

# 后现代主义与法律经济学的宿命

陈国富

(南开大学 经济学院, 天津 300071)

**摘要:** 在后现代主义的解构下, 法律失去了基础和主体自我, 而法律经济学以“社会财富最大化”为法律确立新的基础, 并且用理性选择理论让法律体系重新获得客观性和逻辑性。法律经济学呈现出现代主义的面相, 但是由于法律经济学的逻辑基础面临逻辑和经验的挑战, 它不可避免地成为后现代主义的一个分支——法律实用主义学派。在中国现行政治文化氛围下, 法律经济学的应用应该避免极端的实用主义倾向。

**关键词:** 后现代主义; 法律; 法律经济学

**中图分类号:** DF0-056 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7192(2017)04-0001-09

法律具有多重面相, 这不仅可以从流派众多、百花齐放式的法理学得以体现, 还可以从“法律与文学”、“法律与经济学”和“法律与生物学”等千姿百态的交叉学科的繁荣体现出来。如果说, 每一个法理学流派都是从法律体系“内部”展现出的法律的一个面相, 那么, 每一门与法律交叉而成的学科则是法律向其“外部”展现面相的舞台。其中, 在后现代法学和法律经济学的舞台上, 法律展现了最具张力的内涵。前者侧重对法律做勇往直前的“解构”, 后者则侧重于对法律做标新立异的“改造”和“重塑”<sup>[1]4-5</sup>。法律经济学与后现代法学的关系会在本文后面作出论证。本文的目的, 就是通过呈现后现代主义和经济学视野中的法律, 对它们做知识论的比较, 为法治目标提出一种知识契合的主张。

## 一、后现代主义与法律——后现代法学

法律现代主义的基本思想可以追溯到启蒙时代(the Age of Enlightenment)。启蒙时代的哲学家们相信, 宇宙有一种自然秩序, 人类能做的就是凭借理性发现这种秩序, 并且让人造的法律与宇

宙秩序和谐一致。于是, 宇宙秩序成为一种客观标准, 与宇宙秩序相一致的法律便获得了其合法性(legitimacy)。此后的法学家们一直没有停止为法律寻找其合法性基础的努力, 迄今, 自然秩序、功利主义和形式主义的推理技术先后被法学家们作为法律的基础。尽管这些基础的形式迥异, 但都属于法律现代主义的尝试。

从现代主义到后现代主义的变革反映了一场广泛而深刻的社会、政治和文化变迁, 它打破了学科之间的界限, 触及了几乎所有的学术领域, 包括法理学。后现代法学者是一个面孔多样化的群体, 彼此之间情趣各异, 他们之间的批判也饶有趣味。但是, 在后现代法律著述中, 其主题相互关联和彼此融合的特征还是很显著的。在整体上, 后现代法律学者总是在阐述一种与现代主义完全不同的世界观, 表现出一种风格迥异的叙事方式。后现代法律思想的基本取向:

第一, 它们是反基础主义的(antifoundational)。现代主义者一直致力于为法律和司法判决寻找一个合法性的本源, 相反, 后现代主义拒绝对基础主义和本质主义的追逐, 他们认为, 法律知识是没有基础的, 没有基础的知识其含义总是不稳定

收稿日期: 2017-05-11

基金项目: 国家社会科学基金“禀赋效应、财政幻觉与城乡间土地流转机制优化研究”(15BJY088)项目;“中国社会主义市场经济协调创新中心”项目

作者简介: 陈国富(1964-), 男, 南开大学经济学院教授, 博士生导师, 博士, 研究方向为法律经济学和制度经济学。E-mail: smith.g.f@163.com

和不断变化的。利托维茨(Douglas E·Litowitz)在《后现代哲学与法律》中指出,后现代的反基础主义反映了“对法律人和哲学家在历史上提出来支持法律制度的具体安排的那些形而上的和/或认识论的基础的一种深刻的不信任和怀疑”<sup>[14-5]</sup>。

现代主义者注意到语境的重要性,同时他们强调法律文本中“简单案件”(easy case)的基本结构,他们发现作为背景的语境或者简单案件中的结构具有稳定性,于是,他们将这种语境或结构视为法律文本解释的基础。但后现代主义者认为,法律中不存在所谓的简单案件,法律中看似简单明了的规定都可以做多重解释。一些后现代主义学者强调文本的含义随着语境变化而变化。“因为语境可以变化,所以对于任何文本来说,根本就不存在单一、对所有时间都是绝对的和不变的解释。……作为背景的假定总是可以被拿到舞台的中心并被取代,而且,通过这样做,后现代主义者解构了从前不具有争议的文本含义。”<sup>[2]</sup>后现代法律理论家总是不厌其烦地质疑法律术语以及整个法律文本的稳定性。

