



# 法律的经济分析

[美] 理查德·A·波斯纳 著

中国大百科全书出版社



# 法律的经济分析

[美] 理查德·A·波斯纳 著

中国大百科全书出版社



# 法律的经济分析

[美]理查德.A.波斯纳

本书由“行行”整理，如果你不知道读什么书或者想获得更多免费电子书请加小编微信或

**QQ: 2338856113** 小编也和结交一些喜欢读书的朋友 或者关注小编个人微信公众号名称：幸福的味道 为了方便书友朋友找书和看书，小编自己做了一个电子书下载网站，网站的名称为：周读 网址：[www.ireadweek.com](http://www.ireadweek.com)

[外国法律文库序](#)

[中文版作者序言](#)

[第一版序言](#)

[第二版序言](#)

[第三版序言](#)

[第四版序言](#)

[中文版译者序言](#)

[第一篇 法律经济学：导论](#)

[第一章 经济推理的本质](#)

[第二章 法律的经济学研究方法](#)

[第二篇 普通法](#)

[第三章 财产权](#)

[第四章 契约权和救济](#)

[第五章 家庭法和性管制](#)

[第六章 侵权法](#)

[第七章 刑法](#)

[第八章 普通法、法律史和法哲学](#)

[第三篇 市场的公共管制](#)

[第九章 垄断的理论](#)

[第十章 反托拉斯法](#)

[第十一章 雇佣关系的管制](#)

[第十二章 公用事业和公共运输业的管制](#)

[第十三章 管制和普通法之间的选择](#)

[第四篇 企业组织和金融市场的法律](#)

[第十四章 公司（略涉租赁和破产）](#)

[第十五章 金融市场](#)

[第五篇 法律与收入和财富的分配](#)

[第十六章 收入不平等、分配正义和贫困](#)

[第十七章 税收](#)

[第十八章 死亡时的财产转移](#)

[第六篇 法律程序](#)

[第十九章 市场、对抗制和作为资源配置方法的立法程序](#)

[第二十章 法律规则制定的程序](#)

[第二十一章 民事和刑事诉讼程序](#)

[第二十二章 法律实施和行政程序](#)

[第七篇 宪法和联邦制度](#)

[第二十三章 宪法的性质和功能](#)

[第二十四章 经济正当程序](#)

[第二十五章 联邦制经济学](#)

[第二十六章 种族歧视](#)

[第二十七章 思想及宗教自由市场的保护](#)

[第二十八章 搜查、扣押和审讯](#)

[附录 法律经济学运动](#)

[译后记](#)

如果你不知道读什么书，  
就关注这个微信号。



微信公众号名称：幸福的味道

加小编微信一起读书

小编微信号：2338856113

【幸福的味道】已提供200个不同类型的书单

- 1、 历届茅盾文学奖获奖作品
- 2、 每年豆瓣，当当，亚马逊年度图书销售排行榜
- 3、 25岁前一定要读的25本书
- 4、 有生之年，你一定要看的25部外国纯文学名著
- 5、 有生之年，你一定要看的20部中国现当代名著
- 6、 美国亚马逊编辑推荐的一生必读书单100本
- 7、 30个领域30本不容错过的入门书
- 8、 这20本书，是各领域的巅峰之作
- 9、 这7本书，教你如何高效读书
- 10、 80万书虫力荐的“给五星都不够”的30本书

关注“幸福的味道”微信公众号，即可查看对应书单和得到电子书

也可以在我的网站（周读）[www.ireadweek.com](http://www.ireadweek.com)



自行下载

备用微信公众号：一种思路



## 外国法律文库序

外国法律文库是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界15名从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50年代末以后的20多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文革”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。10多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自1949年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥10余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致

使误译多有，贻患学林。在这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，外国法律文库第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了4位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完

全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

外国法律文库能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于外国法律文库一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江平

## 中文版作者序言

《法律的经济分析》由中国社会科学院法学研究所蒋兆康先生译出了中文本。这部兼教科书与学术专著于一身的作品初版于1973年，本书是它的第3版（现为第4版——译者注）。它将经济理论运用于对法律制度的理解和改善。本书将主要的讨论集中于美国（现实的）法律制度。这种法律制度具有许多与众不同的特征，它包括了大量的“普通法”立法。普通法是由法官自己制定的作为案件审理的副产品的法律，而不是由立法者或宪法制定者制定的。但是，本书参照美国法律所解释和阐述的基本原则，对其他国家的法律制度也具有广泛的适用性。

本书的主要命题是：第一，经济思考总是在司法裁决的决定过程中起着重要的作用，即使这种作用不太明确甚至是鲜为人知；第二，法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。这两个命题初看起来好像具有高度的意识形态性质，但其实并非如此。全书只是在以下意义上运用经济学：将经济学看作是一种理性选择理论——即诉讼所要达成的理性选择，换句话说，也就是以最小可能的资源花费来达就预期目标的理性选择，从而将省下的资源用于经济系统的其他领域。无论一种法律制度的特定目标是什么，如果它关注经济学中旨在追求手段和目的在

经济上相适应的学说，那么它就会设法以最低的成本去实现这一目的。

对于将经济学运用于许多看来似乎远离经济系统的活动——如，犯罪、起诉、离婚、意外事故、反种族歧视法等等，国外的读者可能会感到非常惊讶。但美国的经济学界却对“经济学”一词有着非常广泛的理解——这与我在上面提出的作为理性选择理论的经济学界定是一致的。美国的经济学家还倾向于相信，人们在其大多数活动领域内的行为是理性的，这种理性化行为不仅仅限于市场交易。所以，非市场行为经济学在本书中得到了显著的表述，而且除了其对法学研究的运用外，它还将使读者领略这一现代经济学的重要领域。

最重要的是，本书认为，我们可以通过运用不同于法官和其他法律专业人员所运用的术语——尤其是经济学术语——来考察问题，从而确定法律的结构、目的和一致性。对于中国的法律制度 and 法律专业，我知之甚少；但在美国的法律专业人员中却存在着这样一种趋势；他们将法律看作是一个逻辑概念的自主体，而不是一种社会政策的工具。经济学的考察能使法学研究重新致力于对法律作为社会工具的理解，并使法律在这方面起到更有效率的作用。我坚信，对于任何一个试图探究法律在社会生活中的作用这一基本问

题的社会和学者团体而言，法律经济学是一种极为有益的理论视野。

理查德·A·波斯纳

## 第一版序言

近年来，经济学家和法学家们开始致力于法律的经济分析，用经济学的理论和经验方法来阐述法律领域中的各种争议和问题。以前，法律经济学只是反托拉斯和公用事业管制这些领域内的交叉学科；现在，热心于阅读学术期刊的人们会发现，经济分析还被运用于以下领域：犯罪控制、意外事故法、契约损害赔偿、种族关系、司法行政、公司和证券管制、环境问题及当代法律制度中引人注目的其他领域。经济学在法学教育中不断增长的重要性表现为，许多法学院任命经济学家为其教员，法学院的课程逐渐充满着经济推理和证据。

由于经济学是一门技术性学科（而且正日益变得更加技术化），所以，将经济学运用于法学教育和法学研究就给那些没有良好经济学功底的法律院校学生、教师（而且大多数都这样）带来了许多困难。造成这些困难的原因是，没有任何可供其使用的法律经济学教材。有两种办法可以明显地用以弥补这种缺陷。其一，用一部基础经济学教材——但它应着重于与法律有着特殊关系和包括着法律阐述的经济学领域。其二，用一部摘录自法律经济学文献的著作。然而，本书所走的是第三条道路，即试图将两者的优势结合起来。它将相关的经济学理论编织成一种对法律制



度中制度和规则的系统（虽然肯定是不全面的）研究。这种方法能使将经济学运用于法学的主要学术文献得以概括，并在有些方面得以发展，又不受禁止引用技术术语或不适当细节的影响；而且它使读者所面临的经济学不再是一种抽象的理论，而是一种相当广泛地运用于法律制度中各种不同问题的有效分析工具。重视具体运用而非抽象理论应该是适合于受案例方法训练的法律学生的。本书中对现代福利经济学术语（如“帕累托最佳状态”等）的严格限制使用（如果不是完全不用的话）是为了防止学生将经济分析与掌握经济学词汇混为一谈。

本书的主要宗旨在于，用作法学院中法律的经济分析课程的教材，也可供有兴趣发现经济学对他们理解法律程序所起作用的学生用作补充阅读材料。想更为系统地研究经济学的法律院校学生可能会发现，本书是对两本优秀而又难读的价格理论教科书的介绍。当我最早与法律院校学生（和教师）讨论本书腹稿时，很少以先前的法学知识为先决条件，所以它对研究与法律有关的经济学的感兴趣的经济学和商学院校学生也会有用。最后，我认为，由于本书不仅概括了法律的经济分析的文献，而且增加了一些其他内容，所以它可能会吸引对与法律有关的经济学的感兴趣的职业律师和经济工作者成为其读者。

由于许多法学教师不习惯于用教材讲课，所以对在课堂上使用本书的方法提些建议可能是合适的，我希望本书在许多方面的叙述是很清楚的，不至于要求指导教师用更简单的术语为学生解释。他应该可以用课堂的时间来探究学生理解的程度；既可以按本书向学生提出问题，也可以与学生一起研究脚注和各章末的问题；许多问题涉及本书并未讨论的领域。指导教师还会用课堂时间来探究经济分析作为解释和规范工具的局限性。我未能在本书中强调这些局限性，部分的原因就是为了让学生和教师通过提出和论证这些局限性从而对此提出挑战。我相信学生们会积极地从事这一工作。

脚注中和每一章末的参考文献对那些愿意进一步研究法律经济学文献的读者而言是极为有用的。

我要感谢费希尔·布莱克、沃尔特·J·布卢姆、罗纳德·H·科斯、哈罗德·德姆塞茨、理查德·A·爱泼斯坦、欧文·M·菲斯、斯坦利·A·卡普兰、海因·D·科茨、亨利·G·曼尼、伯纳德·D·梅尔策、乔治·J·施蒂格勒，他们对我早期的部分手稿进行了有益的评点。我还要感谢参考文献为我提供的帮助，遗憾的是还有一些重要的文献没能记载在内。我在本书第一篇中提出的有关普通法的观点在很大程度上得益于1970年哈罗德·德姆塞茨在芝

加哥大学法学院举办的财产权研讨班上我与他的交谈。第7章中所提出的反托拉斯法分析深受阿伦·迪雷克托大多数未（依其自己名义）出版的作品的影响。我最为感激的是那些通过其作品和谈话而使我对经济理论和经济学与法学间的关系有了更丰富的全面理解的人们：加里·S·贝克尔、罗纳德·H·科斯、阿伦·迪雷克托和乔治·J·施蒂格勒。

理查德·A·波斯纳

## 第二版序言

出版于1973年的本书第1版，主要是在1972年写就的。自那时起，将经济学运用于法学研究的文献已增加很多，从而使第1版现在过时了。我写作本书第2版的主要目的就是收编近来出现的文献。在这一版中得到广泛深入修正的论题有：侵权损害赔偿、法律规则制定、契约、家庭法、公司信贷和信托投资法。另外，我还利用这一机会，在修改重要问题的同时也修改了次要问题，在修改实质性内容的同时还增加了一些思考题和参考文献，我希望这将增加本书作为一种教学工具的有效性。

本书的第1版得到了人们的广泛评论，而且我已将评论者提出的一些建议编入本版。然而，有三种批评意见我是不能接受的。第一种批评意见认为，本书不适当地将经济学在法学研究中的规范和实证运用区分开来；这种区分过去是（而且现在仍然是）本书所强调的一个观点。第二种批评意见认为，本书没有对讨论的各种不同的法律问题进行足够深入的研究。这种观点误解了本书的目的，本书并不是一本旨在研究美国法律制度的专著，而是一本用经济学阐述法律问题的教科书；由此，这些问题只能得到例证性的研究，而不能得到彻底全面的研究。很明显，我不会认为（例如）联邦税法能在一小章的范围内得到充

分的研究。但是，我的目的不在于研究联邦税法；我的目的是提出一些用经济分析来阐述的税收问题。第三种批评意见是，由于本书对法律的讨论只限于经济分析，所以它对法律问题提供了过于窄狭的视野；一应评论者还责备我没有引用人类学家们对财产权的研究。但是，我的目的过去不是，现在仍然不是为法学研究提出社会学、人类学或哲学的方法；我的目的在于提出一种法律研究的经济学方法——这对一本书而言已经足够了。

自本书第1版出版以来，已出版了三种法律经济学读本；我把它们推荐给本书的读者。另外，对不了解和以前没有接触过经济学的本书读者而言，近来出版了一本特别适合于他们的基础性价格理论教科书。

而且，本书第1版出版后，经济学家威廉·M·兰德斯被聘为芝加哥大学法学院的教授。兰德斯教授和我进行了一系列的合作研究，成果摘要被编入本书的不同章节。但是，除了这些研究之外，本书中的一些新思想也来自我们的合作教学和对法律经济学的许多讨论。他对本书作出了重要的贡献。

最后，我想感谢沃尔特·赫勒斯坦、安东尼·T·克朗曼、伊丽莎白·M·兰德斯、威廉·M·兰德斯、埃德华·P·拉齐尔、罗伯特·H·麦努金、伯纳

德·D·梅尔策、乔治·L·普里斯特和乔治·J·施蒂格勒，他们对本书的手稿进行了有益的评点；还要感谢的是：菲力普·哈里斯、安德鲁·M·罗森费尔德和卡尔·E·威特希的研究助理工作，克拉拉·鲍勒的引证查对工作及芝加哥大学法学院法律经济学项目的经济资助。

理查德·A·波斯纳

### 第三版序言

20世纪后25年法学理论方面最重大的发展也许是经济学被不断广泛地运用到法学研究的各个领域：包括那些既很基本但又明显不具有经济性的侵权、刑法、家庭法、程序法和宪法。它为完全可预料的关于这一运动的争议所困扰，运动本身不仅对方法论提出了挑战，而且对许多传统法学家、法律学生、律师、法官的政治倾向提出了挑战——它常被嘲笑为不仅有障碍作用，而且明显是错误的——然而，法律的经济分析仍然致力于引起不断增长的学术和实践兴趣，使文献的广度和深度得到了发展。

当本书第1版在1973年出版时，还没有经济学在法学中应用的教科书和专著。那时，本书就具有这两方面的意义。现在，这虽仍然是唯一的一部专著，但它不是仅有的教科书了。目前市场上有一些编辑而成的读本，主要是由法学家们特地为学生准备的；也有两部经济学家著的教科书和一部经济学家编的案例著作。但是，其中没有一本在广度和深度上能与本书相匹敌。

撰写法律经济学教科书最基本的选择是结构上的：是用经济学原则还是法学原则组织本书呢？如果用经济学原则，那么法律原则将被作为例证而依附其上。无论这种研究方法有多少优点，但它还是不足以传播法律原则和制度完整结

构的适当观念。法律是一个系统；它有一个经济分析能启发的整体，但要明了这个整体，就必须研究这种系统制度。本书试图使经济原则在系统的（虽然肯定是不完全的）法律原则研究中得到体现。如果看一下索引就会明白，本书讨论了大量微观经济学的论题，虽然其顺序与经济学教科书并不一样。由于很多法律制度是关于非市场行为的——家庭、犯罪、事故、诉讼和其他许多远离传统市场的经济理论的行为——本书与传统微观经济学教科书相比，更重视非市场行为经济学。与大量极重视对法律进行法学的、经济学的规范分析的著作相反，本书注重对法律进行实证分析：经济学的应用使法律制度原则更清晰地显现出来，而不是改变法律制度。

本书没有预先为读者提供经济学方面的知识。不熟悉数学的法律院校学生们不必为本书担忧。本书也没有预先为读者提供法学方面的知识，虽然它对至少学过一些法律知识的人们比没有学过任何法律知识的人更有用，但它的确也向经济学家及其他愿学些法律知识和或许作这一方面研究的社会科学家们介绍了法律。最后，正如我所说，本书是一部法律的经济分析的学术专著，但它确实比预想的要略显简短和不够全面，这是因为本书主要是为学生所写。虽然大部分的思想来自以前的出版物（每章之后都有参考书部



分），有的是我自己的，有的是其他学者的，但本书像前几版一样，包含了大量的原始分析。

读过本书前几个版本的人会惊讶地发现我对本版作了相当广泛的修正。自1977年（第2版出版的时候）以来，不仅已有大量有关法律经济学的学术成果产生，而且自1981年以来我成为联邦上诉法院法官，这促使我努力探究将经济学运用于那些我作为专职教授和法律顾问时未能深入研究的领域，从而使我能对自己相关领域的一些思想作了修正。我希望这些努力能使本书成为一本更完美的著作。我知道本书篇幅比以前更大，为此，我要对教学和学习提个建议：本书要在一个学期或半个学期内教完是不可能的，本书课程的教学，在法学院最好安排在第二学年的下学期，或第三学年的上学期，我建议尽量只要教第一至三部分（基本经济原则、普通法、垄断管制）加第六部分（法律过程，包括程序）。但我希望学习这一课程的学生要自学本书的其余部分，因为他（或她）会发现其他部分既有利于理解他们讨论的法律领域，又有利于对课程讲授部分理解的加深。

我的一些朋友和同事非常热情地阅读并评述了本书的各章：道格拉斯·贝尔德、玛丽·贝克尔·沃尔特·J·布卢姆、克里斯托弗·德穆思、弗兰克·埃斯特布鲁克、罗伯特·埃利森、丹尼尔·费

谢尔、沃尔特·赫勒斯坦、詹姆斯·克里尔、威廉·M·兰德斯、索尔斯·列夫莫尔、迈克尔·林赛、萨姆·佩尔兹曼、卡罗尔·罗斯、安德罗·罗森菲尔德、斯蒂文·谢弗尔、乔治·J·施蒂格勒、杰弗里·斯通、卡斯·森斯坦、罗伯特·威利斯。我还非常感谢他们：担任我研究助理的德怀特·密勒、基思·克罗和理查德·科德雷；芝加哥大学法学院法律经济学研究项目为此提供了资助；罗伯特·姆罗夫卡为第13章的图13. 2和13. 3提供了解释；我的夫人查伦为我的编辑工作提供了帮助。还要感谢那些经济学家，是他们对我经济思想的形成发挥了最重要作用——加里·S·贝克尔、罗纳德·H·科斯、阿伦·迪雷克托、威廉·M·兰德斯和乔治·J·施蒂格勒。

理查德·A·波斯纳

#### 第四版序言

这本学术教科书最早出版于1973年，现在是它的第4版。它的主题是对法律规则和制度的经济分析。与有关本主题的其他教科书（没有其他的学术著作）不同，本书的范围几乎涉及全部的法律制度并将重点置于非市场行为的法律管制——不仅包括我们熟悉的犯罪、事故和法律诉讼等例证，而且包括（经济学家们）不太熟悉的吸毒成瘾、性行为、代理母亲身份、海上救助、宗教礼仪等例证。本书的组织原则也与其他书不同，它依法律概念而非经济学概念进行排列。这种方法使我们能将法律作为一个系统来观察、把握和研究，这一系统可用经济分析的方法进行阐明、揭示并在某些方面进行改善。同样，这种方法使我们能将经济学看作是理解和改革社会习惯的工具而非是一种复杂的、令人退缩的正式数学系统。本书中的经济学解释强调了经济原则的统一性、简明性和有效性，但也涉及其艰涩性。经济学在这里的出现并不是非常正式的，本书而且假设读者此前对经济学是不了解的。

你不可能从一本书中就能学好经济学，本书做不到，其他书也做不到。对经济学的感觉、技巧和熟悉随着对法律的感觉、技巧和熟悉而慢慢发展。本书并不重视经济学的正式和系统方面而偏向经济学的运用，从而成为对更为传统的教科

书的补充而非替代。与普通的微观经济学或价格理论教科书相比较，本书包含了更多的基础理论。因为其范围不是由某些预先确定范围的经济学所决定而是由法学所决定的，所以其不仅包括价格理论中的标准主题，还包括了福利经济学、劳动经济学、财务理论、财政理论、人口统计学、家庭经济学、公共选择、产业组织等学科所讨论的问题。这种讨论的广泛性的代价是对有些领域的讨论不够深入。即使是在法律的经济分析的中心领域（研究财产权、契约和公司等课题），近年的研究进展也非常迅速，以致我在许多方面只能做肤浅的论述。脚注中和章末的参考读物无论如何都不可能是全面的，但它们能使希望进一步研究书中有关主题的读者发现寻找有关学术文献的途径。

虽然本书保留了第3版的基本结构，但1985年10月（本书前一版出版时）以来法律的经济分析的持续快速发展使本书发生了很大的变化——主要是增加了内容。

我要感谢简·迪威斯、蒂法尼·哈斯特和卡左西寇·萨诺等研究助理对我的帮助；感谢尤拉姆·巴兹尔、爱伦·西凯斯，尤其是戴维·D·弗里德曼，他们为本书提供了许多有益的建议；还要感谢约翰·多诺休、伊恩·爱雷斯在其对本书第3版的评论（《波斯纳第3交响曲：对难以置信的问题

的思考》，载《斯坦福法律评论》，卷39，第791页，1987）中提出的批评意见，我从中得到了启示。

理查德·A·波斯纳

# 中文版译者序言

一

本书作者理查德·A·波斯纳（Richard

Allen Posner, 1939—）是70年代以来最为杰出的法律经济学家之一。他将人们从互相自愿的交易中各自获得利益的简明经济理论和与经济效率有关的市场经济原理应用于法律制度和法学理论研究，为法律经济学的研究奠定了理论基础，从而对法学一般理论的发展作出了卓越的贡献。

理查德·A·波斯纳，1939年1月11日出生于美国纽约市。1959年毕业于耶鲁大学，获文学学士学位（A.

B.）；1962年毕业于哈佛大学法学院，获法学硕士学位（LL. M.）。1963年开始为纽约律师协会会员。1962～1963年，任美国联邦最高法院大法官威廉·J·小布雷纳法律秘书；1963～1965年，任美国联邦贸易委员会（FTC）委员助理；1965～1967年，任美国联邦司法部副部长助理；1967～1968年，任美国总统交通政策特别工作小组首席法律顾问；1969～1978年，任斯坦福大学法学院和芝加哥大学法学院教授；1978～1981年，任斯坦福大学法学院和芝加哥大学法学院李·布雷纳·弗雷曼讲座法学教授；1981年至今，任美国联邦上诉法院第七巡回审判庭（芝加哥）法官、首席法官和芝加哥大学法学院、斯坦

福大学法学院法律经济学高级讲座主持人。此外，他还是美国科学促进协会（AAAS）和美国法律学会（ALI）会员；1971～1981年，为美国全国经济研究局（NBER）研究员。1961～1962年，任《哈佛法学评论（Harvard Law Review）》编辑；1972～1981年，主持芝加哥大学法学院的《法学研究期刊（Journal of Legal Studies）》编辑工作。

波斯纳的主要著述有：《法律的经济分析》（1973年，第1版；1977年，第2版；1986年，第3版；1992年，第4版）、《反托拉斯法：一种经济透视》（1976）、《正义经济学》（1981）、《侵权法：案例及经济分析》（1982）、《公司法和证券管制经济学》（1980）、《联邦法院：危机和改革》（1985）、《法律和文学》

（1989）、《法理学问题》（1990）、《过失的理论》（载《法学研究期刊》，1972）、《法律程序和司法行政的经济研究》（载《法学研究期刊》，1973）、《经济管制的理论》（载《贝尔经济与管理科学杂志》，1974）、《垄断的社会成本与管制》（载《政治经济学期刊》，1975）、《法律的经济学研究》（载《得克萨斯法律评论》，1975）、《履约不能与契约法相关学说：一种经济分析》（载《法学研究期刊》，1977）、《功利主义、经济学和法学理

论》（载《法学研究期刊》，1979）、《经济学在法学中的运用和滥用》（载《芝加哥法学评论》，1979）、《最近侵权理论中的集体正义概念》（载《法学研究期刊，1981》）等等。波斯纳的著述甚丰，几乎涉及法律经济学的每一领域。他坚定地认为，法律应该在任何领域引导人们从事有效率的活动。

## 二

法律经济学的发端、成长、发展是近30年来世界范围内法学理论研究的一大成就，为法学研究开拓了一块新的领地。尽管它的稳固建立并不意味着没有批评意见的存在，有人将“芝加哥学派”视作“凶猛的风暴”；有人认为经济学是市场科学，所以非市场行为无疑在它的领域之外；有人怕法律经济学研究同时给经济学和法学招致臭名；也有人怀疑经济学工具对法律研究的可能性和有效性……但所有这些善意的批评或恶意的攻击都没有阻碍法律经济学循着它合理的轨迹长足发展。法律经济学家们坚信，“批评只会促进而不会阻碍任何新思想的发展。”具体的明证是：30年来，一些法律经济学研究中心的创立；一批研究项目、研习班和专门学位的开设；“法律的经济分析（Economic Analysis of Law）”课程在法学院的普遍讲授；有关刊物和书籍等文献的不断增长。



也许正是因为法律经济学正处在蓬勃发展时期，要给予它一个确切的定义是困难的。“但有一点是可以肯定的，即努力获得一个独立的领域并被命名为法律经济学的这一学科的目的是将经济学的研究方法与法学理论和法律制度的有关实质性知识结合起来。”如果要给定一个初步的解释，那么我们可以这样定义：法律经济学

（Law and Economics、Economics of Law、Economic Analysis of Law或Lexeconics）是用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。它是法学和经济学科际整合的边缘学科：一方面，它以人类社会的法律现象为研究对象，故成为法学的一个分支学科或法理学的一大流派；另一方面，由于它以经济理论和方法为其指导思想和研究方法、工具，故又是经济学的分支学科。

当法学陷入严重困惑和纷争的时候，法律经济学的开拓者们勇敢地肩负起了改进方法、扩展领域的重任——将经济学这一在现代社会被更适当地看作方法论的学科理论和工具用于解决法律问题，以促进社会的效率、公平和有序。

尽管作为学科的法律经济学是近30年来的事，但用经济学的理论、方法研究法学理论和法律制度一直可以追溯到贝卡利亚、边沁、亚当·斯密、卡尔·马克思及阿道夫·瓦格纳甚至更早，还有20世纪美国制度经济学派中最著名的代表康芒斯。但又因种种变故，在相当长的一段时间内（1920~1960），法律经济学的研究却身败名裂了。经济学家们视之漠然，法学家们则热衷于自己永无尽头的案例分析而无暇顾及这一社会科学方法对法律研究的运用。然而，法律经济学的技术性研究还在某些具有明显经济目的和意义的法学领域内进行，如反托拉斯法、公共事业管制等。

法律经济学的复兴无疑是与40年代早期芝加哥大学著名经济学家亨利·西蒙斯（Henry C. Simons）的启蒙工作及其后艾伦·迪雷克托（Aaron Director）的努力分不开的。而其发展的真正起步标志是芝加哥大学法学院《法律经济学期刊》（Journal of Law and Economics）的创办，它为这一领域崭新工作的公之于世作出了卓越贡献。可以这么说，它的创办（1958）是法律经济学运动的里程碑。

60年代是法律经济学的初创阶段。这一时期的一些经典论文为法律经济学的研究打下了理论基础。其中最为杰出的是：罗纳德·H·科斯

（Ronald HCoase）的《社会成本问题》、 G·卡拉布雷西（G. Calabresi）的《关于风险分配和侵权法的一些思考》和A·A·阿尔钱恩

（A.A.Alchain）的《关于财产权的经济学》。科斯的论文在法律经济学界引起了极大反响并由此引起了至今仍在进行中的激烈论争。科斯将市场失灵（marketfailure）视作市场作为资源配置机制的代价，即交易成本（transactioncost）。他认为，只有当政府矫正手段能够以较低的成本和较高的收益促成有关当事人的经济福利改善时，这种矫正手段才是正当的。而那种认为市场交易需要成本，政府矫正手段没有任何代价的观点是不可取的，并被实证为虚假的结论。他认为，问题的解决绝没有普遍的方法，只有对每一情形、每一制度进行具体的分析，才能提出符合实际的、基于成本—收益分析选择的特定法律。他还认为，在一个零交易成本的世界里，不论权利的法律原始配置如何，只要权利交易自由，就会产生高效率的社会资源配置。他含蓄地表明：各种法律对行为产生影响的主要因素是交易成本，而法律的目的正应是推进市场交换，促成交易成本最低化。这样，科斯的理论就为法律的有效实施和高效率法律的制定的经济评估提供了方法论的起点。卡拉布雷西的论文是从经济学视角研究侵权法的首次系统尝试。他试图表明这样一种理论：

简单的经济原则能使法律产生整体合理化的力量并为社会意外事故的损失分配提供系统标准的基础。阿尔钱恩关于财产权的论文试图将效用最大化理论扩展到法律制度的研究，从而表明：不仅是经济制度决定了特定的经济现象，而且，财产权的进化、发展本身也还是受经济力量支配的。

几乎与此同时萌发的是另外两个方面的法律经济学发展：其一是经济学家们试图通过追求最高自身利益的经济人行为假设以解释政府和官僚行为，旨在发展在基本方面相似于商业市场个人行为的非市场行为模式，即公共选择理论

（Theory of Public Choice）。这一全新理论的杰出代表是当时弗吉尼亚理工学院和弗吉尼亚大学公共选择研究中心的创立人和领导人詹姆斯·M·布坎南（James M. Buchanan）和戈登·塔洛克（Gordon Tullock）；其二是将微观经济学，即价格理论运用于非市场行为研究，而此项工作的开展在很大程度上要归功于加里·S·贝克尔（Gary S. Becker）的先驱性工作，他将效用最大化假设运用到了所有个人选择领域，包括婚姻、家庭、家务、歧视、犯罪和人类行为一般理论，无论其是否发生在市场。

以上的发展基本上形成了法律经济学的经典理论，使以后法律理论、侵权法、财产权法等一系列问题的经济研究有了理论基础。

70年代是法律经济学的成长时期。在这一时期，法学家们以60年代的经典理论为指导，日益深入和广泛地运用经济学理论和方法来分析、评估法律。通过法律经济学家们10年的不懈努力，终于使法律经济学成为法学研究中一个必不可缺的领域。具体表现为：除芝加哥大学法学院和耶鲁大学法学院早已以极大热情投入这一运动外，北美和欧洲一些有声望的大学法学院都在这一时期设立了法律经济学研究项目——如哈佛大学、斯坦福大学、伯克利和洛杉矶加利福尼亚大学、多伦多大学、牛津大学等；还有哀莫里大学和迈阿密大学的两个法律经济学研究中心先后创设；最值得庆幸的是作为法律经济学经典专著和教科书的《法律的经济分析》的问世和一些期刊的创办。

这一时期甚至直到目前，法律经济学最为杰出的代表是芝加哥大学法学院教授波斯纳（Richard Allen Posner），他以其杰出的经典著作和迄今最为优秀的教科书《法律的经济分析》而誉满学界。当本书第1版在1973年出版时，它就具有专著和教科书两方面的意义，因为当时它是唯一关于法律经济学全面理论的一本书。目前，虽已有了其他教科书、专著和案例著作，但由于作者四易其版，1992年出版了《法律的经济分析》第4版（在1986年第3版基础上作了很大的扩

充和修正），故迄今为止，还没有一本书能在广度和深度上与之匹敌。首先，他在著述中证实：简明的经济学概念可以被用来讨论法律领域中非常特殊的问题，经济效率的概念可以解释法律制度的结构；其次，他通过自己的著述、讲座和芝加哥大学法学院的《法学研究期刊》（Journal of Legal

Studies）的主编工作促成了一个全新的学术领域在北美真正创立并将法律经济学展示于法律界，从而不仅对法学研究的方法论提出了严峻的挑战，而且正在改变着许多传统法学家、法律专业学生、律师、法官和政府官员的行动哲学。

另外几位在法律经济学发展中不可忽视的学者是：芝加哥大学名誉教授弗里德里希·冯·哈耶克（Friedrich A VonHayek）、芝加哥大学法学院教授威廉·M·兰德斯（William M. Landes）、戴维·弗里德曼（David Friedman）、哀莫里大学法律经济学研究中心主持人亨利·曼尼（H. G.

Manne）教授、斯坦福大学法律经济学项目主持人A·米切尔·波林斯基（AMitchell Polinsky）教授、牛津大学社会法律研究中心教授和伦敦经济事务研究所高级研究员维尔杰诺夫斯基（C. G. Veljanovski）、约克大学教授保罗·伯罗斯（PaulBurrows）、洛杉矶加利福尼亚大学教授哈罗德·德姆塞茨（Harold Demsetz）及韦尔纳·赫希

（Werner Z. Hirsch）等。他们以其学识、著述文献和教学研究作为法律经济学在欧美学术地位的持续上升作出了卓越的贡献。

自80年代以来，法律经济学运动以完全崭新的面目展现在我们眼前。第一，法律经济学日益为各法学院所重视，并逐渐由北美、欧洲被介绍到世界各地，尤其是它在非英语国家的登台，使之真正成为一种国际性法学思潮而为大众认同和接纳。第二，法律经济学在北美以外的其他区域研究日益加强，各语种文献大量增加。第三，法学家与经济学家的合作乐观而成效卓显。70年代，法律经济学主要是由法学家从事的工作，而80年代，大量经济学家参与了这项工作并与法学工作者协作从事一些项目、课题研究，或在法学院讲授法律经济学和经济学。第四，一代接受法学和经济学双学位教育的年轻学者正在出现并将可能使法律经济学更具合理性、科学性。第五，将法学、经济学、哲学结合起来建立经济法哲学（Economic Jurisprudence），从而展现了用经济学理论和方法研究、解决更重大的、具有根本性意义的法律问题的前景。第六，法律经济学已为政府机构和公共团体所广泛接受。例如，里根总统在1981年任命波斯纳、博克、温特等三位具有经济学倾向的法学家为美国联邦上诉法院法官，并通过12291号总统令，要求所有新制定的政府

规章都要符合成本-收益分析的标准。1985年，美国国会在公共选择理论影响下，通过了在1991年确保实现财政收支平衡的“格拉姆-拉德曼-霍林斯平衡预算法案”。第七，法律经济学家开始对法律规则和程序的模型化和数理分析抱有浓厚的兴趣。尽管有人认为这一发展趋势的不利之处是数学方法和图解分析的不断和广泛运用会使之异化——即脱离法学家，并使法律经济学成为一门只有极少数受过专门数学和经济学训练而具备从事和理解此项工作的技能的人才能涉足的抽象和深奥的学科，但是如果真是要使经济学为法学研究提供一种科学方法，我们就无法回避这种专门性的精确分析将成为法律经济学的必要组成部分。所以，问题的本质不是我们去阻碍这种发展，而是要求法学家和法律经济学家去适应和改善这种发展。

法律经济学发展到今天，已使经济学理论和方法几乎应用到了法律和法学的每一个领域：侵权法、契约法、财产法、产品责任法、犯罪及刑法、环境保护法、家庭婚姻法、宪法、公司法、商法、反托拉斯法、金融法、税法、知识产权法、国际贸易法，以及法理学、立法学、法律史学、法律实施理论、惩罚理论、民事、刑事、行政诉讼程序理论、原始法理论等，以至于我们已没有理由怀疑其存在的意义。有关它在90年代以



至更长远的未来发展的前途，也许任何外界的评述都是一种推测，甚至是一种不恰当的设想。我们的任务是拭目以待并竭尽全力为它的兴盛而工作。

#### 四

法律经济学运用了众多的经济思想流派来分析法律，从而也就构成了其自身的基本思想、理论原则和分析框架：

##### 方法论个人主义

（Methodological Individualism）法律经济学的主要思想来源于古典主义经济学，它是以方法论个人主义的假定为其基础的——即，社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为研究、考察的基础之上。分析研究对象的基本单元是有理性的个人，并由此假定集体行为是其中个人选择的结果。这样，法律经济学实质上是研究理性选择行为模式的方法论个人主义法学，即以人的理性化全面发展为前提的法学思潮。

##### 最大化原则（Maximization

Principle）功利和利益最大化，有时被指为是经济合理性（economic rationality）假设，已引起了很大的争议和误解。当法律经济学家宣称个人是理性行为者或功利最大化者时，他仅仅表明：个人会对适合于他的各种优先可能选择作出可逆判别。即假设要求个人的选择或偏好是可以

过渡的，如果他偏好X而非Y，并偏好Y而非Z，那他就必然会偏好X而非Z。法律经济学的效用或合理性理论试图描述个人选择的过程并寻觅不同条件下行为过程的相互关系。它并不企图解释个人特定偏好或选择的原因，也不想表明相关个人作出的选择在任何意义上都是合适的。它只是努力地争辩：个人是其自身行为的最佳判断者——如在消费、交易等领域。

需要进一步说明的是：这一原则并不认为所有的个人都是理性人，也不认为这些假设必然是真的。法律经济学家笔下的理性行为者模型只是一种虚构，但却是已被经验、实证研究证明为非常有效的分析集体行为的方法和模型。功利最大化假定并不关注人类心理学或其实际决策过程，也不认为每个人都在有意识地计算他每一行为的成本-收益，但心理学的发展及个人和集体的实际决策过程却不断地成为它在一定意义上成立的佐证。法律经济学的学者们普遍认为，它并非法律经济学或其他学科中关于合理性的唯一观点，但它的确为法律经济学的实证描述和预测奠定了基础。

在此要强调的是，人们对“个人主义”一词有了更多的理解：其一是在“自私（selfish）”意义上谈——个人只关心其自身事务而不顾他人；其二即一种新的用法，将它视为“个人

（personal）、自决（self-determination）”的同义词而允许个人关心社会其他成员的事务。这样，功利最大化原则同样适用于利他和慈善行为。

源于合理性假设的几个推论是：其一，假设各种形态的物品是可以替代和交易的（或为货币替代），并因此而使个人状况发生变化；其二，最大化行为假设，个人将永不满足并竭力追求净收益（效用或利润）最大化或成本最小化。它表明，个人行为（由此推导出集体行为）将对未来可预测的客观成本-收益的变化作出反应；其三，最大化意味着均衡边际价值和消除边际效应，即均衡边际原则（equimarginal Principle）。任何行为都为了取得最大效用或利益，而可供选择的资源必然是这样配置的：用于每一选择的资源的最后单元边际利润是相等的。如果边际利润不等，资源单元就会从边际价值较低的领域转移到边际价值较高的领域以获得更大的总收益。这样，最大化原则就不仅要求每一行为的收益超过成本，而且要求每一行为处于这样的临界点，即行为扩展的边际成本要与边际收益相当，而正是它才决定了获取最大净收益行为的最佳状态。

机会成本（Opportunity

Cost）简言之，即为了任何目的的资源使用都将产生放弃可能是最有价值的另一种选择的成

本。这种成本对有限资源的使用选择无疑是至关重要的，并且它对通过市场交易作出的选择和通过非市场运行作出的选择具有同样重要的意义。法律经济学家强调要在机会成本基础上作出选择并非是基于对市场的绝对合理性、重要性的考虑，例如，公共部门的决策可能会避免对市场的参照而仍基于对非市场选择成本的考虑而作出。对法律经济学而言，这一点表明，任何法律，只要它涉及资源使用——而事实恰恰如此——无不打上经济合理性的烙印，即使它与市场行为无关或只与不完全相似于市场行为的行为有关。法律实施涉及对可供选择的匮乏资源的合理使用是无疑的。同样，当你依照法律的可能资源量作出判决时，你也正在对资源使用的各种可能进行明确或不明确的比较和选择。无疑，判决必须依最有效率地利用资源这一原则进行。

### 激励分析（Incentive

Analysis）法律经济学主要从事事前分析研究。它注重于随政策、法律及其他可变因素变化的预期行为刺激。风险决策的经济分析模型假设，个人基于它们是否会给他们招致风险的客观可能性而使他们的预期功利最大化。这样，例如，侵权法的经济分析就会考察不同规则对安全投入的效应，而不是考察它们解决争议或对个人权利侵犯之损害赔偿的充分性。而且，法律经济

学不是在“全部赔偿”的概念下评价对损失的赔偿，而是要评估事故前个人应购置的最佳保险。

传统英美法学研究主要考察已发生的事件及案例，是一种事后研究（*ex post* approach）。“对法律经济学家而言，过去只是一种‘沉没了的’成本，他们将法律看成是一种影响未来行为的激励系统”而进行事前研究（*ex ante* approach）。

社会成本理论（*Social Cost Theory*）社会成本理论从外在性（*externality*）问题出发，通过进一步界定当事人双方的权利界限，得到一种权利配置结构。权利配置有多种可能结构，各种结构不仅需要社会成本，而且其社会成本有差异，这就产生了权利配置的社会选择过程和社会成本最低化问题。

社会成本理论首先认为：假定市场交易成本为零，那么只要权利起始界定明确，则资源配置便可通过市场交易而达到最优。在此，市场交易成本是指市场机制运行的费用，即当事人双方通过市场进行交易时，搜集有关信息、进行谈判、订立契约并检查、监督契约实施所需要的费用。权利起始界定是指某一要素之归属权的法律规定。

假设：一家工厂排放污烟造成附近五家居民晾晒物损失各75元，总计375元。我们可以将此看作是排污权和清洁空气权的不相容行使。在此

种场合，这种权利需要在工厂和居民之间进行起始界定，然后才能进行交易。我们可以作以下推论：

**状态A：**居民有清洁空气权，工厂购买清洁空气权而使自己获得排污权

当 $RA1$ 时， $\Delta PA_{工} > \Delta PA_{居}$ ，工厂在边际上赔偿居民损失后还有剩余，工厂继续购买清洁空气权，增加产值。如它可向每家居民提供价值50元的干燥器或作进一步的赔偿。

当 $RA2$ 时， $\Delta PA_{工} < \Delta PA_{居}$ ，工厂在边际上赔偿居民损失后出现亏空，工厂放弃污染权，降低产值，或以比损害赔偿较低的价格安装污烟处理器，以增加边际净收益。

当 $RA3$ 时， $\Delta PA_{工} = \Delta PA_{居}$ ，就工厂与居民总体而言，边际所得等于边际损害，两者净收益为最高值。

**状态B：**工厂有污染权，居民购买污染权而使自己获得清洁空气权

当 $RB1$ 时， $\Delta PB_{居} > \Delta PB_{工}$ ，居民在边际上补偿工厂损失后还有剩余，即赔偿低于150元，居民继续购买污染权，以增加收益。

当 $RB2$ 时， $\Delta PB_{居} < \Delta PB_{工}$ ，居民在边际上补偿工厂损失后有亏空，即赔偿高于375元，居民放弃清洁空气权，以增加边际净收益。

当 $RB2$ 时， $\Delta PB_{居} = \Delta PB_{工}$ ，就居民和工厂

总体而言，边际所得等于边际损害，两者净收益为最高值。

结论是：无论双方当事人的法律权利起始配置如何，只要界定明确和允许交易并假定交易成本为零，那么资源的最优化配置（即高效率结果）点总会出现。要明确的是，它确实影响着收入分配。

社会成本理论进一步论证：零交易成本假设是明显不切实际的。事实上，在任何情况下，市场交易成本不仅不为零，有时甚至是十分高昂的。就最低程度而言，当事人双方通常不得不花时间或资金聚集在一起就某一特定问题进行商议，讨价还价、订立契约、寻求可行的实施手段等。另外，还要花费一定的成本使居民各家代表达成某些同意协议。

社会成本理论还证明：法律应该在权利界定上使社会成本最低化、社会资源配置达到最优。在此还是举上面的例子。如果居民拥有清洁空气权，那么工厂就面临三项选择：全额赔偿损害375元，为每家购置干燥器共计250元或安装污烟处理器计150元。工厂显然会安装污烟处理器，因为它而言是成本最低而对居民又消除了损害。如果工厂拥有污染权，那么居民同样不得不在以下可能中作出选择：忍受损害各计75元（合计375元）、各买一台干燥器计50元（合计

250元)、各花费60元进行商议再集体为工厂安装150元的污烟处理器(共计450元),其中交易成本过于高昂。很明显,居民会选择购置干燥器,但这是社会资源配置低效化的选择。为此,基于对社会交易成本的考虑,只有将清洁空气权给予居民才是合理的,它能使社会交易成本最低化,从而促成社会资源配置效率最高化,而将污染权给予工厂就难以达到这一目的。

社会成本理论最后证实:如果市场是资源配置的唯一手段,那么毫无疑问,资源配置的最优仍可以达到,只不过引入市场交易成本的最优点会低于无市场交易成本的最优点。由于已知市场交易成本不可避免,前者当然是实际上可行的最优点。但是,市场并不是唯一的资源配置方式,因为除此之外,政府也可以配置资源。由于政府资源配置可以不通过市场进行,从而不存在市场交易成本。然而,更重要的是,尽管政府资源配置由于其绝对垄断、市场回避、强制力后盾而可避免市场交易成本,但政府却不能使非市场交易成本为零。政府进行资源配置的非市场交易成本是政府用行政决定和命令代替市场交易时所产生的管理成本,这包括搜集信息,制定法规、政策和保证其实施等活动所需要的成本。

社会成本理论最后的结论是:任何一种权利的起始配置都会产生高效率资源配置,也都需要



社会交易成本（市场或非市场的）并影响收入分配，问题的关键只在于如何使法律能选择一种成本较低的权利配置形式和实施程序。这样，社会的法律运行、资源配置的进化过程就是以交易成本为最低为原则，不断地重新配置权利、调整权利结构和变革实施程序的过程。

效率和平等理论（Theory of Efficiency and Equity）在此，效率指的是在一种状态下总收益和总成本之间的关系；而平等指的是个人之间的收入分配状况。一个重要的问题是，是否在效率和平等的追求之间存在着冲突。实证研究作出的是肯定的回答。

我们可以举一个简单的例子来说明潜在的效率和平等之间的冲突。假设政府要决定是否建一个桥牌馆，而这件事只在纳税人（P）和桥牌馆所有人（D）之间发生关系。在没有桥牌馆时，D收入为100元，P收入为50元，故总收入为150元。修建桥牌馆要花去P30元，而其创造价值将为60元并全为D所有，因为桥牌馆已为D所有。这样一个项目要不要上？

仅基于对效率的考虑，这桥牌馆明显要建，因为它净创社会收益30元。但我们同样要考虑一下平等效果。在建馆前，D有100元，P有50元。建馆后，D有160元（包括60元收益）而P却只有20元（减去30元建馆成本）。这样的分配结果明

显是不符合收入分配的公平原则的。假设最公平的收入分配是D投资20元，P投资10元，建馆后，D的总收入是120元，P的总收入为60元，其比例即为 $2/3$ 与 $1/3$ 。这样的分配是非真正平等呢？是否更扩大了贫富差距呢？如何解决平等和效率之间的冲突最终取决于两者的相对重要性。如果推进平等是非常重要的，那么为了更多的平等而牺牲一些效率还是有必要的。要注意的是，如果以上的情况都是在一个假设条件下进行的——收入分配无成本，那么分配就可任意进行而不与效率冲突。

这一例子可以归纳出两个重要的普遍性结论：如果收入不能被无成本地分配，那么效率与平等之间就会有冲突，无论事实上的冲突是源于追求效率的特定分配结果还是为了取得公平的收入分配。但是，如果收入可能被无成本地分配，那么效率与平等之间就不会有冲突，不论对追求效率的特定分配结果还是对取得公平的收入分配都是这样。换言之，如果收入可能被无成本地分配，那么我们可能尽力将社会总收益最大化并任意分配。而这一假设的事实不可能性向法律提出的任务之一是：通过权利界定和程序规定使收入分配的成本最小化。

法律经济学在以下理论的基础上提出了三大命题：

斯密定理：自愿交换对个人是互利的。

科斯定理：在一个零交易成本世界里，不论如何选择法规、配置资源，只要交易自由，总会产生高效率的结果。而在现实交易成本存在的情况下，能使交易成本影响最小化的法律是最适当的法律。交易成本的影响包括了交易成本的实际发生和希望避免交易成本而产生的低效率选择。

波斯纳定理：如果市场交易成本过高而抑制交易，那么，权利应赋予那些最珍视它们的人。

所有以上的理论和思想，如果不是说全面的话，那也基本上为法律经济学的深化和拓展铺垫了理论基石。

## 五

法律经济学是以经济学为方法的，那么它的方法论自然也就难于与经济学的的方法论分野。基于对传统和发展的考虑，法律经济学着重应用以下方法来研究法律的实然状态和应然状态、效能和效率、现状和发展。

实证经济分析（Positive Economic Analysis）实证经济学将经济学看成是一种经验科学。它基于这样的方法论思想，即经济分析只被看作是一种可以衍生出一系列能为经验证明和可测试的预言的工具。这种方法通过它预测行为变化的能力来判断有关分析、模型或规则的可行性和有用性。实证经济分析由此被用以进行定性预测并为

这些预测的经验搜集资料。当然，这种方法应作限制性解释和谨慎性使用。首先，这种分析模型只能适用于部分法律关系，其次，分析模型法律关系的不完全性并不能说明已被模型化分析、研究的法律关系是最重要的。传统法学家们对模型持批评态度的理由是其不真实性——对现实的抽象而非仅仅描述——才提出了分析模型的假设和预测。

实证经济学技术最适合于法律效果研究（legal impact studies）或如赫希所称的“效果评估（effect evaluation）”。法律效能研究试图依可测变量对法律效能作定性鉴定和定量分析。尽管对此争议不少，但实证经济分析之法律运用已在侵权、契约、犯罪等法律问题的经济分析领域作出了一定贡献。

犯罪的经济分析将从事犯罪活动的决定看作是一种职业选择。一个人参与犯罪的原因是犯罪这一活动（或职业）能为行为人提供比其他任何可选择的合法职业更大量的净收益。这种经济分析的基本假设是“罪犯和试图控制犯罪的人们在总体上对可计量的机会和刺激都会有反应”。罪犯是一个具有稳定偏好（stable preferences）追求预期效用（expected utility）而非财富最大化的理性个人。过去认为，职业选择完全是依货币工资来决定的，这是一种误解。相反，人们将依其工

作净收益来决定工作选择。由此，参与犯罪既取决于财富收益，同时又取决于像风险、生活方式那样的许多无形因素。

法律经济学研究犯罪的主要文献集中于对威慑假设的理论和经验考察。将犯罪看作理性行为的经济理论必将得出这样的结论：任何减少犯罪预期收益的因素都会减低犯罪率。由刑法施与的惩罚即增加成本将减少参与犯罪的潜在预期收益。惩罚的事先预期效能取决于两个因素：制裁的严厉性（severity）和频率（frequency）。这两方面的因素会影响威慑力从而影响犯罪。通过运用复杂深奥的统计技术，法律经济学目前搜集的证据就至少能为威慑假设提供尝试性的论证，而这方面较敏感的领域是对死刑威慑力的实证分析。

用实证分析预测可选择的法律的效果是为了表明：一项法律的实证经济分析效果与非经济学家所希望的是相距甚远甚至是背道而驰的。

我们可以从以下例证中得到明证。一个市政当局通过一项法规，要求雇主在辞退雇员日期之前三个月通知雇员，即使雇佣协议规定的期限不满三个月。不然，认定为无权辞退。初看，这一法规的主要效果是保护雇员，因为他们的雇佣期有了更大的保障；而它对雇主是不利的，因为他们现在要辞退不满意的雇员比过去困难多了。然

而，结论恰恰并非如此。新的法规使雇主成本增加而使需求曲线（demand curve）下降，因为他们将得到较少的总收益；同样，新的法规也使雇员得益而使供给曲线（supply curve）下降，因为他们在同样条件下降低了总成本。需求和供给曲线都下降了，那么，雇员薪金也会呈下降趋势。就短期而言，这一法规以牺牲雇主利益为代价而对雇员有益。但一旦有时间对薪金作出相应调整，那么，雇员从雇佣期保障上得到的益处就要以得到较少的薪金为代价；而雇主就以增加辞退雇员的困难为代价，从而减少薪金支出，提高其总收益。

这一例证及其他许多情况表明，当事人双方在市场经济社会中是依契约和价格将大部分关系建立起来的。在这种情势下，法律经济学实证分析的最初和最重要结论是：法律对契约条款的强制干预将导致市场价格变更。当然，使双方都受益的降低交易成本的程序性规章可能除外。

法律的实证经济分析因而完全改变了支持或反对那些规章的理论依据，消除了那些论证规章正确性的明显正当理由（如以牺牲雇主利益为代价而帮助雇员），提出了一系列更为深刻、复杂的问题。

对法律经济学家而言，法律效果研究是对经济理论和经验方法的最好运用。他提出并试图回

答这样的问题：什么是法律的可能效果？它实现了吗？法律达到了自己的目标了吗？而传统法学家却由于缺乏统计学、经济学方面的训练而只能用语言不能用详尽的实证统计资料来讨论法律效果问题，从而使法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析几乎误入歧途。法律效果要评估的是法律最终将要达到的预期目标的成功度。正是在这一点上，法律的实证经济分析显示出其优越性。

规范经济分析（Normative Economic Analysis）用规范经济分析决定法律应该是什么引发起这样一个简明而又有争议的假设——法律的唯一目的应该提高经济效率。当然，这一假设至少有两个疑问：其一，基于功利主义的假设——唯一的善是人类的幸福，它被界定为不是人们应该需要什么而是人们确实需要什么；其二，经济效益充其量也不过提供了一种衡量“全人类幸福”的非常近似的尺度，因为它实际上将人们的收益边际效用统一、简单化了。对此疑义的答辩是：在几乎没有人认为经济效率就是一切的同时，大多数正确理解这一概念的人会同意，若它不是一个重要目的就是一种借以达到其他目的的手段。由此可见，即使经济效率最大化不是法律的唯一目的，它也是一种重要的目的——一个在原则上经济学理论指导我们如何去达

到的目的。

规范经济学或福利经济学关注的正是私人和社会资源配置的效率。庇古（A.C. Pigou）认为，自由竞争可以使消耗一定量资源所产生的国民收益达到最大值。据此，如果边际私人纯收益和边际社会纯收益在一切场合都是一致的，则自由竞争可以使社会经济福利达到最大值。“完全竞争是一种具有以下特征的经济模式：每个经济行为人好像在给定的价格条件下行为，即每人都是价格接受者；产品是齐性的（homogeneous）；所有资源都具有自由流动性，包括出入商务企业；在市场中的每个经济行为人都拥有全面和完善的知识。”

在此，契约自由（freedom of contract）是一个强有力的前提——允许双方当事人达成任何无害社会和他人的契约，允许在契约中包括相互同意的任何条款。在人们承认以上观点的条件下，法律的功能仅在于规定有益于减少契约谈判成本的法定条款。

只要没有外部交易成本或收益，私人资源配置的高效率会产生社会资源配置的高效率。在没有外在性的情况下，完全竞争市场制度是社会最高效率化的。因为它“置每一产品资源于生产体系中能对社会总体收益最大可能作出贡献的位置；并通过增加其社会财富中的份额而回报每



一个生产参与者，因为由于他们的合作才使社会财富最大化成为可能”。社会资源以其具有最高竞争价值的用途进行配置，以反映其对社会的边际成本的价格出售。

当各种完全竞争市场基于的假设在现实市场中没法实现时，我们面对的却是三种选择：要么任其低效率运作，要么完善市场，要么放弃市场另找出路。这种与完全竞争理想结果相左的就是市场失灵（market failure），它为法律干预完善市场提供了社会效率的理论基础。导致市场失灵的因素很多，如垄断、信息匮乏等，但就法律的经济分析而言，其中最重要的理应是外部成本

（external cost）。外部成本是由有害行为加于个人或法人而引起的无法弥补的损失。最典型的外部成本就是污染、犯罪和交通事故。但是，仅仅有害行为的存在并不足以造成市场失灵，问题的实质是在于交易成本的存在。科斯的《社会成本问题》表明，完全竞争市场在原则上恰恰能有效地控制有害行为的发生。以污染为例。在一个完全竞争市场中，污染加害于个人的损失会刺激他们去为减少损失而讨价还价。如果受害者的开价超出了减低污染的成本，那么，污染者就会选择减低污染程度或停止污染，因为这将增进他的利益。这种自愿交易一直可以持续到相互得益的枯竭，而具体标准将依污染的社会效率而定。而

且，这种交易不会受法律合理变更的影响。如果法律要求企业给予受害者污染加害赔偿，企业只要在污染增长收益高于赔偿支付时，它将继续污染；当法律要求企业将全部的污染增长收益都用于赔偿或赔偿额更高时，企业将停止污染，但这将影响侵害行为的社会效率。这是法律不当干预造成的交易成本提升。这就是我们前面提及的科斯定理的例证：当交易成本为零时，法律（财产）权利的选择不会影响社会效率的最终结果。

当交易成本存在时，法律就不可能是资源配置中立的，它应该起到效率作用。无论法律在实际上是否为市场（交易）过程提供了法律权利配置基础并依此决定外部成本的程度，或法律是否在由于类似成本而使市场无法起作用的地方建立权利体系（污染或得免污染）并借以直接决定外部成本的程度，法律的效率作用（有时正、有时负）总是无法忽视的。在原则上、科斯定理只能作出这样的解释：外部成本的社会改率水平取决于污染成本（损害成本）和不污染成本（消除成本）之间的平衡，而法律的目的在此就是通过降低交易成本来消除外部成本不利于社会效率的因素。

法律的效率研究申明以法律行为的社会成本最小化为其目标。“意外事故法的主要功能是降低事故成本和事故避免成本的总量。”“能以最低

成本避免事故而没有这样做的当事人要负法律责任”。这一目标将以下三项假设作为先决条件：所有损失都能依货币度量；用更多的资源于事故防止确实能有效地降低事故发生的可能性；所有介入或可能介入事故的人对事故压力都是敏感的。这样，过失理论的效率目标就是通过将责任加予“成本最低的避免者”而阻止不经济事故（uneconomical accident）的发生。

对于侵权问题，法律经济学并不重视赔偿目标，而是假设侵权法的目的是为了促进防止侵权行为资源的高效率配置。卡拉布雷西的理论为此提供了基于效率的侵权评估框架。它通过详尽说明社会成本不仅包括直接侵权损失，而且包括社会中无法弥补的法律、行政及其他成本，来表述复杂的效率尺度。进一步的分析涉及极为抽象的数学模型，其中包括法律的成本-收益比较分析的标准和技术。

令人不安的是，法律经济学到目前为止对社会效率与收入和财富的平等分配之间的关系仍研究不够。问题很明白，“更高的效率并不一定意味着更好的社会”。但令人遗憾的是，这一观点引出的答复却不尽人意。争议在继续之中，而经济法哲学的发展可能将有助于公平、正义、效率等关系这一法律问题的澄清。

公共选择分析（Public Choice Analysis）公共

选择理论，就是把经济分析工具运用于政治、法律研究领域，运用经济学的方法和理论去考察政治、法律领域中的集体决策和其他非市场决策。据其创始人布坎南的解说：“公共选择实际上是经济理论在政治活动或政府选择领域中的应用和扩展。”

布坎南和托里森（Robert Tollison）在其合作著作的序言中解释道：“公共选择只是明确了公共经济一般理论的一种努力，它可以帮助我们在集体选择方面从事人们长期以来在市场微观经济学方面所做的工作，即用一种相应和尽可能合适的政治市场运转理论来补充物质资料或商业服务之生产和交换的理论。该理论正是这样一种竭力要建立模拟今天社会行为的模式，其特点是：根据个人是在经济市场还是在政治市场活动，采取不同方式处理人类决策的过程。一切传统的模式都把经济决策视为制度的内在变化，而把政治决策视为外部因素，人们拒绝就这些外因的规律和生产进行探讨。在这种情况下，公共选择理论的宗旨却是将人类行为的两个方面重新纳入单一模式，该模式注意到：承担政治决策之结果的人就是选择决策人的人。”

公共选择理论是从方法论个人主义和功利主义开始其分析的。布坎南指出：“我们的模型把个人行为作为其重要特征来体现，因此，把我们

的理论归入个人主义的方法论这一类也许是最恰当不过的了。”按照这种起始点，个人被看作是决策的基本单位和集体行为决策的唯一最终决策者。布坎南反对从集体的角度出发考察政治、法律等社会行为的分析方法。因为这种方法很容易导致将国家不仅看成一个超人的单位，而且将国家利益或公共利益看作是完全独立于个人利益而存在的东西，进而“将国家看成是代表整个社会的唯一决策单位”。布坎南指出，人们并不是为了追求真善美而是为了去实现各自的利益而参与政治活动的。每一个参加公共选择的人都有其不同的动机和愿望，他们依据自己的偏好和最有利于自己的方式进行活动，他们是理性的、追求个人效用最大化的“经济人”。“私人偏好的满足是集体活动存在的首要目标。”对于公共选择理论而言，没有比这更恰当的行为假设能用来说明选民、政治家和官僚们的行为准则。如果人类行为的这一假设被否定，那么，公共选择理论家所作的努力将完全是一种徒劳。因此，“在某种意义上说，公共选择或政治活动的经济理论的首要内容可以归纳为在所有行为环境中人们都应被看作是理性效用最大化者这个命题的‘发现’或‘再发现’。”

从经济人假设出发，运用成本-收益分析（costs-benefits analysis）方法，公共选择理论对

西方民主政体下的政府行为进行了实证分析，得出了“政府失灵（government failure）”的结论。公共选择理论认为，政府官员是公共利益代表的这种理想化认识与现实相距甚远，行使经济选择权的人并非“经济阉人”。我们没有理由将政府看作是超凡至圣的神造物。政府同样也有缺陷，会犯错误，也常常会不顾公共利益而追求其官僚集团自身的私利。

政府作为公共利益的保证人，其作用是弥补市场经济的不足，并使各经济人员所作决策的社会效应比国家干预之前更高。然而，官僚主义的过分干预必然会使社会资源使用效率低于市场机制下的效率。原因是：（1）缺乏竞争。使社会支付的服务费用超出了社会本应支付的成本；

（2）政府部门往往倾向于不计成本地向社会提供不恰当的服务，造成浪费；（3）政府官员的确是不能为所欲为的，他必须服从当选者和公民代表的政治监督。然而，由于个体和集体的成本—收益分析而使实行监督的效果显得非常有限。政府代表的态度一般都更倾向于捍卫被监督部门的利益，而不是捍卫严格意义上的公共利益。每个政府部门或公用事业部门所遵循的政策，往往是由该部门领导人根据自己对公共利益的理解来决定的，而不是真正符合最大限度增加公共利益的目的。每个人都确信他真正在尽自己最大努力

来捍卫社会利益。出问题的不是人，而是官僚主义内部限制体制的逻辑，它使政府人员感受不到某种限制体制的压力。结论是：只有在其他一切办法都证明确实不能发挥作用的情况下，才有必要采取政府官僚干预这种永远是次佳的办法。

“在一个民主国家里，拥有最后决定权的始终是选民。为什么官僚主义现象的增长损害了选民的利益，而他们仍然消极地接受这种现象呢？”原因是多方面的，其一，真正中立的立法措施——它对所有公民都具有同样的影响，使每一个人都按同样比例得到（或失去）某些东西——是极为罕见的。由于我们的制度，导致了纯粹“再分配”措施积累，这些措施改善了某些阶层的福利，但没有增进某一些阶层和社会的总福利。为了防治这种现象，有必要求助于比我们使用的多数制更高比例的多数制——在 $3/4$ 到 $9/10$ 之间；其二，和私人市场一样，信息不是一种免费的资料，而是一种代价昂贵的财富。而且，一项法律措施的受益人数一般要少于为该措施承担费用的人数。这样，一类人洞察法律决策奥秘，一类人由于可能收益小成本大而消极视之。并且，当许多人组织起来一起行动捍卫自身利益时，其花费要远远高于只有少数人时的花费。“总之，现存政治结构使得为消除行政浪费、减少赋税和减少国家对经济的干预而有意识

积极奋斗的公民为数太少了。我确信，在我们的议会民主政体的运转方式中，存在着某种根本的缺陷。正是这一缺陷导致了国家现象的不断膨胀。”

公共选择并不反对一切国家干预，而是要使人们充分意识到：如果说市场不是一种完美无瑕的财富分配机制，那么，国家干预也并非解决一切问题的良方。相反，过多的国家干预只会扰乱和破坏经济生活的内在自然秩序，带来一系列灾难性后果，严重危害民主制度的存在。公共选择的做法是：把长期用以研究市场经济缺陷的方法同样应用于国家和公共经济的一切部门，以作出以下判断：只有当事实很明显地证明市场解决手段确实比公共干涉解决手段代价更高时，才选择国家。“公共选择派的结论是：凡有可能，决策应交予个人自己。”

“政治失灵”分析的逻辑结论是：当代西方民主社会面临的重要困难，与其说是市场制度的破产，毋宁说是政治制度的失败。这些制度是19世纪根据适合产业革命初期条件的政治技术设计的，现在它们已受到一系列内在不平衡作用的冲击，使国家损害市场和公民社会。正如布坎南在《自由的限度：在无政府状态和极权主义国家之间》中所说的那样：“我们的时代面临的不是经济方面的挑战，而是制度和政治方面的挑战，我



们应该发明一种新的政治技术和新的表现民主的方式，它们将能控制官僚主义特权阶层的蔓延滋长。”所以，重建民主政治制度，特别是建设一个能有效制约政府行为的政治法律决策体制就成为必要。

在公共选择理论的“制度改革论”中，宪法改革居于首要地位。他们力图通过“新宪章运动”，重建宪法基本规则，并通过新宪法规则来约束政府权力。作为宪法改革的第一步，布坎南首先提出了一套经济政策的新宪章：（一）重新采用平衡预算原则；（二）联合预算原则，即政府开支决策与征税决策同时进行；（三）采用预算平衡自动调节规则，确保实际预算平衡；（四）由赤字向平衡循序渐进过渡原则，以消除经济恐慌；（五）国家非常时期自动放弃平衡原则，并在非常时期结束后一年内重新启用平衡原则。布坎南经济新宪章的核心就是通过确立预算平衡原则，从根本上限制政府的无限度增长，从而消除不断自我膨胀的“政府怪物”对民主、法治社会的危害。

宪法改革是公共选择既重要但又论述不足的主题，寻租（rent-seeking，借用特权获得私利）也是其研究的一个热点。

## 六

30多年法律经济学的历史表明，它既是对现

代法律分析本身固有思维弱点的一次无情冲击，又无疑是对传统经济思想核心的回归与重整。正当我们的同胞纷纷陷入法学研究的意识形态纷争和传统方法论困惑的时候，法学理论30年来却在另一个社会发生了一场于我们是悄然无声的翻天覆地的革新。这场革新对第二次世界大战以来西方民主社会赖以生存的经济、政治、法律方面大部分的信条和清规戒律提出了挑战，我们也许也能从中得到某种启迪。正是这场思想、理论和技术革新，为法律实施、法律效果、法律效率、宪法理论（包括政府行为控制、民主决策或选择制度）等问题提出了一系列使我们为之耳目一新的假设、理论和方法。

在中国法制建设的今天，我们肩负着变革图强的重任。循着国家经济发展水平和文化、历史传统，接受市场经济自身发展和运行规律来规范选择，正在为越来越多的社会主义国家的政府和个人看作是改革的出路。可以毫不夸张地说，市场化机制已为理论和经验证实，应当是未来社会的基本内容，因为这对经济和社会发展而言是不言而喻的。

既然如此，那么展示在我们面前的法律经济学理论是否可以在以下问题上成为我们的理论参照系：我们如何评估并促进法律规则的效果？我们如何使我们的法律规则取得更高的私人、政府

和社会效率？我们如何充分利用科学的制度和法律来反对官僚主义？我们又如何使我们的法律制定程序、规则更合理化？我们如何使公共选择真正能体现公众利益？……

一篇论文“并不能证明一个新的理论。有意义的是，所有以上的内容表明：这种特定的理论拥有希望并由此值得追求。我由衷地希望，我已使您相信，那可能不确切地被命名为法律经济学的理论学说具有一种改变公认观点、产生关于重大社会现象的多样化可测试假设、并最终充实我们关于这个世界的知识宝库的巨大潜能”。

# 第一篇 法律经济学：导论

## 第一章 经济推理的本质

本书的写作是建立在经济学是分析一系列法律问题的有力工具这一信念基础之上的，但是，对大部分即便是非常聪明的法律学者和法律学生而言，将经济原理与具体的法律问题联系起来仍是相当困难的。一位学生修读价格理论的课程后便能知道谷物价格下降时，小麦的价格会发生什么变化，以及当牛肉价格上升时，牧草地的价格将发生什么变化。但是，他却无法理解这些事情与言论自由、意外事故、犯罪、禁止永久不得转让所有权的原则（the Rule Against

Perpetuities）和公司契约有什么关系。本书的构想就是将经济学理论的讨论应用于具体繁多而又各异的法律问题，而对抽象的经济理论的讨论则仅限于本章。

### 1. 1 基本概念

许多法律学者认为，经济学就是研究通货膨胀、失业、商业周期和其他神秘莫测的宏观经济现象的，它们与法律制度所关注的日常事务无关。事实上，经济学领域比这要宽泛得多。正如本书所表明的，经济学是一门关于我们这个世界的理性选择的科学（the science of rational

choice）——在这个世界，资源相对于人类欲望是有限的。依此定义，经济学的任务就在于探究以下假设的含义：人在其生活目的、满足方

面是一个理性最大化者（rationalmaximizer）——我们将称他为“自利的（self-interest）”。理性最大化不应与有目的的计算（consciouscalculation）相混淆。经济学不是一种关于自觉意识的理论。无论选择者的心理状况如何，当行为与理性选择模式一致时，它就是合乎理性的。自利不应与自私（selfishness）相混淆，其他人的幸福（或痛苦）可能是某人的满足的一个部分。

“人是其自利的理性最大化者”这一概念暗示，人们会对激励（incentive）作出反应，即，如果一个人的环境发生变化，而他通过改变其行为就能增加他的满足，那他就会这样做。我们可以从这一命题推出经济学的三项基本原理：

1. 第一项是所支付的价格和所需求的数量呈反比例关系，即需求规律（the Law of Demand）。如果每磅牛肉价格上涨10美分而其他价格不变，那么，消费者在一磅牛肉上的花费相对以前会更多。基于理性和自利的考虑，他会对此作出以下反应，即了解用那些在牛肉是原有价格时他不太喜欢、而在牛肉提价后它们因更为便宜而更有吸引力的物品作为替代品的可能性。许多消费者将继续购买与以往同样多的牛肉，这是因为对他们而言，即使其他物品的价格相对低些，但仍不是理想的替代品。但有些人将减少他们的牛肉购买量而代之以其他肉类（或其他食

品，或索性全部购买其他产品）。结果是，购买者的总需求量会下降，从而导致了生产量的下降。这在图1. 1中得到表示。纵轴为价格，横轴为产量。价格从 $P_1$ 上涨到 $P_2$ ，使需求量从 $q_1$ 下降到 $q_2$ 。同样，我们可以设想当供应量从 $q_1$ 下降到 $q_2$ 时，物品价格将从 $P_1$ 上升到 $P_2$ 。你能明白为什么这种因果关系相互影响吗？

这一分析假设，在整个体系中唯一发生变化的是相对价格或数量的变化。然而，假如与此同时，价格上升，需求也上升，那么需求量和供应量则可能不降，甚至也有可能上升。（如果不看第九章中的图9. 5，你能用图表示需求的增长吗？）这一分析也假设不考虑相对价格变化对收入可能造成的影响。这一变化可能对需求量具有反作用。假设一个人收入的下降会使其更多地购买某些物品，那么，物品价格的上升将对物品消费者有两个直接效应：（1）替代品会具有更大的吸引力；（2）由于同样的收入现在只能买到较少的物品，所以消费者的财富会下降。第一个效应会减低需求，但第二个效应（假设物品不好）应增加需求，而且可想而知它的作用不可能超过第一个效应。单一物品价格变化的财富效应可能是很小的，以至它对需求只有微弱的反作用。换言之，价格变比的替代效应总的来说要超过收入或财富效应。所以，后者通常可以忽略不

计。

需求规律不仅对具有明确价格的物品奏效。一些不受欢迎的老师有时通过提高他们所授课程学生的平均分数来增加课程注册人数，因为在其他情况相同时，严格判分者会比随便判分者拥有较少的课程注册人数。一位在服刑的已决犯被看成是在“向社会还债”，经济学家会认为此项比喻是恰当的。至少从罪犯的角度看（为什么不从社会角度看？），刑罚是社会使罪犯对其过错所支付的代价。经济学家由此预言，刑罚严厉性和其他类似负担的增加，会提高犯罪的价格，从而降低犯罪发生率，并促使罪犯代之以从事其他活动。经济学家将非金钱价格称作“影子价格（shadow prices）”。

2. 在我们所举的牛肉例子中的消费者——以及这里讨论的罪犯——都被假定为试图使其效用（幸福、快乐、满足）最大化。可以推测，这一假定也适合于牛肉生产者，虽然就消费者而言，他通常被说成是为了利润最大化

（Profitmaximization）而非效用最大化（utilitymaximization）。销售者所追求的是使其成本和销售收入之差最大化，但此时我们所关心的只是一位理性的自利销售者所收取的最低价格是多少。最低价格是指销售者在制作（或销售）产品时所耗资源的价格将等于它们在其另一最佳



使用时的价格——即替代价格

（alternative Price）。这就是经济学家所称的一种物品的成本，它并且表明了（在一些不必使我们在这一感到困扰的例外的约束下）一位理性的销售者为什么不以低于成本的价格出售他的产品的理由。例如，制造商制造一台割草机的成本即为他必须支付的资本、劳动力、原材料和其在制造它时消耗的其他资源的价格。此价格必须超过接下来的另一位最高出价人购买这些资源时的价格，因为如果割草机制造商不愿出那个价格，那他就不可能成为较高的出价人，他因而也不能得到那些资源。我们先不论及当资源销售者将其价格定得高于它的替代价格时的复杂性。

与作为替代价格的成本概念相关的一个推论是，只有当某些人被拒绝使用此资源时，成本才会发生。由于我能呼吸到足够的空气而又不剥夺其他任何人对空气的任何需求，其他人无需因为我让与空气权给他而付钱给我，所以空气是不需要成本的。因此，一种物品只有一种使用（你能明白这是什么吗？）。对经济学家而言，成本是“机会成本（opportunity cost）”——意谓由于将资源使用于某一方面而不能用于其他方面时所放弃的收益。这里举两个机会成本的例子：（1）一个学生享受较高教育的主要成本是他放弃的如果工作而非就学的所得，这一成本将超过学费。

(2) 假设一桶油的劳动力、资本和原材料成本总和仅为2美元，但由于低价油会被很快地消耗完，在10年后生产一桶油的成本可望是20美元。这样，那些能将其油保存这么长时间的生产者就将能以20美元一桶的价格出售。20美元就是现在卖油的机会成本——虽然不是净机会成本，因为如果生产者在待售期间，他将丧失现在卖油和在此过程中投资的应得利益。但是，如果假设一桶油的时价只是4美元，那么他如果现在出售就可以得到2美元的利润。如果他投资2美元，10年后不会增长至20美元（减去生产成本）。所以他会因将油存于地下而获益。需要注意的是，油越被视为在未来稀缺，其期货价格就越高，由此越有可能将油存于地下——从而缓和未来的稀缺性。

这一有关成本的讨论可能有助于我们消除关于经济学的一个最积习难改的谬误——即认为它是有关货币的学问的谬误。恰恰相反，它是关于资源使用的学问，货币仅仅是对资源的一种权利。经济学家将交易分成只影响资源使用而不管货币是否转手的交易以及纯粹的现金交易——转让性支付（transferPayment）两种。家务劳动是一种经济活动，尽管做家务的人是不接受金钱补偿的配偶一方或双方，但它仍然涉及成本——主要是做家务人的时间的机会成本。寻找性伙伴（连同性行为本身）是需要时间从而相对于该时间的

次佳使用的价值而言是会产生成本的。疾病和意外受孕的风险也是一种性的实在（虽不主要是金钱的）成本。相比之下，通过税收从我处转让1000美元给一个穷人（或一个富人），如果不考虑它对我和他的激励效应、实施这一行为的（其他）成本或一美元对我们而言可能存在的任何可能差异，那么就该事本身而言是无成本的；它不消耗任何资源。但是事实上，这样却会削弱我的购买力，并以同样的数量增加领受者的购买力。不同的是，它是一种私人成本而非社会成本

（socialcost）。社会成本会减少社会财富，而私人成本仅仅是对财富的重新安排。

竞争是一种区别于“技术”外在性（即，与对不同意的当事人施加成本不同的财富转移）的丰富的“金钱”来源。假设A在B的加油站对面开一个加油站，从而使A从B处取得收入。由于B的损失是A的所得，所以总财富没有缩减，没有社会成本，尽管B由于A的竞争受损害而产生私人成本。

机会成本和转让性支付之间的区别，或曰经济成本（economiccost）和会计成本（accounting cost）之间的区别表明，对经济学家而言，成本是一个预期概念。“沉淀”（已出现的）成本（“sunk”

cost）并不影响对价格和数量的决定。假设一只塑料白象的制造成本是1000美元（1000美元

即是制造它时的投入品的替代价格），而现在任何人愿意支付的最高造价是10美元。这样，塑料白象的机会成本就是10美元。事实上作为沉淀在制造品中的1000美元将不会影响它的销售价格，因为如果销售者坚持在低于它的制造价条件下不出售，那么唯一的结果只能是损失1000美元而非损失990美元。

这一沉淀成本的讨论将有助于解释经济学家为什么将其研究重点置于事前研究而非事后研究。理性人将其决定基于对未来的预期而非对过去的懊悔。他们认为，过去的事就让它过去吧。如果让懊悔破坏决定，那么人们塑造其命运的能力就会受到损害。如果允许一个自由达成契约的当事人在产生不良后果后修改契约条款，那就不可能达成任何契约。

机会成本概念在法律的经济分析中最著名的运用是科斯定理（the Coase Theorem）。这一稍作简化的定理（关于必要条件，参见53. 6）认为：如果交易是无成本的，财产权的初始安排将不会决定财产的最终使用。假设一个农场主拥有土地并有权使其作物不受铁路机车火花的损害。作物对他的价值为100美元，铁路无妨碍地使用其道路权的价值会更高，但110美元的成本还不能使其安装火花控制器以消除火灾从而可随意愿行驶多少列火车而仍然不损害农场主的作物。那

么，依照这些假设，作物对农场主的实际价值就不是100美元，而是在100美元和110美元之间，因为铁路愿意以任何低于110美元的价格购买农场主的财产权而不安装火花控制器。当然，农场主只有将其财产权卖给铁路，才能认识到其作物的更高价值，而且他将这样做，故结果是：如果铁路已拥有土地的所有权，那么其土地将用作安全的其他相同用途（某些不怕火的用途）。

竞争力量有助于使机会成本最大化，以及使价格最低化。（你能明白为何我们所举的农场主—铁路例子是这一一般式的例外吗？）一个高于机会成本的价格会吸引人把资源投入到物品的生产中，而直到产出的增加依需求规律使价格降至成本水平为止。（为什么竞争不会使价格低于机会成本呢？）这一过程见图1. 2的描述。在图中D代表对相关物品的需求计划，S代表在不同产量水平上供应的单位产出的机会成本。S的另一表述是产业边际成本曲线。边际成本

（marginal cost）是由一单位产量的变化引起的总成本变化，换句话说，它是最后单位产出的成本——每少生产一单位产品能避免的成本。（边际成本将在第9、10章中作进一步讨论。）这一定义会帮助你理解为什么D和S的交点代表了在竞争条件下的均衡价格和产量。“均衡

（equilibrium）”意味着这样一个稳定点，在这一

点上除非需求和供给条件发生变化，否则，对销售者而言就不会有改变价格或产量的激励。为什么位于交点左右的任何一点都代表的是一种不稳定的价格——产量非均衡水平呢？

即使是在长期竞争性均衡中，仍无法保证所有的销售都会发生在价格等于所出售的物品的机会成本时。这一事实隐含在图1. 2供给曲线的正斜率中。正在生产的物品成本会随着已生产的数量的增加而上升这一事实表明，它的生产需要一些相对需求而言本来就非常稀缺的资源，诸如肥沃或位置好的土地。例如，假设最好的土地生产一蒲式耳谷物只需1美元成本，该成本包括了生产谷物的直接成本（劳动力、肥料等）和土地用作接下来的另一最佳使用的价值。如果在该土地上不生产其他谷物，那么在此土地上生产的谷物的市场价格将是每蒲式耳10美元。

这明显地会激励中产者去扩大生产。但由于优质土地不会增加，所以劣质土地（需要更多的劳动力、肥料投入以生产同量谷物的土地）也会转入谷物生产，这一重新配置的过程一直会持续到价格和机会成本相等为止，如图1. 2所示。在这一点上，市场价格将与生产者的边际成本相等。假设成本为25美元，所有的谷物农场主都以每蒲式耳2. 5美元的价格出售，但那些拥有最好土地的人将花费的（社会）机会成本仅为1美

元。

在图1. 2中，产业总收益（即 $p \times q$ ）和生产总机会成本（S以下）之差被称作经济纯利〔不要将其与租金收入（rental）相混淆〕。就我们的目的而言，经济纯利（economic rent）只不过是总收入和总机会成本间的（绝对）差。在图1. 2中谁会得到纯利呢？当然是好土地的所有者。生产者间的竞争会消除生产者的任何纯利，而使所有的纯利为形成它们的资源所有者所获取。如果土地的所有者或其他人能无成本地增加理想土地的数量，他们之间的竞争就会使产生纯利的稀缺性（scarcity）得以消除，从而也就消除纯利本身。因此，在竞争情况下的纯利只能为这样一类资源的所有者所挣得，这类资源是不能迅速增长的，而且要以低成本满足通常用此资源生产的物品的需求增长。

一些歌星、运动员和律师的收入之所以十分高，也包括了由于他们拥有的资源的生来稀缺性而产生的经济纯利。这些资源是优美的歌喉，体育技巧和毅力，成功律师的分析和辩论能力。即使他们是在竞争市场上提供服务，他们的收入也可能大大超过其在此其他可选行业的最高可能收入。在第9章我们将讨论另一种不同的经济纯利，它是由垄断者所赚取的，他对他的产品制造了一种人为的稀缺性。

让我们回到均衡的概念上来，设想政府已对图1. 2中的物品实行最高限价，且最高限价低于均衡价格（否则它没有作用），将虚线P降下。结果，P将使供应曲线与需求曲线的左方相交——即供应相对需求而不足。其原理是，低价格会降低中产者生产物品的激励而提高消费者的购买欲望。结果就是短缺。如何恢复均衡呢？通过配置供求的非价格方法。例如，消费者可能因需求某产品而被要求排队，排队的长度将决定他们的时间成本。排队在存在价格管制的市场是很普通的，我们将在本书中讨论一些例子。价格管制的取消总是会减少（通常会消除）排队现象，东欧的居民在近几年已获得了经验。（作为一种练习，请画出由最低限价引起的供过于求的曲线图，并讨论其后果。）

3. 第三个基本经济学原理，即如果允许自愿交换（voluntary exchange），即市场交换，那么资源总会趋于其最有价值的使用。为什么前一个例子中的割草机生产商对劳动力和原材料支付的费用会比这些资源的其他竞争性使用者支付得更多呢？答案是他认为他能用它们取得比其他竞争需求者价格更高的最终产品，它们对他更有价值。为什么农场主A愿意出一个比农场主B的财产最低价更高的价格来购买他的农场呢？这是由于这一财产对A来说更有价值，这意味着A能用它



生产出更有价值的产品，而这些产品是以消费者愿意支付的价格来衡量的。通过这一自愿交换的过程，资源将被转移到按消费者的支付意愿衡量的最高价值的使用之中。当资源在被投入最有价值的使用时，我们可以说它们被得到了有效率的利服。

一个虽然并非真实，但在方法论上有用的假定是，不存在未开发的利润机会（它是在纯利意义上，而非用于新投资的资本成本意义）。利润机会（profit opportunity）是吸引资源投入到一项活动的磁体。如果这一吸引力不起作用，经济学家则将之看作是一种阻止资源自由流动的标志，而不表明人们愚蠢、有古怪的爱好或已不再是理性最大化者。障碍可能是昂贵的信息成本、外在性（externalities）以及在我们地租例子中提及的天然稀缺性，也有可能是本书讨论的其他经济条件。如果没有这样的障碍，那么图1. 2描述的市场中的每个销售者都将（如图1. 3所示）面临在P点上的水平需求曲线，即使整个市场面对的是——一条负斜率需求曲线（这可被看作大量单个企业需求曲线的加总，每一曲线斜率都略为负，即接近于水平）。水平需求曲线的重要性是，如果销售者将其价格抬升到高于市场价格（哪怕是略高一点），他的销量将为零。这是因为，由于价格提高而使价格和边际成本之间产生一个缺口，他

就创造了一个其他销售者立即可以从他那儿夺走利润的机会。

## 1.2 价值、效用、效率

我们在前一部分谈及了几个具有强烈感情色彩的词汇——价值（value）、效用（utility）、效率（efficiency）——对此我们还必须作更准确的讨论。一件物品的经济价值即某人愿意为其所支付的价格；或者说如果他已经买下了，他要多少钱才愿放弃它（这两个价值数额并不总是一样，这可能引起我们在后面论及的一些困难）。

“效用”在经济学中有两种截然不同的含义。首先，它通常用来指区别于某一特定物的预期成本或收益（expected cost or benefit）的价值。假设你被问及是更喜欢拿现成的100万美元还是更喜欢一个可以拿1000万美元的10%的机会。在这两种选择中，你也许会更喜欢前者，尽管两种选择的预期价值是同样的，即都为100万美元。然而，你可能是厌恶风险的。厌恶风险

（risk aversion）是货币边际效用递减原理（principle of diminishing marginal utility）的一个推论，它正好表明：你拥有的货币越多，你从下一笔钱上可能得到的追加幸福就越少。用那些用途较长的物品——比如椅子、电灯、宠物将能比货币更容易地反映边际效用递减。不过这一意义反映得很明显的是，在某人财富增长时，另一单位

货币对他的价值会更小。假设你有100万美元的净值，你愿将其作赌注而去打50%对50%的赌而赢200万美元吗？如果不愿意，这就意味着第一个100万美元比第二个100万美元对你更有价值。

厌恶风险并不是一种普遍的现象，赌博恰恰说明了它的反面情况，即偏好风险

（risk preference）（你能理解为什么吗？）。经济学家依某些证据（尤其是保险的普及）坚信，大部分人在大部分时间内是不愿意冒险的，尽管我们将看到，对厌恶风险作回应的一些制度如保险和公司可能会使人们在许多情形下能有效地保持风险中立（risk neutral）。

“价值（value）”和“效用（utility）”两词在用法上的区别在于：（1）预期成本或收益（即货币形式的成本或收益乘以其实际实现的几率）；

（2）其预期成本或收益对于某一对风险并非持中立态度且对以下两种情况不能作更明确区分的人来说是值得的：（1）是宽泛经济意义上的价值，它包括一个厌恶风险的人“衡量”

1美元比获取未来10美元的10%更有价值的观念；（2）是出功利主义哲学家所使用的（大致地）含有幸福意义的效用。

假设脑垂体下腺液的供应相对于需求非常稀缺，因此它就非常昂贵。一个穷人家庭的小孩如果不输一些这种液体就将成为侏儒，但该家庭却

无力支付这笔费用，甚至即使他们将小孩未来长成正常高度的未来收入预借来也无力支付，因为这些扣除消费的净所得现值（presentvalue）要低于脑垂体下腺液的价格。一个富裕家庭的孩子即便不输这种液也能长到正常身高，但脑垂体下腺液将有助于他长得更高，他的父母因而也决定为他购买这种液体。从本书使用的价值的意义而言，脑垂体下腺液对富人比对穷人更有价值，因为它的价值是由支付意愿（willingnessto Pay）决定的。但是脑垂体下腺液在穷人家庭要比在富人家庭能带来更大的幸福。

正如本例证表明的，当效率一词像本书中那样用以表示使价值最大化的资源配置时，它作为社会决策伦理准则是有其局限性的。功利主义意义上的效用也有很大局限性，这不仅是由于支付意愿作为一种标度很难对之进行衡量而被弃之一边，一个人在快乐方面比另一个人能力更强这一事实并不能作为将第二人的财富强制转让给第一人的正当理由。其他类似的伦理准则也各有其自己的严重问题。虽然本书不会为将效率作为社会选择的唯一有价值的准则而竭力进行辩解，但本书确实如此假定，而且大部分人也许同意它会是一个重要准则。在对法律的经济分析感兴趣的许多领域里，如反托拉斯，正如我们要揭示的，它是困扰着公共政策研究人员的主要问题。

许多经济学家偏爱使用的是一个争议较小的效率定义，他们将之限制在纯粹的自愿交易条件下。假设A将一件木刻品以10美元出售给B，当事人双方都有充分的信息，而且这一交易对任何其他人没有影响。那么，由交易所致的资源配置与交易前的资源配置相比为帕累托更优

（pareto superior）。帕累托更优的交易是指它至少使世界上的一人境况更好而无人因此而境况更糟。（在我们的例子中，它大概能使A和B都得到改善，并假设它并没有使任何人变得更糟。）换言之，帕累托优势准则（the criterion of pareto superiority）是所有相关的人都一致同意的。这一效率概念在现在看来已非常苛刻，而且对现实世界的可适用性很小，因为大多数交易（如果不是一种单一交易，就是一系列可能的交易）都会对第三方产生影响，如果仅仅只是通过改变其他物品的价格。（如何改变？）在本书中使用的不太苛刻的效率概念——即卡尔多—希克斯

（Kaldor—Hicks）概念——是这样认为的：如果A将木刻品定价为5美元，而B将其定价为12美元，由此10美元销售价（事实上可以是5至12美元之间的任何价格）的交易创造了7美元的总收益（例如，10美元的价格，A认为它获得5美元的境况改善，B认为他获得2美元的境况改善），这样，这就是一次有效率的交易，假定对第三方损

害（如果有的话）不超过7美元（减去对他们的任何收益）的话。除非A和B都对由他们引起的第三方的损害进行赔偿，否则交易就不可能是帕累托更优的。卡尔多-希克斯概念也被示意性地称为潜在帕累托优势：赢利者可以对损失者进行补偿，不论他们实际上是否这样做。

由于在现实世界中几乎不可能满足帕累托优势存在的条件，而经济学家对效率概念谈论较多，很明显，经济学中起作用的效率概念并不是帕累托优势意义上的。当一位经济学家在谈论自由贸易、竞争、污染控制或某些其他政策或关于世界状况是有效率的时，他十有八九说的是卡尔多-希克斯效率，这正如本书将要谈到的那样。

帕累托优势意义上的效率概念还依赖于财富的分配——支付意愿以及价值是这一分配的函数，这限制了效率作为社会利益的最终准则。如果收入和财富的分配是有差异的，需求形式也可能不同，从而效率将要求对我们的经济资源作不同的调度。既然经济学对现存财富和收入分配制度是好是坏、是正义还是非正义没有得出任何答案（虽然它也许能够告诉我们大量有关变革现行制度的成本和不同政策的分配结果），所以它没有回答是否有效的资源配置在社会和伦理意义上都是值得追求的这一终极问题。经济学家也没能告诉我们，在假设现行收入和财富分配是正义的

条件下，消费者的满足是否将是社会的主要价值。由此，经济学家讨论法律制度的能力是有限的。在其严格的技术意义上，他能预料法律规则和安排对价值、效率、现行收入和财富分配的影响，但他不能发布社会变革的强制性命令。

一个已在法律的经济分析中被提及的重要问题是，非自愿交换是否以及在什么情况下才可以说是能增加效率的。尽管效率没有被定义为只有自愿交易才能产生的东西——即使卡尔多-希克斯概念被使用——但有证据支持的一个观点是，只有在实际上奉行自愿交易时，支付意愿才可能被很可信地得以确认。在按照自愿交易转移资源的地方，我们才可能有理由坚信这种转移包含着效率的增长。如果当事人双方都无法预期交易能使他们境况更好，那么它就不可能发生。这表明，转移了的资源在它们新的所有者手中将具有更大的价值。但是，许多由法律制度影响或由其产生的交易都是非自愿的。大多数犯罪和事故都是非自愿的交易，支付赔偿和罚金的法律判决也是如此。一个人如何才能知道这样的交易在什么时候会增加效率、在什么时候会降低效率呢？

人们不可能像判断自愿交易能增进效率那样来对这一问题有同样可信的了解。但是，如果我们坚持交易在其被认为是有效率之前确实是自愿的——真正自愿的意义是所有的潜在受损者都已

得到全部补偿——那么我们将没有机会作出效率判断，因为像这一意义的自愿的交换几乎很少，我们由此将会背离帕累托优势。一种可选方法是卡尔多—希克斯意义上的，它的精神在本书中被大量运用，这一方法是要试图估测，在自愿交易已是可行的条件下，帕累托优势是否会出现。例如，如果问题是将清洁的水用于造纸是否比用于划船更有价值，通过利用任何有助于我们的数量性和其他数据资料，我们可以决定在一个零交易成本世界中，造纸行业的老板是否能从船夫那里购买这一有争议的用水权。

这一方法试图在强制交换发生的环境中重构与市场交易相似的条件——换句话说，就是模仿和促进市场的形成。以试图估测交换是增进还是减低了效率的法律制度为后盾的强制交换，同市场交易相比就不是一种更有效率的分配资源的方式——在此的前提是市场交易是可行的。但是，事实往往并非如此，为此要作出的选择是：一个必需的十分粗糙的受法律管制的强制性交换制度，还是一个更为无效的禁止所有强制性交换（后者可能意指所有的交换，因为它们都有一些第三方效应）。

在应用卡尔多—希克斯概念时，除了证据问题以外，还有一个哲学上的问题。在一个显性市场中，交易双方都对其进入市场得到补偿。如有



一方得不到，即使不在严格意义上，交易也不会是自愿的。但是，如果当法律制度（援用“公害”的概念）以被告行为价值低于由公害引起的邻近土地的价值下降为由要求终止公害，被告就得不到补偿。法律强制的交易比市场交易促进幸福的可能要小，因为（得不到补偿的）受损者的痛苦可能超过获利者的快乐。并且，如果模仿市场结果的法律努力并没有促进幸福，那么我们如何才能为之辩护呢？简言之，什么是与帕累托优势的功利主义或与偏好有关的伦理基础相对应的卡尔多-希克斯概念意义上的伦理基础呢？一个答案是，财富使之成为可能的那些东西——不仅有奢侈品，还有闲暇、现代药品，甚至包括哲学知识——都是大部分人幸福的组成部分，所以财富最大化是效用最大化的工具。这一答案将效率与功利主义联系起来。将效率与其他伦理概念联系起来的答案将在第8和第16章中得到阐述。

卡尔多-希克斯方法或财富最大化方法所遇到的特殊问题（虽然这一问题与前面提及的资源的有效率配置依赖于现存的收入和财富分配制度的观点密切相关）产生于这样的情况：交易的对象是当事人一方的大部分财富。假设我拒绝他人支付10万美元买我的房子，但其后政府将它没收了并且只付给我5万美元，这是它的市场价值。进一步假设政府愿将房子以10万美元的价格卖还

给我——这对政府而言是不值那个价的，尽管它的价值超过5万美元——但我既没有也无法筹措10万美元。在我和政府之间，房子在谁的手中更有价值呢？思考这一难题时，我们必须记住，经济学家使用的“财富”一词不是一个会计学概念，它是以人们将什么作为代价（放弃他们拥有的东西以换得需求）来衡量的，而不是人们实际上为之支付了什么。这样，虽然闲暇不能买卖，但它有价值并且是财富的一部分。我们可以说闲暇具有隐性或影子价格（implicit or shadow

Price）（如何计算？）。甚至显性市场创造的价值高于在其中所销售的物品的价格。让我们回到图1. 2看看，注意如果销量较小，价格就会较高，消费者明显地愿意对一些产品支付更多，他们也由此能因以竞争性价格购买它们而得到价值。这种价值也被称作消费者剩余

（consumersurpluS，参见9. 3），它是社会财富的一部分。

### 1. 3经济学家假设中的现实主义态度

一些在此之前不熟悉经济学的读者可能会被奠定经济学理论基础的那些看来严重不真实的假设所困扰。人类行为是理性的，这一经济学的基本假设似乎与日常生活的经验和观察相矛盾，尽管我们只要理解了经济学家使用的理性一词是客观的而非主观的后，这两者之间的矛盾已不那么

尖锐，以至于当我们谈及理性的青蛙时就不会是一个谬误了。虽然如此，当将经济理论的假定视为是对人类行为的描述时，它们确实是单维的和显得苍白无力的，特别是对非传统经济“行为者”（如法官、诉讼当事人、父母、强奸犯和其他可能在法律的经济分析中遇到的人）的行为而言更是如此。但是，抽象是科学研究所必需的，而经济学正是在追求科学化。尽管牛顿在自由落体定律中作出的物体是在真空中下落的基本假设是不真实的，但由于它极其准确地预言了真实世界中各种不同物体落体的情况，使之仍不失为是一个很有价值的理论。同样，法律的经济理论不可能把握它试图阐明的整个现象的复杂性、丰富性和混乱性——刑事、司法、婚姻或任何其他方面都是如此。但是，缺乏真实性决不会使理论无效，它是理论的必要前提条件。一种只想忠实地在其假设中复制经验世界真实性的理论决不是真正的理论，这不是解释，而只是一种描述。

总之，实证经济学、特别是在本书许多地方（尤其在第二部分）作了阐述的法律的实证经济理论的真实危险是简单化的反面，我们可将之称为复杂化。当经济分析试图使一个非常简单的经济模型更复杂化，如由于引进（像我们在本书中将要做的）厌恶风险和信息成本，他就会使自己冒自由度过大的危险。也就是说，一个模型

丰富到了使之没有经验观察来反驳它的程度——在此或者也意味着没有观察资料能支持它。

所有这些并非表明分析家能对假设进行自由选择。对一项理论的重要检验是看其解释现实的能力。如果它的解释力很糟，这可能是由于其假设不真实，但我们不必为了对它进行评价而试图直接评判其假设。通过检验解释力来进行评价，经济理论必然被评价为取得了显著的成功（尽管它只有部分成功）。也许，被恰当理解的理性最大化的假定在非经济学家初看起来可能并不真实。经济学理论对大量的市场和非市场现象进行解释，如本章第一节提到的最高限价和排队之间的逆向校正；租金控制和住房存量之间的逆向校正；金融市场中风险和预期收益之间的正向校正；期货价格与现货市场价格之间的关系；大学学生注册是对学校教育经济回报的依赖性；优良的物品运往远方而不良的物品在家消费的事实等等。本书主要是用经济学的术语对法律问题提出经济学的解释。

对科学理论的另一种检验是对其预测力的检验，在此经济学也取得了成功，最近几年尤其如此。放松管制（deregulation）的作用（例如，美国的航空业，更明显的是东欧社会主义经济体）就是为经济学家们所预测的。尤其是前苏联的经济崩溃进一步证实了经济分析的预言，如价格管

制将导致排队、黑市、短缺。

对科学理论的另一种检验是其对现实世界进行有效干预的能力。最明显的例证是原子弹，它显示现代原子理论不仅是另一种对看不见实质的聪明的纯理论思考。在这一方面经济学也取得了成功，虽然它并没有自然科学那么显著。经济学家们已创造了新的经济或其他的产品定价方法、新的金融贸易战略、雇员和行政人员的报酬的新方法和新的管制方法，这些干预都起到了作用，这表明经济理论实际上不仅仅是漂亮的数学。

## 第二章 法律的经济学研究方法

### 2.1 历史

大约30年前，法律的经济分析几乎是反托拉斯法经济分析的同义词，尽管在此也存在一些对税法（例如亨利·西蒙）、公司法（例如亨利·梅尼）、公用事业和公共运输业管制（例如罗纳德·H·科斯和其他人）的重要经济研究工作。反托拉斯案件的记录为商业实务提供了丰富的信息，经济学家们由此开始发现这些商业实务的经济理性和结果。他们的发现当然会对法律政策产生暗示作用，但他们所做的工作与经济学家们传统上所做的工作基本上没有差异——试图解释显性经济市场的行为。

反托拉斯法和显性经济市场其他法律管制的经济分析依然是一个繁荣的领域，本书也对我们所知道的上述领域的重要进展给予了充分的关注。但是，“新”法律经济学——过去30年来新发展起来的法律经济学——是将经济学的理论和经验主义方法全面运用于法律制度的分析，包括侵权法、契约法、赔偿法和财产权法等普通法领域；惩罚的理论和实践；民事、刑事和行政程序；立法和管制的理论和实践；法律实施和司法管理；以及宪法、初民法、海事法、家庭法和法理学。

新法律经济学大概可以追溯到20世纪60年代

初，即盖伊多·卡拉布雷西的第一篇侵权论文和罗纳德·H·科斯关于社会成本问题的论文发表的时候。这些论文是现代社会将经济分析系统地运用于并不公开地管制经济关系的法律领域的首次尝试。有人可以发现将经济学研究方法运用于卡拉布雷西和科斯所研究的事故和公害法在更早的时候就初露端倪，尤其是庇古作品中的讨论为科斯的分析提供了陪衬。但是，早期的作品并没有对法律思想产生影响。

科斯的论文提出了我们在第1章中论及的科斯定理，并在更广泛的意义上建立起了财产权和责任安排的经济分析框架。这为富有成果的经济分析敞开了广泛的法律原则领域。科斯论文中在一段时间内被人忽视但却十分重要的特征是对法律原则进行实证经济分析的暗示。科斯认为，英国的公害法隐含着经济逻辑。后来的作者们将这种见解予以推广，并且认为法律制度中的许多原则和制度最好被理解和解释为促进资源有效率配置的努力——也是本书的主题。

如果在“新”法律经济学的创始人名单中没有加里·S·贝克尔，那将是一个极大的缺憾。贝克尔坚持认为经济学与大量的非市场行为（包括慈善和爱）有关联，而且其对犯罪、种族歧视、婚姻和离婚的经济分析的独特贡献打开了卡拉布雷西和科斯的财产权和责任规则研究所没有涉及的法

律制度经济分析的广泛领域。

## 2. 2 法律的实证和规范经济分析

以下各章将表明，科斯、卡拉布雷西、贝克尔和其他先驱者们的见识是如何通过归纳、经验性检验和与“旧”法律经济学的结合而创造出一种极具解释力和经验支持的法律经济学理论的。这种理论具有规范和实证两个方面。虽然经济学家没有能力告诉社会它是否应该设法限制盗窃，但经济学家有能力表明允许无限制的盗窃是无效率的，从而通过表明为取得一种价值而必须牺牲另一种价值——效率——的程度而阐明价值冲突。或者，将限制盗窃作为给定的目标，经济学家可能有能力表明：社会为努力取得其目标而使用的方法是无效率的——社会可以使用其他不同的方法而以更低的成本取得更有效的预防。如果更有效率的方法并不损害其他价值，即使它在社会价值层次上是低效率的，这种方法仍然是值得社会追求的。

至于旨在解释法律规则和结果现状而非改变和改善法律规则和结果的法律的经济分析的实证作用，我们将在以下各章发现：法律的许多领域，尤其是（但并不仅限于）普通法领域中的财产权、侵权、犯罪、契约，都无不打上经济理性的烙印。虽然很少有在法官意见中明确引用经济学概念，法律裁决的真实理由往往被法官意见的



特殊语词所掩盖而非阐明。事实上，法律教育主要就是要求人们学习如何透过语词的表面现象发现这些理由，其中的许多理由可能反映出其所拥有的经济特征。（我们要记住第1章中所界定的经济学的范畴。）发现许多法律原则依赖于不可言喻的效率追求是不足为奇的，尤其当我们记起其中的许多原则可以追溯到18世纪晚期和19世纪时更是如此。基于古典经济学的自由放任思想在那时是受教育阶层中的主流思想。

普通法的效率理论并不意味着普通法的每一项原则和裁决都是有效率的。由于法律所处理的问题的困难性和法官激励的性质，要求每一项普通法原则和裁决都有效率是完全不可能的。这一理论认为，普通法最好（但并非完全地）应被解释成一种追求社会福利最大化的制度。与普通法不同的成文法和宪法促进效率的可能性就会小一些，尽管它们正如我们将要看到的那样也被经济问题所渗透和被经济分析所阐明。这种分析也有助于我们阐明法律制度的制度和结构特征，包括先例的作用、私人 and 政府机构之间法律实施责任的配置。

但是，有人可能会问，法学家和经济学家不是以不同的方法处理同一案件而使法学和经济学基本不相容吗？X被粗心大意的猎手Y打中。当事人和其律师所感兴趣的唯一问题，也即法官和

陪审团所要裁决的问题就是是否要将伤害成本从X转向Y，X接受损害赔偿是否“公正”或“合理”。X的律师将会主张，X得到损害赔偿是公正的，因为Y有过错而X并无过错。Y的律师可能会主张，X也有过失，所以由X自身承担其损失是公正的。不仅公正和合理不是经济学术语，而且经济学家（人们可以想象）对受害人及其律师所关心的问题也不感兴趣：谁应承担这次事故的成本？对经济学家而言，事故是一个定局。它所引发的成本已经沉淀。经济学家感兴趣的是预防未来（成本不合理的）事故和降低事故总量和事故预防成本，但诉讼当事人却对未来绝不感兴趣。他们所关心的仅限于过去发生事故的经济后果。

但是，这种分歧有点言过其实。案件的裁决将对未来产生影响，所以也会引起经济学家的兴趣，其原因是裁决建立或确认了作为人们从事危险活动指南的规则。裁决是一种警告，如果有人以某种方式从事某种行为而发生了事故，他就不得不支付裁决所规定的损害赔偿（或者如果他是受害者时就不能取得损害赔偿）。由此，通过改变当事人所面临的（危险行为的）影子价格，这种警告可以影响他们的行为，从而影响事故成本。

相反，法官（和律师）不能忽视未来。由于法官的法律裁定都将成为先例，法官就必须考虑

到不同的裁定对从事下述活动的人们的未来行为可能产生的影响，这些活动所产生的事故与他所面临的案件所产生的事故是一样的。例如，如果裁决以被告尽管有过失但不应受处罚为理由而判决其“胜诉”，那么该裁决将鼓励其他同样的人去从事疏忽大意的行为，而这是一种成本高昂的行为。所以，一旦这种参照框架由此扩展到案件的直接当事人以外，公正和合理就比其在原告和被告之间具有更广泛的涵义。这个问题变成了什么是由一类行为所引起的公正和合理，如果我们不考虑不同的规则对事故发生率和事故预防成本产生的影响，这个问题就不会得到妥善的解决。所以，法律过程和事后研究方法最终没有过大的分歧。

“法律的经济理论”不应与“普通法的效率理论”混同起来。前者试图运用经济学来解释尽可能多的法律现象。后者（包括了前者）为一些法律规则、制度等提供了特定的经济目标假设。这种区别将在第11章得到明显的体现。该章认为，由全国劳工关系局实施的联邦劳工法虽然可用经济理论说明，但并非一种追求效率最大化的制度；它的经济目标（虽然不是效率目标）就是通过特定市场的劳动力供应的卡特尔化而提高工会成员的收入。

## 2.3 对经济研究方法的批评

法律的经济学分析，尤其（但不限于）是在不喜欢法律的逻辑就是经济学这种思想的法学家中引起了相当多的反面意见。我们已经审视了经济学是一种简化论（这种批评当然不限于对法律的经济分析）而律师和法官与之没有共同语言这样的批评意见。另一种常见的批评是，经济学方法的规范理论基础过于令人厌恶，以至于使法律制度将（更不用说应该）它们包括进去是难以想象的。这种批评看起来好像混淆了实证分析和规范分析，但事实并非如此。法律反映和执行了基本的社会规范，这些规则怎么会与社会的伦理制度并不一致呢？但是，卡尔多—希克斯的效率概念真是与那种伦理制度那么的不一致吗？撇开第1章中的内容不论，我们将在第8章中发现，只要假设这一效率概念是我们伦理制度的组成部分

（而不一定是唯一或最重要的组成部分），由于法院没有能力有效地促进其他目标，这一概念就可能主导由法院执行的法律。只要效率是我们伦理制度中的一种价值，前面提及的经济学的两种规范研究用法——阐明价值冲突和指出以最有效率的途径达到特定社会目的的方法——都是为哲学争议所未曾涉及的。

而且，人们不应该由于没有被法律的经济分析中最具进取性的观点说服而全然拒绝接受它。其最具进取性的观点认为，经济学不仅解释了法

律制度的规则和制度，而且为改善其制度提供了最有效的伦理指导。人们可能认为，经济学只解释了很少的法律规则和制度，但它能改善许多的法律规则和制度，或它解释了许多法律规则和制度，但因其对法律政策的道德指导而并不令人满意，或者甚至法律的经济分析几乎没有解释和改进意义但却具有智慧的迷人之处——在以上任何情况下，人们都还不应将本书合上！

对法律研究的经济学方法的另一种批评限于这种研究方法在实证运用中的失败，认为它并没有解释法律制度中的每一项重要的规则、原则、制度和结果。它至今没有做到这一点，这是事实。在任何情况下，当我们谈论某一发展时间很短而又富有成果的学术领域时，对其窘困、异常和矛盾的过度强调是不合适的。这样做的企图也忽视了科学进步历史的教训：一种理论，除非其没有任何希望，不能由于指出其缺陷或限制而只能由于建议其成为更加排他、更加强有力和最终更加有用的理论而被推翻。法律的经济理论是关于现存法律的最有希望的实证理论。人类学家、社会学家、心理学家、政治科学家和经济学家以外的其他社会科学家也对法律制度进行实证分析，但他们的工作到目前为止仍不具有足够丰富的理论和经验内容以对经济学家造成竞争。（读者会认为有必要对这一傲慢、彻底和也许蒙昧的

判断提出相反的证据。)

对“新”法律经济学的另一种常见的批评意见——虽然也许被描述为不满其某些目的的理由更好——是，它主张一种保守的政治偏见。我们将看到，其实践者已发现：（例如）死刑具有威慑作用；旨在保护消费者的立法常常会出现伤害消费者的结果；无过错汽车保险可能是无效率的；证券管制可能是一种对时间的浪费。事实上，这样的发现为死刑的支持者和上述其他政策的反对者提供了武器。为自由主义立场提供支持的经济学研究很少被说成是为了表明其政治偏见的。例如，公益理论（参见16.4）可能会被视为福利国家的理想主义理论基础之一，但事实并非如此。一旦一种观点居于主导地位，它就可能不再被认为具有理想主义特征。这种批评意见还忽视了（本书下述章节将讨论）法律的经济分析支持自由主义立场的其他一些研究结果——刑事案件中的辩护律师权和证据标准、保释、产品责任、第一修正案对广播权的运用、垄断的社会成本、人身伤害案中的损害赔偿、性管制等许多其他问题。

法律研究的经济学方法还被批评为忽视了“正义”。在评价这种批评意见时，我们必须区别“正义”的不同词义。有时它指的是分配正义，是一定程度的经济平等。虽然经济学家没有能力

告诉社会这种程度是什么，但他们可以说这与有关不平等的争论有着很大的关系——在不同社会 and 不同阶段实际的不平等量、实际经济不平等和仅仅抵消成本差异或反映生命周期中不同地位的现金收入不平等之间的差异、取得更大平等的成本。这些问题将在第16章中讨论。

正义的第二种涵义——也许是最普通的涵义——是效率。在其他许多例证中我们将看到，当人们将不审判而宣告某人有罪、没有合理补偿而取得财产、没有让有过失的汽车司机向其过失行为的受害者支付损害赔偿描述为不公正时，这就意味着仅仅是一种浪费资源的行为（进一步参见8.3）。即使是不当得益的原则，也有可能来自于效率的概念（参见4.14）。只要稍作反思，我们就会毫不惊奇地发现：在一个资源稀缺的世界里，浪费是一种不道德的行为。

但是，正义并不仅仅具有效率的涵义。允许自杀契约，允许私人的种族、宗教和性别歧视，允许在真正绝望的情况下宰杀救生船上最弱的旅客，允许强制人们进行自我无罪宣誓，允许鞭打囚犯，允许将婴儿出售给他人收养，允许纯粹为保护财产利益使用致命的武力、将敲诈合法化，允许已定罪的重罪犯在监禁和参与危险的医学实验之间进行选择，都不是明显地无效率的。但是，所有这些都冒犯了现代美国人的正义观，而

且所有这些在或大或小的程度上（通常在更大程度上）是非法的。本书将从经济学的角度努力解释其中的某些禁忌，但大多数都得不到解释；在评价本书中的规范性主张时，读者必须牢记：经济学后面还有正义。法律的经济分析的解释力和改进力都可能具有广泛的限制。然而，经济学总是可以通过向社会表明为取得非经济的正义理想所应作的让步而阐明各种价值。对正义的要求绝不能独立于这种要求所应付出的代价。



## 第二篇 普通法

### 第三章 财产权

我们从本章开始考察普通法。普通法一词像其他许多法律术语一样，意义不甚明确。它通常是指18世纪英国皇家法院所运用的原则体系（它包括某些成文法，但不包括衡平法和海事法）；它们主要是由法官作为案件审判副产品而创设的，而不是由立法机关制定的法律；以及任何主要由司法先例形成的法律领域。本书这一部分所关心的主要是第二种意义上的普通法，但这里不包括两个重要的部分，即程序法和冲突法，这两部分将在后面的第21章中讨论。除此以外，本书在以后的章节中还要论述可能被认为是第三种意义和最广泛意义上的普通法，包括宪法的重要领域。

从经济学角度看，第二种意义上的普通法的实体部分可以有三个组成部分：

（1）财产权法（the law of property），它涉及财产权的创设和界定，而财产权是对有价值资源进行排他性使用的权利。

（2）契约法（the law of contracts），它涉及促使财产权向最珍视它们的那些人那里自愿转移的问题。

（3）侵权法（the law of torts），它涉及财产权的保护，包括人身不可侵犯的权利。

像海事法、赔偿法和商法，甚至还有刑法和亲属法那样的法律领域，都可被看作是一个或更多基本领域的专门性分支。虽然法律远不像这一分类提及的那么分明（即使在原则上也是如此，如我们将在3.6中看到的财产权法和侵权法的重叠），但这种分类对本书本部分的思想组织和主题概括还是有用的：如果普通法规则和第1章描述的经济效率原则不完全一致，那它就更值得注意。

### 3. 1 财产权的经济学理论：静态和动态方面

为了理解财产权经济学，我们有必要首先把握住经济学家们关于静态和动态分析的区别。静态分析将经济活动的时间维度忽略不计，而把所有对变化的调整都假设为发生在瞬间。这种假设是不真实的，但它却常常富有成效。如果读者对第1章进行了专心的研究，那就不会为假设中缺乏真实性而感到烦恼。

动态分析放弃了关于变化的瞬间调整的假设，它通常比静态分析考虑得更复杂、更深入。所以，我们首先从动态方面入手认识财产权的经济基础是令人惊讶的。试想一个全部所有权都被废除的社会：农民种谷物、施肥、立吓鸟的稻草人，但当谷物成熟时他的邻居却将之收割后据为己有。由于农夫既不拥有他在其上进行播种的土地，也不拥有庄稼，那他就无权对其邻居的行为

提出法律救济要求。除非防护措施适当（现在让我们假设没有恰当的防护措施），否则在经历几次此类事件后，人们就会放弃对土地的耕种，而社会将设法寻找很少要领先投资的方法（如打猎）来维持生计。

如此例所示，对财产权的法律保护创造了有效率地使用资源的激励。在我们所举的例证中，虽然用消费者支付意愿衡量的庄稼价值可能已大大超过它在劳动力、原材料和放弃土地其他用途等方面的成本。但如果没有财产权，就不存在负担这些成本的激励，因为负担这些成本不可能得到合理的报酬。只有通过在社会成员间相互划分对特定资源使用的排他权，才会产生适当的激励。如果任问一块土地都为人们所有，即如果总有这么一些人，他们可以排除任何其他人接近其特定的区域，那么个人就会通过耕种和其他措施来努力使土地价值最大化。当然，土地仅仅是一个例证。这一原则适用于任何有价值的资源。

人们对此道理已熟知了几百年。相反，对财产权的静态分析却只有50多年的历史。试想，几个牧主共同拥有一块牧地，亦即没有人拥有排他权，由此没有一个人能对其他使用牧地收费。我们还可以假设这块牧地是自然（未开垦）的土地，从而可以避免这一问题的动态方面。即使这样，牧牛数量的增长也会加大所有牧主的成本：

为了使牛吃到同量的牧草，不得不增加放牧时间和范围，而这将降低牛的体重。但由于没有一个牧主对牧地的使用支付成本，所以谁也不会决定牧地牧牛增加量时考虑这种成本，结果是牧牛的数量超过了有效率的牧牛数量。（你能由此类推出公路拥挤的原因吗？）

如果某人对牧地有所有权并能对其他使用它的人收费（为了分析，不考虑征收成本），这个问题就会消失了。对每一牧主征收的费用将包括由其增加放牧量而使其他牧主增加的成本，因为这种成本降低了牧地对其他牧主的价值从而降低了他们愿意支付给所有者的牧地放牧权价格。

排他权的创设是资源有效率地使用的必要条件，但并非是充分条件：这种权利必须是可以转让的。假设我们第一个例子中的农民拥有土地并种有庄稼，但由于他不是个耕作的能手，他的土地如果在其他人手中会有更高的生产率。效率就要求有这样一种机制：通过它可以诱导这一农民将财产权转让给某些能更有效使用它的人，而可转让性财产权就是这么一种机制。假设农民A拥有一块土地，他预期扣除劳动力和其他成本后每年大概能净赚100美元。正如每一份普通股的价格相当于股东预期收入的现值一样，一块期望每年净收入为100美元的土地的现值也是可以计算的，并且这一现值就是A愿意接受的交换其财

产权的最低价。假设农民B相信他能比A更有效地使用A的土地。因此，B的预期收入流量（expected eaming

Stream）的现值将超出A计算的现值。假设A计算的现值有1000美元，而B计算的现值为1500美元。于是，无论如何，在1000和1500美元之间出售这块土地将使A和B都得益。因而，这就存在一种用B的钱对A的土地进行自愿交换的强烈激励。

这一讨论表明，如果任何有价值的（意味着既稀缺又有需求的）资源为人们所有（普遍性，universality），所有权意味着排除他人使用资源（排他性，exclusivity）和使用所有权本身的绝对权，并且所有权是可以自由转让的，或像法学学者说的是可以让渡的（可转让性，transferability），那么，资源价值就能最大化。但是，这略去了一个财产权制度的所有明显的和不明显的成本。

有一个例证可以表明不明显的排他性成本。假设农民估计他能以只是50美元的劳动力和生产资料成本饲养一头市场价格为100美元的猪，并且没有任何其他的土地使用方法能使其取得更大的净值（netvalue）。在次佳使用中，他的土地收入可能只有20美元。这样，他就会饲养猪。但是，现在再假设他的财产权在以下两个方面受到

限制：他无权阻止邻近铁路机车偶尔抛撒可能引起猪圈火灾的火花，从而无法避免所养的猪过早死亡；法院可能判决他在土地上养猪为公害

（nuisance），结果他就不得不在猪长成之前以不利（为什么不利？）的条件将其售出。依据这些可能性，他就必须重新估价他的土地的收益：他为了反映产出少得多的可能性，必须对其收益100美元打折扣，甚至直到收益为零为止。假设打折扣以后，养猪的预期收益（市场价格乘以进入市场的概率）只是60美元，他就不会养猪。他将把土地转作他用，即我们刚才所说的价值较低的用途。这样，土地的价值就会下降。

但是，这一分析是不全面的。将猪迁移可能会使周围住宅土地增值，而且其增幅会高于养猪农民土地价值的下降幅度。或者是防止机车火花抛撒的成本可能高于农民放弃养猪而转向种植防火作物（比如说种小萝卜）而引起的土地价值下降。但是，细心的读者会说，如果农民的土地被他人用于其他途径的价值的增长超过了农民的价值减损，那就应该让他们买下他的土地所有权：铁路可以通过购买地役权（easement）而抛撒火花；周围住户可与农民订立契约，偿付一定的代价使之不再养猪。这样，就没有必要对农民的财产权进行限制了。但是，正如我们将要看到的那样（参见53. 8），实施权利转让的成本——即

交易成本（transactioncost）——常常过高而对此起着抑制作用。如果真是这样，赋予某人对资源的排他权将不会提高效率，而恰恰会降低效率。

当然，我们可以将对某一物的财产权看作是一组独立而性质不同的权利，从而在纯粹概念意义上来保护排他性。这在实际上是一种法学立场。但就经济学观点而言，名义上的财产所有者很少对其财产有排他权。

### 3. 2 财产权创设和实施中的问题

与虚拟的没有实施成本的财产权相比，现存的财产权既较少排他性，又较少普通性。假设在原始社会中土地的主要用途是放牧。相对土地数量而言，社会人口较少，牧群也很少。在此不存在施肥、灌溉等其他使土地增值的手段、技术。用作围栏的木材和其他材料的成本很高，并且由于这是个文盲社会，所以土地所有权的公共登记制度也是不可能存在的。在这种情况下，财产权实施的成本可能会远远超过其收益。这种成本可能就是设栏防止他人在其中放牧动物的成本，并且代价可能很大，而其收益倒可能是零。由于在此不存在拥挤问题，财产权就不会产生任何静态收益；又由于在此不存在改进土地的方法，也就没有任何动态收益。所以，发达社会的财产权要比原始社会的财产权更为广泛，并且一个社会中财产权的形成和发展与财产权收益和成本之间比



率的增长有关，所有这些都不会令人感到奇怪。

普通法中家畜和野生动物之间的区别阐明了这一普遍的观点。家畜像任何其他私人财产一样是为人们所有的，而野生动物只有在其被捕杀或处在实际控制之下（如在动物园）时才为人们所有。因此，如果你的牛迷路走出了你的牧地，它还属于你；但如果一只巢穴在你土地上的金花鼠走失，那它就不是你的财产了，并且任何人只要他愿意都可以捕捉和追杀它，除非它已为你所驯养，即除非它有回归意愿（*animus revertendi*，回到你土地的习惯）。（你能为“回归意愿”原则想出一种经济学论据吗？）

对家畜和野生动物进行不同的法律处置的理由是，对野生动物实施财产权既是困难的，又是相当无用的。像我们的金花鼠例证说明的，大多数野生动物是没有价值的，所以建立对此投资的激励没有任何益处。但是，假设这种动物是有价值的。如果对有价值的皮毛动物（如黑貂、河狸）不存在财产权，那猎人就会在其灭绝之前无限地捕猎，尽管这样做会使资源的现值减低。将一只母河狸留下来而使它繁殖后代的猎人知道由它生下的河狸几乎肯定要被其他人抓住（只要存在许多猎人），这样他就不会放弃当前收益而使其他人获得未来收益。在这种情况下，财产权是需要的，但却很难明白如何才能设计出一套方案

使决定不杀母河狸的猎人对其生下的小河狸确立财产权。（实施这种）财产权的成本可能仍然要超过其收益，尽管现在的收益会很大。

对此，可能有两种解决方法：其一，更为通常的，是通过国家行使管制权将狩猎减少到动物被猎最佳比率的适当水平。这是在矫正私人和社会的成本和收益间偏差时用管制替代财产权的一个例证。另一种方法是由一个人买下某一处动物全部栖息地。因为他将从此获取全部收益，他就会对其财产进行最佳管理。

另一个矫正财产权和稀缺性之间关系的例证是美国东部和西部在水法制度上的差异。在东部各州，由于那里水资源丰富，用水权在很大程度上归地方团体所有，其基本规则是河岸所有者（即水体滨岸的所有者）都有权对水资源进行合理使用，这种使用不得不正当地干预其他河岸所有者对水资源的使用。在西部各州，那里水资源匮乏，排他权可通过占用（使用）而取得。

现在让我们看一下物的例子。经常有些非常有价值的物（如失事船残骸中的财宝）过去曾经为人所有但现在却已被抛弃。在此，普遍规则是发现者就是保管人。在某种意义上，这与野生动物所有权规则是一样的。这些物的所有权是通过将之变为实际占有而取得的。然而，在那种物为人所有之前（未产的河狸、被遗弃的船），这种

所有权间隔（gap in ownership）——即无人对此有所有权的阶段——是经济问题的根源。

但这问题在这两种情况下有所不同。就野生动物而言，主要问题是过快的开发；至于被抛弃的财产，其问题是开发成本过于昂贵。假设失事船残骸中财宝的价值为100万美元，而雇佣潜水员打捞的成本是25万美元。由于这一冒险行动的预期利润很高，所以有人也仍可能决定雇佣他自己的潜水员并以此在打捞事务上将第一个小组打败。这样，还会有第三、第四个小组也试图参加，因为如果每个小组有着同样的机遇（25%）先搜寻到财宝，那么，这一行动对每一小组的预期价值为 $100\text{万美元} \times 25\%$ 仍然会抵消他们的预期成本。但是，如果4个小组参加打捞，获得100万美元财宝的成本将是一个小组参加时应付成本的4倍。实际上，由竞争造成的社会净损失将少于75万美元，因为竞争可能将会使财宝比在只有一个小组参加打捞的情况下更快地被发现。但是，时间上的收益可能是有限的，并且也难以弥补为加速搜寻而添加设备的成本。

如果财宝没有被抛弃，就不会有成本过渡这样的问题。因为，如果那样的话，所有者就会简单地用25万美元雇佣4个之中的一个打捞小组了。但是，我们在法律意义上称被抛弃财产时，是指使财产恢复到原所有者的原状的成本过高而

具有抑制作用，这不仅由于在合理的成本下原所有者难以找到，而且因为他认为这财产的价值低于寻找和使用它的成本（也许是错误的估计）。有价值资源开发成本昂贵的问题，和过快开发问题一样，其最终的根源有时在于对财产权的实施成本过高而对这类开发具有抑制作用。

法律能对抛弃问题起点作用，而且在某种程度上已经起了作用。有时，普通法将搜寻的权利给予第一个已在搜寻这类财产的人，而制止其他人进行搜寻，只要前者的搜寻正在认真进行。普通法的另一规则是，使已被发现的被抛弃无主财宝（货币和金银）转归政府所有，而非变为发现者的财产。这一规则在政府认为适当的无论什么水平上都减少了对搜寻的投资，政府根据应给发现者多少补偿而决定其适当的投资水平。就货币而言，其最佳水平是很低的，甚至可能是零。发现货币并不增加社会财富，而它只是使发现者比其他人拥有更多的社会物品的份额。由此，其最佳报偿可能是非常低的，甚至是零。普通法中的这一倾向是为了将已被发现的被抛弃财宝转归政府所有的原则（the *treasure trove* principle of treasure trove）扩展到被发现财产的其他领域，并由此给予发现者报偿而不是财产本身，这在经济学上是很有道理的。

可能会出现这样的情况：即沉没财宝和专利

发明没有多大差别，而且专利权引起的经济问题与被抛弃财产引起的经济问题具有惊人的相似之处。思想在一种意义上是被创造的，但在别一种意义上是被发现的。假设，如果通过赋予专利权而允许其他人使用，那么无论哪一位新产品的发明者都能将其专利权出售给厂商而获利100万美元。再假设该发明的成本是25万美元。其他人也将竭力抢先发明这种新产品。竞争会使它被更早地发明出来。但假设它只是早了一天，那么，早一天拥有这种新产品的产值将比在发现上重复全部投资的成本小。

### 3. 3 知识产权

正如前面所阐明的那样，经济学家并没有感到有形产权与知识产权的不一致性。尤其是财产权的动态原理已经能被运用于我们称之为发明创造的有用思想。假设，发明一种新型的食物搅拌机的成本是1000万美元，发明出来后生产和销售这种搅拌机的边际成本50美元（为什么1000万美元不是边际成本？），估计需求量为100万台套（在此我们可以不考虑因搅拌机价格所引起的需求变化的事实）。除非生产厂商可对每台搅拌机收取60美元，否则他就无法补偿其发明成本。但如果另一个生产厂商面临同样的边际成本，（如果没有专利存在）竞争将使价格降至50美元，补偿发明的努力将告失败，而如果生产厂商预见到

这一点，他开始就不会去从事发明：如果他不能收获，他就不会播种。而且，在一个没有专利的世界里，发明活动也严重地偏向于可能被保密的发明，正像完全无财产权（像我们在3.1中看到的）会使生产偏向预先投资最小化的产品。由此，我们有了专利权。但是，法律还是运用各种手段努力使专利制度导致的重复发明活动（我们在前面认识到）的成本最小化。这里是四项措施：

1. 专利权不具永久性，它在17年以后终止。这降低了专利权对所有者的价值，从而也减少了致力于取得专利的资源量。

- 2.

如果发明是“显而易见”的，那它们就不可能被授予专利权。从使用角度看，这里的显而易见性（obviousness）意味着以很低的成本就可发现。发现的成本越低，就越没有必要用专利保护来刺激发明活动的进行；并且，如果允许专利保护存在，那么过度投资的危险性就会更大。如果一个价值100万美元的主意，其发现成本为1美元而不是25万美元，那么由于授予专利权而引起的重复投资的浪费量将会更大，并有可能超过249,999美元。

3. 专利权应在早期授予，即专利权的授予应在其达到商业可用性之前，以阻止成本昂贵的

开发工作的重复。

#### 4.

基本思想（例如，物理学定律）就不具有专利性，尽管它们具有极重大的价值。在昂贵的原子-粒子加速器产生之前，基础研究在总体上不需要太大的支出，所以专利保护就可能会使过多的人从事基础研究。通过在相当狭窄的意义上将专利定义为“有用性（useful）”发明，专利法认为（虽然仅以不精确的形式）发明在其进入市场之前可能会需要较高的开发成本。但是，基础发现的非专利性，像专利限制条件一样，可能不仅仅反映为对取得专利成本的关心，而且还有一个鉴定、识别的问题。这与野生动物的情况一样。思想不像土地一样有一个稳定的有形处所。随着时间的推移，对体现了某一特定思想的产品进行鉴别就变得越来越困难。由于对基础思想具有许多不同的运用，所以对体现它的产品进行鉴别也是很困难的。

专利制度的成本，除了对过度的发明投资的潜在诱引作用外，还包括在价格和边际成本之间拉开距离，从而将产生本书第3部分中探讨的结果。一旦一项发明产生了，它的成本就沉淀了。在经济学意义上，其成本即为零。因此，包括了发明者专利权许可费的价格将超过将发明具体化的产品的机会成本。但是，据分析，这一差距的

成本与在土地上建造围栏以划定财产权的成本是一样的。这是用财产权制度进行资源配置所无法回避的成本。

知识产权为我们提供了许多财产权经济学有意义的例证。在此，我们只能讨论其中的一部分。鉴于商业秘密是专利授权常用的替代制度，我们可以从此开始。一个坚信其对加工生产方法保守秘密的时间会长于专利保护时间的生产厂商就会决定依靠商业秘密法而放弃寻求专利保护。他将节约成本和避免专利过程的不确定性，而且他不必像其申请专利那样披露其方法（披露将使其竞争者可在专利失效后同样使用其方法）。

商业秘密没有时效限制，而且还存在这样的事实：商业秘密的持有人不必证明其商业秘密符合专利法中的新颖性、非显而易见性等准则。其结果看起来好像是专利法的一个漏洞，而且会使人们用过度的资源来保守秘密。但我们应该认识到，商业秘密是一种受到严厉限制的权利。在极大程度上，商业秘密法所防止的全部行为是不当使用（通过侵权或违约）商业秘密；竞争者可以通过独立发现、甚至是商业秘密持有人产品的反向工程（reverseengineering）和利用持有人意外披露的商业秘密而进行随意、免费的使用。实际上，竞争替代了作为过度投资（无论对保守还是揭开商业秘密）制约的专利法的证据要求和有效



时限。如果商业秘密很容易被独立性的创造工作所发现，那么商业秘密的持有人花费资源保守其秘密就会所获甚微；而如果商业秘密富有独创性而在专利保护期限内不可能被独立的努力所发现，那么商业秘密所授予的更长的保护期限将对进一步的创造活动提供适当的鼓励。

当然，创造性努力重复的风险依然存在，但也许没有那么大了。如果商业秘密很容易被很小的独立性努力所揭开，那么持有人就如我们指出的那样不会有激励去保守其商业秘密；但在任何情况下，因重复创造造成的资源浪费都会很小。如果商业秘密只有用大量的投资才能被揭开，但针对预期收益而言其支出是值得的，那么商业秘密的持有人就不得不担心：如果他不对其秘密产品和方法采取专利保护，他的竞争者将会这样做。发明人对一项已开始使用的发明申请专利的1年宽限期期满后，发明人可以既不用专利保护其发明，又不（如果他已对此保守秘密）防止独立发现人去对此申请专利保护。所以，我们可以预计，商业秘密持有人只有在竞争者花很大的开支都很难独立发现其秘密的这种少有的情况下才会在保守其商业秘密上耗费大量资源，而且如果这种努力的收获是明显的，那么竞争者就不会在此有花费，从而也就不会引起资源浪费。

版权法在授予有时间限制的权利方面与专利

法相同，但在允许独立发现方面却与商业秘密法相同。后一特征的理由可能是，专利只保护可以和确实在专利局编入索引的发明，而版权却保护句子、音乐段落、建筑设计蓝图详细内容和其他表达的细节等范围很广的东西，它通过使人们很难获得相关版权保护资料的全部内容而保证其不受侵权；而有些非故意的模仿是不可避免的。

现在对版权的有效期限限制（作者死亡后加50年）过于宽泛，以致于人们会提出这样的疑问：法律为什么不索性授予永久性版权保护呢？存在吸引过度的资源用于生产版权保护性作品的危险并非一种解释；作为一种对现价贴现的结果（参见6.11），你有权取得版税的书中的那些知识，在你出版其50-

100年之后，不可能影响你今天的行为。土地的财产权是永久的，为什么书的财产权不是如此呢？一种理由是，让无人所有的土地闲置（比如说是有时间限制的财产权期满的结果）比让无人所有的知识产权闲置更无效率。从理想的角度看，所有的土地都应该被人们所有，以防止与我们已讨论的自然放牧所引发的问题有关的充溢外在性（Congestionexternality）。但是，我们将简要地提及一个重要的例外，有关信息和表达，不存在同样的问题。A使用某条信息不会给B使用该信息增加成本。

第二，当我们很自然地假设知识产权的范围（包括期限）代表了知识产权创造者与使用者之间所达成的一种利益平衡时，创造者本身也可能得益于对其权利的限制。大量的诗歌、小说、剧本、音乐作品、电影和其他创造性作品（包括发明）在很大程度上是建立在比其更早的创造性作品基础上的——从早期作品处借鉴故事情节、戏剧角色、隐喻、和音的级数、摄影角度等。对早期作品的版权保护范围越广，创作后续作品的成本就越高。所以，当版权保护范围的扩大将提高作者从销售或许可其自己的版权所取得的预期收入的同时，也将增加其创作他所拥有版权的作品的成本。最终的选择决定了有效期限制度。因为当未来收入增加所造成的现值的增量（如我们所说）可以被忽略不计时，如果没有早期作品处于公共使用领域而供人们在不支付版权费用的情况下用于创作新作品（由于永久性版权的存在），那么作者的成本就会很高。

这里有限制的版权所有者的权利在实际上是如何增加版权价值的另一个例证。版权法的合理使用原则（*fair use doctrine*）允许书评作者在未经版权持有人许可的情况下从书上摘录片段。这降低了书评的成本，从而增加了书评量，而作者作为一个团体也从中受益，因为书评是一种免费的广告。即使是批评性的书评也能促销，因为至少

它比没有评论要好。况且，大多数书评仍是赞扬性的。

而且，书评是一种尤为可信的广告，因为它们没有被广告主（即图书出版商）所控制。如果作者可以通过拒绝授予摘录许可而审查书评，那么书评就不可能比付费广告更为可信。即使某个作者会偶尔得益于拒绝授予评论对图书的合理使用，但作为一个团体的作者仍将因此受害。

当书评确实降低了图书的销量时，并不是因为它（像通常版权侵权那样）满足了人们对图书的需求（书评成了被评论之书的最近似的替代者），而是因为它提出了图书的不足而在并不妨碍有价值的知识产权的回报的条件下提供了有价值的信息。作者因其所创造的知识产权缺乏价值为人注意而造成了损害，这并不是旨在促进知识产权生产的法律所要防止的损害。

联邦最高法院认为，即使不向版权所有人支付特许录制权的版税，合理使用原则也允许销售用于录制电视节目的录像机。许多人用他们的录像机录制在他们认为不方便的时间播放的节目和他们想再看几次的节目。这种使用即使不支付版税也会使版权所有人得益。大量的节目都由广告主购买，观看者越多，他们支付的费用就越多；录像机通过扩大节目的有效观众而使版权所有人向广告主收取更高的费用。但是，自从联邦最高

法院作出判决所依据的证据得到搜集以来，录像机所有人在观看节目之前很容易将商业内容抹掉的设备已进入市场。这对联邦最高法院判决的现实经济有效性意味着什么呢？

无形财产权中一个非常规的例子是隐私权（right of Privacy），它通常被作为侵权法的一个分支来讨论，但从实际情况看，它确应是财产权法的一个分支。最早对明确的隐私权的司法承认出现在这样一个案例中：在没有原告同意的前提下，被告在一广告中用了原告的姓名和照片。相矛盾的是，隐私权的这一情况通常是由名人对其名声〔有时被称为“名声权（right of Publicity）”〕的重视所引起的。他们只是要求能有保障得到在广告中使用他们姓名和照片的最高价格。看起来以这种途径创设财产权不会导致任何对社会有价值的投资，而绝对只会使富有的名人致富。如果任何生产者都能在其广告中使用某名人的姓名和照片，那么对消费者而言，名人特许的任何信息都是没有价值的。正如在放牧案例中一样，如果其他名人也允许他人将其名字与其产品联系起来，那么将名人的名字与某一产品联系起来的价值就会缩小。

充溢外在性的存在提供了这样的观点，名声权是永久的和可继承的（这在今天是一个有争议的法律问题）。我们不必要求这种信息和表达进

入公共使用领域，因为不论名人是死了还是活着，它们都将不再像以前那样有价值。

从经济学的角度看，名声权类似于商标，两者都涉及用于辨别和促销某种产品和服务的信息的财产权。商标涉及到许多有趣的经济学问题，其中的有些问题将在本章的后面部分和第13章的消费者保护讨论中得以论述。商标的经济功能是，通过给定统一质量的保证而节约消费者的寻找成本（searchcost）。严格地说，商标所作的只是指明某一特定产品或服务的来源。例如，通用电器（GeneralElectric）的商标将通用电器公司标明为附有该商标的产品的生产者。但这意味着消费者可以在电灯泡不亮时向谁追究责任，所以商标法为生产者保持质量提供了激励，从而也减少了消费者在相反情况下购物时对注意的需求。即使由于生产者对商标进行广告宣传和实施所作的投资而使有商标的产品的名义价格比较高，但消费者的总成本（为了使之与名义价格——即销售者收取的价格——相区别，经济学家有时将之称为“足价，fullprice”）可能因为商标传达了在相反情况下他要花很高的成本才可能取得的质量信息而变得比较低。

对商标法构成的重大挑战是，要使每一位生产者都在不增加其他生产者标明和销售其品牌的成本的情况下标明其自己的品牌。从这一角度

看，最好的商标应为想象性商标

（fancifulmark）。例如，柯达（Kodak）就是一个区别于从现成语言中拿来使用的创造出来的词。将字母组合起来形成新词的可能数量是无限的，所以想象性商标就没有增加其他生产者发现新词以标明和推销其产品的成本的危险性。较为棘手的问题是“描述性”商标（descriptivemark），它由于允许有些人使用“文字处理器

（wordprocessor）”这样的词作为其商标而使文字处理器的竞争生产者花很大的成本才能推销其品牌，因为他们不可能使用简洁的描述。所以，只有当描述性商标已取得“次级含义”（secondarymeaning）时——消费者可以用它鉴别某种特定的品牌而非将之看作所有产品，法律才保护描述性商标。“假日饭店（Holiday Inn）”就是一个例证。

通常当一种有商标的货品以专利或其他垄断开始其生命时，商标只是用以表明其货品本身而非其来源。在这种情况下，商标只被看作“通用（generic）”商标而无法享受商标保护。这种情况的例证是以下商标：阿斯匹林（aspirin）、赛璐玢（cello—phane）和游游（yo—yo）。如果商标所有人有权排斥其竞争者用通用性词语描述其品牌，他就是在对他们施加成本。如果要求社会给予商标所有人一种垄断权是美好的，那么鼓励人

们想出一个吸引人的商标就更好，但创造一种商标的成本（有别于创造一种有用的产品、方法或写一本书的成本）是很低的，并且由于其广泛的财产权而能证明其成本的合理性。

商标不受时效限制，而且也不应该受时效限制。如果商标存在时效限制而且其在生产者停止制造该有商标产品之前失效，那么他就不得不对产品重新命名，消费者因此会被迷惑。在3. 11中我们将看到，由于商标不能在与之所指定的产品分离后被销售或以其他方式转让，所以当产品停产时，商标也就自动失效了。

我们已经看到，财产权的法律和经济概念并非总是相一致的（下一节将进一步讨论这一问题）。这里还有一个例证。隐私权中的一个问题是，一个人是否应该有权隐瞒其令人难堪的事实——例如他以前曾被判定有罪。对这种权利，存在着一些（但不多）司法上的支持。经济学家将之看作与销售者努力隐瞒其产品的内在瑕疵相同的问题。一个人通过努力说服潜在的交易伙伴——雇主、未婚妻、甚至是偶尔相识的人——认为他是一个高品质的人，从而推销自己。应该允许他有权起诉揭露其隐藏“瑕疵”的人而鼓励其欺骗他人吗？至少在经济学的立场上这一答案好像应是否定的。如果“揭露”的不是令人难堪的事实而是一顿奢华的晚餐的食谱，那就不同了。那



么，我们将处于商业秘密的领域（广义上的）。在此，秘密是一种实施信息财产权的方法，并鼓励对社会有价值的思想进行投资。隐瞒个人、企业或产品有损信誉的事实并不会达到上述目的。这种主张对敲诈勒索罪的意义将在第6章中得到论述。

### 3. 4法律经济学中的财产权：广播频道例证

至此，我们已与用经济术语分析的、法学家们关于财产权（除了关于隐私权）的思想建立了相当密切的联系。但是，对财产权的法律概念和经济学概念仍常有歧义。这里有一个广播的例证。

在无线电广播早期，尚无全面综合的联邦管制，只是对以下主张有一些司法上的支持：在某特定地区、以某特定频道、以及在不干扰其他使用者的条件下进行无线电广播的权利，是可以受法院强制令保护的财产权。随着联邦无线电广播委员会（联邦通信委员会前身）在1928年的创立，国会就开始采取不同的方针。只在名义上收费的、允许在某一地区使用某一频道的许可证被授予那些3年一期更新的、能向委员会表明给他们发放许可证会促进公共利益的申请人。国会明确规定，许可证领受人对其分配使用中的频道不拥有财产权。这一规定的目的是为了事先排斥任何由许可证领受人在其3年期结束而其许可证要

被收回时提出的任何补偿请求。

在经济学家的心目中，对使用中的无线电频道的私人财产权的认可所提出的某些异议是不可思议的。例如，据说如果广播权可以像其他财产权一样进行买卖，那么广播媒介就可能处于富人的操纵之下。这就将支付意愿（willingnessto Pay）与支付能力（ability topay）混淆起来了。拥有货币并不支配将被购买的物品。穷人常常由于愿意在总体上支付更高的价格而从富人那里买走物品。

在联邦广播管制计划的实际管理中，支付意愿已起了决定性作用，并且一种事实上

（defacto）的财产权制度已经产生。吸引人的无线电广播和电视许可证已依与财产权制度一样的程序来授予。在该制度中，支付意愿——就此而论不是对许可证而是对可能决定其结果的法律代表制度和政治影响——已在许多情况下决定了谁应控制该资源。但是，这种首先分配广播权的办法要比拍卖和其他销售法效率低。由于政治管制过程中存在大量的不确定性，那些向他的律师、院外活动集团成员等支付了最多钱的申请人，也即那些为取得广播权而投入最大价值的申请人，却往往会得不到它。而且，这种配置方法的社会成本比通过市场进行配置的成本要高得多。（私人成本又如何呢？）为取得许可证而进行的竞争

可能在法律、游说和其他费用上消除许可证的预期价值。（以前我们在何处已看到这问题？）参与广播频道的拍卖并不需要成本很高的法律和游说工作，至少如果能以较低的成本防止操纵拍卖时是这样的。

将权利授予那些最珍视它们的申请者的失败仅仅是一种暂时的无效率

（transitory inefficiency）。一旦广播权已通过发证程序而被取得，它们就可以作为广播电台和电视台实物资产的附属物而被出卖。如果一个只有价值几十万美元的发射台和其他实物财产的电视台被卖得价5000万美元，那么你可以确信，购买价格的主要部分是支付频道使用权费用。所以，广播权通常最终会落入那些愿意为之支付最多金额的人们手中，尽管初始“拍卖”可能还没有高效率地配置权利。

广播电台愿意支付数以千万美元以获得一项为期3年的权利，这看来好像是很奇怪的。但在事实上，广播许可证只有在电台有严重不正当行为时才被终止。正如土地所有人在未缴纳不动产税时才可能失去土地一样。

由此，广播频道虽在正式法律上没有财产权，但在经济学意义上却有财产权。在最初通过竞争获得此权利的过程中，支付意愿起着很大的、甚至非常可能是决定性的作用。而且像我们

将在3. 11中看到的，一旦取得，这种权利就是可以转让的，尽管它在法律上是有缺陷的。它是具有排他性的（干扰许可证受领人对频道的使用是被禁止的），且为了各种实用的目的，它还具有永久性。这一权利的所有者受限于各种管制性制约，但比公共事业所受的制约要少。在严格的法律意义上，这一权利的主要财产是私有财产。

事实上的财产权这一概念具有广泛的可适用性。实际上，有些经济学家用这一财产权术语实质性地描述各种财产权的方法——无论是公共的还是私人的、普通法的还是管制性的、契约的还是政府的、正式的还是非正式的。通过这一描述，私人成本—收益和社会成本—收益之间的分歧就减弱了。但在一本法学著作中，这种用法却可能是令人困惑的。所以，我们应该通过在更广泛的经济学意义上认定事实上的财产权只是财产权的一个方面，从而普遍地将这一术语的使用限制在正式财产权之内。

### 3. 5未来使用权

广播的权利制度不仅成本高昂和不公开（sub rosa），而且其重要方面也不完整。其中之一是取得未来使用权（right of future

use）的困难性。这一问题我们在失事船残骸和野生动物讨论中已碰到过。购买空地以图获得其未来开发权是交易的普通形式，但如果在广播

许可证申请表上出现无限度延迟开播时间的意图，那么申请肯定会被否决。同样的情形是，盛行于西部各州的基于占用制度

（appropriationsystem）的用水权

（waterrights）：一个人通过对水流的分转和使用而取得财产权，而此权利仅包括实际使用的水量，不可能为以后的行使而取得该项权利。但是，广播和水的限制在某种程度上是可以防止的。如在广播例证中，可以在取得许可证后延迟其实际建造；在水的例证中，虽然分水工程建设和分流水的使用都推迟了，但申请者仍可取得以建立优先使用权的初步许可证。

反对承认未来使用权可能与产生于广播和水的背景下的明显“意外收益（windfall）”因素有关。在这两个例子中，权利是在不收费的条件下授予的，虽然申请者可能为获取权利花费了很高的费用，但他通常能以相当高的利润立即将之转卖。这是一种不言自明的意外收益，但以申请者群体而言，可能会只是盈亏相当。然而，如果利润为那些看来并没有提供任何服务的人所获得，那么意外收益可能会显得更大。

在法律许多方面反映出来的另一相关的反对意见是：对投机交易（speculation）而言，购买物品并非为了使用，而是为了囤积，以期增值获利。正如我们将在4.9中看到的那样，投机交易

由于使价值正确地反映供求关系而起着很重要的经济作用。投机交易具有静态——使价格与供求现状相符（即避免现时短缺和过剩）——和动态两方面的功能。期货市场（**futuresmarket**，例如你可以在这个市场以固定的价格买到一年后而非现在交付的小麦）可以调整消费，避免过剩和短缺的影响。例如，如果预期会有短缺产生，投机者就会增加其购买量（因为他们预期明年的市场价格会更高）。这样，期货价格就会上扬，期货价格的上扬会吸诱销售者保留一部分现时供应或向现时购买者收取更高的价格（但这是同一回事，为什么？），以从预期的未来高价中得益。这种结果性的未来供应的扩大又将平抑价格。投机交易正能以这种方法降低价格波动，而不像虚构中的那样起相反作用。

在土地、水、广播频道或皮毛动物例证中，我们很容易看出投机交易是如何（如果准许的话）起到使资源使用永远最优化的协助作用的。但是，无论如何，未来使用权的购买并非必然具有投机性，它们可能与投机恰恰相反，是套头交易（**hedge**）。一个农民知道他在以后几年中将需要更多的水用于灌溉，为了避免水价变动的风险，他就在现在以固定价格（**fixedPrice**）签订了一项契约，以在未来能由对方提供一定数量的水。（由此，卖者将正在对未来水价变化进行投

机交易——投机交易促进了套头交易！）如果这样的交易要被禁止，那么农民就有可能决定现在使用比他实际需要更多的水，只是为了保证在未来他需要时能有用更多的水的权利。禁止水、广播频率或牡蛎养殖场的未来使用权买卖的主要影响是鼓励非商业性使用和不为满足需求而只为保留权利主张的使用。

在分析上看，过早使用（premature use）是一个与对发现埋藏财产或取得专利（参见3.2）进行过度投资相同的问题。为了取得有价值的权利，人们对此投入的资源可能会超过这些资源所产生的社会净收益。分得土地定居

（homesteading）就是一个良好的例证。如果不收任何钱而将土地给定居者，但其先决条件（过去确是如此）是定居者要实际占有并在该土地上工作，那么定居者就会工作到这样的程度：最后相当于1美元的努力将在保护权利方面取得1美元的收益，即使农作物的产量不值1美元。当然，如果政府要求尽快地占有土地为政治和军事之用，定居土地法也可能是达到这一目的的有效率的方法。

正如最后一个观点所显示的那样，对财产权附加使用的条件并不总是有效率的，我们可以回想一下野生动物问题的讨论。商标法为此提供了一个有意义的例证。商标的法律保护有赖于商标

持有人实际销售商标所标明的产品和服务。你不能仅仅为你和其他人可能销售的产品梦想一个名字而在商标局注册，从而取得排斥他人使用这些名字的权利。允许这样“储存”商标，可能会导致人们在设计商标方面投入过度的资源。商标注册处也可能被数百万的商标所阻塞，从而使销售者为避免侵犯注册商标的权利而进行的商标注册检索变得成本很高。

事实上，（绝对的、无条件的）排他财产权是不可能的。如果铁路享有道路的排他使用权，它就必然被允许无法律限制地抛撒机车火花。否则，它的财产价值就会受到损害。但如果允许它这么做，那么邻近农田的价值将因火花引起火灾的危险而受到减损。抛撒火花是铁路财产权的附属权利（**incident**，即一束权利中的一部分）还是对农民财产权（或权利束，**bundle of rights**）的侵犯呢？

在回答这个问题之前，我们必须先问一下，是否任何事情都取决于这个答案。如果是这样，就需要我们更准确、更周密地考虑第1章中的科斯定理。假设抛撒火花权由于使铁路省却了成本很高的火花阻止设备，从而使铁路的道路权价值提高了100美元。但是，由于妨碍了农民在轨道附近种植庄稼，却使农场价值减损了50美元。如果农民有免受机车火花影响的法律权利，那么铁



路将愿意支付——农民也将接受——他放弃权利的补偿。由于防止火花抛撒影响对农民的价值是50美元而铁路却要负担100美元，所以农民以50到100美元之间的任何价格出售其权利都将对双方更为有益。如果不是农民拥有免受机车火花影响的权力，而是铁路拥有抛撒火花权，那么交易就不会发生。农民不会为了铁路的权利而支付50美元以上的价款，铁路也不会接受少于100美元的价格而出售其权利。由此，无论法律权利的初始分配方法如何，其结果是一样的：铁路抛撒火花，而农民将庄稼移离铁路。

这一结果不受数字转换的影响。假定抛撒火花权将使铁路财产增值50美元而使农民财产减损100美元。如果铁路有权抛撒火花，那么农民将愿意支付——铁路也愿意接受——50到100美元以补偿铁路对权利的放弃。如果农民拥有免受火花抛撒影响的权力，那就不存在交易了。因为农民会坚持最低支付100美元，而铁路付款不会超过50美元。所以，像科斯指出的那样：不论各种相互竞争的资源使用的相对价值如何，法律权利的初始分配决定不了何种使用能最终奏效。

科斯的论文提出的另外三个被人们忽视的观点与财产权转让成本过高而使自愿转让不可行的情形有关：

（1）由（在原始意义上）“造成”损害的一

方当事人，即主动方当事人（在我们例证中是铁路）承担责任并不能产生有效率的冲突解决方法。通过参照我们的例证和假设农场主有财产权却由于交易成本过高而无法将其转让给铁路，读者可以证实这一点。

（2）公害普通法可以被看作一种通过将财产权分配给对他最有价值的一方（土地冲突使用）当事人而增进资源的使用价值的一种尝试。

（3）在决定政府对经济制度的干预是否适当时，仅仅证明没有政府干预市场的运行就将有缺陷是不够的；因为政府运行也可能有缺陷。必要的是，应将特定情形下的市场和政府实际运营情况进行比较。科斯认为，当事人可能对财产权分配或责任规则进行交易的事实说明了市场的适应性，而政府将用管制的方法处理有害行为的主动当事人（例如，要求铁路在其机车上安装火花控制装置）的倾向说明了许多政府管制的笨拙性。科斯定理在两个方面得到了改进：

（1）权利的初始分配（即使由于交易成本为零而效率不受影响）可能会影响当事人的相当财富，并将在两个方面影响资源使用。（a）如果当事人不在相同的方面花费，那么他们间的财富转移将会改变（尽管很小）他们对他们所购买的货品和服务的需求（参见1.1）。（b）如果这项权利的价值是当事人财富的一大部分，那

么，权利在何处结束将取决于其初始分配。这一问题的极端性例证是（在1. 2中提及）在沙漠中对一桶水的权利。但是，上述两点都没有损害科斯的结论：如果交易成本为零，效率将不会受权利的初始分配的影响。

（2）交易成本永远不可能为零。事实上，即使在两个当事人间的交易中，交易成本也可能是很高的（正如我们多次在本书中看到的那样），尽管交易成本在总体上将随着交易当事人数量的上升而上升——也许是指数级的增长（要求将当事人数（ $n$ ）全部加入的环比数公式在此种关系中是有启发意义的： $n(n-1)/2$ ）。即使交易成本永远不可能为零，只要交易成本小于当事人之间交易的价值，科斯定理仍将接近于现实。

科斯定理有时被认为是一种赘述（即，在定义上是真实的），因为在实际上它所阐述的所有内容是：如果交易可以得益，理性的当事人将会进行交易；如果交易不能得益，理性的当事人将不会进行交易。这样说，实际上就是一种赘述，因为对一个经济学家而言，不从事可以改善其净福利的人是一个非理性的人。但这不必这样说。通过对以下假设的重述可以使我們得到经验性的内容：如果交易被允许而且成本不高，那么财产权的初始分配不会影响财产的最终使用。人们在

努力地检验这种假设，结果是复杂的。

科斯定理的运作在图3. 1中得到图解性描述。R曲线表示作为每日火车通行数量函数的铁路边际收益（marginal revenue）。由于每辆增加火车对铁路净收益的作用被假设为比前一辆火车小，所以曲线呈下斜趋势。F曲线表示农民庄稼损害的边际成本，也是作为火车数量的函数。它随着火车数量的增加而上升，以下面的假定作为根据：对有些火花损害，农民是能够作出调整的，但每增加一辆火车就具有更大的危害性。

（曲线F和R必须分别被假设为下斜和上升吗？）假定火车数量的改变是改变庄稼损害量的唯一途径。如果交易成本为零，每天火车的通行数为 $n$ ，铁路是否要对庄稼损害负责任呢？ $n$ 点往左，铁路可以通过增加火车通行数而能使对其收益的增加超过对农民的损失，所以，铁路理所当然会增加其火车通行量。 $n$ 点往右，火车通行量的减少会使农民净收益的增加超过它可能对铁路收益的减损，农民将向铁路付款以减少火车通行量，直到 $n$ 点为止。如果农民有免受庄稼损害的法律权利，而非铁路拥有抛撒火花的权利，那么其数量将会是相同的。 $n$ 点往右，农民会诉铁路要求其减少火车通行量； $n$ 点往左，铁路会支付一笔钱以使农民放弃他免受损害权的一部分。

然而，我们不能作出这样的推断：依效率观

点，权利的初始分配（the initial assignment of rights）是完全不重要的。由于交易并非是无成本的，所以，如果我们在开始要将权利分配给两方中的一方，那么效率就是通过将法律权利分配给愿意购买他的一方而得到增进的，即应将法律权利分配给我们第1假设情形中的铁路和第2假设情形中的农民。此外，我们还将看到，交易成本有时相对于交易价值是相当高的，以至于使交易行为变得不经济（uneconomical）。在这样的情况下，权利的初始分配也就成了终极分配。

不幸的是，将财产权分配给对其具有更高价值的一方作为一种经济上的解决办法并非是完全无缺的。它忽视了管理财产权制度的成本，这一成本也许比更简单的权利分配准则的成本要低（这一问题将在20.4和21.5中论述）。而且，它在实际中的应用也是很困难的。机车火花的例证被严重简单化了，在那里只存在两种途径的权利分配，即抛撒火花权和免受火花损害权。如果管理（主要是信息）成本（administrative cost）不予考虑，那么，通过一个更为综合的财产权界定，比如允许农民种植这种而非另一种庄稼、在轨道附近200英尺范围内无权种植庄稼、在轨道附近250英尺范围内不应有建筑物，而只允许铁路将火花抛撒到一个特定的程度，这样，农民和铁路的财产权总体价值就有可能被最大化。各种

可能的权利组合是无限多的，而期望法院发现最佳组合并不现实，并且使他们过于艰难地去寻求这一最佳组合也是不经济的。但在大多数情况下，只要不存在过度的成本（*excessive cost*），他们还是可能接近最佳财产权界定（*the optimum definition of property rights*）的，并且这些近似的最佳界定可能会比财产权的经济性随机分配（*economically random assignment of property rights*）更有效地引导资源的使用。

有些例证可以帮助我们阐明这一基本观点。基于英国普通法，如果一个土地所有者的邻居取得排他性采光权已有20年之久（为什么要将此作为限定条件？），而土地所有者现在的建筑却挡住了邻居的窗户，从而使他在靠近窗户的半间房也不得不用人工光才能看书，这将被看作侵犯了邻居的财产权。如果这财产权被相反地给予建房一方，结果会怎样呢？通常而言，窗户被挡住的人的成本会超过另一方将其墙稍作后移的成本

（假定权利是非常有限的，那么所有这些成本都是不可避免的），所以前者会从后者购买这项权利。像开始时那样将权利分配给邻居，那么就能避免交易成本及其附随成本（*attendant cost*）。但法院没有提供保护视野的规则。如果A在山上有一所视野良好的房子，而B如建了一所挡住视野破坏景色的房子，那么即使他的财产价值已下

降，A也无权控告B侵犯了他的财产权。在此，相对价值的假定被逆转了。具有良好视野的房子需要一大片土地。开发这块土地所创造的价值可能会超过视野受损害的土地所有人的价值损失。之间的比较表明，它的确是悬而未决）于牛群与庄稼之间的比率。如果牛比庄稼多（更准确地说，如果牧牛草地比庄稼种植地多），那么农民将他们的土地围起来要比牧场主将其土地围起来便宜，那法律将把建围栏的义务加于农民。但一旦土地用途比率倒过来了，那么此义务也会发生替换。

你是否关心这一问题：为了保证效率，随着条件变化，财产权的不断被重新界定是否会产生不稳定性从而影响投资呢？X购买农场很久之后才在其土地上有铁路。支付价格并没有因为招致未来火花对庄稼的损害而有所折扣，因为铁路建设在当时并未被预见。但最后铁路线建成了，并且与农场的距离足以使庄稼遭受火花损害。他起诉铁路，但法院认为铁路抛撒火花的程度是合理的，因为铁路防止庄稼损失的成本要比农民高。这样，由于财产价值因邻近土地无法预测的使用变化而面临着无法补偿的贬值，对农业进行投资的激励将被减弱。但是，正像我们前面养猪的例证所表明的一样，对农业投资的减弱，可能会有效地调整到以下情况：有一天，这个农民土地的

最高价值可能就是用作铁路火花的垃圾场。

当财产权因价值变化而被重新界定时，一个更为严重的问题是，对讨厌风险的人们而言，不确定性（uncertainty）本身就是负效用

（disutility）的根源。消除产生于不确定性的风险的各种方法是否会对我们讨论的情况有用呢？这可能还是令人怀疑的。但是，不确定性的大小和严重性却很容易被夸大。如果在购买时能预见邻近土地使用的有害性，那么价格就会因此下跌，而购买人也就不会有令人失望的前景。如果有害使用无法预测，它恰恰在未来是完全可能的，并且可能发生在很远未来的成本（除非极其巨大）不会对现在的决定产生任何影响（参见6.7）。可供选择的方案——总是将财产权分配给两种土地冲突使用的居先者——可能是非常低效率的，因为后一使用者往之间的比较表明，它的确是悬而未决）于牛群与庄稼之间的比率。如果牛比庄稼多（更准确地说，如果牧牛草地比庄稼种植地多），那么农民将他们的土地围起来要比牧场主将其土地围起来便宜，那法律将把建围栏的义务加于农民。但一旦土地用途比率倒过来了，那么此义务也会发生替换。

你是否关心这一问题：为了保证效率，随着条件变化，财产权的不断被重新界定是否会产生不稳定性从而影响投资呢？X购买农场很久之后



才在其土地上有铁路。支付价格并没有因为招致未来火花对庄稼的损害而有所折扣，因为铁路建设在当时并未被预见。但最后铁路线建成了，并且与农场的距离足以使庄稼遭受火花损害。他起诉铁路，但法院认为铁路抛撒火花的程度是合理的，因为铁路防止庄稼损失的成本要比农民高。这样，由于财产价值因邻近土地无法预测的使用变化而面临着无法补偿的贬值，对农业进行投资的激励将被减弱。但是，正像我们前面养猪的例证所表明的一样，对农业投资的减弱，可能会有效地调整到以下情况：有一天，这个农民土地的最高价值可能就是用作铁路火花的垃圾场。

当财产权因价值变化而被重新界定时，一个更为严重的问题是，对讨厌风险的人们而言，不确定性（uncertainty）本身就是负效用

（disutility）的根源。消除产生于不确定性的风险的各种方法是否会对我们讨论的情况有用呢？这可能还是令人怀疑的。但是，不确定性的大小和严重性却很容易被夸大。如果在购买时能预见邻近土地使用的有害性，那么价格就会因此下跌，而购买人也就不会有令人失望的前景。如果有害使用无法预测，它恰恰在未来是完全可能的，并且可能发生在很远未来的成本（除非极其巨大）不会对现在的决定产生任何影响（参见6.7）。可供选择的方案——总是将财产权分配给

两种土地冲突使用的居先者——可能是非常低效率的，因为后一使用者往此，如果法院要鼓励最有成效的土地使用，那么他们就无法回避对各种竞争性使用的价值进行比较。

如果政府要我的车库，它完全可以基于国家征用权向我支付“公平的赔偿”（等于市场价值）而取得它，根本不需要与我协商。由于这是一个竞争性权利主张（comPetingclaims）而非竞争性使用（comPetinsuses）的例证，所以这一结果与刚才提及的差异是不一致的。类似的论点是，为了解决人们拒绝以“合理”（即市场）价格进行出售这一棘手的问题，国家征用权是必要的。但这在经济学上是没有理由的。如果我拒绝将我的房子以低于25万美元的价格出售，而也没有任何其他人愿意支付高于1万美元的价格购买此房，这并不意味着我是非理性的，即使没有任何像迁移费用那样的“主观”因素能为我坚持这样的价格提供合理的证据。它仅仅意味着，我比其他人更看重这所房子。我加于财产权的额外价值在经济分析上是与任何其他价值一样的。

国家征用权（eminent domain）的一个适当的经济学理由是，它是防止垄断所必需的，虽然这一理由更适用于铁路和其他有通行权（risht-of-way）的公司，而对政府则不太合适。一旦铁路或输油管道已开始铺

设，那么放弃它而代之以其他路线的成本就变得非常高。既然了解了这一点，预定的经过路线的土地所有者就会提出很高的价格，而这一价格会超过其土地的机会成本（这是一个双边垄断

（bilateral monopoly）问题，参见 g 3. 8）。交易成本和土地征用成本都将是很高的，由此，有通行权的公司不得不提高它的服务价格。而较高的价格又会使一些消费者转向其他替代性服务

（substitute services）。这样，有通行权的公司就只有较低的产出了。其结果是，与用相当于土地机会成本的价格购买土地相比，公司会减少其需求和购买。更高的土地价格还会向公司提供一种以其他投入替代一些它们本应购买的土地，如果法院要鼓励最有成效的土地使用，那么他们就无法回避对各种竞争性使用的价值进行比较。

如果政府要我的车库，它完全可以基于国家征用权向我支付“公平的赔偿”（等于市场价值）而取得它，根本不需要与我协商。由于这是一个竞争性权利主张（competing claims）而非竞争性使用（competing uses）的例证，所以这一结果与刚才提及的差异是不一致的。类似的论点是，为了解决人们拒绝以“合理”（即市场）价格进行出售这一棘手的问题，国家征用权是必要的。但这在经济学上是没有理由的。如果我拒绝将我的房子以低于2.5万美元的价格出售，而也没有任何其

他人愿意支付高于1万美元的价格购买此房，这并不意味着我是非理性的，即使没有任何像迁移费用那样的“主观”因素能为我坚持这样的价格提供合理的证据。它仅仅意味着，我比其他人更看重这所房子。我加于财产权的额外价值在经济分析上是与任何其他价值一样的。

国家征用权（**eminent domain**）的一个适当的经济学理由是，它是防止垄断所必需的，虽然这一理由更适用于铁路和其他有通行权（**right-of-way**）的公司，而对政府则不太合适。一旦铁路或输油管道已开始铺设，那么放弃它而代之以其他路线的成本就变得非常高。既然了解了这一点，预定的经过路线的土地所有者就会提出很高的价格，而这一价格会超过其土地的机会成本（这是一个双边垄断

（**bilateral monopoly**）问题，参见 [3. 8]。交易成本和土地征用成本都将是很高的，由此，有通行权的公司不得不提高它的服务价格。而较高的价格又会使一些消费者转向其他替代性服务

（**substitute services**）。这样，有通行权的公司就只有较低的产出了。其结果是，与用相当于土地机会成本的价格购买土地相比，公司会减少其需求和购买。更高的土地价格还会向公司提供一种以其他投入替代一些它们本应购买的土的，这也是政府从税收中节约成本的措施入这种差异代表

了假设的国家征用“税”的成本，它可在总体上使这种“税”没有效率<sup>①</sup>。另外，由于一个将其财产的价值看得低于市场价值的人可将其财产出售，所以这里很少存在补偿性意外收益。

从为什么会存在国家征用权所引发的一个独立的问题是：为什么会存在合理补偿？健全的保险市场的存在对近来依风险厌恶来解释公平赔偿要求的努力产生了怀疑，并且这种解释公平赔偿的努力还依照了以下略显陈旧的观点：不予补偿将会使征用人“道德败坏（demoralize）”，并导致他们在未来更低效率地使用资源，例如总是租用而不是购买可能被征用的财产<sup>②</sup>。只要不支付补偿的规则广为人知了，那么没有任何人将为此感到惊奇或会为此而情绪低落<sup>③</sup>。实际上，在规则公布后购置财产的人全然不会受到损害，因为政府占用（governmenttaking）的风险（一种为防止这种占用的保险成本决定的风险）将以较低的财产价格反映出来，购买者会由此而全面得到补偿。如果问题的本质在于由于政府占用的风险具有更少可预见性而使它比自然灾害的风险更难以得到保险，那么人们有权对这一观点表示怀疑。政府的国家征用权的所得在各年度之间可能并不会发生比（比如说）地震损失更大的变化。并且，购买保险还能防止外国政府对财产的征用（expropriation）。如果问题的关键在于政府可能

