

The Relation between Fairness and Efficiency of Law and
Economics in Resource-saving and Environment-friendly
Society

两
型
社
会
丛
书

两型社会 法经济学的 公平与效率 关系

——基于行为经济学的分析

李素文
刘宛晨 著

The Relation between Fairness and Efficiency of Law and Economics in Resource-saving and Environment-friendly Society

F069.9
J0175

两
型
社
会
丛
书

两型社会 法经济学的 公平与效率 关系

——基于行为经济学的分析



李素文
刘宛晨 著

图书在版编目 (CIP) 数据

两型社会法经济学的公平与效率关系——基于行为经济学的分析/李素文, 刘宛晨著. —北京: 经济科学出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5141 - 2008 - 0

I. ①两… II. ①李…②刘… III. ①中小企业—商业模式—研究②中小企业—企业绩效—研究 IV. ①F276.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 266549 号

责任编辑: 沙超英 赵 蕾

责任校对: 王肖楠

技术编辑: 李 鹏

两型社会法经济学的公平与效率关系
——基于行为经济学的分析

李素文 刘宛晨 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

经济理论编辑中心电话: 88191435 88191450

发行部电话: 88191540

出版社网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: jjll1435@126.com

北京中科印刷有限公司 印装

787 × 1092 16 开 7.25 印张 140000 字

2012 年 7 月第 1 版 2012 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 2008 - 0 定价: 18.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

前言

两型社会是“资源节约型、环境友好型社会”的简称。从经济学角度理解，环境与资源具有相同属性。有的经济学家将环境作为一种特定的存量资源纳入资源经济学，有的将资源作为环境的一种特定功能纳入环境经济学，有的将两者并列称之为资源环境经济学。从这个意义上理解，环境友好也就是减少对环境资源的损害，属于资源节约的范围；或者说资源属于环境的一部分，资源节约也就是减少环境损害，属于环境友好范围。因此，资源节约、环境友好本质上说的是同一方面，只是侧重点有所不同。并且，资源节约、环境友好的基本含义是使资源配置达到最优状态，即帕累托最优。也就是说，资源节约、环境友好都说的是效率问题，只不过这个效率指的是可持续长久的效率，而非一时一地的效率，更非简单的GDP增长。那么，建设两型社会说的就是如何实现我们的经济可持续发展问题，也就是说如何在较长时期内一直保持经济发展的高效率。

如果从帕累托最优的意义上谈效率，那么其充分必要条件是：在完善的市场经济制度和完整的产权制度下，那些没有外部性和不具有公共产品属性的经济活动可以实现资源最优配置；对那些存在外部性影响或具有公共产品属性的经济活动，市场失灵，这时需要政府做出有效的制度安排来纠正市场失灵，以使资源配置趋向最优。但是，当我们进一步追问，何为“完善的市场经济制度和完整的产权制度”，何为“有效的制度安排”，以及如何实现之时，对制度的“公平正义”我们无论如何也无法回避了。可以说，在根本的意义上，如何建设两型社会的问题就是如何处理效率与公平正义的关系问题。

本书就是在建设两型社会的大视野下，基于行为经济学理论，正本清源，对法经济学的公平正义与效率关系进行分析并提出政策建议。

法经济学是运用经济学的方法和理论考察，研究法律规则和法律制度的形成、结构、效果及对经济影响的学科，它是法学和经济学科际整合的边缘学科。从学科整合的一般规律和要求来说，它应该包含所整合各学科的最基本理念，是其最基本理念的综合和精炼。由于法经济学最初由经济学界创立，自然所秉持的是效率理念，这与法学的公平正义理念发生了根本冲突。理查德·波斯纳将效率与公平正义统合为效率的解决方案并未被主流法学界认可，因为抛开公平正义价值的法经济学分析丧失了法学意义上的合法性。法经济学要真正进入法律实践而

实现其学科目的，其基本理念必须涵盖公平正义。必须寻找新的分析范式重构法经济学的价值，使其同时注重公平正义和效率，并在此基础上建立新的公平正义与效率的关系。本书采用行为经济学作为分析范式。行为经济学是以心理学、生理学、伦理学为基石，以实验的方法研究经济现象的学科。由于其理论更接近经济社会现实，从而对经济社会具有更好的解释力和预测力。