相信法律具有本体论基础像一幅魔咒牢牢控制着现代主义者的头脑。皮尔·施莱格(Pierre Schlag)解释了现代主义者痴迷于法律基础的认识论根源。他指出,可能是某些特殊的法律教育方法使学生们对法律存在坚实的实体形成了持久的信念,“一种对法律的本体论和认识论特征的虔诚的信仰”,导致学生们深深地相信“稳定的、前解释的”法律是存在的<sup>[3]</sup>。

但后现代主义学者指出,不管现代主义法律学者对法律的基础有着怎样的信念,所谓稳定、前解释的法律其实并不存在。不管现代主义法律学者如何用冗长的专论来解释法律教义,能够把法律规则巧妙地、富有逻辑地联系起来,其实他们都不过是就这些规则说自己想说的东西,因为所谓的稳定“指示物”(referent)不存在,这些法律规则也根本不是基于这些指示物<sup>[4]</sup>。

由于后现代主义拒绝普遍性的概念,从而在道德上滑向了相对主义。

第二,自我是被社会建构的。现代主义认为,

理性是所有人拥有的一种普遍性能力,它被用于表达合理的和真实的信念。现代主义者相信,一个相对自主的自我,尽管是被社会和修辞建构起来的,但却保留了可以决定自己有多么自主的自主权<sup>[5]</sup>。进一步地,自我还可以对社会和自然的发展行使权力并对它们进行控制。

自治性的自我可以免受环境的侵害,而自主的自我可以对自然和社会进行控制和改造。基于对自我的积极进取的认识,现代主义者赋予自我为权力的享有者和捍卫者,并将权力放在一个独立的、有意识的自我的中心地带。

理性化的自我是现代主义的进步思想——即社会可以无穷地进步这一概念的来源。因为,凭借理性和权力,人类可以对社会实施改造,让社会秩序与宇宙秩序和谐一致。

但是,后现代主义者拒绝现代主义的个人自我的概念以及随之而来的有关社会进步的思想。后现代主义强调,理性不是所有人共有的能力,它只是社会的一种构建。“意识既不是固定的、稳定的、一元化的,也不是前后一致的。相反,我们认为法律意识是一种地方化、语境化和多元化的东西,充满了冲突和矛盾。”<sup>[6]</sup>因此,社会和文化的输入造就我们的同时,也限制了我们的能力。也就是说,社会结构和文化对我们进行灌输、给我们以能力,但这些结构和符号也严重地限制了我们的可能性。

后现代主义认为,个人不是一个统一的、主权完整的主体。在后现代社会,社会结构和文化符号是如此易变和多样化,自我由多重的相互交叉的身份和偶然的声塑造而成。就像后现代社会一样,自我是分裂的。不仅如此,“阶层、种族、年龄、团体、宗教、性取向、角色、情绪和语境,这些决定因素以一种每一时刻都在发生变化的模式构建我们。从它们各种各样的交叉当中出现了一个个后现代的自我。‘我’仅仅是这些事物发生的地点。”<sup>[7]</sup>

后现代主义认为,自我或主体不再被看作一个独立自主的、可以有目的地使社会无限地前进的权力和控制中心。因为我们不仅无法直接控制

社会关系，相反，我们所有人都一直被社会和文化不停的建构和重构。“自我不是、也不可能是自治的、自我形成的存在；它纯粹是社会、文化、历史和语言的创造。”<sup>[8]</sup>

## 二、法律和经济学的融合——法律经济学的兴起

在20世纪学科融合的浪潮中，后现代主义哲学与法学的融合令人思绪飞扬，但最令人回味的可能还是法律和经济学的联姻<sup>[9]</sup>。在科斯、贝克尔和波斯纳等学者的努力下，经济学不仅成功地在法律领域成功扎寨，而且也在政治学、社会学等领域开展持续有效的渗透。在经济学的对外探险中，法律领域的探险无疑是最为成功的一次。

### 1. 理性决策理论与法律经济学的变革

在理性选择理论中，个人都被假定为拥有一组完备的、可传递的和连续性偏好，这些偏好通过效用函数或生产函数体现出来。此外，进一步假定人能完美地处理所有与选择方法有关的环境信息，然后，能够根据他们的相对“合意度”来对所有可能出现的结果进行排序和评价，最后才能选择使其目标最大化的行为方案。

