982); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, Fairness and the Assumptions of Economics, 59 *J. Bus.* S285, S291 tbl. 2 (1986)。

〔19〕 参见 Guth，等，前引注18，第371—372，375页，表4—5；Kahneman，等，前引注18，第291节，表2。

密切关联。如果谈判利益大幅度提高，会怎么样？或者这个游戏重复几次，允许学习会怎么样？对这个情况我们有答案。对第一种可能来说，这些因素对结果没有重要的影响。把利益从每对游戏者 10 美元提高到 100 美元，甚至提高到一个星期的收入（在一个贫穷的国家），影响都很小；把这种博弈在不同的参与者之间重复十遍，结果也一样。[20]（当然，把谈判筹码提高到某点上，情况就会不一样；大概很少有人会不要 1,000,000 美元的 5%。）我们并没有见到行为向标准经济学理论所预测的方向靠拢。

因此，许多经济学家认为可能会改变博弈结果的因素，事实上没有发生作用。但是，通过为这个章节我们所作的研究，一个在经济学理论预测中不起作用的因素，即积淀成本的介入事实上却起了作用。像上面提到的，经济学预测决策制定者在选择时不考虑积淀成本（参见上文基本原则二）；但决策者事实上通常不是这样。在最后通牒博弈里，积淀成本有没有影响行为？为发现这一点，我们要求学生志愿者拿出 5 美元到教室里来——这将成为他们的积淀成本。然后发给学生们一张表格，询问他们在最后通牒博弈里——出价者出一半、受价者出一半，一共 10 美元由两个人分配——此时，他们会如何扮演这两个角色。接着他们被告知他们的角色将被随机决定，所以他们必须决定首先当他们被选为出价者时他们愿意提出多少，然后当他们是受价者时他们愿意接受的最低出价是多少。[21] 作为一种控制，我们也做了标准版本的最后通牒博弈（即没有出现学生积淀成本的实验）。

---

〔20〕 参见 Colin Camerer and Richard H. Thaler, Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners, 9 *J. Econ. Persp.*, Spring 1995, 第 209, 210—211 页; Vesna Prasnikar and Alvin E. Roth, Considerations of Fairness and Strategy: Experimental Data from Sequential Games, 107 *Q. J. Econ.* 865, 873—875 (1992); Robert Slonim and Alvin E. Roth, Learning in High Stakes Ultimatum Games: An Experiment in the Slovak Republic, 66 *Econometrica* 569, 573 (1998)。然而，当重复伴随着很大利益的时候，提议会减少一点，但仍然远远高于标准分析预测的那样。参见 Slonim and Roth, 前引注，第 573, 588 页，图 3A。

〔21〕 如果所有提议都被受价者拒绝，这个实验对实验人员来说就是有利可图的（因为实验人员向每对谈判者收取了 10 美元，如果出价者的提议被拒绝，谈判者这 10 美元就被没收了）。为解决这个"问题"，我们紧接着进行了另一个实验，博弈的胜利者被奖励实验人员在前一轮中赚得的所有利润。

虽然经济学理论认为最后通牒博弈的积淀成本变量将不影响行为(因为从学生收取的5美元是积淀成本,因此将被游戏者所忽略),但我们预测在这种情况下积淀成本会起作用。具体来说,我们预计受价者将会感到,他们对他们贡献给实验的那5美元享有"权利",因此会不愿意接受少于这个数字的提议。我们发现的结果正是这样。在这场博弈的原始版本中,用来分配的10美元是实验人员提供给参与实验者的,受价者要求的最低平均数量是1.94
23 美元。在积淀成本版本中,这时每个学生出5美元参加,麻省理工大学MBA学生的那一组的平均要求是3.21美元,芝加哥大学MBA学生的那一组是3.73美元,芝加哥大学法学院学生的那一组是3.35美元(参见表1.1)。根据具有统计显著性(statistical significance)的常规测度标准,得到的每一个平均数字都与1.94美元的控制值存在显著差异。再看后面的平均数,麻省理工学院的61%的学生要求至少4.00美元,32%要求全部返还他们的5.00美元。芝加哥大学MBA学生中,67%要求至少4.00美元,40%要求5.00美元。芝加哥大学法学院学生没有那么极端:47%要求至少4.00美元,23%要求5.00美元。

表1.1 最后通牒博弈的结果

	平均要求	要求4美元的比率	要求5美元的比率
麻省理工大学MBA学生	$ 3.21	61%	32%
芝加哥大学MBA学生	3.73	67%	40%
芝加哥大学法学院学生	3.35	47%	23%

注意,包括在普通的最后通牒博弈里,我们想强调的是针对受价者而言的公平行为,而不是出价者那一方对公平的积极承认,(如我们前面提到的,出价者的行为与受价者公平行为的金钱最大反应看起来完全一致;其他实验结果也支持这个结论)。[22] 不过,

[22] 参见Elizabeth Hoffman, Kevin McCabe and Vernon L. Smith, Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games, 86 *Am. Econ. Rev.* 653, 653—654及图1(1996)(发现出价者一般提出不超过总数的10%供分割——如果(1)受价者别无选择只能接受出价者的提议以及(2)确保匿名——超过60%的出价者什么都不提。)

我们确实了解，在其他的背景下，人们对公平显示了积极的关心。[23]

在许多实验背景下取得的公平结果，例如最后通牒博弈，不能在名誉的基础上做解释。博弈者是匿名参与的，而且相互只进行一次。当然，在真实世界里，大多数时候名誉和公平因素是混合在一起的。最后通牒博弈的结果表明，甚至当行为有违他们自己的金钱利益，并且没有人会知道时，人们也经常会采取与公平考虑相一致的行为。这也就是为什么，例如，很多人会在一个遥远的城镇，在那个他们永远不会再来的饭馆，留下小费。

公平(Fairness)，刻毒(Acrimony)和审慎(Scruples)。对此问题的一些理论思考。怎么丰富经济分析，才能包容在最后通牒博弈及其积淀成本变量里被观察到的行为？如我们已经提出的，第一步是放松"无限自利"这个假设，虽然这个假设在大部分经济学理论中是通用的。这个假定隐含着出价者应该提出的是最小可能的数额，而受价者将接受它。与此不同的另一种观点，请见以下记载：

> 居住在绮色佳岛(Ithaca)附近农村的农民，通常在路边的桌子上放一些新鲜的物品。桌子上有一个装现金的盒子，希望顾客把钱放到盒子里，以换取他们拿走的蔬菜。盒子上面只开着一个小口，钱只能放进去，拿不出来。而且盒子固定在桌子上，所以没人能(轻易地)把钱全部拿走。我们认为运用这个机制的农民，与人性的正确模型正好相对应。他们觉得足够多的人会自愿地为生鲜谷物付钱，所以放个盒子在那儿就够了。同时农民也知道如果钱可以被轻易地拿走，有的人也许会这么干。[24] 24

我们强调这一点，并不是想讲一个简单的利他主义故事。正如已经提到一样，这种利他主义有时候传统的经济学也承认；相反

---

[23] 参见 Ernst Fehr, Georg Kirchsteiger and Arno Riedl, Does Fairness Prevent Market Clearing: An Experimental Investigation, 108 *Q. J. Econ.* 437 (1993)。

[24] 参见 Richard H. Thaler and Robyn M. Dawes, Cooperation, 载 *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 6, 19—20. (Richard Thaler ed., 1992)。

我们关心的是关于互惠公平的更复杂的情况。对公平的关心是大部分参与者效用函数的一部分。以简单的利他主义为基础，是不容易解释最后通牒博弈的结果，或者绮色佳岛商贩的行为。首先，博弈在匿名的陌生人之间进行。在这种情况下有什么理由认为这些人们会相互关心？（我们中的大部分人，不会把我们的财富给那些我们没有理由相信比我们的境况更差的匿名陌生人。与此相类似，就算是在绮色佳岛，大部分人也不会开车路过乡间，拿出两美元塞到信箱里。公平行为大概是互惠的。）其次，我们不仅观察到明显的“好”行为（慷慨的捐赠），而且也包括“恶意的”行为（受价者不接受小份额的方案，使出价者付出沉重的代价）。在最后通牒博弈里，人们同时表现出比传统假设预测的更好的一面和更恶的一面。

这种对人性的衡平见解，如最后通牒博弈的结果以及绮色佳岛农民的行为所表现的那样，不要理解为是非正式的或者是个别的。在一个严格的分析中，物质的和非物质的动机有可能整合起来，例如公平一点的要求（对那些做事已经很公平的人），还有恶毒一点的要求（对那些做事已经不公平的人）。马修·拉宾（Matthew Rabin）在关于公平的模型里[25]，提出了一个对此正式而精致的处理。拉宾的工作框架组合了有关行为的三种形式化的事实。简单的非正式表述是：

> A. 人们愿意牺牲他们自己的物质利益，去帮助那些对他们好的人。
>
> B. 人们愿意牺牲他们自己的物质利益，去惩罚那些对他们坏的人。
>
> C. 牺牲的物质利益更小时，（A）和（B）这两种动机的效应更加明显。[26]

拉宾的研究表明，上述关于行为假设是如何解释在最后通牒博弈里观察到的行为，以及在其他合作博弈里如囚徒困境（Prison-

---

〔25〕 参见 Matthew Rabin, Incorporating Fairness Into Game Theory and Economics, 83 *Am. Econ. Rev.* 1281 (1993)。

〔26〕 前引注，第1282页。

er's Dilemma)博弈中的合作行为的。相关研究通过借助于法律的适当定位,已经表明这些行为有助于形成解决集体行动困境的规范。[27] 25

拉宾的理论,可以被视为是一个有关行为举止和原则的理论。总结拉宾的研究,我们可以认为,人们对以下内容具有偏好:(1)他们自己的物质利益,(2)他们一些熟人的物质利益,除此之外他们的偏好还有(3)一些利益相关的陌生人的境况,(4)他们自己的名誉,(5)他们希望自己成为哪种人。一个人与别人合作或者帮助别人的愿望,可以被看作是这些变量的函数。最后一个因素是重要的,而且容易被忽略;认为自己是一个诚实的、有原则人——这种愿望有助于解释,为什么我们中的大多数(虽然不是全部)确实会在一个陌生的饭馆留小费,会在路边售货架的盒子里留下钱。如同拉宾所说,人们愿意牺牲他们自己的物质利益,去帮助那些好人或做过好事的人。当然,在一个资源稀缺的世界里,这些欲望和其他欲望是竞争的。我们不是在鼓励卖奔驰轿车时也采用路边售货架的方法。

如上所说,在一些场合下,行为经济学的参与者具有一定行为方式和审慎,这能引领他们变"好"。但是就像我们在最后通牒博弈里观察到的,人们同样可能被刺激变得有恶意。有些时候,其他人在物质或其他方面将有所损失这个事实,对参与者是一种利益;这就是有恶意的前提。一个参与者可能计算使其他人获益的成本,从而强烈反对某个交易,就算这个交易实际上能让该参与人获得实际收益。因此收到(相对)低的报价的受价者,为了惩罚那些试图拿走太多的粗鲁提议者,会不愿意进行交易,就算这个低的方案也有相当多的一笔钱。注意到这一点,这种恶意的行为也是"有原则的":即为惩罚某些做事不公平的人,人们愿意付出代价。这同发动抵制是一样的行为,在这种情况下消费者为了惩罚做错事的一方,约束自己不购买平常喜欢用的某些东西。传统经济学有些时候承认这种行为,但在法律经济学里基本没有得到注意,不幸

---

[27] Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation* (1984); Robert Axelrod, *The Complexity of Cooperation* (1997)。

的是，在法律经济学领域，这个问题经常可能非常重要。[28]

在刻毒的环境下，恶意行为是普遍的，例如在打仗或者争辩中。在这些情形里，甚至一家人也会说或者做什么，去伤害对方；在不好的环境中，物质或者其他方面的伤害，是参与人收益的一部分。别人所失是自己所得；甚至认为自己是哪种人的观念（例如我不下贱或者我不傻），都会向施加损害的方向发展。（防备不被别人说自己下贱或傻，也可能起作用。）这自然是与合作行为相反的情况。不幸的是，刻毒在许多法律环境里特别普遍，诉讼活动之前、之中和之后。许多漫长的争讼——不能早早友善和解的案
26 件——也许就是因为双方不能通过一个更友好的方式解决问题。（通过诉讼方式结束的婚姻，几乎从定义上就可看出，是刻毒的。）我们猜测，甚至在对名誉的关心十分重要的情况下，刻毒环境里的恶意行为也经常能被观察到；例如，我们想像，在法庭上离婚官司的竞争者，很有可能将像扮演最后通牒博弈里的受价者那样，拒绝低方案，反对他马上就要变成的前配偶，不愿意让提议者从中获利太多。[29]

什么是“公平”？ 没有刻毒，恶意的行为——诸如在最后通牒博弈里对低方案的拒绝——在一方违反了公认的“公平规范”的时候，可以被典型地观察到。这就提出了一个明显的问题：什么是“公平”？在最后通牒博弈里，大部分人认为，比如说，给受价者一分钱的方案是“不公平的”。这个感觉是一个更广泛模式的表现：如果人们与“参照交易（reference transaction）”——定义交易方互动基准的交易——发生严重偏离的情况下，人们会判断结果是“不公平的”[30]。当交易方之间的互动，是任何一方对这笔钱都没有

---

〔28〕 波斯纳讨论过与“恶意”有关的复仇和报应的概念。参见 Richard A. Posner, Retribution and Related Concepts of Punishment, 9 *J. Legal Stud.* 71 (1980)。

〔29〕 参见 Robert Gibbons and Leaf Van Boven, Multiple Selves in the Prisoners' Dilemma (Nov. 16, 1997)（《斯坦福法律评论》未发表的手稿档案）（发现如果被试对他们的对手有积极印象时，比如果他们对对手有消极印象，更有可能在博弈中采取合作行为）。

〔30〕 参见 Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard Thaler, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 *Am. Econ. Rev.* 728, 729—730 (1986)。

更多权利的情况(这也是共同知识),"参照交易"是在大概平分这么一个位置上;严重偏离这个位置被认为是不公平的,并且相应地会被受价者惩罚。如果分割一笔钱的交易双方,都认为其中一方比另一方有更多的权利,那么"参照交易"将在有利于更多权利一方的分割位置上。[31] 如果交易方是一个消费者和一个市场上的公司,"参照交易"是具体交易物品惯常的交易条款[32]。以下我们将更多讨论这后一方面的问题。我们现在的目标,只是提出对什么是"公平"的一般定义,并且据此表明,我们并不是把它视为一个混杂的无法定义的全能用语。相反,我们认为它含有很具体的合理的意义,可以在语境的范围内产生有用的预测。

规范。与公平相关的规范,是更大意义上控制行为的规范的一部分,它可以发挥类似"税收"或者"补贴"的作用。类似上文所做的分析,可以在许多决策中展开,通过比如购买书籍、衣服、选择旅游地点,或者抽烟、回收物品、基于种族和性别进行歧视,或者通过选择朋友、饭馆和汽车等活动,人们不仅关注物质方面的自我利益,还有他们的名誉和他们的自我观念。对个人效用组成部分的更进一步了解,对实证和对策这两方面的法律分析都会有很大帮助。例如,它也许有助于我们更好地理解(并且可以随后对与之相关的情况进行更好的预测),公共场所一条基本上没有强制力的禁止吸烟的条幅,能使得行为因为它的存在而发生巨大变化——这种现象可称之为"无需强制的遵守"。[33] 27

围绕着法院判令的谈判

科斯式的预测。如上面提到的,法律经济学的一个重要方面是科斯定理,它表示当交易成本和财富效应为零的时候,法律权利的配置不影响最终的权利分配。对这个思想的一个直接运用,是

---

〔31〕 参见 Elizabeth Hoffman and Matthew L. Spitzer, Entitlements, Rights, and Fairness: An Experimental Examination of Subjects' Concepts of Distributive Justice, 14 *J. Legal Stud.* 259, 261 (1985)。

〔32〕 参见 Kahneman et al., 前引注 30, 第 729—730 页。

〔33〕 参见 Robert A. Kagan and Jerome H. Skolnick, Banning Smoking: Compliance Without Enforcement, 载于 *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture* 69 (Robert L. Rabin and Stephen D. Sugarman ed., 1993)。

当一个法院作出了一个判决，无论形式上是禁令还是损害赔偿，如果存在一个不同的结果，它比法院的判决更好，而且交易成本和财富效应都不大，那么案件双方就会谈判得出一个不同的结果。（因此，举例说，假如法院作出了一个金额非常高的损害赔偿判决，但是所争议的行为是有效率的，案件双方会谈判到一个较低的赔偿水平，这样就提高了可以在他们之间分享的剩余金钱。）在这种情况下，诉讼后权利被分配给了谁，权利是怎么被保护的（依据财产规则或者是责任规则），对最终的权利分配都不起作用。

行为分析。受行为经济学的影响，许多法律的评论者已经注意到，依据上文所说的禀赋效应（前景理论的一个方面，因此也是有限理性的一个例子），对法律权利的配置很可能会影响谈判的结果，就算是交易成本（按照传统的定义）和财富效应为零。通过上文描述的杯子实验，这个结论可以被证明，同时禀赋效应还有相当多的其他证据。[34] 虽然禀赋效应认为，整体上对法律权利的配置可能影响谈判结果，但这个效应最可能出现的时候，是在权利被争议双方经过法律程序，以法院判令的形式产生的时候。对此有一些原因。

首先，通过诉讼程序可能强化禀赋效应。实验证据显示，当一方当事人认为他已经理应有某个权利，或者他特别应得这个权利时，就会产生特别强的禀赋效应。[35] 一些得到法庭有利判决的人，自然会认为他本来就该得到它。根据后面章节要讨论的自利服务偏见，这样的人同时可能会强烈相信这个结果是公平的。

有限自利，特别是前面提出的刻毒的说法，提供了另一个理由，解释为什么我们应预料到，在真实世界环境里的谈判比法律经济学教材所预料的会更少。就算是通过交易，可以得到一些金钱收益，但没有交流的讨价还价是困难的，一个长时间的案件审理，诉讼通常不是用口头语言的条件结束的。就算交流是可能的，当
28 双方都以让对方更糟糕为乐趣的时候，谈判也不太可能启动；在这

---

〔34〕 参见 Kahneman，等，前引注 11。

〔35〕 参见 George Loewenstein and Samuel Issacharoff, Source Dependence in the Valuation of Objects, 7 J. *Behav. Decision Making* 157, 159—161 (1994)。

种情况下,即便是大幅度提高双方当事人可能得到的利益,和解协议也难以达成。由于所有以上的原因,行为研究表明,禁令和损害赔偿很可能陷入僵局,即使是交易成本很低(按照传统定义)。

当然,大部分案件是和解的,所以说那些不能和解,从而产生由法院作出判决的案件,在某种意义上可能并不是典型的情况。但对实证分析来说,这并不意味着它们不是重要的研究目标。和传统法律经济学一起,行为分析关注的是一些案件走向法庭这个事实(以及这个事实的结果)。[36]

证据。这样,传统经济学理论和行为分析对于审判后会发生什么作出了不同的预测。因此这些理论,能够被经验证据所检验。法庭判决作出后,会发生什么情况呢?双方当事人谈判得出一个不同结果的概率是多少?考察这些案例,法院把权利配置给了对它估值较小的一方。在这种情况下,标准理论预测的应该是,只要交易成本(诚如传统定义)和财富效应不大,将会出现围绕法院判令的谈判行为。(信息不对称这种可能性与现有的经验研究的关联,将在后文讨论。)行为理论预测的是,即使出现交易成本不高和财富效应不明显这种情况,通常也不会存在重新谈判。整体上看来,法院的判令不见得是唯一有效率的,所以有可能对这些不同的预测进行检验。

尽管缺少这方面信息的细节内容,沃德·范斯沃思(Ward Farnsworth)收集的数据也说明了,判决后存在的谈判比经济学模型所预测的要少得多(见第 12 章)。范斯沃思与来自大约二十起私害案件的代理人进行访谈,这些案件都被要求发布禁令,并都经过了诉讼的全过程,或胜诉或败诉。在范斯沃斯研究的这些案件中,即使是交易成本低,即使站在客观的第三方的角度来看,也许会认为确实存在对双方都有利的相当大的交易空间,但也没有一个案件的双方当事人,尝试着去围绕法院的判令进行谈判。传统分析也许会把无法达到最终协议的这种失败归因为信息不对称;但从

---

〔36〕 传统法律经济学基本上把和解失败归结于双方的信息差异。关于这个主题有大量的文献,总结于 Bruce L. Hay and Kathryn E. Spier, Settlement of Litigation, 载于 3 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 442 (Peter Newman ed., 1998)。

这种分析出发，难以解释这种全然的、连谈都不谈的失败。另一个值得注意的是，被访谈的律师表示，一旦相反的结果出现，就不可能会通过合约方式的解决。（这最后一点同时意味着这种不谈判的事实不能通过假设法院所作的判令是唯一有效率的解释得出。）

律师们对这些结果的解释与行为是相称的。一旦人们已经接受了一个法院判决，他们就不愿意再与对方谈判，这部分是由于胜
29 利的原告不愿意把胜利果实送给对方。在投入了大量花费，经过法庭审理过程，最终赢得案件的胜利者，认为他们自己对法律所确认的现状，具有特殊的权利，从而他们不愿意放弃这个权利，特别是把全部或者大部分这些好东西，送给对手。

失败的谈判

即使是在举止得体、心地公平、生活在行为经济学里的参与者之间，自私自利是非常活跃和普遍的。由于他们对公平是什么（或者另一个说法，合适的参照交易是什么）经常会有不小的分歧——因此追求自我利益的双方，就有了驾驭的机会。这些当事人都可能倾向于从对他们最有利的角度出发去看问题；就算人们关心公平，他们对公平的估计也被他们自身的自利倾向扭曲了。这是有限理性的一种形式——具体来说，是一种判断错误；人们的认知被自我服务的偏见扭曲了。

这种偏见可以有助于说明失败谈判的频率。在涉及离婚、子女监护权的案件中，甚至商业纠纷，双方看起来本可以通过协商解决的情形，却采取了漫长的诉讼解决，这并不是新鲜事（尽管当然我们还是要说大部分纠纷是和解的）。从标准学说的视角来看，这种旷日持久的诉讼的存在几乎是个谜。凭借对纠纷预期估测的良好判断，双方本应比事实上更多达成和解。信息和信号传递的不对称，可以解释这些被观察到的行为，但是这些不对称可能干扰了和解的前景。然而这种解释不好检验。与之相反，讨价还价中自利服务偏见的影响，已经被经验检验（见第 14 章），其结果支持了我们在这里的解释。

强制合同条款

工资和价格效应。法律的经济分析最经常提出的主张之一是对合约双方施加强制条款将使双方遭受损失;它起的作用事实上可以被视为是对他们交易的一种有效征税。例如,对被雇佣者工作场所特定安全水平的规定,或给租房人公寓适合居住的权利,将使雇佣者和被雇佣者,出租房子的人和租房子的人情况变坏。在这一节里,我们提出有限理性,特别是禀赋效应,它对传统法律经济学的这些主张提出了质疑。我们这里的分析与理查德·克拉斯维尔(Richard Craswell)几年前对强制产品担保的研究是等同的[37];在克拉斯维尔的基础上,我们强调对雇佣环境和近来对强制合同条款的效果的经验研究。 30

传统的反对强制条款的论点,就如刚才提出来的那样,分两步走。第一,既然他们自己可以办到,但双方并没有对争议条款进行谈判,这说明条款的成本肯定高于它的收益(否则他们自己会达成协议的)。传统观点的第二步是,在这种情况下施加强制条款对双方会起到征税的作用,使得工资下降(或者,在居住房屋的情况,是价格上升)到该条款的收益和成本之间的某一位置上,并且导致有利可图的交易数量减少。这种分析假设了一条向上倾斜的(不是垂直的)劳动力供给曲线,不过至少就下文讨论的与现有经验证据(女性雇员)相联系的就业队伍来说,这个假定明显是合理的。

这样,传统法律经济学对施加强制合同条款的效果提出了鲜明的预测。数据是不是真的支持这些预测?乔纳森·格鲁伯(Jonathan Gruber)在这个领域有领先的研究;格鲁伯调查了在提供给雇员的保险单里强制包含生育保险的效果。[38] 施加这个强制的寿险条款——这明显不同于此强制前惯常的合同安排——导致了受此影响的工人(主要是指那些处在生育年龄的已婚妇女)的工资下降,根据大部分作者的估算,下降幅度至少是这个强制保险的费

---

[37] Richard Craswell, Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships, 43 *Stan. L. Rev.* 361, 388—390 (1991)。

[38] Jonathan Gruber, The Incidence of Mandated Maternity Benefits, 84 *Am. Econ. Rev.* 622 (1994)。

用。这项研究同时发现，随着这种强制，这些工人的工作时间要么不变要么略高，而她们被雇佣的概率要么不变要么略低。总之，“这个发现始终表明，百分之百转化这种强制的成本，对净劳动力投入产生的效果很小。”[39]传统法律经济学难以解释这些发现，传统预测的是工资的下降小于这种收益的成本。（如果工资可以根据这种收益的全部成本而调整，那么甚至在强制规定之前，很大一批雇员就应该被提供这个收益了。）

行为分析。离开无限理性参与人的预期效用最大化的假定，对施加强制性合同条款会有一个不同的解释，与提到的经验发现相一致。如前面所说，禀赋效应指的是，比起人们在没有的时候愿意支付的价格，人们通常更不愿意在拥有的时候按这个价格去卖；如果拿到了一个杯子，三美元他们不会卖，但是如果没有拿到，这个价格他们不会买。因此，如果一个雇员（假如）没有被授予某项权利，他选择不买这个特定的工作福利的事实，并不意味着如果他被赋予这项权利他会愿意按这个价格卖（如果他可以这么做的
31 话）。这个观察的结论是，施加一个强制条款，将会出现与标准分析预测不同的后果。用供给—需求来说，假设一条施加强制条款前的劳动力供给曲线，它反映在既定福利条件下不同工资水平下的工作意愿；一旦施加强制条款，因为禀赋效应，供给曲线向右移动，而且移动幅度大于劳动力需求曲线由于强制条款的影响而向相反方向的移动。如果这样，受影响的工人工资的下降幅度就会等于或者大于该项收益的成本。这正是格鲁伯对强制生育保险进行研究后所发现的。

这里有三方面是重要的。第一，虽然禀赋效应与工资或价格的完全或者更高的调整相一致，但即使有禀赋效应，工资或价格的调整也可能是不完全的。也许一旦工人对某项福利有权利，他们就不再愿意提供劳动力以换取既定工资加上这项福利；如果没有这种福利，他们更不愿意提供劳动力，这也是可能的。还有一种可能，传统经济分析通过引入如同逆向选择这样的市场失灵，可以解释上面讨论的经验发现（上文提到的对强制合同条款的批评，对这种可能性基

〔39〕 前引注，第623页。

本上是忽视的)。[40] 我们在此提出的只不过是一个最温和的观点,传统法律经济学对强制条款的解释与观测到的行为并不一致,而行为解释对此可以进行预测。未来的经验研究可以尝试检验,在逆向选择不可能起重要作用的情况下,强制合同条款有什么后果(这不同于健康保险的语境),以此说明逆向选择的可能性。

第二个限定是,如果强制条款的受益者必须放弃某个先前存在的收入水平,在这种情况下,由于受益者可能非常厌恶这样的损失,所以禀赋效应可能不会起作用。这个限定仅适用于相对于先前预期发生经济损失的情况;因此它不适用于像消费者为了含有品质担保而愿意以更高的价格购买耐用品的情形。最后一个限定是,我们这部分的分析纯粹是实证的,其关注点是施加强制合同条款的效果。从规范角度看,禀赋效应并不一定隐含着强制条款就是好的;施加这些强制条款,它们并不会造成破坏(如果它们本来被假设是能够造成破坏的),从这个意义上来讲,这些强制条款可能是有效率的,但是正如标准解释所提供的理由,没有这些条款的情况也是有效率的,没有明显的方法可以比较这两种情况。不像上一部分讨论的那几种情形,我们往往认为有一个相对更有力的理由,来选择一个规范的基准而不是其他(比如由于人们某些种类的判断错误,可能低估某个客观概率),这里似乎没有一个决策的清楚根据。 32

因此,我们强调的是有关施加强制合同条款所产生的效果的实证问题。首要的一点是,有许多研究计划可以用来检验不同的假设;我们想借此指出,传统的观点不能被先验地接受,并且我们有理由认为行为法律经济学所指向的是一个有益的方向。

法律的内容

在这一部分我们提出,法律经济学对法律内容的解释,有必要结合上文提到的有限自利(以公平规范的形式)和有限理性的思想

---

〔40〕 前引注,第626页,注9。

进行修正。如同我们将要显示的那样，许多书本上的法律似乎难以以效率为基础说明其合理性（例如，禁止那些没有明显外部性的、对双方都有利的交易），而且看起来受益的群体，影响立法的力量并没有多大（例如贫穷和中产的阶层）。我们认为解释这些“反常”的法律，一般是简单的：大部分人认为这个结果公平。而且我们提出我们观察的一些法律，既不反映效率也不反映传统的寻租，相反，体现的是有限理性。

隐含在我们对法律内容的行为经济学解释之下的，是简单和惯常的分析结构。就现有的分析而言，我们假设（为目前的工作，分析目标一直是成文法而不是判例法）立法者是关注他们自己再次被选任的利益最大化者。关心他们自己连任的立法者，将对他们的选民和那些有力量的利益集团的偏好和判断作出反应。如果选民相信某个做法是不公平的或者危险的，从而应该被禁止或者被规制，服从自我利益的立法者将对此作出反应，即使他们并不支持这些观点。我们猜测对法律内容的全面解释，必须结合立法者独立地对公平或风险所进行的判断，这一点有时候会起作用；但是在这里我们并不讨论这一点，原因是我们考察的范例，从公众和利益集团的感知角度，看起来对我们所遵守的法律能得到良好的（并且最简约的）描述。

对市场交易的禁止

这一节讨论对法律的需求，目前可以说这种需求被人们的有限自利，特别受到他们所认为的公平观念的影响。我们不是去捍卫我们所描述的法律；我们是更温和地提出人们对公平的参与，是建立这些法律的因果机制中的一环。公平规范和其他力量的交织，产生了一些我们观察到的看似反常态的法律。“公平实业家（Fairness entrepreneurs）”也许在起作用，他们鼓动公众判断服务于
33 自己的（自私的或者不自私的）利益。

对经济交易的禁止

困惑。法律有一个普遍的特点，那就是它往往会阻断了一些为双方当事人所期待的交易。在这方面最令人困惑的也许是对传

统"经济"交易的禁止,例如高利贷、哄抬物价和炒卖票证,还包括对婴儿买卖和投票交易的禁止,对此下文将讨论。高利贷,或者说索取一定标准以上的利率,在许多州这种消费者借贷交易是禁止的。哄抬物价,或者索要"明显过高"或"显失公平"的价格,许多近来经历过"紧急状态"(例如一场水灾或其他自然灾害后)之类事件的州法对此持禁止态度。最后,炒卖票证,或以大大高于面值(远远超过包括卖票者成本的适度利润)的价格倒卖票证,对此所有州中有大约一半是禁止的,包括纽约州(有很多爱看戏剧的人)。

毫不奇怪,经济学家和具有经济学背景的法律人通常认为,这些法律是没有效率的,并且是反常态的。[41] 而且一般情况,这些法律看起来也不能从政治上处优越地位一方寻租的角度得到很好解释。也许有人会提出炒卖票证的法律,对这最后一点来说是个例外,票证的卖方(可能在政治上居于强势)也许会朝这个方向影响立法,因为适当的价格对创造需求是必要的,反过来这又保证了质量,使得产品更受欢迎。[42] (因此观点会是,例如,在服务员安排桌子的时候,饭店老板不会涨价,如果有一个预定的二级市场,对饭店桌子的安排课以高价,饭店老板们就会让它变得违法。)此类观点适用在这里的问题是,它不能解释炒卖票证法适用于那些一直流行的项目,它们的质量是从电视上知道的,而且即使需求有一些减损,它们对公众的吸引力也不会大幅度降低——包括许多职业体育运动项目之类。我们在这里的观点是更整体的:即使用效率或传统寻租的观点来解释某些法律对经济交易的禁止是有一定可能的,但在传统的基础上没有一个整体理论或理论集合可以对这类事件作出全面的解释。

行为的解释。相反,当这些行为盛行,禁止高利贷、哄抬物价和炒卖票证的法律,能被上文提出的感知公平理论(the theory of perceived fairness)直接预测到。(我们在这里假设,追求自我利益

---

〔41〕 例如,可参见 John Tierney, Tickets? Supply Meets Demand on Sidewalk, *N. Y. Times*, Dec. 26, 1992, 第 A1 页(引用纽约大学经济学家 William J. Baumol 对法律禁止炒卖票证的批评)。

〔42〕 参见 Gary S. Becker, A Note on Restaurant Pricing and Other Examples of Social Influences on Price, 99 *J. Pol. Econ.* 1109, 1110 (1991)(提出了质量证书论)。

的立法者，对公民或其他人员在法律方面的需求会作出反应。）在这每一个禁止的例子里，所争议的交易都与一般意义上的市场良好交易，有很大偏离——也就是说，与“参照交易”有很大偏离。行为分析预测，如果交易经常在一个远离参照交易的特定领域发生，
34 就会产生要求法律禁止该项交易的强大压力。请注意这个预测不是说所有高价（高到一些想拥有那些东西的人难以或者无法支付得起）都将被禁止；这里预测会被禁止的交易，是在远离市场一般发生这种交易的意义上说的。

思考这个例子：

> 一家商店已经在一个月内卖完了流行的 Cabbage Patch 玩具（★洋娃娃系列玩具中的一种——译者注）。圣诞节的前一周在库房发现还有一个。经理人员知道很多顾客愿意买这个玩具。他们在商店的告示牌宣布，这个玩具将以拍卖的方式出售给出价最高的那个顾客。[43]

将近四分之三的被调查者认定这个行为有点不公平，或者非常不公平，但是，经济分析得出的结论会是拍卖方式当然是确保玩具流动到对它估值最高的人手里的最有效率的办法。即使拍卖是有效率的，但它表现出了与“参照交易”的偏离，依据参照交易，玩具是以普通价格出售的。（自然，法律不必禁止这种行为，因为这并不很常见。）就像在玩具例子里一样，如果借贷给某人一笔钱的利率，明显高于对其他人的相近数量贷款的利率，那么出借者的行为就可能被视为不公平。由于木材一般都是以某个特定价格出售的，（如果）紧接着来了一场飓风，引起对木材的需求量飙升，然后以高得多的价格销售木材，这会被认为不公平。运动会或舞台表演门票，通常是按照票证的面值销售，所以在这个数字上大幅涨价会被认定为是不公平的。与最后一点相一致，当问到一个运动队，对它保留的少量关键足球赛的门票，按拍卖方式分配，被调查者认为这种方式不公平；如果通过谁等票的时间最长来分配这些门票

---

〔43〕 参见 Kahneman，等，前引注 30，第 735 页。

会被认为是个更好的解决办法。[44] 当然，谁等票的时间最长，正好就是法律禁止炒卖票证的效果。因此，普遍的公平规范塑造着关于高利贷、哄抬物价和炒卖票证的态度（也因此可能，对法律的态度）。

私人行为。这些禁止交易的法律经常模拟而不是限制它们所规制的企业的行为，这一点值得注意。首先考虑高利贷：这是借贷市场尽人皆知的一个谜，贷款者经常拒绝借钱给风险高的借款人，即使高于市场利率；更确切地说，要么是在既定的利率下有资格贷款，要么是根本没资格贷款。[45] 当适度增加利率，并没有违反高利贷法时，甚至也会是这样。（考虑逆向选择也可能解释这种行为，但并不能轻松地解释为什么存在禁止这种行为的法律。）在私人行为这一点上，哄抬物价和炒卖票证也是相似的。因此，当安德鲁飓风袭击佛罗里达州时，对木材和其他建筑材料的需求暴涨，而 35
Home Depot 作为一家主要的全国连锁店却继续以平常价格出售这些商品，尽管事实上存货本可以卖出巨大的（短期）利润，尽管事实上也没有法律禁止提高价格。说得更普遍些，经济学家经常对企业没能针对短期需求的增加而相应提高价格颇有微词。[46] 与此相类似，反炒卖票证法的一个有趣特征是，只有企业首先选择了在一个合理的价格出售票证的情况下，法律才会保护该价格不被哄抬；而企业事实上一般也是这样做的。例如，1997 年 NBA 的季后赛，芝加哥公牛队向公众出售的票价略高于传统赛季的比赛，但远远低于公开的球票经纪市场上的要价（在伊利诺伊州这是合法的）。正如一个大剧场经理所解释的，“公众关系是一个很重要的理由”，尽管在现行价格下很多人等着入场——但由于公众已经认

---

〔44〕 参见 Kahneman，等，前引注 18，第 287—288 节。

〔45〕 例如，可参见 Keith N. Hylton and Vincent D. Rougeau, Lending Discrimination: Economic Theory, Econometric Evidence, and the Community Reinvestment Act, 85 *Geo. L. J.* 237, 258 (1996)（讨论了住房抵押借贷市场）；Board of Governors of the Federal Reserve System, *Report to the Congress on Community Development Lending by Depository Institutions* 34 (1993)（同样）。

〔46〕 参见 David D. Haddock and Fred S. McChesney, Why Do Firms Contrive Shortages? The Economics of Intentional Mispricing, 32 *Econ. Inquiry* 562, 562—563 (1994)（经济学文献综述）。

为"百老汇的票价太高了",所以不能提高非常热门的表演的票价(体育赛事可能也是如此)。[47] 与前面的分析一致,最近对价格粘性(price stickiness)的证据也显示,消费者对于不公平涨价的感觉似乎对企业行为的影响很大。[48] 注意,这里并不是标准的声誉问题;对公平的考虑是涨价损害企业声誉的原因。

那么为什么这些法律是必须的呢?如果没有法律,一些相关行为者将不受到公平规范的约束。非正式的贷款者可能愿意以极高的利率贷款;供应商直接从运货卡车后面出售木材,经常会索要市场能承受的最高价格(就像安德鲁飓风之后出现的情况那样);票贩子是典型的一锤子买卖的匿名行为者,他们没有理由保持低价。法律就是要对这些不法行为者进行规制。那些更强大的主流企业,会倾向于支持或者至少不反对,这些禁止不公平交易的规则。(注意,尽管他们的支持不会被标准解释所能预测到。)

其他禁止。法律禁止经济交易仅仅是对交易限制的更广泛形式中的一种。许多交易,在不同情形下都被禁止。人们不能买卖身体器官。人们不能出卖他们的选票。在一些州,盈利性的代孕(surrogacy)行为是被禁止的,并且所有州都禁止婴儿的买卖。禁止种族和性别歧视,对此人们不能,例如通过某种书面协议形式去讨价还价。在美国的每个法律辖区都能发现被禁止的交易。

这么多样的禁止引发了一些严肃的规范问题;对这些问题已经有很多谈论。毫无疑问,在不同地域间存在的各种禁止是可以进行合理的区分的;有时候外部性明显存在。我们这里提出简单实证的一点:行为分析说明有关公平的普遍判断,对这些自愿交易
36 的限制在起作用。无论这些判断是否有意义,它们是广泛散布的,并且有助于说明为什么依据效率和寻租难以解释存在这样的立法。在确定禁止某些交易时,立法者可能会就社群对哪些情形需

---

[47] Peter Passell, If Scalpers Can Get So Much, Why Aren't Tickets Costlier? *N. Y. Times*, Dec. 23, 1993, 第 D2 页(引用舒伯特组织[Shubert Organization]领袖 Gerald Schoenfeld 的话)。

[48] Alan Blinder, Elie R. D. Canetti, David E. Lebow and Jeremy B. Rudd, *Asking About Prices: A New Approach to Understanding Price Stickiness*, 第 9—10, 149—164 页(1998)。

要适当地根据市场筹划来处理的所持的态度作出回应。这些领域的参照交易一般来说是“不进行交易”;就如票证一般是以面值作为规范或基准,在最后通牒博弈里应该是把总数平分,而现在的规范或基准是“不进行市场交易”。与这个规范偏离就会被视为不公平,从而被禁止。

对言论的事前限制

与公平和有限理性相联系的规范,可能影响到法律的另一个例子是有关对宪法第一修正案的一个经久困惑:司法特别反对对言论的“事前限制(prior restraints)”,其中最显著的是通过颁布禁令。[49] 法院可能拒绝发布禁令以反对某种言论,即使它可能允许事后惩罚这些言论。让人迷惑的是事前限制也包括事后的惩罚;禁令的意义就是违反者将受到(事后的)制裁。如果违反禁令会导致刑罚,那么为什么刑法典会比禁令的存在的问题少呢?

传统经济学对这个问题没有提供令人满意的答案。是的,禁令可能被理解为是创造了一个前景,这个前景对言论设置了更大的总体惩罚,但没有人说过第一修正案对那些政府有权进行刑事处罚的言论的处罚严厉性设置了限制条件。在任何情形,许多刑法典比许多禁令施加的处罚更重,而后者绝不比前者更麻烦。

行为分析能解释法律对事前限制的特别对待么?正如本章早先注意到的那样,以法院判令形式出现的救济对它的受益者来说容易形成特殊的纽带;由于认为结果是不公平的,以及禀赋效应造成的这种纽带,人们一般不愿意放弃被这些救济赋予的权利。对检察官以及其他所有人来说,这似乎都是真实的。一个请求颁布禁令的检察官,可能尤其坚持要确保实施刑罚。而独立的、不附随禁令的刑法典,可能对检察官造成不同的反应。理性的被告知道这个不同。因此对法院而言,尤其重要的是要确保任何对言论施加的禁令不能在准确判断涉案言论不受第一修正案保护之前发布。

---

〔49〕 例如,可参见 Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein and Mark V. Tushnet, *Constitutional Law*,第 1183—1196 页(3rd ed., 1996)。

如果这样说，这个解释与事前限制的特殊障碍的最复杂辩解
37 走到一起了。[50] 那些辩解极力主张，事前限制的真正目的是确保，在有根据地判断第一修正案不保护某个有风险的言论之前不能进行任何规制。传统经济学原理难以解释这个学说，但对行为经济学来说，这是个自然推论。

零散事件导致的环境立法

有限理性个人的判断失误，对法律内容的预测和解释也发挥着相当大的作用。尤其值得一提的是，例如，在环境保护的领域，人们往往基于他们对与某种危害行为相关的概率判断来寻求法律。他们对概率的判断，经常受到该争议危害的其他例证“易得”程度的影响，这就是说其他例证是多么容易被他们想起来。[51]

这里有一个熟悉的易得范例：一些人被问起，在一个二千字的小说片段里有多少以“ing”结尾的七字母组成单词，另一些人被问起，在这个片断里有多少以“n”作为倒数第二个字母的单词，尽管客观事实当然是，满足后一个标准的单词多于前者，但结果是，前者被远远估计得更大。[52] 依赖众多事件当中的易得范例是一种判断错误，但对于掌握有限信息的人们，这个错误完全是理性的——在反映最优化行为意义上的理性。虽然如此，在概率估计上，易得能导致整体的错误。在环境立法的情形中，通常鼓励的是那种人们熟悉的“本月污染物”式的救治，也就是说驱动该规制的是最近发生的、能想起来的危害范例。当信念和偏好基于对概率判断的集合产生，而这些概率判断又被易得直观推断搞得不准确，可以预见立法将被零散事件所驱动。有很多这样的情况；例如对橙剂（A-

---

〔50〕 参见 Martin H. Redish, The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 *Va. L. Rev.* 53, 55 (1984)。

〔51〕 参见 W. Kip Viscusi, *Rational Risk Policy*, 第 96 页 (1998)（讨论了易得的作用）；Roger G. Noll and James E. Krier, Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation, 19 *J. Legal Stud.* 747, 762 (1990)（同样）；Cass R. Sunstein, Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State, 48 *Stan. L. Rev.* 247, 265—266 (1996)（同样）。

〔52〕 Amos Tversky and Daniel Kahneman, Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment, 90 *Psychol. Rev.* 293, 295 (1983)。

gent Orange)和时代海滩(Times Beach)的大声疾呼[53],或者在大众传媒给予充分关注后,对学校里的石棉的严格管制。[54] 在规制型法律的其他领域,同样的现象也可能发生;这里有一个例子是,在媒体关注导致学童死亡的校车事故之后,严格规制校车安全成为了发展方向。[55]

一个特定环境危害的易得程度,是由什么决定的呢?有两个因素特别重要:灾害被观察到的频率和它的严重程度。因此,如果某个特定危害最近已经变成现实了,人们就可能对其未来的发生打上高概率标签。如果这个灾害的严重程度高,那么这一点就尤其真实——例如,在许多孩子在场的时候,学校发现有石棉。撇开事实的性质不谈,严重程度受到媒体、有组织的利益集团以及政客对事件包装方式的严重影响。

私人和公共领域的利益相关者,可能为其自身目的而利用易得直观推断。这些行为者是业余的行为主义者,有策略的促进他 38
们自私的或非自私的目标。因此在某个特定事件上,"易得企业家"将集中注意力,以使公众的许多成员都能感觉到,这个事件是严重和易得的(见第 15 章)。

易得直观推断可能导致规制不足,或者过度规制。人们有时(尽管不总是)低估了低概率或低严重程度事件的可能性,不过是因为这些事件的威胁没有进入人们的"视域范围(原文用的是 radar screen,直译为雷达显示屏)";许多医疗和环境风险(比如由于不良饮食和运动引起的健康威胁),在一些人中可能符合这个描述。但是当某个特定威胁变得易得,即使是不很可能的那种,就像在学校里发现石棉的时候,就会出现对规制的需求。行为解释因

---

〔53〕 例如,可参见 Keith Schneider, Fetal Harm Is Cited As Primary Hazard In Dioxin Exposure, *N. Y. Times*, May 11, 1994, 第 A1, A20 页。

〔54〕 参见 *Asbestos Hazard Emergency Act of* 1986, 15 U. S. C. 2641—2656 (1994); Margo L. Stoffel, Comment, Electromagnetic Fields and Cancer: A Legitimate Cause of Action or a Result of Media-Influenced Fear, 21 *Ohio N. U. L. Rev.* 551, 590 (1995)(谈及一则 ABC 专题新闻关于媒体报道如何"增强了人们对……学校石棉问题的焦虑")。

〔55〕 参见 Jerry L. Mashaw and David L. Harfst, *The Struggle for Auto Safety*,第 141—146 页 (1990).

此预测，环境法同时是由规制过度和规制不足拼凑起来的，当某特定的风险近期变成现实了，特别是如果争议的危害看起来很严重，规制过度就会出现。

对策

在这一部分我们将注意力从实证转向对策。我们认为在我们考察的每一个语境中，对行为的认识都能改善法律，推动社会向我们所期待的结果方向发展。

过错的认定以及其他法律或事实的认定

背景。陪审团经常被召集来判断某个已经发生的事件的发生概率；一个突出的例子是过错的标准，（以法律经济学所偏好的那种分析程式）它将要求陪审员从事前的角度评估被告行为的成本与收益，进而决定危害可以结束该行为的概率。这些认定，都是“受益”于后见之明而获得的；陪审员知道，在他们作出决定的时候，争议的事件事实上已经发生。因此陪审员的决定，就有可能被“后见偏见”所困扰——仅仅因为这个事件最终发生了，决策制定者就会轻易认为，这个事件有过高的发生概率。[56]

如果成本—收益分析被正确地运用——即使，以事前为基础——与这种方法相比，后见偏见将导致进行过错认定的陪审团更频繁地发现被告应负有责任。于是，原告将在他们本应败诉的案件中获胜。很多研究表明后见偏见在范围广泛的背景中得到遵从，只要陪审团要决定过错与否，它都极可能会出现。

由后见偏见的过错认定的一个起始问题是，后见偏见是不是
39 只抵消了，对被告来说，低估了被惩罚的可能性的倾向。人类行为的一个普遍特点是过度乐观：人们容易以为坏事情对自己，远比对别人更不容易发生。因此，大多数人认为，他们碰上坏结果的概率

---

〔56〕 参见 Baruch Fischhoff, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, 1 *J. Experimental Psychol. Hum. Perception & Performance* 288 (1975)。

会远远低于别人，尽管这对于超过一半的人来说，当然是错误的。[57] 如果被告表现出这种过度乐观，那么过错标准的准确适用，对他们而言就会威慑不足；这样基于后见偏见对伤害概率的高估，就可能成为一个令人满意的抵消因素。我们认为被告的过度乐观因素，对企业，比对个体被告，应该轻微得多，因为判断上出现整体错误的企业，在竞争中将处于不利位置。而且即使对个人来说，过度乐观的作用，也因情形的差异而相当不同。在很明显会被认为有责任的案件里，个人倾向于过高估计的可能是被惩罚的概率，理由可以联系到我们上面对超级基金（Superfund）法案的讨论。比较起来，后见偏见看起来是很广泛的现象；它已经贯穿了许多研究，在广泛的不同情境中可以被观察到，而且可能只要陪审团作出过错认定，它就会存在。

事实上，在例如专利法等法律领域里，已经采取了明确的步骤去回应后见偏见引起的问题。于是，正如杰弗里·拉齐林斯基（Jeffrey Rachlinski）最近指出的那样，专利法院被要求认定一项发明在发明时是“非显而易见（nonobvious）”的——尽管现在（可能）看起来显而易见——要注意“再次考虑（secondary considerations）”，视其为“商业上的成功，长期感到但没有得到解决的需要，[以及]其他人的失败”[58]，以避免出现后见偏见；这实质上是通过一种有限的形式来减少决策者的偏见。（因此，法律似乎承认，法官和陪审团一样，都可能存在后见偏见——尽管有证据显示，法官的这种偏见比陪审团小。）[59] 但是在侵权法领域，现有的反应顶多是部分的或者不全面的。后见偏见在侵权法体系中好像根深蒂固，即使让法院注意到这一点，也很难让法院（更不用说陪审员）承

---

〔57〕 参见 Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* 806 (1980); Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Susceptibility to Health Problems: Conclusions from a Community-Wide Sample, 10 *J. Behav. Med.* 481 (1987)。

〔58〕 Jeffrey J. Rachlinski, A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, 65 *U. Chi. L. Rev.* 571, 615 (1998)（引用 *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 17—18 [1966]）。

〔59〕 参见 Reid Hastie and W. Kip Viscusi, What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager (May 21, 1998)（《斯坦福法律评论》未发表的手稿档案）。

认并解决这个问题。法律应当如何在侵权案件中应对后见偏见呢?

一个明显的应对是通过利用陪审团指引,告知陪审员这种偏见,并且让他们集中于事前的情形。遗憾的是,这样的减少偏见技术对决策中的后见偏见来说,似乎没什么效果,或者效果很有限,事后和事前的决定之间差距仍然很大。[60] 发现减少偏见技术的效果有限,说明律师如果试图采用这些技术,也可能收效甚微,尽管对律师的作用,还可以做进一步的研究。由于减少偏见明显有限,我们提出两种替代对策——一个简单明了,但只限于几类案件,另
40 一个是全面的,并且对未来的研究指出了一条重要途径。

对策

第一对策:操纵传递给陪审员的信息。应对侵权案件中的后见偏见,一个手段是操纵给陪审员的系统信息。假设,一个食品加工公司被指控在生产工程中过失决定使用一种特别的化学物质;假如那种化学物质最后导致公司车间邻近社区的一小部分居民患上了癌症。该公司认为,不使用该致癌(如同后来发现的那样)化学物质,将可能给社区造成巨大的细菌污染风险。假设陪审员没有被告知公司已决定使用该化学物质;而只是被告知公司事前面临的决策(是否使用该化学品)。他们了解了该策略的成本和收益,并且必须决定采取还是不采取该策略都可能会有过错。在这种场合下,陪审员被转变成事前的决策者。他们对每种危害的概率估计——以及因此对公司的两种决策之一是否有过错的评估——将不受后见偏见的影响。

一些案件,也许不可能让陪审团不知道被告的选择;案件事实已经把选择说清楚了。例如,在著名的 Petition of Kinsman Transit

---

〔60〕 例如,可参见 OMartin F. Davies, Reduction of Hindsight Bias by Restoration of Foresight Perspective: Effectiveness of Foresight-Encoding and Hindsight-Retrieval Strategies, 40 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* 40, 61—64 (1987); Baruch Fischhoff, Perceived Informativeness of Facts, 3 *J. Experimental Psychol.* 349, 354—356 (1977); Kim A. Kamin and Jeffrey J. Rachlinski, Ex Post ≠ Ex Ante, 19 *Law & Hum. Behav.* 89, 96—98(1995)。

Co. 案中[61]，桥梁操作员没有及时地提起吊桥以避免事故的发生，而原因明显是当时他在酒馆，所以桥没有被提起来，这一点诉讼事实已经明显指出。在这种情况下，一个可能的对策是把审理分为两部（这较早出现在文学领域），直到对责任的初始认定已经作出，对责任进行认定的陪审员不能了解事故的细节。[62] 尽管我们认为在这种情况下，这是个明智的对策，但我们也注意到这不能彻底消除后见偏见的影响，因为（正如两部审理的支持者认识到的）“毫无疑问，陪审团知道他们被要求参与的不只是一个学术活动”[63]，而且（由于案件审理已经进行）“某个坏结果肯定已经发生了”[64]。相反，在陪审员不必知道（由于他们不能从案件事实中进行推论）被告如何选择的案件中，就有可能完全消除后见偏见。有许多这样的情况：医师面临两种选择，其中之一有可能造成病人的伤害或死亡；使用或不使用某种新技术，其中之一有可能造成危害；发现或没有发现精神病人的自杀威胁，其中之一有可能导致自杀。

第二对策：改变证据标准。如上面描述的那种后见偏见的后果，是陪审员将过高估计危害可能发生的概率（由于危害实际上已经发生了）。对危害的概率认定，传统上是以“优势证据（preponderance of the evidence）”为标准作出的：如果根据证据，陪审员们认为危害发生的可能性比不发生的可能性更大，也就是说危害发生的概率大于法定责任所要求的最低概率，他们就会认定被告有责任。我们可以想像，通过提高证据标准，可以抵消后见偏见的作用。（这是针对前一对策的替代方案，而不是补充；这二者结合在起来会导致过度校正，从而震慑不足。）因此，例如，如果只有在证 41

---

〔61〕 338 F.2d 708 (2d Cir. 1964)。

〔62〕 Hal R. Arkes and Cindy A. Schipani, Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias, 73 *Or. L. Rev.* 587, 633—636 (1994); Norman G. Poythress, Richard Wiener and Joseph E. Schumacher, Reframing the Medical Malpractice Tort Reform Debate: Social Science Research Implications for Non-Economic Reforms, 16 *Law & Psychol. Rev.* 65, 105—111 (1992); David B. Wexler and Robert F. Schopp, How and When to Correct for Juror Hindsight Bias in Mental Health Malpractice Litigation: Some Preliminary Observations, 7 *Behav. Sci. & L.* 485, 496 (1989)。

〔63〕 Wexler and Schopp，前引注 62，第 494 页（原文强调如此）。

〔64〕 Arkes and Schipani，前引注 62，第 635 页。

据显示至少有75%的概率的情况下——而不仅仅是51%的概率——才达到严重危害概率的最低要求，陪审员才可以据此认定被告负有责任，那么他们可能刚好得到的是对责任的正确结论：他们会高估达到最低概率的那个概率，但这一高估可能正好在新要求的水平之下。

我们的法律系统已知的最高证据起点——"超出合理怀疑(beyond a reasonable doubt)"标准——只在刑事案件中使用。但是，在民事案件中，一个中间标准(比优势证据标准要求高，但低于"超越合理怀疑"标准)是"清楚并且令人信服的证据(clear and convincing evidence)"标准。当然，这可能是一个次优的办法；有时如果制度运转完好，没有后见偏见，也没有提高证据标准，本来应该负有责任的被告，可能会被认定没有责任。但情况不一定总是这样，而且即便如此，如果是对现有体制的一种改善，我们最好对这种粗糙方式导致的错误宽容一点。最重要的是，把中心放在决定是否改变证据的最低标准会表示一种值得期待的平衡回应，不管这种回应是从整体来看还是从某类特殊情形考察，对这方面的研究还有很大空间。我们的目的是提出进行这方面研究的价值所在，而不是依据我们现有的知识去敦促立即改变现有政策。

其他应用。到此为止，讨论集中在侵权案件中运用过错标准的问题，但相似的问题在法律的其他领域也会产生，如果知道负面事件事实上已经发生，陪审团(或法官)，必须决定是否达到某个事前的标准。一个例子是证券欺诈诉讼，由于案件太多，这促使国会1995颁布了《私人证券诉讼改革法》。[65] 在一个典型的证券欺诈案件中，决策者面对某个公司股票价格狂跌的情况，会被要求评估是不是公司面临这某个特殊问题，应该在早些时候披露(尤其是在它成为问题之前)，而是不是该公司对此不进行披露，因此促成了股票跌落。此类案件的决定者，被要求作出事后的决定：一个理性的事前决策者，基于当时可得的信息，是否应该认为潜在的问题对一般股东来说是"现实的"[66]。问题在于，这种决定的背景信息肯

---

[65] Pub. L. No. 104—167, 109 *Stat.* 737 (1995)(法典化散见于U.S.C.15章)。

[66] 参见 Robert Charles Clark, *Corporate Law* §8.10.4 (1986)。

定是,事实上该问题已经成为现实了,而且导致了公司股票价格的 42
大跌。在这种情况下,决定者可能很难发现,如果是理性的事前决策者,凭什么会认为这个潜在的问题不现实。与这个分析一致,是否提起证券欺诈诉讼,对此主要的预测因素,似乎是该公司股票的市场价值是否发生了的巨大变动,而不是从事前角度看,该公司的行为是否合理。[67]

这里还有另外一个例子,与违反宪法第四修正案而引起的损害赔偿诉讼有关。此类诉讼的风险是如果被指控的非法搜查,事实上找到了对起诉者很不利的证据(比如,毒品或其他违禁品),那么决策者就很容易断定执法机关的行为是合理的。即使从事前看,(不知道最后的结果),这种的行为确实不太可能被视为合理。

信息披露和政府广告

背景。假如这一点成立,对某既定的主题,个人缺少足够的信息——例如工作场所的安全,器具的能效,或者药物的使用效果。在这些例子中,政府可能会想办法促使对不同的推销进行比较,以及鼓励知情的决策(informed decision making)(例如《联邦诚实贷款法》〈truth-in-lending law〉所规定的那样,要求贷款者公布其利率,并以此计算利息)[68];在其他例子当中,政府可能有某个特定的政策目标(减少对药物的使用,鼓励使用节能型冰箱)。传统经济学承认所有这些目标可期待性(第二种情形就是诸如外部性的问题),并且通常提倡作为达到这些目标的手段,要么对有关的私人参与者(例如雇主)进行强制,要么政府自己提供,从而让公民得到更多的信息。[69]

"提供更多的信息",这个对策极其空洞。行为分析认为,这个

---

〔67〕 参见 Janet Cooper Alexander, Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions, 43 *Stan. L. Rev.* 497, 511—513 (1991); James Bohn and Stephen Choi, Fraud in the New-Issues Market: Empirical Evidence on Securities Class Actions, 144 *U. Pa. L. Rev.* 903, 935—940, 979—980 (1996)。

〔68〕 参见 Edward L. Rubin, Legislative Methodology: Some Lessons from the Truth-in-Lending Act, 80 *Geo. L. J.* 223, 235—236 (1991)。

〔69〕 例如,可参见 Joseph E. Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, 第 90—91 页 (1986)。

对策空洞得太过分。“提供更多信息”并没有表明以什么方式提供信息，然而我们知道这关系重大。

表达问题有几层含义。一是“反对策的（antiprescriptive）”：直接促进比较推销的对策——上面提到第一个政府目标——经常是不完整甚至瘫痪的，因为通常并不存在“不偏不倚”的方式表达信息。第二层含义是，达到上述第二个目标的有效策略对策——不鼓励某种行为——必须考虑行为的因素。简单“提供信息”是不够的。下面我们讨论几个例子。

43 **反对策**。试以政府试图促进知情决策为例。在固定缴款计划中，例如401（K）那种，劳动部及相关政府部门规定雇主必须给予雇员投资选择，而且必须提供与那些选择有关的信息（例如风险和回报）；但企业不允许对如何投资提供“对策”。我们认为，这种空洞的指导会让雇主非常为难。因为企业所采用的描述和展示投资选择信息的方式将对雇员的选择产生很大影响。

以最近展开的一项研究为例，大学工作人员的退休储蓄分为两种不同的基金，一种安全型（如债券），一种有风险型（如股票）。[70] 所有雇员都看到了两种基金回报的实际历史数据，但是信息用两种不同方式展现；一组得到的是一年回报率的分布，而另一组得到的是三十年回报率的模拟分布。那些看到三十年回报的人几乎把他们的所有储蓄都投资到了股票，而那些看到一年回报的把他们资金的一大部分投向了债券。我们强调的不是说这些结果中某一个更好，我们强调的只是，在真实世界里，那些提供信息的人最终是以提供建议的方式进行的。

这是一个“提供更多信息”的对策可能导致瘫痪的例子；在别的例子中，它可能只是表现不完整。因此，假设对策是某些私人参与者必须提供“信息”；这意味着什么？这是不是意味着，那些在工作场所让人们接触危险物质或产品（比如苯）的私人参与者，必须把有关危险的准确信息提供给他们，这就敞开了一个巨大的可能

---

〔70〕 Shlomo Benartzi and Richard H. Thaler, Risk Aversion or Myopia? Choices in Repeated Gambles and Retirement Investments (Nov. 8, 1997)（《斯坦福法律评论》未发表的手稿档案）。

性范围。受制于该命令的参与者，通常会提供那些可能信息中，最不吓人、最苍白的内容（例如，“统计表明，风险的增加与苯有联系”），尽管规制者希望的也许可能是信息中最吓人、最显著的（比如，“与苯接触，会提高你患癌症和其他致命疾病的风险”）。当然，如果目标是准确的知识，这个例子中最好的信息可能介于两者之间。在这个领域提出对策的分析家的一个重要目标是表示信息应该如何被提供，而不仅是它应该被提供。

还有其他情况，例如信息表达不仅影响人们对风险的认识，而且会影响人们的偏好，确保“知情决策”意味着什么，这在理论上是说不清楚的。甚至不清楚稳定的或者说持续的背景偏好可能会被“知情”。偏好本身可能就是信息传递方法的产物。例如，卡尼曼和特沃斯基的前景理论，核心内容之一就是，人们对结果的评价，根据的是 44
它们和初始参照点相比的变化，而不是根据结果的性质本身；并且，从初始参照点发生的损失比收益要得到更多权重。[71] 前景理论的这种立论（和这个理论的其他内容一样）是建立在实际选择行为的证据之上。[72] 对结果的评价，依据从初始参照点出发的收益和损失，再加上对损失的特别厌恶，这就意味着与现状相联系，某物体现的是损失还是收益，十分重要；与现状相联系，对损失所感受到的威胁，比放弃收益所感受到的威胁得到更多权重。在这种情况下，很难说哪个人“知情”——是得知损失而感到威胁的那个人，还

---

〔71〕 参见 Kahneman and Tversky，前引注 6，第 277—279 页。

〔72〕 参见前引注，第 273 页（结果被视为不同，取决于从认为的现状角度来看，它们是收益还是损失）；前引注，第 279 页（引用 Eugene Galanter and Patricia Pliner, Cross-Modality Matching of Money Against Other Continua，载于 *Sensation and Measurement* 65 [Howard R. Moskowitz, Bertram Scharf and Joseph C. Stevensed., 1974]）（损失被看得比收益更重）。从经验以及展望理论来看，如何看待结果的另一个特点是，离参照点越远，一个既定的改变引起决策者的反应就越小。因此，例如，假设参照点是 0 美元，那么无论是收益还是损失，10 美元和 20 美元的价值区别比 1000 美元和 1010 美元之间的价值区别都要大。参见前引注，第 278 页。就决策者“价值函数”的形状而言（每个结果对应的价值的函数，这是前景理论的效用函数相对替代），这意味着对收益而言是凹状的，而对损失而言为凸状的；只有这样的形状，才能使收益和损失在距离决策者参照点越远的时候越不显著。参见前引注。这种价值函数的形状进一步被对风险的态度的证据所支持：人们一般（尽管有例外）对收益显示出风险厌恶的态度，但对损失是风险偏好的；这些态度暗示着收益的价值函数是凹状的，而损失为凸状的。参见前引注。这种凹凸状的模式已经得到了相当的经验支持。参见前引注，第 268，278 页；Peter C. Fishburn and Gary A. Kochenberger, Two-Piece Von Neumann-Morgenstern Utility Functions, 10 *Decision Sci.* 503, 509—510 (1979)。

是得知放弃收益而感到威胁的那个人，结果很难断定。在这种情况以及其他情况下，偏好不是预先存在的，而是“被建构的，存在情境依赖的”，类似于好球还是坏球，它们不是在选择情境之前就预定了的，它“什么都不是，除非”裁判员判了。[73]

对策。假设现在达成一致的目标，不是促进“知情决策”，而是不鼓励某种特定的行为。非常明显，某些提供信息的方式比另一些更有效率。

对策一：利用损失规避。正如刚提到的那样，人们倾向于把损失比收益权重得多。因此，用损失而不是用收益来构造结果，可能会十分有效地改变行为。这种框架效应的一个著名的例证是一项有关胸部自我检查的研究；描述胸部自我检查积极作用的小册子（例如，进行这种检查的妇女，更有可能在可治疗的阶段发现肿瘤）没有效果，但是强调拒绝进行自我检查的负面结果的小册子（不进行这样检查的妇女，在可治疗的阶段发现肿瘤的机会降低），让行为发生了重大变化。[74] 注意，这个例子说明，信息是如何提供的比起不鼓励某种行为（比如不做自我检查）的税收或者规制，可能是个更自然的手段。

对策二：利用显著性。有效的对策策略必须考虑这个事实，生动的个人信息，往往比统计证据来的更有效。这种信息具有极高的显著性，并且由于易得直观推断，人们倾向于对此有反应，认为争议的事件有更高的概率。因此，一个反毒品的广告，镜头上出现了一个煎鸡蛋，播音员旁白道：“这是你吸毒时的大脑。”这看起来对行为有显著的作用。[75] 易得性表明这个广告比那些取悦式的广
45 告，更可能产生对负面效果更强烈感知。

---

〔73〕 Amos Tversky and Richard H. Thaler, Preference Reversals, 载于 *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 79, 91 (Richard Thaler ed., 1992)。

〔74〕 Beth E. Meyerowitz and Shelly Chaiken, The Effect of Message Framing on Breast Self-Examination: Attitudes, Intentions, and Behavior, 52 *J. Personality & Soc. Psychol.* 500, 505 (1987)。

〔75〕 参见 Douglas Herring, Comment, Getting High from South of the Border: Illicit Smuggling of Rohynol as an Example of the Need to Modify U.S. Response to International Drug Smuggling After NAFTA, 18 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.* 841, 863 (1996)（引用 Mathea Falco, Toward a More Effective Drug Policy, 1994 *U Chi. Legal F.* 9, 15）。

对策三:避免过度乐观的陷阱。如前面提到的那样,人类行为的一个共同特点是过度乐观。正如理查德·波斯纳所说,这个行为不是年轻人特有的,尽管它会随着人们步入中老年而减弱。[76]这个行为特点对政府提供信息来说有什么含义呢?考虑两种选择,一个是安全驾驶宣传,强调司机自身的驾驶,一个是政府实际采用的、直率的宣传:"安全驾驶,注意别人。"政府的宣传可能是有意识的,它是在对大多数人容易认为自己开车格外安全的这个事实作出反应。这是行为分析所倡导的对策的一个范例。

罪犯的行为

背景。我们对对策的分析讨论,直到现在一直都集中于有限理性。不过有限意志力也可能在起作用。试以震慑犯罪行为的问题为例。对这一问题的经济分析,一般始于这样的前提:如果犯罪的预期成本超过预期收益,那么潜在的罪犯就会被威慑,不去从事犯罪行为。潜在的罪犯被想像成在决策过程中,至少对成本和收益做了粗略的计算。有限理性表明,人们在计算这些成本与收益的时候,可能会出现整体性(相对于随机的)错误;例如,如上文所述,人们倾向于根据能联想到的类似范例的易得程度,来判断不确定事件(例如由于犯罪而被捕)的可能性,而这取决的因素可能与事件实际上的概率无关。从对策的角度来看,这个分析说明,假定犯罪被抓捕的实际概率保持不变,法律的执行如果非常明显,那么效果会更好;它还说明,例如,处罚违章停车有一个很明智的常见方法是在司机的边窗,贴上一张大的、颜色醒目的、用大字书写"违章"罚单,对路过的司机,这种做法特别能引起他们的注意——相比一个成本更低的方法而言(把小的、普通的罚单放在路边车上的风挡刮水器下面,以便停车场管理员容易够得着)更有效。这里还有一个例子与"社区警务"有关,现在全国都很普遍重视这种工作;让警察的在场变得更显见和更容易记忆(就像例如让警察在巡逻

---

〔76〕 参见 Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Susceptibility to Health Problems: Conclusions from a Community-Wide Sample, 10 *J. Behav. Med.* 481 (1987)(过度乐观在大众中是明显的); Richard A. Posner, *Aging and Old Age*,第 104—106 页(1995)。

区走动，而不是坐在巡逻车里），这样做政府可以提高对潜在罪犯的威慑，而不用改变实际上的抓捕率。

但是即使假设潜在的罪犯会准确地计算犯罪的成本和收益，有限意志力表明由于自我控制的问题，他们的行为也经常会不同于传
46 统的经济分析。许多犯罪行为的一个中心特点是，收益是立马可得的，而成本（如果不管怎样出现了）是随时间展开的——通常是很长一段时间。经济分析假定这样的未来成本被贴现成了现值，而米歇尔·波林斯基（A. Mitchell Polinsky）和斯蒂芬·沙维尔（Steven Shavell）最近指出，潜在的罪犯可能有异常高的贴现率，因此很远的未来待在牢狱里的时间，会被大打折扣。[77] 行为经济分析把这一点展得更开，引入了犯罪学家经常强调的自我控制问题。[78]

对策。正如刚提到的那样，现有的经济分析，假设贴现率是不变的（尽管可能很高）；这意味着今天的奖励或惩罚所引起的吸引或厌恶，和明天的奖励或惩罚所引起的吸引或厌恶，这二者之间的差别与从现在起一年后的奖励或惩罚所引起的吸引或厌恶，和从现在起一年零一天后的奖励或惩罚所引起的吸引或厌恶，此二者之间的差别，是一样的。与这个理论相反，有相当的证据表明人们的贴现率是明显递减的。[79] 这意味着，对即将到来的奖励会很没有耐心（同样，对即将到来的惩罚会很厌恶），但这二者都伴随着时间而下降——这种模式被称为是“双曲线贴现（hyperbolic discounting）”[80]。

双曲线贴现对有效威慑犯罪行为，有什么意义呢？由于潜在罪犯一方的这种有限意志力，没有被抓与被抓并关押，比如，一年

---

〔77〕 A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence 12—13 (Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 213, 1997)。

〔78〕 例如，可参见 Michael R. Gottfredson and Travis Hirschi, *A General Theory of Crime*, 第85—120页（1990）（强调在犯罪行为中缺乏自控的作用）；James Q. Wilson and Allan Abrahamse, Does Crime Pay?, 9 *Just. Q.* 359, 372—374 (1992)（类似）。

〔79〕 参见 George Loewenstein and Richard H. Thaler, Intertemporal Choice, 载于 *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 92, 95—96 (Richard Thaler ed., 1992)（研究讨论）。

〔80〕 参见 David Laibson, Golden Eggs and Hyperbolic Discounting, 112 *Q. J. Econ.* 443, 445—446 (1997)。

时间之差,显著不同于被关押十年与被关押十一年(即使不算定罪可能引起的任何固定成本)。尽管标准理论认为这两者的区别仅在于第十一年被关押的成本必须贴现到现值,以与第一年的工资和人身自由损失相比较,行为经济分析(以及基本常识)告诉我们,并非如此。由于"现在所具有的优先性",短期惩罚因此比长期惩罚的效果大得多;给一个刑期再增加几年,产生额外的威慑将很小。[81]

规范分析:反—反家长主义(Anti-Antipaternalism)

在规范分析方面,传统法律经济学,通常是非常反家长主义的。这其中"消费者主权(consumer sovereignty)"观念起了很大作用;假设公民可以合理地得到相关信息,那么可以认为,对什么会促进他们自身的福利,公民本人会是最好判断者。然而上面讨论的许多有限理性的例子,对这一观点提出了质疑——同时,正如我们将在下面强调的,由于政府行为者与其他所有人一样面对认知和动机方面的问题,所以对政府干预可能会改善问题这个观点,我们也将提出质疑。因此,有限理性提出一种反—反家长主义——对反家长主义提出质疑,但不对家长主义进行肯定辩护。同时我们注意到(尽 47
管我们在此不准备深入),虽然有限理性会增加对法律的需要(如果政府的失误不如公民的失误严重),有限自利,即使没有政府干预,但是通过创设解决集体行动问题的规范有可能减少了这种需要。[82]

公民错误

上文讨论的有限理性的许多形式对消费者主权的观点提出了质疑。例如,过度乐观让大多数人相信他们自己承担负面结果的风险远低于一般人。与之相近,显著效应也可能导致严重低估一

---

〔81〕 参见 Robert D. Cooter, Lapses, Conflict, and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will, 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 149, 154 (1991)(结论是在潜在的罪犯自制力"下降"的模型中,短期但可靠的惩罚是最优的)。

〔82〕 传统经济方法对法律的一个标准论点是自利的人们会造成集体的非理性;然而,如果人们是有限自利的,那么这个问题有可能会消失。

些日常生活中遇到的风险(例如,不良饮食的风险),因为这些危害可能不是很显著。当过度乐观与显著效应联系在一起,人们可能会严重地低估风险。我们强调的是,这些问题不是由于信息本身的不充分;问题在于对所拥有的与自己所面临的风险有关的那些信息没有充分的能力准确加工。因此,例如,人们对吸烟的风险,可能有足够充足的信息[83],但这根本不意味着,他们对其自己吸烟面临的风险有充足的认识。[84] 即使人们可以获得精确的统计知识,统计知识还是可能不足以对实际选择提供信息。[85] 这并不是说信息是无用的;这只是说明,拥有信息本身并不自动意味着会执行最优化的行为。

对于消费者主权思想的进一步质疑,来自"决策"与"体验"效用之间的差别。实际体验的效用与人们决策所显示的预期效用,可能是不一致的。[86] 决策效用和体验效用的同一,在传统经济学中通常被视为公理,或者至少是不会错的前提。但是行为研究显示,因为人们有时不能(即使排除传统经济学承认的几种信息问题)估计实际体验会如何,人们在决策时对其未来体验的判断,可能会出现错误。因此,例如,人们对患重病或残疾的后果,看起来预测得不准确。[87] 他们倾向于低估自己适应负面变化的能力,例如在应对全球气候变化的法律和政策制定上,这一点得到了充分

---

〔83〕 参见 W. Kip Viscusi, *Smoking*,第 4 页 (1992)。

〔84〕 参见 Paul Slovic, Do Adolescent Smokers Know the Risks?, 47 *Duke L. J.* 1133, 1136--1137。

〔85〕 参见 Cass R. Sunstein, Behavioral Analysis of Law, 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175, 1184 (1997)。

〔86〕 参见 Daniel Kahneman, New Challenges to the Rationality Assumption, 载于 *The Rational Foundations of Economic Behaviour* 203 (Kenneth J. Arrow, Enrico Colombatto, Mark Perlman and Christian Schmidt ed., 1996)。

〔87〕 参见 Philip Brickman, Dan Coates and Ronnie Janoff-Bulman, Lottery Winners and Accident Victims: Is Happiness Relative? 36 *J. Personality & Soc. Psychol.* 917 (1978); George Loewenstein and David Schkade, Wouldn't It Be Nice? Predicting Future Feelings, 载于 *Well-being: The Foundations of Hedonic Psychology* (Ed Diener, Norbert Schwartz, and Daniel Kahneman eds., 1999)。

体现。[88]

但是这种对适应的说明引出了复杂的规范问题:是不是一个人在(比如)生病之后对福利的测度就是合适的价值尺度呢?也许,人们通过应对机制,可以比提前预期能更好地适应疾病,但这是不是意味着疾病比先前预料的要轻?从传统的功利主义立场看,答案可能是肯定的;因为计算的是主观体验。但是对功利主义 48
分析存在一个既已确定的挑战,该挑战提出了可能的否定回答,主要是基于主观体验并非都得到认同。[89] 我们在这里试图提出一个简单观点:人们在决策的时候,有时确实错误预测了他们的效用,而且这一现象基于传统立场对消费者主权思想提出了严重的质疑。

行为官僚(Behavioral Bureaucrats)

由于要应对人们的错误,政府应该进行干预,但任何此类对策都会引起这样的问题,即政府是不是能够避免这些错误。如果是平民主义(populist)政府,有多样的和有用的干预前景可能最小;这种政府行为,非常依赖于民众的压力,所以有可能会受制于那些影响民众的完全相同的偏见和错误。(因此,行为分析在此补充了平民主义现存的问题。)普通人对风险的非常规感知,可能会导致不规则的规制,正如普通人犯的认知错误后来为制定法和行政法所重复。[90] 社会互动的效果可能让政府的行为比起个人的错误甚至更糟、更危险。我们早些时候的讨论提出一个可能的机制:私人部门中的"易得企业家",能够提高对规制的需求,而公共部门的"易得企业家",可以利用这个结果得到好处,并通过倡导零散事件驱

---

[88] 参见 George Loewenstein and Shane Frederick, Predicting Reactions to Environmental Change, 载于 *Environment, Ethics, and Behavior: The Psychology of Environmental Valuation and Degradation* 52, 64—65 (Max H. Bazerman, David M. Messick, Ann E. Tenbrunsel and Kimberly A. Wade-Benzoni eds., 1997)。

[89] 参见 Jon Elster, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality* (1983); Amartya Sen, *Commodities and Capabilities* (1985)。

[90] 参见 W. Kip Viscusi, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, 第 149 页 (1992); W. Kip Viscusi, *Rational Risk Policy*, 第 85—88, 94—97 页 (1998); Noll and Krier, 前引注 51,第 747, 760—772 页。

动的政策，来强化这个结果。因此，对立法的公共选择解释，可以和行为解释一起，共同从事有价值的工作；行为机制和利益集团领导者之间，有许多协作，许多利益集团的领导者是业余（或专业的？）行为经济学家。环境法中的本月污染物综合症，与应对本月危机的许多措施相类似。平民主义政府面临的这些困难，同时反映了在公投过程中存在的问题。

但平民主义政府不是唯一的忧虑。即使不是平民主义的，政府也经常受制于认知和动机方面的问题。（官僚也可能缺乏为公共利益决策的适当动机。）[91] 因此，没有当然的理由认为，例如政府官员，因为在办公室，他们就能够避免过度乐观，或者预测到体验效用。但另一方面，由于一定程度上与来自平民的压力隔离，加上对行为经济学的了解，问题可能会有一些改善。新制度可能会起作用；试以布雷耶（Breyer）法官呼吁一个隔离的专业公务员群体为例，这个群体被委托进行风险比较的工作，以及确保资源被投入到解决最严重的问题中[92]；从行为角度考察霍华德·马格里斯（Howard Margolis）已经得知对策，也即应该要求政府确保其所有行
49 动“不造成危害”[93]；甚至成本—收益分析的主张，从行为方面理解的话是在力图克服意识和动机的偏见和混乱。[94] 而且我们强调，政府干预不必采取高强制的方式；也许那些没有强制的信息宣传，可以克服的人们决策扭曲。例如，在诸如抽烟之类的风险情境中，把统计证据和个人实际情况联系在一起，减少技术偏见也许就会起作用？

前面所有的观点都有可能引发一些复杂情况出现；而且我们甚至还没有触及讨论家长主义合法性的复杂哲学文献。将这些观点适用于任何具体的法律问题还需要许多更深入的工作，这超出了本章允许的篇幅。但是我们不必认为这些思想是纯粹抽象的形

---

〔91〕 参见 Robert C. Clark, Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law, 89 *Colum. L. Rev.* 1703, 1719—1720 (1989)。

〔92〕 Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, 第 55—81 页 (1993)。

〔93〕 Howard Margolis, *Dealing with Risk*, 第 165—189 页 (1996)。

〔94〕 *Risk vs. Risk* (John D. Graham and Jonathan Baert Wiener eds., 1995). 有很多理由认为，文中提出的每种解决办法，对传统经济学也可能有吸引力。

式;试以以下它们的简单适用为例。假如能发出紫外线的太阳灯在一个没有规制的市场上出售,而且许多在灯下睡着的消费者被严重烧伤了。尽管包装及说明书上都有警告,消费者还是犯了这个错误,也许是因为他们没有预料到在一个温暖的地方躺下,再闭上眼睛,可能会睡着。这可以被称为"无意识的风险",也就是指没有被消费者重视的风险。这种无意识风险的存在,就有可能通过规制而增进福利。假如,给太阳灯添加自动计时器要花费 25 美分,由于消费者预计不到他们会需要这个东西,生产者没有添加这个功能。这里我们不讨论政府强制安装计时器的问题,因为这种做法确实有可能干涉自由。我们也不讨论可能的分配方面的问题(所有人都要为太阳灯多付钱,虽然也许只有一些人不能意识到睡着的风险)。我们所强调的只是,分析这个问题的一个重要方面是,要求提高安全功能的成本(每个消费者 25 美分)是否低于没有意料到的烧伤的代价。

这个例子的核心是,从行为法律经济学的视角来看,家长主义问题很大程度上是一个经验的问题,而不是一个在先验基础上回答的问题。没有公理表明,人们做的选择服务于他们的最大利益;这是一个要靠证据回答的问题。当然,公共机构可能把事情弄得更糟而不是更好,在这种情况下,干预的理由被削弱了。我们指出的是,事实以及对成本收益的评估,应该取代那些回避根本问题的假设。

结论

传统的法律经济学,主要建立是在新古典经济学的标准假设上。这些假设有时是有用的,但经常是错误的。人们表现出有限 50
理性:他们受到一些偏见的影响,例如过度乐观,自我服务的公平观念;他们跟随直观推断,例如易得,这样就会导致错误;他们的行为更符合前景理论,而不是预期效用理论。人们的意志力也是有限的;他们会被诱惑,有时候短视。人们采取步骤来克服这些局限。最后,人们是有限自利(幸好!)。他们关心别人的福利,在一

些场合甚至包括陌生人，这种关心，以及他们的自我观念，可以把他们引向合作，不惜牺牲自己的物质利益（有时也会引向恶意，也不惜牺牲自己的物质利益）。许多这些限度，可以而且已经成为正式模型的一部分了。

在本章，我们通过引入一个更加现实的人类行为的概念，概略地展现了丰富传统分析所带来的启示。我们始终坚持在法律的经济分析中使用这三个有限的价值和重要性；我们在一系列法律问题中，更多是尝试性的，探究了这些有限可能的重要性。显然，还有许多研究需要做，而其中一个重要的目标是概括出那些能从深入研究中受益的领域，无论分析方面还是经验方面。

我们并不怀疑，用复杂的心理内容取代简单的经济学最大化模型，要付出一定代价。处理最优化问题，通常比描述实际行为容易。有句话（我们认为是赫伯特·西蒙[Herbert Simon]）曾说过，经济学使行动者面临麻烦，而对经济学家来说则是小菜一碟；我们认为行为经济学做了相反的工作。对那些感兴趣于法律经济学的人来说，我们认为，丰富后的模型是值得费心研究的。其中有一些理由，在此我们做扼要重述：

1. 标准模型的一些预测是完全错误的。例如，与传统分析的预测相比，人们同时既可能是更恶意的，也可能是更合作的，这对法律的许多问题都很重要。同样重要的是，要知道，即使在一个没有交易成本和财富效应的世界里，对产权的安排，也会改变这些权利最终的配置，某些形式的产权安排（例如法院裁判），在这一点上可能尤为真实。现实世界的这些特征，对进行预测和制定政策来说是很重要的。

2. 另一些情况，经济学家没有作出预测（或者错误的、没有效果的预测）。表达的诸多效果在这一类型中非常突出；由于经济理论假定，选择独立于问题被框定的方式，所以如果信息内容保持不变，经济理论会错误地预测媒体说明或广告语言对行为将没有效果。但相反，已经得到很好证明的是，依据结果是被理解为放弃的利益还是付出的代价（损失），人们对潜在结果的反应是往往不同
51 的，而且人们可能错误地认为，显著的事件比同样普遍但比较细微的事件更常见。这几点对法律的供给和需求发生作用，也对行为

人与法律体系的互动产生作用。

3. 标准经济理论在法律内容的方面，不恰当地局限了潜在的解释范围，即法官确定的最优（或次优）规则，以及被利益集团拉选票决定的寻租式立法。行为经济学提供了潜在解释的其他来源——其中最突出的是对公平的感知。我们已经试图要展示许多看起来没有效率并且强势利益集团没有从中受益的法律，可能通过对是与非的判断来进行解释。

4. 行为法律经济学的方法，对如何使法律体系运转得更好，提供了许多新颖的对策。一些来自前面第 2 点中提到的得到改善的预测。认知的困难和动机的扭曲，破坏或者改变了对陪审团作用的传统经济对策，最显著的是在评估过错以及对事实或法律其他方面的决定。我们已经采取了一些初步措施，提出了一些方法，以减少这些问题的成本。

5. 行为法律经济学的方法，对私人和公共行为者可能的错误，提出了新问题。一方面，它对一些法律经济学的反求诸己的反家长主义提出了严重质疑。另一方面，对即使是动机良好的政府官员，它也提出了相同的问题，即是否能够对私人的错误和混乱有适当的应对。

我们希望本章内容会鼓励其他人在理论和经验两个方面继续进行深入探索和研究，这是给我们在这里提出的行为方法提供新鲜血液所必需的。这一方法将运用由于对人类行为更好的理解而得到改进的传统经济学工具。三十年后，我们希望再没有这样一种叫行为经济学的东西。相反，我们希望经济学家和运用经济学方法的法律人，完全吸收了其他社会科学的有用发现，并且通过这么做，把经济学转变为了行为经济学，而法律经济学也成为了其中最重要的一个分支。

附录

框架和应用的总结

附录总结了我们的行为法律经济学框架。并且列举了在框架

内的每个类别，我们分析的法律经济学问题。这里我们总结圈定的、特定的行为机制没有穷尽所有可能与法律经济学相关的机制；它们只不过代表我们这里已经使用的机制。每种机制，我们都列出了参考文献，把它作为概要，或者作为进行现有研究工作的开始；此外，我们向对本章内容感兴趣的读者有针对性地提供了一些额外的参考资料。

有限理性

判断错误

自利服务。参考：Linda Babcock & George Loewenstein, "Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-serving Biases", 11 *J. Econ. Persp.* 109 (winter 1997)

我们的应用：围绕法院决定的谈判；失败的谈判。

易得/有效性直观推断。参考：Amos Tversky & Daniel Kahneman, "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", in *Judgment Under Uncertainty* 3 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).

我们的应用：环境立法，政府广告，反—反家长主义。

后见偏见。参考：Baruch Fischhoff, "Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty", 1 *J. Experimental Psychol. Hum.* Perception & Performance 288 (1975).

我们的应用：过错的认定；对事实和法律的其他认定。

过度乐观。参考：Neil D. Weinstein, "Unrealistic Optimism About Future Life Events", 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* 806 (1980)

我们的应用：政府广告，反—反家长主义。

不能预测体验效用。参考：Daniel Kahneman, "New Challenges to the Rationality Assumption", 于 *The Rational Foundations of Economic Behaviour* 203 (Kenneth J. Arrow, Enrico Colombatto, Mark Perlman & Christian Schmidt eds., 1996).

我们的应用:反一反家长主义。

决策行为

损失规避。参考:Daniel Kahneman & Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", 47 *Econometrica* 263 (1979).

我们的应用:政府广告。

禀赋效应(损失规避的启示)。参考:Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", 98 *J. Pol. Econ.* 1325, 1327 tbl.1 (1990)

我们的应用:围绕法院决定的谈判,强制合同条款,对言论的前提限制。

有限意志力

"双曲线"贴现。参考:David Laibson, "Golden Eggs and Hyperbolic Discounting", 112 *Q. J. Econ.* 443, (1997).

我们的应用:罪犯的行为。

有限自利

公平行为和恶毒。参考:Colin Camerer & Richard H. Thaler, Anomalies: "Ultimatums, Dictators, and Manners", 9 *J. Econ. Persp.* 209 (Spring 1995)

我们的应用:围绕法院决定的谈判,对市场交易的禁止,对言论的事前限制。

第二部分　直观推断和偏见：捷径，错误以及法律决策

2 法律决策的语境依赖

马克·凯尔曼　约沃尔·罗滕斯特雷克
阿莫斯·特沃斯基

有关选择的规范分析，一般假定价值的最大化：每一个选择可以联系到一个价值或效用的数值，所以给定一个选择集合，决策者从中选择具有最高价值的那一个。紧接着价值最大化的一个结论，可称为语境独立（context-independence），这是指任意两个选择之间的相对排序，不应当随着其他选择的加入或者减少而发生变化。[1] 相对比萨饼而言，某人更喜欢鸡肉，这个偏好不会在他得知鱼也是可以选择时发生变化。[2] 尽管直觉上是这样的，但有证据显示[3]决策制定者并不是总能满足这个要求。在这个章节，我们

---

〔1〕 这种情况通常被称为独立与不相关的其他选项。

〔2〕 我们排除了第三个选项可能对其他两个选项的相关优劣传递信息的情况。例如，有意大利干酪小牛肉可以提供可能说明这个饭店擅长做意大利菜。

〔3〕 例如，可参见 Joel Huber, John W. Payne, & Christopher Puto, Adding Asymmetrically Dominated Alternatives: Violations of Regularity and the Similarity Hypothesis, 9 *J. Consumer Res.* 90 (1982); Joel Huber & Christopher Puto, Market Boundaries and Product Choice: Illustrating Attraction and Substitution Effects, 10 *J. Consumer Res.* 31 (1983); Itamar Simonson & Amos Tversky, Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion, 29 *J. Marketing Res.* 281, 282 (1992); 以及 D. A. Redelmeir & E. Shafir, Medical Decision Making in Situations That Offer Multiple Alternatives, 273 *J. Am. Med. Ass'n* 302 (1995). 讨论和对这个现象模型化的尝试，参见 Amos Tversky & Itamar Simonson, Context-Dependent Preferences, 39 *Mgmt. Sci.* 1179 (1993); 以及 Eldar Shafir, Itamar Simonson, & Amos Tversky, Reason-Based Choice, 49 *Cognition* 11 (1993).

检验法律背景中的语境独立在事实上的有效程度，并讨论其指导意义。

近期发现了两类与语境独立相冲突的情况——折中效应（compromise effects）和对比效应（contrast effects）。“折中效应”指的是，同样考虑一个选择，当它被认为位于选择束的中间，比当它被认为位于两端，能获得更高的评价。因此，折中效应隐含表明两个选择之间的相对排序，依赖于有或者没有其他的选择。推销员有时会利用这个趋势，通过一并展示更坏的和更好的，引导消费者买那个位于中间的产品。一些实验也证明了折中效应。在一个实验里，参与实验者首先参考了一些现有种类的美能达照相机。一个实验组在中端和低端美能达相机之间选择，结果各有 50% 的相机被选。另一组还可以有第三种选择，高端相机。在这一组，选择中端和低端相机的，结果有 72% 选择了中端相机。[4]

“抵消对比”，或者简单的“对比”，指的是这种发现，同样一个选择，当存在一个相近但明显劣于它的选择时，比不存在这样的对比选择能获得更高评价。更宽泛来讲的对比效应，在观察和判断中普遍存在。同样一个圆圈，当它被小圆圈环绕时显得大，被大圆
62 圈环绕时显得小。与此相类似同一个产品，用比它不那么吸引人的替代品作为背景，它可能显得更有吸引力，但用比它更有吸引力的替代品作为背景，它可能显得更没有吸引力。[5] 希望卖出某特定房屋的房地产经纪人，有时会向顾客展示一处类似的但明显更不好的房屋。实验研究也表现出了对比效应。假定在 6 美元和十字牌（Cross）钢笔之间做选择，只有 36% 的参与实验者选择了十字牌钢笔。但是当假定在 6 美元，十字牌钢笔和一只更不吸引人的钢笔之间选择，参与试验者选择十字牌钢笔的比例上升却到了 46%（只有 2% 的参与试验者选择了另一只钢笔，这证实了那只钢

〔4〕 Simonson & Tversky，前引注 3，第 290 页。

〔5〕 如果选择是在两个不同角度之间的比较，而且假定每个角度都不优于另一个，它们之间的对比就包含对这两个方面的区别的评价。考虑消费者评价两台个人电脑：第一个有 64MG 内存，值 1200 美元，而第二个有 32MG 内存，值 1000 美元。这二者之间的选择决定于消费者愿意对多出的 32MG 内存多支付 200 美元。对比假说隐含着如果决策者还面对性价比比这两台电脑更高的其他选择，那么第一个选择比第二个选择被优待的可能性增大。同前引注。

笔的确次一些)。[6]

我们的目标是,在两种法律决策中检验折中效应和对比效应。首先,我们调查决策者在现有能够提供的系列判断下,对争议作出法律判断(刑法中对罪行等级或量刑的决定)的独立程度。其次,我们调查在现有能够提供的系列选择下,高度合法化产品(案件原告或他们的律师,面对不同案件解决方式给出的建议)的消费者,在这些消费束之间选择的独立程度。

此处我们报告了五个实验。其中两个检验折中效应,一个检验法律判断中的对比效应,两个检验在高度合法化产品之间进行选择时所揭示出的对比效应。以下是实验方法。参与实验者阅读案件概述并作出决定。每个参与实验者阅读一个或两个案件。案件概述(在附录中有重印)包括(1) 已确定的案件事实报告,(2) 可能的选择列表(对实验型陪审员而言是裁决,对实验型法官而言是判决,而对作为客户法律顾问出现的实验型律师而言,那是解决争议的方案),以及(3) 相关的法律解释(例如,对犯罪进行定义以帮助陪审员选择合适的裁决)。每个案例大约用十分钟,参与实验者进行个人阅读,不与其他人讨论案件。阅读前两个案例的参与实验者是斯坦福大学和圣荷塞州立大学学习"心理学概论"课程的学生,以及在两个公共场所(斯坦福的怀特广场和 Palo Alto 市中心)随机招募的人员,参与者可以获得一张彩票。案例 3 和 5 仅被斯坦福大学学习"心理学概论"课程的学生阅读。案例 4 仅被斯坦福大学选修"性别心理学"课的学生阅读。课堂环境中的参与实验者,按照这两所学校通常的选课程序为获得学分而参与实验。由于不同环境下得到的反应极其相近,所以我们只报告累加数据。价值最大化隐含的语境独立与实验结果的情况不一致。我们展示这些实验,以及数据的细节限制,并且讨论实验结果的给我们的启示。

---

〔6〕 前引注。

折中效应的实验检测

案例 1

63 参与实验者首先阅读以下事实概要[7]：

> 1993 年 1 月 1 日，上午 9 点，被告给她第二任丈夫一杯咖啡，里面加入了 20 片经过研磨的安眠药片。在饮用后的几小时内他死亡了。在他生命的最后几个小时里，他经历了巨大的身体痛苦，对这一点你应当想象得到。被告供认，在她给他咖啡之后，她在他地下室的电脑文档里编写一个自杀的日记，她这样做是想让警察认为他的死与她无关。而且她承认，她给他喝咖啡和致死的药片目的就是想让他死。控方承认在上午 8:05，被告偷听到了她第一次婚姻所生的 17 岁女儿的啜泣。女儿通过电话对她最好的朋友说她的继父（死者）在前一个晚上“再一次”试图对她进行性骚扰。与此同时，控方提出，原告也承认，她是为继承死者的一大笔钱而采取行动的，并且在她丈夫死亡六个多月前，她已经和其他男人有染。

一组参与实验者得知，事件发生在哥伦比亚特区；因为那里的审理权限中没有情节特别严重的谋杀（special circumstances murder）这一项，这一组的成员得知，要么在谋杀（murder）要么在一般杀人（manslaughter）这两种裁决中选择其一。第二组参与实验者得知，事件发生在加利福尼亚；情节特别严重的谋杀是这一组成员又一个裁决的可选择项，并且参与实验者得知，潜在相关的特别严重的情节是（1）被告是为了金钱利益而实施杀人；（2）她采取了特别可憎的杀人方式，表现出特别的道德败坏（如果犯罪是下意识地或无动于衷地作出的，并且对受害者进行了不必要的折磨，那么这个判断是恰当的）；（3）被告通过使用毒药而实施杀人。[8]

如果存在合理解释和已有的其他谋杀判决，陪审员相信原告

---

〔7〕 实验的全文参见：附录。

〔8〕 参与实验者所见到的精确法律定义在附录中有重印。

是在极端情绪激动下实施的行为，他们应该选择谋杀作为判决。在一般杀人和其他判决之间所作的选择，不应受到被告是否是故意实施，或她是否是为金钱利益，或是否采取可憎的方式，或使用了被认为是毒药这些因素的影响。因此，语境独立要求在一般杀人和谋杀两项选择中倾向一般杀人的陪审员，在一般杀人和谋杀和情节特别严重的谋杀三项选择之间也会倾向于一般杀人[9]，这就是说，从总数上看，在两项选择中选择一般杀人的陪审员，将与在三项选择中选择一般杀人的陪审员一样多。但是，折中效应预测，在三项选择中选择一般杀人的陪审员的比例，将比在两项选择中选择的更小。理由直接来自折中效应的定义。在一般杀人和谋杀之间，如果第三个选择存在，比谋杀应受的惩罚还要严重，人们会更倾向选择谋杀，这个趋势将通过总数表现出来。 64

数据显示，当只有谋杀和一般杀人两个选择的时候，167 个参与实验者中的 47% 选择了一般杀人；当情节特别严重的谋杀也可以选择，183 个参与实验者中只有 19% 选择了一般杀人（$x^2 = 32.96, p < 0.0001$）。[10]

可能情节特别严重的谋杀这个选择的存在，发出了更应该选择谋杀，而不是一般杀人的相关信息。事实发现者不得不关注（根据情节特别严重的谋杀的说明）被告人使用特殊杀人手段（毒药）的事实，以及可能存有某个特殊动机（贪财），这些可能会更令参与实验者认为杀人是预谋的有计划的，而不是“在激情中”实施的。

---

〔9〕 由于参与实验者得知所有陪审员都认为被告杀人罪成立，他们的任务只是对不合法的杀人行为定等级，所以这个“两项选择”组确实是两项选择组，在三项选择组中无罪也是一个选择（一般杀人位于无罪和谋杀之间）。

〔10〕 更具体地说，已有数据这种预测，即当一般杀人是一个“极端”的选择时，相对于没有极端选择（因为只有两种选择）的情形来说，会较少被参与实验者选中。在两项选择组中选择谋杀的比例是 53%，在三项选择组中下降到了 39%，这是因为有 42% 选择了情节特别严重的谋杀。我们认为当谋杀被看作是一个折中选择而不是极端时，人们更容易选择谋杀而不是一般杀人，并且当一般杀人是一个极端选择，比起不存在极端选择时，一般杀人更不容易被选择。接下来，在谋杀和情节特别严重的谋杀之间决定。在这个环节，我们吃惊于选择谋杀而不是一般杀人的都选择的是谋杀而不是情节特别严重的谋杀，这只能通过折中的判决作出解释：通过使用毒品被告几乎肯定会杀死被害者。（虽然其他特别严重的情节也是合理存在的——杀人行为采取了恶劣的方式或者是为了金钱——这些事实并不足以充分到可以预计选择谋杀而不是一般杀人的，都会无条件接受它们。）

作为对这一点考虑的回应，第三组参与实验者阅读了有关情节特别严重的谋杀，这样他们得到了可能描述被告杀人类型的信息，但是他们得知，情节特别严重的谋杀不在他们现有的裁判选择之内。上面的假说是这个相关信息将对选择中的一个起作用，但不是对两个，然而实验组数据显示不是这样；第三组 151 个参与实验者中的 52% 选择了一般杀人，这个比率与两项选择的实验组相当，但明显高于最初的三项选择的实验组（$x^2 = 40.61, p < 0.0001$）（参见表 2.1）。

表 2.1 阅读案例 1 的参与实验者的选择

	选择一般杀人的比例	选择谋杀的比例	选择情节特别严重的谋杀的比例	总人数
第一组（华盛顿特区）	47%	53%	—	167
第二组（加利福尼亚）	39%	39%	42%	183
第三组	52%	48%	—	151

注：解释参见文章内容

案例 2

参与实验者得知，以下内容已经证实：

被告，唐纳德·杜威，一个非洲裔美国人，在一个大型购物中心的内部庭院里走着，当时所有商店已经关门很久了。但是这家商场还是开着的。15 分钟之前，这个商场的一家珠宝店铺被盗了，但不是杜威干的。然而一个保安，也就是商场
65 负责人雇佣的一名不当班警察走近杜威，对他说这里发生了盗窃，问他是否同意被搜查。保安想检查盗窃者的工具以及一些现金和丢失的珠宝。保安知道他没有合适的理由扣押杜威。但是当杜威拒绝他的要求时，保安走过去一把抓住了他，并且感到在他大衣口袋里有一个凸出的东西，结果那被证明是把枪。杜威试图挣脱保安，尖叫“你没权力不让我走！”然后保安喊出了一个带种族歧视的称呼。杜威挣脱保安，并且把他打翻。当保安正倒向地上的时候，杜威开了他的枪，杀死了保安。控辩双方都承认杜威是有意地杀死了被害者。

参与实验者得知的可能裁决是，情节特别严重的谋杀，谋杀，非预谋故意杀人（voluntary manslaughter），以及过失杀人（involuntary manslaughter）四种情形；只有被告在主观上不合理地认为他有权利保卫自己的时候，认定过失杀人才是适当的[11]；谋杀和情节特别严重的谋杀的区分只在于那名充当保安的不当班的警官，是否应该被认为是在他职责内行事的警察，因为故意杀害警察是情节特别严重的充足理由。注意，杜威是谋杀还是非预谋故意杀人，这个问题只依赖于被告是否在事实发现者的印象里被充分激惹（用普通法的语言）或“在有合理解释的，严重情感激动的影响下实施”（事实上参与实验者得到的是模范刑法典对该部分的表达）。情节特别严重的谋杀和谋杀之间的区别，与是否是非预谋故意杀人这个问题无关。与之相类似，与过失杀人的可能性也不相关。[12]

一个实验组得知，法律上有这样的规则，即不当班而受雇做私人保安的警察不是“在履行职责中的警察”，所以他们不能把这起

---

〔11〕 从律师的角度对过失杀人进行的实际指导，在现实案件中一般肯定都要区分“事实错误”和“法律错误”。（如果观察实验中的陪审团指导，杜威的过失杀人罪是否成立，似乎取决于他是否不合理地认为保安对他有身体威胁，或他是否不合理地认为可以允许使用致命的武器去抗拒拘禁。）虽然，在大部分美国司法辖区内，对合理规范范围的错误可能被认为是关于该特定规范的错误；但是对特定规范内容的错误，都不认为可以免责（除非立法者的意图是承认这样的“法律错误”辩护，或者宪法的正当程序规范排除认定对特定法律无知的被告有罪）。关于这一点很有可能可以质疑这个案件的被告只不过是对法律关于侵犯的定义理解错误（潜在是可以免责的），但从更广的理由来看，这种质疑并不能成立。不幸的是，（在实验前的预演中的）最初的指导，注意到了这些细微的区别，但对在短时间内完成实验的参与实验者来说，这样的指导太复杂了。

〔12〕 在真实案件中，陪审员很可能会被指导去发现被告是否是在极度情感波动的情况下采取行动，或者是否他是不合理地认为他有权利用武力保护自己，以认定被告非预谋故意杀人罪是否成立。（应该注意到，即使是在不合理相信有必要使用致命武力有可能被定一般杀人罪的辖区，对于这个案件许多法官也不会进行这样的指导。）但是，要害在于，“实验型法官”拒绝许可一个实验组考虑过失杀人，这不应该影响到陪审员在谋杀或一般杀人之间进行选择。法官拒绝承认杜威主观上认为他是在保卫自己这种可能性，与决策者被要求考虑的非预谋故意杀人类型不相关。如果可以根据不适当的自我防卫而预测非预谋故意杀人（这种情况就是被告承担他没有权利保卫自己的风险），那么一个可能成立的批评是，如果被告被认定主观上没有不合理的认为他可能没有保卫自己的权利，那么非预谋故意杀人就是更不合理的。但是，对我们的参与实验者来说，由于只要被告的行为受到了明显情绪波动的影响，那么认定为非预谋故意杀人就是合适的，所以这个批评在这里并不适用。

杀人认定为情节特别严重的谋杀。第二组得知,法律上有这样的规则,杜威没有权利使用致命武器,而且没有证据表明他主观上认为,即使是他在非理性地保卫自己;因此他们不能把这起杀人定为过失杀人。因为每一名参与实验者都具有全部四种可能判决的原始信息,所以组与组之间的差别,与可能存在的其他选项的信息无关。[13]

选择非预谋故意杀人的参与实验者的人数,从在情节特别严重的谋杀,谋杀和一般杀人这个"偏上集合(upper set)"的31%,上升到在过失杀人,一般杀人和故意杀人这个"偏下集合(lower set)"的55%。选择谋杀的人数从偏上集合的57%下降到偏下集合的39%(谋杀和其他判决之比的 x^2 是 7.66,$p < 0.01$)。这个模式显示出了明显的折中效应。

看起来有理由认为,这个案例的选择,可以按其"严重程度"进
66 行自然排序。(情节特别严重的谋杀比谋杀严重,谋杀比非预谋故意杀人严重,非预谋故意杀人比过失杀人严重。)考虑到任何子集都包含三种选择。如果某人偏爱子集中一个极端的选择,而不是中间选择,那么在另一个选择子集里,这个人就应该比不是这样偏好的人,更容易偏爱中间选择,而不是子集中另一个极端的选择。偏好的中间性得到满足。在杜威案例中,中间性(betweeness)是自然的:如果偏重情节特别严重的谋杀,而不是谋杀,那么几乎可以肯定,他会偏重故意杀人甚于非预谋故意杀人。[14] 如果偏重谋杀而不是非预谋故意杀人,那么几乎可以肯定,他会偏重非预谋故意杀人而不是过失杀人。

---

〔13〕 虽然没有必要对我们的结果进行重新思考,但存在这种微弱的可能,如果法官事实上告知不当班的警察并不一定没有合法的官方惩罚权利,(由于这一点这条相关信息使得陪审团考虑情节特别严重的谋杀),那么会有更多,而不是更少的参与实验者会选择一般杀人。可以设想陪审员有可能发现(非常微弱的)当遭遇官方,而不是私人,的种族歧视和无礼的拘禁决定时,人们会更有理由"在极端情绪波动影响下行为",所以法官要求考虑情节特别严重的谋杀指导,可能提供了受害人的官方身份这样一个(微弱的)信息。

〔14〕 在有限程度上一些参与实验者如我们在前引注13中讨论的那样作出了反应,关注于被害人的官方身份,因此他们觉得相关的选择是在官方身份明显(情节特别严重的谋杀和一般杀人)与官方身份不明显(谋杀)之间作出的,因此我们不能预计,所有被"剥夺"选择情节特别严重谋杀的参与实验者会选择谋杀,而不是一般杀人。但是,我们在正文中显示的"连续"假设仍然明显是更有说服力的。

在中间性既定的情况下，语境独立要求，相对于非预谋故意杀人而言，谋杀的判决比例，偏上组比在偏下组的要低。看看为什么把偏上组的选择视为既定，然后把这些选择转换到偏下组去。任何选择情节特别严重的谋杀的人将转而选择谋杀。每一个采取过失杀人的举动，都应该出自非预谋故意杀人。因此，当我们从偏上组转移到偏下组的时候，谋杀判决的数字应该增加，同时一般杀人判决的数字应该降低。

然而，折中效应预测到的是相反的结果。在已有的选择集合中，谋杀是偏上组的中间选择，非预谋故意杀人是偏下组的中间选择。因此，折中效应预测谋杀在偏上组将被优先考虑，一般杀人在偏下组将被优先考虑。如果每一个人都受这个影响，那么在总数上将会反映出来。结果是谋杀与一般杀人裁决的比例，在偏上组而不是偏下组会更高一些。

数据支持了折中效应的预测。在偏上组 103 名选择谋杀或者一般杀人的参与实验者中，65% 选择了谋杀。在偏下组 100 名选择谋杀或者非预谋故意杀人的参与实验者中，只有 41% 选择了谋杀（$x^2 = 11.79, p < 0.001$）。因此，这显示出某个选择，如果位于中间将更被优先，这与两个选择间的偏好独立于其他选择存在的假定是冲突的（参见表 2.2）。

表 2.2 阅读案例 2 的参与实验者的选择

选择	偏上组（N = 118）	偏下组（N = 107）
情节特别严重的谋杀	13%	—
谋杀	57	38%
非预谋故意杀人	30	55
过失杀人	—	7
一般杀人/谋杀的比例[a]	35	59

注：解释参见文章内容，N 表示总人数。

a 一般杀人与谋杀的比例，指的是非预谋故意杀人除以非预谋故意杀人加谋杀。

对比效应的实验检测

案例 3

参与实验者阅读以下已经成立的事实：

被告已经被认为触犯了州刑法。任何有执照的房地产经纪人在明知的情况下对房产买主隐瞒房产重要的并且实际存在的缺陷，都应该被认为是违反了这条法律。法律规定经纪人不必花费力气调查他们所提供的房产状况。但是经纪人必
67 须把他们已经知道的、房产的全部重要和实际存在的缺陷告知买主。而且，在经纪人没有花费力气调查房产状况的情况下，他们必须把他们没有进行调查这一点告知买主。在本案中经纪人出售房产四个月前，已经有一个工程师报告，报告中指出该房屋的地基已经因木材干朽而遭受严重破坏。报告还指出修复这个破坏将花费接近 10 万美元。经纪人没有把这个事实告知该房产的未来买主，他们花费了 20 万美元购买了该房屋，评估人员估计，按没有木材干朽的房屋的公平市场价格，其房产价值应该在 1 万美元之内。审理中，这个经纪人提出，他以为那份报告已经过时了。他作证说他猜测在工程师作出报告到这房屋第一次被房地产商张贴出售之间的六个星期时间内，地基大概已经被修复了。显然，陪审团没有相信这个说法，因为他们裁定被告明知而隐瞒事实信息这一点成立。

参与实验者被要求在这个案例中充当法官，并且对被告给予处罚。一个实验组得知要在两种处罚之间选择，一个是控方建议的 2500 美元罚金及一个月监禁，一个是缓刑部门建议的 2500 美元罚金和六个月缓刑，并且在此期间被告应履行 50 个小时的社区服务。对第二组，给出这些选择之外，又加上了另一个方案，缓刑部门提出的供法官裁量选择适用的一种特别缓刑：2500 美元罚金和 6 个月缓刑，并且在此期间被告应经历“50 个小时的辅导课……[集中于]商业行为伦理的重要性，以及不诚实与自尊心损失之间的关系”。我们检验的假设是与受教育方式的缓刑（Counseling proba-

tion)相比,社区服务的缓刑(Community service probation)建议应该更受欢迎。我们相信大部分参与实验者,对给一个被贪婪动机驱使的罪犯上课的作用会表示怀疑。因此我们建议,社区服务的缓刑选择优于受教育方式的缓刑。 68

假如语境独立,选择社区服务缓刑对选择监禁的比例,在两项选择组里应该比在三项选择组里高。看看为什么,把在三项选择组里的选择视为既定,考察他们应该怎样转换到两项选择组里。所有在三项选择组里选择社区服务缓刑或者监禁的,在两项选择组里也会这么做。那些在三项选择组里选择受教育方式缓刑的,会支持对这三个选择的两种排序中的一种。[15] 我们估计很少有人会支持受教育方式缓刑,监禁,社区服务缓刑这个次序。而另一种排序——受教育方式缓刑,社区服务缓刑,监禁——是远远更有可能的。所以那些在三项选择组里选择受教育方式缓刑的,就更有可能在两项选择组中选择社区服务缓刑。因此,在语境独立的情况下,选择社区服务缓刑对选择监禁的比例,在两项选择组里应该比在三项选择组里高。

对比效应预测的是另一个结果。如果社区服务缓刑,与比它劣一些的受教育方式缓刑对比,社区服务缓刑将取得更好的评估,那么这个效应将表现为:选择社区服务缓刑对选择监禁的比例,在三项选择组中,比在两项选择组中所得之值应该更高一些。最后,数据支持了对比效应的预测。在两项选择组中,73 名参与实验者中的 74% 选择社区服务缓刑优于监禁;在三项选择组中,选择社区服务缓刑或者监禁的 85 名参与实验者中,有 88% 选择了社区服务缓刑($x^2 = 4.55, p < 0.05$)(参见表 2.3)。

表 2.3 案例 3 参与实验者选择社区服务缓刑和监禁的比例

	选择社区服务缓刑的比例	选择监禁的比例	总人数
两项选择组	74%	26%	73
三项选择组	88	12	85

注:三项选择组的参与实验者,多了一个劣等的缓刑选择。解释参见文章内容。

[15] 为方便起见我们排除了两个选项平分秋色的可能。

案例 4

参与实验者被要求充当律师，评估一系列由被告提出的和解方式，并且向客户推荐了其中之一。参与实验者阅读以下背景
69 事实：

> 两年前，一所重点大学的经济学系投票推荐你的客户，那时她是该大学的一名副教授，不能被提升为终身职位。她表示，由于她的性别受到了歧视。首先她注意到，同她发表文章记录相似的男同事，虽然没有像她一样得到了本科生教学奖金，但已经被提升了。其次，她还注意到，在过去二十年中，该系既没有雇佣也没有晋升那些本来可以考虑的那些符合条件的妇女。
>
> 你的客户感兴趣的是(1) 对她遭受的不公正待遇进行补偿，(2) 要学校公开承认，在她的事情上错了。同时，你的客户对整体上的妇女进步很感兴趣，并希望(3) 要在经济学领域尽她的一份力，有助于推进妇女的纠正歧视行动计划。你的客户不太确定怎样衡量和比较这三个利益。学校咨询办公室联系到你，并要求你与你的客户协商这些方案。

参与实验者的当中的一个小组面对三个解决方案。一个有关学校在经济学系展开的纠正歧视行动计划，而没有承认错误或者补偿损失。第二个包括公开承认错误，并且赔偿 4.5 万美元。第三个包括公开承认错误，再加上以客户的名义对客户所支持的慈善机构捐赠 3.5 万美元。我们估计，几乎没有参与实验者会选择第三个方案；它看起来不如学校赔偿 4.5 万美元的建议。不管怎样教授可以接受 4.5 万美元，把 3.5 万美元给慈善机构，她自己还能留下 1 万美元。[16] 但是第三个建议，并不明显劣于纠正歧视行动的建议。第二组参与实验者，只得到前两个方案。除此之外，所

---

〔16〕 一些人有可能偏好直接给慈善机构一小笔钱，而不是他们得到一大笔钱再以个人名义捐给慈善机构，借此向被告大学表示有些人(包括原告自己)作决定并不是考虑自己的利益。我们事先预测的事实依据是，借此表现出自己无私，并且相信如果某人根本不控制这笔钱就能更好地表现无私，这种人的数量是很少的。

有的参与实验者，都被给出有关客户潜在偏好的信息，她的财政状况，她的慈善捐赠计划，以及她对缺少她的介入纠正歧视行动计划能否被采纳的可能性估计。

对比效应预测如果第三个、劣一些的建议存在，比它不存在，参与实验者将更可能偏好 4.5 万美元的建议，而不是纠正歧视行动建议，并因此推荐给客户。语境独立隐含着，比起在相应的两项选择组里，某个选择绝对不可能在三项选择组里“更受欢迎”。[17]

因此，当存在三个选择的时候，如果选择 4.5 万美元建议的比例，实际上更大，那就明显表示出了对比效应的作用，而这与语境独立的预测不一致。

数据显示出了强烈的对比效应。在两项选择组中，36 个参与实验者只有 50% 选择了 4.5 万美元的建议，但当有一个明显劣等选择存在的时候，31 个参与实验者中的 76% 选择了 4.5 万美元的建议（$x^2 = 4.54, p < 0.05$）。一个劣等选择的存在，明显导致了对相似但优等选择的更好评价[18]。（参见表 2.4） 70

表 2.4 阅读案例 4 的参与实验者的选择

	选择 4.5 万美元的比例	选择 3.5 万美元及慈善的比例	选择承认错误的比例	总人数
两项选择组	50%	—	50%	36
三项选择组	74%	6%	20%	31

注：解释参见文章内容。

案例 5

参与实验者又一次被要求对客户选择解决方案提出建议。客户韦尔斯先生是一间夜间俱乐部唯一的邻居。周末这家夜间俱乐

---

〔17〕 我们再一次排除了这种可能性，即第三个选项的存在不会与对其他选项进行评估有关的信息进行沟通。

〔18〕 我们怀疑这里的结果反映了对比和折中的混合效应。很难说第二个选项明显的是一个“中间”选项。也许按照大学实施这些选项的花费可以作出排列。但是，对参与实验者来说并不清楚纠正歧视行动计划比 4.5 万美元方案更昂贵还是更便宜，虽然很清楚 4.5 万美元方案对被告来说比 3.5 万美元捐赠更昂贵。同理，如果对这些选项按照被告从解决方案的受益程度进行“排序”，在一些重要方面显得不能通约。

部非常吵闹，夜间俱乐部的主人也承认，如果韦尔斯提出侵扰诉讼，他将会在法庭上胜诉。因此夜间俱乐部主人提出了一系列的解决方案。

一个实验组收到了两个提议：(1) 俱乐部不降低噪音水平，但将为韦尔斯付款，每个周末住进一个好旅店，并且每周给他 120 美元，或者(2) 夜间俱乐部将降低噪音水平。另一实验组收到了附加的提议：(3) 夜间俱乐部将为韦尔斯付款，每个周末住进一个好旅店，并且每周给他 40 美元现金，以及 85 美元折抵现金的优惠券，这可以在一些夜间俱乐部使用。这第三个方案明显劣于旅馆/没有限制的现金方案，但不明显劣于降低噪音的方案。由于韦尔斯一年只去三次夜间俱乐部，并且每次如果一个人只花销 50 美元，如果约会则带上一个人共花 90 美元，所以特别明显，85 美元“受限制”的钱再加上 40 美元现金，劣于 120 美元现金。我们假设旅馆/优惠券方案的存在创造了对比效应，这比如果仅有旅馆/现金这一个方案，对旅馆/现金方案将会更受欢迎。

就如在案例 4 那样，对比效应的存在，以及确信很少有人会挑选旅馆/优惠券这个选择将会导致预测再另加上后一个选择，旅馆/现金选择的整体受欢迎程度将上升。回想语境独立隐含的是没有一个选择会随着另一个选择的介入而变得更受欢迎。

结果显示，旅馆/现金选择的整体受欢迎程度明显增加。在两项选择情况下这个选择被 32 名参与实验者的 47% 选择，在三项选择下这个选择被 31 名参与实验者的 74% 选择（$x^2 = 4.91$，$p < 0.05$）。一个劣等选择的存在，又一次导致对相似的优等选择的更
71 好评价。（参见表 2.5）

表 2.5 阅读案例 5 的参与实验者的选择

	选择周末旅馆的比例	选择劣于周末旅馆的比例	选择降低噪音的比例	总人数
两项选择组	47%	—	53%	32
三项选择组	74	0%	26	31

注：解释参见文章内容。

解释数据

存在两个鲜明的解释性问题。第一个与我们发现的有效性有关联。实验真的显示出存在折中效应或对比效应吗？这些效应削弱了我们对决策者作出语境独立决定的信心。这个问题转而包括，参与实验者是否实际上作出了语境依赖的决定（一个内部有效性的问题），以及实验环境是否允许我们在真实世界里，对决策者在表面相似的行为，也可以合理地这么推论（一个外部有效性问题）。

第二个是有关如何应对存在语境依赖的决策制定。我们的现有发现，至少支持这个表面证据，也即法官或陪审团的裁定可能会倾向于妥协和对比效应。如果从规范的立场上看，因为这些观察到的偏见不会制造特别的麻烦，或者是因为没有太多办法可能减轻或根除这些偏见，那么我们可以质疑这个结论在实践上的意义也许是有限的。我们将按次序讨论这些问题。

我们显示的，确实是法律决策中的语境依赖么？

只有在两个选项之间进行选择时被第三个选项的存在所影响，而第三个选项又并没有提供关于剩余选项的相对优点的信息的时候，偏好才能说是语境依赖的。所以重要的是，要考虑偏好之所以被认为是“语境依赖”的是不是因为附加的选择传达了可能合理引起偏好改变的“附加相关信息”。我们在依次讨论实验的时候，已经说明了这个问题，但在此我们认为很有必要把先前的讨论体系化。

我们实验的结果与消费者选择实验的结果非常类似，在那里没有传达关于现有选择的有意义的信息。例如，一只没有吸引力 72
的钢笔的存在，没有传达关于十字牌钢笔的吸引力的附加信息。同样，我们认为在第二、第四和第五个实验里，附加的选择并没有附加相关的信息。这一点的真实性，也许是由于形式或程序上的原因，像第二个（杜威）实验中，所有的参与实验者都阅读了四种可

能的判决，他们仅仅是得知要排除其中一个最极端的。这一点的真实性，也许还有实体上的原因，也就是说集中于附加的选择，并没有引导参与实验者重新考虑其他选择任何可能影响决策的重要特征。例如，在杜威案例中，在谋杀和一般杀人之间的选择，实验中既定的两种罪行之通常定义，其关注点只集中在是有没有“可以合理解释的极端情感激动。”保安是不是一名在执行公务的警察，或被告实施的是不是不当的防卫，关于这方面是（或不是）的指引，与谋杀和一般杀人之间的选择无关。[19] 在案例 4，参与实验者从 3.5 万美元的捆绑金钱的选择中，没有获取关于 4.5 万美元的总金钱价值更多的信息。同样，在案例 5，参与实验者从接受 40 美元加上 85 美元优惠券的选择，没有获取关于一周 120 美元的价值更多的信息。[20]

在第一个和第三个实验中，参与实验者通过附加提出的选择，对原有的核心选择进行了相当的“学习”。也许可以质疑，在第一个实验（妻子杀害丈夫的案例）中出现了对情节特别严重的谋杀的说明，可以在三个方面改变读者对这个案例的观点，从而结论更接近于被告是有预谋地谋杀，而不是在类似“激情发作”状况下实施的：第一，她有一个长期的动机（金钱收益）；第二，她通过投毒的手段实施杀人；第三，她令人奇怪地用一种折磨的手段杀人，所有这些，看起来都与标准的被告仅仅是猛击痛打的一般杀人不太符合。（实验中的第三个组［参见表 2.1］所得出的论点不能填补这个缺陷，通过向所有参与实验者就这种犯罪进行说明的方式，他们知道，如果他们只在谋杀和一般杀人之间选择的实验组里，他们不要求把这种说明运用到特别事实。因此，参与实验者可能对这种杀

〔19〕 参见：前引注 13 对此的定性，但这隐含着附加选项的“信息”作用，是使得对那些本来受到情节特别严重谋杀指控的，现在显得更合适的是一般杀人。

〔20〕 在评估实验中缓刑的价值时，实际存在的障碍比形式上的障碍对我们来说更有意义。可以很合理的质疑，阅读全部的选项并不是参与实验者收集有关选项信息的唯一途径，所以确保改变选项束不传达信息的“形式的”或“程序的”技巧，在最后的分析里绝不是充分的：当某个选项“摆在桌面上”的时候，很有可能参与实验者合理的按着某个方向发生“倾斜”。某个选项“摆在桌面上”这个事实，可能会传递该选项蕴含着重大情况的信息，所以至少一定程度上，对任何最终判断来说，应该体现这些暗藏的内容。

人的说明是不很注意。因为他们已经得知"权威"——在我们案例中是实验主持者,在法庭中的则是法官——他们不太看重对案件的这样的一种说明。)同样,也许可以质疑第三个实验(在那里法官被要求对一个房地产商判处监禁和缓刑之间作选择),在优等选择(社区服务)之外,给了参与实验者"次一些的"缓刑选择(受教育方式),他们会更多选择缓刑,因为受教育方式选择的存在,这正说明了房地产商人的行为不是出于一些人认为的必须用监禁方式矫正的恶意,而是出于心理上的病因。

总而言之,第二、第四和第五个实验,最强烈地表现出参与实验者的偏好是语境依赖的,而第一和第三个实验虽然符合这个结 73
论,尽管它们对于替代说明表现得更加开放。

最后,也许可以说,在实际审判中,陪审团和法官的行为与实验状态中学生的行为很不一样。但是这个问题,问的不是我们的实验任务是否抓住了法律决策的本质特点,而是我们研究中观察到的折中效应和对比效应,在真实世界环境里是否可能消失。虽然这种可能性不能被完全排除,但它不被现有数据支持。[21] 已经有证据说明,在假想研究中观测到的数量模式,在包含真正支付和有重要后果的更现实状况里,整体上是重复出现的。[22] 因此,我们相信现有的发现对可能影响陪审团和法官的语境效应来说,至少提供了初步的证据。

---

〔21〕 有理由怀疑在以下意义上内部和外部有效性问题是相连的:如果实验陪审员或实验消费者并不像真实的陪审员或真实的消费者,那么他们追求的可能不是他们的真实对应方所追求的同一个目标。例如,参与实验者可能始终只不过是在追求"回答"他们预计实验人员希望听到的东西,或者在这个意义上是"正确的"或聪明的回答。如果情况是这样,消费者表达的就不是他们真正的偏好。但是,对什么回答才是"正确"的回答(或实验主持者希望什么),实际上一点儿也不清楚。有可能我们在这里所认识的折中和对比效应是在力图寻找实验主持者所希望的回答的线索。自然,有可能真实的对应方也会面对同样复杂的问题(真实的陪审员可能试图去猜测法官的愿望;真实的消费者可能试图在推销员面前显得不愚蠢);如果情况是这样,虽然我们可以说实验是外部有效的(真实的行为人同实验参与者行为一致),但是人们的目的没有它表现出来的那么直接,所以我们就不能同等有力地显示语境依赖。

〔22〕 特别参见 Colin Camerer, Behavioral Decision Theory, 载于 *The Handbook of Experimental Economics* (John H. Kagel & Alvin E. Roth eds. 1995)。

我们应该如何回应决策制定中的语境依赖?

