

经济学专家证人的法经济学分析

原标题: The Law and Economics of the Economic Expert Witness

作者: 理查德·波斯纳 Richard A. Posner^[1]

来源:

Posner, Richard, A. 1999. "The Law and Economics of the Economic Expert Witness." *Journal of Economic Perspectives*, 13 (2): 91–99.

编者按:

①本文译者为厦门大学知识产权研究院硕士生郑雨馨, 厦门大学知识产权研究院龙小宁教授对译文全文进行了校对和润色。原文来自 *The Journal of Economic Perspectives* 1999年春季刊(第13卷第2期), 版权归美国经济学会所有, 经期刊和作者许可后转载, 译文未经期刊或作者审查。

②我国目前的立法及司法解释中并没有明确的专家证人制度。但在司法实践中, 可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有关案件中的问题进行对质或对鉴定人进行询问。在诉讼中通常将这些“具有专门知识的人员”称之为诉讼辅助人, 也称“专家诉讼辅助人”。详见宋健:“专家证人制度在知识产权诉讼中的运用实践及其完善”,《知识产权》2013年第4期。

从一开始就有必要将经济学专业知识和经济学专家证人区分开来。不可否认, 经济学专业知识在法律中发挥着巨大而富有成效的作用。法律原理与经济理论之间存在着显著的同构性。而当法律采用明确的经济标准来确定合法性时, 这种同构性就变成了一种同一性, 就像在反托拉斯法中体现的那样(但不仅仅是在那里)。这种同构关系可以用汉德法官在美国诉卡罗尔拖船公司一案[159 F.2d 169 (2d circ .1947)]中运用的过失判定规则来说明: 如果所采取的可以避免事故的预防成本(B), 小于事故所造成的损害(L, 表示损失)乘以

[1] 理查德·波斯纳是美国第七巡回上诉法院的首席法官, 以及芝加哥大学法学院的高级讲师, 地址: 伊利诺伊州芝加哥市。

预防措施未被采取时将发生事故的概率（P），也即，若 $B < PL$ ，则加害人是有过失的。这些代数本身就是对文字形式的过失标准的转述，很容易转化为关于最佳预防水平的公式，公式是通过最小化成本函数 $A(c) = B(c) + P(c)L$ 而得到，其中 c 是成本， $A(c)$ 是事故和事故预防的总成本，是 c 的函数， B 、 P 和 L 分别如前所述。最小化预防和事故的综合成本可以得到——基于兰德斯和波斯纳（Landes and Posner, 1987, pp. 58 - 60,87）提出的一些合理的假设——“当采取预防措施的边际成本等于预防措施的边际收益时，社会成本是最小化的”这样的规则，其中预防措施的边际收益其衡量如下：在所采取的预防措施的水平下发生事故的的概率，乘以发生事故对应的损失。这只是对汉德规则的一个精确的经济学陈述，实质内容并没有改变。

在法律原理和经济理论之间还有许多具有同构性的重要例子。事实上，我认为这种同构性无处不在（Posner, 1998）。关于这一点，律师可以做更多工作来帮助法官增进了解，为此他们或者需要经济学家的帮助，或者自己需要接受过相当数量的经济学训练。但我并不打算详述这一点，因为这不是专家证人的相关领域。证人不是专业或非专业的顾问，而是作证的人——即他们是提供法律所说的“证据”的人。但证据这一词，法律对其的使用相当狭窄。构成法律原则的各种考量，包括经济方面的考量，例如，决定某类事故的法律制度是过失还是严格责任，搭售协议本身是否非法，或对配偶人力资本的贡献是否应被视为离婚诉讼中的财产，亦或是在效率违约（efficient breach of contract）的情况下是否应判以惩罚性赔偿——这些问题不应通过取证和交叉询问来验证其准确性从而决定，而是应参考法律和政策的一般考量。

证据的范围是对案件中特定事实的证明，例如在过失案件中，被告是否采取了成本合理的预防措施来避免事故发生。在加害人有过错的事故中受害人是否应有权获得任何未来收入损失的现值的问题上，专家不被允许作证；但专家被允许为基于当事人有关工资状况、寿命、通货膨胀、利率、风险、贴现等信息中计算出的现值作证。专家不能作证支持反托拉斯法不应禁止操纵价格，但可以作证支持被告的定价行为与他们所商定的操纵价格的行为不一致，或者作证支持被告的定价行为对原告支付的平均价格没有影响。专家不能就法律是否应禁止性别歧视提供证明，但可以为存在与特定雇主的歧视无关的男女工资差异的潜在原因作证，例如人力资本投资的差异。