行为经济学的经典实验“最后通牒”博弈及其进一步细化的独裁者博弈和公共品博弈试验实证了公平与效率都是人类的内生偏好，这对法经济学具有重大意义。以公平和效率并重的人类偏好为前提重新构建公平与效率的关系，不但能修正仅以效率为人类偏好的主流法经济学的不足，而且还为重新构筑整个法经济学提供了理论基础。因为综合了经济学和法学的最基本理念，这种基于行为经济学而建构的新的法经济学公平效率观既取得了经济学上的实证性，又取得了法学意义上的合法性。

本书从行为经济学理论中概括出公平的内涵和外延，将纷繁复杂的公平统一为规则公平和分配公平，并在此基础上展开论述分析其对经济效率的影响；通过分析作为公共物品的公平在供给上具有短缺的趋势，以及对“效率优先，兼顾公平”的述评而提出了建设两型社会的政策建议：公平至上，效率自在其中。

2012年3月



录

Contents

第1章 导论 / 1

第1节 文献综述 / 2

第2节 选题背景及意义 / 11

第3节 本书的主要内容及篇章结构 / 13

第2章 行为博弈与公平偏好 / 18

第1节 行为经济学的三个经典实验与人们的公平偏好 / 18

第2节 基于行为经济学的法经济学中公平的内涵 / 26

第3节 公平与人类理性和功利主义 / 35

第3章 规则公平对效率的影响 / 38

第1节 收入分配规则对效率的影响 / 38

第2节 一般规则对效率的影响 / 43

第3节 效率是规则公平的函数 / 49

第4章 分配公平对效率的影响 / 59

第1节 分配公平直接提高经济效率 / 59

第2节 分配公平的核心 / 67

第3节 分配公平与规则公平的平衡点 / 74

第5章 公平与效率关系的函数表示及运用 / 82

第1节 公平与效率关系的函数表示 / 82

第2节 公平的供给分析及启示 / 87

第3节 “效率优先，兼顾公平”述评 / 90

参考文献 / 99

导 论

2005年3月12日,在全国人口资源环境工作会上,胡锦涛总书记发表重要讲话,指出:“调整经济结构和转变经济增长方式是缓解人口资源环境压力的根本途径,要大力推进循环经济,建设资源节约型、环境友好型社会。”2006年3月,《中华人民共和国国民经济和社会发展规划第十一个五年规划纲要》在全国人大四次会议上通过,首次将建设“资源节约型、环境友好型社会”写入五年规划纲要,并将其确定为我国国民经济和社会发展规划的重要内容和战略目标。两型社会就是“资源节约型、环境友好型社会”的简称。

从经济学角度理解,环境与资源具有相同属性。有的经济学家将环境作为一种特定的存量资源纳入资源经济学,有的将资源作为环境的一种特定功能纳入环境经济学,有的将两者并列称之为资源环境经济学。从这个意义上理解,环境友好也就是减少对环境资源的损害,属于资源节约的范围;或者说资源属于环境的一部分,资源节约也就是减少环境损害,属于环境友好范围。因此,资源节约、环境友好本质上说的是同一方面,只是侧重点有所不同。并且,资源节约、环境友好的基本含义是使资源配置达到最优状态,即帕累托最优。在这种状态下,不可能通过重新配置资源实现产出增加,也不可能在不减少产出条件下实现资源投入减少。周海春(2009)认为,资源节约、环境友好都说的是效率问题,只不过这个效率指的是可持续长久的效率,而非一时一地的效率,更非简单的GDP增长,但它终究是个效率问题。那么,建设两型社会说的就是如何实现我们的经济可持续发展问题,也就是说如何在较长时期内都保持我们的经济具有高效率的问题。

如果从帕累托最优的意义上谈效率,那么其充分必要条件是:在完善的市场经济制度和完整的产权制度下,那些没有外部性和不具有公共产品属性的经济活动可以实现资源最优配置;对那些存在外部性影响或具有公共产品属性的经济活动,市场失灵,这时需要政府做出有效的制度安排来纠正市场失灵,以使资源配置趋向最优(周海春,2009)。但是,当我们进一步追问,何为“完善的市场经济制度和完整的产权制度”,何为“有效的制度安排”,以及如何实现时,对

