

理查德·塞勒对行为法和经济学的贡献^{*}

黄立君

内容提要:理查德·塞勒既是第一个把心理学引入经济学的学者,也是首位把行为经济学引入法学领域的经济学家。他将有限理性、有限意志、有限自利的行为经济学假设引入主流法和经济学,并对其坚持的三项经济学基本原理进行批评。在实证研究方面,塞勒主要阐释了行为经济学如何帮助解释那些与法律相关的人类行为以及法律为什么采取了它现在所采取的形式。在对策研究方面,塞勒致力于研究法律应该如何被制定才能使之更好地实现它特定的目标。在规范层面,塞勒提出了一种温和专制主义观念,认为政府可以利用行为经济学知识优化政策设计,助推人们做出最优决策。波斯纳和科尔曼等学者对法和经济学的行为方法进行了驳难,认为它不完备、缺乏预见力且是反理论的。本文认为,主流法和经济学积极吸收行为经济学和其他社会科学的研究成果可以弥补理性选择理论的缺陷,提高其预测力和解释力。

关键词:理查德·塞勒 行为经济学 法和经济学 行为法和经济学

作为在“个体决策的经济学分析与心理学分析之间架设桥梁”的行为经济学家,2017年度诺贝尔经济学奖得主理查德·塞勒(Richard H. Thaler)已为人们所熟知。但作为行为法和经济学(Behavioral Law and Economics)开创者之一,塞勒的相关思想还不太为人们所了解。本文对塞勒关于行为法和经济学的主要思想,以及主流法和经济学与行为法和经济学之间的论战与回应进行介绍与阐释,以使人们加深对塞勒学术贡献的全面认知。

一、从行为经济学到行为法和经济学

塞勒首先是一名行为经济学家,然后才是行为法和经济学家。2002年度诺贝尔经济学奖得主卡尼曼(D. Kahneman)视塞勒为“首位将心理学引入经济学,开创了行为经济学的学者”。作为行为经济学的重要先驱,塞勒(Thaler & Sunstein, 2008)承认,这门学科自萌芽之日起他就参与其中。

塞勒主要致力于心理学、经济学等交叉学科的研究。他对“经济人”假设以及生活中的一系列反常现象,如禀赋效应、跨期选择、心理账户、自我控制、合作、公平、恶意、金融市场中的股票溢价之谜等,进行了有趣却又不失深邃的研究。通过探究有限理性、社会偏好和缺乏自我控制的后果,塞勒(Thaler, 2015)展示了这些人类特征如何系统地影响个人决策和市场结果。在理论应用方面,塞勒认为,政府可以利用行为经济学知识来优化政策设计,引导人们在教育、投资、卫生保健、抵押贷款及环境保护等领域做出最优决策,帮助人们成为有远见的计划者。他还对消费者行为、社会福利政策、储蓄投资政策等进行阐释,希望人们在享有自由选择权的前提下,通过温和专制主义(libertarian paternalism),即“助推”(nudge),来帮助那些在现实中容易犯错的人们做出更好的选择(Thaler & Sunstein, 2008)。

^{*} 黄立君,中国政法大学商学院、中国政法大学“一带一路”中国企业创新发展研究中心,邮政编码:100088,电子邮箱:lijunh@cupl.edu.cn。基金项目:北京高校中国特色社会主义理论协同创新中心成果。感谢审稿人和中国政法大学商学院刘婷文、奥斯陆大学汪意成两位老师提出的建设性意见。当然,文责自负。

其实,塞勒在《“错误”的行为》一书中便将行为经济学的应用作为未来发展的三个方向之一^①。而行为法和经济学正是行为经济学在法律领域应用的结果。行为法和经济学的真正诞生,源于塞勒在麻省理工学院访学时所接到的一个电话邀请:阿申费尔特(O. Ashenfelter)邀请塞勒在其组织的会议上做一个关于“行为经济学在法律中的应用”的演讲(Thaler, 2015)。塞勒接受了邀请,并找到了合作者乔尔斯(C. Jolls)和桑斯坦(C. R. Sunstein)。乔尔斯作为代表在会议上作了主题为“法和经济学应如何改进才能与行为经济学的最新研究保持一致”的演讲。这篇演讲稿最后由三位合作者扩展为一篇学术论文——《法和经济学的行为方法》(A Behavioral Approach to Law and Economics),发表在《斯坦福法学评论》1998年第50卷第5期。这是第一篇公开发表的、把行为经济学引入法律研究的学术论文。它不仅宣告了行为法和经济学的诞生,而且从一开始就引起了轩然大波,并进而引发了一场行为法和经济学运动(Wright & Ginsburg, 2012)。

塞勒等关于行为法和经济学的思想主要体现在《法和经济学的行为方法》(1998)、《对禀赋效应和科斯定理的实验检验》(1990)、《温和专制主义》(2003)、《401k计划中公司股票的法和经济学分析》(2007)等论文,以及《助推》(2008)、《“错误”的行为》(2015)等著作之中。我们主要从塞勒关于行为方法的总体思路,对主流法和经济学的批判,法律的实证、对策和规范研究等几个方面对其行为法和经济学思想进行阐释。

二、塞勒关于行为法和经济学的主要思想

(一)法和经济学行为方法的总体思路

1997年秋季,芝加哥大学法学院召开了一次关于“法和经济学的展望与未来”的圆桌会议。研讨会围绕以下几个主题展开:(1)在法和经济学的理论与实践,已经取得了哪些最重要的成就?所面临的最大失望或失败是什么?(2)法和经济学还有哪些前景最被看好?最值得研究的问题是什么?应该选择何种适当的研究方法进行研究?会上,贝克尔(G. S. Becker)有些落寞地指出“目前法和经济学已进入了一个相对停滞与贫瘠的阶段”。科斯(R. H. Coase)也认为,法律的经济分析“已经高度发展,某种程度上,已经不再那么令人激动了”(Baird, 1997)。可见,在贝克尔和科斯为法和经济学的发展感慨万千的时候,或许还没有人能预想到大家所期待的“适当的研究方法”究竟会是一种什么样的研究方法。1998年5月,乔尔斯、桑斯坦和塞勒联合发表了《法和经济学的行为方法》(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)。这篇论文的发表正可谓恰逢其时。科罗布金和尤伦(Korobkin & Ulen, 2000)认为,由塞勒等开创的行为方法将是法和经济学最有发展前途的研究方向,并且能够改变法和经济学日渐衰落的局面。