用国家征用权的权力压制其政敌或脆弱的少数派团体，那么一个不全面的答复至少是：这样的行为会侵犯像言论自由和法律平等保护这样的宪法保障。

公平赔偿规定的一个最简单的经济学解释是，它能预防政府过度使用占用权。如果不存在公平赔偿规定，政府早已积极地去用土地替代对社会更便宜但对政府成本较高的其他投入了。假设政府有权作出以下选择：在一块小面积地基上建一座高而窄的大楼，或者在一块大面积地基上建一座低而宽的大楼。的，这也是政府从税收中节约成本的措施）。这种差异代表了假设的国家征用“税”的成本，它可在总体上使这种“税”没有效率。另外，由于一个将其财产的价值看得低于市场价值的人可将其财产出售，所以这里很少存在补偿性意外收益。

从为什么会存在国家征用权所引发的一个独立的问题是：为什么会存在合理补偿？健全的保险市场的存在对近来依风险厌恶来解释公平赔偿要求的努力产生了怀疑，并且这种解释公平赔偿的努力还依照了以下略显陈旧的观点：不予补偿将会使征用人“道德败坏（demoralize）”，并导致他们在未来更低效率地使用资源，例如总是租用而不是购买可能被征用的财产。只要不支付补偿的规则广为人知了，那么没有任何人将为此感到

惊奇或会为此而情绪低落。实际上，在规则公布后购置财产的人全然不会受到损害，因为政府占用（government taking）的风险（一种为防止这种占用的保险成本决定的风险）将以较低的财产价格反映出来，购买者会由此而全面得到补偿。如果问题的本质在于由于政府占用的风险具有更少可预见性而使它比自然灾害的风险更难以得到保险，那么人们有权对这一观点表示怀疑。政府的国家征用权的所得在各年度之间可能并不会发生比（比如说）地震损失更大的变化。并且，购买保险还能防止外国政府对财产的征用

（expropriation）。如果问题的关键在于政府可能用国家征用权的权力压制其政敌或脆弱的少数派团体，那么一个不全面的答复至少是：这样的行为会侵犯像言论自由和法律平等保护这样的宪法保障。

公平赔偿规定的一个最简单的经济学解释是，它能预防政府过度使用占用权。如果不存在公平赔偿规定，政府早已积极地去用土地替代对社会更便宜但对政府成本较高的其他投入了。假设政府有权作出以下选择：在一块小面积地基上建一座高而窄的大楼，或者在一块大面积地基上建一座低而宽的大楼。小面积土地的市场价值是100万美元，而大面积土地的市场价值是300万美元。高窄大楼建筑成本为1000万美元，而低宽大

楼建筑成本为900万美元。很明显，从全社会角度看，较为便宜的选择是在小面积土地上建高窄大楼（总成本是1100万美元）而不是在大面积土地上建低宽大楼（总成本是1200万美元）。但是，如果土地对政府是免费的，那么它就会建一座低宽的大楼，因为这样它的净成本还低了100万美元。当然，这是以政府近似于私人企业一样依照私人成本而非社会成本（除非强迫考虑社会成本）作出它的占用决策为假设的。虽然政府采购决定不可能像私人采购决定那样在利润最大化原则上作出（其理由在本书的稍后作探究），但如果假设政府不考虑财政预算而总是可信地购买社会成本最低的投入（不论其价格）也是不可取的。合理补偿的要求反映了这一原则的设计者对政府官员的不信任。他们知道，政府的任务是三重性的：防止无政府的暴力，防止政府内的暴力和防止保护者（政府）的暴力。

公平赔偿的计算提出了许多有意义的问题。我们已经注意到了对主观价值的排斥，尽管在纯理论上这是不合逻辑的，但它可能为衡量这些价值的困难所证明为合理。虽然所有者在最近以高于市场价格的价格拒绝进行真诚发价（*abona fideoffer*），但还是存在着一种对这些价值进行低限适当衡量的方法。而且，很难弄懂为什么不将重新布局的实付成本（*out-of-pocketcost*）看



作是宪法规定的合理补偿的组成部分。

具有一定实际意义的对主观价值的一种否定是，在商业房屋被占用时拒绝对商誉

（goodwill）赔偿。这里的问题就不是衡量问题了（虽然在法院看来是），就像房屋是否与商誉有关的不确定性的一样。如果它能完整无损地转让给其他房屋，那它就不会随土地而被占用了。

当财产的市场价值在某种意义上取决于政府本身时，一些难以解决的问题就产生了。这个问题是，它的缴款是否应该相当于其应支付给所有者的价值。假设政府在战时征用了该国的一大部分私有船只，而船只供应在私人市场上的严重减少导致了市场价格的上漲。政府是否必须对任何进一步的征用按照新的市场价格支付征用费呢？如果回答是肯定的，那其结果就是非常任性地从纳税人那里将财富分配给船只所有人。但是，否定的回答也是成问题的，它会使政府占用过多的船只，因为政府决不会考虑其余私人顾客对船只的竞争性需求。

政府是从市场价值上涨前拥有船只的所有者那儿征用还是从以现时高价从以前所有者处购得船只的人那儿征用呢？这会有很大的区别吗？这个问题显示了试图将公平赔偿法建立在对意外收益反感基础上时执行的复杂性。许多（或许大部分）政府占用的财产都已使政府开支受益。一个

明显的例证是由工程师联合会从湖泊和河流开垦出的土地；但有一定道理的是，在维持法律秩序、地契登记制度（title—recordingsystem）等方面，所有私人拥有的土地都受益于公共开支。然而，收益可能很久之前就被计入土地价格了，所以全面赔偿（fullcompensation）付款不会使任何人获得意外收益。所以，最适当的规则可能是不考虑政府依正要占用的土地的现时市价所可能支付的款项。

它已表明，如果公平赔偿原则真正是建立在对效率考虑基础上的，那么如果我的住房的市场价值由于某些政府管制（governmentregulation）而下降了1万美元，我就有权取得同量的赔偿，正如政府占用了我价值1万美元的一部分财产一样。但在这些例证之间还是有经济学上的差别的。当影响财产价值的政府管制被普遍适用时，如果情况正常，赔偿实施的成本可能是非常高的，特别是当他们依经济逻辑应该做（为什么？）的那样努力去注意受益于管制。取得负赔偿（negtivecompensation）（即用征税来剥夺意外收益）时的人们更是如此。试想一下识别每个财产价值的上涨和下跌都受政府天然气或供热用油管制影响的人而后与之进行交易是多么困难。而且，一种管制由于其比单一的占用要影响更多的人而更可能引起有效的政治反对意见。即使是一

系列的占用（与单一的、孤立的占用相区别）也不太可能受政治制约，因为受害者不太可能构成一个同类团体而采取有效的政治行动。

当管制影响相互作用的土地使用（interactive landuses）时，另一种考虑就开始出现了。例证之一是，一项城市区划法令禁止将土地开发用于非住宅区建设。假设这一法令的实施是为了阻止土地所有者在其土地上建筑猪舍，因为其邻居的土地是全部用于住宅建设目的的。我们在首先肯定其财产权包括了他营造猪舍以给邻居带来审美上损害的权利之前，就不能将这一法令看作是对土地所有者财产权的一种侵犯。并且，如果不对受法令影响的其他竞争性使用进行估价，就无法决定这一更为重要的问题。一旦作出了这样的评估，并且财产权也可依此分配，那么强迫因法令而得益者对损失者进行补偿就不再具有经济作用了。

赔偿在实际上的作用如何呢？芝加哥城市复兴计划的实证研究发现，在国家征用权问题上，高价值土地取得比公平市场价值高的价格，而低价值土地则取得比公平市场价值低的价格，而且这绝非偶然。这种格局的出现有以下三方面的原因：第一，政府依被占用土地价格而变更其在一个案件中的法律服务投入的能力严重地受限于控制征用案起诉的规章。结果是，政府趋于在涉及

低价土地的案件审理中花费过多，而在涉及高价土地的案件审理中花费过少。第二，由于案件审理的固定成本或最低成本对双方来说都是很大的（当标的为低价值土地时，成本更大），它们在鼓励原告低成本地和解此类案件方面的作用并没有与其鼓励政府为避免诉讼固定成本而提出更优惠的和解报价的作用完全抵消，因为政府可能将这些成本分散到同时计划征收的一些土地上。第三，如果计划同时征收的土地是同质的，政府就有附加的规模经济（additional economies of scale），因为这保证了政府法律努力的有效加强。而且，在实证上而言，低价值土地比高价值土地更趋于同质（homogenous）。

### 3. 8污染：公害和地役权处理方法

工厂烟囱冒出的黑烟弄黑了附近居民区的洗涤物和窗帘，而且增加了呼吸系统疾病的发生率。以分析而言，这一问题类似于机车火花例证：以黑烟损害和避免黑烟损害的成本总量

（Sum of

Cost）最小化为目的来配置权利和义务。各种可能的调整方法是这样的：工厂可以安装制止冒烟的设备；或是工厂停产；再则受污染的住家可以安装空气净化设备或迁离工厂附近地区。在解决这一土地使用冲突中，上述办法中哪一种办法或是否有其他办法成本最低呢？这一问题比机

车火花的例子更难以回答。主要是因为污染对人体健康的影响至今还未被清醒地认识到，同时污染的审美成本也难以衡量。这样，正确的权利初始分配选择就显得非常关键，因为很高的交易成本可能将使通过随后市场交易来纠正错误的初始权利分配成为泡影。

现在，该是我们更细致地研究高交易成本原因的时候了。在本章中已提及的、通常为经济学家们所强调的一个因素是，交易当事人数量众多。还有一些其他因素，诸如，会在特定法律背景下显得很重要的精神无能（*mentalincapacity*，参见4. 7）。而且，当事人数量少并非是低交易成本的充分条件。如果双边垄断是一项两人交易中的重要因素，即当事人双方都没有更佳的交易对象可供选择，那么交易成本可能是相当高的。诉讼案件和解中的谈判便是一个例子。原告只能与被告和解，被告也只能与原告和解，在双方都愿选择的和解与成本更高的诉讼之间存在着一个价格差。但是，由于确认这一价格差的成本可能是很高的，所以双方当事人可能会在此价格差幅度中进行讨价还价时花费大量的时间和资源。事实上，每一方都可能决心要独占他们永远不可能达成协议的交易所带来的更大部分潜在利润。

虽然潜在性价值最大化交换的受挫是双边垄断最惹人注目的结果，但它并非是通常的结果。

一般情况下，双方当事人会以相互满意的价格进行协商。由于因双方当事人都想独占尽可能多的交易利润而引起的交易成本是一种社会浪费，所以双边垄断仍然是一个严重的社会问题。它们改变了当事人的相对财富，但并没有使社会总财富增长。我们将要看到，普通法的主要推动作用正在于缓解双边垄断问题。

如果交易成本高到一定程度时（如高于简单双边垄断交易的常规成本），特别是如果它们高于交易价值时，交易就不会发生了；因为双方当事人都可由放弃交易而受益。在这种情况下，社会损失就不是等同于交易成本，而是等同于被放弃的交易的价值了。

交易成本在双边垄断和众多参与交易当事人这两个因素同时发生时达到最高，而且这种事件同时发生的可能性是很大的。例如，如果住宅所有者有免受污染的权利，那么工厂想要享有污染权就必须从每一住宅所有者那里取得。如果1000个住宅所有者中有1个拒绝对此达成协议，那么工厂从其他999个住宅所有者处购置的权利是没有任何价值的（为什么？）。由于坚持不合作者（holdout）可能提出很高的价格，正如我们在上节提到的通行权例证一样，而且每个住宅所有者都有延迟与厂商达成协议的激励，所以谈判过程可能会被无限制地拖延）。

如果不是住宅所有者享有免受污染的权利，而是工厂享有污染权，那么如果住宅所有者想免受污染就必须联合起来购买工厂的污染权。交易成本仍可能是很高的。为了“坚持不合作”或“搭便车（freeride）”，每一住宅所有者还是都有迟缓与工厂商议步伐的激励。他将会这样想：“如果我拒绝支付购买价格中我的公平份额，其他比我更深切地关注污染的人就会补足这一差额。这样，工厂就停止排污，而我也就随其他人一起受益，但我的成本却为零。”如果这种人很多，在住宅所有者中克服商议拖延的成本将是很高的，所以这一交易也可能实行不了。

在高交易成本和绝对（即，不受限制的）权利面前，无论是工厂有权污染还是住宅所有者有权免受污染，都可能会造成低效率。如果工厂有绝对污染权并由于交易成本的阻止作用，它就不会有缴励去停止（或减少）排污，即使停止排污的成本可能比住宅所有者受污染的成本低得多。相反，如果住宅所有者享有免受污染的绝对权，那么他就不会有自己采取行动来减少污染影响的激励，即使他们这样做（也许是迁离）的成本比工厂不排污或少排污的成本要低。

普通法对污染实施的最重要的救济手段是公害法——一种关于妨碍使用和享受土地的侵权法。用于决定公害的最常用的标准是不合理的妨

碍，这种标准允许对以下因素进行比较：（1）污染者减低污染所承受的成本；和（2）受害人忍受污染或自行消除污染的成本下降。这是一种有效率的标准，但至今没有人认为公害法已对污染产生了很大的影响。这里存在三方面的理由：第一（纯理论性的），免受污染可能是一种优质货品——对它的需求将成比例地受收入增加的影响，所以这种需求在近来才有所增加，但其在贫困国家这种需求依然很小。第二，污染者和受害者往往由于小而多以至于无法认定，污染的医学、审美和其他损害又难以衡量，汽车对空气的污染就是一个极好的例证。难以处理的大规模集团诉讼（诉讼原被告双方人数众多，面临困难的衡量和救济问题）就成为必要但却是不可行的。这提出了第三方面理由：对污染实施广泛的成文法管制（在第13章中讨论）已经替代了污染争议这一大领域中的公害法救济。

假设妨碍邻居对其土地行使使用权和享受权的土地使用是在邻居到来前发生的。也许一个工厂发现他附近的地方正在逐渐变成居住区，来自工厂的污染降低了居民区财产的价值，而且其降幅高于工厂停止运营的成本。依据应被贴切地称为“来接受公害（coming to

nuisance）”的原则，新来者无权起诉要求关闭工厂。但大多数州都拒绝接受这一原则，而且



在经济学理由上他们这样做是对的，因为交易成本可能会阻止市场对工业和居住用途的相对价值的变化进行调整。这应被看作是对工厂主“不公”吗？不必要，因为他起先为这块土地支付的价格就可能为反映工厂有一天会因公害而关闭的可能性而有折扣（参见3. 12）。

当然，为了申明本书中经常提及的观点，我们需要提出：让法院来决定市场价值，总是存在错误的风险。在一个公害案中，法院会努力使这种风险最小化。被告的饲料场所散发出的臭味使附近（在饲料场运营后建设的）居民区发展价值得以下降。依据开发商的起诉，法院以公害为由要求关闭该饲料场，但其条件是原告支付饲料场关闭或迁移的成本。如果开发商知道这一规则，那么他就会预见性地以低于饲料场迁移或关闭的成本在其他地方从事开发。这样，土地的冲突使用的成本就会被最小化。但是，由于取得关闭成本或迁移成本的权利将降低饲料场所有人在考虑周围环境发展计划的情况下对其新饲料场的选址作出最佳安排的激励，这也不是一种完美的解决方法。

另一种可能解决污染问题的普通法方法可以从飞机噪音的法律处理中得到启发。以极低高度飞行的飞机所有者对直接在下方的财产的所有者因飞机噪音造成的财产市场价值减损负有法律责

任，无论财产所有者的成本是否超过飞行的收益。但是，财产所有者也不能将这种侵害看作是非法侵入。由此他也不能强迫航空公司与之进行谈判，但他能强迫航空公司征用地役权

（easement）而继续在其上空飞行。如果噪音消除办法的成本高于直接在下方的财产所有者所受之噪音损害，那么航空公司大概就会征用地役权了。如果噪音损害高于噪音消除办法的成本，那么航空公司就会采用噪音消除的办法解决问题。可以想象的是，如果最便宜的噪音消除方法恰巧是给直接在下方的房屋隔音，由于其前提是这种支付要比航空公司的责任负担成本低，所以航空公司就乐意为房屋进行隔音支付费用。但是，高昂的交易成本可能会妨碍这一结果的产生。如果真是这样，那么永久土地征用权方法可能不会比公害方法产生更高效率的结果（为什么？）。但这总比非法侵入这种解决方法好。如果直接在下方的财产所有者有权免受飞机噪音侵害且此种权利不能被强迫出售，即如果他们可以禁止飞机飞越其上空，那么，高效率的解决办法就是航空公司继续进行噪音污染和直接在下方的所有者忍受噪音或对其房屋进行隔音，在这种情况下，市场就不起作用了。飞行航线下的每一个房屋所有人都有不合作的激励，而航空公司由于没法以合理的价格从每个免受噪音污染的房屋所有者处购买

全部权利，而不得不中断飞行或采用噪音消除办法。从假设可以看出，这两种解决问题的措施都是低效率的。

然而，永久土地征用权方法的一个问题是，一旦航空公司断定噪音消除方法的成本高于这种方法因减除它对直接在下方的所有者的法律责任所得的收益，他就会通过取得地役权而有权在很高程度上实施其噪音排污，它决不会去考虑能促使其成本下降和效率上升的方法。因为未来更低程度噪音的收益可能会完全对直接在下方的所有者有益。这一问题可能通过创设限时噪音地役权（time-limited noise

easement）而得以解决。但这种解决方法却产生了一个新的问题。转让了永久噪音地役权的财产所有者从此以后会尽一切努力采用任何成本低于其财产增值的噪音消除措施，而目前的地役权制度下的财产所有者就没有这种激励了，因为财产所有者所采用的任何降低噪音损害的措施都会以同样的数量降低其在下一阶段可能收到的噪音地役权的价格。

3. 9土地不相容使用的其他解决方法；财产权与契约权、禁令救济与损害赔偿救济之间的区别

如果一个人或公司已拥有全部受影响的土地，那么在机车火花、工厂排烟及其他相互冲突

的土地使用例证中达成有效的解决方法可能要简单得多。一个单独工厂所有者或受烟污影响的住宅财产所有者都想使其两种财产的合并价值最大化。这是正确的经济目标，并且达成该目标的努力不会由于与许多独立的所有者达成协议的成本而受阻。

为什么这种合并非常罕见呢？其原因是：第一，购买所有受影响的财产所需要的管理成本可能是相当高的，因为它要求与众多个别权利持有者进行交易。第二，一个单独的公司也许没有能力在一个不相关的市场中进行有效率的运作，如工厂生产和住宅用房地产、铁路经营和农业、航空港管理和不动产。公司在两个市场上的成本可能要比专营某一市场的成本高。大而全也是成本的一个根源，因它会对下层管理人员失去控制。额外成本可能抵消由有效解决土地不相容使用问题而获取的节省性收益：

用单一所有权方法解决冲突土地使用问题已为那些（大多数）允许强制组合化

（compulsory unitization）的石油天然气州所采用。通过这种方法，只要油气田的绝对多数（通常为 $2/3$ ）的所有者同意在共同所有权

（common ownership）下经营油田，那就可以将多数所有权组合起来。为什么一致同意

（unanimity）的规定会是低效率的呢？就强制组

合也是一种解决方法而言，问题是，石油和天然气开采权所有者将在一个实际上为他们共有的地下油气层中抽取油气，那么每人都会竭力去打大量的油井以尽快地抽取尽可能多的油气，尽管打较少的井和较慢地耗尽资源会降低全油田的总体成本并增加总体油气产量。

另一种具有一些单一所有权作用、但却能避免专业化不足（underspecialization）问题的方法是限制性契约（restrictive covenant）。土地开发者将使其整体财产价值最大化，但可能不想支配它。一种可能是在买卖契据（deed）中包括了防止可能减少总体财产净价值的土地用途的限制性条款。这样的限制性条款将随土地的转移而转移，这意味着它对任何现在和未来的土地所有者都有法律效力，而且可由原购买人的继承者执行。购买人和其继承者对开发者仅仅具有契约责任是不够有效的，因为开发者完成土地开发后对实施责任没有任何未来权益（其障碍是如何产生的？）。无论如何，这样的契约不可能因原购买者而对新购买者也有约束，除非第二购买者知道或有理由知道原所有者与其邻居缔结的契约。而且，不能要求第二购买者自愿地遵守限制性条款；因为，虽然依据假定限制性条款增进了土地的整体价值，但如果任何其他人都遵守限制性条款，那么不遵守限制性条款的所有者的那块土地

会有更高的价值（为什么？）。所以，购买者只有当得到补偿并要求这样做时，才会遵守这种限制性条款。但是，他无论如何也不可能得到太多补偿。如果其他财产所有者人数众多，他们就难以克服自己人中的坚持不合作问题。并且，即使他们遵守了限制性条款，也将会毫无得益，因为，如果现时所有者出售其土地，那么其他所有者可能不得不全部重新与购买者进行交易。（为什么是“可能”？）

这一讨论着重强调了财产权与契约权之间的经济差异。财产权排斥所有其他人对某一物品的使用，除非依照所有者的主张和条件；而契约权只排斥契约的另一方当事人。没有创设财产权自由的契约自由不会使资源使用最佳化。如果A从B处购买了在B土地上耕作的权利，但B无权排斥他人在其上耕作，A（像B在他面前一样）就不会努力去最好地开发这块土地。同样，如果没有财产权，在公共牧场例证中过度放牧的问题还是得不到解决，即使使用牧场的牧场主将他们的权利出售给单一个人或公司。新的牧场所有者通过向其权利出售给他的牧场主收取继续使用牧场的占用费而降低了拥挤程度；其后，其他牧场主也将开始在那牧场上放牧他们的牛群，且他们没有交费的义务。这样，拥挤依旧，过度放牧又重新抬头。

限制性契约有两方面的局限性：其一，它们一般只适用于大面积区域初始单一所有权的相当特殊的情况。它们无法解决典型的污染问题，因为很少有这样的情况：一块包括了一个工厂和所有或大部分受排烟影响的居民居住的大面积土地是基于共同所有权的。（为什么不强制工厂对居民住宅实行征用呢？）

其二，限制性契约制度在面对是以改变冲突性土地使用相对价值的变化时显得过于僵死而不灵活。一个土地所有者想将他的土地置于限制性契约所禁止的用途，就必须经得全部参加契约的财产所有者的同意。如果这种人很多，那么交易成本可能会过于高昂而抑制交易进行。所以，有些契约规定，除非受影响的土地所有者多数同意契约展期，限制将在一定年数之后失效。而且法院也可拒绝强制执行限制性契约，其理由是它已过期以及被契约所禁止的土地使用现已明显地比契约所保护的土地使用具有更高的价值。

如果法院拒绝禁止违反限制性契约的行为而只要求对胜诉原告进行损害赔偿，那么失效契约问题可能并不很严重。损害赔偿责任对其为使被告财产的增值高于这块土地上其他财产减损的违约行为没有威慑作用；因为从假设看，损害赔偿责任的成本要比他违约的收益额小。相反，法院的禁令（injunction）却将潜在的违约者置于航空

公司或铁路的同等位置，航空公司的飞行可以为直接在下方的财产所有者所禁止，铁路可因被指控为对要求结束其通行权的财产实施非法侵入而被禁止。为了使法院的禁令得以撤销，潜在的违约者将不得不与每一权利持有者进行商议，还可能对一些坚持不合作者支付过高的价格，甚至有可能无法完成交易。

限制性契约的灵活性已使越来越多的开发者成立起被授权修正可能与其财产有关的土地使用限制房屋所有权人协会。这种处理高交易成本问题的方法类似于我们将在以后有关章节讨论的方法，即商业企业。除了这一解决冲突性土地使用的私人措施以外，当然还存在有一种公共解决方法：分区制（zoning）。两种类型的分区制是有区别的：隔离使用分区制（seperation-of-uses zoning）将城市或其他地方性行政管理单元划分成若干个区域，而在每一区域中只允许一种特定的土地使用。这样，就存在许多独立的区域，如高层公寓建筑区、单一家庭住宅区、商业区、工厂区等等。排斥性分区制

（exclusionary zoning，这词常被用作贬义，但在此处是中性的）开始是为比市和县更小的行政单元采用的，而现在却为在总体上排斥土地的某一种使用；一个要求地块面积最小化的农村会采用排斥性分区制。隔离使用分区制的主要问题是，



它是否起了很大的作用。即使没有分区制，人们也难以发现住宅和工厂会紧紧相邻。住宅房地产通常要比用作工业目的的房地产价格高（为什么？），所以，工厂主不会将他的工厂建在住宅区内，除非他是为了敲诈勒索，而对此公害法应该有能力有效地解决。

排斥性分区制比隔离使用分区制更有可能影响土地使用。在一大块土地上建一座高层公寓楼可能要比只建一间房子具有更高的价值，至少如果像开发者常做的那样（为什么？），不考虑其对社区其他房屋所有者影响时是这样。这些影响可能包括公路和停车场的拥挤、像学校这样的市政设施负担的增加。但是，也请注意：

（1）如果对高层建筑居民收费，以弥补由于他们使用学校和街道引起的额外成本，那就不会存在能证明排斥性分区制合理性的外在性（externality）了。

（2）尽管排斥性分区制在原则上可能具有高效率，但在实践中可能远不是这样。那些起草和实施市区划分令（zoning ordinance）的公共官员的激励，可能会导致他们远离效率目标。我们将在第19章和第23章中论述。

（3）排斥性分区制有从穷人向富人重新分配财富的倾向（为什么？）。

我们将限制性契约作为一种使土地使用成本

内在化的手段进行了讨论，但这并不是伴随土地（即可作为财产权实施）的承诺（通常被称作地役权或地役）在逻辑上具有的必要特征。假设土地卖方给买方允诺，他不与买方竞争出售他的物品和服务，或者他将在20年之内每年以固定低价向买方出售木柴。这些许诺应该随土地转移吗？普通法的答案是否定的。因为它们并不“接触和涉及（touch and concern）”土地。但是，如果卖方（在本例中他自己保留有一块邻近土地）允诺，决不建造可能阻断买方视野的围篱，这样的许诺就应随土地转移。即，即使卖方继承人不知道这许诺，它对卖方利益的继承人也是有法律效力的，因为这种许诺涉及的是土地的实际使用。

为什么要有区别呢？问题之一是，由于财产权束中的太多分支权利，使之增加了财产转让的成本。另一个问题是，在没有登记制度的情况下，不安排土地使用这一允诺本身也是难以实现的，而这种登记制度正是英国所没有的。在我们前两个例证中，卖方可能早该从买方的邻近迁离。对商议购买卖方财产的人们来说，决定他是否拥有可能会约束他们的合约是很困难的，尽管他们没有知识和理由去知道这些合约，因为这种合约是另一个不动产所有者的财产权，这是所有者可以对整个世界实施的。你能明白这一讨论的类推吗？即，为什么财产权在基础研究中得不到

确认呢？我们可以说效率要求财产权在某种意义上应是开放的和为公众所知的吗？这一观点怎样才能与商业秘密保护相协调呢？“接触和涉及”规定在财产权必须公开登记以保障实施的制度下确实有其一定的道理吗？

我们已经几次在救济意义上看到了与其他种类的合法利益相区别的财产权，并且这一观点现在已被普遍化：在交易成本高昂的冲突性使用情形下，资源按其最高价值使用配置是通过拒绝因财产所有者权利受侵害而给予其禁令性救济而代之以损害赔偿救济（为什么？）这种措施才促成的（参见4. 12）。一个相同的推论是，非法侵入法（参见3. 8）应该是低交易成本情形下处理越界的制度，而公害法应是高交易成本情形下处理越界的制度。前者通过拒绝考虑侵入者行为的价值而将交易引入其应属的市场；而后者通过允许比较冲突性行为的价值而努力促成市场交易的结果（像可能进行但并没有进行的交易）③。

但如何才能解释著名的布默案（Boomer v. Atlantic Cement Co.）的结果呢？法院没有适用通常的合理使用标准而主张，公害是对他人土地享用的实质性妨碍。这是一个类似于非法侵入的标准，而且原告很少（一个被告——喷撒粉尘的水泥厂），所以有人会认为法院将发布关闭工厂的禁令。但法院并没有这样做，它认为：如果被

告对原告因其公害引起的损害进行赔偿，它不发布禁令就是行使了公平的自由裁量权。

如果交易减本很低，这就可能是一个错误的结果；但尽管当事人很少，交易成本依然很高。这一案件在事实上是双边垄断的显著例证。水泥厂已耗资4,500万美元，虽然实际损失会更高或更低，但这也是强制关闭工厂的大概成本（为什么？）。公害对原告的成本只是18.5万美元。所以，任何在18.5万美元和4,500万美元之间可解除禁令的价格会比执行禁令对双方当事人更有利。这是一个巨大的议价范围，将使每一当事人投入极大的资源来尽可能多地占有议价范围。法院的创新性救济方法避免了这种昂贵的讨价还价。

不可避免地略带学究味的术语有必要在此得到解释。我们已在财产权界定和转让意义上讨论的土地不相容使用问题，它也常常被人们用“外在性”术语进行讨论（就像我们在本节开始时做的那样）。除非法律强制，除非铁路就是农场所有者，否则铁路就不会在其决策中考虑由机车火花引起的对农民作物的损害。这种成本对其决策过程是外在的。〔什么是“外在收益

（external benefit）”呢？〕“外在性”这个词是非常有用的，但它也有可能使人产生误解。它表示，机车火花案的正确解决方法是将责任归于铁路，

尽管在此并没有假设铁路比农民更应该承担火花损害的成本。如果铁路和农业经营的联合价值可以通过停止作物生产、代之以更耐火的作物、或将作物移至离开铁路通行权道路一定距离的地方而得以最大化，那么将责任强加给铁路就是不适当的。尽管“外在性”被界定为对市场决策过程而言是外在的，而不是对加害人而言是外在的，但它还是有可能使人产生误用。因为，如果交易成本低的话，即使存在外在性，市场仍有可能有效率地运行。实际上，交易成本低了就不会有外在性——你能明白为什么吗？

### 3. 10可分所有权——地产

可能有一个以上的人对同一事物拥有财产权。我们的共同油层资源就是这类例证之一。一个更为传统的例证是土地上的不同“不动产物权”。不动产的财产权可能在土地终身租用人（lifetenant）和剩余遗产继承人（remainderman）之间、联合承租人（jointtenants，财产共有权的一种特殊形式）之间、佃户和地主之间进行分割，或以其他方式进行分割。这种分割（无论它是共存但非排他的，还是排他但限时的）与铁路通行权和农场、航空港和直接在下方的居民社区之间的独立所有权一样，会产生出使土地低效率使用的激励。这一问题已在19世纪有关爱尔兰的贫穷情况中得到了广泛的讨论。在那里，大部分

的农民是佃户。由于在不动产固定附着物原则（doctrine of

fixtures）下（租约期满时，任何由佃户创造的附着财产都应成为地主的财产。你能为这一原则设想一条经济学理由吗？），任何超过租约期限的土地改良都将会使无法补偿的收益转移到土地所有者名下，所以，佃户也就没有任何改良土地的激励。在表面看来，这一观点好像违反了科斯定理。那么，为什么地主不在租约中同意对佃户进行的土地改良给予补偿呢？例如，为什么不在租约期满后，将土地净收益的一定百分比给予佃户呢？

过去和现在都存在地主与佃户之间达成的某一种分成协议（sharing agreement），但他们不是总这样做，事实上，佃农制（tenant farming）通行的地方，谷物交租制（sharecropping）也通行。假设地主愿意提供土地、种子和肥料，而农民同意提供劳动力。并且，双方同意其作物收益各为50%分成。用一个简单的例子就可以表明，这样的结果不会是最优的。假设，如果农民每周多工作两小时以改良土地，那么他就为农田产量增值2美元（除去其他时间以外的其他额外成本）。而他放弃闲暇的机会成本或影子价格只有1.5美元。效率要求，他增加工作时间，但他不会这么做，因为他为此仅仅得到了1美元。为了

取得最佳结果，有必要在双方之间达成更为复杂的协议。但是，协议越复杂，商谈和实施所花费的成本就越高。通过假设佃户将依然考虑什么时候享受其土地改良，上述例证提出了长期改良问题。如果租赁是缺期的，佃户就不会考虑这问题。但这还意味着，随着租约期限的延长，佃户改良土地的激励问题的严重性也将得到缓解。所以，也许不奇怪的是：佃户惯有权利制度

（system of tenant customary rights）在爱尔兰的演进使地主难以再驱逐佃户，无论是直接的还是间接的（后者是通过抬高地租而强制佃户放弃租约）。如果佃户所作的最佳土地改良可能超越佃户的生命期，那么也还存在一个佃户激励问题（我们将要看到）。但是，由于地主拥有资本，所以，最有可能超越现时佃户租期或生命的改良（即主要资本性改良）将不得不由地主作出，而无论如何不该由佃户作出。甚至可能，问题不是佃户缺乏改良土地的激励，而是佃户的惯有权利使地主难以通过收取更高的地租而回收其自我改良土地的成本，因为佃户可能控告租金增长是对他们惯有权利的侵犯。

所有这些都表明，除单一所有权以外，还不存在解决可分所有权的简单方法，但单一所有权也不是很简单的。如果佃户降级为地主的雇工，那么可分所有权问题就不存在了。但由于雇工不

会通过劳动使每笔钱都带来产量增长——这正与佃户一样，所以，又出现了一个与之非常类似的代理人的偷懒（agentshirking）问题。并且，佃户可能不愿意从地主处购买农田（虽然这将消除这一问题），即使他能做到这一点，也不会这么做（什么决定他是否有能力这样做？），因为这将给他带来附加风险。这表明了这样一个重要论点：租赁是风险分散（risk-spreading）的一种形式。

所以，法律在规范可分所有权方面起着重要的作用。我们可以指望法院完全像双方当事人的原意那样来解释租约，即承租人应像其所有者一样管理财产。因为如果他们都是理性的利润最大化者，那以上的就能被假设成是他们的意图。而且在实际上，出现了一项令人感兴趣的普通法着重号原则，即未充分利用法（the Law of

Waste），以协调土地终身租用人 and 剩余遗产继承人之间经常发生的利益对抗。土地终身租用人没有激励将财产价值——即可从财产得到的未来收入全部流量的现价（the present value of the entire stream of future earnings）——最大化，他只是竭力地想将他预期寿命内可得到的收入流量的现价最大化。所以，如果增值有利于剩余遗产继承人，那么即使他延期砍伐中的部分和全部树木会增加其现价，他也要在树木长成之前就将之砍



伐。未充分利用法就禁止这么做。看起来好像未充分利用法没有存在的必要，因为土地终身租用人和剩余遗产继承人之间可能会就最佳利用财产的方案进行谈判。但是，由于土地终身租用人和剩余遗产继承人相互都是唯一订立契约的对象，这种情况又是一种双边垄断，所以交易成本可能会很高。而且，剩余遗产继承人可能是个小孩，他没有法律行为能力来订立有约束力的契约，况且他们甚至可能是未出生的人。双边垄断问题在地主—佃户关系例证中倒不是很严重的，因为租约条款是在地主和佃户相互关系固定之前设立的。而终身租赁往往是依遗嘱产生的，而且遗嘱人（对他而言，遗嘱设计可能是一生中仅此一次的经历）可能不会深切关注土地终身租用人和剩余遗产继承人之间的潜在冲突。

未充分利用法在很大程度上已为信托（trust）这种更有效率的、类似于组合化的财产管理方法所替代。通过将财产置于信托之下，委托人（grantor）能够在不为可分所有权担忧的情况下，以他愿意的许多方法分割可享用的利益。通过受托人将财产价值最大化和依委托人要求的比例在信托受益人之间分配那种价值，它将把财产作为一个单元来管理。

承租人并不总比不限制继承者身份的土地的所有者（在地主例证中）或剩余遗产继承人（在

终身租赁例证中)眼光更短浅。举石油租约为例(在此,天然气或石油和天然气都完全是一样的),这里的交易是出租人将对每桶石油收取固定的租金。除非出租人希望油价上涨速度高于利率增加速度,出租人总想让石油被尽可能快地开采出来,而不论其油田是否被组合化。那就意味着要钻许多油井。但是,承租人不得不为这些油井支付成本。这样,他就想使石油的开采慢一些,从而减少油井数量以节省成本。他可能会钻打太少的油井,因为在决定一口新打油井的价值为多少的过程中,他将减除将作为租金流入出租人手中的那部分收益。由此,大部分石油和天然气租约中都包含了一项要求承租人钻打合理数量的油井这一“开发”条款。此处的合理指的是成本正当的合理。

在这种条款的解释中,产生了一个有价值的问题:由于新油井会耗尽新旧油井都从此开采的油层资源,所以,承租人在计算新油井成本时,是否会不仅包括他的钻井或其他成本,还包括旧油井的收益减损呢?经济学上的答案是肯定的。对此,并且还有一些司法上的支持。因为,资源耗尽才是新油井的真正机会成本。

至此,我们已对财产权的垂直或时间维度作了讨论。它还有一个水平维度。一个极端的例证是共有权利什。(communalright),如为许多牧

场主分享的对一块牧场的权利。共有权利只是在程度上不同于无权利，所以，除非实施个人权利的成本与其收益不相称，它总将是低效率的。听起来可能有些奇怪，虽然在低效率问题被最小化的情况下，共有权利通常也还是由个人创设的。例如，A将一块土地以不可分的联合所有权

（undivided joint ownership）形式（共同占有的土地或联合所有）留给B和C两个孩子。在形式上，B和C的情况与社会中没有认可财产权的居民是一样的。如果B花钱修理土地财产上的建筑，那么C将同等地分享修理的价值，反之亦然。虽然在此只有两个当事人，但同样存在着双边垄断问题。但是，这一问题为其家庭关系所缓解。我们期望在由慈爱、情感联结起来的两个人之间会有更多的合作（第5章将对此有更多的论述）。另外，法律将对财产作出的任何改良的价值归共同所有人，但得以改良增值财产价值的数量为上限（为什么要有这一限定？）。法律还明智地允许任何共同所有人将财产的一部分变为独立、个人所有的部分。这种权力消除了双边垄断和共有权利的任何残余。

假设低房屋的邻近财产所有者，与低房屋所有者共用一部分墙壁，而无法对如何分担修整有倒塌危险的墙壁的成本达成一致意见。其中的一

个所有者先自己出钱修整了这墙，然后提出了要求另一人支付一半成本的请求。就像解决双边垄断问题的方法一样，承认这一诉讼，对司法当局而言，有一个合理数额的问题（参见4.14）。

法律的独创性并不是无限的，并且我们将以法律对此无能为力的可分所有权情况的一般例证来结束本节：汽车出租。像任何租过汽车的人所广为知晓的那样，人们对租来的汽车不会像对自己的汽车那样关心。他们非常粗野地使用它，反映了他们在使用上非常短浅的眼光。但由于出租公司无法监视和控制这种使用，因而也没有任何途径能促使租用人以适当的程度注意汽车。然后，就有这么一种情况：尽管当事人很少并且没有双边垄断问题，交易成本仍然是高的。问题是已达成交易的实施成本非常高昂以至于对交易有抑制作用。

### 3.11 财产权转让中的问题

为了促进资源由较小价值用途向较大价值用途的转移，财产权在原则上应该是可以自由转让的。这一原则必须要被限制，但在此之前，我们必须注意可分所有权是如何在没有有效限制的情况下妨碍财产权转让的。如果有50个人为一件财产的共同所有人，那么财产的出售就要求他们在价格和互相间的收益分配问题上达成协议。这样，就会产生坚持不合作问题。原始社会精心编

织的亲属关系网络是为什么权利在这样的社会缓慢产生的另一个原因。效率要求财产权是可转让的，但如果每一件财产都有许多人主张权利，那么转让就难以商定。

英国土地法的历史，在很大程度上是一部努力使土地转让更容易以使土地经营市场具有更高效率的历史。有两项原则可以用来阐明这一观点。第一是谢利案例规则（the Rule in Shelley's Case），它规定，如果授与者将终身财产给予A并将剩余遗产给予A的继承人，A就有了不限制继承者身份的土地权（fee simple，即full

title，完整权利），而A的继承人却被除外。如果给予A的继承人的剩余遗产得到确认，那么A就很难将财产进行转让，因为在他死亡之前，其继承人是无法确定的。第二是更有价值权利原则（the Doctrine of Worthier

Title），它规定：如果授与者将财产给予A（在其有生之年内），同时将剩余遗产给予授与者的继承人，而授与者（而不是他的继承人）占有剩余遗产，这样他就可以将它出售，因为他的继承人很明显地不可能这么做。

这些原则的经济学反对意见（除去在以上非常简单化描述中所没有提及的极度复杂性）是，它们表明：授与者无法依据其从这些原则保护的分割所有权的所得来权衡可转让性削弱所造成的

成本；并且，从效率的立场看，这一假定好像是有家长式统治作风的，所以是不可靠的。人们应该比法院更明白他们自身的最高利益。但像前面提到的那样，也许对此的辩解是：对授与者而言，许多这样的转让是一生中仅此一次的交易（once-in-a-lifetime transaction），他也许不具备有关他们引起的问题的充分信息。我们将在第18章中对此再作论述。

进一步的观点是，造成过度复杂利益的人们往往会使法院、他们自己和他们的受让人增加负担，所以有些外在性将成为公共干预的正当理由。这一观点解释了一个有意义的普通法假设：将土地转让给铁路或其他道路使用权公司（管道公司、电话公司等）是一种道路通行权（即地役权）的转让，而不是一种不限制继承者身份的土地权转让。一旦取得人的使用权到期，这种转让也就到期。交易成本可以通过不可分所有权而得以最小化，而不可分所有权可由一旦分割理由终止时的可分土地的自动重组而得以实现。如果铁路是大批小面积地块的所有人，而且这些土地现在只能由周围或邻近的土地所有者使用，那么在土地得到最佳使用之前，必定会有一场费钱和费时的谈判，而且由于对抗所有权原则的作用也会使铁路的兴趣逐渐泯灭。更清楚的是，铁路因放弃其服务而使其利益荡然无存。

用水权为我们提供了财产权转让所产生的外在性的极好例证。我们在前面已经提到，西部各州对水的财产权是通过从自然河流引水并将其用作灌溉或其他目的而取得的。最后，河流将在以下意义上被完全占用：河流的全部水量被不同的使用人以不同的数量所占有。例如，A可能有权在7月到12月之间在一个特定的位置通过渠道每秒钟取水10立方英尺，而B可能有权在某一时期在另一位置每秒钟取水8立方英尺，等等。并且，用水权是用取得日期（首次引水和占用日期）标定的。在干旱年份，可供使用的水量是依优先占用权定量配给的。

如果A想将权利卖给X，而X计划以A同样的方式，在同一地方用水，那么就不会对河流其他用水人的用水权产生影响。但是，假设A和其他现时用水人都是引水灌溉农田的农民，而X作为A权利的预期购买者，却是市政当局。于是，权利的转让就会影响A引水点下游的用水权持有人。一般而言，大约有一半的农民灌溉引水会渗漏回河流，而这些回流量可能并正为其他农民所占用。市政当局可能会消耗掉它引水中的很大部分，而且没有消耗的那部分也可能在河流的其他位置回流。如果城市坐落在与已购置用水权农民所处不同流域，那么没有消耗的水量可能全部流入另一条河流。

如果将回流作用忽略不计，许多用水权转让常常会减损全面价值。假设A的用水权对他价值100美元，而对X（即市政当局）却价值125美元。但是，A的引水的1/2会回流入河而被B所用，而X只将从A处得到的引水的1 / 4在离B很远的下游地点流回，在那里回流水被D占用。再假设B不会以低于50美元的价格将他对B回流水的使用权出售，而D将以10美元的价格出售他对市政当局回流水的使用权。设定这些情况是事实，如果因为它对X比对A更有价值，而让A将其用水权出售给X，那么这将是低效率的。因为，水在其新使用中的总价值（X加D为135美元）比其原使用中的总价值（A加D为150美元）要低。

法律通过要求当事人表明转让不会伤害其他用水人而解决这一问题。实际上，这在我们的例证中意味着，A和X为了完成其交易必须补偿D失去A回流的损失。否则交易就会基于我们的假定而失败。但是，这种解决方法也有一个缺陷：即，任何购买者所产生的新回流都不会是他的财产。假设水对A、X、B的价值分别为100、125、50美元，而现存假设X的回流水对D的价值为60美元。那么，如果出售，水的价值（185美元）现在就将超过其现时使用的价值（150美元）。但法律会要求X为对它只值125美元的用水支付最少150美元的补偿（A价值100——其保留价格加B



价格50美元)。X不会因其新使用创造的60美元而得到补偿，所以，除非它能使D预付在125美元和它欠A和B的价值之间的差价，不然会拒绝完成这一买卖。为了这么做，它必须使D确信，如果没有这项分担，购买将不会成功，因为D知道他无需支付任何费用也能实现他对X回流的占用。由此，我们又一次碰到了双边垄断问题。一项更有效率的解决方法，尤其是在可能有多个使用者因新产生的回流而受益的情况下，可能是认定受让人(X)为任何转让产生的新回流的所有者。

广播频道缺乏明确的财产权——广播频道是一种与水具有同样经济特性的资源——可能对缺乏任何允许频道作为不同使用而买卖的机制负有责任。广播电台可以将频道出售给另一广播电台（参见3.3），正像农民可以将水出售给另一农民一样。但他不能将频道出售给非广播电台用户——例如需要一个频道为其巡逻车使用的城市警察局。这样的买卖会产生我们在农民将水卖给市政当局的例证中提到的同样问题。移动无线电使用者不像广播电台那样有其固定的发射装置，而有时会从广播电台广播半径的边缘发射。这就会干扰电台以同样频道在邻近地区的广播。这问题可以通过类似于解决用水权转让问题的程序解决，但这还不是一种我们现在遵循的方法。法律规定的频道转让为新的使用的唯一机制是，请求

联邦通信委员会改变频道在不同使用种类之间的配置。这样，人们就愿意支付费用去影响委员会，而不愿意从现时资源所有者处购买。

财产权转让问题只是一个更大的问题——即决定谁拥有什么财产——的一个部分。这一章的大部分内容我们讨论了这样一些问题：是否要认定对某一特定资源的财产权？如果这样，我们又如何界定它们？但是，即使我们清楚地知道一块荒地为某人所有，还仍有可能不清楚某人到底是谁。（我们在前面碰到了有关给未出生剩余遗产继承人赠与的问题。）权利登记制度能给我们以极大的帮助，用水权转让中的问题之一就是缺乏一种这样的适当制度。如果没有真正地使用所主张的用水量，不仅可能会使你得不到用水权，而且经过一段时间不使用后会导致用水权的丧失，将其赋予实际使用者。一件用水权“契据”，由于其规定了A有权在特定时间内在特定位置每秒钟引取特定立方英尺的水，只能证明A的法律权利是什么以及由此决定的A有权力出售什么。为了证实A确实拥有（如使用）如登记证上所表明其所拥有的内容，实地勘察是必需的。并且，为了决定干旱期A用水的优先权，还有必要对其他占用人的实际使用进行调查。建立一种类似于土地所有权登记证制度的用水权登记证制度将能增进效率。

但是，像对抗所有权原则（the doctrine of adverse possession）表明的那样，登记制度并非包治百病的灵丹妙药。如果你在特定的一段时间内（在各州不一样，但一般为7年）相反地持有真正所有人（不是作为承租人、代理人）的财产，当你对此主张权利时，他也不提起诉讼以宣称其权利，那么财产就归你所有。奥利冈·温德尔·霍姆斯在很久前为对抗所有权提出了一个很有意义的经济解释。在一段时期内，某人喜欢某财产，将其看作自己所有，对财产的丧失会使他万分痛苦。过了一段时间，某人失去了对某财产的兴趣，而不再将其视作己有，并且财产的复原只能引起他很小的愉悦。这是一个关于收益边际效用递减（diminishing marginal utility of

income）的观点。对抗所有人可能将财产的丧失看作是他财富的减损；而原所有人可能将财产的复原看作是他财富的增长。如果他们有同量财富，而又允许对抗所有人保留财产，那么他们的合并效用也许将会更大。

由于大部分对抗所有权是由界限的不确定所引起的错误，所以，虽然对抗所有权具有更为庸俗的权利矫正功能，但由其普遍应用于诉讼时效法而成为一个令人满意的观点（实际上，对抗所有权是时效法所造成的转让）。并且诉讼时效法（第21章中讨论）也起着程序作用：他们减少了

因使用失去时效的证据裁决争议而引起的错误成本（error cost）。

我们应该考虑到，对抗所有权（或称 Prescription，是“因一段时间的使用而取得权利”而通用的术语）不仅影响权利的原始持有人和对抗所有人，而且会影响财产的购买人和抵押权人（他们想知道他们所购买的东西或作为贷款担保所取得的东西的真实情况）。一方面，他们可以不理对抗所有权产生之前的记录所反映的对权利的妨碍而降低查询成本；另一方面，记录也不再是一个完全的所有权资料，因为一个对抗所有人（在使用期满后）是一个不记名的所有权人。由此，财产的实际检查以发现谁是实际占有人就成为必要。所以，为了决定对抗所有权对第三方的实际影响，在考虑节约查询旧记录成本时还要计算检查（或保险）成本。

对抗所有权原则中的对抗性要求值得强调。对抗性要求明显出现以下情况：某人正依一种非源于所有人的权利主张承租人可拥有这种权利主张占有名义所有人的财产，否则，承租人（甚至是违法占地者）也可免费取得有价值财产的权利，因为财产所有人不会知道他的权利处于危机之中。需要注意的是，取得财产权所要求的使用时间越短，财产所有人由于意外或（更糟的是）

疏忽大意的过失所造成的财产损失的可能性就越大；而取得财产权所要求的使用时间越长，财产所有人放弃财产或财产权登记自开始就错误的可能性就越大，由此我们在开始时讨论的“霍姆斯效应”就越明显。

强制性转让的另一种阐述是善意买主原则（the doctrine of bonafide purchasers）。A将其钻石委托给代理人B去典当，但由于B误解了A的意思而将钻石卖给了C。假设C不知道或没有理由知道B无权将钻石卖给他，那C就应取得钻石的正当权利。这是一个A避免错误的成本比C低的简单例子。但是，现在假设B不是A的代理人，而是B偷了A的钻石将其卖给C，又使C没有任何理由怀疑他买的是一件赃物。那C对钻石就没有取得正当权利，因为盗贼不可能将正当权利转移给他的买主。虽然A可能通过更为提高警惕而以比C较低的成本防止盗贼的错误转让，但允许C取得正当权利却会鼓励盗贼犯罪。由于赃物买主（假设采取措施使买者失去踪影）能在转卖市场上得到更高的价格，而人们又不愿以高价购买确信所有权而放弃低价的瑕疵所有权。这样，盗贼就可能从他们的“赃物买主”处得到较高的价格。我们不希望在赃物买卖中存在一个有效率的市场。

### 3.12 财产权安排的分配效应

经济学家不仅能帮助政策制定者们解释政策

对资源使用效率的作用，而且能探索政策对收入和财富分配的效应。试以要求工厂对因其烟尘造成的住宅区居民财产所有者的损害负有法律责任为例。从表面分析，其财富分配效应只是使房屋所有者得到改善而使厂商（无疑是一位富人）处境更糟。但问题要复杂得多。如果污烟损害（以及减少这种损害的各种措施的成本）量随着产量的增长而增长，那么随之产生的新的法律责任也会增加工厂的生产成本。如果企业像原先那样仅以其成本价值销售其产品，那么，它不得不要么提高其产品价格以弥补新的成本。要么减少其产量——也许会直到零产量为止。但假设企业有些同样也以成本价出售产品的竞争者，除了它们不对污烟损害负法律责任外（也许它们有更新的机器能不产生污烟这一副产品），它们的成本是与现存企业完全一样的。于是，企业就无法提高价格，因为只要一提价，消费者就会立即转向以企业原价值销售同样产品的它的竞争者们那儿去。如果企业的生产成本随着产量的减少而减少（为什么有这种可能？），那它就有可能通过减少产量来弥补追加成本。否则，它必然会倒闭。无论何种情况，企业都不仅会减少利润，而且会减少工厂雇员、货源购置和依其所能租赁的土地及其他稀缺资源。

现在假设所有竞争工厂都应对污烟损害负法

律责任，其结果是它们都会导致生产成本的上升。随之，价格的上涨也就成为可能。销售不会下跌到零。我们可以假设：所有竞争企业的产品是完全一样的，但它们与其他产品相比是不一样的，由此消费者还是愿意支付更多的钱买这些产品而不会去买对他们无用的产品。但我们从第一章中知道，某些替代品是存在的。所以，这一产业的产量仍将下降。这一例证和前一例证唯一的差别只在于消费者现在也分担其污烟的法律责任，因为当有些消费者将只愿意继续以先前的价格购买这一产业产品时，他们就使用其他替代品。而愿意继续购买这一产品的消费者会对其支付更高的价格。

图3. 2表明了这两个例证。左图表示企业承担其他竞争者所不承受的成本增长一例。即，由于其价格的略微上涨都有可能使消费者转向它的竞争者而导致其销售量下跌为零，所以它面临的是一条水平需求曲线。右图表示所有竞争者都受成本增长影响的例子。在此至关重要的是产业的需求曲线，而非企业的需求曲线。

但以上的分析是不全面的，因为它未考虑一产品生产量的减少对其他产业所产生的经济影响。在一产品产量减少的情况下，替代产品的产量当然会增加，因而就可能有利于制造替代品产业的工人（就消费者而言，其利弊当视这些产业

的成本因产量增加而上升或下跌而定)。对其他市场影响的注意能使我们将经济环境变化的全面均衡 (generalequilibrium) 分析和局部均衡 (partial equilibrium) 分析区分开来。

在局部均衡框架中评估污染控制的分配结果时，我们注意到：负担此项成本的工人（在上述第2例证中）和消费者与因减少污染而得益的人比较，可能是一个较为不富裕的群体。污染的有些成本是一个美学问题而非一个健康问题，而这主要是由受过良好教育、比较悠闲、经济状况良好的人所承受。此外，如果减少污染可以促进其价值的那些财产为租赁财产的话，则其主要受益人不会是承租人，而是所有者（而他可能是个富人）：他们将对现在有更高价值的财产开出更高的租金。

因为财产权的变化必然会对投入的供应者有一些财富效应，这些投入是专门性的，即，它在其他可供选择的使用中不能得到很高的价格。如果工厂坐落的土地转作其他无污烟的使用与原价值一样，那么加于工厂的责任就不会影响它的价值。同样，如果工人在其他地方还有相同的就业机会，那么工厂对劳动需求的减少只会使工人在迁移成本范围内受损害。所以，只有当土地和工人技艺的现时使用比任何其他使用更有价值时，工厂的紧缩和消散才会对土地所有者和工人的财



富产生影响。

财富效应可能还取决于契约。如果雇员与工厂所有者之间订有长期雇佣契约，他将被迫承担一部分必然会落到他们身上的成本。如果承租人和出租人之间订有长期租约，那么一部分减少污染的收益就会有利于承租人，而不是所有者。虽然通过契约可能防止财富不受财产权变化影响，但请求保护的那方当事人将不得不因为要承担变化的风险，而对另一方当事人予以补偿。

当交易成本过高而使订立契约成为不可能时，预期也就有可能会具有缓解财富效应。假设传统规则是农民有免受火花损害的权利，但还有一些这一规则可能要变化的预期。于是，农田的购买者就将支付较低的价格，这样，如果变化实现了，他们的损失就会少些。总之，法律的变化只有在其变化是预料之外并影响专门资源需求的情况下才会改变财富分配。

### 3. 13公地

美国西部的许多土地是为联邦政府所有和管理的。保留大量土地的原动力是环境保护运动，以免私人开发所导致的自然资源（特别是木材）过早耗尽。这样的忧虑是没有任何经济学基础的。在决定是否要砍倒一棵树时，生长树木的土地的私有者不仅会考虑木材出售的收益和砍伐、锯开的成本，还要考虑在其长够高度之前就砍伐

的机会成本。

由政府来管理资源是违反常理的。政府将每一块政府土地上的砍伐量限制在最后砍伐后新增长的树数之内，以防止这块土地上树木数量的净减损（netreduction）。很老的森林很少会有新的增长，因为其树木全都拥挤在一起。由此，就很少允许人们在这样的地方砍伐，即使更大的砍伐量会使其增长更快从而在长期内使森林产量最大化。相反，“增长规则（ruleofincrease）”也可能导致对新森林的过度砍伐。

政府对大量土地拥有所有权主要出于审美的理由：为野营者欣赏而保护有自然环境风貌的地区。其经济学理论基础是对进入者收费的困难性，但这是一个很无力的理由。通往那些地区的路很少，我们就能很容易地在入口点建起收费站。国家公园同样可以私有化，而城市公园私有化的论辩就更为有力了（为什么？）。如果由于某些原因而有必要资助这些设施的使用（虽使用者中几乎没有穷人），我们可以拨款给私有人，而这里的国家所有权是没有任何经济理由的。

好吧，这样对那些想在某天游览国家森林或想付钱作这种选择的人会怎样呢？无论如何，他们不可能占有它。对那些认为森林的减少会对气候有长期的反作用而又愿意付钱支持这种信念的人又怎样呢？这些偏好、这些关心不该考虑吗？

毫无疑问，应予考虑。如果人们想通过纳税而支持有更多的树，那么自由市场会保护树木（而不是仅仅由其他人自愿地为此目的而纳税），因为树木会产生外在和可占用的收益，这很好。但规模和所有权应予以区分：森林可在不归公有的情况下由政府资助。

## 第四章 契约权和救济

### 4.1 交换过程及契约法的经济功能

在上一章中，我们强调了自愿交换（通常是货物或服务对货币）——即市场交易——对促进资源向更高价值使用转移的重要性，并且指出了各种影响价值最大化交换的障碍。但是，对条款一旦达成协议，交换过程就被假设为没有法律干预也能可靠地进行。然而，在严格意义上，这只有在双方当事人同时依契约履行其义务时才确实如此，而这种情况又是很罕见的。在共时性条件不具备的情况下，以下两种危险可能在交换过程中发生：机会主义（opportunism）和未能预料的突发事件（contingency）。法律正是为此提供救济的。

A雇佣B为他造一所住宅，报酬在建成后支付。在房屋建成后和报酬支付前，B只能听任A的摆布，因为如果A不付给他钱，他很难将该房屋卖给其他人（尤其是房屋建在为A所有的土地上时更是如此）。所以，在原则上，A会在建筑完成后强迫B降低价格。[由于契约法像所有其他社会制度一样不会完美地运行，所以你会毫不惊奇地发现，房屋建筑者总是坚持要求分段付款

（Progress Payment）——这并非因为他们的顾客是其成本最低的放款人。]当房屋建成和A向B付款后，他们的角色关系就倒过来了，即A只能任B

摆布。因为房屋建设不是B履约的真正结束，而只是其开端。A指望在许多年内从房屋得到一系列的服务。如果B为之建了一所质量很差的房屋，并在几个月的使用之后就倒塌了，那么A的预期就彻底破灭了。

注意比较上一章讨论的没有财产权就不能在这个世界上进行耕作的情况。这一问题和契约机会主义（contractopportunism）问题都产生于经济活动的相继性。如果播种和收获是同时的，那么对土地财产权认可的需求就不那么迫切了；如果契约的交换确实是同时的（虽然并非如此），那么对契约权利法律保护的需求也就不那么迫切了。由于播种和收获不是同时的，缺乏法律强制性权利会导致的其他结果之一是：使投资偏向于在短期内能完成的经济活动，从而减低资源使用效率。假设A想出售他的牛，有两个出价者：B和C。这头牛对B的价值为50美元，对C的价值为100美元（而对A的价值只是30美元）。由此，从效率看，应将牛卖给C而非B。但是，B手头有50美元现金，而C却在一周内也难以得到100美元现金。C保证在一周内付给A75美元。我们可以作出这样的假设：万一发生违约，多出的25美元将作为完全补偿A提起损害赔偿诉讼或要求返回其牛的成本——如果法律强制实施C对A的允诺。但是，如果法律并不强制实施这样的允诺，A可能

就会作出这样的决定：由于C可能无力集资而B在交易中可能失去其间的利息，这样，A现在将牛卖给B就可能得益。如果他这么做，这就意味着法律不能在C违约时提供救济，将会由于一方拖延履行，造成阻止交换，从而导致资源的不当配置。（当然，B会再将牛卖给C，但这就会产生额外的交易成本。）

现在让我们假设D可出售一件标价5美元的衬衫，而E有一件标价6美元的衬衫出售，且他（诚实地）声称他的衬衫要比D的耐穿3-4倍并具有更高价值，但这种差异通过一般观察或触摸是不能明显表现出来的。E可能愿意为其衬衫的较高耐穿件提供担保，但是，如果他的允诺在法律上不具有可实施性，那么消费者可能会怀疑他的声称的可信度，从而可能转而购买D的衬衫。这样，就会导致非最优结果。

这并不意味着，没有契约法，自愿交换制度就会完全失败。在社会中，存在着没有正式法律实施机制的契约和国家间认可其主权的非法律约束的契约。那些已被人识破的不能履行其应尽交易义务的人，将会发现将来无人愿意与之进行交换。这对那些利用契约另一方当事人的弱点和履行相继性的弱点（the vulnerability due to the sequential character of performance）而进行欺骗的人来讲，是一种成本很高的惩罚。不是以书面明

示，就是以参照习惯的方式，总还能对当事人从事交换作出比有法律效力的契约方法更为明确的限定。交易当事人各方会特别渴望使可能会引起欺诈费用的误解最小化，因为这种费用的诉讼的被指控人会发现，与契约权有法律强制性相比，这种方法使他在将来更难以与其他人进行交换。

虽然一种纯粹的自愿交换制度可能不会是有效率的。且莫说有关维护信用的机构和管理保证金存放（特别是在保证金回归没有法律强制的情况下）的成本，自我保护不是总会奏效的。虽然打算违约的人会考虑到这会引来将来愿意与之立约的人的减少，这会给他带来成本，但违约的收益可能会超出这些成本。他可能很老了，或者（一种相关观点）某一特定契约可能会减损他所有未来希望订立的契约，或者他可能不依靠于契约而是在未来能以付款交货（cash-and-carry）为基础很好地活动。

所以，契约法的基本功能（至少自霍布斯时代起就被这么认为）是阻止人们对契约的另一方当事人采取机会主义行为，以促进经济活动的最佳时机选择（the optimal timing of economic activity），并使之不必要采取成本昂贵的自我保护措施。但是，一方当事人所采取的机会主义行为也并不总是很明显的。假设A雇佣B为其画一张“令其满意”的像。B却画了一张让肖像

鉴赏家称赞的像，虽然它还没有达到由他们以契约价格购买的水平，而A却放弃了这张像，并拒绝提出任何理由。如果A的决定不是善意作出的，那他就应被认为是违约。善意（goodfaith）是每一契约的默示性条款（implied term），它在这里意味着不企图利用在契约条件下履行的相继性的弱点而欺诈对方当事人。没有任何人自愿将自己置于任契约另一方当事人摆布的地位。所以，如果当事人已考虑到恶意（badfaith）的可能性，那么他们就应该明确禁止它，这一假设是合理的。

法律应该进一步将契约解释成对A方的默示的合理性责任（implied duty of reasonableness）吗？这是不应该的（事实上也没有这样做）。双方当事人可能意味着A是B履约准确度的唯一判断者。契约语言作出了这样的提示，尽管这不是结论性的。并且，这种暗示要通过考虑决定A应该喜欢这张像（事实上，通过他是善意行为的这一假设而确认他对那张像片不满意）的法官或陪审团的权能而得到进一步的确证。但在另一方面，虽然契约包含了同样的语言，但它却是为了油漆一个工厂的外墙，那么法院就可能判决为双方当事人无意使买方的奇想成为卖方服从的尺度，因为法官和陪审团可能会在没有很大困难的情况下决定油漆工的工作是否与



其日常效果相适应。

我们可以换一个例证。A（生产商）将其在某一地区的独家经销权授予B（销售商），即，A同意在契约期限内不向该地区任何其他人销售其产品。在法官本杰·卡多佐的著名法官意见中，法院认为，独家经销权契约包括着销售商应尽其最大努力销售供应商产品的默示条件。如果没有这样的条件，B就可能只要不销售A的产品而销售其他制造商的产品就会使契约对A毫无意义。这一契约就成了完全的单方契约（one-sided contract），当然这可能不是他们所希望的。

这一例证体现了机会主义的另一名称——垄断。生产商和销售商之间的契约由于其剥夺了生产商向其契约规定地区内的竞争销售商销售其产品的权利而使后者获得一种垄断权。法律假设当事人双方不会希望销售者无代价利用垄断权，所以它就加入了最大努力条件。

人们可以对这种方法提出质疑。人们可能会认为，如果生产商需要这样的保护，他就会通过谈判而取得这种保护；如果他不是这样，可能因为当事人双方都愿意避免对“最大努力”的含义进行诉讼的可能性，而代之以依靠销售商对未来契约的兴趣、短期契约、在契约中包含允许每一方当事人在短期通知后终止契约的条款等方法，保护生产商免受销售商利用契约授予的垄断权对其

造成的损害。换言之，契约保护中的有些分歧是审慎的，这是机会主义危险和诉讼的直接和间接成本（包括误判风险）之间权衡的产物。

至于防止误解的说明（caveat），我们认识到了契约法除了防止机会主义行为之外，它的另一个重要功能是：通过加入遗漏条款而使当事人的协议变得更为完满。这一功能也与契约履行的相继性有关。对当事人而言，履约所花的时间越长——并且应记住，履约必须包括交换所打算取得的未来服务的全部流量——就越难预测可能影响履约的各种偶发事件。而且，有些偶发事件是很不容易被发现的，虽然在当事人明知其可能发生这一点上是可预测的。所以细心策划以解决它们所需的成本可能会超出其收益，尤其在这些收益是以偶发事件实际发生的可能性低所计算时是如此。如果它们将会或实际已发生，由法院“起草”处理这种偶发事件所必备的契约条款成本可能会更低。偶发事件中有两种类型是密切相关的：事件发生频率越低，当事人考虑它们的可能性就越小，他们这种忽视是一种对与收益有关的信息成本的理性反应。

要求法院将契约应用于当事人没有预见到的偶发事件的任务是，设想如果偶发事件已像现在这样发生时，当事人在契约中对此作出如何的规定。在契约语言中，经常会有一些线索，但也常

常没有，法院在那时就不得不进行经济学的思考——即可能不得不对什么是处理这一偶发事件最有效率的途径作出判定。因为这是决定当事人已作出如何规定的最好方法。事实上，每一方当事人只是对其自身利润感兴趣，而决不会对共同利润感兴趣。但是，共同利润数额越大，每一方当事人能“取得”的那一份就有可能更大些。所以，他们相互都对履约成本最小化感兴趣，法院就能利用这一点，而依据当事人在订立契约时可能会赞同的思路来充实、弥补契约的不足。你能理解这与科斯定理和解决飞机噪音问题的合并方法之间的类似之处吗？（上述两个问题均在上一章中讨论过）

在当事人的意图（由于契约言语或甚至由于契约陈述的内容）与法院认为应当加入的有效率条款有差异时，怎么办呢？如果法律从经济学那里得到暗示，起决定作用的是效率还是当事人意图呢？很奇怪，应是后者。进行交易的人——将钱投到应投的地方——通常总比法官或陪审团

（他们对当事人签约时开始做的事既没有个人利益所在又没有直接的了解）能更可信地判断其自身利益。所以，即使契约法的目的在于促进效率而不是依契约实施承诺，实施当事人可确认的协议内容可能是一种比当协议表现为无效率时拒绝执行协议时更有效率的达到其目的的方法。（明

确的) 协议与效率之间的差异性还可能是错误。无行为能力或其他认为明确协议不能在实际上促成当事人共同目标的理由存在的重要线索。

这里有一个经济分析如何被用以填补契约中遗漏条款的例证。A向B购买货物，并要求在一个月內交货。而在一个月內，B的仓库被火烧毁而货物也致灭失。契约对交货前损失风险的置配没有作出任何规定。但由于A在自己的仓库能以较B更低的成本防止火灾（或投保火灾险），所以如果他们考虑到了这一问题，当事人双方就会将风险分配给A，即使他不再“拥有”这一货物。而且，这是法院在没有任何当事人意向证据的情况下应该作出的安排。这一研究提出了决定货物买卖中什么保证（具有法律强制性的允诺）应被认为是默示的普遍规则。制造商只在其原先控制的履约范围内，而且仅仅在这些范围内（而非在买方的控制范围内），提供货物担保。这样，他就被认为是默示地保证了货物适于预定使用，但并不保证它们将无限耐用。它们的耐用性可能在很大程度上取决于买方如何使用它们，这是买方控制下的一个问题。

威斯康星州曾经雇了一位名叫本特利的工人在州建筑师的指导下给州议会大厦修建侧厅。本特利忠实地按建筑师的设计进行施工，但由于设计不良，侧厅在建成后不久便倒塌了。州对本特

利提起诉讼，其理由是他早已保证他的工作能避免此类不幸事件。契约对此没有任何规定。很明显，当事人双方都没有想到侧厅会由于建筑师设计的问题而倒塌，最后，以州败诉而告终。初看起来，这好像是一个正确的经济结论。因为，州能通过更谨慎地选择和监督建筑师而以比本特利这样做更低的成本防止这一不幸事件的发生。即使这样，还有可能这样争辩：契约的目的之一就是保障州不受任何原因造成的侧厅倒塌之害。因为保险是处理这种无法预测的偶发事件的途径之一，而契约又常常是保险的方法之一（参见4.5）。但是，本特利不可能比州更适于当保险人。本特利可能会不得不停工或购买保险单，而州却可以通过自我保险（self-insure）而防止这种异常风险。

至此，我们已对契约是交换（在上一章中，这一术语为财产权转让）的侍女这一观点作了非常仔细的探究。但正如以下例子所示，这一问题的考察还过于狭窄：

（1）一个富人豪爽地允诺资助我完成大学学业。我就放弃了我的业余工作，然而他后来又翻悔违约，使我又无法谋取一个新的职业。

（2）A允诺在“12日”交货给B。B认为是本月12日，但实际上A指的是下月12日。因为他不可能像B（他不知道）期望的那样快给其交货。

(3) 钢铁公司A同意在60天之内将钢铁交给桥梁建筑公司B，但结果由于A碰到了一次未经工会同意的罢工而使之无法交货履约。

在以上这些例子中，没有一个存在交换当事人一方拒绝履行其契约义务的问题。在第一个例证中，不存在交换。放弃我的业余工作不会对作出允诺的富人有何益处。他甚至可能都不知道我已放弃了工作。在第二个例证中，在事实上或在意图上也不存在交换问题，当事人双方意指的是不同的交易。在第三个例证中，是允诺人无力控制的情势变迁阻止了履约。在所有这三个例证中，关于对不履约者施于处罚这一问题，还存在着经济学上的争议。

富人的无效允诺导致了一旦违约时受约人要承担很大的依赖成本（reliance cost）。这样的成本在以后可以通过要求要约人（即允诺人）对受约人的依赖成本负法律责任而予以避免。然而，我们必须区别可能引起依赖的赠与允诺和不可能引起依赖的赠与允诺。我允诺给你一件小礼物，而我隔天后就收回了这一允诺。我没有理由要求你依赖于此，你的依赖是轻率的、冒失的。所以，无论你是否确实依赖于此，法律都不会约束我履行允诺。

在卖方和买方弄错了日期的例证中，假设行业习惯是没有指明某月的交货日期就是指当月的

日期。A不熟悉该行业而忽略了这一习惯。然而，要求A受其依B理解的承诺约束，将具有引导新手尽快掌握贸易语言的有益效果。虽然在断定此为最佳结果时我们将不得不考虑：（1）现存企业是否可能是新来者所需要的习惯信息的最便宜来源；（2）将取得这些信息的负担加于市场新进入者是否存在可能的反竞争效应。

至于第三个例证，钢铁公司可能会对非经工会同意的罢工（wildcatstrike）引起的生产中断作出更好的预料和采取更好的防范措施。如果真是这样，那么通过使它负担由延期交货而造成的买方损害而将这种中断风险加于钢铁公司可能是在未来使这样的延期成本最小化的最便宜的方法。

是否要将未履行许诺看作是违约，这一问题在经济分析上与是否要将干预邻居的土地使用看作是侵犯他的财产权这一问题相类似。我们要问：强加责任是否会产生未来价值最大化行为的激励呢？其差异是，契约案并没有那样严重、危险。它是一个低交易成本的境况，所以司法系统无法发现有效率解决方法可以在未来由契约起草的变更所纠正。没有加进有效率条款的裁定不会影响未来的行为，它将会被当事人在其随后的交易中所推翻。但是，它将会引起额外（可避免的）交易成本。

#### 4.2约因

为了使一项允诺具有法律强制性，它必须由约因予以支持。这一原则初看起来好像是以下思想的逻辑推论：契约法的作用是通过自愿交换而促使资源转移到其最有价值的用途中去。如果允诺完全是单方面的，它就不可能是交换过程的一部分。但是，这并不是说只有值得实施的允诺才是能引起交换的因素。回想一下这一例证：年轻人依一富人为他提供完成大学学业经费的允诺，而决定放弃他的业余工作。在任何真实意义上，这里不存在交换，而法律却仍将违背诺言看作违约。这是由于这一假设而决定的：“不利之信赖（detrimental reliance）”（放弃业余工作）是一种约因形式。虽然这是一种假设，但这一假设仍然被采用。

这里有一个更为难以解决的例证：A将B从危险中拯救出来，B允诺给予A其余生的终身年金（annuity）。这具有法律效力吗？在这种理论上（如果可称之为理论的话），即：即使在任何允诺作出前救援已经完成，这仍存在着“道德约因”，那么回答是肯定的。假设B意在作出具有法律约束力的许诺，那么这一结果就是有道理的。在这些情况下，使B的允诺具有法律约束力实际上会向A提供有用的信息——即他可指望这笔钱度过其余生。这一信息使赠与对A和对B都更有意义，因为B从A的满意中得到了自己的满意，否则



他不会作出这种赠与。

上述例证证明了我们经常通过削减自由而促进我们的效用这一非直觉性观点。事实上，这是契约法的基础。当A要求B为他建房并允诺向B付款时，A的情况得到了改善而非恶化，因为如果A不能作出付款的保证，他就可能不得不预付全额价款，或将相当于房屋价值的财产交存于保证人，或也许最终得不到房屋。“道德约因”例证真正难以理解的是，为什么法律不简单地提供一种格式以作出有约束力而不需要约因的允诺或对不需要约因的情况进行特别分类。这看起来好像是一种有用的办法，但这种办法并没有出现却令人迷惑不解。

约因要求可能会起到的经济作用是：

1. 通过要求原告提供充分的能证明某人允诺给他某物的证据，它能减少假冒契约诉讼的数量。原告必然表明曾有一些类似的情况，这是较难捏造的。这一证据作用对我们这样的口头契约（在电话时代，这是非常必要的；但随着传真时代的到来，这也许不必要了。）实施制度而言是很重要的。

2. 减低由不经意或偶然地使用允诺语言而引起错误契约行为的可能性。〔道德约因原则（doctrine of moral consideration）与1、2点相一致吗？〕

3. 一种我们在本书后面系统考虑司法制度管理成本时才更为合适的作用是，使法院免于不得不实施大量起因于社会和家庭事务的琐小允诺（它们的成本不完全是由诉讼当事人引起的，我们将会明白此理）。不利之信赖（或禁止允诺翻悔）这一概念将那些琐小的允诺也包括在实施范围内可能会对受约人引起大量的成本。

4. 一个相关作用就是，使法院远离那些虽可算作一种交换，但其一方或双方当事人的允诺都是极为模糊的案件。例如，当事人双方可能没有规定价格，也没有规定计算价格的方法或准则。为了在这样的案件中实施当事人的协议，法院将不得不对合理的价格作出决定。但是，法院在决定货物应以什么价格出售这一问题上却没有任何比较优势。相反，在绝大多数情况下，买方和卖方之间的商议却是制定合理价格更为可靠的方法，即为一种能通过交换而使双方相互受益的方法。当事人不应被允许将价格商议成本转移到为司法系统出钱的纳税人的身上，虽然如上一节提出的那样，法院可能在为契约提供一些其他条款这一事务上会比当事人具有比较优势。

5. 约因原则在防止机会主义行为方面起着重要作用。在阿拉斯加搬运工人协会诉多梅尼科（*Alaska Packers' Assn. v. Domenico*）一案中，被告在旧金山雇佣了一批海员以航行去阿拉斯加

捕捞大马哈鱼。当被告的船到达阿拉斯加水域时，海员宣布，如果被告不提高在他们出航前达成协议的工资，他们将停止作业。由于在这短暂的阿拉斯加渔汛期不可能找到其他可替代的帮手，故被告作出了让步，并允诺船回旧金山后即依他们的要求付给他们更高的工资。（他不得不让步吗？如何才能用经济学术语描述他与海员的关系呢？）当船回到旧金山后，他否认了他的允诺，海员便控告了他。最后，海员败诉了。其理由是，由于没有新的约因所支持，所以契约的修正是不具法律效力的。这是一个正确的经济结论，因为一旦人们知道这样的契约修正没有法律强制性的，那么处于多梅尼科（Domenico）案件中海员同样地位的工人就会知道利用他们雇主的弱点不会得到任何益处。

但在情况完全不同的戈贝尔诉林（Goebel v. Linn）一案中，其结果却是相反的。原告允诺向被告提供冰块，但由于气候突然过度变暖而使冰作物歉收。这样，原告就要求并取得了被告支付更高价格的允诺。后来被告翻悔了，原告告其违约，其理由是契约修正已为新的约因所支持。但证据表明，如果被告执意要实施早定的书面协议，那么原告（与多梅尼科案中的海员完全不一样）早就破产了。如果真是这样，被告就可能无法得到任何冰块。这一契约修正在原告一方而言

（不存在任何原告故意招致破产风险的暗示）不是机会主义（恶意）的，而只是因非故意的、意料之外的情势变迁所进行的一种合理调整。

对这两个案件之间的差异可以作出以下概括：在机会主义案例（多梅尼科案）中，只提高要约人的履约成本，所有已经变更的是受约人已将自己置于要约人的控制之下。（应该注意的是，这作出了如下假设：受约人没有适当的契约救济方法以防止要约人不履约的威胁。如果有了适当的救济方法，那么即使法律允许无新约因的契约修正，那种威胁也将是不可靠的。）在非机会主义案例（戈贝尔案）中，由于订立了契约，所以要约人的履约成本出乎意料地上升了。这表明他不是在进行欺骗，如果不对契约进行修正，他确实无力履约。而在机会主义的案例中，因为要约人可以遵守原契约条款而从履约获益，所以，如果法律禁止那种为其自身效率而进行的威胁，他还是可能（为什么只是可能？）会履约的。

戈贝尔案表明，而且在经济学理论上肯定是这样的：没有新约因的契约变更没有法律强制性这一原则会有一些例外。现代法律的趋势是放弃新约因要求而简单地拒绝实施由胁迫所导致的修正契约，参照多梅尼科案的事实我们可以对胁迫这一术语给予一个简明的经济学含义。参见4.

7。

为了与约因原则的经济学解释相符合，法院往往只调查一个允诺约因的存在，而不追究其是否十分恰当。问约因是否存在，就仅仅只了解这种情况是否是一种交换及是否已经成交。进一步探问约因是否恰当这样的问题就会要求法院去做我们已认为它不会比当事人有更充分准备去做的事，即决定契约中标明的价格（或其他必要条款）是否合理。但这还表明了法院将倾向于运用胁迫原则（doctrine of

duress）而非约因原则来决定何时需要进行契约修正：多梅尼科案中的海员，如果他们聪明的话，就会愿意提供每天增加半小时的工作以换取其更高的工资。那么，如果他们愿意每月多工作2秒钟，又如何呢？答案是不适当的约因通常会胁迫、错误、诈欺或其他宣布契约无效的理由的有关潜在证据。契约约因适当性越差，证据的作用就越强。

4.3 契约成立问题；双方同意与单边契约  
期望的交换（contemplated

exchange）是价值最大化的，这一假设只有在当事人双方实际同意交换条款的前提下才能成立。如果你出10美元买我的手表，但由于电报公司发报时出了差错以致我收到的电报上面标为“20美元”，我依我的理解接受要约这一事实没

有表明买卖会增值。手表可能对我价值为14美元，而对你只有12美元。这样，契约的“主观”理论是有经济学道理的。这一理论认为，只有契约当事人之间具有真正的意思一致（actual meeting of

minds）才能产生具有法律约束力的契约。但这并非意味着绝对不应该对拒绝履行可能不是由他作出而是由通信故障造成的允诺的人收取损害赔偿金。因为，虽然在经济分析上看这样的拒绝更像侵权而非违约，但契约主观理论也有其经济正当理由（economic justification）的内核。

在电报例证中，经济学家们主要感兴趣的问题是当事人中哪一方更便于防止由发报错误所造成的误解。它很可能是选择通信方式的一方当事人，因为他可以再发一封确认信，还可以用电话或派人递信。如果他确能以比另一方当事人更低的成本避免误解而没有那么做，那么对他施加法律责任将会有助于减少未来灾难发生的可能性。但如果以此为理由而施加责任，那么将瑕疵通信说成已达成契约就可能会有误入歧途的作用。通信瑕疵就会使辨识某一项交换是否是意欲的交换成为不可能，法律将失败的通信视作契约是为了在未来阻止这种失败。

双方同意（mutual assent）中一个很有意义的问题是由单边契

约（unilateralcontract）所提出的。我愿意支付10美元领回我丢失的帽子。从传统观点来看，就不存在与潜在发现者商议的问题，也不存在对我要约的承诺问题。然而听到奖赏并将帽子还给我的人就拥有对奖赏的法律主张权。他对我的要约条款的依从可被看作是承诺。这一结果是恰当的，因为它促进了价值最大化的交易。帽子价值对我可能超过10美元，而对发现者可能不足10美元，所以如果发现者对奖赏没有具有法律约束力的主张权，那么就不可能发生能增进社会福利的钱与帽子的交换。

像大多数法院所主张的那样，一个更为困难的问题是，发现者必须对要约有实际的知晓以对奖赏有法律主张权。诡辩而非实际的法律理由是，承诺要以知晓要约为先决条件。其经济问题是，是否应依一种要求对要约实际知晓的规则来鼓励或阻止遗失物的归还。

我们必须区分两类发现者：其一，由于他知道归还这一财产有奖赏，他就在此诱导下去搜寻遗失物；其二，偶尔发现者，即他不会去搜寻投资，只是由于他知道可能会有奖赏，所以就在偶然发现它的时候可能会将它归还其所有人。要求实际知晓的规则挫伤了偶尔发现者的积极性（如果——这是一个重大设想——他不知道这一规则并且他不是利己主义者），但由于同样的原

因，它减少了偶尔发现者——主动搜寻者的竞争对手——在首先发现遗失物情况下将其归还原主的可能性，从而鼓励了主动搜寻者。

于是，问题就成了主动搜寻者归还的增长是否可能比偶尔发现者归还的减少的数额更大或更小。谁知道呢？虽然偶尔发现者比主动搜寻者更为常见，但这看起来好像是不太可能的，因为许多偶尔发现者（根据定义，他不知道实际上是否有奖赏，而只知道可能有奖赏）实际上不愿为归还他发现的东西而操心。所以，给他们由要约提出的任何奖赏的法律所有权在很大程度上是不可能增加偶尔发现者的归还数量的。但由于同样原因，它也不会很大程度上挫伤主动搜寻者的积极性。也许，两种规则都不会产生更多的遗失物归还。在这种情况下，要求实际知晓的这一规则由其成本更低因而是更可取的，因为它削减了法律主张的数量。

如果需要的话，什么时候才应该将沉默视为承诺。明确的答复是，永远不应该。否则，销售者就会不断向消费者提出要价，并规定：除非消费者以注明日期的邮件拒绝接受要约，否则将被视为承诺。消费者就不得不承受不断增加的沉重的邮递成本以挡住大量不需要的产品。但经济分析却表明，“永远不应该”应被改为“有时不应该”。暂且不论邮递错误，我们也必须比较两种



制度下的邮递成本：将沉默视作拒绝；将沉默视作承诺。在第一种制度下，每一次接受契约都要求有两封信——邮递的要约和（当然）邮递的承诺——但每一项拒绝契约只要一封信。如果邮递成本很高，那么沉默即为承诺规则（the Silence-is-an-acceptance rule）将会降低成本。所以，我们就希望法律能努力识别不同的情况而适用不同的规则：在接受契约比例高于拒绝契约的情况下，适用沉默即为承诺规则；在另外的情况下，适用沉默即为拒绝规则（the silence-is-a-rejection rule）。我们也这样认为。法院要问，要约人（在通常情况下他的行为处在与受约人交易的前阶段）在作出受约人很可能接受其要约的假设时是否合理；如果合理，要约人将被允许将沉默视为承诺。

#### 4.4 共同错误

在著名的阿伯洛尼玫瑰2号母牛买卖案中，买卖双方当事人都认为那牛是不能生育的，并且价格也是依此确定的。事实上，那头牛已经怀孕。这样，其价值就要相当于其销售价格的10倍。这一错误在该牛要被交于买方之前被发现了，卖方因此就解除了此项买卖。法院也确认了这一契约的解除。如果我们同意大多数观点对这一事件的描述和评说，那么这结果可能是与效率相符合的。我们没有任何理由作出这样的假设：

买方占有母牛比卖方占有母牛更有价值〔因为它的真实价值是与当事人的想象有差距的量数级（order of magnitude）〕，卖方在认定该牛为不能生育时也没有粗心大意；事实上，卖方犯了一个合理而又（在合理成本条件下）不可避免的错误。

但是，其他不同的方法对本案的研究也可能是富有成效的。比如，以不可预见的偶发事件的发生来考察它，或探究如果预见到风险发生的可能他们会对偶发事件的风险进行怎样的分配。有迹象表明，玫瑰2号母牛的销售价包含了它如果怀孕的价值，而又以这种愉快的不测事件发生的几率进行（当然是大幅度的）折算。这一证据表明，双方当事人早就意在将母牛是不能怀孕这一风险转移到了买方那里，在这种情况下，契约明显是早该履行的。但是，即使没有这样的证据，我们还是有理由将母牛不像它表面上显示的那样这一风险加于卖方。如果不是说在每个特定案件中都这样，那至少一般说来，所有者有办法以比买方低的成本获取关于其财产情状的信息，从而能比潜在买方成本更低地避免与这些情状有关的错误。这就是为什么房屋的卖方要为买方对其房屋的隐蔽瑕疵负责任的原因。这一相类似的原则可用以判定共同错误（mutual mistake）的案件。

如果在契约签订后（玫瑰2号母牛在契约签

订时已怀孕了）有影响履约的偶发事件产生，那么法院在认定当事人如何（默示地）分配出乎预料事件的风险这一问题时的困难就更小了。在最基本的情况下，如果一项契约要求在一个指定的日期以每蒲式耳小麦3美元的价格交货，那么指定日期的小麦价为每蒲式耳6美元这一事实不会影响当事人履约，因为当事人双方已明显地意在将价格变动的风险转移到了供应者身上。但在有些情况下，风险分配的意向是不明确的。这一问题是不可能（impossibility）、履行不能

（impracticability）、落空（frustration）、不可抗力（forcemajeure）等原则研究的范围，将在下面讨论。

#### 4. 5作为保险的契约——不可能及其相关原则和保险契约的解释

我们已经注意到，对契约案件中以下问题的阐述可能会产生混乱：是否要强制履行契约，而不是是否要追究责任。假设我同意在7月1日之前供应某人1000件小器具，但由于我的工厂毁于火灾，而我又无法从任何其他人处取得这种小器具，那么我就无法按时履行契约。再假设，我没有任何办法能及早预见和防止火灾，所以契约的履行确实是不可能的。这并非表示我不应该对由于不履行契约引起的买方损失负法律责任。我的许诺可能已默示地包含了万一我不能将承诺物品

按时交付，我就应为他进行保险的允诺。如果这样的保险契约在交易中得到默示，那么它就应该得以强制履行。

损失最小化的两种方法——预防

（Prevention）和保险（insurance）——之间的差别对契约法分析是很重要的。可以用比预期损失较小的开支防止其发生的损失是可预防的损失，但不是所有的损失都是可以在这种意义上被预防的。前面例证中毁坏了工厂的火灾就是被假设成不能预防的。然而，通过保险，可能减少由损失风险所引起的成本。被保险人将损失的可能性交换成数额较小但却是确定的成本（保险费，insurance premium）。

假设出现火灾的几率为1%，而其造成的损害是1万美元。正如在第1章中提及的，对某些厌恶风险的人来说，与由保险统计等值决定的确定损失（100美元）相比，这一风险的成本是太高了。将风险转移到保险公司可能会消除额外成本。通过在被保险人的火灾险和其他与被保险人没有联系的许多其他（即其风险概率是独立的）之间的分担，保险公司就将风险转化成（几乎）确定的成本，从而能消除风险的负效用。这就是为什么保险公司能够收取足以弥补它全部成本的保险费并仍对被保险人有吸引力的原因，因为保险费低于被保险人风险的负效用。

例如，保险公司要为1000幢大楼保险，而每幢大楼都有1%遭受1万美元火灾损失的几率。如果这些几率都是单独而相互无关的（你能设想这一界定的含义及其重要意义吗？），保险公司就有理由确信：它将不得不为保险索赔支出将近10万美元，但要它补偿投保全部损失风险（1亿美元）的几率却是微不足道的。相反，如果没有投保，个人建筑所有者遭受其最大损失的几率就是1%，那么这就不是一个微不足道的几率了。

明示保险单（explicit insurance policy）的购买被看作是市场保险（market insurance）。在某些情况下，自行保险也是可能的。在前面的例证中，一房地产公司可能拥有1000幢大楼。如果是这样，那它的火灾损失“风险”就是将近10万美元的某一预期发生的成本。我们将在第15意中看到，投资者可以通过拥有多样化资产——即，一组相互之间（至少是部分）风险不相关的证券——从而减低某一特定证券的风险。这一原理是与火灾例证一样的。

普通商业契约也转移风险，从而提供了一种保险形式。契约的风险转移功能或保险功能与这样的事实有关：契约（与真正的共时交换不一样，因为共时交换不存在保险问题）在本质上要求当事人对其未来的行为过程承担责任，而未来又是不确定的。考虑一下“滞期费

（demurrage）”问题，即承运人（例如，在铁路运输中）向托运人收取的其装卸铁路棚车时间超过契约规定的承运人提供之时间的费用。托运人可以在两种形式的滞期费协议之间进行选择。第一种形式叫作直接滞期费（straightdemurrage），托运人在两天宽限期后每天为占用车皮支付一定的费用（这项费用在第三天为每天每车10美元，6天后为每天每车30美元）。但如果延期是由恶劣的气候或托运人无法控制的其他因素造成的，那么这笔滞期费就可以免除。第二种协议叫平均分配协议（averageagreement），在此不存在对延期的宽恕，但在另一方面，托运人如果在车皮到达装货站台的第一天内完成，他就可以每车皮得到10美元。所以，直接滞期费将恶劣气候的风险分配给铁路公司，而平均分配协议将风险分配给托运人并通过授权他向铁路收取早交货费用而补偿他对此的负担。托运人可能具有的在处理不测恶劣气候和其他意外事件时的风险态度和比较优势将决定他选择何种滞期费协议。

所以，即使某一使契约成为不经济（正如不测的恶劣气候）的事件是不可预防的——更准确地说是以不可能以低于由不履行所引起损失的预期价值的成本进行预防，契约一方当事人仍可能是支付较低成本的保险人。如果相当独立的责任能防止事件的发生，那这就为以下假设提供了适当

的理由：如果双方当事人谈及这个问题，那么他们就会将特定事件的风险分配给预防成本低的一方。如果受约人是风险的有意承担

（intendedriskbearer）人，那么如果风险出现并有碍要约人履行基于契约的义务，要约人就应该免除履约。

为了决定谁是成本较低的保险人，我们宜将保险成本分成两类：（1）估测成本

（measurement cost）；（2）交易成本（transactioncost）。第一类包含了风险发生可能性或几率和（一旦风险出现时）损失大小的估测成本。这两种成本的结果就是损失的预期值并成为计算契约价格（像在滞期费例子中一样，有时是额外的）组成部分之一的适当保险费的基础。主要的交易成本是将这一风险和其他风险分担以减少或消除风险损失的成本。在自行保险可行的情况下，这种交易成本要比不得不购买市场保险时的交易成本低。

这一分析为理解不可能原则和相关的解除契约理由提供了一种方法。例如，它解释了为什么依这一点而论实际不可能不是解除契约的理由。如果要约人是成本较低的保险人，那么他不能防止阻碍他履约的事件发生这一事实就不应该使他免除履约。相反，实际上可能履约但只是不经济这一事实，就不应该根据事实本身（ipsosfacto）

而强制履约。如果要约人以合理的成本没能防止阻碍他履行允诺的事件发生，而受约人是由此产生的损失的成本较低保险人，那么要约人就有理由认为他并没有违约。所以不可能这一命名是不当的——但也许不是这样，因为它使这样一个重要的事实引人注目：仅仅履约的困难或未预料的费用不能构成不履约的理由。通常而言，固定价格合同是为了将履约中遇到的风险问题分配给履约方，因为这一方当事人更宜于克服这些困难。

除非要约人有理由认为（并没有警告受约人）他的估计寿命（life expectancy）比他的同龄人的正常寿命短，否则在要约人的死亡会阻碍契约履行的劳务契约中免除履约是正常允许的。死亡事件是任何一方当事人都无法以合理成本预防的，但受约人是成本较低的保险人。因为虽然当事人双方对估计要约人死亡的可能性处于平等的地位，但受约人却更易估价要约人一旦无法向他提供已达成协议的劳务对他造成的成本。

另一个例证是钻打水井的契约。由于不测的土质条件困难，承揽人无法按原预期成本履行契约，他就不应该被免除责任。他可能是较有优势的保险人，即使他无法预知土质条件。他应该比受约人更便于了解钻打水井成本的结果和会遇到钻井土质条件困难。他还可能以低成本进行自行保险，因为他在不同的区域钻打了许多水井，而



其遭遇不测之土质条件困难的风险是独立的。

在另一方面，假设一个种植者同意在生长季节之前将其谷物卖给仓库，但谷物由于虫害而坏了。种植者应该免责吗？可能他应该负责。他有避免虫害的激励，所以一旦虫害发生，这就可能是无法预防的虫害。而谷物仓库无疑从不同的种植者处购买谷物，不可能所有的种植者都在同一生长季节都遭受虫害，所以他比种植者更适于与虫害风险作斗争——虽然必须在此再强调，双方当事人都可以对这一时期的期货契约以很低的成本购买保险以避免损失。

当事人常常会在他们的契约中包含不可抗力（也称greaterforce）条款，规定在何种情况下不履约将可免责。如果他们这样做了，不可能、履行不能和其他相关司法原则还可以适用于该契约吗？

我们还可以举出许多运用这些原则的例证，但在此我们还是考察一下其相关的例证：在这种例证中，由于他无法控制的情势变迁，有一方当事人无法履约，并且他要求免除未完成之履约甚至要求对他已履行的部分偿付价金，即使这并非契约所要求他做的。假设，我雇佣了一个承揽人修建房屋，但建设中途房屋遇火灾而被烧毁。承揽人要求我偿付他在建筑上所花费的材料和劳务的价金。否则，在不重新订立契约的条件下，将

拒绝为我重建那所房屋。并非由于他的过错而造成他无法履行契约预期之义务这一事实，不应该是好像由于我已承担了火灾风险而承揽人就自然取得了停止建筑权或获得了补偿权。这个问题应该是我们中的哪一位愿意承担火灾风险的问题。

在没有证据能证明当事人实际意图的情况下，这一问题应通过比较当事人双方防止火灾或为火灾保险的相对成本（relative cost）而得到解答。承揽人可能是成本较低的保险人，因为他比所有者更便于估计建筑在不同阶段的火灾可能性和结果。再要考虑的是，即使特定的火灾在经济学意义上是无法避免的，但承揽人（就像货物在交付前被烧毁的厂商一样）总的来说在防火上要比所有者有利，因为他受允诺约束并知道建筑过程中的房屋火灾危险。

与这里和前一节中讨论的那些问题密切相关的问题是其他契约原则产生的。我们在前一节讨论契约修正时举了一个例子。在此，我们举另一个例子：一艘在港中的船正准备驶往其最终目的地时战争爆发了，只有当船老板答应加薪，船员们才同意继续航行。船老板允诺给船员加薪，但后来他以该允诺没有新约因为理由而拒绝兑现他的承诺，此时船员已按契约规定完成了航行。这里的问题是原来的雇佣契约是如何分配战争险的。如果将战争险分配给船员，那么他们将因承

担它而得到了补偿，由此给他们增加薪金的允诺就不需要约因支持。但是，船老板可能更能估价战争的几率和结果。所以，我们可以假设雇佣契约默示性地将战争险分配给了他。在这种情况下，船员同意在战争条件下继续航行就是增加薪金允诺的约因。这一案例与多梅尼科案有何差异呢？

对契约保险功能的理解使我们更易理解与保险公司所订立契约的解释。原则是，保险契约应该作出不利于保险人的解释。这看起来好像带有家长主义或情感色彩，但它确有其经济学的理由。如果保险单中的不明确表述要作出不利于被保险人的解释，那么某人的保险范围结果总比其表示出来的要窄。在此，保险公司也是更为优越的风险承担者。当然，如果所有需要解释的疑难都作出了不利于保险公司的解决，那么它的成本就会更高，由此保险费也会上升。但所有这些表明，被保险人正在购买某种额外保险和可能是他所要的保险。但现在假设模糊性涉及到的是，即使被保险人对他保险的伤害取得了全部的侵权赔偿，他是否还有权从保险公司处取得保险费。如果这一模糊性依有利于被保险人的原则解决，保险合同就成了彩票，如果赢了就可得两份。这可能超过了被保险人所需要的，也许它实际上已不是保险。我们回想一下第1章，对保险的需求是

风险厌恶的函数，保险降低了一个人收入中的方差从而也就降低了风险——经济学家在讨论对风险态度时所用的术语，因为它以保险费降低了被保险人的最高收入和以发放保费金提交了被保险人的最低收入（受灾时）。赔偿超过收入损失的保险单不是缩小而是扩大了收入方差，所以可能是不可取的。所以，在此对当事人意愿的考虑可能会对模糊性作出不利于被保险人的解释。但我们不得不考虑我们在第6章中讨论侵权法“附属担保收益”规则时的问题。

在正式保险的初期，保险契约被作出的严格解释的不利对象是被保险人，而非保险人。任何被保险人做出的会增加保险人风险的事都可以被看作用以免除保险人履行其交易条款的一种“偏差”。保险人自然会希望被保险人增加作为保险费基础的风险。被保险人因已将其部分或全部的预期风险成本转向保险公司而放松防止其被保险风险发生的努力的倾向被称为“道德危机”。它使保险成本更高而可能成为（但现在还不是）自身的反保险理由，因为增加的成本可能低于风险对寻求保险的人的负效用。而且，不是所有契约订立后的风险增加都源于道德危机。被保险人确实也无法对可能影响风险的各种条件（包括雇员的行为）作出有效的控制。随着保险市场的发展，保险人越来越没有必要将变化的风险加于被保险

人，因为风险总量（riskpool）大得足以使保险人用一被保险人在一定保险期内的风险下降弥补另一被保险人在同期内的风险上升。由此，偏差原则（the doctrine of deviations）也就逐渐地放宽了限制，伴随这一趋势的还有市场条件的变化。

你不可能对任何东西都保险，因为你只对有些东西才有可保险利益。假设A和B看到一个陌生人C在街上行走，而且他们对C是否健康有不同意见。A愿意向B出售C的人寿保险单，B考虑到C可能会死得比A想象的早，就接受了。这样的契约是无法实施的，因为B对C的生命没有可保险的利益。有人可能会假设这一结果起因于法律对打赌契约的不认可，但可保险利益规定仍可追溯到英国认为打赌合同合法的时候。一种更好的解释可能是，契约对C（非契约当事人）产生了外在成本。因为它使B有兴趣使C尽早地死亡（当然，它也使A有兴趣使C活得更长，但如果C知道了这一契约，那就可能安慰了C）。一个真实的案例是达·科斯塔诉琼斯案，诉讼要实施一个谢瓦利埃·德洪实际上是一个妇女的赌博。法院认定，因为赌博损害了第三人（谢瓦利埃），所以它是不能强制执行的。

这样的一些例证阐明了对抗公共政策的契约是不可实施的原则，因为其中的大部分都对第三人产生了成本，抢银行的契约就是一个明确的例

子。保险合同经常被认为是产生外在成本的，即使被保险人具有可保险利益——例如责任保险就被广泛地认为是将马虎驾驶的成本外在化（这一观点与道德危机是什么关系呢？）——时也是如此，但我们将在第6章中发现，这种信念在一定程度上是以对经济学的错误认识为基础的。

#### 4.6 诈欺

即使自契约签订以来没有任何因素使履约变得不经济，只要履约能产生价值增长的交换这一假设不能成立，那么还是可以允许免除履约的，就像能证明受约人用谎言劝诱允诺。假设受约人没有撒谎，但也没有公开他知道并且一旦要约人知道就有可能使交易告吹的信息。在莱德劳诉奥根（*Laidlaw v. Organ*）一案中，一位名叫奥根的新奥尔良商人由于在新闻为公众知道前就知道了格亨特条约（the Treaty of Ghent，它结束了1812年战争），所以他以特定价格从莱德劳公司处订购了大量烟草。当公众知道要解除英国对新奥尔良海上封锁的条约时，烟草价格很快上涨了30%-50%，莱德劳公司就想不履约。联邦最高法院认为这是不允许的。如果奥根在订购时就很轻易地将信息告知了莱德劳公司，公司就会坚持要高价。而由于奥根将他已知的信息告知莱德劳是不需要成本的，所以初看起来联邦最高法院的决定好像将令人无法容忍的意外收获简单地转给了奥

根。其实并非如此。虽然信息一旦取得再转达给其他人是成本很小的，但其获取信息的成本却是不小的。而如果我们不允许人们自己保有信息从而得益，那么他们首先获取信息的积极性就会很小或没有，最终受损失的往往是社会。（你能理解莱德劳诉奥根案的结论和第3章中讨论的专利法之间的共同之处吗？）当然，如果信息被永远保密，这理由就很不充分了，并且事实上在用不正当手段获得信息以保守秘密上可能存有悖论。但是，奥根没有将其信息置于完全的保密状态。由于与莱德劳公司的订购而增加了对烟草的需求量，他促使了价格上涨，虽然这在信息完全公开之前并没有发生。由于奥根的交易，才使根据战争结束这一信息作出的价格调整得以很快开始。如果他不可能从隐蔽某些他拥有的信息（虽然其余的存在于市场价格中）而得益，那么他不可能有任何激励去开始其交易。

谎言就不同了。撒谎者对错误信息作出了实在的投资。从社会角度来看，这种投资完全是无用的，所以我们自然就不会对他的谎言给予报酬。这里有一个中间性例证：A知道他的房屋有白蚁，但他没有将这一事实告诉B。对此可以作出这样的论辩（司法当局对此问题有分歧），即A有义务将此事实公开，如果他不这么做，用法律语言说就是一种可起诉的不作为

（anactionalomission）。A对发现房屋中有白蚁的投资可能不多，而取得这一信息只是在此居住的副产品（by-product）。而且这一信息与烟草价值信息相比也只能使较少的人受益（为什么？）。所以这一信息的收益也是较小的，而且为此提供法律保护以诱导其公开的必要性也就不大。（于是，我们可以用这种方法来分析不怀孕母牛一例。）

而且，除非在白蚁案中有信息告知义务，买方才会对检查白蚁进行投资或通过识别在房契中包括保证没有白蚁的条款。这些成本可以通过将信息告知义务给予卖方而避免，因为他不需要成本就可取得这些信息。所以，这里存在禁止卖方撒谎的另一个理由：如果对销售的虚假陈述没有救济手段，它可以节约买方必须承担的自我保护措施的费用。

随着对白蚁例证的分析，我们的讨论进入了消费者诈欺（consurmerfraud）领域。由于销售者和购买者对消费产品的资源和专门知识的不平等，它被看作一个比商业契约诈欺（fraudin commercialcontract）更为严重的问题。但是，如果一个商业购买者因为他对购买的用于营业的货物有专门研究而被认为有特殊的识别力，那么这一消费者就是消费品购置的专家了。认为消费中的诈欺问题比在商业交易中更为严重的一个更合



适的理由是，在利害关系小的领域更难以设计出有效的法律救济措施。法律制度处理这一问题的努力将在本书的后面讨论。但是，读者应该注意，许多消费者诈欺——如房屋和汽车买卖中的——也涉及足够重大的利害关系并有必要提起诉讼。

法律救济的可获取性看起来好像是不太重要的，在消费市场和所有其他市场中，市场救济好像就是为了对付虚假陈述（misrepresentation）。如果一个企业正通过对其（或它们）产品的虚假表示（false claims）而从其竞争对手处夺得销售量，那么竞争对手们就会竭力向消费者揭露他的谎言。企业通常依靠同业公会

（trade association）来努力纠正其竞争对手的误导（misleading）广告，而同业公会建立了消费者足以信赖的质量和数量标准。正如我们所知，商标具有相似的功能（参见3.3）。随着产品和服务的复杂性的不断增长，各种商行也已产生，它们的作用就是告诉消费者某些特定产品的优点。百货商店就是一个例证。它是对许多竞争厂商的货物有专门知识的购买者，可以帮助消费者在各种竞争产品中进行合理的选择。

但是，对此存有一些相反的观点。通过竞争者去修正由他们中的一人制造的错误印象，这种方法不会立即起作用，而有诈欺性的销售者可能

得到的暂时利润会超出其任何因名誉损失而造成的长期成本，特别是如果销售者能以低成本离开市场时更是如此。而且，如果诈欺性销售者只从其每个竞争者处争得小量业务，那么他们中将没有人会积极地以高成本的方法去纠正他的谎言，尽管由他取得的总销售量可能会很大。同业公会也只能解决一部分问题。某一行业的成员不会有强烈的热情去支持同业公会的行动，因为对同业公会反诈欺运动不作任何贡献的销售者也能像其他销售者一样将取得（基于什么条件？）实际上相同的来自运动的收益，但他没有耗损任何成本。这与搭便车人（free-rider）问题是相类似的。

而且，并非所有的行业都是具有竞争性的。一个垄断者（或卡特尔）可能会比在竞争行业的公司更积极地对其产品的质量说谎，因为大产量效应将对大量替代产品产生影响，所以没有某一项替代产品会遭受严重影响。所以，在此与竞争情况比较，任何销售者都有很大积极性反对谎言的可能就更小了。一个相关但却更具普通意义的观点是，某一产品的事实与其他标牌的同一产品相当时，没有任何生产者会竭力将之披露，即使这一行业是竞争性的。如果一家卷烟厂商的广告宣称吸烟有益健康，那么其他卷烟厂商就不会去贬低他的这一宣称。而且，由于没有任何几乎相

同的非烟草替代品的生产者能通过劝告消费者不吸烟而使其替代品出现很大的增长，所以，也没有其他厂商去竭力地反对卷烟。

那么，消费品销售者是否应负有普遍的法律责任将产品的实质性信息告知消费者呢？虽然对这样的责任不会出现莱德劳诉奥根案那样的反对信息公开的意见（为什么不会？），但毫不例外地施加这种责任将会是低效率的。不告知的责任（liability for nondisclosure）这一问题应取决于交易的何方当事人（卖方或买方）能以更低的成本展示或取得信息。如果有关产品的特性是购买者在购买时通过随便检查和触摸就能决定的——例如开司米毛线衫的柔软性，那么要求销售者告知其特性就是多余的了。但在通常情况下，产品特性的决定却要求实质性的使用而非仅仅购前检查或触摸（家用漂白剂的漂白功能就是明证之一）。即使这样，如果产品是便宜而又需重复购置的东西，那么消费者确认其特性的成本就是很低的——即为第一次购买时的成本。有时只有消费者才有必要的信息，因为产品的性能可能取决于消费者的使用，而制造商不太可能知道，只有消费者才知道汗衫对他是否足够软，罗马甜瓜是否熟了。

如果销售者谎称其产品质量，而不仅仅不告知其产品的不利信息，那么即便购买者能以很低

的成本识破这一谎言，他的行为仍然是非法的。这在经济学上是有道理的。A出售一盒糖给B，B问A有没有必要打开看看里面有没有糖，A回答没有必要，完全可以相信他的话。所以B在没有检查的情况下买了这盒糖，结果当B回家打开盒子时，发现里面装的是猫食干粮而不是糖。如果对这种谎言不予起诉，在理论上B可以通过检查而很轻易地避免这样的后果，但世界上所有的B（购买者）都不得不进行检查，这样其检查的总成本就会是巨额的。相反，A不撒谎的成本是零，甚至有可能像前面提到的那样是负的（参见6.15）。

在消费者无法以低成本确认产品特性的情况下，要求告知的最有力的理由是：（1）非经常购买的产品，而且购买时的检查和触摸无法发现其特性；（2）虽为较经常购买的产品，但其价格极为昂贵，例如汽车；（3）即使反复或长期使用，其产品特性仍难以发现（其例子为一本论述在房地产市场上如何赚大钱的书）。即使在这些情况下，也并不是说政府应该通过干预而要求销售者对其产品作详尽的说明。竞争压力使销售者不得不提供有关他们产品特性的保证（有法律强制力的保证）。保证（warranty）不是告知，它比告知更优越，它是对产品结果的一种保障，从而也使告知成为不必要。一个保证其显像管能

使用3年的电视机厂商没有必要告知其显像管的使用寿命。如果它在使用一年后就坏了，那么消费者不会因此遭受损害，因为他可以得到另一个免费的显像管取而代之。

如果当事人双方很明确地要求销售者承担消费者对某一产品特性不明的风险，那么甚至明确的保证都是不必要的，因为契约法可以通过将保证理解成买卖契约的一部分而达到节约交易成本的相似功能。一罐沙丁鱼未受污染的默示性保证的低成本选择是，明确保证适用于人们消费和法律要求销售者表明这一产品的卫生品质。

在法律称作信托（fiduciary）或信任（confidential）这样的关系中，告知义务就要大得多。大多数代理人（agent，律师、会计、经纪人、受托人等）都忠实于他们的当事人

（principals，公司内的信托义务将是14.8单独讨论的主题）。代理人是收取费用而将委托人的事尽可能当成自己的事处理的，他将成为其改变了的自我。信托原则是解决信息成本不公平问题的法律方法。它允许你雇佣某拥有更充分信息的人以你的名义与另一拥有较充分信息的人打交道。这一原则还有其他的作用。通过实施最大善意义务而非标准契约下的普通善意义务，它使委托人的自我保护成本最小化。这在当事人无法保护自己（他可能是一个儿童）的情况下尤为重要。信

托义务的实施在那种情况下是很普遍的，监护人是典型的受托人。

#### 4.7胁迫、议价能力、恶意

对胁迫（duress）的公认的防止手段是将之诉为违约（breach of contract）。但很不幸的是这一术语没有在含义上作出很好的界定。胁迫在其原始意义上表示一种暴力威胁。A用枪对着B说：“不给钱就要你的命。”B很快给了钱而接受了这一要价的前一部分。但法院不会强制实施这一已成定局的契约。这不是因为B没有依其自我意志行为——（相反）他无疑极端乐意地接受了A的要价，而是因为这种契约的实施将会使资源引向制造威胁和努力保护自己免受威胁而降低社会的净产值。你知道，这类“契约”是非理想的，因为如果你在事先（即威胁之前）问这个世界上的B们，枪口下的契约是否应实施，他们中的绝大多数会作出否定的回答。

依其适中的含义，胁迫也可被用以表述用不履约的威胁来促成契约条款的修正，如在4.2中讨论的阿拉斯加搬运工人协会诉多梅尼科一案，案中的受约人缺乏适当的法律救济。另外，胁迫一词还常被用作诈欺的同义词，如一个文盲被劝诱签订包含了没向他解释而他又不同意的条款的契约。大量涉及信任或信托关系滥用的案件虽然类似于胁迫案，但在实质上（因为从前一节可以清

楚地了解）却是诈斯案。

胁迫也被用作垄断的同义词。A发现了在暴风雪中迷路漫步的B，在B允诺将其全部财产给予A之前，A拒绝帮助他。也许在此B也应被允许免于履行其诺言。如果我们允许在救援工作中获取垄断利润，那么极大量的资源可能会被用于救援事务。（回忆一下第3章中关于救助的讨论）我们还将讨论这一例证。这与多梅尼科案有什么差异呢？

当交易是在一家大公司与一个普通个人之间进行时，它会引起类似于胁迫的情况，并可能使这一个人相当于由于有刀在其咽喉而被迫签发本票的无助当事人——尤其是如果他与公司的契约是一种标准契约（standard contract）或消费者是一个穷人——而结果使交易的条件都是强迫的。许多契约（保险契约是一个很好的例证）是以取走或留下（take-it-or-leave-it）为基础而提供的。卖方交给买方一份标准印制的契约，上面列出了双方当事人各自的责任，有时稍微详细些。买方可以按其意愿签订或不签订，但对其条款就没有谈判可言。从人们认为其中不存在谈判就很容易得出这样的结论，即购买者缺乏自由选择，所以就不应该受负有法律义务的条款约束。对此存有一个无辜的解释：卖方只是试图避免与每个买方进行商议和起草协议的成本。这些成本

对一个有许多契约要签订的大公司而言可能是非常高的，而其最大部分可能是监督以公司名义从事实际契约谈判的雇员和代理人的成本。与这一无辜解释一样，富有经验的大额购买者和个人消费者都常常依印制的格式契约（form contract）购置物品。

一种灾难性的解释是：由于买方除了接受这些条款外没有其他选择，所以卖方就拒绝分别与每一买方谈判妥协。这里假设竞争是不存在的。如果一个卖方提供了不具吸引力的条件，那么一个要争夺他销路的竞争卖方就会提供更有吸引力的条件。只有当交易条件处于最佳状态时，这一过程才会停止。同行业的所有企业都会发现使用标准契约是经济的，从而就拒绝与买方进行商议。但是，重要的不是在每项交易中是否存在对交易条件的争议，而是竞争是否迫使卖方将保护买方的条款体现在他们的标准契约中。

在确定的垄断条件下，买方没有与卖方交易的更好选择，而卖方就能够适度地强迫买方对在竞争市场中将会有其他卖方去改善的条件达成协议。但是，这并不意味着买方会对卖方提供的契约条款漠不关心。相反，由于垄断产品将比竞争条件下的产品价格高，所以未来的买方就会在查询方面投入更多而不是更少。消费者查询的一种形式就是仔细地阅读契约条款。我们也不能得出



这样的结论：即，如果消费者知道垄断性卖方不会与他议价（讨价还价），他阅读契约条款就不会对他有什么好处，因为他必须作出买和不买该产品的决定。否则将一事无成。事实是，垄断产品并不一定是生活必需品。正如我们在第9章中看到的，垄断的效应就是降低对产品的需求，这意味着有些顾客宁愿没有这种产品也不愿支付垄断价格。所以，一个面临垄断市场的消费者拥有真正的选择权，而且他要求这种选择是一种知情的选择。从另外的角度看，消费者保护的立场也认为垄断者是一个竞争企业，虽然（如我们在4.6所看到的）它的竞争者与其虚假广告进行斗争的积极性要比在竞争市场中的竞争者的斗争积极性小。

当条款不利于买方和买方是穷人时，契约有时被看作含有胁迫因素。一个例证是当买方同意卖方可能要将买方的本票向一金融公司要求贴现情况下的信用买卖。在普通法中，金融公司作为适当时候的持票人可以不受任何买方可能已在卖方提起的收款诉讼中提出的抗辩而执行本票。所以，如果你从家具商店买了衣柜而且它表现出了瑕疵，但商店拿你的本票向金融公司贴现，那么你就不得不支付本票的全部数额，同时还有权诉家具商店的保证违约。

但是，不应这样理解，即买方肯定受到了强

迫同意令自己非常不满意的契约条款。合法持有人规定（the holder-in-the-course provision）通过使收款请求成本更低、更可靠而减低了分期付款购货的筹资成本。如果没有这一条款，那这一成本就会比较高，而又由于它是一种边际成本（参见3. 12），所以至少会有大部分会由消费者负担。对消费者而言，决定为产品支付更高的价格并不比决定放弃向卖方提出法律赔偿显得更为明智。

假设一分期付款契约规定，违约将使卖方有权收回货物——而且不管买方票据上未支付的余额多小——并将货物出售给其他人。如果违约发生在票据结帐期的最后，收回就会给卖方带来意外收益，因为他已收到了货物的几乎全部贷款，还包括利息。这里假设，但却是真实的，卖方不可能通过起诉买方而从他处直接收回未付余款。但如果违约很早就发生了，那么卖方就会蒙受意外损失，因为他只收到了货款的一个极小部分，而这部分货款还不够其弥补货物折旧和收回的成本。假定消费品销售商之间的竞争足以消除超额竞争利润（supracompetitive profit），那么对后期违约意外收益的限制就会使卖方要求更高的预付现金，或更高分期付款初始付款，并收取更高的价格。只有这样才能保护他们免遭早期违约造成的意外损失。无力交纳大额预付定金或高额分期

付款初始付款的消费者都会受到契约形式变化的损害。这一点表明，这种情况与“不给钱就要你命”的情况是完全不同的。后一种情况代表了一类使“买方”情况事前恶化的交易；但当可供选择的方法是支付更高价格时，强硬的消费者可能会在事先和事后都受益于这种“苛刻”的条款。

人们要问，不平等议价能力（unequal bargaining power）这一概念是否是富有成效或甚至是意味深长的呢？“恶意

（unconscionability）”这一不明确的术语也提出了相似的疑问，而这一术语又是《美国统一商法典》中契约免除履行（contract discharge）的基础之一。如果恶意意味着当法院认为约因不当或条件片面就可以使契约无效，那么促进低交易成本的市场交易（市场交易成本要很低）而非代理法律交易（surrogate legal transaction）的基本原则就会作出严重的让步。经济分析没有任何理由在胁迫（在最后一个狭义界定上）、诈欺和无行为能力之外而允许当事人否认他在缔结契约时所允诺的成交条件。

在我们对胁迫概念的未界定范围作了长时间的题外讨论后，有必要回到（经济学上所设想的）实际的胁迫情况中来。一艘船不能使用了，全体船员都弃船而走，只剩下船长一个人在甲板上。（我们要将此例证简单化。）而船长又是船

主与可能偶然经过的打捞船进行协商的授权代表。一艘救难公司的拖船从旁边驶来，拖船船长向货船船长提出了契约，要求支付相当于船和船上货物价值百分之九十九的价金才能打捞这条船。如果货船船长签订了这一契约，货船船主将受这契约约束吗？海事法对此作出了否定的回答，这好像是一个正确的经济学结论。这是一种双边垄断状态，而更为复杂的是它的交易成本要比其他双边垄断情况下的交易成本高。因为，如果货船船长坚持主张一项更有利的交易，那么船和货物都可能在他手中沉没。这些交易成本可以通过海事救难规则中的一条基石性规则而得以避免，它规定：救难者有权对船只救援取得合理的酬金，但船只陷入困境以后签订的契约只能对什么是合理酬金起证明作用。

#### 4.8 契约损害赔偿的基本原则

一旦违约成立，适当的救济就成了问题。在理论上说，存在着令人迷惑的各种可能性，按其严重性的大概次序，可作出如下划分：

- (1) 受约人的依赖损失 (reliance loss, 他对要约人契约履行的合理依赖所遭受的成本)；
- (2) 预期损失 (expectation loss, 契约预期利润的损失)；
- (3) 预定违约赔偿金 (liquidated damages, 在契约规定明确的作为违约的货币补偿的损害赔偿

偿)；

(4) 间接损害赔偿 (consequential damages, 由违约引起的对受约人业务的波及影响)；

(5) 恢复原状 (restitution, 由违约而要求将要约人所得收益交于受约人)；

(6) 强制履行令 (specific performance, 强制要约人履行契约否则将对其以藐视法庭惩罚)；

(7) 在契约中明确规定的财产惩罚或惩罚性损害赔偿 (punitive damages)；

这对决定在机会主义违约情况下用什么救济手段很有意义。即使要约人只是在履约是历时的而非共时的情况下 (正常契约) 利用受约人的弱点而违反允诺, 那么我们会尽量将责任加于要约人。一个例子是, A向B预付了货款, 但B不交货而将A的钱用于其他商业机会了。这样的行为没有任何经济合理性可言, 为了威慑这种行为在未来的发生, 我们无疑应该对此作出惩罚。在这种情况下, 有意义的救济就是恢复原状。要约人违背其允诺除了想赚钱外不可能有其他目的和原因。我们可以通过使这种行为对要约人没有价值而阻止它, 即我们要求要约人将其违约所得利润全部交还受约人。除此没有更轻的制裁能制止这种违约。

但是, 大部分的违约不是机会主义的。许多

违约是非故意的，即以合理成本无法履约。还有一些是故意（我们将会看到）但从经济学角度看却是有效率的，它的情况与非故意违约相同。这些评述不仅解释了赔偿在契约法中的中心地位

（你能理解为什么吗？），而且使人们明白霍姆斯法官意见的意义：它绝不是强制信守契约的法律政策，而只是要求当事人在履行契约和为不履行契约对另一方当事人引起的任何损害进行赔偿这两者之间进行选择。这一观点虽然过于宽泛，但包含了一项重要的经济学见解。在许多情况下，一旦已经违约，再要求履行契约则是不经济的。我同意购买10万件用于我制造的机器的定制零部件。我已取得1万件交货后，我的机器市场疲软了。我立即通知我的供货方我想终止契约，并承认我的终止为违约。供货方接到终止通知时，他还没有开始其另外9万件的加工，但他通知我他将依契约履行并向我收款。这些定制零件除了用于我的机器之外，没有其他用处，也很少有废料价值。所以，给供货方任何能使他在我违约后再履行契约的救济都将导致资源的浪费。法律对这种危险给予了极大的关注，并基于减轻损害赔偿原则（*doctrine of mitigation of damages*），不会对供货方在我终止通知后遭受的任何继续生产成本给予任何损害赔偿。

但是，如果科斯定理是真实的，那么这种危

险会不会是虚构的呢？这里只存在双方当事人，这里存在着将使双方当事人受益的、供货人避免实施其契约权的一种价格（其实是一个价格幅度）。当然，这只是双边垄断的另一例证，所以即使（在某种意义上是，因为）只有双方当事人，交易成本仍会是很高的。

现在假设违约的是卖方而不是买方，我需要10万件定制零件在我机器上使用，但供货人在生产5万件后就因机器故障而中止了生产。另有供货人有能力供应我需要的剩余部分零件，但我却坚持要求原供货人完成其契约履行。如果法律强迫完成（即强制履行），那么供货人将不得不与其他生产厂商协商达成协议以完成与我订立的契约。可能是他去寻求其他可选择的供货者比我直接去寻求更费成本（因为毕竟我最清楚我自己的需求）；要不然原供货人早就自愿地这样做以使其违约责任最小化了。契约强制履行（或高成本商议以免除要约人履约义务）会再度导致资源浪费；另一方面，法律也没有强迫履约，而只限于支付受害人单纯损害赔偿（simple damages）。

但什么是单纯契约损害赔偿（simple contract damages）？除非其结果会是对资源的低效率使用（第一例中无用零件的生产，第二例中对替代供货人的迂回寻求），通常而言，给要约人一定激励以促使他履行允诺所要达到的目标是

通过给予受约人他对交易的预期收益也能达到的。如果第一例证中的供货人从制造1万件零件中取得了预期收益，那他就不会有积极性去生产另外9万件无用的零件了。因为我们不希望他生产，也没有人需要它们。在第二个例证中，如果我从与原供货人的交易中取得了预期收益，我就不会关心他是否履约了。

在这些例证中，违约只是为避免更重大损失时才发生。但在有些情况下，一方当事人可能会仅仅由于他违约的收益将超出地履约的预期收益而去冒违约的风险。如果他的违约收益也将超过他方履约的预期收益，并且对预期收益损失的损害赔偿是有限的，那就有违约的激励了。但存在这种激励是应该的。有例证表明：我签订了一项以每件10美分的价格向A交付10万个定制零件的契约，零件为其锅炉厂所用。在我交付1万件后，B向我解释他很着急地需要2.5万个定制零件并愿意每件向我支付15美分，因为不然他将被迫关闭其自动钢琴厂而付出很高的成本。我将零件卖给了他，结果没有按时向A交货，从而导致他损失1000美元利润。由于我已从与B的交易中得到了1250美元的额外收益，所以即使在赔偿A的损失后，我的经济情况仍然得到了改善，而B也没有因此而受损。假定A的损失得到完全补偿而又没有其他人受违约侵害，那么这种违约就是



帕累托较优状态。事实上，如果我拒绝将零件出售给B，那么他也会去与A谈判并将A与我签订的契约的一部分零件分配给他。但这就增加了步骤从而也就增加了交易成本，因为这是一项双边垄断的谈判。在另一方面，诉讼成本将会下降。

通过重新界定违约的法律概念（从而只将低效率的终止履约看作违约）是否可能更容易解决重罚对违约的过度威慑的危险呢？这是不可能的。我们必须记住，契约的一个重要作用是将风险分配给更合适的风险承担者。一旦风险实现，那么分配到应承担责任的那一方当事人就必须对此补偿。与保险公司没有防止烧毁其保险建筑的火灾相比，他没有以合理成本（也许是任何成本）防止风险发生并不显得更为重要。违约是与被保险事件发生相当的。

让我们考虑一下预期损失（即契约预期收益的损失）超过依赖损失的情况？假设一厂商同意出售一台10万美元的机器并在6个月内交货，但由于他认识到以协议价格出售将会损失5,000美元，所以他就在签约后一天就决定并通知对方不履行。比如说买方的依赖损失（即作为契约的结果他不可避免的成本总量）为零，但他要想取得一台替代性机器却会花费他11.2万美元。为什么他被允许以损害赔偿测算法而取得比他实际损失更多的（约1.2万）补偿呢？是一笔意外收益

吗？不论它是否为意外收益，给予依赖损失赔偿总将会鼓励低效率的违约。在这一例证中，买方自履约得到的净收益（约7,000美元，即12,000和5,000美元之差）要比卖方的净损失（5,000美元）高，为了阻止低效率的违约，我们将通过在违约发生时给予买方以对此交易的收益，使卖方承担获取净收益时的违约成本。

如果依赖损失超过预期损失，那我们将怎么办？在格罗夫斯诉约翰·旺德公司（Grove v. John W underCo.）一案中，被告作为一宗更大交易的当事人同意平整为原告所有的一些土地但又故意不履行其协议。由于契约订立后随之而来的是30年代大萧条，所以平整土地成本估计已是6万美元，而土地平整后的价值也不会超过1.2万美元。法院判决给予原告损害赔偿6万美元，其理由是，无论履约后原告财产是否增值或增值多少，这与被告无关，原告有权要求履行他订立的契约。这一结果是有问题的。这与我们熟悉的上一章中对公平赔偿的讨论不一样，因为在那里价值（value）和市场价格（marketprice）是有差异的。这块土地是一块商用地。如果原告已要求履约而不是取得6万美元赔偿，那他可能早已提起强制履行（在土地案中经常运用）诉讼了。甚至即使更为有效，他也没有提起这样的诉讼，没有用他从被告处胜诉取得的钱去平整土地。从经

济学角度看，这种损害赔偿衡量标准是不正确的，因为如果被告从开始时就知道了这一标准，他就会不在乎违约和履约之间的差别，而效率却要求他违约。因为他在平整土地过程中价值6万美元的劳动和材料消费将只能带来不足1.2万美元的土地增值。

事实上，不履约的结果可能已将意外收获转移到了被告身上。但是契约的履行将给原告带来相等值却相反的意外收获：它是一种当事人都几乎肯定地期望的避免大萧条对土地价值影响的缓冲措施。由于可能已经受益于任何不可测土地价值增长的不是（承包人）被告而是（土地所有者）原告，所以如果他们考虑到这个问题，双方当事人可能也会要求原告承担任何不可测的土地价值下降的责任。

### 损害赔偿的预期衡量法

（expectationmeasure）将注意力集中于违约受害者对契约履行的预期收益，而依赖衡量法

（reliance measure）注视着受害人由违约而遭受的损失。如果受害人放弃一项利益相当的契约而“依赖”于此，那么这两种衡量方法就融合了。如果不是这样，那么预期衡量法实际上可能会比依赖衡量法更易接近受害人的真实经济损失，从而也就产生更为有利的激励。在长期竞争均衡

（long-run competitive equilibrium）中，一个市场

中卖方的总收入正好与其总成本相等。在经济学意义上，不存在“利润”，而宁可说只存在资本成本（cost of

capital）、企业家努力和包括为契约作准备的市场努力的其他投入的补偿。所有这些成本都为损害赔偿的依赖衡量法所排斥，所以它就有可能无法对违约的真实社会成本作出充分的表达。即使违约发生在受害人已开始履约之前，受害人也有可能已经遭受了成本（特别是契约订立前的调查成本）。虽然履约进行时依赖衡量法忽略的成本会升高，但坚持认为在履约开始之前唯一许可的损害赔偿衡量办法是依赖衡量法，这就表明，当契约仍纯粹有效时，当事人就应被允许离开契约，因为直到那时，依赖成本将通常为零。除一些特殊情况外，从经历的“冷却

（coolingoff）”时期而言，什么是社会收益这一问题是不明确的。这种损失就是法律责任的不确定性和必须进行的附加交易。此外，契约有效期内的依赖成本是很难计算的。由于已经签订了契约，一方当事人将立即开始对契约履行和进行适应新责任所必须的其余业务调整作出计划，但其计划成本及其发现契约将不再履行后的计划变更成本将是难以估量的。

我们不会假设预期衡量法在经济上是完美的。由于依据通常情况下风险（即另一当事人违

约)的大小给予履约方保证利润,预期衡量法可能会导致履约方的过度依赖,正如任何形式的商业保险都将导致被保险人放松其避免被保险危险的努力一样。(法律能对此做什么呢?)

运用预期衡量法的还涉及两个难以捉摸的问题。比较一下以下二个例证:(1)承租人违约,房主立即将其财产出租给另外一位承租人,其租金只是略低于违约承租人的租金。在一为了相等于承租人租约的租金而对违约前承租人起诉的诉讼案中,是否应该要求房主扣除他从替代承租人处所得的租金呢?(2)一位零件制造商从X处收到了一份要定制1,000件零件的定单,但结果X拒收货物而制造商将此以稍低于X同意支付的价格转卖给Y。在为取得在买卖中损失的收益而对X起诉的案件中,是否应该要求制造商扣除他将货物向Y出售而取得的收益呢?

法律在第一个例证中的回答是肯定的,而在第二个例证中的回答却是否定的。而从经济学角度看,这两个回答都是正确的。由房主提供的物品在短期内是固定的,他不可能因为另有家庭要向他租房而增加房间。在第一个例证中,房主向替代承租人收取的租金由此就是由于第一个承租人的违约而促成的,所以他的真实损失也就是两种租金之间的差额。但制造商通常在短期内也能改变他的产品。X的违约没有使制造商因将货物

出售给Y而取得利润。因为如果X不曾违约，那么制造商可能仍要向Y供应1,000件零件。向Y销售而赢得的利润是制造商在没有X违约的情况下也会取得的收益，所以他的实际损失是向X销售而应获得的全部预期利润。

然而，这种利润可能是很难估算的。它是契约价格和卖方履约成本之间差额，但什么是卖方履约成本呢？我们至少应该区分其两个组成部分：固定成本（fixedcost）和可变成本（variable cost）。固定成本〔但正如我们将要看到的，有时被误称为“管理成本（overheadcost）”〕是不随生产量变化的成本，而可变成本是随生产量变化而变化的成本。实质上，任何成本从长远来看都是可变的，但在一项将在相对较短的时期内完成其履行的契约而言，长期是可以忽略的。而在短期内，像租金、保险费、（某些）税收、职员薪金、长期贷款的利息等成本是固定的。由于当卖方不做某桩买卖时，它们也没有被节省下来，所以它们不是在决定违约对卖方情况恶化影响的程度时应从契约价格中减去的成本。具体而言，假设每一零件的契约价格为11美元，卖方的可变成本为6美元，他的固定成本是4美元。违约将对卖方造成5美元的成本，而非1美元，因为即使他的交易失败，但为了会计目的他仍然将要支付他用于销售的4美元固定成本。销售的失败节约了6美

元成本，但却造成了11美元的总收入损失。当然，这一结果假设固定成本是真正固定的，但其可能不是这样。假设如果没有订立契约，卖方就可能已倒闭了，这样做也就消除了他所有的成本（即，不会有任何剩余的税收、养老金、租金或利息）。那么，违约给他造成的所有损失就是1美元；同样，履约给他带来的所有收益也就是1美元。在这一例子中，像薪金这样的营业成本是可变成本。

为了衡量履行契约（比如说将生产1,000件零件）的可变成本，我们完全有必要以公司的总产量除以它的总成本（减去其固定成本后），从而得出平均可变成本（average variable

cost），并假设那是卖方会在制造另1,000件零件过程中发生的成本。但卖方也有可能在制造外加零件时将花费更高的成本。请问一下你自己，为什么卖方没有生产更多的零件。可能的答案之一是，更大量的生产将会使他进入净规模不经济（net diseconomies of

scale）的领地，从而提高他的单位成本。他可能不得不雇佣更多的工人，并且他为此可能不得不增加工资以从其他生产者那里将工人争取过来，这是第1章所讨论的需求规律的内容。或者他不得不购置更多的原材料，并且由于他需求的增长而造成了市场上这些原材料价格的上升。而

且，他不仅在增量产量（incremental output）上而且在全产产量（entire output）上会使成本上升。例如，如果他向新工人提供更高的工资以将他们从现行的劳动市场上吸引过来，那么他同样也不得不给现存的工人增加工资（为什么？）。企业边际内产量（intramarginal output）的更高成本是契约要求的外加产量的结果，由此在经济学意义上也是可向契约分配的，一旦契约失败，它们是可以避免的。由此，一项明显有利的契约在事实上可能只给予卖方以适当的利润。

这在图4. 1中得以表明。假设卖方只有可变成本，所以AC既为平均可变成本也是平均总成本。MC是卖方边际成本。如果像图4. 1中那样，边际成本呈上升趋势，那么平均可变成本也会上升，因为由不断的产量增长而造成的总成本的上升将会被分摊到企业的全部产品中去。没达成的销售可能已将企业产量从 $q_0$ 扩展到了 $q_1$ ，从而导致平均成本从 $aco$ 上升到 $ac_1$ 。如果没达成的销售的损害赔偿要通过从契约价格 $[(q_1 - q_0) \times aco]$ （一个已知数）中减除而得出，而不是由 $[(q_1 - q_0) \times ac_1]$ （一个未达成的销售量的假设数）中减除而决定，那么企业将会得到过度的违约补偿。（边际成本和其他成本的概念将在第9和第11章中得到更为全面的论述。）但当企业意在使企业产量均衡地小量增长时（图4. 1中



的比例是很大的），那么新契约引起的成本变更也是小量的。就这样的契约而言，契约履行前企业的平均可变成本可能很近似于履行契约的实际成本。

这一节所有关于损失“利润”的讨论可使有些读者意识到，所有的卖方都是垄断者。一个竞争企业会将之价格确定在其边际成本的水平上，如果其销售失败，就不会有成本损失可言。事实上，在一些像农产品市场和金融市场这样高度组织的市场之外，企业通常都能稍微提高其价格而不是眼看其销量趋于零；这意味着它有一些垄断权——它没有面临一支完全水平的需求曲线。一个拥有垄断权的企业就能而且就会收取超过其边际成本的价格，虽然如果其垄断力很小超过的程度也很小。一个市场中包含许多有少量垄断力的企业的状况，是一种垄断性竞争

（monopolistic competition）。但与表面现象相反的是，契约损害赔偿的损失利润（预期）衡量法并没有先假设垄断性竞争的存在。企业会有一些无法将其分配到特定销售中去的成本（包括自有资本成本——“利润”的一种），所以超过可分配成本的价格并不会产生垄断收益。契约损害赔偿的“损失利润”或预期衡量法并没有注意这种利润（更不必说垄断利润了），但它却关注了契约价格与可直接分配到契约的成本（依赖损失）之间

的差额，这种差额通常将主要包括垄断纯利以外的成本。

但如果卖方是一个真正的垄断者，那么它的销售价格将包括垄断收益。而在严格的经济学意义上，对它适用损害赔偿的预期衡量法就过于宽容了。因为在某些案件中，虽然违约会更有效率，但它却会诱导买方履约而非违约。这是因为，买方在决定是否履约时不仅将其违约的实际社会成本与其履约的成本（包括机会成本）进行比较，而且要与包括垄断纯利和实际成本的预期损害赔偿判决进行比较。

我们现在讨论一下买方损害赔偿中的一个问题。A和B签订契约，由A向B在1996年1月11日交货出售1,000个零件，其单价为1美元。在1995年7月11日，A告诉B他无法出售这些零件了。这种预先拒绝履约（anticipatory repudiation）是一种违约行为，因为它使B要到其他地方去购买零件。（我们在什么地方已看到了预先拒绝履约？）在那天，零件单价为2美元。B可能要进入市场签订另一项远期契约（forward contract，即在1996年1月11日交货的远期交货契约）以“补进”

1,000个零件。如果假设现行价格和远期价格在交付日同样为2美元，那么B的损失就将是1,000美元。我们另外假设B一直等到1月11日，在那天他以单价3美元购买了1,000个即期交货

的零件，由此将损失2,000美元。他还会受到更大的损失吗？无论在经济学上还是在法学上，答案都是否定的。因为，假设在7月到1月之间市场价格要比契约价格低（比如说）50美分，那么B可能因等待而得益，但我们不能将之归功于A。允许B等待将使他毫无风险地投机。不论零件价格上升多少，他总由于契约为他的开支定下了最高限价而受到保护。但如果零件价格低于契约价格，他就取得了其差额。可以推测，当双方当事人以他们选择的契约形式通过远期交货零件的固定价格而将价格变化的全部风险（而不仅仅是价格上涨的风险）从B转移到A时，以上结果就不是双方当事人预期的了。

远期契约是契约的风险转移作用的一个极为适当的例证，但期货契约（*futurescontract*）是一种更为适当的例证。期货契约与远期契约在总的形式上是一样的，但其不同之处是它并不期望正常交货（全部期货契约中只有1%-2%是实际交货的）。期货契约普遍用于农产品和金属产品，它们的价格是易变的，从而风险也较大。假设一谷物仓库有大量谷物存货，而其主顾在未来的6个月之内却不需要。如果谷物仓库不想承担在此期间价格波动的风险，那它就可以与主顾订立期货契约，承诺6个月后以固定价格交货（比如说是每蒲式耳3美元）。如果随着6个月的流逝，谷物

仓库将以市场价格出售其谷物，我们假设其价格仅为每蒲式耳1美元。那么同时它将通过签订即期交货（单价为1美元）契约而取消其期货契约。这一交易将使它每蒲式耳受益2美元（期货契约的利润），从而正确地补偿它因不得不以每蒲式耳1美元的价格出售其谷物的损失（什么损失？）。期货契约对远期契约的优势是，卖方不必为了规避价格下跌而四处寻找实际需要在6个月后取得交付货物的人们，他只是必须寻找那些认为价格会上升的人们。由此，期货契约增加了投机活动的范围。正是这种投机活动，既促进了套头交易又由于给予那些即使不是生产或消费在市场中交易的产品的人们（投机商）以正确预测价格的奖赏而为市场增加了信息量。参见3.5。

#### 4. 9间接损害赔偿

买方损害赔偿中的一个重要问题是，买方是否能对因卖方违约造成的间接损害取得补偿。

（为什么买方要比卖方有更大的可能遭受间接损害？）普通法在契约案件中对间接损害赔偿

（consequential damages）的传统故意集中体现在哈德利诉巴克森德尔（Hadley V. Baxendale）一案中。试想一下在此案例中以下事实的变化。一位商业摄影师买了一卷胶卷要为一家杂志照相。冲卷的成本已包括在胶卷价格之中了。为了完成这一任务，摄影师花费了很大的成本（包括租一

架飞机)。他将胶卷邮给制造商，但它在冲洗室却被丢失了，而且一直没有找到。

比较一下以下两种处理方法的激励效果：允许摄影师取得全部损失的赔偿或将他的追索限制在胶卷价格范围内。第一种方法很少或不产生在未来避免类似损失的激励。摄影师不会采取任何预防措施，他会是对是成功地完成他的任务还是取得摄影不成功的全部赔偿采取满不在乎的态度。胶卷厂商可能也不会采取更多的预防措施，因为他无法认定谁的胶卷拍摄花了极大的成本。而只有当许多人的胶卷拍摄都花了很大的成本时，他才有可能花费成本对所有的胶卷都采取更为谨慎的保护措施。相反，第二种方法则可能使摄影师采取立即表现出其低成本和高效率的预防办法：使用两个胶卷或当他将胶卷送去冲洗时要求进行特殊处理。

这一例证所表明的总原则是，如果损失风险只为契约一方当事人所知，那么契约另一方当事人就不应对可能发生的损失承担法律责任。这一原则促使知晓风险的一方当事人自己采取适当的预防措施，或者在他相信另一方可能为更有效率的损失预防者或风险分散者（保险人）时可向该方当事人表明并向他支付代价，要求他承担这一损失风险。这样，就产生了以最有效率的方法分配风险的激励。

这一原则常被用风险的可预测性

（foreseeability of the risk）这一术语来表述。该词虽在法学上颇受赞同，但却因其过于含糊不明而使人为之恼怒。在我们的商业摄影师叙述中，虽然冲洗人不知道丢失或损坏胶卷的后果，但他知道这样的损失可能是会发生的。虽然买方本身不能避免违约，但买方无疑比冲洗人能更有利地防止违约的结果。哈德利诉巴克森德尔案的规则由此就类似于这一侵权法规则（并非普遍适用）：如果受害人扎紧座位安全带后能避免事故发生，那么他就不可能得到损害赔偿。由于他这样做了而没有能够避免事故的发生，那么加害人的责任就不会受影响，而损害赔偿的总数将受到影响。

应该注意的是，哈德利诉巴克森德尔案的规则并不适用于另一方当事人收益损失为不可预知的情况。假设我以14万美元向你购买一处市场价值为15万美元的住所，你接受了这一要约但后来又违约了。我由此就提起诉讼要求补偿我1万美元，即为我的收益损失。对此，你无法以你没有理由认为这样的交易对我是有利可图的为理由而提出抗辩。对一位诚实的议价者而言，任何其他规则都会使他难以取得损害赔偿，除非他在契约签订前就已作出了会减少作为诚实议价者的利益的告知——这种告知会有碍于买方通过竭力在现

存使用中发现被低估其价值的资源而取得收益。这正是莱德劳诉奥根一案的原则在损害赔偿中的运用。

#### 4.10 惩罚、预定损害赔偿和没收定金

有时，契约具体规定了在违约条件下应给予的损害赔偿（如滞期费）。如果具体规定是对因违约而可能产生损害赔偿的合理事前估量，那么即使实际损害赔偿结果要低（或高）得多，它也会以预定损害赔偿（liquidated damages）的名义而得以实施。但如果从开始起具体规定就是很明确地旨在给予违约受害者比他预计的违约实际损失或违约人所得要多得多的赔偿，那么这就是一种惩罚条款（penalty clause），并且是不能得到法律强制执行的。这一名称选择得很恰当：对一个成本超出了其侵害引起的实际损害的侵害者施加惩罚是刑事处罚的实质所在，正像我们将在第7章看到的那样。

看起来好像很明显，法律不会——在事实上它也没有——实施契约中的惩罚条款。惩罚可能会由于使违约者的违约成本高于受害者遭受的违约成本而在阻止无效率违约的同时也阻碍了有效率违约，这可能会产生双边垄断问题（为什么会这样？），而且还可能促使潜在的受害者挑起违约，因他能从中得益。这些都是不要对非机会主义违约判处惩罚性损害赔偿（punitive damages）

的恰当理由（正确地说，是法律划定的界限——因为惩罚性损害赔偿作为一种对机会主义违约的制裁正越来越通用）。但这些并不是拒绝实施自愿协商的惩罚条款的理由，惩罚条款通常不会被放入契约，除非当事人双方都希望收益的价值超过我们刚才认定的成本。但这种可能性是存在的。假设我知道我将履行契约，但我难以使他人确信这一事实。由于订立了惩罚条款，我就传递了关于我自己对我履约可靠性估价的可信信息，而这些信息在决定什么条款是我的责任时是有用的。

一个与之密切相关的观点是，惩罚条款可能只是对卖方不履约的很高风险进行补偿。假设违约的卖方常常无偿债能力或无能力向买方支付全部的损害赔偿。那么，在有些情况下的惩罚就可以抵消在其他方面发生的损失，从而使卖方能承担更大的风险并收取更低的价格。（我们在何处已看到了这一观点？）

在禁止惩罚条款的同时，普通法还允许卖方保留定金（deposit）和分期付款

（installment payment），即使其结果会给卖方带来比损害的任何合理估算都要多的收益。对于货物买卖，《美国统一商法典》已改变了这一规则，但更陈旧的规则仍存留在其他案例中（特别是在涉及土地的案例中），虽然带有很大的限



制：一个取消了赎回权的抵押权人（mortgagee）并不因此而变成财产所有人，如果财产在抵押期满后的拍卖中被出售，那么抵押人（mortgagor）就有权取得出售价中高于（如果有的话）抵押价的那部分数额。

在惩罚和没收定金（forfeiture）之间存在着三方面的差异：（1）执行没收定金无需法律诉讼，它是一种法律制度实施成本较低的救济。

（2）没收定金制约的一方当事人通常是付款人，与履约方相比，付款方一般不大可能作出非故意的违约。（为什么具有这种相关性呢？）

（3）由于没收定金受限于被没收定金方当事人已缴纳的款项，所以它不可能对他有毁灭性的影响。第二、三点表明，没收定金不太可能是诈欺和胁迫的法律后果，诈欺和胁迫的法律后果更可能是惩罚。

这些差异可以解释法律为什么更偏好没收定金而非惩罚，但却无法解释对前者的绝对禁止或反对后者的倾向（参见4. 13）。一种可能的解释是由于没收定金和惩罚（特别是后者）增加了违约所造成的破产风险，它们增加了破产的数量从而也增加了破产的总成本（资源成本，不仅是金钱转让）。而且有些成本对当事人来说是外在的，对此我们将在第14章中讨论破产时认识到。这里还有一种反对惩罚和没收定金条款的相关的

宏观经济学理由：假如它们普遍化了，将会增加商业周期的幅度（amplitude of the business cycle），因为在萧条和衰退期，破产数量会更大。

法律是否应以当事人比法院更清楚损害赔偿这一理论而要求每一契约都包含预定损害赔偿条款呢？这是不应该的。在损害发生时估算损害赔偿的成本可能要比早得多的契约签订时估算损害赔偿的成本低。并且在强制预定损害赔偿条款的情况下，不只是那一小部分违约和提起诉讼的契约而是每一个契约都会负担成本。

#### 4.11 强制履行令

当法院发布强制履行令

（specific performance），它就命令违约一方当事人履行契约，如果当事人不依此办理将要以藐视法庭罪予以处罚。它在逻辑上看并非是英美法中的一种违约救济。像前面摘录的霍姆斯法官表示的意见（dictum）那样，受约人将不得不由此而应支付损害赔偿。但对那些由于对违约者的履约缺少适当市场替代而造成损害赔偿难以计算的情况则是一种例外。这一例外已压制了房地产买卖契约案中的损害赔偿规则，而且好像真是这样。

假设我已订立了买房契约，而卖方违约了。由于我可能将这房屋的价值看得比市场价值高得

多（像我们在3.5中所见），损害赔偿的估计可能会是非常困难的。在这样的情况下，免除对买方的损害赔偿就可能导致违约成本的全面低估，因为法院必然会由市场价格所引导并怀疑买方提出的房屋对他有更高价值这一权利主张。

虽然这一问题可以通过发布强制履行令而得以解决，但却产生了另一个经济学问题。卖方违约这一事实也许表明还存在着另一种比向我履行出售义务更能增加价值的交易。如果真是如此，那么我们就要鼓励违约。发布强制履行令的结果并非是实变性的，因为卖方总能用向我付钱的办法要求我放弃强制履行权，而且如果另一替代交易能产生更高价格的话，那么这种情况据推测是可能发生的。但要求卖方进行另外的协商就会对他产生额外的交易成本。这在实际不可能

（physical impossibility）的情况下尤为明显，因为在那里要约人是不可能风险（risk of

impossibility）的保险人，这样免除履约就是不正当的。假设受约人可能取得要求要约人依契约完成履约的判决。虽然要约人可以支付代价而要求受约人撤销指令（如果不遵守指令就会受到处罚，而且有时是相当严厉的），但其支付数额与因要约人不履约而造成的受约人承受成本却很少或没有关系。实际上，由于强制令可以要求要约人可能承受遵守契约的无限成本（在真正的实

际不可能情况下是无限的），要约人就可能依据拒绝强制令的成本而不得不将自己的全部财产让与受约人以免除他的责任，即使不履约只对受约人造成轻微的损失也会产生这样的情况。事实上，要约人不可能对此支付太多，因为他的财富和拒绝强制令的成本越少只会使契约当事人之间发生的讨价还价限度更高（其较低限度会是什么？）。但这也只意味着，在这种情况下，适用强制性救济会产生双边垄断，正如3. 9中讨论的布默案那样而这正是高交易成本的根源之一。虽然这在机会主义违约（违约人完成履约不仅是可能的，而且甚至是经济的）中是不成为问题的，但在这种情况下的强制履行也是没有必要的，恢复原状的损害赔偿就足够了，并且它较少需要法院监督。

这一讨论为偏好损害赔偿救济而非强制履行提出了另一个理由。对法院来说，损害赔偿救济是一次性处理。法院进行判决，如果被告拒绝自愿履行判决，那么行政司法长官（sheriff）就可以当场拍卖被告的部分财产。而强制履行令像其他衡平法救济措施一样，在履行前法院一直要将其置于执行过程之中，所以如果有必要，它就可以对原告关于被告没有善意履约的争辩作出反应。由于法院系统的成本不是全部由当事人负担的（我们将在适当时候认识到），所以强制履行

成本在某种程度上是由契约当事人将之外在化了。

#### 4. 12自助——契约要件

在许多情形下，对违约的最有效救济并未涉及法律诉讼或者甚至未涉及诉讼威胁。假设一消费者以分期付款买一辆汽车并已占有了它，但却没有履行支付允诺。汽车商可能会决定不以诉讼来达成进货价格的平衡。虽然小额赔偿法庭

（smallclaimcourt，要注意的是，卖方比买方更经常使用它）接收了大量契约小额赔偿请求，但拖欠的款项可能还难以保证诉讼成本的支付。相反，汽车商可能收回汽车将之出售并在减去了销售成本和依契约汽车商的应得额后将销售收益移交买方。如果汽车商被允许保留全部的收益，那这就是没收了，而这已是不再被允许的了。

这与商人是否将汽车重新零售或批发有关吗？看起来好像是有关，因为零售价比批发价高，所以为了买方的利益，应该要求汽车商将它零售。但是，法律并没有作出这样的规定，并且这是正确的。如果假设零售和批发都是竞争而非垄断产业（而且事实上是这样），那么一种货物的零售和批发价都应等同于销售货物的成本。只是因为零售成本比批发成本大，所以零售价格要比批发价格高。销售货物所有者的净收益将是一样的。

收回权（right of

repossession）可以以要件语言得到重述，正

如下面所表明的，它是契约法中的一个重要原则。买方强制卖方通过向他供应汽车而履约的权利是以买方要向卖方支付汽车的全部价金为条件的。如果买方部分违约，那么卖方就有权取消履约从而就能收回（retake）其汽车。假设买方在汽车交货时就已违约，那么，卖方就可能援引要件原则（doctrine of conditions）为理由而拒绝交货。但他可以保留买方按买卖合同已交付给他的那一部分价金吗？这是不允许的。支付的价金可能会大大地超过因违约造成的卖方损失。卖方将不得不用已付价金的一部分补偿其损害而将超额部分交还买方。否则，自助可能是一种极为严厉的违约救济，一种类似于明确惩罚、可能阻止有效率的违约的救济。然而，买方自助是一种普通和在正常情况下没有问题的救济手段。B从A处定购了零件，但它们到货时B才检验发现其瑕疵并将它们退回。无论从社会和个人角度来看，这都是一种成本要比由B保留零件后再为损害赔偿而对A提起诉讼的成本更低的救济措施，甚至与为A考虑而将它们出售相比也是如此，因为我们完全可以推测到A比B更知道如何处理这些瑕疵零件（修理、废弃或将它们作为“次货”出售给其他人等）。

如果B在很长时间之后才进行检验并发现产品的瑕疵，那么他就可能被看作已接收了这些货物，并由此而不得不向A支付价金。这看起来可能是一个没有意义的规定，因为法律允许B在接收的条件下对A在保证不供应瑕疵产品方面的违约提起诉讼。B退回货物拖延的时间越长，货物贬值就越严重，换言之，买方自助救济对卖方的成本就越高。货物买卖中成为一种低成本救济手段的呢？

让我们换一个例证，如果你为一所房屋建筑而订立了契约，当建筑者将完成的房屋交予你的那天，你发现房屋没有完全符合契约中的具体规定。虽然你还没有支付该房屋的任何价金，但你应该被允许拒绝偿付这笔价金吗？

问题的关键是你的自助对建筑者的成本与如果你起诉时你有权取得的损害赔偿之间的关系。假设由于房屋是依你特定爱好而特地设计的而使其转卖价值会很低，如果你被允许放弃契约，那么建筑者就将遭受50万美元的损失，而你如果起诉时可能得到的轻微违约损害赔偿最多只可能为1,000美元。在这种情况下，自助救济就不是一种有效率的救济措施。由此，我们预示（并发现）法律没有允许受约人因为要约人的轻微违约而免除其自己的履约。法律默示性地将受约人对要约人自助的成本和受约人的损害赔偿进行了比

较，并拒绝在前者成本实质上超过后者的时候采用自助。因而，我们希望自助应被允许在可替代货物情况下比在定制货物情况下得到更为经常的运用。

#### 4. 13 默示契约

一位医生碰巧在街上遇到了一个不省人事躺在地上陌生人，医生对他进行了治疗，而后要求收费。他有这种法律请求权吗？法律的回答是肯定的。早些时候的法律术语曾谈及医生和需要医疗援助的陌生人之间的默示契约

（implied contract）。这一思想曾被作为一种空想而加以攻击，而且现代学者们也偏向于将不当得利原则（principle of unjust enrichment）作为判定医生这一法律权利的基础。这种说法有点道德意义。事实上，这类案件用经济学能得到更好的解释。默示契约这一概念对法律的经济学研究方法而言是一个很有用的简略词，因为那种研究表明，在明示契约（express contract）和现在依不当得利原则所处理的问题之间存在着很大的连续性。

在医生例证中，自愿交易的成本可能极高而阻碍交易。在那种情况下，高交易成本的原因是无能力，而在其他情况下也可能是时间问题（例如陌生人是清醒的，但却由于大量失血而没有时间对成交条件进行讨论）。在这样的情况下，法



律应该考虑，如果交易成本不太高，那么当事人是否可能已经达成协议；如果这样，那么其协议条件（大概）是什么呢？如果一个法院能理智地确信会已存在交易并知道什么肯定是其必要条款（医生尽其最大努力，而病人对已作出的那种治疗向医生支付价金），那就没必要着急在事后由双方当事人签订契约了。

被告是否能证明他自己是一名基督教科学派成员，以及如果被告当时神智清醒，他将不会与该医生订立契约，这有何不同之处吗？这应该没有多大不同，除非在其他案件里，医生医治不省人事的人应得到报酬，以补偿他们面临的神智不清的人可能真的不需要（由此而不要求缴费）其服务的风险。

但现在让我们假设，一个人站在我的窗下演奏优美的小提琴乐曲，他在奏完后就来敲我的门而向我收取他演奏的报酬。虽然我欣赏了他的音乐，但我还是拒绝为之支付任何费用。法院将拒绝小提琴演奏者的收费请求，不论这种收费可能显得多么有理由。法院的理由是，虽然小提琴演奏者使我受益（并且他没有无偿服务的目的），但他的做法是过于殷勤了。如果用经济学术语表达这一法律术语，这就是指他在自愿交易成本可能是很低的情况下向我提供了一种我所不指望的享受。在这样的情况下，法律坚持认为应遵守自

愿原则，而这样做是有其坚实的经济学基础的。

如果为我的邻居所雇佣的小提琴演奏者由于不注意而错误地在我的窗下演奏，那么问题将会如何呢？如果小提琴演奏者不是在我窗下演奏他的小提琴，而是错误地为我支付了我的抵押分期付款，那么问题又将会如何呢？

## 第五章 家庭法和性管制

家庭制度的核心是婚姻，婚姻关系在本质上基本上是一种契约关系。所以本章就紧接在契约法之后，而婚姻法在性行为和生育行为方面的作用也使性管制的经济分析成为家庭经济分析的扩展。但在本书后面还将讨论强奸、继承（大部分是家庭内的）和性别歧视（一个与家庭分不开的主题）等这一广泛领域内的其他主题。

### 5.1 家庭生产理论

家庭经济分析是建立在这样一种观念基础上的：家庭不仅是社会中的一个消费单位，而且更重要的是一个生产单位。家庭购买的食物、衣服、家具、药品和其他市场商品确实是营养、温暖、感情、孩子和其他形成家庭产出的有形和无形物品的生产的投入。这一生产过程的最重要的投入完全不是市场商品，而是家庭成员的时间，特别是传统家庭中妻子的时间。

对经济学家而言，家庭能作为一种社会机构保持下来表明了它必然具有重要的经济化效能（economizing properties）。这些效能是什么呢？是规模经济（如共用一个厨房）吗？但这些是可以（并且经常是）在婚姻之外取得的，而且往往在任何情况下其收益小于使一个人的兴趣、计划等适应另一个人的兴趣、计划的成本。一个更为重要的因素是家庭促进了劳动分工，结果取得了

来自专业化的收益。在传统家庭中，丈夫专门从事某些市场职业（例如，工程）以赚取能购买用于家庭最终生产投入的市场商品的收入，而妻子则将其时间用于将市场商品（例如，食品）加工成家庭产出（例如，正餐）。通过市场生产的专门化，丈夫将家庭的货币收入最大化并以此购买家庭所需要的市场商品。通过家庭生产的专门化，妻子使她的作为家庭产出的生产投入的时间价值最大化。劳动分工——丈夫在劳动市场从事专职工作而妻子专职从事家务——通过使丈夫和妻子的互补活动的专业化而促进了家庭全部实际收入的最大化。同理，我们预计，一个用一半时间当医生一半时间当律师的人所生产的医疗和法律服务肯定低于与之能力相当的两个分别专职从业者所生产的服务总量的一半。用全部时间从事同样工作的人们总比将其时间分开以从事不相关的工作的人们更容易将工作做好。

但是，将丈夫和妻子用全部时间完成不同的任务看作是他们已分别成为市场和家务生产者，这是当然一种夸张。因为如果他们的作用是完全分离的，那么一个令人疑惑的问题是，为什么组织家庭的制度是婚姻而不是商业合伙。这一难题的答案在于婚姻所生产的主要“商品”——孩子——的性质。虽然许多婚姻是没有孩子的，只有很少一些婚姻自我选择不要孩子；但我们还难以

相信，如果大多数人不要孩子的话，婚姻还会是一种普遍的制度吗？抚养孩子（特别是在他们的早年）需要花费双亲（原来的传统是母亲一方）的大量时间，而且一位忙于抚养孩子的妇女就不会有时间在市场上工作以赚得她补充投入（食品、衣物等）所需的钱。所以，她在家中工作以“换得”丈夫在市场上工作；他“购买”她对他们共同的孩子的照顾。

这一理论绝没有要求市场生产者是男的而家务生产者是女的；但这种传统的功能划分也不是完全武断的，或这一结果也不完全是一种歧视。在本世纪之前，为了被他人合理地确信能生产适量的孩子并将其抚养成成人，一个妇女不得不在其育龄年限内或多或少地不断怀孕和哺育。如果有人市场生产中从事专职工作的话，那也只能是她的丈夫。即使在今天，大量有孩子的妇女也比她们的丈夫花在工作上的时间少，至少当孩子是婴儿时是这样的。这就使妇女较少有时间在市场上从事专职工作。但我们应该看到，对现代妇女而言，通过市场工作而增加她在婚姻中的砝码是很重要的，虽然这会使专业化受到损失（对妇女与丈夫双方都会如此）。

当婚姻可用以比作合伙，而家庭可用以比作小工厂时，在商业组织和家庭组织之间就存在着一些重大的差别。例如，婚后收入的分割就不能

像商业合伙那样依配偶贡献的相对价值而定。一个相关的观点是（你能理解为什么吗？），家庭中的特定工作既不是以等级和官僚方式，也不是以契约方式来指导和监督的。在婚姻中有一种商业企业内控制机制的替代品。经济学家自然不会将这一因素称为“爱”，而只是将之说成是利他主义（altruism）的一种形式。利他主义是一个人的福利是另一个人的福利的正函数

（positive function，即同时增长）的条件。如果H爱W，那么W的幸福、效用或福利（同义词）的增长就将会被H认为是其自己幸福、效用或福利的增长。利他主义促进了合作，是对（正式）缔约的一种便宜而又有效的替代方式。

婚育率的下降和离婚率的上升表示传统家庭正在衰退。我们已经注意到，收益与孩子对父母的价值有关。随着儿童死亡率的下降，拥有许多孩子的价值已经下降。这要求更少的生育以有合理的信心将自己需要的孩子养育成人。这样，孩子的成本增加了。廉价的劳动力节约型家务器械的出现和不需要大量体力或精力的工作的增加，都减少了妇女在市场工作的成本，从而也就增加了由雇主提供的对她们服务的需求。妇女在市场上能赚得的净收入（工资减去劳动成本，这些成本中包括了家庭生产时间的损失）已经大大增加，这就极大地增加了作为一个家庭主妇的机会

成本，因为这一成本是呆在家里所放弃的市场净收入。对妻子时间有着最大需求的家庭商品就是抚养孩子，所以这种时间的机会成本的增加马上会转化成孩子对家庭造成的影子价格的增长。孩子价格的上升可望会减少对孩子的需求量；并且由于抚养孩子不仅是家庭内最重要的活动之一，而且是一项家庭外以可比成本最难实施的行为，所以对孩子需求的下降将会导致——已有证据表明——对婚姻需求的下降。但是，即使妇女的市场净收入没有任何增长，每一家庭的孩子数也会下降，因为儿童死亡率的极大下降会使夫妇只需要较少的孩子就能合理地确信已拥有了所希望拥有的数量一样多的（长成的）孩子。

我们曾将孩子看作一种最终“商品”，但也有可能将之看作一种对其他商品的投入。据经济学家们的认识，孩子可在以下情况下得以生产：

（1）作为性行为的无意识的副产品；（2）作为一种产生收入的投资；（3）作为向父母提供其他服务的一种来源；（4）[只是（3）的一个子集]出于一种保存种姓或使父母的遗传特性、姓名或死后名声永远存在的一种天性或愿望。在一个避孕和堕胎非常方便的时代，（1）已变得相对不重要了（它从来不是非常重要的，除了法律和习惯将性行为限于婚内的情况——无疑是为了鼓励生育，其原因将在本章的结尾探究）。

(2) 在我们社会中曾经是很重要的（正像在现在还非常贫穷的社会一样）。因为依普通法，父母在孩子成年之前拥有其市场收入并有权在年老时从孩子处取得赡养费。宣告儿童劳动为非法和公共、私人养老金计划的普遍化已使(2)变得无效，并推动人们寻求父母可能从孩子处得到较为无形的服务（例如，尊敬）。(3)和(4)可能是在现代社会想要孩子的最有说服力的解释。喜欢孩子是(3)的子集：我们从孩子的存在所得到的快乐是“消费”他们向我们提供的无形“服务”的结果。

## 5. 2婚姻的成立和解除

商业合伙是一种自愿的契约性联合，在某种意义上，婚姻也是如此。甚至（在另一方面）在集权主义国家（totalitarianstate）里，婚姻的选择自由也能得到尊重。“婚姻市场

（marriagemarket）”对个人依之寻求婚姻伙伴以建立生产性家庭的煞费苦心的过程而言，是一种恰当的比喻。市场是理性的。例如，名声显赫的男人总想找一位名声显赫的女人；用农业作类比可以为此提供经济上的道理。假设有两个农场，其中一个农场的土壤肥力相当于另一个农场的两倍。无论将化肥用于哪一个农场，都能使收成增加一倍，但现有的化肥只够一个农场使用。是依据较贫脊的土地需要更多的化肥这一理论而将这



些化肥用于这类农场呢？还是应该将它在两个农场进行平分呢（平分化肥将使农场的产量各增长百分之五十），或是应该将化肥全部用于土壤较为肥沃的那一农场呢？答案只能是后者。假设土壤较为肥沃的那一农场的产量（在施用化肥之前）是2，而另一农场的产量为1。如果将化肥全部用于土壤贫脊的农场，那么两个农场的总产量就是4，即 $[(2 + (1 \times 2))]$ ；如果将化肥分别用于两个农场，那么总产量就是4又1/2，即 $(3 + 1 \text{ 又 } 1/2)$ ；而如果将化肥全部用于土壤肥沃的农场，那么总产量就是5，即 $(4 + 1)$ ，如果我们考虑一下稍近似于家庭的情况就会发现，有着最佳合伙人的律师事务所总想雇佣最佳的职员为它们工作；拥有最佳学生的法学院总有最佳的教师；兴旺市场中的企业总比处于衰落市场的企业拥有更好的总经理。而且，如果我们假定配偶的实际质量像在农场、律师事务所、法学院和公司中一样是一种乘法关系而不仅仅是一种加法关系，那么婚姻（好像在大体上）也应该是这样的。

与婚姻有适当的相似之处的可能不是以上这些而是不同商品的国际贸易（比如，以小麦换飞机等，在此并不假设以最好的一种东西换最好的另一种东西，次好的一种东西换次好的另一种东西等）吗？这些东西并不像我们第一个例子中的

土地和肥料那样是一起使用的，所以，潜在的倍增效应（这在婚姻例子中包括了更聪明或漂亮的孩子的生产）就不存在了。而且，除了父母质量的潜在倍增效应（Potential multiplicative effect）外，这还存在另外一种两个人“正相配（Positive assortative）”婚姻的理由：在家庭内减少摩擦，从而降低交易成本。

除了婚姻和商业合伙之间的经济相似性之外，婚姻关系——或至少在无过错离婚（后面讨论）产生之前——不是一种自由市场原则的纯粹例子。三方面的具体特征使婚姻法和契约法区分开来。初看起来它们好像与上一章的观点相左并在相互之间也是不相容的。

第一，当事人并没有自由设定契约期限或通过双方同意而自由解除契约；期限是寿命，（传统法律中的）解除原因很像大学中的任期契约（tenure contract）解除原因。

第二，尽管婚姻契约是一种长期契约，但其违约制裁要比一般契约的违约制裁更为严厉。如果丈夫抛弃妻子（或反之），那他不仅必须要继续扶养其妻子（这是对必须支付损害赔偿的类推），而且还不能与任何其他人结婚，除非她同意离婚；这好像是一个违约者可能被禁止在他余生之内缔结另一契约以替代他违反的契约。

