

● 公法名著译丛 ●

罗豪才 主编



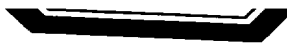
贪婪、混沌和治理

〔美〕杰里·马肖 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS



公法名著译丛

97

贪婪、混沌和治理 ——利用公共选择改良公法

〔美〕杰里·马肖 著

宋功德 译 毕洪海 校

商 务 印 书 馆

2009年·北京

D80
M197

图书在版编目(CIP)数据

贪婪、混沌和治理:利用公共选择改良公法/[美]马肖著;宋功德译. —北京:商务印书馆,2009

(公法名著译丛)

ISBN 978-7-100-05891-9

I. 贪… II. ①马… ②宋… III. 公共选择(经济学) — 应用 — 公法 — 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 093415 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

贪婪、混沌和治理

——利用公共选择改良公法

[美] 杰里·马肖 著

宋功德 译 毕洪海 校

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京民族印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-05891-9

2009 年 4 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2009 年 4 月北京第 1 次印刷

印张 10 3/4

定价: 22.00 元

Jerry L. Mashaw

Greed, Chaos, and Governance

Using Public Choice to Improve Public Law

Copyright © 1997 by Yale University

本书根据耶鲁大学出版社 1997 年版译出

《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 (按姓氏笔画为序)

王振民	包万超	卢建平	朱苏力	米 健
张千帆	陈弘毅	陈新民	季卫东	信春鹰
姜明安	贺卫方	夏 勇	韩大元	

目 录

前言.....	1
第一章 实证政治理论的挑战.....	5
联邦党人与新政政治学.....	9
当代实证理论	18
实证政治理论的潜在影响	35
失败的回应	41
第二章 探寻可用的知识	50
评估利益集团理论	52
投票理论的缺点与优点	66
前面的任务	70
第三章 公共选择与理性审查	79
理性审查:法律领域概观.....	81
宪法领域的公共选择观	86
真实的例证	87
技巧、逃避与司法(不)克制	95
公共选择能否带我们走出这种混乱?	103
多数派、少数派与“民主”压制	107
公共选择的教训与法律限制.....	109

2 贪婪、混沌和治理

公共选择的危险信号与司法克制	117
第四章 立法机关、交易与法律解释	129
进入公共选择理论——入场	136
利益集团视角的种种运用	138
“投票理论”视角下的法律解释	151
博弈论的影响	159
第五章 解释行政过程	167
理想主义、现实主义及比较性检验	170
行政程序的模式	175
评估相关的证据	195
第六章 行政官员应当作出政治决定吗?	207
授权与宪法学说	208
授权、责任制与法治	214
公共选择对禁止授权争论的贡献	221
法律的模糊性与公共福利	224
法律的模糊性与选举责任	229
支持宽泛授权的理由	232
总统制下的责任制	238
第七章 行政决策的法律控制:“司法审查博弈”	247
放弃规章创制及其成因	251
司法审查的博弈论分析	261
政策的评估	272
第八章 分权与管制决策	286
政治与规章创制	287

博弈、总统与国会	294
立法/行政机关的分权博弈	303
从博弈到制度设计	309
第九章 公共选择语用学	315
该死的公共选择	315
投票理论的教训	317
利益集团分析的教训	320
博弈论的教训	321
对行政官员的授权:综合的例证	323
公共选择与为了公共利益的改革	326
索引	329

前 言

本书的构思经历了一个有些不合常规的漫长过程。我对公共选择观念产生兴趣,直接源于詹姆斯·M.布坎南(James M. Buchanan)与戈登·塔洛克(Gordon Tullock)的经典著作《同意的计算》(*The Calculus of Consent*)。亨利·曼恩(Henry Manne)于1971年在罗切斯特(Rochester)举办的首期法律与经济学“法律教授夏令营”中,要求我们去阅读这本书。这就引导我变成“飞马”的创始成员之一,这是一个由弗吉尼亚大学和弗吉尼亚理工学院(Virginia Polytechnic Institute)的法律人与经济学家共同组成的公共选择研究小组,布坎南和图洛克都位列其中。在1970年代早期,我们在夏洛茨维尔(Charlottesville)和布莱克斯堡(Blacksburg)两地轮流举行每月集会,宣读论文,喝酒并一直争论到深夜。

