

Order Without Law

How Neighbors Settle Disputes

Robert C. Ellickson

无需
法律的
秩序

相邻者
如何
解决纠纷

雅理译丛 田雷主编

「美」罗伯特·C·埃里克森 著

苏力 译

雅理译丛 田雷主编

〔美〕罗伯特·O·埃里克森 著

苏力 译

无需 法律的 秩序

相邻者
如何
解决纠纷



中国政法大学出版社

ORDER WITHOUT LAW: How Neighbors Settle Disputes
by Robert Ellickson
Copyright © 1991 by the President and Fellows of Harvard College
Published by arrangement with Harvard University Press
through Bardon-Chinese Media Agency
Simplified Chinese translation copyright © 2016
by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd.
ALL RIGHTS RESERVED
版权登记号: 图字 01-2016-2293 号

图书在版编目 (C I P) 数据

无需法律的秩序: 相邻者如何解决纠纷/(美)埃里克森著; 苏力译. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 7

ISBN 978-7-5620-6788-7

I. ①无… II. ①埃… ②苏… III. ①民事纠纷—处理—研究 IV. ①D915.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第083630号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 山东临沂新华印刷物流集团有限责任公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 23
字 数 320 千字
版 次 2016 年 7 月第 1 版
印 次 2016 年 7 月第 1 次印刷
定 价 64.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

雅理译丛

雅理译丛

编委会

(按汉语拼音排序)

丁晓东 甘阳 胡晓进

黄宗智 强世功 刘东

刘晗 刘海光 乔仕彤

宋华琳 田雷 王希

王志强 阎天 于明

张泰苏 章永乐 赵晓力

郑戈 左亦鲁

雅理译丛

田雷

主编

雅理

其理正，其言雅

理正言雅

即将至正之理以至雅之言所表达

是谓，雅理译丛

本书出版得到北京大学法治研究中心·丽达研究基金的支持

献给我的母亲，缅怀曾在北达科他州放牧的我的父亲

中文新版序

美国法律经济学运动中的两位巨匠，科斯（Ronald Coase）和卡拉布雷西（Guido Calabresi），都认为国家（state）是产权的唯一渊源。在《无需法律的秩序》这本书中，我的核心观点则是，法律并非如两位前辈以及其他许多学人所主张的那么重要。

就促进人们的合作而言，法律在其中当然起作用，但许多学人夸大了法律制度的影响。特别当利害关系很小且互动各方预期相互间的关系会持续下去时，人们事实上不大可能依靠法律制度来提供规则以及规则执行。在这种语境中，关系紧密交织之群体的成员们，如亲属间或某村村民间，在管理他们自身事务时，就不大可能根据法律的规则，而会依据非正式的社会规范。在执行这些非正式的规范时，他们不是通过警察或法院，而是通过分散执行的自力惩罚，比如传播负面流言和避而不见。并且，若发现温和的非正式救济无效，他们甚至觉得有正当理由以适度的暴力来自力救济。当然，这不是说，法律从来不重要。在诸如征税这种利害关系重大且相关各方社会距离很大的情况下，法律通常会更奏效。

《无需法律的秩序》的英文版首版于1991年。大约同时，还有些美国法律学者也开始发表与本书基调相似的重要著述。其中有些成了我的学界盟友，如与我年龄相近的加州大学伯克利分校的库特（Robert Cooter），以及三位更年轻的学者，伯恩斯坦（Lisa Bernstein）、麦克亚当斯（Richard McAd-

ams) 和小波斯纳 (Eric Posner)。到了 2007 年, 后三位学者都加入了芝加哥大学法学院。虽然这五人帮是老熟人, 但在学术研究和发表方面, 我们从未有什么内部规划协调。当然, 我们也坦承, 我们只是推进了同样强调非正式规范之力量的前辈学者的研究。这些先行者包括精明的古罗马人塔西佗 (Tacitus), 以及著名的美国法律社会学者麦考雷 (Stewart MacAulay)。

从 1991 年至今已经二十多年了, 是时候了, 可以评估一下我们五人对美国法学研究的影响。到 2000 年前后, 我们自信地认为, 尽管未必正确, 我们一道已将我们的基本观点成功传递给了学界同仁。也在那时, 我们基本宣告获胜, 开始将主要学术努力转向其他问题。我们高兴地看到, 自 2000 年之后, 许多美国法学者也展示了, 非正式规范在诸多社会语境中都很强劲, 包括知识创新中的权利,^[1] 互联网的作用,^[2] 公共空间开放的分配^[3] 以及国际关系。^[4]

