

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘导师

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  
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

使用大字体察看本文  
阅读次数: 571

## 经济推理及司法审查

史蒂芬·布瑞尔 著 周卓华 译

感谢AEI -Brookings奖,感谢您邀请我来演讲。荣获此奖项,从我个人角度和职业意义上都是十分荣幸的。AEI和Brookings最早将此奖授予了弗瑞得·康恩(Fred Kahn),他是我心目中的智者和监管英雄(去年授予了我的同事,理查德·波斯纳)。Brookings出版了我的第一本书--《联邦能源委员会的能源管制》(Energy Regulation by the Federal Power Commission)(与Paul MacAvoy合写于1972年)从而开始了我的学术生涯--尽管它不是一本畅销书。(此书强烈建议合理配置国家电力输送网!)某种程度上,我是在70年代AEI的会议和Brookings的研讨会上学到管制的具体细节的。

在那里,我听到经济学家们频繁批评传统的运输管制导致了高价而非低价,损害了消费者的利益。我看到那些经济学家--Alfred Kahn, Jim Miller, George Eads, Richard electricity transmission grid Caves, William Capron, Charles Schultz, Michael Levine等--开始了改革管制的进程。他们为解除航空和货运管制提供了必要的学术准备。他们使得对"意蒂牢结"(ideology)之设想的政策讨论自由化,此设想偏向于广泛使用"命令和控制"监管体制,他们关注监管在何地、是否以及如何能够最好的服务于公益。他们的工作立足于经济学,改善现行政策,并致力于社会的更好发展。得益于Brookings和AEI多年来对此事业的一贯支持,如今从经济学角度谈论公共政策变得很平常。

今天晚上我演讲的主题是法律和经济学。此类论题也许无法触及灵魂。很久以前Edmund Burke就指出"骑士精神死了,诡辩家和计算家(也许他指的就是律师和经济学家)的时代已经到来;欧洲的光芒永远消失了。"但是在这个不那么显赫的时代,为了公众的福祉,法律体现对经济效益和国家治理的综合考量依然很重要。

我将不会讨论"经济学是否以及怎样对法学产生了实质上的并且是全球性的影响"这个很流行,高度理论化的问题。相反,我将讨论这个陈旧的,不那么流行的实际问题,即将经济学推理引入法学领域,毫无疑问,这个领域需要经济推理,例如,在反托拉斯法,知识产权法和市场监管领域。在这些法律领域,我与那些倾向于在司法活动中更多使用经济学推理的人持相同意见。经济学不会必然决定此类案件的结果,但是如果法庭和行政部门确实理解经济学,他们至少会更理智的考虑非经济因素在理性公共政策中的角色问题。

我承认自己没有能够完全说服我的同事赞同此观点。此种尴尬境地使得我转向以下问题:有没有这个大前提,即法律和机构趋于抑制经济学影响法律--至少在最高法院中是这样?我认为有的,并且我将讨论一些反映此趋向的案例--这并不是为了维护我在这些案件中的个人意见,而是因为讨论这些个案可能会有助于我们更好的理解经济推理对塑造法律的作用。首先我将列举相关的理由,然后我将讨论印证其中三个理由的个案。

为什么说服其他大法官采用经济推理是困难的，我有七个大致理由。其中四个与最高法院的独特构造有关。鉴于这四个理由只是稍稍涉及经济推理，我对它们就简要地谈一下。它们构成了反对我将要考量的其他三个因素的制度背景，这三个因素具有更多的政策导向性，而不那么特殊。

首先，与许多欧洲高等法院不同，我们没有划分决策权。我们不要求某个大法官专门研究某类特殊案件或者为了他人的使用而准备一个案例报告。我们没有试图发展不同的专业领域。我们都是通才。我们承认我们中的某些成员可能在某个特定领域拥有更多的知识，但是我们同样承认此类知识使我们洞察到：作为通才，我们的观点也许是有失偏颇的。因此，我们对于其他同事的专业知识所表示的任何尊重都是不够的。我们每一个人都完全参与了每一个司法判决。我们每个人都要对他/她在每个案件中的意见承担完全责任。所有这些意味着专长于某个特定领域的大法官在判案时很少能起决定性作用，尽管不是完全不起作用。

