

<<法律与社会规范>>

图书基本信息

书名：<<法律与社会规范>>

13位ISBN编号：9787562026358

10位ISBN编号：7562026351

出版时间：2004年8月

出版时间：中国政法大学出版社

作者：埃里克·波斯纳

页数：385

译者：沈明

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## &lt;&lt;法律与社会规范&gt;&gt;

## 内容概要

从实证角度转向规范角度来说,对于诸如耻辱、放逐、社会规范、声誉、符号象征以及其他的、存在于国家法律之外的、不计其数的秩序渊源之类的事情,立法机关和法院应该怎样处理呢?

我们是该假定这些事情是令人想望并且应该尊重和促进的呢,还是该认为它们是病态的并且是应该消除的?

我们能够确定国家应该介入的条件吗?

国家干预有可能会促进非法律合作的为人所欲的形式并破坏其令人厌恶的形式,但我们能否依据这种可能性对各种不同的干预做出评价呢?

这是一些老问题,它们占据了很多学术领域中的最优秀的头脑,但是在主流法律学者的关于法律如何影响行为的论著中,它们却被大大地忽视了,在有关法律改革的适当方向的著述中,这种忽视就更加严重了。

本书是关于法律与——我姑且称之为——“合作的非法律机制”(nonlegal mechanisms of cooperation)的关系的研究。

激发这一研究的原因是法律理论以及特别是法律经济学——它是我写作的基础——中的一个空白。

法律经济学的实证部分假定个人致力于满足自己的偏好,其行为受制于预算约束,但却不受他人态度的影响。

偏好或许利己,或许利他,或许二者兼有,但除此之外没有任何东西阻止个人为其利益而相互争夺,人们会偷窃,或者粗心驾车,或者谋杀,或者说谎,除非国家以法律的形式确立起反对盗窃、过失、谋杀和欺诈行为的威慑。

上述关于世界的描述一部分是真实的,但大部分是虚假的。

即使没有法律,或者法律没有效力,大多数人在大部分时间里也会抑制自己,不会有反社会的行为。他们遵守社会规范。

留给法律经济学的悬而未决的问题就是:人们为什么会遵守社会规范?

这个问题不解决,我们就无法理解法律对于人类行为的影响。

法律经济学的规范部分以及大部分其他主流规范法律理论都把政府作为一个外生力量,政府施加干涉,以求阻止那种社会成本很高但对个人来说却是有利可图的行为,或者换句话说,政府要解决公民之间出现的集体行动问题。

例如环境法,人们是把它作为一种阻碍个人污染动机的威慑力量来解释并加以正当化的。

清洁的空气、水、土壤这些公共物品都会是明智的环境法的产物。

破产法防止债权人为了实现其权利主张而获取不对等的成果,以此维护资产的价值。

在如果不加保护,效仿者就会耗尽原创作品价值的情况下,知识产权法使得发明人和作者能够收回其成本投资。

合同法为防止违背承诺提供了保障,侵权法保护人们在使用其财产时不受干涉。

以上这些解释尽管是有用而且有趣的,但却是不完全的。

人们总是利用法律来对抗非法律规范的潜流,后者是通过流言蜚语、非难、放逐和暴力来实施的,其本身就产出重要的公共物品。

非法律合作的体制总是在某些方面优于、在另一些方面劣于法律的解决方法,而法律的介入则会以某些复杂的方式损害或者促进非法律合作的潜在规范(background norms)。

因此,某一种被提议的法律规则之所以会为人所欲的,就不仅仅是因为集体行动问题的存在,而且还在于合法运作的法律制度的存在。

此外,它还依赖于非法律制度对于集体行动问题一贯采取的应对方式,以及法律介入对于非法律制度的干涉程度。

在提出这些主张的过程中,本书沿袭了这样一个研究传统:该传统批判了那种过分专注于国家,简化国家与公民之间的关系,分析简单问题、排斥重要及有趣问题的法律学术研究。

罗伯特·埃里克森是这一传统最为晚近并且最有影响的代表人物,[7]但是激励他研究的那种不满早在1960年代就显露出来了,[8]甚至还可以追溯到更早的法律现实主义者的著作。

