

论当代美国法经济学的理论流派

——以学术传统为视角

冯玉军

(中国人民大学法学院,北京 100018)

摘要:法经济学运动就其整体而言,呈现出学派林立,思想杂多的学术景观。它显然不是一个立场相同、步调一致的运动,而是不同学术传统并存的研究过程,其中有些研究具有互补性,有些研究则具有竞争性甚至对立性。通过法经济学50多年学说发展史的研究,追根溯源、条分缕析,解读和阐述基于学术传统和研究视角的不同而并立的七种法经济学流派,具有重要理论意义。

关键词:法经济学;理论流派;学术传统

中图分类号:DF0-059 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2014)04-0052-10

On Contemporary Theory Genres on Law and Economics in America

—In the Perspective of Academic Tradition

FENG Yu-jun

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100018, China)

Abstract: On the whole, the movement of law and economics shows numerous schools and miscellaneous thoughts. It is obviously not a movement with identical standpoint and pace, but a research process with the coexistence of different academic traditions, of which some studies are complementary, and some are competitive even oppositional. By studying of the 50 years' theoretical history of law and economics, it is of great significance to analyze, interpret and explain the seven existed law and economics theory genres based on different academic traditions and perspectives.

Key words: law and economics; theory genres; academic tradition

法经济学(Law and Economics)的源头就在经济学和法学研究的交叉地带。其学科基础是借用经济学的创新理论和前沿视角来分析、解决法律问题,或者从制度和法律角度重新理解经济活动及其规

收稿日期:2014-03-31

基金项目:2011年教育部新世纪优秀人才支持计划“中国法经济学研究:教学体系、理论框架与实践应用”;北京联合大学特聘教授“北京市属高等学校高层次人才引进与培养计划项目”(IDHT20130226)

作者简介:冯玉军,男,中国人民大学法学院教授,博士生导师,主要从事法理学、法经济学、法律和全球化理论研究。

律。但是,现实中的经济和法律生活总在不断变化,而历经数百年发展历程的经济学和法学本身也都有非常庞杂的知识传统和学术话语,历史上存在着各种各样的研究范式,两方面结合起来,无形中就倍增了法经济学的流派和学术倾向。正是由于学科内部充满了活跃的学术争论和批判性,使得发展已近50年的法经济学运动——就其整体而言,呈现出学派林立,思想杂多的学术景观。其实,从根本上说,法经济学“并非是一个一致性的运动,而是不同学术传统并存的研究过程,其中有些研究具有互补性,有些研究则是竞争性的,或者说,是具有冲突对立性质的。”^[1]这是分析美国法经济学发展的重要认识论基础。

虽然对学派的划分并非每个人都能认同,且基本上是一个见仁见智的议题。但如果从法经济学学科发展源流来看,美国的法经济学研究的确存在几个很重要的学术中心。例如:以科斯、波斯纳、兰德斯为核心,逐渐形成了法经济学的“芝加哥学派”;以卡拉布雷西及其传承关系为核心,逐渐形成了法经济学的“耶鲁学派”;侧重从事政治经济学和宪政税收经济学研究的布坎南和塔洛克于1969年在弗吉尼亚理工学院创建了公共选择研究中心,有人称之为法经济学(或公共选择理论)的“弗吉尼亚学派”等等。为使中国读者能够准确地把握和理解美国法经济学的学术概况,笔者对源自上世纪60年代的法经济学源流条分缕析,按照它们各自学术传统和研究视角的不同区分出七大流派,进行解读和阐述。

一、“科斯——波斯纳”芝加哥学派及其影响

美国法经济学的历史在很大程度上被理解为芝加哥学派的发展史。^①这是因为公认的法经济学的创立人和领军人物都在(或曾经在)芝加哥大学法学院任教,该院拥有全美最重要的 John. M. Olin 法经济学研究中心和法经济学研究者,本学科的旗舰式刊物《法经济学杂志》也一直由这里主办。

用科斯的话说,他的《社会成本问题》本意是写给经济学家的,其目的是改变主流经济学家沉迷于脱离现实的形式主义“象牙塔”之中的学术偏颇。而之所以法学研究使这篇文章出名,是因为“在交易成本为正的情况下,法律成为决定经济运行的主要因素之一。如果交易成本为零(像标准的经济理论所假定的那样),那么我们可以想象,每当合法位置的变化引起了产品的价值上升时,人们就会围绕法律签订契约。但是在交易成本为正的情况下,当交易成本大于权利重新分配所带来的利益时,签订这类契约的情况便不会发生。其结果个体所拥有的权利一般来说都是依据法律建立起来的,可以说,这样的情况在经济中处于支配地位。”从某种意义上说,“法官好像常常比许多经济学家对经济问题有更好的理解,尽管他们的观点并不总能以非常明确的形式表达出来。”^[2]由此,科斯提出经济学可以从法律诉讼案例中寻找经验支持,并在人与人之间权利和责任的配置中发现了正交易成本的“真实经济世界”,从而使经济学研究更加“脚踏实地”。这在法学和经济学界都产生了很大影响。