第二，时间是有限的。在最高法院，我们每年要审查大约7500份诉状。其中的80份被受理，它们中的每一个都提出了一个各级法院意见不一的法律问题。案件的难点，卷宗的长度，做出判决的时限，大法官们必须面对这些压力，做出判断后又改变主意。我们并非顽固不化，但是我们也知道如果频繁改变主意，最高法院的工作就永远做不完。

一旦某个高难度案件--比如涉及到复杂的经济分析--中的异议被简化为书面材料，那它的说服力就变得很有限了。而写出那个文字材料也是需要时间的。等到那个异议传播开来，多数人也许已经达成了相反的结论。并且由于审限的压力，多数意见很难改变。

第三，我们试图让我们的个人意见--异议或共识--限定为我们认为重要的原则性问题。我们知道个别意见会给法庭提供更清晰的指引，通常而言还有助于避免法律的混淆。我们知道没有完美的意见，因此我们必须寻求共识，甚至在我们意见不能完全一致的时候。因此，我们可能妥协为一个我们不能完全同意的次优结论（secondary statements）。但是何种情况下一个问题能重要到引起书面异议呢？我的看法是，在某个领域是专家的大法官会比其他法官更可能对次优结论提出书面异议。这一事实也许能解释我对某些技术性的，经济导向案件中的某些书面异议。

第四，涉及经济学的案例通常也是那些法律要求法庭尊重其他政府决策部门意见的案例。比如，也许那些案件就发生在政府机构制定了基于经济考虑的公共政策的地方。法庭所需要判定的不是该政策是否明智，而是该政策是否是“专断的”，“反复无常的”，或者是“滥用权力”。要证明政府意见或者国会的决定错至此种地步是极其困难的。因此法庭怠于使用经济推理或审查政府的经济推理，而是简单的判定政府对经济问题的考虑是有道理的。

如我所言，这些理由为其他三个理由提供了制度背景，对此三大理由我将进行详述。这三个理由是推测性的，但是它们有益于更直接的解释何以经济推理没能在法庭决策中扮演更重要的角色。第一个理由与法庭需要可操作和确定性的规则有关。第二个理由涉及上诉法院中专家的使用。第三个理由关于法律对新生事物的不信任--这一事实通常要求新方法在其他机构中逐渐被认可后，法庭才会将它们引入法律。我持有异议的三个案例有助于解释：为什么我认为并且相信你们也会发现最后三个理由值得深思。

第一个是惠特曼诉美国货运协会案（Whitman v. American Trucking Associations），[1]此案涉及《清洁空气法案》（the Clean Air Act）。相关法规要求美国环保署（EPA）制定一个空气质量标准“能够达到和维持那些……公共卫生所必需的”和“足够的边际安全”。[2]法庭认为此规定并未准许环保署考虑经济成本。首先，该条规定中并未提及成本。第二，该法规其他类似法条中提到了经济成本。第三，这种法条规定的差异意味着国会在此有意排除经济成本因素。第四，法庭在其他类似案件中得出过类似的结

论，即国会不希望环保署考虑经济成本，除非有“明确的……文本规定”。第五，此处并没有“明确的规定”。

针对类似的结论，我分别阐述了不同的理由。[3]从纯粹的语言学视角来看，我认为环保署可能会发现如果一个标准耗费巨大而收效甚微，那么这种安全并非是“公共卫生所必需的”和“足够的边际安全”。但是我仍然认为该法案的立法史清楚表明国会期望促使业界开发新的，更经济且有效的污染控制技术。国会还认为任何机构权衡利弊的努力通常会被证明是过于浪费时间的。因此，我同意多数人的意见认为该法一般地否定考虑经济成本。本案中任何对此假定的背离都是不适当的。

然而，我个人意见的要点在于，该法令并没有必然地否定在个案中任何对成本的考量。根据其历史渊源，该法律用语具有充分的灵活性来允许环保署考虑成本问题，比如为了防止出现适得其反

