

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体系看本文
阅读次数: 260

民法私法说还能维持多久 ——行为经济学对时下民法学的潜在影响

特聘导师

徐国栋

内容提要: 本文研究了行为经济学以三个“有限”取代三个“完全”对于民法理论变革的影响: 意思自治原则的崩溃、从父亲到儿子的运动的发生、不对称家长制的接受、民法与经济法界限的重新厘清。批判了民法理论100多年来的过渡稳定现象, 呼吁根据新时代精神建构新民法理论。

关键词: 行为经济学/意思自治原则/有限的理性/经济人假设/不对称家长制

一、行为经济学的兴起及其主要观点

行为经济学是利用试验心理学方法研究人类的经济行为, 从而获得规律性认识的学科。其基本特点是不满足于一些缺乏试验依据的假设或“拍脑袋”假设, 力图把经济学前提建立在可靠的试验方法的基础上。它不满足于传统经济学主要研究人类经济行为的共性的倾向, 主张也研究人类经济行为的个性。[1]它是心理学、经济学和试验方法三者杂交的产物, 诞生于美国。

为何美国这块土地会孕育出行为经济学呢? 这要归因于这块土地上产生的实用主义传统。实用主义 (Pragmatism) 一词来自希腊文的pragma, 意思是“行动”[2]。由此可以说, 美国的主流哲学传统本身就包含了行动主义或行为主义的因子。在行为主义产生之前, 人的本质被当作“灵魂”、“心灵”、“身体”或“身心关系”, 除了人的身体, “心灵”和“身心关系”都是不可观察的。美国思想家要求把观察人的行为作为研究人的准绳。他们否认存在什么看不见的人性和本质, 人被理解为他所做的一切行为的总和。要研究人, 就必须观察其行为, 于是, 人学的对象就被集中在人的行为上。[3]按这种理路, 20世纪初在美国诞生了行为主义的心理学思潮, 形成了一些过渡学派, 终于在上个世纪70年代发展为行为经济学。

该学派是加利福尼亚大学心理学教授丹尼尔·卡尼曼 (Daniel Kahneman, 1934 -) 及其合作者斯坦福大学心理学教授阿莫斯·特维尔斯基 (Amos Tversky, 1937 - 1996) 共同发展至顶峰的。他们的代表作有《对小多数法则的相信》(1971)、《主观概率: 代表性直观推断法判断》(1972)、《可获得性: 启发性判断的频率与概率》(1973)、《前景理论: 风险下的决策分析》(1979)、《理性选择与决策框架》(1986)、《前景理论的进步》(1992) 等。他们的著作侧重用试验心理学的方法研究人的行为, 行为经济学由此获得了自己的名称。作为如下要论及的否定了古典经济学所持的经济主体的“完全的理性”之前提的结果, 行为经济学认为应以前景理论取代古典经济学坚持的期望效用理论, 后者适合于解释理性行为, 前者是关于人们在不确定条件下如何作出选择的纯描述性理论, [4]更适合描述实际的行为。另外, 作为如下要论及的否定了古典经济学所持的经济主体的“完全的自利”之前提的结果, 行为经济学认为应以“幸福最大化”取代“财富最大化”作为经济行为的目的论, 因为财富仅仅是带来幸福的很小的因素之一, 人们从事经济活动还有另外的许多追求, [5]因而财富效用和心理效用是并列的存在。目前的时代似乎属于行为经济学, 2001年, 美国经济学会把重要的克拉克奖章授予行为经济学家马修·拉宾 (Mathew Rabin); 2002年, 行为经济学的领袖人物丹尼尔·卡尼曼获得了诺贝尔经济学奖 (阿莫斯·特维尔斯基于1996年去世, 因此无缘诺贝尔经济学奖)。

古典经济学的演绎前提是经济人假设。这一过于绝对的设定很容易成为行为经济学的靶子, 因此, 行为

更多▲

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

经济学的主要观点围绕对经济人假设及其基础性前提展开。

所谓经济人,是在利己心的推动下进行活动、通过这些活动增进社会福利的人。经济人的概念是19世纪末的意大利经济学家帕累托(Vilfredo Pareto, 1848 - 1923)正式提出的,但人们习惯于把经济人假设归因于亚当·斯密于1776年出版的《国富论》。其中他说:"由于他管理产业的方式目的在于使其生产物的价值达到最大程度,他所盘算的只是他自己的利益.....他追求自己的利益,往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。"[6]此语被认为是经济人假设的理论表述之一。在亚当·斯密之后,经济人假设成为古典经济学的拱心石之一。它奠基于3个前提:第一,经济主体的完全理性,藉此他们可以明了自己的利益;第二,经济主体的完全意志力,这是经济主体坚持自己利益的必要条件;第三,经济主体的完全自利,以上两个"完全"都是为这个"完全"服务的。

行为经济学派以排炮式的方式对经济人假设发起了攻击。他们通过试验认为,经济人并非现实人,与前者单一的趋利属性相比,后者的属性要丰富得多,因而也更加符合生活现实。行为经济学系统地证明了现实人在上述3个方面的有限性。

第一,有限的理性。理性是一个含义杂多的词。波斯纳(Richard Posner)把理性理解为"选择者选择最好的手段实现其目的"的能力。[7]此处的"理性",应指人正确认识事物并作出正确决断的能力。行为经济学利用认识心理学的成果证明这种理性的有限:人们存在诸多认识偏见或扭曲。它们有框架效应、心理账户、代表性启发、双曲贴现、信念忠诚、确认偏差、可获得性启发、事后聪明偏差、沉没成本谬误、赋予效应等,容分述之:

1. 框架效应(Framing Effect),又称假确定性效应(Pseudocertainty effect)。指人们当预期的结果是正的时候作风险规避的选择,当结果是负的时候作风险寻求的选择,在选择项内容一致的情况下,其选择受描述结果的方式影响的趋向。[8]这一方面的经典例子是"疾病问题"。人们被告知某处流行一种严重的传染病,预计它将威胁600人的生命,被要求在两个不情愿的结果中选择。在"正框定"中给如下两种选择:(1)肯定可救活200人;(2)有1/3的可能性救活600人,2/3的可能性一个人也救不活。在"负框定"中给如下两个选择:(3)400人将死亡;(4)有1/3的可能性无人死,2/3的可能性600人都死亡。实际上,(1)和(3),(2)和(4)的结果是一样的,但大多数人都选择了"正框定"中的(1)和"负框定"中的(4)"[9]。

2. "心理账户"(Psychological Account)。这是1985年由心理学家理查德·塞勒(Richard H. Thaler)提出的范畴,指主体都有明确或潜在的心理账户系统。在作经济决策时,这种心理账户系统常常遵循一种与经济学的运算规则相矛盾的潜在心理运算规则,其心理记账方式与经济学或数学的运算方式都不同,因此经常以非预期的方式影响着决策。例如,一对夫妻外出旅游时钓到了好几条大马哈鱼,这些鱼在空运途中丢失了,航空公司赔了他们300美元,他们用这笔钱在一家豪华饭店"暴搓"了一顿,花了225美元。他们以前从未在饭店花过这么多钱。但如果换一种情况,这对夫妻得到的是他们各自一年的工资增加额150美元,这么奢侈的饭局就不会发生了。尽管航空公司的赔偿额和工资增加额是一样的数目。之所以发生上述结果,是因为金钱没有受到一般的对待,而根据不同来源受不同对待。一个是"来得容易去得快",另一个是"善财难舍"[10]。