在科斯观点的启发下,后来担任芝加哥大学法学院教授的波斯纳成为科斯学说在法学中全面应用的中坚人物。当然,两人间的学术联系并非简单的衣钵继承关系,而是各有想法:科斯是在批判形式主义经济学的弊端时发现了法律个案分析的价值,他显然更希望考虑法律经验研究在经济学中的体现,从而开启了权利交易及制度资源优化配置的先河;波斯纳则是基于对注重法之上的自然法学研究和注重法之内的分析法学研究的不满,而试图将经济分析方法推广到了法学的一切研究当中,也因此使他成为芝加哥学派的真正领军人物。^②事实上,即便是波斯纳忠实的合作者兰德斯,在1997年总结前

^①科斯指出:“就法经济学这门学科的创立而言,很难否认芝加哥大学所起的关键作用,而芝大也是对此倍感自豪的大学之一。”see Ronald Coase, *Law and Economics At Chicago*, *Journal of Law & Economics*, Vol. 36(1) pp. 239-54. (1993).

^②有人认为:“如果波斯纳不是法律的经济分析的奠基者,那他也是它的推广者”。Robin F. Grant, *Judge Richard Posner's Wealth Maximization Principle: Another Form of Utilitarianism?*, 10 *Cardozo Law Review*, 1988-1989, p815.

一时期的法经济学研究时,也认为他和科斯的研究有着很大差异。他说:“我真正的兴趣是从经济学角度解释法律规则和教条,科斯不是。他认为,法律知识和立法制度是颇有价值的,因为它有助于人们理解显性的市场是如何恰当地运转的。但是,科斯对这些没有兴趣。例如,对于事故和契约损失具有约束责任和义务的不同法条具有隐含的经济逻辑。科斯的开创性著作为法经济学提供了基础,却没有热情去发展它。这对法经济学是绝大的讽刺。科斯相信,大量的法经济学研究是游离于主流经济学之外的。无论如何,律师而不是经济学家可能更适合这一领域。许多法学教授甚至走得更远。他们认为,从经济学的角度检验法律,律师也是失败者。”^[3]

尽管两人有着诸多不同(人们也许会说波斯纳实际上篡改了科斯定理,或者片面理解了科斯),我们必须承认,芝加哥学派实际上就是“法律经济分析”方法论的代名词。

在波斯纳的文章和著作中,法律的经济分析既是他对法经济学这个学科的基本定位,也是他最经常使用的方法。它实际上秉承了芝加哥大学的自由主义经济思想,以理性人假设、财富最大化、效率即正义、坚定的市场观念为核心观点,新古典主义的边际分析、均衡分析、成本—收益分析是其基本方法。波斯纳指出:“最能解说司法决定,又能将之置于某个客观的基础之上,在近年来追求系统阐述这样一个首要的司法正义概念的努力中,最为雄心勃勃并可能最有影响的就是‘法经济学’交叉学科领域,通常人们又称其为法律的经济分析。”^[4]⁴⁴¹在《法律理论的前沿》中,波斯纳说:“法律的经济分析具有启示性、描述性和规范性三个层面。在启示性层面上,它试图展现法律教义和法律制度的潜在统一;在描述性层面上,它寻求识别法律教义和法律制度的经济逻辑与作用,以及法律变化的经济原因;在规范性层面上,它为法官和其他政策制定者提供通过法律进行管制的有效方法。”^[5]

在芝加哥学派中,不仅科斯与波斯纳在研究对象、研究进路方面有很大差别,波斯纳本人的法律经济分析在不同时代也有重要变化。例如,在20世纪70年代的《法律的经济分析》中,鼓吹效率即正义以及财富最大化是其研究的核心。可是面对财富不均的现实状况和其他学者从哲学和伦理学层面的尖锐批评,波斯纳不得不在后期的著作中对财富最大化的定义做出限定,并承认他早期的基础主义的努力失败了。他说:“如果对财富最大化作实用主义的理解,财富最大化就是工具性的,而不是基础性的,这一点并不是否认以财富最大化来指导法律和公共政策。”^[4]⁴⁸³自90年代以后,芝加哥大学法学院又涌现出了侧重于研究公共政策和政府行为的凯斯·孙斯坦和以“合作的非法律机制”(non-legal mechanisms of cooperation)为研究主题的埃里克·波斯纳等中青年法经济学家,继续延续着芝加哥学派的辉煌。但是他们的观点又各有特色、与时俱进,同波斯纳、兰德斯等老一辈人物的观点相比已有很大不同。

二、卡拉布雷西与耶鲁学派

吉多·卡拉布雷西1932年生于意大利米兰。他以最优异的成绩相继获得美国耶鲁大学的经济学学士、法律博士学位和英国牛津大学学士和硕士学位。1959年开始任教于耶鲁大学法学院,29岁时成为耶鲁历史上最年轻的正教授之一,并长期担任耶鲁法学院院长。1994年,他被克林顿总统任命为联邦第二巡回上诉法院法官。按其职业身份来说,卡拉布雷西法官不但是美国当代最著名的法学家之一,更是一位精通经济学的法学家。^[6]作为法经济学的创始人之一,他是耶鲁学派的灵魂,在他的带领下,耶鲁法学院的法经济学研究者们在美国法经济学研究领域独树一帜。