第三，尽管他们的关系具有封闭性，但如果

配偶在婚姻期间有争议，法院一般不会干预其争端的解决；而配偶双方将不得不努力自行解决。

婚姻法好像是一个古怪的侵入性

（intrusiveness，鉴于契约期限和对违约的制裁）和不干涉性（hands-off-ness）的混合物。所有这些都应作如何解释呢？是否可能与我们看到的在普通法其他领域内起作用的效率原则相协调呢？答案可能在于这样一个事实：婚姻“契约”影响到没有同意的第三方——婚姻双方的子女。当然，即使在一个经双方同意才能离婚的制度下，爱孩子的父母在决定是否要离婚时总将考虑到离婚对孩子所造成的成本。但除非他们对孩子有着极大的利他主义精神，否则对孩子造成的成本就不可能完全被其父母内在化。从而，即使在所有总成本高于总收益的情况下也会决定离婚，何况确实不是所有的父母都爱他们的孩子。但是，不允许离婚而使父母无法摆脱不幸的婚姻，这也会使孩子陷入苦难。不过这忽视了这一事实：即禁止离婚首先会鼓励人们更认真地寻求婚姻伙伴。错误的成本越高，犯错误的可能性就越小；而禁止离婚（或很难离婚）制度下的择偶错误成本将高于允许离婚制度下的择偶错误成本。一个相关的观点是，寻求时间越长，配偶的平均年龄就越大；而越成熟，就越有经验而不可能像年轻人那样犯错误。所以，增加离婚的难度或使之不可能

离婚则有可能促进幸福的婚姻！而且，如果人们知道他们被领入一种关系，他们就会设法消除他们间的不和，这样就减少了用司法手段解决争议的必要性。

当然，这不是一种完善的分析。由不准离婚（或很难离婚）规则所促成的长时间婚姻寻求在防止不当婚配方面也不是无成本和（由于我们在对一个长期契约进行交易）全面有效的。配偶可能会在其有生之年以他们无法预见和其继续的婚姻的收益低于其成本的方式发生变化。所以，这一分析并没有证明应使离婚变得困难。但是，这可能解释了为什么法律不愿（与契约法的相应规则不符）将诈欺看作是宣告婚姻为无效的理由，除非是一种性诈欺（典型的是丈夫在结婚前没有将其阳痿病情告知其妻子）。在一种离婚很困难的制度中，未来的婚姻伙伴（或其父母或其他中间人）要对大多数有希望的候选人的品质进行仔细的调查，从而产生了漫长的求婚时间的传统。这为每一个有希望成为配偶的人提供了一种发现诈欺的机会，而正是这种诈欺使人们能竭力在个人关系上标榜自己为有着较好素质而成为一个更合适的人选。但事实并非如此。契约前的寻求工作越多，法律救济的必要性就越小。但是，性诈欺是婚姻契约的关键，而且解除无子女婚姻的社会成本是最低的。

一种绝对禁止离婚的制度可能会由于过于注意孩子的利益而将配偶置于极度不幸的境地。不过，可以认为，直到19世纪英国普通法还拒绝以任何理由准许离婚，这在实际上比允许有因离婚（divorce for

cause）更有效地保护了较弱一方配偶（总是妻子）。在一个允许有因离婚的制度下，想“逃离”婚姻的丈夫就会设法虐待其妻子，以使她提出离婚诉讼，这是以下述情况为假设条件的：离婚后或诉讼期的扶养费或其他救济仍不会将虐待的全部成本加于他身上，就像在一个诉讼速度很慢、成本很高、胜败很不确定的制度下经常会出现的那样。但如果救济困难可以被克服，那么允许有因离婚就具有经济理由，因为它至少能使离婚对孩子产生的成本与对保持原来婚姻状况而严重受虐待的配偶产生的成本作一粗略的比较。而且，除了一个不完全但却有意义的例外（通奸），离婚的传统理由好像已被限于丈夫的不端行为可能对孩子和妻子造成伤害的情况：精神病、极端虐待和犯罪。

至于通奸，人们注意到，常常是妻子的单方面通奸行为构成了离婚的理由，而丈夫为了使妻子有权提出离婚而成为一个习惯性通奸者。这一规则的经济解释是，妻子的通奸对丈夫造成的成本要比丈夫的通奸对妻子造成的成本大，即使通

奸的纯粹感情成本——当他或她发现通奸时由于名誉受损的配偶的耻辱和暴怒——对配偶双方都是一样的（但真是这样吗？）。如果妻子有通奸行为，那么她就会怀孕，而这孩子并不是她丈夫的，而且由于妇女的怀孕能力是明显有限的，所以如果丈夫想要他自己血缘的孩子，那么他的婚姻收益就明显地受到了损失。但丈夫的通奸不会减少妻子所怀孕的孩子数量，也不会减少他给予每个孩子的供养，所以妻子的婚姻收益不会受损，至少就孩子而言是这样的。但是，如果丈夫是一个习惯通奸者，那么他就可能对其妻子和（合法）孩子的需求过于不关心，从而将对其妻子产生成本，这成本相当于妻子的单独通奸对丈夫产生的成本。

然而，承认以任何理由离婚的问题是，它侵蚀了用以反对自愿解除婚姻而保护婚生子女的原则。一项解除婚姻的协议涉及的不仅是两个人；虽然存在双边垄断问题，但交易成本并不会过高。而且一旦双方当事人已就相互同意的条款达成协议，他们就只需要制造为离婚提供法律基础的违约证据就能达到规避禁止协议离婚

（consensual divorce）的法律这一目的。证据的制造并不是无成本的，所以严格的离婚法律将会通过增加解除婚约成本而维持一些婚姻。如果社会比现在更有决心保持婚姻，那么它至少会防止当

事人控制证据；它就只会在公诉人或其他第三人证明存在婚姻违约的情况下才允许离婚。“过错（fault）”制度相当于将实施惩罚这种“无受害人（victimless）”犯罪的法律看作是一种贿赂，并好像在向受贿官员和毒品购买者进行兜售。并且随着婚姻收益的下降，对离婚的压力就上升了。这就使反对协议离婚这种政策的实施成本不断上升，从而为更自由的离婚法律提供了另一个理由。

### 5. 3婚姻解除的后果

当协议合伙被解除时，合伙财产就必须在合伙人之间进行分配。如果撇开过错问题，那么婚姻也是这样。但在分割婚姻存续期间家庭获得的财产时却是有困难的。如果妻子很少有市场收入，那么家庭的全部或大部分有形财产都将用丈夫的钱购置。但他的收入能力可能在很大程度上应归功于他妻子的努力，她可能在他是一个法学院或医学院学生时就支持他，而自己却放弃了通过高级培训从而提高其收入能力的机会。由于资助他受教育，她自己在承受了机会成本的同时却提高了他的收入能力，所以她有权像任何债权人一样取得补偿。法院理解这一点，并在财产分割时依此作出裁决——但我们现在要讨论的是更困难的情况。夫妻双方在其男方完成了职业培训后才结婚。妻子专门从事家庭生产，婚姻存续期间所有

的有形财产又全是由丈夫购置的。然而，将所有的财产归因于丈夫的生产性活动却是非常错误的。妻子的非货币贡献的价值可能等于或超过丈夫贡献的价值，而且这种价值永远不可能是微不足道的。如果丈夫不得不将大量时间用于家庭生产，那么他的市场收入就会减少，从而也使他积聚的财产下降。由此，可以说，有些财产是由妻子用其家务劳动购置的。虽然夫妻共同财产规则（the rule in community

property）规定在解除婚姻时应将婚姻存续期间积聚财产的50%归于妻子是武断的——这里不存在婚姻（或律师事务所）的合伙人的生产能力是相等的假设——而且也可能是过于慷慨的，但由于决定配偶对家庭财富所作出的相对贡献所需要的成本和将他们的经济收入比率作为其相对贡献替代品的明显不恰当性，也许使这一规则很难得到改进。

除了规定婚姻财产的分割外，离婚裁决可能还要求丈夫向其妻子支付（1）她再婚前定期定量的（抚养费）和（2）抚养婚生子女的一部分成本（子女抚养费），他通常会拥有对子女的监护权。抚养费（alimony）的分析是非常复杂的。它表现出三项独特的经济功能：

1. 它是对违反婚姻契约的一种损害赔偿。但是，如果损害赔偿只限于抚养费，那么人们就



希望它像其他损害赔偿那样一次付清，以使司法监督的成本最小化；而且永远不应该将它付给有过错的配偶一方，就像损害赔偿的惯常情况一样。

2. 扶养费是一种向妻子（在传统婚姻中）偿付其婚姻合伙财产份额的方式。通常而言，妻子通过其家务劳动或市场劳动——如我们例子中丈夫当研究生时妻子对他的资助——对主要财产作出的贡献就是丈夫收入能力的形成。由于这是一种很难用以借钱的财产（为什么？），丈夫也许不可能筹集钱款以用一次付清形式从妻子处买回她依其贡献所正当主张的财产；为此，他必须依财产产生的收入流量而逐渐向她支付。但这也不是对扶养费的一种完满解释，因为如果妻子再婚时法律也不会终止其扶养费。

3. 扶养费的最后并且也许是最重要的经济功能是向妻子提供一种离职金（severance pay）或失业补助（unemployment benefits）。在传统的家庭中，妻子只从事家庭生产，而她可能具备的市场生产技能却因此而下降了，以致原来的就业可能性——万一现在解除婚姻——萎缩到了只有希望再婚和形成新的家庭后才可能在那里努力从事她的家务劳动。虽然她总可以在市场上找到一些工作，但被迫当侍女和文书的熟练家庭生产者就像一个找不到法律工作可干而成为一名传票送

达员的律师一样。

由于寻找一位合适的配偶往往需要很长的时间，又由于年龄的增长可能会（尤其对妇女而言）降低一个人组成可能给她带来比过去的婚姻更多实际收入的新婚姻，所以以下主张是有道理的：在婚姻契约中规定一项标准条款，其内容是，为了使离婚妇女在寻找新丈夫期间维持其原有的生活水平，应当由其丈夫向她支付一笔离职金或失业补偿金。考虑一下它与法律业务的类似之处。由于一名律师同意为一家专门从事油轮抵押谈判的律师事务所工作，他可能会在最后被解职时很难为自己找到一份报酬相当的工作（为什么？）。但这也许更有理由说明他为什么要求——作为服务于那一律师事务所的条件——它同意，如果它解雇他，就得在他找到合适工作之前继续向他支付薪金，即使寻找工作的时间会很长、甚至拖延。

家庭妇女和律师这两种情况中，一个可供选择的解决方法是，用更高的薪金补偿万一解雇而造成的长时间失业风险。但在婚姻情况中，丈夫可能无法向其妻子作出必要的转移性支付，特别是在婚姻的最初几年，因为那时家庭还不可能有大量的流动资产。而且，预先计算难以定量的离婚风险合理补偿与预先计算离婚一样是成本很高的，特别是由于相关几率事实上是每年中离婚的

几率表。当然，这是依阶段预付扶养费的一种理由，尽管判决的理由是损害赔偿。

正像不论雇主在解雇工作人员时是否有过错都应给予离职金一样——事实上，通常也不论雇员是自动退职还是被开除——扶养费也被看作离职金的一种形式，它并不依赖于过错概念。但正像一个雇员可能由于违反其雇佣契约退职而放弃取得离职金的权利一样，如果妻子在造成婚姻解除方面犯有严重过错，那么扶养金也应被拒绝或减少支付（有时是这样的）。进一步而言，如果妻子的婚姻财产份额不足以支付她离婚遗弃她丈夫对家庭所引起的损害时，就可以从扶养费中扣除。

扶养费作为所得，应向妻子征税，这与离职金的征税方法是一样的，但它与失业保险或其他附加福利的征税方法不同，而且它与损害赔偿的征税方法也不同（参见17.8）。

#### 5.4对孩子的法律保护

在考虑国家对孩子的适当作用时，我们可以先从与经济分析相适应的假设开始：国家总试图使其全体公民的福利总量（the aggregate welfare）最大化，其中包括孩子。为了实现他们作为成年人时的潜能——用经济学术语说，为了取得其高水平的终身效用——需要对孩子进行大量的投资，其中既包括双亲的时间又包括市场投入（食

物、衣物、学费等）。由于在任何投资决策中都要考虑成本和收益，所以对于一个具体孩子的最佳投资是它能使孩子、父母和其他家庭成员的联合福利最大化。最佳投资水平因孩子的颖悟和父母的财富等因素而在各家庭之间存有差异。它也主要取决于父母在多大程度上爱他；爱他的程度越高，投资的最佳水平也就越高，因为由此父母就会很少甚至没有感觉到投资的成本（你能明白为什么吗？）。正如将其收入的大部分用于住房的人们的生活状况不会比将同样收入的较小部分用于住房的人们的生活状况差一样，为其孩子作出极大“牺牲”的父母的生活状况并不会比为其孩子作出很少或不作出贡献的父母（收入相同）的生活状况差。

即使当父母非常爱其子女时也存在着对子女投资不足的危险；这就是对义务公共教育的部分解释。假设一个儿童出生在一个父母非常贫穷的家庭。如果有适当的衣、食、住和教育条件，那孩子有着很大的潜在收益能力，但其父母没有能力向他提供这些东西。如果那孩子或其父母能依其未来的收益能力借钱，那倒也没关系。但依具有很高不确定性的未来收入流量借款的成本，和依某人收益能力附属担保一笔债务的困难性（假设宪法禁止自愿为奴，当他违约时你无法使之成为你的奴隶），使这样的借贷成为一种资助一个

有希望的儿童行不通的方法。

这一问题再加上有些父母不太爱或索性不爱他们的孩子和对孩子的普遍利他主义的存在（即不仅爱他自己的孩子）这些事实，可能可以解释为什么法律对父母规定了关心和资助孩子（包括教育）的义务。除了义务教育法，童工法和向穷人的孩子提供免费的公共教育都是对儿童人力资本投入不足这一问题的其他一些社会反应。但这并没有解释为什么富人的孩子也有权享受免费的公共教育。对这种补贴的一种理由是，受教育的人是外在收益的资源。他们降低了交流成本，生产了有益但却无法为他们自己全部占有的思想。例如，专利法就不允许发明者获取其发明的全部社会收益（解释为什么），所以他和他的家庭就会对其人力资本投资不足。当然，即使对教育补贴有适当的理由，这些理由依然不是其原因所在。提供免费公共教育和出勤率的要求还有益于教师和否则将不得不与孩子和青少年竞争的工人。

禁止父母失职的法律所存在的一个严重的实际问题是，如果罚金和监禁的威胁不能阻止父母不管孩子，那么对孩子怎么办？法律的回答是将无人照管的孩子交给养父母或将之送到照顾孤儿的家庭。这两种方法都不会令人满意，因为要监督监护人的履行情况是很困难的。国家可以向养

父母支付足够的资助使他们能在关心和培养孩子方面进行最佳的投资，但谁会知道他们是否已作出这样的投资呢？国家不可能信赖养父母：因为他们对孩子的终年收入没有财产权，所以他们也不会作出能使这些收入最大化的投资。

解决无人照管和被抛弃的孩子问题的另一种方法当然是允许父母（或母亲，如果没有找到父亲或父亲对此不关心）将孩子送给他人收养，而且最好应该在无人照管开始之前就如此做。收养能将孩子从不想对其培养进行最佳投资的监护人处转到很愿意对其培养进行最佳投资的人那里。但避孕的普遍有效以及不能怀孕的妇女羞耻心理的下降（你能想出其经济原因吗？）和宪法收养权的创设已减少了收养儿童的供给量，因为大量这样的孩子是作为性交的非故意副产品而生产的。最近生育医疗的进展（也许在部分原因上为收养婴儿供应量的下降所推动）已减少或至少控制了收养婴儿的需求量，但需求仍然很高，并在很大程度上高于供给。从收养机构取得一名婴儿的等候期已延长到几年，有时甚至连收养机构也没有婴儿。如果商品是电话而不是婴儿，那么婴儿短缺也会被看作是市场失灵（market failure）的一个极端例子。

事实上，这种短缺好像是政府管制（government regulation）的产物，特别是在法律

禁止婴儿买卖的国家。这一事实表明了建立婴儿市场的可能性：许多人能怀孕但不想抚养孩子，而另外有些人不能生产自己的孩子但却想抚养孩子；生身父母的生产成本远远低于许多无子女人喜欢孩子的价值。而且在事实上存在着一个婴儿黑市，每个婴儿的普通价格高达2.5万美元。其必然的秘密运行方式对市场参预者产生了很高的信息成本（information cost），也对经纪人（典型的是律师和产科医生）产生了很高的预期制裁成本（expected Punishment cost）。其结果是它的价格比可能的合法市场中的高，它的销量比可能的合法市场中的小。

如图5.1所示， $p_0$ 是自由市场上的婴儿市价， $q_0$ 是自由市场的婴儿数量，而政府管制将最高价定在 $P_r$ ，远远低于 $P_0$ （在此没有将 $P_r$ 标为零，这一方面是由于收养机构和其他合法供应者确实向养父母收费，另一方面是由于抚养孩子的成本是很高的）。最高限价的结果是使供给量减至 $q_{rs}$ ，从而产生了 $(q_{rd} - q_{rs})$ 的超额需求。黑市也由此而出现了，但这种市场的运行成本要比自由市场高得多（由于制裁成本、信息匮乏和缺乏实施保证），从而使价格上升到 $p_h$ （ $D$ 和 $S_b$ 在此交叉， $S_b$ 是较高的黑市供给曲线），这一价格要比自由市场的价格高。所以与自由市场价格下的 $q_0$ 相比，它只供给 $q_b$ 数量的婴儿。

当然，不是所有的婴儿者都是通过黑市收养的，而只有qb—qrs是如此。事实也不完全如此。收养机构——国家许可的私人非营利组织——用排队和各种不同的非市场准则

（nonmarketcriteria，有的具有很大干涉性并在宪法上有问题，如要求养父母与生产父母具有相同的宗教信仰），来将它们控制的供给量不足的婴儿配给他人。但是，对这种机构提出的主要反对意见并不是它们用以配给现存婴儿供给量的准则，而是它们对收养的垄断，因为这使得（假设这是它们的利润函数）供给依然不足。

有许多国家也允许（受制于各种限制）独立收养，在那里，生父母（通常是母亲）可以在不借助收养机构帮助的情况下安排其孩子的收养。这避免了收养机构所规定的有时是不相关的和使人降低身份的准则，但由于不允许母亲出售其孩子，独立收养也并没有创立真正的婴儿市场。但是，安排收养的律师却可在母亲住院费和相应的怀孕成本之上收取一笔服务费，但由于这些收费很难控制，所以实际上它们隐瞒了对婴儿本身的支付。而且如果母亲违约而放弃将孩子为人收养，那么养父母就可能取得一笔以他向她预先支付的分娩费用为标准的损害赔偿。同样，亲属间的无保留婴儿销售也是一种“家庭契约”。在那里，母亲同意将孩子让与一位近亲以换取抚养孩



子足够的补偿。这样的契约在法院认为协议有利于孩子的地方已得到了实施。

经济学家们对黑市的标准反应是，建议取消使之存在的价格管制。将之适用于此的话，就是允许怀孕妇女订立有法律效力的契约将其孩子供他人收养，并不应对契约中的价格作出任何限制。对这种观点的反对意见多半就是对自由市场的反对意见。例如，反对意见认为，没有任何东西可以保证愿意支付最高价格收养孩子的养父母能为之提供一个最合适的家。但我们认为，最看重孩子的父母就有可能给予其最佳的关心，付出大量金钱以取得一个孩子至少能证明购买人有要一个孩子的强烈欲望。对此的回答是，肯支付高价的养父母可能由于不正当的理由而重视孩子：为了性虐待或其他目的。但禁止父母失职和虐待儿童的法律完全可以适用于养父母（当然，正如他们确实受制于现行法律一样）。自然，人们会非常谨慎地识别养父母可能的犯罪倾向——正像现在所做的那样。

但是，用于购买父母权的大额支付可能会耗尽养父母供养其被收养孩子的经济能力吗？或者更现实地说，会减少其对孩子的抚养投资吗？但是，这里假设自由市场会产生高价格。这是一种反对自由市场的独特观点，在此出现是不适当的。市场价格不会超过养父母自己生产孩子而不

是购买父母权对养父母所产生的机会成本（主要是母亲的时间和医疗费用）。因为这是一种竞争价格。养父母的净成本由此会接近于零，除了生父母没有而养父母会有的寻找和确定孩子的一些成本。由于黑市的价格必须要包括卖方违法的预期处罚成本并且禁止使用最有效率的买卖方结合的手段，所以其价格就会很高。

市场方法的反对者们还认为，富人可能会买下所有的孩子，或至少买下所有优秀的孩子。

（回忆一下反对允许出售广播和电视频道的相同观点。）这样的结果可能对孩子是最有利的，但这是不可能实现的。因为有高收入的人们的时间机会成本也高，富人通常比穷人的家庭成员少。允许婴儿销售并不会改变这种境况。而且，富裕而无子女的夫妇对孩子的总需求肯定比孩子的供给小，即使对高质量孩子来说也是这样。在一个经济上积极鼓励人们为了无子女夫妇购买而生产孩子的制度中就会产生这种情况。

实际上，在现行收养法律制度下的穷人比婴儿自由市场中的穷人更糟。现行法律下的大量收养是通过收养机构进行的，它在审查未来养父母时将重点放在申请人的收入和就业状况上。由于经济理由而可能没有达到收养机构标准的人们，在价格较低的自由市场上可能会收养到孩子，就像穷人也能买得到彩色电视机一样。

虽然婴儿收养市场的条件之一是长期超额需求，但不再是婴儿的儿童收养市场的条件之一却是长期供给过度（为什么？）。阻碍收养是基于这样一个事实：养父母会因照顾孤儿成不良少年而得到报酬。但当他们收养养子女时却得不到，所以当确实收养其养子女时就会承受比其他养父母更高的成本，因为放弃收入是一种成本。你能设想出任何克服这一问题的措施吗？（参见16.5。）

## 5. 5代理母亲身份

### 父母权（Parental

right）买卖在所有州都是非法的，但与此密切相关的一种做法（代理母亲身份，surrogatemotherhood）却不是这样。假设H能生育而W不能生育。H和W雇佣了能生育的妇女S，以一个双方同意的价格为他们夫妇怀孕一个孩子。S就用H的精子进行人工授精。当孩子出生时，S依据契约将其父母权交给W。这就是通常所说的代理母亲身份的做法。对于这一问题，存在很大的争议。在M婴儿案中，新泽西州最高法院认为，代理母亲身份契约的实施有悖于该州的公共政策。

法院为这一表明其缺乏经济学知识和需要一本这样的书的结论提出了许多理由。法院说：“一个孩子不是在尽可能的和平和安全之中

开始其生活，而是发现其出生后立即处于父母的竞争争议之中。”但是，这种争议是法律不确定性的产物。一旦这种代理契约的可实施性确定了，代理母亲就不会有理由对契约提出争议了。法院认为，“这种代理契约的全部目的和效果就是通过取消母亲的权利而将孩子的专有权授予父亲。”这里有一个明显的观点被忽视了，即没有契约就没有孩子。这与签订契约时就有一个孩子，而契约要求母亲放弃其权利的情况是不同的。契约的目的不是为了使母亲的权利灭失，而是引导一个妇女为了另一个妇女而成为母亲。法院并没有理解契约的生产功能。它错误地认为，契约只是对已完成的事实的结果作了重新安排，正如法院看待婴儿M的出生那样。

法院还认为：“在代理关系中，出价最高的人将可能成为收养父母，而不论其是否合适。”这只是表示了一种固定的供应（如凡高的画）被拍卖的情形。但是，供应并不是固定的，合格的代理母亲候选人之间的竞争将这种代理处于不育夫妇可以容易得到的状况，从而可以使价格下降到成本的水平。法院担心的是“支付了最高价格而又不适合的养父母。”但由于富人总是在收养管制制度排队的前列，代理母亲身份将改善经济力量有限的不育夫妇的境遇。“对孩子的需求很大而其供应却很小。避孕、堕胎的方便和

单身母亲们领养孩子的愿望的增强，会产生供收养婴儿的短缺。这种情况给中间商进入带来了成熟的机会，他们可以用钱增加供应而使市场得到一些均衡。”这是很明确的。但这并不是赞成（或不反对）中间商。一个为供求不平衡做了一些事的人会因其经济动机而受到法院的追究。“没有钱，就不使代理存在下去……这一结论将会与收养形成鲜明的对比；因为很明显的原因，尽管不允许付钱，但收养仍有稳定的供应（虽然不足）。”“虽然不足”是法院不理解市场制度的表现。供应不足是由于对支付的禁止，而其不是将使不育夫妇转向其他市场，如代理母亲身份。市场失灵存在于收养，而不存在于代理母亲身份。

“我们怀疑，低收入阶层的不育夫妇会找到收入更高的代理母亲。”这是一种妒忌的法哲学。低收入不育夫妇即使如有人所不当假设的那样没有能力支付代理母亲契约的价款，也不会为限制选择高收入不育夫妇的政策所帮助。“简言之，这里存在一些社会更看重的价值，它们高于给付任何可购买的财产，而这些东西就是：劳动力、爱或生命。”虽然这样，这些价值是如何通过拒绝实施代理母亲身份契约而实现的呢？法院没有解释这一问题。

## 5. 6 法律与人口

我们已经看到，孩子的生产会产生潜在的外在性，但我们的重点是在孩子质量而非数量，即对特定的孩子进行人力资本的最佳投资而不是最佳数量的孩子。但是，孩子的数量当然可以因其影响人口规模而影响整个社会的福利。在一个高人口密度的国家里，人口的进一步增长会使已经极为严重的拥挤（如公路）和污染（这实际上是拥挤的一种形式，你能明白吗？）问题更为恶化，因为它产生了既不会要新生儿支付又不要其父母支付的加于其他人的成本。相反，在一个人口稀少而受外敌威胁的国家，婴儿生产的增加可能会由于（最后）增强了国家的军事力量而将使国家收益高于孩子和其父母的任何私人收益。而且也许外敌的存在并不是必然的。人口的增长（到达某一点）会促进劳动分工的深化，从而导致成本下降，并会促成对可能的规模经济的更全面利用，从而导致价格下降。其结果将是国民平均财富和国民总财富的增长。

现在富有国家的生育率很低，但由于这些国家还依然拥挤和由于军事技术的提高而不需要大规模的军队，所以很难说低生育率（即使低于替代率）是否将成为人们关注的问题。如果是这样，这一问题将通过减低移民壁垒（这是一种比资助生育更容易的方法）而很容易地得到矫正。资助还需要增加税收，而这又将把更多的妇

女赶出家庭走向市场。（这取决于第17章所讨论的税收形式和其他因素。）

有些亚洲国家非常关注其人口过剩问题，他们试图限制每一个家庭的孩子固定数量，在中国只准生一个孩子。这种方法明显是无效率的，因为各家庭在其生产孩子方面的效率是不同的。生产同样质量的孩子，A家庭生第二个孩子的成本就比B家庭生第一个孩子的成本低。同样的中国人口总增长率（正或负），就可以通过向每一家庭发放生一个孩子的许可并允许其转让而非不允许其转让（现行政策），从而降低成本。

美国现行的人口政策是一项对孩子生产进行资助和制裁相结合的令人困惑（也许是偶然）的混合体。免除由家庭生产产生的非货币收入的所得税就资助了与妇女时间的市场使用有关的孩子生产，当然这与对受扶养者免税一样。这一普通规则会将拥有更多孩子的父亲的私人成本降到社会成本之下；如果父亲再婚并又生了几个孩子，那么离婚裁定所要求支付的子女抚养费就将被减少。从反面插入的一个例子，是相当容易的离婚，它可能会降低人们从事像抚养孩子这样的长期婚姻投资的积极性，由此可能降低生育率。但一项绝对禁止离婚的规定——英国以前的规定，现在爱尔兰的法律仍旧这样规定——可能具有同样的作用，由于它增加了婚前寻觅阶段的最佳长

度而提高了平均婚龄，从而也就减少了孩子产量。

### 5. 7 为什么要实施性管制？

特别是在基督教和穆斯林社会，国家不仅承担了管制婚姻的责任，而且承担了直接管制（或试图管制）性行为的责任——即使这种性行为是有行为能力的成年人之间双方同意的。例如，美国的许多州依然将未婚男女（或一方为未婚）间的性行为（forrification）、通奸和同性性交认定为犯罪（虽然这些法律很少实施）；除内华达州的一些县外，美国所有的地方都将卖淫认定为犯罪；销售赤裸裸的黄色作品在名义上也是非法的。

这些禁止性规定在经济学上有道理吗？或者，它们是对契约自由的不正当干预吗？答案主要取决于这些被管制活动是否对第三人产生了成本。有些被管制行为确实如此。通奸对通奸人的配偶产生了成本。未婚男女间的性行为可能会因抛弃孩子或不关心孩子而产生社会成本，而两个其关系开始时是童男和处女的人之间的任何形式的非固定一对一性交都可能产生传播性病的危险，而爱滋病已使我们全都非常强烈地意识到通过性行为传播的传染病的危险性。然而，这看起来很奇怪，性病的外在因素要比非性行为的传染病的外在因素小。性病是因自愿接触而传播的。



这（对经济学家而言）意味着，一个人应为其承担得病风险而得到赔偿（如何？），而且由此性病的数量可能比通常空气传播的、水传播的或昆虫传播的传染病的数量更接近于最适度状态。更接近于，但并不意味着达到最适度状态。

意外生育是卖淫很小的风险，而且对同性性交更不可能产生风险，但性病却是这些行为很大的风险，虽然这一观点对经济政策的真实作用

（由于刚提及的原因）是不确定的。在两性性行为及男人光顾（女）娼妓的情况下，可能会对其配偶产生成本；但这只是可能，有争议的是：如果一个已婚男人没有上述这些发泄感情的方式，这一男人就更可能以对婚姻更有威胁的方式（例如，可能会导致离婚和复婚的长期私通）寻求性行为多样化。以经济学观点来看，卖淫可能是婚姻性行为的替代和补充；而同样，黄色作品可能是强奸的替代和补充——当黄色作品使手淫更舒适而替代性交时就可能是前一种情况，而当黄色作品可刺激性交欲望时就可能是后一种情况。当然，强奸是性交的一种形式。

假设社会要想降低性病的发病量，它应该努力禁止男女乱交、异性性交或同性性交吗？控制私下进行的无受害人（在双方同意的意义上）犯罪的成本是巨大的。除了直接成本外，它还包括将之界定为犯罪所产生的、对进行医疗检查、寻

求医治、研究合作、防止方法学习等起抑制作用的行为，而所有以上的方法对控制传播病都是很重要的。需要注意的是，禁止同性婚姻会增加单配偶同性关系的成本（从而增加了乱交），因为婚姻是对单配偶的认同和帮助。而谈及婚姻，研究表明：容忍同性恋的社会中会有更高比例的男性同性恋者（与女性）结婚，从而会增加将爱滋病传至异性恋人群的危险。控制上述犯罪的另一种间接成本是因为其制止人们从事其从中得到快乐的行为而引起的效用的下降，但这种效用的下降至少可能因增进那些憎恨这种行为的人的效用而被部分抵消。

禁止未婚男女性行为和通奸的法律在当今的社会中是有害的，因为非婚性交的成本已经下降了。有效的避孕措施已降低了性（尤其是非婚性行为，为什么？）成本。由于妇女逐渐外出工作，其丈夫对其保持监视的成本就上升了，这意味着被发现的几率会降低。另外，寻求非婚性行为的成本由于妇女与男子一起工作而下降。随着婚姻收益的下降，更多妇女的未婚时间将延长，所以非婚性伙伴的群体将更大。而且单身母亲身份对妇女的成本将下降，因为现在的妇女有市场收入，她们可以用它来购买抚养孩子所需的市场商品。

随着妇女对男子较少的经济依赖，她们将更

不愿意放弃其性自由而换取经济支持（为什么男人渴望做这样的交易？）。由此，贞操的价值就下降了。贞操是自我控制的一种表示，是可能的婚姻纯洁的标志。

当法律不能被解释成矫正外在性或促进效率的手段时，经济学家就喜欢它们的下一种可能性，即它们的目的在于对财富进行重新分配（也许是出于一些利益集团的要求）。我们的有些性行为法律就属于此类。一种例子是，禁止重婚（一夫多妻）这种法律就是通过限制男人对女人的竞争而增加年轻人和穷人的性行为 and 婚姻机会。这种禁止性规定实际上是一种对富人的税收，因为只有富有的男人才能供养得起多个妻子。这种税收并没有直接产生财政收入，而是通过降低一个妻子的成本将财富从较富有的人转移到较不富有（人数较多）的人。

同样，逐渐不将同性性行为认定为犯罪可能不是起因于异性恋群体的容忍心的外生性增长而是起因于这样一个事实：持续的城市化使同性恋者的数量得以增加并在地理上较为集中，他们可以比分散时更有效地为政治行为而组织起来。为什么同性恋者会集中在城市呢？这里存在恰当的经济理由。寻求所发生的市场中的产品越少，结合的成本（寻求成本的一种形式）就越高。同性恋者只是人群中的一部分，所以在小镇或农

村，适合同性恋者寻求结合的市场是很小的。同性恋者迁往城市可以降低其结合成本（尤其是旅行成本）。在城市，他们最终可以形成一个比全国范围内来讲更大的人口比例。

这涉及政治影响的供应。这里还有一个需求方，近年来它也促进了同性恋者的政治行动。自从爱滋病降临以来，同性恋者已从支持他们的政府处中获得了比以前更多的资助——大量的财务和研究性资助用于与这种灾难作斗争。

最后，产生了被罗伊诉韦德案所撤销的法律的19世纪下半世纪反堕胎运动，被内科医生们推入了一个重要的阶段。他们由于要求许可专业人员拥有行医垄断权而使为人堕胎者（他们不是正规医生）成了允许非正规人员提供医疗服务这种道德和医疗危机的象征。

## 第六章 侵权法

### 6.1 事故经济学与过失责任的利尔德·汉德公

式

任何人都会采取措施预防事故的发生，但令人感兴趣的问题是他们在多大程度上采取了预防措施。如果你决定是否要购置一台辅助发电机以保证停电时不至于使你收集的极有价值的南美蜥蜴断氧，那么你会肯定会权衡辅助发电机能防止的蜥蜴损失及其成本，至少会粗略和快速地作一下分析。收益至少可以用一个基本近似值来表达，即一段时间内（比如说一年）由断电可能引起的蜥蜴死亡量及损失的美元额。假设损失的几率和金额—— $P$ 和 $L$ （代表损失）分别为10%和1万美元。那么，预期事故成本（ $PL$ ）就是10美元。假定只有当你在风险中立而非厌恶风险时它才是衡量预期负效用和预期成本的方法，但要通过假设你对蜥蜴生命投保的保险将以相当于预期事故成本（ $PL$ ）加一些为补偿保险公司管理费用的附加费（为了简单化而假设至零）的外加保险费就能弥补因断电引起的死亡损失，从而将风险厌恶排除在外。这样，辅助发电机对你的预期收益就是每年10美元。假设其每年成本为8美元，你将会购买辅助发电机——但这是以你没有更便宜的预防手段可用为前提。如果发电机的成本超过10美元，那你就不会买它了。

因为在这个例子中预防措施的采取者和不采取预防措施可能的受害者是同一个人，所以没有法律干预也将取得最佳预防。但如果换一个例子呢：假设遭受损失的不是蜥蜴而是汽车事故发生时你的小手指，而避免事故的成本最低的方法是某些驾驶员——一个完全陌生的人——将车开得更慢些。假定你的预期事故成本为10美元（像前例一样是 $1\% \times 10000$ ），而其他驾驶员开车更慢一些（由此需要更长的时间才能到达目的地）的成本是8美元。效率就要求驾驶员将车开得更慢些。但由于与像你这样的潜在受害人进行交易的成本是非常高的，所以除非法律制度干预——如法律认为驾驶员应对事故引起的损害（1万美元）负法律责任，否则他不会这么做。然而，他有一个为数10美元的预期法律损害赔偿成本

（expected judgement cost），这将促使他对预防措施投资8美元以通过避免事故而使他的预期法律损害赔偿成本零化。

我们上面提及的例子将由过失法（the law of negligence）来处理，这可以用利尔德·汉德法官的过失公式（the negligence formula of Judge Learned Hand）加以概括。通过界定我们的损失几率（P）和金额（L），并用B表示预防成本，汉德认为，如果（而且只有当） $B < PL$ 时加害人才构成过失，这就是我们的例子所表明的最

佳事故避免公式（the formula for optimal accident avoidance）。但是，无论在汉德公式还是在我们的公式中都还存在一些模糊性。假设我们的预期事故成本（PL）可以由驾驶员以9美元的成本每小时减低车速25英里而予以消除。但进一步假设我们的预期事故成本（PL）可以由驾驶员只以2美元的成本每小时减低车速5英里而减至1美元。这表明，为了使我们的预期事故成本（PL）从1美元下降到零，花费了驾驶员7美元（ $9-2$ ）的成本，社会净成本为6美元。很明显，我们只需要他每小时减低车速5英里，这将使社会收益净得7美元。这一例子表明，我们必须要对预期事故成本和事故成本进行边际比较，即通过衡量安全的细微增长的成本和收益，从而在再花1美元只能得到1美元或更少的安全增长时停止为更安全投资。很幸运的是，普通法方法促进了边际研究；这只是因为对法院来说，要取得加害人安全预防的细小变化的信息通常是很困难的。

汉德公式（以其正确的边际形式）在图6.1中得到解释。横轴代表注意（units of care），纵轴（像往常一样）代表金额（美元）。PL曲线描述了作为注意函数的预期事故成本的边际变化，根据注意能减少事故的假设，它将呈下降趋势。曲线B是注意边际成本，根据注

意投入的稀有性决定了购买越多价格越高这一假设，它将呈上升趋势。两条曲线的交叉点（C\*）代表了适当注意。（PL必然下降而B必然上升吗？）自C\*点往左，加害人将负有过失责任，因为 $B < PL$ 。自C\*点往右，在此注意的成本大于减少预期事故成本的收益，加害人不负过失责任，这是一个在经济意义上不可避免的事故区（对此有不同的限定，将在以后介绍）。

对汉德公式可能存在的一个异议是它的风险中立（riskneutrality）假设。我们曾经指出，人们可以购买保险而将此问题置之不顾；然而我们从第4章中知道，契约法原则并没有依相同的理由而假设受该法律影响的人们是风险中立的。这种差异是有其经济学理由的。购买商业损失保险是很困难的，因为有损失保险的商人不会有努力防止损失的积极性，而且商业损失可能是很不固定的，无法预测的关键投入价格上升可能会导致一家很大的企业破产。因此，契约和契约法起着减轻风险的作用——可用以说明一个更为普通的观点，市场保险不是减轻风险的唯一社会制度（另一种是投资证券组合的多样化，将在第15章中讨论）。但是，在人身伤害和死亡保险方面，长时间来却形成了一个完善的市场。虽然这种保险也存在着“道德危机”问题（被保险人没有注意的积极性——只因为他是被保险人），但这还不是太



严重（为什么？），或被保险的损失不是过于不确定，所以不至于妨碍保险市场的正常运行。

〔但你对以下观点有什么看法呢？潜在受害人的事故保险费成本在运用汉德公式时将被加入预期事故成本（PL）。〕

虽然汉德公式的产生是新近的事，但其内含的方法却自过失首次被用作处理事故案件标准时就被用以判定过失了。例如，在布莱思诉伯明翰水厂（*Blyth v. Birmingham Water Works*）一案中的问题是，自来水公司没有将其水管理得足够深以防其冻裂后损害原告的住宅这是否已构成过失。为了表明自来水公司并未构成过失，法院强调这次冰冻是前所未有的严重——即，这种损失的几率是很低的。损害不是太大，所以不至于使事故的预期成本大于预防成本，因为将水管理得更深需要很大的代价。

在亚当斯诉巴洛克（*Adams v. Bullock*）一案中，当一个12岁的男孩过一座架过被告电车轨道的桥梁时，挥动手臂去敲击在桥上面的8英尺长的电线，电线与电车的架空线连着，而架空线在轨道上面桥下面，结果是电击伤害了那起诉的小孩。法院在该案中支持了被告。因为几率

（P）是很低的，任何过桥的人都不太可能去摸电线。而预防成本（B）却是很高的，法院用强烈的经济学观点评述了电灯线和电车空架线之间

的差异：

其区别是前者可能是绝缘的。虽然伤害的可能性不大（ $P$ 很低）。但如果不需要预防（预防成本 $B$ 非常低），那么一旦伤害发生就可能被看作过失。防护的容易性就可能产生防护的义务。而对电车架空线，情况就不一样了。到处是警戒人员也是没有任何价值的。为了防止这种或其他类似事故在线路的这点或那点发生的可能，被告就不得不放弃架空线路系统而铺设地下电缆，而这样做的预防成本（ $B$ ）是非常高的。

而这里有一个有利于原告的案例：亨德里克斯诉皮博迪煤矿公司（Hendricks v. peabody Coal Co.）一案。一个16岁男孩在被告废弃而已盛满泉水的露天矿游泳时受到严重伤害。被告意识到那矿井将被用作游泳水湾，而且由于在小孩潜水和受伤地方的水面之下有隐蔽突出物而可能造成危险，他应控制那一地区，但他没有有效地这样做。法院指出，“整个水面只要用价值1.2—1.4万美元的钢丝网就能被封闭起来。与小孩受伤害的风险相比，这一成本是微不足道的。”

## 6.2理性人标准

但是，如果汉德公式真正产生了避免过关事故的恰当激励，那么就不可能再有人犯有过失了——所以怎么还有可能存在有过失的案件呢？至少任何类似的案件都应由原告胜诉。除了有些案

件是由于法官和陪审官明显犯有错误外，一个答案是，在决定一件事故是否能由任何一方当事人以低于预期事故成本的成本避免时，法院没有通过计算个人避免事故的能力而试图衡量当事人双方的实际成本。相反，他们估计了当事人在各自情势下的正常人 [the average person, “理性 (reasonable)” 人的法律用语] 避免事故的成本。这种方法只是在作为个体化衡量的成本 (the costs of individualized

measurement) 参考时才是合理的。如果正常人能以120美元的成本避免预期成本为100美元的事故，那就不存在避免事故的义务；而如果还有一个异常的人能以少于100美元的成本避免事故发生，那么效率规则——先不计信息成本——就要求他承担避免事故的法律义务。或假设避免事故的平均成本只为50美元，而某些人不能以低于110美元的成本避免事故发生，但他们却将对没有避免事故发生负有法律责任。这种责任并不能影响他们的行为，其结果只能使成本转移而非降低。

在事故避免的能力差异用低成本就能查明的情况下，法院肯定会认识到理性人标准 (the reasonable man standard) 的例外 (或其子集合)。例如，虽然在盲人阶层中有一个统一的注意标准，但盲人的注意标准并不像有视力的人那

么高。

要注意的是，理性人规则（传统上叫the reasonalrule，现在被称为the reasonal personrule）是如何降低侵权案原告的诉讼成本的。为了决定他的权利主张是否可靠，他不必要确定被告避免事故的实际能力。

以上讨论提示，管理成本（特别是信息成本）在有效率法律规则的形成过程中起着重要的作用。这一观点将在第20和21章中得到全面的论述。它也表明，为什么即使没有任何人犯有错误却仍然有过失的案件存在。有些被法律制度划归为过失的人，他们事实上并不能以较低的预防成本避免过失损害赔偿的预期成本。所以，他继续招致被法律制度认为是过失的事故。他们这样行事是有效率的——当管理成本以完全的经济分析被考虑进去的话，法律制度也是如此。

### 6. 3作为抗辩的习惯

一个经常出现的问题是，被告服从了作为行业习惯的安全标准是否应看作是过失行为的一种抗辩。如果这样，那么只有在采用安全保护措施方法上落后于同行业中正常标准的那些企业才被认为是负有责任的。如果有理由期望正常企业在没有法律强制的条件下会采取所有成本合理的预防措施，那么结果是令人满意的。但是，一个企业不会有兴趣去采取措施预防那些只对与之不进行

交易的人们产生危险的事故；而且由于交易成本很高，与他们进行交易也是不可能的，潜在的受害人不会因企业采取预防措施而支付报酬。企业的顾客也不会这么做。他们并没有因预防措施而得益，所以当企业想以提价的方式将预防措施的附加成本转嫁到他们身上时，竞争者们就会通过低价来抢走生意。

在这些情况下，我们就没有理由作出行业正常安全水准是最适水准的假设，并且法律也严正地拒绝将服从习惯作为抗辩（compliance with customs as a

defense）。但在事故只对行业顾客有危害的情况下，购买者采取的预防措施水平更有可能更有效率的。直到花费最后1美元只能减少1美元的事故成本，顾客在此之前总是愿意支付更高的价格以得到产品和服务。所以，如果原告是被告的顾客，由汉德法官作出的不能以服从习惯作为过失行为抗辩这一原则的传统陈述就显得令人啼笑皆非了。

在过失的一个领域，即医疗失当（medicalmalpractice）案件中，法院根据上述区别已传统地允许将习惯用作抗辩。医生对其病员的注意义务（duty ofcare）就是服从医生所从事的医疗职业领域的习惯标准。由于受害人和加害人处于买方-卖方关系，所以潜在加害人（医生）

有独立于法律向那些愿意支付的潜在受害者提供注意水平的激励。在此让我们观察一下侵权和契约原则之间的交错。医生暗示允诺以同行医生们的习惯注意治疗病人。如果他注意不够，那么就犯有医疗失当，这是侵权。但他同时还以同一行为违反了他与病人之间的契约。

#### 6.4 受害人过错：连带和比较过失、风险自负和非法侵入者的义务

预防的负担要低于不采取预防措施时的损失机率乘以损失总量，这只是有效率预防措施的必要条件，而非充分条件。如果另一种预防措施能以更低的成本达成预期目标，那么这就是有效率的预防措施。因为正如许多行人所知道的那样，许多事故是可以由受害人比加害人以更低的成本避免的，所以法律有必要建立一种受害人过错观念（concept of victim

fault），以给予潜在受害人适当的安全激励。假设一次预期成本为1,000美元的事故需要被告花100美元才能避免，而原告方只要50美元就能避免。有效率的解决方法就是，不允许原告根据法律从被告处取得损害赔偿，以使其“负有法律责任”。如果被告对此事故负有法律责任，原告就不会有任何激励去采取预防措施，因为他将取得其损害的全部补偿。这样，有效率的方法就不可能实现了。

无疑，这里有些夸张。像我们将在本章后面看到的，侵权损害并不总是能得到全部赔偿的，特别是一旦涉及严重的人身伤害时更是如此。并且，在不涉及严重人身伤害的情况下，即使潜在受害人不采取任何措施，且他们在受伤害时也不被削减一分钱的损害赔偿，他们仍会设法采取预防措施。只不过这种激励可能很小（在财产权损害中这种激励可能为零，正如我们在第3章和下文讨论的铁路火花案所揭示的那样）。

受害人对引进汉德公式会作出什么反应呢？传统的普通法方法依照“连带过失

（contributory negligence）”概念在探究被告是否已犯有过失，并断定他是有过失（如果不是，那么案件就有了结论）后，探究原告是否有过失。如果答案是“肯定”的，那么原告就败诉了。这在上述例子中起着很有效的作用，但假如我置换一下预防成本的数额，那么被告成本就是50美元，而原告成本却是100美元。初看起来这好像是将被告认定为过失，而原告将会因连带过失（因为100美元小于1,000美元）而败诉，从而被告就不会有在以后采取被假设为有效率的预防措施的激励。但是，假定法律将合理注意（due care）界定为当另一

方当事人所采取的适当注意为最佳注意时的注意（法律也正是这么界定的），那么这种现象

就会使人产生误解。因为在我们的例子中，如果被告实施合理注意时原告的最佳注意为零，那么原告就不会有注意的激励，而由于被告知道这一点所以他将50美元用于注意，事故也就能以最低成本得以避免。（如果被告说，如果原告实施了最佳注意，他的最佳注意是零，为什么法院不听他的呢？这样他不是可以免去责任吗？）

在前面的例子中，其隐含的假设为它是一个“选择注意（alternative care）”案，即其有效率的解决方法不是双方注意，而是其中任何一方注意。所以，其目标是弄清被鼓励以注意的、花费较低成本的事事故避免者。在共同注意

（joint care）中，我们要求每一方当事人都作些注意，而不是要求一方注意而另一方无所作为。表6. 1以一个关于亚麻和机车火花的例子。在此，假设预期事故成本（PL）为150美元。铁路和农民不同程度的注意都是有成本的。比较总成本列在表格中的第三行。S. A表示火花制止装置，而高级火花制止装置（super S. A）只是一种质量更好（也更昂贵）的火花制止装置。英尺数是亚麻和铁轨之间的距离。亚麻离铁轨越远就越安全，但这对农民构成了成本。所以，三个栏目表示了三种由铁路和农民采取的安全措施的不同组合，所有这些措施的收益是相同的（即组合措施所预防的预期事故成本，150美元），但成



本却不同。

表6. 1

S. A, 75'铁路注意100（美元）50（美元）0（美元）农民注意总量成本中间的组合——即用一般质量的火花制止装置并将亚麻移植至距铁路75英尺处——是成本最低的措施。但过失 / 连带过失规则会引导双方当事人采用它吗？它会。因为假设铁路为了寻求事故预防成本最小化而不作反应，从而希望农民会被认定为过失——农民能以比预期事故成本（150美元）低的预防成本（110美元）预防事故发生。由于农民知道他只是因为没有将其亚麻与铁轨保持一定距离才会被认定有连带过失，而这距离能在铁路采取其假设应采取的预防措施的情况下（即装备一般质量的火花制止装置）防止亚麻受损，所以他可能只将亚麻移植至离铁轨75英尺处。但由于铁路将被认定为过失而农民没有连带过关责任，所以农民就不会注意，结果亚麻仍将受到破坏。如果铁路知道这些情况，那么它就不得不安装火花制止装置。如果农民试图将其亚麻种植在紧靠铁轨的地方，这一分析同样也适用于他。铁路不会去购置能防止亚麻损毁的高级火花制止装置，因为农民对此负有连带过失责任，而且连带过失是一种圆满的辩护。

它应该是一种完美的抗辩，或者实际上可以

作任何抗辩吗？在过失制度中，如果加害人无过失，那么无论受害人是否过失都将承担事故的全部成本。连带过失抗辩只有在加害人也是过失时才开始起作用。但如果加害人有过失，为什么他竟会逍遥法外而由受害人承担全部的事故成本呢？经济学的答案是，将成本从受害人转向加害人对诱导人们在未来采取合理注意措施没有任何益处。在大多数合适的情况下，双方当事人都有了采取预防措施的激励：加害人会努力采取注意措施以避免在他疏忽而受害人不疏忽而引起事故发生时不得不支付损害赔偿；而受害人也会努力采取注意措施以避免发生在加害人注意时的事故成本。由于使过失加害人向过失受害人支付损害赔偿并没有增进效率，所以普通法的传统是允许由受害者来承担事故成本以使法律制度的实施成本最小化。从加害人向受害人的转让性支付将会花费成本。但这决不会因它具有产生有效率行为的激励而增进社会财富。

但是，大部分的州已用比较过失

（comparativenegligence）代替了连带过失，在当事人双方（加害人和受害人）都有过失的情况下可依此减少原告所得的损害赔偿，但又不至于为零。令人惊讶的是，比较过失与连带过失对安全有着同样的效果。让我们回到表6. 1，并假设（为了使例子更明确）即使农民最终不采取任何

预防措施，他的损害赔偿也只减少10%——而不是依据连带过失原则减除100%。这看起来好像由于他因此面临的只是15美元事故成本（150美元预期事故成本的10%），所以他不会依合理注意要求在预防措施上花费25美元。但这是不正确的。如果他不花费那一数额的成本，那么由于铁路知道不管发生什么它都不会负责任（除非它有过失），所以它就不会尽全部努力在预防措施上投资50美元以防止其135美元（150美元的90%）的预期损害赔偿成本；而农民知道这一点后就会积极承受将亚麻移植至距铁轨75英尺处的25美元成本。不这样做，他将以承担全部事故成本而告终，因为如果铁路对此不负过失责任，那么比较过失原则就不会起作用，因而受害人也不会得到任何补偿。所以，只有当连带过失是责任的完美抗辩时，对安全的最佳资源配置才可能取得。

这并不意味着在连带过失和比较过失之间不存在经济差异。比较过失导致不产生任何资源配置收益的转让性支付，而转让性支付又涉及管理成本。比较过失还将另一问题带进了诉讼——当事人的相对过错（the relative fault of the

parties）。这就需要当事人和法院的附加资源支出。而使预测责任程度更为困难，这可能会增加诉讼费用。而且这里看起来还没有一种确定相对过错的客观方法，这只是后面将要讨论的分

配共同成本问题的一个方面。依据这些因素，那一种规则（连带过失或比较过失）会产生更多的不确定性是不清楚的。这是一个实证问题，它正如加害人和受害人所分别采取的注意是受不确定性的影响一样。不过，到目前为止的唯一的规模经验研究发现，在采取比较过失的州的驾驶员不如在采取连带过失的州的驾驶员注意。

比较过失只有在社会需要用侵权制度来向事故受害人提供保障的时候才有经济意义，因为它要求疏忽加害人给予疏忽受害人一些补偿，而连带过失却拒绝给予他任何赔偿。所以，比较过失首先在海事法中站稳脚跟是毫不奇怪的，在这一领域长期以来的避碰规则（the rule in

collision）应是：如果两船都有过错，那么每方当事人就都应对两船的全部损害各负担一半。其结果是受损害较轻的那条船就要为另一条船承担部分费用。（近来海事法已向相对过错方向发展。）由于船只和货物价值很大而灾难的几率也很大，所以在现时代之前海运一直是一项极富风险的业务，而且市场保险没法起作用，这样就产生了通过侵权制度进行保险的需求。侵权制度的一些原则就满足了这一要求，而可分性损害赔偿原则（the divided damages

doctrine）就是其中之一。它对提供保险但又不鼓励被保险人粗心大意具有良好的功效，因为

如果他疏忽而其他碰撞当事人不疏忽，那么他将承担事故的全部成本。当然，由于其同样的特性，这种保险方法也表现出其不完善性。这种情况我们将在本书中数次遇到，承保范围的综多性和保护注意行为激励之间的矛盾关系就是其中之一。

比较过失在海事法中与可分损害赔偿原则有着相似的功效。但为什么在这样一个比在连带过失在侵权法中占统治地位时可更广泛地利用市场保险的年代，会存在一种通过侵权制度来提供保险的愿望呢？这对普通法实证经济理论家来说却感到迷惑不解。

另一种重要的受害人责任原则是风险自负（assumption of risk），它在完全阻止损害赔偿的追索方面与连带过失是相同的，但在经济学能够阐明的重要方面却与之不同。假如一个人在进滑冰场时完全意识到有摔倒的可能且还非常小心，但他最后还是跌倒并受了伤。他可能在这种意义上是极端注意的了：假设决定进入冰场，他就像适当的滑冰竞赛者那样进行活动。但其遭受的风险在汉德公式看来可能是过度的。假设将速度限制在每小时2英里，那么滑冰场所有者就能以对顾客来说好像微不足道的时间成本避免了价值重大的事故成本。然而他将依风险自负抗辩而不对受害顾客承担损害赔偿责任。

为了理解这一抗辩的经济功能，我们必须问：为什么顾客不要求滑冰场所有者采取更为安全的预防保护措施呢？这有几种可能性：

1. 汉德公式被误用了。更低速度限制的成本不是微不足道的时间成本，而是竞赛刺激感受的实质性减损。

2. 汉德公式运用得过于狭窄。对受害人而言，不去滑冰从而避免事故是很容易的。在作出一种行为时的注意是预防措施的一种方法，而另一种方法是不作这种行为或少作这种行为。我们将会明白，注意程度变化和行为频度变化之间的区别是理解作为侵权责任标准的过失和严格责任之间选择的关键所在。

3. 滑冰场的速度对大多数人来说可能是一种不适当的危险，但这一特定的滑冰场却吸引着那些技艺上高于普通水平的滑冰者。这样，风险自负抗辩就使对避免危险有不同能力的人们依其行为的不同危险程度而分类，并从而对与理性人规则的接合起一定作用。

4. 滑冰场吸引了风险偏好者。汉德公式假设人们风险中立，并因此将鼓励潜在加害人采取对偏好风险的潜在受害人而言是过度的预防措施。

还有另一个受害人过错原则（the rule of victimresponsibility）（正如我们已看到的那样，

这是一个用作关于风险自负的不确切的术语），即土地所有者对非法侵入者受到的过失伤害不负责任，虽然这一原则趋于衰落并受到各种例外的限制。这看起来好像是与汉德公式相矛盾的，但只要注意到在通常情况下非法侵入者仅仅以不侵入就能比土地所有人以更低的成本预防事故，那么它就与汉德公式相协调了。如果非法侵入者的事故避免成本更高，那他可以买下这块土地（或地役权），这样他就不再是非法侵入者了。这一规则也就起到了（迄今为止读者已明白的）鼓励可行的市场交易而非法律交易的作用。

然而，土地所有者和非法侵入者之间的交易有时也是不可行的。如在普卢夫诉帕特南案（*Ploof v. Putnam*）中，原告因遭遇风暴而试图在被告码头系泊。被告的一名雇员不允许该船系泊。结果该船为风暴所损毁。原告为此提起损害赔偿诉讼。原告遭遇风暴时能非法侵入被告财产的意义是很大的，而被告防止原告船舶受损的成本是很小的，所以在那种情况下的靠岸权（*landingright*）谈判几乎是不可能的。

但原告可能也该对由其引起的被告人码头损害负法律责任。这样的责任是保障真正成本合理的救援、鼓励码头所有者与处于危难中的船舶合作并对码头进行适当投资所必需的（参见6.9）。简言之，就是要模仿交易成本不抑制交易的情况

下已经会发生的市场交易。（码头所有人也因他人使用其码头而应得到费用吗？参见4.13。）在公共紧急避险（Publicnecessity）情况下，如消防部门为了扑灭火灾而拆毁一座房屋，就不要求赔偿。这表示了普通法管制的一个通常方法：鼓励通过成本外在化（对被拆毁房屋的主人造成了成本）而提供外在收益（使城市其他房屋免受火灾）。

在普卢夫诉帕特南一案中，如果被告不是竭力地不允许原告船舶系泊，而只是以码头没有得到很好的整修而在原告试图将其船系泊时码头倒塌为由，那么他就不可能被裁定为过失。由于船舶邻近这码头时它正处于危难境地的可能性也许很小，所以依汉德公式，码头的适当维修就不再是成本合理的预防措施了。但在原告船舶试图靠岸时，严重事故的可能性就高了，同时预期事故损失也很大，而事故避免的成本却是很小的。这样看来，普卢夫诉帕特南一案是最后明显机会原则（the last clear chance

doctrine）的特殊运用。当一个人把铁轨当作道路行走时，由于他是非法侵入者，所以铁路就没有义务进行仔细观察警戒（参见3.5）。但如果机车乘员正好看到了他（并认识到他没有意识到火车的到来），那机车就必须鸣笛并采取一切可能的预防措施避免将他撞倒。即使只要非法侵



入者离开轨道就能以低成本来预防事故，但如果当火车撞倒他时司机能以更低的成本避免事故，那么这成本就比预期事故成本低得多。另外，这一案例还可被看作这样一种情况：虽然受害人预防事故的成本要比事故成本低，但加害人预防事故的成本却更低。

但是，上述分析没有注意到这样一个事实：如果没有最后明显机会原则，那么非法侵入者可能会少些（为什么？），并由此可能不会产生比有这原则时更多（或甚至更少）的事故。但这一观点又忽视了事故经济分析中的另一种复杂性：即注意的盖然性（probabilist）特征。越过双车道公路中心线是一种过失行为，但每人都会偶尔这样做，因为设法采取驾驶技术使越线可能性下降至零（或非常接近零）是需要很高成本的。有些注意的人偶然会认识到他们自己为非法侵入者，这表明我们并不要求将非法侵入的可能性减至零。并且，由此产生的最后明显机会原则只是轻微地减损了不非法侵入的激励，但这一事实并不对此构成决定性反对意见。

## 6.5 严格责任

严格责任（strict

liability）的意思是：引起事故的人对受害人的损害赔偿负有法律责任，即使损害无法通过其实施合理注意而予以避免（预期事故成本PL为

150美元，而预防成本B为300美元）。严格责任作为过失责任最近似的情况对安全有着与其相同的作用（假设有通常以这样或那样形式出现的连带过失辩护）。如果预防成本小于预期事故成本（ $B < PL$ ），严格责任的被告就会采取措施避免事故以减低其净成本，就像过失制度中的被告应做的那样。但如果预防成本高于预期事故成本（ $B > PL$ ），那么严格责任被告就不会采取预防措施，就像过失情况那样。他将不得不向受害人支付损害赔偿。但如果按事故几率折算，这些损害赔偿要比事故避免成本低；换言之，预期法律裁决损害赔偿成本（等于预期事故成本 $PL$ ）要比事故避免成本低，所以避免事故不会有任何收益。

然而，在过失责任和严格责任之间存在着重大的经济差异。不妨回想一下作为减低事故发生几率方法的增加注意度和减少行为量之间的差别。避免汽车事故的一种方法是减低车速，而另一种方法是减少驾车次数。但一般说来法院不会去决定产生事故的最佳行为量；当汽车司机肇事后，法院不会去探究这次行驶的收益（也许他正驾车到食品杂货店为其宠物鬣蜥买些美食）是否等于或大于其成本（包括对其他道路使用者的预期事故成本），也不会去问当计入全部社会成本时驾车是否比步行或乘坐火车成本更低。在一个普通侵权案中，法院是无法对此作出判断的。只

有当行为的收益明显很微小时，如一个人尽可能小心地冲进火灾房屋去抢出一顶旧帽子但仍严重受伤，法院才能发现从事这一活动是其自身过失，即使一旦从事活动的决定作出，行为人（原告或被告）仍会依其所有可能的技能和注意而实施。

除了简单的案件外，司法界是无力对最佳行为量作出判断的，这是过失制度潜在的重大缺陷之一。假设铁路和运河是两种适当的运输替代方式，但铁路运输遭遇许多无法以注意能避免的事故，而运河运输却不存在这个问题。如果不计这些事故成本，铁路运输将比运河运输便宜10%，但当计入这些事故成本时，铁路运输实际上就要贵5%。依过失责任规则，铁路运输将替代运河运输，即使它们是一种社会成本更高的运输手段。

相反，受严格责任规则制约的潜在加害人将在决定是否预防事故时自动考虑行为量的可能变化和注意费用的可能变化。假设在我们的机车火花例子中火花制止装置不起作用，但铁路却能以减少每天的火车运行量而以与我们表中相同的成本取得其同样的结果。这是一种行为量的变化，而依过失责任规则——在这种情况下，农民被诱使采取全部的预防措施，这是一种较次的解决方法——它很可能全然不为人们所注意。

图6. 2表示了严格责任通过诱导改变行为量而对减少事故成本产生的作用。由于严格责任可能会加于全行业的全部成员，所以图中描绘出了行业需求曲线。假设适当注意无法避免全然由非行业成员造成（对本行业而言是外在的）的事故成本，而且这种事故成本与行业产出成正比。曲线MC<sub>p</sub>代表行业私人边际成本曲线，而曲线MC<sub>s</sub>代表行业社会边际成本（social marginal cost）曲线，即包括了事故成本。依照严格责任，它将促使产量从 $q_0$ 减至 $q^*$ ，从而MC<sub>s</sub>就变成了行业私人边际成本（private marginal cost）曲线，其结果是能消除对社会造成浪费的事故成本（图中阴影部分）。

用这种分析来支持严格责任普遍规则所存在的问题是，为过失责任鼓励而又为严格责任阻止的由受害人作出的活动量变化也是避免事故的一种方法。假设无论是更加注意还是减少行为量，铁路防止农民作物受损害的成本都高于预期损害成本（150美元），那么铁路就不会作任何努力，而农民却能以100美元的成本改种耐火作物而防止损害发生。如果基于严格责任规则，他就不会去这样做，因为他不改变其行为也不会被认为应对损害负有连带过失责任，从而铁路就不能不支付损害赔偿。但在过失责任制度里，由于铁路不会对损害承担责任，所以农民将会改种耐火

作物，由此他可以得到50美元的预期收益。所以，严格责任会促进潜在加害人的活动量水平变化而阻止潜在受害人的活动量变化，但过失责任则会促进潜在受害人的活动量变化而阻止潜在加害人的活动量变化。

如果我们识别这么一类行为——潜在加害人在这种行为中的活动量变化是事故防止中最有效率的方法，那么就有足够的理由对从事这些活动的人加以严格责任。相反，如果有这样一类行为，潜在受害人对此改变活动量是防止事故的最有效率的方法，那就成了加害人没有责任的有力理由——将风险自负运用于参加危险运动就阐明了这一观点。通过极端危险活动

（ultrahazardousactivities）这一概念，侵权法将严格责任加于那些涉及很高危险度而只靠行为人注意或潜在受害人改变其行为无法防止的活动。一个恰当的例子是对野生动物所造成伤害的；严格责任。如果我邻居养了一头虎作为宠物，那么我就无法（以合理成本）作出任何努力以保护自己。并且他能做的也仅仅是谨慎地监控住那头虎。最好的预防措施可能只是他不养虎——这是一种活动量的改变。但假设我们谈论的不是邻居的虎而是动物园的虎，那么防止对动物园游客造成事故的最佳途径可能是在动物园不养危险动物而只养温和动物吗？这一变更特定活动的成本可

能是很高的，以致使变更成为不可能。所以，法院将由动物园、马戏团和其他动物公园和表演中使用的野生动物所引起的伤害作为严格责任规则的例外是不足为怪的。

极端危险活动严格责任的另一个领域是火药爆炸。无论建筑公司多么注意，事故总是会产生；并且由于建筑要在任何地方进行，所以减少事故的途径不可能是受害人改变其活动。最佳途径可能是由公司采取其他危险性较小的爆破方法；而严格责任就产生了考虑这种选择的激励。

极端危险活动的范畴并非是固定不变的，人们倾向于对新活动（经常被称作非自然的）贴上这样的标签，像英国的水库和美国19世纪早期的气球驾驶。新活动往往是危险的，因为人们对其安全特性没有任何经验。由于同样的原因，仅仅通过注意是无法避免危险的，而新活动这一事实表明还有一些适当的替代手段。因此，控制事故的最佳方法也许是削减该活动的规模（像在6.2中表示的），或在更多地了解其安全操作的情况下减慢其普及速度。

注意和活动之间的区别不只存在于过失和严格责任差异的范围内。另一方面的区别与这些不同规则的实施成本有关，这将在第21章作更为全面的讨论。由于严格责任比过失争端较少，所以严格责任的案件审理要比过失案件的审理来得简

单。但信息成本的节约将为严格责任制度下更大数量的诉讼所抵消，其结果是导致了更大的索赔诉讼成本。这就是为什么说我们在决定赞成严格责任之前必须先估计一下事故率对严格责任将产生的激励的反应是很重要的。如果在判定严格责任的情况下某些活动的事故率会显著下降，由于事故成本超出了通过活动量变更而避免事故的成本，所以会在很大程度上减少依严格责任所提起的诉讼，并且以严格责任代替过失会取得明显的经济收益。在另一个极端，如果由某些活动引起的事故在经济学意义上不可能通过采取更多的注意或减少该活动量而予以避免（因为更多注意或更少活动的成本都超出了事故成本减少对它们所进行的补偿），那么从过失向严格责任转换的主要效果将会是增加索赔诉讼量。

过失和严格责任的另一差异是后者对受害人的不可避免事故起着保险作用。但这只有在侵权制度的保险成本低于潜在受害人在保险市场上购买事故保险单的成本时才是一种获利，而几乎肯定会更高。无过错责任争议的所有各方都同意，侵权制度是一种成本很高的提供保险的方法；争论针对的是，它是否提供了另一种好的、威慑成本不合理事故（non-cost-justified）的方法。

（参见6.14。）在图6.2中表明的一个相关观点是，在严格责任条件下的产业规模和经济纯利要

比在过失条件下的小。总之，严格责任与过失的差异表现在以下几个方面：给予加害人和受害人通过活动量变化而避免事故的激励、信息和诉讼成本、保险措施、负有法律责任的活动的规模和有益性。鉴于这么多的差异，我们就不希望侵权制度纯选择过失或纯选择严格责任，也不希望两者在所有时候都处于同等地位（我们将在第8章重新讨论后一观点）。

将过失和严格责任分成两类是一种错误。过失有严格责任的成份（我们在下一节将看到严格责任有过失责任的成份）。这部分是由于理性人规则的结果——这一规则使人们对其事故有高于普通成本的注意的严格责任，而部分是由于6.8中讨论的雇主对雇员行为负责原则。而且正如我们所知，注意具有其随机性（即盖然性）成份，履行注意就意味着要有减少而非消除不注意错误的可能性的态度、技能和知识等，而要消除不注意错误，就需要对注意进行过度的投资。虽然法律没有认识到“最佳过失”，但它已被认为：作为一种结果，法律已创造了一种赞成避免事故的资本投入方式而非劳动力投入方式的偏见（你能明白为什么吗？）。

最后应该指出的是，如何解释严格责任在契约法中比在侵权法中显得具有更大的作用呢？而且确实更大。受约人不一定要证实违约对他的成



本大于对要约人的收益才能取得损害赔偿，由于这种或那种理由（如不可能、共同错误）而免除履约的除外。契约案件比侵权案件更依赖于严格责任，这好像基于两方面的特性：市场保险在侵权案中具有更大的重要性（因此用法律制度来提供保险意义就较小了）；契约案比侵权案更小可能涉及任何一方当事人都可预防的互相影响的灾祸，尽管其预防成本可能很不相同。通常而言，契约当事人一方是履行者而其他人为付款人。前者对履约拥有完全的控制，后者完全控制了支付。所以，以下推断是完全有理由的：即，要约人比受约人更能以较低的成本防止违约；或，如果不能预防则可由前者以更低的成本投保。相反，大量的侵权情形是两种行为之间的明显冲突（如驾车和步行），并且不存在能保证严格责任普通规则具有正当理由的假设：加害人比受害人更利于防止冲突。

## 6.6 产品责任

严格责任最富争议的一个领域是现在大部分州被称为：“严格”的、对瑕疵产品和不合理危险产品（defective or unreasonably dangerous

product）所引起的人身伤害（主要对消费者）的责任。但严格责任这一术语在此好像有点使用不当，因为在决定一产品是否具有瑕疵和不合理危险时法院常常使用汉德公式方法，以权衡

使产品更为安全的成本和预期事故成本的关系。这样，如果一辆汽车在一次事故中被撞坏，就不能以如果汽车造得像辆坦克就不会撞坏了这样的理由而认定制造商应对此负有严格责任。只有当汽车在设计或建造上有瑕疵时——这在大多数情况下表示的意思正与疏忽相似，他才对此负有责任。主要的例外情况是这样的：虽然消费者购买的具体商品确有瑕疵——例如一软饮料瓶中存有老鼠肢体，但制造商已采取了最佳卫生措施，而这一瑕疵产品只是百万分之一的疏忽，所以也无法以低于（很小的）预期事故成本的预防成本防止其发生。然而，制造商对此仍负有责任。这是真正的严格责任，并可参照前一节讨论的活动量而得以解释。消费者没有任何办法能以合理的成本防止百万分之一的产品缺陷

（product failure）。他不会因为为了这细微的危险去挨个检查软饮料瓶或了解更为安全的替代品而得到补偿，因为预期事故成本太低而不足以促使其采取任何自我保护措施。但当数百万消费者的微小成本汇总起来时，它对制造商却是一项很大的成本。假定这样，它就会促使制造商在其工厂进一步采取卫生措施，否则他将对此负有过失责任。但这也会导致他提高价格（为什么？），虽然提价幅度不大（又依假设），但这也会使有些消费者转向其他可替代的、可能更为安全的产

品（为什么？）。这一商标的软饮料的生产和销售就会稍有减少，随之产品事故也会减少。

所有这些都是以制造商和消费者之间信息不对称为假设的。这一普遍的假设在第4章中作了分析。但此处的情形却与之不同。与制造商对其产品作出的明确保证相冲突的产品缺陷是经常出现的，也是为消费者所知的，所以他们在作出购买决定时必须将之考虑进去。但引起严重人身伤害的产品缺陷却极少，所以消费者了解它们的成本往往会超过其预期收益。（如果伤害是普遍并更易为消费者认识的——像抽烟的危险性这种情况，那么风险自负抗辩将阻止受害消费者获得损害赔偿，而且从经济学角度来看，这是一个正确的结果。）所以，如果不使制造商负有责任，那么市场就可能不会因为使消费者转向其他牌子的产品而惩罚他。严格责任在实际上将产品危险的信息贮入产品价格之中，结果使也许完全不知道危险的消费者放弃危险产品而另择其他替代品。

这一分析甚至可以解释为什么法律拒绝否认产品事故引起的人身伤害的责任。如果危险很小，那么消费者弃权并不会使他得到补偿；而且由于同样的原因，制造商在这些有人受损害的（很少）情况下不承认损害也不会遭到有效的恶意报应。如果经常这样，这种方法就是不完善的了。尤其是，如果消费者处理危险的能力不同，

那么不承认责任可能是根据其能力划分消费者的一个良好途径。那些最能避免危险的消费者就会流向不承认产品责任、通过减少其法律裁定损害赔偿成本而以低价收费的制造商。但划分消费者的一种更好的途径是使产品危险明显化，这样就能使风险自负原则起作用。

至于受害人错误的责任，产品责任法已倡导了一种有意义的解决该问题的方法，即前面提到的在选择注意情况下比较加害人和受害人之间避免事故的成本。这就是可预见滥用原则（the doctrine of foreseeable

misuse），它与刚才提出的明确危险观点有关。一位制造商出售了一台其运动部件没有护罩的机器，一个工人将其手伸入时受到伤害。他这样做是粗心的，因为这种危险性是很明显的，但制造商确实也应该以微小的成本给机器运动部件加设护罩以防止事故发生。在许多州，法律认为他应对工人负责任。这是一个有效率的结果吗？你能否理解它与最后明显机会原则之间的相似之处吗？可预见滥用原则应该允许每一位产品的过失使用者依许多消费者都犯有过失是众所周知的为由而取得损害赔偿吗？

## 6.7 因果律和可预见性

好像很明显的是，如果被告的行为确实没有“引起”对原告的伤害，而只是如果没有被告的

行为原告就可能不会受伤害，那么原告就不应该取得损害赔偿。但它在事实上并非是显而易见的，而且有时以经济学观点来看是错误的。于是我们会再次发现法律与这一情况的经济理论是非常一致的。但首先让我们考察一个被告行为在因果关系上与原告伤害无关的案例。假设在布莱思一案中城市并没有采取措施防止正常冰冻，但正像我们知道的那样，引起原告财产损害的冰冻是一种反常现象，从而使预防措施成为无效。所以，如果被告没有（依布莱思案的不同假设）过失，那么就不会有任何影响。因为由反常冰冻引起的损害并非汉德公式中的L部分（公式中的L是加害人没有采取预防措施所能防止的损失），而L这里的是被告在没有采取可以预防事故发生的措施从而使事故发生的情况下必须支付的损害赔偿，责任的效果可能会使被告对过失的预期损害赔偿大于L。惩罚性损害赔偿的效果可能也是这样的。如果对简单过失施加惩罚性损害赔偿是错误的（像我们将在后面看到的情形），那么要求对无因伤害（uncaused harm）承担责任也是错误的。

但现在让我们来改变一下事实。A和B外出打猎，不小心中错将C当成鹿射中了，而且两个人都打在C的要害部位。这就意味着，如果将此分别考虑，那么C的死亡既非由A也非由B引起的。

但让他们俩逍遥法外却是一种经济上的错误（为什么？）。A和B的损害赔偿应该算作C的遗产，损害赔偿的数额我们将在后面讨论。对任何认为因果原则应在侵权责任中起着与经济因素无关的独立作用的人而言，这是很奇怪的：假设A、B两人都疏忽大意，那么即使只有一颗子弹打中C，而且我们不知道究竟谁开了那一枪，分析仍与我们上面举的例子一样。对于这种情形，现在司法界越来越对责任持赞成意见，就像很长时间来支持第一种情况下（极不普通）的责任一样。

上面那个例子涉及对加害人个体认定的不确定性。但如果存在受害人个体认定的不确定性又怎么办呢？由于过失，核反应堆发生了辐射爆炸，从而使反应堆附近的10个人因受其严重影响而在未来的20年中死于癌症。但其间不论如何还将有100个人（并非出于上述原因）可能死于癌症。这样总共将有110例癌症病人死去，但我将永远无法知道到底是哪些人因这次事故而产生癌变死去。如果死亡几率的10%增量就被认定为有因果关系，那么110人中的每一位都将能得到损害赔偿，核反应堆所有人因此将被迫支付相当于其实际引起损害11倍的损害赔偿。但如果认为10%的增量还不足以认定有因果关系，那么核反应堆所有者就不会支付任何损害赔偿，也就不会存在对其过失的侵权制裁。这两种情况都是不合

适的，还不如利用因果律概念来判定这类情形依此，侵权法能考虑将损害界定为因癌症死亡的风险增长，而非界定为癌症本身。然而当事故发生时，受辐射爆炸影响的所有人可能会用集团诉讼（**classaction**）方法起诉（在第21章中讨论），因为这样可以节约许多小额赔偿诉讼的诉讼成本。（注意它与前面例子的相似之处，因为在那里潜在加害人是作为一个集团出现的。）如果这种方法不起作用，那么就有强有力的理由要求对安全进行直接管制，如在第13章中将要解释的那样。

现在有这样一种情形，在外行看来因果关系是明确存在的，但法律正当地拒绝给予损害赔偿。火车出了故障（由于铁路的过失），而一名乘客住进了饭店又由饭店火灾而受伤。要不是火车出故障，那么乘客肯定继续行进而早已到达目的地，因而住进一家那天夜里没有遭受火灾的饭店。所以其中存在着过失、因果关系

（**causation**），但不存在责任。其经济理由是，饭店火灾风险不是预期事故成本（**PL**）的一部分，而**PL**是铁路应采取预防措施（预防成本为**B**）予以防止的预期事故成本。实际上，如果正可能是下一地方的饭店着火，那么还是使这一特定的乘客免受其损害，而在这种情况下，倒是铁路的过失给乘客带来了收益，对此铁路是不能收

费的。为了使铁路负责，由此就将对其实过失（有效地）实施惩罚性损害赔偿，正像在我们本节开始时提及的在表面上与之不同的情况一样。

这些案例的结果看来与准确的因果律观念没有关系，而主要应归因于（经济）政策的考虑，但它们还是由法学家们在事实原因（**cause infact**）的成规下进行了传统性讨论。另一组案例是在法律原因（**cause inlaw**）的成规下进行讨论的，但它们看起来像第一组一样是基于政策的考虑。在里卡兹诉太阳石油公司（**Rickards v. Sun OilCo.**）一案中，被告的过失使一座连结岛屿和本土之间的唯一桥梁处于无法使用状态。岛上将其业务枯竭看作是由公司毁坏桥梁所造成的。那些商人们对被告提起诉讼，结果败诉了，其理论基础是纯粹的经济损失不可能在事故案件中得到赔偿。这一理论并没有道理，但其结果倒可能是有道理的。虽然他们没有损失钱财，但当顾客无法再到岛上来时，他们主要或许全部损失对取得他们业务的大陆商人来说是一种收益。由于被告无法从他使之受益的大陆商人处寻求恢复原状（**restitution**），所以要他补偿岛上商人的损失是带有惩罚性的。因为社会净成本是其对桥梁的损害。

但这一分析是不完善的。它没有考虑顾客。先不论因他们损失其偏好的选择而造成的效用损



失（假设相互竞争，岛上的商人就没有取得消费者剩余）。如果我们假设大陆商人在总量上面临一支向上倾斜的边际成本曲线，桥梁关闭所造成的需求波动将造成对其所有的顾客收取更高的价格，所以对大陆商人生产者剩余的增加将会（在任何程度上）被消费者剩余的减少而抵消。（如果你不理解什么是“消费者剩余”和“生产者剩余”，请看第9章。）所以，岛屿商人损失了，大陆商人得益了，但所有的顾客都损失了。但是，这假设大陆商人没有生产能力过剩

（excess capacity）。你能知道为什么吗？参见第12章。

这为从经济角度分析任何法律索赔诉讼提出了一项有益的提示：自始至终要同时考虑由所称错误行为引起的收益（无论谁得到）和损失。这将帮助我们去理解，例如，为什么竞争不是一种侵权。A是小镇上唯一的商人。B开了一家商店与之竞争，其结果是A的利润暴跌。应该允许A对此提起诉讼吗？回答是否定的，其理由是他的损失要比其他人的得益小。假设在B与之一起经营之前，A有些商品的价格为10美元，其利润为5美元，他销售1,000件，共获得总利润5,000美元。而在B销售同一商品后，A被迫将其商品价格降至每件6美元。比如说现在的总产出为2,000件（为什么大于以前？），并且在A与B之间平均

分割，B也以单价6美元出售。A的利润要降低4,000美元，但那些以前购买了1,000件商品而现在将继续购买它们的顾客会得到同等数额的改善，无论他们现在从A处还是B处购买商品。如果假设B以6美元单价出售时正好不盈不亏（让我们推测他是一个新手，其成本将比A高），那么唯一必须将其福利考虑进去的其他集团就包括那些首次购买或比以前购买更多商品的消费者。他们全体都必然得到改善，否则他们就不会不购买可替代的其他产品而转向这种商品。所以，虽然A遭受了损失，但产生了来自新竞争的社会净收益。

在有些情况下，被告以那些后果无法预知为理由而逃避其对因他过失所造成的后果的责任。如果这只表明事故是不可能的所以是不可预见的，那么它就专断而又显著地免去了被告的责任，因为大部分事故都是低几率的事件。但事实上它好像表明了另外两种情况：其一，对在过失和伤害之间是否有因果关系存有相当的疑问。一人被告知其金丝雀因兽医过失而死亡，他听到这消息后因心脏病发作而死去。因为这样的结果被看作是不可预见的，所以这就表明了这样的意思：我们不是无法相信这样的震惊足以置他于死地，就是认为如果他处于如此病弱的境地那么他可能也活不了很久了。

不可预见性（unforeseeability）在侵权法中的另一层意思为，昂贵的信息成本阻止了一方当事人采取措施预防所发生的特定事故；换言之，一旦风险信息被看作风险避免的一种成本，那么汉德公式中的预防成本（B）将会过高而对预防具有抑制作用。一非法侵入者在房地产开发公司一所建成后没人居住的房屋中住下过夜，但由于正巧开发人将通往房屋的煤气和自来水管道拼接了，结果造成夜宿者窒息死亡。有经济理由认为，不应允许开发人提出为其对非法侵入者不负义务作抗辩的任何理由。有时，非法侵入者的非法侵入行为价值要大于事故预防成本（加上对房屋所有人造成的任何损害），但交易成本却过于昂贵。在这些情况下，非法侵入就将创造价值。所以，我们要求潜在非法侵入者衡量一下相关的价值和成本。但他们又不可能权衡不可预知的成本。一座新建的住宅楼通常应该被建在一个安全的地方。非法侵入者没有任何理由能预见自己可能在其中因窒息而死亡。他可能已作出了一个完全理性的判断：他非法侵入的价值超过所有预期成本，包括事故成本在内。

注意一下此处侵权和契约的相似性。被窒息的非法侵入者就像哈德利诉巴克森德利案中的违约者（参见4. 11）：两人都不能预见（即，以合理的成本使他自己知道）他行为的后果，所以

没有一人被认定为对此后果负有责任。土地开发者就像哈德利诉巴克森德利案变体中的商业摄影师：他们都能预见不采取预防措施的后果，要么他们自己应该采取措施，要么在另一方当事人能以更低的成本采取预防措施时将危险转向另一方当事人。

对可预见性进行侵权处理的一个明显异常现象是脆弱原则（eggshell skull

principle）。即便被告无法预见受害人伤害的程度，侵权受害人仍将被允许取得其全部损害赔偿，因为受害人是异常地脆弱。不过，在这种情况下加于责任的理由是，为了使全部侵权损害赔偿相当于侵权受害人的全部损害，就有必要在脆弱情况下加于责任以平衡“坚硬

（rockskull）”（即，受害人对侵害具有超常的抵抗力）情况下的无责任。在正常受害人遭受损害的任何案件中，这种选择会被采用。但这种方法会扭曲受害人的激励（为什么？），同时也产生了严重的衡量问题。（对加害人的激励效果又是如何？）

6. 8共同侵权、分担、补偿；雇主对雇员行为负责和性骚扰

我们已列举了一些共同侵权（jointtorts）的例子，此处是另外两个例证：（1）两个土地所有者对其财产过失着火。火势各自蔓延，最后接

合扑向原告的房屋，将其烧毁。每家的火都足以造成其全部损害，所以两个土地所有者都对此负有法律责任。（2）一个雇员因过失而伤害了某人。根据雇主责任原则（the doctrine of respondeat superior），雇主应对他们雇员的侵权行为负责。为了促进他们的工作，即使他在雇佣、训练、监督或不解雇等方面都没有过失，雇主仍对此负有责任。

我们已经讨论了第一类型共同责任（猎人案）的经济原理。第二类型共同责任的经济原理基于这样的事实：就大部分雇员而言，如果他们严重伤害了某人，他们就不可能有资源来支付法律裁定的损害赔偿。所以他们就不是很经得起侵权责任激励作用的考验。但其雇主能促使他注意，如对其疏忽采取解雇和其他惩罚措施（在什么情况下解雇会对雇员产生成本呢？），而且正是使雇主对雇员的侵权负有责任才会促使其运用这样的诱导方法。我们要注意的，他的责任是严格责任，因为雇主活动量变更（如用资本投入替代劳动投入或缩小企业经营规模等）可能是减少雇员侵权的潜在的有效率方法。

但雇主对雇员侵权受害人的严格责任有一个重要的限定：侵权必须发生于雇佣过程中。这表明，例如，如果雇员在上下班途中发生事故，雇主就不应对受害人负责任。这一结论（这一结论

附带表明，对雇主责任原则作出钻牛角尖的解释是不恰当的）的经济理由是，雇主采取行动减少雇员的上下班路途事故并不会对他有益。这种事故的可能性是不大的，并且由于它们不是发生在工作时间，雇主也缺乏适当的信息来采取措施而使之最小化。比较一下：一个作为旅行推销员的雇员，在其路途中伤害了某人会是一种什么样的结果。

另一点要注意的是，雇主对其独立承揽人（independent contractor）的侵权不负责任。独立承揽人具有偿付能力的可能性要比雇员大。而且，雇员依雇主指令工作而取得工资，而独立承揽人完成依契约规定的特定任务而从雇主处获得一笔金额。在此，委托人并不监督独立承揽人的具体工作，所以也就不可能使其像雇员那样安全地工作。但也存在着一种例外，即它发生于独立承揽人的作业具有高度危险性的情况下。这在经济学上也是有道理的。根据以上界定，预防措施的合理成本越高，这将使委托人越有可能在有效率地预防事故方面做些工作；因为独立承揽人的作业危险度越高，其碰到支付能力问题的可能性就越大，由此其预期损害金额也就越高。

工作场所的性骚扰现在被广泛地认为是一种侵权；而且人们可以由此假设，如果雇员A骚扰雇员B，那么其雇主C应对B承担责任。但依据这

种侵权的流行观点，只有当工人是管理人员（为什么？）或C有理由知道在其工作场所存在性骚扰问题而又不管时，C才应承担责任。事实上，C只要有过失就应承担责任，雇主对雇员行为承担责任的原则不适用于此。为什么呢？一个经济解释是，雇主防止所有有少数雇员造成的性骚扰事故实质上是不可能的，这就意味着通过雇主对雇员行为承担责任的原则而实施严格责任不会有任何利益分配效应。

本节是以两个例证开始的，其中是（1）两名土地所有者对火灾的责任和（2）雇主对雇员侵权的责任，它们说明了共同侵权的两种基本类型。（我们应该从关于受害人过错的讨论中熟悉它们；因为一件加害人和受害人都有过失的事故构成了共同侵权。）例子（1）是一个共同注意案，而例子（2）是一个选择注意案。在普通法中，适用于共同注意共同侵权案中的共同侵权行为人的责任规则是“侵权行为人间无分担

（no contribution among tortfeasors）”，而适用于选择注意共同侵权案的规则则为补偿

（indemnity）。这样的范式有其经济学意义吗？

侵权行为人间无分担原则表明，如果原告在一对数名侵权人中的一位进行起诉的诉讼中获胜而取得损害赔偿，那么被告就不能强迫其他侵权人人为之分担他们的“合理”份额——或任何份额；

但如果原告在一个对侵权行为人集团进行起诉的诉讼中获胜而取得损害赔偿，那么即使其结果有一个或更多的侵权行为人逍遥法外，他仍能以任何比例从他们处取得损害赔偿。这一规则好像可能会导致威慑不足，但事实上并非如此，因为其分析是与比较过失相类似的。假设只有X和Y两位潜在共同侵权行为人。X的预防成本是10美元，Y的预防成本是20美元，而其预期事故成本为80美元。由于这是一种共同注意的情形，所以如果X或Y不采取最佳预防措施，那么都会导致事故的发生。假设X估计他被迫向这一事故受害人支付损害赔偿的可能性只是10%，那么他的预期事故成本就为8美元。虽然这比X的预防成本（ $B_x$ ，10美元）低，但X肯定知道如果他不得不向原告支付损害赔偿的可能性为10%，那么Y的可能性就是90%，所以Y就面临着72美元的预期事故成本，并由此而积极地花费20美元的预防成本（ $B_y$ ）——Y就不会犯有过失了，那么全部事故成本将会重新转向X。所以，X终究会努力采取预防措施，花费预防成本（ $B_x$ ）。其结果是双方当事人都会采取注意的预防措施。

虽然共同侵权行为人间无分担规则是有效率的，但分担规则（rule of contribution）——它允许向原告支付了超过其“合理”份额的共同侵权行为人对其他共同侵权行为人提出分担的要求——也



将为所有共同侵权行为人提供适当的安全激励，而且这与分担份额如何决定（按比例、相对过错等）无关。唯一

的区别是分担的管理成本比无分担要高，因为它要求法院决定另一问题并监督转让性支付。

根据选择注意共同侵权案的规则，即补偿（indemnity），可能遭受更高事故预防成本的一位共同侵权行为人可以让另一位共同侵权行为人补偿其全部损害赔偿金。因此，如果X公司对其雇员Y过失造成的对原告10万美元损害赔偿负有责任，那么X就有权（虽然在实际上很少能够取得）从Y处取得10万美元的全部补偿。同样，如果X因是某产品的最终完成人而被认为对由产品瑕疵引起的消费者损害负有责任，而Y是不合格部件的供应者，并且X用合理的检查无法发现其缺陷，那么X就可以强制Y对其损害赔偿实施补偿。

由补偿原则引起的、责任从一共同侵权行为人向另一共同侵权行为人全面转移的经济解释是简单的。在选择注意案中，我们并不要求两个共同侵权行为人都采取预防措施，而只是要求能以更低成本避免事故的一方采取预防措施。另一共同侵权行为人的责任就是万一破产阻碍侵权责任对原事故避免者起威胁作用时能起到一种保障作用。所以，有必要在可能的情况下建立一种将最

终责任转向最有效率的事避免者的机制，而补偿规则正是起着这种作用。

## 6. 9救援：责任与赔偿

当我在街上行走的时候，看到一只花盆从临街房屋窗户上掉下来，这威胁到另外一个行人，虽然我简单的一声警告就能救他，但我却保持了沉默。尽管预期事故成本很高而我采取措施防止它的成本却很低，但我仍然对此不负有任何责任。这一结论好像与汉德公式不相吻合，因为如果交易成本不是过高的话，遭到危险的行人肯定早已向我支付了足够的补偿以克服我不愿意大声警告他的心理。所以，使我对此负有责任倒好像会使价值增加。这一观点认为，即使警告或救援的努力会使救援人面临危险，还可以作出如下假设：救援人的危险（由此产生预期预防成本）要比遭难人的危险（由此产生预期事故成本）小，而受害人的生命价值至少与救援人是一样的。虽然“引起”事故的并不是旁观者，但因果律概念却只在侵权的经济分析中起着非主要作用。它们在以下意义上却确是中肯的：因果关系界定了潜在被告的范围——即那些在某种意义上造成原告损害的人。由于防止损害的那些人的范围并非是这样限定的，所以对那些真正能以合理成本防止损害的人作出乐善好施责任限定在实际上也是有困难的。

使乐善好施者承担责任的另一个经济学上的异议是，它会使在有人可召集情况下救援努力的成本更高，而增加的成本无疑会减少潜在救援人的数量——健壮的游泳者会设法避免去拥挤的海滩。（这一观点与6.4中普洛夫诉帕特南一案的结论相一致吗？）这看起来好像责任只会将成本加于那些在没有责任情况下不会设法实施救援的人，而不会对利他主义者产生影响。但由于两方面的原因，这是值得怀疑的：第一，即使是一个利他主义者，他也要在关键时刻作出是否要努力实施对他有危险的救援行为的选择，所以他不希望法律去强制他。第二，作为一个利他主义者，他的收益之一是公众的赏识。（这为无名慈善赠与只是很小一部分这一事实所表明。）由于责任使救援者无法证明其行为是出于利他主义动机而不是为了避免他不实施救援将受到的法律制裁，所以它就使这种公众赏识收益化为泡影。

赔偿是责任或利他主义作为促进他人救援的另一选择，即一种（我们在4.14中看到）运用于医生和其他在紧急情况下为他人提供帮助的职业人员、也被广泛地应用于海事法（在那里被叫做救援法）的方法，我们在以前已碰到了这种情况。

普通法在总体上对补偿人们提供外在收益要比对要求人们偿付由他们造成的外在成本吝啬得

多。允许带来外在收益的人将其部分成本外在化是一种比给他赔偿权更为普遍的解决外在收益问题的方法。一个为了救一座城镇而推倒火灾道路上一座房屋的人不应该对房屋所有人赔偿，但他们两人也都无权向获益于他们行为的城市居民取得赔偿。其理由可能是，虽然外在收益

（external benefits）和外在成本（external cost）在经济学上是对称的，但它们的普通法制度管理成本却是不同的。强加外在成本的法律制裁会阻止诉讼；尤其在法律标准是过失而非严格责任的情况下，更使实际法律诉讼趋于减少。但赔偿权意味着一旦给予利益就可以提出的法律索赔请求权，只是其诉讼成本可能是惊人的。允许施益人将其部分成本外在化是一种更为自然而管理成本又更低的鼓励提供外在收益的方法。

#### 6.10 侵权损害赔偿的功能

为了维护其信誉，侵权制度就要求，如果被告负有责任，那他就必须支付至少相当于汉德公式中事故损失额（L）的损害赔偿。但应该将它们付给受害人还是付给国家呢？它们应只限于事故损失额（L）还是要同时施于惩罚性损害赔偿呢？

至于为什么必须在事实上将损害赔偿给予受害人而非国家，这有两方面的理由：第一是给受害人予以诉讼的激励，因为诉讼是维持侵权制度

作为一种对过失的有效威慑力所必需的；第二是防止受害人采取过度的预防措施。回想一下我们的机车火花例子和其预防成本表（表6. 1）。就会发现其最佳预防措施是铁路花50美元购置火花制止装置和农民花25美元将其亚麻移离一定距离，但如果铁路不采取任何措施农民还是能够防止事故的，只是他要将其亚麻移得更远从而其成本将为110美元。如果农民不能由铁路过失而得到赔偿，那么铁路就可能会决定继续采取过失态度。因为他知道，农民会竭力地以110美元的成本去避免150美元的预期损害，而他这样做会使铁路节约50美元。

在责任规则是严格责任的条件下，将损害赔偿限制在事故损失额（L）范围内的理由是很明显的：预期事故成本（PL）的增长将使潜在加害人对安全措施愿意作出的支付额也增加，所以很重要是事故损失额（L）反映了损害的实际成本。但如果责任规则为过失，那么潜在加害人总可以通过自己的注意而避免责任，所以原则上它就与制裁的严厉程度无关，因为他仍只对安全支付预防成本（B）。但从理性人规则讨论得知，过失具有严格责任的因素。而且法律错误（legal error）的风险总是存在的；所以如果潜在加害人通过采取更为谨慎的态度能减低被错误地认定为犯有过失的可能性，那他会愿意这么做，

并且潜在责任越大，他在这方面的支出也会越大。这就是反对将惩罚性损害赔偿作为侵权案一般规则的有力理由；但我们也将在以下章节讨论某些例外。

### 6.11对丧失谋生能力的损害赔偿

当某一事故使受害人在未来某段时间内无法从事工作时，法院就不会要求被告在受害人伤残期间支付定期赔偿（相当于生活费赔偿），而是要求他赔偿受害人一笔等于已损失的预期未来收入流量现值的总额。这不同于简单地将收入依伤残时期的周期数（如周、月）成倍计算。应该作出的赔偿是在以上基础上对受害人的过度赔偿（假设伤残期间无通货膨胀，那么事情会简单些），因为在伤残结束时受害人取得的不仅是各阶段支付的总和，而且还包括其总额的利息。如果赔偿总额是按期给付而不是在开始时就全部给付，那么他就得不到那笔利息。一次性支付的总额应相当于受害人为购买年金保险以在预期伤残期内取得定期收入而应该支付的价格，并且也不会比它高。这就是未来损失的现值。

现值总额的一次性支付要比一直拖延到未来的阶段性支付更可取。它既能节约管理费用，又能避免为不断取得支付而继续保持无工作能力状态的消极效果。如果取得一次性总额赔偿后，受害者就会尽一切努力在其估计的时间内恢复健

康。相反，阶段性伤残赔偿支付制度的作用就相当于对已获所得征收100%税率的效果。

法院在裁决有关伤残家庭主妇案的损害赔偿时遇到了困难。通过合计雇佣各种服务组合（清洗、照看孩子、做饭等）的提供者所需的总额来评估家庭主妇工作的价值已使法院陷入困境，而且的确如此；但这会违背机会成本概念。家庭主妇服务的最小值，也即如果没有这些服务时对家庭造成的成本，是她的时间用于次佳使用时的价格。假设她已被训练成为一名律师且能在律师事务所工作时的收入为10万美元，但她却选择了做一名家庭主妇，而她作为一名家庭主妇履行的各种职责在市场上只要用2万美元就能雇人完成。由于她选择呆在家里，所以我们可以推测她在家里的服务被其家庭看作至少价值10万美元；因为如果不是这样，那么这家庭为了增加实际收入，就可能早已让她做律师工作而雇佣其他人来履行其家庭职能。所以，如果她已致残，那其损失至少是10万美元。虽然它还可能更高，正像一名歌剧演员的价值（不包括其终年收入）可能超过其从事其他职业的价值一样，但对家庭主妇服务的评价的确是很困难的，因为在家庭主妇这一领域缺乏一个显性市场。

虽然机会成本方法的运用并非总是很容易的，但这方法的确可能是更为可行的。试考虑一

下由于以下情况而产生的估算问题：由于一妇女成为（和仍为）家庭主妇，她的市场收益能力赶不上她如果不作为家庭主妇时可能已达到的水平。如果恰当地运用，机会成本概念就会要求估计在她不成为家庭主妇而进入市场情况下的可能市场收入（**market earnings**）到底是多少（扣除与其市场工作有关的任何投资成本——如教育——后的纯利）。法院虽然在这种案件中仍不会使用机会成本概念来决定损害赔偿，但它们正通过考虑家庭主妇的家庭服务质量证明而向它逼近。这是一种避免错误地用家庭佣人成本估价这些家庭主妇服务的间接方法。

当作为伤残损害结果的收益损失在很长时间内才能被认识到时，刚才作出的两种关于受害人收入的未来变化和选用利息将这些收入折合成现值的假设都将严重影响赔偿数额（**award**）。

（贴现的作用表现在表6.2中。）让我们先考察一下未来收入的估算问题，然后再讨论适当贴现（利息）率选择问题。

表6. 2不同时期和不同贴现率情况下，每年2.5万美元收入损失的现值

时间	贴现率2%	贴现率5%	贴现率10%	贴现率12%
10年	224,565美元			
20年		30年		

为了回避决定受害人是否可能在某段时间改变职业的问题，我们就必须决定从事故到退休这年中每年可能得到的薪金是多少。这一



研究的起点是衡量该职业的年薪。例如，如果受害人是一位25岁的卡车司机，那我们有必要知道的就不仅是25岁卡车司机的薪金，而且还包括26至64岁那些卡车司机的薪金（假设他永久残废而退休年龄为65岁）。下一步就是决定这一职业的薪金可能会发生什么变化。要预测改变某一特定职业薪金水平的许多因素是很难的——如该工人受雇的行业产出需求的变化，或行业工会组织状态的变化。这些影响未来薪金变化的因素在损害赔偿中往往一般被忽略不计。可预见的薪金变化原因有三个方面：（1）依过去该行业的雇佣经历来决定解雇的可能性；（2）劳动生产率的提高；（3）通货膨胀。

让我们考虑一下（2）和（3）。生产率（Productivity）是投入和产出之间的比率。劳动生产率（Productivity of labour）的增长就是每小时劳动的产出量的增长。如果除去雇主的生产成本，劳动生产率的增长就会使他——对工人需求的竞争也将迫使他——向雇员支付更高的薪金。劳动生产率的提高看来是与工人平均每年大约3%的实际（即对通货膨胀作调整后）收入增长有着重大关系。

由于我们已获取了卡车司机在其工作年限中每年可能得到的实际薪金（通过其生命周期、失业和生产率增长作用而调整其当期薪金）的估计

数，下一步就有必要将其每年估计薪金相加，直到依保险统计计算出来的他可能生存到的那一年末为止。我们还可以——虽然我们不久会明白没有这种必要——调整我们对其实际薪金的估计数，以反映估计发生在他工作期限内的通货膨胀对名义工资（nominal wages）的影响。如果我们这样做，我们会用投资者预期（investor expectation）——如反映在像美国政府债券（government bonds）这样的长期无风险证券利息中的——来估计未来的长期通货膨胀率。

利率由三个主要因素构成。第一是扣除所有损失风险和通货膨胀（或通货紧缩）预期后资本净收益的实际机会成本。第二是补偿投资者可能无法取回资本而必需的风险报酬，这种酬金将为投资者对风险的态度所影响。但在美国政府的债券中不存在风险因素。第三是贷款未偿清期限内的预期通货膨胀率。如果贷款期为一年而在这一年中美元的购买力预期下降4%，那么即使没有违约的风险，放款人也将要求偿付没有使其资本在一年中增值4%的机会成本，以赔偿其在这一年中的资本购买力损失。

资本的实际无风险成本的合理估计数为2%，而长期政府债券的现行利率约为10%，这样长期预期通货膨胀率就为8%，这是在事故受害人伤残预计会持续多年的情况下用以估算通货

膨胀的一个相关数。由此，我们应在工人损失收入每年估计数上再加上8%。

所有这些完成以后，我们还应将每年的估计数折算成现值——一笔用作投资时将会产出收益（本金加利息）以弥补每年损失的金额。现值数由用于贴现计算的利率所决定。利率越高，现值数就越小（参见表6.2），因为更高的利率将使增值速度更快。我们可以利用长期债券的名义利率（nominal interest

rate），即包括了通货膨胀因素的利率。这可能是一种很高的利率，它会导致比使用较低利率时更低的现值，但原告不会受损害。名义利率高是因为它包括了已用作使原告未来收入损失升高的通货膨胀因素。在对现值作出正确计算的情况下，通货膨胀是一种假象。如果我们要估计真实（不计通货膨胀）的原告未来收入损失，那么每个估计数都会低8%，但我们可以用比真实情况低8%的利率来将这些估计数折算成现值。

但是否在两种情况下都应该使用无风险利率（联邦政府发行和担保的证券利率）吗？不是。其损害赔偿相当于现值的收入损失流量并不是一种无风险的流量——死亡、失业、其他原因引起的伤残都可能将之中断。所以，如果原告是厌恶风险的，那他就将认为其收入损失有风险流量的无风险等值对他更有价值。风险因素必须加入贴

现率以使现值下降到这样一个水平——而现值的这一水平起到了它想替代的有风险收入流量的同样效用。

这里还有一个复杂情况。第5章中讨论的家庭生产理论表明，个人实际收入并不限于他一周168个小时中40小时所赚的市场收入。使一人无力从事市场工作的严重事故可能也损害其非市场时间的生产能力，而他可以用之创造娱乐、爱或其他基本的家庭日用品。第二职业（即兼职）的薪金额可能被用作估算无能力将不用于赚取市场收入的时间用作其他生产的机会成本。但如果这么做，那么就on应该减去薪金中代表工作成本补偿的那一部分（包括无金钱收益的闲暇放弃和任何工作中的危险和不舒服），以决定工人因伤残造成的净损失。

## 6.12对痛苦的损害赔偿及人的生命价值的评估问题和过度赔偿的风险

在本书第1章中涉及的、外行人困惑不解的金钱损失和经济损失之间的关系，实质上是关于对痛苦、容貌毁损、行动能力丧失和其他由事故引起的苦难（即使收入不受影响）实行损害赔偿（往往是非常实质性的）的评判。这样的损失也产生机会成本。人们将付出代价避免它们，并要求对他们遭受的风险索取赔偿。

对痛苦的损害赔偿，即使是明显慷慨的话，

也可能存在对受事故伤害的受害人补偿不足（undercompensation）。因为视力和肢体的丧失减损了可以用金钱购买的愉快，所以为了使受害人取得其事故前的相对同等满足，通常就需要一大笔钱。这个问题在死亡案件中显得最为严重。在交易立即发生的前提下，大部分人不会用其生命去交换金钱，因为他几乎没有时间去享受其生命变卖的收益。如果说死亡案中的适当损害赔偿是无限大的，这种说法是不正确的。这表明，致命事故的最佳几率为零，或几乎趋近于零（为什么这样限定？），而且很明显地人们不愿意单独或集体地负担竭力减少致命事故发生率所必需的成本。

法院将令人困惑的生命价值适当评估问题置之不理从而已使之得到了解决。死亡案中的损害赔偿普遍限于给生存继承者赔偿的金钱损失（在有些州，算作已故受害人的遗产）加上医疗费用和受害人死前所遭受的任何痛苦的成本。给生存继承者的金钱损失为受害人收入损失减去其生活费用。除了死亡案中要减去受害人的个人费用（食品等）而伤残案中不减去外，其损害赔偿计算是一样的。其隐含的假设是，已死去了的人不可能因生存而取得任何效用！

当一个人死亡和致残时，除了他的现存继承者外，常常遭受损失的还有其雇主。雇主对他们

的雇员进行培训投资是希望培训会产生更高的生产率以作为补偿。由此产生的人力资本与机器一样是雇主的有形财产，而对其破坏就是一种实在的成本，正如有些外国法院已（默示地）承认在雇员受损害的情况下给予雇主损害赔偿所表明的一样。普通法法院过去曾裁定给予这样的损害赔偿，但现在不再这样做了——因为它们错误地认为这样的赔偿表明了雇主“拥有”雇员。

一个特别困难的问题是对儿童生命价值的评估。虽然我们常常无法找到收益损失的估算基础，但可用父母将其孩子抚养到死亡之日的金钱和时间（时间可依市场机会成本而货币化）投入作为父母损失的最低估算以确定损害赔偿的基础。如果孩子的预期价值对父母来说低于投入成本，那么他们就不会投资。当然，儿童的价值可能要大得多，但要进行全值估算将会碰到严重的困难。

这种评价的方法随着孩子变大而变得越发不可靠，因为到那时父母将通过从孩子处取得无形服务（如，快乐、漂亮、拥抱）而更多地收回其投资。在另一方面，孩子越大，就越容易预测其市场收入。

对死亡案件的估价问题可以通过区分由危险活动引起的事前（ex ante）和事后（ex Post）效用变化来解决。如果我开车上街不

小心，这就会有伤害许多人的危险。通过研究危险职业工人所要求取得的薪金和更为深入地研究人们在安全和购买火烟报警器、使用汽车安全带之间的自愿抉择（voluntary trade-off），我们对冒伤害和死亡风险所默示承担的成本有了一些了解。这些研究可被用作估算我危险驾驶的成本，而我对危险驾驶成本负有责任，无论我的车是否真正撞了人。如果我的车确实撞死了某人，那么对我征收的损害赔偿也不会更高了，因为假定如果受害人已取得了我危险驾驶的事前成本

（ex ante cost），那么他就该承担风险。由此，他的遗产继承人和其他任何我驾车危及的人就有权取得那成本以作为损害赔偿，而不会比之更多。

要注意的是，这样计算的事前损害赔偿总量不会与某实际受害人的普通法损害赔偿总量相等。以下事实并不表明100人中的每一个人都可能只要求从我处取得5000美元就会忍受风险：我的行为使100人中的每一个都遭受1%的丧失生命风险，而其生命在一个利用传统损害估算方法的侵权案中的价值可能为50万美元。即使暂且不谈风险厌恶问题，由于大多数人从生命取得的收益中既有金钱方面的也有非金钱方面的，所以他们承担死亡风险的要价要比因死亡引起的纯粹金钱损失高，而普通法制度试图予以补偿的却只是纯粹金钱损失。

而且，要使上面提及的损害评价方法适合于寻求那种使法律补救动议取决于受害人的制度，这好像具有难以克服的实际困难。许多危险行为的“受害人”依事前方法甚至不会意识到对他们会有危险，并且偶然遇险死亡的某人的遗产继承人也不会有特殊的激励去进行诉讼；所以能收到的也只能是他的事前风险酬金，而这通常只是一笔很小的数额。

最后的可能性是从事前成本来推断事后成本（*ex post*Cost）。假设我们知道为了承担万分之一的死亡风险而平均每人需要100美元。我们能推断他将其生命价值视作100万美元吗？我们可以作这种推断——至少是为了使侵权损害赔偿在正确水平上符合低几率损害（即事故），而这正是我们这里的目的。如果潜在受害人以100美元来估价其万分之一风险的消除，那么任何可以消除风险而成本又低于100美元的预防措施就是有效率的。换言之，预期事故成本（PL）为100美元。由于几率（P）为万分之一，而事故损失（L）即可用100美元除以万分之一，其计算结果为100万美元。如果我们认为死亡是由加害人在没有采取预防措施情况下造成的，那么，那些没有以低于100美元成本采取能消除风险的预防措施的加害人就必须支付。我们据此就会得出一个正确的具有威慑力的赔偿数额——100万美元，



从侵权角度看，其生命的恰当估价也即为该数额。

但在死亡几率很高的情况下，这种方法就不会奏效。承担万分之一死亡风险时只需要100美元这一事实并不表明他遭受10%死亡风险时就只需要10万美元，或他确定无疑要死时只要100万美元。正如我们前面说的那样，大多数人不会愿意在取得金钱以后立刻放弃其生命。但如果我们从此推断生命的价值是无限的，那么不论几率

(P)多小，预期事故成本(PL)也将是无限的，从而人们就永远不会冒任何风险——而这显然是一种对人类行为的虚假描述。所以，生命价值(图6.3中的纵轴)可能比死亡风险(横轴)增长得快。如果每一风险增长都产生同样的负效用，那么连结负效用和风险的函数将是一根直线。描绘函数的曲线形状表明人们承担大风险所要求的钱要远远大于承担小风险所要求的钱乘以风险增量。(图6.3中的cd要比ab大得多，尽管cd所补偿的风险增量与ab所补偿的风险增量是一样的。)在下一章中讨论对谋杀和其他犯罪的最适度刑罚时，这一观点会变得非常重要。

为什么在风险和负效用之间会存在着一种非线性关系(nonlinear relationship)呢？因为死亡风险越大，那么风险承受者实际享受支付给他的风险承担费用的可能性就越小。当然，最明显的

是当风险为百分之百时，就没有一个有限的金钱数额可以补偿风险承担者——除非他是一个高度的利他主义者。

这一讨论隐含的主张是，有些事故受害人从损害赔偿处很少或没有得到效用。死亡的或陷入永久昏迷的受害人就没有从损害赔偿处得到效用；四肢瘫痪的受害人从损害赔偿处得到的效用就很少。在这些情况和许多其他情况下，事故将降低受害人收入的边际效用。每一个理性的人都想让他钱起到最有效的作用，所以当其收入的边际效用低时他就会从事后时期将收入进行重新分配；当其收入的边际效用高时他就会将收入重新分配到事故前时期。在死亡或严重永久性伤残的情况下，将通过对损害赔偿的税收来达到这一目的。因为税收的收益将普遍地增加（也许是通过降低其他税收）公众的可支配收入

（disposable income），而公众中的大多数当然还没有死亡或伤残。为什么在这样的情况下这种方法要比对损害赔偿作出最高限定更好呢？

要注意的是，上面讨论的过度损害赔偿并没有伤害潜在事故受害人实施注意的激励，而且在事实上使它得到了加强。（解释为什么。）

## 6. 13 双重收益（双重来源）规则

如果事故保险单使我有权利在特定种类事故伤害中取得1万美元，并且我认定加害人对事故中

的伤害负有过失责任，那我就可以在向保险公司索取1万美元的同时从加害人处获得全部的损害赔偿（我们假设其价值至少有1万美元）。而其前提是假设我没有同意将我的侵权索赔权转让给保险人（代位，subrogation），而允许被告以我保险单为理由提出停止诉讼的申请将导致威慑力不足的后果。不论如何支付，事故的经济成本本身却只是1万美元，而如果裁定并没有使加害人承担损害赔偿，那么他在将来花1万美元（以事故发生几率折算）防止类似事故发生的激励就将会减弱。不太明显的是，双重追偿

（double recovery）对我而言并非是意外收益。我以预期损害成本加保险单书写成本的价值买下了保险单。如果愿意，公司完全可以将加害人对我的损害成本负有责任的事事故排除在保险单保险范围之外，或要求我将我因事故而可能拥有的任何法律权利都转让给它。在其中的任何一种情况下，我支付的保险费都可能应更少。

当双重收益（the collateral benefit）不是依照契约提供而是“无偿”提供的时候，有些法院就陷入了困境。但是，大量的无偿收益在实际上受益人早已间接支付了成本。如果雇主给予其受伤的雇员免费医疗，这只是表明雇主对其劳动部分用金钱支付而部分以实物支付，所以如果其货币薪水较高那么其“无偿”收益就会较低。

假设一个工人因有人在其雇主面前诽谤他而使他被开除；为此，他起诉诽谤者而取得了他被开除而失业期间的损害赔偿。他所取得的失业收益应从损害赔偿中扣除吗？作为一种最近似的答案，它们不应被扣除。他失业的社会成本是他保留工作情况下他所生产的产值，这种成本是不会因失业保险减缓其经济后果这一事实而减轻的。当然，就失业保险金是由政府提供这一点而言，有理由从雇员损害赔偿中减除失业收益或允许政府通过诉讼而收回这些收益。

## 6. 14 责任保险和事故保险的过失；无过错汽车事故赔偿

我们在本章前面几节已描述了过失制度主要的实体和救济特征，而这种制度许多年来一直没有得到过好评。主要的批评意见认为，它是一种昂贵而又不适当的赔偿制度。注意力自然集中于汽车事故案，因为它是过失案中最为常见的一类。研究表明，管理成本（主要是法律费用）在受害人从和解（**settlement**）和诉讼所得的总额中占了很大的一部分，所以许多在汽车事故中受伤的人很少或不可能取得赔偿——其原因在于，有时是受害人本身过失，有时是被告没有投保又无偿还能力或他干脆是个闯祸后逃之夭夭的不知名司机。

如果赔偿是过失制度的唯一目的，那它就是

一种贫困的制度，因为它不但成本很高而且很不完善。但是，其经济功能不是赔偿而是对无效率事故的阻止。如果这一制度能节约大量的事故成本，那么其主要与责任判定（即决定事故是非是不经济的）有关的大量管理成本就可能是正当的。至于保险范围，那么这一制度的不足可以通过更广泛地购买事故保险而得以补救。

责任保险减弱了汽车事故损害赔偿的威慑作用（*deterrent impact*），尽管我们将会明白这一观点的政策含义并不像人们可能认为的那么清楚。现在，汽车责任保险几乎是普遍的，虽然其部分的原因是各州要求汽车司机购买责任保险或提供有能力对事故负经济责任的相应证据。（要求其证明经济偿付能力是有效率的，而规定要购买责任保险却并非如此。你能理解为什么吗？）但即使没有强制，责任保险也可能会变得很普遍。风险厌恶的盛行是这一现象的一个必要条件；但出人意外的是，它并不是一个充分条件。理论上而言，一种成本更低而旨在避免为汽车伤害承担责任风险的方法是存在的：不要有过失（为什么即使保险没有管理成本这仍是成本更低的方法呢？）。但由于法院错误、由于过失包含着严格责任因素，所以就存在一种被裁定为过失的风险，为此就有必要以保险来预防过失的责任。

有了保险，事故成本对过失加害人而言就不

再是受害人的损失了，而是加害人因过失而可能经受的任何保险费增长的现值。由于信息成本、管制过程中对“差别性”保险费率结构的敌视，以及政府强制的风险转让基金总库甚至允许最危险的驾驶员只以略高于平常情况的价格购买保险，所以责任保险的保险费并不是依某一特定司机的预期事故成本而制定的。虽然保险费并不是统一的，但差异通常也只反映了与过失有着松散关系的标准，如事故介入（accidentinvolvement，被保险人是否有过失）或被保险人属于哪一个年龄组。即使在同一险别中，预期事故成本的差异也可能是很大的，所以这种计算责任保险费的方法会使某些司机受到过度的威慑，而另一些司机却受威慑不足。

如果不管制责任保险市场，那么保险公司就可能会根据其顾客因过失在事故中伤害某人的可能性的差异而收取不同的保险费。保险人和被保险人的关系就像在雇主责任规则下的雇主和雇员关系，而该规则通常认为，由雇员来控制过失是可接受的。但保险公司可能对其被保险人注意的控制力要比雇主对其雇员注意的控制力差，所以可能会比在禁止责任保险的制度下事故更多。但如果被害人得到全面赔偿，那么即使会有更多的事故，责任保险也还是有效率的。这样，保险人和被保险人的状况都会得到改善，而其他人的境

况也不会恶化。对附加事故成本所必需支付的附加保险费将以减少风险厌恶司机的风险这种形式产生相等或更大的效用（为什么？）。这样，如果责任保险一点儿也没有钝化侵权法的锋芒，那么也就没有必要认为它是一种控制事故的无效率制度。

对过失的有关批评认为，它期望人们不因恐惧人身伤害而因恐惧金钱损害赔偿才停止其大意行为，或在受害人过失而无法取得赔偿的情况下人们无法从加害人处取得损害赔偿时才停止其大意行为，这是不现实的。以下依次为对此观点的几点评述：

1. 这一观点对自身并非处于危难中的加害人、加害人的雇主（如货运或出租车公司）和只对财产有重大危险的事故并不适用。

2. 它忽视了对责任保险费率很高的事故的预防作用——因为它反映了被保险人的预期责任——从而使有些人不愿成为汽车司机。例如，对年轻男司机收取很高的保险费会使其延迟驾车起始期。

3. 它表示侵权赔偿从来就不是全面赔偿。如果真是这样，它可能会加强我们前面观点的论证：虽然受到过分多的批评，但侵权损害赔偿倾向在事实上仍是对严重事故受害人的不足赔偿。如果对受害人实行全面的损害赔偿，他就不在乎

成为或不成为受害人了。要注意的是，如果受害人受到的侵权损害赔偿

是不足赔偿，那么责任保险就可能产生外在性，而这与前面的分析是相矛盾的。

4. 无过错汽车事故赔偿（non-fault automobile accident compensation）的试验所取得的经验证据（下文讨论）表明，侵权责任没有威慑作用。

5. 虽然这不是一个关于汽车事故的观点，但我们还是不应该忘记：过失具有更为广泛的领域。很少有评论者认为医疗失当和产品责任对医生和产品制造商的行为不会有任何作用。

对过失制度的批判已在汽车案中发生作用，许多州已通过了无过错汽车事故赔偿法。从经济学角度看，这些法律的一个令人惊讶的特征是它们全然不关心是否能产生更有效的避免事故的激励。它们并没有设法使侵权制度成为一种对不安全行为更有力的威慑，而是设法去增加制度的覆盖面和减低保险成本。所有这些目标是相互矛盾的，并且是与减低事故发生量的目标相违背的。

作为许多成文法的范式的基顿·奥康奈尔方案（the Keeton O'Connell Plan）指出了这一困境。依据这一方案，每一位汽车司机和乘客都要实施在万一发生事故时能补偿其医疗费用和收入损失的基本保护（basic protection），无论是加害人是否



过失还是受害人自身是否没有过失。痛苦是无法赔偿的，而任何双重收益都应扣除。如果受害人遭受的除了痛苦之外还有1万美元以上的损失，那么他可能会放弃基本保护而以通常的方法进行侵权起诉。基本保护是第一当事人（事故）保险而非第三当事人（责任）保险。只有当受害人放弃基本保护而提起侵权诉讼时，加害人及其保险公司才对此负有责任。

为什么要排除痛苦损害赔偿而且要求扣除双重收益呢？很明显，并不是作者们认为痛苦不是实际损失，或双重收益是一种纯粹的意外收益；而是因为他们严重事故中并没有排除这些情况。但他们需要某种减少平均损害赔偿额的方法以防止该方案提高保险成本。因为方案对无过错司机的受害人和自己有过错的受害人也实行赔偿，从而使其范围要比侵权制度的范围更为广泛。因此，如果这一方案下的平均索赔并不比现行侵权制度下的小，那么损害赔偿要求支付的总额就会比现行制度下的大，从而使保险费成本也大于现行制度下的保险费成本（甚至在假设管理成本较低的情况下也是如此）。来自减除双重收益的节约可能是暂时的；因为人们可能会减少其现行事故保险以补偿他们依基本保护原则被强迫购买的事​​故保险。但这一方案的策略是很明确的：即增加取得赔偿的事故受害人数，但要减

少平均赔偿费。

这方案不利于产生适当的安全激励。签署基本保护保险的公司对没有受赡养者的大型、重型汽车司机（包括粗心大意的）收取的保险费可能会相对低些；因为这样的司机与那些即使注意但却有许多家庭成员的小汽车司机相比还是不太可能蒙受重大的事故成本。这一结论会增加第二组人采取预防措施的激励，但却降低了第一组人的激励。但第二组成员的事故避免成本仍可能比第一组成员要高，他们中的许多人可能以对其相对低的成本减低对其他人的预期事故成本，其方法是更注意地驾车或用更轻便的汽车替代原来的汽车。

无过错原则的支持者们坚定地认为，威慑是刑法的功能。由于对刑事处罚提供保险是非法的，所以责任保险在渐渐削弱过失责任威慑功效方面的作用也就被消除了。但更为强调对汽车事故过失介入者的刑事处罚也会损害这些方案的赔偿目的。如果事故中有过失责任的受害人被处以罚金，那么他的净损害赔偿就应在原来的基础上减去罚金数，结果它就与其损害不再相一致。另外，证明行为过失的责任和由此产生的成本在施加不可保险的刑罚的诉讼过程中也会更高，因为法院自然对那些无能力通过对错误处罚结果投保以保护自己而左右为难的被错误起诉的被告特别

关注。

一项研究发现，以其无过错法律对侵权责任进行严厉限制的州可能会增长10%~15%的汽车事故死亡率。这一结果看上去好像是很神秘的，因为无过错法律在死亡案中仍使侵权责任保持着原样。但是，我们必须牢记注意的或然性特征：如果无过错原则导致的是更为粗心大意的驾驶，那么就会产生更多的事故，而其中的某些部分将是致命的。

### 6.15 故意侵权

到目前为止，本章已对意外侵权

(*accidental tort*)进行了讨论，它们在法律中常常被称作非故意侵权(*unintentional tort*)。现在，我们有必要来讨论侵权法的另一重要方面——故意侵权(*intentional tort*)。像许多法律界限一样，故意侵权在分析上也是不明确的，部分原因在于“故意”一词的模糊不清。在加害人早知道能通过采取追加预防措施而减少事故发生几率这一意义上而言，大部分意外损害都是故意的。当侵权行为人是一家企业而能从过去的经历中预知其每年将遭受一定数量的意外损害时，故意的因素就很清楚了。相反，在许多故意侵权案中，故意的因素被严重淡化了，就像当一位外科医生非故意地超越了病人对外科手术作出的明示或默示同意时将被看作犯有虐待罪。在通常的医疗虐

待案中，问题是情况是否非常紧急得足以证明没有取得病人事先同意的手术是合理的。这又取决于拖延的成本（如在病人条件恶化时的风险，加上再实施全身麻醉的危险）是否超过了病人考虑是否实施手术这种机会的价值，如果是的，那么我们就从中发现了病人对手术的默示同意。这情况很像前面章节讨论的财产和侵权案——特别是在第4章末讨论的默示契约案。它并没有离析功能截然不同的行为方式。

另一个关于故意侵权如何才能完全陷入合法活动之间冲突的例子是由伏击枪案件提供的。在伯德诉霍尔布鲁克一案（Bird v. Holbrook）中，被告在距他家一英里处拥有一座很有价值的郁金香花园。虽然花园是有围墙的，但郁金香花还老是被盗，所以他就在里边安置了伏击枪。而其邻居的孔雀却逃进了他的花园。案中原告是一个年轻人，他为了替孔雀的所有者抓住它而追进了花园，不幸绊上伏击枪而受伤。法院认为被告对原告的伤害负有责任，因为他没有设标志指明他在花园内已装有伏击枪，而且这一事件又发生在白天。

在这一案件中，作为一个经济学家至少应该思考的问题是，种植郁金香和饲养孔雀两种合法活动之间的适当协调。被告对郁金香花园作了很大的投资，而又由于他住得远，围墙就对盗贼不

起作用了。在警察治安保护不足的情况下，伏击枪也许是成本效果最好的郁金香保护方法。但由于伏击枪不能辨别盗贼和无害非法侵入者，所以它们就妨碍了家畜所有者到其他人土地上追寻其家畜，从而增加了饲养家畜的成本（围栏成本和走失损失）。在伯德一案中，法院提示了一种也许虽然脆弱但却灵活的调节方法：设置伏击枪的人必须告示他的这种行为。而家畜的所有者在没有那种告示的其他人土地上是不会停止追寻的。告示在夜晚就不会起作用了，但那时家畜很可能已关住了，而且无论如何也很少有家畜所有人在天黑之后仍寻找他们走失的家畜。所以，这一分析结果与过失案——非故意侵权案的原型——的分析是一样的。

但是，还存在着一类在经济上与非故意侵权有区别的故意侵权。它们包括非法侵入（参见 3. 6）、干犯他人身体、单纯殴打（如不同于医疗虐待和非法拳击职业赛中技术性殴打的抢劫）、欺诈和侵占（盗窃的侵权对应）以及有时非常类似于普通法中的强奸、谋杀、抢劫、欺诈和盗窃等罪行的侵权。这些侵权和与之相对应的犯罪涉及的已不是合法（生产性）活动之间的冲突了，而是发生在低交易成本情况下向被告的强制性财富转让。这样的行为是无效率的，因为它违反了前几章我们阐述的原则：在市场交易成本

低的情况下，如果可能，人们应利用市场；如果不可能，那就应停止这种行为。当盗贼至少与被盗物品所有者一样看重其物品时，盗窃或侵占就不只是无成本转让性支付了，所以对此的异议也必须在经济学之外才能寻觅。如果允许这样的强制转让，那么财产所有者就将在保护上耗费资源，而盗贼也将耗费资源使财产所有者的努力无济于事。考虑一下，有一种物品对其所有者和盗贼都值100美元，并假设如果所有者不在保护上花成本，那么盗贼可能要在时间和盗窃工具上花费20美元后才能窃得该物品。我们还假设，由于所有者知道财物可能被盗而花费30美元预防成本，从而将盗窃的几率降低了50%（预防措施的预期收益是50美元，比成本要高），那么盗贼可能通过再在时间和工具上花5美元（这样做会使他得到补偿）而将几率提高到60%，这样所有者就无法采取其他成本合理的防护措施了（然而他已花费的30美元是一笔合理的投资）。结果是，所有者和盗贼总共投资55美元分别以保护和完成其货物转让。从社会角度来看，这一数额全部是浪费的；而这种浪费就是经济学对盗窃提出的异议所在。

汉德公式对阐明在性质上与非故意侵权不同和相同的两种故意侵权之间的区别是有帮助的。考虑这么一种情况，由于铁路每年要驶过许多列

车，所以它很自信地知道每年在叉道口将死亡20人这一近似确定值。由此，它是故意侵权人吗？不是，在法学和经济学上它都不是故意侵权人。促使预期事故成本（PL）升值的事情——铁路运行规模——也会使预防成本（B）上升。预期事故成本（PL）和预防成本（B）之间的比率不会受潜在加害人运行规模的影响，而正是这比率使我们能在贴切的经济学意义上区分故意侵权和非故意侵权。

通过使“真正”的故意侵权符合汉德公式，我们可以明白这一观点。我需要一辆汽车，但我决定为了节约时间而盗窃你的车。这里的预防成本（B）不仅比事故案件中的低，而且由于我不是通过伤害受害人（表示正预防成本）而是通过不伤害受害人（表示负预防成本）而节约资源，所以它（B）实际上是一个负数，因为我盗窃汽车必须支付一些成本。（当然，在此存在着一种补偿收益，否则我就不会去偷车，但这种收益并不代表一种社会净收益，因为它与受害人的汽车损失相抵消。）而且，这里的几率（P）是很高的（要比事故几率高得多），因为要想使某人受损害就使损害发生的可能性比损害只是另一行为——如将货物从一个地方运到另一个地方——所不希望的副产品这种情况下的要高得多。所以，不仅在故意侵权中预防成本（B）低于预期事故成

本（PL）——正像在过失侵权中一样，而且它明显要低得多。

以下是对法律政策的两项重要提示：

1. 我们希望，并且发现法律宁愿将惩罚性损害赔偿适用于“真正”的故意侵权案，而不是适用于那些不论是否被划定为故意或非故意但却缺乏“真正”故意侵权案性质的（即不涉及纯粹强制转让的）案件。我们知道，惩罚性损害赔偿在严格责任案中会导致威慑过度。略为不明显的是，在单纯过失案中也同样如此。由于司法错误、过失中的严格责任成分（理性人规则）和注意的或然性，只在注意上花费预防成本（B）是无法避免过失的。所以，如果预期事故成本（PL）是由于对实际损失（L）增加惩罚性损害赔偿而人为地得到了提高，那么潜在加害人就会因此而在事故预防上投入高于预防成本（B）的支出，而这是无效率的。但由于在故意侵权案中预防成本（B）和预期损失（PL）之间的差距过于巨大，所以通过使损害赔偿费高于实际损失（L），阻止对社会有价值行为的危险就被最小化，其他政策也得以实施，如通过解决关于有利于原告的实际损害的全部疑问而保证损害赔偿具有有效率的威慑力；所以，这只要在其实际损害赔偿估价上加一定程度的惩罚性损害赔偿就能解决这一问题。而且，由于我们想尽可能通过市场来引导资



源配置，所以我确信我并非不关注到底是从邻居处偷一辆汽车还是买一辆汽车这一问题。我们是通过使损害赔偿费大于汽车的价值而这样做的，所以就不会认为侵占可以合意地替代购置。惩罚性损害赔偿就是这样做的方法之一。另一种在故意侵权案中也很普遍的方法是，要求侵权行为人向受害人支付被侵占物对侵权行为人的价值。这是第4章中提及的损害赔偿的恢复原状手法。它在故意侵权案中的使用是试图使侵权对侵权行为人没有任何价值，从而引导人们通过市场进行资源配置。

2. 没有任何理由允许连带过失在我们称作“真正”故意侵权的案件（纯粹强制性转让）中作为抗辩，因为在此加害人避免侵权的成本明显要比受害人的低——即在事实上对加害人是负成本而对受害人是正成本。受害人不可能是成本较低的避免者。换句话说，受害人的最佳注意程度永远是零。

在预防成本（B）为负数的纯粹强制性转让与预防成本（B）虽低于预期成本（PL）但却是正数的普通过失案或预防成本（B）可能在实际上大于预期成本（PL）的严格责任案之间，存在着一些中间情况。拿粗心大意这个例证来说。我在开车时决定闭上眼睛休息一下，但结果却以很高的速度撞进了步行的人群。在此，预防成本

(B) 是正数但却是极低的，而几率 (P) 和实际损失 (L) 却都是极高的。赞成惩罚性损害赔偿的“解决疑难问题 (resolvedonbts)”论点开始起作用了，正像反对允许连带过失抗辩的论点起的作用一样。所以，我们毫不惊奇地发现，在这样的案件中，法律确实允许裁定给予惩罚性损害赔偿而绝不允许连带过失作为一种抗辩。

至此我们将故意侵权的讨论集中于获得性侵权 (acquisitive torts) —— 侵占、抢劫 (侵权术语为暴力侵占)、谋财害命等。但有些侵权却有着一不同的动机：相互依存效用

(interdependent utilities)。我们在第5章中碰到了相互依存正效用，而在此我们关心的是相互依存负效用。A 为了使其仇人 B 显丑，就刺伤了他的脸部。这里不存在财富转让；但 A 的效用却因 B 的效用的下降而增加了。如果 A 的效用增加大于 B 的效用减少 (那是不可能的，尤其在一谋杀案中，为什么呢？)，那么这一交易就是效用最大化的。但这绝不是财富最大化的，而且它是非法的。这是一个关于法律的效率和功利目标之间偶尔相背驰的有意义的例证。

故意性 (intentionality) 中一个难以捉摸的问题是由“故意不关心 (deliberate indifference)”这一概念引发的。这一概念在某种宪法性侵权中 (如酷刑、怪刑) 起着极为重要的作用。囚犯经

常控告，监狱中的卫生和安全条件太差，所以应将监狱官员看作在实施酷刑。法院坚持认为监狱官员的疏忽是故意的，但它们允许对囚犯卫生 and 安全的“故意不关心”也要符合上述要求的。这一术语意味着，被告意识到危险和有害的条件而又置之不理。为什么这是那么重要呢？正如在本节开始时指出的，从事如桥梁或隧道建筑这样的危险活动的大企业“知道”它们的活动将造成偶然事故而“决定”置之不理的（而如果要它们对此做什么的话，那就是应放弃这些活动），不应被看作故意侵权。但这只意味着“故意不关心”在司法意义上只是故意侵权责任的必要条件，而不是充分条件。PL（事故预防成本），特别是P（事故发生几率）越高，潜在的加害人越有可能在实际上知道其行为的危险性；所以知道成了很高的事故预防成本的代名词，而且我们知道：在其他情况相同的条件下，事故预防成本越高，原告的过错就越严重。而且，如果原告实际意识到危险而决定置之不理，那么B（注意的边际成本）的信息成本因素就越小。所以，故意不关心增加了PL与B之间差异的可能性。但必要的是，如果他将被看作是故意侵权者（更准确地说，是表中后面的疏忽大意侵权者，在这里的疏忽大意更倾向于故意），那么不仅PL，很高，而且B也很低。

### 表6. 3侵权案件分类表

案件L (\$) PL (\$) B (\$) 不可避免. \$  
\$ \$ 过失. 重大过失. 高几率. 疏忽大意. 疏忽  
大意. 一故意. 一预谋.

总之, 表6.3为P、L和B提出了假设性的数值, 用以表明应承担责任的程度。最后为“预谋”的一行是针对下述情况的: 由于侵权人通过放弃侵权而失去满意从而使B就成正数; 受害人将痛苦转给他; 这是一种依赖性负效用的情形。

### 6.16 诽谤

诽谤侵权 (tort of

defamation) 一种是故意、过失和严格责任的引人注目的混合体。它通常被认定为故意侵权, 因为书面或口头的批评性地谈论一个人是一种故意行为, 并且它 (例如) 在以下的规则中具有强烈的严格责任倾向: 被告没有任何理由作出这样的抗辩, 即他可能已对避免诽谤原告作出了合理的努力。在著名的琼斯诉E·赫尔顿公司

(Jones v. E. Hulton & Co.) 一案中, 报纸小说的作者正巧给小说中的人物起了一个真人所拥有的人名——阿蒂默斯·琼斯, 琼斯就以诽谤对此提起诉讼, 结果以其邻居认为小说中的琼斯就是他为证据而胜诉。琼斯是全然无法帮助避免损害的, 虽然报纸已很注意, 但以真相为假借的小说创作不是一种很有价值的行为以至于不可能以合理成本改变其行为而避免损害的。而且, 这事件

具有粗心大意的倾向。就像一个人向一座他认为没人居住的房屋窗户开枪，而正好打死了某个人；报纸也正诽谤了一位他认为不存在的人，但与小说人物具有相同姓名和某些特征的人就可能（而且事实上确实是）为其攻击所伤害。然而，也许即使在过失分析中，报纸仍有可能被判为诽谤。但报纸的发行人不应该对琼斯负有责任，除非他因没有发现诽谤而犯有过失；而这是有道理的，因为我们很难弄清楚到底什么样的活动量水平变化对发行人来说才是最佳的。

诽谤法有几项看来可能令人困惑不解的例外，让我们来看一下其中具有重要经济学原理的两项。第一是集团诽谤（*group libel*，例如，“所有的医生都是江湖骗子”）不可起诉规则。集团诽谤是不可能损害集团成员的，因为置换全行业的成本要比置换个人的成本高得多。如果诽谤是“琼斯医生是个江湖骗子”，那么琼斯的病人就可能并能够轻易地转向其他医生。但如果所有的医生都是江湖骗子，那他们该怎么办呢？他们可能依然留在原来的琼斯医生那里，因为至少他们是了解他的。第二是诽谤死者不能规则（这是一个很奇特的相关规则）。其理由是，诽谤是对名誉的损害；而名誉（像我们在第3章中讨论干预他人私生活侵权时所认识到的）是诱引其他人参与与某人进行的市场和非市场交易的基础。所以

当一个人死后，那就由此停止了交易，损害也就不存在了。这有点像一个人致残后最终无法从事一项将被逐步淘汰的工作。当然，如果诽谤某人有遗传疾病，那么其有害结果就不可能随死亡而终止，法律将这样的情况看作特例。

法律对待书面诽谤（libel）要比对待口头诽谤（slander）严厉得多，这在许多评论者看来好像与这一拥有大量无线电和电视听、观众的时代不相协调而显得异常。但书面诽谤的预防成本要比口头交流诽谤的预防成本低。书写是一种更具故意性的行为，因为在此有时间仔细考虑词语可能对他人造成的影响，而讲话却常常做不到这一点。所以诽谤责任对有社会价值的书面交流构成威胁的危险性要比对有社会价值的口头交流构成威胁的危险性小。随之表明的是——对此见解存在着司法界的支持——用稿子宣读的无线电或电视讲话不是自然的口头发言，所以应该将它划归书面诽谤而不是口头诽谤。（如果用草稿发言又怎么样呢？）

现在我们来讨论一下诽谤案中的抗辩。当然，真实性是其一，这完全与第3章的名誉分析相一致。其二是特权抗辩（the defense of Privilege）。一个恰当的例子是，雇主有给其雇员开具包含诽谤材料的品德证明书的特权。公正的证明书会使未来的雇主而非现在的雇主得

益，而且很难使前者补偿后者，虽然在原则上他可以保证赔偿后者的任何损失和由诽谤诉讼引起的成本，但其收益对作出如此高成本的协议来说微不足道。法律的答案是，将某些开具品德证明书的成本外在化以鼓励给未来雇主以外在收益。这一特权不是绝对的，因为如果开具品德证明书的雇主知道其包含着对雇员的虚假诽谤时，他就将失去这一特权。在这种情况下就不存在外在收益给予了（为什么没有？），所以也不存在任何允许成本外在化的理论基础了。但真实性却是绝对的抗辩，因为即使被告认为他在撒谎仍还存在外在收益。

### 6.17 继承人责任

科学知识的增长使人们更为关注像销售石棉或乙烯雌酚（DES）这种行为的长潜伏期后果。行为和结果之间拖延的时间越长，提起诉讼时行为人仍活着的可能性就越小。那么，这一问题就成了行为人的继承者是否应承担责任。提出这一问题的另一方面（这种方法将提出一项重要的经济学理由）是要问，财产是否应由于未来不确定的责任而被剥夺。假设一个公司是一个石棉生产商，它在许多年之前卖掉了他的财产且将收益分配给股东，然后就解散了。股东应对石棉受害人承担责任（也许为了保障（第14章讨论的）有限责任原则，他们只对公司解散时的收益分配数额

承担责任] 吗？或者，这些财产的购买人应承担  
责任吗？如果没有人承担责任，公司就达到了其  
石棉的健康成本外在化的目的。但如果股东或财  
产购买人承担责任，那么公司的交易成本就会提  
高。

权衡选择是很困难的。但是我们可以考虑一  
些相关的因素。其一是，公司的侵权责任在其解  
散时是否可预见。如果是可预见的，继承者的责  
任就不会像不可预见侵权责任时那样具有很高的  
成本，因为人们可能估计责任成本并对购买价格  
作出相应调整。如果公司将其财产全部卖给一个  
购买人而非几个购买人，那么继承人法律诉讼就  
从几个减至一个，继承人责任的成本就会下降。  
普通法的原则是，除非买卖契约明确规定要承担  
责任，否则继承人实体不应对其前任的侵权承担  
责任。这一规则反映了长潜伏期侵权后果比现在  
少的那一时代的情况，那时继承人责任交易成本  
是事故成本外在化的主导因素。随着长潜伏期侵  
权后果在当代的普遍化，正如经济分析所预期的  
那样，这一规则受到了严重的侵蚀。

出售财产并非是避免全部侵权责任的唯一途  
径，另一种避免责任的方法是肯定没有足够的财  
产来支付巨额侵权损害赔偿。这看起来好像是破  
产的一种窍门，但考虑一下：假设防止4000万美  
元的事故的成本是20万美元，而如果没有其他防



止事故的开支时其事故几率就是1%，那么低于40万美元的防止事故的开支从社会角度看都是合理的成本。再假设企业甚至可以用非常低的成本（我们假设为零）来避免拥有可能被没收用于支付法律赔偿的高于100万美元的财产。那么，企业的预期损害赔偿成本只是1万美元（ $100万 \times 1\%$ ），它就不会花20万美元防止事故。与这一分析相一致，我们发现风险产业的经营不适当地集中于小企业，其原因是它们的潜在侵权责任会如例证中那样中断。

## 第七章 刑法

### 7.1刑法的经济本质和功能

前几章考察的非法行为（wrongfulconduct）

——主要是侵权和违约——将使不法行为人不得不向受害人支付金钱损害赔偿，或有时对违法者处以藐视法庭罪（Pain of contempt）而禁止继续或再行其过错行为（即，法院发出强制令的）——以上两种情况只有在受害人起诉时才出现。但犯罪是由国家起诉的，并且罪犯必须向国家交付罚金或承受像被关进监狱那样的非金钱刑罚。这两类案件的审判程序也有差异，但对程序差异的考察将推迟到第21章。现在我们感兴趣的是，为什么国家应对某些犯罪适用不同的刑罚，而其刑罚所必需的实质性原则又是什么。

在我们的法律制度中，主要有以下五类不法行为被认定为犯罪：

1. 在上一章中讨论的故意侵权，它代表了一种自受害人向侵权人的纯粹强制性财富或利益转让。谋杀、抢劫、盗窃、侵入他人住宅、强奸、侵犯人身、重伤害、诈骗罪和大多数其他普通法犯罪（即，依英国普通法应受惩罚的犯罪）基本上都是干犯他人身体、殴打、非法侵入和侵占这样的故意侵权的例证，虽然我们会明白与故意侵权相应的犯罪的心理状况和损害要件有时是不同的。但是，这里有一些更有问题的、将纯粹

强制转让视作犯罪的例证。

（1）伪造货币罪。这可以被看作是一种以诈骗进行盗窃的形式，而这种诈骗就是付款人将构造货币作为法定货币支付。一旦发现伪造，无论哪一个受害人都不应再保留这种无价值的货币。如果它没有被发现，那么其损失将会更为广泛地扩散。由于现在流通中的货币量相对于社会全部货物贮存量而言，要比伪造之前大，所以所有人的货币价值将下降（即，通货膨胀）。由此可见，除了货币伪造者之外，其他人都是受损害者。（债权人又如何呢？）除了这种强制转让外，伪造货币还造成通常的无谓成本（能举例吗？）。

（2）强奸罪。强奸是一种回避（婚内或其他）性关系市场的行为，正如盗窃回避了普通的货物和服务市场一样，所以它应被禁止。但有些强奸者却从妇女不同意与之发生性关系这一点上取得额外的快乐。对这些强奸者而言，因为市场交易成本太高而没有市场者代

（market substitute），所以他们有可能主张：如果对强奸者的舒适（依其愿意为取得强奸权利而支付的——虽然不是向受害人支付——来衡量）超过了对受害人的痛苦，那么强奸就不属于一种纯粹强制性转让，所以不应受处罚。这里存在一些实践上的反对意见，例如，人们很难在经验的基

础上将这些强奸犯与纯粹的性窃贼区分开来，而且放任他们会使妇女加大其自身保护的投資，而这又反过来会引来强奸者为使妇女的自我保护投資无效而耗費大量的资源；但在作为本分析原则的财富最大化理论的框架内不可能有任何类型的强奸被許可这一事实将使许多读者意识到上述理论的有用性的局限。

（3）婚內强奸。在此之前，婚姻一直是对强奸控告的完全抗辯。除了明显的一个证据性困难外，这里存在一些理由：

（a）在一个褒獎婚前童貞和婚姻貞操美德的社会中，强奸的主要危害就是对这些美好的东西的毁灭，而婚內强奸（maritalrape）就不会产生这种影响。我们不应感到惊奇，在这些社会中，已婚妇女诱奸他人是一种比强奸更严重的犯罪。这种行为更可能是一种持续关系，从而更可能生下不属于丈夫的孩子。

（b）而且在这样的社会中，妻子对婚姻的主要贡献是性和生育，如果她要使其丈夫失去这些，她是在对婚姻进行致命的打击。有权要某些东西并不意味着有权通过暴力而取得它，但它可以减轻暴力的不适当性。

（c）在总体上（虽然不总是如此）而言，离婚率越低，夫妻分离的情况就越少；如果夫妻分居了，不同意的证明这一问题就减少了。其例

外是，天主教国家在此之前一直不准离婚，但取而代之的却是正式（常常是永久的）分居。

（d）由于妻子很少拒绝其丈夫的性交要求，所以婚内强奸可能是很少见的。也许，如果婚内强奸是一种犯罪，它的主要作用也仅仅是为了提高妻子在离婚诉讼中的谈判地位。

（e）丈夫对其妻子实施强奸对妻子所造成的损害的性质是有点难以理解的。如果她遭到殴打或威胁，那么这些当然是实在的伤害，但它们是由普通殴打和威胁引起的。尤其是由于童贞和贞操的美德并没有遭到危害，她与一个已与她在以前进行了多次性交的男人再进行一次性交的事实好像对实际引发的伤害是边际性的，但它却是认定强奸犯罪所必要的。

不将婚内强奸认定为一种犯罪的大多数理由随着时间的迁移而日益失去其说服力。由于法院已经变得（或至少认为它们自己将变得）更善于作出艰难的事实性决定，所以证据问题就弱化了。其他问题也随着妇女对男子依赖性的降低（在第5章中强调）而削弱。当离婚普遍化并可以满足要求时（美国现在的情况就如此），

（c）和（d）的重要性也就失去其重要性了。

（e）中没有考虑到的因素是最有意义的。妇女独立性不断增长的一个方面是她们对其性和生殖能力进行控制的要求的增长。任何形式的非

自愿性交损害了这种控制力。婚内强奸毕竟可能产生不希望的怀孕。如果妻子（像她们在过去做的那样）为了换取其丈夫的保护而将其对生育能力的全部控制权交给其丈夫，那么她就不是现代人了。但随着妇女对男子经济依赖的减弱，妻子和丈夫间进行交易的条件可能会变得有利于妻子。部分原因是她不像以前那样迫切地需要一个丈夫了，妇女（至少是在工作市场中有很好的机会的妇女）不再为了得到一个丈夫而被迫放弃其对性和生育能力的控制。由此的推论是，将婚姻作为强奸的抗辩也将被消除。

现在再回过头来讨论我们的分类：

2. 诸如限价（参见第9至10章的论述）和偷税（参见第17章的论述）等其他强制性转让，这类不法行为在普通法看来可能不是犯罪。

3. 伴有国家已宣布为非法行为的自愿（由此可推测为价值最大化的，但正像我们在第3至6章了解的，它仅仅是推测）交换。这种交换的例子有：卖淫、销售黄色读物、出售婴儿供他人收养、以运输行业公布的价目单上未开列之价格提供规定的运输服务和买卖毒品。

4. 某些恐吓但不构成民事侵权的预备行为，例如，在受害人未受损害的情况下没有成功而又不具备侵权未遂要件的谋杀某人的预谋和共谋（即例如，如果受害人在未能得逞的行为作出

之时并不知道它，那么就不可能具备侵权未遂的要件）。

5.如果被允许就会使其他形式的普通法管制更为复杂化的行为。例如，逃离事故现场或欺诈性地对判决胜诉债权人隐匿财产。

可是，为什么上述所有的五类行为都不能按侵权法处理呢？对第3、4类而言，答案是非常明白的：无人受危害。但这只是一种肤浅的答案，我们的法律允许受到保护的任何人提起惩罚性损害赔偿之诉。一个更为恰当的答案是：在没有受害人告发不法行为和证实不法行为人的情况下，侦查是困难的。这一答案也并非全面的。可以考虑侦查的困难度而将惩罚性损害赔偿向上调整。在原则上，这种方法也能处理第5类行为。但（如我们将要知道的那样）惩罚性损害赔偿的最佳程度越高，它们成为可行的处罚的可能性就越小。然而，关于第3、4两类行为的另一个问题是：为什么要对并没有损害任何人的行为予以处罚呢？对第3类行为而言，它的答案超出了经济学的范围；因为，一位经济学家很难理解为什么在犯罪行为的确“无被害人”的情况下要对罪犯予以处罚。（当然，像其他契约交换一样，明显无被害人的犯罪可能有第三当事人作用，将酒出售给一位喝醉的驾驶员就是一个例证。）对第4类行为而言，答案是与这一问题有着密切关系的

——我们现在就能着手这一问题——为什么侵权法不适用处理第1、2类行为（即违反普通法或成文法原则的强制性转让）。

从上一章我们知道，对像盗窃这样的纯粹强制财富转让的适当处罚是其处罚额要略大于受害人损失的法律估计数——其超额部分是用以在市场交易成本并非太高的情况下将转让限制在市场范围内。我们可以作出以下更准确的说明：超额部分应该是受害人损失和加害人收益之间的差额，或更多些。

为了阐述这一问题，我们假设B有一块值1000美元的宝石，但该宝石对盗窃（用侵权法的术语说，即为“侵占”）者而言却值1万美元。我们想将宝石交易引入市场，而我们可以通过尽力使强制性转让成为A的蚀本生意而达到这一目的。使A有责任支付1万美元的损害赔偿费就差不多能达到这一目的，但尚不能完全达到这一目的；因为偷和买时A是没有差异的，所以他既可能会偷也可能会买。（对风险的态度如何才会影响他的选择呢？）所以我们要增加一些额外款项，即令损害赔偿费成为1.1万美元。但是，当然宝石有可能对A不如对B值钱（A终究不想购买它），那么在这种情况下，一笔更小的罚金就可能达到阻止A盗窃这一预期目的。如果宝石对A只值500美元，那么501美元的损害赔偿就足矣。



但由于法院无法断定被盗物对窃贼的主观价值，通常就只能以被盗物的市场价值为基础来决定损害赔偿的数额，同时，考虑到窃贼对被盗物寄予更高主观价值的可能，还要加上一笔额外款项（本章下一节将对这种额外款项的确定予以探讨）。

就造成死亡或者只具有造成死亡实质性风险的犯罪而言，其最佳损害赔偿额常常是极为巨大的天文数字。让我们回顾一下第6章中的图6.3。为了承担即期死亡的风险，一个正常人会要求取得一笔极大额的款项——如果死亡几率为1，那么数额就是无限的。即使当某人打算故意杀害另一人时，其死亡的几率还是与1有很大差距的。但其死亡几率要比大多数事故案件中的高得多。并且，我们知道，风险和赔偿之间的关系并非是线性的。倘若A因为有被B偶然杀害的万分之一的可能性而愿意接受1美元的赔偿，那么，这也决不表明只要赔偿1万美元，A就会允许B来杀害他。当然，死就是死；但有鉴于因事故至死的风险或多或少是在民众中随机分布的，而被谋杀的风险是集中于那些对谋杀者实现其目标构成障碍的相对少数人身上，所以对那些人（潜在谋杀的受害人）而言（如果不考虑处罚），其死亡几率就高于事故死亡的几率。

实际上，我们由于忽视隐匿问题而低估了纯

粹强制性转让的最佳损害赔偿。作为合法公开行为副产品的事故通常是难以隐匿的，隐匿违约一般也是不可能的。但当一个侵权行为人的全部目的是从他人处取得某种有价值的东西时，他就自然会设法隐匿其所作所为，而且这常常会是成功的。在侵权行为人实际被捕并强迫其支付损害赔偿的几率小于1的情况下，决定要作出多少损害赔偿的公式是这样的： $D=L/P$ ，其中D是最佳损害赔偿额，L是侵权行为人在被查获案件中所造成的损害（包括任何为阻拦通过强制性财富转让而回避市场所进行的调整），而P则是被查获和使其支付最佳损害赔偿的几率。如果 $P=1$ ，那L和D就是等量的。但例如，如果 $L=1$ 万美元， $P=0.1$ ，即意味着侵权行为人在其10次不法行为中9次逃脱了法律的制裁，那么 $D$ （即最佳刑罚）=10万美元。只有这样，潜在侵权行为人的预期刑罚成本（ $pD$ ）才等同于其行为的损害（ $L$ ）。

当纯粹强制性转让案中的损害赔偿上调以制止回避市场的努力、认识到死亡风险与承担风险的补偿之间的非线性关系并惩罚隐匿时，最佳损害赔偿很明显地会是数额很高的——在许多情况下，它会高于侵权行为人的偿付能力。对此，社会所普遍采用的三种可能的对策是：第一，是以非货币形式加于负效用，如处以徒刑或死刑；第二，是通过维持犯罪侦查的警力而降低隐匿的几

率；第三，是在犯罪发生之前对其实施预防，它既要求维持足够的警力又要求对预备行为（第4类行为）实施处罚。如果由于第22章讨论的原因而使得公共治安（publicPolicing）要比私人治安（PrivatePolicing）更为有效，那么国家就充当强制执行人的角色而有权实施任何货币性处罚。这样，这些罚款就被作为罚金而交予国家，而非作为损害赔偿而交予受害人。如果犯罪同时又是一种侵权——无论是普通法还是成文法上的，那么受害人就可以寻求损害赔偿。

在侵权救济具有足够威慑力的情况下，由于包括任何惩罚性损害赔偿在内的最佳侵权损害赔偿是在潜在被告人的支付能力范围之内，所以就没有必要求助于即使在仅仅处以罚金的情况下仍比民事罚款更费成本的刑事处罚了。对此，我在下面将作解释。犯罪（等于侵权）行为是可能被阻止的；但如果由于上一章阐明的原因，即使在适当程度上实施侵权救济并且不涉及偿付能力问题而犯罪行为仍无法防止，那么，运用刑事处罚同样也无法取得社会收益（为什么无法取得呢？）。虽然在有些案件中，值得注意的是在反托拉斯和证券案中，富足的被告被同时提起刑事和民事诉讼时，从理论上预示，刑事制裁一般只适用于侵权赔偿超出被告人支付能力限度的情况。

这意味着，刑法主要是为穷人设计的，而富人被保留在侵权法的界限之内。这一观点并没有为这一事实所反驳：罚金（fine）是一种普通的刑事处罚。罚金要比相应的侵权损害赔偿判决数额低得多，而对此有两方面的原因。政府在将刑事惩罚的几率提到高于侵权诉讼几率上投入资源，而这使最佳罚金低于在没有这种投资情况下可能是最佳的惩罚性损害赔偿。而且，罚金是比其经济成本本身更为严厉的处罚。每一刑事处罚都以耻辱的形式实施了非金钱负效用，并通过诸如禁止重罪罪犯拥有的投票权这样的规则而得以提高其负效用。在侵权判决中，就不存在相应的耻辱。

## 7.2最佳刑事制裁

为了设计一套最佳刑事制裁方案，我们需要一个罪犯行为模型。这一模型可能会是非常简单的：由于犯罪对他的预期收益超过其预期成本，所以某人才实施犯罪。其收益是来自犯罪行为的各种不同的有形（在金钱获得性犯罪中）或无形（在所谓的情欲性犯罪中）的满足。而其成本包括各种不同的现金支出（购置枪支、盗窃工具、面罩等）、罪犯时间的机会成本和刑事处罚的预期成本。这些成本中的最后一种成本将是我们分析的中心点，但为了表明仅仅通过一定量的法律实施活动和惩罚的严厉性还不足以控制犯罪活动

的水平，提及其他成本也是可取的。例如，盗窃的收益及由此产生的发生率可能会因财富流离富人的重新分配而减少。同样原因，犯罪的机会成本可能会增加，并从而通过减少失业以增加合法工作收益而减低犯罪率。犯罪的现金支出也可能会增长，例如由于对枪支生产和买卖课以重税。虽然，上面三句话中的两句话中的“可能”是很重要的。由于在财富集中的情况下保护每单位财富的成本可能会较小，由于在平均主义社会中财富更容易被划定为公有和被人们广泛地占有，又由于福利制度（降低收入不平等计划的标准组成部分）通过对合法收入课以重税（损失福利收益就是赚足够的钱以免受福利的成本）而降低犯罪成本和（像明确的所得税那样）降低工作的净所得。正如对枪支征税就是通过减少守法房主和商人所拥有枪支的数量而使盗窃成为一种低风险活动，从而可以降低盗贼的盗窃成本。

罪犯是一个理性计算者（rational calculator）这一观点会给许多读者留下一个印象：它是很不真实的，特别是当它被适用于没有受过教育和不为金钱收益的罪犯时。但像在第1章中强调的那样，一种理论的检验不在于其假设的现实性而在于其预测力。日益增长的关于犯罪的经验研究文献已表明罪犯就像他们真是经济模型的理性计算者那样对以下情况变化产生反应：机会成本、查

获几率（probability of apprehension）、惩罚严厉性和其他相关变量。而且这与犯罪是否为了金钱收益或情欲收益，罪犯是否受过良好教育或受教育程度很差，都没有关系。

我们在早些时候就领会到，刑事制裁应设法做到使罪犯由于实施犯罪行为而处境更为恶化。但我们现在必须引入一系列限制性条件。假设我在森林中迷路，而为了免受饥饿我进入了一间无人居住的小屋并在那里盗窃了我发现的价值不大的食物。我们真要对这种盗窃处以死刑吗？因为在理论上是犯罪挽救了我的生命，所以没有更轻的刑罚能威慑住我从事犯罪活动。当然，不应该处以死刑。问题是，当盗窃法普遍处罚在低交易成本下的盗窃行为时，这一例证中的交易成本由于小屋没有主人而变得过高以至于阻碍了交易。一种方法可能是为了防止将这样的例证视为犯罪而对盗窃作出限定；并且事实上在刑法中存在着一种可能被成功地运用于这一例证的紧急避险抗辩（defense of

necessity，参见7.5）。但正像我们将在第20章中看到的那样，试图对犯罪作出如此详尽的规定可能需要很大的成本，而另一选择便是采用一个更为普遍（尽管包容过泛）的界定，但要使预期刑罚成本处于不会妨碍价值最大化的偶尔犯罪的水平上。

这里有一个为刑事处罚设置上限的相关理由，即不是所有的犯罪都是能被刑罚威慑住的。如果存在一种意外触犯刑法（对任何涉及过失或严格责任因素的犯罪都存在）或法律错误的风险，那么非常严厉的刑罚将会诱导人们处在犯罪活动的边缘时提除社会所需要的行为。例如，如果对驾车超过时速55英里的刑罚是死刑，那么人们会将车开得很慢（或索性不驾车）以避免意外违法或被错误定罪。准确地说，如果犯罪行为类型依故意性概念和如紧急避险这样的抗辩而限于那些（用汉德公式术语来说）在预防成本（B）和实际损害（L）之间有着很大悬殊的案件，那么意外或错误的风险将是轻微的，而且法律制度能更为从容地实施重刑。但它并不能彻底自由地实施重刑；因为如果错误的后果足够重大，那么即使非常小的错误风险也将产生社会成本可能很高的避免错误措施。并且，由于在存在对举证有罪有严格的要求时存在着包容不足的成本

（cost of underinclusion），所以在降低证据要求的同时使刑罚较轻一些以减低避免和错误的成本是有道理的。

前一段的讨论强调了一个非常重要的观点，即刑事处罚是无成本的。但由于它并非如此，所以潜在罪犯对刑事处罚的反映就成了决定处罚严厉度的重要因素。假设有些罪犯对其未来成本进

行很高的贴现，20年的刑期并不比其一半的刑期更能阻止其犯罪；那么后10年监禁状况的成本就不会有利于增加威慑力，至少对他是这样的。

（这里会存在其他经济收益吗？威慑方面或非威慑方面的。）我们讨论精神病抗辩时将回到这一点。

一旦犯罪的预期处罚成本得以确定，就有必要选择一种刑罚几率和严厉度之间的组合，它会将预期处罚成本加于可能成为罪犯的人。让我们以罚金作为开端。一项1,000美元的预期处罚成本可以通过以下组合而予施加：罚金为1,000美元和查获及定罪几率为1、1万美元罚金和几率为0.1、100万美元罚金和几率为0.001……如果无论罚金数额多大都假设罚金征收成本为零，那么最有效率的组合是几率无限趋向于零和罚金无限趋向于无穷大。由于当查获和证明罪犯有罪的成本随查获几率上升时——即更高的查获几率表明比查获几率很低时需要更多的警察、公诉人、法官、辩护律师——罚金征收成本仍依假设不论罚金数额大小为零。所以，罚金数额的任何增长都是无成本的，而旨在抵消罚金增长以维持预期处罚成本不变的任何查获和定罪几率的相应下降都会减少实施成本——如果查获和定罪几率的下降无限趋于零，那么实施成本就可能下降到零。

但是，在罚金成本与罚金数额无关这一假设



上还存在一些问题：

1. 如果罪犯（或他们中的有些人）厌恶风险，那么罚金的增长将不会是一种无成本的转让性支付。在我们的模式中，为什么罚金的唯一成本只是征收成本而不包括罚金本身的金额，是因为要么不支付罚金（由于犯罪被阻止了），或者如果支付，它也只将相同的数额从罪犯向纳税人转移。但对一个厌恶风险的罪犯而言，查获和定罪几率的任何下降及对那些被查获和被定罪的人的罚金的任何增长都会产生不为国家转入岁入的负效用。所以，对厌恶风险的罪犯所施加的罚金的真实社会成本将随罚金的增长而增长。即使风险偏好罪犯与风险厌恶罪犯的数目一样多，这种效果仍无法由于其对风险偏好罪犯的作用而抵消。就更高的罚金和更低的查获和定罪几率会增加风险偏好者的效用这一点而言，罚金不得不被提高到另一等级以确保其能阻止犯罪，它使风险厌恶者受到更多的痛苦。

2. 前面提到的罚金的耻辱效应（stigmaeffect，像其他刑罚一样）也是无法转移的。但我们必须在此注意到。仅就由于定罪耻辱向已决罪犯的潜在交易人传达了一种有用的信息而伤害了罪犯而言（回想一下3. 3中的隐私权讨论），那么它创造的社会价值可能会被伤害所抵消。

3. 这一模型的倾向在于通过始终如一的严厉罚金来惩罚所有的犯罪。但这消除了边际威慑力（*marginal deterrence*）——这是一种使罪犯以较轻的犯罪活动代替较重的犯罪活动的激励。如果抢劫要受到与谋杀一样的处罚，那么抢劫犯就可能会同时杀害其受害人以消灭证人。这样，增加对某种犯罪的惩罚严厉程度的成本之一就是减少了以较轻的犯罪替代较重的犯罪的激励。如果不是出于对边际威慑力的考虑，那么较严重的犯罪也就不必总是受到比较轻微的犯罪更为严厉的惩罚。当然，如果所有犯罪都被阻止了，那么边际威慑力就没有任何意义了。而且即使不是所有犯罪都能阻止，边际威慑力仍涉及一个可能不值得作出的抉择。假设我们想减少抢劫过程中犯有杀人罪的人数，一种方法可能是使抢劫可判处死刑。这会违背边际威慑力原则，并可能增加某人在犯抢劫罪的过程中杀人的几率。但它将首先减低抢劫案发生的几率。如果抢劫的发案率与惩罚的严厉程度有着非常密切的关系，那么发生在抢劫过程中的杀人案总量就会下降（因为抢劫案比原来减少了许多）——即使抢劫犯更想杀害被害人。但是，如果轻罪所受的处罚现在是对重罪处罚的替代而非补充（抢劫和杀人在抢劫过程中是互相补充的，前者的增加会导致后者的增加，其他也一样），那么，消除对犯罪的边际威慑力会

明显地引起犯罪率的上升。例如，如果对自行车盗窃的处罚水平提高到与汽车盗窃的处罚水平一样，汽车盗窃的发生率就会上升。

4. 偿付能力的限制（limitations of solvency）使罚金征收成本随着罚金数额的上升而上升——而且对大多数刑事罪犯而言，成本很快就变得过高。这解释了所有刑事司法制度都严重依赖于非金钱制裁——现在最普遍的是徒刑——的理由。徒刑通过减少罪犯在监禁期间的收入而对他施加金钱成本，它同样明显地施加了非金钱成本。

由于罚金和徒刑是对违法者施加负效用的两种完全不同的方法，所以联邦最高法院将在被告无能力或不愿支付罚金情况下对罪犯改科徒刑的判决看作是对穷人的歧视，这种观点是错误的。对某个特定的个人而言，我们可能会发现一个以一定数目金钱折抵若干监禁时间的换算率。但也许最高法院所真正反对的是这样一个事实：大量刑事成文法确立了对有产者非常有利的换算率。500美元是一种比监禁100天更为适当的处罚（威廉斯诉伊利诺伊斯州案，Williams v. Illinois），即便对低收入的人也是如此；但对其他人——即那些最有可能以支付罚金代替在监狱中服刑的人——而言，它也是一种轻微的惩罚。

从经济学的角度看，我们应该鼓励适用罚金而不是徒刑。原因不仅是因为徒刑不为国家创造

岁入，而罚金创造了岁入，还在于徒刑的社会成本要高于从有偿付能力的被告处征收罚金的社会成本。建筑、维修、管理监狱存在着成本花费

（而其中只有部分可以通过罪犯不在监狱时引起的生活费用之外的节省而得以弥补），还存在着被监禁的个人在监狱期间的合法生产（如果有的话）损失、监禁期间对他产生的负效用（这也不会与罚金一样对国家产生相应的收益）和他获释后合法活动生产率的减弱。此处的损害不是由定罪的耻辱引起的，因为耻辱与处罚的特定形式无关（虽然与严厉度有关），它是由监禁期间的技能贬值和联络损失（简言之，即囚犯人力资源的贬值）所引起的。由于对合法就业收入的丧失是犯罪的一种机会成本，所以囚犯合法收入预期的减少会减低其犯罪活动的成本从而增加其获释后重新犯罪的可能性。但徒刑也能取得一种罚金无法取得的收益：它能防止罪犯被关在监狱的那段时间内犯罪（无论其在监外如何！）。