类似的骚动不安也在别处暗潮涌动。1950年代晚期和1960年代的那些孤寂的、寥若晨星的公共选择学者,到1970年代时,已经发展成拥有全国性的理论研究会与令人尊敬的杂志的重要智识运动。在我的记忆中,那个年代公共选择学会的会议颇有一些“疯狂科学家”的性质。当杀青的论文鼓吹可能适用于所有集体人类行为的新公共选择“结果”时,睡眠惺忪的年轻实践者就在宾馆的便签簿上对这些定理进行证明。公共选择帝国主义的诉求获

2 贪婪、混沌和治理

得了回报。公共选择观念对于社会科学具有的普遍重要性,不久就因威廉·赖克斯(William Rikers)荣任美国政治学协会的主席
viii 获得了证明。乔治·斯蒂格勒(George Stigler)与詹姆斯·布坎南随后不久获得了诺贝尔经济学奖。

尽管法学研究,特别是那些与法律经济学有关的曾因为这些观念而兴奋不已,但公共选择却被证明是难以驯化的。确实,一些学院派法律人迅速运用这种新知识去“解释”每件事,从联邦贸易委员会的指控政策到建立独立司法机关的原因。不过,对我们当中的多数而言,公共选择同僚们的简陋构造似乎同时呈现出焦虑不安与离经叛道这两种特点。之所以显得焦虑不安,是因为他们有可能就公共制度与公共政策的动态性提出某些坚定的看法;之所以显得离经叛道,是因为同那些公共选择领域中具有文化和制度性贫血的主体相比较而言,现实世界看起来是如此的复杂多变且不拘一格。

在公共选择与公法边缘游历了十年之后,我对这一领域仍然情有独钟。与此同时,我又因为无力将公共选择理念整合到可以在法律解释或制度设计层面利用的知识当中,从而有些心灰意冷。然而,当我收到1986年冬去西北大学法学院作罗森塔尔(Rosenthal)演讲的邀请之后,我再次被激励去面对这个问题。我计划向那些苛刻的听众至少描述一番公共选择之于公法的意义,而且按照邀请的条件,将这些讲座的内容转换成为一本书。

尽管完成这一项目耗费了我另一个十年的时间,但1986年2月在芝加哥那些寒冷的日子里提出和争论的观念依然鼓舞着随后的篇章。当我拓宽同时也深化这一研究时,我的目标始终未变,就

是持一种介于公共选择理论的拥护者与恶意批评者之间的中间立场——也就是不仅要在各种公法情形中证明由于认真对待公共选择观念产生的洞见,而且还要证明对那些理论狂热保持一种批判性距离的必要性,这种狂热有时候缺乏内在的一致性,更不用说获得经验证据的支持了。

显然,如此漫长的智识冒险旅行并非独自进行的。实际上,在这一点上,我已经无法完全回忆起那些曾经激励、批评与支持我努力的人的情谊,更不要说感谢了。除了罗森塔尔演讲的催化性贡献之外,我必须提及以下数个发挥过至关重要影响的人。首先是我过去的同事与长久的朋友沃伦·施瓦茨(Warren Schwartz),他一直在挑剔、引诱和鼓舞我。我无数的耶鲁同事——布鲁斯·阿克曼(Bruce Ackerman)、阿克西尔·阿马(Akhil Amar)、朱尔斯·科尔曼(Jules Coleman)、迈克尔·格雷茨(Michael Graetz)、阿尔·克莱沃赖克(Al Klevorick)以及特德·马默(Ted Marmor),都曾阅读和评论过这些篇章的不同版本。更为重要的是,就讨论大 ix 小小的观点而言,他们是一群知识渊博的对话者。

最后,我还对公共选择学者这个群体欠下大量的智识之债,我这里所探讨的许多问题也是他们近年一直在努力解决的,有时是为了实现不同的目标。我还要感谢诸如马修·麦卡宾斯(Matthew McCubbins)、罗杰·诺尔(Roger Noll)、巴里·温格斯特[Barry Weingast (McNollgast)]、约翰·费内中(John Ferejohn)、莫·菲奥里纳(Mo Fiorina)以及肯·谢普瑟(Ken Shepsle),等等,他们已经成为我灵感与刺激的不断源泉。如同我希望在随后的篇章里使你

