

现代主流经济学对制度“设计” 的误导和扭曲

——从法律对强者机会主义行为的约束谈起

朱富强^{1,2}

(1. 中山大学 岭南学院, 广东 广州, 510275; 2. 中山大学 经济研究所, 广东 广州, 510275)

摘要:基于自然主义思维,现代主流经济学不仅用供求博弈均衡来为这种现状提供合理性解释,而且根据力量博弈均衡来“设计”社会制度,结果,经济学从热衷于对社会正义的关注和社会制度的改造蜕变成成为既得利益和现实制度进行辩护的保守学说,并扭曲了立法的根本目的。事实上,法律的现实功能在于抑制机会主义行为以保障社会契约的履行,而强势者因拥有违反契约的更强能力而具有明显的机会主义倾向,因而立法的直接目的就是抑制强势者的机会主义行为。而且,法律本质上是为了理顺公共领域的社会关系,保障人民的应得权利,因而不应该是参与方之博弈均衡的简单体现。

关键词:自然主义;伦理实证主义;立法;机会主义;主流经济学

中图分类号:F091 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-9952(2010)04-0068-12

一、引言:现代主流经济学的制度“设计”思维

基于自然主义思维,现代主流经济学发展了成本—收益分析范式来探究个体的理性行为,基于功能分析来阐述事物的存在现状以及数字之间的联系,从而不仅用供求博弈均衡为社会经济现象提供解释,而且用实证分析为之提供经验依据。特别是,尽管新古典经济学的研究对象本来局限于人与物之间的私人领域,但随着经济学帝国主义的扩展,这种分析范式逐渐被拓展到人与人之间的互动领域,以致一些现代主流经济学家逐渐把社会制度也仅仅视为社会各种力量之间互动的演化产物,从而形成了为既得利益和现实制度进行辩护的保守学说。譬如,哈耶克就强调,法律本质上是基于社会习惯的私法,而这种私法往往是力量对决的产物,因而体现为基于力量进行分配的公平和正义。事实上,越来越多的现代主流经济学家开始倾向于把社会制度视为一种博弈均衡:肖特、培顿·杨以及萨格顿等都从演化博弈角度把制度视为源于习俗、惯例,而参与人的行为习惯则是自我形成而不需要第三方实施或人为设

收稿日期:2009-10-11

作者简介:朱富强(1971—),男,江苏丹阳人,中山大学岭南学院、经济研究所副教授。

计的;格雷夫、米尔格罗姆以及温加斯特等人则基于子博弈精炼均衡将制度视为博弈均衡衍生的约束。当然,肖特、萨格顿、培顿·杨、格雷夫以及青木昌彦等关注的主要是属于日常生活的低层次的非正式制度,它们往往局限于小范围之内,基于博弈基础上形成的非正式制度也主要对博弈参与者发生作用。但是,后来一群经济法学家却进一步将之拓展到法规乃至宪政性的高层次的正式制度层面,从而形成极具功能主义的经济分析法学流派。例如,经济分析法学的代表人物波斯纳就认为,法律的权威性不是在于它的公正性或正义性,而是在于它最适当地满足了人类的一定社会需要,为此,他认为,假如法律要想取得任何重大的进步,那么,今天和将来的学者们都必须被训练去实用主义的思考问题。

正是基于这种新实用主义思维,主流经济分析法学往往简单地接受新古典经济学的分析模式,选择基于供求的收益—成本分析框架作为法律实践的基本工具。例如,米尔顿·弗里德曼的儿子且也素以拥护自由市场出名的戴维·弗里德曼就写道:“我已经把经济效率当成一个规范性的标准来讨论,即其乃决定法律应该是什么的方法……而在立法的机制中,以金钱来作为衡量的价值比用一些抽象的幸福之单位来作为衡量的价值更切合实际”,事实上,“正义无法适当地解释法律,一则是因为数量多到令人吃惊的法律问题与正义无关,二则是因为我们没有适当的理论去判定哪些法律是正义的、哪些又是不正义的。……在许多、虽然很可能并非全部的案件中,显示我们认为是因为正义才给予支持的那些法规,其实是因为它们是有效率的。为了让这点更清楚,当我进行分析时,我已经完全忽视了正义的问题。”^①正是基于这种“价值不可知论”,一些主流经济分析法学把几乎所有领域中的案件都视为是在追求经济效益,把一切正义和道德都仅仅视为财富的最大化;而且,当面临财富最大化并不能保证所有人财富都增加时,他们又基于市场原教旨主义把自愿交易当成解决问题的依据。正因如此,法律的道德思考开始被法律的经济分析所取代,并根据力量博弈均衡来解释社会制度和基于效率原则来“设计”社会制度(朱富强,2007)。

