



熊秉元 著

法的经济解释

法律人的倚天屠龙


人类行为
汇集，呈现
社会现象

自利和理性
谱写价值的多样性
进而引发冲突

法的智慧
贯穿历史的光谱

从除弊
到兴利
弱化冲突、增添福祉
铸造法律人的倚天屠龙



人民东方出版传媒
 东方出版社

法的经济解释

法律人的倚天屠龙

熊秉元 著

 人民东方出版传媒
东方出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法的经济解释: 法律人的倚天屠龙 / 熊秉元 著. — 北京: 东方出版社, 2017.3
ISBN 978-7-5060-9570-9

I. ①法… II. ①熊… III. ①经济法—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2017) 第050875号

法的经济解释: 法律人的倚天屠龙

(FA DE JINGJI JIESHI: FALÜREN DE YITIAN TULONG)

作 者: 熊秉元

责任编辑: 许剑秋 张军平

出 版: 东方出版社

发 行: 人民东方出版传媒有限公司

地 址: 北京市东城区东四十条113号

邮政编码: 100007

印 刷: 北京汇瑞嘉合文化发展有限公司

版 次: 2017年5月第1版

印 次: 2017年5月第1次印刷

印 数: 1-10 000册

开 本: 880毫米×1230毫米 1/32

印 张: 8.625

字 数: 119千字

书 号: ISBN 978-7-5060-9570-9

定 价: 45.00元

发行电话: (010) 85924663 85924644 85924641

版权所有, 违者必究 本书观点并不代表本社立场
如有印装质量问题, 请拨打电话: (010) 85924716

法律经济学的“海阔天空”

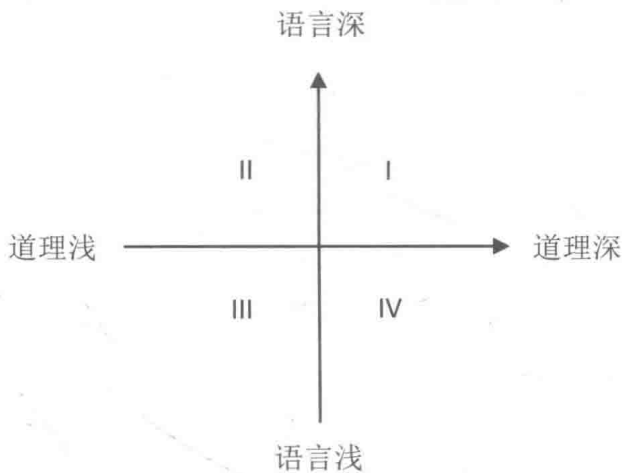
用黄家驹先生的《海阔天空》来概括熊秉元教授对“法律经济学”的“教与学”，再恰当不过了。正所谓：“从没有放弃过心中的理想”，“风雨里追赶”，“天空海阔你与我。”经济学之于新中国的命运，我有概括性的总结：新中国成立后的前三十年，“政治经济学”是显学；改革开放三十年，“制度经济学”为显学；经济学之于中国未来，也许不止三十年。我斗胆地预言，“法律经济学”将成为显学。“法律经济学”以及熊秉元先生作为该学科的研究者和布道者，必将“海阔天空”！

对应英文中的 Law & Economics，中文中有法律经济学、法经济学等称谓，早先还有望文生义的“法和经济学”或“法与经济学”等译法。我认为法律经济学这五个字最为恰当，因其主旨就是用经济学的理论和方法研究法律问题，或简称“法律的经济分析”。至于为何英文不用 Economics of Law 或 Legal Economics，只是约定俗成而已。

与法律经济学互为表里的“经济法学”是研究经济法的法学学科。法律经济学和经济法学两者虽然相关程度较高，但一个属经济学门类，另一个属法学门类，研究视角和思维习惯大有不同。

目前，英文版的法律经济学的学科手册（*Handbook of Law & Economics*）和学科全书（*Encyclopedia of Law & Economics*）都已齐备，教材和讲义也有多种，著作和论文更为繁多。但是，中文语境下，密切结合中国法律的法律经济学研究成果仍然薄弱。按照国务院学位委员会和教育部的规定要求，天津财经大学和浙江大学在应用经济学一级学科博士学位授予权下，希望能先后设立法律经济学博士点。这应该说是很有意义的探索尝试。作为这两个法律经济学博士点的倡导者，熊兄与我相互切磋助力，我从中受益良多。我们甚至还定了“君子协定”，即一旦在公众场合有思维陈旧、废话啰嗦迹象时，就应相互提醒，及时制止，以免丢丑而不自知。

“两线三区四象法”是我们试图创建的法律经济学的基本分析方法。借用其中的“四象法”可以构建如同下图的四个象限：I.“语言深+道理深”；II.“语言深+道理浅”；III.“语言浅+道理浅”；IV.“语言浅+道理深”。这四种组合对概括经济学的现状和发展问题简单明了。有兴趣者也不妨给经济学家或经济学论著按图索骥。在几个象限中都能游刃有余的高手微乎其微。



少量业内学者（小同行）属第 I 象限——阳春白雪，和者盖寡，但可自娱自乐。确有不少学者的文章或论文属第 II 象限，貌似精深，其实浅白，而且势头不减。第 III 象限暂且不谈。第 IV 象限，既“进得厅堂”，又“下得厨房”，诺贝尔奖得主罗纳德·科斯（Ronald Coase）堪称典范。从我多年的教学与科研实践中，发现一个耐人寻味的现象，就是经济学专业或学习经济学课程的学生，从学士到博士，真正融会贯通经济学思想，掌握熟用经济学思维的比例不会太高。法学院的学生是否会更难？所以，第 IV 象限的套路对法学院的学生而言可能更适合。