在这篇开创性的论文中,塞勒等将行为经济学的基本要素——有限理性、有限意志、有限自利——引入主流法和经济学的各种论证,试图把法律规则和制度的经济学分析从严格的理性选择假设中分离出来,并致力于:(1)提出一个法律经济分析的行为方法的体系框架;(2)用行为知识对法和经济学一直关注的主题提出具体的模型和方法。

塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,这种建立在行为经济学基础上的方法,可以帮助人们更好地对法律进行实证的、对策的和规范的研究^②。其中,实证研究是法和经济学的核心部分,也是塞勒等着重强调的。它主要用于解释法律的效应和法律的内容,说明法律如何影响人们的行为;当法律规则发生变化时,人们怎样反应;法律规则为什么会采取它所采取的形式。传统法和经济学也有关于法律的实证分析,但是塞勒等认为,行为科学的引入可以使分析和判断更为准确。对策研究主要阐释如何应用法律来达到特定的目的,如对犯罪行为的威慑、对污染的控制等。这是法和经济学的核心目标。塞勒等认为,在对策研究中充分运用行为科学的成果,能够提高法律实现特定目标的能力。如传统分析认为,潜在的犯罪人把实际的犯罪侦破率作为是否实施犯罪行为的一个重要判断依据,但行为经济学认为,实际上罪犯是以自己所理解的“感性侦破率”为依据。法律的规范研究目的是要更广泛地评估法律体系的目标。在主流法和经济学看来,法律的目标是实现社会财富

的最大化,而社会财富的衡量又以人们所显示的偏好为标准。行为法和经济学也承认社会财富最大化是法律体系所追求的目标,但它认为该目标应该更为复杂。因为人们偏好的基础并不稳固,受认知能力及客观环境的强烈限制。理性选择理论关于人是其自身利益的最佳判断者的论断并不符合事实。由于认知偏差,人们往往会犯错误,因此需要一定的控制。但由于控制者(政府官员)也受制于有限理性,所以,控制与否和控制能否达到预期目标都是十分复杂的事情。

总体而言,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,因为运用了行为科学和心理学的成果,用“真实的人”(real people)取代了主流法和经济学理性选择模型中的“经济人”(homo economicus)假设,法和经济学的行为方法可以比主流法和经济学更好地解释法律所追求的目标以及实现这些目标的手段,从而提高法和经济学的预测力和解释力。

(二)塞勒关于行为法和经济学的理论基础

塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,主流法和经济学是根据理性选择理论来对法律规则进行分析和理解的。该理论假定:所有人都能最大化他们的效用、具有稳定的偏好、拥有完全信息(Becker, 1976)。与此不同,“法和经济学的行为方法”建立在对主流法和经济学原理的破旧立新之上。这个“破旧立新”主要体现在两个方面:一是用“真实的人”取代“经济人”;二是对主流法和经济学坚持的三项经济学基本原理进行了批判。

1. 关于人类行为的不同假设:“经济人”和“真实的人”。主流法和经济学根据理性选择理论,认为人都是“经济人”,他们追求效用最大化,有稳定的偏好,能做到理性预期,并可以对信息进行最优化处理。但塞勒等(Thaler & Mullainathan, 2001)认为,现实生活中“真实的人”却是有限理性(bounded rationality)、有限意志力(bounded willpower)和有限自利(bounded self-interest)的。

(1)有限理性。塞勒承继了赫伯特·西蒙(Simon, 1955)的观点——人类认知能力并非无限,人们的计算能力有限,且记忆能力也存在严重瑕疵。同时,塞勒等(Thaler & Mullainathan, 2001)也发现,人们其实知道自己的认知存在缺陷,并且,为了应对这些缺陷,人们会通过制作各种列表(make lists),或者运用心理捷径(mental shortcuts)和经验法则(rules of thumb)来进行弥补,以便使决策成本和错误成本达到最小。但事实上,即使有这些补救措施(而且有时候正是因为这些补救措施),人类行为仍然可能系统性地背离传统经济学模型对无限理性的预测。比如,易得性直观推断(availability heuristic)——依据判断回忆该事件同类事例的难易程度(这个事件“易得”到什么程度)来估算事件发生的频率——等经验法则的运用,会引导我们得出错误的结论。例如,如果人们在不久前看到过一场汽车事故,比起没有看到,他们会更倾向于认为汽车事故发生的概率较大。另外,塞勒认为,人们经常要在不确定性条件下做决策,那么,面对不确定时人们究竟是如何做出实际决策的,哪些因素会影响到决策的制定?在这些方面,卡尼曼和特沃斯基(Kahneman & Tversky, 1979)提出的前景理论(Prospect Theory)可以比理性选择模型中的预期效用理论(Expected Utility Theory)描述得更好。

(2)有限意志力。主流法和经济学所坚持的理性选择理论认为,行为人对自己的效用函数有着清醒的认识,并能控制自己的效用函数使之符合最大化的要求,行为人具有完全的意志能力。但塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,由于习惯、传统、嗜好、生理欲望(cravings)、多重自我(multiple selves)等因素的影响,行为人的意志力是有限的,往往做不到自我控制。这种有限意志力使得人们经常做一些明知将与其长远利益相冲突的事情。比如,很多吸烟者打算戒烟,并且还购买药物来帮助自己,但实际却往往戒不掉。