问题是,法律本身所涉及的范畴根本不是私人领域而是公共领域,它不是对参与交易的少数特定成员之关系的界定,而是适用于一类相似者之间的关系。例如,法律一般不会干预夫妻之间在家庭内的性生活,但一旦这种性活动转到了公共场所,那么,法律就会加以干预和禁止。确实,私人之间的交易完全可以依凭参与者之理性互动加以解决,但这种理性决策又与他们各自所拥有的信息、地位以及相关的习俗、法律制度等密切相关。显然,法律制度在双方的交易之外,是对双方交易的调节,而不是双方交易的结果。那么,法律如何对私人交易进行调节呢?这就是法律以及法律经济学所要关注的根本问题。一般地,当两人之间进行交易而不存在法律制度约束时,交易的结果往往取决于两人所拥有的资源(信息、地位等),其结果也必然对拥有更多资源的一

方有利,甚至拥有资源的强势者可以随时实行机会主义而损害弱势者,而法律的设立正是要解决这些问题。因此,我们说,当某种约束突破原先的局部私人领域而形成某种一般性的法律规章,并对更多的相似人群发生作用时,这种法律规章必然就涉及对社会正义的认知,从而必然会打上人类的自主意识。这也意味着,法律制度安排不能简单地由参与方来决定,更不应该是基于参与方势力的博弈均衡之简单反映;相反,法律制度的设计和完善包含了第三方或社会的意识,是要对交易各方的应得权利进行界定。也即,法律要注重对弱势者权益的保护,要体现社会正义和人本关怀,而且,由于人们应得权利本身是随着社会经济的发展和人类需求的上升而演化的,因而法律要不断渗入人类不断积累的对社会正义的认知。法律本质上就应该是演化的和关怀弱者利益的,只有这样,才能为社会健康、有序地向前发展提供保障。所以,罗尔斯在《正义论》开篇就强调,正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样,一个法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。^②不幸的是,主流经济分析法学却基于博弈均衡来解释和设计社会制度,从而往往把强者所制定的实在法视为合理的存在,把供求决定的表象视为事物的实质,从而蜕变成了为实在法辩护、为既得利益集团服务的学说。为此,本文重新审视抑制强势者之机会主义这一法律本质的功能,并由此剖析现代主流经济学对法律制度所带来的理论误导和设计扭曲,进而又重新回到古典经济学的研究思维来探究、认识和改造现实社会制度的基本路线。

二、立法重在抑制强者的机会主义行为

根据现代经济学基于博弈均衡的理解,实在法是力量对比的产物,从而必然体现了强势者的利益和要求,并成为强者监督和约束弱者行为的重要工具。但从本质上讲,法律与其说是用来监督弱者的,不如说是用来抑制强者机会主义行为的。事实上,法律的根本职能就在于保障社会契约的顺利履行,从而保障社会秩序的稳定发展,因此,不管哪方违反了契约都要受到法律的惩罚,否则法律就会失去其权威性。在某种意义上讲,法律正是通过这种具有强有力的惩罚来抑制社会主体潜在的某些机会主义倾向,从而促进社会合作秩序的扩展。这可用图1所示的博弈矩阵来加以说明:左边博弈矩阵表示无约束的情况,其纯策略纳什均衡是(违诺,违诺),此时谁也得不到合作收益,但是,如果对违诺者处以惩罚并补偿守信者,那么该博弈的收益结构就会发生变化。现假设:某法律规定对违诺方处以8的惩罚,而补助损失方2的收益,则左边博弈矩阵就转化为右边形式,此时博弈均衡也就变为(守信,守信)。可见,正是法律制裁的存在改变了博弈矩阵,从而使合作变得更富有吸引力。

当然,尽管惩罚有助于合作的实现和扩展,但是,这种惩罚为何要依赖法

律之类的第三方约束，而不是博弈方之间相互实行的对方约束？其实，无论是理论推理还是艾克斯罗德等做的模拟试验都表明，人们往往可以借助两种策略实

	守信	违诺		守信	违诺
守信	5, 5	-2, 6		守信	5, 5
违诺	6, -2	0, 0		违诺	-2, 0
无外在约束的承诺博弈				法律约束下的承诺博弈	