熊兄的著作和文章的特点是在第 IV 象限。本书又是一例。熊兄自己将其定位为“为法学院的新鲜人而作”是恰当的，便于“直接和学子/读者对话”也是可以预见的。他常讲，“真佛只讲家常

话，道理可以浅中求”。我深信此言不谬。

关于这本《法的经济解释：法律人的倚天屠龙》，我还可以补充一二。在性质上，这本书是“法律经济学”的基本教材。和外文的类似著作相比，有一些差异。首先，众所周知，“法律经济学”这个小学科，是利用经济学的分析工具，探讨各种法学问题。在开疆辟土的阶段，最好先由经济学者担纲。虽然他们对于“法学”问题，或许稍有隔阂，但对于经济分析这套工具以及精髓所在，他们稍有比较优势。

其次，在英美法系社会，法律经济学通常是遵循传统，以“财产法”“契约法”和“侵权法”划分。而且，在西方法学传统里，道德哲学几乎是法学的脊梁。相形之下，大陆法系社会里，特别是在中文世界里，没有这些包袱，反而有较大的弹性，有较大的挥洒空间。

再次，学科的推广，可以循正常通道，在学校里通过课程，逐渐积累。然而，至少在目前(2017年)，至少在中文世界里，能在法学院里讲授法律经济学的师资，屈指可数。因此，另一种推广的方式，就是提供适当的材料，让有兴趣的学子和专业人士，能够通过阅读，自己掌握法律经济学的基础知识。

这本《法的经济解释：法律人的倚天屠龙》和熊兄先前的《正义的成本：当法律遇上经济学》《正义的效益：一场法学与经济学的思辨之旅》，就是自学自习的材料。而且，他辅助性的《解释的工具：生活中的经济学原理》《优雅的理性：用经济学的眼光看世界》和《生活的经济解释：经济学的诗和远方》等，无论在深度还是广度上，都已经相当充分。大学一年级以上的学子，只要慢

慢浏览、细细琢磨、不时思索，毋庸外而求也，自己就可以登堂入室。以这些材料，在中文世界里推广法律经济学，我预祝他开疆扩土，开花结果！

于立

（作者曾任天津财经大学副校长。天津市人文社科重点研究基地——法律经济分析与政策评价中心主任，国务院反垄断委员会专家咨询组成员，东北财经大学产业组织与企业组织研究中心学术委员会主任。）

重新发明轮子

一个学科成熟的标志，是有基本的教科书，把这个学科众议公认的材料，介绍给学子们。而且，还有许多相关的著作，帮助学子们进一步探索。中文世界里，“法律经济学”的教科书和相关著作，也逐渐露面问世。

我笔下的三本书——《正义的成本：当法律遇上经济学》《正义的效益：一场法学与经济学的思辨之旅》以及这本书，也属于这一类。稍微精细一点，前两本书可能适合法学院大三以上的同学；这一本，则是为法学院的新鲜人而作。希望他们在接触法学的时候，就有机会接触到有别于传统法学的“法学绪论”。

这本书的性质和内容，值得稍作介绍。首先，因为开设“法律经济学”课程的法学院还很有限，能担任这个课程的老师也不多。因此，撰述时，我希望直接和学子/读者对话，学子/读者能够自修自习，无须假手他人。其次，学习一门学科，是一个熟习和消化的过程，重要的概念和观点，可能以不同的方式，多次呈

现。加黑注明的部分，更是关键所在，值得反复琢磨。

再次，除了正文之外，每一讲都附有两个作业题，在作业题之后，都附有“参考答案”。但是，学子/读者不妨另辟蹊径，思考其他可能的响应。毕竟，“参考答案”是作者的观点，琢磨出自己的体会，才是自己的心血。而且，培养学子/读者的思索分析能力，更是这本书的目标之一。

还有，既然是基本材料，值得多读几次。每次看时，不求快，最好同时在每页旁白处注记，不论是自己的心得还是不同的意见，都值得记下。过一段时间再看，相信对本文和自己的注记，都会有不一样的体会。点点滴滴，自己的功力就慢慢累积精炼而成。

众所周知，千百年来，法学有着高贵而尊荣的传统。历来的硕儒巨擘，对法学有诸多精湛绝妙的阐释。然而，毫无疑问，1960年由美国芝加哥大学发轫的“法律经济学”（或“法律的经济分析”），对法学提出截然不同的解释。就法学而言，这是不折不扣的“重新发明轮子”（reinventing the wheel）！然而，当初法学界的嘲讽调侃排斥，现在早已是过眼烟云。不但在美国的法学和法学院里，由一席之地而渐渐成为不可或缺，甚至成为主流。在各级法院和最高法院里，法律经济分析已经登堂入室而且高居厅堂之上。

和中外类似的法律经济学教科书/讲义相比，本书有两点特色，值得稍稍自矜自是：第一，利用前四讲的篇幅，明确地标出经济分析的基本架构。而且，利用“基本单位—行为特质—加总/均衡—变迁”的架构，一以贯之地处理诸多法学问题，包括阐释最抽象、层次最高的核心——“正义”的概念。第二，本

书的理论是基于真实世界，明确提出“实证法学”(a positive theory of law)的概念，并且和传统“规范法学”(a normative theory of law)相对照。在方法论上，本书的这两点都稍稍有新意，而且有待进一步阐扬推广。

除此之外，在引介经济概念和分析架构时，全书不用方程式、数学。主要运用的是文字叙述，以及简单易懂的辅助图形。还有，生活中触手可及的经验，也是阐明理论的重要依据。原因很简单，真佛只讲家常话，道理可以浅中求。

“重新发明轮子”，言外之意有不少黑色幽默。然而，奥运跳高项目，由剪式、滚式到背越式，也是在重新发明轮子(新的过竿方式)。经济学者把经济分析引入法学，性质上也是如此。无论结果如何，至少意味着“周虽旧邦，其命维新”的契机！