在用其他可选择的惩罚替代徒刑的作用方面，我们有许多工作可做。罚金可以通过分期付款而使支付成为可能。它们可以接收入的比例在其范围内支付，而非依照一个固定的金额支付。不允许从事特定的职业可被用作一种制裁，也可将行动自由限制（现在经常是这样做的）在从事生产性活动的范围内，例如，只在晚间和周末施

行监禁。但其中的有些办法并非完全不受撤消监禁的影响。依分期付款形式支付或依未来收入比例支付的罚金可能会减少罪犯的合法活动收入从而也降低了他选择这种与犯罪活动相对的活动的激励，不允许从事特定的职业也是如此。

但是，取得更多罚金最有效的方法就是将施加非金钱性重刑作为一种替代性选择。可以肯定，如果罪犯不支付对他们处以的高额罚金就会被处决，那么罚金的征收就会得到极大的改善。引起联邦最高法院对“不能”对其犯罪行为支付罚金的罪犯处以徒刑这种普遍做法进行谴责的罚金与监禁日期的“歧视性”平衡，可能是一种有效率的做法。它很奇怪地反而增加了罚金的收入，从而比在罚金和徒刑相分离的制度下更少地使用徒刑这种刑罚。

如果当罪犯有支付能力的情况下罚金确实是一种比监禁更有效的处罚方法，那么我们如何才能解释为处罚经济性、非暴力的中产阶级犯罪——如价格固定、漏税、证券诈骗、贿赂等犯罪——而越来越多地运用监禁性重刑呢？不仅因为其中的大多数罪犯都能支付高额罚金，而且是即使在支付能力内的罚金不足以构成威慑，施加某些罚金的可能性也降低了最佳监禁刑期。无疑，现代美国令人惊奇的财富也为巨额经济犯罪创造了机会，但这也增加了罪犯能够支付大额罚金的

可能性。而且，经济犯罪处罚的耻辱效果可能是很大的。一个人的收入能力越大，那么因定罪对其收入能力的极大影响所造成的潜在损失就越大。而且，上层阶级要比下层阶级更依赖于交往网络和工作安排以取得其收入，而当一个人被认定为严重犯罪时，他的交往网络就会崩溃。如果我们前面效用和死亡风险之间的非线性关系分析是正确的话，那么即使是数百万美元的诈骗，其所产生的社会成本也比杀害一个无用的人所产生的社会成本低。最后，许多经济“犯罪”（例如内幕交易）正如我们在以后几章要看到的那样，存在着有分歧的福利意义；很明显，对不造成严重危害的犯罪处以严刑是一种不明智的行为：对巫术和妖术提起公诉就是教训。

由于即使长期徒刑也可能没有将等同于受害人损失的成本加于谋杀犯，这为对谋杀罪判处死刑提出了一种可能的经济合理性。死刑将大约等于其行为成本的成本加于一名已决谋杀犯。看起来好像重要的不是等同于受害人成本的对谋杀的刑罚，而是成本过于高即使谋杀犯无力支付——并且对某人余生的监禁的确会对谋杀犯产生高于其可能从谋杀得益的成本。但这种分析其实已将查获和定罪几率看作1。如果它低于1——当然它肯定是低于1的，那么谋杀犯就不会将犯罪收益与他被查获和判刑的成本相比较了，而是要将犯

罪收益与按他将被查获和判刑的几率折算后的判刑成本相权衡了。

这一死刑的论证并不是结论性的。由于这种刑罚的过于严厉和不可逆转性，错判所导致的成本就非常高，所以在死刑案诉讼中将要投入更大量的资源（参见21.3）。如果死刑的增量威慑效果比长期监禁小，那么额外的资源投入就可能是不合理的。但有证据却能证明，死刑的增量威慑效果是很大的。

死刑同时还为边际威慑力的考虑所支持（虽然是不肯定的）。如果对谋杀的最高刑罚是无期徒刑，那我们就不可能要求对武装抢劫也处以无期徒刑。但如果我们由此而将武装抢劫的最高刑罚从无期徒刑降至20年有期徒刑，那么我们就不能对某些更轻的犯罪处以20年有期徒刑了。然而，这并不意味着死刑应该适用于杀害一个人的谋杀（simplemurder）。因为如果这样的话，我们就会碰到对杀害多人的谋杀犯

（multiplemurderer）的边际威慑问题。也许死刑应专门适用于他，这样才能使谋杀犯免于杀害其谋杀行为的证人。这一观点的重要适用就是囚禁谋杀犯。如果一囚犯因谋杀罪而在服无期徒刑，那么他就不会有在狱中杀人的激励，除非狱中杀人可处以死刑。

某些这种性质的问题曾困扰过中世纪的思想

家们。由于大多数中世纪人相信存在着来世，所以死刑在当时并不像在我们现时代（直到最近好像才）不断世俗化的世界里那样严重而又令人担忧。为了努力使死刑成为一种成本较高的刑罚，对一些特别严重的犯罪（如叛国罪）规定了一些恐怖的行刑方式（如四马分肢）。由于考虑到镬烹要比绞刑和斩首更为可怕，所以它被用以处罚投毒杀人罪；由于投毒杀人者在那个时代难以被查出，所以对之处以比对普通谋杀犯更重的刑罚（在经济学意义上）就成为必要。一种处罚的严厉性更多地反映了处罚的低几率而非犯罪的高社会成本的另一个例证是，在十九世纪的美国西部对盗马贼处以绞刑。还有一个例证是前十九世纪的英国对所有重罪和许多非重罪处以死刑，那时在那儿还没有警察力量，故其处罚率很低。

如果（回到现时代）我们必须继续严重依赖于徒刑这一刑事处罚，那就存在这么一种论点——根据至今应为读者熟悉的警告，基于风险厌恶、包容过度、避免和错误成本及（可能的）边际威慑力——即要求将对已决犯的重刑（长期徒刑）与查获和定罪的低几率结合起来。设想一下以下两种选择：将0.1的查获和定罪几率与10年徒刑期相结合或将0.2的查获和定罪几率与5年徒刑期相结合。在第二种方法下，监禁的人数相当于第一种方法的2倍，但由于监禁时间长度只有



其一半，所以其监禁的总成本与在第一种方法下的成本是一样的。但第一种方法中支付的警察、法院官员等成本要明显地比第二种方法低。但是，一种基于低处罚率的制度会因其在罪犯间产生了事后的不平等而显得不公正吗？许多人逍遥法外而安然无恙，而另一些人却要服比更多罪犯被抓住情况下更长的刑期。然而，反对这一结果就如同要说所有抽奖活动都是事后不公正的，因为它们在抽奖人之间产生了财富差异。只要参与人之间的事前成本和收益是平等化了的，那么产生低查获和定罪率的刑事司法制度和抽奖活动在同样有效的意义上都是公正的。

然而风险厌恶将会对低几率的方法增加社会成本。（风险偏好又怎样呢？）而且刑期的延长肯定是通过在刑期末端增加时间而达成的，如果罪犯具有很高的贴现率，那么增加的年限就不会对其产生很大的追加负效用。在贴现率为10%时，10年徒刑期的负效用只是1年徒刑期负效用的6.1倍，而20年徒刑期也只是将这个数字增长到8.5（贴现率为5%时，其相应的负效用倍数为7.7和12.5）。

**7.3预防犯罪：累犯的法律、未遂和共谋、帮助和教唆、引诱犯罪**

前一节提出的刑事制裁理论是一种威慑理论。国家以犯罪必须支付罚金或被监禁这样的形

式制订高价从而降低人们对犯罪的需求，但实际上只是为了维护威慑因素的信用才对人们处以罚金或徒刑。然而，这一观点却使刑事司法制度的许多重要特征成为不解之谜。

例如，一个有前科的已决犯将会比一个初犯受到更为严厉的处罚，即使他服完了对其前罪判决的全部刑期。而罚金通常也依财产状况而定。在竞争市场中，消费者之所以被收取更高的价金，只是因为他们比其他消费者富裕或已在先前购买过同样的产品，而且在他们还没有将已购买物品消费完的情况下也不会被要求将之退还，而盗贼就可能被要求退回赃物。

一个相似的难题是对所谓未完成犯罪（inchoate crime）的惩罚问题，如未遂和（未成功的）共谋。如果刑法的目的是强迫罪犯全面考虑其行为的成本，那么当其行为因受阻挠而没有产生任何成本时，是否要对罪犯进行处罚呢？一个相关的观点是，徒刑经常被看作是一种除威慑之外为预防更多犯罪行为而由被监禁人支付的附加价值——即预防那些如果他不被监禁就可能犯下的罪行。如果刑事司法制度对不法行为仍保持适当的价目，那么在罪犯不被监禁而以其他方法在狱外处以相等严厉程度的刑罚时，为什么还有人会担心罪犯可能进一步犯罪呢？据推测，他之所以这样做，只是因为其行为的社会（也包括私

人)成本是合理的。

为了回答这些问题，我们应从强调预防恰好是普通法犯罪——其要件为它是一种低交易成本情况下的强制性转让——的犯罪开始而非仅仅从对此进行定价开始。而在这一范畴上，几乎没有任何犯罪活动是社会成本合理的；因为像在迫切的紧急避险条件下从小屋盗窃东西这样的情况是很罕见的，况且那一例证可能由于其紧急避险抗辩而成为一种非犯罪行为。所以，普通法犯罪的高发生率所反映的并不是它们的社会可取性（它几乎接近于零），而在于（已强调过的）将刑罚定到足够高的水平以取得百分之百的威慑作用的困难性。如果没有刑事制裁的高成本，犯罪活动的最佳水平就是零的话——一种事实真相的合理近似值——那么这些处罚就不是旨在定量分配犯罪活动的真实价格；因为迄今为止，可能的目的也只是为了消灭犯罪。当然，这一目的也不是不考虑成本就可取得的，只是人们忽视了犯罪行为对罪犯的效用。这表明了刑法中对预防犯罪的重视，而这在市场中或甚至在非故意侵权的情况下都是没有道理的。它还阐明了为什么罚金应与罪犯的财富相称而应撇开任何财富正当分配的见解，和为什么被拘捕的盗贼在被处以任何刑罚之外还要将他盗窃的东西归还原主——即使受害人并不要求归还（也许受害人也是一名盗贼！）。

在累犯（multiple-offender）法律中系统化了的对累犯实施比初犯（firstoffender）更为严厉惩罚的惯例一般只限于刑罚通常为徒刑的情况，这就表明其适当的社会目标（在成本制约条件下）是预防犯罪，而非为犯罪定价。这一惯例提高了那些因从其过去行为作出判断而比其他人更重视犯罪价值的人的犯罪价格。如果我们的目标是使犯罪量最小化，那么我们就要对那些更重视犯罪价值的人进行更高的“收费”。虽然我们可以通过统一增加某一特定犯罪的刑罚而达成这一目标，但刑罚是有成本的；而有选择地增加刑罚的严厉度会使成本较低一些。对累犯实施重罚的另一理由是刑事处罚的耻辱效应可能随着后续处罚而减少（为什么？）。还有一个理由是被告已犯前罪的事实使我们更为确信他确实犯有他现在被指控的罪行，如果对此施予重刑，其错误风险也较小。另一观点是，累犯通过其行为已表明其对犯罪的癖好。由此，我们对他监禁更长时间就比对偶犯监禁更长时间更有希望在相同时期内预防更多的犯罪，因为偶犯的癖好是较难预测的。这样，同样的监狱资源就能“购买”到更大的犯罪量减损。当然，这是以罪犯的供应弹性并非无限为假设的。如果它是无限的——即意味着，犯罪活动预期收益的小量增长就可能导致罪犯供应的大量（简直是无限）增长，就像既然犯罪活动更有

利可图那么原从事合法行为的人就会蜂拥般地从  
事犯罪活动——那么将一个人关入监狱就会由于  
为其他人创造了机会而又很简单地将另一人从合  
法活动引入犯罪活动，或使一偶犯犯下更多的罪  
行。事实上，获得性犯罪（acquisitivecrime）的  
供应弹性（elasticity ofsupply）可能是相当高的  
（为什么？），但它也不是无限的；而且可以推  
测，情欲犯罪的供应弹性要低得多（为什么？）。

现在，我们来讨论一下对未遂罪（attempt）  
的处罚。有一人进入银行企图进行抢劫，但银行  
警卫在其造成任何损害之前就发现并抓住了他。  
他走得如此近以备抢劫银行这一事实表明，如果  
不将他监禁起来他就很可能再次实施抢劫，所以  
我们可以将之关入监狱而防止某些抢劫案的发  
生。而且，对犯罪未遂作出处罚会增加抢劫犯抢  
劫银行的预期成本而并不会使其刑罚变得更为严  
厉（这可能产生前面讨论过的问题）。他不能肯  
定他的企图会成功，而一旦失败，他就不仅损失  
来自抢劫成功的收益，还将遭受附加（惩罚）成  
本。这样，惩罚未遂罪就像维持着一支警察力  
量：它提高了对既遂罪（completedcrime）的预期  
惩罚成本而并没有增加对该犯罪的刑罚严厉度。

但对未遂罪不会像对既遂罪那样严加处罚，  
对此有两方面的经济理由：（1）给予罪犯在最

后时刻改变主意的激励（即边际威慑的一种形式）；（2）使错误成本最小化，因为存在着这么一种可能：被告事实上造成的危害要比他在受犯罪既遂处罚的情况下小。（为什么犯罪未遂比犯罪既遂引起较小的危害这一事实还不能构成对犯罪未遂实施较轻刑罚的充分经济理由呢？）

如果被告只是对他的一位朋友（他结果向警方提供了情报）说“我想抢劫那家银行，”而没有采取任何达成其目的的实际行动，那我们该怎么办呢？这不应被看作一种犯罪未遂。他实际上抢劫银行的几率要比即将抢劫而被抓住的人可能抢劫银行的几率小得多，所以来自对他监禁的社会收益也少得多；即使不这么说，其错误的预期成本也要高得多。

有时，犯罪意图的落空并不因为是它们被打断了，而只是因为未遂犯自己犯了错误。他可能已用枪打中了他认为正睡在床上的那个人，但结果床上却只是一个枕头。或他可能已将其仇人制成一具巫术玩偶，然后上面不断地用针刺戳，他错误地相信这样可以将其仇人杀死。对经济学家而言，这—问题是错误的性质是否达到了使未遂犯永远不可能实现其企图的程度。如果是达到了这一程度，那么对他实行监禁也没有任何犯罪可预防的了，并且这不会有任何社会收益，而这样做的社会成本却很高。即使在巫术玩偶例证

中，如果我们假设未遂犯将学习经验而将在下次犯罪时使用更有效的方式，第一次可能不成功的事实并不是对他不追究责任的理由。

由于错误而非阻止造成的犯罪未遂为较轻（与对犯罪既遂相比）地处罚犯罪未遂提供了最强有力的理由。如果谋杀未造罪和谋杀罪的刑罚是完全一样的，那么开枪未打中受害人的罪犯（并没有被即刻拘捕）就可能还是再努力将其打死为好，因为如果他成功了也不会受到比未遂更重的处罚。这是一个引人注目的关于边际威慑力重要性的例证。

实施犯罪行为的共谋（conspiracy）无论其是否成功都应受到处罚。在共谋犯罪成功的情况下，如果允许对其当作单独犯罪处罚，那就会使对该罪的刑罚重于在只有一人犯下该罪情况下的刑罚，并且还使起诉人取得某些诉讼程序上的优势（在不同意义上使刑罚更重——你能理解其原因吗？）。对共谋的特殊处理是有道理的，因为它们比单人犯罪具有更大的危险性。如果它们只是在会犯下更严重的罪行意义上具有更大的危险性，那么就没有必要加重刑罚；因为无论如何刑罚会更加严厉的。但事实上共谋犯罪具有更大的危险性体现在可能犯下更多的罪行（正像一家企业总比一个个人能生产更多的物品或服务一样），并且也许这样做能通过劳动分工而更有效

率（在私人而非社会意义上）——例如，让一个人放哨，另一个人驾驶一辆启动快的汽车，其他人保护盗窃的物品等。所以他们的成本也较低（共谋犯罪模仿了市场方法来实施犯罪），他们也可能更有效地完成犯罪和避免被逮捕。基于这两点，其最佳处罚应高一些。虽然这些优势由于其活动规模而在某种程度上为共谋易被侦破这一事实所抵消，但其规模也许也能通过贿赂执法人员而逃避惩罚。而且，有些最为严重的犯罪（例如暴乱）是只有通过共谋才能实施的。

没有取得成功的共谋犯罪仍要受到处罚。它是未遂的一种形式。主要的法律差异只是，被看作协议犯罪的共谋在即使共谋者没有靠近犯罪现场而只是在其努力的最早准备阶段就被拘捕的情况下也是应受处罚的。但在另一方面，如果共谋比单人犯罪更为危险，那么即使其犯罪既遂的几率由于犯罪预备（preparation）被更早地阻止而更低，其预期危害仍可能与单人犯罪未遂相同。

与共谋概念相关的是帮助（aid）和教唆（abet）犯罪概念。我们来比较一下以下两种情况：（1）商人向他知道是妓女的一位女子出售时新的裙子。（2）商人向一已告知他计划用之进行谋杀的男子出售枪支。对以上两种情况，刑事责任将提高罪犯（主犯）的预期成本，但在第一种情况下是很轻微的，因为妓女在不知道她职



业的商店内购买东西几乎不会引起任何成本增值。在第二种情况下，施加刑事责任的收益看来好像是很大的——而且它是法律追究这样的刑事责任的一个领域。

虽然引诱（entrapment）犯罪是对刑事起诉一种抗辩而犯罪未遂是一种犯罪，但引诱犯罪的概念还与犯罪未遂有着密切的关系。警察经常引诱或帮助某人从事犯罪。最为通用的这种奏效的策略是派一位密探去向毒品商购买麻醉剂，然后将毒品商作为现行犯“抓住”并对其不法销售提起诉讼。法律应该惩罚这样的无害行为好像是很奇怪的，因为将麻醉剂出售给而后将之销毁的密探是对任何人都无害的。看起来好像是，唯一重要的事情可能是将购买所花的钱从销售者处要回来。但其理论基础依然是预防犯罪。这一行为是无害的，但只要毒品商不被查获，他就完全有可能进一步从事非法销售，而我们现在逮捕他并对他进行审判是因为在安排好的犯罪中对他查获的成本要比在其普通犯罪活动中低。监禁的收益实质上是一样的，但查获和定罪的成本却要低得多。

这种引诱犯罪是完全合法的。只有在被诱人缺乏一种犯罪事前安排的情况下，引诱犯罪的抗辩才能起作用。这一古老的法律条件具有以下经济含义：只有在已使警察更难以抓住被告的情况下，如果他没有落入警察的圈套也会照样犯下

同样的罪行。但假设警察不是模仿引诱目标的正常犯罪机会，而是对他进行劝诱，如说服他从事在其普通情况下从未从事过的犯罪活动。仅仅影响时间选择而不影响犯罪活动水平的警察劝诱才是具有社会成效的；而那些产生更高水平犯罪活动的劝诱只能是一种社会资源的浪费。

本节中强调的威慑与预防之间的差异，在法律的其他领域也能发现相近的东西。例如，我们可以依靠侵权制度阻止餐馆提供污染食品，但我们没有这样做，而是要求向餐馆提供许可证并要求检查。这就是事前和事后管制的差异。如果威慑不起作用，结果越严重，处罚就应越严厉，事前管制的经济学理由就越有力。（对此更多的讨论，参见7.5。）

#### 7.4 犯罪意图

刑事被告的主观意图或心理状态是刑法中一个极为重要的问题。这对经济学家来说是迷惑不解的；因为一个人可能读了许多经济学的著作而毫不涉及意图问题。实际上，意图（intent）这一刑法中的概念具有三方面的经济功能：认定纯粹的强制性转让；估量查获和定罪几率；决定刑事制裁是否会是一种控制不受欢迎的行为的有效率（成本合理）手段。另一经济功能在下一节讨论。

如果我鲁莽地从餐馆拾起一把认为是我自己

的伞并将其拿回家，但结果不是我的，这就不是盗窃；但如果我知道伞不是我的而将它拿出，那么我就成了盗贼了。其经济差异是，在第一种情况下，为了避免拿走那伞我就可能不得不花费资源，而我拿错的几率是很低的，以汉德公式术语而言，预防成本（B）和预期损失（L）之间的差距不是很大的，而由刑罚造成的威慑过度风险却是很大的；而在第二种情况下，我为了取得他人的伞而花费资源（也许我去餐馆的全部目的只是为了偷一把伞），那么预防成本（B）是负的而实际损失（P）却是很高的（参见6. 15）。这两种交易在其都涉及外在性行为这一问题上相类似的，而交易进行时的心理状态却是其差异的关键所在。自然我们就必须认真地将意图与意识

（awareness）区别开来。否则，我们会落入这样的认识性困境：由于铁路管理人员通过一定方法知道今年在铁路交叉道口将撞倒多少（某一特定数）人而认定其为谋杀犯。他们知道，但他们没有因撞死人而得到任何收益。他们只是得益于节省必要的预防事故资源，而这种收益无论从社会还是私人看都可能超过成本。这里讨论的意图是通过投入资源而达成某一（被禁止的）目的的意图。

虽然不在纯粹强制性转让和与其在外在性上相类似的事件间划出明确的界限会减低刑事案件

的审判成本，但其结果会使刑事处罚过度而产生各种避免差错（如在餐馆衣帽间检查雨伞这样的合法活动）的严重社会成本。有时分界线仍是摇摆不定的。一个典型的例子就是奸淫幼女罪（或称制定法上的强奸，statutoryrape）。女孩看起来好像是16岁（假设16岁为同意年龄），但如果她不满16岁，那么这一合理的错误并不会成为男子不负法律责任的理由。另一个例子是重罪谋杀：如果死亡虽然不是出于重罪的过错而发生在危险的重罪过程中，那么他将仍作为一个谋杀犯而负法律责任。在这些例子和其他可以举出的例子中，我们并不关心基本刑事禁令所指向的行为附近的威慑行为；换言之，我们并没有将避免犯罪的威慑行为看作是一种社会成本，由此它就会因不考虑意图问题而有利于降低起诉成本。男子可以避开年轻女孩而免于对奸淫幼女负法律责任，抢劫犯可以不抢劫或不携带武器而避免对重罪谋杀负法律责任。实际上，我们将严格责任的等级引入了刑法，而刑法像侵权法一样，活动水平的变更是避免社会成本的一种有效率的方法（参见6.5）。

为了说明意图在刑法中的第二种功能，我们要考虑这样一个事实：对预谋杀人的处罚要比对一怒之下杀人的处罚更严厉。心理状态的差异在此对决定最佳刑罚的两种重要变量的差异起着代

理作用。第一是死亡的几率，它在杀人犯蓄意杀人时比在杀人犯激怒杀人时高。这样，实际损失（L）也就更高。而在我们的公式 $D=L/P$ 中，P（查获和定罪几率）就较低了，这意味着处罚应更严厉一些。

关于对蓄意犯罪（deliberatedCrime）处罚应较重于对冲动犯罪（impulsivecrime）的处罚，可能还存在有另一种理由：即，冲动犯罪更难以威慑；而由于刑罚不太灵验，价值较小，所以社会也应该对它购买较少。最先的前提比最终的结果更有说服力。有足够思想预先计划其犯罪的罪犯更可能衡量其与犯罪有关的全部成本和收益，包括预期处罚成本；特定的刑罚增加对冲动犯罪的威慑力要比对蓄意犯罪的威慑力小，这一事实实际上可能会导致对前者实施更严厉的刑罚。假设20年的徒刑就足以根本阻止所有的职业谋杀，但为了对冲动杀人犯产生同样的威慑力，就可能需要30年的徒刑。刑期增加是要成本的，但如果成本要低于其产生的增加威慑力，那么它也许仍不失为一种有效的投入。并且，我们不要忘记监禁使人丧失工作能力的效应。某种罪犯不可能被有效地威慑住这一事实，为更重视使罪犯失去犯罪能力（如长期监禁）提供了理由。

威慑和以刑事制裁为目的的犯罪能力丧失之间的冲突在精神病抗辩（the defense of

insanity) 中是最为激烈的。如果一个人在不知道他正进行的是犯罪活动(他杀害了一个他认为是沙漠巨鼠的人)或在他不能自控(他听到了他相信是神授命令要求他杀人的声音)的意义上是精神病患者, 那他就不会为刑罚的恐吓所阻止。所以, 如果刑事制裁只是为了威慑, 那么很明显地这样的人就不应作为罪犯而处罚。将资源用于处罚他们(包括刑罚对“罪犯”本人造成的负效用)完全是一种社会浪费, 因为它们不会起到任何威慑作用。实际上, 这是夸大其辞了; 而精神病抗辩的存在将吸引人们将资源用于去证明或反驳它, 而且在以下情况下威慑力将会受到减损: 罪犯成功地伪装成精神病患者或受处罚人数(不论什么原因)的减少将减弱惩罚所发出的威慑信号。但所有这些都是片面的, 一旦丧失工作能力的目标起作用时, 精神病抗辩的必要性就更不明确了, 因为精神病抗辩在一点没有减少使被告丧失工作能力的必要性的同时, 却增加了刑事程序的成本。但是, 如果完全不可威慑的那一类人也应得到处罚, 那么, 刑罚的耻辱效果也会被削弱。(为什么呢? 而且为什么这一观点与要在刑法中保留严格责任领域不相一致呢?) 这是一个用民法而非刑法使犯罪的精神病人丧失工作能力的争辩理由。

在侵权法中, 精神病很少被看作作为一种抗辩

——通常民事责任的免除和减轻要比刑事责任的免除和减轻较少考虑被告的心理状态。这种差异在经济学上是有道理的。刑事制裁的成本要比侵权制裁的成本高（为什么呢？），这一点改变了实地调查成本和超越其故意范围实施制裁的成本之间的比较选择。所以，非法侵入人不知道或不能以合理成本发现自己在原告的地产上并不能成为民事侵害诉讼的辩护理由，但它却是刑事侵害诉讼的辩护理由。由于对民事侵害的制裁是较轻的，所以对被告心理状态进行艰难调查的成本与制裁成本较高的刑事制裁情况下相比，就不太可能产生等于或超过在避免制裁无人要求阻止（即在经济学意义上无法避免的非法侵入）的行为所需要的成本方面的收益。

犯罪意图中的有些问题可用信息成本概念来解释。例如，赃物的购买者是否知道这些物品是偷来的，这一点经常是不清楚的。由于怀疑它们是偷来的，所以刑事责任的判定就在于他是否有意地避免取得可能证实或消除其怀疑的消息。这一判定在事实上对买主加上了一项通过刑事处罚可以实施的、在调查成本极低时调查物品来源的法律义务。有时，至今还有活力的古老箴言也起着同样的作用——对法律的无知并不能构成刑事责任的抗辩。由于含糊不清的刑法会产生很大的规避（避开）成本〔avoidance（steering—

clear) cost]，所以，通常那些较少通过条理清楚地起草而是限制一类人们知道是反社会的行为这样的法律才是清楚明了的。其结果是使人们依刑法义务取得消息的成本极为低廉。

### 7.5 疏忽大意、过失及再论严格责任

我们已经注意到，由于刑事制裁的严厉性，所以将它们与意外行为（不可避免的行为就更不必说了）联系起来，就会使人们设法避开广泛的完全合法行为领域，以最终避免遭受刑事处罚的风险。但这一概括存在着许多例外，除了已提及的那些，还有以下两类：

1. 只要汉德公式中的预防成本（B）比预期事故成本（PL）低，并且在实际损失（L）很高的情况下，就有刑事责任存在的理由。这是两个条件，而不是一个。如果预防成本（B）和预期事故成本（PL）非常相近，那就存在着很大的错误追究责任的风险，而且当责任是刑事责任时，其风险的社会成本就会有很大增长。但即使预防成本（B）比预期事故成本（PL）小得多，除非实际损失（L）很大，否则就没有任何理由不将此事留予侵权制度解决。假设在你非常不心地驾车的情况下产生了很大的致人死亡的风险。在此，预防成本（B）将比预期事故成本（PL）小得多，而实际损失（L）将是很大的。事实上，与你想设法杀害某人的情况相比，预防成本



(B) 将更大而几率 (P) 会更小，但那仅仅意味着刑事责任在故意案中更有理由存在。疏忽大意 (reckless) [或严重过失 (gross negligence)] 案仍符合刑事责任的基本模式，并且人们会由此毫不惊讶地发现，危及生命的疏忽大意和严重过失行为是一种犯罪行为。

另一个例证是真诚但不合理地相信杀人是为自卫 (self-defense) 所必需的。这是一种故意杀人，所以几率 (P) 和实际损失都是很高的。预防成本 (B) 也同样是很高的，因为杀人者依道理是会担心其自身生命的。然而，预期事故成本 (PL) 和预防成本 (B) 之间可能存在巨大差距，与之相伴的实际损失 (L) 也很大。这一事实可能为对在很大意义上属于非故意的行为实施刑事处罚创造了条件。在这一例证中，犯罪是过失杀人而不是谋杀；与可作为第二级谋杀

(second degree murder) 处罚的疏忽大意杀人的情况相比，它的预期事故成本 (PL) 和预防成本 (B) 之间的差距是较小的。

与以上分析相一致，单纯过失 (simple negligence) 和无生命危险的严重过失 (gross negligence) 很少被看作是犯罪。

2. 当然，严格责任犯罪 (strict liability crime, 意味着故意和单纯过失都不是构成犯罪的一个因素) 是存在的，其最重要的实际

问题是车辆超限速驾驶。但除了一些成为上述第1类行为的极端例子外，这在功能意义上并不是犯罪，因为它是以小量和不具耻辱性的罚金作处罚的，实际上等同于侵权损害赔偿。

关于超速驾驶和其他严格责任犯罪（向未成年人出售酒类和掺假食品就是两个普通的例子）的有意义的问题是。为什么人们认为对过失驾车的侵权救济补充上任何公共实施的制裁是必要的。这里有一个利用事前和事后制裁分析的答案可将我们引向第13章的安全管制。就导致生命危险的行为而言（实际上是所有严格责任犯罪的一个普通因素），侵权案（即在事故发生以后）实际损失（L）的确定，既可能由于难以估计人类生命的价值而发生困难，又可能（在现在分析中更为重要地）由于侵权行为人将无力支付如此巨额的裁定损害赔偿而成为一种无用的活动。侵权制度的一种替代选择是，要求政府干预并（理想地）使超速驾车者支付等于预期事故成本（PL）的罚金，以促使其采取近于遵守车速限制的合理预防措施。预期事故成本（PL）将是一个比实际损失（L）小得多的数目。

在这种情况下，严格责任是一个使用不当的名称。由于车速限制是预防成本（B）的一种粗略估计，所以加上其他管制性规则，违反限制就能使严格刑事责任成立。由于预防成本（B）和

预期事故损失（PL）可能是很相近的，所以即使实际损失（L）很高，成本高昂的刑事制裁仍不是最佳选择；何况向政府进行少量的转让性支付可能是最佳的。

这里及前一节的讨论表明了故意侵权的经济分析（参见6.15）和犯罪的经济分析之间的基本连续性。在两种情况下，“意图”问题成了经济学关注点的替代物。这里有最后一个例子，高度疏忽大意的行为有时在刑法和侵权法中都被看作故意行为。如果X只是好玩而用来福枪射击行进中列车亮灯的窗户并射到了列车上的乘客Y而且致死，X就犯有一级谋杀罪。在这种情况下，P和（尤其是）L都很高，由于X将资源用于危害乘客，故B就是负的。当然，这里抵消了X从射击所得到的快乐。但是，由于X可在目标范围内射击而得到同样快乐，所以假设上述快乐是很低的。如果不是这样，由于这种快乐是与危及人的生命联系在一起的，那么这就是6.15中讨论的预谋（相互依赖的负效用）的变形。基于此处解释的理由，这种快乐就不应被计入社会福利。

## 7.6 紧急避险（强制）的抗辩

著名的里贾纳诉达德利和斯蒂芬斯（Regina v. Dudley and Stephens）一案涉及这样一个杀人案审判：在救生船上的几个濒临死亡（in extremis）的人杀害并吃掉了他团体中的一个成员。他们提

出了一个紧急避险或强制（the defense of necessity or compulsion）的抗辩，但结果被否决了。在现代法律中，虽然这一抗辩除了其采取自卫形式外仍不被赞成，但如果在受害人的犯罪成本和加害人的犯罪收益之间存在着很大的悬殊，那它通常还是会胜诉的。要注意的是，不像精神病抗辩的情况——原则上不同的抗辩类型——否决紧急避险抗辩绝不是为了工作能力丧失的目标；所以我在这种情况下不希望丧失工作能力。

但如果我们稍微改变一下这个例证呢：我在非常饥饿时向一个富裕的美食家要一块面包，而他拒绝了。如果我进而从其手中抢来面包那我就犯有抢劫罪并且不能提出紧急避险的抗辩。这一冷酷无情的结论的经济理论基础是，由于交易成本是低的，所以我不能就成功地购买面包而进行商议表明面包对美食家确实更有价值。但在小屋取食物那一例证中却因交易成本很高而阻碍了交易。

现在，让我们继续回到达德利和斯蒂芬斯一案中来。有证据表明，被杀害和吃掉的那个船员无论如何已接近死亡了，而杀害和食用他的行为却救了三个人（其中一个人因没有参与杀害而不受控告）的生命。还由于前面提及的原因，除非受害人已知道他成了一个无可挽救的人，否则他就不可能以任何价格向其他人出售他的生命。所

以这一情况就与饥饿乞丐的情况相似。而有些情况肯定是错的。即使在通常意义上达德利和斯蒂芬斯一案中的交易成本不是很高，大部分人也还认为在某种意义上应有一个人献出自己的生命以使其他三人继续生存从而增加社会福利。如果可以证明出航前船员们同意在挽救其他人所必要的条件下由最虚弱者作出牺牲，那么在协议不得不被实施的情况下就将存在允许紧急避险抗辩的经济学理由了。（如果他们不同意就不会提出这一问题吗？）

### 7.7 有组织犯罪经济学

近年来，人们更加强调努力控制有组织犯罪（organized crime）。有组织犯罪这一术语通常用以描述组成非法企业的罪犯们所联结成全国乃至国际性的卡特尔，它们在高利贷、娼妓、赌博和麻醉剂等犯罪领域起着操纵作用，但也存在于合法领域，并且被用作实施暴力和贿赂警察的重要手段。

从经济分析的角度来看，有组织犯罪被指称的这些特征的某些方面看来是真实的，而其他有些就并非如此了。与有组织犯罪有关的活动主要涉及的是自愿的买者—卖者关系，而非强迫的交换。由于这样的关系起初就必需有一定程度的组织化和专门化，所以我们会毫不惊讶地发现是企业而非仅仅个人参与了这些活动。与个人相比，

组织比较引人注目这一特点可能会使它非常容易被破获。但由于有组织犯罪活动存在自愿受害人，所以犯罪组织又相对具有较小的查获危险，至少在采用由受害人投诉这种习惯方法时是这样的。（由此表现了密探的重要性。）而贿赂警察是由犯罪活动的连续性所促成的（为什么？）。

毫不奇怪，有组织犯罪有时会使用暴力[而且更经常地使用暴力威胁（threat of

violence）]，因为用合法方式强加其契约是为法律所禁止的。还有观点认为，与非团伙犯罪相比较，团伙犯罪运用暴力的频率可能要低。由于暴力能威吓公众，所以它将使警察作出更大的努力防止产生暴力的活动。暴力的这一结果对单个罪犯是外在的，但对一个大型犯罪组织却不是外在的。犯罪组织由此就会竭力地控制其成员的暴力倾向。

犯罪组织会努力参与合法事务也并不奇怪，因为这样的事务为拥有投资货币和企业家技能的人们提供了有吸引力的投资机会。这样的参与应该得到鼓励还是阻止呢？一方面，减少有组织犯罪发生率的一种方法是增加其可选择活动（合法活动）的预期收益。另一方面，从有组织犯罪所得利润可安全地投入到合法活动中以赢得增值利润角度看，有组织犯罪的预期收益就会比其不这样做的高。

在我们对团伙犯罪的复合描述中，似乎最不合理的特征是描述所称的全国甚至国际性的活动范围和垄断利润。由于两方面的原因，在一般有组织犯罪领域中的大规模行动会产生极大的不经济。第一，这里通常存在着批发和零售领域，而大量的销售总的来说是高度分散的，这表明这可能存在着巨大的规模不经济。第二，有组织犯罪企业被迫采用的隐蔽形式可能会阻碍它们建立与其他领域很大的企业有关的涉及庞大通讯的复杂控制机制。

然而；垄断情况非常重要的一种有组织犯罪领域是广为人知的保护费勒索

（protection racket），即敲诈（extortion）的一种形式。为了劝说受害人支付保护费，合伙敲诈犯就必须能保证受害人不受其他人的袭击或他的财产不受损毁；换句话说，也即合伙敲诈犯必须拥有法外暴力的当地垄断权。现在你能明白为什么政府官员往往是有效的敲诈勒索者的原因了吗？

公共政策应该赞成还是反对犯罪市场的垄断化呢？在犯罪活动包括出售像麻醉剂、娼妓这样的非法物品和服务的情况下，通过抬高物品和服务价格的垄断化的作用是减少消费量（参见9.3）。几乎没有人认为法律强制活动能在实际上消除这些非法市场；因为法律强制所做的是提高这些非法市场所出售的物品和服务的价格，并从

而减低消费。使这种市场更具竞争性只会由此钝化法律强制政策作用。

已经提及的是，法律制裁对诸如娼妓和赌博这样的典型有组织犯罪事务有着产生能使愿意承担刑罚风险的人们通过参与这些事务而获得垄断利润的“关税（tariff）”的效应，但由于预期处罚成本是一种从事非法事务的成本，并且必须像其他成本一样被弥补，所以包含这种成本的价格并不是垄断价格而是竞争价格，虽然这一价格是一种比在行为是合法并不涉及处罚成本情况下盛行的价格要高。无论团伙犯罪的活动有没有卡特尔化，获取垄断利润都不是一个通过观察其是非合法所能回答的问题。

### 7.8向毒品宣战

现在，大量的执法资源投入到与偷运非法毒品（如可卡因、可卡因精、海洛因、大麻、麦角酸二乙基酰胺、安非他明等）的斗争中去，而且对毒品非法偷运的处罚越来越严厉——甚至是残酷的。

所有销售“危险”毒品的行为都应得到处罚吗？赞成处罚的理由是三方面的：（1）毒品对使用者是有害的；（2）许多使用者（而且，有些是儿童）并没有意识到这种有害性；（3）使用毒品会产生第三人效应——它能引起事故和犯罪。如果所有的使用者都是成年人，那么第一种



理由在经济学上是站不住脚的。但尤其是由于许多非法毒品是添加剂性质的，所以为保护儿童而有理由将之宣布为非法。第二种理由在形式上是经济学的观点，因为谁会积极地就毒品的危害对民众进行教育呢？——但这好像更有力地说明了公众教育的而非刑罚的必要性。第三种理由对事故而言是有道理的，因为在有些事故中毒品被牵连为第三人，但这种理由对犯罪而言就不太有力了。毒品使用导致犯罪的主要原因是，刑事处罚将毒品的价格提高到了毒瘾者难以支付的水平以致不得不以犯罪增加其收入，和由于毒品非法偷运者无法使用合法手段而被迫使用暴力以履行其契约。

即使全部加在一起，将毒品偷运认定为犯罪的经济学理由仍是不能令人信服的。相同的理由终究还可以用于将含酒精的饮料（其由事故产生的第三人效应事实上可能会大于非法毒品）和卷烟（卷烟不太可能与事故有关，但它们可能比大多数非法毒品更容易产生自我危害——成瘾）宣布为非法。但是，我们并没有这样做。也许这只是因为存在着许多有政治力量来反对禁止这种恶习的酒精和烟草使用者，更准确地说是由于酒精和烟草成了非法毒品最相近和合法的替代品，所以即使是对毒品宣战完全胜利也不可能使产生这场战争的问题得到全面解决。

但如果假设根除现行的非法毒品是设定的目标，那么达到这一目标的最佳途径是什么呢？有些主张应将毒品合法化，因为对毒品的需求是非弹性的，所以毒品使用不会增加（太多），又因为毒品的合法化会消除毒品交易中的垄断利润从而毒品销售者就不会有推销其产品的积极性了，所以即使在这种情况下毒品价格会下降，但毒品使用量实际上也会下降。这两个观点都是令人半信半疑的。对上瘾毒品的需求看起来好像是弹性的而不是非弹性的。一个理性的瘾君子（或未来的瘾君子）知道他会（或将会）“上钩”，所以任何永久性的降价（如由于毒品的合法化）都将降低现在和将来的消费成本。至于假设中的毒品交易“垄断利润”，它们仅仅是（正如我们在上一节中看到的）对承担非法业务处罚风险和其他非正常成本的补偿。

另一种可能性是，将执法重点从生产商转向零售商。假设生产非法毒品的成本是毒品街头价格的5%。那么，如果执法官员追逐生产者而使其生产成本增至20%，街头价格将只上升1%（ $20\% \times 5\%$ ）。但如果执法官员将其努力集中于零售商以使零售商的成本增加20%，街头价格就会上升10%（ $20\% \times 50\%$ ）。然而，如果零售商多于生产商，那么将他们诉诸法律的成本就会更高。

另一种观点建议将重点从处罚转向教育。图7.1比较了这两种方法。处罚将使供应曲线左移（从S到S'），结果是毒品产量和销量都降低（ $q_s$ ）而价格却上升（ $P_s$ ）。教育将使需求曲线左移（从D到D'），结果是毒品产量和销量都下降（仍为 $q_s$ ）而价格也下降（ $P_d$ ）；由此，毒品执法的主要成本——引诱瘾君子犯罪以维持其高代价的习惯——就会降低。

但是，毒品危害性教育的效果可能会是怎样的呢？毒品对消费者的全部成本由两方面组成：名义价格，即销售商收取的价格；和使用毒品以减损寿命、健康和就业希望等形式对消费者造成的成本，这种成本是由消费者领悟的。毒品使用的危害性的教育提高了这种领悟到的成本

（perceived cost），而这主要是对那些受了足够教育、关心未来、接近媒体从而理解教育努力和对此有反应的消费者，即中产阶级消费者而言的。他们对毒品需求的下降将使毒品价格下降。低层消费者的需求不会因为教育努力而下降得很多，或者根本不上升。而且，由于中产阶级消费者购买量的减少，低层消费者的需求会随价格下降而反弹。最后，教育方法可能会在毒品需求总量减少方面表现出其无效性。它可能只会使毒品使用者的组成成分更偏向于贫穷者，而且社会的边际因素也要比现在更严重。

## 第八章 普通法、法律史和法哲学

虽然我们关于普通法的经济研究并没有结束——尤其我们将在第21章中讨论民事和刑事诉讼程序普通法，包括法律冲突（conflict of laws）——但通过在前几章中所积累的一些见识，我们足以在此提出以下结论：将普通法作为一个整体来考察可能是有益的。本章就将讨论一些（虽然很简单）通常适用于法学院的法哲学、法律史和法律人类学（legal anthropology）课程的主题。

### 8.1 普通法中隐含的经济逻辑

对大多数法学家而言，普通法只是一个没有联系的各领域的集合，每一领域都有其自己的历史、词汇及令人迷惑的大量规则和原则；确实，每一领域自身好像只是一个微弱相关的各种原则的集合体。然而，我们已经认识到，无论是财产权法、契约法、商法、赔偿法、不当得利法，还是刑法、亲属法、海事法，所有这些都能被铸入用以解释（主要地）这些法官制定法（judge-made law）领域中主要原则（包括实体的和救济程序的）的经济构架中。这些原则，不仅在显性市场（explicit market）而且在社会交往的全部领域，为引导人们有效率地活动而形成了一套制度。在自愿交易成本较低的情况下，普通法原则竭力鼓励人们通过市场〔无论是显性的还是隐性的（implicit）——如婚姻市场〕进行其交易活

动。这是通过创设财产权（广泛界定的）并保护它们而完成的，而其保护方法正是法院禁令、恢复原状、惩罚性损害赔偿和刑事处罚这样的救济措施。在因通过自愿交易来配置资源的成本过高从而抑制交易的情况下，即在市场交易作为资源配置方法不可行的情况下，普通法就通过模仿市场这样的方式来给行为定价。例如，侵权制度就以市场起作用时所能导致的对安全的资源配置方法来分配铁路和农场主、司机和行人、医生和病人之间的事故责任（在此，高昂的交易成本的起源是什么呢？）。鉴于不可预测的意外事故可能会使契约的履行成为不可能，契约法也这样做：它让更能防止意外事故发生或通过购买保险或自我保险而使意外事故发生时的负效用最小化的那一方当事人承担责任。而通过在坚持绝对财产权会妨碍价值最大化交换的情况下限制财产权，财产权法起到了同样的作用。为了改变这种状况，普通法确认财产权，规范它们的交换，并保证它们不受不合理的干预——所有这些都是为了保障自由市场的运行，而自由市场的结果是无法假冒的。

这样，经济分析者就不仅能在普通法领域内而且能在其各领域间顺利的工作。几乎所有的侵权问题都可以作为一个契约问题而得以解决，其方法是在交易成本不算太高的条件下要求被卷入

事故的人预先就安全措施达成协议。一个显著的例子就是埃克特诉长岛铁路公司（Eckert v. Long Island

Railroad）这一古老的诉讼。原告的火车在没有适当信号的条件下在人口密集地区行驶过快。一个小孩坐在铁轨上而没有注意到火车向他开来。埃克特冲过去营救他并将他推出了轨道，但最后他自己却被火车轧死。法院认为，由于埃克特不负有连带过失责任，所以他的遗产继承人就可以取得由铁路过失引起的损害赔偿。因为“他在尽自己全部努力抢救小孩的同时合理地关注自身的安全这方面并没有错误。至于其是否能在自身不受严重伤害的情况下抢救小孩，那是他应履行的判断义务。”如果（像这一段所暗示的）在不实施抢救的情况下小孩被碾死的几率要比埃克特为救小孩而自己献身的几率大，并且如果小孩的生命价值至少与埃克特的相等，那么铁路在减少对小孩父母的预期责任成本方面所取得的预期抢救收益就会比预期抢救成本高。在那种情况下，如果交易成本并非过高而妨碍交易，那么铁路就应为埃克特的抢救努力付费，所以铁路也就应该在事后对埃克特支付损害赔偿。

同样，几乎所有的契约问题也都可作为侵权问题来解决，其方法是采取防止履约或付款方从事如利用先履行其成交条件的当事人弱点这样的

非法行为所必需的制裁。而侵权和契约问题都可被看作是财产权界定中的问题，例如，过失法可以被看作是旨在界定我们在防止事故伤害人身安全上所拥有的权利。如果交易成本不是过高，那么财产权界定本身也可被看作一种为了创造避免浪费有价值资源的激励而设定双方同意的措施的方法。

普通法经济分析中的重要区别超出了传统的主题分类。其一存在于以下两类情况之间：有些案件只有在没有采取某些成本最小化损失避免措施时才要求损害赔偿，而有些案件不管怎样都需要损害赔偿。在通常情况下，即使违约导致了资源的更高价值使用，违约者也要支付损害赔偿；非法侵入他人土地也是这样。但是，如果某人在无法以成本合理的措施在总体上防止这一事故的情况下偶然地伤害了他人的身体，那么他就对此不负责任；而如果故意伤害他人，那么在大多数情况下他将负刑事责任。对于这些差异，在经济学上是有理由解释的。鉴于刑事制裁的高成本，人们认为应将它们限于法律错误风险很小的情况。契约案中的赔偿规则仅仅是严重依赖于不履行契约承诺所承担的严格责任（参见6.5）产生的必然结果，这种严重依赖在经济上是合理的，而严格责任在部分意义上又是许多契约承诺的保险功能的一种功能。其二是非法侵入但非普通事故

案中的严格责任规则反映了以下两类情况的基本区别：一，交易成本很高；二，由于存在一种实际或潜在的双方当事人对互相影响和其他条件都满意的买卖关系，交易成本相对就低了，而由此自愿交易就得到了推进（参见3.5）。

但是，以上的后一种区别不应用以表明：在交易成本很低的情况下，权利和责任的法律分配在经济上是不重要的。虽然普通法最显著的经济作用就是矫正外在性——包括正的（外在收益）和负的（外在成本），但它还有一项重要的功能，即减少交易成本——最为显著的是通过创设财产权——从而实现或推进（不同于模仿）市场过程。普通法的这两种作用已为法律明确关注的双边垄断问题所圆满地解释。双边垄断增加了交易成本，有时甚至使价值最大化的交易告吹；其次它还存在着外在性。但即使在交易发生的情况下，它完成这一交易所需要的成本仍然要比没有双边垄断情况的成本高，所以法律就尽其所能减少双边垄断。法律竭力猜度，一旦某些愉快或损害的偶然事件发生时，当事人将想如何划归像责任这样的负担或收益；如果它猜对了，那么这就既由于当事人没必要在法律配置的边际进行交易而能使交易成本最小化，又能在交易成本过高的情况下产生有效率的资源配置。

如果普通法是一个基本政策相同的各种原则



的统一体，那么即使它们产生于普通法的不同领域，我们仍可以在经济学意义上用同样的方法解决相似的情况。有一个例证可以说明这一主张。A从B处买了印刷机。B雇佣C将印刷机运给A。而C粗心地履行其义务，使A在很长时间后才用上印刷机，并在此间遭受了利润损失。为此，A以过失侵权起诉C。如果这是一个契约诉讼，那么哈德利诉巴克森德利案规则就可以阻止A取得其所损失的利润。但这是一个侵权诉讼，A与C之间没有契约。尽管如此A仍将被阻止取得其损失利润。C不可能很容易地明确其交付延误对A的业务的影响（因为他不知情），而A恰恰可以通过谈判与B订立预定损害赔偿（liquidated damages）条款以保护自己。而这可能使B雇佣另外的承运商或强迫C全面遵守其义务。

但读者可能会问，普通法——一个只是在上一世纪起才渐渐有所变化的古老法律原则体——怎么可能在经济学上像它看上去那么有道理呢？对此的一个圆满答复（就其可能给出一个答案而言）有必要等到第19至21章中才能得出，那时我们才讨论普通法的程序和制度环境。但在此我们可以作一些提示：

1. 许多普通法原则在经济上是合理的，但并不具有经济上的辨别力。它们是符合常识的。它们与经济学的关联是大部分法官和律师所不能

理解的，但它们的直观并非如此。

2. 亚当·斯密所指的国民财富，本书所指的效率及可能外行所称的馅饼面积，已具有很重要的社会价值——而从来没有比在自由放任

（laissez-faire）年代的19世纪显得更为重要，普通法现代形态的许多东西是从那时获得的。这种价值会对司法判决产生影响是毫不奇怪的。

3. 也许由于与之对抗的社会目标既更有争议又难以在法官不得不使用的有限方法范围内达到，所以效率价值就更有影响了。与之对抗的社会目标主要与收入和财富的公平分配观念有关——对于这些观念从来没有形成过统一的意见。如果我们将效率看作是一个社会的公共制度所追求的唯一价值时，那它就会引起很大的争议。但如果我们只将它看作是一种价值时，就不会（在学术界之外）引起很大的争议。而且，有效率的重新分配政策需要征税和公共开支的权力，而这种权力正是法官们所不具备的（参见16.6）。如果他们甚至还不能像普通法法官那样改变社会中不同集团所收受的馅饼份额，那么他们倒不如将注意力集中于其馅饼面积的增长。

4. 许多传统的法律学者并不认为法官应该与社会目标发生任何关系；他们只认为法官应运用正义原则。但通过观察可以看到，这些原则往往被证明为具有实用或工具主义性质：事实上，

它是效率或重新分配政策的变异体。对此，将在后面作更详尽的论述。

5. 以下事实只对普通法的实证经济分析提出了微不足道的异议：除了极少数人以外，律师和法官们并没有自我意识到其法律研究的经济学性质。经济学的语言是一种为学者和学生所设计的，而非为其行为被经济学家们研究的人们所设计的语言。诗人并不使用文学评论家的语词；法官也不使用经济学家的语词。

尽管有了以上论述，但并不是所有的普通法原则都具有经济学理论基础。我们已讨论过的普通法效率理论的最重要的反例是：（1）法律拒绝实施契约制裁条款；（2）死亡案中损害赔偿的计算方法（并且普通法拒绝对生命丧失给予任何损害赔偿——这样的赔偿是19世纪中期的一项立法创造）；（3）近代以比较过失代替连带过失，以共同侵权行为之间的责任分担代替责任不分担的运动。

然而，有证据表明，经济效率并没有提出一个完满的普通法实证理论。但它也没有提供统一的语词和概念，使人们将普通法理解为一个整体，以平衡其对传统法律教育和论证的极度重视。

## 8. 2 普通法、经济增长和法律史

经济分析有助于我们去澄清普通法在本国经

济增长中所起的存有争议的作用。通常的观点是：由于普通法对企业家活动采取了放任甚至是推进的姿态，所以它在19世纪有助于推进经济发展。一个不同的观点是：由于普通法没有使工业企业家承担真正信奉效率所要求其承担的全部成本，它就在经济上资助了增长。19世纪普通法的放任与在其前后各阶段用法律对经济活动实行的许多限制是相矛盾的。

弄清增长和资助的概念在此是非常必要的。经济增长率是一个社会的产出增长的比率。由于增长是由有效率地使用资源所促成的，所以就存在着一种领悟，但却是一种相当有争议的领悟：即，就普通法就是因关注效率问题而成长起来的这一点而言，可以说它促成了经济增长。但社会也可以通过强迫人们少消费多积累和增加收益的资本投入来推进增长的步伐。如果普通法在加速经济增长方面起到了作用，那么其途径必然是使资本投入更有利可图。

按照这一思路，人们作出论证，19世纪契约法自始至终偏袒履约方而非付款方当事人的目的就在于鼓励企业家（创业者）阶层。但每一个商业企业都同时和大约均等地既是履行人又是付款人。就其产出销售契约而言，它是履行人；而就其投入购买契约而言，它又是付款人。使法律有权偏袒履行人不会产生任何净收益。

我们已经在前面提及，普通法在工伤事故中偏袒资方。但我们在前一章中看到，只要双方当事人已进入一种契约关系，那么即使法律不对事故损害施加任何责任，有效率的安全水平也是可能达到的。甚至即使工资处于只够维持生计的水平——工资在这一水平上的进一步减少将会引起工人的饥饿而最终导致过于虚弱而无法有效率地工作，这种分析仍然是可靠的。在工资只能维持生计，工人就会拒绝对减少工资以增加工作安全度进行交易——但这对他们来说可能是一个最佳的决定：承担一些风险比忍受饥饿更为有利。但即使在19世纪的美国，产业工人的工资还是远远高于维持生计的水平。实际上，19世纪晚期还存在着严重的劳动力短缺——这就是为什么会有大量移民的原因。而以竞争来争取工人的一种途径就是提供更为安全的工作条件。虽然大肆宣扬一项更安全的工作可能需要很高的成本——特别是当许多工人并不具备那种观念时——无知好像在18世纪的英国一样或更为普遍，我们还知道那时从事危险或讨厌工作的工人并没有得到加额工资。现在，也许潜在的工作场所危险常常是很难以捉摸的，所以工人为取得它们所支付的信息成本可能是太高了，但这在19世纪并非如此；那时，难以捉摸的危险很可能并不为任何人所注意。

这些危险不断增长的不可捉摸性可以令人置信地解释本世纪对工作场所伤害（对工人的损害赔偿）实行严格责任形成的运动——虽然严格责任并不是工人损害赔偿法对于损害赔偿额的限制，也不拒绝使连带过失成为工人损害赔偿诉讼的抗辩。同时发生的是产品责任领域内的运动，从19世纪的实质上无责任到今天的准严格责任（参见6.6），这可能也与潜在受害人（而非潜在加害人）的信息成本上升有关。

对于非当事人造成的事故的考虑，就使19世纪普通法有助于增长的观点更显合理了。思考一下以下两种法律规则的选择：一种规则是，只有铁路过失时才对交叉道口的受害行人负责任；另一规则是，除非也许两者负有连带责任，否则铁路就对受害行人负有严格责任。两种规则下的事故发生率将是相似的，但在第二种规则下铁路的成本将会较高从而导致其价格的上升及产出和利润的下降，这正如我们在第6章中看到的那样。总之，第一种法律规则鼓励铁路经营，而第二种法律规则却为铁路经营造成了困难，尽管这也许都是轻微的。

但这并非意味着第一种法律规则对铁路经营构成了任何贬义的资助。正如我们在第6章看到的，过失责任和严格责任之间的选择涉及一种复杂的计算，而且计算并没有得出铁路事故严格责

任的明确结论。即使它得出这样的结论，从而过失责任选择可以被看作是对铁路经营的资助，那么我们还可以认为其中存在着经济上的正当理由。由于能使土地所有者更便利地出入市场，所以19世纪铁路线的建筑就增加了其附近土地的价值。但是，除非铁路公司拥有相关土地所有权或能在铁路建筑之前与每个土地所有者进行协商，否则就不可能取得全部的增值，从而也就不会在以下情况下对新铁路建筑投资：花费的最后1美元只能增加1美元的土地价值。如果由于法院意识到铁路的收入少于它们应被鼓励的对铁路产业进行的经济合理投入，而从这两种责任规则中选择（对铁路）成本较低的那种，那么法院就可能在使经济慢慢接近于其资源的最有效率使用。我们在第6章中知道，将事故成本外在化是促进外在收益供给的方法之一。

将事故成本外在化以促进外在收益供给的一个更为明显的例子是在传统上对慈善业免除侵权责任。我们将在第16章中了解，搭便车（外在收益）问题阻碍了市场提供有效率程度上的慈善服务。减低这一问题严重性的一种方法就是允许慈善业将它们的某些成本外在化。要注意的是，慈善业成本的外在化要比铁路公司成本的外在化数额大得多，因为后者对其由过失引起的损害总是负有法律责任的。然而在外在收益方面，也许慈

善业的要比铁路公司的数额大，至少以事故的数量划分时是这样的。还要注意的是，实际上各州都已废除了慈善侵权豁免（the charitable tort

immunity），也许由于慈善业是一种高级善行（参见1. 1注，为什么说那是恰当的？），又由于所得税的慈善扣除为增加慈善服务的供给提供了一种更有效率的方法（参见17. 8）。

霍维茨教授提供了以下“阶层倾向（classbias）的重要例子”：在一个就期限达成协议（通常为一年）并规定在期末支付薪金的雇佣契约中，违约的雇员就无权取得其违约之前的工作价值（如果没有雇主引起的任何损害赔偿）；而如果营造业者在没有瑕疵的条件下违反了建筑契约，那么他还是有权取得其收益的。有一个明显的区别被忽视了：雇佣案中薪金支付的延期是保障雇员完成其工作协议期的一种手段。如果在期间支付他薪金后他就退职，雇主就不可能有任何可行的法律救济。建筑例证明确地假设建筑者已完成了契约规定的工作而其履约又与协议在细微处有差别；根据第4章中解释的理由，这种情况下的建筑物所有者可以适当地免除其对营造者的损害赔偿请求。

霍维茨认为，建筑案中的规则推进了企业发展，而雇佣案中的规则也并没有阻碍之，其原因是：“相反，劳务契约中的惩罚条款也只能产生



重新分配的结果，因为它们不可能指望以阻止劳动阶层在自然经济中出售其服务。”没有证据能证明在19世纪的美国存在一种自然经济，很难想象生活在仅够糊口水平下的人们会去订立一项依此他们同意在一年内不取薪金的契约！如果那时的工人生活在仅够糊口的水平下，那么就不可能有任何契约将他们的财富重新分配给雇主，因为他们不可能有任何财富。

我们可以研究一下这一意见：契约法中的不可能和其他相关原则的发展表明了自19世纪起法律的自由市场原则的衰落。法律的自由市场原则与其过去相比确实影响力变弱了，但这一特定的阐述却是不恰当的。我们知道，不可能和其他相关的辩解是促成契约法效率化所必需的；它们暗含在契约法的实证经济理论之中。鉴于同一作者还作出过这样的断言：19世纪的契约法坚定地偏袒履约当事人——而他可能被指望赞成免责的自由原则，所以这一错误是一个非常能迷惑人的观点。

经济学可以用来阐明许多比现在提及的问题更为深奥的法律史现象。其理由之一是它存在于18世纪，而在铁路产生之前，事故责任在很大程度上都是严格责任。事实上，19世纪是一个法律游离严格责任的长时间高潮期——在契约法、刑法及侵权法领域。古代社会和原始社会是为严格

责任观念所统治的。而自严格责任向过失责任发展的趋势是有其经济学解释的。文化知识的普及和科学知识的增长已在几个世纪来提高了法院的事实调查能力，从而减低了衡量法律争端是非曲直的信息成本。同时，保险的市场供给也有了很大的进步。正如第6章告诉我们的，严格责任既由于其避免了常常是困难的事实和分析性调查而比过关责任需要较少的信息，又（以侵权法、契约法和刑法的形式）提供了一种保险。这两项优势在过去要比在现在强，又由于我们知道严格责任涉及某些过失责任所不涉及的成本，所以当严格责任收益减少时就放弃它，这是很正常的。令人惊讶的是严格责任在20世纪的复苏，具体表现为工人损害赔偿和严格产品责任运动。但正如我们已指出的，经济因素也可能解释这些运动。

经济学可以解释像中世纪冰岛的非常稳定的法律制度那样的历史珍品，那时的冰岛基本上是一个无国家社会。非专业法官（layjudge，相当于我们的陪审团）的判决与非正式仲裁一同兴盛起来，虽然司法和仲裁决定都是应由政府官员执行的，而那里恰恰没有政府官员。如果败诉方当事人不遵守判决（大多数普通的司法决定是剥夺公民权和流放），执行决定的胜诉方就只能团结其亲属。但这并没有产生使诉讼无效的方法，因为判决常常有足够的说服力劝阻败诉方的亲属不去

从胜诉方的亲属中保护败诉者，而又鼓励胜诉方亲属帮助胜诉者执行命令。一个促进这种结果的因素是冰岛人将男女双方家庭的人都看作亲属。所以，每一个人都有许多亲属，从而使少量的诉讼人有其共同的亲属。这些亲属就会通过促成和解或允许按法律解决而帮助降低争端的激烈程度。

关于法律史经济学的这一讨论是极其不全面的。还有许多财产权的经济史研究非常吸引人，有些已在第3章中提及。家庭角色的变化（为经济学所阐述的一种角色变化）好像解释了亲属法的历史变化，正如第5章中所指出的那样。其他的历史见识也已在其他各章提及。

### 8. 3 普通法的道德要旨

普通法最应被看作一种用以促进经济效率的制度，这一理论将给许多读者留下这样一种印象：如果它不是一种严重贫困的理论，也至少是一种不完善的理论，尤其是它对法律的道德因素的明显漠视。无疑，我们可以证明：法律——尤其是包含在英美普通法中的那些基本法律原则——的真正目的是为了纠正非正义而维护道德观念。

但在道德和效率之间真正存在着基本的矛盾吗？像诚实、真实、节俭、可靠（履行诺言）、考虑他人、慈善、和睦、勤劳、避免过失和胁迫

这样的道德准则，只要细心读了前几章的人都会对它们的经济价值作出明确的肯定。诚实、守信和爱能降低交易成本。断然放弃胁迫能促进物品的自愿交换。和睦和其他形式的无私能减少外在成本和增加外在收益——实际上，有时经济学家将外在性称作“邻居效应

（neighborhoodeffect）”。慈善业可以减少对成本高昂的公共福利项目的需求。注意能减少社会浪费。就算信奉道德准则有时会减少社会的财富——“盗贼中也有廉耻之心”就足以说明这一点了。而且我们将在第10章中看到，卡特尔化常常受到搭便车问题的阻挠，而一旦卡特尔的成员都完全地无私和可靠，那么这个问题也就解决了。但基于各方面的考虑，信奉普遍公认的道德准则所增加的社会财富看来要比其减损的少，尤其在对准则作出适当确认时，无私、可靠和其他品性就会对两者处于冲突状态的社会福利而非个人福利有帮助。

就信奉道德准则能提高个人使满足最大化的能力而言，我们就没有必要将它们强加于人们了。但在某种程度上是这样的：“诚实才是上策”这一口号是一种对自利的呼吁。即使在对违约没有法律制裁的情况下，不履行承诺也（时常）是缺乏经营判断力的，因为它将减少其未来的交易机会——事实上，越是这样，违约处罚就

越少。关注销售者感情的生产者更容易设计出畅销的产品。市场经济依赖于同意而促进社会的和合作的美德。当然，这里也存在竞争；但销售者只有与其顾客合作时才能竞争。在这一方面，尽管自然竞争和市场竞争无疑存在着类似之处，但市场的规律毕竟不同于弱肉强食的规律。

但群体利益（道德）常常与个人利益（自利）发生冲突。而普通法可能就是要对违反这些能促进市场经济效率的道德准则的行为施加成本。准确地说，法律并没有试图在最高程度上实施任何道德准则。例如，契约法强制执行的只是承诺的一个有限子集；因为许多在道德上令人不满的违约并不是提起诉讼的理由，但这是由于法律的领域受其实施成本的限制而造成的。全部承诺的法律实施成本会超过其收益。因为许多承诺是可以自我实施的（通过这种或那种报复威胁）或者并没有增进足够的社会福利以证明法律救济成本的合理性（例如，一种为朋友买午餐的承诺），而有些有效地增加价值的承诺也可能只在以下情况下才能履行：法律错误的成本超过了以其同意的形式实施承诺的收益（例如，由于一个契约是口头的而非书面的，它就可以依《禁止诈欺法》（1677，英国）而提出不履行）。一个极端的例证是法律拒绝强加在困境中救助陌生人的义务（在第6章中讨论过）。我们可以看到，现

在普通法和正义观之间最大的分歧是普通法看起来好像对分配问题漠不关心。我们一再指出，现在还要指出，普通法法官没有适当的方法来进行财富的重新分配（参见16. 6）。

法律也并不关注不影响其他人的违反道德规则的行为——例如，诽谤者在无人的荒野念叨。在此，道德实施的成本是很大而其效率上的收益却是很小的。至此，我们就能明白，在任何情况下都要忍受诽谤这一习惯是如何可能被看作道德要求从而对人们进行灌输的，因为它降低了有害诽谤发表言论的可能性。

法律和道德间更为令人困惑的关系是，法律有时对道德并不反对的行为加以制裁。许多适用（为什么不是全部）严格责任的情况具有这一特征。但经济学家可能会提出，这是由于区别道德和非道德的成本常常与其收益不相称。

普通法竭力信奉效率，但它并非完全信奉效率。这种竭力的信奉在近期的里德诉金和斯坦博维斯基诉阿克利案中得到了说明。这两个是关于撤销房屋销售契约的诉讼。两个诉讼中的问题都是卖方没有告知买方的信息的重要性。在里德案中，问题是房屋在10年前是一起多人谋杀案的现场。在斯坦博维斯基案中，问题是许多人都知道这所房屋有鬼出没。在这两个案件中，这种信息都被认定为重要的信息，因为它降低了房屋的价

值。没有一个“理性”人会依据这些事实降低对财产的支付价格这一事实是不中肯的；法院承认了价值的“主观性”这一契约自由和现代经济理论的柱石。

有时，普通法法院仍不能勇敢地全面接受这种理论所隐含的内容。它们对“有效率”的强奸仍不能容忍（这在7.1中讨论过）。它们拒绝执行自杀协议、惩罚条款或（就此而言）种族限制契约。它们不愿执行奴隶身份或以斗剑士为职业的自愿契约。对契约自由的有些限制（例如，设定最高利率限制的高利贷法律）反映了特殊利益集团的压力，但另一些却反映了我们这个社会的伦理多元化。效率或财富最大化是伦理挂毯上的重要线段，但它并非是唯一的线段。

研究普通法的效率方法所提出的重要的伦理问题可能是效率最大化和财富公平分配观念之间的不一致性。在法律和政府的作用在总体上只是控制外在性和减少交易成本的市场经济中——这些都是经济效率对所有法律和政府所要求的——人们的兴趣、能力和幸运的差异可能会产生收入和财富分配的极大不平等；而在存在种族和人种差异的社会，这些不平等就可能与种族和人种差异有关联。在第五部分，我们将要对分配正义的一些理论作一考察。在此要提出的观点是，普通法就其绝大部分而言在分配上是中立的

(distributivelyneutral)，由于涉及法院系统地重新分配财富的能力，对此就存在一些现实的理由；但同时还存在着一个伦理理由。效率和重新分配是对立的。有些除外，如在搭便车问题妨碍慈善赠与的情况下，政府采取干预措施纠正这一问题，并提出了没有这问题情况下存在的贫困救济水平。

如果我们将效率和效用（在功利主义意义上）看作社会物品（socialgoods），那么这一观点就会变得更为清晰。虽然经济学在其规范角度可以被看作是实用功利主义的一种形式或变体，但在经济学家而非功利主义者将支付愿意强调为资源有效率配置的准则这一问题上是有重大差异的。也许我从1盎司鱼子酱所得到的快乐要比一个富人从此得到的多，但如果（在这种情况下）其价格阻止了我而不是他消费鱼子酱，那么经济学家仍不会说这是一种资源的不当配置。经济学家绝不会认为仅仅为了全人类总体幸福的增长而应该允许我从富人处盗取能供我消费的鱼子酱。但功利主义者也许会这么表白，因为依据他的想法，允许盗窃是幸福的综合结果。如果幸福最大化需要重新分配，那么不论是从部分还是总体出发，功利主义者将希望重新分配成为正义观念的一个部分。而效率伦理主义者采取的却是现存的财富和收入分配。据假定，产生那种在很广泛范



围内（什么界限？）进行分配的潜在人类品质对其分配的变迁是没有批判力的，而这种变迁又是由不平等地拥有世界上有形和无形物品的人们间进行的有效率交易所引发的。

但是，即使是一个彻底的功利主义者，也可能赞同政府的分工。依此，法院在精心设计的普通法原则内将其注意力集中于效率，而政府的税收和开支机构则由其具有更大的低成本和高效率重新分配财富的能力而应将其注意力集中于重新分配。除非一个社会充满了妒忌，否则我们就不应对馅饼面积增长和努力使名份平等这两个问题给予同等的关注；当然，我们至少还是要设法关注平等问题。无论如何，这样的政府分工也许能解释普通法对效率的重视。

#### 8. 4 法律的道德构成

法律有时被简单地界定为一种以国家强制力作为后盾的命令。依据这一定义，任何由最高权力机构发出的命令都是法律。但那歪曲了法律一词的普通含义。而已经提出的是，为了使描述方法如实地反映法律一词使用中的定义，它必须包含以下一些附加的因素：

（1）作为法律，命令（command）必须能为被命令者所遵守；

（2）它必须平等地（equally）对待那些与命令有关而在各方面处境相似的人；

(3) 它必须是公开的 (public) ;

(4) 必须存在这么一种程序

(procedure), 任何为命令适用所必须的事实真实性都可以依其条款得到证实。

这些因素是关于法律的经济理论的一部分。

从经济学观点看, 法律的基本 (虽然不是绝对的——为什么?) 功能是改变激励。这表明法律不发出不可能性命令, 因为不可能执行的命令决不会改变行为。我们应该将不可能的命令与只是由于避免成本高于制裁成本或 (如在许多契约案中) 法律制裁实际上只是一种保险单收益的支付而不可避免的法律制裁区分开来。虽然契约履行成本肯定会大大超出不履行情况下的损害赔偿, 或甚至如实履约已是不可能的, 但要求违约当事人承担损害赔偿还是合适的。法律只是已经将不履约风险加到了没有履约的当事人身上。

法律必须平等地同等对待这一要求是以下主张的另一种表达方法: 法律必须具有一个合理的结构, 因为不同等地对待相同的人是非理性的。经济理论是一个演绎逻辑的系统: 当它被正确运用时, 就会得出一些彼此相一致的结论。在法律具有暗含的经济结构这一角度看, 它必须是理性的; 因为它必须同等地对待相同的案件。

当我们从经济学视角将法律看作是一个改变激励从而调节行为的制度时, 它就必须是公开

的。如果法律的内容只在其可适用的事件发生后才为人知道，那么法律的存在对受制于它的当事人的行为就不可能产生任何影响。也可以这么说，法律的经济理论是一种将法律看作威慑力的理论，而一种没有传递的恐吓是不能威慑任何人的。主要（但却相容）的例外是一些刑法原则后面的预防和能力丧失理论。

最后，法律的经济理论预先假定了用以确认法律正确适用所必须的事实存在的机制。如果法律不顾其旨在适用的情况而实施，那么它的威慑作用就会被削弱（到一定的限度就会消失）。假设有一针对价格限定者的法律并不设法去确认谁在限定价格；而是随意从1万人中挑选出1人作为价格限定者处罚。显然，这对价格限定是没有任何威慑力的。唯一存在于价格固定者和并不固定价格的人之间的差别是前者因固定价格而获得利润；而两者的预期责任却是一样的。

罗尔斯的形式准则是非常严正的。让我们再作一次更为深入的研究。自亚里士多德以来，人们一直认为法律制度的功能是为了矫正正义

（corrective justice），即纠正非法行为，而我们必须考虑的是，经济原则赋予其生命的法律制度是否能被认为是用于矫正正义的。如果矫正正义被解释成法律制度必须设法对所有的损害进行赔偿，那么答案是否定的。但亚里士多德谈的是矫

正（rectification）而非赔偿（compensation），是非法行为而非有害行为；而在他的那种意义上，普通法就是一种矫正正义制度。普通法使用补偿性损害赔偿、惩罚性损害赔偿、禁令和罚金、徒刑这样的制裁来矫正非法（等于无效率资源浪费）行为。即使这些方法或多或少故意地允许个别案件中的非法行为人逍遥法外，这一点仍是确实的。连带过失可以对过失诉讼作出圆满抗辩的规则、不允许共同侵权行为人间分担责任的规则及以重刑吸收百分之百应执行的轻刑的规则，表明了普通法允许许多案件中的过错行为不受矫正的明确愿望。但这种现象会使人产生误解。它产生于非经济学家们的一个共同错误：没有将事前和事后区分开来。事后，幸运的侵权行为人在损害具有连带过失责任的受害人后逍遥法外。但事前，像我们在第6章中讨论的，过失——连带过失制度向潜在的加害人和受害人发出正确的激励。责任威胁是一种能导致潜在加害人（在大量例子中）采取措施预防损害发生的事前收费价格。而对其他例子也是这样。只有当矫正正义被解释成要求事后纠正时，经济学研究方法才无法满足矫正正义的要求。

## 第三篇 市场的公共管制

## 第九章 垄断的理论

### 9. 1 垄断者的价格和产出

我们在第1章已经注意到：卖方不会以低于其机会成本的价格出售物品或服务，因为那意味着他为了更低的价格而放弃了更高的价格。但到底是什么决定了其价格的上限呢？如果假设他的目标是利润（总收入和总成本之间的差额）最大化，那么他的价格选择就受到对其产品的需求和生产成本的制约。

为了使价格与收入从而与利润联系起来，我们应该使用边际收入（*marginal revenue*）概念，即每销售一增量单位的产品对总收入的增值。只要边际收入是正的，总收入就会增长。当边际收入下降到（或低于）零时，这就意味着增加的销售不会增加（或只会降低）总收入。

如果我们知道需求状况，那么就可以从中算出边际收入状况，这已在图9. 1中得以解决。边际收入曲线与横轴的交叉点确定了总收入最大化的产量水平（图9. 1中的 $q$ ）。与这一产量水平相关的价格是 $P$ 。如果卖方的销售量更小些，他就会自交叉点向左移而使其产量的增量增加从而使其总收入增加。如果他的销售量更大些，那么他的收入将处于边际收入曲线的负区，这表明只有在生产减少时才会增加其总收入。

价格对产量从而对收入（即价格乘以数量）

的影响可用一个极为有用的概念——弹性（elasticity）来概括——它是指由一变量的百分比变化引起的另一变量的百分比变化。在此，我们感兴趣的是与价格有关的需求弹性（elasticity of demand with respect to

price），即（微小的）价格百分比变化对需求量产生的百分比影响。现在解释一下：如果价格上涨1个百分点会引起需求量下降2个百分点，那么与价格有关的需求弹性（或为了简明起见，可简单地称作需求弹性）是-2（为什么是负的？）。如果需求弹性是-1，这就意味着价格上涨1个百分点会导致需求量减少1个百分点，而总收入没有由于价格变化而产生变化。这一单一弹性点就是需求曲线上的一点，而这一点的横坐标正是边际收入曲线和横轴的相交点。自这一点向左的全部需求曲线上的点，需求弹性都为正，因为在这区域的价格上涨将导致需求量有比例地较大减少从而引起总收入下降。自这一点往右，需求弹性为负，因为在这区域的价格上涨只会导致需求量有比例地较小减少从而引起总收入的上升。

由于卖方感兴趣的是其净收入或利润而非毛收入，所以他需要考虑他的价格选择对其总成本和总收入的影响。价格通过决定必须生产的单位数量而影响其总数，同时它在边际成本随产量水

平变化的情况下影响每一生产单位的成本。边际成本是指由每多生产一个单位所引起的总成本的变化；也即最后一个生产单位对总成本的增加。这里也存在着固定成本（取得专利的花费就是一个极好的例证）——不受产量影响的成本，但它与价格和产量的决定是不相干的。依据定义，它不受价格和产量选择的影响；它既不会更大，也不会更小，无论垄断者是定很高的价格而产量很小还是定很低的价格而产量很大。

对一个寻求利润最大化的卖方而言，只要增加的销售单位对其总收入的增加高于对其总成本的增加，他将会扩大生产。而当增加的销售单位对其总成本的增加高于对其总收入的增加时，他就会停止扩大生产。换言之，利润最大化的产量是边际收入和边际成本相等时的产量，即图9. 2中的 $q$ 点。在这种生产水平上，总收入等于 $pq$ ，而总成本（平均成本乘以数量）等于 $cp$ 。要注意的是，如果产量较小，那么利润也会较少，因为卖方会处在那交叉点的左面，而在那区域，增加的产量对总收入的增加会高于对总成本的增加。而当更大的产量引起的是更少的利润时，卖方就在交叉点的右面了，因为在那区域，每一销售单位带来的总成本增加会高于总收入增加（即在那里，边际成本超过了边际收入）。

9. 2中 $P$ 的另一个名称是垄断价格



(monopolyPrice)，因为它是一家没有任何竞争和担忧的企业所走的价格。竞争会使价格发生变化。假设，A是开始时某产品（当然是零部件）的唯一卖方，他的成本和需求曲线在图9. 1和9. 2中得以表明。他制定了价格 $p$ 并销售 $q$ 量的产品。而其他人也能以A同样的成本生产和销售产品，其中的B为A的巨额利润（ $pq - cq$ ）所吸引，从而决定生产这一产品，并也以 $P$ 价格销售。图9. 3表明了这一结果。由于B销售A的四分之一的销量（B的产量 $q' - q$ ），所以市场上的产品总量（ $q'$ ）就是原销量的四分之五。对于更大量的产品，消费者不会支付 $P$ 的价格，而只支付 $P'$ 的价格。也许A和B现在会减低产量，但C、D、E和其他人正等待进入市场以取得吸引B的那一份利润。在价格由于竞争而降落到 $P'$ 之前，进入市场将不断继续，而 $P'$ 正好等于生产增量产品的边际成本。在由于用于产品制造的资源能赚取高于其机会成本的利润，从而赚取高于竞争市场所赚利润而没有到达那一点时，进入是永远有吸引力的。但产品的生产量不会超过 $q''$ （这与 $P'$ 有关），因为那时用于产品生产的资源所赚取的利润就会低于其机会成本。

进入（entry）的可能性看起来好像使垄断成了一个学术概念。但有时进入需要很长的时间或被禁止，或新进入者无法以现存企业一样的低成

本来生产产品。阻碍竞争的一个重要例证是政府保护的垄断——如，专利垄断。

正如垄断不是垄断定价的充分条件一样，它也不是垄断定价的必要条件。设想一个有100个销售者的市场，每人生产1000单位的产品，扩大生产既来自现存企业，又来自新进入企业是不可能的。每一卖方都有垄断力量

(monopolypower)——即将市场价格提到高于竞争水平的力量。例如，如果有一人将其产量由1000单位降至900单位，那么市场总产量就会从10万单位降至9万单位，从而市场价格也就会上涨，正如如果产品垄断者决定以同样数量减低其产量一样。

## 9. 2成本或需求的变化对垄断价格的影响

让我们看一下，如果垄断者的成本上升或下降，或如果需求发生变化，那么最佳垄断价格或产量会发生什么变化。如果成本下降（除非那些是固定成本），那么最佳垄断价格就会下降而产量将会上升。记住，垄断者在其边际收入曲线和边际成本曲线的交叉点上停止其扩大生产。如果边际成本曲线下降，那么现在的边际收入曲线就会高于它，而垄断者就会扩大其生产，直到边际收入曲线再与边际成本曲线相交，这在图9. 4中能得到表示。

假设需求下降。即，消费者将以任何特定价

格购买相应更小比例的物品（在图9. 5中，大约减少25%）。假设像图9. 5中那样的固定边际成本，那么垄断者就不会改变其价格。边际成本是不变的。需求量对价格变化的反应（弹性）也是这样：虽然不论在什么价格水平下消费者都会买得更少，但由价格引起的需求量的成比例变化却是不变的。由此，垄断者会制定像以前一样的价格，但由于需求下降而会减少销售量。这表明了一个我们将在下一章再加以论述的重要观点：垄断价格只取决于需求弹性和边际成本。

如果需求下降而且垄断者的边际成本不是一个常量（constant），那么最佳垄断价格就会变化。一支非水平的边际成本曲线表示，在不同的生产量水平上边际成本是不同的。由于需求变化将改变垄断者的最佳产量，所以它的边际成本将发生变化，从而也会改变其价格。

### 9. 3垄断的效率后果

回首前面的图9. 3，我们就会发现垄断条件下的产量要比竞争条件下的产量小；即 $q$ 代替了 $q^*$ 。这是因为垄断价格使某些消费者使用其他替代产品，即价廉物美的产品。替代涉及价值损失。通过以下假设，我们能最清楚地明确这一点：每一垄断产品都存在有一种相同于垄断产品的替代产品，只是生产它要更高的成本，从而使其价格高于垄断产品假如以其竞争价格销售时的

价格，但低于垄断价格。那么，垄断的作用就是使某些消费者通过转向比垄断物品花费更多社会成本才能生产的物品而满足其要求。其增加的成本对社会而言是一种浪费。

在图9. 6中，这一成本接近于DW（无谓的损失）三角区。设想一下价格逐渐由 $p_c$ 升至 $p_m$ ；每上升一步，消费者都会倾向于成本更高的替代品，而最后的消费者会倾向于购买成本很少小于垄断价格的产品。

无谓损失（deadweight loss）这一概念令人满意地解释了前一章中强调的福利的经济和功利概念间的区别。图9. 6中，DW的结论是依金钱对消费者和生产者具有同等价值为前提的社会净成本，换言之，估计社会成本时分配要素将被忽视。至于MP，由将价格从竞争水平增至垄断水平所引起的财富自消费者向生产者的转移，被看作是一种冲销，消费者的损失等于生产者的收益。如果消费者的1美元损失不能使生产者得到1美元的收益，那么垄断的社会成本就高于DW；如果生产者的收益高于消费者的损失，那么垄断的社会成本就低于DW。

由垄断定价引起的财富自消费者向生产者的转移是一种消费者剩余（consumersurplus）向生产者剩余（Producersurplus）的转变。消费者剩

余是需求曲线以下，竞争价格之上的区域，在图9. 6中，它是底线为 $MC=AC$ 这一线的三角区。MP是三角区的生产者转移性剩余部分。DW是损失部分。余下的部分被留作消费者剩余。消费者剩余是作为一个集团的消费者依赖于某一产品的总价值的尺度，而该产品的价值高于他们支付的价格。当价格上升时，那些不很看重这一产品的消费者就转向其他替代品，而那些执迷于这一产品的消费者就会从其购买行为取得较少的价值，因为他们支付了更高的价格。

虽然MP作为消费者剩余变为生产者剩余的部分看起来是一种纯粹的转移性支付，但它仍可能是社会成本的渊源之一——即使在转移过程中不存在分配性影响。在图9. 7中，假设市场中有许多企业，而政府将价格设定在 $P_m$ 点并禁止对市场的新进入。由于卖方每增加一定的销量都将会使其取得 $P_m-P_c$ 的垄断利润，所以每一卖方都会积极地去扩展其市场份额（share of

market）。他不能通过降价而这样做，因为这是被禁止的，所以他会竭力使其产品在其他方面比其竞争者更有吸引力——提高质量、提供更好的服务等。在没有达成协议限制这样的竞争时，非价格的竞争方法将继续下去，直到卖方的边际成本上升到了固定价格的水平以至于质量提高的耗费增加会招致损失为止。虽然这种竞争方

法将对消费者增加产品的价值（即需求将会增长），但成本可能会超过消费者的收益，因为它像在图9. 7中一样产生了社会净损失。

直到最近对航空业放松管制之前，民用航空局还阻止由它管制的航空公司间的价格竞争和新设干线航空公司。结果，航空公司收取的价格超过了竞争水平。而且该产业仍没有垄断利润，并在实际上周期性地处于破产的边缘。潜在的垄断利润由于激烈的非价格竞争而已转化为成本，特别是过度频繁的航次安排导致了很低的飞机容量利用率从而增加了每一被载乘客的成本。

当价格竞争和新进入不为政府管制所阻止时，引起浪费的服务性竞争问题就不那么严峻了。但如果一垄断者或卡特尔有着任何的预期垄断利润，那么那种预期就会促使企业在形成和维持垄断和卡特尔方面耗费资源。而一旦它们形成（以卡特尔为例），它们就会尽最大的力量通过非价格竞争占领市场销售的最大部分。从社会角度看，这些资源（在很大程度上）将是浪费的。

要注意的是，这与纯强制性转移支付成本分析极为相似，如第6章尤其是第7章中的盗窃。盗窃也“只是”一种转移性支付，受害人的损失即为盗贼的收益。对盗窃的经济异议并不是就转移而言的，而是涉及取得这样的转移对盗窃和防盗资源耗费所产生的机会效果。对于垄断也存在着一

种与垄断定价的产量效果有区别的相似的经济异议——此效果在盗窃中并无相应方面。

在其他可能对垄断提出的经济异议中，其中之一是垄断者可能可以使对其产品的需求曲线的外移——导致生产过剩而非生产不足，其方法是他误述其产品的价格或质量（参见4.7）及由他说服政府减少竞争产品的供应或增加对互补产品的需求。也有些经济学家相信，垄断降低了企业创新和有效率地使用其投入的积极性。这一观点的理论基础是含糊不清的，证据也是混杂的。针对垄断，它可以作出以下论证：

（1）垄断者从创新（innovation）得到的收益较少。他已从可利用的消费者剩余处得到了大量的益处；而可能成为垄断者的竞争性企业通过创新是不可能得到这些收益的。（这一观点是适用于产品创新还是仅仅适用于方法创新呢？）

（2）垄断者因不创新造成的损失要比竞争企业因此造成的损失小。竞争企业可能会破产，而破产要比仅仅不赢得可观的利润成本高，因为这里存在着无谓的破产成本（在第14章中将对此作更详尽的论述）。但如果将这一观点置于一边，那么可能表明：假设垄断者的普通股是公开交易的（参见15.4），那么通过创新或其他对没有利润最大化的处罚于垄断者和竞争企业是一样的。

(3) 企业在其创新能力上是不同的。如果市场上存有一个以上的企业，那么市场就更可能至少含有一个高于平均水平的发明创造者，并且他将引起发明创造率上升。

垄断是鼓励创新的一种途径。其主要理由是，成功的创新和成本最小化对垄断者的回报通常是较大的，因为竞争销售者的成功可能很快就会为其对手模仿。引起专利保护授予的是对立即模仿的关注，但像我们所知，专利权在时间和范围上是有限的。换言之，垄断者却比竞争企业更能将外在性（参见7.7）内在化，包括信息外在性，而发明创造就是这种情况。

#### 9.4 价格歧视

在前面几节阐述的垄断理论作出了这样的假设：垄断者以单一价格销售其产品。这一假设通常是合理的。如果他以两种不同的价格销售其产品，那么支付较低价格的买方就会将其转卖给支付更高价格的买方。这样的转卖（称作套利，arbitrage）将使销售者不可能维持不同的价格，但套利不总是行得通的。这种产品可能不能为转卖而储备（如许多服务）或可能对转卖存在有契约性限制。如果垄断者能够防止套利，那么他就可能不是依据销售成本（这是相同的）而是依据购买者对其产品的需求弹性而对不同的购买者确定不同的价格。这就是价格歧视（price



discrimination)。

需求曲线的下倾表示（正如我们已知道的那样）消费者（或他们中的某些人）可能愿意以超过成本很多的价格购买部分垄断者的产品量，但对其他人而言只愿支付比成本略高的价格，而还有一些人却不愿支付任何高于成本的价格。这里不存在一种能获得消费者愿意购买某些单位物品的全部价值、而又不损及在增加销售情况下利润虽较小但却仍是正利润的单一价格。从理想角度看，垄断者可能想与每一消费者就每一产品单位进行分别商谈。然而，他可能永远无法改变顾客支付等同于成本的价格的意愿，所以他的产量可能与在竞争条件下是相同的。但完全（第一等级）价格歧视的交易成本却是对交易有抑制作用的。通常，进行价格歧视的垄断者最大可能做到的也只是将其顾客分成几个群体，而后为每一群体设定单一（虽是不同的）的价格。

不完全（第三等级）价格歧视对产品产生的作用是难以定论的。假设单一垄断价格是10美元，但在索取此价格之外，垄断者将买方分成两个群体，对其中一个群体中的成员所收取的价格为5美元，而对另一个群体中的成员所收取的价格为20美元。他增加了销售——由于第一个群体中那些不愿支付10美元的人愿意支付5美元。但他也损失了销售——由于第二群体中愿意支付10

美元的人不愿意支付20美元。减损的销量可能会在数量上超过增加的销量。虽然他的利润可能会更高，但他的产量可能会较低。

即使是完全的价格歧视也不能消除对垄断的经济异议。虽然竞争的产量也能取得，但由于现在垄断的潜在利润较大，所以为了竭力地形成、保持和阻止垄断会浪费更多的资源。由此，垄断的社会成本可能会是更高的。

9. 5垄断的其他障碍：市场竞争、耐用性和新进入

如果一个买方愿意从单一的卖方处取得其特定物品的所有需求，那么卖方就将由此对其供应取得一种垄断。但如果符合以下三个条件，那么买方就不会支付任何高于竞争价格的价格：有几个卖方处于同样地位向他供应；达成垄断期间有效契约的成本不具抑制性；卖方没有达成共谋。然而由于众多卖方将互相竞争着提供有吸引力的契约，所以契约价格也就成了竞争价格。但假设一旦已取得契约的卖方开始履行契约，任何其他人进入作为买方的供应者这种位置是需要很长时间的（为什么可能这样，参见12. 1）。在这样的情况下，买方就将需要长期契约以保护其免受垄断定价，而长期契约可能涉及成本很高的不可改变性（参见13.7）。

在耐用物品垄断化方面存在着一个特殊的困

难，最鲜明的例证是土地。如果一个人拥有美国的所有土地而想以能使其利润最大化的价格出售，那么像任何其他垄断者一样，他将会把价格定于只有一部分土地被购买的水平。但一旦这一销售完成，他就会积极地开始以较低的价格出售其剩余部分的土地，直到最后所有的土地都被出售。由于人们知道这些，所以他们不会向垄断者支付开价，而由此垄断化的企图也将会失败。

钻石也是耐用物品，而它的生产仍长期为限制产量和收取垄断价格的国际卡特尔所控制。但它不像土地，钻石是可以被不断生产的。如果有一年钻石卡特尔增加生产和削减价格以竭力取得社会中原无力支付钻石价格的部分顾客，现存的每一钻石的价值就会下降。这样，由于卡特尔已表明其不可靠性，所以它就永远不可能再像以前那样收取很高的价格。

即使是土地垄断者也能可信地限制其产出——如果他出租而不是出售土地。如果在已出租了他的一部分土地后，他就会开始以更低的价格出租和出售其另外的部分，而为了展期而延长租赁时他就不可能收取很高的垄断价格了。由于知道他会积极遵守其初始产出限制，所以买方就不太怕支付全部的垄断价格了。

垄断的理论并没有解释垄断者是如何在此价格对卖方有吸引力的情况下在其他市场维持其垄

断价格的，而它是这一市场的可能进入者。由于垄断收益高于竞争收益，所以竞争市场的卖方就会倾心于收取垄断价格的市场。为了在那市场中取得一些垄断利润，新进入者就必须出售产品，而他的销售就将增加市场的产量，从而导致价格下降。所以，许多垄断者包容着其自身毁灭的种子。但是新进入收取垄断价格市场的企业比率是关键。如果垄断者拥有专利权和其他合法垄断权，那么那一比率就可能是零，而垄断价格就会持续到合法垄断权结束为止。

有时，垄断也将在没有对进入设置任何法律障碍的条件下继续。也许由于垄断者的成本要比新进入者的成本低得多，所以垄断价格要比新进入者为弥补其成本不得不收取的价格低得多。或者也许垄断价格虽然高于新进入者的可能成本，但却不具诱惑力，因为可能的进入者知道如果他进入市场那么垄断者就能很容易地收取低于进入者成本的有利价格，因为垄断者是更有效率的生产者。垄断也可能由于市场只存在一个卖方的空间而是市场得以维持的永久条件（参见12.

1）。但即使新进入者的成本与垄断者相同，也并不意味着对进入的威胁总会阻止垄断价格的收取。由于成本与时间有着相负关系（用三个月建一座钢铁厂的成本要比用三年的成本高），与垄断者相当的成本立即进入一个垄断市场经常是

不可能的。所以，即使在成本不利于新进入者这一意义上不存在对进入的阻拦，也还存在着一个间隔，其间就可能取得垄断利润。

## 第十章 反托拉斯法

### 10.1 卡特尔和谢尔曼法

在竞争的卖方之间签订确定他们产品价格（或限定他们的产量，这是一样的）的契约像任何这种意义上的其他契约一样是不可能的，除非他们寄希望于它能使他们全部得到改善。但它又损害了其他人，如不是作为契约当事人的消费者；并且如我们在上一章中得知的那样，当替代的作用和垄断利润转化为成本的趋向被考虑进去时，消费者的成本就会超出卡特尔成员们的收益。事实上，消费者与卡特尔中的卖方有着直接或间接的契约关系，所以看来好像科斯定理会起作用并且消费者也会对卖方将其产量扩大到竞争水平进行报答。但这可能表示，市场的最终状态将是完全的价格歧视（你能明白为什么吗？）；并且即使套利可以被阻止，就每一产量单位与消费者进行的谈判也会由于成本过高而成为不可能。这是一个即使对处于契约关系的双方当事人而言交易成本仍可能很高的例证（我们看到的另一例证是什么呢？）。所以，在19世纪后期，法院依它们违反公共政策而拒绝实施卡特尔协议是并不奇怪的。

由于即使没有对违约的法律制裁人们通常也被引导以考虑相互利益而遵守他们的契约（参见4.1），所以不履行并非一种明显适当的救济措

施。但价格固定协议比大部分契约更缺乏稳定性。这样的协议的当事人就是“购买”另一当事人不以低于某价格出售其产品的协议，而此一“产品”——在价格竞争上的克制——是难以检查的。如果协议的一方当事人减损销售量，这里就存在着许多可能的原因。其中之一是竞争者削低价格与其争取销量。但他如何才能发现它呢？他可以询问他已失去的买方，但他无法信任他们的答案。即使事实并非如此，他们也可能告诉他其竞争者正以低于他的价格出售，从而以引导他减低其价格。而且，竞争者可能一直坚持卡特尔价格但改进了他的产品——这是一种狡猾的作弊（cheating）方法。

虽然作弊必然表现为以较低的价格（以质量衡量）出售（为什么？），但如果由作弊所引起的市场产量增长是不大的，那么由市场价格下降所引起的作弊人的利润下降可能会低于由以垄断价格出售其每一增加单位造成的利润增长。假设作弊之前市场的产量是100个单位，每一销售者的配额是10个单位，价格是2美元，而生产成本是1美元。每一销售者都将取得10美元的垄断利润。有一销售者决定以作弊的手段将其产量增至15个单位。当市场产量升至105个单位时，价格就会下降——比如说是1.8美元。通过以1.8美元的价格出售15个单位的产品，作弊人取得了每

单位80美分的利润。由此，他的总利润是12美元，这要比他依附于卡特尔时高出20%。如果有几个卡特尔成员试图这么做，那么价格就可能降至竞争价格。

尽管卡特尔具有不稳定性，但不实施卡特尔协议仍是一种欠当的救济措施。通过减少由契约引起的固定价格的功效，它将激励卡特尔的成员组成一个单一的企业。这样，垄断价格也可不依赖契约而得以实施。

谢尔曼法（1890）试图通过对抑制贸易的契约和其他结合、垄断化、共谋、垄断企图等施加民事和刑事制裁从而解决垄断问题。早期的判决将这一法律解释成禁止卡特尔。虽然开始时对违法的制裁是很弱的，但这一法律却相当有效地防止了卡特尔支持者采取某些相当有功效但也明显可见的消除卡特尔成员作弊的手段。一个例证是共同销售代理（commonsale agency），依此，卡特尔所有产品的销售都要通过该代理商，而它却确定了一个统一的价格。

但谢尔曼法也有着另一种低效率的后果。一个垄断化市场的产量要比竞争市场的产量小。由此，在卡特尔组成后，市场内的许多生产能力变得过剩，而为了节约资源就应该使其减低。但如果成员们担心卡特尔可能会短寿，那么它们就不愿意减低生产力以免使它们在卡特尔瓦解和价格



下跌时无法扩大生产。为谢尔曼法所禁止的共同销售代理和其他“有效率”的卡特尔化方法将会以增加卡特尔的稳定性及其寿命的手段迫使超额生产力减退，而在这点上，这些方法可能（为什么“可能”？）比地下卡特尔或已替代地下卡特尔的固定价格共谋浪费较少的资源。

在谢尔曼法实行反卡特尔和共谋的过程中，将其重点放在证明固定价格协议的证实（一个法律问题）而非证明销售者行为对价格和产量的效果（一个经济问题）之上。这里强调的一个非故意的结果是，最可能被发现和起诉的卡特尔是那些对价格和产量影响很小的。它们是拥有许多成员的卡特尔，所以就存有一个更好的机会产生以下情况：有人会不满意而告发其他成员；或需依赖于明确而反复的商谈和争议，而这正提供了必要的违法证据；或在互责中充斥着作弊和短期的崩溃——这些情况为取得愿提供协议证据的证人创造了许多机会。顺利运行的卡特尔不太可能产生实际协议的证据。法律主要要惩罚的是固定价格的企图。已遂共谋常常逃避了法律的注目。

经济分析可被用以认定指明市场先倾向于有效的价格固定的特性：

（1）（主要）卖方的成员是一个。成员越少，他们间行为协调的成本就越低——这一观点与我们第3章中讨论的交易成本相似。

(2) 另一个倾向性的特性是产品的同质性(homogeneity)。产品越具同质性,就越难通过改变产品质量而作弊;变更也就明显了。

(3) 另一个尤其难以估量的特性是价格的需求弹性。当其他情况不变时,需求弹性越小,垄断价格产生的利润越大,从而会产生更大的垄断化的激励。(在直觉上而言,因价格上升造成的需求量的下降越小,垄断者就能更自由地提高价格。)

(4) 卡特尔化的另一个又难以估量的倾向性的特性是市场进入条件。如果进入可以很快地生效并且进入者不会比卡特尔成员招致更高的长期成本,那么卡特尔化的利润就会变小,从而也会减小卡特尔化的激励。

(5) 价格竞争对非价格竞争的相对重要性也是重要的;而固定价格可能会导致非价格竞争的替代,这种替代将可能使卡特尔化的潜在利润荡然无存。

(6) 另因素是市场是否能长时间地扩增、衰退或稳定。如果需求扩增,卡特尔化将难以控制,因为如果一个卖方失去市场份额,他不会像他的竞争者那样将新的买方吸引入市场而是降低价格,这可能也是正当的。(在另一方面,卡特尔成员不是在价格上达成协议,而可能在新建工厂速率上达成协议,但这是容易控制的。)如果

需求稳定或减退，那么市场份额的减损就更有可能归因于（和归咎于）对卡特尔价格的作弊。一个衰退的市场会尤其赞成卡特尔化。破产的风险会更大，因为固定成本不能因减产而有所下降；价格竞争从而好像尤其会造成经济上的毁灭（参见12.8），其理由将在第14章中探究，因为产生破产的特定金钱损失比使有一些利润的企业产生同样的损失具有更高的成本。而且，在衰退市场中，进入并不是一种严重的威胁。

（7）最后，购买方的市场结构是重要的。如果存在着许多规模相等的买方，那么对卡特尔的作弊将要求许多交易，而被卡特尔其他成员所发现的可能性也将很大。但如果（主要）买方很少，那么一个卡特尔的成员可能只有通过从卡特尔的其他成员处引诱一或两个顾客才能作弊。交易的减少是必需的，并且这将减少发现的可能性。而且，作弊的受害者也可能发现难以区别他损失生意是由于降价还是由于其他随机因素。

经济学也能指出什么类型的证据能表明一个市场正在成功地卡特尔化，这与是否仅仅可能被卡特尔化是有区别的。

（1）一个例证是全市场范围（为什么这是一个重要的限定？）的价格歧视——像我们看到的那样，这是利用垄断力的一种方法。

（2）另一个由欧佩克（OPEC）卡特尔所表

明的例证是市场内大企业的市场份额长期衰退，那可能表示它们不断收取的垄断价格已吸引新进入者通过收取较低的价格而从它们处争取业务。

(3) 第三类证据是全行业范围内的转卖价格维持的证据。除非依不久将讨论的理由是正当的，否则它就可能已被用以防止以降低的高价向商人销售产品的过程中的作弊。

(4) 另一种证据包括市场份额的过于稳定以至于难以产生卖方间的正常竞争活动。

(5) 另一种是不能以成本和需求的区域差异解释的区域性价格差异。

(6) 另一方面的证据即是不为其他任何非卡特尔化假设所解释的伴随着产量下降的价格上升。

(7) 另一方面是对现时市价的相当高的需求弹性，随之没有对此产品的适当替代品（即在成本和价值方面都是类似的），这表明高弹性是垄断定价的结果。这是一个促进卡特尔的经济条件和显示卡特尔的经济条件之间差异的良好例证。如果在竞争价格上需求是非弹性的，那么这将由价格增长不会引起相应比例的需求量减少而使卡特尔化具有吸引力。但如果最终形成了卡特尔，它为了追求其利润最大化而会将其价格 in 市场需求曲线的弹性范围内（可能是在其范围的高弹性区）不断提高。我们可以回想一下前一章

谈到的问题：零边际成本的垄断者会在需求曲线的单位一弹性点上进行销售，而正边际成本的垄断者会在该点之左，即曲线的弹性范围内进行销售。

为什么不涉及相关的替代品呢？

（8）还有一种证据是市场中突然和无法解释的利润水平的增长，随之是逐渐下降（为什么那是相关的？）。如果起始的利润突发对小企业要比大企业更大，那么垄断干预就会被加强，因为据假设只有大企业才加入卡特尔（为什么？）。

（9）最后，有时可能从市场中的企业数和价格水平间的相负关系中推论出卡特尔定价。竞争理论表明，价格只为成本所决定；企业的数量应是与之无关的。如果相反，价格是企业数量的反函数，价格上升时数量下降而价格下降时数量上升，那么这就表示了一种共谋，因为市场中的企业越少，共谋就越有效（从而导致更高的价格）。

法院并不总是能清楚地理解竞争政策的经济目的，它们的感覺好像还不如在普通法领域内那样有把握（你能明白其理由吗？）。有时它们好像认为竞争意味着对抗；而对经济学家而言，它意味着在价格不为垄断扭曲情况下所产生的资源配置。有时（正如我们不久将要讨论维持转卖价

格时认识到的那样）它们好像认为价格竞争要比非价格竞争更为重要。而有些时候它们好像又认为对定价的任何干预都是不适当的，这样就将价格水平和价格离中趋势混淆起来了。假设在一市场中有许多卖方、许多买方和一种同质性产品，有时产品在同一天以不同的价格出售，因为市场进入者恰好没有注意到买卖报价的全部范围。如果通过在卖方间订立联合报价协议（这是正式交换——股票和商品市场——所做的事情）能减少信息成本，从而能产生更为统一的价格，那么效率就有可能得以提高（为什么？）。价格离中趋势可能减轻，但价格水平不会上升；价格也不可能为垄断所扭曲。而据以反托拉斯的理由，这类协议有时仍受到谴责。

在反托拉斯案中，法院常常胡乱地处置经济证据。例如，在美国钢铁公司垄断案中，联邦最高法院为了作出对被告有利的判决而认定了这样的事实：在与之竞争的钢铁制造商合并组成公司后（其竞争者并没有抱怨这种竞争策略），美国钢铁公司的市场份额已稳步下降。法院没有认识到垄断行为。垄断价格的建立为新卖方进入市场创造了激励。垄断者会有三种选择：停止收取垄断价格以阻止进入；无所作为；减少产量以努力抵消新进入者产量的价格效应。第一种行为方针全然无法达到垄断的目的。在第二和第三种行为

方针下，垄断者取得了一些垄断利润，至少是暂时的，所以我们可以预料他会依后两方针之一行为。而两者都会导致其市场份额的减少。从垄断者角度看，何者对其更为有利（参见9.2）？

第二个例子是美国烟草公司案。在该案中，为了坚持其主要烟草商以共谋消除竞争的见解，联邦最高法院认为烟草商在大萧条的30年代还提高其价格是不正常的，尽管存在着这样的事实：成本和需求的下降只是一个阶段。但我们从前一章知道，当一个利润最大化的垄断者（或卡特尔）面临的成本和需求下降会使他降低价格（如果边际成本随产量上升）或不变更价格（如果边际成本不变）时，他将降低价格。只有在边际成本随相关区域产量下降时他才将提高价格——这在烟草案中可能已表示（正如我们将在第12章中看到的）卷烟产业是一种自然垄断；这在很大程度上是令人难以置信的。另一种可能是卷烟卡特尔首先是在大萧条期形成的，但对此没有任何事实可以证明。还有一种可能是，需求在下降的同时正变得缺乏弹性。这会鼓励垄断者提价，但这种效果也可能由于需求的下降而支配其降价的鼓励。但在萧条时期，需求可能会变得更富弹性而不是缺乏弹性，因为那时的人们购买商品时更为小心。当大烟草公司提高其价格时，这种预感为小品牌烟草所作的竞争性袭击所支持。

## 10.2 不明确的跨行业协议——专利协议和BMI—ASCAP总许可证

竞争企业间的专利协议产生了一些令人困惑的问题。对这样的协议，既不能立即谴责也不能立即赞成。让我们从第一个观点开始。如果两个企业拥有“相互限制（blocking）”的专利，这就意味着在不侵犯他方的情况下没有一项专利能用以创造具有商业价值的产品或工序，企业就必须被允许共同经营专利或交叉许可专利权。而且如果一企业开发利用一种只有允许其竞争企业使用时才能得到有效使用的专利（这种情况为什么可能？），那么就几乎不能禁止这企业作出这种许可。虽然在原则上这个企业可以规定保护其免受技术引进方竞争的专利权使用费（royalty，如果它不仅是一个专利持有者，而且是一个专利产品生产者的），而在实践中确定专利产品的最低价可能是必要的，而且它也应被允许。

假设在一批10万件的产品中，生产其中一件专利产品对专利权所有人A产生的边际成本是固定成本1美元。A认为，B能以每件95美分的固定成本再生产1万件产品，而B生产质量稍高一点的产品成本都是很高的，而且当产量是11万件时产品的市场价格将是1.10美元。由此，A向B收取每件15美分的专利权使用费，而如果B对其制造的产品收取低于1.10美元的价格那么就会产生



损失。但假设结果B能以每件75美分的成本生产2万件产品；而且如果它确实生产那么多，市场的产品总量就将是12万件（假设A仍生产10万件），那么市场价格就将只是1.01美元。B将会竭力地生产更大量的产品，因为他在向A支付相互达成协议的专利权使用费后仍将从每件出售的产品获利1美分。但A不是获利11500美元（它每生产一件产品获利10美分，共10万件；B预计生产1万件，A每件获利15美分），而只是获利4000美元（10万件中每件获利1美分，B的2万件中每件获利15美分）。实际上是，如果A为保持1.10美元的市场价格而将其产量减至9万件，那么它在允许B取得专利使用权情况下由专利获得的总收入（1.2万美元）比它原希望的还高——这表明允许其他具有更高效率的生产者取得专利生产权比其自己生产总量更有利可图。但A可能在价格开始下降之后才注意到B正在生产比预期产量更多的产品，而且A还可能因他自己的10万件产品的预期产量而增加成本，这些成本是即使产量意外下降也无法完全避免的。由于面临如此的不确定性，如果不允许他对B的价格规定最低限价，那么A就可能决定不转让专利权而只是自己生产全部的产品，即使允许B生产一些产品可能会更有效率。

虽然有些专利没有竞争者之间的合作就不可

能被开发利用，但当一专利是“靠不住（thin）”的许可时（这意味着一旦诉诸法庭，它就很容易被认为是无效），它就为企业在合法专利许可的伪装之下进行共谋提供了一个绝好的机会。通用电器公司曾经允许西屋电器公司在其GE专利下以许可协议中规定的最低价格生产电灯泡。有些可能证明其GE专利为无效的证据是通用电器公司向西屋电器公司收取很低的（2%）专利权使用费——但如果西屋电器的灯泡市场份额上升到15%时，专利权使用费也要上升到15%。这样，西屋电器公司就不会与通用电器公司竞争而扩大生产；而如果它满足于较小的市场份额，它就不得不支付小额的专利权使用费并分享由非竞争价格结构所创造的垄断利润。然而，联邦最高法院还是确认了这一协议。

另一个可能已愚弄了联邦最高法院的著名专利案是也为被告胜诉的“裂化”案。几家汽油制造商已取得了通过便宜的裂化方法制造汽油的方法专利权。它们共同经营其专利（这种专利明显不是互相制约的），所以也就在其相互间消除了竞争。但是，联邦最高法院却依原本就是精明的布兰代斯大法官的观点认为这是没有问题的，因为出售的汽油中只有26%是由裂化法生产的，而用其他方法生产出来的汽油在物理上也无法分辨，是一种完全的替代品。图10.1表明，这种分析是

不全面的。MC是用由裂化法（部分地）代替的旧方法生产汽油的边际成本，而MC1是裂化专利权持有人互相竞争取得使用权情况下对炼油者所产生的边际成本。在竞争条件下，裂化法在产量达到 $q_1$ 之前是一种便宜的方法，而要满足市场的其余需求（即， $q_0 - q_1$ ）就将使用传统的方法了。但串通的专利权持有人将对裂化法使用收取更高的价格，从而会将使炼油者使用这种方法的边际成本稍高于MC1——在图10. 1中为MC2。其结果是用裂化法生产的汽油将会减少。这里不存在汽油价格的变化，因为传统方法宜于以不变成本生产增加的汽油产量，从而也不产生价格变化。但生产汽油的总成本更高了——高出的数额是 $q_2$ 和 $q_1$ 之间MC以下和MC1以下两区域之间的差额。这一差额是专利权持有人间串通（collusion）的社会成本。

竞争者之间的合作协议存在着垄断和效率之间的抉择。考虑一下这种方法，即音乐领域内的演出权组织美国作曲人作家出版商协会

（ASCAP）和广播音乐股份有限公司（BMI）出售受版权保护的音乐作品的演出权的方法。作曲人（或其他版权所有人）许可该组织出售其歌曲。这组织就由此取得了一份适用于电台和其他演出实体的总许可证（blanket license）。这种许可证允许电台使用该组织全部节目中的每一首歌

曲（每一组织都拥有成千上万首歌曲）而不用支付额外费用，其唯一的费用是总许可证费本身，而许可证费是被许可收入的一定百分比，这与其依许可证使用其权利的多少无关。然后，演出权组织就在作曲人间分配其来自许可证费的收入，大体依每首歌曲演出的次数这一比例分配。

每一个演出权组织对其“雇佣”的作曲人而言实际上是一个排他的销售代理机构，就像卡特尔的传统专门销售代理机构一样，还消除了竞争者间的价格竞争。所以，如果作曲人间相互竞争，那么他们的收入也许会更低（但看一下注）。在另一方面，单独与作曲人交易的电台或其他（居间）享有版权的音乐作品的购买人的成本可能会太高而阻碍了交易，所以与纯粹“竞争”市场中的音乐演出权相关的收费比较，“卡特尔”总许可证费可能要低得多。（这是证明将有效率资源配置意义上竞争与敌对等同起来是一种谬论的极好阐述。）而且，总许可证是一种将垄断的产量效应最大化的巧妙办法，因为它允许许可证持有人随其意愿将音乐演出多少次而不用支付额外费用，这样他就不会将其使用限制在竞争水平之下，就像普通垄断者的顾客一样。但是，这也不是一种完美的办法。总许可证费可能会妨碍有些电台播放音乐，甚至可能减少电台的数量。所以，如果总许可证费包含了对作曲人的垄断租金，那么它

就可能有一些与垄断有关的替代效应。

我们应将有效率的卡特尔这一思想推及什么地步呢？假设竞争企业形成了一个专门销售代理机构，那么为其辩解的是：（1）它能减少购买者的搜寻成本；（2）它能增加创新激励；（3）它能减少预期的无谓破产成本。这些都是可笑、荒谬的理由吗？如果不是，它们应如何与卡特尔化的社会成本作出比较而进行权衡。

### 10. 3转卖价格的维持

如果法律允许，制造商就往往会规定一个转卖价格，不允许零售商低于这一价格出售其产品。在迈尔斯博士医药公司（Dr. Miles）一案中，联邦最高法院认为，由于其结果是与零售商们就收价进行商谈并达成协议一样的，而零售商们这样做是一种非法固定价格行为，所以转卖价格维持（resale price maintenance）本身也是一种非法行为。这一论证忽视了转卖价格维持可能具有的其他作用，而这种作用是不会出现在销售商卡特尔情况下的：对制造商的产品规定售前服务的最佳水平。假设存在一种对消费者很有价值的售前服务，那么能最有效率地提供这种服务的不是制造商而是零售商，而且这种服务的定价不可能与制造商的产品相分离：在一商品齐全的展览室中有礼貌而穿着制服的售货员导购就是一个例证。一个愿意这么做的竞争零售商可能会通过削

价而从不愿意这么做的零售商处抢得生意。后一个零售商就能搭前一零售商的便车——他力劝其顾客到后一零售商处选择商品然后回到他处购买廉价商品，而其价格便宜是因为他没有提供像后一零售商那样精心的售前服务，所以他就不用承担那一成本。这是一个外在收益的很好例证。由于后一销售商向消费者提供了免费服务，他就将收益转移到了制造商产品的竞争零售商那里。

制造商可以通过定一最低零售价而防止搭提供售前服务的零售商的便车的行为，而其价格水平应该是这样的，它将产生足够的高于无售前服务的销售成本的收入以使零售商提供令制造商满意的服务。由于禁止价格竞争但允许服务竞争，所以每个零售商将会在售前服务上投资，以从其竞争对手处将顾客吸引过来。这种竞争将持续到售前服务达到制造商满意的水平，以及若不提供任何服务零售商以固定价格出售商品所应取得的垄断利润也已被完全榨出为止。这是上一章讨论的潜在垄断利润通过非价格竞争转化为成本（在此为售前服务成本）这一趋势的另一例证。

虽然我们很难理解为什么法律要禁止用以解决合法商人搭便车这一问题的习惯做法，但这一点却是明确的：经济福利却因转卖价格的维持而在实际上得到了增进。这在图10.2中能得到表明。在图中 $MC=P$ 是无售前服务的零售成本，也

是不提供售前服务情况下的零售价格；而 $P'$ 是制造商固定的最低零售价格，这样 $MC'$ 就是新的销售成本，它包括了最低限价劝使零售商提供的售前服务；而 $D'$ 是由提供售前服务所引起的新的、更高的需求曲线。

制造商将由此得益，因为他能以不变的价格销售更多的产品。（他向零售商收取的价格不受或至少不必要受其转卖价格固定的影响，从而就产生了图中的变化。）有些顾客会得益——依定义，包括所有那些因提供售前服务而初次购买产品的人。但有些顾客会受损——那些人包括比在提供售前服务之前支付更高价格但依然没有取得相应收益的人。

在图中的阴影部分：收益和成本得到了比较。两条需求曲线之间的阴影部分是由转卖价格维持引起的收益；两条边际成本曲线之间的阴影部分是由此引起的成本。虽然图中的收益超出了成本，但我们还可以重新画一张成本超出收益的图，而且即使表明伴随有更高价格的更高需求也是如此（为什么这是一个必要特征？）。其理由是，制造商在完全价格歧视制度下通过以低于他们可以强迫消费者支付的价格销售产品从而向消费转移收益——即，消费者剩余——并不会影响制造商的决策，因为在定义上他不是一个收益领受者。这是一种外在收益，如果采取措施减少它

会增进他的收益，那么他就会这么做。

反托拉斯法是否应为这一观点而烦恼呢？如果确实这样，这就表明在一企业提高其产品质量之前，它首先要取得政府的允许，你能明白这是为什么吗？

转卖价格维持在提高价格和提高质量（质量包括了随产品提供的售前服务）上的作用有时被看成一种价格竞争和非价格竞争之间的抉择（这是准确的）或一种同一商标产品间竞争和不同商标产品间竞争的抉择（这是不准确的）。转卖价格维持确实限制了制造商已固定转卖价格的同一商标产品零售商之间的价格竞争——即同一商标产品间的价格竞争——而在其同时却通过使制造商的商标比其他商标更有吸引力而促进了不同商标产品之间的竞争。（其增长的吸引力是以 $q$ 和 $q'$ 之间的差距来衡量的——你能明白这是为什么吗？）但同一商标的产品竞争并没有减弱；它简单地从同一商标产品间的价格竞争转变成了同一商标产品间的服务竞争了。转卖价格维持在制造商劝使其零售商与其他人竞争之前是不会对他产生作用的——而竞争的方法只能是提供服务而不是削价。

10. 4为达到独占垄断和卖方寡头垄断的合并

只惩罚卡特尔化的法律可能会因卡特尔成员



合并成一个企业而被规避，这一事实为联邦最高法院在北方证券公司（Northern Securities）一案中多数人拒绝采用霍姆斯大法官关于谢尔曼法不适用于合并（merger）的主张提供了经济理由。但霍姆斯很快为法律超越卡特尔而涉足合并的示意所困扰。一个市场中的供需情形可能是这样的：一个企业能比两个或更多的企业以更低的平均成本供应所需的全部产品；或一个企业可能会取得更良好的管理，因为全部其他企业的财产在它那里会比现在分散化更有价值。以上二种情形都会通过合并而导致垄断，而合并可能产生的成本节约会大于其可能产生的垄断定价成本。不幸的是，要将这种情形与产生很少或不涉及节约成本的垄断的合并情况区分开来是极端困难的。

尽管有其分析上的意义，但真正的独占垄断（monopoly）企业是很少的。而卖方寡头垄断（oligopoly）——少数几家企业占有市场的大部分销售——却是非常普遍的，而且其竞争意义问题也是有争议的。1950年对克莱顿法第7条的修正案常常被认为是防止更强的卖方寡头垄断所必需的，它们已被注释为要对竞争者之间的合并加以严格的限制。虽然一个市场中的企业数量与对卡特尔的关注有关，因为企业数量越少其协调政策的成本就越小，但还存在许多与卡特尔化倾向有关的其他因素，而单以这一点能否证明严厉的

反合并法的合理性是存有疑问的。相反，许多经济学家认为，即使每一企业的定价决策的独立性为法律提供了知识基础，卖方寡头垄断仍会导致超竞争价格。这种推论是，一方面由于每一企业都知道其削价将对竞争对手的市场份额产生非常直接和实质性的影响从而使它们很快随之削价，结果首先削价的企业也无利可图，所以它就不愿意削价；而在另一方面由于每一企业都知道从高价格取得高利润，所以当一企业提价时，其他企业也会提价。

但相互依存理论（the interdependence theory）是有问题的，甚至可以说是无用的。首先，它没有解释卖方寡头是如何规定其高于竞争价格的价格的。如果像该理论断定的那样，卖方寡头都非常害怕其他人对价格变化的反应，那么一个打算提价的企业就会担心其竞争者随之的拖延提价，因为延迟在它后面的其他企业就可能以它为代价取得销售量。另一个问题是，将其竞争对手对其价格变动的反应作出认真考虑的一个企业的最佳定价策略是不确定的。企业要注意到的不仅是竞争者会对特定的价格变动作出什么反应，而且是竞争者对它对其竞争者的反应会作出如何的反应等等，直到无限（ad infinitum）。

一种可供选择的方法是，将卖方寡头垄断市场中的反竞争定价看作是串通的一种特殊形式，

而少量的销售者以这种形式将公开交往的需求最小化。卖方寡头垄断理论就成了卡特尔理论的一种特殊情形，虽然对法律是否能设法防止在共谋企业间没必要订立契约就能实施共谋存有相当程度的怀疑。但是，它可能能够通过禁止大规模的同一级别合并而防止卖方寡头垄断的产生。

### 10.5 垄断力

到目前为止，我们将垄断力

（monopolypower）一直看作是一个毫无疑问的问题。如果在市场中只有一个企业，那么它就具有垄断力；如果在市场中有多个企业能通过串通而像一个企业那样行动，那么它们就联合拥有垄断力。但是否一个企业（或可能像一个企业那样定价的一个企业集团）就有垄断力往往是不明确的，这样它就对反垄断法能否决定企业是否拥有垄断力显得很重要。假设两个竞争企业合并。如果产生的企业将有垄断力，或即使一个包括了产生的企业的主要企业集团会联合拥有垄断（卖方寡头垄断）力，那么合并者就有可能是非法的，否则就是合法的。那么，我们如何才能说明合并产生的企业是否有这样的能力呢？论及垄断力的程度是否也有意义呢？

回顾一下垄断者在边际收入和边际成本交叉点——均等点的销售。假定边际成本在其相关的产量范围内是不变的，我们用MC表示。现在我

们必须找到MR。我们知道它与价格（P）有关，但在卖方面临需求曲线下斜时它就低于价格。如果卖方是一竞争企业，它能以市场价格出售其全部产品而不影响其价格，那么 $P=MR$ ；每一销售单位的增加都会依单位价格而增加企业的收入。但如果需求曲线下斜，那么销售中每一增加单位所取得的增加收入就小于P，因为产量的增长将使销售引起价格的下降。下降多少呢？这就要依需求的价格弹性而定了。假设弹性是3（实际上是一3，但我们可以省略负号）。这表明，产量增长一个百分点，将会导致价格下降三分之一个百分点，总收入的净增长只是三分之二个百分点。从这一例证推论，我们可以依公式 $MR=P(1-1/e)$ 算出边际收入，此处的e是需求的价格弹性。由于 $MR=MC$ ，又由于竞争价格等于MC，所以我们稍作重新整理后就列出垄断价格对竞争价格的比率： $P/MC=e/(e-1)$ 。所以，需求弹性越大，垄断价格对竞争价格的比率就越小，企业所拥有的垄断力也就越小。（为什么e一定要大于1呢？）如果e是无限的，那就意味着企业面对的是一支完全水平的需求曲线（为什么这曲线会使e变得无限大？），那么P就等于MC，从而企业就没有任何垄断力了。如果像我们例子中那样e是3，垄断价格就会高于竞争价格50%；如果e是2，那么垄断价格就是竞争价格的

2倍。

这一公式对表明以下两种思想是有用的：

(1) 垄断力是可变的而不是不变的；(2) 垄断力完全依赖于企业以其利润最大化价格所面临的需求弹性。另一公式也能使我们从企业作为市场一部分所面临的需求弹性(edm)、其他企业在该市场中的供应弹性(es)和企业的市场份额(S)中得出那一弹性(称为edf)。这一公式是： $edf = edm / S + es(1-S) / S$ 。如果一个企业百分之百地占有市场，那么企业所面临的需求弹性当然就与市场面临的需求弹性是相同的。但企业的市场份额越小，那么相对于市场所面临的需求弹性，它所面临的需求弹性会更高。

这完全是一个直觉的结论。有可能不存在适当的替代品，在这种情况下，产品价格就可能在有大量其他产品作替代之前不得不作大幅度提高；由此edm可能只是2，所以如果全部的产品生产者将其产量减少2%，价格就可能只上升1%。但一个只销售市场总产量1%的企业就不能以其自身产量2%的减少引起价格的1%增长；它只有减少全市场产量的2%，即它必须将其自身产量（这只是市场产量的1 / 10）减少20%，才能使价格上升1%。由此，即使该企业的竞争者不以增长它们的产量而对其产量减少作出反应，edf还是20。但依供应弹性（供应量对价格稍微上涨的

反应)，竞争者是肯定会增加产量的。

假设竞争者的需求弹性为1，那就意味着1%的价格上涨会导致它们将其产量增加1%。它们的相对市场份额  $((1-S)/S)$  越大，那么在单一企业减少其自身产量以努力提高价格的情况下，它们增加的产量对市场价格的减低作用就越大。如果假设  $es=1$ ，并且推定的垄断者只拥有10%的市场份额，那么在考虑供给反应后，就很容易地得出这样的结论： $edf$ 不是20，而是29。当然，其假设是，竞争企业是“价格承担者”，即当价格上升时，它们会自动地扩大生产，直到其边际成本与那种价格相等为止。如果它们为提高市场价格而限制其产量，那么我们就又要回到卖方寡头垄断理论的不确定性之上。

## 10. 6市场界定和市场份额

上一节指出，估计垄断力（或有时称作市场支配力，**marketpower**）的重要因素是市场的需求弹性、我们试图衡量有垄断力的企业（一个或多个）的市场份额及其他企业的供给弹性。但这仍将估量市场需求弹性和供给弹性的任务留给了我们。虽然在直接估量这些弹性方面已有了进展，但大多数反托拉斯案仍依赖于一些极端粗糙的近似值，它们是以产品和地理市场概念来概括的。如果一产品没有符合需求的相近替代品（即，没有东西能以大致相同的价格向消费者提供与之相

同的服务），而且其他产品的卖方也无法很快地转而生产它，那么市场的需求和供应弹性就被看作是低的。从这一点可以作出这样的推论：任何在产品市场上有很大销售份额的企业都有很大的市场支配力——除非由于这里的价格上升而使另一地区的同一产品的卖方能进入（本地、本区或本国）市场，在这种情况下，市场已被作出了过于狭隘的界定而对相关弹性估量不足。

正像人们可能料想的那样，在为反托拉斯而努力界定市场的过程中，经常出现错误。一个适当的例证是著名的赛璐玢垄断案。联邦最高法院在该案中认为，由于在赛璐玢和其他柔韧包装材料间不存在一个很高的交叉需求弹性，所以赛璐玢就不是一个关联市场。我们知道，一个垄断者总在其需求表的弹性区域内进行销售。大量需求表有一弹性区域的一个原因是，一种产品的价格越高其替代产品就会变得对消费者越有吸引力。因此，在垄断价格产量水平上发现垄断产品和其他产品间的一个重要的交叉需求弹性是不奇怪的。赛璐玢交叉需求弹性很高这可能只表明，如果不损失大量的替代产品的生意，杜邦公司就不可能进一步提高赛璐玢的价格，而且这与现存价格是垄断价格这一点是相一致的。如果这一案件涉及一个赛璐玢生产者合并的要求，那么问题就是合并是否会产生或增加垄断力，这时法院使

用很高的交叉需求弹性这一证据就会更有意义。如果在合并前赛璐玢和替代包装材料间的交叉需求弹性是高的，那么合并企业就很少会有提价能力。

由于相对于产品价值的运输成本很高，所以不是所有的产品制造商都可能对同样的顾客进行竞争；换句话说，市场是受地理条件限制的。法院的倾向是将那些在实际上向同一顾客群出售产品的卖方包括在市场内，而将并不这样做的卖方排斥在外。这既太多又太少。如果市场是垄断化的，那么垄断价格就会将远方市场的卖方吸引过来，而这些人只在收取竞争价格的情况下是由于无法弥补其运输和其他销售成本而无法来该市场销售的（赛璐玢问题）。如果市场没有被垄断，就有可能存在一批不在现时将物品运入市场而在价格稍有上涨后才这样做的运方卖方（即，生产中存有适当的替代品）。也许外部卖方在这市场的销售成本要比内部卖方的高2%，因为这里存在着运输费用。这可能表示，如果由于垄断化而使市场价格上升2%，那么外部卖方就会开始将物品运入该市场但不可能再将价格提高。假设在东北部销售产品的东南部生产者要遭受等于其总成本6%的额外运输成本，但其非运输成本要比东北部卖方的成本低4%；那么东北部卖方的潜在垄断力就并不会比在我们前一例证中的强。



如果远方的卖方在其当地以竞争价格进行一些销售，那么如何才能计算市场份额呢？假设当地卖方在伊利诺伊州制造和销售总共100件销售产品中的90件；而另外的10件产品由印第安纳州的一家企业在此销售。但印第安纳州的那家企业还在其他地方销售两倍于它在伊利诺伊州销售的产品；故其总产量是30件。如果假设伊利诺伊州的现时市价是竞争价格（为什么那与此相关？），那么印第安纳州的企业在伊利诺伊州的市场份额是多少——10%（ $10 / 100$ ）还是25% [ $30 / (30 + 90)$ ]？答案是25%。由于印第安纳州的企业已克服了因其远离伊利诺伊州顾客所造成的运输成本的各种阻碍，它就可能在价格稍有上涨的情况下将其产量的剩余部分转移到伊利诺伊丹；——而且它确实会这么做。它在伊利诺伊州的产量必须相同于其他地方的产量；否则它会在现在就将销量从伊利诺伊州转到其他地方。在伊利诺伊州价格上涨后其他地方没有随之涨价的情况下，它就会在伊利诺伊州赚更多的钱，所以它就会竭力将销量转向那里。这种可能性限制了伊利诺伊州各企业的垄断力，而且这种可能性是通过将那个印第安纳州卖方的总销量——不只其在伊利诺伊州的销量——包括在伊利诺伊州的市场中才取得的。

在不存在对垄断力的直接衡量尺度的情况

下，一个被适合界定的市场中的市场份额就会成为垄断力的一种指示器，但它并不能说明更多的问题。例如，我们知道，如果市场的需求弹性是2，供应弹性是0，那么一个占有50%市场份额的企业面临的需求弹性是4，并且这会使它能以高于竞争价格33%收价。这是一个很高的幅度。但如果其市场份额是20%，那么它所收取的价格就只能比竞争价格高11%。但由于更高的市场需求弹性或高供应弹性能大幅度地减少这一数目，所以我们很难将结论只基于市场份额，更不能忽视这一极大的可能性：如果一个企业不是通过最近的（为什么要这一限定？）合并而已成为一个规模很大的企业，那么它大概比其竞争者们更有效率（为什么？），而其较低的成本可能会超过由其收取垄断价格所引起的社会成本。实际上，它的垄断价格可能会比可能的竞争价格低（以图解表示之）。

## 10. 7潜在竞争

### 潜在竞争（Potential

competition）已成了反托拉斯法中一个重要的

概念——或更确切地说是两个概念：感觉上的潜在竞争和实际上的潜在竞争。感觉上的潜在竞争最好地把握了“潜在”竞争的思想。不在市场进行销售但在市场价格更高时才这样做的企业是潜在的竞争者。即使价格不上涨也会在未来进入市

场的企业——用反托拉斯术语来说是“实际上的潜在竞争者”——更适于被描述成未来竞争者。

我们知道，企业面临的需求弹性越高，它具备的市场支配力就越小；而且我们还知道，如果价格的上涨会引起其他企业的产量增长，即如果供应弹性是正的，那么企业的需求弹性将比在并不如此的情况下更高。但这表示并不需要一个独立的“潜在”竞争原则。所有必需的是要尽可能广泛、明确地界定市场，以使它们能包括那些虽然现在没有进入市场但在价格稍上涨后就会这样做的企业。假设铝线和铜线在生产中是合适的替代品，因为同样的机器生产着这两种产品，但它们在消费中却不是很好的替代品。如果铜的价格上涨到高于竞争价格的水平，那么铝线生产者就会转而生产铜线；而其转产能力是与其现在的铝线生产量相近似的（为什么？）。所以，铝线市场的产量应被包括在各当事人和铝、铜线生产合并者间相对市场份额的计算中。

但这是新进入者不需要建造设施的一种情况，如果它不得不建造设施又怎么办呢？由于建造生产设施需要时间，对这种企业形成的进入威胁更可能影响的是市场中企业所面临的长期需求弹性而不是短期需求弹性；并且由于串通在很大程度上是一个短期现象（为什么？），所以也许清除这种威胁对保障反托拉斯企业并不是很重要。

的，尤其是因为计算还没有生产能力的企业的市场份额将是困难的。实际上，认定可能在市场价格高于竞争水平时建立生产能力以进入市场的企业是非常困难的。

而且，为了将感觉上的潜在竞争原则适用于必须建造生产设施以进入市场的新进入者，我们就应该假设规定一个甚至长期阻止进入的价格的目的只是为了共谋企业的利益。这被称作限制定价（limitpricing），而且无疑它是经常或曾经具有经济学意义的。由于新进入者的长期成本可能并不比已在市场中的企业的高，所以限制定价表示要以边际成本或近于边际成本定价——这从利润最大化立场看是一项有问题的精明行为，而其更为重要的原因是串通很可能由其自身的影响而在相当短的时间内崩溃。串通者的利润最大化策略可能是基于（更高的）短期需求弹性的一种定价，从而忽视了任何由于缺乏生产某产品的设施而不能立即进入市场的潜在竞争者。

未来竞争者的可能性还是存在的，他们的进入可能会在长期内引起价格的下降，即使是其潜在进入的感觉不会在短期内有影响。但如果串通不可能持续较长的一段时间，那么为什么要担心由于合并而消除一个未来竞争者呢？未来竞争者是未来卡特尔的预防器吗？但由于未来竞争收益要比现时竞争收益价值低，他们如何才可能过高

地估量合并能产生的任何成本节约（那将很快实现）呢？

## 10. 8掠夺

迄今为止，我们一直将重点置于通过竞争者间的合并或其他形式合作而获得的垄断力方面。一个重要的问题是，这样的能力只通过一个企业的努力能否取得或扩大。我们可以暂且将企业依较高的效率或政府许可而取得的垄断或很大的市场份额置于一边，从而将我们的注意力限于被看作滥用竞争方法的手段。一种是掠夺性价格歧视（predatory price

discrimination）：一企业在有些市场以低于成本的价格销售产品，而在其竞争者退出市场后它又规定一个垄断价格。即使在这种行为被明确地认为是非法之前，掠夺性价格歧视的桶实例证还是很少的。其原因是这种活动对掠夺者造成的成本是非常高的。为了取得不仅可能被抑制还可能是暂时的收益，要承受巨大的现时损失，因为一旦现存的竞争者退出市场而使垄断价格得以确立，那么新的竞争者就会由此价格而被吸引入市场；这样，掠夺者可能不得不一再重复运用这一策略。

如果仅仅掠夺性价格歧视的威胁就足以使竞争者退出市场。那么这一手段就会被经常使用，因为制造威胁的成本（不包括法律制裁成本）是

很小的。一个要在成本以下销售产品的威胁在一般情况下是不可信的，因为威胁的受害人知道威胁者由其自身利益的制约而不可能付诸实施，其原因是在成本之下销售产品会引起过高的成本。但当威胁者在几个不同的市场处于垄断地位而其每一竞争者只在其中的一个市场销售产品时，威胁就可能是可信的。为了使其威胁在其他市场更为可信，垄断者可能会设法使每一竞争者信服他会在某一市场实施其在成本以下销售产品的威胁。一两次低于成本销售所造成的成本与其建立信誉的收益相比可能是很小的。

然而，假设掠夺性定价有时是可能出现的，所以应该对此予以禁止（第二个主张是由第一个前提而来的吗？）。我们如何才能使低于成本销售这一概念具有可操作性呢？如果一个企业满负荷运行并以竞争价格（即， $P=MC$ ）销售其产品，那么，任何减价都会使之低于成本。这是难以使人理解的。企业满负荷运行是指它在一个边际成本上升的范围内运行——否则，它就可以销售更多以竞争价格计价的产品。所以，如果它扩大生产，就像它为了从其掠夺计划指标处取走销量可能做的那样，其边际成本就将上升，而其价格——由于假设其并不比边际成本高——会明显下降。而且宣称任何削价都可以被推定为是掠夺性的，这仍是一项非常古怪的规则！（为什么一

个竞争企业也曾削价？)

假设未来可能的掠夺者已有了一些垄断力，而且正以高于而非等于边际成本的价格销售产品，那么他就会决定降价。只要他不将价格降至由降价引起的新产量水平的边际成本以下，那么他就不会在这种意义上低于成本销售：他的削价不可能抢走比他更有效率的竞争者的生意——而比其效率低的竞争者的边际成本曲线会比他高。使这种观点成为法律规则的基础所存在的问题是，边际成本并不是企业帐簿中处理的数字或并不是从帐簿数字中很快就能取得的（在4.8中讨论契约损害赔偿时提到过这一观点）。虽然边际成本是可变成本而非固定成本的函数——按定义固定成本是不受产量变化影响的，但边际成本和可变成本并不是同义词。

假设生产100件产品的劳动力、原材料和其他可变成本是100美元，而如果生产99件产量的可变成本是99美元，那么产量是100件时的企业的边际成本就是1美元。但还假设如果产量增至101件，从而使企业现存的生产能力紧张化，其全部产量的总可变成本将急升至110美元，那么其平均可变成本将是1.09 ( $\$ 110 \div 101$ ) 美元，其边际成本将是10美元。所以，企业如果将产品价格从3美元降至2美元以促进对更高产量的需求，那么它就要从事掠夺性定价

(predatory pricing)。对法院来说，计算企业的边际成本仍然是困难的。虽然已有人认为可用平均可变成本替代之，但那种成本在我们这一例证中只有1.09美元，这我们是清楚的。将其用作边际成本（10美元）的替代数会导致这么一个错误的结论：削价（至2美元）并不是掠夺性定价。

图10.3是关于这一问题的一个图式表达。这企业是一家想要成为垄断者的企业。它面对的是一支上抬的边际成本曲线，这表示对企业的有效规模有着一个明确的限制。如果企业将价格降至 $q'$ 并将产量增至 $q'$ （什么决定了 $q'$ ？），那么在这一点上其边际成本就会超过其价格。但其平均可变成本却由于比边际成本上升得慢（因为产量最后单位的高成本与边际内单位的低成本进行了平均）而比其价格低，从而产生了这样一个使人误解的印象：企业不在进行掠夺性定价。

另一个问题是，可变成本的计算及由此引起的边际成本的计算对时间周期极为敏感。在很短的时间内，大多数成本都是固定不变的；但在很长的时期内，实质上是所有的成本（一个例外是公司的组成成本）都是可变的。例如，租金在短期内是固定成本但在长期内却是可变成本；如果企业的时间需求发生了变化，那么它就要在现行租契期满后支付另外的租金。相同的例子还



有：保险、管理人员薪金、养老金福利、财产税、折旧、广告和许多其他成本。原则上，决定成本是固定还是可变的阶段应在被称作掠夺性定价的时期内。如果削价持续一个月；那么相关的可变成本就是那些在一个月过程中发生变化的成本，如产品制造过程中的计时劳动和原材料消费。削价持续的时间越长，企业的可变成本比例就越大。如果允许企业依其短期可变成本无界限地定价，那么它就能够将远比它更有效率的企业逐出市场。其原因非常简单，那个被逐的企业的长期可变成本——即其留在商界不得不承担的成本——比一个效率较低的企业的短期可变成本要高得多。在我们上面的例证中，掠夺性企业的平均长期可变成本可能不是1.09美元而是2.20美元。但据推测，其长期边际成本可能会在很大程度上低于10美元，而且很可能只是略高于2.20美元。至于长期可变成本——当被称的掠夺性削价在很长时间内持续情况下的相关期限成本，就是平均可变成本与平均总成本的融合（固定成本加可变成本，再除以企业的产量）。（为什么？）

这一讨论表明，在长时期内，平均可变成本与边际成本是很相近的（当然附有第12章中讨论的一些限定）。但是，它在任何时候对长期进行掠夺性定价的企业都有意义吗？总之，当掠夺者

消灭了其掠夺品而要其价格提高到垄断水平时，以上情况会使回收期延长；而在决定成本以下销售（按现时成本）是否有利时，就应将那一时期的垄断利润按现值折算。

这里还存在着一个复杂的情况。假设企业制造许多种不同的产品，而有些投入——例如，其行政管理时间——对各不同产品是相同的。如果只对其一种产品降价，那么在短期和长期内，在决定降价是否是掠夺性的问题上，我们应该如何对待管理薪金呢？

这一提问说明了一些产生于掠夺性定价情况的艰难的会计问题。考虑到会计在决定开支时是适当地将自由管理权最小化的，所以他们也不总是能依其常规方法取得经济的真实性。以广告为例。会计要求将广告支出作为一种经常费用。但由于广告的效果往往会持续一年以上，它们确实是一种资本支出并应依其有效期而折旧。在什么情况下才可能对掠夺性定价案发生影响，是广告支出作为经常费用还是作为投资并加以折旧呢？

另外一种复杂性是，由于企业可以在一定的限度内用固定成本替代可变成本，从而使基于边际或平均可变成本的法律标准是可伪造的。假设存在一种资本密集型工厂和劳动密集型工厂之间的选择。由于依企业生产需要而改变劳动量比改变资本量更容易，所以前者的固定成本更高，后

者的可变成成本更高。由此，采用第一种方法建厂将会使企业得到基于使掠夺性定价等同于以边际或平均可变成成本之下的价格销售的法律标准的更大的定价灵活性。法律标准就是以这种方法来扭曲企业的投资决定。

## 10. 9倾销和自由贸易问题

“倾销（dumping）”指的是这么一种行为：外国企业以低于其在国内市场销售的价格在美国市场销售其产品，如果它对美国产业导致“实质性损害（material injury）”，将会被美国法律（《关税法》）所禁止。关税法还要对被发现为由生产者政府提供资助所生产的进口货物征收“反贴补税（countervailing duty）”（即，一种进口税）。虽然反倾销和反贴补税的规定在传统上并未被归入反托拉斯法，但它们都基于（至少在宗旨上是基于）同样的政策。价格歧视和政府贴补都偏离了有效率和竞争的定价——虽然这一结论取决于“歧视”和“贴补”这两个术语使用的准确性。对经济学家而言，歧视是指销售者不是以成本的差异为理由而收取不同的价格；而竞争却表明价格与边际成本相同，所以只有成本差异才能证明价格差异的合理性。（但不变成本如何呢？参见 12. 1）通常而言，只有当企业有垄断力时才能实施价格歧视，即那时需求弹性（而不仅是边际成本）决定了其价格。一种旨在使企业能以低于

边际成本的价格销售其产品的贴补所产生的价格扭曲与使企业能在成本之上的价格销售其产品的垄断力所产生的价格扭曲是一样的：贴补和因此而造成的价格变化会将消费者从社会成本较低的产品中吸引过来，正如垄断定价使消费者偏向于社会成本较高的产品一样。

但是，歧视和贴补可能会扭曲竞争这一事实本身并不是证明反倾销和反贴补法的强有力的理由。假设一个日本企业在日本（因为在此存在竞争限制）以垄断价格销售其产品而在美国以竞争价格（即与边际成本相同的价格）销售其产品。这是一种价格歧视，但只有当美国企业的边际成本高于日本企业的边际成本或美国企业以垄断价格销售其产品时才会受到损害；但在以上两种情况下处罚日本企业都不会有利于美国的效率、竞争或消费者福利。

企业是否将（而不是“应该”）受到处罚，取决于“实质性损害”和“导致”。我们可以这样认为：如果日本企业以与其边际成本相同的价格销售其产品时美国产业受到了伤害，那么这就是一种由于美国企业没有将其成本最小化或没有参与竞争所造成的自我伤害。对此进行处罚的唯一经济学理由就是，这种处罚可以迫使日本政府放松其促使企业实施歧视的对日本市场的竞争限制和由于阻止美国企业进入日本市场而损害美国商人

和工人的各种限制。

当然，如果日本企业以低于成本的价格在美国销售其产品的目的是为了在破坏了其在美国的竞争后再收回其损失，那就是传统反托拉斯所关注的问题；但这并不需要反倾销法来解决。但要注意的是，如果有人指出在美国参与掠夺性定价的不是单个企业而是整个外国产业，那么这种主张就应被看作不仅是掠夺性定价指控所产生的普通怀疑了。单个企业决定先降低价格，然后在驱逐出其竞争者后（可能是几年之后）再提高价格是一回事。但对一批企业而言，如果它们能够以这种策略从事经营，这就意味着一定程度的、卡特尔很少可能取得的持久和协调。

对反贴补税的分析也是相同的。如果外国企业得到资助而在美国市场上以低于正常价格的价格销售其产品，经济学的问题就是：贴补是否使企业的价格低于其边际成本，如果是这样，那么当（和如果）企业的美国竞争者永久退出该商业领域时这种贴补是否可能收回。如果不是这样——如果外国的出口商有能力控制国家的经济政策而使它们可能得到永久性的贴补——那么我们就有理由将这种贴补看作是对美国消费者的永久性津贴，而且这种津贴可能超过了其对美国生产者所产生的成本（为什么？）。否则，它就是标准的掠夺性定价情形的变异。

问题是：如果一个美国生产商证明了外国生产商以低于成本的价格销售其产品，它可以要求赔偿其由此产生的全部损失，还是只要求赔偿它以等于边际成本的价格销售其产品和它已使其成本最小化状况下所遭受的损失。

当然，实际引发反倾销、反贴补税和其他针对外国生产商的所谓“不公平”贸易行为的措施的考虑远远不仅是对掠夺性定价的关注。最关键的问题是为了保护美国产业免受真正低成本的外国生产者的竞争，而不论外国生产者低成本是否是由低薪金、低污染控制和其他管制成本、良好的经营管理、良好的工作条件、更现代化的工厂和设备等引起的。出于这种动机的政策被称作“保护主义”政策，对此争论的焦点是是否有任何合理的经济学理由来为保护主义辩护。如果把世界经济福利看作一个整体并将其奉为准则，那么在原则上答案应是否定的。但是，如果准则是保护本国福利，那么保护主义有时可能是合理的。例如，如果一个国家是某一产品的特大进口商，以至于它有一种买方垄断力（参见10. 11）来通过对该产品任意征收关税而取得税收收入，当这些收入再加上当地受保护竞争者的利润时就超过了其对消费者所造成的成本。要注意的是，配额作为一种进口产品数量的上限是不能以此作为正当理由的，因为它不产生任何收入。

即使一个国家没有买方垄断力、即使它考虑到全世界自由贸易最大化的适当政策目标，一种保护主义措施（在这里这样称是不恰当的）仍可能是一种阻止其他国家适用保护主义措施的适当报复措施。可以推测，一个国家在世界进口市场的份额越大，其报复威胁就越有力。在另一方面，这样的国家可能也有买方垄断力，所以也就在实践中很难决定其有保护主义倾向的措施是真正的保护主义措施还仅仅是一种报复。作为一个巨大的进口商，美国在其自身的贸易政策上也利用了这种模棱两可性。

#### 10.10 阻止进入市场、搭卖、进入市场的壁垒

除了掠夺性定价外，还有一些既创造了垄断力但又对垄断者施加通常至少相当于预期受害者所必须承担的成本的方法。假设一制造商准备买下其同行业产品的全部零售销路以阻止其竞争者进入市场。而竞争者们的反应将是建立其自己的销路。这与对他们产生的成本有关，但这成本不会高于（并且可能低于）想要成为垄断者的制造商购买连锁零售销路的成本，为在其对手建立起自己的销路后，连锁零售销路会有极大的过量。

对一个在相关市场上已取得垄断权的企业而言，阻止进入市场常被看作取得垄断力的一种有效手段。假设某企业对一产品（比如说是计算机）拥有专利，并且拒绝销售和出租其产品，除

非购买人和承租人同意接受它向他们供应的其他产品（比如说质量不好的软盘）。企业由此取得了用于其计算机（需要搭卖才出售的产品）的软盘（搭卖产品）的垄断权。但它并没有从第二种垄断中取得垄断利润。如果它对其计算机租赁者们收取比竞争价格更高的软盘价格，那么租赁者们将会将此看作一种计算机租金的间接增长；但如果他们愿意支付更高的计算机租金，那么这就意味着计算机公司会通过收取更高的租金而直接利用其意愿。

但是，对一个采用搭卖（tie-in）手段的垄断者而言，该手段的可能优势是它可能能使他有效地运用价格歧视。如果计算机公司通过为软盘制定的价格而取得其垄断收入，那么实际上计算机的租金率在各用户之间是由其使用程度的不同而不同的，这可能是对需求弹性的一种合理（但非确实可靠的——为什么？）代理。但依这么看，搭卖既不是一种企业能依之在一市场使用垄断权也在另一市场取得垄断利润的方法，也不是一种在事实上可依之阻止搭卖产品的竞争制造商进入市场的方法。由于需搭卖才能出售的产品的垄断者不能从搭卖产品销售中取得垄断利润，所以他就没有兴趣控制软盘的制造。他的兴趣只是在于将搭卖产品通过他的渠道销售出去。因此，搭卖协议（tying agreement）并不会干扰搭卖产品



市场的现存结构。（搭卖协议仍可能是不足取的  
吗？）

阻止进入市场理论的一种更难以捉摸的观点认为，阻止进入市场通过创设市场进入障碍

（barrier to entry）而间接地增加了垄断力。狭义地设想，市场进入障碍是一种使市场新进入者的长期成本高于市场现存企业的长期成本的状况；一个恰当的例证是对市场进入的管制性限制。但这一词也被用作是沉重的启动成本（start-up cost）的同义词。所以，如果在一个市场中占据立足点所必需的资本和广告费用很大，那么它就常常被看作是一个有进入障碍的市场，而且只是在这一词的后一种意义上阻止进入市场才可能产生这样的障碍。

如果市场现存的企业拥有所有的零售渠道并被限定不准转让予新进入者，那么新进入者就不得不开设其自己的零售销路，而这就将会增加他的资本需求。或，如果计算机出租要搭卖软盘，那么计算机商业市场的新进入者也就不得不准备向其用户供应软盘。但市场现存企业的资本费用也会由于纵向一体化而升高，所以这些企业取得了什么利益是不清楚的。而且广告也是这样。一个需要企业大力做广告的市场在没有大量广告的情况下是难以进入的，但新进入者在事实上可从市场中的企业为保持其地位也必须承受巨额的广

告成本这一点上寻求安慰。由于两方面的理由，广告是市场进入障碍的一个不适当的例子：市场中原存的企业为了使其产品得到公众的认可而必须投入广告费用，而新进入者却利用这一点成为一个“搭便车者”；他可以选择少做广告和以比现存企业低的价格销售产品，并且他可以依大规模的连锁零售商为其新的廉价替代品做可用性广告。

如果我们要知道的不是新进入者的启动成本要多大而是启动成本与营业成本（operating cost）间——即固定成本与可变成本间——的比率有多大，那么我们将会认识到进入的真实问题。固定成本和可变成本之间的高比率表示，市场可能只能容下少量——也许只是一家——具有有效规模的企业，从而使进入变得非常冒险（为什么？）。这是自然垄断的问题，将会在第12章中得到论述。

阻止进入市场理论的另一种观点是以延迟进入的一个因素的概念替代了进入障碍的概念。如前所述，在某些范围内，进入成本是进入所花时间的负函数（参见9.5）。而且，实现进入的最佳时间越长，必须与开始生产相协调的营业也就越复杂化。纵向一体化可能会增加进入的复杂性从而使实现进入所需的时间成本并不比已在市场中的企业的高，因为新进入者可能会不得不进入

市场的两个阶段（我们上述例证中的零售和制造）而非一个阶段。但如果一个企业纵向一体化的目的是为了阻止他人进入市场，那么它就会产生较高的成本（为什么？）而鼓励他人进入市场。

这一节和上一节中的观点，再加上掠夺性或其他排斥他人进入市场的行为的可靠例证，构成了对这种行为的普遍性和重要性产生怀疑的正当理由。但如果得出这种行为总是非理性的结论，也是错误的。依据某些而非全部随意的假设可以表明，只要销售商说服许多潜在的顾客与之签订独家销售契约，直到余下的顾客太少而无法支持其他的销售商在有效率的规模上营业，那么它就可以取得垄断权。由于每一个销售商的合作（正如已指出的那样）对未来垄断者方案而言都是不必要的，而且顾客也知道他不签约仍会面临垄断者，所以每一个顾客都会稍作考虑后签约。这与第14章中讨论的公司接管策略是相似的。

### 10.11 联合抵制；买方垄断

在东部各州木材零售商协会（Eastern States）一案中，一个木材零售商团体的成员达成协议，决定不从任何参与木材零售生意或与零售商团体成员进行竞争的批发商处购买木材。但只有在零售商对批发商拥有买方垄断权（monopsony）时，这种协议才能阻止批发商参与木材的零售生

意。买方垄断是一个重要的术语，它将在图10.4的帮助下得到解释。这图表示的是一企业对某些投入的派生需求（即，对企业最终产品的需求所派生出的需求）。我们假设供应价格与投入购置量是一种正比例关系，这就表明投入的生产涉及专门用于该生产的稀缺资源的使用。企业购买投入的边际成本比供应价格上涨得快（回忆一下10.7中讨论的这一观点）——即，价格的每一增量会更大量地提高企业的总投入成本——因为价格上涨不仅是对增长的购买数而言的，而且（假设不存在价格歧视）影响所有以前的投入购买。所以，边际成本与供应价格的关系就是边际收入与销售价格的关系。通过将其投入购买限定在一定水平（在图10.4中为 $q_m$ ），买方的利润得到了最大化，因为在 $q_m$ 点上边际成本等于边际价值。（你能理解派生需求曲线是边际价值清单的理由吗？）在这一水平上的价格要比以下情况下的价格低：如果购买市场中的竞争导致了买方竞相将价格哄抬至 $q_c$ 而使在 $q_m$ 点上产生的买方垄断利润（依什么计算？）丧失。

买方垄断化的迷惑力取决于供应曲线（S）的正斜率。如果供应曲线是水平的，那么就会由于投入购买量受限而使买方垄断无利可图（为什么？）。所以，买方垄断是一个只存在于以下情况的问题：投入所消费的资源在其他用途上的价

值会更小，在正常情况下，这一条件只有在短期内才能得到满足。一旦铁轨铺设完工，铁轨的其他用途的价值就受到严重的限制，因此铁路服务的购买垄断者就可能将其支付的服务价格限制在一个水平使铁路公司无法收回其铁轨投资。但如果这样铁轨就没法换了；因为用于其生产的钢铁、劳动力和其他投入都可能转移到其成本能得到完全回收的市场中去。煤矿是另一个没有巨大价值损失就不能重新安置资源的恰当例证。

如果东部各州木材零售商协会一案中的木材零售商拥有买方垄断权，那么为什么他们不通过将从批发商处购买的木材量减至竞争水平之下而实施之呢？也许零售商发现对阻止批发商竞争比对木材的最佳买方垄断价格更容易达成协议。另一种可能性是，批发商在零售上并不比零售商更有效率，只是由于零售商在征收一种卡特尔价格才将他们吸引进了零售市场。然而联合抵制

（boycottS）会增加卡特尔的效率；但买方垄断定价却不能。买方垄断定价只会具有一种短期效力。

### 10.12反托拉斯损害赔偿

虽然衡平法上的救济（如法院禁令和剥夺）和刑法上的救济（罚金和监禁）也被用以实施联邦反托拉斯法，但反托拉斯损害赔偿却提出了最为蛊惑的经济学问题，而且将成为我们分析的中

心。第一个问题是，如果需要，什么时候才应该同时判处惩罚性损害赔偿和补偿性损害赔偿？胜诉的反托拉斯案原告有权取得3倍的补偿性损害赔偿（Compensatory damages），所以每一反托拉斯损害赔偿的三分之二数额代表了惩罚性损害赔偿。我们从第7章知道，如果抓住反托拉斯违法者的可能性是三分之一，那么这就是合理的。但在实际上，公开违法（如合并）被抓的可能性近于1，隐蔽违法（主要是定价串通）被抓的可能性虽然低于1，但也不总是三分之一。

至于补偿性损害赔偿，我们可以以这问题开始：应该如何计算这些损害赔偿——比如说在一个由消费者提起的诉讼中（也许是集团诉讼，参见21.8）。回想一下图9.7，它应是DW（无谓损失）？MP（垄断利润）？两者相加？还是更多？

无谓损失是不充分的。它只估量了由垄断引起的一部分成本——这种成本是当价格由竞争水平上升到垄断水平时由那些停止购买产品的人承受的。它忽视了那些继续购买这一产品但要支付更高价格的消费者的成本。他们的成本是垄断利润（MP），而其社会总成本即为垄断利润

（MP）和无谓损失（DW）之和。事实上，垄断利润不是社会净成本，而只是一种转移性支付，至少在我们忽略垄断利润将转变成取得或保护垄

断权的成本这一趋势时是这样的。但我们要求垄断者在决定是否要垄断化时将他的收益和由垄断对每人造成的损失作一比较——而受害人包括继续购买这一产品和转向低档替代品的那些消费者。为了使他这么做，我们不得不将损害赔偿规定为与垄断的社会总成本（而非社会净成本）相当。

将损害赔偿规定为与垄断利润相等也还是不够的，尽管在理论上那将使垄断无利可图而失去吸引力。假设垄断能使垄断者取得一些较少的成本节约。那么垄断利润（MP）——至少在依前垄断成本曲线，即依消费者损失而非垄断者得益计算时——就会少于垄断者从垄断得到的实际收益，所以他就不可能被阻止。而如果成本节约（cost saving）还小于无谓损失，那么我们就去阻止它，因为在此的垄断在成本上是不合理的。

但是，成本节约的可能性表明，将损害赔偿（考虑到有隐蔽的可能性）定得高于垄断利润和无谓损失总量是不明智的。如果在实际上反托拉斯法并不免除所有这种垄断的责任，那么以上的损害赔偿就会妨碍成本节约大于无谓损失的垄断。

如果卡特尔不是由市场的全部企业形成的，那么损害赔偿应是什么？我们从我们企业需求弹性的公式知道，虽然卡特尔不能像它在控制全市

场时那样收取高价，但它可能仍然能够收取垄断价格。假设它成功地将价格提高10%。当然，卡特尔以外的企业会因此得益，因为它们也将以同样的价格出售产品（为什么？）。但它们将失去消费者。卡特尔成员由此不仅应该对其自身的垄断利润而且应该对那些无辜的卖方（它们自己并没有违反法律）的垄断利润负责任吗？它们不应该。实际上，那些卖方的顾客已由于卡特尔而受到损害。但如果卡特尔准备承担这些损失，那它也应该取得它给无辜的卖方所带去的收益（利润），而这两数额就冲销了。这是第6章中“经济”损失观点的直接运用：对其他人造成的由收益抵消的损失不应被算在损害赔偿中，即使损失是由侵权所引起的（参见6.7）。

消费者往往不是直接从制造商而是从中间商处购置物品的。假设一鞋业垄断者将其产品销售给10个批发经销商，批发经销商又将之批发给1,000个零售商，零售商又将之卖给100万消费者。允许10个批发经销商对垄断者的全部垄断性过高收价提出诉讼是有道理的，尽管他们完全有可能将大部分过高收价转予零售商，而零售商又会继续将之转予消费者。依照过高收价转移的程度，批发经销商可能会取得意外收益，但从经济学角度看，最重要的事情——阻止垄断——与禁止这些诉讼的情况相比就会被更有效地完成。而



且，也许不存在任何意外收益。如果不允许将转移作为辩护这一规则像现在这样得到妥善的确立，中间商一般会收取更低的价格。他们从制造商处购置产品的净成本将更低，因为价格结果被证明是非法的垄断价格，中间商就将因能进行起诉而有预期收益。中间商收取较低的价格将会补偿消费者的损失，而诉讼权对他们是没有多大价值的。消费者诉讼权价值较小的原因是，他们既离制造商很远人数又很多，所以他们并不是反托拉斯法的有效实施者，因而他们从反托拉斯诉讼取得的收益要比中间商从此取得的少。如果这是正确的，那么消费者实际上已得益于拒绝将转移作为辩护。

然而，我们有必要担心3倍的损害赔偿会引起购买者等太长时间后再起诉，以延长垄断定价时期吗？考虑一下这个例证。某物品的竞争价格是10美元，垄断价格是15美元。放单一损害赔偿是5美元，而3倍损害赔偿是15美元。这意味着每购买一件物品都要使购买者花费-5美元的成本。所以，他就会积极地（但受时效和购买者贴现率的限制）无限期拖延诉讼。但是，这并不意味着因为知道这种激励的垄断者将会认识到拖延性垄断定价会造成巨大的损害赔偿而将产生更严重的垄断定价。

应该允许竞争者、中间商和（在没有中间商

情况下的) 消费者都依反托拉斯法而取得损害赔偿吗? 如果像我们全章假设的那样——并且实际上法院确实也不断地在这样假设——反托拉斯法的目的在于促进资源的有效配置, 那么初看起来该答案好像应是否定的。垄断通过拉开机会成本(等于竞争价格)和(垄断)价格之间的距离而造成了低效率; 而竞争者的福利是不重要的。但有时竞争者比消费者更有效的反托拉斯实施者, 因为他像中间商一样在反托拉斯实施上有更多的信息和(当然依明确的损害规则)更大的利害关系。以掠夺性定价为例。消费者在短期内能受益; 但是随着掠夺开始后, 垄断者就会提高价格以致消费者开始受害。由此, 不可能有许多消费者直接对掠夺性定价进行诉讼。当然, 对法律来说, 一种可能性是等到垄断者已成功后再让消费者起诉, 但掠夺性削价和诉讼之间的延迟将使证明掠夺性定价方案变得极为困难。

如果受害竞争者可以起诉, 准确地说他的诉讼目的是什么呢? 竞争者承受的损害与掠夺的社会成本(即折算成现值的在掠夺后阶段的垄断社会成本)没有任何关系。如果掠夺的直接受害人和竞争者能对掠夺引起的损害得到全面的补偿, 那么掠夺者就无法用掠夺性定价来威胁他们了。而且我们已经说过, 掠夺性定价只有在(至少在大量情况下)掠夺者通过其威胁而不是真正的掠

夺性定价能达到其目的时才可能是有效率的。

对竞争者损害赔偿诉讼的一个重要限制在布伦斯威克（Brunswick）案中得到表明。企业A因为B收购作为A竞争者的企业C而诉企业B，以寻求基于企业C对企业A造成的侵害的损害赔偿，而侵害是由B使C复苏所引起的：但由于收购，C可能已经停业，由此A的产量和利润就会更大。由于收购已产生了一种B为C的掠夺性定价筹措资金的危险（但还没有现实化），所以它被认为是非法的。然而，A没有被允许取得其寻求的损害赔偿。虽然这些损害是由非法收购引起的，但它们与由不在卡特尔中的企业所进行的卡特尔定价所引起的对消费者的侵害有着同样重大的经济意义：它们是一种在经济制度其他地方得以抵消的侵害。如果B收购C能使C在不进行像掠夺性定价那样的不适当手段的情况下继续与A竞争，那么对A造成的任何损失都会高于消费者竞争收益的补偿；因为只有通过改善对消费者的报价（依假设仍有效率，但不低于成本），C才能将他们从A处吸引过来。如果B要对A支付损害赔偿，那么就有可能威慑过度。比较6.7。

## 第十一章 雇佣关系的管制

### 11. 1 劳动力垄断的特殊处理

在19世纪，反托拉斯政策的主要问题是是否应将工会（laborunion）看作是限制贸易发展的非法组织而加以取缔。古典经济学家们认为不应该这样，但他们也不相信工人组织可能会有别于旨在降低工资的雇主联合体和旨在提高价格的销售者联合体。许多经济学家长期认为，工会的目的在于限制劳动力供给而使雇主无法以劳动者之间的竞争来控制劳动力价格。所以，当拒绝实施加入工会的协议、禁止工会派出纠察队——试图干预企业和顾客、工人或其他供应者之间的契约关系——和实施以不加入工会为条件的雇佣契约

（yellow-dogcontract，依此，工人同意在其受雇期间不加入工会）时，普通法有着坚实的经济理论基础。试注意一下，如果假设工人要求对其放弃加入工会权实施补偿——而他又没有得到慷慨的补偿，那这就不是一种社会损失，因为任何对不与其他工人联合起来进行劳动力垄断的补偿本身就是垄断收益的一种形式。

也许这种对有效率的劳资关系普通法的描述是基于对美国19世纪劳动力市场的不真实假设。如果工人不知道他们可选择的就业机会或调动的成本很高，或如果雇主们共谋压低工资，那么雇主就会有买方垄断力。全部这三项条件在19世纪

可能是很平常的，那时有许多移民劳动力，受教育程度比现在低，劳动力流动性较低，由于运输成本较高而企业较少竞争，反共谋压低工资的反托拉斯法还不存在。与此不相称的事实（有些在第8章中提及）是，南北战争后向美国大量移民的时代反映了劳动力的严重短缺，工资总比其他国家高，美国人总有着很高的流动性。而且，即使劳动力买方垄断是一个问题（无疑它们在某种程度上是一个问题），劳动力垄断也不是一种很能解决问题的方法，至少从经济学角度来看是这样的。这是一种双边垄断情形，双方都竭力限制劳动力供给，虽然其理由是不同的。这样就无法保证使供给达到竞争水平，虽然工资要比单方垄断时高。

图11.1对此给予了说明（它是对上一章中图10.4的详尽化）。S是工会组织以前的劳动力供给价格，而 $W_c$ 是劳动力竞争价格。我们假设工会首先将供给价格提到 $S'$ （不论劳动力供给量如何，统一收取较高的价格）。如果没有买方垄断，劳动力量将降至 $q_{m1}$ ，而工资将升到 $W_{m1}$ 。如果雇主是一买方垄断者，那么劳动力供给将下降得更严重（到 $q_{m2}$ ），而工资也将降至 $W_{m2}$ 。看起来是由于只有两方当事人，即公司和工会，尽管由于是一种双边垄断状况而要有成本，他们还将通过讨价还价而找到有效率的解决方法。有

效率的解决方法会涉及公司支付的竞争性薪金，加上从公司向工会或工会向公司的一次性支付（谁向谁支付由什么决定呢？）。这种交易仍很少见（其原因是什么呢？）。

所以，如果我们暂且不考虑这个现在可能不严重的劳动力买方垄断问题，那么我们就可以有信心地说（我们还将在11.3考虑相反的意见）：组成工会的效果是减少了工会组织部分的劳动力供给。工会取得的更高工资会使雇主努力用较便宜的劳动力替代成本较高的劳动力（例如，他将其企业迁至工会组织弱的国家），用资本替代劳动力，用白领工人替代蓝领工人。这样，有些工人就受益于组织工会——那些在有工会组织的产业中取得高工资的和那些由于雇主寻求劳动力替代工会劳动力而新近受雇的。有些股东（那些原来的竞争者比它们支付较低工资的企业的所有者，但由于工会组织，现在这些竞争企业也支付了相同的工资）也这样。无工会企业的产品的消费者也如此（为什么？）。因工会组织而受损失的是（因为那些行业至少要将其更高劳动力成本的一部分转嫁给它们的消费者，参见10.10）有工会组织产业的消费者、这些产业中的股东和供给者和由于工会工资等级引起的劳动力需求减少而造成的不能就业的工人、全部无工会组织部门的工人（包括由于劳动力需求下降、由