《联邦证据规则》第七条中针对使用专家证人的法律作了规定，其中也包括经济学专家证人，他们并不被法律单独对待。这些规则虽然只适用于联邦法院，但州法院的相应规

则也是类似的。基本上，第七条允许具有相关专业知识的人被列为专家证人。这种分类的主要意义在于，专家证人与普通证人不同，他们被允许提供意见，而不是仅限于根据个人知识来作证。换句话说，专家可以将专业知识应用于事实。而这些事实并不必局限于那些根据证据规则可以被接受的证据所证明的事实，这里所指的规则主要是为了保护缺乏经验的事实审判者(陪审员)免受可能使他们发生混淆、分散注意力或产生强烈情感的证据的影响；专家提出观点所依据的事实，用规则 703 条来解读即是，只需是“特定领域的专家在该主题形成意见或推论时所合理依赖的[事实或数据]类型”，但专家必须将所依赖的事实或数据提供给对方律师以供交叉询问。其中一个很少被使用的条款，第 706 条规定，允许法官指定一名专家证人作为中立的法庭证人 (Lee, 1988)；但这一条款很少被使用，部分原因是法官对自己选择中立证人的能力缺乏信心，因此，稍后我将提出克服这一困难的建议。其他专家证人由当事人来聘请，并按当事人和证人商定的价格支付报酬。其中唯一的限制是证人不得收取风险代理费（胜诉分成，contingency fee），也即费用的数额取决于案件结果的报酬方式。

关于使用专家证人的批评与回应

关于专家证人的使用存在一些经常被提及的批评意见，Lee 1988 年的文章中对此进行了有益的总结。这些批评是针对一般专家证人提出的，但并不排除经济专家证人。所有这些批评都可被归为所谓“代理成本”的经济理论流派。（如这一理论所述，）在一般的委托代理关系中，法院相当于委托人，专家证人相当于代理人。双方之间存在信息不对称的问题，代理人知道的更多；而委托人知道这一点，并采取措施试图使代理人的激励与委托人的激励保持一致。

第一条批评是，由当事各方支付费用的专家证人必然是会有偏袒性的“党派”支持者（“雇佣的枪手”），而不是中立公正从而可以被认定为（客观上）真实可信的证人，或者至少是（主观上）诚实的证人。仅凭这一因素并不能将专家证人与其他一些常见类型的证人，特别是当事人本身显著区分开来；但此处的区别，也即是第二条批评在于，让人担心的是，专家证人比非专业证人更容易误导法官和陪审团，因为他们可以躲藏由深奥知识构成的不可逾越高墙之后，从而在交叉询问中更难被找出漏洞。并且即使专家证人被经过另一位专家精心准备过的律师在质证中击败，陪审团也可能无法很好地理解双方在质证中给

出的问题和答案，从而意识到该专家的观点已被推翻。

对倾向性的关注和对事实审查员“有限理性”的关注是相互作用的。专家既有动机也有手段来从对己方当事人有利的角度来呈现事实。第三条批评，与前两条都有关的是，人们认为对立的专家的意见经常相互抵消，陪审团不能在它们之间作出选择，所以会选择忽略它们，并根据非专家的证据来决定案件。在这种情况下，专家证据就被浪费了。

在我看来，第一个担忧（过度的“党派”之争）对于经济学领域的证人来说似乎并不严重，因为他们所作证的领域中已经达成了基本的专业共识（但正如我们将看到的，这是一个至关重要的条件）。我的这一结论有以下四个原因：^[2]

1) 因为大多数专家证人，包括大多数经济学专家证人，都是重复参与者（这与大多数非专业证人不同），他们和其他可能不忠诚的代理人一样，在建立和维护自身诚实且称职的声誉方面有着经济利益。^[3]对证人的任何公开的司法批评——在司法意见中出现的，无论是否被正式发布，或仅仅是出现在审判或其他听证会的记录中——这种批评都很容易损害证人的职业生涯，有时甚至是致命的，因为这种批评很可能在未来任何案件中对证人的交叉询问中被提及。^[4]此外，许多经济专家证人受雇于咨询公司，这些公司的企业声誉可能会因其员工的错误而受损。但存在一种危险，某些对于专家的司法批评可能是出于无知。而如果是这样的话，对专家声誉的负面影响则会小一些，因为专家下次作证时，如果在交叉询问中遇到挑战，他们就有了机会对以上（无知的）批评进行反驳。