(counterproductive)的效果。一个充斥着“公共卫生所必需的”标准的世界并不是一个没有风险的世界。最安全的橄榄球护垫和头盔都不能完全避免任何损伤；安全卫生的饮用水和踢球受伤一样也存在“边际安全”(margin of safety)，此处风险似乎还很高。因此，环保署必须有权决定什么是“充分的安全”，或什么是“公共卫生所必需的”。它必须有权决定一些相关的问题，比如一个反污染标准是否造成了更高的卫生风险：例如，在制定臭氧标准时，环保署能规定健康补偿金来减少皮肤癌患者的数量。相应的，环保署必须有类似的权力来决定，由于过分悬殊的成本和收益差，一个被提议的标准是否无法达到预期目的--至少在某些个案中是这样。我以为在考虑到成本问题时，该法令并不意味着“绝不”。也许因为我早年在监管领域的工作经历，我认为此判断是很重要的。

现在你就能发现案件中不同意见的实质差异了。如果多数意见认为是“绝不”，这种解释就要冒适得其反的危险--导致国会不曾意的结果。而我的个人观点“有时候”这个用词会立即引起以下质问，“那么，到底是何时？”此种争论更多地与法律中的“明晰”规则(bright-line rules)有关，而与在污染案中考虑经济成本的价值关系不大。

经济推理通常很难与“明晰”规则相和谐。经济学通常关注于对细微差别结果进行排序。而法律，至少在上诉法院中，通常力图找到明确的差别。反托拉斯法体现的就是这种张力。比如一个反对价格设定(price-fixing)的法规本身并不能判断价格设定永远不具有经济正当性。相反，该规则所反映的判断是：价格设定的经济正当性是很罕见的，也是很难被证明的，由于确立明晰规则的成本巨大，就不值得确立更复杂的，更符合经济学的法律规范。事实上，法庭适用一个更复杂规范的困难性所招致的错误可能会超过该规范所带来的好处。

一个反成本考量的清洁空气法案规则本身能证明自己的正当性吗？我不这样认为。此种规则有可能会带来严重的负面效果。我认为该法令的用语和目的准许一个更广义的解释。在这些情况下，“普通”和“不平常”等词提供了充分的行政指引。

然而，我的兴趣不在于得出个别结论，我更关注的是指出本案中我与多数意见的分歧如何导致了一个更重要的法律问题：“明晰”规则在多大程度上具有正当性呢？何时一个更为开放，较少绝对化的法律解释会被证明是有效的呢？法律用语包括其法律文本在多大程度上能为一个解释难题提供确定的答案呢？这些都是法官们在与本案类似的案件中必须解决的问题。

为了解决这些问题，我试图推测一个理智的立法者根据法律的基本目的究竟想要说明什么。“明晰”，“绝对性”的程度，或者在某个司法意见中所阐明的法律规则范围本身都应当反映对法律成本和收益的司法权衡。我也相信，国会不会期望一个明晰的法律解释导致的却是严重的负面后果。

得出这样的判断并不困难，难的是如何去。总体上，我不赞同绝对化的法律规则。绝对化的规则无法适应如此复杂的社会生活。此外，一个更为开放而较少绝对化的解释方式更可能与容纳了其他学科知识的法律相和谐，尤其是那些注重细微差异的学科，比如经济学。

第二个是Verizon Communications v. FCC（美国通信委员会）案，[4]涉及价格设定问题。1996年电信法案意图促进地方电信服务业的竞争，要求老牌（incumbent）地方公司（特别是被管制的垄断者）将其基础设施以“成本价”[5]提供给新兴公司（new entrants）使用。该法案授权通信委员会制定规范控制价格。通信委员会规定的价格特别低廉--接近于一个假定的，效率最高的公司提供该设施的成本价，还假设该公司根据规划建设一个新的，最具效率的通讯网络。（弗瑞得·康恩称此规则为“全部元素长期递增成本（Total Element Long-Run Incremental Cost）--新的一页（Blank Slate）”，缩写为“TELRIC-BS, ”）比如，假设一个地方性电信垄断商铺设了从交换中心到每家每户的双绞铜缆网，并且假定此线路每年的运营费为3百万美元，一个新进入公司能够共用此设施，其支付价所反映的并非是每年3百万美元的运营费，而是通往用户的最新技术成本，比方说30美分的无线成本。

法庭所面对的法律问题就是该价格规则是否合理体现了该法案的意图--鼓励新的竞争。基于7比1的投票结果，法庭的结论是该办法是合理的，因此也是具有法律约束力的。我就是投反对票的那一个。我保留异议是因为我相信此价格规则与该法案促进竞争的目的相抵触。