3. 代表性直观推断法启发(Representativeness heuristic)。是人们在形成判断的过程中常常会受到事物的典型特征的影响的趋向。例如,我们看到某个人蓬头垢面、衣衫褴褛,往往会认为他是乞丐;我们看到某个人衣衫华丽、举止优雅,会判断他是有修养、有学识之人。而这种以貌取人的判断不见得正确。[11]

4. 双曲贴现(Hyperbolic discounting)。即人们在小的盈利相对于大的盈利来得快的情况下会偏好小的盈利,在大小盈利的实现时间都很长且两个时间相近的情况下,人们又会偏好大的盈利的趋向,如此,人们对两件选择项的具体偏好沿着时间维度共同向前推移,然后发生逆转。例如,在今天得到50美元与1年后得到100美元间选择,多数人会选择50美元,但如果选择项是5年后的50美元和6年后的100美元,多数人会选择100美元,而且,如果选择项是今天的50美元和明天的100美元,多数人又会选择100美元。

5. 现状偏差(Status quo bias)。即人们采取的"一动不如一静"的心理定势。

6. 损失厌恶(Loss aversion)。即人们宁愿不要有所得也不要有所失的趋向。损失厌恶是沉没成本效应的基础。

7. 可获得性启发(Availability heuristic)。指人们在形成认识的过程中往往会根据可记忆的、明显的和常见的例子和证据为判断,即使在他们拥有有关信息的情况下也是如此。例如,人们对一个城市、

一个国家的工程安全的判断往往依赖于他们个人所知道的信息或者最熟悉的有关安全方面的资料。[12]这种"启发"导致轶事驱动 (Anecdote - driven) 行为,即已发生了的、引起了人的注意的事件导致了解决,这些事件往往并非最需要解决的事件。[13]中国的类似表达是"会哭的孩子有奶吃"。

8. 事后聪明偏差 (Hindsight bias) 。指拥有某事件最终结果知识的人在很大程度上并不了解该事件的变化情况,在该事情发生以后,他们往往会夸大自己的信念,说这早就在他们的预料之中的趋向。[14]

9. 沉没成本谬误 (Sunk cost fallacy) 。即在决策时不考虑决策事项在当时当日的情景,而是考虑为了已在此等事项上投入的成本的心理定势。沉没成本是已经发生不能回复的成本,它是与可变成本相对立的概念。可变成本是根据提出的行为路径改变的成本。在微观经济学中,只有可变成本对决策有意义。如果让沉没成本影响决策,则不能仅就方案本身的价值对其进行评估,从而走向非理性。[15]例如,我已花40元买了一张陈凯歌的电影《无极》的票,第二天听人说此片奇臭无比,在不能退票的前提下,我有两个选择:第一,舍不得40元的票价去忍受这部电影的煎熬;第二,放弃这40元去做自己认为有意义的事情。如果我作第一个选择,我就陷入了沉没成本谬误。又如,我们经常舍不得扔掉过期的或轻微变质的食品,因为我们已就它们花费了金钱,但吃了它们往往适得其反。由于它经常导致因小失大,所以又叫作因小失大谬误。

10. 赋予效应 (Endowment effect) 。即主体对于其享有所有权的客体的估价高于其不享有所有权的客体的估价的心理定势。这种定势与上文已讲到的损失厌恶和现状偏差有关。它打破了标准经济学的主体为货物付款的意愿 (WTP) 等于他们为失去此等货物接受补偿的意愿 (WTA) 的假设,甚至打破了交易中的出卖人对自己的物的估价低于对受让之物的估价的陈说,证明了后者远远大于前者。[16]赋予效应是主观价值论的基础之一。在美国,有一个证明其存在的法律实例。自1981年以来,美国就有所谓的反向抵押 (Reverse Mortgages) 交易,它是房屋的所有人将其财产回售给银行换取通常包括一个人寿保险的年金的合同,对于一个不喜冒险并希望平静度过余生的人来说,这不失为一种合理的安排,但它很少为人利用,因为房屋所有人过高估计其财产的价值。[17]简言之,赋予效应使人们不能对客体价值作出正确的估价,因而影响其作出有利于自己的决策。

另外还有许多认识偏差,篇幅所限,此处从略。[18]

以上人类认识偏差就是莱布尼兹所讲的"心灵上的纹路",培根所说的"假相";它们是影响人们获得正确认识的理解的前结构,构成对理性主义的反证明。与理性主义把天赋观念当作克服认识障碍的工具相反,它们作为导致人的种种认识局限的"天赋观念"恰恰是达成正确的认识的障碍。而且,它们都证明了人的认识并非映照,而是映照加改造,由于主观认识与客观事实背离,我们实际作出的决策并不见得符合我们的最大利益甚至利益。这些偏差是人类长期形成的本能的遗迹。其中有些并非完全消极,例如,可获得性启发在通常情况下是有用的,运用它在多数情形都是一种合理的战略,因为我们的脑力和时间都是有限的,所以不能指望我们穷尽对象的所有特征。为了节省认知才能 (Cognitive faculties) 而采用经验法则 (Rules of thumb) 是"理性的",但它可能导致系统化的偏见。[19]

第二,有限的意志力。"意志力"中的"意志"是人的道德实践能力,属于广义理性中的实践理性。有限的意志力,指在现实生活中,人们即使知道了什么是最好的,有时因为自制的现象也不会采用它的现象。[20]这一缺陷可归结为如下原因:(1) 嗜好。即对某一物品或活动成瘾导致依赖它们。对物品成瘾有如抽烟吸毒;对活动成瘾有如广告煽动下疯狂购物、购买过多彩票、网瘾等;(2) 热望 (Cravings) 。指过度的身体欲望或社会欲望。[21]前者如贪吃,例如,在吃自助餐时吃得过多,明知这样做有害身体,但出于对价格-实际消费比率的计算仍然多吃;后者如贪财,以此谋求购买权或对他人的控制力。嗜好与热望的区别在于:后者出于人的自然需要,不过此等需要被夸大性地满足,前者完全与人的自然需要无关,是人类过度文明造成的病态;(3) 多重自我 (Multiple Selves) 。即主体被理解为多种自我的总和,这些自我经常彼此斗争的现象。它们包括只想着短期利益的"坏"的自我和想着长期利益的"好"的自我;年轻的自我和老年的自我。"坏"的自我对"好"的自我的战胜是经常的情况,前者的得胜可归因于人的有限的意志力。[22]这三类因素导致行为人无法有效控制自己的整体效用,无法对多重效用目标进行排序,最终令决策偏离效用最大化轨迹。[23]

