

# 效率与正义：一场经济学与法学的对话

汪丁丁 林来梵 叶航

(浙江大学,浙江 杭州 310027)

[摘要] property right 在经济学中被翻译成“产权”,而在法学中被翻译成“财产权”。从表面看,两者的含义大同小异;但在实际操作过程中,两者的价值取向截然不同。由此体现了传统经济学与传统法学的局限性,凸显出效率与正义之间的紧张与冲突。1973年,美国芝加哥大学法学院波斯纳教授《法律的经济分析》出版,使这种局面有了根本改观。但在此后很长时期内,这种改观只是由法学家单方面作出的努力。2000年以来,由萨缪·鲍尔斯、赫伯特·金迪斯和恩斯特·费尔为代表的经济学家终于对此作出了回应,试图在主流经济学框架内为正义之维寻求合理的地位。在他们最近发表的一系列文献中,正义不仅内生于效率,而且是效率得以维持的重要条件之一。

[关键词] 产权 财产权 效率 正义

[作者简介] 汪丁丁(1953→),男,北京市人,浙江大学经济学院教授,主要从事经济学研究。

林来梵(1963→),男,福建省福州市人,浙江大学法学院教授,主要从事法学研究。

叶航(1951→),男,浙江省杭州市人,浙江大学经济学院教授,主要从事经济学研究。

[中图分类号] F014.35;D90-05 [文献标识码] A [文章编号] 0439-8041(2006)03-0026-06

叶航(以下简称“叶”):欢迎大家参加枫林晚学术沙龙!今晚在座的大多都是浙江大学法学院和经济学院的同学,当然还有其他院系和其他院校的同学。这是一次经济学和法学的对话。经济学与法学本身就有很深的渊源,早期的道德哲学家,比如边沁和密尔,他们的著作既是经济学经典,也是法学经典,因此两者是同源的。随着工业化的发展,这两门学科逐渐分道扬镳,甚至形同陌路。从20世纪70年代开始,以波斯纳出版《法律的经济分析》为标志,在经济学和法学之间又出现了一种融合趋势。经济学家和法学家终于再次发现,他们各自研究的对象是互相纠缠、难以分割的。我们先请汪丁丁教授和林来梵教授就此谈谈自己的看法。

汪丁丁(以下简称“汪”):来梵教授说,我们可以从“财产权”和“产权”引出今天对话的主题。因为“财产权”是法学概念,而“产权”是制度经济学或经济学现在通行的概念,这两个概念有什么不同吗?来之前,我在家里翻阅了一下芝加哥大学最新版的波斯纳《法律的经济分析》(第3版)。据法学院老师的说法,波斯纳是

被我们经济学俘虏过去的一个法学教授。波斯纳在这本书中讲了两个例子,刚好凸现出法学的“财产权”概念和经济学“产权”概念的区别。这两个例子讲的都是无形资产,结果让法学家很头痛,但经济学家却不觉得是个问题。一个是知识产权,尤其是思想的财产权。如果你说思想有产权,经济学家没有什么异议,反正产权在经济学家看来无非就是三个要素:使用的权利、获取收入的权利和转让的权利。你把这三项权利绑在一起,或者分开处理,都行。比如我的某一个思想,你说这就是汪教授的思想产权,可以,经济学家不会反对。但是法学家要处理那些更具体的问题,比如权利的保护问题、侵权问题、合同问题,他们会觉得思想这个东西很难界定。波斯纳举的另一个例子是电信频道的拍卖,经济学家可能认为这更不成问题,只要设计一个好的拍卖机制就可以了。但法学家却颇感头痛,因为电信频道看不见,摸不着,它是对空气中某种震荡方式所