如果政策制定者相信,语境依赖的决策是惯常现象,他们将会遇到两个独立的问题。第一,必须搞清楚这些决策是否会出问题,并明显伤害到一些人的利益。第二,必须决定通过削弱决策制定者的权威,"教育"他们这些可能会存在的倾向,或者设计减少语境依赖的程序,是否可能避免那些他们认为有害的决策。

语境依赖决策会造成危害吗? 违背语境独立在法律决策中比在消费者选择中更可能引起麻烦。法律程序是为某个特殊目的而设计的,这不同于消费者选择,在那里决策制定者并没有清楚定义的目的。法律规则制定者(立法机关及行政机构)一般都非常明白地表示对某个特定案例的法律裁判是为了符合一系列的目标。因此可以简单地说,没有有效达到这些目标就是有问题的。例如,一旦我们表示,区分谋杀和一般杀人的目的在于,例如是某种程度上宽恕那些在不正常压力情况下实施行为的人,那么如果我们是在某些偏见的基础上,对被告进行区分(例如,存在这样一个选择,故意杀害警察与普通故意杀害相比,我们对前者的处罚更重),我们就没有达到上述的目的。某个非法者是应该被"合理地"缓刑还是监禁,同样也受制于一组明示的政策判断:如果与这些政策判断无关,我们对事实的认识本身可能会改变决策(也就是说,我们可能在理性的缓刑和"愚蠢"的缓刑之间选择),那么我们就更难以实现我们曾宣称的那组政策
74 判断。[23]

因为消费者没有明显的"政策"或目标,所以语境会阻碍消费者的兴趣,在这个基础上,比较难说清楚对选择的不同评价会到什

---

[23] 几乎一脉相承,社会选择理论已经讨论了社会选择的相关理由和不相关理由的区别:议程设置(无论是有意的还是无意的)决定政治结果被认为会引起麻烦。参见 Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (2d ed. 1963)。更进一步的讨论,参见例如 Frank Easterbrook, Ways of Criticizing the Court, 95 *Harv. L. Rev.* 802, 823 (1982)。我们已经注意到,即使是对个人决策者来说无意或有意操纵议程设置(提出不同的选项组合)都可能影响实际的结果。

么程度。由于背离语境独立，消费者会伤害到自己，这种观念基于两个方面的观察。第一，我们猜测，如果消费者知道了她作出的决策是基于没有证明的事实，消费者可能倾向于自己重新评价（如果不是改变）她的决策。在这个意义上，对语境依赖选择本身会出问题的实用检验，只不过就是，那些偏好决策者自己就倾向于重新考虑或者重新考察。[24] 第二，由于人们没有稳定的、语境独立的偏好顺序，所以他们的选择有可能被备选选择束的组成所操纵。正如我们已经注意到的那样，这种操纵在市场上是常见的。这说明，语境依赖的消费者会受到伤害，虽然这些人是为了自己的利益，但由于被操纵而选择了对其他人有利的选择，所以对这些人自己的福利，就更难以实现最大化。[25]

走出可能造成伤害这个问题，我们可以很好地把这些实验解读为（1）描述了人类行为的一种惯常模式，以及（2）向律师（如同向消费者推销商品）提供有关如何更好操作他们事务（或者保卫他们免予被操作）的信息。律师喜欢给对方当事人选择，接受两个现实的解决方案之一：了解对比效应，可以使她增加对方可能接受她偏爱的方案的概率。

即使不知道它属于何种形式类别，一些律师已经对语境依赖暗暗地形成了非正式直觉，对此我们很少怀疑。对社区律师和辩护人来说，“折中”效应是为其熟知的：作为一种战术手段，一方和/或另一方都可能选择不请求法官指导陪审员考虑相关较轻的指控

---

〔24〕 提出的实用检测说明，如果是从两项选项组中排除不相关选项，那么人们更有可能表达“真实的”偏好。但是，即使对比效应随着时间变化而变得不稳定——每当面对一个新的选择组合，消费者的偏好都会发生变化——但是并不清楚这些短暂的选择是不是劣于在某个最初两项选择组中显示的偏好，这一点很明显是因为我们缺乏对什么是这里所指的劣等选择理论。

〔25〕 有一个可能成立的解释，即偏好形成本身是一个高成本的活动，所以降低这些成本的经验法则可能整体上是最优的，即使这些法则包含了一些特殊情况下没有信息价值的线索。因此，我们可能已经意识到，我们大体上都满足于从一系列选项中选择中间项，这比我们依赖于极端的选项，我们的压力会最小。

这个解释有两点应当加以强调。第一，承认偏好形成是高成本的，这一点是对标准模型的重大偏离。在传统模型中，偏好是分析的起点：决策者被假定知道自己的偏好。第二，还很不清楚这种对规范标准的偏离是“思考成本”的结果，对此在偏好中有多么重要的程度，偏好不仅是语境依赖的，而且受到选择问题的描述方式或“框架”的影响，还有用来表达偏好的反应方式的影响（参见 Paul Slovic, The Construction of Preference, 50 *Am. Psychologist* 364 [1995]，有一个虽然简短，但却很好的评论。）

(lesser included charges)[26],希望以此能迫使陪审团对一项重要指控,在无罪和有罪之间选择,而且他们相信如果不这样做,陪审团将不适当地倾向选择折中的裁决,即使在只有两种选择的时候这个判决得不到支持(例如,比较仅仅决定有罪无罪,或者某个严重的罪名是否成立,和不仅决定有罪无罪,而且还要认定罪行等级)。律师的客户极少对律师不能就较轻罪名请求法庭这么判的能力提出挑战,就算对某些罪名的认定在法律上是可以得到维持的,这种情形不仅反映了整体上挑战律师能力所带来的极大负担[27],而且也反映了承认折中裁决会减小判决无罪的可能,因此,客户必须与他的律师协商,以提出一个有策略的判断。[28][29]

我们能减轻语境依赖并从而改善法律决策吗? 实验没有说明,得

---

[26] 相关较轻罪名(lesser included offenses)指的是,在已经指控的罪名中包含了其他可指控的要素,或者在实施已指控罪中必须涉及的罪名。只有北卡来罗纳,田纳西以及俄克拉何马规定了对相关较轻罪名进行强制指导:在其他司法辖区,必须根据诉讼一方的请求才能作出这种指导。因此法官支持提出相关较轻罪名的诉讼方的请求,必须考虑是否有证据证明认定较轻罪是合理的,而且区分两个犯罪的证据要素是充分的,陪审团可以连贯的发现对更重的罪名被告是无辜的,但对相关较轻罪名,被告是有罪的。起初,相关较轻罪名理论是为了防止过度惩罚或无法证明某些犯罪要素(例如,在杀人案件中的预谋),但可以证明其他要素(例如,在同样的杀人案件中故意致人死亡)的情况下的指控方式。如果陪审员同情被告,但仍然觉得他还是应被定罪,那么被告可以通过请求相关较轻罪名指导,以希望陪审员考虑从轻定罪。对相关较轻罪名法的基础讨论,参见 *Beck v. Alabama*, 447 U. S. 625, 700 S. Ct. 2382, 65 L. Ed. 2d 392 (U. S. Ala. 1980); Note, Improving Jury Deliberations: A Reconsideration of Lesser Included Offense Instructions, 16 *U. Mich. J. L. Ref.* 561 (1983) (Michael Craig); Tracy L. Hamrick, Looking at Lesser Included Offenses on an "All or Nothing" Basis: State v. Bullard and the Sporting Approach to Criminal Justice, 69 *N. C. L. Rev.* 1470 (1991); Janis L. Ettinger, In Search of a Reasoned Approach to the Lesser Included Offense, 50 *Brook. L. Rev.* 191 (1984); Edward G. Mascolo, Procedural Due Process and the Lesser Included Offense Doctrine, 50 *Alb. L. Rev.* 263 (1986);或 Comment, Jury Deliberations and the Lesser Included Offense Rule: Getting the Courts Back in Step, 23 *U. C. Davis L. Rev.* 375 (1990) (David F. Abele)。

[27] 参见 *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984)。

[28] 参见 *Van Alstine v. State*, 263 Ga. 1, 426 S. E. 2d 360 (1993); *Wisconsin v. Hollsten*, 170 Wis. 2d 734, 492 N. W. 2d 191 (1992)。律师拒绝请求相关较轻罪名指导,只有在法庭有理由怀疑这是出于策略动机时才有可能被成功地抵制,最明显的情况是如果无罪就支付律师费,无论是来自形式上的律师收费合同或其他的事实相关因素。例如,可参见 *United States v. Murphy*, 349 F. Supp. 818 (E. D. Pa. 1972)(只有原告无罪,律师才能得到高于一般收入的酬金;一旦客户已经在审判前认罪或在审判中请求相对较轻指控指导,如果律师决定不告知客户控方已经对指控封顶为二级谋杀,那么就构成不适当的帮助)。

[29] 参见 ABA Standards for Criminal Justice, Rule 4—5.2 (第 4 页的评论)(客户最终必须决定是否要求相关较轻罪名指导)。

到关于对比效应和折中效应警告的实验组是不是比那些没有得到警告的实验组，更好地避免了这些效应。因此即使是一次只存在一个效应，是否能够"教育"人们避免语境依赖的决策，我们并不清楚，并且对于更普遍的教育是否可能引导整体的语境独立，我们就更不清楚了。 75

当然，在我们有一个相当充分的不相关的理论的时候，我们完全可以去掉不相关的选择，而且更有意思的是，我们可以对比衡量，引入一个相关选择的价值，因为这个引进，在不相关的理由上，可以改变其他选择之间存在的偏好成本。但是，如果我们相信，例如，由于人们可能仍然含蓄地考虑某个未明确表述出来的选择，比选择集合的这个或那个极端还要极端，所以我们就不可能消除折中的偏见，因此消除不相关的选择，这个目标也许不能实现。但是，要看到，我们至少应该保留这种可能的信念。对现在的不相关选择的消除，将减少决策的语境依赖。

与"相关较轻罪名"相联系，这个问题显示得最突出，这种情况下罪名所涉及的行为有可能与许多不同的刑事指控相符合，但是对其惩罚，却由于一些原因会有不同（精神状态，动机，故意的程度，受害者状况，等等）。可以想见，向下划分某个潜在一体的罪名的立法决定，引导陪审团考虑所有次级罪过的司法决定，都是基于有关每一个附加的次级罪过的政策决定的。在缺乏语境依赖的决策过程中，当立法者相信在历史上统一的（或者说在概念上是可以统一的）类型中对被告行为的区分可以合理地分辨不同的罪犯（通过诸如应受谴责性、威慑性、对危险的信号传递等角度）的时候，他们应该细分不同的罪行。同样，法官应该指导事实发现者考虑对某个附加的分类进行定罪，立法者创制它是因为立法者相信一个理性的陪审团能对被告（所供述的）这个次级的罪过而不是其他什么罪过，排除合理的怀疑（甚至就算法官自己认为，其他的次级罪过是个更合理的定罪分类）。[30]

---

[30] 例如，可参见 *Sansone v. United States*, 380 U.S. 343, 351 (1965); *Beck v. Alabama*, 447 U.S. 625, 636 n.12 (1980)（引用了州和联邦案件支持以下判断，原告有权利"请求相关较轻罪名指导，如果证据充分"）; *United States v. Thompson*, 492 F.2d 359, 362 (8th Cir. 1974)（如果有证据证明按相关较轻罪名定罪，并且有充分证据区别争议中的两种罪名，那么必须要进行相关较轻罪名指控，陪审团从而有可能判断被告没有犯下更重的罪行，而相关较轻罪名成立）。

但是，如果决策过程是语境依赖的，所有这些决策规则都将是不完备的。立法者对某种犯罪加入了可判死刑的谋杀，希望这样可以区别于一般的谋杀（以及一般杀人），必须知道这不仅是创造了一种新的实体的分类——基于实体上的考虑，某些杀人在道德上是更应该谴责的，或者没有更加重的处罚难以威慑，或者社会危害更大——而且必须知道，这将改变对谋杀和一般杀人之间定罪的平衡（尽管立法者可能并不想改变实体理由上的区分，比如说，被激惹的、部分可以减轻罪行的杀人，与没有被激惹的杀人）。这
76 一点是正确的，至少值得考虑，不仅因为在处死刑的谋杀和一般杀人之间，谋杀经常更普遍地成为一个折中的判决，而且因为事实上，谋杀往往明显优于可判死刑的谋杀（或者相反），所以“谋杀”与一般杀人相比（由于对比效应）有优势。把这一点推广得更广泛一些，立法者必须承认，至少这是一种观点，如果决定应该定的罪是一个新的实体分类，那么它可能会改变其他分类之间在实体上的判断，即使这些分类之间实体界限在形式上仍然保持不变。[31]

同样，当法官决定，一个理性的陪审团可能会判定被告某个特定的罪名——即使法官本人认为不应该是这样——法官必须承认，她已经改变了确定被告另一个罪名的可能性（如果不矛盾，这本应该在所有案例中向陪审团提出）。一个法官的裁决，比如说，拒绝对情节特别严重的谋杀进行指导，如果我们仅仅关注情节特别严重的谋杀的指控是否合理这个问题，法官的决定就可能显得不理智，但是我们应该了解，法官必须在我们接受什么将引起一种决策能力的丧失（拒绝让陪审团听证一个本来在事实上可能接受的选择），和什么应该被视为更大的收益（阻止陪审团在选择间作

---

〔31〕 虽然这个模式最直接适用于细分的刑法罪名，它也适用于其他更明显的情况，在这些情况下，立法者增加了决策者对某组行为作出反应的可能选项，或者法官必须决定是否允许事实发现者从立法者规定的全部选项中进行选择。因此，决定在民事案件中是否增加可能救济的范围，可以按照传统的分析（也就是说，如果添加的救济对某小类案件是适当的而且法庭已经指导陪审团考虑合理情况下适用这种救济是否符合立法的标准，那么立法者应当增加救济的范围）以及/或者根据语境依赖分析（立法者和法官必须考虑附加选项产生的效果，这些选项也许本应是更应该被选择的）。

出选择，这时更可能要严肃考虑与这些选择的区别无关的那些理由）之间进行衡量。[32]

---

〔32〕 在目前，如果法官指导陪审员考虑相关较轻罪名，事实上他们会对决策进行一些"分离"，以确保陪审员不把他们实际的选择目标当成一个选项组合。因此，一般来说，在考虑相关较轻罪名之前，法官指导陪审团必须无例外地认为被告在被指控的更严重罪行上是清白的。例如，可参见 *Nell v. State*, 642 P. 2d 1361, 1367 (Alaska App. 1982); *Stone v. Superior Court of San Diego County*, 31 Cal. 3d 503, 646 P. 2d 809, 183 Cal. Rptr. 647 (1982)("当然，陪审团必须注意在考虑相关较轻罪名之前，应当首先决定被告是否犯了更严重的罪行，如果发现被告更严重的罪名成立，或者对此意参见不一致，就不应当推翻对较轻罪名的裁判。"646 P. 2d，第 820 页)。还有一些州通过发给陪审团每个指控有罪/无罪的表格，来区分对不同指控的决定。例如，可参见 *State v. Dippre*, 121 Ariz. 596, 592 P. 2d 1252 (1979)。最后，在一些州，陪审员被告知，他们不应当考虑相关较轻罪名指控，除非他们有合理的理由怀疑被告是否应被定为更重的罪过，但是这些州似乎并不要求在考虑相关较轻罪名之前，陪审团必须无例外表决无罪（也就是说，不要求这种合理怀疑是无例外的）。例如，可参见 *People v. McGregor*, 635 P. 2d 912 (Colo. App. 1981); *State v. Santiago*, 516 P. 2d 1256 (Haw. 1973)。虽然第一种和第三种程序对陪审团可能会发生不同的作用——第一种程序对陪审员或陪审团定罪起的作用更强一些——按第三类州的做法那样告知陪审员，"如果你觉得对指控被告的罪行来说并没有超出合理的怀疑，或你对被告的罪过有合理的怀疑，你可以考虑他是否应定为较轻的罪名"(*McGregor*, 635 P. 2d at 914)，可以解释为如果告知陪审员对指控罪名没有超出合理怀疑陪审团就应该宣告无罪（无论是"更重的"还是别的），那么指控不要更高或者更低。因此，在一些审判区，法庭明确拒绝表明第一种和第三种做法有什么重大区别。参见例如，*People v. Padilla*, 638 P. 2d 15 (Colo. 1981)。法官在给陪审团的指导中写道："如果你对被告指控罪名持有合理怀疑，但是他仍然可能会被定为其他较轻罪名"（同上，第 17 页）。法庭注意到并不清楚在考虑较轻罪名之前，陪审团是否应该先宣告指控被告的更重罪不成立（同上），但也应注意到，即使指导要求先行宣告无罪，也能控制被告的抗辩（同上）。又参见 *State v. McNeal*, 288 N. W. 2d 874 (Wis. App. 1980)。（虽然指导看起来要求在考虑较轻罪名之前，陪审团应该先宣告指控被告的更重罪不成立，法庭把这个指导解释成如果不能宣告被告有罪，则允许陪审团考虑相关较轻罪名）。

对所有情况，都不能明确保证陪审员成功地从语境中分离考虑每一个指控。如果根据相关较轻罪名指导知道可以这么做，每一名偏向中间位置（相关较轻罪名）的陪审员，将更可能否决更严重的指控。

然而，我们应当注意，我们在这里提出的此类法官规定的规则很有可能与陪审团的传统事实发现角色相冲突。虽然这样做是为认定某罪的次合理选择，但为确保陪审团不作出语境依赖的决定，法官从根本上讲是不应该对犯罪的先决要素进行指导的。显然，限制采纳证据的主要理由是不信任陪审员的能力（可以思考这样的说法），法官在做较轻罪名指导时显得更加谨慎，这种做法如同是一种传统思想（即：某些信息同其可检验、证明特性相比而言带有更多的偏见性）的一种变体。虽然，发现由于害怕陪审员可能误用信息，所以不告知陪审团通常应有的信息，这让人感觉不好，但有时候确实是不让陪审员了解法律制度的鲜明特征，以防止如果他们知道后将会影响到他们执行事实发现作用时不太熟练。例如，在死刑

结论

过去的研究提出了消费者选择中存在的语境依赖。我们把这项工作推广到了法律决策过程，并且发现在这个领域对语境独立的背离是普遍存在的。我们已经提出，从规范的角度来说，因为法律决策者不像消费者那样，是被一些原则所指导的，这些原则明确表示了一些因素相关而另一些因素不相关，所以法律决策过程的语境依赖比消费者选择更可能造成问题。进一步说，法律决定的选择总是会影响到其他人，而消费者所作的决定一般只关乎自己。显而易见，参与者要进行法律决策，如果决策过程的语境依赖问题被当作是既定的事实，那么无论立法者还是法官（他们对陪审员进行指导）都必须细致考察决策者现有的选择集合是什么。无论他们是有意还是无意，他们必须说明这个事实：附加的选择，不仅引进了一个可能看起来很合理的决定，而且还会改变其他选择之间
77 的选择结果。

附录

实验材料

下面是全部五个案例使用的完整实验材料。在每一个案例中，所有参与实验者都阅读同样的背景、介绍性材料。只有被某个实验组阅读过的材料才被清楚地标识出来。

案例 1

下面是对一起杀人案件的描述。请阅读事实梗概和可能的判

案件审判中，陪审员可能不会被告知，每个刑罚执行者都有权对形式上的不可假释的“无期徒刑”进行减刑（或者，因此执行者在计划执行期间可以对死刑减刑），可以想像它是基于这样的假设，即陪审员将根据这个不充分的明显政策事实——刑罚有不被执行的风险，从而在无期徒刑和死刑之间进行选择。

决。然后,请指出哪一个判决你认为是正确的。

你应当认为以下事实已经证实:

1993 年 1 月 1 日,上午 9 点,被告给她第二任丈夫一杯咖啡,里面加入了 20 片经过研磨的安眠药片。在饮用后的几小时内他死亡了。在他生命的最后几个小时里,他经历了巨大的身体痛苦,这一点你应当视为是确定的。被告供认,在她给他咖啡之后,她在他地下室的电脑屏幕上打了一个自杀的日记,她这样做是想让警察认为他的死与她无关。而且她承认,她给他咖啡和致死的药片就是想让他死。控方承认在上午 8:05,被告偷听到了她第一次婚姻所生的 17 岁女儿的啜泣。女儿通过电话对她最好的朋友说,她的继父(死者)在前一个晚上"再一次"试图对她性骚扰。与此同时,控方提出,原告也承认,她是为了继承死者的一大笔金钱而采取行动的,并且在她丈夫死亡六个多月前,她已经和其他男人有染。

你的任务

所有其他陪审员都确信被告犯了杀人罪,即不合法地剥夺了他人生命。现在,你理解你的任务就是简单地对该违法杀人定级别,以确定罪过的程度。

第一组参与实验者给予以下的材料

审判在哥伦比亚特区进行。在哥伦比亚特区,与这个案例相关的杀人行为有两个等级: 78

A. 谋杀

B. 一般杀人

在下一页你将看到对决定本案有争议的杀人行为分级的有关法律规定的简要概述。然后我们要求你指出你将选择哪一个判决。

相关法律规定

哥伦比亚特区的法律是这样规定的:

A. 谋杀。(1) 谋杀是指存在明显恶意,蓄意图谋的情况下,

对他人生命的不合法剥夺。被告被定罪为故意杀人,应判处25年徒刑到终生监禁,期间存在被假释的可能。

B. 一般杀人。(2) 由于存在合理的解释或原因,在心理或情感波动的极端影响下实施的杀人行为是刑法上的一般杀人。合理的解释或原因要求在行为人所处的环境下,从行为人的立场考虑而确定。经历了严重的情绪波动后,经过足够长时间的冷静,被告可能会认为这种波动的影响不会导致行动。一般杀人,应判处8年监禁。

第二组参与实验者得到以下的材料

审判在加利福尼亚州进行。在加利福尼亚州,与这个案例相关的杀人行为有三个等级:

A. 情节特别严重的谋杀

B. 谋杀

C. 一般杀人

在下一页你将看到对决定本案有争议的杀人行为分级的有关法律规定的简要概述。然后我们要求你指出你将选择哪一个
79 判决。

相关法律规定

加利福尼亚州法律是这样规定的:(1) 谋杀是在明显恶意,蓄意图谋的情况下,对他人生命的不合法剥夺。

A. 情节特别严重的谋杀。(2) 如果发现一项或几项特别严重的情节,被告被定罪为谋杀,应处死刑或终生监禁,并不得假释。

(3) 其中特别严重的情节,指的是:(a) 为金钱利益而蓄意谋杀。(b) 行为极其可憎、凶暴或者残忍,表现出特别的道德败坏。如果犯罪是下意识或无动于衷地实施的,并且对受害者进行了不必要的折磨,那么这个判断是恰当的。(c) 被告通过使用毒药而实施杀人。

(4) 作为陪审员,如果你认定被告情节特别严重的谋杀成立,将会另行审理;至于被告是应被判处死刑还是应被判不得假释的终生监禁,这个决定不一定由你作出。

B. 谋杀。(5) 被告被定罪为谋杀,而不是情节特别严重的谋杀,应处 25 年徒刑到终生监禁,并可以被假释。

C. 一般杀人。(6) 由于存在合理的解释或原因,在心理或情感波动的极端影响下实施的杀人行为是刑法上的一般杀人。(a) 合理的解释或原因要求在行为人所处的环境下,从行为人的立场考虑而确定。经历了严重的情绪波动后,经过足够长时间的冷静,被告可能会认为这种波动的影响不会导致行动。(b) 一般杀人,应判处 8 年监禁。

第三组参与实验者得到以下的材料

其他审判区 80

在一些审判区,情节特别严重的谋杀是一个可能作出的判决。下面是对情节特别严重的谋杀的法律规定的简要概述:

(a) 谋杀是在明显恶意,蓄意图谋的情况下,对他人生命的不合法剥夺。

(b) 如果发现一项或几项特别严重的情节,被告被定罪为谋杀,应被判处死刑或终生监禁,并不得假释。

(c) 特别严重的情节,指的是:(1) 为金钱利益而蓄意谋杀;(2) 行为极其可憎、凶暴或者残忍,表现出特别的道德败坏;如果犯罪行为是下意识或无动于衷实施的,并且对受害者进行了不必要的折磨,那么这个判断是恰当的;(3) 被告通过使用毒药而实施杀人。

(d) 如果被告情节特别严重的故意杀人罪名成立,将会另行审理并裁定被告是应被判处死刑,还是只判处不得假释的终生监禁。

本审判区

若这个审判在哥伦比亚特区进行,这里的法律没有关于情节特别严重的谋杀的规定。因此,对争议的杀人行为的可能的分级只能是:

A. 谋杀

B. 一般杀人

在下一页你将看到，对决定本案有争议的杀人行为分级的有关法律规定的简要概述。然后我们要求你指出你将选择哪一个判决。

相关法律

A. 谋杀。(1) 谋杀是指存在明显恶意，蓄意图谋的情况下，对他人生命的不合法剥夺。被告被定罪为故意杀人，应被判处 25
81 年徒刑到终生监禁，并可以被假释。

B. 一般杀人。(2) 由于存在合理的解释或原因，在心理或情绪波动的极端影响下实施的杀人行为是刑法上的一般杀人。合理的解释或原因要求在行为人所处的环境下，从行为人的立场考虑而确定。经历了严重的情绪波动后，经过足够长时间的冷静，被告可能会认为这种波动的影响不会导致行动。一般杀人，应处 8 年监禁。

案例 2

下面是对一起法律案件的描述。请阅读事实梗概和可能的判决。然后，请指出哪一个判决你认为是正确的。

控辩双方同意以下是对争议事件的确切描述：

> 被告唐纳德·杜威是一个非裔美国人，在一个商场的内部庭院里走着，当时所有商店已经关门很久了。但是这家商场还是开着的。十五分钟之前，这个商场的一家珠宝店铺被盗了，但不是杜威干的。有一个保安，他是商场老板雇的一名不当班的警察，走近杜威，对他说这里发生了盗窃，问他是否介意被搜查。保安想检查他身上是否有盗窃用的工具，以及一些现金和丢失的珠宝。保安知道他没有合适的理由扣押杜威。但是当杜威拒绝，保安接近并抓住了他，并且感到在他大衣口袋里有一个凸出的东西，那被证明是把枪。杜威试图挣脱保安，尖叫“你没权力不让我走！”然后保安喊出了一个带种族歧视的称呼。杜威挣脱保安，并且把他打翻。当保安正倒向地上的时候，杜威开了他的枪，杀死了保安。

控辩双方都承认,杜威是有意杀死了被害人。

你的任务

杀人行为在整体上被定义为不合法地剥夺了他人生命。在这个审判区有四个杀人级别:

A. 情节特别严重的谋杀 82
B. 谋杀
C. 一般杀人
D. 无故意一般杀人

既定案例事实已知,作为这次审判的陪审员,你的任务就是简单地对这起不合法的杀人进行分级。也就是说,你必须决定杜威的杀人罪行属哪一个级别。

杀人行为的分级——定义以及与案件的关联

偏上组参与实验者(Upper Group Subjects)

A. 情节特别严重的谋杀。如果有意或明知而剥夺他人生命,并且被害者是正在履行其职责的警察,这种情况构成情节特别严重的谋杀罪行。对情节特别严重的谋杀罪行,应处终生监禁并不得假释或要么判处死刑(具体刑罚稍后另行审理)。区检察官(DA)指出,这个案件应该是情节特别严重的谋杀,理由是这位行使职权的保安,其行为正如其是警察本身的行为,所以应该被视为正在履行其职责的警察。虽然当时他并不当班,但警察始终有拘捕的正当权利。

B. 谋杀。谋杀是指有意剥夺他人生命的行为。谋杀应被判处 25 年徒刑到终生监禁,并有被假释的可能。

C. 一般杀人。由于存在合理的解释或原因,在心理或情绪波动的极端影响下而实施的杀人行为,应被认定为一般杀人。对一般杀人,最高应处 8 年监禁。区检察官认为杜威并没有达到一般杀人必要的被激惹程度。也就是说,区检察官认为,杜威并不是在心理或情绪波动的极端影响下而行为的。杜威的律师指出,杜威被激惹杀人,不仅是由于非法、无端的拘捕,而且还由于保安使用了带有种族歧视的称呼。也就是说,杜威的律师认为,无端的拘捕

83 加上具有种族歧视的称呼足够使心理或情绪波动受到极端影响。

D. 无故意一般杀人。如果主观上认为,即使是非理性地为了保卫自己而使用致命的武器杀人,那么无故意一般杀人成立。但是,法官认为在法律上杜威没有权利使用致命的武器,来反抗无端的被拘捕,也没有可信的证据证明,杜威认为他有这样的法律权利,使用致命武器保卫自己。因此,这个杀人行为不能被判定为是无故意一般杀人。

偏下组参与实验者(Lower Group Subjects)

A. 情节特别严重的谋杀。如果有意或明知而剥夺他人生命,并且被害者是正在履行其职责的警察,这种情况构成情节特别严重的谋杀。对情节特别严重的谋杀,应处终生监禁并不得假释或死刑(具体刑罚之后另案审理)。但是,法官认为在法律上,不当班而作为私人保安的警察,不是履行其本来职责的警察。因此,本案涉及的杀人行为,不能被判定为情节特别严重的谋杀。

B. 谋杀。谋杀是指有意剥夺他人生命的行为。谋杀应处25年徒刑到终生监禁,并可以被假释。

C. 一般杀人。由于存在合理的解释或原因,在心理或情感波动的极端影响下而实施的杀人行为,应被认定为一般杀人。对一般杀人,最高应处8年监禁。区检察官认为,杜威并没有达到一般杀人所必要的被激惹程度。也就是说,区检察官认为,杜威并不是在心理或情感波动的极端影响下而行为的。杜威的律师指出,杜威被激惹杀人,不仅是由于非法、无端的拘捕,而且还由于保安使用了种族歧视的称呼。也就是说,杜威的律师认为无端地拘捕加上带种族歧视的称呼足够使心理或情绪波动极端地被影响。

D. 无故意一般杀人。如果主观上认为,即使是非理性地为了保卫自己而使用致命的武器杀人,那么无故意一般杀人成立。法官认为在法律上,杜威没有权利使用致命的武器来反抗无端的被
84 拘捕。但是,如果杜威错误地认为,他有权利使用致命的武器保卫自己,那么这个杀人行为应该被判定为无故意一般杀人。杜威的律师正是指出了这一点。他表示,杜威以为他有权利使用致命的武器去反抗非法拘捕,并且,杜威害怕保安可能会严重伤害或杀死他。

案例 3

场景

以下是既定的案情材料：

被告已经被认为触犯了州刑法。任何有执照的房地产经纪人，在明知的情况下对房产买主隐瞒房产实际存在的重大缺陷，都应该被认为是违反了这条法律。法律规定经纪人不必花费力气调查他们所提供的房产状况。但是经纪人必须把他们已经知道的有关房产的全部重要和实际存在的缺陷告知买主。而且，在经纪人没有花费力气去了解单元住房状况的情况下，他们必须把他们没有进行调查这一事实告知买主。

在本案中经纪人出售房产四个月前，已经有一个工程师报告，报告中指出该房屋的地基已经因干腐病菌被严重破坏了。报告表明，要修复这个破坏了的地基将花费接近 10 万美元。经纪人没有把这个事实告知该房产的未来买主，他们花费了 20 万美元购买了该房屋，评估人员估计，按不闹干腐病菌的房屋的公平市场价格，其值大约在 1 万美元之内。审理中，这个经纪人提出，他以为那份报告已经过期了。他证实，他猜测在工程师作出报告到这房屋第一次被房地产商张贴出售之间的六个星期时间内地基大概已经被修复了。显然，陪审团没有相信这个说法，因为他们最终判决被告明知而隐瞒事实信息这一点成立。

你的任务

你是法官。你必须决定对这个案件中的违法者进行处罚。下一页是对已建议的处罚作了简短说明。

你的选项

下面是控方事务所和县缓刑办公室提出的处罚：

两项选择组(Two-Option Group)

A. 控方的建议。控方建议对被告监禁 1 个月并处 2500 美元罚金。

B. 缓刑办公室的建议。缓刑办公室建议对被告处以 2500 美元罚金,并加 6 个月的缓刑。在缓刑期间,被告将从事 40 个小时的社区服务工作,大体上是帮那些因为居住地进行城市改造而拆迁的住户寻找新住所。

三项选择组可选的附加选项

C. 缓刑办公室的建议。作为替代方案,缓刑办公室建议对被告处以 2500 美元罚金,并且施加 6 个月的缓刑,在缓刑期间,被告将被要求在辅导课学习 50 个小时。辅导课将集中于商业行为伦理的重要性,以及不诚信与自尊心受损之间的关系。

案例 4

设想你是一名为以下描述的法律案件中替原告处理官司的律师。请指出你会采取哪一个行动路线。

背景

两年前,一所重点大学的经济学系投票认为你的客户,那时她是该大学的一名副教授不能被提升担任终身职位。她表示,这是由于她的性别而受到了歧视。她注意到,首先,和她发表文章记录相近的男同事,虽然没有像她一样得到了本科生教学奖金,但已经被提升了。其次,她注意到,在过去二十年中,该系既没有雇佣也没有晋升本来可以考虑的许多妇女。

你的客户感兴趣的是(1) 对她的不公正待遇进行补偿,(2) 学校要公开承认,在处理她的事情上错了。

同时,你的客户对整体上的妇女进步很感兴趣,并希望(3) 要在经济学领域尽她的一份力,有助于推进妇女的积极帮助计划。

86 你的客户不太确定该怎样衡量和比较这三个利益。

学校咨询办公室联系到你，并要求你与你的客户协商这些方案。

场景

你的客户要求你建议选择其中一个解决方案。这些方案显示在背面。

两项选择组：提议

包括学校承认错误的方案：

方案 1：（a）学校将赔偿你的客户 4.5 万美元。（b）学校将对将承认在你客户案件上所犯的错误并公开道歉。

需要注意的是你的客户现在在另一所大学有一份年收入 7 万美元的工作。她将会觉得 4.5 万美元有点用处，但不代表整个生活的改变。

包括提高女性在经济学系代表地位的计划的方案。

方案 2：（a）学校将同意你的客户可以接受的对提高该系女性代表地位的积极补偿计划。（b）但是学校将不承认在你客户的案件中所犯的错误。

需要注意的是可以观察到无论你的客户是否同意这个处理建议，学校都有可能实施积极补偿计划。

针对三项选择组提供的附加选项

方案 3：（a）学校将以你客户的名义，对客户感兴趣的慈善机构捐赠 3.5 万美元。（b）学校将对在你客户案件上所犯的错误表示公开道歉。

需要注意的是你的客户也许不愿意捐赠这么大数字的款项。而且，不管怎样，你的客户可以从她在方案 1 里得到的钱拿出一部分用作捐赠。

案例 5

假想你是一名律师。在下面的案件中你会作出什么选择？

背景

你的客户韦尔斯是一间一直营业凌晨三点的跳舞俱乐部
87 唯一的邻居。俱乐部老板承认，从子夜到凌晨三点的噪音水平超出了韦尔斯能够承受的限度；他承认，如果韦尔斯在法庭提起诉讼，他的行为将被判为是一种“公害”。

俱乐部老板不愿意被强制大规模地降低噪音，特别是在星期五和星期六的晚上，于是他向你的客户提出了三个建议。

你的客户要求你对此发表意见，你将推荐你的客户采用哪一个处理建议呢？

两项选择组

降低声音的选择项：建议 X。俱乐部主人将(a) 将音响系统降低 10 分贝，并且(b) 在俱乐部外面设置篱笆墙以便消除更多的声音。一般情况下韦尔斯将不再会被噪音滋扰。但他时常仍能听到从俱乐部传来的音乐声，并感觉到噪音越来越严重。

作为替代方案的周末外住：建议 Y。俱乐部主人将(a) 每个星期五和星期六晚上把韦尔斯安排到附近的一家豪华宾馆，并且(b) 每周付给韦尔斯 120 美元现金。韦尔斯也许会喜欢留在宾馆，但过一段时间他可能厌倦。如果某些时候他不愿意去宾馆，他可以留在家里。韦尔斯每年挣 25,000 美元，所以这 120 美元是有用的。

三项选择组可选的附加选项

建议 Z：俱乐部主人将(a) 每个星期五和星期六晚上把韦尔斯安排到附近的一家豪华宾馆居住，并且(b) 每周付给韦尔斯 40 美元现金，还有每周 85 美元的预付消费款，可以在这家或其他三家跳舞俱乐部里使用。韦尔斯也许会喜欢留在宾馆，但过一段时间他可能会厌倦。韦尔斯一年大概去三次他将有预付的俱乐部，每次如果一个人花销 50 美元，如果是约会的话花销则是 90 美元。他不太可能每个周末都去这些俱乐部。

3 后见判断的实证心理学理论

杰弗里·拉克林斯基

当事后诸葛亮最容易。[1]

每个人都熟悉这种感觉，我“早就看出来了”。对事件，尤其是悲剧，经常感到它们似乎是可以预测到的。民间智慧告诫我们不要信任这种感觉。我们都知道后见之明是“马后炮”，“事后诸葛亮”夸大了人们预知未来的能力。知道了故事是怎么结束，于是结果看起来似乎是无法避免的，因此这扭曲了我们对能够预测到什么的感觉。尽管都知道对事件的后见评估存在精确预测上的障碍，但法律却一直要求法院作出这样的评估。大量的法律判断，从决定侵权案件的被告是否尽到了合理注意的义务，到公司官员是否明知而作不实陈述而犯证券欺诈，都要求法官或陪审团忽略他们在事后知道的东西。如果民间智慧是正确的，这些判断不应该被信任。但是很明显，我们的法律体系必须建立在这些错误判断之上。

---

[1] *Cornman v. The Eastern Counties Railway Co.*, 157 *Eng. Rep.* 1050, 1052 (Exch. 1859)。

对后见判断的心理学研究

后见偏见

认知心理学家的研究，支持民间反对信任事后判断的劝诫。自巴鲁克·费施霍夫(Baruch Fischhoff)的著作开始，心理学家不断表明，人们高估了对过去事件的预见力[2]，这个现象被心理学家称为"后见偏见"。费施霍夫这样形容这种偏见："从后见的角度，人们不断夸大先见角度能够预测到的东西。他们不仅倾向于视已经发生的事情为不可避免，而且认为在事情发生之前已经显得'相当不可避免'。人们认为他人对事件本来能做到的预测，比实际上做
96 到的应该更好。"[3]

巴鲁克·费施霍夫首次系统地阐述了这个现象。[4] 在他的研究中，费施霍夫给作为参与实验者的本科生描述了19世纪在英国和尼泊尔廓尔喀族人之间发生的一场不为人熟知的战争。他的材料由一份有150字的对冲突的说明组成，其中包括双方部队的优势和劣势。这份说明列出了冲突的四种可能后果(英国胜利，廓尔喀族人胜利，没有和平协议的僵局，有和平协议的僵局)。费施霍夫的材料备忘录，区别了五种不同的情形。材料要么明确表示实际上发生的是四种可能后果中的一个，要么对实际的结果没有提供信息。参与实验者阅读材料并回答以下问题："根据这段话显示的信息，发生四种可能结果的概率是多少？"事先被告知其中一个

---

〔2〕 参见 Baruch Fischhoff, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, 1 *J. Exp. Psych.* 288 (1975)，(对该效应的第一个描述)。对后见偏见研究的综述，参见 Jay J. J. Christensen-Szalanski and Cynthia Fobian Willham, The Hindsight Bias: A Meta-analysis, 48 *Org. Beh. & Human Decision Processes* 147, 147—48 (1991); Scott A. Hawkins and Reid Hastie, Hindsight: Biased Judgments of Past Events After the Outcomes Are Known, 107 *Psych. Bull.* 311, 312 (1990)。

〔3〕 Baruch Fischhoff, For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight, 载于 Daniel Kahneman, Paul Slovic, and Amos Tversky, eds., *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases* 335, 341 (Cambridge 1982)，(对该偏见的可能后果进行了系统分析)。

〔4〕 参见 Fischhoff，前引注2。

结果已经实际发生的参与实验者，对发生该结果的可能性作出了夸大的估计（与未经告知结果信息的参与实验者相比较）。事实上，被告知假定冲突结果的参与实验者的中间概率达到了170%，而知晓结果如果不影响参与实验者的话，他们的概率本应是大约100%。在这项研究中，以及对费施霍夫实验在其他场景下的重复，表明如果告知参与实验者结果，他们会提高对该结果可能发生的概率估计，数字在6.3%到44.0%之间。

后见偏见和更常见的根据经验进行学习的过程，二者之间有着重要的区别。在大多数情况下，知道某个结果，应该会导致人们提高对某个事件可能性的估计。如果费施霍夫对他的参与实验者提问，估计在英国和廓尔喀人之间未来的一场冲突可能结果的概率是什么，对参与实验者来说，大概会假想历史有可能会重复上演。但是费施霍夫并没有要求他的参与实验者预测未来的事件；他要求他们假定自己不知道已知结果，而对某个过去事件的可预测性进行判断。但他的参与实验者，仍然是在假定他们得知结果的情况下行为，即使这结果本来不关他们的事。

研究者已经从广泛的不同素材上证明了后见偏见的存在。对后见判断的研究，从整体上来说，强烈地支持了费施霍夫的结论，“知道某个结果已经发生，提高了认为它可能发生的概率。”[5]“压倒的证据说明……后见偏见是一个很有力的现象，不容易消除，甚至不容易被调和。”[6]后见判断覆盖了广泛种类的任务和素材，是一种相当大而且相当一贯的偏见。

后见偏见的起因

为什么已知的结果这么难以被忽略？心理学家提出了三种主要的理论来解释后见偏见。两个是动机理论，其意思是将这种偏 97
见归因于人们的需要或欲望，另一个是认知理论，其意思是将这种偏见归因于当人们在后见的状态下作判断所依赖的心理策略。尽

---

〔5〕 参见 Christensen-Szalanski and Willham，前引注2，第155页。引言最初出自费施霍夫，前引注2，第297页。

〔6〕 参见 Stephen J. Hoch and George F. Loewenstein, Outcome Feedback: Hindsight and Information, 15 *J. Exp. Psych.: Learning, Memory, & Cognition* 605, 605 (1989)。

管动机因素对后见状态下作判断可能也起作用，但在这三种理论中，认知理论对后见偏见提供了最好的说明。

“延缓决定论（creeping determinism）”，费施霍夫的这个用语本身勾勒出了解释后见偏见的最好的认知理论。[7] 根据这种理论，人们自然而然地把某个结果与此前的事件整合成一个故事。[8] 当这么做的时候，人们把结果归因为一些可预测的情况，使得这些情况比在事前看起来显得更重要。同时人们又低估了其他先前事件的重要性，而这些事件原本是可能会导致到另一个结果的。例如，在费施霍夫的原创研究中，运用了英国—廓尔喀人的冲突，由于参与实验者已经被告知获胜者是英国，所以参与实验者就把英国方面的优势（更好的武器和训练），看得比尼泊尔方面的优势（更高的士气和对地形的熟悉）与结果更有关联。在这些情况下，参与实验者可能同时推测，训练和武器比士气和对地形的熟悉在整体上对战争也许更重要。这些参与实验者自然而然地依据他们的推测去判断这场冲突的可能结果。而且即使人们可以抑制这个结果的特定信息，参与实验者也不会忘记从结果推论出来的那些见解。因此，事先知道实际的结果比不知道它，使结果看起来更可能发生了。

延缓决定理论在文献中还能找到其他支撑。直接把结果归因为某个与先前事件没有联系的事件素材，不会产生后见偏见。[9] 例如，阅读英国—廓尔喀人冲突的参与实验者，被告知尼泊尔的胜利是由于一次反常的暴风雪，这些参与实验者比那些没有被告知冲突结果的，并不把尼泊尔的胜利看得更可能发生。延缓决定论同时解释了为什么添加更多的信息有时候会提高偏见的程度[10]；更多的先

---

〔7〕 Fischhoff，前引注 2，第 288 页。

〔8〕 参见 Fischhoff，前引注 2，第 289 页；Hawkins and Hastie，前引注 2，第 312 页，（虽然他们认为这个过程不是自动的）。

〔9〕 参见 David Wasserman, Richard O. Lempert, and Reid Hastie, Hindsight and Causality, 17 *Personality & Soc. Psych. Bull.* 30, 34 (1991)。

〔10〕 参见 Michelle R. Nario and Nyla R. Branscombe, Comparison Processes in Hindsight and Causal Attribution, 21 *Personality & Soc. Psych. Bull* 1244, 1252 (1995); Donald C. Pennington, The British fireman's strike of 1977/78: An investigation of judgments in foresight and hindsight, 20 *Brit. J. Soc. Psych.* 89, 93—95 (1981); Neal J. Roese and James M. Olson, Counterfactuals, Causal Attributions, and the Hindsight Bias: A Conceptual Integration, 32 *J. Exp. Soc. Psych.* 197, 205—218 (1996)。

前事实被整合到对结果的解释中，结果就会显得更加不可避免。延展决定理论也说明了，描述某个事件发生的素材，比描述某个事件没有发生的素材，能产生更强的后见偏见[11]；发生某个事情，比没有发生某个事情，通常更容易被用来做解释。费施霍夫的原创假说，看起来为后见偏见中的数据结果提供了充分的解释。

从较小的程度来看，这种偏见也是由两种动机因素导致的。首先，许多人希望把世界视为稳定的和可预测的。[12] 如果悲剧是可以预见的，那么逻辑上细心的人们可能会避免它。因此，后见偏见 98
使得世界看起来比它实际上更稳定和更可控制。其次，心理学实验中的实验参与者，在大部分社会场合下，力图避免自己看上去愚蠢。因此，在后见研究中的参与实验者可能声称就算别人不能，但是他们却已经预见到了结果，这是为了向实验者（或者其他参与实验者，或者他们自己）显示他们的智慧而作出的努力的一部分。但是，由于在对后见偏见的一些研究中，当参与实验者表达了偏见，实际上最终他们显得更愚蠢，所以这个理论不能对全部数据有充足的解释力。整体上，在解释后见偏见上，“动机因素显得起不了太大作用”[13]。

减少偏见

费施霍夫对后见偏见的解释，引起了一系列寻求有效减少偏见策略的努力，即寻找一种对过去事件的可预测性进行精确估计的方法。但这些努力没有成功。由于动机因素只是部分地对这种偏见起作用，所以通过提高对人们的激励以进行精确的判断，比如奖励作出正确估计的参与实验者，或者敦促参与实验者“努力预测”，只能轻微减少这种偏见。[14] 这种偏见是认知过程的结果，所

---

〔11〕 参见 Christensen-Szalanski and Willham，前引注 2，第 154—155 页。

〔12〕 相关综述，请参见 Melvin J. Lerner and Dale T. Miller, Just World Research and the Attribution Process: Looking Back and Ahead, 85 *Psych. Bull.* 1030 (1978)。

〔13〕 参见 Hawkins and Hastie，前引注 2，第 317 页。

〔14〕 参见 Martin F. Davies, Reduction of Hindsight Bias by Restoration of Foresight Perspective: Effectiveness of Foresight-Encoding and Hindsight-Retrieval Strategies, 40 *Org. Beh. & Human Decision Processes* 50, 51—64 (1987); Baruch Fischhoff et al., Fault Trees: Sensitivity of Estimated Failure Probabilities to Problem Representation, 4 *J. Exp. Psych.: Human Perception & Performance* 349, 354—356 (1978); Wolfgang Hell et al., Hindsight Bias: An Interaction of Automatic and Motivational Factors? 16 *Memory & cognition* 533, 533—536 (1988)。

以只有存在可以改变用来进行后见判断的心理策略程序，才有可能得到没有偏见的估计。

心理学家已经尝试了许多不同的认知策略，以求避免后见偏见。一些简单的救济方法，诸如告知人们这种偏见，或者给他们重复的机会以带着反馈去进行判断，都没有收效。[15] 若干研究已经很可靠地降低了这种偏见，其方法是通过对决策任务进行重构，达到强制人们"不学习"结果已经给他们的有关先前事件的信息。[16] 但由于这些实验中的参与实验者，从后见角度判断仍然知道只有一个现实情况存在，所以他们对这个现实情况以及其中的推论还是会有给予更多的重视。因此，这些技巧虽然降低了后见偏见的分量，但并不能使判断完全没有偏见。如何完全根除这种偏见，心理学家一直无从下手。

所以说，心理学研究表明，后见偏见是个极端顽强的现象。它影响着不同场景下不同类别的人们的决策制定。同时这个偏见也足够强大到能对法律体系产生重要影响，而且已经显示，它影响着法律体系所依赖建立的两种决策人员——群体[17]（陪审团）和有经验的决策者[18]（法官）。这种偏见是把反馈整合到我们对世界的理解中，进而更新我们信念的自然过程的产物。因此它也就抗拒着避免它的努力。无论怎样重构在后见状态下的判断方式，结果是不
99 可避免的，同时又是可以预测的，这种感觉也不可能被避免。

---

〔15〕 参见 Baruch Fischhoff et al.，前引注 14，第 354—356 页；Rudiger F. Pohl and Wolfgang Hell, No Reduction In Hindsight Bias After Complete Information and Repeated Testing, 67 *Org. Beh. & Hum. Decision Processes* 49, 51—55 (1996)。

〔16〕 例如，可参见 Paul Slovic and Baruch Fischhoff, On the Psychology of Experimental Surprises, 3 *J. Exper. Psychol: Hum. Perception & Performance* 544, 549 (1977)（要求参与实验者思考不同的结果）；Baruch Fischhoff et al.，前引注 14，（让参与实验者画出"错误树[fault trees]"，以思考不同结果）。

〔17〕 参见 Ed Bukszar and Terry Connolly, Hindsight Bias and Strategic Choice: Some Problems in Learning from Experience, 31 *Acad. Mgmt. J.* 628, 631 (1988)；Dagmar Stahlberg et al., We Knew It All Along: Hindsight Bias in Groups, 63 *Org. Beh. & Hum. Decision Processes* 46, 51—55 (1995)。

〔18〕 参见 John C. Anderson et al., Evaluation of auditor decisions: Hindsight bias effects and the expectation gap, 14 *J. Econ. Psych.* 711, 722 (1993)；Marianne M. Jennings et al., Outcome Foreseeability and its Effects on Judicial Decisions（《芝加哥大学法律评论》未出版的手稿档案）。

法律决定中的后见偏见

参见后见偏见与法律罪责

因为法庭主要是在后见状态下判断，所以法律制度中的判断，可能强烈受到这种偏见的影响。当法庭必须决定某人对什么“已经知道了或者本应该知道”，就特别容易进入后见偏见的彀中。试以侵权案件中对过错的认定为例。一个被告的行为被认为有过错，如果它对其他人造成了“有危害的不合理的风险”，“行为人对他的作为或不作为所产生的这种情况，当时应该已经意识到。”[19] 对被告行为是否不合理的决定，必须依据行为人已知行为的后来结果而定，但是这种已知的行为，本不应该影响对合理性的决定。

一些研究已经表明，后见偏见影响着对过错的判断。[20] 这些研究发现，一个不采取预防措施的决定，在事故发生之前看起来是理性的，但是在坏结果发生之后，就能被视为过错。例如，卡明（Kamin）和拉克林斯基（Rachlinski）比较了在先见和后见状态下对预防合理性的判断。依据他们使用的事实，先见状态下只有24%的参与实验者认为预防是必要的，但是在后见状态下，75%的参与实验者判断没有采取该预防措施是过错。与之相近，在拉拜恩（LaBine）展开的一项研究中，拉拜恩及全部参与实验者中的四分之一人士发现，那名精神病治疗医师的行为构成了过错，但是在先见状态下判断，所有的精神病治疗医师都认为在那种情况下该医师的行为是适当的。简而言之，人们在后见状态下判断比实际的可能情况，更容易认为这“原本应该是知道的”。

公正和后见偏见

看起来，后见偏见可能会引起不公正的结果；它隐含着潜在的

---

〔19〕 参见 *Restatement (Second) of Torts* § § 282, § 282 cmt. G (1965)。

〔20〕 参见 Kim A. Kamin and Jeffrey J. Rachlinski, Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, 19 *L. & Human Beh.* 89 (1995); Susan J. LaBine and Gary LaBine, Determinations of Negligence and the Hindsight Bias, 20 *Law & Hum. Bsh.* 501 (1996)。

被告不可能凭借法律标准而免予责任。实质上后见，就是在某个事故发生之后出现在法庭的。在法律适用中，这种偏见把所宣称的过错规则，几乎都转变成了严格责任规则。这种“言明的规则与规则的实际实施之间”[21]的不一致，带有一些不正义的味道。然而某些考虑弱化了后见状态下的责任认定的明显不正义。

第一，作为一种抗辩的存在，比较过错可能导致另一个受偏见影响的过程，但整体上产生了没有偏见的判断。如果争议双方都有过错，那么被告方从后见偏见可能得到的收益大体上与原告方的比例相当。法官或陪审团可能会指责侵权案件中的诉讼双方都没有能好好理解潜在伤害的真实可能性，于是基于平衡导致了一
100 个没有偏见的过错认定。因此，在比较过错规则下审理的案件，后见偏见也许对判决不发生多大影响。

第二，这个偏见的影响可能被其他因素阻却。例如，在侵权案件中，虽然这个偏见可能使得原告更容易获胜，但是侵权案件的原告，整体来讲面临着提起法律诉讼和打这场官司的相当沉重的负担。同时侵权案件的原告在法庭上可能也面临着使他们难以获胜的其他心理偏见。

第三，潜在的被告应该知道，如果他们的行为伤害了别人，法庭将不得不在后见的角度上去审理他们。潜在的被告要么可以采取更多一点的预防，调整他们的谨慎程度以避免责任，要么可以当成是他们将依严格责任原则进行审理。尽管后见偏见导致了宣布的法律与实施的法律之间的不一致，但这种不一致既不是不可预测的，也不是突然的，因此它对受其规制的潜在被告来说，不一定是不公平的。

后见偏见的经济后果

直觉上，就算案件当事人已经采取了合理的预防，但还是认定他们有过错，这看起来可能会带来经济上不利的后果。认为被告不承担过错责任，并不比严格责任体系的危害更大。事实上，后见偏见把过错标准转变成为了事实的严格责任体系。因此，后见偏

---

[21] 参见 Lon. L. Fuller, *The Morality of Law* 39 (rev. ed. 1969)。

见影响下的过错认定，在经济后果上，就类似于那些严格责任的体系。

对潜在被告而言，严格责任并不产生采取额外预防的激励。[22] 在过错责任和严格责任下，潜在被告都是采取就整个社会而言的有效预防来最小化他们的成本。两个体系看起来都创造了对采取有效预防的充足激励。但是这里有两个问题。第一，被告，或最终的事实裁定者，在决定适当注意的时候，有出现错误的概率，因此在过错体系里，可能导致潜在被告采取无效率的过度预防。被告提高他们的预防，从正好低于合理注意到正好高于合理注意，可以收获到巨大的收益。因此，如果对什么才算是合理注意表示不确定，被告应该是朝着过度预防这个方向犯错误。[23] 第二，由于严格责任要求，与只限于过错导致的相反，潜在被告对某个行为导致的所有伤害负责，所以与过错责任相比，某个行为在严格责任规则条件下代价更昂贵更多。但除了以上两个问题，传统法律经济学的责任模型认为，严格责任与过错责任体系是非常接近的。 101

后见偏见改变了过错责任与严格责任之间的对比。过错责任体系，在后见偏见下审理近似于严格责任体系，虽然二者不是完全一样；大概说来它是一种“准严格（quasi-strict）”责任规则。这个偏见使得法庭认定，给予了合理注意的被告，其责任与在严格责任规则下承担的一样多。但是，因为就算是带有偏见的对合理注意的估计，也可能事实发现被告没有过错，所以这两个体系多少有些不同。尽管存在偏见，那些采取比合理标准高得多的预防措施的被告，也许仍然能免予责任。那些采取刚刚足够的预防措施的被告，因为后见偏见，可能就将被认定为有过错。为免予承担责任，潜在被告不得不承受超过就全社会而言的有效注意水平所付出的代

---

〔22〕 参见 William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 64 (1987); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 4042 (2d ed. 1989); Steven Shavell, Strict Liability Versus Negligence, 9 *J. Legal. Stud.* 1, 2—9 (1980)。

〔23〕 参见 John E. Calfee and Richard Craswell, Some Effect of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, 70 *Va. L. Rev.* 965, 974—989 (1984)，但又见 Mark F. Grady, A New Positive Economic Theory of Negligence, 92 *Yale. L. J.* 799, 814—821 (1983)（提出了过错体系与这种不确定性相适应）。

价，将取决于偏见的程度、超额预防的成本以及这些预防对不利后果的发生概率的作用。如果潜在被告意识到，通过采取足够的预防而免予“准严格”责任的节省大于这些预防的成本，那么被告将采取这些就社会而言过度的预防措施。但是，在后见状态下，过错责任规则的认定并不一定会产生社会上无效率的结果。如果过度预防的成本大于免予责任的节省，潜在的被告将采取就社会而言有效率的预防水准以最小化他们的成本，即使他们将不得不对原告的伤害进行赔偿。

图 3.1 描述了后见认定的责任体系对潜在被告可能施加的成
102 本。X 轴代表被告可能采取的预防程度，Y 轴表示事故和预防的成本。裁决不承担责任的被告将只负担预防的成本，而被裁决有过错的被告将负担预防的成本以及由于原告引起的损害赔偿。总社会成本（事故的成本加上预防的成本）在图中 P 点的位置处于最低值。按照传统的经济学分析，如果被告采取了至少以点 P 处为标志的预防，被告就没有过错。无论是过错责任还是严格责任规则，在点 P 处被告最小化了他们的成本，唯一的区别是在过错责任规则下，他们的成本是 Q_1，但在严格责任领域，他们的成本是 Q_3。

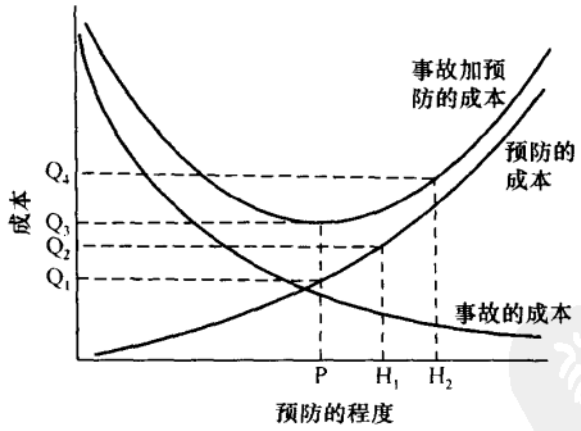

图 3.1　事故和预防的成本

后见偏见提高了法庭判断被告没有过错的位置。因此，如果偏见把这个点移动到了 H_1，那些仅仅采取了就社会而言有效的注意水准（P）的被告，将不得不既负担预防的成本，也要负担事故的

成本(Q_3),这和在严格责任下的被告一样。但是,如果被告采取了更高的注意水准(H_1),他们将只被要求负担预防的成本(Q_2)。因此,因为他们整体上的成本将变小,被告将采取更高的注意水准(H_1)。对这些被告而言,意识到从采取过度预防的个人节省将超过这些预防的个人成本,这将导致对被告的无效率激励。但是,如果后见偏见的效果比这还要有影响,法庭将只对采取了至少以点H_2处为标志的注意水平的被告免予责任,这时被告将会在有效率的P点的水平最小化他们的成本。这是因为,在H_2点处被告将支付Q_4作为预防成本,它超过了Q_3。

因此,过错体系中的后见偏见会直接产生采取充分预防的激励。如果偏见的后果严重到与严格责任相同,就可能产生有效率的激励。但在不同的情况下,它也可能产生采取过度预防的激励。普通法的法官和立法者都不太可能具有能力,在每一级别的案件中区分以上这两种情况。除了需要有事故和预防成本的大量经济计量数据,还需要有后见偏见以及偏见与这些预防之间关系的精细定量研究,这才能在任何既定情境下,对法官事后的过错认定下结论说是否产生了采取过度预防的激励。让法庭决定后见状态下的过错认定是否产生无效率的激励,如果这不是不可能的,也将是困难的。因此,尽管在判断上有偏见,但对法庭业务来讲,保留过错责任体系可能是一个好的但并不完美的选择。

这么说来,一个产生无偏见判断的体系将避免后见偏见的两个不利经济后果中的一个。第一,无偏见的判断将避免后见偏见可能导致的采取过度预防的激励。第二,后见状态下对过错的认 103
定,产生与严格责任相同的激励作为事实上的严格责任的成本。可能使得特定行为变得更不情愿去做。不管是否过度预防的成本超过被告承担责任的节省,后见状态下对过错的判断都次于一个无偏见的体系。

法律体系的适应

后见偏见是民间智慧的一部分,很久以来的经验研究已经证

明了它的存在。因此,为应对这个偏见的影响,法律制度可能已经发展出了适应的手段。全然避免后见偏见也许是不可能的。由于这个偏见深深地植根于人的认识过程中,所以心理学家不能找到引导人们在事后对事前的可能性作出没有偏见判断的方法。即使法庭了解在后见状态下判定责任会产生有偏见的结果,他们对此大概也无能为力。尽管在任何情况下全部避免这种偏见的整体程序不太现实,但在一些特殊情况下,法庭却有机会减少这种偏见的影响。在大多数案件中,由于这种偏见产生的不是精确判断,法庭必须尽力发展一种次优的方法去认定责任。

避免有偏见判决的一般程序

司法指导、对证据的排除以及说服的标准是法庭审判传统的"质量控制(quality control)"机制。为帮助陪审团达到某个合理的决定,法官主导审判并且对陪审团怎样决定案件提供指导。而且法官要排除肯定会有误导的证据。[24] 说服的标准也是为提高法律体系的理性功能而设置的。但是,所有这些方法都不能用来治疗后见偏见。

心理学家已经发现,没有办法指导人们如何以完全避免后见偏见的方式评价后见状态下的决策。司法指导也不可能有一个做得稍好的机制。卡明和拉克林斯基研究了在案件审理情境下的经过检验的减少偏见指导。[25] 研究材料对审案状态下(后见状态)的参与实验者中的一半人警告了后见状态下判定责任的难度,所以他们应当考虑"从所有方面看,争议事件不同地发生、或根本不发生的可能性"[26]。这个减少偏见程序没有收效。诸如被卡明和拉克林斯基运用的那些被动的减少偏见指导,在抵消后见偏见方面是不充分的。心理学家已经使用的减少偏见的有效方法全部要求攻击性程序(invasive procedure),而这不适合于法庭环境。甚至
104 就算某个减少偏见方法能够成功地运用于审案环境,那也是部分

〔24〕 例如,可参见 Fed. R. Evid. 403。
〔25〕 参见 Kamin and Rachlinski, 前引注 20。
〔26〕 同上,第 97 页。

地减少了偏见。完全避免偏见的方法还没有被发现。

事实上,法庭并不试图运用司法指导来减少陪审员的偏见。典型的指导只是要求对事前概率进行无偏的事后判断,但没有提供任何怎样完成这项复杂认知任务的建议。尽管含有针对陪审团将几乎肯定被偏见左右的判断而相应的要求,陪审团指导手册缺少整体上的如何避免后见偏见的指导。[27]

普通法另一个避免偏见和偏见的机制——隐瞒证据(suppressing evidence)——可能不能防范后见偏见。为了避免这个偏见的影响,有必要隐瞒的证据正好是引起诉讼的一些不幸事件。受伤害一方既不出庭,对自己所遭受的伤害也不做描述,法院已经这样要求陪审团认定事实。[28] 但是,就算在这些分成两部分的审理中,陪审团也不可能对受伤害原告的存在一无所知。在某些情况下,法庭确实隐瞒了有可能放大判断中后见偏见影响的证据;但是,那些有可能引起后见判断状态的证据,无法从审理过程中排除。因为结果的严重性不改变后见对责任认定的影响,所以隐蔽受伤害的程度不能根除后见偏见。[29] 某个不幸的结果是引起某个有偏见判决的仅有的事实,这个事实无法通过某个特殊程序从证据中排除,或者从陪审团的知识中抹去。

提高说服的标准,要求对有可能受这种偏见影响的事实发现,提出"清晰和有说服力的证据",这种影响在判断中可能不发生作用。提高标准也许使得提起诉讼一方更难以凭借后见偏见赢得官司,但这种改变只是治标不治本。提高标准的效果不太可能与后见偏见的效果相吻合。也许会对偏见过度补偿了,于是导致比后见偏见引起的还要多的潜在的判断错误。因此也许并不奇怪,法

---

〔27〕 例如,可参见 BAJI § 3.11 (7th ed. 1986)(加利福尼亚);1A *New York Pattern Jury Instructions—Civil* § 2:10 (3d ed. 1997); 3 Edward J. Devitt et al., *Federal Jury Practice and Instructions—Civil* § 80.07 (4th ed. 1987)。

〔28〕 参见 Fed. R. Civ. Pro. 42 (b)(允许把问题分两步); In re *Richardson-Merrill, Inc "Benedectin" Products Liability Litigation*, 624 F Supp 1212 (S. D. Ohio 1985), aff'd subnom., Hoffman v Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc. (In re Benedectin Litigation), 857 F2d 290 (6th Cir. 1988), cert. denied, 488 U.S. 1006 (1989)。

〔29〕 参见 Elaine Walster, "Second Guessing" Important Events, 20 *Human. Rel.* 239, 244—247 (1967)。

院并不运用说服标准(the standard of persuasion)而作为避免后见偏见的手段。

在特别情况下对后见偏见的补救

法庭通常使用的促进理性决策的方法,不可能根除后见偏见对判决的影响。法庭甚至不试图去发布可能减少这种偏见的指导,不能为了避免偏见而隐瞒太多的证据,并且提高举证的风险责任又提高了致错的可能性。但这些并不是说法院对后见偏见完全无知,或者对此完全无力作出回应。在某些情况下,法院可以,并且确实也运用了某些技巧,以避免出现有偏见的判断,或者减少后
105 见偏见的效果。法院确实理解后见偏见,并且如果可能的话它们就会作出校正,这一说法是得到了若干例子支持的。

符合事前规范(Ex Ante Norms)。在某个事故发生之前,有时已经存在对合理注意的可依赖的判断。许多行业或者职业惯例都力图确认构成合理注意水平的预防。许多政府安全规范也是这么做的。在这些情形当中,不必对被告是否采取了合理预防进行有不同意见的调查,法院只须评估被告是否符合了相关的惯例或者规范。依据这个规则,只有被告没有符合事前规范这个决定性因素,才能支持被告是有过错的这个结论。这个决策规则也许避免了在后见状态下对某种事故概率进行判断的必要,因此也就根除了后见偏见对判断的大部分影响。

尽管有这个优点,法律却并不认为符合某种惯例或者规范,就是对责任的完全抗辩。[30] 法庭把符合某个惯例或者规范,当作侵权案件中被告的行为无过错的证据,但是法庭会对被告行为的合理性进行独立的判断。仅仅提出行为符合某惯例或者规范的证据,也许可以减少后见偏见的影响,但是由于法官和陪审团仍然对不幸事件的事前概率进行评估,所以这个偏见对判断的影响仍然存在。

不能把符合惯例或者规范作为被告过失责任的完全抗辩的决

---

〔30〕 参见 *Restatement (Second) of Torts* § 288C (1965)(符合法规); *Restatement (Second) of Torts* § 295A (1965)(惯例)。

定因素，这并不意味着法院对后见偏见的无知。说得更明白些，将符合惯例或者规范视为是这个意义上的抗辩，是出于其他考虑的结果。对规制来说，法院关注于创制这些法规的部门，也许由于它们被所要规制的目标"俘获"了，或缺乏充足资源，或受到了要求放松规制的政治压力，可能会作出不充分的规制。[31] 而且，由于联邦法是许多安全规范的立法渊源，而州法才管辖普通法上的侵权责任问题，把符合规范作为一种更强的抗辩，可能会把大部分州法转纳入到联邦法的控制范围之内。

对符合惯例作为抗辩，法院担心惯例是对某种习惯的反映，或者甚至基于"一般来说与过错相联系的怠慢、粗心、淡漠、节省开支、走捷径打折扣之类"[32]。虽然生产者和职业人士具有提出反映合理注意的惯例的激励，但只有在提供产品或服务的实体，以及每一个有可能被该产品或服务伤害的人员之间是低交易成本的情况下，而且在消费者也具有与提供产品或服务的实体相同的谈判力量、相同的识别有效预防的能力、相同的风险偏好的情况下，某个行业或职业才可能形成这样的惯例。[33] 很少有惯例达到了这样的 106
要求。所以法院有经济方面的理由对惯例采取一种警觉的态度。

有一类案件——医疗过失行为(medical malpractice)——法院承认该职业的事前惯例，也许优于法院对此的事后判断。[34] 依据医疗程序惯例行事的医生不被认为有过错。法院认为提出有效惯例的必要条件存在于医疗行业，所以这些惯例比起法庭的事后评估是对合理注意更精确的尺度。[35] 对整体规则的这个例外，说明

---

〔31〕 参见 Richard C. Ausness, The Case for a "Strong" Regulatory Compliance Defense, 55 *Md. L. Rev.* 1210, 1221—1223, 1265—1267 (1996)(概括了这些问题；尽管 Ausness 最终的结论是强版本的符合法规抗辩仍然是有疑问的)。

〔32〕 参见 W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* § 32, 第 194 页 (5th ed. 1984)。

〔33〕 参见 Landes and Posner，前引注 22，第 132—133 页(交易费用必须是低的)；James A. Henderson, Jr. and John A. Siliciano, Universal Health Care and the Continued Reliance on Custom in Determining Medical Malpractice, 79 *Cornell L. Rev.* 1382, 1389—1395 (1994)(提出了与惯例有关的其他问题)。

〔34〕 参见 Keeton，等著，前引注 32，§ 33。

〔35〕 参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 第 169 页，(4th ed. 1992)。但又见 Henderson and Siliciano，前引注 33，第 1389—1400 页(提出法院假定医疗实践会产生合适的惯例，这可能是错误的)。

法院确实不信任事后的二次评估而形成的决定的价值。

拒绝更严重的依赖符合规范或者惯例，失去了避免有偏见的责任认定的一次机会。但是，正如讨论过的那样，有充分的理由可以推测，这些规范和惯例并没有实际上反映对合理预防的适当分析。在那些有充足理由认为事前规范与合理注意相一致的情况下，就如医疗过错行为的例子那样，法院已经依据这些规范作为过错的标准，这优于法庭的事后判断。

事前评估的一个良好佐证——以专利法为例。后见问题不限于普通法。例如联邦法院，长期受困于在后见状态下判断专利有效性的问题，并逐渐对后见偏见已经有了明智的解决。如果要对某个装置或者技术专利进行保护，它不仅要是新颖的和有用的创造，而且它必须实际上是个发明——在工艺上它必须是一个“非显而易见的”进步。[36]

判断是不是非显而易见，有可能受到后见偏见的影响，虽然对此在经验上还没有检验。就算是一个真正全新的东西，在它浮出水面之后，也可能会看起来显而易见。法律要求要“在作出发明的时间”[37]判断这种非显而易见，尽管“在决定发明是否显而易见方面，后见通常难以避免”[38]。法院已经意识到了后见的问题，而且已经表达了对此问题的关注，他们“必须持续防范这种自然倾向，即在后见状态下显得简单的东西，就把它们当成是显而易见的，但在发明的那个时间来看，事实却并非如此”[39]。

为了部分地后见产生的影响作出回应，最高法院对非显而易见的标准附加了“二级考察（secondary consideration）”。除了对发明进行技术方面的调查，最高法院还要求下级法院分析“诸如商业上的成功，长期感到但是一直没有解决的需要，其他人的失败，等
107 等这些二级考察，这些可能被用来说明围绕着寻求专利的主题的

---

〔36〕 35 *U. S. C.* § 103（a）（1994），另见 Ernest Bainbridge Lipscomb III, *Libscomb's Walker on Patents* § 6.1 (3d ed. 1985)。

〔37〕 35 *U. S. C.* § 103（a）。

〔38〕 *Ellicott Mac. Corp. v. United States*, 405 F.2d 1385, 1390 (Ct. Cl. 1969)。

〔39〕 *Teleflex Inc. v. American Chain & Cable Co.*, 273 F. Supp 573, 587 (S. D. N.Y. 1967)。

初始环境"[40]。最高法院参照这些二级考察,来观察决定是否非显而易见,这可以帮助法院避免从事进行他们可能不胜任的技术方面的调查,而且"防止一不小心就使用后见"[41]。发明的商业成功,或它解决了长期感到但是没有解决的需要,发明本身不会干扰法院对这些事实的评价,但仅仅是发明这一个事实,可能容易使得发明者的技术进步看起来显而易见。自从法院在检验显而易见的问题上引入二级特征以来,二级特征变得越来越重要了。联邦巡回法院最终认为,仅仅根据对二级特征的调查,就可以支持发明并不是显而易见的结论。[42] 因此,不是对发明者如何完成他或她认为的创新进行技术评估,法院对非显而易见的决定,可能会考虑那些不太会受到后见偏见影响的主张。

这种情况类似于医疗过失行为。法院依赖医疗过错方面的惯例,以及专利法中对非显而易见的二级证据,部分的原因是,法院意识到它们处理这些技术或科学问题的能力有限,但法院也意识到后见判断是有偏见的。这两种情况下的法律都代表了一种尝试,即设法为合理的判断寻找可信的事前证据,这样法院审理就不必依赖后见的判断,从而受到已知结果的影响。

无"后见的责任"。虽然现在还无法对后见偏见进行整体补救,但是法院已经运用举证责任以减弱在过错认定的案件中后见偏见给原告的带来益处。由于这个偏见,原告可能仅仅凭借某个不幸结果的事实,就能说服法官或陪审团,被告的行为是有过错的。为防止这种可能,法院要求更多的证据而不仅仅是伤害事实。[43] 正如俄勒冈州最高法院对这种学说所做的描述:"有了可以做良好判断的后见,很容易认为被告本应该预见到……对于广大公众的风险。但是,后见帮助下的证实……对过错的确立是不充分的。"[44]

---

[40] *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 17—18 (1966)。

[41] *Graham*, 383 U.S., 第 36 页,引用了 *Monroe Auto Equipment Co. v. Heckthorn Manufacturing & Supply Co.*, 332 F.2d 406, 412 (6th Cir 1964)。

[42] *Vandenberg v. Dairy Equip. Co.*, 740 F.2d 1560, 1567 (Fed. Cir. 1984)。

[43] Keeton et al., 前引注 32, §39, 第 242 页。

[44] *Cain v. Rijken*, 300 Or 706, 720, 717 P.2d 140, 149 (1986)。

在指控违反联邦证券法的案件中，联邦法院对只根据后见而判处承担责任已做了特别严格的禁止规定。要在联邦证券诉讼案件中获胜，原告必须指控并且证明被告有意识地对上市公司的重大事实进行了不实陈述，以欺诈投资者。[45] 就像在所有的欺诈案件中发生的那样，依据 Rule 9(b)成功撤销购买的动议，原告必须对某特定的有意欺诈提供附加的指控。[46] 法院已经断定，在指控证券欺诈的案件中，这种加重的控告要求指的是，原告必须不仅仅
108 是被告的一些预测最终没有实现而进行指控：[47]"不存在'后见的欺诈'"[48]，但是，除了对被告的预测没有实现外，那些可以提供附加指控的原告，还是从后见偏见中受益了。"后见欺诈"学说只是防止了后见偏见的严重滥用；它并没有完全清除后见影响的体系。

后续补救措施(Subsequent Remedial Measures)。尽管隐瞒证据整体上并不能避免后见偏见的影响，但是法院有时会排除那些如果认定，就可能会夸大判断偏见的证据。例如就是由于存在后见偏见，有规则规定，在事故后被告采取的补救措施不能被用来证明过错。[49] 在事故后受伤害者通常升级他们的安全预防措施，这么做是很明智的。事故可以教育被伤害者避免引起未来伤害的很多东西。但是，这些后续的补救措施对决定被告是否在初始事故中有过错，几乎是不起作用的。这些措施只是从不利后果中总结的一些教训，而并不是针对如何事前预测。

但是，现代证据法相关规则的宽泛自由，也许支持了承认被告

---

〔45〕 整体参见 *Basic v. Levinson*, 485 U.S. 224, 231 (1988)(说明了违反 1934 年证券交易法 10[b]条款的要素)。

〔46〕 Fed. R. Civ. Pro. 9 (b).

〔47〕 参见 William S. Feinstein, Pleading Securities Fraud With Particularity—Federal Rule of Civil Procedure 9(b) in the Rule 10b-5 Context: *Kowal v. MCI Communications Corporation*, 63 *Geo. Wash. L. Rev.* 851, 857—858 (1995); Elliott J. Weiss, The New Securities Fraud Pleading Requirement: Speed Bump or Road Block? 38 *Ariz. L. Rev.* 675, 684 (1996)。

〔48〕 *Dileo v. Ernst & Young*, 901 F.2d 624, 628 (7th Cir. 1978)(Friendly 法官)。

〔49〕 参见 Fed. R. Evid. 407; David P. Leonard, *Selected Rules of Limited Admissibility*, *The New Wigmore* § §2.3.4, 2.5 (1996)(只有两个州，缅因和罗德岛，正式承认这些是证明过错的证据)。后续补救措施也可能由于其他目的而成立，"例如证明所有权，控制，或更便于采取争议中的预防措施，或者弹劾"。*Fed. R. Evid.* 407。

采取后续补救措施的证据。原则上,被告应该不担心这类证据。如果被告采取后续补救措施的证据实质上是不相关的,那么理性的事实发现者就不应该看重它。证据对后果应该不起作用。

然而,法庭担心被告采取后续补救措施的证据会对陪审团会产生巨大作用。[50] 法庭担心陪审团会错误地认为"因为随着个人年龄的增长,这个世界也变得越来越难以应付了,所以在此前发生的行为都会愚蠢"[51]。这句话实质上就是确认陪审团对被告采取后续补救措施的评估,它将受到后见偏见的影响。如果陪审团真的对被告采取后续补救措施有过度反应,那么被告将不愿意采用这些措施。对已经发生事故的赔偿的上升概率来说,它可能超过了被告减轻未来责任的收益,这种情况至少要持续到审判结束。法庭担心承认采取后续补救措施的证据,将引导陪审团认为那些实际上已经尽到合理注意的被告承担责任。这将抑制被告采取后续补救措施。为避免这个问题,所以法庭不承认这些证据。[52]

在涉及后续救济措施的情况下,法庭隐瞒那些将对判断产生严重后见偏见影响的证据,借此避免出现不需要的激励机制。承认这些证据将不仅使被告受制于通常意义的后见偏见——由于事故已经发生,于是被告的行为比事前预见的可能显得欠合理 109
些——而且将使陪审团对被告的预防决策过程要求更多的细节证据。站在实际的立场上来说,事故发生的事实是不会被隐瞒的,但是,那些加重后见偏见的证据可能会被隐瞒。法庭对后续救济措施问题的反应体现了对后见偏见以及对其作出回应的司法能力的良好理解。

采用"无责任"规则

上面已经明显证明,法院采用那些可以找到的办法避免或者减少后见之明偏见对责任认定的影响。但是,这些办法局限于孤

---

〔50〕 参见 Leonard,前引注 49,§ §2.2.,第 2—14 页。

〔51〕 *Hart v. The Lancashire & Yorkshire Ry.*, 21 L. T. R. (n. s.) 261, 263 (Ex. 1869)。

〔52〕 参见 *Flaminio v. Honda Motor Co., Ltd.*,733 F. 2d 463, 471 (7th Cir. 1984)(波斯纳法官"就是因为陪审团会在后续补救措施的证据问题上过度,所以承认这些证据会阻碍被告采取这些措施")。

立的情形，因此缺乏整体上的可利用救济，这就使得很多法律案件仍然受这种偏见的影响。在有些情况下，带有偏见的判断所带来的不利后果既不能避免但也无法让人忍受。在这种情况下，不应该让被告服从有偏见的责任认定，最好的办法可能是认为被告不应该承担责任，就算他们的行为从后见角度来看是有过错的。“无责任”规则，比在后见下的过错认定规则，也许不利但后果会更少。事实上，在某些情况下，法院确实已经采用了这个规则。

这些情况当中，最好的例子可能是公司法中的商业判断规则（business judgment rule）。商业判断规则，指的是对公司高级管理人员和董事的决定进行司法审查的标准。[53] 这个规则因审判辖区之间不一致，难以细致表述。但是如果某公司高管或董事知道有某种交易，但并不感兴趣进行此种交易，即：“向股东履行注意义务的，如果……他理性地认为这项商业判断，体现了公司的最佳利益。”[54] 如果由于他们的决策出现了不好的结果，满足该规则这些要素的官员和经理者，对股东可以不承担责任，即使从后见角度来看，这些决定似乎是有过错的：“尽管作出错误判断的司机……将可能被要求承担损害的责任，但是作出错误决定的公司高管……如果从已发生的情形来看的话，将很少对公司遭受的损害要承担责任”。[55]

但是对商业判断的司法遵从，能归因于后见偏见吗？有许多理由支持这条规则，但最主要的理由应该是，同法院相比较来说，应该归结到公司管理者的相对制度能力（relative institutional competence）。公司管理者比法院有更多商业决策的专业能力，这个理由与后见偏见没有任何关系。但是，专长不是商业判断规则的充分理由；法院对其他专业人士，例如医生、律师、会计完全可以让其承担过错责任。评价商业决策的法院也并不信任这种说法：“法院
110 承认事实之后的诉讼是评价公司商业决策最欠佳的方式。公司决

---

〔53〕 参见 Dennis J. Block et al., *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*，第3—4页（4th ed. 1993）。

〔54〕 American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* §4.01(c)，第181—182页（1992）。

〔55〕 *Joy v. North*, 692 E2d，第885页（引证从略）。

策当时所处的环境，多年以后在法庭里难以重构……那时的合理决定，在许多年以后，以完美知识为背景来看，可能像是瞎猜。"[56] 商业判断规则源自这种考虑，就算是一个好的决定，也能产生不好的结果，并且从后见角度来看会被不公平地对待："法院承认即使是没有利害关系，意图良好，并且知情的董事，也能作出从后见角度看来是不适当的决定。"[57]

但是，这个理由同样适用于侵权案件中的潜在被告，特别是在职业责任案件中。[58] 的确，公司管理者和其他职业人士的相似之处是非常鲜明的。所有职业人士都可能从对他们决定的司法二次判断(judicial second-guessing)的区别中受益，特别是当二次判断是在后见情形下作出。然而从公平和经济这两方面的因素考量，它们都可以举出区别商业决定和其他职业责任的理由。如果职业人士免予过错责任，与商业判断规则对股东造成的不公正相比，对潜在原告将造成更大的不公正。股东可以解雇不称职的管理者，其方式可以是通过股东直接投票或者间接的出售他们拥有的公司股份。尽管病人和客户可以解雇不称职的律师或者会计，但那时候已经造成的伤害，对个人来说可能是更严重的。不称职的管理者，毕竟只会浪费股东的金钱。确实，这个区别有点儿笼统：个人商业投资的损失可能超过法律或会计过失引起的金钱损失。但是股东可以他们的损失风险多样化，这对职业服务来说是不可能的，公司责任和其他职业责任之间在损害上的区别，有类似的性质。

经济方面的理由更好地解释了对公司管理中与其他职业采用相反的责任标准。后见偏见把过错标准转变为了准严格责任规则，如果适用于公司管理人员将导致他们采取过度预防，或者使他们像在严格责任体系下行事。这种模仿的严格责任，比在无偏见的过错体系下，会有更少的人愿意成为公司管理人员。这种关注可以用来解释商业判断规则，在19世纪早期的商业判断案件中，

---

〔56〕 同上，第886页。

〔57〕 *Washington Bancorp v Said*, 812 F Supp 1256, 1267—1268 (D DC 1993)。

〔58〕 通论参见 Hal R. Arkes and Cindy A. Schipani, Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias, 73 *Or. L. Rev.* 587, 630 (1994)(比较了公司管理人员和医生的责任)。

该规则确实是这么运作的。[59]

而且,准严格责任的可能性会产生过度预防激励,对公司管理人员基本职能造成的损害大于对其他职业人士造成的损害。投资者希望公司管理人员作出风险中立的商业决策,因为投资者已经通过多样化手段控制了他们的整体投资风险。[60] 公司管理层的中心问题是确保管理人员有效地表述这种关注,并且不回避有高回
111 报可能的商业决策而又同时承担高风险。[61] 后见下认定的过错责任,只可能夸大这个问题。投资者不需要通过确定他们的经理人员承担严格责任,才能获得安全,而且他们肯定不希望经理人员对损失采取过度的预防。就像法院在 Joy v. North 案件中所陈述的那样,"法律不对过度谨慎的公司决策产生激励,这一点非常合乎股东的利益。"[62] 我们可能希望通过事实上的严格责任体系,以确保医生、律师、会计人员的工作,或者采取过度的预防措施,但是在这个体系下的公司经营者行为将可能损害他们的股东的实际利益。

没有了后见偏见就难以解释为什么公司管理人员的过错责任可以豁免,而其他职业人士不能。如果所有职业人士都有避免过错行为的充分激励;为了留住他们的患者或客户,他们会这么做。因此,所有职业人士都可能要求他们的过错责任也应该豁免。相比客户、患者和股东来说,相关职业人士拥有更多的信息,并且最有可能降低他们行为的社会成本。因此,所有职业人士(包括公司管理人员)都应该承担责任。但是,如果在后见情形下认定过错会转变成为准严格责任体系,区别就明显了。严格责任是一个相当有说服力甚至值得称赞的责任形式:它产生有效的激励并分散了伤害的风险,减少了个人承担巨大损失的可能性。但是采用严格责任体系,提高了所有行为的成本,这也许将导致一些不好的结果。对公司股东来说,严格责任制度的结果尤其不利。通过投资多样化股东已经分散了他们的风险,甚至即使没有准严格责任制

---

〔59〕 例如,可参见 *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n. s.) 68, 77—78 (La. 1829)。

〔60〕 *Joy v. North*, 692 E2d, 第 886 页,注释 6。

〔61〕 参见 Posner,前引注 35,第 405 页。

〔62〕 692 F.2d,第 886 页。

度，股东也必然担心他们的经理人员会作出风险规避的决策。根据在这个问题上几十年的经验积累，以及对后见判断的弱点的基本了解，法院似乎已经意识到了这一点，所以对公司管理人员适用商业判断规则时，与对其他职业人士不同。

结论

对后见偏见及其对事实发生之后责任判断的影响，法律制度有恰当的理解。不太可能有普遍减少偏见的方法，法院也不试图去使用这些方法。相反，法院发展了利用特殊情况的机制，以降低后见偏见的影响。在那些偏见不能被避免时，法院求助于明智的次优策略，这些策略关注有偏见的判断在经济学和司法上的后果。 112

后见状态下责任认定规则的发展，对法律理论的两个不同流派——法律经济学和法律心理学有价值。对法律经济学研究团体来说，特别是对那些发展实证法律理论研究的人士来说，它表明认知偏见不仅持续存在于法律制度之中，而且法律制度对这些偏见进行识别以及适应。事实上，理解人类判断存在局限的法学，比不理解这些方面的法学而言可能更好地解释普通法的模式。对法律心理学传统来讲，近距离观察法律制度对后见偏见的反应，表明法律对法官和陪审团的认知局限有良好的意识。虽然对认知偏见的理解可以说明普通法的模式，但不是每个偏见都要求有某种革新。也许法律已经用它自己的方式解决了这些问题。

4 行为经济学，合同制定和合同法*

罗素·科罗布金

"法律经济学"大厦赖以构建的基石——科斯定理[1]，提出交易成本为零时的初始法律权利的分配，与其最后的所有权无关。假设某项权利最先授予给了 A，如果 A 对这项权利的估价比 B 高，A 将会保留这项权利，但是如果 B 对此评价更高，A 将把这项权利卖给 B。另一方面，如果这项权利最初是授予给 B 的，如果 A 对此评价更高，B 将把这项权利卖给 A。科斯定理的力量和它在现实世界中的准确性，依赖于它隐含着的对行为的假设，即一个人对权利的估价并不取决于所有权；也就是说，如果 A 最初分到了这项权利，与 B 最初得到这项权利相比，A 对这项权利的估价既不会更高也不会更低。

偏好外生于权利分配这个假设是可以检验的，而且已经有记录表明，至少在有些情况下这是错误的。相反的证据通常被标识

---

* 本章的大部分内容，重印自 Russell Korobkin, "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", 83 Cornell L. Rev. 608(1998), 和 Russell Korobkin, "Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms", 51 Vanderbilt L. Rev. 1583(1998)。在这些论文里可以找到本章讨论的实验草稿和统计分析。

〔1〕 参见 Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960)。

为“现状偏见(status quo bias)”或者“禀赋效应(endowment effect)”,它们一直认为最初的法律权利分配能够影响对这些权利的偏好。结果是全然外在的法律权利将变得有“粘性”——也就是说,不能被交易——即使这种粘性不能被交易成本来解释。这因此显示了传统法律经济学大厦的一个重要弱点,“行为法律经济学”这个学术分支的主要任务就是探索这个弱点对法律理论的启示。

本章阐述针对合同条款的谈判实验证据显示在其中显露出的现状偏见的效果。分析既是实证的也是规范的。在实证方面,与基于 117
科斯定理的传统法律经济学的预测相反,有证据说明交易双方对合同条款的偏好依赖于所争议条款在多大程度上被视为是世界现有状态的一部分。在对策方面,证据说明了律师和其他寻求其客户利益最大化谈判者的策略,以及法律政策制定者的策略,他们关注采用合同法规则,最大限度地激励私人双方通过他们的交易最大化配置效率。

本章按以下步骤来展开。第一节用传统法律经济学对合同条款的性质和偏好的已有智识,比较心理学和实验经济学的研究证据显示出的现状偏见对财产权利和对其他法律权利的偏好产生的效果。然后第二节提出新的实验证据,说明谈判双方的偏好也能受到他们认为的合同条款所代表的现状程度所影响。这说明了为什么在一些情况下,法律的默认条款——合同双方没有对此制定其他条款时的合同条款——蕴含着现状偏见的力量,而在其他情况下包含在“格式合同”里的条款可以被视为是现状的组成部分。第三节发展了一个理论,为什么现状偏见在针对合同条款的谈判时存在,比起依赖于情感和欲望的为避免将来反悔现在作出选择的心理学理论,与传统法律经济学进路相一致的理论在这方面远没有说服力。最后,第四节考察了对于在合同谈判中代表客户的律师,以及对于关注选择可以最有效率激励私人安排的合同法规则的法律政策制定者而言,现状偏见对其产生影响后所带来的启示。

外生偏好和保持现状偏见

理性选择理论和外生偏好(preference exogeneity)

以传统法律经济学进路为基础来研究合同谈判,依赖于以下基本前提:合同双方对合同条款的内在偏好,外在于构建谈判的情境因素。例如,如果合同双方并没有约定某些情况,那么法律的默认条款内容将对双方生效,这个过程既不应该影响双方的偏好,也不应该影响谈判桌上双方之间的谈判动力。

坚持"偏好外生假定"的原因,深深植根于理性选择理论的行
118 为模型,而这正是法律经济学的基础。理性选择理论假定交易双方会依据他们的预期效用的最大化而行为,这意味着要比较最终状态,而这些最终状态是源自替代行为被它们的发生可能性所打折。在法律经济学中——至少在缔结合同领域——这个假定通常被简化成假定双方将最大化他们的预期财富。

按照这个理论的标准应用,合同双方被假定是基于他们对合同条款的偏好,比较不同合约条款的预期金钱成本和收益,以确保收益成本差的最大化。在这种理性选择理论对合约行为的惯常应用中,谈判的语境特征可能影响双方最终达成一致的合同条款。例如,本来偏好某个条款,但由于该条款起草或者谈判更昂贵,或者由于对该条款的谈判可能会传达合同某方希望保密的信息,该条款可能不会被合同一方所看中并写明。但是谈判的语境将不应影响双方对合同条款的潜在偏好。

现状偏见

理性选择理论的分析力量使得偏好外生假定(preference exogeneity assumption)有吸引力,但有相当多的经验和实验数据说明这个假定运用于合同条款可能是错误的。研究表明,如果拥有某项权利或产权,比起不拥有来说,个人经常会作较高的估价。稍微不同的另一种说法是,假设其他条件相同,比起适应其他状态,个人更倾向保持事物原有的状态。

在丹尼尔·卡尼曼,杰克·L.尼奇,和理查德·H.塞勒所作的一个著名实验中(本书第8章)[2],参与实验者被随机进行划分并且要么得到一个咖啡杯,要么就是6美元现金。"杯子所有者"被要求公开他们如果出售杯子将愿意接受的最小金额(他们"愿意接受"的价值),而现金持有者被要求公开他们如果购买杯子将愿意支付的最大金额(他们"愿意支付"的价值)。参与实验者得知,实验者将根据显示出的愿意接受和愿意支付价值,以及更偏好咖啡杯的市场现金价值的杯子所有者,和在这个价格上偏好杯子而不是现金的现金持有者之间所做的交易,计算出咖啡杯最后市场出清的价格。虽然传统外生偏好的假定,将预测50%的杯子将会交易转手(因为没有理由认为一组参与实验者会比另一组参与实验者对杯子的估价更高),实际上杯子所有者对杯子的估价大约两倍于现金持有者对杯子的估价,这将导致此类交易会很少发生。 119

在一个类似的实验中,杰克·L.尼奇和J.A.辛登(J.A.Sinden)[3]给一部分参与实验者50美元现金奖励的彩票,给其他参与实验者3美元现金,然后让那些拿有3美元的参与实验者把彩票买回去,并且以3美元的价格把彩票卖给那些没有彩票的参与实验者。82%的彩票持有者保留他们的彩票,而只有38%的现金持有者买了一张彩票,这说明那些被分配到彩票的人,对彩票的估价高于那些没有被分配到彩票的人。这种结果在使用相对来说不贵重的消费品的许多其他实验中重复出现,而且相近的结果在现实世界里的准实验中也已经被观察到,在这些准实验中人们的个人财富更具风险性。

不同的实验设计得到了相似的内容,威廉·萨缪尔森(William Samuelson)和理查德·泽克豪瑟(Richard Zeckhauser)[4]发现在选择列表中,如果某个权利被描述为与现状相一致,那么参与实验者

---

[2] Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, 98 *J. Pol. Econ.* 1325 (1990).

[3] Jack L. Knetsch and J. A. Sinden, Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value, 99 *Q. L. Econ.* 507 (1984).

[4] William Samuelson and Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 *J. Risk & Uncertainty* 7 (1988).

会对这个权利表达更多偏好。例如，在一个检验中，参与实验者面前有四种投资选择，每一个选择对应不同的风险水平——一种高风险的股票，一种中度风险的股票，一种国库券和一种市政债权——参与实验者被要求选择其中之一并注入一笔投资。一组参与实验者得知这只是他们最近继承的一笔钱，现在他们需要对这笔钱进行投资（一个中间框架）。其他组参与实验者得知他们继承的是属于四种投资工具中的一种的有价证券，而他们必须决定是让这种投资原样不动，还是把它转到其他某个投资工具类别，转移的交易成本为零。每一种投资工具，在它是现状投资的情况下，通常被参与实验者最多地选择，而在其他选择是现状投资的情况下，通常被最少地选择。

与这些数据相一致，许多研究已经显示，如果人们得知对某个环境资源的保护是保护现状的时候，或者比起他们得知开发是受到法律保护的，公众有权利阻碍开发，因此人们会对保护某种环境资源进行更高的估价。总而言之，在大部分情况下，“人们对某个商品、权利或其他什么东西是否具有偏好，通常部分取决于政府或者法律是否在一开始把这些东西配置给了他们。”[5]

现状偏见对合同条款的偏好能有影响吗？

以上讨论的实验说明，至少在一些语境下，偏好可能依赖于决策制定者认为的权利与现状或参照位置的关系。这个发现说明传统法律经济学把偏好外生的假定作为合同制定的基础，可能并不正确。正如个人，一般来说，如果他们拥有杯子，彩票或投资证券，
120 会比他们不拥有这些将进行更高的估价；合同双方，如果他们认为某个特殊的合同条款与现状相一致，会比他们认为该条款可能是对现状的改变，因此将进行更高的估价。

另一方面，也有理由假设，现状偏见对合同条款而言不发生对财产权利或其他法律权利那样的影响。在合同方没有确定合同之前，某个合同条款不能被看作是对合同方的一种固有权利，在那个

---

[5] Cass R. Sunstein, Endogenous Preference, Environmental Law, 22 *J. Legal Stud.* 217 (1993).

时候，没有合同条款——无论与现状的结合有多大——对某个潜在合同方提供了任何利益。而应该是某个合同方可能从合同条款中取得的利益，这取决于该合同方说服另外一方达成合同并接受该争议条款的能力。由于进行合同谈判的双方在合同条款中并没有被赋予任何利益，所以这个假设是有说服力的：合同双方对某个条款的估价，不受他们对该条款是不是与现状相一致的认识所影响。如果情况是这样，那么偏好外生的假定，在这个语境中事实上可能是正确的。

合同条款的惯性和偏好

为了调查谈判双方的合同条款偏好是不是依赖于他们对现状的认识，我进行了一系列的实验，在其中参与实验者被要求对假想的合同谈判场景作出反应。检验的第一个假说是，参与实验者对某个特定合同条款的偏好，将受到这些条款被确定为是法律默认条款（default terms）的影响。检验的第二个假说是，偏好也将受到该条款被确定为是某个合同双方同意作为谈判基础的“格式合同（form contract）”条款的一部分的影响。实验结果支持了全部两个假说。本节先叙述使用的实验方法，接下来考察支持这两个假说的数据。

方法

一系列实验的参与者是修完合同法基础课程的伊利诺伊大学法学院的学生。参与实验者得知要扮演律师的角色，并对客户在某个商业合同条款的谈判问题上提出建议。

每一个参与实验者都得到以下的背景信息，有关他们的客户，他们的客户和一名顾客之间的整体谈判的内容，以及参与实验者应该追求的目标：

> 你是明日（Next Day）公司的法律顾问，该公司从事对包裹的隔夜快递（与联邦快递相近）。明日公司与礼品公司（Gifts, Inc）（该公司对礼品进行市场分类并在全国范围内隔夜送达 121

订货)原则上达成了一项协议,明日公司为礼品公司送货,无论包裹的大小、价值和目的地,都按照固定的计件标准收费。明日公司承揽对礼品公司的送货,去年是每件收费20美元;现在,礼品公司将支付给明日公司的计件价格,合同还没有确定。

你现在就合同的某些条款与礼品公司进行谈判。明日公司的管理层要求你对某些可能发生的问题提出建议,并且几乎肯定将听从你的建议。在年终,明日公司将审查你谈判签订的合同是如何成功的运作的,并据此决定,是否在以后的交易中留任你做法律顾问,所以确保合同服务于明日公司的需要,对你个人来说具有重大意义,而且这也是对你的判断和能力的一种很好的反映。

在每一个谈判场合,参与实验者得知他们将与明日公司进行谈判,谈判某种问题或偶然事件合同双方应该采取两种合同条款中的哪一个。每一个参与实验者都被随机指派到一个或两个或更多的实验状态中,这些实验状态彼此之间的区别仅仅在于:提供的信息表明两种合同条款其中之一与现状相一致。由于在其他任何方面合同都是一样的,参与实验者对替代的合同条款的偏好,通过他们明确表示他们对包含一个条款而不是另一个条款的合同的金钱估价,可以得到衡量。通过比较在同一场景的不同版本的参与实验者反应估价的不同,作出结论。

现状中的默认条款

三个实验检验了这个假说,参与实验者对合同条款的偏好可能部分依赖于,该条款被认为是法律的默认条款,还是对法律默认条款的一种替代。三个实验的结果都支持了这个假设;此处只描述其中两个。

第一个实验("间接损害赔偿")关注于参与实验者的客户明日公司,如果没有及时送达礼品公司的包裹,可能会因此承担责任,这个合同条款将减轻损害赔偿的数量。所有参与这个实验的参与实验者都得知,礼品公司可能偏好这种合同条款,明日公司对它没

有履行送货义务所引起的所有损害负完全的赔偿责任。明日公司,相反,可能偏好另一种合同条款,把它的潜在责任限制到在明日公司接手该货物的时候可以"合理预见"到的损害赔偿内。参与实验者得知明日公司的会计人员已经估计采用宽的"完全责任"的损害赔偿条款,比采用窄的"有限责任"的损害赔偿条款,将会有95%的概率使 122
得明日公司平均来说每件包裹多花费0到10美元的成本。

被随机指定到实验状态1("有限责任")的参与实验者得知,他们所处的情形是:有限的以及"能合理预见"到的损害赔偿条款是法律的默认条款。他们被要求回答,在他们建议明日公司同意在签署有限责任默认的协议以支持完全责任条款之前,礼品公司应该答应付给明日公司每件包裹高出合同价格多少。与此形成对照的是被随机指定到实验状态2("完全责任")的参与实验者得知的默认条款是完全责任。他们被要求回答,他们建议给明日公司愿意接受运送的每件包裹的合同价格降低多少(低于如果不是这样默认规定的情况下),以换取礼品公司的同意,在合同中订入有限责任条款。

中间的估价因情况不一而被严重影响了。状态1的参与实验者(N=26),在同意合同中订入完全责任条款之前,平均来说,推荐给明日公司每件包裹最少有6.96美元的加价。另一方面,状态2的参与实验者(N=28),推荐给明日公司,平均来说,每件包裹最多4.46美元的降价,使得礼品公司同意在合同中加入有限责任条款。两种状态下参与实验者的中间反应之间的差别,可以理解为基于那些被认为是默认条款与那些被认为是变化了默认条款的偏见的效果的一种衡量。

第二个实验("履行不能免责")运用了相同的背景,但是改变了谈判的实验目标。不是被要求去估计完全责任条款的合同与有限责任条款的合同之间的差别,在这个实验里参与实验者被要求去比较一个基于不可能或者不可行而对明日公司免责的合同与没有这个规定的合同之间的差别。在前一种情况下,如果发生了明日公司所不能控制的无法预见的偶然事件,使得明日公司履行义务"在商业上不可行",那么明日公司将免予履行它的合同义务。而后一种情况,无论发生的偶然事件明日公司是否能够控制,是否

可以预见，明日公司都将被强制履行它的义务，否则支付损害赔偿。与间接损害赔偿（Consequential Damages）实验不同，履行不能免责（Impossibility Excuse）实验对参与实验者不提供承认不可行免责的合同下，与不承认不可行免责的合同下，将可能引起明日公司可能期待发生的专家在成本评估上的差异。

与间接损害赔偿实验的设计相一致，在不可能性实验中大约一半的参与实验者被随机指派到状态1（免责）。这些参与实验者得知默认法律规则规定了履行不能/不可行免责规则，并且建议明日公司同意在合同中加入“不免责”条款之前，确定其应该要求的
123 最小数量金额。另一半参与实验者被指派到状态2（“不免责”），得知默认规则是一条“不能免责”的规定。他们要求明日公司给出合同价格的最大折扣比例，作为回应，礼品公司将同意在合同中加入一条履行不能/不可行免责的规定。

又一次，虽然偏好外生假设将会预测参与实验者的偏好不会根据他们被指派的状态（也就是说告诉他们什么条款是属于默认性的），但是对默认合同条款的不同定义对参与实验者的估计产生了重大影响。被指派到状态1的参与实验者（N=22）平均建议，明日公司在同意在合同里加入“不免责”条款之前，至少应该要求另外支付188,000美元。被指派到状态2的参与实验者（N=25）平均建议，为了在合同中订入“免责”条款，明日公司将愿意最多支付56,000美元以说服礼品公司。虽然在两种状态下实验主题明显都认为有“免责”条款的合同优于有“不免责”条款的合同，但是在免责条款被认为是默认规则时，比被认为是对默认规则的改变，他们对前者的偏好大大加强了。又一次，将某个条款标识为默认的会显示出参与实验者对其偏好的加强。

格式合同与惯性的力量

间接损害赔偿和履行不能免责实验的最初结果说明，对合同条款的偏好不全然外生于谈判的语境。在其他条件相同的情况下，谈判双方将倾向于偏好那些与他们所认为的现状相一致的条款。即使是当其他条件不相同的情况下，双方对值得期待的条款与不值得期待的条款的偏好权重，可能受对现状的认知所影响。

但是,对这个结果的精确解释,被实验中可能存在的两种不同解释参数的合并所混淆。在两个实验中,不同状态下所观察到的差别,既能够表明在参与实验者中偏好被认为是法律默认规则的条款,也能够表明他们偏好不行动而不是行动。在两个实验中参与实验者表现出来有利于某个合同条款的偏见,可能是由于惯性导致的;也就是说,他们倾向于那些如果他们不采取积极步骤协商而达到某个特定条款而将适用的条款。为更好理解合同条款现状偏见的性质,重要的一点是决定隐藏在实验结果之下的,是对默认条款的偏好,还是对不行动的偏好。

当合同双方对某项条款进行谈判,如果他们没有对该条款的内容进行积极的协议变更,通常会导致适用法律的默认条款去调整双方的关系(就像实验中那样),但是情况也不总是这样。双方的不行动以及在他们的协议中适用默认条款,这二者之间的联系有可能被以下有说服力的假设所厘清:合同双方有时是从某个私 124
人机构(例如某个律师事务所或者某个产业协会)起草的标准格式合同开始而进行合同谈判的,而且除非双方对该合同条款进行协商变更,该合同条款就将起作用,而不是合同不存在的时候就适用一组法律上规定的默认规则。如果行动/不行动的差异贯穿于支持默认条款的,已为人们所遵循的偏见之中,使用格式合同作为谈判的基础,应该能产生有利于格式条款的类似偏见。

这个假设在间接损害赔偿场景的修正版本中被检验。如同在这个场景的原始版本(状态 1 和 2)中的参与实验者,在修正版(状态 3 和 4)中的参与实验者被要求评价由于明日公司没有完成它的送货义务所造成的一切间接损失,明日公司将对礼品公司负全部赔偿责任,以及把明日公司的赔偿责任限制到礼品公司交送任何特定包裹给明日公司运输时,可能理性预见到的损害赔偿责任,这两种合同规定之间的不同。不同于原始状态下的参与实验者,新的参与实验者得知这两个公司已经“同意谈判的起点,采用由隔夜运送商业联合会(ODTA)律师准备的标准格式合同,双方都是该协会的会员”。对于这份格式合同,参与实验者知道它“在这种交易中通常被用来作为谈判的基础,在必要时合同双方可以对格式合同的规定进行修改”。

状态 3 的参与实验者得知这份行业格式合同包括一项条款，规定损害赔偿限制在那些“当承运人从投运人接收到货物时可以合理预见到的”范围内，而在双方没有任何明示条款时将调整双方的默认规则是完全责任规则。参与实验者被要求表明，如果他们推荐明日公司同意从格式合同中去掉有利的“有限责任条款”，也就是让不太有利的“完全责任”的默认条款进行调整，在此之前应该要求礼品公司对每件包裹付给明日公司的最小的加价。状态 4 的参与实验者得知该产业的格式合同规定的是完全责任，而法律的默认规则是有限责任。他们应要求披露明日公司愿意给礼品公司每件包裹最大的折扣，以此换取礼品公司同意去掉格式合同条款中的“完全责任”规定，也就是允许采用“有限责任”的默认规则进行调整。

从科斯式的进路来看，两组参与实验者所从事的是同一个工作：在一个有限责任条款的合同和一个完全责任条款的合同之间进行估价。但是（惯性假设），如果双方偏好不行动而不是行动，状态 3 的参与实验者将对有限责任条款的估价比状态 4 的参与实验者的估价要高，因为有限责任对状态 3 的参与实验者来说是不行
125 动引起的，而对状态 4 的参与实验者来说不是这样。

表 4.1 间接损害的结果

状态	N	默认条款	平均估值
1	26	有限责任	$ 6.96/每件
2	28	完全责任	4.46/每件
3	33	完全责任（格式合同 = 有限）	7.36/每件
4	25	有限责任（格式合同 = 完全）	4.10/每件

实验结果证明了惯性假设的存在。状态 3 的参与实验者（N = 33）表明在建议明日公司同意从行业格式合同中去掉有限责任条款（留下完全责任的默认规则对合同进行调整）之前，他们平均将要求最少每件包裹加价 7.24 美元。相反，状态 4 的参与实验者（N = 25），平均建议明日公司付给礼品公司每件包裹 4.08 美元的折扣，以此换取礼品公司同意从行业格式合同中去掉完全责任条款（留下有限责任的默认规则）。状态 3 和状态 4 的间接损害赔偿参

与实验者之间的差别在统计上是显著的，但状态3和4的参与实验者之间的估价差别与状态1和2的参与实验者之间的估价差别，二者的不同并不显著。换句话说，由于惯性的作用（也就是说当谈判双方没有采取行动的时候），参与实验者对将要起调整作用的条款显示出有利的偏见。无论这项与不作为相联系的条款是来自法律默认规则，还是来自作为合同谈判基础的行业格式合同，它们对参与实验者的平均反应没有显著影响。

这个结果说明现状偏见可能会导致合同双方——又一次，在所有其他条件相同的情况下——偏好的合同条款是那些在双方没有采取任何积极协商变化步骤下起作用的条款。在许多情况下，这将导致有利于法律默认条款的偏见，但这并不是因为合同双方偏爱默认条款本身。当如果合同双方没有采取积极步骤去选择其他条款，标准格式合同条款一部分的条款将适用于交易，双方的偏好将倾向沿着格式合同条款，而不是法律默认条款的方向出现偏见。

合同谈判中的惯性行为理论

传统法律经济学假定谈判双方的决策过程与理性选择理论是一致的，在合同条款谈判中得到遵循现状偏见，能不能与传统的法律经济学兼容？抑或这种现象只能通过更加以心理学为基础的行为理论解释？本文这部分表明通过传统的经济学进路解释以上出现的实验结果是不充分的，而基于对结果的反悔动机的心理学理论，可以对得到遵循的偏见进行最好的说明。 126

传统法律经济学的解释

交易成本。科斯式的传统经济学分析可能会根据交易成本解释这种倾向不行动的偏见。谈判双方倾向于对不行动的合同条款，而不是对那些只有通过行动才变得可行的条款进行更高的评估，事实上，这种情况与传统的分析并不是根本相左。需要积极行动的条款比那些不行动就能发生作用的条款，实施起来可能代价

更巨。如果其他条件相同，理性的双方应该选择那些花费更少时间和谈判起草费力更少的合同条款，而不是相反。

但是，在上文报告的实验环境中，交易成本的解释不令人满意。实验设计使得参与实验者的任何反应比其他任何可能的反应都没有隐含着更长和更复杂的谈判。在间接损害赔偿和履行不能免责这两个场景中，参与实验者都被明白告知他们处在对争议条款的谈判过程中；他们没有被给予对条款不进行谈判的选择，以此来节省谈判成本。而且，与感觉相对不好的条款相比，他们对感觉更好的条款的估价更高，这并没有降低谈判成本。最后，两个场合的参与实验者都得到了相关的“替代”条款内容（也就是说，参与实验者可以选择协议改变默认内容的条款）。因此，对参与实验者来说，没有理由认为协议改变现状合同的条款比接受现状的条款会引起更高的起草成本。

尽管交易成本在解释为什么交易双方会选择阻力明显最小的路径方面通常是有力的，但是很明显还有一些东西隐藏在被遵循的偏见之下，使得那些视同默认的条款得到支持。

私人信息。传统法律经济学分析同时也承认合同双方在谈判过程中可以学习新的信息，这可能会理性地影响他们对合同条款的评估。例如，合同一方提出某个条款的事实可能是在传递一种信号，他掌握了该条款将对她有利的私人信息，而这将引起合同另一方重新评估（向下）他对这个条款的估价。一个简单的例子为
127 例，在谈判中合同一方可能认为某个强制的仲裁条款将对他有利，但是另一方如果也要求这样的仲裁条款，他会私人认为这说明了对方就是因为这个条款而处于优势地位的另一方。这样就会使得最初的合同一方重新考虑他对该条款的偏好。

但是，两个实验场景是人为构造的，都最小化了由于害怕礼品公司掌握私人信息从而整体上影响参与实验者对条款估价的可能性。例如，思考间接损害赔偿场景的最初版本。状态 1 的参与实验者知道礼品公司希望在合同中明确订入完全责任，而由于完全责任被叙述成为默认条款，状态 2 的参与实验者不知道关于礼品公司偏好的任何信息。礼品公司是否满意完全责任条款，如果在这一点上事前无法清楚，那么显示出这种愿望可能会导致状态 1

的参与实验者(但不包括状态2的参与实验者)推测完全责任对明日公司比他们原来估计的可能会更不好,从而提高了他们对有限责任的偏好。但是,没有逻辑上的理由支持状态1的参与实验者会有这种反应,因为礼品公司对完全责任的愿望是显而易见的——所有托运方一般都会偏爱承运方承担损害的完全责任。而且,状态1和状态2的参与实验者都已经得知礼品公司偏爱完全责任,但明日公司偏爱有限责任。

如果状态1的参与实验者从礼品公司那里得到了一个要价非常高的要约,借此得到一个完全责任条款(也就是说,大于每件包裹5美元),这些参与实验者也许会相信完全责任对明日公司来说,也许比预想的要更坏,因此参与实验者会重新,向上调整他们对有限责任的估价。但是实验场景细心地避免了出现礼品公司对完全责任的估计是多少的信息(这可能会传递私人信息);只是说明礼品公司偏爱完全责任(这是公共信息)。换句话说,在假设谈判过程中,显示给状态1而没有显示给状态2的参与实验者的信息,不可能提高状态1的参与实验者对有限责任的评估。所以,通过假设实验场景所描述的谈判情境来看,没有理由认为状态1和状态2的参与实验者的不同平均反应是由于私人信息的传递。

网络收益(network benefits)

尽管交易成本和信息不对称都不太能解释得到遵循的现状偏见,但考虑合同条款可以体现多少网络收益的新经济理论也许可以解释这个结果。

马塞尔·卡亨(Marcel Kahan)和迈克尔·克劳斯纳(Michael Klausner)[6]在最近的论文中已经对合同双方通常偏好的标准,或"样板(boilerplate)"条款进行了理论化。广泛使用这些条款,对这 128
些条款的使用者来说,实际上可能提高了价值。当某产品对一个使用者的价值随着使用同样产品的人数的增加而增加的时候,就会产生网络收益。例如,电话可以说有明显的网络收益,因为它对

[6] 参见 Marcel Kahan and Michael Klausner, Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or "The Economics of Boilerplate"), 83 *Va. L. Rev.* 757(1995)。

任何使用者的价值会随着其他使用者数量的增加而增加。

在某些情况下，合同条款可能起相同的作用，随着采用它们的交易方越来越多，它们就变得越有价值。例如，越广泛使用某个特殊的条款，解释该条款的司法意见可能就会越多，从而减少了未来法院对该条款解释的不确定性，使用者因此受益。对某个合同条款的更广泛使用也能使得律师和其他法律服务提供者更容易对该条款进行起草、谈判、解释，以及如果需要就该条款提起诉讼，使用者从而受益。这些便利提高了法律服务的质量/或者说减低了法律服务的成本，对该条款的使用者创造了价值。简言之，对该合同条款的广泛使用，由于使得该条款的互补物品（诸如司法先例或专业服务）变得更现实，更便宜，或两者都是，可能使得该条款的使用者受益。

如果谈判双方认为那些不行动就能起作用的合同条款（即现状条款），最有可能被其他合同交易者使用，他们也许会理性地高估这些条款，以确保通过这些条款容易得到的网络收益，即使其他条款具有更高的内在价值。虽然只有假设参与实验者非常老于世故，网络收益理论才能解释实验中观察到的现状偏见，但是仅依据结果，不能排除这个解释的解释力。

网络收益假设直接依赖的假定是参与实验者认为与不行动相联系的合同条款，应该是其他的合同交易方会最普遍谈判采用的；也就是说，参与实验者可能倾向于不行动，仅在他们相信这些保持现状的条款可能会成为标准条款时会如此。通过明确告知参与实验者事实上最普遍采用的条款，是需要积极行动才起作用的条款，履行不能免责场景的以下版本检验了这个假设。

面对履行不能免责场景的状态 3 的参与实验者得知——如状态 1 的参与实验者——（1）默认规则规定履行不能是有效的免责条件，（2）如果明日公司愿意在合同中明确订入履行不能不免责的条款，礼品公司计划支付给明日公司额外一笔钱，（3）参与实验者被建议向明日公司表明他们想要的最低数额，以换取同意接受在合同中加入礼品公司提出的条款。但是，状态 3 的参与实验者同时得知一条附加的信息："礼品公司提出的这种条款是很普遍的——事实上，这些条款在大多数商业运输合同中都存在，包括明

日公司在商业运送领域实施的大多数合同。" 129

状态4的参与实验者得知——如状态2的参与实验者——(1)默认规则是"履行不能不免责",(2)明日公司愿意支付给礼品公司额外一笔钱,以使得在双方的合同中加入一个规定履行不能免责的条款,(3)参与实验者被要求给明日公司报出一个最大数额以使得该条款可以被加入合同中。状态4的参与实验者得到了与状态3的参与实验者相同的附加信息:对默认规则的协议改变是该领域公司的普遍做法。但是,对状态4的参与实验者来说,这条信息的含义是"免责"条款在该领域以及明日公司来说是普遍的,但对状态3的参与实验者来说,含义是"不免责"条款对其他运输合同,包括明日公司的运输合同来说是普遍的。

如果在惯性实验中观察到的倾向于不行动的偏见是基于对网络收益——可能来自对条款的更普遍采用——的认识,状态3的参与实验者反应应该类似于状态2的参与实验者反应(两组都可能相信"不免责"条款是更普遍的),而不是类似于状态1的参与实验者(他们应该是以为"免责"条款更普遍)。同样的理由,状态4的参与实验者反应应该接近于状态1的参与实验者的反应,而不是状态2中参与实验者的反应。

实验结果不支持这个假设,参与实验者会由于认为某个条款是普遍的,就会不偏爱不行动的条款。状态4的参与实验者(N = 18)对"普遍"条款表示了平均"意愿支付"20000美元,而状态3的参与实验者(N = 18)在他们可能接受"普遍"条款之前,平均要求最少是63000美元。状态3和状态4的参与实验者之间的反应差距是巨大的,而且与状态1和状态2的参与实验者反应差距相比,并没有明显的减少。换句话说,参与实验者得到了有关替代条款是不是合同交易方普遍做法的信息,对参与实验者的现状偏见倾向,没有产生明显的效果。

因此,这些结果支持了这样一种立场,即倾向不行动的偏见不只受到了精明的、使自己利益最大化的直觉的驱动,这种直觉就是网络收益通常倾向接受所谓的"最小阻力条款"。

表 4.2 不可能免责的结果

状态	N	默认条款	平均估值(美元)
1	22	免责	188,000
2	25	不免责	56,000
3	18	免责(不免责条款是普遍做法)	63,000
4	18	不免责(免责条款是普遍做法)	20,000

不确定性和预期反悔

如果交易成本策略行为以及网络收益的解释是不充分的,那么为什么合同双方整体上倾向于那些不行动而起作用的合同条款,而不是那些只有通过谈判双方的积极步骤而产生作用的条款呢?在这一部分我提出了一种基于行为结果的动机解释,而不是计算成本—收益。理论假说是,对不行动的偏好与一种决策策略
130 相一致,那就是在选择时确保未来可能的反悔最小化,对此我将提供一些经验证据。

反悔理论和现状偏见。对惯性的一个有说服力的解释是,谈判者害怕由于决定积极改变合同条款,他们将来会感到后悔,因此,他们的行为会最小化可能出现的这种反悔体验。在大部分情况下,偏离默认规则或者格式合同的合同条款,如果从后见角度看,都承担着出现次优结果的风险;这就是说,谈判者知道,当她对某个基准或者参考合同的条款进行协议变更的时候,她是类似于进行某种赌博,结果有可能有利也有可能不利,这取决于未知的未来情势发展。如果谈判者预计到不利的后果可能会使她对开始就对选择赌博感到后悔,在同意赌博之前,她对赌博的预期价值可能会要求一笔保险金。换句话说,在结果不确定的情况下,决定是否采取某种行动的时候,决策者对选择这个行动的预期效用的估计可能低于该行动本身固有的预期效用。

这种描述可以令人信服地适用于本章叙述的全部两个实验场景。例如,在间接损害赔偿场景中,参与实验者被明日公司的会计告知,与接受完全责任而不是有限责任联系起来的成本,可能是每件包裹平均 0 到 10 美元。对这个预测的一种解释是,如果不行动,

选择将是有限责任,而同意完全责任的预期成本是大约每件包裹5美元。如果明日公司同意以每件5美元进行补偿,在合同中积极的添加这个完全责任条款,但是未来将会有大约50%的机会从后见来看,这笔交易显得并不好。也许害怕在合同中加入完全责任的决定可能产生的这种负面后果,将导致反悔,使得参与实验者在他们愿意积极同意这么做之前,对赌博要求更多的固定预期价值。 131

这个解释和说明引起了两个难题。第一,为什么参与实验者感到害怕约定承担完全责任并且后见感到这个决定变得不利益的可能性,比他们可能感到害怕不约定承担完全责任并且从后见角度来看这个决定会变成次优来得要大?一个人参与了一场最终证明是输了的赌博,也许那个人真的会反悔参与了这场赌博。但是如果证明这是一次有利可图的机会(事实证明是这样),因此害怕由于没有采取行动而联系在一起反悔,为什么比与采取行动而联系在一起的反悔的害怕小,这一点还不是很清楚。如果交易双方,当他们选择积极行动时,对未来反悔的可能性感到害怕,但是如果双方选择不行动,对未来的可能后悔感到同样害怕,那么对于不行动就起作用的合同条款来说,不应该存在偏见。

第二,当行为人考虑积极行动的时候,打击行为人对可能后悔的害怕,如果其行为产生了满意的后果,为什么不能被喜悦的憧憬,也就是后悔的对立面所抵消呢?行为人面对不确定结果作出某个选择,因为不好的结果可能会引起反悔,所以行为人可能在行动时会有所犹豫。但是如果明白某个满意的结果会带来喜悦,为什么行为人不会被这种喜悦所鼓舞而采取行动呢?如果行为人采取行动而取得了满意的后果,她可能感到的效用不仅来自那个正面的结果,而且还来自知道是由于她的决策导致了这个正面的结果,这应该确实是鼓舞的。如果预期的反悔和预期的喜悦对行为的作用大体相当,整体上就不应该存在对不行动的偏好。

对于第一个问题,相当多的实验证据说明,对于同样一个不好的结果,人们估计采取某个行为而引起的某个不好的结果,相比由于不采取行为而引起的结果将更加令人反悔。因此,行动和不行动在心理学上应该是有区别的,即使它们导致的是相同的实际后果。

考虑以下由丹尼尔·卡尼曼和阿莫斯·特沃斯基所作的著名实验。[7] 参与实验者掌握了有关两个假想的行为者的一段故事，他们都作出了不幸的投资决策。保罗先生拥有 A 公司的股票。他考虑过把这现有股票转到 B 公司，但他没这么做。结果是，他得知如果他转的话，他本能获得 1,200 美元的收益。乔治先生拥有 B 公司的股票。他考虑把这些股票换成 A 公司的，并且也这么做了。结果，他比他如果不转亏了 1,200 美元。超过 90% 的参与实验者认为乔治先生将比保罗先生对他的决定感到更加后悔。

对发生不幸事件所引起的反悔，可以理解为是对被称为“反事实思考(Counterfact thinking)”的一种反应。负面事件的发生，可以导致人们试图通过比较反事实的替代事件，在心理上避免这个结果；也就是说，诉诸于诸如“何必当初”这类的观念。如果参与实验
132 者认为该反事实的事件比所经历的事件更有利一些，参与实验者就会倾向于体验到后悔。因此，要理解什么类型的事件容易引起最大的反悔，重要的是理解反事实替代的心理过程。

丹尼尔·卡尼曼和代尔·米勒(Dale Miller)[8] 提出了“规范理论(norm theory)”，就是在对这个问题作出解释。他们的理论认为反事实替代的建构开始于已经历事件的情景，然后改变一个或更多已经历事件的事实要素，从而产生一个不同的结果。人们倾向于改变卡尼曼和米勒称作的最“具有可变性的”已经历事件的事实要素。参与实验者认为反常或者例外的已经历事件要素的可变性最大，而正常或者普通要素的可变性最小。在极端情况下，一些很正常的要素可能会被认为是不变的。反过来，对反常的判断，是基于参与实验者头脑中可能的替代事件的易得程度。当某个经验的要素被视为正常，因此相对不可变，反事实的比较就将更不易得，结果通常将显得不可避免。相反，当要素是可变的，而且对该要素的改变会避免负面的事件，这个可变的要素就容易被认为是引起该负面事件的原因。

---

〔7〕 Daniel Kahneman and Amos Tversky, The Simulation Heuristic, 载于 *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* 201 (Kahneman et al. eds., 1982)。

〔8〕 Daniel Kahneman and Dale T. Miller, Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives, 93 *Psychol. Rev.* 136 (1986).

规范理论和个体倾向于与不行动相关的选择(与采取行动的选择相比较而言),此二者之间的联系是,预测到行动比预测到不行动更加可变;也就是说,"想像一个人放弃她原本实施的行动,比想像她实施一个事实上没有作出的行动通常来讲会更容易"[9]。因此,那些积极改变合同条款的交易方,与那些消极的接受现状的交易方相比,如果他们的行为被证明是不利的,前者可能感觉更加后悔。

偏好不行动而不是行动的一个相关解释是,人们通常认为对行动有更多的个人控制。社会心理学研究已经识别出一个事件的可控制性(controllability)是其可变性的一个重要决定因素;也就是说,如果要素是在人们的控制之下,那么人们就更容易从心理上改变事件的要素以产生一个反事实的替代。因此,行动比不采取行动显得更可变,不仅因为它们与常态相对,而且因为它们倾向于被认为更是在个体行为人的控制之内。

但是即使行动比不行动,反悔的风险更大,如果行动的潜在心理收益较之于不行动来说足够大以致足以补偿行动引起的更高风险的话,也不应该存在倾向于不行动的行为偏见。但是,心理学证据说明,对行动产生不好结果的反悔预期,通常强于对行动产生好结果的喜悦预期。例如,珍妮特·兰德曼(Janet Landman)[10]发 133
现,与没有转班级而获得高分数的学生相比,参与实验者认为转了班级并获得高分数的学生会更得意。而重要的是,她发现以上效应比参与实验者以下的判断要弱得多,与没有转班级而获得低分的学生相比,转了班级并且获得低分的学生,将感到更后悔。

这种预期反悔容易比预期喜悦更强烈的现象,与早已建立的"损失规避"理论是相一致的。[11] 损失规避理论指出个人从参照点体会到的"损失"的伤害效用结果,比从同一参照点体验到的同等"收获"要大。如果损失比收获感觉更明显,那么逻辑推论是预期反悔将比预期喜悦来得更明显。反悔对喜悦的优先地位也与规

---

〔9〕 同上,第145页。

〔10〕 Janet Landman, Regret and Elation Following Action and Inaction: Affective Responses to Positive Versus Negative Outcomes, 13 *Pers. & Soc. Psychol. Bull.* 524 (1987).

〔11〕 参见 Amos Tversky and Daniel Kahneman, Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference Dependent Model, 106 *Q. J. Econ.* 1039 (1991)。

范理论的预测相一致。令人满意的事件比不令人满意的事件，心理上更易得一些。因此，比正在经历好事件的个人构建一个负面的反事实替代（而且因此产生喜悦感），对那些正在经历某个不好事件的个人来说，构建一个正面的反事实替代（而且因此产生反悔感）可能更容易。

解释合同谈判实验。规范理论和通过行动与不行动可能感到的潜在不同数量的反悔，可以作为出发点，解释在合同谈判实验中观察到的惯性。间接损害赔偿场景状态 1 中的参与实验者，在他们在同意在明日公司与礼品公司的合同中加入完全责任条款之前，必须决定他们应该要求要多少钱。该条款（相对于有限责任条款而言）的保险精算的预期成本是大约 5 美元。但是如果同意完全责任条款（行动）将比不同意该条款（不行动），带着更大的未来反悔的风险，参与实验者将希望在同意加入该条款之前，索取超过该条款的 5 美元预期成本的保险金。相反，状态 2 的参与实验者不得不决定他们将愿意支付给礼品公司多少钱，以说服礼品公司积极的在合同中加入有限责任条款。对这些参与实验者来说，有限责任条款的预期保险精算成本（相对于完全责任条款而言）大约是 5 美元。但是如果（1）加入有限责任条款（行动），比拒绝加入有限责任条款的机会（不行动），可能导致更大的对事后反悔的担忧，而且（2）事后反悔的可能性，不会被事后喜悦的可能性所补偿，那么参与实验者将希望给出少于全部保险精算价值的金额，以抵消增加的事后反悔的风险。当然，实验结果与这种解释相一致。状态 1 的参与实验者要求超过 5 美元相当多才行动，而状态 2 的参与实验
134 者对行动的出价低于 5 美元。

因此，合同谈判中对惯性的偏好，可以令人信服地解释为：如果决策在事后看被证明不是最优的，就会产生最小化事后反悔风险的愿望。这种解释假设谈判的参与实验者，并不试图最大化他的客户的预期收益，而是在潜在利益和潜在事后反悔的负面效用结果二者之间的权衡。当然，参与实验者最小化对反悔的恐惧的愿望不是无限的；在有补偿的情况下，参与实验者会愿意接受更多事后反悔的风险。但是，这种对倾向于不行动的偏见的解释要点在于，参与实验者确实对行动隐含的附加事后反悔的风险，要求保险金。

对避免反悔假说的检验。避免反悔假说解释了为什么无论替代怎样出现，谈判者都不能达到对合同权利的同样分配。即使在科斯式的解释（例如交易成本，策略行为）和其他与利益最大化相一致的解释（例如达到网络收益的愿望）不起作用的时候，这个解释仍然是有说服力的。这个解释的根源是一种预测，个人对积极行动的机会的心理估计将不同于对不行动的机会的估计。

但是这个理论，只能潜在地描述在不确定状态下的谈判行为：也就是说，是当交易双方在他们就合同条款进行谈判的时候，不能确定替代条款在将来会不会是最有利的。如果交易双方对他们所放弃或谈判中拒绝的价值和他们最后将获得的价值都能够确定的话，就没有理由对这个选择的将来反悔有所担忧。在这种情况下，避免反悔理论预测的应该是，在合同谈判中将不会出现惯性效应。在一个没有不确定性的世界里，无论在不行动的情况下哪个条款将起作用，交易双方应该协商达成同一个条款，这一点，至少在不存在交易成本，不对称信息，或后续的其他缔约方可以获得网络收益的情况下是有效的。

在合同谈判中，在没有不确定性的情况下，通过询问参与实验者对与积极同意某特定合同条款相联系的合同条款的估价，避免反悔假说是可以检验的。避免反悔理论预计在这种情况下对不行动将没有明显的偏好。下文有关履行不能免责场景的版本，去掉了在情景的最初操作中的结果不确定性，以此来检验这个预测。结果对避免反悔假说提供了初步的支持。

被分配到履行不能免责场合的状态 5 的参与实验者，如同那些被分配到状态 1 的，得知法律的默认规则规定，当发生某个无法 135
预见的偶然事件，使得交货不可能或者在商业上不可行，没有完成交货义务的普通承运人可以免责。也如同状态 1 的参与实验者，这个状态的参与实验者被要求回答如果加上一条否定履行不能免责的合同条款，他们建议明日公司在此之前索要多少金额。但不同的是，状态 1 的参与实验者是对一个有风险的选择进行回答——这指的是，根据这个合同“免责”条款，对明日公司没有完成送货将可能提高多少责任这个问题并不清楚——而状态 5 的参与实验者得知，在合同中加上这么一条，对于明日公司的财政后果来

说是确定的:这些参与实验者得知,明日公司对没有完成送货投了责任保险以支付索赔。明日公司同意礼品公司在合同中不进行履行不能免责规定的后果是,明日公司的年度责任保险的保险费将上升 75,000 美元。因此,虽然同意在合同中订入否定履行不能免责的条款会增加明日公司的商业风险,但这种风险可以并将以一个固定的价格转嫁到某个第三方。保险设计的介入将使得明日公司同意完全责任条款,而不必面临不确定性。

状态 6 的参与实验者,如同状态 2 的参与实验者,知道法律的默认规则规定的不是履行不能免责。也如同状态 2 的参与实验者,状态 6 的参与实验者被要求回答明日公司应该愿意支付给礼品公司多少金额,以说服礼品公司同意在合同中加入规定这种免责的条款。与状态 2 的参与实验者不同(但与状态 5 的参与实验者相同),状态 6 的参与实验者知道与添加这个条款相联系的一个确定的收益:明日公司的责任保险承担者将减掉明日公司的年度保险费 75,000 美元,以补偿明日公司减掉的商业风险。又一次,保险的存在去除了在初始履行不能免责情形操作中的不确定性。

如果避免反悔假说是正确的,添加接受固定价格的第三方保险者,负责对所有与存在或者不存在履行不能免责条款相联系的风险,那么结果将消除最初操作的履行不能免责场景中观察到的惯性;也就是说,在状态 1 与状态 2 的参与实验者反应之间,统计上大的、显著的区别将消失。状态 5 和状态 6 的参与实验者反应应该彼此接近一致。结果支持了这个预测。状态 5 的参与实验者(N = 29)表现的中间反应是 39,000 美元,而状态 6 的参与实验者表现的中间反应是 69,000 美元。这两组反应没有重大区别。而且,状态 5 和状态 6 的参与实验者之间的反应差距,与状态 1 和状态 2 的参与实验者之间的反应差距有很大的不同。换句话说,从履行不能免责情形中去除不确定性中和了参与实验者对不行动的偏好,
136 这正如避免反悔假说所预测的那样。[12]

---

[12] 有必要在此指出,虽然实验支持了避免反悔假说,但这不是决定性的。履行不能免责的这个实验版本引入了数量聚点的合成变量(即 75,000 美元这个数字),这有可能对参与实验者的反应产生锚定作用,使之陷入现状偏见。

规范的含义

谈判与参照点的力量

惯性的心理力量说明,谈判者能够定义现状,相比判断与之不同的任何提议条款而言现状状态都有重要的讨价还价优势。在对合同条款进行谈判前,战略谈判者应该评价许多有说服力的谈判参照点,确定其中哪一个点将使她的客户的利益放在最有利的位置。说服谈判对手这个有利的参照点是最中立的或者从此开始谈判是最理智的,这么做对谈判的结果可能会产生巨大影响。最初的条款,无论是怎么建立的都更倾向于被认为是如果没有发生进一步的行动,将对合同双方的关系起作用的条款。因此,这些条款就倾向于被认定为是现状。

对谈判者应该花费时间和资源,力求控制合同谈判的参照点,这种对策建议当然不太可能是唯一的办法。但是隐含在这条建议下面的理由——这个条款被理解成了现状或者基准,由于谈判者将偏好不行动而不是行动,所以谈判就容易粘在这个条款上——与在这方面的常规理解不同。通常隐含在一般的对谈判者的控制谈判起点的建议的理由是科斯式的观念,即交易成本的力量。当变更合约代价昂贵或者困难时,某个最初的提议就有机会可能是合同的最终版本。另一个常见的证明来自信息不对称,这点普遍存在于谈判环境中。由于谈判者通常并不清楚他的谈判对手对达成某个协议的精确估算,这个谈判者可能会对提出显得与现状状态相去甚远的条款以保持警惕,担心以这个提出的条款行动结果导致自己可能与对手相比处于更不利的位置,这样还不如对手的替代条款。因此,提出一条与现状差距很大的条款可能导致谈判僵局。最后,任何有利于谈判者的提议,无论它是不是行动最初的参照点,如果存在一种强有力的社会规范或惯例,要求交易双方在争议立场上"区分差异",就都可能会影响到最终协议。

相反,惯性的心理学力量说明行动合同谈判的参照点,将影响谈判双方的内在偏好。如果该条款被认为是来自于不行动而不是

行动，谈判者就将更加偏好这个有利的条款（或者反之对一个不利的条款不那么偏好）。对谈判中参照点力量的传统的说明强调外在于谈判者的那些因素，对感知到的现状的偏离所施加的成本，因
137 此交易双方更愿意采纳现状条款。惯性的力量说明了谈判者对现状的内在反应，可以实际上提高交易双方对合同条款的潜在偏好。

政策制定和有效率的默认规则

默认规则的重要性。科斯式的法律经济学是基于偏好外生的假定，推测默认条款的内容将不会影响交易双方对合同条款的潜在偏好。推论是，除非是交易成本高，或者由于存在不对称信息而导致策略行为，阻止了交易双方就他们偏爱的条款进行谈判，法律政策制定者对默认规则的选择将不会影响合同谈判的结果。现状偏见的证据要求对这个推测进行重大修正。对合同理论来说，现状偏见证据提供的最基础观点是，对默认规则的选择始终是重要的，而不仅仅是在高交易成本或者存在不对称信息的时候重要。如果法律制定者对默认条款的选择改变了交易双方对合同条款的偏好——导致他们对默认条款的偏好增强，他们对替代条款的偏好减弱——那么对默认条款的选择就具有影响所有私人合同的潜力。现状偏见表明默认合同规则与恒定的（immutable）合同规则，也即交易双方不能协议改变的规则，此二者之间的区别，这种区别也许是程度上的，而不是性质上的。默认规则可以被看作是“准恒定规则”。

再一次以一个关注于间接损害赔偿条款的谈判为例，假设法律默认条款把违反合同的赔偿限制在了那些在缔结协议的时候“理性预见”到的范围。按照传统的经济分析，如果交易双方默示采用了默认条款，那么除非是他们面对着高谈判或者起草另一种条款的成本，或者交易一方出于策略动机不透露私人信息，这条默认条款对交易双方来说应该是最有效率的选择（也就是说，该条款最大化了合同双方的共同利益）。如果既不存在高额交易成本，也不存在信息不对称，传统分析将认为如果默认条款不能在交易双方之间有效率地配置了损害赔偿风险的话，交易双方是会协议变更合同条款。

但是现状偏见说明,即使是在没有交易成本和私人信息的情况下,交易双方没有就默认规则进行合约改变,并不能确定代表这个默认条款对他们来说是有效率的。有可能完全责任条款对某谈判双方来讲是有效率的,但是由于双方明确在维持现状上所付出的价值,高于他们协议承担完全责任条款可能在商业上的收获,交易双方就有可能无法协议变更"合理预见"的默认规则。 138

现状偏见同时也要求理论家们调整对交易双方协议变更的默认条款的背景进行解释。按照传统经济分析,这种场合表明他们明示采用的条款对他们的共同利益,与采用默认条款带来的利益相比形成的差距高于协议变更默认条款的交易成本,以及交易一方可能通过隐瞒本来是想要协议改变合同默认条款的信息而获取的任何策略利益。现状偏见说明,当合同双方对默认条款进行协议磋商时,替代条款和默认条款之间的估值差距,必须高于传统经济分析家给出的值,即该差距必须超过(1) 交易双方的共同交易成本;(2) 任何一方通过隐瞒为协议变更默认条款而必须公开的信息,而取得的价值;(3) 交易双方对现状的共同偏好。

局部效率与整体效率。如果在个别案件中,合约双方偏好现状而不是利益最大化的合同条款,那么法律制定者为什么应该关心这些呢?虽然这样的选择没有最大化交易双方的共同福利,但它明显最大化了他们的共同效用。在合同条款的语境中,法律经济学学者通常把福利最大化等同于效用最大化,但是当交易双方对合同条款进行谈判的时候,任何地方都没有写着他们只需考虑创造财富的最优方法。如果交易双方偏好不行动而不是行动,可以提出疑问,当谈判反对的是法律默认条款这个背景的时候,交易双方沉湎于这种偏好,对他们来说也不存在什么无效率的问题。

但是,这种论点混淆了局部效率和整体效率。假定一个特定的法律默认条款,它对谈判中的各方来说,偏好不行动而不是行动,并且为了不行动而牺牲一定程度的福利,这种做法既非不理性的也非无效率的。但是,在这种情况下,对法律制定者来说,从一开始就创制另一种现状会是更有效率的。换一个说法,假如确立了"默认条款 A",对交易双方来说采用条款 A 几乎肯定是局部有效率(locally efficient)的,而不是朝着将会要求他们牺牲现状价值

的条款 B 协议变更。但是如果相反,法律制定者从一开始是以"条款 B"作为默认规则的,由于这允许了交易双方兼顾财富最大化的合同条款以及现状,而不是必须二者取其一,交易双方因此可能会有更高的复合效用。

所以接下来的结论是:选择不对默认条款协议变更,因此无法最大化他们共同福利的交易双方,并不一定采取的是不理性的行为,但是这一点并不意味着默认条款本身是最优的。通过选择某个不同的默认规则(并且因此创制某种不同的,为人所感知到的现状),法律制定者可能会引导合约双方达到更满意的均衡,并且,通过这么做,促进了私人合约更接近最优的效率。接下来的三个小
139 节将讨论法律制定者如何完成这项任务。

模拟合同条款市场与促进合同条款市场。虽然现状偏见的证据,在传统法律经济学之外,添加了一个有关合同默认规则的论述要点,但是在传统范式里它也有重大政策含义。传统法律经济学在政策制定者是否应该选择"多数(majoritarian)"默认条款和"惩罚(penalty)"默认条款的问题上,意见不一致[13]。多数默认规则模拟大部分合同交易方在没有交易成本的世界里的选择。惩罚默认条款则有利于拥有更少信息的交易方(无论该条款是否对大多数合同交易方有效率),以激励掌握信息的另一方在朝着更好条款的谈判过程中公开信息。现状偏见的证据支持多数默认规则的做法。

惩罚默认规则的支持者承认,在交易成本可能很高的情况下,不把默认规则设定为多数的,这种做法会有政策危险。理由是,在这种情况下,谈判障碍将使许多交易方在他们的交易语境中适用无效率的默认条款,而不是协议变更这些条款。现状偏见在谈判上也有类似后果:如果存在强烈的现状偏见,交易双方通常将不能协议变更次优的默认条款。这个问题和高交易成本引起的问题一样,可能的缓解方法是,政策制订者选择尽可能少的交易方为达到最优协议而必须进行协议变更的条款作为默认条款。

---

〔13〕 参见 Ian Ayres and Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 *Yale L. J.* 87 (1989)。

虽然现状偏见提出的观点,至少相对于惩罚默认规则而言,倾向于多数默认规则一面,但在常规理论关于法律制定者如何识别多数默认规则的问题上,它同时也提出了疑问。识别多数默认规则通常认为要求法律制定者观察实际交易方的缔约行为。由于有效率的合约条款帕累托优先于无效率的条款(因为交易双方可以通过额外支付,分割有效率条款创造出的额外价值,从而使得交易双方都获益),法律经济学家推测,除了高交易成本的情况,合同双方应该将谈判到最有效率的条款。接下来的推测是如果很少有交易方合约变更某个默认规则,那么这个默认规则肯定是有效率的,应该保留。与之相反,如果大多数交易方协议变更某默认规则,那么该默认规则肯定是无效率的,应该变更。采用这种思维方式的一个教科书例子中,J. 洪特·维柯克(J. Hoult Verkerke)最近提出因为只有15%的雇主和雇员合同就标准的"随意"解雇条款进行约定,与需要有不予考虑的理由的默认条款相对应,"随意"不考虑默认雇佣合同条款才是多数的。[14] 140

现状偏见的证据说明这种方法十分可疑。交易双方没有对现有默认条款进行协议变更,这并不足以说明这个默认条款是最优的,即使是在低交易成本的情况下。为了识别多数默认条款,法律制定者必须想像一个反事实的世界——一个没有任何默认规则的世界——然后再尽量预测在这样的世界里大多数交易方会同意哪个条款。这种方法明显有高错误风险。幸运的是,为了避免由于现状偏见而引起的无效率缔约行为,这是个回资利用的好办法。

以定制为例。到现在为止我们的讨论一直隐含假定着(就像对默认规则的大部分讨论那样),无论可适用的默认合同条款是什么,法院对没有在他们的合同里明示某种合同条款的所有合同当事人,都可以适用:这就是说,所有卖方都将承担要么是他违约造成的所有最接近的损害赔偿,要么只是那些可以合理预见到的损害赔偿(除非他们对默认条款进行了合约变更)。这种条款可以被

---

[14] 参见 J. Hoult Verkerke, An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate, 1995 *Wis. L. Rev.* 837,867—875。

认为是“非定制(untailored)”默认条款,因为无论交易双方以及他们所处的特殊情况如何,“非定制”默认条款都可以适用于所有受影响的交易方。

但是,默认规则并不一定是非补充的。不是适用于所有的承运人与托运人,或者所有的卖方与买方,“定制(tailored)”默认规则要求法律制定者——一般是法官——去创造基于这些合同交易方特殊特点和情况,进而对他们之间关系进行调整的默认条款。例如,美国统一商法典的默认价格条款——“合理的”价格[15]——是一条补充默认条款,因为它要求法官在决定价格条款之前,考虑交易双方和交易的情况,而不是把一个模式的默认条款适用于所有的交易方。虽然非定制默认条款的内容对所有合约方来说,通过成文法的文本或司法先例,在事前是清楚的,但定制默认条款的内容,对交易双方来说,在合约行为之前是不清楚的。由于它们需要对情况进行特别认定,所以只有在合同双方完成他们的合约以及某个合约没有明确规定的偶然事件发生之后,定制默认条款的内容才能出现。负责决定定制默认条款的法律制定者必须考虑的,不是大部分合约双方对如果发生该偶然事件可能会同意什么条款——这个问题不需要认定任何一个特定的交易情况——而是这两个特殊的交易方对偶然事件可能会同意采用的条款。

如果合同交易双方偏好现状,而不是世界的其他状态,在其他条件相同的情况下,他们将选择不协议变更某个非定制默认规则,即使这样的规则对他们来说不是最优的。相反,法律制定者可以使用定制默认规则,以避免由于现状偏见而导致的合约无效率。由于定制默认条款的具体内容,在双方进行订约的时候并不清楚,双方就不能清楚地感受现状条款。如果合同条款没有明示规定,
141 交易双方不知道有义务解决它们之间纠纷的法院是否会认为承运人应该对所有由于他违约引起的损害负责赔偿,还是仅对那些可以预见到的损害进行赔偿,那么这两种潜在合同条款中的任何一个,都不会锚定构成交易双方偏好的现状状态。合同默认规则不可能是中立的——它们必然倾向于一些条款——但是定制默认规

---

[15] U.C.C. § 2-305(1) (1995).