法律经济学主要就是运用这样一套方法来研究法律行为和法律制度的。理性选择理论假定行为主体是理性的，法律被视为用来改变行为相对价格的外生性变量。因此，法律规则的变更会改变行为主体所面临的相对价格，这样，用这种方法不仅可以解释行为主体在法律调整后会如何调整自己的行为，而且还可以预测这种调整会产生何种结果。就行为当事人而言，一些与法律有关的行为（如违约、欺诈或抢劫）决策就变成了一个比较边际收益和边际成本的问题。从广义的成本收益关系来看，那些所谓的违法行为在本质上与其他行为并无差别。这些行为只是在一些不同的偏好和机会成本约束下的特殊表现而已，撇开他们行为的约束形式，一些“非法”活动与普通的消费和生产活动一样，都是最大化特定目标的理性选择的结果。

但是，法律真正被纳入经济学的研究对象经

历了一段跌宕起伏的历史。其中，科斯（Ronald H Coase）和波斯纳（Richard A Posner）的贡献特别需要提及。

科斯声称，自己对法律经济学的旨趣局限于经济学的思维，他在《社会成本问题》一文中强调，他的思维方向是用交易成本概念阐述法律制度如何对经济制度产生影响。他所关注的主题是如何提高关于经济制度作用的认识水平，但科斯承认，如何处理法律规则也是重要的，因为法律规则肯定会对经济产生影响。但总体来看，科斯还是将自己的研究主题局限于经济活动和经济制度。科斯（1998）指出，“我认为经济学家有自己的研究主题，即研究经济制度中我们如何争取收入和花费这些收入。”<sup>[10]</sup>后来，他用另外一种几乎相同的表述强调了经济学家的研究主题，“经济学家要研究的是社会制度的作用，它包括经济制度：公司、货物和劳务市场、劳动市场、资本市场、银行制度、国际贸易等等。”<sup>[11]</sup>

起初，波斯纳的研究进路深受科斯的影响，但在结识了加里·贝克尔（Gary Becker）之后，波斯纳的研究开始转向，即从研究经济活动转向司法决策，从经济问题转向法律问题。这一转向至关重要，因为它表明法律经济学正式将法律行为、法律问题作为自己的研究对象，之前的法律规则是给定的，因而是外生的，因此被置于经济学研究的范围之外，但现在正式成为经济学的研究对象，司法决策也成为一种与经济行为的决策逻辑一样的选择性行为。因此，在法律经济学的学术史上，波斯纳的贡献在于让法律经济学完成向法律的经济分析的转向。《法律的经济分析》的出版，确立了“法律的经济分析”在法律经济学中的主流地位。

《法律的经济分析》的面世，对传统法学教学和学术研究形成巨大冲击，波斯纳的中心论点是，司法意见实际上或应该体现经济逻辑。这种观点引来无数指责和批评。有人将法律经济学视为不受欢迎的兰德尔形式主义（Langdellian Formalism）的魅影，另一些人将其贴上功利主义的标签，还有人指摘波斯纳对自然权利持漠然态度。20世纪

80年代以来,波斯纳在应对这些批评时,一直耐心地维护着法律经济学的法理学基础。

比较一下科斯和波斯纳的研究进路是有趣且有益的。总体而言,他们几乎是相向而行的。科斯强调的是通过改变法律规则,从而改善激励结构,激发特定行为,以实现预期的经济绩效,用符号表示为<sup>[12]28</sup>:

△法律/或运行规则→△激励结构→△特定行为→△经济绩效。

波斯纳强调的是法律发挥作用的功能性结构,主张按照效率原则对权利和责任进行配置。为了将二人的贡献加以区分,通常将科斯的贡献定位于开创了“法律经济学”(law and economics),而波斯纳的贡献在于确立了“法律的经济分析”(an economic analysis of law)的发展方向。

## 2. 人的行为的统一性与法律经济学的兴起

法律经济学的成功兴起超出许多人的意料,因为它从根本上改变了法律研究的走向。人们在思考法律经济学何以成功的时候,经常将其归因于经济学方法的应用。但事实上,研究对象的特殊性对法律经济学的成功至关重要。于是人们开始关注作为研究对象的人的行为的分布特征。