第三,有限的自利。自利指人在自己行为的经济效果只能或利于他人或利于自己的情况下为了自我保存作有利于自己的选择的倾向。"有限的自利"指人类在其活动中不完全考虑自利,出于多种原因也考虑他人利益的现象。最典型的例子是人人都有可能在一辈子当几回好撒马利亚人。加里·贝克尔 (Gary S. Becker 1930 -) 等学者的研究表明个体决策在更多的情况下是受社会规范、道德规范等影响,成为所谓的"制度人",他们并不完全追求自我利益,而是也追求非自我利益的东西,如"公平"、"社会认可"等。[24]例如,多数人在不会再来的餐馆吃饭后都留下小费, [25]因为他们在行动时除了考虑自己的物资利益外,还要考虑自己的名望和自我评价;又如,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[26];三如,人们愿意牺牲自己的物资利益帮助好人或惩罚坏人,后者如抵制日货的情形。[27]就前者,根据理查德·塞勒等人在1993年作出的统计,7314%的美国家庭对慈善基金作出了捐助,捐助金额平均占这些家庭总收入的211%。同时4717%的人平均进行了每周4.2小时的义务劳动。[28]最能用行为经济学的方法证明人的有限的自利的是最后通牒博弈(Ultimatum game)。在这个博弈里,两个实验对象分1元钱,两个人先抽签,抽中的人先决定自己得到的份额,没抽到的人决定接受或拒绝第一个人留下的份额。如果他决定接受,这1元钱就按第一个人的方案进行分配,如果他拒绝,则两个人都得不到1分钱。显然,理性要求第一个人要求获得99分钱,只留1分钱给第二个人;而第二个人也应该接受这1分钱,因为它总是比什么都不得好。但是,反复的实验表明,上述理性行为从未发生过。在圣路易斯的华盛顿大学进行的实验表明,日本学生在作为第一个人提出分配方案时几乎总是只要求拿50分钱,留下另外的50分给第二个人;中国学生和犹太裔学生的方案则一般自己拿70分,留30分给第二个人。可见,不同文化背景的人都有兼顾他人利益的倾向。[29]

不难看出,上述头两个“有限”正是未成年人和精神病人的属性,经过行为经济学家的工作,它们成了所有的人的属性,剩下的法律后果只能是全体人与未成年人和精神病人在法律处遇上的同化,完成一场从“父亲”到“儿子”的运动。在这个表述中,“父亲”指强而智的人;“儿子”指弱而愚的人。因此,这3个“有限”说明了现实人并非新古典经济学想像的强而智的人,而是弱而愚的人,如果可以把一定的利他叫作“愚”或“傻”的话。如此,作为行为经济学出发点的人相较于新古典经济学设定的人更加复杂,更不规则,但也更符合实际。[30]

二、行为法经济学的产生及其与“理性选择”法经济学者的论战

行为经济学产生后,迅速地法律化,行为法经济学[31]与已长期存在的理性选择经济分析学派展开争鸣。1998年,哈佛大学教授焦耳斯(Christine M. Jolls)、芝加哥大学教授香斯坦(Cass R. Sunstein)和康乃尔大学教授理查德·塞勒联名在《斯坦福法律评论》第50卷上发表了《法律经济学的行为途径》(A Behavioral Approach to Law and Economics),首次提出了“行为法经济学”(Behavioral Law and Economics)的概念,[32]挑战以波斯纳为代表的主流法律经济学的“人们都是其自身满足的理性的最大化者”的命题,为自己提出了探索实际的而非假设的人类行为对于法律的意义,以“现实人”(Real People)取代“经济人”的任务,论证了“3个有限”(有限的理性、有限的意志力、有限的自利),提出了“三合一”式法律的经济分析的新模式:实在分析(Positive Analyze),即解释法律的效果和内容;规定分析(Prescriptive Analyze),即对法律如何能用于实现特定目的进行考察;规范分析(Normative Analyze),即更广泛地评估法律体系的目的。[33]可以说,焦耳斯、香斯坦和塞勒的联名论文是行为法经济学的一篇存在宣言。

此文引起了波斯纳的发表在《斯坦福法律评论》同一卷上的回应性论文《理性选择、行为经济学和法律》(Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law)。[34]波斯纳的基本观点是行为经济学没有提出什么新东西,该学派的学者提出的一些观点,例如有限的自利的观点,其他学派的学者,包括波斯纳本人在内,早就提过了。确实,波斯纳说过,“经济人并非如同一般所设想的那样是纯粹为金钱动因所驱使的人,而是一个行为完全由各种动因决定的人。”[35]行为经济学列举的利他行为可以被理性选择理论视为利己行为。按进化论生物学的观点,由于效用的相关性,我可能通过增加你的福利间接地增加我自己的福利。对于行为法经济学家提出的最后通牒博弈问题,波斯纳认为是同情自己的同类的人类基因遗产的表现。至于“有限理性”的观点,波斯纳认为传统的理性选择理论也不难消化,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。对于行为经济学家确立的某些人类认识偏差如可获得性启发、赋予效应、沉没成本谬误、双曲贴现等,波斯纳认为不见得是偏差。就可获得性启发而言,一个没有看到过龙虾活着时的样子的人可以满意地吃龙虾片,但他看过海鲜池里的龙虾后可能就没有胃口吃它了。按行为法经济学家的观点,该人的心灵受到了“可获得性启发”的蒙蔽。但实际上,他不过对两种不同的商品有不同的偏好而已:一个是活龙虾,一个是经烹调的龙虾片,不能认为他对前一种龙虾的不喜是非理性的;就轶事驱动,波斯纳认为人们在没有更好的证据的情况下依赖轶事证据是完全理性的,而且,行为法经济学家把轶事驱动设定为非理性,混淆了信息有限与非理性的区别;就赋予效应而言,波斯纳认为,如果已取得的物是不可替代的,则对它的偏好是理性的。而且,波斯纳认为赋予效应的试验对象是大学生,他们通常充当买受人,没有多少充当出卖人的经验,所以不能信赖他们的出卖行为会在实际的市场上重演。再者,我们在实际出售某物时,都通过中介而非直面最终消费者,而得出赋予效应的试验是买主与卖主直接交易,这种对交易现实的违背导致其结论不可信赖;对于沉没成本谬误,波斯纳以复仇行为为例说明了它是理性的。此种行为违反了“过去的就让它过去”的理性逻辑,但它威慑他人不敢对有复仇可能的人实施侵犯,尽管复仇的结果可能划不来。如果潜在的受害人宣布放弃复仇的可能,那就是鼓励他人对他实施侵犯了。在这个意义上,复仇是理性的,它是进化论生物学的遗产;就双曲贴现而言,波斯纳也认为它并非意味着非理性。而且,由于犯罪人多数并非很聪明,因此不必要以他们受双曲贴现支配为出发点设计刑法制度。对于法行为经济学家为证明“有限的意志”提出的多重自我的观点,波斯纳认为,经济学使用的理性概念并不包含统

的自我的假定,它只是经济分析的多数情形中的一个约定俗成的假定而已。[36]对于3个“有限”,波斯纳认为行为法经济学家没有在它们间建立起一种逻辑的或其他关联,因为认识扭曲属于认知心理学;意志薄弱属于神经病和其他失范行为的心理学[37];而公正感属于道德心理学,总而言之,都属于心理学,不属于经济学,波斯纳因而批评行为法经济学家没有自己的经济学理论与理性选择理论对抗。[38]