也许是由于所学专业横跨了法学、经济学、哲学和政治学等多门人文社会科学的缘故,卡拉布雷西成为最早认识到经济原则可以适用于绝大多数法律问题的法学家。当他还是研究生时,即在弗莱明·詹姆斯教授指导下研究侵权法就发现,弗莱明所著教科书中所提出的问题,可以轻而易举地用经济学术语回答出来。他的这一发现,经过多年深入研究,在其以后发表的学术论文和著作当中被完整阐述出来。1970年,卡拉布雷西在其首部侵权法专著《意外事故的成本:法经济学分析》中,提出了企业

责任理论的全面防卫观点。他指出:“意外事故法的主要功能是降低事故成本和事故避免成本的总量。”^[7]过错标准及其所产生的必要的个案裁决,都不能准确认定处于避免意外事故或协商一个有效责任分配方案时最佳位置的当事人。传统以过错为基础的归责原则既无法妥善地处理二级衍生成本(造成经济混乱的成本),还增加了三级衍生成本(管理成本)。为此他提出:“能以最低成本避免事故而没有这样做的当事人应承担法律责任。”^[8]这一目标将以下三项假设作为先决条件:(1)所有损失都能用货币度量;(2)用更多的资源预防事故,的确能有效地降低事故发生的可能性;(3)所有介入或可能介入事故的人对事故压力都是敏感的。进而,过失理论的效率目标就是通过归责给“成本最低的避免者”而阻止不经济事故(uneconomical accident)的发生。^[9]这样一来,卡拉布雷西的理论就提供了一个基于效率的侵权评估框架。它通过详尽说明社会成本不仅包括直接侵权损失,而且包括社会中无法弥补的法律、行政及其他成本,来表述复杂的效率尺度。^[10]

总的看来,卡拉布雷西的理论同芝加哥学派存在很大差异。其主要特点在于:(1)卡拉布雷西主张用进化的方法研究社会制度,反对新古典经济学中的静止的、机械的均衡分析方法;(2)主张用文化整体的观点来理解经济,反对使用方法论上的个人主义观点;(3)认为普通法的问题应该从其自身着手去解决,法院不应求助于宪法性或解释性遁词以避免过时的制定法,而应直接着手废除那些与法律“结构”不和谐的法律(如1982年出版的《制定法时代的普通法》);(4)将法经济学的研究领域率先延伸到思想领域(如1985年出版的《理想、信仰、态度与法律》),对私法中有关人身伤害、文化态度、信仰和情感的各种交易,以及美国联邦最高法院的堕胎判决中对不同价值的取舍进行研究;(5)倾向于将经济分析方法转化为以案例证明的法律规则分配决策功能的方法,而反对那些抽象的、概念化的研究方案。

三、布坎南公共选择理论与弗吉尼亚学派

如前所述,以布坎南、塔洛克、托里森、瓦格纳和罗尔斯等为代表的法经济学家以弗吉尼亚大学为基地,研究并传播公共选择理论,并将之应用到宪法的选择和改革、法律程序、法规效率与公正等领域。

布坎南和托里森在其合作著作的序言中解释道:“公共选择只是明确了公共经济一般理论的一种努力,它可以帮助我们在集体选择方面从事人们长期以来在市场微观经济学方面所做的工作,即用一种相应和尽可能合适的政治市场运转理论来补充物质资料或商业服务之生产和交换的理论。该理论正是这样一种竭力要建立模拟今天社会行为的模式,其特点是:根据个人是在经济市场还是政治市场活动,采取不同方式处理人类决策的过程。一切传统的模式都把经济决策视为制度的内在变化,而把政治决策视为外部因素,人们拒绝就这些外因的规律和生产进行探讨。在这种情况下,公共选择理论的宗旨却是将人类行为的两个方面重新纳入单一模式,该模式注意到:承担政治决策之结果的人就是选择决策人的人。”^[11]

弗吉尼亚学派主要提出了下列理论命题:

(1)公共选择理论是从方法论个人主义和功利主义开始其分析的,个人被看作是决策的基本单位和集体行为决策的唯一最终决策者。布坎南反对从集体的角度出发考察政治、法律等社会行为的分析方法。因为这种方法很容易导致将国家不仅看成是一个超人的单位,而且将国家利益或公共利益看作是完全独立于个人利益而存在的东西,进而视之为代表整个社会的唯一决策单位。^[12]政府作为公共利益的保证人,其作用是弥补市场经济的不足,并使经济主体所作决策的社会效应比国家干预之前更高。然而,由于权力垄断、缺乏竞争、部门利益和短期行为等的缘故,官僚主义的过分干预必然会使社会资源使用效率低于市场机制下的效率。由此的结论是:只有在其他一切办法都证明确实不能发挥作用的情况下,才有必要采取政府官僚干预这种永远是次优的办法。^{[13]29-31}