则可以在现状偏见起作用的时候,也就是进行订约的时候,隐藏法律的偏好。

不可执行的默认(nonenforcement defaults)。虽然合同默认规则一般都特别指定法律应该如何填补私人合约中的某种漏洞,但是它们也可能规定对于某些漏洞,法院会简单的采取拒绝执行合同这种方式。这种"不可执行"的默认规则在合同法中最著名的例子,是美国统一商法典的 2-201 节,该节规定那些没有对数量条款进行了特定化的货物销售合同,是不可执行的[16]。

如同定制默认规则,法律制定者可以使用不可执行的默认规则来减少现状偏见对谈判中的合同条款内容的影响。定制默认规则是通过不创制现状条款来避免现状偏见的,而不可执行默认规则,通过明确忽略现状,来中和现状偏见:对所有交易方来说,都会非常强烈的反对不可执行默认规则创制的合同默认条款(不可执行),即使对现状有强烈偏好的交易方,也会积极的把它协议改变到其他条款。现状偏见影响的是对替代条款比默认条款仅有微弱偏好的合同当事人,但它不会影响对替代条款有强烈偏好的合同当事人。由于在合同谈判和起草上遇到麻烦的任何交易方,对合同的执行,比起不执行都应该有强烈的偏好,所以只有很少的微弱不偏好不可执行的默认规则的交易方,才会由于对现状的偏好,而无法对合同协议改变。

由于定制的和不可执行的默认条款,在理论上,都能成功地中和现状偏见,所以希望减少偏见的法律制定者可以在这两个选择之间基于它们在不同方面产生的相对成本进行选择。不可执行默认规则最主要的不利方面是,如果它们生效,将引起严重后果。正因如此,当相关合同条款涉及高概率偶然事件或非常重要的合同细节时,不可执行默认条款将是一个合适的减少现状偏见的手段,因为交易双方无法对这类不可执行默认条款进行协议变更的概率会很低的。定制默认条款最重要的缺点是,它对那些有义务确定高度个案化的默认条款的法院,施加了高的事后成本。相对应,定制默认条款,当合同条款与低概率的偶然事件相联系,会是

---

[16] U.C.C. § 2-201 cmt. 1 (1995).

142 一个合适的对现状偏见的对策，因为这样法院就不必经常为特定的当事人确定默认条款。

结论

本章试图说明，行为分析可以改善传统法律经济学对于合同制定和合同法的方法，无论是实证方面还是规范方面。已有的证据说明谈判双方如果认为合同条款与现状是一致的，与他们想像这些条款与现状不一致相比，双方对合同条款的估值会倾向不一致。系统性偏差偏向现状意味着对于那些为他们的客户确保制定更满意条款的谈判者而言；这是一个机会，对希望创制能最大化私人订约行为的配置效率的法律规则及政策制定者而言，它是一个挑战。

虽然在合同条款谈判的语境中，存在着现状偏见的显著证据，但在许多方面还可以开展进一步的研究。第一，我们对在什么时候以及在什么情况下谈判双方倾向于认为某个条款与现状相一致的理解是不完全的。在一些情况下，交易方把法律的默认条款视为现状条款，对这一点已有证据很有说服力。但是在什么情况下交易方将认为其他条款——例如格式合同条款——比法律默认条款更能代表现状条款，对此还不清楚。理解现状偏见的不同表现有助于对偏见之下的动机达到更清楚的认识。虽然避免反悔假说在理论上有前景，而且与已有的证据相一致，但是它仍然只是一个假说，对它需要更细致的研究。

第二，政策规范，作为解决现状偏见在私人合约的效率方面可能具有的负效果之对策，还有必要放置于一个更广泛的框架之中，以使得同时也考虑到对效率订约形成的其他障碍，例如交易成本和信息不对称。虽然高度定制的默认规则和不可执行的默认规则有可能减轻一些现状偏见的副作用，但在政策制定者能自信的感到这些方法产生的害处不会超过它的好处之前，还必须做更多的理论和实证工作。

最后，为证明在高度形式化的实验室环境里现状偏见对角色

扮演的学生参与实验者的影响,是不是能推广到在实际商业交易语境中的律师和职业,还有待进行实验和实证研究。受控实验(controlled experiments)是对理论进行初始检验和磨炼假说的一种很优良方法。但是,只靠这些,还不足以支持法律政策的实施。

5 有组织的错觉:关于公司为何误导股票市场投资者(并造成其他社会危害)的一种行为理论

唐纳德·C. 朗格沃特

在法律文献里面,关于公司及其他组织在市场环境下如何作为才算理性是一种强假设(strong assumption)。大部分当代公司学者所立论的交易—成本经济学承认公司官员、董事以及他经理人员的理性是"受限制的"(也就是说,他们不会掌握完整的信息,以及他们的时间、个人技能及对公司的关注都是有限度的),并且还认同这些公司代理人拥有与公司所有者不相一致的个人利益。[1]因为这些因素的限制以及解决前述问题的契约及其他机制的不完善,公司在作为的时候通常不是以股东的福利最大化方式来行动的。然纵有前述的一些制约存在,这个被人们所描述的商业世界仍旧被认为是充满了虚假理性。那些偏离这种规则太远或过于频繁的人将丧失得到他们所需要的资本的机会,并且有可能屈服于比他们更精明的市场竞争者。因此,公司经理人员对于此原则是熟谙于胸并据此行事。

通过对研究有关人类判断及决策的社会科学家提出的工作爆

---

〔1〕 比如,参见 Oliver E. Williamson, *Economic Institution of Capitalism*, 43—52(1985)。

炸(an explosion of work)理论的借鉴,法律学者对个体行为背景下,甚至是市场背景下有关理性的强假设积极进行再思考的兴趣越来越浓。但是,他们还未就此论题挖掘到相当深度,对组织理性研究中具有平等特征的丰富脉络亦未有深入。[2]然而,在此我们发现怀疑论者的渊源所在,也就是根源于社会学及社会心理学当中常用的经验主义解释方法,但是很快这种方法又与经济分析方法结合在一起,通过这种结合的方法探究为何这些组织总是采用我们在现实世界中被认为是缺乏远见并且死板严苛的方式来行事的。本文试图确定组织之中存在的社会认知与规则结构(social cognitions and norm structures)[3],这些社会认知与规则结构可能会导致日常活动与工具理性之间产生一种"松耦合"(loose coupling)[*],

---

〔2〕 由于很大程度上受社会学家们对白领犯罪的长期兴趣所在,组织理论在刑法领域已经产生重大影响。例如,可参见 Christopher D. Stone, *Where the Law Ends* 35—36; John C. Coffee Jr., Beyond the Shut—Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response, 63 *Va. L. Rev.* 1099, 1101 (1977)。

〔3〕 个体("微观的")及广泛的社会行为("宏观的")都是本文所要考察的主题。微观—宏观之间的区别尽管模糊不清,但是很常见。就宏观行为来说(在传统上被认为是占据主流地位的)在本质上大部分属社会学范畴,它强调控制个体行为者的认知及行为的文化力量。参见 Alison Davis-Blake and Jeffrey Pfeffer, Just a Mirage: The Search for Dispositional Effects in Organizational Research, 14 *Acad. Mgmt. Rev.* 385, 387 (1989)。微观行为理论的重点是从心理学中的一个分支——社会认知大量提取出来的,而该认知理论对法律经济学正在产生影响;微观行为理论的重点是通过关注个体认知的特点来考察它们是如何影响更大组织体的行为的。为了试图将二者融合,相关论述可参见 Barry M. Staw and Robert I. Sutton, Macro Organizational Psychology, in *Social Psychology in Organizations* 350 (J. Keith Murnighan ed., 1993)。

〔*〕 松耦合是一个电讯学上的术语,其基本概念是指允许改变或者当问题发生在"电线的一端时"来避免影响到其他的端点。也就是说,改变供应者或者服务的问题不能影响到用户——或者用户的问题不应影响到供应者或者服务。举例来说,如果服务的新版本被推出的话,服务的用户就不必非要去修改,不必非要去改变路线,甚至不必经历停滞期——因为它(服务的新版本被推出)能清楚地向他们显示出来。相对而言,如果服务的一个用户决定改变他们正在使用的供应者(可能有了一个更低价格的服务供选择),这不需要用户应用,但必须要被重新编码,甚至是中断来做这样的改变。作为提供松耦合的必备基本要素,Web 服务管理代理经常使用在用户和供应者之间。通俗一点讲:松耦合是指模块或者系统之间仅通过数据接口联系。大型系统要求系统之间松耦合,便于实现功能的任意组合和重用。相对的另一个概念"紧耦合"就是指模块或者系统之间关系太紧密,存在相互调用。——译者注

且这种松耦合正好可以超越管理层机会主义(managerial opportunism)。[4]本文将从如下假设开始论述,也即假设这些社会力量是充分自然生成的且根深蒂固,不容易轻易被结构性的或契约性的安排所消除,更为甚者这些社会力量在任何确定的时间及在公司认为自己不会轻易被模仿的背景条件下,可能会在适当的人身上充分地产生作用。竞争力量之间不是没有关系,它仅仅只占在整
145 个市场中起作用的一套复杂的制度影响因子中的一小部分而已。

本研究对在商学院所教授的组织行为学会产生相当影响。在商学院里,管理理性更倾向于被视为一个圣杯,而不是被视为一种可以清晰可见的现实。经验性案例研究中充斥着大量的系统决策瑕疵,其中还有很多从公司中提取的例子几乎都注定要走向达尔文式的灭绝(Darwinian extinction)。[*]以罗伯特·伯格曼(Robert Burgelman)对英特尔公司的研究为例,他在研究中发现在过去的二十年内(约从1971—1991年之间)该公司丧失了在富有潜力的随机存储设备(RAM)市场中的强力优势竞争地位。[5]此后,英特尔公司认识到了该错误,并且成功调整了他们在微处理器业务上的市场定位。最终英特尔公司也适应了该新定位。由此观之,毫无疑问的是市场规则给他们这一惨痛的教训。但是饶有兴趣的话题是为什么这次教训持续得这么长?如果换到某个不同的环境,这种情况是否还会发生在英特尔公司身上?在此要给这些问题提供答案就要看他们到底忽视了本应该遵循的那些原则。正如一些研究组织的专家所言,英特尔公司所遇到的认知及信息上的困境是普遍的,司空见惯的。他们的理论很多都是社会建构主义(social

---

〔4〕 对此更好的阐述可参见 W. Richard Scott, *Organizations: Rational, Natural, and Open Systems* (3d ed. 1992), and The New Institutionalism, in Organizational Analysis (Walter W. Powell and Paul J. DiMaggio eds., 1991)。若对法学学术著述中的相关材料有兴趣,可参见 Walter W. Powell, Fields of Practice: Connections Between Law and Ogranizations, 21 *L. & Soc. Inquiry* 959 (1996), and Mark C. Suchman and Lauren B. Edelman, Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition, 21 *L. & Soc. Inquiry* 903 1996)。

〔*〕 也即达尔文的"物竞天择,适者生存"法则。——译者注

〔5〕 参见 Robert Burgleman, Fading Memories: A Process Theory of Strategies Business Exit in Dynamic Environments, 39 Admin. Sci. Q. 24, 26 (1996)。也有批评的意见,请参见 Chris Argyris and Donald Schön, *Organizational Learning* Ⅱ,第211—221页。

constructionist)的东西,主要探讨组织该如何认识自身;他们的目标和所处的环境,以及在情况极度不明朗时解决谜团的潜力如何。

我对这种知识的直接兴趣源自证券监管中一直以来困扰我的一个基本问题,即为什么处于资本市场上的公司在向证券交易委员会(the Securities and Exchange Commission)及其他公开场合宣传自己时,所提交的文件中总是喜欢虚假地描述自身?一种最常见的现象是,那些大规模的集团诉讼(class—action lawsuit)通常针对的是公众公司及其高级管理人员向投资者隐瞒公司的坏消息,尤为甚者在公司不再出售它自己的股份时他们依然故我,为所欲为。这种对"欺诈市场(fraud-on-the market)"的非默契作法很典型地牵涉到当某种形式的产品或金融衰退时,如果那些负面的信息一旦公之于众,其结果将导致该股票市场价格的直线下滑,所以他们通常的作法是对此类信息能隐藏多久就隐藏多久,直到最后可能被戳穿的时刻。对于那些正好此时购买了股票的倒霉投资者,也难怪他们通常会假想那些发行股票的经理们在知悉问题已经存在时仍在公众面前会戴着一副乐观的面孔。

在传统的经济分析框架下,对于这种欺诈行为我们可以找到很好但是解释力有限的说辞,尤其如詹尼弗·艾伦(Jennifer Arlen)及威廉·卡尼(William Carney)[6]所倡导的理论所言,当面临证券欺诈所要承担的法律责任时(通常情况下是排他的替代责任),公开市场上的谎言是可以预测出来的,尤其是当那些公司高管人员意识到自己面临"最后时刻问题(last period problem)"时(但是很多时候只是假设而已),如果在此阶段披露了事实,结果将导致公司破产,随后的结果就是他们将丢掉自己的工作。但是,我的直觉告诉我象英特尔公司那样的故事仍有必要发挥一下。组织体不是一群由个体组成的演员们的预先设定或持续的偏好所生成的事物。相反,那些已经得到演进的架构及规范已经决定了那些前述演员们的偏好以及他们该如何理解发生在他们身边的事。在此我

---

〔6〕 参见 Jennifer H. Arlen and William J. Carney, Vicarious Liability for Fraud on Securities Market: Theory and Evidence, *U. Ill. L. Rev.* 691,724—727(1992)。

146 们可以看到这种可能性，也即，那些经理人员由于受公司平稳运作过程中那些扮演重要保护性功能的系统“知觉过滤器（perceptual filters）”[7]的作用，他们根本不能识别公司所面临的困难或风险。我有一个很让人怦然心动的假设，那就是：公司的文化偏见，尤其是那些乐观的文化，它们可能成为增进信任与合作的适应性机制，并且可以使高级管理人员处于压力及威胁作用下，在面临“最后时刻”问题时产生的自利服务心态得到纠偏。如果果真如此，这种文化应该是常见且稳定的。

偏颇的推论及公司文化

偏见之源

在一定的组织及社会背景下，决策者们在作决策时通常会预测一下会出现什么结果，不会出现什么结果，应该考虑到哪些替代方案，那些替代方案该抛弃不用。在组织理论当中，这些变数不可被视为无法解释的、独立的因素，但是它们本身必须由该理论决定并能够依该理论提前预知。[8]

从詹姆士·马奇（James March）及郝伯特·西蒙（Herbert Simon）对组织行为学的开创性研究著述中可以发现，那些不从标准的经济研究范式开始的组织学理论家们在看待组织认知方面与那些较为正统的经济学家们相比，其观点大相径庭。在某些方面，这些差异表明了对组织文化的强调，并且这种文化明显与那些追求盈利的企业对其业绩的直接需求（immediate performance demand）相区分。那些以规范、常例以及由参与公司活动的人员之间的相

---

〔7〕 参见 William H. Starbuck and Frances J. Milliken, Executives' Perceptual Filters: What They Notice and How They Make Sense, in *The Effective Effect* 35, 38 (Donald C. Hambrick Ed., 1988)。知觉过滤器（perceptual filters），与我们的思维层次有关，它决定着我们将注意力集中在哪里以及相应的见解。这些过滤器决定着我们对事物的反应方式。——译者注

〔8〕 参见 James G, March and Herbert A. Simon, *Organizations* 160 (2d ed. 1993)；还可参见 Mark C. Suchman, Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches, 20 *Acad. Mgmt. Rev.* 571, 573 (1995)（主要参见：其中有关讨论组织架构中社会价值重要性的部分）。

互理解及期待组成的文化是处于中心地位的，因为企业业绩需求在第一次成功实现以及那一系列支撑公司运作的基本技巧固定下来后通常会变得非常不明确。当进一步的战略决策面临外部的不确定情形时，组织体通常会转而向内部寻求对其行为的解释并极力追求其行为的合法性。

对于公司这些对内寻求解决出路的做法可以用非常合理的代理成本理论进行解释。在公司里面，造就既得政治利益的那些得到成功利用的基本技巧通常会由于战略或技术的变化而被颠覆。正如社会的诸多方面那样，过程与常例通常内在地倾向保守。然而，诚如马奇及西蒙所建议，文化也有其强烈认知维度，况且这种维度不仅只反映基于个体力量之上的自我利益。对组织行为进行研究的一个基本前提是这些机构所推行的信仰系统（belief system），这种信仰系统是一种对它们自身、其所处环境、其过去以及未来的进行解释的共享方式。这些信任模式在功能上极为重要，因为它们有利于公司经理人员与雇员之间的互动及沟通，并且可以使在需要很多人参与协同工作时的协调工作简单化。如果公司雇员没有能够很好的共享他们对其环境的预期，那将会导致内部人员的沟通变得困难，进而使公司内在的运作变得不可能。[9] 同 147
等重要的是，那些有用的信仰系统对于要得到公司雇员和其他一些公司重要组成部分支持的工作来说是很基本的。这并不是说所有公司雇员都对管理层所说的或公司规范所言都信以为真。但是几乎不可怀疑的是，一般说来（甚至还包括那些吹毛求疵者），一俟公司的内在文化发生演变，这些信仰系统将发挥强有力的规范性影响。

当然，对其我们大可不必视之为完全的非经济架构。现在，经

---

〔9〕 参见 Martha S. Feldman, *Order Without Design* 136—137（1989）。这是极其重要的一点。假设有两个人，他们要进行商业合作，那么他们面临的第一个任务将是要对现实的情况达成共识，然后才谈得上对共同完成目标所需采取的方式心领神会。但是这通常是一个艰难而又费时的差事。如果再加入一个人，或者更多，那么这项差事将变得成几何级数地复杂。在一个大的组织体里面，有成百上千，甚至成千上万的，地位极其重要的利益相关者。如果在公司里面每一项交易都必须按照前述程序相互协调至最终达成一致，那么执行公司内部事务的能力将大为减缓。

济学家们已经对在公司内部能产生信任，并能够让公司的对外承诺变得更加值得信赖的那些广为称赞的机制为代表的企业文化，兴趣与日俱增。[10] 但是他们的主要出发点是立足于认知和行为主义视角。而文化可能是其中较为难以解开的谜团；他们不太过分依赖于现实（当然他们也有可能会发现达不到预期目标）。那些谜团能够减少由于不确定所导致的担忧及压力。结果，一些著述里面就会出现对组织认知的热烈争论，这种认知通常认为组织体信仰系统当中的那些可预见的偏见是以一种会让经理人员对事件及风险作出错误判断的方式来发生作用的，而这种可预见的偏见会使他们面对外部压力时始终善意地坚信那个不切实际的信仰系统。[11] 若果真如此，我们对公司虚假信息披露就又有了一个似是而非的解释，其中还带有有趣的法律启示。信息披露会反映出一个目标明确的观察者所不愿看到的东西，但那却是一些浸淫于公司文化者所乐于看到的。

可以肯定的是，目前还没有出现能使公司经理人员丧失判断力的固定行为规则。在此有一个规范的表述，也即，信仰与生产力之间存在一个“松耦合”，但绝非完全是分开的。[12] 很多信息是相当清楚明晰的，很难被虚报。即使面对一些含混不清的场合，在一定情形下一些经理人员也能够对风险深度洞察，因此也难怪有些公司为什么在“消除偏见（debiasing）”时仍比其他公司干得更好。

---

〔10〕 参见 David M. Kreps, Corporate Culture and Economic Theory, in *Perspective on Positive Political Economy*, 90, 100—111 (James E. Alt and Kenneth A. Shepsle eds., 1990)。

〔11〕 参见 William H. Starbuck, Congealing Oil: Inventing Ideologies to Justify Acting Ideologies Out, 19 *J. Mgmt. Stud.* 3, 8 (1982)（主要参见：其中描述公司管理层信仰严重偏离现实的那些客观措施，他们的所谓的信仰有时甚至会陷入“完全错觉”类型的境地）；Starbuck and Milliken，见前引注 7，第 36 页。具体的例子详见 Paul Shrivastava et al, Nonrationality in Organizational Actions, 17 *Int' l Stud. Mgmt. & Org.* 90, 91—95 (1987)（主要参见：其中探讨公司信仰系统如何导致 Texas Instrument, Citibank, 以及 International Harvester 灾难的部分），以及 Shaler A. Zahra and Sherry S. Chaples, Blind Spots in Comparative Analysis, *Acad. Mgmt. Executive.* May 1993, 第 7, 9—21 页（主要参见：其中探讨认定公司在分析它们所参与竞争的市场时会出现的六大瑕疵的那部分内容。）

〔12〕 参见 Daniel A. Levinthal and James G. March, The Myopia of Learning, 14 *Strategic Mgmt. J.*, Special Issue, winter 1993, 第 95, 110 页 (1993)。

偏见是一个极度容易因境而变的东西，在此我不愿对公司认知进行曲解的影响范围进行过多说明。我的主张很简单，也就是：对于这些偏见，在我们的一些理论及实证著述里面都是被很大量地吸收了的，我们必须视之为行为风险那样认真地对待它们，哪怕我们在一些既定的条件下无法确定它们的确切作用，以及在无法从总体上确定它们的适用频率时亦应如此。有四种偏见值得特别关注。

认知保守主义与决策简化 对于那些必须在嘈杂的信息环境中工作的人们，有一个常被引证的倾向就是采取启发式的思维方式。繁忙的行政管理人员在作决策以及决定哪些事务值得进一步的时间投入及深度关注时通常要处理数量巨大的信息。因而这些信息处理过程必须被简化，有时为了让信息易于利用，还必须对该过程进行特别简化处理，要不然那些行政管理人员会被那些巨量的信息所窒息，并有可能因不明白那些信息中含混不清的部分而导致工作瘫痪。[13] 148

一般说来，人们在制作方案时通常会为其找到一些“最佳可资利用的”解释，其中就包含了一些对人和不同情形的通常理解。如受到充分的激发，人们会修订他们的方案以反映出新的信息。但是信息处理的限制导致的偏见会使方案的修定受阻，也就是说，正常的认知策略是通过确认先前的态度、信念以及印象来解释信息及事件的。如所有的偏见一样，这种“认知保守主义”通常是无意识地发生的。

据此，我们可以看出，即使是在一位经理单独行动时，他通常会对行动过程中具有可行性但会导致一些问题的信息之显著性无意识地予以抵制，尤其麻烦的是，在一些公司中有这样一种倾向，即，只有在信息相当重要而又少见时才会被上报提交给那些执行监督职能的经理，这已是很多公司的一种规矩了。那些成功的公司通常能够自然地制订出很实际的方案，其中会包括：此前已被征服的挑战、已获得的融资以及那些已成功推向市场的产品。一个新产品通常是在决策者们对其发展已具备坚实基础这一点达成一致的背景下推出的。而后在方案（或文本）的出台时，假如仅依据

---

〔13〕 参见 Sara Kiesler and Lee Sproull, Managerial Responses to Environments: Perspective on Problem Sensing from Social Cognition, 27 *Admin. Sci. Q.* 548,549 (1982)。

原初的理念进行信息处理[14]，要是没有太多深度的思考，信息中一些潜在的麻烦通常会导致方案的撤销或进一步合理化。当信息是一点一点地陆续传来而不是像在某些突出的事件中那样集中传来时，那种对一定背景下发生变化的证据不予理睬的倾向，会像它们通常那样表现的尤为强烈。

当我们仅以有限的理性来解释认知保守主义时，其中也有减缓压力的动机在起作用。修订方案会让人焦虑，在面对一大堆烦人的可能要考虑到的事情时表现尤甚。繁忙的行政人员潜意识中当然不想为那些与先前不相一致的信息所烦扰，这样他们就可以寻求将威胁最小化了。像大多数人（除了那些精神病人，他们是不会在生意场上有所作为的）一样，他们倾向于忽略那些几乎没有发生可能性的风险。此外，可选择的出路可以是对该方案不予考虑或按照现存的方案对其进行解释；当然这种做法对于快速修订方案来说是一种非常明显的或者说是显而易见的威胁。总而言之，若如前所述，那么我们就可以预见到大多数经理人员会通过系统分析而低估能给企业带来成功的外部威胁。

这些倾向在经理人员以团队方式在一起工作或分享因决策而承担责任时会得到加强。由于涉及需要沟通及磨合，团体对于信息的关注还没有个体关注得多，这就导致为了使决定容易被接受，团体通常会简化各项议程倾向的出现。[15] 这种情况通常在团体将注意力集中于立竿见影的一级效应时得到体现，而对于那些更为复杂及不可预见的二级以及具有系统性的结果，团体则是置之不理的，尽管它们具有潜在的重要性。那些含混不清的信息倾向于

---

〔14〕 一个非常有意思的描述，它是基于文本的认知保守主义影响而作，其中以福特公司生产 Pinto 牌轿车的经历为素材，该作品由先做心理学者，后做大学教师的人士所创作，他还曾是福特公司召回部经理。该内容可以下述著述中看到，参见 Dennis A. Gioia, Pinto Fires and Personal Ethics: A Script Analysis of Misses Opportunities, 11 *J. Bus. Ethics* 379 (1992). 另一个富有启发性的探讨是集中讲述 Boise Cascade 在楼房零售销售领域扩张时所遭遇的不济命运，参见 Erhard K. Valentine, Anatomy of a Fatal Business Strategy, 31 *J. Mgmt. Stud.* 359 (1994)。

〔15〕 关于组织体需要简单化，可参见 Danny Miller, The Architecture of Simplicity, 18 *Acad. Mgmt. Rev.* 116(1993)。

不可驾驭而被剔除[16]，其中对于信息的重要性评判有一个极高的标准。在一篇很有意思，主要探讨伦理性决策的文章中，大卫·墨西克（David Messick）及马科斯·巴泽曼（Max Bazerman）都注意到一些经理人员对于不确定的资料通常表示出不能容忍，例如，某个顽固的行 149
政人员在评估雇佣人员时可能存在歧视时，他将只接受那些明显带有歧视倾向的具体实例，而不是那些统计数字及可能性，也不会倾向于接受在作决策时收集到了但受一定限制的信息，因此会强制性地对处于次要地位的利益相关者的影响作出过低的评估，并且对于那些具有战略形式的“欺骗作法”所存在的风险无力作出评判，这种情况很快会被发现。[17] 在此，我们可以看出符合律师标准、具有重大性的那些所谓风险在信息披露环境下会给予相对少的多的权重，在一些重大的商业背景下，这些风险甚至会不太被重视。

团体也会积极保持团结（以及他们决策规范及程序的效用），并且这一点通常会导致它们低估风险。当有成员提出一些暗示团体决策没能考虑到一些麻烦事项的信息时，那么团体内就会产生一种具有威胁性的紧张感。如果没有意识到这一点，团体的每个成员就会倾向于简单处理或忽视这些危险信号，如此就会导致决策时信息的贫乏，并且决策时更多的是出于群体理性而非谨慎选择。再者，即使某团体成员个人想知道某些信息是否麻烦，事实上其他团队成员却对此漠不关心，这也是让事情变糟的一个原因，习得社会知识的过程在此进行着危险的循环往复。当团体成员之间要相互共担责任，无人被推动去领头并都为自己的沉默作有理辩护时，这一点表现得尤其有力。那个由艾文·詹尼思（Iving Janis）用来指称团体一致现象的术语是“团体思维”[18]，并且它通常会被

---

〔16〕 参见 Craig D. Parks and Rebecca A. Cowlin, Acceptance of Uncommon Information into Group Decisions When That Information Is or Is Not Demonstrate, 66 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* 307 (1996)。这并不是说在一些特定的情况下团体决定过程不会推进决策。比如，有些组织长于过滤掉那些不具有系统性而某个特定的成员却经常犯的错误。这一点只是要说明团体的活力能够增进其对团体成员之间都存在的积极性之影响。

〔17〕 参见 David H. Messick and Max H. Bazerman, Ethical Leadership and the Psychology of Decision Making, *Sloan Mgmt. Rev.*, winter, 1996, 第 9、10—11 页。

〔18〕 Iving Janis, Victims of Groupthink (1972).

用来解释一些缺乏远见的公司及政治行为。一群无意歪曲危险信息以保持公司内部团结的高级经理人员因此有可能公开地宣传那些不确切的公司信息。

过于乐观主义及对控制的错觉 我们现在可以更直截了当地探讨动机层面的问题了。在有关探讨个人决策的著述中有一个最为强有力的发现,那就是很多人会很系统地高估他们的能力、贡献及才能。这种以自我为中心的偏见是以极端乐观和过于自信的形式呈现出来的,并且还夹杂着他们有驾驭一切事件及风险的膨胀意识。[19] 在解释运气是否优劣时,人们的反映是不对称的:积极的事件发生就是他们能力的结果,而消极的事件发生则是外部原因造成的。而且,人们用同样的不对称来过滤与自我有关的信息,以支撑或保持其自尊。诚如前面一节对偏见的探讨,其中还有一些偏见属于无意识的。而一些对乐观及信心的公开表示则是印象式管理(impression management)的审慎表现形式。心理学家们认为人们经常容易接受特别积极的自我设计方案。自我欺骗可以使错觉得到有效的
150 持续下去,它还可以减小由于过度自我怀疑所产生的焦虑。[20]

证据显示团体会使乐观的偏见不断增多。[21] 并且事实上,商业组织里面过于自信是可以预测得到的,在对一些特定的公司进行考察时经常可以发现这种情况。乐观主义者在招聘过程中通常会得高分。例如,有一个在此领域研究领先的心理学家,他是来自宾夕法尼亚大学的马丁·塞里格曼(Martin Seligman),他为无数的公司设计了招聘标准以评估乐观在其中所占的分值,其测试对象就包括 Metropolitan Life 公司的销售人员。[22] 由此就有了很好的理由让人相信在参与锦标赛式的、竞争更高行政职位时为什么评

---

〔19〕 参见 Max H. Bazerman, Judgement in Managerial Decision Making 37—39 (3d ed. 1994)。例如,有一种人,只有显示完全肯定(也即千分之一的误差几率)时他们的判断才是正确的,事实上,在当时他的判断仅有 81%—88% 的几率是正确的。参见上注,第 38 页。

〔20〕 参见 Jeff Greenberg 等著, Why Do People Need Self-esteem? Converging Evidence That Self-esteem Serves an Anxiety Buffering Function, 63 *J. Personality & Soc. Psychol.* 913. 913—921 (1991)。

〔21〕 参见 Chip Heath and Forest J. Jourden, Illusions, Disillusions and the Buffering Effects of Groups, 69 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* 103, 104—106(1997)

〔22〕 参见 Martin E. P. Seligman, *Learned Optimism* 100—112 (1991)。

选者看重的是乐观态度以及与竞选者行为有关的显著特点，而那些态度极为乐观者通常会被提到最高层级的职位。这一点在一些以销售与市场营销为主的服务行业表现尤甚。

由于很明显的原因，在一些行业当中流行的错觉性控制（illusionary control）也有可能是很系统化的，甚至已影响了公司对信仰系统的支配。无数的研究已经为此提供了证据。例如，爱德华·扎杰克（Edward Zajac）和麦克思·巴泽曼声称："这些认知偏见慢慢地被发现成为用于产业领域对它们那些不太理想的战略决策进行重点解释的理由了，这其中包括：高估的资产、过度的厂房扩张以及愚蠢地进入那些自己不熟悉的新产业。"[23] 他们还指出，有系统的过分承诺源自不可估量以及持续的信仰，而这种信仰又倾向于不被知识及经验侵蚀，总认为自己的公司比其他的要强得多，从而在回应战略行动时总是倾向低估竞争对手。这种解释还成为了所谓"胜利者的诅咒（winners' curse）"的出发点，因为有一种倾向，拍卖会上的买家在后来通常会发现他们的出价过高。很多人已经注意到为什么招标会上竞价过于频繁之后买家会觉得自己已经无利可图了，对此学者们的解释是：这其中有一种严重的自以为是情结，也就是，很多人都认为出价最高的人对该财物的价值已经做了最准确的评估。[24]

如果过于乐观及错觉的控制对公司的信仰系统发生影响，那

---

〔23〕 主要参见 Edward J. Zajac and Max H. Bazerman, Blind Spots in Industry and Competitor Analysis: Implication of Interfirm (Mis) perception for Strategic Decisions, 16 *Acad. Mgmt. Rev.* 37 (1991)。

〔24〕 参见 Bernard S. Black, Bidder Overpayment in Takeovers, 41 *Stan. L Rev.* 597, 624—626 (1989)（主要参见：其中对经理人员过于乐观以及无知导致超量支出结果的部分内容。）Richard Roll, The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers, 509 J. Bus. 97, 197 (1986)（参见：其中主要论述投标公司由于自大的影响在标的上支付过多的价金）。若想从行为主义角度来很好地考察这种现象，可参见 Matthrew L. A. Hayward and Donald C. Hamabrick, Explaining the Premiums Paid for Large Acquisitions: Evidence of CEO Hubris, 42 *Admin. Sci. Q.* 103 (1997)。在金融著述里面也有人不断指出自大及过于自信风险很大，例如，可参见 David Hirshleifer et al, Securities Analysis and Trading Patterns When Some Investors Receive Information Before Others, 49 *J. Fin.* 1664, 1686 (1994)（主要参见：其中论述"因为一些投资者由于比他人先接触到信息，由此产生的过于自信会导致盲从"）；Raghuram Rajan and Henri Servaes, Analyst Following of Initial Public Offerings, 52 *J. Fin.* 507, 517 (1997)（主要参见：其中分析家的乐观看法对股票首次公开发售［IPO］所产生的影响部分内容）。

么在准备公开及披露公司信息时低估或对风险进行合理化的倾向将肯定变得很糟糕。当面临有证据显示某种处于发展中的产品正遭遇失败,市场份额越来越少,此时一些公司的经理人员仍会坚信这些都是很小的挫折,很容易就会被克服,所以他们通常会对过去取得的成功方案夸大其词并会轻视竞争对手的驾驭能力。

更为甚者,建立在一种基于已被接受的偏见之上的那种"(自己)能行(can—do)"文化将使他们更加不考虑风险并且公开地拒绝任何劝他们要认真对待事务的努力。那些信仰系统太强大了,需要对其进行滋养。而且,那些不能协调一致的信息通常会给人带来压力,如果有更可取的理由来处理此等事务,为保护管理团队的凝聚力之需他们就会对一些问题置之不理或对之进行合理化改造。这些信
151 仰系统不必然同公开或披露与公司自我形象有出入的形式相融合。

许诺 许诺是个体及团体心理学中基础的概念之一。一旦某人自己认定了某主意或行动过程,对于那些显示其选择是错误的证据他会是强烈抵制的。如果被灌输了烦人的、指责自己可能犯错误的意见以及被建议需要重新考虑定位,那么自己的自信及外部形象将大打折扣。这一点很自然会影响自己的一贯(好)名声的,而好名声在经济文化中是一种弥足珍贵的财产。认知的不和谐理论预测一旦许诺作出,人的态度与信仰将转而保持前后一致。[25] 推销员及谈判者熟知一旦某人为买卖或交易采取了一些措施,那么签约的机会就大大增加了。

管理方面的著述强烈暗示:一旦行政人员决定了行动的步骤,他们随后对信息进行考察将强烈偏向于支持他们先前所作的选择,当他们的选择是公开的时候尤其如此,因为他们要对自己的决定负责。[26] 对于那些支持性的根据很容易主动找到,而那些矛盾的信息则会

---

〔25〕 参见 Elliott Aronson, The Social Animal 178—179 (7th ed. 1995)。

〔26〕 决策之后的支持行动是因为要承担责任才作出的,当然这种责任是倾向于要提高决策质量的。参见诸如 Philip E. Tetlock et al., Social and Cognitive Strategies for Coping with Accountability: Conformity, Complexity and Bolstering, 57 *J. Personality & Soc. Psychol.* 632, 638 (1989)。我曾指出这种许诺中的偏见会使律师们对客户的恶行没法进行全面的评估,这会让那些律师们难以为其当事人辩护。参见 Donald C. Langevoot, Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry into Lawyer Responsibility for Clients' Fraud, 46, *Vand. L. Rev.* 75, 111(1993)。

潜意识地被拒绝。尽管我们在此可以看出合理的行动理由根植于最后阶段产生的问题，而从一些很客观的证据考察得知，决策者的权重是支持这种定位的，即经理人员坚信他们所负责项目的有效性。由此就出现了“想补偿损失反而损失更多（throwing good money after bad）”的现象。各种各样的学者都认定许诺中发生的偏见是产业领域经常可以看到的、普遍生产过剩的主要原因所在。

自利服务信念（Self—serving Beliefs） 乐观及许诺引起偏见都会导致人们对此话题感到不安。那些试图努力避免自认或向公众承认犯错却导致“想补偿损失反而损失更多”的理念看来是非常自利服务的推导形式。[27] 这一点表明有些管理理念可能并非是按公司的最佳利益来架构的，尽管这可能是外在的印象，但是它的确反映了一些高级经理人员脑海里存有的自利服务偏见。

自利服务推导的观念在社会认知里面是另一个基础性构造。[28] 当允许其存在一定的模糊性时，人们很自然会“看到他们所想看到的”。那么他们观看时当然是从自己的利益出发，而不是要看那些对他们的自尊及职业前景有威胁的东西。那种威胁对于小的团队来说很有压力，甚至可以颠覆他们的内在凝聚力。[29] 因此，对于这种威胁大家是抵制的。但这并不是说管理团队是生活在乐而忘忧的无知环境下。很多信息清楚明白以至于无法对其进行修正，诸如公司对于销售资料、现金流动等等信息其实都有定期的反馈。自利服务推导是对焦虑的一种缓冲，而不是对焦虑的消除。管理团队可能潜意识地按照下述这种方式来考察信息，如果

---

〔27〕 当然，也并非都如此，假如许诺中的偏见只是简单地反映出认知保守主义以及膨胀的自我功效时就不同，在该偏见源自组织体内部的偏见时尤其如此。此处，想要解除自利服务的以及商业导向的偏见并不容易。参见 Andrew D. Brown, Narcissism, Identity and Legitimacy, 22 *Acad. Mgmt. Rev.* 643,648 (1997)（主要参见：其中论述“组织体自我中心主义里没有兼具功能正常与功能紊乱的要素”相关内容）。

〔28〕 例如，可参见 Dennis A. Gioia, Self-serving Bias as a Self-sensemaking Strategy: Explicit vs. Tacit Impression Management, in *Impression Management in the Organization* 219, 230—233 (Robert A. Giacalone and Paul Rosenfeld eds., 1989); George Loewenstein, Behavioral Decision Theory and Business Ethnics: Skewed Trade-offs Between Self and Other, in *Code of Conduct* 214,221 (David M. Messick and Ann E. Tenbreusel eds., 1996)。

〔29〕 我们由此可以把“小集体（in—group）”偏见放到这个考察框架之内。对于整合小集体偏见理论与公司法原理的这个开创性尝试，可以参见 James D. Cox and Harry L. Munsinger, Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohesion, 48 *Law & Contempt. Probs.* 83(1985)。

都有可能的话，也即能够让他们保持与其自身功效及控制力相一致，如此就可以为他们自己及其他人的现有职务和地位找到正当
152 理由。他们很擅长以自我欺骗的方式来诱导自己，让自己的个人目标与公司的利益完全保持一致。

因此，我们就可以看到乐观文化呈现双头模样。一方面，它对于公司来说很可能是非常有用的动力因子；而在另一方面来说，乐观也有其阴暗的一面，它可以为公司保持现状找到合理理由，这样就形成了一种保证机制（entrenchment mechanism）了。如果公司前景光明，那些高层管理人员不仅可以觉得自己很称职，而且对于领取公司发的额外津贴会觉得是应该的。这意味着高度乐观的信仰形式有可能在面临与日俱增的不一致信息，尤其是当那些信息只是为了满足高层经理人员的需要时还会得到加强。我们极有可能衡量高层经理人员自利服务倾向的一种方式是考察他们在公司内部如何很好地传播这种倾向。自然乐观主义要找到愿意接受它的对象才是，而过度的乐观则会导致越来越多的怀疑，这种情况在中层管理者中表现尤甚，因为这群人更加愿意接受自利服务的解释，尽管结论可能不一样。

那种认为自利服务推导是普遍深入并且很难与商业判断相区分的理念表明社会心理学与传统经济学之间存在一种很有趣的联系。尽管它对常规的理性假设是一种明显的背离，但是这种推导为经济学家们考察人在追求自身利益时如何按他们预想的方式进行行为提供了一种解释，即使那些人善意地否认没作什么，但是实际上他们的所为却是以非常理性的方式作出的。伦理学家逐渐意识到，商业背景下的反社会行为可能不是基本道德腐败的产物，而更可能是正常人在压力环境下一些扭曲及合理行为的产物。[30] 在这种意义上来看，自利服务推导在理解代理成本的本质和存续以

---

〔30〕 参见 Russel Hardin, The Psychology of Business Ethics, in Code of Conduct, 前引注29，第342，359页（其中有“首先，在组织体里面理性缺失表现得比道德缺失更严重，这忠说法似乎有点道理”）；Barry A. Stein and Rosabeth M Kanter, Why Good People Do Bad Things: A Retrospective on the Hubble Fiasco, Acad. Mgmt. Executive, Nov. 1993, 第58，62页（其中以哈勃望远镜项目作为组织体内“正常事件”的范例进行了考察，并且得出结论认为哈勃工程失败是由于错误的精神形象导致的，该形象通过它建立起来的关系在该工程组织里细化，最后被细化到实施整个太空望远镜的运作过程理念当中。）

及组织经济学中的道德风险时可能特别有用。

结语(Bundling the stories)。 尽管前述行为主义偏见本身很有意思,但其实际内涵因它们的相互影响而变化。前文中伯格曼有关英特尔公司的故事主要还是涉及公司的高级管理人员对于一个他们设计的、以强调成功为主题的方案遭到批驳时会进行习惯性抵制,即使是在一个大家都知道最终会发生什么的背景下他们依然会如此。正因如此,对公司为什么会作误导性的披露进行解释需要结合各种各样的偏见方能找到答案。从这些偏见里面,很容易让我们想到一大堆涉及虚假陈述而发生的故事,诸如苹果电脑(Apple Computer)[31]、时代华纳(Time Warner)[32]、宝丽莱(Polaroid)[33]以及其他一些被告因"(对公司现状或前景保持)虚假乐观(false optimism)"而被起诉。很多此类案件中,有些非常成功的公司就他们的某种产品或金融战略采取了行动,可是后来在公司的档案里发现他们因为没有披露一些负面的信息而被起诉。这点精确地说明了在一些场合每个偏见都很容易起作用:如果公司运作成功,无疑它的自尊会得到进一步加强;接下来,那些负面的信息就会流传得慢些并且通常会与已设计好的方案不一致;最 153
后就是对方案的成功有了郑重的许诺。极为矛盾的是,特别是在项目开始时的早期行动中,此时情况非常模糊,而那些经理人员通常会特别乐观。项目早期阶段,这些乐观的方案与前期(依旧不明朗阶段)就存在的那些潜在的相矛盾的信息相抵触。等到他们开始严正关注此事时,就会对那些主要信念加深承诺的力度,并会为保持他们的现状找到很冠冕堂皇的理由。而且,此时那些经理人员很愿意公开表示他们的乐观倾向,这样即使他们面对的麻烦非常明显,他们也不能轻易地退却了。只有在最后阶段他们才会真正花些心思对此进行一些掩饰。刚开始的过于乐观(这种乐观会让人低估稍后行动过程中出现的风险)与许诺中的偏见(它会导致开始步骤完成之后持续出现),这样一种乐观倾向——许诺之间的

---

〔31〕 参见关于 *Apple Computer Sec. Litig.*, 886 F.2d 1109,1119 (9th Cir. 1989)。

〔32〕 参见关于 *Time-Warner Sec. Litig.*, 9F. 3d 259,261 (2d Cir. 1993)。

〔33〕 *Buckman v. Polaroid Corp.*, 910 F.2d 10,16 (1st Cir. 1990)(全院庭审)。

"拉锯战",正好可以特别有趣地用来解释为什么好人经常要为那些坏行为负责?[34]

偏见能长久吗?

对于组织行为,传统的经济描述与可供选择的社会科学描述之间存在分歧,这很明显就引起了一个问题:假如商业公司要在竞争环境中生存,那么市场的力量就不会将那些不太理性的公司给剔除掉吗?因此它们的效率也就不高了吗?这是否是一种潮流?换句话说,难道我们不希望那些拥有不切实际理念的公司没有从自己的错误中吸取什么就消失掉,而仅留下那些成功解决了认知偏见问题的公司?这种达尔文式的问题特别灵活,因为管理中的缺乏远见及过度乐观等问题在商业团体中很难弄明白:幸亏有大量的书籍、咨询人员以及教育项目存在,它们可以提醒经理人员注意并指出如何才能避免它们。很多公司已采纳针对决策过程中如何才能避免偏见而设计的针对性架构。

要回答上述问题是行为主义研究日程上最为重要的课题。然而,在此必须强调的是,要得到对此问题的一系列回答之前,即使竞争的力量会使那些总是坚持一些不切实际信仰系统的公司被赶出市场,对其决策过程的描述会相当有意思。我们目前要努力解决的是如何解释公司为什么会欺骗股票市场,以及看其是如何解说证券法的。除非我们做了一些过强的、不切实际的假设,如假设一些过度乐观或有偏见的组织体从来都不会进入那些理性竞争者存在的市场,它们还会面临被控欺诈,并有可能因为偏见会面临被逐出市场的风险,但是这种假设还从来没有发生过。这种"暂时的
154 新进入者"类型,尽管这种表述多少有些夸张,如巴能(Barnum)[*]变出来的新生婴儿魔术般冒出来的、与公司类似的组织时时刻刻都

---

[34] 参见 John M. Darley, How Organizations Socialize Individuals into Evildoing, in Codes of Conduct, 见前引注 28,第 13、16—25 页。

[*] Barnum,全名为 Phineas Taylor Barnum(1810—1891),美国娱乐节目演出经理人,以举办耸人听闻的娱乐节目演出及奇人怪物展览而出名。他的传世名言是 You can fool some of the people all the time, and all of the people some of the time; but you can't fool all of the people all the time.(你可以一直愚弄一些人,或者可以在某个时期愚弄所有的人;但你不可能一直愚弄所有的人。)——译者注

在出现，这一点也可能对于理解公司欺骗行为的本质及渊源具有重大意义。事实上，考虑到某种类型的公司经营失败会成为集团诉讼的首选起诉对象，这种失败的公司可能就属其中特别重要的类型。我们不必在此裹足不前，因为还有一些其他描述企业生存方式的课题值得我们仔细思考，这些课题本身都值得揣摩，正如偏见自身一样，将它们纠合在一起就可能非常强有力了。

偶然性，不完全竞争以及从经验中学习的有限性。 为什么竞争还不会保证组织体有理性？对于这个问题第一个可能的答案非常显而易见，也即，目前在组织体中还没有一个固定的和一尘不变的信仰系统。尽管公司文化允许一定程度的稳定性，即使是在公司的关键人物流动性很大时亦如此，但是随着时间的推移，公司文化是会发生变化的。最明显的例子就是马奇及其同事所称的"能力陷阱(competency trap)"[35]。公司可能在其发展的早期阶段灵活行事并能取得很好的市场成功。此时，它已经确立了一定的名声并且可能有了值得维护的、可填补空缺的(niche)市场(通过知识产权保护或内部自有的知识)，这样它自然也就有了竞争优势。随着公司经营的延续，这种优势会产生随意的现金流，从而为公司在市场上攻城略地提供额外的缓冲。

市场竞争力会逐渐消减，公司会转而向对内部行为的关注，这一点甚至是正统的经济学家也意识到了。在正常情况下，这一点会有利于管理层稳固其地位及负责任的行政人员(基于前文就自我欺骗部分进行的讨论，在此我们可以加上那些负责任的经理人员所洞察到的，由自利服务推导得出的可能性，这种可能性在他们看来似乎像良好的商业判断一样)实施自利服务行为。随着产品市场力量的减弱，劳动力市场压力就会变得不太大，这一点在经理

---

〔35〕 参见 Babara Levitt and James G. March, Organizational Learning, 14 *Ann. Rev. Soc.* 319,322 (1988)(能力陷阱会使次级程序中的有利行动导致组织体要利用其累计更多的经验，从而保持这种经验与上级程序不匹配，这样会让人觉得利用能力陷阱很值得)。还可参见 Danny Miller, What Happens After Success? The Perils of Excellence, 31 *J. Mgmt. Stud.* 325, 326 (1994)。同一些其他的理论家一样，利维特(Levitt)和马奇也强调在某些场合，如在反馈既不清楚又不迅速的时候，向经验学习有联系的困难在商业背景下则很少见到。

能力陷阱，也有人将其译为"核心僵化"，简单地说就是指太多利用式学习会使组织的生存面临风险。——译者注

们已经投入了大量的人力资本于某个公司时尤其如此。而且，随着公司逐渐被认同，第三种主要类型的市场力量——资本市场的影响可能会边际化，至少在危机到来之时是这样的。当然，最后的结果是那些太注重内部事务的公司会随着技术的进步以及其竞争者逐渐适应竞争环境而最后走向失败。然而，有一点，即由于竞争强度的变化，我们会看到那些充满偏见文化的公司将必然快速走向死亡。他们的偏见可能不正常地持续很长时间。为了我们的目的，结果在特定的时候，由于认知偏见导致披露出现歪曲从而扩大了那类公司的范围。事实上，在有关“组织生态”的文本里有一个谈得很多的部分，该部分表明几乎所有成功的公司，如果它们的认
155 知及常规没有很好地应对技术及市场变革，都注定要走向失败。[36]

与前述话题不太相关的是，我们要特别关注一下与组织学习及理性选择有关的一些困难。一旦一个公司已经利用了某种技术并确立了自己在市场上的地位，它就会不断面临辨别最佳战略选择的困难。当其作出了某选择，就很难说得清楚该选择是否成功了，因为当时环境反应过来的信息极其模糊并且通常被延滞。几乎所有的失败个案，如果观察者有此倾向，都可以归因于那些起干扰作用及没有被预见的情景因素，而非在决策时就出现瑕疵。这种环境会使组织学习及其理性决策遭遇挫折。在此背景下，理性的选择很容易让位于迷信学习，其决策和过程很多会变成象征性的而非真实的，这并不是因为公司没有被激发去理性地作为，而是因为环境发出的信号暂时空缺但很快在寻找其他信号时被迅速填补，此时需要更多关注内部。

适应性的偏见。 对为什么偏见可能会存续的第二种解释有些不同并且可能要深刻得多。简单地说，没有理由去怀疑那些推行某些信仰系统的公司在一定环境下，在竞争优势上比那些顽固地“追求现实”的公司要强得多。尽管与直觉相反，这种可能性在研究个体及群体行为的社会心理学当中却得到了广泛支持。

正如前面提到的，偏见有两个基本类别。一种是自然产生于

---

〔36〕 参见 Michael T. Hannan and John Freeman, Structural Inertia and Organizational Change, 49 *Am. Soc. Rev.* 149 (1984)。最近，对组织体适应新环境的可能性有较多的关注，尽管成功很有可能（最终）会孕育失败这个观点一自被认可。

与认知过程能力有关的那些受限制的理性及拘束。处于这种层次的公司,稳定的认知及常规极可能使其有必要锁定一个目标并充分地对其加以利用,即使面临外部变革,由于视野狭隘最后引起一些风险时这些公司亦会如此。[37] 这是组织认知保守主义的实质所在。它在两种意义上可以适用:首先,它通过允许公司忽视那些巨量的信息将一些考量简单化了;其次,只要稳定性比变化更常见,它通常是非常精确的。在情况不明的环境里,过多的主动要求改变方向及考虑新的可能性会导致相互允诺变得困难。与此相反,在一个稳定的环境里面,个体经理人员及雇员,还有一些外部的支持者如客户及供应商,他们依赖公司而坚持一系列常规,因此他们更愿意"投资"公司不算短的未来。总之,狭窄的组织认知有一个适应性的特质,即穷尽公司的资源及注意力于它们发现暂时能够做好的事情上[38],并且避免那些其能见到的信息瘫痪,从而把注意力集中在太多的风险或机会上。

另外一种偏见是激发出来的,在此我们可以看到一个更有趣的可能性。很多对个体认知进行的研究表明:通常,最成功的人不是那些很现实的人,而是那些很乐观的人。正如我们所见到的,高层次的自尊及自我胜任感(self-efficacy)与进取心、坚毅及敢于冒险有关。[39] 这些偏见在商业环境下尤其具有适应性,在这种环境里,决 156

---

〔37〕 用肯尼斯·阿罗(Kenneth Arrow)的话说,"效率所真正追求的,随着变化加深,会导致僵化及无反应"。参见 Kenneth Arrow, *The Limits of Organizations* 49(1974)。在管理学著述里面,对此有一个很好的表述,参见 Danny Miller, *The Icarus Paradox* (1990)。这在产业进化方面的著述里面也是一个很常见的话题。例如,可参见 Rebecca M. Handerson and Kim B. Clark, Architectural Innovation: The Reconfiguration of Existing Product Techologies and Failure of Established Firms, 35 *Admin. Sci. Q.* 9, 16—19。

〔38〕 参见 Richard R. Nelson, Recent Evolutionary Theorizing About Economic Change, 33 *J. Econ. Literature* 48, 79(1995)(公司在任何时候都能办好的事情实在有限,而且……在公司肯定会学习新东西的时候,其学习能力也是有限的。)

〔39〕 积极假象的功效并非没有争议。参见 Heath and Jorden,前引注 22,第 113 页(发现积极的假象能够使人们对于环境的反馈过于敏感)。它还可以被计时问题所影响(例如,在完成一项任务之后假象立刻就会出现一种暂停)。参见 Thomas Gilovich et al., Effect of Temporal Perspective on Subjective Confidence, 64 *J. Personality & Soc. Psychol.* 552, 555(1993)(主要参见:其中探讨"任务经评估之后很快给出的评估说明之潜在影响"的部分内容)。从研究角度来看,很难决定这些假象是否是积极行为的原因,或初始的成功是否会导致高度的乐观倾向及强控制,由此就成为一个自我完成的预言了。

断力及进取心是判断经理人员成功与否的标志所在。[40] 当然，有时过于信心十足会导致灾难及严重的职业挫折。那些失败得太明显的人经常会被清除出局。然而，没有证据显示成功的经理人员对谦卑了然于胸。[41] 相反，他们会对于那些小挫折用自己满意的术语进行重新概括。他们对于那些重大挫折明显很忌讳，可能将其归因于运气不好或一些其他的原因，以显示其技巧高超。高度的乐观倾向及信心十足不仅是很好的内在促进因素，而且还会影响到其他人；展示自己的信心及乐观会让人更有说服力和影响力。

一般说来，没有理由让人相信这种情形对于组织文化来说不是适合的。[42] 它和大卫·克雷普斯（David Kreps）的假设如出一辙，认为重视信任关系的文化能让组织对其允诺的可信度作出更有效的标识[43]，我们发现乐观的文化有一系列的适应性优势。那是一种理想的促进因素，它能够使雇员对公司的前途及盈利充满期望从而导致雇员更愿意把他们的人力资本投入到公司中来并且为了未来的报酬而抑制目前的消费。那些充满“能行”文化的公司因此能够激发更多的内部潜力，并且通过突出信心十足，还能成功地吸引更多外部资源。相反，一种乐观的文化会使经理人员对于公司前途的焦虑被蒙蔽，这种前途当然既可以引发自利服务的推导，还可以激起那种对公司运行产生损害的、（类似）在“最后阶段”发生的自利服务行为。如果公司成功培育了一种依赖于效力及控制形象的信仰系统，当面对风险或麻烦时，公司代理人更倾向于坚持正常的、功能性的行动，而不是为了自我保护而行动。

此处尤其有意思的是乐观倾向与信任二者之间的关系。最近

---

〔40〕 参见 James G. March and Zur Shapira, Managerial Perspectives on Risk and Risk Taking, 33 *Mgmt. Sci.* 1404, 1414 (1987)。

〔41〕 参见上注，第 1414 页（注意因为经理们认为他们能够驾驭成败，所以他们更倾向于接受风险，而不是采取另外的方式）。

〔42〕 对于在团体背景中积极的假象会得到加强这种观点可以找到支持证据。团体会强调积极反馈并有多种形式的合理化改革以避免那些消极的反馈。参见 Heath and Jourden，参见前引注 21，第 114 页；还可参见 Yachiel Klarl et al., Nonunique Invulnerability: Singular Versus Distributional Probabilities and Unrealistic Optimism in Comparative Risk Judgments, 67 *Org. Behav. & Hum. Decision Process* 241, 299 (1996)。

〔43〕 大体可以参阅前引注 11 中 Kreps 的作品，第 106—108 页。

几年,学者们已意识到组织体中信任影响之深,这种信任是与效率及生产力呈正相关系的。在任何合资企业里面,投机行为的潜在性必须与合作的报酬相平衡。感觉合作的未来福利越好,那么投机行为发生得就会越少。值得遵守的(因此开始就会出现一系列)合作形式随后开始出现,它有利于一种高于正常水准的信任文化在公司中发展。

根据乐观主义的潜在适应性优势以及相关的偏见(例如,对控制的假想),我们可以看到社会力量是如何让大堆的经理人员看不到风险(或不切实际地对这些风险进行解释),这一点通常会导致积极的结果。在一些个案的子问题中,当有一些与忽视危险信号有关的重大成本存在时,这些成本,在一些其他个案中,可能没有通过组织自欺的良性影响所产生的收益率高。当我们把这和风险偏见的另一个特点即保持一致及稳定核心的能力联系起来,我们可以看到对传统经济学当中"理性者才能生存下来"的断言之回答至少是有些似是而非。实际上,尽管它同特定的组织行为联系不大,大部分研究坚持非现实乐观的工作已经由那些以达尔文的强假设为研究起点的社会学家所发起。[44]

偏见的法律启示

假如公司习惯倾向于认知保守主义、过分允诺、过分乐观以及自利服务推导,那么它们因披露及宣传自身而涉及的主观的、前瞻性因素就极有可能被误导。当然,市场专业人士以及其他机智的投资者会对一些公司的虚假宣传大打折扣,并且,至少在效率因素占主导的背景下,这些披露对市场价格的影响极小。然而,假设经理人员的确有接触与市场风险有关的信息之特别途径,那么市场对于经理人员的推导之依赖就不可避免,社会性的低效率市场价格扭曲之可能性因此而存在。这样合乎规范的问题就凸现出来了,也即:根据目前还没探讨过的可能性,我们要考量针对主要证券监管规则做些什么改变呢?

对此最自然的回应就是:假如我们严正对待并阻止公司的欺

---

[44] 大体可以参阅 Lionel Tiger, *Optimism* (1979)。

骗行为，那么其欺诈责任就不应追究到那些负责对公司事务进行沟通的，特定高级行政人员的有意行为上，因为他们对于公司事务的一些错误表述或疏漏本身就具有误导特征。事后想来，我有一些怀疑法官及陪审员，在他们事实上对认知盲目的例子作出判断，尔后又拒绝判决违法者承担责任，发生这种情形的频率到底有多大？然而，至少从原理上来讲，这种对一些公司事务表述的熟谙要求非常有可能倾向于保护被曲解的市场，而这种曲解恰恰是证券监管机构所要禁止的。

要克服这点，法律要设置一些激励措施（要是没有直接的要求）来推行公司在其推导过程中的“去除偏见”。在针对故意违反以法律规定为基础而制定的 Rule10b-5〔*〕制度当中，要达到这种目标首先就要对“公司故意”进行界定，并集中在其所掌握的公司情况的本质上。作为回应，那些想避免承担法律责任的公司就该鼓励、引导涉及披露程序的相关人不要（或少）受制于同样的偏见。仰仗于那些正在探讨的信息，管理咨询人员、财务公司以及律师事务所可以采用非常有效的治疗介入，尽管此时绝对没有防故障措施（fail-safe）可资利用。〔45〕

在一些特别引起关注的领域里，法律可以走得更远一些并且要主动介入。实质上，《美国 1933 年证券法》第 11 章对承销商及财务人员的合理谨慎（due-diligence）要求是基于对管理层的不信
158 任，因为管理层排他地占有公司的特定信息，因此法律通过外部专业人士（同时，他们也会因此而声名不保）对公司信息披露的完整性及准确性进行监督，算是给公司加上一个了“紧箍咒”。当一些历史性的不信任更多的是基于害怕一些精心设计的骗局而不是我

〔*〕 1942 年，美国证券交易委员会（简称 SEC）制定了 Rule10b-5，目的是为了更好地适用《1934 年证券交易法》的 Section10（b）之规定，以制止股票市场上的欺诈行为。Rule10b-5 的内容如下：“任何人直接或间接地利用任何洲际通商、邮政方式或手段，或全国性证券交易机构进行下列行为均属违法：（1）用任何工具、阴谋或手段进行欺诈；（2）对重大事实做不真实的表述，或对与已经作出的陈述有关的重大事实予以隐瞒，以使人产生误解；（3）参与同买卖证券有关的任何构成或可以构成对任何他人的欺诈或欺骗行为、做法或商业行动。——译者注

〔45〕 巴泽曼（Bazerman）在其著作里对于财务人员发现欺诈的动机表示怀疑，参见 Max H. Bazerman et al., The Impossibility of Auditor Independence, *Sloan Mgmt. Rev.*, summer 1997, 第 89 页。

们现在探讨的偏见，合理谨慎的调查中牵涉到对资料的独立评估，这种独立评估为避免在股票首次公开发行及其他场合中产生偏见提供了一种矫正方法，尽管这种偏见在上述场合既有必要又具有实用性。但是这一切代价极其高昂。此外，我们还有权去寻求解答偏见是否是建立在过度乐观基础上，至少，那些偏见是否是我们真心想进行规制的那种呢，虽然我们能够这样做。假如乐观主义具有适应性，假如那些公司培育了一种可以纠正某些对风险严重性的意识能够进行纠正的信仰系统，并且那些公司因此而成功了，那么这种信仰系统真的是我们所要劝阻的吗？社会心理学认为极少倾向过度乐观主义以及错觉控制的那类人就是那种无情地被压抑了的人。我们想到了冒险寻求第三方介入，如果介入成功，正式的公司声明就会导致高层经理人员的内部士气，以及还有可能包括整个公司文化都有可能被抑制。那些没有成功的公司只是在利用一种昂贵的而又无重点的监督系统来进行运作，这些系统对于如何改进公司信息披露没有任何体现。

那些由于付出代价太高而结果使自己不自在的公司可能会转而对相反的极端表示出兴趣，并且想办法通过法律途径使自己免予陷入过度乐观。实际上，20 世纪曾有一个非常有意思的判案分界，那是以第四巡回法院对拉布 v. 通用物理公司（Raab v. General Physics Corp）案作出的判决为开端的，该案子就是朝着这个方向去深度尝试的。[46] 依据这种观点，从法律角度来看，公司总体报告的乐观倾向是不重要的。然而，本质上这只是一种常识，对于乐观主义的描述可能如此概括并无实在内容（例如，这样一个表述“这是一个前途无量的伟大公司”），以至于我们很难想像会有投资者真正只依靠它来作出判断，或者即使是面对一大通同样的陈词滥调，投资者也不会真正为其所动的，因为这些情况本身就表明该报告远非常态的那种吹嘘。Raab 及其后裔创造了一种清除（weed out）能力，也即，不用对公司现状做集中于事实的发掘，在这些不同种类的个案中，是带有乐观倾向的偏见，而不是那些故意的欺骗，尤

---

〔46〕 4 F. 3d 286, 291 (4th Cir. 1993)；还可参见 *Eisenstandt v. Centel Corp.*, 113 F. 3d 738, 746 (7th Cir. 1997)（法院判词称“投资者也许会期待乐观一些的陈述”）。

其有可能会反映出人们所指称的误导性披露。

超越公司披露:其他的社会危害

公司针对投资者的信息披露,从前文的预言可知它们可能会被扭曲,但绝非是出自恶意,而是由于认知力量及信息流动问题导致高级管理人员对现实认知产生倾斜,我们可以毫不费力地将这种情况移植到其他的社会危害分析当中。为避免重复,下文讲述的将是一个普通的,与不法行为有关的故事,这种不法行为更多的是由于缺乏理性所导致,而非讲述一个唯利是图的例子。我在此
159 处的目的很简单,只想指明这种类型的组织理论对于民事及刑事法律中的广泛问题都可以有一些潜在的影响力,当然它对公司是个拟制体(anthropomorphic)的理念仍就非常重视。

为了公司的生存及增加盈利面临巨大内外压力,作为回应,大部分管理团队不断地寻求对新技术的利用,比如说新的生产线或能使目前的生产效率更高的新机制等。以某汽车生产商为例,他要决定值得去引进一种对于年轻的或低收入购买者来说价格不太贵的车型(例如福特公司在 1970 年代生产的 Pinto 牌轿车就是这种反映这种需求的)。与此类似,某纺织品制造商可能会买来效率更高的高速织布机投入生产以便更有效地应对外来竞争。可以想见,有一些判断将会造成一些社会性的危害,例如,决定降低载客汽车及摩托车的安全标准,或增加织布机的噪音级别就会导致工人的听力衰颓。对此用正常的、符合文化习惯的回应是:这些公司在做选择时更看重的是能够盈利而非社会责任。尽管如此,在很多情形下,在公司被绳之以法后其最后成本(包括金钱的及声誉的)及上交的罚金将超过其当时已经能够合理预见到的收益。

有时一些公司的确可以发现某种新专利产品或技术,并且进入发展和市场营销阶段,对于公司前景一片看好。但是这种情况很少见。大部分战略决策是在市场环境极度不明朗时作出的,尤其是在战略实施的早期阶段。新产品或新生产程序是一种有趣的可能性,但是对于进行成功生产、时间安排、成本、市场影响力以及

面临的风险等等问题的回答就非常不确定了。高层行政管理人员要对推进这样重要的工程作出决定就跟采取一个政治行动一样，因为它需要调配掌握在经理人员而不是其他人手中的资源及机会。对于资源的政治争夺需要细致的印象式管理(impression management)[*](就像我们见到的那样极其有效，如果支持者相信他们自己的自利服务表述)。此处自然的乐观倾向伴随印象式管理的需要就会导致高层行政人员在表述时会对风险不予考虑(在早期阶段，这些风险无论如何都会极其不确定)，并且他们还对项目的潜力夸大其词。[47]高级行政管理人员在面临调配资源时可能会意识到类似的偏见，而其他的经理人员在竞争相同资源时则会尽力挑那些思维弱点。如此，“向前继续”的决定就很难作出了。尽管这样，很多高级行政人员即使是面临高度不清晰环境时，也会意识到决定必须作出。他们的社会角色决定了他们要有决断力并有所作为，如果他们在作出重大的行动之前等待那些不明朗因素被解除，那么对于他们来说就意味着让组织面临瘫痪。由于这些原

---

[*] 印象式管理指有意识地控制别人形成自己所需要的形象的过程。在人际交往的场合中，行为者选择适当的言辞、表情或动作，以使知觉者对自己产生某种特定的看法。该词由美国社会人类学家欧文·戈夫曼(Erving Goffman) 1959 年在他的名著《日常生活中的自我表现》(The Presentation of Self in Everyday Life, New York: Anchor, 1959)一书中首次提出。戈夫曼认为，“人在生活舞台上演出的种种行为和戏剧表演一样，分前台和后台。前台有两个部分，一是展现于观众(即交往对象)面前的一种布景(The Setting)；二是个人门面，包括年纪、性别、发型、服饰、面部表情等等。人们一旦进入前台，就会将自己的种种外表和举止同他人的期望相一致，若要做到这一点，位于前台的人必须以理想化的形象、表达的控制及一定的社会距离等手段来取得观众的信任和尊重。”戈夫曼举例说，一位科学家在其实验室里谈论研究成果总是要比他在打高尔夫球时谈论该问题让人觉得更具有权威性。其对印象管理的解释如下：印象管理即个人在人际互动中，透过语言或非语言信息，企图操纵或引导他人对自我形成某种良好印象或有利(归因)的过程。目的在于创造良好的人际关系或产生某种影响力；简单地说就是指在不同处境中，塑造人前自我形象所下的工夫。例如，邝先生平常不修边幅，今天却一大清早便梳洗更衣，单是整理头发便花了半个钟头，柜里的衣服也是试完又试，花上一个多小时才挑了一套称心的配搭。邝先生如此紧张干吗？原来他今天约了吕小姐午膳。这是他们第一次约会，邝先生希望留下一个醒目整洁的印象。邝先生做的正是印象管理的一部分，他穿的一身衣服，甚至是身上搽的古龙水，便是“约会”这台戏的“戏服”或“道具”。例子源于 http://ihome.cuhk.edu.hk/~b103405/concept/sociology/index_concept.htm。——译者注

[47] 对于这个问题可以学习一个案例，具体参见 Andrew D. Brown, Politics, Symbolic Action and Myth Making in Pursuit of Legitinacy, 15 *Org. Stud.* 861(1994)。

因，必须作出选择，尤其针对的是在早期阶段监控备选项目时所作出的承诺，如果早点以相对低的成本放弃该承诺，困难及风险也就
160 会显露出来。

一旦项目开工，那些离项目最近的人（成功者）就会以充足的动力坚信自己的能效；他们的自然乐观倾向此时就会因来自高层领导的积极反馈而得到褒扬。他们忠于这个积极的方案，并且会意识到项目仍然会有被枪毙风险这个政治现实，因此他们希望控制信息流动以阻止事件的发生。[48] 这样就营造了一个环境，让那些直接接触信息的人充分意识到与风险有关的信息将让人觉得有压力以及会带来潜在损失。于是一些共同的防御机制就建立起来了。毕竟，这还仅仅是在项目的早期阶段，如此的话，任何处于可感知层次的风险是猜测性的以及暂时会很遥远，因此对行为的合理化来说就有影响了。对于他们来说就很容易解释了，并且可以保留乐观的氛围。结果，风险既根本没有得到宣传，也没有以一种渐进的方式与上面沟通。考虑到那些成功者的乐观计划，即使是汇报到上面去的事实存在一些可以感觉到的不妥之处，但是那不一定是恶意作出的。对一些信息的疏忽很容易被认定为是一种避免披露那些上层不熟悉的，反映过度的，要不就是误解的信息。这样，上层管理人员就不会对众人所关注话题的缘由做深度考量。

某种程度上，在考察接收到的那些危险信息时，有一种重大的责任扩散倾向，这样他们转移风险的能力不断增强。这种扩散增加了与某人自己有关的股票数据的模糊度，并且这种危险性的做法威胁了刚刚建立起来的（有可能是非常强烈的）团体凝聚力。假如私人信息模糊不清，并且其他人在行为时不违章法，那么此时要想清除该信息，其压力就非常大。

现在，让我们假设那些更重要，并且不是太模糊的危险信号逐渐变成那些最为直接接触到的信息。当然，此处那些偏见很有可

---

〔48〕 这一部分的事例援引自 Darley 对公司行为错误的描述（参见 Darley，前引注 34，第 21—22 页，第 28—36 页），尤其是他从社会心理学角度的叙述 B. F. Goodrich 公司为军用飞机生产的有问题刹车生产线这个事件，转引自 Kermit Vandivier, Why Should My Conscience Bother Me? in Corporate Violence 145 (Stuart L. Hills ed., 1987)。

能甚至从认知的样态转向被激发的样态。决策后的许诺将变得加强烈:成功者不仅在情感上,而且在经济上会专注于该项目,将该项目铺开对于那些发现自己面对这个特别的"暂缓的严重考验"的人来说还意味着开始了棘手的人生经历。[49] 他们可能会有濒临人生"绝境"之感。他们的心理抵抗就会加强,并且歪曲那些矛盾信息的欲望会逐渐增强,然而他们不见得都是出于恶意而为之(尽管此时会有一些麻烦的、涉及背景方面的信息会显露出来)。良心及被激发的理性之间的竞争会继续至信息变得如此清楚明晰以至其可能的影响无法避免。在某种程度上,再一次对信息的利用是极度扩散的,并会耗时很长。可以想见这需要时间,然而此时对于项目风险或危险的意识会稳固下来。如此,积极的掩饰行为可能会开始,尽管与此同时那些曾经被人们视为胜利者的人也会开始相信某种自利服务的形式,这种形式对风险有一个充分地暴露,以至于继续任务的责任更多的是由上层来承担,而不是他们。当然,重 161
要之处在于对风险或危害的最终意识出现在,从实践和法律上来说,责任人极有可能要承担责任之后的那个时刻。这就是乐观许诺的锯齿效应(whipsaw effect)。正如一句非常礼貌的熟语所言,那些经理们会发现自己"深陷其中(knee-deep in the market)"了。[50]

至于对行使监督职责的行政人员来说,省掉项目当中的一两个步骤,他们的监控能力会受两个基本因素的影响而妥协。第一个就是信息会很可能会被扭曲。即使那些高级经理人员个人对来自下属人员的偏见这种可能性存在怀疑,那也没有其他那些具有替代性的数据来对其进行测试。诚如柯莱斯·阿吉里斯(Chris Argyris)所言:"一些公司文化不鼓励公开地把疑问或怀疑表达出来,这样就使信息的流通有些畸形。"[51] 第二个就是随着对项目投资的增加,批准该项目的上级行政人员会相应地增加他们的允诺。

几乎所有的公司都有责任管理及内部控制系统,目的在于阻

---

〔49〕 参见 Robert C. Jackall, *Moral Mazes* (1986)。

〔50〕 参见 Barry M. Staw et al., Knee-Deep in the Big Muddy: A Study of Escalating Commitment to a Chosen Course of Action, 16 *Org. Behav. & Hum. Performance* 27 (1976)。

〔51〕 参见前引注 5。

止各种信息被扭曲。财务控制适合于监控公司财产的使用与支配,但是那是基于对现在及过去情况的报告,而不是代表未来的发展倾向。有关产品及技术风险的信息只会很晚才出现在预算或财务控制报告上。其中可能还有其他的参照功能,但是它们都没有直接接触有关诸如产品生产以及工程缺陷等主题。高级经理人员看到的信息非常不确切,这样他们的偏见(通常表现为认知保守主义,如果没有其他表现形式的话)就必然导致。丹尼斯·乔雅(Dannis Gioia)对福特公司产品召回部经营失败的研究让人认识到了 Pinto 牌轿车,从沉重的工作量(如果这样,花在特定事情上的时间及注意力都特别有限)上来考察,它们对消费者所造成的危险。对于那些初始就有冲突的信息之缓解可以通过隐含的最小以及可控制的风险来进行解释,这就为外部监控限制提供了一个很好的例子。[52]

从缺陷产品的生产到有毒废料的处理,进而到采用对工人健康或安全有威胁的生产程序,甚至所有的涉及潜在的侵权行为或犯罪(对于这些问题我们也许会问它们真的重要吗)等等,对于这些不同种类的"公司不当行为"案例我们做了似是而非的描述。因为侵权法及刑法都有其不同的针对目标,我无法为此提供一个单一的答案。谴责在本质上是一种社会行为,因为有时"不当行为应受谴责"必须被提出来,以使我们这个可控制的世界里还能够给人们保留一些念想,尤其在有很多受害者被确认的时候。[53]

如果不是决定性的,一些观察可能有用。例如,从经济的立场来考察,结合前文的分析我们得知公司要制定出包括未来新产品
162 面临风险在内的合理价格是多么的困难。至于一些阻止因素,例如组织体很少从代理人转向以个体行为为基础的责任角度来探讨自己的偏见;并且,个体也存有偏见,可能会更甚。当群体有时加深了偏见,尽管不常这样,但是潜在地有必要建立一种公司制衡机制(check and balance)以利减少一个或者一小部分经理人员由于

---

〔52〕 参见 Gioia,前引注 14,第 386—388 页。当然,公司还可以建立起更加深入的以及有效的监控系统,但是这样又会显得代价巨大并欠完善,对于整个公司的士气(以及由此而影响公司效率)存在威胁,并且任何时候都要拿来适用。

〔53〕 例如,可参见 Mary Douglas, Risk and Blame 6 (1992)。

有偏见而可能作出对社会有重大危害的行为。

看起来极有可能的是那些非常适度的法律标准，例如那些基于“理性”或“善意”的标准，它们对于公司行为的直接影响比我们想像的少得多。管理层的偏见把公司行为想像得既合理又善意。从这点来看，法律规则规定公司有不合理行为就会面临惩罚，不见得对于公司的每日行为存在有什么有力的影响。一条规定“理性”与“善意”的规则忽略了诸多原因导致诸如经理，进而到组织体，他们会抵制了解哪些行为不理性，哪些不善意。因为经理人员没有意识到其行为的不理性及非善意，所以在行为时他们不会针对法律规定改正他们的行为。[54]

由此就有了担心组织对一些法律规则的不敏感的理由。法律的自然回应将是增加管制，借此让法律非常明显地突破组织中那顽厚的认知防线。然而，当管制越来越严时，我们就会遭遇到类似过度警觉的问题。公司将会加大对法律审计、产品测试以及其他的应遵守标准的复杂度，这些措施会加重生产负担，从而放慢研发时间表，从而使公司极有可能放弃极妙的竞争机会。与过度法律化的公司有关的风险在某些文献中已被提起注意[55]，要是没有对公司行为有一个非常深度的经验理解，就会很难预测是否任何既定的高度管制措施将会过度阻止而不是引导产生适当的平衡。

---

〔54〕 当不敏感成为我们关注的问题时，敏感也会成为一个问题。学者们对认定“过度法律化(overlegalized)”的组织回应越来越感兴趣。这些回应极有可能发生在要么法律规定非常确定以及毫无歧异之时，或同行组织明确作出回应进而要求合法化迫在眉睫之时。参见 Donna M. Randall and Douglas D. Baker, The Threat of Legal Liability and Managerial Decision Making: Regulation of Reproductive Health in the Workplace, in *The Legalistic Organization* 169,181 (Sim B. Sitkin and Robert J. Bies eds., 1994)。

〔55〕 例如，可参见 Jeffery Pfeffer, The Costs of Legalization: The Hidden Dangers of Increasingly Formalized Control, in *The Legalistic Organization*, 见前引注 54，第 329 页。

6 不愿接种免疫:缺漏偏差与含混*

易拉娜·利托夫　乔纳森·拜伦

当接种疫苗本身会导致死亡时,人们就不情愿为(哪怕是假象的)孩子接种疫苗了,即使它可能引起可被控制的疾病而不会导致死亡时亦会如此。在存在一个导致死亡的"风险群(risk group)"(其全部保持恒定)时,这种影响甚至更为严重,即使在风险群里没有接受测试的资格。这种影响不能用小孩们正处于风险群之中这个假设倾向来解释。由于生病导致死亡而产生的风险群对于不情愿接受免疫不产生任何影响。这种勉强就是缺漏偏差的一个例证[1],也是对与个案有关的任务与疏漏(二者本来不相关的)之间差别的过于笼统的概括。同样道理,在行动之前找出一个小孩是否处于风险群里是只需要一般谨慎即可,但在本文前面预设的情

* 本文的研究得到国家精神健康研究院(National Institute of Mental Health)(项目编号—37241)及国家自然基金(项目编号 SES-8509807 及 SES-8809299)的共同支持。在此我们还要感谢 John C. Hersey 及 Howard Kunreuther 的意见。缺漏偏差(omission bias)是一种认识偏差,它指的是这样一种倾向,即对因作为而产生不好结果的应受责备强度要比那些没有不作为(缺漏或疏忽)产生的不好结果要高。也就是说,带来同样损失的错误,有的可能是不作为引起的,也有的可能是作为引起的,后来给当事人带来的痛苦和遗憾更深一些。

〔1〕 参见 M. Spranca, E. Minsk, and J. Baron, Omission and Commission in Judgment and Choice, 27 *J. Exper. Soc. Psychol.* 76(1991)。

况下这是不可能的，因为对风险群存在的了解是与此不相干的。风险群效应与弗利希（Frisch）及拜伦（Byron）对含混的解释相一致。[2]

目前的研究主要关系接种免疫的假设决定当中两种偏差之功能如何。一种偏差是倾向于缺漏而非任务，尤其是在可能造成危害之时。我们可以看到一些人在了解到接种免疫会有致害风险时，他们会宁愿不给孩子接种免疫，即使接种会减少致害风险。另一种偏见是在与致害有关的信息缺失非常明显之时，有一种倾向就是停止行动，例如在风险群中的小孩可能会因接种免疫而致害，即使是在缺失的信息不能获得时也会造成这种结果。每种结果都是显然持续到情况变换时依旧存在，此时我们就可以发现偏差的存在。我们把这些影响的原则太概括了或者视其有启发性，其实它们一般只是在一些没有多大用处的条件下才会有用。 169

先看看我们所称的“缺漏偏差”，这种偏差倾向于支持缺漏（例如让什么人死）而不是同等的任务（例如主动杀了什么人）。在很多情况下，我们有很好的理由区分疏漏与任务：疏漏可能源于疏忽，而任务则不是源于此，它通常会涉及更多的不怀好意，而不是对应的疏漏；任务通常还会涉及更多的努力，其本身就是目的性非常强的标志。此外，当人们了解到有害的疏漏被社会接受时，他们会很替自己担心；这种自我帮助原则，正如可提出证据加以证明的那样，有时是阻挠危害的最为有效的方式。

然而，在某些情况下，疏漏与任务之间的相关差别看起来不甚明显。例如，对安乐死的选择涉及相似的动机，如安乐死是否系主动而为（例如使用致命的药物）还系被动而为（例如命令对病危者不许采取施救措施），在此情况下，当对情况的了解及意图保持恒定，疏漏及任务在道义上就是等同的。[3] 尽管一些人仍旧将其区别对待，此处肯定并不是指每个人，但是会有相当的人利用其来影响决策。因此，我们提议那些老是过于概括那种区别的人，将这种

---

〔2〕 参见 Daniel D. Frisch and Jonathan Baron, Ambiguity and Rationality, *J. Behav. Decision Making* 49(1988)。

〔3〕 参见 Spranca et., 见前引注 1。

区别适用到那些它不适合的地方。在直觉上，任务会更糟糕，尽管在特别多的场合它是有效的，但是当对情况的了解及行为的目的相对于疏漏以及任务来说是等同的时候，或者在决策者必须在疏漏及任务间作出选择的时候，当然此时他知道两者的结果（正如此处的研究报告所示），则任务不再有效。如果你有选择杀五个人或让十个人死的权力，假设（只是为了现在的目的）所有的人都是从同样的人群中随机挑选的，你会选择杀死五个。由于你的疏漏，而不是你的任务，备选人群中的每位成员可能都有两次死亡的机会，所以每位因此都会偏向你采取行动。如果你选择不采取行动，那么你会伤害所有的人，因为你违背了他们的偏好。

那些试图认定疏漏是正当的任何原则都需要有一个强烈的理由，因为那种原则对于生命来说是有价值的。当试图明确表示某原则对于疏漏来说能够辩明偏差是正当的时候，疏漏和任务的区别就变得不清不楚，并且持续的区别已没有什么明确的道德价值了。[4] 至于那些站在区别论的一方对个案来说主要是求助于直观判断。[5] 然而，直觉的正确性，正是处于争论中的论题：诉之于直觉就是在求解。

有人可能会说直觉是相关的，因为它影响了人们对不同结果所感觉到的遗憾。主动杀一个人可能会比被动杀两个人遗憾更多些。我们对此的答案就是遗憾是由决策者自己去感受的，而不是那些死了的人，因此把这个论点作为一个正当理由其实就是一种自私。此外，遗憾的差异可能不是不可避免的，它可以随着个体对
170 疏漏和任务的观念变化而消失，因此这种观点的总体变化可能仍旧被视为是正当的。

斯普兰卡（Spranca）等人发现，一些参与实验者认为任务造成的损害在道义上比那些造成损害的疏漏严重得多，甚至在意图保

---

〔4〕 例如，可参见 Jonathan Bennet, What the Consequences, 26 *Analysis* 83 (1996)（参见文中论述"区别是指相对于做某事的方式来说，不做它有更多的方式，尽管干某事的方式其总和没有什么规范价值"的部分）。还可参见 Jonathan Bennett, Morality and Consequences, 2 *The Tanner Lectures on Human Values* 45 (1981)。

〔5〕 例如，可参见 Shelly Kagan, The Additive Fallacy, 99 Ethics 5 (1988); Frances M. Kamm, Harming, Not Aiding, and Positive Rights, 15 *Phil. & Pub. Aff.* 3 (1986); *Killing and Letting Die* (Bonnie Steinbock ed., 1980)。

持恒定时亦如此。[6] 例如，积极的欺骗在道德上被认为比坚守真理严重得多，甚至在前述两种情况下行动者意图欺骗被判定为是同样的时候亦如此。[7] 参与实验者也通常被要求从决策者的角度评估两种选择：对疾病进行治疗的话会有 a. 15 人的死亡，或者不治疗，该疾病本身就会导致 b. 20 人的死亡。在 13% 的个案中，参与实验者会选择不接受治疗因为（他们说）他们不想因为作出决定导致死亡而承担责任。（当两种反过来时，参与实验者会在 2% 的个案中选择接受治疗，总体上，在参与实验者对作出两种选择的欲望进行评估时，与低死亡率相关的欲望在选择采取行动时比不采取行动时要高得多。）这个结果，从医生的角度、患者的角度以及公共健康事务官员为患者决策的角度来说，是否作出决定同样反应强烈。在本研究中，我们采用不同的例证及方法将上述结果进行拓展。

缺漏偏差还与其他的现象有关。卡尼曼（Kahneman）及米勒（Miller）指出，相对于偶然发生一个坏结果所导致的疏漏来说，任务会导致更大的遗憾。[8] 证明目前的偏见及其相关偏见时通常会把现状与疏漏搞混。[9] 例如，当愿意花钱避免风险的想法比愿意接受金钱承担风险的想法要弱一些的时候，在两种情形下要改变现状就需要采取行动。利托夫及拜伦则没有因缺漏误差而被当时的反映搞糊涂，产生这种效果是因为在前述两种情形下他们是通过询问参与实验者：为了阻止现状发生变化，他们是否愿意有所行动，或者在由于采取行动（同保持现状所采取的行动相反）失败导致糟糕的结果出现而感到很难受。[10] 在这两种情形下，我们发现

---

〔6〕 参见 Spranca et al.，见前引注 1。

〔7〕 同上。

〔8〕 参见 Daniel Kahneman and Dale T. Miller, Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives, 93 *Psychol. Rev.* 136. (1986)。

〔9〕 参见 Daniel Kahneman Jack L. Knetsch, and Richard H. Thaler, Experimental Test of the Endowment Effect and the Coase Theorem, 98 *J. Pol. Econ.* 1325, 1327 (1990); William Samueson and Richard Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, 1 *J. Risk & Uncertainty* 7 (1988); W. Kip. Viscusi, Wesley A. Magat, and Joel Huber, An Investigation of the Rationality of Consumer Valuations of Multiple Health Risks, 18 *Rand J. Econ.* 456 (1987)。

〔10〕 参见 Ilana Ritov and Jonathan Baron, Status Quo and Omission Biases, 5 *J. Risk & Uncertainty* 49 (1992)。

要不是为了保持现状，疏漏—任务之间的差异会非常之大。

我们此处并不是建议人们对疏漏采取有偏见的看法。在某些情况下，例如，当决策者处于担当责任的位置时，人们就表现出对立的偏见。[11] 在斯普兰卡（Spranca）等人所做的研究以及本文所载的研究中，大多数参与实验者都没有表现出偏见。然而，极少数人会影响公共政策（例如，在积极安乐死与被动安乐死问题上）或者能够影响合作的整体比例，正如在接种免疫这个项目中所表现出来的那样。

对疏漏的偏见看起来好像不止有一种解释。[12] 一些参与实验者认为该差异是正当的，他们的理由是偏差不是产生那种结果的原因（尽管事实表明他们影响了与替代选择相关的结果）。假如当
171 时不在场或对此一无所知，这些参加该项目的部分参与实验者不会对所发生的结果承担个人责任，尽管事实表明他们当时在场或者知道情况。把疏漏用作一个参照点看起来只起到了很小的作用，以至于由于疏漏所造成的损害看起来就似以前的所获，这些所获同由于任务（它与规范理论[norm theory][13]相一致，而下文的损

---

〔11〕 参见 Ilana Ritov et al., Biases in Decisions about Compensation for Misfortune, manuscript, Dept. of Psychol., Univ. of Penn. (1989)。

〔12〕 参见 Spranca et al., 前引注 1。

〔13〕 参见 Kahneman and Miller, 前引注 8。

根据 Kahneman 和 Miller 的定义，规范（norm）是由过去经验形成的对某类事件的一般性知识和预期。当个体觉察到某一特定事件异于常规或者和预期不符时，便倾向于运用反事实思维对其进行修正，在心理上使之恢复可能的正常情况。大量实验证实了规范性对反事实思维的这种决定性作用。一个经典的例子是 Kahneman 和 Tversky 的研究，在此项研究中让试验者读一篇关于交通事故的文章，内容是某人在下班回家的路上因车祸身亡。一组参与实验者了解的情况是，遭车祸者回家所走的路与往常一样，但时间比平时要早；另一组读到的却是遭车祸者按正常时间下班回家，选择的路径与平时不同。回家时间过早和走一条平时不常走的路都与规范性有所偏离，结果在要求试验者考虑这次事故怎样有可能不会发生时，两组参与实验者都表现出了把事故归结为偏离了规范的倾向，认为如果遭车祸者按往常时间或走以前的路回家就不会发生这次车祸。对于规范理论，心理学家有很多不同的看法。一种观点认为，只要前提事件偏离了规范，就可能产生恢复规范的假设；另一种观点则认为，这仅限于结果也偏离规范的情况。Gavanski 和 Wells 提出，假设判断依据的是对应式启发（correspondence heuristic），即特殊结果被认为是特殊前提造成的，正常结果则被认为是正常前提造成的。他们的研究表明，人们倾向于通过修正特殊前提来修正特殊结果，如果正常前提或特殊前提进一步向偏离规范的方向发展，则正常前提也会被修正。对应式启发有一定的道理，尽管它只适用于现实生活中一小部分反事实思维的情况，但却指出了规范理论和 Kelly 的共变原则以及动物学习理论条件作用之间的联系。转引自：http://www.psychcn.com/enpsy/200108/20493960.shtml。——译者注

失则与前景理论[prospect theory][14]的恶心假设相一致)所造成的净损失相比没有那么让人觉得可恶。

接下来探讨那些显然缺失的信息。弗利希(Frisch)及拜伦就曾声称"含混"对决策的影响可以用缺漏信息的特征来进行表述。[15] 例如,埃斯堡(Ellsberg)曾首先做过如下实验:人们被告之如果摸到一个红球他们就会得到奖励,那么他们就会宁愿从装有五十个红球及五十个蓝球的罐中去摸球,而不会到一只不知道红球和蓝球比例的罐中去摸球。[16] 在第二种情形中,红球的比例就是一个突出的缺失信息。参与实验者不会认为其他的缺失信息可能会有用,例如,有关第一个能从中摸到球的罐中之红球比例方面的信息即是。对缺失信息的感知会引导人们倾向于不采取行动,因为他们在做某事之前有先查询一下信息的愿望。然而,当信息查不到时,这种愿望就会得不到满足,他们就会不敢轻举妄动了。

弗利希及拜伦辨称那种在信息缺失时不采取行动的做法可以用来解释含混的其他影响,诸如在进行概率评估的专家之间发生

---

〔14〕 参见 Daniel Kahneman and Amos Tversky, Choices, Values, and Frames, 39 *Am. Psychol.* 341(1984)。

Tversky 和 Kahneman (1979) 提出的前景理论(prospect theory)是行为金融理论的重要基础,这也是 Kahneman 获得 2002 年度诺贝尔经济学奖的主要原因。其核心结论是投资者对风险的态度受到投资机会以何种形式出现的影响。期望理论提出的"S"型价值函数强调个人投资受到其主观投资参考点(reference point)的影响,当资产价格高过参考点价格时(即主观上处于盈利),投资者是风险回避者,而当资产价格低于参考点价格时(即主观上处于亏损),投资者转而成为风险偏好者。大量的实验发现决策个人的效用不是因为财产存量的函数,而是财产变化量的函数。而且,个人往往在收益时展现出风险回避,而在损失时呈现出风险偏好。实际上,期望理论并不是对期望效用理论的系统性违反。只是个人在面临前景时风险态度在对损失和收益时不同。这契合了卡尼曼等心理学家所描述的:人的理性是有限的。人们在做决策时,并不是去计算一个物品的真正价值,而是用某种比较容易评价的线索来判断。例如,肯德基的薯条,常听朋友说买小包的最划算,其实又没谁一根根数过,不过是小包的包小,看上去装得满扑扑的罢了。人们总是非常相信自己的眼睛,实际上目测最靠不住了,聪明的商家就善于利用人们的这种心理,制造"看上去很美"的效果。转引自:http://zxbphd.zj001.net/misc.php?xname=JVMPCV0&dname=NEVDCV0&xpos=60&op=print。——译者注

〔15〕 参见 Frisch and Baron, 前引注 2。

〔16〕 参见 Daniel Ellsberg, Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms, 75 *Q. J. Econ.* 643 (1961)。

的冲突所产生的影响。[17] 布卢恩(Brun)及特根(Teigen)最近为此观点提供了一些佐证:参加实验者更愿意猜测未发生的不确定事件之结果,当然这是相对于要他们猜测在他们知道之前已发生的事件的结果来说的。[18]

在本实验中,通过保持接种造成伤害后可能产生的结果之恒定,我们直接检测了缺失信息的效果。我们只注意到了一个因素,该因素会影响这种伤害发生以及成为该伤害所形成的"风险群"成员。"含混"因此就被控制,尽管仍在探讨中的结果之概率确实可知。

前述对决策中含混的影响之研究,经常没能够清晰地让参与实验者知道通过含混控制,产生该结果的概率是不会受影响的。弗利希发现那些参与实验者,同埃斯堡所做实验中的参与实验者一样,相比较其他情形而言,通常不知道(那些可以期待的)是恒定的。[19] 在本实验中,我们直接通过保持接种造成伤害后可能产生的结果之恒定来测试缺失信息所产生的影响。我们只注意到一个因素,该因素能够影响这种伤害以及成为该伤害"风险群"成员。"含混"因此就被操纵,即使是在探讨中可以被确切知道时亦如此。因此我们测试了含混本身的功用,结果发现:参与实验者的意念中
172 (含混对产生的影响没有被搞混乱。)

缺漏—任务与缺失的信息二者都与公共决策有关。有一个经典案例,其中对缺漏存有偏见的态度影响了其后的政策,该案中的一个立论就是任何引起飓风的行为都是不合理的,即使该行为导致的损害不太严重,对那些决策者来说他们要为此承担责任[20],因为该损害可以被不同的人所感知。我们的法律体系同样重视该区别,即使其表面看起来不相关:我们的法律对于那些决定生产某些

---

〔17〕 参见 Howard Kunreuther and Robin M. Hogarth, Risk, Ambiguity and Insurance, 2 *J. Risk & Uncertainty* 5 (1989)。

〔18〕 参见 W. Brun and K. H. Teigen, Prediction and Postdiction Preferences in Guessing, 3 *J. Behav. Decision Making* 17 (1990)。

〔19〕 参见 D. Frisch, The Effect of Ambiguity on Judgment and Choice, 该文系作者在宾夕法尼亚大学心理学系 1988 年所做的博士论文,该论文没有出版。

〔20〕 参见 R. A. Howard, J. E. Matheson, and D W. North, The Decision to Seed Hurricanes, 176 *Science* 1191 (1972)。

产品而造成伤害的生产者施加了严格责任，但是我们根本不会对他们不生产某产品（如新的疫苗）所作出的决定而要求其承担责任。同样，在风险很小（例如一些与基因工程有关的产品），而我们对其不是太了解时，我们倾向于花更大力气降低风险，当然，这是相对于我们对风险很了解并且其风险很大（例如气体元素氡）时来说的。

在本文所有已报告的实验中，最基本的任务是下面内容：参与实验者均被置于一个假设的环境之中，在该环境下他们必须在两个决定中作出一个选择，要么是给孩子接种疫苗以抵御流行病，要么是支持法律规定，即所有的小孩都必须接种疫苗。很自然，疫苗本身都携带了一定风险。

此处我们提出的接种疫苗问题是以真实的 DPT 疫苗（白喉[diphtheria]、百日咳[pertussis]、破伤风[tetanus]）为原型的，这种疫苗如果一次注射的剂量超过 310,000（单位）会导致严重的、永久性神经伤害，但是其损害比原来只发生在小孩身上的百日咳（也叫 whooping cough）要轻得多。1987 年，美国唯一的一家生产 DPT 疫苗的生产商利得乐（Lederle）公司将该疫苗价格的 70% 提留作为应对侵权诉讼的储备。[21] 同样，沙宾疫苗（Sabin vaccine）偶尔会导致小儿麻痹症，尽管整体上它比沙克疫苗（Salk vaccine）要安全得多，但是它有时也阻止不了小儿麻痹症。沙宾疫苗的生产商已经因为这类没有阻止小儿麻痹症的情形而承担法律责任[22]，尽管还没有诉讼是针对沙克疫苗生产商提起的。更常见的是，生产商会因为它们所生产的产品产生有害后果而承担法律责任，而对它们的无动于衷产生有害后果不予理睬。[23] 对可能的副作用的含混进一步降低了公司及它们的保险人进一步推动生产新产品的意愿。[24]

---

[21] 参见 J. K. Inglehart, Compensating Children with Vaccine-Related Injuries, 316 *New England J. Med.* 1283 (1987)。

[22] 同上。

[23] 参见 Peter W. Huber, *Liability: The Legal Revolution and Its Consequences* (1988)

[24] 参见 Kunreuther and Hogarth，见前引注 17。

实验一

方法

参加实验者是在显眼的校园人行道上通过自愿签名参加的方式征募的，共计有 53 名在校本科生，给他们的报酬是每小时 5 美元。

参加实验者针对一个情形作出选择，该情形是一种疾病会导致 10,000 名小孩中的 10 名死亡。有一种疫苗，价值是每个小孩只需花 2 美元的成本即可注射，它可以阻止任何人身上所得的该类疾病，但是该疫苗本身有副作用，会致使一些小孩死亡。那些由于疫苗副作用致死的小孩并不必然与那些死于疾病的小孩一样。参与实验者每人得到一张表，上面有：药物副作用致死的不同的可能
173 值，从 0/10,000 到 9/10,000；“死亡的净降低额”由风险级别提供；以及“每个被救生命身上所花的成本”。当副作用产生的死亡率是 0 时，“净降低”与“每个生命的成本”相应地从 10/10,000 和 2,000 美元开始；当副作用产生的死亡率是 9 时，前述两项指标就会达到 1/10,000 和 20,000 美元。参与实验者还被问及在实施一个强制性的接种疫苗计划时，政府应该承受的最大风险级别可以达到多少。

在“同样一群小孩”的情况下，参与实验者被告之，“假如发现这群小孩会因感冒死亡的概率与注射疫苗产生的副作用致死的概率一样。这样，‘净降低数’将代表实际上被拯救的生命，也就是那些注射了疫苗就可能不会因感冒导致死亡的小孩的总数。这样将没有小孩会死于疫苗，结果就会没有人因此而死亡。”其他的两个项目一样，除了成本变成了每小孩的注射成本由 2 美元变成了 10 美元，也就是每个生命的成本相应地有所增加。另增项目涉及其他一些不相干的问题。

结果

基本状况，死于注射疫苗的小孩并不必然与那些死于疾病的

小孩总数一样,57% 的答案是在 1/10,000—8/10,000 之间;23% 的参与测试者认为不能忍受任何风险;另有 9% 的给出的答案是 9(或者是 10,也就是最大的可能风险)。(剩下的六个给出了没法解释的答案,或者没有对该项目作出回答。)

在"同样一群小孩"的情况下,47% 的参与实验者(与基本状况中的 9% 相比较)说疫苗应该在最大风险为 9/10,000 时注射。总之,考察对象为同样一群小孩情况下比在同样成本下的可接受风险高出 68%,可是考察对象为同样一群小孩情况下与控制值($p < 0.001$)相比,可接受风险降低了 4%。有几个参与测试者指出这些状况之间的差别在于疫苗是否会杀死那些在任何情况下都不会死于疾病的小孩。一些参与测试者对于基本状况的风险基本或完全不能忍受,有的说(对另一问题的回答)他们认为政府根本就没有权利强迫任何人去接种疫苗,并声称大规模地进行接种疫苗会导致一些小孩的死亡,这种做法不对,即使其目的是在大量的小孩将获得拯救。例如,"你不能强迫父母给小孩使用可能导致小孩死亡的药物或疫苗。"参与测试者明显不倾向于去考虑,因为一个决定导致接种疫苗失败(这种情况无论如何会发生)发生死亡这种结果;即使死亡根本就不会发生,他们仍会考虑因为作出了一个要接种疫苗的决定而最终导致死亡这种结果。

尽管每个人注射疫苗的成本长了五倍,疫苗价格对于结果没有影响。当价格偏高的时候,53 位参与实验者中有 4 位不太愿意接种疫苗,有 3 位非常愿意,其余的人一般都愿意。因此,这个结果表明,对于疏漏的偏差来说是不能用注射疫苗成本偏高来解释的。

实验二

目前的实验增加了一些模糊的情况,在该情形下接种疫苗的最终结果有赖于一个不清楚的中间状况。我们希望在这种情形下参与实验者对信息缺失的主观感受更加明显,如此,就会导致更加强烈的疏漏偏差。

如前一样，参与实验者将面临一个假设的情景，在这种情景中，他们必须决定为了让孩子免受流行性感冒的困扰是否要给小孩接种疫苗。有几个情形，要么与感冒有关，要么与接种疫苗有关，正如所描述的，不同之处在于人群中有无“风险群”的存在。然而，在所有情形下，小孩是否属于任意风险群的相关信息对于决策者来说是不可知的。尽管我们强调所有情形下整个的死亡是相同的，但我们预测风险群的出现会让参与实验者不太倾向于去接种疫苗。

我们还比较了涉及接种疫苗导致死亡风险的含混（缺失信息）与涉及感冒导致死亡的含混之间的影响。为达此目的，我们设计了两种情形：一种情形是只涉及接种疫苗所产生的风险群之信息，另一种情形只涉及感冒所产生的风险群之信息。

最后，我们假设法律规定所有小孩都必须接种疫苗，对此时小孩们自己作出的和我们预设的决定进行了比较。

方法

同实验一样，有 28 个学生被选中参加实验。

参与实验者必须把所有的情况经历两次：第一次对他们是否让他们的孩子接受接种免疫作出个人决定。另一次是表明他们对法律规定进行接种疫苗是否支持。过半数的参与实验者在作出私人决定之前就对法律政策作出了决定。

调查问卷的使用须知如下：

在你所居住的州，据说有几种正在流行的感冒，这些感冒病症对于三岁以下的小孩是致命的威胁。小孩感染那种感冒的概率是 1/10，但是只有 1/100 被感染的小孩会死于那些流行性感冒。这就意味着会有 10/10,000 的小孩会死掉。

一种针对这种感冒的疫苗已经推出并在实验期。该疫苗会消除感染流行性感冒的概率。但是，该疫苗也可能因为具有副作用
174 而致人于死命。

在做个人决定时，参与实验者被问及：“假设你已结婚并有了一个一周岁的小孩，你要决定是否应该给孩子接种疫苗，因为如果不接种疫苗的话，你的孩子将会有 10/10,000 的概率死于流行性感冒。”在这个政策决定过程中，他们被引导：

假设州政府正在考虑颁布一部法律要求所有的小孩都必须接种疫苗，除非医生认为接种疫苗对小孩的身体健康有害。（这样的法律在宾夕法尼亚州及其他的一些州存在。）现在的问题是你是否会支持这样的一部法律。如果法律没有通过，孩子们将不会接种疫苗，那么就会有万分之十的小孩死于该流行性感冒。

在每种情况下，参与实验者都被问及并指出在他们愿意给孩子接种疫苗时（或者是为了支持法律），那些接种疫苗了的小孩之中总体上最大的死亡率是多少他们才可以接受，下面的数字范围可资利用：

你愿意给你的孩子接种疫苗［以支持要求接种疫苗的法律通过］吗？如果接种疫苗了的小孩的总体死亡率是（在那些你愿意给孩子接种疫苗的数值上打钩［支持要求接种疫苗的法律通过］）：

_____ 0/10,000
_____ 1/10,000
_____ 2/10,000
_____ 3/10,000
_____ 4/10,000
_____ 5/10,000
_____ 6/10,000
_____ 7/10,000
_____ 8/10,000
_____ 9/10,000
_____ 10/10,000

八种不同版本的、与接种疫苗有关的问题被用于此处（包括标题）：

1. 基本状况。“那些死于接种疫苗产生的副作用的小孩并不必然与那些死于流行性感冒的小孩总数一样。”

2. 流行性感冒的“风险群”。“假设发现有 100/10,000 的小孩会死于流行性感冒。那些没有死于流行性感冒的小孩没有经历任何不良反映。关于谁会罹患此种病症的测试结果一般是无法提供，因此不得而知。死于流行性感冒的总体概率仍旧是 10/10,000（那 10 名容易罹患此种病症的小孩都在要进行实验统计的 100 名

小孩当中)。"

3. 接种疫苗的"风险群"。"假设发现 100/10,000 的小孩由于接种疫苗产生的副作用而导致死亡(如果有这样的死亡发生的话)。那些没有死于接种疫苗的小孩没有经历不良反映。关于谁
176 会死于接种疫苗产生的副作用的测试结果一般无法提供,因此不得而知。死于接种疫苗副作用的总体概率仍旧是 10/10,000。"

4. 流行性感冒与接种疫苗共同的风险群。"假设发现有 100/10,000 的小孩会死于流行性感冒,与由于接种疫苗产生的副作用而导致死亡的(如果有这样的死亡发生的话)数额相同。那些没有死亡的小孩自然就不会经历任何不良反映。关于谁会死于接种疫苗产生的副作用或流行性性感冒的测试结果一般无法提供,因此不得而知。当然,这并不是说那死于接种疫苗产生副作用的孩子无论如何总是要死的,即使是他没有感染流行性感冒。死于流行性感冒的总体概率仍旧是 10/10,000(那 10 个容易罹患此种病症的小孩都在要进行实验统计的 100 小孩当中)。"

5. 流行性感冒与接种疫苗不同的风险群。"假设发现有 100/10000 的小孩会死于流行性感冒,并且有 100/10,000 的小孩由于接种疫苗产生的副作用而导致死亡,但是他们并必然是同一群小孩。那些没有死于流行性感冒的小孩永远都不会死于流行性感冒;那些没有死于接种疫苗产生副作用的小孩永远都不会死于接种疫苗产生的副作用。关于小孩的这种易感染程度(susceptibility)测试结果一般无法提供,因此不得而知。死于流行性感冒的总体概率仍旧是 10/10,000(那 10 个容易罹患此种病症的小孩都在要进行实验统计的 100 个小孩当中)。"

6. 接种疫苗的化学风险群。"假如发现接种疫苗致人死亡的原因是由于疫苗与人体正常产生的某种化学物质发生相互作用。当这种化学物质超过一定的量时相互作用才会发生。有 100/10,000 的孩子身体中的化学物质会超过这个点。因此这些小孩会面临接种疫苗导致死亡的风险。其他的小孩不会有风险。但是对该化学物质的测试结果一般不能得到,因此不得而知。死于流行性感冒的总体概率仍旧是 10/10,000。"

7. 接种疫苗可能导致流行性感冒。"假设该疫苗由一定剂量

的弱细菌构成，这样就会激发人体产生更多的抗体以抵御流行性感冒。疫苗当中的剂量是最低量的，它会激活抗体的产生机制。在项目 A 中所认定的死亡是死于'副作用'，其实都是死于流行性感冒，而这种流行性感冒是由于接种疫苗导致的。死于流行性感冒的总体概率仍旧是 10/10,000。"

8. 接种疫苗失败。"假设有一种替代疫苗已经研发出来了。在此情形下，该疫苗不会导致死亡，但是其效果不甚明显。在那些接种了该种疫苗的小孩当中，一些会死于流行性感冒，因为该疫苗会失效。死于流行性感冒的比率是万分之十，同案例 A 中的一样。当然，在这种情形下，该疫苗没有副作用，但是如果疫苗失效，小孩就会死于流行性感冒。" 177

结果

28 位参与实验者中的 4 位被排除在分析范围之内，因为他们的回答显示他们没有理解他们的任务是干什么（例如，当接种疫苗导致死亡率高的时候，相对于接种导致死亡率低的时候，他们更乐意去接种疫苗）。8 位参与实验者对所有情况都给予了同样的回答。表 6.1 显示参与实验者之间在他们决定接种疫苗时的最大死亡率以及参与实验者仍旧支持通过法律规定小孩必须接种疫苗时的最大死亡率的平均值。

表 6.1 接种过疫苗的小孩的平均最大死亡率
（以 10,000 为基数）（人数 = 20）

	情形	个人决定	对立法的支持
1	基本情况	5.458	5.750
2	流行性感冒的风险群	5.458	6.250
3	接种疫苗的风险群	4.350	4.625
4	同样的风险群	4.000	3.917
5	不同的风险群	3.667	3.500
6	接种疫苗的化学物质风险群	3.208	3.125
7	接种疫苗可能导致流行性感冒	5.167	5.542
8	接种疫苗失败	7.125	6.833

公共决策的结果与个人决策的结果是相同的。在接种疫苗的公共决策与个人决定之间总体上没什么太大差异($t = 0.431$, $p = 0.67$)。个人决策中的情形排列与他们公共决策的情形排列也没有区别:在对两种决策的不同情形排序中,弗里德曼(Friedman)对差异的变量之分析没有产生重大结果(弗里德曼检验统计量 = 6.698, $p = 0.461$)。因此我们对这两种决策结果进行了平均。

为了检验假设接受接种疫苗小孩风险群的存在影响了其决策,我们把接种疫苗的风险群的几种情形(情形 3 及 5)与没有接种疫苗风险群时的其他同等情形(情形 1 及 2)进行了比较。实际上,接种疫苗风险群的存在严重降低了参与实验者接受疫苗的意愿:与情形 1 相比,情形 3 中,有 12 位参与实验者不太愿意接种疫苗,并且只有 2 位参与实验者愿意接种疫苗;与情形 2 相比,在情形 5 中,有 15 位参与实验者不太愿意接种疫苗,但是没有人选择相反做法($p < 0.001$)。

我们对风险群的表述可能会引起怀疑。参与实验者可能会认
178 为足够的努力将会导致信息缺失。

为了检验其概率,我们开始了另一项实验,在此实验中我们明确说明信息是不可得的。22 位参与实验者面临的是基本情形外加新的接种疫苗风险群版本,该版本与版本 3 相同,除了参与实验者被告之:"决定谁容易罹患此病的测试现在可以进行了,但是该实验必须在小孩出生的时候做,而在你小孩出生的时候又不能做了。"结果基本上没有变动。与在基本情形下相比,有 8 位参与实验者不太愿意在风险群情况下接种疫苗,有 1 位参与实验者做了相反选择($p < 0.02$),6 位参与实验者对两种版本给出了最高评级(9 或 10),另有 7 位参与实验者对那两个版本给了同样评级,但都低于 9。

回到主要实验,在感冒风险群情形下作出决定(情形 2 或 5)与没有该风险群的匹配情形下所做的决定没什么太大区别。与情形 1 相比,情形 2 中有 4 位参与实验者更愿意接种疫苗,而 4 位其他的参与实验者在此情形下不太愿意接种疫苗($p = 1$);与情形 3 相比,情形 5 中有 2 位参与实验者更愿意接种疫苗,并且有 9 位做了相反选择($p = 0.065$,但是此时风险群是刺激了而非消减了接种疫

苗的积极性)。总之,接种疫苗的风险群让那些参与实验者不太情愿去接种疫苗,但是流行性感冒风险群却没有发生此种重大反映。

情形4(流行性感冒及接种疫苗的共同风险群)与情形5(不同的风险群)之间的差异不太重大。与情形4相比,情形5中有7位参与实验者不太愿意接种疫苗,另有其他2位参与实验者做了相反选择($p=0.180$)。这与总体上缺乏流行性感冒风险群的影响相一致。

让缺失的信息变得更明白导致参与实验者仍旧不太愿意接种疫苗。把情形3(接种疫苗的风险群)与情形6(接种疫苗产生的化学物资风险群)相比,我们发现情形6中给出的附加信息致使10位参与实验者,与情形3相比给出了较低的回答。此时没有参与实验者做相反选择。有关接种疫苗导致死亡机制的一些信息看起来好像没有什么紧要的(与情形7相比,情形1中7位参与实验者给出了较高的回应,有3位参与实验者做了相反选择,$p=0.344$)。

最后,当死亡是由于接种疫苗失败而非接种疫苗产生的副作用导致时,参与实验者很愿意接受接种疫苗导致小孩死亡率较高一些这个事实(与情形1相比,情形8中10位参与实验者更愿意接种疫苗,只有1位参与实验者做了相反选择;$p<0.02$)。当死亡是由于接种疫苗失败导致时,决定接种疫苗不会导致死亡:这种情形与实验一中的"同样一群小孩"相似。这个发现与斯普兰卡等人的发现一致,也就是说缺漏偏差是由任务本身导致糟糕的结果这种信念所决定的,并且如果决策者没有意识到作出决策时的概率,那么糟糕的结果就不会发生。[25] 179

实验三

在前述实验中感冒风险群影响的缺乏表明:当涉及缺漏的影响或者是任务的影响时,对缺失信息的权重是不同的。然而,此种情形也可能产生于缺失信息与其回应模式之间的相似之处:参与

[25] 参见 Spranca et al., 前引注1。

实验者用接种疫苗导致死亡的总数给予回应，所以他们可能会对涉及有关接种疫苗导致死亡的信息更敏感。为了检测这个替换性的假设，我们设计了下面的实验。

如前一样，参与实验者也面临一个假设的情形，在这种情形中他们必须决定是否给孩子接种疫苗以抵抗流行性感冒对人体的侵害。他们首先被问及：在基础情况下，此时还没有提及风险群的存在，他们到底有多愿意让他们的孩子去接种疫苗。接着他们被问及：如果他们知道接种疫苗风险群的存在，他们是否会更（不太）倾向于让他们的孩子接种疫苗；如果他们知道流行性感冒风险群的存在，他们是否会更倾向于让他们的孩子接种疫苗。

两个基本的情形在此处被应用。在第一个情形里，接种疫苗导致死亡的死亡率已经给出，并且参与实验者被问及：如果他们决定给孩子接种疫苗，那么他们认为感冒导致死亡的最低死亡率是多少。在第二个情形里，由于感冒导致死亡的死亡率已经给出，并且参与实验者被问及：如果他们决定给孩子接种疫苗，那么他们认为接种疫苗导致死亡的最高死亡率是多少。随后，对于这两个基本情形的每一个都有涉及针对接种疫苗以及流行性感冒风险群问题的两种不同版本。

方法

与前述实验中一样，有 30 名学生被招募参与实验。

问卷中的使用指引基本上是重复实验二中假设的一些情况，除了没给出流行性感冒导致死亡的概率外。然后，这些参与实验者被告之："在下面的每种情形中，将会给你提供一些有关接种疫苗或流行性感冒的信息。"情形如下：

情形 1：基本情形，流行性感冒回应模式。参与实验者被告之 10/10,000 的小孩将死于接种疫苗，并且还要求他们完成下面的句子："假如有超过_____/10,000 的小孩会死于流行性感冒，我将给我的小孩接种疫苗。"

情形 2：接种疫苗风险群，流行性感冒回应模式。参与实验者被告之假设接种疫苗的风险群已经被发现，尽管决定易感染程度的测验一般无法提供，因此也不得而知。他们还被问及：在此情形

中,与在情形 1 相比,他们是否多少有些倾向于为他们的小孩接种疫苗。 180

情形 3:流行性感冒风险群,流行性感冒回应模式。该情形与情形 2 一样,存在一个流行性感冒风险群而不是接种疫苗风险群。

情形 4:基本情形,接种疫苗回应模式。这种情形与情形 1 相似,除了那些可提供的流行性感冒信息(40/10,000 的小孩将死于流行性感冒)。要求参与实验者完成下面的句子:"假如有只有万分之_____的小孩会死于接种疫苗,我将给我的小孩接种疫苗。"

情形 5:流行性感冒风险群,接种疫苗回应模式。这种情形与情形 3 相似,除了要求参与实验者参照情形 4 中的决定。

情形 6:接种疫苗风险群,接种疫苗回应模式。这种情形与情形 2 相似,除了要求参与实验者参照情形 4 中的决定。

结果

在每个相关的情形,当参与实验者了解到风险群以及他们的决定(与对应的基本情形有关)方向改变之后,他们的决定会发生一些变化,那些受前述因素影响的参与实验者的总数正是表 6.2 所要说明的。

表 6.2 在实验三中被风险群影响的参与实验者的人数(人数 =30)

风险群	在基本情形下的回应模式	不太愿意接种疫苗	更愿意接种疫苗
接种疫苗	流行性感冒导致的死亡率(情形 2)	19	5
	接种疫苗导致的死亡率(情形 6)	21	5
流行性感冒	流行性感冒导致的死亡率(情形 3)	19	13
	接种疫苗导致的死亡率(情形 5)	21	13

首先注意对风险群的了解在两种回应模式里效果基本相同。这对于接种疫苗风险群及流行性感冒风险群来说都是同样真实存在的。为了检验风险群的影响,我们对两个存在风险群的情形以及两个不存在风险群的情形之数字回应进行了平均。对于接种疫苗风险群(情形 2 及 6),我们发现,当知道接种疫苗存在风险群时(与基本情形有关,没有提及风险群),有 18 位参与实验者不太愿意让孩子接种疫苗,并且仅有 3 位参与实验者相对更愿意为孩子

接种疫苗($p<0.001$)。流行性感冒风险群的存在对于参与实验者的决策没有系统的影响:有 8 位参与实验者不太倾向于让孩子接种疫苗当他们知道流行性感冒风险群存在时(情形 3 及 5),但是有 10 位参与实验者相对更倾向于为孩子接种疫苗($p<0.815$)。

因此,我们复制了实验二的结果,并且排除了对其结果的替代解释。当了解到接种疫苗小孩存在风险群时,参与实验者不太愿意让他们的小孩去接种疫苗,但是这种情形没有同样地受到那些感染流行性感冒小孩间风险群存在之影响。这个发现看起来不是源于通过回应方式而被弄得更显眼的接种疫苗死亡率。

实验四

在前述实验中,很显然由于接种疫苗小孩风险群的存在而导致愿意接种疫苗的热情减少,尤其是在无法知道谁正处于风险群的时候,哪怕接种疫苗的所有风险保持恒定时亦如此。这种反映的一个原因可能是:当面临含混时,人们倾向于假设最糟糕一面;也就是说,如果他们知道风险群的存在,并且没有办法找出自己是否属于该风险群,他们会倾向于假想他们是属于某个风险群。如果这是真实的,由于风险群中的死亡率增加,那么我们应该希望人们不太倾向于去接种疫苗。

实验四通过改变与人口有关的风险群的规模以及那些处于风险群的小孩由于接种疫苗导致死亡的死亡率来检验这个假设。特别的是,风险群要么小(1,000/100,000),要么大(10,000/100,000),并且处于风险群的小孩死亡率要么高(10/100)要么低(1/100)。对应地,在人群中我们有三个层次的整体死亡率:高(1/100),中(0.1/100),或低(0.01/100)。很显然,总体上人群中接种疫苗导致死亡的概率等于风险群相对规模与这个风险群里的死亡率之积。

正如前面实验一样,参与实验者被告之:谁属于那个风险群是不可能提前决定的。要求参与实验者指出,当他们决定为小孩接种疫苗时,其心目中的人群中因感染流行性感冒而导致死亡的最

小数目是多少。在不同的情况下，由于接种疫苗导致死亡的死亡率不是保持恒定的，我们利用对应的、整个接种疫苗导致死亡的死亡率（但是其中不包括风险群）引进了三个控制情景。由此，风险群效应可以由各个层次的整体死亡率决定。”

方法

有 40 名学生被选中参与前述实验。

参与实验者经历了所有的情形。为了控制顺序效应（order effect），所有情形的两种不同顺序得到应用，其中大约有半数的参与实验者被安排去完成其中的每一个。然而，在这两种顺序中，控制情景是位于风险群情景之前的。 181

问卷中的使用指引与实验二中的使用指引是一致的，除了对任务的描述外，该任务栏上写着：“在下述每种情形中，将为你提供一些有关流行性感冒接种疫苗的信息，并且你将被问及：在由于流行性感冒导致死亡的死亡率最小到什么程度（也就是每 10,000 人中有多少人会死）时，你才会决定为你的小孩接种疫苗。”参与实验者还得完成下面的一段话：“如果有超过_____/10,000 的人会死于流行性感冒，我将为我的小孩接种疫苗。”

涉及接种疫苗问题的六个不同版本在此得到应用。在三个控制情形中，10/10,000（情形 1），100/10,000（情形 2），或者 1,000/10,000（情形 3）的小孩将死于接种疫苗。该风险群情形如下：

情形 4：1,000 名小孩处于危险之中，其中 10 人会死于接种疫苗；

情形 5：1,000 名小孩处于危险之中，其中 100 人会死于接种疫苗；

情形 6：10,000 名小孩处于危险之中，其中 100 人会死于接种疫苗；

情形 7：10,000 名小孩处于危险之中，其中 1,000 人会死于接种疫苗；

对各种风险群情形的确切措辞（此处以情形 4 为例）应该是：“假设发现有 1,000/10,000 的小孩将由于接种疫苗而导致死亡。

这意味着这1,000个小孩之外的小孩将不会因为接种疫苗而处于生命攸关。处在这个风险群的小孩,将会有10/1,000会死于接种疫苗。决定易感染程度的测试一般无法提供,因而其结果不得而知。

结果

表6.3显示每种版本的平均回应。先来检验一下控制情形,我们就会发现有一个重大的疏漏偏差:

表6.3 罹患流行性感冒而接种疫苗导致死亡时的平均最低死亡率

情形	风险群规模 (_____/100,000)	接种疫苗导致死亡 (_____/100,000)	平均的最小的感冒死亡率 (_____/100,000)
1	—	10	2,584
2	—	100	4,316
3	—	1,000	10,693
4	1,000	10	8,139
5	1,000	100	7,739
6	10,000	100	7,287
7	10,000	1,000	14,435

将会导致参与实验者决定为其孩子接种疫苗,也就是说此时他们可以接受的因罹患流行性感冒导致的最低死亡数额最少是接种疫苗导致死亡数额的10倍以上。通过利用自由回应程式,这个结果拓展了前述几个实验的结果。三个控制情景之间的相互比较表明:随着接种疫苗导致死亡数额的增加,由于罹患流行性感冒导致死亡的数额与由于接种疫苗导致死亡的数额之间比率就会降低。

对于风险群的不同版本来说,我们计算了对每一版本回应与对应的控制版本回应之间的比率(正相记录显示接种疫苗风险群的积极程度不高)。表6.4中显示的是根据所有参与实验者给出的回应得出那些记录的平均值。表6.4中的每个单元数值都显著地大于0。因此,我们此处重复在前面实验中得出的"接种疫苗风险群"效应:接种疫苗风险群的存在导致疏漏偏差的加强。当其他

情况一样时，参与实验者不太愿意为孩子接种疫苗，特别是在他们知道这种风险是“不均衡”地分布在人群当中时。

表 6.4 风险群情形的回应与对应控制情形的回应之比率的平均记录（人数 =40） 182

情形	风险群规模（_____/100,000）	接种疫苗导致死亡（_____/100,000）	控制情形	比率记录
4	1,000	10	1	1.465
5	1,000	100	2	0.848
6	10,000	100	3	1.073
7	10,000	1,000	4	0.702

在单元之间的差异基础上进行的多变量实验产生了一个重要结果（$F[4,36]=4.61, p<0.01$）。然而，最重要的一对比较就是两个极端的情形，即情形 4 及情形 7（$F[1,39]=11.34, p<0.01$）之间的对比：与那高风险的、大规模的风险群相比较，接受疫苗的意愿更多地受低风险的、小规模风险群的影响。这种区别更多的是由于整体死亡率的差异，而不是受到该风险群内部风险群规模或死亡率的独立影响造成的。实际上，低风险的、大风险群与高风险的、小风险群之间的比较没有显示重大差异（$F[1,39]=0.25, p=0.61$）。

该结果表明：随着整体风险的提高，参与实验者对风险群的存在就不太敏感。该结果不支持“最糟糕情形”假设，该假设认定那些不知道自己是否属于某风险群的参与实验者倾向于假设自己属于该风险群。 183

总评

当接种疫苗会产生糟糕的结果时，参与实验者就不情愿接种疫苗，即使不接种疫苗的结果会更糟，他们亦会如此选择。不管结果是否关涉个别的小孩（在此情形下，差别是用概率来表述的），也不管结果是否关涉到一大群人（在此情形下，结果因受到影响的小孩的总数而有差异），上述结论是真实的。一些参与实验者认定一

条绝对规则并且不会接受任何风险，无论它们是否会“导致”死亡，即使是以完全消除了由于其他原因导致死亡的风险作为回应，他们亦会如此。[26] 这些发现显示了对由斯普兰卡等人发现的那类疏漏存在非常强烈的偏差。因为此前，斯普兰卡等人曾就此偏差的决定因素做过深度阐述。[27]

在一个初步研究中，我们要求参与实验者解释一下即使是在最乐观的层次上，他们都决定不接种疫苗的原因。一些参与实验者没给予任何解释，由此我们无法将他们的解释从量上进行分析。然而，值得注意的是一部分人提供的解释涉及了责任问题。

一位参与实验者写道：“我感觉，相对于如果我没给他接种疫苗，可他还是死去来说，如果我给我的孩子接种疫苗，他因此而死亡，如此我将为他的死去负有更多的责任，我知道这让人听起来会觉得有些怪怪的。因此我宁愿让孩子继续流行性感冒，而不愿意冒着高风险去为他接种疫苗。”另一个参与实验者写道：“我宁愿选择碰碰运气，假想我的孩子不会感染流行性感冒，也不要为我的小孩接种疫苗去负责任。”第三个参与实验作者写道：“我不愿意冒风险给孩子接种疫苗而导致他死亡，即使这种疫苗是可以选择的亦如此。小孩若死于接种疫苗，那将全部是我的过错了。”这些解释反映出了参与实验者的主要关注点是疫苗：相对于疏漏的结果来说，人应该对于任务的结果负更多的责任。

当我们提醒参与实验者注意一条缺失信息，该信息有关接种疫苗导致死亡的风险群存在，此时，参与实验者的不情愿程度就会增加。这个发现支持了弗利希及拜伦的意见，也就是对缺失信息的感知会让人们不情愿采取行动，即使是在信息不可得到之时亦如此。[28] 在与以前有关含混影响的实验不一样，当前的这些实验中，缺失信息的特点是不断变化的，它独立于参与实验者对最终概率的了解。弗利希还发现，如埃斯堡实验中的那些参与者一样，他

---

〔26〕 参见 Jonathan Baron, Tradeoffs Among Decisions for Action, 16 *J. Theory of Soc. Behav.* 173 (1986)。