(3)有限自利。理性选择理论判断,行为人的追求目标是自我利益。但塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,有限自利普遍存在。在某些场合,人们会在乎(或者装作在乎)别人甚至陌生的人。在许多市场谈判中,人们不仅关心自己是否会被公平对待,而且也会公平对待那些做事公平的人。理性选择理论认为,行为人不会为了公平目的而牺牲自我利益,但最后通牒博弈实验却表明行人人会这样做。公平也是行为人追求的目标,是行为人的内在价值追求(Korobkin & Ulen,

2000)。比起新古典理论假设的参与人,行为经济学模型的参与人要比那些纯粹关心自我利益的人更好,但如果没有被公平对待,他们也会因此变得更坏。

关于“三个有限”,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,只要法律体系中的行为人要去判断某个不确定事件的概率,那么,与判断行为相联系的有限理性就会发挥作用;只要行为者需要评价结果,那么,与决策行为相联系的有限理性就会产生影响。当决策结果具有跨时期性质时,有限意志力就可能使其发生变化。有限自利则主要与一方明显偏离了惯常或普遍的做法相关联。在这些情况下,另一方通常会愿意付出金钱代价去惩罚“不公平”的行为。

2. 对主流法和经济学坚持的三项经济学基本原理的批判。为了说明行为法和经济学与主流法和经济学对预测法律如何影响人类行为有何不同,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)以波斯纳在《法律的经济分析》(Posner, 1992)一书中所推演的三项经济学基本原理为例进行了阐释。

波斯纳(Posner, 1992)认为,“人是其自利的理性最大化者”这一论断暗示着:人们会对激励做出反应,即如果一个人的环境发生变化,且他能通过改变其行为就能增加他的满足,那他就会这样做。基于此,人们推出三项经济学基本原理:(1)向下倾斜的需求——如果价格上涨,那么对某商品的需求量将下降;(2)机会成本等于支付成本,沉没成本(sunk costs)不影响对价格和数量的决定;(3)市场对潜在利润(unexploited profit)的追逐能使资源流向最有价值的使用方向。

对第一项基本原理,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)承认,预测是有效的。但符合向下倾斜需求的预测,并不说明人们采取的行为就是最优化的。他们援引贝克尔(Becker, 1976)的研究说明,在资源有限的约束条件下,人们会减少对该商品的消费。这种反应甚至在实验室的老鼠身上都能获得支持。所以,向下倾斜的需求不能作为支持最优化模型的证据。

对第二项基本原理,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,主流法和经济学关于“机会成本等于支付成本,沉没成本不影响对价格和数量的决定”的观点往往使他们对人类行为产生错误的预测。他们通过美国超级碗(Super Bowl)热门比赛入场券的例子^③来证明机会成本与支付成本通常不相等,通过对比得到打折门票的顾客和没有得到打折门票的顾客的不同观演行为^④,来证明沉没成本对人们选择的影响。理性选择理论那种“过去的事儿就让它过去,理性人会将自己的决定基于对未来的预期而不是对过去的懊悔,因此,沉没成本对行为人当前的计算没有影响”的观点是错误的。事实上,人们通常将沉没成本作为选择特定行动方案的理由,因为人们往往不希望过去的投资白白浪费。

对第三项基本原理,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,把它与第二项基本原理“机会成本等于支付成本,沉没成本不影响对价格和数量的决定”相结合,就可以得到科斯定理(Coase Theorem)——如果交易费用为零,权利的初始配置不会影响资源的最终分配。但是,塞勒、卡尼曼和尼奇在《对禀赋效应和科斯定理的实验检验》(Kahneman, Knetsch & Thaler, 1990)中通过细致的经验研究表明,科斯定理会导致错误预测。也就是说,即便交易成本等于零,由于禀赋效应的存在,初始的权利配置也会影响最终的资源配置。

总体而言,在塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)看来,由于忽略了“真实的人”在现实中存在的有限理性、有限意志力和有限自利,主流法和经济学只在市场力量特别强大的场合(如期货交易)才取得过部分的和模糊的成功(partial and ambiguous successes)。而且,主流法和经济学以牺牲实际预测能力来追求简洁和简约是不可取的。行为法和经济学追求的是“简单而且正确”。尽管人们并不总像经济学家假定的那样“理性”,但这并不意味着人们的行为不可预测、系统地不理性、随心所欲、无规则可循,让社会科学家们无法捉摸。相反,这些特点能够被描述、运用,有时甚至可以被模型化(桑斯坦, 2006)。因此,可以将新的和更精确的对行为和选择的理解引入法律这个领域,以便对法律所追求的目标以及实现这些目标的手段做出更好的解释,进而提高法和经济学的预测力和解释力。

(三) 塞勒关于行为法和经济学的实证研究

前面说过,实证研究是法和经济学最核心部分。它主要用于解释法律的效应和法律的内容,

说明法律如何影响人们的行为;当法律规则发生变化时,人们怎样反应;法律规则为什么会采取它所采取的形式,等等。塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,分析法律,应该联系到那些我们已经掌握的关于人类行为和选择的知识。只有这样,才能对法律进行正确的解释和预测。

在法律研究的实证部分,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)通过援引著名的最后通牒博弈(The Ultimatum Game)和伊萨卡(Ithaca)商贩[®]的例子证明了禀赋效应(有限理性)、人们对公平、社会认可的关注(有限自利)以及不被公平对待时变得“刻毒”(acrimony)等人类行为的存在,考察了行为经济学如何帮助解释那些与法律相关的人类行为(如讨价还价、强制合同条款)以及法律为什么采取了它现在所采取的形式(如法律对市场交易的禁止,对言论的事前禁止,轶事驱动的环境保护立法)。