对人的行为分布特征的思考,可能源于对经济过程和造法过程性质有何不同的问题追问。1961年,意大利法学家布鲁诺·莱奥尼(Bruno Leoni)意识到了这一问题的重要性,“没有人对造法过程的性质与经济过程的性质、更具体地而言是市场过程的性质,进行一番比较。……我始终认为,对于律师和经济学家来说,对这两个过程分别是什么样的,两者各自的突出特点是什么,以及这两个过程之间存在什么样的理论和实践关系,形成一种清晰的认识,是至关重要的。”<sup>[13]208</sup>

但是,尤伦(Thomas S Ulen)(1999)的研究更具有理论意义。他依据行为的频率(frequency)、价值的可度量性(commensurability)和信息的透明度(transparency)三个维度对人的行为的分布特征进行刻画<sup>[14]</sup>。

### (1) 行为频率

市场交易行为通常是重复性的,同一交易如

果反复进行,一些交易程序就会固定下来,从而形成惯例。交易行为的反复性可以让决策者有机会对决策进行修正,之前由于信息或其他因素导致的决策失误在之后的决策中得以避免。人的有限理性决定了决策失误不可避免,但交易的反复提供了学习的机会,当失误变得越来越少时,决策的理性化水平必然得到提高。在现实中,所谓理性化的决策其实就是在这种不断修正错误的过程中逐步实现的。

但是,非市场行为通常是一次性的或有限次的,例如,人生中的恋爱和婚姻。在这类行为中,人免不了会犯错误,不幸的是,一旦在这类事务中犯错误,纠错的机会很少。当然,其他人同类行为的经验教训可以提供借鉴,但是,人是异质性的,且个人所面对的环境也千差万别,因此,别人的经验可能不能成为这类行为最好的导师,这些经验对于防范这类错误的作用也是有限的。

于是,人们将反复出现的行为归为市场行为,将一次性出现或有限次出现的行为归于非市场行为,市场行为似乎是理性化的,因而成为了经济学的研究对象;非市场行为似乎是非理性的,从而留给了经济学之外的学科来研究。本来是统一的人的行为序列被人为地分隔开了。

### (2) 价值的可度量性

在市场交易中的行为决策通常是借助媒介——货币来完成的,我们决定是购买苹果还是橙子,只需要参考二者的价格,货币便可以帮助我们轻而易举地将我们的购买支出与机会成本进行对比。在市场中,因为有货币作为价值尺度,我们所有决策得失便一目了然。但非市场行为中的标的通常缺少可用来直接度量其价值的尺度,因此,如果要在各项非市场行为决策之间进行选择,或者要在市场决策与非市场决策之间进行比较就会面临重重困难。

于是,长期以来,交易标的的价值能否直接度量便成为区分市场行为和非市场行为的重要标准。交易标的价值可直接度量被人作为市场行为的关键特征,否则便归于非市场行为。前者成为经济学的研究对象,后者则被放置到其他学科的

研究范围。人的行为又一次被分割。

### (3) 透明度

从交易的透明度来看，人的行为也可以分为两类：一类是透明度较高的交易行为，在这类行为中，信息具有对称性，交易双方彼此心知肚明，即使是旁观者也能从这种对称的信息分布中判断其交易的基本特征。另一类是透明度较差的行为，在这类行为中，当事人之间存在严重的信息不对称，对旁观者而言，当事人之间的行为具有隐蔽性。一般而言，信息透明度较好的行为，所对应的最优决策是单一的，也容易判断；而信息透明度较差的行为，所对应的最优决策可能是多重的，不仅旁观者难以分辨，对当事人而言，要对这些多重解进行分辨也是困难重重。

于是，人们将透明度较高的行为归于市场行为，而透明度较低的行为被归于非市场行为。人们错误地认为，前者适合用经济学来研究，后者则被置于其他学科来研究。最终，人的行为序列被分裂成为两个断裂的碎片，其连续性的特征被消解了。

通过对市场行为和非市场的比较，尤伦（Uhlen, 1999）确认，所谓的市场行为和非市场行为之间并不存在不可逾越的界限。以上的比较与其说是揭示了市场行为和非市场行为的不同特征，还不如说揭示了人的行为的连续性特征，市场行为和非市场行为（包括法律行为）都是这个连续性系谱中的一部分，它们之间只有量的规定性的分别，没有质的规定性不同。只要有合适的概念和研究工具，所有人的行为都可以纳入一个统一的框架之内。迄今，将全部的人的行为纳入到统一分析框架的尝试，是在经济学框架里做出的，其研究工具就是它所提供的理性决策模式。