〔27〕 参见 Spranca et al., 前引注 1。

〔28〕 参见 Frisch and Baron, 前引注 2。

们经常不知道那期待的概率在各种有比照情景之下是恒定的[29]，我们把这个结果明确地告诉了参与实验者。

很有意思的是，从某种意义上来说，缺失信息是没有新意的。假如参与实验者考虑到了这一点，他们会很轻松地想像出接种疫苗导致的死亡是可以通过很多因素预测到的。参与实验者通常曾听说过大部分疾病都是存在一些风险因素的。如果信息没法得到，在只知道其潜在地存在时，人们的行为是不会受影响的。因此我们提出我们所发现的含混效应是一种框架效应（framing effect）[30]，该效应是由于我们提醒参与实验者注意的信息之故，而 184
非信息本身（那些参与实验者可以想像得到的）存在之故。

含混的影响不会呈现出一种趋势，该趋势假想缺失信息必定糟糕得很。在我们使用的接种疫苗问题上，有一种倾向是假设最糟糕的结果将意味着假定某人的小孩属于某个相关的风险群。这将意味着当参与实验者了解到流行性感冒风险群的存在时，他们要求接种疫苗的愿望极为强烈，并且随着处于接种疫苗风险群的小孩面临风险的增加，他们愿意为小孩接种疫苗的兴趣大减。我们对于这两个假设的任何一个都没有找到足够支持。

含混（明显的缺失信息）只在任务情形下才相对地被考虑。同此观点一致的是：同疏漏的结果相比，人们对任务的结果感觉负有更多的责任，参与实验者看起来考虑到了缺失信息对他们行为（接

---

〔29〕 参见 Frisch，前引注 19。

〔30〕 参见 Frisch and Baron，前引注 2。

所谓框架效应（Framing effects），即一个问题两种在逻辑意义上相似的说法却导致了不同的决策判断。其中 Kahneman 经典的研究之一即为：生存框架（survival frame）和死亡框架（mortality frame）。在实验中，他让被测试者（人数 = 152）看以下情景：假定在一种流行疾病的侵袭下，将有 600 人死亡。现在有两种方案取用方案 A 将有 200 人获救；采用方案 B，600 人全部获救的可能性为 1/3，而全部死亡的可能性为 2/3。试问应该采用哪种方案？结果表明 72% 的人选择方案 A。然后，对第二组被测试者（人数 = 155）叙述同样的情景，同时将解决方案改为 C 和 D。采用方案 C 将会有 400 人死亡；采用方案 D 则无人死亡的 1/3；600 人全部死亡的概率为 2/3。这一次，78% 的人选择了方案 D。而事实上，方案 A 与方案 C，方案 B 与方案 D 是等值的。之所以会造成以上效应可能是由于提问方式的影响，使得第一组参与实验者考虑的是救人，而第二组被测试者考虑到了会死亡的人数，因此，第一种情况下人们不愿意冒死更多人的风险。第二种情况则倾向于冒险救活更多的人，两种情况分别表现出对损失（死更多的人）的回避和对利益（救活更多的人）的偏好。——译者注

种疫苗)结果的影响,而没有考虑到他们不作为(不接种疫苗)的后果的影响。与行动结果有关的含混增加了他们行动的不情愿程度,但是对于疏漏选项则没有相应的影响。对于这个结果的一个可能解释是,含混增加了决策者对其所导致的糟糕结果的责任感。由此,含混对于疏漏就没有影响,因为那些受责任感影响的参与实验者对疏漏的结果不会感到负有责任。

我们的发现是在一定的假设情景中得出的,因此它们的一般性不太清楚。它们的确显示了我们已经发现的推导模式非常容易找到,因此看起来这些模式在其他地方也很好找,包括一些真实的情景下亦如此。通过同真实的情形相比较,诸如像接种百日咳疫苗这样的情形,我们的发现因此而变得更有说服力了。我们以及我们的同事已经开始研究与接种疫苗有关的真实决定,其结果到时将单独公开。

7 次级决策

凯斯·R. 桑斯坦　艾得娜·乌尔曼-玛格里特

根据实用推理的思维形象，人是决策型动物，对其拟订的行动过程要从优势与劣势两个方面进行评估，并进而根据其判断作出选择。这个思维形象在经济学以及决策理论中扮演了同样的角色；在各种情形当中，其主要作用是集中描述法律及政治推理。甚至在心理学领域，其中的有限理性模型是普遍深入的并且经常谈到"满意"而不是最大化，只有在这种思维形象的背景下，此种偏离才可以被理解。

正如很多人已经注意到的那样，这种对实用推理的理解是极为不充分的。[1] 一个重要的问题就是忽略或简化人们在现场必须作出决定之前就很好地接受了的那些战略。此处存在一个中心问题，那就是人们会寻求克服他们自身的缺点，比如说算计方面的、道德方面的，或者说要不然，在做最终决定之前进行一些高层次选

[1] 例如，可参见 John Elster, *Solomonic Judgments: Studies in the Limitations of Rationality* (1989); John Rawls, Two Concepts of Rules, 64 *Phil. Rev.* 3 (1955); Edward F. McClennen, *Rationality and Dynamic Choice* (1990)。经济学方面，例如，可参见 Thomas C. Schelling, Enforcing Rules on Oneself, 1 *J. L. Econ. & Org.* 357 (1985); Louis Kaplow, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, 42 *Duke L. J.* 557 (1992); Richard H. Thaler, *Quasi-rational Economics* (1991)。

择(meta-choice)[*]。理性人与有限理性的人都会努力使其作出选择时的负担以及犯错误的可能性最小化。

通过《次级决策》一文,我们参考了为减少问题而制定的适当战略之决策,当然这些问题主要与作出首次决策有关。由此,次级决策涉及人们为了避免首先就陷入平常的决策情景之中而使用的一些战略问题。在法律上,譬如说,一些法官在规则有利于提高可预见性(predictability)以及使随后的决策负担最小化时,他们通常会喜好那些偏向有规可循的次级决策。在政治上,立法机关通常采纳偏向于代表第三方的次级决策,此时它们就像一个行政机关。但是各种各样的替代战略,以及严重的伦理,甚至是民主问题由受规则约束的决定(例如,反对一些小的、可以逆转的步骤)及委托方式(例如,与可辩驳的假设相对立)提出来。

我们在此就是为了弄清楚如何在次级战略之间作出选择。(这些战略不同在他们导致差错的程度以及还有他们强加在其代
188 理人或其他人身上的情报型及其他类型的负担程度上,其产生要么在最后决定程序开始之前,要么在最后决定程序期间。)有三个特别有趣的情形。第一种情形与次级决定有关,该决定在最后作出决定之时会极大地减轻负担,但是需要提前做大量的思考。这种决定,我们称之为"高—低(High-Low)",可能在事实清楚之前很难作出;问题在于这些负担是否值得去承担,根据后来增加的负担,如道德方面的,认知方面的,要不然还有把次级决定和首次决定放在一块形成的负担。第二种情形我们称之为"低—低(Low-Low)"。一些次级战略在最终决定之前或期间很少强加一些决策性负担。这是一个极大的优势,但是一个重大的问题是正在探讨的战略(考虑用抛硬币来决定的方式)是否会引发太多的不公或者

---

[*] 高层次选择(meta-choice),以 T. C. Schelling 在《自我控制:一门新学科》(Self-Command: A New Discipline. In *Choice Over Time*. George Loewenstein and Jon Elster, eds. New York: Russell Sage Foundation. 1992)一文中提到的"自我控制"理论为主。他认为,人外在行为是内在不同"自我"(self)妥协的结果,常是"短视自我"(myopic self)与"远见自我"(farsighted self)间的争斗;与 H. Margolis 在《自私、利他与理性》(*Selfishness, Altruism and Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982)一文中认为个人决策是试图在"自利"与"利他"这两种动机之间取得平衡的解释,有异曲同工之妙。——译者注

产生太多的错误。第三种情形我们称之为“低—高(Low-High)”。此时,一些次级战略会涉及对于代理人自己来说的低强度事前决策(ex ante decision)负担,这种负担是以强加在随后出现的、可能的、高强度负担于某个其他人身上为代价的,这里的其他人通常是要对首次决策“拍板”的人。将权力授权给某个信任的同事,或者权威人士,就是最为明显的情形。

通过吸收一些个人的以及机构的实际经验,我们尽力去理解这些不同的情形。结果是要为下面判断提供指引,即:一个或另一个战略什么时候会被选中,这些战略什么时候最有意义,以及理性的和有限理性的人及机构是如何反对作出相关选择的。此处有两个中心课题,第一个是,在内容提要里没有特定的战略被评说是更好的;第二个是,在本内容提要里有可能会识别出某些因素会倾向于推动一个或另一个战略,然而在此背景下每种方法也都是有一定意义的。在此进程中,我们谈到了一系列由各种次级决策所提出的伦理的、政治的以及法律问题。

决策及错误

战略

下面的分类法,目的是要穷尽各种可能的次级决策,但是各种各样的项目不应该被视为相互之间是排斥的,它们之间存在一些交叉重叠。

规则(Rules)。预见有艰难或者要反复决定的人会采用规则。该规则的一个重要特征是:它相当于一个完全的,或接近完全的涉及个体事件结果的预先叙述。人们也许会说,例如,他们永远不会在税收上有欺诈行为以及永远不会没有一个最后期限;立法机关可能会规定:法官永远无权对限速法律(speed-limit)作出例外规定,或者任何人,只要犯了三项重罪必须被判终身监禁。 189

假设(Presumptions)。有时普通人以及公共机构不是依赖规则而是依赖假设,这些假设是可以被反驳的。结果通常是如同人

们所希望的，在招致合理决策负担的同时少犯错误。[2] 例如，一个行政机构可能会假设，没有人可以释放出超过 X 吨的某种污染物，但是可以通过显示进一步降低污染物的量是不可行的来对该假设进行驳斥。

标准(Standards)。规则通常被拿来同标准相比较。一个有关高速公路"超速驾驶"的禁令就是一个标准；同样，要求飞行员能够"胜任"也是有标准的；同理，学生在教室里的行为应该是"理性的"。这些大概可以同具体规定时速 55 英里的规定，或者同禁止飞行员年龄超过 70 岁的禁令，以及要求学生上课必须坐在指定的位置等进行比较。

常规(Routines)。这个术语，我们在此处指的是与习惯类似的东西，但是它更积极，更加具有自我意识特征，并且没有一些习惯所具有的鄙视内涵特质(例如像咬指甲的习惯)。因此一个健忘的人可能会形成这样一种常规：离开办公室的时候，把门锁上；甚至是在他知道自己几分钟之后会回来的时候，他依然会如此；同理，一个经常往返者会形成一个常规并且会每天依此行事，甚至是在某天有另外一条线路比目前的更好的时候他也会循此常规。法庭以及立法机构尤其好循常规而行事。

小步骤(Small steps)。在面临选择时，有一个很简单的方式来简化困境，那就是：做一个小规模的增量决定，然后把其他的问题留待以后处理。当个人的决定涉及不可预计的以及明显无法比较的因素时，人们会先采取一些小的，可以逆转的步骤。[3] 例如，简(Jane)在她决定是否嫁给罗伯特(Robert)之前，她可能会与罗伯

---

〔2〕 在假设与有例外的规则之间进行区分是很重要的。一个例外的规则通常存在下面的结构："除了 A 情形，才可以做某事，也就是说，在 A 情形下，你可以不用干某事"。例如，"有关遵守速度限制的规定，除了在危急情况下，你是驾驶警车或者是救护车时，你才可以超速。"对应地，一个典型的假设会这样说："根据假设来行动，除非以及在 A 情形能够成就时，行为人才可根据情况来处理其他的事。"这两者就等同于当代理人知道情形 A 是否能够成就之时的同种情况。当代理人缺乏信息的时候，这两者是很不相同的。有了假设，你就可以不用得到相关信息而进行活动；在规则存在例外时，你可能不知道该如何行动，也就是说，是否该干某事还是不该干某事，你无法进行正当的选择。

〔3〕 参见 Edna Ullmann-Margalit, Opting: The Case of "Big" Decisions, in *The 1995 Yearbook of the Wissenschaftskelleg zu Berlin*。

特选择生活在一起;麦萝林(Marilyn)选择去上夜校是要看看自己是否真的对法律感兴趣。一个类似采取"小步骤"方式的标志就是英美普通法(Anglo-American common law)。[4] 法官尤其会作出狭隘的判决,该判决极少能解决个案之外的问题;至少,在他们对一些大的问题不太自信的时候,这就成为他们所喜好的行为方式,这一点不仅在普通法法官中出现,而且还会出现在大陆法法官当中。

捡(Picking)。有时做决策的难处,或者说选择之间的平衡,会促使人们随意地进行决策。比如说,他们也许抛硬币,或者让一些明显无关的因素起决定作用("今天是个艳阳天,因此我要去佛罗里达干那份工作")。由此,他们会"捡"而不是"挑选"(后一个词是指决定是根据个人偏好作出的)。[5] 一个法律系统可能会利用抽签法来决定谁做陪审团成员或者谁将入伍,并且实际上抽签法用在很多场合,例如当个体选择负担很高的时候,以及当某特殊问题需要认真考虑选择的基础时,有时发生在参选者之间明显势均 190
力敌之时。

委托(Delegation)。一个处理决策负担的常用方式是将该决定委托其他人去处理。例如,人们可能会依靠配偶或朋友来替他们决策,或挑选一个制度化安排,通过该制度安排,其中的某些决定就可以由此时正好设立或预先就设立的权利机构作出。这种安排多少会正式些。他们会涉及各种各样的控制机制,或者完全放弃控制,当然这些都是通过那些个人利益已经被确立起来的人来操作的。

启发法(Heuristics)。人们通常使用启发的方式,或者用心理

---

[4] 参见 Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949)。政治学方面可参见 Charles E. Lindblom, The Science of Muddling Through, 19 *Pub. Admin. Rev.* 79 (1959),该论文就渐进主义提供了有影响的相关评述。也可参见 Charles E. Lindblom, Still Mudding, Not Yet Through, 39 *Pub. Admin. Rev.* 517 (1979)。

[5] 参见 Edna Ullmann-Margalit and Sydney Morgenbesser, Picking and Choosing, 44 *Soc. Res.* 757 (1977)。

捷径(mental shortcut)[*]来迂回选择个人的需要。例如,在地方选举中,要计算出会选谁是困难的;人们会因此而使用政党联系的探试程序。大量的注意力已经转移到据说是能够产生背离"理性"的启发性方式上了。[6]但是,如果启发性方式被理解为是能够产生非常好的结果的方式的话,并与此同时能够减轻认知负担或者其他决策负担,那么那些启发性方式通常是极具理性的。

决策成本及差错成本

在什么情形下,一个代理人或公共机关,将要或者应该作出一

---

[*] 心理捷径(mental shortcut)又称为启发式思维,心理研究表明人类大脑经常用粗略的估计方法去解决复杂的问题,即使用某种工具快速得出一个估计值,而不是仔细分析所有信息。这些估计值并不总是正确的,且由于这种思维方式是经历千万年的演化而来,已经是人脑硬件的一部分,不像软件可以重新编程。也就是说,即使知道这种思维方式用在某些地方会导致心理过失,也无法完全消除它的影响。下面介绍几种与最常见的心理误会有关的思维方式。(1)代表性(representativeness)。A是C的典型特征,而B具有这一特征,启发式思维就将B认为是C。即投资者对未来作出预期时,人们按照这一不确定事件与近来发生事件的相似程度估计它发生的可能性。典型特征导致人们对新信息产生过度反应,在形成关于未来的预期时对新信息的重要性估计过高。典型特征还可能导致另一种认知错误——忽略样本大小(sample size neglected),即根据较少的数据推断总体特征,有时也被称为小数定理。(2)突出性(saliency)。若近来发生某一并不经常发生的事件,人们就会倾向于高估该类事件在未来发生的可能性。如发生一起坠机事件,人们就会高估此类事件在未来发生的可能性。突出性同样也会导致投资者对新信息作出过度反应。(3)过度自信(overconfidence)。大量证据表明人们通常对自己的判断过于自信,主要表现在两个方面,首先,在估计可能性时不够精确,当人们说肯定某件事会发生时,实际上只有80%的可能性,而当人们说肯定某件事不会发生时,实际上还有20%发生的可能性。其次,置信区间过于狭窄,98%的置信区间实际上只有60%的置信度。(4)依赖性(anchoring)。心理学家指出,人们在做定量分析时,一开始会先得出一个估计值,然后再一步步修正,但实证研究表明随后的修正往往是不充分的,人们仍过多的依赖于最初的估计值。依赖性会导致投资者低估新信息的重要性。(5)保守主义(conservatism)。它与典型特征相对,它导致对新信息重视不够,反应不足。一旦形成某种观念或假设,即使再有与之相左的新信息出现,也很难改变原有的想法和观念。(6)记忆偏差(memory biases)。当判断某一事件发生的可能性时,会用到记忆中的相关信息,那些近来发生的,感受深刻的记忆会最先浮现在脑海中并对判断造成重大影响,很容易导致带有偏见的判断。这些认知错误说起来很容易,解释起来也很清楚,一旦实际操作,却还是会犯错,很难彻底消除他们的影响,表现为一种常态。——译者注

[6] 例如,可参见John Conlisk, Why Bounded Rationality? 34 *J. Econ. Literature* 669 (1996)。

些次级决策而非现场作出一个全盘考虑的判断？而且，在什么情形下一个或另一个战略将会被还是应该被选中呢？

我们已经说过次级战略在一定程度上与其引发的一些错误及决策负担不一样。稍后的文章里，我们建议次级战略通过尝试去挑选以最小化决策及差错的总成本，此时的决策成本是中止某些活动或一系列活动所导致的成本，而差错成本则是通过检验错误总数、大小以及种类来进行评估的。我们理解的“差错”就是未达最佳标准的结果，而不论最佳决策标准是什么；因此规则以及委托都会导致错误。如果作出最优决策的成本是零，那么个案当中最好进行一些个人考量，因为这种方法会导致正确的判断，即使没有折中的精确度或其他重要价值。这一点对于个人代理，甚至机构代理来说都是事实。这很大程度上是因为人（包括公务人员）会尽力减少决策性负担，并且使差错最小化，如此他们有时就会不愿去作出选择，甚至有时不会去为一定目的去把握信息。这样，他们就作出一些次级决策以减少选择或者信息（有时甚至包括二者）。[7] 191

此处有必要补上另外三点。第一点与责任有关：人们有时要为某些决策承担责任，即使其他人的决策做得更好时亦如此。人们有时要为自己减除某些决策责任负担，即使其他人的决策做得更糟糕时亦如此。第二点是源于多党背景引起的一些与众不同的问题这个事实。首先，公共机构（包括立法机关、代议机关以及法院）可能会通过提前制定规则以及做一些假设以寻求计划的推广。计划（之需）会强烈反对现场决策，即使是在二者均正确并且无需耗费代价就能达到目的时亦如此。第三点，也即最重要的一点就是：对决策成本以及差错成本总量的考察并不能表明直接的成本—收益分析是理解在次级战略中如何进行选择的恰当方式。当然，还没有统一的标准来衡量各种各样的理由。在决策成本以及差错成本之间，以及各种各样的决策成本，还有各种各样的差错成本之间，可以发现很多重大的、质的区别。因此，对于任何代理人来说，决策成本可能会包括时间、金钱、不受欢迎、焦虑、厌倦、激

---

〔7〕 参见 Edna Ullmann-Margalit, On Not Wanting to Know, in *Reasoning Practically* (1999); Gerald Dworkin, Is more Choice Better Than Less? in *Autonomy* (1991)。

动、可预见的事后后悔或自责;对自己或他人造成伤害所产生的责任感,以及对自知的伤害,内疚以及羞愧等。我们此处提出决策成本以及差错成本目的是要建构一个相对简单的框架,通过这个框架可以对各种各样的替代措施或方案进行评估;其他的一些想法还可以通过进一步的探讨引入。

对于多成员机构来说,情况就变得复杂得多,在这些机构里面,前述几点也都适用,但是其中利益群体施加的压力可能很重要,并且其中达成一致的程度深浅也是一个很特别的问题。例如,一个立法机关可能会发现很难确定如何找到适当的方法来应对全球升温,即使这个问题是由意见不一致,在偏好上强度不一以及积聚的问题所提起;由于同样的原因,一个由数名成员组成的法庭对声称有权要求医生辅助自杀的这种权利进行处理时,他们在此问题上可能会很难达成一致。结果可能是经常通过小步骤的方式来实施委托战略或者推迟决策战略。

一个面临政治压力的机构可能由于特殊的原因而采取某种独特的次级决策,这种次级决策就会偏离选择责任(responsibility for choice)。让·博丹(Jean Bodin)辨称独立司法机关的创立,为基于公平立场上深度考察权力分离与分配体系提供了考察的视角。如果君主能够确定独立的机构已经被赋予了相关义务的话,那么他就不必为不受欢迎但又不可或缺的决策而承担责任了。[8] 这是一种极为重要的授予强制(enabling constraint),具有优良次级决策的特点。在现代,世界各国独立中央银行的存在就是基于这个基础而被认定为是正当的。

192 事先负担与现实负担

一些次级战略需要事先进行大量思考,但是在最后选择阶段就不需要太多的思索了,相比之下,其他的战略在作出选择之前及之后都不需要太多思考。因此,在施加决策负担时存在暂时的差

---

〔8〕 参见 Stephen Holmes, Passion and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy (1995)。

别,当然这里的决策负担是指我们用“高—低”以及“低—低”这些术语来表述的决策负担。通过“决策成本”这个术语,我们可以提及所有那些由不同的人或代理机构所承担的成本:那些在做事实选择之前所做的工作不太可能由同一个,在最后选择阶段为决策而进行考量的行动者来执行。

参看表7.1可知,单元1显示的战略看起来是将所有的决策负担最小化了(也不论这些决策负担是否能够推进整个决策)。有一些例子显示,很多代理人在决策之前或之时都没有花很多心思进行考量。“捡”就是其中最为明显的例子。只要代理人的确要做决策,小步骤还是很有挑战性的,但是因为那些步骤很小,所以相对来说在决策之前或之时是不需要太多考量。相比较最明显的例子就是单元4所示的高—高情形。因为这个单元显示战略将所有的决策成本最大化了,所以对于我们来说这个单元应该保持空白。

表7.1 事先负担与现实负担

	低事先负担	高事先负担
低现实负担	低—低: 捡,小步骤, 各种各样的启发, 一些标准(1)	高—低: 规则,假设,一些 标准,常规(2)
高现实负担	低—高: 委托(3)	高—高 亨利·詹姆士(Henry James)中 的角色,功能紊乱的政府(4)

单元2显示了国家立法者以及那些偏好生活为规则所约束的人的共同期望。一些机构以及代理人通常会耗费大量的时间用于选择恰当的规则,但是一旦规则具备,决策就变得极其简单、严格,甚至机械。法律形式主义(legal formalism),也就是指承诺提前制定清楚明白的规定,随后就只需机械地套用规定进行决策就可,这种承诺得到了联邦最高法院法官雨果·布莱克(Hugo Black)以及安东宁·斯卡利亚(Antonin Scalia)(简介见注23)的支持,该承诺与单元2有关联。当有大量决策尚待作出之时,单元2通常是最好的方式,这一点可以通过20世纪针对官僚主义而发起的社会运动以及简约的规则得到确证。如果所有的结果目的旨在阻止该系统

193 不为决策需求所压抑，那么个案的不公也许可以忍受。当很多人牵涉进来时，单元2可能就是最好的方式了，并且通过它还可以提前知道那些执行现场决策的人将会是不断发生变化的。另一方面，事实是：生活会混淆经常涉及因机构改革而引发争议的那些规则，这些因机构改革而引发的争议通常是以授权给行政官员或者雇员，让其在规则面前执行“常识(common sense)”的形式表现出来的。

单元3显示机构以及个人通常会很少做些事前考量，但是它们可能会达不到将整个决策成本最小化的目的。正如我们可以看到的那样，委托不需要任何事先考量，这一点至少对于所要确定的问题的实质来说就是如此；决策负担将最终面对委托的目的所在。当然，一些人会长时间冥思苦想是否要进行委托或委托谁，此外，当然还有那些被授予委托权的人将依规则、假设、标准、小步骤、捡、甚或再次委托来行事。它还有可能促成高—高情形，此时，相关问题会显得极为重要，例如在决定发动或终结战争的时候。

很多人通过一些除了其个人明确愿望之外的东西来减除决策负担，这是一个很重要的社会现实。以囚犯为例，包括那些存在智障的人，小孩，或者妇女(指在某些时候及地方的那种)，在很多情形中，社会或者法律通常是以其他人的名义来做一些次级决策的，此时这些决策通常没有显示相关人士的个人意愿。对另一个人的决策，或者说次级决策的篡夺，通常是基于这样一个信念：相关的其他人将会系统地犯错误。这一点当然就会同“家长式作风”理念扯上关系，因此，它还可以被视为没有得到他人同意时就会产生委托的情形。

在一些情形当中，次级决策会产生最好可以被描述为“中—中”，也就是那种可以想像得到的、接近“适度高—适度低”的那种情形，以及“适度低—适度高”等。在了解这些极端的例子后，对于这些处于中间层次的情形就比较直接了，因此我们在此处不多做分析。我们现在就转向讨论代理人及机构遵循一个或另外的基础次级决策时所发生的情形。

低—高(特别参照委托)

正式及非正式委托

作为第一个近似类项,委托就是能够减轻委托人在做最后决策之前及之时所承受的负担的那种次级战略,当然这种减轻是通过将负担转移到被委托人上来达到的。这种委托通常发生,因为决策负担对于委托人来说相对较高,而对于被委托人来说则相反,因为被委托人能够拥有特别的信息,缺乏相关的偏见或动机方面的问题,或者他们不会介意(甚至有可能喜好)对拟议中的决策承 194
担责任。(这些情形可能会更准确地归为"低—低"的特别情形。)不得不作出决策的内在负担是那些被要求承担责任的事项所产生利益之间的平衡(尽管在某些情形下这可能是成本而非收益)。甚者,还存在一条不稳定的线,该线会提出盘根错节的理念及经验性问题,并且这条线是存在于委托及劳动划分之间的(以家务活的分配为例)。主要的问题是接受委托的人是否有权提出拒绝。

政府本身经常就是委托决策的最大接纳者之一,至少在主权被理解为存在于市民之间的时候是这样的。这样看来,各种各样的公共机构——立法机关、法院及行政管理部门,是它们代为行使各种权力,并且还有大量的再委托情形,对于立法机关来说尤其如此,因为它们必须减除自己的决策负担。立法机关可以委托是因为它相信它不了解这样一些信息,例如,有关环境问题或电讯市场的变化等方面的信息,因为这些信息是应该由环保署(Environmental Protection Agency)或联邦通讯委员会(Federal Communications Commission)来掌握的。立法机关若是掌握了这些信息,但是它很快就会发现自己根本就不能就一些,诸如纠正歧视行动(affirmative

action)[*]以及年龄歧视(age discrimination)的正确方法之内在价值达成一致。通常情况是,立法机关没有充分的时间以及相应的组织机构来对本来就由行政管理机构来处理的事项进行决策。让我们试想一下立法机关对于那些代理机构的决策进行再考量的情形,它们通常会发现自己在这些事项上花费几周甚或几个月的时间,并且结果是没法停止所展开的工作,目的也就达不到了。立法机关可能会意识到它们容易受到利益集团的压力,这种倾向会导致其走上错误的方向,更为甚者,它可能会希望并相信委托的目的将会是相对具有免疫力的。利益集团的压力本身就可能会产生委托,因为其中的强力团体虽然不会在立法机关的各种活动较量中取得明显的胜利,但是它们通过其活动可以获得一些权力授权,在这些权力被授予给相应行政机构后,它们就可因此而间接获得权

---

[*] 对于 affirmative action 的翻译很乱,主要有以下几种:(1)积极行动(波斯纳:《法律与经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社,"索引",第964页,1997年);(2)积极补偿行动(波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政治大学出版社,"索引",第585页,2001年);(3)认肯行动(桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人译,译林出版社,"索引",第281页,2001年);(4)优待措施(德沃金:《至上的德性》,冯克利译,江苏人民出版社,"索引",第566页,2003年);(5)纠正歧视措施(德沃金:《自由的法》,刘丽君译,上海人民出版社,"索引",第496页,2001年);(6)(鼓励雇用少数民族成员及妇女等的)赞助性行动,积极措施(《英汉大词典》,上海译文出版社,第30页,1993年);(7)正面行动(张千帆:《西方宪政体系——美国宪法》,法律出版社,2001年)等等译法。本文采用的是"纠正歧视行动"(《元照英美法词典》,薛波主编,法律出版社2003年版,第48页。)。以下是英美学者对该术语的解释:Affirmative action: A term referring to various government policies that aim to increase the proportion of African-Americans, women, and other minorities in jobs and educational institutions historically dominated by white men. The policies usually require employers and institutions to set goals for hiring or admitting minorities. Affirmative action has been extremely controversial. Supporters maintain that it is the only way to overcome the effects of past discrimination and promote integration. Critics dismiss it as "reverse discrimination," denying opportunities to qualified whites and men. (Affirmative action是一个政治术语,指的是政府推动的一系列面向包括黑人、妇女、和其他的其他少数民族在内的弱势团体在内的弱势群体的倾斜政策和措施。由于历史的原因,白人和男性在工作机会和受教育权利上享有优势,这一系列政策旨在增加这些先天弱势群体的受教育和就业机会,对他们予以适当照顾。这项政策通常要求雇主和教育机构设定指标,雇用和录取一定数量的先天弱势人员。但是有些人并不支持这项措施,这引起了极大的争议,支持者说只有这样才能克服过去的一些偏见和歧视造成的不良影响并促进社会群体的融合。反对的人觉得此项政策对能够胜任工作的白人和男性有失公平,是"反向歧视"。)——译者注

力。立法机关甚至可能想避免为一些艰难的选择承担责任，因为它害怕这些决策将导致选举报复（electoral reprisal）。那些本身就有个人利益涉及，其中的代表人有充分的理由可以发现为其选举人的自我利益而实施一些模糊的或者空洞的标准（比如说："公共利益"，为残疾人提供"合理的膳宿"，以及对杀虫剂的"合理管理"等等），以及将特定的任务委托给其他人，从而确保能够掌握受托人在执行事务时发生问题而受到责备。

什么时候行使委托

在任何有适当的、并值得充分信任的受托人可以托付的时候，委托这种处事方式都是值得细思量的，其中有一层含义就是，就代理人自己决策这一点来说看来是不可取的。但是，很明显委托行 195
为有时会导致错误，诸如：责任被免除，不公正的行为，一个针对导致犯更多错误而非更少错误，甚至是更高昂（总体）决策成本的可适用诀窍。因为委托行为仅仅是众多次级战略当中的一个而已，所以代理人在委托他人之前通常应该考虑其他的可能性。

对比高—低方式，如果立法机关，或者委托人不能够制定有效可行的规则或假设（并且任何它能够提出来的想法将会耗费巨大成本去成就），再者，如果一个委托人会因此靠个人努力而干得更好，那么委托行为将是值得期待的。这种情形可能适用于一个多成员的实体，在这种实体中是很难达成共识的，或者适用于一个代理人或机构面临一个认知或者动机上的问题时，例如意志的薄弱或易受外界因素的影响等等。如果受托人寻求避免为政治、社会等等其他因素做决策而承担责任，那么委托行为同样会对高—低方式表示出青睐，尽管受托人努力避免承担责任同样会招致合法性的问题，正如立法者信赖所谓的"专家"，让其对环境保护或残疾人歧视现象作出价值判断的情形。

与小步骤或捡相比较而言，委托行为可能会，也可能不会产生高昂的整体决策成本（可能委托人是行动迟缓或者拖拉的人）。即使委托行为会产生高昂的整体决策成本，那么在最后的决策中它可能还会增加更多自信，这种情况至少会发生在有值得信赖的受托人时。在美国，打比方说，联邦储备委员会拥有很高的公共敬仰

度，因此要想消除或减少委托行为就几乎没有什么压力了。但是，受托人可能是一位朋友，配偶，或者一个环境保护机构，可能也会被证明是倾向犯错误的，并且，在这种情形下规则、假设或小步骤就会出现并取而代之。一些特殊的问题会在技术领域产生，在技术领域，通常会对委托行为产生强烈的争议，但是此时受托人的判断可能很难被忽视（即使他们掩藏了有争议的价值判断，诸如那些由环保署提出的价值判断）。

此处还有对公正的单独关注。在一些情形下，例如委托朋友或配偶代为行使决策权是不公平的，尤其是在受托人并非是专业人士的时候。当丈夫委托他的妻子就所有关涉家务琐事及小孩的事情进行决策时，性别平等的问题就会产生，即使是在夫妇双方都同意该委托行为时亦如此。除了这个问题，由配偶一方向另一方实施委托行为也会看起来不公平，例如，在假如涉及小孩不当使用酒精的情形，因为这是一种责任免除，是一种转移决策负担到其他人的方式，而这里的其他人是不应该被迫独自承担那些责任的。

在机构场合，如果受托人（通常为行政机构）缺乏政治责任感，就会存在类似的问题，即使其拥有相关的专长。结果通常是对把一些事务委托给行政机构处置的合法性问题进行不间断的争论。如果委托行为将判断负担（burden of judgment）从一个经民主选举而组成的实体转向一个不受政治控制的实体，那么这些委托行为
196 可能就会很麻烦。我们此处补充的就是想言明：对委托行为的长期争论实际上是为我们提供了一个极其有限意义上的替代方法。立法机关不会只面对选择是否要采用委托方式；如果立法机关想要避免规则有限的法律所赋予的特殊程度，那么它就可以相反采取假设或采用小步骤的方法（例如，可以通过实验性的试点项目）。当法官授权给一些法官助理（正如偶尔所提到的联邦最高法院的公正）或者特别擅长解决复杂事实以及法律问题的专家时（正如在微软诉讼案中所声称的，与一个被提议的委托行为有关的情形），相关问题就会因可能的非法放弃权力而被提起。

复杂行为

三种重要的复杂行为值得探讨。首先，任何受托人可能会自

己求助于作出一些次级决策，并且很容易就会找出一些负责我们所描述的每个战略的那种受托人。有时受托人偏好高—低情形，并因此生成一些规则，这就是国内收入署（Internal Revenue Service）所采用的典型战略。作为选择，受托人可能会通过小步骤而使用标准或收益。这是国家劳动关系委员会（National Labor Relations Board）所通常使用的方法，只要有可能该机构就会（很鲜明地）极力避免一些规则并且很倾向一个接一个地进行。一个受托人有可能还会进行再委托。在面对丈夫的委托之时，妻子可能会同她的小孩或父母一方进行协商。由于国会要求总统作出一些艰难的选择，总统可能会并且经常地对一些任务采取再委托的方法来处置，由于同样原因，它会促使国会在初始的时候就寻求委托。当然，受托人可以只是进行挑选。

第二个复杂行为就是对受托人的控制代表了一个潜在地存在于本人与代理人之间的严重问题。行使委托行为的人会如何确保受托人不会犯下一些严重的以及数量颇多的错误，或者相反浪费大量的时间在如何决定决策上？可能存在很多控制机制。不是要将最终的以及不可撤销的选择权授予受托人，一个人或一个机构可能会将受托人仅仅视为一个咨询人士或者建议提供者。范围广泛的中间关系由此成为可能。在政府背景下，如果某行政机构走错了方向，立法机关可能会通过公开说出它所关注的事以影响最后决策；并且，如果立法机构集中一切注意力来干此事的话，那么它就有权推翻一个行政机构。最后，委托人可能会保留权力以便消除委托行为，并且确保（正是委托人所想要的）不犯错误，对于受托人来说，他就是要充分了解这个事实。在一些非正式关系中，诸如涉及朋友、同事以及家庭成员的时候，会存在各种各样的控制受托人的机制。一些“受托人”知道他们仅仅是咨询人士而已，其他人则会以为他们拥有有效的决策权。所有这些都可以通过一系列可能是非常微妙的暗示来展现。 197

第三个复杂行为源自开始就存在的事实，此时这种次级决策的负担可能不会终究如此轻松，因为个人或机构必须花时间去决定是否真的需要委托，并且假如果真如此，还会有委托谁的问题。在任何接到委托任务的机构之构成上通常还会产生一些复杂的问

题;这种负担可能会严重,并且有可能对于委托行为整体来说是具有相反的决定作用的。一个多成员组成的机构通常会鲜明地分成是否委托行为,并且甚至是在决策作出后,可能会在选择委托行使权力接受者的问题上产生麻烦。

内心的委托行为以及机会的委托

到目前为止,我们已经讨论了委托人将一些决策负担转移到其他人的情形。那么在内心的情形会是如何呢?一方面,在我们所探讨的问题与不同情形之间其实没有精确的类似之处。另一方面,面对艰难选择的人们经常会被理解为是将选择权(力)委托给将来的那个自己了。例如,以决定是否买房,是否再要一个孩子,是否离婚或结婚,是否搬迁到新的城市等为例,在这些情形之下,那些行动迟延的人可能就会理解为已把决定权委托给未来的那个自己了。

对于这种内心的委托存在两种原因,分别涉及时间计算以及内容的问题。你可能坚信你知道什么是正确的决策,并且也还坚信现在还不是作出正确决策的时刻,或者至少不是公开宣称此决策的时刻。作为选择,你可能不知道什么是正确的选择,而且还相信那个未来的自己会因为处于更好的位置可能作出更好的选择。你可能还会想到那个未来的自己会拥有更多的信息,少受或根本不会遭受认知困难、偏见或者动机上的问题等苦难的煎熬,或者认为未来的那个自己会因为处于更好的位置而能够承担相应的责任。也许,你会感觉有压力,备受疾病的煎熬,或者对于自己的判断是否公正还都不能肯定。在这种情形下,内心的或凡俗之间的选择问题就离委托他人行事之类的问题不至于太远。我们甚至可能看到一些交错在一起的、属于本人—代理人之间涉及类似控制机制方面的问题,因为人们通常会对未来的那个自己设置一些约束。在法官以及立法者之间存在紧密的类同关系,因为他们都很注意计时以及内容,并且他们还会等待一个接一个的说明理由。

高—低(特别参照规则以及假设)

我们已经看到人们经常会作出一些本身代价高昂的次级决策,其目的只是要在一些特别的情形中减轻稍后决策的负担。这是一种最为传统的事先许诺战略。当过程进展良好的时候,在次 198
级决策作出之前还有很多的工作可做,但是一旦决策作出,情况就变得极其简单了。已经有一部分人注意到了这一点了,但是其启示还没有太多地被那些对事先承诺的一般问题感兴趣的人们所充分探究。[9]

不同的规则,不同的假设

我们已经提出规则及假设属于这种类型,并且事实通常也是如此。但是这一点必须进行限制,一些规则及假设在事实之前不会涉及高强度的决策负担。例如,一个规则可能是随意捡出来的而非经过细心挑选,例如,在公路上要靠右行车,还有右手拿汤匙,左手拿叉等等情形。尤其重要的是在允许所有行为者协调参与一个单一行为的过程之时,对于相关规则内容的决策是不需要什么投资的。一个规则可能会被限制得很狭窄,因此就会采取类似小步骤的方式来进行工作。例如,一个法院会裁决排除同性恋者参军的法律违宪,并且这个裁决就有可能会被定格为一个规则;但是法院的意见可能会以这样一种方式发布出来,而此时大部分涉及同性恋者宪法地位的问题还未有定论。规则通常就包涵了一些小步骤。当然,同样要点也适用于假设,因为假设有时是经过随意捡的方式而非精心挑选得出的,这样它就会非常狭窄。

为了眼前的目的,我们聚焦在这样一些情形,在该情形当中机构或者代理人很乐意经过反复商讨以创生一个新的规则或假设,一旦该规则或假设成就,那么它就会极大地使未来的决策简化(不

---

[9] 例如,可参见 Elster,前引注 1,以及 Schelling,前引注 1,他们认为事先承诺战略通常是恰当的,但是他们没有探讨规则以及替代备选方案之间的选择,以及是否还有其他的次级战略更好等问题。

会对未来的决策产生伤害,反而有可能会改善该决策)。这一点在法律及政治上是同样地被热切期待的。例如,立法机关可能会倾向于制定限速法,其中的部分目的就是为了确保司机之间的相互配合,也有部分原因是因为可以用它来平衡考量各种对风险与利益的过程。在两种情况下,人们特别愿意花费很大的努力来生成规则:(1)当计划与公开通告很重要之时,以及(2)当有一大堆决定需要作出的时候。[10]

在大部分功能运作良好的法律系统里面,打比方说,什么是犯罪,什么不是犯罪区别非常清楚。人们有必要知道他们什么时候会因为他们所做的行为而受到刑事制裁。美国宪法要求刑法上对此有一个明确的度,并且每一个想要成为暴虐专横的人都知道那些规则将会对他的权力产生一些约束。因此,也就有合同法及财产法中的大部分内容都由法律作出清楚界定的情形,理由很简单,就是因为人们不能对这部分内容作出规划,并且为了使经济发展成为可能,他们需要这样一个平台去这样做。在有大量的决策有待作出的时候,有一个类似的倾向,也就是会费很多时间去提前弄清楚结果会是如何。在美国,大量决策有待作出之需要已经推动
199 法律系统向那些管治社会保障中的残疾人事务,工人薪酬,以及刑事判决方面的规则之发展。这些规则会导致相当程度的错误,这个事实是不具有决定性的。管理相关制度的所有成本,再加上一大堆尚需作出的决策,就让那些错误变得可以容忍了。

对比那些规则,标准以及"软的"假设则是旨在减轻事前决策负担,但是它会同时增加在作出决策时的负担。这一点既是它们的善,也是它们的恶。试想,打比方说,有一个类似的战略就是制定严厉如规则一般的条例,而与此同时为了特定的情形却允许将其主动放弃。这种方法的善就在于:严格的规则很有可能导致一些严重的错误,诸如高昂的成本、偏低的环境受益,在某些情形下的确如此。自动放弃规定则允许以个体化的评价形式进行修正,当然这里的个体化评价主要是针对法定推导是否应该被反驳而言的。这种方法潜在的恶就是:在一些个案中,它需要有一定的复杂

---

〔10〕 参见 Kaplow,前引注 1。

程度。这种复杂性是否值得需要转向借助真正的规则来做一个比较调查。可能的候选者到底会犯多大的错误呢？通过将这些规则转换成假设的方式来改正这些错误到底有多昂贵呢？

论计划与信任

通常，一些机构会面临是否采纳高—低战略或代之以委托这样的策略选择。我们已经看到在一些情形下采用委托方式会效果更好。但是在三种情形下，高—低方式更为可取。第一种情形，在计划还很重要的时候，事先制定出规则（或者假设）也是极为关键的。财产法就是一个例子。第二种情形，当代理人及机构对规则（或假设）能够以合理的成本生成，规则（或假设）会是精确的以及它们肯定会如实地被遵守等等表示出高度自信的时候，就没有太多理由寻求委托方式了。第三种情形，也是最为明显的情形，在没有值得信赖的受托人可以依赖的时候，或者在让另一个人或机构来做相关的决策显得很不公平的时候，高—低方式就是好的选择。自由民主制（liberal democracy）将这些想法当成了解释刑法语境下那些被正当化的规则的特别理由：界定犯罪的法律就该当然地如同规则一般，部分原因是因为公民对犯罪相关知识的掌握，这一点很重要；部分原因是因为这样一种判断，即不能让民众认为是警方及法院决定了法律的内容。一般说来，在立法机关对于行政机构没有信心的时候，它们倾向于作出一些类似规则的裁判，在美国，《清洁空气法》（Clean Air Act）中的部分规定就是对委托行为进行自我意思选择的最好例子。

什么时候我们会倾向高—低而非低—低（诸如捡、小步骤）呢？此处，计划所涉之利益与其极度相关，并且该利益经常推动做大量的、事先的思考。如果代理人或者机构对其有能力制定好的规则 200
或假设充满信心，它就不会对通过随意选择的方式或持续不断地推进某事表示出太大兴趣。因此，立法机构就会经常用那些提前制定好了的规则来取代通过判例形式作出判决的普通法方式。在20世纪的英格兰及美国，就曾发生过这样一场声势浩大的运动，其中的一部分原因是因为计划之利益以及它们对法庭能够通过小步骤生成好的结果逐渐丧失了信心。当然，混合战略亦有可能。一

个机构可能制定一个规则，将一部分情形纳入其管辖范围之列，但是在其他情形，则通过委托决策的方式；或者，受托人可以受到假设及标准的约束；或者，通过一些糅合在一起的、受规则限制的判断及小步骤将某个法律部门或实际的理由囊括其中。

个人决策：普通人，个人内心选择行动问题，以及使有瘾者悔改

到目前为止，我们所探讨的重心是在公共决策方面。在人们的个人能力方面，为了指引他们所知道的决策（在个人情形下，这些决策可能在作出的时候代价高昂或者还可能因为个人动机的问题导致错误决策），人们通常倾向于采纳规则、假设或者自我意识到的常规。例如，以萨拉（Sarah）为例，在9月份她可能会拒绝所有郊野旅行的邀请，而约翰（John）可能会采纳一个假设，而不去参加任何婚礼或葬礼，除非这些活动与他的近亲属有关联。一些特别重要的情形会涉及尽力解决世俗间的、个人内心的问题，这些问题会在下述情形产生，即单一的、采用小步骤的初级决策在个人看来还算理智，但在进行总体考量的时候它会对个人产生损害。这些情形可能被描述为与“个人内心选择行动问题”[11]有关。例如，设想决定（马上）抽支香烟，或者享用巧克力饼而不是甜点，或者饭后喝点酒精饮料，或者在周末去赌博等等情形。当积聚在一起的时候，小步骤（从个人角度看来，它通常会是一些理智的选择，而在关涉到他们自己的时候这种小步骤则会产生净收益（net benefit））会导致损害甚或灾难。作为自控战略，人可能会采取这样的规则：只在饭后抽烟，永远不要参与赌博，只在节假日享用巧克力饼，对于酒精饮料则只在聚会上其他人都喝得时候才会考虑享用。一些知名的、旨在帮助人们解决自控问题的（匿名戒酒协会[Alcoholics' Anonymous]，匿名戒赌协会[Gamblers' Anonymous]）私人机构，以其业务作为这种类型的次级战略之推广使用。最为突出的例子就是矫正有瘾者的情形，但是那些没有瘾的人，还有那些没有任何被矫正的瘾君子，他们通常会作出一些相似的次级决策。当自控这个

---

〔11〕 参见 Thomas C. Schelling, Self-command in Practice, in Policy, and in a Theory of Rational Choice, 96 *Am. Econ. Rev.*, May 1984, Papers & Proceedings, 第1页。

目标尤其难以达到的时候，代理人就有可能寻求委托来处理。代理行为（低—高）是否优于规则或者假设（高—低）有赖于前述讨论过的种种考虑。

低—低（特别参照捡以及小步骤） 201

均衡，责任以及承诺

为什么一个机构或代理人会去随意捡而不是去精心挑选呢？什么时候小步骤会是最好的呢？在个体层面上看，当你处于均衡状态时很明显你会去随意地捡，原因很简单，因为逐一挑选的过程很不值得，并且认知成本或者投入的情感成本会很高。正如我们所见到的，这种结果可以在低持分（如谷类之间进行的选择）以及高持分（如就业机会）背景下[*]随意捡到。捡甚至可以被说成是类似委托行为的操作，此时委托行为的目的就像“宿命（fate）”一样，并且代理人会丧失那种责任感，而这种责任感可能同所有情形都考虑到的那种判断是相伴的。因此，就有那么一些人，他们会通过求助于完全靠碰运气的方法（如通过投掷硬币来决定）来将那些困难问题进行分类。

与随意程序不大相同，小步骤其实就是某种形式的筛选。报纸以及杂志通常会搞一些试订阅活动，图书俱乐部也是这样的。通常，广告商（或者就此而言，还有那些未来的、浪漫的情侣）都熟谙人们会倾向通过小步骤的方式来行事，并且他们会充分利用偏好（“没有承诺”）。在机构方面来说，可设想一下在陪审团以及军队服务中都存在的一些类似博采抽奖的偶然现象。对于陪审团来说，抽彩的吸引力是源自相对低的运作成本，以及任何针对分配的替代方式都会产生更多的错误理念，因为它有赖于对于这样一个

---

[*] 此处，持分（stake）可以解释为注码、筹码、赌注或投资；或有特殊关联或提出对某人（某事物）的所有权要求，即类似股票。倘这种“持分”高于应有的“值”，例如：直接参与者没有决定权但却被间接参与者的说话掩盖了应有的声音甚至拥有决定权，这些间接参与者为“高持分”，即“高票面价值”（high-stake），而直接参与者则是“低持分”，即“低票面价值”。——译者注

现象所存在的、有争议的社会评判，这个现象就是：谁有资格入选陪审团，若处置不好就可能对陪审团制度本身造成破坏性的后果。其中关键的一点就是，陪审团被认为是社会的一个交叉部分，并且那种随意的程序看起来是适合这种目的的最佳途径（也同样是分配很多人认为这是一种社会负担的最公平方式）。对于军队服务来说，相关的判断也会有所涉及，但是它是以这样一种信念——任何言明的服务标准可能在道德上值得怀疑，以及因此而产生的这样一个信念——随意的结果会产生少的错误。[12]

变化，无意产生的结果，以及可回溯性

抽彩票涉及随意的程序，而小步骤则不会。我们已经讲过英美法系国家的法官经常是一个案子接一个案子地进行，通过这种方式使决策负担以及错误后果的影响最小化。事实上，一些法律文化已经深深植入了偏好渐进运动的规范。他们这样做的部分原因是判决的独特架构以及法官获得信息资源的有限性。在一些特别的情形中，法官会听从利益直接受到影响一方的意见，而对利益受到威胁的其他一方则很少听从。由此，就有了偏好小步骤的次级决策。

例如，设想在法庭上有一个案子，涉及一位特殊的病人想寻求“死亡的权利”，此时法庭就会发现它能得到的信息是何其的少；假如，法庭想要制定一个规则，该规则会包括所有的、能够想像得到的不同情形，而这些所有的情形都包含可能被行使的权利，这是多
202 么难啊！因此可以想见，这个案子将会耗费很长时间才能作出最终判决。也有可能决策负担会是禁止性的。之所以会出现这种情形是因为相关信息的极度缺乏，或者也有可能是因为施加在由多人组成的法庭（组成这种法庭的人员要么不自信，要么对一系列主题难以达成一致意见）所受到的压力所致。因此，这种法庭想在宽泛规则方面达至最终解决是存在着极大困难的。因此，小步骤也就成为一种自然的结果了。

---

〔12〕 总体上，关于同彩票有关的一些伦理以及政治问题，可详见 Elster，前引注 1，第 36—122 页。

当法官通过小步骤进行断案的时候，他们会很精确地这么做，因为他们知道他们的判决是有先例可循的；考虑到前面所述的各种问题，他们想将未来裁判的适用范围进行限缩，其中最主要的考虑是他们对未来出现的问题缺乏足够的信息。一个突出的问题就是涉及信息爆炸这种可能性。一个特殊的情形可能会有大量的、明显与其有关的细节，并且还有一种可能，就是未来的情形缺乏一个或者更多的相关特征，而这一点就是人们对创建更广泛意义上的先例表示关心的渊源所在。在案例 A 中存在的（除其他因素之外的）特征 X 或 Y，而案例 B 不具有这些特征，这样因为案例 A 而生成的规则若套用到案例 B 中就很危险了。在著名的 Amish[*] 案中，联邦最高法院就其发布的呆板判词以及对判决的接受，声称允许 Amish 教派中的小孩免除强制性的公共教育，这就是一个很明白的例子。

如果情形变化过快，小步骤也会产生其他的特别意义。也许，相关的事实以及价值会发生变化，这种变化通常是以制定一个很快就不合时宜的规则的形式表现出来的，即使该新制定出来的规则适合目前的情形。因此，任何涉及应用第一修正案于新的通讯技术，包括互联网的裁决，应该对其进行限缩都是可能的，因为，一个宽泛的裁决在此时作出，很有可能就会出错。这样看来，小步骤是最佳的选择，因为宽泛规则的可能性会导致错误，一旦这种规则适用到没有进入到法院审理的案件当中时则尤为如此。

在一篇饱含这种精神的论著中，约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）就将一种小步骤——一种经常通过类推推理而产生的形式与由独一无二的介入（one-shot intervention）转变到复杂系统（complex system）过程中所产生的特殊社会问题联系起来。[13] 在拉茨看来，法庭的类推推理是要阻止因为大的中断而产生的、意识之外的副作用。同样地，为了支持小步骤战略，德国心理学家迪特里希·多勒（Dietrich Dorner）曾做过一些具有启发性的计算机试验，目的旨在

---

〔*〕 它是门诺（Mennon）派中的严紧派。——译者注

〔13〕 参见 Joseph Raz, The Authority of Law: *Essays in Law and Morality*（1979）。

观察人们是否能够成功地从事社会工程。[14] 参与试验者应邀去解决那些世界其他地区居民所面临的问题。通过神奇的计算机，一些具有首创精神的政策可以运用到解决相关问题（照看家畜的技巧得到提高、小孩免疫、开凿更好的水井）。但是大部分参与试验者最后都导致了不幸事件的发生，因为他们没有看到特殊介入因素所产生的复杂的、具有系统扩散功能的影响。只有极少数参与试验者能够看到前面的一些步骤（也就是知道工作该如何展开），
203 并理解该系统当中独一无二的介入所具有的多重效应。成功的参与试验者对于风险很警戒，并且都是采取小心的、可逆转的步骤，允许计划随着时间而不停变化。由此多勒，还有一些其他人，将焦点集中在由介入进入系统过程中所产生的问题上[15]，他们声称支持小步骤。法官也会遇到同样的问题，并且不断增加的判决就是一种对那些由于忽视可能的不利影响而产生的，与有限理性有关的特殊问题的回应。

从以上观点可以看出，小步骤可能比规则以及委托要好得多。通常一个机构缺乏为将来开辟清晰出路的信息，还有就是通常缺乏合适的委托人来掌控这些信息。如果情形剧变，任何规则或者假设都会受到随后情况的发展变化对其所产生的挑战。其中尤其重要的是：如果问题产生，那么任何特定方向的运动都将是可以得到逆转的。另一方面，小步骤方式包括了一种倾向于现状的那类重大（如果是暂时的）决策；试图尽力解决歧视问题的法庭可能会不断允许一些不公正的做法继续下去，所以这一点与减轻地处贫困地区的人无业可就的情形很相似。小步骤方式可能也会计划并且达不到对法律或者政策起到提前预知的作用。因此，不能这么说：在理论上，小步骤方式是达到有限理性的一种理性方式（a rational approach to bounded rationality）[16]；小步骤是否是对有限理性

---

〔14〕 参见 Dietrich Dorner, *The Logic of Failure: Why Things Go Wrong and What We Can Do to Make Them Right*(1996)。

〔15〕 参见 James C. Scott, *Seeing Like the State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*(1998)。

〔16〕 以一种或其他的形式，小步骤在司科特（Scott）的书中是被偏好的，参见前引注；Levi，前引注 4；Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch(1962)。

的一个(充分最优的)回应,还是对有限理性的一个(仅次于最优的)反映,这取决于一定的背景。

这种分析在政府背景之外是相似的。代理人可能会采取小步骤,因为他们缺乏那些能让他们创生规则或者假设的信息,或者是因为他们所面对的决策是独一无二的并且不会重复再来,因此对于一个规则或者假设来说就理由不充分了。或者,小步骤也可能会随着时间的推移而发生一些变化,这一点可以从这样一个事实得知,也即重大决策可能产生一些无意识的结果;或者来自这样一个愿望,也即要尽力避免或者至少要根据大规模的变化来确定责任。

总结及结论

次级战略

这个讨论可以用表7.2来进行总结。回过头来看看前面谈到的术语"低"和"高",其实指的是决策的整个成本,当然这些成本并非都由同样的代理人来承担:在低—高情形,成本是在委托人与被委托人之间分担;在高—低情形,那些成本可以在机构(例如,此处指的是制定规则的机构)以及代理人之间分担(就是指遵守规则的代理人)。

表7.2 次级战略

战略	例子	潜在优势	潜在劣势	适合的语景
低—高:委托行为	配偶及朋友,行政机构	对最后决策直接责任的救济,因为好结果而增加的机会	与信任、公正还有责任有关的问题;决定是否或者由谁来接受委托而可能增加的成本	有适当的以及值得信任的受托人;委托人决策时产生的高成本,以及可以想见的错误
低—低:捡,小步骤,各种各样的启发	英美普通法,彩票,重大个人决策	总体上的低,成本可逆性,应对变化以及无意产生的结果	计划的困难,整体上的高决策成本,多种错误	偏好或价值的平衡或对称,对剧烈变化合理排斥,对不可预见的结果存有的合理恐惧

（续表）

战略	例子	潜在优势	潜在劣势	适合的语景
高—低：规则，假设，常规	机动车限速法，法律形式主义刑法可矫正的癫君子固执的人	曾经存在并具有一致性的无数决策所产生的低成本，方便计划	创生好的规则或假设，曾经犯过的错误	可以预期的决策/决策者的总数，未来决策的重复特征，对计划的需要，对作出事先决策能力的信心
高—高	某个亨利·詹姆士（Henry James）所描述的角色，功能紊乱的政府	无（除非决策成本的产生实际上是有意义的并决策会以好的结局告终）	瘫痪，不受欢迎，个体或机构崩溃	非代理人或机构不能处理

此处可以得到两个主要结论。第一，在理论上没有次级战略可以合理地被优先考虑。第二，要确认在哪一种情形中才有意义，
204 以及哪些支持或反对任何特定方式的因素是可能的。

205 **人们事实上会做次级决策吗？他们应该这样吗？**

有一个重要的潜在问题存在，也即：倘若各种可能性已经列出的话，人们或者一些机构实际上会就到底选择哪个次级战略做一些带有自我意识的决策吗？有时的确存在这种情形。以立法机关为例，它可能会经过精心考量，最后决定采用委托方式而非创生规则；法庭有可能会带有自我意识地逐渐推进其审判；在拒绝了替代方案后，总统可能会推荐采用类似抽彩票的制度而非其他的替代方案来允许外国人移民本国。机构或者个人也可作出通盘考虑的决策以支持一个或者其他的次级战略。

然而，有时对情景会做快速的评估，而对替代行为过程没有完整的或者审慎的权衡。这种情况通常发生在做个人决策的时候，此时作出的一些判断经常看起来像是暂时的。实际上，如果次级战略是最优化战略的产物，那么它就显得代价太高了；因此，要是采取次级战略，它们就有可能提出一些由于初级决策所引发的问题。正如同在初级决策情形当中那样，可能采取看起来最佳的方

式进行运作才有意义，而非在任何系统化方式中进行最大化时才有意义，理由很简单，因为前者进展的方式较为简单（并且因此可以将我们曾经认为的各式各样的决策成本最大化）。对于机构以及个体来说，此种情形的显著特点通常就是它暗示了一个特别类型的次级战略；对于这个次级战略没有理由花很长的时间去冥思苦想。

（这些被当作对实践原因运作的描述性要点[descriptive point]。）但是此处还有一个叙述性的问题（narrative issue）；我们通常说某人的次级决策弄错了。例如说，法律形式主义者，其中最显著的要算法官安东宁·斯卡利亚[*]，他为高—低战略辩护，但是他们是基于优先的基础上而这么干的，而没有牵涉那些处于利害攸关的、重实际的以及经验性的问题，并且不会显示出该战略对于现实的次级替代战略来说更具有倾向性。[17]同样也可以将话套用在政治或法律推理中，偏向渐进主义，或者小步骤的那些人身上。[18]对于决策负担有很多方式进行处理，甚至其他的会更好一些。病态的严格规则对于法律以及政策来说可能是个严重的问题；就是因为基于这个立场，判决指引（Sentencing Guidelines）才经常保守批评，并且不管该批评是否公正，病态的严格无论是对于社会还是个人都是一个问题。有时委托对于旅行来说是个非常不幸运的线路。在政治层面上，以及偶尔也会出现在个体层面上，对于各种不同的概率存在更加明晰以及自觉的会好得多，这样就会确保社会以及机构不会发现自己所做的次级决策很糟糕，或者在选择次级战略时是没有候选人意识的。在此，我们已经尝试将那些基本的考虑进行了系统化。

理性与有限理性

206

次级战略通常是对有限理性的一种特别资源——有限信息的回应。正如我们强调的，每个次级战略都是对由于没有预测到的

---

[*] 安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia），1986年由里根总统提名任职至今，他所有法官当中，公认立场最保守的一位。——译者注

[17] 参见 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997)。

[18] 参见 Levi，前引注4。

副作用以及在获取有关将来的知识上存在困难的时候所提出的问题之可能的最优解决方式。或者次级决策对于机构的某种意识作出回应,这种意识是指:当决策必须当即现场作出时,人们通常会倾向于使用不可信赖的启发性方式。除此之外,次级战略可能是对动机问题而非认知问题的回应;打比方说,人们尝试对于他们自己的冲动行为、缺乏远见行为以及不现实的乐观[19]等行为倾向通过规则以及假设进行抵制。通过这些方式,次级战略可以被看作是通过理性行为者在对于他们获取相关信息时的所有成本以及他们自己的致错倾向完全知悉而作出决策时的充分的、理性的回应。

尽管理性行为人作出次级决策的目的是在克服他们自身的有限理性,但是有限理性还是会影响那些决策。信息的缺乏通常会迫使人们以及机构倾向选择次优的次级战略。例如,一个信息掌握不充分的法庭,尽管规则已经非常不错,但是他们还是会选择小步骤。我们怀疑,启发式的可利用性——通过它人们借助询问那些一下就可以想起来的相似情形作出判断,这一点可以用来解释在一些适当的次级战略上所作出的错误判断。[20] 糟糕的次级决策也可能是动机所引起的问题的结果之一。一个冲动的或者缺乏远见的机构可能会看不到那些规则在何等程度上会被随后的发展所弄混。一个不切实际地盲目乐观的机构可能会高估自己能够作出最佳小步骤的能力。通过利用简单的试探法/直观推断(heuristics),人们可能会选择那些会严重损害他们目标的次级战略,甚至是在风险极高的时候亦会如此。[21]

结论

普通人及官方机构通常不愿意作出一些现场决策,他们会借

---

〔19〕 参见 Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Susceptibility to Health Problems: Conclusion from a Community-Wide Sample, 10 *J. Behav. Med.* 481(1987),该书对此问题有进行了一般的论述。

〔20〕 参见 Itzhak Gilboa and David Schmeidler, Case-Based Decision Theory, 110 *Q. J Econ.* 605 (1995);Daniel Kahneman and Dan Lovallo, Timid Choice and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking, 39 *Mgmt. Sci.* 17 (1993)。

〔21〕 参见 Yuen Foong Knong, Analogies at War: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam Decisions of 1965 (1992),该文中有一些建设性的例子可资参考。

助一个或其他的次级战略进行回应。不同的候选人会提出有区分的伦理的以及政治上的问题。某些此类战略会涉及代价极高的，在初始阶段才有的负担，但是它们会生成一些决定随后情形的，相对简单的低负担机制。这些战略通常具有规则或者假设的形式，在预期的决策数量巨大并且存在反复之时，以及在提前通知以及计划显得很重要的时候，这些战略看起来会是最佳的。其他的战略会涉及较轻的、在初始阶段会出现的负担，以及在做最后决策时轻度负担。当一定程度的随机化（randomization）对规范的立场具有吸引力时候（要不可能因为选择是平衡的，或者因为没有人应该对或将对深思熟虑的决策承担责任），或者在初级决策实在非常困 207
难以至难以作出（因为认知或者情感上的负担与选择会有关涉），或者初级决策包括太多的不可估量的情形以及一系列重大的、非预料的结果之风险等情形，这些方法会运转良好。

还有就是，一些其他的战略会涉及较低的初级阶段负担，但是在决策作出阶段会变成高强度的输出负担，尤其是在委托行为是针对另外的人或机构，或者（用隐喻表示就是）是针对未来的自己时。委托行为采用不同的形式，多少会有一些由作出决策的个人或者机构采取的控制措施。在有相应专业背景的受托人（可能是因为他是一个专业人士）可以委托之时，要么就是在有值得信赖的受托人（可能是因为他不会存在偏见或者不会有一些其他的动机方面的问题）的时候，要么存在特别的政治、战略的或者其他优势，可以将这些决策责任推到一些其他的人或者机构身上的时候，委托战略才有意义。委托行为可能会引起严重的道德或者政治问题，并且会引发不公正的问题，特别是在受托人担当他们不愿承受的严重负担时，或者在他们在公正情形下仍不愿承担的任务之时，还有就是在委托行为与委托人（例如立法机关或者法院）的社会角色不一致时。由此，委托行为可能会因为对待民主或者权力分离的观点存在差异而引起一些麻烦。

最后一组情形涉及决策之前及决策之后的高度负担问题，在一些虚拟的人物形象以及极度功能紊乱的机构情形会经常如此。我们只是循着这种战略的指引进行了一些表述，它可能会在一些极端的情形才有意义，但是一般地只在假设承受高度的整体决策

负担肯定属于善的行为(可能是出于道德原因),甚者可以理解承受高度的整体决策负担为其所喜好的事情的时候,这种战略才会被认为是最佳的。这种假设可能看起来相当罕见,但是毫无疑问它可以帮助我们解释一些让人疑惑的人类行为,这种行为经常为考虑其他的、我们此处已经探讨了的、更加有希望的次级战略决策提供动力支持。

第三部分　评价:法律体系中的价值和金钱

8 对禀赋效应和科斯定理的实验检验*

丹尼尔·卡尼曼　杰克·L.尼奇　理查德·H.塞勒

经济理论的标准假设是，当收入效应小的时候，个人对物品的最大支付意愿（WTP），与对同物品的最小补偿要求（接受意愿或WTA），这二者之间的差别应该是可以忽略的。[1] 因此，构造无差异曲线不用参考当时的禀赋，对同等福利变化和补偿评估之间的任何区别，在实践中并不考虑[2]，而且科斯定理的断言也被广泛接受了，受制于收入效应，如果低成本的交易是可能的，那么资源配置将不受产权安排的影响。

权利不影响价值这个假设，与经验观察有尖锐的冲突，卖出的价格显著高于买入的价格。例如，塞勒发现人们对接受一个0.001的突然死亡风险的最低索赔要求，比消除一个同样的现有风险而愿意支付的数量在程度上要高一到两倍。[3] 类似发现已经报告的

---

* 加拿大渔业和海洋部，安大略省环境部以及阿尔弗雷德·P.斯隆（Alfred P. Sloan）基金会行为经济学项目提供了财政支持。作者在此感谢维农·史密斯（Vernon Smith）对进行这些实验的鼓励以及对早期草稿提出的深入评议。

〔1〕 参见 Robert D. Willig, Consumer's Surplus Without Apology, 66 *Am. Econ. Rev.* 589 (1976)。

〔2〕 例如，对环境和其他损害评估，常规说法一般是这样的，"从实际角度来讲，接受哪一种定义，都不会有什么大的区别。"A. Byron Freeman, *The Benefits of Environmental Improvement* 3 (1979)。

〔3〕 Richard Thaler, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, 1 *J. Econ. Behav. & Org.* 39 (1980)。

例证，在表 8.1 中作了概括。在这些例子里观察到的分歧很大，很清楚收入效应不能对此作出合理的解释。

表 8.1 对已进行的估价分歧检验的总结

研究及权利	中间值			平均值		
	WTP	WTA	比率	WTP	WTA	比率
假设调查：	$ 247	$1044	4.2	n. a.	n. a.	n. a.
Hammack 和 Brown（1974）湿地[37]	n. a.	n. a.	n. a.	35	100	2.9
Sinclair（1976）捕鱼[38]	43	120	2.8	47	129	2.7
Banford et al.（1979）渔具、邮政服务[39]	22	93	4.2	22	106	4.8
Bishop 和 Heberlein（1979）猎鹅许可[40]	21	101	4.8	n. a.	n. a.	n. a.
Rowe et al.（1980）能见度[41]	1.33	3.49	2.6	n. a.	n. a.	n. a.
Brookshire et al.（1980）[42] 猎麋鹿[a]	54	143	2.6	n. a.	n. a.	n. a.
Bishop 和 Heberlein（1985）猎鹿[43]	31	513	16.5	n. a.	n. a.	n. a.
真实交易实验：						
Knetsch 和 Sinden（1984）彩票[44]	1.28	5.18	4.0	n. a.	n. a.	n. a.
Bishop 和 Heberlein（1985）猎鹿[45]	25	172	6.9	n. a.	n. a.	n. a.
Coursey et al.（1987）[46] 尝试 SOA[b]	3.45	4.71	1.4	1.33	3.49	2.6
Brookshire 和 Coursey（1987）[47] 公园树木[b,c]	10.12	56.60	5.6	6.30	12.96	2.1

a 研究使用了中间变化

b 最后结果经多次反复

c 树木种植分为两级的平均

---

[37] Judd Hammack and Gardner Mallard Brown Jr., *Waterfowl and Wetlands: Toword Bioeconomic Analysis* (1974).

[38] William F. Sinclair, 5 *Kemano II Environmental Studies: The Economic and Social Impact of the Kemano II Hydroelectric Project on British Columbia's Fisheries Resources* (1976).

[39] Nancy D. Banford et al., Feasibility Judgements and Alternative Measures of Benefits and Costs, 11 *J. Bus. Admin.* 25, 29—32 (1979).

[40] Bishop and Heberlein，前引注 32。

[41] Rowe et al.，前引注 4。

[42] David S. Brookshire et al., Valuing Increments and Decrements in Nature Resource Service Flows, 62 *Am. J. Agric. Econ.* 478, 482—487 (1980).

[43] Thomas Heberlein and Richard Bishop, Assessing The Validity of Contingent Valuations（论文提交于 1985 年意大利一次国际会议）。

[44] Jack Knestch and J. A. Sinden, Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value, 99 *Q. J. Econ.* 507 (1984).

[45] Heberlein and Bishop，前引注 43。

[46] Coursey et al.，前引注 6。

[47] Brookshire and Coursey，前引注 6。

也许一些因素对表 8.1 记录的买方与卖方之间的评价差异起作用。例如，如果知道交易是不合法的，那么同意损害公共利益就可能会索要特别高的个人赔偿。[4] 标准的讨价还价习惯也可能对买方和卖方表示出来的保留价格间的差异发生作用。卖方经常通过比真实价值更高的标价而获益，而买方则是通过更低的标价。[5] 在习惯力量影响下，甚至即使错误表达他们的真实估价并不能获益，他们也可能进行错误的表达，例如回答假设的问题，或者一锤 212
子或一次性买卖。在这些情况下买与卖之间的差异只不过是一个策略失误，对此有经验的商人将学会避免。[6]

这里感兴趣的假说是，许多 WTA 和 WTP 之间的差异，远不是基于失误造成的，它反映出的是针对参照点偏好的一种真实效应。 213
当物品变成某个人禀赋的一部分，对这个人而言这个物品的价值会上升，塞勒把它称为禀赋效应。[7] 这个效应是损失规避的一种表现，在对前景和交易进行评价时，客观上同样的损失，会比收获被看重很多。[8] 这种不对称隐含的意义是，如果当放弃某物品被认为是一个损失，而得到某物品被认为是个收获，平均来说，损失规避将引起所有者比潜在的买方更高的金钱估价，从而减少了双方都可以接受的交易的数量。

在一些情况下，比如购买商品是用来零售而不是使用的，禀赋效应可能不会出现。专门为零售而留存某商品的一个特别清楚的例子，是实验市场中普遍使用的用于交易的名义上的代金券，借助

---

〔4〕 例如，可参见 Robert D. Rowe, Ralph C. d'Arge, and David S. Brookshire, An Experiment in the Economic Value of Visibility, 7 *J. Envtl. Econ. & Mgmt.* 1 (1980)。

〔5〕 Peter Knez, Vernon L. Smith, and Arlington W. Williams, Individual Rationality, Market Rationality and Value Estimation, 75 *Am. Econ. Rev.* 397 (May 1985)。

〔6〕 参见 Don L. Courcey, John L. Hovis, and William D. Schulze, The Disparity Between Willingnes to Accept and Willingness to Pay Measures of Value, 102 *Q. J. Econ.* 679 (1987); David S. Brookshire and Don L. Courcey, Measureing the Value of a Public Good: An Empirical Comparison of Elicitation Procedures, 77 *Am. Econ. Rev.* 554 (1987)。

〔7〕 参见 Thaler，前引注 3。

〔8〕 参见 Daniel Kahneman and Amos Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, 47 *Econometrica* 263 (1979); Amos Tversky and Daniel Kahneman, Loss Aversion and Risky Choice, 斯坦福大学未出版工作论文 (1989)。

它可以检验市场机构的效率。[9] 这种实验运用引导价值技术(induced value technique),在这里交易的目标是代金券,它已经被实验者按照不同的私人可兑换价值在个体参与者之间进行了分配。[10] 在交易的最后阶段进行兑换,参与实验者可能得到代金券被分配的指定价值;除此之外,代金券什么都不值。

对这些代金券来说没有禀赋效应可言,它被看重只是因为它能被兑换成现金。因此,买方和卖方都应该以分配给他们的引导价值为代金券定价。这样,引导价值的代金券市场就可以被用来作为一种受控状态,来判断买方和卖方的估价在市场的差距,是否是由于交易成本,误解,或者讨价还价的习惯策略造成的。任何买和卖之间的价值区别,可以通过真实商品市场的结果与那些其他方面相同的引导价值的代金券市场的比较,从实验中分离出来。如果对引导价值的代金券来说,没有观察到价值的差别,那么经济理论预测在同样的情况下,将观察不到对消费品评价和交易中买与卖之间的差别。

在本文中报告的一系列实验结果包括对代金券和许多不同消费品的真实交易。在每一个实验中,随机指派的设计都被用来检验禀赋效应的存在。一半参与实验者被赋予某个商品,而成为该市场潜在的卖方;另一半参与实验者是潜在的买方。常规经济分析产生的是简单的预测,在自愿交易的情况下应该有一半的商品被交易。如果所有权不影响价值,那么在两组的价值分配,除了样本差异,应该是一样的。因此供给和需求曲线应该彼此之间成为
214 镜像,交汇于它们普通的中间数字。因此,空白假设(null hypothesis)认为所提供的一半的商品将转手。把这个预测到的量标记为 V^*。如果存在禀赋效应,对卖方来说商品的价值将高于买方,从而观察到的量 V 将小于 V^*。V/V^* 的比例提供了一个理解由于所有权而在价值方面产生效应的单位无关(unit-free)的尺度。为检验

---

〔9〕 参见 Vernon L. Smith, Microeconomic Systems as an Experimental Science, 72 Am. Econ. Rev. 923 (1982); Charles R. Plott, Industrial Organization Theory and Experimental Economics, 20 *J. Econ. Literature* 1485 (1982)。

〔10〕 参见 Vernon L. Smith, Experimental Economics: Induced Value Theory, 66 *Am. Econ. Rev.* 274 (1976)。

市场会消除交易不足(undertrading)的假说,该市场被重复数次。

对比价值引导市场的结果和那些在相同交易规则下的后续商品市场,可以检验观察到的交易不足是不是由于交易成本而引起的。注意这个对比也能消除对观察到的交易不足的很多其他可能解释。例如,如果参与实验者的指导是混乱的或误导的,那么在价值引导市场和真实商品的实验市场,效应应该都是存在。第二节描述了对价值引导市场和消费商品市场的交易数量的研究。第三节进一步检验了策略行为,说明发现到的分歧不可能是由于这个原因。第四节调查了不情愿买和不情愿卖在商品交易不足所起的作用,第五节检验了双边谈判的交易不足,并进行了对科斯定理的检验。第六节描述的实验排除了收入效应和奖励效应作为对观察到的价值分歧的解释。对观察到的效应的意义,最后一节进行了讨论。

重复的市场实验

在实验1,44名康内尔大学本科生高级法律经济学课程班的学生收到一张整体的说明和十一张表格,在实验所操作的每一个市场使用其中之一。(对所有实验的说明可以从作者处得到。)前三个实验是针对引导价值的代金券。卖方收到以下的指导(对买方的指导用方括号进行标注):

> 在这个市场被交易的目标是代金券。你是一个所有者,所以你现在拥有一张代金券[你是一个买主,所以你有机会去买一张代金券],它对你的价值是x美元。它对你来说价值是这么多,原因是实验者将为它给你这么多钱。代金券的价值在不同人中是不同的。代金券的价格将在后来被确定。对以下列出的每一个价格,请指出你偏爱哪一个:(1)以这个价格卖出你的代金券,并接受市场的价格。(以这个价格买入代金券,并以其上显示的金钱数额换成现金。)(2)保留你的代金券,并以其上显示的金钱数额换成现金。(不以这个价格买代金券。)对每一个价格,通过在合适的地方标志X,指出你的决定。

接下来是卖方部分的反应表：

以 8.75 美元的价格，我将卖出_____我将不卖出_____
以 8.25 美元的价格，我将卖出_____我将不卖出_____

价值以相同的间隔分布——从 0.25 美元到 8.75 美元，以 0.50 美元的差别排列——买方和卖方都是一样的。但是，因为不是所有的表格都被分配了，所引导的供给需求曲线不一定总是精确的对称，在三个连续的市场中参与实验者在买方和卖方的角色里变换，而且在每一次被指派了不同的个人兑换价值。

在每一个市场期间之后，实验者组织者收集全部参与者的表格，马上进行计算并且宣布市场出清价格[11]，交易数量，以及以市场出清价格是否存在过量的需求或者供给。[12] 在每一个引导价值市场之后，随机选择三名买方和三名卖方，按照他们表格上显示的偏好和那个时间的市场出清价格进行支付。

紧接着三个引导价值市场之后，其他座位上的参与实验者被发给康奈尔咖啡杯，在书店出售 6.00 美元一个。实验者组织者要求所有参与者检查杯子，无论是他们手里的还是旁边的。接着实验者组织者告知参与实验者将进行四个杯子的市场，按照先前引导市场同样的程序，但有两个例外：(1) 四个市场实验其中之一随后将被随机选择，而只有这个实验的交易将被执行。(2) 在被选择的市场实验中，所有的交易都将被执行，而不是在引导价值市场那样一部分被执行。[13] 买方和卖方角色的初始指定在全部四个交

---

〔11〕 指引当中写着“真实回答这些问题符合你的最佳利益。在任何问题当中，价格都被视为固定的。(用经济学术语表述就是你应该像‘价格接受者’那样行为)”。所有实验参与者都是经济学专业的一年级或高年级学生，所以他们熟悉所使用的这些概念。如果实验参与者询问市场价格是如何被确定的，那么如实回答，引导出来的供求曲线的交点，就是市场价格。许多不同实验在结果上的一致，说明这样回答对行为并没有确切的效应。况且，在实验的价值引导环节实验参与者的反应，已经表明他们几乎都已经了解和接受了作为价格接受者。另请参见实验 5，那里采用了一个随机的定价程序。

〔12〕 如果出现了这种情况，随机抽签决定是归买方还是卖方。

〔13〕 实验设计的意图是尽可能实现消费品市场的效率。在价值引导市场不是每名参与实验者都被支付，但是在消费品市场每个人都有。而且，消费品市场是在价值引导市场之后进行的，每一个又都重复四次，这样就使得参与实验者有最多的学习机会。

易时段保持不变。出清价格和交易数量在每个时段后被宣布。“被算数在内”的那个市场，在四个时段后被指定，交易随后即刻进行：所有标志他们将按照市场出清的价格数而放弃咖啡杯的卖方，将把他们的杯子换成现金，而成功的买方将付出同样的价格以得到杯子。这个设计是用来允许在连续的尝试中出现学习，而每一次尝试都有潜在的约束力。接下来是用盒装圆珠笔做的另外四个连续的市场实验，每一支笔上都有一个看得见的3.98美元的书店价格标签，它们被发给在咖啡杯市场中曾作为买方的参与实验者。

每个商品市场的参与实验者，完成一份类似于引导价值的代金券中使用过的表格，表格说明如下：

> 现在你占有的物品归你所有。（你看到的你的一些同学占有的物品，不归你所有。）如果价格，后来将会被确定。对你 216
> 来说可以接受，你可以卖出（买入）该物品。对以下可能的每一个价格，指出你希望的是：（1）卖出你的物品并接受该价格，（付这个价格，接受该物品把它带回家），或者（2）保留该物品并把它带回家。（以这个价格不买该物品。）对每一个价格，通过在合适的地方标志X，标示出你的决定。

在消费品市场的买方和卖方，面对他们在引导价值市场上所经历的同样激励。买方通过同意在所有低于他们对商品评价的价格上购买商品，最大化他们的潜在收益，而卖方通过同意在所有高于他们评价的价格上出售，最大化他们的福利。如同在引导价值市场，按照价格接受者行为符合参与者的最大利益。

如表8.2所显示，引导价值市场和消费品市场，产生了非常不同的结果。在引导价值市场中，与预计相同，中间的买入和卖出价格是一致的。实际和预计交易量的比值（V/V^*）是1.0，合计起来超过3点。与之比较，杯子和圆珠笔市场的中间卖出价格超过中间买入价格的两倍，而V/V^*比例，杯子只有0.20，圆珠笔是0.41。观察到的量在杯子和圆珠笔市场的连续时间段里没有增长，没有 217
显示出参与实验者在学习接受同等的买入和卖出价格。

表 8.2 实验 1 的结果

引导价值市场(预计交易 = 11)				
轮次	交易	价格	预期价格	
1	12	$ 3.75	$ 3.75	
2	11	4.75	4.75	
3	10	4.25	4.25	
轮次	交易	价格	中间买方保留价格	中间卖方保留价格
咖啡杯	(预计交易 = 11)			
4	4	$ 4.25	$ 2.75	$ 5.25
5	1	4.75	2.25	5.25
6	2	4.50	2.25	5.25
7	2	4.25	2.25	5.25
圆珠笔	(预计交易 = 11)			
8	4	1.25	0.75	2.50
9	5	1.25	0.75	1.75
10	4	1.25	0.75	2.25
11	5	1.25	0.75	1.75

咖啡杯的第一和最后一个市场的结果,在图 8.1 中也显示了出来。在该图中有五点值得注意。(1) 买方和卖方都显示了大范围的估价,这说明如果不存在禀赋效应,交易事实上本应该产生足够的收益租金。事实上,估价的范围与几乎达到了与完美市场效率的价值引导市场上相似的情况。(2) 出卖价格的分布是单一模式,不同于一些近期结果,在那里评价分歧可以通过补偿要求的双模式分布进行解释。[14] (3) 对交易支付一笔小费用,比如每个交易 0.25 美元不会严重改变结果。(4) 咖啡杯是被看重的。每个参与实验者都给杯子指定了一个正价值。卖方指派的最低价值是2.25 美元。(5) 在最初和最后的市场之间,需求和供应都没有发生大变化。

实验 2 在康奈尔大学的本科微观经济学班上进行(人数 = 38)。除了第二个消费物品是一只硬纸板框架的折叠双筒望远镜,
218 书店里 4 美元一个有售,程序与实验 1 相同。表 8.3 报告了结果。

---

[14] Rebecca R. Boyce et al., An Experimental Examination of Intrinsic Values as a Source of the WTA-WTP Disparity, 82 *Am. Econ. Rev.* 1366 (1992).

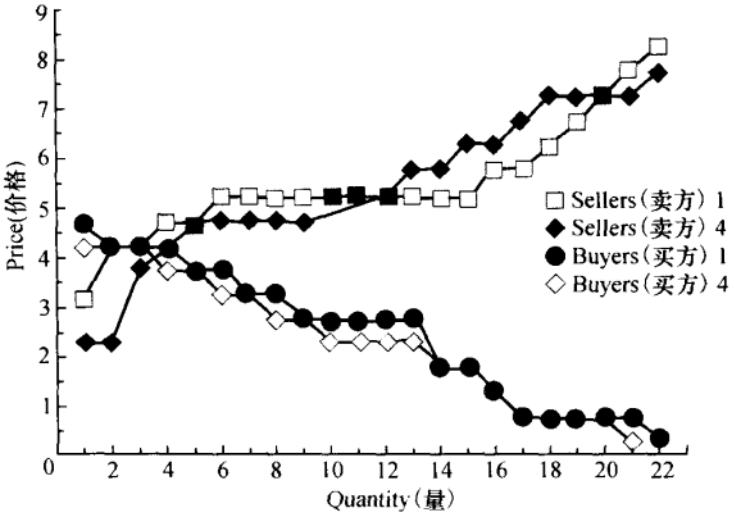

图 8.1　市场 1 和 4 的供求曲线

表 8.3　实验 2 的结果

引导价值市场				
轮次	实际交易	预期交易	价格	预期价格
1	10	10	$ 3.75	$ 4.25
2	9	10	4.75	4.25
3	7	8	4.25	4.75
轮次	交易	价格	中间买方保留价格	中间卖方保留价格
咖啡杯	(预计交易 =9.5)			
4	3	$ 3.75	$ 1.75	$ 4.75
5	3	3.25	2.25	4.75
6	2	3.25	2.25	4.75
7	2	3.25	2.25	4.25
双筒望远镜	(预计交易 =9.5)			
8	4	1.25	0.75	1.25
9	4	0.75	0.75	1.25
10	3	0.75	0.75	1.75
11	3	0.75	0.75	1.75

实验 3 和 4 在 Simon Fraser 大学本科经济学班上进行，参与实验者被要求表明最低卖出价格和最高买入价格，而不是回答实验 1 和 2 中使用的一系列“是或否”的问题。引导价值市场的进行没有

金钱激励，而接着它的是实验 3 的四个圆珠笔市场，与实验 4 的五个杯子市场。在实验 3 参与实验者被告之前三个圆珠笔市场是为了练习，所以只有第四个也就是最后一个市场才算数。在实验 4，如同实验 1 和 2，五个市场的其中之一被随机选择出来算数。其他程序不变。结果显示在表 8.4。

表 8.4 实验 3 和 4 的结果

	轮次	N	对象	实际交易	预期交易	卖方平均估值*和买方平均估值*的比率
实验 3	1	26	引导	5	6.5	n. a.
	2	26	圆珠笔	2	6.5	7.2
	3	26	//	2	6.5	7.2
	4	26	//	2	6.5	5.6
	5	26	//	1	6.5	6.7
实验 4	1	74	引导	15	18.5	n. a.
	2	74	//	16	18.5	n. a.
	3	74	杯子	6	18.5	3.8
	4	74	//	4	18.5	2.8
	5	72	//	4	18	2.2
	6	73	//	8	18	1.8
	7	74	//	8	18.5	1.8

* 中间值。

实验 2 到 4 产生结果与实验 1 的结果全部相似。对全部四个实验的引导价值市场进行总计，V/V^* 数字是 0.91。达到这种良好的表现，参与者并没有对交易规则的熟悉而获得利益，在实验 1 和 2 中有有限的金钱激励，实验 3 和 4 中没有金钱激励。在消费商品
219 市场，所有参与者都面临金钱激励，而且都从引导价值市场获得了关于市场规则的经验，V/V^* 平均来说是 0.31，而中间卖出价格超过相对的买入价格的两倍。交易程序在商品市场和引导价值的代金券市场是完全相同的。代金券市场更高的交易量，因此，就消除了用交易成本（或其他任何在两种市场中都出现的特性）来解释消费商品市场所观察到的交易不足。

值得注意的是，作为买方的参与实验者，没有得到用来购买的钱，而是必须用他们自己的钱去进行交易。（参与实验者被告知带

钱来上课，如果必要还要准备信用卡和零钱。一些参与实验者从他们朋友那里借钱进行支付。）这个目的是在真实的环境里研究交易。虽然现在的设计使得潜在的卖方稍微变富了一点儿，至少在第一个市场，但可能的收入效应的分量是微乎其微的。在其中一个市场，均衡价格只有 75 美分，在其他市场价格也从来没有超过几美元。而且，正如实验 7 和 8 将显示的那样，在消除收入影响或现金约束的可能性的设计当中发现了同样的交易不足。

如表 8.2 到 8.4 所示，在价值引导市场，即使是在第一轮实验中，参与实验者也几乎没有显示交易不足。谈判习惯和任何交易成本，显然都没有阻碍代金券的交易，另一方面，没有显示商品市场参与者在学习不依赖他们的所有权去进行估价。买方和卖方的 220
评价分歧在对同一物品的连续四轮实验，有一个案例是五轮，都保持明显，而且在后续物品的重复市场也没有发生系统变化。

程序的不同也许解释了这些结果和其他研究得出的 WTA-WTP 区别可以通过市场经验大量消除的结论之间的冲突。这些研究通过比较买方和卖方对最初假设的问题或没有约束力的市场实验的反映，和他们接下来对真实金钱支付的有约束力实验下的行为，报告了市场经验的规训效果。[15] 在现在的实验里，市场的消费物品是真实的，并且从第一轮起实验是有潜在约束力的，而 WTA-WTP 区别在一系列这样有约束力的实验后，仍然是明显的。

在这里要强调先前的调查实际上并没有说明买方和卖方的分歧可以在市场消除。虽然在库尔西等（Coursey）的实验里[16] 卖方和买方的最终价格区别在统计上不显著，但是买方和卖方的中间价格比例仍然达到了 2.6。[17] 如果买方和卖方被允许按照他们的最终出价进行交易，总共有 9 个有利的交易会在两组间发生，而理

---

〔15〕 参见 Knez et al.，前引注 5；Courcey et al.，前引注 6；Brookshire and Coursey，前引注 6。

〔16〕 参见 Courcey et al.，前引注 6。

〔17〕 如果包括所有参与实验者，平均卖价和买价之比是 1.4。但是，如果各排除一名位于估值极端的买方和卖方，比例则是 1.9。这些数字记录在 Courcey et al.，前引注 6 的早期版本里。

论上的预期的是16个交易。[18] 这个0.56的V/V*比例与实验1到4很接近。在布鲁克希雷(Brookshire)和库尔西的研究中[19],平均价格的比例事实上是随着经验降低的,从最初假设检验反映的高达77到第一个有潜在约束力的实验室拍卖的6.1。但是在最终拍卖的比例仍然有5.6。

对错误陈述的检验

如前面提到的那样,在实验1到4从引导价值到消费商品的各阶段,参与实验者面对的是同样的激励。因此,把观察到的交易差别归因于禀赋效应,看起来是没问题的。但是,一些本文的早期草稿阅读者提出,由于市场价格被确定的方式,参与实验者也许感觉到他们有错误陈述他们的真实价值的激励,以求影响价格,而且也许这种激励在消费商品市场会更大一些。为消除对先前结果的这种可能的解释,实验5被进行,方式与前四个实验相近,除了参与实验者被告知价格将会被随机选择。如人所知,这是一种显示价值的激励相容的程序。[20]

每名参与者都收到一份说明,其中一部分(买方的表格会有相
221 应的替代词语)如下:

> 在你完成之后,下列其中之一的价格将被随机选择,交易将根据这个价格产生。如果你已经指出你将以这个价格出售,那么你将得到这笔钱,同时将放弃咖啡杯;如果你已经指出在这个价格上你愿意保留咖啡杯,那么不发生交易,你可以把杯子带回家……由于价格是被随机选择的,你的决定不影响实际的价格。

这个实验是在Simon Fraser大学商业统计学课的六个辅导系

---

[18] 相关细节请参见 Jack L. Knetsch and J. A. Sinden, The Persistence of Evaluation Disparities, 102 *Q. J. Econ.* 691 (1987)。

[19] Brookshire and Coursey, 前引注6。

[20] 参见 Gordon M. Becker, M. H. DeGroot, and J. Marshak, Measuring Utility by a Single-Response Sequential Method, 9 *Behav. Sci.* 226 (1964)。

列小组进行的。小组进行有助于确保对指导的完全理解，而且实验是在一天内进行，以最小化参加者交流的机会。每个小组被平均分开，一半参与实验者被随机指定为卖方，另一半被指定为买方，总计有 59 人参加。

两个作为假定支付的价值引导市场，和接下来的第三个在钱和咖啡杯之间的真实交易市场，所有这三者都在相同的商业规则下进行。所有参与人在这三个市场里都保持或者买方或者卖方的相同身份。如同在实验 1 和 2 中，个人选择买或者卖的价格在从 0 到 9.50 美元之间的范围内按 50 美分的增序排列。

这个实验的结果与先前的基于市场出清价格的实际交易实验几乎完全相同。虽然假定价值在这两个价值引导市场里可能动机被削弱了，但几乎所有参与者为了买或者卖该资产也都力求价格选择上的利润最大化。在第一个价值引导市场，根据写在表格上的价值的随机分布，在 4.75 美元的价格上有 14 个交易可能发生。在参与人实际选择指定这个价格的情况下，13 个交易发生。第二个假定价值引导市场的结果也同样有说服力，在 5.75 美元的价格上有 17 个预期交易，其中发生了 16 个。参与人明显很清楚实验的程序和激励。

与其他实验里使用的那些物品一致，在价值引导市场完成后，咖啡杯被指派给潜在的卖方。所有潜在的买方也都看到了杯子的展示。下列指导表格然后被发放（买方的表格使用了相应的替换文字），与在价值引导市场使用的几乎完全相同：

> 你现在（没有）得到，而且拥有一个咖啡杯，你可以保留它并把它带回家。你还可以选择把它卖掉并且得到卖它的钱（交钱买一个带回家）。下列可能的每个价格中你愿意哪一个：
>
> （1）得到那笔钱并卖你的杯子，
>
> 或者（2）不以这个价格卖掉你的杯子。 222
>
> 在你完成之后，下列其中之一的价格将被随机选择，交易将根据这个价格产生。如果你已经指出你将以这个价格出售，那么你将得到这笔钱，同时将放弃咖啡杯；如果你已经指

出在这个价格上你愿意保留咖啡杯，那么不发生交易，你可以把杯子带回家。

注意以下两点：(1) 由于价格是被随机选择的，你的决定不影响实际的价格。(2) 在下列每个价格上请根据你的兴趣指出你的真实偏好。

请你指定价格，在表中相应的位置打一个 X。

	我要卖[买]	我要保留[不买]杯子
如果价格是 0 美元	_____	_____
如果价格是 0.50 美元	_____	_____
……		
如果价格是 9.50 美元	_____	_____

在实验者阅读审查了指导，并回答问题之后，参与人完成表格，指出他们最低的出售价格或最高的购买价格。在列表中从 0 到 9.50 美元的范围内，一个随机的价格被抽取，然后完成根据这个价格进行的交易。

结果仍然显示了大而显著的禀赋效应。假定有 29 名潜在的买方，30 名潜在的卖方，以及咖啡杯按随机指派，如果所有权不影响估价，预期将发生 14.5 个交易。但是潜在的买方和卖方选择的实际价值基础上，只发生了 6 个交易（$V/V^* = 0.41$）。中间出卖价格是 5.75 美元，是中间购买价格 2.25 美元的两倍以上，平均数分别是 5.78 美元和 2.21 美元。

不情愿买与不情愿卖

钱和商品之间（或两个商品之间）的交易有四个可能的比较：在获得商品或金钱之间的选择；在失去一个或另一个之间的选择；购买（为商品放弃金钱）；出售（为金钱放弃商品）。[21] 禀赋效应来

[21] 参见 Tversky and Kahneman，前引注 8。

自于对商品和金钱之间相对偏好的不同。比较买和卖在收获之间的简单选择，就可以把对 WTA 和 WTP 之间区别的分析分成两个部分：不情愿卖（把商品交换成金钱）和不情愿买（把金钱交换成商品）。 223

为了衡量不情愿买和不情愿卖，对在早期实验商品的近似商品中的交易不足效果，安排了实验 6 和 7。实验 6 的参与实验者是 77 名 Simon Fraser 大学的学生，随机被安排到三个组中。第一组的成员被指定为卖方，被发给一个咖啡杯，然后被要求指出在 0 到 9.50 美元之间他们是否愿意卖这个杯子。买方组指出针对这些价格他们是否愿意购买这个杯子。最后，选择组被要求选择，针对每一个可能的价格，是接受杯子还是现金。

结果仍然显示了明显的交易不足：虽然在买方和卖方之间预期交易是 12.5 个，只有 3 个交易实际发生（$V/V^* = 0.24$）。估价的中间数是：卖方组，7.12 美元；选择组，3.12 美元；买方组，2.87 美元。买方组和选择组的结果接近，说明不情愿购买杯子相对较小。

实验 7 在不列颠哥伦比亚大学的 117 名学生中进行。除了杯子标签被去掉，其他实验涉及的都一样。结果和实验 6 的完全一致。根据相应估价预期交易是 19 个，但根据实际估价只有 1 个发生（$V/V^* = 0.05$）。估价的中间数是：卖方组，7.00 美元；选择组，3.50 美元；买方组，2.00 美元。

有必要说明，这些结果排除了用任何形式的收入效应作为解释的可能，因为卖方组和选择组的位置是严格相同的。对每个买方分配一个特定的杯子，最终产生了在卖方组中所没有的一种禀赋的感觉：卖方组对杯子的中间估价是选择组给出的估价的两倍以上，尽管客观来说他们的选择是相同的。这个结果说明，观察到的消费商品交易不足可能很大程度上是由于不情愿放弃禀赋。

双边讨价还价和科斯定理

按照科斯定理，配置给个人的可以零成本讨价还价和交易的

资源，可以不依赖初始财产权利。但是，如果一个商品和另一个商品之间的编辑替换率受到禀赋的影响，那么被分配该商品产权的个人将很可能保留该商品。为了检测禀赋效应的这个含义我们做了双边讨价还价实验（实验 8）。

参与实验者是 Simon Fraser 大学七个小辅导班的 35 对学生。这些学生选修的要么是经济学入门课程要么是英语课程。每一个学生都随机与在同辅导班的另一个学生配对，特别注意确保一起
224 来到辅导班的同学不被配成一对。参与人每一对都玩一个简单的容易被解释的 Nim 游戏。每一个游戏的赢家都被发给一个 400 克的瑞士巧克力块，并且宣布巧克力属于他们。

然后进行是价值引导讨价还价阶段。每一对在 Nim 游戏里没有赢的成员，从而也没有获得巧克力块，被发给一张票据，和一张指导页，指导页说明该票据值 3 美元，并且被告之这个数字可以被兑现。票据所有者还被告知，他们可以把票据卖给他们的对方，如果双方可以达成协议。对方（巧克力块的拥有者）收到的指导说明，如果他们可以成功地从票据拥有者那里买到票据，他们可以获得 5 美元。因此，对任何完成交易的双方来说，存在 2 美元的剩余。

接下来双方开始不限时间地进行讨价还价。参与实验者被告知实验组织者那里既有信用卡又有零钱。讨价还价阶段的结果被记录在他们的指导页上。

在总计 35 对参与者中，29 对同意交易（$V/V^* = 0.83$）。29 张票据的平均支付价格是 4.09 美元，其中 12 个交易价格超过了 4 美元。交易结束票据价值马上兑现。支付用美元账单的形式以利于接下来的讨价还价环节的交易。票据交易结束后，巧克力块的拥有者被告知，他们可以巧克力板卖给他们的对方，如果双方可以达成价格协议。票据阶段运用的程序在这个讨价还价阶段再次被应用。

最初的票据价值引导讨价还价的一个重要效果是给票据所有者一些现金，票据所有者的平均收益（包括 6 个没有卖他们票据的）是 3.99 美元。他们对方（巧克力块拥有者）的平均收益只有 0.76 美元。因此潜在的巧克力块购买者比拥有者平均赋予了超过 3.23 美元，这在买方产生了一个小的收入效应。并且，由于类似这样的意外收入，参与实验者花起来将更随意，因此巧克力块的交易

是应该被促进了。

巧克力板讨价还价再次说明了不情愿交易。根据随机分配预计交易有17.5个,但观察到的只有7个($V/V^*=0.4$)。在这些实际发生的交易中平均交易价格是2.69美元。(实际价格是:6.00美元,3.10, 3.00,2.75,2.00,1.00,和1.00)。在第一阶段没有成功完成讨价还价的6对参与实验者,如果根据他们没有理解任务或者程序而被排除出样本,那么结果是14.5个预计交易,6个实际发生($V/V^*=0.414$)。与此相似,如果因为票据交易价格在3.00—5.00美元范围之外,排除另两对,那么交易数量下降到了4,V/V^*下降到了0.296。(在英语课学生和经济学课学生之间没有观察到显著的区别。)[22] 225

为确保巧克力块被参与实验者看重,以及他们的估价区别足够大以产生双方有利的交易,同样的巧克力块被发给Simon Fraser大学另一个班的成员。那些达到巧克力块的,被询问他们愿意出售巧克力板的最低价格,而那些没有巧克力块的,被询问他们为得到巧克力块而愿意支付的最高价格。对巧克力块的估价在0.50美元到80.0美元之间。卖方表示的平均价值是3.98美元,而买方的平均估价是1.25美元。(中位价值是3.50美元和1.25美元)。

在商品之间选择的禀赋效应

前面的实验记录金钱和消费商品之间交易的交易不足。另一个在两个商品之间的交易实验也说明了相同的效应。[23] 三个班级的参与者被要求在相同的两件商品之间进行选择。一个班的所有学生在开始阶段都被发给一个咖啡杯,作为完成一个小问答题的

---

[22] 我们进行了两个相似的讨价还价实验,结果具有可比性。26对参与实验者针对出售咖啡杯进行谈判,信封内装入一定数额的金钱。没有赋予买方任何现金。这个环节的交易数量分别是6个和5个,虽然预期交易数量应该是13个。同时,进行了一些价值引导的双边谈判,结果只出现了50美分的超额。(卖方的估值是1.50美元,买方的是2.00美元。)然而,可能的26个交易里,完成了21个。

[23] Jack L. Knetsch, The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves, 79 *Am. Econ. Rev.* 1277 (1989).

奖励。完成任务后,实验组织者向学生展示瑞士巧克力块,他们可以立即用它换取杯子。另一个班的学生在开始被给巧克力块之后,被告知有进行相反交易的机会。第三个班的学生只是被告知在开始阶段在巧克力块和杯子之间选择。选择杯子的学生比例在开始被赋予杯子的班级是89%(人数=76),在被要求的班级是56%(人数=55),在开始被赋予巧克力块的班级只有10%(人数=87)。对大部分参与者来说,如果是要放弃咖啡杯,那么杯子将比巧克力估价更高,如果是要放弃巧克力,那么咖啡杯将估价更低。这个实验证实,即使排除了收入影响,交易不足也能发生。它同时表明,对于发放到班中每个人的物品都具有禀赋效应,并且,因此就不具有奖品或奖励的吸引力了。

讨论

这篇论文提供的证据支持了即时的禀赋效应(an instant endowment effect):对诸如咖啡杯,圆珠笔,双筒望远镜,巧克力块之类的物品,一旦该个人被赋予该物品,估值就会显著增高。[24] 先前对禀赋效应的讨论集中在那些个人占有了一段时间的商品,除此之外,通过赋予某人对某商品的占有,参照点的变化有明显的即时性质,因此也发生引导价值变化。虽然长期禀赋效应可以通过情感纽带(sentimental attachment)或通过在斯蒂格勒—贝克尔(Stigler-
226 Becker)意义上[25]的消费技巧的改善来解释,在这篇论文里报告的700多名实验参与者的偏好或趣味的变化,不能通过这种方式解释。

禀赋效应是对买卖价格之间过去经常观察到的系统区别的一个解释。这项研究的目标之一是检验对这种买卖不一致情况的一

〔24〕 非正式的尝试性实验给人留下这样的印象,赋予参与人对物品实际占有的行为,更能系统地产生禀赋效应。如果参与实验者只是被指定有机会得到某物品,或者在以后某个时间可以得到物品的财产权,它产生的效应似乎较弱。

〔25〕 参见 George J. Stigler and Gary S. Becker, De Gustibus Non Est Disputandum, 67 *Am. Econ. Rev.* 76 (1977)。

种替代解释，即这个区别整体上反映的是讨价还价的策略[26]，通过市场经验可以被消除。[27] 我们的结果不支持这种替代解释。在实验1—7使用的交易制度鼓励参与人成为价格接受者（特别是在实验5），而且实验规则没有激励参与人隐藏真实偏好。而且，价值引导市场的结果表明，参与实验者理解他们被询问的问题的性质是需求显示，并且相应的行动。消费品市场也观察到了显著的交易不足。至于学习和市场规训，并没有现实买卖价格在重复市场交易中趋向一致，虽然每个这样的交易最后都有充分的反馈。在这些实验中观察到的交易不足，也许反映的是潜在买方和卖方之间真实的偏好区别。结果的有力程度，说明结果不是由于某个实验的人为设计造成的。简而言之，现有的发现说明禀赋效应在真实市场环境一直存在。

价值引导市场和消费品市场之间的对比，有助于支持赫因纳（Heiner）的假说，价值引导实验的结果不一定能推广到所有的市场环境。[28] 价值引导市场的确切性质是，代金券的价值明确地被实验者所支付的金钱数量限定。由于交易按照纯粹的损失或收益评价，对这些目标来说损失规避是不相关的。（如果某人的5美元账单收到了6美元，在这个交易上没有损失可言。）一些市场有与价值引导市场相同的特点，特别是出现纯粹套利的情况下。但是，在一些情况下净收益和净损失的计算是不可能的，例如，当有风险的前景被交换成现金，或者在那些人们出售他们自己也觉得有用的商品的市场上。在这些情况下，相对于得到的金钱，物品损失的因素不能被清除，因为商品和金钱不是严格通约的（commensurate）。由于这种不可通约导致的估价混乱既是损失规避也是买卖分歧的必要条件，虽然不是充分条件。

禀赋效应的实验结果，对经济理论和经济预测有直接意义。

---

〔26〕 参见 Marc Knez and Vernon Smith, Hypothetical Valuations and Preference Reversals in the Context of Asset Trading, 载于 *Laboratory Experiments in Economics: Six Points of View* 131 (Alvin E. Roth ed., 1987)。

〔27〕 参见 Courcey et al., 前引注6; Brookshire and Coursey, 前引注6。

〔28〕 参见 Ronald A. Heiner, Experimental Economics: Comment, 75 *Am. Econ. Rev.* 260 (March 1985)。

与标准经济理论假定偏好独立于所有权不同[29]，这里显示的证据
227 说明人们的偏好依赖于他们的参照位置。因此，偏好排序不能独立于禀赋去定义：偏好商品 A 而不是 B，如果 A 是最初禀赋的一部分，但是如果初始参照位置发生了变化，相反的偏好也可能成立。无差异曲线在禀赋或参照点上将出现一个折点[30]，而且一条沿着一个方向进行交易的无差异曲线，甚至可能同在相反方向上进行交易的另一条无差异曲线相交。[31]

禀赋效应的存在减少了交易的收益。与偏好独立于禀赋的世界相比，损失规避的存在导致了经济中的惯性，因为潜在的交易者比常规假定的更不愿意去交易。这并不是说帕累托交易不可能发生。而只是说可能的相互有利的交易会更少一些，因此交易的数量低于不存在禀赋效应的情况。

评价禀赋效应在现实中的重要性，首要是考虑观察到这种效应的一些必要条件，实验 6 和 7 说明禀赋效应首要是一个卖方的问题；我们观察到较少的不情愿买，但是很多不情愿卖。而且，不是所有卖方都受到禀赋效应的影响。在代金券市场里禀赋效应并没有出现，而对只以零售为目的的情况，整体上预计不会有不情愿零售商品。如果完美的替代品可以以更低的价格容易得到，所有者就不情愿以一个既定价格出售。这个理由说明，当所有者卖的物品是买来使用的，而且不容易被替换，那么禀赋效应将几乎肯定发生。这样例子可能包括已经卖完的入场券，限制供应的狩猎许可证[32]，艺术作品，或者宜人的窗外风景。

尽管在经济环境中，禀赋效应所要求的必要条件看起来可能限制了它的适用，但事实上这些条件经常是具备的，尤其是在科斯定理应用的讨价还价语境中。例如，温布尔登网球公开赛的球票是通过抽签的方式进行分配的。标准的科斯分析可能预测如果存

---

〔29〕 尽管所有权可能会按斯蒂格勒和贝克尔提出的方式影响到趣味，但如果不存在收入效应，传统上还是假定艾奇沃思·博克思（Edgeworth Box）图表中的无差异曲线不依赖于禀赋点的位置。

〔30〕 参见 Tversky and Kahneman，前引注 8。

〔31〕 参见 Knetsch，前引注 23。

〔32〕 参见 R. Bishop and T. Heberlein, Measuring Values of Extra Market Goods: Are Indirect Measures Biased? 61 *Am. J. Agric. Econ.* 926 (1979)。

在一个有效率的球票经济市场，彩票的赢家将不会比那些其他的网球迷——他们在另一个不相关的彩票中也赢得了一笔相近的现金奖励——更愿意去看比赛。与之相反，本文的实验结果预测到许多温布尔登网球公开赛球票的赢家将会看比赛，而不是卖掉那些超过他们购买保留价格的球票。

对公司和其他组织来说，禀赋效应也能够得到遵循的。通过历史偶然事件或各种巧合，例如政府许可证，土地使用权，或污染物转移许可，而获得的财产权，这其中禀赋效应是可预测得到的。由于禀赋效应公司将不愿意放弃他们的分支机构、厂房和生产线，即便他们从来也没有考虑过要去购买这些资产；事实上，如果公司 228
真的放弃这些，股票价格通常会上升。再一次，预测到的不是交易不存在，而只是交易数量的下降。

当然，在真实市场环境里，导致交易数量低的原因是因为禀赋效应还是受交易成本的影响是难以区分的。如果交易成本是很小，禀赋效应的作用就最有说服力了。这就是实验市场——通过设计——的情况，价值引导市场的效率说明该市场的交易成本或其他交易障碍对交易决策的影响很小，这使得非常不情愿交易咖啡杯和其他物品的原因，被归因于禀赋效应。

禀赋效应不限于有形物品或法律权利，个人和公司的参照位置通常包括以往交易的条款或对现状持续的期待，一般这些是不正式的惯例。有清楚证据表明改善和破坏这些条款引起的反映是非常不对称的，而且为了避免不公正的对待人们还有作出牺牲的意愿。[33] 由于认为对先前普遍的价格拥有权利，所以不愿意赔本去卖，这可以解释两个明显交易不足的现象。第一个有关房屋市场。经常可以观察到，如果房屋价格下降，交易数量也下降；在房价正下降时，比在房价上升时，房屋在市场上留存的时间长。与之

---

〔33〕 参见 Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard Thaler, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 *Am. Econ. Rev.* 728, 729—730 (1986)。

相近，对价格下跌的股票的交易数量低于那些价格上升的股票[34]，尽管从税收的角度考虑可能会导致相对的预期。

在多原因协商的语境下，损失规避的另一个表现，可以被称作“妥协规避（concession aversion）”，即不情愿在协议的任何方面接受损失。对此一个直接而普通的例子是向下倾斜的价格粘性。妥协规避的一个更有点微妙的启示是，这可能导致由于历史先例而产生无效率合同条款。由于新公司不用围绕旧制度作为参照位置进行谈判，所以老公司比新公司可能有更多无效率的制度。例如，有的航空公司要求在一些飞机上安排三名飞行员，而另一些新公司安排两名就行了。

损失规避意味着对待损失和对待放弃的收益明显不对称，这对公平的判断发挥着基本的作用。[35] 与之相应，那些妥协被认为是损失的纠纷，比那些妥协被认为是放弃收益的纠纷，通常要麻烦得多。法院判决意识到了损失和放弃收益的不对称，所以对物品的占有者优于其他主张者，限制对利润损失的补偿在实际花费范围内，不执行那些对受害方来说是放弃收益的慈善承诺。[36]

总结来说，本报告的证据说明，观察到的损失规避以及随之的
229 评价分歧不是人为造成的，而且这些结果也不能用那些可能通过经验、训练或“市场规训”而消除的错误来解释，相反，证据支持的是另一种观点，即禀赋效应和损失规避是偏好的基本特性。

---

〔34〕 参见 Hersh Shefrin and Meir Statman, The Disposition to Sell Winners Too Early and Ride Losers Too Long: Theory and Evidence, 40 *J. Fin.* 777 (1985); Stephen P. Ferris, Robert A. Haugen, and Anil K. Makhija, Predicting Contemporary Volume with Historic Volume at Differential Price Levels: Evidence Supporting the Disposition Effect, 43 *J. Fin.* 677 (1988)。

〔35〕 参见 Kahneman et al.，前引注 33。

〔36〕 参见 David Cohen and Jack Knetsch, Judicial Choice and Disparities Between Measures of Economic Values, 30 *Osgoode Hall L. J.* 737 (1992)。

9 对惩罚性赔偿金的评估(兼含对法律中的认知及评价的注释)

凯斯·R.桑斯坦　丹尼尔·卡尼曼　大卫·施卡德

是否判令给付惩罚性赔偿金已经成为侵权法当中一个最有争议的以及极为重要的惯例之一了,它的拓展适用已经超出了普通法的原有范围,并且已经进入到了成文法领域,诸如环境保护以及反就业歧视等法律当中。近些年来,有些人反对惩罚性赔偿金,并指出它是不可预期的,甚至会"失去控制"。[1] 试以下面这样一些可能的情形为例,对于原告的新宝马轿车已经被重新刷漆这样一个事实没有进行披露,而被索讨400万美元的惩罚性赔偿金;对于合同关系的侵权介入而引发索讨600万美元的惩罚性赔偿;由殡仪馆所有者提出的高达4亿美元的惩罚性赔偿;因不正当竞争行为而被索讨高达3000万美元的损害赔偿;以及在麦当劳餐厅一位女士将一杯滚烫的咖啡泼到了自己身上,刚开始她向麦当劳餐厅索讨高达270万美元的损害性赔偿,尔后又将该金额降至4.8万美元。这些只是一些轶闻趣事的摘选而矣,但是还有一些更为系统的证据,这些证据暗示着远远不止随机性(randomness)那种不重要

---

〔1〕 例如,可参见 John Calvin Jeffries Jr. A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages, 72 *Va. V. Rev.* 139(1986)。

程度，尤其是在最后阶段。

我们此处主要感兴趣的是对陪审团判决中的一些不可预测性因素进行确认。本研究是建立在899位对陪审团制度有一定了解的公民的研究之上，我们提供一下主要研究发现：

1. 人们对于适合惩罚性赔偿案件中所适用的严重侵害及惩罚的程度在道德上是高度的一致。至少在我们提到的产品责任上，这种对于所谓的严重侵害（outrage）以及惩罚性故意（punitive intent）在道德上的一致，很明显地表现在性别、种族、收入、年龄以及教育程度上。例如，我们的研究显示所有的白人、所有的女性、所有的西班牙裔人士、所有的穷人、所有的富人、所有的黑人、所有的老年人以及所有的年轻人，在他们成为陪审团成员的时候，他们通常会对一系列案件如何进行分类并进行评估得出类似的结论。

2. 当法律系统采用金钱作为衡量道德暴行时，这种一致就会发生断裂。甚至在对惩罚性故意存在一致意见时，对于该判令被告赔付多少金钱才算是合理的这一点上很难达成一致。在现存的法律体系下，对于惩罚性故意存在广泛一致的以及合理的可预测的判断，此时的惩罚性故意就变成了对于恰当金钱惩罚的一些极端怪异的判断。现有的惩罚性赔偿制度当中的存在一种任意（ar-
233 bitrariness），这种任意的一个基本渊源就是利用没有限制的金钱赔偿比例（unbounded dollar scale），（还有一个问题不仅只限于惩罚性赔偿领域）。

3. 另外的任意，其适当的程度是由这样一个事实来创设的，这个事实就是陪审团在对我们所称的“无比照情形（a no-comparison condition）”中的一些不同情形进行恰当的区分是很费思量的。当一个案子与其他案子看起来不一样的时候，人们通常会倾向于选择有限范围中的一个中间点来处理此案。这样的话，在众多不同的案子中就会很难有什么明确的区分了。然而，在作出中立的裁决时，这个结果远远没有发现（2）中已经确认的效果那么重要。

本章的主要目的就是为了展示并详细描述这些发现，并利用这些发现对惩罚性赔偿领域的一些政策性改革作出拓展。我们的基本建议是我们的法律制度应该使陪审团能够处置那些他们有能力执行的事务并且不会要求陪审团去执行他们没能力执行好的事

务。陪审团对于金钱数量通常会作出一些无规律的判断;然而他们在被问及给案件进行分类或者在有限的范围内对被告进行惩罚的合理的度进行评估时,他们的判断通常会不是那么无规律。

实证研究的发现以及政策推荐(policy recommendation)都存在一些超越惩罚性赔偿问题的内涵。对于赔偿金钱的幅度存在一个"映射(mapping)"裁判的问题,这个问题不仅出现在惩罚性赔偿背景下,而且也会出现在"(致人)痛苦与不幸"、诽谤行为、性骚扰案件、故意对他人施加精神压力、行政性惩罚以及对调整状况的适当关注所作出的判断等情形所产生的赔偿。非常典型的是,陪审团及法官是在对一个没有限制的金钱赔偿范围作"映射"裁判。涉及面广泛以及可预测的判断这种现象,加之将个人偏好以及价值转化成一定量的金钱这种可论证的认知困难,它们对于公法与私法的运行存在着广泛的启示。

为什么惩罚性损害赔偿是无规律的

有一个研究是针对以下三个主题的假设进行检测展开的:(1)判断顺序的心理以及对个案中的损害性赔偿作出个体判断的态度,(2)这些判断的可变因素之源,以及(3)针对陪审团裁决的不可预测性以及陪审团所面临任务的可能变革等的研究发现之启示。

我们从得克萨斯州特拉维斯县(Travis County)有选举权的公民册中总共挑选了899位愿意回答问题者,为了此项研究我们支付了每位参与者35美元。为了此项研究,我们设计了一个案子,此案是一个因为一套十张存在晕影相片(vignette)而引发的产品责任纠纷,该案中原告(通常是个体消费者)起诉了该公司,向其索讨补偿金以及惩罚性赔偿。每一张存在晕影的相片在被告公司的版 234
本都不一样(有中号与大号两种)。其中的四张晕影照片,按原告的意思也是版本不一,对其造成了一定的伤害,对此在被告对其行为的陈述中却没有被提及。总体上,那十张出现晕影的照片存在28处不一致的地方。每位参与回答问题者都将对十种情形作出评

估,这十种情形有这十张基本的晕影照片的各种不同版本构成。参与回答问题者被告知在所有的情形当中都要假设补偿性赔偿的总数额达20万美元,并且惩罚性赔偿金也将会在考虑之列。针对每一个方案都有不同的问题,要求用三个副标本来做答:被告的行为是多么让人难以容忍(其等级是从0到6),被告应该如何得到应有的惩罚(其等级是从0到6),被告到底应该向原告支付多少惩罚性赔偿金。每一个参与回答问题者都将在不能看到其他人所面对的情形时首先就自己面对的情形给出自己的回答(也就是我们前面谈到的"无参照"情形),然后他将会收到列有其他九种情形的小册子,并将前述要求对这些情形给出自己的回答。

伤害模式(The Outrage Model)

我们提出了一个描述性的惩罚性赔偿心理理论(a descriptive theory of the psychology of punitive awards),我们称之为伤害模式。其基本主张就是对其他人的道德侵犯会招致他人的暴行态度,这种态度糅合了情感评价以及一种回应倾向。规制伤害的规则提出了一个重要问题,在本章我们暂且不述及。我们假想伤害行为很大程度上是由社会规范来规制的。通过参照这些规范,我们可以判断一个特别的个人,其愤怒表述对于引起其愤怒的原因来说可能会被视为太过剧烈了或者还不够剧烈。和法律规则一样,社会规则也是控制从侵犯行为到受到惩罚的"映射"。

态度是一种心理状态(mental state),它不能被直接观察看出。然而,态度的方方面面都可以通过各种不同的回答得到"映射",这些回答可能包括面部表情、对个人意见的口头表述、手势,有时甚至会是身体攻击。回应"模式"可能包括通过数量方式对伤害性行为进行判断。在伤害模式下,惩罚性赔偿金可以被视为对侵犯者恶行的一种愤怒的或愤慨的态度。这种态度的可估测方面是以伤害来标识的,而回应倾向则是以惩罚性故意来标识的。伤害是基本的,而惩罚性故意是通过伤害以及其他因素(比如说,对他人的损害行为)来衡量的。正如我们会看到的那样,对惩罚的期待严重程度(惩罚性故意)的口头表示同样会受到由于一定行为激起的伤害以及伤害结果(损害)的严重程度所影响的。惩罚的再分配方面

(redistributive aspect)可以同法律规定的某些方面结合起来,诸如,对于谋杀的量刑与蓄意谋杀之间的区分是如此之大。雷德·黑斯蒂(Reid Hastie)、大卫·施卡德(David Schkade)以及约翰·潘恩(John Payne)曾做过一个试验,在该试验中受害者与陪审员之间的关系得到调控。[2] 在实验性环境下,当被告来自一个偏远的地方之时,通常会要求被告支付大量的赔偿金。我们推测下述这个因素影响了惩罚性故意:在受害者属于某个团体再分配动机就比受 235
害者是个陌生人的时候要强大得多。原告要求的赔偿数额也会影响赔偿金的规模,这一点很像一种锚定效应(anchoring effect),它与惩罚性故意无关,但它直接影响了赔偿金数额。

在某些情形,态度的表述限制于特定回应的幅度。例如,在一些我们自己与事件有涉的情形,陪审团的回应就对赔偿金的额度会进行限制。惩罚性赔偿金的额度(就像刑事案件中的监狱刑期一样)仅仅只是一系列可能的、用来表述伤害行为的衡量标准当中的一个。通过采用特定的回应"模式",在某种意义上来说,是法律系统构造了相关的价值。一个有限的数量比例可能会是另外一个明显的可能性。我们认为一些因素影响了在金钱赔偿额度方面的惩罚性故意的"映射",但是这些因素不会影响建立在受有限制的数量比例之上的惩罚性故意。例如,被告公司的规模就是将惩罚性故意转换成金钱的一个重要的因素;特别是在被告公司规模很小的时候,一个判决看起来过于严厉,而对于一个巨型公司来说这样做就非常不恰当了。因此,即使公司规模不会影响可以通过受有限制的数量比例来衡量的惩罚性故意,它也会影响赔偿金额的。

总之,伤害模式表现为一种伤害的内在形态,这种形态可以通过不同的回应标准进行映射。这种标准不仅在他们所支持的衡量方式的复杂性上不同,而且在其精确性以及可信度上存在不同:一些标准比其他的标准要"更加繁杂"。正如我们会看到的那样,金钱标准就是对惩罚性故意的一个极端"繁杂"的表述。

---

〔2〕 参见 Reid Hastie, David A. Schkade, and John W. Payen, Juror Judgment in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damage Awards 23 "Law and Human Behavior" 445 (1999)。

假设

我们的两个中心假设就是陪审员会展示曾经共同遭遇过的伤害，若非金钱赔偿不让人觉得无规律的话。这种曾经共同遭遇过的伤害假设的基础在于这样一个信念，也即广泛地共同遵守的社会规则之基础约束着因不同的侵权行为情形所招致的伤害。对于伤害以及惩罚性故意，我们可以预知经过随意挑选的陪审团其实没有什么两样。此外，我们可以预知不同情形的分类可能会与不同的人口统计人群（demographic groups）大体上相似，至少在此处提及的个人伤害情形是这样的。无规律的赔偿金的假设，同经由受限的标准衡量的伤害以及惩罚性故意相比，受金钱控制的惩罚性赔偿很大程度上受个体差异的影响，这一点可能就是陪审团决定具有不可预测性的一个重大缘由。我们通过对伤害行为及适当惩罚的判决之变化幅度同适当金钱赔偿判决的变化幅度之间的比较，对我们的预测进行了测试。

我们还检测了三个其他的假设。第一，我们想到的是“损害影响”。我们假设惩罚性故意——正如通过受有限制的数量比例来
236 衡量的那样，是由被告的伤害行为以及其他因素决定的，其中显然包括被告所受到的损害。假设损害影响了惩罚性故意而非伤害，这个假设由不同的原告所遭受的伤害的严重程度所形成的不同情形当中呈现出的替代性版本所检测。第二，我们检测了一下被告的公司规模是否与此有关。我们假设损害赔偿金是由惩罚性故意所决定的，通过一些可确定的因素，其中很明显包括被告公司的规模。我们通过每个情形用两种版本来表示来检测我们的预言，在这两种不同版本中，被告的规模是不一样的。第三，我们考虑到对比情形的影响。在一个“无比照”情形，我们假设存在一种谨慎的倾向，也即将这些情形放在一个受限制的数量比例的中间点，因此就使人们因不同情形之别而很难作出清晰的区分了。我们通过让参与回答问题者单独作答以及其他情形对这个假设进行检测。

结果

共同经历过的伤害。我们的第一个问题是伤害的程度在个体

以及可能的陪审团之间是否一致。回答这个问题的一个简单方式就是要检验不同情景的等级对于不同的统计人口种群来说通常是否相似。因此我们根据来自不同的统计人口种群(男性、女性、白人、黑人、西班牙裔人士、非洲裔美国人、不同的收入状况,还有他们不同的教育背景)的参与回答问题者通过计算得出了三种回应的方式(伤害、惩罚性故意以及金钱赔偿)。为了衡量他们达成一致的程度,我们采用了没有交叉的类别(例如,男性与女性)方式,并就他们对于我们设计的 28 种不同情形所作出的一般回应之间的相关性进行了计算。

这种相关性在损害与惩罚性故意上所作出的判断是非常之高(参见表 9.1)。尤其特殊的是,各个群体对有涉惩罚性故意的情形的评级本质上是空前的一致:其中度相关性是 0.99。男性和女性、西班牙裔人士、非洲裔美国人以及白人,还有其他收入层次以及教

表 9.1 不同统计人群之间对惩罚所表示出的预期严重性之相关性[a]

性别

	男性
女性	0.974

种族

	黑人	白人
白人	0.975	
西班牙裔	0.963	0.988

家庭收入

	30000	30000—50000
30—50K	0.991	
>50K	0.986	0.986

年龄

	<30	30—39	40—49
30—39	0.994		
40—49	0.992	0.994	
>50	0.991	0.993	0.987

a 这些条目是针对前文已有述及的、来自不同统计人群的参与回答问题者就我们预设的不同情形所给出的平均回应的相关性的体现。

育程度不相同的参与回答问题者，在我们的研究中，针对那二十八个不同的背景却几乎给出了同样的分类。对于我们设计的三个产品责任情形，参与测试者对责任人试图进行惩罚的判断很明显是有赖于为社会所广泛接受的道德直觉（moral intuition）这个基石。我们还试图从不同人群作出判断的平均严重程度中寻找差异（例如，平均评级的层次），但是结果发现其间没有任何重大差别（有一个差异，那就是性别上的差异，下面对此有表述）。

最突出的发现可能无法概括所有的法律领域。我们希冀在法律的其他领域（其中可能包括对于民权遭侵犯以及环境被损害等
237 的态度）发现社群与社会中不同的类别之间稍大一些的区分；例如，那些非洲裔美国人对于民权案件给出的评估要比白人严重得多，这一点对于我们来说至少是可能的。然而，我们希望在相同情形里，不同人群所作出的评估可能是一样的，这样的话不同的统计人群就会对哪个被告行为最差并且最为过分作出一致判断。如此，我们再做进一步的实证研究就会很大空间了。

238 **性别评估的（适度的并且存有偏袒的，但却是很有意思的）例外**。正如前已述及，在平均的等级评价中，我们发现唯一的重大统计差异存在于男性与女性之间。当男性与女性同样地对不同情形进行评估时（正如前面已有述及的极高相关性），男性多少表现得更为宽容一些，而女性则多少表现得严肃一些，就是说女性评价被告的行为是更为可恶（其平均差额为 0.52 等级单位，$p < 0.001$），惩罚意向表现得更强（其平均为 0.37 等级单位，$p < 0.001$），并且设定的更高的金钱赔偿额度（$p < 0.01$）。并且性别与不同情形之间存在相互作用，这种相互作用当中，当诉讼中的原告也系女性时（$p < 0.05$），女性参与回答问题者对被告的伤害行为作出了较男性参与回答问题者更高的评价等级判断以及对被告判处的更严厉惩罚（但是她们没有要求被告给予更高的金钱赔偿）。

这个发现不应该被夸大，因为评级中出现的差值相对较小。但是它会涉及陪审团组成的法律以及社会问题，倘若有实证证据显示女性的确得出的结论与男性的不一样，并且尤其表现在她们对民事被告给予的惩罚更严厉之时。我们的研究发现是一致的，广泛说来，还有一些其他的研究显示男性与女性对一些社会风险的看法是不一样

的,并且尤其表现在:女性对于这些风险的看法较男人更为严峻。[3]

不可预见的损害金钱赔偿。考虑到损害金钱赔偿,我们的中心假设是这些赔偿有些无规律可循,因为个体对惩罚故意中的损害赔偿金钱幅度的认定上存在差异。为了检测我们的假设,我们通过随意取样的方法设计了一些类似的陪审团,其中还安排了一些替换措施,例如由 12 个人组成的小组对于每个情形根据不同的回应比例(response scale)作出自己的答复。以这种方式,我们构造了三大类类似的陪审团:"伤害陪审团(outrage juries)"、"惩罚陪审团(punishment juries)"以及"金钱陪审团(dollar juries)"。当然,其中可能存在一个大问题,也就是一系列个体的判断该如何集中产生一个陪审团的裁决。毫无疑问,团体动力学(group dynamics)能够推动人们往没有考虑到的方向进行深思熟虑,有时这一点对于团体中极端成员来说的确是如此。然而,从统计角度来看,对于前述个人判断以及团体深思熟虑后的结果之间关系试验性文本揭示适中的判断是一个好的预报器(predictor)[4],并且实际上有可能低估我们的最后结论[5](我们随后有深思熟虑[这是我们试验进行的基础]陪审团参与的试验表明:这些陪审团倾向于确认该判断)。

因此,我们使用了每个类似的陪审团所作出的中间判断,以此

---

[3] 参见 Paul Slovic, Trust, Emotion. Sex, Politics, and Science: Surveying the Risk Assessment Battlefield, *U. Chi. Legal F.* 59,71,73—74(1997)。

[4] 参见 James H. Davis, Group Decision Making and Quantitative Judgments: A Consensus Model, in *Understanding Group Behavior* 35,47 (Erich Witte and James H. Davis eds., 1996)。很清楚,这种衡量方法的适当性有赖于团体的任务架构(例如:是否需要全体一致的决策)。在我们的研究中,用团体决策的中间值来取代个体陪审员的判断的中间值对于伤害以及惩罚结果的影响几乎没有,并且弄得金钱赔偿变得更加不可预测。

[5] 参见同上,第 48—49 页。Shari Dimond and Jonathan Casper, Blindfolding the Jury to Verdict Consequences, 26 *L. & Soc'y Rev.* 513,553(1992); Martin F. Kaplan and Charles E. Miller, Group Decision Making and Normative Versus Information Influence, 53 *J. Personality & Soc. Psychol.* 306, 309(1987)。注意,尽管通过存在"的扩大",团体过程,因为会涉及一系列个体在一个方面或者其他方面被偏颇地对待,可能会推动损害赔偿向极端的方面发展,实际上,可能会比任何个体开始深思熟虑之前的情形都更为极端。参见 Norbert L. Kerr et al., Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups, 103 *Psychol. Rev.* 687(1996)(在各种情景而不是惩罚性决定中发现被放大)。我们在此要感谢 Robert MaCoun 先生,因为是他建议存在这种可能性。极端的可能性源自团体的深思熟虑,它会通过展示更重大的变化来加强我们作出的结论。

作为对可能会产生的陪审团的判断作一评估。在不忽视我们的评估程序受限制的情形下，我们采用了“陪审团”这个标签，将其用到说明简洁性的评估之上。表9.2就总结了类似的陪审团对于惩罚以及金钱赔偿所作出的判断。在我们使用该术语的时候，如果从一定人口中随意选择的人组成陪审团对此达成高度一致的话，陪审团的判断可以考虑被共享，进而变成是可预测的了。为了找到无规律判断之源，我们试图比较了类似金钱陪审团、伤害陪审团以及惩罚陪审团作出的判断的可预测性。

239

表9.2 不同情形下的综合的陪审团反应分布

个体情形	公司规模	损害等级	低于50%的信任限制	适中	高于95%的信任限制	平均的陪审团惩罚	预期出错比率（$/惩罚）
琼	大	高	$500,000	$2,000,000	$15,000,000	5.14	3.36
琼	中	高	200,000	900,000	3,000,000	5.03	2.27
托马斯	中	—	200,000	500,000	1,575,000	5.02	1.69
马丁	中	高	350,000	1,000,000	4,000,000	4.98	4.01
托马斯	大	—	200,000	560,000	2,750,000	4.95	0.50
琼	大	低	175,000	1,000,000	12,500,000	4.93	13.57
马丁	大	高	350,000	1,900,000	10,000,000	4.92	2.40
弗兰克	中	—	230,000	760,000	2,100,000	4.86	1.67
弗兰克	大	—	225,000	1,000,000	4,000,000	4.82	2.62
玛丽	大	—	290,000	1,000,000	4,000,000	4.79	1.49
琼	中	低	150,000	750,000	5,500,000	4.71	9.90
玛丽	中	—	250,000	710,000	2,100,000	4.70	2.51
马丁	大	低	350,000	1,000,000	4,000,000	4.47	3.63
马丁	中	低	200,000	675,000	2,250,000	4.16	2.53
苏珊	大	—	100,000	300,000	1,000,000	3.27	1.78
苏珊	中	—	50,000	225,000	800,000	3.03	0.93
珍妮特	中	高	100,000	200,000	690,000	2.79	1.37
卡尔	中	—	15,000	155,000	375,000	2.78	1.59
卡尔	大	—	50,000	200,000	750,000	2.64	1.59
珍妮特	中	低	0	150,000	650,000	2.49	2.00
珍妮特	大	高	0	287,500	1,500,000	2.39	4.41
珍妮特	大	低	12,500	200,000	1,000,000	2.38	1.30
杰克	大	高	0	0	350,000	1.24	2.10
杰克	中	高	0	45,000	225,000	1.07	1.30
杰克	中	低	0	0	112,500	1.03	0.89
杰克	大	低	0	2,550	500,000	0.95	2.91
莎拉	大	—	0	0	1,000	0.51	1.12
莎拉	中	—	0	0	13,000	0.46	∞