枫林晚学术沙龙是浙江大学跨学科社会科学研究中心(ICSS)在杭州枫林晚学术书店举办的学术交流活动。

拥有的权利,他们认为很难界定。

林来梵(以下简称“林”):大家知道,大陆法和英美法的法律体系不同,思考方式、包括一些术语都有很大差别。波斯纳的两个例子,对大陆法国家的“财产权”来说,是完全可以容纳的。经济学和法学都研究财产的权利问题,但法学叫“财产权”,经济学叫“产权”。其实英语都是“property right”,翻译成中文就有了区别。法学界有一个传承,从民国时就翻译成“财产权”,现在还是一样。在经济学、政治学、社会学中通常都译成“产权”。到底经济学所讲的“产权”和法学所讲的“财产权”是不是不一样?法学所谈的“财产权”,近代以来主要是指“所有权”,后来这个概念不断扩大,以致包罗万象。如果用一句话概括,所谓财产权,就是具有财产价值的权利。具体而言,财产权至少或主要包括四个方面:一个是物权,所有权是物权里面的一种权利。物权在大陆法国家除了所有权以外,还包括用益物权。用益物权包括土地的使用权,如中国的农地使用权;还有地上权、邻地利用权,比如,邻居的地我们有从其上通过的权利。接下来还有担保物权,比如说抵押权、质押权,担保物权也是一种财产权。但对占有是有争议的,国内民法学界认为占有不是一种权利,而是一种状态。(汪丁丁:物权是看得见的)也包括看不见的,但在法律解释上可以解释成是看得见的。比如,你刚才讲的电讯频道,在有些国家就被解释为一种“物质”。(叶航:物理学意义上的。)对,它就是一种物权。第二个是债权,最普通的就是由金钱借贷关系形成的权利。第三个是知识产权,就是你刚才讲的思想产权;知识产权是法学财产权所内含的一部分,包括著作权、专利权等。除此以外,也就是第四个,是由特别法所形成的某些权利。日本把特别法上的财产权和公法上的财产权区分开来。比如,特别法上的财产权包括渔业权、矿业权;公法上的财产权包括河川利用权,河川是国家的,但我们有利用的权利。

叶:如果有个开发商盖一幢大厦,把旁边小区的阳光挡住了,这个小区的住户到工地去静坐,要求“还我阳光”。这里体现的是一种什么权利呢?

林:在法律上,这是一种采光权。

叶:它跟物权或财产权有什么区别?

林:对“光”来说,我们没有这个权利,不能说“光”是你的财产。但是你拥有一个财产——房产,你要采光,所以你拥有采光权。这里涉及的不是财产权的定义问题,而是财产权的限制问题。你有你的财产,我有我的财产,你盖的房子把我的阳光遮住了,实际上是你

滥用了你的财产权。其实,这是财产权与财产权之间的冲突。这种冲突怎么调解?法律就设置了采光权这个概念。

叶:那么,法律根据什么来界定双方的权利呢?比如,美国西部早期的金矿开采权,一开始奉行的是“丛林法则”,谁力气大、谁心狠手辣、谁打赢了谁就归谁,然后才有法律的介入。中国正处在体制转轨阶段,很多权利都缺乏初始界定。在公有制下,什么东西都是国家的;一旦资源交给市场配置,就会碰到一系列问题。比如,前几年发生在浙江的水权交易,义乌市以2亿元的价格向其上游的东阳市一次性购买了横锦水库5000立方米水资源的永久使用权。但这个交易却遭到位于东阳另一侧下游的嵊州市的严重质疑,嵊州方面认为,东阳卖的实际上是本应流入嵊州的水,这种行为损害了嵊州的利益,因此把东阳市告上了法庭。我关心的是,法律如何协调这种权利的冲突?

林:从严格意义上讲,传统法学、特别是经典法学,对规范出现以前是什么状态,一般不予考虑。也就是说,它不考虑法律规范产生以前各种力量是如何对抗、如何博弈的。但在形成了法律规范之后,我们就假定这个规范是合理的,用这个规范去调整此后的冲突与纠纷。

叶:假定它是合理的?理由呢?如果形成一个黑帮或者法西斯的规范,就是通常所说的“恶法”,它也是合理的?我们也应该认可吗?

林:过去的法律实证主义(虽然已经受到批评,但现在还是很有力量的一个流派)认为法律就是一种命令,一种强制性的命令。比如,哈特就曾经说过,这个命令就等于一个强盗的命令,强盗持枪抢劫也可以形成规范。后来人们才慢慢地认识到法律最终的价值是正义,规范从法的角度来说就必须贯彻正义的精神,规范的解释、适用、操作都必须符合正义的要求。

叶:这就涉及到一个最关键的问题,法的依据到底是效率还是正义?