诉方公司的诉称大致如下：首先，该法案的明确意图是：在此改革方案具有经济可行性的地方电信市场上，以竞争取代监管。

第二，为了达此目标，该法案许可新兴公司有权使用老牌公司的基础设施--尤其是那些花费极其昂贵，重复建设过于浪费的基础设施。就像共用跨河铁路桥可免去重复建设一条新铁路桥的浪费行为，共用现成的双绞铜缆网络，新进入者就无需花费巨资搞重复建设了。关键是由两个或更多的公司共享基础设施行为本身并非是一种竞争，但是有时候共用瓶颈（bottleneck）设施能促进其他非共享服务领域的竞争。该法案意图促进的正是后一种形式的竞争。

第三，因此价格规则须在共用基础设施能打开瓶颈制约的情况下鼓励共享，而非其他。也就是说，当共享比重建设廉价很多，更为经济的情况下，共享才应当被鼓励。否则，只会抑制有效率的投资和创新。

第四，通讯委员会所制定的价格规则是基于假定的，最有效率公司的成本，而不是实际成本，这种价格规则既不能鼓励正当的共享，也无法带来正常的竞争。根据通讯委员会的规则，实际成本无法影响该价格规则。因此，该规则将会促使新进入者租赁老牌公司旧的，效率较低的设施，而不是自己建设新的，更具效率的设施，即便新投资更具经济效益。

在我的这个例子中，铜缆不应被共享，因为建设新的，30美分的无线网络远比花3百万美元来维护现有铜缆网更具效益。然而该价格规则会导致新兴公司租赁现有网络，而不是建设新的无线系统，因为较之建设新网络，他们租赁旧网络的花费更少。确实，通讯委员会的规则能够鼓励新兴公司租赁老牌公司的整个系统，创造普遍的共享而不是普遍的竞争。坚持新兴公司分享老牌公司技术创新的直接收益将会抑制创新和投资。基于我在此不予赘述的理由，我坚信我能够证明--如果该价格能够更符合实际--老牌公司首先将会缺乏必要的获利冲动来投资创新。大体上，如果基础设施的“共享”价等于或低于新的独立设施的建设价，那么该规则导致的结果将不是刺激竞争，而是排挤竞争。

在我看来，以上论点基本上是正确的。[6]我认为该法令所预见的是一种类似于欧洲所使用的管制方法。监管者力图在电信、数据、文本、图片、娱乐或其他新的通信服务领域内鼓励竞争，要求老牌公司为新兴公司提供现有的瓶颈设施，如该公司的用户至交换中心的铜缆网。监管者鼓励公司之间进行磋商，监督任何价格分歧迅速得以解决。并且，如果必要的话，监管者将自己制定足够低廉的价格以防止老牌公司阻碍新公司的进入，该价格又是监管者通过比照其他市场之“准绳”所确定的可行价，以鼓励新兴公司尝试其他进入市场的手段。我的结论是，通信委员会的法规与该法案促进竞争的意图并不相符。

此刻让我们回到我的基本问题。法律中的哪一点使得该立场如此难以被接受？我们前几分钟的探讨已使此问题的答案明朗化了。该主题太技术化，需要太多的专业知识，作为外行的法官没有足够的信心来推翻由专业行政部门做出的相反决定。

请注意，尽管涉及该案的法律赋予了通讯委员会相当的决策权，但该规则本身是要被审查的。要挑战那些规则，并不需要证明它们是愚蠢的，而是要显示这些规则近乎非理性。还要注意，在最高法院中，主要问题的困难和复杂程度，以及技术性意味着对此问题的口头讨论是艰难的；写出异议相当费时；另外，等它写完，要改变他人的意见已经太难了。扪心自问，你如何能指望一个在电信监管领域（或者其他相关的经济监管领域）没有相当专业知识的人能理解我前几分钟所讲的问题呢？一个非技术性的法官小组除了认可该专业机构的决议为合理外，你还能指望他们做什么呢？一个缺乏技术背景的法官（即便他充满了疑惑）在此案中除了踌躇于使用“非理性”标签，不愿推翻专业机构的决议外，他又该怎么办--尤其是当问题复杂到几乎让一个拥有专业知识的法官同样会犹豫不定的时候呢？

现在你会发现问题之所在了。法官们早就意识到审查一个高度专业机构决策的困难性了。在我看来，Veri zon案反映了在高科技领域作司法审查的困难程度--比如在电信和信息技术领域--因为牵涉到极为复杂的经济推理。