制度的“公平正义”无论如何也无法回避了。可以说,在根本的意义上,如何建设两型社会的问题就是如何处理效率与公平正义的关系问题。

本书就是在建设两型社会的大视野下,基于行为经济学理论,正本清源,对法经济学的公平正义与效率关系进行分析,并提出政策建议。

第1节 文献综述

“法经济学”(Economics of Law),亦称“法律的经济分析”(Economic Analysis of Law),是“用经济学的方法和理论,而且主要是运用价格理论(或称微观经济学),以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。它是法学和经济学科际整合的边缘学科:一方面,它以人类的法律现象为研究对象,故成为法学的一个分支学科或法理学的一大流派;另一方面,由于它以经济理论和方法为其指导思想和研究方法、工具,故又是经济学的分支学科”(Posner, 1997, 译者序)。由于研究者所持的学科立场及研究视角的不同,西方法学界一般把这一学术流派称之为“经济学分析法学”。为了淡化冠名上的学科倾向,“法和经济学”(Law and Economics)应是一个合适的称谓。但本书仍习惯地称之为“法经济学”。

虽然法经济学的渊源至少可追溯到亚当·斯密和杰里米·边沁,但是经过罗纳德·科斯,杰多·卡拉布雷希,加里·贝克尔和理查德·波斯纳这些当代著名学者的努力,法经济学于20世纪六七十年代才发展成为经济学和法学领域中的一个边缘学科。法经济学虽然已在短短的40余年里取得了丰硕的成果,但其批评与质疑也一直不绝于耳,主要在于法经济学一直没能正确地处理好效率与公平正义的关系而不被主流法学界所接受,故法经济学基本上成了经济学界“自拉自唱”的独角戏。

一、以波斯纳为首的主流法经济学公平效率观

➔ (一) 波斯纳的法经济学公平效率观

在1991年的美国法经济学学会全体会议上,科斯、卡拉布雷西、梅因和波斯纳被授予法经济学的“四位奠基人”的荣誉称号。“在这些学者中,波斯纳——既是教授、学者,又是一名大法官——也许是最重要的倡导者”(Mercurro, and Medema, 2005)。波斯纳“从法理学的高度,对法律的经济分析学说进

行了总结和概括,确立了法经济学的范畴和理论体系,1973年他的经典著作《法律的经济分析》一书的出版,标志着法经济学学派的真正建立”(曲振涛,2005a)。“以波斯纳为代表的法律的经济分析理论,作为法经济学的分支,带来更多的法理学色彩,因此,在美国又被称为‘经济的法理学’(Economics Jurisprudence)”(张乃根,2003)。法经济学公平效率观的建立必须以对法经济学价值的确立为基础,而实际上,在法经济学的奠基人及主要代表人物中,只有波斯纳和马洛伊对法经济学的价值进行了全面和系统的阐述。不过,由于波斯纳是主流法经济学的代表,马洛伊为非主流学派(并且其对法经济学价值的重新阐述是在对波斯纳的价值观批判的基础上建立的),故法学界的反对者主要针对波斯纳进行批驳。

波斯纳的法经济学价值观为“效率至上论”。“效率至上”实质上就是法律的制定与实施应以追求社会的财富最大化即效率为目的,效率可以替代正义、权利成为法律的基石。

1. 追求社会财富最大化的理据

波斯纳(Posner,1983)认为财富最大化就是把功利主义的某些思想和康德哲学的传统融合在一起,强调人的尊严和自律;并且,财富最大化作为一个道德概念比功利主义和康德哲学都要优越。

尽管在伦理和道德上是优越的,波斯纳(1990)还是认为赞同财富最大化的最强有力的论点其实并不是道德的论点,而是实用主义的论点,即“只要看看周围的世界,我们就会看到,一般说来,生活在多少能允许市场自由运作的社会中的人们不仅比生活在其他社会中的人们更富裕,而且也拥有更多的政治权利,更多的自由和尊严,也更多地得到满足(证据是,例如,他们不大容易移民),因此财富最大化也许是实现各种道德目的的最直接的路径”。

