

# 理论法学的迷雾

桑本谦 著

以轰动案例为素材

(增订版)

法律  
和社会  
文丛

苏力主编

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

法律和社会文丛 苏力主编

# 理论法学的迷雾

桑本谦 著

以轰动案例为素材

(增订版)

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 序

苏力

相比初版,本书修订版是一部特色鲜明,在当下中国法学很是需要,并因此很有贡献的法理学著作。

之所以这么说,因为,尽管初版已试图集中讨论了中国的当下一一些热点法律事件和社会事件中潜在的法理问题。在我看来,作者还是有所游移,因此夹杂了对一些既往法律和社会问题的讨论(如影片《秋菊打官司》以及130年前美国的里格斯诉帕尔默案)。而修订版的篇幅大大增加了,作者却进一步聚焦于当下的热点法律和有强烈法律意味的社会事件。这种变化,不仅表明了作者强烈的中国法律问题意识,更表明了作者从中国问题来推进法律理论思考的追求。作者也坚持了初版已经开始的学术追求:从社会科学的经验研究角度切入问题,展开了力求系统、融贯的理论分析和思考,拓展法律理论思考的疆域,追求有道理的有启发,即便有时政治正确可疑的结论。

因此,这本著作的贡献首先是在法学理论方面。作者不满足于,也不愿局促于,传统的注重思辨的法理学,更不满足于流行法理学教科书中规定的那些法理学问题,无论是法律本质、法律功能还是法治与人治或法律

解释；作者主要借助了广义的法律经济学的或理性选择的视角，同时也借助了其他相关社会科学的研究成果和启发，把一度因既“上不着天”（最新的学术发展）又“下不着地”（社会法律实践）而缺乏理论活力的法理学的研究触角直接伸展到转型中国的各种社会问题。是的，我说的是社会问题，因为作者讨论的并不都是法律案件或事件，或至少在社会上还没有认为是典型的法律事件。不仅有检方拒绝认定为刑事案件而起诉的梁丽事件，还有社会普遍认为是社会道德风气问题的小悦悦事件等；即便是法律事件，作者集中讨论的也并不一定是其中的法律或司法问题，例如邱兴华的精神状态问题也不是法律理论或刑法教义学的知识可以回答的，而涉及其他社会科学的知识和公共政策的判断。作者的这种努力使得连许多法学院学生都不太感兴趣的法理学有了生活气息，有了中国的并且是日常的经验，并因此与即便普通中国人的情感和理智也接上茬了，有了地气，可以搭上话了。这是作者这中国问题意识的必然产物，也是作者的中国关切的体现。

中国关切弄不好就很容易导向，尽管并不意味着，对很容易道德化乃至讲究政治正确的各种网络“民意”的直接认同，或稍好一点，妥协。大约是了解尼采的洞察：强烈的道德感往往是因为缺乏相关的知识和可靠信息，作者始终基于对热点事件的众多细节的了解，注重多学科的知识，注重理论分析的融贯自治，注重对日常社会经验（而非日常言说）的理论抽象，使得作者在许多问题上得出了一些许多引人思考的有说服力的结论。尽管这种努力并不是安全的，也不总是令人赞同，甚至有时还导致了政治不正确，不符合正统的法治意识形态；典型的，如作者对强奸陪酒女是否与强奸良家妇女社会危害相同的分析。

由于作者触及的是社会热点事件，并且任何一个事件涉及的问题都不可能限于一个法律甚或一个部门的法律，因此，作者的贡献其实已经涉及到一些部门法，不仅是一些部门的司法——最显著的是刑法和侵权法，还有行政法，而且还有这些部门法的立法或修法或至少是法律解释。我并不是说作者的分析比部门法学现有的以教义分析为主的述说更合理，更有力，我只是说，在作者触及的这些不太符合常规的法律事件和案件中，作者表述的这些分析，就思路和视角而言，可能给部门法学者一些启

示,在某些具体问题的法律论证中,可能比教义分析,至少对于不带贬义的“法盲”们,更有说服力。由于任何学科的发展都更可能在边缘(也即所谓的“前沿”)地带发生,在于对异常现象的处理,因此,至少从逻辑上看,并从长远来看,部门法的发展更可能从这类非教义学的研究中获益。而这才是法理学还可能继续存在的根本理由,社会功用,而不是理论圆融,才是理论存在的理由。事实上,作者在分析这些热点社会和法律事件中运用的诸多知识,完全可能经此而进入法学理论并进而进入部门法研究者的视野。

还有一点值得一说,尽管与法律和法学都无直接关系。尽管是一本法学著作,但由于处理的是社会热点问题,我认为,作者于无意中,通过严格和自我的学术努力,提供了一种法律人以法律的以及与法律相关的知识审慎细致并负责任的参与公共话题讨论的途径。这其实也是一种法律公共知识分子的进路,但作者完全避免了目前一些法律“公知”在参与公共话题上经常暴露的一些比较显著的缺点:姿态性的,而不是学术性的;意识形态先进的,而不是细致说理的。法律人是可以也可能甚至有时必须作为公共知识分子来参与社会热点问题的讨论和处置的。“两耳不闻窗外事”可以是一部分法律人安身立命的方式,但不可能是所有法律人即便是学术法律人的生存方式。法律既然是天下之公器,因此至少有些法律人有社会责任作为公共知识分子参与社会热点问题,但必须是以明智审慎的方式,阐述法律和法条背后的情理和法理,而不是以意识形态的或独断论的甚或人多势众的方式。

由于上述三方面的理由,却也由于作者清晰的分析和流畅的表达,尽管这是一本法理学的著作,我还是认为这本著作值得理论法学和部门法学的学者和学生乃至一般的公众读者的关注;并且他们都很可能从中获益。

2013年9月14日于拉萨  
西藏大学政法学院

## 第一版序

### ——如何以“轰动案例”为素材

戴 昕

对法律学者来说，以轰动案例为素材写文章很容易，以轰动案例为素材写学术文章却很难。“轰动案例”自“法治”时代之前的“法制”时代起就一直激发着学者的创作欲望，然而成文作品的铺天盖地并不等于学术成就的硕果累累。市场在较短期间内对应景文章的旺盛需求使得“以轰动案例为素材”在绝大多数文章的写作过程中变成“以轰动案例为中心”，乃至干脆是“以轰动为中心”。第一段进行描述以渲染事实，第二段给出法律意见，第三段则或批评抨击或呼吁提倡——在如是经典“三段论”写作过程中，学者离开了其基本社会职能，虚化成一个空泛的箩筐。围绕轰动案例真正将这箩筐填充起来的，是记者、时评家、律师、社会活动家等市场更急切需要的功能性角色。因为空余一个纯粹的符号，“学者”及其“以轰动案例为材料”的写作变得与学术研究多少缺乏实质性关联。

这并非在一般意义上批评学者不务正业，更不是否定“以轰动案例为素材”撰写的笔者所谓“非学术”文字所具有的其他社会价值。事实上，如果社会真地需要，

学者未必就不应去填空补缺扮演其他角色。但如果学者们一窝蜂地以非学者的方式处理轰动案例,由此使得轰动案例得不到学术化处理,这难免让人疑问:难道轰动案例本身只有新闻时政价值,而无任何学术价值?可若果真如此,“学者”的学术研究职能不在场而“学者”的符号却被不断拖入与轰动案件有关的话语实践当中,这一现象在社会分工层面上的合法性就难以证成。而如果轰动案例并非没有学术价值,那么缺乏学术的发掘、对待和处理的现状可能就隐含了失职。

《理论法学的迷雾》一书是“以轰动案例为素材”的学术作品。作者桑本谦教授通过本书身体力行地展示了以轰动案例作为素材对法学理论研究可能存在的价值。作者在本书开篇的绪论中明确指出现实中专家学者对热点案件所做的评论缺乏学术性。按照他相当尖锐却不失贴切的说法,法律学者对轰动案件的见解思考不深、论证不力,基本停留在以法言法语包装道德直觉的水平上。而在作者看来,真正有学术意义的以轰动案件为素材的法律研究,必须借助社会科学资源,必须用社会科学的学术分析超越道德直觉,并通过这种学术性的分析解构道德直觉,揭露被道德直觉掩盖了的重要问题。本书收录的每一篇文章都是作者进行这种学术分析的尝试。他试图展示的是,社会科学的思路和方法在发掘、分析和论证轰动案件蕴含的制度与社会性问题时所具有的理论力量与实践意义。因此,作者在本书中寄托的学术目标绝不仅仅是甚至干脆就不是轰动案件及其轰动效应本身。

从学者之为学者(而非记者或律师)的角度来说,这是一种明智(或采取本书的用语——理性)的选择。“轰动”永远只是一时的新闻效应,而学术出版物至少追求其寿命要超过看完当下即可留在洗手间的报纸。许多读者在刚刚翻看本书目录时可能会觉得“以轰动案例为素材”这一副标题多少有点“标题党”:书里所讨论的案例虽都曾轰动过,却都已(乃至早已)不再轰动。对于学术研究来说这应是有意的:一方面,正由于尘烟基本散去,特别是在“轰动”当中难免提升起来的肾上腺激素慢慢降回正常水平,学者才真正有可能冷静地打量这些案件,考虑问题何在,用上足够的时间(而非一蹴而就)进行分析,并以具体严谨的社会科学方式而非诗情画意的指点江山手法将思考进行呈现;另一方面,尽管对“不能免俗”

抱有理解,但我还是想指出作者在副标题中使用的“轰动案件”字眼多少存在营销方面的考虑,而读者则需要注意,本书只是以轰动案例为“材料”,因此与常见的就事论事的轰动案件评论具有重大区别。作者选取讨论的“轰动案例”实际上首先不因其曾轰动。影视明星离婚案通常都很轰动,但却没有多少法律学术讨论的价值;辛普森案比“纽约地铁枪声案”要轰动得多,但后者对美国法律的学术意义和制度影响却远远大于前者。用作者的话说,更贴切地,他讨论的是“疑难案件”,而这些案件的学术价值在于个体事件代表的现象所牵涉或隐喻的制度及理论问题具有高度复杂性和不确定性。

当然,“轰动”并非与本书完全无关。很大程度上,正因为案件的轰动,可以“借个人气”,法律学者们“用来包装道德直觉”的法言法语才会纷至沓来;这些话语本身就是轰动的有机构成。本书的一个重点正是针对这些话语展开的学术批评。作者结合案例做了一些具体的批评,就这一点而言,作者没有第一时间跟进仍然是聪明的。对于学术批评而言,“后发制人”的优势是巨大的,而这实际上是社会分工赋予学者的制度性优势,因为学者之外比如记者,其使命就是冲锋陷阵,而根本没有深思熟虑的特权。但本书在学术批评方面的成功绝不只是先看牌再出牌这么简单,作者通过每一个具体批评力图揭开的,是长久以来笼罩在整个理论法学上空的迷雾,即将法学理论封闭自治和道德意识形态纯洁的预设作为讨论和研究的出发点与落脚点。尽管在这一问题上我赞同作者的观点,认为以道德哲学和法律解释学为主体的法律理论不但在分析复杂实际问题时孱弱贫乏,其智识品位也很容易因意识形态化而相对低下,并且我也希望有更多人能更清楚地认识到这一点;但如果这篇序言在任何意义上造成了读者的先入为主,那就浪费了作者的布局和构思。作者“以轰动案例为素材”,其最大的价值在于构建了一个对话平台或作者所说的一个“竞技场”。因为是人所共知的“轰动案例”,所以这个竞技场的人场票价不高,不需要有多么“深厚”的所谓法学背景的观众也未必就不能进来看个门道。而更重要的是,由于有具体案件中的具体问题为基点,所有的理论讨论最终都在对具体问题的分析中得到检验,因此不需作者高调鼓吹,读者对比较的结果一看便知。形形色色的法学理论特别是法学方法论的



争吵,即使在当代中国学界也已喋喋不休了十多年,但大多数时候都是学者之间隔空喊话,持续不断地交换外国名字和外国文本,很难有什么结果。这一过程中缺乏的就是在现实中的真问题——而不是书本中的伪问题——面前拉出来遛遛的见识与胆识。只有以具体问题为准绳,有效的对话和比较才真正可能。而只有当对话和比较着眼于具体问题,学术讨论才不会沦为为争胜负拼修辞拼嗓门的辩论赛(在这个意义上,作者“竞技场”的隐喻可能也有误导)。

写序言者不便大肆总结介绍书的内容提前搅了读者胃口,但既然受人之托,为作者说话也没必要太过遮掩。首先越俎代庖帮作者事先做一个铺垫:任何学术论证和分析都不可能是完美的,本书同样不可能例外,我相信作者一定欢迎甚至渴望进一步的批评。但在批评本书时,或许评论者应该首先确认自己的批评并非从法学的自治性、道德哲学的必然正确性/重要性以及理性选择的“拜金性”等“不可动摇”的前提出发。从自己的信念而不是问题出发的自说自话式的“批评”对于实现知识增量这一学术目标几乎没有任何贡献。

其次,我诚恳地将本书推荐给和我一样在法学领域刚入门或入门不久者。从问题出发、越过话语表象直面问题的思考习惯需要在学习研究刚上路的阶段就有意识地自我养成,而好的范例对此帮助很大。此外,本书中的文章逻辑结构完整,论证分析层层剥茧,材料上既有发散,又能始终围绕论题主线,从头到尾读下来一气呵成,在风格方面对学习学术写作者来说也是很好的借鉴。

最后,可能听来扯得有点远,我认为本书对于国内法学院的教学也有一定意义。几年前我还在国内念本科的时候,“案例教学”似乎仍是一个说起来颇为“洋派”的概念:一方面大家笼统地认为这套英美的洋玩意儿是“先进”的教学模式,另一方面又以大陆法系不适合或者没必要用案例教学而敬而远之,或者可能以为课堂上或考试时出个基本上还是解释法条的案例题就算是案例教学了。事实上,根据我个人在美国求学的体会,所谓案例教学,在案例中学法律规则(即所谓“判例法”)只是一方面,从案例中发现问题、分析问题、适用理论解决问题、从问题出发反思理论的这一整套思维训练才是案例教学的基本目标。而这在很大程度上是一种

学术训练,这一训练目标具有超出英美判例法环境之外的普遍意义。本书的写作和论证风格与所谓案例教学在思路上不谋而合,案例教学中经常运用的区分、类比、发散、反伸等技术在本书中也非常多见。考虑到本书是“以轰动案例为素材”,我相信除了作者之外的许多老师在课堂上也都会讲到这些案例。对于如何将案例分析作为手段最有效地训练学生思考,本书或许也能提供一些启发。

2008年6月中初稿于纽约

2008年7月初改订于北京

## 图书在版编目(CIP)数据

理论法学的迷雾:以轰动案例为素材 / 桑本谦著.  
—2版. —北京:法律出版社,2015.2  
(法律和社会文丛 / 苏力主编)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7549 - 5

I. ①理… II. ①桑… III. ①法学—研究—中国②案  
例—中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 034288 号

理论法学的迷雾

——以轰动案例为素材  
(增订版)

桑本谦 著

责任编辑 高山 李峰云  
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 19.75 字数 268 千

印次 2015 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7549 - 5

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目

录

序 / 001

第一版序

——如何以“轰动案例”为素材 / 001

绪论 / 001

第一章 反思“权利话语”

——回眸邱兴华案 / 006

一、“权利话语”是怎样论证的 / 009

二、“权利话语”忽略了什么 / 013

三、英美国家的精神病抗辩 / 015

四、“权利话语”的理论困境 / 020

五、“权利话语”的修辞技术 / 022

第二章 评析“本土资源说”

——再看《秋菊打官司》 / 025

一、“本土资源”知多少 / 028

二、习惯对法律的影响 / 033

三、秋菊何以困惑 / 036

四、法律移植的真正障碍 / 042

五、法律运行的社会资源 / 044

六、怎样提高社会信任度 / 047

七、让执行长出牙齿 / 050

### 第三章 法律解释的假象

——重解帕尔默案 / 059

一、解释方法的排序 / 062

二、“理论性争论” / 066

三、隐含的思维过程 / 069

四、形式合理性与实质合理性 / 072

五、“解释”的假象与“解释”的智慧 / 075

六、“爱奥尼亚谬误” / 077

### 第四章 法律论证的神话

——从王斌余案切入 / 082

一、案件争议中的法律论证 / 086

二、交流可以消除道德分歧吗 / 090

三、“理性辩论规则”可以检验司法程序吗 / 096

四、不是共识,又是什么 / 102

五、问题还出在哪里 / 107

### 第五章 孱弱的民法教义学解释( I )

——以一起输血感染丙肝案及不可抗力条款为例 / 109

一、过错责任的经济学问题 / 111

二、过错责任的伦理学问题 / 113

三、保险、交易费用与严格责任 / 115

四、侵权赔偿的道德直觉 / 118

### 第六章 孱弱的民法教义学解释( II )

——透视“霸王条款”和不可抗力 / 120

一、快递纠纷和保价制度 / 121

二、“霸王条款”的司法识别 / 124

三、不可抗力的流行误识 / 126

四、风险分配的经济学原则 / 131

五、经济学原则与立法方案的选择 / 133

六、情绪化的公平观念 / 136

## 第七章 孱弱的民法教义学解释(Ⅲ)

——重解《合同法》第186条 / 138

一、赠与和赠与承诺的功能 / 140

二、赠与承诺的主观分类 / 142

三、法律方案的比较 / 146

四、公益性的捐赠承诺 / 151

五、结语 / 152

## 第八章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅰ)

——面对许霆案 / 154

一、“明偷”是否可能 / 157

二、ATM是否金融机构 / 161

三、ATM故障的法律后果 / 164

四、“告别算数司法”? / 168

五、为什么许霆“并不太坏” / 170

## 第九章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅱ)

——面对梁丽案 / 173

一、侵权与犯罪 / 176

二、“拾金而昧”与侵占 / 179

三、“捡”与“偷” / 182

四、故意、过失与认识错误 / 185

五、对“要件理论”的再思考 / 188

六、一个并非司法建议的建议 / 190

## 第十章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅲ)

——以“7·16 微博事件”为例 / 192

一、“违反常识”? / 193

二、“突破底线”? / 198

三、何以“冒犯公众”？ / 201

四、一种关于强奸的非主流理论 / 205

五、结语 / 210

## 第十一章 死刑背后的法理学

——解读云南省高院改判李昌奎案及其引发的舆论风暴 / 212

一、薄弱的法律依据 / 213

二、孤独的信念 / 216

三、孱弱的学术支撑 / 219

四、结语 / 223

## 第十二章 行政法中的程序正义问题

——“钓鱼执法”和“后钓鱼时代”的执法困境 / 225

一、事件回放 / 226

二、根源和背景 / 229

三、从“案件”到“事件” / 236

四、“后钓鱼时代”的执法困境及法律对策 / 246

五、结语 / 252

## 第十三章 利他主义救助的法律干预

——以“小悦悦事件”和“彭宇案”为素材 / 255

一、救助的动机 / 258

二、惩罚见危不救 / 261

三、保护救助行为 / 266

四、赔偿与奖励 / 273

五、社会自愈 / 277

六、结语 / 279

## 参考文献 / 282

## 绪 论

本书汇集的系列文章是对最近十年来不断发生的一些热点案例和涉法事件做出的学术回应。在对2008年初版的部分内容删节修改之余,修订版还增加了此后几年我发表的6篇文章。尽管在写作之初并无后来集结出版的规划,但该书仍可区别于一般的论文集,就分析素材、分析方法、论证策略以及主题思想的一致性而论,把本书视为一本“专著”也未尝不可。

“以轰动案例为素材”(尽管多少有些名不副实)暗示了相关讨论追求理论上的突破,而不止于技术层面的案例或事件分析。该书论证的主题思想是:当法律遇到疑难问题时应遵从社会科学的指导,无需求助于道德哲学;要努力摆脱法律教义的束缚,回到问题本身,细致研究各种经验要素,通过权衡利弊来寻求恰当的法律决策;是(问题所包含或所涉及的)事实,而不是任何抽象的原则或教义,才能永久占领法理学的制高点。上述写作宗旨决定了本书带有强烈的学术批评色彩,批评的对象主要指向法律教义学。

自20世纪70年代末以来,我国法学界一直将自身定位于大陆法系的学术传统之中,直接或间接地通过日本、我国台湾地区学者的著述向国内学界引入欧洲大陆法的教义学理论和方法论作品。以欧陆、日本和我国台



湾地区的立法和司法实践为参考,对我国立法建言献策,进而指导司法实践。这种以“教义引进”为主的学术策略奠定了法律教义学在我国法学研究中的主流地位。该书对待法律教义学的态度是:既要承认其贡献,又要发现其不足。显然,后者对于深化法学研究的意义更为重要。

近年来发生的热点案例或涉法事件(如王斌余案、邱兴华案、彭宇案、许霆案、梁丽案、李昌奎案、“钓鱼执法”、“小悦悦事件”以及“7·16 微博事件”)大都涉及备受争议的疑案法律问题,媒体报道之后引发公共舆论,法学专家则迅速提供专业指导。但遗憾的是,这些立足于法律教义学的专家意见由于缺乏社会科学的支撑而经常暴露出其在学术品质上的先天不足——视野狭窄、方法笨拙、论证缺乏深度、结论过于武断、对策建议也明显欠缺深思熟虑;在很多时候,所谓的专家意见只是对法律教义的简单推演,或是被“法言法语”包装的道德直觉。最容易被它们忽略的,是问题本身的复杂性。

本书倡导用社会科学(尤其是经济分析)的方法来提升法学研究的学术品质,这可以被称作是一种与法律教义学对立的“社科法学”的立场,更恰当的措辞是“法律科学”的立场。热点案例或涉法事件作为疑案法律问题恰好为检验不同学术进路或不同法律理论的功能提供了天然的竞技场。倘若法律科学(主要是法律经济学)在法律教义学陷入困境的地方仍能从容应对,那么作为观察者,我们有理由得出结论说,法律教义学无力与法律科学竞争疑难问题的指导权。上述逻辑就是被本书反复采用的论证策略。

在案例分析和事件分析中,本书分享了包括法律经济学在内的几乎所有具有实用主义倾向的法学传统共享的一个重要观念——“向前看”(forward looking)即面向未来或注重后果。无论对于审判案件、处理纠纷,还是对于评价和矫正司法政策,“向前看”所发挥的指导作用都是基础性的。由于“向前看”只是效率指向的(ex ante efficiency),所以当把公平作为一个潜在质疑时,就不可避免地涉及了一个古老的法理学问题——公平和效率的冲突。本书中反复倡导的主题思想之一是以效率取代公平

指导法律决策,这个观点并不新鲜,因为早有许多精彩且强有力的论证。<sup>[1]</sup>但毕竟对于公平的忽视(或至少漫不经心)是本书很多部分将要面对的最大质疑,考虑到国内学界的实际情况,事先统一做个科普式的简洁回应还是有必要的。

公平和效率的冲突在绝大多数情况下是人们假想出来的,谁能举出一个两者真正发生冲突的法律决策作为例证?倘以深思熟虑取代道德直觉,我们会发现,效率和公平基本可以殊途同归。至少有两种进路可以协调公平和效率之间的冲突:一种是经济学的,另一种是生物学的,但两种进路的论证逻辑最终是一致的。

公平以及其他描述分配正义的概念都是模糊不清的。当人们宣称追求公平的时候,多半是在从事一种追求平等或削弱不平等的努力。这么说并不意味着公平这个概念没有意义(尽管其意义确实远不像人们想象的那么重要),至少公平感表达了人们对某个决策、方案或制度的肯定态度(支持、赞赏乃至热爱)。但若继续追问这种肯定态度的依据是什么就会发现,公平只能根据其功能来定义。人们之所以认为A方案比B方案更公平,肯定是因为就实现某个具体的社会目标而言,前者比后者更加有效。定义公平不能独立于某个具体的社会目标以及某种可比较、可测度的标准。

公平究竟意味着什么?“帕累托进路”看起来应该是个建设性的探索——如果某个方案能够改善群体中的至少一个人的境况,并且没有让其他任何人的境况因此变糟,那么采用这个方案就会实现一次“帕累托改进”。倘用投票的数量来测度公平度,那么理论上,满足“帕累托改进”的方案可以争取到所有赞成票(至少不会有反对票)。尽管一个获得集体同意的方案其公平性毋庸置疑,但如此苛刻的标准对于任何一个社会都是不可欲的。将公平标准提高到“帕累托最优”的程度一定会减损社会福利——要么被迫接受大量不公平的决策,要么错过绝大多数进步的机会。

[1] [美]路易斯·卡普洛、斯蒂文·沙维尔著:《公平与福利》,冯玉军、涂永前译,法律出版社2007年版;[美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版; Frank H. Easterbrook, *The Court and the Economic System*, 98 *Harv. L. Rev.* 4, 1984; Christopher T. Wonnell, *Efficiency and Conservatism*, 80 *Neb. L. Rev.* 643, 2001.

只要公平标准被迫降格，“潜在帕累托最优”就是唯一的选择。如果每个人都足够深谋远虑，“潜在帕累托最优”仍可以争取到全部赞成票。为了保证一方获得较大利益而去牺牲另一方的较小利益，虽然会冲撞人们的道德直觉，但只要后者还有机会从前者那里获得补偿（更多时候补偿是超额的），就没有合适的道德理由去否定这次牺牲的正当性。然而一旦将公平标准放松到了“卡尔多/希克斯标准”（受益者补偿受损者后还有盈余），那么至少在操作层面上，效率就会取代公平。只要理性思考超越道德直觉，对于公平的追求就会最终指向效率。

“公平感”是人类在进化过程中逐渐获得的一种道德直觉。在分配利益或分担损失时，人们经常无力精确比较不同方案的成本收益。公平感一旦进化出来，就可以在很大程度上缓解这一难题——直觉取代计算，可以减轻思考的负担，因此获得的收益可能足以补偿偶尔决策失误的损失。由于公平感只是对于“成本—收益”分析的模糊处理，所以效率仍是公平的基础。最容易理解这个观点的方法是假想一个生态竞争：如果在某个社会中被大众接受的公平观念与效率标准背道而驰，那么仅仅因为贫困这个社会就很容易成为生态竞争中的失败者。这也意味着，在存活至今的人类社会中，人们共同认可的公平观念与效率标准是大致吻合的。只要取样足够多，效率和公平就差不多是一回事；而所谓“法学家关注公平，经济学家看重效率”的说法则明显是误人子弟的。

为什么人们倾向于用公平而不是用效率的概念去解释法律？答案很简单：首先，思维懒惰是人们的天性，并且这种天性具有遗传学上的优势；其次，如果绝大多数法律制度与人们接受的公平观念恰好吻合，人们就会自然而然地将公平视为制定、解释或评价法律依据，乃至将公平视为法律追求的“价值”。但假象毕竟是假象，由于公平只是人类为了规避思考成本而进化出来的道德直觉，所以当人们用公平去解释法律的时候，其实只是描述了他们对于法律的直觉性认知。换言之，公平只能用来描述人们对于法律的心理反应，而不能解释法律背后的客观逻辑。没有“公平”，只有“公平感”。当人们追求公平的时候，实际上只是努力让某个法律决策迎合自己的道德直觉而已。

当然，法律“背叛”人们的公平感也很常见。确认时效制度，允许“父

债子不还”、拒绝惩罚“见危不救”、规定豁免和特赦以及容忍竞争市场中的“霸王条款”等,都不明显符合人们心目中的公平观念。倘若用公平来解释这些问题就是缘木求鱼了。说法律有时会“背叛”公平,似乎不太恰当;更恰当的说法也许是,支配法律的经济学逻辑和大众认同的公平观念并不总是完全合拍。造成这种现象的原因是:一方面,法律追求其预设的社会目标,被大众接受的公平观念只是影响法律的其中一个因素;另一方面,人类进化的速度跟不上社会变迁的步伐,面对众多新问题的处理方案,人们的公平感来不及完成进化上的自我调适。面对社会变迁,受理性支配的法律当然要比受直觉支配的公平感反应更敏捷。因而,所谓法律有时会“背叛”公平的说法只是描述了理性思考和道德直觉分别应对社会变迁时所产生的机动性差异。

尽管道德直觉可以减轻思考的成本,但却容易导致错误的决策。面对这个日益复杂的社会,公平观念越来越显得笨拙无力。用效率取代公平可以为提高法律决策的水平提供更大的空间。只有尽可能考虑法律决策的各种可能后果,才能在各种备选方案之间做出恰当选择。如果法律决策者还不能掌握足够的经济学知识,就至少应该牢记三个字——“向前看”即面向未来并注重后果。深思熟虑可以减少犯错误的概率——这既是告诫也是自勉。

## 第一章 反思“权利话语”

### ——回眸邱兴华案

2006年在全国最为轰动的案件是发生在陕西汉阴铁瓦殿道观的邱兴华特大杀人案。7月14日，邱兴华因琐事（怀疑受害人调戏其妻）连杀十人，手段残忍，在逃期间又杀死一人、重伤二人，邱兴华遂有“杀人恶魔”之称。8月19日，邱兴华被安康市警方抓获归案；10月19日，被安康市中级人民法院一审判处死刑；邱兴华不服，提起上诉。12月28日，陕西省高级人民法院二审维持原判，邱兴华已于宣判当日执行死刑。这起案件之所以引起轩然大波，不仅因为它引发了与以精神病抗辩以及精神病司法鉴定程序相关的一系列复杂法律争议，还因为这些争议涉及了“普遍人权”和“程序正义”等令人生畏的法学理论问题。

案发不久后，当警方全力搜捕邱兴华的时候，精神病专家刘锡伟根据媒体报道的作案情节推测邱兴华很可能是一个精神病人，随即四处奔走，希望办案机关委托鉴定机构对邱兴华做一次精神病司法鉴定，但公安局、检察院和法院都没有接受这位精神病专家的建议。犯罪心理学专家李玫瑾教授认为邱兴华只是变态人格，不是精神病人，因此具有刑事责任能力。11月30日出

版的《南方周末》以大篇幅报道了邱兴华的精神病家族史及其生活中的异常表现,文章作者陈志华律师(司法精神病学硕士,具有多年精神病学鉴定经历)明显倾向于刘锡伟的意见。<sup>[1]</sup>在邱兴华提起上诉后,其妻子何冉凤以被告人家属身份向陕西省高级人民法院提交了精神病司法鉴定申请。更为引人注目的是,京城高校五位法学家联名于12月11日通过网络发出公开信,吁请司法部门为邱兴华启动精神病司法鉴定程序。<sup>[2]</sup>

网络媒体和平面媒体对邱兴华案的频繁报道引起了人们对邱兴华案的强烈关注,舆论众说纷纭。多数评论支持专家们的意见,认为法院应当为邱兴华进行精神病司法鉴定;也有不少网络评论批评精神病专家和法学专家是无聊“炒作”,是“专家干预司法”,是为“杀人恶魔”保命,是为某个群体(精神病鉴定专家)“牟取利益”。当二审法院以上诉人邱兴华“无反常精神表现”为由驳回精神病司法鉴定申请并判处邱兴华死刑之后,争论仍然没有停息。在参与新浪网关于“你认为邱兴华是否该进行司法精神病鉴定”的网络调查的近6万名网民中,有63.78%的网友选择了“应该”,认为这是案犯邱兴华应当享有的权利。

值得注意的是,主张为邱兴华进行精神病鉴定并否认法院判决正当性的专家学者无一例外地使用了在中国法学界稳居主流地位的“权利话语”,大家都呼吁要保障精神病人的“合法权益”,包括其基本人权以及作为被告人的诉讼权。五位法学家的联名公开信声称:“被告人依法享有辩护权,享有提供证据的权利。只要有合理怀疑,申请鉴定就应当是被告方的当然权利,尤其是死刑案件。”<sup>[3]</sup>公开信的执笔人法学专家何兵在二审判决前还提出,如果鉴定申请被法院在判决书中直接否决,当事人甚至失去了提出异议的权利。<sup>[4]</sup>

[1] 陈志华:“邱兴华精神病家族史及其九种精神异常表现”,载《南方周末》2006年11月30日。

[2] 联名发出公开信的五位法学专家分别是北京大学法学院教授贺卫方、中国政法大学法学院教授何兵、北京航空航天大学民商法学院教授龙卫球、清华大学法学院副教授何海波、中国青年政治学院副教授周泽。参见《新京报》2006年12月12日版。

[3] 贺卫方等:“关于请求司法部门为被告人邱兴华进行司法精神病鉴定的公开信”,载 [http://china.dayoo.com/gb/content/2006-12/12/content\\_2709017.htm](http://china.dayoo.com/gb/content/2006-12/12/content_2709017.htm)。

[4] 笄皓文:“五法学家发出公开信:如果是疯子判他死刑是耻辱”,载《天府早报》2006年12月15日版。

“权利话语”自20世纪80年代在对抗“阶级斗争话语”中开始形成并逐渐流行,很快就成为中国法学界的主流话语。“权利本位”的学术讨论长盛不衰,其主要思想抢先进入各种版本的法理学教科书,差不多已成为唯一的正统学说。以“某某权利研究”命名的学术文献(尤其是硕士和博士学位论文)层出不穷,蔚为大观,据说可以汇集发展为一个“权利学派”。学者们“越来越习惯于从权利的角度来理解法律问题、来思考和解决社会问题”。“为权利而呼唤,为权利而论证,为权利而斗争”已成为学者们首要的学术使命,并构成了“权利时代的理论景象”。二十多年来在所有围绕法律热点问题和轰动案例的讨论中,“权利话语”几乎无一例外地担当了主角。诚如张文显和姚建宗两位教授在其《权利时代的理论景象》一文中开篇所指出的,“我们的时代是一个迈向权利的时代,是一个权利备受关注和尊重的时代,是一个权利话语越来越彰显和张扬的时代”。<sup>[1]</sup>

毋庸置疑,“权利话语”的流行对于培养公众的权利意识和法律意识、促进司法机关和执法机关的法治观念起到了非常重要的作用,在特定的历史条件下也为国家意识形态摆脱“极左”思想的控制提供了重要的话语和观念资源。更重要的是,在权利保障机制尚未起步的时候,“权利话语”可以提供一个正确的舆论导向。但是我们同时也应当看到,在解决具体法律问题或对某个特定社会问题提供制度性建议的时候,“权利话语”却显得虚弱无力;以“权利话语”为依托的学术理论既缺乏描述性功能,又缺乏规范性功能——不仅对法律规范缺乏解释力,而且无力指导法律制度的设计。正如下文借助邱兴华案的讨论将要揭示的,精神病抗辩以及精神病司法鉴定制度所涉及的许多复杂社会问题是“权利话语”无力触及更无力深入探讨的,在目前精神病司法鉴定制度尚不完善的条件下,争取为邱兴华做精神病鉴定的主张,如果仅仅诉诸于“权利话语”来表达或论证,就会显得激情有余而论证不足。

法学专家和精神病专家之所以围绕着邱兴华案大做文章,其关注的范围显然不限于邱兴华的个人生死,也不限于亟待完善的精神病司法鉴定制度,他们更深刻的用意是“通过制度改造,将宪法所确立的保护基本

[1] 张文显、姚建宗:“权利时代的理论景象”,载《法制与社会发展》2005年第5期。

人权的原则落实到具体的法律制度上”<sup>[1]</sup>同时希望法院由此开创一个将被告人抗辩权置于优先地位的典型判例,并趁机培育法律职业界乃至整个社会尊重基本人权的观念。《南方周末》法制版主持人郭光东的署名文章更是明确声称:“鉴于邱兴华案的极大关注度,无论最终邱兴华被判有罪与否,一个公正、透明的司法鉴定过程本身就是向全社会播撒人权观念、传播法的精神的一节大课堂,或许还是中国司法文明史的一个里程碑。”<sup>[2]</sup>对致力于“为权利而呼唤,为权利而论证,为权利而斗争”的远大目标的法学家们而言,邱兴华案的出现可谓天赐良机。

我尊重这些专家学者的良苦用心。如果单纯着眼于邱兴华案的法律问题,我也无意反驳法学专家们的意见,事实上,这些意见也基本合乎现行法律制度的内部逻辑。但若把视野扩展到围绕邱兴华案的争论所涉及的法学理论问题,就会发现还有许多问题值得深入探讨。我更加关心的是,“权利话语”是怎样论证的?它忽略或掩盖了什么?为什么当人们(尤其是法学专家)在批评法院对邱兴华案的判决结果的时候都不约而同地使用了“权利话语”?为什么法院以及持反对意见者在对抗这些“权利话语”时会显得力不从心?“权利话语”在中国法学界和法律职业界的支配性地位意味着什么?其后果如何?借助于邱兴华案,我试图对上述问题做一些反思性探讨。

### 一、“权利话语”是怎样论证的

应当承认,专家们吁请法院为邱兴华启动精神病司法鉴定程序是有理有据的。在他们看来,“鉴定无非是一种程序,鉴定结论也无非是一种证据,判决最终由法官作出”。<sup>[3]</sup>法学专家何兵在接受记者采访时表示,邱兴华案并不复杂,法学家们无非是请求法院为邱兴华做一次精神病鉴定,目的是“先把这个事情搞清楚”,而不是主张绝对不能对邱兴华判处死

[1] 贺卫方等:“关于请求司法部门为被告人邱兴华进行司法精神病鉴定的公开信”,载 [http://china.dayoo.com/gb/content/2006-12/12/content\\_2709017.htm](http://china.dayoo.com/gb/content/2006-12/12/content_2709017.htm)。

[2] 郭光东:“试看邱兴华案的天下之‘不韪’”,载《南方周末》2006年11月30日版。

[3] 郭光东:“吁请最高法院高度关注邱兴华案鉴定问题”,载《南方周末》2006年12月14日版。



刑——“你最多不过给他鉴定一下嘛,有什么事儿呢?不妨碍你的审判”<sup>[1]</sup>。

然而问题并非像专家们所想象得那么简单,二审法院之所以固执地拒绝为邱兴华做精神病鉴定,一定事出有因,但不见得像某些学者所猜测的那样,是出于原始的“杀人偿命”观念、“法官快速结案的冲动”、“不当的‘错案追究制’的掣肘”以及“所谓‘民意’、‘民愤’的牵制”。<sup>[2]</sup> 根据目前的司法鉴定制度,只要邱兴华被精神病专家鉴定为因患有精神病而不能辨认或不能控制自己的行为,法院就只能做出无罪判决,这多半意味着“杀人恶魔”将会重返社会。更让司法机关担心的是,一旦为邱兴华案启动精神病司法鉴定程序,大量类似案件的判决结果以及由此引发的社会后果将难以预料也难以控制。

免除精神病人刑事责任的法定依据是《刑法》第18条:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任”。为什么法律会免除精神病人的刑事责任?是为了保护精神病人的豁免权吗?“权利话语”的使用者也许会不假思索地做出肯定回答。然而,所谓“精神病人的豁免权”只是法律免除精神病人刑事责任的另一种表述,而不是一个解释。面对进一步的追问——为什么法律应当保护精神病人的豁免权,“权利话语”就只能借助于“道德话语”来敷衍,答案无非是:杀死或监禁一个不能辨认或者不能控制自己行为的精神病人是“不人道”的,是“一种耻辱”,是“历史的倒退”。<sup>[3]</sup> 然而这些道德判断只是规定的结果,而不是论证的结果。由于“权利话语”以及作为其基础的“道德话语”很少考虑道德判断赖以形成的社会条件,因而也就难以应对更进一步的追问——在我们的社会中,为什么杀死或监禁精

[1] 笄皓文:“五法学家发出公开信:如果是疯子判他死刑是耻辱”,载《天府早报》2006年12月15日版。

[2] 郭光东:“吁请最高法院高度关注邱兴华案鉴定问题”,载《南方周末》2006年12月14日版。

[3] 2006年12月12日法学专家陈卫东曾向记者表示“如果一个社会连精神病人都要判处死刑,那就是极其的不人道。”;闫笑古:“邱兴华枪毙了,专家、教授还有什么要说?”载 <http://1home.hainan.net/New/PublicForum/Content.asp?idWriter=0&Key=0&strItem=free&idArticle=844004&flag=1>;笄皓文:“五法学家发出公开信:如果是疯子判他死刑是耻辱”,载《天府早报》2006年12月15日版。

精神病人被视为“不人道”？为了给精神病人的豁免权提供“法理解释”，郭光东写下了的一段很有代表性的文字：

现代法治之所以赦免、减轻一个精神病人的罪责，就在于法律只能处罚有主观恶意的人，对于不能辨认或者不能控制自己行为的精神病人，完全不适用“好汉做事好汉当”的习例，无论其如何危及社会，都非出自他的自由意志，国家只能医治他、保护他而不是惩罚他，因为处罚于他不仅毫无意义，反倒是一种毫无人道的做法。这，彰显的正是一种大慈悲的人道主义情怀，是一种文明的法治精神。<sup>〔1〕</sup>

这段文字的最大问题是缺乏社会科学的支持。惩罚精神病人之所以在任何社会都令人遗憾，其原因不在于这种做法“毫无人道”，也不在于精神病人犯罪“都非出自他的自由意志”，而是因为惩罚精神病人不会产生任何威慑、激励或矫正的效果。威慑理论（这是关于犯罪与惩罚的主流经济学理论）的基本假设是罪犯在总体上对外部环境的刺激都会做出反应，个体罪犯因此被假设为具有稳定偏好和追求预期效用最大化的“理性人”；然而精神病人（根据定义）却是不理性的，他们不具有辨认或控制自己行为的能力。

如果刑罚的目标仅仅是威慑，那么惩罚精神病人完全是一种社会浪费。然而威慑并不是刑罚的唯一目标，刑罚的另一个目的是预防犯罪或者剥夺潜在罪犯的侵犯能力。如果可以合乎情理地预测到，某些人如果不被处以刑罚就肯定会对他人、社会构成极大的侵犯威胁，就有理由通过监禁或死刑以剥夺其侵犯能力，即便他尚未真正实施犯罪，或者即便他能够支付相当于监禁损失的罚金。<sup>〔2〕</sup>

〔1〕 郭光东：“试看邱兴华案的天下之‘不耻’”，载《南方周末》2006年11月30日版。

〔2〕 倘若威慑是刑罚的唯一目标，刑事法律制度的许多特征就成为不解之迷。为什么在罪犯有能力支付高额罚金的情况下还要对他处以监禁？为什么在罪犯没有造成实际损害的情况下（犯罪预备和犯罪未遂）仍然要对他施加惩罚？为什么要对累犯从重处罚？为什么在装扮成吸毒者的警察向毒品商购买毒品时可以将毒品商现场抓获并可以以非法销售毒品罪对其提起公诉？诸如此类的问题都必须用预防犯罪的理论来解释。Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 231.

对待精神病人犯罪的两难选择恰好反映了刑罚的威慑目标和预防目标之间的激烈冲突,刑罚偏向于哪个目标在很大程度上取决于经济发展水平以及与此相关的国家支付能力。古代社会之所以通常不会免除精神病人的刑事责任<sup>[1]</sup>不是因为古代社会惨无人道,而是因为其政府财政无力承担强制医疗所需要的巨额开支。在这种社会条件下,精神病人的豁免权既不会获得社会承认,也不会受到法律保护;相应地,惩罚精神病人既不是社会的耻辱,也不会被视为“不人道”。任何道德判断都不能独立于特定的社会条件,脱离特定社会环境的超越性道德原则只存在于人们的想象之中。一个社会之所以看上去比另一个社会更文明、更人道,最重要的原因是,前者有能力而后者没有能力拒绝去做一些令人于心不忍的事情。

如今在我们看来,溺婴、鼓励老人自杀、奴隶制、窥探隐私以及刑事连带责任都是“不人道的”。然而,在一个极度饥谨的社会中,如果婴儿或老人的食物消耗会对青壮年的生存构成威胁,杀死婴儿或老人的现象就会司空见惯,甚至还会形成鼓励老人自杀的社会舆论。<sup>[2]</sup>当征服者不能养活或释放战俘的时候,奴隶制不仅不野蛮,而且与杀死战俘相比还要文明得多;<sup>[3]</sup>由于初民社会没有官僚机构和警察系统,所以否认隐私权就是一种社会控制的合理手段,可以有效降低犯罪率;<sup>[4]</sup>与此相似,大规模的刑事连带责任降低了中国古代政府的管理成本,并维持了一种低成本的民间预警机制,尽管“株连”会给许多无辜者带来厄运,但如果没有这种制

[1] 在古代中国,自北齐之后才出现优待精神病人犯罪的法律,且有诸多例外。唐代法律对精神病犯罪有较多优待;但至明清两代,法律则对精神病犯罪更加严苛,犯叛逆罪的精神病人,其处罚结果与常人无异。蒋铁初:“中国古代精神病人犯罪法探析”,载《北方论丛》2005年第2期。

[2] Sara Blaffer Hrdy, *Fitness Tradeoffs in the History and Evolution of Delegated Mothering with Special Reference to Wet-Nursing, Abandonment, and Infanticide*, 13 *Ethnology and Sociobiology*, 1992, p. 409; [美]霍贝尔著:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第82~83页。

[3] [美]波斯纳著:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第22页。

[4] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第151页; Marshall Sahlins, *Stone Age Economics*, Aldine-Atherton, 1972, p. 204.