对于行为法经济学,波斯纳有如下总的批评:第一,行为法经济学不具有预见人类行为的能力。他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,按经济人假设,能大致预见人们在特定情势的行为。但行为法经济学家塑造的“行为人”是理性、非理性和冲动的混合物,其行为是不可哪怕是地预见的,这是因为行为法经济学是一种批判的而非建构的活动,而非一种替代性的理论;第二,行为法经济学缺乏证伪性。所谓证伪性,是一种理论在特定情况下被推翻的可能,按照卡尔·波普(Karl 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”;第三,行为法经济学家没有回答人的种种认识扭曲是否可以医治的问题,因此,他们建议的法律改革都是规避而非消除这些非理性趋向,而波斯纳认为它们是可以治愈的。总之,用归谬法说话,波斯纳认为,如果采用行为法经济学家的主张,人们不同寻常的公正感会废止竞争性活动;双曲贴现将会废止金融服务业,等等。[39]

斯坦福大学教授马克·凯尔曼(Mark Kelman)也在《斯坦福法律评论》同一卷上发表论文《作为修辞学二重唱之一部分的行为经济学:答焦耳斯、香斯坦和塞勒》(Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein and Thaler)对行为法经济学家的观点进行商榷。基本观点是:其一,行为法经济学家的观点没有什么新意,他们研究过的有限的意志、赋予效应、事后聪明偏差等,凯尔曼自己早就研究过,不过使用的术语不同而已;对理性选择经济学的批评也并非从他们开始,社会学家和人类学家也做过同样的事情[40];其二,行为法经济学家认为的非理性现象如可获得性启发,在凯尔曼看来是理性的;其三,即使存在非理性,由于仲裁的存在、多数交易通过专业人士完成的现实以及人们有学习改进机会的现实,它也非决定性的。总之,凯尔曼认为行为经济学指出了理性选择经济学的局限,具有积极意义,但它不能完全证真或证伪,因而基本上是一种解释性的比喻或一种寄生性的或怀疑的理论而非完全的、替代性的、建设性的理论,最好的出路是把理性选择经济学的合理成分整合到自己的体系中,与之形成“二重唱”或“共舞”的格局。例如,理性选择理论把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,两者综合,就有可能达到对问题的全面认识。[41]

上述三位作者又写出答辩论文《理论与比喻:答波斯纳和凯尔曼》(Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman)。他们认为自己与波斯纳的差别较小,后者已基本接受己方的中心观点,承认存在3个“有限”及其对法律的经济分析的潜在意义,不过把种种他们描述的理性局限解释成理性而已,但波斯纳具有足够偏差(Sufficiency bias):即把行为法经济学家发现的现象都说成理性选择经济学早就认识到的,从而贬低他人的创新性。但事情真如波斯纳所言吗?三位作者的结论是否。对于波斯纳提出的行为法经济学理论性不足的批评,他们也作出了反驳,列举了自己的理论贡献,例如前景理论。关于波普的证伪理论,三位作者指出它向来在科学哲学界受到批评。更谬误的是,波斯纳同时用证伪理论和进化论生物学的观点反驳行为法经济学家,却忽略了这两种理论的不兼容性。进化论生物学是波普的批评对象,因为它是一种不能证伪的理论。对于波斯纳提出的认识扭曲是否可以治愈的问题,三位作者认为教育和心理学家可以帮助克服它们,对于有限的意志力也是如此,但他们不希望有人去治愈有限的自利。对于凯尔曼,三位作者认为他对行为法经济学相当同情,不过抱怨它不够全面,不够精确而已。对于凯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。对于波斯纳和凯尔曼共同提出的行为经济学是一种不完整的理论的批评,三位作者表示接受,并有任重道远之感,但不承认自己的理论仅仅是一种“反故事”[42]。

从上述论战来看,行为经济学与传统经济学并无实质的分歧,前者作为一种批评性的理论已被后者不情愿地接受,两者形成互补的关系。在法律领域,传统经济学已施加了足够多的影响,这种经济学在被行为经济学加入后,加入部分对法律的影响还有待实现。

三、行为经济学对传统民法理性人前提及其他前提的破坏

理性人前提是从17世纪开始的现代民法的基本出发点,它构成与古代民法的根本差异。转折的原因在于17世纪的欧洲发生自然科学进步、宗教改革、对希腊文明和罗马法的继受,它们增加了人类对自身的信心、动摇了教会的权威、获得了成熟的思维框架和学术研究材料,开始了启蒙运动,这不过是“公开地运用自己的理性的运动”[43],人类由此步入了理性的时代,过去存在的所有制度都要根据新的时代精神证明自己存在的理由或放弃自己的存在,古老的市民法由此发生了深刻的蜕变。其结果是以身份为本位的罗马人

法以理性为本位的现代民法取代。现代民法的理性主义前提集中体现在行为能力制度上。[44]由共同的时代精神决定,民法中以行为能力制度表达的观念在古典经济学中以经济人假设加以表达,因此,拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878 - 1949)说,自然法学与古典国民经济学对人性持相同的看法,即经济人看法,这是自利且非常精明的人[45];日本学者牧野英一也认为,传统民法假定的人就是经济人[46];按另一位日本学者星野英一的说法,这样的人是“强有力的智者”[47]。不过,在传统民法中,法律主体分为强而智的和弱而愚的两类,前者是男人,是成年人,是家长,后者是儿童、妇女、精神病人等;前者被理解为民法主体的常态,后者被理解为例外。

显然,行为经济学是上述理性人假设的对立物。它首先证明了人的认识能力(理论理性)的局限,其次证明了人的意志力(实践理性)的局限,由此得出的自然结论是,作为传统民法中常态的人也是弱而愚的,由此打破了传统民法设定的两种人的界限。按照这种理路,民法中的人,不问男女、成年与否、患精神病与否,都是弱而愚的,只是“弱”与“愚”的程度有所不同而已,因此他们都需要保护,在这个意义上,他们都成了某些方面的禁治产人。

行为经济学还破坏了民法的私法设定。长期以来,私法被理解为个人自治的法,其灵魂是所谓的意思自治原则。当然,当事人能否实现“意思自治”,取决于他们是否有完全的理性,古典经济学提供了这个前提。现在行为经济学证明人的理性有限,这必然导致国家的家长制决定完全或部分地取代当事人的意思自治,过去自治的“家父”现在要变成被人照管的“儿子”,如此,民法的所谓私法性以及意思自治原则将面临挑战。