汪:产权经济学家和制度经济学家,当然也包括法经济学家,认为法的依据是效率。因此他们认为所有权是一个空的概念,喜欢用使用权、收益权和转让权来描述所有权。因为这些权力体现了产权的效率内涵。但是,所有权在社会正义的维持方面是一个实的概念,它不是毫无意义的。

林:早期的思想家,比如洛克,认为生命、自由、财产是神圣不可侵犯的天赋人权,是Nature right。早期的财产权观念在法律里也是这样的,我相信经济学、政

治学也大致如此,认为财产权是神圣不可侵犯的,是一个天然的权利,不可剥夺的权利。后来人们才意识到,财产权其实也是设定出来的,是在博弈过程中慢慢形成的。但法学毕竟是法学,它的终极价值是追求正义,它不可能完全谦让于力量的对比。在强者压制弱者的过程中,我们还要倾听“上帝的声音”,这个“上帝的声音”就是正义。今天大多数法学家都认为,法的价值其实是多元化的,包括秩序、合法性,包括人的权利,当然也包括效率。但比较正统的法学家,包括我也是这么认为,效率跟法的价值、跟正义不能并驾齐驱、平分秋色。效率是一个下位的概念,如果牺牲了正义,那么效率是很可怕的!联系到中国最近的“修宪”,我认为,通过十四个条款的修正,体现出一种精神,片面追求效率的时代已经结束了,我把它叫做“一部分人先富起来”的时代的终结。中国在过去二十多年的改革开放中,经济确实在高效地运转,社会取得很大进步,也非常有效率,但我们付出了很多代价,其中就包括正义的代价。效率导向的“经济学帝国主义”可能会受到挑战,但这并不等于说“经济学帝国主义”的时代已经结束了,经济学还有许多空间。比如,现代许多经济学家也重视正义问题,我知道叶航教授和丁丁教授就比较重视正义问题。

汪:来梵教授所讲的是罗尔斯的正义观,就是自由优先于正义,平等的正义优先于效率,这是罗尔斯的排序。我基本同意他的看法,1997年以后的中国,以效率导向的经济学已经面临着一个解决社会公正的任务,这是政治经济学的问题,所以我们一直在谈论重建中国新政治经济学的可能性。

叶:在很多情况下,正义恰恰是效率得以实现的前提和条件。比如,我们通常认为市场机制是效率的产物,但我们忘记了它同时也是正义的产物。如果不尊重个人的财产权,不保护个人的财产权,干什么要通过市场来交换东西?我力气比你大,把你的东西抢过来不就行了,这个效率更高。但如果谁都可以抢的话,就不会有人去生产财富,从长期来说,效率也就子虚乌有了。因此,一个正义的初始产权的界定是非常重要的,它恰恰体现了一种长期的、动态的效率。所以,正义原则和效率原则是无法割裂的。

汪:问题在于,你刚才的话多了“正义”这个词,在经济学教科书里是没有这个词的。它只承认有一个初始产权,让我们建立一个产权交换机制,然后就可以用科斯定理论证的方式来达到效率。如果达不到效率,那就把这个外生的成本,就是妨碍我们交易的那项成

本权利抛弃;或者,干脆把这些权利,比如说黑帮或者律师的权利拿来交换。总之,你可以用市场的方式来进行论证,只要允许我们进行交易,这个世界就是美好的,就是有效率的,初始分配并不重要。至于这个初始的权利配置是否公正,这是经济学家不愿回答的问题。

叶:我对科斯定理有一个保留性的批判。科斯认为,如果界定产权的成本为零,那么无论产权界定给谁都一样,通过权利的交易最后都可以达到效率。这可能吗?就拿科斯自己的例子来说,如果把污染河流的“权利”界定给上游的企业,那么所有下游的居民都要出价向上游的企业赎买这个“权利”;如果把这个“权利”界定给下游的居民,那么上游的企业就要为它的污染行为向下游付费。这两个结果可能一样吗?把污染的权利界定给上游,不仅不符合“生存权优先”的正义原则,而且也不符合效率原则。单从可操作性这一条来说,两种结果的效率也是显而易见的。因此,世界上没有一个国家的政府会选择让居民向企业赎买污染权这样的荒唐事。事实上,为了效率,我们必须维护正义。所以,当我们真正进入经济学内在的逻辑看问题,或者说进入我们现在正在力图改造的经济学内部去谈这个问题,我以为效率与正义是不可分割的。从长期的、动态的角度看,如果没有道德和正义作为支撑,真正的效率是不可能实现的。在这个语境中,我认为经济学和法学追求的目标是一致的。