度,就可能会有更多的人丧身于频繁发生的叛乱之中。<sup>[1]</sup> 同样的道理,尽管杀死或监禁精神病人的做法是残忍的,但如果除此之外国家和社会对于防范精神病人的暴力侵犯别无他途,那么免除精神病人的刑事责任就会造成更加残忍的结果。社会之所以能够容忍一种不人道的行为,往往是为了避免更大的不人道。如果能用一种较小的不正义阻止一种更大的不正义,那么前者就应被视为社会必须承受的合理代价,这是绝大多数道德哲学家也无法否认的逻辑。<sup>[2]</sup>

## 二、“权利话语”忽略了什么

免除精神病人的刑事责任以及保护精神病人的基本人权和诉讼权利都不难做到,但棘手的问题在于,在这之后如何保护潜在受害人的生命和健康安全。根据《刑法》第18条,对于不负刑事责任的精神病人“应当责令其家属或监护人严加看管和医疗;在必要的时候由政府强制医疗”。然而,这一旨在保护潜在受害人的法律规定却在执行过程中困难重重,甚至几乎是形同虚设。

据统计,我国15岁以上的人口中大约有1600余万重性精神病患者,其中有30%~40%有暴力倾向,仅精神分裂症患者就有700余万,一旦精神分裂症患者实施了暴力行为,其严重性和残忍性常常令人触目惊心。另据专家估计,约有80%的重性精神病人得不到有效治疗,他们随时可能对他人或自己造成严重伤害。虽然约有80%的病人经过规范治疗能够临床治愈,但治愈后仍需长期追踪治疗,否则停药造成的复发率可能高达80%。精神分裂症患者的临床治愈率大约不到35%;完全痊愈率则不到20%,保守的估计甚至是不到10%。临床痊愈后的维持治疗至少需要坚持2~3年(目前大部分临床工作者认为应该延长至5年左右);如果发作过两次以上,维持治疗则需要坚持5~10年甚至终生。精神分裂症的治疗是一项长期、系统、艰巨的任务,任何环节出了问题都有可能

[1] 张维迎:“信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释”,载《中国社会科学》2003年第3期。

[2] [美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第4页。

复发,也随之增加了恶性暴力事件发生的概率。<sup>[1]</sup>

央视记者于2005年8月在四川省自贡市的调查中发现,“在多数精神病人的家庭中,作为法定监护人的亲属都没有真正尽到监护人的责任,精神病人基本上都处于失控的状态下”。有些精神病人家属不堪监护责任的重负,甚至对精神病人采取铁链捆绑等远比监禁更为残酷的方式,家属杀死精神病人的事件也屡有发生。<sup>[2]</sup>当患者家属或监护人无钱或不愿意出钱为患者治疗的时候,目前还没有任何法律约束机制去应对这一状况。不仅如此,《刑法》第18条规定的“政府强制医疗”目前也没有可操作性的补充条款,尽管《精神卫生法》已于2013年5月开始施行,但政府能否为精神病人强制治疗并出钱埋单至今尚不明朗。央视记者在四川省自贡市的调查中还发现,很多地方对于本地区精神病人的数量、分布、状态都不掌握,根本谈不上对精神病人的有效管理和强制治疗,针对精神病人的社区监控体系更是遥不可及,莫说在贫困地区,就是在经济发达地区也是闻所未闻的。2005年8月,四川省自贡市富顺县西南的一家精神病院总共收住了来自自贡市的各个区县54名病人,其中80%是因为有暴力倾向收治进来的,而且有相当一部分病人入院前就实施过严重的暴力行为。<sup>[3]</sup>

尽管我不了解邱兴华案的案发地陕西省安康市的状况,但央视记者对四川省自贡市的调查却可以提供一个好的参照,两个地区的经济发展状况和政府财政收入在全国范围内都属于比较落后的水平,估计两地对重性精神病人的管理和治疗不会有太大的差异。做出终审判决的陕西省高级人民法院肯定要比法学专家和精神病专家更清楚当地的状况,他们之所以不顾专家吁请与舆论压力而固执地拒绝对邱兴华进行精神病司法鉴定,其中的原因不言而喻。

我承认,如果法律规定了精神病人的豁免权,并且如果确有相当数量

---

[1] 以上数据来自中央电视台:“精神病暴力事件调查”,载《新闻调查》2005年9月26日;大中华健康网报道:“精神病患者暴力行为引发的思考”,载 <http://www.jkw.cn/Disease/b2/a2/a6/62314.html>。

[2] 中央电视台:“精神病暴力事件调查”,载《新闻调查》2005年9月26日。

[3] 中央电视台:“精神病暴力事件调查”,载《新闻调查》2005年9月26日。

的精神病人家庭无力承担监护责任和医疗费用,那么政府为强制治疗出钱埋单应是责无旁贷。如果《精神卫生法》被落实,确实可以减轻患者家庭的大部分医疗负担,<sup>[1]</sup>但考虑到强制治疗所需要的巨额开支以及许多贫困县区的政府财政状况,<sup>[2]</sup>对该法的实施效果还不能盲目乐观。

一种权利是否能够得到保障并不仅仅取决于法律是否规定、制度是否健全以及公民是否具有足够的权利意识,也不仅仅取决于法学家是否具有“为权利而呼唤”、“为权利而论证”、“为权利而斗争”的恒心和勇气,而更加取决于国家和社会是否拥有支撑这种权利的充足资源。对于权利保障而言,资源投入和财政支出往往比权利意识和法治观念更加迫切。绝大多数权利保障(典型的如劳动保障权、就业权、受教育权)可以被看作是国家投资的公共项目,并因此受到政府财政预算的约束。没有哪个国家的法律制度会为保护一种公民权利而不惜任何代价。法律规定一种权利,仅仅相当于一个大企业给其所有员工打了一张欠条,至于员工能否真正拿到那笔钱,最终还要看企业是否有足额的偿债资金,然而“权利话语”的使用者却很少去考虑权利保障所需要的资源和成本。在大量从事某种权利研究的文献中,我还没有发现哪位研究者能对于权利保障所需要的资源和成本做出一个大概预算。

### 三、英美国家的精神病抗辩

尽管权利问题的研究者大都对我国是否具备保障某种权利的社会条件漠不关心,却对美、英、法、德、日等经济发达国家保护这种权利的法律制度备加关注。事实上,后者构成了权利研究的主要内容。其隐含的逻辑是,既然这些国家的法律制度都明确承认并保护这种权利,那么中国也不应例外。这让“权利话语”的使用者经常流露出一种“攀比心”,关于邱兴华案的许多评论就是如此,评论者用1843年英国的“麦克纳顿案”和1982年美

[1] 根据《精神卫生法》第68条之规定,县级以上人民政府卫生行政部门应当组织医疗机构为严重精神障碍患者免费提供基本公共卫生服务。精神障碍患者的医疗费用按照国家有关社会保险的规定由基本医疗保险基金支付。精神障碍患者通过基本医疗保险支付医疗费用后仍有困难,或者不能通过基本医疗保险支付医疗费用的,民政部门应当优先给予医疗救助。

[2] 卫生部副部长马晓伟透露,精神疾病在我国疾病总负担中排名首位,约占疾病总负担的20%。“精神病患者强制性住院有望由国家来买单”,载《新文化报》2005年9月6日版。

国的“辛克利案”来对比邱兴华案,且不少评论者期望邱兴华案能够成为中国的“麦克纳顿案”或“辛克利案”。然而,且不说其他国家和中国的国情有多大差别,即使在美、英等发达国家,精神病人也不享有绝对意义上的豁免权;在医学上被鉴定为精神错乱,只是给犯罪嫌疑人提供了一个抗辩理由,至于能否免除刑事责任,最终还要取决于法官和陪审团的裁决。在网络上查询了美国《每日法律百科全书》(Encyclopedia of Everyday Law)中关于精神病抗辩的相关资料之后,<sup>[1]</sup>我毫不奇怪地发现,“麦克纳顿案”和“辛克利案”的背景和结果其实远不像评论者们所想象得那么简单。至少在美国,精神病抗辩自始至终都充满了争议,精神病自身以及精神病抗辩被采用的条件都很难被界定,至今还没有公认的标准。

1843年,英国人丹尼尔·麦克纳顿错杀了首相的秘书,但因其被诊断为妄想症而最终获得无罪判决,然而,这一判决激却起了公众的极大愤怒,上议院因此制定了一套关于精神病抗辩的标准,后来就被称为“麦克纳顿条例”(The M'Naghten Rule)。据此条例,当且仅当被告人被确证在其实实施犯罪行为时,因精神错乱而不知道其行为的性质和后果,或者他虽然知道,但却不知道这么做是错的,被告方的抗辩才得以成立。必须注意的是,尽管“麦克纳顿条例”为有认知缺陷的精神病提供了法定的检验标准,但该条例是在公众强烈抗议“麦克纳顿案”裁决的背景下制定的,其目的是为了限制精神病抗辩的适用范围。

此后,精神病学研究者注意到,某些精神病罪犯在没有认知缺陷的情况下,仍然不能控制自己的行为。鉴于此,许多法学家建议扩大精神病抗辩的适用范围,以使其包含“无法抑制的冲动”驱使被告人犯罪的情形。美国阿拉巴马州最高法院于1887年在“帕森斯案”(Parsons v. State)中首次采纳了这一建议。<sup>[2]</sup>尽管“无法抑制的冲动”检验(The Irresistible Impulse Test)被看作对“麦克纳顿条例”的一个修正性补充,但这一检验标准仍然面临着诸多批评。批评之一是这一标准过于宽松,以至于很难对“不能控制的行为”和“没有控制的行为”做出区分,也同时为罪犯伪装

[1] Encyclopedia of Everyday Law: Insanity Defense, at <http://law.enotes.com/everyday-law-encyclopedia/insanity-defense>.

[2] Parsons v. State, 81 Ala. 577, 2 So. 854 (1887).

精神病提供了可乘之机。相反的批评则指责这一标准所界定的精神病抗辩范围过于狭窄,因为除了“无法抑制的冲动”之外,其他精神病类型都被排除在外了。

1871年,被新罕布什尔州首次采用的“达拉姆条例”(The Durham Rule)进一步扩大了精神病抗辩的适用范围。该条例宣称,只要犯罪行为被认定为精神疾病或智能缺陷导致的结果,被告人就可以免除刑事责任。然而,由于“达拉姆条例”在司法实践中缺乏可操作性,在1972年就被巡回法院废止了。目前,该条例只适用于新罕布什尔州,且由被告方承担举证责任。

为了回应针对各种精神病抗辩检验标准的批评,美国法律协会于1962年为其《模范刑法典》设计了一套新的检验标准。新标准在综合协调了各种检验标准之后提出,当犯罪行为被认定为是精神疾病或智能缺陷所导致的结果时,并且当被告在判断其行为本身的违法性或者在使其行为合乎法律要求方面缺乏实际能力时,被告方就可以免除刑事责任。虽然精神病抗辩的范围被界定得如此宽泛,但这套检验标准却在一个时期大受欢迎。到1982年,所有联邦法院和绝大多数州法院采用了《模范刑法典》提供的新标准。

1981年的“辛克利案”是美国精神病抗辩变迁史上的一个转折点。约翰·辛克利因痴迷影星朱迪·福斯特而企图刺杀美国总统里根以引起她的注意,哥伦比亚特区法院却最终以精神错乱判决辛克利无罪。<sup>[1]</sup>与当年英国的“麦克纳顿案”一样,“辛克利案”也激起了公众的强烈愤怒。该案判决之后,美国有三个州完全取消了精神病抗辩,<sup>[2]</sup>其他各州对精神病抗辩的限制也趋于苛刻——或者以“麦克纳顿条例”取代《模范刑法典》提供的检验标准,或者认为精神病不能抗辩有罪裁决,<sup>[3]</sup>或者让被告

[1] U. S. v. Hinckley, 525 F. Supp. 1342(1981).

[2] 这三个州分别是蒙大纳州、犹他州和爱达荷州,1995年堪萨斯成为取消精神病抗辩的第四个州。

[3] 这种情况被称为“有罪但精神有病”(guilty but mentally ill)裁决即承认被告人患有精神病的同时做出有罪裁决。被告或者被送进监狱接受强制治疗,或者在精神病医院治疗痊愈后转入监狱服刑。1975年密歇根州首次采用这种抗辩和裁决方式,在“辛克利案”审判期间和之后扩展到了12个州。Encyclopedia of Everyday Law: Insanity Defense, at <http://law.enotes.com/everyday-law-encyclopedia/insanity-defense>.



方承担举证责任,或者改变对精神病罪犯的监禁与释放程序。此外,联邦法院也放弃了《模范刑法典》提供的检验标准,开始在联邦犯罪中否认将“无法抑制的冲动”作为抗辩理由。

与我国相比,美国目前对待精神病人犯罪的总体态度要严苛得多。其医学鉴定标准始终受到法律检验标准的严格控制,后者大大限缩了精神病抗辩的适用范围。“杀人狂”是医学上的精神病患者,但却很难被法官和陪审团认定为精神病人。法律上的认定之所以不同于医学上的认定,是因为后者无需而前者必须考虑成本和后果。即使被免除刑事责任,精神病罪犯也通常会被送入比监狱监管更加严格的精神病院接受长期强制治疗。此外,在美国的绝大多数州,精神病抗辩的举证责任是由被告方来承担的。而在我国,不仅举证责任是由控诉方承担,而且确定精神病范围的法定标准也相当宽泛(大体相当于美国《模范刑法典》设计的检验标准)。一旦犯罪嫌疑人被鉴定为精神病人,除非有证据证明鉴定程序违法,否则法官就没有理由拒绝采信专家的鉴定结论。这意味着精神病司法鉴定程序一经启动,法官就几乎失去了审判案件的全部实体性权利。精神病专家不仅可以决定犯罪嫌疑人是否有刑事责任能力,而且可以事实上决定其是否有罪、是死是活、是监禁还是自由。

由于目前还不存在科学的、公认的精神病司法鉴定标准,精神病司法鉴定的整个过程都无法排除鉴定人的主观性,<sup>[1]</sup>过失或故意的错误鉴定和虚假鉴定屡见不鲜,利用精神病鉴定来逃脱法律制裁的现象也时有发生。<sup>[2]</sup>现行的《精神疾病司法鉴定管理办法》不仅明显缺乏对鉴定人的有效监督,而且忽略了受害人及其家属提出复议和申请回避的权利。何兵说,把启动精神病鉴定的权力完全交给办案机关是很危险的;<sup>[3]</sup>但在

[1] 1999年5月,河北保定市的一名妇女摔死自己的亲生女儿,一审期间对其做了三次精神病司法鉴定,三次结果都不相同。周娜、李雅琴:“论我国司法精神病鉴定制度之完善”,载《医学与哲学》2005年第9期。

[2] 湖北省松滋人杨义勇2000年5月杀人后,立即用重金收买他人,替杨做虚假精神病鉴定,使杨逃脱了法律制裁。此后,杨义勇将这份精神病鉴定称之为“杀人执照”,更加无法无天,直到最终假的精神病鉴定被揭穿,杨才被执行死刑。参见《人民日报》2003年2月12日版。

[3] 何兵对记者说:“在(法院)拥有了这种绝对的启动权之后,一旦徇私‘鉴定’或者‘鉴定’失败,都将有可能将一些精神病人送上刑场或送进监狱,而让另一些没有精神病的人有机会‘死里逃生’。”参见《新京报》2006年12月15日版。

“有病等于无罪、无罪等于自由”的现实前提下,如果犯罪嫌疑人及其家属和律师也有权启动精神病鉴定,谁又保证后果不会更加危险?可想而知,作为邱兴华案二审法院的陕西省高级人民法院正是由于意识到这种危险,才固执地拒绝了专家的吁请以及被告人家属的鉴定申请。在这个意义上,邱兴华案的判决结果是建设性的,它体现了法官对社会负责而不是独善其身的态度,并促使办案机关处理类似案件时能够更加注重公共安全和社会后果。在“权利话语”占支配地位的舆论环境中,法官保持了一份难得的冷静。

刑事法律制度的首要目的不是保护被告人或犯罪嫌疑人的基本人权,而是维护社会秩序和公共安全;但在“权利话语”独占鳌头的舆论氛围中,专家们的热心呼吁与媒体的激情互动很容易把这一基础性观念扭曲变形甚至完全颠倒。

然而,公允地说,法学专家和精神病专家的言论并非没有道理。二审法院拒绝了对邱兴华进行精神病司法鉴定虽然情有可原,但毕竟底气不足,因为这种做法很容易让人怀疑法院不敢面对甚至是故意掩盖事实真相,这正是判决招致非议的焦点所在。<sup>[1]</sup> 邱兴华案引发的争议凸显了完善精神病司法鉴定制度的必要性,但要完善这个制度,却必须考虑各方面复杂的社会条件。一个比较现实的方案是,精神病鉴定人只负责对犯罪嫌疑人是否患有医学精神病以及病情状况做出鉴定,法官仍然有权判断其是否具有刑事责任能力;<sup>[2]</sup> 法律承认并保护精神病人的抗辩权,但又不把精神病当作免除刑事责任的充分条件。倘若在启动精神病鉴定程序之后法官仍然拥有最终的决定权,法院就不会在程序启动环节表现得如此固执。在这种前提下,法律赋予犯罪嫌疑人及其家属和律师以启动精神

[1] 典型的质疑如《现代快报》2006年12月1日的署名文章“法律有无勇气‘鉴定’邱兴华?”。

[2] 根据司法精神病学者何恬副教授的研究,目前理论界和实务界对《刑法》第18条的理解存在严重偏差,其中最重要的偏差是误以为鉴定专家是评定被告人刑事责任能力的主体。刑事责任能力是一个法律要件,其评价主体应当是法庭。这不仅是由于鉴定结论只属于一种技术证据,而证据必须经过法庭核实认证后才会产生法律效力,更重要的原因是鉴定专家的作证范围不能超越其专业领域。1984年美国国会增加了一项规定,内容为“专家证人不能对精神病或精神状态构成是否应负刑事责任的犯罪指控要素或被告的控告提出意见或结论”。这一规定表明,鉴定专家的证言只能描述被告人的精神状况、精神病学诊断、实施行为时的心理状况、行为动机等,不能就被告人应否负刑事责任等“最终问题”作证,确定被告人是否有刑事责任能力的权力仍然归属陪审团。其他国家的法律也有类似规定。何恬:“解读刑法第18条——兼谈对精神病人违法行为处理的不足和完善”,载《法律与医学杂志》2007年第3期。

病鉴定程序的权利也就具有可行性了。

#### 四、“权利话语”的理论困境

假定除了监禁和死刑之外,国家和社会没有其他安全有效措施能够阻止精神病人的暴力侵犯,那么精神病人的豁免权就与潜在受害人的生命权和健康权尖锐对立起来了,这种情况通常被称为“权利冲突”。除非武断地规定一种权利在“位阶上”优于另一种权利,否则“权利话语”无力解决权利冲突问题。权利冲突问题构成了“权利话语”的理论困境,两种冲突着的权利都能从“权利话语”中获得支持,分别支持两种权利的对立意见也因此难分胜负(事实上它们根本没有形成真正的交锋)。即使偶尔出现一方压倒另一方的情况(在邱兴华案中就是如此),也只是意味着其中一方在话语权力和修辞技术上取得了优势。

经济学可以为解决权利冲突问题提供一种有效思路。科斯在其1960年的经典之作《社会成本问题》一文中指出,如果交易费用为零,权利的初始分配就不影响资源的最终使用,通过私人之间的自由交易,资源就会配置到能够发挥最大效用的地方。<sup>[1]</sup>换言之,在交易费用为零的世界中,无论法律把权利分配给哪一方,无成本的纠正性交易都会最终实现资源使用效率的最大化。因此,按照科斯的说法,只要权利被清晰界定以便交易能够顺利进行,无须公共机构的外部干预就能自发地实现这个结果。科斯定理暗示,必需的政府干预比人们通常想象得要少,然而,科斯定理中交易费用为零的假设毕竟是不现实的,现实世界的交易费用总是一个正值。协商、谈判、讨价还价以及诉讼、取证和强制执行都会花费时间、精力和金钱,在交易费用难以克服的情况下,错误的权利分配就无法通过交易得到纠正,因此,初始权利的分配就成了最终的权利配置。<sup>[2]</sup>如果交易费用为零,法律决策者就不会关心某种权利起初应该授予谁。但是,一旦放弃了这个不现实的零交易费用的假设,权利分配就具有决定性意义

[1] [美]罗纳德·哈里·科斯:“社会成本问题”,载《财产权利与制度变迁》,上海三联书店、上海人民出版社2003年版,第5~11页。

[2] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第71页。

了。在交易费用为正的情况下,效率原则要求将权利资源一开始就分配给那些最珍视这种权利的当事人,以此来实现最大化产出。

“权利话语”的使用者经常会忽略权利的相互性。当他们主张要保护一种权利的时候,往往只注重论证保护这种权利的正当性,但却会有意无意地忘记在特定社会条件下,保护这种权利就会侵犯另一种也许是更值得保护的权利。因此在权利冲突的情况下,要充分论证某种权利是法律应当保护的,除了论证这种权利的正当性之外,还必须论证因此牺牲另一种权利是理所当然的。然而“权利话语”的使用者几乎从不涉及后一阶段的论证。关于邱兴华案的讨论就是如此,法学家们只论证了精神病人享有抗辩权和豁免权的正当性,而几乎没有考虑在现实社会条件下,为此牺牲潜在受害人的生命权和健康权能否算作一种合理成本。

从经济学的角度来看,权利冲突并不一定是你死我活的,权利保障的问题更多是权利配置的问题。在相互冲突的权利竞争有限社会资源的假定之下,正确的决策很可能不是充分保护任何一种权利,而更可能是在保护各种权利上投入恰当数量的资源,以谋求权利保护所实现的产出总和的最大化(正如一个国家不能将全部资源用来生产食品,也不能将全部资源用来生产机器,而应当在两种商品之间寻求一个最大的产出交换值)。这也意味着,当保护某种权利的投入和产出达到边际上恰好相等的临界点时,继续追加保护这种权利的资源投入就不再划算了。但在“权利话语”的使用者那里,这些道理必定是讲不通的。

“权利话语”在中国法学界的理论形态是“权利本位论”。“权利本位论”有两个版本,分别对应于“义务本位论”和“权力本位论”,它们共同坚持的一个核心观念是:法律制度以保护公民权利为最终目的。作为一种意识形态的主张,这一观念自然意义重大,但若作为一个学术命题,则其在描述性和规范性两个维度上都存在严重的功能缺陷。在描述性维度上,将法律制度理解为以保护公民权利为最终目的在很多情况下难以自圆其说;当法律制度作为协调各种利益冲突的妥协方案或作为各种社会力量的博弈结果的时候,将作为博弈参与者的其中一种社会力量的利益赋予终极目的性既缺乏经验基础,也没有理论依据。倘若“权利话语”的倡导者仅仅将保护公民权利设定为法律制度的终极性目的倒也无关紧

要,但如果他们试图赋予这个终极目的以规范性意义并用来指导法律制度的建构,<sup>[1]</sup>就很容易陷入一个危险的思路——只考虑建立保护权利的制度,而忽略了权利保护的各种约束条件。终极性目的充其量可以提供一个至高无上的检验标准,它无法取代一个个具体的操作性目标。正如将改善人类的生活状态设定为发展科学技术的终极目的并无不可,但这一目的性设定对于指导科学家的研究活动却几乎没有任何意义。

### 五、“权利话语”的修辞技术

媒体对邱兴华案的频繁报道更多关注精神病人辩护权、豁免权以及与此相关的精神病司法鉴定问题。在媒体的微妙影响之下,在相当一部分人们心目中,邱兴华首先是个疑似精神病患者,其次才是一个罪犯,这会使人们对邱兴华的同情压过对他的憎恨。评论邱兴华案的“权利话语”之所以很容易引起人们的共鸣,其社会心理学的根源就在这里。法学家对邱兴华的同情可能会超过一般人,这大概不是因为法学家的慈悲心肠更加发达,而更可能是因为法学家的居住环境和工作环境使其更容易避免精神病人的暴力侵犯:怜悯的前提是安全。估计邱兴华的邻人们对他的同情反而可能会比一般人更少:当自身面临暴力侵犯巨大风险的时候,恐惧就会压倒同情。

人们的同情心也很容易受到媒体的影响和控制。在媒体的频繁报道中,作为疑似精神病患者的邱兴华无疑成为“悲剧的主角”。当人们将更多的注意力和同情心投入到“悲剧主角”身上的时候,十几位受害人及其家属却被媒体和受众共同忽略了。据说该案被媒体频繁报道之后,邱兴华的家属获得了很多好心人的捐赠,而受害人的家属却至今连一分钱赔偿也没有得到。<sup>[2]</sup>案件的“悲剧”不同于案件的“事实”,前者只是人们根据媒体报道形成的一个关于后者的思维重构。尽管受害人也是案件当事

[1] 徐显明提出了社会转型后应“以权利为标准建构法律体系”的主张。在他看来,刑法属于自由权法(限制权力法)的一个组成部分,刑法的目的被理解为“确定行政权走向极端的限度”,即确定“国家权力在多大程度上可施加于公民的生命、财产和自由”。徐显明:“社会转型后法律体系建构”,载《文史哲》2000年第5期。

[2] 陈春平等:“邱兴华家人受社会资助 11 个死者家庭被忽略”,载《华商报》2006年12月30日版。

人,但他们却不是“悲剧的主角”,甚至根本不出场。邱兴华在“悲剧”中的处境是而可以“观察”到(借助于媒体报道);而要了解受害人及其家属的处境,却需要人们的“想象”。由于“想象”要比“观察”更耗神,所以“观察”到东西就会比“想象”到的东西更容易进入“悲剧”之中。这种情形诱发了包括法学家在内的绝大多数人的思维惰性,十几位受害人及其亲属因此被摆到了不引人注意的位置上。这种在心理学上被称为“有效启发”的现象,描述了人们在做出评论时,他的直接感受和直观印象往往会起更大的作用。<sup>[1]</sup>“会哭的孩子有奶吃”。邱兴华案之所以在判决之后仍然余波未消,就是因为一反常态——法官没有理会“会哭的孩子”的哭声;邱兴华不会哭,但有很多人会帮他哭。

“权利话语”已经夺取了正义的定义权。只要你是在“为权利而呼唤,为权利而论证,为权利而斗争”,你说出来的话就可以理所当然地贴上一个正义的标签。但如果你强调或关注的是保障权利所必需的资源、成本或社会条件,你发言时就不那么理直气壮了。陕西省高级人民法院拒绝为邱兴华启动精神病司法鉴定程序,不是没有道理可讲,而是有道理讲不出来。

“权利话语”的看家本领是修辞,而不是论证。它的主要技术就是展示情绪和激发共鸣,而不是提供数据和经验性事实。“权利话语”惯用的表达方式是,“某某权利是天赋的、与生俱来的、不言而喻的、不证自明的……”、“保护某某权利是现代法治社会的基本原则,是符合现代法治精神的”、“漠视某某权利是文明国家的耻辱,是历史的倒退”、“自某国某宣言问世之后,保护某种权利已在文明各国逐渐达成共识”、“凭什么我们不能享有外国人已经享有的权利?”这些表述方式都明显属于修辞的范围,它们共同的特征是避免考察保护某某权利所必需的复杂社会条件。如果你想对某个问题发言,但又不想花费精力去做调查,那么你最稳妥的发言方式就是诉诸“权利话语”。

修辞的目的是使一个孱弱的观点看上去强有力。较之论证,修辞是

---

[1] 苏力:“追求理论的力量——《法律理论的前沿》代译序”,载《法制与社会发展》2003年第2期;[美]波斯纳著:《法律理论的前沿》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第252~254页。

一种更加简单也更加廉价的说服技术；由于通常无须依赖于数据和经验性资料，所以，以修辞取代论证既可以降低言说者的言说成本，也可以缩减接受者的接受成本。<sup>〔1〕</sup> 如果法学研究者不愿或无力承担高昂的研究成本，并且如果法学学习者也不愿或无力支付高昂的学习成本，以修辞技术为支撑的“权利话语”就必定成为研究者和学习者共同欢迎的东西：这是一种有意无意的合谋。正如以粗糙技术生产的劣质商品因其低成本和低价格而能够在贫困地区获得广阔的销售市场一样，“权利话语”在中国法学界的普遍流行，在一定程度上标志着中国法学的贫困。

〔1〕 [美]波斯纳著：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第570~575页。

## 第二章 评析“本土资源说”

### ——再看《秋菊打官司》

学者们公认的、目前中国法治建设中的最大难题，莫过于“有法不依、有令不行”。为什么会出现这种局面？为什么在西方运作良好的一些法律制度来到中国之后竟会“水土不服”？学者们普遍认识到，法律的有效实施，除了必备一些体制内的“硬件”（包括足够的执法力度、完善的监督机制以及高素质的法律职业群体等等）之外，还需要社会环境的支持。如果环境不利，法律就难免在其实施过程中被扭曲变形，甚至形同虚设。然而让人头疼的问题是，中国社会的“水土”究竟有哪些成分不适合“现代法律制度”？对此，学者们似乎已经有了答案。相当普遍的一种观点认为，与西方社会相比，中国社会法治观念淡漠，中国公民缺乏权利意识和法律信仰。归根结底，中国本土的“法律文化”与来自西方的现代法律制度之间存在深刻的裂痕，甚至在某些地方格格不入。

这些判断也许是正确的，但却不能增进我们的理解。法治观念淡漠是法治状况不佳的现象之一，而不是一个原因；而用文化差别来解释这种现象，就根本算不上是一种解释，因为现象就包含在文化之中，二者之间



不存在严格意义上的因果关系。<sup>[1]</sup>倘若对学者们继续追问,中国社会的法律文化何以如此?就很少有人能说出个所以然来了。不仅如此,由于文化这个概念无所不包,几乎与整个社会相对应,所以它本身也不具备可操作性。倘若按照学者们的指示,中国本土的法律文化就是阻遏法治现代化建设的绊脚石,我们该怎么办?要改变中国社会的法律文化吗?即便答案是肯定的,它也仅仅是一个目标、一个口号,而不是一个方案。拿文化开刀类似“狗啃月亮”无从下手,更何况文化(或社会)在一定程度上是不可塑的,通过改变中国社会的文化来迁就现代法律制度的想法无异于削足适履。诚如苏力所言:

当中国近代社会的主要目标是要实现现代化,法律被视为一个建立未来理想社会之工具,并用来推行各种激烈或稳健的改革以回应未来社会之际,法律的主要功能就发生了一种根本性的改变。立法者和法学家往往不是强调法律回应社会,将社会中已经形成的秩序制度化,而是要求社会来回应法律,希冀以国家强制力为支撑,首先人为地和有计划地创造一种社会秩序的模式,并且主要是以“先进”国家为标准,然后将中国社会装进这个模子中。<sup>[2]</sup>

在苏力看来,这是中国法治现代化进程面临各种悖论的深刻原因,也是目前法律实施状况不佳的最终根源。<sup>[3]</sup>基于这种认识,苏力在20世纪末提出了在中国法学界颇具影响的“本土资源”说。当人们普遍将法治状况不佳归咎于执法不力、司法不公或公民法治观念淡漠的时候,苏力却把他的视线投向了立法,他开始反思当代中国立法实践的合理性。

---

[1] 诚如苏力所说的,“……文化成了一种掩盖学术能力之欠缺的大旗。研究者往往仅仅指出中西差别和古今差别,然后就用文化解释了差别。这样一来,文化就变成了一个百试不爽、打遍天下无敌手的武器(若要问‘为什么有这些差别’,回答是‘文化’)……一些研究者在使用这一概念时,甚至将其涵盖人类的一切精神的、物质的成果和活动,因此就包括了部分或全部政治、经济、社会、制度、风俗、习惯、文学、历史、思想以及其他可能包括的社会现象。这种几乎无所不包的文化概念当然很有解释力,但也因此丧失了解释力”。苏力:《阅读秩序》,山东教育出版社1999年版,第83~84页。

[2] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第31~32页。

[3] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第13页。

苏力敏锐地指出,“就总体来说,法治是一种实践的事业,而不是一种冥想的事业。它所回应和关注的是社会的需要”,因为“法治的唯一源泉和真正基础只能是社会生活本身”。<sup>[1]</sup>受哈耶克等人的影响,苏力怀疑法律移植,反对过分强调国家立法主导,尤其反对以国家垄断的方式来维持秩序。<sup>[2]</sup>他主张当代中国法治建设应当注重利用本土的传统和惯例,<sup>[3]</sup>他对基层司法实践中的一些“土办法”和“潜规则”表现出一定程度的同情和认可。<sup>[4]</sup>苏力的研究始终关注中国问题并带有强烈的实用主义色彩。至于如何利用以及从哪儿去寻找本土资源,苏力回答说,寻求本土资源和注重本国的传统不应被理解为只从历史中或从历史典籍规章中去寻找:“本土资源并非只存在于历史之中,当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。”<sup>[5]</sup>苏力暗示,如果能够成功利用本土资源,中国法治建设的艰难处境可望从根本上得到缓解。

应当说,苏力的“本土资源”并不让人感到陌生。从“本土资源”的概念里,我们可以发现萨维尼的“民族精神”、萨姆纳的“民俗与民德”、埃利希的“活法”乃至狄冀的“客观法”的影子。“本土资源”说的思想根基在中国学术界也不乏一片沃土,在某种程度上它可以被视为一百多年来“中体西用”的学术思潮在中国法学界的当代版本。

应当承认,与许多直觉性、宣言式的所谓法学理论不同,苏力的绝大多数分析、论证和结论都经过了严肃、认真、深入、细致而艰苦的学术思考。其理论的认识论基础相当坚实,知识密度很高,在实践上也具有一定程度的可操作性。至少在我个人看来,“本土资源”说是迄今为止中国法理学界最有洞察力、最有深度并因此也是最有学术价值的理论成果之一。说苏力提高了中国法学界的声誉,绝非夸大其词。然而,任何一种有价值的学说或理论都应当而且需要在回应各种批评和挑战的过

[1] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第31页。

[2] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第30页。

[3] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第13页。

[4] 苏力:《送法下乡:中国基层法律制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第八章、第九章。

[5] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第14页。

程中得以逐步完善和提升。遗憾的是,尽管苏力的“本土资源”说自提出至今十多年来一直不乏各种批评,但这些批评大多不着边际,并且大多是立场性的、扣帽子式的、以势压人的而非学术性的,以至于根本不足以构成任何挑战。

本章将对苏力的“本土资源”说提出一种学术意义上的批评。我会更多地关注苏力的论证、分析以及他使用的方法,而不仅仅是他的结论。我选择他的两个实证性研究作为批评的切入点,进而评析他的整个理论建构。在批评“本土资源”说的过程中,将逐步提出、展开、推进我的观点;在本章的后半部分,我试图提出一种关于中国法治建设和法律运行的另一种竞争性假说:“社会资源”说。

### 一、“本土资源”知多少

迄今为止,苏力还没有列举出足够数量的并且是让人信服的成功利用“本土资源”的制度范例。苏力曾经以20世纪70年代末80年代初中国农村的经济体制改革(同时也是法律的变革)来例证他的理论。在他看来,中国农村改革的制度创新之所以能够取得成功,不是因为它打断了传统,而是因为这一改革在很大程度上回归了传统。<sup>[1]</sup> 这个判断也许没错,然而,中国农村的经济改革实际上可以被贴上各种不同的标签。我们还可以说,家庭承包责任制是当时中国农村摆脱“集体行动困境”这个世界性古老难题的唯一出路,是人民公社失败之后的必然结果。即便中国历史上从来没有一家一户的农业经济制度的传统,当时的中国人民以及中国政府也只能做出这种制度选择。实际上,的确没有任何证据表明,无论是当时中国的最高决策层还是安徽凤阳县小岗村的农民们在决定“分地”的时候都慎重地考虑了中国的传统。再说得过分一点,倘若美国人民、英国人民或法国人民面临相同处境,他们肯定也会做出同样的选择。由此看来,即便苏力的判断是正确的,我们也无从推测出“本土资源”对于

[1] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第16页。

中国农村的经济改革究竟起了多大作用。<sup>〔1〕</sup>

此外,苏力还提到中国传统的宗法制度影响了华人企业的组织结构和运作,并因此把宗法制度当做“有利于企业的稳定和市场经济的形成和发展”的一种“本土资源”。<sup>〔2〕</sup>然而,实际上家族式企业并非华人社会所特有,几乎所有的西方企业一开始都是家族式的,只是后来才进化为具有迅速扩张能力和强大连属能力的公司结构。弗兰西斯·福山指出,企业的家族式经营是低信任度社会的普遍特征,由于缺乏信任,企业所有者不会把企业经营权放手交给家族之外的专业经理人。不仅如此,家族式的经营管理会大大限制企业规模的扩张,并因此阻碍企业参与全球经济的范围和幅度。<sup>〔3〕</sup>至于苏力所说的,家族企业“在一定程度上、在一段时间内有利于减少交易费用”倒是真的——在不信任外人的情况下,也只能通过信任自己的亲属来降低交易费用了。

当然,我们不能因为苏力没有找到成功利用“本土资源”的制度范例而去责怪他。也许苏力的目的只是提出一个分析理解问题的思路,对具体制度的发现和考察则留给读者和实践者。他只提供一个网,并不想把所有鱼都打起来给别人看。更何况,即便在中国现行法律制度中很难找到成功利用“本土资源”的范例,也不能证明“本土资源”在法治建设中的意义无足轻重,更不能证明苏力的理论是错误的。相反,按照苏力的逻辑,这一事实恰恰暴露出中国法律制度本身的一个严重缺陷——没有对“本土资源”给予恰当重视。倘若没有这个缺陷,“本土资源”说的现实意义反而要大打折扣。

在2001年的一个实证研究中,苏力通过文本研究的方法——利用计算机检索关键词(比如“习惯”、“风俗习惯”、“惯例”)在大量制定法文本

〔1〕 此外,苏力列举了苏南乡镇企业的快速发展。借助费孝通等人的社会调查,苏力解释道,苏南乡镇企业之所以比其他地区发展得更迅速,很重要的一个因素是先前公社制下就已经出现的社办企业。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第16~17页。然而这个例子同样不典型,先前的社办企业为后来的乡镇企业所提供的“资源”,更有可能是经济意义上的,而不是制度意义上的。

〔2〕 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第14页。

〔3〕 [美]弗兰西斯·福山著:《信任:社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版,第76页、90页、96页。

中出现的频率,来寻找习惯在中国现行制定法中的踪迹,并借此推断习惯在制定法中的地位和作用。<sup>[1]</sup> 结果却发现,“中国当代的制定法,除了在涉及国内少数民族和对外关系的问题上,一般是轻视习惯的”。<sup>[2]</sup> 对此,苏力解释说:“作为传统之延续的‘习惯’往往很自然会在某种程度上——或是在直觉上让人们感到——不利于社会的全面现代化。确实,现代化在一定意义上就是要改变传统,改造习惯。因此,看轻、贬低乃至要改造习惯不仅是力求救亡图存、振兴中华的执政党的一种必然选择,而且在当代中国社会中特别是广大现代知识分子中也具有很强的普遍共识”。<sup>[3]</sup> 此外,百年来中国一直比较流行的单线进化论观点也赋予习惯以更多的贬义,“移风易俗”、“破旧立新”乃至“改革”一直是中国共产党和中国政府的一个潜在的贯穿始终的基本政策主线。“正是在这一语境之中,制定法或类似制定法的其他规范性文件几乎成为唯一的法律渊源,习惯受到了拒绝。”<sup>[4]</sup> 苏力对于他所认为的中国制定法轻视习惯感到十分遗憾,进而提出他自己的主张:

在制定法上注意研究并及时采纳习惯,不仅可以弥补制定法必定会存在的种种不足和疏忽,以及因过于严密细致的法律无法适应社会变化而可能带来的僵化;更重要的是,吸纳习惯也是保持宪法和法律富有生命力,使之与社会保持“地气”,尊重人民首创精神的一种不可缺少的渠道。<sup>[5]</sup>

然而在我看来,这个实证研究的结论是不可靠的,首要的原因是苏力在研究方法上犯了一个根本性的错误:通过用计算机检索关键词在法律文本中出现的频率来判断习惯在制定法上的地位是根本行不通的,因为习惯进入制定法不一定(实际上是通常不会)被立法者明确贴上“习惯”

[1] 苏力:“当代中国立法中的习惯:一个制定法的透视”,初载于《法学评论》2001年第3期,后收入《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第84~108页。

[2] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第95页。

[3] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第96页。

[4] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第98页。

[5] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第107页。

的标签。可以稳妥地打赌说,倘用计算机检索中国古代法律文本或世界各国法律文本中的关键词,也肯定会获得同样的结果,并且——按照苏力的逻辑——还将得出一个普遍性的结论,即世界各国在所有历史时期的制定法都不重视习惯。其实苏力已经认识到他的研究方法所存在的问题,但他却大大低估了问题本身的严重性,他认为他的研究方法所存在的问题仅仅是一种“不足”、是边缘性的而不是根本性的,并且这种不足还可以“予以适当的弥补”。<sup>[1]</sup> 但无论如何,至少在他看来,当习惯进入制定法的时候,会有足够高的概率在法律文本中被明确冠之以“习惯”之类的字样,否则他就没有理由认为其研究方法具有一定的合法性,其研究结论具有一定的可靠性。然而事实并非如此,在仔细阅读大量法律文本(尤其是民事、商事这些习惯密集度较高的法律,包括中国的和外国的)之后,我发现,习惯进入制定法并被立法者明确标示为“习惯”的概率绝对没有高到足以支持一种研究方法的地步,恰恰相反,这个概率趋近于零。

法律对于习惯(在这里,可以把“习惯”放大到“本土资源”概念)的利用一般有两种方式。第一种方式是“积极吸收”,即以立法或司法的方式确认习惯——或将习惯规定为正式的法律,或把习惯作为判案的依据。有些习惯具有非常重要的社会控制功能,对于维持社会秩序的常态运转是必不可少的。法律承认这些习惯,意味着国家认为这些习惯意义重大,并因此愿意以投入公共资源来维持这些习惯性秩序。来源于习惯的法律,确切地说是法律与规范(social norms)重合的部分,在世界各国的法律制度中都占有相当大的比重,并且正是这些法律构成了人类社会秩序的基础。综观各个国家的民事、商事乃至刑事法律,其最基本及最重要的内

[1] 苏力承认,“人们完全可以质疑,制定法重视习惯与否未必与制定法中出现‘习惯’之字样的频率相关。一个重视习惯的制定法,完全有可能不出现或很少出现‘习惯’的字样,而只是立法者在该法制定过程中注重了调查研究习惯,甚至是立法者自觉在制定法律规则时依从了社会的习惯,将至少是一部分习惯制定为法律;或者很少提到习惯,而是如同前面提到的一些国家和地区的民法典那样,仅仅提到‘从习惯’”。但是苏力又认为,“这种情况确有可能发生。但就本文研究的具体问题而言,在当代中国的语境下,似乎并不存在”。然而为什么“似乎并不存在”?苏力却在这个至关重要的问题上表现出少有的匆忙和不负责任,他没有提出令人信服的解释。苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第89页。

容都是来源于习惯。<sup>[1]</sup> 当习惯进入法律的时候,立法者可以按照国家意志或根据现实需要对习惯进行修正或使之精致化,但其主干部分,却不仅自古至今没有发生多大变化,甚至在各个国家之间也没有太多分别。法学家总是强调中国古代法律与中国当代法律、中国法律与西方国家法律之间的巨大差别,但却很少注意到这些法律的核心地带(对于维持社会秩序必不可少的那些最重要规则的最关键内容)之间存在惊人的相似。譬如“杀人偿命,欠债还钱”这两个古老的习惯规则(同时也是法律规则)就是跨越历史和国界的,我们很容易在各个国家的各个历史时期的法律制度里,甚至可以在前政府时代的初民习惯法中清晰辨认出它们的形迹。对于前者,尽管法律规定了各种减轻制度,甚至有些国家还废除了死刑,但无论如何故意杀人总要受到非常严厉的惩罚;对于后者,尽管法律规定了时效制度,但这只是意味着国家拒绝就保护私人的远期债权投入公共资源,但国家不阻止私人以合法手段追偿超过诉讼时效的债权。再如,尽管法律规定了法定结婚年龄,但却从未破坏“男大当婚、女大当嫁”的古老习惯;尽管法律规定了遗产税,但却从来没有把私人的遗产充公或收归国有。

尽管这些法律制度的核心内容都是古老的习惯,但我们几乎不可能在相应法律文本中发现“习惯”之类的字样。我们也无法想象,立法者会在仔细辨认每一条法律规则的渊源之后,在法律文本中对某些习惯法规则逐一贴上“习惯”的标签。这一画蛇添足之举会把法律文本搞得不像样子。立法者的目的仅限于把内容规定出来,至于前者,则是法学家和历史学家们的任务。正因为如此,“习惯”(以及“惯例”、“风俗”)在各个国家的制定法文本中都是非常罕见的字样。

由此看来,苏力的研究方法——通过计算机检索关键词来判断习惯在制定法中的地位——是无法成立的。当然,研究方法的错误并不必然导致研究结论的错误,尤其对于像苏力这样一位极具敏锐洞察力的学者,就更不能排除可能出现的歪打正着的戏剧性结果。然而,即便苏力关于

---

[1] 哈耶克在其《立法、法律与自由》(邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版)一书中就大致表达了这种观念,参见该书第一卷第二章、四章、五章。

中国制定法轻视习惯的“直觉性判断”(无论如何,这已经不能被称之为一个“研究结论”)能够大致成立,研究方法的错误也必然会使苏力夸大中国当代制定法轻视习惯的程度。不仅如此,研究方法的错误还可能使得苏力夸大了习惯对中国当代制定法的意义,并因此夸大了中国当代制定法必须重视习惯的紧迫性和必要性。当然,这只是一个有待于进一步证实的推测。

## 二、习惯对法律的影响

前文已经指出,被规定为法律的习惯都是意义重大并且历史悠久的社会规范,实际上正是这些习惯性规范,构成了整个社会秩序的基础。在习惯进入法律之前,习惯性秩序只能依靠由私人投资(即私人之间的监控和惩罚)汇集而成的“社会资源”来维持;在习惯进入法律之后,为了巩固这些习惯性秩序,国家就会在“社会资源”的原始积累基础上追加投入公共资源。因此,将某些习惯规定为法律意味着某些私人控制领域转化为私人与公共的双重控制领域。

相对于私人惩罚,公共惩罚拥有类似于规模经济的优势。<sup>[1]</sup>对于维持习惯性秩序而言,国家在私人投资的基础上追加公共资源可以强化对违法犯罪的威慑效果、减轻私人监控和私人惩罚的负担,并因此可以节省社会总成本,从而最终实现国家和社会的双赢。然而受有限公共资源和财政预算的约束,理性的国家不会把所有的习惯都吸收进法律之中。实际上,没有进入法律的习惯远比已经进入法律的习惯的数量更多。与主动吸收不同,法律对后一种习惯的利用方式是“消极默认”。

被法律默认的习惯也具有重要的社会控制功能,但由于种种原因(最常见最重要的原因是法律实施的成本太高),立法者不便把这些习惯规定为法律的形式。在几乎所有的现代国家,说谎既非侵权也非犯罪,除非有约定在先;法律对大多数失信都不予理睬;吝啬或见危不救不会受到法律

[1] 从制度上,公共惩罚的产生可以类比为大规模的股份公司取代了分散的小作坊,因此,公司相对于作坊的许多优势(包括分散风险、降低交易成本、协同作业、管理者专门知识以及规模经济)都可以用来解释公共惩罚相对于私人惩罚的优势。



的惩罚；<sup>〔1〕</sup> 盗窃一捆柴草不会被警方立案侦察；多数国家放弃了对通奸的处罚；某些国家甚至放弃了对卖淫和赌博的处罚。这些行为都是被习惯禁止或排斥的，但法律之所以采取（或可能将要采取）置之不理的态度，主要有三个原因：其一，国家必须节省法律实施的费用。理性的国家应当适当限制法律的调整范围，如果把所有习惯都吸收进法律之中，必将引起执法和司法成本的极度攀升，并因此导致公共资源和财政预算的不堪重负。其二，私人之间的监控和惩罚以及私人解决纠纷的方式在很多情况下比公共监控和公共惩罚以及司法审判的运作成本更低，因此保留某些私人控制领域，使之成为“法律不入之地”，反而会降低社会控制总成本。其三，既然习惯已经在这些领域有效发挥了社会控制功能，那么即便法律撒手不管，私人之间的监控和惩罚仍然会在这些领域维持着习惯性秩序。或者说，正是由于习惯起作用了、社会自发地行动起来了，国家才有条件在这些领域无为而治。<sup>〔2〕</sup> 不仅如此，为了节省执法和司法的公共资源，国家甚至会在一定程度上容忍一些与法律精神格格不入的陈规陋俗。例如，国家企图在婚姻法上强制推行一夫一妻制并在刑法上设置重婚罪来瓦解多妻制的陋俗，但如果生活在一个多妻婚姻中的当事人各方相安无事，法律就会睁一只眼闭一只眼。再如，尽管继承法规定了男女平等的法律原则，但若作为继承人的兄弟姐妹之间根据“出嫁之女、祖业无份”的传统陋俗达成了分割遗产的协议，法律也不会主动宣布这个协议无效。不难发现，法律是以置之不理的方式来表现它对良好习惯的尊重，而以“不告不理”的方式来表现它对陈规陋俗的容忍。仅仅一个“私法自治”原则，就不知容纳了多少习惯和陋俗。

习惯是长期社会博弈的结果。作为内生于社会的“自控型秩序”，仅凭私人之间的监控和惩罚而无须借助于外在的强制力，习惯就能自我维

---

〔1〕 [美]波斯纳著：《道德与法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，第126页。

〔2〕 这些观点受下列文献的启发，但不直接来自于这些文献。Gary S. Becker & George J. Stigler, Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers, 3 *Journal of Legal Studies*, 1974; William M. Landes & Richard A. Posner, The Private Enforcement of Law, 4 *Journal of Legal Studies* 1975; Mitchell Polinsky, Private versus Public Enforcement of Fines, 9 *Journal of Legal Studies*, 1980.