(2) 布坎南对“科斯定理”进行了主观契约主义的重构。布坎南认为科斯强调将结果准则应用于交易过程效果的分析,但未注意交易过程本身的效率问题,因此是经不起推敲的。在有策略行为存在的市场中,即使交易双方没有信息交流的障碍,也不一定使资源按其最有价值的用途进行配置。对此,布坎南区分了规则约束下的效率和规则约束本身的效率两个概念。他认为,在一定规则约束下,人们只要是自愿而未受强制地交易即是有效率的,但对于规则本身来讲,则与众多交易者的一致同意有关,如果人们一致要求改变规则,那么这表明修改规则对交易者来说是有利的,现有规则是无效率的;如果人们对修改规则的意见并不一致,则现行规则就是有效率的。如果用这种判断标准去衡量,即使交易成本为正,也不会阻碍自愿交换活动,即不会损害资源配置效率。因此,布坎南推断,规则过程的效率与公正比规则本身更重要。

(3) 宪法经济论。布坎南等人认为宪法是规则中的最高层次,是规则的规则,宪法是影响其它法律的立法和执行的最重要的制度环境,也是限制政府权力、保护规则过程公正的重要因素,因此立宪必须贯穿一致同意原则。在布坎南所设计的宪法改革方略中,他力图通过“新宪章运动”,重建宪法基本原则,并通过新宪法规则来约束政府权力。具体步骤是:其一,重新采用平衡预算原则;其二,政府开支决策和征税决策同时进行的联合预算原则;其三,采用预算平衡自动调节规则,确保实际预算平衡原则;其四,有赤字向平衡循序渐进过渡原则,以消除经济恐慌;其五,国家非常时期自动放弃平衡原则。其核心就是采取预算硬约束,从根本上限制政府的无限度增长,消除“政府怪物”对民主、法治社会的危害。^{[13]31-32}

(4) 立法、司法和法律制度变迁过程中利益集团的影响不容忽视。利益集团的游说、贿赂,立法机构、执法机构的“寻租”活动,都难以保证法律制度的中性、无偏以及有效率地运作。这样,公共选择分析使法律经济学研究者打破了政治过程和立法、司法过程的理想模式,得以洞察政治内幕和集团的内部争斗,法律运作的成本更加显明,它有利于法经济学从私有产权—市场—效率的循环论证的怪圈中挣脱出来,去探讨一些规范意义上的政策命题。^[14]

四、制度分析学派

法经济学的制度分析学派和受到康芒斯学说影响的新制度经济学在很大程度上是“两块牌子,一套人马”。一些新制度经济学家反对波斯纳过分强调效益最大化或市场自由主义理念,而是将法律制度看成是一个可供选择的过程,主张对法律经济现象进行比较制度分析,以交易成本为分析切入点,在多种制度方案中选择能使交易成本最低的(法律)制度安排。其主要代表人物有萨缪尔斯(W. J. Samuels)、施密德(A. A. Schimid)以及交易成本经济学的倡导者威廉姆森(O. Williamson)等人。其中,萨缪尔斯秉承旧制度经济学的演进分析传统,将法律和经济过程之间看成一个统一的系统,认定法律是经济的函数,经济也是法律的函数,进而分析二者之间的互动关系及演进趋势。施密德认为法律制度是协调冲突和人们偏好的规则集合,它决定一个人或集团的选择集,并对经济绩效产生影响。他试图通过“制度影响(institutional impact)”的理论框架来讨论法律制度和经济绩效的关系,并建立了关于制度影响理论的“SSP”模式,即状态(situation)—结构—(structure)—绩效(performance)框架。他认为,物品特性(共享性、排他性、占先性、交易成本等)和个人特性(偏好、价值观、知识、策略行为等)导致人们在经济活动中的相互依赖性和利益的冲突性。在给定的物品特性和人的特性状态下,人们会选择不同的权利结构,从而影响不同的机会集合以及财富在个人之间的分配(绩效),这样他就为法律制度的设计提供了实证的或规范的分析框架。^[15]

施密德和萨缪尔斯在基本精神上都继承了旧制度学派的代表——康芒斯的衣钵,将法律制度看成是协调冲突的规则体系,他们都不同意波斯纳等人的主流效率法律观,认为效率并非与利益分配无关,市场对冲突的影响也并非是中性的。他们认为仅仅在产权和效率的表层联系上兜圈子,很容易陷

入循环论证的结局,因此他们都主张通过揭示法律和经济的演进过程的规律,去帮助人们选择人与人之间的协调规则——法律制度。威廉姆森也不同意波斯纳的市场本位模式,尽管他也主张法律制度的效率导向,但他采用的是比较制度分析的方法,即认为人们是选择市场模式还是纵向一体化取决于交易成本的大小,当市场契约费用大于一体化费用时,资产使用者会进行一体化。他将交易成本分析整合进契约过程的考察,区分出新古典契约、古典契约和关系契约三种类型,对于人们理解契约法和市场规制结构具有启发意义。威廉姆森的交易成本分析方法和契约分析方法的立论基础,是有限理性和机会主义行为假定,在这种假定基础上的经济组织分析,往往有助于理解企业治理结构和法律环境以及产权结构搭配之间的关系,他对法律制度的经济分析的贡献是,提供了一种微观组织分析的理论框架和对法律制度背后隐藏的经济逻辑的深刻洞察。除了以上提到的三位制度经济学家以外,其他新制度经济学家如阿尔钦、德姆塞茨、巴泽尔、埃格特森等人,虽然没有集中系统地对法律制度进行经济分析,但都在某种程度上为法律经济学提供了某种分析的视角或经济学理论基础,许多法律经济学家都从他们的著作中寻找思想启迪和创作灵感,体现出最近十几年法律经济学和制度经济学发展的合流趋势,也体现出该学派已不满足于将法律经济学仅仅看作经济学方法在法律制度分析中的运用,而是在探寻法律制度和经济系统的内在关联,并在此基础上透视法律制度背后的经济逻辑。^[15]