图 1 法律对博弈均衡的影响

现合作解：一是“针锋相对”策略，二是“冷酷”策略，而且，根据这两大策略，如果所有博弈者一开始就相互合作，这种合作状态就会贯穿整个博弈过程。问题是对方约束仅仅在小范围且多次乃至无限次重复博弈的情形下才是有效的，而且，其有效性还取决于受害方能否以“以牙还牙，以眼还眼”方式对加害者进行报复。显然，这又取决于两个因素：一是对机会主义行为的识别，二是实行惩罚所付出的成本。前者主要受信息的不完全性、理性的有限性以及内生的机会主义的影响，信息越不完全，有限理性程度越低，潜在的机会主义倾向也就越大，从而对方约束的有效性越差。后者则主要与行为互动双方的力量对比以及对长期利益的认知有关，行为互动双方的力量对比越大，强势者为其机会主义行为所承担的损失风险就很小，从而对方约束的有效性就越差。

正因为对方约束的有效性往往依赖于信息状态和力量对比，因此，如果不存在体现社会正义的第三方约束，那么，越是强势者，就越不会遵守承诺或公认规则，越会展示其机会主义行径。正是相互的斗争导致了人类社会出现霍布斯意义上的“野蛮丛林”或亨廷顿意义上的“普力夺”的失范状态，以致强权成了公理的合法补注。于是，强势者开始成为法律的最高权威来源，甚至可以肆意地制定和改变法律。罗马帝国的统帅庞培就宣言：当我手中握有武器的时候，我为什么要尊重法律呢？^③这可从两方面加以理解：一者，正是自启蒙运动以降，人们在国家内部逐渐建立起了对强势者加以约束的法律规章，从而才会有较为稳定的社会生活和较为健康的社会秩序；二者，由于迄今为止国家之间还缺乏以强制力保障的法律规章，因而当前国际社会中就充满了强权主义和功利主义行径。事实上，西方列强面对弱小的发展中国家时就表现出明显的机会主义行径，如欧美入侵中国之初就是利用中国人的外交经验缺乏而诱骗中国签订了一系列条约，而在中国人逐渐有了经验后又不允许中国人违背原先订立的条约；但是，西方人在与中国打交道的过程中却根本不在乎是否存在条约，所以罗素说，“撕毁条约则是列强们的特权——一种每个列强都要弄过的特权。”^④

从某种意义上讲，正是基于“强权即正义”的逻辑导致了整个人类社会的纷争不断升级：第一、第二次世界大战以及二战以来世界各地的大小战争都是由于势力消长而重新争夺资源引起的。但这种不断升级的纷争却最终给所有人都带来了危害，这在两次世界大战中表现得非常明显。因此，痛定思痛，二战后世界主要国家决定设立国际性或区域性组织以及相应的国际法以

协调各国之间的利益而减少强权主义所诱发的战争,如联合国及其各种委员会、欧洲人权法庭、欧洲共同体法院以及非洲统一组织的调节、调停和仲裁委员会,等等。当然,国际法迄今为止还很不成熟,也缺乏强有力的执行机制,国际法惩罚效力的不足导致当今国际政治经济关系中的机会主义行为依然泛滥成灾,此时,国际秩序依然只能由那些强国充当“国际宪兵”来维持,那些强国当然也就不会遵守其承诺或那些公认规则。在这种情况下,强国的机会主义行径也最明显,那些明显有违公正的侵入都会被他们美化为正义的战争。如朝鲜战争、越南战争、伊拉克战争等都是如此。特别是,东、西方均势瓦解后美国成为唯一的超级强国,其机会主义行为就更加不受制约。美国当代著名政治活动家诺姆·乔姆斯基就指出,如果无赖国家的定义是指该国家藐视国际法,那么,美国长期以来一直是无赖国家中的无赖国家。^⑤