1. 禀赋效应对科斯定理的挑战。科斯定理是主流法和经济学最重要的理论基础。科斯在《社会成本问题》(Coase, 1960)一文中探讨外部性问题的解决方法时表示:如果交易成本为零,法律把财产(资源)的初始权利配置给谁是不重要的。因为,当法院做出判决(无论是发布禁令,还是裁定法律赔偿)后,如果存在一个比法院判决更好的结果,那么,只要交易成本为零,案件双方就会再次通过谈判(讨价还价)得出一个最优的结果。读过科斯论文的人都知道,科斯的“零交易成本”假设只是为了给“交易成本大于零的真实世界产权是重要的”作铺垫,但“科斯定理”始终是学者们批判的对象。

塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,科斯定理中财产权利初始配置不影响价值这个假设,与经验观察存在尖锐的冲突。由于禀赋效应的存在,即便是交易成本为零,财产权利的初始配置也会影响资源的最优配置。因此科斯定理是错误的。人们对科斯定理的应用会不可避免地导致错误的预测。

禀赋效应可以用行为金融学中的“损失厌恶”理论来解释(Kahneman, Knetsch & Thaler, 1990)。该理论认为,一定量的损失给人们带来的效用降低,要多过相同的收益给人们带来的效用增加。因此人们在决策过程中对利害的权衡是不均衡的,对“避害”的考虑远大于对“趋利”的考虑。出于对损失的畏惧,人们在出卖商品时往往索要过高的价格,而反过来却不愿意以相同的价格购买此商品。也就是说,人们对某一物品的接受意愿(willingness to accept, WTA)和支付意愿(willingness to pay, WTP)存在差异。塞勒、卡尼曼和尼奇(Kahneman, Knetsch & Thaler, 1990)认为,这种差异会导致现实生活中双方共同接受的交易数量减少。尤其是在权利被争议双方通过法律程序,以法院判令的形式产生的时候,这种禀赋效应还会得到强化,即使出现交易成本不高和财富效应不明显的情况,当事人双方通常也不会重新进行谈判。关于这一点,范斯沃思(Farnsworth, 1999)通过研究予以了证实。该项研究发现,判决后存在的谈判要比经济学模型预测的少得多。范斯沃思曾与来自大约20起私害案件的代理人进行访谈,这些案件都被要求发布禁令,并都经过了诉讼的全过程,或胜诉或败诉。在这些案件中,即使交易成本很低,且站在第三方的客观角度看,确实存在相当大的双方互利的交易空间,也没有一个案件的双方当事人尝试着去围绕法院的判令进行重新谈判,其原因便是禀赋效应产生了影响,胜诉的原告不愿意把胜利的果实送给对方。

禀赋效应会导致交易数量减少的政策含义是:在资源的优化配置方面,政府需要做的不仅仅是明晰产权,降低交易成本。由于初始权利的配置最终将影响到资源配置的效率,所以,在权利初始界定时,政府就必须考虑究竟把权利界定给谁才是有效率的。

除了对科斯定理的质疑,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)还运用禀赋效应分析了强制合同条款的实际效果。根据主流法和经济学的观点,对合约双方施加强制条款将使双方遭受损失,相当于政府对交易双方的有效征税。格鲁伯(Gruber, 1994)关于提供给雇员的保险单里强制包含生育险的效果的研究证明,主流法和经济学对强制条款的解释与观测到的行为并不一致。

2. 公平观念对法律内容的影响。法和经济学的目标之一是要解释法律允许什么和法律禁止什么。主流法和经济学的主要代表波斯纳(Posner, 1992)提倡一种法律效率观,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。所以,如果一种行为是有效率的,法律就应

该允许。

塞勒(Thaler, 2015)认为,波斯纳(Posner, 1992)的法律观有时候会让人们难以理解,因为,现实生活中有许多法律的合理性难以以效率为基础说明。例如,美国有些地区通过制定法律来约束那些暴风雪过后的雪铲涨价行为;纽约州通过制定法律来抑制那种漫天要价的做法,如在由风暴、断电和骚乱引起的混乱中,公司不可以收取不合理的过高价格。知名公司优步(Uber)为了激励更多的司机在上下班高峰期接单,采取了“加成定价法”(surge pricing)。在该定价方法下,无论在哪个季节,当需求量很大时,打车价格都会上涨。结果在纽约市的一次暴风雪中,优步打车价格的巨大涨幅,引起了纽约州检察长的注意。事实上,现实生活中,法律有一个普遍特点,就是会对某些双方都自愿的交易进行禁止,例如高利贷、哄抬物价、炒卖票证、买卖器官。法律还禁止出卖选票、买卖婴儿、种族和性别歧视、营利性的代孕,禁止对言论的事前限制,等等。

在那些信奉理性选择理论的人看来,诸如暴风雪过后雪铲涨价、加成定价之类的行为,只要买卖双方都愿意,就是有效率的。法律去禁止它们,是无效率并且反常的。但为什么现实中的法律会禁止这些人们自愿的行为?它意味着,一定还有其他因素影响法律的内容和形式。

对这些不符合效率标准的“反常法律”(anomalous laws),塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)的回答是:因为人们认为这些法律是公平的。事实上,人们对公平的关注,是建立法律的因果机制中的一环。正是因为人们有着关于公平的普遍判断,对这些自愿交易的限制才会发挥作用。公平规范和其他力量的交织,产生了一些我们观察到的看似反常的法律。如果没有这些法律,一些相关的行为者将不会受到公平规范的约束,法律就是要对这些不法行为者进行规制。这样,这些看似“反常的法律”,通过塞勒引入行为经济学中有限自利(公平)等概念,比主流法和经济学更好地解释了法律为什么采取了它现在所采取的形式。

(四)塞勒关于行为法和经济学的对策研究

在法律的对策研究方面,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)致力于研究法律应该如何被制定才能使之更好地实现它特定的目标。