持,有时还能自然扩展。然而,原本能够自我维持的习惯一旦被规定为法律,除了必然会导致执法和司法成本的攀升之外,还可能使习惯产生对国家强制力的依赖性,从而破坏习惯与生俱来的自足性。因为,国家为维持习惯性秩序追加投入公共资源,必然会削弱私人监控和私人惩罚的激励和力度,创生并维持习惯的原始社会资源也会随私人投资的减少而减少。在这种情况下,一旦国家将习惯重新划归私人控制领域,习惯就会因“社会资源”的供给不足而难以自我维持。<sup>[1]</sup>

正因为如此,即便社会生活中已经形成或正在形成的习惯对社会有莫大的好处,法律通常也不会把这些习惯吸收进来,法律对待习惯的最理想态度就是任其自生自灭。法律实施固然需要获得习惯的支持(否则国家就需要使用更大的国家强制力),<sup>[2]</sup>但习惯却未必因此一定要被规定为法律。动辄把习惯吸收进法律的做法,实际上是在追求国家对维护社会秩序的一种垄断,而这恰恰是苏力所反对的。<sup>[3]</sup> 在另一篇文章中,苏力提出了“法律多元”的观念。他说,“在任何具体的社会中,所谓社会制度都不仅仅是国家的正式制定的法律,而是由多元的法律构成的,这些多元的法律又总是同时混缠于社会微观的同一运行过程中”。<sup>[4]</sup> 问题是,只要“法律多元”的合理性得到确认,制定法吸收习惯的迫切性就大大缓解了。

毫无疑问,习惯对于国家制定法有巨大的影响,可以说,构成社会秩序之基础的法律规则大多来源于习惯,然而这只是习惯对于国家制定法的历史影响。已经进入法律的习惯和不应该进入的习惯都不会也不应引起立法者的注意,只有那些应该进入但尚未进入法律的习惯才会对国家制定法产生现实的影响。尽管我们无法统计这部分习惯的数量,但只须考虑到习惯的再生速度十分缓慢,就可以断定这部分习惯的数量必定相

[1] 在我出生的村庄曾有一个历史悠久的习惯,按照习惯,每个家庭有义务轮流打扫街道卫生。人民公社时代,该习惯通过由生产大队来安排值日家庭的方式继承下来,但当人民公社废除之后,这个习惯就不复存在了。如今村庄的街道比我小时候要脏得多。

[2] [英]哈耶克著:《个人主义与经济秩序》,贾湛等译,北京经济学院出版社1991年版,第23页。

[3] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,页30。

[4] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第52~53页。

当稀少。我想,这大概就是苏力一直没有找到成功利用“本土资源”的制度范例的真正原因;归根结底,习惯对国家制定法的现实影响是很微弱的。尽管苏力一直主张立法者应当注意研究并及时采纳习惯,但他或许没有想到,在这里立法者和作为学者的苏力会遇到同样的难题——如果可被吸收进法律的习惯数量相当稀少,那么立法者搜寻并辨认习惯的信息费用必定十分高昂。而一旦立法的信息费用超过了预算的上限,那么参考、借鉴或者移植外国现成的法律制度就至少是立法者自身的一种理性选择了。

### 三、秋菊何以困惑

苏力怀疑法律移植主要是基于以下理由:其一,中国当代的法律移植是以国家主导的“变法模式”自上而下强制推进的,而变法和法治之间存在一种紧张关系,移植来的法律至少在其实施的初期不能便利人们的行为,相反可能会使人们感到是在添麻烦;当人们企图规避法律并转而求助于习惯来解决纠纷的时候,就必然会出现国家制定法的普遍无效和无力。<sup>[1]</sup>其二,苏力强调“社会生活中所需要的知识至少有很大部分是具体的和地方性的”、“外国的经验也不可能替代中国的经验”。因此,中国的法治只能来源于中国的社会生活,必须从中国的本土资源中演化创造出来。<sup>[2]</sup>其三,在实践层面上,苏力认为,法律移植几乎没有成功的先例。在这里,他似乎有意淡化了日本这个移植成功的例外。<sup>[3]</sup>

苏力怀疑法律移植与他强调“本土资源”的重要性是一个问题的两个方面,二者基于一个共同的前提预设,即在当代中国社会法治实践与西方国家(乃至与其他任何一个国家)之间都存在着深刻的差别,因此中国的法治建设不可能是西方国家法治建设在中国社会的重演,中国的法治实践必须根据中国的国情来选择自己的道路。

[1] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第11~13页;苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第23页。

[2] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第17~19页。

[3] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第10页以下,33~37页。

苏力在1996年发表的一篇文章中分析了电影《秋菊打官司》中的案例。<sup>〔1〕</sup>这个并非现实生活中的案例在苏力笔下被分析得相当精彩,并展示出强烈的现实意义。苏力的目的显然不在于分析这个案例,而是通过分析案例来揭示正式法律制度和中国社会背景之间的深刻裂痕。我的目的则恰好相反,通过重新检视苏力对这个案例的分析,我要说明的是,正式法律制度和中国社会背景之间的裂痕并不深刻,至少不像苏力所理解的那样:二者“脱节了”。请注意,苏力和我都没有试图把“秋菊打官司”当作支持各自论点的一个例证,而只是通过电影故事的情节和细节有效地展开和推进相应的讨论。

按照苏力的叙述(请注意,苏力对电影故事情节的叙述是有选择的,当然,为了自己的理论需要而对电影故事情节做出有选择的叙述,既不可避免,也无可厚非。但我的目的不是重新分析电影的故事情节,而是重新检视苏力对电影故事情节的分析,所以我只能“按照苏力的叙述”,而不是按照原电影故事情节来简介这个案例),女主人公秋菊的丈夫因和村长争吵被村长朝下身踢了几脚,秋菊因此怒而上告村长。秋菊认为,村长可以踢她的丈夫,但“不能往那个地方踢”。秋菊要讨个“说法”,这是她打官司的目的,但几次告状都没有达到这个目的。最后,公安机关发现村长的“殴打”已经构成“轻伤害”,就把村长抓走并处以15天行政拘留,这是正式法律制度处理秋菊案的最终结果。然而这个结果却不是秋菊想要的,秋菊打官司的目的仅仅是要讨个“说法”。需要说明的是,在这里,苏力的描述和电影的情节都出现了法律错误,倘若村长的殴打构成“轻伤”,就属于刑事管辖的范围了。但这个法律错误不影响苏力的分析,也不影响我的分析。

在苏力看来,正式的法律制度没有对秋菊的诉讼请求做出恰当回应,它“无法理解、也没有试图理解什么是秋菊要的‘说法’”。因为,正式法律制度的设计和安排上没有留给这个“说法”一个制度空间。<sup>〔2〕</sup>尽管苏

〔1〕 苏力:“现代法治的合理性和局限性”,该文最初发表于《东方》1996年第3期,在被收入《法治及其本土资源》一书中改题为“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”,中国政法大学出版社1996年版,第23~37页。

〔2〕 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第26页。

力说他承认这种法律运作作为制度的合理性,但他仍然认为正式的法律制度是需要改进的,<sup>[1]</sup>但在后来的论述中,苏力实际上对正式法律制度的合理性产生了怀疑。苏力写道:

就秋菊的情况来看,秋菊的要求更为合乎情理和可行,而且其社会结果也更好一些。因为在我看来,任何法律制度和司法实践的根本目的都不应当是为了确立一种威权化的思想,而是为了解决实际问题,调整社会关系,使人们比较协调,达到一种制度上的正义。从这个角度看,界定权利和建立权利保护机制的权力应当是分散化的,在可能的情况下应更多地考虑当事人的偏好,而不是依据一种令人怀疑的普遍永恒真理而加以中心化。因此至少从秋菊的困惑来看,我们应当说,中国当代正式法律的运作逻辑在某些方面与中国的社会背景脱节了。<sup>[2]</sup>

在引文的最后一句话里,苏力阐明了他一贯的学术立场,进而在文章结尾,他利用这种逻辑反思并质疑了中国当代法律移植的学理和实践。

然而在我看来,苏力的分析是片面的。对于处理秋菊案来说,正式的法律制度并不像苏力所理解的那么拙笨。<sup>[3]</sup>《民法通则》规定的承担民事责任的多种方式中就有“赔礼道歉”这一项。<sup>[4]</sup>倘若按照苏力所说的,秋菊所要讨的说法,“大致是要上级领导批评村长,村长认个错”,<sup>[5]</sup>那么正式法律制度完全能够满足秋菊的这一诉讼请求。如果法院判决村长承担“赔礼道歉”的民事责任,就等于“法院批评了村长,并且要求村长认

[1] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第27页。

[2] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第28页。

[3] 在苏力分析的另一个关于耕牛的案例中,他犯了同样的错误。甲乙两个村民约定“搭伙”养牛,并就如何分割耕牛买卖收益发生纠纷。所谓“搭伙”,就是一个村民拥有耕牛所有权,而另一个村民仅拥有耕牛使用权。但法院却根据民法通则中关于合伙的法律规定判决了这个案件。参见苏力:《送法下乡:中国基层法律制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第201~232页。苏力认为,由于法律没有规定“搭伙”,所以法官就必须“剪裁事实”,这是规则与事实发生冲突的必然结果。然而,在这个案例中,苏力和法官共同犯了一个常识性的法律错误:法官不应根据民法通则中关于合伙的法律规定来判决此案,而应适用合同法的有关规定,这样法官就不必“剪裁事实”了。

[4] 参见《民法通则》第134条第10项。

[5] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第23页。

错”。当然,在电影故事情节里法院没有如此判决,这不难理解,因为编剧和导演需要追求电影的戏剧效果,但苏力却不应沉溺于电影的戏剧效果并因此责怪正式的法律制度。

在苏力看来,正式的法律制度对秋菊案的最后处理结果(把村长行政拘留)“损害了社区中原来存在的、尽管有纠纷但仍能互助的社会关系,损害了社区中曾长期有效且在可预见的未来村民们仍将依赖的、看不见的社会关系网络”。苏力的判断也许没错。然而如果按照苏力的逻辑,不把村长抓起来的结果是否会更好呢?当然,就这个案例本身来说,结果显然要好得多,但就法律制度来说,这个结果也许更糟。法律是一个激励机制,它通常忽略已经沉淀的成本,但必须防范未来可能发生的损失。不把村长抓起来,法律就很难震慑乡村社会中经常出现的殴打行为,也就会有更多人在殴打他人的时候缺少顾忌,社会关系也因此(包括互助的社会关系)就会在更大程度上受到损害。如果两种处理方案都会对社会关系造成破坏,那么法律就有理由选择对社会关系造成较轻损害的一种方案。我承认,法律对秋菊案的最后处理结果是一个悲剧,这在很大程度上是因为村长在秋菊打官司之后又帮了秋菊一个大忙(村长组织村民把难产的秋菊送到几十里外的县医院),然而这只是个戏剧性事件,是导演和编剧为追求电影戏剧效果而刻意设计的一个出人意料的情节。但生活毕竟不是戏剧,在现实生活中,加害人在做出伤害行为之后又为受害人提供帮助的概率能有多少呢?如果这个概率足够高,秋菊还会和村长打官司吗?

苏力还提到,在乡村社会的关系网络中,村长和秋菊的丈夫之间隐约存在一种权利和义务的交换。也就是说,由于村长承担了村民陷于危难时的救助义务,他因此获得了对村民“踢几脚”(为准确表达苏力的意思,我放弃使用“殴打”这个正式的法律概念)的权利。<sup>[1]</sup> 苏力暗示,村长和秋菊丈夫之间的这种权利和义务的交换具有社会学意义(而不是法律意义)上的合理性。当然,我无须强调交换必须是“自愿”的,因为苏力所说的交换是制度性的,交换一旦被固定为制度就必然包含着某种强制。但作为制度的交换,其形成必须依赖于足够高的交换成功的概率;如果交换

[1] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第29页。

总是失败,这种制度性交换就必定难以为继。但就中国目前绝大多数乡村而言,在村长和村民之间似乎根本不存在这种制度性交换;如果法律根据这种凭空想象的制度性交换而对殴打案件中的“村长”网开一面,在某些地方已经出现的“恶霸治村”的局面就势必会愈演愈烈。不仅如此,据我推测,在秋菊生活的那个村落里,好像也没有这种制度性交换,否则就会出现另外一个戏剧性结果——秋菊可以从法院讨回一个“说法”(法院判决村长承担赔礼道歉的民事责任),但在她自己生活的村子里,却什么“说法”也讨不出来了。

至于秋菊认为村长可以踢她的丈夫(但不能踢下身),只是表明她承认村长有权对她丈夫实施报复(因为她丈夫骂村长“断子绝孙”),而不能被理解为村长和她丈夫之间存在一种权利义务的交换。秋菊之所以对村长踢她丈夫的下身感到愤怒,是因为在她看来村长的报复过分了,这是她决定打官司的起因,也是她要讨“说法”的依据。由此看来,秋菊的逻辑和法律的逻辑并没有太大出入,二者之间唯一的区别似乎仅在于,秋菊承认但法律不承认村长有权踢她的丈夫。尽管如此,法律仍然对这种差别表现了相当程度的尊重,如果村长踢得并不严重,则即使构成轻伤,只要秋菊不告状,法律就不会追究村长的责任。也就是说,法律上的“不告不理”原则已经为秋菊的逻辑——这种“地方性知识”——保留了充足的制度空间。换言之,尽管法律不认同秋菊的逻辑,但法律却不妨碍秋菊按照她自己的逻辑去处理纠纷。

苏力在另一篇文章中指出,“司法不会接受秋菊对人体各部位重要性的判断和区分,不会接受秋菊和她所在的那个社区赋予‘那个地方’的特定的文化含义”。<sup>[1]</sup>苏力在这里明显判断失误了。实际上,秋菊对人体各部位重要性的区分在司法上是能够得到确认的,根据1990年《人体轻伤鉴定标准(试行)》的有关规定,阴囊血肿应被鉴定为“轻伤”,<sup>[2]</sup>但人体其他外露部位的血肿却一般连“轻微伤”都算不上。这意味着,和秋菊一

[1] 苏力:《送法下乡:中国基层法律制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第198~199页。

[2] 参见1990年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《人体轻伤鉴定标准(试行)》第38条。

样,法律也认为“不能朝那个地方踢”。

退一步说,即便如苏力所说的“正式的法律制度无法理解,也没有试图去理解什么是秋菊所要的‘说法’”,我们也缺乏足够的理由去责怪法律。如果法律试图理解每一个当事人的“说法”,法律的运作成本就会攀升到令社会无法承受的程度;与此同时,伴随着规则的弱化以及自由裁量权的扩张,徇私舞弊和枉法裁判也极有可能乘虚而入。最基本的形式合理性要求法律不能屈从于当事人的意志,法律永远以相对固定的规则来应对现实世界的无限多样性、无限复杂性和无限可变性,这正是规则与事实之间的永恒紧张。其实,苏力对这些道理再清楚不过的了,在另一篇分析“梁祝悲剧”的文章中,苏力就对这个道理做出了相当透彻的解说。<sup>[1]</sup> 但我不明白苏力为什么会区别对待“梁祝的悲剧”和“秋菊的困惑”。

任何一个国家的法律制度和繁复庞杂、纷扰凌乱的社会现实之间都会有一段距离,用法律来处理纠纷,个案正义就难免会有一些折损,但这是一个社会选择服从规则治理的法治模式所必须付出的代价。并且无论如何,这不能成为苏力质疑法律移植的理由,因为即便是本土创造的法律制度,也存在同样的问题(“梁祝的悲剧”就是一个典型的例子,“媒妁之言,父母之命”的中国传统婚姻制度显然不是移植而来),问题的根源更多不是来自于法律的内容,而是来自于法律的形式。颇具讽刺意味的是,中国关于处理殴打案件的法律制度(至少就其内容而言)恰恰不是移植来的,这个制度目前的确存在很多迫切需要解决的问题,<sup>[2]</sup> 但无论其中哪个问题,都不是苏力从分析秋菊案中所发现的问题。并且就中国总体的法律制度来说,存在问题最多的、最严重的法律也恰恰不是移植来的民事、商事法律,而是中国立法机构自己创造的大量行政法规。不仅如此,目前中国法治建设最严重的问题,诸如欠债不还、“三乱”、贪污腐败、幕后交易、制假售假、走私贩毒、偷税漏税、抽逃出资、不正当竞争以及各种地下产业等,其中似乎没有哪个问题能够顺理成章地归咎于法律移植。

如果按照苏力所认为的法律移植导致了移植来的法律与中国社会现

[1] 苏力:“制度变迁中的行动者:从梁祝悲剧说起”,载《比较法研究》2003年第2期。

[2] 这些问题主要包括公安机关处理轻伤案件是否可以调解、公安机关和法院的管辖权争议、派出所和刑侦部门的管辖权争议、刑事强制措施的运用,等等。



实之间缺乏亲和力,那么一个合乎逻辑的推测应当是,当下中国司法必然要应对大量“疑难案件”(所谓“疑难案件”就是规则和事实发生冲突的案件;这种案件的典型特征是,如果判决严格依从法律,就会背离公认的正义标准)。然而,据我了解,几乎所有的法官都认为他们在司法实践中很少遇到这类“疑难案件”。<sup>[1]</sup>此外,如果按照苏力所说的正式的法律制度和中国的社会背景脱节了,那么另一个合乎逻辑的推测应当是,中国各所大学里的法科学生(尤其是来自乡村的学生)在初学法律时会感到法律在许多地方不可理喻。然而,据我所知,所有的法科学生在初学法律时都感觉法律非常公平,并且在他们接触法律经济学的知识之前,他们一直认定法律的基本原则就是公平。

#### 四、法律移植的真正障碍

苏力在文章的结尾继续强调,中国的法治建设应当“重视中国社会中那些起作用的,也许并不起眼的习惯、惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度。否则的话,正式的法律就会被规避、无效,而且可能会给社会秩序和文化带来灾难性的破坏”。<sup>[2]</sup>苏力在这里对法律规避表现出来的忧虑与他在另一个地方对法律规避却表现出来的同情截然相反。<sup>[3]</sup>这种前后不一的态度似乎表明,苏力没有对合法规避法律和非法规避法律做出区分。事实上只有非法规避才会损害法律的效力,合法规避不仅不会使法律无效,而且会使法律更有力量。当人们绕开法律去解决纠纷的时候,稀缺的司法资源就可以转而投入于那些更为棘手或对法律需求更为迫切的案件上,法治的总体状况就会因此变得更好。对于纠纷中的当事人来说,倘若能不依靠法律来解决他们的纠纷,就说明他们之间仍然存在信任,相互信任的人们可以摆脱对于法律的依赖。

这个道理当然可以扩展到法律规避之外的范围。一个社会的信任度

---

[1] 我询问过许多法官,他们告诉我,“疑难案件”在司法实践中相当罕见,绝对达不到1/10的比例。但美国法官卡多佐认为,“疑难案件”在美国司法实践中所占的比例大约为1/10。

[2] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第36页。

[3] 苏力:“法律规避与法律多元”,原载于《中外法学》1993年第6期,后收入《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第41~58页。

越高,生活在社会关系网络中的人们就越能够不依赖于法律促成彼此之间的合作或解决彼此之间的纠纷,法律的运作成本乃至整个社会的交易成本就越低,社会的法治状况就越好,整个社会也越有秩序。社会成员之间的相互信任可以为法律分忧解难,可以替代法律维持社会秩序并促成社会合作。相反,社会成员之间的相互不信任则会加重法律的负担,并且会提高法律的运作成本,减损法律的实施效果。信任是法律运行不可缺少的一种“社会资源”。在高度信任的社会,复杂精细的现代法律制度借助于充足的“社会资源”能够运作得井井有条;而在低度信任的社会,即便是“欠债还钱”之类的初级法律制度也会因“社会资源”的供给不足而面临重重障碍。

应当承认,我所说的“社会资源”与苏力所说的“本土资源”的确有相同之处,两种资源都不是来自于政府的公共投资,并且都是由私人投资(即私人之间的监控和惩罚)汇集而成的。这两个概念之间也有密切关联,“本土资源”是以“社会资源”为基础的:如果“社会资源”供给不足,“本土资源”也难以收获。当然,“社会资源”的概念毕竟不同于“本土资源”,苏力所说的“本土资源”主要是指内生于社会本土的习惯和惯例,并且这一概念强调“本土性”,它暗示不同社会的“本土资源”是无法比较的;而所谓“社会资源”,则是指社会(或其之下的亚群体)成员之间的相互信任,这一概念强调与“公共性”相对立的“社会性”(即强调“社会资源”来自于私人投资而非政府财政),并且“社会资源”是一个可比较、量化的概念,不同社会的“社会资源”可以根据“社会信任度”这一指标进行比较。此外更重要的是,尽管“社会资源”和“本土资源”都是制度性的,但与后者相比,前者是一种更为弥散化的制度性资源;而后者,与其说是一种制度性“资源”,倒不如说是一种制度的“成品”。苏力关注“本土资源”而忽视了“社会资源”,就好比他只知来收获野草,但忘记了去改良生长野草的土壤;他同时还忽略了,在改良土壤之后,不仅能够收获野草,还能种植或移植更有价值的树木和庄稼。

基于上述观念,我提出一种假说:中国法治建设之所以不是很成功,以及现代法律制度之所以在中国社会“水土不服”,最重要的原因不是“本土资源”被重视不够,而是“社会资源”供给不足,归根结底,是由于中

国社会目前面临严重的信任危机。并且我认为,这个关于“社会资源”假说在解释力和可操作性上可以部分地取代“本土资源说”。在下文的讨论中,我将继续充实这个假说。

## 五、法律运行的社会资源

尽管信任是个古老的话题,但是它直到20世纪50年代才开始受到心理学家和博弈理论家的关注,<sup>[1]</sup>直到20世纪70年代才成为社会学的专门课题。<sup>[2]</sup>从20世纪90年代开始,信任作为经济发展中“社会资本”(social capital)开始受到经济学家的普遍重视,大量经济学文献讨论了信任与经济增长和社会繁荣的密切关系。在经济学家看来,作为“社会资本”的信任是一种不同于物质资本和人力资本的制度性资本。<sup>[3]</sup>与此同时(甚至更早),法律社会学家和法律经济学家开始关注信任(尤其是作为信任基础的信誉)的社会控制功能以及信誉机制和法律强迫机制之间的互动关系。<sup>[4]</sup>然而,国内法学界至今还没有对信任问题给予恰当的关注,信任与法律运行和法治建设的关系更是很少有人提及,倒是一位经济学家(张维迎)近几年开始深入研究信任和信誉机制对于法律实施的影响。<sup>[5]</sup>

---

[1] 20世纪50年代,美国心理学家杜特(Deutsch)对囚徒困境中人际信任的实验研究,与赫兰德(Hovland)、詹尼斯(Janis)和凯利(Kelly)对人际沟通过程中的“信源可信度”的研究一起,开创了社会心理学中信任研究的先河,并被视为人际信任的经典研究。彭泗清:“关系与信任:中国人人际信任的一项本土研究”,载郑也夫、彭泗清等:《中国社会中的信任》,中国城市出版社2003年版,第1页。

[2] 下列文献是社会学研究信任问题的经典之作:N. Luhman, *Trust and Power*, John Wiley & Sons Ltd., 1979; S. N. Eisenstadt and L. Roniger, *Patrons, Clients and Friends: Interpersonal Relations and the Creation of Prosperity*, Cambridge University Press, 1984; [美]伯纳德·巴伯著:《信任:信任的逻辑和局限》,牟斌等译,福建人民出版社1989年版。

[3] [美]弗兰西斯·福山著:《信任:社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版。Stephen Knack and Philip Keefer, Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation, 112 *Quarterly Journal of Economics*, 1997, pp. 1251 - 1288; R. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Tradition in Modern Italy*, Princeton University Press, 1993.

[4] 斯图沃特·麦考雷早期的一个开创性研究讨论了交易活动和信任的关系, Stewart Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28 *American Sociological Review*, 1963. 关于信任(信誉)的社会控制功能以及它与法律的互动有两个著名的文献:[美]罗伯特·艾利克森著:《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版; Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

[5] 张维迎:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版。

弗兰西斯·福山于1995年出版了他的畅销书《信任：社会道德与繁荣的创造》。在该书中，福山借用林语堂的比喻把华人社会描述为“一盘散沙”。在他看来，由于华人社会（包括中国内地、台湾地区、香港以及世界其他国家的华人居住区）的信任度很低，所以企业组织长期保留家族经营和家族所有的特征；而家族式的经营管理既限制了企业规模的迅速膨胀，又限制了企业参与国际竞争的范围和幅度。<sup>〔1〕</sup>福山把中国人之间缺乏信任的根源归结为中国文化本身。尽管许多学者不同意福山对于中国文化的解释，但对中国社会目前面临的信任危机却又无话可说。<sup>〔2〕</sup>

无须学者们的归纳和论证，我们也能亲身体验到当今社会生活中的信任危机。企业和客户之间的不信任、老板和员工之间的不信任、消费者和厂商之间的不信任、患者和医生之间的不信任、教师和学生之间的不信任、官员和民众之间的不信任，甚至家庭成员之间的不信任，在当前中国社会都是司空见惯的现象。张维迎提到过的一则报道非常典型地反映出中国社会的信任度：中国农业银行决定全面改进服务质量，其中采取的一个措施是，每个储蓄所的柜台上都要为储户提供一台验钞机。这种做法听起来有些可笑，但其深层原因则是人们对银行缺乏信任，<sup>〔3〕</sup>而银行恰恰应当是一个社会最值得信任的企业。

人力资源或物质资源一旦面临稀缺的状况，其市场价格就会大幅提升，市场机制很容易缓解稀缺资源的供给不足。而信任作为一种“社会资源”却对市场反应并不敏感，“社会资源”的稀缺不仅不会提升其自身的市场价格，还可能导致“社会资源”的继续贬值。换言之，信任危机一旦发生，就容易出现恶性循环。用经济学家术语说，在一个普遍不信任的社会里，由于信息的不对称，就会出现关于“社会资源”的“柠檬市场”。假设在银行看来，如果社会上所有企业的平均信用度相当糟糕，并且如果银行要搞清楚某个具体企业的信用度是否高于平均值需要花费很多精力，

〔1〕 [美]弗兰西斯·福山著：《信任：社会道德与繁荣的创造》，李宛蓉译，远方出版社1998年版，第84~114页。

〔2〕 张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版，第5~6页；彭泗清、郑也夫等：《中国社会中信任》，中国城市出版社2003年版，第291~295页、311页以下。

〔3〕 张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版，第5页。

那么银行就会对所有企业统一采取不信任的态度。这意味着,即便是信用良好的企业,也很难仅仅凭借其良好的信用就能从银行获得贷款;同时意味着,信用良好的企业要为信用糟糕的企业承担连带损失,其结果就导致了信用资源在稀缺状况下的继续贬值。<sup>[1]</sup> 实际情况也正是如此。自1992年以来,中国各个商业银行为降低自身的信贷风险,已经大大压缩了信用贷款的规模;如今,如果中小企业不能提供抵押担保,银行一般就不会放贷。<sup>[2]</sup> 这一信贷政策的负面效应是,企业更加不注重积累自己的信用了,因为对于企业来说,信用显然更加不值钱了。

对于法治状况而言,信任危机的直接后果是违规、违约、违法数量以及纠纷和诉讼数量的上升。原本可以协商解决的纠纷,现在必须要打官司了;原本无须上诉的案件,现在必须要上诉了;原本可以调解或和解的案件,现在必须要判决了;原本判决就可以结束的案件,现在必须要强制执行了;原本可以顺利执行的案件,现在执行也不解决问题了;原本通过司法途径可以解决的案件,现在还要上访了;原本可以保释的案件,现在必须要羁押了。以上每一种情况都会大大增加法律实施的成本和难度。不仅如此,许多法律制度(比较典型的是合同法、公司法、反不正当竞争法、招投标法、产品质量法和劳动法)之所以运行起来步履维艰,最重要的原因就是整个社会缺乏信任。

信任的问题其实是个“可信任”的问题。我之所以不信任某人,是因为我认为这个人不可信任;而我之所以认为这个人不可信任,是因为在我看来,即便这个人背叛我,也不会受到因背叛而得不偿失的惩罚。所以,

---

[1] 一个引人注目的事例是2004年南京“冠生园月饼事件”所产生的连锁反应。据上海电视台2004年9月19日报道,2004年南京冠生园月饼质量不合格的黑幕被新闻媒体曝光后,使得与之毫不相干的上海冠生园月饼受到牵连,尤其是原来市场份额较大的福州、武汉、石家庄、山东和北京等省市都纷纷退货,市场销售比原计划一下子减少了50%。而更为严重的是这个家喻户晓的老字号“冠生园”的名字受到了重创。其实,南京冠生园这次惹的祸,不仅牵连到同名不同厂的冠生园月饼,还殃及了整个月饼市场,导致当年月饼销售量的大幅度下跌。

[2] 目前中小型企业发展面临的障碍就是“融资难”的问题。对于中小型企业来说,合法的融资渠道主要是银行贷款,但由于这些企业的信用基础十分薄弱,银行不会轻易放贷。通过民间渠道融资又很容易陷入“非法集资”的陷阱。刘燕:“发现金融监管的制度逻辑”,载《法学家》2004年第3期。

信任的问题归根结底还是惩罚的问题,尤其是私人惩罚的问题。<sup>[1]</sup>如果虚假注册或者抽逃注册资金的公司仍能够很容易地找到生意伙伴,如果生产劣质商品的企业仍能够拥有大批的消费者,如果欺骗老板的员工或欺骗员工的老板仍能够很方便地找到新的工作或雇到新的员工,或者如果违法操作的招投标机构并不担心被另一家竞争性机构抢走生意,就无法指望在相应的领域会产生高度的信任,也无法指望相应的法律制度会在其实施过程中一帆风顺。

## 六、怎样提高社会信任度

公共惩罚和私人惩罚都可以促进社会成员之间的相互信任,但如果公共执法和司法机构已经不堪重负,并因此无法指望国家会大幅度继续追加公共资源,通过激励私人投入资源来提高社会信任度就显得尤为必要。这里所说的“社会资源”就是由私人投入的惩罚资源汇集而成的。然而,在提高社会信任度的问题上如何激励私人投资?一个最直观的答案是,设法为私人惩罚提供机会,并设法提高私人惩罚的收益、降低私人惩罚的成本,以使惩罚者能够从中获益,尤其避免出现惩罚者得不偿失的局面。

根据这个道理,要提高社会和经济领域里的信任度,首要的任务是建立健全对违规、违约和违法行为的信息披露机制,这是降低私人惩罚信息费用的必要措施。如果有人背叛或侵犯了他人,即便受害人有能力也有机会实施惩罚,但他若不知情,也无法采取相应的行动。如果政府、媒体或私人打假机构不能把劣质产品的品牌披露出来,消费者就很难通过“用脚投票”来对这些生产者和销售者实施私人惩罚,生产劣质产品的企业也就不会对自身信誉给予足够的重视。在乡村社会中,“闲言碎语”就是一个很重要的信息披露机制。<sup>[2]</sup> 社会越封闭,社会成员之间的互动关系越

[1] 经济学家曾把信任区分为三种类型,即基于遏制的信任、基于知识的信任以及基于认同的信任。D. Shapiro, B. H. Sheppard and L. Cheraskin, Business on a Handshake, 8 *Negotiation Journal*, 1992, pp. 365-377. 细想之下会发现,这三种类型的信任归根结底都是基于惩罚的信任。

[2] 关于“闲言碎语”的社会控制功能,可参见 Sally Engle Merry, Rethinking Gossip and Scandal, in *Toward a General Theory of Social Control* (Edited by Donald Black), Academic Press, Inc., 1984, Vol. 1. pp. 271-302.

密切,彼此之间的隐私空间越狭窄,道德观念的同质性越高,“闲言碎语”的社会控制功能就越强。但在商业社会,隐私空间的扩展使人们彼此之间生活得相当疏离,“闲言碎语”的社会控制功能也因此大大削弱了。要在商业社会发展高度的信任,就必须开发新的信息披露机制。例如,建立自律性的协会组织,加入协会的成员都要经过协会组织的信誉检验,这样协会组织成员的身份或资格就成为该成员高信任度的标志。然而,只有竞争性的协会才会注重协会自身的信誉,如果协会是垄断性的(像目前的律师协会和注册会计师协会),就缺乏激励对成员进行严格的信誉检验,其结果将会阻碍所有协会成员的信任度提升。此外,发展营利性的信息提供商也是一个相当有效的途径,大众传媒和咨询公司就是一些典型的信息提供商,但要使这种制度化的“闲言碎语”能够发挥有效的信息披露功能,就必须在制度上给这些信息提供商以充分的自由度。

发展社会信任的可行思路是充分重视私人监控、私人惩罚和市场制约机制的作用,因此,促进竞争、打破垄断往往是提高一个行业信任度的最有效办法。比如,电信行业形成三家竞争的局面之后,电信行业就开始注重自身的信誉了。而法院的信誉之所以还很不理想,一个很重要的原因是,法院至少在某个行政区是垄断性的。因此,提高司法公信力的可行方案之一就是在法院系统内部引入竞争机制(比如,扩大约定管辖的范围,让当事人有权选择他们信任的法院和法官),或在法院系统外部建立竞争性纠纷处理机构。

中国从中央计划经济体制下解脱出来的时间还相当短暂;对于促成经济领域里社会信任来说,计划经济时代遗留下来的后果和痕迹是一些不容忽视的障碍。理论上,一个有序竞争的市场环境最容易促成经济主体之间的相互信任,在这种环境中,中断交易关系就是一种有强大威慑效果的私人惩罚。相反,市场秩序的混乱以及政府的不当干预却经常会破坏私人惩罚机制发生作用的条件。中断交易关系对于卖方市场中的卖家、买方市场中的买家以及处于垄断地位的企业通常就不那么奏效,因为这些商家或企业对市场份额的减少并不十分在乎,同行业的竞争对手也难以构成实质性威胁。地方保护或行业保护也人为地扰乱了正常的市场竞争,并经常使中断交易关系的私人惩罚措施归于无效,这些保护性政策

不仅会抵消受保护的违约方遭受私人惩罚的损失,而且还可能给被违约方的私人惩罚设置各种障碍。因此,要重建经济领域里的信任就必须维持一个有序的市场竞争环境,尤其要杜绝政府对市场的不当干预。经济学家发现,越是商业发达的社会,信任度就越高,并且,社会的信任度和商业发达程度还可以相互促进。<sup>[1]</sup>

从博弈论的角度,只有在多次往复的博弈或者在持续进行的交易关系中,受害人才拥有惩罚加害人的机会,并且也只有在这种条件下,加害人才会对惩罚有所顾忌。显然,一个相对稳定的社会更容易满足个体之间长期互动的条件,相反,在人口频繁流动、制度频繁变迁的社会里,就更容易出现“一锤子的买卖”。而在“一锤子的买卖”中,就最容易出现受害人无计可施、加害人无所顾忌的局面。长期的互动关系可以给私人之间的相互惩罚提供更多机会,可以促进个体之间的相互信任,并因此有利于秩序的形成。倘若在这种意义上,苏力把时间视为法治的内生变量就不啻为一个真知灼见了。<sup>[2]</sup> 反观中国社会,在过去一百多年间,激进的社会变革和狂热的政治运动破坏了社会成员之间稳定的互动关系,也因此瓦解了人们之间的相互信任。信任的破坏可能发生在朝夕之间,但其恢复和重建却离不开一个长期稳定的社会环境。

就致力于提高社会信任度而论,仅靠私人和市场力量还远远不够,强大的公共权力以及雄厚的财政预算为国家推进社会变革的努力提供了广阔的空间和值得看好的前景。政府不该管的要放开,该管的就必须管好。违法必究,执法必严,切不可息事宁人、姑息养奸,面对数量众多的刁民和失信企业,政府执法机构必须扛得住,妥协、退让乃至桌下交易,只会葬送政府自身的公信力。软弱的执法会扭曲法律激励,而扭曲法律激励的后果,不仅是扰乱市场,而且会败坏民风。如果诚信的企业总是受损,失信的企业却总是获益,那么失信的企业就会越来越多;同样,如果良民受损而刁民获益,那么刁民的数量也会越来越多。这些现象不是都发生了吗?

[1] 张维迎:“信息与信用”,载郑也夫、彭泗清等:《中国社会中的信任》,中国城市出版社2003年版,第252页。

[2] 苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第23页。



“和谐”是目的而不是手段。将“和谐”手段化的后果,是眼前的或表面上的“伪和谐”会取代真正的和谐而成为现实政治实践的操作性目标,而这必然会诱使甚至逼迫公共机构的决策短视。然而,这里的麻烦却是,当伪和谐与真和谐之间的界限模糊不清的时候,和谐就难免蜕变为对抗法治的借口。一旦“和谐”变成了一个动词,“被和谐”的现象层出不穷也就不足为怪了。

较之庞大的党政机关,司法系统相对独立且规模较小。通过司法改革着力提高司法公信力可以作为推进整个官僚系统改革的突破口。只要司法公信力足够强,哪怕一枝独秀,也可以通过连环背书提高行政机构、企业以及其他组织和个人的信用度。然而,对于提高司法公信力而言,改革的当务之急并非致力于解决司法不公或司法腐败,而是先让执行长出牙齿。

## 七、让执行长出牙齿

据权威解读,以“四五纲要”为蓝本的新一轮司法改革是问题导向,而非理念取向。<sup>[1]</sup> 诸项改革措施所要着力解决的问题依然是长期备受诟病且严重影响司法公信力的“司法不公”和“司法腐败”。然而,由于广义上的司法涵盖了审判和执行两个环节,且执行尚未从法院职能中分离出去,所以,与法律人通常仅把司法不公狭义地理解为“审判不公”不同,公众对司法不公的感受,除了审判不公之外,还包括“执行乏力”;毕竟,按经济尺度衡量,“赢了官司赢不了钱”比输了官司的结果好不到哪里去。司法公正不能仅仅落实在字面上,执行不了的判决只是空头支票,它至多能给当事人一个“说法”。然而,在关于新一轮司法改革的热烈讨论中,由于种种原因,执行乏力——这一长期困扰中国司法的棘手难题——却在很大程度上被忽略了,甚至成了“房间里的大象”被视而不见。如果这种合谋性的沉默不打破,司法改革就难免误入歧途。

[1] 2014年7月9日,最高人民法院在济南召开新闻发布会,通报了指导未来5年法院改革工作的重要纲领性文件——《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》(简称“四五纲要”)的有关内容和法院深化司法改革的推进情况。但刚要全文并未公布。最高人民法院司改办主任贺小荣对“四五纲要”的解读,可参见《人民法院报》2014年7月10日版。

我们需要认清的问题是:就当下的司法状况而论,审判不公和执行乏力,哪种情形更严重?哪种情形侵蚀司法公信力的程度更大?哪种情形更容易导致法律制度的激励失灵?以及,哪种情形存在更大的改进空间?这不是小问题,而是决定司法改革方向和改革资源分配的大问题。只有思路对头,改革才不会出现方向性错误。

决定司法公信力的因素有两个:一是审判的公正/准确性,可用错判率来衡量,错判率越高,审判公正度就越低,当错判率降为零值、裁判正确率达到100%就可被称作“完美裁判”;二是执行的效果,可用执行率来衡量,执行率达到100%就算得上“完美执行”。若事前考察债权人的预期诉讼收益的话,那么完美执行条件下20%的错判率比之完美裁判条件下80%的执行率,或者完美执行条件下40%的错判率比之完美裁判条件下60%的执行率,对于债权人没有实质性区别,两种审判和执行水平的组合为诉讼当事人以及社会和市场主体提供的激励也是一样的。

执行率和裁判正确率的乘积可以测度司法的完美程度,采用任何单一指标做出的判断都是片面的。完美裁判与完美执行的组合就是“完美司法”。完美司法固然可以让司法公信力达到极值,但在任何一个时点,受制于公共预算以及其他约束,完美司法是无法客观实现的。司法改革的现实目标是在给定司法资源的前提下实现最大化产出,而这意味着某种程度的司法不完美是必须被容忍的。无视成本的改革只是“折腾”。所以说“迟来的正义是非正义”,就是因为时间的约束之下,较之一个迟延的正义判决,一个及时的不太正义的判决往往更加可取。

假定法院裁判的正确率是80%,但执行率只有30%,那么司法的完美度就只有24%;这意味着只有24%的案子真正实现了正义(以数量指标衡量),或者只有24%的债权被实际偿还(以额度指标衡量)。这道简单算术题显示了司法中“乘数效应”:裁判正确率和执行率中的任何一个指标畸低,都会严重拖后腿,并且还会在很大程度上挫伤进一步提升较高指标的改革努力。

基于“乘数效应”的逻辑,在给定司法资源的条件下,司法改革的目标就应当两者兼顾——既非单纯追求审判公正,也不能仅仅致力于改善执行效果,而应最大化裁判正确率和执行率的乘积。当然,这并不意味着司

法改革要在两个方面平均用力。改革必须考虑既定的司法现状,更多的资源首先应考虑投入到拖后腿的短板上。如果错判率畸高,改革的目标就应倾斜于解决审判不公;如果执行率畸低,提高执行效果就更有理由成为改革的重心。

司法改革的设计者任务艰巨,准确定位改革目标、合理设计改革方案、有效分配改革资源都须拿数据说话。事先开展严谨而广泛的调研是非常关键的工作,在这个问题上,任何长官意志以及意识形态因素都应被彻底剔除。司法改革采取试点制度表现了决策者的冷静和理性,<sup>[1]</sup>事后总结改革试点经验教训的调研工作就成为避免改革失误的防火墙。这项工作是否严谨还是草率会影响乃至决定中国司法未来的命运。调研者必须对真相负责,并且只能对真相负责,撒谎的结果是祸国殃民,这在古代就是“欺君之罪”。

拿数据说话也不是件容易的事情。在现有条件下,法院系统的错判率和执行率都很难获取,也很难估测。原因很简单,错判率无法统计,而执行率虽然可以统计,但法院不愿意去统计。浏览《中国法律年鉴》,我们几乎看不到可以评估执行状况的任何有效数据。<sup>[2]</sup>能够测度执行效果的恰当指标是“额度执行率”(执行到位标的总额/受理案件标的总额),也就是法院系统所说的“执行到位率”。但若公布的统计数据只是执行案件的标的数额,那对于测度执行效果就几乎没有意义。

虽然没有准确的数据,但对于执行率畸低的判断至少在熟悉司法内情的圈子里仍能形成共识。即使执行率只有30%(这个数值是我对法院执行状况的乐观估计),断定执行乏力应成为司法改革的重心也还为时尚早,因为我们还要考虑改革的空间。改革不能无视成本收益,改革的空间

---

[1] 2014年6月6日,中央全面深化改革领导小组第三次会议通过了《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》。上海、广东、吉林、湖北、海南、青海6个省市先后被确定为司法体制改革的试点。

[2] 法院关于执行的统计数据主要有两项:一是“实际执行率”,实际执行率=执结数(强制执行+和解+自动履行)/执行结案数;二是“执行案件结收比”,执行案件结收比=执行结案数(强制执行+和解+自动履行+终结+不予执行+其他)/执行收案数。这两项数据法院每半年统计一次,多数法院的实际执行率在70%~80%之间,执行案件结收比在60%~70%之间。即使没有统计造假,这两项数据也不能衡量法院的执行效果。

越小,改革的投入产出比也越低;如果不存在任何改革的空间,那么所有改革投入都是浪费资源。鉴于此,接下来需要讨论的问题就是:审判和执行,哪个环节存在更大的改革空间?或者说,将同等数量的资源投入到哪个环节更有利于改善司法的状况?以及哪种改革取向具有更高的性价比?

尽管执行率畸低已是公认的事实,但在执行环节是否存在改进空间的问题上却仍有许多疑问。一个简单的事实是,在进入诉讼的案件中,很多债务人已经没多少财产可供执行,这类案件通常会以“执行中止”不了了之。无财产可供执行的债务人就是一根硬骨头,法院纵有通天本领,也不能从这根骨头上啃下肉来。另一个事实是,在许多国有银行申请执行的案件中,申请人原本就没指望法院能把债权讨回,申请执行的目的只是利用法院出具的执行终结文书当作核销呆账的依据。

然而即使如此,我们仍需要继续追问:为什么会有如此之多的案件在进入诉讼之前债务人就已经丧失了财产?这个问题不难回答,受阻于破产程序太高的准入门槛以及申请破产时债权人的集体行动困境,原本应该破产的案件却进入了执行程序,以致强制执行取代了绝大多数破产。<sup>[1]</sup>但这只是对现象的描述,还没有涉及当事人的动机。尽管在任何环境中,资不抵债都是企业固有的经营风险,但这种风险并不完全独立于企业家的动机,执行乏力恰恰就是诱发企业机会主义行为的重要动因。当执行到位的债权数额低于本金时,企业负债的利息率就变成了负值。在这种情况下,企业家人为增加债务风险的冲动是无法遏制的,因为没什么比欠债更划算的了。如果企业家只考虑借钱不考虑还债,或者在借钱之初就没有量力而行,资不抵债的风险必定人为增加。法院经常抱怨进入诉讼的很多案件都已是没肉的骨头,殊不知正是法院自身的执行乏力增加了硬骨头的数量。

即使无财产可供执行的案件在债务诉讼中占有很大比例(有学者提

[1] 唐应茂:《法院执行为什么难:转型国家中的政府、市场与法院》,北京大学出版社2009年版,第115~118页。

供的样本数据是30%~40%)<sup>[1]</sup>也不能据此认定法院在强化执行力度方面已没有多少改进的空间。我了解的一个基层法院在采取强化执行力度的一些措施之后,执行率就显著上升了。根据最高院2013年7月透露的数据,全国法院2008~2012年执结的被执行人有财产的案件中,70%以上的被执行人存在逃避、规避甚至暴力抗拒的行为,这个数据也表明了强化执行力度还大有文章可做。<sup>[2]</sup>此外,另一个众所周知的事实是,在法院执结的案件中,大多数案件均以执行和解的方式结案。执行和解中的债务人显然不是没肉的骨头,只是骨头难啃。至于最终能啃下多少肉来,就要看法院执行机构的牙齿究竟有多锋利了。

讨论执行和解,我们还要回到指标和数据。错判率和执行率都可以按数量和额度被进一步细分成四个指标。错判率包括:(1)“数量错判率”(错判案件数量/受理案件总数);(2)“额度错判率”(错判案件标的总额/受理案件标的总额)。执行率包括:(1)“数量执行率”(完美执行的案件数量/受理案件总数);(2)“额度执行率”(执行到位标的总额/受理案件标的总额)。

下文的分析只采用额度指标,原因很简单:额度指标更精确,也更容易揭示真相。采用这个指标,隐藏在诉讼调解和执行和解里面的猫腻就暴露出来了。举个例子,假定你欠我100万元,加上利息150万元,如果我到法院打官司,那么先行调解的结果是让我免去了50万元利息;在执行环节中我还要继续让步,假定你我以50万元达成执行和解并最终结案,那么虽然这个案子在审判和执行两个环节都没有问题,但无法掩盖的事实是该案只有三分之一的债权被最终讨回。尽管就处理结果而言,这个案子算得上“尊重当事人意思自治”的“和谐案”,但在额度指标的衡量之下,司法效果却远不够完美。不仅案件本身没有获得公正处理,而且其处理结果还会向市场和社会释放错误的激励信号。请注意,这个案子的处理结果是把债务的利息率降到了-50%,对于大量潜在诉讼中的债务人而言,这是个多么诱人的数字!