本书完成之后，除了请学友批评指教之外，也作为课程的教材。在浙江大学等多所高校的“法律经济学”课程里，是作为必读数据和课堂讨论的起点；在为法官和检察官规划的“特别营”里，也提供给一线的司法专业人士参考。由开始撰写到完成，花了三个月的时间；完成之后的修改，大概花了两倍的时间。成果不尽完善，只能说是差强人意，适合作为引玉的砖瓦！

第一篇 分析架构

各种社会现象，都是由人类行为汇集而成，社会科学的功能，就是针对社会现象（而非自然现象），尝试提出合情合理的解释。这一篇的前四讲，就是构建社会科学的基本架构。第五讲是案例分析，把基本架构和社会现象作一联结。对于社会科学研究者而言，这个世界是有意义的，可以“以理解之”！

第一讲 分析架构和层次 / 003

第二讲 行为特质和规则 / 016

第三讲 加总和均衡 / 031

第四讲 变迁 / 044

第五讲 借刀杀人，刀当何罪？
——案例分析（一） / 057

第二篇 法律的由来

法律的形成和变迁，也是社会现象之一。对于法律的基础，传统法学多是立足于道德哲学。相形之下，社会科学追本溯源，由初民/原始社会开始，描述法律的出现、性质以及道德的功能。第二篇的意义，是在第一篇的基础之上，建构“实证法学”(A Positive Theory of Law)。

第六讲 原始社会的律法 / 071

第七讲 罪与罚 / 082

第八讲 刻画道德 / 092

第九讲 政治过程和法律 / 104

第十讲 七年之痒特效药问世?
——案例分析(二) / 116

第三篇 法内法外

正义的理念，贯穿法学和司法运作。社会科学 (social sciences)，是由法学之外的视角，对法律作更全面的检视。还有其他关键性的因素，对法学和司法运作有着不可忽视的影响。这一篇里，将探讨一个重要的影响因子：信息 (information)，是隐身于法学内部的主导力量。

第十一讲 司法运作和贴标签 / 131

第十二讲 司法运作和放讯号 / 144

第十三讲 信息和司法运作 / 155

第十四讲 社会科学的养分 / 167

第十五讲 虚拟的权利，权利的虚拟
——案例分析 (三) / 180

第四篇 游于艺

“工欲善其事，必先利其器”。同样的道理，要学好法律，最好先掌握学习的态度、方向和技巧。这一篇的各个讲次，就是针对“学好法律”娓娓道来。而且，更进一步阐明，如何体会法学的智慧结晶，如何优游于法学的智慧资产财富之中。

第十六讲 单一权威和第六伦 / 193

第十七讲 无知之幕与科斯定理 / 206

第十八讲 学海优游益智游戏 / 218

第十九讲 学好法律 / 230

第二十讲 冲突不是坏事
——案例分析（四） / 244

第一篇 分析架构



各种社会现象，都是由人类行为汇集而成，社会科学的功能，就是针对社会现象（而非自然现象），尝试提出合情合理的解释。这一篇的前四讲，就是构建社会科学的基本架构。第五讲是案例分析，把基本架构和社会现象作一联结。对于社会科学研究者而言，这个世界是有意义的，可以“以理解之”！

第一讲 分析架构和层次

宗旨

第一讲有两个重点：第一，标明作者（我）所认定的、法律经济学的重要智慧结晶。第二，介绍经济分析的结构，以及下面各讲希望阐明的理论层级。

智慧结晶

法律经济学，是利用经济学的分析架构，探讨法学问题。依我浅见，主要的四点体会如下：第一，先了解社会，再了解法律。第二，让证据说话。第三，法律的功能未必是追求公平正义，而是处理价值冲突。第四，法律的功能，过去是以除弊为主，今后则是以兴利为主。

分析架构

在很多经典经济学教科书里，都尝试总结经济学这个学科的精髓。譬如，保罗·安东尼·萨缪尔森（Paul Anthony Samuelson，1915–2009）的《经济学》和尼古拉斯·格雷戈里·曼昆（Nicholas Gregory Mankiw）的《经济学原理》。中文世界里，张五常的巨著《经济解释》，已经有经典的地位。此外，拙作《解释的工具》总结经济学，也可以参考。

相形之下，依我多年沉吟，经济分析的架构可以利用图 1-1 表示。分析架构有四个环节：分析基本单位、行为特质，加总和均衡，变迁。

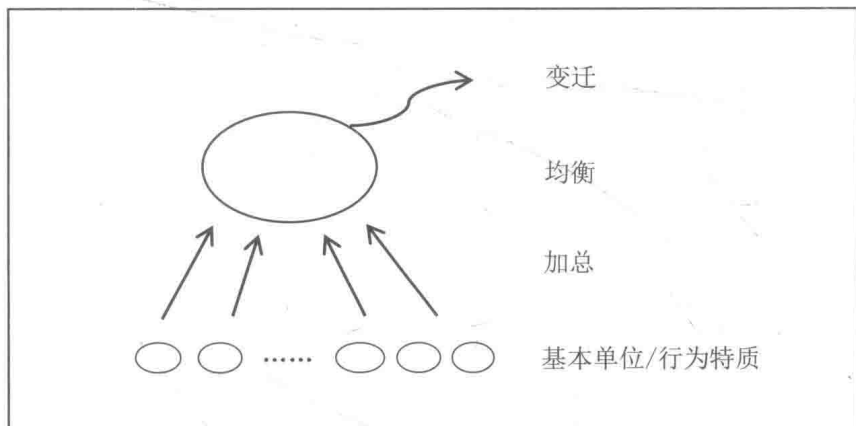


图 1-1 经济分析基本架构

分析架构：初释

对一位生理学家来说，可能把人体分成骨骼、血液等，然后把细胞当成是基本的分析单位。同样的，经济学者逐渐归纳出的理论架构，也有分析的基本单位——个人，而不是更大的单位（家庭），或更小的单位（原子、分子）。