行为经济学家们发现,现实中的困难(如信息过于复杂或信息表达的意义模糊)和行为人的心理认知偏差,会使行为人产生对成本—收益计算的偏离,因而只能是“有限理性”。这些对心理认知产生影响的因素包括:启示(heuristics,也译为“直观推断”)与偏见(bias)。所谓“启示”是指直接影响行为人决策的、行为人具有的、关于事件发生概率的片段性认识。所谓“偏见”则是使行为人的概率判断出现偏差的、行为人具有的认知特性。这些直观推断和偏见通常包括:代表性直观推断(representativeness heuristics)和易得性直观推断(availability heuristics)、过度乐观偏见(optimistic bias)和自利服务偏见(self-serving bias)、事后诸葛亮偏见(hindsight bias)、锚定/固执先见(anchoring)等等。除启示与偏见外,有限理性还包括禀赋效应、双曲贴现(hyperbolic discounting)、损失规避(loss aversion)、心理账户(mental accounting)等。塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为,对人类这些行为的更好认知,并在制定法律的过程中充分关注这些行为的影响,可以帮助人们改善法律的制定,并推动社会向我们所期待的方向发展。比如他们以陪审团对过错的认定以及其他法律或事实的认定为例,证明只要陪审团要认定过错,事后诸葛亮偏见都极可能出现,并影响陪审团对被告是否有过错的客观判断。认识到这种偏见的广泛存在,能够促使人们去寻找对策,如通过操纵传递给陪审员的信息或改变证据标准来使法律更好地实现其目标。

在对法律的对策研究中,除了关注人们认知心理中存在的各种启示和偏见的影响,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)还强调,为了帮助人们更好地做出决策,无论是企业还是政府,不仅应向人们提供更充分的信息,而且更应注意提供信息的方式方法。如日常生活中,当人们对工作场所安全、器具能效、药物使用效果等方面缺乏足够信息时,主流法和经济学会主张企业或政府应向公众提供更多信息。他们认为,这个“提供更多信息”的对策极其空洞。行为分析认为,“提供更多信息”并没有表明以什么方式来提供信息。但事实上,信息被提供的方式会对相关人员的选择产生重

大影响,它不仅影响人们对风险的认识,而且会影响人们的偏好,进而影响人们的选择。所以,如果政府不想鼓励某种特定行为,就应该利用损失规避、显著性、避免过度乐观陷阱等方式来进行信息表达,以此更好地改变人们的行为。比如政府或机构发行的有关描述胸部自我检查积极作用的小册子在促进妇女进行胸部自查方面并没有多大效果,但是强调拒绝进行自我检查负面结果的小册子,却大大改变了妇女的行为(损失规避)。又如,在反毒品的广告中,加入一个煎鸡蛋并配上播音员的旁白:“这是你吸毒时的大脑。”塞勒认为,这种易得性广告比那些取悦式广告更可能产生对负面效果的更强烈感知。

由此可见,对人类行为认知中各种现象和规律的认知,的确可以帮助我们如何更好地制定法律,进而促使法律更好地实现它的目标。

(五)关于行为法和经济学的规范研究——助推

塞勒(Thaler, 2015)关于行为法和经济学思想的第三个重要组成部分是对法律的规范研究,致力于在行为经济学基础上更广泛地评估法律体系的目标。正如前面所言,行为法和经济学也承认社会财富最大化是法律体系所追求的目标,但它认为该目标应该更为复杂,因为在一个日益复杂的世界里,我们不可能指望人们拥有足够多的专业知识,在任何必须做出选择的领域都能做出接近于最佳水平的决策。基于此,塞勒思考“有没有什么方法可以在不明显逼迫人们的情况下,让他们在事前和事后更容易做出正确的决策?”于是,在法律研究的规范层面,塞勒和桑斯坦(Thaler & Sunstein, 2008)提出了一个观点,那就是,“助推”(nudge),或者说,“温和专制主义”(libertarian paternalism)。

基于消费者主权(consumer sovereignty)理论,主流法和经济学认为,只要公民可以合理地得到相关信息,那么对什么可以促进自身的福利,公民本人会是最好的判断者,因而不需要家长制法律对公民的决策和选择进行干预。这种观念,被称作反专制主义(anti-paternalism)。塞勒和桑斯坦(Thaler & Sunstein, 2008)则认为,偏见和谬误会欺骗我们的眼睛。人们在认知过程中表现出来的过度乐观、显著效应、易得性直观推断等等,会使公民在决策过程中产生谬误(citizen error)。基于此,应对反专制主义提出质疑。但由于政府行为者也同样面临认知和动机方面的诸多问题,政府干预是否一定有效并不能确定,故而桑斯坦提出一种反—反专制主义(anti-anti-paternalism)观点,该观点也就是后来塞勒所谓的“温和专制主义”^⑥。温和专制主义并不意味着肯定专制主义,只是认为人们不应该把反专制主义当成一个先验的前提,而应该使之符合经验和实际。

不过,尽管塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)认为政府会跟普通大众一样面临有限理性的约束,但他们却提供了某种令人期待的、可使法律更好实现其目标的改进方法,那就是,政府可以利用行为经济学知识优化政策设计,助推人们在教育、投资、卫生保健、抵押贷款及环境保护等领域做出最优决策。而这正好契合了行为经济学家们的目标,即运用行为经济学使世界变得更美好(Thaler, 2015)。

三、主流法和经济学与行为法和经济学:论战与回应

塞勒等关于主流法和经济学的“行为革命”在学术界引发了一场论战。科罗布金和尤伦(Korobkin & Ulen, 2000)赞同在法律的经济分析中去掉完全理性假设,并认为塞勒等倡导的行为方法可以使法和经济学重现辉煌。扎米尔和泰克曼编辑了《牛津行为法和经济学手册》(Zamir & Teichman, 2014),用实际行动支持塞勒等的研究方法。波斯纳、科尔曼等学者则对法和经济学的行为方法进行了驳难和商榷,怀特和金斯伯格(Wright & Ginsburg, 2012)对行为法和经济学主张的温和专制主义进行了质疑。本文主要以1998年5月《斯坦福法学评论》第50卷同期刊发的几篇论文^⑦为例,就学者们围绕主流法和经济学与行为法和经济学的理论假设、模型性质以及各自在法律的经济分析方面的解释力等论题展开的学术论战进行介绍。