还有一位侧重于公共政策和制度分析的法经济学家,他就是美国威斯康辛大学的布罗姆利教授。他认为,制度决定了个人的选择集,个人的最大化行为仅仅是被界定在选择集中的一种最大化选择。效率是在一定制度安排下的一种人为的东西(artifact),制度带有强制性,而市场效率是不考虑强制的。基于对流行观点的批评,布罗姆利叙述了一个通过四种制度交易实现制度变迁的模型:(1)提高经济生产效率的制度交易;(2)有目的地改变收入分配的制度交易;(3)重新配置经济机会的制度交易;(4)重新分配经济优势的制度交易。其中后两种制度交易的提出,对于纠正科斯—波斯纳推崇市场交易自动带来效率的观点偏颇意义重大。^[16]

五、法律规制经济学派

严格说来,这个学派的形成并不是因为彼此间有统一的见解和研究方法,而是基于大家都集中于研究公共部门的行政决策(往往表现为一系列行政法规、规章、政策、命令等),并对主流的法律效率论和分权化的自由市场能够导致资源最优配置的理论表示怀疑。这些法经济学家认为,现实中的市场存在种种“市场失灵”,对此应该使用包括反垄断法、税法、消费者权益保护法、公害法、医院卫生法规(药物管理法)、公用事业法规(电信法、铁路法、邮政法等)、环境保护法等等这些法规和政策,来纠正诸如公共物品、自然垄断、不完全竞争、信息不对称、外部性、风险性等市场本身不能有效解决的问题,而不能依赖芝加哥学派的放任自发调节,“等待”最佳效率的出现。

按照我国学者张建伟的分析,该学派在分析法律规制的经济理论时有以下几个思路:(1)将规制看成经济体系之外的外生变量,将政府看作代表公共利益的外生机构,从而解决不能靠市场机制将外部性内在化的“市场失败”问题,比如佩尔兹曼就认为政府规制是以社会公共利益为基础的,法律规制应满足消费者和生产者对总剩余最大化的需求。日本的著名产业组织理论家植草益以资源配置效率为基调,兼顾公正、公平等因素考察了日本的电力、煤气、自来水等公用事业和电气通讯等产业的规制问题,提出了一系列纠正“市场失灵”的法律措施。^[17](2)将政府规制视为经济系统的内生变量,法律规制本身也就成为一种商品,由利益集团之间以及政府、立法者、司法者之间的博弈结果决定,但是政府规则很可能会有利益偏向。持这种思路的代表人物是施蒂格勒。(3)反垄断法的经济学分析。传统的反垄断法经济学分析着重从“市场结构—企业行为—经济绩效”范式出发,运用竞争均衡模型分析企业行为和效率,认为垄断会造成过高的垄断定价,从而损害消费者的利益。而新的反垄断法经济分析则更注重法律规制的效率,他们从效率最大化角度分析传统范式的缺陷,认为反垄断法目的在于

保护竞争而非保护竞争者,不是要全部禁止垄断而是要禁止那些以固定价格为最终目的的垄断性兼并。^[18]反托拉斯法经济学在最近十年里又获得突飞猛进的发展,交易成本和契约分析、博弈论与策略行为分析等新方法的引入,使法律规制经济学吸收了产业组织理论、应用微观经济学中的最前沿理论,所有这些研究进展表明,反垄断法是一把“双刃剑”,其规制效果是极其复杂的,不能一概而论。^[14]

六、行为主义法经济学

如前所述,在借鉴行为主义经济学和实验经济学的基础上,由哈佛大学法学院教授克里斯蒂·朱斯(Christine Jolls),芝加哥大学法学院教授凯斯·R·孙斯坦(Cass R. Sunstein),芝加哥大学商学院教授理查德·H·西拉(Richard H. Thaler)等人创立了行为主义法经济学,或者说第二波法经济学。越来越多的法学家正在将行为法经济学理论应用于解释法律实施、法官和陪审团决策、契约法和缔约过程、市场操纵、证券监管、侵权法和产品责任等。^①