问题是,既然没有法律对强者更有利,那么,他为何又愿意“订立”或“接受”法律来限制自身的机会主义行为呢?这就涉及人类社会的对抗特性和人性特征。一者,无论是个体之间还是群体之间,人类社会都不能像其他生物那样通过一次性对抗就形成恒定不变的社会等级,与其他生物所形成的对抗及其结果根本上取决于那些难以改变的先天生理优势不同,人类则越来越主要地依赖于后天形成的智力以及群体间的合作力量。正因为人类个体或群体之间的力量对比是不断变化和消长的,因而人类社会基于武力的对抗就会是一个不断反复和加剧(改进武力)的过程,对抗中的暂时失败者将在忍受耻辱中积蓄力量以期在未来抗争中重新取得优势。事实上,一个身强力壮者今天可以迫使他人成为其奴隶,但是,他也难保明天不会沦为对方的奴隶,因为那些向强者屈服的行为往往只是暂时的行为,随时会准备取而代之。同样,没有任何国家和地区能够永远保持武力上的优势,前一轮的武力对抗必然孕育着新一轮的竞争,如此下去,人类社会就会陷入军备竞赛的恶圈,那些崇尚武力的文明之对抗不可避免地造成人类社会冲突的不断加剧,导致人类文明的毁灭。二者,人类又是理性的,这种理性使人类可以追求更长期的利益,从而努力吸取经验教训以避免不断循环和升级的对抗途径。事实上,正是经历了无数次战争,特别是第一、第二次世界大战之类的教训,越来越多的有识之士逐渐认识到:不能简单地把自然界的“优胜劣汰、适者生存”的规律应用到人类社会,遵循社会达尔文主义的规则的胜者最终将导致整个人类的崩溃;相反,人类社会要长期稳定发展,就需要统治者将力量化为正义,将服从化为责任,建立起照顾弱者的社会制度。正是基于这种认识,人类社会的法律制度才能真正建立,法律制度才会朝合理化的方向发展,这也正是“立法”的实质和根本要求。

可见,迄今为止人类社会的实在法具有这样两个特征:一是法律制度首先是由强者“设计”的,从而很大程度上体现了强者的意志;二是法律关注的主要不是短期利益而是长期利益,从而又必须对强者潜在的机会主义行为进行制

约。也即,强者为了自身的长远利益或共同体的整体利益,乐于制定法律来约束自身和共同体的行为以获得弱者的尊重和合作。在给定这种具有强制约束力的法律制度下,社会个体就可以基于私利最大化原则展开理性互动,从而又进一步形成各种习惯或非正式的社会制度。正因如此,我们不能混淆正式制度和非正式制度在形成路径上的差异,不能混淆个体的逐利行为和社会的立法活动,不能简单地把法律建立在力量对抗的基础之上,更不能把法律简单地理解为博弈均衡的法理化。罗尔斯强调,适用制度的原则决不能与用于个人及其在特殊环境中行动的原则混淆,因为制度是一种公开的规范体系,它确定职务和地位及它们的权利、义务、权力、豁免等。从某种意义上讲,法律是从整个社会的长期发展进行考虑的,由于强者更有能力破坏稳定的秩序,因而立法的直接目的就是要抑制强者的机会主义,这不仅体现对弱者的关怀,也是为了强者的长期利益考虑,从而是社会正义秩序的必然要求。因此,我们就必须对理想法和实在法进行区别,认识到实在法的二重特性。罗尔斯就指出:“一种制度可以从两个方面考虑:首先作为一种抽象目标,即由一个规范体系表示的一种可能的行为形式;其次是这些规范制定的行为在某个时间和地点,在某些人的思想和行动中的实现。”^⑩

三、理解和改造现实社会制度的理论反思

上面的分析表明,法律原初直接的功能就在于限制当事人尤其是强势当事人的机会主义行为,从而维持交易的公正、契约的遵守和社会秩序的有序,但现代主流经济学却主张,经济人不仅会在既定法律制度下利用其资源(地位、信息等)优势实行机会主义以最大化自身利益,并且经济人行为可在“无形的手”之预定协调下导向社会财富最大化,因而经济人行为既是有利的也是合理的。显然,这里潜含了一个循环悖论:既然经济人行为只有在既定法律制度的约束框架下才可以被看成是合理的,那么,又何以据主流经济学理论来“设计”法律制度呢?在某种意义上,这正反映出现代主流经济学以及主流经济分析法学内在的缺陷:一是它继承了古典自由主义的主张,政府不能救助那些在自由竞争中不幸落败的社会弱势者;二是它又受到了新古典主义的影响,政府在行政、立法或裁判上应采取措施以实现财富最大化。

事实上,承袭新古典经济学思维的现代主流经济学主要关注既定制度下的个体消费和生产行为这些私人问题,并基于“似乎”(as if)最大化原则为个体行为及其衍生出的社会经济现象提供解释和辩护,但对制度本身的存在目的和合理性却缺乏考虑,更缺乏对实在制度之异化及其改进方向和途径的关注(朱富强,2008a)。因此,把新古典经济学的研究思维简单地运用到社会制度的分析中,尤其是以此来设计和改造制度,显然就很不适合了。