(一)波斯纳对塞勒等行为法和经济学的驳难

波斯纳的论文为受《斯坦福法学评论》编辑之邀而作。对于乔尔斯、桑斯坦和塞勒联合发表的

《法和经济学的行为方法》(1998)这篇试图把行为经济学与法律的经济分析从整体上关联起来的学术论文,波斯纳(Posner, 1998)承认,塞勒等讨论的现象真实存在,其中一些对简洁的理性选择模型构成了挑战。论文本身是清晰、有理、令人印象深刻甚至是独特的。但是,波斯纳更多地强调法和经济学行为方法的弱点或不足:

第一,法和经济学确实可以从行为经济学的研究中获得有益帮助,但塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)夸大了法和经济学行为方法的作用。波斯纳(Posner, 1998)认为,他们没有划分清楚行为法和经济学与主流法和经济学之间的范围。塞勒等关于行为经济学的洞见,其中的一些早已被主流法和经济学吸收为组成部分,另外一些被塞勒等视为反常的现象,其实都可以在理性选择框架下得到解释;还有一些则可以根据进化论生物学得到合理解释而不必求助于行为经济学。

第二,行为经济学不具有预见人类行为的能力,是反理论的(antitheoretical),缺乏可证伪性。波斯纳(Posner, 1998)认为,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)实际上并没有阐释清楚什么是行为经济学。在人类行为的论述中,塞勒等描绘了关于人的“三个有限”的画卷,很准确,但却以失去预测能力为代价。波斯纳承认“经济人”假设是对普通人的行为方式进行加工的产物,并不见得完全符合实际,但这是理论建构的代价,作为报偿,“经济人”假设能大致预见人们在特定情势的行为。但行为法和经济学家塑造的“行为人”是理性、非理性和冲动的混合物,其行为是不可预见的,故行为法和经济学是一种批判的而非建构的活动,不可能创设一种替代性的理论。而且波斯纳认为,塞勒等没有能够在“三个有限”之间构建起一种逻辑关系。认知扭曲(cognitive quirks)属于认知心理学,意志脆弱属于神经心理学,其他反常行为和公平属于道德心理学。所以,塞勒等没有建立起一种可以对抗理性选择理论的经济理论。而且,行为法和经济学缺乏可证伪性。按照波普尔(K. Popper)的说法,不能证伪的理论不是理论,这样的理论能解释一切,这就决定了它什么都不能解释。行为经济学家的观点不过是针对理性选择经济学家讲的故事形成的一个“反故事”。总之,在波斯纳看来,行为经济学跟理性选择经济学之间的关系有点类似于欧式几何和非欧几何之间的关系,只不过,欧式几何和非欧几何都具有严谨的理论体系,而行为经济学则是反理论的。

波斯纳(Posner, 1998)对塞勒等关于“三个有限”、公平观念、禀赋效应、双曲贴现等观点进行了反驳。

(1)“三个有限”。关于有限理性,波斯纳(Posner, 1998)认为传统的理性选择理论并不难消化,因为理性并不意味着全知,一个人花费自己的全部时间去获得信息是最不理性的。而且,即便存在人们通常不理性,甚至有些人绝大部分或所有时候都不理性的事实(如行为经济学描述的关于飞行的非理性恐惧、非理性的投票行为等),本质上也不会对理性选择经济学构成挑战。关于有限意志力,波斯纳认为塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)是在用“有限意志力”给“意志脆弱”重贴标签。其实大多数人都是“多重的自我”(multiple selves),“好的”自己(good self)经常跟“坏的”自己(bad self)斗争,而且往往需要很努力才能打败“坏的”自己。只要我们放弃“自我是一个统一体”,赞同“人是不同结合体”的观念,许多受有限意志力影响的自毁行为,如吸毒、不安全性行为等,都可以在理性选择理论框架内进行解释。关于有限自利,波斯纳认为,在理性选择经济学家眼中,由于效用是相互依存的,所以,所有的利他都可以看作是一种自利。如果增加你的福利可以使我的福利水平提高,那我就这么做。反之,我将减少你的福利。

(2)公平。波斯纳(Posner, 1998)认为,“公平”(fairness)是英语中含义最为模糊的一个词语。塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)用“公平”来解释法律的内容,注定不利于构筑行为法和经济学的理论体系。借助进化论生物学对积极利他和消极利他的解释,最后通牒博弈中的“公平”观念可以纳入一个广义的“理性”概念之中,变得精确和可解释。若以进化论的视角观察最后通牒博弈,尤其对售价者一方而言,其结果恰恰是史前社会初民面对恶劣生存环境所发展并其后得以遗传的优秀基因的表达,而非塞勒他们那样仅给其贴上一块公平标签了事。

(3)禀赋效应。波斯纳(Posner, 1998)指出,最后通牒博弈中的实验对象是大学生,他们通常充

当购买者,缺乏充当出售者的经验,所以其所展现的禀赋效应不一定会在实际的市场上重演。再者,人们在实际出售某物时,都是通过中介而非直面最终消费者,而禀赋效应的得出却是基于买卖双方直接交易的实验,这种对交易现实的违背导致其结论不可信赖。另外,如果已取得之物是不可替代的,则对它的偏好是理性的。

(4)双曲贴现。就双曲贴现而言,波斯纳(Posner, 1998)认为它并非意味着非理性。而且,由于多数犯罪人并非很聪明,因此没有必要以他们受双曲贴现支配为出发点设计刑法制度。另外,对于短期刑罚较之长期刑罚的优越性,基于普通贴现的缘由就可充分表明对长期刑罚的任何额外期间的延长皆无效,根本无须双曲线贴现的例外解释。