当然, 我对这五位学术影响的解说, 很难是旁观者的客观解说。我可能有偏见, 我希望读者以一种怀疑的眼光来研读我在本书中的主张。

但读者持怀疑态度还另有理由。在《无需法律的秩序》中, 我考察的是美国加利福尼亚州夏斯塔县一小块农区发生的事件, 以此为基础建构了关于人类合作的一种普遍理论。与生物学家、经济学家、博弈论学者以及其他普遍主义者 (universalists) 的通常倾向一致, 我的分析假定的是: 人就是人, 人性不会因空间和时间的改变发生重大变化。其他许多学科, 如人类学、历史和社会学的研究者, 则趋于怀疑这种普遍主义。他们是文化

[1] Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation* (2012).

[2] Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom* 70-74 (2006) (讨论了维基百科词条贡献者的动机)。

[3] Richard A. Epstein, "The Allocation of the Commons: Parking on Public Roads", 31 *J. Legal Stud.* S 515 (2002); Daniel Nazer, "The Tragicomedy of the Surfers' Commons", 9 *Deakin L. Rev.* 655 (2004).

[4] George Norman & Joel P. Trachtman, "The Customary International Law Game", 99 *Am. J. Int'l L.* 541 (2005).

论者 (culturists)，强调人的天性也会变。因此，文化论者会迟疑，不愿把夏斯塔县农区居民同当代中国村民等同起来。在他们看来，两千多年来中国人接受并不断完善的儒学传统、近代革命时期的共产主义教育，以及毛泽东之后改革时代的经历，会在很大程度上塑造当代中国农民的天性。

我从普遍主义者的视角撰写了此书，但我欢迎文化论者来挑战它。^[1] 普遍主义者和文化论者的视角相互竞争，双方学人的碰撞可能有助于迈向社会科学研究的最终目标：更好地理解人们究竟是如何互动的。

罗伯特·埃里克森
康涅狄格州纽黑文
2016年1月

[1] 关于文化对人性的影响，参见，例如 Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy* (1993)，又参见 Alberto Alesina & Paola Giuliano, "Culture and Institutions", 53 *J. Econ. Lit.* 898 (2015).

研究真实世界中的法律

——译者序

“世界偏僻角落发生的事可以说明有关社会生活组织的中心问题。”

“法律制定者如果对促成非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”〔1〕

这是《无需法律的秩序》一书正文开头与结尾的两句话。在我看来，这也许是这本书中最重要的两句话；针对当代中国法学研究现状，这也是或者应当是非常有启示的两句话。前一句话的意义有关本书的方法论，但也有有关法律的社会科学甚至是社会科学研究的方法论。而后一句，则是关于本书的实质性内容，是本书的主题。只是要真正理解和把握这两句看起来非常普通的话，需要在一个知识和学术传统的语境中，必须理解这本书所针对的问题和观念。

我分别道来，并且从结尾这句话开始。

—

1960年，科斯发表了张五常称之为“石破天惊”的《社会成本问

〔1〕 Robert Ellickson, *Order without Law, How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991, p. 1, 286. 以下引用此书都将页码（本书边码）置于文中。

题》,^[2] 不仅对经济学发展产生了重大影响, 而且创造了一个后来席卷——至少是——英美法学界, 几乎完全占领并替代了传统法学的法律经济学运动。^[3]

科斯的文 章给人的启发是多方面的, 对此已有很多论文分析。但也留下了一些问题, 至少是“含混”之处, 学者可以深入探讨。埃里克森的这个研究就针对了其中一个问题。

科斯的论文分析了一位放牧牲畜的牧主与相邻的一位种植作物的农民的冲突, 以此为例说明了一个后来被称为“科斯定理”的道理: 当交易费用为零时, 责任规则的改变不会影响资源配置。只要满足这一定理的大胆假定条件——零交易费用, 该定理预测, 要求牧主对自家侵扰他人之牲畜造成的损害承担责任, 不会令牧主减少自己饲养牲畜的数量, 他要么是建立栅栏防止牲畜越界, 要么更注意看管自家牲畜; 总之, 牧主会有法律激励, 采取一切成本合理的措施来管控自家牲畜。如果法律不要求牧主承担这种侵扰责任, 科斯推理认为, 潜在的侵扰受害者会付钱给他, 让牧主采取同样的措施来防范侵扰发生。简而言之, 只要是零交易费用, 不管责任规则如何, 市场的力量都会让所有的费用内化。在这样的世界中, “权利”不重要, 因为权利不改变资源的配置。

从这一分析中, 人们自然得出一个结论: 在真实世界中, 交易费用不为零, 产权的初始界定就变得重要了或是起作用的(科斯的话就是“property matters”)。但初始产权该由谁来配置? 又依据什么配置? 在这

[2] Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *J. L. & Econ.* 1, 15 (1960).