林:我愿意接受这个观点。我们前面谈的是效率和正义互相矛盾、互相冲突的一面,实际上它们也有相互促进、相互补充的一面。正像你刚才谈到的,考虑效率可能会产生正义的效果;其实,我们也可以说,考虑正义也会产生效率的效果。比如,就财产权而言,通过发达国家经济发展的历史我们可以发现,只有经济自由得到保障的国家,才会得到有效的发展,保护财产权其实就是保护效率。

汪:应当承认,目前流行的法与经济学研究,在过去几十年的发展时期内,似乎始终没有能力正面回答“正义与效率的冲突”问题。这一现象有两方面的原因:第一,经济学家普遍没有意识到他们使用的效率概念其实只是“帕累托有效性”概念,并非经济学原初意义上的“效率”。经济学原初意义上的“效率”概念,可以界定为“每一行为主体对机会的充分利用”。这一局限性,在我看来,使大多数经济学家提供的法经济学分析丧失了法学意义上的合法性。第二,法学家们,如贝克尔最近悲观地指出的那样,大约需要二十年左右的时间来熟悉和普及经济学知识,在他们能够熟练运用

经济分析方法之前,他们很难在法学传统之内提出具有经济学合法性的法经济学问题。

叶:但是我觉得这种状况最近正在得到有效的改善,“桑塔菲学派”的经济学家试图在主流经济学的框架内为正义寻求合理的地位。在他们最近发表的一系列文献中,正义不仅内生于效率,而且是效率得以维持的重要条件。

汪:从20世纪80年代后期开始,在长达十年的时间里,被称为“桑塔菲学派”的一群学者——包括经济学家、社会学家、认知科学家和文化人类学家在内,在美洲、欧洲、澳洲、亚洲和非洲的十五个小型社会里进行了一系列经济学实验,其中,最典型的实验情境是“最后通牒博弈”和“公共物品博弈”。金迪斯和鲍尔斯等人发表的关于上述实验的一系列研究报告表明,正义感是一种超越特定文化传统和特定历史情境的人类情感。不论在已经市场化的社会里,还是在尚未受市场经济影响的社会里,研究者们观察到的一种普遍现象是:参与“最后通牒博弈”的甲方提出的不公平分配方案被乙方拒绝,或者,在深受“礼品互赠”文化传统影响的社会里,乙方拒绝甲方提出的过分慷慨的分配方案。这场由真实社会里生活着的人群参与的长达十年的“最后通牒”实验意味着,对大多数社会成员而言,不能在一定程度上满足他们的正义感的“机会”,其价值将极大地被其中包含的“非义”所抵消。布坎南认为,这是因为行为主体认为不道德行为的“道德成本”太高,以致选择这些行为反而是不理性的。

叶:在“桑塔菲学派”最近发表的一系列重要文献中,有两篇是标志性的。第一篇是鲍尔斯和金迪斯的《强互惠的演化:异质人群中的合作》,发表在2004年2月的《理论生态生物学》杂志上。这篇文献事实上是一个计算机仿真报告,仿真的环境是距今二十万年前更新世晚期的人类狩猎采集社会,仿真的条件严格按照古人类学已经考证的事实设置。仿真的结果揭示出,早期人类社会只有依靠一种被称为“Strong Reciprocity”即“强互惠”的行为,才能建立起稳定的合作秩序。所谓“强互惠”,是指那些不惜花费个人成本去惩罚族群中背叛合作规范的人的行为,哪怕这种背叛不是针对自己。因此,在“桑塔菲学派”的术语里,这种行为也被称为“Altruistic Punishment”,即“利他惩罚”。事实上,这就是“见义勇为”,就是“路见不平,拔刀相助”,也就是我们人类的“正义感”。因此,正义事实上是人类合作秩序的产物。第二篇文献是《利他惩罚的神经基础》,发表在2004年8月的《科学》上,是这期