最后,行为经济学还动摇了作为传统民法理论之基础的自由主义政治思想。自由主义是在国家与私人间设立屏障的政治主张,强调国家只有在最必要的情况下才能干预私人生活。自由主义的经典作家约翰·密尔(John Stuart Mill, 1806 - 1873)把人的行为分为只关系到他自己的和也关系到他人的,立法者只能干预后一种行为。[48]之所以如此,乃因为“一个人只要保有一些说得过去的数量的常识和经验,他自己规划其存在的方式总是最好的,不是因为这种方式本身算最好,而是因为这是他自己的方式。”[49]“对于一个人的福祉,本人是关切最深的人;除在一些私人联系很强的情事上外,任何他人对他的福祉的关怀,和他自己所怀有的关切比较起来,都是微薄而浮浅的。”[50]这些言论并未像有些学者分析的那样是提出了“个人是自己利益的最佳判断者”的主张,而是承认个人偏好(哪怕是不正确的偏好)或个性得到尊重的重要性。这点可从密尔的如下话得到证明:“要知道,一个人因为不听劝告和警告而会犯的一切错误,若和他容许他人逼迫自己去做他们认为对他有好处的事这一罪恶相权起来,后者比前者是远远重得多的。”[51]这样就分出了个人利益的主观和客观两个层面。以抽烟为例,客观上这是件坏事,但行为人喜欢抽(有偏好),别人就不能干预其抽烟行为,以防社会单一化,公共权力的拥有者把自己的价值观念强加于人。所以,自由主义与意思自治原则有所不同,前者不是个绝对主义的问题而后者是。事实上,自由主义就是以悲观主义的认识论为基础建立起来的。因此,自由主义承认一定的家长制干预,例如禁止赌博、自卖为奴等,这种干预以被干预人的行为不仅影响了他自己的利益,而且影响了他人的利益为限。其他的行为,尽管有害于行为人,但未害他人,就不得干预,例如在安息日工作。[52]我们知道,现在许多欧洲国家如意大利和德国禁止非旅游区的商店在星期天营业以保护家庭,这证明密尔的主张在那里已被放弃,立法者的干预已经扩及到了密尔理解的个人的只涉及到自己的行为,家长制立法的倾向在加强。如此,自由主义的适用空间在缩小;消极的自由,即免于干涉的自由在缩小,这不能不说受到了行为经济学的影响。

四、行为法经济学家提出的新的法律结构

为了在法律上反映对主体的智力属性的认识的上述改变(从3个“无限”到3个“有限”),美国的一些行为法学家提出了不对称家长制(Asymmetric paternalism)的方案。其基本观点是立法者将更加多地代替当事人决策,但条件是此等决策在给犯错误的人带来大的利益的同时对完全理性的人少带来或完全不带来损害。由于同样的代行决策对两种人带来的效果不均等,这种政策安排被认为是“不对称”的。[53]

这里提到的家长制(Paternalism)是法律家长制(Legal paternalism)的简称。单纯的家长制本来只是对大权独揽的父亲与其毫无自主权的子女之间关系的描述,[54]后来扩张到描述医生与病人的关系。在医学上,它被称为医主权,意思是“关心式的介入”,也就是具有影响力的相关人基于爱护的理由为当事人决定或安排事情[55];法律家长制则是对干预个人自由的国家与承受此等干预的个人之间关系的描述。显然,此处谈论的家长制都只涉及到国家举措对当事人自由的影响。

杰拉尔德·德沃金(Gerald Dworkin)是研究法律家长制的巨擘。他认为,家长制是为了某一个人的利益、善、快乐、需要、价值观、福利而削减其自由或其他权利。不妨可以说,家长制是以法律主体弱而愚的假定为基础设计的保护性法律体制。德沃金列举了家长制立法的16个实例:(1)摩托车驾驶员必须戴头盔的规定;(2)只有在救生员的保护下才能去海滩游泳的规定;(3)不得自杀的规定;(4)儿童、妇女不得从事有害身心健康之生产活动的规定;(5)禁止某些性行为的规定;(6)禁止使用某些药品(例如麻醉药、摇头丸)的规定;(7)某些行业应有许可证才能经营的规定;(8)强制将部

分收入作为退休保险金的的规定；（9）禁止赌博的规定；（10）控制最高利息的规定；（11）禁止决斗的规定；（12）管理某些合同（例如自卖为奴的合同）的规定；（13）禁止把受害者的同意作为谋杀或攻击的理由的规定；（14）强制为基于一种宗教信仰，在生命垂危之中拒绝输血的病人输血的规定；（15）对精神病人和有毒瘾者实施民事拘押的规定；（16）为社区供水加氟的规定。[56]埃雅尔·扎米尔（Eyal Zamir）还把强制基础教育等补充为法律家长制的例子。[57]我还要加上法律禁止燃放烟花爆竹的例子以及法律通常禁止人们在星期天工作以及强制婚检的例子。就强制婚检而言，1994年颁布的《母婴保健法》确立了这一制度，2003年，婚检由强制改自愿，在广西的后果是每年6万缺陷儿诞生，沈阳1%的新生儿有缺陷，成为社会和家庭的沉重负担。[58]在2004年开始由政府买单后，厦门的婚检率也只有7.94%。于是，黑龙江省于2005年又恢复强制婚检。婚检立法的变迁表现了自由主义与家长制干预两种主张的斗争过程，结论是后一种主张有利于社会。

值得注意的是，德沃金的家长制定义中的单一内涵与其列举的16种立法现象包含的双重内涵的矛盾。在他关于家长制的定义中，其自由受到限制的主体与因此等限制受益的主体是重合的；然而，在他列举的16种现象中，自由受限的主体与因此受益的主体并不一致，例如“某些行业应有许可证才能经营的规定”就是如此，执行这种规定，自由受限的主体是“游医”，因此受益的主体则是患者。为了精细化，张文显教授把前一种家长制立法称为“纯粹的”，把后一种称为“非纯粹的”[59]。此乃至当之安排，而且不妨更进一步，把受限主体和他人受益的家长制立法称为“混合的”，“不得自杀”的规定就是如此，一方面，它拯救了自杀者的生命，另一方面，此等自杀者的家属也不必承受亲人暴亡的痛苦，还可得到受扶养的好处。

从历史来看，法律家长制并非什么新鲜事物。罗马法中就存在这方面的规定，例如对夫妻间赠与的限制、保佐精神病人制度、欺诈、胁迫达成的交易无效的规定、反高利贷立法等。中世纪法也有一些家长制内容，例如，1116年，法兰德斯伯爵在伊伯尔废除了司法决斗。[60]近代立法中也存在家长制的关怀性规定，例如在1794年的《普鲁士普通邦法》中，非纯粹的家长制细到规定父母每周应给孩子讲几次童话的程度。[61]又如在英国，1571年由伊丽莎白议会颁布的法律中宣布高利贷为非法[62]；19世纪80年代，英国还制定了在金钱借贷和卖据（Bill of sale）方面保护消费者的立法。[63]在美国，有上个世纪20年代的禁酒运动，在该运动被取消后，它在驾驶员中仍然存在，而且不限于美国，现代的麻醉品管制法是禁酒法精神的保持者，其基本理念是麻醉品具有把具有正常官能的人变得像未成年人或白痴一样的能力。在英美合同法中，约因制度具有防止倾家荡产的家长制干预意义。在其他国家，危险职业的健康和安全规章普遍存在，它们阻止那些为了供养其家人的压力从事此等职业的人承担过大风险。在各国民法典中，普遍存在限制未成年人、精神病人和瘾君子们的行为能力制度、把某些危险物品列为不流通物的规定、关于人身权不得转让的规定[64]等，在特别法中也有类似的制度，例如在1976年《德国一般交易条款规制法》就是对格式合同效力的限制，它们都具有家长制立法之旨趣。总之，“在现代社会，政府的干预是很多的。政府不再将每一个人看成是理性的，相反，政府将每一个人看成都是需要照料的，因此，政府在一些领域直接干预社会成员的自由，这种干预不是为了保护他人和社会不受侵害，而目的是为了保护受干预人自己不受自己不当行为的侵害。”[65]