简单地说，经济学的发展过程，有两大阶段：前一个阶段是探讨“经济活动”，主要是指生产消费、买卖交易、货币金融等。慢慢地，经济学者归纳出一个简洁的架构，可以探讨各种经济活动。后一个阶段，大概是由1960年起，经济学者福至心灵，发现可以把分析架构抽象化。利用同样的架构，不只可以分析“经济现象”，也可以分析“社会现象”“政治现象”等。因此，经济学者开始进入社会科学的其他领域。

这种延伸和扩充，在其他领域里也屡见不鲜。譬如，由绘画中归纳出“美学”的概念，可以运用在摄影、设计、电影、小说等范围。由研究战争和冲突所发展出的“博弈理论”（game theory），可以用在商业、政治、家庭、男女恋爱，乃至个人和自己的挣扎里。用成语来表示：以简驭繁，一以贯之！

理性自利

个人是分析的基本单位，而关于人的特质，经济学者归纳出两点：理性和自利。理性（rational），是指人这种生物能思索，

也会思索。自利 (self-interested) ——不是自私 (selfish) ——是指人这种生物，会做对自己有利的事。利益，包括物质和精神，也可能包含别人的利益。

理性

图 1-2 展现理性和“不理性”。常态分布的两端，左边的 5%，是住在精神病院，思索的能力和内容与多数人不同的人。右边的 5%，是喝了两瓶五粮液或金门高粱酒的人，不能思索。这些人的行为，适合由生理学家和精神科专家研究。中间 90% 的部分，是一般人、正常人，是能动脑筋思索的生物。

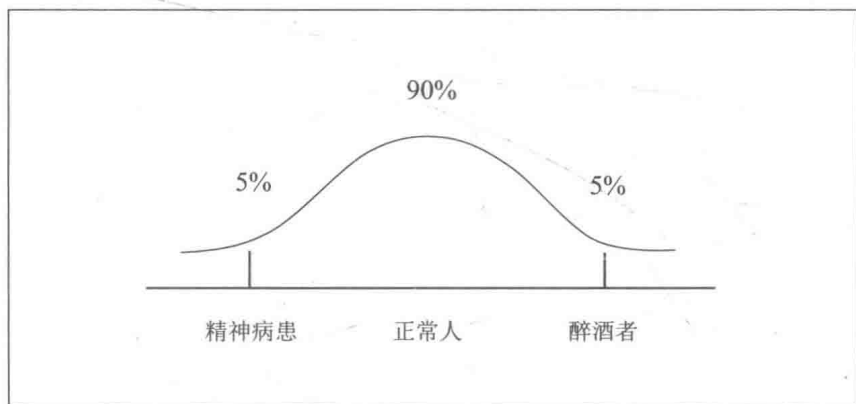


图 1-2 理性和不理性

关于理性，可以澄清一些常有的误解。首先，图 1-3 画出几

个时点： t_1 是公证结婚时，双方满心欢喜，誓言白头偕老、至死不渝； t_2 是蜜月期已过，柴米油盐酱醋茶的日子； t_3 是彼此如水火，吵闹不休的时日； t_4 是公证离婚，各奔东西的时点。在 t_4 这个时点，人们很可能认为：回头看，在 t_1 的决定是“错误的选择”。然而，这已经是 t_4 ，能用这个时点的情怀论证 t_1 的决定是不理性的吗？不能！也就是，人是理性的，并不表示人不会犯错！

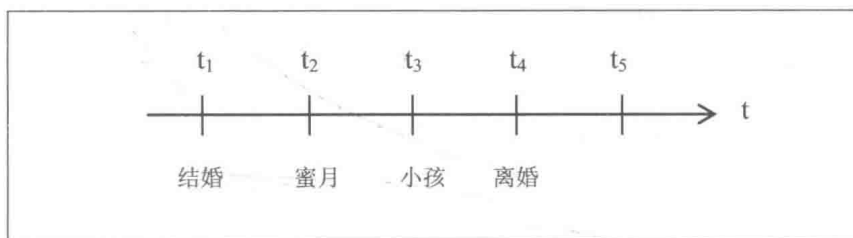


图 1-3 理性也会犯错

其次，理性有刻度高下之分——在商业上和竞争对手锱铢必较的思维，想必和酒桌上与朋友打敬酒官司时不同。同样的，三十而立的思维，与五十而知天命时的思维相比，缜密程度当然有高下多少之别。而且，这些现象还隐含了重要的一点，人会无意地“换挡”（shifting gear），选择以多少的理性来面对环境。理性的运用，可能超过一般人的想象。

再次，法学里经常会提到“激情犯罪”（crime of passion），看似不理性，其实不然。激情犯罪时的理性，和平常不同，但不是没有理性——激烈吵架时，气愤而动刀动手伤害对方，不就是

目标明确，希望尽可能宣泄自己的愤怒，伤害自己眼前的对象吗？

最后，采取“人是理性的”这种立场，可以清楚明确地一以贯之。相反的，如果采取另一种立场：人有时候是理性的，有时候是不理性的！那么，问题立刻出现：哪些因素决定了人的取舍？由理论建构的角度着眼，这是自找麻烦，舍近求远，看似聪明，其实思虑短浅！

自利

关于人是自利的，更容易引起一般人的困惑、排斥，乃至至于贬抑，有几点值得澄清。首先，自利，是指人的行为，“是”对自己有利的。这是一种实际上的描述，是“实然的”(a positive description)，而不是“应然的”(a normative prescription)。也就是说，无关价值判断，这是一种对事实的描述刻画而已！