从研究领域看,新古典经济学侧重于私人领域,并基于博弈均衡的分析仅

仅是探究个体之间的互动结构,同时,存在一个事先的预设:社会制度是既定的,也即,探究既定社会制度下个人如何按照博弈均衡理性地选择策略或行动,或者在不存在其他能够改变均衡或决定制度的情况下,制度如何取决于双方的博弈均衡。显然,这种学说并不适合于对立法和指导,因为立法属于公共领域的事务,关乎具体社会中人们的相互关系,并存在一个超然于博弈参与方之外并关注交易公正的立法者。

从分析路线看,新古典经济学主要对既定制度下的个体行为加以解释,或者基于供求框架和博弈均衡对实在制度加以解释,也即,这种研究思维仅仅告诉实在制度是什么,或者实在制度是如何产生的,最多是以伦理自然主义和伦理实证主义对实在法加以合理化解,而根本不能揭示实在法的缺陷并加以修订和完善。显然,这种分析路线无法用于立法工作,因为任何立法都首先要知道法律的“应然”特性,从而需要对法律的本质进行探究。一般地,全面的释法和立法之研究需要遵循从本质到现象的分析路线,应把对正义追求的“自然法”与对现象解释的“实在法”结合起来(朱富强,2008b)。

从法制内涵的理解上看,新古典经济学通过伦理实证主义而将实然上升为应然,从而将实在法合理化,也即,基于新古典经济学所“设计”的法律或者将强者的意志和利益合法化,或者为实在法辩护。其实,法律的合理性应该体现在对人们应得权利的界定上,体现在对社会正义和弱势群体的人本关怀上,而对社会正义的关注必然使之具有现实批判性。因此,体现博弈均衡的社会制度绝不是合理的,作为博弈方之外的研究者或者制度设计者也绝不应仅仅基于力量对比的博弈均衡来设计和修订法律制度。

从效率内含的预设上看,新古典经济学主张以效率原则来解释或设计法律制度,这种效率往往是整体性的而没有考虑分析成本和收益的具体承担者,结果往往只是体现了强者的效率,也即,这种效率原则是以强者的效率为先验预设。其实,效率仅说明达到特定目的之速度,特定制度所体现的效率会因目的预设不同而差异巨大。因此,合理的立法首先要对效率的目的加以确定和排序,而对效率内涵的确定本身就是一个关乎正义的议题。一般地,正义原则是立法的根本原则,我们不能因为某人效用更高或更有效率而将其他人的资源转移给他(朱富强,2009a)。

不幸的是,尽管在个体行为的准则和制度制定的原则之间存在根本性的不同:个体行为基于理性原则和效率原则,而制度制定首先是基于正义原则,效率原则主要体现在制度制定的程序上而不是制度制定的内容上,但在实用主义思维的支配以及经济学帝国主义的推动下,这种缺乏社会制度关怀的新古典经济学思维却被逐渐地应用于立法层面,从而造成了对立法的误导和扭曲。其实,从研究对象和思维特征来看,古典经济学与法律制度的研究更为接近:因为它主要集中于公共领域的探究,关注社会制度的建设和完善,关怀弱

势者的利益和应得权利;相应地,古典经济学不是简单地把法律制度视为供求力量的博弈均衡,也不是将制度的设计和完善建立在效率原则之上,而是努力把市场效率和社会公平结合起来。显然,如果要借鉴经济学理论来探究社会制度和理顺公共领域,那么更应该回到古典经济学中去,更要从古典经济学家而不是新古典经济学家身上吸取思维的营养。

一般地,古典经济学在剖析和改造社会制度时遵循着从本质到现象的分析路线:首先对社会制度的应然性进行探究,从而为社会制度改造提供参照方向,其次对社会制度的实然性加以剖析,探究其产生原因和存在条件,最后是对社会制度加以改造,对改进措施的合理性和可行性进行权衡(朱富强,2009b)。显然,这条研究路线实际上把对正义追求的自然法与对现行解释的实在法结合起来。其中,自然法体现了人类的社会理想,而实在法体现了法律的现实状态。实际上,这种社会制度的解释和改造途径也为众多的法学家、政治哲学家所自发遵行。在何怀宏等看来,罗尔斯的“正义论既可以满足那些仍缅怀和执着于构造某种永恒正义理论的人的思辨兴趣,又可以为那些焦灼地面对社会现实中的严重不正义而绞尽脑汁的人提供某些理论根据或启发;既可以说通过强调他的两个正义原则的平等主义倾向和展示社会的理想状态,而为抵制和反对政府政策的新老“左派”提供了某种支持,又可以说通过强调人人都享有平等的自由权利、强调设计社会基本结构要考虑到稳定性和可行性,而为政府和右派作出某些辩护和建议。”^⑦