上述内容并不能完全回应（专家证人偏袒性）这一批评，因为只有重复参与者有取悦客户的动机，以便在未来被再次雇用。而那些一次性专家证人想必也不会因为以偏袒式作证而有任何收益或损失，原因在于专家证人不被允许收取胜诉分成。

2) 有学术发表记录的专家证人必须“保持诚实”，因为任何在证人席上否认他学术工

[2] 请允许我声明我的利益关系：我在 1981 年成为法官之前，曾在一些司法和行政程序中作为经济专家证人作证，我是 Lexecon 公司的创始人，这是一家专门在诉讼中提供经济证词的咨询公司。当我就任法官时，我切断了与 Lexecon 的所有联系。

[3] 超过 600 名经济学家属于全国法务经济学协会（National Association of Forensic Economics）；平均来看，会员收入中有 42% 来自法庭作证工作；而他们 67% 的业务是重复业务（Ward 和 Olson, 1993, 第 1 页, 第 2 页, 第 8 页）。我不知道法务经济学家中有多大比例属于该协会，也不知道会员们有多具代表性，但我认为其代表性不高，原因在于：会员们主要从事人身伤害诉讼，而不包括在反垄断、证券和其他商业诉讼中作证的更有声望的经济学家。迄今为止，经济学专家证人在人身伤害诉讼中的主要角色是在有关损害赔偿的问题中作证，包括收入损失和“效用型”（hedonic）损害赔偿（对效用损失的赔偿）。

[4] Ireland, Johnson and Taylor (1997, 第 156 页) 写到：“在报道的案例中的好评对法经济学家来说是真正有利的，而一个差评则是重大的损失。”

作的企图都将招致毁灭性的交叉询问。这意味着，当专家证人没有学术发表的记录，或就他从未发表过的事项作证时，就应当警惕。这样的经济专家证人不仅不太可能如实作证，而且律师选择这样的人作为专家，表明律师找不到一位知识渊博的经济学专家愿意作证支持其委托方的立场。

3) 由于美国诉讼制度的对抗性特征，以及专家在审前披露程序中也即在审判开始之前（以机器可读的形式）披露证据的要求，专家证据将受到严格的批判性审查，这应该会阻止一些不负责任的专家证词。就经济学而言，复制先前学术研究的传统比自然科学来说相对较弱，因此以诉讼为目的进行的研究，可能会受到比学术研究更严格的审查，即使是发表在经过评审过程的期刊上的研究。

4) 如果专家证人的证据不符合专业领域的方法论标准，则不予采纳^[5]——对法官来说，这比确定分析是否正确更为容易。这条规则起到了对“垃圾科学”的屏蔽作用。但这种筛屏的网眼实际上却可能过细，尤其是对于经济学专家的证据来说，其中很多都与统计分析有关。而有些司法机构不愿意接受没有通过 5% 显著性水平统计检验的统计研究作为证据。^[6]诚然，5% 显著性水平的这种检验在经济学中是标准做法，但经济学家（和其他社会科学家）经常将在 10% 水平上显著的结果解释为支持他们的假设，而如若结果在 2% 或 1% 水平上显著，他们则经常指出这些结果比仅在 5% 水平上显著的结果更稳健。

根据贝叶斯定理，有理由怀疑 5% 显著性要求的惯例是否应该在法庭上占主导地位。如果以上惯例应该占主导地位，这就意味着目击证人的证词也不应被采纳，除非以下情况成立：即使当证词所证明的事件没有发生时目击者也会提供此证词的概率低于 5%。统计研究的显著性要求越高，其作为证据的可靠性也就越高；显著性要求越低，就越不可靠；但证据可能在相对不可靠的情况下，仍会影响理性的法官或陪审团的判断。诚然，低显著性水平可能反映了统计估计方法存在缺陷、用于检验假设的模型设定不正确、样本量过小、或相关变量的遗漏，任何这样的危险迹象都可能会对研究的可靠性大打折扣；但任何证据都是如此。如果这项研究是负责任地进行的，并且经受住了对立专家的抨击，但显著性水平却没有达到传统的 5% 水平，那么我们就没有理由排除这样的证据；换言之，一个社会

[5] 支持这一要求的案例见，例如，*Daubert 诉 Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.* 案, 509 U.S. 579 (1993); *People Who Care 诉 Rockford Board of Education* 案 111 F.3d 528, 537 (7th Cir. 1997)