4 贪婪、混沌和治理

相信的那样,他们大概有一半是对的。

我要再一次感谢我的助手帕特里夏·帕杰(Patricia Page)。帕杰打印过的这些篇章版本如此之多,以至于她有可能仅凭记忆就能背诵出全部的内容。

第一章 实证政治理论的挑战

据报道,巴勃罗·毕加索在评论其所画的格特鲁德·斯坦¹ (Gertrude Stein)肖像画时曾说:“每个人都认为她一点都不像她的画像,不过不要紧,最后她会设法看起来像它的。”

毕加索的这种评述可以说是他著名的自负的产物,但却包含着一个重要的洞见。我们自己就经常成为我们关于这个世界的画像的俘虏,最后,即使这个世界看起来并非正好与它们相像,但它们对我们的观念却仍会产生深远的影响。

我要讨论的画像并非绘画意义上的图像,而是理论,亦即对我们的政治世界如何组织以及如何运转的言语描述。它们向我们提供的是关于在政治生活中寻找什么与期待什么的精神意象,其方式与毕加索的肖像画引领我们期待而且或许发现斯坦长得是某种样子的方式几乎如出一辙。不过,我的主张要比毕加索更进一步。我要主张的是,这种来自图像或主题的影响不仅及于我们的期望与所见,而且及于我们的需要与断言。图像不仅带来了预言,而且带来了准则。我们关于是什么的设想指引着应当是什么的进路。

这种介于“是”与“应当是”、“实证性”或“描述性”与“规范性”或“偏好性”二者之间的联系,既为人们所熟悉,同时又是问题多多。我们对它的熟悉程度,就像狐狸与“酸”葡萄这个古代寓言

6 贪婪、混沌和治理

- 2 那样。如果结果是不可得到的或认为力所不能的,那么我们往往就会通过转变对其可取性的看法的方法,使我们的失望趋于合理化。这极富当代性,如同前布什政府一位官员有些夸张的指示:“国民健康保险制度会把军事采购的节俭与美国国税局稽查的执著结合在一起。”简而言之,努力实现许多美国人主张要拥有的东西结果都证明他们事实上并不想要它。从这些过去和最近的例子当中,总的教训就已经变得很清楚了。我们与“是什么”有关的实证性信念,有力地抑制和塑造着我们关于什么是好的或者什么是可欲的这种规范性信念。

不过至今为止,这种介于“是”与“应当是”之间的关系同样也是问题多多的。实际上,运用理性理解这个世界的本性并预测个人或集体行动可能产生的影响,往往与伦理承诺或个人偏好形成鲜明的对照。在这一点上,实证理论只是在工具性的方面与规范论述有关。首先出现的是目标的界定,即什么是好的或什么是对的。而关于当前现实与变革动态性的理解,也就是实证理论,然后就提供了实现既定目标的全部策略。从这个角度看,偏好是无法获得理性解释的(每个人都具有个人的偏好),而道德则成为信仰问题。二者都不属于实证理论的范围。

这两种对立观念之间未必具有如此十足的反差。实证理论的工具性观念代表的可能仅仅是这样一种主张,即科学理性应当是某种“善”或“真”概念的工具,并非说我们关于“真实”或“可能”的信念就不会影响偏好。这种立场可以通过一种讽刺的评论集中体现出来,有时被认为是弗兰克·奈特(Frank Knight)所说的,“作为一位经济学家,我不能告诉你是否应该控制粮价。我能告诉你

的是,如果你这样做了,那么饥饿无处不在。”

当然,奈特的辛辣评论在某个层面上也只是关于制度设计纯粹工具性的评论。我们可能不惜代价希望降低粮食价格,但奈特提醒我们,如果我们想要避免出现一些非常严重的副作用,那就需要采取比直接管制更迂回的路线。不过,该评论在偏好塑造方面的影响不完全是工具性的。通过把价格控制与严重短缺联系起来,奈特的警句会说服我们对政府任何干预市场价格的企图都要保持怀疑。这甚至会促使我们把所有的市场管制都与灾难景象联系起来。由此稍微向前走一小步,就会形成对任何政府管制的不信任以及反政府的意识形态,即谴责限制个人经济活动的任何集体努力,而不管其如何实施。从这一点来看,迅速削减政府行为的幅度和范围本身就变成了目标。个人行为是“好的”,而政府积极主动则是“坏的”。