其次，利益(interests)，当然有很多种：物质精神，狭义广阔。把自己打扮得风光亮丽，固然是自利；把自己的家小照顾得快乐康健，当然也是自利。很少有人是不顾自己、自己的家小，而一心一意去照顾别人、别人的家小。当然，这些人的行为，也是自利，只不过“自利”的内容，与众不同罢了。雷锋的行为，是不是属于这一类，可以当成作业，好好琢磨。

再次，有人质疑，对于那些“损人不利己”的人，行为是自利的吗？有两点值得细究：第一，“损人不利己”通常是指别人的行为而不是指自己。如果 t_4 这个时点，想起自己 t_1 时的行为，其

实是损人不利己，那么，这已经是不同的时点，数据库不同，情境也不大相同矣。第二，有些人、有些时候，会在伤害别人的同时，也伤害了自己：譬如，把情敌打伤！这时候，加加减减，自己从里面得到的快乐（?!），必然是超过自己所承担的损失——苦肉计，差堪比拟。

最后，1993年诺贝尔奖得主道格拉斯·塞西尔·诺思（Douglass Cecil North, 1920–2015），在集大成经典《制度、制度变迁与经济成就》（*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*）里，第二章就提出理论上的大哉问：“合作——理论难题”（Cooperation : The Theoretical Problem）。他探讨的主题，是整个社会的经济表现，但是追根究底，把问题的关键归结到人与人之间的“合作”。隐含的意思，至少有两点：经过长期的演化，自利已经是人的本性，“利他”，只有在特殊条件下才会出现。还有，合作互惠，并不容易，特别是范围扩大，人数增加之后。

理性自利：合论

在经济学者眼中，人“是”理性自利，而不是人“应该”或“不应该”理性自利。这是对实际情况的描述，而不是一种价值判断。

当然，关于“理性自利”，也可以有不同的立场。温和的立

场 (weak form) , 是把理性自利当成是一种假设, 是为了便于分析所采取的前提。另一种, 是**强势的立场 (strong form)**, 认为理性自利是一种事实的描述 (factual statement)。很明显的, 后者是“经济学帝国主义” (Economic Imperialism) 的态势。哪一种立场较好、较有说服力或较有趣, 当然本身又是一个可以争议不休的问题 (Lazear, 2000)。

诺贝尔奖得主盖瑞·史丹利·贝克 (Gary Stanley Becker, 1930-2014), 博士论文在 1976 年出版为书, 名为《人类行为的经济分析》 (*The Economic Theory of Human Behavior*)。1992 年, 当他得到经济学的桂冠发表演讲时, 题为“行为的经济分析” (An Economic Approach to Behavior)。言下之意, 经济分析不只适用于探讨人类行为, 对于乌贼、老鼠等的行为, 也同样适用。珍妮特·戴·兰达 (Janet Tai Landa, 2012) 回顾生物学的文献, 饶有兴趣地归纳出: 蜜蜂和蚂蚁的防御工事和应战策略, 完全可以用经济理论来解释。

另一位诺贝尔奖得主**罗纳德·哈里·科斯 (Ronald Harry Coase)**, 对于经济学者在其他领域里大张旗鼓、“张牙舞爪”, 期期以为不可, 或者至少很保留。他意有所指地表示: 也许, 对于经济问题, 经济学者觉得力有未逮, 才跑到其他领域去试试手气吧?! 然而, 经济分析是否适于进入其他领域, 在这个问题上, 不妨让证据来说话。事实上, 科斯自己都这么表示: “经济学者就像卖瓦罐的小贩, 向人们兜售自己的产品。”在其他领域里, 经济学者能不能引领风骚, 就看他们能不能逮得住耗子!

法学和经济学

就法学和经济学这两个学科而言，毫无疑问，法学的历史更为悠久。近代经济学的莫立，通常以亚当·斯密 1776 年出版的《国富论》为准，时至今年（2017 年），也不过才两百多年。然而，就理论的发展和严谨性来看，经济学却有一些明显的特点，值得法学参考借鉴。

法学理论：浅析

翻开任何一本法理学的教材，或看看法学期刊里的论述，约略可以得到两种印象。法学理论，大概有两种：第一类，是以思想源流为名，譬如：自然法学派、现实主义法学、功能主义法学，等等。第二类，是以学者个人为名，譬如：亚里士多德、柏拉图、康德、哈特、德沃金的理论，等等。

这些“理论”，添增了法学的内涵，丰富了法学的思维，当然价值可观。然而，这些理论虽然反映了时代特色或个人慧见，却多半呼应一时一地，而不是能跨越时空、普遍成立的“一般理论”（a general theory）。一言以蔽之，在法学理论里，似乎（？）并没有众议金同的核心（core），是被主流法学界所共同支持，能够作为法学理论的基础，并能据以发展各个部门法的理论。

借着一个例子，可以稍稍反映这些理论的潜在问题。具体而言，华人文化里“儒家”“法家”“墨家”等思想，各有特色，而

且在历史长河中，曾经各领风骚。然而，无论引据哪一家，能够指引目前的法学问题，对立法工作和司法实务，有明确的呼应吗？勉强地援引，往往捉襟见肘，传统思想学派如此，难道西方法学思潮不也是如此吗？就理论的普遍性和严谨性而言，法理学还有很大的发展空间！

法学界的学子（包括学者），不妨心平气和地自问：“先了解社会，再了解法律。”对于社会，自己有没有一个清晰有力的分析架构？同样的，自己对于法律的了解和阐释，所依恃的又是什么？在自己的工具箱里，是不是主要就是“甲说乙说”以及自己的生活经验？对于具体的法学问题，自己的判断是依据一些想当然耳的信念（beliefs），还是可以追究到基于事实（facts）的论述？或者，换一种检验方式：在论断法学问题时，自己所依恃的“权威”（authority），是信念还是事实？