但是，不能笼统地将法律经济学的成功归因于经济学方法对人的非市场行为的有效应用，因为，人们发现，在政治学和社会学领域里，同样是运用经济学的研究方法，但取得的效果远逊于法律经济学，其原因可能是研究对象的某种特殊性。于是，人们试图进一步揭示法律情景中的人的行为的特殊性。

按照熊秉元（B Hsiung, 2004）的观点，经济学通常分为微观经济学和宏观经济学，法律主体的互动大部分都发生在微观经济学所提供的场景之中，在微观经济学中，主体关系包含个人和双边之间的关系。个人行为——消费、工作选择或者闲暇等问题是分析的主题，供给主体与需求主体呈现个体对个体的关系。在法学领域，尽管法理、宪法和程序等问题是法学关注的焦点，但对这些问题的分析大多内置于法学案例之中，在案例中的主体关系也包含了个人和双边之间的关系。主体关系的这种相似性，非常有利于将交易场景中的逻辑移植到法律场景之中。就经济学家而言，很容易将个人在交易中的经验移植到一个诉讼当事人（被告或原告）身上，去想象和推断他们所面临的问题。同理，一个法律学者也可以将诉讼当事人的经验移植到交易场景中的消费者或供应商身上，去比较两个场景中当事人的行为特征<sup>[15]</sup>。法律和经济学在主体关系上的这种相似性在很大程度上决定了经济学在法律领域的适用性和有效性。比较而言，在经济学与政治学、经济学与社会学中，主体关系差异很大，主体关系的相似度很低。这限制了经济学在这些领域的适用性和有效性。

## 三、法律经济学的宿命——后现代主义

起初，法律经济学是以现代主义的面相问世的。经济效率、财富最大化等观念通常是作为一种为化解法律困境而提出的外部标准，而在后现代主义包括批评法学中是没有这些标准的，因为它们反基础主义的。生命是流动的、价值是变化的、社会共识是环境依赖的等等，后现代主义对有关正义或经济学的所有统一理论均持怀疑态度。问题是，法律经济学是如何从现代主义阵营出走，成为后现代主义阵营中的一员的。

### 1. 法律经济学的现代主义取向

“在很多人看来，法律经济学进路的吸引人之处在于它表面上的科学和严密”。波斯纳宣称，要“鼓励将科学方法用于对法律制度的研究。就像生

物学之于有生命的有机体、天文学之于恒星、或者经济学之于价格体系,法律研究也应当同法律制度之间具有同样的关系:努力对法律制度在事实中的运作作出精确、客观和系统观察,并发现和解释这些观察中反复发生的规律——即这个体系的规律。”<sup>[16]</sup>

“法律经济学的现代主义取向,依赖于它所声称的科学的客观性和可预测性”<sup>[17]</sup><sup>240</sup>。法律经济学主张通过建立数学模型来对变量关系进行描述,例如,事故发生的概率,损害赔偿的价值,预防水平等变量用数学关系式来描述,替换了原来那种用自然文字方式所做的表述方式,这种方法的转变被认为是一种“科学进步的证据”(evidence of scientific progress)<sup>[18]</sup>。例如,在“汉德公式”中,汉德法官指出,应该权衡预防事故发生的成本(B)与事故如果发生后带来的损失(L),但这需要考虑事故发生的概率,因此事故发生后的损失(L)须乘以事故发生的概率(P)。如果 $B < PL$ ,则说明侵害人预防不足,因此是有过失的,应该向受害人支付损害赔偿金。这种表达法律关系的方法促使法官和法学家改变了关于法律关系的思维方式。

波斯纳认为,“精密的测试设备,精确的语言,对实证研究和规范性研究的明确分辨,资料的数量化,可信的受控试验,严格的统计推论,……有可测定结果的显著干预等等;而法律所缺乏的最重要的并包括了上述大多数要点的是可以客观测定的,并且不断再次测定的假说。”<sup>[19]</sup><sup>89</sup>法律经济学提出了可以在经验上进行证实或证伪的理论预测。并且,基于经济分析方法所作出的预测,也比其他社会科学所作出的预测更准确<sup>[20]</sup>。

渐进的现实主义者则从研究方法之外的方向努力,以使法律经济学留在现代主义阵营中。他们拒绝相信法律只是政治游戏,为了拯救法律的客观性,他们转向经验性的社会科学,试图在法律外的经验科学中发现法律的客观性。他们对社会科学的信任建立在两个假定基础上,第一,在涉及法律所追求的工具性目标方面,达成社会共识是可能的。第二,这些社会科学本身不是社会