行为法经济学强调个人偏好与价值观受到社会环境的深远影响和型塑,主张将个人所处的环境、背景与法律运作的效果联系起来加以分析和考察,反对将个人理性抽象化和绝对化,从而避免可能发生的片面性和绝对化倾向。事实上,个人的偏好多元且变动不居,本是人之常态,不足为奇。个人的决策并不是不受外在因素影响,其个人偏好也是内外多种因素互动的产物。我国古代寓言中“朝三暮四”的故事,言浅意深,对于我们了解与把握人性的微妙之处,不无启示。此外,行为法经济学还针对传统法经济学的盲点,批评传统法经济学未能准确预测个人与组织面对各种法律制度的具体作为,对于相关法律的运行效果其判断也与实践相差甚远。例如,在行为法经济学学者看来,一旦原告对被告存在着强烈的恶感和成见,为了达到惩罚被告的目标,他可能会以极其不理性的方式将诉讼一打到底,全然不顾其所承担的巨大代价和风险。而在社会上存在共同道德判断的前提下,侵权法中的惩罚性赔偿要比其他方案——如增加税收——更为可取和高效。又例如,在美国陪审团制度的运作中,法官与陪审员的偏好常常发生交叉影响,最终在法院的判决上体现出美国式刑事诉讼制度的显著特点。以民事案件为例,一件普普通通的民事侵权纠纷,如果原告提出20万美元的赔偿请求额,就极有可能比在类似情形下提出10万美元赔偿损失的原告,获得更高的赔偿判决。这种“锚定效应”^②在法庭之外同样屡见不鲜,法律制度对各方当事人的权利配置,很大程度上影响着个人的偏好,决定着各方广义上交易行为与动态博弈的成败。^③总而言之,行为法经济学通过对传统法经济学基本假定的修正,从实证的角度

^①See Jeffrey J. Rachlinski (1998), *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, University of Chicago Law Review, 65, 571-625. Cass R. Sunstein et al. (2002), *Punitive Damages: How Juries Decide* (University of Chicago Press, Chicago, IL). Christine Jolls (2005), *On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors*, in Francesco Parisi and Vernon L. Smith (eds.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, ch. 11 (Stanford University Press, Palo Alto, CA). Russell Korobkin (1998), *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, Cornell Law Review, 83, 608-687. Jon D. Hanson and Douglas A. Kysar (1999), *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, Harvard Law Review, 112, 1420-1572. Christine Jolls and Cass R. Sunstein, *Debiasing Through Law*, 35 The Journal of Legal Studies 199, January, 2006.

^②所谓锚定效应(anchoring),就是指当人们对某个事件做定量估测时,会将某些特定数值作为起始值,起始值像锚一样制约着估测值,法律阴影下的谈判早已为商务律师耳熟能详,老于世故的成功律师很善于利用这一点为其客户谋求最大利益。See *Plea Bargaining Outside The Shadow Of Trial*, Stephanos Bibas, 2004 117 Harv. L. Rev. 2516.

^③参见俞飞:《当法律邂逅行为经济学——行为法经济学思想初探》,载冯玉军主编《中国法经济学应用研究》,法律出版社2006年版。[美]克里斯蒂·朱斯、凯斯·R·孙斯坦、理查德·H·西拉:《法和经济学的行为学方法》,王卫东等译,载《北大法律评论》第6卷第2辑。

度指出其理性假设的不完备性,从而完善了原主流法经济学分析的研究框架,增加了相关研究的解释力和预测力。

七、麦乐怡的法经济学理论

罗宾·保罗·麦乐怡(也有译为卢宾·鲍·马劳伊)的法经济学研究是独树一帜且富有开创性,多年来始终是以反思和批判波斯纳主流法经济学著称。他的教育背景兼有经济学、法学及法律实务,具备良好的法学与经济学研究功底,先后在伊利诺大学、印第安那大学的法学院任教。现在担任纽约州塞洛库斯大学法经济学教授。麦乐怡的著述很多,其中有代表性的包括《法经济学——理论与实践比较研究》(1990年)和《市场语境中的法》(Law in a market context)已被译为中文。此外,他还发表了许多探讨法经济学理论的学术论文。综观其论著,我们会了解到一种全新的方法和经济学理论。

麦乐怡通过对传统法律方法和波斯纳法律经济分析方法的比较,提出了自己的法经济学研究框架。传统的形式主义法律方法主张法律是独立存在的规则体系,如果人们能够对它进行正确理解和运用,可以达到解决复杂社会问题的正确办法。这种观点与“法律是中立科学”的观念相一致。麦乐怡称这种传统方法为“法律实践中的神话”。这种神话的组成部分可以用简单的公式表示:

$$(\text{法律事实}) + (\text{法律问题}) + (\text{法规和正确的形式}) + (\text{判例}) + (\text{根据}) = (\text{正确答案}) \pm (\text{人为过失})$$

传统的法律工作者就是运用此公式寻求一个独立的过程由此得到“正义”的结果。稍作分析便可以了解法律工作的司法过程。首先,法律工作者从一堆事实中筛选出法律事实;其次,从这些法律事实中发现问题或争议所在;再次,确定适当的法律规则及程序形式,在事实、问题、规则及程序确定后,下一步检验是否与判例一致;最后,通过联系传统和自己接受的文化观念得出结论。这当中也不排除法律工作者本身的不完善行为导致的对事实或对法律的误解或误用。