2. 追求财富最大化实质上就是以效率取代正义

(1) 正义的效率含义。

波斯纳(1997)认为,公平正义的第二种含义是效率,并且认为这种含义也许是公平正义最普遍的含义。因为当人们认为没有合理补偿而取得财产、没有让有过失的司机向其过失行为的受害者支付损害赔偿等事例是不公正时,其原因在于他们认为这是一种浪费资源的行为。而在一个资源稀缺的世界里,浪费是一种不道德的行为。

波斯纳(1983)还认为,财富最大化的另一含义是,谁没有足够的挣钱能力来支持最低的像样的生活水平,他就失去了对资源配置的发言权,除非是他们构成了那些有财富者的效用函数的一部分。如果某人生来弱智,那么他的净社会产出就为负,他对生活资料就不享有权利。

(2) 以卡尔多—希克斯效率取代帕累托效率。

在经济学上,效率有两种基本含义:一种是帕累托效率含义,另一种是卡尔

多—希克斯效率含义,那么波斯纳的效率含义指的是哪种呢?波斯纳(1997)认为帕累托效率定义太苛刻,在现实世界中几乎不可能满足帕累托优势存在的条件,故他采用卡尔多—希克斯效率定义。并且他认为绝大部分经济学家在谈论自由贸易、竞争、污染控制是有效率时,采用的都是卡尔多—希克斯效率含义。

但是波斯纳与使用卡尔多—希克斯效率含义的其他经济学家不同的地方在于,他认为没有必要对那些由于实施了某条财富最大化法规而遭致损失的人进行补偿,因为他们会随着这些财富最大化法规的实施而产生的更大福利或者在花费较低成本等的行为中得到补偿(Mercuro and Medema, 1997)。也就是说,受损害者已经由于经济的发展而得到了补偿,没有必要再进行个别的补偿。

(3) 以效率取代正义、权利。

波斯纳的主要理论贡献就是运用卡尔多—希克斯效率标准前后一致地全面分析了几乎各部门的法律制度,并且明确地说明了对法律进行全面经济分析的可能性。由此,他还证明了效率原则在法律价值中具有普遍性,即使传统上认为难以进行经济分析的家庭法律制度等也可以进行成本—收益分析,因此效率可以替代正义成为法律的基石。(曲振涛, 2005a)

波斯纳既然认为效率可以替代正义,那么权利也就成了财富最大化手中的“木偶”。波斯纳(1983)认为应该赋予权利一种比许多“权利理论家”声称的权利要更低的地位,要让法律意义上是绝对的产权随交易费用而变,并服务于财富最大化的目标。如果交易费用为正,财富最大化原则就要求把权利初始授给那些可能是最珍视这些权利的人,以此来使交易费用最小化。

故可将波斯纳的法经济学公平效率观用效用函数表示为:

$$U = U(e, f(e)) \quad (1.1)$$

其中,效率 e 和公平 f 虽然都是其效用函数中的自变量,但由于公平 f 是由效率 e 决定的, e 实际上成了效用函数中唯一的自变量。

波斯纳从20世纪70年代成为法经济学的领军人物,一直到其晚年(Posner, 1997, 1999)一直以贯之地坚持了其“效率至上论”的法经济学公平效率观,是“效率至上论”的法经济学公平效率观的倡导者和最坚定的代表。

➡ (二) 戴维·弗里德曼的法经济学公平效率观

戴维·弗里德曼是诺贝尔经济学奖得主米尔顿·弗里德曼的儿子,芝加哥大学法学院经济学教授,深受波斯纳赏识。波斯纳在《法律的经济分析》第四版序言中写道:“我要感谢……尤其是戴维·弗里德曼,他们为本书提供了许多有益的建议。”戴维·弗里德曼较早就开始了法经济学研究(Friedman, 1988, 1989),他不但认为好的就是有效率的,并且把波斯纳的“效率至上论”推向极致,观点更为极端与片面,认为效率完全可以取代正义。

首先戴维·弗里德曼(1996)认为“好不好”就是“有没有效率”。因为经济学家可以用效率变化的大小来确定某种变化的实质,而对于事物性质的评价,经济学家想不出其他的比效率更好的衡量标准。自然,弗里德曼的效率含义也是卡尔多—希克斯的效率概念。