建构的,因而是有客观基础的。对目标的社会共识和没有偏见的分析框架让法律经济学被置于现代主义的阵营<sup>[21]</sup>。因为,在传统的法律经济学中,经济效率作为核心标准容易获得一致性的社会共识,与它相关的一些范畴,诸如自由市场、自由竞争、机会成本等似乎都可以从经验上得到实证检验,它们之间的关系不是概念逻辑推演的结果,而是对外在于它们的现实的反映。当外在的现实世界被法律经济学家视为法律的基础时,法律经济学便自然归到现代主义的阵营之中。

## 2. 法律经济学的后现代主义宿命

在现代主义法理学的两个基石中,法律的基础为法律制度提供合法性来源,而理性化的自我是实现法律目标的主观条件。早期的法律经济学成为现代主义法学阵营中的一员,是因为它成功地建立在这两个基石之上,但后现代主义大行其道,完全动摇了这两个基石。因此,法律经济学的后现代主义宿命几乎是注定的。

### (1) 效率标准与法律经济学的后现代主义宿命

法律经济学强调效率的原因非常简单,因为经济学就是用来要评价经济产出效率的学科,经济学家倾向认为,对分配作出判断是政治家的事情,不是经济学家的事情。经济学家只需要关心不同状态的相对效率评价。

20世纪70年代以前,传统法律经济学的兴趣在于证明“法律是有效的”的命题,而不是论证“法律应该是有效率的”。在这一时期,他们发展出了一种描述性的法律效率理论,用经济学概念解释司法判决如何遵循经济学逻辑,依据理性决策原理研究如何构建激励有效率行为的机制。他们对法律是有效率的判断,起初是基于经验观察,后来进一步形成一种直觉性认识,即几百年来来的普通法有关冲突当事人之间的权利和责任安排体现的是一种经济逻辑——权利配置给对权利的价值评价最大的那一方,责任则归咎于能够以最低成本避免事故的那一方。罗宾(Rubin)还揭示了一种非效率法律判决被淘汰的机制,即非效率的判决会比有效率的判决面临更多的法律诉讼,在

非效率判决作出后，自利的当事人会再次上诉或采取庭外和解的方式，不管采取何种方式，这一过程会驱使法律导向效率<sup>[22]</sup>。

但是，法律是有效率的命题一直没有得到经验研究的证实。在过去的几十年中，无数法学家和经济学家为此付出努力，但在不同法律规则的效率比较研究中，检验上述命题的成功案例少之又少。Cooter 和 Kornhauser (1980) 承认，司法判决很少是法官基于成本收益分析作出的，因此无法体现效率原则。也没有充分的经验证据能够证明，非效率的判决要比有效率的判决面临更多的法律诉讼<sup>[23]</sup>。Hadfield (1992) 揭示出，即便那些有动机追求效率目标的法官，由于难以克服信息障碍，他们也会转而追求判决意见的被引证的次数，以便在同行中获得声誉和尊重<sup>[24]</sup>。总之，法律的效率目标通常都会因为诉讼中的信息问题和激励问题无法解决而落空。

法律是有效率的命题得不到实证研究的支持，经济学家们再次转向，开始倡导一种全新的价值观，即“法律应该是有效率的”。以前，他们认为，道德在价值上是形而上学的命题，它们属于主观性和臆断性的判断，经济学应该远离这些“道德垃圾”。他们不仅否认经济学与伦理学之间的关系，甚至否认法律和伦理学之间的关系，他们认为，一切不能做数量或形式化处理的概念都应该排除在经济学的研究范围之外。但是现在，他们开始对法律经济学做形而上学的思考，他们不愿意回归传统的伦理逻辑，倡导公平、正义原则，而是以新价值替代旧价值，即将经济学中的“财富最大化”直接定义为一种正义，以它来作为衡量法律制度的规范标准。因为在波斯纳 (1977) 看来，在一个稀缺的世界里，最坏的不正义莫过于资源浪费<sup>[25]</sup><sup>22</sup>。

但是，“法律应该是有效率的”命题，仍然无法得到理论逻辑的实质性支持。例如，在奥地利学派看来，法律来源于法律实践，作为一种社会制度，如果撇开个人偏好和个人行为，法律便没有基础。在社会互动中，每个人都面临无知和不确定性，在调试和彼此适应的过程中会形成一种