消费者保护法是非纯粹的家长制立法的突出实例。该法是消费者保护运动的产物。该运动最早产生于美国。1881年，第一个消费者协会在纽约成立，1890年的《谢尔曼法》明确要保护消费者。各国先后制定了自己的消费者保护法。1960年，在美国、英国、澳大利亚、荷兰和比利时5国消费者组织的发起下，国际消费者联盟组织成立。联合国在1985年通过了《保护消费者准则》；欧洲理事会还制定了《消费者保护宪章》。[66]国际的和内国的消费者保护法的一个共同特征是赋予消费者以撤销权形式行使的反悔权。例如，法国《消费法典》第121条至第125条规定，在上门推销或在工作场所推销商品的情形，推销人必须提交书面的合同文本，买受人不得立即支付任何款项，即使他接受了商品也不例外。他享有7天的反悔期，期间他可放弃订立合同而不支付任何费用。此外，根据另外的法律，在电讯购物和取得居住用不动产方面，非职业的当事人也享有反悔权。[67]日本于2001年开始实施的《特定商交易法》分别对“访问销售”（上门推销）、“邮购”、“连锁销售”、“电话等方式推销”、“美容服务、外语培训、考试复习班、家庭教师为特定对象的继续性服务合同”、“业务提供引诱方式销售”等5种新型的交易方式作了特别规定，为了给予消费者充分的考虑时间和反悔的机会，在上门推销的情况下，赋予其无条件的取消权。《消费者合同法》则在一定程度上缓和了合同的拘束力。经营者的一定的劝诱行为，即使还不至于构成民法上的欺诈或强迫，消费者也可以取消其要约或承诺的意思表示。例如，经营者的不实告知、隐瞒告知或者是提供尚未确定的事实或商品性能、功效的结论，以及违反消费者意愿不与其离开的困惑行为等等，消费者都可在6个月之内行使其撤销权。[68]这些20世纪的规定与19世纪的买者担心（Caveat emptor）规则形成对照，该规则的内容是：“如果某人作出了同意，绝不能说他受了欺骗”。其适用的典型案例是Chandel or 诉Lopus，被告以100英镑的价格售给原告一块牛黄，并断言标的物是一块牛黄。原告发现它并非牛黄后起诉被告，获败诉，法院的理由是被告只是断言标的物是牛黄，但未担保它是牛黄。[69]按本案判决的理路，每个消费者必须是他购买的每件商品的专家，否则，如果他对标的物判断失误，应自担责任。这样的消费者被不现实地设定为强而智的，实际上，由于个人经验的局限，消费者顶多能通晓几种商品，对于其他商品，他极易受到欺骗。Chandel or 诉Lopus 一案因此把“家长关怀式的”诚信排斥在合同法之外。[70]消费者主观状态设定的这种

对比具有深远的法理学意义,它们证明消费者已不设定为智而强者,而是与智而强的生产者相对立的弱而愚者。如此,改变了以年龄和性别划分强弱、智愚的传统,确立了以经济力和信息占有能力强弱为转移的划分标准。令人遗憾的是,少有人注意到消费者保护法的理论基础不同于传统民法的理论基础。由于消费者保护法的出现,民法中的人的形象发生了分裂:在传统的法律行为领域,多数主体被设定为强而智的;而在法律行为制度适用的一个具体领域--消费合同领域,多数主体又被设定为弱而愚的。

行为法经济学家为何不全面推行严厉的家长制?首先因为这种家长制缺乏效率。这种观点不难理解,我们曾经遭受过的计划经济体制就是一种家长制安排,其缺乏效率为我们共同感受;其次因为严厉的家长制扼杀了个人偏好,造成社会的单一化,造成人们缺乏首创精神,长期下去使社会不能进步;第三因为把政府当作必要的恶容忍的传统的西方社会的自由主义传统,[71]按照其要求,应该是"小政府,大社会"。可以说,不对称的家长制具有向保守主义者妥协的性质,因此,又可称为"有利于保守分子的家长制"(Asymmetric paternalism for conservatives)。最后因为行为法经济学者对证伪开放的立场:"如果保守主义为正确,则这些政策只课加了最小的成本;如果理性和意志力像行为经济学家相信的那样是有限的,则这些政策会带来最大的利益。"另一方面,他们并不完全排除严厉的家长制(Heavy-handed paternalism),对于许多需要规制的问题,不对称家长制的政策无适用余地,严厉的家长制强于无规制,完全禁止自杀的规定就属于这种家长制,相反,使自杀受制于某些条件--例如经过心理咨询的条件--的立法则属于不对称家长制。但不对称家长制仍然把政府或国家设定为完全理性的,正因为这样,它才可以代替当事人决策。然而,政府也由具体的人组成,一般人具有的有限理性等缺陷在政府的构成员身上也存在。例如,在环境立法问题上,政府的行为就有轶事驱动倾向。[72]既然如此,政府或国家还有资格为当事人决策吗?对此难题,我只能寄托于民主机制和专家治国体制解决。就民主机制而言",当事人"被设想为具有一定弱智倾向的个人,而政府或国家被设想为聚集众人智慧缓解个人"弱智"的团体,它由"三个臭皮匠"组成,但其总和是"一个诸葛亮"。就专家治国体制而言,治国的专家可以排除常人遭遇的认识局限正确认识事物,从而作出正确的决定。

五、结论

国人目前习见的传统民法理论形成于18世纪末、19世纪初的潘德克吞学派作家萨维尼和温德沙伊德等人,表现为萨维尼的《当代罗马法体系》和温德沙伊德的《潘德克吞教科书》等体系性著作,它们区别于罗马私法,汲取了中世纪法学家的研究成果,其思想基础为理性主义、自由主义、普世主义,不同于罗马私法的关系主义、我族中心主义;其制度基点为法典编纂、主观权利理论及权利本位观念、法律关系理论、主体理论及法人理论、法律行为理论、有体物主义、以合同标的的不同划分合同类型的理论等。经过了200余年的社会变迁,传统民法理论基本维持原样,这可以从留学意大利的一些学生仍然把萨维尼的《当代罗马法体系》的意大利文译本当作至宝全书复印带回来的事实得到证明。这一举措毫不奇怪,因为萨维尼的书现在仍极为有用,把萨维尼的书与现在的民法教科书比较,可以发现两者的基本理论框架的一致,改变只发生在局部,例如现代民法已经把主仆关系从家庭关系中排除出去、妇女获得了日益与男子平等的法律地位、子女的权利受到远比过去充分的保护、无过错责任和产品质量法的兴起、积极侵害债权制度的形成、对格式合同的规制、劳动法独立于民法等,未形成基本框架和基本思潮的改变,这方面基本上是200年一贯制。这种理论的稳定性从好的方面说是它比较成熟,凝聚了人类的1500余年的智慧(从颁布《十二表法》起算),因此稳如泰山。从坏的方面说,是民法学者比较保守,抱残守缺,革新意识不强,造成古旧理论的今用。