(二)科尔曼对塞勒等行为法和经济学思想的评论

科尔曼是一位多产的学者,其研究兴趣从法和经济学到认知科学,擅长把社会科学的研究方法运用于包括刑法、税法、行政法规等多个法律领域。科尔曼(Kelman, 1998)认为塞勒是行为经济学家中最有思想、最具有想象力的一位经济学家。对塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)致力于把行为经济学的真知灼见运用于法律领域的尝试,科尔曼认为是“有趣并且具有挑战性的”。但同时,他也认为,自己早就研究过有限意志力、禀赋效应、事后诸葛亮偏见等现象,只不过使用的是不同的术语,所以,塞勒等的观点并没有太大的新意。科尔曼关于行为法和经济学思想的想法,大体可以归纳为三个方面:

首先,行为法和经济学过于追求理论化。在科尔曼(Kelman, 1998)看来,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)是在试图发展一个关于人类行为的综合理论,该理论可以把传统的理性选择模型与行为经济学融合在一起,但这种方法被科尔曼视为在复制法和经济学运动中的最大错误。其实,分散的理论可能更适合法律制度研究的需求。分析者可以根据特定状态下行为人的特定决策能力恰当地分析特定的法律制度,而不需要一个广泛而普遍的理论。科罗布金和尤伦(2000)也认为,行为法和经济学应当更注重行为科学的法律政策含义,而不是建立一个精致的普遍适用的理论基础。

其次,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)试图构建的理论是不完备的。科尔曼(Kelman, 1998)认为,行为经济学对理性选择经济学的若干修正具有合理的一面,但因为行为经济学不能对那些非常重要的准理性(quasi rationality)领域进行预测,人们不知道什么时候以及有多少人愿意为了公平而愿意牺牲自己的物质利益,法律行为与公平标准之间的关系是模糊的,故而它是不完备的,基本上属于一种“寄生性的”或怀疑式的理论。

最后,科尔曼(Kelman, 1998)认为,行为法和经济学与以理性选择理论为基础的主流法和经济学因为各自的骄傲自大(hubris)而在伤害彼此。其实二者是以一种“二重唱”(rhetorical duet)或“双人舞”(ritualized dance)的方式捆绑在一起的,互相借鉴才是可取之举。例如,理性选择理论将阻碍人们以合理的方式实现自己目的的障碍主要理解为外部的,如缺乏信息,而行为法和经济学看到了内在的障碍,即人们即使得到了信息也不能正确地处理它们的可能,如将二者综合,就有可能达到对问题的全面认识。

(三)塞勒等对波斯纳和科尔曼的回应

针对波斯纳和科尔曼的批评,塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998b)进行了回应。他们认为,行为法和经济学与以波斯纳为代表的行为法和经济学差别并不像读者想象的那么大。波斯纳认可行为法和经济学的大部分中心观点(如“三个有限”),并且认为它们对法律的经济分析非常重要。关于“理性”,塞勒等认为他们并没有像波斯纳所说的那样从否定的一面进行定义,事实上,他们的论文有意识地回避“非理性”这个词语。他们所做的只是更清楚地阐释了人们实际上是如何行动的。比起“非理性”这个词,他们更认可“准理性”这个概念。波斯纳那种“只有理性模型才是好的、训练有素的、科学的以及充分的,而准理性模型则是坏的、非训练有素的、非科学的和不充分的”的观念是不恰当的。至于行为法和经济学的研究究竟是“理论”的还是“反理论”的,塞勒等认为波斯纳(Posner, 1998)和科尔曼(Kelman, 1998)对此做了相反的论断。科尔曼认为行为法和经济学过于理论化了,

波斯纳则认为行为法和经济学是一种纯粹经验研究。塞勒等反对波斯纳的观点,认为行为法和经济学其实有很多重要的理论创新,如前景理论,它对偏见、启示以及公平行为等进行了阐述。

塞勒等(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998b)赞赏科尔曼(Kelman, 1998)从行为视角进行分析的做法,但不认可科尔曼做出的行为法和经济学仅仅是一种“解释性比喻”的说法。相反,他们坚信,行为经济学可以更好地帮助解决法律问题和改进法律体系。对于科尔曼提出的行为经济学企图取代传统经济学的指责,三位作者认为不确,他们承认自己对传统经济工具的极大依赖,仅企图用包含更现实的人类行为假定的工作成果改善传统经济学。至于理论的不完备,塞勒等对波斯纳和科尔曼的观点表示接受,承认初创阶段的行为法和经济学的确还有很多工作要做。

四、简评

波斯纳、科尔曼和塞勒等关于行为法和经济学的论战充分展现了行为法和经济学与主流法和经济学之间的理念交锋和观点碰撞。不难看出,行为法和经济学以行为经济学为理论基石,主流法和经济学则以理性选择理论为理论支撑。塞勒等通过有限理性、有限意志、有限自利理论和大量的经验分析和实验数据,指明主流法和经济学背后的理性选择理论的假设前提没有反映真实的人类行为,这在一定程度上证明了行为法和经济学的科学性和合理性,但此举是否意味着对主流法和经济学的“革命”仍然值得商榷。塞勒等多次强调,将新的和更精确的对行为和选择的理解引入法律领域,目的是为了弥补主流法和经济学的错误和遗漏,改善对法律的经济分析,而不是取代主流法和经济学,“它可以作为研究的起点,为建立更符合实际情况的模型奠定基础”(Thaler, 2015)。就这个意义而言,行为法和经济学是对主流法和经济学的补充和发展。但正如塞勒等所说,因为行为法和经济学还处在初创时期,因此想要形成统一的理论范式和理论分析系统,还有很长的路要走。行为法和经济学研究所得出的结论对于法律分析到底有哪些意义还需要进一步探索。另外,如何来统一那些散乱的结论和分析,也需要找到有效的途径。而主流法和经济学,也的确需要减少一些“满足偏见”(sufficiency bias),积极吸收行为经济学及其他社会科学的研究成果来弥补理性选择理论的缺陷,才可能实现行为法和经济学所期待的“简单而且正确”之目标(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a; Kelman, 1998)。