中间值为2.18。

首先，我们假设所有的案件情景都在同一天由独立的陪审员来试着经历，有点类似实践中陪审团对不同的案件作出判决那样。随后，我们问这个问题："假如同样的案件再次独立地来审判，你们会是如何得出如第一次庭审时相同的评价以及等级评定的呢？"

为了回答这些问题，我们展开一个需要四个步骤的分析。（1）我们为二十八个案件分别随机遴选了不同的陪审员，并且对于每个案件的中间判断进行了计算。（2）然后，我们想像在初审时，时光机器（a time machine）允许我们独立地重演每个案件当时的情形，包括随意挑选陪审团成员。因此我们就创设了第二组随机选择的28位陪审团成员以及相应的中间判断。它们同第一组陪审团的判断之间的相互关系就是衡量陪审员们判决时是如何地无规律可循或者说前后不一致。（3）为了使更加可信的、两组陪审团 240
之间相互关系的典型特征显露出来，我们对步骤一的三种回应模式的每个都重复表演了六次。这样就产生了180栏的数据，每组数据都包含了一组由28人组成的陪审团的判断。（4）此后，我们就计算每对类似的、组成形式相同的陪审团的判断之间的相关性（例如，每个不同数据栏之间的相关性）。这个计算都是在回应范围之内（例如，两组由28人组成的陪审团成员对伤害的评估的相关性）以及回应之间（例如，一组由28人组成的陪审团对伤害作出的评价同一组由28人组成的陪审团对惩罚作出的评价之间的相关性）作出的。表9.3的数据表示的是针对每个回应模式或者回应模式组合所得出的相关性的中间值。

表9.3 相似陪审团之间相关性的中间值

	伤害	惩罚	金钱赔偿
伤害	0.87		
惩罚	0.86	0.89	
金钱赔偿	0.47	0.51	0.42
总的中间赔偿	0.71	0.77	0.69

正如我们所假设的那样，在金钱赔偿的个体差异上表现出了不可预测性，以及非常不规则的结果，甚至在十二个判断的中间值上亦大抵如此（如果抽取以6人组成一个陪审团为样本的话，结果

可能会更加极端)。当独立的伤害或者惩罚陪审团之间达致高度一致的时候(r=0.87 和 0.89),独立的金钱陪审团之间的一致意见就会非常之弱(r=0.42)。个体金钱判断上的变化是如此之大,以至于十二个判断之间中间值表现得非常不稳定。当然,通过选取更大一些的样本,问题可能会有所减小。例如,我们发现当陪审团的规模增加到 30 人的时候(30 人时的伤害陪审团以及惩罚陪审团,其相关性会各自增加 0.95 和 0.97),金钱陪审团之间的相关性会增加到 0.80。

背景、伤害、公司规模以及其他发现。在这一部分,我们将简要介绍我们在其他假设上的发现,并将讨论尤其同惩罚性赔偿改革有关的一些问题。

1. 背景效应。因为不像真正的陪审员那样长时间地关注一个案子,所以参加我们研究的一些人是以非常快的速度连续地对十个产品责任案件作出反应,在他们作出回应时,他们还会有机会相互参照大多数情形。为了检测这个不常见程序的影响,每个参与实验者首先都会面临靠前的六个情形之一,也就是单独用一个信封将这个情形列出,但是他们必须对这个情形独自作出评估。当
241 这些情形在独立的环境下或者其他情形下被评判时,这个试验性设计就为针对每个情形作出的判断分布提供了一个比照。

我们还检视了比照情形的存在是否会影响判断的分布;这个问题很重要,因为我们的法律系统通常会强迫我们的陪审团在没有比照的情形下对案情作出评估。我们的基本发现是:在无比照情形下,存在一个非常谨慎的倾向,这种倾向是针对不同案情作出判断时被缩小了的差异而言的。这种情形的存在很明显会使一个严肃的案件看起来比其原本更加严肃,而一个案情较为轻微的案件则会显得更加轻微。因此,类似案情背景中存在有一种最一致的效应,也就是通过不同的情景来增加判断的范围。我们断定类似案情背景的可提供特征会提升人们在不同案情中的鉴别能力,但是这不会影响因为案件引发的基本道德直觉。

2. 从伤害到惩罚:损害效应。一个行为可能被判断为多少有些让人觉得可恶,如果不参照其结果的话。然而,结果对于法律上的惩罚来说是很重要的,并且我们怀疑它们对于应受谴责的行为

采取适当惩罚之直觉的培养具有重要意义。这些预测可以通过创建四个另外的晕影照片的替代版本来进行测试,但是这些替代版本要设计得同原告诉求受到伤害的那些晕影照片不一样。要注意这种差异是通过质量来衡量的而非金钱这样的术语来衡量的,在所有的情形中,陪审团总共判决给予受害者 20 万美元的损害补偿金,但是其中对于伤害的描述显示用定性损失的方式来衡量就少得多,例如在有小孩被烧伤的情形。

正如所预测的那样,我们发现由被告行为导致的伤害程度是不受已发生的损害影响的。比较而言,对损害的改变对于惩罚评估来说具有虽然小,但是在统计上却具有重要影响,此时,对原告造成了更多伤害的被告会被判定应该受到更严厉的处罚。诚如伤害模型所预言的那样,在惩罚评判中发现的重大损害影响会持续到金钱赔偿情形。因此,低程度得损害会导致平均赔偿金为 727,599 美元,而高程度损害平均赔偿金则会急剧升高到这样一个数字:1,171,251 美元。

3. 公司规模的影响。在学术团体里,对惩罚性赔偿的数额是否有赖于被告公司的规模这个问题上明显地存在分野。比照看来,常人的直觉非常明显。人们考虑的是惩罚而不是制止,并且惩罚的故意也就是故意去造成痛苦;这意味着被告公司的规模对这个问题的处理是很重要的。我们的假设就是公司的规模不会影响到伤害故意,也不会影响到惩罚故意,但是同等程度的惩罚故意可能会被转述成不同数额的赔偿金,此时大一些的公司要比小一些的公司支付的赔偿金就多得多。

诚如所期望的,我们发现公司规模对于伤害以及惩罚判断没有产生统计上的重大影响。但是大公司相较于那些中型公司(526,398 美元)会被惩罚赔偿更多的金钱(平均约为 1,009,994 美 242
元)。充分的证据显示等量的伤害及惩罚故意会导致富有的被告将被判处支出高得多的赔偿金。

潜在的问题:"没有模数地缩放比例(Scaling without a Modulus)"。在确定惩罚性赔偿金时,这些发现同陪审团的适当角色有什么关系呢?正如我们已经见过的那样,对这些赔偿金的传统理解就是把陪审团看成是一个样本,这个样本来自特定团体,其功能

就是提供对团体观点的评估。如果陪审团的判断没有规律的，其功能就会大打折扣，因为任何特定陪审团的判断可能根本不会反映团体的意见。表9.3的最后一排表示28种情形下类似陪审团的判决与相应的对团体意见的评估之间的中度相关性，因为我们针对每个情形采用的是损害赔偿金的概括性中间数额。很明显，金钱陪审团之判断提供的是对整个团体观点的糟糕评估。实际上，金钱陪审团的不可信赖性是如此清晰地被表述出来，以至于稍大一些的团体作出的金钱赔偿判决可以更加精确地通过惩罚陪审团预测出来。这是一个反直觉的发现(counterintuitive finding)。它直接导致一个可能的建议，也即我们下面所探索的：那些被指导说明他们惩罚意图的陪审团，连同预设的换位功能，被用于产生惩罚性赔偿金，这种惩罚性赔偿金可能会准确地代表团体的意见，如此就会大大减少赔偿金的不可预测性。

对于我们的分析有一个答案，那就是存在有一种区别，这个区别就是心理学家们所划分的两大类所谓的度。(1) 类属比例(category scale)是受到限制的并且在两端都是基于口头描述的，这种类型的比例通常被用于公众意见调查之中并且此处还被用于衡量伤害以及惩罚性故意。(2) 数量比例(magnitude scale)是受限制的并且是由一个很有用的临界点所确定的。这些比例通常被用于心理学实验室，例如，用于测度光线的亮度或者声音的响度。数量比例偶尔也被用于衡量社会相关刺激物(stimuli)的回应强度，这些相关刺激物可以是犯罪的严重性以及惩罚严重性等等。[6] 惩罚性赔偿的金钱比例很明显不属于类属比例。它满足了数量比例中确定性特征，因为临界点是有意义的并且该比例是没有受到限制的。

尽管两种比例之间的关系已经成为争论甚多的话题[7]，在它们之间存在的一些特征鲜明的差异都很好地确立了起来。(1) 在数量比例上的判断分布总体来说是正相倾斜的，后面带着长长的

---

〔6〕 参见 Stanley S. Stevens, Psychophysics 252—258(1975)。

〔7〕 例如，可参见同上书，第26—31页；R. Duncan Luce and Carol L. Krumhansl, Measurement Scaling, and Psychophysics, in 1 Stevens' Handbook of Experimental Psychology 3(Richard C. Atkinson et al. eds., 2d ed. 1988)；Lawrence E. Marks, Magnitude Estimation and Sensory Matching, 43 *Perception & Psychophysics* 511(1988)。

正义之尾(这是一个事实的结果,这个事实就是该比例受制于低端的临界点);(2) 对于数量比例的判断通常是没有规律可循的,尤其是在存在高度变化的意义上来说尤为如此;以及(3) 个体对于不同标的(对于可变性的一种衡量)判断的标准偏离通常是同对这些标的的平均判断大致成比例的。

在实验室里通常使用的数量比例的做法就是要来定义模数:参与回答问题者被指引对所谓"标准的"刺激物作出一些特定的评 243
价,如同模数被定义的那样,并且还被指引对与模数有关的其他刺激物作出评价。因此,例如,在模数"5"可能会被指定为具有一定音量的噪音,并且其他噪音还可能通过比照该模数以音量大小来进行评估。但是,不用指定一个模数试验仍可进行。在没有模数而进行数量比例的情形,不同的参与回答问题者自然地采用了不同的模数,但是他们的回应一般保留了同样的比率,即使是在那些模数不同的时候亦如此。打比方说,一位观察者可能对另一位观察者定级为 10 的刺激物作出的评价判断是 200。如果第一位观察者现在给新的刺激物的平级定为 500,我们可以期待第二位观察者对刺激物的评级值定为 25。

这是中心要点:对任何特定刺激物进行判断时,因为在模数的确定上存在任意性的个体差别,没有模数的数量比例会产生极大的变异性。在没有模数的时候,惩罚性赔偿金的确定满足了对数量比例的技术性定义。是这种推理引导了我们现在所进行的研究之中心假设,也就是我们前面已经描述过并且确立起来的那个假设。

提高可预见性的简单方式。可能提高损害赔偿金的可预见性吗?具体该如何展开呢?为了回答这些问题我们就此进行了统计分析。

在判令支付惩罚性赔偿金的情形,对于陪审团在其中所扮演的角色,传统的观点认为陪审团就是团体的样本,其功能就是提供对团体意见的一种评估。在我们的试验中,对预设情形下的惩罚性赔偿,团体的意见被定义为由所有参与者对损害赔偿金作出判断的得出的中间值。这种意见代表了由所有参与者形成的人群对适当的金钱赔偿所作出的判断。由表 9.3 总结得出的发现表明提

高该准确性的一个直接程序，而通过该准确性，团体意见则可以通过12位公民的判断得到估测：运用惩罚故意的判断以及基于大一些的样本所得出的结果之逆向功能。

为了检验我们数据中该程序的影响，我们首先单独就中型以及大型公司的逆向功能进行了评估，因为公司的规模对于赔偿金的额度具有重大影响。依据史蒂文森（Stevenson）[8]的论述，强大的功能被评估，这与陪审团在具体案件中对个体金钱赔偿对应的总体平均值所做回应的平均惩罚程度以及我们对于团体意见的衡量标准有关。这样我们就针对每个案件创设了两套类似的陪审团判决。第一套是由100个随意挑选的金钱陪审团所作出的中间判断。第二套则是通过100个随意挑选的惩罚陪审团所作出的中间判断，经过转换成金钱后而得出的，其中每个陪审团是单独计算的，并且运用了适当的逆向功能（这一点有赖于被告公司是规模大还是中度规模等情形）。为了衡量类似陪审团的精确性，以此作为
244 对人群中间值的评估，我们计算了一个陪审团（对于惩罚陪审团我们运用了逆向功能计算出来的金钱价值）作出的金钱赔偿与该案中判决得出的总体中间金钱赔偿数额之间的差异。从这些差异之处，我们计算了均方根误差（root-mean-squared error［RMSE］），它是对评估准确性的一种传统测量，并且在回归模型（regression model）中它是对评估之标准误差的模拟。

在我们的研究中，该分析为二十八种情形中之每种情形的RMSE都提供了两个值，一个值是来源于金钱陪审团，而另一个则来源于惩罚陪审团。二十八种情形中当中有二十五种，其RMSE比预期的、来自对惩罚陪审团的评估要小得多（说明有很高的准确性）。为了评估数量的影响，我们计算了每种情形的（在表9.2中的最后一栏被列出）RMSE两个值的比率。中间比率是2.18，它可

---

〔8〕 对于诸如原告的要求被认为是重要的之类的试验性证据，可以参见 Gretchen B. Chapman and Brian H. Bornstein, The More You Ask for, the More You Get: Personal Jury Verdict, 10 *Applied Cognitive Psychol.* 519, 537 (1996)。对定着于因致人痛苦与不幸的赔偿之证据，请参见 Michael J. Saks et al., Reducing Varibility in Civil Jury Awards, *Law & Hum. Behav.*, spring 1997, 第253—255页。对于补偿性赔偿的定着性影响之现实证据方面的论述，请参见 Theodore Eisenberg et al., The Predictability of Punitive Damages, 26 *J. Legal Stud.* 623, 637(1997)。

以被解释为意指那种中间情形，其中采用金钱陪审团导致了比惩罚陪审团高出了两倍还多的预期误差(prediction error)以及逆向功能。例如，在琼(Joan)的情形，她的公司属中型规模但是致害甚重，该比率是2.27，中间赔偿额是1,000,000美元，二金钱陪审团的估测存在一个平均误差，其值为913,481美元，与基于惩罚陪审团估测出来的数额402,414形成对比。

用简单的语言来说，假若现在的法律体系采用惩罚陪审团以及逆向功能，而非金钱陪审团的话，这意味着不可预测性可以极大地降低，并且参与的所有人对金钱赔偿的判断可能会极其容易被发现。实际上，正如表9.2所载，其中的中间值可能低估了基于惩罚评级而作出的预测之具有决定性的整体优势，因为对于一些个案情形来说，其差错的减小是极其大的。

对警告做一记载是适宜的。惩罚性赔偿金拥有数量比例所具有的、为人共知的缺陷，这一事实很有可能成为不可预测的惩罚性赔偿金的重要原因所在——但是这不是唯一的一个。其他因素，包括地区差异、原告的需要、各种各样的支撑点(anchor)、在时间及空间上反映出的社会规范上的差异、双方律师的水平以及毫无疑问的其他因素。下面我们将具体述及其中的一些因素。

政策改革：社群的判断有所指并且没有噪音吗？

初步发现，支撑点设置(anchoring)以及法律之治

1. 支撑点以及它们的效应。我们的研究确实参考了补偿赔偿金以及公司的规模，但是其中不包括两个常见的“支撑点”[9]：原告的要求以及陪审团先前对补偿性赔偿金的所作决定。这些支撑点对于实际的赔偿金具有极为重要的利害关系。试验性证据(experimental evidence)显示原告的要求极其重要[10]，并且在致人痛苦

---

〔9〕 不包括公司规模以及补偿性赔偿金，这两者都可能视为支撑点，但是在我们的试验中，这种情形考虑得要比现实世界中的那些情形要少得多，此时这些赔偿金是经过深思熟虑得陪审团挑选了的，并且因此特征显著。

〔10〕 参见 Chapman and Bornstein，前引注8。

及不幸情形中，试验性证据同样具有支撑点的影响作用，因为它们
245 是类似的。[11] 从补偿性赔偿金角度来看，现实世界以及试验性证据都有支撑效应。[12] 其他的支撑点也有可能会出现在律师的辩护当中。

现实世界中支撑点的存在会如何影响我们的发现呢？答案就是这些个支撑点有可能会亦有可能不会提高可预测性。如果很难提前知道将把什么当作支撑点，那么可预测性将不具备；如果大家都知道支撑点是何物，那么不可预测的结果就会少得多。但是如果果真如此，可预测性本身就会要求为之付出代价：引入另一层级的任意（arbitrary），如果（如同其极有可能的那样）支撑点在规范基础上本身就任意的话。在此没有理由去认为原告的要求应该占有很重的分量，尤其是在决定适当的惩罚性赔偿金的时候。而且，如果补偿性赔偿金是依靠惩罚性赔偿金，在某种度上当支撑点确实任意之时就会有一种真的任意性了，这正如遏制理论（deterrence theory）所言。

2. 法律之治以及如何获得（或者不去获得）其价值。很多对惩罚性赔偿金的关注集中在其明显具备的任意个性上，一些由大家建议的救济方法试图通过一些方式来推广法律之治的价值，例如通过更加细致及更加特定的司法指引。与此通常的观点相反，问题不是出在对陪审团没有充分清晰的指引。相反，问题是出在对金钱的衡量之态度上。如果回应模式是恰当的话，那么，更为甚者，普通的以及没有限制的指引将会产生高度的可预测性。为了获得与法律之治有关的功效之目的，其解决途径就在于抵制源自不受限制的金钱赔偿幅度的那种任意性。

3. 遏制与惩罚（deterrence and retribution）。我们的研究发现强烈支持这个结论：如果最理想的制止就是旨在判处支付惩罚性赔偿金，那么陪审团制度就是一个极端糟糕的制度。这么说是有两个原因。第一是与陪审团的动机有关。第二则与陪审团的能力有关。

---

〔11〕 参见 Saks，等，前引注 8。

〔12〕 参见 Eisenberg 等，前引注 8。

首先，普通人在问及什么是恰如其分的惩罚之时，他们通常不会自然想到什么最佳制止方式之类的事情，并且很难让他们想到这种表述。甚至，即使集中到制止，陪审团也会受到源自惩罚方面的道德判断之影响，并且，这些判断将会指向一些对可恶行为的高额赔偿上，但是这种做法极容易被发现（这可能是一种谋杀或者说是环境灾难）。其次，陪审员不会太擅长于推广最佳制止方式之类的任务，即使这正是他们所要追寻的。如果，打比方说，惩罚性赔偿金若是基于逃避被发现（detection）这种可能性之上，那么我们就可以充分有理由地说普通人会在做最后的（post hoc）可能性判断上表现差劲。为了精确性地评估发现之可能性，我们不得不掌握学科范围广泛的、具有相当深度的技术知识。后见偏见（hindsight bias）将不可避免地混淆评价。如果最佳制止方式就是其目标，除 246
了陪审团之外，一些可能主要由专家组成的行政实体并且被赋予了特定任务的机构可能会更好一些。

4. 对现存制度的孤立反对。惩罚性赔偿金的改革应该试图确保交给陪审团的执行任务会被很好地完成，并且应该使那些不得不执行任务但又不能很好地执行任务的那些陪审团从中解脱出来，因为他们在执行任务时更多时候是造成了大量的不可预测、混乱以及任意。通过一个简单的改革就可以对我们的研究作出一个合理的回应：陪审团应该做的是对民事责任作出判断，正如他们面对刑事责任时那样。但是，法官们应该就惩罚性赔偿的适当程度作出决定，正如他们在判处刑事惩罚、确定刑事主体，或在两种情形并存之时那样，当然他们是根据事先制定好的法律指引来进行裁断的。事实上，对于惩罚性赔偿的司法判决上存在一个可能的问题，正如刑事判决中的司法选择那样：在两种情形下，法官在裁判时没有采用模数的，这样不同的法官就会自然得出不同的结论，如此任意性就会产生。正因如此对于指引以及对法官的限制就有了很好的理由。无论如何，我们的研究报告为这种在法庭上经常可以见到的做法提供了强有力的支持，这种做法在评价惩罚性赔偿时，其目的是要确保与其他案件的一般结果保持一致。法官没有必要担心这种做法是反人民的（anti-populist），因为正如我们所见到的那样，任何特定陪审团判处的赔偿金可能反映不了社群对

什么才是恰如其分的金钱赔偿这个主题的意见。

为了评估这些以及其他的可能改革，对采用陪审团决定金钱赔偿数额（现存的法律制度正是这样做的）的想法之三种可能的反对意见进行区分是很重要的，并且应该比我们目前做的要更加仔细些。

第一个反对意见强调的是完全的不可预测性（sheer unpredictability）。此处存在的问题是，潜在的被告没有得到充分的通知，并且在相同情形，人们没有得到相似的对待，很大程度上是因为任何特定的陪审团就恰如其分的金钱赔偿作出判断时，其不大可能反映作为一个整体的团体对于何为适当的金钱赔偿所作出的判断。第二个反对意见就是有缺陷的标准（defective calibration），也就是，将惩罚性故意转换成金钱时存在极大不足。这个问题就是陪审团缺乏那些能够让他们进行合适的或者准确的转换方面的信息；因为普通人是了解不到对特定阶层的被告所判处支付的特定金钱赔偿会发生何等影响的。第三点反对就是针对惩罚性故意的，并且是指向判断的不适当理由的（improper grounds for judgment）。此处为人诟病的是陪审团关注的是一些不相关的因素，对于一些相关因素没有给予合理的权重，或者对一些相关因素给予的权重不充分，或者是忽视了相关因素。

惩罚性赔偿改革，I：可预见的人民党主义（populism）〔*〕

从我们目前所说的可以看出，最适度的改革意见就是直截了

〔*〕 在政治学中，平民主义或称民粹主义是一个极为含混不清的概念。根据《布莱克维尔政治学百科全书》对这个概念的含义所作的阐释，Populism 可以有几种不同的翻译方法，比如，可以译为人民党主义，民粹主义，民众主义以及平民主义等等。但其具体所指，主要有两种。一是农业平民主义，二是政治平民主义。在农业平民主义中，又具体包含着两个实质性的内容。一是美国的人民党主义。在“19 世纪 90 年代出现的美国农民党是美国西部和南部各州农民迫于经济窘困而发起的一场群众运动，其支持者用‘平民主义’一词标榜自己。他们宣称自己的目标是‘把共和国政府的权力还给普通人民’。他们愤怒谴责金融商，要求政府采取行动帮助小生产者，其中特别要允许私铸银币以对付银根紧缩”。二是俄国的民粹主义。俄国的民粹主义也是产生于 19 世纪。“在这场运动中，激进的知识分子将农民理想化，希望在俄国农村中残存的集体耕种的传统基础上建立一个新型的社会主义社会。这场运动在 1874 年达到了巅峰，年轻的知识分子们‘走到人民中去’，涌向农村宣讲社会主义的教义。在发现农民们无动于衷后，一

当,并且它的确是适度的。适度改革的目标就是对团体判断有一个真正的理解——所谓真正,在某种意义上就是要滤除随意选择十二个人组成陪审团,并进而让他们对金钱数额进行判断所发出 247
的不和谐声音以及因此而产生的任意。如果这一点可以成功地进行,它就可能用简单的办法,凭借大因数(即此处所采用的说明性数据,其因数为2.18)达到减少不可预见性的问题。其结果可能是一种可预见的人民党主义。

我们已经看到如果特定的陪审团被邀请去作金钱赔偿的裁判,以之作为团体意见的指示器,这样就会出现大量的变化因素,并且对于那些很少或者几乎没有规范权重的支撑点也会存在一定程度的敏感度(susceptibility)。但是假若陪审团要求作出的不是对金钱数额的裁判,而是要对惩罚评级或者惩罚评价作出裁判,由其产生的金钱赔偿总数额就会变成我们所称的"真正的金钱赔偿",这个总数额的得出是通过简单的步骤,这种步骤采用的是陪审团的评级或者评价以及利用了以人群为基础的(population-based)、如前已述及的能产生金钱价值的标准功能。

因为这种方法起到了现存制度正在寻找的东西——少得多的噪音以及任意性,它可以被视为一个接近全面的提升。针对惩罚性赔偿金,甚至金钱赔偿,它接受了团体判断的自治(sovereignty),并且利用了陪审团来获得作为整体的人群的评估,如果他们在信息的获得上都是公平的,那么就可以考虑这么做。通过这种途径,就有可能产生极大的可预测性,并且不用牺牲什么。

些民粹主义者采取恐怖行动,成功地刺杀了沙皇"。([英]戴维·米勒、韦农·波格丹诺编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第588—591页)政治上的平民主义则多少与此不同。政治上的平民主义往往不是与一种特定的社会运动相联系的,而是表现为一种更为含糊的政治意识形态取向。"这种平民主义作为一种政治立场,归根结底是迎合'人民',通常是反对精英分子的……迎合民众的效果可能是含混的。平民主义这个术语也适用于具有神授权力的专权者,他们运用过去传统的政治以及面包加哄骗赢得权力。……迎合'人民'的另一种方式集中表现在模棱两可的表述中,它把国家当作一个整体,强调国家对内部各部分的整合。如果政治家避开意识形态的义务和主张去为全体民众而不是为某个派别和阶级说话,或者他们属于一个不强调原则和在政策上持折衷态度的'吸收全民的政党',他们就可能被称之为是平民主义者。"(中国政法大学出版社1992年版,第588—591页)。由此可见,在已有的政治学文献中,对于平民主义一词的使用是极为笼统而含糊的。——译者注

惩罚性赔偿金的改革，Ⅱ：技术官僚人民党主义（Technocratic Populism）

第二种改革试图要引出陪审团的惩罚性意图，或者其对适当惩罚的判断，但是不会让团体去对金钱的数量进行决定的。依此观点，我们赞成陪审团的惩罚故意就是应该管辖惩罚性赔偿金的那种意图。通过这种方式，伤害模式在规范背景下是可以接受的。问题就是最适中的改革意见，正如所描述的那样，会使现今制度中的重大缺陷得以长期存续下去；也就是说，它有赖于普通公民以致团体将惩罚性故意转换成金钱（这一点我们已经讨论过，其结果很大程度上在黑暗中瞎折腾）的能力。对这个缺陷的补救可以通过团体的意思进行惩罚，但是允许专家将这种意思转换成金钱。其结果就会一种技术官僚人民党主义。

对于那些偏好这种方法的人来说，强调平常人不至于知道通过经济惩罚而致使那些财力不同的人受到损害这一点还是很重要的。他们（平常人）当然不知道它是如何的损害一个组织的。无论组织是否与此有涉，他们还是会用到没有限制的金钱惩罚赔偿的，并且缺乏那种能对他们不同数量的估测赋予了一定含义的模数。由此，有必要设计一个转换公式，这个公式有赖于团体对于故意的惩罚之规范性判断，这种判断不仅是可以预测到的而且还值得使
248 用，并且这种判断不是对团体就金钱数额作出的判断，而这种团体判断可以更加易于被预测但是它却不值得使用。为了把这一点处理好，要是把陪审团的意图通过专家的帮助转化成惩罚就更加值得期待了；因为专家知道各种各样的数额意味着什么，或者对于各种各样的被告来说亦如此。

惩罚性赔偿金的改革，Ⅲ：官僚理性（Bureaucratic Rationality）

是否该考虑更加剧烈一些的改革呢？从目前的讨论来看，可以理性地得出一个结论，那就是惩罚性赔偿金是为产生最佳制止手段而设计的，陪审团应该弃之不用，因为它们能够被用来解决任务是让人怀疑的。假如这是设置惩罚性赔偿金的目的所在，那么很肯定地说，由法官来作出判决将会更好一些或者通过特定

的、被精确委以任务的专门化监管机构来执行亦会是较好的选择。

如果我们同意惩罚的意图与惩罚性赔偿有关联，但非决定性的，此处有一个简单的回应：将陪审团的惩罚故意视为判处惩罚性赔偿金司法考虑的一系列原因中的一个。法官可能会被要求适当考虑被告的规模、被发现的可能性、被告所得收益的不法性以及其他原因。这种方法的风险源自这样一个事实：没有给各种因素以适当的权重；缺乏权重会增加司法裁判受到不可预测性的威胁。由此，立法机构或者委员会可能会试图给予更大的指导，例如，他们通过提供带有金钱赔偿的各种情形、通过设定范围（ranges），或者提供最低限度以及最高限度（floors and ceilings）。

当然，更剧烈的替代方式也是可以想像的，包括那些放弃陪审团制度。依行政方式运作的罚款以及惩罚方案可能看起来要比陪审团产生的制止作用更好一些，因为这个制度可能会降低决策的成本并且还可能附带降低致错的成本。此处还有很多类似情形。在讨论致人痛苦与不幸赔偿金之时，其中包括技术性官僚的建议，其目的旨在降低陪审团在更加一致的以及更加专业的判断中所扮演的角色。在对自然资源造成损害的情形中，有人建议条件评价法（contingent valuation）应该由基于伤害种类不同而给予不同赔偿金的方案所取代[13]；通过这种方式，一套事先就制定好了的行政性或者立法判断就会形成为受托人判断而设置的背景，这样再去询问个体对于愿意付出多少（赔偿金）之类毫无希望得到任何回应的问题就显得没有必要了。这种剧烈的变化，在没有对不同政府机构的可能绩效作出比较之时，当然是无法对其进行评估的。

---

〔13〕 参见 Richard B. Stewart, Liability for Natural Resource Injury: Beyond Tort, in *Analyzing Superfund: Economics, Science, and Law* 219, 241—244 (Richard L. Revesz and Richard B. Steward eds., 1995)；也可参见 Murray B. Rutherford et al., Assessing Environmental Losses: Judgments of Importance and Damage Schedules, 22 *Harv. Envtl. L. Rev.* 51 (1998)（提倡对环境造成的损失之赔偿方案是源自对不同的有害环境结果或事件相对重要性之成对的比较）。

混合方法，上限（caps）以及增值者（multipliers）

从我们的建议中提取一些不同的方面，进而设想出一些混合的方法是有可能的。例如，可以预先选择一系列示范性的案件提供给陪审团，这些案件当中实际上或者合理地涉及损害赔偿金的
249 问题；陪审团的工作可能就是通过比较眼下正在办理的案件与预先为其选定的案件之间的损害赔偿金进行评估。这种方法可能不会导致有关金钱赔偿的所有主题偏离陪审团；它试图将惩罚性赔偿植根于一套先前判决，这样就可以把他们同现在正在办理的案件进行合理比较。其他的混合方法可能是试图提供一种模数。例如，针对正处于争论中的伤害案可以给陪审团提供一个平均的金钱赔偿，或者一定的赔偿数额范围（显示类似伤害案件中一定百分比的赔偿金从什么时候开始下降），或者同时提供平均的金钱赔偿以及赔偿数额范围。

我们在此没有足够的信息去评估所有的可能替代方法。但是我们可以提供两个一般的结论。第一，有必要对代表渐进的步骤说上几句，这种渐进的步骤是建立在当下的实践之上的，即确保在每一个判决中，法官要扮演严肃监管的角色，并且对于个体案件呼吁不要作个人的法律判断，但是要对各种各样类似的案件做一些法律上的比较，只有这样才会确保避免戏剧性的例外情况出现（outlier）。第二，理想的惩罚性赔偿金不会与陪审团，甚或法官有涉，而是应该同那些与当下争议案件主题有关的专家有关系才好。这些指引应当提前制定好，并且应当是建立在对不同情形的恶行及其结果有一个非常清晰的理解的基础之上，对于被告来说就是不同的赔偿金了。实际中出现的问题是设计这种理想的制度是否有可能。这方面的试验可以在对工人的薪酬制度中以及行政处罚和罚款制度中找到。

可以想见，通过总结前面的复杂论述，还有表 9.4；我们所有的估测必定是试探性的，因为很多东西有赖于涉及一些不同制度的可能运作之类的，已经回答了的实证性问题。

表 9.4 惩罚性赔偿改革的可能性

	描述	类似情形	优点	劣势	整体评估
1. 现存的制度	“特别人民党主义”(Adhoc populism)	“卡迪审判(Kadi juestice)”(正如马克斯·韦伯所探讨的)	允许大众信仰占有一席之地	不可预测性对任意支撑点的敏感性,陪审团对金钱影响的无视	很难抵抗一些观点,最好可以被说出来的是现存的还问题不是很严重
2. 上限	能够阻止最为过分的赔偿金	现在的民权法案,其上亦规定了上限	很容易管理可能会阻止异常惊人的大额赔偿金	可能会增加多变性,粗鲁地对涉及惩罚性赔偿金问题之观点或者意见进行限制	在某种程度上是一种进步,但是不大有可能把事情弄好并且有时还会把事情搞得更糟
3. 损害增值者	将惩罚性赔偿与补偿性赔偿结合起来	谢尔曼反托拉斯法(Sherman Antitrust Act)	比上限更加灵活,并且容易驾驭	粗糙,因为补偿性赔偿已经是对适当的惩罚性赔偿的粗略指引	在某种情形下较上限好一些,但非好得多
4. 为陪审团提供其他案例以及附带有惩罚性赔偿,用金钱计算的那种	保持陪审团在金钱判决上的话语权	在致人痛苦与不幸赔偿方面的建议	应该改进可预测性以及提高合理性	如果同他们不一致,不清楚陪审团是如何对此前的赔偿是如何回应的;也不清楚如何确定此前的赔偿数额是恰如其分的	是提供背景以及受拘束判决的很有前途的方式,但是可能会很复杂
5. 加强的或排他的司法控制	“民事判决(civil sentencing)”模式	先行的刑事司法制度	可能会减少不可预测性;也可能导致更多整体上的合理性	也可能会涉及没有模数的比例确定;消除或者减少其中的人民党因素;需要确保对案件进行司法比较	适度但是对于不可预测性以及欠理性德问题回应较有希望
6. 整体人群的校准(population-wide calibration)功能	一种“可预测的人民党主义”形式	无	降低变化程度,增加可预见性	复杂的行政管理任务	有一定的诱惑力但是太复杂以及太新颖

（续表）

	描述	类似情形	优点	劣势	整体评估
7. 专家标准功能	一种“技术官僚人民党主义”形式	无	解决陪审团对惩罚性赔偿金影响的忽视问题，尤其在保留惩罚性故意的集中性上	可能既不会相信有惩罚性故意的陪审团也不相信有惩罚性故意的专家	有一定的诱惑力并且有前途，但是与5比，不具有太多可行性，并且可能没有8有前途
8. 在比较案情之后，询问陪审团的惩罚性意图；通过6或7转换成金钱	将4和6或者7结合在一起；改善可预测的人民党主义，改善技术性官僚人民党主义	无	在提供参照以避免因对案情进行单独测试时所产生的问题方面较4有优势	可能不太会相信陪审团的惩罚性赔偿故意	比4更加复杂，但是对于陪审团，以及6或者7中的某些允诺及问题来说是件更好的事
9. 行政性惩罚	官僚理性	工人薪酬制度；社会保障“网络（grid）”；行政性惩罚及罚金	既可以产生可预见性也可以产生合理性	专家也可能不值得信赖	原则上是所有方案中最有前途的，可以视为减少决策成本以及差错成本的一种方式

250

启示，拓展，思考

我们的中心发现——是对没有限制的金钱赔偿幅度之规范裁判进行勾画时所产生的困难，这个发现与一系列现在面临的法律及政策问题有关。在这一部分我们将简要描述那些与我们的数据直接有关的区域。

艰难的损害赔偿决定

一些赔偿决定需要陪审团在没有模数的时候进行数量比例确定，并且还要在缺乏明晰的市场衡量标准时这样展开。一个基本的问题与规范判断的恰当功能有关，这种规则判断的恰当功能体现在解决表面上——但是——正如我们会看到的——争议很大的“事实”问题之上，而其中所谓的“事实”问题就是到底给予多大程

度的“补偿”。因此在法律的这些领域里,对于人民党分子以及技术官僚方面的补偿赔偿金上存在严重问题。 251

1. 精神痛苦(pain and suffering)。[*]因致人精神痛苦而支付的赔偿金同样也引起了一些与惩罚性赔偿金相同的问题。可以确信,并且极为要紧的是,这些赔偿金是名义上的补偿而非惩罚性的;他们是要陪审团去揭开这个“事实”。但是,他们也会涉及那些不在市场上直接交易的货物,并要求陪审团将一系列,至少是很难货币化的判决转换成金钱。对于致人伤害与不幸的判决,要求陪审团对损害作出决定(很有可能,在实践中,带有故意惩罚的成分)并且将判决以一定金钱的额度进行确定。在没有无争议的市场测量方法可以让这种确定值得信赖之时,最终的裁决将会是臭名昭著般地难以琢磨,其方式就像在惩罚性赔偿金情形当中那样,会提出一些问题。[14]我们的研究暗示了这种可变性的一个渊源所在。对损害的裁判,可能是在一种有限的数字比例(numerical scale)基础上,以一种可以预见的方式作出,当它被转换成一种缺乏模数之下的不受限制的金钱额度之时,这种判决就会变得不可预测而且很任意。

2. 诽谤。类似问题同样出现在诽谤法里面,该法是以缺乏明确的损害赔偿金衡量标准而恶名昭著的。当陪审团面对名誉遭到伤害的案情时,他们要裁定到底受害人遭到了多少损失;这样原告就可以因其遭受的、可认定的金钱损失(“特别赔偿金[special dam-

---

[*] pain 和 suffering 是一个相关的概念。pain 通常被理解成一种身体感受(通常由有害的刺激物引起);suffering 通常被理解成对伤害的一种精神及情感回应。pain 和 suffering 一起使用通常用来确认各种非经济损害,例如精神苦恼,压抑,极度痛苦,不适,生活质量下降,毁容等,这些都与身体受到伤害休戚相关。在遇有身体伤害赔偿请求中,pain 和 suffering 经常被特征化为一般损害赔偿。参见 James M. Fischer. Understanding Remedies. 383(2005)。——译者注

[14] 参见 U. S. Gen. Accounting Office, *Medical Malpractice: Characteristics of Claims Closed in* 1984,第 2—3、18—19、23—24、40—42 页(1987);Randall R. Bovbjerg et al., Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering, 83, *Nw. U. L. Rev.* 908,919—928(1989);Mark Geistfeld, Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Non-monetary Injuries, 83 *Cal. L. Rev.* 773(1995); W. Kip Viscusi, Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards? 8 *Inte' l Rev. L. Econ.* 203,204—208,214—219(1998)。

ages]")以及损害得到补偿,这些损害可以是源自一般的名誉伤害,而这种名誉伤害又不能简单地同金钱衡量联系起来("一般赔偿金[general damages]")。诽谤赔偿金很可能反映了那些与我们此处已经讨论过的效应相类似的效应。

3. 故意造成他人精神痛苦及性骚扰。20 世纪后半叶见证了两大非常重要而且很新的法律不公正之兴起:故意造成他人精神痛苦及性骚扰。此二者都伴有损害救济措施。关于其救济措施,
252 基本的情节应该很相似。用货币对其进行量化极为困难。彻底值得期待的是有意义的任意性(significant arbitrariness);类似情形可能会导致变化极大的、不同数额的赔偿金。在这种情形下,补偿性以及惩罚性赔偿金很有可能牵连在一起,从某种意义上来讲,连陪审团都很有可能不能对二者作出明确的区分。不可预测性的一个主要渊源很有可能涉及潜在的道德判断转换成一定数量的金钱。

4. 补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金:一般的考虑。通过注意前面提到过的改革意见是如何会或者不会同那种特别可能没有规律可循的补偿性赔偿金联系在一起的方式,我们可以将本议题的一些线索结合在一起。补偿性赔偿金的最重大的特色就在于其目的就是要保持其以前的状况(status quo ante)。相形之下,惩罚性赔偿金则反映的是对被告行为可恶之处的正常判断(还有对威慑的判断)。因此,补偿性赔偿金决定,相比较惩罚性赔偿金而言,更能反映对事实的评估(至少在理论上是如此)。乍看起来,在二者之间存在明显的差别。由此看来,针对二者而各自设计的不同改革,而这些改革旨在(1) 获取一定范围内的人群对适当赔偿的判断,(2) 获取针对金钱赔偿数额而由专家们勾画出来的"补偿故意",以及(3) 根据陪审团不大可能有能力对涉及的事实问题作精确判断这一基础,在陪审团之间进行部分或者完全分配,进行这样的改革会有意义了吗?

要回答这些问题,就有必要问及为什么现在陪审团在一些案件中面临对适当的补偿作出判断之类的任务,而在这些案件当中,调查(inquiry)会有损他们的实际能力。最为直接的回答就是自我意识强的人民党主义者。在涉及诽谤、致人精神痛苦、性骚扰、以及故意致人精神压抑的情形,没有机构会特别喜欢去揭开有关"补

偿”的事实，如果要是真有所谓的“事实”的话。而且，依此观点，让根本的决定不仅反映事实而且对价值的判断也由整个团体一起来作出，这是很适当的。无论陪审团的事实发现是否存在缺陷——被参照视为，打比方说，一个特别的机构，这些缺陷都可以通过合并团体的意见而成决定（是对那些不容易用货币化的伤害案中的适当补偿而言的）之价值来克服。以此观点，补偿判决，至少在这些情形下，根本就不会同惩罚性判决有何区别。二者其实皆为重要的规范要件。

由此，代表陪审团针对补偿问题所做的裁决之最简单的论点就是任何这种判决——可能都是不可避免并且肯定适当——而不仅只有补偿。它在决定包括什么才是适当的补偿和要求承担证明责任（burden of proof）及解决合理的疑惑两个方面具有评价维度（evaluative dimension）。评价判断，暂且这么认为，它应该由具有人 253
民党主义特色及长处的机构来作出。这一点可能还适用于对致人痛苦与不幸、诽谤、故意致人精神痛苦，以及性骚扰等的损害补偿判断之中。作为一个人民党主义机构，循此观点，应该允许其就给受害者应该得到多少金钱补偿进行一些评价判断，当然这些评价判断是针对那些因为不适当的医疗程序（medical procedure），对他个人的私生活说了谎（a lie about his private life），或者由于雇主或老师强加的、非主动需要的性强迫（unwanted sexual imposition）而受到损害时而言的。

在一些相关案件中，然而，发生在没有模数的数量比例确定方面的，无规律的裁判问题，还存在。如果看起来是没有规律可循的判断，而实际上是细心偶遇（careful encounter）的结果，只不过其中包含了许多个案的细节，并且产生了一些如同那些可辩解的结果（因为它们在规范意义上本身就是负载有的）一样的不同结果，那么这个问题不会太严重（实际上，它根本不是个问题）。但是我们的研究表明我们可以有重大的理由怀疑事实就是这样。如此，在改革策略上就存在一个很严肃的问题。那么前面我们讨论过的意见在此处会如何起作用呢？第一点需要引起注意的是：对于补偿性赔偿金来说，在有限范围内对其进行评价（ranking）会比对其进行评级（rating）更可取得多；考察陪审员同其他伤害相比，他是如

何看待争议中的伤害肯定非常有用，但是，在没有涉及惩罚的时候，即使得到陪审员的数字评级也是远远有没用处的。评价可能应用于各种途径。如果在补偿性赔偿金的情形中，基本的问题是没有规律的判断，那么采用转换公式（conversion formula）来获得一定人群对于适当补偿的判断可能是更为可取一些。

这种方法存在一个问题，也就是一定人群对于适当的金钱补偿作出判断时可能面临信息缺失；这样就有可能反映不出“真实的”补偿。如果该判断的规范维度看起来值得给予很高权重——如果我们视陪审团对补偿的判断为适当反映了对不涉及明显与“补偿”的事实问题有关的考虑——这种方法可能会有意义。但是，如果事实维度应该占据优势，陪审团的评价可能会被理解为一种“补偿意图”，它可以不通过一定人群的数据而可以通过建立在与已经评价过的、即将发生的案情相比，对现有案情存在适当判断基础之上的行政性或者立法性转换公式的方式转换成补偿赔偿金。这种改革看起来有点不方便，因为可以想见的、建立在对事实进行判断基础之上的“补偿意图”之观念，与不会产生错误的规范判断——“惩罚意图”之观念相比就显得不那么直接了。但是它可以通过适度联系社会保障部门对残疾人问题的处理来融合民粹分子与技术官僚因素的——尽管陪审团不必然被赋予了什么角色，而如同事实那样被行政法上的裁判官所取代。

如果社会保障视野中的残疾人问题真正被视为一个好的比拟，那么技术性官僚的考虑应该占主要地位，此时第三种改革方案
254 看起来就是最佳的选择了。基于这种观点，一个行政性的或者立法性的实体可能会创设一种“致人精神痛苦的网格”、“诽谤网格”、或者“性骚扰网格”，它们都将根本不同的案情当中的基本要素结合而成了可以想像到的适当赔偿金。法官可以通过观察即将裁判的案件位于网格的什么位置以及通过调整的方式（如果案情的具体细节是这么要求的话）作出金钱赔偿。这种技术性官僚的方式可能会消除或者至少大量地减少无规律可循的赔偿问题。这种方法是否可取有赖于通过更为适度的改革所作出承诺的方式来融合民粹主义要素之价值。各种各样的方法当中的要素可以通过改革建议发现出来，因此仅仅只限于致人痛苦与不幸的情形，这种情形

试图通过要求陪审团根据伤害进度表(damage schedule)作出判断以及将很快就要发生的案件置于其他案件的背景中的方式来限制(cabin)陪审团的判断。

管制性支出(regulatory expenditures)

在过去十年,人们对于给予管制性支出(包括公众的以及私人的)设置一些优先条件方面的问题产生了极大兴趣。"月度污染物(pollutant of the month)"症状已经让人开始害怕前述那种优先条件是以随意的方式设置的,因此每个人所节约的开支将会是无法预测的。不同的救生项目存在的不一致是极为常见的并且非常真实的。任意性(arbitrariness)部分来自于对金钱数量的规范判断难以反映出来,并且一些管制问题是在无从比较的条件下进行评估的。我们可以想像在推广让更多的专家对金钱数额进行估测之时,那些积极性(initiative)会确保一定人群的规范判断起到更重大的作用。

通过年度来反映(mapping onto a scale of year)

我们所有的重点都是集中在没有限制的金钱比例之上,但是法律制度却利用的是另一种参照比例:年度。刑事处罚当然需要通过年度的形式来决定如何反映出规范判断。这个跨度是没有限制的,在某种意义上来说死刑或者终身监禁可能是最为极端的形式,但是它反映了没有明显模数情形时会出现类似确定何种限度的困难。[15] 如此,采用年度的方式就表示诸如在没有模数时会出现的类同数量比例确定方面的问题。在实施《量刑指引》(Sentencing Guideline)之前,在量刑上会产生严重的任意性以及无法预测的问题,这会导致同样情形的犯罪最终获得不一样的对待。其中一些问题的产生是由于对年度进行规范判断之困难,有这样的看法就是合理的。那些挑战《量刑指引》的人可能会被人诟病,除了别的以外,主要是在没有适当模数时如何作出不同的判断。 255

---

〔15〕 参见 Stevens, 前引注 6,第 31—33 页(对刑期采用数量比例确定方式进行测算,对犯罪的恶性程度采用交叉样态[cross-modality]匹配的方式)。

对偶然性评估的注解(note)

偶然性评估这个主题提出了这样一个问题,也即人们是否能够把他们对可调整物品的判断转换成非任意的金钱赔偿。偶然性评估方法的目标当然就是决定那些在市场上不进行交易的货物的价值到底该估测为多少。这些方法会向人们提出一些有关为了避免一定损害或者情形,人们愿意付出多少金钱等假设性的问题。

尽管有他们的明显承诺,但是偶然性评估方法存在严重的限制性因素,主要涉及对金钱进行规范判断确定之困难以及由于框架效应(framing effects)所引发的问题。其中的一个特殊问题是对于数量的漠视,或者是对于范围的敏感度不够。试想这样一个事实:多伦多居民愿意付出一定的金钱将位于安大略省的一个小范围区域中的湖泊清理干净以保持其捕鱼权,对于这部分支出其实与他们愿意付出一定的金钱将安大略省所有的湖泊清理干净以保持其渔业权上付出数额的基本相等。[16] 与此有关,对资源的评估会受到资源是否系单一提供的还是与其他物品一起提供的不同情形之影响。当人们通过与其他濒危的物种进行比较并进而对其进行评估,人们则会愿意为数量剧减的罕见的稀有动物——斑点猫头鹰(spotted owl)花费一些金钱以保护它们。当人们被问及是否愿意花钱以保存大峡谷(Grand Canyon)的能见度(visibility)时,当这是第一个被问及的问题时,相对于当它是第三个被问及的问题时,人们则会愿意多花费五倍以上的金钱。[17]

将偶然性评估与惩罚性赔偿金评估统一起来的是在没有限制的金钱额度范围之上如何反映规范判断的问题。如同惩罚性赔偿金一样,对于现今的偶然性评估系统而言,考虑为其找到新的替代方法可能会更有意义,此处言及的替代方法可能是基于我们在此

---

〔16〕 参见 Daniel Kahneman and Jack L. Knetch, Valuing Public Goods: The purchase of Moral Satisfaction, 22 *J. Encon. & Mgmt.* 57, 58—59(1992)。

〔17〕 参见前引注。

已讨论过的同样考虑。[18] 可能政策制定者会演绎出少量的、与环境损害有关的情形，或者在有限范围内使用利用公众判断，借以开始一个程序，通过这个程序这些判断就可以转换成一定数量的金钱。

结论

为什么陪审团对于惩罚性赔偿金所作出的判断有时会显得没有规律可循以及非常任意？对此问题的回答很大一部分理由在于将规范判断转换成一定数量的金钱之困难，这些规范判断当中包括那些伤害及惩罚情形。这个回答与一个重要的 背景之运行相反：考虑到对于伤害以及惩罚二者的判断，一些重要的法律部门对于规范判断显示出了极大的一致，并且这种一致是通过不同的性别、人种、年龄、教育程度以及收入之差别来运行的。

当法律制度将惩罚性意图转换成金钱之时，它必须回答这个问题：在何种程度上法律应该融合、限制陪审团的决定或者作出与陪审团的决定相反的规定。我们建议改革应该包括对我们所提出的那些问题的不同回答。任何最后的结论有赖于对现存的惩罚性赔偿金之不足的特定评价。我们已经建议了三种可能性：纯粹的多样性；普通人对于达到不同数额金钱赔偿的评价不充分；或者普通人对于一些诸如惩罚性赔偿金基础等一些不恰当因素的关注。因此，对于规范问题的评价需要确认那种支撑陪审团制度的人民党主义理想之本质所在，以及判断在什么地方，具体说，依据陪审员的心理学，那些人民党主义理想值得去拥有。

我们的研究表明陪审团裁决的特点包括：对伤害的高度敏感性（以及对发现可能性[probability of detection]的低度敏感性），对损害的极度敏感性，对公司规模的极度敏感性，对支撑点的敏感性以及对惩罚的回头看式（backward-looking）的关注。转换过程可能会融合或者排斥一个或者所有的上述特点；它可能，也有可能不是

---

〔18〕 参见 Daniel Kahneman and Ilana Ritov, Determinations of Stated Willingness to Pay for Public Goods: A Study in the Headline Method, 9 J. Risk & Uncertainty 5, 29—30 (1994); Rutherford et al., 前引注 13，第 63—71 页。

建立在陪审员的惩罚性故意之上的。至少，我们的研究强烈建议上诉法院的法官以及地区法院应该继续其在一些法院可以找到的、原来就存在的习惯做法——拒绝那些不按照通常做法以及相关可参照的案例判处惩罚性赔偿[19]，尤其是因为，正如我们已经展示的那样，任何特定陪审团的金钱赔偿是不太会反映人群对于适当金钱赔偿的判断的。一个更加戏剧性的方法是——也可能从长远看是最好的方法，尽管并非没有自身的风险，这个方法会涉及对严重错误行为进行行政处罚的制度之发展，当然这种行政处罚制度是建立在预先的判断之上，并且受到民主的控制。

---

〔19〕 例如，可参见 *Kimzey v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 107 F. 3d 568, 576—578 (8th Cir. 1997); *Lee v. Edwards*, 101 F. 3d 805, 809—812 (2d Cir. 1996); *Stafford v. Puro*, 63 F. 3d 1436, 1444—1445 (7th Cir. 1995); *Allahora v. Zahora*, 59 F. 3d 693, 696—697 (7th Cir. 1995); *Klein v. Grynberg*, 44 F. 3d 1497, 1504—1505 (10th Cir. 1995); *King v. Macri*, 993 F. 2d 294, 298—299 (2d Cir. 1993); *Ross v. Black & Decker, Inc.*, 977 F. 2d 1178, 1189—1190 (7th Cir. 1992); *Vasbinder v. Scott*, 976 F. 2d 118, 121—122 (2d Cir. 1992); *Michelson v. Hamada*, 36 Cal. Rptr. 2d 343, 356—359 (Ct. App. 1994); *Baume v.* 212 *E.* 10 *N. Y. Bar Ltd.*, 634 N. Y. S. 2d 478, 480 (App. Div. 1995); *Parkin v. Cornell Univ., Inc.*, 581 N. Y. S 2d 914, 916—917 (App. Div. 1992)。正如所提到的，我们的证据显示：如果团体范围的判断是目标，那么就有必要建立增加损害赔偿金（additur）制度的同时也建立减免赔偿金（remittitur）制度。

10 构造陪审团:从认知角度考察精神损害赔偿

爱德华·J.麦克卡福里　丹尼尔·卡尼曼
马修·L.斯皮泽

在认知心理学和决策理论诸多领域工作的学者早就注意到,仅是依据与现状关系的不同——也就是说,既定事物被看作是收益还是损失——对该事物的估值就可能不同。一旦伤害已经发生,在对陪审团进行指导时,相应的两种可能区别是,需要多少赔偿才能恢复原状("恢复原状"角度),需要支付多少赔偿才能使受害者从一开始就接受伤害("出让价格"角度)。虽然研究陪审团的心理学文献在不断增长,但就我们了解,依据这两种可能的角度构造陪审团指导进而对痛苦和伤害进行金钱赔偿,还缺乏研究。

有关侵权理论的法律文献当中,这个方面的内容同样缺乏。直到最近,大量的文献已经关注责任规则,而不是认定损害赔偿。对损害赔偿的研究,一般集中在一些时常对立的理由上,例如赔偿、保险、校正正义、阻吓或者效率。这些研究总体上把认定过于慷慨的损害赔偿为特点的侵权法"危机"作为补充;有的时候更多特别关注对精神损害或者对所谓的非金钱损害进行赔偿。一些相关心理学文献研究了认定损害赔偿中的超越证据(extra-evidentiary)或逻辑上不相关的因素,例如性别、种族或者法律双方的身体特

征,最近也开始注意到在认定损害赔偿中的赔偿作用与因果主义(consequentialism)的关系。在所有这些文献中,都很少深入的研究"赔偿"究竟事实上意味着什么,特别是对非金钱损害,除了对死刑的有限案件外基本上没有研究;也就是说,对近来被称作的"可计算问题(measurability problem)",一直没有足够的注意。[1] 本章
260 试图填补这个空白。

设定其领域:两种背景的影响

我们的项目体现了两种思想的共同影响,当代侵权法及其理论以及认知决策理论。本节为实验研究给出这些背景,以下依次介绍每个理论。

侵权法及其理论

对卷入实际案件的双方当事人来说,在个体案件中,损害赔偿与其明显极端并且通常是极度相关联的。损害赔偿也占据着侵权法理论及实践的中心。例如决定过错责任的最主要方法是汉德公式,这个规则要求,如果安全支出的成本小于能消除的预期伤害,无过错的被告必须提高安全的支出:用正式的术语来说,是 $B \leqslant pL$,这里 B 指的是负担(或者是成本),p 是伤害的概率,L 是责任的程度,或者按照我们的说法,L 是可能事故引起的损害赔偿,我们这里研究的唯一焦点是精神损害,或者(一个意思)"非金钱(nonpecuniary)"伤害的赔偿,这方面的赔偿在产品责任及医疗责任的重要案件中,占据了全部损害赔偿数的大约一半。

在现实世界里,对"非金钱"或者痛苦和伤害的赔偿,一般是含混地要求陪审团"合理地"认定。侵权法重述(二)第 905 节,简单规定对"身体损害"和"精神伤害"案件,"不需要证明金钱损害"就

---

[1] Mark Geistfeld, Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries, 83 *Cal. L. Rev.* 773 (1995)。Geistfeld 教授的优秀论文与我们的工作是同步开展但又独立的。Geistfeld 对目前学术界对痛苦和伤害的赔偿问题的广泛争论,做了一个很有价值的总结。

可以认定赔偿,但对如何计算这些损害,没有做任何说明。伴随它的释义有附加内容,但也没什么帮助,"对任何特定的精神损害,对其可得的补偿,没有确定的规则;唯一的限度是,这个数量,理性的个人可能认为是公平的赔偿"。像"公平"以及"合理的"这样生搬硬套的套话,重述的释义又重复着实际上的陪审团指导。例如加利福尼亚州批准的对非金钱伤害案件的陪审团指导是这样规定的:

> 法律没有规定任何明确的标准或者方法,来计算对精神损害合理的赔偿数字。对赔偿数字也不要求任何证人的意见。在对精神损害进行认定时,你应该,保持平静和合理的判断,去行使你的权利,你认定的损害赔偿,根据证据,应该是公正和合理的。[2]

在精神损害赔偿这些方面的实际做法,带有相对不严格,抽象,以及保守的特点。

事实上,对精神损害认定赔偿的实际数字,案件之间会有巨大区别。当然,大量的个人伤害案件都和解了,而且在这些中的绝大 261
部分,绝对金钱数字都是相当低的。在这些案件里,和解达成的数字似乎是超过了经济上的实际损害。在更大的案件和解中,情况相反;和解协议的数字是所要求的经济赔偿的一小部分,这说明对非金钱伤害的赔偿并不是明显重要的。在导致陪审团实际判决的案件中,对精神损害的赔偿经常占据了全部赔偿数字的大部分,尽管有很多不同情况。统计上对赔偿分类最显著的方式,看起来是依据类型和伤害的严重程度。

认知决策理论

与我们的项目有关的认知决策理论的主题,有一些不同的名称:"禀赋效应"、"现状偏差"、"支付意愿与接受意愿的区别"。假如不考虑财富效应,标准微观经济学理论,包括例如科斯定理这样

---

[2] Book of Approved Jury Instruction [BAJI], California Jury Instruction: Civil, (8th ed. 1994). 康涅狄格和新罕布什尔的法官给我们送来了他们的陪审团指导,连同第三节讨论的问卷回答;这些版本与加利福尼亚的都几乎相同。

人们熟悉的学说在内，认为对物品的估值应该独立于它的所有者。例如，某人估价一个咖啡杯值5美元，无论这个人是不是拥有它；可以肯定的是，在一个人为获取而愿意支付和愿意出卖的价格之间，不应该有大的差距。标准微观经济学理论有很多不足：有丰富文献记载的禀赋效应指出了这个事实，放弃一个物品比起人们在没有这个物品而愿意支付去获得同样的物品，人们确实必须支付的更多。这个效应已经在许多思想和实际的实验中得到了验证，大量证据显示，某个物品，比起人们为获得而愿意支付的价格，如果放弃人们将会索要两倍高的价格：例如，人们愿意以5美元买一个咖啡杯，但他们索要10美元。

禀赋效应可以分解为许多组成部分。三个特别重要的因素是，“效用承担者”，“损失规避”，和“框架效应”。效用承担者的意思是决策效用受到事件而不是状态的影响——我们说“决策”效用，是为了与“体验”效用区别开来，对此下文将深入剖析。例如，受益和损失一般来说是参照现状得到认识的，这比最终主观效用评估决定的资产价值更加放大。尽管达到最终状态的方式不同，最终状态本身经常是相同的，因此，这一点是重要的；在接下来的实验里，我们将看到这个区别，在那里假定的原告，尽管通过不同的心理“路径”，但都是以伤害和一笔金钱结束。损失规避指的是这种现象，在绝对数字上，收益的正面价值要小于损失的负面价值。损失某个物品的主观效用，超过获得该物品，在财富效应存在
262 时甚至也是这样。在我们具体的例子里，比行为人将愿意花钱去“买”同样的客观健康，“损失”健康将被兑换成更高的金钱价值。最后，框架效应指的是这个事实，完全相同的选择，单单根据它出现的形式，就可能会被认为是个收益，或者被认为是个损失。例如，人们认为使用信用卡的罚金是个损失，而使用现金的奖励是个收获；当且仅当这种“罚金”已经是肯定的，人们将更愿意使用现金，虽然从经济和最终状态的角度，这两个情况完全是相同的。在我们的例子中，再一次，健康的损失，客观感觉大约等同于对不健康没有治疗，但是这两种情况，主观感觉是不相同的。把这三个因素结合在一起，大体上禀赋效应就产生了：以典型现状作为出发点，人们根据价值的绝对变化评价选择，损失带来的负效用高于收

益带来的效用，并且通过对现状的特定化，这高度受制于纯粹形式上或语义上的操作。

依据禀赋效应及其相关文献，可以对许多法律和经济的问题进行有意义的重新思考。在我们接下来的例子中，这些思想使我们同时思考有关陪审团和对精神损害进行赔偿这两个问题。这里我们区分开恢复原状价格和出让价格。这个区别在于，一旦某种伤害已经发生，愿意接受多少才能重新恢复原状——一个人愿意支付多少去“购买”健康——以及愿意对相应的健康按照什么价格“出让”。恢复原状角度（making whole perspective）是在伤害发生之后的；出让价格（selling price）是在事前。运用认知决策理论相应的语言，事后的，从恢复原状角度看，把受伤害的状态视为参照点、基准或现状。事前的，从出让价格角度看，相反，把健康状态当作参照点。认知决策理论在此有一个非常确定的预测：由于对现状的特定化发挥着作用（决策通过从一个固定的参照点出发而被评价），损失比收益价值更高，并且框架可能有真实的效果，我们预计，事后的，从恢复原状角度估计的价值会低于事前的，出让价格角度。这意味着损失健康，比把健康买回来，能产生更高的金钱价值——即使在这两种情况中，最终状态（金钱和健康的损失）是相同的。

当我们实验的第二个回合进行到一定深度，出让价格也可以作为选择或责任的一个因素，这在恢复原状角度下不会发生。除了把健康状态作为参照点，出让价格角度可能会被认为在接受人身伤害方面引发了意志的选择，认知决策理论同时表明这种“责任”因素也能影响评价，因此，我们在第二轮实验中，表明这种变化。总之，标准的经济学和心理学理论，可能会认为对纯粹形式上、视角上操纵寻求损害赔偿的不同方式，没有或者有很少的区别，但是我们认为相反。 263

主要内容：两个实验调查

本节是我们研究的核心：有两个实验，分别在法学院学生和大

致上外行人这两个相当大的实验组进行，调查框架的选择会怎样影响对精神损害的赔偿认定。

第一轮

我们第一轮调查，是在南加利福尼亚大学法学院的283名学生实验组进行，在此之前，一些预先检验在耶鲁大学法学院学生的小实验组进行过，据此对调查表进行了改善。这项调查中，一个控制组和两个其他实验组收到两份不同的陪审团指导，一份采用恢复原状角度，另一份是出让价格角度。我们发现，当采用出让价格指导，结果出现了明显和巨大的增长。

调查设计和管理。所有参与实验者得到相同的起始页要求书写他们的姓名及电话号码（随意）；他们得知电话号码是用来回答可能出现的后续问题。起始页解释了参与实验者将想像她是一次案件审理中的陪审员。所有必要的细节事实，除了伤害的性质，都被指明。因此，参与实验者得知，伤害已经发生，而且预计已经持续了大约三年，责任已经被认定，不存在收入方面的效应，并且她被正在被询问的只是对精神损害的赔偿选择一个“合适的赔偿数字”。

起始页继续解释到，有两种确定损害赔偿的方法：第一，基础数字是10，按对数次序，选择1,000美元到10,000,000美元，第二，在选项的空白处填入数字。由于早期预先检验表明，没有指导，学生对赔偿的相关范围一点儿没有概念，导致反映数字过于纷杂，所以我们决定采取这两部分的方法。选项和空白组合在一起，确保了回答问题时会更小心一点儿，使得我们容易鉴别内在的一致性，而且最重要的，给所有参与实验者相近的范围，如果覆盖面广，实验操作可以在范围内进行；毕竟我们感兴趣的只是相对的区别。起始页以一个例子作为结束。

接着这张起始页，基本指导被重复在第二页。再一次，人身伤害案件审理的所有方面都被指明，除了伤害的细节性质。接下来是对伤害的六个描述。我们选择的伤害，我们觉得既不是太严重也不是太轻微；这与我们指出每一个伤害都持续了大约三年相应。
264 例子包括，“感觉到背部上方和脖颈异常僵痛”，和“有间歇性的偏

头痛,时间长的可以持续一个小时。”给所有参与实验者完全相同的六个描述,按照完全相同的次序,但是根据陪审团指导的表格,被分成了三组。除了六个伤害描述,控制组什么也没有给,因此只是留下一个简单的问题,寻找一个“合适的”赔偿水平。事实上,这很接近陪审员得知的内容,正如前面引用的陪审团指导的那个样子。

其他两个组,在开始两个问题之后,被发给第三页,一份详细的陪审团指导。这种模式,使得我们可以利用前两个问题作为条件,去计算参与实验者整体上认定金钱损害赔偿的倾向,并且可以分离出参与实验者之间的乘数。这两组的每一个组都得知,法官已经给他们一份关于怎样看待争议中的损害赔偿的详细指导,这将被用于回答问题3—6。一组给的是以下的恢复原状指导:

> 为决定合适的赔偿,想像你是原告,你已经承受了描述到的伤害。多少金钱才可以使你重新“复原”——也就是说,就像回到什么也没有发生那样的状态(既没有伤害也没有赔偿)?

这个指导简单强调了状态的事后性质(“你已经受到了伤害”),文字表达相当符合恢复原状角度。相反,最后一组给的是以下的出让价格指导:

> 为决定合适的赔偿,想像你是原告,在任何伤害还没有发生之前,被告支付给你一笔钱,去承受与后来体验到的与描述完全一样的伤害。你需要得到多少金钱,才愿意接受这个伤害。

与恢复原状指导相反,这份指导强调状态的事前性质(“在任何伤害还没有发生之前”),或者,等同于基准是健康状态,然后运用反事实市场交易机制,实现出让价格的思想。因此作为模拟原告的陪审员,有接受伤害或者不接受伤害的选择,对这两种情况,我们都注意做到简单和直接;我们早期预先检验的主要目的,就是确保这些指导的清晰。

这两个实验组加上控制组,随后被发给与问题3—6同样的伤

害描述，所有参与实验者都被发给一张结束页，在上面参与实验者被询问他们预计哪一个版本能产生更高的价值，哪一个他们认为
265 会与公平的赔偿数字更接近，以及哪一个他们认为更合适。为了控制最后一页的指导顺序可能产生的“锚定”效应，三个小组中的每一个（控制组，恢复原状组，出让价格组）又被分成两组，每组的一半被首先发给恢复原状指导，另一半是出让价格指导，对这一点我们后面还要做解释。

调查在一个早上进行，在南加利福尼亚大学法学院学生的四个大班级；两个是一年级，两个是高年级。班级之间要么是同时进行的，要么是紧接着进行，所以参与实验者之间不知道相互的实验情况。本文的作者之一是一名法学院的教授，每个实验他都在场，并且大声宣读首页的指导。理解表格没有明显的困难，学生一般是在五到十分钟完成。

结果。有许多方式阅读数据，彼此之间技术上互有优劣，我们运用了许多方法，去显示恢复原状指导和出让价格指导的区别。使用原始数据我们取出了三组中每一组的平均数和中间数，我们把数据转换为自然对数，以消除“异常值”，或异常大的反应数字的影响，然后取出对数平均数；我们观察了“乘数”，这指的是对问题3—6的平均回答比对问题1—2的平均回答增长了多少，这种方式可以检验损害赔偿认定的变化趋势；我们进行了惯常的最小二乘回归（least-square-regression）分析，陪审团指导作为解释变量，对问题3—6的平均回答作为应变量。所有这些技术说的都是一个基本道理：出让价格指导比恢复原状指导产生的价值高，恢复原状指导又比控制组产生的价值高。依据不同的对统计显著性的检验，所有这些区别都是显著的。

所有这些不同的技术都有它们的可取之处，而任何一个信息交流尺度的覆盖面也是有限的。表10.1显示了三组每一组的乘数，对数的反对数或几何平均数，以及原始资料的中位数。简单来说，第一栏，乘数，表明的是对问题3—6的回答，比对问题1—2的
266 回答，平均增长了多少；乘数依据的是原始资料对这两组问题回答的平均数。这种方法，考虑到了在金钱损害赔偿合理范围内的不同观点；毕竟我们感兴趣的只是陪审团指导的效果，而指导是在问

题1—2之后才出现的。思考乘数的另一条途径是，它显示了参与实验者内在的比较，这与参与实验者之间的比较不同。乘数告诉我们，指导对在给定范围内的一般个人参与实验者有什么效果，这可以用来与后两栏的参与实验者间比较相对照。第二栏来自对问题3—6的原始数据，转化为自然对数，取每一个的平均数，然后平均数的平均数，最后通过采用反对数转回金钱数字。这个看起来啰唆的程序是处理异常值的简单但却相对标准的方法；对那些有一些统计学背景的读者来说，它完全等同于采用几何平均数。最后一栏给出了原始数据的中间数，把数值从高向低排列，这就是简单的中间值；实验组的一半得到了更高值，另一半得到了更低值。

表10.1 第一轮的基本结果

指导	乘数	对数平均数	中间数
控制	2.15	$ 72,113	$ 93,750
恢复原状	4.20	151,448	290,000
出让价格	10.41	331,042	527,500

表10.1的结果，清楚地说明出让价格角度比恢复原状角度产生了更高的赔偿。根据所有三组统计，出让价格角度大概是恢复原状角度的两倍；具体来说，三项统计的比例是2.48，2.19和1.82。这个结果整体上完全符合禀赋效应的发现，上文已经讨论过。我们单强调金钱数字，其重要性；事实上，它们远远高于实际的对精神损害赔偿数字。我们预计，在真实的审判中，这些数字会更受到限制，部分因为陪审团的集体决策过程，以及真实审理环境的限制效应。数字之间的关系是我们最感兴趣的；出让价格赔偿始终或显著的高于恢复原状赔偿。

乘数数字尤其值得注意。控制组对问题3—6的回答加倍了，这既表明这些伤害更严重了，又表明参与实验者开始关注不同伤害的区别。恢复原状指导实验组，赔偿提高了四倍（后面我们讨论控制组和恢复原状组之间的区别）。出让价格角度实验组，把他们的赔偿数提高了超过十倍。除了其他情况，这说明出让价格角度不是个特别自然的角度；让参与实验者自己认为什么是“合适的赔偿”，控制组的参与实验者比恢复原状角度的参与实验者给的损害

赔偿高得多。

在转向分析接下来的公平问题，以及有关的第二轮实验之前，还有两点值得注意。第一点，性别和班级的组成（一年级或者高年级法学院学生）都没有明显的解释力。除了发给的指导，这是有很强解释力的，只有对问题 1 和 2 的平均反应有一些解释力，这可以
267 被预料到；慷慨的参与实验者在指导之前和之后都是慷慨的。第二点，恢复原状组和控制组之间的区别，乘数大约是 2，一直是显著的。对这种乘数效应，有许多可能的解释：例如，也许任何指导都有可能提高赔偿。但是我们认为，这个效应主要的决定因素，是即使我们的恢复原状指导是主观的；它也使得参与实验者想像自己成为了原告/受害人。我们认为，所用的语言是足够清楚的——只是给出简单的指导——但是后来我们发现，把一个人模仿成原告的做法违反了现实中美国司法实践所谓的（也许不太合适的）金箴。该金箴禁止控方劝导陪审员想像自己处于原告的状态，从而片面的为获得损害赔偿的数字而发挥作用。从描述的角度看，这个做法看起来是正确的。我们调查的一个意想不到的副产品是，证实了让陪审员把自己当成原告，确实会对损害赔偿数字产生显著、积极的影响——大约是两倍。

请回忆，所有参与实验者发给的下一页是，恢复原状指导和出让价格指导的说明，学生被询问，次序是按“肯定”恢复原状，“大约”恢复原状（一端），“大约相等”，“大约出让价格”，“肯定”出让价格（另一端），其中哪一个他们认为（1）将产生更高的价值，（2）看起来“与你认为的对公平补偿的普遍做法更接近的”，（3）“按照你个人的看法……与计算补偿的适当标准最接近”。作为一种控制，以免出现任何可能的“锚定”效应——参与实验者倾向于锁定在他们对某主题的最初印象——我们改变了说明的顺序，分成 A、B 两个版本（因此必须改变一半儿的回答，才能与原次序一致）。因此，共有六张表格：大的方面是控制组，恢复原状组，出让价格组，根据说明次序每个组又分成两个小组。因为锚定效应可以基于第三页的初始说明产生，也可能基于第五页的说明次序产生。

但是，我们分析的第一步，是排除掉任何可能的锚定效应。第五页没有重大区别的参与实验者，或者基于他们早先得到的指导

反应,或者基于第五页的指导顺序的反应。这本身是一个有趣的发现,因为我们对现实世界的行为人的调查,在下文将讨论,说明参与者经常认为用含混和抽象的说明他们做事的方式,是公平或适当的方式——这说明,锚定效应是"公平"观念的一个可能的解释。当然,有可能,法学院学生已经对问题形成了看法;也就是说,某种锚定已经发生了。这就是为什么要在第二轮与外行参与实验者做比较,有趣的是,在那里有一些微弱的锚定,但是对恢复原状类的指导更不感兴趣。在所有实验里,排除锚定的发现,使得我们 268
可以把全部大约三百名参与实验者加总在一起,我们也发现对问题2的回答,即对参与实验者认为典型的陪审员会怎么样思考的调查,以及问题3,即对参与实验者对公平的评价的调查,没有重大的不同。因此,下面我们只看问题1和3。

表现下列问题的数据的最好方法,大概是柱状图,这简单显示了回应的实际范围。在柱状图中我们按从1到5填入值,其中1代表"肯定恢复原状指导",5代表"肯定出让价格指导",中间数字3代表"大约相等"。这些特定的数字没有重要的意义,因此它们之间的平均值不是很有意义。而且这些平均值有可能混淆回答分布的重要方面。例如,对问题3的平均回答,事实上与对问题1的回答相近,这既可能意味着大部分参与实验者认为这两个指导的值相近,也可能意味着意见有很大分歧,正如我们事实上发现的。图10.1表现了对问题1回答的分布,对于这些问题指导很可能产生了更高的值。

图10.1表明,认为恢复原状指导产生更高值的,与认为出让价格指导产生更高值的在参与实验者间有巨大的分歧。虽然事实上平均反映接近于中间回答3,令人惊奇的是,很少有人实际上选择这个答案,275个里只有12个。(也许这说明,法学院的学生有 269
很强的观点,要么是这个要么是那个。)超过40%的参与实验者认为,恢复原状角度肯定或者可能产生更高的值;小于18%的参与实验者认为,出让价格角度将肯定更高。当然,这里有意思的是根据上面提到的证据,恢复原状的回答明显错误的。事实上出让价格角度产生了高得多的值,比恢复原状角度高二到三倍。至少这种情况说明,当我们转向主观公正的问题3,回答不会受出让价格角

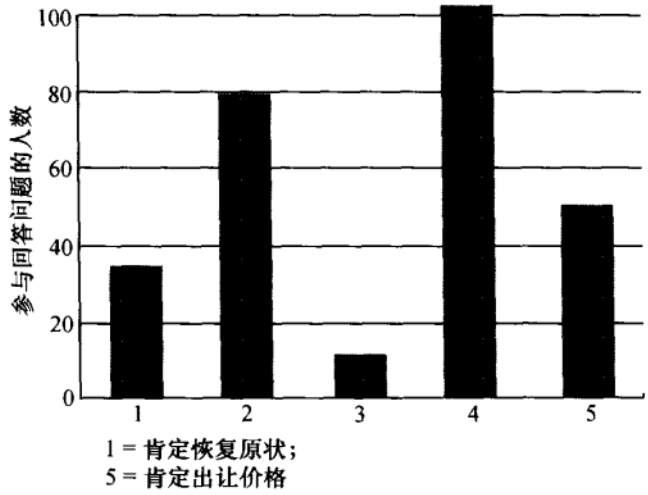

图 10.1　对更高值的预测

度是更高的这个认识的强烈影响;也就是说,参与实验者选择合适的答案,看起来并不是基于对有关价值高低的强烈影响。

图 10.2 表现了对问题 3 的回答,问题 3 设置的问题是按照参与实验者的个人看法指出哪个指导更加适当。

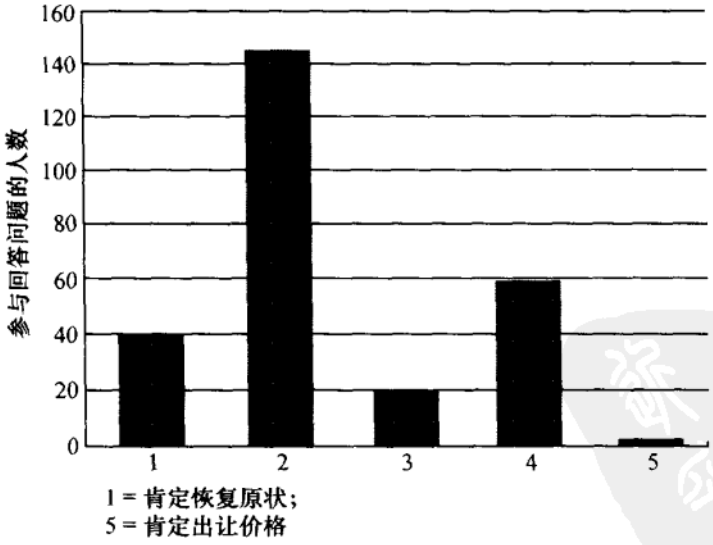

图 10.2　对合适标准的评估

问题 3 表明,恢复原状角度占了上风。超过 68% 的参与者回

答，认为这个规则或者“肯定”或者“可能”更合适。但这个观点既不是一致的也不特别规律。小于15%肯定恢复原状价格是更合适的；超过30%的参与者认为要么出让价格是更合适的，要么二者没有不同。由于这些结果基本上不是通过对毫无疑问更反直觉的出 270
让价格指导进行的教导或启发得到的（就如我们在第二轮所做的那样），我们认为结果只是微弱支持了，法学院的学生倾向于恢复原状类的指导。有关这些参与回答题者倾向于恢复原状角度的证据可以从事实推导，注意上面没有得到指导的控制组，他们的评价明显地更接近于恢复原状角度；我们的意思是，这两组（恢复原状组和控制组）的几乎一致，不是由于恢复原状指导的主观作用。

第二轮

实验调查的第一轮给我们提了一个大问题和许多小问题。大问题是，决定出让价格与恢复原状之间区别的两个可能因素，这在第一轮我们已经证明。有一个可能的因素，我们可以被之称为，时间要件或参照依赖要件或现状依赖因素。恢复原状指导的角度在伤害事后，以伤害作为基准或参照点，而出让价格的角度在事前，以健康状态作为基准。第二个可能的因素，我们可以被称之为责任或意志要件。出让价格涉及自由选择的运用；也就是说模拟被告涉及在健康和金钱之间的决定，恢复原状角度并不如此。（从更深入的文献和更早的调查，我们知道还有第三种影响，财富效应和状态依赖效用，虽然可能并不重要，但我们还是间接地在第二轮考虑了这个问题。）我们感兴趣的是参照和责任因素对损害赔偿分别起到的作用，所以设计了一个新的实验性调查，其任务就是要分清它们的差异所在。

第二轮实验也可以用来调查其他小一点儿的问题。因此我们决定在第二轮针对外行参与实验者，以观察这与法学院的学生会有什么不同。在第一轮陪审团指导违反了“金箴”，在第二轮我们弱化了这个主观特点。为获得对公平感受的不同回答，我们使用了不同的后续问题。并且，在评估非金钱损害赔偿方面，原告的健康或收入水平所起的作用，我们为对此的深入研究奠立了基础。

调查设计和管理。调查表格的基本结构和内容与第一轮使用

的非常接近，其中有些改变是基于，被调查者的特征（外行，而不是法学院的学生），这一轮实验的不同的目标，以及我们从第一轮得到的经验。起始页询问被调查者的性别、年龄，并完全匿名。起始
271 页解释道，参与实验者想像她自己是一名陪审员，接下来描述选择的顺序。在这一轮，我们让选项范围更大，更易于阅读，并在选项下留出空间以便写出数量，而不是像第一轮那样放在选项的旁边。

接下来的第二页，开始描述所有法律上的事实细节，但不包括伤害的性质。参与实验者得知，伤害已经发生，而且预计已经持续了大约三年，其因是一家制药公司，它已经被认定要负有责任，等等。参与实验者得知，受伤害的原告方是与被告同样性别的个体，30 岁，家庭总收入 40,000 美元，这是一个大约中间数字。如同在第一轮，参与实验者得知，伤害并不影响收入，所以他们被询问的“只是受痛苦和伤害的个人应得的适当补偿”。这样注意力再一次只集中于对非金钱损害的赔偿。

接下来是在第一轮使用过的相同的对伤害的六个描述。在前两个问题之后，第三页我们插入了陪审员指导。在第二轮，我们并没有使用未经指导的控制组，因为我们主要关注的是调查决定恢复原状角度和出让角度区别的因素。一个实验组得到以下恢复原状指导，这与在第一轮中使用的类似：

> 为决定合适的赔偿数字，从受伤害的人的角度考虑。你已经受到了伤害并且预计将持续三年时间。大概多少钱，你觉得足够使你恢复到伤害发生之前的状态？

使用“从受伤害的人的角度”这句话，是为了避免在第一轮中提到的对“金箴”的违反；这样，这些恢复原状指导被设计得更易于理解，在法律上更没有问题。注意，第二句清楚地表明了事后的受伤害的参照点。第二组得到以下的出让价格指导：

> 为确定合适的赔偿数字，从受伤害的人的角度考虑。在任何伤害还没有发生之前，给你一笔钱，去承受与后来体验到的完全一样的伤害，三年时间，你需要多少数量的金钱，才愿意接受这个伤害。

再一次，除了为避免金箴问题而做的改变，以及去掉了一些法律的语言，这份指导与第一轮使用的出让价格角度指导是相同的。其中第一句与前面恢复原状指导是一样的，但是接下来清楚地说明伤害事前，也就是说以健康状态作为基准，是选择的一个因素。陪审员被模拟询问在伤害和一笔钱之间进行选择，恢复原状的情 272
况下不存在这个选择。因此这份指导，在出让价格角度出发，同时包含参照点和责任的因素。

为了厘清差异——也就是说，使用对恢复原状角度只有一个改变的指导——我们接下来是以下指导：

> 为确定合适的赔偿数字，从受伤害的人的角度考虑。你已经受到了伤害并且预计将持续三年时间。伤害可以被治愈。或者支付给你足够的钱以立即治疗，或者你可以决定留下这笔钱并保持现有状态。支付你多少钱你才觉得足够让你愿意接受这个伤害？

我们所指称的第三个指导，是一个“混合体”。前两句与恢复原状角度完全相同。通过指出伤害已经发生，这两句把受到了伤害，或伤害事后作为了参照点。但是混合指导的最后一句，与出让价格指导的最后一句完全相同。这样选择的因素就包含了责任要件。为了在事后环境中也加入选择的因素，我们使用了现有健康状态的反事实（counterfactual）。模拟受害者可以在健康状态和一笔钱之间进行选择。健康状态的价格随着替代金钱数额而潜在增加，这一点乍一看也许有点儿奇怪，但事实上这是对健康状态机会成本的精确体现；选择了健康状态就放弃了相应数额的金钱。

重要的是观察这样一个事实，从最终状态看来这个混合指导提供的选择束，与出让价格角度下的完全相同。两种情况下，模拟原告都可以选择，要么健康，要么受到伤害但是得到陪审员选定的一笔金钱。在恢复原状角度，这个选择并不存在，所有能得到的只是金钱。出让价格和混合指导在最终状态相同的事实，间接的考虑到了财富效应；在两种情况下，像在恢复原状那里一样，金钱替代选择附随于伤害。与之相关，因为最终状态相同，它引导了标准经济学、理性行为人理论来预测结果之间不存在差异；在每种情况

下体验到的效用应该看起来是相同的。但是混合指导是在事故发生后的环境下，所以在这个方面，与恢复原状角度接近。因此将这三个指导放在一起，其目的是帮助我们分解第一轮发现中的参照点和责任要件。

最后，每个参与实验者收到下面两页。第一页重复了已经给他们的指导，并且简短解释了目的之后，基本上按 1—5 的顺序询
273 问该指导是否公平。第二页是另一个指导以及解释，按次序提相同的问题。该调查在实验场所进行，旧金山市广场的科学博物馆。一名心理学研究生摆了张桌子，志愿参与实验者完成调查将得到 3 美元，总共有 175 名参与实验者参加。

结果。基本结果显示，混合指导产生的价值位于恢复原状指导和出让价格指导之间。表 10.2 记录了与第一轮相同的第二轮的三个统计。表 10.2 主要的发现是，混合指导的结果下降到机会完全位于恢复原状和出让价格角度结果之间。混合指导的统计结果是恢复原状指导的 2.4，2.41，和 1.63 倍，而出让价格指导比混合指导产生的甚至更高，是 3.48，1.63，和 1.94 倍。这些事实说明参照和责任要件对恢复原状角度数字的下降都起到了作用。

表 10.2 第二轮的基本结果

指导	乘数	对数平均数	中间数
恢复原状	2.14	$ 110,084	$ 245,000
混合	5.13	265,401	400,000
出让价格	17.87	431,490	775,000

出让价格和恢复原状角度之间在第二轮出现的巨大距离，有一点令人迷惑不解。我们对这个事实没做太多解释，因为第二轮的回答非常多样，而且因为加总两组的结果非常困难。（这个困难是，由于实验人群和工具的不同，同时比较两轮结果意义不大。）但是，一个有趣的可能是，排除对金箴的违反，对恢复原状指导起的作用比对出让价格指导更有效。也就是说，第二轮客观的恢复原状的结果与第一轮未经指导的控制组的结果趋同。这说明恢复原状角度是人们自然倾向观察痛苦和伤害赔偿的初始心理角度。相反第二轮的出让价格指导隐含带有主观信息；通过让模拟陪审员

站在受害者角度而作出选择。因此，除了在第一轮发现的从恢复原状角度到出让价格角度两倍的趋势，我们同时观察到，由于对金箴的隐含违反，还有一个进一步的组合情形。尽管我们没有足够 274
的数据以正式标志这个结果，但事实是出让价格和主观方式经常混合在一起。

如上面提到，所有参与实验者都被发给连在一起的两页材料。每页问题的次序，是从“完全公平”，“大概公平”，到“不清楚”和“完全不公平”（在图表里我们把次序转换成了1—5），针对他们对某一个指导是否公平的评价。每一个参与实验者首先发放到手的是第5页，她在前面第3页被给过明确的指导；接下来是第6页，里面一个新的指导。那些原来发给恢复原状指导的被发给出让价格指导，作为一个新标准；那些原来发给出让价格指导或混合指导的，被发给恢复原状指导。在所有指导已经被发放（即第5页和第6页）但是提问之前，还有一个简短的目的解释。恢复原状指导是这样被解释的：

> 这个指导的理念是由于伤害已经发生，陪审团能够做得最好的事情就是使受伤害的人的近况恢复到他或她在伤害之前那样。

出让价格指导是这样被解释的：

> 这个指导的理念是，被告剥夺了受害人保持健康的选择，因此赔偿应该参照当受害人还健康时候的价值来确定。当然，这会意味着这样的交易事实上发生了；这只是一个心理练习以帮助你，作为一名陪审员，以正确的方式确定赔偿。

最后，混合指导是这样被解释的：

> 这个指导的理念是，由于事实上受害人已经被伤害，陪审团能够做的最好事情就是给受伤害的人一笔金钱，使得这个人愿意接受这种伤害。当然，这个指导并不意味着这样的交易事实上发生了；这只是一个心理练习，以帮助你，作为一名陪审员，以正确的方式确定赔偿。

这些简短解释的目的，是为理解这些指导而给出简单和尽量

无偏差的共同基础，特别对那些可能感觉古怪的外行听众。

如同在第一轮，我们首先检测了锚定。由于恢复原状和出让价格组是对称的——也就是说每个实验组都会发给连续两页的指导——我们集中考查这两组。我们发现恢复原状角度的评估没有锚定：无论参与实验者是不是在他们回答问题 3—6 的过程中被发
275 给了这份指导，他们都同样认为指导是公平的，另一方面，出让价格指导表现出一定程度的锚定。那些最初被发给出让价格角度的参与实验者，更容易认为它是公平的。这种锚定的倾向佐证了在一定程度一个人倾向于对他所做的和所经历的会更加看重。

接下来第二轮公平问题的有趣之处是这个事实，即参与实验者几乎全部认为这三个指导中的每一个都是公平的。由于我们只检测到有限程度的锚定现象，我们集中了所有参与实验者对每一个特定指导的反应：全部 175 人表示了恢复原状指导，要么作为最初既定的指导，要么作为新指导；三分之二的参与实验者，或 120 人表示了出让价格指导；55 人表示了混合指导。图 10.3 显示了不同实验组对这些指导公平的评价。尽管绝对数量不同，为让他们按相同的比例，数字以百分比显示（即被标准化了）。

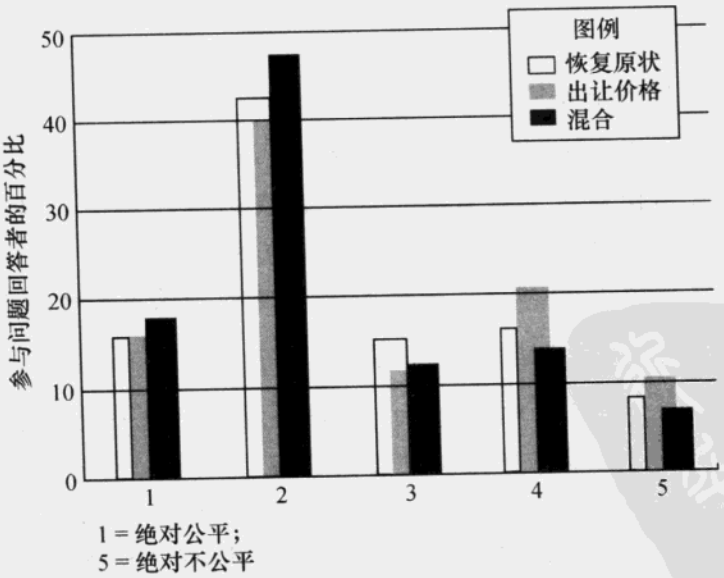

图 10.3　对指导公平程度的评估

尽管这是三个非常不同的陪审团指导，尽管每个参与实验者被发给了两个不同指导可以用来相互比较，但图 10.3 醒目地显示出对公平的评价多么一致。事实上，图 10.3 最明显的事实是答案二，“大概公平”，对每个指导都表现强烈；这个回答占了对每个问题所有回答的几乎一半儿，回忆第 6 页第一次见到出让价格指导 276
的参与实验者认为它更接近不公平，而混合指导只发给了 55 名参与实验者，因此，相对的频率基本一致。那些外行参与实验者显得对公平没有强烈的前见，并且/或者简短的动机解释同样足以使所有组别的参与者相信每个指导是公正的。

总结和分析

第一轮和第二轮实验调查的整体结论是精神损害赔偿的请求框架发挥着重要作用。评价类似精神损害这样的非金钱问题，基本上不是一个自然智力运算，因此并不奇怪，要回过头看问题是怎么提出的。我们的发现与认知决策理论非常一致，但是与标准经济学或理性人模型不一致。实验证实我们最基本的前提，即恢复原状——出让价格的区别，或者换一个说法，对之前现状的特定化是重要的。具体来说，我们发现与在其他环境下发现的许多禀赋效应相一致，从事前的出让价格角度产生的值是以事后恢复原状产生的值的两倍。

我们还得到了其他结论，其中有一些对广义的认知决策理论文献以及法律读者应该有价值。恢复原状——出让价格区别可以分成两个基本相同的组成部分。第一，参照效应，指的是从伤害事前的情形出发，也就是把健康状态作为参照点，与把事后已经受到伤害的状态作为参照点相比，赔偿数字会增加。第二，责任效应，发挥着类似作用；着眼于在保持或恢复健康和接受一笔钱之间的假想选择——这意味着有必要运用意思自治——比更传统的只关心金钱数量以使得原告/受害人恢复原状的角度的赔偿要有所增加。每个效应都对这两个效应的整体作用发挥着明显同等的作用，也就是出让价格角度高于恢复原状。这个发现可能刚开始令

人迷惑，因为这两个效应的作用已经在广泛的买卖价格实验中被观察到了，例如那些用咖啡杯做的实验。但是，如果反思一下责任或选择效应的因素在所有这些环境里都可能存在。出卖某物品，即使是小件物品也可能比购买涉及更深刻或者更生动的选择；毕竟，出售对普通人来说是极为少见的行为，所以关于卖还是不卖的选择有可能显得更有分量。与之相比，人们几乎经常作有关买或者不买的决定，在许多不同的高度非个人化的环境下。理解这一点的另一条途径是，出售行为看起来比不购买更普遍，所以比不购
277 买来说人们更情愿去出售。在这两种情况下，这种现象与"效用的承担者"思想相一致，这种思想指的是相比照关注于长期的最终状态，人们不合比例地看重短期的变化和变化过程。[3] 因此，责任或选择因素至少可以部分地解释参照因素效应。正如我们发现的，在这里两种效应看起来都存在而且突出，二者还是相互独立的。

最后，我们发现参与回答问题者对不同角度的相对公平并没有强烈的直觉。法学院学生参与实验者对这些不同角度效果的估计更不精确，只是微弱倾向于认为恢复原状规则比出让价格规则是一个更公平的指导。外行参与实验者对他们简单解释了三个不同指导的每一个理由，几乎都同等地认为这三个中的任何一个都是公平的。

回声：一个现实世界的调查

为更进一步发现在法庭中实际上发生了什么，我们对法律圈中大约500名人士寄出了问卷。我们利用了康涅狄格，新罕布什尔，马萨诸塞和罗得岛的律师电子化数据库，选择了各大约200名原告或被告的人身伤害案件律师。我们从他们列出的专长判断专业领域，使用"辩护保险"来选择被告的律师，并且我们把对律师的选择局限在10到20年前之间取得律师资格者。最后，我们加上了100名初审法官。

---

〔3〕 例如，可参见 Daniel Kahneman, New Challenges to the Rationality Assumption, 150 *J. Inst. & Theoretical Econ.* 18 (1994)。

问卷的目的是在整体上了解人身伤害案件的审理实践。不同于我们先前部分的讨论，我们这里的目标不是进行科学调查，因此在这一节我们不进行复杂的统计分析。相反，我们以例证的方式说明整体的趋势和主题，并且广泛引用我们收到的不同回应。整体上，这是非常有帮助的：许多参与回答问题者是非常细致的。这项调查让我们，例如，了解了金箴，这一点我们在上面已讨论过了，以下还有更详细的讨论。

我们回收了 95 份完整的问卷，另外还有 35 份退信，这是因为地址不正确或者收信人并不从事民事审判工作（由于法官只从事刑事案件，所以这种情形可能经常发生）。因此，我们的回收率大约 20%。由于资金有限和我们调查的性质，我们没有跟踪最初通信者。但是，完整的回应已经给了我们广泛而有用的相关信息。

附随问卷的是一个说明，写在法学院信纸上，解释了我们这个项目的性质，并要求确保完全匿名。在第一页的顶端，我们询问参与回答问题者是初审法官，原告或被告律师，还是其他人士。在 95 份完整问卷中，来自初审法官的有 15 份，来自原告律师的有 32 份， 278
来自被告律师的有 34 份，14 份要么是原告被告都有的，要么是没有明确说明。

接下来调查问卷描述了出让价格角度，并且询问了 5 个不限长短回答的问题。问题 1 询问了参与回答问题者是否在实践中见到过出让价格角度，陪审团指导是否曾经采用过它。问题 2 询问了关于确定痛苦和伤害损害赔偿的其他方法。问题 3 询问了反应人认为什么角度是最公平或合适的。问题 4 解释了对我们可能的“合法性”效果的关心，有意最小化了我们的实验调查。我们担心在某类案件中，陪审员可能认为出让价格角度非常不合法；例如，为承受间歇性头痛而得到的补偿是一回事，而实际上出售身体的某部分是另一回事。在我们的实验调查中，我们有意选择了临时的情况，这是因为我们认为这不会引起很大的合法性问题。问题 4 询问了对合法性的感觉是不是可能约束出让价格角度。最后，问题 5 询问了参与回答问题者在审判经验中对出让价格角度的整体思考或评论。

大部分参与回答问题者，95 个中就有 57 个（百分之六十）表示

他们在实践中从没有见过或使用过出让价格角度。这一组相当大的比例认为这个角度在他们的辖区是被明确禁止的;这些参与回答问题者中的许多特别提到了金箴,一些人甚至引用案例或给我们出示了相关的法律文件。参与回答问题者群体对问题 1 最普遍的回答是"不"或"我从没见过这么做"。有代表性的回答包括:

> 不——在罗得岛,这触犯了"金箴"并且是可驳回的。明确要求这么做将导致错误的审判或驳回。
>
> 根据康涅狄格州的实践,引诱陪审团回答这个问题/被认为非常不合适/甚至是错误的审判。
>
> 依据马萨诸塞州法,你不能问这种问题。
>
> 不,因为这种说法不适当也不道德。这会被禁止的,至少在新罕布什尔州是这样。

其他参与回答问题者重复着以上这些回答。由于我们只邮寄问卷给这四个州——康涅狄格,新罕布什尔,马萨诸塞和罗得岛——的律师,所以这些回答的确实性看起来很省力;在实践中出让价格角度根本就没有使用过。有趣的是,所有 95 个参与回答问题者都同意,陪审团的指导永远不要采用出让价格角度。一些法官给了我们他们的指导,一般是根据标准文件中复制的,而且我们
279 此后与执业律师有很多交流,他们都证实了这一点——实际的陪审团指导似乎遵循着上面引用的加利福尼亚格式,强调中立和抽象的"合理"。这么说这些指导就也符合重述的观点。在我们分类调查的法律人中,那些从没有见过或使用过出让价格指导的基本上是平均分布的:包括 8 名初审法官,22 名原告律师,和 19 名被告律师。最激烈的回答来自一名原告律师:"决不! 希望或建议你把你自己'作价出卖给'人身伤害,这个前提太荒唐了。"

除了以上的,我们接下来整体上最有意思的发现,可能就是有一小部分——95 个参与回答问题者中剩余的 37 名(占 48%)——真的在实践中见到过出让价格指导,尽管只有少数承认他们自己使用过。毫无疑问,这种回答,有些可能是因为不清楚我们所指的出让价格指导。(这同样也能解释一些否定的回答。)但是,许多正面的回答,对这个角度表示了清晰和正确的理解;以下是两个较好

的例子：

我曾经见到过一名或两名原告律师正经八百地问道“要得到多少钱你才愿意接受这种伤害?”或大概意思差不多的话。

我曾经经历过一次审理，原告律师提出了出让价格角度，让陪审员考虑一个人得到多少钱才愿意忍受原告在这特定案件中不得不忍受的。

许多对问题 1 的正面回答表明，参与回答问题者十分清楚依据金箴这种做法在正式场合是不适当的，有一些甚至建议了回避这个规则的办法。这些正面回答包括了所有四个司法辖区。在他们中典型的回应是“是的，我见到过律师在不公开讨论中试图提出‘出让价格’观点。但是，依据马萨诸塞州法，这样的讨论是不适当的”。一名被告律师评论道，“我见过有这么做的。我知道从行为规范上来讲这是个擦边球。”

一些参与回答问题者表示，出让价格角度是一种常见的诉讼策略：

原告律师经常这么做，为了让陪审员用金钱赔偿来衡量精神损害。（被告律师）

是的，律师们常用这个普通技巧。（初审法官）

是的——试图把伤害个人化是常见的。（被告律师）

优秀和有效率的初审原告律师永远使用这个方法，只要不明显引起“金箴”的辩论。在人身伤害很大，但经济损失可能小的案件中（例如在面部留下疤疤），这个技巧特别有用。（初审法官）（原文强调如此）

一名初审法官写到： 280

近年来我注意到对在陪审团使用“出让价格”的辩论明显减少了，以至于我记不起来最后一次听到它的时间。当我是一名律师的时候，虽然我从没有直接使用过它，但我不时的听说过这种做法。我喜欢更不直接的方式。

一个参与回答问题者甚至从审判事务手册当中抄写了一个片

断,表明了一种避开金箴私藏出让价格角度的微妙做法。与对问题1的否定回答情形一样,正面回答覆盖了参与回答问题者的全部类型:包括7名初审法官,10名原告律师和14名被告律师。

这是怎么回事?为什么大多数参与回答问题者从没有见过出让价格指导,他们当中的许多用明确的语言表示这样做是不可能被允许的,但是同时有少数人声称见到过,有的时候他们自己还曾使用过,而且一些有思想的参与回答问题者甚至断言出让价格角度是常见的?对法律不了解的读者可能以为我们的问卷,参与回答问题者,或二者同时,肯定是有地方出了大问题。但是,对那些对法律事务有经验的人来说,表面上的矛盾并不奇怪。实践中,法律有宽广的解释余地。表面看上去形式化的,严格和明确的禁止出让价格角度的规则,可以被微妙地规避,毫无疑问,经常这种规避使得人们对此无视。毕竟我们收到的如何回避金箴的技巧说的就是这个。

狭窄的地方因素看起来也能解释一下这种分歧。律师们看起来对在他们各自的地区什么对陪审团起作用什么对陪审团不起作用很敏感;许多回答显示参与回答问题者觉得出让价格角度可能会使陪审团冲他们发火,而且这些回答通常很有地方特色。

> 我认为在这儿执业的大部分律师会害怕陪审团(一般由保守的美国佬组成)的消极反应,所以干脆不这么做。
>
> 我来自一个很保守的地区,疗养地,那儿有许多退休人员。我喜欢循规蹈矩。

其他参与回答问题者对使用出让价格角度有更整体的反感:

> 我觉得这会冒犯别人并且应该禁止。
>
> 出让价格角度看起来是荒唐,不人道的。
>
> 这样的论调大部分陪审员会反感。

281 一名初审法官表示,在一个特殊的例子里,他见到过出让价格角度被使用了,然而结果是"灾难性的"。

当然,这些反应不可能是一致的。一些参与回答问题者看起来对我们的实验研究想要表现什么有很好的直觉。一名原告律师

在回答最后一个问题时写到：

> 我个人感觉，出让价格的观点有可能是最强的。
>
> 我认为就算原告律师只是在不公开陈述提出这个（即使论点被否定），也会使得陪审团从完全不同的角度去看待案件。

另一名原告律师在完成前强调，出让价格角度“听起来像是一个有意思的想法，对此我没有什么经验”。也许对不同反应总结得最好的是一名初审法官的话，他花费时间给我们写了一个最全面的回信。一开始这名法官表示“在过去几乎十年中我曾经主持过超过一百件民事案件的陪审团审理，在这些案件中对人身伤害曾经进行过赔偿。在此之前的大概三十年时间我在人身伤害案件中曾既代表过原告也代表过被告”。这名法官接下来说明，如我们上文所引用过的，他发现对出让价格角度的运用已经减少，并且他个人在实践中喜欢更不直接的方式。这名法官的最后评论，对我们这些无知的旁观者，理解实际情况有很好的价值：“如果你和你的同事找到了有意义的经验数据，我非常乐于阅读。我们当中的绝大多数人实际上对每天工作在我们身边的陪审团所知甚少。”

整体上我们怎么面对这些反应？很清楚出让价格角度在实践中是非常受约束的，既通过法律标准禁止它的公开使用，也通过情理和礼仪至少阻止那些在陪审团面前过于鼓动人心的原告律师。陪审团指导从来没有使用过这种方式，而且看起来始终使用公平和合理这样的抽象和非个人化的语言。同样清楚的是出让价格角度事实上是被使用的，而且对它的实际使用，根据案件的类型，是从偶尔到频繁。事实情况在各个司法辖区似乎不一致，因此难以确定。许多对出让价格角度的使用是微妙，隐含，甚至几乎“下意识的（subliminal）”。一位有影响的被告律师没有见到过出让价格角度的正式使用，并且他说明这在他所在的马萨诸塞州是不允许的，但接下来评论道“很清楚这是个下意识的信息，我认为大多数的律师都试图把问题拉到原告自己的主观立场”。另一位被告律师也写道她没有见到过正式使用出让价格角度，但又写到“这是原告运用的一个下意识的话题，相当有效”。最有意思的是一名初审

法官,对问题1他这样回答到:"我没发现律师们使用过这个技巧,但是通过与陪审员的交谈(审理后),我知道他们时不时在考虑这个。"

282 与我们在第二部分的经验相联系,实践中的高度多样性有助于解释对精神损害赔偿在事实上的多样性,这种多样性促使了例如制定损害赔偿计划之类的改革措施。在这种情况下律师的技巧,个性,以及相对的风险规避,都可能起很大作用。从公平的角度来看,我们注意到大部分律师认为现在的做法——运用抽象和非个人化的陪审团指导并且机械的"有一说一(perdium)"地计算损害赔偿——是公平的;在这个方面,法律体系的实际参与人与第一轮的法学院学生是类似的。另一方面,有少数的参与回答问题者认为不存在一个"公平"的方式,或者任何方式都是公平的,或者,大概相同,所有的方式都是武断;在这些方面,与那些第二轮的外行听众的反应类似。基本上没有回答表示出,在潜在经验角度上意识到了这个问题,一名办理人身伤害案件超过四十年的、经验丰富的老者直率地告诉我们,绝大部分与陪审团一起工作的人,几乎不知道陪审员们实际上是怎么想的。由于这种无知,至少在这个问题上,学术界和普通人达成了少见的一致。

批评性回顾

我们认为我们的工作大体上是实证的或者描述性的,我们关注于显示不同框架和角度对精神损害赔偿能起多大作用。我们认为我们已经证明,出让价格角度产生的赔偿大约是恢复原状角度的两倍,并且这种效应可以被分解为两个大体相同的组成部分,一个是参照点依赖或时间维度,一个是责任或意志维度。我们还有理由相信违背金箴的主观角度使得损害赔偿金倍增,而出让价格角度自然与这个主观的倾向趋近。如果不加思考,那么看起来非个人的恢复原状角度好像是对的。法律实践接近非个人的抽象恢复原状角度,正式地禁止主观框架,但是有许多律师用或多或少不直接的方式回避着这条正式规则。所有这些,至少在对此的其他

深入调查还没有展开的情况下，我们认为都是事实。

但是这些事实也要求我们作出更深入的规范分析。至少，这些问题说明对侵权损害赔偿的学术研究在这些方面还没有正式回答。传统的经济学和心理学理论有可能给我们留下这样的印象，仅仅基于选择框架或角度的不同，估值的区别将不会很大。联系我们在第三部分问卷调查得到的实务证据，从框架的经验角度可以解释在实际案件中观察到的精神损害赔偿的巨大分歧。如果学 283
者们对这些分歧的某些经验决定因素有了解的话，也就是说有的律师以及可能有的案件比别的更可能偏离非个人的恢复原状角度，靠近主观的出让价格角度，那么对法律体系应该如何应对就要有所思考。这一部分仅是对这些问题未来的更宽广深入分析提供了一个框架而已。

真理是什么：半个空瓶子还是半个满瓶子？

一旦伤害事实已经证实，对非金钱损害的赔偿至少有两种方式。一个是，我们可以考虑这是一名曾经健康的原告，现在他失去了健康；我们可以问他以他的健康状态为出发点他损失了多少。另一个是，我们可以考虑现在这只是一名受了伤害的原告，而我们所能做的是给他一些金钱去“恢复他的原状”；也就是说，我们可以以受伤害为出发点，往“下”看，他损失了多少。每一个角度比另一个都不更“精确”。传统经济理论和不加思考的直觉可能会认为这两个角度没有什么真正的区别，正如他们会认为在买/卖价格之间不应该有大的区别。但是，通过第二节我们的发现显示，依据采用的参照框架不同，赔偿金的数量会有巨大不同。责任或意志的因素从另一个角度强化了这个问题。如果我们采用完全的事前角度，我们可以考虑附带于健康原告的好状态自然引申的是是否受到伤害的自由意志；如果我们的出发点是事后的伤害，就不存在这种特定的自由。当然，问题是该怎么去做。

决策效用和体验效用

我们有意识地对“决策”和“体验”效用进行了区分，大部分经济学理论假定决策的基础是对现实的潜在效用进行主观估计。一

个人认为他决定买巧克力而不是香草冰淇淋是基于对每个味道的品尝而作出的效用精确评估；相应的效用理论就是这样得出的。但是越来越多的实验证据已经开始质疑用于决策的效用和实际上体验到的效用之间的相关程度；个人对他们自己的偏好或享受的程度经常预测得很糟糕，而且他们的记忆也经常有类似的错误。这二者的不同也许可以为家长制的干预提供理由，比如，在医疗中对“知情同意（informed consent）”的选择。

284 彻头彻尾的，边沁式的享乐功利主义（Benthamite hedonic utilitarianism）——指的是不同的效用或满足程度，都有相应真实和可计量的心理状态——支持的只是体验效用，因此数字更低的，以事后伤害为出发点的恢复原状角度，是对我们观察到的分歧的适当社会反应。这个立场的道理是简单的。假设我们都关心的是“用途”；我们是边沁主义者并且相信人际间的基数效用比较是可能的，而且在规范上是适当的。恢复原状角度问的是我们需要给受到伤害的原告多少钱以使他恢复原状：也就是说，给他在事故前享有的同样效用水平。如果事实上我们这样做了，那么根据假设，事故不会使原告的情况变得糟糕，所以较低的恢复原状角度应该是赔偿的正确水平。任何更高的赔偿都将使得被告（以及那些成本被转嫁的人）对原告过度赔偿；因为再一次根据假设，赔偿中的一部分将使得原告受害人达到比他们在事故前享有的更高效用。

从某种享乐功利主义哲学来看，事后的恢复原状角度是更正确的，根据边沁主义的心理学，按事前出让价格角度给参与人更高赔偿是错误的，用认知决策理论的语言，也能说明这一点。这些参与人在现状偏差的普遍影响下行动，是厌恶变化的；他们高估了变化可能引起的实际或其他伤害的负效用。事实上，比起人们在事前预测的，人们似乎远更容易适应在经历痛苦后重新幸福。[4] 这种恢复力也许说明，从规范的角度，社会不应该太强调事前出让价格的过高估值。当人们发现结果并不是他们担心的那么可怕，或

---

〔4〕 概论参见前引注，第25—32页，而且该文讨论了原因（总结了一系列的实验，说明人们对他们自己未来的幸福状态，预测得很不好，而且类似的，经常不能准确记忆事件；这些研究既包含快乐体验，也包含不快乐的）。

者根本不算什么，或者甚至更好，人们就不会恐惧变化。决策效用太过于强调效用承担者对短暂变化的感受，整体上忽略了实际的体验效用水平。

但是，要注意区分体验效用和决策效用并没有解决规范的问题。决策/体验的区别也许一开始支持对个人决策的家长式干预。但是即使我们坚持运用功利主义，也根本不能说明我们应该同意家长主义。毕竟，决策效用也是效用，而且早已经注意到人们有重要的“次级（second-order）”偏好，或对偏好形成的偏好。不尊重人们的选择，就算是为他们自己最好的利益，也会引起在他们的自治，自信和福利方面的成本；任何父母都很了解，有的时候让步于他们子女偏好的重要性——事实上——必要性，即使很清楚这些偏好有的时候可能容易让年轻人误入歧途。

超越效用：对通约性（Commensurability）的说明 285

传统功利主义理论不一定完全肯定恢复原状角度，但至少支持这个角度；排除强烈的次级偏好效应，享乐功利最大化者对陪审团的损害赔偿是警惕的，这些赔偿肯定都是抽象建立的，而对出让价格框架，尤其应该警惕。但另一面无论好坏，我们都不是彻头彻尾的边沁功利主义者。事实上，诸如状态依赖效用或对不利情况的适应性都可能支持并且部分解释决策/体验效用的区别，这都可以为拒绝把边沁主义心理学作为社会规则基础的强有力理由。正如阿玛蒂亚·森（Amartya Sen）指出的那样，我们可以预计人们——假设是善良和健康的——适应逆境并且相应调整他们的预期和偏好。但这并不意味着如果他们是健康的，我们就能低估他们的自由，因为我们有理由认为一旦失去健康，他们在基数的享乐功利主义意义上不会一直糟糕下去。

这把我们带到了“通约性”问题，现在在法律学术界是个有用的概念也是个热门话题，部分由于这个原因，可以用它对侵权损害赔偿进行非功利主义的讨论。我们不想深入这个话题，但是我们注意到“不可通约性”既有主观的也有客观的意义。主观方面（在个人的头脑里）有的东西就是不可比的，因此个人选择机制运转不灵了。例如，面对选择职业，或选择同时祝贺两个同样好的朋友，

个人可能根本没有理性的办法去相互比较。客观方面，社会也许不希望对某些东西进行比较；法令可能是不可通约的。金钱，健康和幸福通常属于后一类；这些也许可能做交易——我们暗暗地一直在这么做——但是可能有时候社会不希望公开这么做。

由于金钱和健康在某种情况下是不可通约的，所以我们必须更积极的面对角度的问题。如果金钱和健康可以通约，那么边沁主义的立场是有吸引力的；这样做"真的"把原告赔偿到了原状水平，他的情况一点也不更糟糕。但如果我们不相信这种拟制——看起来我们一般是不相信——那么事后的恢复原状角度就失去了它的准科学吸引力，连同它的逻辑和伦理说服力。意识到所观察的分歧，我们必须面对它所引起的更深的规范问题。

合并处理：不同侵权不同对待？

恢复原状——出让价格的区别，与早已注意到的赔偿和威慑
286 之间的分别相对应。即使我们相信如果伤害已经发生，更低的事后恢复原状的估值可以充分补偿受到伤害的原告，也不能说为了强化假想被告的事前激励和表示社会的价值，就应该按照恢复原状标准计算损害赔偿。再一次，我们没有卷入当前侵权理论对损害赔偿的理想作用和范围的争论。我们只是注意到按照更高的出让价格角度确定损害赔偿，将使得理性的被告考虑到他们的行为对伤害前的原告的健康以及自由意志意味着什么。被告将不得不考虑从健康状态到不健康状态的效用或幸福损失。不像那些已经失去了健康和幸福的人们的估值，假想的被告将不得不对自由和健康估值；假想的被告将不全然站在边沁心理学的角度。他们将不得不更加小心，因为以健康为出发点，社会将对永远失去的幸福和自由进行估值。

我们不是提出一个完整的侵权损害赔偿理论，对所有问题都发表意见。一个重要的底线只不过是，意识到所观察的不同结果，我们必须考虑规范角度引起的问题。对于瓶子是半满状态还是半空状态，这样的问题没有正确答案，可能对这个问题的质疑除外。与修辞的问题不一样，对于精神损害赔偿的恢复原状和出让价格角度的对比，不存在绝对正确的回答。但是很不同于修辞的情况，

恢复原状——出让价格的区别真的有意义——有可以表现出来的结果。这是一个让我们必须学会怎么提问的问题。

因此，我们要强调的是，不仅我们的建议是初步的，而且这需要社会的整体考虑。认知决策理论以及对现有法律规则的细致研究都不能回答我们应该怎样理解在特定环境下非金钱损害赔偿所提出的问题。我们已经显示了，以健康或者受到伤害的原告作为出发点，以及是否把保持健康的自由意志的损失当成估值的一部分，这些都关系重大。如果我们已经发现这些选择是重要的，而且必须作出选择，而且我们在实践上已经用整体保守的方式不公开地回答了这些问题，而且同时也还留有许多不同回答的实践余地，那么，规范方面的社会调查才刚刚开始。

11 再分配性法律规则的行为经济学分析*

克里斯丁·杰罗斯

本文主要是对再分配性法律规则进行法经济学角度的分析。再分配性法律规则是指那些经过挑选，在财富从高收入个体向低收入个体转移过程中发生影响的规则（渐进的再分配）。对这种规则的期待已经成为法律团体所热烈争论的主题。一些法律经济学学者已呼吁法律规则应该仅通过卡尔多—希克斯效率标准（Kaldor—Hicks efficiency）来选择。（本文的以下论述中我将只用“效率”一词来简称该效率标准）。这些学者经常敦促只有通过税收以

---

* 本章是同名论文的缩写版本，该文刊载在《范德比尔特法律评论》（Vanderbilt Law Review）研讨会论文专辑上（Christine Jolls, Behavior Economic Analysis of Redistributive Legal Rules, 51 *Vand. L. Rev.* 1653[1998]）。本论文中被删节的部分是有关以下问题的讨论：（1）市场力量将会校正新古典经济学对合理性定义的偏离之可能性；（2）（一个相关的观点）我对个人行为而非公司行为的集中分析；（3）基于我的分析而作出的反映以及拓展有关保险效应各种观点的数例（numerical example）；（4）基于前景理论（prospect theory）而非预期效用理论（expected utility theory）所作出的对不确定结果评价的分析之影响；（5）盖然（随机性的）税收的前景；以及（6）涉及在再分配性法律规则与税收之间进行选择的其他一些考虑（除了对工作激励的影响之外）。建议读者阅读原文当中对这些问题的探讨。

及福利体系才能提出对分配的考虑(如果它们能够全都被提出的话)。[1] 基于这种观点,分配目标不会提供选择无效率的法律规则的基础——尽管它们可能看起来提供了在两种效率规则当中进行选择的基础。[2] 其他的法律学者已经争论过有关法律规则的选择应当由分配性考量来推动,这种考量甚至可以效率为出发点。[3] 我将称该规则为"再分配性的",如果它能够达成分配性目标与效率之间的权衡(trade-off)。

对于再分配性法律规则的争论有一个反复出现的主题,那就是通过法律规则(限制在那些普通的规则之内,而非那些与税收及福利制度)再分配财富所产生的相对成本以及通过税收及福利制度(在本文余下部分我将简单地称之为"税收制度"或"税收")再分配财富。基于新古典经济学的假设,任何处于期待层次的再分 289
配都可以通过税收制度而非法律规则低成本地达到。[4] 这不是因为税收制度能够毫无成本地对社会财富进行再分配;法律界人士以及经济学家们对税收安排进行分析后所得出的激励特征(the animating feature)在于它有扭曲人们工作激励的潜在动力。对富人征收高昂的税收会促使人们不敢去赚取高收入。但是,从新古典经济学的角度来看,可以很确切地说,在再分配性法律规则方面也存在同样情况:"[利用]法律规则来对收入进行再分配会完全扭曲了工作激励,同样也扭曲了所得税制度——因为这种扭曲是由于再分配本身的扭曲所导致的。"[5] 因此,打比方说,30% 的边际税率,再加上低效率的法律规则,该规则会使平均 1% 富人的收入转

---

〔1〕 例如,可参见 A. Mitchel Polinsky, An Introductory to Law and Economics 124—127 (2d ed., 1989); Louis Kaplow and Steven Shavell, Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, 23 *J. Legal Stud.* 667 (1997)。

〔2〕 参见 Duncan Kennedy, Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, in 2 the new Palgrave Dictionary of Economics and the Law 465, 469—470 (Peter Newman ed., 1998)。

〔3〕 例如,可参见 Guido Calabresi, The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further, 100 *Yale L. J.* 1211, 1224n. 36 (1991); Kennedy, 前引注 1,第 469—471 页。

〔4〕 参见 Kaplow and Shavell, 前引注 1; Steven Shavell, A Note on Efficiency vs. Distribution Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation? 71 *Am. Econ. Rev.* 414 (1981),本文中的这个论点是源自 Shavell 的文章。

〔5〕 参见 Kaplow and Shavell, 前引注 1,第 667—668 页。

移到穷人身上,这样就会造成对工作激励的同等程度之扭曲,正如同31%的边际税率却加上了一个有效率但是非再分配性的法律规则。[6] 然而,前述体制会因为效率不高的法律规则而产生一定的成本。(打比方说,在一个再分配性的侵权规则下,潜在的被告会非常谨慎,这样就可能会不鼓励人们去从事在社会意义上来讲是非常有价值的活动。)如此,无论期望的再分配层次如何,因为它的分配特性,它通常可以通过选择有效率的法律规则以低成本的形式达到,也可以通过税收制度来增加再分配的力度而不是通过选择无效率的规则。[7]

有关人类行为的一个基本前提成为此处分析的基础:工作激励将会因为盖然的、以法律为基础的再分配模式(如同侵权法)而受到扭曲,其扭曲的程度如同因税收造成的一样。如此,打比方说,如果高收入个人面临因为意外事故而招致侵权责任,其概率为0.02,那么再分配性的法律体制,也即对这高收入个体判处50万美元的额外损害赔偿金(超过一个有效率的规则所支持的数额),将会通过同等量的税收1万美元来扭曲工作激励;这1万美元就是税收与再分配性侵权规则二者的预期成本。(当然,反风险的行动者可能会挑选购买保险,以抵御在这种场合发生的侵权责任;对保险功能的分析将在下文进行。)

为什么再分配性的法律规则以及税收对于工作激励具有同等效应呢?"[当]个体……想通过更加勤奋的工作来挣得额外的收入,他总体上的边际期待支出[在收入之外]会等于他的边际税收支出以及由于意外事故而产生的边际成本之总和。"[8] 再分配两种形式的预期成本是同样的,因此行为会因同样的方式受到影响。至少,这就是新古典主义经济学所作出的假设。

这个假设有效吗?由于更加大方的(对于受害者来说)侵权体制,个体通常会经历与因为更高层级的税收同样的工作受挫吗?行为主义法律经济学表明这个答案可能是否定的(尽管,如同下面

---

〔6〕 参见同上,第668页。
〔7〕 参见同上。
〔8〕 同上,第671页。

所强调的那样，仅有我们还未曾有过的经验证明之经验，我们肯定无法解决这个问题）对于这个结论，其原因之一是来自这样一个事 290
实，即不肯定的事件——诸如发生侵权责任——其处理过程通常与肯定的事件不一样。而且如果税收都是不确定的话，那么税收（对本杰明·富兰克林的话进行解释）就不存在（死亡也是一样）。对于再分配两种形式之间的差异存在另外一个原因，这个原因就是他们大概可以归由不同的“心理账户（mental accounts）”〔*〕正如下面所描述的那样，一些成本可以看作是在收入之外的直接收费，比较而言，其他的则可以被看作是不同种类的“支出”，而这种开支是会效果不一样地影响工作激励的。

这些关于再分配性法律规则的一些观点没有表明人们经常会高估，但是偶尔也会低估这些规则的影响，我还将就此进行更多探讨。如果这是真实的，那么平均说来，差错可能会不再有，或者说至少以后将无法有更好的方式来预测差错的方向了。事实上，路易·卡普洛（Louis Kaplow）教授以及斯蒂芬·沙维尔（Steven Shavell）教授用短短几句话就提出了这样的建议：如果人们“错误估计了通过法律规则导致的再分配程度，那么将会没有强制性的理由让人假设他们的猜测将会是太低而非太高”。〔9〕本章则采相反的观点，即认为再分配性法律规则的成本通常是倾向于被低估了而非被高估了，并且，因此，通过再分配性法律规则导致对工作

〔*〕 许多行为金融学学者都认为，在行为人进行决策的时候，并不是权衡了全局的各种情况进行考量，而是在心里无意识的把一项决策分成几个部分来看，也就是说，分成了几个心理账户，对于每个心理账户行为者会有不同的决策。Shefrin 和 Statman 认为普通投资者会将自己的投资组合分成两部分，一部分是风险低的安全投资，另一部分是风险较高但可能使自己更富有的投资。这是由于人们都有既想避免损失又想变得富有的心态，因此，人们会把两个心理账户分别开来，一个用来规避贫穷，一个用来一朝致富。而且，在考虑问题的时候，行为者往往每次只考虑一个心理账户，把目前要决策的问题和其他的决策分离看待。也就是说，投资人可能将投资组合放在若干个心理账户中，不太在意它们之间的共同变异数，这也就从另一个角度解释了行为者在有些情况下的非理性行为。——译者注

〔9〕 同前引注 5，第 671 页，注释 5。

激励的扭曲要比税收所导致的扭曲要小得多。[10]

再分配法律规则及税收的扭曲影响

概率的估计。侵权背景下再分配法律规则的一个明显特征就是当它们应用到任何特定的行为者身上时会产生不确定。这些规则的影响"倾向于限制在那些极少成为诉讼当事方"[11]在我们知道我们每年必须上交税收的时候,我们知道自己不会牵涉到某个偶然事件。在这种背景下,考虑人们是如何估测不确定事件的概率是非常重要的。

一般说来,人们可能会要么低估,要么高估不确定事件的概率。[12] 低估是很常见的(打比方说,中风以及汽车事故,通常是被低估的)[13]但是高估也可能会发生,当风险对于人们来说极具有可预见性或者为人们所高度注意时尤其如此。[14] 从不同的文化及时代来看,这种低估与高估的模式看起来是真实存在的。[15] 尽管
291 在既定时间通过既定人群测算出来的、那些被低估以及高估了的

---

〔10〕 本章的从头到尾,我都集中在再分配性侵权规则这种特殊的背景条件上,这种再分配性法律规则是在陌生人之间起作用的(如反对,打比方说,公司以及他们产品的消费者——双方之间有一个预先就存在的契约关系)。这个关注点很多地方有些依循早就存在的、有关再分配法律规则的相关论述。参见 Kaplow and Shavell, 前引注 1;Thomas J. Miceli and Kathleen Segerson, Defining Efficient Care: The Role of Income Redistribution, 24 *J. Legal Stud.*, 189(1995)。在合同法背景下探讨对再分配性法律规则的分析与此处提供的背景有重大的不同;这些背景在章中没有谈到。(在合同背景中探讨效率和分配目标,请参见 Richard Craswell, Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships, 43 *Stan. L. Rev.* 361 [1991])。

〔11〕 参见 Kaplow and Shavell,前引注 1,第 675 页。

〔12〕 参见 Colin F. Camerer and Howard Kunreuther, Decision Process for Low Probability Events: Policy Implications 8 *J. Pol'y Analysis & Mgmt.* 565, 566(1989)(这部分描述在实际概率或者[那些实际概率很难计算出来时而引用]专家对概率的判断此二者之间产生的分歧。)

〔13〕 参见 W. Kip Viscusi, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk* 150 (1992);引用的资料参见下注 24。

〔14〕 参见 Viscusi,见前引注 13,第 150 页。

〔15〕 参见 Vincent T. Covello and Branden B. Johnson of Risk: Issues, Methods, and Case Studies, in *The Social and Cultural Construction of Risk: Essays on Risk Selection and Perception* vii, viii—ix(Branden B. Johnson and Vincent T. Covello eds., 1987。

风险的总数量需要考虑超越个人心里范围的社会以及文化因素，如此，现在已为人们所了解的行为经济学[16]，它看起来为低估以及高估风险的基本模式提供了重要的观察视角。

在人类行为者(human actor)身上的一个令人惊奇的强有力发现——以及对低估风险现象的一个重要贡献——就是人们通常不太现实地对于坏事会发生在他们身上的概率表现出一种乐观心态。大量的研究发现已经证实了这个结论。[17] 几乎所有的人都认为他或她遭遇汽车事故、感染特定的疾病、或者被炒鱿鱼的机会比普通人遭遇这些不幸的概率要低得多；据估计，这种低得多的概率通常是在20%—80%之间。[18] 同样，在一个更加传奇的层次，如果有人在一门课程开始之前对学生们匿名地进行一个调查，很少会有人(如果有一些的话)会预测出他们课程最后成绩会比平均成绩要低。当然，这些想法不一定都是正确的；如果每个人的成绩都低于(或高于)"平均成绩"，那么平均成绩就会普遍低一些或者高一些。

如同人们起初所预测的那样，这种不现实的乐观倾向不是利用大学本科生为主体进行这种现象研究而得出的假象。(有人可能会认为大学本科生可能会比大多数研究生对未来的前景可能更乐观一些，甚至可能会比那些没有机会上大学的人对未来的前途还要乐观得多。)针对普通人群就不现实的乐观倾向而进行的研究发现，这种倾向也是非常明显的。[19] 在低概率及高概率的偶发事

---

〔16〕 参见前引注，第viii—ix页。

〔17〕 一个包括近约两百篇有关不现实的乐观方面的参考书目(尚未出版，作者有此文的样稿)是从尼尔·温斯廷(Neil Weinstein)弄到的，此人系这方面著述的早期贡献者。

〔18〕 参见 David M. DeJoy, The Optimism Bias and Traffic Accident Risk Perception, 21 *Accident Analysis & Prevention* 333, 336—337 and tbl. 3 (1989); John P. Kirscht, Don P. Haefner, S. Stephen Kegeles, and Irwin M. Rosenstock, A National Study of Health Beliefs, 7 *J. Health & Hum. Behav.* 248, 250—251 (1966); Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* 806, 809—812 (1980)。

〔19〕 参见 Andrew Guppy, Subject Probability of Accident and Apprehension in Relation to Self-Other Bias, Age, and Reported Behavior, 25 Accident Analysis & Prevention 375, 377—378 and tbl. 1 (1993); Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Susceptibility to Health Problems: Conclusions from a Community-Wide Sample, 10 J. Behav. Med. 481, 487—489 (1987)。

件中，不现实的乐观倾向表现也是非常明显。[20] 不现实的乐观倾向反映出的不是对消极事件（negative event）会发生在别人身上的概率的高估，而是对那种事件会发生在自身身上的概率的低估；例如，人们不仅认为（如同前面所提到的）在他们自己身上发生汽车偶发事故的概率比发生在普通人身上的概率要低[21]，而且还会认为这种发生在他们自己身上的概率可能会比实际的概率还要低。[22]（他们还会倾向于认为发生在普通人群中的汽车事故概率，也就是说，发生在其他人身上而非自己身上的概率会比实际中的概率要低得多[23]，这就为以下结论提供了更加充分的证据：在高估发生在普通人身上的偶发事件的概率的同时，人们通常会低估那些偶发事件发生在自己身上的概率。）最后，有证据显示人们在现实世界中的行为在某些方面是按着不现实的乐观倾向来进行的；例如，除了大量的联邦补助以及保险商的巨大市场推广努力[24]（还有，如果用在洪灾以及地震灾难时联邦政府所给予的支助对这个现象进行解释是不能令人信服的，因为大部分没有买保险的人都没有想到会有政府资助）之外，一些人没有买保险以抵御诸如洪灾以及地震等不幸的偶然事件。当然，在其他情形下人们会买保险（例如，买保险以抵御汽车意外事故）；关于事实与有关不现实的乐观发现之间的关系在下一部分还将被讨论。

292 用什么来解释不现实的乐观主义呢？似乎可以通过认定情况会变好，人们通常会增加情况会好转的或然性，来对它进行解释。从这个角度来看，不现实的乐观主义是一种高度具有适应性的行

---

〔20〕 参见 Weinstein，前引注 18，第 810 页，表 1（其中就有对大范围的不可能发生事件以及极有可能发生事件的研究，结果发现不现实的乐观倾向也是很明显）。

〔21〕 参见 DeJoy，前引注 18，第 336—337 页以及表 3；Ola Svenson，Baruch Fischoff，and Donald MacGregor，Perceived Driving Safety and Seatbelt Usage，17 Accident Analysis & Prevention 119，121，122，表 1（1985）。

〔22〕 参见 Richard J. Arnould and Henry Grabowski，Auto Safety Regulation：An Analysis of Market Failure，12 *Bell J. Econ.* 27，34—35（1981）；Camerer and Kunreuther，前引注 12，第 566 页。

〔23〕 参见 Sarah Lichtenstein，Paul Slovic，Baruch Fischhoff，Mark Layman，and Barbara Combs，Judged Frequency of Lethal Events，4 *J. Exper. Psychol.* 551，564 表 5，566，图 11（1978））。

〔24〕 参见 Howard Kunreuther，Limited Knowledge and Insurance Protection，24 *Pub. Pol'y* 227，231—239（1976）。

为(尽管在特定情形下它会伤害人们)。与适应性假设相一致,不现实的乐观主义倾向于同幸福、满足以及从事生产性、创造性工作相互关联。[25] 此外,有证据显示(尽管只限于我们所探讨的内容),同极端有利的情形相反,那些具有个人能力的确切印象(也就是那些可能依次与他们对不幸的偶发事件发生的概率的印象相关的印象)倾向于客观地被压抑着(clinically depressed)。[26] 这种对不现实乐观主义的适应性解释为下面的结论提供了进一步的支撑:这种现象反映的不是普通人对于不幸偶发事件概率的高估,而是对不幸事件发生在他们自身身上的概率的低估。