其次,戴维·弗里德曼(2000)认为正义无法恰当地解释法律,因为相当多的法律问题和正义无关,而且人们也没有合适的理论作为标准去判别哪些法规是正义的、哪些又是不正义的。在很大的程度上,人们的正义感觉是受影响的结果,某些法规被人们认为是正义的,是因为人们从小到大就是这样被教育的。故当他进行法经济学分析时,他已选择完全忽视正义的问题。

戴维·弗里德曼所持有和运用的法经济学公平效率观实质上依然是波斯纳的法经济学公平效率观,只不过更为直截了当,完全剔除了公平因素,用效用函数可表示为:

$$U = U(e) \quad (1.2)$$

→ (三) 罗伯特·考特与托马斯·尤伦的法经济学效用函数

罗伯特·考特与托马斯·尤伦是继波斯纳后在美国影响最大的法经济学家,他们合写的教科书《法和经济学》至今已出了五版。

确实,要说大多数人,尤其是法学家仅把法律的作用看成提供正义并不言过其实。与其说我们想取代这一观点,还不如说要补充这一观点。本书将教给你也要把法律的作用看成按经济理性的标准对法律权利的分配。明确地说,你将学会评价法律权利的不同分配所带来的一致性和效率(Cooter and Ulen, 1994)。本书的目的是对法律做出经济解释并对法律规则的后果做出预测。为了解释这些规则和它们的后果,我们主张使用微观经济理论的工具。理由是:法律所创造的规则对不同种类的行为产生隐含的费用,因而这些规则的后果可当做对这些隐含费用的反应加以分析。而且,我们认为诸如最大化、均衡和效率之类的经济概念是解释社会,尤其是解释理性的人们对法律规则的反应行为的基本范畴。因此,立法官员和受制于法律的人们的理性行为有多大范围,对法律的经济分析就有多大范围。(Cooter, and Ulen, 1994)

对法律的经济分析中可资炫耀的新颖的实质内容是什么呢?……一种最有力的主张是,用经济概念替换诸如正义、权利、义务、过失等传统的法律概念可将法律转变成经济学。根据这一主张,替换之后就可把法律语言作为多余的累赘丢掉。例如,一些理论家主张用经济效率这一概念取代正义概念。……公平概念纯粹是个人偏好的表达——在法律上应用更实在的效率概念加以替换——是理查德·波斯纳法官的著作中出现的主题(Cooter and Ulen, 1994)。但是,除了一致性和效率之外,法律官员还受到合理决定观念中固有的约束和规范,这意味着经

济学难以对法律提供一个完整的解释。这些规范扎根于思想和分析方法的长期传统之中,尤其是扎根于伦理和政治哲学中,这些本身并不是经济学的组成部分。这个客观事实说明分析法律的经济方法是基本的,但是不完全的。在这个意义上我们说,我们这本书的目的就是要解释法律的理性,这是解释法律的一个基本的但是不完全的部分。……经济学家被自然科学的模型所迷惑,趋于把经历了数千年争论磨炼的伦理学理论看得无关紧要。就像沙漠里的预言家,经济学家的这种狂妄使他们自己与法律理论的主流隔绝了起来。不幸的是,经济学家对其他传统的蔑视常常导致语言笨拙和论点浅薄,这引起许多法学家对法律的经济分析的反感。本书的方法是要力图使经济学接触到法哲学,从而将激发合理行为的情感与解释理性行为的分析方法结合起来。(Cooter and Ulen, 1994)

可以明显地看出,考特与尤伦并不主张用效率取代正义,他们认为效率的作用只在于对法律做出经济解释并对法律规则的后果做出预测,且对解释与预测的局限性和不完备性也有清醒的认识。这已与波斯纳和弗里德曼的观点有了本质的区别。并且,他们还对波斯纳和弗里德曼的“效率至上论”进行了严厉的批评,认为法律所固有地扎根于伦理和政治哲学中的、经历了数千年争论而磨炼成的约束和规范是不可以被经济模型所替代的。但考特与尤伦仍然把公平与正义作为法经济学分析的外生变量,并且在其《法和经济学》著作中基本不考虑公平正义与效率的关系,在其实际运用的公平效率观中完全排除了公平正义的影响,只以效率为唯一变量,与波斯纳、戴维·弗里德曼并无区别。并且在其后续论文(Cooter, 1992, 1994; Ulen, 1994, 1997)以及《法和经济学》的后几版中(2002, 2007)将上述所引第一版中对“效率至上论”批评的内容完全删除了。这实际上也代表了大部分西方法经济学家的价值观,如杰多·卡拉布雷希(Calabresi, 1970, 1991)、加里·贝克尔(Becker, 1968, 1993)、波林斯基(Polinsky, 2000, 2003, 2007, 2011)他们所持有和运用的法经济学公平效率观都为: $U = U(e)$, 效率 e 为其效用函数中的唯一自变量。