我们应当放弃在高科技案件中的司法审查吗？还是马马虎虎应付了事呢？我不这样看。法律禁止政府机构以技术专家的名义使自己免受其他机构的监控；我们的法律传统是法官有责任使政府机构的决断适当合理；当然高科技领域内专业机构的意见是重要的，而且会越来越重要，因为科技正成为普通民众生活中日益重要的一部分。

我同样不认为我们可以通过法官专业化来解决此问题。由通才法官审查能为科技判决带来某种外行的普遍直觉和法律所必要的和谐性。

那么，我们应该做什么？也许法庭在此类案件中应当更好的听取专家意见。在Veri zon案中，法庭主要是通过当事人的律师诉词获得专家意见。那些诉词写得很好，已经把技术问题漂亮的转换成了法官能够理解的语言。然而法官明白诉词是由只关心说服法官的律师所写的，并非由意在为法庭提供专业知识的专家所做，而只有他们不受利益的驱使。

假设法庭在这些问题上获得独立专家意见相对容易，这些专家也许是由当事人所建议的，他们有权对其他专家的意见提出其个人的补充意见。在科技案件中，这种办法能加强法庭得出合理判断的能力吗？我不是指最高法院应当拥有专属的专家，即便是在高度复杂的科技案件中。但是在基层法院，包括初审和上诉法院，在遇到一系列涉及科技问题的案件时也许应当这样做。

英国最近开始朝这个方向发展，至少在初审法院是这样。[7]根据新修订的《英国民事诉讼法》，如果对于同一个问题，[8]当事人愿意服从专家意见，初审法院可以任命一个独立专家。英国上议院的评估报告赞扬了对独立专家的使用，这样做创造了更少对抗性的文化，并且节约了时间和开支。[9]英国的实验根据的是大陆法系国家相当普遍的实践，在那里法官可从科技部门提供或者法庭自有的名单中选择一位专家。比如在法国，法庭持有一份“地方”和“全国”的符合某种标准的专家名单。法庭委托某专家（通常来自于该名单，尽管并不绝对），然后由该专家对此问题进行调查。选定专家后，法庭会要求他完成一份书面报告。[10]

我饶有兴味的阅读了法国最近的La Ligue Contre Le Racisme Et L' Antisemitisme v. Yahoo!案，[11]此案中法庭禁止雅虎网为法国用户提供买卖《纳粹党大事记》（Nazi memorabilia）一书的网络链接，也禁止提供其他支持纳粹的网络链接。关键问题是，雅虎要有技术能区别法国用户与其他国家用户的搜索请求。相应的，法庭委托了一个专家组提供专家报告，并允许雅虎对该报告提出批评或反对意见。最后的结果很快出来，各方达成了共识--不仅包括结果本身，还包括其他有关的技术问题。

我不能肯定英法或其他在初审或上诉法院中采用的办法，能够解决美国的问题。但是Veri zon案提出了这样一个问题--如何能让法院更好的理解技术问题。因为我相信技术问题--生物，通讯，电脑--与法律日益相关，此类问题也日趋重要。国外经验证明，在司法活动中更好的使用专家意见是可行的。我在Veri zon案中立场的孤独也体现了这种需要。

#### IV

第三个是Eldred v. Ashcroft案，本案中法律将今后和现存著作权的保护期延长了20年。[12]该法对于某类著作权的保护期从作者死后50年延长为70年；对于其他著作，从75年延长为95年。问题在于宪法中的著作权条款是否允许国会立法延长保护期。该条款规定国会应当有权通过“保障作者在一定期限内对其著作享有专有权”“促进科学的进步”比如知识和学问。[13]法院认为此措辞包含了延期之意。

我持有异议的理由是我认为延期20年的规定已经超出了宪法条款的范围。[14]在我看来，此种延期实质上相当于创设了一个永久的而非有限的著作权保护期，这不具有正当性。就我对宪法条款的理解，它要求著作权法服务于公众而不是私人目的，即刺激作者创作并在“一定”期限后取消对作品传播的限制以“促进知识和学问的发展”。