[1] 唐应茂:《法院执行为什么难:转型国家中的政府、市场与法院》,北京大学出版社2009年版,第13页。

[2] 赵强:“6种情形将被列入‘老赖黑名单’”,载《河南商报》2013年7月20日版。

法院滥用执行和解正是执行乏力的典型表现。执行和解是一种很奇怪的制度,虽然打着“中国特色”、“和谐司法”或“尊重当事人意思自治”的旗号,但其实质却是法院已经做出的判决由于遇到障碍而进行妥协性的修改——债权人被迫向债务人做出让步;依法做出的判决就这样被废掉了。执行和解是一种公然把执行乏力合理化的制度,是对恶意讨债行为的包庇和纵容,也是国家执政能力弱化的典型表现,其针对债权人的潜台词是:“如果你拒绝和解,你得到的只会更少。”可是,一旦执行乏力成为债务人谈判的筹码,就会形成恶性循环——执行越是软弱,就越有可能变得更加软弱。倘若债务人屡屡在诉讼中尝到甜头,他们就会发现,司法是他们逃避或减轻债务的合法渠道——与其主动还钱,不如等着吃官司。

不仅如此,执行乏力还会形成倒逼机制,在审判环节削弱司法公正,因为在诉讼调解中执行乏力依然可以成为债务人谈判的筹码。“大调解”的司法政策以及被异化的“和谐司法”都加剧了法院滥用调解的局面,个别法院甚至地喊了“零判决”的口号。法院滥用调解的程度并不亚于滥用执行和解,调解率和执行和解率都是法院系统业绩考核的指标。只要考虑到有大量案件以调解结案,就会发现法院的错判率其实远超人们的通常评估。尽管调解结案在程序上是合法的,但在扭曲法律制度以及向社会和市场释放错误激励的方面,它与执行和解所发挥的负面作用是一样的。如果采用额度指标,问题就会变得十分清楚。假定调解结案的结果是让债权人放弃了30%的债权,那么尽管这个案子判决合法,但被放弃的30%债权却仍要被计入额度错判率的分子之中。在严格意义上,调解结案就是一种合法的错判。

判断案件处理对错的标准,最重要的不是看纠纷本身是否得到了解决,而是要看处理结果能否向社会和市场释放正确的激励信号。也只有采用这个标准,才能把“和稀泥”与公正判决区分开来。无论是诉讼调解,还是执行和解,结局都是迫使债权人做冤大头。尽管这会让法院在解决纠纷方面省一时之功,但因此激励的更多纠纷迟早还会找上门来。这也说明,执行乏力不仅加重了审判的负担,而且造成了司法资源的浪费。如果不该打的官司涌向法院,挤占有限的司法资源,那么一部分该打的官司就会绕开法院。一旦“赢了官司赢不了钱”的现象成了司法常态,部分债

权人就势必要使用非法的手段来讨回债权。如此,法院内部的麻烦就延伸到了社会。

司法必须“向前看”(forward looking),即必须面向未来并注重后果,这才是真正进取的、负责任的司法态度。相反,倘若法院只看眼前、只着眼于解决纠纷,追求案结事了、息事宁人,就会扭曲法律激励,进而损害法律权威。近年来被异化的“和谐司法”为原本短视的司法政策提供了意识形态上的伪正当性,滥用“和稀泥”的做法于是变本加厉。殊不知,如果司法仅仅致力于解决纠纷而不再维护法律尊严,那么法院在解决纠纷方面也会越来越力不从心。司法的两种功能是相生的,而不是相克的,它们一损俱损,一荣俱荣。“向前看”是进攻性的司法姿态,而息事宁人的短视则是防御性的司法姿态,但进攻本身就是最好的防御,防御的结果却往往是步步退让。法律的底线一旦失守,后退一步就是悬崖。

执行的软弱倒逼了审判的软弱,两种软弱加在一起就是“司法无力”。当下司法最大的问题之一,便是司法无力。赢得司法公信力首先要靠力量,其次才是公正和廉洁。“威信”二字说得极好,有“威”才有“信”。要改变司法无力的现状,执行环节就是最佳的突破口。只有让执行长出牙齿,司法才能反守为攻。

怎样让执行长出牙齿?这个问题还涉及诸多技术性细节,应该留给相关领域的专家去做全面系统的研究,本章只能泛泛而论。公允地说,近几年法院系统在强化执行力度方面的努力确实可圈可点,先后出台的许多措施——尤其是为执行机构松绑(可以绕过人民银行直接查询被执行人的银行账户)、限制被执行人高消费、将失信被执行人列入“黑名单”等——都已初见成效。但受制于执行机构的权能以及法院在地方政治生态中的地位,这些强化执行力度的措施仍难以发挥出其全部潜能。我的看法是,在目前的制度框架内执行乏力的状况很难有根本性改观。扩编增员当然可以强化执行的力度,但其性价比远不如制度上的改进,一个好的制度胜过千军万马。就改进执行制度而言,至少有两个方向大有文章可做。

其一,增加对恶意逃债的惩罚和威慑。债务人之所以倾向于消极履行,或者敢于隐匿财产、逃避执行或抗拒执行,是因为即使这么做了也没

什么严重后果,最坏的后果也只是把债给还了。能拖就拖、能逃就逃才是上策,债务人的逃债能力越强,在执行和解中对抗债权人的筹码就越多。要对付恶意逃债的被执行人,罚款、限制高消费以及列入“黑名单”之类的经济性惩罚都显得太薄弱了,且不说惩罚落实的概率很低,即使这些惩罚全部落实,然后加总,也难抵逃债收益的千百分之一。在这种情况下,行政惩罚以及刑事制裁就变得不可或缺。虽然刑法中明确已规定了“拒不执行判决裁定罪”,但就威慑恶意逃债而言,却几乎是形同虚设。最重要的原因就是执行机构的权能不足,以及法院在地方政治生态中的权威低下,执行机构没有侦查权,即使发现当事人抗拒执行已构成犯罪,移送公安机关之后也通常不会再有下文。要想解决这个问题,这就需要第二个措施形成配套。

其二,将执行机构分离出来,进而将其“警察化”。执行原本就是一种行政权,分离出来后,无论建立独立的行政系统还是与公安机关或司法行政机关合并,都应采取垂直管理、统一调度的体制。倘遇执行异议,审查后可退回法院处理;若发现恶意逃债的线索,执行机构有权直接立案侦查;侦查终结之后,认为构成犯罪的,直接移送检察机关审查。总之,要让执行长出牙齿,执行机构就应拥有独立侦办相应犯罪案件的一切权能(包括讯问、询问、搜查、查封、扣押、拘留、通缉、侦查等)。

这看起来是一种相当激进的改革措施,但考虑到执行乏力所引发的一系列恶性连锁反应,考虑到扭转社会风气、重塑市场秩序,进而维护法律尊严和权威的迫切性和重要性,采用这一激进的改革措施不仅不过分,而且还很有必要。实际上,除此之外已别无选择。

若将执行机构“警察化”,法院在地方政治格局中的地位和权威只会提升,不会下降。道理很简单,强化执行的力度就能提升判决的效力,人们尊重判决就会尊重法院和法官。只需原则性地做到,法官对法律负责,执行机构对判决负责,那么十八届四中全会倡导的“依法治国”就在司法领域找到了一个切入点。司法改革远不仅是司法的问题,它应该是改善社会管理和优化市场规制的突破口。

“依法治国”不是纸上谈兵。法律是以国家强制力量为后盾的,司法的背后是强权。正义不是喊出来的,将执行机构“警察化”就是以强有力





### 第三章 法律解释的假象

#### ——重解帕尔默案

无论法律制定得多么周详，它毕竟也只是一套形诸于文字并由概念和规则交织复合而成的逻辑系统（或准逻辑系统），繁复庞杂的社会事实不可能与之天然吻合。在立法过程中被立法者始料未及的法律自身的漏洞、歧义、模棱两可与含混不清，无论其潜伏期有多长，迟早会在司法过程——这是规则与事实的摩擦地带——暴露出来，于是法官必须面对那些由此而生的疑难案件。法官必须借助于某种技术（包括类推推理、“空隙立法”、剪裁事实、法律发现、重新界定概念术语乃至“造法”<sup>〔1〕</sup>）重新弥合规则与事实之间已经暴露出来的裂痕，由于这种技术通常会涉及对法律条文含义的重新界定，因而可以被笼统地称之为“法律解释”。如果把规则与事实之间的抵牾看做司法审判中的一种

〔1〕 苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问”，载《中国社会科学》1997年第4期。

病理现象,<sup>[1]</sup>那么司法中的法律解释技术就可以类比为医学上的治疗技术,对某条法律规则的解释就像是针对某一病症开出的药方。在那些与法律规则天然吻合的常规案件中,法律解释似乎没有什么用武之地,“解释”只用于规则遇到障碍的地方。<sup>[2]</sup>

显然,法律解释的目的是在规则与事实发生冲突的时候发挥磨合作用,并在二者之间重建一种平滑顺畅的关系。法律解释学企图借助于各种解释方法来为规则填补空缺、清除瑕疵,从而使疑难案件的判决能够恢复到大小前提清晰明确的司法常态。与此同时,还要利用各种解释方法来限制法官的自由裁量权。由于法官的自由裁量权会随规则不确定性程度的增加而呈现出扩张的趋势,解释方法就被当做一套程序性指令来填补因规则不确定而出现的约束力真空。正是在这种意义上,法律解释学被一些学者看作拯救法律确定性的学术努力。而另外一些学者则怀疑法律解释的这种努力是否能够达到预期的目的,因为解释本身同样是不确定的。<sup>[3]</sup>

迄今为止,法律解释学最重要的学术贡献,是为司法实践提供了一份包含各种解释方法的清单,罗列在这份清单上的解释方法大致包括文义解释、体系解释、法意解释、目的解释、比较法解释和社会学解释等。然而,仅仅依靠这些解释方法却无力实现法律解释学的既定目标,当不同解释方法出现不同结果时,法官以什么标准来决定取舍?如果这个问题没有答案,各种解释方法的选择和适用就是随机性的,疑难案件的判决仍然充满变数,由法律不确定而引起的整个司法过程杂乱无章的局面也不会被彻底改变。正如波斯纳所认为的,尽管法律解释方法集合了成文法解释的大众智慧、列举了法律解释的有关考虑因素,但“它们回答解释的疑

[1] 德沃金从另一种意义上认为,规则和事实之间的永恒紧张乃是司法审判的一种常态现象,一切案件都是疑难案件,“简单案件不过是疑难案件中的特殊案件”。Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 226. 并且,哈斯纳斯、哈钦森与昂格尔一类的批判法学家也都大致赞同德沃金的这一观点。

[2] “尽管哲学阐释学意义上的解释存在于任何人类活动之中,因此必然存在于任何案件审理之中,但是司法上所说的法律解释往往仅出现在疑难案件中……”苏力:“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”,载《中国社会科学》1997年第4期。

[3] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第313页。

难问题的能力并不比日常生活格言解决日常生活问题的能力更大”。〔1〕只有发展出一套关于在何种情况下选择何种解释方法的元规则,法律解释学才能功德圆满,并真正具有方法论的意义。对此,拉德布鲁赫可谓先知先觉。〔2〕

公允地说,法律解释学在探索解释方法元规则方面的努力虽然不是很成功,但也并非一事无成,学者们就适用各种法律解释方法的先后排序已经形成一个大致的一致。比较一致的观点是:语义解释具有严格的优先性,若语义解释的条件得到满足,它就优先于其他解释方法而被采用;只有具备足够的理由对语义解释的结果表示怀疑时,才有条件考虑上下文解释和体系解释;当这些解释结果都不能明显成立的时候,才可以考虑法意解释和目的解释;而比较法解释和社会学解释则通常是最后的选择。〔3〕这样,法律解释学就对选择各种解释方法排列了一个初步的先后顺序,但我们如何评价这种排序的学术贡献呢?尤其是排序对疑难案件的判决能够提供哪些经验和知识?对此,一种乐观的评价是,解释方法的排序已经为疑难案件的判决提供了一个初始的操作框架并因此降低了疑难案件的司法难度,这种评价隐含着一种乐观的期待,即认为沿着这一学术进路继续探索,将有望使法律解释学的研究度过这个难关。〔4〕另一种悲观的评价是,对各种解释方法的排序还基本上是随机性的,因为排序虽

〔1〕 [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第354~356页。

〔2〕 [德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第106~107页。他还举例说,一个要熊的人看到公园布告上写着“不得带狗入内”,那么他是否可以把熊带入公园呢?根据类推法,他不能,因为对狗适用的规定也必然适用于熊;但根据相反的推论(或根据严格的语义解释),他就可以把熊带入,因为熊毕竟不是狗。参见该书第107页。

〔3〕 这里介绍的关于解释方法的一般性排序,是我从许多学者的著述中归纳抽取出来的,大致反映了学者们的共识。我主要参阅的著述有:杨仁寿:《法学方法论》,台湾三民书局1987年版,第123页;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版;第243~246页;张志铭:《法律解释的操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第174~185页;陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第259~260页。[德]拉伦兹著:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五图南出版有限公司1997年版,第245~248页。另请参见R. Alexy and R. Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany* 以及 Robert S. Summers, *Statutory Interpretation in the United State*, 以上两文均载 D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth, 1991, pp. 92~99, 430~433。

〔4〕 持这种观点的学者在美国的代表是德沃金,在德国的代表是拉伦兹。国内绝大多数研究法律解释学的学者也顺理成章地接受了这种观点。

然确认了某种解释方法相对于另一种解释方法具有优先性,却无力回答在何种情况下后位的解释方法可以取代前位的解释方法。这种评价的悲观之处在于,认为法律解释学根本无力为疑难案件的判决提供一套可以作为方法的程序性指令,甚至认为在各种解释方法之间根本不存在所谓的等级秩序或元规则。<sup>[1]</sup>

我的观点接近于后一种评价;但我的考察重点不是各种解释方法,而是关于解释方法的元规则。我试图说明,即便各种解释方法是成立的,法律解释学仍然难以具有方法论的意义,原因就在于解释方法元规则的缺位。我进而试图回答,为什么法律解释学在探索解释方法元规则方面的努力不尽如人意,或者说为什么法律解释学会在这里陷入了困境。然而,我的观点要比后一种评价稍稍乐观一些,我认为法律解释在社会学意义上(而不是在方法论意义上)能够体现出某种独到的策略和智慧。借助于法律解释,司法可以巧妙地回应一些深刻的社会麻烦,并有助于缓解法官审理疑难案件时所要承受的来自社会舆论和司法意识形态的压力。

### 一、解释方法的排序

试想,如果某个医学文献对感冒的各种治疗方案排列了一个先后顺序,建议医生让病人先试着吃点药,如果吃药的结果不理想就考虑打针,若是打针还不解决问题就打点滴,那么你怎么评价这个医学文献的专业水准呢?哪怕是外行,你也不会觉得这篇文章为临床医学贡献什么知识和经验,因为无论医生还是病人都不清楚在何种情况下应当选择哪一种治疗方案,其专业水准完全没有超出大众常识的范围。

将治疗方案的排序与解释方法的排序作类比对于后者是很不幸的。类比似乎暗示着对各种解释方法的先后排序无非是用深奥理论和复杂术语包装了一个傻瓜都能明白的道理。这可能是一种误导,司法实践与临

[1] 持这种观点的学者在美国主要是批判法学的倡导者们,对解释规则最著名的批评则来自卢埃林和波斯纳。参见 Karl Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed, 3 *Vanderbilt Law Review*, 1950, pp. 401 ~ 406; [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第313页、354~356页。在国内持这种观点的学术代表是苏力,参见苏力:“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”,载《中国社会科学》1997年第4期。

床实践虽有可比性,但毕竟差异很大。临床医学的唯一目的就是把病人治好,但司法实践除了把案件“判好”之外还要考虑尽量与过去的类似判决保持连续性,为了满足后者的要求,法官甚至有理由把案件判得“不那么好”。<sup>[1]</sup> 如果你对一个临床医生讲治疗方案的“形式合理性”,他就会觉得很奇怪。过去的治疗方案对于医生而言只是一个种有价值的数据库,而过去的判决在法官眼里却不仅仅是一种信息资源,它们常常具有某种内在的约束力。<sup>[2]</sup>

然而这个类比至少有一点可取之处:它可以表明,同治疗方案的排序一样,解释方法的排序可以被看作一个程序性的操作指南,当然,也仅仅是一个指南,而不是一个指令。换言之,解释方法的排序还没有形成一条规则,它是指导性的,而不是指令性的。按照乔治·霍曼斯和罗伯特·阿克塞罗德的观点,在规则尚未形成的地方,不会有对违反规则的例行惩罚,因而是否存在一个恒常固定的惩罚结构就是辨识一条规则是否存在的结论性证据。<sup>[3]</sup> 如果在一个志向性陈述——比如波洛涅斯的格言“不欠别人钱,也不借钱给别人”——的背后观察不到对违反这一陈述的行为进行恒常的(尽管并非必然不可避免的)惩罚,<sup>[4]</sup>那么该陈述就仅仅是一个指南而不是一条规则。由于显然缺少与之相伴而生的惩罚结构,解释方法的排序还算不上一条程序性的操作规则。

对解释方法的先后排序做仔细考察就会发现,排在前面的解释方法相对简单,只需考虑较少的解释因素,耗费的信息成本也较低,解释透明度较大,解释结果也较容易预测;越是排序靠后的解释方法就越复杂,解释需要考虑的因素越多,因此耗费的信息成本也越高,解释透明度越低,解释结果也越难以预测。由此可发现,解释方法排序的背后隐含着一种

[1] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第152页。

[2] Anthony T. Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 *Yale Law Journal*, 1990, pp. 1029 - 1039.

[3] Robert Axelrod, *An Evolutionary Approach to Norm*, 80 *American Political Science Review*, 1986, pp. 1095, 1097. 以及 George C. Homans, *The Human Group*, Harcourt, Brace and Co., 1950, p. 123.

[4] 惩罚在这里应被理解为,违反规则所支付的代价高于因违反规则而带来的收益的情形。既包括客观的惩罚,比如因违反技术性规则而带来的损失;也包括人为惩罚,比如因违反社会规则被公共机构和社会舆论所强加的不利后果。

逻辑——尽量使用简单的解释方法,除非解释结果不令人满意。这种逻辑没什么高明之处,类似于“杀鸡不用宰牛刀”的生活常识。

然而,只需粗通法理学就能从中发现另外一种逻辑——尽量从法律文本的范围内完成解释活动,并尽量使解释结果清晰可靠、一目了然,这种逻辑追求法律的“形式合理性”。具体说来,它体现着对法律稳定性和可预测性的追求、对司法自主性和法律方法纯粹性的维护、对法治理念和法律权威的认同,以及对司法能动性和自由裁量权的戒备。

解释方法的排序在后一种逻辑里体现出它的专业水准。然而正如许多学者已经发现的,虽然这种排序逻辑表达了司法对形式合理性的追求,但它最终还是不能对疑难案件的判决提供方法论指导。显而易见的障碍是,排序本身无法回答在何种情况下后位的解释方法可以取代前位的解释方法。

疑难案件产生于规则与事实之间的摩擦地带,这里也是“形式合理性”和“实质合理性”的十字路口。疑难案件的疑难之处就在于当两种合理性不能兼得时,法官难以取舍或难以在两种合理性之间寻求妥协。因此,疑难案件的判决并不单纯是一个形式合理性的问题,也不是仅仅依靠一种程序性指令就能摆平的问题。当被追问在何种情况下后位解释方法可以取代前位解释方法的时候,法律解释学就被击中了软肋。该问题不可能被掩盖在一种纯粹的程序性指令之下而轻易蒙混过关,因为这是一个实体性问题。

法律解释学的牵强之处就在于它总是企图把实体性问题当做程序性问题来一并处理。不仅如此,法律解释学在一定程度上忽略了一个重要的事实即法律解释不仅仅是个“解释”的问题,甚至主要不是个“解释”的问题。疑难案件的判决涉及复杂的实践理性,需要综合权衡法律内外的各种复杂因素,而不只是一种纯粹的智识性追求。然而,探索法律解释方法元规则的研究取向却假设法律内部原本就包含着解决疑难案件的正确答案,法官不应当也无必要顾及法律外部的各种因素,只要按照既定的程序性指令选取正确的解释方法,就能够对法律进行正确解释并由此推演出判决的正确答案。德沃金为这种法律解释理论的前提和假设提供了精致的论证,并为此创造了丰富的词汇。

法律解释被有的学者称为“法律的阐释模式”，以区别于解释者尽力发现并揭示法律规则真实含义的“法律开示模式”。<sup>[1]</sup> 后者的解释对象局限于法律文本，法律的含义取决于法律文本的字词含义，而司法中的法律解释却不限于对法律文本的解释，甚至主要不是对法律文本的解释，<sup>[2]</sup> 法官必须兼顾法律规则与个案情势，<sup>[3]</sup> 平衡形式合理性和实质合理性，法律的含义最终取决于法律规则与个案情势之间的互动以及解释者之间的交流与共识，法律解释就是要在形式合理性和实质合理性之间争取一个最大的交换值。此时，法律文本不再被视为忠实注解的对象，而仅仅被看做解决问题所不容回避的因素；或者更恰当的说法是，法律文本为法官克服疑难案件提供了一种不充足的但却是必须使用的资源（法官没有放弃使用这种资源的权利，否则判决将被视为没有法律依据），短缺的那一部分仍需由法官自己去筹备。由此看来，从绝对意义上而言，“法律解释”这个术语本身也并不十分恰当（尽管，后文还将说明继续沿用此术语仍有充足的理由）。这种意义上的“解释”既不同于日常用语中的“解释”，也不同于哲学解释学中的“解释”（或“阐释”、“诠释”），它既不是一种交流手段也不代表法官的生存状态，而只是法官解决问题的一种策略。

下文将通过分析一个古老的案例来进一步展开和深化这一论点。我试图回答的问题是，为判决疑难案件，法官如何选择法律解释方法。我试图展示一个真实的但却被掩盖了的思维过程，正是这个思维过程主宰了法官对各种法律解释方法的取舍。我选择的批评对象是德沃金，这不仅因为在德沃金的著作中也可以看到对该案例的讨论，<sup>[4]</sup> 更重要的原因是德沃金对这一案例的讨论掩盖了我所要揭示的那个真实的思维过程。

[1] 郑戈：“法律解释的社会构造”，载梁治平主编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第85～86页。

[2] 苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问”，载《中国社会科学》1997年第4期。

[3] 陈金钊认为，法律解释学应从以文本为对象、以注解为方法的传统研究路径转向对文本与事实互动关系的研究，参见陈金钊：“法律解释学的转向与实用法学的第三条道路”，载《法哲学法社会学论丛》（第4卷），中国政法大学出版社2001年版。

[4] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, pp. 15 - 20.



## 二、“理论性争论”

一个有关谋杀继承的著名案例曾引起许多著名法学家的关注,<sup>[1]</sup>但这个案例的情节却十分简单。

1882年帕尔默在纽约用毒药杀死了自己的祖父,因为他知道祖父在现有的遗嘱中给他留下了一大笔遗产,而帕尔默担心这位新近再婚的老人会变更遗嘱并让他一无所获。帕尔默的罪行被发现后遭到指控并被法庭判处监禁数年,但遗产的继承问题却成了一个让法官头疼的疑难案件——帕尔默是否仍然享有继承其祖父遗产的合法权利?根据这份遗嘱,如果帕尔默死在其祖父之前,遗产的继承人就是祖父的女儿们——贡那丽尔和利格斯,她们向遗产管理人提出了继承遗产的要求,并争辩说,既然帕尔默杀死了被继承人,那么法律就不应当继续赋予其以继承遗产的任何权利。但纽约州的法律并未明确规定如果继承人杀死被继承人将当然丧失继承权,并且帕尔默祖父生前所立遗嘱完全符合法律规定的有效条件。帕尔默的律师争辩说,既然其祖父的遗嘱没有违反纽约遗嘱法所明确规定的条款,这份遗嘱在法律上就是有效的,既然帕尔默被一份有效遗嘱指定为继承人,他就应当享有继承遗产的合法权利。如果法院剥夺帕尔默的继承权,就是非法更改遗嘱,就是法官用自己的道德信仰来取代法律。

这位律师的辩解并非没有道理,事实上他获得了审判该案的格雷法官的支持。格雷法官的理由是:遗嘱人应当知道自己去世后不能再提供新的情况时,他的遗嘱将会被怎样处置。如果帕尔默的祖父早知帕尔默要用毒药杀害他,他或许愿意将遗产给予贡那丽尔和利格斯,但法院不能排除相反的可能,即他认为即使帕尔默杀了人也仍然是比其女儿更好的继承人选。对法官们来说,严格遵守现有的法律是一种明智的选择,现有法律的含义是由法律文本自身所使用的文字来界定的,而纽约州遗嘱法的相关法条并未出现模棱两可或含糊不清的地方,因而没有理由弃之不

[1] Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). 德沃金在其《法律帝国》和《认真对待权利》、波斯那在其《法理学问题》以及麦考密克和魏因贝克尔在其《制度法论》都曾对该案例发表过见解。

用。此外,如果帕尔默因杀死被继承人而丧失继承权,那就是对帕尔默在判处监禁之外又加上一种额外的惩罚。司法的一项重要原则是,对某一特殊罪行的惩罚必须由立法机构事先做出规定,法官不能对罪行另加处罚。

审理该案的另一位法官厄尔却持相反的意见,他认为立法者的意图对实际法规有重大影响。厄尔法官写道:“立法者意图内的事物包含在法律之内,它似乎全都包含在法律文本之中;而法律文本内的某种情况未必尽在法律之中,除非这种情况已包含在立法者的意图之中。这是一条为人们所熟悉的解释原则。”厄尔法官认为法律的真实含义不仅取决于法律文本,而且取决于文本之外的立法者意图。立法者的真实意图显然不会让杀人犯去继承遗产,法官不能在立法者始料未及的事情上曲解立法者的意图。

厄尔法官提出的另一条支持其见解的理由是,理解法律的真实含义应以型构法律整体的普遍原则为背景,而不能仅以处于历史孤立状态中的法律文本为依据。他的意思是,如有必要,法官就应当创造性地构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性。厄尔法官认为:首先,假定立法者具有一种普遍和广泛尊重传统正义原则的意图是合情合理的,除非他们明确表示相反的意见;其次,既然一条法律规则是一种更大的智力体系即整个法律的组成部分,那么这条法律规则的构思就应使它与那种更大的体系在原则上相符。

厄尔法官最后援引了一条古老的法律原则——“任何人不能从其自身的过错中受益”——来说明遗嘱法应被理解为否认以杀死继承人的方式来获取继承权。最后,厄尔法官的意见占了优势,有四位法官站在他一边,而格雷法官只找到了一位支持者。因此,纽约州最高法院判决帕尔默因杀死被继承人而丧失继承权。

格雷法官所理解的法律就是制定法文本,法律的含义也自然取决于文本的字词含义。厄尔法官则认为,真实的法律并不局限于法律文本,法律文本之外的立法者意图也可以是法律的一个组成部分。在德沃金看来,两位法官的争论是一种关于法律依据的“理论性争论”(theoretical disagreement)。“理论性争论”不同于“经验性争论”,后者是指律师和法

官就法律文本是否载有一条具体法律规则的争论。相比之下,法律的“经验性争论”并不神秘,它只是一种关于法律文本的字词含义的争论,这种争论并不足以酿成一个疑难案件,简单案件也经常引起这种经验性争论。而所谓“理论性争论”,按照德沃金的解释,是指关于用什么根据和原则作为标准来确定法律真实含义的争论。<sup>[1]</sup> 格雷法官和厄尔法官表面看来是在争论法律的具体含义,而实质上是在争论用以确定法律含义的根据和原则,或者说,正是因为两位法官没有就确定法律含义的标准形成共识,所以才最终引发了关于法律究竟是什么的分歧。德沃金认为,帕尔默案之所以被视为疑难案件,是因为在该案中就谋杀者是否享有继承权的问题引发了这种“理论性争论”。用波斯纳的话说,争论的焦点是格雷法官所坚持的尊重遗嘱意愿的原则和厄尔法官所发现的任何人不得以恶性获利的原则之间的冲突。<sup>[2]</sup> 因而,在德沃金看来,解决这一疑难案件的唯一途径是正确选择用于确定法律含义的原则和根据。

“理论性争论”被德沃金视为一种各方争论者所从事的“建构性的解释活动”(constructive interpretation),法律也因此被视为一种具有解释性质的概念。<sup>[3]</sup> 德沃金一直强调法律除了明确的规则之外还有隐含的原则。当法官进行“理论性争论”时,法官是用法律的内在精神或隐含原则来展开其各自的观点,并以此确定法律的真实含义。因此,帕尔默的命运取决于特定法官的解释信念:如果法官认为最完美的解释要求他不理会立法者的意图,那么他也许会做出有利于帕尔默的判决;反之,如果法官认为立法者意图对于构成完美解释是不可缺少的因素,那么他多半会判决支持被害者的女儿们。<sup>[4]</sup>

不难发现,德沃金关于审判帕尔默案的司法过程的解说与记述这一案例的文献资料几乎完全吻合(尽管解说把法官的思维过程抽象化了)。

[1] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 5.

[2] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第136页。

[3] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 87.

[4] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 87.

包括纽约判例汇编和美国东北区判例汇编在内的所有文献资料的确表明了纽约最高法院全体法官的一致同意——判决必须符合法律。无人否认如果根据得以正确解释的遗嘱法赋予帕尔默以继承权,那么他们必须命令遗产管理人将遗产交付给帕尔默,没有哪一位法官主张为了正义可以修改法律。<sup>[1]</sup> 格雷法官和厄尔法官的确没有争论就该案的判决法律是否应该让位于道德信仰,也没有争论如何判决才能对社会产生最佳的影响,抑或说,给社会带来最大的好处。所有文献资料记载的两位法官的争论焦点仅仅是,适用于该案的法律究竟是什么。德沃金把文献资料记载的司法过程不假思索地接受下来,并将其作为进一步建构整个法律解释理论体系的一个经验性前提。但他从未怀疑过的问题却是,文献资料记述的法官的思维过程是完全真实的吗? 为了实现某种目的,法官是否会将其思维过程的某一部分隐藏起来? 具有讽刺意味的是,德沃金为探索“隐含的法律”(implicit law)倾注了心血,却对法官审理疑难案件时“隐含的思维过程”毫无兴趣。

### 三、隐含的思维过程

德沃金未能令人信服地解释格雷法官与厄尔法官之间为什么会有争论。如果说两位法官的争论起因于对法律含义的理解不同,那么又是什么原因导致了这一理解上的分歧? 如果遗嘱继承人帕尔默没有杀死被继承人,那么当被继承人自然死亡之后,无论是格雷法官还是厄尔法官都不会对其遗嘱的法律效力提出疑问,也不会对法律含义的理解产生分歧,他们会根据意义明确的法律规则一致同意判决帕尔默胜诉。此时,法官无须多想也无须多说,忠实地扮演一个“自动售货机”的角色而将自己的创造力闲置起来绝不会招致任何非难和指责。乍看起来,是这个意外的谋杀使原本明确的法律含义突然间变得模糊不清,似乎在当时的纽约遗嘱法中找不到与谋杀继承相对应的规则。但仔细想来情况并非如此,法律的含义依然是明确的,如果严格按照法律的规定,一份遗嘱只要满足了法

---

[1] Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 16.

律规定的所有生效要件就应当被法律确认为是有效的,法律在此并无漏洞可言,严格依法判决不会遭遇法律上的障碍。

然而,这个意外的谋杀事件却使法官的思维过程变得复杂化了,法官意识到问题并不是这么简单。他们预感到严格依法判决将会给案件带来一个相当不妙的判决结果——谋杀者会从其恶行中获利。但若追求一个令人满意的判决方案——剥夺谋杀者的继承权,将会迫使法官放弃法律。这就是法官在形式合理性与实质合理性之间的两难选择。

格雷法官做出了忠实服从法律的选择,这么做是有理由的:法律的尊严不容亵渎,尽管它在某些地方不尽如人意,但社会既然选择了服从规则治理的法治模式,那么偶尔牺牲个案合理性就应算作一种合理代价;更何况修改法律是立法者的职责,法官不应越俎代庖,倘以个案正义的偶然牺牲换取对法律自身安定性、可预测性以及司法过程正当性的一如既往的维护,则任何一位对司法和社会负责任的法官都会觉得这是一笔建设性交易。法律形式主义尽管看起来有些不通情理,但它的确代表了一种深谋远虑的司法智慧。

厄尔法官倒像是位法律现实主义者。他显然注意到一个相反的事实:若判决帕尔默胜诉,将会给社会造成一种不恰当的激励。如此判决会使人们觉得,法律似乎允许人们用谋杀被继承人的方式尽快实现遗嘱上的继承权,并且遗嘱法留给谋杀者的这种恩惠必定会抵消一部分(甚至是全部)对谋杀者的刑事处罚。倘若某些继承人权衡利弊之后仍然认为谋杀被继承人是有利可图的,那么法律就很难阻止这些继承人的邪恶行为;相反,法律和法官反倒沦为这些人实现其邪恶目的的手段。而这显然与法官的理想——判决要创设对社会有益的激励——背道而驰。厄尔法官还意识到,支持帕尔默的判决会招致公众的强烈非议。虽说法官只应对法律和正义负责而不必理会公众的意见,然而一个社会的正义观念正是由主流的公众意见来界定的。法律如果站在了主流公众意见的对立面,就几乎等于被钉在了正义的十字架上,这对法律和司法而言都无疑是个噩梦。最终,维护法律尊严和司法正当性的努力反倒使法律和司法难以支撑起一张正义的面孔。

上述思维过程是两位法官对不同判决预测社会效果并权衡其利弊得

失的计算过程。法官采取“外部观察者”的视角使这一思维过程从宏观上远远超出了法律的界限——法律自然是一个不能忽视的因素，但绝不是唯一的因素，法律之外的政策、伦理、公众意见以及法官的个人的直觉、偏好都对判决产生不可避免的影响。支配法官思维过程的逻辑是成本收益的比较分析，法官期望他的判决能以最小的社会成本实现最大的社会收益。

粗略地说，格雷法官与厄尔法官的不同之处在于前者更加注重“形式合理性”所代表的社会利益，而后者更加注重“实质合理性”所代表的社会利益。在这种意义上，法律形式主义与法律现实主义在本质上并无两样，因为两者最终所关心的都是现实的社会利益。德沃金所描述的两位法官之间的“理论性争论”乃是起源于两位法官对不同社会利益的不同侧重和不同取舍，因而所谓不同法律原则（尊重遗嘱意愿原则和不能以恶行获利原则）之间的冲突也完全可以还原为不同社会利益之间的竞争。倘若没有这种“功利性分歧”，法官们断然不会在“理论性争论”上无事生非。换言之，当“理论性争论”被最终引发的时候，两位法官之间的“功利性分歧”已成定局。

“功利性分歧”产生于“理论性争论”之前却隐含于“理论性争论”之中。社会不允许法官直率地扮演一个经济学家的角色，因为司法正义在大多数人眼里尚且不能被“效益最大化”的概念取而代之。如果司法以功利为目的，其正当性就会受到怀疑。正因为如此，司法过程中的经济学逻辑只能隐含在法律逻辑之下，成本收益的比较分析即便是法官审理疑难案件的一个真实的、决定性的思维过程也不能公开抛头露面，经济学的理由必须乔装打扮成法律的理由才有资格被写在判决书上。

厄尔法官自然精通此理，法律之外的判决理由是可想但不可说的，他没有公开声明剥夺谋杀者继承权的真实目的就是打消人们用谋杀实现继承权的念头。他知道，无论这一理由多么现实、多么有说服力，如果不能装扮成一个“法律的理由”也无法派上用场。他深知他所追求的判决结果的确受阻于法律文本的字词含义，但他却幸运地为他的判决找到了另一个“法律上”的理由：一条古老的法律原则不失时机地被派上用场，随之他又巧妙地利用“立法者意图”的托词重新界定了法律的范围——在厄尔法

官那里,法律已经不再等同于法律文本了。这一系列的装饰使他的判决看上去不仅没有违反法律,反而是在更加坚定地维护更加“正宗”的法律。厄尔法官注重“实质合理性”,但他也没有把“形式合理性”抛在一边。

#### 四、形式合理性与实质合理性

这个案例非常直观地表明了解释方法的排序不是固定不变的。所谓解释方法的“优先性”,只是前位的解释方法比后位的解释方法具有更高的被采用的概率。当我想象一只特定的乌鸦是什么颜色的时候——如果我没有见过这只乌鸦——我会首先把这只乌鸦想象成黑色的。但如果这只特定的乌鸦恰好不是黑色,我也没有理由指责这只乌鸦长错了颜色。黑色在我的想象中所具有的“优先性”就是一种概率上的“优先”,其依据仅仅在于,黑色的乌鸦比其他颜色的乌鸦更加常见。对各种解释方法排序的依据也是一种概率性事实。<sup>[1]</sup>正因为如此,对解释方法的排序并不形成一个真正的程序性指令,它只是描述性的而不是规范性的;或者说,这种一般性排序只具有统计学意义。对于解决疑难案件而言,它的功能仅仅是告诫性的。然而,当某个案件被确认为疑难案件的时候,就意味着这个案件已经很特殊了,已经成为统计学上的特例,此时排序的统计学意义就消失了。在帕尔默案的判决过程之中以及在格雷法官和厄尔法官的争论之中,我们可以发现解释方法排序的影子,但却看不到排序被期待具有的那种方法论意义。

为了表述的方便,同时也为了把我们的讨论引入一个更加宽泛的知识背景,在下文中我将根据解释所需信息的来源和范围把所有的解释方法分为两类:一类包括文义解释、上下文解释和体系解释,这几种解释方法的信息来源都不超出法律文本的范围,或者说都仅依靠法律文本所传递的符号信息来确定法律意义的解释方法,这一类解释方法都明显是形式主义的;另一类解释方法是反形式主义的,包括意图解释、目的解释、比

[1] 在麦考密克和萨莫斯主编的《制定法解释比较研究》一书中,编者提出关于解释方法的一般性排序的依据就是一种概率性事实,即阿根廷、芬兰、法国、意大利、波兰、瑞典、英国和美国等九个国家的学者提交的关于本国高等法院在裁判过程中解释制定法实践的报告。Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth, 1991.

较法解释和社会学解释等,这几种解释方法并不仅仅关注法律文本,解释所需信息的来源和范围也十分广泛也十分复杂,通常要考虑立法者意图、公共政策、主流公众意见和常识意义上的公平正义观念。我把前一类解释方法称为“简单解释”,把后一类解释方法称为“复杂解释”。<sup>[1]</sup> 根据法律解释学对解释方法的一般性排序,“简单解释”优先于“复杂解释”,而厄尔法官对格雷法官的胜利则可以看作“复杂解释”取代“简单解释”的反例。由于“简单解释”具有恪守规则的形式主义特征,所以它最容易满足司法对形式合理性的要求;而“复杂解释”则要考虑法律文本之外的因素,所以它与法律现实主义的主张以及司法对实质合理性的追求都是非常契合的。

实质合理性和形式合理性的冲突是法理学的轴心问题。在法理学思想史上,法律形式主义和法律现实主义就在这个轴心问题上各持一端,不是东风压倒西风,就是西风压倒东风。两种对立的司法理念之所以能够长期对峙,就是因为两种司法理念各有千秋、难分优劣,这与司法追求形式合理性和追求实质合理性各有利弊是分不开的。

追求形式合理性是司法区别于其他行业的一个重要特征。没有哪个行业像司法这样循规蹈矩——尊重历史和权威、注重规则和先例、强调稳定性和可预测性。恪守规则使司法看上去很呆板,因为它对各种灵活应变的措施保持戒备;遵循先例则使司法看上去很固执,因为它的隐含义就是拒绝纠正错误。<sup>[2]</sup> 尽管这在外行人看来很奇怪,但司法的形式合理性的确具有许多重要的社会价值。法律如果朝令夕改,就会给司法者、执法者以及各行各业的人们带来高昂的信息费用,频繁变更的法律很难进入人们的心灵和记忆之中,也因此很难获得人们普遍遵守和惯常服从。如果司法过程被掺杂进太多法律之外的因素,法官的判决乃至法律自身就会变得相当不确定。如果法律的不确定使得人们很难根据法律去安排自己的生活,法律的社会控制功能就要大打折扣。此外,判决结果的难以预

[1] 也有学者把前一类解释方法称为“根据法律的解释”,把后一类解释方法称为“关于法律的解释”。我拒绝沿用这种指称,是因为它的表述既不简练也不准确。

[2] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第105页。



测还会引起诉讼数量的增加,并因此导致整个社会诉讼资源的大量支出。<sup>[1]</sup>与此同时,伴随着法律不确定而导致的法官自由裁量权的泛滥、恣意擅断和徇私舞弊也极有可能乘虚而入。如果法律外的因素挤占了法律的地盘,法官就会僭越立法者的位置,法治社会的权力格局以及法律自身的权威和尊严都将面临着严重威胁。如果司法与各种政治势力和各种政策因素纠缠不清,司法就难以保持相对独立和相对超然的形象,也难以抵御各种外部力量的侵蚀。正因为如此,司法是珍视形式合理性的,为此它经常牺牲实质正义。

但这也并不意味着为了满足形式合理性的要求,司法在任何时候都要死守上一个时代的教条不放。稳定性和确定性毕竟不足以为我们提供一个行之有效、富有生命力的法律制度,法律还必须回应或满足社会发展和变革提出的正当要求。如果把法律的内容固定为永恒,那么它在一个变动不居的社会中将会很难发挥作用。法律应当保持稳定,但也不能与频繁变迁的社会现实彻底错位。不仅如此,为了保持法律与社会现实之间最大程度的亲和力,司法还必须对法律之外的各种因素给予适当的关注,公共政策、大众观念、利益集团的对峙以及整体社会利益和社会目标的轻重权衡不能在任何情况下完全封闭在法官的视野之外。在法律弹性限度允许的范围内,灵活应变、具体问题具体分析、政治性的判断、功利性的权衡等一系列手段在必要的时候还会派上用场。总之,为了满足实质合理性的要求,法官也有很好的理由去牺牲一些形式合理性。

无论追求形式合理性还是追求实质合理性,对于司法而言都是有利弊的,追求形式合理性可以减少司法的交易费用,追求实质合理性可以降低司法的误差损失。并且分析上文可以发现,形式合理性与实质合理

---

[1] 如果双方当事人都能根据法律去比较准确地预测判决结果,诉讼多半就不会发生,因为知道没有胜诉希望的一方当事人不会愿意去打一场徒劳无益的官司。有强大的激励因素使当事人一有机会就和解,因为诉讼比和解昂贵得多;大多数人都会规避风险,他们更喜欢确定的结果而不是偶然的运气。然而,和解的主要障碍在于,当事人常常无法对案件判决结果达成一致的估计,如果每一方当事人过高地估计自己的胜诉概率,那么这种相互乐观主义的情形就会压缩甚至消除一个重叠的和解范围。[美]波斯纳著:《法律理论的前沿》,苏立译,中国政法大学出版社2003年版,第250-251页;Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 554-560.

性之间存在一种此消彼长的矛盾关系。正因为如此,司法就必须在形式合理性和实质合理性之间谋求最大的交换值;换言之,就是使司法的交易费用和误差损失之和最小化,因此必须在稳定与变动、保守与创新、原则与具体、整体与部分这些彼此矛盾的因素之间寻找一个恰当的均衡点,<sup>[1]</sup>这就是司法的终极智慧。理论上有这么个均衡点,但在实践中如何捕获它,却大概是个永远说不清楚道不明白的问题。最有可能贴近它的或许是经验,而不是哪种理论或方法;这是一种无法交流或至少交流不经济的知识。司法最精微的智慧是无言的。<sup>[2]</sup>

### 五、“解释”的假象与“解释”的智慧

在一定程度上,法律解释体现了司法的智慧,各种备用的解释方法使司法在形式合理性和实质合理性之间获得了一个闪转腾挪的空间。但是请注意,各种解释方法的选择不是智识性的而是策略性的。司法中的法律解释从其根本看来不是一种解释而是一种策略。德沃金认为厄尔法官是在“解释”法律,但是厄尔法官的“解释结果”在“解释”之前就已经大致确定下来了。“结果”不是“解释”出来的,相反,是“解释结果”决定了如何“解释”。诚如法国法学家萨勒利斯所说的,“一开始就有了结果,然后它找到法律原则,所有的法律解释都是如此”。<sup>[3]</sup>拉德布鲁赫也指出,是解释追随着解释结果,而不是相反。<sup>[4]</sup>各种法律解释方法往往是彼此冲突着的;选择哪种解释方法取决于“解释的结果”,而不是解释的对象。“在通盘考虑之后,后果比较好的解释因为其后果比较好这一点也许就是‘正确的’解释。”<sup>[5]</sup>这显然不是一个来自法律内部的逻辑命令,也不在解

[1] 罗斯科·庞德曾经近似地概括并论述了这一思想,在其《法律史解释》(邓正来译,中国法制出版社2002年版)一书中,庞德开篇便指出:“法律必须保持稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想都力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求。”参见该书第2页。

[2] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第139~143页。

[3] 转引自 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Yale University Press, 1960, p. 170。

[4] [美]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第107页。

[5] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第134页。

释方法或解释元规则的指示范围之内。由此,我们不难看出“法律解释”的真实面目,解释的最终目的既不是发现对法律文本的正确理解,也不是探求对法律意旨的准确把握,而是为某种判决方案提出有根据且有说服力的法律理由。<sup>[1]</sup> 它是以“解释”为装饰的一种说服技术——通过这种技术,已经选择出来的判决方案在法律上被正当化了。

“解释”的概念营造了一种假象,法官用于确定某种判决方案的功利性权衡被装扮为探寻法律真实含义的智识性追求。法官需要这种假象,因为他们乐意扮演解释者的角色而不愿意充任创造者的角色。法官创造法律或修改法律与传统的司法意识形态——要求法官以一种谦卑、审慎、忠诚的态度对待法律——是格格不入的,但特定的社会现实,尤其是规则的有限性和社会生活的无限性之间的永恒紧张,却要求法官在某些时候必须这么做。此时,“解释”的概念就可以用来掩盖法官的创造性活动。这也是社会现实与社会观念之间的一种妥协。

可以设想,如果社会普遍承认法官在必要时对法律做些手脚是合情合理的,那么法官就可以考虑放弃使用“解释”的概念。反过来说,当条件尚不具备(可能永远也不具备)的时候,继续沿用“解释”的概念仍是一种明智的选择。毕竟,“解释”的欺骗性是法官审理疑难案件的一种装饰性资源。由此看来,“法律解释”的概念本身就隐含了一种策略,并因此巧妙回应了一个深刻的社会麻烦。法律解释在这里的所体现出来的“智慧”不是方法论意义上的,而是社会学意义上的。

不幸的是,假象迷惑了许多法学家,许多法律解释学的研究都是在假定“解释”为一种纯粹智识性追求的基础上进行的。这种学术最具雄心的设想是,企图开发一种程序化的元规则或方法体系,并期望借此拯救法律的自主性。然而,在何种情况下使用何种解释方法?当使用不同的解释方法产生不同的结果时,又是以何种标准来作为取舍的依据?诸如此类的问题一旦提出来,方法论意义上的法律解释学就陷入了困境。可以断言,如果将视野封闭在方法论的范围之内而不关心判决的社会效果的话,

[1] 苏力:“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”,载《中国社会科学》1997年第4期。

这些问题根本就没有答案。这些问题看起来仅仅是一些方法论意义上的操作性障碍,但其背后无一不隐藏着让人头疼的社会难题;而解决这些社会难题则需要远远超出探索法律解释方法元规则的学理努力的范围。

尽管是一种假象,但“解释”的概念确有其真实性的一面,否则它也不至于这么迷人。对某种司法方案的功利性权衡最终要受到当下所有法律材料的限制;被法官看好的某一司法方案如果找不到法律上的理由(哪怕是牵强的理由)予以支持,法官也只能忍痛割爱。尽管法律材料不可能决定疑难案件的判决结果,但却有能力否决一个和法律“不沾边儿”判决。从这种意义上,疑难案件的判决的确不能无视法律。必须能够用法律的理由加以解释,是对判决的形式合理性的最低限度的要求;法律自身也由此表现出一种最低限度的自主性,只不过法律的界限已经扩展到难以辨识的地步了。

也正是由于这个原因,法律解释营造的假象——疑难案件的判决是经由智识性法律解释获得的,才如此容易迷人,因为这一假象几乎可以得到所有经验性资料的支持,法官不会在判决书里大胆宣称他改变了法律或以其他非正式规则取代了法律。关于解决疑难案件的两种对立的论点——说判决结果来自于法律内部,抑或说判决结果来自于法律外部,之所以能够长期共存,除了界定法律范围有很大弹性之外,还有一个重要原因,就是无论哪一方都很难为驳斥对方的论点而找到一个经验性例证。我用这个谋杀继承案例来论证我的论点,就如同德沃金也用这个案例来支持他的理论一样顺理成章。

## 六、“爱奥尼亚谬误”

就知识谱系而言,德沃金的理论继承了西方思想传统中延续了两千多年来的价值一元论。英国思想家柏林认为,价值一元论的思想根源在于他所谓的“爱奥尼亚谬误”(Ionian Fallacy),这一术语表示了一种为千差万别的事物寻找统一尺度的无望的努力。“爱奥尼亚谬误”一脉相承地贯穿于中古基督教传统、文艺复兴运动和启蒙文化直至现代,其实质是对多元、差异和不确定性的恐惧,反过来也就表现为对一元、同一性和确定性的追求。柏林指出,“爱奥尼亚谬误”的核心观念是:所有问题都必然有

唯一正确的答案,并且正确与错误之间的区别原则上是清晰可辨的。<sup>[1]</sup>法学理论上的“爱奥尼亚谬误”被德沃金阐发得淋漓尽致。德沃金认为疑难案件的判决能够从法律内部找到最终的答案,而答案本身在问题被提出之前就已经存在于法律之中;在解答问题时,法官只是对一些原已存在的权利和义务予以确认和执行,而不是在设定新的权利和义务。<sup>[2]</sup>“即使在疑难案件中,发现各方的权利究竟是什么而不是溯及既往地创设新的权利仍然是法官的责任”。<sup>[3]</sup>简言之,法官是在“解释”法律,而不是“创造”法律。如果法官采用“建设性解释”的方法追求“整合法学”的理想,就能够对各种彼此冲突的法律原则做出正确选择,从而在法律内部为疑难案件的判决找到唯一正确的答案。德沃金坚信法律内部的原则冲突和价值冲突可以在终极维度上全部化解,并因此将法律解释视为拯救法律确定性的努力。他之所以反复强调“唯一正确的答案”是因为,如果认为一个疑难案件有两个以上的正确答案,就等于承认法律仍然无力确定那个最终的答案,而在多个的正确答案之间决定取舍的依据肯定来自于法律外部。这样一来,德沃金就难以维持其一贯的立场——反对法官进行政策性的、后果论的、集体社会目标的轻重权衡。也正因为如此,德沃金不承认法官有自由裁量权,不承认在疑难案件的判决中还隐含有一个与“建设性解释”截然不同的思维过程。

根据柏林的理解,“爱奥尼亚谬误”之所以在人类思想史上绵延不绝,并不仅仅出于认识论上的原因(甚至主要不是认识论上的原因),而是有其深刻的社会心理学根源。价值多元论真正被社会普遍接受的情况从来都是极为罕见的,稳居社会主导地位的几乎总是价值一元论,价值多元论的要求通常只在社会已患上医学上所谓的“禁锢恐惧症”的时候才会抬头。当思想的“齐一化”使整个社会陷入极度僵化状态的时候,人们才会要求少一些规则和禁锢、多一些选择和自由。然而,一旦过度的禁锢有所

[1] 甘阳:“柏林与后‘自由主义’”,载《读书》1998年第4期。

[2] 陈弘毅:“当代西方法律解释学初探”,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第14~15页。

[3] [美]德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第81页。

打破、过度的控制有所松动,人们却又很容易患上医学上所谓的“沙漠恐惧症”——仿佛感到社会已经失去了权威和目标,犹如置身于一望无边的沙漠,人们开始担心社会由于缺乏统一的价值和信仰而可能分崩离析,开始呼吁新的秩序、新的稳定、新的组织化,要求重建通行无阻、世所公认的权威。<sup>[1]</sup>

法学上的“禁锢恐惧症”和“沙漠恐惧症”的轮番更替更是由来已久。法律现实主义的崛起,标志着一个司法上的“禁锢恐惧症”时代的开端——严格司法、因循前例乃至将法官自由裁量权降至最低限度的各种要求都可以被法律现实主义者视为对法官司法的种种“禁锢”;而“沙漠恐惧症”时代的到来,则开始呼唤法律形式主义来指点迷津。相比之下,法律形式主义对法律职业界的影响远甚于法律现实主义,即使像美国这样的对法官造法十分宽容的国家也不例外。<sup>[2]</sup> 法学上的“沙漠恐惧症”似乎要比“禁锢恐惧症”更加令人恐惧,法官的“保守”通常被视为美德,法官的“创造力”则近乎于一种危险品。个中缘由是极其复杂的,但归结到一点就是:法律原本就是一种保守的社会力量,没有哪一个领域比法律领域更加需要权威。更何况,如果法律在司法领域这块自家地盘的权威地位尚且不太牢靠的话,那么法律在整个社会的权威地位又从何说起呢?