[3] 尽管深感痛心, 并强烈批评, 但耶鲁法学院前院长克隆曼在 1990 年代前期就不得不承认: 法律经济学已成为美国唯一真正有影响的法学流派。Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993, pp. 166-168; 到了 20 世纪末, 斯坦福法学院教授莱西格则称, “我们全都是法律经济学家了! ……法律经济学如今已是常规科学”。Lawrence Lessig, “The Prolific Iconoclast: Richard Posner”, *The American Lawyer*, Dec. 1999, p. 105. 法律经济学影响其实不限于英美, 对于欧洲大陆法学, 包括对欧陆法教义学的堡垒德国民法学, 同样有重大影响。1984 年, 欧洲建立了欧洲法律经济学协会 (European Association of Law and Economics), 每年都举办学术年会。

里，科斯的表述不那么明确。

“科斯在自己的整个学术生涯，”埃里克森公道地指出，“都强调个人有能力创造相互有利的安排，无需一个中央协调者的帮助”（页138）；因此，科斯并没明确指出产权的初始界定是如何发生的。但同样公道地，埃里克森也指出，“在分析法律的改变对人们的互动会有何后果时，科斯（确实可能下意识地）暗中假定了，政府垄断了规则制定的职能”（页139）。埃里克森引用科斯的话，“通过市场交易来修改权利的初始法律界定，总是可能的”（同上，着重号为埃里克森所加）。换言之，科斯似乎强调由国家来界定初始产权。

埃里克森认为这是一种“法律中心论”，即把法律，特别是把国家以合法的立法程序制定颁布的成文法律规则视为社会秩序和发展的前提。这种观点有悠久的历史。在近代，埃里克森将思想源流追溯到霍布斯。实践中，这可以说是现代工商社会、现代民族国家以及现代科学技术的产物。19世纪末以来，这种实践在世界各地先后出现，无论资本主义国家还是社会主义国家。不仅有全面计划经济以及与之相适应的全权主义社会实践；而且资本主义国家，即便不说第二次世界大战期间沦为法西斯的德、日两国，在英、美等国也有类似的趋势。例如在美国，19至20世纪之交的进步运动中就产生了大批强化国家管制的立法；罗斯福新政以后，特别是1960年代美国“伟大国家”的福利计划，更把这一实践传统推向了巅峰。

有学者分析批判了这种社会现象和趋势。如哈耶克将这种趋势称为“通向奴役的道路”；^{〔4〕}他晚年更撰写了《自由秩序原理》（《自由的宪章》）以及三卷本《法律、立法和自由》等著作。其中最重要的，在我看来可能有两点：一是强调法律与立法的区别，认为“真正的”法律其实是人们在社会行动中自发产生的秩序安排，而立法则可能有违自发秩序的

〔4〕 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版。

形成；二是强调自由，强调法律保护自由或法律之下的自由，强调自由宪章。^[5]正是在区分法律与立法之后，哈耶克对英美的法官立法，即普通法传统，给予了极高评价，尽管他的学术生涯注定了他对普通法之优点的理解有些偏颇。^[6]

以另一种方式，一些传统政治法律哲学家借助了“自由”的理念，强调法律，特别是通过立法和执法，更多保护公民自由，强调宪法和法律对政府活动的限制。然而法律是什么，不正是政府的活动吗？在这个意义上，他们的政治意识形态可能与哈耶克在一些具体问题的结论上完全对立，但思路上一致的。例如，哈耶克等人强调守夜人式的最小国家，强调以宪法和法律限制国家干预个人来保护自由，强调所谓的消极自由，这些人往往是自由至上主义者或古典自由主义者；而一些新自由主义者，则强调积极自由，强调国家通过更多积极的立法来保护公民的自由。

在这一背景下，科斯的《社会成本问题》以及由此引发的法律经济学运动，大致属于前一传统。只要阅读《社会成本问题》一文，就会发现科斯分析的一系列案例都来自普通法，特别是侵权法。法律经济学运动的重要命题之一就是“普通法有效率”，^[7]并以此来反对过度的政府规制。

以科斯为代表的这种学术进路到了1980年代后，在实践上取得了重大成果。通过减少国家对经济和社会事务的规制和管制，英美各国摆脱了70年代的经济滞胀，社会矛盾和冲突也相对缓和。计划经济国家开始了全面的经济体制改革，市场经济和个人自由得到了强调，经济与社会开始

[5] 哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1998年版；《法律、立法与自由》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版。

[6] 参见苏力：“《自由秩序原理》读书笔记”，载《中国社会科学季刊》（香港）1998年春季号；Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003, pp. 275-288.