“自发秩序”，法律就是从“自发秩序”中演化而来的。而与这一秩序相伴随的法律演化是开放的、不可预测的。在哈耶克看来，我们无法清楚了解法律的初始目标，因为法律是人的行为的结果，而不是设计的结果<sup>[26]</sup><sup>35</sup>。总体而言，法律规则和制度是通过学习，在互动适应中形成的，由于反复试错是这一过程的常态，因此，要它始终符合效率或公平的原则，几乎是不可能的。与传统的法律经济学不同，奥地利学派认为，在法律中的效率是不确定的、随机的，并且认为，法律没有体现效率并不一定是法律的不幸。

在后现代主义法学阵营中，批判法学认为，法律是社会中强势的利益集团用来压制弱势群体的一种工具，他们操控法律为的是满足他们自己的利益，这就决定了，效率不可能成为法律制度的基础。

Krecke (2007) 指出，一种独立存在的价值，不是因为它可以促进其他价值，而在于它的自在性质。而效率纯粹是相对的，没有独立的内在价值，它是伴随物，是过程的不确定性结果<sup>[27]</sup>。

(2) 理性决策理论与法律经济学的后现代主义宿命

有些经济学家不是基于对效率概念的排斥，而是质疑经济学赖以确立的基础——理性假定。尤伦 (Ulen) 指出，法律经济学未来的成功依赖于决策理论的完善，它需要对人的决策失误提供合理的解释，如果法律是为人的有效率的行为提供激励，那么就必须对现有的理性决策理论进行修正，揭示出人的行为背后的真正动机和决策时所面临的内在和外在的约束条件<sup>[28]</sup>。

理性选择理论以一种事后视角对人的行为进行解释和分类，但这一视角对于那些需要对不同法律规则下人的行为进行比较的政策制定者而言，几乎没有什么帮助。因为政策制定者需要的主要是对各种法律情景下人的行为的预测，而不仅仅满足于对这些行为的事后描述。理性选择理论中的个人偏好指向是个人的福利，但有大量证据表明，人的行为与直接的个人利益并不完全一致，个人的偏好不只是反映他们个人的福利，它还与

社会规范的形成几乎同步演化。因此,在一定意义上,个人的偏好是社会构建的,是适应性演化的结果。难以准确预测人的行为对法律的反映,法律的目标就可能落空;个人偏好的社会构建性质决定了法律体系无法建立在人性本相的基础上。

人类的行为无法简化为单一动机,不论这个动机是私利还是别的。相反,理性主义的假定压抑了对作为社会动物的人的其他特征的认识,因此是一种有关人类存在的狭窄的和单薄的解释<sup>[17]240</sup>。

#### 四、结 语

波斯纳认为,世界的界限往往就是我们知识的界限,绝大多数必然性不过是我们所属的那个共同体的确信。这些确信也许是我们的成长、教育、职业培训或社会背景的不假思索的反映。波斯纳把这种知识的局限性称为“社会对自然的优先性”,也就是说社会为我们的思维设置了局限,使我们不得不以某种前提为前提,否则我们将无所适从<sup>[29]506</sup>。

后现代主义的解构瓦解了法律的一致性。法律不再是一个整体,它呈现“碎片化”。但学科交叉让我们有机会跨越某些知识上的局限,让这些知识碎片重新拼接。当我们从一个领域进到另一个领域时,知识的契合会给我们带来豁然贯通的体验。“经济学思维和一般的非专业人士的直觉在什么是好的行为而什么是坏的行为的问题上有着不同判断。而重要的是将这种经济学的洞察力以一种非常简单的方式传达给大家。”<sup>[30]</sup>支持法治实践的知识应该是法律知识的整体,后现代主义和经济学对于推动法律知识的契合不可或缺。尽管任何时候知识的地方性、片面性都无法克服,但同时也说明倡导知识的契合任何时候都是必要的。

但是,当法律经济学被浸入实用主义的精神以后,知识的契合存在一种风险,即参与法律实践的当事人(律师、法官、法律学者等)仅仅只考虑经济学意义上的有效率的决策,而不考虑他们所在的法律文化氛围,以及这种氛围对运用实用主义或者经济分析所容纳的空间。在这一方面,波斯纳的忠告让人头脑清醒。“在中国是否存在能

够容纳对法律进行经济分析的制度结构和法律文化。……在这种政治文化中,实用主义风格的司法部门,或者至少是特别倾向于实用主义的司法部门是不可取的。对其而言,更好的选择是保持抽象和形式主义,而实质上远离实践性和实用主义的考量”<sup>[30]</sup>。