德沃金既不是法律形式主义者也不是法律现实主义者。他允许甚至鼓励法官在法律文本之外寻求正确的答案(这使他不同于法律形式主义者),但他又坚持认为正确的答案来自于对“整体性法律”的“建构性解释”而不是来自于法律外部(这又使他和法律现实主义者划清界限)。他企图在努力捍卫法律权威地位的前提下,仍然能够保留给法官一片广阔的裁判空间(这表明他希望能够超越法律形式主义和法律现实主义并能兼具二者之长),但这两种互相矛盾的学理努力却使他的理论处处捉襟见肘。既然声称任何疑难案件的判决都能从法律内部找到唯一正确的答案,他就不得不将法律的外延扩大到极度宽泛而又难以辨识的地步。他的法律概念既包括规则又包括原则,既包括“明示的法律”又包括“隐含

[1] 甘阳:“自由的敌人:真善美统一说”,载《读书》1989年第9期。

[2] “可以稳妥地打赌说半数以上的法律职业者都是法律形式主义者。”[美]波斯那著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第52页。

的法律”。诚如波斯那对德沃金的讽刺，“法律被界定得越宽，‘法治’就变得越不确定，如果法律被包括进了一片广阔的政治原则领域，那么法官在搞政治的时候就可以凭良心说是在执行法律”。<sup>[1]</sup> 德沃金没有消除（只是在一定程度上掩盖了）法律和司法的不确定性，但也许这就是德沃金本人的全部目的。（牵涉政治的）学术研究并非总是致力于揭示真相，掩盖真相历来就是一种重要的学术使命。

倘若单纯从认识论的角度评价，法律现实主义自然显得更有说服力。站在这一阵营里法学家总是执着于揭示司法过程的真相，他们试图将司法过程的所有秘密公之于众，并企图让公众知晓这些秘密之后以一种现实的态度重新审视法律和司法。他们的学术理论经常对流露出对法律自主性和司法纯洁性的怀疑态度，由于政治性判断、功利性权衡以及法官的个人偏好和直觉被认为不可避免地渗透到司法过程之中，法律在这些法学家眼里仅仅成为影响判决的其中一个因素。这些法学家描述的法律图景相当不崇高。

然而，另一部分法学家（其中就包括德沃金）可能会认识到，问题的真相一旦暴露，法官作为“法律喉舌”（温斯坦莱语）或“法律保管者”（布莱克斯通语）的角色就会斯文扫地，司法正义的纯洁性和超越性在公众心目中也将难以为继。这对日渐式微的法律权威无疑是雪上加霜。法律和司法必须要保持相对于政治和功利的独立性，社会需要一个相对超然的权威对各种是非作出最后的了断，否则当人们面对诸如堕胎、同性恋、安乐死等涉及价值冲突的复杂社会问题的时候就被抛进了一片黑暗的“沙漠”。在他们看来，司法过程的某些环节是需要对公众“保密”的，将所有秘密公之于众并不是对社会负责的学术姿态。当学术研究的认识论价值和社会学价值不能两全的时候，真正负责任的学术姿态是舍前而取后。倘若上述推测属实，则即便这些法学家发现了问题的真相，也会把真相隐藏起来。

说到底，“确定性”和“自主性”都不是法律和司法固有的性质，而是公众对法律和司法的一种要求。这种要求得以满足恰恰是公众信仰法律

[1] [美]波斯那著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第29页。

和信任司法的情感基础。致力于论证法律确定性和司法自主性的法学家们意识到在这个问题上无论如何也不能让公众失望,否则法治的信仰支撑就会岌岌可危。从这种意义上说,这些法学家的学术努力无疑是值得尊重的,尽管从认识论意义上的最终受挫或许是这种学术努力永远无法逃避的命运。

## 第四章

## 法律解释的假象

【正文】在本书第一章，笔者曾指出法律解释的假象问题，即在法律解释中，由于法官对法律文本的误解，导致法律解释的结果与立法者的原意相悖。这种现象在法律解释中普遍存在，且难以避免。究其原因，主要有以下几点：首先，法律文本的模糊性。法律文本往往具有高度的抽象性和概括性，这给法官的解释留下了较大的空间。其次，法官的个人经验和价值观的影响。法官在解释法律时，往往会受到其个人经验和价值观的影响，从而导致解释结果的偏差。最后，法律解释的方法论问题。不同的法律解释方法可能会导致不同的解释结果。因此，在法律解释中，法官应当保持客观、中立的态度，严格按照法律文本的字面意思进行解释，避免因主观因素而导致解释结果的偏差。

【注释】1. 关于法律解释的假象问题，参见笔者在《法律解释的假象》一文中的论述。2. 参见《民法通则》第125条。3. 参见《合同法》第117条。4. 参见《侵权责任法》第17条。5. 参见《民事诉讼法》第119条。6. 参见《刑事诉讼法》第119条。7. 参见《行政诉讼法》第119条。8. 参见《民事诉讼法》第120条。9. 参见《刑事诉讼法》第120条。10. 参见《行政诉讼法》第120条。11. 参见《民事诉讼法》第121条。12. 参见《刑事诉讼法》第121条。13. 参见《行政诉讼法》第121条。14. 参见《民事诉讼法》第122条。15. 参见《刑事诉讼法》第122条。16. 参见《行政诉讼法》第122条。17. 参见《民事诉讼法》第123条。18. 参见《刑事诉讼法》第123条。19. 参见《行政诉讼法》第123条。20. 参见《民事诉讼法》第124条。21. 参见《刑事诉讼法》第124条。22. 参见《行政诉讼法》第124条。23. 参见《民事诉讼法》第125条。24. 参见《刑事诉讼法》第125条。25. 参见《行政诉讼法》第125条。26. 参见《民事诉讼法》第126条。27. 参见《刑事诉讼法》第126条。28. 参见《行政诉讼法》第126条。29. 参见《民事诉讼法》第127条。30. 参见《刑事诉讼法》第127条。31. 参见《行政诉讼法》第127条。32. 参见《民事诉讼法》第128条。33. 参见《刑事诉讼法》第128条。34. 参见《行政诉讼法》第128条。35. 参见《民事诉讼法》第129条。36. 参见《刑事诉讼法》第129条。37. 参见《行政诉讼法》第129条。38. 参见《民事诉讼法》第130条。39. 参见《刑事诉讼法》第130条。40. 参见《行政诉讼法》第130条。41. 参见《民事诉讼法》第131条。42. 参见《刑事诉讼法》第131条。43. 参见《行政诉讼法》第131条。44. 参见《民事诉讼法》第132条。45. 参见《刑事诉讼法》第132条。46. 参见《行政诉讼法》第132条。47. 参见《民事诉讼法》第133条。48. 参见《刑事诉讼法》第133条。49. 参见《行政诉讼法》第133条。50. 参见《民事诉讼法》第134条。51. 参见《刑事诉讼法》第134条。52. 参见《行政诉讼法》第134条。53. 参见《民事诉讼法》第135条。54. 参见《刑事诉讼法》第135条。55. 参见《行政诉讼法》第135条。56. 参见《民事诉讼法》第136条。57. 参见《刑事诉讼法》第136条。58. 参见《行政诉讼法》第136条。59. 参见《民事诉讼法》第137条。60. 参见《刑事诉讼法》第137条。61. 参见《行政诉讼法》第137条。62. 参见《民事诉讼法》第138条。63. 参见《刑事诉讼法》第138条。64. 参见《行政诉讼法》第138条。65. 参见《民事诉讼法》第139条。66. 参见《刑事诉讼法》第139条。67. 参见《行政诉讼法》第139条。68. 参见《民事诉讼法》第140条。69. 参见《刑事诉讼法》第140条。70. 参见《行政诉讼法》第140条。71. 参见《民事诉讼法》第141条。72. 参见《刑事诉讼法》第141条。73. 参见《行政诉讼法》第141条。74. 参见《民事诉讼法》第142条。75. 参见《刑事诉讼法》第142条。76. 参见《行政诉讼法》第142条。77. 参见《民事诉讼法》第143条。78. 参见《刑事诉讼法》第143条。79. 参见《行政诉讼法》第143条。80. 参见《民事诉讼法》第144条。81. 参见《刑事诉讼法》第144条。82. 参见《行政诉讼法》第144条。83. 参见《民事诉讼法》第145条。84. 参见《刑事诉讼法》第145条。85. 参见《行政诉讼法》第145条。86. 参见《民事诉讼法》第146条。87. 参见《刑事诉讼法》第146条。88. 参见《行政诉讼法》第146条。89. 参见《民事诉讼法》第147条。90. 参见《刑事诉讼法》第147条。91. 参见《行政诉讼法》第147条。92. 参见《民事诉讼法》第148条。93. 参见《刑事诉讼法》第148条。94. 参见《行政诉讼法》第148条。95. 参见《民事诉讼法》第149条。96. 参见《刑事诉讼法》第149条。97. 参见《行政诉讼法》第149条。98. 参见《民事诉讼法》第150条。99. 参见《刑事诉讼法》第150条。100. 参见《行政诉讼法》第150条。



法律思想的自由主义传统与儒家传统相结合于实践，将儒家传统的道德哲学与法律思想相结合，成为现代中国法律思想的重要组成部分。这一思想传统在近代以来中国法律思想的形成过程中，起到了至关重要的作用。它不仅为现代中国法律思想的形成提供了丰富的思想资源，也为现代中国法律思想的形成提供了重要的理论支撑。

## 第四章 法律论证的神话

### ——从王斌余案切入

司法判决如何获得正当性依据？千百年来这个问题一直是西方法哲学讨论的主题。理论家们关心的问题远不止于判决是否有法律依据，更让他们感兴趣的，是判决的法律依据能否经得起道德哲学关于正当性标准的检验，以及标准本身能否经得起进一步的追问，尤其是当不同判决方案所依据的正当性标准发生冲突时又如何根据更高的正当性标准来决定取舍。理论家们认识到，倘对一个判决方案刨根问底，则以下三种结果必具其一：或者出现循环论证，或者遭遇无穷递退，或者在某个环节上断然终止论证过程。这就是汉斯·阿尔伯特的著名隐喻——“明希豪森三重困境”。<sup>〔1〕</sup>

起初，理论家们渴望寻找到一个普遍永恒的正义标准来终结无穷的追问。倘若所有的法律规则和道德原则都能直接或间接地从一个终极性的客观正义标准推演出来，它们就找到了各自的存在根基，并可以共同组成一个逻辑严谨的规范性体系。理论家们相信，客观正

〔1〕 [德]H. 阿尔伯特著：《批判理性论》，图宾根1968年版，第13页。转引自[德]阿列克西著：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第223页。

义标准就位于整个规范性体系的最顶端,与神灵和星辰同在。这种观点激发了奔涌的学术想象力,寻找客观正义标准的智识努力也经历了无数次的尝试与挫折。

后来,一部分理论家开始改变了看法:世界上没有与星辰同在的客观正义标准,如果确有某种正义标准的话,也只可能存在于人们的心灵之中。是人类思维的统一性决定了正义标准的确定性,倘若不是基于“人同此心,心同此理”的现实或假设,普遍永恒的正义标准就永远是个空中楼阁。事实上,当后现代理论家企图分解人类思维统一性的时候,正义标准的确定性基础确实岌岌可危了。正如后现代理论家所主张的,在一个文化多元、道德异质、阶层分化、利益频繁冲突的社会中,所谓思维的统一性完全是个虚构的神话。现实的境况是“人不同心,心不同理”,一部分人的正义可能是另一部分人的邪恶,正如一个人的垃圾可能是另一个人的财宝。

哈贝马斯意识到问题的严重性。面临正义标准的确定性基础(即人类思维的统一性)被瓦解的危险,他承担了“理性重建”的学术使命。在哈贝马斯看来,要完成这一使命,就必须通过促进人与人之间的真诚对话来消除(至少是缓解)人们在观念上的四分五裂。基于“交流可以消除分歧”的假设,哈贝马斯建构了他的理性交流理论,并设计了相应的交流(辩论)规则。他相信,只要人们按照理性的程序性规则在“理想的辩论情境”之中参与对话和辩论,由此达成的共识就可以被视为符合正义标准的结果。而所谓“理想的辩论情境”则是指,任何人可以在免于干扰和强制的条件下参与辩论,只有这样才能够使参与者获得平等机会去真诚表达自己的主张和理由。<sup>[1]</sup> 哈贝马斯企求“无强迫的共识”,他的理论目的仅仅是要保证关于正义探讨的程序条件,而不是试图预知正义探讨的结果。他的正义标准是程序性的,他认为规范性命题的正当性取决于辩论程序

[1] 哈贝马斯的这些观点集中于《交往行动理论》(1981年)、《道德意识与交往行动》(1983年)以及《交往行动的研究与结论》(1984年)几部著作之中。简要的评述可参见[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第128~172页;以及Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 62-72.

能否满足“理想辩论情境”的要求。尽管哈贝马斯不关心“正义标准”实际上究竟是什么,但他却自信知道正义标准肯定不是什么——那些未经所有人潜在同意的片面观念或者违反理性辩论程序而出现的虚假共识,就必然是与正义标准不相容的。

早期的哈贝马斯将其设计的理性辩论程序限定在道德哲学(“普遍实践”)领域,他曾经认为法律实践仅仅是一种策略行动,并不以追求理性共识为目标,并因此应当被排除在理性交流行动的范围之外。<sup>[1]</sup> 但当罗伯特·阿列克西将哈贝马斯的理性辩论理论扩展到法律实践领域之后,哈贝马斯改变了他原来的观点,开始把法律实践看作交流行动的一个组成部分。<sup>[2]</sup>

在阿列克西看来,尽管在法律辩论(尤其是法庭诉讼)中,当事人的最终目的仅仅是争取一个对自己有利的判决,<sup>[3]</sup>但由于当事人总需要提出一些正当的理由来支持他的主张,并且判决的正确性归根结底要取决于诉讼程序对理性辩论规则的满足程度,所以阿列克西把法律辩论看作道德辩论(普遍实践辩论)的一种特殊情形。<sup>[4]</sup> 阿列克西认为,法律辩论主要涉及法律决策的证成,这一任务可以分为两个层面:“内部证成”和“外部证成”。前者的目的是保证从大小前提到判决结果的推理过程合乎逻辑;后者(作为法律论证理论的主题)的目的是给前提本身提供正当性依据。<sup>[5]</sup> 因而,当法律辩论从“内部证成”延伸到“外部证成”的时候,就必然要突破实在法的约束范围而进入到道德辩论领域,正是在这个意义上,阿列克西把道德辩论视为法律辩论的基础。既然如此,在阿列克西看来,

[1] [德]哈贝马斯:“社会理论抑或社会技术学?”,载哈贝马斯、卢曼:《社会理论抑或社会技术学?》,法兰克福1972年版,第200~201页。转引自[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第270页。

[2] Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1999, p. 68. 然而,当哈贝马斯写作《在事实与规范之间》的时候,他又一次改变了看法,并对阿列克西将哈贝马斯的理性辩论理论扩展到法律实践领域提出了批评。参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第281~286页。

[3] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第263页。

[4] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第263~264页。

[5] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第273页。

一方面,哈贝马斯设计的道德辩论规则完全可以适用于法律辩论;另一方面,法律辩论又因其特殊性(即受实在法的约束)而需要在普遍实践辩论的基础上补充一些额外的辩论规则。就法律论证理论而言,阿列克西相对于哈贝马斯的创造性工作就主要体现在后一方面。

在许多规范性法律论证理论的倡导者之中,阿列克西是最具代表性的,这也是本章选取他的理论作为主要批评对象的原因。阿列克西关于法律论证的论述集中于他的《法律论证理论》(1991年)一书,该书讨论的核心问题是,通过设计理性辩论规则来调节司法程序并为法律决策提供正当性依据。在他看来,只要司法过程满足了理性辩论规则的程序性条件,那么由此获得的判决方案就可以被视为“公正的”。<sup>[1]</sup>由此,人们可以根据司法过程对于理性辩论规则的满足程度来评价司法程序和判决方案的合理性。与哈贝马斯一样,阿列克西注重程序的正当性,并以此取代传统的正义标准。阿列克西的法律论证理论在西方法学哲学界产生了广泛的学术影响,<sup>[2]</sup>也同时招致了许多批评。批评者认为,阿列克西将理性交流理论延伸到法律实践领域缺乏经验基础,他设计的理性辩论规则完全不适合于司法程序。<sup>[3]</sup>

至少在我看来,这些批评基本上是中肯的。尽管阿列克西精心设计了一些令人眼花缭乱的法律辩论规则,但他却从未试图让他的理论去接受现实的检验,他甚至没有分析评价过一个具体的司法过程,也没有列举出一个通过理性辩论获取共识来化解道德争议和法律争议的成功案例。对此阿列克西也许会争辩说他设计的理性辩论规则是用来检验现实司法过程的,并因此可以不必接受现实司法过程的检验,然而这种争辩成立的前提是,现实的司法过程必须以努力接近理性辩论规则为目标。相反,如果现实的司法过程追求另外的理想目标,那么理性辩论规则就必然要遭到冷遇甚至是驱逐。在本文中,我将论证事实就是如此。

[1] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第22页。

[2] 舒国滢:“罗伯特·阿列克西法律论证理论评述”,载戚渊等:《法律论证与法律方法》,山东人民出版社2005年版,第57~58页。

[3] 舒国滢:“罗伯特·阿列克西法律论证理论评述”,载戚渊等:《法律论证与法律方法》,山东人民出版社2005年版,第58~60页。

阿列克西设计的理性辩论规则完全是一种空想。如果按照理性辩论规则去组织一次法庭辩论,司法程序就会陷入僵局。不仅如此,理性辩论规则也无能为力评价司法程序和司法判决提供合理性标准,它不是司法追求的理想目标;恰恰相反,在特定情形下它还是司法努力逃避的陷阱。然而,我不关注理性辩论规则本身的技术性缺陷,我的批评对象是这种学术进路本身,我甚至怀疑阿列克西在企图设计理性辩论规则之前就已经误入歧途了,因为他(与哈贝马斯及其他规范性法律论证理论的倡导者共同分享)的理论预设——“交流可以消除道德分歧”——就是完全错误的。这样一来,本文将要展开的批评将会“打击一大片”,凡是与阿列克西分享同一理论预设的规范性法律论证理论都在本文的批评范围之内。

鉴于中国法学界关于法律论证的学术研究已经悄然兴起,也鉴于阿列克西的《法律论证理论》一书经舒国滢教授的译介已经开始在中国法学界产生学术影响,因此本章的写作宗旨之一是提醒法学研究者对于一种没有希望的学术进路应当保持足够的警惕——有些学术理论就像纸老虎,外表森然可怖,里面空空如也。我将借助于一个轰动性案例引发的争论来展开下文的讨论,与阿列克西关注理想的(实际上是他空想的)法律论证不同,我更感兴趣的是现实的法律论证。

### 一、案件争议中的法律论证

2005年9月4日,新华社发布的一篇题为《死囚王斌余心酸告白》(以下简称《告白》)的报道向公众披露了一起罕见的故意杀人案。案犯王斌余(男,27岁)“数次讨要工钱无果,于是他愤怒之下连杀4人,重伤1人,后到当地公安局投案自首。6月29日,宁夏石嘴山市中级人民法院判处王斌余死刑”。<sup>[1]</sup>

这篇报道的重心不是介绍案情,而是让王斌余“坦露他的内心世界”。借新华社记者之笔,王斌余讲述了他苦难的生活经历:17岁背井离乡进城打工、低廉的工钱、繁重的工作、随处可见的歧视、包工头的颐指气使以及讨要工钱时遭受的挫折和侮辱。显然,记者企图通过报道一个死囚犯的

[1] 相关报道载 <http://news.sina.com.cn/s/2005-09-06/09266872500s.shtml>。

悲惨生活经历来引起社会各界对农民工生活境遇和权利保障等问题的关注。

新华社的这篇报道激起了公众对王斌余的强烈同情,也随之引发了“放王斌余一条生路”的热切呼吁。围绕着是否应当判处王斌余死刑,平面媒体和网络媒体的争论文章迅速涌现、络绎不绝且相互转载。一时间,公众舆论汹涌如潮,舆论几乎是一边倒的,要求法院“免王斌余一死”的呼声占了绝对优势;<sup>[1]</sup>以至于有评论者提出,公众对王斌余的普遍“同情”这一事实本身就可以成为不判王斌余死刑的理由。<sup>[2]</sup>在王斌余提起上诉期间,媒体评论开始质疑法院判决以及法律本身的合理性,<sup>[3]</sup>并试图给二审法院的可能改判寻找法理依据;<sup>[4]</sup>还有评论做出乐观预测,认为二审法院迫于舆论压力极有可能“刀下留人”。<sup>[5]</sup>王斌余案的轰动效应让做出一审判决的宁夏石嘴山市中级法院始料未及,他们没有想到这起看起来没有任何悬念的故意杀人案竟会成为2005年度全国最轰动的案件之一。以下是法院认定的案件事实简介。

2003年8月起,甘肃农民王斌余到陈继伟承包的工地打工。2004年年初和2005年年初,王斌余分别结清了上年的工资。打工期间,王斌余曾与一同打工的被害人吴华、苏志刚在工作中产生矛盾。5月11日,王斌余提出辞工,并以未付清2005年工资为由到所在区人事劳动保障局投诉。经调解,与代表陈继伟的吴新国达成5日内结清工资的协议。吴新

[1] 网络媒体和平面媒体上主张“免死”的评论文章明显多于持反对性意见的评论文章;网络论坛的公众言论更是清一色的“免死”之声。

[2] 高一飞:“同情可以是不判王斌余死刑的理由”,载 <http://www.tecn.cn/data/detail.php?id=8619>。

[3] 例如以下评论文章:白广勇:“法律的缺憾——王斌余案件的法律思考”,载《甘肃政法成人教育学院学报》2006年第1期;东海松:“法律不能为王斌余的死刑蒙羞——呼吁高法为王斌余减轻死刑判决”,载 <http://www.lajiaocity.com/publishhtml/4/2005-09-17/20050917143206.html>;董德华:“道德缺场的刑法及其补救:对王斌余们的救赎”,载 <http://law-thinker.com/show.asp?id=2875>;高一飞:“对王斌余判处死刑违背法理”,载 <http://xz.bokee.com/97/2005-09-18/35326.html>。

[4] 例如:季卫东:“王斌余的罪与罚”,载 <http://law-thinker.com/show.asp?id=2875>;高一飞:“有必要判王斌余死刑吗?”,载《新京报》2005年9月7日版。

[5] “王斌余讨薪杀人案:二审可能‘刀下留人’”,载 <http://bbs.muwen.com/topic372/372079.htm>。

国提出王斌余不能继续在工地吃住,调解主持人要求吴新国先支付部分生活费。后吴新国给付生活费50元,王斌余嫌少未要。当日晚,王斌余回工地宿舍见房门被锁,便到吴新国住处索要生活费,与闻讯赶来劝阻的苏志刚因过去的纠纷发生争吵。随后赶到的苏文才责问并打了王斌余一耳光。王斌余掏出携带的折叠刀,先后将苏志刚、苏文才捅倒在地。王斌余不顾其弟王斌银劝阻,又将在场的吴华、苏香兰捅倒在地。吴新国妻子汤晓琴搀扶被刺倒在地的苏志刚,也被王斌余捅成重伤。王斌余持刀追杀吴新国未果,返回现场后又对已被刺倒在地的苏志刚等人接连补刺,致苏志刚、苏文才、吴华、苏香兰当场死亡。汤晓琴经送医院抢救,脱离危险。王斌余于当晚到当地公安机关投案自首。<sup>[1]</sup>

从法院认定的案件事实来看,这确实是一起“手段极其残忍,情节特别恶劣,犯罪后果极其严重”的故意杀人案。2005年6月16日,宁夏石嘴山市中级人民法院一审判处王斌余死刑。<sup>[2]</sup>王斌余不服,提出上诉。10月19日,宁夏高级人民法院对王斌余故意杀人一案作出终审裁定,驳回上诉,维持原判,并核准王斌余死刑。王斌余已于宣判后当日执行死刑。

倘若从阿列克西关于“内部证成”的观点来看,两级法院对王斌余案的裁决无疑具有充分的事实依据和法律依据,没有任何迹象和理由表明法院的审判过程和判决结果出现了差错。在我国刑法规定的可判死刑的犯罪之中,除故意杀人罪之外,其他犯罪的法定刑都是从轻到重排列的,唯独故意杀人罪的法定刑是由重到轻排列——“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”(《刑法》第232条)。这种立法表述明显体现了对故意杀人罪应当首先考虑判处死刑的立法意图。

司法实践中,故意杀人罪只要没有法定从轻情节,一般都会判处死刑。在王斌余的辩护律师提出的三条辩护理由(激愤杀人、自首情节以及认罪服法)之中,只有自首属于法定的从轻情节,但与王斌余造成的严重后果(四人死亡、一人重伤)相比,这一法定从轻情节显得微不足道。更何

[1] 载 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=181959>,来源《人民法院报》。

[2] 《人民法院报》报道的一审判处王斌余死刑的时间与新华社《告白》一文的报道不同,但这对本文的分析没有任何影响。

况,法院否认王斌余“激愤杀人”是出于合理的理由。法院认为,“此案虽然发生在王斌余向吴新国索要生活费的过程中,但案发前,王斌余2003年和2004年的工资已结清,2005年工资支付问题经当地人事劳动保障局调解已经达成5日内付清的协议,案发时王斌余随身携带1452元,并非生活无着”。<sup>[1]</sup> 刑法学家陈兴良和周光权均表示,倘若把视野限定在法律制度的框架之内(即从阿列克西所说的“内部证成”的观点来看),判处王斌余死刑是没有疑问的。<sup>[2]</sup>

尽管有不少评论文章质疑法院的判决,但质疑的理由都明显超出了现行法律制度的范围。确切地说,质疑的目标不是法院判决,而是法律本身。关于王斌余案的大多数评论文章就具有阿列克西所谓的“外部证成”的性质。这些评论文章宣称“对王斌余判处死刑违背法理”,是一个“法律的缺憾”,认为“王斌余的生死考验刑法的道德品性”,并且呼吁“法律不能为王斌余的死刑蒙羞”。<sup>[3]</sup> 当法律本身成为辩论的对象时,按照阿列克西的观点,法律辩论就从“内部证成”延伸到了“外部证成”,但也许这才是真正意义上的法律辩论。因为在前提确定的情况下寻找结论并不困难,真正的困难在于寻找并论证前提。“内部证成”相当于根据法律的辩论,而“外部证成”则大致是关于法律的辩论。阿列克西认为法律辩论与道德辩论的区别就在于前者要受实在法的约束。<sup>[4]</sup> 但他没有考察这种约束(分别对“内部证成”和“外部证成”而言)的程度和范围。当法律辩论从“内部证成”延伸到“外部证成”的时候,如果阿列克西仍然坚持作为辩论对象的实在法反过来还要约束辩论过程,就是一种很奇怪的观点了。

[1] 载 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=181959>,来源《人民法院报》。

[2] 赵继成:“王斌余杀人案:底层群体罪与罚的正义之辩”,载《新京报》2005年9月19日版;“该不该免王斌余一死?法学专家回应四焦点问题”,载《检察日报》2005年9月14日版。

[3] 请看以下评论文章:白广勇:“法律的缺憾——王斌余案件的法律思考”,载《甘肃政法成人教育学院学报》2006年第1期;东海松:“法律不能为王斌余的死刑蒙羞——呼吁高法为王斌余减轻死刑判决”,载 <http://www.lajiaocity.com/publishhtml/4/2005-09-17/20050917143206.html>;童德华:“道德缺场的刑法及其补救:对王斌余们的救赎”,载 <http://law-thinker.com/show.asp?id=2875>;高一飞:“对王斌余判处死刑违背法理”,载 <http://xz.bokee.com/97/2005-09-18/35326.html>。

[4] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国译,中国法制出版社2002年版,第263页。



当人们企图对法律说三道四的时候,就必然要依据一个更高的标准。传统上,这个更高的标准是一些抽象的道德原则,它们有时被称为“法理依据”。这不奇怪,传统法学确实乐于接受道德哲学的教诲。其基本假设是道德高于法律,法律应当接受道德的检验,道德则可以为法律提供评价标准和合理性依据。然而阿列克西并不赞同这种观念,与那些自然法学家相比,他的理论已经摆脱了一些形而上的色彩。他很清楚,道德原则本身就是不确定的,并且相互冲突。但阿列克西从哈贝马斯的交流理论那里获得了启迪,并找到了出路——既然客观意义上的合理性依据捉摸不定,就只能将希望寄托于通过理性辩论而达成的共识。基于“交流可以消除道德分歧”的假设,阿列克西认为,倘若人们能够在遵循理性辩论程序的前提下就某个争议案件的判决方案达成共识,那么所有的问题就全部解决了。然而这种设想首先面对的质疑却是:交流真的可以消除道德分歧吗?

## 二、交流可以消除道德分歧吗

道德理论不同于科学理论,两者的差别之一是后者具有征服其反对性见解的力量。许多曾经引起争议的科学结论——比如,地球围绕太阳旋转、人类和猿类具有进化论意义上的亲缘关系、人类的许多行为特征是遗传基因决定的——如今都已经获得了人们的普遍认同。科学辩论之所以能够消除分歧,是因为就解释和预测一些经验事实而言,科学的意见总是比其反对意见更加有效。<sup>[1]</sup>

然而道德理论却缺乏处理经验事实的技术,也无法从经验事实那里获得可靠的检验结论。不仅如此,在目的确定的情况下,关于选择手段的分歧比较容易达成共识;而如果分歧就发生在如何确定目的的问题上(道德辩论正是如此),达成共识的希望就很渺茫了,不同的目的(如公平和效率)在道德理论中被认为是不可通约的。正因为如此,当两种对立的道德主张在竞争人们思想观念的时候,任何一种主张都不具有压倒性优势,尽

[1] [美]波斯纳著:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第60页。

管任何一种主张都能找到大量的理由和论据。诚如波斯纳所说的,“科学话语趋向于合流,而道德话语则趋向于分流”。<sup>[1]</sup>就我们所知道的牵涉道德两难选择的法律争议而言——例如,是否应当废除死刑?是否应当取消强制婚检?是否应当保护行乞权?是否应当保护第三者接受遗赠的权利?通奸是否应当受到法律制裁?安乐死、卖淫、强制拆迁是否可以合法化?我们从来没有发现交流可以取得共识的情形。

这么说并不意味着一个社会永远无法确立任何一种道德共识。在我们的社会就有大量道德共识,例如我们都认为谋杀是不道德的行为,但这些道德共识却不是道德辩论的结果,更与我们是否了解道德哲学关于“生命神圣”或“天赋权利”的教义毫不相干。没有人怀疑生命安全是人类最基本的需要,人类群体内部的长期人际互动会使我们获得如下经验(尽管这些经验并不必然表现为清醒的意识):禁止谋杀可以避免人们在做任何事情时都要全副武装,避免人们因过多操心自我保护而精力耗尽。另外,国家的统治者也会发现,由于每个人都是潜在的纳税人,禁止谋杀可以为国家的财政收入提供最基本的保证;<sup>[2]</sup>并且,由于暴力是野生权力的温床,所以国家垄断了暴力的使用权就可以消灭潜在的竞争对手。<sup>[3]</sup>为什么我们普遍认为谋杀是不道德的?可以接受的答案是:这是社会成员长期博弈的结果,也是国家权力持续运作的结果,甚至还是生态竞争的结果(那些没有建立这种道德共识的社会肯定很早就消亡于内乱和灾荒,或被其他社会摧毁了),但肯定不是道德辩论的结果。许多动物种群在进化过程中也发展出了禁止族内攻击性行为的先天性社会规则,<sup>[4]</sup>但这些动物种群里没有道德哲学家,更从未组织过任何意义上的道德辩论。

道德辩论不具有促成道德共识的功能。我们很少发现已经接受了某

[1] [美]波斯纳著:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第74页。

[2] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第211页。

[3] 桑本谦:《私人之间的监控和惩罚——一个经济学的进路》,山东人民出版社2005年版,第143页。

[4] [奥地利]康罗·洛伦兹著:《攻击与人性》,王守珍、吴月娇译,作家出版社1987年版,第五章至第十章。

种道德主张的人又被其反对者说服了的情况。即便偶尔被说服了,也很少能够归功于阿列克西所说的理性论证。就改变人们的道德信仰而言,权力运作、煽情演说、宗教沉思、洗脑、精神控制以及其他“格式塔”式的转换(如催眠术)都是远比论证更为有效的手段。<sup>[1]</sup>帕斯卡尔曾经从概率论的角度提出了一个说服大家信仰上帝的理由,但这个理由甚至没能说服他自己。<sup>[2]</sup>与宗教信仰一样,道德信仰也是根植于人们的内心情感(甚至受控于人类的遗传基因),而情感对于论证并不敏感。这一事实常常把法律论证理论推向尴尬的境地,在王斌余案中的情形就是如此。

“免王斌余一死”的主张者确实提供了许多理由。高一飞援引了“期待可能性”的概念,<sup>[3]</sup>季卫东提出了“自救理论”,<sup>[4]</sup>陈兴良则认为法院可以开创“激愤杀人”免死的先例。<sup>[5]</sup>然而,这些理由都是出于为“免死”提供法律依据或法理依据的需要。主张不是论证的结果,恰恰相反,是主张本身决定了如何去论证。如果绝大多数支持“免王斌余一死”的公众在了解这些理由之前就已经打定了主意,就说明关于王斌余案的公众舆论其实更多是一种情绪化反应,它发源于公众对王斌余的强烈同情,而不是来源于某个先验的道德判断,更不是根据法学家提供的理由推演出来的。新华社《告白》一文显然不是一个论证性文献,然而正是这篇报道激发了呼吁“免死”的公众舆论,而随后出现的评论文章则充其量只是给呼吁“免死”的公众增加了一些智识上的自信而已。

主张“免死”的评论文章也很难驳倒那些反对者。即使将主张“免死”的理由综合在一起,也不见得能够彻底压倒一个反对性见解——“免死”的判决会给人们在生活濒临绝望的时候使用暴力创造危险的激励。

[1] [美]波斯纳著:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第123页。

[2] 帕斯卡尔在其《思想录》(何兆武译,商务印书馆1986年版)中提出了关于信仰上帝存在的赌博论证。意思是说,上帝是否存在是个概率性事件,人们可以选择相信上帝存在,也可以选择相信上帝不存在;如果必须做出选择,就等于下赌注。赌上帝存在时,如果上帝存在,信奉上帝的人会获全胜,收益无限;如上帝不存在,也无多大损失。然而,作为数理学家帕斯卡尔至死也没有获得信仰,这成为他终生的遗憾。

[3] 高一飞:“有必要判王斌余死刑吗?”,载《新京报》2005年9月7日版。

[4] 季卫东:“王斌余的罪与罚”,载 <http://law-thinker.com/show.asp?id=2875>。

[5] 赵继成:“王斌余杀人案:底层群体罪与罚的正义之辩”,载《新京报》2005年9月19日版。

在王斌余案中,我们无法获得(实际上是没有理由期待获得)阿列克西所说的共识。更让阿列克西沮丧的是,交流和辩论不但不能消除分歧,反而会使分歧加深。关于王斌余案的争论范围从法律依据延伸到法理依据,又扩展到道德依据,在短时间内迅速升级,但我们没有发现分歧缓解的任何迹象。正如一位评论者指出的,伴随着争论的升级,“王斌余案将我们撕裂成了两半”。<sup>[1]</sup>

查尔斯·拉摩尔发现,我们越是把争议当做深层道德问题来探讨,我们的分歧就越大。为了支持他的发现,拉摩尔提出了一个让贝叶斯统计学家认可的观点:我们对某个问题的信仰,不仅取决于我们对这个问题的论证程度,而且取决于我们先前的信仰。先前的信仰越有分歧,事后的论证就越不可能汇合。<sup>[2]</sup> 假设你对某个道德判断(比如,“免王斌余一死是正确的”)的确信程度是95%,而我对相反的道德判断(“判处王斌余死刑是正确的”)的确信程度也是95%。如果你找到一些论据来支持你的立场,并且完全打消了你的疑惑,那么,即使你的论证让我的疑惑加倍了,结果也只是,我90%地肯定判处王斌余死刑是正确的,而你则是100%地肯定“免王斌余一死”是正确的,我们的意见还是有分歧。更糟糕的是,你的论证很可能会刺激我寻求额外论据来支持我的主张,而我这么做也会反过来会激励你继续寻找新的论据去支持相反的主张,一旦如此,我们之间的分歧就必然要进一步加深。<sup>[3]</sup>

辩论双方可以类比为市场上的竞争对手,辩论本身就像一种竞争性投资,没有哪一方会轻易改变自己立场(即使认识到自己确实错了),因为这将意味着过去的投资在还没有产出的时候就被全部抛弃了。学术争论不是这样吗?阿列克西设想的理性辩论似乎是独立于辩论参与者的切身利益的,然而,什么样的辩论才可能与辩论参与者的利益无涉呢?在我们所熟悉的学术争论中都无法实现,就更别提法庭上的辩论了。

在阿列克西设想的法律辩论情境之中,辩论参与者的目的就是合作

[1] 顾昀:“王斌余案将我们撕裂成了两半”,载《中国经济时报》2005年9月15日版。

[2] Charles Larmore, *The Morals of Modernity*, Cambridge University Press, 1996, p. 173.

[3] [美]波斯纳著:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第

寻求真理,而除此之外的其他动机则全部被“中立化”了。<sup>[1]</sup>然而事实上,法律辩论(尤其是法庭辩论)的背后常常是尖锐的利益冲突,辩论参与者的目的就是争夺利益,与合作寻求真理几乎没有任何关系。尽管他们会努力提出一些可能赢取共识的论据,但这种做法在本质上仍是策略性的。<sup>[2]</sup>在法庭上,纠纷的根源往往不是观念上的分歧,而是利益上的冲突。因此不管他们如何论证,双方的利益冲突在尚未化解之前都必然要导致论证上的对立。更常见的情形是论证服务于利益,而不是相反。这还意味着形成共识未必能够解决纠纷,思想和表达不一致在法庭上很常见。即使王斌余的辩护律师打心里认为法院应当判处王斌余死刑,他在法庭上也肯定会做出相反的论证。这种做法当然违反了阿列克西设想的一条辩论规则——“任何一个言谈者只许主张其本人所相信的东西”。<sup>[3]</sup>然而,有什么办法能够阻止这种情况吗?

交流不足以消除道德分歧这一事实不仅质疑了阿列克西的法律论证理论,还对作为其基础的理性交流理论构成了挑战。当辩论双方无法取得共识时,哈贝马斯就寄希望于双方通过谈判能够达成利益上的妥协。哈贝马斯没有认真区分共识和妥协的区别,事实上他是把妥协当做共识的一个子集来看待的。然而,二者之间确实存在质的差别,只是这种差别由于语言的错误混用而被大大淡化了。共识意味着辩论各方就争议问题形成一致的看法,其目的是消除分歧;而妥协则是讨价还价的结果,是谈判各方基于相互强制而做出的相互承诺,其目的在于实现互利。既然妥协离不开强制,那就必然与“理性辩论规则”以及“理想辩论情境”相冲突。<sup>[4]</sup>对此,哈贝马斯企图通过“在公平角度下调节谈判的程序”来解脱理论困境。在他看来,只要谈判各方拥有同等的谈判实力、获得平等的谈

[1] [德]阿列克西著:《法律论证理论》(德文1978年版),第3页。

[2] 阿列克西承认当事人“在主观上只想追求自己的利益”,但他仍然认为“正确性要求并非由此而无效”。参见[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第266页。但问题的关键是,对于当事人而言,究竟是“正确性要求”必须服从于“追求利益”,还是“追求利益”应当服从于“正确性要求”,倘若是前者,那么法庭辩论的策略性本质就不应受到怀疑。

[3] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第234页。

[4] 对此,哈贝马斯就看得很清楚,他承认理性交流规则不能直接适用于讨价还价的过程。[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第203~204页。

判机会并因此受到同等程度的强制,那么妥协的结果就可以作为化解利益冲突的合理方案。<sup>[1]</sup>然而,这种设想是极不现实的。在关于讨价还价的各种博弈模型之中,“实力界定权利”的公式已经获得了严肃的数理证明和经验证明,<sup>[2]</sup>并已成为社会科学的基本常识。哈贝马斯不切实际的设想暴露了他对近几十年社会科学知识(尤其是博弈论和产权经济学)的漫不经心。在法庭上的妥协(和解或调解)则取决于当事人双方的资源限制和胜诉的主观概率,每一方的决策都应被假定为采取哪一种行动将会给他带来更高的预期效用。<sup>[3]</sup>

在王斌余案中,对立双方不可能达成有意义的妥协,法院不可能把王斌余置于生死之间的过渡状态。“死缓”肯定不能作为妥协的方案。尽管“死缓”在名义上是死刑的一种执行方式,但就其执行结果而言,“死缓”和无期徒刑的差别并不大。在“免王斌余一死”的主张者看来,“死缓”倒是一个可以接受的选项。在尖锐的利益冲突中,由于各种各样的原因(成本约束、信息阻碍、时间限制、利益的不可分割性以及纠纷当事人的心理作祟)往往难以达成妥协,博弈理论家把这种状况称为“非合作博弈均衡”。

在共识和妥协双双落空的情况下,解决纠纷的唯一途径就是权力的干预,司法就是权力介入纠纷解决的结果。社会需要一个强有力的权威对各种纠纷做出最后的了断;否则在既无法取得共识又不能达成妥协的地方,面对涉及利益冲突和价值冲突的复杂社会问题,人们就被抛进了一片黑暗的“沙漠”。

[1] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第204页。

[2] John Umbeck, *The California Gold Rush: a Study of Emerging Property Rights*, 14 *Exploration in Economic History*, 1977, pp. 197 - 226; John Umbeck, *Might Makes Right: A Theory of the Formation and Initial Distribution of Property Rights*, 19 *Economic Inquiry*, 1981, pp. 38 - 59.