注:

- ①行为经济学未来发展的另外两个方向:一是在经验层面继续寻找总结系统性地偏离理性假设的人类行为的模式;二是建立系统的、统合性的行为经济学理论(Thaler, 2015)。
- ②传统的法律的经济分析包括两个方面:实证的和规范的。行为法和经济学则采用三分法:实证的、对策的、规范的。
- ③塞勒等的研究发现,那些拿到超级碗比赛入场券的人,不愿意按照市场价格(如1 000美元)买这张票,但是也不愿意按照这个价格出卖这张票。事实上,出售价格和购买价格的估计比例通常至少是二比一(Kahneman, Knetsch & Thaler, 1990)。
- ④阿克斯等(Arkes & Blumer, 1985)在一个对剧院顾客在某个有演出的晚上决定是否外出的研究里发现,那些得到了打折预付季票的顾客比那些没有得到打折的顾客大大减少了观看演出的次数。
- ⑤在美国的伊萨卡(Ithaca)附近的乡村地区流行这样一种做法:农民把新鲜的产品摆在路边的桌子上,桌子上还摆一个固定了的能进不能出的钱箱,顾客可以取走产品,自愿留下价金,结果多数人都未白拿产品,而是留下了适当的价金(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998a)。
- ⑥反一反专制主义曾被凯西·穆利根(Casey Mulligan)认为实质上仍是一种“专制主义”,塞勒特别不喜欢,于是发明了一个新词——温和专制主义(Thaler, 2015)。
- ⑦波斯纳的《理性选择、行为经济学和法律》(Posner, 1998),科尔曼的《作为修辞学二重唱之一部分的行为经济学:答杰罗斯、桑斯坦和塞勒》(Kelman, 1998),以及乔尔斯、桑斯坦和塞勒的《理论与比喻:答波斯纳和凯尔曼》(Jolls, Sunstein & Thaler, 1998b)。

参考文献:

理查德·泰勒, 2016:《“错误的行为”:行为经济学关于世界的思考,从个人到商业社会》,中信出版集团。

- 理查德·泰勒 卡斯·桑斯坦,2009:《助推:事关健康、财富与快乐的最佳选择》,中信出版集团。
- 凯斯·桑斯坦,2006:《行为法律经济学》,北京大学出版社。
- Arkes, H. R. & C. Blumer(1985), “The psychology of sunk cost”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 35(1):124—140.
- Baird, D. G. (1997), “The future of law and economics: Looking forward”, *University of Chicago Law Review* 64 (4):1129—1165.
- Becker, C. S. (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press.
- Kahneman, D. & A. Tversky(1979), “Prospect theory: An analysis of decision under risk”, *Econometrica* 47(2):263—292.
- Simon, H. A. (1955), “A behavioral model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics* 69(1):99—118.
- Gruber, J. (1994), “The incidence of mandated maternity benefits”, *American Economic Review* 84(3):622—641.
- Jolls, C., C. R. Sunstein & R. H. Thaler(1998a), “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review* 50(5):1471—1550.
- Jolls, C., C. R. Sunstein & R. H. Thaler(1998b), “Theories and tropes: A reply to Posner and Kelman”, *Stanford Law Review* 50(5):1593—1608.
- Kahneman, D., J. L. Knetsch & R. H. Thaler(1990), “Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem”, *Journal of Political Economy* 98(6):1325—1348.
- Kelman, M. (1998), “Behavioral economics as part of a rhetorical duet: A response to Jolls, Sunstein and Thaler”, *Stanford Law Review* 50(5):1577—1591.
- Posner, R. A. (1992), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company.
- Posner, R. A. (1998), “Rational choice, behavioral economics, and the law”, *Stanford Law Review* 50(5):1551—1575.
- Coase, R. (1960), “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics* 3:1—44.
- Shlomo, B. & R. H. Thaler(2007), “Heuristics and biases in retirement savings behavior”, *Journal of Economic Perspectives* 21(3): 81—104.
- Shlomo, B., S. P. Utkus, C. R. Sunstein & R. H. Thaler(2007), “The law and economics of company stock in 401(k) plans”, *Journal of Law & Economics* 50(1):45—79.
- Simon, H. A. (1947), *Administrative Behavior: A Study of Decision Making Processes in Administrative Organization*, The Macmillan Company.
- Simon, H. A. (1982), *Models of Bounded Rationality, Vol. 1: Economic Analysis and Public Policy*, MIT Press.
- Sunstein, C. & R. H. Thaler(2003), “Libertarian paternalism”, *American Economics Review* 93(2):175—179.
- Thaler, R. H. (1980), “Toward a positive theory of consumer choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1: 39—60.
- Thaler, R. H. & S. Mullainathan(2001), “Behavioral economics”, in: Smelser & Bates(eds), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier.
- Thaler, R. H. & C. R. Sunstein(2008), *Nudge: Improving Decisions on Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press.
- Thaler, R. H. (1980a), “Judgment and decision making under uncertainty: What economists can learn from psychology”, *Risk Analysis in Agriculture: Research and Educational Developments*, Presented at a seminar sponsored by the Western Regional Research Project W-149, Tucson, Arizona.
- Thaler R. H. (2015), *Misbehaving: The Story of Behavioral Economics*, W. W. Norton & Company, Inc.
- Farnsworth, W. (1999), “Do parties to nuisance cases bargain after judgment? A glimpse inside the cathedral”, *University of Chicago Law Review* 66(2):373—476.
- Wright, J. D. & D. H. Ginsburg(2012), “Behavioral law and economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty”, *Northwestern University Law Review* 106(3):1033—1088.
- Zamir, E. & D. Teichman(2014), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press.

(责任编辑:刘新波)

(校对:刘洪愧)