杂志的封面文章。这篇文献是一个脑科学的实验报告,是接着上篇文献所作的进一步研究。它要解决的问题是,如果强互惠行为在人类合作秩序的建立过程中具有这么重要的作用,那么驱动这种行为的机制是什么?因为这种行为不同于自利行为,它无法给行为主体带来利益上的激励。这篇文献的通信作者是瑞士苏黎士大学国家经济实验室主任恩斯特·费尔博士,也是一位非常著名的“桑塔菲学派”经济学家。费尔和他的同事们提出一个假设:如果强互惠行为无法从外界获得激励,那么行为者只能通过行为本身获得满足。也就是说,这种行为是依靠自激励机制实现的。事实上,人和动物的许多行为都是依靠自激励机制实现的。脑科学已经证实,对高等动物来说,启动这类行为的机制是由中脑系统的尾核和壳核来执行的。比如,我们人类的成瘾性行为,像烟瘾、毒瘾、酒瘾等等,都涉及这一脑区。因此,这一脑区在医学上也被称为“鸦片报偿区”。费尔博士猜测,如果强互惠行为依赖这种自激励机制,那么作出这种行为时,人脑的这个部位就会被激活,而且行为的强弱与其活跃程度正相关。于是,他们设计了一系列实验场景来激发人们的利他惩罚,并通过PET即正电子发射X射线断层扫描技术对行为者的脑神经网络进行观察,实验结果证实了这个大胆的推断。该实验报告认为,社会偏好模型所定义的效用函数应该包含对违反公正和合作规范的惩罚愿望,它可以比传统的自利模型更好地解释人类的实际行为。现实社会中,大多数人在发现那些违反社会规范的行为未得到惩罚时会感到不舒服,而一旦公正得以建立他们就会感到轻松和满意。在现代警察和司法制度建立以前,人类在很长时间内是依靠这种个人的惩罚来维持社会公正和社会正义的。事实上,现代司法制度可以看作一种以公共品形式出现的、上述行为的替代性制度创新。这两篇文献代表着经济学最前沿的研究方向,它对传统经济学的“经济人假设”和“理性人假设”提出了重大挑战,为传统政治哲学和法哲学中的正义概念提供了直接的经验实证。

参阅金迪斯、鲍尔斯等:《走向统一的社会科学》,上海,上海人民出版社,2005。

Gintis & Bowles: *The Evolution of Strong Reciprocity: Cooperation in Heterogeneous Populations*, *Theor. Popul. Biol.* Feb, 2004, 65 (1)。参阅汪丁丁、罗卫东、叶航:《人类合作秩序的起源与演进》,载《社会科学战线》,2005(4)。

Fehr et al: *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, *Science*, Vol. 305, 27 August, 2004。参阅叶航、汪丁丁、罗卫东:《作为内生偏好的利他行为及其经济学意义》,载《经济研究》,2005(8)。

汪:其实,休谟通过《道德原则研究》早就论证了下列思想:人类的全部道德情感都源自“同情”。我们对痛苦的同情在我们内心激发出正义,我们对快乐的同情在我们内心激发出仁爱。斯密的《道德情操论》进一步论述了“同情”的情境依赖性、充分知情、以及无偏向性。最新发表的一篇脑功能成像研究报告表明,当受试者看到他们同情的对象感受痛苦时,受试者的脑区激活状况与他们亲自感受这些痛苦类似,而当受试者对真实痛苦的感受者的同情感减弱到可以忽略时,受试者的这一脑区就不会被激活。这一实验报告支持了2001年发表在经济学主流刊物上的一篇文章的主要结论——对博弈对手有较强同情心的“囚徒困境”博弈的参与者倾向于采取“合作”策略或“礼品赠予”策略。事实上,来自脑功能成像研究领域的许多报告都向我们表明,包括正义在内的个体道德情感,通过诸如“偏好”这样的价值排序,对个体选择施加了十分显著的限制。

叶:法学究竟是如何定义“正义”的?它和罗尔斯的定义一样吗?