[3] 用一个简单例子可以说明这个过程是如何在民事案件中运行的。假定双方都同意:如果被告是有责任的,那么判决的赔偿额将会是100000美元;原告的胜诉概率是0.4。进一步假设原告的诉讼成本为20000美元,被告的诉讼成本为10000美元。这样,原告对诉讼的预期收益是20000美元(100000美元 $\times$ 0.4 - 20000美元),而被告的预期损失是50000美元(100000美元 $\times$ 0.4 + 10000美元)。鉴于原告预期诉讼收益是20000美元,因此只要收益超过20000美元,原告就会同意接受庭外和解。同样,对于被告而言,由于与法庭审判有关的预期收益高达50000美元,若成本低于50000美元,被告也将乐意接受庭外和解。因此在30000美元(50000美元 - 20000美元)的范围内存在可能的和解方案。[美]尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·G.曼德姆著:《经济学与法律——从波斯纳到后现代主义》,吴晓露、潘小松、朱慧译,法律出版社2005年版,第79~80页。

无论是取得共识还是达成妥协都是要耗费成本的(主要是经济学家所说的“交易成本”)。首先,如果人们除了辩论和谈判之外还要从事其他一些有价值的工作,那么时间的机会成本就不能忽略不计。其次,对于辩论和谈判的参与者来说,获取、处理以及传递信息都会产生信息成本,收集素材、设计辩论思路以及选择合适的语汇也常常是一些艰巨的智力工作。另外,为保证大范围辩论和谈判的顺利进行,需要建立一个组织机构,以便执行阿列克西制定的辩论规则;针对各种违规、舞弊、渎职以及集体辩论中的“搭便车”行为,还需要设计相应的监控和惩罚措施。这些都牵涉到高昂的管理成本。更加棘手的任务还表现在以下两个问题上:其一,必须保证辩论和谈判的参与者都是真诚的,这就需要对所有参与者的真诚程度进行检验(由于目前还不具备相应的技术和设施,所以除了检验费用之外,科研开发的巨额投入肯定无法避免)。其二,必须保证辩论和谈判过程免受内部和外部各种强制因素的干扰;对此,大概无论采取什么措施、无论支付多么高昂的成本都是无济于事。阿列克西没有考虑这些问题,在他的眼里辩论和谈判都是无成本的。为什么阿列克西阐述了一系列理性辩论规则却没有讨论如何保障这些规则的执行?原因就在于,这些理性辩论规则因受阻于高昂的交易成本而根本无法执行。阿列克西的理论只适合于一个交易成本为零的世界。

### 三、“理性辩论规则”可以检验司程序吗

关于王斌余案的网络言论可谓众说纷纭。法律职业者之间虽然存在意见分歧,但他们的言论总还能围绕着法律依据或法理依据展开而普通公众的言论就有些漫无边际了,有些人是根据自己的道德直觉发表意见,有些则完全是意气用事。<sup>[1]</sup> 网络论坛提供了目前看来最接近“理想辩论

---

[1] 例如,网络论坛上有人发言说:“有那么多贪官污吏不去杀,法律为什么非要和王斌余过不去呢?”更有甚者,某些热血青年把王斌余的滥杀无辜描述成了反抗压迫、奋起还击的英雄行为。参见网络文章:“王斌余:苦难的英雄!”,载 [http://www.blogwhy.net/jsl001/e\\_2173.html](http://www.blogwhy.net/jsl001/e_2173.html), 最后访问日期:2005年10月14日。还有位高中生根据新华社的那篇报道把王斌余的生活经历和犯罪过程改编成了章回小说,其中第八回的题目竟然是“吴新国仗势施淫威/王斌余挥刀惩凶顽”。载 <http://www.zawen.net/html/wzwz/2005-09-12-11-13-57.htm>, 最后访问日期:2005年9月13日。

情境”的言论空间：人们在网络上可以匿名发言，发言者几乎不须承担任何责任，这就最大限度地排除了各种强制和干扰。然而在关于王斌余案的网络言论中，却让我们发现了一个令人沮丧的事实——越是在接近“理想辩论情境”的言论空间里，取得共识的希望就越渺茫。没有任何约束的公众言论就像从桶里倒出去的水，它们流向四面八方，要把它们汇集起来，就需要一个容器、一个沟渠或是某种向心力。在法庭辩论中，阿列克西希望诉讼参与人都能从“法官的视角”去论证自己的主张，<sup>[1]</sup>但他似乎没有意识到，当诉讼参与人这么做时，他们就不是在“真诚地”表达他们自己的主张了，因为法官（实际上是法律）已经对他们的思考构成了某种隐形的强制。法律职业者之所以通常能够就某个争议案件的判决取得共识，其原因就在于法律约束了他们的思考。

我曾经做过一个简单的测试，我将新华社发布的《告白》一文提供给11位从事刑事审判的法官，并向他们提出一个问题：“假如由你来审理王斌余案，你是否会判处王斌余死刑？”结果是，11位法官全部做出了肯定的答复。之后，我又将问题转换为，“假如你不是法官，并且你处理这个案件可以不受法律的约束，你是否还会判处王斌余死刑？”结果就有3位法官宣称要改变主意。显然，在法律制度的约束范围之内，11位法官就王斌余案的判决方案能够形成共识；但在摆脱法律的限制之后，共识就消失了。这个简单测试的结果似乎表明，在共识与强制之间存在某种因果关系。如果这个结论能够成立，那么理性交流理论就被推到了自我否定的地步，因为清除辩论过程中的强制因素就是在破坏形成共识的条件。彻底的自由与完美的共识似乎是水火不容的。

长期接受某种强制会钝化人们被强制的感觉（身处强制之中却浑然不觉），此时对行为的强制已经内化为对思维的强制。在乔治·奥威尔的小说《一九八四》所描述的噩梦般的世界里，每个人的灵魂都处于牢笼之中，统治者不用法律而是通过洗脑式的教育就获得了全部人口毫不犹豫的服从。阿列克西不会欣赏这样的社会，更不会欣赏这种强权之下的共

[1] Robert Alexy, "Zur Kritik des Rechtspositivismus", R. Dreier: Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart, 1990. 转引自[德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间》，董世俊译，三联书店2003年版，第283页。



识。然而阿列克西似乎没有考虑到,即使在一个思想开放、个性独立的自由社会之中,也常常会发现人们的思想受到某种控制的情形。当一个激进的性自由主义者(比如李银河)在真诚地发表她自己的见解时,她可能完全没有意识到,她说出来的也许只是她曾经阅读过的另外一个人(比如米歇尔·福柯)的作品里已经说过的话。哈贝马斯曾经如此告诫,要警惕共识掩盖下的知识分子发言人对其他人思想的支配,<sup>[1]</sup>此外还要约束传媒的力量。<sup>[2]</sup>因为他知道,传媒的歪曲性或选择性报道经常会误导公众的舆论。然而针对这两项建议,他都没有提出任何可实施的方案。

关于王斌余案的公众舆论就明显受到了传媒的影响。新华社《告白》一文是引发公众舆论的原始材料,尽管该文不能算是一个歪曲性报道,<sup>[3]</sup>但它提供的与案件相关的大量事实(它们全部出自于王斌余的一面之词)却明显是选择性的,等待二审判决的王斌余自然不会借记者之笔向公众披露对其不利的信息。事实上,在这个命运攸关的时刻,王斌余(也许是下意识地)设计了一种很成功的发言策略:他着重讲述了自己苦难的生活经历(以引起人们的同情),以及讨债时受到的挫折与屈辱(以激发人们对受害人的愤怒),他对自己的犯罪过程仅仅是轻描淡写(以便于分散和转移人们的注意力),他恰当地暗示了自己并非凶神恶煞(从其“告白”中可以看出他对父亲很牵挂),他把自己的命运与整个农民工群体的生活境遇联系在一起(巧妙利用了人们对社会不公平现象的怨气),他还呼吁全社会要关注农民工群体的权利保障问题(这使他自己承担了一个代言人的角色)。<sup>[4]</sup>采访王斌余的记者并没有意识到,在某种意义上,这篇报道本身就是对受害人及其亲属的不公平对待,因为受害人的亲属并没有获得同样的、向公众“心酸告白”的机会。可以推测,如果新华社发布的是一篇关于受害人亲属“心酸告白”的报道,公众舆论的情形肯定会截然不同,也许还会招来一片喊杀之声。

[1] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第628页。

[2] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版,第545页。

[3] 由于报道本身就是王斌余的“告白”,所以王斌余怎么说,记者就怎么写,记者只是保证记述本身的真实性,但却没有声称王斌余的“心酸告白”都经过了记者亲自核实。在这里,记者实际上是把判断王斌余“心酸告白”真实性的任务推给了读者。

[4] 相关报道载 <http://news.sina.com.cn/s/2005-09-06/09266872500s.shtml>。

然而,根据我的测试结果,与一般公众甚至与部分法学研究者相比,从事刑事审判的那11位法官似乎更容易避免传媒的影响。他们了解案情的渠道同样是新华社的那篇报道,但他们做出的判断却与主流公众舆论恰恰相反。这大概与他们的职业经验有关,长期从事刑事审判工作会使他们对当事人的一面之词保持警惕,并且,这种类型的“心酸告白”他们见得多了,不值得给予过多的怜悯和同情。作为法官,他们能够从传媒报道提供的大量信息中区分出法律意义上的“要件事实”。媒体关注的焦点事实往往不是法官关注的“要件事实”,这是传媒和司法之所以屡屡发生冲突的许多原因之一。新华社《告白》一文提供的关于王斌余生活经历的许多信息——17岁外出打工、低廉的工钱、繁重的工作、随处可见的歧视、包工头的颐指气使以及讨要工钱时遭受的挫折和侮辱——均非法律意义上的“要件事实”。尽管这些信息足以激发公众的同情心,但却不能进入司法程序。因而看起来,该文披露的案件信息与法官认定的案件事实(载《人民法院报》)之间竟然存在很大的差距。

倘若与案件相关的所有信息都可以进入司法程序,审判工作就要承担极度高昂的信息费用。司法程序因此必须发挥过滤器的功能,它强制性地规定了辩论参与人的资格、可辩论事项的条件、启动辩论程序的条件、辩论的时间限度以及起点和终点。司法程序的终点一旦来临,尚未完结的辩论过程就被武断地终止了。在无限的因果链条之中,司法程序仅仅截取了与争议事实最接近的其中一段,漫无边际的价值争议也因此暂时被束之高阁。<sup>[1]</sup>司法程序的这些限制性规定是为了保证能以合理成本取得确定的判决结果。阿列克西承认这些限制性规定是必需的,<sup>[2]</sup>因为他很清楚,“理想辩论情境”不能保证取得共识,他设计的理性辩论规则也不一定解决问题,<sup>[3]</sup>但阿列克西却大大低估了这些限制性规定对于司法程序的重要价值。他没有意识到,如果没有这些限制性规定,仅仅服从

[1] 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第22~23页。

[2] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第353~362页。

[3] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第256~257页、361页。

于“理性辩论规则”的司法程序只能是竹篮打水。司法程序的限制性规定在阿列克西的理论中没有醒目的位置,然而事实上它们构成了司法程序的主要内容。

在阿列克西看来,尽管无法按照“理性辩论规则”去组织一个现实的法庭辩论过程,但“理性辩论规则”仍可以为衡量司法程序的正当性提供一个评价标准。<sup>[1]</sup>也就是说,司法程序应以努力接近“理性辩论规则”为目标。然而阿列克西没有考虑到,越是接近他所说的“理性辩论规则”,司法程序耗费的交易成本也就越高。倘若司法程序满足了“理性辩论规则”的全部理想条件(无尽的时间、不受限制的参与、完美的信息、彻底的真诚、平等的发言权以及百分之百的无强制性),交易成本就会攀升到无法想象的地步。此时,“理性辩论规则”就彻底变成了一个噩梦。

理论上,在司法程序努力接近“理性辩论规则”的过程中存在一个最优点,在这个点位上,追求正义的边际成本与边际收益恰好相等(事实上,这才是真正的“理想辩论情境”)。但如果越过了这个最优点,由于追求正义的边际成本会大于边际收益,司法过程继续接近“理性辩论规则”就是得不偿失了。此时,“理性辩论规则”就不再是司法程序追求的目标,而已成为它努力逃避的陷阱。

司法程序的限制性规定就是这个陷阱的防护栏,这些限制性规定为司法程序构建了一个相对封闭的时空,并使之与繁复庞杂、纷扰凌乱的生活世界隔离开来;复杂的社会状况在这里被简单化了,司法程序的交易成本也因此被控制在一个合理的程度之内。阿列克西没有意识到,司法程序的限制性规定与“理性辩论规则”是不相容的。相反,他认为这些限制性规定必须服务于理性辩论规则所追求的目标,并且还要最终接受理性辩论规则的检验。<sup>[2]</sup>阿列克西太渴求完美了,他完全没有意识到,完美本身意味着高昂的成本。因而,现实的司法程序在一定意义上是拒绝完美的,这就叫做“抱残守缺”。司法服从生活世界的逻辑,追求正义不能无视成本。

[1] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第361~362页。

[2] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第362页。

更何况司法的首要目的不是寻求正义而是解决纠纷,以及借此创设规则和激励。纠纷得到解决的标志是当事人“服判”,“服判”有高低两个标准:“服判”的低标准仅仅要求当事人在行为上服从判决,“服判”的高标准则除了前者之外还要求当事人对判决“心服口服”。如果心理上“服判”与行为上的“服判”发生冲突,那么司法宁愿接受的选择就是舍前而取后。解决纠纷如果能够达到“服判”的高标准当然是最理想的,司法之所以需要追求正义,当然是为了能够达到“服判”的高标准。但如果追求正义的成本超出了合理的限度,司法的现实目标就要被迫定位在“服判”的低标准上。显然,权力的强制性是司法满足这一现实目标的最终保证。判决如果不能“说服”当事人,司法就要被迫采取“压服”的手段。司法过程之所以永远不可能消除其强制性的因素乃是因为司法是权力运作的结果,而不是其原因。强权是司法之母。阿列克西承认司法过程中的各种约束,但他的理想却是消除司法过程中的强制性因素,这个理想可以等同于消除司法本身。

在权力介入司法过程的条件下,法律论证就被边缘化了。从法院判决通常都需要强制执行的角度来看,法律论证在司法过程中的意义确实被其研究者夸大了。<sup>[1]</sup>当然,由于“说服”总比“压服”的结果要好(前者可以降低执行成本并有助于美化司法的形象),所以法律论证还是非常有用的。然而,正是在这个意义上法律论证本身也是策略性的,它不具有某种先天的超越性,并因此应当被置于与追求司法目标的其他策略(如修辞和权力)平等竞争的位置上。说到底,法律论证充其量是一种说服技术,而不是一种决策技术或探索决策的技术。

另外,权力介入司法也是以合理成本解决纠纷的一个方案。当几种不同的判决方案相互对峙的时候,“司法专断”可以通过终结辩论而节省交易成本。还必须看到,由于受时间限制或成本约束,在特定情况下,不恰当地解决纠纷也比不解决纠纷的结果要好得多。假设法院对于某个纠纷有两个备选的判决方案,方案A优于方案B,二者之间的价值差是L1, L1因此可以表示错判(即错误地选择了方案B)造成的实际损失。假设

[1] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第30页。

错判的概率是  $P$ , 避免错判的成本是  $C$ , 那么, 如果  $C > PL1$ , 即如果避免错判的成本超过了错判的预期损失, 错判就是可以容忍的。另假设纠纷每拖延 1 个月造成的损失是  $L2$ , 拖延的时间用  $n$  个月来表示, 那么, 如果  $nL2 > PL1$ , 即如果拖延判决的预期损失超过了错判的预期损失, 错判同样是可以容忍的。“迟来的正义”之所以被视为“非正义”, 其经济学理由就在这里。如果把偏离正义的成本称为“错判损失”, 把避免错判的成本以及延迟判决的成本都称为“交易成本”, 那么司法的终极目标就可以被确定为追求社会总成本(即“错判损失”和“交易成本”之和)的最小化。阿列克西的法律论证理论只关注如何减少错判损失而不考虑如何降低交易成本, 这就使他的理论无力为衡量司法过程的正当性提供一个合用的标准。

#### 四、不是共识, 又是什么

当法官从实在法范围内无法获得令人满意的结果时, 即(按阿列克西的说法)当“内部证成”获取的共识又在“外部证成”的语境中受到广泛质疑时, 司法判决应当从何处获得指导? 阿列克西没有回答这个问题。事实上, 仅仅依靠程序性的辩论规则也没法回答这个问题。

假设关于某个争议案件存在两个备选的判决方案: 方案 A 可以获得实在法较强的支持, 方案 B 只能从实在法那里获得较弱的支持; 另假设通过理性辩论达成的共识支持方案 B, 那么这种情形并不棘手, 也是阿列克西乐意看到的。法官可以依据共识做出判决(选择方案 B), 并由此开创一个新的判例。借助于各种解释方法, 法官还可以软化实在法的约束。即使法官被迫做出严格服从实在法的判决(选择方案 A)也不会构成理论上的麻烦, 法律可以依据共识获得修正, 麻烦的最终解决也仅仅是个时间和程序的问题。总之, 只要存在共识一切都好办。然而, 正如前文的分析所揭示的, 也正如在王斌余案中我们所看到的, 如果没有共识呢?

现在我们假设另一种情形——这也是法官在王斌余案中遇到的情形, 多数公众意见支持方案 B, 而少数公众意见支持方案 A, 法官应当做什么选择呢? 阿列克西当然能够考虑到这种情形, 他可以借助于哈贝马斯

提出的“潜在共识”的概念来做出回应,<sup>[1]</sup>并可以相信“潜在共识”会通过理性辩论脱颖而出,并在将来某个时刻转化成现实的共识。然而麻烦在于,法官等不到将来那个时刻就必须做出判决。在理性辩论还没有结果的时候,法官根据什么标准去判断“潜在共识”呢?多数人的意见不见得会成为共识,因为真理可能掌握在少数人手里。要求法官根据“潜在共识”做出判决,就等于迫使法官去参与一次赌博。就算是赌博,法官也需要考虑哪种判决方案有较大概率会在将来某个时刻能够赢取共识。此外还有一种情形——如果共识来自于公众的迷信、盲从、排他、短视、偏见或情绪性反应,法官又该如何选择呢?这种情形阿列克西也考虑到了,为此他又接受了哈贝马斯给共识设置的一个限制条件即所谓“有证立根据的共识”。<sup>[2]</sup>然而,这一限制条件的设置却意味着阿列克西在理论防线上的全面撤退,因为他已经意识到,当法官必须判断一种共识是否拥有“证立根据”的时候,单纯的程序性标准就不能独当一面了。

不论程序性规则设计得多么精致,都无法掩盖司法过程中的实体性判断。<sup>[3]</sup>法官必须做出判断,<sup>[4]</sup>而不仅仅是维护辩论的秩序。对于法官而言,永远无法回避的任务是对各种备选的判决方案比较优劣。然而,阿列克西的法律论证理论却仅仅是关于辩论的理论,而不是关于决策的理论,绕了一个圈子还是要回到原来的位置。现在的问题是,法官应当根据什么标准来完成这种比较?不是共识,又是什么?

关于这个问题,道德哲学和社会科学(主要是广义上的经济学)都伸出了援助之手,然而正如下文借助于王斌余案将要论证的,解决问题的恰当进路只可能来自社会科学。反对判处王斌余死刑的评论者提供了许多

[1] 哈贝马斯认为:“命题真理的条件是其他所有人的潜在同意。”参见[德]哈贝马斯:“对交往资质理论的若干准备性评说”,载哈贝马斯、卢曼:《社会理论抑或社会技术学?》,法兰克福1972年版,第124页。转引自[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第129页。

[2] 哈贝马斯认为,只有“有证立根据的共识”才足以作为真理标准。参见[德]哈贝马斯:“真理理论”,载H.法伦巴赫编:《现实与反思:W.舒尔茨祝寿文集》,普夫林根1973年版,第239页。转引自[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第141页。

[3] 法学方法论的一种不切实际的理论雄心就是以程序性规则来缩小甚至是取代法律决策者的实体性判断。

[4] 阿列克西对此也很清楚,但他更加关心的是,法官的判断如何才能“理性地证立”。[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第7-9页。

理由,虽然这些理由都能从道德哲学那里找到依据,但却经不起社会科学的检验。事实上,阿列克西的法律论证理论就是在发现传统道德哲学进路已经失败的前提下而另辟蹊径的产物。

在关于王斌余案的争论中,有一种颇有影响力的观点认为:判处王斌余死刑是“同态复仇”的延续;而“随着人类文明的进步”,法律“已经越来越远离那种蒙昧的复仇规则”,如果罪犯已经对自己的犯罪行为真心忏悔,“那么对这样的人执行死刑就是残暴!”<sup>[1]</sup>这种观点具有很强的道德色彩,但其实质性理由却是经济学的——既然犯罪造成的社会损失无论如何都无法挽回了(属于“沉没成本”),如果罪犯已经改过自新,那么判处其死刑不但没有任何收益,反而会增加社会损失。由此推论,改过自新就不仅是免除死刑的理由,而且是免除任何刑罚的理由,这是荒谬的,这种观点完全忽略了刑罚的威慑功能。威慑的含义是建立并保持国家惩罚犯罪的信用,就像企业为了积累其信用而常常需要履行一份没有收益的合同一样,法律为了发挥它的威慑功能,也必须惩罚一些已经改过自新的罪犯。尽管这么做没有眼前收益,但却可以通过增加犯罪的预期惩罚成本来阻止未来的犯罪。<sup>[2]</sup>这位评论者隐约看到了这一点,但他仍然乐观地认为,“留住王斌余并不会造就其他的王斌余,因为这一个王斌余不是任何人可以有意模仿的,不是任何犯罪者可以伪装出来的,甚至王斌余离开了那个特定的事由和时间条件,也不会重演这一悲剧”。果真如这位评论者所认为的,世界上只有一个王斌余,那么判处其死刑的确没有任何价值。然而事实并非如此,生物学意义上的王斌余确实只有一个,但与王斌余类似的潜在罪犯却肯定不在少数。法律是以“类型”而不是以“个性”来区分潜在罪犯的;如果法律试图区分每个潜在罪犯的独特个性,司法和

[1] 参见“法律不能为王斌余的死刑蒙羞——呼吁高法为王斌余减轻死刑判决”,载 <http://www.lajiaocity.com/publishhtml/4/2005-09-17/20050917143206.html>。

[2] 复仇的逻辑也同样如此。无论你对侵犯者施加多大的伤害,你自己遭受的伤害都毕竟无法挽回了。为了报复你将要承担的任何风险和成本,都只会增加你已经遭受的损失。由此看来,一个理性人不会实施报复。但是,如果理性人不会实施报复,就会使他受到更多的侵犯,因为在侵犯者看来,理性人的理性——让过去成为过去(用经济学家的术语说,就是忽略“沉没成本”)因而不会对侵犯者进行报复——实际上是降低了侵犯者采取侵犯行为的预期成本。[美]波斯纳著:《法律理论的前沿》,武欣等译,中国政法大学出版社2003年版,第275页。

执法的信息费用就会攀升到让国家财政预算无法承受的地步。同样是由于信息费用的问题,法律拒绝将“真心忏悔”规定为一个法定的从轻情节。以合理成本鉴别罪犯“忏悔”是否出于“真心”的希望十分渺茫,更何况偏好风险的潜在罪犯还可能因高估了伪装成功的可能性而产生侥幸心理。

另一种流行观点认为,由于王斌余是在无法获得国家法律救济的情况下实施犯罪的,因而国家和社会都有责任,王斌余不应为此负全责。有位评论者就提出了这样的质疑:“权利保障机制的低效能,是一种公共选择的结果,为什么只由弱者承担相关的消极后果?当弱者走投无路时所产生的暴力性、‘非理性’的反弹行动,单方面地追究其责任,是否公平?”〔1〕这种质疑是站不住脚的。对于王斌余造成的悲剧,国家和社会确实应当承担起责任,但犯罪行为法律责任却只能归于王斌余个人。法律是一个激励机制,法律责任的设计宗旨是追求社会成本的最小化,将法律责任施加于能够以最小成本阻止灾难、事故和伤害发生的主体是一种恰当的矫正性激励。责任连接着惩罚,实施惩罚需要国家投入相应的资源。作为一种投资性活动,惩罚也应当追求效益最大化。法律责任因此必须集中于特定的主体,弥散化的惩罚不仅没有效率,而且无法执行。

还有一种观点是所谓的“自救理论”。有评论者认为,“近现代法治禁止私刑、报仇(私力救济的一类),是有前提的:公共权力能够足够有效地实现公平正义。如果这个前提不具备或者受动摇,那么惩罚私刑或报仇行为,就不具备充分的正当性”。〔2〕这种道德论主张是凭空想象的。禁止私人暴力是国家维护社会秩序和统治秩序的一种策略,从来不以“公共权力能够足够有效地实现公平正义”为前提。私人暴力是“野生权力”的温床,国家要想把“野生权力”消灭在萌芽状态就必须垄断暴力的使用权。私人暴力还是一把“双刃剑”:作为一种侵犯手段,私人暴力会对公共安全构成威胁;而作为一种惩罚手段或防御手段,私人暴力还可以发挥重

〔1〕 陈步雷:“由王斌余杀人案想起了蒋爱珍”,载《新京报》2005年9月9日版。

〔2〕 陈步雷:“由王斌余杀人案想起了蒋爱珍”,载《新京报》2005年9月9日版。



要的社会控制功能,这是私人暴力在相当有限的场合不被视为犯罪的缘由。<sup>[1]</sup> 对于一些孱弱的政府而言,在国家暴力资源非常紧缺的情况下,保留一些私人暴力作为公共执法力量的一种补充是不足为怪的。<sup>[2]</sup> 相反,国家的财政基础越雄厚、暴力资源越充足,就越有条件缩小私人暴力的合法范围。如今,私人暴力可以合法使用的场合仅限于正当防卫了。由于警察很难阻止正在发生的暴力侵犯,所以,承认正当防卫的合法性就是允许和鼓励受害人在危急情况下以私人暴力对抗暴力侵犯。王斌余的犯罪行为显然不是正当防卫,甚至连“假想的防卫”都算不上。自救理论在这里根本派不上用场。

最后一种需要批评的观点认为,法院可以因王斌余案开创一个“激愤杀人免死”的先例。<sup>[3]</sup> 这种意图潜藏着很大的危险。与蓄谋犯罪相比,激愤犯罪确实应当处罚更轻一些(理由见下文),然而这不能成为“激愤杀人可以免死”的理由,在没有充分论证社会矛盾已经充分缓解、潜在激愤犯罪数量开始下降或者抓获概率有大幅度上升之前,而仅仅从道德论角度去主张开创这样一个先例为时尚早。更何况,即便“激愤杀人免死”可以固定为先例,也不应始于王斌余案。如果蓄谋杀死一人就要执行死刑,而激愤杀死四人却可以免死,故意杀人罪的量刑岂不乱了套?

至少在王斌余案中我们可以看到,对于法律决策者来说,道德哲学的指导并不可靠。阿列克西看到了道德哲学进路的某些缺陷——道德原则的模糊性以及彼此冲突也常常导致模棱两可的结果,至于为什么可以将某种道德原则适用在某个具体问题上,这不是论证的结果,而是规定的结

[1] 决斗在中世纪的欧洲曾经是合法的。尽管决斗会造成伤亡,但它避免了因冲突升级而造成更大规模的伤亡,也避免了与司法程序相关的高昂费用。此外,以悬赏的方式抓获罪犯,也是国家利用私人暴力的一种方式。

[2] 例如,10世纪到13世纪的冰岛政体就是一个非常典型的“弱政府”,它只有一个立法机构和一些法院,但没有中央执行机构。法律发言人(logso)是唯一的政府雇员,他的工作是主持立法、提供法律意见,并在3年的任期内做一次关于所有法典的公开详述。冰岛的政体省略了执法机构这一在现代政体必不可少的国家权力分支,如果没有负责法律实施的公共机构,所有的法律都只能依靠私人力量来执行。See William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law, and Society in Saga Iceland*, University of Chicago Press, 1990.

[3] 赵继成:“王斌余杀人案:底层群体罪与罚的正义之辩”,载《新京报》2005年9月19日版。

果<sup>[1]</sup>。但他没有发现道德哲学进路最致命的缺陷是道德推理和道德论证缺乏经验基础,因而无力与社会学竞争对法律疑难问题的指导权。

道德哲学无力为法律疑难问题提供决策方案,它只能为决策本身提供一种被公众认同的正当性论证。尽管这种论证很孱弱,但却能够大致满足公众寻找正当性依据的心理需求;并且由于这种论证很简单,也恰好迎合了公众惧怕烦琐的心理倾向。为什么法律的道德解释或道德论证在学术界和实务界都能保持一种生命力?其社会心理学的原因就在这里。许多学术理论不是为了解决实际问题而是为了满足人们的心理需要发展出来的。阿列克西的法律论证理论就是这样一种理论——它不具备解决实际问题的能力,但却可以消除或缓解人们(尽管只是其中很少一部分)在陷入所谓“明希豪森困境”时的心理恐慌。

### 五、问题还出在哪里

如果把学术研究看作一个服务行业,那么阿列克西的理论就没有服务对象;如果确实有的话,那也仅仅是与他的学术兴趣相近的同行。这些同行的作品是相互阅读的,其学术倾向体现了象牙塔里一种群体性的法学自恋;真正的法律决策者却很少对这些作品感兴趣。企图从这些作品中寻找一些有用的启示和指导,不仅希望渺茫,而且成本太高,因为它们确实深奥难解,原因之一是这些作品的词汇复杂、语言晦涩。由于一个作者的讨论往往来自于其他作者的讨论,一个作者使用的词汇往往来自于其他作者使用的词汇,所以如果读者企图理解一个作者的讨论和词汇就必须了解其他许多作者的讨论和词汇。不仅如此,这些作者经常会赋予日常词汇一些额外的意义,不同的作者还会在不同的意义上使用同样的词汇,他们还会相互误解对方的讨论并为澄清这些误解而耗费大量的文字。另一个原因来自理论本身:规范性法律论证理论在与现实法律决策过程对接的时候,经常显得捉襟见肘;每当遇到这种情形,作者们就必须——或是创造新的词汇,或是增加新的理论预设,或改变原来的理论预设,或是在回应一些击中要害的问题时闪烁其辞。当我们阅读这些作品

[1] [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第6~7页。

时,我们就遭遇了一种词汇很多但内容很少的文献。理论的功能之一是节省人们的思考,然而以阿列克西为代表的规范性法律论证理论却几乎不具有这种功能。

尽管阿列克西的理想是试图为强化司法程序和司法判决的正当性贡献些什么,但他对现实的司法过程并不十分了解,他没有从事法律实务的经验,在他的作品中也看不出他对法律实务有什么兴趣。他提出并讨论的问题来自其他学者的作品,<sup>[1]</sup>而不是来自法律决策者的困惑。他提供了一种关于法律辩论的理论,然而法官真正需要的却是一种关于法律决策的理论。

在我曾经经历的某个场合里,我费了很大力气才向一些法官们讲清了什么是“明希豪森困境”。然而,法官们却说他们从来没有身处“明希豪森困境”的感觉,倒是在企图理解我所说的“明希豪森困境”的时候,他们险些陷入了“困境”。

[1] 阿列克西在其《法律论证理论》一书中用接近2/3的篇幅完成对“若干实践论辩理论的反思”,他反思的理论包括哈贝马斯的真理共识论、埃尔郎根学派的实践商谈理论、佩雷尔曼的法律论证理论以及许多种道德分析哲学中的实践论辩理论。

## 第五章 孱弱的民法教义学解释 (I)

### ——以一起输血感染丙肝案及不可抗力条款为例

2003年1月,济南市一位名叫王静的年轻女性在济南市某医院(以下简称医院)做子宫肌瘤切除手术,手术中接受输血2000毫升,所输血液是由医院从济南市某血站(以下简称血站)购进的。术后不久,王静被确诊患病毒性丙型肝炎。王静认为其感染丙肝病毒是在医院接受输血所致,所输血液肯定含有丙肝病毒。王静据此认定医院或血站的行为已构成医疗事故,遂将二者列为共同被告告诉至济南市某法院并提出赔偿请求。医院和血站辩称:手术中使用的血液在经过了所有法定检测程序和检测项目之后未见异常,并且血液中心使用的验血试剂及医院输血使用的一次性器具均达到国家或部颁标准,血站在采供血过程中以及医院在整个医疗过程中均无过错,因此不承担赔偿责任。法院查清事实后认定被告辩解成立,根据2002年国务院《医疗事故处理条例》的相关规定判决驳回原告诉讼请求。<sup>[1]</sup>

[1] 本章阐述的案例是根据济南市历下区法院于2002年审理的一起真实案件改编的。为避免不必要的麻烦,本文对案例的叙述简化了案情,隐去了原被告双方的真实姓名和名称,时间也略做调整。

这算不上一起疑难案件。2002年国务院《医疗事故处理条例》明确规定了医疗机构对医疗事故只承担过错赔偿责任,据此,医疗机构所采取的医疗措施只要符合法律规定、行业标准或医疗常规就不被视为有过错,也无须承担赔偿责任。<sup>[1]</sup>在该案中,被告有充足证据证明其在采血过程或医疗过程中没有过错,法院判决于法有据。

但需要的说明的问题是,既然医院和血站均无过错,那么王静感染丙肝病毒的事实又该如何解释?据医学专家介绍,除非使用实验室技术,否则目前的临床血液检测技术无法将漏检率降至零值。丙肝病毒的抗原不能在临床上被分离检测,只能通过检测抗体来判断血液中是否含有病毒。然而人体在感染丙肝病毒之后,要过一段时间(3~6个月)血液中才会出现抗体,这就造成了医学上所谓的“窗口期”。如果献血者正处于感染丙肝病毒后的“窗口期”,那么由于其血液中的抗体尚未出现、抗原又无法被检测到,所以查体时的检测结果就会显示正常。<sup>[2]</sup>抽样调查显示,“窗口期”导致的丙肝病毒漏检率估计高达4%,<sup>[3]</sup>因而,输血感染丙肝的病例几乎在每个大城市都曾发生过。我们据此大致可以断定,如果没有其他意外,王静感染丙肝病毒就是因“窗口期”所致。

然而,对于法官来说,这起医疗纠纷案件的麻烦不是审理,而是说理。要说明判决的合法性并不难,但要论证判决的正当性就不那么容易了。面对该案判决,“公平原则”以及“平衡当事人利益”等传统民法解释的惯用措辞明显缺乏说服力:如果说医院和血站没有过错,那么感染丙肝病毒的受害人王静有过错吗?在双方均无过错的情况下,凭什么让后者承担医疗事故的全部损失?如此判决难道不是有失公平吗?“冤有头,债有主”的朴素道德观念不仅支持着上述追问,有时候还会影响法律职业者的思维以及法院的判决。<sup>[4]</sup>如果不能在学理上回应这些问题,公众质疑的矛头必然会从法院判决指向法律本身:医疗事故的法定过错标准是否合

[1] 参见2002年国务院《医疗事故处理条例》第2条、第49条。

[2] 阮光平等:“输血难以避免病毒感染窗口期危险”,载《国外医学临床与检验学分册》2005年第7期。

[3] 这是上海市血液中心曾经完成一项500例输血后病人的前瞻性调查中获得的数据,参见张新平、霍金荣、徐海锋:“临床输血风险及风险管理”,载《中国医院管理》2000年第11期。

[4] 参见本章第四部分讨论的南京市鼓楼区法院判决的一起类似案例及相关报道。

理? 医疗事故赔偿适用过错责任是否忽略了对弱势群体(患者)的权利保护? 这样一来,围绕一个简单案件的争议就会节节升级。也许人们还会提出一个“发人深省”的问题:既然实验室技术可以避免因“窗口期”而导致的血液漏检,法律何不强制血站或医院在为献血者体检时采用实验室技术? 如果说实验室技术成本高昂,那么道德哲学家的反驳更加强有力:健康和生命岂能用金钱来衡量?

面对这一系列的追问,民法教义学的解释陷入了困境。尽管立法者就医疗事故赔偿选择了过错责任原则,但民法教义学在论证其合理性时却显得孱弱无力。本章的写作目的是利用经济学方法为民法解释开发新的理论资源。

### 一、过错责任的经济学问题

法律教义学上的“过失”被界定为:“应当预见到但却没有预见到或者已经预见到轻信能够避免”(从中分解出“疏忽大意的过失”和“过于自信的过失”)。然而,这个几乎每个法律人都能熟练背诵的过失定义却没有提供任何可观察的操作标准。“应当预见到”的标准是什么? 如何判断当事人“没有预见到”或者“已经预见到”? 凭什么说当事人“疏忽大意”或“过于自信”? “合理注意”和“合理自信”的标准又是什么? 提出这些问题不是故意找茬,因为这些“茬”就在那儿,只是人们一直熟视无睹。这个定义只是解释了“过失”的语义,但解词毕竟不是定义。

在上述案例中,法院几乎无法判断王静感染丙肝病毒是否在医院“应当预见到”或“已经预见到”的范围之内。鉴于医院清楚“漏检率”的事实,即使法院能够判断出医院“已经预见到”王静在输血时可能感染病毒,也很难据此认定医院有过失。法律教义学关于过失定义的缺陷在这个案例中就暴露出来了——这个定义只是描述了“过失”的主观心理状态,但一个人的心智是无法观察的。定义过失,如同定义法律上任何其他描述主管心理状态的概念一样,只能诉诸可观察的行为,而不能着眼于描述不

可观察的心智。<sup>[1]</sup> 在该案中,法院需要一个据以判断是否构成过失的客观标准。幸好法律经济学的进路能够满足这一需要。

如果把加害人的注意看做为避免事故发生而需要支付的一种成本,那么问题就转化为:追加成本到何种程度才不被视为“注意欠缺”。“汉德过失公式”(the negligence formula of Judge Learned Hand)提供了一个用以确定加害人是否构成过失的客观标准。它既是侵权责任法上一个最基本的赔偿原则,也是法律经济分析领域中最著名的公式之一。汉德公式用三个变量之间的函数关系来确定过失的标准: $B$ 为预防事故的成本, $L$ 为事故损失额, $P$ 为事故发生的概率,汉德公式表明,只有当 $B < PL$ ,即当加害人为预防事故需要支付的成本低于事故的预期损失(事故损失额与事故发生概率的乘积)时,加害人才构成过失,并因此承担赔偿责任。

汉德公式蕴涵着事故经济学上的一个基本逻辑:并非所有的事故都是应当预防的,如果预防事故的成本超过了事故的预期损失,放任事故的发生就是一种有效率的选择。这个逻辑就是过错责任制度的经济学依据。过错责任制度免除了加害人无过失的赔偿责任,而汉德公式则恰好为加害人是否构成过失划定了一个经济学上的界限。

倘若进而注意到事故预防成本和事故预期损失的边际变化,就可以在理论上为事故预防成本确定最佳值。事故预防成本应当一直追加到与事故预期损失在边际上恰好相等的最佳点,越过这个最佳点继续追加预防成本就不再划算了。<sup>[2]</sup> 这也意味着过错责任制度的经济目标是最小化两种成本之和,而非单纯致力于减少其中任何一种成本。<sup>[3]</sup> 医疗事故赔偿之所以适用过错责任原则,目的之一是阻止医疗机构以不合理的成本去预防事故。

---

[1] 正是由于这个原因,波斯纳和兰德斯在他们的《侵权法的经济学结构》一书中才放弃了过错的传统概念,待之以事故损失、事故发生概率以及事故预防成本等几个变量的函数关系。另外,波斯纳在《刑法的经济学理论》一文中,把所有描述主管心智的法律概念,诸如故意、过失、蓄谋、冲动、忏悔、认识错误等,全部还原为行为和后果的问题。[美]兰德斯、波斯纳著:《侵权法的经济学结构》,王强,杨媛译,北京大学出版社2005年版;R. A. Posner: *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985.

[2] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, pp. 163 - 167.

[3] G. Calabresi, *The Cost of Accidents: Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, 1970, p. 24.

医院或血站要想彻底杜绝输血感染丙肝病毒的风险,就必须采用成本极高的实验室技术。然而技术上可行不等于经济上可行,将血液检测的实验室技术取代临床技术,会导致血液价格和医疗费用的极度攀升,结果必然是医疗机构和患者的双输。理论上,当患者感染丙肝病毒的风险已经被降至最佳点的时候,继续追加检测成本必然得不偿失。假设感染丙肝病毒会给患者造成 100 万元的实际损失,医院和血站已投入的血液检测成本可以保证漏检率在 4‰ 以内;如果要将漏检率从 4‰ 降到 3‰,医院和血站需要追加 1200 元的检测成本。那么,理论上我们就应当容忍 4‰ 的漏检率,因为需要追加的血液检测成本(1200 元)已经超过了事故的预期损失( $1000000 \text{ 元} \times 1‰ = 1000 \text{ 元}$ )。

然而,汉德公式在每一个操作环节上都可能遭遇障碍。公式中的三个变量及其边际变化都涉及准确评估以及相关信息费用问题,这会挑战法官精力和知识的极限。如果不同法官的评估结果差异很大,就会破坏法律的统一性,难以保证同案同判。解决难题的方法之一,是由有权机构制定一套包含多项可测度指标的技术性标准。技术性标准具有统一、明确、权威的优点,法官和(潜在)加害人都可以据以判断为预防事故的发生究竟应当在何种程度上采取预防措施;(潜在)受害人的相关决策也可以从中获得指导。

当然,制定技术标准仍然要遵循汉德公式的经济学逻辑,事故预防的最佳点就是确定技术标准的技术依据。1993 年卫生部制定的《采供血机构和血液管理办法》以及相关解释就为血液检测提供了一套比较完整的技术标准。这套标准省去了相关各方就三个变量之间的复杂计算,只要采供血机构达到规定的技术标准就算免除了过错责任。在王静案中,由于医院和血站已提供充足证据证明其采供血行为完全合乎规定的技术标准,所以被告方提出的“没有过错”,就可以被法院认定为一个有效抗辩。

## 二、过错责任的伦理学问题

根据过错责任的经济学理论,在边际上,当继续追加的血液检测成本超过由此避免的预期事故损失时,采供血机构就应当停止追加血液检测



成本。然而,尽管过错责任为容忍一定程度的血液漏检率提供了经济学意义上的合理性,但却因此遭遇了一个伦理学上的质疑:在未经患者同意的情况下,为保证采供血机构获得较大利益而以牺牲患者较小利益为代价的做法是否正当?<sup>[1]</sup>提出这一质疑的依据是,过错责任降低了采供血机构的血液检测成本,却把相应增加的事故损失全部推给了患者。简言之,过错责任制度只有利于采供血机构而对患者不利。上升到法理学的高度后就涉及了公平和效率的冲突,一个单纯追求效率的制度安排难免有失公平。

然而,上述观点是错误的。如果过错责任是一个有效率的制度,其受益者就不仅仅是采供血机构,而且患者也能从中获得好处。既然过错责任(与严格责任相比)降低了血液检测成本,那么血液价格和医疗费用也会相应降低。尽管过错责任免除了采供血机构无过错的赔偿责任,但患者却能从降低了的血液价格和医疗费用那里获得预先补偿。

或许人们会说,与感染丙肝病毒的实际损失相比患者获得的预先补偿是微不足道的,但这种观点混淆了“事先”与“事后”的界限。在患者接受输血之前,预先补偿的依据只能是预期事故损失,而不应是感染病毒的实际损失;换言之,过错责任的预先补偿只是一种风险补偿。毕竟,对于接受输血的患者而言,事故的发生只是小概率事件。

理论上,如果王静同意以较低的价格接受输血治疗,就可以由此推定她事先“同意”了承担感染病毒的风险。正如有人自愿参加了一次没有欺诈和胁迫的抽彩结果却输掉了,他也不能以“结果不公平”为由而主张这次抽彩缺乏正当性。<sup>[2]</sup>最容易理解这个观点的办法是想象一下:任何患者,如果他希望感染病毒时肯定能够得到赔偿,那么他只需购买事故保险就可以实现这一目的。与严格责任相比,过错责任下的责任保险费率会较低,事故保险费率会较高。因为,过错责任会减少事故的赔偿责任。如

---

[1] 在《正义论》一书中,罗尔斯开篇便指出:“正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的,不承认许多人享受的较大利益能够绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲”。[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第1~2页。

[2] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学大学出版社2002年版,第92页。

果如同上文所论证的,过错责任是更有效率的制度,那么过错责任下的责任保险费率和事故保险费率的总和就会更低一些,因此可以推定,每个患者都会更情愿接受过错责任。<sup>[1]</sup> 尽管该案中的受害人王静得不到赔偿,但长远看来,医疗事故赔偿适用过错责任仍能使整个患者群体从中受益。作为一种追求效率的制度安排,法律如此规定并没有在哪个地方违背了公平。

倘若法律强制采供血机构采用实验室技术检测血液,即通过分离检测血清中的病毒抗原来判断血液是否含有丙肝病毒,血液的检测成本以及血液价格都会极度攀升,绝大多数需要输血治疗的患者就要被迫放弃治疗。这一法律决策看起来符合“生命和健康无价”的道德主张,但其实施的结果却是牺牲更多患者的健康和生命。患者是采供血机构的客户,采供血机构有独立于法律而为患者改善处境的激励。无论法律怎样规定,采供血机构都会设法提供有竞争力的服务,努力降低事故预期损失和血液检测成本,并且只有把二者的总合降到最低,才会达到患者最满意的程度。如果有任何一家采供血机构不这么做,竞争对手就会抢走它的客户。

直觉性的公平观念会割裂服务水平和价格之间的关联,并且会忽略市场在其中发挥的作用。如果一个制度是符合社会财富最大化的,那么在足够长的期限内,每个人都能从这个制度中受益,尽管某个人也许会在某个具体案件中受损。用经济学原则来安排的一些公共项目,长远地看也是符合伦理学标准的。<sup>[2]</sup>

### 三、保险、交易费用与严格责任

过错责任并非在任何情况下都比严格责任更有效率。一旦限制条件发生了变化,严格责任就有胜出的机会。在严格责任制度下,患者输血时一旦感染了病毒,采供血机构可以首先按照患者的实际损失做出赔偿,再

[1] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学大学出版社2002年版,第94~95页。

[2] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学大学出版社2002年版,第94~95页。

把赔偿费用列入其经营成本之中,进而通过提高血液价格的方式把增加的经营成本分摊给其他接受输血治疗的患者。在这里,严格责任为采供血机构强加了一种保险业务,患者因血液价格提升而增加的医疗费用可被看作支付给采供血机构的保险费。如果这一体制运转良好,患者和采供血机构照样可以双赢;患者直接从采供血机构购买保险,理论上可以节省支付给保险公司的毛利润。

但在严格责任体制下,赔偿的数量以及因赔偿产生的交易费用都会增加。感染病毒的患者需要证明其感染病毒确系在医院输血所致;采供血机构则需要评估感染病毒给患者造成的实际损失,评估的费用也因此要列入经营成本之中。如果采供血机构否认患者感染病毒与输血治疗之间存在因果关系,或者如果医患双方就评估结果不能达成一致,就会引发诉讼,并由此产生诉讼费用、执行费用、鉴定费用以及其他必要开支。事实上,过错责任之所以通常比严格责任更有效率的理由之一,就是前者减少了赔偿和诉讼的数量,并因此降低了相关的交易费用。

然而,就输血感染病毒的医疗纠纷而言,可以通过制定行政法规的方式降低交易费用。国务院可以把输血感染病毒的医疗纠纷从其他医疗纠纷中单列出来,卫生部可以单独就这一类纠纷制定行政法规,并根据感染病毒的种类以及感染病毒患者的年龄规定不同级别的赔偿额。此外,为减轻医患双方就感染病毒与输血治疗之间是否存在因果关系的举证负担,行政法规还可以根据从输血治疗到发现感染病毒的时间长短对索赔请求规定时效。在时效期间内,所有被证明为感染病毒的索赔请求都被推定为与接受输血治疗之间存在因果关系;超过了法定的时效期间,采供血机构就可以拒绝患者的索赔请求。这些措施都可以降低因赔偿和诉讼而发生的交易费用,这样就可以大大降低诉讼成本并减少诉讼数量。就输血感染病毒的医疗纠纷而言,如果因增加赔偿和诉讼数量而导致了交易费用太高的问题能够通过上述途径得以缓解,严格责任仍可能是一种合理的制度安排。

更何况与过错责任制度相比,严格责任制度的固有优势就是其实施

成本通常更加低廉。<sup>[1]</sup> 因为原告无须证明被告有过错,而要证明被告有过错往往要比证明损害事实和加害行为以及二者之间的因果关系困难得多。初民社会以及古代社会之所以广泛适用严格责任,其原因就在于:严格责任一种比过错责任更廉价的制度。在初民社会或古代社会中,信息技术的不发达不仅使得受害人很难证明加害人有过错,而且难以培养出专业而权威的法官对此做出令人信服的裁判。<sup>[2]</sup> 换一个角度来看,也可以把初民社会和古代社会广泛适用严格责任的情况看做一种推定——如果伤害事故发生了,裁判者就推定加害人肯定有过错。在意外事件占全部伤害事故比例很小并且区分意外事件和过失的信息费用很高的情况下,这种推定是合理的,因为推定的经济学意义就在于降低信息费用。<sup>[3]</sup>

现代侵权法在某些领域(如环境污染和产品质量的伤害事故)仍然保留了严格责任,最重要的原因仍然是为了降低信息费用,而不是人们通常所理解的“保护弱势群体”。适用过错责任,通常需要立法部门或法院对事故预防成本和预期事故损失以及它们的边际变化有健全的认识,这样才能制定出满足帕累托最优的法定标准,同时还要求法院事后能够观察到加害人的实际行为。如果法定标准不是帕累托最优,或者法院在事后不能观察到加害人的避免措施,或者观察预防措施的成本大于评估事故损失的成本,严格责任都可能比过错责任更有效率。<sup>[4]</sup>

然而,现代侵权法可以在适用过错责任的同时,通过“举证责任倒置”来降低信息费用。当加害人的举证成本低于受害人时,“举证责任倒置”就能证明负担转移到成本较低的加害人身上。<sup>[5]</sup> 在医疗事故的赔偿纠

[1] 关于严格责任这一优势的经济学解释, Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, 1995, p. 96; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 178 - 180; [美]兰德斯、波斯纳著:《侵权法的经济学结构》,王强译,北京大学出版社2005年版,第72~77页; [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,第258~260页;张维迎著:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第92~108页。

[2] 桑本谦著:《私人之间的监控与惩罚》,山东人民出版社2005年版,第191~192页。

[3] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第206页;桑本谦:“疑案判决的经济学原则分析”,载《中国社会科学》2008年第4期。

[4] 张维迎著:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第97页。

[5] 关于举证责任分配的经济学逻辑,可参见桑本谦:“疑案判决的经济学”,载《中国社会科学》2008年第4期。

纷中,法律就曾规定由医疗机构对其是否存在过错承担举证责任。<sup>[1]</sup>

#### 四、侵权赔偿的道德直觉

如果意外事件占全部伤害事故的比例很大,过错责任就可能比严格责任更有效率。意外事件在经济学意义上是指“不可避免的伤害”即加害人无法以合理成本(即低于事故预期损失的成本)予以避免的伤害事故。在加害人的避免成本高于伤害预期损失的情况下,即便让加害人承担赔偿责任,加害人也没有激励采取避免措施。在这种情况下,严格责任只是转移了损失(从受害人转移到加害人),但没有创造避免伤害的恰当激励。被严格责任忽略的情形是,受害人避免伤害的成本可能低于伤害的预期损失。因而,采用严格责任实际上抑制了受害人以合理成本避免伤害的激励。相反,过错责任却可以激励受害人采取措施避免伤害,除非受害人避免伤害的成本高于伤害的预期损失。毕竟,如果受害人不这么做,他也不会从加害人那里获得赔偿。<sup>[2]</sup>

然而在初民社会中,大量人类学资料表明大多数伤害都属于在经济学意义上“可避免的伤害”(即加害人以合理成本能够避免的伤害),事实上大多数伤害都出于加害人的故意。这意味着初民社会很少出现适用过错责任比适用严格责任更有效率的情况,因为在可避免的伤害中,严格责任能够为预防伤害提供恰当的激励。故意伤害的比例很大这一事实说明,受害人避免伤害的成本总体上高于加害人避免伤害的成本。在这种情况下,就无须担心适用严格责任会削弱潜在受害人以合理成本避免伤害的激励,也无须考虑在处理那些由受害人避免伤害更为恰当的案件时,是否需要一个共同过失的辩解来补充严格责任。<sup>[3]</sup>此外,如果大多数伤害事故出于加害人的故意,那么严格责任至少在直觉上更能够震慑加害人,因为它完全消除了加害人企图通过无过错辩解来规避赔偿责任的侥

[1] 参见2002年国务院《医疗事故处理条例》的相关规定。由医疗机构对其是否存在过错承担举证责任的规定到2010年7月《侵权责任法》开始实施时被废除。

[2] 桑本谦著:《私人之间的监控与惩罚》,山东人民出版社2005年版,第191页。

[3] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第207页。

幸心理。

此外,严格责任还隐含了一种温和的保险,加害人成了受害人的保险人。至于这种保险是否有效率,在市场保险尚未出现的时代,就基本取决于加害人是否比受害人更适合充当保险人。在初民社会中,一般说来,更强壮、更好动、有更多狗、更多牲口和更多工具的人更有可能成为偶然事故中的加害人,而且一般说来这些人也更为富裕,并因此比相对贫穷的人更适合充当偶然事故中受害人的保险人。<sup>[1]</sup>