人们对于不幸偶发事件的概率所做的不现实乐观评估当中,有些领域直接同再分配性法律规则的影响有关联。打比方说,很多人认为他们会比普通人遭到起诉的机会要少得多。[27] 同样,很多人认为他们会比普通人遭遇汽车事故的机会要少得多。[28] 他们还认为自己可能因为醉酒驾车被抓以及被罚的概率会比一般司机因为这些行为被抓的概率要低一些。[29]

有关不幸事件概率的不现实乐观主义对于与税收相对应的再分配性法律规则的扭曲效应意味着什么呢?人们倾向于低估在再分配性法律规则条件下,自己有可能承担责任的概率;因此,这种规则的可感知成本(perceived cost)对于他们来说就会低一些。这样,他们的工作激励将会倾向于遭受程度少得多的扭曲,当然这一

---

〔25〕 参见 Shelly E. Taylor and Johnathan D. Brown, Illusion and Wel-being: A Social Psychological Perspective on Mental Health, 103 *Psychol. Bull.* 193 (1988)。

〔26〕 参见 Peter M. Lewinsohn, Walter Mischel, William Chaplin, and Russell Barton, Social Competence and Depression: The Role of Illusionary Self-perception, 89 *J. Abnormal Behav.* 203, 207—208, 210—211 (1980)。有关这些发现的批评性探讨,请参见 James C. Coyne and Ian H. Cotlib, The Role of Cognition in Depression: A Critical Appraisal, 94 *Psychol. Bull.* 472, 479 (1983)。

〔27〕 参见 Weinstein, 前引注 18,第 810 页,表 1。

〔28〕 参见 DeJoy,前引注 18,第 336 页,表 1。(人们会认为他们会比普通人遭遇[1]醉酒后发生严重的汽车事故,[2]对自己的车辆失去控制并撞上其他人的车辆,以及[3]在停车场倒车的时候撞上其他人的车辆的机会要小得多);Svenson et al., 前引注 23,第 121 页(很多人认为他们在驾驶的时候要比平常司机安全得多);Ola Svenson, Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers? 47 Act Psychological 143, 144—146 (1981)(同样)。

〔29〕 参见 Guppy, 前引注 19,第 378—380 页。

点是相对于在税收条件下所产生的等量政府收入而言的。例如，在本文导言部分的数例当中，在再分配性侵权规则条件下，针对（客观）概率为 0.02 要赔付 50 万美元的额外赔偿金的侵权案件中，人们可能不会再附加 1 万美元的预期成本（expected cost）；他们可能会倾向于低估他们会承担责任概率——并且因此他们会倾向于低估再分配性法律规则的预期成本——此皆因不现实的乐观倾向。[30]

然而，在某些情况下，人们倾向于高估不幸事件的发生概率。当某情势已极端明显，迫在眉睫，或者要不然就是极有可能“接近”，那么人们通常会对它进行高估；类似的例子包括核动力工厂事故以及环境问题，诸如有毒废弃物所造成的污染，等等。[31] 某意外事件如果已经在人们的脑海里有了印象，那么它就会变得容易“接近”；那些极端容易接近的偶然事件典型地表现为那些已经受到大量的媒体关注，并且通常是那些内在地表现出生动、容易记起或者具有技术特征的事件。人们可能会极端夸大这类事件发生的概率。但是这种现象不大可能会影响对再分配性法律规则的评估，至少在个体（此系本文的关注重点）范围内而非在公司范围内
293 与此有关。试以能让个体暴露于侵权责任的最典型的事件——汽车事故为例。诚如上面所讲到的那样，人们倾向于低估他们会牵涉到汽车事故的概率（相对于实际的概率而言）[32]；可以想见，这一点是由于低估事故的总体概率（根据主要研究资料所载，这种概率约为 50%）[33] 以及对于自己同相关普通人遭遇的事故概率进一

---

〔30〕 注意对承担责任概率的低估，从再分配性（并且因此，通过以上给出的定义，是没有效率的）法律规则来看可能会影响的不止是对工作激励的扭曲，而且会影响到有效法律规则所决定的内容。如果潜在的侵权行为人低估了承担责任的概率，对于侵权受害者来说，有效的（意指能够达到最优阻止目的的）法律规则相对于那些没有低估概率的有效法律规则而言可能会更加充分一些。但是从关联意义上来讲，新的、充分的法律规则可能不会是“再分配性的”，因为它不是通过牺牲效率而达致分配目标。正如在导言中所言，本章的研究重心是以牺牲效率为代价对社会财富进行再分配的法律规则。

〔31〕 参见 Viscusi，前引注 13，第 150 页；Christine Jolls，Cass R. Sunstein，and Richard Thaler，A Behavior Approach to Law and Economics，50 *Stan. L. Rev* 1471，1518—1522（1988）。

〔32〕 相关资料，参见前引注 22。

〔33〕 参见 Litchtenstein et al.，前引注 23，第 564 页，表 5。

步作出的低估之结合。[34] 当然情形会有不同，对于一个像核电厂事故这样的事件，其概率可能会被人们高估，因为它的可能性很大。但是可能性很高的事件（试想前面已有述及的有毒废品垃圾堆所产生的污染）倾向于同公司的责任有关，而同个体责任无太大关系。

要提出让个体承担责任的偶发事件的例子是很难的，其概率通常是倾向于被高估而非（如前文已述及的那样）低估。有着对承担责任概率的低估，那么工作激励被再分配性法律规则所扭曲的程度较之税收所产生扭曲程度要小得多。

保险的效应。前面已经提及的分析是如何受到可以得到保险的影响的呢？因为保险几乎通常会涉及保险扣除条款（deductibles），共同支付（co-payments），以及经验评估（以减少道德风险），甚至是在有保险的情形，再分配行法律规则会如何影响特定个体，其程度具有不确定性，正如没有保险时的再分配性法律规则没有确定性一样。因此，部分再分配成本就有可能产生，这有赖于偶发事故是否会发生。并且，基于以上分析，个体通常会倾向于低估被影响的可能性，如此他们的工作激励就会再次比在有税收时所产生的扭曲（尽管其影响很少被人们提及）要小得多。

然而，相反的结论可能认为，如果保险附带的成本（carrying cost）足够大甚至可以超过低估意外事故发生概率所产生的影响，那么附带成本越大，再分配性法律规则的预期成本就会越大，并且在某种程度上，这种效应将会开始超过低估导致意外事故的概率所产生的效应。然而，即使保险完全摆脱前面已有述及的效应，还有稍后章节将要述及心理账户现象，会为工作激励较少被再分配性法律规则所扭曲提供了独立的理由，当然这是相对于税收所产生的扭曲影响而言的。[35]

对于保险此处要做一个最后评述。有人可能会怀疑这样一个

---

〔34〕 参见 DeJoy，前引注 18，第 336—337 页，以及表 3；Svenson et al.，前引注 21，第 121—122 页，表 5。

〔35〕 要进一步更充分地了解保险对前述分析的影响，详见 Christine Jolls，Behavior Economics Analysis of Redistributive Legal Rules，51 *Vand. L. Rev.* 1653，1664—1666（1998）。

事实：人们买保险会对“人们通常会低估不幸事件的概率”这个结论有抵触。因为如果他们认为这样的偶然事件不会发生，为什么要买保险来防止他们发生呢？对此可以有以下几种回应。其一，正如前面所述，在一些情形，诸如一个理性决策者也会那样去做的
294 时候，人们通常是不会去买保险。[36] 其次，考虑到人们买保险的那些情形，可能的原因是他们面临遭受巨大损失的风险极其高，此时他们就会买保险以抵御风险可能带来的损失，尽管他们可能低估损失发生的几率。即使人们低估了损失发生的概率，风险规避可能会导致保险仍旧受人欢迎。但是要注意这一点：这并不必然表明在购买保险之后（因为存在保险扣除条款、共同支付以及经验评估）人们对于仍然存在的盖然性损失表现出风险厌恶；实际上还有一些证据显示只要遭受的损失适度，人们通常还是愿意去冒这个风险的。[37] 因此，人们选择买保险以抵御他们可能面临的部分损失这个事实并不必然表明在购买了保险之后，他们可能遭受损失的可感知成本（perceived cost）要比这些损失的客观期待价值要高。（例如，如果招致承担责任的概率为 0.02，而且在再分配性法律规则条件下其额外责任是 50 万美元，某人感觉为了他/她自己的利益通过付出 8 千美元来承保 50 万美元责任［承保的客观预期价值为 8 千美元］中的 40 万美元之风险，这个事实并不表明剩下的盖然损失［招致承担 10 万美元责任的（客观）概率为 0.02］之可感知成本比确定支付 2 千美元［该损失的客观期待价值］要大或者与其相等。）当然，这并不表明相反的情形；我们只是不知道为什么人们一方面表现出不现实的乐观倾向以及通常还愿意冒险，但是另一方面他们却又要去买保险。对于那些已经发现我努力去让那些不具有说服力的人类行为之特征达成一致的人来说，我在此处要再次提请注意，下一部分有关心理账户的内容会提供独立的理由（与不确定事件的处理无关），即相对于税收的扭曲作用来说，工作激励可能被再分配性法律规则扭曲的程度要小。

---

〔36〕 参见前引注 24 及其中的内容。

〔37〕 参见 Jolls，前引注 35，第 1668—1669 页。

心理账户

相对于税收的扭曲作用来说，工作激励可能被再分配性法律规则扭曲的程度要小，这种说法的主要原因是这两种再分配的方法所产生的成本可能归因于不同的

"心理账户"。这种在"心理账户"背后的想法就是人们通常不是用同样方式看待如何花钱的；这一点对于这个金钱"账户"是从何而来是非常重要的。金钱不是像传统经济学所设想的那样可以被替代的。

思考下面例子：

情形 1：假设你决定去看一出戏，每张票价是 10 美元。当你进入剧院的时候，你发现搞丢了 10 美元钞票，你是否还会决定再花 10 美元去购票看戏呢？

情形 2：假设你要去看一出戏并且已经支付了 10 美元的票款。当你进入剧院的时候，你发现搞丢了那张 10 美元戏票。而此时座位是没有提前预定的，因此戏票将无法再补。此时你是否还会掏 10 美元再买另外一张票呢？ 295

传统的经济学理论会预测得出这两种情况下的结果将没有差异。尽管在进入剧院路上发现丢失 10 美元（或者价值 10 美元的东西），其结果就是让人感觉要么值得花 10 美元去看那个演出，要么不值得花这个钱。到底会发生什么呢？情形 1 中有 88% 的回答者仍就愿意花 10 美元买一张票，但是在情形 2 中仅有 46% 的回答者愿意重新再买一张票。[38] 这个结果也许可以通过心理账户得到解释。在第一种情形，那张 10 美元的戏票成本可以"记做""消遣"账户；那损失的 10 美元钞票则记入不同的账户。但是，在第二种情形，那张丢失了的 10 美元戏票是记入到了消遣账户，因此，如果买上一张新的戏票，那么就会产生 20 美元的消遣成本——甚至可能会超过个体所期望花费的金钱数量。

心理账户可能还会发生在再分配性法律规则以及税收情形中。

---

〔38〕 参见 Amos Tversky and Daniel Kahneman, The Framing of Decisions and Psychology of Choice, 211 *Science* 453, 457 (1981)。

当税收是用来再分配财富的时候，税收仅会因为赚取的收入增多而上涨；当一个人赚得更多的时候，其上缴的税收也就多。在这种情况下，人们将税收的成本视为对收入的一种直接征收，这种想像是较为合理的。试以一个学术报酬的收据（receipt of an academic honorarium）为例。我的猜想就是大多数人看待500美元的报酬为300美元的收入；由此看来税收责任只是从最高收入中所做的扣除。

与此相比，再分配性法律规则的成本可以被看作是来自收入的支出（而不是对收入的自接征收）；而且，与对收入的直接征收相比，增加了的、来自收入的支出可能会产生低得多的工作受挫。为什么再分配性法律规则的成本会被看成是增加了的、来自收入的开支，而不是对收入的直接征收？在什么情形下再分配性法律规则的成本不仅指某人所挣的高收入，而且还指某人所导致的事故。支出不只是由于一个原因——赚取更多的收入，而是由于双重原因——赚取更多的收入以及成为一个侵权行为者（后者可能会在行为者的脑海里隐约地逐渐放大）。实际上，第一个原因（赚取高得多的收入）甚至不是开支的直接原因；这个原因链就是赚取更多的收入这一动机会导致人们会主动去，或者更愿意参与某项活动（例如，开车），而不是某人已经所经历的活动，如此随后自然产生侵权责任的机会则会大得多。（赚取更多的收入这个动机可能是开支与再分配性法律规则联系在一起的直接原因，如果该规则明确设定在收入上的赔偿金——例如说，对于被告来说其责任金额是250,000美元，这个金额低于一定的收入水准，而当责任金额是750,000美元时，该金额就高于一定的收入水准了；但是这些规则在评论者当中较少得到支持。）[39]

较为有趣的是，再分配性法律规则不仅（而且并非直接）在收入水准上起到了一定的作用，而且还在与事故有关的行为方面起到了一定作用——这一事实在法律经济学著述中是广受批评的重要渊源之一。如果再分配是目标，那么达到这个目标的最好方式

---

〔39〕 参见 Kaplow and Shavell，前引注1，第675页。这部分的讨论表明，Kaplow以及Shavell的分析，还有本章的分析都没有假定一个特定的情形，在此情形中，对于收入都没有明确设定赔偿金。

就是直接将其目标锁定在那些高收入者身上。因为“高收入者更有可能成为汽车驾驶者而非马路上的步行者,但是肯定存在一些 296
低收入的汽车驾驶者以及一些高收入的马路上的步行者。这样,有关汽车驾驶者——马路上的步行者事故的责任规则就不是实现收入再分配的精确工具了”[40]。我认为,这种表述可能会忽视的主要是,直接将目标锁定在高收入个体可能会增加由于再分配导致的工作激励的扭曲度。再者,从传统经济学的角度来看这种观点可能不正确,但是心理账户现象会暗示这种现象是正确的。再分配性法律规则在锁定再分配对象不太精确时所产生的可能成本必须从最小化工作激励的扭曲程度这个角度来平衡这些规则的可能收益。

当然,再分配性法律规则或者税收的程度可以被视为对收入的直接征收,而且因此对于工作的直接受挫可能会受到其表述方式的影响。如果 W-2 形成了再分配性法律规则条件下所列出的、承担期待的侵权责任(listed expected tort obligations),那么这些规则的成本就更有可能直接从收入中征收。这样就会使再分配性法律规则更加被视作税收对待。那么反过来——让税收看起来不太像是对于收入的直接征收,这种可能性存在吗?有人可能会设想这样一些战略,诸如不申报付款存根上的扣留款项,让政府而非个体准备纳税申报单,或者以其他方式(例如,将它们设定为营业税而非所得税)让税收变得更加“隐蔽”。[41] 但是,正如下面所给出的原因来看来,诸如这样的一些战略不大可能通过我们想方设法避免扭曲的那些工作激励,从而借其产生导致税收同再分配性法律规则(尽管税收可能与目前制度背景下所理解的不一样)被识别为差别不大情形。

考虑到从心理账户角度来比较再分配性法律规则以及税收(包括刚刚提出的那个问题),思考一下每种再分配形式的受益者是如何被考量的会很有用处的。通常,法律规则(我认为,甚至还

---

〔40〕 参见 Polinsky,前引注 1,第 126 页。

〔41〕 参见 Edward J. McCaffery, Cognitive Theory and Tax, 41 *UCLA L. Rev.* 1861,1874—1876(1994),探讨了一些可能性。

包括那些再分配性法律规则)的受益者被认为是有权要求给予他们该得到的;例如,被侵权的受害者有权要求侵权行为人支付赔偿金。与此形成对比的是,再分配性税收的受益者通常不是以这种方式得到认同的;相反,(一般认为)他们仰赖的是政府的慷慨。正如再分配性性法律规则及税收的受益者被不同地看待那样,我想说的是,那些处于受益地位的一方(paying end)通常在工作激励的扭曲度方面对这两种制度回应不一样,即使是在假设税收制度是以一种旨在减小税收是对收入的直接征收——这种认识的方式来完成的时候亦如此。

从心理账户角度出发,对再分配性法律规则及税收的效应得出任何种类的最终结论之前当然还有很多内容需要进一步探讨。前面探讨过的经验证据(以及我知道的有关心理账户这个主题的
297 其他经验证据)涉及的那些背景与本章所述及的背景很不相同,而且可能的情况是心理账户是一种极度语景特定化的现象(context-specific phenomenon)。作为例证,工作激励会被再分配性法律规则扭曲的程度较之于税收对其扭曲要小得多,因为心理账户关键是仰赖于法律制度中的再分配性规则的普及。在目前的状况下,再分配性法律规则的成本与税收的成本可能解释不一样,但是在一个存在通过法律规则来进行大规模再分配的制度中,可以想见的是人们开始会把再分配性法律规则视为对收入的直接征收。[42] 有人可能会争论,即使在今天的制度下,再分配性法律规则的成本可能会被视为"损失",而会把税收的成本视为"过去的收益";在这种情形下,行为经济学会认为再分配性法律规则的成本可能在人们的心中得到更多权重(因为它们已经被类型化为损失)[43] 此处,再分配性法律规则较之于税收而言会导致工作激励更大程度地被扭曲。但是不清楚为什么税收的成本会被视为是过去的收益而非损

---

〔42〕 参见同上,第1876—1877页("隐蔽性"税收在其变得越来越广泛的时候可能会变得明显易见)。

〔43〕 参见 Daniel Kahneman and Amos Teversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, 47 *Econometrica* 263,279(1979)(引用了 Eugene Galanter and Patricia Pliner, Cross-modality Matching of Money Against Other Continua, in *Sensation and Measurement* 65)[Howard R. Moskowitz, Betram Scharf, and Joseph C. Stevens ed., 1974](损失会比收益得到更多权重)。

失;我个人的直觉是人们对它们的体验典型地表征为明显的损失。在任何情形下,未来的经验性工作会帮助人们解开分析的不同绳索;在这部分内容中,我个人的唯一目的是想表明观点的直觉合理性(intuitive plausibility)在现存的法律与税收制度下,由于心理账户的原因,再分配性法律规则较之税收对工作激励的扭曲要小得多。

再分配受益者的工作激励

直到现在,本章的关注重点集中在那些负担着再分配责任的工作激励上;也曾探讨过工作激励是否可能被再分配性法律规则以及税收同等程度地扭曲。然而,再分配不仅可能影响那些其所负担的激励,而且还会影响那些得到其益处的那些激励。新古典经济学认为对受益者的影响,正如同对那些其所负担的影响一样,在再分配性法律规则以及税收制度下将会效果一致;例如,假如低收入个体面临成为侵权受害者的几率为 0.02,那么再分配性法律规则对侵权行为加收 50 万美元的额外赔偿金(高于一个有效规则所要求的水准)将会扭曲低收入个体的工作激励,并且这种扭曲会同等量的福利或者转移支付 1 万美元相当(为简便起见,此处假设受益者面临的风险是处于中间水平的)。

从行为经济学角度出发,如何对再分配性法律规则及税收制度就它们对受益者的工作激励方面所产生的影响进行比较呢?前述(有关心理账户的)探讨暗示在两种再分配形式之间存在一个差异:什么情形下得到再分配性法律规则益处的人不仅是一位低收入者,而且还是事故的受害者,并且后一原因可能会在受益者的脑 298
海里印象更深刻。因此,与税收所产生的扭曲程度相比,受益者的工作激励被再分配性法律规则所扭曲的程度要小得多,正如同再分配负担的那些激励被扭曲要小得多一样,不过此时再分配性法规则是作为同税收的相反方面来使用的(前面已就此进行过探讨)。

不确定性为受益者的工作激励可能会被再分配性法律规则所扭曲的程度较税收对其扭曲的程度要小一些提供另一个理由。正如本章前一部分所探讨的那样,在设置不确定性的时候,不现实的

乐观倾向会引导人们低估不幸事件发生的可能性。假设一位被侵权的受害者在再分配性法律规则中被视为一件不幸的事(在这种情形下,若是存在一个有效的规则,还原[recovery]好像要比其原来的情形更为重要),对不幸事件概率的低估意味着对受益者工作激励受到来自再分配性法律规则的扭曲作用较之税收对其产生的扭曲要小得多。当然,在非金钱损害(例如,失去了一只肢)情形,成为侵权行为的受害者甚至在再分配性法律规则中被视为是一件不幸的事,这种假设看起来是合理的。但是在纯粹金钱损失的情形,是否将其视为一件不幸的事有赖于再分配的数量规模,当然这是同诉讼的成本以及回复损害赔偿金(recovery of damages)的限制(如果有的话)相比较而言的;这些放在一起可能会决定一位受害者因为受到侵权之后是变得好一些还是差一些,并且,因此还会决定侵权的出现是否会被视为一件不幸的事。然而,至少对于非金钱损害来说,低估损害的可能性有可能会加强心理账户在制定再分配性法律规则时较之税收更加具有吸引力之效应,当然这种比较是从最小化受益者工作激励的扭曲角度来考察得出的。

结论

再分配性法律规则以及税收对于工作激励到底会产生何种效应呢?新古典经济学给出了一个清楚的答案:两种再分配形式具有同等效应。[44] 而行为主义法律经济学则给出了不同的答案:工作激励可能被再分配性法律规则所扭曲的程度较之税收对其产生的扭曲要小得多,二者皆因不确定性同再分配性法律规则有关联(在某种程度上是由于保险所造就的),以及因为从心理账户角度来看两种再分配形式被对待的方式不同之故所造成的。这种对再分配性法律规则的分析当然只是建议性的,在我看来,再分配性法律规则或者税收是否对工作激励造成较大扭曲这个问题终究是一个经验性的问题,它不可能明确地通过现行的法经济学著述以及

---

〔44〕 参见:前引注 5—6 以及所附说明。

本章所提供的那种分析论证所解决。我的唯一目的就是要检验，以及我还希望就此前的著述中所得出的很自信预测——工作激励受到再分配性法律规则的扭曲与税收对其所产生的扭曲是同等程度的——提出一些异议。 299

再分配性法律规则或者税收是否对工作激励产生了较大的扭曲，从根本上来说是一个实证问题（positive question）（并且在本文已经做了探讨），但是调查还提出了一个紧迫的规范性问题：如果再分配性法律规则对工作激励的扭曲作用要小于税收对其产生扭曲作用（以及如果行为主义法律经济学提出的原因是这样的话），那么对于政府来说，仰赖再分配性法律规则来达到再分配目标合适吗？这些规则较之税收的优势在于这样一个事实——公民没有意识到再分配的程度与税收是同等的，但是政府利用公民的这种意识偏差合适吗？[45] 如果行为主义法律经济学所提出的观点——工作激励受到再分配性法律规则的扭曲较之税收对其产生的扭曲作用要小，这个观点最后被证明是正确的（或者至少是具有说服力的），那么这些有关再分配性法律规则的规范问题将值得我们关注。

〔45〕 McCaffery，前引注 41，第 1942—1943，该文提出了同样涉及利用人们认知差错的税收结构。

12 私害案件中的当事人在判决后还协商吗？

——对权威观点的深度考察[*]

沃德·范斯沃思

问题的提出

私害(nuisance case)案件[**]在法律经济学著述中已经被放在

---

[*] 本文的英文副标题是"A Glimpse into the Cathedral"，若按 *The American Heritage Dictionary of the English Language*: Fourth Edition. 2000 上面的解释"Cathedral"就含有一下三种含意：(1) The principal church of a bishop's diocese, containing the episcopal throne, (2) A large, important church, (3) Something that resembles a cathedral, as in grandeur or authority，很显然本文没有探讨"大教堂"，只是理解为对"权威观点"，故将副标题译为"对权威观点的深度思考"。——译者注

[**] nuisance，笼统地翻译应该是"妨害"，它是一个广泛采用但是含义却并不十分确定概念，一般指个人在使用其财产(通常与土地的占用有关)时的不合理、不正当或不合法的行为，或法律规定的其他不法行为，损害或妨碍社会公众共同享有的人身或财产权利。例如，在自己的土地上排放有毒物质、烟尘、难闻的气味或者发出噪音等等，损害他人健康；或者阻塞公共道路，从而妨碍公共交通。这些均非对他人权利的直接干预，而是给他人行使权利造成重大不便、障碍或困难，以致可依法推定造成了损害。妨害的构成依具体案情取决于诸多因素，例如相邻关系的类型、财产或不法行为的性质、损害行为的经常性与持续时间以及损坏的性质与程度等。根据受害者的范围，妨害可分为：(1) 公共妨害(public or common nuisance)，即对不特定多数人或某一地区全体居民或所有进入妨害行为影响范围的人的妨害。这项是一项普通法上的犯罪，可据以提起公诉，也是一项民事侵权行为，可以由检察官、地方政府或受害者本人提起民事诉讼；(2) 私人妨害

突出的位置为人们所探讨,因为这些案件提出了一些简单甚至有时是非常吸引人的事实模型,在这些事实模型中法院必须在确认当事人财产权利以及判令支付他们金钱之间进行选择。私害诉讼发生在这样的情形:原告向法庭起诉他的邻居不合理地干扰他使用以及享受他的个人财产——通常这是因为他的邻居从事了一些产生噪音、有害的活动或者其他活动令原告产生不快。为法律经济学学者经常放在突出的位置进行探讨的典型私害案件是一个很古老的英格兰案件"布赖恩特诉勒菲弗案"(*Bryant v. Lefever*)。该案中原告与被告系邻居。被告开始翻修他们的房屋,与此同时他们修筑了一个高墙,在这个高墙上他们堆放了一些木头;而这个高墙是沿着原告的烟囱修建的,因此导致从原告烟囱排出的烟尘回流到原告的屋子。原告因此提出起诉,声称该高墙形成了私害。法庭拒绝了原告的诉求。罗纳德·科斯(Ronald Coase)在他的《社会成本问题》一文中就此案件阐述了他的分析:

> 烟尘妨害是由造墙者以及生火者所导致的。……按照边际原理,显然,双方都有责任,则双方在决定是否继续会产生烟尘的行为时,都将面临由烟尘带来的损失,这是一种成本。而且在有进行市场交易的可能时,这正是实际上会发生的。尽管造墙者对该妨害不负法律责任,但因为可以推定烟囱所有者愿支付给他一笔钱以消除烟尘,这笔钱就成了继续拥有高墙和在房顶堆放木材的成本。[1]

大多数的法学著述是基于这样的推测——当事人在判决后可能会按预期的那样而有所作为。卡拉布雷西(Calabresi)和米兰德(Melamed)评述道:"私害或者污染在此案中是最有意思的一个领域,尤其是其中谁该享有这种权利,以及这种权利将如何得到保 303

(private nuisance),即对某一特定个人或特定数人的土地使用权或相关权利的妨害。受害人可通过民事诉讼请求排除妨害(abatement of nuisance)、颁发禁令(injunction or mandamus)、给付损害赔偿金等救济;(3)混合妨害(mixed nuisance),指既构成对社会公众的妨害又给某一个或某一些个人造成特殊损害。改编自薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第986页。鉴于本文所探讨的内容主要涉及的是私人妨害案情,故简称"私害"。——译者注

[1] 参见R. H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *J. L. & Econ.* 1, 13(1960)。

护,这是一个经常出现的问题。"[2]这两位作者在他们的论文中通过描述两位邻居坦尼(Taney)和马歇尔(Marshall)的之间发生的一起私害争执阐述了他们的论点。坦尼制造的污染给马歇尔带来了不快。两位作者的总体意见是:财产权利——是一项对抗坦尼制造污染的禁令,要么就是一项针对坦尼的让其根本不承担责任的裁决,如果法庭认为败诉方就是那个以最廉价的方式消除问题的人,从有效率的立场来看,那么前面所谈到的那个解释就是一个明智的救济方式。但是当然法庭可能就此作出评价时会出问题,并且这种致错的可能性会让法庭重点考虑判决后双方当事人会进行协商的可能性:

> 如果我们的判断出错以及马歇尔及坦尼之间的交易是无成本或者甚至非常之低,那么一方或另一方的财产权利会被拿来交易并且在任意一种情形当中都有可能会出现在经济上产生有效率的结果。如果我们授权让坦尼去污染,并且马歇尔对干净空气的重视更胜于坦尼对污染的重视,即使是在没有发现私害时,马歇尔要付钱给坦尼让其停止污染。如果我们授权马歇尔禁止对方污染以及制造污染的权利对于坦尼来说较之马歇尔免受污染的权利更重要,坦尼将支付马歇尔一些金钱以寻求马歇尔不申请法庭对其颁发禁止令,或者买下马歇尔的地盘,然后将其再出售给某个同意不向法庭申请对其颁发禁止令的买主……只要坦尼与马歇尔之间的交易简单方便,只要经济效率是我们的目标,我们可以利用受财产规则所保护的授权,即使是在我们不能确信我们选择的授权是否正确时我们亦可如此。我们上面所探讨的交易就可以来校正这种差错。[3]

这种分析是基于良好的行为假设吗?私害案件的双方当事人对于司法判决是如何作出反应的呢?他们是否会试图进行协商呢?如果不进行协商,那又是为什么呢?

---

〔2〕 参见 Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harv. L. Rev.* 1089,1115(1972)。

〔3〕 同上,第1118页。

本文的研究方法

为了弄清楚实际生活中发生的私害案件当事人在判决后的行为是否同学术著述中所设想的行为那样，我在网络数据库中就最近报道的一些涉及私害案件的司法判决进行了检索，我所选取的这些案件主要是一些简单的、很典型的那种类型私害案件。这些案件必须涉及正在发生的私害案件，例如，因一方邻居的行为很典型地给另一方的视觉、听觉或者嗅觉带来了不爽。这些案件都涉及很少的几方当事人：诉讼仅仅涉及两位邻居，或者好多家生活在附近的家庭——还有，涉及的人数绝不能超过 40 人。这些案件还必须是由法庭就一方对另一方的财产权利作出了终审判决（其中可能涉及向一方颁发禁令，或者判决一方基于任何理由都将不承担责任）。这些案件同时还必须符合双方当事人之间没有其他诉求，或者没有同私害诉求交错在一起的其他诉由要求。我决定就这些案件进行为期数月（是为了给各方当事人腾出时间进行协商）的细致跟踪研究，但是我认为最佳的跟踪研究时间只需持续一年左右的就够了（只有这样，这些案件在经办律师的脑海里才会比较 304
有印象）。我挑选了二十件符合上述标准的案件作为研究对象。所有的案件都涉及上诉，因此我所挑选的这些案件的判决都是由州法院作出的。这些案件当中的大多数都涉及两个房产所有者之间发生的争执，或者是在一位房产所有者与一个规模很小的，通常由一个人或者一个家庭所拥有并运作的经营机构之间发生的争执。

在确认了这些案件这后，我联络了这些案件的经办律师，向他们电话或者通过写信的方式咨询在判决作出后各方当事人之间发生了些什么。我问他们在法庭就各方当事人的权利作出判决后各方当事人之间是否就这些权利私下里作出了一些改变；如果没有，他们之间是否就这种改变的可能性进行了一些磋商。如果他们彼此之间没有进行磋商，我还追问了为什么，以及当法庭已经以另一种方式作出判决（也就是说，如果败诉方最后赢了官司），经办律师

是否认为各方当事人之间在判决后是否要进行协商。最后一个问题非常重要,因为它陈述了一种可能性,即各方之间没有进行协商仅仅是因为法庭将权利判决给予了愿为该财产权付出最多的一方当事人。这种安排的意思是说要是案件以另一种方式进行判决——换句话说,如果败诉方赢了官司,那么败诉方就有可能从胜诉方那里买下这些权利,或者至少他会试着去这样做。通常我是同双方当事人律师都进行交流(并且告诉他们每个人我现在正在做的研究)。所有我尽一切能力能够联络到的律师都很愿意跟我谈论他们的案情。[4]

研究结果

我就受访的律师们针对我所提出的问题作出的回应进行了总结,其结果是:我所考察的这二十个案件的当事人在判决后都没有进行交易。他们通常在判决后连磋商都没有。这些案件的经办律师们认为如果案件都结了,尽管法庭是以他们不愿接受的方向作出的判决,他们认为双方也无需进行协商。

在经办律师们的回应中,他们指出判决后双方没有进行协商的突出障碍有两个。第一个障碍是:几乎每个案件的经办律师都认为双方当事人之间言谈举止的刻毒是各方当事人进行协商的一个非常重要的障碍。涉案各方当事人通常都认为对方的行为方式不理智、没有礼貌,以及不友善,并且经常是案件审结时(有时甚至更早)各方话都说不到一起了。

第二个经常发生的障碍是:各方当事人讨厌把这些案件中有争议的权利用金钱来进行量化。经办律师通常会说其客户"不喜欢谈钱的事情,他们需要的是摆脱被告制造的噪音",或者在这种情形下,对于他们的客户来说"金钱并不重要",或者说"这个官司肯定应该利用自己享有的土地权益来进行",或者他们的客户有可能会说"我们不是想通过这个案子挣钱,我们关心的是自己的权

〔4〕 我通过电话、信函同其中十六个我所选定的案件的双方当事人的经办律师都进行了沟通;另外四个案件我仰赖的仅是一方经办律师的陈述。

利”。其他的经办律师认为他们客户碰到的困难是对于案件引发 305
的权利争议如何用一个合理的价格来向对方索赔。律师们承认可能存在这种现象，即如果索赔的价格特别吸引人，他们的客户会比较愿意就此价金进行协商，但是他们又说实际上各方当事人从来就没有提出过前面谈到的诱人价金。

本论文的目的就是因为私害案件而诉至法庭的各方当事人的态度以及他们在判决作出后的行为做一个现实描述。此处，为了阐明我的观点，我将引述其中的五个案例。

汤森诉古利夫（*Thomsen v. Greve*）案。[5] 汤森一家（爱尔默及菲利斯［Elmer and Phyllis］）和古利夫一家（荣和南希［Ron and Nancy］）是居住在内布拉斯加州宾德市的一对邻居。古利夫一家是1973年就迁居此地的；而汤森一家是在1990年才搬过来与他们毗邻而居的。从1986年开始，古利夫一家就开始用一个烧木头的火炉作为他们家取暖的主要装置。1992年，汤森一家就向古利夫一家抱怨，声称古利夫家火炉冒出的烟尘跑到了他们家，烟尘中夹杂的“腐烂的”、“难以忍受的”气味已经导致汤森一家身体上出毛病了。古利夫家建议汤森家生炉时将其窗户及门关住。最后，汤森家还是因为古利夫使用该火炉造成私害将古利夫告上法庭，诉请法庭禁止古利夫使用该火炉。初审法庭拒绝了汤森要求支付损害赔偿金的请求，但是指令古利夫增高他们家的烟囱36英寸；然而上诉法院部分地推翻了初审法院的判决，判令古利夫支付损害赔偿金外，还判令古利夫减小私害到最低程度，且不论这种减小私害的做法是否系通过加高烟囱来完成。案件发回重审，初审法院修改了其先前所颁布的禁止令，允许古利夫家在刮西风、西南风或者时速是10英里的西北风的时候使用他们家的火炉，只有在这样风力情形下才会将原本吹进原告的屋子的烟尘刮走。

经办律师告诉我在判决后被告停止了使用该火炉，而不是按法庭裁决设定的条件那样使用他的火炉。在判决后双方没有就被

---

〔5〕 参见550 N. W. 2d 49 (Neb. Ct. App. 1996)。这部分的叙述是根据法庭对于本案的宣判而写就的，问卷是由双方律师填写完成的，对原、被告双方的代理律师的电话采访是在1998年2月11日进行的。

告支付原告一定的金钱以继续像以前那样使用其火炉的可能性进行谈判;双方之间的磋商"无法进行,因为被告是该社区最没有理性的人"(原告代理律师语)或者因为"这场官司阻止了任何合理的解决方式,因此产生了让人很是不快的感觉"(据被告律师语)。

原被告双方的经办律师都赞成如果被告赢了这场官司,双方根本就不会原告支付一定金钱给被告从而使其停用该火炉进行协商:"如果法庭没有发现私害,被告还会继续焚烧垃圾以及想烧什么就烧什么。""让人感觉到象这种事情的解决就是欠缺一笔钱,如果有了这笔钱就可将他方的房屋买下来,这样争执才会最终解决,"被告的经办律师说道。原告的经办律师对此情形亦有同感:"他们彼此厌恶。他们甚至在开车开到一起的时候都会懒得搭理对方,然后绝尘而去。"原告代理律师还曾听说过古利夫的辩护还
306 得到了他们房主所经营的保险公司的金钱支持,据称该保险公司在此案上大约耗费了3万美元。我就问该律师原告是否会愿意接受这3万美元现金了结此案,他回答说原告可能会接受;但是当时没有人提出这个方案。被告曾提出过一个方案就是直接将原告的房子按原告当时购买的价格收购下来,但是原告"对搬走不感兴趣",而且被告也对支付一大笔金钱让原告另觅他处居住这个方案兴趣不浓。

蒂克纳诉沃尔(*Tichenor v. Vore*)案。[6] 卡尔·沃尔(Carl Vore)住在密苏里州挨近惠顿市的城乡结合部;他们家的房子正好位于镇政府附近,是一个非自治地带。他养了很多狗,其目的最终是为向人们展示这些狗并将它们卖掉。1995年,他在他们家附近盖了一个狗舍,该狗舍是由煤渣制成的空心砖以及木头招牌做顶层盖成的,里面圈养的是澳大利亚牧羊观赏犬。该狗舍包括一些围栏,这样可以方便主人在围栏边训练这些狗。沃尔大概在这个狗舍里养了16只狗。

毗邻而居的五个家庭以私害将沃尔告上法庭,声称狗叫声妨

---

〔6〕 参见953 S. W. 2d 171(Mo. App. 1997)。这部分的叙述是根据法庭对于本案的宣判而写就的,问卷是由双方律师填写完成的,对原、被告双方的代理律师的电话采访是在1998年3月13日进行的。

害了他们的生活。查尔斯·蒂克纳，作为主要原告，证实沃尔家的狗“叫声非常大，持续时间长，如果你睡在这听到狗叫声，你会无法入睡……”在初审过程中，蒂克纳还说在过去的一年里他变成了一个“脾气特大的人”；“是那些狗让我的情绪变得不稳定。但是我又没办法躲到其他地方去。”蒂克纳夫人提交了一份长达50页的日记作为他们被狗叫声弄得病情加重的证据。蒂克纳夫妇还说他们“通常无法在院子里进行工作、养花，无法在车库里干活以及享受他们的后门给他们带来的便利，这一切皆因持续不停地‘咆哮的’狗叫声。”其他住在附近的邻居，尽管没有像蒂克纳一家住得离狗舍这么近，但是也提交了大量证据证明狗叫声给他们带来的烦恼，只是他们所说的情况没有蒂克纳家所遭受的那样严重。

初审法庭颁发了禁令，禁止沃尔使用该狗舍，并只允许沃尔养两只狗。上诉法庭维持原判。于是禁令生效；这样双方就没有机会就沃尔通过向原告支付一定金钱以换取其作为被告所享有的在该狗舍养狗的权利这一可能性进行商谈。原告代理律师预言，如果沃尔当时提出了该建议，他的客户们的反应映会是说“不仅是‘不可能’而且是‘去死吧，肯定没门：快把你这些狗迁到其他地方去。’”沃尔先生的代理律师对此也表示赞同，他说：原告“不会同意做任何让步，不管被告为了他自己的利益愿意花费多少金钱他们也不会同意的。”但是若是沃尔赢了这场官司——结果是原告付钱给被告让被告把他养的狗迁走，情况又会怎样呢？双方的代理律师都认为这不可能。“很明显，双方当事人都是意志极其坚定，”原告律师说道；他认为付钱给沃尔以解决问题——这个提议只会让他的客户们对此“嗤之以鼻”。“钱对于沃尔来说并不重要。这个案子必须是通过个人所喜好的，为个人所拥有的土地权利来了结，”他补充道。

原告代理律师将这个案子同另一案情进行了比较，在另一案件中土地所有者在超过邻居房产界限十英尺的地方修建了一个篱笆。在此情形中，他说道，这块发生争议的土地很好评估并且就此进行的交易很可能发生，但是根据他的经验这种情况不会发生：“通常情况下，双方的态度会很强硬，就像离婚时所表现出的那样，因为这块土地对于他们来说在情感上太弥足珍贵了……尤其是在

密苏里的乡村,在那里土地真是太重要了。”

这并不是说沃尔先生这边没有任何动作。尽管他并没有同原告进行谈判,他还是考虑过通过其他方式——在禁止令已颁发的情况下如何避免惹麻烦,但又可能把他的那些狗领回来。他的代理律师写道:“沃尔先生正在决定是否可以想办法让他的观赏狗‘不叫’(也就是通过外科手术切除声带,这样就可将狗叫声降低到低声水准)。”

培恩诉斯嘉尔(*Payne v. Skaar*)案。[7] 爱达荷瀑布城(Idaho Falls)是位于爱达荷州蛇湖(Snake River)的一个城镇,该镇约有居民50,000人。1971年,凯斯·斯嘉尔(Keith Skaar)在城北买下了一个家畜饲养场。到1990年,饲养场里面的家畜已达5,000头。居住在饲养场附近的邻居们开始对饲养场里发出的难闻气味表示出不满。这样,约有居住在附近的十对夫妇以及少量的其他人建立了一个组织,该组织的目的就是要根除该家畜饲养场。他们把斯嘉尔、他妻子以及他们成立的公司给告了。在咨询陪审团的劝告下,法官颁发了禁令,该禁令要求斯嘉尔改善饲养场的卫生条件以及减少奶牛的数量,以恢复到诉讼未发生之前其所保持的水平。随着判决的生效(期间,斯嘉尔还就几个基本的技术性理由上诉过),这个家畜饲养场破产了。斯嘉尔将其归咎于该诉讼所致。

双方律师对于涉及此案的以下几点表示赞同:在斯嘉尔与原告方之间,甚至在各原告方之间都没有就——斯嘉尔可能会支付给他们一些金钱以允许其继续充分地经营该饲养场——这种可能性进行过讨论。要是早些建议这样,他们就不会对这桩交易感兴趣了。代理律师说原告并不希望被金钱收买而放弃其权利。他们的客户关住的是除掉饲养场发出的难闻气味,并且根本就没有想到用金钱来了结此事。在他们看来,斯嘉尔实际上是未经允许就在他们的财产上倾倒粪便;他们认为斯嘉尔不是个好邻居,他的无礼行为具有冒犯性。原告代理律师将此诉讼描述为“意志的较

---

〔7〕 参见900 P. 2d 1352(同上,1995)。这部分的叙述是根据法庭对于本案的宣判而写就的,对原告方代理律师的电话采访是在1996年5月21日进行的,对被告方代理律师的电话采访是在1996年9月12号进行的。

量”。居民们对于禁止令每个条款的实施都卡得很紧，甚至到了很明显斯嘉尔不可能遵照执行的程度；斯嘉尔的律师因此就此诉讼的基础进行了总结，他称此诉讼的基础是“族际仇杀（vendetta），而不是原则，并且由于这个原告代理律师也认同的原因使得双方就调整一下禁止令的条件或其执行进行磋商都会变得毫无结果”。

若是斯嘉尔赢了这场官司，他的邻居们会付钱给他让他回复到其原有的饲养场规模吗？经办律师们的意见是不可能。他们将该案描述为“邻里之间的争执”，其间又夹带有太多的怨恨，无法克服。从原告的角度来说，斯嘉尔非常顽固是不会接受交易的；“人 308
们有时被威胁到了要动刀动枪的地步，”而且斯嘉尔是一个“凶猛好斗、冷酷无情的人”。从被告的角度来看，除了由于人格所导致的一些问题外，斯嘉尔本身对于挣钱回复其原来的规模不太感兴趣。他所做的是试图继续其经营并且声称如果动迁到其他地方将会花掉他上百万的资金。

波尔诉乔根森（*Ball v. Jorgenson*）案。[8] 在俄勒冈州的约瑟芬县，波尔夫人拥有一处房产，其房产同一位名叫乔根森的家庭毗邻。季节不同，会有一条小溪流过乔根森家的地产。每当洪水变大的时候，他们家的马就要面临长久站立在水中而引发“蹄溃烂”。因此，乔根森就想了一个办法，他挖了一条沟将洪水成对角地导出，但是这条导流渠正好流经波尔夫人的地界。已经有一些水朝着这个方向流动；这个沟渠的修建增加并加剧了水流溢到她家的地界上。波尔夫人使用了大量的泥土堆积在一起以阻拦水流的溢出，并同时对乔根森提出诉讼，要求禁止水流流进她的土地（她希望水流能够恢复到导流渠修建之前的状况）；而乔根森一家则反诉对波尔夫人颁布禁止令，要求她移除那些她已经堆在水道旁边的土堆。初审法庭支持了乔根森的诉求。上诉法院维持原判（主要是基于波尔夫人的初审代理律师在审判当中没有合理反对陪审团的指引，而这些指引又刚好是上诉的主题）。

---

〔8〕 参见 934 P 2d 634（Or. App. 1997）。这部分的叙述是根据法庭对于本案的宣判而写就的，问卷是由双方律师填写完成的，对原、被告双方的代理律师的电话采访分别是在 1998 年 2 月 18 日和 1998 年 2 月 12 日进行的。

波尔夫人没有继续付款或者另外引导乔根森一家停止将水流导流至她家的地界。为她代理此案的上诉律师写道“我对初审过程中双方聘请的两位律师的个人看法是:双方律师都很少或者说没有对客户的诉求进行控制。双方审判过程中已经走了极端,因此在判决作出后进行妥协的可能性几乎不存在”。他说双方“强烈地不喜欢对方”并且认为这可能是由于一种反常行为所导致的,而这种行为是南俄勒冈约瑟芬县居民所独有的行为特征,这个地区被人们描述成了到处居住的是“活命主义者(survivalist)以及疯狂的右翼分子”,他们在“逃避着什么”,“对于邻人不能容忍,”并且“对于财产权利采取极端的态度”。“我真的感觉到诉讼各方不愿意达成协议,不是因为这种协议不会合理,而是因为他们的观点非常极端。”波尔夫人的代理律师说各方的立场在被告没有能够要求原告允许其将水流导向她的地界时已经变得难以处理了;他说在这个地区,一个人侵入另一个人的地产有时被视为激发了“类似于‘马路愤怒(road rage)’之类〔*〕的行为——人们只是大声地呵斥。”他认为事件已经发生于此,并且说在由“基于双方的表演”而形成的判决作出之前,当事人之间的确进行过磋商。

经办律师认为如果波尔夫人赢了官司,双方肯定不会进行协商。被告的代理律师说他的客户会很乐意向波尔夫人提出一个建议,但是又认为“她不会接受任何东西”;他将她特征化为“那种特

〔*〕 在美国,从任何入口进入高速公路,汽车必须在数秒钟内汇入疾驰而过的车流,不久,金属的汽车就被吸入了一个危险的漩涡,由时空加速器推动着,嗖嗖的,每辆汽车犹如洪水猛兽,咆哮着,奔腾着,互相威胁着。而藏在铁皮后面那些肉体的人,好像顿时染上了某种瘟疫,浮躁而焦虑,内心会突然生出某种莫名的仇恨,是能够导致杀人的那种,这就是美国高速公路愈来愈猖獗的现象,即所谓的“马路愤怒”,简称“路怒”(Road rage)现象。据麦克·福门图(Michael Fumento)的考证,“路怒”一词大概始自 1988 年,直到 1994,这个词在媒体上只出现过几次。此后,“路怒”一语爆炸性扩散,在 1995 为上升 500 次,1996 年为 1800 次,1997 年达 4000 次。今天,“路怒”几乎成了日常媒体最常听到的用语之一,它的广泛流行形象地记录了当今蔓延在高速公路上的一个可怕现象:侵略性驾驶(aggressive driving),这已成为导致高速公路交通事故的重要原因之一。夏威夷大学有一位研究马路愤怒的专家叫 James,他认为驾驶者之间每天不断交换的摩擦与愤怒累计起来就是文明世界中最重要的情绪问题。经常性的马路愤怒会导致驾驶者心跳加快、血压上升、精神压力大、焦虑、影响健康让自己短命之外,就是攻击性驾驶(aggressive driving),也就是说这种驾驶没有伤人意图,但是已危害到其他人的驾驶行为。——译者注

别认死理的人(exceptionally hard-headed)"并且说解决争端的商谈 309
没有结果:她"写了一封很长且措辞严厉的信,信中说道她心中除了主之外,别无其他任何权威"。波尔夫人的上诉代理律师同样说道:如果她赢了官司,"她会坚定不移(plant her feet)"并且她不会授权律师与对方进行谈判。上诉律师认为如果该案发回重审可能就会出现双方达成某种妥协的机会,因为那时他会从先前的初审代理律师那里接管该案,而且他与该案的对方代理律师之间存在良好的关系。他认为他可能会同对方的代理律师说服双方当事人接受某种协议而不是进行另一场诉讼。但是他说只要一方胜利,如同已经发生的那样,双方都会排除谈判。

贝各科发展公司诉达米慈(*BAGKO Development Co. v. Damitz*)案。[9] 贝各科是一个建筑公司,它是由一位名叫巴格利(Bagley)的人所有,由巴格利及其儿子经营。该公司在印第安纳州科科墨市购置了一些财产,并在那里开设了一家分公司,该公司对外号称柳桥(Willowbridge)。柳桥公司的第一个买家是查尔斯以及尼拉·达米慈(Nila Damitz)夫妇。他们有三个年龄很小的儿子,查尔斯·达米慈是一个规模不大的棒球队教练。除了房子旁边的空地之外,达米慈夫妇还买下了邻近的一块土地,并且在这块地上耗费4.5万美元兴建了一个一般规定标准的棒球场。该棒球场包括灯、一个投球机以及一个球笼。从四月份一直到七月份结束,达米慈先生每周都要指导两只球队训练两到三次,时间通常是下午四点到七点半。在淡季,一些住在附近的其他小孩喜欢在棒球场上玩空心球游戏。没有报道说有球飞进了其他人的地界。

达米慈先生修建该棒球场是得到了小巴格利的许可的,小巴格利当时就同意此事,因为达米慈也同意买下一块昂贵的空地并在此处修建一个造价高昂的房子。但是当老巴格利听说此事后,他立马表示强烈反对。他坚定认为处于开发中的地产应该只用于居住目的,这样老巴克利就同毗邻棒球场居住的另一位居民将达

---

〔9〕 参见640 N. E. 2d 67 (Ind. App. 1994)。这部分的叙述是根据法庭对于本案的宣判而写就的,对原告方代理律师的电话采访是在1996年5月22日进行的,对被告方代理律师的电话采访也是在1996年5月22号进行的。

米慈告上了法庭，他们的诉讼根据是达米慈的做法已造成私害以及其他理由。实际上，还有柳溪（Willowbrook）的九位居民抱怨棒球场的灯光给他们带来了不便；然而，其中的八位认为只要达米慈减少使用这些照明灯就既往不咎。达米慈提出摘下了场地上的照明灯以解除其他居民及巴格利对他的抱怨，但是巴格利态度强硬，声称棒球场必须搬走。经过为期两天的法官审判，法庭作出了有利于达米慈先生的判决，裁定除了别的以外，棒球场没有造成私害；上诉法院裁定初审法院的判决没有明显错误。

判决之后各方没有进行谈判。棒球场依然存在。可是，达米慈先生现在的关系处得很好，并且据大家说他同巴格利父子之间的交易非常合理（也就是涉及有关棒球场沿线的土地问题）。双方律师都将各方特征化为“认死理的”那种人，并且认为他们不管谁
310 赢了这场官司，在判决之后各方都不会进行协商的。要是巴格利赢了这场官司，棒球场会搬走（可以想见这块地空出来后肯定会将它卖给其他人）。代理律师注意到巴格利没有要求支付损害赔偿金。他需要的是法庭给达米慈颁布一个禁止令，而不是其他东西。如果达米慈盈了这场官司，球场就会原封不动地留在那里（或者说已经就那样了）。达米慈不愿意考虑将这块地卖给巴格利，他的律师说道，因为他感觉到他已经得到允诺拥有这块土地，因此这块土地对于他来说意义深远。

解释及启示

此处给出的这些案例非常之小，并且相对支持于法庭如何处理私害争端的积极概括（aggressive generalization）来说，我采用的方法论也不是常见的那种。但是这些案件结果的一致性特别明显，足以支持一个更加适中的结论：对私害诉讼的程式化经济描述（stylized economic description）以及其诉讼结果已经遗漏了因之而生的个人态度及行为。这种遗漏非常重要，因为它们促成了一种模型的生成，并且这种模型在判决后会对人类行为产生潜在误导性预测。因此，当我们说私害诉讼当中，在判决之后双方当事人之

间绝不会进行磋商，这是不可能的；而下面这种说法是可能的，即这类案件在判决之后，双方之间进行协商存在严重的以及潜在的重大障碍——这些障碍在涉及法律救济的著述里面值得进行深度思考，并且法庭对于效率的兴趣会导致他们忽视这种危险。言谈举止上的刻毒以及对协商的不感兴趣倾向于侵蚀掉任何其他的协商机会，而这些其他的协商机会原本就存在于争执双方的立场当中的。如果案件的利害关系甚为深远，那么即使是存在那些困难，双方进行交易亦将会有所获；然而，从此处我们引用的这些判例看来，各方当事人要求“克服”彼此之间的敌意以及他们对于协商的不感兴趣的总和要大于法庭对权利分配所产生的任何金钱盈余（monetary surplus）。

市场的功能

本节将检视在前述案件当中发现的对判决后协商造成实际的以及认知方面的障碍，并且将探讨这种可能性——这些障碍可能被理解为系因在这些案件当中的争议权利上缺乏一些有活力的市场所致。由于缺乏有活力的（或称“密集的”）市场，我会提到这样一个事实，即这些案件当中的各方当事人仅仅能够彼此之间进行交易，并且对于他们的争执通常情况下没有其他的替代物品；在一个充满活力的市场当中（此处我就用这个术语），存在大量的商品竞争，因此就有很多现存的替代物品存在。这就暗示在这些案例当中协商的缺乏可能与相应权利市场的缺乏有关联，我所谈到的不仅不是或者说甚至主要不是涉及由于薄弱市场所引发的问题，311
例如缺乏竞争可能会允许一方支付比他们真实保留的价格要高得多的金钱。这些案件中存在的问题——或者说至少他们当中最前沿的问题——看起来没有涉及战略行为或者说惧怕战略行为。更确切地说，我的主张是市场可能会减少这些案件当中各方当事人之间尖刻态度的影响范围以及有效值（incidence and significance），以及市场给他们带来的（以及有可能是由）一系列价值，以及对于这些案件当中各方当事人之间没能共享的权利的思考方式。市场的认知及规范功能，还有它们的实际功能，旨在鼓励这些案件判决之后不会发生的那些交易。

1. 言行举止的刻毒(*Acrimony*)。代理律师们较为认同的、对协商造成障碍的是当事人之间的言行举止尖刻、彼此之间的怨恨、或者不融洽关系所导致的;经办了大量私害案件的律师们经常评论说这些案件具有"(彼此)充满愤恨"特征,并且涉及财产诉讼的邻里之间通常也具有经常性的"(彼此)充满愤恨"属性。如果两个人话都说不到一起,那么就很容易理解他们为什么不会进行协商。然而,深思一下,就会让人感觉有些奇怪,也即恶意会在各方当事人不愿意协商过程中起到如此重要的作用,既然各方当事人都聘请了律师来打理他们之间协商活动,并且既然在一些情形当中,尽管各方当事人彼此根本对对方不感兴趣,他们也有可能进行协商,那么为什么言行举止的刻毒会如此重要呢?

要回答这个问题,恐怕要将它们同案件中的市场功能以及市场缺乏联系起来。实际上,市场的存在会使交易变得快捷并且可以因此减少不必要的买方卖方之间私人接触;买卖双方在交易结束前或结束后通常都不需要过于紧密的接近。有活力的市场会使交易变得少一些私人接触以及更多的非直接接触;买方关注的是他们买的东西,而不是卖方的身份。私害争执案件中的邻居之间没有这个优先条件。判决通常是在当事人双方之间、长时间的一系列事前行动之后作出的,如果双方要打官司的话,那么这些行动通常会变得怀有敌意。而当双方聘请律师代表他们进行协商的时候,这种方式就会避免他们之间进行面对面的接触。他们都不会享有任何其他类型的匿名待遇,并且他们通常不得不假设他们因为可以预见的未来而联系在一起。买卖双方的身份在双方的脑海里是最为重要的。

权利的本质使得将它从拥有权利的卖家那里分离开来依旧很难。判决之后的协商通常类似于一种私人服务合同,在这种服务合同当中一方同意履行或不履行某种行为,而不是像简单的互易合同那样提供交换货物。相对于货物贸易合同来说,要想使这类服务合同失去个性(depersonalize)将更难,因为这种服务合同的标的是卖方的行为。此处涉及的权利对于他们的另一方,或者,接受
312 方来说,也是个人化的。当问题是涉及分配某种单一好处的时候,一方可能会就此了结,而另一方有可能会将它再往前推进一步。

此处有争议的权利部分是由一方邻居的权利造成了另一方的不便所构成的。在有争论的柴火堆中捡一根特定的木棒，这不仅是甲的权利；此外，甲还有权用那根木棒来拨动乙。

有时双方当事人之间没有那种刻毒对于协商来说可能还是好事，当然，这种情形有点像一位邻居在“市场外”将其财产出售给另一位邻居，而此时两位邻居之间的关系应该是非常友好，或者在私害争议处于萌芽阶段时，双方拿起电话就该争执进行电话交流以便将问题尽量最小化。这种协商反过来甚至会增进他们之间的关系；这有点类似于交换对彼此的好感，从而加深了彼此之间的善意与信任。因此，市场外的交易对于参与者来说就具有了交际成分以及其他内涵，并意味着强有力的市场将会因此而变得淡化。但是当然不是每个人都同等程度地适应，并且一些邻居会不可避免地表现出极端的不适应。（此外，如果一位邻居被认为是属于这种类型，那么其他邻居将会因此受激发参与到诉讼中来。）在这些情况下，协商的个性化（personalization）及其传达的附属内涵（side meaning）就可能会成为一个极大的劣势。协商是需要妥协的，这种妥协通常需要对另一方兴趣所在表示看重的一种尊重表示。这种尊重是必须的。任意一方可能希望避免使另一方状况变得更好。

最终，强势市场有可能会弱化一些难对付的人所产生的影响，甚至是在互易交易的情形各方当事人都会很看重他们的交易伙伴的身份。这些对交易伙伴感觉强烈的人会在一些人当中挑选他们的交易对象；适合他们的特异性格（idiosyncrasy）的重要性可能会被其他人的特异性格所淡化。并且还存在套利（arbitrage）的可能性：在经济学家们设计的具有完美功能的市场当中，中介人（intermediary）可能会替交易各方打理业务并且不需要这些各方直接交易。如果交易各方对彼此的看法不是特殊的——换句话说，如果一位参与者获得了众所周知的大坏蛋名声，那么这个坏蛋会被市场惩罚的并且会被驱逐出市场。但是在邻里之间的私害争执上，这种由于争执所引起刺痛感以及其他特异性格的重要性被放大。没有市场可以用来惩罚以及因此限制个体个性上的顽固（temperamental inflexibility）之表达，并且同样地，没有一个任何人都可以通过求助于其他买主或卖主而逃离的市场。

2. 对协商的规避(*Distaste for bargaining*)。代理律师们讲述的内容当中始终有一条另外的线索贯穿其中,那就是他们的客户感觉到现金交易的前景总体上有点让人规避,但是他们不会规避将与之进行交易伙伴的身份。这种规避的精确本质很难加以查明,因为它经常是被不确切地表述出来的,其大意通常是各方不是"为
313 了钱才参与其中的"或者不是"以那种方式来考虑他们的权利的。"任何想解释这种态度的努力都必须因此而带有一点猜测的味道,我认为它们与这些案件当中引发争议的、缺乏相关权利交易市场的那种有意义的方式存在一定关联。更明确地说,我认为有这种可能性,即双方当事人的态度可能是由于这些案件中缺乏很接近的权利替代品;或者将权利拿出来做交易可能会让人感觉到是一种对权利的侮辱,或者是对当事人的侮辱,这种方式会让各方当事人感觉很不舒服。这两种可能性可能有关联,并且二者都与相关市场的缺乏联系在一起,其中的原因与结果也都与相关市场的缺乏联系在一起的。

对协商规避的根源所在:替代品及可比性问题(Problems of Substitute and Commensurability)。首先,这些案件当中往往是没有现成的权利替代品存在。如果我能得到禁止令要求你把那些爱叫的狗弄走(或者可能的话,让它们"不能叫出声"来),并且你给我一些现金让我申请解除禁止令,我是不可能用这些钱去买平静及安宁以取代我已经出售出去的平静和安宁的。有可能的话,我会买上耳塞或者让我自己的狗叫得声音更大;但是这些相对于除去狗叫声来说就像是非常次的替代品了。如果我能将我整个这间房子卖给你,情况就些许有些不一样了:这样的话我就可以再买个不同的房子,这个房子可能不是一个完美的替代品,但是至少是接近完美的。(因此,提到买下邻居房子这种可能性时,必须指出的是在我们考虑的这些案件中在判决作出之前这种情形是会偶尔发生的。)没有接近的权利替代品这一点当然不会使得这个权利具要么有无限价值,要么完全无法用金钱进行衡量。货物之间的交换不可能具有完全可比性必然要求个体为自己的计算进行选择,正如同沃尔先生决定到底是选择继续饲养、卖掉还是想办法让这些狗不叫一样。但是在清楚明白地同别人进行这种交易时,并且目的

只是为了钱，那么就有可能让人觉得很不舒服，导致不舒服的原因当然不少。

首先，缺乏接近的替代品会让人很难对该权利进行定价，并且权利所有者可能会对在给一方提醒后而该方仍会犯错误这一点感觉极为舒服，并且会说此物“非用于出售目的”（或者在任何情况下，只有在出价高的时候才会出售），这样就会最小化这个风险——所有者一旦在独一无二的东西丢失后会觉得遗憾。对一个独一无二的东西进行定价有时会感觉极其艰难，特别是在这个独一无二的物品承载了所有者的个人感情因素时尤其难以作出决定。普通的房产所有者因此不大愿意就通常情况下在家中忍受难闻的气味从而要求释放怪味者付出多大代价作出痛苦的决定。因此在要求报价的时候，未来的卖家可能通过拒绝报价反映出内心的不安，或者报价非常之高以至于让人觉得难以想像，不可能达到这个标准（并且报价如此之高，要是有人愿意接受，卖方会成就这桩生意，并且不会因此懊悔。）

此外，除了存在后悔的危险之外，有些当事人可能会认为他们的权利被当着那种让他们觉得是进行现金交易的糟糕对象。将权利拿出来出售的做法需要决定将这些权利视为商品一样对待，对 314
此，各方当事人可能会进行抵制。将这两种情形进行比较一下：在一种情况下甲想用5,000美元买下乙的传家宝，但是乙拒绝了，并说该传家宝不是用于出售的，他对此没有兴趣进行协商；另一种情形是甲意外地毁坏了该传家宝，双方协商同意甲向乙支付5,000美元算是给乙的合理补偿。在后一种情形中，决定“卖”这个传家宝对于乙来说是迫不得已；接受现金作为对传家宝损失的补偿不需要乙作出不想做的决定，因为他只能权且将之视为一桩合适的买卖。简言之，人们在很难具有可比性的货物之间进行交易方面的能力并不意味着他们对这那些货物的估价是稳定的或者说很轻易地就可以用金钱来衡量。通常不大可能对于拥有该权利的主人对该权利用一口价来确定；该权利的价值可能有赖于，在要进行先进交易时，是谁在主动询价及其询价的动机，以及各方对于权利和他们自己做了何种阐述。其间存在的人类行为的复杂情形实在太多。从世俗角度或者从经济学角度来看，他们的行为是否有可以

列为不理性的例子是另外一回事并且这个问题可能更难回答。

将这个原理应用于此处探讨的这些私害案件意味着，对于各方当事人来说，用他们家庭的舒适或者他们所享有的类似权利同敌手进行现金交易这种做法可能本身要求付出一定的代价。权利所有者在此情形下所言明的"价格"不是针对权利本身(per se)的，而是反映的是在特定历史背景下或者那些让现金交易变得不爽的特定信念及规则条件下，将该权利卖给特定邻人的成本。交易双方不会将他们的权利视为协商的金钱以及不愿意从那种角度来思考这种做法。他们对于价值的偏好及感觉可能会随着会计师的空白表格程序(accountant's spreadsheet)及墨卡托式样(Mercator fashion)[*]而变得平淡，但是他们对价值的这种偏好及感觉可能以抹掉任何所要协商问题的范围的方式——这种过程所扭曲。

对协商规避的渊源所在：贿赂的内涵。我现在想探询一下一些律师曾提到过的，人们对协商规避的一个特定渊源所在：他们的客户对于付钱给他们的对手去交换那些他们不愿意去干的事的前景感到厌恶。其中的一位律师将这种情形理解为对前景的"贿赂"，这个词看起来是对此情形的一个非常充分的描述；"最佳的贿赂者"概念在有关经济分析的著述中频繁见到。但是并非每个人都对行贿这种观念感觉良好，即使是在将它再广泛地进行定义亦如此。我们通常多长时间会付钱给别人让他不要干我们不喜欢的事？我们经常不是这样的，至少在我们当下的文化背景下是不会经常这样的。因此，各方就会出现一些违反既有外部的亦有内在化的行为方式及行为规则的情形，而这些行为方式及行为规则通常是用来调整现金交易的适当性的。他们倾向于对他们立场的正当性采强硬观点，并且对于他们认为享受其财产权利是适当的也采此种态度。给敌手数以千计的美元成就他们不花钱就能干他们
315 想做的事对于另一方的内心感觉来说是非常难受的。这也可能对一方当事人来说在心理上是很难受的，并且对于他们在当地的名

---

[*] 墨卡托(1512—1594)，全名 Gerhardus Mercator，佛兰德地图学家，发明了绘制地图德圆标形投影法(Mercator's projection)，首先使用 atlas(地图)一词。——译者注

声来说将会造成重大影响，因为他们会被人们当成那种“一切都是为了金钱”的那种人。可能像大多数情形一样，这些感觉亦是有价的，但是在这种背景下代价太高不能去对其进行深度考量。正如前面对行为刻毒所进行的探讨一样，现金交易的沟通成分，在此处就是对羞辱的诅咒将会伴随着它，无论我们当下的文化对这种反映的来源何在——要阻止这种协商还有很长一段路要走。

这些考察资料会帮助我们理解协商的类型，尤其是那些在我们探讨的案件中判决作出之前就发生的协商。首先，要让争端消失（另外一种补偿）就要对“免费”（例如，不需要任何金钱交换）要做些调整；有一个例子就是在达米慈案中，达米慈最后选择减少棒球场上灯光的使用。其次，在有争议的财产买卖问题上存在要么全有要么全无的（all-or-nothing）出价。所有的财产都有其既定的市场，因此提出购买邻居的房产以解决争端不是什么新鲜事，这种情形也偶尔发生。我一直没有找到各方都愿意就某个行为，或者就他们的权利做一些渐进调整而进行交易的案例。我相信这种出价会对主流规范——对金钱的恰当利用，造成一种违反。

市场的缺乏乃规避协商的因与果。如果这种对当事人态度的思维方式具有价值的话，那么是否可以将其理解为是由于对有争议的权利存在市场欠缺呢？当我们把正在思考的障碍理解为当事人之间存在的相互行为举止之刻毒的话，回答这个问题就很简单，因为实际情况是，在一个有活力的市场，各方是可以避免直接进行交易的。此处的回答可能更加复杂，因为市场具有诸多特征，这些特征有赖于各方当事人对于协商的态度，并且各方对于协商的态度可能帮助对市场缺乏的解释，而不是相反。

首先，我认为各方当事人不太情愿去协商部分原因是所涉案件中缺乏良好的权利替代品市场。在一个活跃的市场上这些都算不上是什么问题，尽管对这样一个权利有争议的活跃市场进行形象化很难。首先，我们必须设想这样一个情景，在这个情景当中私害案件的各方当事人都在为出售他们的权利上而相互竞争。并且我们还必须为这些权利假设存在良好的替代品：一个给原告带来平静与安宁或者被告养的狗是可以很容易被替代的世界，正如我们前面所提到的那样，或者在其中各方当事人倾注了很多感情上

特有的价值以及心理上的依附，这些都是很容易可替代的。在这些情形当中，我们才拥有我们前面探究过的案件当中所述及的活跃的权利交易市场，也只有如此才会实际上出现判决后各方当事人进行协商的情形。但是设想这种事实状态并只不是要去设想某些可以让协商变得有效的逻辑变化（logistical change），而且还要设
316 想争议物品发生变化的基本方式。

或许有可能要设想各方当事人自己发生变化的基本方式。我们说某物品现在没有良好的替代品，其实是说人们对该物品的感觉，而不是物品本身。人们决定他们所认为的物品是否存在替代品。如果沃尔原本认为在一个地方饲养狗和其他地方一样好，或者他很愿意随便将狗和猫进行替换，那么将不会出现提克诺诉沃尔案件中出现的替代品问题了；如果达米慈认为他的那块地用作其他用途同当作棒球场使用一样让人满意，这样也就不会出现贝各科诉达米慈案中的替代物品问题了。毫无疑问，在很多案件当中，各方当事人都是那样很粗糙地对待他们的权利的。对于那些各方当事人来说，很容易达成妥协；从客观的立场上来看，那些涉及的物品同我们考察的案件中涉及的争议物品看起来很相似，只要是同物品主人有关，它们的确都是有替代品的。然而，本文所探讨的那些案例都正好是那些符合条件的案例，在这些案件中，各方当事人都怀疑，只要同他们有关，对于争议权利就会有令人满意的替代品的。缺乏市场，就意味着大量交换替代品的机会，因此它将不可能成为我们前面探讨过的案件当中出现的判决后缺乏协商的最强有力的一种解释方式。既然可替代性（substitutability）是一个主观结论，而不是一个内在的权利财产，前面那种解释就等于是说如果他们对权利的看法不一样，那么他们会在判决后进行协商。人们也当然可以推翻此命题，而且还可以说各方当事人要是对他们的权利看法不一样，那么对于他们来说将会有很多替代品，尤其是在有效的、活跃市场上愈发如此。

用一个类似同义反复语会有点冒险，但是还是得将它说出来，即活跃市场会消除那些我已经提出的其他原因，这些原因是针对各方当事人不情愿协商的，也即：他们对于把他们的权利视为商品感到不舒服，或者说对于贿赂他们的对手这个前景感到很不舒服。

毫无疑问，要是各方当事人是在一个运作正常的市场上经营，而不是在被强迫情形下只和对方交易的话，则那些造成协商受阻的障碍将会迎刃而解。市场部分地是由一些指示信号组成的，这些信号包括什么时候、什么地方以及什么东西才是适合于交换；他们是在给那些——能够让人们把他们所拥有的物品同金钱进行交换以及把金钱同他们想要得物品进行交换——的认知刹车（cognitive skids）上润滑油。市场也是部分由那些买卖那些看起来很平常的权利所形成的规则构成的。他们将协商的沟通方面特征（communicative aspect）剥离，尤其是其中意蕴深长的社会含义（melodious social meaning），这种含义可以适用于——市场外某人愿意付钱给他的邻居从而让其行为表现更好一些——的那些提议。因此，如果各方当事人是在活跃的市场上进行交易，他们可能对于协商的看法会有些不同。但是这一观点同前面所述及观点很相似：在提出用现金交易时，将会让人蒙受丢脸之羞，这么说不会有问题，假如存在活跃的市场，假如各方当事人对于他们的权利或者协商看法不一，就相当于说协商将没有障碍。同理，说规则不偏袒一定种类的现金出价就相当于说，如果市场运作正常，同公认的道理一样，这就类似于说如果规则不一样的话，他们也就不会成为障碍。

本文研究的局限性以及存在的异议

现在我将就针对本研究中所采用的一些方法提出的异议以及文中得出的一些结论的局限性做一些思考。

诉讼至得出判决的案件

本研究可能被认为存在一种样本抽取上的偏见：本文考察的案件只是那些诉讼至获得最终判决的案件。那些和解了的案件有如何呢？这一点很重要，尽管被定格为抽样上存在偏见，但是它反映了对研究以及相关结论的误解。我不主张就那些和解了的案件提出一些问题或者就这些问题进行回答，因此将他们排除就是对本研究用意所在的一种限制。那些诉讼至得到判决的案件，当然

仅仅只是私害争讼案件冰山之一角，其中的很多案件都是没有律师参与的情形下了结的；剩下的相当大比例的私害案件不是通过诉讼解决的，或者说没有打官司，或者说没有涉及上诉。一些案件打官司打到了终审判决，有时判决结果非常令人痛苦，也就是说各方当事人对于在判决后对尽力进行协商根本就不感兴趣，对此你大可不必感到惊讶。

有可能因此对私害救济的探讨应该从定位于分析各方当事人判决后进行协商做一些重新调整，新的探讨重点应该集中在法庭裁决是以何种方式影响裁决作出后的和解谈判的。这是一个大有可为的想法，但是，这种行动需要谨慎对待。首先，我们根本就不知道私害案件和解解决的模式。我们大致知道民事诉讼中和解结案所占的比例，但是对于私害案件中有多少是通过和解解决的就不得而知了，一旦进入法庭程序，和解就和其他种类的案件一样，打比方说，因为汽车事故引发的案件。在很多重要方面私害案件同大多数其他类型的侵权案件不相同：在典型的侵权诉讼中通常都会涉及损害赔偿金，这通常会让原告别无其他选择，只有要求对方赔钱；既然会易手的金钱的数量是此类案件中唯一的问题，那么本论文所探讨的一些对协商造成的障碍就不会发生。这样的话，不情愿进行交易就不会成为问题。交易是因强迫进行的，并且设置的背景是就 1 美元进行协商。这种情形在私害案件当中是不可能发生的。原告希望法庭给被告颁发禁止令并且希望完全避免强迫交易。这就导致在私害诉讼中，相对于我们在其他地方见到的情形相比，较少出现就现金金额问题进行讨价还价，这是因为各方当事人，如不是必须的话，他们通常会讨厌拿他们所拥有的权利与金钱进行交换的。

在一些达成妥协的私害案件当中，我们对于其中可能涉及的讨价还价以及互相调整的特征，或者对是什么影响那些安排以及
318 影响达到何种程度等等知之甚少。那些妥协涉及现金交易吗？或者那些妥协当中涉及非现金的讨价还价吗？（前述非现金的讨价还价是指即方当事人以其他形式所作出的一些调整[包括被告针对摆脱诉讼所做的单方面调整]）。什么时候各方才会达成妥协呢？如果一个案子诉讼至非要作出判决时，他们对法庭该怎么判

会做何等程度的接近预测呢？对这些事项进行各种假设是很容易的事，但另一方面，对于私害案件各方当事人等到判决后如何行为进行假设也是非常简单的事。

上诉了的案件

在本研究中可能存在另一种形式的抽样偏见，并且这次所用的术语潜在地表现出适当特征：本研究仅仅包括由 Westlaw 以及 Lexis 所出版的，具有法庭意见书的判例，这就意味着这些案件都涉及上诉程序。上诉案件的涉案各方当事人会显得较接受初审判决而不上诉的那些当事人要固执一些；可能后者涉及的当事人所进性的交易是我们本文引证的那些案例中的当事人所没有做的。当我怀疑这是一种强大的偏见之源（换句话说，我怀疑在这些案件当中经办律师们描述的难处与那些诉至得到最终判决，但又没有涉及上诉的案件相比较而言就显得远远没那么可怕）时，我无法将他排除并且无法向读者就其作出标注。

法庭比我们想像的要好得多

对于本研究的另一个可能的解释是，它只是显示了法庭通过经济指示灯（economic light）把其分内工作干得很完美：他们经常将权利安排给那些最珍视它们的当事人，这样就对于各方当事人来说就没有必要再进行协商了。（或者至少法庭只是使用财产权利来保护那些权利安排看起来很有效的案件当中存在的权利。）在此处谨慎行事是很重要的，因为对于效率的可能定义有很多，并且会造成混淆。有一种方式可以对效率进行限定，也就是说如果对权利的安排导致在交易中产生用之不尽的收益，则这种权利安排是没有效率的。假设有那么一个定义，我同意法庭会依常规对这些案件中涉及的权利作出有效安排：这样，不会出现有人从交易中取得将用之不尽的收益，不管法庭是以何种方式对权利做安排；在诉讼中，无论谁胜谁败，胜者以放弃权利后要求对方付出的代价通常比败诉方愿意支付的价金要高得多。可能这是理解这些结果的最佳方式。为了与我所说的不一致，通过对比，我所确认的批评肯定是这样一种主张，即在法庭安排权利的两种常见方式当中，一种会

很有效而另一种则无效;这些本文所引案件中的法庭在安排权利时都很有效率;要是这些法庭没有这样做,各方当事人会在判决后进行交易,或者至少各方当事人的协商就不会被本文所描述的那
319 些障碍所阻挠。如果这种解释是正确的,那么协商的欠缺就会显示法庭很熟练地将财产权利判给那些为这些财产付出最多的人。("法庭比我们想像的要好得多",经济学家们可能会这样说。)

我认为前面所做的说明不是对法庭如何就私害案件作出判决的适当描述,但是此处探讨法庭是否会尽力将私害案件中的权利判给为其付出最多的一方当事人是不会得出太多结果的。因为即使其可以表明法庭不是故意作出如此安排,仍旧有人会争论说法庭有时会无意识地这样做,并且既然我们肯定不知道法庭什么时候会这样判,我们就不知道判决后各方没有能够进行协商是否有意义以及判决后各方没有能够进行协商在什么时候才有意义。但是本论文的意见并不是说无论法庭是否有效或无效地安排了那些权利,各方当事人都会无法进行协商。更确切地说,本文的意见是这种对权利安排的思维方式——在某种意义上将它们评述为"有效或者无效"是有帮助的——但是实际上此处这样使用是没有帮助的,因为"为该权利付出最多的一方当事人"不是一个如同经济模型中所想像的那种很稳定的概念。各方当事人的评价有赖于一定的背景,在该背景中他们被要求进行评价(在什么时间、由谁来进行以及评价是为了什么目的等等问题都会涉及);各方当事人的评价还有赖于哪一方当事人在进行权利安排时是被放在第一位的。

从不同的角度来看,我前面谈到的批评与经办律师们对案件的讲述是不一致的(或者说是对他们的讲述表示怀疑)。经办律师们说他们所描述的协商障碍将会阻止谈判的可能性,即使权利已经以另一种方式得到安排。我所期待的批评家会说律师们是错误的或者总是尽力把他们经办的案件中当事人以及他们自己美化;要是真的存在他们当事人之间的协商,那么这些案子将会以另一种方式作出判决。批评家会说,当传统的交易成本(conventional transaction cost)给交易带来阻碍时,至少交易各方还曾有过进行协商的意愿;这种表述与律师们的刚好相对,它说只有对话,而律师

们则说没有对话可能。同一个相对立的假设——律师们对其客户类似行为的准确感知以及描述——相比较而言，我认为前述论点不那么可靠。此处案件的动态发展（the dynamics of the cases）对于经济模型来说是有些无关，但是它们同人类经验也无关吗？如果双方都讨厌对方并且感觉现金交易在这些情形当中多少有些奇怪或者无礼，则无论法庭做了些什么，那些考虑会使判决后进行各方进行协商变得不太可能——这种假设看起来比较合理。很明显，如果这些案件涉及申请禁止令以对抗流产门诊之外的那些抗议活动（protest outside abortion clinics）：人们就不会希望就法庭判决进行协商，此皆因各方当事人对彼此的感受差不多以及由于他们对争议权利的态度。长期不睦的邻里之间有能力增进彼此共享更广泛具有可比性的态度。他们的律师差不多也是这么说的；但是那么另一方面又是什么证据妨碍了律师们的表述呢？ 320

传统的交易成本

另一个可能的交易成本是这些案件当中真实存在的协商障碍是传统的交易成本：双边垄断（bilateral monopolies），利用别人的慷慨而占便宜的人（freeloader）以及坚持不合作者问题（hold-out problems），还有本文谈得较多的私人信息（private information）问题。前述列举的只是传统的交易成本中的基本要素，它们都是一些可能会阻止协商意图的各种战略行为。在我们所探讨的案件中这些要素显得不是很突出并且不是经办律师们所描述那种问题。此处没有尝试去协商，并且经办律师们通常没有提及对交易造成障碍的战略行为（也许是不敢提及）。

结论

对于本文探讨过的私害案件，其后果提出了很多问题，并且这些问题值得我们进行深入探讨。为什么各方当事人可能会存在经办律师们所描述的那种对金钱交易所采取的态度呢？何种程度上，对于金钱交易的类似态度还存在于其他非市场背景（non-mar-

ket contexts)呢？法律对于类似我们所探讨的案件中的各方当事人的态度应该采取何种立场呢？一种可能是将言行举止的刻毒或者协商规避视为一种交易成本。但是交易成本通常是被定义为对各方当事人有能力去完成他们许诺的协商内容所造成的实际障碍；而在本文提及的案件当中，却没有许诺要完成什么。要将这些协商障碍视为交易成本对待需要一种更加全面的人类行为规范模型，在这种模型当中言行举止的刻毒以及协商规避被认为是那种没有吸引力的、需要法律制度来帮助克服的人类行为。有可能，这种模型被建构，但是它不是经济学家们通常所使用的那种模型。

这些问题的重要性远远超出了私害案件这个范围。私害案件通常牵涉到传统交易成本较低的那些情形，并且那些对其有所述及的故事因此已经应用于一些场合，在这些场合，那些故事被看作是为——法律该如何处理那些交易成本属于被禁止的另外情形——提供了思想渊源。本论文提出的一个主张就是当法律行为人之间的协商变得不可行时，法律应该尽力再创造出一些在协商变得更容易时会出现的结果。但是在交易成本很低的时候，如果情况变成了各方当事人不就他们的权利进行协商(或者如果我们知道他们不会协商，因为我们看到他们拒绝协商是由于——从可行性角度来看，协商根本与交易成本无关)，那么运用法律为各方提供协商机会——这个浩大的工程，在交易成本很高的时候，将会变得更加难于保护。

同时，尽管本论文选用的样本以及采纳的研究方法可能会是多么的谨慎，我还是希望本文所提出的理由将会鼓励对部分经济模型制作者——他们老是提议把财产权利及责任规则用作救济所产生的后果一般化——要谨慎权衡。

第四部分　对法律的需求：为什么法律是现在这个样子

13 有关风险规制的一些认知心理学启示

罗杰·G.诺尔　詹姆斯·E.克里尔

从20世纪50年代开始，一系列有关认知心理学（cognitive psychology）的书籍及文章大量出版[1]，通过这些书籍及文章，认知心理学家们发展了一种有关人们在风险以及不确定情形下（under conditions of risk and uncertainty）如何做决策的全新的描述性理论。这个理论的一个主题就是大多数人不是按传统的决策理论（conventional decision theory）规定的那种方式对风险环境进行评估——也就是说，当他们在选择具有不确定结果的行为时，他们不会寻求将某些功能的预期价值最大化。

本论文的目的就是要对那些旨在控制对生命、健康以及环境造成危险的规制政策有关的认知理论所作出的推断进行思考。第一部分对该理论进行了描述并且将它与传统决策理论之间主要差别进行了概述。接下来的两部分内容依次讲述与该理论的应用有

---

〔1〕 要确认一系列研究的起源通常有点武断，但是我们相信本文开头所做的检思可以在Herbert A. Simon的著作《有限理性》（Bounded Rationality）中可以得见。参见他的著作《人的社会及理性模型》（Models of Man: Social and Rational）（1957）。对此有一个概略性的文章，该文是《不确定情形下的判断：直观推断以及偏差》（*Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Daniel Kahneman, Paul Slovic, and Amos Tversky eds., 1982）。

关的两个中心问题。首先，如果人们是按认知心理学家们所描述的那种方式来行为的，那么它该如何通过政治制度形成公众对风险规制的需求呢？以及如果公众是以传统决策理论学家们所设想的方式进行行为，那么这些需求可能会如何（如果实在如此）同那些所期待的需求不一样呢？其次，如果公众所作出的需求如同认知理论所预期的那样，那么他们的行为将可能如何（如果实在如此）影响政治参与者所作出的规制回应呢？

这些问题在有关风险评估的著述中并非全新话题，但是我们的研究方法对于他们来说是全新的，因为我们寻求的是要整合认知心理学家们所提出的“不确定情形下的决策理论（cognitive psychologists' theory of decision making under uncertainty）”与政治经济学家们提出的“在代议制民主制度下的政策制定及执行理论（political economists' theory of policy making and implementation）”。直到如今，认知心理学以及风险规制方面的著述大部分是聚焦在两个方面：（1）对用于评估风险以及对它们的政策回应的规范标准进行重新规定[2]，（2）检视公众对风险政策问题的观点是如何受到那些问题产生方式之影响的（以及可能的被其控制）以及在政治学领域是如何被探讨的。[3] 第一类工作的主要目标已经强化了风险分析的方法；第二类工作的主要目标已经深化了我们对政治辞令
326 是如何影响信息发布这个过程的理解。[4]

我们的关注点是不一样的。我们寻求确认，在一个民主社会里，公众对于风险的态度是如何影响那些不同种类的、即将实施的风险规制方案的（前述风险规制方案是在假设政治官员为了寻求选举安全会想方设法满足选民们的偏好时而作出的）。我们所面临的这个问题有点让人进退两难。一般说来，像实际生活一样，政

〔2〕 例如，可参见 Paul Slovic, Baruch Fischhoff, and Sarah Lichtenstein, Regulation of Risks: A Psychological Perspective, in *Regulatory Policy and the Social Sciences* 241 (Roger G. Noll., 1985)。

〔3〕 例如，可参见 Baruch Fischhoff, Ola Svenson, and Paul Slovic, Active Responses to Environmental Hazards, in 2 *Handbook of Environmental Psychology* 1089 (D. Stokols and I. Altman eds., 1987)。

〔4〕 例如，可参见 George A. Quattrone and Amos Tversky, Contrasting Rational and Psychological Analysis of Political Choice, 82 *Am. Pol. Sci. Rev.* 719 (1988)。

治这东西本身就是具有风险性的交易。假如认知心理学家在描述人们如何感知以及对其福利构成的危险作出决策方面是正确的，那么他们的模型还有可能会完整用于政治参与者——那些抱有警觉的参与者，毕竟，他们的政治决策将对他们期望确保再次当选或者另外拓展他们的职业生涯等将产生（不确定的）影响。作为选择，政治竞争会可能致使那些运用决策理论的人较那些依认知理论所描述的方式行动的人会赢得更多的选举。要对我们提出的这些问题的进行全面处理，就必须思考，与传统的观点相比，认知理论是如何改变我们对民众以及被选举的官员以及二者的行为的理解的。

对于现在来说，尽管这个任务是极具挑战性，但是我们选择继续假设——在认知理论准确地描述了民众是如何针对给他们的生命以及健康造成的风险作出决策时，传统的决策理论可能会很恰当地应用到政治参与者算计针对民众要求的行动中来，从而作出最佳回应这个问题上。此处，我们要先声明一点，这一点会在我们的结论部分进行详述。认知理论提供了很多对人类行为以及规制理论的明显洞察，它们同有关规制的经济学与政治学标准决策理论模型（standard decision-theoretical model of the economics and politics and of regulation）所提出的那些人类行为及规制政策相比存在差别或者相距甚远。这些洞察源自实验以及调查，其中有一些是矛盾的，因为它们目的不一样。我们此处不想尝试对该洞察的效力及正确性作出评价，我们主要关心的是如何对其进行描述以及做详尽阐述，尽管我们受到很多与传统分析相一致的认知理论带给我们的直观推断。换句话说，尽管认知理论在假设人们如何感知风险以及相应地就风险作出反应上是很新鲜的，但是该假设本身对规制政策的推断而言则几无新意。

认知决策理论

本部分我们的目的只是要描述由认知心理学家提供的实证发现，那些发现同传统的决策理论的一般假设是不一致的。我们不

会详尽处理其他尝试，以便将认知理论同标准决策分析结合起来（standard decision analysis）。[5] 而且，我们对认知心理学家提供的观察资料——与人们如何将事件评估为他们提出的风险细节之功
327 能有关——不会给予关注。（这些例子包括基于对不同风险类型之间的差异所做的评价，这些风险类型有自愿的与不自愿的[voluntary v. involuntary]、可确认的与统计的[identifiable v. statistical]以及集中的与分散的[concentrated v. diffuse]等等。像这样的一些因素——最后取决于人们关注最多的风险属性——可以很容易地，如果同义反复的话，含括于传统决策理论模型之内，尽管它们一般不是这样。）

我们关注的中心是认知理论的三个基本要素：前景理论（prospect theory）、直观推断以及偏差。前景理论指一系列有关的假设，这些假设是与用于描述个体如何评估风险结果的函数（functions）的数学形式有关；认知理论学家将这些假设作为备选项用于决策理论的数学形式。直观推断以及偏差指的是人们解决复杂问题的认知捷径。该捷径会促成“错误”，要是从——它们会导致决策次于那些要是没有使用捷径也会作出的决策——这层意思上来说的话。对于捷径的使用并不必然是不理智的行为，尽管如此，它还是节约了信息处理（information-processing）以及决策分析（decision-analysis）成本。如果由直观推断以及偏差导致的差错平均来说是十分之小，并且如果信息及决策成本十分之高，那么决策的使用将对决策者产生净收益。认知反常（cognitive pathology）是系统的、反复决策方法（非随意差错），只不过这些方法不理性以及存有错误。它们形成了预设以及计算方法（presupposition and calculation methods），这些方法不会保留在信息及决策成本上，并且它们可能会预期给决策者造成损失。

在将认知理论的这些基本要素同传统的决策理论进行比较时，我们不是试图要将它们已经在著述中得到确认或者多有论及

---

〔5〕 Mark J. Machina 已经写过一篇有关这方面的文章，这篇文章是一个信息量大调查。参见他的著作 Choice Under Uncertainty: Problems Solved and Unsolved, I *J. Econ. Persp.* 121 (1987)。

的各个方面全都涵括于其中。相反，我们将尽力俘获认知理论的本质所在，所采用的方法是通过揭示其基本要素以及详细论述对于风险管理策略（risk-management policy）具有最重要启示的那些方面。

我们比较处理的底线是传统的预期效用理论（conventional expected utility theory），该理论具有如下核心假设。[6]

第一，人们评估任何行为是根据该行为所生产的福利水平来进行的。福利通常被概念化为效用函数的不可衡量值，效用函数的论点是对经济变量，诸如财富、收入、或者消费等等进行量化衡量。效用函数典型地被假设为遵守减少边际效用法则，该法则意味着决策者对风险的厌恶。

第二，如果行为的结果不确定，人们就会根据该行为的预期价值对该行为进行评估。要进行这种评估，决策者首先就要预想结果是一系列相互封闭的、集体包含的事件，然后给每一事件分配一个针对这一事件展开的而又遵循概率法则的相对可能性（relatively likelihood）评估。接着，决策者就开始计算所有假定行为的可能结果之期待价值，或者概率加权总和（probability-weighted sum）。 328

第三，充分利用可得到的信息，就对每一行为结果的概率以及值的估测做有效计算。例如，根据贝叶斯法则（Bayers's Rule），关于可能结果的新信息会导致对概率的重新计算。

对这三个假设形式化表述方便于将预期效用及认知理论进行比较。假设某行为会导致三种可能的财富结果 X，Y 还有 Z，其概率分别为 p，q 以及 r，当 $p+q+r=1$ 以及当 p，q，以及 r 均为正的时候。设 $v(\cdot)$ 为财富的赋值（效用）函数。为了决策分析之便，对正被考虑行为赋值，V 的值，是由下面公式赋予的：

$$V = pv(X) + qv(Y) + rv(Z)。$$

而且，如果某水平的财富 W 符合下面公式：

$$V = v(W),$$

那么，由于减少边际效用法则，则有：

$$W < pX + qY + rZ。$$

---

〔6〕 要比较预期效用理论的主要假设以及认知理论的诸多内容，请参见前引注 5。

假设存在某种情形，如果会发生，该情形则意味着最终的财富状况将会要么是 X 要么就是 Y。如果该情形发生，那些财富状况的概率必须重新计算出来，并且它们新的值是 p′，q′以及 r′，有

$$p' = p/(p+q), \quad q' = q/(p+q), \quad r' = 0。$$

那么，该行为的修正值就变成了：

$$V' = [pv(X) + qv(Y)]/(p+q)。$$

最后，一个很重要的财产决策理论就是该赋值过程展示了理性预期。本质上，这意味着要么已经被预测出来要么同随后行为发生的结果无关联的介入事件将不会改变决策者对随后行为的选择。下面有一个正式例子（formal example）将证明它对比较目的很有用。假设决策者选择两个行为之一，A 以及 B，分别赋值 V_A 及 V_B，设 $V_A > V_B$。再假设决策者面临两个问题，这两个问题相同，除了在第一个问题中对这些行为 A 和 B 进行了上面那样的赋值外，在第二个问题中每个行为的值是可以获得的，只要一些其他的事件发生（其概率为 p）。在第一个问题当中，决策者选择行为 A 因为 V_A 大于 V_B。在第二个问题当中，期待价值就会是下面这样的：

$$V_A^* = pV_A + (1-p)0,$$

和

$$V_B^* = pV_B + (1-p)0。$$

很明显，如果 V_A 大于 V_B，那么 V_A^* 也会大于 V_B^*，这样，对行为的选择就有独立于可能介入的事件。决策者会作出同样的选择，不管是决定对 A 和 B 进行选择是在事件发生之前还是之后。其前提是对于两个行为的相对值该事件没有提供任何信息。

认知心理学家对于上面简单描述的传统决策理论模型的批评有三个要素。第一，实证证据表明人们对前述形式 v（X）的结果使用估值函数。第二，其他的实证证据表明对行为的决策不是基于从叙述角度来说，该估值函数的更加确切形式而得出的概率加权总和（probability-weighted sums of even descriptively more accurate forms of the valuation function）。第三，人们没有按照贝叶斯法则以及理性期待所描述的那种方式对于新的信息作出回应。

结果估值函数(Outcome Valuation Functions)

从认知心理学家的实验性证据可知,他们假设估值函数不只是被行为结果所整除(contain)。因此,他们提出一个展示"参照效应(reference effect)"的函数,此时结果函数有赖于结果所创造的现状中所出现的符号以及数量(sign and magnitude)变化。[7]

参照效应有两个要素,即损失规避(loss aversion)以及反射效应(reflection effect)。[8] 损失规避是指人们通常会把附加的负值归于一个结果,如果该负值代表了一个与现状相反的变化的话。于是,估值函数就包含了现状、变化的方向以及变化的量,并且拥有基数 Y 以及变化的 X 的财产权(and has the property that for baseline Y and change X),

$$v(Y, 0) > v(Y + X, -X)$$

反射效应是从与损失规避相反的方向发生作用的,但是它们从来都不会完全抵消。假定对于收入增长来说,v 遵循边际效用递减规则;那么对于收入降低来说,v 则表示增加的边际效用。因此,从描述角度来说,人们对收益存在风险规避,但是为了损失却愿意去冒险。试假定,概率为 p 的抽彩中奖活动处于某个财富水平(Y + X)以及在财富为 Y 时的概率为(1 - p)。根据认知理论,肯定有某个水平的财富 W,它介于 Y 以及 Y + X 之间,如:

$$v(W) < (1-p)v(Y,0) + pv(Y,X),$$

和

$$V(W) > (1-p)v(Y+X, -X) + pv(Y+X,0)$$ 330

采用传统的决策理论,这两个方程式的右边就会缩至(1 - p)v(Y) + pv(Y + X),这样这两个不等式不可能同时是正确的。

另一个认知心理学家所提供的观察资料是:人们在评估产出价值的时候不是特别有效(people are not particularly effective in estimating outcome values)。这个过程会受到一种叫做编码(coding)

---

〔7〕 参见 Daniel Kahneman and Amos Tversky, Prospect Theory: An analysis of Decision Under Risk, 47 *Econometrica* 263, 286—288(1979)。

〔8〕 同上,第 268,287 页;Quattrone and Tversky,前引注 4,第 720—721 页。

的现象影响，而通过这个过程人们可以从对结果进行描述发展到对该结果赋值，或者使用各种各样的直观推断将它们用做估值捷径（valuation shortcut）。[9]（其意思是指人们对于替代物喜欢尽量避免做过多思考，因此他们会想尽办法将这个过程简单化。）尽管编码包括很多方面，其中有两个在思考对风险的行为回应方面特别重要。其中一个就是代表性直观推断（representativeness heuristic），它是指对前述情形进行类推推理的一种倾向或者趋势。[10]因此，如果基于表面观察，结果 Y 就会看起来同结果 X 接近，人们倾向于设定 v（Y）= v（X）。当结果能够以单一维度（a single dimension）适当地进行表示，这样做就不是特别有问题；然而，代表性直观推断就比较麻烦，当结果具有诸多属性时，因为仅基于一些属性就将这些结果视为等同会导致赋值出错。而且，因为差错会随着实际考察的属性的函数发生变化，这些差错本身就很随意而且在没有系统的调查方法可用时会变得无法预测（但是当有系统的调查方法使用时，就可以对其进行预测了）。

编码的另一个重要方面就是通过使用舍去成整数（rounding）[11]以及比率差原则（ration-difference principle）[12]略去小的差额。舍去成整数是指将某些非整数的数量视为与它们最接近的整数（例如，49 以及 51 都很接近 50）。比率差是指将数量的变化以百分比表示并且将大数的既定百分比当作小数的同样百分比。

认知心理学的产出估值理论当中有一个重要的基本要素被称之为框架效应（framing effect）。[13] 人们评估产出的方式有赖于结果是如何被特征化或者被表示出来（或者“被框定”）的：这是收益还是损失呢？它是一系列小变化的结果还是一个总体大变化的结果呢？与被衡量的变化形成比照的基数（baseline），在被狭窄限定时，会使该变化用百分比表示时数值显得大一些，或者该基数被宽

〔9〕 Kahneman and Tversky，前引注 7，第 275 页。

〔10〕 参见 David Grether，Bayes' Rule as a Descriptive Model：The Representativeness Heuristic，95 *Q. J Econ.* 537（1980）。

〔11〕 Kahneman and Tversky，前引注 7，第 275 页。

〔12〕 Quattrone and Tversky，前引注 4，第 727—728 页。

〔13〕 同上，第 727—730 页。

泛限定时，会使该变化用百分比表示时数值显得小一些？用经济方法进行分析，适合计算行为成本进行的对应概念（concept）是指采取该行为之前得出的收益（机会）的值，而不是下一个最佳替代的值。在处理一定成本及收益时，当然，涉及某行为是“现时的（status quo）”（因此就有了机会成本的来源）以及“提议的行为（proposed action）”（因此就有了受益的来源）的那种惯例是不重要的。但是，当收益及成本不确定时，认知决策理论会预言显示惯例 331
（convention of presentation）或者说框架的确作用很大。

对行为值的计算（The Calculation of Action Values）

认知决策理论还主张根据结果的期待值来对行为进行赋值是不正确的做法，即使是在估值函数被改变以便将前面已述及的原因考虑在内时亦如此。该主张有两个主要要素。第一个是人们通常会系统地错误预测概率。第二个是放在结果上的权重与他们估计的概率不相等。

第一个主张是基于对很多情形的考察，这些情形指人们在估算概率时没有最大限度地利用可得到的信息。在这方面有一个持续的错误之源，它产生于易得直观推断（availability heuristic），借此，人们在对事件的概率进行赋值时会因为某事件类似于脑海里正在考虑的事件而受到影响。[14] 类似事件可能很容易记起，因为它是最近才发生的；例如，刚刚听说过飞机失事的人，一旦有人提到飞机失事，他很有可能会马上想起那起刚刚听说的飞机失事。或者一个类似事件也有可能很容易出现在人们的脑海里，即使该事件已经发生很久，但是由于存在记忆筛选，打比方说，快乐的记忆（思乡病）。就是因为这种方式，人们会认为老电影比那些新电影好看，因为他们所有能够记起的老电影都是那些好电影。另一个差错之源是锚定或者说是固执先见（anchoring），它是指一种拒绝去改变（达到贝叶斯法则所要求的程度）概率估计的倾向，特别是在该概率估计已经形成，而相关的新信息行将披露时。[15] 最后，

---

〔14〕 参见 Slovic et al，前引注 2，第 245—247 页。

〔15〕 参见 Grether，前引注 10。

差错的第三个渊源来自过于自信(overconfidence):人们倾向于低估他们自己的知识以及判断不完善的程度。[16] 一个重要的关于过于自信的例子就是忽视可能的事件及会影响行为值的结果,然后(因为所有的可能性归结到一点)高估与的确想起来的结果有关的概率。

概括来说,人们倾向于高估结果的概率,如果一个事例最近引起了他们的关注,或者要不然很容易为他们所记起,如果最近的信息表明结果已经希望不大,或者假如大量的其他结果可能会发生但是每一个本身都非常不可能并且不是经常让人记起。概率倾向于被低估,如果这每一个例子的反面就是该事例的话。

一旦人们形成了概率评估,认知决策理论认为他们不会直接运用这些概率评估去计算行为的期待值。取而代之,他们将假设他们在使用另一套加权那样来行为。而且,被使用的确切的加权
332 方法将有赖于所要作出的决策的特性。这些思想集中到一块就形成了所谓的前景理论。[17]

前景理论是以提出应用于评估行为/给行为赋值的加权是如何计算开始的。如果 p 代表某人对于一个概率的实际值的确信(有可能计算得不正确,正如前面所述),那么 P(p)就是将 p 转换成应用于计算某个行为的值 V 的那个权重函数(functioning)。总体上,P(p)具有余下特征。[18] (1) 如果 p 非常小,P(p) > p;要是没有其他 p 的话,则会有 P(p) < p。(2) 非串连(nonconcatenation):对于概率 p 及 q 来说,则有 P(pq) > P(q)P(p),此时 p 的值小;但是 P(pq) < P(q)P(p) 时,则相反。(3) 次确定性(subcertainty):如果 p,q > 0 以及 p + q = 1,则有 P(p) + P(q) < 1。(4) 确定效应(certainty effect):P(0)以及 P(1) = 1。在特性 1 和 2 当中,"小的"的定义不确切,但是通常被认为是用于接近低于 10% 的概率。

对这些假设的推断如下:首先,人们行为时,好似他们认为低

---

〔16〕 参见 Slovic et al,前引注 2,第 247—248 页。

〔17〕 参见 Kahneman and Tversky,前引注 7。

〔18〕 参见 Kahneman and Tversky,前引注 7,第 275—276,280—284 页。

概率事件更有可能，当然这是相对于他们自己对概率的暗示之信任而言的。可是，对所有其他稍大一些的，但是小于单位 1 的概率来说，他们行为时，好似那些事件没有他们相信的那样可能会发生。而且，如果某事件的既定概率是不确定的一个来源之结果，人们行为时，好似该事件更有可能发生，当然这是相对于假设该事件是不确定的几个来源之结果，但是却拥有相同的连接/串连概率（concatenated probability）而言的。从概念上来看，非串连暗示着人们将增加的折扣用于连接/串连概率，因为从具有同样主观概率的单一事件角度来看，相比较“只有一种损失方式”而言则“存在很多损失的方式”。最后，次确定性是一种机制（mechanism），通过该机制风险规避可以进入行为赋值，而不是通过结果估值函数。不仅估值函数满足“损失规避”，以及对于收益，减小的边际效用也适用，而且，还有结果的加权总和会被一种趋势远远压低，该趋势倾向于把它们的加权总和低于它们实际的概率。

前景函数 P 的两个其他推断具有潜在重要性，但是在有关前景理论方面的著述中却没有被检验过。其中一个推断是指次确定性的程度（也就是说，单位 1 和加权总和之间的差额）不是完全独立于从概率中获取的值。函数 P(p) 的一般形态是被假设成线性的（linear），除了满足所有加之于其上的条件外，该函数必须具有一些非线性（区）域。打比方说，P(p) 相对于 p 的低值肯定要相对固定一些，但是相对于 p 的高值来说，为了满足所有加之于其上的条件（如我们前面所探讨的那样），则 P(p) 的变化会更加急遽（more steep）。这就暗示着，对于具有非常不可能发生的事件，外加一些高概率的事件特征的抽彩中奖活动而言，其在结果上的加权总和会随着不可能事件概率的增加而下将。因此，人们行为时，好似他们给抽彩中奖活动的实际期待值赋了一个近似值，如果其中包含了一个极不可能的事件的话。因此，当所有事件被视为足够可能发生，对于所有的结果来说则有 $P(p) < p$，那么 P(p) 函数所暗示的“额外”风险规避相比较而言就大得多。 333

P(p) 函数的假定形式中另一个没有被提及的方面是它起作用时的方向与过于自信假设的方向相反。明确地说，就是：如果结果加权的总和小于单位 1，从行为上来说，该效应就好似决策者已经

将一个正向概率付给了另一个可能的、但是没有纳入决策问题的结果。这个“虚构的(phantom)”结果所赋之值不必然为零,但是要对此问题进行深入探讨就需要检视前景理论是如何假设将加权及结果融入到行为估值的。

与传统决策理论相反,前景理论没有假设行为只是简单地通过将结果的加权值相加来进行估值的。只是在假设至少一个可能的结果保存了现状,或者假设至少两个结果承载了带有相反征兆的现状所产生的变化的时候,决策者才会与计算期望值类似对一些行为进行估值。在这种情形下,如果某个行为导致现状产生了三个可能的变化 X,Y,和 Z,它们的概率分别为 p,q,和 r,且(p+q+r)=1,那么假设 I 就代表现状,就可得该行为所赋的值为如下:

$$V = P(p)v(I,X) + P(q)v(I,Y) + P(r)v(I,Z) + [1 - P(p) - P(q) - P(r)]v(I,0)。 \quad (1)$$

如果某行为导致了现状都在同一方向发生变化的结果,那么决策者就会按如下程序继续:首先,他们会决定哪种结果牵涉到与现状偏离最小。其次,他们会假设涉及最小偏离的结果将肯定会发生。接着,他们就像对现状的不确定偏离那样,去计算其他结果的值。这个程序的效应就是要夸大由结果所导致的最小偏离而产生的行为值的相对基值(relative contribution)。最后,对于一个涉及元初位置 I 的行为来说,现状的三个可能变化(X,Y,以及 Z,它们都要么是绝对正的,要么是绝对负的,并且在其中 X 的绝对值最小),以及其概率分别为 p,q,和 r(其和等于 1),前景理论会提出根据下面的公式计算这些行为就可以得到估值:[19]

$$V = v(I,X) + P(q)[v(I,Y) - v(I,X)] + P(r)[v(I,Z) - v(I,X)] + [1 - P(q) - P(r)]v(I,0)。 \quad (2)$$

前面两个公式都具有一个共同特色,那就是它们都给现状加权,尽管小前提是,现状是持续的概率是零。从技术层面上来讲,这看起来创造了一种与该理论不一致的逻辑,因为确定性效应需

〔19〕 同上,Kahneman and Tversky,第 276 页。

要 P(0) =0。然而,这个确定性效应的例外反映了该理论的另一个基本要素,即参照效应,根据参照效应所有不确定行为的值都有 334
赖于决策者对现状所赋予的值。

等式(2)的推论是与现状相距最小的结果与 P(p)相比,被更多加权。其原因是若存在次确定性,则有 P(p) <1 - P(q) - P(r);然而,在第一个表达式里,后者的加权被隐含地赋给了 v(I,X)。如果 q 及 r 都"不小"的话,这就意味着赋给 v(I,X)的加权比主观概率(subjective probability)要大得多。如果 p"小"的话,那么 v(I,X)就被双倍超量加权了,这部分是由于 P(p)大于 p,以及部分是因为[1 - P(q) - P(r)]大于 P(p)。最后如果 q 或者 r"小"的话,给最小变化的隐含加权可能会大于或者小于它的主观概率。其原因就是给低概率事件的超量加权就是要在未知程度上通过估值函数中对 P(p)的代换加以抵消。

前面所做的考察之意义(bearing)就在于,如果行为的结果牵涉到损失,那么两种类型的结果在行为的赋值中就被赋予过多加权。首先,对于损失小的结果来说,就会发生可能被称为"乐观效应(optimism effect)"。假设一系列可能的大灾难,在其中的一批糟糕的灾难中程度最轻那场大灾难倾向于对行为的赋值产生非常大的影响。其次,正如前面所强调的那样,具有至少一变量值不为零的(nontrivial)/非平凡的概率特征的、大的灾难性结果将会被过低估值(undervalued),对应地,具有低概率特征的、大的灾难性结果将会被过高估值(overvalued)。注意一点,在第二种情形,对于损失的估值函数已经具有了鼓励冒险行为的样态(shape),因此行为赋值过程会增加人们愿意接受相对高的或然率(chances)的可能性,尽管存在有面临大损失的风险。

当事件没有产生具有同样征兆的结果的时候,估值函数具有相近的但是稍微有些不同的蕴涵。如果一个替代,打比方说是 X,其值为零(也就是说它保持了现状),那么第一个公式对现状赋予一个加权 1 - P(q) - P(r),该加权不仅比 P(p)要大而且还比 p 要大,要是 q 和 r 都"小"的话。两类似是而非的行为—结果关系适合于这种情形。在第一种类型当中,行为可能兼具收益与损失的"大(large)"概率,在这种情形中,两种结果相对于现状来说都相对

地被低估了。这就存在抵消风险规避的效应(包括损失规避);然而,它却没有与愿意去展开这个行动有关的、必要蕴涵。在另一个行为—结果关系中,有所谓的浮士德式交易(Faustian bargain),即在这种交易中获得小收益的高概率是与低概率的大灾难紧密地联系在一起的,而后者相对于前者来说(这种情形可以被称为"悲观效应")是被高估了。注意,那么前景理论就有一个非常有意思的蕴涵:人们可能极端倾向于避免那些兼有好坏两种结果的行为,但是当面对肯定会出现损失时,他们可能就会极端倾向于采取一些
335 与合理的大或然率灾难结果有关的行为。

从前景理论推导得出的一个重要预见就是对"概率保险(probabilistic insurance)"的规避,其意指某行为可以减小但是不能消除损失的可能性。[20]

总之,该理论预言了对保险的厌恶,皆因针对损失的估值函数的冒险样态之故(because of the risk-taking shape of the valuation function over losses)。而且,因为保险将风险从一个结果是好的情形(损失为零)转换成所有结果都承担一定损失的情形(其中最小的损失就是保险费的损失),损失规避的存在,并且在前一种情形,对现状的超量加权会进一步减轻保险。[21] 加之,如果概率保险将一个"大"风险降至"小"风险,对坏结果的加权将不会同其降低了的概率那样成比例减小。由于所有的这些原因,人们倾向于根本不买保险或者要买就买那种对全部损失都承担保险责任的保险品种。尤其是,那种将损失概率从合理大的降至非常小的保险将会相对被过低估值。当然,在此,"报险"可能意味着任何代价昂贵的、可能降低糟糕事件发生几率的行动。

前景理论还预言了行为与理性期待观念的不一致。这点可以通过一个简单的例子得到证明。假设某人的原初位置为I,并且他对X的确定性或者Y的或然率p不太感兴趣,这就意味着$v(I,X) = P(p)v(I,Y) + [1 - P(p)v(I,0)]$。(在这个例子当中,我们将

---

〔20〕 同上,Kahneman and Tversky,第269—271页。

〔21〕 参见 Howard Kunreuther et al., Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons (1979)。

减小自变量 I 以便使计数法[for the ease of notation]变得更容易。)现在试想某情形中存在有两个或然性事件。在第一个事件当中,某人要么接受概率 q 为零,要么接受概率为(1 - q);要经历第二个事件的或然率,其要么接受 X,要么是 Y 的概率为 p。在 X 与 Y 的概率 p 之间进行的选择必须是在第一个事件的结果得到监测之后进行的。在这些选项当中进行挑选需要比较下面这些值:

$$Vx = P(1-q)v(X) + [1 - P(1-q)]v(0),$$

和

$$Vy = P[(1-q)p]v(Y) + \{1 - P[(1-q)p]\}v(0)。$$

如果 Vx 及 Vy 是相等的,正如理性期待理论所要求的那样,那么通过再次排列,下面的等式必须成立:

$$v(X) \overset{?}{=} \frac{P[(1-q)p]v(Y) + \{1 - P[(1-q)p]\}v(0)}{P(1-q)}。$$

但是从第一个问题,

$$v(X) = P(p)v(Y) + [1 - P(p)]v(0)。$$

于是,两者的关系得以成立,则只有在: 336

$$P[(1-q)p] = P(1-q)P(p)。$$

但是这违反了前景理论的非串连特性,因此两个等式都不可能成立。

前述例子的重要性就在于此。在一些情形中,如果他们必须决定是玩抽彩中奖游戏还是想得到一定的结果,他们可能会表示出相反偏好以及在知道该承诺是否将永远等同于一定结果之前(in advance of knowing whether the commitment will ever amount to anything)决定购买彩票。但是之后,如果事件显露出他们的选择带有方向性以及他们的承诺是受限制的,那么他们将后悔没有当时接受一定的结果。该启示就是:人们倾向于在风险可能还没出现之前不提前对其进行保护,即使是在风险的确出现的时候,人们将后悔他们的决策,尽管安全且具风险性选项的客观的相对价值(the objective relative merits of the safe and risky options)没有受到影响。

有关风险规制需求的推论

要思考——有关风险情形中的决策方面的认知理论是如何转化为对政治行为的需求——这个问题时，我们必须首先详细说明政治过程理论(the theory of political processes)，该理论将民众偏好描绘成了代表政府官员行动的诱因。我们将首先探讨多数规则选举过程中的"积极反应"(the "positive responsiveness" of majority-rule electoral process)的蕴涵，然后修正对"动员偏差"考虑的处理(the treatment to take account of "mobilization bias")。我们对两种情形的研究兴趣将集中在两个疑问上：首先，从认知理论的观点来看，民众的需求是如何偏离传统决策理论所预测的那些需求的？其次，随着时间的推移，什么类型的决策尤其容易受到偏好逆转可能性的(the possibility of preference reversal)影响？第二个疑问与一定的背景有关，在该背景当中，即使围绕政策选择的客观情形没有发生变化，民众却改变了他们对某些政策适当性(the appropriateness of some policy)的想法。这些情形对政府官员来说特别重要，因为是他们导致了与民众需求的暂时不一致的可能性存在。处于这种背景中的政治领袖，必须对今天失望了的民众同明天那些民众的偏好发生变化时，还让他们失望之间进行权衡，政治人物如何应对这些问题将是我们下一章节所探讨的主题。

纯粹多数规则的民主：积极反映

多数规则决策程序的一个特征是政策被接受的可能性随着民
337 众总体对其支持度的提高不会降低，该特征被称为积极反映。[22]在分析认知决策理论的政策启示时，我们首先集中在该特征上。我们将不会范围广泛地处理多数规则的另外一个主要特征——基础的不稳定性(fundamental instability)。总体上，一套成对的、多数规则表决机制的结果有赖于选择得到考虑的特定顺序。[23] 要是在

---

〔22〕 参见 William H. Riker, *Liberalism Against Populism*, 第三章(1982)。

〔23〕 同上，第五章。

顺序上没有限制，多数规则通常会导致基本上任何政策结果以及任何一时获得支持的政策在下一次选举当中将会被打败。[24]

对于我们的目的来说，选举机制的不稳定性之重要性是它为规避风险的投票者以及政治领袖提供了设计政治制度的诱因，在该政治制度中政策一旦被接受则很难被改变。这种观念，可被称之为"结构导致的平衡或结构性平衡（structure-induced equilibrium）"[25]，它已经被当作是一个针对美国联邦体制复杂性（多元独立层次的政府、联邦架构中的权力制衡）以及程序化管理选举及立法过程的基本原理。关键的一点是旨在同多数决则民主的内在不稳定性作斗争的政治制度也削弱了对民众偏好发生变化的政策反映性。于是，如果民众展示了在有关风险规制的偏好中的暂时不一致，对政策的修改就不会完全的反映这些偏好的变化。

第一种类型的风险管理问题的产生涉及正在进行的、受重视的活动，该活动也具有造成严重损害的可能性。在此，认知理论指出，较之于该活动的期待价值来说，人们倾向于更加高度地重视该项活动，只要破坏性事件发生的几率不是太低。他们将会冒那种传统决策理论认为不可取的风险。但是，要是破坏性事件的概率变得非常之小，相反的结果将可得到。人们会寻求终止传统决策理论认为应该继续的那种活动。从决策理论角度来看，其总体效应是冒了太多高概率风险和太少的低概率风险。

该效应影响了改善风险的开支，也就是说，影响了承载着某种会减少破坏概率或者破坏规模的措施之成本。总之，随着破坏事件概率的上升，同样地，民众愿意为改善该情形而花费的金钱数量也会增加。但是，与传统的决策理论不一样，相对于破坏事件概率的上升比例来说，民众花钱去改善可能的破坏事件的乐意度会上升得不是那么快。从决策理论角度看来，民众愿意花相对多得多的金钱在低概率事件上，若是同那些高概率的事件相比的话。

如果前述偏好是基于准确的概率评估以及产出值之上，那么

---

〔24〕 参见 Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951)。

〔25〕 参见 Kenneth A. Shepsle and Barry R. Weingast, Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice, 37 *Pub. Choice* 503 (1978)。

它们就不可能向那些政府官员们展示暂时的不稳定问题。从本质上来讲，这些不同类型问题的产生是因为真正的偏好会持续不断
338 地、系统地脱离那些源于对传统决策理论运用的评价。在这种情形下，破坏性事件出现的频率与其客观概率保持一致不会造成一个民众对于处理该事件的政策的评估会随着时间的推移而发生变化。

如果民众的偏好受到前面述及的认知反常形态，诸如易得性、锚定或固执先见、代表性以及过于自信等的影响，那情况就会发生变化。某破坏性事件的发生（或者没有发生）可能会改变对概率的估值、对结果的赋值或者两者皆有可能被改变。而且，偏好很有可能会随着时间的推移而发生改变，其改变的程度是可以预测出来的。

打比方说，假设易得性效应——其可预测出人们将会系统地对事件的发生概率进行过高估值，如果类似事件很容易被记起，但是也会系统地对它们过低估值，如果相反的话。其推论就是：立即追随一个大量被报道的灾难，民众将反常地极力要求政府为避免灾难的再发生采取行动，但是正如关注补贴一样，民众对于政府行动的要求也是如此。

前景理论的一个有趣推论是暂时的不稳定对低概率的事件来说不算是个问题。其原因是加权函数 P(p) 对于 p 的变化不太敏感，当 p 小的时候；如果民众由于最近的经历而改变了他们对 p 的估值，那么与风险处理有关的政策的估值就会发生相对微小的变化。于是，与低概率事件有关的政策很可能对潜在风险的感知方面的变化，较之于应对更有可能发生的事件的政府政策来说会遭到更多抵制。

与风险规制有关的另一系列问题与认知决策理论中对理性期待的违反有联系。设想决定去开发变化速度快的新技术，特别是在经历了研发（R&D）阶段之后，该技术要么通过一种高风险形式（虽有高额的经济回报，但是亦有可能会导致大灾难），要么通过一种安全形式（回报少但是风险低，或者几乎没有风险）来完成。经过研发（R&D）阶段之后，有一种可能就是推迟开发决策。另一种可能就是在研发（R&D）阶段期间在安全或者风险形式之间作出决

策。第一个战略就是在了解到该技术在商业上会受到追捧之后，允许对安全作出决策；而第二个战略则需要在商业可行性确定之前，对风险决策作出承诺。正如前面所探讨的那样，商业开发可行性的不确定性之介入可能会导致颠倒对安全及风险选项的选择，例如，经历了研发(R&D)阶段之后，尽管有关风险属性及改善它的成本方面的新信息还没法得到，公众将会后悔研发(R&D)开始之前所做的承诺。

此处的潜在不一致可能会导致后悔作出的任意选择。依据过去发展情形分析，那种安全替代也可能让他们后悔，因为要解决商业开发可行性的不确定性就会增加风险选择的期待值。想想，在低端(at the low end)，客观概率的上升会导致针对选项估值的结果 339
加权低于成比例的增长，然而，对于更高的概率，这种关系将更加接近成比例。对于这种再常见不过的情形，高概率的无事故，低概率的破坏——风险决策，在商业不确定性解决之前将会如期待的那样表现出更大的谨慎，当然这是同商业不确定性解决之后而言的。这就为在通常情况下，为什么对许可新的商业企业的态度较之于对已经建立起来的那些企业要谨慎得多的原因提供了理由。

但是偏好颠倒也可能通过其他方式发挥作用。存在这样的现实：刚开始，新技术可能被视为抽彩中奖一样，兼有好坏两种结果；而在该技术已经就位时，所有的结果都可能会被视为是有利的。原因就在于，起初，如果该技术变得商业开发不可行，人们就会认为研发(R&D)成本会损失掉；然而，如果商业可行性得以显现，那么这些可能性就会变成(1) 该工厂虽有风险，但是不会出事故；(2) 工厂虽出了点事故，但是，尽管如此，经综合权衡，这种决策还是会产生一定的社会效益的；或者(3) 一个安全的工厂，其净收入是介于前述两种情形之间。根据前景理论，第二种情形相对于第一种情形来说，显示了更多的风险规避，正如在第一阶段(stage 1)，风险性战略可能会更受欢迎。在第二阶段(stage 2)，如果商业开发可行性得到证实，那么前述决策就会让人觉得后悔。这种倾向可能被易得性直观推断放大，如果破坏性事件发生在工厂开始运营之后。

被认知理论影响的第三个问题是要在现在做决策和直到得到

新更多信息之后再决定是否推迟决策之间进行权衡。等待的动机就是要获得新信息以解决破坏可能性、破坏程度或者抵御风险的保护成本等不确定性问题。认知理论学家对此问题尚未进行完全探索,但是一个自然的解释是:人们将计算信息的价值,其方式非常类同于决策理论,只可惜那些计算是基于运用前景理论赋值公式得出的及经过更新的结果加权(而非经过更新的那些概率)。此处最主要的观察值是:结果加权不会同概率的改变成比例变化,以及如果有关改变可适用赋值公式的信息被接受的话,则抽彩中奖活动的本质可能会发生变化,

对于那些低概率事件来说,其结果加权相对地增长慢一些以及在概率为 0 和 1 的时候会出现不连续点函数(discontinuity),并具有下面的蕴含。第一,假设结果加权与实际概率之间的低于成比例关系(less-than proportionate relationship)处于低端,那么服务于对低概率的估值进行精炼(refine)的信息将被少赋值,相对于决策理论中的信息而言。第二,最终显示某事件的信息要么是确定的,要么为同决策理论有关的零概率存在一个强调值(accentuated value),这个强调值的存在系因在极端概率的加权函数中有不连续点函数(owing to the discontinuities in the weighting function at extreme probabilities)。第三,对于那些不涉及低概率的问题来说,好
340 坏兼具的结果将会以粗略对称的方式得到处理;然而,因为概率权重会比那些全面的概率(probabilities across the board)要少,并且其和小于 1,所以其总体趋势是对信息过低估值。精炼这些概率(假设确定性不可获取)仍将改变那些值,这种值的变化幅度会比原来的情形要小一些,如果所有的计算是基于实际概率的话。

即将得出的结论是:总体上,信息的值很有可能要低一些,如果人们是按照认知理论所声称的那样去行为而不是依据传统决策理论去行为的话。完全确定是一个不可能的结果,即使是遍寻更多信息亦如此;因此,在大部分的实际情形中,信息被赋的值将会是非常之低。这种倾向会通过为认知理论所认定的一些其他的行为特征得到加强。例如,锚定或者固执先见意味着随着新信息的出现,概率更新得比它们原来被认为的要少,而过于自信则暗示着人们会对不确定性情形得到解决的程度的过低估值。这些考虑的

蕴含就是信息仍将被赋予较低的值，较之于前景理论的正式计算（formal calculation）所暗示的信息而言。

即使信息得到了，其结果亦不可能是人们传统地所期待的那样。基本上，信息理论要求人们检查在某不确定情形得到解决后他们将作出何种决策。理性期待理论可以被借用来证明人们能够准确地评估在这种情形下他们将如何行为，但是前景理论指出人们违背了理性期待。即使信息可以获得，人们可能会否认他们有关他们将如何回应这些信息的协定。信息的获取基本上是提出了类似于下面的问题，即在对商业可行性有了了解之前，是决定采用安全的技术还是有风险的技术？对有关信息搜寻结果方面不确定性问题的解决可能会颠倒人们的偏好。

影响有关对风险管理问题的偏好的认知理论最后一个方面涉及对偏好的路径依赖（the path dependence of preference）。路径依赖产生于对结果（或者效用函数）变化的个体估值与现实的不对称之假设，它展示了对收益的风险规避和对损失的风险接受。因此，随着结果在任一方向上逐渐偏离现状，值（效用）的变化与结果的变化之比对于最小的变化来说是最巨大的。其推论就是估值函数的样态与位置有赖于现状——也就是说，对特定结果的个体估值有赖于以前的状况（status quo ante），只有在该状况下结果可以得到。认知理论中的路径依赖之本质，及其对行为的推论，可以通过一个图表得到阐明。

图 13.1 反映了前景理论中的结果估值函数。注意：对现状中可行性变化的整个值域（entire range）的“损失规避”要求针对损失的实际估值函数必须经常低于落入损失值域的收益的估值函数的投影（below the projection of the valuation function over gains into the range of losses）。在该图中，该投影就是介于原状 I_0 与产生糟糕后 341
果的产出（例如产出 X 及 Y）之间的点状线条；也就是说，实际的估值函数 V_1V_1' 低于点状投影，因为所有的可行性结果低于 I_0。而且，它呈现出一个拱向与投影方向相反的样态。

也要注意实际存在的糟糕结果的效应，它用 Y 取代了 I_0。后一结果就会变成新的现状，并且估值函数是从基数开始被重新定义的，正如线 V_2V_2' 所示。其含义是：在 Y 发生（transpire）之后，所

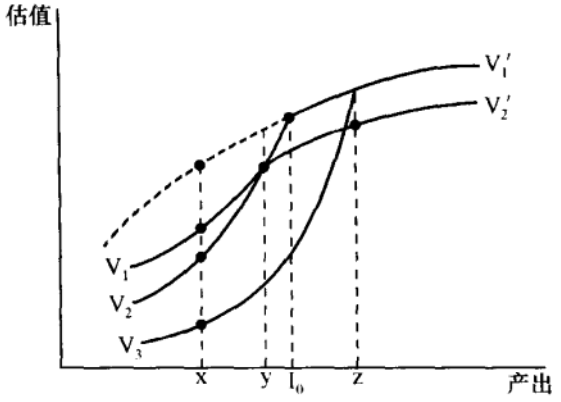

图 13.1 前景理论

有的可行性结果除了 Y，相对于 I_0 位于其原来的起始点时所拥有的值而言，现在都拥有较低的值。同样，如果好的产出发生（transpire），例如点 Z，低于 Z 的估值函数的那部分已被改变，它反映了低于那个点的损失规避，因此新的估值函数变成了 V_3V_1'。于是，糟糕结果 X 产生了一个较低的估值，如果它是从较高的起始点得出的话。更加通常的情形是，随着对现状所赋之值的增加，对糟糕结果的估值将继续保持恶化，而且对好结果所赋之值对于现状的较低值而言还是更低。

图 13.1 揭示了结果值的路径依赖：确切地说，同样的风险会产生不同的估值，这有赖于现状以及产生现状的一系列事件。假
342 设，在该图中，是在彩票 X 和 Y 之间进行比较，且确定性为 I_0。很明显，对这些选择的相对优点的估值有赖于现状是否是 I_0 还是 Y（它是从 I_0 处降下来的）。在后一种情形，对彩票的估值已经落至接近确定性为 I_0，因为估值函数的样态导致对 X 和 Z 估值的落差较 I_0 的估值要大得多。作为选择，如果选择是在同样的彩票及当前的现状（I_0 和 Y）之间作出，那么因为从 I_0 落至 Y，则彩票已经更加具有吸引力了。经此下落，彩票就会给此人带来更多收益及较少损失。

在大多数情形，有关环境风险的政策决策之结果要花费大量的时间将其落实。于是，公民将会对该政策进行评估，并参照评估时的主要现状。如果，打比方说，收入增加（或者民众，由于其他原

因,随着时间的推移认为他们已经很富有了),看起来值得今天去冒的环境风险将会导致明天的后悔。而且,如果环境风险政策总体上是由一系列交互进行的收益与受挫组成,在某些情况下,人们将会认为他们自己已经日渐富裕,此时,通过对结果的客观衡量,他们实际上已经变得很富裕。注意:在本图中,伴随 V_2V_2' 的结果 Z 客观地讲是较好一些,但是主观地讲,相对于伴随 V_1V_1' 的结果 I_0 而言,则糟糕得很。于是,I_0:Y:Z 的顺序会让人们感到与他们要是保持位于 I_0 的位置时相比,情况糟糕得多。很显然,这就意味着,如果认知理论是正确的,环境风险政策必须要么全然避免重大的受挫,要么必须整体上讲确系非常之好,要是人们感知到政策的进展的话。那么结果就有点类似于对或然性保险的规避那样:旨在减少(但非消除)因偶尔的破坏性事件所造成的损失之政策可以同时增加已实现结果的平均值,(只要该平均值是客观地权衡过的),但是该政策会让人们领悟到,只要权衡一下,其实他们的情况是越来越糟。其原因是与任何损失(根据认知理论,这种损失是一种成本)有关的额外福利成本对人们的未来能力——从好结果中得到福利,产生一个持久的、沉闷影响。

政治经济学与认知理论

真正的代议制民主比我们前面部分所假设的简单的多数决制度要复杂得多。政治过程的决策理论模型强调政治参与的两大基本要素:理性的无知(rational ignorance)与动员偏差(mobilization bias)。[26] 理性的无知是指在民众方面缺乏诱因去完全了解候选人在竞选活动中所呼吁的政治定位。诱因问题首先是由于政策的复杂性及选民传递出的信号(同意、不同意或者弃权)的简单性之间的不相匹配造成的,其次是由于单个投票的力量欠缺(the powerlessness of single vote)。要获得及消化信息需要时间及一定的付出,然而,在经历了详尽分析之后,一个投票者只能发出一个非常微弱的信号,这个信号对于投票者偏好的强度来说不会反应强烈, 343
并且该信号根本就不会影响整个选举的结果。结果,选民基本上

---

〔26〕 参见 Anthony Downs, *An Economic Theory of Deregulation*,第三章(1983)。

没有诱因去仔细比较候选人及他们之间的政策。投票者很可能对选举活动相对地不太关注，并且他们的决定通常主要是基于那些以娱乐形式（电视的原声摘要播出）提供的免费信息来作出的，并且，即便如此，他们所关注的信息仅仅是那些他们认为特别重要的少量问题（这些"突出"的问题，诸如国家经济以及国际关系，再加上对既定投票者来说，为他们所特别感兴趣的少量的特定问题等等）。投票行为应该特别可能展示我们前面述及的那些种认知捷径。

动员偏差指的是这样的事实——某些偏好倾向于在政治过程中，较其他的过程而言，会更有效地得到表述。克服理性的无知的一种方式就是仰赖某个其他人去进行问题分析，然后按指导的那样去投票。同样，克服投票者无力的一种方式是同其他的想法接近的个体一起协调行动。[27] 全体来讲，一群投票者可能会具有大量的机会动摇一个选举从一个候选人转向另一个候选人。而且，通过选举捐款，一群人可以帮助他们所偏好的候选人提供在免费娱乐媒体上进行宣传的机会，这样会导致其他人如同他们所期望的那样将选票投给他们偏好的候选人。但是组织团体，筹划战略以及协调行动也都需要时间、经历以及金钱。于是，相对于那些在一个问题上拥有微量的人均投入的、大规模异质团体而言，在一个问题上拥有高昂的人均投入的、小规模同质团体更有可能会成功地组织起来。[28]

我们现在可以思考认知理论是如何为理性的无知的定位以及对风险政策的动员偏差提供了一些洞察的。框架效应，在本文第一部分已有述及，它暗示着在一个理性无知的世界里，政治参与者描述问题的方式将改变投票者对政策选项的评估。例如，如果某问题的提出，如同涉及获取收益的替代方式那样，投票者会展示出风险规避；但是，如果同样的问题被限定在经受损失的各种方式上，投票者将会展示带有冒险性行动的损失规避。[29] 于是，问题的

---

〔27〕 参见 Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (1965)。

〔28〕 参见 Roger G. Noll and Bruce M. Owen, *The Political Economy of Deregulation*，第三章(1983)。