当然,一位在精英学术圈子之外几乎不为人所知的经济学教授³对价格控制的奚落,不可能对偏好塑造产生普遍的影响。对毕加索的斯坦肖像画的快速一瞥,也不可能深刻影响我们对其题材的看法。毕加索和我的观点都与不断地接触画像或观念有关,与习惯性适应或者文化适应的过程有关,这一过程既微妙又深刻。

从另一个经济性导向的例子也可以得出某种类似我说的内容。对于经济学家而言,“经济人”与计算器没有差别,就是为了通过理性的消费与生产行为来改善自身的处境。这当然只是一种简单化的假设。经济学家声称:只要通过假定人们好像是按照纯粹理性计算不同行为选择得失的方式行事,就能够预测市场结果。不过,最初(有时时间会延长)听到这一说法时,许多人发现微观

8 贪婪、混沌和治理

经济学的基本行为假定在道德上自相矛盾。这种通常很强烈的反应似乎是建立在内疚与担心二者之上的。内疚是因为我们有时确实如同经济怪物那样行动；而担心则是因为将人类行为想象成似乎仅仅为“理性的个人利益”所驱动就会带来道德与政治上的不良后果。经济分析的这种始料未及的副作用不仅会帮助我们把自己行为合理化，还表明我们应当将自己培育成那种火眼金睛地计算个人得失的果敢姿态。如果以别的方式行事，那就是非理性的，或许是容易受骗上当的人。像经济人那样去思考，不仅会使我们失去对自私行为的内疚感，而且还会追求纯粹计算私利的生活。这可能会让我们担心。

这些内容，或许足以让人们同意我所持的弱一些的论点形式，即似乎事实或假定的事实至少会对政治价值产生一定的影响。但是，这一简单的探讨同样表明，“是”与“应当是”二者之间的关系既不是必要的，也不是一目了然的。

更好地理解这种主张的一种方法，就是考察我们在美国的政治生活中未能区分价值与事实的某些例子。实际上，我要提出的是，作为公民，我们阐述和理解我们多数弥足珍贵的政治理念、民主治理的方法，主要是我们关于人类在具体制度环境下实际上如何行为这种认识一直在发生改变的产物，而非关于民主本身之道德基础的理念一直在发生改变造成的。就此而言，我们需要考察的只是美国民主意识形态两个形成性阶段：共和国的成立阶段与进步主义/新政阶段。我们的探究就是要理解各个时期不同的“政治科学”如何塑造着具体的民主理念。然后，我们就会快进，

4 考察我视之为 20 世纪晚期美国政治生活的主导景象。我有些夸

张地把这种景象刻画为一个充满贪婪、混沌、自私自利与公众一盘散沙的世界。这种景象给当今的公共制度设计者提出了根本性的挑战,因为这种景象使得所有的公共行动都会让人深表怀疑。

我的基本主张是,这种观点已经在塑造着我们的公共生活,它不仅影响着我们的行为,还影响着我们认为什么是对的和善的。此外,由于我们支持的政治价值牢牢附着于我们关于人性与公共制度动态性的看法之上,我们无法简单地拒绝当代的个人主义或市场价值,支持其他的规范性承诺,像平等或共同体。如果我们要改革或更新我们的民主信念,那么就需要更好地理解我们可以从治理制度中合理地期望获得什么东西以及如何设计这些制度。实证政治理论,或者有时也被称为“公共选择理论”的主张,如果要在塑造我们的价值和帮助我们更好地设计公共制度方面扮演适当的角色,那么就必须按照自身的规定正视其描述的真实性。

联邦党人与新政政治学

联邦党人

关于我们的宪政史,一个得到广泛认可的观点就是,1787年采用的全国性政府方案不仅抛弃了美洲殖民地的社会价值,也抛弃了美国独立战争的激进民主价值,即保护有产者利益而且由“自然贵族”统治的制度。阅读麦迪逊在《联邦党人文集》第10篇