以上讨论可以解释为什么严格责任在世界范围内以及在整个人类历史上比过错责任更为普遍。过错责任在西方首见于罗马法,直到相当晚近的时代,才逐渐蔓延到世界其他地方。中国古代的民事赔偿一直都适用严格责任,这就不难理解为什么“冤有头,债有主”的观念在我们的社会如此根深蒂固了。

1996年4月,一位叫王凌的女性在医院输血时感染了丙肝病毒,并因此将南京市鼓楼区医院和南京红十字血液中心诉至法院。1999年5月,审理该案的一审法院(南京市鼓楼区法院)虽认定医院和血液中心均无过错,但却适用公平责任判决医院和血液中心承担一定比例的事故损失。二审法院虽有不同意见,但最终维持了一审判决。有关媒体热情洋溢地赞扬了法院(尤其是二审法院)的秉公判案。<sup>[2]</sup> 法院的判决显然是错误的:无论是国务院1986年《医疗事故处理办法》还是2002年《医疗事故处理条例》都明确规定医疗事故赔偿适用过错责任。当我和许多法律职业者、法学院的师生讨论这个案例的时候,我惊讶地发现,主张王凌应获赔偿或补偿的竟占半数以上,另外的少数人却不同程度地对过错责任适用于医疗事故赔偿的合理性表示怀疑。看来,“冤有头,债有主”的道德直觉不仅主宰了大众共识,而且影响了法律职业者的判断以及法院的判决。

[1] [美]波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第209页。

[2] 扬子:“医疗官司,患者赢了——王凌感染丙肝案审结纪事”,载《中国质量万里行》2000年第10期。

## 第六章 孱弱的民法教义学解释（II）

### ——透视“霸王条款”和不可抗力

2014年8月，威海市中级人民法院审理了一起因快递公司丢失托寄物而引发的纠纷。原告（托寄人）能够充分证明托寄物是价值3万余元的冬虫夏草，但由于他在快递运单上填写的保价金额只有200元，所以被告（快递公司）只同意按保价赔偿，而托寄人却要求被告按托寄物实际价值赔偿。

关于这个案子如何判决，合议庭内部有分歧：一种意见认为，应该按照保价金额赔偿。理由是：托寄物品毁损、灭失的按保价赔偿，这既是快递行业的行规，也是运单上的条款。托寄人填写保价金额及其向快递公司交付托寄物品的行为都表明他愿意接受这一条款的约束，双方形成合意。法院按约定判决于法有据，2009年《邮政法》以及2013年交通运输部《快递市场管理办法》都是如此规定的。

另一种意见认为，按保价赔偿有失公平。理由是：首先，托寄物价值3万余元，和保价相去甚远，托寄人没有如实保价固然有过错，但托寄物丢失的主要责任还在快递公司。其次，托寄人诉称，他之所以没有按托寄物的真实价值填写保价，是因为担心物品昂贵，容易引起

快递公司工作人员的觊觎之心,反而更容易导致寄托物丢失。托寄人的担心是有道理的。

对该案的分析会自然延伸到一个普遍性的司法难题——格式合同中“霸王条款”的司法识别。从法理学的视角看,合同法中的显失公平与不可抗力是性质类似的问题。当法院发现当事人之间的某个约定有失公平的时候,是尊重这个约定还是认定其无效?处理诸如此类的案件需要了解一些市场的逻辑,以便能够预测法律干预市场所可能导致的后果。倘若判决的依据只是直觉性的公平观念,就很容易割裂服务水平和价格之间的经济关联,也容易忽视市场在其中发挥的重要作用。前一章已经提示了这种错误。与处理侵权案件相比,法院在处理合同纠纷时更可能犯下这类错误。合同纠纷中当事人是生意上的伙伴,在紧密的商业关系中市场会发挥更大的作用,而在市场能够合理发挥作用的场合,就要对相应的法律干预保持警惕。在下文将要讨论的快递纠纷案中,我们可以清楚地发现上述逻辑。

### 一、快递纠纷和保价制度

合议庭关于快递纠纷案的第二种意见是经不起推敲的。如果托寄人如实保价,寄送如此昂贵的物品,快递公司多半会采取更安全可靠寄送手段(甚至特殊监控、专车派送,或采取更严格的签收验证等)。但更安全的寄送服务意味着更高昂的成本,快递公司因此有权向托寄人收取更高的运费,托寄人理应在标准运费之外支付额外的保费。在该案中,托寄人没有如实保价,这只能表明他没有购买更安全的寄送服务,法院可由此推定他愿意承担普通寄送服务所产生的风险。至于托寄人对于如实保价可能会增加寄托物丢失风险的担心也不能算是一个有效辩解,因为他可以通过和收件人秘密约定封装标记来避免意外,并且只需对封装标记拍照就可以固定证据。“可怜之人必有可恨之处”,这句民间俗语对于法官处理纠纷往往是个有用的提醒。

天下没有免费的午餐。安全是有价格的,需要花钱去买;风险也有价格,把风险转嫁出去,同样需要花钱。如果托寄人不能忍受快递寄送的风险,他或者应该去买保险,或者采取其他更安全的送货渠道。你看,银行



运送钞票就从来不用快递公司,政府机构发送重要文件也有特殊的机要渠道。在古代,运送非常昂贵的货物是需要雇用镖局的。

司法的目的不仅只是解决纠纷,还要通过解决纠纷向市场和社会释放正确的激励。这就要求司法必须“向前看”(forward looking),面向未来或注重后果;与之对立的观念不是“向后看”(backward looking),而是只看眼前,只着眼于解决眼前的纠纷,这是司法上的短视。作为司法职业思维特征的“向后看”(以遵循先例为特征的司法的历史学取向)与“向前看”并不矛盾,因为前者只是后者的手段,“向后看”的最终目的还是为了“向前看”:无论遵循先例,还是恪守规则,都是为了保证司法判决的激励信号尽可能清晰。未来永远比过去和当下更重要,过去无法改变,当下的案件再重要,和未来无数个同类案件相比,它在比例上的重要性也会趋近于零。

就该案而言,如果法院支持原告的诉讼请求,判决快递公司按寄托物价值赔偿,就等于鼓励未来的托寄人虚假保价甚至放弃保价;一旦诸如此类的机会主义行为泛滥,快递行业的保价制度就会名存实亡。

司法实践中经常发生的两个错误是:第一,认为保价制度的目的只是缩小快递公司的赔偿责任,这个条款不利于托寄人;第二,保价属于违约金,当约定违约金明显偏低时,法院可以通过认定其无效来增加违约金的数额。这两种误解都与直觉性的公平观念有关,并且都忽视了简单的商业逻辑。

实际上,保价条款非中国快递行业独有,它是世界性的。在运输行业,这个制度出现的起因不是为了缩小而是为了增加承运人的赔偿责任;因为在此之前,承运人对货物毁损灭失基本不承担赔偿责任。<sup>[1]</sup>保价制度是运输行业的市场竞争迫使承运商家争相提供有竞争力服务的结果。

在快递行业,保价制度的功能至少表现在以下三个方面:(1)鼓励托寄人为寄托物的真实价值提供准确信息,以便于快递公司分拣作业,从而更容易实现快递服务在安全和成本之间的最优搭配。较之托寄人,快递

---

[1] 保价运输制度始于1921年的《海牙公约》。在此之前,托运人几乎承担了海运中货物毁损灭失的一切风险,这就是承运人“不负过失责任制度”。

公司评估托寄物真实价值的信息费用要高昂得多,保价条款将托寄物价值的信息披露义务强加于托寄人,可以降低快递行业的经营成本并降低快递服务的市场价格,这个结果对托寄人和快递公司是双赢,并非只有利于快递公司。(2)如果没有保价条款,快递公司只能对所有托寄物采用统一的安全寄送服务并对所有托寄人收取统一运费,这将导致部分托寄人剥削另一部分托寄人;而如果快递公司选择购买保险,结果同样如此,保险费会列入经营成本之中,并均摊到所有托寄人身上。(3)一旦因托寄物毁损或丢失而引发纠纷,保价条款可以降低或避免为计算赔偿额所需要的证明负担和评估成本,由此降低司法成本,包括法院和当事人双方分别承担的成本。总之,商业交易不是“零和博弈”,但关于公平的道德直觉却很容易让判决错过一个原本可以促成双赢的恰当激励。

如果托寄人没有购买保价,法院又该如何确定赔偿数额?这也是司法实践中经常遇到的问题。2013年交通运输部《快递市场管理办法》规定得并不明确。一种意见认为应该按快递公司运单上的声明赔偿,一般是运费的几倍(3~7倍);另一种意见认为这一声明属于格式合同中的“霸王条款”,应判决无效。

经济分析的结论会支持第一种意见。如果托寄人没有购买保价,判决快递公司按运单声明的运费倍数赔偿是唯一合理的方案,也只有如此判决,才能激励托寄人如实购买保价、披露托寄物价值的真实信息;相反,若法院认定其无效,就会激励托寄人放弃保价,结果同样会摧毁快递行业的保价制度。

托寄人证件丢失应适用同样的赔偿逻辑:购买保价的,按保价赔偿;没有购买保价的,按运费倍数赔偿。法院应该尊重快递公司的格式合同,不对所谓缩小托寄人赔偿责任的条款神经过敏。实际上,快递行业已经发育成一个比较完善的竞争市场,快递公司有独立于法律而善待其客户的激励。如果任何一家快递公司降低服务水平,包括拖延寄送、管理不善以及封装瑕疵,或不合理增加托寄物风险,其他快递公司就会抢走它的生意。对快递市场(如同对其他竞争充分的市场一样)进行法律干预结果往往事与愿违,不仅不会让托寄人受益,而且由于经营成本和交易成本的攀升而最终导致一个双输的局面。如果法律决策者为了保护寄托人的利

益而强迫快递公司提高赔偿的数额,快递公司就会把因此增加的赔偿责任和交易成本列入经营成本之中,并通过提高运费的方式分摊给所有托寄人。如果说因增加赔偿额导致运费提高只相当于隐含了一种温和保险的话(这还要看,与保险公司相比,快递公司能否以更低的成本提供相应的保险),那么因交易成本上升而导致运费提高就是纯粹的社会浪费了。

## 二、“霸王条款”的司法识别

法院经常遇到涉及“霸王条款”的诉讼,在什么条件下认定“霸王条款”是个棘手的司法难题。总体上说,法院在认定“霸王条款”时应采取非常慎重的态度。多数违背人们公平直觉的“霸王条款”具有经济学上的合理性,它们不仅没有损害消费者群体的权益,而且由于降低了相关行业的经营成本和服务价格而从长远看对消费者群体有利无害。法官不能拘泥于某个具体的案件和某个具体的消费者,而应当放眼于未来大量的类似案件以及整个消费者群体。

2014年2月,最高人民法院在接受《中国消费者报》采访时表示,餐饮行业的“禁止自带酒水”和“包间设置最低消费”属于“霸王条款”。<sup>[1]</sup>“禁止自带酒水”属于商业领域中常见的“捆绑销售”,如果禁止这种捆绑销售,商家就会被迫采取很可能是成本更高的替代促销方案。“包间设置最低消费”显然是为了提高包间的经济效用,这是商业上一种合理歧视。消费者的支付意愿可以反映他们对商品和服务的需求程度,平均说来,更需要包间的消费者就会愿意为包间支付更高的价格。若将“包间设置最低消费”认定为“霸王条款”,就会导致消费者群体在需求程度上的排序错位,更需要包间的消费者就要被迫将包间让位于不太需要包间的消费者,这个结果显然不利于整个消费者群体。而如果餐饮企业为了避免这个结果,就只能对包间使用进行额外收费了。这里的关键是,餐饮业属于竞争完善的市场,消费者拥有众多选择,如果某个消费者无法接受这两个“霸王条款”,他完全可以选择其他饭店。如果最高人民法院试图对此发

[1] 任震宇:“禁自带酒水、设最低消费属霸王条款”,载《中国消费者报》2014年2月14日版。

表意见,只需督促餐饮企业必须做到“事先告知”就可以了。

法院认定“霸王条款”时,一个重要的参考是看消费者是否还有其他的选项,这意味着法院需要判断市场的性质。粗略的建议是:只要市场竞争比较完善,法院就应该尊重那些貌似损害消费者权益的“霸王条款”。国外学者也有研究表明,格式合同可以降低交易成本;在充分竞争的市场中,根本不存在所谓“霸王条款”,因为没有哪个商家有能力去做“霸王”。

2012年4月,浙江省工商局曾在全省范围内启动整治消费领域合同“霸王条款”的专项行动;其随后公布,快递行业的投诉数量位列榜首,成为“霸王条款”重灾区。媒体总结了快递行业的十大“霸王条款”,分别是:(1)无保价物品遗失,只退还运费,不予赔偿。(2)寄件人因封装不善造成快件延误、毁损、丢失的,由寄件人承担责任;如遇自然灾害等其他特殊情况,概不负责。(3)快件自交寄之日起满30日或3个月,寄件人未提出送达异议的,视为已经安全、及时送达。(4)本公司按照其运送标准经合理努力派送快件,但这些标准并不属于承诺,也不构成协议的组成部分,本公司不对运输延误而导致的任何损失或损坏承担责任。(5)快递公司人员在交付快件时,要求消费者先签收后验货,且外包装不破损时不对内在商品质量负责。(6)无法派送且寄件人声明不退回的托寄物,视为抛弃物,承运人有权自由处置。(7)货物交接以外包装完好为验收标准,而包装内货物短少或损坏,责任由托运人自负。(8)任何索赔必须在快递组织接受快件后30日或180日内以书面方式提出,否则快递组织将不再承担任何责任。(9)如快件内物品属于禁限寄物品或其他违法物品,快递服务组织有权给予没收。(10)快递企业有权在未事先通知发件人的情况下对快件进行开封查验。<sup>[1]</sup>

实际上,这10个条款没有一个可被认定为“霸王条款”。没有哪个行业或哪家企业不看重利润,并且从长远看也只有能赚到钱的行业或企业才能真正造福社会。如果快递行业出现暴利,就会一直吸引更多的竞争者,直到暴利减到市场平均利润。但提高快递行业的服务水平却不只是商家的责任,这需要商家和消费者双方的共同努力。对于解决某个问题

[1] 参见邹榆波等:“快递业成霸王条款重灾区”,载《都市快报》2012年7月19日版。

或完成某个任务而言,市场的逻辑是把相应的责任分配给成本较低的一方。

托寄物的包装理应由托寄人负责,因为只有托寄人才能根据寄托物的性质去恰当平衡包装成本和破损风险,以便决定采取适当的包装标准。也正因为如此,托寄物交接只能以外包装完好为验收标准,否则决定包装标准的责任就转嫁给了快递公司。而倘若由快递公司决定包装标准,那么为了降低或避免赔偿风险,就很容易导致过度包装,反而不利于托寄人。

寄送延误是快递行业经常也是不可避免的问题,因为节假日、坏天气以及其他导致寄送延误的因素是快递公司无力控制的。强迫快递公司承担寄送延误的责任,不仅属于不恰当的风险分配,而且如果法院支持托寄人相应的索赔请求,就会导致索赔数量大幅度增加,由此攀升的诉讼成本(这是纯粹的社会浪费)也会因为运费提高而最终分摊到消费者身上。

市场这只“看不见的手”无时无刻不在发挥作用,竞争的压力会迫使每一家快递公司争相提供更有竞争力的寄送服务。倘若其中一家快递公司在竞争中胜出,有能力提供更迅捷、更安全的寄送服务,这家公司就会收取更高的运费。只要认定快递行业是一个竞争市场,法律决策者就无需过度警惕,貌似“霸王条款”的格式合同只是市场对风险和责任的最后分配。用法律的分配取代市场的分配是徒劳无功的,这种做法隐含了法律决策者对其判断力的过度自信,用哈耶克的话说就是一种“致命的自负”。

这里还需要说明一点,浙江省工商局以投诉数量来评估不同行业的服务水平的做的明显不合理,相对合理的数据指标应该是投诉比例。快递行业的交易数量多、基数大,投诉数量自然会高于其他行业。如今,快递公司已经承担了网络交易的大部分物流业务,淘宝店主成为了和快递公司打交道最多的群体。我发现,淘宝店主对快递公司的格式合同有着远比普通消费者和法律决策者更清醒的认知。

### 三、不可抗力的流行误解

当用道德话语解释法律制度的时候,法律背后的经济学逻辑就被遮

蔽了;而反过来,当法律背后的经济学逻辑被揭示出来之后,道德哲学就失去了对法律的解释权。合同法上的不可抗力条款涉及在商业伙伴中如何分配意外风险的问题。无视商业逻辑,只诉诸道德话语,使得传统民法教义学对这一条款的学理解释充满了误识。

我国民法学界对不可抗力免责条款的合理性几乎没有疑问。<sup>[1]</sup> 相当一致的观点认为,免除遭受不可抗力一方当事人的违约责任是理所当然的;这么做合乎公平,体现诚信,并能与过错责任和意思自治原则保持协调。但仔细分析就会发现,这些种种理由其实都很难成立。现将关于不可抗力的几种流行误识罗列如下,并做简约评析。<sup>[2]</sup>

误识 1:不可抗力的免责条款可以与民法上的过错责任原则相协调。因不可抗力而导致的违约,当事人没有过错,所以应当免除他的违约责任。

尽管不可抗力一直被视为法定的“免责事由”,<sup>[3]</sup>但违约方的违约责任被“免除”之后并不是在当事人之间彻底消失了。违约一旦发生,损失就成定局;如果违约损失不由违约方来承担,就必然由被违约方来承担。因此,“免除”一词倒可以被“转移”的概念所取代,但这里更恰当的用语应当是“分配”。是否免责的问题,实际上是在当事人双方如何分配因意外事件而产生的违约风险。设置免责条款则意味着法律将违约风险强制性地分配给了被违约方。

“没有过错”很难成为免责的理由。如果说不可抗力免责条款可以与过错责任相协调,那么,将违约损失转移到被违约方,则恰恰又与过错责任相抵触。因为被违约方同样“没有过错”,甚至“更加没有过错”。如此,在双方当事人均无过错的情况下,将是否有过错作为归责的依据就没

[1] 在“中国期刊网”上检索到的关于不可抗力的论文中,对不可抗力免责合理性提出质疑的大约只有杨万里的《论不可抗力的风险分配和公平原则》一文,载《河北法学》2000年第1期。

[2] 下文列举的诸多流行误识是从我国民法学界的很多论著中提取出来的,本文参考的比较典型的论著有王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社1996年版;崔建远:《合同法》,法律出版社1998年版;韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版;谭启平、龚军伟:“不可抗力与合同中的民事责任承担”,载《河北法学》2002年第3期。

[3] 日本学者北川善太郎用“无责事由”的概念取代“免责事由”,但从经济分析的意义上,二者并无分别。[日]北川善太郎著:《债权总论》,有斐阁1993年版,第107~108页。

有任何意义了。民法上规定了当事人双方均无过错情况下的“公平原则”，但是为什么不可抗力的风险分配对过错责任情有独衷却对公平责任不予理睬呢？提出这一疑问并不是要主张不可抗力的风险分配就一定要遵循“公平原则”尽管其本身就是一个很糊涂的制度设计，而是企图表明，如果这一疑问无法解释，那么，将“没有过错”作为免责的理由就又增加了一个障碍。

一旦法律规定了不可抗力的免责条款，当事人双方在签合同同时，就会把该条款作为影响合同利益分配的一个因素来考虑。由于免责条款实际上降低了最有可能遭受不可抗力的一方当事人的经营成本，所以在竞争市场的其他因素保持不变的条件下，合同的价格条款（或其他条款）就会做出不利于该方当事人的相应调整。举例说明，假定在法律没有规定不可抗力免责条款的情况下，承运人（他是最有可能遭受不可抗力的一方）与托运人约定的运费是100元/吨，那么，在法律规定了不可抗力免责条款之后，承运人就要被迫降低运费（假设降至95元/吨）。法定的免责条款实际上降低了承运人的经营成本，成本降了价格也要跟着降。在竞争完善的市场上，任何一个行业的利润如果偏高，就会吸引其他投资人来抢生意，直到行业利润降到平均利润。

由于免责条款把可能发生的违约损失强制性地分配给了托运人，所以5元/吨的价格差可以看作承运人预付的对价。这就使得免责条款有了保险功能，5元/吨的价格差因此也可以被看做承运人预付给托运人的保险费。在这种意义上，不可抗力的免责条款实际上是对违约损失的一种强制性保险。<sup>〔1〕</sup>由此看来，所谓“免责”并不是真正的免除责任，而是强制性地要求最有可能遭受不可抗力一方当事人为不可抗力的违约损失事先购买保险。责任没有真正被“免除”，只是被“转换”了。

误区2：如果当事人“事先”预见到不可抗力的发生就不会签订合同，所以，不可抗力的免责条款是在还原当事人意图的基础上尊重当事人的意思自治。

〔1〕 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 102 - 109.

德国民法学界一般把不可抗力免责视为合同的默示条款,或认为是当事人签订合同的前提,或认为是当事人法律行为的基础。<sup>[1]</sup>其隐含的见解是,如果当事人“事先”预见到不可抗力的发生就不会签订合同。这种见解的错误之处(与前文所述的情况一样)在于忽略了“事先”与“事后”的界限。不可抗力最终发生的结果对于当事人来说的确是“不可预见”的,但这并不意味着不可抗力的风险也是“不可预见”的。“事先”看来,不可抗力只是一种风险,尽管当事人知道,不可抗力一旦发生就会带来高额损失,但只要签订合同的预期收益超过不可抗力的预期损失,就不会成为当事人签合同的障碍。所以,在“事后”推测当事人在“事先”是否签订合同的依据不是“不可抗力的实际损失”,而是“不可抗力的预期损失”,后者仅仅相当于实际损失与发生概率的乘积。

假设承运人与托运人在签订运输合同的时候就已经预见到运输途中有遭遇泥石流的风险,并且估算到泥石流一旦发生将会给双方带来10万元的经济损失(暂不考虑这些损失的分配问题),但发生泥石流的可能性在“事先”看来是微不足道的,假设只有万分之一的概率。在这种情况下,当事人通常不会放弃签订这份运输合同,除非合同给当事人双方带来的预期收益不足以抵偿遭遇泥石流的预期损失(在这里应被计算为10元钱,即10万元的实际损失与万分之一概率的乘积)。假设当事人非常不幸,在合同履行过程中真的遭遇了泥石流,我们也没有理由在“事后”认为,如果当事人“事先”预见到发生泥石流的风险就不会签订这份合同。

误识3:不可抗力的发生使履行契约在实际上不可能,并且不可抗力给违约方造成的损失比给被违约方造成的损失更大,免责条款可以平衡当事人双方的利益差距,这也符合民法上的诚信原则。

一般说来,不可抗力会给违约方造成很大的损失,如果不免除他的违约责任,的确会使他的境况雪上加霜。但怜悯和同情毕竟不能取代严格的分析,从足够大的时空范围来看,每一方当事人甚至每一个行业的经营者都面临着不可抗力的意外风险,因此风险本身就是经营成本的一个组成部分。竞争市场上高风险的行业必然伴随着高利润,高出平均利润的

[1] 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社2000年版,第22~26页。



那一部分额外收益可以看做对高风险的预先补偿:商家应该用这部分额外收益去购买保险;也可以自我保险(如为企业建立风险基金),就是把一次不可抗力的意外损失分摊到其他多次安全经营的收益中,或者说,将其其他多次安全经营获得的额外收益用来补偿任何时候遭受的意外损失。遭受不可抗力的当事人固然非常不幸,但从足够大时空范围来看,由他自己来承担不可抗力造成的损失是完全合理的。以上分析并不意味着免除违约方的违约责任就一定是不合理的;而只是表明,损失惨重或履行不能(impossibility)不能成为支持免责的理由。<sup>[1]</sup>

进一步地分析会使我们发现,在“事后”比较双方因不可抗力而遭受的损失大小并没有任何实质性意义。严格说来,在各种损失之中,只有违约损失才是真正与合同有关的,除违约损失之外的其他各种损失均与合同毫无牵涉,因而根本就不应纳入比较的范围。换言之,除违约损失之外的其他各种损失都理所当然地应由违约方自己来承担。如果违约方企图减轻不可抗力给他带来的损失,他可以求助于慈善机构或事先寻找一个保险人;但被违约方不能仅仅因为与违约方签订了一份合同就要理所当然地承担救助义务,除非合同明示或隐含了这种约定。因此,即便不可抗力给违约方造成的损失更大,也不能据此认为由被违约方承担违约损失就是合乎公平的安排。反过来,被违约方的损失更大也不能成为支持相反选择的理由。更何况,不可抗力给哪一方造成的损失更大是相当不确定的;如果法律将违约损失强制性地分配给被违约方,极有可能会使被违约方承担更大的损失。

不仅如此,在不可抗力发生之后再对当事人的损益进行比较,也违背了合同法的基本宗旨——保护交易安全。一般说来,只要当事人双方在签订合同的时候是完全自愿的,就可以认为这份合同是互利的,即便合同履行的最终结果可能不是互利的。不能因为一方当事人获利甚丰或另一方当事人损失惨重,就要求法律对双方的收益和损失进行一次强制性地再分配。这么说并不意味着法律在任何情况下都不应干预当事人的利

[1] 这个道理很早就被霍姆斯认识到了, Oliver Wendell Homes, *The Common Law*, 1881, p. 300. 转引自 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 105.

益分配,而只是表明“事后比较”不能成为支持法律干预的理由。合同履行完毕之后的“结果不公平”并不是真正意义上的不公平:当事人一方可能承担了很大的风险,但在签合同的时候另一方当事人已经为这种风险支付了对价;换言之,当事人双方已经在合同中约定了风险分配。

#### 四、风险分配的经济学原则

不可抗力之所以成为合同法上的一个棘手问题,是因为合同没有明确约定不可抗力的风险分配;除非法律强制性地规定了不可抗力的免责条款,否则法官就必须在“事后”决定由哪方当事人来承担不可抗力造成的违约损失。一种比较幸运的情况是,合同虽未明示但却隐含了不可抗力的风险分配。如果承运人收取明显高出同类服务市场价格的运费,就可能表明双方默认了由承运人来承担遭遇不可抗力的意外风险,在这种情况下,即便合同履行过程中真的遭遇了泥石流,承运人也多半不能援引不可抗力来主张免责,因为托运人已经为不可抗力风险预付了对价。

如果法律没有明确规定,法官就必须面对一种更加复杂的情形——合同对不可抗力既没有明确的也没有隐含的风险分配。由于签订合同会产生信息费用,所以某些低概率的意外事件完全可能在当事人的思虑之外;或者意外事件虽被当事人预料到了,但当事人就这些意外事件的风险分配达成一致的<sup>[1]</sup>交易成本过高。凡此种种,都会使当事人在签订合同时有意无意地保留许多“遗漏”。合同条款一旦出现“遗漏”,法律决策者就必须寻找一种分配违约损失的恰当依据。法经济学对此提供的答案

[1] 这里需要考虑分配风险和损失之间交易成本的差异。如果合同双方就分配风险做出明确约定明确,那么他们将肯定承担谈判的交易成本。如果双方保留合同遗漏,那么他们将承担概率为正的分配损失的交易成本。合同遗漏的交易成本等于损失实际发生的概率乘以分配损失的成本。当做出明确约定所花费的交易成本超过填补遗漏的预期交易成本时,合同双方就会希望通过保留合同遗漏来节省交易成本。概括如下:

最小化合同的交易成本

分配风险的成本 > 分配损失的成本 × 损失的概率——保留合同遗漏

分配风险的成本 < 分配损失的成本 × 损失的概率——保留合同遗漏

参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,施少华、姜建强等译,上海财经大学出版社2002年版,第172页。

是,由以较低成本为不可抗力提供保险的一方当事人来承担违约损失。<sup>[1]</sup> 不可抗力从定义来看是“不可避免”的(经济学意义上的解释是“以合理成本不可避免”的)。因此,不论将违约损失分配给哪一方,都不会激励当事人去采取有效率的预防措施,但当事人可以通过保险来减轻不可抗力造成的损失。寻求保险并不一定要求助于保险公司,合同本身就具有保险的功能。承运人收取明显高于正常价格的运费,就隐含了为泥石流风险提供保险的承诺,高出正常价格的那一部分差额可以被看作托运人预付的保险费。

不可抗力一旦发生,所造成的损失就已经沉没;法律决策者不应关注沉没成本,而应该通过合理的制度安排来减轻未来的损失。<sup>[2]</sup> 将违约损失分配给成本较低的风险承担者,会给社会创造一种恰当的激励——使当事人以较低成本减轻不可抗力的损失。这也同时可被理解为对当事人意图的一种合理重建。<sup>[3]</sup> 如果当事人愿意在合同中对风险分配作出约定,那我们就可以推定,他们肯定会将风险分配给报价较低的当事人,因为这么做符合当事人双方的共同利益。仍然需要强调的是,无论哪方当事人承担风险,对方都要为此支付保险费,保险费可能隐含在价格条款或其他条款之中。

在法律没有规定且合同没有约定的情况下,法官面临的问题是如何来确定成本较低的保险人。从经济学的观点可以把保险成本分成两类:(1)估测成本;(2)交易成本。前者包括对不可抗力的实际损失和发生概率进行估测所耗费的信息费用,后者则主要是指将不可抗力风险交换成小额保险费所产生的交易费用。在自我保险可行的情况下,交易成本要低于购买市场保险的交易成本。<sup>[4]</sup> 由此推测,经济实力更强大、在商业

[1] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 104; [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,施少华、姜建强等译,上海财经大学出版社2002年版,第228页。

[2] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 24.

[3] [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,施少华、姜建强等译,上海财经大学出版社2002年版,第228页。

[4] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 104 - 105.

往来中有更多机会承受类似风险或对不可抗力拥有信息优势的一方当事人往往是成本较低的保险人。

就签订运输合同的双方当事人来说,承运人多半比托运人掌握更多关于泥石流的信息,也更能准确估测泥石流的发生概率。由于每一次事故都是相对独立的,因而承运人也更有条件将其余多次安全运输所获得的收益来补偿这一次的意外损失。法官可以据此判断,承运人就是保险成本较低的当事人,并可以判决由他来承担违约损失。如此判决意味着,遭受不可抗力不可以作为免责的理由。

另一个案例则恰好相反。假设烟草公司发现属于某个村庄的土地适合种植烟草,遂与该村庄签订了一份收购烟叶的合同;但村民改种烟草之后,却在当年因遭遇无法预防的虫灾而不能履行合同。在该案例中,法官有理由免除村民的违约责任。因为,烟草公司更可能是成本较低的保险人。烟草公司可以从许多地区收购烟叶,不可能所有种植者在同一生长季节都遭受虫灾,所以烟草公司更有条件将其中一份合同的违约损失分摊到其他多次安全交易的收益中。

在法律没有明确规定的情况下,法官依据经济学原则——由保险成本较低的一方当事人承担违约损失——来判决案件也是一种可行的方案。英美契约法在传统上就没有关于不可抗力的强制性免责条款;尽管违约方可以援引不可抗力来主张免责,但法官仅把不可抗力视为一个抗辩事由,是否免责还是由法官来最终裁决。英美契约法上的大量案例表明,法官的判决实际上遵循了上述经济学的原则。<sup>[1]</sup>

### 五、经济学原则与立法方案的选择

尽管经济学原则能够满足司法对实质合理性的要求,但如果法官直接依据经济学原则来判决案件会引发许多棘手问题,司法的正当性和纯洁性将会受到怀疑。因为司法的意识形态要求法官的判决只能遵循法律;经济学的原则可以成为立法的依据,但通常情况下却不能被法官直接

[1] 例如 *Field Container Corp. v. ICC*, 712F. 2d 250, pp. 255 - 256 (1983); *Krell v. Henry*, 2K. B. 740 (1930); *L. N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Govt.*, 177F. 2d 694 (1949) Cert. Den., 339 U. S. 914 (1950)。

援引。如果法律坚定不移地追求实质合理性,经济学的原则也可以被原封不动地规定成法律,这与法官在无法可依的情况下被迫利用经济学原则来判决案件在结果上没有太大分别;唯一的好处是经济学的原则在法律上获得了一席之地,进而在司法过程中被正当化了,但法官面临的诸多难题依然没有得到缓解。

把当事人双方的保险成本进行比较,对于法官来说是一个非常复杂的工作,有时甚至是一个艰巨的智识挑战,司法过程因此需要支付高昂的信息费用。在缺乏严格数据或可靠资料的情况下,法官必然会利用一些道听途说或者干脆凭借自己的直觉。如果法官的判决被掺杂进太多的主观因素,司法过程就会变得相当不确定;与此同时,伴随着法官自由裁量权的难以控制,司法专横和司法腐败也极有可能乘虚而入。不仅如此,不可抗力发生之后,如果双方当事人都能根据法律去比较准确地预测判决结果,诉讼多半就不会发生,因为知道没有胜诉希望的一方当事人不会愿意去打一场徒劳无益的官司。<sup>[1]</sup>但在经济学原则支配案件判决的情况下,判决结果却是非常难预测的,这就必然引起诉讼数量的增加并因此导致整个社会诉讼资源的大量支出。总之,经济学原则在司法过程中面临着太多的操作性障碍。

对实质合理性的过度追求会使司法陷入困境。尽管经济学原则既体现效率又合乎公平,但它却充其量只能作为立法的一个参考性依据。为了满足法律对于形式合理性的要求并为了实现法律自身的可操作性和可预测性,立法方案必须在经济学原则之外(当然不是太远)的地方另寻出路。以上讨论暗示着,法律必须把不可抗力的违约风险明确分配给当事人一方:或分配给违约方,或分配给被违约方。前者意味着法律继续尊奉

---

[1] 约拉姆·巴泽尔认为,如果某个个体认为自己赢得争议的机会较小,那么他事先就会放弃争议。争议的产生也会因为双方对现在的环境具有不一致的估计。因为协议谈判之时没有争议,因此,争议仅会因为外生的变化而产生,这种外生的变化导致了个体对其环境具有不一致的评估,并因此产生了分歧。[美]约拉姆·巴泽尔著:《国家理论——经济权利、法律权利与国家范围》,钱勇、曾咏梅译,上海财经大学出版社2006年版,第233页。另参见本书第三章第五部分的第4个注释。

“合同必须严守”的古老训条,<sup>[1]</sup>后者则表明法律接受了不可抗力的免责条款。但无论采取哪种立法方案,都会使法律在实质合理性上大打折扣,因为无论哪一类当事人都不必然是成本较低的保险人。倘若法律企图在实质合理性和形式合理性之间谋求某种妥协,就不能在任何一个维度上走向极端。

要在两种立法方案之间做出取舍,就有理由重新考虑经济学的原则。既然两种立法方案都会在某种程度上偏离经济学的原则,那么立法者就应当选择一种与经济学原则最相接近的方案。正确的思路是,如果通常情况下违约方是恰当的保险人,那么拒绝不可抗力的免责条款就是明智的立法选择;反之,如果被违约方成为恰当保险人的概率更大,那么相反的立法安排就是顺理成章的。

一般说来,违约方可能拥有关于不可抗力的信息优势,他们或许能够更准确地预测不可抗力的发生概率,但这只是个猜测。被违约方成为恰当保险人的情况也有相当大的概率(如烟草公司)。更何况,不可抗力给违约方造成的损失可能是灾难性的,甚至是毁灭性的;这将严重影响违约方的赔偿能力,并因此使他们难以履行保险人的承诺,同时也会使法律和判决的可执行性遭受挫折。究竟哪一类当事人最有可能是恰当的保险人,遗憾的是,目前还没有严格的理论论证和可靠的统计数据为这个问题提供一个确定的答案。经济学原则在司法上面临着操作性障碍,而在立法过程中则几乎是不可操作的。

既然在概率上比较保险成本仍然无法选择出相对合理的立法方案,那么我们也许有理由把违约风险分配给被违约方,因为这么做至少看起来可以大大降低伴随债务履行而发生的一系列交易成本,包括评估、谈判、催讨、调解、诉讼和强制执行所需要的费用。不可抗力的发生使违约方成为债务人,而法律规定不可抗力的免责条款则实际上取消了这种债权债务关系,这可以减少诉讼的数量并因此可以降低诉讼的制度成本。分析至此,我们才发现了一个可以支持不可抗力免责条款的实质性理由,

---

[1] 英国法院在17世纪之后的一个阶段就拒绝承认任何免责事由,这一“绝对合同”的概念是在17世纪一案中确立的。成晓霞:“履约免除的法经济学思考”,载《政法论坛》1998年第3期。

但这个理由同样是猜测性的。因为免责条款在另一个方面上也会激励诉讼数量的增加——免责条款增加了法律的复杂性也同时降低了法律的可预测性；而当事人双方对诉讼结果的预测越是不一致，就越有可能引发诉讼，免责条款可以减少诉讼数量的推测因此会大打折扣。

由立法者来决定谁是谁更恰当的保险人，必然会使立法者左右为难；相关信息是非常分散的，而这些信息只可能被当事人自己了如指掌。假设当事人自己比立法者能够更恰当地安排他们自己的生活（包括如何分配不可抗力的违约风险），就有理由提出一种修正性的立法建议：在规定不可抗力免责条款的前提下，允许当事人可以约定排除。

## 六、情绪化的公平观念

法律为什么规定不可抗力的免责条款，经济学对这一问题的解释似乎并不十分令人满意。可以稳妥地打赌说，立法者在决定是否将不可抗力免责条款规定在法律之中的时候，并没有尝试细致的经济学思考，支配立法者头脑的，只是一种怜悯和同情弱者的情绪化的公平观念。

当人们对不可抗力进行抽象思考的时候，注意力会首先集中在与不可抗力直接相关的较小的时空范围之内。人们可能忽略了，遭受不可抗力的当事人已经从过去长时期的风险性利润中获得了预先补偿。不仅如此，伴随着不可抗力的抽象概念在人们头脑中被具象化为地震、灾荒、战争等悲惨景象，同情心、怜悯心乃至一种拯救的冲动都会迅速投射到不可抗力的直接受害者身上；相比之下，作为不可抗力间接受害者的被违约方却只能处于人们情感投射范围的边缘。这不难理解，要让人们的思维从事件发生的小时空范围拓展到作为事件背景的大时空范围，从不可抗力的直接受害者联想到间接受害者都需要跨越一段较长的思维距离。而由于直接联想比间接联想耗费较少的思维成本，所以人们的大脑会首先倾向于进行一些低成本直接联想。<sup>〔1〕</sup>

这种情绪化的、直觉性的心理倾向会不可避免地影响人们的公平观

〔1〕 [美]波斯纳著：《法律理论的前沿》，苏立译，中国政法大学出版社2003年版，第252～257页。

念。如果不加深思,人们头脑中充斥的公平观念就往往是片面的、直觉性的、情绪化的;因为克服这种公平观念常常需要进行冷静的、复杂的、多方面的思考和权衡,并因此需要支付高昂的思维成本。而对于高昂思维成本的规避,容易导致一些目光短浅的立法和判决。经济分析会帮助人们克服一些情绪化的公平观念。只要隐蔽的因果关系被揭示出来,人们的思维空间就会拓展——从一个企业到一个行业,从某个具体的消费者到整个消费者群体,从一次交易到无数次交易。

当立法者在免责与不免责两种立法方案之间进行选择的时候,经济分析并没有一边倒地支持其中的任何一种方案,但根深蒂固地存在于大众心理中的直觉性公平观念却是一边倒地支持免责,这就不能不成为立法者应当考虑的一个现实因素。立法的意识形态要求法律必须合乎公平,但公平的含义在很大程度上是由主流的公众意见来界定的。如果立法方案的选择违背了主流的公众意见,就极有可能会招致种种非议和指责,法律的实施因此需要承担一些额外的成本。为什么在免责与不免责之间法律最终选择了后者?一个非常过硬的理由是,绝大多数人们认为免责是理所当然的。公众的道德直觉最终起了决定性的作用,经济学的逻辑则是相对边缘的。这并不奇怪,正如本书在其他地方已经阐述的,在没有明显收益的地方,随波逐流也是一种明智的立法选择,而冲撞公众的道德直觉则明显是不划算的。诡谲的是,拒绝经济学逻辑这一事实本身也可以用经济学逻辑来解释。



## 第七章 孱弱的民法教义学解释（Ⅲ）

### ——重解《合同法》第186条

假定我口头答应两个月后赠送给你一条牧羊犬，事后却反悔了；你不幸地相信了我的承诺，并因此失去了一次低价购买同种牧羊犬的机会。但是，你若为此起诉我，则即使证据确凿，你也打不赢这场官司，法院会驳回你的诉讼请求。《合同法》（第186条）关于赠与合同有明确规定，“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”。相对于“契约必须遵守”的一般合同法原则，赠与合同中的撤销权算是个例外情形。但是，为什么法律区别对待赠与承诺和交易性承诺？这个问题迄今未被国内民法学界认真思考，相关讨论虽有所涉及，但大都一笔带过，千篇一律的解释是，根据“权利义务相一致原则”，由于赠与人承担的义务是单向的，所以要赋予其撤销权以允许其反悔，否则对赠与人未免过分苛刻，并因此有失公平。<sup>〔1〕</sup>

然而，上述解释很快就会遇到麻烦。假定我答应赠

〔1〕 韩世远著：《合同法学》，高等教育出版社2010年版，第428页、431页；崔建远等：《债法》，清华大学出版社2010年版，第440页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2010年版，第490页；马俊驹、余延满著：《民法原论》，法律出版社2007年版，第661~662页；王利明等：《民法学》，法律出版社2008年版，第630页。

送你牧羊犬的事情发生了一点变化,我和你签订了一份书面赠与合同并且做了公证。此时,如果你起诉我,你就会打赢官司,法院会强制执行我的承诺。根据《合同法》(第186条)关于赠与合同的相关规定,一旦赠与合同经过公证,赠与人就无权撤销承诺。但令人迷惑的是,为什么赠与承诺的形式发生了变化就导致了截然不同的法律后果?沿用“权利义务相一致”的说辞很难回应这一诘问。

虽然,司法实践中的赠与纠纷并不多见,但由此引发的理论问题却非同小可。只需将两个假设的案例稍作对比,就会发现,无论是大陆合同法的“合意”理论,还是英美合同法的“对价”理论,在对关于赠与承诺可否被强制执行的解释上都难以自圆其说。按照“合意”理论,倘若将赠与合同定性为“实践性合同”(合同在赠与财产权利交付时成立),就无法解释为什么赠与合同经过公证却能摇身一变成了“诺成性合同”;按照“对价”理论,倘若说法院不会强制执行没有“对价”的承诺,就无法解释为什么公证程序可令对价无中生有,以致竟能凭空虚构一个“名义对价”。更何况,诸如“实践性合同”以及“没有对价”之类的说辞,都只是关于赠与合同的一个描述,而不构成其无法被强制执行的一个解释。

本章试图利用“成本—收益分析法”对合同法关于赠与合同的相关规定(主要是《合同法》第186条)做出一种理论解释,以弥补传统合同法理论在赠与合同解释上的深刻裂痕。在美国,关于“无偿承诺”(gratuitous promise)的经济分析文献自20世纪70年代以来已经积累成一个引人注目的知识区,它是“利他主义法律经济学”这一更为广阔论域的组成部分。<sup>[1]</sup> 尽管如此,在吸收既有理论成果的基础上,我仍期望本文的分析能够有所突破。不同于以往经济分析文献对赠与承诺一概而论,本文将按其按当事人赠与意图的强弱分为三类(“真心承诺”、“假意承诺”及“试探性承诺”),并在此基础上找到合乎实质正义(追求决策零误差)的法律方案,继而引入法律实施成本的变量,以最终发现司法实践中可操作的法律方案。与追求实质正义不同,追求法律方案的可操作性,是指以法律实施

[1] 参见一个较新的综述, Susan Rose-Ackerman, Altruism, Nonprofits, and Economic Theory, 34 *J. Econ. Literature*, 1996, pp. 701-728。

精确性的合理牺牲来换取法律实施效率(降低实施成本)的努力。

法律术语的不精确会导致思维上的混乱。按照大陆法系的传统,合同的订立被描述为从“要约”(offer)到“承诺”(acceptance)的过程,但若用这两个概念描述赠与合同的订立,至少在汉语语境中会显得十分别扭——将赠与人称为“要约人”而将受赠人称为“承诺人”,显然不合乎汉语习惯。交易性合同在英美合同法理论中被更为恰当地描述为一组“双向承诺”(bilateral promises),它包含了彼此对应且可被分解的两个承诺;<sup>[1]</sup>与之不同的是,赠与合同只是赠与人向受赠人做出的一个“单向承诺”(unilateral promise)。鉴于这种表述更为清晰,下文将用“赠与承诺”的概念取代“赠与合同”;<sup>[2]</sup>做出承诺的一方是“承诺人”(promisor),接受承诺的一方是“受诺人”(promisee);通常情况下,他们就是“赠与人”(donor)和“受赠人”(donee)。

### 一、赠与和赠与承诺的功能

赠与通常被认定为一种利他主义行为。<sup>[3]</sup>理论上,当他人的满足成为自我满足的一个组成部分时,利他主义赠与就会发生。<sup>[4]</sup>但绝大多数赠与不是纯粹利他主义的。我之所以今天赠送你一瓶酒,目的是激励你明天回赠我一条烟,这种具有互惠性质的相互赠与其实是一种替代性交易;如果恰好你酷爱喝酒而我又喜欢抽烟,那么我们互赠礼物的行为就会创造“交易剩余”。正如许多社会学家和人类学家已经发现的,在市场交

[1] 假定你同意用10万元买我一辆二手车,那么我们签订的合同就包含了两个相互之间的承诺。一个是我对你的承诺:只要你同意付给我10万元,我就给你这辆二手车;另一个是你对我的承诺:一旦我同意给你这辆车,你就会付给我10万元。

[2] 绝大多数英文文献习惯于“无偿承诺”(gratuitous promise)这一更加宽泛的概念。

[3] 绝大多数关于赠与承诺的法律经济学文献都把利他主义当做赠与行为的主要甚至唯一的动机。例如,Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, pp. 170-187; Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 *Yale L. J.* 1980, p. 1261; Richard A. Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 411; Steven Shavell, *An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts*, 20 *J. Legal Stud.* 1991, p. 401.

[4] 假定你我之间有交情,你的快乐会带给我一些快乐,假定二者的相关度是15%,这意味着,给你增加100个单位的效用,就会给我增加15个单位的效用。如果我手头的一瓶酒只能给我带来10个单位的效用,但却恰好能给你带来100个单位的效用,那么我就愿意把这瓶酒赠送给你。在这里,赠与给我创造了5个单位的效用增值。

易不发达的社会,礼物交换就是赤裸裸的交易。〔1〕

然而,在我们的社会中,礼物交换的商业性功能已基本不复存在,赠送礼物的主要目的是传递信号,以表明赠与人试图和受赠人建立、保持或加深人际交往。我精心挑选了一份礼物赠送给你,如果你不想辜负我这番好意,你就应该收下它以表示“领情”。接受礼物的行为意味着你愿意在一段时间内将自己置于我的“债务人”地位,同时表明你同意我将要向你施加某种影响力(所以,不难理解许多行贿是以礼物赠送的方式来完成的)。〔2〕按照现代社会的游戏规则,拒绝接受礼物或者在接受礼物之后又立刻回赠一份价值相当的礼物,都可能被理解为不友好的举动(有时甚至被视为冒犯),这两种行为都表明你拒绝我的好意,因为你不想成为我的“债务人”。值得注意的是,尽管以传递信号为目的的赠与具有明显的互惠性质,但它需要被一层利他主义面纱遮掩起来以区别于赤裸裸的交易,否则,赠与行为传递的友好信号就会被削弱。〔3〕

赠与行为还可以让赠与人向除受赠人之外的更为广泛的群体发出信号,以表明其拥有慷慨大方或乐善好施的美德(这可以让赠与人获得更多的合作机会或升迁机会)。当赠与人的信号目标从受赠人扩展到一个广泛群体的时候,赠与就变成了捐赠。捐赠并非纯粹的利他主义行为,在很多时候,捐赠是一种花钱买声誉的交易。对企业而言,捐赠类似于打广告,事实上,绝大多数企业把捐赠任务分派给销售部门并将捐赠支列入企业的促销成本之中。声誉是一种实实在在的利益,它既可以用金钱来购买,也可以(在需要的时候)兑现成金钱。〔4〕

〔1〕 互赠礼物的交易性质在下列人类学和社会学文献中早已形成共识,参见[法]马塞尔·毛斯著:《社会学和人类学》,余碧平译,上海译文出版社2003年版,第111页;Marcel Mauss, *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies*, trans. W. D. Halls, London: Routledge, 1999; Peters M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, New York: J. Wiley, 1994. 少数法学文献也有很精彩的讨论,如[美]理查德·波斯纳著:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第174页;以及Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, pp. 50-55.