经济理论：引申

对于法学而言，经济理论至少有三点值得强调。第一，官司案件，是法学研究中重要的材料。天平两边谁输谁赢（或共输共赢），往往系于一线之间，因为魔鬼常常躲在细节里。经济分析探讨经济活动，对于盈亏可以计较到锱铢（小数点）。因此，在分析利弊得失上，经济分析涉及金钱数字，本身就隐含论述取舍上的优势。

第二，经济学只是一套分析工具（或思维方式），在相当程度

上，是价值中立（value free）的。伦敦政经学院蒂莫西·约翰·贝斯利（Timothy John Besley）教授的一段话，平实而中肯：“其实经济学并不隐含任何立场或结论——经济学只是一套分析世界的工具，而且可能得到各种不同的结论，包括赞成政府干预和反对市场干预的结论！”^①——这是他发表长文，响应迈克尔·桑德尔（Michael Sandel）对市场和经济学（者）的质疑。言下之意，经济分析只是工具，在相当程度上，是价值中立的。

第三，法学里（司法实务上亦然），概念（concepts）具有非常重要的地位。然而，各个概念的内涵和外缘（边界所在），却往往是（又是）诉诸争论者的个人经验或学界大佬的判断。相形之下，“概念”也是社会现象的一环，也可以援用经济分析的架构。对于各种法学概念作成本效益分析，既有智识上的兴味，对司法实务也非常有参考价值。（预告：第二讲里会以实例说明，“危险”这个概念，本身也需要检验！）

尾声

第一讲里，勾勒了经济学的分析架构，也描绘了法学和经济学之间的关联。具体的内容，可以条列式地归纳出几个重点：

第一，经济学的分析架构，可以总结为四个环节：分析的基

^① Besley (2013, p.492), “[E]conomics does not really imply anything—it is just a set of methods for studying the world that can be used to reach a variety of conclusions including a pro-market or a pro-state position.”

本单位、行为特质，加总和均衡，变迁。

第二，个人，是分析的基本单位。对经济学者而言，个人具有两个特质：理性和自利。

第三，经济分析的架构，可以探讨经济活动，也可以分析社会、政治、法律等其他问题。

第四，经济分析的性质，是实证的，让证据说话，可以为法学理论提供稳健的基础。

第五，对于法学里的各种概念，也可以援用经济分析的架构，探讨内涵和边际所在。

作业

问题 1：母亲冲到火场里救自己的子女，是不是理性自利的？

参考分析：两点事实，可以作为分析论述的起点：第一，母亲冲到火场里，救的是“自己”的子女。到火场里去救其他人子女的母亲，可能屈指可数。第二，即使火场危险，你知我知，但母亲是自愿的，没有人拿着枪逼母亲，使她非去不可。

问题 2：法学和经济学这两个学科，为什么法学出现得比较早？

参考分析：存在不一定合理，存在一定有原因。对于看似不寻常的问题（或社会现象），若能以理解之（理解），表示自己的分析架构（思维方式），有一定的解释力。这个世界是有意义的，

可以试着解释。

法学出现得比较早，因为需要使然。原始社会里，人际相处就有摩擦纠纷。因此，为了善后，自然发展出一些机制（mechanism）。随着社会的发展，摩擦纠纷所涉及的权益增加，社会上逐渐有能力支持法学这种专业。相形之下，经济活动由物物交易到货币经济，合而两利、互蒙其利。并没有特别的需要，必须发展和支持“经济学”这个专业。在这种解读下，法学是人类社会的必需品，而经济学是奢侈品，社会发展到一定程度后才会出现。

参考文献

- ① Besley, Timothy, “What’s the Good of the Market ? An Essay on Michael Sandel’s *What Money Can’t Buy ?*” *Journal of Economic Literature*, 51 (2): 478-495, 2013.
- ② Hirshleifer, Jack, “The Expanding Domain of Economics”, *The American Economic Review*, 75 (75): 53-68, 1985.
- ③ Landa, Janet, “Gordon Tullock’s Contribution to Bio-economics”, *Public Choice*, 152 (1/2): 203-210, 2012.
- ④ Lazear, Edward P., “Economic Imperialism”, *Quarterly Journal of Economics*, 115 (1): 99-146, 2000.

第二讲 行为特质和规则

宗旨

第二讲有两个重点：第一，阐释经济分析架构的第二个环节，也就是人的“行为特质”。第二，由行为特质联结到法律，清楚展现经济分析和法学之间的关联。

行为特质

第一讲里说明，个人是分析社会现象的基本单位，而在经济学者的眼中，人具有两个特质：理性和自利。然而，根据这两个特质，人在行为上又会展现出哪些清晰可辨的规律性（regularity）呢？

一般人可能会认为，人有七情六欲，行为的动机和表现千奇百怪。然而，对于（头脑简单、世俗无比的）经济学者而言，总

希望能以简驭繁、一以贯之，用简单的概念解释诸多社会现象。经过历代经济学者的努力，已经慢慢归纳出一个重要的体会：“降低成本”是人们行为的“主要驱动力”（the major driving force）。无论目标如何（做功课、做家务、追男女朋友、吃喝拉撒睡，等等），自然而然地，人们会以较省事、少费心力的方式进行。每个人不妨自问，自己的行为是不是如此？抽象一点来看，学者希望理论能“以简驭繁”，也正是降低成本的反应，不是吗？

规则

生活里，规则无所不在：走路开车，多数华人社会靠右，中国香港、英国等地靠左。吃饭喝汤时，不能呼噜作响，不能穿睡衣逛大街，不能家暴（包括言语），等等。然而，规则的意义，一般人却往往知其然，而不知其所以然。