## &lt;&lt;法律与社会规范&gt;&gt;

[9] 不过，这一研究传统的影响却因一个重大的失败而受到限制，即这一派批评家没能针对他们所批评的方法论给出一个有用的分析框架作为替代。

部分地因为这一失败，使该传统的影响尽管不是毫无声息，却也并不总是积极、明确的。

由于受到批评家的含混风气的影响，学者们现在也以一种大而无当且反复无常的方式运用“社会规范”的概念。

学者们需要的是一种能够系统分析法律与非法律合作机制的关系的方法论。

本书提出了这样一种方法论。

第一编构造出了一个非法律合作的一般模型。

该模型——在第二章中给出了描述——是一种信号传递博弈（signaling game），在此博弈中，人们通过遵守行为的规律性来表明他们是合作事业中的理想伙伴。

由于害怕声誉受损，合作事业中的背信行为会受到抑制，但是信号行为会独立地促成各种形式的、可能具有重大意义的积极行动。

关心未来收益（payoffs）的人们不仅会抵制在[合作]关系中欺骗的诱惑，他们还会通过服饰、言辞、举止、鉴赏力的型式显示出其抵制诱惑的能力。

由此而来的行为规律性——我把它描述为“社会规范”——能够极大地增加或者减少社会福利。

我的分析旨在阐释法律经济学中被忽视或者误用的关键概念，包括信任、地位/身份、群体连带、社群、社会规范、习惯/惯例这些概念，并且对这些现象与法律之间的关系做出评估。

本书的模型基于过去四十年来博弈论和经济学的研究成果，这些成果直到近期才进入主流经济学，而且尚未对法律理论产生大的影响。

这些研究讨论的主要是两个问题：面对着在群体事业中搭便车的激励，人们是如何能够合作的？

根据标准经济学假设，行为应该反映人们特有的而且（假定是）恒定的偏好，那么为什么行为还会具有胶着（sticky）、不连贯或者规范驱动（norm-driven）的性质呢？

解决这些问题的一些最有效的进路对人们的效用函数的要素做出了一些强有力的假定，例如，假定利他主义、羡慕/忌妒，或者愿意遵从；[10] 诉诸历史背景与制度细节；[11] 放松了通常的理性假定，取而代之的是依赖于学习和模仿的重要性；[12] 以及倚重于信息不对称效应。

[13] 我发现最后一种进路是最有效的，本书第三章对此给出了解说。

第二编把这一模型应用于几个法律领域。

首先，在第四章，我主张赠与是一种基础性信号。

朋友、家庭成员、商人、政客、外交官——所有那些寻求或者参与互惠关系的人——赠与礼物是为了吸引新伙伴并向老伙伴保证其持续不变的承诺。

这一观点与礼物赠与是出于利他主义的动机的传统观点形成对照，它阐明了在法律对于赠与以及慷慨允诺的处理中存在的许多困惑，例如为什么对于慷慨允诺的保护要弱于对于商业承诺的保护。

另一种重要的信号是婚姻誓约，但它只不过是那些进入并维系亲密关系的人们之间、他们与其朋友、家人以及公众之间传递的许多信号中最明显的一种而已。

其他信号包括规避那些结成了非标准亲密关系的人以及子女，他们过去常常蒙受私生之耻辱。

第五章运用信号传递模型讨论了亲属关系和家庭法。

信号传递模型阐释了诸如婚姻义务的强制性结构、国家不愿意强制或干涉婚内协议之类的重要特征。

有的信号开始时表现为私人行为的形式，但后来却被国家制度化并受其规制，婚姻誓约就是一个例子。

由于信号传递是重要的行为，所以国家就有强大的动机要在它产生收益的时候利用它，在无利可图的时候压制它。

表现出此类动机的另一领域是刑事处罚，这是第六章的主题。

该章论辩的问题之一是，旨在侮辱罪犯的刑罚不大可能产生最优的威慑，而且此种刑罚在像美国这样的国家里会有适得其反的后果：在美国，刑事处罚在那些不信任政府的社群里会成为一些表示地位的标记。

本书的信号传递模型还调和了犯罪学中两种相反的进路：其中一种进路认为，刑事处罚最好被理解为强加于犯罪行为的价格，另一种进路认为，只有当人们相信法律具有正当性的时候，才遵守它。

## &lt;&lt;法律与社会规范&gt;&gt;

第七章转向政治领域，论辩了，某些行动，包括自我审查（self-censorship）、礼敬国旗以及投票，都是人们向政府或者强势政治群体表达忠诚的方式。

这一章揭示了，从人们为了获取个人收益而寻求合作的模型之中，是如何内生出关于行为的符号价值的观念的。

该章还对“投票悖论”（即使任何关于投票收益的非同义反复的描述都表明这种收益是小于成本的，人们还是会投票）提出了一个解决方案。

第八章将这一分析拓展到种族歧视和民族主义问题。

对于种族歧视和民族主义的最好建模方式不是像标准经济学进路那样把它们作为“爱好”问题，而是作为内生于人们规避外人、相互表达忠诚的博弈过程的若干姿态。

该章还简要地讨论了积极补偿行动和反歧视法律的价值和弊端。

第九章提出了一个关于合同法的假说。

该章论辩了，合作的非法律机制既支持商业关系也支持私人关系，而法律干涉则会对这些关系造成损害。

合同法并不是通过惩罚爽约者来促进合作的，它促进合作的方式是：通过赋予双方随时以任何原因相互造成损失的权能，提供了一种承诺机制，使合同各方能够减少因违约行为而蒙受的损失。