显而易见，20年的延期会给私人带来利益。如此消费者（如读者和电影观众）需支付数十亿美元给去世多年的作者的后嗣。但是站在公众的立场看，这会带来相当的危害：给作品的传播造成不必要的障碍，而根据原较短期限的规定，该作品能较快进入公共领域。比如，延期将迫使作品使用者寻找目前已经难以确定的著作权所有人，并得到其许可，尽管该作品问世百年之久，通常也不具备多少商业价值。

设想一个教师想给学生们看经济大萧条时期的照片集，阅读生活在奴隶制统治下人们的真实文字记载，或者放映加里·库珀（Gary Cooper）主演的，在法国凡尔登战场实地拍摄的《约克军曹》（Sergeant York）。设想历史学家，作家，艺术家，资料库操作员（database operator），电影保护主义者，各种各样的研究者，他们都想为了自己或他人的使用再现历史。要求他们在额外的20年内获得著作权利人的许可--自该作品问世75年后开始计算--将会给他们的工作造成致命的障碍。

我找不到关于延期可能弥补损失的任何正当理由。没有人能够合理认定著作权的传统正当理由--激励创作--适用于此延期。以前的作品，比方说电影《米老鼠》已经不需要激励了，因为它们已经存在。而任何对于未来作品新增的激励是没有意义的。

要理解此分析，需要参考由利益团体提交给法庭的无可置辩的资料；还要参考其他团体（包括获得诺贝尔奖的经济学家）的经济分析。他们清楚表明潜在的作者不会有理由相信自己能写出一部永垂不朽的经典作品，以至于需要著作权保护延期（20年，以后要从75年后开始计算）。事实上，只有不超过2%的作品在75年后仍然具有商业价值。并且任何仅剩的经济刺激也大大降低，因为相关的版税要在75年或更久以后，由其后人或者后续公司的股东而不是作者本人拿到。75年后的20年内，每年挣100美元，这种1%的可能性还比不上现在挣70美分实在。潜在的莎士比亚，沃顿或海明威会在乎这种蝇头小利么？不管怎样，现有的新增利益与永久版权带来的收益并没有实质性区别。事实上，20年保护期创造的收入占到了永久保护收入的98%以上。

我也无法为延期找到任何其他与著作权相关的正当理由。它不能导致重要的国际一致性。它也没有任何显著的国际商业效果。它确实有利于某些出版商、股东和各种娱乐公司，包括迪斯尼公司和美国在线时代华纳公司（它是《生日快乐歌》的版权拥有者，此曲于1893年问世，并在1935年获得著作权）。但是在我看来，此类私人商业利益已经超越了著作权条款的范围。我的结论是该著作权延期是违宪的。

我要强调的不是我的这个结论本身，而是我的七个同事都不同意我的观点，而且他们都有经验主义的并且符合逻辑的论据支撑。为什么我的论辩如此没有说服力呢？

当然这个主题是技术的，专业的，复杂的，书面异议需要花费时间去写，而法律促使法院在此领域主要听从国会的判断。但是我相信还有一个因素在发挥作用，而这个因素更值得玩味。它在于我使用了一种新方法，此方法主要取决于对成本和收益问题的经济权衡。此方法并非完全新奇。它拥有相关著作和判例法的支持。但是，由于它严重依赖经济和商业因素，它就与大多数人的著作权意见存在着如果不是实质的，那也是形式上的差别。

法律是一种保守的制度体系。法律必须保护信赖原法律和办法的那些人。因此，法庭通常不愿意在重要法律中采用新办法--至少要等到相关的公众通过其他机构表明他们已经认可了新方法。此处的公众和其他机构包括国会，著作权协会，出版商，作者，学校，图书馆，研究机构等等。而这些公众中的关键多数还没有接受这种新方法--至少目前还没有。

我的意思不是说在适用和发展著作权及其他部门法的时候，法院要直接依据公众的意见。但是我的确想要指出在美国制定法律是一个高度民主化的过程。新法律更多是从底层"萌发"而不是由高层的法庭或立法机构颁布。通常立法程序类似于各个利益群体之间的磋商，包括专家，内行人士，商业机构，劳工团体等各类利益群体，以及普通公民。在杂志，研讨会，报纸，听证会以及法庭之上都可进行讨论。某个机构的决议会被另一个机构吸收为资料。它还可能被行政规章，法令甚至宪法解释所吸收，但这些都不是永恒不变的；它们都在不断的演进。