而波斯纳的法律经济分析,则寻求将传统法律主张的各个部分“翻译”或转换成经济学语言,把经济手段运用到法律场合,以便寻求一个真正“科学”的法律答案。从这一点上讲,经济分析法仍然是一种神话,因为它与传统法律方法一样企图用所谓“科学的”、“独立的”手段得到正确的法律答案。经济分析方法的构成可以用另一个公式来表示:

$$(\text{经济事实}) + (\text{经济问题}) + (\text{事先的经济分配}) + (\text{效益根据}) = (\text{正确答案}) \pm (\text{人为失误})$$

综合考察,经济分析方法与传统法律方法的一致性可以用平衡式表示如下:

$$(\text{法律事实} + \text{法律问题} + \text{法律规则和形式} + \text{判例} + \text{根据}) = (\text{经济事实} + \text{经济问题} + \text{经济规则} + \text{事先的经济分配} + \text{效益根据})$$

借助这个平衡式,人们可以看到,波斯纳试图用经济分析方法替代传统法律方法延续法律作为“科学”的、“独立发生”的结构和内容,实际上是“两面镜子的神话”。在这里,法学反映经济学,同时经济学又反映法学。互相映照,同义反复。^①

在麦乐怡的法经济学中,任何一个人对法和法律制度的理解都来源于其对经济关系的基本观念,同时也正是这一观念决定了人对法经济学认识的可能的界限。而在该界限范围内,不同的、且相互竞争的任何理论观点在本质上都只是关于权力与资源分配的劝导性的对话。在此,任何经济意识形态对统治地位的占据都总是暂时的,并始终受到其他意识形态竞争的挑战。更重要的是:从历史的角度来看,这种居于统治地位的主导性的法经济意识形态总是在不断地发展变化的。概括地说,他所提倡的法经济学就是要建构一种打通法学、经济学和哲学的界限,进行政治权力和稀缺性经济资源分析的综合性学说。它试图挑战新古典主义在法经济学研究中所占据的统治地位,从而突破波斯纳等人的狭窄

^①[美]罗宾·保罗·麦乐怡:《朝向一种新的法和经济学说》,载《塞洛库斯法学评论》1991年第1期。转引自吕世伦主编:《现代西方法学流派》(下册),中国大百科全书出版社2000年版,第778页以下。

研究框架,将更多具有意识形态内容的研究纳入到法经济学研究领域,发展出一种“新的思考法学和经济学的办法。”^[19]这样一种法经济学的分析框架可以用下图来概括。(见图1)

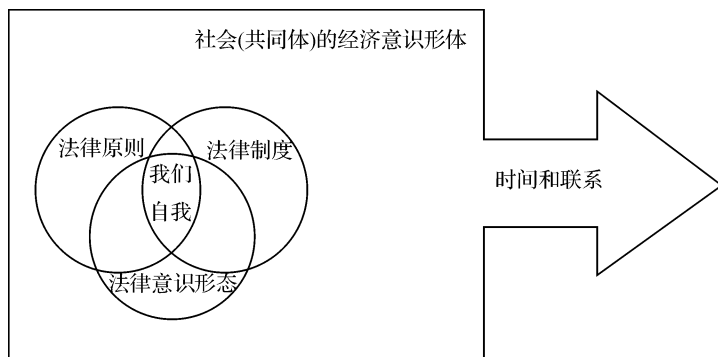


图1 麦乐怡的法经济学分析框架^①

在2000年出版的《市场语境中的法：法律推理中的市场观念导论》一书中,麦乐怡进一步检验了人们作为一种社会生物的存在方式,即作为法律、市场、文化之总和的存在,进而提出法律的市场分析必须以此为基础进行多维度的考察。然后,通过案例研究、实证研究,以及基于情景假定所提出的问题,他探讨了法律在市场社会中的隐喻和模棱两可的内涵,最终对这一庞大领域中的经济术语、概念及其意涵提供了一个完整的和便利的概括介绍。

八、余 论

以上对当代法经济学最新发展过程中出现的七个“理论流派”做了简要评介。其实如前所述,这种区分至多只能是相对意义上的。在实际研究工作中,这些分属不同流派的经济学家和法学家也经常“客串”到其他流派的研究当中,运用其他流派的成果和分析工具来完善自己的理论架构。因此,前述划分虽不能说没有道理,但就其整体认识论和方法论的基础,则仍是个“大同小异”的问题,即在应用

①本图转引自吕世伦主编:《现代西方法学流派》(下册),中国大百科全书出版社2000年版,第778以下。图中各因素的含义及关系如下:

(1)“时间和联系”系指作为被特定社会的经济意识形态所界定的法律和经济的整个概念框架,必须(或只能)结合特定历史的、政治的、经济的、社会的和文化的联系来进行全方位的考察。其中,法律和经济的关系是动态的,而“联系”则被用以确定问题的性质和寻求解决问题途径。

(2)“法律原则”系指为特定时期所认可的、有效力的正式法律规定。当基本经济意识形态发生变化时,原先的法律规则必须让位于被新的社会观念所认同的、新的法律措施。

(3)“法律制度”系指经由立法程序认可的用来解释和处理所有被认为是法律事务的正式制度,其范围和结构的演化与时间、以及变化着的社会观念密切相关。

(4)“法律意识形态”系特指体现在法律中用以说明法在一个社会中的特定的角色、目的或作用的意识形态。从功能上看,正是这种意识形态使法和法律行为得到了说明。因此,不同的法律意识形态一方面对法律原则和法律制度提出了不同的要求,另一方面也通过各自相应的法律原则和法律制度得以表现。但在此起最终制约作用的仍是法律角色的经济—哲学观念。在此需要说明的是:任何法律原则、法律制度和法律意识形态在技术上都具有可分析性。换言之,即均可被适当地置放在法经济学的分析模型中加以分析。