〔29〕 参见 Quattrone and Tversky，前引注 4。

表述方式会影响结果。试以提议系安全带是强制性规定为例，如果某人没有系安全带被抓就会被强制罚款。其结果可以以各种方式表示出来：

1. 驾驶时不系安全带，没被抓以及没发生事故，那么就会产生大量利益；

2. 驾驶时系安全带，没发生事故，那么就会多少产生一些少量的净利益；

3. 驾驶时不系安全带，被抓并被罚款，但是没发生事故，那么会产生少量的净利益；

4. 驾驶时系安全带，但是发生了事故，那么会产生了少许负面的净利益；

344

5. 驾驶时没系安全带并且发生了事故，那么会产生更多负面的净利益；以及

6. 驾驶时没系安全带，发生了事故，并且被罚穿铁靴子（对受害者进行侮辱），那么会产生少许更多的负面净利益。

面对这些可能性，一个投票者可能会表现出风险规避，因为一些可能性是通过积极形式进行表述的。

作为选择，人们可以将这个安全带问题，明确地以现状开始进行探讨，在该现状中，安全驾驶、不系安全带以及不被罚款是底线，这样所有的其他结果都是负面的。这就会导致冒险性行为以及倾向去搜寻能将风险降至零（或者是为了避免或然性保险）的事故减少政策。简言之，精通于对问题进行特征化对于由选民表达出来的政策偏好的定夺大有帮助。[30]

问题的突出也同问题的表述有关。根据代表性直观推断，人们可以引导有关将某风险表述成类似于另一个风险的政策之偏好。那么，投票者将对两个风险进行评估，好似它们是一样的。于是，如果某个环境风险变得突出（因为，比方说，破坏事件最近还有发生），政治参与者可能会在第一个风险上再附带上其他的环境风险，并且会说这些风险基本上同那个突出的环境风险一样。

易得性效应（availability effect）强调突出的重要性。破坏性事

---

〔30〕　我们不知道投票者是如何判断现状的。

件,如果时间安排合理并且广泛地报道,就会引导人们像这种事件发生的可能性已经上升时那样采取行动。如果该效应让该问题政治上突出出来——让其成为那些少数能鼓励政治参与的问题之一——这样,该方法就会暂时帮助克服动员偏差。至于环境风险政策,风险制造者将会正常地更好组织起来,更加有影响的参与者会加入到该政治进程中来。但是一个极度公开环境大灾难会导致一些民众高估他们面临的风险的程度并且因此会刺激他们采取政治行动。而且,其他的政治参与者会通过在阐述其他问题时巧妙利用代表性(representativeness),借以加强他们自己的动员努力之成功。动员偏差可能会暂时被克服——暂时地,因为,如果某些破坏性事件的概率的确很低,那么这种类型的事件很有可能会逐渐从公众意识中淡化并最终失去其突出性。[31]

易得性以及动员偏差是如何对一组风险政策发生作用的技术架构是非常复杂的,但是少数几个原型例子对此一般过程提供了一些深度洞察。试假设三种类型的低概率风险类型。一个是低概率的灾难性事件,如果该事件发生,就会同时危及很多人,例如印度的博帕尔毒气泄露以及前苏联的切尔诺贝利核电泄漏事故导致的灾难。第二个就是在某工厂旁边发生事故的概率仍然很低,但是在那个地方有很多工厂。此处假设每场灾难中受害的人员总数
345 比第一种情形的要低得多,但不管怎么样,该事件还是影响大到了成为那种具有新闻价值的事件。例如,飞机事故或者汽车事故,在这样的事故中会导致少数一些甚至数百人死亡或者受伤。第二种类型的事件发生得较第一种类型的事件要频繁;假设每事件的更低破坏与更大的爆炸精确相抵消,这样平均的年死亡率在前述两种情形将会一样。第三种类型的事件就是那种对某一个人或者一个小团体产生的风险。此种类型的事件同样发生的概率很低,但是大量的暴露于此种风险就会引起经常发生事故——此种事件虽发生频繁,每起事件造成的损失小,因此它们不具有新闻价值。

---

〔31〕 例如,这些观察资料可以从二战后的那几年洛杉矶市治理空气污染的历史就可得知,参见 James E. Krier and Edmund Ursin, *Pollution and Policy 263—277* (1977)(主要探讨有关污染政策的突出"危机"效应以及那些风险是如何随着时间的推移而褪去)。

易得性暗示着:对于这三种类型的事故各有其不同的政治性(politics),即使它们具有同样的预期损失。以第一种情形为例,大多数时候它是不公开的,因此政策问题不突出。政治有多种主导形式,在此处就是动员偏差,如果有很会表达的团体,他们非典型地(atypically)在这个服务于对政策具有强大推动作用的事件中拥有很深的利害关系。但是一旦该事件实际上发生以后,该事件就会变得非常突出,因为造成了大量的破坏,并且导致了对此实质上的改善行为产生了更加广泛基础上的政治需求。

在第二种情形,事件的高发生频率都超过了有效性的限制,因此导致该事件对于民众的印象来说将是长久地记忆深刻,与那些已经很好组织纳入一些团体的事件不一样。此处的政策不甚可能倾向于在紧张的校正性消防训练与静止之间进行交替。有组织的兴趣将对静止期间影响巨大,但是如同政治参与者所预见的那样经常性地处于突出阶段,将会导致即使是在安静期都会起到与完全俘获(complete capture)相反的作用。

在第三种情形,风险永远都不突出,因此政策将要么是没必要存在,要么是完全由具有非典型利害关系的利益所掌控。

我们可以对这些例子做极端的推测。大地震是发生几率很低、威胁巨大的事件(即使是在加利福尼亚)。然而,即使在有些地震相对活跃的地区,房屋建筑标准的强制实施(尤其是对旧房屋结构的追溯既往适用)却很松懈。飞机失事相对发生频繁,具有新闻价值,因此航空公司的安全规则是特别的严格,若根据每单元事件暴露的期待年均死亡事故来说,简直要让航空规则成为所有交通方式中的最安全模式。比较一下就会发现,安全标准与它们的实施在汽车及摩托车驾驶领域是非常之松懈,这就导致它们较之于其他的交通方式所造成的事故率要高得多,即使其他的交通方式在任何既定事故中也会使很多人处于危险之中。

在某些观测者看来,这样的一些比较揭示出民众对更大安全的偏好,尤其是在许多人都同时处于危险的时候。这可能是真的,但是即使是在没有特定偏好的时候,认知理论会预测到同种样态的政治需要,除了真有不幸结果出现的情形。在这种情况下,该理论非常不明确。一方面,大多数时候,易得性在这方面将抑制对政

策的需求。另一方面,在计算行为值时,倾向给低概率事件过多加权会产生补偿效应。当然,这两种效应该如何平衡尚未被该理论预测出来。该理论真正预测出来的是某事件的出现导致需求的暂时猛增,从而导致对政策需求的暂时不一致。

对风险政策的政治要求之总结

通过前述探讨,可以就民众整体对政府制订的风险政策的多种需求得出以下结论。

1. 改善风险的政策需求之强度,与传统的决策理论得出的预知相比,对低概率风险来说其强度会高一些,而对于高概率风险来说就低一些。

2. 改善风险的政策需求之强度有赖于风险是否被理解成了处在不同改进层次的、不同损失程度,或者是兼具收益与损失混合体的那种彩票。

设想以前未受到怀疑的潜在风险源突然被发现,例如,是通过有利的但是具有冒险性的新发明发现的。假设该技术毫无控制地提供能获得小的与大的收益的彩票,但是,如果该技术被有控制地使用,则肯定会带来适中的收益。此处,需求倾向于反映具有风险规避性的行为。现在假设,作为替代,该新技术呈现出以前没有被怀疑过的困难,特别是从一个确定的、有价值的技术角度来看是如此。选择该干什么需要从一系列代价高昂的控制当中进行选择,这些控制可能会减小,但是不会消除破坏的数量或者可能性,或者包括二者(破坏的数量及可能性)。在这种情况下,需求倾向于表现为冒险行为。最后,再举一例,一项新技术可能会带来收益,但是也有可能会导致福利的净减少。此时,损失规避将倾向于克服会造成损失的冒险行动。然而,如果可能的收益与损失都比较大,在部分及完全控制之间进行选择,那么公众偏好可能会展示出冒险行为。

3. 改善风险的政策需求之强度将偏离依传统决策理论所作出的预测,有赖于后续必然事件的频率及规模,并保持预期以及实际长期平均损失的稳定。

对政策的需求可能会受到很多事实的影响,首先是这样一个

事实——对结果所赋之加权没有成比例地对结果概率加权那样高，这样一些频率低但结果值是具有补偿性的较大量值（with the outcome value of compensatingly greater magnitude）的事件是不会得到等量评估的。此外，易得性将在两个极端上减少对风险避免政策的需求：概率非常低的、非常糟糕结果以及破坏非常小但又经常 347
发生的事件。

4. 政策偏好会展示暂时的不稳定，即使有关结果与概率的潜在信息不会发生改变。

暂时的不稳定有两个渊源。首先，决策评估有赖于在决策与结果之间是否存在介入进来的不合理事件，以及附带地还有赖于现状（它决定了哪种结果是净收益，哪种结果是净损失）。其次，暂时的不稳定源于政治话语中的框架效应，因为人们对风险和政策得到改善的感知是由用来描述这些问题所使用的语言来决定的。

5. 新信息对政策偏好的影响有赖于民众对风险的了解程度如何，以及在不熟悉情形对新信息反应过度以及在太熟悉情形却反应冷淡的了解程度如何。本质上讲，如果人们如认知理论那样更新了期待，那么一个后果就是当某事件还不为人所熟知时，则这些期待将受到有效性效应的左右，当这个事件为人所熟知时，则这些期待将受过于自信或者锚定或固执先见所左右。

6. 理性的无知（非突出[nonsalience]）以及动员偏差，在某种程度上，对于那些以加权函数形式表现出来的低概率事件，以及对于所有的以易得性效应（暂时是在该事件为人所知之后）表现出来的有害事件等等来说是可以抵消的。在其他期间，事件没发生就会就会增强理性的无知及动员偏差的影响。

有关风险规制供给的推论

下述讨论的前提条件是：如果认知理论呈现出的是对人类行为的确切描绘，那么选举成功的政治官员会将该理论运用于他们决策时，该理论对他们的选民的政治偏好会产生何种影响。我们假设官员们寻求确保再次当选以及他们将采纳那些他们印象深刻

的、由选民提出的政策。当然,政治参与者可能会有他们自己所追求的个人目标,但是,首先他们得选举成功。因此,我们将集中在再选举最大化策略上,并假定遵循的是认知理论中有关选举行为的理论。

已当选政府官员面临的第一个挑战就是在缺乏各种风险规制时将各种风险当中的系统差异进行制度化,只有这样才可以反映出民众对于不同风险的估值。(一些风险,相对于其他风险而言将会被更加集中地控制起来,正如被衡量的那样,例如,根据在期待损害中每单位的减少的开支是多少来计算[in terms of expenditures per unit of reduction in expected harm]。)完成这个目标的一种方式就是通过给有差别的对象做法定规范。然而,这种方法在几个方面会造成问题。首先,偏好的改变、对风险的了解、或者技术的发
348 展可能会很快让原来的政策目标变得过时,因此需要耗费很长时间以及有时还需要不可预测的重新政策授权。[32] 其次,前景理论预言的暂时的不一致确保了对政策目标的特定陈述会在现在或未来(以及可能在现在和将来)被视为不是最理想的。再次,如果不同的风险影响了选区的不同选民,在保护他们的承诺中的明确差异可能会为未来的竞选对手提供有效的进攻缺口,因为这些政治对手会利用这个问题来吸引一些不友好的团体。[33]

产生差异政策结果的更有效方式是将理想目标明确载入所有计划当中,但是在各种减少风险计划当中要针对性地采用相关规定时,要变化资源分配以及程序要求。[34] 例如,一种让飞机安全标准比汽车安全标准更加严格的方式就是:只要拨给主管航空公司的机构一大笔足够的预算以及更多的法定授权,当然这些手段都要同被要求解决的问题有关,而且这些特别对待要比分配给汽车

---

〔32〕 参见 Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, and Barry R. Weingast, Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies, 75 *Va. L. Rev.* 431(1989)。

〔33〕 参见 Riker,前引注 22,第八章。

〔34〕 参见 Roger G. Noll, The Political Foundations of Regulatory Policy,139 *Zeitschrift für die gesamte Staatewissenchaft* 377(1983)。

管制机构的要多才是。以有毒化学品为例[35]，美国食品与药品监督管理局（英文简称 FDA）有一个德莱尼修正案（Delaney amendment）[*]，对于去除食品中的人造致癌物质来说，它是一个非常强有力的而且很容易被援用的工具，而《有毒物质控制法》（the Toxic Substances Control Act）（该法由美国环境保护署［英文简称 EPA］监督实施）提供的却只是一套阻止用于工业过程的新的有毒化学品进入市场的软弱机制。政府在这两种情形中都承担了举证证明某物质是否含有致癌物质的责任，但是他们（EPA）的证据标准较 FDA 的标准要低。当然，这种差异并不必然在认知理论中找到他们的根据；它们只是显示资源分配与法定语言是如何导致在不同类型的风险当中其政策严格程度差距如此之大。

程序工具也是处理偏好暂时不稳定的潜在有用的方式。例如，如果政策需求反映了易得性——因为它产生于某个不可能很快会再发生的灾难性事件——具有强烈的政策辞令色彩，并且和拖延的程序及人员不足的机构联系在一起，确保了改善风险的实际标准在议论中的事件发生时间不长即被执行机构予以采纳。因此，由一个资源贫乏的机构来执行详细的规制程序，就等于允许政治人物“（将自己帮在桅杆上）用鞭子自己抽打自己”直到他们针对知觉反映过度的吹响临时哨声停止；当该事件失去其政治突出性时，他们那种做法等于是允许一个机构“趁铁是冷的时候打铁”。

将自己绑在桅杆上抽打自己的策略以及趁冷打铁策略在政治上有效，但是并不必然在规范上是正确的。规范问题产生于这样一个事实，在该机构的规制战略发展过程中，随着突出性逐渐消减，政策过程的参与将会被一些有组织的利益团体所控制，这些利益团体通常情况下是那些遵守规则的行业部门。于是，一个与公众都有利害关系的政策在公众的呼吁中得以实施，并且相对地，免

---

〔35〕 参见 Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, and Barry R. Weingast, Administrative Procedures as Instruments of Political Control, 3 *J. L. Econ. & Org.* 243 268—269 (1987)。

〔*〕 Delaney amendment（德莱尼修正案），美国食品、药物和化妆品条例的修正案，禁止使用一切对人或动物有致癌作用的食品添加剂或其他物质，不管其用量多少。——译者注

予出现动员偏差将通过隐性的以及遵守特别利益至上(special in-
349 terest favoritism)的规则过程停止实施。这可能看起来在政治上有利于已当选官员,因为它允许这些官员服务今天的公众需求以及明天的特别利益期望,但是即便如此,问题仍旧会出现。如果类似于前面探讨过的那个事件很有可能某个时刻会再发生,特别是在那些负责制定该规制政策还在任期上时,那么他们就有可能有被人指责要对该不成功的规定负责的风险。假设这个风险,最佳的政治战略可能是去颁布非常严格而又明确地特定化的政策目标,并且建立一个实施过程,在这个过程中分配性利益将提供给参与者。有一个例子涉及产业标准的设置,这个标准的设置过程将会非常烦人,并且伴随着对于针对新的风险来源而言,这些标准差异大且更严格,当然这种更严格是相对于针对旧的风险来源的标准而言的(combined with differentially more rigorous standards for new sources of risk than for the old ones)——如此的话,具有严格标准的行业的成本将通过对竞争进入该行业设置障碍而被抵消(可能还不止抵消)。[36] 像这样的行动(它们碰巧反映了规制现实)可能在所有的三个阶段满足了政治需求:对于某些事故的快速过度反映之易得性驱动需求存在明显强烈的反映(there would be an apparently strong response to availability-driven demand for instant overreaction to some incident);随着突出性的消退,有一种方式能够迎合产业兴趣的动员偏差;在某人的政治生涯中灾难性事件还会发生的可能性会减小。

一方面,在严格立法政策与将政策目标委托给某行政机构之间进行选择,另一方面却显露出易得性效应的持续时间,同时还有破坏事件再次发生的可能性。由于事件最近才发生,随着事件逐渐模糊成为过去的时候,易得性理论没有将过度强烈的感情逐渐消减的比率特定化,但是该比率以及所探讨的此种事件的发生频率决定了授权决定/无授权决定的两个关键要素。第一个就是该

---

〔36〕《清洁空气法》(the Clean Air Act)1977 年修正案的新来源执行标准通常被解释为对这种方法的运用。参见 Bruce A. Ackerman and William T. Hassler, Clean Air Dirty Coal(1981);以及 McCubbins, Noll, and Weingast, 前引注 35。

问题持续保持突出以及因此在某种程度上不受动员偏差干扰的时间比例。第二个就是今天当选的官员不久将要对某些破坏性事件承担责任的概率。如果某事件不会在该政治人物的任期内重复发生,以及该政治人物(与选民不一样)免予导致过高估测事件发生的概率而形成的认知异常,那么政治上的最优政策就是对于规制少采取或者不采取实质上的作为,紧紧只需要满足那些寻求采取行动的民众的过度反映以及暂时动员就足矣。如果易得性效应持续的时间短,通过委托抽打自己至桅杆就会因为前面述及的原因而起作用。但是如果易得性效应持续的时间足够长,那么反映过度的民众将会在整个通过行政程序推进某个政策的延长过程中保持被动员状态,这就有点像过度规制。从那以后,随着易得性效应的衰减,政治人物就不会得到以前反映过度的那些民众(对于他们来说问题已经不再像当初那么突出了)的政治支持,而且他还会遭到残余的反对,这些反对主要来自保持了有组织状态的产业部门,并且这些产业部门还不得不遵守这些不必要的规则。 350

对于政治人物来说,面临此种处境有一个潜在安全的逃脱方式,那就是对于风险消除政策来说要寻求政府的补贴。补贴会软化产业部门的反对以及提供那些在反映过度的民众看来较成本大的虚幻利益(phantom benefit)。可能针对有毒废弃物倾倒的超级基金计划(Superfund program)就是这种策略应用的一个例子。有毒化学品与癌症有关,而癌症与癌症政策看起来永远是突出的问题。环境保护团体依赖代表性直观推断将有毒废弃物倾倒同癌症联系联系起来,并且将其突出期间延长以等待涉及有毒废弃物倾倒造成污染的事件变得具有新闻价值,得到广泛报道之后,其目的才算达到了。如果相对少量的倾倒真的对公众健康造成威胁,但是因为易得性及代表性的作用,大量的倾倒会在政治上变得突出,之后补贴化战略(subsidization strategy)会使相关产业保持盈利经营,民众得到安抚,最后大灾难得以避免。(当然,这个例子的实际前提是有争议的,并且针对有关有毒物质倾倒的严厉政策还存在其他的似是而非的解释。我们只是想尽力阐明有关政策制定的认知理论中的诸多推论中的其中一个推论。尽管,对于有毒废弃物政策还存在一个大困惑。要是倾倒是对大众健康的主要威胁,就

像已经采取措施对待空气以及水污染和核辐射那样，为什么政府不会更加积极地采取行动将清污成本转移到产业部门呢？认知理论对此提出了一个答案。）

最后一个要考虑的情形是假设没有规则干预，事件再发生的频率，在什么情形下会短于政治人物任职的时间呢？此处，政治人物不得不权衡比较对过度规制的需求与造成风险的责任者（他们，可以想见，通常需要的是低度管制）之个人利益。如果有效性效应持续的时间短，政治人物的最佳可提供战略可能会是已经在法律文件上明确写出来的那些利益之间的妥协。授权给某个机构将会是很吸引人的做法，当然只是在该机构行动快捷的时候是如此，何谓快捷？就是指：在突出性消退之前以及在另一起破坏性事件发生之前。因此，如果授权被遵守，就应该对决策规定最后期限并且要求该拥有充足资源的机构承诺使该最后期限实际可行。

如果事件保持引人注意的期限较长，授权方式就会愈发显得更吸引人，因为它可以导致一个安排，借此反映过度的民众之代表与那些与风险产生有自我利害关系的人群之代表就会在有关机构以及法庭的严密监视下被迫去协商达成某种妥协。如果有效性效应持续的时间长，对规制机构政策发展过程的参与很可能既包括受规制的公司，还包括对风险规制的最强烈要求者。因此，更加平衡的动员将鼓励当选政府官员授权将某政策中所有暂未规定的问题由某机构来解决完成。

我们对处理风险的最优政治战略之最后考察结果就是制定有关损失风险的政策选择具有整体上的魅力，而不是像抽取彩票与
351 其中奖收益之间那种关系。部分地，损失规避暗示着民众很容易被激发起来，特别是当问题就是损失威胁正好与获取收益的机会相反的时候。此外，民众的过度反映，如果能够使和谐地结合起来，对于政治参与者来讲将会是非常有益的事。相对于某问题的可能性以及其破坏担保的重要性来说，如果民众能够更加密集地对这问题发动进攻，那么其最后结果——可能会是小破坏或者没有破坏，这就会对责任政治人物产生助益。换句话说，事件的正好没有发生将会导致民众对那些政治人物更加心存感激，这种感激可能会超乎那些政治人物的想像。而且，通过将风险问题以负面

的、风险规避等术语来表示，政治领袖可能就会以此应对采取相同战略的其他政治人物所提出的有效挑战。本论点不甚对称；一个负面的规划设计不会轻易地被一个积极的规划设计所攻击，因为民众的估值函数之样态有赖于结果是获得盈利还是遭受损失。也就是说，获得收益将会承诺的福利变化相对于遭受损失所承诺的来说要小一些；于是，他们不太可能在选民面前表现得太突出并且不太可能导致政治活动的动员。

结束语

有关不确定情形下的选择的认知理论，为对风险规制感兴趣的分析家提供了相关的深度洞察。首先就是，人们会采用捷径（运用直观推断），这种捷径会引导他们在一些与评估风险有关的变量（例如说概率）上犯错误。其次就是，把错误放一边，他们接近风险的方式是偏离传统决策分析的规范以及假设。

后一种类型的深度洞察，当然比前者更有意思，因为有关对人们犯错的考察之结果基本上没什么新鲜的或者惊人之处。而且，认知理论看起来包含了各种错误类型的例子：例如，在易得性可以解释对大灾难的过度反映，锚定或固执先见可以解释低度反映。然而，该理论尚不能告知我们在那些既定情形会发生那种错误。可是，即便如此，认知心理学家们的判断错误目录仍旧是有用的贡献，这么说的理由有很多。首先，对错误判断的类型、范围以及起因与结果的了解能够引导去努力创造更多有收获的交流，这种交流当然是在公众与政策制定者就有关风险及其规制，以及当前（并且肯定）极为重要的问题等等进行的沟通。其次，对判断错误是非常正常的事情之理解可以帮助避免出现一些政策失误。对于各种错误及其方向而言，差错是可以预测出来的，并且它很可能会折磨任意一位决策者，甚至包括专业的风险评估师。确认这些问题需要防范对风险规制问题作出轻易回答，这样做就恰如将所有的事务都真诚地授权给所谓的“专家”来解决一样。与此同时，对问题的知晓能够让专家在他们的培训过程中对判断缺陷变得敏感，这

352 样就会使专家之名更加名副其实。

像这样的一些观点肯定无需争辩，它们不能被说成是认知理论其他主要贡献所得出的推论——其主张人们对风险的思考方式背离了传统决策理论，即使是在没有计算出错时他们也会这样。认知心理学家们所描述的，毕竟（以及诚如他们所熟知的）[37]，从传统角度来看，是那些明摆有些不理性的民众。

此处，认知理论对传统决策理论学家以及与其有点类似他们的决策者提出了一个真实的问题。对于第一群人，在他们看来"几乎没有希望选择一种既在规范上可以接受而且又描述得很充分的理论"。[38] 对于第二群人，也就是那些决策者，问题就是对好政策的衡量会变得很模糊：这种政策是否就是选民们一直所需要的呢？还是传统分析一直所指示呢？[39]

当然，有一种脱离这两种束缚的方式。理论家们以及决策者们只需将认知理论接受为那种特权的观点，如此，传统观点对理性的看法就会变成某种不正常的东西，而不是（像现在一样）相反。然而，让人奇怪的是，即使是那些已经确认这些束缚的认知心理学家首先会发现了这样一种替代（alternative）是没有吸引力的，甚至有可能不合适的。[40] 在任何时候，只要对我们是否遵循传统决策理论的规范，还是赞成那些至少是在前景理论以及认知心理学家所描述的（各种行为）画面的其他部分看来是不明确的规范，对这两点存在基本的观点不一致，那么就有对于什么正好是"好的"风险规制就会存在基本的观点不一致。

若是同那些更加站在学术立场的人相比较的话，决策者，包括

---

〔37〕 例如，可参见 Quattrone and Tversky，前引注 4，第 734—735 页（对做政治决策的心理学说明描述了那些偏离了对理性的规范定义）。

〔38〕 同上，第 735 页。

〔39〕 例如，可参见 Slovic 等，前引注 2，第 278 页。

〔40〕 因此 Quattrone and Tversky，前引注 4，第 725 页，在该页中谈到"对［从传统决策理论中得出的］规范原理描述失败……不是意味着人们不聪明或者不理性。该失败仅仅表明判断和选择——正如感知与记忆——都倾向于扭曲和差错。"但是为什么认知理论学家将他们研究的行为表明为揭示了"扭曲和差错"，只是因为该行为偏离传统规范吗？这么说是要表明传统规范是"正确的规范"，这就是那种特权的观点。有人也会说传统理论只是对理性的一种专注于精神方面的看法（an otherwordly view of rationality）。

所有政治参与者，可能对这种观点的不一致不会觉得太难处理。真的，政治参与者可能时时“面临这样的艰难选择：是要违背通过使用公众对风险的估测（对此，他们是不会相信的）而作出他们（政治参与者）所认为的更好判断，还是通过强加公众不喜欢的政策而违背公众感情。”[41] 在某些情形下，尽管，他们肯定会相信他们自己，并认为最终最重要的事情是他们要以一种能够让他们保住其位子的方式来作为。更多的情形是，他们会想尽办法在满足公众的同时也让自己的良心得到满足。正如我们前面所建议的那样，可以设计一些方法，并将之用于给予公众其所想要的，与此同时，使之又符合传统理论的理性规范（或者它是否是决策者的选民的另外一部分需求呢？）。

这些最后的结论，应该引起注意，因为它们都是根据我们自己运用传统决策理论及其针对政治规制的推论得出的。无论认知理论对风险规制的需求方面作出了什么新的贡献，标准分析（standard analysis）欣然表示这种不同种类的政策将通过回应得到提供。当然，有可能我们的标准图画是完全错误的—可能的，尤其是，因为它依据这样一个假设——民众是依据认知心理学家对这个世界所做描述那样来行为的，而政治人物却不是——来发挥作用的。在其他方向上切入的是传统理论的确对管制系统/机构之 353
行为所做的预测是非常之准确。有可能这是因为它已经，尽管有时所用术语不一样，融合了一套类似由认知理论家所设计的概念。“易得性（availability）”，毕竟，在一些方面正好是传统政治理论中“突出（salience）”一词的别名；并且要将直观推断（heuristics）详细阐述为“代表性（representativeness）”以及“锚定或固执先见（anchoring）”可能只是要将每位成功的政治人物（以及每位成功的政治分析家）很早就知道的东西进行编撰而已。但是另一方面，也许很早以前就为人所知晓的那些东西正好是因为由认知心理学家所进行的研究不经意地渗入到了人们的通常意识当中。

〔41〕 参见 Slovic 等，前引注 2，第 278 页。

14 解释谈判僵局:自利服务偏见的作用[*]

琳达·巴布科克　乔治·罗温斯廷

社会科学面临的一个重大不解之谜是目前还无人揭示导致谈判僵局出现的原因何在。如果把私人和公众在民事诉讼上所耗费的资源、劳动力内心不安的成本、家庭争执带来的精神以及金钱损害,以及由于信仰、种族和来自不同区域的人结成的团体等不同而导致的冲突计算在一起,那么僵局所造成的后果很明显。这些背景中的僵局不仅有害,而且多少还有一点荒谬,因为谈判通常是酝酿了很长时间,并且为各方当事人提供了充分的机会进行交流。

经济学家,以及更确切说应该是博弈理论学家很有特色地将这些争议解决的推迟归咎于不完全的信息(incomplete information)。谈判者对于一些因素各拥私心,这样的一些因素包括他们已协商过的协议以及拖延的成本等,如此,就会导致各方对彼方的保留值(reservation value)不能确定。不确定(uncertainty)导致了僵局,因为谈判者是在运用代价高昂的拖延向对方暗示他自己的保

---

〔*〕 Self-serving,即只顾自己的、为自己的利益服务的、尤指不考虑别人的需要或利益的之意。Self-serving Biases,社会心理学领域把它译为"自利服务偏见"。它指的是:一种把积极的结果归结为内在原因(如个人的特点或性格),而把消极的结果事件归结为外在原因(如机会、任务难度)的倾向。《社会心理学》(第十版),华东师范大学出版社(当代心理科学名著译丛)。——译者注

留值。[1] 然而,这种对僵局的解释很难被检验,因为针对不确定的满意衡量方法非常少见。仅有少数例外[2],这个领域的大多数现场调查研究都限定在检测次级假设,诸如工资与罢工持续期间的关系。[3] 针对僵局的不完全信息描述的实验性测试受到阻碍,这个阻碍是完全控制实验环境的重要方面之困难造成的,而这些重要的方面是指主体所主张的信念[4],以及那些已经实施的信念总体上没有为调查中的特定模型提供强大支持。

这篇论文认为一个不同的并且相对简单的心理作用机理(psychological mechanism)是谈判僵局的主要原因:各方当事人有一种达成判断的倾向,这种判断反映了自利服务偏见——也就是将那些公平的和对自己有利的融合在一起。这种对公平的自利服务评价至少有三个方面方式阻碍谈判,也可以推动谈判。首先,如果谈判者以自利服务方式评估针对已协商过的决定的替代方案之值,那么这将会排除通过消除合同区域(contract zone,它是反映各方都接受的保留值的一系列合同)解决争端的机会。其次,如果争议各 356
方相信他们的正义理念是公平的并且也为对方所认同,那么他们将会把另一方的进攻性谈判条件解释为:那不是一种获取他们认为的公平结果的尝试,而是一种玩世不恭的以及带有剥削性的,获取不公平战略优势的尝试。心理学及经济学领域的研究已表明谈判者不仅关心另一方当事人提出了什么,而且还关心他们另一方

---

〔1〕 参见 John Kennan and Robert Wilson, Strategic Bargaining Models and Interpretation of Strike Data, 4 J. *Applied Econometrics* 87(1989); Peter C. Strategic Delay in Bargaining with Two-Sided Uncertainty, 59 *Rev. Econ. Stud.* 205(1992)。

〔2〕 参见 Joseph S. Tracy, An Investigating into the Determinants of U.S. Strike Activity, 76, *Am. Econ. Rev.* 423 (1986); Joseph S. Tracy, An Empirical Test of Asymmetric Information, 5 *J. Lab. Econ.* 149 (1987)。

〔3〕 参见 Henry S. Farber, Bargaining Theory, Wage Outcomes, and the Occurrence of Strikes: An Econometric Analysis, 68 *Am. Econ. Rev.* 262 (1978); David Card, Strikes and Wages: A Test of An Asymmetric Information Model, *Q. J. Econ.* 625 (1990); Sheena McConnel, Strikes, Wages and Private Information, 79 *Am. Econ. Rev.* 801(1989;John Kennan, The Economics of Strikes, in 2 *Handbook of Labor Economics* 1091(Orley Ashenfelter and Richard Layard eds., 1986); John Kennan, The Duration of Contract Strikes in U.S. Manufacturing, 28 *J. Econometrics* 5 (1985)。

〔4〕 参见 Alvin E. Roth, Bargaining Experiments, in *The Handbook of Experimental Economics* 253 (John H. Kagel and Alvin E. Roth eds., 1995)。

当事人的动机如何。[5] 再次，达成协议时，其中的条件哪怕低于谈判者认为的公平一丁点，他们都会对此表示强烈厌恶。[6] 如果争议者愿意作出经济上的牺牲以避免出现他们认为不公平的结果，以及如果他们的公平理念存在偏见，都是对自己有利的，那么"只想努力获得公平结果的"谈判者可能会无法解决他们之间争执。

我们检视过的证据显示自利服务偏见以及引起导致的僵局甚至在争执各方都拥有相同的信息时也会发生，这就意味着私人的以及不完全的信息可能没有平常相信的那样对争执的没法解决具有重要作用。这种偏见在谈判者有诱因驱动他们对情形做公正评估时还会出现，这就暗示着这种偏见不会看起来是经过深思熟虑的或者具有战略价值。

我们就从证明自利服务偏见存在于诸多不同的领域的心理学著述开始，对某个证据进行评述。然后，我们将展示从实验及实地调查研究得出的结果，这些实地调查研究是由我们自己以及几位合作作者（他们是科林·卡梅拉[Colin Camerer]、塞缪尔·艾萨克哈罗夫[Samuel Issacharoff]以及王向红[Xianghong Wang]）一起共同进行的，这样就在自利服务的偏见与僵局之间建立了一定联系，并且帮助精确指出隐藏于偏差之下的认知及动机作用机理。最后，我们将评述以前就谈判所做的实验性经济研究，并且将展示其中的一些结果可以被解释为是对自利服务偏见的表征/具体化（manifestations of the self-serving bias）。

对于自利服务偏见的心理学研究

尽管心理学家为自利服务偏见的潜在原因有过争论，但是它

---

〔5〕 参见 Sally Blout, When Social Outcomes Aren't Fair: The Effect of Causal Attributions on Preferences, 63 *Org. Behav. Hum. Decision Process* 131 (1995); Elizabeth Hoffman et al., On Expectations and Monetary Stakes in Ultimatum Games, 25 *Int'l. Game Theory* 289 (1996)，该文对这观点进行了实证调查。Matthew Rabin, Incorporating Fairness into Game Theory, 83 *Am. Econ. Rev.* 1281 (1993)，该文提供了文献评述及理论分析。

〔6〕 参见 George F. Noewenstein et al., Social Utility and Decision Making in Interpretation Contexts, 57 *J. Personality & Soc. Psychol.* 426 (1989)。

的存在却少有异议。自利服务偏见在"高于平均(above average)的"效应里面表现非常明显,借此效应正好有超过半数的调查参与者特别地将其自己评定为位列最高的50%的驾驶员(drivers)[7]、职业道德(ethics)[8]、管理技巧(managerial prowess)[9]、生产力(productivity)[10]、健康(health)[11]以及许多其他的合意技能。在大型研究机构中自利服务偏见也表现明显,因为这些机构中的人们通常会高估他们自己对协作任务所作出的贡献。例如,已婚夫妇在估测他们所承担的那部分家务活时,他们的估测很典型地相加起来会超过100%。[12] 人们还会倾向于将他们的成功归因于他们的能力与技能,而将他们的失败归因于于运气不好造成的。[13]

自利服务偏差不仅影响了个体对于他们自己的评估,而且还影响了对他们所隶属的团体的评估。例如,在一个早期实验中,哈斯多夫(Hastorf)及坎翠尔(Cantril)检测了个体对处罚的判断,该处 357
罚是在普林斯顿(Princeton)与达特茅思(Dartmouth)足球队在比赛过程中作出的。[14] 这些学校的学生看了这场比赛的电影并且统计了双方球队在比赛中被处罚的次数。普林斯顿的学生看见达特茅思队因严重犯规受处罚的次数是他们的足球队的两倍,而小犯规导致受处罚的次数是他们球队的三倍。达特茅思的学生,另一方面,也对各队犯规受到处罚的次数进行了统计,他们对结果是各队因犯规受处罚的次数几乎相等。尽管事实可能是介于两者统计的

---

〔7〕 参见 Ola Svenson, Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers? 47, *Acta Psychologica* 143(1981)。

〔8〕 参见 R. C. Baumhart, *An Honest Profit: What Businessmen Say About Ethics in Business* (1968)。

〔9〕 参见 L. Larwood and W. Whittaker, Managerial Myopia: Self-serving Biases in Organization Planning, 62 *J. Applied Psychol.* 194(1977)。

〔10〕 参见 P. Cross, Not Can but Will College Teaching Be Improved, 17 *New Directions for Higher Education* 1 (1977)。

〔11〕 参见 Neil D. Weistein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 J. Personality & Soc. Psychol. 806(1980)。

〔12〕 参见 Michael Ross and Fiore Sicoly, Egocentric Biases in Availability and Attribution, 37 *J. Personality & Soc. Psychol.* 332 (1979)。

〔13〕 参见 M. Zuckerman, Attributions of Success and Failure Revisited, or: The Motivational Bias Is Alive and Well in Attribution Theory, 47 *J. Pers.* 245(1979)。

〔14〕 参见 Albert H. Hastorf and Hadley Cantril, They Saw a Game: A Case Study, 4 *J. Abnormal & Soc. Psychol.* 129 (1954)。

某个中间数据,但是研究人员对此作出结论是好像两边的学生是在"看不同的比赛"。

一个研究小分组就自利服务的偏见进行了研究,其研究显示人们倾向于得出公正的或者正确的判断,而这些所谓的公平的或者正确的判断却是偏向他们自己利益的。例如,墨西克(Messick)和森迪斯(Sentis)将考察对象分为两个团体:一个团体被告之假设他们已经在某任务上干了7小时,而另一组则假设他们干了10小时。[15] 工作了7小时的调查对象通常得到25美元的报酬。那些调查对象被问及该如何给那些工作了10小时的人发放报酬。工作了7小时的人平均认为那些干了10小时的人应该得到30.29美元的报酬。然而那些工作了10小时的人认为他们应该得到的报酬是35.24美元。30.29美元与35.24美元之间的差价是-4.95美元,这足以被引述为自利服务偏见在对公正的感知方面的佐证。

该实验还引发了对偏见产生的潜在原因进行深度洞察。对于工作了10小时实验参与者,人们想像的公平工资呈现双重模式/双模态:一些人认为给双方相同的工资才是公平的,而不管他们工作了多长时间;其他人则认为给双方按小时发放报酬最公平(这就意味着付给干了10小时的那些人报酬就是35.70美元)。这工作了7小时和工作了10小时的实验参与者所得之差可归因于那些认为按小时支付报酬才是公平的干了10小时的实验参与者提出的较高部分(higher fraction)。这个研究暗示了对公平的自利服务评价可能会发生在精神上不确定的背景,在这些背景中存在一些竞争性的"焦点(focal point)",也就是说,和解可以模棱两可地视作是公平的。[16]

一个实验性的调查:一个得克萨斯州侵权案例

为了调查自利服务的评估在谈判中所扮演的角色,我们设计

---

〔15〕 参见 David Messick and Keith Sentis, Fairness and Preference, 15 *J. Exper. Soc. Psychol.* 418 (1979)。

〔16〕 参见 Thomas C. Schelling, *The Strategy of Conflict* (1979)。

了一个实验性的范例(an experimental paradigm),该范例已经用于很多实验性研究当中。我们将详细探讨一个发生在得克萨斯州并在那儿审理的侵权案件,在该案中一个受伤的摩托车手状告那个将他撞了的汽车司机,要求对方赔偿他100,000美元。实验参与者被随意安排扮演原告或者被告,并且安排对方通过谈判达成和解。实验参与者首先收到一张解释该实验的书面材料,整个事件的顺序安排,谈判规则以及如果没能达成协议的话,他们将面临的成本等。之后,双方都收到了同样长达27页,记述发生在得克萨斯州的那个案件原始材料。这个材料包括证人证词、警方报告、地图以及各方的证词。[17] 实验参与者被告知我们将同样 358
的案件材料给了得克萨斯州的一位法官,这位法官对原告诉请支付的赔偿金作出了判决,其判决是在0美元到100,000美元之间。

在谈判之前,参与实验者被要求写下他们认为这位法官所做的判决数额。他们还被告知,要是他们的预测是同实际判决相差在5,000美元以内(多余或者少于均算数),则会在这一小节实验结束时得到1美元的奖金。他们还被问及若是"站在中立第三人的有利位置",此案在庭外和解,那么他们会认为对于原告来说多少赔偿才算是公平的。实验参与者还被告知所有的信息都不会告诉另一方。然后这两组实验参与者允许进行长达30分钟的谈判。和解中的拖延对于实验参与者来说是代价高昂的,为此他们将被判罚"法庭成本(court cost)",这些成本是在每个阶段累计起来的,如果实验参与者在该阶段没能够达成和解的话。如果他们没能在30分钟时间内达成自愿和解,那么法官的裁决将决定被告支付给原告的赔偿金以及对双方所征收的法律成本。

在第一小节,各方实验参与者要求支付一个固定参与费(比如说4美元),并且被告要额外给10美元。对于实验参与者来说100,000美元相当于1美元。例如,如果实验参与者达成了60,000美元的和解协议,则各方将支付法庭10,000美元的成本,被告保留

---

〔17〕 本试验中,有些试验参与者安排花一个星期时间去阅读该案件,而在其他试验中他们则只被给30分钟的时间去这么做。

4美元并支付6美元给原告，并且各方将交1美元给实验主持者以作为法庭成本。如果双方当事人没有达成和解，则被告支付原告3.06美元，以代表法官实际判决的30,560美元赔偿金（在谈判过程中，各方参与者并不知道该数额），并且各方当事人将因为没有达成和解而支付2.50美元的法律成本。

这个实验设计的目的是为了检测自利服务偏见在背景丰富以及受到控制的实验背景下所产生的影响。因为双方当事人都得到了同样的案例信息，并且各方都不知道有关法官的私人信息，这样原、被告之间的评估出现的差异不能被归咎于信息差异。

我们用此框架做的第一个实验发现很充分的证据证明谈判者对于法官的裁决形成了自利服务的评价，并且原、被告评估的差异与各方当事人达成自愿和解的能力有关联。[18] 参与实验者当中有80位是来自于芝加哥大学的本科生，另有80位是来自得克萨斯州立大学奥斯丁分校的学生。参与实验者在一进入实验就随即被随机安排扮演原告或者被告的角色。

自利服务偏见在次实验当中体现得非常清晰，因为原告对法官裁决的赔偿金得预测得出的平均数额为14,527美元，比被告预测的数额要高一些，并且原告对公平和解提出的赔偿平均数额为17,709美元，也比被告提出的要高一些，两者得出的差额从统计学角度来看与0有差距（different from zero）（$p < 0.0001$）。表14.1标识出了双方对法官的评估误差的中（间）值分割，并概括了每组形成僵局时的一对对百分比。该表的第一栏显示在该实验中，无法
359 和解与原、被告双方对法官判决的期待值之差异有强烈的关系。

---

[18] 参见 George Loewenstein, Samuel Issacharoff, Colin Camerer, and Linda Babcock, Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining, 22 *J. Legal Stud.* 135 (1993)。

表 14.1 因原、被告双方对法官评估之差导致的僵局形成之概率

	两组的评估误差：	
	低于中间值	高于中间值
罗温斯廷，等(1993) (n[总数]=80)	0.03(0.03)	0.30(0.09)
巴布科克，等(1995) (n[总数]=94)	0.04(0.03)	0.28(0.06)
巴布科克，等(1996) (n[总数]=49)	0.04(0.04)	0.36(0.10)

注：括号里的数值是标准误差。所有的差额都很明显在 0.05 范围内。

资料来源：Loewenstein, George, Samuel Issacharoff, Colin Camerer, and Linda Babcock, Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining, 22 *J. Legal. Stud.* 135—159 (January 1993); Babcock, Linda, George, Loewenstein, Samuel Issacharoff, and Colin Camerer, Biased Judgments of Fairness in Bargaining, 85 *Am. Econ. Rev.* 1337—1343(1995); Babcock, Linda, Xianghong Wang, and George Loewenstein, Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons That Reflect a Self-serving Bias, 111 *Q. J. Econ.* 1—19(February 1996)。

本研究有一个局限，那就是它并不必然证明是自利服务偏见导致了僵局的出现。例如，有可能还有第三个因素，可能是人格中的某个要素，诸如过分自信，导致一定的参与实验者错误估计了法官，进而不愿和解。为了避免这个问题，在一个新的研究中我们引入了一个操作，该操作减小了期望中的误差量值，但不改变该实验的其他主要特征。该操作涉及改变实验中事件发展的顺序。在控制环境中，参与实验者在他们阅读案件材料之前就知道他们角色可能是被告或是原告，并且要提供他们对法官的匿名评估以及公平和解；在实验环境中，他们是在阅读了案件材料之后才知道他们将要扮演的角色，并且要求提供他们对法官的评估及公平和解。我们的预测是原告与被告的之间的评估误差将会小于那些在阅读了案件材料后才知他们的角色的那些参与实验者给出的评估误差，因为，他们阅读案件材料之时尚不知他们所扮演的角色，这样，他们就在一个无偏见的情形中处理了相关信息。

该实验是由 38 位卡耐基·梅隆大学公共政策专业的学生，120 位得克萨斯州立大学法学专业的学生，以及 30 位来自宾夕法尼亚

州立大学的商学院学生来进行的。[19] 同从自利服务偏见发展到僵局之间的因果关系相一致，参与实验者在阅读了案件材料后才知道他们所要扮演的角色，并且对法官以及他们认为的公正做了估测，此时只有6%的谈判由法官来解决的；然而，当参与实验者开始就知道他们的角色，则有28%的谈判不得不由法官来解决（在统计上，这个有效的差额可以通过表14.2的第一排数字得到体现）。如同前述实验，各方当事人对法官裁决的估测之误差与和解有关；只有4%的谈判，其误差低于结束于僵局的中间值，然而，高于中间误差的28%的谈判小组没有达成和解（参见表14.2中的第二排数据）。

表14.2 对法官的估测出现的误差和情景僵局的比率

巴布科克，等（1995）	在阅读案件材料之前就知其角色	在阅读了案件材料之后才知其角色
对法官估测产生的误差	$ 18555(3787)	$ 6936(4179)
僵局率	0.28(0.07)	0.06(0.03)
巴布科克，等（1996）	控制	了解并列出弱项
对法官估测产生的误差	$ 21783(3956)	$ 4674(6091)
僵局率	0.35(0.10)	0.04(0.04)

注：括号里的数值是标准误差。所有的差额都很明显在0.05范围内。

资料来源：Babcock, Linda, George, Loewenstein, Samuel Issacharoff, and Colin Camerer, Biased Judgments of Fairness in Bargaining, 85 *Am. Econ. Rev.* 1337—1343(1995)。Linda Babcock, George Loewenthal, and Samuel Issacharoff, "Debiasing Litigation Impasse," 该文系未发表论文(1996)。

前面对自利服务偏见[20]和对信息的偏见处理的大体上[21]研究暗示偏差来自筛选信息过程。正如谷桥增（Danitioso）、今前（Kunda）以及冯（Fong）所称："人们试图为他们想得到的结论而构

[19] 参见 Linda Babcock, George Loewenstein, Samuel Issacharoff, and Colin Camerer, Biased Judgments of Fairness in Bargaining, 85 *Am. Econ. Rev.* 1337(1995)。

[20] 参见 D. Dunning, J. A. Meyerowitz, and A. D. Holzberg, Ambiguity and Self-evaluation: The Role of Idiosyncratic Trait Definitions in Self-serving Assessments of Ability, 57 *J. Personality & Soc. Psychol.* 1082(1989)。

[21] 参见 John M. Darley and Paget H. Gross, A Hypothesis-Confirming Bias in Labeling Effects, 44 *J. Personality & Soc. Psychol.* 20(1983)。

建一个理性的判断。[22] 为达此目的，他们在记忆中遍寻相关信息，但是该搜寻是存在偏见的，因为这些信息都是偏向于他们想得到的结论的。如果他们成功地找到了一种占优势的且与其目的相一致的信息，那么他们就会得出自己想要的结论，同时还幻想其结论的客观性。"为了检验一下该解释，我们在最后的谈判环节给每位 361
参与实验者发了一张调查问卷，在该问卷中要求他们对于一系列有利于原告的 8 个论点以及有利于被告的 8 个论点的重要性进行评估。[23] 与心理学研究的结果相一致，原告倾向于把有利于原告的论点给予更多权重，当然这是相对于他们对被告的有利论点的评价而言的；相反由被告给原告作出判断，情形也是一样的。这就为自利服务偏见产生于对信息的角色依赖性估测提供了证据。

可能还有其他的实验性操作为原、被告双方的期待之误差减小提供一些实际可行的建议，并且可以因此用它们来避免僵局吗？很明显，我们的实验中的做法——让参与实验者在阅读完案件材料后再安排他们的角色——这种做法没有任何实际的内涵，因为争议各方当事人经常在谈判开始时就知道了自己的角色。

我们在实验中设计几个干扰，这些干扰旨在对争议各方的判断进行"去偏(de-bias)"以作为推动和解的一种的方式。在一个实验性的处理中，参与实验者在角色被指定以及阅读完案件材料后，还要阅读一段描述有关自利服务偏见的范围及后果的文章，但是这些必须在参与实验者记录了他们对公平的评价以及对法官裁决的预测。他们还被要求接受一个小测试以确认他们是否看懂了解释偏差的那个文段。然而，在被告之该偏见对双方当事人的期待之误差不会产生影响，同时也不会对和解的可能性产生影响后，一个有趣的研究结果确实出现了。除了问及他们对公正和法官的认识之外，我们还要求那些参与实验者就其对头对法官的预测进行猜测。我们的结果显示让参与实验者了解自利服务偏见会让他们对另一方当事人的预测变得更加现实。可是，这并没有导致他们

---

〔22〕 参见 R. Danitioso, Z. Kunda, and G. T. Fong, Motivated Recruitment of Autobiographical Memories, 59 *J. Personality & Soc. Psychol.* 229(1990)。

〔23〕 参见 Babcock et al, 前引注 1。

对法官预测的修改。当他们了解了该偏见后，参与实验者会很明显地假设对方当事人也会顺从该偏见，但是并不认为该偏见对自己使用。

在另一个处理中，在他们进行谈判之前，参与实验者被引导去写一篇文章，该文章的主要内容是把对方当事人的情形写得尽可能地可信。这个介入方法是受到一个研究的启发，该研究暗示具有更佳洞察力的人（people with better perspective-taking ability）会更加有效地解决纠纷[24]，这的确改变他们的期待误差，并且是以边际统计有效的方式进行的，但是与其倾向的方向相反。再一次，它对和解率的影响不显著。

最后，我们转向研究另一种心理学现象，即在参与实验者质疑自己的判断时，偏见就会减小。例如，斯洛维克（Slovic）和菲施霍尔夫（Fischhholf）[25]，发现在参与实验者被引导解释为什么不同于实际上出现的结果的那些结果可能会出现之时，“后见偏见（hindsight bias）”（认为与实际相比，过去的事可能更易于预见的那种认识倾向）就会减少。

科里亚特（Koriat），列支敦士登（Lichtenstein）和菲施霍尔夫发现被称为“过于自信（overconfidence）”的偏见可以通过让参与实验
362 者列出那些与他们的想法相反的观点的方式得到减小。[26] 他们断定“过于自信部分是源于忽视相对立的证据之倾向的存在，并且其校正可以通过让这种证据更加突出的方式来得到改善。”[27] 其他的偏见研究也产生了类似减小偏见获得成功的故事（similar debiasing success story），特别是当参与实验者被引导去“从对方的角度

---

〔24〕 参见 Max H. Bazerman and Margaret A. Neale, Improving Negotiation Effectiveness Under Final Offer Arbitration: The Role of Selection and Training, 67 *J. Applied Psychol.* 543 (1982)。

〔25〕 参见 Paul Slovic and Baruch Fischholf, On the Psychology of Experimental Surprises, 3. *J. Exper. Psychol.: Hum. Perception & Performance* 544 (1977)。

〔26〕 参见 Asher Koriat, Sarah Litchtenstein, and Baruch Fischhoff, Reasons for Confidence, 6 *J. Exper. Psychol.: Hum. Learning & Memory* 107 (1980)。

〔27〕 同上，第 113 页。

思考"时愈发如此。[28]

基于这个共同的发现,我们设计了一个介入操作,在该介入中那些参与实验者在被指定了角色并阅读完案件材料后,被告之所谓的自利服务偏见(与前述实验一样)并被告知该种偏见可能会产生于没有考虑到在他们自己的案件中所出现的弱点。[29] 然后,他们还被问及列出他们案件中所出现的弱项。介入操作的效应是要减小各方对法官期待的误差(参见表 14.2 第 3 排):在控制情形,也就是各方都没有接受介入,该误差的平均值为 21783 美元;但是当各方都接受了减少偏见程序($p < 0.05$)时,则只有 4674 美。减少偏见处理也将僵局出现的比率从 35% 降到了 4%($p < 0.01$)。注意一点,这种介入可能在个体意识到他或她卷入了争端之后得到完成。因此可以断定该种介入在调解中可能充当一种可以实际应用的工具。

我们对去偏的研究避开了自利服务偏见是否真系"自利服务的"。实际上,有位评论人士评述道:它更应被称为"自我击败"偏见,因为它已导致个体犯下一些让他们的情形更糟高的系统错误。然而,心理学家争辩说:这些偏差在某些领域很明显有利于福利。例如,泰勒(Taylor)及布朗(Brown)争辩说:不现实的积极自我评估会增进快乐以及心里健康的其他方面。[30] 而且,他们建议拥有更确切自我评估的个体要么是自尊心弱,要么是受到一定程度的压抑,或者是两者兼有。然而,从我们的研究中很清楚地看出,在一些僵局成本高昂的谈判中,自利服务偏见会在经济上伤害各方。一个没有解决的问题——就是我们现在正在进行的研究中,该种

---

[28] 参见 Charles G. Lord, et al, Considering the Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment, 47 *J. Personality & Soc. Psychol.* 1231 (1984); Craig A. Anderson, Abstract and Concrete Data in the Perseverance of Social Theories: When Weak Data Lead to Unshakable Beliefs, 19 *J Exper. Soc. Psychol.* 93 (1983); Craig A. Anderson, Inoculation and Counterexplanation: Debiasing Techniques in the Perseverance of Social Theories, 1 *Soc. Cognition* 126(1982)。

[29] 参见 Linda Babcock, Xianghong Wang, and George Loewenstein, Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons in negotiations That Reflect a Self-serving Bias, 111 *Q. J Econ.* 1 (1996)。

[30] 参见 Shelly E. Taylor and Johnathan D. Brown, Illusion and Well-being: A Social Psychological Perspective on Mental Health, 103 *Psychol. Bull.* 193, 202(1988)。

偏差是否会有利于较少偏差一方，并且对另一方当事人的信念保持恒定不便。只要它能够有利于减少僵局，那么它还会导致该方当事人在谈判中说服力较为欠缺，这样就会导致虽然争端得到和解但是结果较差。

一个现场调查研究：公立学校教师合同谈判

在将这些发现提交各种研讨会及会议时，我们经常被问及我们是否经历了谈判者会遵照自利服务偏见的情形。为了论证这一观点，我们进行了一个研究，该研究就是要检验该偏差的存在以及它对现实背景中的谈判——在宾夕法尼亚州发生的公立学校教师合同谈判所产生的影响。[31] 自从 1971 年开始至今，约占 8% 的所有教师合同谈判都是以罢工的方式结束，并且罢工的平均持续期
363 为 16.4 天。

在涉及公共部门的合同谈判中，各方参照“具有可比性的（comparable）”团体所签署的协议是很常见的事。我们假设各方对于那个团体的协议具有可参照性有着自利服务的信念，并且随着各方信念的差距越来越大，僵局就会更有可能出现。为了探究该假设，我们调查了宾夕法尼亚州所有校区的工会及学校管理委员会主席，以求获得一个在他们看来可以在薪酬谈判中具有可比性的校区列表。[32] 我们将该调查的数据同有关罢工、教师薪酬、社区工资水平以及其他人口和财政信息的校区层次的信息联系起来。将实地调查与实际得出的数据合并起来可以让我们检测罢工活动与回应者的主观感受之间的关系。

仅仅考虑到那些工会及学校管理委员会都同时返回调查的校区，我们就发现双方都列出了可资参照的校区的总数是一样的（约为 4.5 个）。然而，由双方列出的实际上的校区以不同的方式反映

---

〔31〕 参见 Babcock，等，前引注 29。

〔32〕 针对工会主席的调查的回复率为 57%，针对学校管理委员会的调查的回复率为 35%。要获得详细的回复率以及选择性偏见（selectivity bias）问题的细节，请参见 Babcock，等，前引注 29。

了自利服务偏见。由工会方面列出的校区的平均工资为27633美元,而由学校管理委员会列出的校区的平均工资为26922美元。其均差为711美元,在统计上以及经济上都是有效的;在教师的工资年平均增幅低于5%的时候,它相当于教师平均工资的2.4%。

为了检测自利服务偏见对罢工的影响,我们复归到以前合同谈判与各方列出的可参照校区的平均工资之差的百分比。该复归包括控制社区财富以及当地劳动力市场行情的变量。该复归对可比照校区的罢工活动的列表产生了效果显著的差额效应。该推定值(point estimate)暗示工会列出的那个校区的平均工资比学校管理委员会列出的高出1000美元,则该校区可能发生罢工的概率比工会与学校管理委员列出的平均工资相同的那个校区要高出49%。

我们还发现在列出的可比照校区上所反映的差额与临近校区教师的薪酬的变化有关。很明显,临近校区教师工资的较大变化为各方提供了更多机会去选择自利服务的比较群体。然而,在列出的可比照校区上反映出来的差异与工会主席或者学校管理委员会主席的知识水平都没有关系。谈判的经历看起来并没有避免使人们受到自利服务偏见的影响。

对前述谈判实验发现的再解释

自利服务偏见的存在,为过去在有关谈判问题上所展开的研究得出的诸多发现提供了一个对其进行再解释的有利工具。在某 364
研究中,例如[33],两个参与实验者就如何分配一百张有一份中奖机会的彩票所展开的谈判。一个参与实验者若是赢得该彩票将得到5美元,同时另一位参与实验者将得到20美元。假设有这样一个假比赛,要分开这些筹码会出现有两个焦点:各方均得50个筹码(赢钱的机会一样)或者付20个筹码给那个得20美元的参与者以及80个筹码给那个得到5美元的实验参与者(相同的期待值)。在两位实验参与者都不知道谁会拿到该决定性筹码时,参与者一

[33] 参见 Alvin E. Roth and J. Keith Murnighan, The Role of Information in Bargaining: An Experimental Study, 50 *Econometrica* 1123(1982)。

般都同意将这些筹码平分，只有 12% 的成对实验参与者没有能够达成协议并且最终都没有获得制胜筹码。然而，当参与实验者都知道谁被安排了制胜筹码时，22% 的成对参与者没有达成协议。一个可能的解释是各方都认为对自己有利的解决方式才是公平的，因此得 20 美元的实验参与者很可能拒绝一半的筹码，而得 5 美元的实验参与者则要求相等的期待值。

另一个有名的谈判架构是所谓的收缩馅饼博弈（shrinking pie game），在这个博弈当中一位实验参与者（也就是“申请人”）面前放着一笔钱，被要求同另一位参与实验者（也就是“被申请人”）进行分享。如果被申请者拒绝该要约（offer），那么待分的金钱将会减少，然后参与者互换角色，接着博弈开始，一直到一个要约被接受，或者直到特定次数的回合已经玩完。在这个博弈当中，见到一位被申请者拒绝倾向一方的提议，并且稍后提出一个比被他们刚刚拒绝的那个要约得到要少的反要约（counteroffer），但是这个反要约会更平等一些，因为另一方的数额减少得更加多。在对这个博弈结束后进行的调查中，魏格（Weg），拉波特（Rapport）以及费尔森塔尔（Felsenthal）发现：当馅饼对于双方来说是以同样的比率缩小时，在第一回合的反对率只有 12%，但是当馅饼对于各方来说是以不一样的比率缩小时，在第一回合的反对率却达到了 57%。[34] 又一次与自利服务偏见相一致，可能馅饼缩小得相对慢一些的参与者会视此为要求稍大份额馅饼的正当理由，但是馅饼缩小得快的参与者会拒绝该馅饼的收缩率，并会视此为分配馅饼的标准。

作为收缩馅饼博弈的特别个案——“终极”博弈（“ultimatum” game），在该博弈当中，只有一个回合。在这种情形，如果被申请者在第一回合拒绝了申请者的要约，则该馅饼会缩小至零并且各方都不会有机会得到制胜筹码。如果申请者重视的只是自己的利益，并且如果他们相信被申请者也是这么认为的，那么申请者应该提出一个微不足道的数量（像 1 美分），并且接受它。但是在实际

---

〔34〕 参见 Eythan Weg, Amnon Rapport, and Dan S. Felsenthal, Two-Person Bargaining Behavior in Fixed Discounting Games with Infinite Horizons 2 *Games & Economic Behavior* 76 (1990)。

中,模式华的要约典型地表现为均分该馅饼,并且稍小一些的要约通常会被拒绝。[35]

尽管终极实验已被经济学家用来阐明公平考虑的重要性,这些实验中的反对可以通过自利服务偏见来解释。视自己为强势角色的申请者相信他们才值得分配比一半还多的馅饼,而被申请者认为角色不应该影响馅饼的分配。除了没有达成和解这种简单事实之外,标准的最后通牒博弈所产生的某些变化为自利服务偏见所起到的作用提供了更多的直接证据。在该博弈的一个变化玩法 365
中,申请者与被申请者的角色要么随机决定,要么通过与胜者(也即扮演申请者)进行小型竞赛得出的结果来确定。[36] 在竞赛环境提出的要约低于在随机环境中所提出的,并且反对率实质上高得多。由此可以看出竞赛环境中申请者感到会自利服务般(self-servingly)有权得到更高的制胜筹码,但是被申请者不会视此竞赛与馅饼的公平分配有关。

在最后通牒博弈的另一个变化玩法中,耐兹(Knez)及卡梅拉(Camerer)进行了一个实验,在该实验中如果被申请者拒绝了申请者的最后要约,那么玩家就会获得一笔可观的金钱。[37] 例如,如果该待分享的金钱数量是 10 美元,并且如果该要约被拒绝,申请者就赚得 4 美元而被申请者则赚得 3 美元。此处存在两种明显的公平分配方式:只需将那 10 美元平分,也就是说各方都得到同等的酬金 5 美元,或者将要约之外其他的剩余金钱进行均分;在本例当中,4.5 美元的要约会给被申请者 1.5 美元的余款(4.50—3.00 美元)并且申请者也会得到同样的余款 1.5 美元(5.50—4.00 美元)。这种替换的限定方法为自利服务评估公正创造了一定的余地,并且实际上这种情形中的被申请者坚持要求多余一般的"馅饼",并且大约有一半的要约都遭到拒绝,无法达成协议的比率比前述最

---

〔35〕 要得到对该博弈的简短评述以及对从各种各样的数列中得出的发现进行概观,参见 Colin Camerer and Richard H. Thaler, Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners, 9 *J. Econ. Persp.* 209 (1995)。

〔36〕 参见 Elizabeth Hoffman et al., Preferences, Property Rights and Anonymity in Bargaining Games, 7 *Games & Econ. Behav.* 346 (1994)。

〔37〕 参见 Marc Knez and Colin Camerer, Outside Options and Social Comparison in Three-Player Ultimatum Game Experiments, 10 *Games & Econ. Behav.* 65 (1995)。

后通牒博弈研究中的要高得多。

两个对劳工谈判的研究得出了类似的、可以解释为展示自利服务偏见的证据。在一个实验性对劳工—管理层谈判的研究中，汤普生(Thompson)以及罗温斯廷(Loewenstein)发现管理层对于公平和解估测明显会低于那些由工会提供的估测，并且在对公正的评估上反映出来的差异与罢工的持续长短之间遵循了一个有效的正相相关(positive correlation)。[38] 他们还巧妙地控制了提供给双方的信息的复杂性，并且发现该复杂性在增加工会与管理层二者对公平工资的自利服务感知之差异上起到了小的但是有效的影响。

在针对发生在威斯康星州(Wisconsin)发生的公立学校教师合同谈判中采用仲裁方式解决争端的实地调查研究中，巴布科克和奥斯隆(Oslon)发现在一个校区的运动会上工资安排变化的增多增加了该校区不能达成一致意见以及最终通过仲裁结束争执的概率。[39] 可以像前已述及的对宾夕法尼亚教师谈判的实地研究同样的方式对该证据进行解释；当有了大量的、潜在的可比照团体对公平进行评估时，各方就会将焦点集中在对他们自己有利的那些情形上。

探讨

作为一个整体，本研究此处所做探讨的已为自利服务偏见是谈判僵局中一个重要的决定因素提供了强有力的证据。作为一条
366 普通的经验，本研究建议，对于待发生的偏差，在谈判环境该如何看待上必须具有某种形式的不对称。这不能被理解为偏差是起因于信息不对称。相反，我们所思考的是各方当事人，即使拥有了完全的信息，也会以不同的方式对该种情形进行解释。参与实验者

---

〔38〕 参见 Leigh Thompson and George Loewenstein, Egocentric Interpretations of Fairness and Interpersonal Conduct, 51 *Org. Behav. & Hum. Decision Process.* 176(1992)。

〔39〕 参见 Linda C. Babcock and Craig A. Oslon. The Causes of Impasses in Labor Disputes, 31 *Indus. Rel.* 348(1992)。

被置于一个对称的谈判背景，也即被指引与另一方分享 10 美元的情形，其中只有极少数的参与实验者相信唯有均分那 10 美元才算公平。然而，即使是在像这样的一个简单情形，只要不对称被引入给双方当事人，例如，不同的非契约值或者非和解成本，或者角色上的微妙差异，还有双方对公正的理念都会倾向吸引他们达成对自己有力的和解结果。他们不仅视这些和解为公平的，而且还会相信他们个人的公正理念是不偏不倚的。

我们试图展示自利服务偏见为僵局的造成提供的另一种理由，这种理由比基于不完全信息的模型更具有解释力（explanatory power）。而且，自利服务偏见也有可能帮助解释其他重要的经济现象，诸如失业现象。如果求职者对于自己的生产能力做了过度估测，那么他们就会要求不现实的最高保底工资，其结果是导致他们更长时间地处于失业状态。研究发现求职辅助项目（job search assistance program）会引导无职业者更快找到新的工作。这些项目能够成功的一个原因是，如同我们前已述及的去偏处理一样，他们降低了期待值，这样就会导致个体对于他们的选择余地更加客观地对待。自利服务偏见还可以帮助解释失业保险的低领取率（使用该项目的适格个体的百分比）。再次，如果工人对于他们的求职存在过度的期待，他们会相信他们很快就会找到新的工作，这样就降低了寻求辅助的诱因。其他的研究发现自利服务偏见对“公共品悲剧（tragedy of the commons）”问题的解释有助益。当个体以自利服务方式评估稀缺资源中他们所占的“公平份额”时，他们将会以更快的速度耗尽这些资源。[40] 一个密切相关的偏差——过于自信，可能有助于解释很多研究人员在外汇市场上以及纽约证券交易所（New York Stock Exchange）中所看到的过度交易现象。奥丁（Odean）推出了一个金融市场模型，在该模型中交易者对于他们的

---

〔40〕 参见 Kimbley Wade-Benzoni, Ann Tenbrunsel, and Max Bazerman, Egocentric Interpretations of Fairness in Asymmetric, Environmental Social Dilemmas: Explaining Harvesting Behavior and the Role of Communication, 62 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes.* 111(1996)。

私人信息的确切度表现出过于自信。[41] 这就导致了一个准理性期待均衡(a quasi-rational expectations equilibrium),在这个均衡中存在过度的交易量。

自利服务偏见有两个其他的辐射范围广泛的衍生物。无论何时,个体面临在对他们最为最有利的交易以及在道德上正确的交易之间进行选择时,他们对于道德上正确的感知很有可能会被那对他们最为有利的东西所遮蔽。[42] 那么,在做那个交易时,自我利益会出现两次:直接出现,是在与道德上正确进行交易时;不直接出现,是通过其对道德上正确的感知产生的影响所致。打比方说,实施移植手术的外科医生,必须经常性地决定针对潜在的接受者如何分配这些稀缺器官。为了维持有利的统计,他们的自我利益
367 可能不会是将器官移植给那些存活率上升且受益最多的患者,而是会将器官移植给手术成功概率最高的那些人。基于我们前面已经做过评述的研究,看来很有可能实施移植手术的外科医生对于谁将从移植手术中获益最多的观点会被他们自己在"吸脂效应(cream skimming)"中的利益所扭曲。同样地,我们怀疑,对于那些转向因为展开医学实验而得到较少补偿的新薪酬制度下的医生而言,他们很有可能会改变对医学实验之价值的看法。在一个不同的领域,审计员的判断很可能会在某种程度上受到留住客户的动机的影响,尽管他们表面上代表是股东的利益但却实际上是由他们要进行审计的人所雇佣(或者辞退)。

阅历及学问会使偏见最小化吗?

在我们推出这篇作品之时,通常会问及三个问题,它们都与现实世界中的自利服务偏见之重要性相关联。第一个就是,有人提出幼稚的实验性参与实验者可能会展示出这样一种偏见,这种偏

---

[41] 参见 Terrance Odean, *Volume, Volatility, Price, and Profit When All Traders Are Above Average*(1995)。

[42] 参见 George Loewenstein, Behavioral Decision Theory and Business Ethics: Skewed Trade-offs Between Self and Other, in *Codes of Conduct* 214 (David M. Messick and Ann E. Tenbreusel eds., 1996)。

见通常会受到受过训练专业人士，如律师等的抵制。除了我们对宾夕法尼亚州教师的实地调查研究得出的证据外，其他的证据也显示专业人士不会幸免不受自利服务偏见的影响。例如，埃森堡(Eisenberg)分析了一个针对 205 名经验丰富的破产专业律师及 150 名审理过破产案件的法官所作出的调查，该调查问了一系列有关律师费用方面的问题，诸如法官会花费多长时间在律师费用的申请以及律师费用的公正性作出裁决上面。[43] 通过对法官及律师回应的比较揭示出在调查中的每个问题上都实际存在一个自利服务偏见。例如，78% 的法官报告说他们在费用听证会上会作出中间费用申请裁决(interim fee application)，但是只有 46% 的律师报告说法官裁判得过快。37% 的律师报告说他们最频繁地承认以其“服务之值(value of the services)”为标准收取补偿。而只有 15% 的律师报告说法官是按如此比率对他们进行补偿的。60% 的律师报告说他们通常遵循律师费用准则，但是法官却报告说只有 18% 的律师遵循了该准则。无论是律师还是法官，或者最有可能是二者皆有，要对这些误差负责，这个证据当然不会暗示专业人士会免予受自利服务偏见的影响。

第二个提出的批评是我们实验中所采用的赌注实在太低——以至于我们参与实验者都不太有动力以一种没有偏差的方式来处理信息。这种批评在几个方面站不住脚。首先，这些偏差是在现实世界背景中观察得出的，诸如在前已述及教师合同谈判中，其赌注是极其高的。其次，个体不太有可能意识到他们对信息的处理带有偏差，这样，诱因的增加不会导致他们更加有责任心。再次，“高赌注”实验，诸如那些由霍夫曼(Hoffman)、麦凯卜(MaCabe)以及史密斯(Smith)所做的实验，其结果没有产生与那些低赌注实验中的行为有什么重大不同。[44] 368

对该实验的第三个批评是他们没有考虑到学习(learning，在心理学上尤指通过体验或环境影响造成的行为变化)。当我们的实

---

〔43〕 参见 Theodore Eisenberg, Differing Perceptions of Attorney Fees in Bankruptcy Cases, 72 *Wash. U. L Q.* 979(1994)。

〔44〕 参见 Hoffman，等，前引注 5。

验是“只有一次”时，在大多数经济学实验中，让参与实验者经历同样程序多次以考虑让其学习是很常见的。然而，在现实世界中会提供如同经济学实验室中进行的实验中所出现的那些学习机会根本就不明显。大多数人发现他们自己只会零星地涉及谈判，并且每个谈判的情形与以前的情形在诸多方面存在不同。毫无疑问，我们的所有参与实验者，特别是那些来自商学院及法学院学生们，在参加实验之前已经有很多次的谈判经历了，但是这个实验看起来好像甚至没有让他们注意到自利服务偏见的存在，就更不用说实际上会让他们有能力对其进行抵制了。我们还应该注意到我们在宾夕法尼亚州的实地调查中所得出的结果与经验会消减偏差的观念不一致。

实际上，有理由注意到阅历与真实的历史总是包含有那种含混信息以及竞争性主张——它们才是对公正进行自利服务评估的发源地。在由卡梅拉及洛温斯廷展开的研究中，参与实验者就一块土地的价格进行谈判，双方只知道他们自己的保底价。[45] 每对参与者都赞成一个售价。在第二阶段，同样成对的学生再次就同样的情形进行谈判，这次是知道了其谈判伙伴的保底价。有20%成对的学生在这第二回合没有达成和解，尽管他们拥有更多的信息。在第一轮表现差的同学感到对于前面的糟糕结果他们应该得到补偿。那些再第一轮表现较好的学生认为第一轮同第二轮没什么关系。这些调解的结果当中有一个重要的含意，即对过去的揭露应该排除在谈判之外，并且应该是最大限度可能地将其排除。如果谚语“既往不咎(let bygones be bygones)”可以应用到经济决策当中，那么它将同样可以应用于谈判当中。

方法：心理学与经济学

实验经济学家发现本论文探讨的研究中的几个特征有些与众

---

[45] 参见 Colin F. Camerer and George Loewenstein, Information, Fairness, and Efficiency in Bargaining, in *Psychological Perspectives on Justice: Theory and Applications* 155 (Barbara A. Mellers and Jonathon Baron eds., 1993)。

不同。第一个就是在这个实验当中包含了大量的法律背景。经济学实验通常会慎重地限制相互作用的背景，在这种背景中，各方当事人之间的角色被贴上类型化标签并且其交流受到严格的控制。正如考克斯(Cox)和埃塞克(Issac)写的那样，经济学实验正常情况下不会涉及参与实验者的"角色扮演"，也就是说，"在这些实验中，指引(instructions)、背景和/或实验设计的动机利用了位于实验室之外的参与实验者所掌握的有关经济因素或者制度方面的知识。"[46]相形之下，在我们的得克萨斯州侵权实验中，参与实验者扮演了现实法律情形中一方当事人的角色，并且他们进行的是非正式的面对面交流(unstructured face-to-face communication)。正如我们进行方法选择时所暗示的那样，我们认为经济学家们对删除实验中的背景之重视是一种错误。人类思维、问题的解决以及选 369
择都是高度情景依赖的(context-dependent)。心理学家已经发现一些问题在抽象环境中人们是解决不了的，但是当将这些问题放到现实环境中就可以得到解决。[47]

一个经典的例子是沃生(Wason)提出的"四张牌问题(four card problem)"。在这个实验中，参与实验者会看到一幅牌，每张牌上一面写着一个数字，另一面则是一个字母。他们看到翻过来的牌上是这样一些字母及数字 X，Y，1 及 2。他们被问及哪张牌需要翻过来以证实这个规则——"如果在牌的一面是 X，则另一面当是 2。"当此问题让处于前面刚刚描述的抽象情形中的人来作答时，极少有人能给出正确答案——是"X"和"1"。然而，当将此任务放在一个类似的环境中来解决，则几乎所有的人都可以给出正确地答案。例如，当规则是——"如果某学生被分配到格鲁沃中学(Grover High School)，那么该学生就必须住在格鲁沃市，"并且学生们会被展示写着"住在格鲁沃市"、"没有住在格鲁沃市"、"被分到格鲁沃

---

〔46〕 参见 James C. Cox and R. Mark Issac, Experimental Economics and Experimental Psychology: Ever the Twain Shall Meet? in *Economic Psychology: Interactions in Theory and Application* (A. J. MacFadyen and H. W. MacFadyen eds., 1986)。

〔47〕 参见 William M. Goldstein and Elke U. Weber, Content and Discontent: Indications and Implications of Domain Specificity in Preferential Decision Making, in *The Psychology of Learning and Motivation*, vol. 32, 83(J. R. Busemeyer, R. Hastei, and D. L. Medin eds., 1995)。

中学"以及"没有分配到格鲁沃中学"的卡片(在卡片的背面有相关信息),那么结果是89%的参与实验者正确地指出了哪张卡片需要被翻过来。[48]

所谓"无需背景的(context free)"实验,这种想法无论如何都是虚幻的。使用了最后通牒博弈的实验已经表明程序上表面看起来的微妙变化,从严格的经济学观点来看是无关紧要的,例如,决定角色的机制,该博弈是定格为要约博弈(offer game)还是需求博弈(demand game),以及提出要约的计时与方法——它们对人们如何玩这个博弈都具有强烈的影响。[49] 同意他们的特定实验是"无需背景的"幻想的那些研究人员很有可能脱离了对他们研究发现之概括的夸张感觉。

从得克萨斯州侵权实验以及宾夕法尼亚教师合同谈判的实地调查得出的另一个非标准的特征是我们对参与实验者的领悟力进行了估量。经济学家,像行为心理学家,有时自夸自己在估量行为,而不是理解力。实际上,我们通常被这个区分所迷惑。在经济分析中大量引用的有关"行为"的数据来自调查,诸如国家跟踪调查与当前人口调查(National Longitudinal Survey and Current Population Survey),在该调查中参与回答问题者提供了有关诸如工作、工资、失业期等很多方面的信息。然而,因为偏差、记忆的限制以及经心准备的虚假报告等的存在,这样的行为自我报告是极度容易致错的。实际上,阿克洛夫(Arkerlof)和耶伦(Yellen)已经言明过人们看起来甚至不大可能非常准确地记得在过去的一年内他们是就业了还是失业了。[50]

而且,没能够收集到有关心理学架构的数据让我们无法得到对更多差别细微标准理论(more nuanced tests of theory)有贡献的信息。例如,特蕾西(Tracy)发现了在投资者不确定(代表了工会对公司前途的不确定)与罢工活动之间存在一种正向关系,并且将

---

〔48〕 参见 Leda Cosmides, The Logic of Social Exchange: Has Natural Selection Shaped How Humans Reason? Studies with the Wason Selection Task, 31 *Cognition* 187(1989)。

〔49〕 参见 Blount,前引注5;Hoffman, 等,前引注5。

〔50〕 参见 George Akerlof and Janet L. Yellen, Unemployment Through the Filter of Memory, 99 *Q. J. Econ.*, 747—773(1986)。

其引述为与僵局形成的信息不对称模型相一致的证据。[51] 然而，毫无疑问有很多可以预测这种正向相互关系的理论。只要在合同谈判开始之前及之后，切实地收集一下有关工会对公司的盈利性的感受就可以直接检测这个意图——公司在争端解决过程中采用拖延手段是向工会示意他们还在盈利的信息。因为不太情愿去收集和分析有关介入变量所显示出的数据，经济学家们通常被迫对他们模型中的预测粗糙地进行检测。

一些经济学家关心的是结合心理学来研究会使经济分析变得复杂或者迫使放弃使用受限制的最大化（constrained maximization）这个传统工具。没有什么东西比真理更接近真理的了（Nothing could be further from the truth）。结合了个人对"公正"结果的偏好的那些模型仍在使用传统方法，但是它产生了与传统模型相比，具有更多实证支持的预测。[52] 最近，就公正的自利服务解释进行了模型化尝试[53]，它是我们所期望的并将帮助说服更多的经济学家，心理学因素可以结合到正规的经济分析当中。

所有的经济学都涉及心理学。贝叶斯法则、理性期待假设以及被揭示的偏好理论都是对人们如何形成期待以及是什么激励他们去行为等的心理学假设。经济学所面临的不是是否要包括或者排除心理学的问题，而是要包括哪种类型的心理学的问题。

---

〔51〕 参见 Tracy，前引注 2。

〔52〕 例如，可参见 Gary Bolton，A Comparative Model of Bargaining：Theory and Evidence，81 *Am. Econ. Rev.* 1096（1991）；Rabin，前引注 5。

〔53〕 例如，可参见 Mathew Rabin，*Moral Ambiguity*，*Moral Constraints*，*and Self-serving Biases*（1995）。

15 控制易得性串联*

提摩尔·库兰　凯斯·R.桑斯坦

本章的目的是要确认对风险规制具有重要的、可能是合意的，但是有时会产生有害影响的一系列相互联系的社会机制。这种有害影响范围广泛，从不协调的健康条例到没有经过科学鉴定、对健康有害的食品等等。潜在的机制将通过它们对立法者、行政管理机构以及法院所施加的影响，从而有助于引导法律的制定。

下文勾勒出的机制以易得性直观推断（availability heuristic）为媒介，易得性直观推断是一种具有渗透性的心理捷径，借此任何既定事件的已感知可能性就会让人很轻松地记起该事件的发生。认知心理学家认为易得性直观推断是个体判断与感知的关键要素。他们证实我们作为个体所作出的概率评估通常是基于我们对相关例子的轻松记起。[1] 我们此处的主要主张是这种带有可确认的社会机制特征的启发式相互影响（heuristic interaction）会产生易得性串联：社会串联，或者只是串联，通过这些串联已表述出来的感知

---

* 本文是由同名作者所撰写的论文《易得性串联与风险规制》（51 *Stanford Law Review* 683 [1999]）一文的缩写本，缩写过程中删除较多。

[1] 参见 Amos Tversky and Daniel Kahneman, Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in *Judgment Under Uncertainty* 3 (Daniel Kahneman, Paul Slovic, and Amos Tversky eds., 1982)。

会引发个体的连锁反应，这种个体的连锁反应，通过它们在公共话语中不断升高的易得性，会致使这些感知看起来愈发似是而非。易得性串联可能伴随有对抗机制（counter-mechanism），该机制能够保持那些感知同相关事实保持一致。然而，在一定情形下，它们会产生持续的集体易得性差错（collective availability error）：它是基于易得性直观推断与下文描述的社会机制之间的相互作用之上得到广泛传播的错误信念。因其而发生的大规模错觉可能会持续多长时间，谁也无法确定，更为甚者，是他们可能会导致产生大量的无用的或者甚至是有害的法律和政策。

一个易得性串联包含了两种特别的串联，它们最近在社会科学领域受到广泛关注，它们是信息串联（information cascade）[2]和名声串联（reputational cascade）[3]。信息串联发生在在某特定事 375
情上极少拥有个人信息的人们将其个人信念建立在他人的明显理念之上之时。特别是，当一定个体的言行给人印象是他们已经接受特定的理念之时，其他不太了解情况的个体会接受其他人所接受的理念。只要相关团体的成员在一个或多个方面（比如说，初始个人信息、依赖社会获取信息、社会接触的时间选定）是同质的（heterogeneous），那么信念分配的转变会以串联的形式呈现，此即所谓乐队花车或者滚雪球过程（a bandwagon or snowballing

---

〔2〕 对纯粹的信息串联之分析，请参见 Sushil Bikchandani, David Hirshleifer, and Ivo Welch, A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Changes as Informational Cascades, 100 *J. Plo. Econ.* 992 (1992)；作者名同前，Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades, 12 *J. Econ. Pers.* 151 (1998)。W. Brian Arthur and David A. Lane, Information Contagion, in *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy* 69 (W. Brian Arthur ed., 1994)；David Hirshleifer, The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades, in *The New Economics of Human Behavior* 188 (Mariano Tommasi and Kathyrn Ierulli eds., 1995)；Lisa Anderson and Charles Holt, Information Cascades in the Laboratory, 87 *Am. Econ. Rev.* 847 (1997)；Abhijit Banerjee, A Simple Model of Herd Behavior, 107 *Q. J. Econ.* 797 (1992)；作者名同前，The Economics of Rumors, 60 *Rev. Econ. Stud.* 309；and Vai-Lam Mui, Information Civil Rights, and the Political Economy of Witch-hunts, 15 *J. L. Econ. Org.* 503 (1999)。

〔3〕 有关名声串联的例子，请参见 George A. Akerlof, The Economics of Caste and the Rat Race and Other Woeful Tales, 90 *Q. J. Econ.* 599 (1976)；Timur Kuran, Sparks and Prairie Fires: A Theory of Unanticipated Political Revolution, 61 *Pub. Choice* 41 (1989)；作者名同前，Now Out of Never: The Element of Surprise in the East European Revolution of 1989, 44 *World Politics* 7 (1991)；作者名同前，Ethnic Norms and Their Transformation Through Reputational Cascades, 27 *J. Legal. Stud.* 623 (1989)。

process)。并非社会中每个经历了信息串联的社会成员需要被影响;那些拥有值得信赖私人信息的人可能会保持不受影响。然而,在正确的情形下,大多数社会成员,甚至是所有的人,将会基本上以相同信念结束,这些相同的信念很可能是空想的。只要社会到了整个社会被切分的状态(socially fragmented),那么它就可以展示地方性的信息串联(local informational cascades)。一个地方性的信息串联,打比方说,就是一个限制于一定地理区域、人口亚群体、或者是一群拥有共同政治目标的核心激进主义分子的那种串联。

像信息串联一样,名声串联是通过个体选择之间相互依赖所驱动的。然而,它在潜在个人动机方面不同。在名声串联的情形,个体不必受制于社会影响,因为其他人可能会更加知识渊博。更确切地说,其动机只是要获得社会认同以及避免被社会拒绝。为了想方设法达到他们的名声目标,人们沉溺于说或者行动,好似他们共同分享着,或者至少是不反对,那些他们认为是主流的信念。正如在信息串联的情形,其结果可能是清除公共话语中的不正常观念、意见以及行为。正如同信息串联被限制于其范围之内一样,也就存在有地区性的信息串联:自我加强过程(self-reinforcing process),该过程重塑了对特定子群体的公开声明并且还没有影响到更广泛的人口。

名声以及信息串联不是相互排斥的。一般地讲,他们表现出的是相互作用,甚至互相依托。[4] 其结果合成过程就是我们所称的易得性串联。

能够理解易得性串联以及想尽办法利用他们的洞察力的那些社会经理人可以被特征化为易得性企业家(availability entrepreneurs)。它们处在社会体系中的各个位置,包括政府部门、媒体机构、非营利性组织、商业部门以及甚至家庭等等不一而足,易得性企业家试图引发可能推进他们的协议事项的易得性串联。他们这么做时通常采用的方法是将人们的注意力吸引到特定的问题上,

---

[4] 有些在它们之间发生的相互作用在提摩尔的书中得到了分析,请参见 Timur Kuran, *Private Truths, Public Lies: The Social Consequences of Preference Falsification* (1995)。

以特定的方式解释该现象，并且试图提升一定信息的突出性。这样的一些易得性活动（availability campaign）通常可以通过克服公众不活跃，以及激起对一些已经长期困扰着社会然而极少被清楚地指出的社会问题的讨论等方式来创造社会效益。与此同时，易得性活动有时会通过激起集体易得性差错（fueling collective availability errors）的方式，导致对社会产生巨大的伤害。这种危险针对 376
的是对制度性保障之需，而这种制度性保障旨在确保更佳的优越背景以及对科学知识的更加充分利用。

我们对易得性串联的主要例证牵涉到对风险的规制，这个主题特别适合于探索民主与法律之间的相互作用。然而，通过适当的改进，该总体框架可以应用于更为广泛的其他领域。在各种各样的社会转型当中，那些展示易得性串联的显著例子是：麦卡锡主义（McCarthism，指美国共和党参议员 J. R. McCarthy 于 1951—1954 年间发动的反共以及迫害民主进步力量的法西斯行径）的兴起与衰落；黑人民权运动斗争；纠正歧视运动的扩散以及最近爆发出的公众对此运动的反对；正在进行的抵制活动，包括抵制色情、憎恨言词（hate speech）、抽烟、健康维持组织（health maintenance organization），以及焚烧黑人教堂；共产主义的持续存在与突然垮台；全球转向有利于市场发展的政府政策；以及最后要谈到的是：弥漫全球的种族及宗教分离主义。

三个代价高昂的易得性差错

我们现在将展示三个集体易得性差错的例子，这些例子将形成随后进行的分析之背景材料。

“爱渠（Love Canal）”案

在 1942 年与 1953 年之间，胡克化学公司（Hooker Chemical Company）在爱渠中倾倒了了一些化学废品，该运河系一条废弃不

用的水道，它流入到位于纽约州的尼亚加拉河（*Niagara River*）。[5] 该公司然后在废品上覆盖了尘土，并且将其出售给了尼亚加拉瀑布教育管理委员会（Niagara Falls Board of Education）。当地政府对此地进行了开发，并在其上建成了一个居民社区。该居民区 1957 年建成，而在该运河的旧址上，建成了一所学校和一个操场，并有一些新的民房与其搭界。

在随后的几年里，不同寻常的大雨降落此区域，1976 年一个负责监管北美五大湖区（the Great Lakes）的委员会在安大略湖的鱼身上发现了杀虫剂迷拉克斯（Mirax）。很快纽约环境保护局确认了爱渠系罪魁祸首。当地新闻界开始报道住在这个区域的居民开始担忧拉夫运河对他们健康的影响。骇人听闻的传说开始流传：小孩被烧、无处不在的臭味导致恶心、不能饮用的水以及随处可见的可怕黑泥。居民们担心那些掩埋了的化学品会被再次暴露于地面，以致这个居民区不再适宜他们居住。

在这个阶段，没有政府官员出面尽力缓解居民对危险的担忧，也有可能是由于任何使民众宽心的努力都会遇到民众的诸多不信任。新闻报纸还在不停地煽风点火。一个主要的进展是在 1978 年发生的一系列惊人的故事，这些故事引起了一位家庭主妇——路易斯·玛丽·吉布斯（Lois Marie Gibbs）的注意。吉布斯成了公开居民们对不良身体反映表示恐惧以及动员公众对此表示关注的
377 中心人物。[6] 吉布斯后来还出现在全国电视台播放的节目中，并且被邀情到美国国会和白宫做客。起初，她对报纸文章的反应导致她开始在这个区域每家每户进行游说，并成功地组织了一个请愿活动。[7] 部分地由于她的这些努力，居民们对于反证（counter-evidence）基本上有了免疫能力。

作为对群众大声疾呼的回应，纽约州公共卫生事务专员罗伯

---

〔5〕 我们的描述依赖的是就此进行的独立研究以及 Lois Marie Gibbs 等人的著述，请参见 Lois Marie Gibbs, *Love Canal: My Story* (1982); *Aaron Wildavsky, But Is It True?* (1996); M. Landy et al., *The Environmental Protection Agency: Asking the Wrong Questions* (2d ed. 1994)。

〔6〕 参见 Gibbs，前引注 5，第 9 页。

〔7〕 同上，第 19 页。

特·惠伦(Robert Whalen)宣布该地区处于公共卫生紧急状态。将爱渠的紧急情况特征化为"重大的并且是迫在眉睫的危险"之后,他敦促该地区的居民搬出他们的地下室,并且要避免食用任何从他们花园里长出来的食品。他还为25位怀孕妇女及年龄小于2岁以下的小孩另寻暂时居住地,正因为这些,被安排在救助计划后面的那些居民开始询问为什么他们的健康被"不太重要地"对待。一个月以后,惠伦发表了一个名为"爱渠:公共卫生的定时炸弹"的报告,该报告将爱渠描述为"今天的灾难,其影响深远并且具有破坏性。"[8]此时,联邦政府也开始对此日益高涨的危机情绪作出回应。联邦灾难救助管理局(Federal Disaster Assistance Administration)局长几乎在此同时亲自视察了该地区,两天后卡特总统宣布国家紧急状态。

不断高涨的公众关注阻碍了政府官员,甚至普通居民怀疑危险的现实存在。随着警报信息从一个群体流传到另一个群体,任何挑战危言耸听者对爱渠危机进行解释的人都很有可能受到公众的严厉批评。在1980年早些时候,曾有一段时间爱渠几乎每天出现在网络新闻广播的特写栏目,州长凯瑞(Governor Carey)组建了一个由一流的专家组成的专家组对科学证据进行审查。最为引人注目的是,考虑到该州公众的意见,该专家组没有签署任何存在严重健康影响的报告。但是,专家组的评估对随后发生的事件没产生太大影响。不久,卡特总统决定以至少花费3,000,000美元的代价重新安置另外的700多个家庭。

爱渠"定时炸弹",正如新闻界所称呼的,并非是引起政府对这个被遗弃的危险废物堆放地关注的原始来源。但是毫无疑问,媒体对爱渠的宣传对于目的旨在清除危险的、庞大的计划来说是至关重要的。1980年的《时代》杂志以这个废品堆放地为主题设计了一个封面故事,新的网络纪录片紧随其后。美国国会迅即通过《全面环境回应和责任法案》(Comprehensive Environmental Response and Liability Act,CERCLA)以对此危机作出回应,此法案通常被称为"《超级基金法案》",它要求在未来五年时间内支出16亿美元来

---

[8] 同上。

处理此事件。[9]

在1978—1980年之间，公众对此危机发生的感知与态度转变证明是持久的。从那以后，美国人开始把垃圾场列为全国环境问题之首。1987年，在一个高度公开的研究中，美国环境保护署(EPA)发现美国人民将有害垃圾堆放场列为所有环境问题当中的头等位置，排在杀虫剂、酸雨、室内污染、放射性废品、水污染、暴露位于工厂的化学品、自来水污染以及臭氧层变薄等等很多其他类
378 型的污染之前。[10] 这种突出性在1987年和1988年进行的民意测验中也得到了证实。[11] 直到如今，历任美国总统以及两大党派中认真的总统候选人一直援用废弃不用的废物处理场仍为头等环境问题。美国国会继续拨出巨款用于清污运动。截至1994年，美国国会针对清污事业总计拨款达136亿美元。[12]

然而，至今仍无法证实因为爱渠所造成的污染发生后是否给任何人造成了重大危险。一个追踪调查研究在1984年发布，该研究发现爱渠区域生物染色体改变的频率与尼亚加拉瀑布的其他区域一样。同样重要的是，后续研究发现已经确认的染色体改变与污染问题之间其实没有什么联系。1982年，美国环境保护署(EPA)做了一个详尽的研究，该研究是基于在该挖掘区域和其他抽样区域得到的6000个土壤、空气以及地下水样本进行的，结果发现在爱渠区域“没有证据表明存在环境污染”。也就在同一年，美国公共卫生与人类服务署(Department of Health and Human Services)发现这个紧急区域其实“和那些可以比较的控制区域一样适于人居。”

“阿拉杀虫剂/丁酰肼(Alar)”案

阿拉尔是一种长期用于苹果树上的杀虫剂。大约有1%的阿

---

〔9〕 全面环境回应，*Compensation and Liability Act of* 1980，Pub. L. No. 96—510，94 *Stat.* 2767，42 *U. S. C.* § 9601。

〔10〕 参见W. Kip Viscusi，*Rational Risk Policy* 22(1998)一文中的表2.4。还可参见Stephen Breyer，*Breaking the Vicious Circle* 21(1993)。

〔11〕 参见同上，第21页。

〔12〕 美国国会在1986年特许另外拨付69亿美元用于此项事业，在1990年另外拨付的款项超过51亿美元。

拉尔是由一种名为 UDMH 的致癌物质制成。阿拉尔的生产商，联合皇家公司(the Uniroyal Company)对其影响展开了一个为期两年的研究，1989 年 1 月结束了第一年的调查。初步结果显示暴露于高强度的 UDMH 会导致啮齿动物的肿瘤发生率大大增加。基于这个试验性的发现，自然资源保护委员会(the Natural Resources Defense Council, NRDC)作出了一系列的推断，这些推断解释说这个结果意味着大约每 5200 名暴露于阿拉尔的学龄前儿童当中就有 1 位等他们到 6 岁时会罹患癌症。

一个名为“60 分钟”的电视节目公开地播放了一个由红苹果上覆盖了一个骷髅头和交叉腿骨的背景，并对该情形进行了指控。该节目的播出激起了公众的大声疾呼，诸多社会名流也对此表示抗议，其中就有著名女影星梅丽尔·斯特里普(Meryl Streep)，她还建立了一个积极分子组织，名为“母亲与其他人呼吁限制杀虫剂(Mothers and Others for Pesticide Limits, MOPL)”。自然资源保护委员会(NRDC)的自觉协议事项就是要“制造诸多这个方面的重复信息，让普通的美国消费者(不仅只有那些位于华盛顿的政治精英)无法回避听到这样的消息，并且是在短时间内通过众多不同的媒体渠道传达出来的。这种支持那种‘故事’的想法达到了自己的目的，它们有的流传达数周、数月之久，对政策制定以及消费者行为产生了影响。”[13]

美国环境保护署(EPA)对该证据及其解释进行了重审，并下定结论说：该风险被过度夸大了，应该是 1/111,000，而不是前面所说的 1/4,200。然而，就在美国环境保护署(EPA)颁发该通告之时，民众对苹果的需求锐减。绝望之至，全国的苹果种植者呼吁联合皇家公司将阿拉尔退出市场。在是年要结束之前，美国环境保护署(EPA)的通告发出后，联合皇家公司同意停止生产阿拉尔，很 379
明显地避免了已受争议的撤销程序所要耗费的成本。

美国环境保护署(EPA)的初始风险估测被证实估测得太高了。根据后续分析，25,000 名暴露于阿拉尔儿童当中只会出现一位可能罹患癌症，无疑这是一个非常低的风险，但是它低于美国环

---

〔13〕 参见 Wildavsky，前引注 5，第 221 页。

境保护署(EPA)初始公布的数字一半,还低于自然资源保护委员会(NRDC)公布的数字的1/60。[14] 因此,1991年的《科学》杂志社论争辩道"特定利益团体提出某种食物可能存在致癌物质,这样一个明显值得怀疑的结果却被新闻机构大肆宣扬,在宣传时对宣传事件的可信性或者相关材料甚至连最简单的审查都没有。"[15] 一个联合国专家组,还有一些其他参与过调查该数据的专家发现甚至美国环境保护署(EPA)公布的修正数字都还太高了些。阿拉尔没有导致老鼠罹患癌症,因此可以下结论地说:该杀虫剂对人体无害。[16]

反观这一过往情节,一位观察家写道:"是言语让阿拉尔退出市场的。最为仁慈的解释是某环境团体……决定通过一个报告,并且以强有力的方式通过媒体来渲染此事的方式将这一系列事件掌控在自己的手上,进而达到迫使政府采取行动之目的。这一报告所体现出来的全部特征到目前为止是那么令人痛心地记忆犹新:仅涉及微量检测对象的少数建设性试验,加之通过对儿童饮食习惯的极端假设就抬高了实际的有毒物质含量,再加上统计操作进一步扩大此含量,然后向对象庞大的人群推断该种物质将导致一批批的儿童成为癌症受害者。"[17]

"美国环球航空公司(Trans-World Airlines,TWA)800班机"案

有关快速易得性串联的一个惹人注目的例子涉及人们对1996年TWA公司800班机失事事件的反映,在该事件中机上所有230人全部罹难。现在95%的飞机残骸已经找到,但是飞机失事的具体原因仍旧不得而知,尽管没有证据显示该班机是遭遇炸弹袭击还是遭遇了导弹袭击。即便如此,事故发生后的公众大声疾呼很快导致全美国所有机场开始采取更加严厉的安全检查措施以及白

---

〔14〕 参见 Robert V. Percival, Alan S. Miller, Christopher H. Schroeder, and James P. Leape, *Environmental Regulation: Law, Science, and Policy* 524 (2d ed. 1996),第528页。

〔15〕 参见 Daniel Koshland, Credibility in Science and the Press, *Science* 254 (Nov. 1, 1991),第629页。

〔16〕 参见 Wildavsky,前引注5,第221页。

〔17〕 参见同上,第222页。

宫飞行、安全和保安委员会(the White House Commission on Aviation, Safety, and Security)的组建。[18]

有迹象显示相关政府官员不相信飞机失事是由于恐怖行动所为;谣言到处肆意流传,并且谁要是否认该事件为恐怖组织所为则会被人表面上看起来是无情的或者轻率的,人们只有在公开场合发表对此事的看法时假装说应该严肃对待该主张。此时发生后的短短45天之内,白宫委员会提议为应对恐怖行为,应该采取范围广泛的补充安保措施。在初步报告发布后的一个月时间内,克林顿总统签署通过将委员会的建议变成法律的文件。该项法案的通过对于纳税人来说,其直接成本据估计是每年400,000,000美元。所有的价格标签,包括给消费者和制造商带来的成本,很明显已超过原先估计的60亿美元。[19]

然而,新的安保措施可能并没有保证没有人死亡。相反它们甚至害命不少。这些措施使得航空旅行变得更加昂贵和麻烦,也 380
因此导致航空旅行的吸引力相对下降。然而,飞行远远没有驾驶汽车危险。在1960年到1995年之间,商业飞行的死亡率已经从每百万航空英里0.011起致命事件下降到每百万航空英里0.0005起,这个低点已经成为现今航空运输的安全模式。[20] 为了让人们用汽车代替航空旅行,已采纳的相关安全措施不仅没有减少人口的非自然死亡总数,而是增加了该总数。[21]

最近几年中出现的其他涉及大规模群众大声疾呼的例子有:橙色落叶剂(Agent Orange,简称"橙剂",一种落叶剂,含有微量毒药二恶英的除草剂,在越南战争中被美军用来使森林地区的树木落叶,让躲在其中的敌人暴露出来,该物质的使用同时导致大量美军和他国士兵,以及战区居民的身体受到极大伤害。)、学校里出现石棉中毒、隆胸以及对儿童有害的汽车气囊等。它们的共同线索

---

〔18〕 若要阅读对此事件的全面探讨,请参见 Robert Hahn, The Economics of Airline Safety and Security: An Analysis of the White House Commission's Recommendations, 20 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 791(1997)。

〔19〕 参见同上,第800—801页。

〔20〕 参见同上,第794页。

〔21〕 参见同上。

是,大多数时候,尽管并非所有时候,人们是倾向基于通过社会信息传递过程,而非根据个人的经历或者调查的产生的信息来作出自己的风险判断。在每个情形,公众当中的大动静发生时,就会有很多参与者出现,他们对彼此的行为和说法作出回应。而且,在每一种情形,要求政府采取快速、大范围的以及代价高昂的政府行动被认为在道德上是必需的,从社会角度考虑是众望所归的——即便如此,大多数或者说所有的情形,作为结果的相应规制措施有充分的理由可以将其判定为好效果极少,并且甚至可能相对来说更加有害。

对小风险引起的大规模恐惧之解释

前述事件发生后到如今,在我们的社会中出现了更为严重的健康威胁,诸如乳腺癌、室内空气污染、"垃圾食品"的消费以及市区哮喘病的频繁发生却相对几乎没得到太多关注,那么用什么来解释人们对其实没有威胁的垃圾堆放场、几乎是无害的化学品以及不可能是酿成飞机失事惨剧的原因等的广泛关注呢?乍一看,我们探讨过的那些过往事件其实确认了认知心理学的一个基本发现:作为个体,我们有能力演化并记住那些尚未得到科学证实,甚至科学都无法分辨的信念。因为有限理性,我们依赖的是心理捷径,它让我们在一些背景情形中得到的是错误信息,有时甚至是严重错误的信息。[22] 这些事件的发生过程还同公共选择学派的中心观点之一相一致,也就是,处于庞大的有组织社会团体中的民众有

---

〔22〕 若要参阅受此观点的一个影响极大的另一个论点,请参考 Herbert A. Simon, Theories of Bounded Rationality, in *Decision and Organization: A Volume in Honor of Jacob Marschak* 161 (C. B. McGuire and Roy Radner eds., 1972);作者名同前,Rational as Process and as Product of Thought, 68 *Am. Econ. Rev.: Papers & Proc.* 1(1978)。还可以参见 John Conlisk, Why Bounded Rationality? 34 *J. Econ. Literature* 669 (1996); Christine Jolls, Cass R. Sunstein, and Richard Thaler, A Behavior Approach to Law and Economics, 50 *Stan. L. Rev.* 1471, 1477—1479(1998)。

保持“理性的无知(*rationally ignorant*)”的诱因。[23] 当作为个体的我们每个人都有一个声音和一张选票来影响数百万人才会帮助成形的政策时,为什么爱渠附近的居民,或者说我们中的大部分人,却投入大量时间和精力去掌握有关所谓的污染的所有真相呢?

然而,仅仅将这些过往事件视为有限理性和理性的无知的另外表现可能是一个错误。两种解释都提出了一个问题,即:为什么在每个案例中,数百万美国民众变成了受害者,并且是基于同样的错觉。人们很明显是相互依赖地形成他们的认知的,也就是说每个个体所表述出来的认知会促使其他人类似认知的形成。同样重要的是,援引有限理性或者理性的无知回避了对“为什么人们相信他们所做的事”这一问题进行解释所提出的挑战。 381

认知过程

在这些过往事件中,美国人所“了解”的依赖的,首先是他们比其他人更容易相信一定主张这一癖性。我们此处的意旨是,最重要的认知癖性是易得性直观推断(availability heuristic),它是一种涉及人们是根据那些最容易记起的事例来对未发生事件的概率进行估测的心理捷径。只要一定的替代(alternative)比其他替代更容易想像,那么这种启发能够产生实质上的判断扭曲。于是,某人可能会高估艾滋病的发生率,理由很简单,因为他的熟人中有人得了此病,所以他就很容易想起这些艾滋病事例。相反,有的时候某人会低估艾滋病的发生率,因为记不得他们当中谁得了此病。当然,在某些情形中,易得性直观推断会产生一些利益,因为它节约了决策成本。但是该利益不应该被高估。因为各种风险,人们会系统地错误估测受到威胁的人数是多少。在低估那些还没有极度公开的危险(如心脏病、中风和哮喘等)时,他们会粗略地高估媒体大量报道的那些风险(事故和电刑等)。[24]

---

〔23〕 此观点的根本逻辑基础是由 Walter Lippmann 提出,参见 Walter Lippmann, *Public Opinion*(1992)。若要参阅对此观点的经典解释,请参见 Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*,第 11—14 章。

〔24〕 参见 Johnathan Baron, *Thinking and Decision* 217—219,230—233(1994)。

社会影响与认知影响的交互作用

风险公开的程度对于个体活动的社会体系而言既非外生的(exogenous),亦非固定的(fixed)。它有来于一个循环程序。尤其是,可确认的社会机制控制了信息的易得性;并且通过易得性直观推断的中介,其易得性,一方面形成了对各种风险影响范围的判断,而另一方面,形成了对这些风险的可接受性的判断。同时,随后的个体行为以及各种表述将会影响信息的易得性。这样就有了社会结果与个体认知过程的双向式交互作用(two-way interaction)。这些交互作用形成了易得性串联,只要个体对易得性直观推断的利用提升了那些针对特定解释或者结论的数据之公共易得性,那么这种易得性的提升就会触发个体调整的加强。

在一些受到易得性串联影响的情形中,信念在相关人群中的分布承担了多种平衡。换句话说,同样的客观信息可能承载着不同的,或者说极度不同的信念样态,它们依赖的是串联是否发生,以及,若是真有发生,其中哪个可能的串联会是第一个被启动的。因此,某个风险可能表现突出,受到大量的关注,并且成为严厉规制的对象,而对于在专家看来同等重要的另外风险,则会被视为"正常生活的一部分"来对待。

有了这个背景,就不奇怪在文化上和经济上相似的国家会对
382 同样的风险表现出急剧不同的反应。核电厂在法国被广泛接受,但在美国却经常引起极度恐慌。多重平衡的另一个启示是任何既定的风险评估可能会突然发生急剧改变,即使是在相关科学证据没有发生大的变化时亦如此。在短短一段时间,那些确信他们的环境是极其适合人居的人们,因为其他人看起来好像显得很恐慌,他们的脑海里可能会立刻充满了他们周围到处都是可怕的致癌物质。在人们无法自己独立对某主张的真实性作出判断时,就会出现一种危险,也就是说那些由于串联产生的信念可能实际上是不正确的。成千上万的个体可能只需互相告诉彼此接受并保持该信念的理由,就可以起到为这些错误信念的传播起到推波助澜的作用。

易得性串联的私人与公众属性

对于任何涉及触发对已感知到的风险作出政治与法律回应的大规模剧变进行分析必须考虑两类影响。第一类是由诸多社会变数对个体产生的影响。最有意思的社会变数是公共话语(public discourse),它是人们公开表达或者传达感情、思想以及那些个体用作评判他人所知、所想的信息所组成的总集合。政策主动权及其制定,包括官方机构所采取的措施,有时也是与此有关的。公共话语以及其他社会变数影响了三类与个体有关的变数:人们的风险判断,是他们对其所面临的风险的感知;他们的风险偏好,是他们对可替代风险的分类排序;最后一个就是他们的风险政策偏好,或者简单地说就是他们的政策偏好,也就是他们对规制风险的可能方法的分类排序。

关于变数,第一类影响是从社会变数转化到个人变数。第二类影响则正好相反。它是由个体通过他们自己的改造对公共话语产生影响。两类影响形成了一个循环过程。公共话语塑造了个体的风险判断、风险偏好以及政策偏好;那些经过重塑的个体变数稍后就会将那些有利于他们自己改造的公共话语进行改造。

用普通一点的语言表述,"公共"一词涵盖公开性(openness)与整体性(collectiveness)双重含意。我们此处传达的是第一层含意。与"个体"变数不一样,公共变数是指通常能看得到的那种变数。严格地说,一个私人特征,诸如对于化学品泄漏的风险之个人感知,只是由那些拥有那种感知的个体自己才知道,尽管与该个体很接近的那些人,包括他的亲戚和亲密朋友在内,可能很了解其所知、所想。因为具有能见度,所以公共变数的转换可能会对个体的思想和意向产生突然的和直接的影响。比方说,如果新闻报道暗示水供给是安全的,那么成千上万的读者立刻就会宽心了。

比较一下可知,个体变数的直接影响必须受到限制,正如我们会看到的那样,它们具有长时间的重大影响,尽管它们发挥影响的方式是通过不太直接的渠道进行的。如果一个官员对有关垃圾堆 383
放场的科学报告进行调查并且确信那些担忧是不合道理,这种认识本身对于相关居民能得到的信息而言不发生影响。真正会影响

居民认知的是该官员所公开说的那些话。该官员的公开声明是可以进行操作的，能认识到这一点是很关键的。实际上，那些公开声明可能会偏离那些在他头脑里所装的那些想法，而且可能还会偏离他传递给其红粉知己的那些认识。为了避免被指责不敏感，甚至为了避免必须为不受欢迎的职位辩护，他可能发表演说以及推进一些政策，当然这些内容主要表达的是他对自己实际上认为无害的废品泄漏的深切关心。

正如同一个官员可以对自己的公开声明进行加工以保护自己的名声一样，其实其他在公共话语以及公共活动起一定作用的个体也会同他们一样。因此，我们要区分那些具有个人特征的变数中的私人变量和公共变量。一位毗邻爱渠而居的特定居民既拥有私人风险判断（private risk judgment），还拥有对应的公共风险判断。依靠名声成本同与替代性公共行为及表述有关的利益，后者可能会同前者不相同。尤其是，她可以向外界传达一种解释，而这种解释是对她在私下里表述出来的想法的低估或者高估。同样，在任何既定背景下，居民的私人风险偏好（private risk preference）和私人政策偏好（private policy preference）可能同他们的公共风险偏好（public risk preference）与公共政策偏好（public policy preference）不一样。在她选择表达与她脑海里原有的想法不一样的偏好时，她就陷入了某种形式的偏好不真（preference falsification）。并且通过公开虚假表述她的个人风险判断，她进而会陷入某种认识不真（knowledge falsification）。

信息和名声机制

正如我们在导言部分所介绍的那样，易得性串联通常是由相互影响的信息和名声过程的组合驱动的。因此，将这两种过程分开来进行考察将会是很有意义的。下面就是对这两个过程的综合分析。

那么，让我们首先从那些导致人们的私人特征偏离其公共特征的社会压力中脱离出来。一种严格的信息串联通常发生在这样的时候，即当人们确信某主张 P（例如，主张某废弃不用的垃圾掩埋场之存在是很危险的。）时，仅仅是因为其他人看起来也接受了该

主张 P。假设,艾姆斯(Ames)暗示他相信主张 P。那么,以巴尔(Barr)为例,他本来对此存主张存有重大保留意见的,也会相信跟着相信主张 P,原因很简单,因为艾姆斯看起来是这样认为的。再以科腾(Cotton)为例,他原本认为该主张愚蠢得很,但是现在转向开始认真对待此主张,因为他发现不仅艾姆斯而且他自己和巴尔都开始相信该主张了。注意,在看到艾姆斯、巴尔和科腾都对该主张表示出惊慌后,那么道格拉斯(Douglas)随后就会连想都不想就决定接受该主张。当恩廷(Entin)了解到他所有的朋友都相信主张 P,他就会马上加入到该主张的信任者队伍里来,其理由很简单,因为他认为大家公认的理解是不会错的。 384

通常,个体在他们的先入之见(preconception)、个人信息来源的可信度、他们对公共话语的开放度以及他们对其他人观点的明显变化表示出来的敏感性等诸多方面表示出不同。这些差异完成了任何串联应具备的前提条件(precondition):对社会信号作出反应时呈现的个体差异(variations in individual responsiveness to social signals)。在没有这些差异的时候,每个人都会同时调整到接受新信息,此时不会产生信息串联,但是会产生由独立行为者导致的突然转变。有了串联,调整就会在不同的时间内进行,此时,个体开始确信严重危险就在眼前,因为有人已经出现了不良健康反映的早期征兆,但是其他人仍然会对此保持不同程度的怀疑,直到更多信息可以得到。

这个过程对前面探讨过的三个过往事件的发生发展起到了一定的推动作用,尽管它们并非全部原因。在每一个事件中,很多人缺乏形成自己判断的方式,因此,他们只有通过接受主流的观点的方式来认真对待人所共称的严重问题。在信息串联过程中,随着信任某主张的人数明显增多,该主张的已感知真实性会变得越来越强,人们的怀疑逐渐减弱,甚至可能会消失。在接受某信念时,每个个体增强了对该情形的接受程度,其结果将导致另外的接受,这种另外的接受会使得该情形更加让人确信。最后的结果可能就是基于差错基础上得出的、被广泛认同的判断。

通过从社会压力中解脱出来,信息串联会漠视这种可能性——人们会扭曲他们所思考的东西,目的是为了适应其他人的

已感知协议事项(perceived agenda)。但是,串联几乎很少是纯粹信息性的。实际上,每个公共信号或者交流将会同它们对应的私人信号或交流都不同,只要人们想方设法通过偏好以及认识不真来保护或者改善自己的社会地位。因为存在着许多明显的社会压力,在了解到那些令报告值得让人怀疑的数据后,一群政府官员可能签署有关爱渠对附近居民形成巨大威胁的报告;甚至他们还会装作批准重新安置方案,即使他们觉得这么做有点愚蠢。前述官员们表现出的伪善(insincerity)是认识不真的一种表现形式。它展示给其他人的是一个夸张的风险判断,也就是说这种夸大的风险判断使对应的私人认知被膨胀。他们的第二个行为是偏好不真的一种表现形式,也就是说如果政府官员们通过秘密投票的方式对此问题进行表决,就会发现对重新安置的支持比人们想像的要大得多。只是因为考虑到对名声的影响,人们可能会对于一个大众都支持的观点作出回应,即使当时他们还没有下定决心以及感到迷惑,或者当那是一个大众都接受的判断时,他们也会这么做,即使他们对该判断的准确性无法进行确认。说明白点,这些所有形式的不真都在爱渠事件中出现过。

认识和偏好不真很常见,因为人们想得到高度评价和别人的善待,并且,同样重要的是,这种愿望本身就是常识。这些情形为个体以及团体提供了推动他们的协议事项实施的机会,其方式很简单,只需通过对那些给予他们公开支持的个体的想法表示赞成,
385 以及对那些拒绝给予他们支持的人的想法表示反对就可以达到。这种情形中的表示赞成就像对支持者的"补贴",而表示反对就意味着向反对者的"征税"。只要一些个体对社会赞成的需要超过他们的其他需要——更准确地说,"名声效用(reputational utility)[25]"在他们的所有效用中显得突出,这样就会意味着他们会对他们所表达出来的信念进行调整,然后将他们的意向传达给他们的听众。获得某个团体的好感、支持与善意的一个相关方式就是帮助惩罚其敌人,对朋友进行犒赏。因此,偏好不真的一种常见形

---

〔25〕 若要参考名声效用的完整定义以及对该效用同其他效用是如何关联的探讨,请参见 Kuran,前引注4,第二章。

式包括承担着批评某些人,尽管他们的观点我们不是不喜欢,有时可能甚至是喜欢。例如,一个纽约人,他知道眼前的严重危险缺乏科学证据,但是为了使自己名声得到提升,他就会明白表示:某个建议大家保持冷静的官员应该遭到谴责,如果有可能,最好是解除该官员的职务,他这么做的可能根据是他为"环境中的弱者"感到痛惜。通过这些行为,偏好和认识不真就会对产生和对其进行再加工的社会压力起到推动作用。

易得性企业家(availability entrepreneur)会积极鼓励支持这些选择的观点的陈述,而对有关不利观点的陈述则予以阻止。名声串联的一个前提条件是存在引导一些人的私人"自我(selves)"与其公众"自我"进行分离的可能性。这种分离需要部分民众愿意隐藏他们的公开表述,并且出于保护他们的社会地位之目的,愿意对他们的公开行为进行调整。

在政策控制中,一旦得到具有经济或者意识形态背景的团体的发起,通过更广泛人群的支持,社会压力就会增加。由于这个原因,这些团体就把名声利益授予那些支持特定观点的人,而对那些反对者则征收一定名声成本。他们使个体看起来要么是无私心的,要么是自私的,或者要么是善良的,要么是邪恶的,这种印象有赖于他们所表示出来的偏好及信念是什么样的。人们通常都喜欢被别人看成是站在很高尚的道德平台上,因此在存在足够强大的压力时,他们会相应地调整自己的表述。假设,重心安置爱渠区的居民——对这种充满智慧的想法提出质疑,这样做一般会被人视同是头脑愚蠢并且冷血无情的做法,而呼吁做进一步的科学研究会被推测为是给那些持反对环保主义观点的公司时间来让其准备更加强烈的防御措施。基于这种情形,在对这些主流的判断或者政策表示疑虑之前,居民、观察家以及政策制定者都会三思而后行的。

早些时候,我们先进行了少许有关脱离社会压力的试验,然后就人们意图明确的选择(expressive choice)之名声后果进行试验。现在走到另一个极端再来考察,让我们假设个体的选择完全是由于要保护他们的社会地位的努力所驱使。那么我们想像人们的私人判断与偏好在其意图明确的选择中根本不起任何作用;就像木

偶正处在玩偶人的控制之下那样，他们表述自己的想法完全是迫
386 于社会压力。如果每个人都同样意识到占优势的社会压力，将威胁与承诺等同解释，并且同等程度地再以保持一个好名声，他们会团结起来协调行动，一俟有人暗示他们支持某特定协议事项。实际上，所有的这些因素都因人而异。例如，人们对新闻的关注程度、他们的活动圈子、他们担任不受欢迎职位的经历以及他们对被人尊敬以及接受的看重等等都是不一样的。这些差异确保了对社会压力进行回应时会呈现诸多的不同。

接着，再想像一下，当废品泄漏被报道出去的时候，新闻记者们会千方百计想办法找到职业生涯的突破点让他们一举成名，而政治人物为了在民众中树立起他们支持环保的形象，他们会开始贬低那些应该对此负责任的产业机构。感觉到有机会去表现自己的善良形象，见证此项运动的第一人就会参与到这个谴责活动中来。他们这么干下去，就会提高批评的强度，这会让其他人意识到公共话语正在转换。这样就会导致后者也会加入到批评的队伍中来以维护其名声，这样下去，就会导致批评的呼声更高，就是凭借这种方式，通过名声串联这场诋毁运动就会不断升级。当这场新闻运动使每个人都充分意识到要保留一个好名声之时，这种串联就算走完其全部过程。

社会化（socialization）与其局限

隐藏于纯粹名声串联之下的个人动机与那些纯粹的信息串联从根本上就不一样。在名声变数中，人们会问自己："如果我没有支持主流的立场，我所在的团体中的其他人会怎么看我？"并且他们会很快意识到应该与占优势地位的政治倾向保持一致。在信息变数中，人们会问自己："我们社会的主流观点是什么？"并且他们会基于其他观点来确立自己的观点。在前一种情形，他们只受到社会认同的激发，而在后一种情形，他们则只受到认识真相的激发。

在这些纯粹的形态中，名声变数代表了对人类本性的一种过于社会化观点（oversocialized view）。尽管一定个体的表述有时只受与名声有利害关系的因素所约束，但是念及要对其他人还有他

们自己真诚这一多数人所拥有的期望时，人们通常还是会平衡这些顾虑。在另一极端，一个纯粹的信息串联代表了个体观念的低社会化观点（undersocialized conception）。只有那些极端不正常的人在传达认识与偏好时才不会考虑到对他们名声所产生的可能影响。[26] 有关人类本性的一个现实的社会化观点除了将把个体当作通常寻求被他人接受的社会人（social being），并且还把他们视为知识的追求者以及通过说出自己的内心想法来张扬其个性的那些意图明确的中介者。可以确定的是，人与人之间在诸多方面都存在差异；一些人极其重视其名声，而有些人则会不太在意别人是如何看待他们的。[27]

此处提供的平衡视角暗示着，当一个可能的风险，诸如运河污染，被特征化为一个危险的问题，或者换一种说法，将其特征化为 387
无论如何都不会造成威胁，那么它们在听众中将产生两种明显的影响。一方面，这种特征化将会塑造他们的私人风险判断、风险偏好以及政策偏好。另一方面，它将教给他们一些有关不停地演化着的政治气候方面的知识，因此而塑造了他们对名声成本的认知以及那些可能与公开表述有关的利益。前述变数的公众对应部分——人们在社会背景中选择去传达的判断以及偏好，将反映这两种影响一个联合形式。当有关污染的公众话语经历变化时，这种转变将反映出人们的实际想法和倾向的部分修正，以及在社会压力环境下，通过调整到感知到的变化手段以保住或获得一定社会地位所付出的部分努力。

原则上，这些影响将会相互作用。当“无危险存在”这个主张

---

〔26〕 对这两种极端观点的批评，请参见 Dennis Wrong, The Oversocialized Conception of Man in Modern Sociology, 26 *Am. Soc. Rev.* 183 (1961); Mark Granovetter, Economic Action, Social Structure, and Embeddedness, 91 *Am. J Soc.* 481 (1985); 以及 James S. Coleman, A Rational Choice Perspective on Economic Sociology, in *Handbook of Economic Sociology* 166 (Neil Smelser and Richard Swedberg eds., 1994)。

〔27〕 个体在这些方面的差异与其在社会智识（social intelligence）方面的差异有关，这种社会智识是指在社会这个汪洋大海中的航行能力。请参见 Antonio R. Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain* (1994)，特别是第 169 页追溯了针对大脑功能差异的技能变异。还可参见 Howard Gardner, *Frames of Minds: The Theory of Multiple Intelligence* (1983)；以及 Daniel Goleman, *Emotional Intelligence* (1995)。

来自一位臭名昭著、不道德,但政治上强势的院外活动集团成员或说客,其信息源可能让人产生怀疑,从而导致听众很少愿意去支持该院外活动集团成员或说客的主张。但是也有可能导致他们认为公开支持这种主张将会感受到一种名声上的优越感,从而增强了他们去这么做的意愿。然而,此处最为关心的情形是,这些影响是相互支持的。个体获取信息的来源之多样化会使该主张会如同贪婪的麻烦制造者杂合在一起一样很难处理。最后,这种主张的可信度不断上升,甚至在其逐渐变得对公开支持该主张表示出谨慎时亦如此。

人民党主义大爆发(Populist firestorm)与民主的风险规制

易得性串联为民主制造了一些严重的问题,并且为民主理论提出了一些重大问题。它们制造了一个危险,这个危险很明显意味着民主的后果将有赖于错误信息并且该后果是没有代表性的,从任何规范上有吸引力的意义上来讲,它不能代表民众的实际信念、愿望以及判断。

首先,该论点迄今为止所要表明的是有关风险规制的"公众意见"(公共政策偏好的分布)为政府政策构成了一个极端成问题的基础。这部分是因为公开明确表示对规制的需要很可能隐藏着疑惑、矛盾心理以及利害关系。但是甚至对应的"私人意见"(私人政策偏好的分布)可能为政策构建的是一个不坚固的基础,因为易得性串联通常会传播谬误,而这些谬误通常将那些完全具有充分科学根据的报告给遮盖起来了。

我们呼吁注意人民党大爆发使人们想起了美国传统公法中两个历史悠久的主题。第一个主题涉及协商民主(deliberative democracy)这个理想,而协商民主就是根据民主决策原则精心构建起来的,该原则坚持认为政策应该是建立在认真协商和反映而非对民众的偏好作机械回应之上的。最初宪法的一个主旨就是要确保代
388 表们能够"提炼并扩大"受欢迎的观点,而不是要将其机械地翻译成法律。美国政府体系中的关键制度旨在推广人们所期待的过滤(filtering)。

第二个也是较为现代的那个主题是政策选择应该依赖拥有相

关证据的充分知识。在风险规制背景下,这个目标要求对科学专家的纯粹实际判断适度遵从。它还需要民主决策者减少根植于易得性差错的规制需求,要特别注意那些受过训练的看法,因为他们有时间从不同角度审视该主张,以及对于一般市民碰巧忽视的重大问题进行回应时要显示出主动。

主流的制度——权力制衡的一些特征提供了应对易得性串联的功能。例如,两院制的立法制度就有效地阻止了一院之内发生的串联,从而使一院无法独立地创造法律。尽管如此,现实的情形是美国政府仍旧对基于错误信息而形成的社会压力没有很好地提供有目的的抵抗。当人们对处理特定风险的兴趣激增时,政府就失去了其设定切合实际的优先权的能力、实施长远规划以及加强暂时一致的能力。据估计美国政府至少每年还可以使另外的60000人幸免于难,并且无需额外的成本支出,换句话说,像当前这样使更多的生命得救就相当于每年将比现在的要少花31000000000美元。[28] 下面提供的建议将可能会为取得这些成果提供一些可资使用的工具。

反诽谤产品法(Product Defamation Laws)

在得克萨斯曾发生过一起诉讼,原告是麻点(pitted)牛肉生产商,被告是电视台谈话节目主持人奥普拉·温佛瑞(Oprah Winfrey),该诉讼导致有害的易得性串联的可能影响范围急剧减小:阻止个体与团体鼓动或者加重这种串联,从而希望从发生的恐慌中获得利益,这就是该民事诉讼的特征所在。意识到这种情形的潜在优势,十三个州接着就颁布了针对诽谤产品方面的法律。正如人们可能期待的那样,一些观察家认为这些法律本质上是无法接受的策略,因为它们旨在安抚那些强势的经济主体,从而压制那些对其产品安全的合法质疑。但是潜在的问题可能更加复杂。一方面,还不清楚这些反诽谤产品法是否有违宪法第一修正案。另一

---

[28] 参见 Harvard Group on Risk Management Reform, *Reform of Risk Regulation: Achieving More Protection at Less Cost* 16(1995),转引自 Tammy O. Tengs, *Optimizing Societal Investments in Preventing Premature Death*(PH. D, Harvard School of Public Health, 1994)。

方面，这些法律的受益者可能不会仅限于那些尽力阻止对他们产品瑕疵进行报道的产业机构。正如普通的反诽谤法那样，其目的是要阻碍那些对个体的错误表述，而反产品诽谤法则是要阻碍对产品的错误表述。在这两种情形中，其目的均是阻止易得性串联，以避免其产生无法修复的破坏。

当某产品被“诽谤”时，新闻报道很快就会到处传播。当易得
389 性串联大行其势的时候，反对虚假指控的自由不必定能够提供修正，而这一点正是反诽谤产品法以及一般的反诽谤法所共知的。实际上，可以预测到的社会力量可能会加重而不是抑制那些耸人听闻的指控。这种社会力量中有一种就是大众传媒。它们代表性地表现为新闻报纸、杂志或者电视台，当它落后与其竞争对手报道“惊人消息”时，它就会面临极大的不利后果。[29] 存在一种补充的社会力量，它会导致不断扩大的名声压力致使那些捍卫一个被诽谤产品的个体将会付出沉重的个人代价。个体随后的沉默将有利于易得性差错的成长及扩散。

要确认这些反诽谤产品法的某些益处并为它们的法治意旨进行辩护，当然，不是要去证明它们总体说来是有益的以及为众所期待的。这最终是需要经验证明的事情。

国会

国会现在很容易受到易得性串联的影响，部分原因是国会议员们感到被迫对大众的法律需要作出回应，道理很简单，要保住他们在国会中的席位就得这么做；还有部分原因是有诱因推动他们像易得性企业家那样工作，为了推进范围狭小的协议事项还得与各种各样的个体协调行动。作为一个公共机构，从比较视角来看，国会在风险应对方面条件极差。其委员会制度使得国会处于高度割据状态并且增加了其受到短期压力的敏感度。

1. 风险监督（*Risk oversight*）。使国会与这些压力分割开来的一种可能方法是设置一个风险规制委员会（a risk regulation com-

---

〔29〕 参见 Robert H. Frank and Philip J. Cook, *The Winner-Take-All Society* 189—195 (1995)。

mittee)，委托其编撰范围广泛的风险标准并授权其帮助确定优先级。该委员会最好还拥有实体立法权以及专门的拨款程序。这样，它就可以在更加广泛的范围内通过给予特定关注就可以对短期压力进行抵制。它的基本目标是对风险进行评级、公开不合理分配以及启动立法修正程序。该委员会的理想形式是它主要仰仗拥有优势明显的科学知识。同时，该委员会会认可风险判断及偏好构成确定优先级以及政策选择过程中的合理考量。因此，其基本功能就是要阻止缺乏远见的、不适当地反应过快的以及理由不充分的回应，不至于将风险规制与不断进化的社会价值隔离。为了帮助减缓、限制以及甚至可能阻止易得性串联，该委员会的听证会将使国会能够就在风险规制问题上"趁热打铁"。[30]

像其他的政府机构一样，风险规制委员会最有可能成为有组织的游说集团的攻关目标，以使该委员会制定的政策有利于他们。但是它亦有可能通过改变国会的风险规制传统，以及尤其是通过确保这些风险被比较地考量，从而导致寻租的诱因得到抑制。比较不同的风险与公开已得出风险等级——这种恰当的行为将会为抵制那些精心组织在一起的特殊利益群体之行动提供一种有力的保障措施。如果 390
满足特定游说团体的要求所耗费的社会成本获得了广泛的认同，那么反游说活动就有可能会使那些游说集团的政治效力被中立化。

2. 成本—收益分析(*Cost-benefit analysis*)。国会已经讨论过很多旨在要求各机构要进行成本—收益分析的法案。使用成本—收益分析，以其作为规制风险决策的基础已经引起广泛争议，部分原因是在量化成本或者收益上存在观念的和经验的障碍，还有部分原因是由于没有机构会愿意广泛地展开公正的分析。尽管我们此处解决不了这些问题，很明显，易得性串联为某种成本—收益分析授权提供了一种新的以及截然不同的理由，它不是作为获得针对政策选择的无可争议的评估的一种方式，也不是所有决策的基础，并且不是因为经济效率是在采取规制行为时所拥有的唯一合理理由，而是作为应对那些没有一点好处并且可能会带来巨大损害的

---

〔30〕 参见 Roger G. Noll and James E. Krier, Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation, 19 *J. Legal Stud.* 747 (1990)，第 774 页。

措施的一种常识性制动(a commonsensical brake)。

在某明显的事件可能引发有利于快速规制的串联时,就会存在很好的理由来支持那些帮助确认和量化实际风险的机制,并且还为——把各种可能的不利因素摆在公开的位置上以使其减少——提供很好的理由。因此,成本—收益分析可能就成为针对建议不明智的易得性活动的一种制衡。例如,仔细思考一下针对铅的分阶段减少(被充分证明是正当的)以及消除石棉(一幅明确合成的图片)所进行的成本—收益分析所体现出来的那些非常不同的内涵。[31] 对易得性串联的理解当然不会确立成本—收益分析的有用性;其证明就体现在其实施中。然而,这种理解为——要求将成本—收益分析作为一种扩大政治参与者视野以及容纳易得性差错的方式——提供新的根据。

行政机构

应对有害易得性串联的其他可能保障措施还涉及行政机构,这些机构可能是全面分析风险的最佳位置。以下有三个补充性的建议,每个建议都有利于阻止因为误解(misperception)导致的大众恐慌。

1. 同行审查(*Peer review*)。最近的几个法案需要行政机构使用同行审查,以此作为确证那种支持他们制定的规则的证据。在同行审查制度下,机构意见是要受到知情的外部人士详细审查的。很多机构已经经历过这种程序。本章推导出来的论点为扩大正在进行的试验提供了系统的理由。同行审查最关键的功能是去确认并更正通过易得性差错得出的误解。当易得性差错正在发展的时
391 候,但另一方面,在其发展过程结束之后,同行审查提供了一种重要的保障,以应对那些没有被事实证明是正当的政策回应。爱渠及阿拉尔恐慌在其早期阶段很可能会得到遏制的,如果当是通过适时的方式对刺激恐慌的主张进行同行审查并且将调查结果大范围地公开的话。

2. 互联网上的风险信息网站(*Risk information site on the internet*)。很多时候,面对各种各样的风险人们总是向一些非专业人士

---

[31] 参见 Richard Morgenstern, *Economic Analyses at EPA* (1997)。

询问方略，其中有一部分原因是他们无法接触到在统计上确切并且在科学上是最新的判断。这个缺陷限制了他们比较各种风险的能力以及逐步形成对，比方说空中旅行、汽车驾驶、糟糕的食品以及频率极低的运动等各种危险的彻底理解。可以肯定地说，大多数这种信息可以在任何置于规模良好的图书馆或书店书架上的出版物中找到。唉，想方设法教育自己的人们可能必须阅读数十种书籍才能展开必要的比较；不仅如此，他们还得首先必须确认适当的原始资料及掌握如何使那些完全不同的信息符合标准。那么，要让这些最新的以及科学上最值得信赖的信息很轻松地使范围最广大的可能听众接触到，成功地推动这个过程就会有大量的潜在收益在等待。在我们所生活的这个电子化时代，互联网已经成了最不可或缺的媒介。