于工人供应增加而造成的无工会组织部门工人过剩）和最终（由于整个经济体中劳动投入使用的低效率）的全部消费者。

然而，依据相当特别的条件，无工会组织部门的工人实际上可能会受益于工会组织化。假设工会组织化的部门是一个资本密集型部门。当那一部门薪金上涨时，价格会上涨，产量会下降。这里会存在一些资本对劳动的替代，但如果产量效应超过替代效应，就会产生自工会组织化部门向非工会组织化部门的资本流动，结果（为什么？）会使后一部门的劳动生产率得以提高。由生产率提高所造成的薪金的增加可以想象会超过由劳动力供应增加所造成的薪金下降，从而使非工会组织化部门的薪金产生净增长的结果。这一结果会使所有工人受益——但全部（至少是大多数）消费者和社会福利在总体上要为付出代价，因为这种情况下资本和劳动力的使用效率依然低于经济的任何部分都没有工会组织化时的使用效率。

像古典经济学家可能已预料的那样，谢尔曼法是被用于工会活动的，特别是在1894年的普尔曼罢工中。即使克莱顿法在1914年将劳动力排斥在反托拉斯法之外后，有的州法院还继续禁止罢工。但在20世纪30年代，公共政策出现了一个急拐弯。诺里斯-拉瓜迪亚法在实质上废除法院的工

人罢工禁令，而1935年的瓦格纳法包含了坚定地鼓励组织工会的条款。瓦格纳法的通过使一些产业的工会活动和工资水平得到了惹人注目的上升。虽然瓦格纳法中的支持工会政策已为1947年塔夫脱-

哈特利修正案所调整，但全国劳资关系法（因为塔夫脱-哈特利对瓦格纳法提出修正后产生的法律）仍继续包含着鼓励工会的政策。但正如我们从前一章所知，垄断者和卡特尔为其自身播下了毁灭的种子。工会的薪金要求提高了工会组织化企业的边际成本，使它们的业务被非工会组织化企业抢走，其最终结果正如近几十年来在美国和其他发达经济体中发生的那样，是工会组织化的劳动力比例的下降。

### 11.2全国劳资关系法的经济逻辑

如果工会基本上是工人卡特尔而全国劳资关系法基本上是鼓励工会组织的，那么我们会对上一章研究的反托拉斯法形成吸引人的对照。全国劳资关系法是为鼓励劳动力市场卡特尔化而与谢尔曼法相对立的，因为谢尔曼法（和其他反托拉斯法）是为了阻碍产品市场卡特尔化的。通过研究全国劳资关系法如何达到这一目的，我们会加深对卡特尔经济学的理解，并认识到法律的经济逻辑不总是一种效率逻辑。

如果公共政策对工会组建保持中立，那么组



织工厂工会和其他企业工会的努力就会遇到传统的搭便车问题。一个帮助工会的工人就会被开除。如果他是一个令人满意的工人（为什么这种假设是合理的），那么公司就会因开除他而遭受成本，但这种成本会低于以下收益：向余下的雇员表明，如果他们中的任何人想替代被开除的雇员而任工会组织者，那么他也将被开除。（注意它与理性的掠夺性定价的相似之处，10.7。）如果工人们团结起来罢工以支持被开除的雇员，那么成本的平衡就可能会改变，并且雇主可能会改变主张。但如果工厂的工人像假设的那样并没有组织起来，那么工人在达成罢工（多长时间）协议时就会碰到传统的搭便车问题。

全国劳资关系法通过禁止雇主开除或报复工会组织者和同情者而促进了组织工会的努力。而且诺里斯-拉瓜迪亚法严禁以不加入工会为条件的雇佣契约，因为这种契约将使雇主能毫不费成本地利用工人搭便车的激励。由于工人知道当大部分人都签订这样的契约时那些不签约的人就不可能有效地组织工会，所以，每个工人都会基于非常朴实的考虑而签订这样的契约。

如果组织竞选运动达到了有30%的工人已签卡授权工会为其集体谈判代表，那么实施全国劳资关系法的全国劳资关系局就会举行集体谈判代表的选举。如果工会赢得了多数赞成票，那么它

将成为工人的全权谈判代表

（exclusive bargaining representative）。于是，就要求雇主诚实地与工会就雇佣契约的条款进行谈判，而其中所有的工人都在同一集体谈判单位中；不再允许雇主与个别工人进行单独谈判。

代表选举、全权代表原则和不开放工厂一起构成了克服不然可能像困扰大量成员的卡特尔一样困扰工会的搭便车问题的一套独特方法（有点像油气田组织一体化的运作，在第3章中已论及）。但对于这些方法，工人个人的理性策略可能是在加入工会和贡献任何力量促成它这一问题面前犹豫不决。他的希望可能是，如果由于其他工人的努力而组成工会，那么他就会得到工会工资，但由于他没有必要支付工会会费和在愿意的情况下可以略低于工会工资的水平多干几个小时——正如10.1中讨论的卡特尔化市场中的边缘企业（fringe firm）——而可能比工会会员得益更多。这样的搭便车现象为多数规则和全权谈判权原则所阻止；工人个人既不能坚持不让步也不能以单独的条件与雇主谈判。法律防止搭便车——这里是雇主利用工会的努力——的另一种方法是禁止雇主在选举运动期间向工人提供更高的工资和改善工作条件。

代表选举中的选举单位被称作谈判单位，其设计是非常关键的。劳工局将认定任何工作条件

（工资、附加福利、工作责任等）相同但又与企业其他雇员有区别的雇员组织。一个工厂或车间常常会有好几个谈判单位，它们中的每一单位单独与雇主进行谈判。与法律促进工人卡特尔的政策相一致，劳工局普遍认定最小的而不是最大的可能单位。工人越少，工人间的交易成本就越小，他们相协调的利益就越多（为什么后一因素很重要？）；而单位与企业总雇佣量的比例关系越小，工会的收益就越大。假设在一个拥有100人的工厂中有一个10人的单位，而所有工人的工资和其他收入总额是相同的。那么那一单位的工资提高10%只使雇主的工资总支付上升1%。当然，这一单位的工作必须企业中是很重要的，以致使其罢工威胁足以使人可信，但如果这一单位果真是独特的，那么它即使很小也能符合这一条件。

理解罢工经济学的关键是雇主和工会间交易的双边垄断性。在一个产品卡特尔中，产量会下降，但不会降至零。但是，如果消费者联合起来形成买方卡特尔，或者如果只有一个顾客，它就可以用威胁停止从卡特尔购买物品而对卖方卡特尔作出反应并希望这样的联合抵制威胁能使卡特尔改变态度。事实上，雇主是唯一的为工会所控制的劳务买方。如果工会宣布要求提高劳务价格，雇主可以威胁不购买劳务而拒绝，而工会为

了维持其信誉就必须申斥雇主的虚张声势并号召工人进行罢工。

由于罢工会使双方都承受成本（除非罢工工人可以相同的工资替代，这种可能性将在稍后讨论）——工人要放弃工资，雇主要放弃利润——看来对双方都有益的方法也许总是通过谈判解决。与我们上章中讨论的掠夺性定价相类似的问题是，解决条件有赖于双方各自威胁的可信度。雇主承受偶尔罢工和工会进行偶尔罢工的意愿可能会由于提高其信誉而使每方的（事前）长期收益超过其短期罢工成本。

只有在雇主无法用其他工人替代罢工工人时，罢工才会对雇主产生成本。全国劳资关系法在三方面使罢工者替代很容易，也在另三方面使罢工者替代很困难。使其容易的途径是：法律不保护监察性雇员，这就使雇主可能用他们来暂作替代；允许雇主雇佣代替罢工工人的永久性补充人员（这与卡特尔产品市场中提供卡特尔成员退出产品的进入市场替代的新卖方一样）；禁止罢工工人损害雇主的财产（正如在不停机的条件下离开工作岗位）。工人们可以通过损坏财产而给雇主带来很重大的成本但自己的成本却能最小化（与长时间罢工给工人造成的成本相比较），所以允许他们损坏财产就会极大地增加工会的垄断力。

但是，法律使雇主难以雇佣替代工人的因素是：法律禁止雇主向罢工工人的替代人员提供高于罢工工人的工资；允许罢工工人派出工会组织的纠察队；禁止雇主中断与罢工工人的雇佣关系。最后一点意味着他必须在罢工结束后恢复正常状况；如果所有罢工者的工作已都为永久性补充人员充实，那他必须将罢工者置于填补空缺队伍的首位。这三项规则通过允许罢工者验明替代工人、提醒他们一旦罢工结束就应与罢工者并肩工作——一种阻止人们因替代而雇佣工人的不安和有时危险的亲近——和禁止雇主向替代工人支付附加工资以补偿其额外工作成本而一起起作用。

总之，这一法律没有像它可能的那样去促进劳动力供给的卡特尔化；但它也绝不是中立的；因为，如果它是中立的话，工会就不可能像它们现在这样普遍和有效。

### 11. 3 工会和生产率

到目前为止的假设是这样的：所有工会想做的事就是努力提高工资或——在经济学上是相同的——通过减少工作时间或使工作场所更清洁、更安全或更有吸引力（以不降低工资为条件，为什么会有这一限制）而降低工作成本。但工会从事的其他两项活动促使经济学家们去思索，工会组织也许会促进生产率，从而完全抵消其垄断的

副作用。集体谈判契约一般可为工人申诉的仲裁建立一种申怨机制（grievancemachinery），也可给工人以工作保障——但不是绝对保险（因为在企业的劳动力需求下降时他们就可能被停止工作），而只是保证没有适当理由时（取决于申怨机制的方法）不被开除或不为其他工作替代。如果没有申怨机制，雇主就不可能在他们注意到不正常的工作流动之前发现其工头对工人的虐待。这一观点还认为，如果没有工作保障，年老的工人就不能将其工作经验授予年轻工人，因为他们害怕年轻工人会替代他们。

但是，这一理论并没有解释在申怨机制和工作保障能减少代价很高的工作流动和促进工人的效率时，为什么雇主们在并不等待工会出场时也不采用这些方法的原因。如果在一产业中只有一个雇主对其优势恍然大悟，那么竞争就会迫使其他雇主也这样做。也许申怨机制和工作保障的规定都将使工人觉得可信，所以由第三方来执行就成为必要。但雇主会很容易地对此作出安排。即使唯一可信的第三人 是工会，只要工会之间的竞争将其劳务价格压至其边际成本，雇主就会在工会组织化有利于增加其劳动力生产率的情况下自愿组织工会。

不赞成工会组织化生产率理论的最具说服力的证据是，这种理论不能解释工会组织化产业部

门的衰退现象。如果组织工会能促进生产率，那么这些产业部门就应该得到发展。工会追求申怨机制和工作保障的真实原因可能是为了使雇主更难以摆脱工会的支持者。集体谈判契约通常规定，如果由于雇主劳动力需求下降而必须解雇工人时他必须依资历的相反顺序办理。这也是为了防止通过解雇工会支持者而处罚他们。这也许还能使工会报答老工人阶层，他们往往是工会最强有力的支持者。年老工人的调动成本要比年轻工人的高，其原因一方面是他们与多年建立起来的地域有着更密切的关系，另一方面是他们的技能已在某一特定雇主处专门化。这使雇主对他们拥有一些买方垄断权，从而使工会对他们而言更有价值。另外，他们比年轻工人和在集体谈判契约签订之后不久就离职的更具流动性的工人更有可能取得全部的组织工会的收益。年老工人因其支持工会而取得报偿的时间较短是一个事实，但这可由依其资历而多加工资而得以调整——所以我们预计这也是工会的一个目的。正像我们刚看到的那样，专门为某一雇主工作的工人会拥有卖方垄断力并可能面临买方垄断者也是事实，这是一种双边垄断情形，但他的卖方垄断力将随其年龄而下降。年龄既降低了生产率（对许多工人而非全部工人而言）又缩短了雇主期望从工人专业化技术获得收益的时期。

## 11. 4 自愿雇佣

工作保障并非真正有效率的一项证据是，在工会组织的部门之外（这些部门现有雇员为全国劳动力的20%以下）和政府部门就业中（此处的任期制是为了防止出于政治动机的开除——“政党分赃制”），自愿雇佣（employment at

will）是劳动契约的普通形式。工人愿意时可退职；雇主愿意时可解除雇员。这看起来好像是雇员完全处于雇主控制之下，任凭处置，但事实并非如此。如果雇主有武断开除雇员的坏名声，那他就不得不向新雇员支付额外酬劳。由于雇主不能这样在长期内得益于武断开除雇员的策略——这不是一种有效率的掠夺性行为——他最好还是公平地对待雇员。对此还有进一步的论述。经济学家将人力资本（此处的含义为收入能力）分成两类：一类是普通人力资本

（general human capital）；另一类是企业特定人力资本（firm-specific human capital）。在此我们关心的是后一类人力资本。形成了专用于某一特定雇主的技能的工人往往是该雇主而非其他雇主更高生产率的雇员。他们拥有企业特定人力资本。这种人力资本的产生，像其他人力资本产生一样，需要很高的成本，因为他需要强化性在职培训。谁为培训付费呢？如果雇主付费，他就使雇员取得了辞职威胁的可能，因为他如果真辞职，



雇主对雇员企业特定人力资本的投资就将成为泡影。如果雇员为培训付费（如以接受低薪的方式），那他就使雇主取得了开除雇员威胁的可能，从而消除了雇员的投资。如果雇主和雇员都对企业特定人力资本的产生承担成本，那么进行这些威胁的激励就会最小化，因为那时一旦他方终止雇佣关系每一方的损失都会更小些，从而屈服于旨在取得培训所创造的最大可能份额价值的威胁的可能性就更小了。所以，如果雇员取得的薪金低于他不支付培训他的部分成本时应支付的薪金，雇主开除他将遭受损失，因为他终止了培训成本的偿付。这使雇员得到了工作保障，同时节约了起草和实施明确雇佣契约的成本。

尽管自愿雇佣有其效率方面的特征，但它近来还是受法院的责难。普通法的不正当解雇侵权（common law tort of unjust termination）原则可合理地适用于以下案情：工人因行使其法律权利——例如在政府对雇主的逃税诉讼中进行了真实但不利于雇主的作证——而被解雇。在这种情况下，即使他是一位自愿雇员，有的州还是要求雇主提出其解雇雇员的合理理由。通常很难看出工人如何才能得益于这样的要求。如果这一要求是最令人满意的，那么它就会由自愿谈判而达成；这里好像不存在可能使关于工作场所安全的交易受挫的那类信息问题（参见8.2、116）。如果没

有就这样的要求进行自愿谈判，那么，可以推想其原因是，出示解雇一个不合格雇员的正当理由对雇主造成的成本要大于工人在其由企业特定人力资本所提供的保险以外免受不正当解雇的收益。这一雇佣契约的额外成本就是人工成本，它将由此减少雇主可能以薪金形式支付的总量，正如增加雇主的社会保障税会减低雇主愿向雇员支付的薪金。

### 11. 5 劳工和反托拉斯法

虽然联邦劳动法律的政策已超越反托拉斯法的影响范围，它竭力限制劳动力供给和提高劳动力价格，但反托拉斯法在劳工领域的有限作用仍还存在：防止雇主在其产品市场中将工会用作实施卡特尔化或其他垄断化的机构。一个极端且明显的违法例证是，一个工会同一个代表着销售者必须以固定价格出售其产品的产业中的主要销售者的多雇主谈判单位间的集体谈判协议。初看起来好像工会不会有兴趣加入这样的协议，因为产业产品的垄断定价会导致产业产量的下降从而导致投入需求的下降，当然也包括对劳动力需求的下降。但是，由垄断价格产生的垄断利润可能被用以增加留存工人的工资，剩下的也许还足以补偿多余工人被解雇的损失。

有时，劳动协议中的限制性条款是否仅仅为了增加工人福利还是同时为了建立雇主在其产品

市场中的垄断权，这是不清楚的。假设一个代表管道建筑工人的工会与该地区的所有管道建筑转包人（subcontractor）达成了一些集体谈判协议。依此，转包人同意不在内部管道已被切割和铺设的工厂安置空调设施；而它们的雇员（管道建筑工人）将进行全部的管道切割和铺设工作。有人认为，这样的协议应被看作是在转包人间建立一个卡特尔，从而应为谢尔曼法所禁止，因为这使转包人能“在工会要求工作由他们公司而非一工厂完成的情况下保证更高的利润……”

除非预先构造能使转包人全部回避，否则这一观点是有问题的。转包人用两种投入提供安装服务：劳动力和空调设备。他将依能使其总成本最小化的比例将两者有效地组合起来。如果工厂进行内部管道切割和铺设工作的成本要比转包人的工人进行的低，而且成本的节约被以更低价的形式转向他，那么他的安装总成本将由于购买有预制构件的空调器而最小化。如果存在一个转包人卡特尔，那么他的激励仍不会改变；因为如果其成本下降，那么其垄断者（或卡特尔）的利润将更高。

转包人不安装有预制构件的空调器的协议是一种增加转包人劳动力需求的方法。虽然转包人由于有预制构件的空调器的失业效应而可能要向工会支付补偿，但那可能取决于预制构件单位可

能引起的成本节约程度。假设它能使转包人在每一项工作上少用两个工人而节约1万美元，但其成本高于空调器在工作现场装配时的9,500美元，那么500美元的节约可能不够用以补偿工人在其他地方寻找类似工作的成本。

11.6 最低薪金制和相关的“保护工人”立法  
联邦最低薪金法（minimum wagelaw）通过限制非工会劳工的竞争而加强了组织工会对薪金定级所产生的作用。假设某一地方的工会力量较弱，其薪金定级也比其他地方低。在那个地区的企业将取得能使它们以牺牲工会力量较强的地区（如，新英格兰州）的企业为代价而很快发展，其结果将是减少对这些地区的劳动力需求。最低薪金法由于提高了非工会劳工的薪金而阻碍了这一趋势，因为它减少了对非工会劳动力的需求。如图11.2所示，在此 $W$ 表示非工会劳工的竞争薪金， $W'$ 表示最低薪金。

最低薪金制的失业效应是很大的，而且它主要集中在勉强合格的工人身上——中年妇女、年轻人和黑人，而感受最严重的是黑人青少年。最低薪金的固定对有着很高边际生产率和由此能在自由市场取得高于最低薪金的收入的工人需求不会产生影响；失业者都是那些其边际生产率低于、或看上去低于最低薪金的人。换言之，由于最低薪金在很大程度上低于工会工人的薪金，所

以它并没有将他们的薪金规定到高于其现行薪金，从而也不会在他们之间产生失业。它提高了替代劳动力的相对价格，从而也就降低了它们的吸引力。这些替代劳动力包括了勉强合格的工人（marginal worker）。而对他们而言，如果没有最低薪金制，他们就可以通过接受比生产率较高——也较昂贵——的工会工人薪金低的薪金而使雇佣他们的雇主得到补偿。还要注意的，最低薪金制使勉强合格的工人很难取得在职培训，因为它使工人无法通过接受低薪金而给予雇主补偿。

当然，有些工人——那些在图11. 2中供给 $q$ 量工作时间的人——会从最低薪金制中受益。这些工人的自由市场薪金低于最低薪金，但其边际产品如高于最低薪金。（在最低薪金制实施前这些工人的薪金支付不足吗？在某种意义上，他们得到的仍是不足的支付吗？或，应该将图中 $W$ 和需求曲线之间的全部区域仅仅看作是劳动力市场的潜在垄断利润吗？）但由于低薪金的所得者往往在高收入家庭，所以最低薪金制结果并不是一种征服贫困的有效率方法，即使不考虑其对勉强合格工人的反作用。

当最低薪金制只适用于某些职业而其他职业被排除在外时（但这种情况在美国已逐渐减少），分析就会变得更加复杂。在那种情况下，

最低薪金制会减少被排除部门的失业量，但会增加适用部门的失业量。由于减少了被排除部门的供给而增加了适用部门的供给，所以工人被从被排除部门吸引到适用部门。依据两部门间工资差额的大小，工人可能会在适用部门承受较长时间的失业，以此作为将来在此取得高工资的代价。在适用部门出现的等待工作的一种途径是在学校逗留更长的时间；所以最低薪金制促进了大学教育。它还由于犯罪是一个被排除部门而提高犯罪率吗？它能设法降低犯罪率吗？

许多其他立法还设法增加有关部门工人的薪金。建筑业法中对使用预制材料（按照我们上面讨论预制构件空调器时提及的方法）的限制会增加对劳动力的需求。童工法减少了劳动力供给从而增加了成年工人的薪金；但这并非说这样的法律在经济学上是不合理的（参见5.4）。“保护”女工的法律具有相同的效果，但具有较少的正当理由（参见25.1）。关税常常由工会来寻求和取得，它们将之作为一种抵消雇佣廉价劳动力的外国企业所享有的比较优势的方法。限制移民法就是为了防止外国廉价劳动力进入美国后引起劳动力供给增长及薪金下降。

旨在建立工人安全和卫生的联邦最低标准的职业安全与卫生法（the Occupational Safety and Health Act）是保护工人立法中一个极有雄心的例

证。它是必要的吗？在提供最佳（并不一定是最大可能）工人安全和卫生时，雇主是有私利的。如果1美元的预期事故和疾病成本可用99美分避免，那么避免这种成本就将减少1美分的雇主工资净支出，因为他的雇员可想而知会要求1美元的预期成本补偿。当然，雇主与工人（或其工会代表）可能会在相关数目问题上有争论，但这些问题可以通过谈判协商而得以解决。规定职业卫生和安全条件的立法可能会将卫生和安全水平提到超过雇员和雇主都希望的程度，从而使双方都受到损害。如果立法要求雇主用1.05美元去消除预期成本只有1美元的卫生危险，那么雇主至少将减少1美元的薪金[他不再因为卫生危险而给雇员以补偿——而且还有可能减少1.05美元（为什么？）]。

尽管也许这总是过于巧合，并且忽视了工作场所安全的信息成本。比较而言，也许职业卫生和卫生法的真正理由是为了减少来自非工会工人的劳动力竞争。如果支付非工会薪金的企业的卫生和安全水平普遍较低——一个似乎合理的假设（由于工人工资越低其受伤残时遭受的成本也就越低）——工会就可能敦促制定法律将这些企业中的卫生和安全状况提到有工会组织的企业的普遍水平。无工会组织的雇主们可能会通过减少向工人支付的薪金而补偿其额外成本，但如果这些

工人本来的薪金就并不高于最低薪金，那么雇主就无法作出为了补偿其成本的薪金削减，他们的劳动力成本与有工会组织的企业相比就有了相对上升。这一假设是间接地由职业安全 and 卫生管理局的偏好所支持的（为什么？），它倾向于旨在减少工作场所事故的个人保护设施的变化，如耳塞、安全护目镜。即使后者往往更为有效，但前者增加了资本成本而后者增加了劳动力成本。这一假设还为这样的证据所证实：虽然职业安全 and 卫生法无疑对雇主增加了成本，但似乎它并没有在很大程度上减少工作场所的伤害事故量。

也许我们为职业安全 and 卫生法提出的两点理由是相关联的：在无工会组织的工厂中的工人拥有较少的安全信息，因为工会是其会员的信息搜集员。这种立法的另一种可能的理由是为了矫正由政府资助伤残工人计划引起的低效率状况。通过社会保障的伤残人计划（参见16.5）增加了一些不同的特殊计划（例如，对由于黑肺病而失去工作能力的工人进行补偿），联邦政府承担了由于工作条件不安全和卫生而受到伤害的工人遭受的部分成本。由这些项目将事故和疾病成本从工人和其雇主处转移到了联邦纳税人身上，所以它们减轻了企业将职业安全 and 卫生保持在最佳状况的责任。极端的例子是，政府要对遭受任何与工作有关的疾病或事故的工人进行全面补偿（那



是现实的吗？）。如果这样，他就不会需要——或其雇主就不会提供——一个卫生和安全的工作场所。

所以，合理实施的（一种极大的限定）职业安全和卫生法可能只会将职业安全和卫生水平提到没有受伤和生病工人的公共资助时应有的程度。但是，用一种政府对市场的干预（资助工作场所造成的伤残和疾病）来证明另一种政府干预（管制工作场所的安全和卫生状况）的合理性的问题所在是，它招致了无限和未经授权的政府扩张。如果每一措施依其前一措施看在经济学上都是有道理的，那么一系列不断升级的措施从总体上来看将最终在经济学上是毫无道理的。

## 11. 7基于种族、性别和年龄的就业歧视

就业中的种族歧视是一个更大的问题——种族歧视的起因和对策（这一问题将在第27章中讨论）——的一部分。在此，我们将讨论种族歧视的一个专门主题和对妇女与老年人的就业歧视。

1. 许多工会长期以来拒绝接纳黑人工人。为什么呢？经济学对此给予了一个答案。我们已知道，工会努力寻找途径将薪金提至竞争水平之上；而就其如果成功而言，就产生了对工会工作的过量需求。为了消除这种过量需求，有多种途径可供选择。其中一种是拍卖会员资格。成功的出价人可能是那些愿意支付相当于工会薪金等级

与他们次佳职业薪金间差额的会费的那些人。如果工会完全是享受劳动力垄断权的企业——即以竞争工资购买劳动力而又以垄断工资将劳动力转卖给雇主的企业，那么这将是一种用以配给的方法。但工会不是企业，它们是工人的代表（尽管不完全是），所以它们不会采用一种工会全体会员不能由会员资格而收到任何净工资收益的配给方法，除非它们变成一个劳动力垄断者的股东。但是，非货币配给方法的问题是它们导致了真实资源的耗费。例如，如果使用的方法是排队（工会成员的申请者当几年低工资的学徒以等待工作机会），放弃其他职业的收入成了工会会员资格的成本，可能会抵消工会会员资格的收入。使涉及种族或其他一些相对无法改变身份（如作为工会成员的儿子）的标准对工会具有吸引力的原因是它们并没有导致在取得资格方面的高额花费

（改变某人的种族和父母所需的成本正常而言是无限的），虽然在事实上工会经常将加入费（而非无法改变的身份）和长时间的学徒作为平衡供求的其他（虽然成本更高）方法。

2. 与对妇女的就业歧视有关的主要经济学问题是解释为什么男子的平均薪金一直比妇女高（妇女的计时薪金平均约是男子工资的60%）。不合理的或剥削性的歧视是一种因素。另一种是与市场相关的人力资本投入的差异。如果一个妇

女将其工作生命大部分时间用于家庭生产，包括照看孩子，那她将比一个准备将很少时间用于家庭生产的男子取得少得多的基于市场人力资本的收益，而且她由此将在市场人力资本方面投入更少。由于收入部分地是对某人人力资本投入（包括教育）的报酬，所以妇女的收入将比男子的低。这将部分地在职业选择上表现出来：妇女将热衷于从事那些不需要很多人力资本投入的职业，这就是在传统上妇女更喜欢做护士而非医生，做秘书而非执行官的部分原因。当然，由于第5章中所讨论的原因，妇女用于家庭生产的时间量正在下降，所以即使没有政府干预，我们也有望缩小男女之间的职业和工资差距。

所有这些并没有否认性别歧视的存在，也不意味着禁止性别歧视的法律会对全社会或甚至对全体妇女产生净收益。首先，不是所有的歧视都是无效率（事实上，现在最大的可能是这样，这是有道理的，而且在第27章得到了证实）；所以，防止性别歧视的努力会产生高于这种努力的成本本身的社会成本。性别领域有效率歧视的一个例证是雇主拒绝向怀孕妇女支付病残津贴（现在这是非法的）。从雇主的观点看，以及从劳动力有效率定价的角度看，向一个因怀孕而旷工的工人支付工资与向一个因照顾一个醉汉而旷工的工人支付工资是一样的。在这两种情况下，工人

都没有给雇主产生收益。（但为什么要为休假付薪呢？请再往下读。）

其次，反歧视法会因雇主以理性的方法将其影响最小化而使受保护阶层自食其果。例如，平等报酬法（the Equal Pay Act）要求雇主向做同样工作的男女支付同样的薪金。如果不论什么理由妇女具有较低的边际产量（也许是因为她们的人力资本投入较少），那么雇主就会积极地在那些需要雇佣许多妇女的工种中以资本投入替代劳动投入。

而且，反歧视法对雇主所产生的（直接和间接的）附加成本会以提高价格的形式部分地转移到消费者身上，女性消费者将同男性消费者一样受到损害。妇女利益的多元性以及男女之间的经济和他人的相互依赖性使妇女是反歧视法的净受益人这种主张变得更加不确定。我们再谈一下怀孕妇女病残津贴问题。如果雇主被迫提供这种津贴，那其劳动力成本就会上升，这将促使他们少雇工人、少付薪金、提高价格。这些成本将落到男人和女人的头上，但由于怀孕妇女雇员将以病残津贴的形式收回其部分或全部成本，但没被雇佣或没有怀孕的妇女就将是完全的损失者。最大的损失者是那些没有被雇佣或没有怀孕而又与被雇佣的男子结婚的妇女，因为这些男子的薪金或就业机会将下降，那么其妻子会因他们的联合家

庭消费或她们对丈夫的利他主义态度而遭受损失。另外，如果因将有效率的歧视宣布为非法而降低劳动力投入的使用效率，那么所有的消费者都不得不支付更高的价格。

可比较价值原则（comparableworth）提出的是一种将主要由妇女从事的工作的薪金水平与主要由男子从事的工作的薪金水平平等化的政策，许多支持者认为应将其写入法律。这只有通过决定不同工作的实际价值并要求对同样实际价值的工作支付同样的薪金才能完成。如果禁止雇主将妇女排斥在其期望的工种之外，那么可比较价值就没有任何意义了。因为依据假设，如果一个卡车司机的薪金高于秘书的薪金，即使秘书的工作时间和受教育程度与司机的一样，市场必然会对供应不足的技能进行补偿，或抵消不舒服的工作条件，而不是依照即将消逝的陈规作出武断的区分。

如果使用可比较工作这一方法，那么就应考虑结果将是什么。如果现在提高妇女从事工作的薪金，那么可提供的工作量将会减少，因为雇主想要用现在更为廉价的其他投入替代之（如，用文字系统替代打字员），而且顾客也将用其他产品替代那些由于企业因可比较价值而提高薪金而价格上涨的产品。同时，男子由于为高薪金所吸引而开始竞争取得更多的这种工作。这样，在某

一与妇女志趣相投（因为任何原因）的工种中的妇女就业量就可能（为什么用可能？）会下降。有些被免职的妇女将在原为男子占有的职业中——如卡车驾驶——找到新的工作，也许顶替的正是去当秘书的男子的工作！但这些妇女在新的工作岗位上并不会比以前欣喜；然而，如果她想这么做的话，毕竟今天没有什么能阻止一个妇女成为一名卡车司机。最后，在可比较价值原则下，妇女对可用于男子传统工作的人力资本投入的积极性将会下降，因为这些工作的相对薪金已下降，所以职业的性别分离最终不会受到很大的影响。

3. 联邦法律严禁政府或私人雇主规定强制性的退休年龄。有些工种除外，如航空公司的飞行员和企业高层执行官员。经济学家自然对此感到纳闷：为什么政府要在私人雇主的决定过程中以年龄作为个别或总体（强制退休年龄）解雇的基础来进行干预。其答复是，年龄的运用是武断任意的，因为人们的年龄比率是不同的。即使这是正确的，但它并没有为政府对就业市场的干预提供适当的经济学理由。将如年龄这样的单一、很快可测定的特征作为就业决定的基础可使信息成本得到节约。有时一位更有能力的老工人可能会为一位能力较低的年轻工人所替代。但这并不是要雇主将年龄作为能力的代名词，因为这种替

代被滥用时就可能产生低效率。雇主的目的是将因为缺乏工人能力个体化估价而引起的次佳留置决定成本和作出这种估价成本的总量最小化。如果可以通过规定强制退休年龄而将这些成本总量最小化，那么雇主会规定一个强制退休年龄；否则，他就不会规定。这里不存在任何要求政府干预的外在性。

但也许将年龄歧视法看作是为了保护年老工人免受包括剥夺其企业特定人力资本在内的剥削会更恰当一些。假设年老工人在其早年以收取低于市场价格的薪金的形式为企业特定人力资本支付了代价，从而希望在其晚年以高于市场价格的薪金的形式收回其投入。雇主解雇他就使其收回投资的计划失败了。当然，如果（作为人力资本投资的结果）这个高工资的年老工人具有较高的生产率而比低工资的年轻工人对企业更有价值，那就不存在这个问题了。但在某一点以后，工人的生产率通常会随年龄的增长而下降，而他仍处于其投资回收阶段——他取得的薪金可能超过其现时的边际产量。当然，除非雇主受到名誉考虑或雇佣契约的制约，否则就会试图解雇他。第二，雇主可能已以保证诚实履约的方式返还了雇员的薪金。假设这是一种雇员可以开小差（或甚至偷雇主的東西）的工作，而发现的成本又很高。为了增加被发现或被开除的雇员的预期成本

（即，为了不提高 $P$ 而提高预期处罚成本 $PL$ ），雇主可能会将其报酬在雇员职业生涯结束时支付，如给予很高的养老金。（我们在此前的什么地方看到过这种方法呢？）一旦雇佣期满，雇主（又是另一方面出于名誉和契约的考虑）就会设法解雇雇员，只要这样做能使他摆脱延迟补偿的责任。

这种分析对年龄歧视法的保护将要设定的年龄有什么含义呢？雇员退休收入保障法（



## 第十二章 公用事业和公共运输业的管制

### 12.1 自然垄断

由于垄断是组织某一产业成本最低的途径而使之不可避免，这种情形在图12.1中得以描述。要注意的是，在平均成本曲线（AC）与需求曲线相交处，平均成本呈下降趋势。假设市场中有一个企业，它以C的平均成本生产q个单位的产品。很明显，当产量增至q'时才是有效率的，因为在那一点上需求曲线与边际成本曲线相交，需求和边际成本相等。为取得更高的产量，可采用两种途径：一是现存企业生产更多单位的产品

（从q至q'）；另一种途径是有新企业进入市场生产qe个单位的产品（等于q'减q）。在q'点上，现存企业的平均成本是C'，但新进入者不得不承受Ce的成本以生产qe个单位的产品，而Ce高于C'。由此，现存企业供给更多成本较低的单位产品不是因为它的成本曲线低于其他企业的意义上是更有效率的——现存企业和新进入者的成本情况在图12.1中是完全相同的——而是因为一个企业比一个以上的企业更能以较低的成本供给全部需求产量。这就是人们所知的自然垄断（natural monopoly）的条件。

当和需求有关的固定成本很大时，这一条件就产生了。如果能把这些成本分布到市场的全部产品上，那么供应这些产量的单一企业的平均生

产成本可能要比同样有效率的两个企业低，因为每一企业都将承受相同的固定成本，但两个企业生产同量产品时就只能将各自的固定成本分别加于一半产品之上。即使（像图12. 1所示那样）边际成本随产量增加而增加，这还是可能的。为了说明这一点，我们假设生产某些服务的固定成本为10美元，而边际成本如表12. 1所示（图12. 1就是从中得出的）增长。如果市场的产量是6或更少些，那么一个企业就比两个或两个以上企业更能以较低的总成本供给这些产品（例如，当产量是6时，如果只有一个企业生产，那么其总成本为31美元；如果有两个企业生产，每一企业生产3个单位，那么其总成本就将是32美元）。在此，效率要求只有一个企业在这一市场提供产品，除非需求是7或更多的单位。自然垄断的一个可能合理的例证是当地电力供应；由于长距离的输电成本而使市场范围受到限制，因为其固定成本（发电设施、城市电网等）是很高的。但如果一个市场小得几乎能使任何企业都因一些固定成本而拥有自然垄断权——例如一个小村庄中的杂货店——那么，只要产量很低，它们就可能控制它。

表

产量 固定成本 总成本（固定和可变成本） 边际成本 平均总成本  
6. 55. 35. 05. 05. 25.

45. 8自然垄断提出了三个已被看作是公共管制依据的问题。第一个问题是垄断定价

（monopoly pricing）。由于它这样做不必承担串通或公司收购（corporate acquisition）的法律和管理成本，所以供给自然垄断市场的企业都像其他企业一样会积极地通过限制其产品将其利润最大化，并且会利用其他更好的机会实现这一目标。在这种情况下，反托拉斯法是起不了什么作用的（为什么？）。

第二个（表面上看是矛盾的）问题是对无效率进入的鼓励，见图12. 2中的描述。垄断者以 $q$ 价格生产出 $q$ 数量的产品，这是由边际成本和边际收入的交点所决定的。由于新进入者能以低于市场价格（ $P$ ）的平均成本（ $C_e$ ）向市场供给一部分产品，所以他就会积极进入。当他这样做时，现存企业就必须降低价格或减少产量。如果减少产量，其生产的平均成本就会高于必要的成本。（如果降低价格，将会出现什么情况？）这是一个经济纯利趋于转化成成本的例证（参见1. 1、3. 2、9. 3），不是吗？

第三个问题是设计出一个有效的价格结构的困难性。在图12.1和图12.2的边际成本曲线和需求曲线相交处，企业的平均成本要高于其边际成本。换句话说，即生产最后一单位产品的成本要低于所有单位产品的平均成本。所以，如果企业

以其最后生产单位的成本（边际成本）出售其全部产品，那么其总收入就低于其总成本。但如果它由此而以平均成本出售其产品，那么即使它的生产成本大于在价格等于边际成本时生产原先产品的成本也会导致边际购买者转向其他替代品。边际购买者（marginal purchaser）将面临的是（社会性）虚假选择。

对于自然垄断问题，法律的回答是进行公用事业和公共运输业的政府管制。这种管制有三方面的要素：（1）利润控制（Profit control，受管制的企业的定价不能超过为弥补其成本所必需的水平，包括合理的投资资本收益）；（2）进入控制（entry control，如果不首先从管理机构处取得公共事业和必需品的营业执照，企业就不能提供受管理的服务）；（3）价格结构控制（control over price

structure，企业不得实施其价格歧视）。这三种控制与上述三个自然垄断问题有关，将在以下各节讨论；其关键的问题是这三种控制是否能解决这三个自然垄断问题。

## 12. 2 利润控制和合理收益问题

在这里，存在着一种公用事业管理机构力图限制受管制企业利润的方法。公用事业管理机构首先挑选一个近来有代表性的营业年份并计算出公司提供受管制服务的成本，而这些成本低于包

含长期债务利息的全部资本成本。这里包括的成本是公司测试年份的服务成本。然而，公用事业机构再将投资资本（长期债务加自有资本）的合理收益加在服务成本上。收益构成

（return component）是这样决定的：公司的比率基数（即公司用以提供被管制服务的资本资产价值的估计数）乘以公司的合理收益率。后者是一个长期利率和公用事业机构在考虑投资风险和可比企业股东应有的收益率之后所决定的股本持有人的收益率相加的加权平均数。当收益构成和服务成本相加时，就产生了公司的收益要求。基于企业服务的需求量将等于测试年份的需求量的假设，公司应向公用事业机构提供一份试图只是取得上述收益的费率报表。当这一报表被批准后，这些费率就是企业可能收取的最高费率。这些固定的费率往往既是最小数又是最大数。参见12.5。

相对而言，决定被测试年份的服务成本是较容易的，虽然有些垄断利润可能会被掩藏在像管理人员薪金及津贴这样的支出项目中。而测定收益构成却有着极大的困难。吸引法院和法学研究者的问题是，比率基数是应以企业资本资产的折旧原始成本还是以它们的重置成本

（replacement cost）来衡量。这一问题在通货膨胀期间是最富意义的，因为那时重置长期资本资

产的成本可能极大地超出资产的原始成本，所以运用重置成本可能使公用事业有权取得收益率更高的津贴，从而产生更高的费率。假设一企业用1万美元购置一台每年能生产1,000单位产品并且其使用寿命为20年的机器。其营业成本为每生产单位1美元，而用以购置机器的资本的年成本为5%。所以产品的平均成本为2美元。随着企业产品需求的增长，企业决定在第10个年头购买第二台机器，但那时的机器价格已上涨了。同样的机器要花1.5万美元，营业成本不变，而资本成本却已涨至6%。所以，第二台机器的平均生产成本为2.65美元。企业的产品价格应为多少呢：2美元、2.325美元还是2.65美元？

经济分析的答复是价格应为2.65美元，因为比此更低的价格可能会使企业作出不正确的投资决策。假设价格为2.33美元，那么对其产品估价高于2.33美元而又低于2.65美元的人们就将试图购买它。面对过度的需求，企业可能会购置第三台机器。然后当企业提高价格以支付那台机器的生产成本时（我们假设其成本也为2.65美元），它将失去许多新的顾客。这样，它所扩大的生产就过度了。

如果重置（当期）成本——而非原始成本——是正确的经济标准，那么为什么原始成本与重置成本的关系问题会如此有争议呢？这有三方

面的原因。第一，重置成本并非总是正确的经济标准。如果一个产业的主要资本资产（例如铁轨、机车、车站）由于对该产业产品需求的下降而不会被全部重置，那么基于重置成本的收费就会由于消费者的离去而妨碍对现有生产能力的全面利用。这就将一无所获，因为我们没有任何理由要求消费者承担并非被重置的重置资产的成本。这种情况下的适当标准是产业现存资产的机会成本；像在铁路例证中一样，如果其资产是高度专门化的（不可能再作为其他用途的替代），那么其成本就可能比重置那些资产的成本低得多（参见10.6、12.4）。第二，在原始成本低于重置成本的情况下，用重置成本决定企业的收益要求将会使企业的收益超出其帐簿所表明的成本，从而使企业的股东取得明显的意外收益。但这意外收益可能是一种由通货膨胀所产生的假象。而且这种意外收益在任何情况下会由于企业中股东和债权人在其他产业的损失而得以平衡，例如铁路这样的产业，其专门化资源的价值会由于对该产业产量需求的下降并非上升而骤然下跌。根据这种推论，也就不存在意外收益了。

第三，在使经济现实模糊化的形式中产生了当期成本（current cost）与重置成本相对的法律问题。对政府征用之公平赔偿的宪法保障已被看作是授权公共事业的股东对其投资取得“公正合

理”的收益。有两个问题与以下的定论有关：运用原始成本来决定公用事业的最高收费是否会妨碍股东们取得公正合理的收益。第一个问题是，股东投资时是否注意到将被运用的这一标准？如果他们知道了公用事业管理机构使用的是原始成本标准，那么他们就不可能承受被征用的负担了；由此可知，即使有这方面的情况，他们对受管制企业的投资仍比他们可选择的投资机会更有吸引力，否则他们就不会作出这样的投资了。如果他们依公用事业管理机构会使用重置成本标准这一合理假定而进行投资，那么征用的争议就会更令人信服。

第二个问题是，由于使用重置成本标准而对股东产生的额外收益是否在公平赔偿保证的范围内。这可能有赖于它们是否被描述成为意外收益。对这两个问题中任何一个的探究都会转移我们对原始成本标准的经济合理性这一问题的注意力。

决定受管制企业收益要求中的收益构成时，另一个主要困难涉及自有资本成本的测定。但我们想将这一问题放在资本市场理论一章中去考虑（参见15.4）。

12.3源自试图限制受管制企业利润的一些其他问题

使用以往成本（past



cost) 而非当期成本是很成问题的。如果成本自测试年来已有所上升, 那么这一费率就会使企业无法弥补企业的当期成本, 并且企业也可能无法提出提价申请而予以弥补。如果成本已下降, 那么当期费率就会过高。如果需求上升, 那么费率又可能过高, 因为它们是以收益要求除以测试年份产量而计算出来的; 而如果企业在平均成本下降的范围内运行, 那么产量越高平均成本就会越低。还要注意的, 由使用测试年份成本引起的滞后会给受管制企业造成进行欺诈的机会: 通过降低其产出的质量, 企业可以将其现行成本降至测试年份成本以下, 从而增加其利润。

原始成本和服务测试年份概念的流行证明了费率管制 (rate regulation) 中经济理论和可行性的内部冲突。这两种方法都有利于使用公司自己的帐簿作为确定费率过程的基本信息来源, 同时也都使费率严重地偏离了有效率的定价。

在通货膨胀率很低而实际投入价格稳定不变或下降的情况下, 公用事业的管制好像对价格水平或利润几乎没有任何作用, 这就表明它作为一种控制垄断的制度是失败的。当通货膨胀率激增时, 只要管制滞后严重地对企业不利, 那么其利润就可能比竞争水平的利润低得多, 这就表明了是制止过当, 而且限制价格和利润的管制试图中的错误并没有得到消除。如果价格太高, 消费者

就会去购置事实上社会要花更大成本才能生产的替代品。如果价格太低，消费者就会远离事实上社会花更少成本就能生产的替代品，这些都是对资源的浪费。

公用事业管制有着一些令人感兴趣的副作用。

1. 如果它成功地达到了将公用事业定价置于成本-附加额（cost-plus）的基础上的形式目标，那么企业就不会努力将成本最小化（进一步的论述参见14.14）。对没有将其成本最小化的垄断者的惩罚是它的利润变低，而公共事业管制的趋势是减轻了这种惩罚。管制滞后可能会制止这种趋势，但却表明了官僚主义的拖沓倒是一种难得的好运气。

2. 管制机构在控制受管制企业成本方面的成功度难免会是不平衡的。由于管制机构监控薪金要比监控津贴更容易，所以被管制企业的管理部门就可能用后者代替前者。如果一定量的津贴对接受者来说不如给他现金有价值，那么这种替代就降低了价值。（这一分析是如何受到许多津贴的免税性影响的呢？）

3. 同样，如果自有资本成本并不像人工成本那样得到有效的限制——一个看来合理的假设是估价自有资本成本的困难性——那么受管制企业就会在生产中使用过多的资本而使用相对较少

的劳动力。例如，它可能会采用第10章中提及的掠夺性定价形式，这就包括了建造一座大于企业需要的厂房。企业在此知道，一旦其厂房建成，资本成本就成了固定成本，当法院要决定工厂产量价格是否低于其成本时就可能将这成本排除出去。即使企业永远不会在威慑和逐出竞争企业方面取得成功，但只要管制机构允许它补偿其成本——和依其垄断利润的资本成本——那么它总会在这行业的竞争中领先取胜。由此，运用这类掠夺性定价的企业成本很低。

受管制企业用资本替代劳动力的激励可以极好地解释铁路问题：铁路公司不愿进行短距离运输。假设X铁路公司有A点到C点的铁路线，其距离为800英里，另一条铁路线从A点到B点，其距离为400英里；而Y铁路公司有从B点到C点的铁路线，其距离只有200英里，所以如果不是在X铁路公司的单独较长线路上行驶而是通过B而从A到C（X和Y铁路公司联合提供服务），那么这将是更快和更便宜的。X铁路公司是A地唯一的一家铁路公司并控制着道路的选择。在没有管制的情况下，X铁路公司会选择更有效率的A—B—C路线，即使这意味着“缩短运程”。X铁路公司无论走什么路线都会从运输中取得其全部垄断利润，而当它与Y铁路公司一起提供联合服务时这些利润是最大的，因为较短的行程减低了服务的总成

本并加快了货物达到托运人的速度（从而提高了价值）。但在费率管制的情况下，这种情形就不同了。由于缩短自己的运程，X铁路公司会减少其资本成本从而无法为很高的运价提供合理的依据。如果资本成本不完全被管制，那么X铁路公司就可能偏好更多地使用其自身资本的效率较低的路线。

4. 如果企业有一些不受管制的分支机构，并且它可以将其受管制服务的一些利润转向它们，那么公用事业管制机构就更难于控制企业的利润；从而管制也就产生了企业向其他市场扩展的激励，即使这种扩展是无效率的。这可能可以通过禁止受管制企业在非管制市场营业而得以防止，但这样的禁止却可能妨碍有效率的一体化。

如果一个公用事业公司的资本计划被毫无预料地取消了，这又会如何呢？例如，管制者可能会出于安全的考虑而强制关闭部分完工的核电厂。应该允许该公用事业公司将对该工厂的投资（我们假设作出这一投资的决定是谨慎的）包括到费率基数中去，从而将关闭工厂的成本转嫁到交费人的身上吗？或者是否应禁止这样做而由股东承担此成本呢？这一答案将取决于公用事业管制在其依成本-附加额进行公用事业定价这一形式目标方面取得成功的程度。如果它取得了全面的成功，交费人得益于预期成本的下降，所以（为

什么会“所以”)如果公用事业的投资是谨慎的,交费人就应承担任何预期成本的增长。因为,依据上述假设,真正的企业家——即风险承担者——是消费者而非生产者。但如果由于管制滞后或其他因素使公用事业能保留其意外收益,那它也应该承担意外损失吗?问题是:如果管制在缩减公用事业费率中的利润方面既不是全面有效又不是全面无效,而是部分有效,这又怎么办呢?又应该如何处理意外损失呢?

## 12.4 激励管制

管制滞后(regulatory

lag)是一种报偿有效率的受管制垄断者并惩罚无效率的受管制垄断者的有缺陷的方法。受管制企业的成本可能由于与其效率不相关的原因——如通货膨胀或主要投入的价格上涨——而呈上升趋势;也可能由于与其效率不相关的原因——如能使其进一步扩大固定成本的需求上升——而呈下降趋势。管制滞后在第一种情况下带来了意外损失,而在第二种情况下产生了意外收益。

使被准许的利润水平与企业业绩更为贴近的一种途径就是允许费率基于一产业范围的成本指数变化而变化。假设有20家公用电力公司在不同的地区提供服务,但其规模和营业情况是相当的,而且在某一阶段内这些公司的平均千瓦成本上升了1美分。依据指数方法,每一企业都应该

被允许在下一阶段将费率提高（不多于）1美分。那些在前阶段的业绩就高于平均水平的公司就会由此而获取额外利润，而业绩低于平均水平的公司就会受到惩罚。

这种方法会促进在短期内以较低成本获取超竞争利润的企业的竞争。在长期内，由于更有效率的企业会扩大生产以缩小边际成本和市场价格的差异，所以价格会下降，而且企业为了继续取得超竞争利润将不得不寻求减少成本的新途径。同样，依据指数方法，公用事业公司用较优的成本控制来降低平均数的努力将会使平均数下降（直接地或不断地引导低于平均数的履行者改变其管理）。从而就导致了继续降低成本的不懈压力。

这种方法有别于在70年代燃料价格暴涨时盛行的燃料投入成本自动转化（automatic pass-through）。只要燃料价格的上升增加了1美元的服务成本，那么这一转化就允许受管制企业将价格提高1美元（并不要求通过形式上的费率批准手续）。这种对燃料使用的经济化、谈判更合理的价格和使用更便宜的燃料等等的激励都是不适当的。

到目前为止，我们已明显地看到，要使受管制垄断者在不允许其获取垄断利润的情况下有效率地履行其义务会存在一些极其困难、也许是不

可解决的问题。从功能角度看，这是一个可分所有权问题：受管制企业资产的财产权实际上是在受管制企业和公用事业管理机构之间分割的。像可分所有权问题在普通法调整领域是一个经常发生的问题一样。也许对公用事业的管制也存在着一种普通法替代的选择。我们将在下一章中探究这种可能性，并全面地比较普通法和直接管制方法的优劣（参见13.7）。

## 12.5 费率结构和市场进入的管制

将利润控制和进入管制结合起来，乍看起来好像是很奇怪的。无效率进入的危险是由垄断定价产生的。如果垄断定价被消除了，那么这种危险也就消失了——只有当新进入者的成本低于垄断者的成本时，他才能在垄断者市场中站稳脚跟。基于控制受管制垄断者综合价格水平的成熟意识的进入管制不是徒劳无益的，就是——也许更有理的——它全然有着不同的目的。目的之一可能是支持公用事业和公共运输业管制的第三种主要方法——即控制企业收入的规定如何转变成特定价格的费率结构。

对于前面提出的当边际成本低于平均成本时的服务最适当定价问题，这里不存在完全满意的答案。鉴于前面已讨论过的理由，以平均成本定价并非是令人满意的。最好的办法通常被认为是企业以（短期）边际成本出售其服务，同时由政

府以总税收来弥补企业无能力补偿其总成本所造成的赤字。但这种方法有两个严重的弊端。第一，由于它提高了经济体中其他领域的税率；所以会产生同样它试图解决的配置扭曲

（allocativedistortion）问题（参见12. 7）。第二，它鼓励消费者使用平均成本递减条件下生产的服务以替代在平均成本递增条件下生产的服务，即使提供前者的服务更为昂贵。

假设建筑和经营一座日行1, 000辆汽车的桥梁并不比一座日行900辆汽车的桥梁耗费的成本更高。估计每日通行需求为950辆汽车。桥梁的年折旧和年营业成本为100万美元。只要通行车辆少于1, 000辆，那么边际成本（每增加一辆车的通行给桥梁产量增加带来的成本）将是零。但假设同样数量的汽车可以每年10万美元的总成本用轮渡（以同样的速度）载过河，但其边际成本将是5美元。如果政府出资建桥并依边际成本收取桥梁通行费（即不收通行费），那么就不会有轮渡服务的需求。当然，如果政府通盘考虑并能抵住消费者的压力，那么它就不会建造这座桥梁，因为它知道有一种社会成本更低的方法可以提供同样的服务。但政府并没有通盘考虑，也不可能是顾全大局的。而且如果桥梁在渡运可行之前就已建成并在不久后又提出了要否用渡运替代桥梁的问题，那么政府就会处在已习惯于免费桥



梁服务的人们的巨大压力之下。（拥挤问题如何呢？）

替代边际成本定价的一种可供选择的方法是两部分定价（two-part pricing）。我们可以要求桥梁的使用者支付：（1）最初必须一次性支付的费用，这种支付的总量是用以补偿桥梁的固定成本的；（2）相当于边际成本的通行费，它要在每次通过桥梁时支付。这种定价方法既能使桥梁的固定成本得到补偿又能实现边际购买，但不幸的是它不能使边际购买者——即愿意支付其使用桥梁的边际成本但没有支付其相应固定成本份额的购买者——取得服务。假设一次性收费是10美元，而通行费（等于边际成本）是2美分（不像我们前面的例子那样是零）。边际购买者可能愿意支付1美元的一次性收费而不愿多交，因为他并不打算经常使用桥梁。如果他的要求被拒绝，那么桥梁公司将遭受损失，因为他已愿意对公司的固定成本承担一些费用；当然，他也遭受了损失。

另一种选择是拉姆赛定价（Ramsey Pricing），这种定价形式原来意味着向需求弹性较低的购买者收取较高的价格。与上述的两部分定价——每一购买者支付的平均价格随其购买量上升而下降——相反，这种拉姆赛定价形式对每一购买者自身是统一的，但在购买者之

间是有差异的——弹性较低的需求者支付较多，而弹性较高的需求者支付较少。如果人们忽略难以对付的——由努力衡量弹性和防止套利而引起——信息成本，那么以下就是拉姆赛定价的最佳形式。像两部分定价一样，每一购买者都要支付进入费以补偿固定成本，但这种费用是与购买者需求弹性成反比的——而且在事实上边际购买者并没有支付进入费。在进入费之外，每个购买者必须依其购买的每一单位产品支付边际成本。假定信息是完全的，那么产量就会达到边际成本曲线与需求曲线的相交点，即使受管制企业不承担赤字或不对不使用受管制公用事业的人征税也仍是这样。

两部分定价和拉姆赛定价类似于价格歧视，但也必须将它们同价格歧视区别开来（参见9.4）。（刚才描述的最佳拉姆赛定价类似于完全价格歧视。）在价格歧视情况下，价格也随支付意愿以同样的方向变化（即，顾客的需求弹性越低收价越高）。有时这种类似是不可思议的，如在油印机垄断者要求其机器的用户从他的地方购买油墨的情况下。购买和租赁机器的价格与两部分定价制度中的固定收费相当；而油墨价格是可变收费，而且用户用得越多这种费用就越高。但当价格歧视的目的不是为了使固定成本能以允许边际购买者得到服务的形式得到补偿而是为了使

超过成本的收入额最大化时，我们就能预计价格歧视下的平均成本要比两部分定价下的平均成本高，而且产量却可能较之为更低（为什么是可能？）。

但像普通价格歧视一样，两部分（和拉姆赛）定价也可能扭曲购买者之间的竞争。即使每一购买者缴纳相同份额固定成本，但购买者之间的平均价格将依购买量而变化（购买量越大，平均成本就越低），尽管不同购买者的服务成本没有任何差异。如果他们处于竞争状态，那么人们就会拥有与次优效率无关的竞争优势——虽然他们是竞争者的事实会限制价格差异（为什么？）。

在存在已测定需求弹性很久之前，公用事业和公共运输业定价有时就近似于拉姆赛定价。一个例证是卡车出现之前铁路行业的服务定价。基本平均成本的铁路运费大致与运输货物重量成正比；而基于拉姆赛原则的铁路运输在某些条件下将与运输货物的价值成正比。假设在同样时间和距离内运输两件货物中每一件的成本都是1美元，而铁路要设法计算出如何才能补偿其3美元的固定成本而又使产量最大化。一种货物

（煤）的价值是10美元，而另一种货物（钢）的价值是100美元。如果铁路公司向托运人收取同样的价格，即2.5美元（将固定成本在两托运人

间平摊），那么煤的托运人就会将之看作对其货物征收了25%的运价并将到处寻求可替代的运输方式。如果铁路公司只向煤的托运人收价1美元，而向铜的托运人收价4美元，那么对前者的收价将降至其货物价值的10%，而后者仍只有4%。

这假定铜的托运人没有更合适的可供替代的运输手段——而只有在卡车出现前的铁路运输早期才是这样的。受益于服务价值定价（value-of-a-service pricing）的托运人——其货物重量大、价值低的托运人——自然会反对反映铁路运输需求弹性变化的费率调整。与铁路运输竞争的其他运输行业也反对这样的调整，其明确理由是可能仍然给管理委员会带来重大影响的私利，这与政治压力有关。

最高法院的铸模判决为分配不当提供了一个例子。在这判决中，最高法院支持州际商务委员会的裁定，禁止铁路将价格降至平均成本之下而从驳船班轮处争得业务。初看起来，铁路和驳船间的竞争好像与我们前面的桥梁-轮渡例子一样。与桥梁一样，铁路的固定成本（道路通行权、铁轨、全部车辆等）高而边际成本低；而像轮渡一样，驳船的固定成本低而边际成本高。但这并不是要求铁路公司运用平均成本定价的理由（除非对购买者市场竞争扭曲的关注被看作是压倒一切

的)；它只是一种要求铁路公司运用拉姆赛定价而非边际成本定价的理由，从而导致企业需求弹性很高的竞争市场的低费率（我们在第10章中知道之一点）。

事实上存在着一个允许铁路公司收取更低价格——相等于边际成本——的强有力的例证。我们可以回想一下桥梁的例子。对使用者依此役有支付桥梁固定成本的定价制度的关心是其发出了关于资源有效率配置的虚假信号。当行人使用桥梁而不使用轮渡时，它就设想建轮渡的资源应该用于建桥梁，但人们偏好桥梁决不是因为它真正便宜而只是因他们没有支付桥梁的成本，虚假信号问题对铁路不是很重要的。铁路只是一种夕阳产业，所以将有些业务从驳船班轮流向铁路不会导致在经济上不合理的铁路业扩张；它只会保证铁路资产的效用最大化。

对偏离平均成本定价的管制性怀疑可能是由于对掠夺性定价的担忧所引起的，这种担忧在非管制市场比在受管制市场具有更大的危险性（参见12.3），而且事实上在任何情况下这样的偏离常常是由竞争的威胁和实际存在所触发的——而且无论是否是掠夺性定价，都将由此由竞争者和收费被提高的消费者进行抗议。我们来解释一下，如果一个受管制企业为两个市场提供服务并且在任何一个市场都不面临竞争，而且两个市场

中对其服务的需求量和需求弹性都是相同的，在两个市场中向顾客提供服务的边际成本也是一样的，那么只有在每一市场收取同样的价格才能使产量最大化（而又没有赤字）。这一价格将等于企业的平均总成本（即固定成本加可变成本）；从而固定成本将在两个市场之间平分。假设在其中的一个市场中出现了一个竞争者。竞争将使受管制企业面临的需求弹性上升。虽然它看起来是差别对待的、但受管制企业的有效反应仍是降低竞争市场的价格并提高垄断市场的价格。如果假设该企业的固定成本为100美元，其边际成本

（等于平均可变成本，因为我假设那时的边际成本是不变的）为2美元，而每一市场的需求单位为50（总计100），这样两个市场的总成本就为300美元（100美元的固定成本加200美元的可变成本）。所以，在新进入者出现之前，平均每单位的“竞争”价格将是3美元。如果新进入者的固定成本只有40美元，而边际成本为20美元，所以就可以推测他能够通过收取略低于3美元的价格而将市场从现存企业处夺过来，而即使3美元的价格他仍能获取大量的利润。而现存的企业可以将该市场的价格降至2美元和将另一垄断市场的价格在新进入者离开前升至4美元以保持这一市场，而新进入者最终是要离开市场的（为什么？）。其结果是将所有的固定成本都转嫁到了

垄断市场的顾客身上。这看起来对顾客和对新进入者都是不公平的。但如果强制受管制企业在竞争市场中维持3美元的价格，那么它将失去那一市场，所以为了留在这一市场它就不得不将其垄断市场的价格提至4美元。这样，在两个市场提供服务的社会总成本将由300美元升至340美元（即加上新进入者的固定成本量）。

在我们假设受管制企业有固定成本时，我们没有必要推测其为自然垄断或甚至（像许多例证被很自然地认为在暗示的那样）固定成本是总成本的重要部分。因为，我们必须区分共同成本和（实际）固定成本。当一个企业在一个以上的市场从事销售活动并承担两个市场共同的成本时，如公司的一般管理费用和（同一产品在不同地理市场销售时的）全国性广告费用，就每一个市场而言，由于它们并不随该市场的销售量变化而变化，所以这些成本就是固定成本。经济学家关于包含共同成本的定价的标准例证与自然垄断（表明很高的固定成本）没有关系；销售同一动物身上的牛皮和牛肉并不是一个高明的例证。两种产品的主要成本是其共同成本，两种产量的共同产量是通过与需求弹性相反地分配共同成本的价格而促成最大化的，因为那时降低需求的成本效应（转变成价格）被最小化了。对其中某一种产品的需求变得弹性系数较高的原因可能是，（在我

们的例证中)该产品市场的竞争更为激烈。

## 12. 6收费电视

桥梁一轮渡问题的一个有意义的变异是由是否应允许收费电视存在的争论所提出的,这一问题已在赞成这一服务的人们的极大努力下得到了解决,但还伴有少量遗留的限制。反对收费电视的经济理由是,由于一旦发射台开始运行,对另一收视者而言,播放边际成本就是零,所以收视者应该能以零的价格购买电视节目,就像现在的电视(对收视者)免费制度。但当边际成本是零时,以边际成本定价的企业资金来源就成了一个严重的问题。电视行业的传统解决办法是向广告主(advertiser)而不是向收视者出售电视节目时间。初看起来这好像是个理想的解决方法,因为它能在既没有政府资助又不偏离边际成本定价的情况下使播放成本得到补偿。但由于作为广告和促销媒体的电视具有相当合适的替代品,而且由于收视者对广告产品的需求和他从电视节目中得到的愉悦是无关的,所以广告主所支付的广告费不会高于每个收视者为电视时间支付几美分的总量。除非能够将数以千万计的观众聚集起来,否则这就不可能补偿昂贵的节目成本。如果一个歌剧在全国范围内只吸引了100万观众而将耗资40万美元,那么广告主就不会资助它播放,因为那时每一收视者只要对此支付40美分,而广告又能



以其他手段花更低的成本获取顾客。而100万收视者可能又愿意每人支付40美分来观看这一歌剧。这样，如果没有收费电视，收视者们就不得不以其他不太具有吸引力或更花钱的娱乐活动替代之。

### 12.7 依靠管制征税（内部补助和交叉补助）

在铸模案中，无效率的费率结构补助了一批竞争者。在其他情况下，这种费率结构补助了特定阶层的顾客。有时受管制企业提供的服务的价格实际上是低于边际成本的；美国铁路公司

（Amtrak）之前的市际铁路客运服务就是这样的。但即使价格高于边际成本，从效率角度来看仍可能是过低的。假设一企业的固定成本为500美元而（不变）边际成本为1美元，而且如果它以平均总成本定价，那么它就能以每单位1.5美元的价格销售1,000个单位产品；而如果它运用两部分制度定价，那么由于依之每顾客将支付10美元固定成本但只以1美元的单价购买他们需要的产品单位量而使它能销售2,000个单位产品。两部分定价制度有利于购买大量产品的人，例如100个单位产品的购买者的平均价格是1.10美元，而依平均成本定价制度他就可能支付1.50美元的单价。但购买一单位产品的人却遭受了损失，他支付了11美元而非1.50美元的单价。依据平均成本制度，他将有利得多，尽管由于这种制

度使愿意支付1至1.49美元单价的顾客用生产它的社会成本高于1美元的产品替代之而可能显得无效率。铁路行业再次包含了这种无效率定价的形式。由于在激烈的卡车竞争时期仍坚持服务价值定价制度，所以农业产品长期以来支付的运价低于其应支付的适当（根据其需求程度）固定成本份额。结果增加了对其他商品的固定成本摊派，如制造业的商品，而由于现在已有了这种产品的适当替代运输工具，所以其托运人已在很大程度上放弃了铁路运输。换句话说，坚持服务价值定价（

在以上两个例子中——低于边际成本定价和没有将固定成本集中加于愿支付它们的顾客身上——有一批顾客在实际上缴纳了税款以补助另一批受益的顾客。这种征税类比提出了由定价方案所引起的收入转移的基本公共性质。除了掠夺性削价的稀少例子，一个非管制企业绝对不会在边际成本之下销售产品。如果铁路公司放弃客运服务不需州际商务委员会许可，那么它在美国铁路公司设立的很久之前就会这样做。如果受管制企业能以拉姆赛定价制度的一些变异方法来增加其利润，那么它也决不会运用平均成本定价。

内部补助很容易被责难为是无效率的，因为它产生的结果正是我们讨论错误的利润控制结果时所认定的无效率替代状态。但如果我们暂且假

定内部补助的目的是值得欣赏并随后询问有什么可选择的方法可提供这种补助，那么我们将会明白所谓对这种内部补助的责备只是肤浅的。例如，如果补助的款项由增加联邦税率而取得，那么这将与内部补助在同样意义上是无效率的，因为正如内部补助一样，它通过人为地降低价格而使产品的价值好像高于其实际价值。所以所得税促成了悠闲，而如家庭妇女的估算收益这样的非金钱收入却由于向其替代职业征税而显得比其应有的价值更高（参见17. 1、17.6）。

但是，内部补助可能是一种不必要的无效率征税方法。由于要求受管制企业维持在有些城市的高价格成本以补偿其他市场的补助性服务成本，它鼓励了无效率的进入。假设受管制企业在高价格市场的平均成本是2美元而其价格是3美元——不是由于其利润没有被管制机构所有效控制而是由于它不得不在另一市场以1美元的价格出售同样是2美元的服务。一个可以用2. 5美元成本向高价格市场提供服务的企业就会积极进入那一市场。为了防止由这种进入〔贴切地被称作“贪图他人利益（creamskimming）”〕引起的资源浪费和补助计划的崩溃，管制机构就必须实施进入控制。如果不是为了内部补助，这些控制是不必要的——但如果不废除内部补助，那么我们就可以通过明确向高价格服务征收用以支持低价

格服务的货物税而替代之，并由此消除这些控制。除了每一进入高价格市场的企业都要缴纳货物税外，进入已不再需要受管制了。这就会消除我们上面例子中的新进入者的无效率优势了。

内部补助在需要对进入进行管制性控制的同时，也要对退出进行管制性控制；否则，受管制企业会完全放弃那些管制机构要求它以无利可图的费率提供的服务。如果顾客不愿支付能补偿其服务成本的价格，那么在非管制市场中的企业就会放弃提供这种服务。（一个非管制垄断者会将其产量限制到放弃全部市场的程度吗？）对铁路行业而言，已是极度痛苦的放弃市场的活动只有在以下假设中才是可解释的：铁路被迫以低于铁路机会成本的费率向许多托运人提供服务。

放弃（abandonment）问题的近因是传统的对个人歧视（同样的服务对不同的人收取不同的价格——服务的需求、供应和市场都相同）的管制性禁止。而这正是有效的依靠管制征税的方法。由于高使用率设施的用户比低使用率设施的用户成本低，所以对取得同样服务的前者应收取较低的价格，但反对个人歧视的规则却禁止这样做。假设有两条同样长途的铁路，它们运载同量的货物，而且维护它们的成本也相同（为什么我们忽略了其修建成本？）。但一条铁路有10个托运人而另一条铁路却只有1个托运人。如果为了避免

个人歧视而强迫铁路对11个托运人收取同样的价格，那么低使用率铁路上的托运人支付的运费只是两条铁路的总成本的很小一部分，而如果铁路停止为他服务，那么一条铁路线的成本是能够避免的。现在，法律已允许铁路公司对低使用率路线的用户收取附加费用。允许这种附加收费减少了交叉补助（cross-subsidization）量——但也减轻了允许放弃市场的压力。

我们很难在经验研究上将内部补助与有效率的定价区别开来，尤其是在像电话这样的网络性公用事业中更是这样。在电话公用事业中，用户越多就越有价值（如果电话网中只有一家用户，那它就没有任何价值）。由此，新用户的增加将对现存用户带来好处。为了使用户达到恰当的数量，就应对现存用户收价高些而对新用户收价低些——也许会低于边际成本。但如果电话公司这么做，那么由于它没有向远离最近的当地电话局的用户收取加价，所以它看起来正在用从其他用户处取得的收益补助那些用户。低成本市场对贪图他人利益者有吸引力，而他将搭乘电话公共事业的便车。对这种贪图他人利益的反对看起来像是内部补助的理由，但实际上它是为一种有效率的定价制度——即允许外在收益内部化的定价制度——进行辩护。

内部补助对电话行业中的以很高的长途电话

费率收入来补贴价格很低的市内电话服务是很重要的。长途电话的高费率吸引了新进入者进入长途电话市场，从而使在该市场中的美国电话电报公司的费率下降；并且随着美国电话电报公司长途电话营业和市内电话营业的分离，内在补助在任何情况下都不可能了。由于这种分离，长途电话费率已下跌而市内电话费率已上涨。这种解除管制的分配效果如何呢？穷人由于不得不支付更高的基本电话服务费而受到损害。虽然他们不常使用长途电话服务从而不会直接得益于较低的长途电话费率，但他们间接地受益于使用长途电话服务的企业所生产的产品价格的下跌。然而，他们几乎不会得益于有别于商务用户的个人付款长途电话更低的费率。

### 12.8 过度竞争

公用事业和公共运输业管制的传统理论基础是自然垄断的存在，这一理论基础还经常和并非不适当地用过度竞争（*excessive competition*）一词表达。自然垄断和过度竞争之间的联系是双重的。第一，自然垄断者通过无竞争的市场收取远远高于边际成本的价格以补偿其固定成本，这种努力可能会使那些市场吸引那些其边际成本实际上超过自然垄断者的边际成本的竞争者进入；随后发生的竞争在社会意义上就是过度的。

第二，如果企业在以下意义上具有自然垄断

性质：它的固定成本在总成本中占有很高的比率，那么这一市场就仍还存在一个以上这种企业的空间，这儿的竞争也就比其他市场更具风险。因为一个固定成本比例很大的企业在它遭到商业灾难时比其他固定成本比例不高的企业更可能破产。依据定义，固定成本不可能被消减以缓解企业产品意外需求下降所造成的经济影响（有关更深入的讨论，参见14. 2、15. 2）。

然而，所有这些并没有说明为什么公用事业和公共运输业管制经常出现在不具自然垄断性的市场中，它们包括了卡车运输、航空运输（直到近来才放松对航空运输产业的管制）和天然气生产，而且这些市场能够并且确实有效率地为一个以上的卖方提供空间。对竞争市场和垄断市场要进行同样的管制性控制的理由是：如果没有限制降价和新进入的管制，市场就可能产生过度竞争而造成破产和服务恶化的结局。但当自然竞争市场中的商人抱怨过度竞争时，他们通常要表明的是：如果他们的价格会高于其平均成本，那么他们就会感到高兴。

竞争市场中公用事业管制的古怪例子并不比联邦能源管理委员会（前称为联邦电力委员会）对天然气进行管制的例子多。这一委员会是为管制州际电力和天然气买卖而在30年代建立的。电力买卖和用管道输送的天然气买卖都是递减平均

成本的市场中的合理例证，但最高法院在50年代认为委员会的受委托管制权应扩展至天然气由生产者向（州际）管道的销售和管道天然气的转卖。不仅天然气生产具有自然竞争性，而且计算其生产成本是极端困难的。许多天然气是连同石油一起被开采出来的，从而造成了共同成本的分配问题（牛肉——牛皮问题）。像天然气这样的矿产资源的重要而又看不见的成本就是放弃其未来使用机会。如果这种资源将被耗尽并使矿藏在未来变得更为珍贵，或如果由于替代品将很快被耗尽而使未来价格高于现行价格（其比例高于利息率——为什么是很重要？），现在开采的机会成本就会超出直接开采成本。如果对那种机会成本忽略不计，那么价格会过低而且资源会被很快开采完。

面对这些问题，委员会还始终如一地低估天然气的成本并由此将价格压至市场水平之下，从而使生产者无心生产而消费者却以天然气替代价格更接近实际成本的非管制产品（如石油）。其结果是天然气的长期短缺，从而造成了这样的荒唐行为：以高出天然气产业不受管制情况下市场价格许多的价格水平从阿尔及利亚进口冷冻天然气。细心的读者会注意到这与第5章中讨论的收养市场的类似之处。

委员会为缓解这一问题想做的一件事是允许



新开油气井的天然气价格高于老油气井的天然气价格。这一做法的想法是，新井天然气的较高价格会引起更多的钻探工作，而老井天然气的较高价格会使油气井的意外收益完全为所有者占有。问题是，如果以新老油井的平均价计价，消费者仍然会遇到虚假选择（像在12.2中一样）。假设等于其边际成本的新油气井天然气价格为每标准单位1美元，而老油气井天然气价格却为每标准单位50美分，而且两者产品质量相等，那么其平均价格就是每标准单位75美分。由于大量销售是新老井天然气混合的，所以大多数购买者将支付75美分价格。所以，如果对消费者具有相同供热价值的非管制石油的生产成本为85美分，那么消费者就认为天然气是便宜的。但事实并非如此，而且天然气更为昂贵。因为任何需求的增长将必须要由天然气产量的增长来满足，而这只有通过钻探新油气井才能得到解决。但其成本却是每生产一标准单位天然气需要1美元。

### 12.9对管制的需求

被看作是控制利润的一种方法的公用事业管制在以下方面可能使人们怀疑，公用事业管制的实际目的是否是为了对经济学家所关注的非管制自然垄断的低效率结果作出反应；它好像是为了故意维持一种无效率的费率结构，而且这种管制经常被用于自然竞争行业也用来阻止有些（但不

完全具有)自然垄断性质的产业(如铁路)中的竞争。也许管制更像一种只有政府才能提供的产品,它是为强有力的政治集团所需要的,并且也是为它们提供的产品。基于这种观点,我们就不可能假定管制总是以有效率的受管制服务供给来保护普通消费者的利益。特别的消费者可能会要求取得一种虽在总体上无效率但他们从此得到的收益却高于他们与普通消费者共同负担的成本的费率结构。竞争产业的成员可能受益于公用事业管制,这是因为最低价格管制比私人协议在更大程度上为有成效的卡特尔定价提供了保障——当卡特尔不受反托拉斯法制约时——而且对进入的管制性控制为卡特尔的成功减少了一项主要的威胁:新卖方的进入是为了取得垄断利润。特别利益消费者团体(如某些商品的托运人)和产业成员的联合(coalition)可能会特别有效地操纵管制过程。

但这里还存在着一个潜在的反论。我们在第2篇中将普通法解释成一种(在总体上)旨在促进效率的制度。在此,我们用经济分析的方法驳斥了作为法律的另一分支的公用事业管制也以同样的态度坚韧地追求效率的观点并在实际上指出了它所追求的目标的互相冲突性。我们将在第19章中努力解释这一争论(下一章中将进一步阐明有关资料)。

## 第十三章 管制和普通法之间的选择

### 13. 1 适度管制

垄断、污染、诈欺、错误、管理不当和市场中其他的不幸副产品，在传统上都被看作市场自我管制机制的失灵（failure of the market's self-regulatory mechanism），从而人们认为有必要对此进行公共管制（Public regulation）。但这种观察问题的方法是会将人引入歧途的。这种失灵通常是一种市场和普通法规定的市场规则的失灵。例如，如果像公害法和非法侵入法这样的普通法救济手段是使污染成本最小化的有效率的方法，那么污染就不会被看作是一个严重的问题了。选择仅仅是在自由市场和公共管制之间进行的。这是公共控制的两种方法——私人实施权利的普通法制度（the common law system of privately enforced right）和直接公共控制的行政制度（the administrative system of direct public control）——间的选择，而且这种选择应在具体情况下依其优劣而定。

普通法（除刑法以外）管理方法的基本（和相关）特征有两个：（1）这种方法对政府官员（法官和法院其他工作人员）的依赖程度最小，而主要依据公民自己——受害人及其律师；

（2）守法的激励产生于这样的威慑：如果加害人违反规则，他必须对受害人实施损害赔偿。直

接或行政的管制则恰恰相反，它对政府官员（公共管理机构的职员）的依赖极大，而且首先是竭力防止侵害的发生而不是对受害人实施损害赔偿。依据有关公害的普通法，污染者可能要被提起诉讼而向污染受害人支付损害赔偿；而依据联邦空气清洁和水清洁法，却由公共管理机构来建立和实施旨在防止污染物质的施放量达到有害程度的标准。

人们可能从这些简单的区分中作出这样的推论：与直接管制相比，普通法方法可能有缺陷，如果对每个受害人所造成的损害过小而使诉讼不足以成为一桩有利可图的生意，假定总损害相对于预防成本是相当大的，那么就有理由进行直接管制。（但这一理由并不是无懈可击的。我们将在第21章中看到，集团诉讼就是一种将一些小额损害赔偿权利聚合起来而进行单一大规模诉讼的方法。）很奇怪的是，也许当损害不是很小而是很大时，这一直接管制的理由又会重新起作用。一个加害人可能无力支付巨额损害赔偿金；而且如果他不能支付，那么他遵守法律的激励就会减小——实际上他能将受害人实际成本和最高可征收损害赔偿额之间的差额从其自身转移到受害人身。虽然似乎可以这么假定，即如果将加害人的所有财富都作为对受害人的损害赔偿，这就能为守法提供足够的激励。但这是不现实的（参见

7.2)。假设汉德公式中的B是100美元，P是0.001，L是100万美元，那么 $PL=1,000$ 美元，但（潜在）被告可能要支付的最高损害赔偿额却是1万美元。那么他在决定是否要采取预防措施时（花费的成本为B），就会将100美元的支出与只有10美元（ $1,000 \text{ 美元} \times P$ ）的预期损害赔偿额进行比较。他可能会由于这些不一致性而不得不竭力地反对风险，从而更为偏好确定的（而非不确定的）成本。

这一分析并不表明管制应在任何领域替代普通法（主要是侵权法）；而只是表明，管制应在受害人损害太小或太大而侵权法不能对有效率行为提供足够的激励的情况下补充普通法的不足。但是，当我们面对能为直接管制提供正当理由的普通法管制中的其他问题时，这一分析就变得更为复杂了。例如，普通法在处理与存在于其中的重大损害问题有关但又不完全相同的致命伤害时就出现问题了。由于死亡是一种成本特别高的伤害，并且可能使用加害人的大量资源，所以它与重大损害问题有关。但是，我们在第6章中看到，要用金钱来评估生命价值是极度困难的。而且，这一问题似乎也不可能通过由普通法向直接安全管制转变而得以避免，因为管制者在决定安全管制严格程度时将不得不对人的生命作出至少是暗示性的评估——但这是不现实的。例如，强

制铁路用闪灯信号代替十字架的叉道口标志，这一提议所产生的经济问题并不是叉道口行人对其自身生命价值的估价，而是他对进一步降低已存小风险的估价。我们在人们如何评价降低伤害和死亡风险的安全措施这一问题上拥有相当量的信息；对侵权制度而言，问题是从这些估计中推出其生命的价值。虽然这样做（或更准确地说，避免不得不这样做）的方法之一在第6章中已经提及，但侵权制度本身并没有接纳这种方法。

如果有人认为侵权制度全面地低估了死亡案中的损害，那么直接管制的作用仍然只是补充而非替代侵权制度的一种方法——使它在损害分布的两个极端处理得更好。但如果有人认为侵权制度不是过高地估计了损害就是在大多数情况下完全错误地估计了它们，那么就有理由进行先发制人的管制了——除非也有人认为管制人也会像法官和陪审团一样错误地估计这些损害。

在第6章中略涉的普通法管制的另一个问题是，特定加害人（或甚至是一批加害人）与特定受害人之间的因果关系可能是模糊不清的。如果我们明确地知道一件核反应堆事故将使癌症病员增长0.1%，但我们并不知道到底哪一位癌症病员是由该事故引起的，这就很难通过侵权制度而使核反应堆的所有人承担事故的成本。空气污染也提出了这一问题，以及另一问题，即加害人的

不确定性。源于空气污染的特定损害（肺病、弄脏晾晒的衣被、恶臭或任何其他损害）通常都是由许多污染者的排放而引起的，而且很难用普通法的方法将所有污染者聚合在一个单一的诉讼中也不可能特定污染者和损害之间建立一种因果关联。（这些问题是先发制人性直接管制或补充性直接管制存在的理由吗？）

侵权制度或普通法管制的其他方法在个别情况下可能十分不完善这一事实是直接管制的一种理由，但这种理由并不一定是决定性的，因为直接管制本身也不是一种完美的方法。一方面，由于它是持续性的，所以比普通法管制的成本更高；而普通法方法只在某人实际受害时才被援用。请注意以上问题与是要对救援人员补偿（归还）还是惩罚不救援的人（侵权责任）这一问题的相似之处（参见6. 9）。另一方面，由于它比普通法更加依赖于公共部门，并且由于法官（虽然也是政府官员）比行政官员更能免受政治报答的影响，所以它比普通法更具政治色彩。一个相关的观点是，管制涉及严重的信息问题。如果事故受害人使政府注意到不安全条件而不能从此有所收益，那么管制者就可能很难发现问题的真相。

当管制能通过使用一些广为人知的安全投入而产生引人注目并且似乎成本合理的结果时，它

就将起到最好的作用。处罚酒醉驾车的司机就是一种例证。在此，外在成本几乎肯定会超过司机的收益，而且衡量致命事故成本的困难性为通过禁止事故结果前的危险行为而设法防止事故发生提供了理由。

虽然我们的论述肯定是非常不完全的，但我们还将通过对直接管制的一些特殊例子进行更为广泛深入的讨论而阐述其中的一些见解，这些例子包括了一种与直接行政管制有别的管制——征税（作为一种管理手段，而非取得岁入的手段）。同时，我们还将密切关注用普通法控制自然垄断的可能性。

### 13.2再论消费者诈欺

虽然存在一些一直在努力为消费者提供其所购买产品信息的市场力量，但这些力量可能并非总是非常有效的，而且普通法对诈欺的救济也是如此（参见4.7）。那种救济应该得到进一步的改善。在任何原告胜诉的消费者诉销售者的诉讼中，受诈欺的消费者不仅可收回法律费用，而且还应取得一笔罚金，以鼓励诉讼。而且，我们还应使人们更容易提起消费者集团诉讼。那些由于竞争者的销售资料虚假而遭受销售损失的企业，其权利是可以得到澄清的。而且我们必须不能忘记商标在保护消费者免受诈欺中的作用（参见3.3）。生产者对其商标的投资就像是一种抵押



品：它增加了偷偷摸摸降低产品质量或以其他方面试图欺骗消费者的生产者的成本，因为他们一旦被抓住就可能损失其全部投资。（即使他们不被抓住，也有可能损失其全部投资，因为如果他们不保证质量控制就会在法律上难以对抗侵权竞争者而实施其商标。）如果生产者可以以零成本退出市场，那事实上就不这样了。在设定商标在保护消费者预期中所起的作用的情况下，一种矛盾的观点是：商标常常被批评为旨在引诱生产者创造高质量的假形象花钱而将消费者从同等质量（或甚至是更高质量）的低价替代品处吸引过来，以取得垄断经济利润。作为证据，这种批评意见将阿斯匹林和家用漂白剂作为例子，它们依标准的配方生产，但价格却并不统一，有拜尔

（Bayer）和克洛罗克斯（Clorox）这样商标的商品的价格往往比其同类的普通产品价格高。但是两种产品具有同样的化学配方这一事实并不能证明其具有同样的质量。它们可能不是依同样的质量控制生产出来的。对商标进行大量投资的生产商有更大的激励来保证质量，而知道这一点的消费者就可能愿意为该生产商的牌支付额外费用。

我们可以将上面提及的消费者诈欺的私人救济与由联邦贸易委员会实施的公共救济进行比较。通常而言，消费者实际上并没有积极性去援

用联邦贸易委员会的执法机制。委员会不可能给予受诈骗的消费者任何损害赔偿。向委员会申诉的这种威慑有时可能会促使销售者去收买愤怒的消费者，但一旦委员会受理了这一申诉，那么销售者就不会进一步与消费者进行协商和作出让步；这必然抑制了消费者向联邦贸易委员会提出申诉的兴趣。（最近，委员会已宣称拥有对受诈骗消费者进行赔偿的有限权力。）销售者的竞争者过去和现在都会积极地向委员会提起申诉，因为委员会可以通过发布停业令（cease and desist order）而使从申诉者处争夺生意的企业停止营业，从而结束这种争夺。但由于委员会承担着全部的起诉成本，所以申诉的销售者就不会设法避免提出旨在骚扰其竞争者（而不是为了消除消费者错误信息）的无谓申诉。

消费者缺乏适当的积极性进行申诉，而竞争者又拥有过高的积极性进行申诉，这两者使委员会承受的压力在本质上失去了平衡。它很少能收到来自受诈骗消费者的申诉，而更多的申诉却来自关心日本进口商品会对其会员中的雇主的销售产生影响的工会，来自关心人造皮毛竞争的皮毛商，来自关心人工钻石竞争的珠宝商。鉴于这些输入的性质，委员会的许多规则和裁定输出（如果在总体上而言）很少与消费者受骗这一实际问题相关，这一点是毫不奇怪的。

另外，委员会没有足够有效的手段来对付不守信用的投机商（the fly-by-night operator）——也许他是消费者的主要诈欺者。他对那些最不可能向委员会提出申诉的人们实行诈欺，而委员会无论如何也缺乏适当的制裁措施来处理不存在营业连续性、隐蔽其行为或没有任何经济责任感的企业。

作为一种制度的联邦贸易委员会的明显特征是它无力实施制裁但却承担了起诉的责任和成本，这是其无力同消费者诈欺作斗争的根源所在。其一方面的原因在于它是一个在华盛顿高度集中运行的联邦机构（而大量的诈欺性销售是由地方的销售者进行的）。委员会可以设置一个更为有效地与消费者诈欺作斗争的机构。这一机构可取得进行制裁、估计竞争申诉者起诉成本和授予其地方官员自治权的权力。但要注意的是，这种变迁的后果将是行政管制模式越来越向普通法模式靠近。

值得一提的是近年来一直为委员会所运用的一种独特的制裁：校正性广告

（corrective advertising），即要求已被发现做了假广告的企业在将来的广告中作出声明，旨在校正由假广告所产生的错误印象。校正性广告具有处罚性（这对经济学家而言意味着什么？），因为这一声明可能会使消费者将其全部业务转向其

他竞争者，而如果他不做假广告，就不会给其竞争者这么一大部分的业务。这里我们可以看一个例子。委员会在1976年要求为黑人生产有名的系列性化妆品的强生产品公司

（JohnsonProductsCompany）在其特丽（Ultra Sheen）养发液的所有广告中作出明确而又显著的如下申明：

警告：依使用说明谨慎使用，以免皮肤和头皮发灰、头发受损、眼睛受伤。

强生公司还被要求在包装说明处的显著位置加上或在包装内夹入更为详尽的警告，说明使用该养发液可能引起头皮和头发烧灼、头发脱落和眼睛受伤。看起来如像其他企业生产的养发液也会具有同样的危险，但一年多以来仍没有对强生产品公司的竞争者施用相似的命令，由此强生公司丢失了相当大的市场份额。当人们认识到养发液的消费者不得不在不断提出危险警告的产品和由于没有危险警告而好像显得较为安全的产品间进行选择时，这种市场的丢失就很容易被理解了。伴有这些效果的刑事制裁就具有很高的社会和私人成本，因为它以产生新诈欺的代价来处罚过去的诈欺。

### 13. 3强制告知

近来，像诚实贷款法这样的成文法和像要求公布辛烷值数字等级和某一种卷烟的焦油、尼古

丁含量这样的由联邦贸易委员会创制的规则，都包含了一种明确的解决消费者产品信息问题的方法：要求销售者提供在消费者看来是有价值的信息，而不仅仅是禁止误导性说明。这种有时被称作强制告知（**mandated disclosure**）的新方法，既不同于校正性广告也不同于在由于不告知而使消费者接受契约的情况下（例如，消费者认为再生油是新油）而要求的肯定性告知

（**affirmative disclosure**）；即使销售者并没有被指控为虚假说明，他们仍有可能被要求执行强制告知。

我们已在第4章中看到，非管制性市场不可能提供足够既不容易为消费者所获取又是所有商标的同一产品所共有的产品特征信息，对这一问题的关注是有一定道理的。从消费者角度看，这些产品特征可能是好的，也可能是坏的——如人造黄油的低胆固醇含量，或黄油的高胆固醇含量。个体人造黄油生产商可能不愿意为其产品的低胆固醇含量做广告，因为他的广告将会使其并没有替他支付广告费的竞争者受益。（如果人造黄油生产被垄断了又会怎么样呢？）而且也没有任何黄油生产商会对其黄油的高胆固醇含量做广告。

这一问题并不限于与谈论中的特性相一致的品牌。假设在人们广为知晓吸烟有害之前的某一

时期，一种品牌的卷烟比另一种含有较少的焦油和尼古丁。在对此事实做广告之前，生产商必须权衡的是，使消费者相信该品牌卷烟较为安全从而增加其市场份额，还是告诉卷烟消费者吸烟危险而使他们中的有些人索性享用其他替代品从而造成其销售量的减损。在这一分析中，市场进入条件是很重要的；如果焦油和尼古丁低含量卷烟的生产商能预见到，在不久的将来，新企业的进入将会把它们产品的焦油和尼古丁低含量看作是广告所依据的足够重要的市场营销性能之一，那么他也会为之做广告。

虽然对某些消费者产品的信息实施强制告知（或至少是标准告知）存在着理论上的依据，但联邦贸易委员会的工作却有待作进一步的努力。委员会在过去并没有要求卷烟公司向公众公开其产品的焦油和尼古丁含量，但到1970年，它在这方面获得成功的时候（通过改变其以前禁止卷烟公司向公众告知其产品的焦油和尼古丁含量的政策），吸烟的危害性是广为人知的，这就消除了我们上面讨论的为低焦油和尼古丁含量产品做广告的阻碍因素；但毫无疑问，告知规定对卷烟的焦油和尼古丁含量很少或根本不会有任何影响。

诚实贷款法要求统一告知信贷条件和情势，特别是利息率。作为复杂的金融信息标准化的方法，虽然这方面的收益应与引起诉讼的成本进行

比较权衡，但这一法律还是有道理的。作为一种防止诈欺和（尤其是）使穷人免受由销售者在其分期付款销售契约中隐瞒的高利率而造成的损害的方法，这一法律更成问题了。受教育的人和富人可能自己保护自己。但那些受清偿能力限制的人又如何呢？他们的选择不是在以下项目中进行的：（1）依分期付款计划购买；（2）从银行借钱然后支付现金；（3）不购买而只是储蓄。他们只是在各种分期付款计划间进行选择。购买者可以将40个月中每月支付20美元的负担与60个月中每月支付15美元的（或30个月中每月支付25美元）负担相比较，而且这种比较可以在并不知道这些支付计划所表示的年利息率的情况下进行。购买者将选择最适于其现在和可预见未来的清偿能力、现在和可预见未来的支付和他的货币的选择性用途等的支付组合。这些考虑并不能归结为一种利息率——即某个有投资机会的利息的主要数字。

### 13. 4安全与卫生

我们在本章的开始看到，有相当多的理由可以证明，对可能导致死亡的活动进行管制是合理的。但从经济学角度看，安全和卫生管制的实际工作却有待进一步的改进。让我们先看这样一个例子：在社会总帐的收支两边都存在着生命问题。规定医药公司要在采用新药之前进行长期和

高代价试验的法律拖延了新药的采用，结果使那些本可能为更早采用新药所救的人却丧失了生命。考虑到这些和其他一些因素，新药管制的研究已表明，新药管制的成本已超过了其收益。一般的看法认为，只要安全管制的成本是失去安全，那么我们就没有充分的理由将管制看作存在于市场和法律救济之外、可使受害人免受危险产品之损害的一种选择。

直接安全管理中的一个严重问题是，一种只关注安全中单一输入的管制可能是无效的或是有害的。汽车安全带规定表明了这一观点。这些规定降低了快速驾车司机和车中乘客的成本，而且我们可以（根据需求规律）预测，司机对此的反应将是把车开得更快。但这会导致更高的事故率，而且当由于安全带的保护而使每一事故对司机和其乘客的成本下降时，事故对行人造成的总成本却在上升（事故会更多，但行人却没有安全带保护）。有一项研究发现，安全带法律实际上已使汽车事故的总数和总成本有所上升。

### 13. 5再论污染——作为管制的征税

有关污染的普通法实施问题无论如何是与有关消费者诈欺的普通法实施问题部分相同的：即，个人损害可能过小而难以证明受害人诉讼费用的合理性；另一方面，虽然普通法方法的改进是可能的，但重点却已放到了直接管制方面。



在此，我们将讨论三种可能的管制方法。第一种方法是，由立法或行政机构规定的、污染者为避免法律制裁所必须采取的措施（输入控制，inputcontrol）。例如，可能要求：一个城市设置一个特定类型的污水处理厂，一个钢铁厂建一个增高4英尺的大烟囱，汽车制造商们为汽车装置特定的废气控制设施。这种方法要求管制者拥有大量可供选择的各种污染控制方法的成本与收益信息。一种密切相关的论点是，专门指定控制污染的特定方法会妨碍人们努力寻求最有效率的控制方法。在立法机关和独立行政机构制定标准之前的讨论中，有关产业会竭力提出最便宜的污染控制方法（不论它的效验如何），并拒绝接受任何成本更高的方法（即使由于其污染被消除而更为有效）。而一旦采用了指定的方法，这一产业就不会努力开发更好的设施了，除非它们偶尔遇到了一种成本较低的措施。

第二种方法是，建立可忍受的污染排放水准，依靠刑罚或罚金迫使污染者的排污不超标，从而将方法的选择留给厂方（输出控制，outputcontrol）。这一方法看起来要比第一种好，但这种现象却容易使人误解。排污企业将会使遵守排污标准的成本最小化，但这标准可能是无效率的；从经济学的角度看，排污企业可能排污过多或过少。解决这一问题的方法将是，用成本-收

益分析来设定标准。但这就要求管理机构和企业拥有同量遵守标准所需成本的信息，从而就将消除与指定排污许可水准有关而与企业必须使用的污染控制待定方法无关的主要效率。

虽然我们很容易理解管理机构不顾成本和收益而偏好设定排污标准的原因，但排除这样的考虑还真是不可行的。因为，当实施这种标准时，企业或产业就将提出，这种服从成本过于高昂——即与降低污染取得的收益不相协调。除非社会要将污染降低到远远低于有效水平的程度，否则我们就不能对这样的争辩置之不理。而且不仅仅是效率成为问题。即使降低污染的成本并没有高到使工厂不能经济运营的程度，限制也将提高工厂的成本；而工厂主的反应可能是降低产量（像图3. 2所表明的那样）。这将导致裁减雇员，并可能导致工人收入的下降。当然，无论污染限制是否有效，其分配效应不会发生任何变化。一种有效率的限制可能是使一家工厂倒闭，因为该工厂的全部社会成本（包括污染）可能已超出了其任何产出水平上的产出价值。这正是当管制采用指定特定的污染控制技术时，分配和效率效应已成了早期管制性决定的因素。

第三种方法是，仍未为美国采用但却被经济学家们大为赞赏的对污染征税。每一种污染物质的税率将等同于它在某受影响地区导致污染所产

生的估计社会成本，它不同于旨在以刑事制裁这种通常方法威慑污染的罚金。受污染税

（pollutiontax）制约的企业会将其税收成本与购买污染控制设施的成本或降低产量的成本或其他减少污染的成本相比较。如果通过其中的一种方法可能节约净税收，那么企业就会采用它；否则，企业将选择支付污染税而继续排污。

这种方法与严格侵权责任有点相同（相反，输入控制类似于过失责任——而严厉的排污限度类似于一种刑事制裁），其不同之处是：它是由公共机构而非由私人实施的，不存在（明确的）连带过失辩护。污染税反映了对污染受害人的损害赔偿。无论是否存在以更低成本避免这种损害的污染控制方法，污染者都应支付这些“损害赔偿”。这使污染者积极地去寻求和采用成本合理的预防污染措施〔包括像关闭、减产（这是一种活动量水平变化）或迁厂——也许外国不太重视污染〕，但他绝不会采用任何在降低污染的社会成本时使其自身成本高于收益的预防污染措施。这样就可以避免由政府来确定成本合理的污染水准，这一水准在排污标准（在输入控制中更明显）方法中得到了暗示（为什么？）。

但征税方法远非包治百病的灵丹妙药：

1. 在受害人能以最低的成本避免污染这种极为普通的情况下（安置空调器、居住在离工厂

更远的地方等），它可能是不利于提高生产率的。因为即使受害人能以更低的成本减少同量的污染成本，污染者仍然将在边际上对污染控制支付相当于估计节约税金的成本量。

2. 事故通常是相对稀罕的离散事件（discreteevent）。它们的成本要以独立的方法才能得以估量。但每年都有数以百万计的污染物被排放，而且为了制定正确的税率而估计其每一种污染物的社会成本完全是不可能的。（排放标准方法在什么程度上解决了这一问题呢？）很明显，不同污染物和同一污染物在不同地区（国家、州、县、市、镇）的社会成本是不同的。而且，污染的社会成本并非必然（或可能）是污染总量的单一线性函数。假设有10个企业，每个企业排污100个单位，而其社会成本总量为1,000美元。看起来好像应对每单位污染收取1美元的税金，而且假设其为设定的税率。然而，每个企业都会努力寻找减少其税务责任的途径，而且假设每企业10美元的成本可以减少其工厂排污的15%，而任何进一步减少污染的方法都将由于成本过高而使之成为不可能。这样，企业就愿支付这种成本而减少15%的污染——而那将使企业共得益150美元吗？（如果计入100美元的成本，净收益为50美元）这不是必然的。也许全部社会成本是由前50个单位的污染（5%的总量）所造成

的，而其余的不产生任何增量成本（例如，如果前50个单位的污染就是以将湖中的鱼全部毒死，就可能是这种情况）。这样，税收就将使企业承担没有任何社会价值的污染成本，因为污染的社会成本在污染被消除95%之后就不下降了。或者，也许90%的污染社会成本正是源自污染的最后50个单位（5%），所以如果污染只减少5%，其余污染的社会成本就只是100美元了。在第一种情况下，企业肯定由于税收而对污染控制支出太多，而第二种情况也可能产生这样的结果。正确合理的税收应等于特定污染的边际社会成本，而非其平均社会成本。而且它应在不同的污染水平上有所差异。但设计这种税收计划细目所要求的信息却是很难解决的。

3. 如果我们像前面例子中那样，假设许多污染都是成本合理的——即，也许由于成本过高，而要使空气和水绝对清洁是不可能的——那么，污染税的主要作用就不是减少污染而只是增加排污企业的税金支出了。由于污染税大致与产量成比例，所以它就具有货物税的性质。货物税采用的是递减税率。为了保证税收制度的综合比例和累进，综合污染税应在税收制度中对免税、减税或其他地方的赔偿替代作出规定。污染税可能使企业的成本超出其直接控制的成本，但这并没有减少更多的污染，这一事实无疑是污染税不

受人们欢迎的原因之一。

污染税对财富产生的影响如图13. 1所示。税金の設定预计能使企业排放的污染达到最适量的水平——在这一排污量上，从减除污染所得到的边际社会收益（MB）等于减除污染的边际成本。假设当排污量为零时，MB也降至零（与横轴相交）。由此，横轴上的O、a点就是不作减除污染努力时的减防污染量（即为O）和作为其结果的排出污染量（即a），而c、O点则是污染程度为零时的减除污染量（即c）。在作为减除污染量最佳处的q点，企业的成本等于MC以下的a至q间区域（即dqa），并且另外还要缴纳等于decq长方形的未减除污染税金。如果企业依据排污标准将污染减至q点，那么企业的成本就是dqa，而不再缴纳税金。对照一下图6. 2中过失责任和严格责任的相似之处。

4. 污染税制的一个重大优点可能是它能为污染者节省遵守极端严格的排污标准所需要的潜在巨大成本；税金可能是污染者所暴露污染的最高点。但事实上，我们不可能从此推出这样的结论：如果管制（不论是税收还是排污标准）过于严格，那么污染税制就会导致更大的资源浪费。这在图13. 2和图13. 3中得到表明。T是最佳税金，而q是最佳减除污染量[不论它是由T导致还是为（最佳）排污标准所规定人]。Te和qe分别为

（在比例上相等的）更严格的税收和排污标准。在图13. 2中，税收使企业将污染减至 $q_{te}$ 点，而此处减除污染的边际成本超过了其边际收益，从而引起了 $def$ 这一三角区面积的资源浪费。这一资源浪费还小于错误排污标准所造成的资源浪费（即更大的三角区： $dgh$ ）。但在图13. 3中，这种关系就相反了：污染税制度引起了更大的资源浪费。这种结果后面的直觉是：如果减除污染的边际成本在税收制度范围内上升很快，那么企业将选择的是支付税金而不是减除污染；这里存在的是一种转移性支付而不是社会成本。但如果减除污染的边际成本上升很慢，那么企业就可能会转而大量地减除污染，从而产生巨大的社会成本。

无论如何，与其他管制方法相比，污染税方法有着很大的优势：它不要求管理机构去衡量包含在税金中的（假定不考虑其分配作用）遵守污染控制标准的成本；管理机构只需估计一下减除污染的收益。这就使税收不太可能像排污标准那样容易出现错误，在这种情况下，图13. 3描述的问题就不大可能产生。换种方法说，排污标准所要求的是成本-收益分析；而污染税所需要的只是收益分析。

即使非常同情反对将减除污染的收益货币化的各种意见的经济学家们，也已极为严厉地批评

了作为美国最富雄心的污染控制计划的空气清洁法。在这一计划的许多经济怪诞现象中，还存在着一些相当明显的政治解释：（1）对新的空气污染源进行更为严厉的管制会使企业延迟使用空气清洁器生产技术；（2）即使污染地区的污染边际成本（特别是对健康而言）比清洁地区的高，这一政策也不允许全国最清洁地区的空气质量有所下降；（3）它坚持要求所有的污染源减少排污，而不管各种污染源之间不同的减除污染边际成本。

### 13.6强制性容器押金

由于在公路边和公园中丢弃啤酒和软饮料瓶罐所引起的有碍环境美化的污染是极难控制的。所以收拾这种丢弃物和寻查乱丢杂物者也就需要很高的成本。鉴于抓获乱丢杂物者的几率很低，对乱丢东西的处罚就很严厉，但它们又可能超过了有意义的威慑作用所要求的程度——而（我们从第7章了解到）。严厉的处罚需要很高的社会成本。已为许多州采用的强制性容器押金

（mandatory container

deposit）方法倒好像是一种诱人的手段。它要求零售商向顾客收取每一容器5或10美分的押金。如果顾客退还容器，零售商就必须将押金退还给顾客。每一分征自纳税人的“税收”原则上都归还给纳税人，这一事实极好地阐明了用税收积



聚岁入和用税收管制行为之间的差异。由于消费者不退还容器就会失去押金，对容器强制性收取押金就会对乱丢容器的消费者产生很大的成本，但它不会对任何人产生任何收入。

这一计划的根本问题是，不曾努力估计一下乱丢杂物的成本和与之有关的税收（押金）标准。对这一问题的忽视，可能使税收支持者们在顾客只要退还容器就能收回其押金的情况下将税收看作是无成本的。但这一推论忽视了非经济成本。由于顾客要退还饮料容器，他就要承受贮藏和时间成本。如果规定的税收低于这一成本，那么人们就不会退还其容器，而且这一计划的唯一影响就是增加零售商的簿记成本（为什么即使在没有顾客退还容器而使零售商不必归还押金的情况下，他们的利润仍不可能更高呢？）。如果押金“税”标准高得足以使人们退还容器，那么它就会产生社会成本，而这种社会成本是以退还容器的消费者的时间成本和其他成本来衡量的（参见图13.3）。如果社会总成本小于被禁止的乱丢杂物的成本，这就没话可说了；但如果社会总成本高于被禁止的乱丢杂物的成本，那么强制性容器押金税收的管制就是一种无效率的手段。

### 13. 7有线电视：版权和地方垄断问题

有线电视系统可以从接收附近播发台信号的共用天线处取得信号，也可以从接收远方播发台

信号的微波差转系统或卫星系统处取得信号。当有线电视系统引进远距离信号时，它就增加了可供它营业市场使用的不同信号的数量。由于这将使当地播放台失去新信号的收视人从而损失广告收入，所以当地播放台并不喜欢这种有线电视系统。而且节目在远方信号台播出的版权所有人也不喜欢（免费）输出。虽然扩大原电视台播放节目的观众可以使节目的版权所有人从电视台得到更多的版税，但这种收益却是以不得取得与有线电视系统竞争的电视台的版税为代价的。如果这种作用完全被抵消，那么版权所有人就不会关心有线电视系统输入远距离信号了。但这样的输入使版权所有人不可能将其节目的专有权授予与有线电视系统（即能播放从远方电视台取得的同样节目的有线电视系统）竞争的一家电视台；而节目播放专有权是要收取附加费的，因为它们使电视台的节目有别于其竞争者的节目。也就是说，非专有播放权（nonexclusive broadcast right）能产生一种充溢外在性（参见3. 1，特别是3. 2中关于广告中姓名和肖像的排他使用权的讨论）。

有两种方法可以管理远方信号：私有财产权（版权）和（由联邦电信委员会进行的）有线电视营业联邦管制。联邦电信委员会曾对输入进行限制，但最高法院认为输入并不是一种侵犯版权的行为。最高法院以这样的立场作出了如下推

论：有线电视系统的建立就像有个收视者竖一个很高的天线一样。但这一类推并没有解决以下抉择性的经济问题：是通过给予版权所有人更有力的保护而增加版权作品的生产，从而增加社会收益；还是通过提高版权作品使用的边际成本而增加社会成本（参见3.2，注意其中的自然垄断者产品最佳定价的相似之处）。联邦电信委员会对远方信号的经济考虑是由以下事实形成的偏见，即在它面前申诉的人包括了当地电视台和版权所有人。竞争并不是一种普通法上的侵权，但管制机构却可能而且往往设法使企业的利益免受竞争，这是出于同情的考虑。人们认为，有线电视竞争的压力主要来自独立的电视台，因为这些电视台大多使用电磁频谱的超高频频道。由于委员会多年来在其电视台分布和许可证发放政策上一直鼓励超高频（UHF）电视的增长，所以很自然地它就倾向于同情UHF独立电视台对有线电视系统的控告。

一个想提供有线电视服务的公司必须从市政当局取得特许。它向用户征收的费用也可能受州公用事业委员会的管制。由于通过电缆将电视信号传送到家中在技术上与当地天然气、水和电力供应是一样的——这些都是自然垄断的标准例证——所以人们广为支持对此进行收费管制这一点就毫不奇怪了。但如果依照契约法，那就还有可

供选择的方法。

我们可以在全国的任何地方建立和经营任何数量的有线电视系统。如果没有市场参与的限制，我们预料会有几家公司在每一存在对有线电视有大量需求的地区对有线电视供应特许权进行竞争。能提供最佳价格和服务组合的公司将与大多数顾客签约，而且即使当地有线电视确实是一种自然垄断服务，公司也能以比其竞争者更低的平均成本将它们逐出市场。

在这一点上，成功的公司将取得垄断权。用户是否会由此而任其摆布呢？如果在每一潜在用户的契约中已对许诺价格和服务水平作了详尽规定，那么就不可能产生这种情况——而且竞争参与者之间对当地市场的竞争将保证潜在的用户取得一个有约束力的契约。在决定哪家公司占优势的过程中，也不会造成因设备出现重复多余而产生重大的成本。在征集用户结束之前，任何一家公司都不会开始其有线电视网建设，而且如果在征集用户阶段产生了对某一企业的强烈的消费者偏好，那么其他企业就可能将其用户契约卖与它。如果在征集用户阶段没有显露出对某一企业的强烈偏好，而且每一企业的用户都分散在各地，那么只能在各企业间进行用户交换，直到形成一个严密的市场服务区域为止。

由于缔结契约的成本是很高的（为什

么？），所以一种纯粹的契约方法可能并非令人满意。但也许还能设计出一种保持契约方法要素的管制方法。市政当局可以以其居民缔约代理人的身份从有线电视特许权（一项或数项）的竞争申请者中招标。它会比较这些投标并与许诺低价和优质服务最佳组合的申请者订立具有约束力的契约。如果它难以在各种不同的价格—服务组合间进行选择，它就可能会在居民中进行一次关于偏好的民意测验，而随之产生的将是一场申请者之间的竞选运动。

这一修正后的契约方法看起来可能很像现行的有线电视特许制度，因为特许状持有人通常是从数名申请者中选择产生的。这两种制度的差异是，依据现行的制度，市政当局一般并没有将为用户取得最佳的契约作为其目标。而修正后的契约制度却相反地把从特许状持有人处收回特许以作为允许其收取垄断价格的代价。一种典型的有线电视特许将规定，特许状持有人必须向市政当局提交一定百分比的毛收入，并将一定数量的频道免费用于像教育这样的市政服务。作为纳税人的居民将从特许得到一些收益，但消费者却损失了一些东西。由于特许制度，他们要支付的垄断性用户价格比以下情况下的高：如果有线电视公司是一个自由自在的垄断者，更不必说如果它是一家负有以成本价格提供服务的契约义务的公司。

了。这在图13. 4中得到了表明，该图比较了有和没有营业总收入税时的两种垄断价格。这一例证指出了依管制征税及用契约促成消费者福利最大化这两者之间的差异。

如果普通法上的缔结契约（也许与管制有些重叠）对有线电视管制是一种可能的答复，那么为什么它对其他自然垄断管制不是一种可能的答复呢？为什么它不能是我们前面讨论的复杂的管制制度的一种选择呢？事实上，特许状管制在早期是用于电力供应、有轨电车和电话服务的管制制度，而这些都像有线电视一样是网络型的服务。但是，如果它沉闷地失败了，那么其主要原因可能是授予特许状的当局在事实上并没有代表消费者的利益，从而也就没有在契约中扮演购买者的角色。

除了这一政治问题，还有一个（要回到我们在第3章中讨论的地主—佃农契约原题的）纯粹经济学问题。由于不可能在无限的未来对有关条款都作出合理的设定（价格、服务等），所以特许状必须有一个固定的有效期。由于考虑到对远期未来条款作出规定的困难性，假设最佳有效期要比特许状持有人的财产使用寿命短得多（道路使用权等）。在特许期限结束时，存在着一个严重的双边垄断问题。特许状持有人转移财产的成本是非常高的（特别是由于它们很少有或甚至没

有任何其他使用价值），但特许状授予人重置财产的成本也很高。一种简单的解决方法是，在特许期限结束时将财产归特许状授予人所有。但由此造成的后果将是特许状持有人严重的投入不足，正如佃农要在租契期满时将土地改良成果全部归地主所产生的后果一样。在许多有线电视法令中发现的另一种更合适的选择是，在特许授权时建立一套特许期限结束时对特许状持有人财产进行定价的方案。

## 第四篇 企业组织和金融市场的法律



## 第十四章 公司（略涉租赁和破产）

### 14.1企业的性质

#### 交易成本（transaction

cost）——通过自愿交换而实施经济行为所

需要的成本——是本书中一再提及的一个论题。

在此，我们将用它来解释这一问题：为什么大量的经济活动是由企业而不是由个人进行的呢？

我们可以对比一下组织生产的两种方法。第一种方法是，企业家与某人订立供给零部件的契约，又与另一人订立装配其零部件的契约，再与第三人订立销售其成品的契约。第二种方法是，企业家雇佣这些人在他的指导下完成这些任务，这些人就成了他的雇员。第一种组织生产的方法存在于契约法的传统领域中；而第二种组织生产的方法却存在于雇主-雇员法（master—

servantlaw）之下。第一种方法的本质是，企业家要分别与三个生产者就价格、数量、质量、交货日期、信用条件和承揽人履约保证等规定进行谈判并达成协议。第二种方法的本质是，企业家向生产者支付薪金——这不是购买特定履约的价格而是购买指导他们完成任务的权力的价格。

当然，这两种组织生产的方法都是需要成本的。第一种方法，即契约（contract）方法，要求在订立契约时对供给者履约的细节问题作出详尽的说明。这种方法可能需要长时间的谈判或复杂

的投标程序，而且当情势变迁要求对达成协议的条款进行修正时，就必须对协议进行重新谈判。第二种方法，即企业（firm）方法，需要激励、信息和通信成本。由于供给者（一个雇员或一个雇员小组）并不因其生产产量而直接得到报酬，所以他就很少会有积极性使其成本最小化。由于雇员们并没有对他们用于生产的各种资源进行投标，即不会寻求一种会表明最有价值用途的方法，所以企业中关于成本和价值的信息是模糊不清的；换句话说，贮藏在价格中的信息已不再为人所知。而且，由于企业的任务是由雇主的命令所指导的，所以建立一种使一系列命令的上下通达失灵最小化的机制是必要的——而这种机制肯定是既昂贵而又不完美的。总之，组织经济活动的契约方法遇到了交易成本很高的问题，而通过企业组织经济活动的方法要解决的是丧失控制问题。限制企业有效率规模的问题是控制问题，或有时它被称作代理成本（agency cost，主要是取得其代理人诚实、有效履行的成本）问题，而不是限制有效率的企业规模的报酬递减律问题。报酬递减仅仅限制企业能有效生产的某单一产品的产量。

## 14.2 商业企业的融资问题

企业理论使我们了解到这么多经济活动是以企业形式组织起来的原因，但它并没有告诉我们

为什么大量的这些企业都采取公司的形式。一种思路是，原先以劳动力而不是以资本作为投入的企业通常都是合伙（partnership）或个人独资企业（individualproprietorsbip），而不是公司（corporation）。公司主要是解决出现在筹措巨额资本过程中的一些问题的方法。

一个没有钱但又指望组建一家新企业的企业家如何才能筹措其必要的资本呢？借入全部必要资本也许不成问题。如果无风险利率是6%，而这企业又有50%的破产可能性，并且没有任何财产来偿还债务，那么贷款方（如果是风险中立的话）就将收取112%的利息率。这么高的利息率再加上分期偿付，将使企业在一开始就要承担很高的固定成本。这将增加企业失败的危险，反过来又会增加债务的利息率。

这些困难在原则上可以由谨慎和富有想象力的借款协定起草来克服，但这里的交易成本可能会是相当高的。对企业家来说，一种可供选择的方法是接纳合伙人进入企业，并在有利润的情况下使之有权取得一部分企业利润以作为他缴入必要资本的交换条件。合伙人所取得的补偿自然取决于企业的经营状况。虽然利息率内含在合伙人以其缴入必要资本交换所取得的任何未来利润的份额之中，但它已经没有必要计算清楚了。最重要的是，没有任何债务性固定成本会使企业变得

比开始时风险更大；只有当企业赢利时，合伙人才有可能得到利润。

但问题依然存在。合伙可以由任何合伙人解除，而且合伙人的死亡就将导致自动解除。这种契约关系安排的非永久性可能会妨碍人们向一家将冻结好几年的企业承付巨额款项。合伙人可能会在谈判时绕过这一问题，但如果不招致很高的交易成本，他还是愿意就此进行谈判而解决它。而且，如果他们同意限制投资合伙人的解除合伙和退伙权，那么其投资的流动性就减弱了，而且他可能会处在任职合伙人（activepartner）的支配之中。（你能从中看出这一问题与上一章中讨论的特许管制问题的类似之处吗？）

此外，由于每个合伙人各自都要对其合伙债务负责，未来的投资者就想算出这一企业潜在责任的可能程度，或者甚至参与企业的实际管理，以保证它不造成他要对此承担责任的巨额债务。尽管这样，无限责任的风险仍将存在。在原则上，企业应在其与消费者和供给者订立的所有契约中包含一个将其责任限于其财产之内的条款（有些商业信托就是这么做的）。但这种弃权声明的谈判将是成本很高的。而且以这种途径限制侵权责任是完全不可能的；保险也不是一种完满的解决方法。

### 14.3作为一种标准契约的公司

公司这一经济活动的组织形式是从商事和法律实践中发展而来的，它被正式用以解决上一节所讨论的问题。公司存在的永久性消除了达成限制解除合伙和退伙的特殊协议的必要性，尽管这样的协议还可能由于其他原因而成为必要。股东对公司债务的责任仅限于其股份的价值〔有限责任（limited liability）〕。由于（1）各种法律权利是与管理部门和任何股东控制集团相对的，和（2）以下事实：一个公司中的股东权益被分散在价值相对小的股票中，使它能在公司较大的情况下在有组织的市场上进行交易。公司组织形式使投资者能进行小股本的投资，通过投资多样化（参见15.1）而减少风险和迅速廉价地转移其投资。应注意的是，如果没有有限责任，那么非经其他股东同意就不能由任何股东出售其股票，因为如果他将股票出售给比他更穷的人，其他股东的风险就会随之增加。

然而，反应快的读者会认识到，有限责任并不是一种消除企业失败风险的手段，它只是将风险从个人投资者转移到了公司自愿或非自愿的债权人身上——是他们承担了公司违约的风险。而债权人承担这种风险是必须要得到报偿的。假定投资者必须要向债权人支付其承担任何附加风险的补偿，那么他为什么会将企业倒闭的一部分风险转移到债权人那里呢？其答案是，债权人可能

是更有优势的风险承担者。

首先，他可能更有能力估价风险。我们可以比较一下个人股东和向公司出借其流动资金的银行这两者的状况。也许银行评估风险的成本要比股东评估风险的成本低，因为股东可能很少知道或全然不知道他投资的企业的情况，并且可能面临着很高的发现情况的信息成本。

其次，股东可能比银行更厌恶风险。我们应记住的是，我们正在谈论的是如何使个人向企业投资。当然，公司也可以成为股东，但最终的投资者总是个人，而且正像我们在本书中多次提到的那样，大多数个人是厌恶风险的。银行是一种公司，如果存在有限责任制度，那么，由于股东将能通过有多样化的证券投资组合抵消公司遭受的任何风险，公司就可能比个人较少厌恶风险

（虽然不完全是风险中立，我们将很快明白）。（如果没有有限责任制度，那么即使股东持有多样化的有价证券组合，他仍无法防止这样的风险：他可能被迫放弃其全部财产以弥补他拥有其股票的公司的债务。）在任何情况下，一个数额巨大的债权人可以通过持有多样化的债权组合而消除或极大地减少某一贷款的损失风险。

有人认为，有限责任可以使企业将其失败风险外在化。但（也有些有限的例外将在后面提及）这里不存在外在性。由于公司负有有限责任

任，所以它必须向债权人支付更高的利息率，从而使其承担的违约风险得到全面的补偿；同时，债权人还可以将以下要求作为贷款的条件：坚持要由股东个人担保公司债务，或在贷款契约中写入限制债权人风险的其他条款。任何决定性违约风险的减少当然都将使利息率下降。

如风险评估是在贷款协议订立时进行的，利息率就反映了违约的风险，但公司此后就可能通过多种形式增加违约风险，例如，从不属于第一个债权人的另一债权人处取得贷款，或非经全面审议而将其财产转移到其股东处。这样，债务人可以单方面地减少其将对债务支付的利息率，这一利息率是依低于实际风险的预期风险水准而商定的。由于应付债务是企业的固定成本，并且如果存在会导致其收益下降的商业逆境时（如企业产品的需求下降）而使固定成本无法减少，那么债务人的债务与自有资本的比率的任何上升都会增加违约的可能。

但为什么企业会故意增加其违约风险呢？这种提出问题的方法就是误导性的。企业不会想要违约。它要增加其预期利润，而为达到这一目的可以冒更高的违约风险。假设它要在两个同样支出的投资项目之间进行选择。一个项目的预期利润率是25%，但有风险，而且企业为此融资需要以15%利息率借款，这样企业的预期净利润率就

是10%。另一个项目的预期利润率是18%（风险和利润之间的正相关，参见下一章），但由于其风险较少，所以企业为此借钱所需的利息率是10%。企业的预期净利润率要少2%，但我们可以假设那2%是企业所有人要求投资更有风险的项目的风险溢价。假设企业从希望投资第二个项目的债权人那里借到项目（记住，两个项目的投资额是一样的）所需的钱。通过将10%的钱转到第一个项目（风险更大的项目），企业可以将其预期净利润从8%提升至15%，扣除2%的风险溢价后，仍有5%的利润增值。

这一策略不是依赖于可选择投资项目的存在。假设10%的利润率反映的是股本缓冲（equitycushion），其失败的风险大部分将由股东承担。股东可以通过消除缓冲而提高其预期利润率但又不因增加的风险而补偿债权人。由于利润被分散在较少的股本上，所以预期利润率会更高。假设项目的预期利润是100万美元。如果股本是1000万美元，那其利润率就是10%；如果股本只有500万美元，其利润率将是20%。（当然，这还与股本持有人能对从公司取得的钱做什么有关。）

为了使自己免遭这种危险，债权人可能会坚持要求债务人同意在债务存续期间限制其总负债和应付股息总量。为了这些目的，对股息作出广



义界定，它包括了任何低于市场价值的公司财产转移。或者是，债权人可能会坚持将资本化程度最小化、施加其他的制约、规定间接保护或放弃保护和要求取得更高的利息率。但是，由于债务人试图故意增加其债务风险的几率很难量化，所以债权人就不可能完全依赖于更高的利息率——尤其由于更高的利息率会通过增加债务人的固定成本而使违约的风险上升。

我们在第4章中发现，契约法的功能之一就是通过提供标准契约条款（如果没有它们，当事人就不得不采用明示契约）而使其交易成本节约；而且到目前为止，我们已清楚地知道这一功能也应适于公司法。例如，公司法中将股息支付限于公司帐簿表明的已获盈余量的规则使债权人得到了免受债务人在借款后增加违约风险之累的保护，而如果没有这些规则，那么债权人可能会将这种保护明确地写入每一贷款契约之中。同样，通过规定公司的有限责任，法律就使大量麻烦的明示责任契约条款成为不必要的了。

但是，在信贷非自愿展期的情况下，正如在货车撞了行人之后搬运公司要因侵权而对他负法律责任的情况一样，这时契约类推就失效了。由于双方当事人都没有机会事先规避公司法的规定而进行交易，所以行人将由于承担着搬运公司有限责任所产生的违约风险而得不到补偿。

即使在自愿交易的情况下，对责任范围进行明确谈判的成本可能也是很高的（相对于交易涉及的利害关系而言）。雇员在工作时间严重受伤的微略几率（虽然这种几率会由于雇主缺乏足够的财产以满足雇员的工作伤残赔偿请求的这种可能性增长而增长）可能还不足以保证在雇佣契约（如雇主保证书）中包含补救这种偶发事件的明示条款（如雇主的义务）。在这种情况下，即使与零交易成本世界（world of zero transaction

cost）中当事人已商议的内容相反，任何被看作公司法和破产法问题的条款都将控制双方当事人关系。但这与前面的事故例证是有差异的：工资水平可以进行调整，以补偿工人得不到他对雇主提出赔偿时的风险。（但这怎么才可能发生呢？）

#### 14.4公司之债——破产、重整和杠杆清购

到目前为止，我们一直认为以下认识是理所当然的：公司在有自有资本（equity）的同时将会负债（debt），在有股东（shareholder）的同时还有债权人（creditor）。从某种程度上而言，这确实是必然的；但一个公司还不能避免以下这种可能性：由于雇员在雇佣关系存续期间的侵权而使公司成为非自愿的债权人。然而，这种类型的风险可以通过保险而得到非常便利（虽然不是完全）的防止。如果公司之债不是必不可少的，

那么我们就很难弄清为什么有限责任是必需的。因为，如果公司仅仅拥有自有资本，它们就不会对债务违约，（除非公司侵权）否则其唯一的风险就是股东的资本摊缴（capital contribution）。

对于为什么公司在其资本结构（capital structure）中有自有资本的同时还有负债，可以有以下几种解释（虽然其中之一是一种谬误）：

1. 一种谬误性的解释是，它通过使股东的投资成为一种杠杆投资（leveraged investment），从而增加股东的利润率。

2. 自有资本和借入资本的混合能使公司提供不同的风险-

利润组合（risk—return package），以迎合投资者（在此用作广义，包括了债权人和股东）变化着的偏好。如果公司只有自有资本，那么它就向所有的投资者提供了一种带有统一风险和利润预期的投资机会。但只要公司有一些借入资本，股东的预期风险就会增加；他就会拥有上面提及的杠杆投资。但由于在股东投资完全消耗之前债权人的投资不会受损，所以即使负债与自有资本的比率很高，债权人仍比在全自有资本公司中的股东具有较少的投资风险。当然，有担保的债权人的处境会更好些。他们所担忧的只是用于偿付他们贷款的特定财产的

价值；只要特定财产的价值不降至其贷款价值以下，那么即使公司破产，他们也不必担忧。〔正如法学家们说的，“留置权（lien）应优先于破产程序”。〕这表明他们节省了监督公司履约的成本。但他们的预期利润确实要比无担保债权人时低（因为不受担保的债权人承担着较大的风险和监督成本），而与股东相比，他们的预期利润就更低了。

销货客户（trade creditor）在风险上与其他债权人不同，他们是不要现金支付的供给人。由于他们的债务通常只是在短期内就可得到偿付而使他们比其他无担保债权人（有时比拥有长期债权的无担保债权人）冒更少的风险，所以影响投资风险的不测之事发生的危险性也较小。

这样，自有资本和借入资本同存的公司组织形式就能使各投资者的多种偏好同时得到满足。当然，一个全自有资本公司（all-equity corporation）中的股东总可以依其股份借钱而取得杠杆投资，这就引起了个人债对公司债的替代。但要注意的是，由于在这种情况下股东的赌注已不再限于其自有资本投资，这就会与有限责任格格不入。由此可以推测，大部分股东不会将它看作一种比现存制度更有吸引力的选择，而债权人对此却要承担一些公司的违约风险。

3. 现代大公司中大量的股东使代理成本成为一个严重的问题。由于单个股东的努力会使其他股东得益，所以任何个人股东都不会耗费很多的时间和金钱去监督公司实际管理人的行为。即使监督成本很小，这也很重要。因为虽然在这种情况下单个股东的收益可能会超出其成本，但每个股东仍会设法畏缩不前而寄希望于其他人干预违约。如果监督成本高于任何一个股东的收益而低于对全体股东的收益，搭便车问题就会恶化。而情况恰会是这样，因为一个大公司监督经理人员的成本是巨大的。不是由股东个人实施的约束经理人员的一种方法是雇人看守经理人员。董事会和审计师就是这样做的，而且由于公司债权人可以通过向公司贷款而在其成功时取得利润，所以他们也会这样做。虽然它的利益比公司股东的小，但它可能集中在少数人身上，故搭便车问题就没那么严重。

4. 还有一种约束经理人员的方法是维持一种不平常的破产风险，而这就需要有负债（为什么？）。破产可以在两方面给经理造成成本。第一，这是一种非常公开的商业失败象征，尽管不是所有的破产都起因于管理上的错误、无能或不诚实（有些是合理的冒险所不可避免的后果），但破产企业经理的未来雇主可能会发现确定其过错的成本是很高的，由此有可能对其自我开脱的

努力持怀疑态度。破产部分或全部起因于可避免的管理错误的成分越大，这种可能性就越大。但即使未来的雇主对破产起因的成分作出公正的评估，他们的评估的方差也会因破产起因的不确定性而变得很高，而这就会被看作是厌恶风险的经理的成本。而且，破产可能会暴露公司仅仅在不景气时无法暴露的经营管理缺陷，从而增加这些缺陷对经理的成本。所以，公司破产对即使没有企业特定人力资本的经理也能产生适当的成本。如果有企业特定人力资本，这就是破产将对他产生成本的第二个理由。当然，前提是破产使企业清算、经理被开除或降低薪金等。事实上，我们必须注意，破产的风险是否不会使经理人员过于在其公司管理中厌恶风险。我们将会重新讨论这一问题。

5. 由于公司的所得税有部分是对自有资本的货物税（参见17.5），所以借入资本是一种比自有资本成本更低的资本源（参见17.5）。

什么是严格意义上的法人破产

（corporate bankruptcy）呢？这术语初看起来好像是一种互相矛盾的修饰词。由于股东不可能因公司衰退而倾家荡产——因为他们的责任只限于他们的投资额，所以看起来好像他们不需要破产。这是事实，但这对破产的目的理解过于狭窄。假定个人破产（personal bankruptcy）的一个重要作

用就是根据破产为破产者免债（至少是大部分债务）的原则而鼓励厌恶风险的个人所拥有的企业。否则，个人就不得不使其依于企业的全部收益能力遭受风险。这样，公司企业家的有限责任就相当于个人企业家有权宣布其个人破产。

但破产既是债权人的救济手段又是债务人的权利。为了理解这一观点，我们必须区别两类无清偿能力（insolvency）：债务人只有一个债权人，和债务人有一个以上的债权人。如债务人没有现成资金支付到期的债务而债权人又坚持要求其支付，那么即使债务人没有其他债权人，也只能启用收款或清偿的办法。在债务人是个人而非公司的情况下，关键的问题是债权人可得到什么财产，在什么范围内得到财产。债权人可得到的财产越多，企业家活动的风险就越大；债权人可得到的财产越少，其利息率就越高。有些州允许无清偿能力的债务人的家庭财产有很大的豁免，而另外的一些州却要使其倾家荡产。在前面的那些州，由于企业家的失败成本较低，而使其风险得以降低，但由于违约的可能性更大以及债权人在违约发生时处在不利的地位，所以利息率也升高了。还要注意的，高利率使违约更可能发生。但是，另一方面的的事实是豁免较少的州的贷款人风险较小，这会使贷款人放贷风险更大的款项，从而使贷款更有可能以破产而告终。所以，这正

如理论主张的那样，在低豁免的州还是在高豁免的州更容易破产是不清楚的。

当债务人拥有多个债权人时，破产就成为在公司和个人情况下同等主要的救济手段。它对搭便车问题（或应是对搭便车问题的原因）的反应是，债权人越多这一问题越严重。假设公司产品的唯一市场衰退到了市场价格低于公司任何产量的可变成本的地步，那么公司应合理从事的工作仅仅是立即停业并以任何损余价值

（salvage value）出售其财产，当然其前提是没有恢复的希望。如果损余价值低于公司总债务，那么股东将会对清算的机会毫无兴趣。他们的合理行为就是放弃这一公司。债权人将努力以最高的可能价值来清算公司财产，但他们在拟定达到这一目标的清算计划时可能会与外在性发生冲突。如果租费支付是确定的，并且除非支付租金，否则公司必须花很大成本才能转移其财产，那怎么办？哪一债权人会支付这一租费？每一债权人都将对此退缩不前，而希望其他人承担这一责任。即使在公司的银行帐户上有足够的钱作出这种支付，那么仍还有一个债权人可能会查封其帐户，以保证自己的债权得到清偿，从而使其他债权人为租金而担忧。破产法解决这一问题的方法是，给予为破产者提供维持其财产价值所必须的贷款或提供其他必要服务的人清偿特别优先权



（superpriority）。

在没有破产法的地区，还有一种可能性，即债权人可能会竭力与可能伤害其他债权人的股东进行附带交易（sided deal）。这里有一个极端的例证（诈欺性转移，fraudulent conveyance）。假设公司的总债务是100万美元，其中欠债权人A 10万美元，而公司财产的总价值为20万美元。债权人A可能愿意用10万美元购买公司的财产，因为这样他在转卖后可以得到20万美元，从而补偿其贷款。股东可能会因此感到很高兴，因为他们可以由此收回部分投资，而其他债权人将被弃之一边而无法得到债务清偿。这种交易的可能性在债权人之间引起了成本很高的相互诱骗，而在这种情况下，债权人境况的不确定性又会使旨在补偿债权人承担的更大风险的利息率上升。

即使企业只是在偿付其他债权人之前先偿付债权人A的全部债款（也许因为A首先将其请求变成法律裁决）——用破产法的术语说，即为给A予破产清偿优先权（preference），这类问题依然存在。这一问题对其他债权人产生的效果是，将其偿还预期从每美元20美分  $[200,000 \text{ (美元)} \div 1000,000 \text{ (美元)}]$  减至每美元11美分  $[100,000 \text{ (美元)} \div 900,000 \text{ (美元)}]$  并使他们中的每个人都加倍努力为自己争得清偿优先权。在这种情况下，每一债权人都会

努力使自己首先得到裁定破产者败诉的判决，而这种竞赛可能会很快地耗尽公司的财产以致它无法使其财产价值最大化。

换言之，当债务人无法满足所有债权人的权利主张时，每一个债权人都会更快地行动（从债务人财产价值最大化的立场出发）以满足其权利主张，而更缓慢地支付财产价值最大化所需的费用。这些问题可通过债权人之间及债权人与债务人之间的事前契约而得以解决（为什么事后契约，即无清偿能力之后达成的协议不能达到预期目的？）。破产法可被看作这种契约的标准，它的存在可节约交易成本：债权人和债务人无需就相对低几率的事件进行谈判。依据破产法，法院指定的中立的破产财产受托人将彻底排除清偿优先权而以所有（非担保）债权人代表的身份管理破产者的财产。与传统多个受益人信托中的受托人一样，破产财产的受托人也必须克服多个当事人对其一财产在主张权利时所产生的困难。据分析，从债权人立场看，破产问题是与土地可分所有权问题相同的（参见3.9）。

我们已经解释了为什么对个人经营的企业既允许债权人申请的破产（involuntary bankruptcy）也允许债务人申请的破产（voluntary bankruptcy）的原因，但我们并没有解释在允许债务人申请公司破产的同时也允许债务人申请非商业破产（例

如，过分爱用信用证购物的消费者的破产）的原因。后者也许能用风险厌恶来解释；它提供了一种市场上难以购买的保险。由也许一词产生的疑问有两个方面。其一，一个人在其借款时不可能放弃其寻求破产以清偿其债务的权利。这具有家长主义色彩，但其可能基于以下理由：在长时间内监督收债的司法成本可能是相当高的（清偿以外的另一种方法通常是无限期分期付款计划），贷款双方当事人都不愿承担这种成本。债务人申请非商业破产的疑问的第二个原因是与难以买到某人债务违约保险的原因一样的：这种保险将使违约更具吸引力。人们可以借款购买和消费各种好东西，然后违约。这一问题（这是保险中的普通道德危险问题最严重的形式）只有通过区分故意和非故意违约并将债务人申请破产的特权仅限于后者才能解决。但这种区分在实际中是很难决定的。因为在故意和非故意之间并不存在明确的分界线。无论某人偿还债务的诚心有多大，他承担的债务越多，也就越容易使自己由于不可预见的情势变迁而无力偿还债务。如果信息成本过高而使贷款人无法依借款人宣告破产的可能性而对他们确定不同的利息率，最后要注意的是个自由破产法产生的财富分配效应：它使慎审的借款人资助了无责任心的借款人——这是财富重新分配的荒谬基础。因为，这与人们可能想象的相反，

自由破产法并没有从债权人阶层向债务人阶层重新分配财富；债权人会提高其利息率而抵消这一法律所增加的违约风险。但是，如果法律是非预期的并且溯及既往地适用于现存的贷款契约，这就会存在一次性的有利于现在债务人而不利于现存债权人的财富重新分配。

债务人申请公司破产的一种最有意义的形式是公司重整（corporatereorganization）。在这种制度下，经理人员通常可以作为财产债务人继续留在经营公司；这里不存在破产财产受托人，也不采取任何措施对公司进行清算。但公司必须在6个月之内提出一个重整计划，公司将能继续经营，只是其所有权结构改变了。这一计划的本质就是一种将公司之债转变成分配给原债权人的股票或其他有价证券的提议。所以，按计划重整公司就会使债权人成为公司的所有人（或主要所有人，因为原来的股东往往也给自己分配一部分股票）。债权人可能会反对这一提议的条件；那么将由破产法院来决定公司的实际价值和在债权人之间分配重整公司有价证券的方法。如果有价证券超出了债权人主张的数额，那么破产法院就应将之在原股东间进行分配。

公司重整的关键点是，它所冥思苦想的是公司的继续经营而不是清算。但是，如果继续经营在经济上是可行的，那么债权人也许就不可能首

先强制其破产。但这种“也许”是不正确的。一家公司可能在无力偿付债务的同时还能在经济上有生存能力。如果企业的一种（或多种）产品的需求意外地下跌，那么它的收入可能难以补偿其总成本（包括债务的固定成本）。但其收入可能会超过其可变成本。在这种情况下，企业就不应进行破产清算。而且也许在长期内企业会用一较小的工厂无限期地继续其经营。如果债务已被偿付而不再恢复的话，公司的总成本就会下降，而其（下降的）需求曲线和（下降的）供给曲线可能会再次相交。总之，公司可能会有一个或短或长的可生存前途。如果它能还清其所有的现行债务，就能达到这一点。现行债务清偿的一个途径就是将债务转变成自有资本，只要达到这一点，债务就不再成为固定成本了，从而就可以使公司进行一些其他的支付。破产重整就能达到这些目的。由于我们假设公司是要继续其经营，所以既在重整期间允许现存经理人员而非破产受托人管理公司又赋予经理人员重整动议权是非常自然的。经理人员既有经验又有强烈的积极性进行成功的重整以保住其工作并避免其企业特定人力资本的损失。

但所有这些并没有解决这个问题：如果企业继续营业比关闭更有价值，为什么债权人不会自动提出重整呢？为什么法律应该允许（正如现在那

样)法院将重整计划“硬塞给”不同意的各位债权人呢?这里有两个答案。一个是我们熟悉的搭便车问题。如果需要债权人的一致同意才能批准重整,就会使每个债权人都为了在重整企业普通股分配中取得有利待遇而坚持不让步。第二个答案更有意思,重整可能对股东和债权人整体而言是最有利的,但可能会损害某些债权人。根据绝对优先规则(参见下章结束时的第3个问题),大债权人有权在小债权人取得任何偿还之前获得全部的还款,所以一旦企业清算他就可能保证得到全额支付。由此,原则上他在重整过程中有权取得的股本利益应相当于他在清算中应取得利益的风险调整后的预期收益(risk-adjusted expected return)。但这种等量是很难计算的。其中有许多原因,其中之一就是股本利益的价值取决于企业的收益预期,而这可能是很不确定的。而且,破产法的“新价值”规则使破产人有权给予向破产人提供新借款的贷款人以特别优先权(如果不是这样,贷款人就很难再借款给破产人)。如果企业最终被清算,这就可能会削弱大债权人全额取得其还款的预期。当立即清算比在重整基础上继续经营产生更少的金钱偿付给债权人时,这些成本就由债权人承担。但从清算可以比从重整取得更多利益的债权人在其是否同意重整时就不会考虑这一点了。尽管在原则上他同意后可由其

他债权人对其补偿，必需的多边交易的成本就可能是非常可怕的，即使我们撇开搭便车问题。

当然，公司重整并非灵丹妙药，不仅因为对公司进行司法估价是一种值得注意的错误。另一个问题是，在清算中将丧失工作的经理和在清算中将不可能取得任何东西的小债权人都会在即使清算使财产更有价值时也要使公司生存下去。如果重整能使股东在重整企业中得到很小的股本利益，他们也会对重整极感兴趣。因为，重整对他们来说是一个没有任何损失的建议。如果重整企业赢利了，他们就可以分得利润；如果它失败了，全部损失就落到了债权人的身上。所以，正像有些破产案件中由于可能使大债权人将成本加于其他利益人而使清算为期过早一样，重整也有可能有些案件中由于可能使经理、小债权人和股东将成本加于（其他）债权人而使清算不适当地延期。

自从（也可能是由于）杠杆清购（the leveraged buy-out）产生以来，公司破产变得更加频繁了。杠杆清购是指这样一种交易，公司被人以大部分的借款资金购买，而借款购买人又以公司的自有资产来担保贷款。例如，一个企业的经理可能会用公司资产作为贷款担保而从银行借款后从企业所有人处将之购买过来。其结果是企业账簿上的负债额将增加，破产的风险也将增

加。这是一件坏事吗？这种决定是复杂的。在一方面，就破产会产生无谓的社会成本〔即，不仅会引起从股东、经理和有些债权人向其他债权人的财富转让，而且会引起对有价值资源（律师、银行家的时间和供给者的预期等）的消费和上述资产使用效率的降低〕而言，任何增加破产风险的因素都会产生社会成本。这还存在现存债权人的成本，随着破产几率的上升，他们全额取得还款的希望就会下降。但他们可以通过借款人资产担保其贷款、谈判限制借款人的其他债务、收取更高的利息率等形式保护自己。

在另一方面，增加企业的债务会使经理变成企业的实际控制股东，从而通过将代理人变成委托人而降低代理成本。这也间接地降低了代理成本。因为它剥夺了企业以其留存收益为新项目融资的能力而迫使它经常去资本市场融资，从而减少了经理的自由决定权（参见14.7）。通过使企业成为一个风险更高的企业，很高的债务-自有资本率就可能抵消经理以厌恶风险的方式进行活动的倾向。股东通常希望他们投资的公司能以风险中立的方式进行活动，因为厌恶风险的股东只要通过拥有多样化证券投资组合就可以保护自己免受特定企业的风险。但是，经理的企业特定人力资本不是很容易多样化的，所以经理就倾向于以厌恶风险的方式管理公司。这种倾向可能会被



杠杆所抵消，杠杆将放大企业经营行情涨落的财务效应。（下一章将对此作更多的讨论。）在所有这些方面，杠杆清购降低了公司内的代理成本，即，使经理的利益和股东的利益结合起来。或至少有助于这样做，因为更复杂的是杠杆清购中的购买者是投资者而非经理：更高债务-自有资本率所产生的更大的财务失败风险可能会使经理更小心谨慎，同时又使他们经营管理决定的后果更具风险。

### 14.5揭开公司的面纱

虽然有限责任在吸引个人进行自有资本投资方面起着很重要的作用，但无视这一点——用公司法的术语说，即揭开公司的面纱（piercing the corporate veil）——可能会在以下两种情况下促进效率。

1. 考虑一下使许多出租汽车联合起来结成公司以限制其对事故受害人的侵权责任的出租汽车企业。如果这是一种商议后的债务，那么债权人（受害人）就会收取更高利息率以反映增长了违约风险；但它不是这样，而且事故之前加害人和受害人也不可能进行商议谈判。所以，由单独的出租车改组成的公司会产生将其出租车服务成本外在化的后果。

即使在这种情况下，揭开公司的面纱仍可能不是最佳的选择。允许侵权受害人取得股东的财

产会对股东产生额外的风险，而风险增加对厌恶风险的人来说是一种现实成本。虽然公司可以为其侵权风险购买保险，但这对有限责任还不是一种完全满意的替代性选择。经理人员们可能没有进行适当的保险；保险公司可能由于种种原因而拒绝或无力向被保险人支付侵权裁定所决定的损害赔偿（例如，可能是保险公司破产而无偿付能力）；特定侵权可能并不包括在保险单的保险范围之内。所有这些听起来好像是模糊不清的——但一旦所发生的事故不是汽车碰撞而是核反应堆事故或石棉引起的肺病，那么问题就可能更严重了。而且，如果公司有许多股东并且股票经常转手，那么揭开公司面纱就是一种行政管理的恶梦。因为那时人们必须决定哪些股东负有责任

（那些侵权发生时拥有股票的人，那些作出侵权判决时拥有股票的人，还是其他时间拥有股票的人？）和如何在有责任的股东群众中分配责任。

一种可代替揭开公司面纱的选择是，要求任何从事危险行为的公司依其侵权责任程度的最高合理估计而向有关当局提供担保。由此，股东可以得到保护（在什么意义上？），事故成本也可以内在化。

2. 另一个更重要情况是揭开公司面纱的正当理由，即单独公司成立会使债权人产生误解。如果各公司都被允许声称有很大的财产来偿还债

务人的贷款，而实际上他们并没有那么多的财产，那么其结果就增加了债权人为了确认与其进行交易的公司的真实信贷价值而必须承受的成本。

事实上，虚假陈述（misrepresentation）是法院用以决定是否应揭开公司面纱的主要依据。确实，法院往往将揭开公司面纱的准则看作债务公司是否仅仅是一个代理人，是否改变了自我面目，或是否改变了股东的媒介，并考虑债务人是否遵守了公司的程序（如举行董事会会议）和是否已进行不适当地资本化。但法院在运用这一检验标准时通常要问的是，股东是否参与了经营，是否作了陈述，是否可能欺骗债权人相信债务人拥有大量的财产（比实际拥有的多）并且股东是真正的债务人。有些法院已明确地采用虚假陈述原理以决定是否要揭开公司的面纱。“改变自我”这种检验是在用未经证实的假定在辩论，公司的媒介或代理特征是不相关的，对公司程序的遵守是一种挑剔的考虑，对资本化不足的关注也是不恰当的：新成立的企业往往是资本较少，而正是这样这些公司的股东才最需要有限责任来引导他们从事冒险的投资事业，这既是由于大部分的新企业都失败了，又是由于对这些企业进行投资的人往往是财力不大。向新的或资本不足的公司贷款的人可以要求股东同意为公司债务担保；如果他们没有这样做，法律就不应该为他们从火

中取栗，除非公司对其财务能力作了虚假陈述。

股东常常为公司而非个人，而且这看起来以风险转移政策为基础的有限责任原则不应适用于这种情况。如果一母公司要对其子公司的债务负责，那么即使母公司股东对责任承担的风险要比子公司享受有限责任时大，但它仍只限于其对母公司的投资并可以通过拥有多样化自有资本有价证券组合而进一步减少风险。

我们必须将公众持股公司（许多股东进行正常的股票交易）与非公众持股公司（股东很少，没有股票交易市场）区别开来。假设A·史密斯先生要想对一采矿企业投资，但他的全部财产（除他准备对采矿业进行投资的财产外）都已被投资在他自己为唯一股东的广播电台公司了。如果他组成一个新公司经营采矿业，而且如果对附属公司的财产进行股权联合以清偿附属公司债权人的债权，那么史密斯先生就使其全部财产冒采矿业的危险。在这种情况下，揭开公司面纱以取得附属公司财产与揭开公司面纱以取得个人股东的财产就没有差异了。

但当一家公众持股的大公司通过其全部为人所有的附属公司从事经营时，我们还在决定什么财产才能清偿债权人请求而将这些附属公司看作一个独立的实体，这可能是极端虚假的。问题是不是这样，我们可以将企业分成两组来评估：一

组为与业务无关的企业，一组为与业务有着密切关系的企业。在第一组中，由于母公司利润的最大化要求每一附属公司的利润都应最大化，所以每一附属公司的财产、成本等应与它们在独立时一样。事实上，共同所有人可能会采取措施掩盖和歪曲其不同企业的相对利润率，而其方法之一是以任意利息率在企业间配置资本。但并不是全部的所有人通常都采用这种方法，因为这种方法减少了适用于共同所有人管理其不同公司的效率信息，从而产生了很高的成本。滥用公司形式的最大危险发生在小企业情况下，作为独立的利润中心的子公司的运营是不太需要保证有效率管理的，但个人投资者在有限责任公司分支机构的利益使投资者有兴趣保持非分支机构公司的有限责任。这就是我们的A·史密斯先生例证。

即使附属公司的业务活动是密切相关的——如它们生产互补商品——每一公司在正常情况下也仍然是作为一个独立利润中心在经营，其目的就是保证其总体利润最大化。在共同所有权节省大量成本的情况下，正如附属公司在不同生产流程生产同一产品一样（参见10. 7、14. 1），这两个公司的管理就不同于两个从事同样业务的独立公司的管理；它们的经营将比独立公司的经营更为一体化。但如果由于这样的公司的效率更高，而使我们要通过向它收回其非合并竞争者仍

享有的特权，以此来达到惩罚它的目的，这是不公正的。而且，也是在这种情况下，共同所有人会竭力避免使之更难评估各公司业绩的公司间进行转让（转让方法是扭曲各企业的利润率）。这就是以下事实的原因：纵向一体化企业一个部门向另一部门“出售”其产品的价格通常是该产品的市场价格（由于进行与市场交易相对的企业内交易，有了一些成本节约），而不是旨在牺牲其他部门的利润，从而增加一部门利润的任意转让价格。

一组从事相关业务的附属公司和一组从事大量无关业务的附属公司之间的重要区别，不在于第一组公司的行为与从事相同行业的非联营公司的行为有何不同，而在于与有相关业务的一组附属公司进行交易的债权人更可能被诈斯而认为他正与一单一公司进行交易。例如，假设一个银行控股公司建立一个子公司投资房地产业；控股公司给子公司起的名称与其银行业子公司的名称很相似，且房地产公司在银行租用了办公场所，其办公室看起来好像是银行的办公室。没有经验的债权人以优惠的条件贷款给房地产公司，因为它合理地认为房地产公司是由银行经营的。在这种情况下，阻止（即禁止）银行控股公司（甚至是银行本身）否认贷款人向其提供借款似乎是合理的。保护附属公司的法律独立性会导致债权人阶

层投入过多量的社会资源以确定向他们借款的实体的公司地位。然而，虚假陈述原则看来还是适于处理这些情况的。事实上，在不存在虚假陈述的情况下，废除联营公司有限责任的规则不会减低任何一类债权人的风险，而只会增加他的信息成本。虽然公司A的债权人知道，如果A违约他就可以取得A的附属公司B的财产；他也知道一旦B违约B的债权人可能有对A的财产提出清偿的请求，这又引起A对其自己债务（即A的债权人）违约。所以，为了知道应收取多高的利息率，他不得不对A和B的财务状况进行调查，而其结果可能是：公司B在业务上与公司A完全无关。

#### 14.6现代公司中所有权与管理权的分离

人们普遍认为，公司法不仅不利于公司的债权人，而且不利于股东自身（这些信念相互一致吗？）。后一论点可概括成这样的思想：在公众持股公司中，所有权（股东）与管理权（经理人员）是分离的。但是，对这一所谓分离的大量担忧主要是由于没有将企业（firm）与公司

（corporation）区别开来（参见14.1）。企业是一种组织生产的方式；而公司像债券信托契约（bondindenture）一样，是将资本引入企业的一种方式。典型的大商业实体具有企业和公司的双重性质。企业的管理权属于向雇员发布指令的经理团体，而实际上为企业购买投入并进行产品制

造和销售的是企业的雇员。经理团体的人员包括那些富有业务经验而又专职从事日常管理工作的  
人员。典型的股东（非公众持股公司或某人持有  
某公司很大比例股份的情况除外）是不了解企业  
的业务状况的，而且他们并不将之作为获得生  
计的一个重要部分，所以就既不希望也没有积极性  
去参与企业的管理。他是一个消极投资者，而且  
由于其利益的流动性，他与企业只具有一种松散  
和暂时的关系。他的利益像债权人的利益一样，  
是一种金融利益而不是一种管理利益。

股东并不管理或控制“他们”的公司，正如债  
券持有人也不管理或控制公司、信托受益人不  
管理或控制受托人一样，这毫不奇怪。这三种  
人都享有投资收益，但也存在着差异：股东和  
信托受益人比债券持有人更容易因经理人员  
滥用职权和不履行义务而受损害。由于债券  
持有人有固定的利息率（它的价值在于它是  
自有资本投资的缓冲），所以他所关心的并  
不是企业得到令人满意的经营，而是不要经  
营得过糟以至于无法向他支付利息、或债券  
到期无力清偿其本金、或产生一些他在商谈  
利息时无法料想的事件。与之相反，股东的  
收益却与企业的经营状况和经理人员如何  
认真将企业收入的适当份额分配给股东直接  
有关——这就是说，经理履行其管理职能所  
追求的高于竞争收益的任何东西都是与股东  
息息相关的。



管理不善（过失）的危险性并没有经理人员不公正对待股东（不忠诚）的危险性大。管理不善并不是出于经理人员的私利；实际上它是与他们的私利严重冲突的，因为最终的企业破产（和经理人员未来就业希望的失却）将使他们面临更强的竞争对手。虽然经理人员由此将有极大的热情将企业管理好，或在他们自己无力将之管理好的情况下把他们的职位出售给那些能管理好企业的人，但他们公正对待股东（即，使公司股票的每股价值最大化）的积极性却被削弱了。当然，如果不公正对待股东的经理人员要想通过发行新股票而增加资本投入，那他就必须支付一笔溢价（作为保险费）；但溢价成本不是（或不是主要）由经理人员承担的，它将通过冲淡股权而由原股东承担。所以，股东和经理人员之间的这种潜在的利益冲突足以使我们作出这样的预见：股东通常会坚持在公司章程中载入有关保护性条款。

公司法通过在每一公司章程中示意股东应坚持的正常权利而降低了交易成本。在这些正常权利中，最重要的是依其持有的股份数而享有对公司董事会成员的投票表决权。董事会也不管理企业。它通常由高级经理人员加上在其他地方从事专职工作而只对公司事务稍加关心的非本公司经理人员组成。在正常情况下，它只是批准和认可

经理部门的行为。实际上，董事会的意义在于，股东通过它能够解雇现存的经理和雇佣更为关心股东利益的新经理。

所有权和管理权的分离是一个虚假的问题。假如大部分股东积极参与企业管理的机会成本过高而使之成为不可能，那么这种分离就是有效率的。在股东利益中占必要地位的不是参与性股东是否民主，而是需要一种能阻止经理人员将过多的企业净收入从股东转向他们自己的机制。

在这本论述法学的著作中，我们会很自然地致力于法律机制的研究，但我们也不会忽视使经理人员的私利与股东的私利结合起来的私人安排，那就如使经理人员的报酬在极大程度上基于以其股票价值为衡量尺度的企业业绩。一种更为奇异的结合方法是前面讨论的杠杆清购。假定

（到目前为止还是如此）对资本收入比对普通收入有更优惠的所得税待遇，支付股息就是一种很怪的事。股息作为一种普通收入是要征税的。如果同样的收入保留在公司中，那么公司的股票就会升值，而且股东能取得一笔现金，这笔现金等于他定期出售一些股票取得的股息。支付股息也有助于控制经理人员，其途径是：使公司更为经常地回到资本市场去资助新的业务（这不同于用留存盈余进行资助），和使公司失败的风险有所增加（因为如果不是所有的收益都保留在公司

中，那么债务和自有资本的比率就会上升）。

#### 14. 7公司管理权的转让

如果经理人员无视股东的利益，那么该企业普通股的市场价格就会下跌。当发生这种情形时，警觉的投资者就会认识到这种股票的价格被定低了一——即如果企业以股东收益最大化为目标进行管理，那么股票价格就会上升。我们可以从以下几种途径拓展这种认识：

1. 一个公司或另一投资者可能会设法说服现行的董事会，在公司出售和合并方面合作以将管理权交给买方企业。在职董事和被购企业经理的默许可以由给予大量补偿的允诺来保证，这种补偿允诺的形式有有偿咨询契约等。无论如何，股东只能对这种出售或合并计划投票赞成。

2. 如果公司的董事会和经理人员反对这么做，那么该公司的未来受让人就可能愿意出钱从现行股东处以高于现时市价和低于适当管理和控制下公司股票的价格购买大多数已公开发行并售出的股票。如果收购股权成功，那么公司收购人就会有足够的选票来选举产生其自己的董事会，而且将由它来代替现行的管理部门。

3. 公司或个人投资者可以购买足够多的股票以（a）作为取得其他股东的投票代理而进行竞争的基础和（b）能使他在旧董事会和管理部门被废除时因该企业普通股市价的上升而取得可

观的利润。

公司法的传统学者过于强调公司民主（第3）而忽视了公司管理中的市场。由没有取得实质性所有权地位的个人进行的代理竞争非常近似于政治民主程序，但它是一种最不可行的接管方式，这部分是因为严重的外在性问题：这样的个人如何才能以伴有破产风险的利润补偿其竞争成本呢？

不幸的是，法律在有效使用股权收购的道路上设置了障碍，从而它又降低了自愿合并

（merger）方法的效率（为什么？）。例如，它禁止决定接管企业的投资者在不公开其目的的情况下买下目标企业的大部分股份。这样的公开势必会使股票价格上涨从而降低接管的收益和试图进行接管的积极性；它将会使大量由接管投标产生的收益外在化。

近来解释的反托拉斯法是阻碍接管（takeover）的一个重要因素（尽管有所削弱）。大公司本来只能由另一家大公司接管，而且大公司的收购也容易受到反托拉斯法的挑战。现在，人们经常可以看到经理人员拒绝另一公司的接管，其理由是由此产生的收购违反了反托拉斯法。

如果以下提案得以被采纳，那么就产生了一个新的接管障碍：禁止控股股东在出售其股票时

收取溢价以控制将之出售会有利于买主的公司。其基本理论是，控股股东对占少数股权的股东负有信用义务。这一理论在“多数”股东和“少数”股东间发生利益冲突的情况下是有价值的。但在普通接管情况下，以下规则不但对“少数”股东无益反而会对他们有害：通过削弱控股股东出售其控制权的积极性而阻止公司财产向能更有效使用它们而有利于全部股东的人手中重新配置。

另一个问题是，预期的被接管公司会采取使接管人承受更高成本的手段以阻止接管。例如，契约中保证经理取得过高的解雇费以作为接管的条件（即所谓的“黄金降落伞”，

the golden parachute）和“投

毒”（Poison Pills）。“投毒”是这样一种阴谋：每一股东依其股数收到一份公司发放的认股证书，认股证书规定在公司要被收购的情况下股东有权以证书固定的价格向认购企业出售其股票，而这种股票的价格往往要高出其现时市价好几倍。如果股权收购者有足够的财富进行收购，那么就不会有什么问题，因为每一股东都乐意将其股票

（以及其认股证书）出售给认股企业。但从发价人角度看，最佳的股权收购当然不是能吸引所有股东的；那是一种过于昂贵的股权收购。最佳股权收购的目标应是将价格定在能使勉强过半数的股东出售其股票的水平上。由于这样已使之取得

控股权，所以股权收购人然后就将买下全部的剩余股票（假设他不想为“少数”股东所困扰）——但其价格却是很低的，因为“少数”股东已别无选择。这种价格上的差额就是前面提及的控股权的溢价。双重股权收购实际上降低了股票出售价格，因为股东们会相互竞争在第一轮中以更高的价格出售其股票，从中取得控股权出售的溢价。“投毒”是一种对双重股票收购进行矫正的方法，它迫使购方公司以比第一轮更高的价格全面买下第二轮股票，从而极大地降低了购买人的预期收益。

与“投毒”相比，“黄金降落伞”不太容易引起人们明确的非议。由接管引起的对高额解雇金的保证会使接管花费更高的成本，但它也减弱了经理人员拒绝接管人要求的激励，这两种效果可能会相互抵消。

像“投毒”这样的反接管方法被认为应存在的理由是，促进股东间的平等、使股权收购者改善其发价和矫正市场对股票的过低估价。这些辩护理由是难以令人信服的（从下一章将要讨论的有效市场论点看，最后一项理由尤其如此）。它们的主要作用是为了阻止股权收购，而且一些研究已经表明：当股权收购计划失败时，被收购公司的全部股东将因此遭受损失。

而且反接管的措施还要求批准现今的董事会

要由非经理人员董事占多数。他们的行为会不利于公司的利益吗？这完全是有可能的。总之，由于公司的接管会使他很可能失去其董事会的职位并损失可观的收入，所以他们是与公司有利益冲突的。股东董事在公司继续独立上存在的利害关系就更大了。更为令人迷惑的是，为什么股东会赞同反接管对策，而这样的对策只有在大多数股东和大多数董事都同意的情况下才能成立并得以接受。

如果发现反接管计划无益于股东的研究，那么这就表明了公司管理权的市场运行不良并且其失灵已成为一个严重的问题。如果经理人员经常反对有利于股东最高利益的接管，在许多大公司里就肯定不存在经理人员和股东间的利益冲突吗？并非必然。我们必须问的是，被接管公司的经理人员的态度应该是怎么样的呢？经理部门应在第一个接管要约提出时通知股东，还是应该设法拖延承诺以希望激发接管投标人之间的竞争从而将股票出售给出价最高的投标人呢？在一个普通市场中，要求卖方承诺第一个要约的规则是不合理的；而当不要求个人股东承诺股权收购要约时，他就可能缺乏经理部门拥有的信息以致无法认识到他在拒绝这一要约时会提出更高价格要约的希望。

但是，公司管理权市场不是一个普通的市

场，因为如果经理人员具有企业特定的人力资本而感觉到接管投标会有害于他们的工作，那么经理人员和股东之间就存在着明显的利益冲突。他们可能会设法准备一次拍卖以希望通过拖延而击败所有的接管投标。或者是，他可能完全希望：通过减少对公司估价不足的信息的收益（而拍卖正是通过阻止最初要约人取得达到其目标的明确机会并允许后继要约人搭乘最初要约人信息调查的便车而达到这一目的的），拍卖的预期会减低接管要约一次性成功的可能性。但是，最近提出的证据是，抵制股权收购而稍晚被接管的公司要比不拒绝的公司处境好，但一旦它们抵制成功，那么处境就会更糟。这一证据表明，利益冲突问题并没有想象的那么严重。即使有些抵制接管的公司过于坚持而使之不但没有取得更高的溢价（如果以上证据是正确的话，那么这应是它的目的）反而最终使公司无法被接管，但抵制的预期收益还是存在的。

#### 14.8公司排挤和竞争松弛

依照特拉华公司法（the Delaware

Corporation Law）的规定，“多数”股东可以在不必要表明其行为的商业意图的情况下强制“少数”股东向公司出售其股票。由于其股票价值是经过法院评估的，所以“少数”股东可能对“多数”股东提出的发价表示满意，从而“多数”股东在



实际上就对“少数”股东的股票拥有绝对的优先支配权。是否应允许这种强制性转让？这部分取决于是否存在着任何“多数”股东排挤“少数”股东的合理基础。看来这种基础是存在的。如果公司股票为人们私下持有而不是依证券法登记并在一个有组织的交易所进行交易，从而使之受制于过度的政府管制和证券交易所管制，这样，公司财产的价格可能会更高。不仅遵从这些管制需要高昂的成本并产生了法律风险，而且它们使企业难以在秘密状况下进行营业，这就使企业无法从某些商业机会中得益。而且，非公开化可以使所有权和管理权之间的联合更为密切，从而可以降低代理成本。如果“多数”股东由此作出这阵的决定：如果公司转向非公众持股比，其原来公开交易的公司就会价值更大，这样，他就必须说服大多数的其他股东放弃其股票。（依照假定）由于秘密状况下的公司比公开状况下的公司更有价值，所以这可能是一种易于达成协议的谈判。但特别是在“多数”股东人数很多的情况下，就会出现一种已广为读者所知的严重的互不让步问题。

对排挤的关心与以下流行的观点有关：各州通过起草向债权人和某些（或全部）股东提供不适当保护的公司章程而吸引公司进入其境内，而特拉华——大约有40%在纽约证券交易所上市的公司法人所在地是在该州——已通过严重放松

其公司法的要求而赢得了这场竞争。长期以来，一直有人提议要求全国最大的公司依统一的联邦公司法组成法人以消除这种竞争。然而，“少数”股东自身仍可能受害于使之获得反对排挤权的规定，因为该规定可能会使公司——股东也同样——难以取得非公众持股造成的更大收益。

而且，理性的公司不可能在不为债权人或股东提供保护的州注册登记。因为如果它们在那种州注册登记，那么它们就必须向债权人支付很高利息（或必须在借贷契约中就详尽的保护条款达成协议），这样它们就很难吸引其股票投资者。一家想由公众持股但只向其投资公众提供少量公开发行股票的私人公司也不希望自己为不公正对待“少数”股东的排挤规定所影响。可能成为股东的人们会认识到，由于公司中的“少数”股东会碰到实力强大的“多数”股东，从而使他们很容易被排挤，所以他们就不愿意在一家可能会无赔偿没收其投资的公司中进行其投资。

是否可能存在着一个更为有力的结论呢？各州间吸引公司的竞争将会使公司法规则最佳化。而具有优先权的联邦公司法就不具备类似的最佳性推断（为什么？）。

#### 14.9内幕交易和中间商酬金问题

内幕交易（insider

trading）——这种交易是这样进行的，公司

的经理或其他知情人（insider）用还没有向其他股东或外界公开的重要信息来对其公司股票进行交易，以此获取利润——是被作为对股东的诈欺而禁止的。这种禁令已受到了攻击，其理由是：内幕交易仍是一种潜在的重要激励手段。然而，当这种观点适用于购股选择权（stockoption）时就更具说服力了，因为购股选择权产生了真正的经理和股东间的共同体并使管理报酬能达到公司利润率函数的有效程度。内幕交易并没有造成如此有效的管理。无论信息是否对公司前景有利，它总是提供了可靠的信息。人们可以设想出这样的情况，经理人员可能会积极采取措施加速其企业的转让，但其社会成本也许是相当大的。反对内幕交易并不只是禁止基于内部信息的卖空

（sellshort）。经理人员会积极地控制公司信息的泄露，在某种意义上是为了使企业股票价格在短期内急剧上扬。他们的精力没有用于旨在使企业现时价值最大化的企业管理上，而只是用于旨在使企业股票灵活性最大化的企业公开性管理上。

虽然这也许不完全是一件坏事。重提前面的一种观点，拥有企业特定人力资本的经理可能是厌恶风险的，但持有多样化有价证券组合的股东就可能是风险中立的或甚至是偏好风险的。允许他进行内幕交易就会鼓励他冒险。对禁止内幕交

易的另一反对意见是，它减低了股票市场的效率；知情人购买或出售的决定提供了能使股票得到正确的重新评估的有关企业前景的信息。但这一优势必然为效率损失所抵消，而这种效率损失是由于经理隐蔽信息或发布错误信息而造成的，因为一旦允许内幕交易，那么他们就会有更高的积极性去这么做。

实施反内幕交易规则的成本是很高的。不仅像知情人和内部信息这样的概念是含糊不清的，而且存在着大量的可以规避这一规则的方法。例如，在不同公司中的知情人常常对其各自的信息进行相互交易。这一漏洞是很难堵上的——除非我们禁止知情人和其家庭成员买卖任何公司的股票。还有一个问题是，人们可以不进行在没有信息的条件下也能使交易伙伴受益的交易，而受益于内部信息。这一问题是法律所无法解决的。

这些问题和一个更为基本的问题（内幕交易本来就是易于隐瞒的），可以解释公司很少设法阻止这种事端而将这一功能留予公共管制的原因。否则，它们的无所作为将是内幕交易有效率的有力证据。但如果它被发现的几率太低而不得不采用严厉的刑罚——私人公司不能用它（参见4.10）——来阻止这种行为，那么公司阻止这种行为就不可能有利。