迈克尔·奥克肖特（Michael Oakeshott）在论及博雅教育（Liberal Learning）时，更好的阐释了我的想法。他说"学习的追求"：

并不是在赛马时抢占最佳位置，也不是在讨论会上的争辩；这是一种协商.....每一种学习过程中发言者的声音不应该是专横或争吵，而是谦逊和善意的沟通.....这种综合应当是和谐的，是各种声音的共融，其价值在于给每个参与者心中留下痕迹。[15]

同样地，法律方法和分析的发展也是一个通力合作的进程。法律不断地被更新。借用哲学上的划船隐喻来说，我们要像在海上划船一样，一条一条的去改。

如此看来，异议仍将在正在进行的政策讨论中发挥影响。即便不是在法律领域，其他人也可能认为此论据或方法具有说服力；他们可能在不同的场合使用这些论据和方法；如果存在足够广泛的认同，甚至司法进路也可能发生改变。因此，判断异议的依据是其说服力，它不是一种不可挽回的迷失，尽管大多数人反对它。正是基于这种信念，我相信援用经济推理的孤独立场在未来将不再如此孤立。

## V

我通过三个异议来展示法律中使用经济政策的三个特征。第一个涉及到在解释法律时采取被我称之为开放式的进路--此进路认为人类的根本需求比严格的法律范畴更重要。明晰规则在某些时候有效，但并不总是首选，尤其在根据法律的基本目的，此规则将带来适得其反的效果时。

第二个涉及将技术领域的经济推理引入法庭，方法是使用专家，而不是把法官送去参加经济研讨会，当然这些专家需要理解行政管理在法律中的地位。

第三个涉及的内容是，鉴于法律怠于使用新进路，需要司法之外的机构进行探讨并为法庭提供可借鉴的经济方法。

这三个部分指出，那些致力于使法律反映合理经济政策的人，必须理解法律判决和法律规则要具有可

操作性。但是他们不能把可操作性本身作为解释法庭判决的永恒理由。法律规则的制定，“醒目”的程度都应该具有探讨和分析的开放性。那些从智识上肯定衡平理念，意识到权衡细微差别价值的人们，也许也会对此论题做出贡献。我希望，Brookings/AEI能够保持对法律决策的关注，而不会认为法律决策天生排斥分析。

我的观点就是，由那些经济和管制决策领域的专家参与司法活动是有益的。你懂得越多，更愿意对司法决策提出见识广泛的批评意见，那么事情会更好。无论是在个案中担任专家，还是在更广泛意义上作为法庭的监督者和评论家，你都有能力帮助律师和法官更好的使用分析工具。

此种参与和我对司法活动的个人观点是一致的--对于法律专家，律师甚至法官而言，成为左派太重要了。

注释：

[1]531 U.S. 457 (2001).

[2]42 U.S.C. § 7409(b)(1).

[3]42 U.S.C. § 7409(b)(1).

[4]535 U.S. 467 (2002).

[5]47 U.S.C. § 252(d)(1).

[6]535 U.S. at 539– 63 (Breyer, J., dissenting).

[7]参见Lord Woolf, Final Report: Access to Justice, ch.13 (July 26, 1996).

[8]UK Department for Constitutional Affairs, Civil Procedure Rules 35.7, 35.8 (2003).

[9]参见The Lord Chancellor' s Department, Civil Justice Reform Evaluation, Emerging Findings: An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms (March 2001); The Lord Chancellor' s Department, Civil Justice Reform Evaluation, Further Findings: A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms (August 2002).

[10]参见M. Neil Browne et al., “ The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea, and France,” Connecticut Journal of International Law 18 (2002): 55, 96– 100.

[11]High Court of Paris, May 22, 2000, Interim Court Order No.00105308 (cited in Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L' Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 [N.D. Cal.



2001]).

[12]123 S. Ct. 769 (2003).

[13]U.S. Constitution, art. 1, sec. 8, cl. 8.

[14]123 S. Ct. at 801– 814 (Breyer, J., dissenting).

[15]Michael Oakeshott, *The Voice of Liberal Learning* (New Haven: Yale University Press, 1989), 109– 110.

[史蒂芬·布瑞尔 (Stephen Breyer)：美国联邦最高法院大法官]

文章来源：法律之维

[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](#)