#### 参 考 文 献

- [1] LITOWITZ D E. Postmodern Philosophy and Law[M]. University Press of Komsal, 1997.
- [2] AMATO A D. Aspects of deconstruction; the “easy case” of the under - aged president[J]. Social Science Electronic Publishing, 2010, 84(1): 250 - 256.
- [3] SCHLAG P. Hiding the ball[J]. Social Science Electronic Publishing, 1996, 71(6): 1681 - 1718.
- [4] SCHLAG P. Law and phrenology[J]. Harvard Law Review, 1997, 110(4): 877 - 921.
- [5] SCHLAG P. Normativity and the politics of form[J]. University of Pennsylvania Law Review, 1991, 139(4): 801 - 932.
- [6] EWICK P A, TRICIA E, SUSAN S. Silbey, conformity, contestation, and resistance : an account of legal consciousness[J]. New England Law Review, 1992, (26): 741 - 742.
- [7] JAMES B. Is subjectivity possible the postmodern subject in legal theory [J]. University of Colorado Law Review, 1991, 62: 489.
- [8] SCHANK P C. Understanding postmodern thought and its implicatons for statutory interpretation[J]. Southern California Law Review, 1992, 65: 2505 - 2597.
- [9] 陈国富. 用效率诠释正义[J]. 读书, 2001(5): 68 - 71.
- [10] COASE, RONALD H. Economics and contiguous discipline[J]. Journal of Legal Studies, 1978, 7(2): 201 - 211.
- [11] COASE, RONALD H. The new institutional economics [J]. American Economic Review, 1998, 88: 72 - 74.
- [12] 尼古拉斯·麦考罗, 斯蒂文·曼德姆. 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [13] 布鲁诺·莱奥尼. 自由与法律[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2004.
- [14] ULEN T S. Rational choice theory in the law and econom-

- ics[J]. Encyclopedia of Law & Economics on Line,2000.
- [15] HSIUNG B. The commonality between economics and law [J]. European Journal of Law and Economics, 2004, 18 (1):33-53.
- [16] RICHARD A P. Volunme one of the journal of legal studies——an afterword[J]. J. Legal Stud. ,1972(2):437.
- [17] 斯蒂芬·菲尔德曼. 从前现代主义到后现代主义的美法法律思想[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005.
- [18] COOTER R. Torts as the union of liberty and efficiency: an essay on causation [J]. Chicago - Kent Law Rev, 1987,63(3):523.
- [19] 理查德·A·波斯纳. 法理学问题[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [20] BRENNER R. Economics——an imperialists Science [J]. Journal of Legal Studies,1980:179-188.
- [21] DANIEL T O. Postmodern economic analysis of law: extending the pragmatic visions of richardI a posner[J]. American Business Law Journal,2010,36(1):193-238.
- [22] RUBIN P H. Why is the common law efficient [J]. Journal of Legal Studies,1977,6(1):51.
- [23] COOTER R, KORNHAUSER L. Can litigation improve the law without the help of judges [J]. The Journal of Legal Studies,1980,9(1):139-163.
- [24] HADFIELD G. Biases in the evolution of legal rules[J]. Georgia Law Review,1992,80:524-530.
- [25] POSNER R A. Economic Analysis of Law [M]. Little, Brown and Company, Boston et Toronto,1977.
- [26] HAYEK F A. The Constitution of Liberty [M]. Routledge and Keagan Paul, London,1960.
- [27] KRECKÉ E. The nihilism of the economic analysis of law [J]. Law & Philosophy Library, 2007, 64 (4): 1175-1195.
- [28] ULEN T S. The present and future state of law and economics[J]. New Developments in Law and Economics, Erasmus Programme in Law and Economics,1999,2:326.
- [29] 理查德·A·波斯纳. 超越法律[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [30] 理查德·A·波斯纳. 法律经济学与法律实用主义 [J]. 北大法律评论,2013(1):4-12.

## The Trend of Law and Economics under the Influence of Postmodernism

CHEN Guo-fu

(School of Economics, Nankai University, Tianjin 300071, China)

**Abstract:** Under the influence of postmodernism, the law loses its foundation and subjective self. However, the law and economics takes the social wealth maximization as the new foundation of the law and re-renders the legal system objective and logical based on the rational choice theory, thus having a rich sense of modernism. Since the logic foundation of the law and economics is challenged by the logic and experience, the school of law pragmatics becomes inevitably one of the branches of post modernism. In the political culture of China today, it is important to stay away from the tendency of extreme pragmatism in the application of the law and economics.

**Key words:** postmodernism; law; law and economics

【编辑 吴晓利】