林:就传统来说,法学中关于正义的研究,和经济学、政治学、社会学和哲学差不多。我给研究生和本科生上课时总结出,法学中出现的正义概念至少有二十个,其中最主要的有五个:“形式正义”、“程序正义”和“实质正义”,还有所谓的“合法正义”和“衡平正义”。其中,关于“实质正义”是最有争议的。正如博登海默所讲的,正义有一张“普洛透斯的脸”,也就是海神的脸,变幻莫测,难以把握。罗尔斯是从规范的意义上来研究正义的,因此罗尔斯研究的是“实质正义”。

汪:为了给出“正义”概念的简洁说明,也许我们不得不回到黑格尔关于法和正义的观念。在《法哲学》导论里,至少,我领悟到,黑格尔其实提出了这样的思想:正义,就是我的自由意志承认其他人的自由意志并且寻求康德定义的“公民社会”的那种秩序,它保证每一公民与其他公民享有同等程度的自由。在新政治经济学语境里,正义首先意味着社会对每一社会成员自由权利的尊重,其次意味着全体社会成员的等度自由。因此,如阿罗指出的,社会应当尊重每一给定的偏好,并且使它对每一给定偏好的尊重与它对其他给定偏好的尊重相容。上述正义的概念,与法学传统内的正义概念十分不同。后者,不论在古代和中世纪神学传统里还是日常生活语境里,通常表述为“给每一个人他所应得的”。事实上,斯密之前的经济学思想史,其核心议题之一就是所

谓的“正义价格”,即任一商品应该得的价格。因此,“实质正义”,应该像康德所讲的那样,把每一个人都当作目的。

林:但针对个案来说,由于“实质正义”很难认定,所以在个案中是否要考虑“实质正义”,在法学中是有争议的。比如,现在有一个到哈佛留学的名额,为了挑选一个学生,必须设定标准,这些标准要符合正义的要求才能达到我们所说的公平。按照什么标准来选择学生呢?如果首先考虑学习成绩,可能出现的问题是,一个人学习成绩好也许是因为他不关心班级事务、缺乏团队精神,“两耳不闻窗外事,一心只读圣贤书”,所以,这个标准不一定公平;那么,我们是否要把德因素考虑进去?但是,道德本身是很难量化的,即使能够量化,还存在不公平的可能;比如我们是否应该把这个机遇给一个家庭困难的学生?或者,给一个很难有机会出国的学生?总之,会有各种各样的标准会冒出来,你无法确定哪一种标准是最公平的;也许,我们可以把这些标准都统一起来,找一个既考虑学习成绩、又考虑道德标准、也考虑贫困程度的标准,但你会发现我们仍然绕不开刚才的困惑,因为你还得确定这三个因素在新标准中所占的权重。因此,“实质正义”是很难追求的。这个问题在20世纪70年代就已经被国际法学界提出来了,有人认为法律应当优先考虑“形式正义”和“程序正义”,或者是所谓的“合法正义”。

汪:中国的现实是,我们没有一个给定的“正义程序”和“正义形式”。在这种情况下,就需要有规范的研究。例如,罗尔斯的研究来让我们借鉴,然后找到我们中国人自己的“程序正义”和“形式正义”,其实这就是公共选择,包括刚才来梵教授说的,都是我们新政治经济学中的公共选择问题。总之,正义与效率的冲突,似乎是“法与经济学分析”的核心议题。解决这一议题的正确思路,在我看来,应当是公共选择理论,而不应当是波斯纳的“法的经济学分析”。

林:从法律角度而言,我们中国的问题特别复

Tania Singer and Chris Frith: *The painful side of empathy*, *Nature: Neuroscience*, 2005, vol. 8, no. 7, pp. 845—846.

David Sally: *On sympathy and games*, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2001, vol. 44, pp. 1—30. 参阅浙江大学民营经济研究中心和浙江大学跨学科社会科学研究中心联合主编:《新政治经济学评论》,第二辑,上海,上海人民出版社,2006。

Kenneth Arrow: *A difficulty in the concept of social welfare*, *Journal of Political Economy*, 1950, vol. 58, no. 4, pp. 328—246.