[7] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little, Brown, and Company, 1992, ch. 8.

了新的发展，尽管有些国家如今还处于剧变后的恢复性发展进程中。在中国，经济改革和对外开放则带来了经济与社会的腾飞。

所有这些确实印证了产权的重要性。而权利，在上面提到的各派学者中，都以各种方式强调是由法律界定的。“法治”也因此成为这个时代一个有强烈意识形态意味的口号。特别是在今日中国，很多经济学家和对科斯定理有所了解的少数法学家都自觉倡导着，而更多的几乎占压倒性多数的传统法律人不自觉地提倡着，“市场经济就是法治经济”的命题变成了一个流行的口号。

但这里说的“法律”是什么？又是如何产生的？仅仅是通过立法机关依据合法程序制定出来的吗？如果是，这样的法律不就是哈耶克抨击的“立法”吗？尤其在没有判例法传统的中国以及其他大陆法系国家，如果说法律，几乎就等于立法。难道，在中国法治进程中，相关行业的利益群体就不会寻求以立法来固化甚至强化国家干预，甚至创造一些全新的规制吗？即便在普通法国家，以个案为基础逐步完善，法官造法可能在其专长的领域内（如侵权、商业组织等）创造更有效率的普通法，也会运用其司法权缓解某些立法的问题——例如在反托拉斯法案中创造的“合理原则”，但并非总是如此。^[8]事实上，有许多由法官判例界定的权利，特别是宪法性权利，已被证明问题很多。例如，1973年美国的若伊诉韦德案以及一些有关优待少数族裔群体的案件。^[9]

针对这些问题，法学界的通常做法，以及在当代中国也许正开始的努力：一是强调宪政，强调违宪审查或司法审查，试图以更高、更抽象的权利规则来制约立法和法律；二是区分所谓恶法和善法，强调所谓的自然法，试图用更抽象的规则来限制立法；三是强调程序正义或正当程序，但

[8] 参见波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版。

[9] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 153 (1973)；积极补偿行动案，例如 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) 以及 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U. S. 193 (1979)。

着重点仍然是“正义”或“正当”这些抽象的概念。在我看来，这几种应对措施，即便相互间吵翻天，功能上却大致相同，都试图以更抽象的概念或原则来回答特定问题上的权利界定。而这些概念或命题越是抽象，越是原则，越是争议，就越便于将自家想要的东西先塞进去再拿出来，暗度陈仓，因此其涵盖力、解释力也就越强。

我不笼统反对这种做法。因为这在许多具体时空都证明大致有效，而实用主义者和功能主义者不反对一切在实践中被证明有效的措施或制度，哪怕看出许多学者振振有词为之辩解的逻辑漏洞百出，无法自洽，甚至是“无害的谎言”（white lies）。

只是如果从学理上看，这些做法说不通。就以成文宪法的司法审查来说，所适用的条文还是制定出来的。不过是通过制宪会议这类特别立法机构制定的。而我们又何以得知这个规则制定权应配置给制宪会议，还是配置给宪法法院或最高法院呢？我们不过是为正当化这些国家立法而创造了另一个据说更高的立法机关，然后说这个更高的国家机关的决定不会错。按照这种方式，完全可以继续向上追溯，直到无穷或直到上帝（或那些世俗化或学术化的上帝——“自然”、“善”、“正当”、“正义”等）。当然可以，许多时候那也曾作为人们解决问题的一种途径。但是，“上帝死了”；宪法有时也不能解决问题——魏玛宪法并未阻止希特勒上台；司法审查出错的例子比比皆是，至少也是长期有争议的。^[10]

因此，如果追问权利界定，或权利渊源，仅仅追问法律不行，不断向上追问这条路从理论上看不保险；另一条路是向下追问。埃里克森在本书中就是向下追问，通过描述和分析美国加州夏斯塔县乡村居民如何化解因牲畜引发的种种纠纷，他的一个主要发现是，夏斯塔县的邻居之间运用

[10] 最突出的，如1857年有关已获自由的黑奴重新成为奴隶合宪性的斯各特案 [Dred Scott v. Sandford, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857)] 和1905年有关政府规制工厂女工工作时间的洛克纳案 [Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1905)]。