► (四) 中国法经济学者的效用函数

我国于20世纪90年代初从西方引进和介绍法经济学理论,一些学者如朱力宇(1991)、黄少安(1996, 2002a, 2002b)、朱苏力(1996, 1999, 2001, 2002, 2004, 2006)、史晋川(2001, 2003, 2007)、魏建(2002a, 2002b, 2004)、钱弘道(2005a, 2005b)、冯玉军(2004, 2006)、周林彬(2006a, 2006b, 2006c)、卢现祥(2007)等陆续翻译、撰写了一批重要文献,但基本上除朱苏力和魏建两位学者外仍处于介绍和阐释以波斯纳为首的主流法经济学的思想的状况,完全接受了其公平效率观 $U = U(e)$, 效率 e 为其效用函数中的唯一自变量。由于我国本是个法治传统缺失的国家,法律制度也很不完善,这就使“效

率至上论”不但在法经济学理论中泛滥，且严重影响了我国政策与法律的制定，在实践层面上发挥着很大的威力；“效率优先，兼顾公平”这个带有较大负面影响口号的提出及在实践中理解的进一步偏差就是明证。（李素文，2006）

曲振涛（2005b）也认识到了“效率至上论”的不足与危害，在其著作中试图对此进行纠偏。他批判“效率至上论”主要是通过其三个逻辑基础而展开的，即法经济学的直接逻辑、折返逻辑和循环逻辑：由法与经济学交叉形成的法经济学，改变了法律追求公平正义的单一目标，又赋予了效率与效益的内涵，这为法经济学的直接逻辑；然而公平正义毕竟是人类追求的永恒的、直接的目标，当法律或法律原则一旦失去公平正义时，效率便失去意义与基础，效益也不复存在，从效率原则折返升华为公平正义目标的法经济学的逻辑为法经济学的折返逻辑；人对客观世界和自身认识的局限导致了人的有限理性，同样，人的有限理性造成了法的有限正义和公平。在市场经济条件下，法的有限正义和公平必将被多次改进而完善，而由此促进经济的高效率发展才会推动社会的进步。多次的经济制度与法律规则的契合与调整是多次放大的效率、效益与公平、正义的综合，这为法经济学的循环逻辑。

曲振涛对法经济学三个逻辑的论述无疑是可取的，因为他并未排斥经济学的“效率”价值与法的“公平正义”价值各自的独立性，这两大价值是在保持各自独立性的前提下相互促进、循环提升的；也就是说，这是个二元结构，不能互相替代，更不能随社会环境的变化而相机抉择。在此基础上，才可以说，效率就是经济意义上最大的公平，效率还可以丰富公平的含义。也只有坚定地捍卫这一基础，才能说，从效率、效益的目标又恢复到正义、公平的目标，这已不是简单的回归，而是在新的平台基础上的新的正义与公平。否则，就会陷入一时效率重要，一时公平正义重要；然后陷入“效率优先，兼顾公平”；最后以效率取代公平。

遗憾的是，曲振涛（2005b）最后还是犯了这种“骑墙”的错误，他认为，总的来说，在现实生活中，在社会经济发展的不同阶段，公平正义与效率效益哪一个目标作为直接的，或深层次的更高的追求目标往往是由当时的经济与社会发展的主要矛盾决定的。他这种根据经济社会的发展状况而对公平正义取相机抉择的态度，就在根本上没有把公平正义看做法律的独立的永恒价值，也就否定了“公民权利”与“法的安定性”，最后不但不能纠正“效率至上论”，还会把效率与公平看成一对矛盾而必须有所取舍，认可“效率优先，兼顾公平”，导致以效率取代公平，就如曲振涛（2005a）在另一篇文章中所说的：在依法治国，大力创建法制社会的今天，我们要制定更多符合“善法”标准的法律，要提高法律的执行效率，降低立法和执法成本，效率优先，兼顾公平，既要维护社会公平正义，又要促进经济效益的提高，增加社会福利水平和公众利益，促进社会文明的