杂。作为中国人,在海外兜了一圈以后又回到祖国的怀抱,发现中国的问题越来越复杂。比如说,中国法律迄今为止在“形式正义”和“程序正义”方面比较忽略;另外,还面临“实质正义”的困惑。我们的经济发展了,但贫富差距也拉大了。必然会不断提出“实质正义”的问题。除了符合“程序正义”和“形式正义”外,人们不得不要求“实质正义”。

叶:但我们只是看到或意识到这些问题的少数人,对大部分主流经济学家来说,他们不愿意谈论道德和正义,因为他们不认为这是经济学家要谈论的问题。

林:所以,我认为这是很可悲的。回到开场时对财产权的讨论,为什么我刚才断言片面追求效率的时代已经终结了?就我们最近的这次“修宪”来看,总共修订了十四个条款,有关人权的就有八条,其中最重大的修改是将合法的私有财产权的保护写到《宪法》第十条中。对土地的征收问题也作了修改,这条和私有财产权在内涵上有一定的重叠,但不是完全的重复,有待于法解释学去梳理它。在保护合法的私有财产权的同时又写上一条,就是要界定一个与社会经济发展水平相适应的社会保障制度。

汪:1985年的《宪法》只承认劳动者的权利,不承认资本所有者的权利;而现在这个《宪法》已经有资本所有者的权利了,就是合法的私有财产。这样一来,1985年《宪法》中合法的利益主体——劳动者,对1985年《宪法》中不合法的利益主体——资本所有者作出了让步。而让步必须得到相应的回报,这个回报就是资本所有者通过交税为劳动者提供社会保障。从长期看,这是中国社会博弈的两个阶段。只要大家开始接受一个新的起点,剩下的问题就是

如何在法律上保证它的落实。

叶:我问一个现实的问题,如果有“合法的财产权”,那什么是“不合法的财产权”?再问一个有争议的问题,如果一个人的财产是不合法的,比如是他父辈贪污所得,那我们应该怎么办?是否要进行追诉?按照秦晖教授的说法应该无限期地追诉。也许这是不可能的,但如果不这样的话,我们能否把正义原则贯彻到底?

林:对贪污来说,我们在《刑法》上有追诉期制度,过了这个追诉期它就合法了。对一个特定的法律制度而言,必须要有这样的规范,否则社会就会陷于一个不稳定的状态中。“合法的”这三个字加进去特别有意思,从法解释学的角度来说,这三个字的意义不大,《宪法》保护的肯定应该是合法的财产权。现在写进三个字,我觉得至少有两个方面的功能,一个是缓和富人和穷人之间在财产正当性问题上的观念对立,另一个就是强调价值权威性分配是很重要的。所以,一般来说,保护财产权会促进经济力量,使它和政治力量互相牵制,从而使价值权威性的分配更加合理。

叶:听了来梵教授的解释,我怎么感觉法律也不是那么神圣?时间和权威都可以改变它的结果?我想这肯定不是“实质正义”,甚至也不是“形式正义”,大概是所谓的“衡平正义”吧?好在来梵教授刚才讲过了,法学中关于正义的定义至少有二十个。经济学对效率的定义也不止一个,但肯定不到二十个。也许,我们的对话应该暂时告一个段落,把下面的时间留给今晚的听众。但经济学和法学之间的沟通不会就此结束,今后我们还会继续组织相关的讨论。

(责任编辑:王胜强)

## Efficiency and Justice : A dialogue between economics and law

Wang Dingding, Lin Laifan & Ye Hang

**Abstract :** Property right has different corresponding words in Chinese economics community and laws community. It seems similar but in practice quite different they are. This difference implies the localization of both traditional economics and laws, which suggests the conflicts between efficiency and justice. 1973 the book *Economic Analysis of Law* by Pro. Posner was published, which changed the impasse. But a long time since that there has been endeavor only from legists. These years, after 2000, some economists, such as Samule Bowles, Herbert Gintis and Enst Fehr replied this problem. They tried to find the logical station of justice dimension within the frame of the main stream economics. In some works they reported recently, justice is endogenesis in efficiency and an important condition for efficiency to hold.

**Key words :** property right, justice, efficiency