其实,尽管现代主流经济学鼓吹社会制度是基于力量博弈的演化产物,但是,任何社会制度都会渗入人类社会不断积累的有关社会正义的认知,任何社会的长期存在都依赖于对“基本善”的关注。例如,罗尔斯就指出,尽管人们在应当运用哪个原则来确定他们联合体的基本条款上纷争不已,但他们每个人都有一种正义观,他们懂得他们需要一系列特殊原则来划分基本的权利和义务,来决定他们心目中的社会合作的利益和负担的适当分配;而且,那些抱有不同正义观的人还是会一致同意:在某些制度中,当对基本权利和义务的分配没有对个人之间作出任何任意的区分时,当规范使各种对社会生活利益的冲突要求之间有一恰当的平衡时,这些制度就是正义的。^⑧也即,任何实在制度都内含了两方面内容并呈现出双重特性:一是反映一定的社会力量对比关系,从而体现了某种有利于强者的掠夺性;二是渗入特定时期的社会伦理,从而体现了照顾弱者的正义性。这里作一简要分析。

一方面,任何实在法基本上都是由强势者制定的,从而体现了他们的利益和意志,并产生了对他们有利的分配体制。一般地,社会公权力的分配越不平衡,越是集中于一小撮人手中,那么,实在法所呈现的掠夺性也就越强烈,此时,社会大众的应得权利就会遭到抹煞,弱势者的福利提高与整个社会的财富增长之间就会呈现出明显的不同步性,从而加速社会中相对和绝对的贫困化

现象。例如,在早期资本主义社会,集中了社会公权力的少数人就可以通过立法把源于他人或者前人所积累的物化劳动攫为己有,从而形成了具有强烈剥削性和掠夺性的劳资关系。当时的学者扎伊尔就明白无误地写道:“如果资本本身并非来源于盗窃和诈骗,那么,为了使继承神圣化,仍然需要有立法的协助”,同样,“人怎样成为生产基金的所有者?他怎样成为用这些生产基金生产出来的产品的所有者”?也是“根据成文法”。^⑨而且,由于在迄今为止的漫长人类社会,实在法基本上都是由强势者决定,强势者必然要逼迫弱势者付出更多的劳动而从中获得各种转移收益,这也是实在法的功能为何长期被局限于监督这单一维度的重要原因。

另一方面,法律制度的根本目的是要调整公共领域的社会关系,这种关系包含了特定时期的社会习俗和文化伦理,从而不能简单地建立在个体之间的力量博弈之基础上。一般地,实在法与社会文化伦理关系越密切,且文化伦理越重视社会需求与合作,那么,实在法所体现的正义性也就越强烈。此时,社会大众的应得权利得到尊重和保障,弱势者的福利提高与整个社会的财富增长之间就呈现出明显的同步性,从而有助于充满正义和关爱的和谐社会的建立。其实,人们对社会正义的认知本身就与其文化习俗相关,桑德尔就指出,正义原则应从特殊共同体或传统中人们信奉或广泛分享的那些价值中汲取道德力量,正义原则及其证明取决于它们所服务的那些目的的道德价值或内在善。^⑩正因为体现文化习俗的社会正义观通过各种途径渗入到社会制度中,因而即使在掠夺性极其强烈的早期资本主义社会,工人所获得的工资也不是被限制在基于供求关系所决定的“最低生存工资”,而是包含了一定的社会习俗、伦理道德的因素;同时,针对当时非常低下的契约工资,斯密等都期待通过允许成立工会、颁布工厂法、劳动法等措施来增强工人的谈判势力,从而促进有利于工人收入的分配体制。