14. 10经理的自由处理权和公司的社会责任

如果不存在产品市场的竞争，没有公司管理权的市場，没有董事和股东的支配权，也没有法律的诚实信用义务，那么公司经理就只受公司利润最大化的制约了。由此，他们就可以通过各种手段将其自身效用最大化。例如，将公司全部的净收入作为他们的薪金，或还会对公司进行清算后将其财产作为自己的奖金来分配。没有任何人会将公司经理看得如此不受约束而任意作为，但有些经济学家相信，公众持股大公司中的经理只受到微弱的制约，而且他们事实上的确也选择像销量、增长或比利润最大化更能使其个人效用最大比的个人权力这样的准则来经营公司。但这些标准的确与利润有区别吗？假设经理人员想将公司的产品销量增长最大化。为了迅速地使之增长，企业就必须需要本期经营的大量现金或从资本市场获得资金。为了达成其中的任何一个目的，它就需要有大量的本期或预期利润。这样，增长最大化就自然地与利润最大化混成一体了。现在需要讨论的是作为最大化标准的经理个人权力。权力最大的公司总经理是管理最有利可图的企业的首席执行官。他最不可能遭到股东的批评，而且会将接管的威胁置之度外。另外，大量的利润产生自他能用于经营其他事业的资本（而且可以依有利的条件取得另外的资本）。关于现代公司是否真正是利润最大化者这种争议可能是没有任

何现实意义的。

当有些人批评现代公司没有竭尽全力使利润最大化时，其他人却批评它将利润最大化作为其唯一的目标。长期以来，公司一直对慈善捐款。那么，为什么它们不该将其收入的一部分用于像控制污染或培训落后少数民族成员这样的其他社会需求呢？但慈善捐款并不是一种强有力的惯例；尤其当它们在公司的工厂或总部所在地捐款时更是如此。它们通常能被股东看作是合理和有效的广告或公共关系支出。

对较大公司在其利润最大化之外还要承担社会目标的可行性和恰当性的探究，是有其经济学上的理由的。在竞争市场中，长期为了利润之外的任何其他目标而经营将导致企业萎缩，甚至非常有可能破产。将其利润用于污染控制的企业就只有向其顾客收取更高的价格才能补偿其损失。顾客当他们作为顾客而言就不会从这样的支出中得益；更准确地说，只有当顾客从一竞争企业处购买低价产品时他们才能从这些支出中得益。由此，企业就不得不完全在其利润中支付污染控制费用。但从经济学意义上看，除了作为一个不确定性（股东作为公司收入超过其成本的任何数额的剩余权利主张人）的短期结果外，竞争市场中不会存在任何公司利润。在长期情况下，竞争市场中的会计利润与吸引和保留资本的成本趋于相

等。

如果这些利润下降，那么这企业在最后就完全有可能被逐出市场。当然，如果它在本期产量的情况下还像平常那样使边际成本曲线上抬，那么就可能通过减少产量而继续经营一段时间——但也不会是永久的。当其产量下降时，它在生产中使用的稀缺资源（土地、技术等）的所有者就不可能取得相当于他在其他地方所取得的收益，因为买方垄断不太可能是一种长期的策略（参见10.9）。唯一的例外只是，如果这些资源的所有者（他可能是企业的股东）是一些从企业的社会责任中获得效用的利他主义者。这种情况如何才是可能的呢？

即使在垄断市场中，公司社会责任的前景也好不到哪里去。如果企业没有竞争对手，它将可能将其一部分污染控制设备的成本转嫁到顾客身上，但也只是一部分成本。正如图14.1中所示的那样，它的利润将会下降。就局外企业而言，其结果是垄断利润的减损（从ABCD到EFGH）。但对股东而言，那却是一种损失。因为股票的价格等于其股票预期未来收入的现价。如果企业对某一特定水平的连续垄断利润的预期拥有垄断权，那么其股票价格就会高于预期利润水平较低情况下的股票价格。假设企业决定承担本来没有预期的污染控制成本，其预期未来收入就会下

降，从而也使股票价格下跌。这在股东看来就是一种损失。在通常情况下，他既不知道、也不在乎公司是否拥有垄断利润。他所关心的只是他手中股票的价值已经下跌了。经理人员无论如何也不愿意看到有这样的结果落到股东身上。

另一个需要考虑的因素是，如果存在着使自己变成垄断者或保持垄断权的竞争，垄断者就可能没有垄断利润，从而也就无法以之支付额外成本。图14. 1中的ABCD区域代表的可能不是垄断利润，而是取得垄断利润的固定成本。在这种情况下，任何缩小那一区域的行为都将会置企业于破产的危险境地之中（参见9. 3）。

我们应为公司缺乏社会责任积极性（不论及法律强制的责任）而感到伤心吗？也许不应该。试图以最低成本为市场生产而又改良社会的经理最终可能将一事无成。而且，公司社会责任的成本会在很大程度上以提高产品价格的形式（这是一种递减式的税收）由消费者来承担。最后，公司履行社会责任会降低股东自己履行社会责任的能力；而相反，公司利润最大化却可以增加股东的财富，股东可以以这种资源来对政治、慈善捐赠等作出贡献。

#### 14. 11法人犯罪

公司社会责任的一个重要问题是，公司应永远遵守法律还是只有在违法的预期惩罚成本超过



预期收益的情况下才遵守法律。如果预期惩罚成本被规定在一个有效率的水平上，那么问题本身就作出了回答，即公司只有在违反法律有效率时才这么做。如果惩罚成本过低，那么公司就进入了一个伦理上的窘境。如果我们假设公司的责任不是修正政治法律制度的缺陷而是使利润最大化，那么公司摆脱这一困境的方法就是继续违法。要注意的是，如果它用伦理方法解决这一问题，那么就会产生一个恰恰不道德的结果：使公司的资源集中到最不道德的商人手中。

所有这些则作出了这样一个假设：公司应对其经理和其他职员的行为承担责任。这一假设已不时为人们所怀疑。请回忆一下，侵权法中严格责任的一个重要原则就是委托人负责制：无论是否是个人的过错，只要雇员在其工作范围内所造成的侵权，雇主都要负责任。由于雇员通常无法支付法院裁定的巨额损害赔偿，所以侵权责任不会对其激励发生什么影响。如果雇主也负责任，对他的激励就会有很大的影响——他就会在雇佣、监督和必要时解雇职员方面更为谨慎。由于刑法并不主要依靠经济制裁，由于对雇主施加刑事制裁会与侵权制裁重复，特别是由于刑事制裁的沉重性会导致过度的谨慎，所以，刑法不承认雇主责任制是毫不奇怪的。

但有一个重要的例外是，公司的刑事责任。

如果一犯罪行为（至少在公司方面而言，明显地）是在董事或经理那一层次上进行的，那么公司就应对此负有刑事责任。这就意味着股东将承受罚金的负担，他们与实际上从事这一活动的雇主有类似之处。由于公司只能被处以罚金，由于公司不是风险中立就是比个人较少厌恶风险，又由于对公司的惩罚很少或根本不带有耻辱（公司只有通过个人才能运营，而这些个人是在不断流动中的），所以对公司进行处罚的成本就低于对个人进行处罚的成本，也不太会有引起雇主在雇佣、监督和解雇董事（和通过董事委员会雇佣、监督和解雇经理性雇员）时过度谨慎的危险。在这些情况下，法人刑事责任

（corporatecriminalliability）可能会有净收益。首先假定公司经理是股东的完全代理人，那么来自犯罪活动的任何收入都落入股东的手中。于是，如果股东对经理的犯罪行为不承担任何责任，他们就会设法雇佣愿意为公司利益而犯罪的经理。当然，股东必须对经理的预期刑事制裁成本进行赔偿，但如果刑事制裁的严厉程度像第7章强调的那样受到限定，那么股东们完全有能力进行赔偿，并且可以得益于公司犯罪活动。现在要假设的是，经理并不是公司的完全代理人，而且事实上他们利用公司的职务从事犯罪活动只是为了使自己发财。情况仍然是这样的，既然公司已向他

们提供了他们正在利用的各种便利，那么公司的所有人就应有积极性更为认真地选择和监督其经理人员。

公司刑事责任的真正迷惑之处也许是，为什么它必须是刑事责任。刑法的全部理论基础就是侵权损害赔偿数额有时因过大而难以征收，那么我们如何才能使之成为只受经济处罚的实体中的一个要素呢？但公司的偿付能力也不是无限的，而且刑法的两种基本方法即使对只有非耻辱性罚金才能处罚的实体也是完全适用的——用公共资源将处罚几率提至一定的高度以使逃避犯罪责任的努力无效；惩罚掠夺性行为以降低犯罪的预期净收益。

但由于对公司的刑事制裁纯粹是经济性的，所以人们就很难弄清楚为什么公司应受到刑事诉讼的严格程序保护。因为我们将在第21章中理解到，这些保护措施只有在以下假设中才是在经济学上有道理的：刑事制裁不仅将财产从罪犯转移到国家，而且也造成了很严重的成本。

#### 14.12非公众持股公司

到目前为止，我们强调的只是其股票为公众持有的大公司，即公众持股公司（public held corporation）。但美国的大多数企业却是非公众持股公司（closely held corporation）。非公众持股公司的股东很少，大部分甚至全部股东在经

理部门任职，其证券不进行公开交易，而且往往是根本不可出售的。除了特定的递减征税有利条件外，成立非公众持股公司的主要动机是为了能永久生存并取得有限责任（虽然主要债权人常常要求主要债务人个人为公司债务提供担保）。

虽然我们讨论的许多与公众持股公司有关的问题并没有使非公众持股公司受累，但它有其自身的经济问题，首先是双边垄断问题。假设由三个人组成一个公司生产计算机软件，其中每人持有公司三分之一的普通股。如果他们中有一个人后来想离开那个企业，那么他很可能无法将其股票出售给他人而只能转让给其同伙股东（因为任何购买其股票的陌生人会害怕受到其他两人的联合攻击）；由于这样他们已在经济上完全支配了他，所以这两人就可能在收购其股票时支付很低的价格。解决这一问题的办法是，在公司初建时达成一个清购协议。但现在我们要进一步假设的是，公司为了求得更多的资本而想向第四人出售一些股票。这就会产生这样一个问题：匀减谁的股权以使新股东进入呢？现存的每一股东自然都会在这一问题上踌躇不前，以免损失自己的利益。

这些问题也许很容易为多数人规则所解决。但尤其在有选举权的人数很少的情况下，多数人规则可能是很不可靠的。如果像我们前面所假设

的那样，非公众持股公司中的两个人企图联合攻击第三个人，那么第三个人就会努力使其中的一个人脱离那一支配着公司的二人联合体。所有这些都会产生很高的谈判成本和初创时的很大不确定性。一种可行的解决方法是，对将会改变公司结构的交易采取一致同意规则处理。当然，这又使双边垄断问题变得更为严重。

法律可以做而且确实已普遍地做了的一件事就是，允许非公众持股公司的创立人非常自由地违反作为标准形式契约的州公司法——即让公司创办人以大公司不可行的办法各自进行他们的交易，大公司中的股东不可能对公司事务提出很有意义的建议，其部分原因是股东与公司的利害关系太小，而他们对公司管理进行非常详细具体的研究的成本就无法得到补偿。法律承认的另一种可能性是，如果出现了一种使公司运营陷入瘫痪的僵局，那么就允许股东请求解散公司。如果公司解散会使其财产价值下降，那么这样的预期就会使股东尽极大的努力进行商谈而摆脱困境。当然，正如离婚一样——非公众持股公司与之在经济上有相似之处——很重要的是，解散请求权的授予是以对其他股东进行适当补偿为条件的。否则，解散请求权就会变成任何因解散损失最少的股东进行讨价还价的资本。

考虑一下拉多姆一案（In re Radom &

Neidorff, Inc. ) 中的这一联系。拉多姆和其内弟有一家经营得很成功的企业，他们两人是其仅有的平分股东。拉多姆内弟死亡后由内弟的妻子（即拉多姆的姐姐）继承了其股份。但拉多姆和其姐姐相处不和。虽然公司规则要求两人共同在支票上签字，但她却以他开支了过多的薪水为理由而拒绝在薪水支票上签字。即使公司的赢利状况很好，两股东之间的这种僵局也会使之难以宣布红利，或甚至无法清偿其债务。拉多姆请求解散公司，但法院却拒绝认可。

如果法院认可了拉多姆的请求，那么其结果就可能是有效地剥夺了他姐姐的利益，因为拉多姆作为一个任职合伙人可以很快地在新的公司名称下继续其业务。这就像允许一个刚由妻子资助其完成医学院学业的男人与其妻子进行单方面离婚一样（参见5.3）。法院可能会向拉多姆提出公司解散的条件，即由拉多姆向其姐支付公司一半股份的现行价值，而不是仅仅与其姐姐平分公司的有形资产。但也许否决请求也能达到同样的目的，因为这就迫使（我们不清楚有多大效率）拉多姆对其姐姐的股份提供更高的价格。

这一分析为以下规则提供了一条理由吗？规则是，任何合伙人的死亡都可以成为合伙解散的理由。

#### 14.13再论公用事业管制

本章和本书中对债务、自有资本这样的术语的运用已使我们对其法律含义有了严谨的理解；但这样做会使我们对有意义的经济问题的理解变得模糊不清。我们可以以在第12章中讨论的公用事业为例。在形式上，它是一个传统的拥有股东和债券持有人的公司。但就其成功地进行将公用事业公司定价置于略高于成本的基础上的管制而言，它改变了企业内部的经济关系。股东不再是剩余权利主张人了。公司财产的变化不是被记入股票之中，而只是被记入其产品或服务的价格之中。所以，真正的自有资本持有人就是消费者。这表明了反对略高于成本的定价的基本经济学意见。由于消费者没有投票权和不能出售其股票，所以他的地位比监督经理部门的股东还差；但在成本-附加的定价制度中，消费者是唯一的有点积极性去监督经理部门的人，除此之外就不得不由长期债权人监视其债务人了。

从受管制企业开始，我们转而注目于非公司性经济组织的领域——工会、政府机构、合营企业和慈善基金。所有这些组织都可以在本章的一般经济理论框架中得到分析，但本书由于种种原因不可能对它们进行全面的论述，而只在18.4和23.3中对慈善基金和行政机构分别作了阐述。

## 第十五章 金融市场

### 15. 1 证券投资组合设计

本章将更为关注公司有价值证券——尤其是普通股票——市场；所以，我们的视野将从公司本身转向股东和有价值证券投资组合的管理者——信托人、退休金项目、银行、合股投资共同基金（mutual fund）、保险公司和个人投资者。

证券有其两维性：风险和预期收益。预期收益为每一可能收益乘以其变成现实收益的几率，而各种相乘结果相加就构成了各种可能的综合预期收益。所以，如果（1）几率为50%，股票现在卖价为10美元，1年后价值12美元，（2）几率为40%，股票1年后增值50%，（3）几率为10%，股票1年后损失100%，那么其综合预期收益应是2美元，即： $(0.5 \times 2) + (0.4 \times 5) - (0.1 \times 10)$ 。

虽然取得10美元的100%几率的预期收益（10美元）是与50%几率取得20美元和1%几率取得1000美元是一样的，但我们知道人们并不关心不确定性和结果不同组合方式以取得相同的预期收益。在选择具有相同预期收益的证券时，风险厌恶的投资者总会选择具有最小不确定性的证券。除非在其他股票的价格下降时，他可以增加其预期收益，从而补偿其承担的更大风险，否则他决不会选择具有较大不确定性的证券。



投资者在投资中普遍存在着风险厌恶问题。其表现是，在通常情况下，同一公司的债券收益率比普通股的收益率低。假设某一公司普通股的预期收益（股息加增值）是10%。如果投资者是风险中立的——如果他们从风险不同的相同预期收益中取得同样的效用——那么他们就要求公司债券的利息为10%。虽然由于有自有资本股东在债券持有人损失利益之前作缓冲，从而使债券持有人承担较小的风险，但在预期收益意义上，这却为这样的事实所抵消：即债券持有人的收益不会高于其债券规定的利息率。公司债券利息率和（更高的）普通股（commonstock）所有者预期收益之间的差额就是对股东承担额外风险的一种补偿。

这就意味着，在风险不同的普通股的预期收益之间，也应存在一种系统的差异，但这一观点还受制于一个重要的限制。假设两种股票（A和B）的每股预期收益同样是2美元，但股票A的预期收益是由50%的无收益几率和50%的4美元收益几率组合产生的，而股票B的预期收益是由50%的6美元损失几率和50%的10美元收益几率组合产生的。股票B具有更大的风险。但我们还假设第三种股票（C）和股票B一样，它的2美元预期收益是这样产生的：
$$[(0.5 \times 10) - (0.5 \times 6) = 2]$$
，而只是B与C的收益成反商函数，所

以当股票B景气时股票C的收益就低，反之亦然。于是，包含B和C的有价证券组合比单是A的有价证券组合风险小，甚至在A被单独计量而比B和C的风险都小时也是如此。投资者不会因持有B和C的有价证券组合而坚持要求收取保险费（risk premium）。他们的风险被抵消了，从而使这种有价证券组合本身就无风险了。

这阐明了一个基本的观点：有价证券组合设计可以改变证券被单独考虑时的风险状况。而且在不同普通股风险关系为负相关时，普通股中的风险溢价（如果有的话）是很少的。较不明显的是，在普通股风险并非为负相关而是无关（即随机）时，风险溢价也是很少的；由于在包括许多种不同普通股的有价证券组合中，随机分布的有价证券风险最终是趋于相互抵消的，所以这就会产生一种无风险有价证券组合。通过类推，我们可以观察到，如果在一个国家个人面临的死亡风险是不可忽略的，那么这个国家的死亡率——包括所有个人的“证券组合”经历——是极为稳定的。实际上，它比股票市场更为稳定。这表明，不同普通股风险间既不是负相关的又不是随机无关的，却在事实上有着很强的正相关。由此我们必须有价证券组合的设计中区分风险的两个组成部分。第一个组成部分是，有价证券市场全部种类证券的风险为正相关。这种风险无法通过增

加越来越多的证券种类而得以消除。另一个组成部分是与作为一个整体的证券市场风险呈负相关或无关联的风险，所以这种风险是可以通过证券多样化而得以消除的。多样化是有价证券组合设计的一个重要目的，因为它可以使人们摆脱一种无法补偿（准确地说，只有通过多样化才能以低成本消除的）而对厌恶风险的投资者构成无谓损失的风险形式。但多样化并不能消除所有的风险；因为有些风险是无法多样化的，而投资者为了承担这种风险就必须坚持主张补偿。由于无法避免的风险——与整体市场成正相关的风险——也是可补偿的风险，所以想减少这种风险的有价证券管理人就必须准备以较低预期收益的形式支付一定的代价。

我们可以设想一下这样一种有价证券，当市场升值10%时它也平均升值10%，当市场跌值10%时它又跌值10%。它的无法避免的风险就相当于市场的无法避免的风险。用金融语言来说，它的B就是1，在此的B就是这种证券的风险与整体市场风险的比例关系。如果市场升值10%时这种证券升值20%，市场跌值10%时这种证券跌值20%，那么它的B就是2。而如果市场升值10%时它只升值5%，市场跌值10%时它只跌值5%，那么它的B就只是0.5。当然，没有一种有价证券是完全与市场同步协调的。但我们感兴趣的不是

与整体市场变迁无关的那一部分股票差异，因为这是可以多样化的。当一种B很高的股票将有很高的预期收益时，一种总风险较大但B却很低的股票——即一种变迁幅度很大但与市场变迁不一致的股票——就将会有较低的预期收益。

为什么股票会在其无法避免的风险或随机（可多样化）风险上存在差异呢？两个因素特别重要。第一是将在本章下节讨论的公司活动量水平的多样化。第二是债务-自有资本率。假设在一个公司的资本结构中长期债务和自有资本的比率很高，那么，企业毛收入下降对自有资本股东的损害就比他们在没有沉重的债务固定支出时更大。这种企业的股票就会有很高的B值，因为任何不利于商界（由此波及证券市场）整体的影响（如总需求的不期下降）都会对这公司更为有害。相反，如果整体市场兴旺（比如说，由于总需求上升），那么由于债务的成本是固定的，所以它比其他拥有平均量债务的企业更为有利可图。作为一个可多样化风险的例证，我们可以考察一下一个参与勘探铀矿的公司。它的投资运气将随着铀矿勘探的成败而升跌，而铀矿勘探却是一个不确定但又不可能完全与股票整体市场有关的过程。所以，它可能是一种风险很大的股票，但其B却不会超过平均值。

前面的分析表明，如果我们不计多样化的管

理成本，那么投资者的有价证券组合应该尽可能多样化，其目的在于消除不可补偿的风险。有价证券组合多样化的一种方法就是与一些有广泛依据的投资机会指数（如，S&P500）保持联系。但由于只包括32种精选股票的有价证券组合的变迁在95%的程度上是与S&P500的变迁有关联的，所以拥有更大的有价证券组合是没有任何意义的，更不必说拥有250种-500种股票的有价证券组成了。这一观点是不正确的。例如，虽然包括50种股票的有价证券组合会有超过95%的关联系数，但其预期收益幅度在S&P500预期收益的任何一方都可能是4.5个百分点。所以，如果某年S&P500上升10%，那么50种股票的有价证券组合的收益预期会增长5.5%到14.5%。即使是包含了100种股票的有价证券组合也可能只与S&P500的结果相差3%；如果有价证券组合的股票种数升至100，它也只能将以上数字降低1%。而且，即使S&P500不完全是多样化的，它也是一个一类财产只能以一种比价进行交易的样本。

这种分析进一步表明，通过选择有价证券的B的组合（不可分散的风险），证券管理人将决定投资者的预期收益。所以他不必选择赢利股票就能改变投资者的预期收益。取得满意的风险-收益组合的最佳方法就是调整相对无风险资产在有价证券组合中的比例，或调整用以增加证券组合

资产（portfoliosholdings）的借款比例。作为参考意见，我们可以考虑一下以下情形：假设市场有价证券组合包含了在证券市场进行交易的所有股票，而股票价值是以每种股票的发行公司的市场价值所决定的。当然，市场有价证券B是1，而且其现行的预期收益可能在12%左右。假设有价证券管理人为了较少的变动性而愿意取得较低的收益，比如说愿意只取得市场整体收益的一半比例。即，他要取得的有价证券组合B只是0.5。他如何才能达到这一目标呢？简单的方法就是他从其市场有价证券中不断地抛出风险较大的股票，直到剩余股票的平均B仅为0.5为止。但在这过程中他的有价证券组合将会变得较少多样化。而且正像我们多次提出的那样，现在这种可通过更大程度上的多样化而加以避免的风险是无法补偿的。一种可供选择的方法就是在有价证券组合中加入足够的公司或政府债券（governmentbond）或其他有固定收入的有价证券，借用其典型的B低值，可以将有价证券组合的平均B降至0.5。这一方法的优点是，它并没有降低有价证券组合中普通股部分的多样化。这种策略要比只用B平均值为0.5的债券替代有价证券组合中的普通股的方法更好。因为用债券替代普通股的组合结果可能是严重非多样化的，所以它就可能比只包含普通股的有价证券组合更易遭受无法预期的通货膨胀

胀率变化的风险，尽管普通股的名义美元收入也是不固定的。一种相关的论点是，只有为了维持有价值证券组合的总体多样化，我们才应该选择这种旨在降低证券B而将债券加入普通股有价值证券组合中的方法。如果我们所持的有价值证券组合中包含着一种市场基金（marketfund，即一种持有市场有价值证券组合或此外还有一些合理相似证券的基金）的股票（100万美元）和某一公司的债券（100万美元），那么就不可能达到这一目标。

如果一个投资者想比整体市场取得更高的预期收益，那么他可以通过借钱为其有价值证券组合购买证券而达到这一目的。假设一投资者自己有50万美元，而另外借了50万美元，那么他的资产就是100万美元，他用以向一持有市场有价值证券组合的基金投资。他支付的债务利息率为6%，而市场有价值证券的预期收益为9%。他的预期收益率就等于有价值证券组合的预期收益（ $0.09 \times \$1,000,000 = \$90,000$ ）减去其利息成本（ $0.06 \times \$500,000 = \$30,000$ ）再除以其个人投资（ $\$500,000$ ），为12% [（ $\$90,000 - \$30,000$ ） $\div \$500,000 = 0.12$ 】。这就比市场预期收益率高；但这种有价值证券组合的B值也比市场有价值证券的B值高。例如，如果市场跌值10%，这种有价值证券组合的价值就只有90万美元（我们在此可以将借款的利息成本忽略不计），

而且由于投资者还欠债权人50万美元，所以其净资产只有40万美元，这一数额就比市场跌值不发生的情况下少了20%的资产。所以，这种有价证券组合的B值就为2。

## 15.2 多样化、杠杆率和债务-自有资本率

前面一节的分析有助于我们评价以下观点：企业集团性大公司（conglomerate corporation）——其分部或分公司在互不关联的市场中运营，从而好像使公司遭受因专业化不足而造成不经济的坏名——源于这样一个事实：即企业集团形式克服了许多企业财务结构（即资本结构）中的某些无效率。企业集团是高度多样化的，而且人们认为高度多样化的企业可以通过降低投资者的风险而能使之以比非多样化企业较低的成本获得资本。但它忽视了这样一个事实，即如果个人股东持有的有价证券组合中所包含的股票不是多样化企业的，而是在不关联市场中运营的各企业的，那么他们也可以受到多样化的益处，而且这种益处与这些企业被组合成一个单一企业集团时受到的益处相同。对投资者而言，重要的是其有价证券组合的多样化，而非个人股票是否多样化。

与财务结构有关的第二个观点是，企业集团性公司所购买的许多企业的债务-自有资本率是很低的，而企业集团却可以通过提高这一比率而增加股东的收益。这一观点往往是与第一个观



点，即认为企业集团的多样化可以使债务-自有资本高比率的风险最小化相关联的。但是，要通过改变债务-自有资本率而使股东自有资本增值是不可行的。

假设有一企业有100万股的普通股在外股票，没有债务，而其稳定年营业收入为300万美元。由于一个企业的价值是其预期收入的贴现现值，所以我们前面假设的企业价值应是300万美元的数倍（什么东西决定了这一倍数呢？）。我们可以先假设其倍数为10，那么该企业的价值就是3000万美元，企业每一股的价格就是30美元，每股的收益为3美元，而其股票的价格-

收益比率（price-earnings

ratio）就是10。现在假设企业以6%的利息率借款1500万美元，用以买回其普通股的一半在外股票，然后将之清偿。其净营业收入是不变的，但这里有90万美元的利息支出。这使股东的收入减至210万美元，而由于股数从100万下降到了50万，所以每股的收益就是4.20美元。如果价格-

收益比率不变，那么每一股的价值就是42美元，而股东的自有资本总量将是2100万美元。企业的价值就是3600万美元（2100万美元的自有资本加1500万美元的债务），这样，债务-自有资本率的变化创造了600万美元的新价值。但其中总有些问题。由于企业每年的净营业收入为300万

美元，企业原先的净资产就是3000万美元。但在这些财产并没有变得更具生产率的情况下，为什么现在购置这些财产的人要为此支付3600万美元呢？

购买人是决不会这么做的。以上假设的谬误在于这一假定，即价格-收益比率不受企业债务总量影响。我们知道，杠杆作用的加强会增加股东无法避免的风险（为什么是无法避免的呢？）。所以，股票的价格-收益比率也会由于大部分投资者的厌恶风险而下降。事实上，由于企业资产的生产价值不受企业如何选择安排其资本结构组成的影响，所以我们预计该企业的价格-收益比率将跌至7.14，在这一比率上，企业的价值与以前相同。由于企业的资本结构中包含着杠杆率影响，所以，即使企业购买者为了高预期收益而偏好承担高风险投资，我们仍没有理由要求他支付一笔溢价。他可以用借款购买一些股票以造成其偏好的债务-自有资本率。或者他可以既购买企业又在高杠杆率企业或其他高风险企业中投资。

这一分析的单纯性将因利息和收益的差别税收措施而受到损害。政府允许公司扣除借入资本的成本而要对自有资本收取所得税，这样就鼓励通过借款而筹资，但却不鼓励自有资本方式筹资，另外，当一个企业的债务-自有资本率很高时，债权人和股东的风险都会变得很高，以致企

业无法吸引这两类投资者中的任何一类对其投资。所以，其资本结构中的杠杆作用量并不是股东完全不关心的一个问题（也参见14.4）；但这一因素好像还不太可能解释许多企业集团合并的原因。

### 15. 3 公司为何要购买保险？

如果一家公司的股东可以通过多样化而避免公司预期收益流中的可避免风险，那么为什么我们会看到大多数的公司（无论是大公司还是小公司，公众持股公司还是非公众持股公司）都投保以防止侵权诉讼、火灾、雇员盗窃和其他不利意外事故所造成的损失呢？为什么一家公众持股公司的股东只是由于持有多样化的有价值证券组合就不采取充分的投保措施呢？其中的原因可能是：

1. 经理们厌恶风险并将其过多的财富（包括人力资本）与公司结合在一起以能使公司多样化，而不是对它保险（为什么个人财产保险不是一种可行的选择？）。依这一观点：购买公司保险是为了股东利益呢，还是代理成本的又一例子呢？

2. 保险的附加（管理）成本可能低于破产的预期无谓成本。换言之，保险所阻止的破产（如果以公司不投保情况下的破产几率折算）需花费的实际资源成本（法律费用、受托人费用和最重要的由司法控制下营业的企业之低效率管理

所引起的生产损失)要高于保险费与预期支出之间的正差额。

3. 保险公司是监控某些权利主张抗辩的专家。例如,如果一家没有购买责任保险的公司由于其雇员的责任事故而被他人依委托人负责原则起诉,这家公司这时就不得不请律师为其侵权行为辩护,而且它会监督律师事务所的工作。如果公司没有许多对其提出的侵权索赔,那么所有这些都是很难做到的。作为监督侵权索赔抗辩的专家,一家责任保险公司可能会比公司自身以更低的成本和更高的成功可能性进行这种索赔的辩护。这种分析表示,而且人们也发现,像铁路公司这样的遇到重复侵权索赔的公司,通常是进行自我保险的。

### 15.4 股票选择与有效市场的假设

在我们将注意力集中于有价值证券组合设计和资本结构时,也许忽视了一种最为简易直接的投资策略——即有价值证券的低价收购和高价抛售及增加证券交易的市场周转(timing of market

turns)。但这确实是一种有效的方法吗?首先,它的成本很高。在选择有价值证券组合中应包括调查研究特定有价值证券时的成本,在根据证券分析结果收购和抛售股票时需要交易成本,而且持有严重少于市场证券组合种类的有价值证券组合会牺牲多样性(股票选择表明了选择性,而多样

性表明的是广含性)。为了使这些成本不致白费，股票选择 (stockPicking) 就应该以更高的预期收益的形式取得比市场证券组合更高的收益，而两种组合所无法避免的风险是一样的。

这在事实上好像是不证自明的，即，一个深入研究特定公司及整体经济状况和前景的老练投资者总比简单购买市场股票而在行情看跌时仍对股票市场全部上市股票继续投资而不抛售的投资者获得更高的收益，这就是对无法避免的风险差异的矫正。但由于股票价值是其预期收益的一个函数，并在很大程度上取决于发生于未来的事件，所以如果我们对未来知之甚少，那声往往就不可能决定股票的时价是否低于其未来价格，而且问题恰恰是很少有人能对未来作出准确预测。虽然一种股票价值可能由于公司（或其竞争者、供给者、顾客、政治环境等）的某些情况不被广为了解或为人误解而受到低估，但此间的问题是，根本性信息 (underlying information) 是处于公共领域不受限制的，即所有证券分析者都可以享有平等的信息获取权。面对如此多的信息，从中获利的唯一途径就是如何比其他分析者更好地破译这些信息。但这并非是一种在市场上表现杰出的有效方法。因为它既要求分析者对公开信息所作出的解释不同于股票行情分析界的普通观点，又要求他那些与众不同的解释具有极高的准

确率（为什么？）。

对共同基金行业的经验研究证实了这些理论观点，并发现，尽管为了在市场中表现出卓越的成就而雇佣大量的证券分析员和有价值证券组合管理人，但共同基金往往达不到以上目的。它们并没有比盲目的市场有价值证券组合处理得更好。虽然有人认为，恰当的比较不应在所有共同基金和市场之间进行，而应在成功的共同基金和市场之间进行，但有研究表明，自始至终成功的共同基金并不存在。有些共同基金赢得了或长或短的成功，但总的来说，我们所注意到的成功度并不比在运气（而非技能）唯一地决定了公司业绩的情况下的成功度更高。

这一研究为一个更为坚定的结论提供了证据：当我们计入经纪成本和管理费用时，普通信托基金（common trustfund）或共同基金的净收益就会低于像S&P500那样有广泛基础的市场指数。这一比较结论是通过长期研究而基于以下理由得出的推论：S&P500是一种假设基金，所以是不需要管理成本的。既然有一些实在的市场竞争基金在运行中（参见15.6），那么我们就可能对这种反对意见进行重新评价和反驳。由于市场基金的管理成本实际上是很低的（一项5亿美元的有价值证券组合，其普通管理成本可能是10%），所以结构适当的市场基金的预期收益与

S&P500的预期收益的差异是很小的。

### 15. 5 再论垄断

我们在第9章中提到了一些经济学家的这样一个观点：垄断挫伤了人们减少投入成本和进行发明创造的激励；正如一位英国著名经济学家曾指出的那样，“在所有垄断利益中，最大的好处便是生活的悠闲自得。”他和他后来的经济学家们都没有对此提出可靠的理论上的或经验上的证据（参见9. 3），而此处却提出了在理论上反对该命题的理由。只要垄断是可预期的，那么该企业普通股的价格就会以贴现预期垄断利润的方式上涨，直到预期收益与市场价格的比率等于该企业风险等级中的股票名义收益率为止。如果企业经理从此以后变得懒惰了，那么股票价格才开始下跌。在这种情况下，股东不可能对此感到失望——但对那些认为他能通过减低成本而增加企业垄断利润的人而言，这一企业可能成了他出价接管的目标。

资本市场理论可以帮助我们解决控制受管制垄断者利润的问题。这一问题为以下两种困难复杂化了：其一，确认自有资本真实成本的困难性；其二，缺乏直接观察得到的价格。现行的管制方法基本上是一种循环管制，它将许可收益率建立在其他受管制公司收益率的基础上。如果管制者不是像上面所说的那样而是开始衡量受管制

企业股票的B值，那么他们就可能将许可收益水平（等于企业投资者的预期收益）定在B值相同的非管制企业的投资者收益水平上。这就是在不冲淡现有股东所持股票价值情况下要吸收自有资本的受管制企业所面临的真实成本。（在管制本身可能已减少了股票的可变性的情况下，这又怎么样呢？）

资本市场理论还可能使管制机构（和它们的批评者）脱离那些在很大程度上是虚假的问题，例如最佳债务-自有资本率。在受管制企业的债务-自有资本率较低的情况下，经常有人认为，只要企业提高该比率，那么由于其利息率低于普通股的收益，其资本成本就会下降，从而也就引起其价格的下降。然而，也有人认为，受管制企业应具有更高的杠杆率。由于债务增加了自有资本的可变性，所以一个在其资本结构中增加债务比例的企业会面临其自有资本成本的上涨。我们没有任何理由认为，债务-自有资本率的高低会严重影响资本的总成本（参见15. 2）。

### 15. 6 信托投资法律和市场基金

大量关于受托人管理信托基金所承担义务的法律的基本原则是，他必须恪守原始目的，维护信托委托人的权益。这一原则的假设前提是，大多数信托受益人都厌恶风险，所以他们乐于取得较少的预期收益以冒更小的风险。这一假设虽然



不能适用于全部信托，但对多数信托而言是合理的。如果信托受益人是一个没有其他收入而收益能力又有限的寡妇或未成年人，那么风险很大的投资就可能使委托人的信托收入严重下降，受益人的生活状况就可能变得极端窘迫。对于那些一旦投资出岔仍有正常薪金和其他稳定的基本收入来源以保证其生活标准的人而言，风险投资是很有吸引力的。当然，有些信托受益人就属于这种情况。换言之，某人在信托基金中的财富份额越小，基金价值的变化对某人财富的影响就越小

（参见15.1）。如果信托基金创设人希望受托人进行风险投资，那么他是可以在信托契约中以适当的语言表达这一意思的。审慎人规则（the prudentman

rule）通过在每一契约中作出默示条款规定而实现其与普通法相类似的减低交易成本的作用（除非契约中有与之相反的语言），因为如果不这么做，大量的当事人会通过明示的语言来规定类似的条款。

尽管构成审慎人规则理论基础的普通原则在经济学上是合理的，但有些传统的工具性规则却不是这样，特别是那些将标准用于个人投资而非有价值证券组合整体的规则，更不具备经济学上的合理性。无论有价值证券组合的业绩如何出色，如果受托人没有在投资之前证实其合理性，那么他

就可能对有价值证券组合中的该种投资的不佳效果负有责任。这种方法有三方面的不利后果：

1. 即使依股票选择的经济分析理论，认定和购买估价不足的价值证券及不断注意其有价值证券组合中超过实际价值的证券并将其出售的调查和执行成本几乎总是超过其收益的，但受托人也只能花费大量的时间和金钱对个别证券的前景进行调查。

2. 仅仅由于发行价值证券的公司收益前景不佳，受托人无法对完全合适的证券进行投资。在经济理论中并不存在这种推断：不景气甚或破产企业的股票价格必然是超过其实际价值的。这些价格会降低到这样一个程度，使公司的预期收益（无论它们可能是多少）足以为投资者具有股票可变性的价值证券投资取得合理的收益。当然，这一收益可能是较低的。但一个故意购买破产企业股票的受托人仍可能被看作是行为不审慎的。

3. 将审慎人规则应用于循环投资会使受托人持有的价值证券组合多样化不足。如果受托人要调查他想购买的每一种股票并在购买后密切关注它，那么他在其有价值证券组合中能持有的不同股票数将是有限的。这种必然的价值证券组合多样化不足会使信托受益人遭受无法补偿的风险，而这种风险本来是可以低成本多样化而消除

的。不同的是，法律却要求受托人将其有价证券多样化，而案例并没有明确所要求的多样化程度。

法律对个人投资审慎选择具有传统偏见的一种表现形式，就是包括在许多州的法律和司法判决中的这样一个观念：非经信托契约明示许可的所有受托人投资项目都是非法的。在很长一段时间内，受托人无权对普通股进行投资。这自然会使他们对债券进行大量投资。不为人们注意的一种现象是，长期债券使其所有者承受了一种只要他对股票（或短期债券）投资就能避免的风险：通货膨胀率上涨的风险。由于固定在债券中的利息率将包括通货膨胀率，所以债券是非常有利于防止预期通货膨胀率的。但如果在债券有效期内通货膨胀率发生意外的增长，那么由此造成的债券真实（扣除通货膨胀）价值减损将会全部由债券持有者承担。一个厌恶风险的投资者不会想承担这样的风险，而且完全可能避免承担这样的风险。

甚至在现在，许多州的法律还限制受托人取得购买共同基金股票的委托购买权。在信托财产很小的情况下，除了购买共同基金的股票外，要想取得合理的多样化也许是不可能的。在这方面限制受托人权力的理由是，购买共同基金股票的受托人将其为信托人选择投资的关键责任转移到

了共同基金的经理身上。这一理由所依据的是一个虚假的前提，即受托人通过认真选择在市场上可取得比其选择成本更高的边际利益。

由于法律与经济现实之间有如此大的差异，我们可以预言，信托契约的起草人通常会在其中加上一些放弃信托法所规定之限制的词句。而且，现在大量的信托契约事实上放弃了信托法的具体限制并赋予受托人广泛的自由处理权——从而使几年来有关受托人投资义务的诉讼也变少了。

由于雇员退休收入保障法（ERISA，the Employees Retirement Income Security Act）的颁布，它既对退休基金（Pension fund）管理人规定了审慎人规则又禁止人们放弃这一规则，所以信托投资法取得了其新的意义。而且有迹象表明，现代资本市场理论正改变着信托投资法的传统模式，从而更为强调的不是对个别证券的评估而是有价证券组合的成果和多样化的义务。例如，近来劳动部关于ERISA财产受托人投资义务的管制完全以现代资本市场理论来解释其中的审慎人规则，强调了有价证券组合的设计和多样化，而并不要求受托人密切关注有价证券组合中的每一种证券。这些规章与法律承认和接受现代市场资本理论的另一一些预兆（这是法律受经济学影响的又一例证）使大量受托人敢于将他人的信托财产的

很大部分投入到市场基金中去。为了配合纽约证券交易所（New York Stock Exchange）的行情（或者也许是国内和国外证券市场的某些加权平均值），有一购买和持有200种-500种股票有价证券组合的典型市场基金在不进行证券行情分析和只为了保证多样化而进行交易的情况下，将证券变卖成现款，然后又以其股东的现金进行投资。

市场基金概念提出了以下几个问题：第一，如果每一个投资者都采用这一概念默示的消极策略（Passive strategy），那怎么办？那么，市场将会中止其有效性（为什么？）。但在此之前，有些投资者会放弃消极策略，以利用机会（这种机会现在很少）认证券分析和主动交易中取得积极利润。为了保证市场的有效性，到底需要多少积极交易者呢？这是一个很难回答的问题（必须要回答吗？）。但通过对其他市场例如房地产市场的观察，这里的交易次数相对少，交易产品是非齐性的（heterogeneous，没有两所住房像同一公司的两张股票那样是相同的），有人认为，即便大多数投资者是消极型的，股票市场仍可能保持其效率。

第二个关于市场基金的问题与上一章讨论的公司管理权市场的有效运行和公司的全面管理有关，如果公司的大多数股东是消极型的投资者，他们在有人高价收购股票时并不出售——我们如

果假设其股票的价值总是与其时价（而且现在更高）相匹配的，那么他人如何才能通过收购股权或代理竞争而接管一公司呢？（市场基金与其取得的代理有何关系呢？）如何才能以现代资本市场理论的基本假设解决这个问题呢？

### 15. 7 信托人的社会投资

有些公司做了在我们社会的主流看来是不道德的事，如在南非共和国从事业务。这些公司的竞争对手们时常强烈要求投资者们不要购买或保留他们的股票。如果投资者是个人，那么他是否响应这一号召纯粹是一个个人问题，不会产生任何有意义的法律政策。但也可以假设，投资者是一退休金信托基金或一大学捐赠基金

（universityendowment）的管理人，并且他对他管理的投资基金的受益人负有受托人义务。在这种情况下，应该允许他进行“对社会负责的”投资吗？如抛售其有价证券组合中在南非共和国从事业务的公司或有性别和种族歧视劣迹的公司的证券，或用某城市的专门雇员退休基金对该城市自己的证券进行过度投资（从正常投资原则角度看）。

在此，我们将只考虑社会投资

（socialinvesting）的经济结果而不计其伦理问题。首先，像股票选择者一样，基金在认定应将哪些企业或政府单位的证券排除或过多地包括于

有价证券组合中时，会需要管理费用；这就会降低基金受益人的净收益。其次，除非受人喜欢和遭人讨厌的企业（或其他实体）只是一种在可能性投资领域的随机抽签，而且在总体上也只产生了一小部分投资机会，否则社会投资将会导致投资者有价证券组合的多样化不足。由于投资者不会因持有不足最佳多样化的有价证券组合而受到补偿，所以，有价证券组合的预期收益也不会得到增加而补偿受益人承担的更大风险。

但要注意的是，金融理论并没有作出这样的预言，即除去其承担的额外管理成本后，采用社会投资原则会导致投资者预期收益的减损。如果存在着多样化不足，那么依风险调整的收益就会降低，但如果不计风险，那么收益（不计管理费用）就不会降低。这不涉及受人喜欢企业或遭人讨厌企业是否可能比平常企业获利更多或更少；它们的股票价格将被哄抬或降低，所以依循环投资（investment-by-investment）而非有价证券组合而论，对厌恶风险的投资者而言，所有的都是一样适当的投资。

由于社会投资者不可能花大量的钱去决定将其有价证券组合中的何种证券抛售出去（或再度更多地购入），所以，社会投资的主要后果只能是证券多样化不足。如果只是少数几家公司受到社会投资原则的制约，那么这只是一个小程序；

但如果许多公司都受制于这一原则，那就成了一个严重的问题。在与反南非社会投资不同的当地（local-preference）社会投资中，这可能会成为一个尤为严重的问题。如果国家中贫穷地区的一些城市发现难以履行其为城市雇员退休基金筹款的义务，那么当局可能会强制基金受托人购买其城市的证券以帮助城市摆脱困境。但是，对这种压力的屈服可能会产生多样化严重不足的后果，致使退休基金的所有部分都承受非常严重的风险。但这也不是一种十全十美的分析。这里存在着一种艰难的抉择：要么多样化不足，要么如果基金不是比金融理论所要求的更多地购买该城市的证券，并不表示对该城市的支持，从而使退休金筹款减少。

## 15.8 证券市场的管制

到目前为止，我们一直认为证券市场（securitiesmarket）的效率是一种当然的假设。但证券交易委员会（the Securities and Exchange Commission）对这些市场所进行的大量管制是建立在这样一个基础上的，即如果没有这样的管制，它们就不可能令人满意地运作。

对证券市场的管制部分起因于对19世纪30年代大萧条的误解。在过去，人们很自然地认为1929年的股票市场崩溃无疑是由于诈欺、投机热和其他弊病引起的，从而也就成了经济大萧条的



一个起因：这样，1929年的股票市场崩溃起于其他原因，同时又成了其他结果的起因。但是，股票价格的暴跌在更大程度上是起因于对经济活动衰退的预期，而不是导致经济活动衰退的原因。这又表明，1929年股票市场崩溃也许不是证券市场弊病的结果，而是对大萧条的预期。如果这是真的，那么人们就有权利对旨在防止1929型股票市场大崩溃的证券管制的各个方面提出怀疑，如这样的规定是否合理：新证券的发行只有依靠招股说明书才能销售，而说明书必须事先递交证券交易委员会审查，以保证其包含委员会认为对投资者有意义的全部信息（包括不利于投资者的信息）。

资本市场是一个竞争市场，而竞争市场在没有政府干预的情况下也能产生销售产品的信息。虽然我们从第4章了解到，消费品信息并不总是完全的和正确的，但有鉴于以下情况，资本市场会产生大量（在总体上）正确的新发行证券信息，这种预计应该是正确的：

在证券发行人和购买人之间，存在着富有经验的经纪人，他是销售新发行证券的承销人（underwriter）；有像信托公司、共同基金和退休基金这样的富有经验的证券购买人；有许多金融分析家为经纪企业和独立的投资咨询机构所雇佣。

由于在招股说明书中存在着令人生畏的法律和会计术语，所以它们对不熟练的股票购买人而言是没有直接意义的。事实上，由证券交易委员会所作出的披露规定并没有增加信息量。由于证券交易委员会将销售努力仅限于招股说明书，由于它对说明书的内容采取严格的审查（例如，它过去曾长期反对在说明书中载入收益预测），所以它限制了由证券发行人所发出的信息量。

乔治·J·施蒂格勒在一项著名的研究中表明：从平均水平看，在登记制度施行前，1933年的新发行证券购买人的收益并不比现在新证券购买人的收益差。虽然对其具体的研究还存有争议，但其基本结论——对新证券发行的管制无助于投资者——却为大多数经济学家所接受。

证券法的另一主要干预就是要减少股票投机。而股票交易中的投机正如其他市场的投机一样，有益于促进股票价格根据时价所作出的调整。投机者往往热心于对开价不足或开价过高的股票进行研究。他通过分析所得出的信息会很快地向全市场扩散（信息在股票市场扩散的快速性是很难始终在市场作出杰出业绩的主要原因），然后使其他交易人也很快依他所发现的变化了的情况作出调整。

证券法歧视那些乘证券市场不景气时进行投机的人。其措施是，例如禁止以低于交易股票最

近期价的价格卖空股票。法律的这一态度就像古代处罚坏消息的传播者一样。一个卖空股票的人——同意以现行市价交货，只是因为他希望该股票价格下跌，从而使他能在交付到期时以更低于其销售价的价格买进它——将会遭受损失，除非他已正确地预计到股票价格会下跌。他可以这样预计，但他永远也无法引起股票价格的下跌。从避免市场恐慌的角度看，法律以这种态度对待卖空是极其荒唐的。从卖空将会使人泄气这一角度看，市场衰退就可能会加速达到这一效果。卖空是一种信号，有些股票交易人认为被卖空的股票是价格过高的股票。这一信号能促使人们根据股票价格下跌的条件而作出调整。

减少投机的另一种方法是，限制股票的边际购买，即限制股票购买时可能采用的杠杆率。这一努力是不可能成功的，因为杠杆率只是一种增加股票购买的风险和预期收益的手段。边际限制没有涉及的另一种选择是，持有高风险的有价证券组合。对这种证券的需求将使公司在其资本结构中提高杠杆率，从而就会提高其股票的B值。其结果是，风险比边际购买不受管制时还大（为什么？）。

联邦证券法也将对全部证券诈斯（securities fraud）的司法管辖权赋予联邦法院。证券交易委员会的10b-5规则（the SEC's Rule 10b

—5) 已被解释成对损害赔偿诉讼权的创设，它禁止证券买卖中的诈欺，从而使投资者有权在联邦法院中提出诈欺索赔的诉讼。由于这一原因，又由于证券登记的要求，所以弄清楚什么是证券什么不是证券就显得极为重要。假设一保险公司出售一种依年金领受人投资而保证其最低收益的年金保险，但他是否会取得更高的收益却取决于保险公司将其认购款投入有价证券组合的业绩。这种年金保险是有价证券吗？法院认为是的，因为投资者的收益在很大程度上是无争议的证券业绩的函数之一。

现在假设一家才成立的企业的所有者将其企业出售给另一公司。买方在合并该企业的过程中购买了其全部股票。如果买方认为卖方在销售过程中进行虚假陈述，那么可以依10b-5规则而以证券诈欺受害人的身份提起诉讼吗？答案是肯定的。但这一结果却很少具有经济意义。虽然买方无疑在购买证券，但他却并不迫切需要将范围扩大至消极投资者的证券法的保护，而消极投资者却没有能使他有动机或易于以合理成本自我保护的利害关系或（经常）专门知识。但是，如果不进行认真的调查，没有任何人会买下整个企业。这样的购买人所要求的法律保护不会超过普通法反诈斯的范围。

我们可以来看一下证券诈斯案中的损害赔偿

问题。依照传统的诈欺原则，可诉的虚假陈述必须实际上已为所称的被诈斯人所信任。否则这种诈斯就是无害的。由此假设，新发行股票时的招股说明书中的虚假陈述会使看到该说明书的经纪人购买大量的股票，并建议他们的顾客也这么做。结果，股票的价格就上升了。假设某一不知道该说明书的人——在事实上不知道股票价格上涨的原因——以较高的价格购买了股票。后来，这一诈斯被揭穿了，股票价格当然也就下跌了。这人有权对股票发行人提起诉讼吗？法院将肯定地回答这一问题，这一结果在经济学上是正确的。实际上，这一诈欺是体现在市场价格中的，所以不知道招股说明书的人像知道招股说明书的人实施的购买行为同样是基于虚假信息。

但现在要进一步考虑的是，损害赔偿的衡量尺度是什么。乍一看，这好像应是很明显的：它应是（通过15.1中描述的资本定价的资产模型方式）除去股票价格下跌的其他可能原因后，以虚假招股说明书造成的高价购买股票的人的损失。但无辜得益于诈欺的人们又怎么办呢？假设一个被招股说明书欺骗的人在价格上升时购买了股票，但在价格下跌之前将它们以获利的价格抛售了。如果不要他退出其所获利润，那么散发虚假招股说明书的公司的损害赔偿就会超过其对被诈欺购买人所造成的损害。由于我们没有强制那

些因诈欺而不当得益但却无辜的股东恢复原状的法律或实际基础，所以就存在着威慑过度的危险（参见6.7和10. 11中的相似讨论）。

另一种更为强烈的主张是可能的吗？通常，来自股票诈欺的收益为零，至少像往常那样度量诈欺案中的损害赔偿时是这样的。假设一个公司的经理不正当地延迟公布关于公司前景的坏消息，徒然地希望会有一些奇迹使公司恢复元气。由于这样做，他们使公司股票的价格下跌延缓了两个星期。在那段期间内，购买公司股票的人就会受到损害，但销售者却会得益，因为如果他们继续持有股票，那么就会像购买者一样遭受损失。如果经理自己在坏消息向市场发布之前出售其股票而获益，那么我们无疑可强制他们交出其收益（即他们避免的损失）。但如果他们并没有像上面说的那么做，那么，基于某些股东损失而判给损害赔偿的理由是什么呢？

一个实用的理由是这样的：如果强制公司向由于延迟发布消息而遭受损失的那些股东支付赔偿，那么它就会在将来更认真地控制其经理。即使公司的这种成本将由其股东承担，而这些股东所承担的其中大部分或全部成本却是无辜的，但也改变不了以上理由。因为使他们负责将影响其选举董事会的激励。

所有这些都假设，尽管诈斯所产生的成本并

不等于因经理封锁消息而使股东遭受的损失，但确实存在着一些社会成本。虽然这些成本难以量化，但完全还可能存在两种社会成本：第一，经理在封锁坏消息时将使用实在的资源；第二，有些投资者为了克服公司经理的虚假陈述所带来的损失，就不得不设法用更多的资源努力发现企业的真实情况。（然而，在股票市场上投资会冒更大的风险吗？）

问题是：假设招股说明书没有披露招股人之一的犯罪记录，在如果原告知道犯罪记录就不会买这种股票这一点而言，这种不作为是实质性的。一种石油股票，后来石油价格骤然下跌，结果是股票价格受损。在一虚假陈述诉讼中，股票价值的损失应是损害赔偿的一部分吗？

### 15. 9 银行业管制和互助储金会危机

在本章中，我们将简明地考察一下联邦政府对银行业的管制。当然，银行是资本的一个重要来源。现行（但很快将瓦解）的联邦银行业管制的基础好像是20世纪30年代经济大萧条后由政府向银行储蓄提供保险的决定。大萧条期间大量的银行破产被看作是严重的商业收缩期

（businesscontraction）的起因（虽然这一观点也许是错误的）。政府对银行储蓄进行保险的一个明确理由是，如果再次出现像30年代大萧条时期大量银行破产这样的情况，那么私人保险公司就

不可能向所有的储户提供保险索赔。

我们还要注意的是储蓄保险和破产法之间的比较。由于储户一经请求就可取得支付，所以在没有储蓄保险的情况下，储户可以在银行财务困难不严重时取出其存款。但由于即使其资产极大地超出其责任也不可能全是流动资产，所以所有储户都这么做就会使银行破产。银行挤兑

（bankrun）就是有害外在性的一个典型例子：每一储户的提款都将损害其他储户，但他们在决定是否提款时却不会考虑这种损害。

要对银行储蓄进行保险的决定不可避免地会产生对银行的管理性监督。无论是公共的还是私人的，每一保险人都会设法控制其担保的风险

（如果可行的话）。考察联邦银行机构的方法之一就是将它们看作储户的代理人。坚持认为一旦储户得不到保险的完全保护就需要得到相同于债权人的保护。许多银行管制实际上类似于私人债权人所经常要求的那些保护。这方面的例证是，规定被保险银行的最低资本化率和限制被保险银行的贷款组合风险。最低资本化率规定通过保证适度的规定量自有资本缓冲而降低债权人的风险；而限制债务人可能对其资产引起的风险就在于阻止债务人单方面地减低已达成协议的利息率。

但许多银行管制却远远超出了私人债权人对



利息安全所提出的要求，而且显得可疑（因为这一原因吗？）。例如，要求银行向联邦储备系统提供无息贷款（准备金规定）是既非协议性的又非有效率的（为什么？）降低银行贷款组合风险的方法（联邦证券是无风险的）。一种更为合适的方法是，禁止银行在其资本结构中存在债务。虽然这看起来是一个严厉的规定，但在事实上它却可能不会对银行造成任何成本，而且会增加银行储蓄的安全性。

格拉斯-斯蒂高尔法（the Glass-Steagall Act）禁止银行从事证券买卖业务，因为它认为这是一种很危险的活动。要解决银行为了增加联邦保险担保的风险（从而降低保险费的真实成本）而将其风险活动多样化的问题，明确的方法就是规定，它们必须在独立的公司内进行这些活动，因为依照管理母公司对其子公司的债务责任的普通原则，母公司不对这些公司的债务负责（无虚假陈述，参见14.5）。银行控股公司法（the Bank Holding Company

Act）就采纳了这一方法，这样就使银行可以免受许多不准它在非银行领域进行多样化活动的传统限制，但格拉斯-斯蒂高尔法却仍不允许银行从事证券承销活动。这里有一种持久的恐惧：银行从事非银行业务会增加银行失败的风险，但这种恐惧忽视了多样化在减低商业风险方面的效

应。我们会很自然地产生这样一个疑问：格拉斯-斯蒂高尔法的真正目的不在于保护联邦储蓄的保险功能，而在于使证券承销人免受银行竞争。同样的怀疑是，限制银行分行制和州际银行制的原因并不是为了保护银行免受最大可能由联邦储蓄保险机构所引起的竞争风险，而只是为了使银行免受竞争。

但是，作为对保护主义银行管制批评意见的反应，像储蓄机构放松管制货币控制法（the Depository InstitutionsDeregulationMonetary Control Act of 1980）和储蓄机构放松管制法（the Depository InstitutionsDeregulation Act of 1982）这样的成文法已稍稍地向银行业开放了许多新的竞争。值得注意的就是，使互助储金会（savings and loans association，

S&L）有权提供支票帐户，从而构成了对商业银行的竞争。以前的所有法律不仅使商业银行取得了支票开户垄断权，而且由于禁止银行向这样的开户支付利息而使银行可以对储户实施其买方垄断权（这种权力的渊源是什么？）。当互助储金会一个又一个地破产时，灾难在80年代末降临了。其元凶好像是联邦储蓄保险，而准确地说（而且这是一种必要的改进）是没有对保险实行“经历费率（experiencerate）”。如我们所知（参见6. 14），经历费率意指对特定被保险实

体的特定风险（违约、事故或其他灾害）实行不同的保险费率，而不是对风险差异无关的全部被保险人实行统一的费率。互助储金会由于其被新授权以支付利息来竞争取得储蓄而会积极追求高收益的投资，因为只有这样他们才能够支付更高的利息，并得以发展。但我们知道，高预期收益意味着高风险。由于联邦储蓄保险没有实行经历费率，互助储金会就不可能将大量的风险推给纳税人。当然，其股东就承担了其额外风险，但他们可以通过适当的组合设计而在多样化后使之化却。（虽然这样，经理又会如何呢？如果互助储金会不是以公司形式组建而是以互助协会

（mutual association）形式组建又如何呢？）管制者不可能及时地明白这一问题。储蓄保险经历费率的实施明显地是一种降低金融机构大规模破产的几率而又不产生重复管制社会成本的改革。

## 第五篇 法律与收入和财富的分配

## 第十六章 收入不平等、分配正义和贫困

### 16.1不平等的衡量

货币收入的分配是不平等的。经济学家们一直在用各种不同的方法去衡量这种不平等。在图16.1中，从最低到最高累积的收入百分率是从最低到最高累积的家庭单位百分率的函数。如果一个国家中的收入在所有家庭单位中平均分配，那么这一函数就是一条名为平等线的直线。在这条线的每一点上，为一定百分率的家庭单位所取得的那部分收入，正等于总收入的家庭单位百分率：20%的家庭占有20%的总收入，55%的家庭占有55%的总收入，等等。实际分配曲线越弯，其分配就越不平等。1986年，占全国家庭20%的穷人占有的收入不到全国家庭个人收入总数的4%或5%，而20%的富人却占有个人收入总数的46%~47%。与其他发达国家相比，美国的收入分配不平等更为严重。

收入不平等的统计资料并没有为社会政策的制定提供明确的导向。首先，由于它只粗略地计算了一年的收入，所以它错误地对处于不同生命周期点（points of the life

cycle）上的人们进行了比较（如果不计算收益为零的儿童，这种扭曲也只能得到部分修正）。例如，统计资料将一个初入律师事务所的年轻律师和另一在同一事务所的年老律师置于两

个不同的收入阶层，而实际上他们两人在其一生中的收入量是相同的（年轻的可能赚得更多些）。

其次，由于统计只限于金钱收入，所以收入分配的统计资料忽略了许多对经济福利（即使界定非常狭隘）而言是很重要但又难以量化的因素。譬如我们比较两个家庭：在一个家庭中，丈夫和妻子都工作，每人每年收入2万美元；在另一个家庭中，只有丈夫一个人工作，而每年收入却为4万美元。这两个家庭的金钱收入是一样的，但第二个家庭的实际收入却要更高。在第二个家庭中，妻子呆在家里是因为其家庭服务比其在外边工作更有价值。如果她有知识、精力充沛，而且受过良好的教育，那么她从事工作的收入可能与其丈夫一样高或甚至更高（参见5.

1）。这是因为同样的品质可以使她成为一个特别合适的主妇和母亲，从而使其在家中的价值可能超过其在市场上的价值。

即使是有报酬的工作，其报酬有很大部分往往是非金钱性的。例如，教师收益的一大部分是以其长假的形式实现的，而金钱收入的数字并没有完全责明其实际收入。统计资料不仅遗漏了非金钱收入，而且它将收入中的金钱收项仅看作一种成本补偿。例如，我们知道，那些从事危险和不合意工作（其他情况相同）的人们所取得的工

资将比那些工作较少不合意的人们所取得的工资高；而这两种人的实际收入是一样的。在经济不确定性意义上，风险不是危险，但它也是很重要的。假设，一个成功的投资者每年的收入为50万美元，一个破产投资者的收入为零，而投资成功的可能性为十分之一（不计中间几率）。那么，投资者的预期收入就是5万美元，相当于每年保证能得到5万美元的公务员的收入。如果成功投资者的最高收入也只有5万美元，那么因为投资者的预期收入只有5,000美元，所以没有任何人会选择投资职业。在我们的例证中，实际上90%的成功投资者的高收入都起着补偿其风险损失的作用。（你如何才能将风险偏好和风险厌恶的因素分别计入分析中呢？对不同的人采用不同的贴现率吗？）不仅投资者面临着不正常的风险，而且公务员可以以不征税就业保险的形式取得部分收入。联邦法官的就业保险比公务员还高，而且还可以取得非常丰厚的全额养老金，一位53岁的联邦法官的预期收益的净现值可能会超出年收入很高的私人律师的预期收益的净现值。

我们现在可以来看一下一种简单的收入分配：一个20岁的木匠，收入为2万美元；一个20岁的大学生，无收入；一个30岁的木匠，收入为3万美元；一个30岁的大学毕业生（会计），收入为4万美元。这种情况是一种极大的不平等，

在现实中可能是不存在的。学生的无收入是其教育投资，这将以其以后工作年限中的高薪金来补偿。与木匠相比，会计在30岁时的收入要多1万美元，但当他是学生时木匠已开始工作并有收入，所以这1万美元只能表示对其自身或其家庭在其早年上学时所作出的、以学费和放弃收入为形式的部分资本摊缴及其利息的补偿。

联邦政府和州政府，及其他一些机构（医院、基金会等）为社会提供了大量的、各种各样的福利，如教育、治安保护、医疗卫生、养老金、贫困救济和娱乐设施等，所有这些都不是以直接的金钱支付形式进行的。这些福利对不同收入群的整体收益会产生很大的影响。不仅衡量这种影响是很重要的，而且决定如何在各不同收入阶层间分配成本（主要是税收）也是很重要的。例如，如果穷人孩子的公共教育经费主要由穷人家庭负担，那么公共教育就并没有造成社会中富人财富的净转移。但在实际上，穷人支付的税收虽然要比人们想象中的多（主要是间接的），但其在财富转移中所取得的比其支付的税收还多，但也许只是多了一点点。

影响实际收入平等的一个因素是声望（名声、社会地位、受人尊敬）。这在我们社会中对许多人而言是非金钱收入的一种形式，虽然它通常不总是与收入呈正相关的。有些收入相对较低



的职业，其声望是相当好的，如秘书、军人。但拥有很高的收入和大量的财富无疑至少会取得外在的差异；而且经常也能取得真实的尊敬，这又促进了其财富的价值。但是，收入最低的人有时会受到警察和医护人员不当的粗暴和不关心的待遇，从而更降低了其实际收入。

由于以上情况，图16. 1所揭示的关于货币收入不平等的专门解释就不很清晰了。实际收入的不平等也许会大于图16. 1所反映的情况，但也有可能会更小些。一个更为困难的估价是纯自由市场条件下的收入不平等，在那种市场中，既没有重新分配的税收和政府支出，又没有管制政策。

## 16.2不平等即低效率吗？

采用旨在使社会走向平等的政策就能增进社会福利吗？货币的边际效用递减原则

（principle of diminishing marginal utility）会引导人们得出一个结论，即从一个较富裕的人向一个较不富裕的人进行财产转移可能会增加两人效用的总量：1美元的损失对百万富翁来说也许不算什么，但1美元的收入对穷人来说也许更有意义。这无疑是正确的，但即使依据重新分配无需成本这一不真实的前提，从以上这一极端例子中概括和推断出这一结论也是危险的：从高收入人们向低收入人们进行大量的财富重新分配将增加社会

总效用。

在图16. 2中，纵轴为效用，横轴为货币收入。左边的曲线表示的是以其货币收入为函数的A的效用。他的现时收入为7万美元，曲线以下、7万美元以左的区域是其总效用。曲线的斜率是负的，这表明了边际效用递减：如果A的收入从7万美元升至8万美元，那么其效用的增量（曲线以下7万~8万两数字之间的区域）就会比以前同样收入增加产生的效用增量小。B的收入是3万美元，其总效用是图的右边曲线以下、B收入刻度上3万美元以左的区域。如果将1万美元的收入从A处转移向B处，那么A的效用就会下降，其减少部分即为其边际效用曲线之下、6万~7万之间的区域；而B的效用增加了，其增加幅度为其边际效用曲线以下、同样两点之间（在B的刻度上为3万~4万）的区域。后者区域即为图中画上阴影的部分，它小于用以衡量由财富转移而造成A的效用损失的区域。这样，收入转移就造成了社会总效用的下降。原因是，在A和B都受边际效用递减影响的情况下，A从1美元所取得的边际效用要比B从相关区域得到的高。

由于边际效用曲线的形状和高度不为人知，而且可能是不易为人理解的，所以下列可能性是不能排除的：富人的边际效用曲线一般要比穷人的高。这就表明，如果不知道这一点，似乎最为

合理的假定应是，各收入群体之间的边际效用曲线是一样的；依这观点，对收入进行平均化就可能会增加总效用。但是，另一至少也同样合理的假设是，收入和边际效用呈正相关——那些努力赚钱并取得成功的人一般就是那些最看重金钱并为了取得它而放弃了其他（如闲暇）的人。而且，我们始终忽视了收入重新分配的成本。如果成本很高，那么就会产生这么一个问题：它是否会等于或甚至超过由重新分配所取得的总效用增量？

我们先不论及重新分配成本，我们可以通过比较不同收入的两种理由而为这种分析提供一些依据：对与其他物品（如休闲）有关的收入爱好的差异和赚钱机会或能力的差异。如果只存在爱好的差异，那么富人必然比穷人有更高的收入边际效用，否则他们要求同样的休闲，其收入就下降了。如果对金钱的爱好是不重要的，而且收入的差异是由运气、健康、脑力或其他你有的东西所产生的，这就意味着收入的边际效用与财富是不相关的，所以如果从富人向穷人的重新分配是无成本的，它就会提高总效用。即使这样，它并不能证实社会财富会由此得到增长。社会财富不会发生变化；或者更切合实际地说，当我们计入重新分配成本时，社会财富会因重新分配而下降。如果我们依照在第1章中所定义的效率，那

么这种重新分配就不可能以效率作为辩护的理由。非自愿重新分配（involuntary redistribution）是一种强制性财富转移，它由于其很高的市场交易成本而表现出其不合理性；从效率的角度看，它与盗窃是一回事。只有通过伦理而非经济理论才能为此找到正当理由。

### 16.3 分配正义的契约理论

哲学家约翰·罗尔斯认为，只有当没有任何其他可选择的分配方式可以使社会中最贫困者的生活得到改善时，那么我们现存的收入和财富分配就是正义的。这种正当分配可能会很不平等，例如以下情况：更为平等的分配对工作积极性所造成的消极影响过大，以至于最穷的人所得到的较大份额收入在绝对数上少于他们在较不平等分配情况下所得到的相对小的份额收入。

如果将穷人的利益置为最高原则，那么我们就可能冒犯实际上为所有现代经济学家所认同的一个原则：对个人间的效用（幸福）进行比较是武断的。罗尔斯理论的合理性就在于其作出了以下似乎是合理的假设：如果一个人能在某种程度上对已构成社会 and 将构成社会的每个人依其“原社会地位（original position）”进行问卷调查，那么结果会是，他们都偏好一套能使穷人地位得到最大改善的措施。这就表明，所有人都厌恶风险，这是无可非议的。问题是，不是所有的人都

是极端地厌恶风险的。

我们可以比较一下X和Y两种社会安排。X的结果是，收入分配使全社会人员中10%的最穷的人每年取得收入1万美元，而全社会的人均年收入也为1万美元。Y的结果是，收入分配使全社会中10%的最穷的人取得9,000美元的平均年收入，而全社会的人均年收入却为4万美元。处在原社会地位的人们，即使是厌恶风险的人们，也不会选择X作为一种社会分配制度。但所有这些表明，罗尔斯正义原则的特定形式（maximin，即一系列最小化的最大化）并没有得到确认。他的基本观点是对的，而且他巧妙地打破了我们在前面部分试图对抽取人生彩票后的人们的效用进行比较所产生的僵局。当一个人的人生彩票胜券被取走而给其他人时，那么即使抽奖法是很公正的，那人的效用仍会被减少。如果A将一块蛋糕分成几块而将其中最大的一块给B，那么B就不会愿意将其自己的一部分给取得最小份额的C。但他的不愿意与分割方法是否公正这一问题并无关系。

罗尔斯所要求我们做的，我们已在本书中做了许多次介绍：即，由于市场交易成本很高，我们可以设想一下无法在市场中确定的契约内容。处在原社会地位的人们知道，社会财富可以用许多方法进行分配。如果他们厌恶风险，那么可想

而知他们就会要求得到保护，以免自己得到的份额过小（除非蛋糕很大）或最终得不到任何份额。罗尔斯的原则给了他们太多的保护，但这是很容易被矫正的（事实在罗尔斯很久之前就那样）。假定成为任何人的几率是平等的，每一个处在原社会地位的人都希望使其人生彩票的预期收益最大化，这些最大化的预期是通过目标效用最大化实现的。由于风险厌恶影响了效用，效用最大化的社会政策（取决于成本）就包括了某些重新分配的规定——为在人生中抽短签的人提供社会保险或“安全网”。

一种不同的反对罗尔斯分配正义理论的意见是，它几乎不具备任何操作性内容。除了要决定估计多大程度的风险厌恶外，还有一个问题是要决定谁应被视作最穷困的人。这一问题是为罗尔斯所认识到的，但他并没有设法使之得到解决。如果最穷的人是指单个的人，那么当最穷的人

（比如）为最低收入群体时为公正的某些衡量标准就不再被认为是公正的了。还有一些重要的问题是：相关的领域是一个社会还是整个人类呢？

（为什么？）贫困是仅仅严格地在货币收入意义上理解还是涉及衡量标准的所有问题，或更广泛些呢？还有一个问题是，特定的政策会产生什么样的结果是不清楚的。所有这些表明，罗尔斯的正义理论好像（一方面）与十足的社会主义和

（另一方面）与自由放任的资本主义都是很和谐的。而这一结果在两者间的倾向性却取决于其理论所假设的处在原社会地位的人们对风险的厌恶程度、其理论所界定的所有政策都必须考虑其利益的穷人群体的范围、人们对与自由市场相对的公共制度所作出的效率评估。如果认为人们的风险程度“很高”、穷人群体的范围“很窄”、公共制度对效率的作用“很大”，那么就会导致社会主义；而如果相反，则就会走向资本主义。对其理论不确定性的反对意见就难以避免用预期效用替代罗尔斯的一系列最小化的最大化原则；长期以来它一直是功利主义的社会主义翻版。

#### 16.4 贫困的成本和私人慈善业的局限

虽然不存在为使收入在总体上更平等的政策辩护的令人信服的经济学理由。然而，我们有一些合理的经济学理由来为政府对降低我们称其为贫困的严重不平等（在一个富裕社会中）所作出的各种努力进行辩护。贫困的定义是难以把握的，但其鉴别却要容易一些。它是一个相对的概念：埃塞俄比亚和孟加拉国的贫困含义与美国的贫困含义就有些不同。而且在同一文化环境下，贫困的概念也随着时间的变迁而变化。如果比较一下我们各历史阶段中能使一个特定规模的家庭维持在贫困水平之上的最低收入数值，你就会发现，除了由于通货膨胀造成的美元价值贬值因素

外，贫困线的水平还是在稳步上升。即使依之确认维持生活最低收入的底线在不断上升，但近年来美国贫困家庭的比率已有了显著的下降。而这又是很值得注意的。

如果不考虑道德和政治上的因素，而只从经济（财富最大化）角度认识问题，那么只要贫困会对非贫困人构成成本，那么我们就完全有理由为减少贫困而承担一些成本。在一个普遍富裕的社会里，贫困就可能会使犯罪率上升。对那些几乎不具备合法职业收益能力的人而言，他们所放弃的可选择的合法职业收入是很低的，而对财富的亲近就会增加犯罪的预期收益。然而，贫困可能产生的最主要成本是它对富裕的利他主义者所造成的负效用（为什么不是穷人对其自身造成的负效用？）。我们从第5章中认识到，如果A的福利会给B带来福利（正相关效用），那么A的收入增加就会使B的收入也增加。利他主义现象在家庭成员之间要比在陌生人之间严重得多。但是，如果收入差异很大，那么微弱的利他主义情感都会产生收入转移的激励。如果A极其富裕而B极其贫穷，那么从A处减除1美元对他所产生的效用损失就会少于给B处增加1美元对他所产生的效用增长。我们可以假设少100倍。这样，只要A在边际价值（这意味着什么？）上将B的福利视作高于自己福利的1%，那么他就会拿出自己的净



收益给B。

这一点有助于表明为什么贫困是一个相对的概念，即为什么贫困的界限在美国高于墨西哥，在现在高于30年前。从弱者利他主义的角度看，关键的是我们感到奇怪的不是处于收入分配低层的人们的收入水平，而是他们的收入与其他人的收入之间的差距。差距越大，收入边际效用的差异也就可能越大。

虽然看起来由于减少贫困会使富人得益而可以将缓解贫困的任务留于个人慈善业，而且在任何情况下利他主义不会为公共干预的存在提供正当理由，所以利他主义者就面临着一个搭便车的问题。在我们的例子中，不论A是否是B收入增加的来源，只要B的收入得到增加，A就可以从此获得福利。自然，A会尽可能以最低的价格购买这种福利增长，所以他就希望其他人向慈善事业捐款而自己却竭力退缩在后。看起来好像是，无论其他人捐献什么和捐献多少，他的捐献终将使他所珍视的事业的资源总量有所增加。但事实上这并不是肯定的。他的捐献可能会使其他人减少部分认捐，因为一旦他捐献后，从其他人的角度看，他们就可以用较少的捐献（与A的相组合）减少贫困。所以A从其每一美元捐献中所得到的收益就少于1美元了，由此会导致认捐量的下降。

无论何时，搭便车的问题总是存在的，这就形成了政府干预的一种经济理由：这样，就有理由强制人们为缓解贫困而认捐，从而使他们无法在慈善事业私人捐款上搭便车。当然，这一理由未得到确证，因为我们还必须考虑到干预的成本。福利计划可能存在着很大的消极作用。例如，虽然丧失工作能力是取得伤残津贴的先决条件，但我们还是发现伤残社会保障计划对工作积极性有着极大的抑制作用。我们已认识到，如有未成年人的家庭（AFDC，Aid For Dependent

Children）资助这样的社会福利计划就对母亲参加工作有着极大的消极作用。总之，据估计，当我们计入所有的财富转移社会成本时，政府每进行1美元的转移，就会有23美分的流失。需要考虑的另一方面是，政府实施的财富转移对私人慈善业所产生的影响。政府实施的财富转移只是对私人捐赠的一种替代，所以这种转移就会削减私人捐赠——这种影响是由这样的事实所造成的：支付转移成本所必须的税收降低了进行私人捐赠的纳税人所取得的税后收入。显而易见，这对私人捐赠所产生的总影响是非常大的。

还需要注意的是，用效率来为资助穷人的公共计划进行辩护，其作用是非常有限的，更有用的可能是功利主义理由。在前面的例子中，B非常看重自己美元的边际价值，而A却不太看重自

己美元的边际价值，其间的差距有100倍；我们现在可以假设其差距是10倍而不是100倍，而且A将B的福利价值看作其自己福利价值的二十分之一。那么，这就可能（为什么是可能？）不存在强制A向B转移财富的搭便车者理由了；但我们还可以出于功利主义的理由而要求A这么做。

贫困救济的另一效率理由是以厌恶风险为根据的。一个厌恶风险的富人将要求对其未来某时变得穷困潦倒的可能性进行保险，而造成这种结果的原因的确是存在的：如业务受挫、健康状况下降、劳动力市场变化或其他不幸。虽然有些贫困的起因可以在私人保险市场中得到保险，但对贫困的综合保险却并不可能得到。这有两方面的原因：道德危机和逆向选择。如果有可能通过保险而防止贫困，那么任何一个购买保险的人的工作和节俭的积极性就会降低而拥有孩子和从事极具风险的经济活动的积极性就会上升。这就是道德危机。这不可能被政府的社会保险所完全解决，因为这种保险也会产生（我们所看到的）同类道德危机。但也许这一问题的严重性会低些，因为政府拥有私人保险公司所不具备的权力。它不仅可以将收益的取得以领受人竭力寻找工作、接受培训或其他为条件，而这些是私人保险公司可以做的；它还可以（在原则上）适用直接强制，更重要的是，它还可以改变影响被保险人激

励的背景条件从而改变道德危机的发生率。例如，它可以降低穷人的所得税率而提高为福利而放弃工作的成本。也许最重要的是，“依福利生存”所带来的耻辱，而这是你购买保险单而取得收益所不可能产生的。这种耻辱感可以减少社会保险道德危机的发生。

社会保险在解决困扰私人贫困保险的逆向选择问题上极为有效。人们贫困化的可能性差异极大。那些可能贫困化的人就可能大量购买贫困保险，从而使保险费率上升而对不太可能贫困化的人不具吸引力，这又将使保险费率上升，而且很有可能最需要这种保险的人无力支付费率。如果被保险人的总人数下降到了只包括那些在近期非常有可能贫困化的人，那么这种结果就是肯定的了。社会保险解决了这一问题，因为它不允许任何人退出保险。

私人贫困保险或社会贫困保险的一种替代选择是私人慈善业。但它不可能提供足够的保险。捐赠人无法保障在其成为穷人时从私人慈善业处得到任何使其效用最大化所必需的资助。我们必须记住的是，向私人慈善业捐款的人对穷人福利的估价比穷人对其自己福利的估价要低得多（在效用意义上，而不是在效率意义上）。

使私人慈善业变得不够充分的经济问题也许能被与慈善业相匹的政府资助计划所克服。对

此，我们已从所得税的慈善扣减（这一问题将在下一章讨论）中初步得到了了解。

## 16. 5非限制性现金转让与实物救济

贫困的起因和解决方法并没有被人们完全所理解。最简单的观点认为，贫困源于收入不足，而向穷人提供非限制性现金支付（unrestricted cash payment）是解决这一问题的最有效方法。这种方法（负所得税，negative income tax）虽然在学者中得到了越来越强烈的支持，但却仍有三种经济观点反对这种方法，而这些观点也许能部分地解释负所得税政策仍未被采纳的原因。

1. 与我们早先的假设完全相反，富人所关心的不可能是穷人的主观效用而只能是穷人的消费方式。即使穷人自己会偏好类似于优美的服饰、豪华的汽车和购买彩票这样的事，富人也可能会要求穷人享有像样的住房、足够的营养和充分的受教育机会。富人可能希望的是，如果可以强制穷人购买某些东西而不允许购买其他东西，那么在长期内就可以减少贫困——即，如果一个贫困家庭拥有像样的住房、足够的食品并受到良好的教育，那么其下一代成为穷人的可能性就小得多。如果以这种态度观察问题，尤其是如果富人比穷人拥有更为充分的信息，那么富裕的捐赠人就可以通过要求接受其捐赠的穷人将款项用于特定途径而使自己具有更大的热情从事这项工作

——如果把将来和现在的因素都考虑进去，那么这就能在更大程度上缓解贫困。

2. 有些人是由于其理财无能而变成穷人的；如果是这样的话，那么非限制性现金资助非但缓解不了贫困问题，反而可能会被挥霍殆尽。

3. 非限制性现金转让潜在着一个严重的激励问题。例如，如果每一个四口之家都能保证得到5,000美元的最低收入，那么即使工作的收入高于这个数字，这种家庭的家长也不会有积极性去参加这样的工作。一份每周支付110美元的工作可能会给他每周增加10美元的毛收入，但其净收入却实际下降了，因为工作需要很高的成本。即使工作本身并不产生负效用（而负效用当然是可能存在的，特别是当工作脏、累、险时），工人也必须支付交通费、服装费、联邦和州的所得税等，以至于放弃无业状况的闲暇就会产生机会成本。

现金转让的累进制可能会对某些工作积极性有保持作用。例如，假设家庭每赚1美元政府就减少补助50美分，即使结果是家庭总收入（工作收入加补助）超过了5,000美元的最低收入保障，也仍按这一比率进行。但即使50%的边际所得税率比100%的边际所得税率要较为适宜，它仍过于严厉而将会产生消极影响。一个年收入为5,000美元的人只能留有2,500美元，而再扣除

其工作成本之后，他就所剩无几了。这样，那些不靠社会福利生活但工资很低的人们也可能会离开劳动大军而充任无业人员。这既造成了社会福利计划成本的上升，又引起了低薪工作劳动力供给量的下降。虽然这类工作的需求下降会使对此所支付的薪金上升，而且这部分地使工作报酬提高而抵消了人们的消极心理，但它也增加了生产成本，从而使依赖于这种劳动的物品和劳务的价格上升，就像征收了货物税一样。但货物税所普遍采用的是递减税率。

为了减轻上面讨论的消极影响，我们可以随意调整边际所得税率，但边际所得税率的大幅度下降会极大地增加社会福利计划的成本。如果边际所得税率是25%，那么一个家长年收入为1.2万美元的四口之家将仍然可以每年从政府处取得2000美元的追加收入；只有他的收入到达2万美元时，他才无资格取得政府的任何追加收入。

但是，要注意的是，在我们因“负所得税”方法对工作的消极影响而宣告其为不适用之前，指定用途的资助（*earmarked subsidies*）也会产生同样的影响。例如，如果取得房租补助的条件是收入不超过某一特定水平，那么高于那一水平的那一部分收入实际上就将被课征，其数量相当于房租补助的税收。

如果我们暂且不论对工作的消极影响问题，

我们现存制度中最严重的问题就是信息问题。而我们现行的制度是一种指定用途资助和实物救济（benefit in kind）相结合的制度——公共住房、房租补助、食物票、免费的法律和医疗服务、职业培训等。消费者（包括穷人）为某一物品而非另一物品支付市场价格的愿望取决于那种物品对他的相对价值的大小。这与他如何取得用于表达其偏好的金钱没有任何关系。但如果一种物品的价格为零时，我们就很难估计那一种物品对“购买者”的价值了。即使贫困计划官员对穷人如何评价各种不同的物品和服务有一个比较清晰的总体概念，这也只能形成一个一般的判断。但如果各贫困家庭的需求不同，那么这种判断就会在许多情况下造成供给过剩，而在另一些情况下却又会导致供给不足。一项范围较小的现金转让计划可能会使穷人取得更大的净福利，而同时又减少了纳税人的成本。当然，信息问题不仅仅是通过一种方法就能解决的。我们提到过，许多穷人肯定缺乏使自己摆脱贫困的适当信息。非限制性现金转让计划可能在静态上比指定用途的转让计划更能缓解贫困，但在动态上却恰恰相反。

指定用途转让这种制度的实际实施还有许多值得改进的地方。法学家们特别感兴趣的一个例子是，最近政府实施了一个计划：政府通过法律服务公司为穷人在民事诉讼事务方面提供免费法



律援助。这种帮助穷人的方法实际上阻碍了许多穷人取得其最有效率的消费形式。由于划归穷人法律服务的政府基金不能通用于其他贫困救济计划，所以有权取得100美元法律服务资本的穷人所要承担的成本就可能是失去他本应得到的价值100美元的其他物品和服务或现金。由于许多穷人很幸运而不会遇到法律问题，或由于他们机灵而能在无律师帮助的情况下处理所遇到的法律问题，总之，他们由此可以在没有律师的情况下生活得很好。但在律师不收费的情况下，他们就会使用律师，除非律师服务的价值超过了（通常也是很微弱地）穷人与他进行协商的时间价值。面对其服务时间的过量需求，律师就会努力将其服务仅给予那些最迫切地需要者们；而由于要进行判断是很困难的，所以就会产生许多这样的情况：一个穷人取得成本为100美元的法律服务，但对他却只有50美元的价值，或另一个穷人没能取得对他而言价值要高出成本许多的法律服务。这种浪费的产生是由于在社会成本超过社会收益时仍使用律师，而避免这种浪费的方法就是：给穷人100美元的现金而不是允许他使用价值100美元的律师免费服务。如果我们暂且不论及信息和消费者权能问题，那么只要他需要的法律服务的价值至少有100美元，而且他确实需要律师来为他提供这种法律服务，他就会用100美元去雇佣

一名律师而不会将之用于食品、医疗、教育或住房。（法律保险的可行性是一个相关考虑因素吗？）

而且，法律服务主要（虽然不是一律地）被用于穷人与房主、配偶、商人、福利机构和金融公司等当事人的案件争论之中。一方当事人为了自己的利益所进行的法律争辩的努力会增加另一方当事人的成本，他要么进一步地尽其努力进行争辩，要么放弃争讼中的利益而让与对方。这些成本是典型的边际成本，是产量的一个函数，所以，依据我们前面提及的分析，他就会将这些成本（至少是部分地）转嫁到企业产品的消费者身上。如果这些顾客的主要成员还是穷人，这就意味着，由一个贫穷的房客、消费者或债权人使用律师所引起的成本将主要由其他穷人来承担。如果诉讼发生在穷人和政府机构之间，那么政府机构的附加法律费用（或更高的资助水平）就不会主要由穷人来承担，除非政府机构要依高额递减税的手段来维持。但如果这样的话，穷人也可能会间接地承担这种费用。福利计划成本的增长可能会导致由之提供的福利总量或保障范围的缩小。由此，大量穷人所承担的这种成本可能超过了他们在与政府机构的诉讼中雇佣律师给他们带来的收益。

但这忽略了另一类收益：威胁收益。如果房

主、商人或贷款人知道穷人能取得收费低廉的法律服务，他们就不太可能去诈欺或开发低收入消费者了。两种相关的因素否定了这一观点。第一，如果穷人取得的是现金救济而非对穷人不如现金有价值的实物救济，那么当他们需要律师时就会有更多的钱去从私人部门雇佣律师。第二，私人部门的法律专业人员可能比政府付费的律师更有能力筛除不良诉讼，这不仅因为当事人-代理人激励在私人部门能更好地结合起来，而且因为如果潜在诉讼当事人必须自己掏钱给律师的话他就不太可能提起毫无胜诉把握的诉讼。

#### 16. 6通过责任规则的财富重新重新分配： 房屋法实施例证

住房是政府资助穷人的传统服务项目。其资助的方法是多种多样的。一种是雇佣承包商建造为政府所有和经营的公寓住房，然而以不收租金或收取很低的名义租金的形式向穷人出租。另一种方法是向穷人提供只能用于住房的货币补助。对经济学家来说，这种补助方法是很有吸引力的，它维持了住房的私人市场——只是使穷人对私人市场供应的住房拥有更有效的需求。确实，这种方法的短期效应可能仅仅是提高了房屋租价，从而使其他房客贫困化，而房主倒变得更富有。这就是资助的结果。这是一种标准的对需求膨胀的短期反应，它反映了这样一个事实：短期

内的生产能力是固定的（对这一观点更为全面的解释，请参见21.12）。但在长期内，住房数量将会上升，而价格也就会因此而回落到资助前的水平（自始至终是这样吗？）。公共住房比以上这些具有更差的短期效应：在短期内——住房建成和出租之前——穷人不可能从此取得任何福利。房租补助制度或住房凭单制度不仅更为灵活而且也能很快地帮助预期受益人。

公共住房和房租补助都与政府的税收和财政部门有关，而与法院无关。但也有一种（旨在）帮助穷人满足其住房需求的方法主要是与法院有关的：即，住房法的实施。这些法律详细规定了住房的最低标准——不论其目的是为了保证安全和卫生的最低标准还是为了资助住房建筑行业，尽管这个问题还在争论之中。法学家们建议，违反住房法的人应受到制裁，这样就可以极大地降低违法行为的发生率。通过法律制裁来处理住房建筑不合标准的问题，可以（或好像可能）使贫困的主要现象在没有任何公开支出的情况下得以消除。

实施住房法的作用在图16.3中得到了描述。D1是住房法实施前对低收入住房的市场需求曲线。由于不是所有的房客都会在房东边际成本增加而价格上升时停止租房，所以它的斜率为负。MC1是住房法实施前房东的边际成本曲线，它的

斜率为正，这反映了这样一个事实：低收入住房建造所用的是一些专门资源，特别是那些在其他用途看来价值不大的土地。

住房法实施对市场的两种主要作用在图中得到表明。它通过改善住房单元的质量而增加了人们对住房的需求。同时，它增加了房东的保养成本（由于它们随着所提供住房单元数量的变化而变化，所以是边际成本），从而使边际成本曲线上抬。在图16. 3中，边际成本曲线的变化与需求曲线的变化有着很大的关系，其原理在于这一合理的假设：如果需求量在很大程度上反映了所供住房的质量上升，那么房东就会自愿地提高住房质量，这样就没有必要实施住房法了。在图16. 3中，需求和供给都是有弹性的，而作为基础的（又是合理的）假设是：贫民窟的居住者没有足够的资源去支付非常昂贵的房租，而且贫民窟的房租与其成本相比已是过低了的，以至于这种房租的进一步降低会使许多房东从低收入住房市场中退出来（例如，放弃他们在那地方的财产）。

假使这些假设成立，那么住房法的实施就可能导致低收入住房供给的严重下降（从 $q_1$ 到 $q_2$ ），同时，剩余的低收入住房的租价会有很大的上升（从 $P_1$ 到 $P_2$ ）。这种数量效应实际上在图16. 3中并没有得到充分陈述（虽然价格效应陈

述过多)：有些由于住房法实施而产生的较高质量的住房供给可能会为非穷人所租住。这些影响可以通过房租补助而予以抵消，但那可能会使这一计划失去其不承担公共开支的政治吸引力。

为大家公认的是，图16. 3中所表明的各种效应的重大程度取决于其（任意的）各曲线的定位。有人认为，由于最小的需求增长都可能使房客住房变得拥挤，所以需求在相关区域内是完全呈弹性的（这表明住房法的实施并没有价格效应）。但由于拥挤是带有成本的（它涉及放弃了更大空间和单一家庭住房隐私的价值），所以房客肯定愿意支付较高的房租以避免拥挤。这表明弹性需求还不是完全的。经验证据表明，图16.3比假设完全需求弹性的模型提供了更为切合贫民窟住房市场实际条件的近似情况。

另一个建议是，如果执法官员将其努力集中于“榨取”房主的建筑，住房法的实施就会增加给穷人的住房供应。榨取（milking）是指这样一种行为：使建筑保持低于房主想让其永久使用条件下的适当标准。他可能已经计算出，例如由于邻居搬迁或增加燃料的成本他可能会不得不在5年后放弃该建筑（不管他愿意不愿意），那时他的可变成本就将超出其租金收入。一旦做出这种计算，立即降低维护成本对他而言是有道理的，因为保护建筑的这些费用对他产生的长期效应将是

价值很小或没有价值的（在此之前，我们在哪里看到了榨取呢？）。由于降低这些成本，他就降低了住房质量，他的租金也会下降，但也许租金下降的幅度会低于维护费用下降的幅度。一个非主要的效应可能是他会更早地放弃该建筑（虽然其收入流也会更早地结束），其原因是这些费用会使建筑保存得更长一些。如果地方住房法的实施阻止了他这种方式的节约，他也许会延迟放弃该建筑，因为强迫他支付维护费用会对保护住房有相当的（非故意的）作用。

所有这些都是非常“可疑的”。即使当所有成本和收益都计算在内时榨取也（无疑）有时在房地产市场中是理性的，试图通过住房法的实施来阻止它，最多也只能加速或延迟其放弃该建筑。守法成本是可变成本，这就至少最近似地意味着，房租收入的下降和可变成本的上升会更早地重合，从而导致更早地放弃该建筑。可疑的是，法院或立法机关认为住房法的实施会通过其阻止榨取的作用来延迟放弃而不会因其使延续建筑物的所有权会产生更高的成本的作用来加速放弃。

一些城市已经实施了旨在用以下途径保护租户的法令：当房主试图驱逐租户时给他们更多的程序权；如果房主没有依租约修理房屋，租户有权要求收回租金；要求房主支付保证金的利息等。其效果与实施住房法的效果非常相像：它们

提高了房主的成本，增加了租金，从而减少了住房的供应（尤其减少了租用住房，因为这样的法律鼓励人们转向合作社和共同所有的房屋）。从保护穷人的观点来看，有关程序权和收回租金的规定尤为有害。它们是更有可能被穷人而非富人行使的权利，从而使房主会更想将住房租给富人，因为富人不太可能晚交租金或滥用收回租金的权利。

读者可能会记起我们第4章中的分析：宣布有效率但有时却是强制性的履行债务方法为非法所产生的经济效果。以上两种分析都表明，用责任规则或其他法律制裁将富人的收入重新分配到穷人那里去，这可能是错误的，而最终将会失败。责任规则就像货物税：它会使产量缩减而价格却会上升（参见17.3）。负有法律责任的当事人（即使不是穷人本身，但这种可能性还是存在的）可能会通过高价而将大量责任成本转嫁到穷人身上。其结果可能是，穷人自身阶层中收入和财富的任意重新分配和穷人福利的全面减退。

### 16.7非限制性实物救济

在住房、营养甚至是教育方面帮助穷人就会涉及大量（但完全可以预测的）成本，因为所有这些都是非常规范的产品。但关于卫生这一问题，对支出的潜在限制是不存在的。假设穷人有权取得任何他们“需要”的医疗资助，而不顾任何



成本。那么，如果有一穷人得了肾功能衰退的疾病，他就有权取得透析法治疗，而这种疗法是极其昂贵的；或如果有一穷人得了心脏病，他就有权进行外科手术，甚至进行心脏移植，还有可能要求安置机械心脏。如果人们拒绝他的这些要求，其理由就是货币可以决定谁生谁死——这一观点从效率的角度来看是一个可接受的准则，但许多人不会认可它。

我们可以看一下联邦法律（残疾儿童教育法，the Education for All Handicapped Children

Act）的规定：所有残疾儿童都可以取得“免费和适当的公共教育”。其计划就是向儿童提供使其知识最大化所必需的公费教育，这又是不考虑成本的。如果一个儿童具有严重的肢体残废和体内疾病，那么这种教育成本就可能是极为巨大的。而且这一计划的实施并不仅仅限于穷人。虽然其理由可能是，有些残疾人教育所需要的资助措施是对可怕的不幸进行社会保险的有效方法，而且是一种涉及最低道德危机问题的方法（为什么？）。但很明显的是，虽然为了使某些残疾儿童成长到正常儿童的水平需要无限的开支，但教育残疾儿童的最佳开支就更是一个天文数字了。

## 第十七章 税收

### 17.1 税收和效率

税收有时是用以改变资源配置（回想一下我们讨论的污染税）或财富分配的，但它主要是用以支付公用事业费用的。一种有效的财政税收应该要求公用事业使用人交付其使用的机会成本的税收。但这就将公用事业仅仅看作私人物品了。而它之所以是公用事业，恰恰是由其销售的不可行性和不可计量性所决定的。在有些像国防这样的公用事业中，搭便车问题影响了人们使用市场机制来提供最佳服务量：拒绝购买我们核威慑中他那一份额成本的个人照样会像其他为之付款的人们一样受到保护。在像教育这样的公用事业中，由政府来提供这种服务的主要依据是，不愿为此支付成本的个人也不应被剥夺使用它的权利。

在讨论税收政策时所应主要考虑的是分配问题，所以我们将税收的经济分析放在这一篇（法律与收入和财富分配）。但同时我们也重视其中的效率问题。对一种行为征税就会促使从事那种行为的人们转而从事那些征税较轻的行为。但据推测，他们所从事的前一种活动生产率更高；否则就不必要用征税来使之从事第二种活动。所以，税收降低了资源使用的效率。如果税收能使替代效应（substitution effect）最小化而且没有岁入损失，那么这种低效率就可以避免或至少可以

减少；税收中的资源配置效率最大化的途径是：使税率与被课税物品或行为的需求弹性呈反比例关系。不幸的是，使资源配置低效率最小化的努力可能会与税收政策的财富分配目标相冲突。例如，对所有成年人收取联邦统一人头税（flat head

tax）会使对效率的影响最小化（只是最小化，而不是零化，因为有些人将会移居国外），但除非统一人头税率很低，否则穷人就难以忍受——但如果太低了，又无法增加岁入。

这一章要考察的就是不同形式的税收所产生的不同的分配和效率后果。遗产税（death tax）将在下一章中讨论，由政府体制的联邦结构所引起的税收政策问题将在第25章中论述。

## 17.2 征兵

许多税种并不是显性的，征兵就是其中之一。反对征兵的经济理由有两方面。第一，由于政府使用的军事人力价格要比应征者时间的机会成本低，所以它会促使政府过度地使用人力而替代其他输入。这一反对意见在和平时期是有道理的（至少从经济学的角度看是这样的），那时对军事人员的需求和危险都是比较小的，从而限制了政府取得足够的人员所必需的开支。但在战争时期，对纯粹自愿的兵员开支也是很大的。税率大幅度提高（例如通货膨胀率提高，这也是税收

的一种形式），会有并正在产生（我们不久将看到）着低效率的替代效应。不可预料的战时征兵（因为战争是不可预期的）不可能具有同样的替代效应。它像是一种人头税。征兵使军队使用过多人的激励和很高税率的低效率替代效应之间的对比是不确定的。但也许在军队不受严格预算约束的全面战争情况下，前者的低效率就相对显得不重要了，最佳的方法也许是要求所有体质合格的年轻男子参战。

反对征兵的第二种经济学观点是，征兵产生了新兵的次佳混合，因为它无视每个个人之间服兵役的机会成本差异。（所以征兵既从平民劳动力中取走了太多的人，又取错了人。）A可能仅仅由于放弃了年价值4万美元的工作机会（B的年价值只是1.2万美元）而并不比B更适于当兵，但只要A不是更差，军队就不会关心对他征兵所产生的更高的社会成本。而这种反对意见在像第二次世界大战这样的全面战争中就无说服力了。合格年轻人中适于服役的部分越大，从中选择合适的人的问题就越不严重。即使在第二次世界大战中，那些在必备岗位上的年轻人也可免服兵役，这是调整潜在新兵社会机会成本的一种原始方法。

在南北战争中，北方实施了征兵制，但也允许被征募的人通过雇佣他人替代他或交一笔固定

的费用而免除兵役。这并没有解决征兵的第一种反对意见的问题（为什么？），但这解决了第二个问题。由此，总的来说它比第二次世界大战允许必备岗位上的工人免除兵役但没有交钱免除兵役规定的征兵制度更有效率吗？或者，你能想出经济理由来说明每一种方法都可能是对该战争采用的最佳方法吗？

### 17. 3货物税

我们以零售税（retail salestax）开始我们的显性税收（explicit taxes）讨论：零售税要求生产者每出售一件产品都必须向政府缴纳相当其产品价格30%的税。生产这一产品的产业是具有竞争性的，那么这就意味着产品的税前价格是与其边际成本相等的。像图17. 1所表示的那样，税收的作用就是改变产业的需求表（在此，这一需求表被看作是产业的平均收入表而不是消费者的平均成本表）。产业产品价格将由边际成本和新平均收入的交点所决定。这一价格即为高于 $P_1$ 的 $P_2$ ，而 $P_1$ 即为税前价格。在价格较高的 $P_2$ 点上，消费者对产品的需求量要低于其对税前价格

（ $P_1$ ）的产品需求量。价格上涨会使部分消费者转而购置现在看来较为廉价的产品，尽管事实上它们的生产成本要比原产品高，而且质量不如原产品——不然的话，这种替代可能发生在税收抬升价格之前。税收像产品垄断定价一样具有替代

效应。

这种替代效应的大小取决于需求的价格弹性。如果需求是高弹性的，那么由税收引起的较低幅度的价格上升就会导致产量的较大幅度降低。作为销量的函数之一的岁入（由税收形成）也会低于对需求弹性较低的产品征税情况下的岁入。这样，使税收的替代效果最小化和政府税收收入最大化的目标就都赞成对价格非弹性的行业 and 活动课以最重的税——这就是拉姆赛原则（

但税收的分配效应又如何呢？由税收形成的政府岁入在图17. 1中由阴影部分表示。要注明的是，大部分税收是由产品的消费者承担的，即  $q_2 \times (P_2 - P_1)$ 。对消费进行征税总是趋于递减的，即穷人要比富人用收入中的更大部分来缴纳税收，因为穷人要将其收入的更大部分用于消费。事实上，产品的性质——它是否更容易为富人购买而不容易为穷人购买——也是很重要的。对游艇的税收就可能是递进的（受制于下面提及的限定）。但是，由于为富人所大量需求的产品并不必然（或普遍）就是那些无需求弹性的产品，所以有效率的货物税将通常是税率递减的，而一种税率递进的货物税常常是低效率的。

我们说过，产品税（widget tax）中的“主要部分”是由消费者来承担的；其余部分就来自用产品制造的生产要素所有者的

经济纯利。如果税收全部来自经济纯利，那就不存在替代效应，这是一个很有吸引力的优点。经济纯利是超出机会成本的收益，即是一种选择收益（*alternativereturn*），所以经济纯利的减损并不会使资源转向其他用途。而对经济纯利征税好像应采用速进税率：难道经济纯利的取得者不都是富人吗？他们确实不全是很富裕的人。要注意的是，产品税的作用之一就是减少被征税产业的产量，从而减少其对投入（包括劳动力）的需求。如果被资方所解雇的工人在其他地方有相同的就业机会，并且其重新安置成本为零，那么他们就不会受害于税收。但如果不是这样，他们就将遭受损失。他们失去的是从现存职业中取得的经济纯利。

如果我们测试和衡量垄断利润，那么就可以对它们直接征税，而且由于它们是经济纯利，所以这种征税就不会有替代效应。但是，如果对垄断征收货物税，那么就会像对竞争销售者的物品征税一样必然会有替代和分配效应。如图17.2所示，货物税使垄断者面临一种新的需求

（平均收入）表，并由此使他要重新计算其边际收入表。他的新价格（即边际成本和新边际收入的交点）比原来高了，而其产量却比原来低了。税收（图中阴影部分）是由消费者、垄断者（减少了他的垄断利润）和用于产品生产过程中的非

弹性供应的资源所有者共同承担的。

货物税的经济分析还有待进行进一步的改进。我们已暗示性地假设，税是货物价格的某些份额（依价格决定）。但如此计算的税将使企业竭力地降低其货物的质量，从而降低了价格。例如，如果汽车货物税是基于带有可选择附件（空调器、立体声音响等）的汽车零售价所决定的，而且如果单独购买可选择附件不需纳税或纳税较少，那么汽车制造商就会在汽车上安装较少的附件。另一方面，如果税收是统一税（flattax，如每辆汽车征税100美元），那么汽车制造商就会设法提高质量——因为质量的提高并不要求纳税。哪一种税收更可能是扭曲性的呢？你估计哪一种货物税更具普遍意义呢？

#### 17.4 不动产税

亨利·乔治曾提出了一个著名的建议：用单一土地税代替所有的税种，以达到只对经济纯利征税的目的。但是，地租还无法满足现代政府的所有岁入需求。这里还存在一个衡量问题，这一问题起因于这一事实：土地既可由所有者自己使用，也可由他出租给其他人。如果我拥有一块土地，在上面建了一幢住宅楼并将之出租，我收到的租金中的一部分就是地租，但另一部分就是对财产改良的收入，而这种收入可能并不包含任何经济纯利。如果我拥有和占用我土地上的一所住



处，我就会取得一笔相当于我出租住房所得租金的应计收益。应计租金的非货币化就可能会逃避税收。另一个问题是，许多土地所有者即使其从土地收取租金也并非富人。对地租征收重税会使许多农场主、工人和那些以预期收入资本化的价格购置土地的退休者贫困化。假设一农场主借钱买了一块价格为1,000美元、税后年收入为100美元的好农田。后来，又要对土地征收每年90美元的财产税。他的收益由此将降至10美元。如果他将土地出售，他只能使购买土地的小部分成本得以补偿。

实际上，不动产税（real estatetax）除征收地租税外还有许多其他的小税种。这样，真正的税收大量地落在土地改良、经营上，而不是在土地本身。结果之一就会人为地使土地所有者尽力避免（或拖延）其土地改良和经营。更重要的是，对土地改良和经营征收的基本上是一种货物税。我们可以考虑一下公寓住房的开发。如果根据房地租总收入而按一定比例征收不动产税，那么土地所有者就会像我们前面例子中的产品生产商对待销售税（salestax）那样对待它：在全部产量水平上减少一定比例的平均收入。在这种情况下，为了使收益最大化，他就将降低产量和提高价格。这样，税收的负担就将在消费者——租住公寓的房客——和靠房租生活的人——土地所有者

之间分摊。

不动产税同时也侵蚀了财产权制度。假设我是某地的一个农场主，那里有越来越多的土地被开发用以住房建筑。我的土地用作农田时价值只有10万美元，但房地产开发商却出价20万美元向我求购。我拒绝了他的要约，原因是这块土地对我在感情上而言具有更大的价值——我愿呆在这里而不想搬家，我不想以低于25万美元的价格出售。不动产税的估税官应如何估价这块土地的价值呢？如果他估价过高，那么我的农业收入就可能不足以支付税款，因为这税款的估算是以可能取得更高经济收入的其他用途为基础的，这样我就可能被迫将土地出售给房地产开发商。依估税官看，这种强制交换是一种好事，因为它增加了税基（taxbase）。但土地对我却比对开发商更有价值。不动产税在此与国家征用权具有同样的效应，即故意地消除了高于市场价格的土地价值（参见3.6）。

但这种分析是不全面的。不动产税在事实上使政府成了“我的”财产的共同所有人。房地产开发商愿向我支付20万美元是因为土地对他值那么多钱，对此征税是依居住用地而非农业用地确定的。我的保留价格25万美元是依农业用地确定的。土地对政府的价值是因税费而不同的一一即，两种不同的预期税收收入流的现值，这一点

必须要考虑。假设农业用地的税费是1万美元，居住用地的税费是6,000美元——这从政府立场看是最高、最好的用途。那么，财产总值将因强制我将土地出售给开发商而增加。你能看出这与收益流量对用水权出售的影响（3.10）之间的类似之处吗？

在前面这个例证中，购买出价的存在极大地放大了出于征税目的的不动产估价问题。我们可以评价一下以下自我估价的建议（事实上古代雅典曾采用过类似的方法）：由不动产所有人出于征税目的而对其财产进行估价，但他必须接受依其估价的购买财产出价。

### 17.5法人所得税

法人所得税（corporate incometaxation）从一方面看是一种对经济纯利征税的原始方法。在此，经济纯利是企业总收入和总成本之间的差额。问题是，这种税收的现存形式不允许减除自有资本成本，所以它不仅减少了经济意义上的利润或其他收益，而且（并可能是主要地）增加了自有资本的成本。结果是，企业设法变更资本形式，如用借入资本和人力资本替代自有资本，而这种成本企业是可以在征税前扣除的；另外就是企业用劳动力替代资本投入，用其他商业组织形式替代公司形式。而且，自有资本成本（不同于垄断利润或其他利润）是一种边际成本，所以，

就像（显性）货物税一样，部分法人所得税将以提高价格的形式转移到消费者身上。

许多复杂的法律问题是由法人所得税所产生的，而且它们往往都具有经济意义。在此有一个例证。如果一个拥有大量财产的公司要进行清算，从而将财产转让给股东，但后来他们将之出售了，那么我们应将这种销售看作公司销售并依此征收法人所得税，还是将之看作股东销售并依此免征法人所得税呢？后者是国内税收法典（the Internal Revenue

Code）的方法——而由于它引起了不必要的交易成本（为避免法人所得税而引发的清算成本），所以我们完全可以依经济理由来反对它。在某些情况下，还可能会出现更为严重的资源配置失当的后果。假设一家公司有一个完全投保的工厂，后来工厂被火灾所毁。即使公司决定进行清算，减除工厂折余原成本的保险赔偿收入仍会被看作是一种可征税的公司收益。但反过来假设公司用全部保险赔偿收入购买或建造了一座新的工厂，然后将工厂出售后把全部销售收入分配给股东，而其分配依据就是销售前所进行的完全清算计划；这样，就不存在法人所得税问题了。这种税收待遇的差异可能会使企业即使在不购买或重建工厂而进行直接清算是更有效率的情况下也要购买或重建工厂。（为什么科斯定理无法消除

这种低效率呢？)

法院已通过其法官制定的“实质高于形式 (substance overform)”原则努力降低公司重整的社会成本，从而将全部目的和作用在于规避税收的重整和其他交易在税收问题上视为无效。当这一思想用于公司重整时，为了促进具有潜在有益经济后果的交易（如将风险重新配置到更有能力的风险承担者处、降低代理成本、将资产转向更有价值的用途等），可以对此免征所得税。如果他们的交易只是为了达到减税的目的和作用而没有潜在的有益经济后果，那就不应该用税收优惠待遇来鼓励，因为这种交易只会产生交易成本并将税负 (taxburden) 转向其他纳税人。它们仅仅是一种重新分配。

如果一个企业出售，那么买方是应将全部购买价格看作一种应折旧成本，还是必须对组成企业的各项财产进行各别估价以决定应折旧成本呢？后者是一种惯用的方法；而且当财产估价低于企业购买价格时，这种差额被转让到被称作商誉 (goodwill) 或继续经营价值 (going-concernvalue) 的无形财产上，而且无法因税收而折旧。这在经济学上有道理吗？如果企业的实物资产估价是通过企业由此所得之预期收益的资本化而进行的，那么由于购买价格同样是预期收益的资本化，所以就不存在任何残差了。但如果实

物财产依替代它们的成本来估价，那就还会存在大量残差。这种不一致性的可能理由中，有两项可能是尤其重要的。第一，可能存在着非实物资产，尤其是各种形式的人力资本。第二，企业可能拥有一些垄断力，以至它的产品价格不会下降至边际成本。在第二种情况下，是否允许税额扣减在原则上就取决于垄断力的来源了——但对负责每一项交易的税收的国内税务署而言，调查这一情况就几乎是不可能的了。第一种情况下的主要问题是，（在征税当局看来）测定类型不同的财产的寿命，以决定折旧的最佳阶段。但是，由于现行法律允许企业为了税收而使其实物资产折旧快于实际预期的消耗，所以担心非实物资产的折旧率会高于其实际消耗率是没有理由的。当所有这些都加上非市场方法所造成的资产估价成本和困难，那么人们就会有强有力的理由认为：买方应被允许对其收购的卖方企业的全部成本进行折旧。

### 17.6 个人所得税：导论

我们可以将最佳税制作出以下的界定：

- （1）有很大的税基，这就有利于取得现代政府所需求的大量岁入；
- （2）对需求弹性很低的活动进行征税，从而使税收的替代效应最小化（拉姆赛原则）；
- （3）不增加不平等或不侵犯平等；
- （4）实施成本不高。

对个人收入征税好像是接近这一最优化的。税基很大，对收入的需求可推测为是无弹性，收入是衡量福利的一个很重要的方面，而且由于大多数人是为各种机构所雇佣的，所以征税就很方便，从而降低了成本。但在事实上，上面提及的第二、三两项迫切需求的条件不可能仅从所得税处获得，因为它们有赖于一个过于宽泛的收入界定，从而可能引起具有抑制性影响的管理成本。

即使我们可以对最广泛意义上的收入（在此称作“全部收入”，包括从闲暇得到的非货币性但却可货币化的收入）征税，个人所得税

（Personal incometax）仍不可能是一种理想的税收。收入包括了领受者所节省的而没有支出的货币。节蓄（或为了慈善机构的捐助）只是收入的另一种使用，它以收入为先决条件。如果不对这一部分收入征税，那么这种税收就不是所得税而只是一种花费或消费税。在税收中排除节蓄，那么这就会由于有利于富人而触犯了第三条准则，因为富人节蓄的钱比穷人节蓄的多得多。但对节蓄收入进行征税就会产生两个经济问题。

第一个问题是我们第5章中提及的较不重要的，即引起了潜在的代际利益冲突。节蓄的货币通常投资于那些投资者死前无法获得全部收益的活动，所以他是牺牲了其自己的消费而增加了后代的消费。为后代节约的社会责任可想而知是

来自上一章讨论的分配正义的契约理论：由于原社会地位的人们不知他们属于哪一代，所以就要求作出规定以保证第一代不将所有社会资源消费殆尽。但事实上根本不存在这种危险，其实人们根据自己的能力和知识只能消耗地球资源的极小一部分。只是在发达的现代社会，资源枯竭才成为一个潜在的社会问题。但明确地说，即使在这些社会中，新知识的增长速度是很快的，所以甚至可以肯定下一代人会比现代这一代人更为富裕。那为什么我们还应设法减少我们的消费而使他们消费更多些呢？

另一个较为严重的问题是，对收入节蓄征税会在总体上减少资本投资，而不仅仅会减少远期投资。机械和其他资本资产损坏或过时的时间长度要比人寿短得多，而且如果税收挫伤了人们节蓄的积极性，那么这样的资产将会大量减少。由于个人所得税不仅征自节蓄所得而且征自将要节蓄的收入，所以它就会使人们减少节蓄，从而减少了投资。假设我是一个要缴纳50%边际所得税的人，而且要决定花掉我收入中的100美元还是将之投资于一年后会取得5%利息（假设通货膨胀率为零）的债券上。税后，我就只有50美元可用以消费或投资。如果将之用于消费，我就将取得一种净收益，我们可假设其为2.50美元，而其测量手段就是我用50美元所购买的物品和服务



所产生的消费者剩余。对这种收益，我不用支付任何所得税。反之如果我将50美元投资于债券，那么我就得将债券利息的50% ( $2.50 \times 0.5$ ) 作为所得税而缴纳。这样，消费和节蓄就会负担不同的税务，而这是低效率的。（在什么条件下，我才仍然决定要进行节蓄呢？）

虽然用同样税率的消费税替代所得税来解决这一问题看来会产生反向的偏差，要我在以下两者中进行选择：只消费50美元或在年底可花费105美元。但这并非是真的。我如果不投资就可以取得2.50美元的消费剩余，但我现在已放弃了；而且我如果努力通过消费而补偿5美元的利息，那么就不得不缴纳50%的消费税。如果我决定这一年消费这100美元，我也不得不这么做。

但要注意的是，消费税税率会高于它所替代的所得税税率（为什么？），至少最初应是这样的（为什么要有这一限制？），其目的在于维持政府岁入的相当水平。这对工作和节蓄的积极性会产生什么影响呢？

### 17.7 收入的界定

将任何实际收入排除在可征税范围之外都会减少税基，也会使人们更多地从事取得不征税收入的活动，还可能产生不平等（但这取决于取得不征税收入的人的财富）。最宽泛的收入界定应

是所有的现金和非现金的收项，不仅包括闲暇和其他家庭生产的非现金收入，而且包括赠与、遗赠和奖金。如果我们的最高目的就是要使个人所得税的替代效应最小化，那么，是否应对赠与、遗赠和奖金征税的问题就可能变成了这么一个问题：这些收入纳粹是小帐还是实际上的工作补偿。父母给孩子的赠与是对已履行服务或预期服务的补偿，还是一种纯粹的爱的表达（即表达一种互相依赖的正效用）呢？如果是前一种情况，那么就应该征税，免得孩子们由于差别税收待遇而只从事家务生产不从事市场生产。如果是后一种情况，不对赠与征税不仅不会引起放弃市场职业的替代效应，而且这种税收的成本是很高的，因为从他们中的任何一个人处征税都会降低他们两个人或更多的人（父母和孩子）的效用。这一分析提出了一个在分析上处理赠与的基础：业务（商事）关系中的赠与可视作收入，而其他赠与就不是收入（但这也不是绝对的）。

我们现行的税法将在比赛中赢得的奖金（这应征税）和其他奖金（如诺贝尔奖金，这一类不应征税）区别开来。这种区别是没有根据的。不对比赛中的奖金征税会使人们放弃其他形式的生产活动而参加比赛。但不对诺贝尔奖金和其他荣誉奖金征税也会产生同样的后果。这些奖金的存在影响了从事适当职业的人们的研究项目决策，

甚至还影响了人们的职业选择。虽然这种奖金对税法变更（从而引起货币净收益变更）的反应弹性不会很大，但这仍然是一种要对它们课以重税而不是对它们免税的理由。

管理成本排除了基于税收考虑的广义收入界定，但有些不合理的排除却可能造成严重的替代效应，特别是闲暇。将闲暇排除在收入之外会使人们偏好于选择那些有利于取得闲暇而非现金收入的活动——例如教师这样的职业，长时间的有薪假期就是工作报酬的一个重要部分。同样，将名誉、声望、舒适、娱乐和其他无形收入排除于课税之外，而又对代表职业危险和工作条件艰苦（包括经济学意义上的风险）的补偿性收入进行征税，就会产生相似的偏好。但许多课税例外却不是能以其过高的衡量成本为理由而证明为合理的。这里有三个例证：不在市场上出售的服务；房屋所有人占用房屋的估算租金和附加津贴（fringe benefits）。

1. 人们常常面临这样的选择：在市场上立约购买某种服务或在家庭中生产之。只将现金收项看作收入的所得税法由此就使人们偏好于家庭生产的选择。也许目前所得税法所产生的最重要选择倾向是源自没有将家庭主妇服务所创造的相当可观的实际收入（但非现金收入）列入应征税范围内。假设一个妇女可在社会职业取得1万美

元的收入，对此她要缴纳2,000美元的所得税，而如果她呆在家中，那么她的家庭服务价值只有9,000美元。如果她在社会上工作，那么她的工作价值就会有所增加，但税法中不完全的收入界定会促成她愿意呆在家中。

当然，评估非市场服务的价值有着严重的困难，我们已在前面指出了同等看待家庭主妇服务的价值和家庭佣人薪水的不正确性（参见6.11）。但由于这些工资代表了主要家庭服务的最低估价，所以将这项数目作为每一不在社会工作的家庭主妇的应计收入，就是朝正确的方向迈进了一步。税法已采取了一些迟疑不决的措施以减低一些替代效应，而这些效应是由通过对孩子照顾支出和其他一些主要纳税人配偶税额的减免而不对家庭主妇应计收入征税所引起的。由于这种减免额是很低的，而且由于税额减免采用的是高累进率而课税扣减采用的是递减率（为什么不同？），所以它们对在市场中具有很大生产能力的妇女的激励不会产生什么影响。因照顾孩子而要进行课税扣减倒确实是非常不可思议的；它反而使那些进行家务工作最为有效的妇女（年幼孩子的母亲）进入市场。

2.有人给其两个儿子A和B每人1万美元。A将其1万美元存入一个年利率为5%的银行，并将其利息用以支付他所租用公寓的房租。由于他是属

于要缴纳20%联邦所得税的那一类人，所以他须将其每年所得利息中的100美元交予政府。B像A一样属于应缴纳20%联邦所得税的那一类人，但他用1万美元购置了一套租金与A所租房屋一样的公寓。虽然B与A一样将这笔钱用于住房，但他就不用缴纳所得税了。与A相比，他每年要多得100美元。这种武断的差别待遇会使人们设法（随着利息的减损，这种努力将增加）自己拥有住所而不是租用住房，也会使律师创设旨在使租用房产转变成无条件继承房地产的复杂法律形式，如一套公寓房的个人所有权（condominium）。

当然，我们在估价人们因拥有住房不用从其他人处租用住房而取得的实际收入但非现金租金收入时，会遇到一些管理上的困难。但即使是偏低的粗略估价也会使人们降低其用拥有房屋代替租用房屋的激励。我们要注意的是一旦采取了这一措施，那么就没有理由反对对住房抵押的利息进行扣减了，因为利息支出在那时已成为一种产生可课税所得的费用了。

对所有者占有其房屋进行征税时的另一个不当之处是，如果出售者将收益用于购买其他房屋的再投资，那么他就可以不支付任何资本收益税（capital gaintax）。这一规定的理由是为了避免对由通货膨胀造成的纯粹名义价格上升课税，但它是没有说服力的。对此，我们在讨论资本收益

税时将会有更详尽的了解。

反对这些观点的意见认为，对家庭所有权的税收优惠可能有其正当理由，即此种所有权的外在收益（它们可能是什么呢？）和作为低效率建筑法和分区法结果的人为的建设高成本。这一观点，不论其有无说服力，都有助于我们记住：特定税收、税收豁免或税收扣减在使我们更靠近或远离有效率的资源配置方面的作用是设计税收制度的相关因素。

### 3. 如果将津贴排除在应税收入

（taxable income）之外，那么即使这种东西对政府官员而言不及其相应现金价值（不考虑税收因素），但它还会使行政官员支持其形式为专用汽车、华贵办公室这样的补偿；这种差异是纯粹的浪费。将附加津贴排除在应税收入之外会使雇员积极支持其形式为人寿和健康保险、假期和退休金收益的补偿，即使他们偏好相当数额的现金收益时也会这样做——不考虑税收因素。在许多情况下，将这些收益的现金价值计入应税收入并不会产生很大的管理费用。

### 17.8 所得税扣减

由于开支一般而言不是福利的减损而是人们将货币转为福利增长的必要步骤，所以我们假设可能（而且确实）不允许纳税人在其计算应税收入时扣减支出：一个人用现金购买一台电视机后

不是变穷了，而是变富了。但是，仅仅旨在创造收入的支出并不具有这种性质。它们只是在创造收入时才增进福利，所以，如果收入全部应课税，那么扣减业务费用就可以避免双重课税（为什么？）。与这种扣减有关的主要问题是，有些业务开支同时也是消费开支。我在办业务时购买的餐馆食品和居住的饭店客房是一种产生我由此出差取得的收入所必不可少的开支。但同时，它们也是消费活动，如果我呆在家里，我可将之用于其他形式的活动。

法律几乎以武断的方式处理这一问题，即允许扣减发生在短途商事出差中的所有生活费用（除非“过于挥霍”），而禁止扣减作为“个人开支”发生在其有办公场所的地方的任何通勤和其他生活费用。但是，将当地路途费用与外地出差费用进行某些区分在经济学上是有道理的。即使一个人不工作，他都不得不吃中饭；由于午餐成本是不工作所不可避免的，所以它就不是一种工作成本。通勤能使职员居住在他所选择的较佳寓所而不是住在他在工作场所附近；所以这在更大程度上也是一种个人开支，而非业务开支。当然，出差到外地也会有一些个人消费，但其价值可能低于全部开支；而其间的差额就是纯粹的业务开支。

在原则上，从应税收入中扣减的应是这种差

额，即业务开支，而不是全部的开支。假设我到旧金山出差3天，住在每天收费100美元的饭店，膳食总开支为90美元。那么我们不应将390美元全部扣减，而应减去出差所造成的个人消费开支的剩余。由于在家居住一夜的边际成本（打扫、磨损、用电等）通常是很低的，所以住宿的抵消也是很小的，为了管理上的方便，我们将之忽略不计。而膳食抵消将是较大的一部分，但它也低于90美元，因为家中用餐的成本总是低于餐馆用餐的成本。我们姑且承认，对用餐人而言，在餐馆中吃一顿30美元的饭要比在家中吃一顿3美元的饭更有价值；否则，他就会呆在家里用餐。但由于很少有人经常在昂贵的餐馆用餐，所以在我们上面的假设例证中我在外面吃饭的90美元使我取得的收益可能远远低于我愿意支付的90美元的价值。也许对此进行打折（如业务用餐价格的50%）会是一种完成上述改革的适当途径。但是，复杂的是家庭用餐成本容易因排除了非货币（但却是实在的）性制作人劳动成本而被低估。

税法中，对医疗费用和意外损失的扣减好像是为了试图区别以下两种开支：促进个人健康状况和仅仅为了恢复纳税人的健康状况。其目的就是为了让具有同样现金收入但实际收入却不同的个人之间平均税收负担。你可以赞成这一目的，但其可行性和为达成该目的的具体手段却仍然是



个问题。我们可以考虑一下从事危险工作的人们所取得的附加工资。与那些从事安全工作的人们相比，附加工资并没有增进他们的福利；它仅仅对他们职业的危险性作出了补偿（如果他们爱从事危险工作，那怎么办？）。但允许扣减这样的附加工资又是不可行的。或者我们还可以考察一下这种情况：两个家庭收入相等，但由于一个家庭比另一个家庭在消费上具有更高的效率，他就从同样的货币收入中取得了较高的福利；这样，对平均两个家庭的税后福利而进行的扣减也是不可行的。在这些方法和许多其他方法中，相对现金收入扭曲了相对福利，而且由于大部分的扭曲无法得以矫正，所以矫正一两种扭曲的努力是否会在很大程度上有益于横向公平

（horizontalequity）目标的达成尚有疑问。

而且，这种特殊的扣减无法实现原定的目标。衡量医疗扣减的应是纳税人的疾病成本而非其医疗成本。有些疾病可能是成本很高的，但由于医术状况或纳税人的经济境遇，它并不会引起巨大的医疗费用。而且医疗费用的产生不完全源于疾病治疗，有时恰恰是为了增进健康状况（例如，整容或鼻子矫正手术）；以上例证表明了增进和恢复健康之间的区别是很微妙的。至于意外损失的扣减，它至少应以损失额来衡量，而不应以赔偿费用来衡量。但其作用与其说是补偿了福

利受损的人，倒不如说是补偿了那些缺乏远见而没有投保的人。这种扣减主要也减少了富裕纳税人的自行保险成本（为什么？），并有益于他们。

然而，医疗扣减的一部分可能作为人力资本的维修而有其经济上的合理性。我们知道，人力资本是与工厂的财产一样的，人们用时间和货币的投入购买它，而在其（常常是很长的）有效年限内取得现金收入。由于由此取得的收入是应该纳税的，所以保持其维修良好的费用应该是可扣减的——虽然在原则上这些费用并不立即产生收入，而是需要有一段时间才能达到这一效果。

（另外，为什么为了税收目的而使效率要求对收入和费用进行短暂的比较呢？）这就提出了一个狭义与广义的问题。狭义的问题是：这一论述为扣减某些整容手术的费用（虽然不是全部）提出了经济理由吗？广义的问题是：人力资本成本应在所有者的工作年限内得到补偿并从其收入中扣减吗？法律并不允许这么做。当然，这里既有理论上的原因，又有实践上的原因。许多教育成本并不是由其本人承担的，而这也许正是人力资本的主要来源（这又与某人的脑力、精力和性格天资有关，而人力资本所有者也没有对此支付成本）。而其主要成本——由于上学而没有工作所损失的收益——在事实上已在作出投资决策时被

勾销，因为应税收入减去了全部已放弃收入。这就不存在作出进一步扣减的必要了。

一项在政治上和经济上都很重要的扣减是慈善扣减（charitable deduction）。由于它将某些决定谁应接受利他主义转让的权力从政府转向了个人纳税人，而且这种决定在大多数社会中是在政治层中作出的，所以它在政治上就显得很重要了。同时，由于它是对第16章中提出的慈善捐赠中的搭便车人问题的反映，所以它在经济上也是很重要的。慈善扣减实际上可能比旨在引导慈善开支的政府直接慈善捐赠有效得多。如果像有些经验研究所发现的那样，慈善捐赠的价格弹性大于1，也即价格降低1%会导致高于1%的捐赠量增长，那么慈善扣减对财政部因岁入减少而造成的成本要低于慈善业捐献的收益。

### 17.9 资本收益的特殊待遇

联邦法律只对已取得的收入课税。所以，如果公司不将其全部收益以红利的形式分配给股东，那么非分配部分就不可能被作为个人收入征税。这是正确的。留置收益（retained earnings）不是股东的财产。除非进行清算，否则他们就只有在增加其股份价值时才能得益。股份价值的增值就是股东收入的增加。当股东出售其股份时，他就必须依增值纳税，而其增值也包括了留置收益所产生的那部分增值。但由于税收的延迟会使

纳税人得益，所以当增值发生时，以上方法并不是一种替代对增值进行征税的最佳方法。颇受欢迎的处理增值的税收办法是，对资本收益的税率应比对普通收入的税率低些。

由对资本收益中较低而非通常的所得征税而促成的对增值的税收优惠待遇（其在美国已有很长的历史）是有低效率后果的。由此产生的股东意外收益可能是法人所得税创设的原因，而这种在前面讨论过的税种是一种低效率的税种。考察一下公司为什么有时会在公开市场上统统买下自己的全部股票这种古怪行为（仅仅有时而非总是，也是一种反接管的手段）。将其股票出售给公司的股东只需缴纳一种资本收益税

（capital gain tax）；而如果公司不是用其收益收买股票而是将其收益以红利的形式分配给股东，那么同样的股东就可能不得不对其同额收益缴纳所得税。公司只要将收益留置并将之用于其业务，那么就可能产生同样的结果；由此公司可以拥有更多的资本，从而也就使其股票的价格有所上升。但由于用这些收益进行有利可图的投资有赖于股东对经理部门能力的信任，所以股票价格的上扬也不可能是留置收益的全值。这大概就是股份固定的共同基金（closed-end mutual

fund，这种公司的股东无权取得补偿）通常以其持有的股票的市场价格的贴现出售股票的原

因。我们可以回想一下对分红这种降低代理成本方法的讨论（14.6）。然而，收益留置是一种利用资本收益和普通收入间税费差异的选择方法，这意味着税费差异会鼓励我们前面刚提及的低效率行为。它还会引导投资者们以取得资本收益的活动（如房地产投资）代替取得普通收入但却在生产效率上与上述活动相同或更高的活动。

在此，有一种特别有力的经济理由反对对代表真实资本增值的资本收益（不论是否实现，不论征多少）课税。我们可以比较一下两种情况：在第一种情况下，公司股票价格依公司税后留置收益数而上升。在另一种情况下，由于公司已意外地发现了很有价值的矿产资源，所以其股票价格就上升了。在第二种情况下，由股票价格增值而产生的资本收益来源于未来收益的资本化，这将依其所得征税；在第一种情况下，增值来源于以往收益的积累。由于企业所得税的存在，以上两种情况都产生了多重课税（multiple taxation）问题，但第二种情况实际上是一种三重课税：资本收益税、公司取得收益时的法人所得税、任何收益作为红利分配时所征收的个人所得税。

为了消除任何资本收益偏好的残余，而在有些情况下（什么情况？）要对未实现的增值（unrealized appreciation）进行征税是一回事；为了达到这一目的而设计一套可行的制度却又是另

一回事。在资本资产为股票的情况下，要努力做到的只是既对公司留置收益作为股东收入征税，又对以红利支付给股东的收益征税。但除了以下基本观点外，这一方案面临着许多难以克服的困难：在股东直接控制之外的货币不是（或至少不完全是）他们的收入；尤其是在公司收益必须在各种不同类型的有价证券间进行划归时。虽然对未实现的增值（例如，股票市场价格的增值）征税不会遇到这些问题（为什么？），但也会遇到其他一些同样严重的问题。纳税人难以预测其税务责任。流动性问题往往会使纳税人出售其证券和其他财产以缴纳未实现增值的税收。我们不得不対法人所得税进行全面的反思（为什么？）。

最后，只依实现的增值征税（这在实质上就允许纳税人在延迟期内免纳利息税）的主要优势大概也为这一事实所抵消了，即最后被课税的许多增值可能是由通货膨胀引起的虚幻增值（phantom appreciation）。有一个例子可以说明这两种力量的作用。假设某类风险适度的证券的实际利息率为5%，通货膨胀率为3%，从而其市场利息率就为8%。成本为1万美元的债券在十年后本息（每年计复利）相加应为21,589美元。如果那时出售，而资本收益税为25%，那么税收就是2,897美元。除去通货膨胀，其增值就为6,289美元，而其税后增值就剩下3,392美元了。

如果通货膨胀率为零，市场利息率为5%，那么税收就为1,572美元，而债券持有人的税后净增值就为4,717美元。这一增值量高于通货膨胀情况下的增值量。这表明，在通货膨胀情况下，被征税的某些增值确实是由通货膨胀造成的虚幻增值。

但是，由于债券持有人可以延迟纳税，所以他就可以赚一些收入的利息，而如果不这样做，他就不得不将它们以税收的形式缴纳。如果他每年取得800（1万美元的8%）美元的利息，依此他要缴纳该数25%的年税，那么他的税后收入就是6%。同样的比率，如果计复利，那么就可达到7,908美元，而其实际税后收入为8,

692美元  $[0.75 \times (21,589 - 10,000)]$   
税收延迟时间越长，虚幻增值的税额就越大；但同时，由于纳税人可以拖延支付税款，所以他赚得的利息额也就越高。

### 17.10 累进原则

如果每人依其收入的一定百分比纳税，那么这种所得税就是一种比例税制。一旦税率随着纳税人收入的增长而增长——即为累进税制——那么就会产生严重的管理问题。其中之一就是时间选择问题。依比例税制（proportional tax），第一年赚1万美元、第二年又赚10万美元的人与两年中每年赚5.5万美元的人所缴纳的总税额是一样

的。但在累进所得税制度

（progressive incometax）下，第一个人就要比第二个人缴纳更多的税金。由此，为了避免消极效应（什么消极效应？），我们就完全有必要对年度间收入的税收平均作出规定。1986年的税收改革法（the Taxation Reform Act）废除了所得税平均法，但作为总体改革的一个部分，它通过将对最高收入的边际所得税率降至28%而在废除累进原则方面走得很远。

对累进税制〔更准确地说，是对由累进税制所表示的高边际税（这意味着什么？）〕最为通常的反对意见是，它增加了相对于闲暇代价的工作代价，从而会导致一种用闲暇代替工作的低效率状况。但这种替代可以通过收入效应而得以抵消。如果闲暇是一种“较高级的物品

（superiorgood）”——随着某人收入的增加，其闲暇消费也将有所增加——那么，对纳税人而言，高边际税率和累进税制的结合就会因减少其实际（即税后）收入而降低其闲暇的价值（而它所减少的数量要高于它所减少的相对于他工作成本的闲暇成本）。（当然，当边际税率越接近100%时，收入效应就越不可能等于或超过替代效应。）这一观点同时表明，在联邦所得税中增加个人免税额也会像递减税率一样降低人们的工作积极性。由于它对高边际税阶层的人们所减除



的应税收入多于低边际税阶层的人们，所以它呈递减趋势。由于边际税率不受影响，它在不减少相对于闲暇代价的工作代价的情况下增加了纳税人的福利，所以它又降低了人们的工作积极性。

即使我们先不谈收入效应，累进税减少的工作量仍是不明确的。因为如果总税收不变，那么有些纳税人在累进所得税制下的边际税率就会比比比例税制下的低。这些低税率对促进工作积极性的作用会大于高边际税率对其他纳税人的消极作用。但假如收入最高的纳税人是社会中最有生产能力的工作人员，那么累进税制的消极作用就不会由低边际税率对收入较低的纳税人的激励作用所抵消。

这种有关累进税对工作激励影响的谈论是略有误导性的，因为它好像意味着工作比休闲更具生产率。但在原则上并非如此。重要的是对工作的定价并没有高到（以很高的边际税率）使无效率的休闲得以消除。

累进所得税将冒险量减至最佳水平以下。有些高收入中有很大部分是对风险的补偿。一旦产生危险，收入就很低了。假设在一作曲团体（10人）中有一人在一年中作曲赚了10万美元，而其他9人却一无所获。虽然这一团体的平均收入是极其有限的，但对其课征的所得税税率却要比每一作曲者赚1万美元的情况下高得多。

阻止冒险会使家庭间的收入永远不平等。也许，除了鼓励冒险之外，我们没有更有效的方法可以促成收入变动（有上升也有下降）。冒险而失败的富人会以贫困化而告终；而冒险成功的穷人会以富裕化而告终。也许这就是极端累进税制在中庸的美国人中不很受欢迎的缘故。但我们又要谨慎地作出效率的推论。比例所得税可能会被看作是对冒险的补贴，因为它允许损失冲抵收入。在那种情况下，税收就降低了由有风险的事业所产生的结果方差。如果冒险者成功，他会取得较少的税后收入；如果他不成功，又可能损失较少的税后收入。所以，相对不重视所得税的国家和征收很高累进税的国家都可能在阻止冒险并由此而降低社会变动。

高累进率所得税制的其他社会成本是偷漏税所需要的大量法律和会计费用。如果5万美元以上收入的边际税率为90%，那么收入为20万美元的人就可能愿意最多花13.5万美元以避免对其超过5万美元的15万美元收入支付任何税收。而且这种支出所消耗的资源——就像垄断化所遭致的成本一样——是被浪费掉而不会产生任何生产率的。但是，这一分析为极高累进税制的收入效应复杂化了：只要税收制度至少部分有效，那么高收入的人就会在偷漏上少花些钱。但这一效应在某种程度上却为以下事实所抵消了：逃税成本

在征税时是可以扣减的，和由于逃税开支会产生（税后）收入，所以纳税人会为此借钱融资。

高边际税率所产生的寻找偷漏税方法的激励也许能解释许多精巧的漏洞，高收入纳税人利用这些漏洞逃避了本应交付的高累进税。这些漏洞扭曲了工作和投资的形式（你能设想一些例证吗？）。虽然漏洞会破坏累进税制从富人向穷人进行重新分配的目的，但它确实减少了前者的实际收入。不仅富人偷漏税的法律和会计费用减少了他们的实际收入，而且许多逃税收入所产生的微利也这样。富有纳税人之间的竞争已使免税州和市的债券利率远远低于市场利率（即具有不享有免税这种相关风险的证券的利率）。考虑到税收因素而要将较大部分（与不考虑时相比较）收入捐予慈善业的个人所取得的效用，要比没有高边际所得税率情况下所取得的效用低。因此，虽然从富人向穷人的重新分配可能并没有完成，但实际收入的不平等却降低了。但仍不明白的是，除非社会中的人们满怀妒忌，否则我们还能从此得到什么呢？税收扣减只可能是短期的（解释为什么？）。

累进税制的一种作用是，当它被作为一种旨在通过将更多的收入（或其他也依累进率征税）推入更高税率等级中从而使政府岁入的增加高于通货膨胀的增长以最终消除通货膨胀的政策时，

它就增加了通货膨胀的政治吸引力（为什么？）。这样，通货膨胀就成了一种政府不提高税率或不改变现存有效税法就能增加其实际岁入的方法。也有人认为，由于累进税制允许全体公民将税负转到收入较高的少数人身上，所以它特别容易被滥用。但除我们前面提及的冒险观点之外，穷人将税负转向富人的实际能力受到三方面的限制：（1）那些试图在某天成为富人的穷人不会支持累进率极高的所得税，尤其是因为所得税制度对初步富裕的人待遇不公；（2）由于穷人受益于勤劳富人（或想成为富人的人）的生产能力，所以穷人也不会愿意接受一种必然会伤害工作激励的税收方法（至少在累进率的某一程度上是这样的）；（3）简单多数的赞成票往往决定不了公共政策（参见19.3）。

到目前为止，我们一直将注意力集中于对票进税制的反对意见，那么赞成它的理由是什么呢？理由之一是假定富人从政府取得了更多的利益。像国防、警察、消防部门这样的政府性保护机构对富人要比对穷人更有价值，这是可得到论证的：被罪犯伤害的富人将比穷人遭受更大的收入损失。但是，在联邦、州和地方的预算中，越来越大的比例被用于使穷人受益的事业。在此，这种得益理论（benefits—receivedrationale）就站不住脚了。而且，即使依比例所得税制，富人所

承担的绝对税收责任仍要比穷人所承担的高得多。

我们可以从上一章清楚地看出，收入的边际效用递减原则也无法证明累进税制的合理性。至于是否可以依契约理论来为之辩护也还是个尚未定论的问题，而其理由就是它旨在使穷人福利最大化。可以相信的是，如果我们将比例税制（这可能比累进税制更能鼓励有效率的活动，并且管理成本也较低）和向低收入团体提供转让性支付结合起来可能会使穷人受益。即使工作在经济学意义上并不比休闲更有价值，仍有可能产生并非由行为人取得的收益。例如，工作产生应税所得，而休闲并不产生，从税收所取得的岁入可能被用于帮助穷人。比例税制也可只通过减少逃税收益而产生更多的税收收入。

## 第十八章 死亡时的财产转移

### 1 遗产（和赠与）税

在许多税收专业的学生看来，对死亡时的财产征税好像完全与许多其他税种的替代效应和递减税率无关。实际上，可衡量的财产分配要比可衡量的收入分配不公平得多，但这也只有部分是正确的，因为在估计人们的财产时，社会保障并没有被计算进去；如果将它计算进去，那么人们间财产的不平等就会小得多。事实上，如果我们对收入和财产都进行全面的衡量，那么这两种分配就会趋于平等，因为所有收入都可以资本化

（主要是成为人力资本），而所有资本服务都可以被看作收入（例如，住在我自己拥有的住所中，就可以被看作有估算租金收入）。但无可否认的是，死亡时可在市场上买卖的财产量在各家庭间是有很大差异的。即使这样，遗产税

（estatetax）〔与遗产继承税（inheritancetax）不同〕仍然是有些随意性，因为它忽视了分享遗产的人们的财产状况，也许这些人都是很贫穷的亲戚。而且，即使遗产税具有平等和效率的双重优点，它仍然由于依现行税率只能取得很少的岁入而是一种并不理想的财政收入税；如果我们提高税率，那么岁入就会更少，因为对其替代效应的评估要比通常想象的更为复杂。

我们必须首先加以考虑的是，为什么人们在

死亡时还会留有财产而不是在其一生中将它全部消费掉。一种肤浅的答案是：他们不知道什么时候会死，所以就必须保留一些财产以备他们寿命比他们预期的长；因为，用其财产购买年金

（annuity，它是一种逆向人寿保险（reverselife insurance），它在没有积累的情况下在享受年金权利者死亡前向他支付固定或不同总量的款项），人们就可以不在死亡时留下大量遗产而得到保险。

为了那些能从其遗产受益的人，人们必须要积聚遗产。遗产的动机是一种利他主义的动机，而且利他主义代价的增加会减少利他主义动机的量（而且这种减少要高于其代价增加的比例，我们在上一章中已认识到这一点）。这就表明，沉重的遗产税会降低人们的积蓄激励而增加其消费激励。但如果假定所有的税收都有替代效应，那么就很难说这是一件多么有害的事。正如上一章所提及的，每一代人都比其前一代人更为富裕，但这好像更应归因于知识的增长而不是前代人的消费延迟。如果不存在遗产税，那么每个人会为其下一代尽多大的努力进行积蓄呢？遗产税会使他的积蓄有所下降。

这种扭曲可能非常小，但这并不是因为这一事实表明遗产税极为赞成这种扭曲。也许，只要人们认识到下一代无论如何会生活得更为富裕，

大多数人就不会竭力地积聚大量遗产；这就必然会限制遗产税的岁入潜力。假定有遗产税，那么那些在没有遗产税时要积聚大量遗产的少数人就会在其一生中消费更多的钱财并将其余的给予其继承人和其他遗产承受人。为了使财产管理的损失最小化，他们可以在各种限定的条件下将财产交托给受托人管理。确实，赠与税（gifttax）是存在的，但它可能会由于以下情况而受挫：使适量的赠与成为有望增值的财产或相关技术；提前作出赠与，以致在受赠人享受它们时（例如，在某人的孙子成年时，赠与一直处于托管状态），复利（compoundinterest）的自然运行已使这笔赠与有了很大的增值——而对利息所征的税要比捐赠人在死亡时还保留这笔财产时所征的税要少。如果将赠与作为一种人力资本，比如为某人的孩子支付昂贵的教育经费，那么人们就完全可以逃避赠与税。除此之外，还有许多其他可逃避赠与税的财产转让方式：税收可能会阻止父亲将其100万美元给予子女，但它却无法阻止他将其子女任命为该公司的执行副总裁。这种赠与与简单的现金转让不同，它并不是无成本的：裙带关系将会降低公司的生产率，从而（在某些情况下）产生外在性。

虽然由遗产税和赠与税所产生的总量扭曲不会很大，因为积累大量遗产的激励毕竟非常弱，



这绝不是一种赞成这种税收的观点。即使很少有人需要游艇，如果税收的结果是阻止他们买游艇，那么（考虑到双方的妒忌）对游艇征税仍不是一种合理的税收。因为，这种税收将会造成消费扭曲而又不会取得岁入。它将只有成本而没有收益，虽然其成本是很小的。遗产税和赠与税很少能取得岁入，因为纳税人会用其他行为替代应税行为，而这种替代是有社会成本的。

由于遗产税所取得的岁入是微乎其微的，所以我们就只能在最佳税收意图之外去寻找赞成遗产税的动因，或者甚至可以在利益集团使政府将财富转向它们的这种能力中去寻找。当然，这样的观点是存在的，即大款项的遗产会对受赠人产生不正当的利益。但我们也很难看出为什么遗产就比与生俱来的智力和精力更不公平。我们同意对依人们天资而取得的收入征税；但为什么我们又不同意对人们的现金捐赠征税呢？遗产税是防止可能在某种程度上产生政治动乱的过度财产积聚所必须的吗？的确，英国的大量财富积聚部分是由免税遗产造成的，但这种情况的关键原因还是长子继承制（*primogeniture*）的实行——即实际上将所有财产都归大儿子。如果将遗产在各继承人之间进行分割，那么即使是巨额的财富也会在几代人之间分散。只有在遗产的主要资产为不可分割的情况下，长子继承制才是普遍的；因为

在那种情况下，将资产传予一个以上的孩子就会导致可分所有权的不经济（参见3.9）。这种情况常常出现在农田继承中，这种财产是英国历史上的主要财富形式；但对当今大量可转让的资产而言，这就显得不太正确了。

## 18.2 谋杀被继承人的继承人

从经济学角度看，遗产法的一个很大的问题是，除明显的精神上的无行为能力外，法院在什么情况下才应该拒绝执行遗嘱。假设，精神健全的A作了一项将其大部分遗产传给其孙子B的遗嘱。B将A谋杀了。我们还应允许B实施A的遗嘱吗？法院的回答是否定的。由于遗嘱从来没有包含一项剥夺遗嘱人的谋害者的继承权的明确规定，所以这一答案在传统上就被看作是法院为了阻止谋杀而在牺牲遗嘱人的遗赠意愿。但我们有另一种方法来看待解决这种选择的问题。一个认为他在其遗嘱中列名的而会谋杀他的人就不可能（或最不可能）在其遗嘱中将那个人列进去。由此，被一个在遗嘱中确实列名的人谋杀的几率是非常低的。不允许遗嘱人的谋害者继承财产的规则所起的作用与为遗嘱中提供旨在控制远期意外事故的默示条款的作用是很相似的。我们可以肯定地说，如果我们问遗嘱人他们是否愿意让其财产被其谋害者继承，那么很少会有遗嘱人作出肯定的回答。〔那么对很少的这些人，我们应如何

对待呢？我们应尊重其意愿吗？应该将谋杀行为继承人规则（themurdering—heirrule）适用于任何意外、故意杀人和自杀吗？它也应适用于有遗产但没有遗嘱的情况吗？」

### 18.3“永久管业”问题

遗嘱人忽略对其继承人行为限制（如，如果你杀了我你就得不到遗产）的反面就是，遗嘱人不断努力限制对其遗产的使用。如果死亡没有导致允许生者随意处理遗产的无保留转让，那么限制生者资源使用的“永久管业（deadhand）”问题就产生了。由于积聚大量遗产的心理动因之一可能是为了通过规定遗产基金（fund in the estate）的使用条件（也许是永久的）而在其死后造成影响，所以在某些情况下，无视遗嘱人条件的政策对遗产积聚动因所产生的影响会与沉重的遗产税对之所产生的影响非常相似。如果遗嘱中的条件（尤其是永久性条件）总要被遵守，那么结果往往是，为这些条件所限制的资源使用将不可能是高效率的。遗嘱人死亡后所产生的意外事件可能会要求对资源进行重新配置，以促成效率最大化。如果遗嘱中的条件无法改变，那么我们就无法进行资源的重新配置。

这一问题的特征，可由对奥古斯塔斯·培根向麦康市捐献一座公园这一事件的争议而得以说明。培根是一位自乔治亚州选出的美国参议员，

他死于本世纪初。参议员培根的遗嘱立于重建运动后期的种族隔离主义立法时代，它坚持的条件是：公园只能为白人妇女和儿童享用。60年代，有人提起诉讼，指控市政当局实施种族歧视的条件违反了美国宪法第十四修正案的平等保护条款。美国最高法院认为条件无效。依此，培根遗嘱的剩余遗产承受人（residuarylegatee）提起诉讼宣称：（1）既然市政当局无法遵守培根遗赠的种族歧视条件，那么公园的赠与应该失效；（2）根据遗嘱中关于剩余遗产的处理条款，公园财产应归他们所有。结果，法院判决他们胜诉。

初看起来，以上结果也许是在为这样的政策辩护：即，应该执行表现为遗产使用限制条件的遗嘱人意愿。但只要我们对此进行进一步的考察就会发现，问题并非如此。问题可能会是，参议员培根之所以在其遗赠中加入种族歧视条件，目的也许只是为了保证市政当局能同意管理这一公园。没有任何迹象表明，他的遗赠的主要目的是为了鼓励种族隔离而不是为了向麦康市民提供娱乐设施。按照那个时代的标准，培根是个自由主义者。如果我们可以就此事再次咨询参议员培根，那么他很可能仍然愿意将之作为公园开放（尽管要求允许非白种人入内），而不愿意让其远亲继承人将其财产分割后用作住宅区或商业

区。由于市政当局总还可以从培根的继承人处购回这块土地并继续将它用作对所有人开放的公园，所以以上说明就显得相当合理。在那种情况下，市政当局就不可能考虑参议员培根的种族歧视目的，使这种慈善性捐赠无效的唯一后果只可能是给培根的继承人带来意外收益，而这一结果并不是培根所希望看到的——很明显的原因是，他并没有将他的财产（公园）给予他们。（但为什么存在剩余遗产条款呢？）

正像这一案例所提及的那样，这种二难困境是一个并不真实的现象：是实施遗嘱人的意愿，还是根据其死亡后的条件变化而修正其遗嘱条款。如果一项政策要求人们刻板地遵守捐赠文契的字面含义，那么它就可能既实现不了捐赠人的目的，也无法使资源得到有效的使用。当然，麦康公园案例本身并不涉及严重的效率问题，其原因是，如果这块土地用于公园建设比用于其他途径更有价值，那么市政当局随时都可以将它从培根的继承人那里买回来。但假设参议员培根捐赠给市政当局的不是公园而是一所结核病疗养院，那么情况又会如何呢？随着结核病发病率的下降和医学的发展已使结核病的疗养院治疗手段过时，如果还将他们捐赠的设施用于他们所指定的方面，那么这些设施的价值就会降低。最终，我们明确地知晓，将这一设施用作结核病疗养院之

外的其他目的将会更有价值。与公园案例不同的是，这里不存在继续执行所有捐赠条件的任何法律障碍。然而，实施其限制条件仍完全有可能违背捐赠者的意图，他的目的是将其遗赠用于对疾病的治疗，而非使之成为一种虽能永存但却一无用处的设施。

前面的讨论可能会得出这么一个结果，即捐赠人无力在永久捐赠的价值和这种捐赠经常对效率构成的成本之间进行平衡。但由于没有人能够完全正确地预测未来，所以，理性的捐赠人就知道他的意图最后可能会被未知的情势变迁所阻碍。这样，我们就可以推定：万一不可预知的情势变迁阻碍了捐赠人原来意图的实现，那么他就会默示接受允许修正遗赠条件这一规则。但这种推论并不是绝对的。有些理性的捐赠人非常明智地怀疑司法当局在情势变迁的条件下有效改变遗赠条件的能力，所以他们也就可能宁愿承担恪守原来遗赠条件的风险。我们应该尊重其意愿吗？

#### 18.4力求使解释符合遗嘱愿望的原则

当一项慈善捐赠的限制条件由于其不合法（公园例证）和机会成本（疗养院例证）而使其在经济上不可能继续实施时，法院就既不会判决遗赠无效，也不会将它转让给剩余遗产承受人（如果可以认定一些的话），它将会授权慈善信托的管理人在捐赠人意图的大体范围内将信托资

本用于其相关（力求与遗嘱愿望相符合）的目的。

力求使解释符合遗嘱愿望的原则（the cy pres doctrine）是为避免捐赠人意图在实施时受阻而合理地创制的，它用于公园案例中可为放弃种族歧视条件提供理由。准确地说，我们可以通过以下规则而同样或更好地解决（狭义的）效率问题：即规定，当遗赠条件的实施成为不合法或不经济时，遗赠即失效并转归捐赠人的剩余遗产承受人或（在无法认定剩余遗产承受人的情况下）国家所有，这样就将这一财产授予了一位能将其用于最高价值途径的生者所有人。当然，法院在审理慈善捐赠是否不再经济的问题上可能会出现差错，但一旦如此，慈善机构也还可以将这笔财产从新的所有者那里购回而继续像以前那样使用它。但这最终可能是一种效率很低的做法，其原因是：（1）它会使人们完全不可能创立一项合理界定宗旨的永久性慈善业，从而也就削弱了人们积聚财富的激励；（2）挫伤了人们建立慈善信托的热情。然而，如果捐赠人在其遗嘱中特别申明，他的遗赠限制条件在任何情况下都不容更改（如果要更改，他宁愿将其财产转归其剩余遗产承受人所有），那么我们就没有任何经济理由来运用力求使解释符合遗嘱愿望的原则了吗？

### 18.5 慈善基金的激励问题

即使不发生任何无法预料的情势变迁，永久性慈善捐赠仍然会提出一个出现在现代企业中的经济问题，即所有权与管理权的分离。一项可从其原始捐赠基金获取大量永久性收入的慈善基金是一种不在任何产品市场或资本市场上进行竞争、又不拥有任何股东的机构。基金的受托委员会是一种自我永久性的组织，除了它自身之外，它不对任何其他承担基金事业业绩的责任。

（虽然州检察总长对慈善信托的管理拥有法律监督权，但这主要也是形式上的监督。）同时，由于受托人和其职员都不拥有对基金资产或收入的财产权，所以他们就不可能积极地使基金资产或收入的价值最大化。在此，胡萝卜和大棒都不起任何作用。

基金资产有效管理的激励可能由于以下规则而得以强化，即这一规则要求基金会应在一定年限内将所收受的捐赠（包括本金、利息和原始捐赠）全部分配出去。我们并不要求基金会在一定时期内终止其运行；它可以无限地持续下去。但它为了避免资金枯竭，就必须不时地接受新的捐赠。由于捐赠人不可能将钱财捐赠给一个明知是不景气的基金会，所以基金会就必须定期地介入慈善捐赠市场以进一步获取捐赠，而这就促使慈善基金的受托人和管理人员加紧运行（而他们现在并没有这么做）。而那些纯粹靠向市场提供服



务和不断的慈善捐赠得以维持的基金会——主要是宗教和教育基金会，原本就受制于某些市场约束，所以也就可以免受枯竭规则制约了。

对上述规则的反对意见是，首先它是不必要的——捐赠人已自由地限定了其慈善遗赠的持续期限，其次是它可能由此会降低人们进行慈善捐赠的激励。而与之相反的观点却认为，许多永久性基金会是在基金会还是一种新奇机构时创设的；在那时，创设基金会的人就根本无法预见低效率和不积极管理这样的问题，而正是这一问题可能困扰一个永久性基金会，其原因恰恰在于一套它们依之运行的特定约束（或更准确地说是缺乏约束）。

### 18.6私人信托的要件

到目前为止，我们正在讨论的慈善信托中的问题同时也产生在私人信托和捐赠中。假设有人将一笔钱以信托的形式留给其儿子，但要以其儿子在25岁时娶一位信仰犹太教的妻子为要件，如果他不照办，信托就无效。在这样的案件中，如果要件是不合理的，那么就可以通过司法途径否决它。在上述例证中，他儿子在遗赠立约时是18岁还是24岁、他儿子生活地区的犹太人人口多少，这些问题都可能对其合理性产生影响。

这一方法看起来好像完全没有经济理论的基础，而且大家公认的合理性准则在此是无法得以

阐述的。但是，如果捐赠是生前赠与（inter vivos）而非遗嘱赠与（testamentary），那么我们就应该考虑对它进行修正的可能性。随着最后期限的临近，儿子可能会去告诉其父亲，他通过全力的寻觅仍未发现可与之结婚的犹太教姑娘。父亲可能会同意延期或放宽条件限制。但如果他死了，这种“契约重立”就不可能了，而且条件是合理的这一推定也就落空了。除非遗赠人明确反对司法修正，否则，以上的观点就为在私人信托和慈善信托案中适用力求使解释符合遗嘱愿望原则这一方法提供了有力的辩护。

虽然一位艺术品收藏家完全有权在其有生之年将其收藏品全部毁坏，但以上的论点却也有可能解释法院认定其遗嘱中旨在毁坏其收藏品的要件为不合理的原因。也许人们在开始时还不知道这一要件，但一旦它被发现，那么只要遗赠人还活着，人们就会竭力呼吁并使他放弃这一要件。

在这种情况下，力求使解释符合遗嘱愿望这一原则就不能适用于私人信托案件之中；而我们将三项独立的原则分别适用于此类案件的不同情形。第一，是已经讨论过的要件不合理情况；第二，是禁止限制让与的规则：让与人无权限制无条件所有权财产的利益所有人进行财产转让。如果我将汽车出售给你，那么我就无权要求你保证不再将之卖给其他入，除非这一要件是保护我

存留于该财产上的物权担保利益所必需的（你可能没有向我交全汽车价码）。这一反限制让与的规则可适用于遗赠。这一规则的明显优点（至少当它适用于遗赠时是这样的）是，它防止了通常源于不可预知的情势变迁的低效率资源使用；其现今为人所知的缺陷是，它削弱了人们为积聚财富而努力工作的激励。它还有一个不大的优点是：它降低了交易成本，因为对让与的限制就像首先拒绝权（right of first refusal）一样会在事实上产生了可分所有权，从而增加了财产转让前必须取得同意的当事人的数量。参见3. 9~3.

11。

反限制让与规则（the rule against restraint on alienation）是否与允许永久限制性契约规则（the rule permitting perpetual restrictive covenant）相冲突呢（参见3. 7）？力求使解释符合遗嘱愿望的原则在两种以上述两项规则为例证的方法间提出了一种中间立场。

普通法中的“禁止永久不得转让财产权的规则”（the rule against perpetuities，它在某些州已为成文法所修正）规定，某人生存期间创造的利益，如不在其死亡后的21年之内归属他人，那么它们就会失效。这一规则有点用词不当。它没有限定遗赠要件的有效期限，但却限制了遗嘱人将其财产赠与其远裔后代的权力。不过，这一规则

倒与对我们已讨论的“永久管业”的其他限制有关，这不仅因为对远期未来的安排最可能导致由情势变迁引起的资源低效率使用，而且因为到远期未来一定时间内仍没有确定归属的利益可能会被不确定的人或甚至没出生的人所拥有，从而使取得转让的同意很困难甚至不可能。参见3.11。

### 18.7 遗孀的继承份额

另一项对遗嘱人权力的限制是，各州的继承法都作出规定，禁止遗嘱人完全剥夺其遗孀的继承权。这一限制是有其经济合理性的。即使妻子从来没有得到过任何现金收入，丈夫死亡时的财产还可能部分地来自于妻子的工作（参见5.