因此我们建议在互联网上建立一个中心风险信息网站（risk information site，RIS）。这个站点将致力于将各种风险进行列表以及确认概率，或者说是与各种风险有关的概率范围。互联网技术允许多层次细节的嵌套（nesting of multiple levels of detail）。最基础的层次应当是最易于掌握的，其简易程度可能应该达到中学辍学学生都能掌握在上面检索到，比方说，与阿拉尔或者爱渠风险有关的最新的科学知识；在这个层次之下的是逐渐更加复杂化的层次，这些层次低到可以听见老鼠的啧啧声。当科学团体在特定的风险问题上存在分野之时，比方说对于臭氧层变薄存在不同看法，那么风险信息网站（RIS）将把科学家们发生争执的实质尽量清楚列出，使得互联网用户能够对这些针锋相对的观点进行评说。我们提议的这个网站应该由非政府组织——风险信息中心（risk information center，RIC）创办并经营，并遵守《消费者报告》（Consumer Reports）的规定。该网站还可以是一个营利性的企业；毕竟社会上存在以赢利为目的信用调查所（credit bureaus），它们拥有值得推崇的名声，因为它们在其经营维持中投下了股本。[32] 只有在没有

---

[32] 参见 Daniel B. Klein, Promise Keeping in the Great Society: A Model of Credit Information Sharing, 4 Econ. & Pol. 117(1992)。如要参考相关著作，请参见 Daniel B. Klein ed., Reputation: Studies in Voluntary Elicitation of Good Conduct(1997)。

非政府实体愿意或者能够承担此项任务时，联邦政府才应带头来接下这项任务，政府经营的风险信息中心（RIC）可能会经历一个较为艰难日子，因为它要在政党政治中兴起并确立起自己的可信赖地位是有很长一段路要走的。

要抵制由于认知偏差以及公共话语的扭曲所产生的不理智态度和起反作用的政策需求，风险信息网站（RIS）要允许个体与当前的可能情形相比，更加理智地形成自己的风险偏好以及判断。它会提供一些其他国家如何处理特定的风险的信息，从而警告人们
392 作出可能的反应过度或者反应不够有力。它还允许党派之间就其各自主张的情形进行论争或者相互反驳。要是风险信息网站（RIS）在爱渠事发期间就存在的话，那么洛娃·玛丽·吉及其在科学界的怀疑论者可能就有机会在网站上贴出他们各自的支持证据，以及他们怀疑对方表述不确切的理由。同样重要的是，拟议中的风险信息网站（RIS）会对公众与私人在当前争执上可能出现的不一致提供特别的系统信息。

3. 信息和规章制定事务局（*Office of Information and Regulatory Affairs*）。1980 年，里根总统执政时期设置了一个新的机构——信息和规章制定事务局（OIRA），该机构专司风险规制以确保事务协调和合乎理性。从那时起，信息和规章制定事务局（OIRA）的功能经历了些许变化。在里根与老布什当政时期，信息和规章制定事务局（OIRA）基本上是像一个“成本—收益”监视机构在运作，它的主要是事务是以临时性的方式介入，强制要求对无效率的或者过分的规制进行重新考量。克林顿总统决定实施自己的“彻底改造政府”方案，以确保对结果给予的更大关注，当然这是相对于过程的关注来说的，因此该机构的特定的功能在一定程度上被稍微弱化。

考虑到易得性（和不易得性）串联的危险，信息和规章制定事务局（OIRA）应该重新崛起并且其权力应该得到拓展和加强。这种措施会有利于既阻止不合理的规制，同时还有利于鼓励合理的规制。特别要说的是，信息和规章制定事务局（OIRA）早就应该拥有并且具有为众所周知的优先级确定权和成本—收益平衡权。该机构应该致力于减轻易得性串联产生的最不幸后果，其方式可以

不仅是通过阻止小风险耗费巨大的资源，而且还可以通过确保重大风险得到更多关注等实现其目标。当在信息和规章制定事务局（OIRA）工作的专家对通过串联扩散的风险判断缺乏自信时，他们应该展开一些寻找事实的活动，并且在需要的时候他们将公开公众信念中的不确切内容。同样，当科学研究建议对特定风险判断进行

进行修改时，信息和规章制定事务局（OIRA）要审查该研究所采用的研究方法，检查该结果是否可以复制，并且对其调查结果广为公开。因此，信息和规章制定事务局（OIRA）的任务还应该包括传播有关风险，还有科学家们对特定风险的认知以及风险控制方法等方面发生变化之类的系统信息。最后，该机构还应该就其主要工作同其他国家的情形展开系统的比较，这种比较应该是站在这样的角度，即找出在这方面的国别差异，从而为本国风险规制过程中出现的误解或者政策瑕疵提供借鉴。只有这样，信息和规章制定事务局（OIRA）才会成为为前面探讨过的风险信息网站（RIS）的信息源之一。

法院（Courts）

法院也是一样，在阻止对易得性串联过度反映起到了一定的作用。非常自然地，它们会对那些《行政程序法》中所指的“任意的”或者“反复无常的”行政行为展开司法审查。禁止任意的或者 393
反复无常的行为现在不断被理解为要求行政机构提供可靠的证据证明他们的行为产生的“好效果多于坏效果（more good than harm）”[33]。这个观念看似包含了一个假定的要求，即成本不应该同收益非常不成比例。[34] 因此，现存的原则认可法院使那些最极端的以及最设想不周的规制意见变成无效，至少在法律没有对它

---

〔33〕 参见 Edward Warren and Gary Merchant, More Good Than Harm: A First Principle for Environmental Agencies and Reviewing Courts, 20 *Ecology L. Q.* 379 (1993); Howard Margolis, *Dealing with Risk* (1996)。

〔34〕 参见 *Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201 (5th Cir. 1991); *Industrial Union Dep't v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 671 (1980); *Natural Resources Defense Council, Inc. v. EPA*, 824 F. 2d 1146 (D.C. Cir. 1987)（全院庭审）。

们做要求时可以如此。法院几乎无望确认易得性串联,以及使那些只针对串联后果的规制优先权无效。但是,如果管理者被要求证明,在考虑了所有相关变数之后,他们的政策真正使情形变得更好而不是更糟,那么我们对付有害串联就有了一个潜在有价值的保障了。

结论及引申

在本章,我们试图证实下面的一些主张:

1. 在广泛而又众多的要求风险判断的背景下,个体缺乏可信赖的或者一手的认知。在这些背景下,他们通过易得性直观推断的帮助来对概率进行评估。在这种启发能够影响到那些个体所存储、重新获取以及加工处理的信息之程度时,它就会同所有其他的判断性直观推断(judgmental heuristics)以及所有能够扭曲他们判断的认知偏差相互影响、相互作用。

2. 易得性直观推断,曾经被单独地进行研究,在实践中通常被那些在社会上形成的信息提示以及名声诱因(reputational incentives)所放大。人们相信一些事情,是因为别人看起来也信以为真了;或者他们假装相信此事从而避免名声受到伤害。

3. 塑造公共话语的那些信息以及名声过程通常是互相助益的。在适当的情形下,它们会产生那些传播及加深误解的易得性串联。结果,已感知的集体智慧则与现实之间,即便存在什么关系的话,那种关系也是可以忽略不计的。

4. 易得性企业家想方设法启动能够推动他们事业的易得性差错,并且他们的工作就是去拓展那些已经正在处于发展阶段的易得性串联。他们行为要么是自私的,要么是利他的,他们集中关注的是孤立的事件,选择适当的信息以支持他们偏向的解释,以及让任何质疑他们目的的人看起来显得无知、容易被愚弄或者道德败坏。

5. 只要易得性直观推断到了可以帮助塑造个体感知的程度,关于风险的相对规模的公众观点将展示多样的、具有表现力的均

衡。这暗示着涉及有关既定事项、不同背景之间的矛盾以及任何时候不同国家之间的差异等方面公众话语的突然改变存在可能性。

6. 易得性偏差在立法及规制的实证分析中应该是一个重要的组成要素。对单独来自利益集团的压力或者易得性直观推断自身支持之重视将会导致理解上留下重大隔阂。 394

7. 传播以经验为主的、没有根据的信息之易得性串联会创造强大的政治压力以支持那些无用的以及起反作用的规则。倘若存在令人不快的政策结果之可能性,令风险政策得到选择和修改的政治过程应该考虑正在运转的行为机制。这些措施可能通过为政治体制配上"断路开关(circuit breaker)"得到减轻,并进而减缓易得性偏差和鼓励对他们产生的需求进行重新考量。如果不剥夺民主选择风险政策的权利,整个政府三大部门应该应要求抵制由与风险有关的不真实信息所驱动的需求以及在不同的风险政策中寻求一致性。

易得性串联不仅与常规的立法斗争有关,而且还与宪法的制定与实施有关。首先试以宪法设计为例,有关宪法制定与宪法修改的那些规则为抵制糟糕的串联提供了保障。尤其特别的是,他们呼吁广泛的深思熟虑以阻止匆忙的、缺乏远见的或者信息失真的判断出现。美国宪法第五条规定,修正案要求艰苦的程序。拟议的修正案只有在经过了过程复杂、又有很多处于不同机构背景的人参与的"同行审查"之后,才能获得通过。就像那些驾驭宪法设计的规则一样,宪法中的权力制衡旨在应对那些潜在地具有破坏力的社会力量,这些社会力量我们在本文的前面部分已经强调过。

法院本身对本章所检讨过的社会机制没有免疫能力。法官们依赖的是易得性直观推断,并且他们也受到信息偏差及名声诱因的左右。正因如此,他们易于受到易得性串联的影响。[35] 偶尔,在

---

[35] 若要参考相关观点,请参见 Thomas J. Miceli and Metin M Cosgel, Reputation and Judicial Decision-Making, 23 *J. Econ. Behav. & Org.* 31(1994)。

这些案中，如德莱德·司科特诉斯坦福(Dred Scott v. Stanford)[36]，普莱西诉佛古孙(Plessy v. Ferguson)[37]，劳奇纳诉纽约(Lochner v. New York)[38]，布朗诉教育委员会(Brown v. Bd. of Education)[39]，罗依诉韦德(Roe v. Wade)[40]，一个单一的司法裁决就意味着整个法律领域应该如何被理解。由于它要求显著性，所以它就被用来传达一种相对简单的道德或制度经验。确因如此，对于可能的、悬而未决的或者实际的司法裁决具有强烈看法的美国人会想方设法显示出它就是或者也许可以成为"另一个劳奇纳"、"另一个布朗"或者"另一个罗依"。因诸多重大法律案件中出现的含意不同而产生的社会斗争就应该循此来理解。

易得性串联可以通过塑造社会规则以及决定遵守级别的方式帮助或者阻止治理任务的完成。行为研究显示遵从主要规则的信息之易得性的变化可能会影响其被遵从的程度。例如，如果他们相信大多数人都完成他们的纳税义务时，纳税人更加有可能遵从通行的税法，但是如果他们认为不遵守税收规则的行为很普遍，则情况就会明显不同了。[41] 另一个例子涉及大学校园中控制饮酒的问题。有强烈"狂饮"嗜好的学生会倾向于高估校园中的狂饮爱好者的人数；当他们知道了实际的人数时，他们继续该行为的可能性
395 将会减少。[42] 避税以及狂饮行为的例子暗示反社会行为只需通过控制提供给相关行为者的信息，或者说作为选择，更正那些负责令人不快的行为的集体易得性差错就可以有效将其阻止。[43] 那些很少被遵守或者根本就没有得到执行的法律，诸如那些规定抽烟者

---

〔36〕 60 U.S. 393(1857)。

〔37〕 163 U.S. 537(1896)。

〔38〕 198 U.S. 45(1905)。

〔39〕 347 U.S. 483(1954)。

〔40〕 410 U.S. 113(1973)。

〔41〕 参见 James Q. Wilson, *The Moral Sense*(1993)，该文还提供了一些附加的例子。

〔42〕 参见 H. Wesley Perkins, College Student Misperceptions of Alcohol and Other Drug Norms Among Peers, in *Designing Alcohol and Other Drug Prevention Programs in Higher Education* 177—206(1997)。

〔43〕 这每一个案例还显示出有关遵守级别的信息之易得性会通过两个渠道影响行为，即通过指明什么是为社会所接受的以及对人们自己的福利有益的情形提供线索。因此，正在为众所议论的两个渠道——名声渠道及信息渠道，对于理解为什么社会合作在某些情形下较其他情形更常见来说具有极端重要性。

要到指定区域抽烟以及要求人们将其狗待过的地方打扫干净等等,这些都与前面探讨过的信息以及名声机制有相当关系。

我们的观点既对法律的经济分析构成挑战,而且也对开始影响法律学者的认知心理学的分支构成挑战。几乎没有例外,经济学家已经忽视了一些重大相互依赖关系,它们支配着人们的偏好、选择以及信念等;甚至公共选择学派,他们集中于立法渊源,非常典型地表现为忽视了前述分析的中心中所存在的相互依赖关系。然而,正如我们所强调的那样,在理性行为者框架以及本章重点突出过的机制之间不存在内在的矛盾。实际上,某些经济学家,以及一些对经济学感兴趣的法律学者已经推导出有价值的见识,其方式是通过识别效用最大化的个体(utility-maximizing individuals)来实现的,这些个体当然他们也是一种社会人。而其中的社会人对其社会地位非常重视但却依赖他人得到认知。就认知心理学家而言,他们对于我们理解信息处理机制已经作出了巨大贡献。但是他们这么做却没有检视这些认知机制是如何同社会结构、社会交流以及认知抑制之间是如何相互作用、相互影响的;而且这个趋势已经延续到法律学者运用认知心理学进行研究的领域。

本章已经表明社会过程混合了认知直观推断以及认知偏差此二者之效应,当个体决策孤立地得到遵守时,前述效应之重要性看来会显得价值不高。本章还证明了正在探讨中的相互作用在很多重要方面影响了法律的内容。未来的挑战就是把我们所掌握的易得性串联方面的知识转化为改善那些仍旧易于受到易得性串联攻击的规制体系中来。

16 认知理论与税收

爱德华·J. 麦克卡福里

导言

概要

法律学术界的跨学科研究倾向现在已经泛滥成灾。法律经济学、哲学、文学、女权主义研究、社会学、历史学以及几乎所有其他已被确认的学科都成了法学研究的新领域，新的研究方法之运用使学人们对法律的内涵以及潜在价值有了更多的深邃洞察。这个新动向在极大程度上是非常有意义的。这种发展状况是基于一个很简单的事实，即其他学科同法律——法的实质、法律是如何影响人和组织行为的以及法律可能是什么和法律应该是什么等存在着千丝万缕的联系。但是法律学者必须非常智慧地细心运用这些新学科。我们必须对手边法律问题的每个细节、其他学科的结构以及相互作用的范围表现出敏感。跨学科的学识很容易给人感觉向下看显得浅薄，但是向上看却让人觉得敏锐。

就我所选择研究的法学领域——税收征纳而言，跨学科的贡献主要应归属经济学家们，他们已经为这个领域作出了许多贡献。哲学与政治科学，它们曾经在税收问题上有过一些论述，现在已经

较少论及税收,但是仍旧是推进税收问题研究的重要贡献者。但是其他的社会科学,诸如心理学,现在还没有融入整个税收学术圈子的视野。可以确定的是,已经有了一些将心理学纳入到税收研究中来的新动向,但是这些尝试尚未系统化并且尚未上升到心理学在法学其他领域受青睐的程度,而这种较多采用心理学方法研究法学问题的领域,目前主要在发生如规制与环境法(regulatory and environmental law)等领域。

本章提出的简易命题是认知心理学特别地对税收研究可以作出很多贡献,无论是在实证维度还是在规范维度都是如此,并且这种交叉研究相反也会促进认知心理学的研究。认知心理学是研究大脑如何工作的,也就是专门研究大脑这种人类介质是如何处理信息的学问。从事此项研究的人士诸如丹尼尔·卡尼曼(Daniel Kahneman)以及阿莫斯·特沃斯基(Amos Tversky)已经向人们揭示人们的思维方式中存在系统的偏差和扭曲。例如,人们通常会 399
特别重视那些高度被宣扬事件的概率,例如飞机失事,若再次发生,那么人们就会立马以一种纯粹遵循惯例的方式作出反应,而在这种方式当中问题已经提出或者说"被框定"。

我的中心主题是认知偏差(cognitive biases)能够帮助解释我们现存的、很难被人理解的税收制度之主要结构性特色,以及在推进任何有关税收的一般规范理论研究方面,认知偏差必须考虑进去。这一点与更加传统的心理学研究重点放在纳税者遵从,或者对税收的一般态度以及它们的相对公正,还有财政错觉(fiscal illusion)等等方面是不一样的。本文的意见是认知倾向(cognitive tendencies)已经在我们现实的税收制度之独特演变中起到了重要作用,因为通过民主的输入(democratic input)以及大众的反对,人们已经对实际税收制度的形成施加了强大的束缚。需要特别指出的是,认知倾向的作用主要是来自两个方向之一。一个是被动的及进化的:在认知上偏好的税收制度较之于在认知上处于劣势地位的税收制度而言更易于存在下去,并且会在税收体制中形成某种不变的固定存在(stable fixtures)。另一个则是积极的和能理解的:征税机关在最大化他们的税收收入方面,可以想方设法利用认知偏差。对于这每一种情形,然而,我们通常不可能指出我们所处的那一种

情形就是公正的，并且我们也有可能同时处于两种情形——这样，一个超然的观察者在发展认知理论与税收之间的关系时将会产生一定的问题，这些问题很多都与认知理论本身的说明证据不足有关。

差距、问题以及可能性

如果认知理论实际上描述的是现实中的人的真正倾向——正如其声称要做的那样，并且如果它准备按自己的条件继续下去，正如其必须做的那样，那么认知理论与税收之关系将无法回避。人们关注税收并且根据那些政治上的、个人的、经济上的以及心理学上的考虑来行为。如果认知偏差将人们对税收的看法特征化，那么这种偏差就会渗透到所有的那些行为，由于这一点，那些对税收的看法就变成了命题的第二项（predicate），诸如就税收问题进行投票或者基于候选人对与税收有关的问题之意见对其进行投票，或者就涉及工作、存款以及其他类似的事项做一些具有税收敏感性的决策（tax-sensitive decision）。

我所构思的继续研究存在一定的限制条件。我选择通过探讨诸多从税收中挑选出来的案例来推进我现在所做的项目。这意味着要举例说明认知理论吸引力的影响范围，举例说明其主要术语和概念，以及突出认知心理学本身所存在的问题。通过同另一种情形相比较，即集中在少数几个但更加深刻的例子，我精心选择这个战略，因为我相信，相对于我们至今仍需要的、更深入的调查来
400 说，我们更加需要的是更精确的工具。

认知理论简况

一个值得注意澄清的问题是大部分认知理论是由人内心里的随机情形所推动的。有可能因为它有作为预期效用理论（expected utility theory，EUT）的历史基础，认知理论已经研究了行为者是如何处理未来结果中的不确定问题的；它有点类似面临风险时主动作出决策。因此，迄今为止对于风险问题采用法律方法来应对可能不会让人觉得惊讶。然而，大多数已经研究过的认知特征却推广到了不确定的其他情形，包括那些静态的。我们通常对事实上

的争论点(issue of fact)的处理,就像我们处理风险问题一样;当我们不知道事实是怎样的时候,我们就猜测。税收制度的一个特别有意思的特色就是认知理论甚至同税收的某些领域有关,特别是在不确定本身是认知倾向的一个函数时。因此,"隐性的"税收实际上非常确定并且可知;个体对某些种类的税之系统关注甚于其他税种说明了人们对某些可知情形而非其他情形仍旧保持不确定。在这方面,我建议对于认知理论要重点拓展其在相关法律领域的研究,但是要根据现实的特征来展开,且并不必然涉及典型意义上的风险。这些想法是我们的税收制度体系反映了认知倾向,因为这种制度已经在存在认知差错之时得到了演进,并且由税收制度引起的活动受到了认知的影响。

我认为前面这些描述足够为我下面的工作展开打下基础了。简言之,迄今为止的认知理论有两个主要的组成要素:一个是,编码错误(coding error),或者说直观推断与偏差的目录导致了对现实的不准确感知;第二个是,可供选择的进化架构与规范理想,与预期效用理论不相符。在认知理论上还存在很大的差距、含混以及张力;正如我一直所提到的那样,认知理论倾向于说明证据不足以及仍旧软弱的解释。由于这个原因,对现实存在的税收问题的思考可能对认知理论的深度考察大有裨益,反之亦然。无论如何,下面我将探讨认知理论的方方面面,还有它们之间相互关系,但是我探讨的前提都是以税收为背景。

实例考察

这一部分将考察在税收法律当中起作用的几种不同类别的认知心理学偏差实例。本调查的目的是要证明一个普通的主题——认知心理学与理解实证和规范维度的税收有关,指出从税收角度如何看待认知以及指明进一步研究的一些特定区域。每一部分都是从认知理论的某一角度进行考察,并至少均配备了一个税收实例。

隐性税收与损失规避(Hidden Taxes and Loss Aversion)

人们对于损失特别表现出规避,这个公认的法则在前景理论中显得很特别,而在认知心理学中则显得较为常见。例如,如果商家广而告知说使用信用卡将加收3%的费用,那么人们就不会使用信用卡了,但是如果有商家说使用信用卡将给予3%的优惠,人们则又会使用信用卡了:被加收费用看起来比享受优惠要糟糕得多,尽管两种结果在经济上是相等同的。同样地,相比较于他们没有获得等量的金钱或财物来说,甚至对于财富效应的控制而言,人们总是把金钱损失或者损失了值钱的财物更多地看成是一种不利益。一个与此有关的现象是人们坚持要求在放弃他们已经拥有的东西的时候,要比他们首先愿意付款获得时要得到更多金钱。所有这些效应都可能用这个术语"损失规避"来概括,这个术语通常用于前景理论当中。损失规避的思想指的是人们对于损失特别敏感,其敏感度要甚于并且超过涉及的特定金钱。

损失规避与税收相关是以税法倾向于"隐性"税收这种形式体现出来的。其意指看起来较好的办法是归咎于"交"税,其手段是通过从来都不首先收钱的方式,而不是直接首先通过收钱,然后再退还一部分的方式。我得赶紧用"较好"一词对其进行限定,因为我指的是从假设的税收最大化立法者或者税收厌恶的纳税人角度来看那种办法更可取;稍后我将探讨政治、税收与认知之间交界处的有趣而且开放的规范推论。

"隐性"一词在探讨税收问题中很常用,但是有些含混不清。实际上存在很多不同程度与不同种类的隐性税收。有一种,我称之为"部分"是隐性的,这种税收只是涉及把纳税人的钱从他的口袋拿走但是不会通知他那钱是用来缴税的。典型的营业税就是以这种方式征收的。尽管名义上的税收负担是落在了卖方身上,但是通常的做法是以税款的形式来把货物的价格标高的;例如,一件1美元的货物加上税后就变成了1.08美元。因此说部分隐性税收在程度上就会各有不同。试以那些更加深藏不露的含税商品来说(例如,那些通常公众已知是"含税"价的商品),典型的有汽油、香烟以及酒税。部分隐性税收实际上非常常见,并且我们这部分所

探讨的税收都可以在某种意义上被称之为“隐性的”——所有的例子归结到一点就是纳税人不知何故没有注意到实际上的税收。认知理论所注意到的一个问题是为什么纳税人注意到了某些税却对另一些税不得而知，或者对于那些附加在他们有限的经济负担之上的某些税收反映不一。

另一种类型的税收，我称之为“完全的”税收，这种税收涉及在一笔钱到达它可能的主人之前就被扣除了。我下面将探讨两个特别的例子，雇主要上缴社会保障税以及公司所得税，这展示的是一种完全隐性税收。在每种情形，金钱总是有其运行过程的，即从私 402
人商业交往中倒来倒去最后回到政府手中，并且政府征了税之后但是潜在的纳税者却不知道其上的税额的是多少。更常见的部分隐性税收的情形是，先给对方一定金钱然后马上隐性地又把钱拿走。在完全隐性税收情形，先不会给对方一定金钱，可以这么说，而是在给对方金钱之前就在骗对方了。众所周知的是任何隐性的税收对于政府来说都有一定的好处；认知效应，诸如突出（prominence）以及框架（framing）效应都与此有关。损失规避暗示着完全隐性税收特别具有优势。就像部分隐性税收一样，完全隐性税收也是具有不同的程度，正如我将思考的那两个例子最后所阐明的那样。因此，雇主所上缴的薪酬总额税（payroll tax）其实很容易最后分摊到每个雇员头上，然而公司所得税的真正负担却是如此深深地被隐蔽着。

社会保障税（Social Security Contribution）。最大的薪酬总额税，在社会保障体系中被特别标识为“特种征收款（contribution）”，看起来不是一种税，（其实就是一种税），尽管该体系从来都没有试图成为类似保险统计一样的系统。这种税收给人的印象其实是个人自己把钱交到了自己的退休账户上，但是几乎从一开始，社会保障制度就是一个你只要享受服务就要付钱（pay-as-you-go）的制度；现在的工作者所上缴的钱就是到以后成为退休人士时所取得的钱，其所付出与其所得在量上是相等的。然而，很多年来，这种“特种征收款”显得有些进退维谷，并且这些所付的金钱被视同令人讨厌的所得税一样为民众所敌视。至于薪酬总额税（payroll tax）的其他特征，有一个最为显著的事实，即税收从一开始就为相关当事人

所完全抵制，并且在缴税者这边来说，他们通常不会积极填写各种表格以及提供其他的书面证明，这一点毫无疑问对于这个善意的观点是有一定推动作用的。这种社会认知看起来正在崩溃，因为社会保障系统的规模已经上升至相当于年上缴国家的所得税总量的85%，并且对于大多数美国民众来说，这是一笔重大的个人支出。对制度的未来稳定性之悲观倾向也导致一些民众对于某一天能够收回他们曾经上缴的那部分"特别征收款"表示出怀疑，因为该制度的只要享受服务就要付钱特点已经表现得越来越明显。

对于社会保障支出的标识以及程序方面(the labeling and procedural aspect)，有很多有趣的政治以及心理情节可以讲述。我们不妨说存在一种"税收规避(tax aversion)"现象，这种现象类似损失规避，但是和它有明显不同，由于税收规避，个体对于政府向老百姓抽取的金钱——也就是被认为是或者被标识为"税收"存在不成比例的负效用(disutility)。我想集中关注这个情节的另一方面：雇主对给付雇员的报酬之调配(match)，此特征乃我们关注的重心。目前，人均付出的社会保障及医疗支出总计占到劳动者工资收入的15.3%，1994年一度达到峰值——60,600美元。尽管这些支出并非均出自雇员的工资，但是，社会保障制度就是这样建立起来的，雇员上缴税收的一半，大约占其上缴支出的7.65%，而雇主的应缴付部分很不确定。从经济角度来讲，这个平常的(实际上，接近普遍适用)假设——这所有的15.3%的支出实际上均系从每
403 个雇员的工资中拨付的。这个推理是基本的：这种对于雇主来说的成本是针对雇员来确定的，因此必须从他们的工资中支出。

有一个例子可以帮助证明这一原则。假设一位名为爱丽思(Alice)的雇员，其应征税工资是10,000美元。对于这10,000美元，雇主必须依据现行法律再加上765美元以上缴爱丽思的社会保障以及医疗特别征收款。假如爱丽思对于雇主来说最低不值10,765美元，她肯定不会被该雇主雇用；如果她比这个价位更值，那么她应该得到更多，要不然某个竞争性的雇主会把她高价请走。在完全竞争环境中，整个工资收入反映的是劳动力的边际物质生产力(marginal physical productivity)；雇主对于金钱工资、非现金收益以及以任何单个雇员名义上缴的税收之间其实没做区分。现在

假设法律发生变化，并且由雇主支付一半的职工社会保障款这个规定废止。只要从局部均衡角度来看待此事，那么爱丽思的工资应该涨到10,765美元；如果没有，那么竞争性的雇主会找机会把她高价吸引走。但另一方面，这就意味着，实际上，雇主上缴的特别征收款其实来自于雇员的口袋。

为什么我们要通过这种方式来做事呢？注意一点，这不是一个简单的税收收缴或者税收责任的问题。按照现在的情况，雇主需要扣留应该属于雇员上缴的那7.65%，并且在法律上有责任支付同样数额的金钱。在做必要扣除前提高赚得的总收入之额度，从雇员的应得收入中完全拿出15.3%上缴，并且仍旧由雇主上缴所有的待扣税，这种做法其实是一个简单的权宜之计。要是爱丽思不是赚得10,000美元，上缴765美元特别征收款，拿回家9,235美元，那么她就应该是赚得10,765美元，上缴1,530美元特别征收款，拿回家9,235美元——这样一看，二者的实际底线是一样的。(从所得税结果上来看存在一定的差额，但是这是一个非常容易解决的问题。)表16.1对这些数字进行了总结。

表16.1反映了两种方式的底线均衡情形：社会保障特别征收款以及拿回家的工资在这两种情形当中是一样的。但是为什么法律选择的是第一种制度设计而不是后者呢？我的假设是这种选择与损失规避有关。这两种设计方式。

表16.1 有雇主"调配"(matching)和无雇主"调配"时的社会保障特别征收款

工资或者税收项目	情形1	情形2
总工资	$ 10,000	$ 10,765
雇员上缴的社保款	765	1,530
雇主上缴的社保款	765	0
总上缴的社保款	1,530	1,530
净工资收入	9,235	9,235

在经济上和目标上都是功效等同的，这正是那种认知心理学 404
所预测到的主观差异情形。先得到然后又失去765美元在主观上就比从来都没有首先获得765美元要显得糟糕得多。认知心理学预测出对于情形1所采用的方式，纳税人的回应会更加积极得多。

我在此不必主张像麦迪逊大街(Madison Avenue)上班的那些行政管理人员似的政治人物是有意识地操纵了纳税人的感知并且利用各种各样的直观推断和偏见。对于现在来说,我的主张仍是很适度的:它就是前面述及的那种被动的以及进化的观念。无论雇主的资金调配形式首先被采纳的理由是什么,认知心理学预测出,用主观效用评估(subjective utility assessment)来表述,与情形2中所采用的方法——更加直接地由自己付费的方式相比,它具有一定优势。(稍后我将探讨我们对于政府的更加有意识的以及主动操纵之习惯。)这个优势可以转述为:从政府这边来讲,它们更加倾向于依赖社会保障税收,但是实际上,这些税收已为公众所知晓。图16.1反映的是从1950年到1990年每间隔五年所有联邦收入中由个人所上缴的所得税以及社会保障款部分之相关百分比。

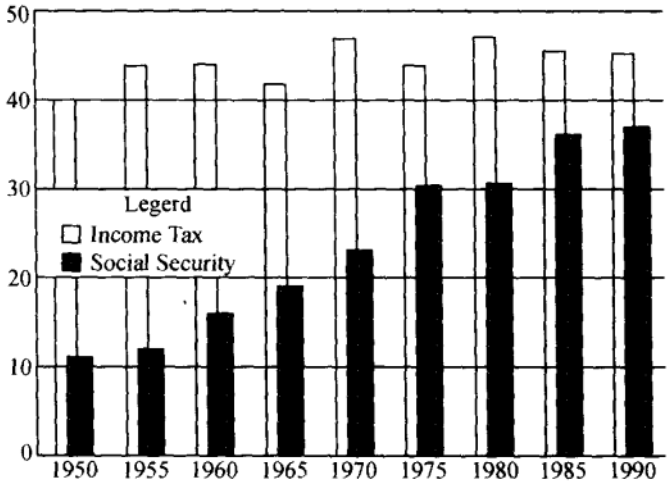

图16.1 个人所得税及社会保障款

资料来源:美国政府财政年度预算,历史表格,1994财政年度,第23页,表22(1993)。

405 图16.1揭示出个体所贡献的所得税一直很稳定,最低是在40%—45%之间波动,然而社会保障税的波动变化就比较大,从1950年10%出头一直到1990年的接近40%。如果克林顿政府的健康改革方案得到实施,充分相信"委托雇主管理的(employer-mandated)"工资税,那么这种平衡变化相对于那些以所得为基础

的税收来讲将会变得更加剧烈。由雇主支付的工资税广为流行，并且很明显对克林顿提议的普遍误解与前面谈到的情形完全吻合。当然，还有其他的因素，最为明显的是社会保障以及医疗收益结构本身的出现，它与社会保障现象有很大关系。即使是到了这个地步，尽管我们应该有些犹豫，因为没有必要的原因将收益与特别征收款结构联系在一起；打比方说，我们可以从总的所得税收入中拿出一部分用作供给社会保障支出。任何时候，基本的命题是区分收入与工资税的认知后果与这种清晰的倾向有关联。

一个很自然的问题可能是，如果此处所讲的认知情节具有易得性，那么为什么这个规律会仅仅保持在低于50%的缴税层次呢？有一个答案，那就是50%本身具有一定的显著吸引力：它巩固了一个观念，正如早期对有关社会保障的谈论得出的结论那样，这个观念就是该项目是一种雇主与雇员之间的“合伙”。其次，该法在20世纪30年代就开始实施，那时税收法律认知倾向中的主流模式偏向于被动的以及进化的那种模式；国会没有必要知道这个策略是如何的成功，如果实际上，他们甚至将其理解为是一种策略的话。最后，任何提高百分比的举动本身就会显得非常突出并且可能会是一种类似于“得不偿失”的冒险行为。但事实是在医疗保险背景下针对雇主委托管理最近克林顿总统提出了一些建议，该建议突出的是一个80:20切分比例承担，其中大部分由雇主来承担，这一事实表明时代发生了变化。无论如何，这种基本的认知主张就是社会保障方面的成功与剧烈增长是适当的，至少部分地对于那些应该影响对该计划的规范评估有关的认知因素来说是这样的。

公司所得税(The Corporate Income Tax)。公司所得税在税收学术团体(包括经济学人以及法律人)当中一直以来就是一个不可思议的东西。这个问题，简单说就是没有人能非常确定是谁在缴税。公司可以是“法人(legal person)”，但是它们不是那种有血有肉的那种，并且它们并不是真正能缴税。最终，由公司上缴的税收必须出自真实的人，大体来说包括股东、经理人员、供应商、顾客、资本家等等。一个非常有说服力的情形可以证明很多或者所有的负担，或者说公司税收“负担(incidence)”都最后落在了劳动者身上，尽管有些人争论说这种负担一般落在了俭省者身上。无

论如何，征缴到的税收，不论其最后源自何方，都会以经济扭曲（e-
406 conomic distortion）的形式承担相当可观的成本。非公司形式的所有者身份相对于公司形式来说就有优势得多。在公司部门中，有一种偏差，就是相对于财产超过其负债的剩余价额来说，负债状态反而受到更多重视，并且由此那些拥有巨大负债能力的产业或者商业部门会得到更多重视。由公司及其游说者推动的税收优惠措施（tax break），诸如加速折旧计划或者投资课税扣除等，已经成为一种降低公司税收负担的方式，但是他们已经偏离投资以及其他分配性决策。在某种程度上，公司税收的负担是针对资本的，储蓄—消费（savings-consumption）决策被扭曲了；在某种程度上，其负担是针对劳动力的，工作—休息（work-leisure）决策就受到影响；等等。

一点也不奇怪，不确定与带有严重扭曲的、可能的递减负担结合在一起已经导致学术团体——可以肯定地说，是其中的大部分人都关注这个问题——呼吁采取行动不要单独设置公司所得税，最好是将公司所得税与个人所得税“整合”起来。然而，认知心理学再一次可以帮助解释该税收的政治魅力所在。完全隐性的不确定税收负担，公司所得税存在的魅力正是由于这个原因。如果我取消它并且用一个同等的净收入税来取代它，那么该税负就非常明显，并且损失规避在整个效用中就会出现下落趋势。1992 年，联邦公司所得税收产生了接近 1 万亿美元的收益。因此，取消公司所得税首先就意味着至少要增加同等量的收入。但是另一方面，如果政府将要征收与 1 万亿美元同等数量的税收——即使是能够断定，准确地说，谁是撤销该税种的受益者，并且确切地说向这些人征税（换句话说，也就是即便这样能够解决税负问题）——这种情形，确切地说，与前面探讨过的在社会保障制度中出现的可选择程式——先予后取一样，而且二者有所关联。其结果会是效用将会下降。

还是以社会保障情形为例，认知心理学提出一种具有一定优势，而且是很实际的，但是表面上无意识的处事方式。注意，这同说以前的税收就是好的不是一回事，尽管主张从心理学维度来看也是挺有意思的。更正确的表述是完全隐性的税收比那些更加透明的税收具有系统的优势。因此，从认知角度来看，他们对于整合项目或者计划的政治可能性是表示怀疑的。图 16.2 表明了对公

司税收的信赖趋势。

图 16.2 所展示的与图 16.1 所展示的有关社会保障税收的情节是不相同的。与工资薪酬总额税不一样，公司所得税没有随着时间的推移出现一个稳定的上升趋势；实际上，公司所得税征收在 GDP 中所占的一定比例也是低于其历史高度的。但是，如果从几乎所有的规范角度来考察，公司所得税就是一种很糟糕的税种；他们具有扭曲性、效率低并且并不必然是公平的。对于薪酬总额税来说，这种情形并非明确属实，因为薪酬总额税具有包价消费税（flat-rate）的结构。传统的税收理论可能认为公司所得税不要固定不变——特别是一旦它们达到新低的时候，就像 1983 年出现的情 407
形那样，那么它们将会继续逐渐减弱。但是这种情形没有发生。公司所得税对联邦收入的贡献在 1980 年代得到了巩固并且保持持续上升态势；最近克林顿主张的税收改革将最高公司边际税率提升到超过 35% 的水平，并且已经有一些暗示表明它还会继续上升。看起来该税种就将长久在此处稳定下来了，至少不会再出现某种从认知上讲是精明的变革了。

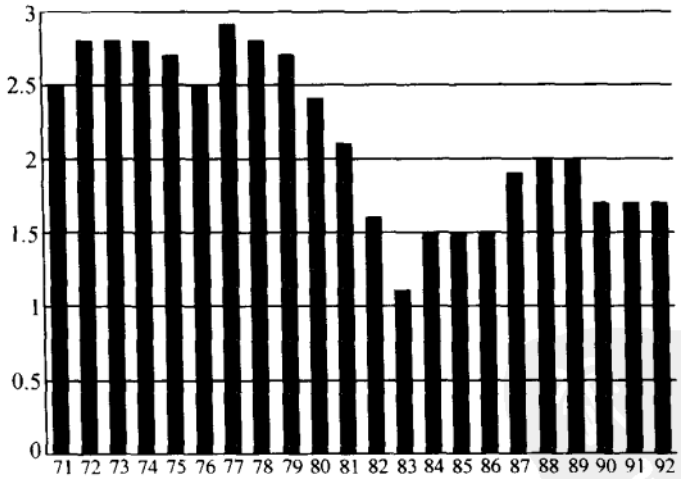

图 16.2 公司所得税

资料来源：美国政府财政年度预算，历史表格，1994 财政年度（1993）。

小结（Summary）。我们思考了两种隐性的税收：一种是部分隐性的税收，在这种情形，对于纳税人来说其税收上缴情况是很难

分清的;另一种是完全隐性的税收,对于这种税收来说,纳税人"上缴"税收时根本就没有首先收到这部分钱。雇主上缴的社会保障特别征收款以及公司所得税都是完全隐性的税种。这些税收暗示着某种损失规避。权威的认知心理学发现表明个体认为对于属其所有的东西还要付钱所遭受的负效用较之"仅仅"是首先没有收到等量数额的款项而言要多一些。在社会保障税收情形中,完全隐性的特征已经导致对这些税收的信赖增加,以至于它们甚至几乎成了当今美国主要的税收形式。而对于公司所得税而言,认知优势已经导致人们坚定相信(实际上是民众所说的)该税种系一个糟糕的税收形式。因此,损失规避至少在帮助解释我们实际采用的
408 税收制度当中为什么会出现大的区分提供一些微弱的支持。可能还存在一种税收规避,在这种情形纳税者对于那些已经被同化为"税收"的抽税做法显示出极大的敌视;这就是我们在探讨代表性(representativeness),或者用更一般地表述就是显著性(prominence)时所出现的现象,关于这点我们下文即将述及。

显著性与税率结构

在认知心理学著述中经常提到的一个特征是"显著性"效应,有时也被称为"突出性(salience)"或者"刺激生动性(vividness)"。显著性就是指对那些具有非常显著或者很容易回忆起来的事件或者事实给予特别的以及不同程度的严重关注的这样一种惯常做法。这种极其常见的现象在认知心理学家所探索的一些直观推断(heuristics)和偏差领域中处于中心位置,比方说在易得性直观推断(availability heuristic)领域。例如,个体对于那些在电视上预测未来可能发生的并且得到广为报道的灾难会作出一些过度反应;在分析现存事实的时候,个体倾向于给予那些属于他们自己直觉的、当地的经历等等以不同程度的权重。

至于税收,显著性再一次在很薄弱的意义上可以帮助解释,为什么某些部分隐性的税收能够保持隐性状态,也就是说,为什么民众不会注意到或者要不就是对那些种类的税收以及税收变化没有作出应有的反应。这部分所考量的例子与所得税的税率结构有关。基本的思路是名义上的所得税率结构在《国内收入法》(Inter-

nal Revenue Code)第一章已载明并且在金融和普通新闻报道上经常广为报道,特别是在国会要修改该法的时候,它就显得特别突出。更加特别的是,单一的最高税率等级在社会上表现非常突出,而每个个人的最高税率等级从个人角度来说就显得非常突出了。显著性为持税收最大化理念的立法者既创造了机会,也创造了约束。所以有人预言国会将要在提高最高边际税率上有一段艰难的日子要熬,但是若要超边际地(inframarginally)运作就会获得更多自由,或者要不然征税时不要提高那些明显的税率。

税率与危机。下面将就从 1913 年开始直到现在,在所得税项目下征收的最高收入之边际率的历史做一个简单而又形象的考察。图 16.3 将展示这些数据。

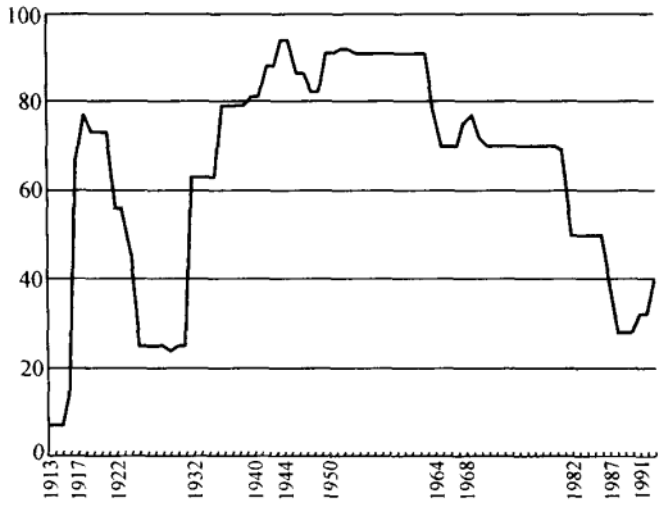

图 16.3 最高边际税率

资料来源:Joseph Pechman, *Federal Tax Policy*, appendixA (5th ed. 1987) and I. R. C.。

基本信息是在危机中,诸如 1930 年代初发生的经济大衰退以及战争期间,税率的上升,以及随后的税率下降。在 1916 年,最高边际率时 15%;到了 1918 年一下子跳到了 77%。这个比率直到 1932 年之前,也就是罗斯福新政以及经济大衰退中期,再也没有上升;那个时候,该比率一度降到了 25%,随后有所抬升,一下子急剧窜到了 63%。在第二次世界大战期间,最高税率经历了另一个高

峰，向上抬升，在战争期间的 1944 年及 1955 年期间一度达到 94%。此后有所下降，但是在 1950 年，也就是在朝鲜战争以及冷战期间，又再次抬升，一度达到 91%，这个比率一直维持到了 1964
409 年。从 1964 年开始，这个比率开始进入一个长期的下落阶段，只是被 1968 年和 1969 年，也就是在越战最激烈阶段直到 1990 年代的微微抬升打断了一下。在这 80 年的所得税收历史中，最高收入的边际税率曾经经历了十二次上升，它们分别是 1917 年、1918 年、1932 年、1936 年、1940 年、1942 年、1944 年、1950 年、1968 年、1969 年、1991 年以及 1993 年。这些情形中有八个发生在实行该税的头 37 年中；只有四个发生在 1950 年后的将近 50 年中。

从显著性角度来看，有一个可以观测到的事实是在战时以及其他危机期间，民众要么是变得更加爱国，要么是愿意与政府共担，以及/或被危机本身所转移，以至于国会能够直接提高最高边际税率。但是当危机及其附随收入需要结束的时候，国会回复该税率的上升，尽管可能会比单独需要提升该税率时速度要慢一些。后一现象，也就是税率的降低的渐进性，与所谓的“财政错觉（fiscal illusion）”或者“利维坦假设（Leviathan hypothesis）”有关。但是损失规避也与后一效应有关。在危机中发生的税率之战败北，纳税人就会相对对再赢回原有的税率兴趣不浓了。损失隐蔽在其后；税率的降低就是一种收益，因为绝对地讲这种收益，相对于损失所带走的来说，导致了较少的效用。无论如何，看起来在和平期间是很难提高名义税率的，因为那些变化多端的政治人物，如前任美国总统乔治·布什（George Bush）以及前任新泽西州州长吉姆·佛洛
410 里奥（Jim Florio），他们对这点掌握的非常快。

然而，由于诸多原因，图 16.3 显示的只是部分情节。它不包括在所得税课税，还有其他有关资本收益等一定种类收入的有利规定，以及所得收入的最大税率等规定的范围之内。然而，这些遗漏很精确地与中心论题保持一致，也就是说，最高税率等级本身就取得了不同程度的关注。更为重要的是，图 16.3 展示的只是最终在某一点上所反映出来的单一边际税率。正如我前面简单提及的那样，对于边际税率的显著性情节而言存在有两种程度，或者说两个方面。最终在某一点上，在美国会存在一个单一的边际税率适

用于最高的收入;这种从社会角度看具有显著性的税率具有重要性;新闻媒体会倾向对其进行报道,并且民众在听到诸如这样的话语"边际税率高达百分之几"时,再基于这些数字,就会不同程度地对所得税形成一定的印象。但是也存在每个个体的最高边际税率等级,在这方面显著性也会起到一定的作用。在特定的等级,纳税者会遇到麻烦,不仅因为从经济上讲对个人的经济计划要有正确的边际分析,而且还因为纳税人很容易从税收表或者一些普通的文献上了解到他们的边际税率等级如何。显著性的另一个特征,对于任何讲授基本税收课程的教师来说都是熟知的,这个特征就是典型的纳税者在评估实际的、有效的所得税负担时通常会高估与他们有关的边际税率等级:也就是说,那些处于25%等级的纳税者会通常认为将他们所有收入的25%都用来上税了;这样他们就会夸大其所承担的边际负担。

因此图16.3不可能,也不会展现整个故事。实际上,任何两维的图表都无法展示整个情节,因为所得税中存在几种不同程度的自由规定。边际税率、税率等级的幅度以及总数、课税规定(base definition)、依赖与标准扣减(standard deduction)等等都是调整个人税收负担的方式。精确地说,这种没有能力展示税收负担的简图创造了机会和限制。认知理论认为征税的最好的办法,从持有税收最大化理念的立法者角度来看,可能既没有暗示着从社会角度看是具有显著性的单一最高税率,也没有暗示从个体角度来看是具有显著性的个人税率等级;我们称这种情形为"双重不显著性(double nonprominent)"行动。在下一部分我将探讨的是在一个简化了的税率结构条件下,确切地说达不到指标会意味着什么:它在个体的最高边际税率等级中滑动,或者,同等地在它们较低一些的、次级边际税率(submarginal rates)的有效领域进行收缩。

无论如何,这种双重不显著的技巧,对于完全隐蔽的公司所得税来说是很含混的,但是它对于立法者来说可能是最具有吸引力的举动了。一个次佳的举动就是扩展高一些税率等级范围——因为这就暗示着只有个体显著性,而不会有社会显著性。实际上,最高边际税率的范围因为所处的时间不同变化非常剧烈。图16.4表明处于图16.3中所缴付的最高边际税率等级的收入层次,以数千美元计。 411

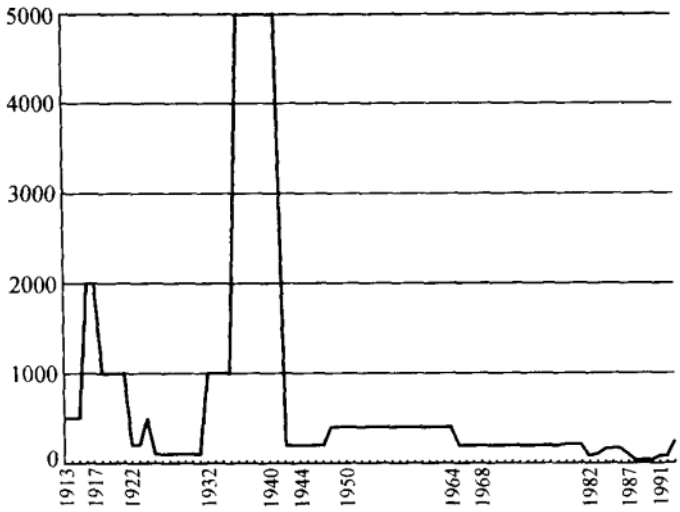

图 16.4 最高等级的收入层次

资料来源:Pechman, *Federal Tax Policy*。

图 16.4 显示的是最高所得税等级的大范围波动轮廓。[1] 实

[1] 从 1948 年到现在,该数字采用的是夫妻合并申报方案(married filing jointly schedule)。因为图 16.4 的范围太宽,可能很难阅读。图 16.7 采用对数垂直轴方式对这个范围进行了压缩。图 16.7 可以帮助展示最高边际税率等级的急剧变化的大概轮廓。

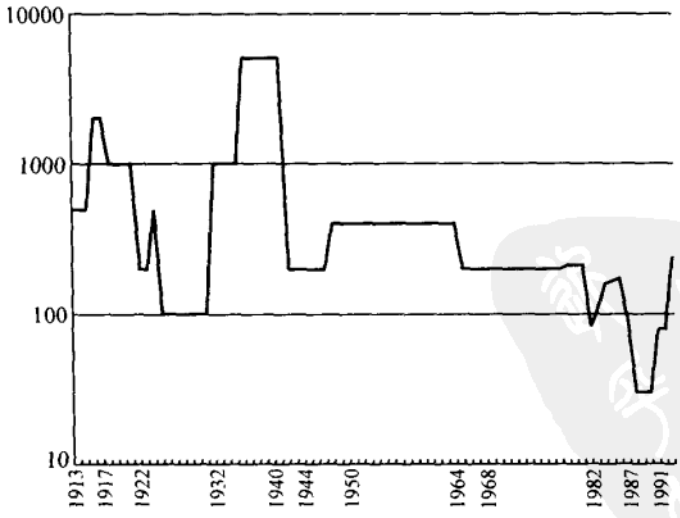

图 16.7 最高边际税率等级的范围

资料来源:Pechman, Federal Tax Policy。

际上,因为该数字显示的是名义上的美元,也就是说,没有针对通货膨胀进行调整,这就意味着真实的情形可能变化更加剧烈。在1917年,最高税率等级达到67%,只有收入超过2,000,000美元的纳税者才在这个范围之内;这个数字相对于1992年来说,就是13,000,000美元。在1936年,当税率从63%上升至79%时,其控制范围就一下子变成了从5,000,000美元开始了,这个数字相当于1992年的48,000,000美元。即使迈克尔·乔丹(Michael Jordan)也无法挣得那么多。

因此图16.4强烈暗示着另一场认知竞赛,这场认知竞赛还在继续,从所得税开始征收的早期阶段一直延续到现在。在危机阶段,正如前面所提到的那样,最高边际税率是的确上升的。但是这些最高税率的范围非常有限,首先,它们实际上有点象征性的意味。这种象征主义(symbolism),在那个时候,满足了一个重要的目的。最高边际税率等级获得了广泛的社会关注,其中,部分是因为它的显著性,并且它还通过将边际税率与有效税率等同的趋势得到了合成,典型的民众可能会不正确地认为税收制度正在波动很大地向前发展,并且那些真正的有钱人将他们的大部分收入都上缴给了政府。(有意思的是,有研究表明有一种趋势是部分民众将实际的最高边际税率与伦理道德上合适的税率等同起来了。)那么这样就会使他们的税务负担显得不那么太痛苦不堪了。而且,这 412
种设计允许国会以后增加税收,而且还不用提高最高的税率等级,它只需通过向下拓展一下它的范围就够了。最高税率的渐进增加就是一种"乘胜追击(foot-in-the-door,简称FITD)"现象。因此,在1942年,随着二战收入需求附加的剧增,最该税率等级从81%上升到了88%——这个变化不算小。但是处在这个等级的收入层次所缴付的税收锐减,从5,000,000美元一下子下滑到200,000美元——着实是一个令人吃惊不小的大下落。这就是部分非显著性举动,因为民众已经对高边际税率这个事实有了一定领悟,尽管他们多少有些共鸣。

不标定指数/非指数化(Nonindexing)。综观所得税的大部分历史发展经历,可以得知税率等级不是根据通货膨胀进行标明。税率等级的指数标定问题之产生是因为有两个原因:首先,所得税

依赖于某系统的变化，以及通常是渐进的边际税率；而且，其次就是使用固定的美元总量来划分这些税率的范围界限。在遇到通货膨胀时期时，赚得的名义美元收益就会推动纳税人进入更加急剧升降等级，或者在他们现在的最高等级范围内再提高一些，这样他们的实际税收负担就会增加。

所有这些通过一个例子就可以轻松地看出来。假设一位名叫鲍勃(Bob)的纳税人，在0年度(Year 0)的收入是30,000美元，其税率结构如表16.2所示。鲍勃将按照既定的纳税方案上缴2,000美元的税金，在他先挣到10,000美元的时候，税金为0美元，但是在他挣到20,000美元的时候税金约占其总额的10%，这样一来其平均税率为6.67%(也即2/30)。如果在0年度通货膨胀率以10%的速度上扬，假设其他尚未发生变化，并且这是一个完全指数基准收入(indexed salary)，还有这是在该年度开始的基础上就做过调整的，那么在1年度(Year 1)的名义美元就是33,000美元。如果税率等级被标定指数是用来说明通货膨胀率的，那么在表16.2中左栏的所有美元数额都将上浮10%；也就是说，0等级会在11,000美元处截止，10%等级的将延展到33,000美元，等等依此类推。在这种制度下，鲍勃将上缴2,200美元的税收——相当于11,000美元与33,000美元之间差额的10%——又一次得出其平均税率为6.67%(也就是2.2/33)。他上缴的税收，正如他的工资一样，完全跟着通货膨胀一起上扬；并且每一个等级在0年度的实际美元值中都保持恒定。然而，要是没有标定指数，那么鲍勃在该税率计划下就将上缴2,600美元的税金。这样鲍勃的平均税率就上升到7.88%(2.6/33)，尽管他的实际收入仍旧保持恒定。

表16.2 假设的边际税率结构

收入	边际税率
0—10,000美元	0%
10,001—30,000美元	10
30,001美元及以上	20

413 这个例子抓住了没有标定指数的影响，可以称之为“等级爬升

(bracket creep)"[*]。这些影响在美国所得税法中经常会出现,它从1913年开始就一直既依赖渐进的边际税率还,依赖于固定的美元等级。这点还没有被人感觉到是很严重的问题,至少在政治上是这样,直到1970年,也就是高扬以及不可预测的通货膨胀是这个问题变得突出并引起了强烈关注。1976年国会才首先建议对税率等级进行指数标定;这个建议以及随后在1977年提出的建议其结果是,一个由共和党人支持而另一个则遭到广泛拒绝。在1981年,作为清除里根支持的经济复兴法案(Economic Recovery Tax Act of 1981,ERTA)[**]行动的一部分,对税率等级进行指数化最终成为法律,尽管该法直到1985年才生效,并且随后国会所采取的行动拖延了该法案的完全实施,一直到1989年才正式实施。

这个情节中,显著性的角色就是不搞指数化会产生收入增加,并且不会改变其公众显著性,名义税率体系以及不用直接强制国会去立法改变税率等级。实际上,非指数化通常导致所有可能领域中出现最佳情形,从持有税收最大化观点的立法者看来,这是一个双重的非显著性税收增加。没有标明指数时,通货膨胀就会在最高等级的税率范围内推动个人收入在边际税率等级中上升。只要个人的边际税率超过他的平均税率——这一点对于所有的纳税人来说是一个必要条件,但是那些处于渐进边际税率系统的最低

---

〔*〕 这是一个非正式的表述,指当个人应纳税收入随着时间的推移有所增加之时,那么相应地其个人缴税等级也就向上进入另一个更高的层次,这种变动就称为bracket creep。——译者注

〔**〕 当年里根在竞选时就许诺,上台后要进行税制改革。他提出了两条改革措施:(1)在3年里,每年降低10个百分点的个人所得税税率(也称为10—10—10税率降低);(2)推行加速成本回收体系(ACRS)。在ACRS下,纳税时建筑物可在10年内全部折旧,各种设备、工具等可在5年或3年内折旧完毕(也称为10—5—3折旧法)。这些措施可对抵御通货膨胀、刺激生产,产生很大的作用。里根在就任总统后,向国会提出了上述建议。国会在讨论通过时,对这个建议进行了一些修改。其中一个重要修改是将10—10—10的税率降低方案,改为5—10—10。即在第一年降低5个百分点的个人所得税税率,在第二年和第三年每年降低10个百分点的个人所得税税率。正式颁布的法案主要包括以下几方面的内容:(1)降低了个人所得税;(2)加速折旧;(3)鼓励储蓄;(4)减少遗产与赠与税。为了对1981年的《经济复兴法案》进行修正,美国于1982年通过了《1982年税收公平与财政责任法案》(Tax Equity and Fiscal Responsibility Act of 1982,即TEFRA)。有些人认为,这是美国80年代税制改革中的一次倒退,是对1981年经济复兴法案的一次否定,是各种政治、经济力量对税改方案妥协的结果。——译者注

档次(例如,0 等级)的纳税人来说却不包括在内——通货膨胀就会增加有效税率,这就是原因所在。

为了看清这一点,我们回到前面的那个例子,但是采用简化了的税率结构(参见表 16.3)。假设另一位纳税人辛蒂(Cindy),她在 0 年度收入 20,000 美元,上缴 2,000 美元的税金,该税金为有效平均税率的 10%。在 1 年度,存在 10% 的通货膨胀率,而且辛蒂的收入涨到 22,000 美元。指数化以后,税率等级的截止点上升到 11,000 美元,那么辛蒂将上缴 2,200 美元的税金,保持了她的有效税率处于 10% 位置(也就是 2.2/22)。没有指数化,她的上缴税金增至 2,400 美元(相当于 12,000 美元的 20%),那么有效税率为 10.91%(也就是 2.4/22)。辛蒂的有效税率上升,那么她就不会进入到较高一级的税率等级中,因为整个的通货膨胀收益已经在她所处的最高税率等级中被征缴,而不是在所有的两个等级之间平均分配。通货膨胀导致年度税金的增加,并且甚至没有必要推动纳税人进入到新的、更高等级的税收档次中去。实际的税收上涨随着时间会产生急剧波动,因为由于没有指数化产生的额外负担会成为每个随后年度的税基;这样每个纳税人的平均税率会稳步上升。

表 16.3 简化的边际税率结构

收入	边际税率
0—10,000 美元	0%
10,001 美元及以上	20

414 认知理论认为采用非指数化方式可能是征税的一条成功之路,直到以及除非高扬的通货膨胀本身表现非常明显,并且/或者高扬的通货膨胀与多样化的档次结合在一起会使得个体以显著的方式进入到更高税率档次的情形变得更加常见。有非常好的证据来支持这种一般理论。通过对我们的所得税制度历史之考察,等级爬升已经成为实际上税收上升的重要源头之一。图 16.5 并列列出了从 1961 年到 1989 年消费者价格指数(以代表通货膨胀)上升的比率以及占一定 GDP 比例的所得税。

当然,我们所处理的是一个非常复杂的情节,而且其中,在通

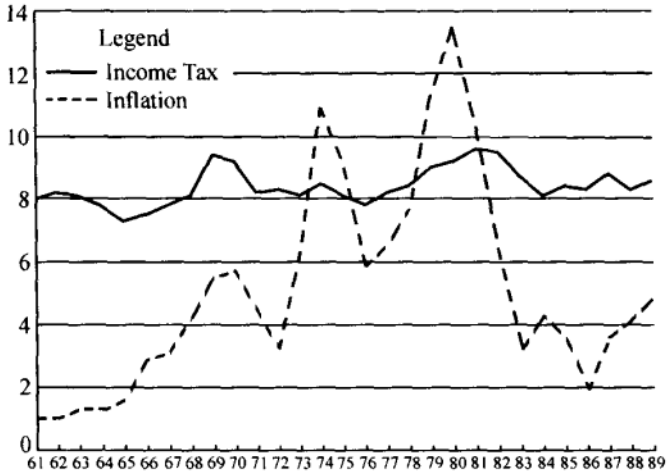

图 16.5 通货膨胀与所得税

资料来源：历史图表，第 25—26 页，表 23；U. S Department of Commerce, *Statistical Abstract of the United States* (1993)，第 482 页，表 757。

货膨胀、生产力、已申报收入以及税收之间存在很多复杂的关系，但是，我意思是让这个图形反映出不同时期的高扬通货膨胀是如何同实际上增加了的所得税负担相互关联的。尤其是在 1970 年代通货膨胀率的剧烈上升，以及更为特别的是从 1975 年到 1981 年，这期间的上升更是尤为剧烈，它们都与同层次的所得税负担显著上升有着相当的关联。在 1976 年，征收的个人所得税总计占到 GDP 的 7.8%，

这个数字稍微低于前三十年（即战后的 1946 年到 1975 年）的 415
平均水平。（这期间的平均负担是 7.68%，标准离差[a standard deviation]为 0.72。）截至 1981 年，在通货膨胀平均接近 1977—1981 年这五年的 10% 之后，1980 年一度达到 13.5% 的高度，所得税负担达到了 9.6% 的这个层次——这是当时最高的，如果排除战时的 1944 年之外。1976 年到 1981 年之间发生的变化表明所得税负担在实际层次上已经升值 23%；1981 年达到的 9.6% 层次基本接近比 1946—1975 年这些年的平均值要高出三个标准离差。然而，1976 年到 1981 年这段时间不是由于有任何明显的法定税收增加计划而变得突出的。实际上，卡特执政时代两个主要的税收法案——《1977 年减税与简化税收管理法》(Tax Reduction and Sim-

plification Act)以及《1978 年税收收入法》(Revenue Act of 1978),这两个法案的提交、计划以及期望都是要减税。通货膨胀明显对增加所得税工作贡献巨大。

具有极大讽刺意味的是,对于那些认为非指数化是一种极大的罪恶的人士来说,指数化的出现可能会导致更加恶化的税收政策决定,如果从规范角度来看的话,因为国会通常会被迫采取更加明显的步骤来提高收入。非指数化作为一种税收政策至少具有渐进的效应:它提高了民众对所得税的信赖,并且它的真正负担更多的是落在处于上面等级的那些纳税人身上。我在下面将进一步探讨在指数化时代所采取的步骤,时常会涉及一些变化,并且不同于那些公开的、直接的税率结构变化;国会会采取行动以便利用所得税收产生的其他自由度。在失去了由等级爬升提供的特别容易的解决方式后,国会可能会想方设法寻找下一个形式最隐蔽的增税方法。这样通常就会产生一些问题税收政策。

税收指数化时代的认知错觉(Cognitive Tricks in Age of Indexing)。认知理论认为非指数化给国会开了一个方便之门,他们可以很容易地提高名义税率。由通货膨胀导致的税收增长相对地比较隐蔽,达不到税率结构明显变化所产生的社会显著性,并且它通常甚至不必然意味着个体显著性会推动特定的纳税人提升到更高的边际税率档次。既然所得税已被指数化,而且此时没有发生大的危机,不会出现大笔赤字,那么有一个现象可能与现在讨论的问题——国会在提高收入方面能够利用的工具很有限——在很多方面挺有意思地存在一定关联。对于显著性这个主题的探讨就是国会会想方设法以相对不太明显的方式来征税,并且,任何时候它将意味着公开的、明显的税率结构只是最后一着。

历史证明了这个命题。甚至就在乔治·布什高调庆祝他的"听我说了些什么"的誓言之前,华盛顿就开始对提高税率产生了极大兴趣。因此,《1986 年税收改革法》(the Tax Reform Act of 1986)引入了"泡沫"——也就是对中上层收入的纳税人加收 5%的"附加收费",通过这种方法慢慢地逐渐停止较低税率档次所带来的好处。其这么做的所有意图即目的所在,就是要通过这种方
416 式简单地引入另一种税率等级;该税率结构现在是 0—15—28—

33—28。对于一对已婚夫妇合并税务申报来说,33%的"泡沫"范围从应征税收入71,900美元一直覆盖到149,250美元——其差距是77,350美元;等到一对夫妇达到这个范围的上限时,在33%这个档次,他们收入的一半以上将是要缴税的。但是国会对这个问题不是这样解释的。附加费在该法典的单列部分隐藏起来了,并且《税收改革法》实施者热切地希望坚持很大程度上是语义上的主张,即只有两个税率档次:15和28。

这个泡沫只是冰山上的一丁点,只是要把各种隐喻混杂在一起,因为其他的认知错觉一样很快就会接踵而至。社会保障所收款项也是应缴税的,部分地还超过所得收入的一定限度。依据1990年法案,对属于上层收入范围的纳税人来说,个人的抚养宽减额(personal dependency deduction)也将逐渐淡出。大部分分项扣除额(itemized deduction)也是如此。但是现在最好证明在指数化时代所存在的认知错觉当属克林顿总统支持的《1993年税收多用途调整法》(Omnibus Revenue Reconciliation Act)。这部法律的很多部分可以解读为急切地设法保持低边际税率的外观;特别是,看起来好像有点马其诺防线(Maginot Line)的意味,其目的就是要设置一个40%的档次。因此,表面上的最高税率是36%,但是对于最高收入很快就有了一个10%的"附加费",这样一来很明显就将该税率抬高到了39.6%。(有趣的是,一般的民众看起来好像从1986年的"泡沫"把戏中吸取了教训;管理当局首先提议较高收入会有10%的附加费,但是这个数额一下子快速被提升到了39.6%这个档次,这就是最终法案所载明的内容。)逐步淘汰还在继续;对于那些已经被提升到85%这个档次的高端收纳税人来说,一定比例的社会保障特别征收款也是应缴税的;商业性进餐以及娱乐开支的可扣减额度被降低至50%;对于退休金计划特别征收款,其上限也是特别的低;并且医疗应税收入(Medicare taxable income)的极限(约为雇主—雇员联合税率的2.9%)一起得到了提高。有可能最为抢眼的是,从政策角度来考察,就是这样一个事实,即针对已婚夫妇的急剧窜升的税率结构所产生的"婚姻税"(marriage penalty)在克林顿计划条件下剧烈上扬。

1993年法案的独特之处帮助证明了这个普通的观点。1993

年法案在1993年8月10日正式成为法律。从该法案在这天得以签署后，也就是在该年度的相对晚些时候，该法案规定的提高税率在1994年报税季度（filing season）期间对收入产生的影响极其有限。管理当局决定应该提高收入，这个收入提高只有通过有效实施从1993年1月1日开始的新的税率结构。它们本可以通过两种方式得到这个结果。一种是通过规定税率上升具有溯及既往效力，倘若存在一些法律不确定性，以及即将发生的肯定事件——共和党反对人士可能借此问题发挥，这样看来，那么这种策略具有一定的冒险性。第二种选择就是采用常见的、普遍的技巧，也就是所谓的“混合（blended）”税率，这种制度设计非常完善，已被《国内收入法典》（Internal Revenue Code）的特定章节所认可。混合税率是这样运行的：通过把此前的以及最新的税率加在一起形成单一税率，此前的以及最新的税率都是根据该年份它们不停变化所形成
417 的百分比来进行加权的。例如，旧税率是30%，而最新的税率是40%，这个新税率正好在年中就会发生生效，那么这个年度的“混合”税率就是35%（0.5[30]+0.5[40]）。克林顿政府本可以采用这种混合税率技巧以获得在1月1日正式生效的新税率36%、39.6%，这样还可以避免不利的报道以及由于追溯既往适用该税率所带来的法律挑战。但是这样做了之后就会意味着针对是年节余（the balance of the year）的税率等级会是44%以及53%，这些数字正好都超过了不可思议的40%这个层次。假定在追溯既往和更高的名义边际税率之间进行选择——这个选择将意味着在最终的底线上不会有差异，很明显管理当局会选择走追溯既往这步棋。

前面探讨过的各种变化以及技巧能够使政府提高收入，并且它们还不用面临与发生了重大变化的边际税率计划有关的不利公众信息，还可以使他们专注于实施这个发生了重大变化的边际税率计划。然而，在极大的程度上，所有的这些变化实际上是税率上的变化；国会总是说处于一定收入范围的人应该上缴更高比例收入所得税，但是说这话的人总是没有考虑到这些收入的来源。（从附加费或者“泡沫”的情形来看，这很明显是事实存在的。）实际上，这些变化因为税基规定不一而显得非常没有条理。为什么，打比方说，我们必须修改低收入或者中等收入者的针对每个未成年人

的抚养宽减额(with a dependency deduction for each minor child),而不是那些高收入者呢?是否是因为富人的抚养成本要少一些呢?当我们从一个静止的、分配的角度向动态的、以激励为导向的角度转变的时候,这个问题就会变得更加紧迫。我们是否对于那些富人之间的鼓励生育诱因是否表现得有点过于关心了?而且,逐渐退出策略会产生更高的边际税率;是否还有其他合理的原因解释为什么孩子多的家庭所处的税率等级就要高一些呢?实际上,富人家的孩子越多,家里面第二个挣工资的人的动力就越大,这第二个人通常就是妻子,她们呆在家里并且会产生推定所得(imputed income)。同样,在富人中,那些增加了的结婚税看起来也是没有遵循任何有原则的决策的,比方说,关于富裕家庭的推定所得的档次,并且对于第二个挣工资的人会产生的偏见加深的不幸后果。

通过对传统税收政策的分析可以看出最近的一些变化是很差劲的:因为用非常有说服力的规范税收理论无法轻易证明它们的合理性;并且它们看起来似乎是一下子随意冒出来的,既没有适当地考虑其分配性效应,也没有考虑到其行为效应。形成鲜明对照的是,认知理论的经验认为这些不同种类的变化应该是为人们能够所期待的。逐渐淘汰、附加费、最低限、最高限以及结婚税已经成为新的,增加税收的后等级爬升(postbracket creep)工具了。

个案分析:《1986 年税收改革法》出台后的州税收。所得税及其税率结构的特别显著性可以通过一个决定性的例子进行证明。在《1986 年税收改革法》出台之前,所有的州以及地方税收都是可 418
以在征收联邦所得税时进行扣减的,至少对于那些在纳税回执上列出可纳税收入的税收扣除额的那些纳税人来说是如此。在销售税和使用税(sales and use taxes)情形,要保持适当的记录存在一定的实际困难,但是联邦政府可以通过对有关已估测过的缴付销售税提供标准化表格来慷慨地帮助减轻这些困难。由于那些理由与现在的努力不大相干——并且无论如何那些理由都是不甚透明——《税收改革法》排除了州销售税的可扣减项,但是保留了所得税的可扣除项以及财产税的可扣除项。现在,非常基础的经济理论会告诉我们州政府会增加对所得税的信赖并且将降低销售税;缴付所得税意味着联邦税收减免(tax break),并且因此可能会

有国家补贴，至少对于高税率档次的居民来说是如此；然而对于销售税负担来说仍旧不会有所缓和——实际上，这个负担通过取消联邦可扣减税收项目实际上被有效地增加。

但是这个预测一般来说还没有实现。紧跟 1986 年法案，州政府继续更多地依赖销售税。图 16.6 证明了该趋势；该图描述了从 1984 年到 1991 年聚合在一起的州以及地方的销售税、财产税以及所得税，以 10 亿美元计。

图 16.6 反映了对财产税的仰赖呈稍微上升之势，这三种税收呈现的趋势相似；按照自然预测，可以肯定的是在 1986 年法案出台之后销售税没有发生剧烈的变化。有可能更有意思的是，那些
419 没有所得税的州，它们当中就有十个州在 1986 年法案出台后一般没有采取行动正式通过一个法案。当然，在此有很多因素在起作用：税收的选择具有分配性和配置性后果（distributive and allocative consequences），并且很有可能，它还会对政府的规模以及实质产生影响。但是，再一次，认知理论另外至少为多少有些让人迷惑的趋势增加一个理由：所得税很突出，但是销售税却不是这样的。民众看起来好像仅仅基于税收形式选择就很愿意承担更高的实际负担。

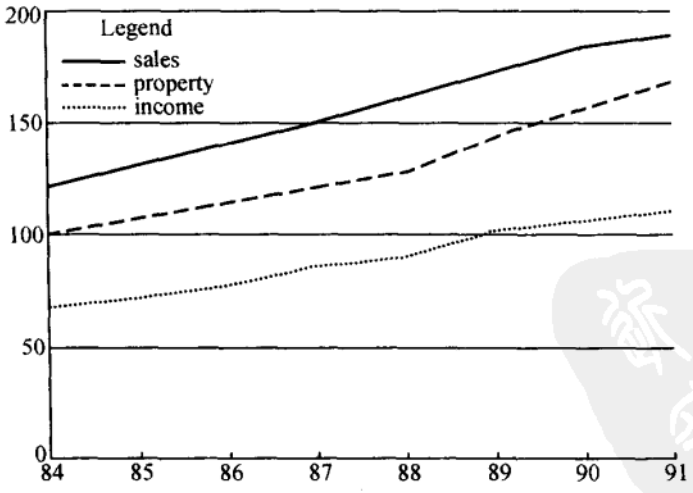

图 16.6 州及地方税收

资料来源：Statistical Abstract，第 299 页，表 476。

小结。显著性表明公众愿意对税收的一定方面给予关注甚于其他事项,这与税收问题本身的绝对负担或者范围是不成比例的,而是基于税收的相对明显度(relative visibility)来决定的。显著性效应的最佳例子与个人所得税的边际税率结构有关。单一的最高税率等级从社会角度看是显著的,然而每个个体的边际税率等级从个人角度看是显著的。显著性限制了国会提高税率的能力,无论从普遍角度来看还是从个体角度来看均如此。但是税率结构的显著性还是为国会创造了以不影响名义税率方式来采取行动之机会。象征性的高边际税率之历史,长期未能针对通货膨胀的税率等级进行指数化以及最近过多的非税率结构(non-rate-structure)认知错觉支持了该假设。所得税的一般显著性因为没有指数化进一步得到证实,因为,1986 年以后,州一级政府从销售税转向了所得税,尽管后者还有可扣减项目。对于税收政策还没有完全的探讨能够忽视由所得税的边际税率制度推动产生的心理学情感(psychological affection)。

结论

我希望到现在为止我至少可以确定一个表面情形,即税收与认知心理学的关系是广泛而且有趣的。认知理论认为认知误解既与税收制度的范围,还与税收制度的结构存在一定关系。隐性的,特别是完全隐性的,以及非显著的,特别是那双重非显著的税收与税收增加是受到青睐的。纳税人在他们的动态行为,难以分辨的平均以及边际税率方面会犯错,导致了"太过量的"宽大征缴款扣减项目或者娱乐开支,太过于依赖额外收益,迷恋于避税,却忽视了收入等的资本估价,等等不一而足。

所有的这些现象看起来清楚而且对税收鉴别专家(tax cognoscenti)来说甚至会很明显,这一点几乎成了不进一步对其进行探究的理由。针对纳税人就税法中各种不同的结构方面之感知的形式研究对我们进一步理解税收具有极大帮助。这项工作可以通过进行一系列的实验性考察、问卷调查以及核心小组讨论来推进。同 420

样,在架构认知—政治税收模式(cognitive-political model of tax)方面还有很多工作要做。我建议有关这个情节的税收方面内容可以加进那些已经经过充分探讨的现象(如利维坦假设以及财政错觉)之后的一般洞察之中,但是我还要加上一个告诫——任何动力都不会是平稳的或者完全可以事前预测的。什么时候一个此前隐蔽的税种变得明显呢?是什么因素激活了公众极端关注一定税收现象而非其他现象的意愿以及能力呢?是否有什么一般的兴趣为人所知?例如,不管怎样,从被动行为损失原则(passive activity loss rules)的认知成功以及斯坦利·萨里(Stanley Surrey)提出的税式支出(tax expenditure)话题来看可能存在。我们需要一个更好的、更加明白的图画来描述税收策略是如何公之于众的。要回答这些具有挑战性的问题,就很难继续避免勇敢地面对对个人理论深入研究之需,还有一点就是还很难避免注意税收实施和设计的制度特征。

因此,在实证的方面尚有很多工作要做,起码在控制认知差错的属性、范围以及效应方面是这样,只要它们与税收制度的创造与演变方面存在一定关联。但是在规范方面同样也有很多工作要做。当然,对现实的更清晰描述本身对于改革税制来说也是具有极大帮助的。另外一个中心的问题是:认知事实与各种可能的综合的税收规范理论有什么关联?是否系持续的认知差错事实推动我们走向以前就存在的税收理论的某个方面或者其他方面?面对认知心理学的经验,这每一种方法是否可以或者应该内在地进行一些修改?在认知差错面前是否可以在不同的用父亲般的方式来统治人们的政策或行为(paternalism)进行一些区分呢?并且,正如我我所探讨的那样,认知理论还可以帮助提出特定的地方改革,诸如被动行为损失原则或者由斯坦利·萨里建议的预算程序,而且认知理论还可以帮助建议一些独立执行有吸引力的方案的方式。在深思这些想法以及对这些问题或者其他的问题作出回答时,我相信对更丰富的个体纳税者理论之需要及其实用性将会变得更加清晰得多。

因此,无论是从实证方面还是从规范方面,还有很多需要由以心理学为导向的实验专家、以哲学为导向的理论学家、以经济为导

向的分析专家以及以实用为导向的税收专家等进一步研究。但是假如还有很多需要进一步研究，那么这个最后的奖赏看来很值得去追求：那就是建立一个普通的、综合的税收理论，这种理论能够通过一种既能帮助我们分析现存税收制度，又能推出新制度的方式一统法学、心理学、经济学、哲学还有其他学科的不同见识。现在正是倾向跨学科研究的人士采取行动超越那种使学术不至因为缺乏关注而消失的流行方式的时候了，他们要做的是转向能够针对现实世界的人们以及现存问题提出具有重大价值的深度洞察和答案。

索　引

（页码为原书页码，即本书的边码）

A

acrimony，刻毒：

as determinant in legal outcomes，作为法律后果的，8—9；

in nuisance cases，私害案件中的，311—312；

spiteful behavior with conditions of，具有……情形的恶意行为 25—26；

anchoring，锚定/支撑点设置/固执先见：

anchoring effect，锚定效应 267—268，274—275；

explained，经过解释的，331；

probability judgments based on，基于……的概率判断，5

antipaternalism and patenalism，反家长主义和家长主义，46—47，49；

Argyris，Chris，克赖斯·阿格丽丝，161；

Arlen，Jennifer，詹尼弗·阿伦，145；

availability cascades，易得/有效性串联：civil actions to deter，通过民事诉讼来阻止，388；

generation and effect of，的概括与影响，9，374，381；

informational and reputational cascades under，在……背景下的信息与名声串联，374—375，383—386；

problems raised by，由……提出的问题，387—388；

public and private aspects of，的公共与私人方面的，382—383；

vulnerability of Congress to，国会对……的防不胜防，389—390；

vulnerability of judges to，法官对……的防不胜防，394

availability heuristic,易得/有效性直观推断:
as element of individual judgment and perception, 作为个体判断和感知要素的, 374;
exploitation of, 的利用, 37—38;
judges' reliance on, 法官对……的依赖 394;
as mental shortcut, 作为心理捷径的, 381;
predictability of, 的可预测性 15 *See also* 还可参见 availability cascades 易得/有效性串联; biases 偏差/偏见; errors 差错;

B

bargaining,协商: obstacles in nuisance cases to, 私害案件中的……障碍, 310—317;
post-judgment outcome, 判决结果出来之后的, 27;
post-trial, 判决后, 28;
reinterpretation using self-serving bias, 利用自利服务偏见进行再解释, 363—365;
transaction costs as example of bounded self-interest, 作为有限自利范例的……交易成本, 21—26, *See also* 还可参见 negotiations 谈判;
bargaining impasse,谈判僵局: in negotiations, 谈判中的, 355;
self-serving bias as cause of, 作为……原因的自利服务偏差, 355, 365—366;
Baron, Jonathan, 乔纳森·拜伦, 170—171;
Bazerman, Max, 马科斯·巴泽曼, 148—150;
Becker, Gary S., 加里·S.贝克尔,14, 17;
behavior,行为: influence of market forces on, 市场力量对……的影响, 19;
norms governing, 规则控制的, 26;
predictions about post-trial events, 对判决后事件的……预测, 28—29;
spiteful, 恶意, 25—26;
unrealistic optimism as adaptive, 作为适应性……之非现实乐观倾向, 292—293;
behavior, organizational, 组织行为: failure of rationality in, 的理性欠缺, 158—159;
rationality of, 之理性, 144—146;
role of belief systems in, 中信仰系统的作用, 146—153;
behavioral economics,行为经济学:

argument for, 论点, 50—51;
in economic analysis of the law, 在法律的经济学分析方面之运用, 50—51;
insight into estimation of risk, 对风险进行评估的洞察, 291;
belief systems 信仰系统: effect of overoptimism on company's, 过度乐观对公司……的影响, 149—150;
fixed organizational, 固定的机构, 154;
of institutions, 机构之, 146—147;
self-serving beliefs, 自利服务信仰, 151—152;
biases, 偏差/偏见: adaptive, 适应性, 155—157;
based on aversion to extremes, 基于对极端的规避之, 3—4;
based on overoptimism, 基于过于乐观之, 158;
in cognitive theory, 认知理论中的, 327, 400;
in commitment, 承诺中, 151;
in corporate decision making, 公司决策中的, 146—158;
hindsight bias, 后见, 4;
in hypothetical decisions to vaccinate, 在假设决定接受接种疫苗情形中存在的, 168—185;
legal implications of, 的法律启示, 157—158;
omission bias, 缺漏, 168—171;
optimistic bias, 乐观, 4;
in people's thinking, 人们思考问题时会出现的, 398—399;
persistence of, 的坚持, 153—157;
sources and persistence of, 的来源及坚持, 146—157; 另见 hindsight bias 后见; self-serving bias, 自利服务; status quo bias 现状
Bodin, Jean, 让·博丹, 191;
bracket creep, 等级爬升, 413—417;
Breyer, Stephen, 斯蒂芬·布雷耶, 48;
Brun, W., W. 布卢恩, 171;
Bryant v. Lefever, 布赖恩特诉勒菲沃, 302;
Burgelman, Robert, 罗伯特·伯格曼, 145;
business judgment rule, 商业判断规则: justification for, 的正当化, 109—110;
meaning of, 的含意, 109;
source and development of, 的来源与发展, 110—111;
buyers, 买方: in experiments about reluctance to buy and sell, 处于不情愿交易的实验中, 222—223;

in experiments for consumption goods markets, 处于消费品市场实验中的, 216—220;
in experiments for induced value token markets, 在引致价值信号市场试验中的, 214—216;
in experiment to test for misrepresentation of value, 检测价值错误陈述实验中的, 221—222;
valuation of entitlements, 对……权利的评估, 211—213;
valuation of induced value tokens, 对引致价值信号的评估, 213;

C

Calabresi, Guido, 吉多·卡拉布雷西, 302—303;
Camerer, Colin, 柯林·卡梅拉, 368;
Cantril, Hadley, 哈德利·坎翠尔, 356—357;
Carney, William, 威廉·卡尼, 145;
Choices, 选择: of default rules in contract theory, 合同理论中的默认规则或者失责责任规则之, 8, 137; difference of actual from rational choice, 与理性选择实际上不同的, 15;
different, 不同的, 1—2;
evaluation under endowment effect, 禀赋效应条件下的……评估, 261—262;
between omission and commission, 在缺漏和任务之间进行的, 169—170;
with options, 有选择权的, 3—4;
preference of inaction over action, 相对于采取行动而言更倾向于不采取行动的, 132;
small steps as, 作为小步骤的, 201—203;
value *maximization in*, 在……中的价值最大化 61 *See also* preferences; rational choice theory 还可参见偏好;理性选择理论;
Coase, Ronald H., 罗纳德·科斯, 2, 302;
Coase Theorem, 科斯定理: assignment of legal entitlement under, 下的法律权利设置, 5—6, 17—18, 27, 116;
experiments to test, 检验……的实验, 18—19;
property rights in, 中的财产权利, 223;
resource allocation under, 条件下的资源分配, 5—6, 17—18, 116, 211, 223;
statement of, 的表述, 116;
valuation under, 下的估值, 261;
Coding, 编码: in evaluation of an outcome, 在对结果进行评估中的, 330;

cognitive decision theory,认知决策理论: about use of probability estimates, 中关于概率估算的使用, 331—332;
elements of, 的基本要素, 261;
ex ante selling price, 销售前价格, 262;
ex post making whole concept, 形成整个理念后, 262;
outcome of first survey, 初次调查之后得出的结果, 263—270;
outcome of second survey, 再次调查之后的结果, 270—276;
policy implications of, 的政策启示, 336—342;
cognitive-dissonance theory, 认知失调理论,151;
cognitive psychology,认知心理学, 398;
cognitive theory,认知理论:
analysis of nonindexing, 非指数化分析, 414—415;
analysis of Tax Reform Act (1986),《1986 年税收改革法》的……分析, 415—416;
cognitive pathologies in, 中的认知反常偏离, 327; components of, 组成部分, 400;
of hindsight bias, 后见偏差/偏差的, 97;
relevance to tax system, 与税收制度有关的, 400, 419—420;
commensurability concept, 通约性/可比性概念, 285;
commissions and omissions, 任务与缺漏, 169—171;
compromise effects,折中效应: with aversion to extremes, 带有规避极端特征的, 3—4 ;
choices, 选择, 61—62;
experimental tests of, 对……的实验性检验, 62—6, 77—84; in options choices, 选择中, 61—62;
tests in legal decisions, 法律决策中的……试验, 62—66;
conservatism, cognitive, 认知保守倾向, 147—149;
consumer sovereignty concept,消费者主权概念, 47—48;
context-dependence,语境依赖: in legal decision making, 法律决策中的, 71—73;
response to context-dependent decision making, 对……决策作出的回应, 73—76;
context-independence,语境独立:
compromise and contrast effects as violation of, 违反……了的折中与对照效应, 61—62;

as consequence of value maximization, 作为价值最大化后果的, 61;
in tests of compromise effect, 检测折中效应中的, 63—66, 77—84;
in tests of contrast effect, 检测对照效应中的, 68—71, 84—87;
contract default rules, 合同默认规则: importance of, 的重要性, 137—138;
nonenforcement, 的不执行, 141—142;
tailored, 经过改造过的, 141—142;
in traditional law and economics analysis, 传统法律经济学分析中的, 137—138;
contract law, 合同法: nonenforcement default rules, 不执行……中的默认规则, 141—142;
contract negotiation, 合同谈判: with application of rational choice theory, 中理性选择理论的应用, 118;
effect of network benefits, 的网络收益效应, 127—129;
experiments related to subjects' perception of status quo, 与主体对现状的感知有关的实验, 120—125; experiments to test for preferences in, 中对偏好进行检验的实验, 118—125;
inertia theory in, 中惯性理论, 125—136;
in traditional law and economics analysis, 传统法律经济分析中的, 117—118;
contract terms, 合同条款: effect of status quo bias on, 现状偏差对……的影响, 119—125;
network benefits of, 的网络收益, 128;
contract terms, mandatory, 强制合同条款: behavioral analysis account of, 对的行为分析描述, 30—32;
law and economics claim related to, 与……相关的法律经济学, 29—30;
contrast effect, 对比效应: choices, 选择的, 61—62; experimental tests of, 的实验性测试, 66—71, 84—87;
in option choices, 选择权选择的, 61—62;
control, 控制: illusion of, 错觉, 149—150;
corporate governance, 公司治理: liability standards for, 的责任标准, 109—111;
cost-benefit analysis, 成本—收益分析: as check on availability campaigns, 对易得性活动进行阻止的, 390;
costs, 成本: of error and decision, 差错与决策的, 191; of redistribution through legal rules, 通过法律规则进行再分配的, 288;
Cox, James C., 詹姆斯·考克斯, 368;
Craswell, Richard, 理查德·克拉斯维尔, 29—30;

cultures, organizational,组织文化: adaptation of optimistic, 对乐观……的适应, 156;

D

damages,损害赔偿: as center of tort theory, 作为侵权行为理论核心的, 260;
golden rule related to arguments about, 与……论点有关的金箴 267;
for pain and suffering, 对造成精神损害, 260;
data: 数据 for tests of compromise and contrast effects, 检测折中与对照效应的, 71—73;
debiasing techniques,减少偏差的技巧:
to avoid hindsight bias, 避免后见偏差/偏见的, 98, 103—104;
in jury instructions, 在陪审指引中使用的, 39;
in patent court, 在专利法庭中使用的, 39;
decision making,决策制定: biases in hypothetical decisions about vaccinations, 在接种疫苗假定决策中出现的偏差, 168—185;
bounded rationality in, 过程中存在的有限理性, 16; business organizations, 商业组织的, 146—158; context-dependence in legal, 在法律……过程中存在的语景依赖, 71—73;
contract effect in legal, 在法律……过程中出现的合同效应, 62,66—71;
information provided by government, 通过政府……提供的信息, 42—43;
overoptimism, 过于乐观, 149—150;
research related to actual, 与实际……有关的研究, 15; response to context-dependent,对存在情景依赖的……的回应, 73—76;
self-control in private, 私人……中的自我控制, 200;
tests of ambiguity effect on, 检验含混/模糊效应对……产生的影响, 171—185;
using heuristic devices and biases, 采用了直观推断手段与偏差/偏见的, 3—5;
decisions,决策: case-based, 以个案为基础的, 5;
costs of, 成本, 190—191;
delegated, 通过委托/授权执行的, 193—197;
hindsight bias in legal, 法律…… 中的后见偏差/偏见, 99—103;
rational expectations in decision theory, 理论中的理性期待, 328—329;
temporal differences in imposition of burdens of, 施加……负担时所产生的暂时差异, 188, 192—193;

timing of planning decisions, 计划……的时间选定, 191; *See also* delegation of decisions, 还可参见委托决策;
decisions, second-order, 次级决策: in actuality, 实际存在的, 205;
choices among strategies in, 中各种战略的选择, 187—188;
circumstances for making, 做……时的环境, 190—193;
High-High, 高—高型, 203—205;
private, 私人的, 200;
small steps, 小步骤, 201—203;
strategies that reduce burden (High—Low), 减少负担(高—低型)的那些战略, 188, 197—200, 203—205;
strategy imposing burden on someone else (Low—High), 给其他人强加负担的(低—高型)战略, 188, 193—197, 203—205;
strategy of minimal burden (Low—Low), 最小化负担(低—低型)的战略, 188, 210—215;
taxonomy of, 的分类, 188—190;
default rules, 默认规则, *See* contract default rules, 参见合同默认规则;
delegation: 授权, of authority, 权力, 194;
factors influencing decision for, 影响……决策的因素, 193—195;
as second-order strategy, 作为次级战略的, 193—197;
delegation of decisions: 决策授权, choice not to delegate, 选择不进行, 199—200;
complications arising from, 过程中产生的复杂情形, 196—197;
delegate power in, 中的授权, 196—197;
intrapersonal, 内心的, 197;
picking as, 选择, 201—203;
rationale for and timing of, 的基本原理和时间选择, 194—196;
demand for law, 对法律的需求: availability heuristic and social influences, 易得/有效性直观推断以及社会影响, 9;
based on bounded self-interest, 基于有限自利的, 32;
cooperation, fairness, spite, and *homo reciprocans*, 合作、公正、恶意以及互利人, 8—9;
self-serving bias, 自利服务偏差/偏见, 8;
democracy, majority-rule, 多数决民主: instability property of, 的不稳定性, 337;
positive responsiveness, 对……的积极回应, 336—342;

deterrence: of criminal behavior, 对犯罪行为的阻吓, 45—46;
Dorner, Dietrich, 迪特里希·多勒, 202—203;

E

Economic Recovery Tax Act [ERTA] (1981),《1981 年经济复兴税收法》, 413;
economic theory 经济学理论: analysis of deterring criminal behavior,阻止犯罪行为的…… 分析, 45—46;
parsimony of conventional,传统……中的俭省, 20—21;
prediction about behavior in ultimatum game, 最后通牒博弈中对行为的预测, 21—22;
predictions about post-trial events, 对后裁决事件的预测, 28—29;
redistributive legal rules and taxes in neoclassical, 新古典……中的再分配性法律规则与税收, 298; See also, 还可参见, behavioral economics, 行为经济学; law and economics, 法律经济学;
Eisenberg, Theodore, 西奥多·埃森堡, 367;
Ellsberg, Daniel, 丹尼尔·埃斯堡, 171;
endowment effect,禀赋效应:
choices between goods, 商品选择, 225—229;
in cognitive decision theory, 认知决策理论中的, 261;
conditions for likelihood of, 的可能性条件, 27;
constituent elements of, 的构成要素, 261—262;
created by legal entitlement, 由法定授权创设的, 6; defined, 被限定的, 19, 213;
experiment in bilateral bargaining, 双边协商试验的, 223—225;
factors influencing, 影响……的因素, 222;
perception of entitlements in, 中的授权感知, 29—32;
situations with no, 没有……的情形, 213;
entitlement, legal,法律权利: allocation of, 的分配, 6, 116;
in Coase Theorem, 科斯定理中的, 5—6, 17—18, 27, 116;
effect on outcome of bargaining, 对协商结果的影响, 27—28;
endowment effect in, 中的禀赋效应, 6;
evidence of valuation of, 对……估值的证据, 211—213;
status quo effect, or endowment effect, 现状效应,或者禀赋效应, 116;
entrepreneurs,企业家/说客: availability entrepreneurs, 易得性企业家,38, 48, 375, 385;

fairness entrepreneurs, 公平企业家,32;
errors,差错/误差: *cost-benefit analysis to contain availability errors*, 对一定易得性……的成本—收益分析, 390;
costs of, 的成本, 190—191;
effect of errors in judgment, 判断致错的效应, 37—38;
examples of availability errors, 易得性差错的例子, 376—380;
evaluation, 评估, *See* valuation, 参见估值;
Evidence,证据: beyond a reasonable doubt standard, 超越合理怀疑标准的, 41;
conditions for suppression of, 压制证据的条件, 108—109;
preponderance of evidence standard, 标准的优势, 40—41;

F

Exchange,交易: experiment in bilateral bargaining, 双边讨价还价实验中的, 223—225;
experiment in exchange between two goods, 在两个货物交换试验中的交易, 225—229;
Fairness,公平: hindsight bias related to, 与……的有关的后见偏差, 99—100;
as issue in decision to delegate, 作为决定委托中的问题, 195;
norms related to,与……有关的规范, 26, 32—38;
in second experimental survey, 在第二次实验调查中存在的, 275—276;
self-interest in issues of, 关于……问题中的自利, 8—9;
self-serving assessment of, 对……的自利服务评估, 8, 355—357, 366;
in ultimatum game, 最后通牒博弈中的, 23—26;
Farnsworth, Ward, 沃德·范斯沃思,28;
Fischhoff, Baruch, 巴鲁克·费施霍夫,95—98;
framing effects,框架/框定效应: in cognitive decision theory, 认知决策理论中的, 261—262;
in mental accounting,心理账户中的, 6—7;
in surveys related to cognitive decision theory,与认知决策理论有关的考察, 276, 282—283;
in theory of outcome evaluation,后果评估理论中的, 330;
Frisch, Daniel D., 丹尼尔·弗利希, 171;

G

game theory,博弈论: ultimatum game, 最后通牒博弈,8; ultimatum game as ex-

ample of bounded self-interest, 作为一种有限自利的最后通牒博弈, 21—26;
Gioia, Dennis, 丹尼斯·乔雅, 161;
golden rule effect, 金箴效应,267, 270—271, 282;
goods,商品: evaluated as losses, 评估作为损失的, 213; induced value technique to value, 引导价值技术去估值, 213; willingness to pay (WTP), 支付意愿, 211;
Gruber, Jonathan, 乔纳森·格鲁伯, 30;

H

Hastorf, Albert H., 阿尔博特·H.哈斯多夫, 356—357;
heuristic devices, or rules of thumb,直观推断方法或经验法则: anchoring, 锚定/固执先见, 5; availability heuristic, 易得性/有效性直观推断, 5, 15, 38, 331; case-based decisions, 以案例为基础的决策, 5; *in decision making*, 决策制定中的, 3; erroneous conclusions of, 的错误论断, 15;
heuristics,直观推断: in cognitive theory, 认知理论中的, 327, 400;
representativeness heuristic, 代表性, 330;
hindsight,后见: adaptations in legal system to rule of, 适应法律制度中的……规则, 103—111;
fraud by hindsight, 由……导致的欺诈, 107—108;
judging in, 通过……来判断, 95—96;
hindsight bias,后见偏差/偏见: adaptation to avoid, 对避免……的适应, 103—111;
causes of, 的原因, 96—98;
cognitive strategies to avoid, 避免……的认知战略, 98; comparison of negligence and strict liability under, 在……条件下比较疏忽与严格责任, 101;
creeping determinism theory, 爬行决定理论, 97; defined, 被限定的, 38, 95;
economic effects of, 的经济效应, 100—103;
in negligence determinations, 在疏忽决定中的, 38—39;
prescriptions for, 对……的规定, 40—42;
responding to, 对……的回应, 40;
in tort system, 侵权制度中的, 39—40; *See* debiasing; learning from experience, 另见减少偏见;从经验中学习;
homo reciprocans, 互惠人, 8—9;

I

indexing for inflation：针对通货膨胀的指数化，absence of tax rate bracket indexing，没有税率等级指数化的，412—415；
of tax rates，税率，412—415；
inertia，惯性：behavioral theory in contract negotiation，在合同谈判中的行为理论，125—136；
in contract term preferences，在合同条款偏好中的，120—125；
in experiments to test for contract negotiation preferences，检验合同谈判偏好实验中出现的，120—125；
psychological power of，的心理力量，136；*See also* regret theory，还可参见后悔理论；
inflation：通货膨胀，effect on levels of taxable income，对应税收入层次的影响，412—415；
indexing for，的指数化，412—415；
information，信息：ability to accurately process，准确处理……的能力，47；
delegation to entity with，授权……给实体，193—194；
errors in estimating probabilities form，评估概率形式中出现的差错，331；
limits in bounded rationality，有限理性之限制，206；
prescriptions for provision of，提供……之规定，42—45；
salience of missing，缺失……的显著性，171；
informational cascades，信息串联，374—375，383—386；
institutions：制度 belief systems of，的信仰体系，146—147；
delegation to，授权某，195—196；
exercising delegated authority，行使委托权力，194；
making High-Low second-order decisions，作出高—低型的次级决策，198—200；
picking instead of choosing，是挑选而不是选择，201—203；
intuition 直觉：related to omission and commission，与疏漏与任务有关的，169—170；
Isaac，R. Mark，马克·R.埃塞克，368；

J

Joy v. North，乔依 v.诺思，111；
judgments，legal：法律程序 influence of hindsight bias on，后见偏差/偏见对

……的影响，95—96，98—99；
procedures to avoid biased，避免存在偏见的……程序，103—104；
translation into dollar amounts，转换成一定数额的金钱，7；
jurors，陪审员：golden rule effect，金箴效应，267，270—271，282；
informed of hindsight bias，对后见偏见的熟知，39；
requirements of negligence standard for，对于……忽视标准的要求，38；

K

Kahan，Marcel，马塞尔·卡亨，127—128；
Kahneman，Daniel，丹尼尔·卡尼曼，15，118，131—132，170；
Kamin，Kim，基姆·卡明，99，103；
Kaplow，Louis，路易斯·卡普洛，290；
Klausner，Michael，迈克尔·克劳斯纳，127—128；
Knetsch，Jack，杰克·尼奇，118—119；
Kreps，David，大卫·克里普斯，156；

L

LaBine，Gary，加里·拉拜恩，9；
LaBine，Susan，苏珊·拉拜恩，99；
Landman，Janet，珍妮特·兰德曼，133；
Law，法律：approach of behavioral law and economics to，的行为法律经济学进路/路进，13—21；
bounded rationality and self-interest in，的有限理性与自利，32—38；
demand for，对……的需求，7—9；
economic analysis of，对……的经济分析，117—118；explanations of content of，内容的解释，32；
fairness norms in，中的公正规则，32—38；
rational choice theory in economic analysis of，的经济分析中有限选择理论，117—118；*See also*，还可参见，demand for law，对法律的需求；
law and economics，法律经济学：arguments for behavioral approach to，之行为路径/进路的争论，50—51；
defining features of，对……的限定特征，13—14，16—18；
explanations of content of law，对法律内容的解释，32；
law and economics，behavioral，行为法律经济学：effect on work incentive of redistributive legal rules and taxes，对再分配性法律规则和税收中工作激励

的影响，298；
framework and applications，的框架和应用，51—53；normative orientation，的规范导向，48—49；
law and economics，traditional，传统法律经济学：based on neoclassical economics，基于新古典经济学的，49—50；
contract negotiation inaction in，中的合同谈判懈怠，126；
contract negotiation in traditional，中的合同谈判，117；
normative orientation，的规范导向，46—48；
preference exogeneity assumption，偏好外因假设，117—120，137；
learning from experience，从经验中习得，96；
legal rules，法律规则：golden rule effect，金箴效应，267，270—271，282；
inefficient，无效率的，28；wealth redistribution through，通过财富再分配，288—290；
legal rules，redistributive，再分配法律规则：criticism of，对……的批评，295—296；
defined，被限定了的，288；
effect of insurance on effect of，对……产生影响的保险效应，293—294；
effect on work incentive，对工作激励的影响，289—290，292—298；
mental accounting in context of，在……背景下的心理账户，294—297；
legal system，法律体系：adaptations to hindsight bias，适应了后见偏差/偏见的，103—111；
adaptation to avoid hindsight bias，对避免后见偏差/偏见的适应，103—111；
effect on preferences and values，对偏好和价值的影响，2；
liability，责任：Hand Formula to determine negligence，由汉德公式来决定疏忽导致的，260；
professional，专业，110；
prohibition against hindsight-based，对后见偏差/偏见产生……的禁止，107—108；
reducing impact of hindsight bias in judgments of，减少……判断中后见偏差/偏见所产生的影响，109；*See also* negligence standard；strict liability 还可参见疏忽标准；严格责任
Loewenstein，George，乔治·罗温斯廷，368；
loss aversion，损失规避：*in* cognitive decision theory，认知决策理论中的，261—262；
in reference effect，参照效应中的，329；

relevance to taxation, 与税收有关的, 401—402;
theory of, 关于损失规避的理论, 19, 133;
in thinking about gains and losses, 在考量收益与损失时, 5—6;
weighting of value of losses, 权衡损失之值, 213;

M

making whole concept,恢复原状概念: in cognitive decision theory, 认知决策理论中的, 262;
decision and experienced utility in assessing, 评估……时产生的决策与经历过的效用, 283—284;
in first experimental survey, 在初次实验调查中存在的, 263—270;
injury awards in context of, 在……情形下的损害赔偿金, 282;
in second experimental survey, 在第二次实验调查中存在的, 270—276;
March, James, 詹姆士·马奇, 146;
Margolis, Howard, 霍华德·马格里斯,48;
markets: 市场,absence in nuisance cases, 缺乏私害情形的, 310—317;
experiments for consumption goods, 消费品……的实验, 216—220;
experiments for induced value tokens, 针对引致价值信号……的实验, 214—216;
role in dictating behavior, 在引导行为中所起的作用, 19;
signals for exchange in, 中的交易信号, 316; substitutions in, 中的替代品, 315—317;
Melamed, A. Douglas, 道格拉斯·A.墨拉姆德, 302—303;
mental accounting,心理账户: *implications for law and policy*, 对于法律和政策的启示, 6—7; occurrences and effects, 的发生和效应, 294—297;
Messick, David, 大卫·墨西克, 148—149, 357;
Miller, Dale, 代尔·米勒,132, 170;
motivation: bias arising form, 由于动机引起的偏见, 155—156;
related to second-order decisions, 与次级决策有关的, 206;

N

negligence standard,过错标准: converted to strict liability by hindsight bias, 通过后见偏差/偏见转换成的严格责任, 100—103, 110;
effect of defendants' perception of, 对被告感知的影响, 39;
effect of hindsight bias in, 在……中后见偏差/偏见所起的作用, 38—39,

99, 100—103;
Hand formula to determine liability under, 在……条件下通过汉德公式来决定责任, 260;
requirements of jurors under, 在……条件下对陪审员的要求, 38;
negotiations, 谈判: bargaining impasse in, 中的协商僵局, 355;
before judgment in nuisance cases, 在私害案件判决之前的, 314—315; *See also* bargaining; contract negotiation, 还可参见协商;合同谈判;
network benefits, 网络收益: use of standard terms for contracts, 使用针对合同的标准术语, 127—129;
nonenforcement, 不可执行: as status quo contract term, 现实合同条件的, 141—142;
norms, 规范: compliance with ex ante, 遵守此前存在的, 105—106; fairness-related, 与公正有关的, 26, 32—37;
norm theory, 规范理论, 132—133;
nuisance cases, 私害案件: acrimony as obstacle to bargaining in, 作为……中讨价还价障碍的刻毒, 311—312;
analysis of behavior in real, 对实际存在……中行为的分析, 303—305;
appealed cases, 上诉案件, 318;
bargains in, 的协商, 311—312;
Calabresi and Melamed's illustration of, 卡拉布雷西以及墨拉姆德对……的解释, 302—303;
Coase's illustration of, 科斯对……的解释, 302;
decisions of courts in, 中的法定判决, 318—319; distaste for bargaining as obstacle in, 厌恶协商作为……中讨价还价的障碍, 312—317;
illustrative, 例证性的, 305—310;
with market mechanisms, 具有市场机制的, 315—317;
negotiations before judgment, 判决之前的谈判, 314—315;
obstacles to bargaining, 中讨价还价的障碍, 312—317, 320;
settlement *versus* litigated to judgment, 和解 v. 诉讼解决, 317—318;
transaction costs as obstacles to bargaining, 作为讨价还价障碍的交易成本, 320;

O

Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), 信息与规制管理署, 392;
omissions and commissions, 缺漏与任务, 169—171;

optimism,乐观: adaptability of, 对……的适应性, 158;
as bias, 作为偏见/偏差的, 4;
culture of, 关于……的文化, 156;
optimism effect, 效应, 334;
relation to trust, 与信任有关的, 156;
unrealistic, 不现实的, 4, 291—293, 298; *See also* overoptimism, 还可参见过度乐观;
options,选择权: choice with, 有……的选择, 3—4; compromise and contrast effects,折中与对照效应, 61—62;
value maximization in choice of, 在有……选择时的价值最大化, 61;
outcomes,结果: of bargaining, 协商的, 27—28;
coding in evaluation of, 评估……中的编码, 330;
cognitive decision theory surveys, 认知决策理论调查, 263—70;
estimating probabilities of, 对结果可能性的估测, 331;
evaluation under prospect theory, 前景理论下的估测, 43—44, 331—332;
framing effects in evaluation of, 在估测结果时的框架效应, 330;
outcome valuation functions, 估值函数, 329—331;
perception in reference transaction, 参考交易中的感知, 26;
role of acrimony in, 在……中刻毒所起的作用, 8—9;
outrage model, 不法模式, 234—235;
overconfidence,过度自信: bias in, 的偏差, 36;
in estimating outcomes, 在评估结果中的, 331;
in risk judgments, 风险判断中的, 4;
overoptimism,过度乐观: biases based on, 基于……的偏差/偏见, 39, 158;
combined with salience, 带有显著性的, 47;
effect on company's belief system, 对公司信仰系统的影响, 149—150;

P

patent law,专利法: effect of hindsight bias in, 中的后见偏差的效应, 39, 106—107;
paternalism and antipaternalism,家长主义和反家长主义,46—7, 49;
perception: 感知, in availability heuristic, 易得性直观推断中的, 374;
of entitlements, 对权利的, 29—32;
in hindsight bias,后见偏差中的, 38, 95;
of negligence standard, 疏忽标准的, 39;

of outcomes, 对结果/产出的, 26;
of risk, 对风险的, 47;
of status quo, 对现状的, 120—125;
personal injury cases, 人身伤害案件: questionnaire about trial practices in, 针对……审判实践的调查问卷, 277—282;
policy issues, 政策问题: efficient contract default rules, 有效合同默示规则, 137—141;
using nonenforcement default rules, 利用不执行默示规则的, 141—142;
Polinsky, A. Mitchell, 米歇尔·波林斯基, 46;
Posner, Richard A., 理查德·波斯纳, 16;
Predictions, 预测: based on rationality, 基于理性的, 20—21;
of compromise effect, 对妥协效应的, 62—6;
of contrast effect tests, 比照效应标准的, 66—71;
of post-trial events, 后判决事件的, 28—9;
of prospect theory, 前景理论中的, 335—6;
related to law, 与法律有关的, 2;
in ultimatum game, 最后通牒博弈中的, 21—22;
preferences, 偏好: actions related to different, 与不同……有关的行为, 25;
with allocated legal entitlement, 与分配性法律权利有关的, 116;
constructed, 被构造的, 1—3;
context-dependent, 存在情景依赖的, 71—73;
effect of status quo bias on contract terms, 现状偏差/见对合同条件的影响, 119—120;
legal system's effect on, 法律制度对……的影响, 2;
in traditional law and economics analysis, 传统法律经济分析中的, 117—120, 137;
prescriptions 规定: to deter criminal behavior, 阻止犯罪行为的, 46;
for hindsight bias, 针对后见偏差的, 40—42;
for provision of information, 针对信息提供的, 42—45;
prescriptive analysis, 对策分析: bounded rationality in, 中的有限理性, 42—45;
bounded willpower in, 中的有限意志力, 45—46;
probabilities 概率/可能性: assessments based on relevant examples, 基于相关例子的……估测, 374;
based on anchoring, 基于锚定的, 5;
estimation of risk, 风险……的估测, 290—294; information errors effect, 信息

差错效应的，331；
product disparagement laws，反产品诽谤法，388—389；
prominence 显著性：defined，被限定的，408；
in explanation of hidden taxes，解释隐性税收中的，408；
in indexing for inflation issue，对通货膨胀问题的进行指数化的，413；
property rights，财产权：in Coase Theorem，科斯定理中的，223；
effect on resource allocation，对资源分配的影响，18—19；*See also* entitlement，legal，也可参见法定权利；
prospect theory，前景理论：evaluation of outcomes under，基于……的结果预测，43—44，331—332；
to explain observed behavior，可资解释的守规行为的，15—16；
loss aversion，的损失规避，401—402；
predictions of，对……的预测，335—336；
punitive awards，惩罚性赔偿金：outrage model，不法行为模式，234—235；

R

Raab v. General Physics Corp.（1993），拉布 v. 通用物理公司，158；
Rabin，Matthew，马修·拉宾，24—25；
Rachlinski，Jeffrey，杰弗里·拉克林斯基，39，99，103；
Ratio-difference principles，比率差异原则，330；
rational choice theory，理性选择理论：assumptions of，对……的假设，118；
behavioral model，行为模式 117—120；models，模式 1；preference under，在……条件下的偏好，117—118；
rationality，理性：of conventional economics，传统经济学中的，20—21；
managerial，管理，144—145；
organizational，组织，144；
of second-order decisions，次级决策中的，206；
rationality，bounded，有限理性，14，16；bias arising from，产生于…… 的偏见/偏差，155；
defined，被限定的，144；
in deterring criminal behavior，组织犯罪行为的，45；framework for behavioral law and economics，5 行为法律经济学中的……之框架，52—53；
leaning toward antipaternalism，向反父爱主义靠拢的，46—47；
second-order decisions as response to，作为对 …… 回应的次级决策，203，206；

in traditional law and economics, 传统法律经济学中的, 50;
Raz, Joseph, 约瑟夫·拉兹, 202;
reference effect: 参照效应; in prospect theory, 前景理论中的, 333—334;
as valuation function, 作为估值函数的, 329;
regret theory, 后悔理论: explained, 经过解释的, 130—135;
regret avoidance hypothesis, 避免后悔假设, 134—135;
regulation, 规制: effect of availability heuristic on, 易得直观推断对……的影响, 37—38;
reputational cascades, 名声串联, 374—375, 383—386;
resource allocation, 资源配置: in Coase Theorem, 科斯定理中的, 5—6, 17—18, 116, 211, 223;
effect on property rights, 对财产权的影响, 18—19;
responsibility, 责任: avoidance of, 避免, 194;
for decisions, 决策产生的, 191;
Revenue Act(1978), 《1978 年税收收入法》, 415;
Revenue Reconciliation Act(1993), 《1993 年税收调整法》, 416;
Rights 权利: in market environment, 市场环境中的, 316; in nuisance case with no substitutes or commensuration, 在私害案件中没有替代或者相当的, 313—314; *See also* Coase Theorem; entitlement, legal; property rights, 也可参见科斯定理; 法定权利; 财产权;
risk, 风险: coding in responses to risk, 对……进行回应的编码, 330;
decisions based on optimistic bias, 基于乐观偏见/偏差的……决策, 4;
estimation of probability of, 对……概率的估测, 290—294;
perception with combined overoptimism and salience, 兼有过度乐观和显著性的……感知, 47;
risk judgments: 风险判断, of availability heuristic, 对易得性直观推断的, 5;
overconfidence in, 中的过于自信, 4;
Ritov, Ilana, 易拉娜·利托夫, 170;
rounding, 四舍五入, 330;
rules: with exceptions, 有例外的规则, 207n2;
in High-Low second-order decisions, 在高—低次级决策中的, 198—199;
private self-control, 私人自我控制的, 200;
as strategies for decision making, 作为制定决策战略的, 188; *See also* business judgment rule; legal rules 还可参见商业判断规则; 法律规则;
rules of thumb, 经验法则; *See* heuristic devices, or rules of thumb 参见直观推断

方式或者经验法则；

S

Samuelson, William, 威廉·萨缪尔森,119；
Securities Act(1993)《1993 年证券法》: due-diligence requirement, 恪尽职守要求, 157—158；
securities fraud, 证券欺诈: Private Securities Litigation Reform Act(1995)《1995 年私人证券诉讼改革法》, 41；
self-deception, 自我欺骗, 149—150；
self-interest, 自利: in behavioral economics, 行为经济学中的, 29；
effect on post-judgment bargaining, 对判决后协商的影响, 27—28；
in moral issues, 道德问题中的, 366—367；
self-interest, bounded, 有限自利,16；
framework for behavioral law and economics, 行为法律经济学框架, 53；
norm creation of, 的规范创设, 47；
ultimatum game as example of, 作为……例证的最后通牒博弈, 8, 21；
self-serving bias,自利服务偏见: as cause of bargaining impasse, 导致谈判僵局出现的, 355—356; criticisms of assessment of, 对……评估的批评, 367—368; effect of, 的效应, 8, 29；
psychological research on, 心理学对……的研究, 356—357；
role in bargaining, 在讨价还价中的作用, 29, 357—363；
Seligman, Martin, 马丁·塞里格曼, 150；
Sellers,卖方: in experiment in bilateral bargaining, 双方讨价还价实验中的, 223—225；
in experiments about reluctance to buy and sell, 在不情愿交易实验中的, 222—223；
in experiments for consumption goods markets, 消费品市场实验中的, 216—220；
in experiments for induced value token markets, 引致价值信号市场实验中的, 214—216；
valuation of entitlements, 对权利的估值, 211—213; valuation of induced value tokens, 引致价值信号估值中, 213；
selling price concept,出让价格理论: in cognitive decision theory, 认知决策理论中的, 262；
in first experimental survey, 在初次实验调查中的, 263—70；

injury rewards in context of, 在……情形中的伤害赔偿, 282;
in second experimental survey, 在第二次实验性调查中的, 270—276;
Sen, Amartya, 阿玛蒂亚·森,285;
Sentis, Keith, 凯斯·森迪斯, 357;
Shavell, Steven, 斯蒂芬·沙维尔,46, 290;
Simon, Herbert, 赫伯特·西蒙,146;
Sinden, J. A., J. A. 辛登,119;
social harms, 社会危害, 158—159;
Spranca, M., M. 斯普兰卡, 170;
status quo,现状: in cognitive decision theory, 认知决策理论中的, 262;
perceptions influenced by, 被……影响的认知, 120—125;
status quo bias,现状偏差/偏见:
effect on contract term preferences, 对合同条件偏好的影响, 116—117, 119—120;
evaluation in terms of, 关于……的估测, 4;
power of, 的权力, 118—119;
using nonenforcement defaults to reduce, 使用非执行默认来减小, 141—142;
strict liability,严格责任: hindsight bias converts negligence standard to, 将过错标准转换成……的后见偏差/偏见, 100—101, 110;
incentives in and consequences of, 的诱因及后果, 111;
subcertainty in prospect theory, 前景理论中的亚/次确定性, 332—334;

T

taxation: 税收 bracket creep, 等级爬升, 412—417; relevance of loss aversion to, 与损失规避有关的, 401—402;
Social Security payroll tax as hidden tax, 作为隐性税收的社会保障薪金总额税, 402—405, 407;
taxes, redistributive, 再分配性税收: mental accounting in context of, 在……背景下的心理账户计算, 294—297; wealth redistribution through, 通过……的财富再分配, 288—289;
tax laws:税法, examples of cognitive biases in, 中的认知偏差案例, 400—419;
hidden taxes in, 中的隐性税收, 401—402, 407;
Tax Reduction and Simplification Act (1977),《1977 年减税与简化税收管理法》, 415;
Tax Reform Act (1986)《1986 年税收改革法》: bubble tax rate range, 泡沫税率

幅度，415—416；
deductibility of state/local taxes repealed under，中规定的撤销州/地方税收中的可减免条款，417—418；
Tax system：税收制度，blended tax rates，混合税率，416—417；
hidden rate increases，中的隐蔽税率上升，415—416；prominence in explanation of cognitive theory to，对……之认知理论解释所体现出的显著性，400；
state and local reliance on sales tax，州以及地方对销售税的依赖，418—419；
See also indexing for inflation，还可参见通货膨胀的指数化；
Teigen，K. H.，K. H. 特根，171；
Thaler，Richard，理查德·塞勒，118，211，213；
thinking，counterfactual，反事实思考，131—132；
tort system，侵权行为体系：cases responding to hindsight bias in，中出现的对后见偏差进行回应的案例，40—41；
damages as center of theory，作为……理论重心的损害赔偿，260；
damages using commensurability concept，适用可比性/通约性概念的损害赔偿，285；
hindsight bias in，中的后见偏见，39—40；
nonpecuniary damages，中的非惩罚性赔偿（金），283，286；
tragedy of the commons，公共用品的悲剧，366；
transaction costs，交易成本：in Coase Theorem，科斯定理中的，116，126—127；
in contract negotiations，合同谈判中的，126；
as obstacles to bargaining，作为协商障碍的，30，320；
transactions，交易：laws banning economic，禁止经济……的法律，33—36；
reference transaction，参照交易，26；
reference transaction effect on perception of outcomes，参照交易对后果感知的影响，26；
trust：信赖，relation to optimism，与乐观倾向有关的，156；
Tversky，Amos，阿莫斯·特沃斯基，15，131—132；

U

utilitarian theory，功利理论，traditional，传统的，284—285；
utility，效用：decision and experienced utility as carriers of，决策和经验……作为效用的载体，261，276—277；
distinction between decision and experienced，决策与经验效用的明显区别，

283—284；
valuation，估值：aversion to loss，对损失规避的，5—6；
of buyers and sellers，对买方与卖方的，211—213；
under Coase Theorem，科斯定理中的，116，261；
decisions based on mental accounting，基于心理账户决策的，6—7；
endowment effect，禀赋效应的，261—262；
evaluatory structures in cognitive theory，认知理论中评估结构的，400；
in experiment in bilateral bargaining，双方协商试验中的，223—225；
normative judgments mapped onto dollars，规则判断反映出来的金钱，7；
outcome valuation，产出估值或者结果估值，329—331；
prospect theory，前景理论，43—44，331—312；
reference effect，参照/比照效应，329；
in status quo bias，现状偏差/偏见，4；*See also* entitlement，还可参见禀赋；loss aversion，损失规避；mental accounting，心理账户；reference effect，参照/比照效应；

V

values：价值/值，constructed human，被构建的人类，1—3；
of goods，货物的，213；
in loss aversion，损失规避的，213；
value maximization，价值最大化，61；
Verkerke，J. Hoult，J. 洪特·维柯克，139；

W

wealth redistribution，财富再分配：
through legal rules，通过法律规则进行的，288—90；
through tax and welfare systems，通过税收及福利制度进行的，288—290；
welfare：福利 wealth redistribution through system of，通过……制度的财富再分配，288—289；
welfare concept as value of utility function，概念作为效用函数的值，327；
willingness to accept（WTA），接受意愿，118，211—213；
willingness to pay（WTP），支付意愿，118，211；
willpower，bounded，有限意志力，15—16；
in deterring criminal behavior，阻止犯罪行为的，45—46；
framework for behavioral law and economics，行为法律经济学框架中的，53；

work incentives：工作动机/诱因，of beneficiaries of redistributive legal rules or tax，再分配法律规则或税收受益者的，297—298；
effect of redistributive legal rules and taxes on，再分配法律规则及税收对……的影响，289—290，292—297；
WTA. *See* willingness to accept，参见接受意愿（WTA）；
WTP. *See* willingness to pay，参见支付意愿（WTP）；

Z

Zajac，Edward，爱德华·扎杰克，150；
Zackhauser，Richard，理查德·泽克豪瑟，119。

译后记

一

从外语学院毕业以来，除了大量时间用于研习法律之外，我一直都兼职从事翻译工作，至今仍然是几家知名翻译公司的译审，每年翻译的文稿约近百万字左右。热衷于翻译活动是由于我本人认为翻译是外语专业学生可以发挥专长的领域，因为我们从事外语研究在很多方面是无法有什么创造性成就的（这里不排除也有极个别的外语专家取得了令英语世界人士刮目相看的成就），原因很简单：英语毕竟不是我们的母语。

一直以来都有一个梦想，就是能够把中国的传统文化用朴实的英文表述出来，所以大学毕业以来我除了购买法律及相关书籍以外，存书最多的当属英汉翻译方面的著作了，对于精通中、英文化的名家译著我基本上是一网打尽。其中尤其爱读许渊冲、翁显良、徐忠杰、杨宪益、朱生豪等名家翻译的中英文文学作品。这些名家翻译的同源文本几乎很少有相同之处，是因为他们对两种文化的理解存在不同，所以翻译没有划一标准，但是翻译工作会反映一个人对于两种不同文化、语言的理解和把握。浸淫于两种不同

文化的时间越长，对这两种文化的习得就会较一般人要深刻，所以对于年轻的我辈来说还有很多需要努力去探索、去体验，因为有些东西不仅仅是看外语考了多少分、是否外语专业毕业的所能够解决的。

以上是我从事外语学习及翻译工作的一些体会而已，希望有一天能够长期游学海外，以弥补非母语环境的不足。

二

以前从事的翻译工作基本上与学术无关，都是一些商业性的文本或者法律条文的翻译，并且很多时候我都不冠名（但是如果出现问题，翻译公司还是要追究译者责任的）。对于那些翻译工作我是驾轻就熟，因为其中的主要宗旨是简洁、达意，在表述上存在极大的自由度。

这本译著是我第一部冠名作品，其中有很多事情要记述。

去岁冬日，忽然接到北大出版社法律事业部邹记东先生打来的电话，告诉我有一本书等我翻译，我问是什么书、谁写的、关于哪一方面的。稍后得知这本书已经由成凡博士翻译了部分章节，由于其可能无法按期完成翻译任务，所以需要快手来译完该书；这本书的编者是著名的芝加哥大学法学院卡尔·N. 卢埃林（Karl N. Llewellyn）杰出贡献教授以及芝加哥大学政治学系教授凯斯·R. 桑斯坦（Cass Sunstein）。众所周知，桑斯坦教授是法律经济学方面的大家，在业界的产量和名声仅次于波斯纳先生。怀着对作者们的敬仰以及希望习得新知的冲动指引下，我接下了这本书的翻译工作。

接受这一翻译任务有一个原因，因为在我接到这个任务的前半个月，参加了2005年12月5日至6日在广州中山大学召开的“法律在经济发展中的作用——对中国和世界的启示”国际研讨会。应会议举办方中山大学法学院会议负责人的要求，我从法学编辑的角度对整个法律经济学在中国大陆的发展进行了述评，在会上宣讲了 *Law and Economics in China Mainland: Its Past, Pres-*

ent and Prospect 一文。说实话，我对法律经济学的集中关注也就是接到该项写作任务时才开始的，以前只是粗浅地阅读过一些这方面的著作。这个会议的确让我受益良多，因为在这个会上我遇到了来自伊利诺伊州立大学法学院的著名法律经济学家 Larry Ribstein 教授（他在 SSRN 上的论文引用率也是很高的），向他请教了我在阅读、翻译本书时存在的一些问题。也在会中首次接触到了在中国大陆传播法律经济学的知名学者，如中山大学法学院的周林彬教授、复旦大学法学院的张乃根教授、山东大学经济学研究中心的魏建教授（据考证，魏建教授是以法律经济学为论文题目拿到经济学博士学位的大陆第一人）以及北京大学法律经济学研究中心的丁利先生，还有对法律经济学持否定态度的北京大学法学院教授楼建波先生，等等，会上与中外专家的相互交流令我终身难忘。

三

对于本书翻译过程中出现的一些问题不得不说明。

1. 关于书名的确定。刚拿到此书有人建议我把该书名翻译成《行为主义法律经济学》或者《行为主义的法律经济学》（该书名曾是北大出版社原定的书名），因为此前由苏力主编，武欣和凌斌翻译的《法律理论的前沿》（中国政法大学 2003 年版）的一书中是这样翻译的，对此译名我不赞成。首先谈谈我对“行为主义（Behaviorism）”的认识，只要查一查心理学的词典就会对什么是“行为主义”有一个清醒的认识：

行为主义（behaviorism），或称行为论和行为学派，系由美国心理学家华森（John B. Watson，1878—1958）在 1913 年所创立。按行为主义的主张，不但反对结构主义的心理结构与意识元素观念，而且，根本就不同意结构主义与功能主义将意识当作心理学研究之主题。华森氏主张，心理学是一门科学，科学的研究只限于以客观的方法处理客观的资料。内省不是客观的方法，用内省法所得到的意识经验，更非客观资料。因此，行为主义者批评结构主义与功

能主义二者,均不配称为科学心理学。行为主义的主张,最重要者有以下四点:(1)强调科学心理学所研究者,只是能够由别人客观观察和测量的外显行为。(2)构成行为基础者是个体的反应,集多个反应即可知行为的整体。(3)个体行为不是与生俱来的,不是由遗传决定的,而是受环境因素的影响被动学习的。(4)经由对动物或儿童实验研究所得到的行为的原理原则,即可推论解释一般人的同类行为。像此种纯粹以"客观的客观"为标准的行为主义取向,被人称为激进行为主义(radical behaviorism)。

行为主义发展到30年代后,其严守自然科学的取向受到了批评。同时又因其他学派理论的影响,有些原属行为学派的学者,不再坚持"客观的客观"的原则,终而接受意识成为心理学研究的主题之一的理念。行为主义中持有此种理论取向者,被称为新行为主义(new-behaviorism)。

从现代心理学的观点看,我们可以从下述两点对行为主义做公正的评论:其一,为使心理学符合科学的标准,行为主义者刻意将之限定为外显行为,将传统心理学中一切有关"心"的成分完全排除,致使心理学内涵窄化,难免有削足适履之缺失。70年代以后,现代心理学的界说"心理学是对行为与心理历程的科学研究",又把失去了多年的"心"找回来,显然就是行为主义偏激取向的匡正。其二,行为主义的严格科学取向,使心理学在研究上提高了方法与工具的品质,使心理学在社会科学的同辈中形象突出,在40年代行为科学(behavioral science)兴起,其名称之由来,就是受了当时行为主义心理学的影响。因此,在科学心理学的发展上,行为主义仍然是有贡献的。此外,行为主义的研究,在学习心理学上也是贡献甚大。(转引自:http://www.chinalnet.com/cinPsychology/XinLiBaiKe/detail.asp? ID=1108)

现实中还有一些新兴的学科与"行为主义"有关,如"行为经济学(Behavioral Economics)"和有金融学和人类行为学交叉的"行为金融学(Behavioral Finance)",当然通常认为行为金融学是行为经济学的应用分支。这些学科中都有Behavioral一词,但是都没有翻译成"行为主义",而且这些学科已经发展有三十余年,名称已经统一,此乃我不采"行为主义法律经济学"的原因之一;

第二个原因，我反对“主义（-ism）”的滥用，在英文中“-ism”已经被胡乱翻译成各种“主义”，查查英文网站就可知到“-ism”含义很广，大致有：

- doctrine, theory or religion (e.g. pacifism),
- theory developed by an individual (e.g. Marxism)
- political movement (e.g. feminism)
- action, process or practice (e.g. terrorism)
- characteristic, quality or origin (e.g. heroism)
- state or condition (e.g. pauperism)
- excess or disease (e.g. botulism)
- prejudice or bias (e.g. racism)
- characteristic speech patterns (e.g. Yogiism)

（转引自：http://www.reference.com/browse/wiki/-ism）

如此看来，“-ism”至少有如下对应语：学说、理论、信仰、主义、政治运动、行为、品质、状况、（某种）疾病、偏见，等等。

而本书的英文标题是“Behavioral Law and Economics”，完全没有 Behaviorism 一词，所以我认为翻译为“行为主义（的）法律经济学”欠妥。

另外，对于 Law and Economics 的中文对应语，我在 CNKI 上面分别以“法经济学”、“法律经济学”、“经济分析法学”、“法律的经济分析”、“法和经济学”以及“法律和经济”进行过检索，最终发现“法经济学”和“法律经济学”占绝大多数，总计达 80% 之多，并且这两个译名使用比率接近，法经济学稍微还多几个百分点。后来，有朋友在韩国讲学回来告知在韩国 Law and Economics 通常翻译成“法（律）经济学”，所以本书书名最终定为《行为法律经济学》。

2. 关于书中术语的翻译。国内已出版的桑斯坦著作中文版已经有四、五种左右，但是笔者发现很多重复出现的术语在同一本书中都没有统一，而且这些不同的译者对同一术语的译法是五花八门，有些明显不严肃，缺乏考据、推敲，为此，我在对桑斯坦书中经常出现的某些术语的译名进行了考察，比较了各家的译法，这些比

较一般出现在脚注当中。请读者仔细核读。

3. 本书原著由剑桥大学在2000年出版，是法经济学的最新著作，开拓了法经济学研究的新领域，国内鲜有论述，通过网络检索只发现有零星介绍，而且多半语焉不详。阅读完本书后，读者会发现，我们很多所谓的法经济分析著述仅仅是停留在肤浅的“成本—收益(Cost-Benefit)”层面，实际上把法经济学给庸俗化了。大多数文章采用了实证的方法来研究某项课题，这一点恰恰是我们目前国内人文社会科学研究所欠缺的。但是论文中有些实验结果是在模拟环境中得出的，这点让人难免有些怀疑其结果的有效性，因为实验同现实毕竟有差距。即便如此，如果我们有心把该书中的这些实验在中国进行克隆实验，我想其结果同样值得我们关注和期待。

对于相关文章的述评译者将在随后的岁月里逐步推出，此处不再赘述。

四

本书的翻译是这样分工的，成凡：作者简介、导论、鸣谢、第1、2、3、4、8、10篇；康娜：第7、15篇的初译；涂永前：第5、6、9、11、12、13、14、16篇、索引，等等。本书成凡的译稿曾由山东大学经济学研究中心魏建教授进行校读，其余译稿由深圳大学法学院应飞虎教授进行了校读，两位教授认真地校读了译稿并作了大量修改，为此书的出版贡献不少，在此一并表示谢意。本书最后由涂永前负责全文统校，对其中几篇译文改动较大。

此书的出版要感谢的人很多，北大出版社吕亚萍编辑功不可没，她细心地校读了每一句话，每一个标点；为了方便读者阅读，她还将我们译稿中的“译者注”部分进行了特别处理，这个工作量大且不说，细心和耐心必不可少。作为编辑同行，对于这一点我是深有体会的。编辑工作不是简单的校对，有时甚至是在再创作，非为编辑者，个中甘苦与辛劳又有几人能知?!

由于时间仓促，很多译文欠仔细推敲，错误之处在所难免。如

有拗口难懂之处，译者还是建议读者阅读原著，本书收录的论文英文原文有些可以在 LexisNexis、Westlaw、SSRN 上可以收集到，您还可以通过 google 检索到部分原文。

涂永前

2006 年 6 月