健康发展。

于是,曲振涛所持有的法经济学公平效率观可用效用函数概括为:

$$U = U(f, e) \quad (1.3)$$

公平 f 和效率 e 均为其效用函数的自变量,至于哪一个权重更大则“由当时的经济与社会发展的主要矛盾决定”。

二、马洛伊的法经济学公平效率观

虽然马洛伊在其早期的著作中仍然以“成本—收益”的主流法经济学的分析范式为其理论工具,但已开始强调用有限的经济方法分析法律,使法经济学的研究更见哲理和人性。马洛伊(Malloy, 1990)认为,作为比较意义上的研究,法经济学提供了将法律制度视为一种特定政治理念反映的研究机会,各种各样的意识形态及其价值观完全可以置于现行法律制度中加以比较;在法与经济学的比较研究中,经济哲学则是人们批判性地分析法律、政治、社会的重心,分析应集中在特定政治环境中法与经济的关系,这种研究方法注重评估法律制度是如何与经济哲学有内在联系的。在随后的研究中(1991, 1994, 1999),马洛伊努力将其法经济学研究与经济哲学结合起来,使法经济学理论更见哲理与人性。

经过十来年的学术探索,马洛伊于2000年运用符号学理论,将交换、创造力同伦理价值联系起来重新对法经济学价值进行了诠释,是继波斯纳之后对“经济的法理学”做出较大贡献的法经济学者。

马洛伊(2000)认为,首先,由于财富最大化的形成依赖于所处背景,而只追求效率不能充分处理创造力的过程,故作为传统法经济学的效率标准不会使持续的财富形成产生最大化。其次,稀缺资源的分配形式和范围以及政治权威的运行影响着可持续财富形成的过程,故交换网络和模式越广泛,财富形成和创造性发现的潜力越大。最后,修辞方法可以被理解为法律研究的替代方法,这种方法会对社会市场交换过程产生实质影响。这些修辞作用作为影响市场的解释参考,影响市场交换意义和价值的形成过程。故为了持续的财富最大化,我们必须从创造性的潜力空间出发而不是从效率点出发,富有的社会之所以富有是由于有一个鼓励创造性的发明和能动财富形成的模式,我们必须考虑有利于社会繁荣的环境的改进进程,而这又有赖于社会责任伦理的培养。社会责任伦理既产生于对公共利益和自我利益有机综合的接受,也产生于亚当·斯密关于自我利益的概念和公正的旁观者之间持续思考的相互影响中。为使社会责任伦理能够保持连贯,并使其意义得到扩张,需要参考一个特定的法律、经济与社会环境。这可以通过参照三个主要原则将社会责任伦理变得具体一些,这三个原则为谦卑、多样性和互惠。

法经济学目的是追求社会财富最大化,在这点上,马洛伊与波斯纳等主流法经济学并无不同,但马洛伊强调的是持续的财富最大化,并认为持续的财富最大化不来自于追求效率而来自于创造力,而创造力又依赖于社会责任伦理环境的培养,这种环境包括谦卑、多样性和互惠,并且谦卑、多样性和互惠最基本的内涵应包括公平、正义和自由。也就是说,持续的社会财富即效率是创造力的函数,而创造力又是公平、正义、自由等所形成的社会责任伦理的函数。故马洛伊将法经济学的价值重新诠释为:公平、正义、自由与创造力,创造力是核心价值。

因此,马洛伊的法经济学公平效率观可用效用函数表示为:

$$U = U(e(c(m))) \quad (1.4)$$

其中,效率 e 为创造力 c 的函数,而 c 又由社会责任伦理环境 m 决定, m 包括公平、正义与自由,等等。

在最近的一本专著中(Malloy, 2004),马洛伊再次强调了以上对法经济学价值的重新诠释。

三、卡普洛、萨维尔的法经济学公平效率观

面对法学界对主流法经济学的尖锐批评和质疑,30年来波斯纳不断积极回应和辩解(2001),在这种激烈的学术论战氛围下,第二代法经济学学者成长起来了,路易斯·卡普洛和斯蒂文·萨维尔就是其杰出代表,他们在系列文章中(1994, 1999, 2000, 2001)就法经济学的价值应该是公平、效率还是社会福利进行了论述。