当然,实在法中的掠夺和正义这双重特性在不同时期所占的比重是不同的。一般地,随着社会公权力的分散,实在法中的正义因素将会增长。米勒写道:人们将越来越认识到,“社会(应当)被当作这样的有机体,其中每个成员的成功要求其他所有成员的合作,而社会正义的目标则是确定能够使每个人为社会幸福做出充分贡献的制度安排。”^⑪例如,《新约·帖撒罗尼迦后书》中说“若有人不肯工作,就不可吃饭”,但是,按照现代社会对正义和法律的认知,这种说法明显违背了社会正义的要求。事实上,由于在饥民和社会其他人之间明显存在着极严重的能力不平等,那些没有工作的饥民是不可能通过找到有报酬的工作而度过饥荒生存下来的,因而他们也有向社会其他人求助的合理要求。正因如此,当1973年埃塞俄比亚发生饥荒时皇帝塞拉西却引用《圣经》训诫而不肯安排赈灾救济时,一场流血的起义最终推翻了塞拉西的统治。^⑫其实,这种情形在古今中外都屡见不鲜:每当人们在特定社会制度下无法生活下

去时,就会出现整个社会制度的变革。

可见,任何涉及公共领域的法律制度之完善和改进都不仅仅是个体利益最大化的问题,更不是建立在纯粹力量博弈的基础之上;相反,它必然会涉及对社会正义和伦理道德的关注,必须着眼于社会的长期有序发展,充分关注弱势者的利益要求。例如,《婚姻法》规定,夫妻中有过错的一方将承担更大的离婚成本,获得更少的共同财产,这是基于社会的正义认知而不是双方的博弈均衡。同样,现代社会往往对小孩和老人有各种福利优惠,如交通优惠、旅游优惠等,这也不是由基于力量的博弈均衡决定的,而是体现对这些弱势群体的关爱。对老人关爱,是因为现在的壮年者都会年老;对小孩关爱,因为壮年者也都曾年幼并享受前人的关爱。

当然,对小孩、老人以及女性的制度关怀主要是现代社会才正式确立的,这体现了人们的认知变化。一般地,随着人们对社会正义的认知深化,法律制度安排中所渗入的社会正义因素也越来越丰满。例如,早期社会关注的人人平等仅仅是法律面前的形式平等,但后来人们逐渐认识到,只有相同的人才可能有真正的平等,而个体本身却由于其自然的或社会的因素而不是同质的。因此,随着对平等内涵和维度的理解深化,法律制度安排也被要求对具有差异性特征个体实行差别待遇,而不是局限于形式上的“人人平等”,因此,基于自然主义思维的新古典经济学并不适合关乎公共领域的法律制度研究,更无法仅仅基于收益—成本框架进行法律的改进或设计。事实上,尽管法律的经济分析可以对实在法提供一定程度的解释,或者仅仅是把现存的法律合理化,却无法“设计出”一种“合理”的法律。相反,任何法律制度都必然体现了一定的社会正义,都需要关注社会的长期发展。因此,社会制度研究不仅要看到现状,更主要是能揭示其合理状态,以此合理状态为社会制度的改造提供方向,而这可以从古典经济学中吸取思维的营养。

四、简短结语

就法的本质和起源而言,它根本上是为了推进社会进步和增进社会协调而产生的,从而体现了人们之间的互惠协作关系。正因如此,长期以来,立法往往并不是对社会直接管制的武士阶层之职责,而是受热衷于思考社会秩序的哲学家之思想支配。事实上,任何社会、任何时代都存在一群关注人类社会长期发展而具有强烈责任感的知识分子,他们对人类社会的现状、问题、未来发展方向以及实现途径等展开了全面而系统的探索,并基于一定程序将这种探索成果法典化而形成了人类社会秩序。因此,立法并不仅仅是强者意志的反映,同时也体现了对弱势群体的关怀。而且,社会正义在法和立法中的渗透还可以从如下两方面加以说明:一者,社会舆论往往是立法的先导,而体现正义的社会舆论比体现力量的阶层舆论更有力量,因而实在法往往也反映了那些弱势者的声音;二者,

在现代社会中,由于全民的民主投票往往是法律制定的基本程序,社会立法也可以反映多数人的利益和要求。当然,在现代社会中,社会大众在人数上的多数却正对应着势力上的弱势,因为多数者往往更难形成大的集体行动,从而导致法律带有更强烈的少数强势者的烙印。现代社会的实在法受人数和势力的双重影响,而具体呈现何种特征则取决于这两种力量的消长,但不管如何,这种实在法并非就是合理的,而合理性的判断正是法律制度研究的基础。