另一方面,作为民法相邻学科的经济学的活跃得多。按有些经济学者的总结,经济学的发展从其诞生以来经过了如下四个发展阶段:第一阶段从亚当·斯密到马歇尔和瓦尔拉斯(Leon Walras, 1834 - 1910)。在该阶段,经济学主要借助文字和图表对供给、需求、分配、单个和多个市场的交换与价格决定等问题进行研究;第二阶段从希克斯(John R. Hicks, 1904 - 1989)到萨缪尔逊(Paul A. Samuelson, 1915 -),其中,经济学主要运用微积分对消费者理论、生产者理论、不完全竞争理论、一般均衡理论和福利经济学等问题进行研究;第三阶段从肯尼斯·阿罗(Kenneth J. Arrow, 1921 -)到德布鲁因(Gerard Debreu, 1921 - 2005),其间,经济学主要运用集合论和线性模型,在效用函数理论、竞争理论和最优性问题、不确定条件下的均衡、投入产出分析和对策论等方面取得重大成就;第四个阶段到目前,其间,经济学综合运用各种方法,发展了交易费用、产权、非均衡、X效率、寻租、信息、博弈对策论、资产组合等一系列新的理论和方法,大大拓宽了传统经济学的学科边界和应用领域。[73]这一对亚当·斯密以来250年许经济学的发展描述或许可以叫我们民法学者汗颜。因为1776年,正是萨维尼的出生的前3年(1779年),此公于1840年出版的《当代罗马法体系》第1卷开创的民法理论体系至今基本为包括中国在内的现代各国民法学者沿用,未发生过那么多的理论革命,而经济学已四经蜕变。

最新蜕变出来的行为经济学与其说是一种经济理论,不如说是一种哲学理论,它从外部提供了根本变革传统民法理论的契机,因为它动摇了传统民法所持的理性人假定,以"有限的理性"动摇了理性人的理论理性方面;以"有限的意志力"动摇了理性人的实践理性方面;它还以"有限的自利"动摇了传统民法所持的经济

人假设中的行为目的论。它对传统民法理论的破坏作用至大,但它受到我国民法学界的关注至少或无。它产生后,尽管国内经济学界已有一定的论文进行介绍,但在我的视野内,法学界只有两篇介绍论文,[74]它们的作者似乎未意识到这种理论对传统民法理论的根本变革意义。而民法学界似乎完全未意识到这一学派的存在及其深层意义。本文的目的就是介绍行为经济学可能对传统民法理论产生的影响,相信它对推动人们反思传统民法理论的基础并掀起理论革命具有积极意义。行为经济学一点不曾失手地动摇了意思自治原则,该原则以每个人都是自己利益的最佳判断者的绝对主义的命题为基础,行为经济学借助认识心理学研究成果成功地破解了这一命题。意思自治原则动摇,民法的私法性将随之动摇。民法是私法的命题本来反映的就不是一个事实,而是论者的愿望。对民法内容展开实证研究或统计分析就可容易地证明相反的事实。以不对称家长制来取代传统民法理论所持的意思自治原则、打破本来就不符合事实的民法私法说谬见,是未来中国民法理论的必然选择。行为经济学还有助于理解一些新兴的法律制度的深层含义。例如在各国新兴的消费者保护法,其人性论设定已不同于传统民法的相应设定。传统民法对通常主体的完全行为能力假定至少已经在消费者保护法这一领域倒塌了,它在民法的其他领域仍然维持着,对它的打破依赖于我们的工作。可以看到,在传统民法理论中,矛盾的两个方面--强而智的"人"与弱而愚的"人"自始都存在,不过前者被设定为常态,后者被设定为例外而已。在这个意义上,行为经济学不过是对旧问题的新分析。行为经济学的成功把事情反过来,强而智要变成例外,弱而愚要变成常态。如此,所有的自然人要经历一场人格小变更--从自权人到他权人的变更。这是一场"从父亲到儿子"的运动,其意义不小于梅因所说的"从身份到契约"的运动。这些儿子的监护人将是国家,而如何设定一个"监护权力机关"保障"儿子们"的权利,是一个民法以外的政治学科面临的重要课题。

"从父亲到儿子"的运动意味着国家干预的经常化,从而否定了过去人们常说的民法是纯粹私法的说法,自然导向民法是公私混合合法的结论,这意味着对民法学者通常津津乐道、作为民法核心的意思自治原则的效力普遍性的破毁。对于刚从计划经济时代走出来、曾深受国家的过多过细的干预之害的国人来说,接受这样的真理并非愉快。但如果他们明了本文主张的国家干预是"不对称"的,不同于过去他们遭受过的严厉的家长制干预的前景,以及他们自身已经或正在通过消费者保护法领受这种干预的好处的事情,他们的心情可能会变得愉快一些。经济法向来以民法为单纯的私法为基点建构自己的纵横交错的调整对象理论并进而证明自己的存在理由,现在人们可以发现,民法的调整对象本身就是纵横交错的,没有必要让经济法补充自己没有纵的方面的缺陷。如果这一认识为真,经济法必须为自己寻找新的存在理由。

注释:

[1]参见李爱梅、凌文铨《论行为经济学对传统经济理论的挑战》,《暨南学报》(人文科学和社会科学版) 2005年:第1期。

[2]参见赵敦华主编:《西方人学观念史》,北京出版社2005年版,第360页。

[3]参见赵敦华主编:《西方人学观念史》,北京出版社2005年版,第359页。

[4]参见[美]Sendhi mulainathan, Richard H. Thaler:《行为经济学》,吴克坤译, <http://jrx.y.znufe.edu.cn/kycg/051011w12.doc>, 2005年12月18日访问。

[5]参见李爱梅、凌文铨:《论行为经济学对传统经济理论的挑战》,《暨南学报》(人文科学和社会科学版) 2005年第1期。

[6] [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚南译,商务印书馆1974年版,第27页。

[7] See Richard A. Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, In 50 (1998) Stanford Law Review, p. 1551.

[8] See "Pseudocertainty effect", <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/pseudocertainty+effect>, 2006年1月3日访问。

[9]参见肖经建:《行为经济学和消费经济学》,《消费经济》2005年第1期。

[10]参见李爱梅、晓胜、凌文铨:《从"心理账户"透视人的非理性经济行为》,《经济论坛》2004年第11期。

[11]参见赵红军、尹伯成:《经济学发展新方向:心理学对经济学的影响》,《南开经济研究》2003年第6期。

[12]参见赵红军、尹伯成:《经济学发展新方向:心理学对经济学的影响》,《南开经济研究》2003年第6期。

[13] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics ,In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1518.

[14]参见赵红军、尹伯成:《经济学发展新方向:心理学对经济学的影响》,《南开经济研究》2003年第6期。

[15] See"sunk cost", <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/sunk%20costs>, 2005年12月25日访问。

[16] See"Endowment effect",<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Endowment%20effect>, 2005年12月25日访问。

[17] See Steffen Huck , Georg Kirchsteiger , Learning to Like What You Have - Explaining the Endowment Effect , <http://ideas.repec.org/a/ecj/econj/v115y2005i505p689-702.html> ,2005年12月25日访问。

[18]以上所有认识偏差,除了另有注释说明的外,都参见<http://encyclopedia.thefreedictionary.com/list+of+cognitive+biases>, 2005年12月25日访问。

[19] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , Theories and Tropes : A Reply to Posner and Kelman ,In 50 (1998) StanfordLaw Review , p. 1595.

[20]参见[美]Sendhi Mulainathan ,Richard H. Thaler :《行为经济学》,吴克坤译,<http://jrx.y.znu.edu.cn/kycg/051011w12.doc> ,2005年12月18日访问。

[21] See Eric A. Posner ,New Perspectives and Legal Implications : the Jurisprudence of Greed , In 151 (2003) University of PennsylvaniaLaw Review , p. 1101.