在最近的专著中,卡普洛和萨维尔(Kaplow and Shavell, 2002)对其一贯坚持的观点进行了总结,他们认为,在评价法律规则时应该一律用以福利为基础的规范评价方法。也就是说,法律规则的选择只应该以它对社会生活中个人福利的实际影响效果为依据。他们反对的是政策分析家们所使用的公平观念,而不是可以化约为个人福利的公平观念。换言之,他们反对分析家们把公平观念当做独立的评价原则,并用这些原则来评价法律规则的价值所在,却无视法律规则对个人福利的影响。为了进一步澄清他们并不是完全抛弃公平观念,他们从两个方面对公平观念进行了界定:第一,很多将公平观念视为独立评价原则的分析家,在评价法律政策时也会赋予个人福利一定的地位,卡普洛和萨维尔把这种混合式的评价形式也归入他们所反对的公平定义之中,而且当公平观念引导人们所选择的政策与仅仅考虑个人福利时所选择的政策不同时,他们将更加反对这种公平观念;第二,有些政策分析家宣称他们所采取的归责原则涉及公平,但当我们深入考察时,就会发现这些原则只同个人福利有关,从而为福利经济学所涵盖,卡普洛和萨维尔对这种公平观是赞同的。当然,另一方面,对于老一辈主流法经济学者的

“效率至上论”，他们同样也做出了澄清。他们说道：根据对规范经济分析的一般理解，法律规则的评价标准是财富最大化即效率，不过这种评价标准却忽略了个人福利的重要方面以及对收入分配的关切。因此，他们所采纳的并非这种规范经济方法的主流概念，而是福利经济学标准。

可以看出，卡普洛与萨维尔基本上抛弃了波斯纳的“效率至上论”，反对不注重福利和收入分配的财富最大化或效率评价标准，但另一方面也更加反对不以个人福利的实际效果为依据的公平价值观，福利是其法经济学效用函数的唯一自变量。故其法经济学公平效率观可用效用函数表示为：

$$U = U(F) \quad (1.5)$$

在这个效用函数中， F 表示社会福利。但在经济学中，福利与效用基本上是一对可以互相替换的概念， $U = U(F)$ 无异于说效用等于效用。

■ ■ 四、对文献综述的简短评论

台湾学者林立在其专著中对波斯纳为主的主流法经济学的“效率至上论”进行了全面批判：当“社会利益”成为指导我们人类“应该或不应该做什么”的标准时，它当然已经落入一个规范性的（Normative）、道德哲学评价的范畴中。而什么又是“社会利益”的详细内涵？又为什么值得要求一切屈从于它呢？这都会立刻涉及伦理学的论辩。显然，法律经济分析学派所提供的经济分析法不只是扮演一个“工具理性”的角色而已，而是直接让经济效率成为凌驾一切之上的终极价值，而且是在其学术架构中唯一存在的价值。当波斯纳说，法律经济分析“试图通过指出现行法律或提案中的法律产生意外的或者不可欲的（Undesirable）后果的那些方面，通过提出可行的改革方案，来改善法律”，所谓的“改善”，不只是指手段技术的改进而言，而是对于什么是善的目标、什么终极价值是可欲的，法律经济分析学派都提出自己的设定了。……如果说，波斯纳质疑“尊严”或其他传统伦理价值为什么是一个价值，能带给人们什么幸福？则我们一样可以质疑“社会利益”、“社会财富总量最大化”为什么是一个价值，能带给人们什么幸福？（林立，2005）

本书认为，林立对法经济学的这种质疑，在伦理学上是很有意义的，但却没抓住以波斯纳为代表的主流法经济学理论不足的要害，在批判的逻辑上难以达成让对方信服的结论。本书将避免争论到底哪个终极价值更有存在的理据，也无意以一个价值观去否定另一个价值观。本书试图把“社会财富最大化”与“尊严、公平、自由、正义”协调起来。本书不否定经济学意义上的“社会财富最大化”价值观，但本书在法律与法学上更肯定“尊严、公平、自由、正义”价值的独立意义，这种独立的意义是法经济学效用函数中自变量意义上的，是有着经济学