显然,公共领域和私人领域之间存在着一条明显的界限:在私人领域,个人可以按照最大化自身效用的方式采取理性的行动,但是,在公共领域,社会制度的设立就必须照顾到弱者的权益。这意味着,社会制度的设计不能简单地基于个体理性的行为原则,更不能简单地把个人之间的力量博弈均衡视为立法的合理依据,而是要对人类社会不断发展的正义和基本善进行梳理和探索。事实上,正如台湾的林立指出的,法律和经济学所追求的是不同的价值,经济效率并不是法律的最终目的,就算法律中也有对效率的追求,但那也通常限于涉及市场交易的法律领域,至于非市场交易的领域,经济分析是派不上用场的。而且,就算在涉及市场交易的法律领域中有追求效率,但仍以不与正义发生冲突为原则。^③一般地,供求关系体现了社会各阶层的力量对比,因而由供求关系所决定的社会制度必然体现为强势者的意志和要求。正是基于自然主义思维和伦理实证主义价值观,主流经济学理论指导下所“设计”的法律往往简单地基于力量博弈均衡来把“事实规则”合理化和扩大化。不幸的是,在经济学帝国主义的推动下,这种边界却被忽略了,以致新古典经济学的研究思维和分析范式肆无忌惮地被应用到了法律制度的解释、设计和修改上。尤其是,当前国内一些热衷于宣扬主流经济学理论和思维的“主流”经济学者,极力搬用适用于相对成熟市场下解决私人领域问题的新古典经济学理论来解决当前国内市场很不完善下的公共领域问题,从而就不可避免地扭曲了法理和法治,并导致囚徒困境在整个社会中的泛滥。

注释:

- ①⑬ 转引自林立:《波斯纳与法律经济分析》,上海三联书店 2005 年版,第 21 页,第 4—5 页。
- ②⑥⑦⑧ 罗尔斯:《正义论》,中国社会科学出版社 1988 年版,第 1 页、第 51 页、译者前言、第 3 页。
- ③ 蒲鲁东:《什么是所有权》,商务印书馆 1963 年版,第 280 页。
- ④ 罗素:《中国问题》,学林出版社 1996 年版,第 42 页。
- ⑤ 周天宇:“乔姆斯基新书称美国是‘无赖国家中的无赖’”,<http://www.neworiental.org/publish/porta10/tab466/info403554.htm>,2006-08-03。
- ⑥ 参见 Marx K:“Economic and Philosophic Manuscripts of 1844”,Buffalo,New York,1988,第 35 页。

⑩桑德尔:《自由主义与正义的局限》,译林出版社 2001 年版,第二版序言。

⑪米勒:《社会正义原则》,江苏人民出版社 2001 年版,第 4 页。

⑫森:《论经济不平等/不平等之再考察》,社会科学文献出版社 2006 年版,第 291—292 页。

参考文献:

[1]罗尔斯. 正义论[M]. 北京:中国社会科学出版社,1988.

[2]米勒. 社会正义原则[M]. 南京:江苏人民出版社,2001.

[3]桑德尔. 自由主义与正义的局限[M]. 上海:译林出版社,2001.

[4]朱富强. 法经济学在立法中的应用审视:主流的经济分析法学之批判[J]. 北方法学, 2007,(5):71—82.

[5]朱富强. 西方主流经济学潜含的意识形态之表现及危害[J]. 马克思主义研究,2008a,(4):52—58.

[6]朱富强. 两类立法原则之评述:法理的基础[J]. 制度经济学研究,2008b,(3):56—78.

[7]朱富强. 现代主流经济学的效率概念是价值无涉的吗:效率原则的实践后果及科斯中性定理反思[J]. 学术研究,2009a,(10):79—84.

[8]朱富强. 从本质到现象:比较制度分析的基本路线[J]. 学术月刊,2009b,(3):79—87.

Misguidance and Distortion of System Design by Modern Mainstream Economics: A View of Legal Limitation on the Strong's Opportunism Behaviors

ZHU Fu-qi^{1,2}

(1.Lingnan College, Sun Yat-Sen University, Guangzhou 510275, China;

2. Institute for Economics, Sun Yat-Sen University, Guangzhou 510275, China)

Abstract: Based on naturalism, mainstream economics not only gives a reasonable explanation for current social systems, but also designs them based on game equilibrium. As a result, economics becomes a conservative doctrine justifying the vested interest and realistic system, and distorts the basic purpose of legislation. In fact, an important function of law is to guarantee the implementation of social contracts by restraining opportunism behavior, and its direct aim is to curb opportunism behavior of the pre-eminent. Meanwhile, the essence of law is to put social relation in order and guarantee people's deserved rights, so law should not be the simple embodiment of game equilibrium among participants.

Key words: naturalism; ethic positivism; legislation; opportunism; mainstream economics

(责任编辑 金 澜)