合同原则最好被理解为仅当承诺符合其利益时各方得以做出该承诺的手段，以及最小化相互施加损失的数量（在一定限度之内）和幅度的手段。

这一理论为曾经长期受到法学界批判的高度形式化的合同法体系提供了正当性辩护。

第三编从具体法律部门转向了规范法律理论的一般问题。

第十章从效率、财富再分配、自治权的角度讨论了法律与社会规范。

该章批评了认为社会规范有效率的观点，主张社会规范经常存在机能障碍。

然而这一章也批评了一种影响日盛的论点，即政府应该自觉地尝试改变社会规范。

该章论辩，强有力的社会规范约束着政府行动者，改变社会规范的努力会造成无法预见的规范洪流。

第十一章论辩了，人们出于策略上的原因而经常从事“有原则的”行为，而且考察了这一主张对于社会政策的意蕴。

第十二章对下述观点提出了批评：美国的社群已经衰落；法律或者市场与社群相互冲突。

本书有三个目标。

第一个目标是展示博弈论的概念对于理解法律问题的价值。

不过本书不是一本教科书或者文献综述；[14] 这里的论证应该看作是博弈论用途的一些例证。

一个更具野心的目标是使读者相信，我所构建的旨在阐明一系列法律问题的博弈论模型是有用的。

第三个目标是使读者接受关于法律与非法律形式的规范之间关系的几个实质性论断。

这些论断分散于全书各处，然而有几个论题已经显露出来，值得在这里提及。

第一个论题是，社会规范被有益地理解为仅仅是行为的常规，这些行为常规几乎没有独立解释力和影响行为的外在力量。

社会规范是我们给行为的规律性——指在缺乏有组织、有意识的个人管理的情况下出现并存续的行为规律性——贴的标签。

这些行为常规源自于个人理性自利行为的互动，（为了把利他主义和其他形式的相互依存的效用包括在内）这里的自利被广义地理解为驱使人们在所有生活领域里进行合作的自我利益。

形如“一种社会规范引起X或Y结果”的论断是空洞的。

适当的论断是，“寻求a或者b的个体以这种方式互动而产生了行为常规X或者Y，我们把这些行为常规称为‘社会规范’。

”将社会规范与其他行为常规区分开来的要点是：违反了社会规范会招致惩罚，但这些惩罚是作为人们理性自利行为的结果而内在生发出来的。

第二个论题是，最好把很多法律规则理解为利用社会规范的自主规制力量的努力。

这些努力有时成功，有时失败；但重要的是要理解：社会规范不大可能因政府简单的、个别的、低成本的干预而改变，尽管此类建议在文献中不时出现；而且，干涉社会规范的努力是危险的，因为社会规范是复杂的、敏感于一些难以控制的因素，我们对它们只有一知半解。

## <<法律与社会规范>>

尽管作为分散的、不受指挥的互动的结果，社会规范不断变化着，然而个人也可以依照他们所谋求的方向自觉地改变社会规范，其惟一途径就是违反它们。

不仅仅是违反，还要以公开的、决然的方式来违反。

许多人致力于这种高风险的规范创业活动（norm entrepreneurship），但是政府官员并不处于社会世界之外，相反，他们处于一种特别易受责难的位置。

他们遵守社会规范的可能性远大于违反的可能性，所以政府几乎不会进行社会规范的激进变革。

第三个论题是，有许多社会规范促进了社会福利，但也有许多社会规范损害了社会福利，规范的价值主要是一个历史偶然事件。

第四个论题与社会学学生很熟悉的一个历史论断——存在着一种法律规范对于非法律规范的渐进置换——相关联，即发生这种置换的部分原因在于立法者和法院寻求消除源自社会规范的病征，而不是因为社会规范反映了不为他们所分享的价值和利益。

第五个论题是，不应该像现在流行的那样悲叹这种置换，而是应该为此庆祝。



## <<法律与社会规范>>

### 书籍目录

“世道在变”——法律、社会规范与法学方法论（译者译） 第一章 导论：法律与集体行动 第一编 非法律集体行动的模型 第二章 合作的模型与社会规范的生产 第三章 理论推广·反对意见·替代性理论 第二编 法律应用 第四章 礼物赠与和无偿允诺 第五章 家庭法与社会规范 第六章 身份·耻辱·刑法 第七章 投票·政治参与·符号行为 第八章 种族歧视与民族主义 第九章 合同法与商业行为 第三编 规范性意蕴 第十章 效率与分配正义 第十一章 不可通约性·商品化·货币 第十二章 自治权·隐私·社群致谢参考文献索引

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>