抽象看来，规则的意义可以由下面的图 2-1 看出。“光谱”（spectrum），是指这个线段上面有很多点或很多个区间。若是颜色，光谱上有红橙黄绿蓝靛紫，还有许许多多介于这七个点之间的其他颜色。同样的，人们的各种行为，也有众多的可能性。譬如，走路，可以直走、侧走、倒着走、倒立着走、绕着圈走……眼前所见，通常是演化之后的规律性，只集中在光谱上的某一小段区间。但是，对于社会科学家而言，值得有较完整的体会：光谱上还有其他的点（其他的可能性），只是比较少见而已！

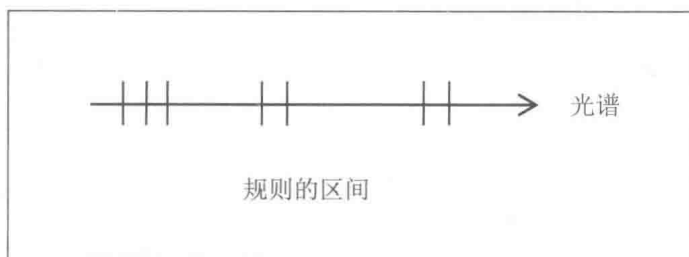


图 2-1 行为的光谱

结合

由降低行为成本，可以清楚而直接地解释，规则由何而来？在光谱的诸多可能性里，人们会慢慢地缩小范围，进而集中在一个区间上。这么做，可以大幅降低行为的成本。对个人而言，就是日常生活、饮食起居，乃至言谈举止的习惯（routines）。对于一个人以上的人际之间的互动，也是如此。规则的形成，有助于人际间的相处，可以降低彼此互动的成本。

这个过程，有两点值得强调：一方面，由降低行为成本而规则化，是一个自然而然的过程。不是根据上苍旨意或圣人教诲，而是完全符合了人们理性和自利这两个特质。另一方面，对群体而言，“规则”的出现，已经隐含了风俗习惯（不成文法）和典章制度、法令规章（成文法）的由来。而且，群体的规则，主要是对这个群体的成员而言，是有利的；对于群体成员外的其他人，

却未必符合一般人或公众的利益。也就是，群体的规则，是小范围、地域性的有益（locally efficient），和大局、社会未必有关。譬如，华人社会聚会聚餐时，大声说话彼此呼应，从心所欲称心快意。然而，对旁边的人而言，却是嘈杂喧嚣，令人侧目。

一言以蔽之，“规则”的出现，无论对个人还是群体，都是一种工具性的安排，具有功能性的内涵。背后的驱动力，就是降低行为成本，完完全全呼应人的理性和自利两大特质。

最小成本：案例

降低成本，是行为主要的驱动力，也会清楚或隐晦地反应在律法里，无论是成文法还是不成文法的传统。

美女与野兽，两岸的两案

前不久，八达岭野生动物园发生老虎伤人的意外事件，备受热议。几年前，台湾也发生过老虎伤人的事故。站在法学教育者的立场，值得由对比分析里，萃取有意义的法学思维，除了有益法理的发展，也希望能对社会大众有参考的价值。

首先，是发生在台湾的老虎伤人事件。苏联解体之后，很多演艺人员到世界各地去表演，包括芭蕾舞星、歌唱家、魔术师等。其中，一个马戏团，到台湾去巡回演出。

有一天，马戏团要载运一只老虎，从甲地送到乙地。装笼后，笼子上明确告示：“老虎危险，请勿靠近。”小货车行经某一个十字路口，刚好碰上红灯停下。一个38岁的女性经过，想摸摸老虎的毛，手伸进笼子，老虎一回头，咬断了她的手。很明显，这个意外涉及两方面：38岁的女性，以及载运方/马戏团。这个纠纷，如果双方不能和解，法庭如何判断，比较合理？

利用时间轴，图2-2呈现了几个重要的时点： t_1 老虎装笼， t_2 货车开到十字路口，停下， t_3 女士伸手拍虎， t_4 女性的手少了一截， t_5 双方打官司，分出是非！其他时点，譬如车行哪些路线，哪个十字路口停下，等等，并不重要。那么，由图2-2来看，法院该如何斟酌较好呢？在马戏团和美女这两方里，谁应该负多少责任？理由何在？

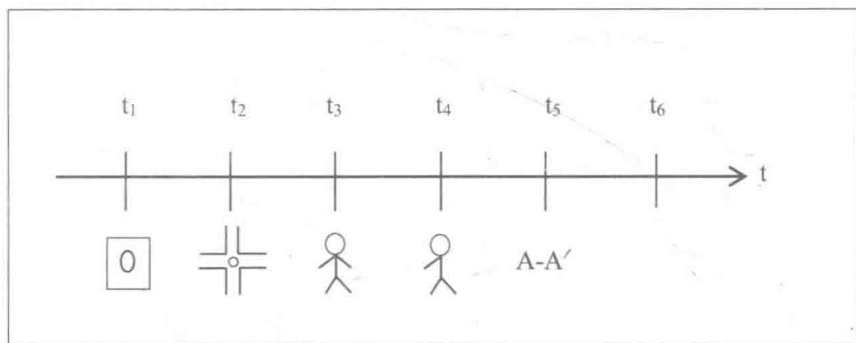


图 2-2 美女与野兽

在我面对的各种场合里（包括法官和检察官），很多人都认为：女士要负主要责任（超过50%），因为已经有警告标示，她又是

38岁的成年人。在图 2-2 里，这个思维隐含着， t_2 是关键的时点，因为在这个时点上，美女出现，准备出手。

然而，考虑这个意外的前因后果， t_2 不是重要的时点， t_1 才是关键所在。原因也很简单：老虎的习性动作，马戏团和载运方最了解。只要在装笼的时候，以很低的成本采取防范措施，就可以避免后面的意外。譬如，把老虎装笼之后，放在一个更大的笼子里，即使手长如姚明者，也碰不到内层的笼子，不就没事了吗？或者，在笼子的内层，铺上一层细密但通风的防护网。或者，在笼子外面罩上一个深色防护布套，留下通气口。这些简单的措施，都可以防范不幸事件。