(5)“自我或者我们”则特指代表不同选择的基本参考点以及用以为法经济学服务的任何一种模型。在此,“自我”代表个人主义或个人主义哲学;而“我们”则代表集体主义或集体主义哲学。显然,对参考点的不同选择本身并不影响法经济学的进程,但可以导致研究者意识形态观念的变化,以及由这种变化引致的在法经济学理论上的相应的变化。

经济学、哲学和其他社会科学研究法律问题方面,有“大同”;而在是否进行应然性研究以及对具体问题的分析角度和方法上却很不一致,彼此间经常发生论战,存在“小异”。与此同时,除上述七大“流派”之外,哈佛法学院的沙维尔和卡普洛均出身于经济学科,成果也大多发表在经济学刊物上,有人称之为“哈佛学派”或者计量经济学派;此外像波林斯基在斯坦福大学法学院、罗伯特·考特在加州大学伯克利分校法学院、埃弗里·卡茨在哥伦比亚大学法学院,长期从事法经济学的教学与研究,著述甚丰。与其说这些人另立门派,还不如说他们的研究各有特色,总体上反映了当代法经济学在美国繁花似锦的研究局面罢了。

事实上,在法经济学从确立到蓬勃发展再到繁荣普及的每一个阶段,都面临着一个多元竞争和超越综合的双重难题:多元意味着更多思想的参与、更多方法的创新,多元竞争则考察谁更有解释力,更能够促进而不是遮蔽对经济—法律问题的认识;而超越与综合则意味着面对现实的挑战与困境,保持对各自分析范式危机的深刻认识与反省,不断吸收前人的有益思维,扬弃提高,形成可操作并能够持续解决实际问题的整套学术理念与方法。我们也正是从这种意义上说,法经济学各流派、各种视角之间的争论和分歧正好给研究者提供进一步思考和洞察的契机。

参考文献:

- [1] NICHOLAS MERCURO, STEVEN G MEDMA. *Economics and The Law: From Posner to Post-Modernism* [M]. Princeton: Princeton University Press, 1997: 1-2.
- [2] 罗纳德·科斯. 芝加哥的法和经济学 [M] // 盛洪. 现代制度经济学. 吴中璞, 译. 北京: 北京大学出版社, 2003: 386-387.
- [3] WILLIAM M LANDES. *The Art of Law and Economics: An Autobiographical* [J]. *The American Economist*, 1997, 41 (1): 5-16.
- [4] 波斯纳. 法理学问题 [M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [5] 波斯纳. 法律理论的前沿 [M]. 武欣, 凌斌, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 5.
- [6] 皮特·纽曼. 新帕尔格雷夫法经济学大辞典 (第 1 卷) [M] 许明月, 夏登峻, 李昌林, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 223-226.
- [7] G CALABRESI. *The Costs of Accidents: Legal and Economic Analysis* [M]. New Haven: Yale University Press, 1970: 24.
- [8] G CALABRESI. *The Palegrave New Economics Dictionary* [M]. London: Macmillan, 1987: 146.
- [9] G CALABRESI, J T HIRRSCHOFF. *Toward a Test for Strict Liability in Torts* [J]. *Yale Law Journal*, 1972, 81 (6): 1055-1060.
- [10] G CALABRESI. *Torts: The Law of a Mixed Society* [J]. *Texas Law Review*, 1978, 56 (3): 519-536.
- [11] J M BUCHAN, R TOLLISON. *Theory of Public Choice: Political Application of Economics* [M]. East Lansing: Michigan University Press, 1972.
- [12] J M BUCHAN. *The Theory of Government Finance: a Suggested Approach* [J]. *Journal of Political Economy*, 1949, 57: 496-505.
- [13] 理查德·波斯纳. 法律的经济分析 [M]. 蒋兆康, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [14] 张建伟. 新法律经济学: 理论流派与反思性评论 [J]. *财经研究*, 2000 (9): 3-9.
- [15] A·爱伦·斯密德. 财产、权力和公共选择——对法经济学的进一步思考 [M]. 黄祖辉, 蒋文华, 郭红东, 译. 上海: 三联书店, 1999.
- [16] 丹尼尔·W·布罗姆利. 经济利益与经济制度——公共政策的理论基础 [M]. 陈郁, 郭宇峰, 汪春, 译. 上海: 三联书店, 1996.
- [17] 植草益. 微观规制经济学 [M]. 朱绍文, 译. 北京: 中国发展出版社, 1992.
- [18] POSNER, ESTERBROOK. *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials* [M]. American: West Publishing Co., 1981.
- [19] 罗宾·保罗·麦乐怡. 法与经济学 [M]. 孙潮, 译. 杭州: 浙江人民出版社, 1999.