[6] 正如 Ireland (1998 年, 第 237 页) 所指出的, 这种不愿意是基于对 *Hazelwood 学区诉美国案*[433 U.S. 299 (1977)]--特别是见第 311 页中注释 17--以及 *Castaneda 诉 Partida* 案[430 U.S. 482 (1977)]--见第 496 页中注释 17 的解读。然而, 这种解读是不正确的。见 Ashenfelter 和 Oaxaca (1987)。

科学家通过报告未达到常规意义水平的结果来扩展该学科的惯例，并非一定是不可信的。该惯例是基于与诉讼没有直接关系的考虑，例如科学期刊页数的限制。有人担心陪审员会被涉及明确的概率估计的证据所吸引，因而赋予它超出良好的贝叶斯主义者所应给以的重视，这一担心似乎并无根据；陪审员似乎对统计证据的重视程度低于应有的水平（Smith et al, 1996; Salop, 1987）。

但我们绝不能忽视统计证据不足所可能导致的后果。作为证据的统计研究的结果越不稳健，人们就必须花更多的时间在庭审中探讨研究的设计方案。鉴于法官和陪审员在理解和权衡统计证据方面的困难，有一种观点认为（类似于传闻规则的观点），应排除相关专业人士出于某些原因认为薄弱的统计证据。

使用专家证人的第二个担忧——当证据被允许提交后的可理解性问题——是毫无疑问的，但很容易被夸大，因为它忽视了律师传唤有说服力的证人的动机。如果证人不能以法庭可以理解的方式交流的话，他的证词是很难被采信的。这在陪审团审判中是一个非常重要的考虑因素，因为陪审员对证人资历的重视程度低于对（其表达）清晰程度的重视（Shuman, Champagne and Whitaker, 1996年，第379页），这让我预测陪审员能够达到与法官一样的对专家证词的理解程度；换言之，律师会根据受众的理解程度来调整专家证词的复杂程度。

这并不是一个完整的答案。计量经济学是一门非常困难的学科，因此，无论计量经济学家如何熟练地向外行人解释一项研究，由此来期望普通法官或陪审员能够理解对计量经济学研究的所有批评，依旧是不现实的（Rubinfeld, 1985）^[7]。这一问题虽然无法解决，但可以通过更频繁地任命由法院指定的专家来得以避免。而法官是否有能力挑选一个真正的中立人士作为法庭的专家，这一担忧则可以通过借鉴仲裁规则来得到减轻。选择仲裁员的一种常见方法是双方各自选择一名仲裁员，然后由两名仲裁员选择一名中立的仲裁员，后者通常投决定性的一票。如 Rubinfeld（1985年，第1096页）所提议的，双方专家同样可以商定由法院任命的中立专家。中立专家的观点对陪审团的意见具有决定性的作用，而陪审员是否完全理解中立观点并不重要；由于同时具备中立性和专业知识，因此商定专家的结论是可信的。你不需要理解一个主张才有理由相信它；你只需要对那个向你保证这个主张是正确的人的真实性和专业性给予合理的信任。

关于专家作证的第三个担忧——对立的专家的意见经常相互抵消——而如果他们选

[7] 关于就业歧视领域所遇到的这种困难的例子，见 Heckman（1998）和 Follett, Ward 和 Welch（1993）。

择一个中立的专家而不是作证，这种忧虑就可以得到缓解。即使没有中立专家，似乎每当双方专家意见相互抵消时，两方都会同意不传唤他们作为证人以减少诉讼费用。这种情况偶尔会发生，但不经常发生，可能是因为建议双方都不传唤专家证人的律师，会被认为是在传递其一方可用的专家实际上比对立方的专家更弱的信号。

请注意，如果市场或其他激励因素促使专家始终保持诚实，被告的律师通常根本不会引入专家证言，因为他们会发现很难找到一个声誉良好的专家来反驳原告专家的观点（Short and Sattler, 1996）。因此，我们应该期待在与案件相关的领域更加接近“软科学”的情况下，诉讼双方会更频繁地提供专家证人。

使用经济学专家最容易面临的挑战是在没有专业共识的经济学领域。这曾经是，在某种程度上现在仍是，反垄断经济学的情况。一个非常受人尊敬的经济学家可能是反垄断的“鹰派”，而另一个同样受人尊敬的经济学家则可能是“鸽派”。每个人可能都有一长串富有声誉的学术出版物，且与他们系统地支持原告或被告的证词完全一致，因此法官或陪审团几乎没有依据去在他们之间作出取舍选择。在这种情况下，可能没有可用的中立者，因此法院指定的专家必然是归属于其中某一个“党派”。