还有，很多人认定：老虎危险是常识，而且又有警告标示。38岁女士去招惹，当然自己要负主要的责任。然而，稍稍琢磨，这种判断是自相矛盾，逻辑上站不住脚。试想：如果她知道老虎危险，难道还会把手伸进去吗？可见得，逆向推论：她并不知道老虎多么危险！也就是，由此可以引发一个法学上有趣的概念，什么是“危险”？

危险，至少可以分成两类：精确的（precise）危险和模糊的（vague）危险。热水烧开了， 100°C ，你知我知，摸了会烫手，这是精确的危险，因为有实实在在的生活经验作基础。然而，一般人看到老虎，是在电视节目或动物园里，时间有限又隔得远，老虎危险，只是一个模糊的概念。当然，家里有“母老虎”的人，对于“母老虎”的凶猛程度，会了解得多一些！

因此，基于以上这两点主要考虑，马戏团 / 载运方当然要负主要（甚至是绝大部分）的责任。在逻辑上，和“宠物伤人，饲

主负主要责任”一致——遛狗时，让爱狗戴个嘴套，成本很低，却能避免潜在的意外不幸事件。

八达岭的意外，情节可以简述：在野生动物区，一位女士下车被老虎衔走，其母亲情急下车，也被攻击。最后，母亲当场死亡，女士也重伤。这件意外的责任归属，也相当清楚：根据“最小防范成本”，在野生动物区里，只要游客遵守园方事前的提醒不要下车，自然就不会有意外发生。所以，和台湾的情节刚好相反，是这位女士要负主要的责任。台湾的老虎伤人案，载运方要把危险的老虎好好关在笼子里（fence in）；八达岭的老虎伤人，游客要把危险的老虎挡在车体外（fence out）。做法虽然不同，但是抽象来看，都符合“最小防范成本”。

除此之外，在另外一个层次上，还可以进一步琢磨这两件意外所涉及的法理。具体而言，这和“野生动物园”的性质有关，一般动物园里，动物被铁笼栅栏等隔绝，和游客有一段距离。但是，野生动物园让游客（在车内）置身在野生动物之中，园方所耗费的人力物力，要远远超过一般。因此，野生动物园的门票，要高过一般动物园 20% 以上。主要的原因，并不是前者的风险高，而是要布置“原汁原味”的野生情境，成本高昂。换句话说，在野生动物区里，野生动物是主流价值，游客们不该有干扰动物的举动。相形之下，在台湾的案例里，一般市民的正常生活是主流价值，载运老虎的货车，是把危险的东西带到一般人的正常生活里，自然要承担主要的责任。

这个观念，在生活里还有许多事例。去过中国香港（和英国）的游客，或许都注意到：在人行道的路口，地面上都用白色油漆

漆了醒目的大字“向右看”(Look Right)。原因很简单：在中国香港(英国习惯)，开车是靠左，因此，要提醒外来游客，过马路时该看来车的方向，是右边而不是左边。在中国香港(和英国)，当地人的开车习惯，是主流价值，外地的游客，就像置身野生动物区的游客一样，要尊重当地的主流价值。

美女与野兽案，是真实世界里有血有肉的情景。由降低(最小)成本的角度，很容易掌握处理案情的方向。这意味着，降低成本是人们行为主要的驱动力，这个特质也会(也应该)反映在法学的思维里。传统法学教育里，也经常提到“法益”，可是，凭借的多半是论述者个人的经验或直觉。相形之下，经济学的成本效益，都是由真实世界具体现象归纳而出。成本效益的概念，可以解读诸多社会现象，同样的，也可以成为法学工具箱中的一种工具，有助于思索各种法学问题。

一言以蔽之，两岸的老虎伤人等，都是不幸的意外事件。往者已矣，对法律学者而言，则是活生生的教材，值得究其曲直，教育社会大众！

许霆事件

在中国大陆，许霆案广受瞩目，网络讨论以万千计。由经济分析和降低行为成本的角度着眼，其实脉络分明，一清二楚。

许霆案的情节简单，年轻人去提款，提款机吐出钞票而存款数目不变。诱惑之下，许霆前后领去十余万元现金，符合“金额

特别巨大”的标准。逃亡不久被逮，初审判决：盗领金融机构巨额资金，据为己有，无期徒刑！判决合理与否，不妨稍稍评估一下：在许霆和金融机构这两者之间，由谁来防范这个不幸事件，成本较低？

许霆，不过是个倒霉的年轻人，在错误的时间，出现在错误的地方，禁不起诱惑，犯下意志不坚的错误。而且，每个人不妨自问：如果自己面对同样的情境，看到钞票不断吐出，而存款金额不变，有多少人能禁得住诱惑，把钞票完璧归赵，还给金融机构？另一方面，如果金融机构在计算机程序上，多设几道防护措施，自然可以避免这种情境出现。两相对照：一个是要千千万万的许霆，都能不受诱惑；一个是要金融机构调整计算机程序——哪一种比较容易，成本较低？

而且，更重要的是，如果这一次重判许霆，下一次再有类似的计算机失误出现时，另一个倒霉鬼（可能是你我）又可能受不住诱惑而犯错。这有点像天上掉下陨石，砸到谁，谁就倒霉。相反的，如果这次把主要责任归咎到金融机构，金融机构必然立刻调整计算机程序，避免再出现类似的失误。不只这家金融机构剑及履及，所有其他的金融机构也会风行草偃，立刻跟进。未来再出现许霆的机率，必然大幅降低。试问：对整个社会而言，哪一种处理比较好？