[22] See Richard A. Posner , Rational Choice , Behavioral Economics , and the Law , In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1555.

[23]参见周林彬、黄健梅:《行为法经济学与法经济学---聚焦经济理性》,《学术研究》2004年第12期。

[24]参见周林彬、黄健梅:《行为法经济学与法经济学---聚焦经济理性》,《学术研究》2004年第12期。

[25] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics ,In 50 (1998) Stanford Law Re2view , p. 1494.

[26] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics ,In 50 (1998) Stanford Law Re2view , p. 1493.

[27]参见方草:《爱国主义的行为经济学解释---近代民生公司案例分析》,《广东商学院学报》2002年第3期。

[28] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics , In 50 (1998) Stanford Law Re2view , p. 1494.

[29]参见尘思:《关于制度经济学的一本好书》,<http://202.199.160.3/santafe/showthread.php?p=4437> ,2006年1月7日访问。

[30] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics , In 50 (1998) Stanford LawReview , pp. 1476ss.

[31]值得注意的是,国外和我国也有"行为法学"这样的学术流派,但与行为法经济学无甚关联。与行为经济学主要研究人的经济行为从而试图对其作出预见不同,行为法学是力图打破法律调整关系论,打破部门法的界限一般地研究人的有法律意义的行为的学科,其范围比行为法经济学广得多。关于国外的行为法学的内容,参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1999年版,第331页及以次。关于国内的行为法学的任务,参见李放:《论行为法学的对象、体系和方法》,黎国智、马宝善主编:《行为法学在中国的崛起》,法律出版社1993年版,第27页及以次。

[32]参见周林彬、黄健梅:《行为法经济学与法经济学---聚焦经济理性》,《学术研究》2004年第12期。

[33] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , A Behavioral Approach to Law and Economics , In 50 (1998) Stanford LawReview , p. 1476.

[34] See Richard A. Posner , Rational Choice , Behavioral Economics , and the Law , In 50 (1998) Stanford Law Review , pp. 1551ss.

[35] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第479页。

[36] See Richard A. Posner , Rational Choice , Behavioral Economics , and the Law , In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1553 - 1573.

[37]作为行为经济学的一个分支,目前已发展起神经经济学。参见无名氏:《什么是神经经济学》,http://neuro-economics.org/what/cn,2005年12月18日访问。

[38] See Richard A. Posner , Rational Choice , Behavioral Economics , and the Law , In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1558.

[39] See Richard A. Posner , Rational Choice , Behavioral Economics , and the Law , In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1559 - 1575

[40] See Mark Kelman , Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet : A Response to Jolls , Sunstein and Thaler , In 50 (1998) Stanford Law Review , p. 1579.

[41] See Mark Kelman , Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet : A Response to Jolls , Sunstein and Thaler , In 50 (1998) Stanford Law Review , pp. 1580s.

[42] See Christine Jolls , Cass R. Sunstein , Richard Thaler , Theories and Tropes : A Reply to Posner and Kelman , In 50 (1998) Stanford Law Review , pp. 1593 - 1608.

[43]参见[德]康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1990年版,第24页。

[44]关于这一蜕变的详细过程,参见徐国栋:《从身份到理性---现代民法中的行为能力制度沿革考》,《法律科学》发表过程中。

[45]参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律上的人》,舒国滢译,http://www.gongfa.com/ladebuluhefalvshangren.htm,2005年8月31日访问。

[46]参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第170页。

[47]同上注,第168页。

[48]参见[英]约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第72页。

[49]同上注,第72页。

[50]同上注,第82页。

[51]同上注,第83页。

[52]同上注,第98页。

[53] See Colin Camerer , Samuel Issacharoff , George Loewenstein , Ted OpDonoghue , and Matthew Rabin , Regulation for Conservatives :Behavioral Economics and the Case for" Asymmetric Paternalism " , In 151 (2003) University of Pennsylvania Law Review , p. 1212.

[54]参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上册),林荣远译,商务印书馆1998年版,第256页及以次。

[55]参见无名氏:《医学伦理》, <http://www.cmuh.org.tw/HTML/dept/1r00-1/recognize/recignize-p3.htm>,2005年10月4日访问。

[56]参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1999年版,第549页及以次。

[57] See Eyal Zamir , The Efficiency of Paternalism, In 84 (1998) Virginia Law Review , p. 231.

[58]参见林小红:《政府买单,为何还不婚检》,《厦门晚报》2005年12月22日。

[59]参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1999年版,第551页。

[60] [比]亨利·皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》,乐义译,上海人民出版社1964年版,第48页。

[61]根据德国波恩大学罗尔夫·克讷特尔(Rolf Knütel)教授2005年9月8日在墨西哥国立自治大学法学研究所举办的“民法和罗马法国际会议”上的对阿勒杭德罗·库斯曼·布里托(Alejandro Guzman Bri to)教授的发言的评论。

[62] See PS. Atiyah , The Rise and Fall of Freedom of Contract , Oxford University Press ,1979 , p. 66.

[63] See PS. Atiyah , The Rise and Fall of Freedom of Contract , Oxford University Press ,1979 , p. 590.

[64] See Eyal Zamir , The Efficiency of Paternalism, In 84 (1998) Virginia Law Review ,p. 231.

[65]黄建武:《权力限制与自由保障--试论限制政府权力以保障自由的两个法律原则》, <http://www.jus.cn/include/shownews.asp?newsid=81>,2005年12月19日访问。

[66]参见张严方:《消费者保护法研究》,法律出版社2003年版,第36页、第55页及以次。

[67]参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第999页及以下。

[68]参见周江洪:《日本民法的历史发展及其最新动向简介》,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第5卷),中国人民大学出版社2006年版。

[69] See PS. Atiyah , The Rise and Fall of Freedom of Contract , Oxford University Press ,1979 , p. 178.

[70] See Patrick Atiyah ,The Rise and Down of the Freedom of Contract ,Oxford University Press ,1979 ,p. 178.

[71]托克维尔说:"从民主的角度看,建立政府并不是一件好事,而是一个必然的灾难"。[法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第231页。

[72] See Colin Camerer , Samuel Issacharoff , George Loewenstein , Ted O'Donoghue , and Matthew Rabin , Regulation for Conservatives : Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism " , In 151 (2003) University of Pennsylvania Law Review , pp. 1222 - 1252.

[73]参见刘波、戴辉、孙林岩:《行为经济学对传统经济学基本假设的修正和发展》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2004年第3期。

[74]周林彬、黄健梅:《行为法经济学与法经济学--聚焦经济理性》,《学术研究》2004年第12期;魏建:《行为经济学与行为法经济学:一个简单介绍》,《新制度经济学研究》2003年第2期。

来源:法大民商经济法律网(原载于《法学》2006)

相关文章:

[公证制度与民法典](#)

[埃塞俄比亚民法典:两股改革热情碰撞的结晶](#)

[李维时代罗马人民的跨民族法体系](#)

[认真地反思民间习惯与民法典的关系](#)

[我对亚洲的法律史的发现以及西洋人对亚洲的发现](#)

[中世纪法学家对诚信问题的研究](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)