使用经济学家作证的一个被忽视的成本是，学院派经济学家，尤其是那些拥有终身教职的专家，他们的工作重心会从学术工作转向法庭作证。成为专家证人可能会带来学术红利，因为经济学家可以获得其他情况下无法获得的数据。但是，学院派经济学家的学术成果的净产出（以质量加权），不太可能因为他们作为专家证人的需求而变得更大。获得额外收入的机会当然会吸引有能力的人进入经济学（专家证人）领域，否则他们会选择其他职业，但只有当他们作为经济学家的社会产出大于他们从事的职业时，或者如果它能使大学可以向经济学家支付较低的工资时，这才是一种社会收益。进一步产生的问题是，一旦一位经济学家拥有成功作证的“记录”，此人可能不愿再发表学术研究结果，因为这些结果会破坏这位经济学家在其专家证人职业生涯中先前采取的立场，或未来将采取的立场。

如果学者的学术薪资等于他的社会边际产品，那么学者从学术研究转向作证则并不会减少社会福利。但是，如果经济学的学术研究产生了研究者没有自身获得的社会收益，同时这种收益小于经济学家作证所创造的收益，那么聘用学术型经济学家作证的做法便确实产生了社会成本（除上一段关于其他职业的社会产出的限制外）。

然而，这种判断忽略了一种可能性，即经济证据的社会收益超过了学术研究减少所对应的社会成本。经济证据在一定程度上提高了审判的准确性，从而加强了对错误行为的威

慑。某些罪行的预期惩罚成本是有罪时受到惩罚的概率乘以有罪时被判的刑期。如果司法是完全随机的，那么无论一个人有罪或无罪，受到惩罚的机会都是一样的——也就没有威慑力了。^[8] 判定有罪的过程越准确，惩罚的随意性就越低，有罪的人受到惩罚、而守法的人不受惩罚的可能性就越大，因此法律的威慑力就越大（Posner，1973年，第412页）。就经济学专家证词能够确实促进最佳威慑力而言，它所带来的外部效益可能与专家的学术研究和教学所产生的外部效益一样大。

更多的建议

假设以经济学家作为专家证人作证的做法继续存在，那么我们应当考虑的是如何改进这种做法。上述我的主要建议是更多地利用法院根据仲裁模式挑选的专家，但此外我还有两个建议。

首先，为了使司法批评成为让犯错的专家承担声誉成本的更有效方法，美国经济协会（或是向律所推销信息的营利性公司）应该保留一份其协会成员出庭作证的名册。该名册可以包含对成员证词的摘要（或者，如果名册采取互联网中网页的形式，则可以包含整个证词），此外还可以记录法官或诉讼另一方律师或专家对证词的任何批评意见。那么，有关人士就可以监督其成员在作证活动中遵守高度的诚信和敬业标准。

有人可能会反对说，这一方案违背了美国经济协会的初衷，即支持经济研究和教学。但是，美国经济协会的目的是代表整个经济学界，而它的许多成员并不是学者；低劣的经济证词会损害整个行业的声誉；而且，由于作证会分散经济学家对研究和教学的注意力，甚至会扭曲这些活动，因此，在经济作证中保持高标准，是可以支持研究和教学功能的。

其次，应该要求传唤经济专家作为证人的律师披露所有可能作证的经济学家的名字。这将提醒陪审团注意“证人选择”的问题。假设原告的律师聘请了第一位他约谈的经济学家，而被告的律师则聘请了第20个他约谈的经济学家。这就表明，被告一方的经济学立场比原告的要弱。这就好比对一个假设进行了20次统计检验，却只提供仅有的那一份在5%显著水平上支持该假设的检验结果报告。^[i]

[8] 用代数术语来表达，某一犯罪(或某一非法行为)的预期惩罚成本(EC)，实际上是等于犯罪的预期惩罚成本($EC_g = p_g S$)，其中 p_g 是被告被判有罪时的惩罚概率， S 是刑期)和与不犯罪的预期惩罚成本 (EC_i —其中 p_i 是无辜被告的惩罚概率， S 同前述)之间的差异。因此， $EC = p_g S - p_i S$ ；等价地， $EC = (p_g - p_i)S$ ，这就表明，如果惩罚是随机施加的，那么无论是否有罪，惩罚的概率都是一样的（也就是说，如果 $p_g = p_i$ ），也即实施犯罪的预期惩罚成本将是零。

[i] 我感谢 Brad De Long, Thomas Ireland, Alan Krueger, William Landes, Tomas Philipson 和 Timothy Taylor 对前一稿提出的非常有益的意见。