1）。她呆在家里从事家务劳动，从而就节省了本应用以雇佣女仆或保姆的钱（或节省支付其他费用的钱，从而就增加了丈夫收入的积蓄量）——而丈夫的财产不过是死亡时在他名下的那部分积蓄。如果没有法律保护妇女免受继承权的剥夺，那么妇女就会与其丈夫进行谈判、协商以达成类似的契约性保护（即订立可取得遗产的契约）。但是，法律规定能使交易成本最小化。

以上的分析也为对丈夫财产中妻子的那一部分（现行法律规定为全部）财产免除遗产税提出了经济理论的基础。妻子从其丈夫处继承过来的部分财产，代表的是她自己的收入积聚（虽然这种收入通常是估算的而非现金的）。而且，丈夫

去世时，遗孀也可能已经不年轻，假使她在丈夫去世后不久就谢世，那么就会在短期内造成对丈夫财产的双次课税（这样会产生什么样的后果呢？）。

## 第六篇 法律程序

## 第十九章 市场、对抗制和作为资源配置方法的立法程序

### 19. 1资源的法律配置和市场配置之间的比较

我们已经清楚地看到，许多诉讼判决的终极问题是，什么样的资源配置才能使效率最大化。在正常情况下，这一问题是由市场来决定的；但在市场决定（marketdetermination）成本高于法律决定（legaldetermination）成本时，这一问题就留给法律制度来解决了。决定的准则通常是相同的，但其决策程序有什么差异呢？在此，我们将发现一些惊人的相似之外，但也同时会发现很大的差异。

与市场一样，法律（尤其是普通法）也用等同于机会成本的代价来引导人们促成效率最大化。在损害赔偿是对不履行法律义务所实施的救济手段的情况下，赔偿责任的作用并不是为了强制人们服从法律，而是为了强制违法者支付相当于违法机会成本的代价。如果这种代价低于他从不法行为所取得的价值，那么只有他违法才能使效率最大化，而法律制度在实际上也鼓励他这么做；如果相反，效率就要求他不要违法，而且损害赔偿为之提供了恰当的激励。法律制度像市场一样使人们面临其行为的成本，但也将是否愿意遭受这些成本的决定权留给个人。虽然有时会课

以更重的处罚（参见7. 2）——如刑罚，但这通常也只有在以下情况下才适用：即只有刑罚才能产生适当的经济激励。（法院强制令适合于这一分析吗？）

同样，法律程序（legal

Process）像市场过程一样，它的施行主要有赖于为经济私利所驱动的私自个人（Private individual），而不是利他主义者或政府官员。行为——可能是非法（低效率）的——的受害人可以通过他所雇佣的律师而进行以下活动：（1）调查被指控的违法行为的情势；（2）组织通过调查而获取的信息；（3）决定是否应用资源配置的法律机制；（4）以摘要的形式向法律机关提供信息；（5）审查被告所提供的信息的准确度；（6）必要时要求法院改变其配置规则（rule of

allocation）；和（7）注意获取判决结果。

这样，国家就可以节省保护公民普通法权利的警力，也可以不再需要检察官来实施这些权利，更不用其他官僚职员来操作这一制度。由于这些机关职员的经济私利只会受到特定案件结果的间接影响，所以他们的积极性就会比原告低得多。正如参与市场运行的公共雇员数量小于市场所组织的活动一样，如果考虑到为创制这些权利的法律所调整的活动量，那么参与诉讼私权保护的公共



雇员数量仍是相当少的。

但是，我们现在讨论的英美法对抗程序（adversarial process）并非是一种具有普遍性的制度，大陆和其他地方的许多国家采用的是“审问制”。依照后一种制度，法官率先搜集证据和提出问题，而律师只起着次要作用——他们的作用重于“乱出主意者”而轻于当事人。审问制的主要经济意义是它减少了用于对抗程序的资源量，而这在以下意义上就是一种社会性的节约：用于对抗程序的资源相互抵消而并没有增加司法判决的准确性（这类似于广告开支）。但反对这一观点的人们必然会提出这样一个事实：审问制使法律实施的责任大量地从私人向公共部门转移——说明这一问题的事实是，瑞典和西德的法官—律师比率是美国加利福尼亚州的10倍。如果像人们普遍假设的那样，私营部门的效率高于公共部门，那么这就表明了一种效率的损失。

法律程序还在其非人格性（impersonality）上类似于市场，用经济学的术语表达，即，使分配因素处于从属地位。市场那看不见的手与法官的无私公正有着异曲同工之处。法官取得报酬的方法和各种司法伦理规范都旨在保证法官与其审理的案件不具经济或其他的利益关系，法官只对判定当事人提出的问题负有责任，法官只了解双方当事人，在竞争过程中使其得知的案件事实。陪

审员也受到同样的约束。败诉的诉讼当事人没有任何理由迁怒于法庭，这正如一个没有发现一件与其愿意支付的价格相吻的产品的消费者不会迁怒于销售商一样。

证据规则（rule of evidence）进一步加强了司法的非人格性，它（参见21.3）排除了不考虑当事人行为而考虑其相对应得（relativedeservedness）的情况。穷人不能将其贫困或富人求助于法官的阶层团结性的可能作为其免除责任的理由。分配因素虽然不能在法庭中全然消除，但它们也许会被悄然转移到对配置重要性的关注。同样，市场中的销售者也有愿望忽视分配因素而追求效率最大化，我们在第26章中讨论种族歧视时将会认识到这一点。

法律制度的资源配置功能为政府对这种制度支付部分成本（法官的薪金、法院建筑的修建成本等）提供了一种可能的正当经济理由。如果法律制度的功能只在于解决纠纷，那么我们将这种制度的全部成本加于纠纷当事人还是合适的。但是，它的另一个重要功能就是建立一套旨在影响现存案件当事人和其他人的未来行为的行为规则。由于诉讼的社会收益可能会超过诉讼对诉讼当事人所产生的私人收益，所以如果要求当事人承担全部诉讼成本，那么诉讼量实际上就可能（虽然我们现在很难相信这一点）大大下降。政

府对诉讼的补助是非常有限的。诉讼的主要费用——律师费完全由诉讼当事人承担。

从这个国家今天的社会角度看，我们的诉讼太琐碎是令人难以信服的。但我们确实存在需要公共司法机构的另外两个经济学理由。首先，许多诉讼当事人没有能力支付其使用法律制度的成本，但我们又不能将之排除在这一法律制度之外。刑事被告就是一个例证（参见25. 2）。其次，私人司法机构恰恰会马虎地对待其裁定的公共物品方面的事情。我们知道这一点，因为我们有民间裁判者——仲裁员就负责解决许多契约纠纷（包括大量由集体谈判契约所产生的纠纷），我们不应该感到惊奇，由于国家没有支付任何仲裁费用，所以仲裁员也就很少以书面方式提出自己的观点和仲裁理由、评价。仲裁理由的价值主要就是使仲裁对当事人之外的人们产生影响，而那些并没有像纳税人对公共法院作出资助那样对仲裁的支出有所资助。（政府由此可以摆脱司法业务的运营目的而只对资助仲裁员提出书面观点吗？你能想出一些能在经济上反对这种方法的理由吗？）

就资源配置方法而言，法律和市场的根本区别在于市场是一种用以评价各种竞争性资源使用方法的更有效的机制。在市场中，人们不得不以货币或某些可选择机会的相等损失来支持其价值

判断。支付意愿比法庭上的辩解能力能为更高价值的权利主张提供更大的可靠性。在司法上确定偏好和相对价值的困难性，可以解释普通法系法院竭力回避重大资源配置判决这一倾向。回想一下，法院在决定原告和被告何者为过失时所采用的狭隘方法。他们考虑到了“注意”；但除了他们在决定何类案件要受制于严格责任外，他们并不考虑是否有另一种行为可以以低于预期事故成本的代价避免事故的发生（参见6. 5）。

法律无法准确衡量偏好，其另一个结果是抑制价值变异（variances in value）。许多人对其住宅的估价要高于市场价格。但当正确标准是一种经济原则时，由于我们难以证明住宅对其所有人的价值高于市场价格（除非有证据表明，房主拒绝接受略低于其估价的善意报价），所以实际上就不可能在房地产案件中实施一项主观价值标准（参见3. 6）。

有人认为，法律交易（legal transaction）和市场交易（market transaction）之间的基本差异是，后者的让与人会得到补偿，而前者则不然。如果A购买B的汽车，那么A理所当然应向B支付车价。但如果A在一次事故中撞坏了B的汽车，而双方当事人又同时不需对此事故负责，那么实际上A就被允许将B的汽车作为一种驾驶投入，而不必向B赔偿车价。但相反，市场的情形却被夸大

了。在市场中，也有许多失败者。如果我是生产马车轮子的，当汽车被发明出来时市场对我产品的需求就会锐减，而我就不可能取得经营损失的补偿。这种损失是有效率的，其原因只是我们从全社会考虑问题时收益将高于损失——而不是因为我个人取得的收益份额足以弥补我的损失。像在本例中一样，拒绝将竞争看作一种侵权在事实上就是普通法使分配考虑从属于效率考虑的鲜明例证。

在另一方面，人们往往——预先——能对其法律交易造成的损失得到补偿。假设过失制度在总体上是一种比严格责任制度更有效率的防止汽车事故的制度。那么，我的责任和事故保险费的总量将低于过失制度下的成本。如果我在一次双方当事人都不需对此负责的事故中受伤，那么我依照任何一种制度都可以得到补偿：依过失制度，将由我的事故保险人赔偿；依严格责任制度，将由我的加害人的责任保险人赔偿。但依照假设，在过失制度下，我将会以较低的成本取得赔偿。

## 19. 2资源的司法配置和立法配置之间的比较

本书前几章中讨论的许多法律规则似乎都旨在增进效率。但许多其他法律规则却并非如此，如最低薪金制、汽车安全立法、全国劳工关系法

和对银行业竞争的限制等等，我们在此列举的仅是一小部分。为了涵盖大部分国家成文法和行政规章，本书中讨论的低效率规则会有极大的扩充。虽然以下的相互关系远非是绝对的，但它们却是确实的：判例法法律规则（judge-made rules）有利于促进效率，而立法机关制定的规则（rules made by legislatures）却会导致效率降低。我们如何才能解释判例法和成文法之间存在的这种重要的性质差异呢？

一个可能性解释在于法官和立法者在制定法律规则的程序上存在着差异。法官，尤其是上诉法院的法官，他们制定了绝大多数判例法规则，不可能依据案件中的当事人哪一个是“更好”的人来对案件作出判决。他对当事人的了解可能还不如初审法官（trial judge）。所以，正如我们已讨论过的那样，只要可能，对当事人相对应得（财富、贫困、适当营养等）的考虑常常就被压制。而且，基于相对应得考虑的判决将难以在法官意见（judicial opinion）中合理化。最后，司法赔偿的方法和处理利益冲突的规则排斥了一种选择，而这种选择是在基于法官狭隘的经济私利所产生的对抗性活动中进行的。在几乎不参与的情况下，法官不得不将当事人看作行为——拥有土地、种植郁金香、在铁轨上步行和驾车——的代表。在这种情况下，法官很自然就要弄清楚，对

抗行为中的何种行为在经济意义上更有价值。

这些判决规则使利益集团听证都不太可能。“诉讼地位（”这一概念将起诉权限制于那些能表明一旦其胜诉就能从诉讼取得特定或有形收入的人或组织。就传统而言，这就意味着即使同业公会或其他有组织团体的成员能从有利结果得益，这些组织也不能主张诉讼。近年来，这一规则放松了，所以现在如果团体的任何一个成员有“诉讼地位”，团体本身也可以主张诉讼。（这种放松有时被认为是为了给消费者利益在审判场所有更好的听证机会。你认为这一观点如何？有组织的消费者团体或公共利益集团可能代表普通消费或公众利益吗？——或会成为另一利益集团吗？看了本章下一节后请考虑一下。）

立法程序与司法程序形成了鲜明的对照。没有任何一种规则不允许人们考虑与受立法提案影响的人们的应得有关的因素。在此，对抗制不会被采纳，其原因是，其肯定相对成本问题的具体冲突行为比较总只停留在争议的表面。而且，用立法工具重新分配财富总比用司法工具更灵活和有力。一般来说，普通法法院重新分配财富的唯一办法就是对涉及诉讼的行为（在实际上）课征货物税。用这种方法重新分配财富是不容易的。这也许就是现代福利国家的增长取决于所得税制的原因（当然这种因果关系也可能相反）。

如果普通法法院没有有效的手段进行财产的重新分配——换句话说，在各有利益冲突的集团间重新分割经济饼——那么只要它们执行普通法原则而非成文法，就可以集中力量将饼做得更大，从而使所有的利益集团都受益。

### 19. 3立法的经济理论

一个值得单独考虑的制度差异是，立法者的选举比法官的选举更严重地依赖于选举程序。立法者的选举程序创制了一个立法市场（market for legislation），在其中，立法者向那些在金钱和投票上有利于他们获胜的人们“出售”立法保护。这一市场的重要特征就是存在着严重的搭便车问题。只要某人在某一立法提案的保护范围内，不论他是否为法律的通过作出了（经济或其他的）贡献，他都能从中受益。所以，这里就存在着一个与卡特尔化非常近似的推论，而且以下事实使这一推论增加了可信度：许多立法的目的似乎就在于为受管制企业的卡特尔定价提供便利。这一推论能帮助人们理解消费者在立法程序中处境不佳的原委：他们的人数太多，所以就无法组织成一个有效率的“卡特尔”以支持或反对一项现存的立法或立法提案。

虽然使一产品趋于卡特尔化的各种因素（参见10.1）与预测谁能成功地取得立法保护密切相关，但在一般的卡特尔和政治上非常有影响的联



盟之间还有着很大的差别。尤其是，立法界的成员稀少问题远不如市场中的那么严重。这是因为：首先，在市场中，竞争对手越少就越容易组织不易为人发现的私人卡特尔；由此，他们对立法保护的需求也就不如在其他方面相似但竞争对手较多的卡特尔那么迫切。其次，由于反托拉斯法没有而且也不可能依宪法而禁止竞争者们在影响立法行为方面进行合作（这与联合定价有着明显的区别），所以在立法中解决搭便车问题就要比在市场中容易些。再次，鉴于寻求立法援助的企业数与企业雇员或以其他形式在经济上依赖于企业的人数成正比，或如果个人（例如，某些职业集团的成员）也在寻求这样的立法援助，所以伴随着搭便车问题的复杂化，大数

（largenumber）就可以通过增加集团投票力量而产生抵消作用。

这些因素也许可以解释以下事实的原因：垄断管制在农业、劳工及专业职业等领域比在高度集中化的产业（例如钢铁产业和铝产业）更为普遍。在前面的那些领域中，由于那些因任何私人卡特尔的有效性而不得涉足的人数众多，所以一般而言，私人卡特尔化是不可能的。然而，我们认为成功的利益集团应该是相对小而同质的，很像工厂中具有有效谈判能力的单元（参见11.2）。少量的人员降低了交易成本，增加了搭便

车的成本（通过减少可搭便车的可能性——每个人对其集团的成功可能都是必不可少的），增加了重新分配的收益，而且通过减少每一反对者的成本而降低有组织反对的可能性。为了理解最后两点，我们有必要注意：如果一个10个人的小组要从一个100个人的集团处取得20美元，那么每个让与人的成本只是20美分，而每个受让人的收益却是2美元；如果这两个组织的规模相反，那么每个让与人的成本则为2美元而每个受让人的收益却只有20美分。

读者可能会感到奇怪，为什么政治上有效的集团会采用像限制参与和价格竞争这些似乎并无效率的方法来将财富转移给自己呢？将一笔巨额现款一次性付给企业，而这一数额等同于从竞争的管制性限制中获得的预期利润的现值，那么这就会使企业在不遭受减少产量的无谓成本的情况下取得减少竞争的收益（参见9.2）。但这一分析忽略了这样一个问题：如何才能筹集到这一笔现金资助的基金。答案却是税收，而它却和垄断一样具有替代效应，我们在第17章中对此有了认识。在任何情况下，明确转让的相对稀少可能很少与效率有关；相反，由对竞争的管制性限制所产生的转让的不明确性却提高了用以反对转让的信息成本。当明确的财产转让是一笔立法者慷慨赠与的全部现值时，由于其是大数额而难以忽

略，这种情况尤其如此。但如果为了抵消这一问题而使这种转让延期支付，这就会吸引新的成员进入该产业，从而使企业从立法者慷慨赠与所取得的预期收益得以消散。

所有这些都使人们感到，利益集团（interestgroup）是非常有害的。但是，人们的真正经济异议在此并不是对利益集团提出的，它只是反对用政治程序来作出经济决策。由于在实际上而言投票对个人收益是微不足道的——甚至趋于零，所以在实际上，最基层的地方选举外的任何选举——由于它并没有补偿普通投票人用以了解不同候选人及其提出的政治主张的投入和对于他们的竞选费用的捐助——我们可以听之任之。而且，如果没有相当数量的投资，政策也许尤其难以为人理解。另外还有一个理由可以说明投票人不知情的合理性。通常而言，投票人不选择政策，而只选择其代表。投票人除了在下一届选举中（如果代表参加再次选举的话）对代表投反对票外，他们既不能强制其代表履行选举承诺——这与其他委托人-代理人关系中降低代理成本的信用原则是不同的，又只能通过选择候选人而选择不同的政策承诺组合。也许两组政策都特别不具有吸引力。事实上，两组政策同样都不具备吸引力的可能性是存在的。例如，投票人在A和B及C和D两组政策间更偏好A和B，但候选人X承

诺A和C，候选人Y承诺B和D。

利益集团在向全体选民提供信息和为政治竞选运动提供财政资助方面起着必不可少的作用。但不幸的是，由于上面讨论的结构性原因，我们就不能依赖利益集团间的竞争而取得有效率或公正的法律。事实上，利益集团由于其在投票人和代表之间加入了楔子（用经济学术语说，即增加了代理成本）而加重了投票人冷漠这一问题。

但到目前为止，并非所有的事情都似乎是那么坏。因为利益集团在克服用投票来配置资源的另一个问题时起了作用，而这正是投票所没有反映的偏好强度（intensity of preferences）——正如用美元在市场“投票”（“把你的钱用在该甩的地方”），尽管它在这方面所起的作用也非常有限。假设一个候选人所提供的一组政策（如，极度重视反犹太主义、通货膨胀和对小企业的贴补）能为20万投票人带来每人1美元的平均利益，但对另1万投票人产生的平均成本是1,000美元。这一政策组合是无效率的，但除非反对这一承诺的少数人组成一个利益集团来胜过候选人，否则他就很有可能当选。

然而，另一观点有助于我们正确、全面地看待利益集团问题，即许多法律（例如，大部分的刑事法律）并不是狭隘的利益集团的产物。虽然利益集团越大就越少内聚力，但如果该集团寻求

的利益是很大的，那么它仍有可能克服搭便车问题，尤其是当反对意见自我扩散时就更是如此。但要注意的是，一旦实施了一部公共利益法，那么利益集团就将成为那种非常可能超越效率界限而在扩大其影响过程中带有私利的组织。即使刑事司法制度并非狭隘利益集团压力的产物，而教养院官员、警察和刑事辩护律师仍在此存有经济利益。

利益集团的作用在法院系统内被削弱了（极为鲜明的证据是，普通法在早期坚决地反对将竞争视为侵权——而它反对的东西恰恰构成了许多管制性立法的基础）。在法院系统内，它的选举程序虽然也广泛应用于全国、州或地方，但却是较少党派性、争论性和奢华性的。当然，利益集团可以通过已被选举的官员而对司法任命产生极大的影响，而且它们也确实是怎么做的；但一旦法官上任之后，他实际上就不受利益集团压力的影响了——在联邦一级的法院中，法官几乎完全能做到这一点。

#### 19. 4对竞选筹资的管制

限制（某些）利益集团对立法过程产生影响的一种途径就是，限制其花费在政治竞选中的货币量。这就是1974年联邦竞选法修正案（the Federal Election Campaign Act Amendment of 1974）所采用的方法。捐款的最高限额减损了一个团体

在向政治家进行大额捐赠时所享有的克服搭便车问题的比较优势。但是，这里有一个很大的漏洞：以上法律允许只有利益集团才能做到的非金钱性帮助，如由工会提供和组织的工会会员个人服务。

1974年法案本身可能就是特殊利益立法的例证，而联邦立法者本身就是这一法案的受益集团。这一法案明显地偏向现在任职的政府官员、国会议员，正如对商业广告开支的限制会有利于现存商标产品的生产者一样。一种新产品通常需要用大量的广告才能使广大潜在的消费者认识到该产品的存在和优势；政治市场中的新手也存在同样的问题。但是，不仅由于利益集团压力造成的失真（为什么它们在经济市场中不是一个因素？），而且由于政治广告虚假的可能性比商业广告虚假的可靠性要大（为什么？），所以限制政治广告所产生的资源配置效应（不同于分配效应）可能并没有限制商业广告所产生的资源配置效应那么严重。

### 19. 5利益集团政治活动领域的成文法解释

有关成文法解释的传统观点是，法院努力揭示和实施立法机关的立法意图。这一观点将立法程序看作是由特殊利益集团间的交易所决定的。依据这一观点，法律的制定和颁布是一宗成交的买卖，而且用于普通契约解释的同样方法也适合

于此。但是，由于立法机关的复数性，揭示立法意图的过程要比揭示普通契约的意图更为困难。议员个人（甚至是立法委员会）的声明不一定就表述了法律制定所必须的“沉默多数（”的观点。而且，利益集团立法的拥护者可能会隐瞒立法的真实目的以增加反对者的信息成本。但从某种程度而言，这种保留是不利于他们自己的。不为公众知道的立法意图可能也不会为法官所知，那么就会使它们形成一种可能影响（但有时有所夸张——何时会有这种情况呢？）立法的重新分配作用的公共利益基础。

在此，我们再作出另外三种说明，以表明：如果法官无视利益集团的作用，那么他们怎么会在解释立法的过程中出现差错。

1. 如果法官认为允许违法行为的受害人提起损害赔偿诉讼会使成文法得到更有效的实施，那么他们有时就会对违反管制性成文法的行为提出一种私人损害赔偿救济，而且这样确实更有效率（参见22. 1）。但这就作出了这样的假定：成文法的实施是以效率最大化为原则的。也许成文法的反对者有足够的力量来实施其妥协方案以限制该法律的实施深度。私人损害赔偿救济这一司法创造将会消除这种妥协方案。

2. 法官有时为了理解一部法律的含义而需要观察一下法律制定后的立法史。这种传统做法

充满各种危险。立法机关的权力平衡可能由于成文法的制定而发生变化；法律制定后的立法史可能就是一种消除早期立法者所定交易的努力。

3. 在有些情况下，法官也偶尔应用包含在一部成文法中的政策来认识另一部成文法的含义，好像前一部成文法是一项司法先例

（judicial precedent）。但是，这样做是为了将第一部成文法中确立的协议扩展到其原来意想的领域之外，从而废除第二部成文法中确立的协议。只有在两部成文法都是公共利益法时，将第一部法律用作理解第二部法律的特殊方法才有理由。

成文法解释中的经济学的效用并不限于使法官记起提防利益集团。意识到信息是一种需要成本的物品的经济学家也能提醒法官，假设（法官有时这样做）成文法中的每一个词都有传递成文法含义的明显作用是不现实的。由立法者、利益集团和成文法制定过程中其他参加者之间的交易成本所加重了的信息成本可能会导致疏漏和累赘（经常在同一部成文法中同时出现）。而且，累赘的成文法条款（就像当接触不良时在电话交谈中提高嗓音或为保证收到而重复发出电报一样）通过清除联络渠道的噪音而促进效率：资讯的接受人不太可能在重复发送的情况下对此产生误解。另外，经济学家可以通过把握成文法的经济逻辑基础而帮助法官忠实地解释立法目的。这一



逻辑正像我们在第11章中讨论全国劳工关系法时看到的那样，并不必然是为了促进效率。最后但更有争议的是，在传统解释方法使法官产生疑惑的领域，也许他应该自由地使用其解释自由权将成文法向效率的方向推进。

### 19. 6司法独立与利益集团政治活动的关系

我们从第4章中得知，在私人交易或私人契约情况下，除非交易双方当事人同时履约，或对未来业务的愿望促成他们保证诚信履约，否则立约当事人就会坚持要由法院或仲裁人——一个超然的第三者——来着手契约的监督执行。但是，如果立法机关没有履行它与利益集团间达成的“交易”，就无法用法律手段对之实施处罚了。例如，如果航空运输行业从国会取得了一项（如1938年国会所制定的法律那样）旨在促进垄断定价而阻止以价格吸引人的新竞争者进入市场的立法，但是制定该法律的那一届国会却无权阻止后来的各届国会对该立法作出不利于原航空公司的立法修正，而且在事实上都无权阻止它彻底将之废除（正如最终只在45年之后所发生的）。确实，国会的非诚信性会使未来利益集团立法保护的现值得以减损，从而也就减少了国会议员的未来福利。但对许多议员个人而言，特别是对那些不希望自己长期滞留在国会的议员而言，否定前届国会的“交易”所带来的收益可能会高于成本。

而且，在任何秘密进行的立法初次投票中，由于退休或在选举中落选，原来获胜联盟中所剩的少数议员可能就会在下一届国会中失利；而新当选的议员却没有任何义务去兑现他们的前任所定下的“交易”。

达成长期立法交易（legislative deal）所必需的稳定性是由两方面决定的：（1）立法机关的程序规则；（2）司法独立。最重要的程序规则就是要求立法（包括修正和废除）必须由议员的多数投票所决定。这一规定使法律制定成为一个艰难而又费时的过程，因为其中的交易成本涉及要在大量的个人间达成意见一致。一旦一部成文法得以通过，那么它就（由于其他立法事务的繁忙）不可能在短时期内得到重大修正甚至废除。这种立法的障碍使立法一旦制定后就具有一种相当的持久性保障，从而也就增加了立法的价值及对立法的需求。

但其第二种效果恰恰相反：由于增加了谈判成本和不确定性，由于延迟了立法收益，所以这些立法困难首先就降低了立法开支的生产率。但基于似乎合理的假定，立法价值的增长将超过其成本的增长。这可在图19.1中得到反映。D1表示的是立法收益只限于某一时期（即制定该法律的那一届国会任期）这一假设下的特殊利益立法需求曲线。由于有些利益集团从保护性立法所取

得的收益要比其他集团所取得的多，从而使它们愿意支付更高的价格，所以这一曲线的斜率呈负值。MC1是立法机关制定法律的成本曲线。立法的净收益即为ABC区域，它可能在议员和利益集团之间分割。但是，如果立法收益期长于制定该法律的立法机关的任期，那么需求曲线的垂直度就会有所上升（如D2），而且即使制定法律的成本有所上升（曲线MC2），立法的净收益（DEF区）仍比单一任期内有收益的立法净收益高。

如果立法机关没有大量的年度拨款以支付阶段性津贴或支付公共政府机构用以实施成文法的费用，有些法律就不会起什么作用。在这种意义上，立法并没有因法律制定而得以完成。它对其受益人而言，是价值不大的，而那些受益人也许不得不每年重新“购买”立法。由此，如果完全不论吸引进入的问题（参见19.3），我们认为，利益集团立法是一种典型的避免每年大量拨款的立法。旨在建立为重新分配财富而用权力控制费率和市场进入的管制性机构的立法，就是一个重要的例证：与这些机构所造成的重新分配量相比，它们的年度预算是非常小的。而且，当使用直接资助时，它们的基金就通常会独立于以专用税（*earmarked tax*）为手段的其他立法行为，如州际公路和社会保险计划。

禁酒法（*Prohibition*）的经验说明了立法为

了维持其有效性而每年需要大量拨款的问题。禁酒法的支持者也许能够争取通过一项宪法修正案——这是一种特别具有持久性的立法形式。但禁止销售含酒精饮料却需要在法律实施方面作出极大的努力，而以后的国会又不愿为此拨出足够的款项。结果，这一宪法修正案在1933年被废除，它只是有效地存在了13年。

没有一项立法可以完全地自行实施。如果受某一法律所规范的人们拒绝服从它，那么他们就有必要求助于法院。通过司法解释，一个从属于现行立法机关成员的法院可以有效地废除以前各届立法机关所制定的法律。如果法官的司法任期使他们可能不受现任议员的意志所左右，那么他们这样做的可能性就会小些。

由于司法独立既能使立法机关得益，又会使它承担成本，所以我们预料：特殊利益立法的预期有效时间越短，那么司法的独立性就越弱。这可能是以下情况的原因之一（另一原因将在24.2中探讨）：当我们的观察从联邦政府向下转移到州和地方政府一级，我们就发现，法官的任期越短，他们就越依赖于选举而不是依赖于选择法官的方法——任命。一个立法机关的司法辖区越有限或越地方化，那么它制定保护性法律的范围就越小。由于从居民的角度来看，不同的城市对另一城市的替代比不同的州对另一州的替代更为

容易，不同的州对另一州的替代比不同的国家对另一国家的替代更为容易，所以各市镇间对居民的竞争就比各州间激烈，各州间对居民的竞争就比各国间激烈。这就在州和地方一级层次上限制了从一组居民向另一组居民进行财富重新分配计划的有效性。所以，如果利益集团不从州和地方立法机关处寻求持久性的契约，那么政治派系就不太会愿意牺牲司法独立了。

所有这些好像都忽视了司法独立的实际社会收益（即认为司法独立不是法治的必需因素），其经济收益已在8.4中指出。东欧前共产主义政府的改革者们实际上意识到了司法独立的经济价值。但是这一节的主要观点已表明，司法独立对利益集团的政治目标和更主要但也更分散的保障法治的目标也有很大的作用。第二层次的观点表明，司法独立只是一个程度问题，而这种程度可能与司法机关因利益集团政治的行为所产生的收益有关。

### 19. 7法官以什么为最大化目标？

我们已在本章的前几节中作出以下假设：

（1）如果法官是实体法的制定者，法律规则就会与效率命令相一致；（2）当法官实施成文法时，他将会依照制定法律的立法机关和立法受益人间的原“交易”条件而这样做。在这一节中，我想勾画出一种努力与这些假设相符合的司法激励

理论。

经济学家们假设，法官像其他人一样，寻求的是包括金钱和非金钱因素（后者包括闲暇、声望和权力）在内的效用函数最大化。但我们已认识到，司法程序规则的目标就在于防止法官在审理一个特定的案件时以这样或那样的方法取得金钱报酬，并使有政治作用的利益集团对其判决所产生的影响最小化。这些隔离规则

（insulating rules）的有效性有时是值得怀疑的。例如，有时有人认为，拥有土地的法官会偏袒地主，步行上班的法官会偏袒步行者，过去是公司律师的法官会偏袒公司。但是，如果一个特定的判决结果会促进某一团体的利益，而法官又不再属于那一团体（我们前面所述的最后一个例子），那么虽然他以前的经历可能导致他在评价案件是非曲直时会不同于其他与其背景不同的法官，但法官的私利却不会因选择不同的判决结果而受到影响。而且，即使法官仍属于裁决所偏袒的那一人数众多的团体（如步行者、房屋所有人），那么他从该裁决所得到的收益通常也是微不足道的，因为以明显不合理和有偏向的方法对一案件作出判决，法官就会因此而受到专业同行的批评、上级法院对原判决的撤销，甚至会受到处罚。毫不奇怪的是，试图将司法政策和司法判决结果与法官个人经济利益联系起来的努力已告

失败，并在很大程度上已被放弃。

与经济分析的规范假设更为一致的一种可能是，法官设法将其个人的偏好和价值加于社会。这会导致我们作出这样的预言：解释联邦成文法的最高法院判决不可能由作出判决时的那一届国会所否决。由于法院不可能得益于其无效的行为，如果其判决被否决，那将是发生在下届国会。那时，议员的不可预测的变化可能已改变了法院作出判决时所了解的政治立场相同的一批人。同样的分析可以解释（实际在分析上是相同的观点）法官意见被上级法院所否定时的认识：这种上级法院对下级法院判决的撤销会彻底消除法官判决对案件直接当事人和其他处境相似而其行为可能受法官宣布的规则所影响的效力。依立法原旨所作出的判决在类似的条件下是可以辨明的。如果法官不是这样决定成文法的解释问题，司法独立就不会在利益集团体系中发挥必不可少的作用（虽然它可能与法治一起仍产生分散但却有限的收益），由此可能被立法机关降低其独立程度，并伴随着司法权力的丧失。

理解上一级法官和立法者如何控制法官比较容易，但理解当上一级法官在其实施有立法干预的普通法对其自身有约束时会发生什么就困难了。例如，为什么他们将遵循先例而非任其高兴而判决？我们在下一章讨论依先例判决问题时将

考虑可能的答案。

对于我们以之为起点的其他论据的解释——普通法所蕴含的经济要旨，似乎与那些交易成本很低的领域直接有关——主要是契约法，还包括财产法和侵权法的大部分。在这些领域，法律的低效率规则将会被当事人间的明示协议所废除，而如果司法判决不断地无视经济逻辑，那么契约当事人就会用私人手段代替司法方法以解决契约争端。在那些争端当事人之间不存在自愿关系的领域中（例如，陌生人间事故、普通法中的犯罪），法院就不再受制于这样的竞争约束了。但是，在这些领域中，存在着拥护运用效率准则的强大社会舆论；不然的话，效率准则就早已为具有政治影响的利益集团所追求的某些分配原则所替代了。如果法院拒绝在某些领域实施效率准则——例如不处罚杀人犯或不对已造成他人伤害的过失司机追究损害赔偿，那么可能出现的后果将是，主要的司法自主领域（——普通法规则和原则的形成——将为立法所先占。

实际上，我们可以认为，在交易成本高的领域内对有效率规则追求的压力就更大。在交易成本低的领域内，当事人可能会不太用心地依无效率的规则订立契约以至不会提起诉讼对该规则提出挑战，从而就没有机会对此进行重新审查。但这一观点是基于这样的论据，即普通法对效率的



倾向与司法激励无关。这些论据将在21.4中讨论。

## 第二十章 法律规则制定的程序

### 20.1 作为资本品的先例集

在本书第二部分所讨论的普通法规则中，大量的都是法官制定的规则，而非成文法的规则；而且，即使在成文法领域中，许多特定的法律义务规则也都是法官对概括性成文法语词的注释。判例法规则是依服从先例原则（*stare decisis*）进行判决的结果。案件被审判后，其判决就成了一个先例，即一种以同样方法判决相同案件的理由。单一的先例是单薄无力的——它容易在以后被同级其他法院、上级法院、甚至是同一法院所忽视或否决，但有关同一问题的先例积累

（*accumulation of precedents*）就会产生一个实际上具有明确成文法规则作用的法律规则。

从经济学的角度看，某一法律领域的先例集（*body of precedents*）是一种资本品的贮存（*stock of capital goods*），特别是一种多年来以法律义务信息的形式向潜在争讼人提供服务的知识的贮存。资本品会贬值，随着时间的推移，它们所提供服务的价值将会下降。这种贬值可能既源于这种货物的物质损耗，又源于商品废弃——使这种货物所提供服务的价值下降的环境变化。就信息而言，前一种贬值是不重要的，而后一种贬值却是非常重要的。用以处理马车相撞而发展起来的事例法对汽车事故解决的价值就会低一些。

但是，资本品贬值这一事实并不意味着，随着时间的推移，资本品的贮存会变得越来越少。这取决于资本品损耗时它们构成贮存的替代率。当旧的先例失效后，它们就不再是有用的先例贮存的一部分了，而新的诉讼又产生了新的先例，为先例贮存增加了新的内容。

案件审判中对某一案件判决的援引次数可以被看作该判决先例价值的标准之一，以衡量先例的贬值率。在存在实体成文法的领域，先例的贬值会较快；当成文法语词发生变化时，基于成文法语词解释的先例就可能失效。普遍的法律资本（legal capital）要比特殊的法律资本贬值慢。一项规则越具普遍意义，它就越不易为技术或法律的变化所废除（这一观点的例证就是哈德利诉巴克森德尔规则）。由此，我们会发现，美国联邦最高法院先例的贬值速度要比联邦上诉法院先例的贬值速度慢。在审查案件的选择方面，联邦最高法院的选择性比联邦上诉法院强得多（实际上，与联邦最高法院不同，联邦上诉法院无权拒绝审查其管辖范围内的案件，尽管联邦上诉法院可以——而且现在的确经常这么做——拒绝提供法官意见，从而也就使判决失去了作为先例的价值）；而且作出以下假设似乎是合理的：联邦最高法院在进行其选择时往往倾向于那些更具普遍意义的案件（为什么？）。有一种理论认为，联

邦最高法院先例贬值慢的原因是它们更具权威性，即具有更高的价值。这种说法在经济理论上是站不住脚的。货物贬值率并不是其价值的一个函数（计算机的贬值率就比螺丝刀的贬值率高）。

先例的贬值率低（通常为4%~5%）可以解释为什么随着年龄的增长，律师收入下降的速度比大部分其他专业人员的收入下降速度慢。在某种意义上，一个人的收入代表了其资本收益，而其资本就是来自教育和经历、用于工作之中的知识。如果这种资本贬值率很高，那么当他停止进行资本更替时，他的收入就会急速下降。当一个人接近退休年龄时，由于其能从投资中得到补偿的时间是很短的，他对人力资本进行投资的积极性就开始减退。所以，在任何人力资本贬值率很高的行业，随着退休年龄的迫近而使收入急速下降；而在人力资本贬值率很低的行业，收入随年龄增长而下降的速度就慢。律师的先例知识是其资本的一个重要部分，这种人力资本的贬值速度是很慢的。

## 20. 2先例的生产

先例资本品是律师和法官分别参与案件（主要是上诉案件）辩论和判决的联合产物。这一生产过程的一个奇特的现象是，先例的生产者得不到报偿。哈德利诉巴克森德尔案中的律师和法官

都并没有因为这一先例曾指导过数千件诉讼案的判决——更重要的是它构成了众多销售者和购买者之间的商业关系——而取得任何版税或其他报酬。但在得出先例生产是一种次佳生产的结论之前，我们必须考虑到先例的以下特征：它是诉讼过程中的一种副产品。虽然市场并不需要烟尘，但工厂在生产过程中却排放了大量的烟尘，这是因为在生产市场所需物品的过程中，烟尘是作为一种副产品而产生的。先例和诉讼之间的关系也是如此。

法院外和解（settlement out of court）的成本会比诉讼的成本低。所以，只有当每一争讼人都预期自己会从诉讼中获益而另一方又不希望对方达到这一目的时，双方当事人可能无法就和解条件达成协议，而这种和解条件却使他们双方都认为你我从中的得益将多于从诉讼的得益——无论他们预期诉讼有多么公正（参见21.5）。产生这种估计上差异的必要条件就是不确定性。这种不确定性既可能是事实上的，又可能是法律上的，但在此只有法律不确定性（legal uncertainty）才是关键的。如果法律上的不确定性很大，那么诉讼就会很多，而其中又包含了大量的上诉性诉讼。但由于诉讼——尤其是在上诉法院中的诉讼——产生了先例，所以诉讼的增加就会造成法律不确定性的下降。由此，诉讼的数量就会在下一

阶段下降。最后，由于很少有先例产生，法律的不确定性就随着旧先例的贬值而上升（因为在变化了的环境中已不太能提供知识），这种不确定性又将产生新的诉讼潮从而增加先例的产出。所以，即使不存在一个如此的先例市场，先例的数量也将随着法律不确定性的上升和先例的社会价值的上升而增加，随着价值的下降而下降。

当然，这就作出了一个法官热衷于生产先例的假设，但这种假设是上一章中描述的法官行为模式的一种自然延伸。先例使法官会对引导未来行为产生更大的影响，而对未来行为并没有引导作用的判决对此产生的影响并没有这么大。这还表明，为什么法官既依先例判案又创制先例，而律师由此而依先例为基础为案件辩护。如果现代法官不遵循先例判案，那么下一代法官就更不可能遵循现代法官的先例而判案。因为如果现代法官不遵循先例判案，那么下一代法官就更不可能因不遵循前人的先例判案而受到批评。法官同行批评的成本是有限的，但由于法官任期和报酬的规则极大地削弱了通常对人们产生影响的激励，所以法官就可能为各界人士中较为无力的同行批评所左右。

确实，这里存在着一个搭便车的问题。为了确定其自己的相反先例而无视先例的法官可能不会对服从先例原则产生很大的负影响；这一行为

的私人成本可能会比私人收益小。但上诉审查的结构却使搭便车问题得以控制。无视先例的法官将会被无意让他为了扩大其影响而破坏服从先例原则的上级法院所否决。在每一个司法管辖区内，都存在着一个其判决不受制于进一步审查的最高法院。而在单个法院中，搭便车的问题就不存在了。如果最高法院的大法官在其判决中无视先例，那么他们肯定会意识到这一点：他们所做的正在降低他们的判决被以后的大法官看作先例的可能性。

迫使法官遵循先例的另一个因素是，无视先例会对诉讼数量产生影响。由于因无视先例所造成的法律确定性的减弱将使诉讼数量上升，这就产生了一系列的后果：需要增加法官（从而会降低现任法官的影响）、或增加每一个法官的工作量、或在有些案件中由仲裁或行政法庭替代法院从而削弱司法权力。

### 20. 3 成文法的生产：规则与标准

与作为诉讼副产品而生产的先例相比，法律的生产是一个直接的过程。那么，为什么还有那么多的法律仍然是判例法而不是成文法呢？事实上，通过成文法而生产规则的成本是很高的。一部法律的通过需要大多数议员的同意，而我们从第3章可以了解到，当有几百位当事人参与同一交易时，交易成本是很高的。这还意味着，要扩

大立法机关的生产能力是很困难的。实际上，增加立法者可能会由于法律制定交易成本的增长而降低立法机关的生产能力。虽然减少议员人数会由于降低每一法律的制定成本而增加立法机关所生产的法律数量，但它可能对议员的代议作用有所损害（为什么？）。而且，也许我们并不希望使立法变得过于容易和简单（参见23. 2）。

法律制定的成本意味着，成文法通常是含义不明确的。最终，减少协议成本的方法之一就是减少要求达成协议的问题——将以后由法院解决的困难问题留下。这里暗示的又是，如果法院采用的是狭义解释立法的政策（即严格解释，*strict construction*），那么它们就会减少立法机关的有效产出。法律制定的成本还表明，成文法规则通常都是广义而非狭义的（为什么？）。

在制定广义和狭义的规则方面，法院有更自由的选择，所以我们可以更为系统地考察一下广义（普遍）和狭义（特殊）规则之间的选择——例如，禁止不合理快速驾驶与禁止超过特定限制速度的驾驶这两种规则。通过一套详尽的规则而不是一个普遍的标准来控制人们的行为就会引发两方面的成本，即在开始时将具体的标准列举出来和为适应条件变化而对规则进行修正；我们已指出，特殊规则比普遍规则更容易过时。对最高法院和国会这样的机构而言，通过特殊规则而进



行管理的方法需要很高的成本。因为在那些机构中，每一规则的颁布和传播都是成本高昂的。但通常而言，将规则具体化的收益是超过其成本的。这种收益的取得表现在三个方面：指导法院自身；规范受制于这一规则的人们的行为；规范实际纠纷当事人的行为。我们将最后一种收益放在诉讼程序一章中讨论，在此先讨论前两个问题。

1. 人们可以设想，普通法有一个可能被重复运用于每一案件的判决标准——汉德公式的一些变体。但是，一个严重的问题是法官和陪审团为每一纠纷寻找有效结果的信息成本。特殊规则的存在限定了司法调查的范围，从而也就降低了其成本；从经济学意义看，对局部最大化的追求替代了对普遍最大化的追求，而后一种追求是更难以捉摸的。

2. 如果一部法律是不明确的，预期的违法者就将以两种几率来折算其与处罚成本：他们的违法行为被发现的几率（参见7.2）和他们认为规则适用于他们所从事行为的附加几率（这种几率比1小得多）。这样，法律的威慑作用就减弱了。而且，规则的不明确性会产生一种将合法行为视作违法行为的危险性。由于法律的威慑作用取决于非法行为和合法行为之间预期处罚成本的差额，所以以上的危险性就会进一步削弱法律的

威慑作用。它还将阻止某些合法行为，正如我们在第7章中强调的那样，当被不明确的禁令所阻止的合法行为的社会价值高于其私人价值时，这种影响就尤其严重。于是，即使其成本的略微增长（归因于处罚的威胁）也可能严重地减少从事这一活动的私人需求，从而引起巨大的社会成本。这可解释：何以最高法院认为，当法律调整的行为与思想表达密切相关时，宪法决不允许刑法过度宽泛。由于我们对思想还缺少一种有效的财产权制度，所以思想的社会价值往往超出其私人价值（我们还将在第27章中论述）。

以上分析还表明，一般而言，如果与民法相比较，我们更不能容忍刑法的不明确性。我们可以从第7章中了解到，由于刑事制裁的代价比民事制裁的代价高，所以由法律规则的不明确性所造成的对合法行为进行处罚的社会成本也就更高。与之有关的另一事实是，刑罚是无法进行保险的（为什么？）。即使是对合法行为进行刑事制裁的几率很低，而且这一行为的价值可能很大，但这种几率仍然会导致风险厌恶而使人们放弃这一行为。

广义标准的另一个问题是其产生了代理成本。决定执法官员和法官是否偏离了其起诉和审判权力的界限是很困难的。规则 and 标准不仅要那些法律制度要约束其越轨行为的人知道，而且要

法律制度中的行为人（即社会代理人）知道。

这些问题在原则上总可用（狭隘、明确的）规则替代（宽泛、含糊的）标准而得以解决。但是，规则越明确，出现漏洞的可能性就越大——它通过暗示而许可了规则旨在禁止的行为（为什么？）。通过故意使规则包容过度，我们可以将漏洞效应（——例如，确认一种低于一般驾驶条件下最佳速度的车速限制。制裁越宽泛，规避这一规则的交易成本越低，包容过度的成本也就越低。由此，人们会毫不奇怪地发现：（1）我们在侵权和契约法中大量使用严格责任，而在刑法中却很少使用；（2）许多相当武断的规则存在于可以以低成本就这些规则进行谈判的财产法和商法领域中（在这些领域中，我们可以将经济含义赋予以下的法学家箴言：重要的是制定法律，而不是已制定的法律公正是否。）。

一项规则的清晰性（即非常明确）可能是容易令人误解的。规则为例外产生了压力，而规则和例外的结合与引自标准的实用条款没有什么不同，尤其是如果为了改善含糊的规则和变动中的社会环境的适合性而允许增加特别例外时更是如此。一项标准更适于产生相对立的因素之间的明确平衡（经济学成本-收益分析的法律运用），但规则的执行可能通过后门来解决规则和例外之间的范围和含义的争议而产生平衡。因为，在决定

是否将某种行为归入规则或其例外的范围时，法院可能会（不论其公开地还是隐蔽地）求助于被认为是规则的基础或促进因素的标准。通常，当法院用一项规则的目的来决定其范围时，法院其实在默示地将规则重新认定为标准。

如果规则的明确性可能是容易令人误解的，那么标准的模糊性也是如此。标准比规则更直觉。许多人并没有将不注意理解成普通法侵权规则的复杂起源。所以，当标准由于其扩大查询范围而增加信息成本的同时，它们也由于使外行人在没有费用很高的专家帮助的条件下理解法律而降低了信息成本。

有些法律学者敌视法律的经济分析，因为他们认为法律的经济分析将所有的问题溶入成本-收益分析而破坏了法律权利。这与标准和规则之间的选择有着密切的关联。对此的批评意见（前面的讨论好像为此提供了进攻手段）是，经济学家在本质上相信，每一项法律规则都有（或者是应该有）将之转变为标准的例外，而标准最终依靠成本和收益之间的平衡。所以，禁止将逼供证据用作刑事评判证据的规则包含了一个默示的例外：除非在特定案件中这种使用的收益高于其成本。

这种批评意见不是很有力的，图20.1就能证实这一点。纵轴像往常一样表示金额，在此是货

币化的相应物——逼供的成本和收益。横轴是逼供量。B标示了使用逼供作为刑事审判证据的收益（增加证明有罪的确定性）并表明其随着逼供使用量的上升而下降。C标示了使用逼供作为刑事审判证据的成本（错误定罪和对被逼供人造成的痛苦和羞辱等）并表明其随着逼供使用量的上升而上升。其交叉点n，标明了最佳逼供量。这些关系背后的直觉是，如果仅允许使用少量逼供，警察就会将自己的逼供使用权限于那些逼供收益极大地超过成本的案件，从而将趋于在收益很小或成本很大的情况下避免使用这种手段。

假设我们由于不信任法院在逼供案中平衡成本和收益的能力并要求对所有疑问都作出有利于被告的解决，我们就建立了这一规则：禁止最适度的强制以外的任何强制（看守中的讯问也有强制的因素），而适度强制只有在无法取得证明罪犯的主要罪行的必需证据时才可使用。这一规则（由图20. 1中的纵向实线标示）将逼供的数量降至n'点。事实上我们已将成本曲线提升至'点以计入隐蔽或模糊成本，但这允许一些逼供的存在——新成本曲线和未变收益曲线交叉点以左的缩小的区域。

对规则和标准的经济分析的实际挑战，来自对图20. 1基本前提（附加例外的规则虽然与标准有区别，但至少是相称的）产生怀疑的人们。

他们的立场在图20.2中得以体现。这一图是上一图的变体。在这图中，逼供的成本和收益被似乎合理地描述成用于迫使人们招供的残忍量的函数。在此，曲线B既有上升区又有下降区，因为当用一点残忍时就会得到一点有用的信息。当使用更多残忍时，在一定时间内会取得更有价值的招供，但其价值最终将在被告开始为避免无法忍受的痛苦而招供时下降。 $n'$ 表示以下规则的效果：禁止使用任何由强制取得的招供，或只能使用通过最低程度的强制而讯问某人（如果要羁押某人时，只能短期和无威胁地进行）所取得的招供。这一附加例外的规则不能被解释为标准。因为如果我们将曲线C提升到 $nr$ 与曲线B交叉时，这就意味着用最低残忍量取得的招供（ $nr$ 左右的招供，事实上规则是允许的）由于其成本（ $C'$ ）超过了其收益而被禁止，而其他的招供

（在'与"之间）是被允许的（这在事实上规则是禁止的）。在这一例证中，分析这一规则的经济方法在事实上与其非经济方法是不相容的。

#### 20.4服从先例原则

前一节的讨论表明了（除法官私利之外）遵循先例进行判决优于在基本原则的基础上重新审塑每一案件的理由。后一种方法相似于依概括性标准进行判决；它既有前一节中讨论的缺点，又有下一章中讨论的与极大的不确定性有关的程序

成本。这表明，某一国家的成文法典越综合、越具体，我们就越难发现其对服从先例原则

（staredecisis）的重视；对大陆法国家法制实践的偶尔观察都能支持这一预言。我们还可以预计，而且我们确实发现，社会变迁越快，我们就越难以严守服从先例原则。社会变迁使许多先例变得不太恰当，甚至使有些先例不再正确。在以上两种情况下，先例都会急速贬值，但前一种先例只是不再被援用，而第二种先例却必须被否决。严格服从先例的原则必将极大地削弱旨在规范社会行为的法律规则的效率。

遵循先例进行判决的制度还有另一种经济化特征：它通过促成案件当事人和法庭使用以前案件（通常以相当大的成本）所产生的信息而降低了诉讼成本。如果20个案件中的判决都认为，在繁忙的铁路交道口设置电子信号灯是一种必要

（成本合理）的预防措施，那么有关第21个案件审判费用相关成本和价值知识所取得的边际收益就可能小于审判费用。当其实际前提被诉讼中的重复试验所证明为合理而使证据和辩论的附加支出超出其所产生的附加知识的价值时，普通法的规则就产生了。然而，相关的社会和经济条件变化越快，附加知识的价值就越大，从而使严守先例的必要性下降。服从先例进行判决这一原则的权威性和信息性方面同时表明，只有在高度稳

定的社会中，我们才能自始至终地坚持这一惯例。



## 第二十一章 民事和刑事诉讼程序

### 1 诉讼程序的经济目标：正当程序

从经济学的角度看，诉讼制度的目的就是要使两类成本之和最小化。第一类成本是错误的司法判决的成本（cost of erroneous judicial decision）。假设某一类事故的预期成本是100美元，而潜在加害人避免事故的成本是90美元（我们假定受害人避免事故的成本高于100美元）。如果潜在加害人受制于过失或严格责任标准，而且假设这一标准能得到准确的执行，那么他就会去避免这一事故。但假如在事故案中以下情况的几率为15%，即加害人可能希望由诉讼制度造成的错误性事实判断而规避责任。那么，加害人的预期事故成本就降至85美元，而且由于对他而言这一费用要低于避免事故的成本（90美元），所以事故就得不到防止。其结果将是10美元的社会净损失——是这样的吗？

我们绝不能无视诉讼制度的运行成本。假设为了将这种不追究责任的错误从15%降至10%，我们就要在每一事故上追加20美元的诉讼制度支出。那么，我们应该容忍15%的错误几率。因为在此错误成本（10美元）低于消除错误成本所必需的成本（20美元）。

这种成本比较方法在美国联邦最高法院的马修斯诉埃尔德里奇案（Mathews v. Eldridge）判

决中得到了隐含的体现。判决认为：在决定程序对控告政府剥夺其财产的某人是否正当时，法院应该考虑到财产价值，以及由于忽略特定程序保护而造成错误剥夺的几率和保护成本。按照汉德公式的条件，当 $B < PL$ 时，正当程序就被否定了。在此， $B$ 是诉讼保护成本， $P$ 是不进行保护的错误的几率， $L$ 是错误发生时的财产损失量。

当然，就汉德公式而言，它几乎不可能（或至少没有努力）确定这些条件的具体数量。但即使将汉德公式用来进行定性分析而不是定量分析，它依然是有价值的。例如，假设有这么一个问题：将一辆明显被弃置的汽车拖走并作废品卖掉之前，我们是否要将此通知车主并听取他的意见。如果汽车不是真正被弃置而是坏了或被盗了，那么争议还不很大，听取车主意见的成本相对于汽车的价值而言也是合适的；所以，也许像大多数法院所认定的那样，车主应该有权得到通知并提出意见。但假设我们不谈弃置车辆而讨论违法停放的车辆。由于汽车不可能被当成废物毁掉，所以剥夺的可能性就比弃置车辆情况下小得多。由于通常判决汽车是否违法停放是很清楚的，所以错误的几率也就小得多。然而，剥夺前听取意见的成本却是很高的。如果在拖走汽车之前必须通知车主，那么他就会在汽车被拖走之前将之移至他处，拖走汽车的威慑效果也就被消除

了。所以，法院认为，在违法停放车辆的案件中，正当程序（due process）并不要求剥夺前的听证。

## 2 民事案件中的错误成本

1 描述了错误的司法判决的影响。D表示已避免的事故成本中一单位安全设施的价值，它是已购置安全设施量的一个函数，D的另一个名称是安全设施的边际产品。C表示安全设施的成本。当安全设施的购置量为 $q$ ——即D与C在X轴的交叉点时，价值就会最大化。如果产业对事故成本负全部责任，那么D就成了产业对安全设施的需求和购置安全设施的最佳量。但如果由于法律制度的错误而使产业有望只对其所遭受事故成本的P个百分点承担责任，那么它对安全设施的需求将降至 $D'$ （等于 $\times D$ ），而其安全设施购置量也将只是 $q_1$ 。这样，就会造成L量的社会损失。错误对产业行为的影响与税收对收入总额的影响是一样的（参见17.3）。

但这种分析在两方面是不完善的。第一，任何引起在某些案件中（例如作伪证）有利于产业的因素都可能同时在另一方面也引起有利于事故受害人的错误，这将使 $D'$ 曲线有移。但基于各方面的考虑， $D'$ 曲线可能在D曲线之下。所有有利于产业的错误都会使 $D'$ 曲线下降，而只有某些不利于产业的错误才会使 $D'$ 曲线上抬。一项只是在产业

过失或其他应受处罚情况下才夸大了产业责任的错误（事故受害人说服法院，以取得比其实际损害多的损害赔偿）将使安全设施对产业具有更大的价值，从而也就使‘曲线得以上抬。但如果在追加安全设施不会减轻产业责任的情况下（事故完全不可能发生，或事故可能由产业成员之外的人所引起），错误会导致责任，那么产业就不会有任何激励去购置追加安全设施，’也不会增加。

第二，降低产业避免事故的激励所造成的社会成本可能部分地为受害人避免事故激励的增加所抵消。D’曲线下移的影响是，增加受害人的预期无补偿事故成本，从而使之积极防止事故的发生。虽然在这种情况下，受害人避免事故的效率要比加害人避免事故的效率低（为什么？），但仍存在一些抵消作用。

法律错误（legal error）可能会在实际上改变实体法规则。为了说明这一问题，我们可以回顾一下旨在将某些损失完全从要约人转向受约人的契约不可能原则（参见4.5）。法律错误存在的可能性会导致以下情况：即，要约人将在事实上遭受损失。这就意味着，这一原则（从事前看）确实是一项分担损失的原则，而不是一项完全将损失转移向某一方的原则。错误使法律结果的两分性变得模糊不清。

证据优势标准（the preponderance-of-the-evidence standard）要求审理案件事实的法官在负有举证责任的当事人所举证据比另一当事人所举证据更可能真实时支持前一当事人（通常他虽不总是原告）。这表明，在被错判的所有案件中，受损失的一半是原告，一半是被告。这是否是一个有效率的结果呢？这取决于每一类错误的成本是否大致相等。收入的边际效用递减原则暗示，应受补偿的原告所遭受的损失可能平均略低于应受处罚的被告所遭受的损失（你能明白其原因吗？）。也许这就对被告取得相同收益的原因作出了解释。另一方面的原因是，支持原告的错误涉及一种犯其他错误时不可能招致的成本——实际认定法律判决的成本。

证据优势标准并非总是被人们真正遵守的。例如，如果一汽车事故受害人所拥有的使事故和被告公共汽车公司联系起来的唯一证据是事故发生路线上80%的汽车为被告经营，那么只要没有进一步的证据证明被告的责任，原告就不会胜诉。这一结果在经济学上是有道理的。如果汽车事故案只是依如此不充分的证据作出判决，那么其错误率至少将是20%（为什么是至少？）。这么重大的一个错误对社会来讲成本可能是很高的，尤其是其结果将是：该公路上被告的竞争者将不承担任何责任，从而造成他们市场份额的增

加和事故率的上升。错误成本可能为采用有利于产生补充证据的诉讼程序提供足够的理由。如果原告不提供更多的证据就无法取得损害赔偿，那么他就会在被告确实负有责任的案件中应用更多的证据，放弃其他案件，从而使错误率下降。但是在被告确实没有责任的案件中，他在任何情况下都会竭力提供更多的证据对此作出证明。因此，只要原告提出补充证据的成本比被告这样做的成本低，一项要求原告提出超过被告市场份额的证据的原则就是一种适当的节约措施。

### 21. 3 无合理疑问证据原则

刑事案件中的无合理疑问证据原则（proof beyond areason—able doubt）含蓄地表明，它更重视错误定罪（erroneous convic—tion）而不太重视错误开释（erroneousacquittal）。这与第7章中提及的刑事制裁经济分析是一致的。我们在前面看到，即使刑事制裁只是罚金，已决被告所承受的全部成本也不会在社会簿记的其他地方以收益的形式出现。如果不存在罚金，那么刑事定罪的唯一收益就是其威慑作用。如果给一个无辜的人定罪，那么其威慑作用就不仅不是正的（为什么？），而且是负的；它减少了罪犯的净预期刑罚成本。所以，给一个无辜者定罪的社会净成本可能会超过制裁对他造成的成本。如果以监禁的形式进行制裁，那么监禁他的成本就会增加，所

以错误定罪的社会净成本就会很高。但是，开释一个有罪者的社会净成本是有限的，而这限度就是由于减少惩罚犯罪活动的几率而造成的社会总成本的增量；但由此可以缩减（节约）监禁成本。这样，无合理疑问的有罪证据原则是以以下假设为基础的：即，错误开释所造成的社会成本相当于对同样罪行错误定罪所造成的社会成本。在民事案件中，错误追究责任和错误免除责任的作用也是相应的，它们能降低有关法律规则的威慑作用。这就是我们应同等地重视（几乎同等地重视）各种错误的理由。

但是，这一分析并没有作出这样的默示：我们开释了许多有罪者。实际上，有一点是明显可能的，即得到开释的有罪被告要比得到责任免除的民事责任被告少；我们将在21. 8和22. 3中讨论这一问题。

21.4决定应否准许发放预先禁令的经济公式依成本估量错误的重要意义在以下决定应该准许还是应该拒绝发布预先禁令（preliminary injunction）的经济公式中得以进一步的体现：只有当 $P(H_p) > (1-P)H_d$ 时，才准许发布预先禁令。在此， $P$ 是原告在依是非曲直进行的全面审理中胜诉的几率（由此， $1-P$ 就是被告胜诉的几率）， $H_p$ 是原告在预先禁令没得到发布以维持未决审理现状的情况下将遭受的无可补偿的损

害，而Hd是被告在预先禁令得到发布情况下将遭受的无可补偿的损害。

对被要求准许发布预先禁令的法官而言，问题是他正被要求依据不完全的信息作出一项匆忙的裁定。这种裁定的错误风险是很高的。法官可以通过比较当事人（双方不平衡的）加权错误成本而使预期错误成本最小化。假设原告在完全审理后有60%的可能性使主张的权利得到认可。那么，拒绝其预先禁令请求的错误风险就是60%。相反，如果法官发布预先禁令，那么其错误风险就只有40%。但我们还可以进一步作出这样的假设：如果拒绝预先禁令的请求，原告所遭受的无可补偿损害（在这种情况下，这是我们唯一感兴趣的——为什么？）将是50美元；而如果准许发布预先禁令，被告所遭受的无可补偿损害将是100美元。在这种情况下，被告的预期错误成本就比原告的高（40美元对30美元），我们就应该拒绝预先禁令。事实上，法院所运用的方法是与以上准则相近似的。

21. 5决定和解还是诉讼；民事诉讼规则和普通法规则的进化

用诉讼（litigation）而非和解（settlement）处理案件好像违反了以下原则：在交易成本很低的情况下，如果能达成对双方都有益的交易，那么双方当事人就应该进行交易。实际上，大量的



法律争议并没有诉诸法庭而是以和解处理的。一项研究发现，实际上只有2%的汽车事故损害赔偿请求是通过审判解决的。这正是经济理论所预示的，但我们依然要解释诉诸法庭的那一小部分案件。

正如任何契约一样，谈判成功的必要条件就是，存在着一个双方当事人能依之认识到协议会增加他们福利的价格。由此，只有当原告在其损害赔偿妥协中愿接受的最低价格高于被告在其履行的损害赔偿义务中愿支付的最高价格时，和解谈判才会失败，从而只能进入诉讼程序。例如，如果原告在所得低于1万美元时不愿和解，而被告在赔偿高于9,000美元时不愿和解，那么和解谈判就告失败。

虽然双方当事人间最低条件或保留价格——我们称之为和解有效范围——重叠区域的存在是和解的必要条件，但它并不是一个充分条件。和解谈判是一个典型的双边垄断的例证。原告只能与被告和解，被告只能与原告和解，而且每一当事人都渴求使和解所产生的对诉讼的剩余最大化。事实上，和解有效范围越大，当事人达成艰难的交易所要承担的代价就越大，也就越有可能由于难以就如何分割可得到的剩余达成协议而进行诉讼。但是，这里存在着一些抵消因素：按理，和解有效范围越大，其所包含的相互有益点

就越多；和解有效范围越大，当事人确认和解是最有利于双方的这一道理所花的成本就越小；和解有效范围越大，未达成协议所造成的潜在损失就越大。

每一当事人的最低和解要约都取决于他对诉讼进程的预期如何。根据美国法律制度，胜诉方的诉讼成本并不能由败诉方补偿。所以，原告的诉讼预期净收益就是其胜诉时判决确定数额乘以其估计胜诉几率再减去其诉讼成本；被告的预期损失就是其败诉时判决确定数额乘以其估计败诉几率（或换言之为原告胜诉几率）再加上其诉讼成本。如果原告的诉讼预期收益是1万美元，那么如果低于该数他就不会同意和解（除非他讨厌风险——这一复杂问题我们将在后面讨论）；如果案件以诉讼方法解决时被告的预期损失只有9,000美元，那么他只有在收益高于该数时才会同意和解。而且，最低和解要约将随和解成本而为原告上调和为被告下调。如果每一当事人的和解成本是500美元，那么原告的最低要约将是10,500美元，而被告的最低要约将是8,500美元。

诉讼发生的条件可概括为不等式（1）。J是原告胜诉情况下判决确定的数额。 $P_p$ 是原告估计的自己胜诉几率， $P_d$ 是被告估计的原告胜诉几率。 $C$ 和 $S$ 分别是每方当事人的诉讼和解成本。由

于这一模型假设双方当事人都是风险中立，而且案件中的利益、诉讼成本和和解成本都是双方对等的，所以它是非常简单的；我们将在后面的进一步讨论中放弃这些假设。

诉讼的条件是：

我们可以将之改写成：

（一P

如果双方当事人对在诉讼情况下原告胜诉的几率有共识，那么不等式（2）的左边就等于零，案件就得到和解，因为在这种条件下的诉讼成本高于和解成本；更不容置疑的是，如果一方当事人比另一方当事人较为悲观而使 $(P_p - P_d)$ 呈负数，那么案件也能得到和解。总之，只有双方当事人都对诉讼抱有乐观态度时，诉讼才可能发生。

下面的数值例证可能有助于我们确信这一观点。假设J为1万美元、C为1,000美元、S为100美元、 $P_p$ 为0.9、 $P_d$ 为0.6。即，原告认为其胜诉取得1万美元的可能性为90%。而被告认为原告胜诉的可能性仅为60%——这种估计的歧异反映了可能结果的不确定性。如果将这些数值代入不等式（2），我们就会发现将发生诉讼，因为不等式（2）的左边是3,000美元，而右边却只有1,800美元。根据不等式（1），原告的最低和解价格是8,100美元，而被告的最高要约只是

6, 900美元，所以他们就无法找到一种比诉讼更能使他们都感到满意的和解方法。

不等式(2)提出了一个重要的观点，即：在其他条件相同的情况下，案件标的(stake)越大就越有可能被用诉讼方法解决(也即，越可能符合不等式)。直觉性的解释是这样的，当案件标的很小时，在当事人看来的潜在收益也很小，而且这种收益可能低于诉讼对和解的成本差。但也存在着不完全的抵消因素：较大的案件能吸引较好的律师，而他将更有能力预知诉讼的结果，从而减少了(P-P)值。

我们可以变更一下这一模型的假定。假设：案件的利害关系对双方当事人是不一样的——也许双方当事人会用不同的比率将未来值折算成现价，这将导致他们J的差异。或者也许一方当事人会从以前胜诉的价值预期其未来收益。那么对这一方当事人而言，J在事实上只是收益流的开端。关键的问题是，他们J的差异是如何产生的。不等式(1)表示：如果原告的J值小于被告的J值，那么诉讼发生的可能性就比两值相同的情况下小；而如果被告的J值小于原告的J值，那么诉讼发生的可能性就大。

2. 双方当事人并不是风险中立的。如果双方都厌恶风险，那么诉讼的可能性就会有所下降(为什么?)。如果双方当事人的风险偏好不

同，那么分析就类似于双方当事人利害关系不同的情况。

3. 当事人的诉讼和和解成本实际上并非是固定的，它们是随着标的的变化而变化的——或更实际地说，它们还包含着固定的和可变的两种成本组成部分。就一案件进行诉讼或和解存在一种最低开支，这在不等式（1）和（2）中用C和S表示；而且在大部分案件中这对双方当事人而言可能是大概相当的。但除此之外，如果当事人要从诉讼得益更多，他就必须对此花费更多——诉讼既是一种投资又是一种费用。因此，J值越高，每一当事人的诉讼花费可能就越多；因为J值越高，由诉讼追加费用所产生的 $P_p$ （对原告）或 $P_d$ （对被告）增值将会转化为更高的预期收益。然而，据推测，这种诉讼费用的可变组成部分将比J值增长得慢；例如，它可能会依J值的平方根增长。

这些理论的改进（尤其是2和3）使我们前面关于标的的增加就会降低和解率的预言复杂化了。较大的标的会由于扩大可能结果的方差而提高诉讼的风险，而诉讼风险越大，厌恶风险的当事人就越要寻求和解。更重要的是，标的的增加引起了预期诉讼成本的上升，而且我们似乎有足够的理由假设预期诉讼成本的增长要比预期和解成本的增长大得多：大案和解的成本并不比小案

和解的成本高多少，但大案的诉讼成本却要比小案的诉讼成本高得多。所以标的越大，越使和解成为比诉讼需要更少成本的替代。

诉讼规则是如何影响和解比率的呢？我们先来研究审判前文据披露（**Pretrial discovery**）。如果对双方当事人所掌握的信息进行全面的交流，那么这就会由于使双方当事人对案件的可能结果形成一个更准确、（一般而言从而也是）范围更小的估计而有利于和解；而且审判前文据披露使每一方当事人都能强迫对方当事人公开他所掌握的有关信息。有人可能会对强迫的必要性迷惑不解，因为他们认为信息交流是谈判中正常的附带条件。但是，这种信息交流的可能性在和解谈判中要比在商业交易中小。如果一次商务谈判失败了，那么双方当事人就会各行其道；但如果和解谈判告吹，那么双方当事人就会诉诸法庭，而在这种程序中，出其不意是具有很大策略性意义的。由于当事人知道，一旦谈判失败，那么在对方无法作出反证时，信息就对审判有着更重要的价值，所以每一方当事人在和解谈判时都会隐瞒信息。

虽然审判前文据披露通常会提高和解的比率，但特定的文据披露规定的作用却是不太确定的。我们可以看一下联邦民事诉讼规则第35规则（**Rule 35 of the Federal Rules of Civil Proce—**

dure），它允许一方当事人在对方健康状况有争议的情况下指定医生对他进行强制检查。（第35规则最常为 人身伤害诉讼中的被告所援引。）假设，原告所受伤害程度要低于被告在没有能力用其指定医生进行强制检查情况下所信任的伤害程度，那么，被告就不愿支付他在进行检查前（那时他夸大了原告的伤害程度）所愿支付的和解要价；但由于检查对原告而言大概不会公开什么有关伤害程度的新信息，所以他的最低和解要价就不会受到任何影响。由此，和解的可能性就——或可能就（为什么是“可能就”？）下降了。但在第35规则的检查使被告确信原告受伤害程度并不比他（被告）相信的严重时，第35规则就增加了和解的可能性（为什么？）。

司法行政的一项众所周知的研究表明，即使原告的贴现率比被告的高，允许胜诉原告取得自事故（或其他导致其权利主张的事件）发生之日起的判决确定量的利息也不会影响和解率。事实上，无论贴现率是怎样的，附加审判前的利息都会降低和解的可能性。假设，在附加利息、忽略诉讼和和解成本之前，原告的诉讼预期价值是120美元而被告的预期损失是100美元（这一例证在以上研究中也得到引用）。如果利息以每年6%的比率增加，那么一年后原告的预期收益将增至127.20美元，而被告的预期损失也将增至

106美元。这一差距要比无利息的情况下高——即21.20对20美元——而这就会增加诉讼的可能性。在不等式（2）中，利息的作用就是使J值增长。即使当事人有着不同的贴现率，这一结论仍然是有意义的。

由于预先判断的利息通过增加标的而增加了诉讼的可能性，所以延期就可能由于降低标的而降低诉讼的可能性。当然，这是以假设当事人的贴现率为正值为前提的（为什么必须有这一假设？）。但这一结论必须受三个条件的限制：

（1）如果原告的贴现率高于被告的贴现率，那么审判延期就会由于使被告的最高和解要价减少速度高于两种要价间的差额而降低诉讼的可能性；（2）审判延期会增加结果的不确定性（为什么？），正如我们已认识到的，这可能会减少和解的可能性；（3）如果所有的诉讼成本都可以拖延至审判，那么这些成本就会（通过折算）以与标的相同的比率下降，而因此当事人最佳和解要价的比率也不会发生变化。但是，不是所有这些成本都可以拖延至审判之时的；如果大量案件等待审判，那么通常只有在双方当事人宣布其作好审判准备时——即完成审前预备时，审判才能开始。而即使所有这些成本可以延至审判之时，即使和解的要价比率是一样的，和解的范围也会变小（为什么？）。



如果标的越大就越有可能进行诉讼，这一事实能帮助我们解释普通法产生有效率的行为规则的明显倾向吗？比较两种规则后发现，其中一种规则导致的事故是另一规则的两倍，而且并没有抵消性地减少安全措施成本。无效率的规则将比有效率的规则导致更多的诉讼，从而使法院有更多的机会对此进行重新审查。假设，法院只是偶然才有机会在重新审查过程中产生了有效率的结果。事故数量将下降；诉讼比率将下降；从而法院在未来重新审查这一规则的可能性也将下降。由此，随着时间的推移，由于有效率的规则不太可能被重新审查而在未来又不太可能被抛弃，所以就存在着一种无效率规则被淘汰并为有效率规则替代的趋势。

这里存在几种反对意见。其一是，这一盲目的进化过程与普通法开始以来的时期相比会用太长的时间才能生产出一套有效率的规则。其二是，规则成本的分配比规则成本的总量对诉讼量具有更重要的意义。一项其社会成本广为扩散的无效率规则，由于没有一个受其损害的人会在改变这一规则方面有重大的利害关系，所以也就不会有纠正这项规则的诉讼。而在另一方面，有效率的规则因其将集中成本加于（比如）某一特定产业而产生诉讼的努力。最后，进化理论忽视了先例的作用。如果一项规则是无效率的，法院又

要坚持服从先例原则，那么不断依这一规则进行诉讼就可能使这一规则的地位得以稳固。而且，如果服从先例原则与其他司法价值相对抗，那就有必要对这些价值进行详细的说明。如果它们是有利于效率的价值，那么由于人们会自动地将无效率规则反复交回法院重新审查，走向效率的步伐也会加快。但如果它们是不利于效率的价值，那么我们更多地进行无效率规则的诉讼（与有效率规则的诉讼相比）就会使法律加速远离效率。

最后的问题是，什么时候才会发生和解？它可能发生在法律争端过程中的任何时间，包括提起诉讼之前和初审法院作出判决之后。许多案件事实上是在审判的前夜达成和解的。似乎是随着案件通过文据披露、其他准备阶段和开庭的进展，和解的可能将会上升，因为当事人会得到越来越多的有关审判可能产生的结果的信息，他们对结果的估计会越来越集中。但这忽视了这一事实，即随着案件的进展，诉讼成本的增加会使和解成本下降。所以，在一方面，被发觉的诉讼收益正在下降（这些是当事人相互乐观的作用，它们将随着当事人对案件的进一步了解而下降）；但在另一方面，成本也是这样——如果像理性人将要做的的那样不计沉没成本。这也许可以解释为什么很少有案件会在上诉的未决阶段达成和解，即使在口头辩论之后，当事人仍然可能等待法官

对案件的看法。上诉对双方当事人的成本是很低的——在案件已经作了陈述和辩论后，其成本会接近零。如果成本是零，只有厌恶风险的当事人会在上诉案已经陈述和辩论之后还对案件达成和解。

## 21. 6再论责任规则

在各种责任规则之间进行选择的全面分析要求考虑到每种规则的诉讼程序成本

（procedural cost），即要问，以过失责任规则替代严格责任规则是否有助于效率的实现（参见 6. 5）。我们首先假设事故数量不变。然而，采用严格责任规则会使伤害赔偿请求的数量增加，其原因是它扩大了责任的范围。由此，如果诉诸法庭的赔偿请求比例与实施过失责任规则的情况下一样，而且如果每一诉讼依新、旧规则需要花费同量的成本，那么侵权诉讼的总成本就会上升。

但是，这两个“如果”都是有疑问的。由于严格责任消除了侵权过程中的一个大问题，即双方当事人实施注意的问题，所以只要权利请求得不到和解，就会降低预计诉讼结果的不确定性；而降低诉讼结果的不确定性，就会减少诉诸法庭的权利请求的比例。这些问题的简单化还将导致每一审判的成本下降，尽管这是不确定的。消除过失问题会趋于增加原告权利主张的价值，而且这

可能（虽然并非必要）使他在其案件上花费更多而不是更少；但是，被告就可能会花费更少。即使严格责任规则下的审判成本可能是较低的，但由于它缩小了诉讼成本和和解成本之间的差距而使诉讼较之在过失责任规则下更有吸引力，从而增加了通过审判解决权利请求的比例。

到目前为止，我们已经假设，从严格责任向过失责任的变迁并不会影响事故的数量；但这只是一种可能。在此特别中肯的是，严格责任规则比过失责任规则更具确定性，从而可能减少实施错误。法律错误既直接降低了责任制度的效率，又由于增加了事故数量而增加了赔偿请求数量，从而增加了责任制度的管理费用。

## 21. 7辩诉交易和刑事诉讼程序的改革

与民事诉讼中的和解谈判相对应的是刑事诉讼中的辩诉交易（pleabargaining），它受到两方面的批判：其一，认为它否定了被告的审判程序保护权；其二，认为它将减少科刑。对经济学家而言，这两种批判都不具有任何说服力。如果刑事案件双方当事人不能从和解取得比诉讼更多的收益，那么其中的任何一方当事人都会将其权利诉诸法庭；由此，刑事被告放弃其有权在审判时取得的程序保护权是得到补偿的。而且，假定起诉预算是固定的，那么如果允许辩诉交易，平均刑期就可能比不允许辩诉交易时重，因为检察

官可以用辩诉交易节约的钱（因为正如民事案件中的和解一样，辩诉交易的处理比审判的成本低）准备一个辩诉交易失败时更有力的案件。如果原告知道这样的情况，他们在交易时就会提出更优惠的条件。这不是意味着辩诉交易对被告整体是不利的吗？如果是这样，这种做法是否应被帕累托较优原则看作应被禁止的呢？如果我们没有检察官固定预算这一假设又怎样呢？最后，关于刑事被告可用的诉讼资源，我们可作什么假设呢？

我们刚才注意到，如果禁止辩诉交易，刑事被告的处境会得到改善。但这里有理由证明，检察官的处境将得以改善。假设禁止辩诉交易，但被告可服罪（plead guilty）而不是诉诸法院，而且他一旦服罪即可减轻处罚。那么，大多数有罪被告都会服罪，从而检察官既可以节约审判成本又可以节约辩诉交易成本。如果大多数被告在事实上都是有罪的，其最终节约的成本很容易超过在允许辩诉交易的制度下少数进行辩诉交易的案件的附加审判成本。

不论什么理由，假设辩诉交易是不合需要和不受欢迎的，我们将对此怎么办？应使法官的数量增加从而使更多的案件诉诸法庭吗？法官数量的增加并不可能影响辩诉交易的数量。由于用谈判的方法解决争端要比诉讼节省成本，所以才产

生了辩诉交易。由此，辩诉交易的发生率取决于谈判和诉讼的相对成本、诉讼结果的不确定性程度——这些因素不会受法官数量的很大影响（实际上，不确定性可能会随着法官数量的增加而增长）。虽然法官越多越可能加快审理案件的速度（参见21. 10），而且审理速度的加快可能会影响被告（和起诉人？）的利害关系，从而也会影响交易的条件，但这不会影响成交的数量。

就直觉而言，给贫困被告指定律师的规定可能会降低辩诉交易的比例，但这种直觉与经济理论是不相吻合的。虽然没有律师为之辩护的被告在其选择诉诸法庭时将会前景不佳，但这只意味着他将接受比有律师帮助辩护情况下更长的协议刑期。如果可能的话，向贫困者提供辩护律师会促进辩诉交易，因为辩护律师比无律师援助的被告能更准确地估计审判的大概结果。

如果辩诉交易为我们所禁止，并且法官数量不再增加——即，如果刑事审判的需求增加几倍而供给却不增加（除非停止民事案件的审理）——其结果只能是刑事审判候审时间的大幅度增加。被保释的人们的预期处罚成本就会遽然下降，而审判前一直被监禁的人们的预期处罚成本就会增加（除非他们能成功地证明，延迟审判侵害了他们及时受审的宪法权利）。由于诉讼的成本要比辩诉交易的成本高，所以犯罪活动的法律

费用就会有所增长，但这些成本的主要部分现在是由政府和慈善性私人律师（这意味着至少部分由他们的付款委托人承担）而不是由刑事被告人所承担的。尽管平均刑罚并不会由于其是否是达成协议还是审判后施加而受影响，但由于审判刑罚要比协议刑罚更容易造成无罪开释或极严厉的刑罚，所以其科刑的变化幅度就会扩大（为什么？）。这就会对预期处罚成本产生附加的风险。

尽管联邦法官的民事审判日程严重地妨碍了快速审判法（the Speedy Trial Act）的彻底实施，但这一法律确实在很大程度上缩短了审判联邦刑事被告的时间。这种妨碍是值得的吗？快速审判的标准“方针”是，对刑事被告的延迟审问将会由于使之遭受其命运的延期不确定性而陷入困境，而且这种延迟也会由于降低所有贴现率为正的人们的预期处罚成本而对社会产生不利影响。但不是这两种断言都是适合于同一被告的；对他而言，延迟不是使状况变得更好就是使之变得更糟。然而，每一断言对不同的被告而言——他们分别是被保释的被告和被强迫关在监狱中等待审判的被告——可能是正确的。更快的审判增加了第一种人的处罚成本而减少了第二种人的处罚成本。而且，对第二种人（未被保释）中那些有罪但却被宣判无罪或刑期短于审前监禁期的被告而

言，监禁就是对他们的处罚，所以任何缩短监禁时间长度的措施都会降低有效的处罚成本——而快速审判恰恰做到了这一点。

由于1984年保释改革法，审判前羁押（即，拒绝被告的未决审判期间的保释）已成了联邦刑事起诉的日常程序。这种有争议（民权自由主义者讨厌）的行为的作用同样是增加了无罪和有罪被告的预期处罚成本，但对无罪被告的（不希望产生的）作用由（1）使审判前羁押时间最短化的快速审判法和（2）在高犯罪率的时代被开释的被告很少是无罪的这一事实得到了缓解。我们可以提前看看下一章的内容，一个受固定预算约束的检察官会努力去发现那些以最少成本可以胜诉的潜在案件，这些案件是原告有罪的案件，但由于检察官沉重的证据责任，部分他起诉的有罪被告将被开释为无罪。从威慑犯罪的角度看，由于审判前羁押而使他们受到一些处罚将是一件好事。

我们好像可以这样认为，许多被开释的被告是有罪的，这一点不仅证明了审判前羁押的合理性，还证明了抛弃所有传统的刑事被告程序保护权的合理性。但并非如此。使检察官努力发现被告在事实上是有罪的案件的原因是，（由于这些程序保护权的存在）认定无罪人有罪的艰难性。这些程序保护权是保证小心地努力发现有罪案件



（假定高犯罪率与起诉资源有关）并使最少的无罪人受审判前羁押是必需的。在这个社会中，我们在刑事审判中缺乏详尽的程序保护或相对于犯罪数量而言在检察官身上花费成本太高，或两者兼而有之。在此，审判前羁押就是一种预兆。

新的联邦科刑方针极大地削弱了联邦法官的科刑自由裁量权（sentencing discretion），这在实际削弱了刑事处罚的威慑和预防作用。宽泛的科刑自由裁量权能使法官实行一种价格歧视，这种价格歧视包括了决定将什么刑罚给予特定的被告。如果被告是易被威慑的人，那么轻微的刑罚就可能足以威慑他，并在将来以之威慑像他那样的其他人；如果他是一个强硬和顽固的罪犯，那么为了达到威慑的目的就有必要对其施用重刑。如果将这些刑罚平均起来而同样地施用于每一被告，那么其威慑力就会有所减损；对易被威慑的人施用过度的刑罚将是一种浪费，而对顽固的罪犯施用较轻的刑罚就不足以达到威慑的目的。当然，这一问题可以用“向上平均”的方法解决；冗长的刑期虽具很大的威慑力，但从社会的角度看，其额外成本仍是一种浪费。

## 8 诉讼费用

当事人最适当的诉讼费用是，他每花1美元能给他增加1美元的诉讼预期值（其途径就是增加胜诉的可能性）。但正如垄断者的每一价格和

产量变化会改变其对手的最适当价格和产量一样，一方当事人的诉讼费用决定会影响另一方当事人的诉讼费用决定，因为它改变了有利于另一方当事人的胜诉可能性和结果预期值（参见10.4）。如果由此每一当事人在决定其诉讼费用时要考虑到其诉讼费用对另一方的影响，那么正如垄断者的例子一样，就不会存在一种诉讼费用的均衡水平——而在这种均衡水平上，双方当事人都不会努力去改变其诉讼费用。

然而，由于这些诉讼费用大部分都是相互抵消的，所以诉讼当事人双方常常会发现，协议避免某些特定的诉讼费用（例如，对某一事实作出保证和约定，从而使之没必要用证言来确认）会对双方都有利。这好像是一件好事。从社会的角度看（与从私人角度看不同），相互抵消的诉讼费用并不必然是一种浪费。由于它们使法庭获得了更多的信息，所以就使正确判决的可能性得到上升。

即使我们不能准确地描述一方当事人对另一方当事人诉讼费用决定作出反应的函数，但还是有充分的理由提出：标的越大，当事人越愿意支付更多的诉讼费用（与21.5相一致）。由此，我们认为，案件越大，得到正确审理、判决的可能性就越大。

许多诉讼程序规则都可以被看作旨在增加当

事人诉讼费用的生产率。其中的例证性规则是，准许法官应用明显与事实相符的司法认知

（judicial notice）从而使有举证责任的当事人无需以证据确认事实。这一规则对当事人诉讼费用的作用在图21. 2中得以显示。一项（像司法认知这样的）降低证据成本而不降低其价值的诉讼程序规则会将曲线S移转至S'，从而使诉讼当事人的证据价值由q增至q'。但是，他的诉讼总费用（价格乘以数量）是否增长就取决于需求曲线的q至q1间区域的需求价格弹性了。如果这一弹性小于1，那么总费用就会增长；如果它等于1，那么总费用就不变；如果它大于1，那么总费用就会减少。在什么情况下才会效率最高呢？

人们常常认为，富有的人或大企业会设法花费大量的诉讼开支以使其诉讼对方当事人败诉。我们关于掠夺性定价的讨论（10. 7）就与对这一问题的评价有关。如果一当事人预期自己会连续进行几次相似的诉讼，那么他这样做也许是理性的：在第一次诉讼中用恐吓使对方诉讼当事人败诉，而其恐吓的方法就是对诉讼支付大量的费用，这样就可以提高恐吓对以后的对方诉讼当事人的可信性。一旦对方当事人知道当事人实施恐吓可能是理性的，那么他就会屈从于此。即使诉讼对效率的改善会导致每一案件开支的净下降，但它们也可能增加相对于和解的诉讼吸引力而导

致更多的案件从而使诉讼的开支总量增加。所以，支持降低律师平均用于每个案件的可收费时间总量这样的改革措施，也许是出于律师的经济私利。

由于诉讼开支的连续性特征，所以我们不能排除当事人的各种开支超过其标的的可能性。假设两个当事人（A和B）的J是100万美元；他们每一方开始时估计要支出30万美元的法律费用；每一方都认为这样的开支会给他们60%胜诉的可能性。（在此不谈和解。）在每一方都花了25万美元之后，A决定在他这一方再追加10万美元的开支将会使其胜诉几率从60%上升至75%。这一开支增量的预期价值是15万美元，所以开支是值得的。B开始担心了，他认为A的开支将使其胜诉几率从60%降至45%，他也增加开支15万美元以使A的开支无效。现在A重估其胜诉几率只有60%。A希望B对其少量增加支出不会作出反应，就又在专家作证、律师助理、第三人文据披露、陪审团选择专家等方面花了10万美元。A错了，B对此作出了反应，并且也支出了10万美元。至此，双方当事人总共在诉讼上的花费已与J相等。而且他们可能会继续这样做下去。或者可能不这样做。每一方都可能有能力预见对方对其往前走的反应，或他们也许能够就限制其开支达成协议。但如果双方当事人认为很容易理解各自的

估计或通过双方谈判达成满意的交易，他们可能已经和解了。所以当上述模式不正常时，就完全是不现实的。

## 9法律救济的途径——胜诉酬金、集团诉讼、法律费用赔偿和第11规则

诉讼的主要投入就是律师的时间。为了维护一项还具有价值的权利，我们就有必要购置这种投入，但这种投入很昂贵。由于我们的经济目标是要使直接成本和错误成本的总量最小化，所以从其表面判断，就不存在这样的无效率事实：一个具有有效权利的人可能无力雇佣律师以实施这一权利；这仅仅表明（有人可能这样认为），诉讼的直接成本会超过纠正错误所获得的收益。但是，这一已使一些令人感兴趣的私人和社会机构为之振奋的简单观点还是存在着一些问题的。

假设原告有一项价值10万美元的权利主张，并且如果有一个优秀的律师就有50%的可能性维护这项权利。这项权利的预期价值为5万美元，如果他花费同量的律师费以保护这笔财产，那么还是正当的。（在这一例证中，他被假设为风险中立。）但如果假设这项权利主张是其唯一的财产。通常而言，这不会成为问题；人们可以将这财产作为附属担保品（collateral）而借取一大笔钱。但是，依法律权利为担保借取经费并非总是可行的。银行和其他信贷机构可能都是厌恶风险

的（其原因是在15. 9中讨论的政府对金融机构的管制），或者它们可能会发现，估计法院确认这种权利主张的可能性需要很高的成本。这些因素可能使利率变得异常之高，从而会妨碍这种信贷。而且，许多法律权利（例如，由事故引起的人身伤害索赔权）依照法律是不能转让的——旨在防止诉讼煽动——所以将权利作为附属担保品就没有价值了。（你能理解这一规则的经济理由吗？）

解决这一清偿手段的方法就是胜诉酬金（contingent fee）契约。律师将权利的一部分作为抵付方式而向当事人出借法律服务。由于专门从事胜诉酬金事务的律师可以积聚许多权利主张并由此使收益的方差最小化，所以风险就减弱了。专门化还使律师能比普通出借人更准确地估价风险；在使同样一个人或企业就风险进行估价并进行保险方面，节约措施是存在的。

人们常常认为，胜诉酬金往往过高。但这在此很容易被误解。胜诉酬金必然高于他们提供同样法律服务所取得的酬金。胜诉酬金所补偿的不仅是律师所提供的法律服务，而且是这些服务的出借。这种贷款的内含利息率是很高的，因为其不履行义务的风险（败诉就使当事人对律师的债务得以解除）比普通贷款的风险高得多，而且由于利息率高加拖延时间长（可能好几年）所造成

的利息总额之大——又没有减低普通借贷人风险的那种分期付款方式。

但如果律师所做的恰恰是使其服务成为一种有风险的贷款，那么是否胜诉酬金就不应该是这种服务及利息的机会成本而应该是判决或和解所确定数额的一部分呢？这就存在着三项相关的经济学答复：第一，法律服务的最适度费用是诉讼标的的一个函数。诉讼标的越大，被告越会花大量的费用去阻止使之败诉的判决，从而原告的律师就会用更多的时间和更大的努力去赢得这场诉讼。所以，律师的服务成本与诉讼标的成比例关系，并且可以用它们的一个百分比来表示。第二，为了使律师能积极地做好其工作，我们的方法是使其律师费随其努力的成功变化。这与前面讨论过的一个原理是相同的：按所救援东西价值的一定比例支付救援赔款（参见6.9）。第三，更大比例的风险从原告向律师转移。由于律师干好了原告就胜得多，律师干糟了原告就胜得少，所以原告在扣除律师费之后的诉讼预期收益方差就缩小了。

胜诉酬金的问题是，在任何共有权情况下（胜诉酬金契约使律师在事实上成了原告权利所主张财产的共同承租人），正如我们在第3章中所知，每个所有人都可能缺乏足够的积极性去开发利用这一权利，因为他努力所取得的收益的一

部分将会成为另一人收益的自然增长部分。假设原告律师所取得的和解要价为10万美元；如果他将此案诉诸法庭，那么原告取得15万美元的可能性为90%，但以这种方法解决纠纷将花费律师价值2.5万美元的时间；双方当事人讨厌风险；胜诉酬金为30%。如果原告同意和解，那么他将净得7万美元，而律师也净得3万美元。如果将案件诉诸法庭，那么原告的预期净收益将增至94,500 $[0.9 \times (150,000 - 45,000)]$ 美元，但律师的预期净收益将降至15,500 $[(45,000 \times 0.9) - 25,000]$ 美元。所以，这在原告和律师双方当事人之间就存有一种利益冲突，这一冲突全部归因于这样的事实：律师没有取得审判所得的全部收益[审判的预期净收益是正的： $(50,000 \times 0.9) - 25,000$ 。

这就成了禁止或管制胜诉酬金的理由了吗？尽管大多数国家这么认为，但事实上这肯定无法构成禁止胜诉酬金的理由。如果稍有区别的话，代理成本的存在会成为更激进方法的理由，这种更为激进的方法即为允许直接出售其法律权利（契约的损害赔偿请求权已是可转让，即可出售的；但侵权损害赔偿请求权原则上不可以转让）。反对胜诉酬金契约和法律权利直接出售这种方法的理由可能是这样会挑起诉讼（是什么样的呢？）。它们肯定使非现实的或厌恶风险的人



更容易提起诉讼，但并不一定会使诉讼增加。诉讼的可能性越大，诉讼所要实施的任何法律原则的威慑作用就越大，从而就不太可能使潜在的被告参与可能引起诉权的禁止性行为。

假定法律服务市场的许多消费者信息匮乏（一个人一生中需要聘请多少次侵权律师呢？），那么管制就有理由了。虽然我们有必要注意到这一点，即如果胜诉酬金契约对当事人不公平，法官就可以自行修正其中的有关条款，但法官的真诚程度就没必要在此作出评估了。解决律师极大地倾心于和解而非诉讼这一特定问题的办法就是在案件诉诸法庭时对胜诉酬金百分比作出更高的规定，但胜诉酬金式律师费的协议很少作出如此的规定（这表明了什么呢？）。然而，如果是上诉案件，这种协议确实常常对律师的酬金规定了更高的比例（为什么呢？）。

如果没有诉讼成本中的固定部分（在21.5中讨论过），那么很小的权利赔偿就不会产生任何法律制度的问题。如果没有那一部分诉讼成本，那么人们就会在标的很小的情况下投入很少的成本。然而，如果许多案件都有固定成本，那么更多的权利就可能得到保护，其结果是降低了法律制度的错误成本同时又不产生过高的直接成本。长期以来，存在着一种将若干小的权利请求聚合成一个足以使诉讼成本合理化的大的权利请

求的方法——换句话说，即以实现诉讼的规模经济。百货商场就起这一作用，依据消费者的权利请求而对其出售商品的制造商提起诉讼。一个购置了瑕疵产品的消费者可能没有足够的利害关系使之对制造商提起诉讼，但他在向百货商场申诉这一问题上决不会迟疑，因为商场会为他换合格的产品或向他退回货款，而且如果有数名消费者申诉，那么商场就会集中这些申诉而代表他们向制造商申诉。如果制造商不愿赔偿商场向消费者申诉承担责任的成本，商场就能对制造商提出进行诉讼的可信性威慑。

现代的集团诉讼使这一方法得以普遍化。假设牙刷制造商们已合谋实行价格垄断。数以百万计的消费者因此而受到利益损害；累计成本可能是巨大的；而每个消费者所受的损失可能只有几分钱。如果将所有这些权利请求聚合成一个集团诉讼，集团诉讼的标的是足以支付诉讼成本的。

但是，在个人权利请求很小而最需要集团诉讼的案件中，集团诉讼方法的效用也是有限的。被告可能会被强制支付相当于其违法成本的损害赔偿——但这笔损害赔偿向谁支付呢？鉴别集团成员和向每个成员支付个人损害赔偿（在我们的例证中，每人只能得到几分钱）的成本就可能会超出损害赔偿总额。实际上，从经济学的角度看，最为重要的是要使违法者承担违法成本——

这就达到了诉讼的分配宗旨——而不是要求他向其受害者支付损害赔偿。我们前面强调向受害人赔偿的重要性会促使他运用法律机制以避免采取过于谨慎的预防措施（6.4），这在此已不适用了；由于这里的标的太小，所以就不足以吸引任何受害人承担任何取得法律救济的成本。问题在于，集团成员取得赔偿的实际成本可能是极高的，而且在某些案件中可能超过诉讼所产生的威慑收益。

而且，缺乏真实当事人会削弱律师为集团利益促成案件胜诉的积极性，律师的诉讼收入是由其收受的法律费用决定的，而不是由案件损害赔偿的数量所决定的。除了被告之外，没有任何人与案件损害赔偿的数额具有直接的利害关系，所以只有他才有兴趣使之最小化。集团的律师将竭力给被告提出较小的损害赔偿数额和较大的法律费用以达成和解，而这样的条件对被告来说是很具有吸引力的，因为这两项数目的总和将低于案件诉诸法庭时被告的预期净损失。虽然法官很可能会赞成这种和解，但律师们却主要地控制着法官的信息渠道——这些信息与权利主张的是非曲直、集团律师的工作量、案件诉诸法庭时可能的损害赔偿额等有关——它们对决定和解的合理性具有极其重要的意义。

英国法和大陆法的惯例要求诉讼的败诉方补

偿胜诉方的律师费（attorney's fee，这是一种赔偿 indemnity），这可能为作为维护有价值的小权利请求方法之一的集团诉讼提供了一种选择。无论请求索赔的权利多小，只要请求人在其胜诉的情况下能得到诉讼费用的补偿，那么诉讼成本就不会阻止他对法律赔偿的追求。但是，在此还有一些问题：

1. 赔偿永远不可能是完全的，因为原告的时间和烦恼（如果是小额赔偿请求，那么其相对于权利的价值而言可能是很大的）是得不到补偿的（它们可能得到补偿吗？）。

2. 除非原告必然胜诉，否则，他的预期诉讼成本仍可能超出其预期收益。如果他请求赔偿1美元，其胜诉的几率是90%，诉讼费用为100美元，那么其预期诉讼收益将只有90美分而预期诉讼成本却要20美元（在原告败诉和被告诉讼成本也为100美元的情况下，原告就将承担总额为200美元的律师费）。由此，原告就不会起诉。

3. 赔偿不具备集团诉讼的规模经济特征。假设有1,000个完全相同的1美元赔偿请求，每一请求的诉讼成本为100美元，其胜诉几率为100%。如果1,000个权利请求人全部起诉——他们可能会这么做，因为每人的诉讼净收益为1美元——那么维护这些权利将花费10万美元。如果这些权利请求被积聚成一项集团诉讼，那么诉

讼费用就可能只有这个数目的一小部分。（为什么这一例证是不真实的？为什么这无关紧要？）

但是，得出以下结论也是不正确的：如果集团诉讼不是一种合适的选择，由于价值1,000美元的权利请求需要花费1万美元的诉讼成本，那么赔偿就会造成在社会角度看来是过量的诉讼成本。这种诉讼的可行性首先已全面地阻止了被告实施不当行为的可能性。这是赔偿的一项重要收益（而且它还表明了比较权利请求诉讼成本和权利请求价值时易犯的错误）。但是，集团诉讼是更具效率的一种诉讼方法。

对赔偿最有争议的问题是其对诉讼发生率的影响，包括其拥护者也将法院的工作量危机归结为赔偿。由于赔偿这种方法，作为诉讼条件的21.5中的不等式（1）却变成了

$$) C + S > P (J + C) + C - (1 - P) C - S$$

（3）

现在，原告在胜诉条件下的收益（和被告在败诉条件下的损失）同时包含了原告的诉讼费用（C）和损害赔偿裁定额（J）；但原告的预期收益必须扣除以原告败诉主观几率（ $1 - P_p$ ）折算的被告诉讼费用（也是C）。为此，被告的预期诉讼损失也有必要作相应的调整。

不等式（3）可以被改写成：

$$- P) J > 2 [ (P$$

这一程式与不等式(2)（无赔偿情况下诉讼的相同条件）之间的差异在于右边。不论 $(P+1-P)$ 大于或小于1，不等式(4)中的右边数就会大于或小于不等式(2)中的右边数。如果 $(P+1-P)$ 小于1，那么不等式(4)中的右边数就会小于不等式(2)中的右边数，从而更有可能使诉讼在一种赔偿制度下进行。只有在 $P$ 大于 $P$ 的情况下——即只有在被告所估计的原告胜诉可能性高于原告自己所估计的胜诉可能性时， $(+1-P)$ 才可能大于1。但在这种（共同悲观的）情况下，案件无论如何是可以通过和解得以解决的。所以，为了估价赔偿对诉讼可能性所产生的影响，我们可以将注意力集中于 $P$ 。超过 $P$ 的这一类案件之上——在所有这些案件中，赔偿使诉讼比由于不等式(4)右边数小于不等式(2)右边数而没有赔偿更有可能发生。（你能对这一结果作出一个直观的解释吗？）

#### 4. 赔偿会产生附属诉讼

（satellitelitigation），而这种诉讼是成本很高的。最大的成本在于决定原告诉讼努力的合理成本。为什么不给定他一种实际成本呢？问题在于赔偿在一方面看来是外在成本的内在化，但在另一方面看来是产生了外在成本。依据美国的法律规则，每一方当事人都将另一方当事人的诉讼成本外在化。依据英国法和大陆法的规则，每一方

当事人都将其自己的诉讼成本外在化。他之所以选择了诉讼而非和解，是因为他预期他会胜诉，这在英国法和大陆法中就意味着他预期将其诉讼成本转移到对方。从社会的角度看，这可能会使他花费太多。为了控制这种外在性，法院在法律费用赔偿案中只判给他合理的律师费。它们努力地去计算出不存在外在性的法律服务市场中对此类案件的最佳法律服务的收费。这提出了一些困难的问题。附属赔偿诉讼的存在和成本使以下问题更为不确定：赔偿在实际上仅仅通过强制每一方当事人将另一方当事人的诉讼成本外在化而降低了诉讼量和诉讼成本总量。

但是，这种分析是不完美的。

1. 由于赔偿增加了诉讼可能结果的方差，所以它就减少了风险厌恶者们的诉讼。如果没有赔偿，那么原告胜诉时就取得 $(J-C)$ 而败诉时就支付 $C$ ；由此其诉讼结果的范围就是从 $(J-C)$ 到 $-C$ 。如果采用了赔偿措施，那么诉讼结果的范围就会更宽，即从 $(J-C)$ 到 $-2C$ 。这一分析同样也适用于被告。但是，风险厌恶对诉讼有多大的影响呢？在法人诉讼（例如，大部分的违约诉讼）中，它的影响可能并不大（为什么？）。即使在个人诉讼（例如，大部分的侵权诉讼）中，由于原告的风险可能为胜诉酬金契约所缓解（如何才能被完全缓解呢？），而且被告可能是

一公司或已受保险（或两者兼具），所以它的影响也不可能很大。

2. 在赔偿制度下，夸大其胜诉几率的当事人将遭受更大的成本（为什么？）。由此，赔偿将使当事人对诉讼可能结果的估计有更大的收敛，从而会减低诉讼的发生率。顺便要提及的是，这表明了赔偿是英国法律制度的规则而从未在基本相似的美国法律制度中流行的原因。英国法官严守服从先例原则；由于英国议会比美国的立法机构具有更高的素质（它是一种有效率的单院制议会，而且为行政部门——内阁所控制）所造成的英国成文法更具明确性；英国对民事陪审团的废除；由于没有州的建制和没有一部可依之审判的宪法所造成的英国法律的简明性；所有这些，都使诉讼结果在英国比在美国更易预见。在更容易避免的意义上，这又使一个关于结果的错误预测在英国更应受到处罚，从而使惩罚这样的错误比类似我们的制度更能减少错误的发生率。在我们的制度下，由于诉讼的不确定性，这样的错误预测是无法避免的。由于司法程序有很大的随意性，所以处罚错误的预测就成了要人们对其不可避免的事故承担责任——这种责任的经济性是有限的。详尽的成文法典、职业性的法官制度和缺乏作为大陆法系标志的陪审团，这些都可以解释赔偿既是大陆法又是英国法的规则的原因。



3. 相关的观点是，即使依据美国法律，如果另一方当事人的权利主张（或抗辩）明显没有理由（无意义），那么胜诉方照样可以取得其法律费用的赔偿。也许在我们的制度中，大量并非没有意义但却败诉了的权利主张和抗辩是在经济意义上不可避免的错误结果。也许，即使在一个无意义的案件中，由于拒绝和解条件及随后败诉的成本是由作出错误预测的人承担的，所以处罚依然是不必要的。另一方当事人也承担了诉讼成本，而且据我们所知纳税人也承担了一些诉讼成本；这些成本对败诉方来说都是外在性的。

4. 走向英国法和大陆法规则的另外半步是联邦民事诉讼规则第11规则，它要求律师对其向法庭提交的任何文据进行基于事实和法律的调查。这一标准与过失案中的标准也相像。对违反第11规则的处罚通常是，要求律师或其当事人向另一方支付为使其基于不当调查的申请和损害赔偿请求败诉而产生的费用。经济分析认为，第11规则的作用是复杂的。一方面，它通过提高粗心律师业务的成本而降低了这种事件的发生率。但在另一方面，由于细心的律师业务是成本很高的，第11规则可能会提高法律服务的价格。由此，当诉讼成本由于阻止了对方当事人的粗心律师业务所产生的一方当事人法律开支降低而下降时，这种诉讼成本下降可能会被更高的法律服务

价格所抵消。而且，如果诉讼成本确实下降了，诉讼就会增加。

虽然我们还不清楚赔偿是否是在总体上提高、降低或并没有改变诉讼发生率，但在进行任何总体评价时，一些其他的作用是必须考虑到的。如果正如我们假设的那样，法律错误率实际上真是当事人诉讼开支的负函数，那么赔偿就会因导致诉讼开支增加而减低法律错误率。这是因为，由于乐观的诉讼当事人预计其诉讼成本最终将由其对方当事人承担，所以赔偿就鼓励他花费大量的诉讼成本，虽然法院拒绝判给他超过合理费用的赔偿将限制这一倾向。

赔偿会由于鼓励有价值的小权利索赔请求和相反地阻碍了公害索赔请求——这种意义不大的权利请求只是在希望被告能被劝使进行支付微小数目的赔偿以求和解的情况下才能提出——而进一步减少法律错误。如果没有赔偿，那么一项双方当事人都认为全然无意义的权利请求的预期诉讼净成本就是C，对原告和被告而言都是一样的。但在有赔偿的条件下，这种权利请求的预期诉讼净成本对原告而言将升至2C，而对被告而言将降至零（你能明白其原因吗？）。如果责任规则是严格责任，那么赔偿就会对增加有价值的权利请求的数量具有非常大的影响，它并不通过为未来的被告付费而降低其活动水平从而减少其责

任暴露，而且许多潜在的权利赔偿请求都只是要求取得很小的一笔钱。有了赔偿，权利赔偿请求就会有很大的增加，因为依据假定，未来的被告不会因为想着要支付诉讼成本赔偿而不从事权利请求的行为。

## 21. 10第68规则和单方面赔偿

联邦民事诉讼规则第68规则规定，如果被告在审理前提出和解条件，而原告拒绝接受并且在随后的审判中所得到的结果还不如和解条件，那么原告就必须自行支付其诉讼成本，尽管它作为胜诉方在一般情况下有权坚持要求被告支付双方的诉讼成本。第68规则提高了案件中的和解率吗？答案可能是否定的。这一规则使原告为诉讼付出更高的成本，因为即使他能胜诉他仍可能要支付其自己的成本（有时包括其律师费），所以他在案件和解中的要求会低些。但由于同样的原因，被告能在诉讼中经受的损失也会减少，他的要价也会低些。这样，和解的范围并没有扩大。但是，这一规则有一种可能促进和解的间接作用。它促使被告提出一个现实的和解要价——即一项与原告的预期审判收益很相近的要价，因为如果要价不现实而被拒绝，从而使案件诉诸法庭并且原告胜诉，那么被告只有在以下情况下才能得益于他的和解要价：原告的审判得益还不如其接受要价的得益。

在有些情况下，被告不可能提出一项超过案件诉诸法庭和原告胜诉情况下判决结果的要价。例如，假设原告认为他对10万美元有50%的胜诉可能，从而他就不会接受低于5万美元的和解要价（我们在这一例子中诉讼和和解费用可忽略不计）。如果案件诉诸法庭，那么就不存在任何中间的可能性，原告要么胜诉而取得10万美元，要么败诉而一无所获。被告认为原告只有40%的胜诉可能，所以他的要价就不会高于4万美元。由于被告对原告胜诉可能性的估计要比原告自己的估计更恰当，所以这可能是一项适当的要价，但被告仍无法从要价取得第68规则的收益。如果原告败诉，那么，第68规则就不起作用了（因为那时他作为败诉方无论如何要支付其自己的诉讼成本）；如果他胜诉，那么他将取得10万美元，这将超过被告的要价。

第68规则的主要作用就是将财富从被告向原告转移——但即使在这一规则适用于律师费的情况下，这种财富转移量也不会很大。除非原告预期案件诉诸法庭会对他更有利，否则他就不会拒绝第68规则的和解要价，而且如果审判结果并不比和解要价对他更有利，这就意味着他拒绝和解要价是一种错误。由此，这一规则只在原告犯有错误时才惩罚他。但这一点却忽视了风险厌恶。如果第68规则起作用，尤其是在这一规则既适用

于律师费又适用于其他常规诉讼成本时，接受或拒绝和解要价的决定就具有更大的风险。在一方面第68规则使被告有更高的积极性提出现实的和解要价，从而和解要价就会显得更加慷慨。如果原告拒绝接受这种要价然后判决结果又不如这一和解要价，那么第68规则就会使被告获得更大的利益。由此，这一规则也许只是稍微不利于原告。

第68规则是偏向被告的；成文法（更常见）只使胜诉原告才有权取得诉讼成本赔偿，这是偏向原告的。在这样的制度下，不等式（3）会变成

$$(J+C) - C + S > P$$

它也可被改写成

$$J > 2[(P/2) + 1 - P]$$

在所有  $J > P$  的案件中，诉讼所必需的共同乐观情况的发生、与不等式（4）相比较、与英国法和大陆法规则相类似的条件下，所有这些都表明，诉讼不太可能发生。其原因是 inequality 右边的负数——（）——已被一分为二。但与不等式

（2）的比较表明：与在美国规则下相比，诉讼更有可能发生。你能考虑到这一结论的直观理由吗？（暗示：依利害关系排列这三种规则。）这一结论与以下的传统观点是相矛盾的：单方面赔偿比任何其他规则都更能激起诉讼。然后，应该

指出的是，当英国规则阻止公害权利请求时，赔偿却由于只有利于原告而鼓励了这种诉讼。

## 21. 11已决案件不得再诉原则和间接的禁止翻供

法院不允许（已决案件）的相同当事人之间再就相同的权利主张提起诉讼（*resindicata*），这可能是令人惊讶的。由于当事人败诉，他可能会愿意再次进行诉讼；败诉仍是其第二次诉讼可能结果的证据。但为什么要禁止他再诉讼呢？就像禁止登广告的人再进行数月前第一次时失败的广告竞争一样。其答案是，再诉是需要成本的，但由于我们无法决定前后矛盾的一系列结果（A诉B，结果败诉；A再诉B，结果胜诉；为此B又再诉A以补偿其对A的赔偿，结果B又胜诉；依此无穷）何者为正确，所以减少错误成本的收益在总体上为零。无论这一诉讼链在哪一环断裂，我们都没有任何理由认为最新的判决会比以前与之相矛盾的判决更为正确——假设不同诉讼中的利害关系相同或相似，并且（一个相关的观点）第一个法庭和以后的法庭（例如，不是交通法庭）在审判水平上是差不多的。为了使人们明白第二次诉讼中的错误成本并不可能比第一次诉讼中的低，这两项假设都是必要的。

已决案件不得再诉原则还禁止原告对其赔偿请求进行“分诉（”。假设原告对被告提起的诉讼

有侵权和契约两方面的诉因（cause of action），但却都出于同一事故。他就不能先就诉讼的一个诉因提起诉讼，然后再依另一诉因提起诉讼。虽然它们是同一诉讼的不同诉因，但它们仍将被看作是一项单独的权利请求，而且从经济上考虑将这两种责任理论置入同一诉讼之中是合理可取的。

顺便要问的是，如果要求赔偿律师费的英国规则得以实施，那么已决案件不得再诉原则还有必要吗？如果全部诉讼成本都得以内在化，那么这一原则还有必要吗？

一个有意义的问题是，在什么情况下，判决才能用以禁止在以后不一定对原来同一当事人的诉讼中就相同的问题进行再诉（间接的禁止翻供，collateralestoppel）？假设，A诉B，A胜诉，然而A又诉C，而且有些已在A诉B的案件中得到有利于A的解决的问题（也许是由B销售的产品是否是C在设计上有瑕疵）又在A对C的诉讼中成为争议。我们如果为了禁止这些问题的再诉而允许A援用前面的判决，那么就会产生严重的法律错误风险。能用以前的判决预先解决以后诉讼中争议的预期会使A用过量的资源以在其诉B的问题上胜诉。例如，他可能选择那些在争议的正确裁定中利害关系不足以使之投入大量资源，以使法庭作出有利他的裁定的人作为其第一个被告人

(B)，而他(A)会对此投入大量的资源，以期在以后的诉讼中得益。

现在我们可以改变一下事实：B在A对他的诉讼中胜诉，并试图用这一判决来预先解决E对其提出的类似诉讼中的关键争议。由于B大概无法选择谁先诉他，所以以上讨论的问题要略显轻微。但这种危险仍然是存在的，即他可能对这一争议的审判投入不相称的资源，以期得益于能用之解决以后的诉讼。

这样的案件并没有给法院带来多少困难。但我们可以作出这样的假设，A诉B并已胜诉，E对B提起类似于A提起的诉讼，并试图用法院对A的诉讼所作出的判决来禁止B对任何共同的问题提起再诉。这就是进攻性间接禁止翻供

(offensivecollateralestoppel)。除非A与E之间有共谋，否则我们就没有必要害怕A会由于希望用这一判决对其他被告提起诉讼而在其对B的诉讼上投入过量的资源，他决不会这样做。在这种案件上应用间接禁止翻供的危险相反地是，B可能会投入过量的资源对A提出的诉讼进行抗辩，因为这一案件的败诉可能会对其以后的诉讼造成更大的责任。当然，如果B在对第一次诉讼进行过量投入后仍然败诉，那么就更足以证明A的权利主张是合理的；由此，为什么还有必要对其诉讼要素进行全面的重新证明呢？但如果允许E如此



应用A的诉讼判决，那么B就会如我们说的那样进行竭力的不相称投资以对A的起诉抗辩，而这就会使该案增加有利于B的错误判决的危险。

我们现在可以讨论一下防卫性间接禁止翻供（defensive col-lateralestoppel）。假设，A对F、G、H有相类似的权利请求，但他先诉G，并且结果是败诉。F和H有权依法院对G的判决而禁止A对他们的权利主张吗？据推测，A会选择最有说服力的案件首先起诉（为什么）；如果他对此败诉了，那么这就意味着其余的案件也是没有法律依据的。但现在的问题只是刚才讨论的有关进攻性间接禁止翻供问题的另一面。由于A知道第一次诉讼的败诉会是一种灾难，所以他就可能对此倾注大量资源。而B的利害关系却要小得多。这种不对称现象可能会使A在一些不该胜诉的案件上胜诉。如果我们允许以后的被告用有利于B的判决（如果有这种判决的话）对付A，那么这种结果的可能性就会得以增加。

由于这两种间接禁止翻供似呈对称性，所以法院更易接受防卫性间接禁止翻供而不是进攻性间接禁止翻供这一点就尤为令人惊讶，至少从经济学的角度来看是这样的。

## 21. 12法院延迟和案件数量危机

自从莎士比亚时代以来，法律延迟（law'sdelay）一直是大众文学中谈论的一种悲

哀，但对法律延迟的许多传统批评却是肤浅的。成本和时间之间的反关系（参见10.8）表明，消除一件诉讼开始和判决间的全部时间间隙会是无效率的。而且，法院延迟是一种有别于“实际性”排队的“象征性”排队。在餐馆排队等待餐桌是一种实际性排队，顾客要对此承担价值相当于其等待时间的机会成本。而法院延迟却不会产生这种成本，因为诉讼人在等待法院审判时尽可以去作自己的事。但是，不正当的法院延迟会产生一些其他成本（它们是些什么成本呢？）。

正如我们时常指出的那样，过度的法院延迟是以下事实的必然结果，即诉讼的需求是大量的而法官的时间却是有限的。人们对于龙虾的需求也是很大的，但扩大生产以满足其新的需求增长的能力却是有限的。由于龙虾是依价格供应的，而司法时间并非如此配给，所以人们就排队购买诉讼，而不会排队购买龙虾。如果对龙虾的需求大于其供应，那么价格就会上扬，直到供求相称为止。对希望将其案件进行尽快审理的人适用的附加费适当累进的制度就对诉讼具有以上相同的作用。如果市场供求平衡（消除排队）所必需的价格很高，那它就标志着投入资源雇佣更多的法官可能是成本合理的。价格可能会很高，所以只有一小部分诉讼人才可能有足够的兴趣对其案件的尽早审理支付附加费用。这就表明我们不一定

要增加法官。

虽然大约自1960年以来人们对法院服务（包括州法院和联邦法院）的需求已有了很大的增长，但我们却仍没有努力用价格制度来缓和需求和引导供给反应。对需求增长的主要反应就是增加法官和司法助理人员。这样的反应不可能只在很短时期内才会对法院延迟产生很大的作用。由于提高了法律救济的质量，所以法官数量的增加就会诱使那些原先已因法院延迟而不再诉讼的人用法院解决问题，这至少对那些重视即时司法审判的人是这样的。这可与为缓解交通拥挤状况而修建新的高速公路相类比。新的高速公路可能会吸引那些原来由于交通拥挤成本而以其他交通方法替代驾车的人，直到新的高速公路的拥挤状况与其替代的其他道路的拥挤状况相同为止。在这两种例证中，由于增加供应所采用的方法降低了与质量相应的价格，所以政府也就增加了需求。

图21. 3描述了私人市场中非预期性需求增长所产生的影响。在短期内，如果供应不变，那么需求的增长（从 $D_1$ 至 $D_2$ ）就会引起价格的明显上涨（从 $P_0$ 至 $P_1$ ）。但就长期而言，一旦生产者能扩大其生产能力而满足新的需求（这就是长期供应曲线 $S_2$ 低于短期供应曲线 $S_1$ 的原因），价格就会从 $P_1$ 降至 $P_2$ 。但由于生产者从其他产业竞相购买他们所需的投入会引起这些投入的价格上

扬，所以产品价格绝不可能直降至 $P_0$ 。换句话说，供应的长期弹性并不是无限的（ $P_0$ 和 $q_0$ 交点之后的一支水平线），因为用于生产上述产品的有些投入相对其需求而言是天然稀缺的。

如果将这一模型置换成司法问题，我们就会由于提高起诉费所造成的司法服务价格上涨而要在短期内满足无法预料的需求。但我们并没有这么做。例如，自1960年以来，联邦法院的起诉费（*filing fee*）依实际价格（即依通货膨胀率作出调整）算已有所下降。

就长期而言，如果法院服务供应的长期弹性是无限的，那么只增加法官和其他法院人员而不提高司法服务的价格以对需求增长作出反应是有道理的，而且这可能是一种适当的方式。如果一个产业是由许多规模相当的企业所组成的，因而成本也大概是相当的（为什么？），那么创设类似的新企业就能满足人们对该产业产品需求的新增长。从长期来看，产业的平均成本不会有多少提高。这是接近无限弹性长期供给的现实世界。看起来好像是这样的，司法系统中每一名法官像是一个小企业，所以对司法系统服务需求的新的增加可通过在不增加平均成本的条件下增加法官而得以满足。但这忽视了这样的事实，即当法官数量增加时，特别是在由全体陪审员参加而非由法官自己单独决定的上诉法院中，作出司法判决

的交易成本也会增加。我们可以通过使司法制度更加等级化而在某种程度上抑制这种交易成本的增长。等级制度是工商企业和其他机构克服在许多地位相同的人之间进行谈判而作出决策情况下所产生的交易成本的方法。大多数州（和联邦法院制度）中介于初审法院和最高法院之间的中间上诉法院的产生是先辈们为了解决案件数量增加问题所采用的方法。但增加司法等级会由于产生案件上诉的新阶段而造成延迟。

何者为解决案件数量问题的更佳需求反应：是提高争讼最低限额还是提高起诉费？经济学赞成后一种方法。限制最低争讼额的办法就等于对限额以下的案件收取无限的起诉费，而对限额以上的案件免收起诉费。这并不是在不同司法制度间对各种案件进行拣选的最佳机制。相反，固定的起诉费会对诉讼起到一种比例递减税的作用。例如，对一个标的为1,000美元的案件而言，1,000美元的起诉费就构成了100%的税收；而对一个标的为10万美元的案件而言，1,000美元的起诉费只构成了1%的税收。如果依诉讼的法律制度成本（不仅包括直接成本，而且包括引起其他案件的成本）来确定起诉费，那么诉讼人（大概是原告，但原告在胜诉的情况下可要求被告赔偿其诉讼成本）就会面临应用司法制度的全部社会成本。限制最低争讼额的规定并没有这样

做。

以上两种规定都可能由于其有利于富人而遭到谴责。但是，即使标的和财富呈强烈的正相关，这种指责和批评仍是片面的。由于案件中的标的越大，当事人在诉讼上的花费就越多，而且由于诉讼的花费越高就越能降低错误成本，所以不论富人还是穷人，全社会（以什么假设为前提？）都会尽力将最高质量的司法资源配置于最大的案件，而让较低质量的法庭去审理较小的案件。

另一方面的批评是，一种全面补偿起诉费的制度会由于向诉讼人收取司法制度本身的成本而消除诉讼补助（这在上一章中已简单提及），而这种补助可能因诉讼为社会创立行为规则所产生的外在收益而被证明为合理。限制最低争讼额的规定保留了这种补助，因为如果案件符合这种规定，诉讼人就没必要支付司法制度成本了。但补助方法只有通过从意在归还司法制度全部诉讼成本的收费中减去最佳补助才得以在起诉费制度中保留下来。而且，对法院拥挤和延迟担心本身就说明，现存的诉讼补助过大了。事实上，现在的最佳补助可能应是负的，在这种情况下，政府可能应该支付一些和解成本，而不是诉讼成本（实际上，近来我们已在朝这一方向发展）。

起诉费对贫困的诉讼当事人（许多诉讼当事

人，尤其是刑事被告和囚犯都是贫困的）似乎是无用的。但这是错误的。即使起诉费不是由诉讼当事人自己支付，任何支付这一费用的人都会积极（现在的制度还不具有这种激励作用）比较诉讼的全部社会成本 and 其对诉讼当事人的收益。

由于对起诉费实行全面补偿，我们就可以考虑废除关于法律地位的规定——这就基本意味着，原告为了资助诉讼必然会遭受实际损害，而如果他胜诉，那么这种损害将会得到改善或赔偿。如果诉讼人必须支付包括所有拥挤成本在内的所有应用司法制度的成本，那么法官们就不再需要为诉讼人在案件中的标的担心了。诉讼人会比较其诉讼的收益和诉讼的全部社会成本，如果前者超过后者，他就会像我们在那种情况下所希望的那样提起诉讼。所以，从经济学的角度看，法律地位规则和最低争讼额规定作为配给应用法院以进行诉讼的机会的方法都不如收取实际的起诉费这一方法。

但是，这里还有一项法律地位规则存在的理由：这是一种配置法律主张财产权

（property right to legal claims）的方法。假设A在纽约骚扰B，其原因是B在种族和性别问题上持“不当的政治立场”。在加利福尼亚的C知道这一情况后感到很气愤并起诉了A，要求法院发放禁令。但B认为C不具备提起诉讼以达到使B满意

的结果的能力。也许C是一个保守主义的“公共利益”律师事务所，它感兴趣的是使人们对这一问题的政治性矫正引起重视而不是取得使B省事的法院禁令。法律地位规则不允许C起诉，而且通过这样做而将起诉的排他权赋予最重视这一权利的人。

## 21. 13陪审员和仲裁员

对试图寻求民事陪审团审判（civil jury trial）的当事人而言，法院排队几乎总是最长的。这在经济学上是有道理的。由于陪审团费用（我们应该明白，这还不是陪审团的实际社会成本）及陪审团审理案件要比法官审理案件需要更长的时间（为什么？），所以这些案件的审理成本要比非陪审团案件的高。由此，要求陪审团审理的当事人就不得不在更长的队列中等待，从而“交付”更多的费用。

很明显，陪审团的出现是有其政治原因的。但其对刑事案件和政府作为一方当事人的其他案件的政治作用（将在23. 1中作简要论述）是非常有限的。现在，美国是唯一的一个在私人案件中经常使用陪审团的国家。可能有疑问的是，陪审团审理成本的增加是否能为事实调查错误的减少（如果可能有的话）所抵消。陪审团问题还为经济分析提供了广泛的领域。

一旦我们决定将查明事实的任务交给外行，



那么，为了这一目的我们就必然要用几个外行人而不是一个。由不同经历和不同观点的人们来一起评议案件就会抵消职业法官更大的专长，陪审团在查明事实和适用法律上替代了职业法官；将审判任务交予单个的外行人所造成的错误成本可能是巨大的。这表明，我们有必要进行权衡以设计一种经济上最佳的陪审团制度。扩大陪审团就会由于增加经历的多样性和与查明事实过程有关的能力的多样性而降低错误成本——例如，我们可以使以下情况发生的可能性更大些：陪审团中将至少会有一个能集中大家评议而又富有洞察力和擅长发言的陪审员。但同时，由于这种方法增加了需要支付薪金的人员、他们花在评议上的时间和悬而不决及再审的几率，所以它就增加了陪审团的直接成本。而且，像其他形式的多样化一样，扩大陪审团的规模（假设选择是随意或几乎随意的）会降低极端结果的风险。（如果你是一个侵权案的被告，你是赞成有一个6人陪审团还是一个12人陪审团呢？）但在同时，增加应向其付费的人员数量就会增加陪审团的直接成本、增加陪审团考虑问题的时间量、增加陪审团意见不一致而无法作出评述的几率，从而增加重新审判的几率。（后两种成本是交易成本。）

陪审员数量之外的另一个成本-收益分析的变项是，陪审团裁决所要求的多数原则。一致同意

规则所花的成本要比简单多数规则高。通过商议而得出一项一致同意的陪审团裁决需要较长的时间——有必要在更多的人之间达成协议，从而会增加产生悬而不决陪审团的可能性。但由于要求每个陪审员都信服为某些人所赞成的结论的正确性，所以评议的质量就可能得到提高，从而也就降低了错误成本。事实上，与多数同意规则相比，一致同意规则提高了陪审团的实际声望。

初看起来，用征募的方法任用陪审员是效率非常低的。它会使人们对陪审团的社会成本估计不足，从而造成对陪审团的使用过度。但如果不使用强制手段，我们就很难得到具有不同经历的陪审团成员——大概将陪审员用于查明事实会更为有效。如果我们规定的酬金仅仅能满足陪审团职位的数额，那么就会产生一个主要由低收入人员组成的陪审团。如果我们规定的酬金足以吸引高收入的人们，那么就会造成人们对陪审团职位的过度需求（为什么？）。如果法院用一些合理的标准——教育程度、职业及任何其他——来配给这种过度的需求，那么陪审团就会失却其样本随机性，而正是这种样本随机性因素才是其作出正确事实判断能力中的积极因子。

陪审员不是唯一用于决断法律争端的外行人。许多商事仲裁员（arbitrator）都不是律师（但许多劳资关系仲裁人都是律师），而且，依

规定没有一个是政府雇佣的法官。仲裁员和陪审员的区别在于，前者因在法律争端的某一领域有专长而得到选任，而后者恰恰在于其没有专长！尽管如此，这种差异还是可以理解的。我们需要在专长和公正之间进行抉择。一个人对某些生活领域知道得越多，两方争讼人的辩论和证据对其解决争端的决定所产生的影响就越小，从而对其知识的增加就越少。然而，专家是具有更大影响和权威性的。如果双方争讼人愿意（通常是在争端发生之前所作出的选择）接受专家对争端的裁决，我们就没有任何理由不尊重他们的选择。但法官和陪审团却执行着政府的强制力。由于人们坚持主张法官和陪审团对争端知之不多而不可能倾听争讼人的意见，所以这种权力就得到了缓冲；又由于陪审团的成员不只1人，所以这种权力就分化了。

## 21. 14 上诉

诉讼中的败诉方当事人有权向上级法院上诉（appeal）。上诉具有两方面的社会宗旨：降低法律错误成本（这与前面讨论的已决案件不得再诉和间接禁止翻供原则相一致吗？）；使统一的法律规则得以创制和维持。由于败诉方当事人上诉的目的并不是为了改进法律，所以从社会角度看，尽管我们给上诉（作为一种审判）程序以适当的补助（包括不向当事人收取任何法官的薪金

和相关费用），上诉仍可能是过少了。但这里有一种自然的均衡机制。如果一个阶段的上诉太少，那么上诉法院的先例产出就会下降，这就使人们难以解决他们之间的争端（因为他们不可能就案件可能在法院得到如何的裁定达成共识，结果就会在以后的阶段产生更多的诉讼，同时也就形成更多的上诉）。

上诉法院要对纯法律问题进行全面的审查，即绝不迁就初审法院法官在这些问题上的意见。如果在这些问题上作出了迁就，法律就会因初审法院法官的变化而变化，从而人们也就不可能（或至少很难）理解法律的真实含义。但上诉法院确实非常明显地尊重初审法院法官（或陪审团）所查明的事实。由于各案件的事实无论如何是不同的，所以事实调查的统一性就显得不很重要了；而且，审查事实的法官在确定事实上所花的信息成本要比没能见到证人的上诉法官所花的低。

上诉法院并不变更无害的错误，因为即使案件得以复审，变更这样的错误也不可能产生不同的结论。在这种案件中，如果撤销判决，那么相对于下一步进行审判的初审法院诉讼成本而言，其预期收益是很低的。

关于可上诉性（*appealability*），最有意义的问题也许是，在什么情况下才可以对初审法院的

裁决提出上诉？什么时候可以正式提出上诉或只有在初审法院诉讼结束以后才能正式提出上诉？实际上，像所有州和许多其他国家一样，联邦法院系统已采纳了有利于将复审延迟至初审法院诉讼结束才开始的设想。这就是最终判决规则

（final judgement rule）。但它却为一些例外所困惑，这在某种程度上是不可避免的，正像我们通过考虑这一规则的正反两方面辩论所能理解的那样。

允许对中间（在诉讼期间宣告的）裁定（intermediate or interlocutory ruling）进行即时上诉（immediate appeal）有两方面的益处：其一，避免确定裁定之正确性过程中的延迟；其二，即时确定裁定的正确性可能会防止初审法院的冗长诉讼，例如在地方初审法院错误地拒绝撤销起诉的请求时，这就是正确的。但是，这两种收益还伴随着两种成本。其一，由于上诉不断打断法院在诉讼期间所宣告的决议，所以总体诉讼就有可能被延迟；其二，推迟上诉复审就可能阻止不必要的上诉程序，因为初审法官在诉讼期间发出的许多决议往往到诉讼结束时仍是争论未决的。例如，假设一个法官一再作出不利于原告的裁定（例如，问题在于证据的可接受性），但原告在最后还是胜诉了。在一种允许自由地进行中间上诉的制度下，他可能在每一中间裁定作出的

时候都进行上诉；但如果不允许中间上诉，那么所有的裁定都可能由最终判决而引起争论。

将上诉推延至案件结束，在经济学上还有另一个理由。如果我们不必考虑在同一案件中进行10次上诉，那么上诉法院就会只考虑（也许）具有10个问题的1次上诉，而且就这些问题都是相互关联而言——例如，它们都基于同一事实——即使1次上诉中包含有许多问题，它所花法官的时间也比同一案件中10次单一问题的上诉少。

要注意的是，中间上诉

（interlocutory appeal）制度以上诉法院的时间为代价使初审法院的时间得以经济化，而最终审判规则则恰恰相反。在前一种情况下，初审法官在裁定上诉的同时还将工作停留其上，如果法官运气，第一次（或随后的）上诉就了结了这一案件；但上诉法院就可能被上诉所淹没。在后一种制度中，初审法官可能会被迫处理冗长的诉讼，虽然他最后可能会发现他早先作出的命令是错误的而不得不重新处理整个诉讼。但是，上诉法院可引以自慰的是它知道初审法院的单个案件所产生的东西不可能比一个上诉案件产生的多。

无疑（至少回顾一下），联邦法院更加重视上诉法官（与初审法官相比）时间的经济化。司法制度金字塔结构的原因与联邦司法制度的地区布局是分不开的。我们已经看到，由于没有许多

法官就不能有效地完成上诉程序极其重要的任务——维护法律合理的统一性和连续性，所以如果不增加上诉法院的新等级，在一个单一集权体制中的上诉法官数量就不会有无限的扩大。如果上诉案件的数量过多以至于少数几位法官难以处理，那么他们就会分成几个更小的小组，但随之出现的就是小组之间的协调问题。到最后，唯一的解决办法就是另设一个上诉复审等级。联邦法院就是一个三审级法院制度，尽管进入第三审级即最高法院的上诉是有限的。但如果允许自由地进行中间上诉，三个审级就不够了；它们在纽约州就不够，因为这一州异常宽松地允许中间上诉。

由于第一上诉审级（纽约州最高法院上诉小组）通常是设在初审法官的同一办公楼内，所以多级上诉体制（multiple appellate tiers）在纽约是切实可行的，从而也使中间上诉能得到及时的处理。但要在全国范围内建立这样的制度却是非常难以想象的。美国的许多城市只有一到两位联邦地方法官，即使允许自由地进行中间上诉，这种城市也不能保证上诉法官小组有足够的工作可干。上诉法官就不得不在审判区管辖范围内作巡回审判，或律师就不得不在初审所在城市之外的其他城市提起中间上诉；这两种情况下都会发生相当的延迟。如果交通条件还像联邦法院初建时

那样，那么这一问题就完全难以得到解决。所以，联邦法院最初采用最终审判规则是合情合理的。

然而，许多案件的成本收益平衡严重地倾向于赞成即时上诉，而且如果不对这种情况作出规定，联邦司法制度可能会过于严格。例如，如果法院命令是一项强制被告关闭其企业的预先禁令或是一项关于潜在财产处置争端的裁定，而这种命令要是以其他方式决定就会使审判拖延一年，由此，延迟对中间命令（interlocutory order）的复审就可能造成很高的成本。所以，出现以下情况是毫不令人惊讶的：成文法允许对是否发布法院禁令的中间命令立即进行上诉，判例法原则，即间接命令原则（the collateral order

doctrine）在命令涉及诉讼事实的个别问题和必须用即时诉讼阻止对上诉人造成不可弥补的损失时，允许对并非终结整个诉讼的命令立即提起上诉。假设，为了保证在被告败诉的情况下也能赔偿原告有权取得的一定数额的诉讼成本，初审法院拒绝要求被告公布其债券。如果人们不能对这种法院命令立即提起诉讼，结果原告胜诉而被告无力支付这笔钱，原告就很不幸了。这样，放弃即时上诉将可能造成很大的成本。而且由于债券问题与诉讼事实完全无关，所以对债券和诉讼事实上诉进行分别审查也不存在任何司法不经



济。

## 21.15适用法律的选择

假设，A州的居民在B州驾车时伤害了B州的一个居民，B州居民对此提起诉讼。我们应适用哪一个州的法律来裁定双方当事人的权利——A州的还是B州的呢？两个州在诉讼结果上都存在着利害关系。最简单地说，如果A州的居民胜诉，那他就会得到更多的钱，从而也使A州得益；而如果B州居民胜诉，同理，B州会由此得益。这些得益会相互抵消，所以我们可以忽略不计。但A州还是想让其居民能在B州不受不适当限制地驾车，B州要求保护其居民不受过失司机的伤害。换言之，在这一争讼上，两个州都存有资源配置和财富分配的利益。而且，事故发生在B州，这一问题就变得很重要了。假设，B州的规则适合于B州的驾驶条件——道路、气候等状况。这样，由于对发生在B州的事故而言（根据刚才提及的限制条件）它具有管理上的比较优势，所以传统普通法规则是有其经济合理性的。它规定，无论赔偿侵权的诉讼在何地提出，我们都应该适用侵权发生地的法律。

但是，这一规则在许多州已为一项更为复杂的分析所替代，这一分析是对诉讼所影响的各州的各自“利益”所展开的。这一问题不应该在于利益，而应该在于哪一州的法律最“适合”于争讼的

情势。假设问题是我们应该适用哪一个州的关于诉讼时效的法律。如果诉讼时效法的目的是为了减少与使用失时效证据有关的错误成本，我们就有充分的理由适用案件审判地的法律，因为我们可以推定，这里的法律反映了这个州的法院处理失时效证据的能力。但如果法律的目的只是为了使人们能凭更大的确定性安排其活动，那么我们就有理由适用加害人州的法律，因为加害人是受不确定性影响的。或假设，诉讼当事人为不同州居民的违约诉讼中的问题是要约人作出有约束力允诺的能力（他必须是在21或18岁以上）；在解决这一问题时，规定权利能力的要约人居住州规则就好像具有比较优势，因为这些规则一般是依该州居民的能力所定的。

造成极度困难的是，A州的两个居民在B州发生了撞车事故。B州的侵权规则较适合于侵权地点的因素——如B州的道路状况、气候条件，但A州的侵权规则却较适合于侵权人的因素——如采取注意措施的能力。（为什么这在我们首先提及的案件中不成为问题呢？）

## 21. 16 律师的社会成本和法律职业经济学

律师最惹人注目和最成为社会问题的角色是在案件的初审之中。研究一下法律职业自身的经济学和从伦理-经济问题的角度研究律师增加还是降低了社会产值，这好像与其他问题的讨论是一

样有益的。当然，律师除了参与案件审判外还从事其他业务：主要是向想从事可能产生法律问题的活动的人们提供建议。这一类法律服务看起来可能是不存在问题的。律师的建议有助于避免非故意的违法从而（在这一程度上）减少诉讼并（可能）促进社会福利。但在同时，律师的建议也会阻止某些非故意的守法。因为当事人可能会获悉，他正确地推测为非法的一种行为可能不会遭受严厉的制裁。或者律师可能会意识到允许当事人通过稍微调整其计划的行为就能只在文字上守法但却能藐视法律精神的法律漏洞。

至于诉讼，我们可以从以下认识开始，即对诉讼服务的投资是由该服务的私人收益而非社会收益所引导的。律师-当事人的特权强调了这一点。当事人不仅要求（而且禁止）律师披露由当事人向律师披露的信息，即使信息表明当事人的权利主张或辩解没有法律根据。当然，由于当事人对什么信息对他有害和什么信息对他有助没有完全的概念，所以禁止这种特权就会更容易有害而非有助其有法律根据的权利主张和辩解。但是，更宽泛的观点是，律师（在原则上）没有义务向法院泄露有害其当事人的信息，而且这类信息不一定来自当事人从而也不一定在律师-当事人特权的范围之内。但也有一种相应的反对律师应承担这一义务的意见：律师会寻找更少的信息、

时间，因为他不会预先知道他所发现的信息是对其当事人有助还是有害。

对这两个观点更为基本的答案是，强有力的偏向一方当事人的律师是发现真相的最好保障。也许是这样的。但我们不应该假设，律师在案件诉讼中的竞争（即，两组律师都试图迷惑陪审团）与经济学家的竞争理想很相似。在一个完全的竞争中（与农业很接近），卖方试图说服买方购买的过程中不产生任何成本。即使在一个销售者很少的名牌产品的市场中，只有竞争活动才具有广告意义也是很少见的。如果是这样，竞争的成本也是相当大的——也许甚至是与收益不相称的。也许许多法律案件中是这样的。

除了这些疑问之外，一个很荒诞的观点是：如果一个律师都没有，美国将会是一个更为富裕的国度（忘记了所有正义的非经济观念）。但美国有70万律师，据称是全球总供给量的70%，虽然由于界定问题而使后面的比例估计不太可靠。从社会福利的角度看，这也许是太多了。最近的一项研究发现，在因其他因素而进行矫正后，一国的经济增长与其工程师数量是正相关的而与其律师数量是负相关的。其作者的解释是，工程师通过设计降低成本或改良产品的方法而生产财富，而律师只进行财富的再分配。而我们仍然知道，财产权的保护是社会财富的基础，而律师在

财产权保护中起着重要的作用。但是，这并不是他所要做的全部，有时他发挥这种作用只是由于另一方当事人的律师试图帮助某人分割另一个人的财产权。即使在财产权的善意争端中，当事人在法律服务上的开支也可能是过度的（与什么相比？）——（正如我们知道）也许超过了财产权的价值。

过错可能不在律师。他们可能正对财富重新分配的诉讼作出反应，而这种诉讼是由社会和政治条件产生的。在另一方面，如果律师很少，这样的诉讼就可能（为什么是“可能”）较少，而其结果可能是社会成本的净节约。

如果存在这样的问题的话，这一问题是否会因消除法律服务产业中剩余的竞争障碍而得以缓解呢？这些障碍过去曾经是很大的。尤其是，禁止律师做广告、征求顾客、或甚至（在某些行业的）价格竞争。大多数的障碍已被除去，虽仍有一些剩余（尤其是）：要求律师有3年被认可的法学院教育并通过律师协会考试才能进入律师职业（这几乎在所有的州实施），并以此来提高法律服务的价格。但如果诉讼（也许甚至是法律顾问）是普遍的负外在性的源泉，那么降低法律服务成本实际上就可能增加这些服务的社会（而非私人）成本。

法律职业的一些变化在近年来已引起了人们

的注意。律师事务所变得越来越大，现在有些律师事务所有一千多名律师。工作舒适度（尤其是在年轻律师中）已经下降，虽然年轻律师的收入相对于在同一律师事务所的年老律师而言在表面上已有所上升，这说明薪金-年龄曲线已经拉平。这些变化可能反映了法律职业的上述（在经济而非辩论上的）竞争增长的重大程度。竞争好像是产生成本最小化压力的一种经验主义的事物（为什么有这种限制？）。这一压力反过来又会唤醒专业化中的更大利益（成本节约的普通资源）并由此能促进更高生产率企业的更大专业化（即，更细的专业分工）。但是，专业化的工作往往是单调的。它在经济上还是有风险的，因为它降低了某人人力资本的多样化。这两方面都要求律师有较高的薪金。而且，竞争往往在买方和卖方两方面将其自身表现出来；法律服务产业越具竞争力，律师事务所就越难以买方垄断的共谋降低新律师的薪金。所以，如果高级合伙人被看作（实际上的）律师事务所的所有人，而年轻的合伙人和雇佣律师却是其雇员，竞争就可能造成收入由高级合伙人向年轻合伙人和雇佣律师重新分配的结果。

## 第二十二章 法律实施和行政程序

### 22. 1 公共法律实施与私人法律实施：一种抉择

在侵权、契约、财产权这样的普通法领域中，法律实施——通过这种程序，违法行为得以查明，违法者得到法律制裁——就像其制定一样，主要是由私人完成的：诉讼人（litigant）、诉讼人的律师和他们用以提供证据和进行调查的各种专家。但公共机构也承担了法律实施的大量任务，不论是它单独完成还是和私人共同完成。在本章中，我们将考察一下公共法律实施

（publicenforcement）与私人法律实施（private enforcement）的特征。

究竟为什么会有公共法律实施呢？法律实施不可以全面私人化吗？侦查违法行为、逮捕违法者（包括刑事犯）、通过法律程序矫正

（redress）违法行为及刑事起诉都可由私人 and 法律事务所来进行。如果成功的话，私人法律实施者会有权利保有全部的诉讼收益（proceedsof the suit）——例如，已决犯所交纳的罚金。如果违法者具抗判决性（judgmentproof），即由于种种原因而使追索金钱的判决无法实际生效，那么国家就应向私人法律实施者支付补助金

（bounty）。

这一建议可能会解决上一章中讨论的集团诉

讼问题。而且，虽然看起来有一种激进姿态，但它在实际上恰恰正是对早期法律实施方法的回归。在初民社会和古代社会，刑事（实际上包括所有其他的）法律实施几乎全部是由私人来进行的。在好几个世纪中，英国议会和市政当局（包括私人公司和个人）曾为查获（**apprehension**）违法者和对其定罪（**conviction**）支付补助金。在违法行为被处以罚金的情况下，罚金就在英王和实施者之间分割。在此不存在任何公诉人

（**publicprosecutor**），而且警察也只是在名义上是公共的。

私人法律实施确实引起了某些公共法律实施可以避免的成本，这就可能对当代法律制度中公共法律实施和私人法律实施的现实混合作出了解释。假设对有些违法行为的罚金比最佳罚金程度低很多，而查获和定罪的几率又比最佳水平高许多，那么罚金（ $f$ ）就会被提高到尽量接近最佳程度的水平。只有当查获和定罪几率（ $P$ ）下降的时候，罚金的增加才会使法律实施的费用在不降低任何威慑力的情况下得以减少。但在私人法律实施的情况下， $P$ 会上升。虽然增加罚金首先会由于增加违法行为的预期成本而降低违法行为量，但它也将增加实施者查获违法者的收益，从而就可能导致查获绝对量的上升。如果确实如此，很明显的结果就是 $P$ 的上升，因为 $P$ 就是查获



数和违法行为人数之间的比率。但即使增加罚金会有很大的威慑作用而因此降低查获量，平均每次查获的收益仍将上升，而由此造成的竞争就会使从事实施这一行业的企业在每一次查获上所消耗的资源要比以往的多。由此，查获的几率

（P）就会上升，这就将影响立法机关增加罚金（以降低P而节约资源）的目的。

罚金可能是太高了而不是太低了。那么在私人法律实施的情况下，查获和定罪几率是太低了（正如在前面的例子中那样）而不是太高了（为什么？）。但为了矫正这一问题，立法机关就要降低罚金，查获和定罪的几率就会下降（它为了补偿降下的罚金就应该这样做）而不是上升，因为私人法律实施者从这一产业取得资源，而这一产业对其努力的低价格会产生影响。所以就可能实施不足而不是实施过度的结果而言；重要的观点是，用私人法律实施来取得适度的实施量是困难的。

在查获和定罪的最佳几率为1的情况下，有一种例外。因为在那种情况下，一旦非法行为的社会成本上升，最佳罚金也会同时上升，最佳罚金将等于这种成本。实施者会（适当地）将之看作他们所面临的需求曲线的上抬，而且这会具有增加预防犯罪资源的作用，正如对普通产品的需求呈上升趋势一样。但在查获和定罪几率小于1

的情况下，最佳罚金就高于非法行为的社会成本，这并不是表明我们需要在防止非法行为上使用更多的资源，而是我们为了将这种资源使用最小化而采取的方法。

相反，在公共法律实施的情况下，罚金并不必然被看作要对犯罪预防投入更多资源的象征，因为公共法律实施者并不受制于像私人利润最大化者这样的行为。同样，在最佳罚金低于现在的罚金的相反情况下，罚金的降低并不必然被公共法律实施者看作要投入更少的法律实施资源的象征；而如果罚金等于而不是大于该活动的社会成本，罚金的降低（由于社会成本已经下降）标志着我们需要对法律实施减少投资，私人法律实施者这样做是没有问题的。

在原则上，我们可以通过（在实施过度时）征税和（在实施不足时）补贴而将私人法律实施引入最佳水平。考察一下实施过度问题。当实施者领悟到这一点时，税收（准确地说对什么征税呢？）就会使需求曲线在并不减少的情况下左移，从而会对法律的威慑作用产生严重的负影响。但税收也会使违法者与实施者所得产生差额，同时为贿赂和腐败创造了富有诱惑的机会，因为如果被拘捕的违法者和实施者就一项低于法定罚金交于罚金与税收之差的私人转让性支付达成协议，他们双方都会由此得益。对公共法律实

施的主要批评意见是，由于实施者从实施所得收益总是低于违法者的处罚，所以公共法律实施就产生了贿赂和腐败的激励。但它可能已不再是私人法律实施强有力的理由了。

私人法律实施可能会增加对无辜者定罪的数量吗？私人法律实施者是依其定罪人数取酬，而不管被告实际上是有罪还是无辜。实施者可以通过以下方法，增加“违法者”供应、增加他的“捕获量”，从而增加其收入：他可以捏造罪行。他可以对一个无辜者提起诉讼，指控他犯有某一实际发生的违法行为。他可以怂恿一个原来不会违法的人从事违法活动，而后对其违法行为起诉，这就是设圈套引诱他人违法（entrapment）。在知道某人企图违法的情况下，实施者不是在未遂阶段拘捕他以对他的犯罪未遂起诉，而是等他完成犯罪后再拘捕他并对他起诉。实施者之所以等待是由于他想得到更多的补偿，而对既遂罪的处罚总比对未遂罪的处罚要重。

但这些弊端在公共法律实施情况下也会出现——实际上，由于人们知道起诉压制了有利于被告的证据等等，所以已提出了旨在防止公共法律实施者进行这些行为的严禁引诱他人违法的规则（rules against

entrapment）——而且我们没有任何理由认为这些弊端在私人法律实施制度下会更加普遍。虽

然私人法律实施者是明确依计件工作制计酬的，而公共法律实施者却并非如此；但问题的另一方面是，私人法律实施者对不成功起诉的成本可能会更加关注。这可能会使他比公共法律实施者更谨慎地甄别无辜者，其原因是，用于起诉无辜者的资源可能比用于起诉有罪者的资源具有较低的效率。而且，如果一个实施者想用没有根据的起诉来打扰无辜者，那么私人法律实施者从此获得的收益要比公共法律实施者低（或者是零？）。

（为什么？）

## 22. 2法律的公共实施和私人实施：实证含义

前一节的分析帮助我们认识到了法律制度的一些特征：

1. 在刑法实施中存在着一种公共垄断——更准确地说是一系列公共垄断，很少有例外。的确，同一行为往往既是犯罪又是侵权，于是私人实施在原则上就成为可能。但如果违法者像大多数刑事犯一样具有抗判决性，那么侵权救济就无效了，公共实施者在事实上就拥有垄断权。相反，在契约和侵权这样的法律领域（兼有犯罪的侵权除外），法律实施的主要责任就落到了私人部门之中。

犯罪与侵权（一方面）和违约（另一方面）间的主要差异是，由于用于查获的资源很少，前

者的查获率远低于1，而后者的查获率却接近于1（在违约案中，拘捕率为1）。违约的受害人知道谁是要约人；汽车事故受害人通常也知道另一司机的身份；但盗窃的受害人却很少知道盗贼的身份。如果假设（略带夸张）一般侵权或违约案中的P为1，那么就不会产生实施的过度（不足）问题。正如我们已理解的那样——其条件是，实施中的财产权并不是依先来先供基础（first-come-first-served basis）来分配，而是将它们留给侵权或违约中的受害人。如果某一侵权行为引起的边际损害是9美元，而查获和定罪的边际成本为1美元，那么f就为10美元，最早提出其权利主张的实施者就会得到9美元的纯利。取得这种纯利的机会会使实施者的实施花费超过1美元。受害人的排他权利就消除了这种资源浪费现象。（这种权利还具有什么其他经济优势呢？）

2.如果我们严格遵循受害人对索赔请求拥有排他权这一原则，那么相对于索赔请求权实施成本其价值就可能会过高，从而索赔请求权“市场”就会停止运行。一个可靠的例证是，固定价格的共谋只会对大量买主中的每一个人带来很小的成本。集团诉讼和中间商诉讼就是我们已经讨论过的解决这一问题的方法。实际上，通常为被指控违法行为的受害人所拥有的财产权却被再分配给集团诉讼的律师或中间商了。

3. 公共实施机构的预算与私人利润最大化实施者所评估的潜在实施收益没有很大的关系。例如，国内税务署（the Internal Revenue Service）就是在边际实施成本远远低于边际收益的预算水平上运行，（就像私人法律实施者评价它一样）人们还要以实施追加费用所能增加的税收来衡量它。假设预算约束（budget constraint）适用于私人法律实施者是不现实的，因为，如果资本市场会良性运行，那么只要预算收益超过预算成本，他就能为其任何实施活动筹措资金。但对国会而言，给国内税务署这种可以用资金来增加净收入的机构补拨资金就可能造成实施过度。由此，公共机构的预算约束就像对私人法律实施征税，其目的在于将私人法律实施的水平调节到社会最佳程度。

4. 法律实施的公共垄断实际上使公共法律实施者只要拒绝对违法者起诉就能废除特定的法律或废除特定的法律适用。这种权力好像常常被他们运用。如此废除法律决不是私人法律实施的特征；为了取得实在的预期净收益，所有的法律都能得到实施。这是好还是不好呢？

第20章中法律规则制定的分析表明，法律规则几乎总是包含过度（overinclusive）的。由于固有的预见力限制和语言的模糊性，将规则准确地适用于旨在禁止的行为就需要过高的成本。但

如果不折不扣地实施，包含过度的规则就可能造成非常高的社会成本，这正如为了降低开释有罪者的几率而去惩罚无辜一样。自由裁量性不实施（discretionary nonenforcement）是一种不造成包含不足（underinclusion即漏洞，loophole）相应增加而又能降低包含过度成本的方法，如交警放过一些轻微违反交通法规的行为；建筑监察员对一些违反建筑法规规定（如果这些规定得以实施，城区的一些新建筑就无法进行）的行为不予理睬；空中交通管制人员允许航空公司飞机在机场起落时违反过于严格的飞行器间隔安全法规等。

法律实施的公共垄断，只是自由裁量性不实施的必要条件，而非充分条件。公共机构在原则上可以实施由其管理的所有法律。但实际上由于前面提及的预算约束，它做不到这一点。而且可以想象，它可能会将其资源明确地集中于那些法律禁止范围内非故意产生的行为领域，尽管这看起来好像是不可能的。公共法律实施的主要倾向并不是任意性。

5. 敲诈（blackmail）可以被看作是向那些一旦信息披露就要受控告的人出售信息专有权，而且初看起来好像还是法律（道德法和实在法）私人实施的有效方法。对被敲诈的人而言，信息的价值就等于信息披露和结果受处罚时他将承担的处罚成本。所以，他将愿意依处罚成本为最高价

而从敲诈者处购买信息专有权。这“罚金”可能就等于一旦因敲诈者所发现的罪行而受查获和定罪时他所应支付的，只是现在将它给了敲诈者而不是国家。那么，为什么敲诈还是一种犯罪呢？

禁止敲诈的决定是由下面的结论直接推断出来的，即法律实施的有些领域（尤其是刑法实施）应依靠法律实施的公共垄断。如果敲诈成为合法，那么法律实施的公共垄断就会遭到削弱，从而也就会导致过度实施。另一种（只是在表面上相矛盾的）可能性是，由于敲诈者从违法者处所得到的支付要比法律规定的罚金低（通常要低得多），他就将破坏法定的处罚计划。如果允许敲诈者（作为与违法者进行交易的一种选择对象）将违法者“出售”给国家而取得法定罚金，这一问题就能得到解决。但这种方法只是将敲诈者转变成一个纯粹的私人实施者。

与上述分析相一致的是，一些难以与敲诈相区别的活动（虽然不是以敲诈命名）在法律私人实施而非公共实施的行为领域得到了许可，其原因是这些领域中的过度实施问题并不严重。为了从违法配偶处得到最大的婚姻责任违约赔偿，人们可以搜集他（或她）配偶的通奸行为信息，并在离婚诉讼和其他诉讼场合提出公开这种信息的威胁。对此，没有人提出（严正的）异议。但是，第三人就无权对违法配偶实行敲诈，因为这



会使将这种契约的实施专有权归属于违约受害人这一分配遭到破坏。

仍没有解释的是，为什么敲诈人威胁要披露信息不会使敲诈受害人受到刑事或其他非法行为指控（但仅仅会使他出丑）时也不允许敲诈存在呢？例如，这可能是敲诈受害人是一个同性恋

（在同性恋行为不被认定为犯罪的司法管辖区）、阳萎、病态性恐惧和脚恋物欲者这样的信息。在此，反对敲诈的经济学理由是这种活动没有任何社会产出。敲诈威胁就像是对一旦暴露出来就会使受害人出丑的行为征税。但这种税又不太可能在很大程度上改变这种行为。一个人不太可能因被告知他会受到出丑恶运的敲诈（不受损害）而不成为一个阳萎者。在这一例证中，敲诈只是一种财富重新分配的行为而非一种资源配置行为，用于敲诈和制止敲诈的资源都是无谓的社会损失。我们也没有理由认为，敲诈人威胁要披露的信息可能对将取得这些被披露信息的人而言是有价值的，这也不是答案所在。因为如果敲诈人与其受害人达成交易以后就不会披露信息了。

总之，敲诈如果作为一种实施手段的话就会干扰刑事法律实施的公共垄断和受害人私人违法行为专属法律实施权的分配；敲诈作为一种非垄断性法律实施的手段与盗窃一样是一种没有任何社会产出的财富重新分配活动。

6. 敲诈和贿赂是相似的，敲诈者和受贿官员都以不实施法律为交易接受了一笔钱。因此，人们会作出这样的估计，贿赂和敲诈在存有法律实施公共垄断的领域是会被禁止的，但在没有公共垄断的领域就能得到允许。而且人们会为此作出以下评述：侵权、契约或私人反垄断案的法庭外和解是一种完全合法的贿赂，只是由于贿赂这词的贬义而使人们在这些情况下没有用它（但经济学家除外！）。

### 22.3 公共机构对案件的选择

鉴于公共机构在法律实施中往往占有垄断地位，法律实施机构决定将其资源集中于何处的程序就显得非常重要了。在此，我们依据以下假设研究这种程序：公共机构像一个理性最大化者一样行事，会对其资源不同用途的预期成本和预期收益作出比较。这一假设（在22.5中再讨论）好像会与以下事实相矛盾：法律的公共实施机构是政治过程的一个部分，是一个不将价值最大化作为主导准则的领域。但实际上并不存在任何矛盾。政治因素可能会影响公共机构在决定某一类案件胜诉收益时所使用的权数：它可能用较高的权数（weight）去处罚背叛卡特尔的行为，而用较低的权数去处罚卡特尔中的成员。但一旦这些权数得到分配从而确定了目标，公共机构就将努力尽可能有效地将资源用于达到目标。

有人批评公共机构在小案件上所用的资源不够适当。经济分析表明，这种批评是肤浅的。案件的价值——胜诉结果对公共机构的利害关系——的唯一准则是公共机构对资源进行有效配置。我们可以来研究一下其原因。

一个案件对公共机构的预期效用就是它的胜诉收益折算其胜诉几率。为了将这一分析简单化，我们假设公共机构只在A和B两个案件上有利害关系，它必须作出的决定就是如何在这两个案件之间配置一笔固定预算。A是一个较为重要的案件；如果公共机构在这一案件上胜诉，它的效用将增加100个单位；而B的胜诉只值50个单位；两个案件败诉的价值都为零。由于胜诉几率（从而决定预期效用）在两个案件中都（部分地）是公共机构起诉费用的函数，这看起来公共机构可能会将所有或大部分的资源用于案件A的胜诉。但只有当公共机构支出是影响两个案件结果几率的唯一因素时，这才是正确的；而问题并非如此。被告的诉讼支出也是很重要的，它是公共机构支出和被告支出在影响诉讼结果方面的比较效力。

如果被告认为案件非常重要，他就可能在其抗辩上花费大量的成本。他的花费越多，公共机构对诉讼的花费就将越无效，除非它增加开支以抵消被告的开支（参见21.8）。在任何一种情

况下，公共机构的预期效用（扣除其起诉成本）都将会减少。因此，在其他条件相同的情况下，公共机构将宁愿在对被告来说相对不重要的案件上投入资源。当然，如果案件对原告和被告的利害关系总是相同的话，起诉一个对被告不重要的案件而降低公共机构的成本也会由于结果对公共机构不重要而降低其预期效用，这样两者就抵消了。但一个案件对公共机构来说是重要的而对被告来说是不重要的，这种可能性是存在的。其原因是：虽然案件的货币利害关系——这通常是所有被告都关心的——不大，但一旦公共机构胜诉，这案件就将成为一个有用的判例，从而增加公共机构诉讼开支在未来案件中的效力并全面阻止未来的某些违法行为。但对那些无视这一案件的判例创制意义的评论者而言，这也许仍然是一个微不足道的案件。

到目前为止，我们一直假设公共机构起诉的案件数是给定的（given）。当然，事实并非如此。当一个公共机构所起诉的某一类案件越来越多时，它的预期总效用也将上升，只是其增长率是呈递减的。发现易于胜诉的案件也越来越难了，从而胜诉几率也会下降。胜诉几率随起诉案件数下降的比率越高，将起诉的案件就会越少。也许，相对重要的各类案件的胜诉下降率要比相对不重要的各类案件的胜诉下降率幅度大。一般

而言，轻微违法的领域总比严重违法的领域广；人们不会很快就“用完”易于胜诉的案件。这就是我们预计轻微违法案件会在公共机构工作量中占主要地位的另一理由。

理论和一些经验证据表明，在私法领域，原告胜诉的案件约占已审案件量的50%。这是因为，在双方势均力敌的案件中更可能发生预期结果的错误，而这又是诉讼发生的必要条件。但是，大部分公共机构的胜诉率却要比50%高得多。其原因是，公共机构与私人法律实施者不同，它是在预算约束条件下运行的。一个预算约束很紧的公共机构可能不会对任何疑难案件起诉。（当今的大部分刑法实施就是如此。）所以，虽然大部分公共机构的案件能得到解决，但其起诉到法院审判的案件仍然是从大量不平衡单边案件中挑选出来的。

公共管制的全面分析会将（本章的）公共法律实施的分析与（第7章的）处罚的分析结合起来。为了对此作出说明，我们可以考虑一下它对遵守累进税率所得税法的作用。看起来很明显的是，高收入纳税人的守法将会下降，低收入纳税人的守法将会上升，从而一个理性的国内税务署就将其审计资源从低收入纳税人重新配置到高收入纳税人。但这种做法并不是必然的。高收入纳税人边际税率的增加会增长因低报税收所产生的

收益，这是事实，但这也会增加国内税务署对高收入纳税人审计所产生的收益。由于两方面的原因，后者的作用是主要的。第一，如果纳税人普遍是厌恶风险的，因低报税收所增加的收益和因低报收入被发现所矫正性地增加的损失使低报税收变得风险更大从而（其他事情也是如此）使之成为缺乏吸引力的策略。第二，不考虑对风险的态度，更高的因被发现而造成的预期损失阻碍了更高的因低报税收而产生的预期收益。理性的纳税人知道，国内税务署从审计所得到的预期收益会比他从低报税收所得到的预期收入高，这将使他减少低报行为，反过来又会使国内税务署有能力将审计资源重新向低收入纳税人配置——将前面的分析反过来就可以明白低收入纳税人会比在此以前更有低报税收的积极性。如果国内税务署有预算约束（即，它不能在最后1美元产生1美元的预期收入之前不断增加其开支），那么会对这种分析有什么样的影响呢？并且如何取得均衡呢？

公共机构像理性最大化者那样行为（假设不论立法机关所规定的公共机构实施结果分配权数为多少）的事实为向贫困的刑事被告提供公共辩护律师这一规定提出了一种经济上的理由。一个公诉机关的成功可能在很大程度上取决于其尽可能多的胜诉案件（依案件的重要性加权）和尽可

能低的成本。由于证明一个没有辩护律师为之代理的被告有罪要比证明一个有辩护律师为之代理的被告有罪需要较少的成本，所以即使前者无罪而后者有罪，起诉人仍可能会竭力地对一个贫穷的无辜者提起诉讼。结果是，产生社会无效的处罚成本、降低刑事制裁的威慑作用及使大量起诉资源偏离它们在此能得到更有效使用（从社会角度看）的领域。因此，要求获得律师进行辩护的权利就有了存在的理由：它是一种给起诉人传递正确激励的方法。

## 22.4 行政机构的结构

独立管制机构（the independent regulatory agency）如州际商业委员会（IC）、联邦电信委员会（FCC）、联邦贸易委员会（FTC）、全国劳工关系局（NLRB）等是立法、诉讼和实施诸功能的有意义组合。创设这种机构的最初理论基础就是为了减轻国会的立法负担。国会不能有效地处理一个综合性现代产业（如铁路经营）中众多技术难度大而又变化多端的问题；而通过对这些机构的委任立法

（delegation），我们就能使这些问题远离政治活动。这是不能令人信服的。管制功能照样也可以授权予法院，它传统的作用就是用效率准则准确阐述和适用调整复杂行为的法律规则。可能有人 would 认为案例方法（casemethod）限制了法院制定

规则的能力，但由于大量的独立管制机构也严重依赖于将案例方法作为其立法技术，所以这一观点并没有为我们选择独立管制机构而不选择法院作为受委任者这一偏好提供任何依据。当然，独立管制机构对政治影响比法院具有更强的接受力。它们更为专业化的管辖会使它们受到国会拨款委员会（congressional appropriation

subcommittee）更严密的监督，通过这一途径，对国会施加的政治影响就转移到了独立管制机构身上，从而也会使它们更为它们所管制的产业所关注。由于行政机构的官员有任职限期并且实际上经常调整，所以他们的政治独立性也比法官差。

也许，委任立法的真正目的并不是为了改善立法程序的运行；准确地说，它是为了使政策得到并非出于效率目标的合意实施，而这一点法院可能是做不到的。通过第20章中对司法独立的分析，我们可以将行政机构看作是一种旨在促进利益集团政治活动而非资源配置效率的“独立”司法机关。这种研究对行政管制提出了三种具有实证依据的建议：

1. 当事实上立法的司法废除（judicial nullification of legislation）率（实际上）很高时（例如，在罗斯福新政时期，法院就对联邦经济管制抱有敌意），行政机构的建立就最为频繁，



尤其由于法律实施过程中的相反事实调查（adverse fact finding），法院废除立法的权力可能因将事实调查功能转至行政机构而被剥夺，而目行政机构将更依从于立法机构。

2. 然而，立法机构将保留对行政决定的司法审查（judicial review of administrative determination），以保证行政机构在其热心为现行立法机构服务时不至于过远地偏离在规规定行政机构施行的管制计划时所确定的立法“交易”条件。

3. 但由于我们不可能指望司法审查完全有效，所以我们预计——而且发现——行政裁决远不如司法裁决那么前后一致。（一个相关的观点是，先例在制定行政决定过程中所起的作用比在确定司法裁定过程中所起的作用小。）这与行政裁决活动的相对独立性直接有关。

行政程序中即将来临的一场革新是行政机构的结构松散化（looseness of structure）。行政机构可以发布规则、对案件起诉、裁决案件、管理研究项目、提出立法建议等。这种功能组合

（combination of functions）被看作是一种力量的源泉——这是一种由那些常常在其他情况下谴责纵向一体化（vertical integration）的人们对它所作出的贡献。实际上，最重要的功能组合也许是起诉和行政裁定的组合。

如果我们将行政裁定看作是一系列行为——调查、抗辩、审理、判决和上诉——的结果，那么我们就应该明白，由同一实体提起诉讼并发布上诉裁定确实就是一种业务上的纵向一体化。业务关系纵向一体化的正当经济理由是，它通过用命令替代作为生产协调方法的契约（参见10.8）而节约了成本。类似的观点在行政关系上也是行得通的。

在钢铁制造过程中，协调问题的关键就是保证生铁制造商在适当的时间为钢铁制造商生产和供给适当数量和质量的生铁，此处的“适当”所指的就是与钢铁制造商的要求相一致。如果这两家公司是独立的并且分别为人所有，这些要求就可以写入契约或另外进行专门的谈判予以解决。如果这两家公司为钢铁制造商和生铁制造商共同所有，那就可以通过其他不同的途径达成协调——企业的经理们将直接把产量、质量等要求告知生铁制造商。

法律提出了同样的协调问题。提出在初审和上诉后无法得到支持的请求通常是浪费每一个人的时间和金钱；它等同于生产了无人要的生铁。如果起诉不是由负责裁决的机构提出，这一机构就将间接地将其请求“要求”通知起诉人，虽然规则或意见提出了该机构受理案件的原则和证据要求。这种通知就起了买卖双方合同中详细说明的

相同功能。对行政机构而言，一种协调的替代方法就是控制起诉。由此，它可以否决它认可无法支持的起诉，而命令准备提出它认为可以胜诉和重要的起诉。

在行政关系中，何种协调方法是否更为有效率，这并不是明确具有演绎性的（apriori）；而在大多数产业关系中，任何高出纵向一体化的最佳量都具有明确的演绎性。有人可能会提出，通过规则和决定来体现其要求可能要比内在管理更有效率，其理由是它迫使行政机构清楚地说明其政策和优先配给——预先作出计划而不是在行政机构职员提出起诉建议后再作出反应。另一方面，也可能有人认为，依这种方式确定行政机构和起诉之间的关系会使行政机构丧失宝贵的灵活性和控制权。

协调只是功能组合与分立之成本-收益分析中应予考虑的因素之一。另一种因素是偏倚，它在此表示，与作出错误决定要求被告赔偿所造成的成本相比，行政机构更重视作出不起诉错误决定所造成的成本。在限制车速案中，行政机构就无视无辜受罚者所遭受的成本。这样，它就会（如果它可以毫无拘束地这么做的话）采用保证证明所有被告都有罪的程序。这些程序会使在违法者逃避惩罚情况下所产生的社会成本最大化，而其行政成本却是最低的，其原因是起诉的证据责任

很小而被告的诉讼权利却因此而丧失殆尽。

在那些起诉和裁决功能相分立的行政机构中〔例如全国劳工关系局，其首席法律顾问（generalcounsel）对起诉拥有完全的控制权，而且他并非由该局任命也不能由它罢免〕，人们能指望偏倚弱一些吗？答案也许是否定的。像劳工关系局或联邦贸易委员会这样的行政机构与不仅要解决争端而且要完成一些实质性管制任务（防止不正当劳动业务或欺骗消费者、垄断的发展）的法院有着本质的区别。如果一项起诉涉及在它被委托予独立行政机构管辖之前就被审判的事务，那么联邦贸易委员会的目标也不会变更；正如全国劳工关系局的目标（主要是消除不正当劳动业务）也不会因将诉讼功能授予一个独立的首席法律顾问而变更一样。而且，和行政机构的目标有关，处罚或救济命令的承认与起诉的驳回具有固有的不同意义。承认命令有助于行政机构目标的实现；而驳回起诉却无法做到这一点，这在评价行政机构工作的人们所能认识到的任何程度上都是一样的。设想一下，如果由于产生行政机构所实施之法律的经济条件已发生了全面变化，联邦贸易委员会（或全国劳工关系局）在有一年驳回了所有向它提起的诉讼，国会就要求这一行政机构进行清理。我们必须阻止这种情形的发生。由于法院的案件是多元化的组合，所以它们

就没有类似的阻力要驳回依某一法律提起的许多或大多数诉讼。

控制行政机构偏倚的意愿是依行政程序法（the Administrative Procedure Act）的规定而产生的，这一法律与行政裁决及行政机构行为的司法审查相关。我们应将司法审查的效能主要归因于这样的规定——行政裁决案中的听证记录必须在一个独立的听证审查员 [hearing examiner 即行政法法官（administrative law judge），通常由他发布书面决定] 面前汇编。这一保护制度并没有保证偏倚性行政裁决（biased adjudication）将会为进行司法审查的法院所发觉并予以纠正，但它确实降低了行政机构从偏倚所得的收益。行政机构不可能总是逃避审查，而一旦它给司法审查法院留下了坏名声，其结果将是非常严重的，因为该行政机构的活动会为敌意的法院所阻拦。

当行政机构要对实际起诉和裁决承担责任时，另一种影响会加到其权衡的天平上，从而进一步增加行政裁决的偏倚。驳回其许多自我诉讼的行政机构会受到人们的批评，即它对无价值的案件提起诉讼而表现出不当的判断力并浪费了大量稀缺资源。

行政机构偏倚的危险性可能会使立法机构拒绝给行政机构以很大的救济权力。正常的行政救

济就是中止和制止令（the cease and desist order）——实质上即为禁令，而其他救济手段的缺乏（正如我们在13.2中看到的那样）会造成行政功能的衰退。如果行政机构可以对被告施用引起严重成本的制裁，那么偏倚性行政机构裁决的社会成本当然会比现在的高得多。

## 22.5 行政机构的行为

可能造成行政机构低效率的两种途径是：具有与促进效率（被称作“资源配置效率”）相反的目标；不论其目标是什么，它没有将其追求目标的成本最小化（被称作“内部效率”）。第二个问题更为公众所关注，但也许并没有那么重要。我们已讨论了一个说明内部低效率的证据——行政机构起诉了大量似乎轻微的案件这一事实。其他的证据是，行政机构职员所得薪金往往比私营部门职员的低从而（一个相关的观点）使他们离开行政机构而就业于该机构所管制的产业以取得更高的收入。常常从这些论据中所推出的结论是：行政机构职员的素质较差；由于他们可以被其管制的产业所雇佣，所以他们在履行行政机构义务时就会被收买；行政机构职员的流动会过量。事实上，这一证据也可以推出以下结论：第一，行政机构职员由于在为行政机构工作时所获得的专门训练及其经历，与其他职业相比，能增加其在受管制产业中的生产能力，所以产业就会雇佣他

们；第二，行政机构之所以能以低于私人雇主所支付的薪金吸引能胜任其工作的人们，其原因是行政机构所提供的训练和经历会增加其职员的终身收益能力——这是他以暂时低工资形式购置的一种人力资本投资。

依据这种观点，受管制产业雇佣行政机构职员并不意味着它对他们以往恩惠的报答；行政机构向其职员支付相对较低的薪金也决不意味着他们的素质不合格。

在防止行政机构及其职员浪费资源的各种途径中，首先应该是行政机构人员的抱负。如果他们获得了工作效率的好名望，那么就任更高职务或在私人部门就业取得高收入的愿望就会实现。第二个因素是立法机构拨款的作用。行政机构对拨款的竞争相当于（虽然只是近似地）企业对资本的竞争。无效率的企业会在资本市场中处于逆境；无效率的行政机构（但具有较大的不确定性）会因其更有效率的竞争对手而失却拨款。

由于行政机构的产出并不在市场上出售而很难估价，又由于国会议员的激励是很复杂的，拨款过程中的行为规则肯定要比资本市场中的弱得多。而且，没有产品市场竞争就消除了成本最小化的另一重要压力。另外，政治因素也影响着职员雇佣，从而进一步影响着职员的能力。解雇最佳水平之下的政府职员几乎是不可能的。而且这

里有一个普遍存在的缺乏远见问题。只打算在行政机构呆数年的行政机构领导和只想呆一两年的职员不会积极地去追求没有立即效应的计划。例如，由行政机构雇佣的律师可能偏好于小案件，这是因为这种案件能使他在不长的任期内得到庭审经验而大案件可能直到他离开都不会开庭。在大案件的情况下，他们可能只是播种（从事单调的预先调查）而其他人却能收获（实际上由他们的后任开庭审理）。

由于所有以上的原因，一般的行政机构要比一般的企化管理得差些，但其差距可能并没有许多人想象的那么令人注目。

## 22. 6行政机构行为的司法审查

切纳里原则（the chenery

doctrine）——这一原则禁止进行司法审查的法院依不同于行政机构的原理（具有代表性的是，行政机构律师在进行司法审查的法院为其决定辩护所提出的原理）维持行政行为——可以被看作是对行政裁决之政治性的认可。如果人们可以认为行政机构只是从事事实调查，那么进行司法审查的法院依任何对它有意义的理由来维持行政机构的决定都是恰如其分的；而且可以推测，行政机构会接受这种理由。但如果行政机构决定的实际动机是政治性的，那么法院就很难预料行政机构是否会采纳它所提出的理由。当然，即使



由行政机构来处理这样一个连法院也无能力分辨所提之理由是否正确的难题，切纳里原则仍会具有它的意义。有时确实要由行政机构来处理这些问题，但无论问题多么具有专业性和复杂性，它们仍将适用这一原则。

经常提出而摆在我们面前的问题是，行政机构行为的司法审查开始时应置于地方（初审）法院还是置于有审查权的上诉法院，或受害人是否应该直接向上诉法院起诉。从经济学的理论看，这一问题就是增加一个司法审查等级（地方法院）所产生的成本是否低于其减少法律错误成本所产生的收益。其实，这是一次复杂的抉择。如果地方法院审判的上诉率高于零而低于100%

（当然，实际情况就是这样），那么两个等级的审查就会增加法院受审案件的总量而降低法院上诉案件的数量。假设在100项行政决定中，有50项要受司法审查，而如果地方法院享有最初审查的管辖权，那么它们审查裁定的20%会被上诉到上诉法院。这样，在一个两审级的制度中，案件总量就为60件，其中50件在地方法院，10件在上诉法院；但在一个单一审级的制度中案件总量就只有50件——但它们全在上诉法院中。如果由于前面提及的原因，上诉法院的司法审查会给司法制度带来更高的成本，那么即使增加的审级无法降低案件数量从而也无法减少法律错误成本，两

审级制仍可能是较为有效率的。而且，两审级制还可能会减少司法审查诉讼的总量（为什么？）。

需要我們注意的是，上訴率越高，兩審級制的效率就越低，尤其是由於高上訴率可能就意味著地方法院的高錯誤率。上訴率越低，行政機構記錄越不完全（記錄可能是法院對事實調查的要求，在這方面，地方法院的作用具有相對於上訴法院的比較優勢），兩審級制就會更有效率。

## 第七篇 宪法和联邦制度

## 第二十三章 宪法的性质和功能

### 23. 1 宪法经济学：导论

“宪法”一词的含义极为丰富，但在美国自然重视的是《美国宪法》，在此它普遍地被用以和将被用以说明一类立法：（1）要求超绝对多数票（supermajority）才能变更；（2）规定政府基本的权力、义务和结构。这两个准则当然是相联结的。一项成文法越难变更，它就越不适用于管理经常变化、随时间迁移的社会、政治和经济制度安排。它所规定的制度安排越基本，就越不适于经常变化。

除了美国律师，尤其是法学院学生和法学教授，对宪法的极度关注外，关于这一主题的经济学论述还是相对不够强有力的。但这并不是为了寻求经济分析可能阐明的主题。这一主题在实际上是很长的：

（1）宪政的经济理论——即，要求绝对多数票才能变更一部法律的经济特征和结果；

（2）宪法设计（政治制度的宪法规则）的经济学和联邦政府内分权与联邦政府和州分权（联邦主义）原则的经济学；

（3）宪法特定原则〔如排除规则（exclusionary rule），即审判中必须将破坏宪法权利情况下所取得的证据排除在外的原则，或最高法院以宪法名义对以诽谤罪起诉报纸和其他传

播媒体的限制] 的(广义)经济作用;

(4) 对好像具有经济逻辑的宪法条款(如被视为思想自由市场保护者的言论自由条款、国家征用条款、商务条款、契约条款)的解释;

(5) 不论是通过现存条款(如, 国家征用条款)的重新解释还是通过新的修正案(如, 要求平衡预算), 建议改革宪法以对自由市场进行更为全面的保护;

(6) 宪法的“双重标准”问题——宪法对财产权比对个人自由给予更多的保护与现代联邦最高法院对个人自由比对财产权给予更多的保护之间的矛盾;

(7) 宪法与经济增长之间的关系;

(8) 从委托人-代理人理论的立场, 看宪法解释的原则。本章和以后各章将探讨其中的一些主题。

宪法常被当作一种契约来讨论, 而且它与如“社会契约”这样的非标准契约有关。从经济角度看, 宪法和契约之间的类比有其一定的合理性。与成文法不同, 契约只有当事人之间的同意就可以变更; 也就是契约变更需要一致同意而非仅仅多数赞成。交易成本使一致同意成为宪法修正的一个不可能的条件, 但变更美国宪法的超绝对多数要求(国会两院各三分之二的多数票通过加全国四分之三州的批准)可以被看作是将宪法

修正置于成文法-契约统一体中偏向契约的那一端。

我们知道，长期契约会因人类预见力的限制而产生过时（obsolescence）问题。这一问题的解决方法是解释的灵活性，它要求言语有足够的原则性以能作出使契约适应不可预测的情势变迁的解释，它还要求解释的原则有足够的灵活性以授权解释者接受言语原则性所产生的解释要求。宪法领域的这种并行性表现为宪法解释应该具有灵活性而不是严格性的原则及一系列最重要的宪法规定具有为公众所知的原则性。宪法解释的灵活性是一个与代理成本相同的问题。要对越原则的规定进行解释，就可以解释得越宽泛，对代理人-解释者而言（在联邦最高法院情况下）就越容易偏离委托人（宪法制定者）设定的轨道。

虽然许多宪法规定的表达是原则性的，但有时却又是非常具体的，例如，宪法规定每个州都有权利选派两名参议员。这些规定在原则上属于惯例。如司机必须靠右行驶就是相似的惯例。靠右还是靠左是不重要的，重要的是通过了一项大家同意遵守的（无论如何武断）规则。每州两个参议员席位的规定也是如此。一个、三个或四个席位也是如此。因为惯例是随意的，（有点夸张地说）它是社会环境的不变量（因为一项相反的惯例也能适应社会环境），所以惯例就不必随着

环境的变化而变化。惯例具体化的成本很低，但收益却很高。像两个参议员席位这样明确的宪法规定使诉讼成本得以最小化（因为这里不存在产生诉讼的不确定性），更重要的是由于它将问题移出了普通政治舞台而减少了用于政治冲突的资源。如果参议员人数由成文法来规定，就会经常设法来改变这种数目，当有时是这个党、有时是那个党发现有机会找到席位或剥夺其反对派的席位时就会产生这样的情况，而且有时会取得成功。这些开支没有任何社会产出（或很少有社会产出），所以就会由更大的变更成本所阻止。这种收益不仅限于特别的宪法规定，但特别的宪法规定的收益要比原则的宪法规定的收益大（为什么？）。

从经济学的角度看，宪法的设计和解释涉及效率与民主之间的紧张关系。效率的最大化是宪法通过以下途径实现的：将政府的管制措施限于防止负的外在性和促进正的外在性；（尽可能）坚持在其规定的范围内要求政府贯彻成本最小化的政策（包括依精英政治基础任命官员）。但是，依此理解政府的精神就应该是有限政府

（limited government）而不是民主政府（democratic government）。这里很少或不存在公众选择的余地。但这产生了这样一个问题：除非人民不满意政府服务时可以很容易地离开其辖区，否则

就不会有任何东西可以阻止政府官员将其职能扩展到有限政府原则所规定的范围之外。这时，民主原则就重新起作用了。它用“退出权（voice to exit）”作为对政府滥用其职权的限制。但是，越是广泛地遵循民主原则，由联盟控制政府和用联盟来剥夺非联盟成员财富的危险性就越大。

联邦最高法院越宽泛地解释限制当选政府机构权力的宪法条款，它越将使国家更接近于有限政府的模式。法院变成了人民限制政府的代理人，而非司法机构。联邦最高法院对此类宪法条款的解释越窄，它越将使国家更接近于民主政府的模式——但这是一种与贬低和利用政治无权力相一致的模式。

最早（1787年）宪法的制定者们对民主的危险非常敏感。在原宪法中，只有众议院的议员由人民直接选举产生，而且选民仅限于有财产的男性白人。直到这在20世纪60年代被宣布为违宪之前，州立法机关议员的不当分配对个人间的实际选举权产生了极大的不平等。普遍投票权有其三方面的理由：（1）剥夺任何一个团体的投票权都会引起（只产生社会成本而没有任何社会收益的）自无投票权团体向强有力投票权团体的财富重新分配。（2）选举会产生（对政策制定者有价值的）关于偏好和厌恶的信息（在一个科学的投票年代，这一主张已没有过去那么重要了）。



(3) 选民越多，就越不可能形成一个出于重新分配目的的联盟（这与第一点有关）。

只有第二点才对以下问题作出了解释：为什么那些有选举权的人总会通过扩大公民权

（franchise），尤其是选举权，而冲淡其自己的权力，否则没有公民权的集团在无法和平地取得一份政治权力时可能使用暴力。但每当社会中的统治集团坚信当时被剥夺公民权的人会愿意选择它所提出的候选人而不是其竞争集团的候选人时，公民权的享受范围就可能得以扩大。一旦取得了公民权，这一团体就能以投票权来反对以后对其公民权的剥夺。所以投票权的扩大具有棘轮渐进作用，很少会倒退。

### 23. 2 分权

通过在州与联邦政府之间划分政治权力，通过联邦政府三个独立部门——行政、立法、司法——之间的三权分立，美国宪法设法防止政府权力的集中化。立法权在众议院、参议院之间划分，总统还拥有否决权；行政和司法部门依靠立法部门给它们的拨款；司法部门依靠行政部门对判决的执行；等等。

从经济学的角度说，分权的目的就在于防止国家强制力（coercive power）的垄断化，这种垄断的潜在成本比本书前面讨论过的任何垄断要高得多。第10章中提出的观点——共谋者的共谋成

本随着达成有效共谋所必需的协议人数的上升而上升——既适用于商事共谋也适用于政治共谋。依据宪法中所设想的制度而运用政府强制力就需要各政府部门的协作配合：立法部门制定强制措施；行政部门提起法律实施的诉讼（这是否在某些领域为法律实施的公共垄断提出了另一种理由呢？）；司法部门对违法行为实施制裁。三个共谋者这一数目并不大，但只有其中的一个——行政部门——才是集权性的（unitary），它即使在原则上也是这样。

分权的一个重要方面（至少在历史上看是这样的）就是要求随意选举的私人公民（randomly selected Private citizen，即陪审员）在处以刑罚和给予民事损害赔偿方面达成一致意见，除非被告放弃其要求陪审团审判的权利。最后，在大量准主权国家（州）间划分国内政府权力会极大地妨碍争取垄断政治权利的各种努力。

美国宪法的创制者们审慎地在政府各主要部门之间进行了分权，这一事实提出了上一章讨论过的行政程序的合法性（legitimacy）问题。为这种程序辩护的理由是它增进了效率，但（所称的）这种效率增进是通过将行政、立法、司法权力结合于一体而取得的。美国宪法的创制者们通过全面周密的考虑，认为这种类型的效率是无效率的，因为它造成了政治权力过度集中的危险。

确实，如果在行政机构活动的相对当事人

（parties）有权利要求对行政决定进行司法审查就限制了行政权力。（由于同样的原因，为了使行政行为的司法审查权利成为一种意义深远的权利而采取的措施——尤其是在行政程序法中——降低了行政程序的效率。）但司法审查并没有对行政机构通过由国会广泛授权而进行的法规制定所行使的立法权——旨在防止产生一种故意造成不方便的立法制度——进行制约。

然而，比“独立”行政机构（它的成员是定期任免的，故享有一些摆脱行政控制的独立性）更为可怕的是行政部门内部的许多管理机构，如环境保护署、全国公路和交通安全管理局等。独立机构（the independent

agencies）是政府的第四个部门，就其独立于其他部门而言，它们实际上是促进了分权。但行政机构却由于能够在行使行政权的同时行使司法和立法权而湮没了分权。

除了上述讨论，分权还可能通过更全面地利用分工而降低而非提高政府成本。如果联邦法官依政治家的兴趣而工作，那就很难吸引有能力的人去谋求联邦法官的职位；法律也不会像现在这样稳定，因为它可能随政治意志而变化；而国会也会发现很难与利益集团达成交易（参见19.6）。同样，如果国会授权行使行政权力时会

显示其执行政策的无能；而如果行政部门被授权进行立法时会缺乏国会的审议能力和特别强的政治敏感性，这些是非常有价值的立法资源。将其政治偏好包含到法律中去而进行立法的法官，或告诉行政部门的有关机构向何处配置资源而篡夺行政持权的法官，都忘记了其分工的优势。联邦行政机构经常违反权力划分。它们是效率的模范吗？

### 23. 3 权利保护

美国宪法所保护的许多权利都与前面讨论过的分权的反垄断宗旨有关；它们将政府权力看作是具有威胁力的对立面，并力图限制它。即使对宪法第五修正案中的公平赔偿条款，我们也能按这一理论作出解释（怎么作出这种解释呢？）。但这种理论解释并不适合于所有的宪法权利。虽然宪法第一修正案中对政治言论的保护与维护政府非集权化（**decentralized**）有明确的关联（为什么？），但我们不能说宗教自由（这纯粹是一个精神生活问题）或自由出版没有政治内容而只是公开陈述性生活内容的书也是如此。这些自由是防止政治权力垄断化的目的——人们各方面的效用——而非手段。

美国宪法中的非政治权利（虽然其中的有些只有通过司法解释才能得以表现）更有可能被人们看作是特别有效力的利益集团（这词在此使用

毫无贬义)所取得的特别持久的立法保护形式。这一观点对一些宪法问题具有暗示性的解惑作用;我们在此将讨论其中的两个问题,而第三个问题将是下一节的论题。

1.时常有人提出,宪法第一修正案对言论和出版自由的保护应仅限于政治性表达,其理论依据是:与美国宪法宗旨相关的第一修正案的唯一作用就是保护产生国会议员和总统的选举程序。但是,联邦最高法院在近年内却采纳了更加宽泛的关于宪法第一修正案的观点(这将在第27章中讨论),而且这将宪法第一修正案同时看作是一种代表由知识分子、出版商、记者、作者和其他从出版和新闻业取得货币和非货币收入者组成的利益集团的保护性立法形式。

2.时常有人问,为了多数人集团而非少数人集团的利益援引宪法条款是否是对宪法原则的歪曲,如一些反对逆向歧视

(reversediscrimination,例如偏向黑人而歧视白人,参见26.6)和歧视妇女案件或反对公民投票(popularreferendum)通过的不当立法分配计划案件。但由于大集团集体行动的成本太高所造成的其政治有效程度往往低于小集团(参见19.3),所以大集团可能更需要防止立法机关侵犯其利益的宪法保护。

关于宪法权利的另一经济理论将它们的目

的看作是防止某些特别严厉而又成本很高的财富重新分配形式。毫无补偿地取走一个人的财产、强制某人为奴或禁止某人参加其宗教活动，这些都是成本可能极高的财富重新分配的例证。美国宪法通过将宪法权利置于立法机关权力无法达到的地位，从而减少了财富分配（广义而言）的政治权力所产生的风险。

### 23. 4 对法律合理性的审查

一个长期存在的争议是，联邦最高法院是否应该用宪法第四修正案中的正当程序和平等保护条款否决依某些社会福利或公共利益的普遍标准来判断是不合理的州立法——尽管这一立法并没有侵犯如言论自由这样的具体宪法权利。经济分析表明，联邦最高法院主张这种权力会在根本上改变民主政治程序的性质，而民主政治程序是一种不能合理地归因于美国宪法创制者们或为法院所始终如一达及的目标。我们在第19章中发现，我们无法推断法律的制定是以促进公共利益为目标的。民主——也许是任何——立法程序的独特结果就是有利于在政治上有效的利益集团的无原则财富重新分配。除非为了增加反对或取消立法的信息成本而粉饰门面，否则就不应在这种程序中提出公共利益。虽然雨果·布莱克大法官（一位前参议员）好像比其他大法官更敏锐地注意到了立法程序的利益集团特征，但作为一个必然结

果，他还是反对这样的观点：即，如果要维持某一项立法，即使它没有侵犯宪法所特有的选择保护的任何权利，我们仍必须从中寻找其合理性。

有人建议，联邦最高法院应该依据平等保护条款废除那些它所选择的实现目的的方法与它所宣称的目的不是合理相关的法律。如果一项规定理发师应受医学培训的法律明显地是以改进公共卫生为目的的，那么就应该废除。但如果州政府修正了法律而宣布其目的是为了增加理发师的收入，那么这一修改后的法律就应得以确认。这一建议可能会降低反对特殊利益立法的信息成本，但它在减少立法总量方面的有效性却取决于这些成本在通过这些法律过程中的重要性和（一个相关的观点）立法者们起草合理的法律序言的能力。即使这一建议是有效的，它还是经不起以下这种观点的反对：如果不考虑相关宪法条款的语言和历史基础，宪法的目的就在于矫正立法程序中的搭便车问题，即使在这些问题并不至于危及任何受保护权利或有害分权时也仍是这样。这一建议使人们回想起一个法院确实对立法的实质合理性（substantiverationality）进行审查的时代。我们将在下一章的第一节讨论这一时代中的具体情况。

这一建议是否可能是多余的呢？参见19.5。

## 第二十四章 经济正当程序

### 24.1 作为宪法原则的契约自由

在19世纪30年代后期之前的50年里，依据联邦最高法院所解释的美国宪法第四和第五修正案，契约自由（liberty of contract）一直是正当程序的一个关键因素；而且，契约自由原则是联邦最高法院废除（虽然并没有一直这么做）许多管制经济活动的州和联邦法律的理由。由于古典经济理论的一个主题思想是自愿交易总会增进福利，而阻止这种交易的管制总会减少福利，这样，古典经济理论就被提到了宪法原则的地位。联邦最高法院之所以确认了反托拉斯法和对垄断者实施最高费率控制的法律的合宪性，只是因为这些法律是保护自由市场或模仿自由市场结果所必需的。

虽然契约自由的判决长期以来被简单地看作是对宪法原则的奇异歪曲，但最近却由于人们对古典经济原则兴趣的日益复苏而吸引了一些忠诚的支持者。而且，虽然我们很难使它们的主张与司法自律哲学或政府利益集团理论（和现实）相协调，但同样也很难说现代宪法的重点仍在于人身自由。所有要求更重视人身自由保护而相对轻视经济自由保护的观点都是肤浅的。这样，当人们提出在相关宪法条款的文本和历史中都不能找到契约自由原则时，这样的批评意见也可（并且



已经)用以形成联邦最高法院在其他广泛的不同宪法领域内的判决。人们还可以说,对法院而言,经济问题比涉及刑事原告、持不同政见者(politicaldissident)或少数民族成员权利的问题更难以判决,而在事实上,法院对这些问题比对传统经济问题了解得更少。有人会说,经济权利并没有其他权利重要;但即使如此(这是一个我们将在27.4中继续讨论的问题),这也并不意味着联邦最高法院全然不应对它们加以保护。有人认为,联邦最高法院在契约自由案中的错误就是没有与主导性公众舆论协调一致。但这只是对这一时代的后期而言的,而且这也是这一时代在那时结束的原因。此外,这种批评也可能轻易地变成一种对法院面临相反公众舆论时仍对自己信念坚定不移的赞许。还有人认为,经济管制的受害人都是没有联邦最高法院帮助也能很好地保护自己的商人,而不像典型非经济宪法案件中软弱无力的少数者。正如我们仍然将看到的那样,契约自由时代所引起的经济立法冲击往往是由消费者这样的无组织政治集团所承担的。种族和宗教的少数者无能力在政治活动场所进行有效的竞争这种观点也是错误的。

人们几乎普遍认为契约自由的判决反映出法院对经济学只有模糊不清的理解,从本书的主题来看,这是一个很重要的观点——虽然它显得琐

碎。在新国家冰业公司诉利布曼（NewStateIce Co. v. Liebmann）一案的布兰代斯大法官异议书（dis-sentingopinion）中，我们可以发现依据这种观点的早期批评意见。这一案件涉及一项州法律的合宪性问题，这项州法律要求任何想制造和销售冰的人都应取得公共设施 and 必需品的执照，并规定在现存供应适当的条件下不再发放这种执照。拥有这种执照的新国家冰业公司试图禁止利布曼参与它区域内的冰业经营，而利布曼并没有听它的。利布曼的辩解是，这一州法律违反了宪法。由于联邦最高法院依大多数经济学家赞同这一辩解而废除了这一法律：

简而言之，此间一家私人公司试图阻止竞争者参与其冰的制造和销售业务……现在对我们而言，不论是在制造和销售条件方面还是为了保证产品的纯度或防止敲诈，任何旨在保护消费公众的州立法都是不容置疑的。在此主张的管制并没有防止垄断，反而可能助长垄断。其目的并不在于鼓励竞争，反而阻止了竞争；不在于管理商业，而在于阻挡人们参与这一行业……这并不是—种自然垄断，也不是这一企业在其本质上有赖于政府特权的授予。我们面前的这一特定规定的目的显然不在于防止行业实际垄断，其趋势恰恰相反。

联邦最高法院将冰业执照的规定比作一个制

鞋者依国家权力而试图“以己在该职业的制鞋者能制造和销售全部所需的鞋为理由而要求阻止其他人制造和销售”。

布兰代斯大法官的经济观点起始于这样的主张：冰业可能是一种“特别适于垄断的产业”；由于这种产品的重量和易溶性而使“这一产业将由只在有限的地域拥有市场的当地工厂来经营”。但在实际上，只在当地地域拥有市场的企业并不妨碍竞争。而且，布兰代斯的观点还显露，在通过这一被废除的法律之前，在这一州的许多地方就存在着冰业竞争。他的辩论是，“即使在这些地方，冰的价格通常也是统一的”，但（正如他在异议书中的其他地方所强调的那样）由于产品的均质性，所以人们会指望竞争销售者收取同样的价格。

自然垄断（natural monopoly）的检验标准相当于供应状况的市场规模（参见12.1）。但在冰业供应状况这一关键问题上，布兰代斯大法官的观点却是模糊不清和自相矛盾的。布兰代斯认为“建一个冰厂是相对容易和廉价的”，并对增加了的冰产量并不具备“极大地增加冰业工厂规模的作用”这一事实作了评述。这些评论表明，冰的竞争性供应要比垄断性供应成本低。但他还声明，“冰厂的生产能力是确定的，而且其固定成本和生产成本是不

变的”，这就表示生产是在递减平均成本的情况下进行的。

无疑，这一法律的真实目的在于促进俄克拉荷马州制冰产业的卡特尔化。布兰代斯自己也令人难以理解地强调：

冰产品制造商联合会的会议记录和报告对以下两件事提供了充分的证据：其一是，这一产业对竞争的敌视；其二是，它通过同业公会、非正式协议、运输系统组合，尤其是通过工厂的合并，不懈地努力防止市场和价格遭受任何性质的竞争。他还提出，“俄克拉荷马州的制冰产业已在整体上默认和接受了这一法案及其由此造成的结果。”

由于布兰代斯大法官认为案件中利布曼的经济权利与俄克拉荷马州无经济能力购买冰箱的穷人的利益相对抗，所以他就否定了这一案件。他所维护的权利是新国家冰业公司和其他老公司免受竞争的利益、正如布兰代斯指出，这一法律实际所损害的是那些不得不支付更高冰价的穷人，而不是那些相对更有能力购买冰箱的富人。

如果制冰行业是一个自然垄断行业，那么布兰代斯的见解在经济学上可能是有道理的，其原因（我们在前面的章节中已谈过）是自然垄断者通过确立垄断价格而使其利润最大化的努力会导致设备的浪费和重复。然而，不仅这一前提是虚

假的，而且从布兰代斯意见的后半部分看，它表明前半部分提及的自然垄断是无关紧要的，而他准备接受一种盛行的主张：破坏性竞争

（ruinous competition）是经济市场中的一个普遍现象，并且是30年代经济大萧条的主要因素。这一案件是1931年判决的，虽然俄克拉荷马州的这一法律早在大萧条之前就发布了，但布兰代斯还广泛地谈论并明显赞同这一主张：包含在俄克拉荷马州限制参与制冰产业立法中的哲学也许正是一种可普遍适用于解决现行经济危机的方法。

有一种观点认为，大萧条源于过度竞争（excesses of competition），可以用减少竞争的办法予以医治，这是值得怀疑的（参见15.9）。当然，当需求在萧条时期下降时，大量的现存产业生产能力（原来是与其供应的更大需求相一致的）就会暂时过剩。但是，限制竞争并没有由于增强购买力而增加需求；它只会随其减少竞争的水平而削弱经济活动的效率。然而，对大萧条的卡特尔疗法（the cartel remedy for depressions）还在早期的“新政（the New Deal）”法律中就被尝试过，如全国工业复兴法（the National Industrial Recovery Act），这些法律授权产业确定最低价格。很快，公众舆论的方向又发生了变化，认为对大萧条要负责的恰恰应是垄断而不是竞争，或垄断至少应对大萧条的严重

性负有责任。但这一论点并不比其前面的更具说服力。当需求量下降时，垄断者降低其产品价格的速度要比竞争性企业慢。但那时其他市场中的价格会降得更多，其原因是，消费者对垄断产品支付相对高的价格会减少他们用以购买竞争产品的货币量，从而会加速降低这些产品的需求和（假设边际成本上升）价格。垄断对全体消费者的购买力不可能产生很大的影响。

联邦最高法院在以契约自由思想为指导时期所维持的某些法律，也是在促进普遍福利的伪装下压制竞争的尝试。例如，在马勒诉俄勒冈一案中，联邦最高法院确认了一项规定洗衣房女工最高工作日时间为10小时的州法律。但是，除非这一个州还制定了最低工资法，并且洗衣房女工的工资不比最低工资额高出多少，否则这一法律就不会有什么作用。如果要强制减少工作日，雇主就会通过降低日工资来弥补其损失。如果禁止雇主降低日工资，那么他就认为这一法律增加了他的劳动成本（他从同量工资所得到的产出减少了），从而他会依现在相同的分析减少劳动购买量或提高产品价格（或两者同时使用）以适应情势变迁。减少雇员会损害任何他所辞退而又没有同样适于选择的就业机会的工人；提高产品价格会有害于消费者，降低其产出会使他进一步减少其劳动投入。

在西海岸饭店诉帕里什（West Coast

HotelCo. v. Parrish）一案中，联邦最高法院以著名的“节约应有限度（switch in timethat savednine）”原则放弃了契约自由。涉及的问题是妇女最低固定薪金的州立法。联邦最高法院维持了该法律，它（不用任何证据而）强调，“拒绝向妇女提供生活薪金”会将“支持她们生活的直接负担转嫁给社会”，因为“纳税人将被要求支付这些工人的薪金损失”。这是倒退。最低薪金制因其将使那些边际产出低于其薪金的工人被人解雇（参见11. 6）而增加对福利的需求。

由于联邦最高法院断然放弃了契约自由原则，所以它往往维持那些旨在促进垄断的法律，例如一项以公共卫生为理由而禁止眼镜商在没有配镜师或眼科医生开出处方的情况下更换眼镜架的州法律——尽管这一法律可能只是为了用眼镜商和消费者的代价来增加配镜师和眼科医生的收入，除此别无其他目的。

24.2经济正当程序的复兴：作为受宪法保护阶层的穷人

在格里芬诉伊里诺斯一案（Griffin v. Illinois）中，联邦最高法院认为，将刑事被告购买审判文本作为对取决于审判记录的问题进行上诉审查的条件，这就是在歧视那些无能力支付那笔费用的人。如果联邦最高法院认为，刑事诉讼

中的正当程序要求被告有上诉权（正如联邦最高法院许多年后所认为的那样）及这种权利暗示了一种（必要时由州政府花钱的）对审判行为进行有意义上诉审查的机会，这也能达到同样的目的。但如果像格里芬一案中法官意见所认为的那样，贫困的被告有权取得免费的法院审判文本只是为了中和不然富有被告就可能享有的优势，这就会出现许多新的宪法义务。如果州政府必须中和由于在这一领域有钱而产生的优势，那么为什么不在其他领域也这么做呢？实际上，已有观点认为，格里芬案是一系列可以依以下理论得到圆满解释的案件中的第一个：作为一种宪法原则，政府有义务不论人们的支付能力而满足人民的“最低正义需求（minimum just wants）”。这一系列案件中的另一个是哈珀案判决，它废除了人头税（poll tax）。

但这些判决可以以狭义的理由得到解释。格里芬案可被看作与保障贫困的刑事被告拥有辩护人相同。贫困（也许不是由于其自身的原因）的个人仍然具有一种富有的财产权：诉讼自由（freedom of

action）。如果政府武断地将其剥夺——这种方法是，在刑事诉讼中只有政府有辩护人或被告不能对其判罪进行有效的上诉——这种财产权的价值就减小了。但是，哈珀判决好像与此无



关。由于投票对个人的成本-收益率无论如何是很低的，所以即使很低的人头税也可能使许多穷人放弃投票。它的实际效应与禁止穷人投票是一样的，而禁止穷人投票却违反了在我们上一章看来可能是具有经济合理性的普选权原则。

到目前为止，格里芬案含义最大程度发展就是由几个州法院——首先是加利福尼亚州最高法院在塞拉诺诉普里斯特案（*Serrano v. Priest*）中——拒绝依当地财产税资助公共教育。如果根据当地财产税提供公共教育资金，那么每个校区中每一学生的公共教育花费有部分就是该校区财产价值的函数。由于富裕地区通常拥有价值更大的财产，所以就有可能使父母富裕的孩子比父母贫困的孩子受到更昂贵的教育——而这可能是既无效率而又不平等的。公共教育的目的就是进行人力资本投资，而最适当的投资取决于孩子的智能而不是财富（参见5.4）。但是，不动产税基数与使用公共学校之家庭的收入并不必然成正比。例如，在纽约市有许多富人和许多富价值的不动产。但由于富人们并不将他们的孩子送到公共学校上学，而且许多财产税是依商业财产而非住宅财产征收的，所以依财产税来资助公共学校就有将收入重新分配给穷人的作用。如果每个学生的开支都要在全州范围的基础上作平均，那么纽约市就会被划归为富人区而会减少其每一学生的

开支，尽管这些学生中的许多人都是穷人。这种平均化的主要受益人就是农村居民。

平均化也会由于降低富人社区对其自己征收重税以取得高质量公共教育的动因而削弱公共学校体制，这样有些穷人就会受到损害。实际上，没有一个社区是完全由富人或完全由穷人组成的同族社会（homogeneous community）。在任何一个社区中，肯定会有一些人是穷人，他们会由其富人邻居出钱而享受高质量的教育（尤其是穷人家庭人口多的话）。如果现行政府向郊区疏散公共住房的政策得到进一步的实施，那么这种效果将会变得尤其显著。事实上，郊区反对这种疏散的原因之一就是这种疏散要求它们将其居民自己子女所需要的昂贵的公共教育赠与那些其父母无力支付适当比例成本的孩子。

### 24.3 消费者和政府雇员的正当程序权

两类在其坚持纯粹程序保护方面似乎依从传统的案件，进一步对用司法途径重新使人意识到经济权利中的利益作出了阐述（参见21.1）。在冯待斯诉谢文一案（Fuentes v. Shevin）中，联邦最高法院废除了一些州法律，只要保证金过帐，这些法律就允许在没有事先通知和审理的情况下凭令状收回（replevy）[重新占有，（repossession）] 某人追回原物之诉（replevin claim）确定为合法的财产。假设原告

是分期付款销售合同中的卖方，被告是所谓有过错的买方。联邦最高法院的推论是，由于买方对依合同销售的物品享有占有权，所以这些物品就是他们的财产。依照美国宪法第十四修正案中的正当程序条款，没有预先的通告和审理机会，州政府的行为是不能剥夺它们的。

联邦最高法院判决的基本前提——一个人“不受政府干预而享受应为他所有的东西的权利”是一种具有司法保护意义的权利——这是与经济分析相符的，但其结论却并非如此。联邦最高法院并不怀疑收回是解决分期付款销售合同违约的适当救济手段（参见4.13）。问题在于如何在不存在实际违约时最佳地防止这种救济成为一种骚扰。从经济学角度看，最好的办法就是对无理由的收回造成一种具有抑制作用的因素。讨论中的这些法律就是这么做的，其途径就是要求卖方归还保证金。虽然这种收回程序像取得预先禁令一样在开始时是简单的，但最终判决却必须在审理后才能作出。如果审理时发现财产收回是非法的，那么卖方就必须向买方归还财产并在造成买方损害时履行损害赔偿；买方也应承担保证金的成本。由此，如果毫无理由地援用这种救济方法，他既不会得到什么也不会失去什么。由于要求卖方归还保证金这一规定可能既不鼓励毫无意义地援用这种救济方法，又在确有过失时保护了

买方，所以买方就既不会由此得益，而同时又有了事前审理权。

联邦最高法院意识到了卖方避免毫无理由地援用这种救济手段的经济诱因，但它又认为这种诱因绝不能替代一个中立官员的裁判。对一个经济学家而言，一个作为人类行为管理者的当局对其自身利益的偏好是相当严重的；而且他们还认为，联邦最高法院要在特定收回物及其经济当量之间作出如此严格的区别是很奇怪的。由于法律要求卖方归还保证金并在以后的审理中证明其收回财产的合理性，所以它们就在不再占有特定物品的情况下保护了买方的利益。如果这些案件中涉及的是普通消费品，那么物品和其市场价值就是可交换的。冯特斯案的结果就是增加了分期付款销售合同的成本——这对消费者而言很难说是一种什么幸事。

另一类案件也起始于一个很平常的前提，即美国宪法严禁政府在没有正当法律程序的条件下剥夺一个人的财产。这些案件认为，拥有任期契约——这种契约禁止任意解雇——的教员或其他政府雇员都拥有其工作上的财产权，所以一旦不审理就解雇他们，这就是对其宪法权利的侵犯。在这种案件中使用“财产权”这一概念不是一种习惯的用法。任期是一种契约权，而不是一种财产权。任期契约的对立面不是雇佣契约而是任意雇

佣——一种对解雇没有契约保障和法律实施之保护的雇佣（参见11. 4）。在任何情况下，我们都很难说法院应该认识到这些雇员需要联邦宪法保护。如果一个有任期的政府雇员被解雇了，他可以依州宪法对州政府提出起诉。如果州不对被解雇的政府雇员给予公正的法律救济，以矫正雇佣契约任期的违约，那么政府雇员的工资就会比有违约损害赔偿情况下的工资高。如果损害赔偿额要比因没有损害赔偿而必须支付的工资溢价低，那么州政府就会积极地去创制这种损害赔偿救济法。如果损害赔偿的成本太高，那么政府雇员就（事前）不会选择这种救济手段。而且，由于在一宗依美国宪法第五、第十四修正案执行任期契约的诉讼中，所要实施的权利是这一契约的结果，而由于违约损害赔偿可被看作是契约中的默示条款；所以只要他取得了其契约规定有权取得的损害赔偿，即使它不符合联邦正当程序标准的审理，我们也很难说这一雇员被剥夺了什么财产权。

## 第二十五章 联邦制经济学

### 25. 1 联邦政府与州政府间的责任配置

美国政府是一个凌驾于50个州政府之上的联邦政府，而现在不断提出的问题是，是否要在联邦或州的层次上赋予这样或那样的政府责任。从经济学的角度看，这种选择涉及三个因素间的抉择：

1. 政府的垄断权力（the monopoly power of government）联邦政府比任何一个州政府都具有更大的垄断权力。对大多数人而言，从一个州向另一个州迁移是比较容易的，但他要移居其他国家就相当困难了。如果一个州政府试图运用其税收或管制权将财富从一个公民集团向另一公民集团移转，那么受害者就完全可以决定移居其他州。但只有财富的重新分配量极其巨大时，许多人才可能设法离开这个国家而到其他国家去——尤其由于美国是世界上最富的大国。

虽然联邦政府的既得垄断权可能会比州政府的更有害，但联邦政府比州政府更难以取得这种垄断权。政治组织越大，其组成成分越复杂，组织主导性联盟的交易成本就越高。因此，只要考虑到州政府层次上更高的垄断可能性，联邦政府的预期垄断成本就不可能比州政府的预期垄断成本高。当然，如果预期成本相同，而大多数人又是厌恶风险的，那么联邦政府的预期负效用

就可能比州政府的高。这也许就是联邦政府的分权——它使政府更难以取得政治垄断权——比任何州政府的分权更为复杂和煞费苦心的原因。

规模不经济和处理方法的多样性

(diseconomies of scale and diversity of approaches) 如果美国只有联邦政府，那么政府的官僚机构就会极其庞大而难以操纵，用各种不同的方法处理公共政策问题的试验范围也会受到限制。在原则上说，任何组织都能用分散组织的形式来避免畸形庞大和整体性问题，正如许多企业能通过组织不同的企业分支机构作为其独立的利润中心而达到这一目的一样（参见9.3）。但这在实践中并不是很容易的（为什么呢？）；而且由于我们已经有了州政府这一层次，所以也许给它们指定一些功能会比分散联邦政府更有意义，在此实现多样性和小规模是可能的。

外在性 (externalities) 如果一个州内的一项活动对非本州居民自然产生了成本或收益（我们将认识到，外在性可能就是州政府自身），那么这就会扭曲州政府的激励。在这种情况下，尤其是如果只涉及2至3个州时，有人就可能想起科斯定理的运用；如果A州的污物污染了B州的空气，为什么A州和B州不能通过谈判而寻求一种成本最低的解决方法呢？其障碍是：（1）双边垄断状态；（2）难以对不服从协议的州执行法律判

决；（3）任何层次的政府都缺乏成本最小化的强烈激励；（4）难以决定如何在一州居民中分配赔偿款项。

于是，这就构成了联邦制经济理论中的某些要素。本章的其余各节都是对这一理论的具体运用，首先是州法院和联邦法院间司法管辖的划分。

## 25. 2联邦法院和联邦法律的实施

在此之前的分析曾对联邦法院和州法院之间的司法权力配置作了阐述。例如，虽然联邦法院的州际公民司法管辖权（diversityjurisdiction，即使诉讼的基础为某一州法律，只要诉讼在不同州的公民间进行，它就要求联邦法院对此进行管辖）传统上已为对非本州居民的敌意这一假定证明为合理，但至少对一部分与敌视非本州居民这一假设无关的司法管辖权还存在着经济学的解释。假设A州的一个居民与B州的一个居民在B州发生撞车事故，B州的居民在B州的一个州法院对A起诉。如果原告胜诉，B州自然就得益；如果被告胜诉，A州自然就得益。所以，这一法院就可能偏袒原告。

如果双方当事人有一种先存关系

（Preexistingrelationship），这种偏袒的可能性就会小些。假设，这一诉讼由一个A州居民和一个B州居民间的契约所引起。如果人们知道B州的法



院会偏袒其本州居民，那么契约就会要求契约的任何争端不要在B州形成诉讼和得以解决，或B州的居民将不得不在契约价格或其他条件上对A进行补偿以承担在B州进行诉讼的附加风险。

联邦侵权赔偿法（the Federal Tort Claims Act）允许因联邦政府雇员的侵权行为而受损害的人对美国起诉——但这种诉讼只能在联邦法院进行。将这种诉讼限制于联邦法院之内的经济理论基础与州际公民联邦司法管辖权的经济理论基础相似。如果一辆邮车撞倒了A州的一位居民，而他又可以在A州的州法院对邮政署起诉，那么法院就可能偏袒他；因为它知道，如果原告胜诉，邮政署由此所造成的成本将由全美国来承担而绝不会集中于A州。

许多美国刑事法律（它们只能由联邦法院来实施）可以被解释为解决州际外在性

（interstate externalities）问题的一种方法。假设一个犯罪团伙在各州作案，各州都会有一定的积极性对其进行审判；但如果犯罪团伙所从事活动的全部成本都由一个州承担，那么这个州审判它的积极性就会更高。当然，如果每一个州都做了一些侦查活动，那么用于侦查的资源总量可能与某一州单独从事侦查活动所用的资源相当。但其资源使用的效率将不尽相同，因为协调各州的侦查活动将需要大量的成本。

在此，我们要提及的是证明联邦法院在刑法实施中的合理作用的另一种外在性。一个人从一家银行骗取钱财，而这家银行的存款是由联邦存款保险公司所承保的。诈欺的部分成本将由州内的该公司股东或其他人承担，但主要成本却由联邦政府承担。（这是否还取决于存款保险率的设定方式呢？）相反，抢劫银行的成本将主要由发生抢劫的州来承担，因为恐惧（有时是伤害）的非货币成本一般而言在经济成本不大的银行抢劫占主要地位，而前者的成本是由当地承担的。所以，我们不应感到奇怪，虽然银行诈斯与银行抢劫都是联邦的和州的刑事犯罪，但大多数银行抢劫案依州法律起诉——而银行诈欺案相反却依联邦法律起诉。

有些联邦刑事司法管辖权可由本章前一节中提出的观点得以解释，即州政府比联邦政府更容易取得政治权力的垄断。通过联邦刑事诉讼来处罚地方政府贪官污吏就是利用联邦官员的相对廉洁性——因为贿赂联邦机构需要更高的成本（它们都是什么成本呢？）——以减少地方政府的腐败现象。

许多联邦民事法律也同样关注着州这一层次上的各种外在性。例如，劳动法就完全是联邦法律。全国性的政策（仍然）赞成创设工会，而我们知道，工会的目的就在于设法将工资提高到竞

争水平之上。由于这样的政策会使就业人员迁居到没有建立工会的鼓励政策的各州，所以由州一级的政府来实行这种政策是极其困难的。

### 25.3州税制：货物税

每一个州都会有一种征收那些尽可能使其负担落到外州居民身上的税金的经济激励。这样的税收不仅会使各州不再寻求一种能将效率最大化的征税方法，并将在整体上扭曲全国的分配准则，而且由于它能使各州将其公共服务的成本外在化而会导致全社会的过度政府开支。各州还可能在用税收增加岁入的同时保护本州的生产者和其他销售者，使他们免受非本州居民的竞争。这样的一种税收在损害从事应税的州外货物销售业务的非本州销售者的同时，也使本州消费者遭受损害——而且本州消费者的损失实际上会高于本州销售者的收益。但由于特殊利益往往会赢得不利于效率的立法，所以我们在发现以下事实时不应感到惊讶：对各州和各国而言，征收歧视进口商的税金是经常性的。这样的税种扭曲了企业的最佳地理分布。如果B州对来自A州的进口货所征的税款超过了A州生产者的成本优势，那么那种在A州进行才可能更有效率的生产就不得不代之以在B州进行了。

由此，我们必须分别对以下两个问题予以密切的关注：输出州政府成本的州税；保护当地生

产者使他们免受外州生产者竞争的州税。但是，我们应该注意到两个限制条件：第一，优待外州企业的税收和歧视外州企业的税收一样会扭曲比较地理优势；第二，如果税收负担的差异反映的是州政府向不同的纳税人集团所提供的服务或利益上的差异，这里就不存在歧视——不论是对非本州消费者还是对非本州生产者的歧视。

依据美国宪法的商务条款和特权、豁免条款，和宪法第十四修正案的正当程序及平等保护条款，联邦最高法院完全有权禁止各州进行各种具有前面所验证的一种或两种不经济特征的征税活动（对非本州居民征税或排斥非本州生产者）。为了禁止明显的域外征税和对来自其他州的进口货征收关税，联邦最高法院行使了这种权力；但它却往往没能防止各州以各种隐藏了真实经济效果的名义重新征收这样的税金和关税。

如果蒙大拿州对在伊利诺斯州销售的煤炭征税，这种税收的无效力性是很清楚的；而对从蒙大拿矿井中开采出来的煤炭征收税金（采掘税，*severancetax*）却很明显是正当、有效的。这种两分式的处理在经济学上是没有道理的。如果对蒙大拿煤炭的需求是相对无弹性的，而且如果这种煤炭的最终消费者主要是非蒙大拿居民，那么税金（假设它与煤炭产量成一定的比例关系）就主要由非蒙大拿居民以更高的煤炭价格的形式支

付。在图25. 1中可以看出这一点。

有人可能会作出这样的论辩，采掘税实际上是一种特许权使用费，它应该归为在其边界内所发现自然资源的原所有人的州所有。实际上，我们将会讨论流域间水资源转让时意识到，将个人和企业还没有对此取得财产权的自然资源的所有权授予州政府会有助于促进效率；这种起始授权就是创设资源市场的第一步。但如果州政府完全拥有一种资源全部权利的所有权，或将它们全部出售给某一个购买者，其结果——如果像我们在煤炭例证中所假设的那样没有合适的替代品——将会导致垄断的出现。由于州政府可以充分广泛地分散其自然资源权利以保障竞争，所以垄断并不是自然资源的州所有制所不能摆脱的。但对一种其他州缺乏合适替代品的资源征收采掘税确实是垄断性行为。这种采掘税使产品价格高于竞争水平而产量却低于竞争水平，从而产生超竞争性岁入（尽管这种岁入不为权利所有者而为州政府所取得）。

就造成与垄断有关的资源不当配置效果这种意义而言，并非所有的货物税都是“垄断化”的。如果对蒙大拿的煤炭有合适的替代品，那么图25. 1中的需求表就会呈水平状，货物税也只会降低这种煤炭的产量和蒙大拿煤田的价值，从而导致其他地方产量和土地价值的补偿性增长。这

就会成为一种对经济纯利所征的税金（参见图 25. 2）。如果蒙大拿煤田的所有者都是蒙大拿人，那么由于在这种情况下征税州的居民都是实际纳税人而不仅仅是名义纳税人，所以它就会成为税制的一种可靠的（有效率的）形式。

一个中间例子是，虽然其他地方没有合适替代品而造成对征税资源需求的无弹性，但州内仍存在充实的市场，所以主要税收负担就落到了本州居民身上。可能仍会有人对此提出反对意见，认为这种税收在其功效方面也是垄断性的，但这种反对意见是没有说服力的。实质上，任何税收都具有资源配置作用（参见）17. 3）。现代政府的岁入（revenue）不可能仅靠对经济纯利征税而得以筹集。只要税收只对当地产生影响，人们就不会有特别的理由提出异议；因为在那种情况下通常会存在对税收水平的政治制约。

联邦最高法院更为不满的是州进口税，这种税收的目的不在于对非本州消费者征税，而在于排斥非本州生产者。早年的判决认为，州政府不能对州外销售者供应给本州居民的货物征收一般销售税。统一征收销售税会对州外销售者产生歧视，如果你对此还迷惑不解，那么你可以考虑一下这样两个州：一个是主要通过销售税来筹集岁入（A州），另一个是主要通过财产税来筹集岁入（B州）。由于商业财产的价值在正常情况下

是依其资本化收益而定的，B州企业因向A州居民销售产品所得到的净收入将在企业向B州支付的财产税中得以资本化，所以这一企业要向B州缴纳一笔A州销量的税金。而其在A州的竞争者却只需缴纳销售税。如果B州的企业还要承担A州的销售税，那么它所缴纳的税金就会比其在A州的竞争者多，而并没有由此得到更多的政府服务（为什么呢？）。这种与成本差异没有任何关系的税收差别对外州销售者造成了歧视待遇，虽然其效果可能会因以下事实而得以削弱：A州的销售税降低了该企业的财产价值，从而会减少其向B州缴纳的税金数额。

然而，联邦最高法院也确认了一种被称作补偿使用税的明显规避手段。这是对征税州的居民购买但又没有缴纳销售税的货物所征收的一种税金，它相等于销售税。在我们这个例证中，从B州企业购买货物的A州居民就必须向A州缴纳一笔税金，这笔税金相当于他们在购买A州销售者的货物时所应缴纳的税金。联邦最高法院还允许各州强制外州销售者征收补偿使用税，这种税收使两种税收的功能达到一致。

也许，联邦最高法院没有“最终认识”采掘税和补偿使用税（compensating use tax）——前者是对非本州消费者征税，后者为了排斥非本州生产者——的原因，就在于直到近几年前，它仍把这

一问题看作是一个州是否已“对”州际商务征税的问题。由于石油是从地下产出的，所以从实质上看，本州居民所购买的石油及石油产品不可能都是由本州提供的。但从经济学的角度看，这与是否“对”州际商务征税以及税金的名义承担者坐落在何处无关。经济学上的问题是，非本州居民最终承担了多少税金，以及在没有政府服务成本增加这一正当理由时，税收是否会提高进口货物（与本地货物相比）的价格。

在有些情况下，强调是否“对”州际商务征税会使外州的销售者赢得不合理的减税，从而会产生一种相反但却同样不合适的用州际货物和服务替代州内货物和服务的动因。假设在一个主要靠销售税筹集岁入的某州，其企业将大量的产品销往主要靠财产税筹集岁入的州，而且，因这些企业的销售属于州际商务，而禁止其所在州对其州际销售征收销售税，那么，这一企业所缴纳的税金就会比其主要从事州内销售的竞争者为低，尽管它所得到的政府服务并不比其他企业少。

在具体的案件中，我们的两项检验州税是否可信的标准可能是相互冲突的。这两项标准是，税金是否主要由非本州居民承担，它是否扭曲了比较地理优势。在对主要向外州销售其产品的企业征收销售税的例证中，第一项标准表明了这样的一种政策要求：由于税金主要是由非本州居民



承担的，所以就不应允许企业住所地州对企业的州际销售征税。但是，第二项标准却会使我们对这种税收持赞成意见，从而由于州际企业和本州企业之间的地位差异，并非其取得政府服务量差异，而使州际企业比本州企业缴纳更少的税金。

我们能使这两项标准和谐一致吗？一种可能的方法是：（1）允许所有的州对其州内销售者所销售的州际和州内货物平等地征收一般销售税；（2）但要禁止对主要用于出口的产品征收比主要用于州内市场销售（但价值却与上述产品相等）的产品更高的税金。根据这种方法，由于州外销售者要因州外销售量向其住所地州缴纳销售税，所以采掘税的合理性是值得怀疑的，而且证明补偿使用税合理性的最后陈迹也应予以消除。

## 25.4州税制：不动产税和法人所得税

联邦最高法院已倾向于将不动产税看作是一种本来就应归地方所有的税收。如果完全依地租征收不动产税，并且所有的土地都为地方所有，那么不动产税就应该是一种地方税。但由于地租对不动产税并非很重要（参见17.4），所以（例如）一个对铁路不动产征税的州就更可能由铁路的收入而不是由地租来承担其税收。铁路将会把这种税收当作一种货物税，从而将它们尽可能多地转移到铁路顾客身上，而大部分的铁路顾客都

是非本州居民。（决定铁路是否可能这样做的因素是什么呢？）如果对地租征税，那么税金仍将主要由非本地居民——股东来承担。对为非本州居民拥有，并主要与非本州居民有关的企业财产所征收的不动产税，像采掘税一样，我们应严肃认真地予以对待，也许还由于土地在州内的不可移动性，所以法院并没有严格地审查对铁路及类似商业财产所征收的不动产税。

州法人所得税中也存在着固有的相同危险。这种税收通常由消费者和股东们分担（参见17.5）。如果一家公司在几个州内从事业务，他们中的大部分人不可能既是这个州的居民又是那个州的居民。每个州都试图对跨州公司课征繁重的法人所得税，这就使这种税金量变得很大。只要每一个州对所有在该州从事业务的公司（包括本州的和跨州的）都按统一税率征税，那么就不会存在歧视的危险。这个问题是一个典型的联合成本问题（参见12.5），即将一个跨州公司的某些收入划归某一州通常是不可行的。如果一个企业在某一州有它的制造厂，而其销售组织却在另一个州，其法人总部又在第三个州，那么其成本、总收入和由此产生的所得就是三个州的活动的联产品。由于我们没有合理的手段来将这种企业的所得在其活动的各州间进行分配，所以无怪乎联邦最高法院允许各州在很广的范围内选择能给征

税州带来最大份额的分配方案。但如果一铁路公司在某州有大量的路线而其通行车辆却较少，该州依路线里程决定铁路收入分配；而它在另一州的线路不多但其通行车辆却很多，该州依通行量决定铁路的收入分配；那么，铁路公司的合并所得税税金将大于任何一家相似但却在当地的企业所缴纳的税金，不论后者企业是在前一州还是在后一州。两个州各自都努力输出税收负担，从而使跨州企业不得不比在一个州营业的企业缴纳更多的税金，即使这一跨州企业并没有得到更多的政府服务也不得不这么做。其结果只能是产生一种使人们尽可能只在一个州内从事业务的无效率激励。

假设（这在当今已经很普遍）一个州以如下方法来计算在该州从事业务的跨州公司的应纳所得税。为了决定该公司在该州的可征税收入，这个州就以下三个比率的平均数与总所得相乘：公司在该州的工薪支出与其工薪总支出的比率；公司在该州的财产价值与其财产总价值的比率；公司在该州的销售收入与其全部销售总收入的比率。这是一种税还是三种税呢？这种税收的税负是否仅仅就是工薪税、财产税和销售税的平均税负呢？

## 25. 5 正当程序对属人司法管辖权的限制

纽约的一家公司向俄克拉荷马州的一个买方

出售了一些小器具。交易的谈判是在纽约进行的，货物也从纽约装船运出，但卖方在俄克拉荷马确有一个销售处和一些仓储机构。如果双方就合同发生争议，买方可以在俄克拉荷马对卖方提出起诉、还是他必须去纽约对卖方提出起诉呢？

允许买方在俄克拉荷马提出起诉将使卖方承受附加成本，他不仅要承担旅费，而且在一个不太友好的法庭审理这一案件会给他增加败诉的风险。如果买方必须在纽约提出起诉，那么他就会承担相同的成本增量。一种用以决定两个或两个以上对争讼有管辖权的法院中何者为实际审判地的方法就是，仅仅对成本进行比较，从而要求将案件诉诸能使诉讼双方当事人总成本最小化的那一州的法院。这种方法（通常被称作 *forum non conveniens*，即由不便于审理的法院受理）的问题是原告可能会取得极大的起诉州选择权——因为他知道哪一个州的法院才能真正地使联合成本最小化。法院所采用的这种方法就是要求原告所选择的州至少要给被告带来一些益处，这样才能使他在他认为不太理想的法庭上为自己辩护时（这种辩护是一种相应的补偿）不至于过度叫屈。在我们所假设的例证中，被告在俄克拉荷马确有一些机构和财产，这就满足了以上条件。

但我们现在来考虑一下这样一种情况：一位

纽约的汽车经销商向一位纽约人出售了一辆汽车，而这位纽约买主宣称由于汽车的瑕疵而在去往俄克拉荷马的途中受伤。这位买主可以在俄克拉荷马对经销商提出起诉吗？这显然是不可以的。理由之一是，经销商可以得益于俄克拉荷马有道路这一事实，正如纽约的电话公司可以得益于俄克拉荷马有电话这一事实一样，这种收益是极其微不足道的。

## 25. 6流域间的水资源转让

由于水在许多州是一种盈余商品

（surpluscommodity），而在另一些州却是一种亏空商品（deficitcommodity），所以将盈余地区的水向亏空地区转让可能极有希望提高水资源的总价值。长距离的水资源调转需要很高的成本；但区域间水资源转让的主要障碍还是在于源自联邦体制结构的法律和制度因素。

如果外州购买者通过购买由水资源盈余的一个州或几个州的居民所拥有的水资源占用权就能取得其所需的水量，那就不会产生什么特别的问题，因为一个州无权禁止其居民将资源占用权

（appropriativeright）出售给外州购买人。但是，即使是单一占用权的购买也需要很高的交易成本（参见3. 10），这会使试图通过个人购买而累积大量占用权这种方法的成本过高而无法实现。一种可供选择的方法就是购买在有些州发现的未

被占用的水资源，尤其在太平洋沿岸的西北部各州。令人遗憾的是，没有一个人对这样的水资源的权利进行转让。回想一下第3章的内容就可以知道，只有占有的行为才能创设财产权。一个非本州居民可以设法占用这种资源，但他会遇到这样的反对意见，即未被占用的水资源的租金应为水资源所在州的居民所有。而且问题还不仅仅在于租金。未被占用的水资源不一定就无人使用。许多水资源虽未被占用但却富有经济价值，例如用于对污染物质的稀释和处理，而将这些水资源大量地向其他流域转让就会对其原来的经济价值有所损害。

这一问题可以这样得到解决：由外州用水人向水资源州支付占用补偿费。但如何在受影响居民间分配这些补偿费仍有极大的管理性困难，且不说缺乏占用前的公认所有人。而且，任何由州转让的权利都会因为联邦政府和其他州广泛而不确定的利益而变得朦胧不清。美国联邦政府有权——这种权利的范围从来没有确定过——使用西部各州中联邦国有土地上河流的水资源（印地安人保留地、国家公园和森林、军事基地等）。就通航河流的航行地役权性质而言，它的水资源也是权利界定不当而又利益广泛的。因此，大规模的流域间水资源转让需要联邦政府的同意，而且可能只有国会才有权作出这种决定。由于大规模

地从河系的某一点转让水资源会影响上下游地区的生息（recreation）、环境和其他有价值的经济利益，所以这也应取得流域内其他州的同意。每一个州的利益界限都要由联邦最高法院、州际契约或国会的分配来决定。

## 25. 7 贫困的输出

不劳动的穷人所消费的政府服务成本要比其为维持这种服务所缴纳的税收高：在州的财政中，这些政府服务是一个赤字项目。如果这些穷人再没有什么政治权力，那么人们就会竭力支持州政府将他们“输出”。达到这一目的的一种简易方法就是规定很低的福利救济金，从而使这种救济金的受益人移居福利救济金更高的州。英国的贫民救济管理在其一开始就受到这种问题的困扰，最后它不得不禁止靠救济生活的贫民离开其原来的教区。在美国各州，解决这一问题的方法只是比英国温和一些，但在本质上还是一样的，它们要求一个人在某州居住满一段时间（通常为1年）后方能领受福利救济金。尽管存在这一规则，还是有许多福利救济金很低的州（如密西西比州）的贫民移居福利救济金较高的州（如纽约州），他们先在亲戚和朋友的帮助下勉强地度过一年的等待期。但是，没有这种关系的其他人无疑就无法移居了。

在夏皮罗诉汤普森一案（Shapiro

v.

Thompson) 中，联邦最高法院依他们在各州间流动居住为理由废除了居住期限的规定。但是，人们为了取得比其在原来州更高的福利金而进行的移居，不是促进而是扭曲了有效率的人口地理分布。如果贫民因为纽约州有更多的贫困救济而从密西西比州移居该地，那么社会并不会因此得到改善。而且事实可能恰恰相反，社会会进一步恶化，因为贫民在密西西比州的正常生活成本比在纽约州的低。虽然这种移居能使个别贫民的生活得到改善，但整体贫民的生活是否得到改善仍然是不清楚的。自由移居会鼓励福利救济金较低的州通过不充分的公共援助而使其政策达到劝使本州贫民移居他州的目的。自由移居对福利救济金较高的州所产生的影响更为复杂。一方面，贫困居民数量的增加可能会扩大该州穷人的政治影响，从而能维持较高水平的政府援助。而另一方面，福利救济金的任何增长都会从其他州吸引来新的福利救济金领受人，这一州最终必然会认识到，它正在任自己被福利救济金较低的州用以缓释这些州援助穷人的负担。一旦福利救济金较高的州不再增加其福利预算，其居民的平均福利救济金就会下降，原因是：该州的政府援助水平——虽然总量没变但其人均水平却在下降（馅饼面积没有增长但分割份数却增加了）——仍然比其他州高，其他州的贫民将继续到来，从而增加



了其贫困居民的总量。

不论在英国还是在我们的美国，贫民救济的基本问题在于区域性组织，它产生了社会性浪费的激励：各州将福利成本转嫁其他州的激励、穷人移居福利救济金更高的地区的激励。居住期的规定只是处理这一问题的一种不成熟的和仅在部分意义上有效的方法：说它不成熟，这是因为，它往往可能妨碍一个为高福利救济金州中的较好就业机会所吸引的贫困家庭——在只需居住于新州开始几周或几个月的少量政府援助的情况下——移居它州；说它仅仅部分有效，这是因为，这一规定会招致欺诈，同时（正如前面提及的那样），贫困家庭在没有政府援助的情况下也可能勉强度过一年。由于夏皮罗案的判决否定了福利管理的区域性方法，所以它可能促进了福利管理的全国性解决措施，这种全国性措施好像是克服由传统分散福利计划所产生的地区性无效率所必需的。

## 第二十六章 种族歧视

### 26.1 种族歧视的嗜好

有些人不愿意与自己不同种族、宗教或民族集团的成员交往，并愿意付出一定的代价以满足自己的这种嗜好。因此，虽然黑人和白人间的交易——对为白人工作的黑人或向黑人出售住房的白人而言（反之亦然），及其他——正如国家间的贸易一样存在着货币收益，但由于这样的交易增加了两个种族成员之间的联系，但这却会对任何一个种族中不愿与其他种族成员交往的成员产生非货币性的、但却是实实在在的成本。这些成本类似于国际贸易中的运输成本，两者都会降低交易总量。

这不会有什么无效率的影响，但其财富效应却可能很大。假设，白人不愿与黑人交往，但黑人却对与其交往的人的种族身份满不在乎。许多白人的收入就将会低于他们没有种族歧视嗜好情况下可能得到的收入。他们放弃了有利的交换：例如，他们可能会拒绝将他们的房子卖给愿比白人买主出更高价的黑人。但白人的这种种族偏好也会由于妨碍了黑人与白人之间的有利交换而降低黑人的收入；而且从比例上而言，黑人的收入要比白人的收入下降得多。由于黑人只在总体经济中占一小部分，所以黑人能与白人进行的有利交换数要高于白人能与黑人进行的有利交换数。

白人人口很多，他们在实际上能够自给自足；而黑人的人口却少得多，因此他们更依赖于与白人的交易。

用国际贸易进行类比可以帮助我们澄清这一论点。美国是一个积聚着大量技术、资源和人口的国家，所以即使其对外贸易大量削减，它的国民照样也能较舒适地生存。但瑞士就做不到这一点。其原因就在于，它的市场太小、资源太有限，如果不与其他国家进行贸易，它就无法形成其规模经济 and 专业化。作为少数人的黑人在美国的地位与瑞士在世界经济中的地位相类似。

虽然种族歧视与竞争是一致的，正如由高额运输成本所造成的国际贸易量缩减并不能证明国际市场的非竞争性一样，竞争市场中确实存在着各种有助于种族歧视最小化的经济力量。在一个销售者很多的市场中，个人对黑人所抱偏见的强度有很大的差异，有些销售者只会对他们抱有很轻的偏见。这些销售者不会像那些对黑人抱有更大偏见的竞争者那样放弃许多与黑人进行的有利的交易（除非法律干预）。他们的成本由此会较低，这将使他们能扩大其市场中的份额。正如最无恐高症的人能取得需要在高空作业的职业一样，最不具偏见的销售者将占领市场：他们对溢价的要求比较低。这并不是说歧视会消失。如果上述分析是正确的，基于嗜好的歧视（一种对另

一种族成员无理由的厌恶）会从竞争市场永久消失。但有效率的歧视（参见26.5）并不会消失，因为不论其所有者或经理是否有歧视嗜好，有效率的歧视仍是追求成本最小化企业的最佳策略。

在垄断情况下，市场被对黑人偏见最少的企业所占领这种趋势将会较弱。通常情况下，市场中的单一销售者就像社会中的一般成员那样对黑人抱有偏见，而不会成为最不具偏见者。当然，任何可自由转让的垄断（如专利）就可能会流入最不具偏见者之手。对一个具有偏见的所有者而言，需要与黑人合作才能取得的垄断是没有什么价值的；他不得不为此进行选择：要么放弃与黑人进行的有利交易而损失其货币收入，要么进行这一交易而承担非货币成本。这样，对黑人抱有较轻偏见的人就会从对黑人抱有较重偏见的人处购买这种垄断。然而，并非所有的垄断都是可转让的。

如果垄断得以管制，不利于种族歧视的市场力量就会被进一步弱化。规避利润最高限额的一种途径就是用非货币收入替代货币收入，因为后者很难为政府管理机构所控制；而非货币收入就是得免与他所抱有偏见的人进行交往。

具有垄断权的工会可能削弱了竞争在种族歧视最小化方面的有效性。一个垄断性工会，由于它将工资抬到了竞争水平之上而造成对这些高工

资工作的过度需求。如果工会控制了这些工作，它总得以某种方法对它们进行配置。由于职位空缺会使会员出售其资格，它就可能将它们全部拍卖，或者它会在白人中采用非价格准则（例如以前工会曾采用过的裙带关系标准）会员资格。工会成员以得免与其不喜欢的人进行工作方面的交往而取得了其垄断利润的一部分。

因此，对垄断者的利润管制和强有力的工会负有责任的政府政策可能会使种族歧视水平增至非管制市场所存在水平之上。这些政策并非是仅有的对少数民族具有相反作用的政府政策。另一种就是最低工资制。

## 26.2 学校隔离

在布朗诉教育委员会一案（Brown v. Board of Education）中，联邦最高法院废除了要求或允许公共学校种族隔离（racial segregation）的州法律。联邦最高法院认为，由于隔离教育给黑人儿童灌输了一种自卑感，所以它本来就是一种不平等的教育。前一节中的分析为抵制那种虽然隔离但却仍然平等（separate but equal）的观念提出了一种与心理学理论不同的经济学基础。隔离减少了有价值的种族间交往的机会，而且由于白人在社会中占有主导地位，所以这些交往对黑人而言就特别有意义。联邦最高法院已在斯韦特诉佩因特一案（Sweatt v.

Painter) 中认识到了这一点，它认为，黑人不应被排斥在法学院之外。联邦最高法院指出，在一个种族隔离的法学院中，黑人学生不可能有机会与毕业后最有可能在法院和律师界享有重要地位的学生进行有意义的专业联络。它反对那种认为隔离对黑人的不利会与白人所承受的不能与黑人学生交往的不利所抵消的论点；同时指出，黑人在法律职业中的弱势地位将使这种交往对白人具有较小的意义。

如果我们前面的分析是正确的话，那么在布朗案中所废除的那些禁止地方校区开设黑人和白人学生混合学校的法律就会造成（与没有这些法律的情况相比较）更严重的种族歧视——但也许不会有很大的差异。当联邦法院、司法部和其他联邦政府机构最终有权强迫南部各州停止实施其种族隔离法律时，许多白人愿意支付必要的额外成本以使学校隔离永久存在下去。他们将孩子送入种族隔离的私立学校，或迁移至黑人居民极少的校区。联邦最高法院的做法使种族隔离需要更高的成本，但由于全体白人将学校歧视的价值看得很高，所以多年来联邦最高法院的判决对种族歧视所产生的影响一直是很小的（也许它现在和将来的影响仍然是很小的）。而且，由于白人控制着各州的财政，所以他们可以通过减少公共教育拨款和用奖学金及减免税的方法资助私人教

育，从而至少部分地使联邦最高法院的判决走样。这些措施使父母们能用较低的成本将其孩子转向种族隔离的私人学校。

经济分析可能会有助于我们消除种族隔离命令的设计，这些命令在20世纪90年代仍得以实施并同时存在争议。假设一个法院要求促进一个过上（可能是依据一项救济令）曾经实行种族隔离的社区公共学校消除种族歧视，但又要不引起很大的“白人逃亡（white

flight）”问题以免使黑人不能从命令得到收益。从白人父母的角度看，如果其不论出于什么理由而将黑人儿童的出席到校看作是对其自己孩子的损害，那么任何消除种族隔离的命令就是对其征税。税收越高，白人父母迁移到另一校区或将其孩子送进私立学校所产生的成本就可能越高。法院可以通过以下手段将这种效应最小化（从而使消除种族隔离令对黑人的收益最大化）：

（1）将命令适用的地理范围划得尽可能大，以使白人家庭迁移的成本最大化；（2）将命令的成本尽可能多地加于黑人儿童而非白人儿童，比如用公共汽车载运黑人儿童而非白人儿童；（3）限制黑人在任何学校中的比例，因为对白人所征的消除种族隔离“税”将随在校黑人儿童和白人儿童的比例而上升（也许还是很急剧地上升）。

即使黑人儿童极大地受益于消除种族隔离的教育制度，这也不意味着他们不能从其他策略得到更多的收益。例如，在布朗案中，联邦最高法院不是废除公共学校的种族隔离，而是要求南部各州对黑人教育进行比以前更大的投资，并将此作为维持种族隔离学校的条件，从而它可能利用了白人对学校种族隔离的重视。可以想象，即使布朗案的判决迅速和全心全意地为人们所服从，但以上的调解显然会使黑人的状况得到更大的改善。设想一下，如果一个社区中有200名黑人和800名白人，黑人的平均收入为5,000美元，而白人的平均收入为1万美元，假设消除种族隔离教育能使黑人平均增长2,000美元的货币和非货币收入（不计变化了的教育条件及更佳就业的滞后），这样，黑人居民就可以从消除种族歧视取得40万美元的收益。但如果该社区中的白人愿意平均每人支付1,000美元而避免学校的黑白人学生混合，那么他们就是愿意为改善黑人的教育支付80万美元，并以此作为继续进行学校种族隔离的代价。当然，这里还有一个前提，即白人在这方面的所有支出都应成为黑人的收益。如果真是这样，这种白人的开支会使黑人的收入比取消种族隔离时的收入高出40万美元。

这种可供选择的策略不会对所有种族隔离的公共设施起作用。黑人不可能因如下制度中的暗



示性隔离而得到补偿：司法命令要求各州对种族隔离的休息室和喷嘴式饮水龙头的设施进行白人和黑人同等量的投资。如果种族隔离的设施在质量上是平等的，有人会对布朗案的判决提出其认为合理的批评，其理由是：它在促进黑人与白人的交往自由的同时否定了白人的交往自由，而且其中不存在一种依之在白人和黑人这两种交往偏好间进行选择的中立原则。但经济分析所表明的一项重要差异是：由于黑人是经济上的少数派，所以白人的偏见对他们所造成的成本在比例上要比对白人自身所造成的成本高得多。但这一观点对效率有什么作用呢？如何使其适用于隔离休息室和喷嘴式饮水龙头呢？

### 26.3对州政府行为的要求

起初为保护少数民族利益而制定的宪法第十四修正案规定，任何州都不得否认任何人受其法律的平等保护，任何州都不得在没有正当法律程序的情况下剥夺任何人的生命、自由或财产权。经济分析可以帮助我们澄清那些涉及区别州政府行为和私人行为的问题。

我们可以将政府参与种族歧视的情况分成三个层次：法律或其他命令种族歧视的官方行为；国营事业的种族歧视行为；州政府参与了私营企业的种族歧视，但并没有参与其进行种族歧视的决策。第一和第二层次的州政府行为都体现在布

朗案中，但它们并不显著。联邦最高法院的判决首先废除了要求州内所有公共学校实行种族隔离的法律。这样的法律可能认可了更富偏见的那一半人的种族偏见，所以它们会比由各自的公共校区自行决定要否实行种族隔离的情况导致更严重的种族偏见。其次，联邦最高法院的判决废除了允许地方校区任其选择决定是否实行种族隔离的法律。当将是否实行种族隔离的决定权留予每一地方校区时，我们很难说其结果——种族歧视的程度——会与完全私人教育情况下的有多大差异，也许上一种情况下的种族歧视会更严重。公共学校制度是一种不可转让的垄断（由于私人教育使不同于纳税人的消费者负担起高于公共教育的成本，所以它不足以替代公共教育而取得其在公共校区的全部垄断权），而且我们在前面了解到，不可转让的垄断预计可能会（一般而言）比竞争企业或可自由转让的垄断造成更严重的种族歧视。由于大量政府服务在本质上具有不可转让的垄断性，所以这一观点对公共政府机构就具有普遍的适用性。

即使州政府在某种程度上与私人活动有关，只要种族歧视的决定由个人或私营企业作出，这种分析就不一样了。这种情况下的问题就应该是，州政府的参与是否更可能造成种族歧视。当参与所采取的形式是对公用事业和公共运输业的

管制时，那么正如我们在前面知道的那样，企业进行种族歧视的可能性就会更大。例如，州政府有着广泛的地契登记制度，或广泛地参与了土地使用管制，但这种州政府的参与并没有增加白人房主因讨厌与黑人交往而将拒绝向黑人买主出售其房屋的可能性。

前面的分析提出了一种州行为的定义，它并非更加狭窄，但与法院所援引的却不同。这种分析有助于依宪法第十四修正案而禁止工会的种族歧视，因为促成垄断性工会组织增加的政府政策会增加它们进行种族歧视的可能性。它并不禁止公共办公楼中私营特许权所有人所进行的种族歧视，除非政府机构已鼓励特许权所有人实行种族歧视。

当州政府参与的形式是对私人种族歧视决定进行法律实施，那么就会产生一个很有意义的问题。我们可以强制执行一项种族歧视契约吗？作为参议员培根所赠公园之受托人的梅肯市，可以服从其在赠与时所附加的种族歧视条件吗？平等保护条款禁止不接待黑人顾客的店主诉诸民事和刑事侵权救济吗？我们很难相信，种族歧视会在没有财产权的情况下得以减弱。也许情况恰恰相反，如果没有财产权，没有对财产权的法律保护，更多的经济行为将不是为政治决策所命令就是为暴力威胁所控制。这样，尤其在种族歧视嗜

好普遍的社区，种族歧视现象将变得更为严重。

如果州政府执行了种族歧视之外的所有私人决定，那么种族歧视的成本就会上升，而其发生率就会下降。这一观点是正确的，但它并不重要。一种更有意义的观点是，在限制性契约（某一地区业主主要为了种族歧视所达成的不得随意使用产业的协议）和慈善捐赠案中，实施种族歧视条件所造成的种族歧视会超出当今社会成员在这方面的需求。我们可以回到国际贸易的类比上来看，在19世纪，没有一个国家会相互达成以下协议：只允许以航运以外的其他形式进行贸易。这是对第18章中所讨论的更广泛问题的一种应用：在发生预料外情况时，契约或赠与中的永久性条件可能会造成资源的无效率使用；在这里，这种预料外情况就是人们对种族歧视嗜好的下降。但是，永久条件的结果会使种族歧视高于还是低于这方面的当代需求，这具有偶然性。如果种族歧视现象长期增长而非下降，那么实施具有反种族歧视动机的契约或赠与的限制性条件（例如，基金会章程中的某一条款宣称基金会的宗旨就在于促进种族融合）就会使种族歧视现象低于当代人们的需求。

## 26.4反种族歧视的法律

禁止在不动产出售和租赁方面，在就业方面，在餐馆、饭店和公共服务行业的其他地方实

行私人种族歧视的联邦法律所努力寻求的正当理由是：第一，消除几个世纪以来种族歧视立法的影响；第二，促进州际商务。对许多人而言，第二种理由是难以想象的，但这在经济学上是有道理的。种族歧视会降低黑人和白人之间的交易，而许多受妨碍的交易可能是州际商务（即使我们对州际商务所下的定义很狭窄）。第一种理由似乎是很有道理的，但却不明确。实际上，黑人今天所遭受的任何损失都可以部分地归因于过去种族歧视法律或其他政府的政策导致的种族歧视。如果即使在北部学校中黑人儿童的平均成绩还不如白人儿童，这可能应归因于这样一个事实：由于对受教育黑人的歧视现象尤其严重，所以教育给黑人所带来的收益历来是很低的，这就可能是受到南方各州——它们在许多北方黑人的出生地——政府种族歧视政策的影响。这种观点为逆向种族歧视提出了强有力的理由，这将在本章的下一节中论述。

经济分析能帮助我们解释在服从反种族歧视法方面的各种情况。如果反种族歧视法只能引起数量不大的种族间交往，那么即使对有偏见的人们而言，交往成本也将是很低的，而且他们不愿意为了满足自己的这种种族歧视嗜好而承担沉重的违法惩罚成本或法律成本。不足为奇的是，虽然用于实施这些法律的资源很少，但人们仍普遍

遵守那些禁止以种族理由拒绝出售不动产的法律。除非不动产的出售者计划以邻而居，否则他与黑人购置者的交往就仅限于买卖的谈判阶段（而且谈判往往由经纪人进行）。同样，饭店店主与职员（一方面）和住客（另一方面）之间的交往也是非个人性的，除非饭店的职员很少——为此，小规模饭店免受公共服务业法的管辖。因此，在这一行业内也能很快和很容易地取得对法律的普遍遵守。在学校取消种族歧视就不同了。学校儿童间交往不仅是亲密和漫长的私人交往，而且由于种种原因，黑人儿童的平均成绩总比白人儿童差。这样，取消种族歧视就可能使白人所承担的成本超出非自愿交往所造成的非货币性成本的范围。

禁止在就业中进行种族歧视的法律涉及一系列有意义的问题：证据、法律宗旨、救济措施和功效。即使一家企业位于黑人人口很多的地区，但由于与企业经理部门或白人工人的种族歧视无关的原因，它也可能没有黑人雇员。可能没有符合训练和能力要求的黑人，或黑人可能不喜欢这一类工作，或只是黑人没有注意到该企业的职位空缺。如果法律要强迫一个企业雇主雇佣不合要求的黑人，向他们支付更高的薪金以使他们从事这一类他们不喜欢的工作，或在黑人社区对几乎没有任何黑人对此感兴趣的职位空缺做广

告，那么企业所遭受的成本将高于它雇佣黑人所取得的收益。不合格的黑人雇员会由于他无法在工作中对其高薪进行补偿而造成生产率损失。向不喜欢这类工作的黑人支付更高的薪金，这对企业来说是一种成本；但对黑人来说却并非是一种收益，它只是抵消了这一工作对他造成的非货币性成本。如果广告并没有吸引大量的合格申请者，那么在黑人社区做广告就不可能产生相当于广告成本的收益。由于这些附加成本的主要部分可能会转嫁到企业顾客身上，所以这些增进黑人福利的方法是掠夺性的，也是无效率的。

即使将禁止职业歧视的法律适用于那些确实进行种族歧视的雇主，这些法律的成本也是很高的。雇主也许不得不向那些既有种族歧视嗜好、又在其他无黑人雇员的企业拥有吸引人的可选择就业机会的白人工人支付更高的薪金。如果他们有这样的就业机会，消除种族歧视也许不会对其造成货币成本——假设白人工人没有选择而只能与黑人交往——但会由于白人所讨厌的交往而对其造成非货币性成本。而且，黑人在该企业中工作所得到的高于其可选择就业机会的收益，或加强与黑人的贸易给企业和（从而）其顾客所带来的经济利益，都不可能抵消这些成本；如果存在这样的可抵消成本的收益，那么即使没有法律压力，黑人也许早就被雇佣了（为什么？）。

到目前为止，已对这一讨论作出了这样的假定：不论反种族歧视法的成本是多少，意图中的受益人总能有所收益。但事实并非如此。第一（也是不太重要的），黑人作为消费者和工人将支付和分担反种族歧视法对企业所产生的任何成本。当然，他们与白人一起分担成本，而只有他们的收益才得到自然增长。第二，企业雇佣黑人的成本越高，企业就越将努力使其黑人雇员再少化。例如，它们将不太愿意将其工厂或办公室安置在黑人很多的地区（如果依照歧视的无联系一影响理论，尤其如此）。它们越在黑人人口多的地方安置其工厂和办公室，就越容易受到种族歧视的指控。

当我们在考虑一个已被证明有违法行为的职业种族歧视案的适当救济手段时，经济分析建议，应该要求雇主对所有受他歧视的人支付损害赔偿（也许在损害赔偿额很小的情况下，实施成本就要两倍或三倍于其数）。这既有补偿作用又有威慑作用。而且好像比要求雇主雇佣特定数量或特定比例黑人的强制令式救济更为可取。这种法院强制令将迫使他解雇一些白人工人，或同样地使黑人申请者比白人申请者得到更多的优惠条件，直到达到裁定中所规定的配额为止。由于这种命令为了改善黑人工人的状况而将成本加于没有种族歧视倾向的白人工人，所以它的作用就如



对白人工人阶级课征一种任意和掠夺性的税收。

如果雇员和雇主要同时对种族歧视承担责任，那么分析就会复杂得多。雇员可能已将黑人排挤在工会之外。或者，只是由于工人的种族歧视嗜好——雇主自己并没有这种嗜好，雇主才对黑人实行种族歧视。（实际上，从经济学的角度看，白人雇主和白人雇员两者间谁更可能怀有种族歧视情感呢？在雇员已被证明为对种族歧视负有责任的情况下，我们应采取什么样的适当救济措施呢？）

假设，对于同样的工作类别，雇主对白人工人所支付的薪金高于对黑人工人支付的薪金。损害赔偿额应是这两种薪金间的差额吗？如果以下可能性有所增加，我们又怎么办呢：在雇主不得不向白人和黑人支付同样薪金时，他会对两种人都降低雇佣量。如果雇主提出工资的差额部分是对白人更大教育投资的偿还，我们允许他以此作为辩护理由吗？如果只有极少数人在劳动力市场上实行种族歧视，我们可以认为黑人工人和白人工人薪金之间的任何差异都不应归因于种族歧视（不论雇主的种族歧视嗜好如何）吗？

有人可能会假设：当竞争市场中的销售者之间的偏见消减时，反种族歧视的诉讼就将随着时间的推移而减少。但实际上这一数量却已上升了。这是否驳倒了歧视的经济理论呢？并非完全

如此。除了前面已提及并要在下一节研究的偏见和歧视并非是同义词这一事实外，在此的事实依据是：随着越来越多的黑人被雇佣，反种族歧视诉讼案的组成将由拒绝雇佣转向解雇。对原告而言，解雇诉讼案更有利可图，这是因为：损害赔偿基于职业中期的薪金而非刚进入时的普通低薪金；前面的薪金更可能超过其机会成本（为什么？）；与对申请者相比，雇主可以用更多的手段来歧视其雇员（例如，骚扰、不提升、恶劣的工作条件）。所以，就业歧视的下降实际上可能造成就业歧视诉讼案的增加！

## 26. 5 逆向种族歧视

经常有人竭力主张，黑人应该得到特惠待遇——例如，虽然法学院的入学准则规定了应对黑人的学业成绩进行公正的评价，法学院还应该将黑人学生的入学标准降至白人学生以下。这种逆向种族歧视（reversediscrimination）是一种基本上不同于过去的黑人种族歧视的敌意吗？为了回答这一问题，我们有必要深究一下我们在此以前所运用的假设——种族歧视仅仅是一种嗜好的结果——并进一步寻究其起因。

种族歧视有多种可能性起因。在许多情况下，纯粹的敌意和非理性是主要的因素。种族歧视有时是反竞争性的（anticom- Petitive）——第二次世界大战期间加利福尼亚州对日本居民的拘

留就具有这一因素，而有时候是剥削性的（exploitive）——如在奴隶制社会中，种族是认证对抗集团和被剥削集团成员的一个实用的因素。然而，还存在着一种被忽视了的因素，即信息成本。种族或有些特征（性别、口音等）都同样难以隐瞒，如果这种性质与不希望得到的特性呈正关联，或与希望得到的特性呈负关联，那么人们用外表特征替代与之有关联的非显露性特征（“统计性歧视，statistical discrimination”）是理性的。如果经验已经告诉我（也许是错误的），大多数迈锡尼人身上都有很浓的大蒜气味，那么我就可以拒绝加入接纳迈锡尼人成员的俱乐部，从而节约了信息成本。虽然我可能由此而放弃同没有很浓大蒜气味的迈锡尼人进行有益的交往，但这种机会成本可能低于同迈锡尼人进行更广泛的接触所应承担的信息成本。由这种动机所激发的种族歧视与由于以前对X牌牙膏有不愉快的经历而作出不再买它的决定具有相同的基本特征（当然，其分配效应是不同的），尽管下一次使用这种牙膏的感受可能会好一些。

有些种族歧视是有效率的，但这一事实并不意味着它是或者应该是合法的。依照功利主义者的观点，即使这种种族歧视是有效率的，它也完全有可能是非正义的（请解释）。然而，种族歧视的信息成本理论并不表明，有时用于宪法案件

中的权益平衡方法（如果在种族歧视案件中忠实地遵守这种方法的话）会造成这样的后果：依据效率理由而确认某些种族歧视的行为（但这取决于对种族歧视分配成本的重视程度）。

与权益平衡方法不同的另一种可供选择的方法说明，为宪法第十四修正案和其他反种族歧视措施所禁止的是那些明确地用种族特征替代其他非显露性个人特征的行为。与仅仅禁止不合理种族歧视的规则相比较，这一原则具有简易规则所具备的许多吸引人的特点（参见20.3）。但上述原则的一个合理推论是，逆向种族歧视是违宪的，因为它的基础就是用种族特征替代其他非显露性个人特征。给黑人予法学院入学特惠待遇的理由并不是因为黑肤色本身（*per se*）具有一种吸引人的特征，而是用它替代了与教育过程和法律职业成就相关的特性——这些特性都是对处于不利地位的人进行剥夺和移情（*empathy*）的基础。为了节省搜寻成本，黑肤色被当作选择的准则。我们可以这样认为，正如由于许多黑人都是穷人而对黑人进行种族歧视会使并不具备这种特性的黑人中产阶级造成变幻莫测的负担一样，以上的准则将使黑人中产阶级取得变幻莫测的收益。

## 第二十七章 思想及宗教自由市场的保护

### 27.1 言论自由的经济学基础

在一个高度竞争的市场中，思想是一种被大量生产的有用商品。霍姆斯认为，思想市场

（marketplace of idea）不仅是言论的一种象征，而且是言论的一种事实。作为一种实践，决定思想的“真理性”的就是这种市场，而不是某些最终真实性。因为当我们说某种思想（例如，地球环绕太阳转）是真实的，并不是因为它在实际上是真实的（谁知道？），而是因为全部或大多数有见识的消费者已接受（“购买”）了它。这种实用主义的真理概念对压制思想或禁止这种思想的表达和传播的努力是具有妨碍作用的。没有人拥有最终其实性的渠道。如果潜在的竞争者（非流行的或令人反感的思想）是可以强制地排斥的，我们拥有的这种真理就可能在扭曲的竞争过程中得到伪造。

但是，这并没有说明宪法保护这种特殊市场而非其他市场的必要性。可能有两种解释是与经济学思考相符合的。第一，对思想市场的管制会造成这种危险性：即破坏民主程序，从而导致最大危险的垄断——政府权力垄断（参见23.

2）。第二，这是一种更广泛的解释（第一种解释仅限于政治言论），它强调了信息市场的脆弱性。由于本书早些时候讨论过的原因（参见3.

2)，要在纯思想领域创设财产权是不可行的。由此，它们有可能生产不足。如果大众思想在市场中是一种对有价值但不受欢迎的思想的替代品——正如事实上的情况那样，这一问题就会变得尤其严重。这样，政府对不受欢迎的思想所施加的任何成本都可能导致大量其他思想对它的严重替代。实际上，“有价值的”和“不受欢迎的”这两个概念的同时使用表明，存在着这样一类思想，它的收益几乎全部是外在的。因此，我们有经济学上的理由担心，表达自由的实现会“遭到冷遇”。虽然给思想市场特殊法律保护的外在收益理由并非限于政治言论，但政治言论可能是其最好的范例。回想一下，投票本身是一种外在收益源，因为单一的投票根本不可能改变选举，所以其对个人投票者的预期价值（即使相对于很小的投票时间成本而言）是很小的。由于投票几乎没有私人价值，所以我们就不应该希望人们对了解候选人和有关问题进行大量的投资。这意味着人们对政治思想和政治观点的私人需求也可能是很弱的，这就是使生产这种思想和观点的法律成本最小化的理由。

27.2受戒备行为的范围：煽动、威胁、诽谤、诲淫

真理的实用主义理论和真理的外在收益观点似乎指出，要对言论的管制进行绝对的禁止。事

实并非如此。言论除了交流思想以外还有其他功能。可能有害的思想（不论是真的还是假的）为公共干预提供了正当理由。例如，如果我说“我现在想去散步”，“我要去抢银行”或“我想组织一次武装暴动”，这时，我并不求助于思想市场来表达一种思想，而只是为了陈述一种意图。而且，我的陈述很可能成为一种与思想无关的犯罪（如抢劫）未遂的证据。对这种犯罪企图进行制裁并不妨碍思想市场的正常运行。地球是平的这一陈述是为了与其他观点竞争。与之不同，一种意图的陈述并不是为了与其他观点竞争；而且由于生产这种陈述后面的思想并不需要投入，所以这里不可能存在生产不足的风险（参见4.6）。

现在我们可以假设，我说，“明天的武装暴动是件好事”，或（如果我是一个小机械生产商）“如果每件产品提价10%，这一产业就会得到改善”，或“我想投X一票”。这些陈述表明了真实的思想，因为它们争取在思想市场上表达一种竞争思想。问题是，前两句话也可能是从事不法活动（分别是叛国罪和限定价格）的要约邀请。作为要约邀请，依据应对未进犯和共谋犯进行处罚的原则，它们也应受处罚。但是，这种处罚并不具有压制思想的副作用。

处理这些思想和煽动相混合的案件的准经济准则（当然）是由联邦上诉法院法官利尔德·汉德在

美国诉丹尼斯桑（United States v. Dennis）中提出来的。他写道，法院必须在每一案件中都要“弄清楚罪恶（即，如果煽动成功）的严重性——按其不可能性折算后——是否能将这种对言论自由的干预证明为一种避免危险所必需的行为”。这与汉德的过失公式（ $B < PL$ ）是一样的， $B$ 为政府干预行为所造成的思想减少的成本， $P$ 为讲话人所怂恿的犯罪行为实现的几率， $L$ 为犯罪行为确实实施后所造成的社会成本。如果 $B$ 低于 $PL$ ，那么政府对讲话人所采取的干预措施就是有效的。

丹尼斯公式是奥利弗·温德尔·霍姆斯更著名的“清楚和现存的危险”测试标准的扩展。如果我们像丹尼斯桑（起诉美国共产党领导密谋最终推翻政府）中那样将可能隐藏的未来风险这一事实考虑进去而重写汉德公式，那么差异就产生了。如果 $i$ 是未来危害现值的贴现率， $n$ 是危害发生距今的年数，那么 $B < PL$ 就变成了 $B < P \cdot L / (1 + i)^n$ 。贴现率越高，危害就越远，公式右边的数字越小，压制的理由就越小。然而，如果 $L$ 大到足够的地步，即使 $n$ 是一个正数，可能依然存在相当大的压制理由。但不是依霍姆斯公式，这一公式排除了 $n$ 为正数的所有情况。这好像是武断的。而且要注意一个难以令人理解的事实：作为一个社会，我们越“关注未来”，就越愿意压制危



险的思想，即使（正如在美国共产党人进行宣扬的情况下）危险是在遥远的未来。因为那时的  $i$ （社会贴现率）很低，而这就将会使扩展了的丹尼斯公式的右边增大。

丹尼斯公式的适用只取决于政府想采取什么样的措施。如果它打算对讲话人进行刑事制裁，那么  $B$  的量将是很大的，从而只有  $PL$  同时也很大时才能抵消它。但如果政府只想监控讲话人的活动以便在刑事违法的危险变得非常紧急时采取行动，那么  $B$  就会小些（因为对言论自由所造成的威胁会小些），由此，较小的  $PL$ （与前例证相比）就足以超过  $B$ ，从而证明政府行为的合理性。

虽然这一公式不可能量化，但它却有助于解释以下情况：例如，为什么我们更可能默认为很重的恶行——种族灭绝、革命或任何其他——进行的宣传，而不太容易接受更轻的恶行——如怂恿私刑或由大声喧哗的广播车所造成的微不足道“恶行”呢？如果情势使种族灭绝宣传成功的可能性变得很遥远，那么发表言论的贴现成本就会比私刑威胁的贴现成本小。在广播车的例证中，当其大声喧哗所引起的危害（公式中的  $L$ ）很小时，由于讲话人可以通过更低危害性的手段进行宣传，所以放弃这种收益所造成的成本也很小。像其他涉及言论的时间、地点、方式而非实质内

容限制的案件一样，广播车例证与我们的以下例证在分析上是很相似的。政府只对讲话人进行调查而不予处罚。要注意的是，广播车和煽动犯罪都会造成外在成本，而外在成本的存在正是政府管制的传统理论基础。

丹尼斯公式看来好像具有家长式统治的特性，所以它并非真正有效率。假设一群人正设法使人民相信暴力革命可以使他们的境遇得到改善，而且情势使成功的可能性足以大到进行这种试验，即使他们并不主张立即采取革命行动。由于会有竞争性的团体设法使人民相信暴力革命不会使他们的境遇得到改善，那么又为什么要干预这种思想市场呢？一种答复是，只要在时间上允许对劝说的论点进行反驳， $P$ 在实际上就相当小了，由此，这一公式就无法证明对言论进行压制的合理性。在通常的煽动案中，言论与行动之间的间隙太短而不可能使竞争观点被提出，对这种言论进行压制的理由就强些；在这种案件中，对言论进行处罚正如对垄断进行处罚一样——这里存在着相似的市场失灵。在广播车例证中也是这样，由于（我们已了解的）思想市场的成本是外在的，所以我们就不能依靠思想市场来保护受害人（这是言论自由的时间、地点、方法限制的普遍特征）。另一种答复是，广播车会使事态恶化而不是改善。

在此，还存在着一种对暴力革命（即使它发生在遥远的未来）的宣传进行压制的经济理由。虽然这样的宣传可能包含着一些思想（例如，资本家们取得了超过他们应得的利润或贫富之间的差距正在扩大），但它仍是一种参与犯罪活动的诱因。即使思想市场令人信服地表明了宣传观点的虚假性，但这种观点的引诱仍可能具有很大的迷惑力。假设讲话人以盲人在剥削穷人为理由而怂恿穷人起来反抗富人，并掠夺富人的财产。即使反宣传的观点足以令人信服地表明富人并没在剥削穷人，这种宣传仍可能是穷人决定反抗富人并掠夺富人财产的原因，因为这是讲话人引诱他们这么做的。这样的言论只不过与“让我们去抢银行吧”是一样的。

到目前为止，我们的讨论已作出了这样的假设：在思想和意图陈述之间存在着明确的界限。只要我们讨论一下威胁那一类的意图陈述就明白了。我说，如果你不交出你的钱包，我就要拧掉你的脑袋。这种威胁表达了我的意图的信息——但这只是在一种意义上；因为就大多数威胁的本质而言，除非威胁者为了维护信誉，不然他不会真正实施其威胁的。由此，只要能有效地抑制威胁，也就（通常）能制止威胁所造成的实际危害。而且，对威胁的投入不会有任何社会产出，所以我们应该阻止而不是保护它。但现在可以举

一个我威胁要做一件完全合法的事的例子，如，除非你对我的沉默支付损害赔偿，否则我就要将你交给警察当局。这种威胁仍然是附有条件的。我不是真想把你送交警方，我要的是你的钱。所以，如果敲诈是非法的（参见22. 2），那么在实施敲诈过程中使用的诱惑也应该是非法的。至于诱惑所采取的形式是胡萝卜（如果你给钱，我就保持沉默）还是大棒（如果你不给我钱，我就要将你交与警察当局），这是一个枝节问题。

谈到敲诈，对个人有损害作用的陈述是思想市场的一个重要组成部分，而且在原则上可以像其他思想那样——通过竞争——得到合法化。但它们在有些方面（将它们代入汉德言论自由公式）却是很特殊的。它们造成了既不集中（这与什么有关呢？）又至少粗糙得难以计算的成本；诽谤的虚假性可能是很容易被证明的，这表明对真理的法律裁决也许能适当地替代市场裁决；而且（其相关的观点）竞争可能并非是一种有效的救济措施——如果《时代》周刊对我进行诽谤，我怎么与它竞争呢？由此可见，思想的生产者和销售者也许正如货物的生产者和销售者一样，应该对名誉损害承担责任。

联邦最高法院已对此作出了严格的限制：如果没有违反宪法第一修正案，各州就不得在此限制之外对诽谤实施救济性矫正。尤其是，在没有

证明被告知道诽谤的虚假性或放任对其真实性不作判别的情况下，这些限制就不允许社会知名人士（虽然他们在通常情况下不一定全是政治家或公职人员）取得损害赔偿。而那些并非社会知名人士的人们就会拥有广泛一些的诉讼权利，这种差别是有其经济理由的。与普通人相比，社会知名人士更容易通过新闻媒介来对诽谤者进行答辩。而且对宪法第一修正案的价值而言，由于答辩维护了未管制的思想市场，所以它的成本低于诽谤诉讼。再则，社会知名人士信息的社会价值一般总比平民信息的社会价值高。要求证明被告确实知道（或放任不顾）诽谤的虚假性，这在以下并非难以置信的假设中是有道理的：公开对社会知名人士的批评意见所产生的收益并非全部归出版者所获。这一要求的作用是为了免除加害人（出版者）的过失责任，而且我们已经看到在其他的案件中由于被告的过失行为造成的外在收益也是这么解决的（参见6.4）。如果一个记者得到一则重要的内幕新闻而抢先独家报道，他的报纸将取得较高的销售收入。但这只是这一新闻对公众所产生的价值的一部分，因为所有竞争性报纸都将在稍后刊载这一新闻。由此可见，这一记者和雇佣他的报纸可能都面临重大损害，即使这则新闻的社会总收益（而不是其私人收益）依所有报纸读者付款阅读这一新闻的意愿衡量会超过其

损害，他们也不会愿意公布这一则新闻。鼓励报纸公开这一则新闻的一种方法就是降低公开成本；而其手段就是使报纸没必要对新闻的真实性作全面、彻底的调查，但在它对公开假诽谤负有严格责任或过失责任的情况下，它就不得不做这种调查。

针对这种方法的一种反对意见是，它强制诽谤的受害人资助思想的生产。如果保证免受被诽谤的结果是很容易的话，这就不可能这么糟；然而资助的范围会扩散到整个保险库。现存的资助形式严重地阻碍了人们成为社会知名人士。另一种可供选择的方法是，直接资助新闻媒介而允许诽谤受害人保留全部的普通法权利。还有一种可供选择的方法是，确认更广泛的新闻财产权。美联社一案（*Associated Press*）的判决认为一个新闻社有权禁止其他新闻社未经授权而发布它的电讯。如果它不为后来的判决所破坏，这是一个非常有益的先例。

不论是在危险言论案中还是在诽谤案中（甚至更明确地在广播车和其他噪音案中），都存在有害的外在性，这种外在性为管制提供了一种传统的经济理由：讲话人鼓励他的听众去损害其他人，或报纸通过谴责某人的丑闻而取悦于读者。色情画也会产生外在性——尤其当它被公开地展示于并不愿意接受它的观众面前时，像在伦敦的

各剧院大门罩上的色情画。禁止公开展示色情画能以最小的成本消除这种公害。当然，这种成本是以降低用非色情手段大肆宣扬色情有效性来衡量的。这是对自由表达之时间、地点、手段限制的一种恰当阐述。上面已经提及，这种限制能比全面压制得到更随意的处理。

我们必须牢记的另一种论点是：压制不仅比对展示的时间、地点或手段限制减少更多的观众，而且它首要的是降低了人们创作艺术和文学作品的积极性。换句话说，思想市场具有激励和传播双重作用。这从我们很早进行的专利和版权讨论中（参见3. 2、10. 2、13. 7）可以得到明证：专利和版权保护提高了人们创造思想的积极性，但它却降低了它们的传播速度（为什么？）。如果政府要对性展示艺术的场所进行管制，这就首先会减少观众并因此降低人们进行艺术创作的积极性，但其程度可能是较小的（这取决于管制的准确性）。如果政府把一个创作这种艺术的人当作刑事罪犯来制裁，那么它就会极大地伤害人们进行艺术创作的积极性。

这一讨论表明，如果诲淫被看作是明显的性描述的一种形式或是一种有害而应受制裁的描述，那么较低的有害程度这一目的就能证明时间、地点或手段限制的合理性：例如，将明显进行性描述的书置于图书馆的专门阅览室，限制儿

童接近它们；或依据父母无法阻止其子女观看电视中播放的任何片子的理论，严禁电视台播放明显进行性描述影片。依据丹尼斯公式的术语，L和B都会有所下降。要注意的是对前面提及的以下经济观点的类推：应允许政府对并非危险到足以受到制裁的言论进行调查。

### 27.3 事前限制和观点限制

在历史上，言论自由保卫者最厌恶的东西就是“事前限制（prior restraint）”，即用许可证或其他审查方式首先阻止作品出版，它不同于在事实发生后以刑事程序处罚作者或出版商。言论的事前管制与事后管制有三方面的重要差异：第一，进行管制的人可能不同。在事前管制的情况下，他们可能是行政官员，这些官员是相信审查而被吸收来进行其工作的；在事后管制的情况下，他们是法官和陪审员，就其对审查的态度而言，他们是或多或少有其产生的随机性。第二，程序可能不同。尤其是，刑事处罚要求起诉人承担很重的举证责任，在像“事实”很难捉摸的海淫领域，起诉人尤其难以承担其举证责任。第三，信息的公共物品特征产生了可能有必要进行事先管制以避免不可弥补的损害。假设，一杂志将出版一篇向最笨拙的恐怖主义者解释便宜地装配自动炸弹的可行方法。这种情况下实施预先禁令或其他事前救济的理由就是直接运用21.4中的公式。



法律实施方法的另外选择是：特别要将重点放在有害的言论上，或坚持言论管制对观点是中立的。法院对后者的坚持是与平等保护条款后的政策有关的。法律越原则，滥用它的手段就越不高明。以法律禁止所有游行比以法律只禁止纳粹游行更难防止纳粹游行穿过犹太人居住区，因为其他团体也要游行，他们会对更宽泛的法律努力施加其政治影响。但以这种方法保护言论往往是容易做到的。不同的言论表达方式的成本在不同群体之间往往是有规律地不同的，所以禁止一种特定的表达方式会打乱思想市场的平衡。一项反对广播车或门对门劝说的法律对耶和华证人

（Jehovah's Witness）的打击比对唯一神教派的教徒（Unitarian）的打击大得多。相反，由观点所造成的损害可能是不可分割的。假设引诱男人强奸的唯一色情小说形式就是以堕落的眼光描写妇女，我们就没有理由禁止缺乏这种特定“观点”的色情小说。

#### 27. 4对广播的管制

言论自由的例外之——由于它是对经济学理论的明确应用——引起了人们的特别关注。这就是联邦最高法院红狮案（Red Lion）判决所阐明的一项原则，即由于电磁波谱的物理限制，政府可以对广播的内容进行管制。这种管制并没有像制裁特定思想的表达那样专横地干预思想市

场，但它确实降低了广播电台决定广播什么内容的自由及其播送有争议问题的积极性（为什么？）。而将相同的管制适用于报纸却已被看作是对宪法第一修正案的侵犯。联邦最高法院已作出的推论是，其区别在于广播电台（与报纸业主不同）拥有垄断权。由于两家广播电台不可能在同一地区用同一频率播音而又不产生无法忍受的干扰，所以在特定地区使用特定频率播音的联邦电信委员会许可证就授予了一种无其他表达媒介对手的频率垄断权。

这在经济学上是没有道理的。虽然在同一时间的同一地方只能使用一个频率是一个事实，但其结果并不一定是垄断，因为在一个幅度内的不同频率可以是另一频率的完全替代品。联邦电信委员会一般在每个市场上给一家以上的电视台发放许可证。大多数市场至少有3~4家电视台，有些市场甚至拥有9~11家电视台。这总是高于同一市场的报纸种数。而且，这些还仅仅是空中播送的电视台；现在还有大量独立的有线电视频道。

电磁波谱是有限的这一事实确实并没有将它与其他资源区别开来。用于各种思想传播的可选择方法的投入也是有限的。电磁波得以传播的频率幅度是很广的，它在广播中的使用只是由于机会成本和政府政策才受到限制。如果无线电频谱

的其他使用——如汽车通信——不像现在的价值那么高，那么可用于电视广播的频道就可以大量增加。如果联邦电信委员会采用不同的电视频率配置政策，那么电视收看者就可以接收到更多的电视信号。联邦电信委员会可以只向能在大区域市场进行播送的电视台发放许可证，而不应设法帮助地方电视台。通过对区域广播系统的精心设计，联邦电信委员会可以消除许多未被利用的空白频道，这些空白频道是防止毗邻市场中台间干扰所必需的，但它却减少了收视者接收的电视信号种数。电视频道的稀缺性与其他资源的稀缺性只是在以下事实上表现出其差异：它在很大程度上是政府审慎政策的产物。

与替代竞争的压力有关，报纸承受着更严重的稀缺性，而且这种稀缺性所导致的地方垄断程度要比广播的地方垄断程度高得多。对报纸的需求低落是一种由电视需求上升所引起的低落，它已使人们认识到了报纸生产的自然垄断条件；因为我们知道，对市场产品的需求越小，这些条件就越重要（参见13.1）。报纸的许多种成本是固定的，尤其是文章和特写的调查及写作成本、撰稿和排版成本以及广告成本。其边际成本——多印刷一份报纸所需要的成本——是很小的。所以，除非存在很大的需求，每一社区中就不可能存在供一种以上报纸生存的空间。

假设一个广播机构确实对其所在市场拥有有效的垄断权。我们预计这会对新闻和舆论的传播产生什么样的影响呢？它可能会限制播放时间，这就会减少对该市场中人们的思想传播。但为了增加广播机构的思想产量就不应考虑公平合理原则。相反，这会由于它提出的有争议思想而受到处罚，而这些思想是因要求它描述一种争议的所有方面而产生的。所以这就会促使它用无争议思想作替代。

拥有垄断权的广播机构会为了使收听者和收视者信仰它的观点而扭曲新闻、压制与之不同的观点吗？任何一个广播机构都会这么做；垄断的意义就在于，与竞争市场相比，广播机构所花成本较少，收听者、收视者所遭损害较大。由于其收听者和收视者不可能取得适当的替代品，由于它对信息源的控制使他们难以发现正由它播放的信息，所以它的成本就小了。由于一家广播机构不会拒绝他们接受其他观点，这种不公正性使他们所遭受的成本高于竞争市场中的成本。对此问题可能有两种答复：第一，如果将个人偏好掺入将要播放什么内容的决定，那么垄断性广播机构的利润就会下降。第二，经营一家公众持股的大公司将难以发现那些党派性不会因此而使大量股东疏远的问题。

另一种可能性是，垄断性广播机构将会改变

其播放思想的组合，但它仅仅只是作为竭力追求其货币收入最大化的一种副产品。我们从第9章中了解到，垄断者所生产的物品质量可能与竞争企业所生产的不同（参见9.3）。但垄断性广播机构也许会很容易地生产出更高质量（而非更低质量）的广播产出。假设在某一特定市场有两家各为不同企业所有的电视台，它们相互间进行着激烈的竞争。为了使其广告收入最大化，也许每家电视台都会设法吸引尽可能多的观众。因此，我们可以设想，这两家电视台会播放非常相似的内容，正如在一个两党制政治制度中的两个主要政党通常都不会持极端的观点一样。然而，如果两家电视台为单一所有者拥有，那么它为了使电视台的观众总量最大化，就可能在两家电视台播放完全不同的节目内容。

## 27.5 虚假广告及政治权利与经济权利之间的关系

讨论另一种言论自由权的例外将有助于我们澄清一个普遍存在于宪法和社会思想领域中的基本困惑。人们已经认识到，宪法第一修正案严禁政府对与货物和服务销售有关的信息和思想传播进行管制。一个药品销售商为一种药品做广告说它能治愈关节炎，如果这被证明为可能是假的，联邦贸易委员会就可以禁止这种主张。如果同样的主张出现在一本书中，那么很明显，宪法第一

修正案禁止联邦贸易委员会对此进行干预，至少在作者不是药品销售商时应这样。对这两种情况的不同处理是令人难以理解的。由于主张是完全相同的，所以其差异不可能是，广告主张要么明显是真要么明显是假；实际上很明显，它往往既非明显是真又非明显是假。我们也不能将在一种情况下存在商业动机而在另一种情况下不存在商业动机作为辨别要素。如果一本健康卫生问题书籍的作者坚信虚假主张能增加他的稿费收入，那么他就会积极地去编造虚假主张，除非他认为一旦被发现会对他更为有害——但这种被发现的风险与药品销售商的风险相同。如果政治候选人认为虚假主张能使他们更接近于权力，那么他们就会积极地去编造虚假主张，而且教授们对学术声望也是这样的态度。

虽然商业言论可能并没有政治言论重要——其原因在于后者（而非前者）是防止垄断政治权力极高的潜在社会成本的必要保障，但这并不能解释对非商业非政治言论（主要是艺术表达）的区别对待，这种言论几乎得到宪法第一修正案的完全保护，是与商业言论相一致的。这种区分与更大的两分法有关，即保护货物竞争和保护思想竞争之间的区别，这是现代思想的特征。古典自由主义者们既坚信经济自由，又坚信思想自由。现代联邦最高法院对思想自由的偏好可能反映了

政治权利对律师、法官和宪法学者——这些人对公共行为和政治行为抱有浓厚的兴趣并附有很大的利益——的特殊意义。总体而言，经济权利对于大多数人同样是非常重要的。而且我们知道，政府常常侵犯这些权利。立法可能会限制职工的选择、财富从消费者向股东转移，立法还可能阻止人们取得他们需要而又愿意为之支付代价的服务。

联邦最高法院已开始依宪法第一修正案着手弥合商业言论和非商业言论处理间的差距，尤其是在其判决中废除了一项禁止药商对他们所收处方药的价格做广告的法律。联邦最高法院认为，这种限制是不合理的，而且对穷人尤为麻烦。这一判决为宪法开辟了崭新的前景。现在，联邦贸易委员会所受理的所有虚假广告案都与所有诽谤案一样，提出了一个潜在的宪法第一修正案问题，尽管这是一个易于为委员会偏好所左右的问题。

但是，我们有没有忽视自由言论与自由贸易——前者是防止我们前面提及的最危险的一种垄断所必需的，而后者并非如此——之间的基本差异呢？虽然如此，但也许经济和政治自由是很难非常明确地分开的。不同政见需要财力作为后盾。在一个政府控制所有经济活动的社会中——在这种社会中，纸张是配给的，印刷是要得到批

准的，国家是直接或间接的主要雇主——人们要组织和资助反对政府的政治活动是极端困难的。在参议员约瑟夫·麦卡锡的全盛时期，被认为是同情共产主义的人们就不可能在政府部门（即使是并不敏感的工作）供职，他们并没有因此挨饿，他们在私人部门找到了工作，而且他们中的有些人今天又积极地活动于政治领域。如果政府是唯一的雇主，持不同政见的成本就会大得多，其结果是，持不受欢迎的观点会使他失去谋求生计的所有机会。

政治权利和经济权利在另一种意义上也是相互结合的。宪法判决中的趋势就是对传统的种族、宗教和政治少数人以外的团体（特别是穷人和妇女）的特殊宪法保护请求予以确认。但是，他们的利益往往是与经济自由中更广泛的公众利益完全相同的。对妇女职业选择限制的废除会在促进妇女权利的同时促进效率。废除对经济自由进行限制的法律往往会既使其他集团受益又使穷人受益。

东欧和前苏联的近期发展已经证明了（即使用疑问）经济自由和政治自由在前面强调的操作层上的结合性。这种情况提出了以下问题：货物、思想或货物和思想的自由市场对像美国、日本、加拿大和西欧这样的富裕国家更重要，还是对贫困国家更重要呢？这一问题是很重要的，因



为赞成东欧走向政治和经济自由化和强调政治和经济自由化运动不可分割的自由主义者们不想否定（而是往往想扩展）西方的集体主义试验，包括养老金和医疗的社会化、最低薪金制、工作时间限制、对农业的贴补和废除自愿雇佣。当然，我们富裕国家可能继续衰落，所以对有疑问的干预主义政策的试验成本在某种意义上就会相对小一点。但是，这一观点表明，这样的试验对富裕国家的穷人所造成的成本比对这些国家的非穷人所造成的成本要高。也许这些穷人应与前共产主义国家中的公民进行比较，而不应使之服从对自由市场的调整。而且，人们普遍认为，在一个复杂的经济体中，自由市场的资源配置作用比在一个简单经济体中的作用更为重要（为什么会这样？），富裕社会的经济比贫困社会的经济更为复杂。

## 27.6宗教自由经济学

第一修正案不仅保护密切相关的言论自由、请愿自由、集会自由和出版自由，还保护宗教自由。第一修正案禁止政府“确认”宗教或干预其自由礼仪。禁止政府“确认”宗教可以在经济意义上被理解为反对政府普遍地资助宗教或（更不容置疑地）资助特定宗教派别。后一种禁止是禁止政府为税收而选出宗教（或宗教派别）。其综合作用就是政府必须对宗教持中立的立场。

从这一观点看，联邦最高法院有时允许有时禁止政府政策涉及宗教的许多判决是一种不规则的决定。只有当宗教机构被认为其产生的外部收益等于或大于其接受的公共服务成本（这些成本是由财产税来支付的）时，宗教机构完全免除财产税才能像教育机构完全免除财产税那样有理由。无疑，宗教机构会产生一些外在收益，但这些收益是否等于或超过其免费取得的公共服务的成本，这充其量是一个信仰问题。还要注意的是，免除财产税因偏向那些需要精心设计的建筑的宗教派别而武断地干预了各教派之间的竞争。

在另一方面，禁止政府承担教区学校（在此是指由宗教组织开办的任何学校，而不仅指天主教学校）的任何费用又是对宗教进行歧视。教区学校会产出两种成果：常规的世俗教育和宗教教育。它与产出常规教育的公立学校和非宗教派别性私立学校进行竞争。如果政府为教区学校支付全部成本，那就会资助宗教，因为那会为宗教教育支付成本。但如果政府不为教区学校支付任何成本，那它就资助了世俗竞争者（公立学校），从而歧视了宗教。所以，政府应为教区学校项目支付成本，但只应为其世俗教育部分支付成本。这个部分如何量化呢？教区学校生产世俗和宗教产量的主要成本——实质上是学校建筑和行政人员的全部成本——是共同的，我们可以从前面的

讨论回想（参见12. 5、12. 8），当共同成本依对这种成本生产的货物和服务的需求弹性进行相反配置时，产量就能最大化。如果对教区学校中宗教教育的需求弹性高于其世俗教育的需求弹性，这就表明教区学校教育共同成本的主要部分应该是世俗教育部分的成本，政府应有责任对此进行资助以保证与公立学校平等——除非人们认为公立学校创造的外在收益远远高于教区学校所创造的外在收益。在任何情况下，依照经济分析，政府几乎肯定有义务支付教区学校教育的部分成本。

一个艰难的问题是由为了世俗目的而非故意地歧视特定教派的法律所提出来的，如禁止多配偶的法律、要求罪犯留短发的规定、星期天打烊的法律、义务教育法等。这样的法律在实际上干预了宗教的自由礼仪，近期的一项判决使人们对此产生了疑问：假设这种法律的合宪性基于法律对受其压制的教民所产生的成本与法律的世俗收益之间的比较。

除了联邦最高法院判决偏离轨道外，几乎没有国家像美国那样依第一修正案的本质和第四修正案将其运用于各州而坚持强硬的路线反对政府对宗教的支持。每一个西欧国家至少有一个（有时有多个）确认（即国家支持）的教会。所以，有人认为美国是最不具有宗教色彩的国家。实际

上，它与爱尔兰以外的任何一个欧洲国家相比，是一个更具来世信仰和其他宗教色彩的（如果以参教人员而言）国家。这里存在着经济理由：通过资助一个教派，可以人为地降低其（与其他教派成本相比较）成本，一个国家可以减弱宗教竞争。其他的教派会发现很难与国家确认的教会进行竞争。结果，宗教服务的消费者就会有较少的选择，从而使他更难找到适合他的宗教信仰，他就会转而寻求非宗教的替代品。

对于一个社会而言，它有更多的教派好，还是有较少的教派好呢？亚当·斯密认为，教派越多，平均每个教派就越小，宗教在控制道德方面就越有效，因为搭便车问题将得以减弱。但是，这里还有一项相反的论据。必须为信徒而进行竞争的宗教派别越多，道德松懈的人就越容易发现和加入宽容他的教派。一个垄断的宗教就可能是严厉的，因为它有一个被控制的市场。竞争性宗教不可能是严厉的，就正如普通货物和服务的竞争销售者不可能以苛刻的态度对待其顾客一样。

## 第二十八章 搜查、扣押和审讯

### 28. 1再论隐私权

美国宪法第四修正案保障人民的身体、住所、文件及财产安全，不受不合理搜查与扣押，并且还严禁颁发普遍适用的搜查、逮捕、扣押令（即，**generalwarrant**，不指定具体的被搜查、逮捕、扣押的人或物的令状）。第四修正案的自我归罪条款（**theself-incriminationclause**）禁止政府强制人们控告自己有罪。这一章将讨论这些宪法保障所提出的经济学问题。

依其最狭隘的含义，这一修正案可能被看作只是为了保护人民免受联邦官员（由于依据宪法第十四修正案的正当程序条款，可以将宪法第一修正案适用于各州，所以还包括州的官员）对其人身或财产的伤害。但在一种虽然有限却仍很重要的意义上而言，这是对人们隐私权（**Privacy**）的保护。如果警察闯入你的住宅，为了全面搜查而打扰了你正在进行的工作，即使他们没有获取有关你的任何信息，这仍是一种对隐私权的侵犯，正如一次毫无理由的电话请求就是对隐私权的侵犯一样。如果警察窃听你的电话，那么这完全是另一种意义上的侵犯隐私权，这已在第3章中（参见3. 2）得到论述。在此不存在打扰——并没有破坏你的隐居和分散你的注意力——但它确实侵犯了你作为秘密的隐私。虽然在第3章中

提出了这样一个问题：除非涉及商业机密（trade secret），在这种秘密意义上的个人隐私是否有价值保护？但我们确有理由至少对电话通信的秘密进行有限的保护。如果连这点保护都没有，那么人们就会转而运用更为安全但却效率较低的通信手段，并对此承担成本。如果通信是非法的，那么这就不是一种损失——而是一种收益；但如果通信是合法的，那么这里就存在着一种损失，而且这为卡茨（Katz）判决提出了一种经济理由。该判决认为，从电话（或电报）线上窃取情报是宪法第四修正案含义内的扣押，所以如果它不合理（我们将了解，这就意味着，成本超过收益）就是非法的。

当然，搜查和扣押（包括逮捕）会产生社会成本这一事实并不构成我们要禁止它们的理由。但它确实是我们对此加以管制的理由，所以，当搜查的社会成本超过社会收益时，警察就应该停止这种行为。我们可以用汉德公式来构建这一不等式。如果搜查在损害隐私方面所造成的成本（B）低于不进行搜查情况下搜查目标可能被认定为犯罪的几率（P）与不对他进行定罪的社会成本（L）之间的乘积，那么搜查（或扣押）就是合理的。P有两个组成部分：搜查发现对警察有价值的东西（合理根据）的几率；被发现的有价值东西对认定犯罪所具有的必要性的几率。因

此，如果不用搜查就能获取同样的证据（由此推定B会较低），搜查的价值就会小些。搜查越具干扰性，被搜查的证据应越具有必要性（P），或被调查的犯罪应越具有严重性（L），从而以之抵消搜查成本（B）。

法院好像普遍地意识到这些因素，只是在这方面做得不是很好。由于最低干扰性搜查（即，B很低）——拦截搜身（stop-and-frisk）或搭线窃听（pat-down）——的P比搜查住所和逮捕的P低，所以它是可允许的。如果搜查是防止紧急重复犯罪（这是能使L量增加的）所必需的，那么较少地表明合理根据也足够了。搜查的干扰性和P的两个组成部分能得到常规性的考虑，而且有时还存在着替代搜查的选择。但犯罪的严重性却常常得不到考虑，尽管在逻辑上它应得到考虑。尤其是，大部分法院好像没有意识到，较高的L将证明较低的P的合理性；犯罪越严重，警察为了表明一种带有特定干扰性（B）的搜查具有合理性的合理根据就可能越少。

## 28.2第四修正案的法律救济

对于违反宪法第四修正案的行为，存在着三种普通的法律救济措施。第一种是预防性的（preventive）：要求警察从法官或司法行政长官处取得令状后才能执行。实际上，宪法第四修正案并没有用很多的言辞规定在任何情况下都要求

取得令状。它只是禁止普遍适用的令状。当宪法第四修正案通过时，海关和其他政府机关官员取得令状是希望这种令状能使行为人免受财产被搜查或扣押者所提起的非法侵权行为诉讼。直到20世纪40年代，联邦最高法院才作出判决，认为令状是对搜查目标的保护。令状的意义在于，合理根据的决定（更实际地看）是由司法行政长官作出的，他不是警方人员，所以就会更公正地检查那些促使警察决定搜查的证据。

近年来，联邦最高法院又认为，只要执行令状的警察善意地依据令状的明确合法性，他们就可以被免除由于某些原因使令状无效而对目标造成损害的责任。这种观点的问题在于，合理根据的决定是由司法行政长官在一造诉讼中作出的，而不是由法官或陪审团在损害赔偿诉讼中作出的。在决定合理根据时，还没有令状可言。损害赔偿救济更贴近于市场方法，司法行政长官更贴近于官僚方法，两者都旨在防止非法搜查（参见24.2）。

非法搜查的最重要救济措施仍然是证据排除规则（the exclusionary rule）它规定，非法搜查所发现的证据和证据线索不得用作对搜查目标所进行的刑事审判中的证据。这一规则具有很大的争议——而且这是正常的。这是一个过度威慑的典型例证。没有证据对社会所造成的成本会大大地



超过搜查的社会成本。假设，由于对财产的伤害或对合法私人通信的扣押、搜查对被告所造成的成本（B）为1,000美元；在搜查时，如果没有搜查就不能确定其罪行的几率（P）为1%；而不对他定罪所造成的社会成本（L）为5万美元。因此，依据汉德公式，这种搜查就是非法的。但假设，搜查中所获证据是定罪所必需的。这与搜查时的P值很低是相一致的。由于警察没有适当的理由认为搜查是有效的方法——它是无奈状态下的一次尝试——而不是由于存在一些可供选择的、较少侵犯隐私的获取必要证据的方法，所以它（P）可能是一个低值。因此，即使搜查的社会成本只有1,000美元，证据排除规则仍将对社会造成5万美元的处罚成本。这忽略了被告的被处罚成本，但这种忽略是正确的，因为它已被计入不处罚他时的社会成本（5万美元）之中。

在有些情况下，证据排除规则存在着过度的成本。例如，如果警察非法逮捕了一个人，即使他们不能使用那些逮捕他后获取的任何证据，但他们仍可以将他送至法庭审理。一般而言，完全不能对他进行审判所造成的成本会大于不得不放弃使用某些证据所造成的成本——虽然当证据为定罪所必需时，这两种成本就会聚合。

当然，威慑过度的前提假设，对证据排除规则以外的非法搜查也有其他的救济手段。如果证

据排除规则是唯一的救济，且被废除，那么就可能存在太多的非法搜查，因为受害人的成本不会进入警察和检察官决定的计算之中。可以替代证据排除规则的选择性方法是对违宪搜查或扣押的侵权诉讼（tort suit for an unconstitutional search or seizure）。1871年的公民权利法案

（the Civil Rights Act of 1871）。第一节为旨在实施联邦宪法权利而对州政府官员提起的侵权诉讼提供了一种极为有效的工具，也可以直接依宪法第四修正案而对联邦政府官员提起同样的侵权诉讼。从经济学的角度看，侵权诉讼比证据排除规则更为可取，因为它允许人们用非法搜查所引起的侵犯隐私的实际社会成本来衡量对非法搜查的制裁。

但有一个非常有理由的关注点是，许多案件中的侵权救济是令人迷惑的。陪审团常常不同情罪犯而可能不愿意赔偿他在非法搜查（尽管表明了其犯罪行为的有罪证据）过程中遭受的损失。而且更为困难的问题是损害赔偿豁免。这一规则通常是，被告（在侵权案中的执法官员）如果他合理但却错误地认为其搜查是合法的，他就可以被豁免。依据普通侵权原则，这不可能成为一种抗辩理由，其理论依据是：责任有一种刺激人们去发现什么是法律的有益作用。但是，也许由于警察不可能取得其积极工作的全部社会收益，所

以也就不应该承担过于积极工作所造成的社会成本。然而，这一理由是无力的，即使他们要负全部责任，他们的雇主也会通过对他们的侵权责任进行补偿而恢复他们以前的积极性，正如他们通常所做的那样。现行的法律更偏向于非法搜查的受害人。为了取得豁免，官员的行为必须具有“客观”善意，即必须遵守法律，但与其主观信念是无关的。这一规定基于新的非法性法律理论而免于承担损害赔偿 responsibility，但这在现在的搜查和扣押领域内没有太大的意义。

如果州或地方的警察部门是被告，那么这样的豁免应转嫁于它（雇主）吗？从逻辑上而言，这是不应该的，因为警察部门比官员个人更容易将有力的警察工作收益内在化。但是，现存的法律不允许原告在侵权诉讼中依据雇主为雇员的侵权行为负责的原则而要求雇主承担侵权责任。所以这一问题还没有出现。在经济学上能理解这一点吗？

### 28.3 自我归罪和逼供的迷惑

对自我归罪条款给定一个经济理由是不容易的。霍布斯认为，人们为了其生存（在自然状态下的生活是孤独、贫困、恶劣、野蛮和短暂的）而建立一种构成国家的社会契约，如果国家威胁他们的生命，他们就有权解除这样的契约。所以，他们没有义务自我控告，至少对死刑是这样

的。从经济学的角度看，这不是一种强有力的理由。如果一项规则通过更有效率的刑事执法而强制自我归罪，从而降低犯罪率，一个即使在事后因其是一个谋杀者而非潜在的谋杀受害人的的人在事前也可能赞成这种规则。

即使不绝对禁止人们自我归罪——由此（例如）检察官可以对被告未坚持的立场不向陪审团作任何评说，或被告可被认为蔑视性地拒绝证明和回答向他提出的所有问题——我们仍在经济学上有理由（在原则上）不允许使用酷刑而取得招供。我们可以比较一下招供在减少认定一个人有罪成本方面的收益与取得招供的成本、增加认定无罪人有罪可能性的成本、经受酷刑的人的痛苦、羞辱的成本。我们在分析搜查、扣押时认识到，高成本的警察手段是调查中的犯罪严重性的正函数，但这种关系在招供情况下被以下事实弄得模糊不清：罪刑越重，错误地认定一个人有罪的成本就越高。在这种情况下，关键的变量是对犯罪嫌疑人所使用的暴行的程度，因为它在同一方面影响了所有的三种成本。罪行越严重，无罪的人就越可能屈供、被讯问的人遭受的痛苦就越严重、审问对审问者造成的成本就越高（除非他们是虐待狂）。

这一分析表明，法院对虚假陈述和其他取得招供的诡计比对暴行更为宽厚。虽然虚假的承诺

（“如果你招供，就不会受处罚”）会诱导虚假的招供，但这不会对审讯者和被审讯者产生成本，从而可能比肉体暴行更具成本合理性。或者考虑到普通的情况，为了引诱招供，警察会夸大其拥有的嫌疑人有罪的证据。通过这种夸张，警察竭力说服他招供的成本低于其实际成本。但是，这一策略不可能引诱虚假招供，在警察没有取得其他有罪证据的情况下，招供的收益会最大化——如果警察有大量其他证据时他们就没有必要夸大它。所以，成本-收益分析强有力地支持允许警察和检察官运用这一策略，而且法院允许这样做。但在总体而言，它们限制审讯不仅仅出于成本合理的考虑。所以，法律经济学最终并不是完全适合于此的。

本书由“行行”整理，如果你不知道读什么书或者想获得更多免费电子书请加小编微信或QQ：2338856113 小编也和结交一些喜欢读书的朋友 或者关注小编个人微信公众号名称：幸福的味道 为了方便书友朋友找书和看书，小编自己做了一个电子书下载网站，网站的名称为：周读 网址：[www.ireadweek.com](http://www.ireadweek.com)

## 附录 法律经济学运动

在过去的30年中，经济学的范围已明显地超出了其传统的显性市场交易（explicit market transaction）的领域。当今，已出现了各种各样的经济理论，它们有产权理论、公司或其他组织理论、政府和政治理论、教育、家庭、犯罪和处罚、人类学、历史、信息、种族和性别歧视甚至动物行为的经济理论——而且还有几乎与以上所有理论都交叠的法律经济学理论。

有些经济学家全面地或更普遍的是部分地反对经济学的这种扩展。在此存在着三种不当的理由，我认为它们都是密切相关的。在这类反对意见中，只有一种略微中肯一些。

1) 第一种不当理由是这样一种思想：经济学意即对市场研究，所以非市场行为就完全在其研究范围之外。这种论点实际上一点也不能归罪于经济学，而只是反映了一种普遍的语言误解——更具体地说是没有将三类不同的词或概念区别开来。第一类词是纯概念性的，这可用“边际成本”这一术语来说明。这类术语（正如数字一样）在现实世界中又不存在它所命名的可见对象（试在企业的簿记中发现其边际成本！）。第二类词所指的是现实世界中的一类对象，这可用“兔子”一词说明。有少量这类词是纯参照性的；即使人们不再用它来描述客观存在的事物，

人们仍能在不滥用这个词的情况下谈及一只粉红兔子和一只像人一样大的兔子。然而，其参照性功能还是占了主导地位。最后，还有一些词，如“法律”、“宗教”、“文学”和“经济学”，它们即不是概念性的，又不是参照性的。我们对这些词进行定义的任何努力都无济于事。事实上，它们没有固定的含义，而且其词典定义也不是直截了当的。它们可以被运用，但无法被定义。

人们不能说经济学就只能由经济学家研究。因为许多非经济学家也研究经济学。人们也不能把经济学称作一种理性选择的科学。人们对“理性”缺乏清晰的定义；即使不提这一困难，也还存在着理性选择的非经济理论，普通经济学的预言很少能在这里站得住脚——其原因在于（例如）这种理论假设人们的偏好是不稳定的。

同时，还存在着非理性的经济理论：一种是产业组织中的生存论，即企业会随机地采取降低成本的方式来打击对手的理论；另一种是马克思主义。人们之所以不能将经济学称作研究市场的唯一科学和只研究市场的科学，不仅是因为这一描述是用武断的概念性语气在解决经济领域的问题，而且其他学科——尤其是社会学、人类学、心理学——也研究市场。人们也许最好只能说：这里存在着一套无尽的概念（如：完全竞争、效用最大化、均衡、边际成本、消费者剩余、需求

弹性、机会成本），它们大多数都来自于一套关于个人行为共同假定，并且能用以预言社会行为；当人们大量应用这些概念时，人们就在从事一项与其学科和作者学位无关的“经济学”学术工作。如果以这种方式来“定义”经济学，就没有任何理由先验地认为经济学在研究婚姻和离婚时没有像在研究汽车行业和通货膨胀率时那样适合。

2) 在显性市场研究中的主要问题得到解决之前，将经济学的研究从市场行为“拓展到”非市场行为还不成熟。在经济学家们还不能解释垄断行为的情况下，我们怎么能寄希望于他们去解释离婚率呢？但这种反诘性的问题只是第一种观点——即经济学有一个固定的论题和预定的领域——的变异。在理解显性市场时、经济学的工具可能还不足以用以解决其中的一些重要问题，所以我们没有任何理由试图去干不可能的事。经济学并没有一个要消除所有市场困惑的当然使命，但也许经济学在研究某些非市场行为时会比研究某些市场行为做得更好。

3) 另外一种观点是，在自身有自己独特的学术传统的领域——如历史学和法学——进行经济学研究的经济学家必须掌握大量的非经济学学识，从而将造成其教育总投入与其“交叉学科”研究的可能成果之间的不匹配；所以，经济学家们会避开这些领域。这种论点除了无视经济学家与



其他学科研究人员合作的可能性外，还假设经济学是具有经济学博士学位的人们所从事的学科。一位人类学家学习经济学可能比一位经济学家学习人类学更为容易些。一个人所受的经济学训练对于他们对人类学现象的经济分析来讲，可能比其人类学方面的训练对于这些分析更不相干；或者也许经济学理论比我们所称的人类学的知识体系更为严密（将经济学学好可能会比将汉语学好容易些）；或者仅仅是因为（这在法律经济学中就是如此），一个特定的人类学家（对经济学）比一个特定的经济学家（对人类学）具有更多的窍门。只是由于有人以为中世纪的方式将经济学界定为由特定行会（经济学博士行会）所从事的工作，人们才得出这样的结论：由法学家所研究的法律经济学和由历史学家所研究的历史经济学都不可能是“真正”的经济学。非市场经济学的产生可能会造成这么一种结果，即大量的但不被承认的经济学家数量的增加！

非市场经济学只是经济学的边缘学科这一思想是与以下事实有关的一一即对显性市场的分析除了经济学之外其他领域对此的分析成果很少，虽然马克斯·韦伯理论——新教伦理在资本主义兴起中的作用的分析——的崇尚者们会对这种主张提出挑战。几乎是由于误解，显性市场被认为是经济学的一个固有主题。但社会行为的其他领域

——如法律——并没有从经济学以外的其他视角得到广泛的研究这一事实，并不能成为我们得出以下结论的理由：这些领域不能用现代经济理论的工具得到适当的研究。

4) 还有一项敌视非市场经济学的不当理由是，害怕由于它将经济学家与在政治或道德上令人厌恶的、古怪的或有争议的行为（如死刑、多配偶制或美国内战之前的奴隶制）和建议——无论一项特定的政策建议是否提出如教育保证人或（作为非市场经济学基础的）人类是其社会交往全范围（或至少是很广的范围内）的理性最大化者这样的思想——联系起来而将经济学引入纷争。如果经济学与非常敏感的问题联系起来，那么它就可能会失去一些科学客观性的外表，而经济学家们面临许多明显的困难——包括，传统微观经济学和宏观经济学的政治和伦理争议，现时代对自由贸易、解除管制、政府赤字开支的争论——所刻意追求的正是这种科学客观性。但是，这种抱怨也是经济学具有一个固定的领域这种谬论的组成部分。如果经济学存在一个固定的领域，那么立即从边缘的或有争议的经济学研究中退回来就是很自然的。但如果我是正确的，即经济学没有一个固定的、预定的或固有的领域——那么，政治、刑罚和宣传也就如小麦市场的运作一样也是经济学的适当论题，这至少在推理上是

如此。那么由于政治或伦理（两者不同吗？）在现时成为有争议的特定论题而又回避它们就是一种卑怯的表现。

5) 对经济学超出其传统边界提出异议的一项略为适当的理由是，怀疑经济学工具能在新的领域中起到很好的作用，或怀疑这些领域是否能得到恰当的数据以检验经济假设。也许在这些行为领域中情感支配着理性，而已也许经济学家不可能对情感方面有很多的发言权。而且，在显性市场中有大量的数据（价格、成本、产出、雇员等），这在很大程度上便于进行经验研究——虽然实际上只有小部分的经济学家从事这种研究。这些观点对经济学的适当边界问题提出了一个有别于定义性答案的功能性答案：即，经济学是对经济理论的一系列富有成效的应用。但具体的非市场经济学研究并非为了表明这样的立论：经济研究方法已表现出其在处理各种非市场问题时的成效性——如教育、经济史、管制性立法的起因、非营利机构的行为、离婚、种族和性别的薪金歧视、犯罪率及其控制，和（我将要论述的）管理财产的普遍法规、侵权和契约——这些分析的成功都成为经济学的一个合理分支，从而至少可以消除怀疑者们暂时的不信任。实际上，人们已很清楚地认识到，近年来，许多年轻的经济学家已不再将非市场经济学的这些领域（例如，通

过人力资本理论来认识教育）划归在经济学的传统范围之外。“市场”经济学与“非市场”经济学之间的区别正变得更难确定。

一

我想关注的是非市场经济学中的一个特殊领域法律经济学（Economics of Law），它常被人们称作“law and Economics”。由于大量的行为是受法律所调节的，对法律经济学的定义也可以同经济学一样宽泛。这可能不是一种有用的定义，但是，如果将调节显性市场的法律——如契约法、财产法、劳动法、反托拉斯法、公司法和公用事业及公共运输业管制法、税收法——排除在外，这可能会使法律经济学过于狭隘而残缺不全。但如果将这些法律包括在内，法律经济学在怎样的意义上才是非市场经济学的一个分支呢？（我并不认为这是一个重要的问题，但它实际上可能成为放弃日益令人厌烦的区分的一个论据。）

正如任何非参照性和非概念性术语一样，定义法律经济学的唯一可能准则是它的实用性——而不是准确性。分出一个独立的学科并称之为法律经济学（用“economics of law”比用“law and economics”更清楚、明确，故更合适）的目

的就是为了开辟一个其大量的法律知识在其学说和制度方面是相关的经济研究领域。这些法律领域（如税收法、劳动法）中的许多经济问题不需

要很多法律知识就能得到解决。虽然只有通过法律才能征税，但税法的具体内容往往或者与分析者不相干——因为它在此只是要知道边际所得税率的降低对慈善赠与可能产生的影响；或者它们本身就是明确的和无疑的。

同样，在劳动法领域中，如果你不知道大量联邦和州的管理失业保险的法律——虽然你必定知道一些，照样可以研究失业保险对失业所产生的影响。但假设，你想研究在就业歧视案中允许被告从补偿给原告的损失薪金中作出扣除（如果原告能成功地证明他被解雇是由于种族、性别或其他被禁止的理由）所造成的后果，以及原告在被解雇后可能获得的任何失业救济，那么，你如果对不明显的就业歧视没有相当的了解，就无法对此进行深入研究：对这种救济的扣除或不扣除存在着一个统一的司法规则吗？能将这种救济扣除后缴纳给州或联邦政府而非留于雇主吗？法律主张想取得就业歧视损害赔偿的雇员去寻找工作吗？如何计算这些损害赔偿呢？法律经济学就是建立在某些法律领域具体知识基础上的一系列经济研究。这一研究是由“法学家”、“经济学家”或兼有这两种学位的学者，还是由法学家和经济学家协作进行，这些都无关紧要。

法律经济学研究已在显性市场法律管制的许多领域取得了进展。这些领域包括：反托拉斯

法；公用事业及公共运输业管制；诈欺和不正当竞争；公司破产、有担保的交易和商法的其他领域；公司法和证券管制；税收，包括由法院依宪法商务条款管制的州际商务的州税。虽然有些保守的法学家仍继续抵制经济学对法学的蚕食，当然经济学家中对许多特殊的问题也有不同的看法，但以上这些领域已没有一个是经济学家或具有经济学思想的法学家积极参与的领域；（如果我们仍坚持行会区别）不参与热烈争论的一个最显著的例子就是反托拉斯法。对经济学运用而言，对显性市场管制研究开始走向成熟的一个领域就是知识产权，尤其是其中的商标和版权。专利权在很久前就成了经济学的研究对象。

在法律经济学的各领域中，法学家和经济学家很不安的是非市场领域（有时这种划分是武断的）——如犯罪、侵权与契约；环境；家庭；立法和行政程序；宪法；法理学和法律程序；法律史；初民法及其他。我在最初提出的关于有些经济学家反对经济学拓展其传统的显性市场行为范围的理由就与这些领域有关。而且它们也更贴近于法学家认为的法律独特性的核心方面——法学家不仅仅将法律看作为经济管制的一种方式，法律的经济分析这一分支也使许多法学家感到沮丧。而且，法学家关于经济学范围的观点比经济学家更刻板、墨守陈规，其部分的原因在于，大

多数法学家都没有意识到经济学向非市场行为领域的拓展（这种拓展虽然可以追溯至亚当·斯密和杰里米·边沁，但真正的开始却在最近几十年）。实际上，将担保筹资与契约法分为两端完全是人为的。市场经济学与非市场经济学之间的划分可能是武断而且无聊的。

在此，我想竭力传播“非市场”法律之经济分析的一些观念。其基本的前提为：

1）人们在作非市场行为决策时，如结婚或离婚，犯罪或抑制犯罪，进行逮捕，案件的诉讼或和解，驾驶汽车时的注意或大意，污染（由于污染并不在市场中进行交易，所以它是一种非市场活动），拒绝与不同种族人交往，规定雇员的强制退休年龄等，他们是以其满足最大化的理性人行事。

2）法律规则的作用在于对这些非市场活动施加不同的价格（或有时是对之进行补贴），从而会改变这种活动的数量与性质。

第三个基本前提将指导非市场法律经济学的某些研究，这将在后面得到更深入、全面的讨论。

3）普通法（即，法官制定法）规则通常最好被解释为能导致帕累托或卡尔多-希克斯有效结果的努力（不论它是否意识到这一点）。

前两个基本前提能导出这样一些预言：即，

法院待审案件量的增长会导致被审案件量的减少（在其他情况相同时，这一限定可适用于我们所有的例证）；给予胜诉原告武断的利益会降低案件的和解率；双方不追究责任的离婚会将妇女的财富重新分配给男子；不追究责任的汽车事故赔偿法会增加严重事故的数量，即使这种法律不适用于这样的严重事故；用相对过失替代连带过失将提高责任和事故保险费率，但不会改变事故率（除非责任保险价格的增加足以导致汽车司机和车辆驾驶的减少）；刑事制裁严厉性和确定性的增加会降低犯罪率；要求诉讼的败诉方当事人为胜诉方当事人支付律师费并不会降低诉讼的数量；废除棒球运动中的保留条款

（reserve clause）并不影响棒球运动员的流动性（科斯定理将之重述为一种假设）；1978年对破产法的修正造成了更多的个人破产申请和更高的利息率；废除禁止为收养而买卖婴儿的法律会降低而不是提高婴儿的全部价格。

从基本前提中，我已经给出了一系列明显和不明显的假设。需要注意的是，我并没有说这些是直觉和非直觉的假设。因为对那些如许多经济学家和大多数法学家一样相信，人们除了在显性市场中从事的交易外都是非理性最大化者，以及认为法律规则因为传播不够或对违法者施加的制裁不够频繁而不会产生巨大激励效应的人而言，



所有这些假设都是非直觉性的。

到目前为止，在对非市场行为之管制进行经济分析的讨论中，我主要集中于法律变迁对行为所产生的影响。人们也可以颠倒这种次序来探讨行为变迁会对法律产生什么影响。虽然进行这种次序颠倒需要一种法律理论，但同样也需要一个行为的理性最大化理论。普通法——广义地界定为法官制定法而不是由立法机关、制宪会议或其他非司法机关制定的法律——的经济理论最好被理解为，它不仅是一种定价机制，而且是一种能造成有效率（卡尔多-希克斯意义上的效率）资源配置的定价机制。这一理论表明，当行为发生变迁时，法律也将发生变迁。假设开始时人们互相居住得很近。在这种环境下，自然光将是一种稀缺商品，所以其交换价值就可能超过实施其产权的成本。后来，人们分散居住了，自然光的价值（经济意义上的价值——交换价值而不是使用价值）就会下降；那么产权的社会净价值（即，权利价值减除权利实施成本）就可能是负的。这两种情形均反映了18世纪英国和美国的情况。英国确认了对自然光的有限权利，人们将这种权利称为“老窗户的采光权”（ancient light）。当独立后的美国法院决定采用哪些英国普通法时，它们否定了这种老窗户采光权原则——它们这样做的依据就是普通法的经济理论。

另一个例证是，美国西部干旱地区所采用的用水权占用制度。在湿润的英国和美国东部，河岸权制度占主要地位。这是一种公共所有权制度，它是一种介于个人权利和无权利之间的中间状态，不利于稀缺物品的有效率配置。而占用制度是一种个人权利制度，对那些干旱地区而言（即水资源在那里并不充裕而是稀缺的地区）

——我们在那里可以发现用水权占用制度——正如普通法经济理论所断言的那样，它是一种更为有效率的制度。我们可以再考虑一下东西部各州对牲畜禁入与禁出（fencing out vs. fencing

in）问题的不同反应。禁入是指这样一种产权制度，即只有受牲畜损害的农作物或其他物品的所有人已作出合理努力以阻挡牲畜进入时，由闯入牲畜所引起的损害才可以在法律上起诉。而禁出是指一种不存在以上义务的制度，所以牲畜的所有人为了避免责任就必须将它们关住。在农作物比例低于牲畜比例的情况下，由于农场主设栏的成本比牧场主设栏的成本低，所以前一种制度更有效率。如果农作物与牲畜的比例相反，那么后一种制度就更为有效。事实上也是这样，牧业各州趋于采用前一种制度，而英国和美国的东部各州就采用了后一种制度。除此，我们还可以给出许多相似的例证。

我们必须考虑到对法律的经济分析分支的两

种反对意见：

1) 第一种意见认为，法律理论是不能检验的，因为当人们检验行为对法律的影响而非法律对行为的影响时，因变量是无法量化的：它不是价格或产出量，而是一种规则模式。然而，对社会规则的科学研究也不是不可能的；剩下的是语言学上的问题吗？牲畜禁出与禁入（老窗户采光权与无权，或河岸权与占用性用水权）是一个两分的因变量，现代统计分析方法可以将它处理。而如果想要有一个连续变量，我们可以用具体法律通过的年份（通过越早，说明它越受支持）、制裁的严厉性或法律实施的开支在各州或各国间的连续分布而取得。

2) 詹姆斯·布坎南（1974年）和一些新奥地利学派经济学家认为，法律不应该是一种旨在使财富最大化的工具性变量。法官不应该接受经济决策的任务——他们缺乏作出贤明决策所需要的经济学训练和信息。他们应该用习惯和先例为市场和非市场行为构筑一个稳定但却明显是背景性的框架。但这只是对法律的规范经济分析的一种异议——例如，它极力主张普通法（而且也许包括其他法律）的变迁就是为了让它成为一种接近于更有效率的法律经济模型——而法律之经济分析更有意义和更有发展前途的领域却在于其实证分析。我所以这么说，并不是因为（与规范研究

相比)人们普遍更偏好于实证研究,而是人们对法律的系统性所知甚少。法律并没有为人们所真正理解,所以我们无法确信:改善法律的正确途径是否是要使法官具有更丰富的经济学知识,还是要使法官更服从于先例和传统。

## 二

至少对那些熟悉法律经济学动向的人而言,我在此之前所叙述的许多东西都过时了。现在,我想来论述经济分析在法律中的一些崭新运用:即将之分别运用于言论自由与宗教自由。

人们长期以来认为,从竞争思想的混乱中产生真理的过程相当于一个市场中普通物品和服务的竞争:从而就产生了一种富有影响的隐喻——“思想市场”。另外一个广为人知的是,由于专利法和版权法不能胜任作为一种思想的产权制度,所以思想的生产往往产生外来收益。阿伦·迪雷克托(Aaron Director, 1964)和罗纳德·H·科斯(1974)已强调了当代“自由主义者,偏好于思想市场中的自由而非普通物品和服务市场中的自由[这两种自由(Freedom),都是19世纪自由(Liberty)概念的组成部分]这一特性,而且将这种偏好归因于知识分子的自利。

但是,经济学家们却没有对这一领域管制的细节予以足够的重视。在过去大约70年间,法院已通过对宪法第一修正案言论自由保障的解释而

发展了一套精细的原则。无疑是这一套原则对思想市场的影响还是它们的经济逻辑（如果存在的话）都为经济分析提出了有意义的问题。

就其影响而言，我怀疑它们是很小的。尽管法院在讨论言论自由权利时语言十分夸张，但它们也赞成对此予以许多限制——这些方面包括警戒、诲淫、雇主在集体谈判代表选举中的言论、商业广告、威胁、诽谤、电台和电视台中广播的内容。虽然美国人看起来要比西欧各国、日本和其他与美国处于相同发展水平的民主国家的公民享有更大的言论自由，但由于美国联邦最高法院在20世纪40年代开始对言论自由的保护采取一种侵犯性的立场，所以它们之间的这种差距是缩小而不是扩大了。情况也许会是这样：当国家变得更为富裕而其人民能得到更好的教育和更多的闲暇时，限制言论自由的收益——这种收益主要与保护社会和政治稳定有关——与阻碍进一步发展和降低思想生产者和消费者福利所造成的成本相比会呈下降趋势。我猜想，这些趋势足以使（可能除极权国家外）言论自由程度极大增加，而不管言论自由法律是如何具体规定的。

美国的法律具有几个富有意义的经济特征：

1) 在言论自由法律的发展进程中，第一种管制模式就是对书籍和其他读物的审查制度：尤其为人反感的是，法律对表达在言论“事前限

制”规则中的审查制度所采取的对抗态度往往大于对刑罚或其他事后管制（例如，对诽谤的诉讼）所采取的对抗态度。审查制度像车速限制一样，是一种事前管制。其实质性危害（在车速限制情况下由疏忽大意的意外事故所引起的成本；在审查制度情况下由谋反或诽谤性报纸文章所引起的成本）越不普遍，潜在加害人越具有赔偿能力，那么就越好没有理由进行事前管制。随着教育水平的提高和政治更加稳定，言论自由的社会危害就会下降；而且可以想象现在书刊文章中所包含的严重有害内容也是很少的。那么，出版商因每出版一本书必须从政府新闻出版审查官处取得一纸许可证所造成的成本可能会高于清除偶尔可禁止的思想所产生的收益，而且事实上，出版商拥有足够的资源对其所引起的任何损害支付罚金和损害赔偿。因此，在这种情况下，对那些应该得到惩罚的思想进行事后管制（通过刑罚或侵权诉讼）在经济学上更有意义。但在有些领域仍应保留审查制度，如政府机密文件的出版，这些领域内危害的几率很高，而且一旦危害发生，其程度就会很大（例如，由泄露绝密军事情报所引起的危害），以至于由于违法者缺乏足够的资源而使制裁的威慑力不足以阻止他的违法行为。

当然，这里的许多观点可能用于对安全的事前管制——如由食品与药品管理局及职业安全与

卫生管理局所进行的公共管制。其差异是，当宪法第一修正案禁止对思想市场（以及我们后面将看到的宗教市场）进行过度管制时，好像没有任何宪法条款能直接禁止政府对普通的物品和服务市场进行过度管制。

2) 现在可以考虑一下联邦最高法院对因诽谤而对新闻媒介提起诉讼所进行的种种限制。如果我们假设新闻会造成外在收益，那么，由于报纸和电视台不可能取得有效的新闻财产权，所以就有理由对新闻生产进行帮助。但是，直接的帮助——如建立公共广播公司——会涉及政治风险，尽管我们遇到这种风险的机会不多。一种间接的帮助就是使诽谤的受害人承担一些在侵权制度下本该由诽谤者承担的诽谤成本。然而值得注意的是，这种帮助方法理应为人理解的效果，可能使这种方法终究归诸无效。因为它不可能保证人们的声誉，所以诽谤的受害人也就无法将其受诽谤的成本分散给其他社会成员。这样，诽谤成本会集中于一小部分人身上，如果假定他们是厌恶风险的，那么就将导致无谓损失（a deadweight loss）。这样，政府机构会由此而更不受人欢迎，从而降低政府的质量。而且通过提高政府职员薪金来防止政府质量下降也很困难。薪金的增加不仅要足以弥补无赔偿诽谤的预期损失，而且要弥补由于厌恶风险的人们因无力购买保险所

需要的风险酬金。即使薪金提高了，公共服务的内容将转而有利于爱好风险的人和声誉资本较少的人。最后，对政府产出的监督困难会导致更加强调对看得见的投入的节约。如向政府官员支付低薪；而如果褫夺政府官员通过诽谤诉讼来保护其声誉的权利，那错误的经济问题就会进一步恶化。

3) 美国联邦最高法院已对社会知名人士和平民进行了区别对待，平民所享有的诽谤诉讼权利比社会知名人士所享有的更为广泛。这种区别对待也许在经济学上是有道理的。因为社会知名人士的信息外在收益比平民信息的外在收益高，因此就更有理由使其某些成本外在化。而且，一个具有新闻价值的社会知名人士拥有一些替代法律诉讼的手段：他可以讲述有利于他的事实真相，而且新闻媒介也会加以采用。

4) 一个相关的观点是，如果限制政府管制思想市场的努力的主要原因是为了促进外在收益的供给，那么我们预计——而且在某种程度上会发现——这种外在收益的可能性越大，对管制的限制就会越严厉。请细想一下，给科学和政治思想提供最高的言论自由保护，因为这些思想的财产权是难以取得的；给艺术提供稍低的言论自由保护，因为它们依版权法能享有有限的财产权；给色情文学与商业广告提供更少的宪法保护；甚



至不给明显只能造成净外在成本的威胁和其他言论提供任何保护的道理。

色情文学看来好像不产生任何外在收益（除了色情文学的读者——他付费——自身之外，任何人都不可能从中得益），而且它还可能产生外在成本。商业广告是一种特别有意义的例证，它也很少产生外在收益——因为大多数这样的广告是为特定商标所做的，而其收益就以广告所宣传的商标产品销量上升的形式而取得——而它又会产生一些外在成本：竞争者A的广告可能会在很大程度上抵消竞争者B的广告，反之亦然。这种分析表示，如果言论自由法律的逻辑基本上是一种经济逻辑，那么非特定商标的商业广告——如赞许梅子具有轻泻剂效用的广告——就应该比特定商标广告取得更多的法律保护。

美国宪法第一修正案还禁止政府制定任何（1）确立一种宗教或（2）禁止信教自由的法律。近年来，美国联邦最高法院已冒失地实施了这两个条款。联邦最高法院的原则的经济影响及其可能的经济逻辑是经济学家们（亚当·斯密除外）没有提出的很有意义的论题。

实际上，一种尚未成熟的对宗教的经济分析是存在的。科里·阿齐和罗纳德·埃伦伯格

（1975）已建构了一个简单的宗教信仰的经济模型，它假设人们想从来世的幸福来增加其预期效

用。这一模型给定存在各种各样的宗教信仰，这可能过于简单了。这一经济模型所导致的论断是，妇女会比男子在教堂花更多的时间，因为妇女放弃薪金所致的成本较小；男子年老后会将更多的时间用于教堂，因为当他们即将结束其工作生命时，最好是将对收入能力的进一步投入转向对来世效用生产的投入。作者们从统计资料中发现了佐证其论断的依据。而我的兴趣点却不在这里。我要问的是，美国联邦最高法院实施宪法第一修正案对宗教信仰和宗教礼仪产生了什么影响呢？为了避免可能的误解，我要强调的是，我不想对宗教信仰的合法性或联邦最高法院任何判决的法律合理性进行任何评述。

我们应该正确区分存在于联邦最高法院现代判决中的三个组成部分：

- 1) 在其学校祈祷和其他依宪法第一修正案“确立宗教”条款所作出的判决中，联邦最高法院对宗教“确立”的概念进行了非常宽泛的解释，从而在实际上禁止了州和联邦政府对宗教提供直接的（财政或甚至象征性）援助。这些判决在经济学上是有点道理的，虽然这种道理也许是肤浅的。公共教育（现代对确立宗教存有争议的主要领域）涉及对学生及其父母的资助。愿意支付其全部子女教育成本的父母可能会将其子女送入私立学校就读，而且他们确实常常这么做。如果他

们代之而选择了公立学校，那么这可能就是由于某些成本将由其他人——包括没有学龄子女的人及州和国家的其他地区的纳税人——支付。将部分教育成本外在化的主要经济理由是，教育（至于职业教育和“医务教育”，可能会有例外）会产生外在收益；我们所有的人（或我们中的大多数人）都因生活在一个人民受教育的国家而得益。由此，为了依经济理由来证明公立学校在祈祷或其他宗教活动上花钱的合理性，这些活动要么表明其产生了正的外在性（如使学生更为道德、或至少在学校的行为得到改善），要么因这些活动将世俗和宗教教育结合于同一部门会更为经济，要么是因为私人不得不自愿地支付公立学校宗教活动的增量成本，所以也就不存在资助了。

如果联邦最高法院愿意接受其中的任何一项正当理由——当然其条件是能有足够的证据来支持这些理由，那么我们就可以得出这样的结论：联邦最高法院正是在用一种经济的方法在解决公立学校中的宗教问题。但事实上，现代的联邦最高法院实际上却在禁止任何公立学校的宗教活动，不论是否存在以上的任何一条正当理由。如果不存在以上公立学校进行宗教活动的任何理由，我们就可以作出这样的辩解：即如果宗教活动得以许可，那么信教的人就应享受政府资助。愿意支付学校中的全部教育成本（包括进行祈祷

和从事其他宗教活动)的父母可能总是将其子女送入提供这种活动的私立学校,他们也就承担了这些活动的全部成本,而不是将部分成本转移到社会中的其他人身上。对宗教的政府资助的关注,这可能解释了联邦最高法院为什么坚持主张由政府基金资助的圣诞节场面布置是具有世俗目的的,即它使信教的人和不信教的人都从中得益。但联邦最高法院并没有为以下事实感到担忧:信教的人所获得的收益可能会大些,所以资助的因素依然存在。它也没有对那些不愿意寻找公立学校宗教活动的相类似的世俗理由——比如宗教能降低学生的淘气程度这样的理由——的原因作出解释。

更为复杂的情况是,联邦最高法院已倾向于认为,对教会财产免征州税和地方税是一种违宪的宗教确立。但是,免税的结果只是教会接受了它们没有对此支付成本的公共服务。如果教会能创造出它们无法要价的收益,那么它们取得不付费的公共服务就是合理的,但联邦最高法院并没有要求它们表明这一点。所以,这里就可能存在一大笔为司法认可的用于宗教活动的政府资助。

2) 在其“宗教自由”的判决中,联邦最高法院有时要求公共机构为宗教礼仪提供有成本的便利。一个例证是,禁止不向一个因宗教不准他周六工作的人提供失业津贴。所以,联邦最高法院

一方面（有关确立宗教这一条款的案例）禁止对宗教进行资助，而另一方面（有关宗教自由的案例）又要求有这样的资助。

3）在涉及避孕、堕胎、私生、诲淫等信教者对此持有强硬反对意见的道德问题的案件中，联邦最高法院近年来几乎总是支持世俗观点而反对宗教观点。

在第1、2两类中的判例赞成宗教竞争和多元化（这并不是经济学意义上的竞争：我们即将明白，如像第2类判例中那样资助宗教竞争只会阻碍而不会促进经济学意义上的竞争）。政府以任何形式确立宗教都会有助于大的宗教团体而不利于小的宗教团体，从而可将之比作政府通过向具有政治影响力的企业提供资助或其他津贴而干预传统市场。拒绝向较次要的宗教团体提供便利所造成的效果将类似于确立宗教所产生的影响，而这种宗教确立又是由于就业政策、其他公共政策和习惯被用以使次要宗教团体与主要宗教团体之间的冲突最小化所造成的。在美国，法定休息日就是主要基督教团体所确认的休息日，这绝不是偶然的。由此，次要宗教团体将得益于要求为其需求提供便利的规则。

但由于提供便利的成本是由雇主、消费者、纳税人和其他雇员等承担的，所以第2类判例在实际上资助了次要宗教团体。而且，由于对政府

而言资助一个弱小的竞争者并不比资助一个强大的竞争者更有效率，所以就不可能以效率观念来为提供宗教便利的判例进行辩解。另外，第1类判例由于忽视了可能为政府支持宗教提供佐证的各种正当理由——虽然允许免除财产税可能会修正（或关于这一点，是修正过度的）这种倾向。但是，值得在此提及的最重要的观点是，联邦最高法院已要求政府直接资助次要宗教团体，和通过阻止必然会有利于社会中主要宗教派别的信仰和活动的宗教确立从而帮助次要宗教团体。通过这些活动，法院也许已提高了宗教的多元化，而且可能由此已促进了宗教事务，尽管从各方面来考虑其某些宗教确立的判例还带有“反宗教”的倾向。

第3类判例也偏袒宗教——更准确地说是偏袒私人宗教组织，但在更细微的意义上而言，这种偏袒可能完全不是法院故意的，甚至它完全没有认识到这一点。由于使有权威的政府机构（联邦法院系统）成为非宗教主义者；而且更重要的是，由于通过否决表达和实施传统价值的管制而削弱了这些价值，这些判决就增加了对有组织宗教的需求，而有组织的宗教还被看作是传统价值的守护者。如果政府像它通常所做的那样实施基督教的价值体系，那么人们成为基督教徒所得的收益就会减少。第1类的判例就具有相类似的效

果。通过禁止由国家付薪的教师灌输宗教价值观念，联邦最高法院就提高了宗教组织所提供服务的的需求。而且准许免除教会的财产税也降低了这些宗教组织的成本。

当然，如果因为学校教师带领学生祈祷或向学生朗读《圣经》中的内容就将该公立学校看作是一个宗教组织，那么宗教服务的供应也许不会有任何净增长，但我关心的是它对私人宗教组织的影响。同样，一个严厉控制堕胎的政府就可能被看作是视堕胎为不道德的基督教派别的一种强制执行权力机构；但由于它因此而承担了私人宗教组织的一种职能，所以就会与这些私人宗教组织形成竞争格局，从而也就降低了人们对它们所提供的宗教服务的需求。

更进一步的观点正如亚当·斯密指出的那样（1937，第740～750页）：私人组织越小，其控制和管理其成员的有效性就越大（这是卡特尔理论的核心）。斯密从这一理论出发，作出了这样的推论：宗教派别越多，平均而言其每一派别就越小，宗教在管理行为方面就会更有效。这意味着，对宗教组织具有分化作用而不是集中作用的法律规则可能会促进社会的道德风尚，即使它们削弱了政府在直接灌输道德价值方面的作用。

人们可能很难相信由于联邦最高法院采取其积极的世俗主义立场而在实际上已使我们社会的

道德风尚得到了改善；但经济分析表明，如果联邦最高法院因允许政府在灌输或规定道德行为方面与私人宗教组织进行更有效的竞争从而使私人宗教组织削弱，那么我们社会的道德风尚状况就只会恶化而不会得到改善。由于政府和有组织的宗教在促进道德行为方面是可以相互替代的，所以政府作为道德教员的作用的增强可能会降低人们对有组织宗教服务的需求。我之所以说“可能”而不是说“总会”，是因为（如果我们要认真对待政府的道德教员作用）一个想努力促进以宗教为基础的道德价值的政府可能会帮助“出售”宗教价值，并帮助那些促进这些道德价值的组织超越其世俗替代者。但这假定，历史的提示是不可靠的：政府将会发现一种支持宗教的途径——即依据真正的无派性基础而非确立一种特定的宗教，这会削弱各竞争的宗教派别，也许还会削弱整个宗教。

面对相反的传统常识，要证明联邦最高法院明显的反宗教判决已促进了宗教就成了一项非常艰难的任务。为此，我只能提出两方面的证据。第一，近年来福音基督教会迅速兴起，而在从前它却只是一个次要教派并且明显坚持传统的价值观念。第二，美国和西欧之间在宗教信仰虔诚度上的惊人差异。不仅美国人中相信来世的人的比例确实远比爱尔兰以外的其他任何西欧国家高，



而且自20世纪30年代以来，美国的这一比例是相对稳定的，而同期西欧国家的这一比例却已有了大幅度的下降。几乎所有的西欧国家都有一个政府确立的（一个纳税人资助和拥有法律特权的）教会（或多个教会，正如德国的两种国教一样），而且有些国家要求在公立学校进行祈祷。就政府的宗教确立会阻碍竞争教派的兴起这一点而言，它确实减少了向人们提供的宗教“产品种类”，而且我估计对宗教的需求也会减少。美国的宗教制度有利于促成众多的宗教派别。几乎每一个人都可能发现一套适合其经济和心理状况的宗教信仰和礼仪。而且，由于联邦最高法院阻止政府在道德领域起决定作用，所以它在近年来（我推测）已增加了人们对作为道德管制替代制度的宗教的需求。

无疑，联邦最高法院在所有这些方面的决定性作用比我所说的要小。美国的宗教多元化是一个非常古老的传统，而联邦最高法院维护这种传统所作的贡献可能是很微弱的。然而，经济分析表明，诋毁联邦最高法院判决原则的宗教领袖和为联邦最高法院判决原则进行辩护的世俗领袖可能都是在为其各自相反的制度自利而争论不休。

我所讨论的言论自由和宗教自由可能有以下联系：对宪法第一修正案的一种可能的（我并不表示这是一种唯一的或完善的）解释是，它禁止

政府干预两种特殊“物品”——思想和宗教——的市场。政府无权管制这些市场，除非有必要纠正外在性和其他不利于资源高效率配置的障碍。这好像是对现代法院如何解释策一修正案的恰当描述；主要的（虽然不是唯一的）例外是禁止可能被称作“有效率的”宗教确立（除非有世俗理由证明其为合理，否则这些确立还包括不涉及对信教人的资助的确立）的情况和要求（在资助次要宗教团体意义上）提供宗教便利的情况。除非我们有理由利用并证明亚当·斯密的观点：分立的宗教派别越多，宗教就越有能力促成道德行为——和矫正如犯罪这种负外在性及促成如慈善这种正外在性的道德以补充法律，否则我们就没有足以令人信服的理由来进行这样的资助。

但是，一次演讲仍不足以证明一种新的经济理论。所有以上的内容足以表明，这是一种拥有希望并由此而值得追求的特殊理论。我由衷地希望，我已使你相信，那种可能被不确切地命名为法律经济学的理论学说具有巨大的潜能去改变公认的观点，形成关于种种重大社会现象的可检验假设，并最终充实我们关于这个世界的知识和理解。

## 译后记

《法律的经济分析》的中译本终于即将与读者见面了。1989—1990年间，正当中国社会在痛苦中寻求变革出路的时候，我完成了本书的翻译工作。1996年5月，我又根据英文本的最新版本进行了重译，使大家能够了解到国际社会中法律经济学的最新进展。将近8年的时间，我从一个研究人员转变为执业律师以至海关法律官员，几易职业，但却一直对本书的面世怀有极大的热情并承受着极大的精神煎熬，如同等待一个新生命的降临。因为我坚信，本书将对中国的法律思想和法律实务产生深远的影响。

如果没有其他人的热情帮助，本书中文版的翻译和出版几乎是不可能的。感谢本书的原作者理查德·A·波斯纳法官先生为我提供了英文原书和中文版序言并在我遇到理解和翻译困难时予以解释和指导；感谢福特基金会驻华代表处原法律项目主管何杰生（Jonathan Hecht）博士（现为哈佛大学东亚法律研究中心教授）对本书的翻译和出版予以极大的关心和帮助，但本书终于没有能在他离任之前面世而成为遗憾；感谢福特基金会为本书出版所提供的资助；感谢北京大学中国经济研究中心主任（教授）林毅夫博士（原国务院发展研究中心部长、研究员）以其卓越的学识为本书进行了校审，使本书更臻完美；感谢中国政

法大学江平教授、北京大学法学院贺卫方教授和本丛书编辑杜晓光女士、责任编辑刘茂林先生，他们为本书的出版作出了极大的努力；感谢刘守英、李步云、徐炳、王保树、陈春龙、信春鹰、梁慧星、夏勇、李林、张宏辉、田培炎、张宇燕、万中心、吉达珠、陈慧谷、蒋集耀、傅廷美、张勇、赵从旻、邹海林、郑扬等，他们为本书的翻译和出版及我对法律经济学的研究提供了精神、道义和学识上的支持和帮助；还要感谢我的导师吴大英教授在我3年硕士生学习期间以及其后对我的培养和关心。

由于本书是一部法学（其中的章节几乎涵盖了法学的全部领域）和经济学的兴起交叉学科的著作，又受译者学术背景的影响，尽管译者对翻译工作做出了最大的努力并且得到了多方面的帮助，翻译的错误依然在所难免。对此，我将愿意承担全部责任，并希望读者予以指出，以便我在以后的译本中校正。

开始本书翻译的时候，我尊敬的父亲不幸溘然离开人间。我能在短时间内艰苦地完成本书首次翻译工作的重要原因之一，就是我父亲对我事业的希冀和我对我父亲的思念。为此，我谨以本书献给我已故的父亲。

感谢我的母亲和其他亲人对我的养育和关怀，以及所有的朋友对我生活和事业的关心。

最后，但不是最轻微的，感谢竺琳小姐在我进行本书新版本翻译和校对期间对我的关心和帮助。

译者

1996年6月 于北京目录页上一页

如果你不知道读什么书，  
就关注这个微信号。



微信公众号名称：幸福的味道

加小编微信一起读书

小编微信号：2338856113

【幸福的味道】已提供200个不同类型的书单

- 1、 历届茅盾文学奖获奖作品
- 2、 每年豆瓣，当当，亚马逊年度图书销售排行榜
- 3、 25岁前一定要读的25本书
- 4、 有生之年，你一定要看的25部外国纯文学名著
- 5、 有生之年，你一定要看的20部中国现当代名著
- 6、 美国亚马逊编辑推荐的一生必读书单100本
- 7、 30个领域30本不容错过的入门书
- 8、 这20本书，是各领域的巅峰之作
- 9、 这7本书，教你如何高效读书
- 10、 80万书虫力荐的“给五星都不够”的30本书

关注“幸福的味道”微信公众号，即可查看对应书单和得到电子书

也可以在我的网站（周读）[www.ireadweek.com](http://www.ireadweek.com)

自行下载

备用微信公众号：一种思路