〔2〕 并且在受赠人回赠之前,赠与人会获得某种相对于赠与人的影响力。Robert B. Cialdini, *Influence*, 1984, pp. 34-35. See, e. g., Jon Elster, *The Cement of Society: A Study of Social Order*, 1989, pp. 111-114; William Miller, *Humiliation*, 1993, pp. 15-52.

〔3〕 Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, pp. 50-55.

〔4〕 Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, p. 50.

但令人迷惑的是,为什么人们会为赠与做出承诺呢?既然我已打定主意两个月后赠送你一条牧羊犬,为什么我会事先做出承诺?行动不是比语言更响亮吗?上述提问让我们发现了一个容易被忽略的问题:赠与是一回事,为赠与做出承诺是另一回事。传递信息无疑是赠与承诺的功能之一,如果你事先得知我将要赠送你一条牧羊犬,你就不再忙着去市场上寻找同种牧羊犬了,你还会提前建造狗窝,准备狗粮,学习养狗知识。这意味着,只要承诺确定兑现,则即使在赠与物不变的条件下,仅仅一个承诺就能额外地改善你的境况。换言之,赠与承诺能在赠与财产之外创造额外的价值。通过事先做出承诺,赠与人可以提高受赠人对赠与财产的效用评估值,并因此给赠与人自己也带来一个效用增值。<sup>[1]</sup>此外,在互惠性质的赠与中,承诺的另一个功能是可以让赠与人交付赠与财产之前影响受赠人的行动。尽管牧羊犬在两个月之后才会送到你家里,但如果我现在做出承诺,就能提前收获你的感激。在以上两种意义上,赠与承诺都可以创造与交易性承诺同样的价值。

## 二、赠与承诺的主观分类

与交易性承诺不同,赠与承诺往往不能清晰表达承诺人的真实意图。你出价100万元要购买我的一套房产,我要么同意,要么拒绝,其中没有模棱两可的余地(事实上,模棱两可被推定为拒绝)。而赠与承诺则不然,我答应赠送你一套房产,这在形式上表现为承诺,但我的承诺可能是真心的,也可能是假意的,还可能是试探性的,且在严格意义上,这几种承诺都不违背公序良俗。法律如何对待赠与承诺,按照实质正义的标准,自然要考虑当事人(主要是赠与人)的真实意图。为了能够细致描述赠与人的真实意图,下文根据赠与意图的强弱把承诺分为三类即“真心实意”的承诺、“虚情假意”的承诺以及“试探性”的承诺。当然,分类只是为了描述的方便,相邻类型之间的界限只是逻辑上的;而事实上,从一种类型到相邻的另一种类型,是过渡的而非跳跃的。此外,在下文的讨论中,受赠人的真

[1] Richard A. Posner, "Gratuitous Promises in Economics and Law", 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 412.

实意思表示被假定为“无差别的接受”,因此不予考虑。

### 1. 真心实意的赠与承诺

大量关于赠与合同的讨论都隐含着一种不假思索的观念:强制执行赠与承诺,对受赠人有利,对赠与人不利。<sup>[1]</sup> 这种观念忽略了强制执行给赠与人带来的利益。假定我打定主意要在两年之后赠送你 10000 元,并且做出了明确的承诺。尽管这笔礼金数额不菲,但在你眼里,我承诺赠送的礼金其实远不值 10000 元,因为它只是“期货”,而不是“现货”。撇开通胀因素不谈,你至少会想到两年间的变数很大,我可能随时改变主意,甚至承诺本身就是信口开河。尽管我的承诺出自真心实意,但你猜不透我的心思,看不到我的真诚,你我之间存在着信息不对称。只要你认为我兑现承诺的概率达不到 100%,你就会根据这个概率的评估值对我赠送的礼金打个折扣。假定你认为兑现概率只有 50%,那么 10000 元礼金的预期价值在你眼里就缩水成 5000 元了。这显然对我不利,因为你低估了我承诺赠送礼金的价值。在信息不对称的情况下,如果我还想获得赠送你 10000 元礼金的预期效用,就不得不提前兑现承诺(甚至立即兑现),或者被迫增加承诺赠送的金额(甚至翻倍)。这两种选择都会给我造成效用损失。若要避免或减少这项损失,就必须解决信息不对称的问题,换言之,必须设法增加你对承诺的信任度。致力于此,提高我违背承诺的成本是可行的途径——如果你发现,我违背承诺是得不偿失的,你自然会更加信任我的承诺。然而,如何提高我违背承诺的成本呢?最现实的选项莫过于让法院强制执行我的承诺。

由此可见,只要承诺出自真心实意,则强制执行既能保护受赠人的利益,又能提高赠与人的预期效用。这意味着,强制执行赠与承诺,如同强制执行商业性承诺一样,结局都是皆大欢喜的帕累托改进。<sup>[2]</sup> 真心实意的赠与人只会期望而不会惧怕强制执行,所谓“真金不怕火炼”。

[1] 参见前注 1,另外国外学者也广泛存在这种误解,例如 George K. Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts*, 46 *Harv. L. Rev.* 1932, p. 1, pp. 7-8。

[2] Steven Shavell, *An “Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts”*, 20 *J. Legal Stud.* 1999, p. 404; Richard A. Posner, *“Gratuitous Promises in Economics and Law”*, 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 411。

## 2. 虚情假意的赠与承诺

与真心实意的赠与人不同，“虚情假意”的赠与人不会期望其承诺被强制执行。社会上有很多人喜欢信口开河，随意许诺可谓司空见惯。古人说：“君子一言，驷马难追”，但君子毕竟是少数，何况，即使是君子也难以保证自己在任何时候都能做到“言出必践”。“假意承诺”是一种温和的欺骗，虽并不构成欺诈，也难说违背公序良俗，但毕竟对社会有害无益。倘若“假意承诺”被强制执行，理论上可以减少“假意承诺”的数量，进而减少鱼目混珠，提高人们对“真心承诺”的信任度。

但这个设想行不通。面对数量如此之多的虚假承诺，法院的最佳态度是置之不理，否则，难以计数且琐屑无聊的空头许诺会让法院难以招架。更何况，许多“假意”的承诺人并无邪恶企图，他们随意许诺往往只图个一时痛快，或只是满足一下自己的虚荣心。说者无心，听者也无意，很少有人把大话当真。可是，一旦“假意承诺”成为强制执行的对象，就会激发许多机会主义诉讼，原本没有当真的受诺人会谎称自己确实当真了，还可能编造出各种“信赖损失”(reliance loss)以支持自己的诉讼主张。如此，强制执行所带来的少量社会收益(减少“假意承诺”数量)就可能被由此产生的社会成本(增加机会主义诉讼的数量)所淹没。

然而，虚假的承诺确实会导致真实的“信赖损失”。假定我答应半年后送你一辆二手车，我只是随口一说，事后全然没放在心上，但你却把我的“假意”当成了“真心”，随后，你盖了个车库，还专门学习了驾驶技术，半年后你才发现我的承诺其实只是个谎言。期待中二手车彻底泡汤了，可是你的“信赖损失”找谁去算账？我是否应该承担赔偿责任？答案是否定的。理由是：我随口一说，你就信以为真了，你对我的信任是天真的、草率的、孩子气的，因此造成的损失理应由你自己来承担。合同法只鼓励人们对他人的承诺投入“合理的信任”(reasonable reliance)，而不是“过度的信任”(overreliance)。<sup>[1]</sup>进一步说，你我之间的“合意”有名无实，你的

[1] 罗伯特考特、托马斯尤伦著：《法和经济学》，施少华等译，上海财经大学出版社2002年版，第167~171页。

“信赖损失”源于一场“误会”。<sup>[1]</sup>倘若把这场“误会”看做一种事故,就可以根据侵权法的行为逻辑去思考——谁能以较低的成本避免这个事故?<sup>[2]</sup>尽管你我双方避免事故的预期成本在个案中无法比较,但法院却会推定:让你提高些警惕要比让我改变自己随意许诺的生活习性更容易一些(因而,由你来承担损失就比让我去赔偿损失更可能减少“误会”的数量)。这一推定的合理性在于社会上像我一样随意许诺的人数量众多,而像你一样粗心大意的人却罕见,将责任分配给粗心大意者可以使法律“树敌较少”,由此降低法律的管理成本。显然,相对于个案的合理性,法院更注重判决在未来产生的社会激励。毕竟,我们就生活在一个充满谎言和欺骗的世界,这是法律无力改变的既定社会条件。尽管一律执行赠与承诺,可以减少谎言和欺骗的数量,但由此产生的少量社会收益补偿不了极度攀升的执行成本;相反,拒绝粗心大意者的索赔请求却可以抑制诉讼的动机,减少诉讼的数量,降低法律的实施成本。<sup>[3]</sup>更何况,如果法律应该鼓励人们去成长,就不应过分保护那些天真无邪的人们。

### 3. 试探性的赠与承诺

有许多赠与承诺既非“真心”,亦非“假意”,而是“试探性”的。试探性的赠与承诺处于“真心承诺”和“假意承诺”之间的过渡地带。可以稳妥地打赌说,当学者们论及强制执行赠与承诺对赠与人有失公平的时候,他们脑子里所想到的主要是试探性的赠与承诺,而非真心实意的赠与承诺。<sup>[4]</sup>在社会交往中,试探性的赠与承诺很常见。我之所以答应以后每年帮你购买春运期间的火车票,目的是想和你建立更为密切的人际关系,但由于我不清楚这份好意是否只是一厢情愿,所以我会在未来观察你的行动。如果你的所作所为让我满意,我自然会兑现承诺;但如果你让我失

[1] 这种情形类似于“重大误解”按传统合同法理论,因“重大误解”而订立的合同是可被变更或撤销的。参见《合同法》第54条。

[2] Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 *Yale L. J.*, Vol. 1972, p. 1060. 波斯纳发现,关于“信赖损失”的责任分配与侵权法的逻辑是一致的。Richard A. Posner, “Gratuitous Promises in Economics and Law”, 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 416.

[3] Richard A. Posner, “Gratuitous Promises in Economics and Law”, 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 414.

[4] 否则,学者们就不会想当然地认为强制执行有利于受赠人,而不利与赠与人。例如唐明:“试论赠与合同的立法及司法实践”,载《中国法学》1999年第5期。



望了,那么对不起,我的承诺也就不了了之。这种试探性承诺实际上是一种“附条件”的赠与承诺,只是按照社会交往的习惯,赠与条件不便说到明处,更不便写在纸面上,它相当于赠与合同中的一个“默示条款”。试探性承诺中的另一种默示条款类似于“情势变更”。例如,我答应明年赠送你一副名人字画,正常情况下我愿意兑现承诺;但若发生了出乎意料的事端(诸如,我的生活突然拮据了,或者字画的价格猛然飙升了,或者有位我得罪不起的朋友也看中了这幅字画等),我就会改变主意。

尽管试探性承诺一般不会采用书面形式,但无论是承诺人还是受诺人,对承诺的性质、目的以及何种情况下承诺作废等事项彼此均心照不宣。强制执行试探性的赠与承诺一般不会产生社会收益。最重要的原因是,法院难以判断承诺所隐含的那些应该兑现的条件以及可以撤销的情势,更难以判断条件是否确已具备以及情势是否确已变更。尽管,在试探性承诺的情形中,强制执行也会增加受诺人对赠与财产的评估值,并由此给承诺人带来一个效用增值,但对于承诺人来说,这个效用增值通常补偿不了因丧失撤销权而产生的效用损失。由此可以推定,在试探性的赠与承诺中,绝大多数承诺人的真实意图是不希望其承诺被法院强制执行。倘若试探性承诺被受诺人误解为真心承诺,则其“信赖损失”(如果有的话)仍由自己来埋单,其中的道理与受诺人误把“假意”当作“真心”是一样的。<sup>[1]</sup>

### 三、法律方案的比较

前文的分析暗示了一个如何处理赠与承诺的立法思路:法院应当强制执行真心实意的赠与承诺,而不去理会虚情假意的或试探性的赠与承诺。换言之,法律决策者应将“真心实意”作为强制执行赠与承诺的条件。然而,即使这个思路对头,也只是纸上谈兵,其操作性障碍是法院难以辨

[1] 在英美法上,单边承诺不被视为交易过程一个组成部分,但这并不意味着单所有边承诺都不能强制执行。例如某个年轻人根据某个富人的承诺(为他提供完成大学学业经费)而决定放弃他的业余工作。尽管这里不存在真实意义上的交换,但法律仍将违背承诺看作违约。作为判决基础的假设是:“不利信赖”(detrimental reliance)也是一种对价。尽管只是一种假设,但它至今仍被采用。Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 96.

别承诺人的真实意图——谁知道承诺是真心还是假意,抑或两者皆非?实质上合理是一回事,形式上合理是另一回事。根据承诺人的主观意图来决定承诺是否应被法院强制执行,虽然理想,但并不现实。要设计出可实施的法律方案,必须将可观察的“标识”作为强制执行的条件。标识还应具备实现“分离均衡”(separating equilibrium)的功能,即让那些真心实意的承诺人努力获得这些标识以区别于那些虚情假意或试探性的承诺人,如此设计出的法律方案才能在拥有了合理形式的前提下又不至于偏离实质正义。

可观察的标识无非是书面记录(包括赠与合同文本、承诺人单方立下的字据以及其他文字记录)和公证手续。赠与承诺由此可被分为三类:口头承诺、未经公证的书面承诺以及经过公证的书面承诺。同时,提供了两种可供选择的法律方案:(1)仅将书面记录作为强制执行的条件,拒绝执行口头承诺;(2)将书面记录和公证手续共同作为强制执行的条件,拒绝执行口头承诺和未经公证的书面承诺。显然,与方案(1)相比,方案(2)规定的强制执行的门坎更高。因而,下文把方案(1)称作“宽松方案”,把方案(2)称作“苛刻方案”。

### 1. 宽松方案 VS. 苛刻方案

倘若满足强制执行的条件是无成本的(交易成本为零),则无论采取哪种法律方案都会出现最优结果。真诚的承诺人会通过满足强制执行的条件向受诺人发出信号,以表明自己的承诺确实出自真心实意;而虚情假意的承诺人和试探性的承诺人则恰恰相反,为了避免其承诺被法院强制执行,他们会反其道而行之。如此,“宽容方案”与“苛刻方案”在结果上没有分别,最终都会实现“分离均衡”。实际上,如果满足强制执行条件的成本为零,也无所谓“苛刻”与“宽容”。

然而,交易成本为零的假设毕竟不现实,满足强制执行的条件是有成本的。倘若法律决策者选择“宽松方案”,则满足强制执行条件所要耗费的成本十分低廉,只需把承诺写成文字而已。但若要满足“苛刻方案”的强制执行条件,成本就高昂得多。倘以耗费时间作为评估指标,粗略地说,口头承诺可以以秒计算,书面承诺至多用分钟计算,而公证则正常要耗费双方当事人的半个工作日。公证费更是一笔可观的支出,并且与赠

与财产的价值正相关。<sup>[1]</sup>

要求当事人满足强制执行的条件,类似于就赠与事项向当事人双方征税。理论上,当强制执行给承诺人带来的收益被“税务负担”所淹没的时候,承诺人就会放弃满足强制执行的条件,最终的结果就会背离完美的“分离均衡”。如此,出于“避税”的考虑,许多(甚至是大多数)真诚的承诺人将会放弃被强制执行的机会。相比之下,“宽松方案”的“税务负担”要轻得多,出于“避税”考虑而放弃强制执行收益的承诺人也会少得多。如果“宽松方案”比“苛刻方案”更容易接近完美的“分离均衡”,那么实质正义就会要求《合同法》降低强制执行的门坎,从而将强制执行的范围扩展到未经公证的书面承诺。

然而,上述结论忽略了“苛刻方案”相对于“宽松方案”的巨大优势——前者可以抑制当事人的诉讼动机,减少诉讼和强制执行的数量;相反,如果立法采取“宽松方案”,就势必会有大量琐屑的赠与纠纷因执行门坎太低而涌向法院。但是,这一看似强有力的质疑其实站不住脚,如果立法者试图通过“征税”减少赠与诉讼的数量,那么最合理的安排应该是提高案件受理的诉讼费,而不是要求当事人在缴纳诉讼费之前先去缴一笔公证费。显然,较之将“征税权”分散到公证机构和法院,由后者独享“征税权”不仅有利于减少交易费用(包括征税成本和纳税成本),也有利于灵活调控赠与诉讼的数量。按照庇古的经济学逻辑,仅仅通过调整诉讼费,法律决策者就可以将赠与诉讼的数量控制在任意一个期望值。

“苛刻方案”的另一个相对优势是它可以降低诉讼中的证明成本,使判决结果更容易预测,从而减少诉讼的数量。但是,公证在强化证据效力方面所产生的边际收益十分有限,因为书面承诺足以提供高强度的证据效力。更何况,一般说来,较之交易性承诺,赠与承诺要简单得多。如果越是简单的事项对公证的依赖越弱,那么,不要求交易性承诺去做公证而要求赠与承诺去做公证,就是法院在提供公共服务(强制执行)方面的一

[1] 赠与合同的公证费,按收益额的2%收取,最低不低于200元。参见1998年国家发展计划委员会、司法部《关于调整公证服务收费标准的通知》。

种不合理歧视。<sup>[1]</sup> 尽管如此,这种看似不合理的歧视仍可以在以下几个方面被正当化。

首先,经济分析并不能完全捕获法律的复杂性。尽管在理论上,法院可以通过收取诉讼费来调控诉讼的数量,但诉讼费的多少并不仅仅是一个经济问题,确定诉讼费的标准和额度常常会遭遇各种复杂的政治因素。<sup>[2]</sup> 受阻于政治压力,即使在诉讼数量极度膨胀的时候,法院通过提高诉讼费来减少案件数量的空间也十分有限。尽管与提高其他纠纷案件的诉讼费相比,提高赠与纠纷案件的诉讼费政治阻力最小,但由于合同纠纷案件传统上会采取统一的收费标准,单纯提高某一类案件的诉讼费往往被视为是一种不合理的歧视。考虑到上述因素,通过某种隐蔽的歧视措施以减少赠与诉讼数量的做法,即使缺乏明显的经济学理由,也具备某种程度上的政治合理性。

其次,在市场交易发达的现代社会,赠与的社会功能已经今非昔比。因此,较之交易性承诺,赠与承诺所获得的法律保护也应相对减弱。<sup>[3]</sup> 并且强制执行在一个方面强化赠与动机的同时,在另一个方面也会削弱赠与的动机。作为一种信号传递机制,赠与行为在没有法律保护的环境中传递的信号尤为强烈;而一旦法律介入,信号就会被稀释,人们会认为赠与人之所以兑现承诺是因为害怕被其承诺被法院强制执行,而非出于利他主义动机。如果赠与人的利他主义动机受到怀疑,赠与的动机就会被削弱。在这个意义上,前文的分析夸大了强制执行所产生的社会收益。

不仅如此,关于《合同法》的经济分析也许在整体上夸大了违约的法律救济(作为国家提供一种公共物品)所产生的社会收益。尽管法律救济能够强有力地阻止合同履行中的机会主义行为,但同时也抑制了信誉机制在激励当事人遵守合同方面所发挥的作用。倘若没有法律救济,当事

[1] 波斯纳就认为:“因而,从效率观点看,许多国家通过制定法废除以盖印方式使无偿承诺可强制执行的做法是个令人迷惑的进展。”Richard A. Posner, “Gratuitous Promises in Economics and Law”, 6 *J. Legal Stud.* 1977, p. 420.

[2] 一个典型的例子是劳动合同纠纷。

[3] Posner, Eric A. Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, *Wisconsin Law Review*, 1997, pp. 567 - 609.

人就会通过其他方式来提升其承诺的可信度,他会更加注重积累自己的信誉,也更担心信誉受损所造成的损失。但如果当事人对法律救济产生了“依赖性”,就会出现“供给创造需求”的局面;正如尽管毒品能够暂时解决成瘾者的痛苦,但却不能由此认定毒品供货商立下了功劳。许多实证研究和理论研究都表明:就阻止合同履行中的机会主义行为而言,法律救济所能发挥的作用并不像人们通常想象得那么重要,因为社会还存在替代法律救济的信誉机制;<sup>[1]</sup>就赠与承诺而言,替代强制执行的信誉机制更容易发挥作用。绝大多数赠与是隐蔽交易的一个组成部分。<sup>[2]</sup>我之所以承诺赠送你一条牧羊犬,目的是为了协调或促进与你的人际交往。同时我也很清楚,一旦我违背承诺而没有合适的理由,结果就比单纯没有达到预期目的更加糟糕,因为你会拥有足够的机会和手段对我实施惩罚。对于相当数量的赠与人而言,恪守承诺的主要动机不是害怕法院的强制执行,而是担心与受赠人的人际关系遭到破坏。而在利他主义赠与中,信誉机制更容易发挥作用,因为受赠人对赠与人的惩罚甚至无需付诸行动。上述事实都强化了《合同法》应采取“苛刻方案”的理由。

## 2. 强制执行 VS. 赔偿损失

前文一直在讨论强制执行,这似乎暗示了强制执行是法院处理赠与纠纷时所采用的主要救济方式。事实的确如此,<sup>[3]</sup>但多少还是令人迷惑。合同纠纷的主要救济方式是赔偿损失,法院很少发出强制执行令。<sup>[4]</sup>可是,为什么在赠与纠纷中强制执行却取代了赔偿损失的核心地

[1] 关于这个主题的实证研究数量很多,例如 Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *Am. Soc. Rev.* 1963; H. Laurence Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, New York: Aldine Publishing Co., (Rev. ed.) 1980; William L. F. Felstiner, *Influence of Social Organization on Dispute Process*, 9 *Law & Society Review* 1, Autumn, 1974。另参见一个很有传统风格的理论研究, Dori Kimel, *Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract*, 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 2001, p. 473。

[2] Eric A. Posner, “Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises”, *Wisconsin Law Review*, 1997, pp. 567 - 609。

[3] 《合同法》第188条:“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,赠与人不交付赠与的财产的,受赠人可以要求交付。”该条规定表明,赠与合同的主要救济方式是强制执行赠与承诺,而非赔偿损失。

[4] 大陆合同纠纷中大量属于欠款纠纷,司法实践中常把欠款纠纷从合同纠纷中单列出来。除欠款纠纷以外的合同纠纷,法院一般不会强制违约方继续履行合同,而是判决违约方赔偿违约损失。

位?当赠与人违背承诺时,法院为什么会强制执行他的承诺,而不是仅仅责令他赔偿受赠人的违约损失?

《合同法》之所以会允许违约方在继续履行合同和赔偿被违约方损失之间做出选择,目的是不想阻止一些有效率的违约。<sup>[1]</sup> 违背赠与承诺同样可能是有效率的,赠与人在做出承诺之后可能发现另外一个人(包括他自己)比受赠人更适合拥有该项赠与财产,以致将赠与财产改赠他人(或留给自己)所产生的效用增加值在补偿了受赠人的损失之后还有盈余。在这种条件下,法院强制执行赠与承诺就不是一个最佳选择。

然而,受赠人损失是难以确定的。确定受赠人的损失有两种依据:一是受赠人丧失的预期收益,二是受赠人因信赖承诺而产生的“信赖损失”。倘若按“预期衡量法”(expectation measure)评估受赠人的损失,那么,在纯粹利他主义赠与中,受赠人丧失的预期收益就相当于赠与财产的价值,此时,强制执行与赔偿损失的结果是一样的;而在互惠性质的赠与中,受赠人丧失的预期收益仅相当于赠与财产的“利润”,它是受赠人应该分享的“交易剩余”的一部分。然而,由于互惠性质的赠与总是以利他主义的面目出现,所以,在法院无法确定赠与性质的条件下,只能将所有的赠与都推定为利他主义赠与,其结果就是强制执行吸收了赔偿损失。按照“信赖衡量法”(reliance measure)评估受赠人的损失会造成更多的麻烦,除了同样存在损失难以确定的问题之外,还会导致受赠人对承诺的过度依赖。

#### 四、公益性的捐赠承诺

捐赠承诺几乎无条件地会被法院强制执行。根据《合同法》第186条,具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同,赠与人无权撤销承诺。对此,不少学者解释说,救灾、扶贫事关重大,因违背捐赠承诺所产生的“信赖损失”非同一般,出于保护社会弱者的需要,法律应对捐赠人提出比一般赠与人更为苛刻的要求。<sup>[2]</sup> 但上述逻辑依赖于一个容易被忽略的前提:强制执行捐赠承诺必须从整体上对社会是有益的,即可以改

[1] Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 118.

[2] 唐明:“试论赠与合同的立法及司法实践”,载《中国法学》1999年第5期。

善捐赠人的境况。若非如此,结果就会事与愿违。倘若捐赠人觉得强制执行过分限制了他们的自由,因此造成的效用损失超过了强制执行给他们带来的收益(这项收益来自于受赠人以及其他人对捐赠财产的评估增值),那么,强制执行就会削弱捐赠动机,减少捐赠数量,结果反倒不利于受赠人。

幸好,强制执行确实可以让绝大多数捐赠人受益。倘若捐赠承诺可以随意撤销,承诺本身就贬值了,这将导致承诺人花同样的价钱却只能买到较少的声誉。而强制执行则可以提高捐赠承诺的可信度,并提高人们(包括受赠人)对捐赠财产的评估值,从而让捐赠更具吸引力。对于捐赠人来说,承诺的挑战性越高,它能换取的声誉就越多。

强制执行捐赠承诺的另一个理由是阻止捐赠行动中的“搭便车”。以救灾或扶贫为目的的捐赠大多是一种集体行动,捐赠人的集体声誉是靠那些认真兑现承诺的人们积累起来的。然而糟糕的是,只承诺不兑现的少数人却可以免费捞取同样的声誉,这种“搭便车”的行为被大陆媒体指责为“诈捐”。“诈捐”不仅欺骗了受赠人,而且贬损了捐赠活动的集体声誉,并因此给那些真诚的捐赠人造成连带损失。长远看,一旦“诈捐”泛滥,鱼目混珠,真诚的捐赠人就会被迫退出捐赠活动,在这个意义上,强制执行捐赠承诺可以防止捐赠活动蜕变成“柠檬市场”。不仅如此,捐赠承诺的执行成本相对低廉。公益性的捐赠承诺大都有文字记录,或者采取公开的方式。保存完好的证据可以大大降低法律的实施成本和错误成本。

## 五、结语

《合同法》第186条规定:“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,不适用前款规定。”该条法律规定包含三个要点:(1)通过赋予赠与人以撤销权,法律区别对待赠与承诺与交易性承诺;(2)对于强制执行赠与承诺,法律采用了“苛刻方案”,强制执行的形式条件是赠与承诺经过公证;(3)对于强制执行捐赠承诺,法律没有规定任何形式要求。前文的分析为该条法律规定提供了一种远比传统合同法理论更为坚实的理论解释,在一定程度上,也打破了一个认为经济分析只能用以解释英美

合同法而不能用于解释大陆合同法的荒诞符咒。然而,由于本文并未提出关于修改法律的任何批评性建议,所以难免让人怀疑经济分析的价值——既然经济分析的结论和人们的直觉性判断基本吻合,那么,经济分析又有何用?这个质疑正是国内法学界针对法律经济学的许多固执偏见之一。

没错,绝大多数时候,法律决策者做出正确判断可以独立于深谋远虑的经济学思考。这一方面是由于人类制度文明是长期进化的结果,其中包含了无数次试错、检验和淘汰的过程。能够有效增进社会福利的制度很少来自于某个强大心智的精心设计,相反,它是一个漫长的历史积淀,是一代代人们的经验积累,以至于生活于制度之中的人们竟可以在“知其然而不知其所以然”的情况下做出正确的决策。<sup>[1]</sup>另一方面是因为人类在进化过程中已经获得了借助直觉来完成决策的能力(据说这种能力集中于大脑的前额叶和顶叶皮质),<sup>[2]</sup>尽管直觉性的判断难免会犯错误,但其相对于深思熟虑的巨大优势是可以减轻思考的负担,在这个意义上,“难得糊涂”的人们反倒会在生态竞争中获得优势。

然而,以上两个事实都不能否定经济分析的价值:经济分析的解释力可以独立于法律决策者的清醒意识。因为,倘若经济分析可以深化人们的思考,它就能有效降低法律决策者犯错误的概率,从而使制度的进化更容易捕捉正确的方向。并且,只有在深思熟虑的检验中,直觉才会变得更加敏锐,彻头彻尾的直觉只意味着莽撞。更何况,学术研究是个服务行业,其价值就在于研究者通过写作去节省别人的思考,进而帮助别人做出正确的判断和决策。倘若研究者只用“公平正义”或者“权利义务相一致”之类的说辞去泛泛而论,研究者的思考也就泯然众人矣,其结果将导致学术研究的职业尊严岌岌可危。

[1] 哈耶克认为:我们对许多制度性知识(包括绝大多数伦理规范和法律)是“知其然”(know that)而不“知其所以然”(know how),我们能利用自己的感官意识到它们,并使自己的行为与其相适应,但却对这些知识的发生原因和一般效用茫然无知。哈耶克的这种思想散见于他的许多著作之中,实际上,这一思想是其自由主义立场的基础。[英]哈耶克著:《致命的自负》,冯克利等译,中国社会科学出版社2000年第1版,第19~22页。

[2] Chun Siong Soon, Marcel Brass, Hans-Jochen Heinze & John-Dylan Haynes, Unconscious determinants of freedecisions in the human brain, 11 *Nature Neuroscience*, 2008, pp. 543 - 545.



## 第八章 传统刑法学理论的 尴尬 (I)

### ——面对许霆案

2006年4月21日晚,在广州打工的青年许霆到该市天河区某处商业银行ATM取款时,无意中发现ATM出现异常——能够超出账户余额取款却不能如实扣账。许霆遂利用自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡在该ATM指令取款175次,共计取款17.5万元。4月24日下午,许霆携款逃匿。广州市商业银行发现许霆账户交易异常后,经多方联系许霆及其亲属,要求退还款项未果,遂向公安机关报案。2007年5月22日,许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案;10月15日,广州市人民检察院指控被告人许霆犯盗窃罪并提起公诉;11月20日,广州市中级人民法院一审判处许霆无期徒刑。被告人许霆提出上诉,广东省高级人民法院于2008年1月9日裁定撤销原判,发回重审。3月31日,广州市中级人民法院作出重审判决,判处许霆有期徒刑5年,并处罚金2万元,追缴

被告人许霆的犯罪所得 173826 元,<sup>[1]</sup> 返还受害单位。该判决将于报请最高人民法院核准后生效。<sup>[2]</sup>

许霆案并不复杂。《刑法》第 264 条规定, 盗窃金融机构数额特别巨大的, 处无期徒刑或者死刑, 并处没收财产; 相关司法解释将“数额特别巨大”量化为“个人盗窃公私财物价值人民币三万元至十万元以上”, 又将“盗窃金融机构”具体化为“盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等, 如储户的存款、债券、其他款物, 企业的结算资金、股票, 不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为”。<sup>[3]</sup> 依据上述法律规定及司法解释, 基于已经查清的犯罪事实, 广州市中级人民法院一审判决许霆无期徒刑原本无可非议。倘若没有媒体报道、网络舆论、专家意见以及更高级别法院领导极其罕见的坦率表达,<sup>[4]</sup> 许霆案很可能就以一审判决处无期徒刑、二审维持原判的结局画上句号。事实上, 与许霆案极其相似的、七年前发生于云南省曲靖市的何鹏案就是如此结案的。<sup>[5]</sup> 不可否认, 在决定何鹏与许霆不同命运的各种复杂因素之间, 媒体与学界的激情互动发挥了关键性的作用。

重审判决作出后的第二天, 央视综合频道“法治在线”栏目就播出了许霆案的重审纪实, 这是许霆案受到的最高规格的媒体待遇。事实上, 在此之前该案早已产生轰动效应。自 2007 年 11 月许霆案一审判决作出后

[1] 法院计算许霆犯罪所得的依据是: 许霆指令取款 175 次, 共计取款 175000 元, 扣除第一次取款 1000 元(属于不当得利), 再扣除许霆指令取款应得的 174 元, 最后的得数是 173826 元。但在我看来, 这个计算方式略有不当, 许霆指令取款应得的 174 元应看做他为实现犯罪所得的作案支出, 而在计算犯罪所得时不应将该作案支出扣除, 因此许霆的犯罪所得应被计算为 174000 元。

[2] 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第 2 号刑事判决书。

[3] 最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条、第 8 条。

[4] 许霆案一审判决之后, 最高人民法院副院长姜长兴在全国“两会”期间接受记者采访时直言表示该案量刑过重。参见相关报道: “最高法副院长: 将研究许霆案暴露出的法律问题”, 载《检察日报》2008 年 3 月 12 日版; “最高法副院长: 许霆案一审量刑过重”, 载《新京报》2008 年 3 月 11 日版。此外, 广东省高级人民法院院长吕伯涛也在该省两会期间接受记者采访时表示许霆案的一审判决存在问题。参见相关报道: “广东省高院院长: ‘许霆案’有很多特殊性”, 载 <http://active.zgjr.com/News/2008118/zgjr/442756434802.html>。

[5] 关于何鹏案的相关资讯, 可参见相关报道: “男子恶意取款 42 万被判无期 已坐牢 7 年”, 载 <http://news.sina.com.cn/s/1/2008-04-03/055215281396.shtml>。

至今,<sup>[1]</sup>《新快报》、《南方周末》、《新京报》、《广州日报》、《法制日报》、《人民法院报》等平面媒体相继刊发的报道和评论的数量已经突破三位数。许霆案引爆的网络舆论更是汹涌如潮,“许霆”加“ATM”的关键词在“谷歌”上的查询结果总数甚至超过了“华南虎事件”的主角“周正龙”。学术界对该案的关注程度也异乎寻常,许多知名法学专家利用各种媒体频繁发表自己的学术见解,华南理工大学法学院还专门就许霆案组织了一起由多位知名法学家参加的学术研讨会。

许霆案的一审判决招致了公众的强烈非议。舆论虽然众说纷纭,但在许霆案一审判决量刑过重的问题上却能大致形成共识。即使有人对一审判决表示理解或认可,也多半是出于维护法律尊严和保持法律稳定性的考虑,而不是在实质正义的层面上认为无期徒刑对于盗窃金融机构的许霆来说是“罪有应得”。或许作出一审判决的法官们也是这么认为的,但在法律没有回旋余地的情况下,如此判决也是无可奈何。这起看起来并不复杂的盗窃案件之所以引起公众、媒体、学界以及法律职业界的强烈关注,最重要的原因就是严格依法判决的结果冲撞了公众的直觉和共识,由此造就了一起典型的刑事疑难案件。在这种情况下,公众舆论对于一审判决的指责就同时隐含了对法律正当性的质疑。当公众将许霆案与许多贪腐案件的判决结果做简单对比时,局面就更加糟糕了,“窃钩者诛,窃国者侯”的群体性感慨不完全是情绪化的,它实际上引发了公众对刑事法律制度深层结构的正当性追问。

本章的关注焦点不是许霆案应当如何判决,而是学界围绕许霆案所阐发的见解。有相当数量的法学专家热切参与了许霆案的讨论,尽管他们围绕着罪与非罪、如何定罪、如何量刑开发出一系列问题,例如利用ATM故障的恶意取款行为是否构成盗窃?ATM是否属于金融机构?“受害人过错”能否成为对被告人减轻处罚的理由?但却没有对这些问题阐发出有深刻洞见或有充分说服力的学术见解。这种状况反映了面对一个疑难案件学界所表现出的知识匮乏,同时也反映了缺乏社会科学支持

[1] 社会各界对许霆案的争议开始于2007年12月中旬。当时,《新快报》以“男子趁ATM出错取款171次后潜逃被判无期”报道了许霆案件的始末,之后,许霆案在法律界也引发了一场空前的大讨论。

的学术见解或学理解释的孱弱无力。在这种意义上,许霆案不仅挑战了现行刑事法律制度和司法制度,而且检验了法学界的理论素养以及传统刑法学理论的解释力。

在本章中,我试图为许霆案的一些专家见解提供补充性论证。这些论证并不求助于传统刑法学理论,而是要采用经济学的方法。自1968年美国经济学家加里·贝克尔发表其关于犯罪和惩罚的开拓性论文以来,<sup>[1]</sup>刑法的经济学理论在短短十几年间迅速繁荣,还彻底改变了美国刑法学研究的面貌,传统刑法学理论因此受到了前所未有的冲击。但这种情形在国内学界并未发生,传统刑法学理论至今仍稳居主流地位。

### 一、“明偷”是否可能

许霆案引发的争议之一,是利用ATM故障恶意提取现金的行为是否构成盗窃。少数法学专家对此持否定意见,理由是:许霆取款时并没有隐瞒自己的真实身份(使用自己的银行卡、输入自己设定的密码),其取款过程也被银行的监控录像完整记录下来,整个取款活动是公开的,因此不符合盗窃罪成立所必需的“秘密”特征。<sup>[2]</sup>肯定者则认为盗窃罪的“秘密”特征具有“相对性”,只要“行为人采取自认为被害人当时不会发现的方法窃取”,就不影响盗窃罪的成立。<sup>[3]</sup>然而,争论双方都未将“秘密窃取”与盗窃罪成立之间的逻辑关联揭示出来。主张者没有解释为什么盗窃罪必须符合“秘密窃取”的特征,反对者也没有回答为什么“行为人采取自以为被害人当时不会发现的方法窃取”不影响盗窃罪的成立。并非学者们对这些问题漫不经心,而是传统刑法学的思维方式和理论资源不足以应对诸如此类的问题。

毫无疑问,为了降低作案风险或提高作案成功率,盗窃通常会采取隐蔽的方式,然而并非所有的盗窃都是“秘密”的。“受害人知晓”通常会使

[1] Gray S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 - 217.

[2] 例如侯国云教授就持这种观点。中央电视台2008年4月1日的“法制在线”栏目对此进行了报道。

[3] 张明楷:“许霆案的定罪与量刑”,载《人民法院报》2008年4月1日版。

他们采取阻拦盗窃的行动,在这种情况下几乎不存在盗窃既遂的可能,倘若窃贼并不就此罢手,盗窃就几乎肯定会转化为抢夺或抢劫。然而,受害人知晓却不一定采取阻拦盗窃的行动,因担心窃贼铤而走险、使用暴力,受害人假装不知晓的情形是很常见的。传统刑法学理论为此又创造了“主观秘密”的概念,即“行为人采取自以为被害人当时不会发现的方法窃取”也是“秘密窃取”的一种,并不因此影响盗窃罪的成立。

即使“主观秘密”的概念放松了“秘密窃取”的要件,也仍然难以囊括全部盗窃行为。假设窃贼入室之后,发现被窃者家中还有一位意识清醒但却瘫痪在床的病人,尽管窃贼清楚其全部盗窃过程不能逃过病人的眼睛,但由于同时知道病人无力阻止其盗窃行为,他完全可能对病人视而不见,继续实施盗窃直至成功。

现代科技的发展也迫使人们改变对“盗窃”的传统理解,远程监控录像的广泛采用意味着盗窃已经不能够仅仅被定义为“不告而取”了。假设窃贼入室之后,发现受害人家中安装远程监控录像,并且知道受害人借此可以即时发现其家中被盗的全部过程,但由于窃贼同时知道受害人无力阻止正在发生的盗窃行为,窃贼仍有可能继续实施盗窃。

上述两种假设情形都表明:问题的关键不在于盗窃是否必须是“秘密”的(包括是否“主观秘密”),而在于在窃贼看来,受害人知晓是否会对其盗窃行为构成实质性阻碍。如果窃贼的判断是否定的,就不排除其“明偷”的可能。<sup>[1]</sup> 这样看来,在许霆案中,问题的关键不在于许霆的恶意取款行为是否“秘密”,而在于在许霆看来,ATM 的取款记录以及录像监控是否必然对其取款行为构成实质性阻碍。从案件结果看,答案显然是否定的,否则许霆就不会采取行动。<sup>[2]</sup>

传统刑法学理论之所以把“秘密”当做盗窃罪的构成要件,显然是因为忽略了这些例外情形。要件理论都是建立在归纳基础上的。如果已知

---

[1] 学理上也出现了否认盗窃罪必须以“秘密”为要件的观点。日本学者西田典之就认为“公然实施”也可成立盗窃罪,[日]西田典之著:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第116页。我国学者周光权也赞同这一观点,周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第108~109页。

[2] 根据案情推测,许霆在取款时发现ATM出现故障,但他多半没有想到出现故障的ATM仍能准确记录取款信息。

的盗窃罪都符合“秘密窃取”的特征,人们就会想当然地认为凡盗窃都是秘密的,从而把“秘密窃取”视为盗窃罪成立的一个“必要条件”。然而正如休谟早已发现的,归纳在逻辑上是不可靠的,全称判断的命题不能排除遭遇例外的可能。<sup>[1]</sup> 即使已知的乌鸦全部是“黑色”的,我们也不能把“黑色”确定为乌鸦的“要件”,因此得出“白乌鸦非乌鸦”的错误判断。

传统刑法学理论主要讨论犯罪构成的“要件”。所谓“要件”,就是从某种犯罪的多样化行为中辨识和归纳出来的相同或相似的一般性特征。用“要件理论”对某种犯罪特征进行一般性描述通常是没有问题的,因为绝大多数同类犯罪符合要件描述的特征,“要件”具有统计学意义上的合理性。然而,一旦“要件”发挥规范性功能,把“要件”作为确定罪与非罪的法律依据,“要件理论”就必然面临着风险,因为例外总有可能发生。疑难案件就是“白乌鸦”,它们是统计学上的例外。作为简单归纳产物的“要件理论”对于刑事疑难案件没有发言权。

尽管“秘密窃取”不应被视为盗窃成立的“要件”,但“公开窃取”却可以成为减轻处罚的理由。从法经济学的观点看,对于潜在罪犯来说,刑罚的威慑效果相当于惩罚严厉程度与抓获概率的乘积。<sup>[2]</sup> 在不考虑其他因素的情况下,较之“暗偷”,“明偷”会使罪犯更容易被抓获,即使减轻处罚,刑罚的威慑效果仍能保持稳定。换一个角度,如果“明偷”与“暗偷”受到同样的处罚,潜在的罪犯就会更多采取“暗偷”的方式以降低作案风险。而区别对待“明偷”与“暗偷”却创造了一种建设性的激励——促使罪犯以更容易被抓获的方式去作案,从而降低警方的侦察成本并提高刑罚的威慑效果。<sup>[3]</sup> 如果潜在罪犯事先清楚这一点,那么即使对“明偷”减轻处罚,也不会导致犯罪数量的增加,国家可因此节省一笔额外的惩罚成本。

在许霆案中,“公开取款”的方式也可以作为对其从轻或减轻处罚的

[1] [英]休谟著:《人类理解研究》,关文运译,商务印书馆1974年版,第32页。

[2] Gray S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 - 217.

[3] 这种情形类似于白天入室盗窃与夜晚入室盗窃之间的区别;在不考虑其他因素的情况下,夜晚入室盗窃要比白天入室盗窃受到更加严厉的惩罚。其原因在于,夜晚入室盗窃要比白天入室盗窃更容易成功且更难以被抓获。

理由,监控录像以及 ATM 的取款记录大大降低了警方的侦察成本。倘若所有盗窃金融机构的潜在罪犯都效仿许霆的作案方式,司法机关就要额手称庆了,如此作案的破案率几乎可以达到百分之百。事实上,在警方介入之前,作为受害人的银行就已经独立“侦破”了案件。主张将许霆案界定为民事侵权案件的学者似乎已经意识到,这一事实确实可以支持他们的主张:[1]既然受害人能够独立“侦破”案件,且破案率可以达到百分之百,就没有必要动用警方的力量。这并非没有道理,只是相关讨论明显教条化和情绪化了。[2]

上述观点虽然有道理,却还是过于夸张了。尽管在许霆案中,ATM 发生故障并不影响它准确记录取款信息(许霆本人多半对此不清楚),但在另一起类似案件中,情形却未必如此。因而,就利用 ATM 故障而恶意取款同类案件而言,受害人独立“侦破”案件的概率不一定接近百分之百,因此警方介入还是必须的。对于法律决策者而言,重要的不是许霆这起案件,而是如何处理这一类案件。毕竟,很难依据某个可操作的标准把许霆案从同类案件中单列出来。

主张许霆的恶意取款行为属于民事侵权的少数学者还指出,直接动用公共权力是一种不恰当的做法。公共权力是依靠纳税人的资金来维持的,是一种稀缺资源,稀缺资源不得随便动用。[3] 这种主张似乎忽略了一个重要的事实,即银行也是纳税人,它有权使用公共资源。更何况,即使银行在不动用公共资源的情况下独立应对利用 ATM 故障恶意取款的

[1] 为什么我们的法律制度会设计两套截然不同的规则来区别对待侵权和犯罪?原因之一就是某些违法行为的破案率远达不到 100%。相比之下,违约的“破案率”可以达到 100%,侵权的“破案率”可以接近 100%。在破案率很低的情况下,单纯的民事赔偿很难威慑这些违法行为。假设盗窃的破案率只有 50%,那么在民事赔偿也只相当于窃贼预期收益 50% 的情况下,盗窃就是有利可图的。原则上,提高损害赔偿的数额可以解决这一问题;但是如果损害赔偿的数额太高,就会超过罪犯的支付能力。如果受害人预先想到这一点,那么他一开始就会放弃侦察和起诉罪犯的企图;并且,为了避免以后的伤害,他会追加自我保护的投入(拉上围墙、购买防盗门或电子报警装置),其结果就是用侵权法对付犯罪是无效率的。Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 *Columbia Law Review*, 1985, pp. 1201 - 1205.

[2] 许章润教授认为:“顾客与银行之间首先是一种民事法律关系。事发后,银行应该首先采用民事手段来实现民事救济;如果不行,才应当提起动用公共权力。银行有取款录像、有身份证号码,完全可以通过通知被告等后续服务来索回。直接动用公众权力是一种不恰当的做法。”参见相关报道:“专家指称银行滥用公共权力”,载《南方都市报》2007 年 12 月 24 日版。

[3] 相关报道:“专家指称银行滥用公共权力”,载《南方都市报》2007 年 12 月 24 日版。

行为,也会把因此消耗的资源列入其经营成本之中,进而通过提高贷款利率或降低储蓄利率的方式把追加成本的一部分(甚至是全部)分摊给它们的客户(即其他的纳税人)。显然,问题关键不在于公共资源是否稀缺,而在于就对付一种违法行为而言,使用公共资源与使用私人资源相比,哪一种方式会实现产出与投入比的最大化。<sup>[1]</sup>

还有学者将 ATM 故障类比为银行柜员发生差错,认为 ATM 因故障而多吐现金,就如同银行柜员发生差错多付给客户钱款一样。“许霆取款后,银行没有及时扣除已提取的款额,这是银行的过错,许霆没有纠正他人过错的法律义务”。<sup>[2]</sup>然而,这个类比明显不恰当。倘若某个银行柜员连续一百多次犯下同样的错误,那他肯定是脑子出问题了;而如果某人利用银行柜员的智力障碍或精神疾病而恶意提取现金,在法律上仍然构成盗窃。当然这种情形不可能发生,因为银行不会安排一个精神智力异常的员工在柜台做柜员。如果银行这么做,银行肯定是有过错的,但是 ATM 毕竟不是银行柜员,ATM 发生故障不能被简单理解为银行的过错,这更可能是个意外事件(只有在 ATM 发生故障后的合理时间内银行没有采取防范措施,才应被认定为有过错)。许霆的确没有纠正银行过错的法律义务,但在 ATM 发生故障的情况下,法律也没有赋予他“乘人之危”的权利。

## 二、ATM 是否金融机构

不少学者认为,尽管许霆的恶意取款行为构成盗窃罪,但却不应被认定为盗窃金融机构。在他们看来,ATM 不属于金融机构。<sup>[3]</sup>然而为什么 ATM 不属于金融机构,却没人能提供一个有说服力的理由。至少根据最高人民法院关于盗窃金融机构的司法解释,法院认定许霆盗窃金融机构

[1] 桑本谦:“私人惩罚与公共惩罚的互动——一个解读法律制度的新视角”,载《法制与社会发展》2005年第5期。

[2] 杨兴培:“‘许霆案’的技术分析及其法理思考”,载《法学》2008年第3期。

[3] 例如刑法专家赵秉志教授就持这种观点。参见相关报道:“北师大法学院院长称许霆案量刑5年过轻”,载《南方都市报》2008年4月1日版。



是顺理成章的。<sup>[1]</sup> 否认 ATM 属于金融机构,目的无非是为对许霆减轻处罚寻找一个法律上的理由,但鉴于该司法解释清晰明确,通过否认许霆盗窃金融机构以实现对其减轻处罚的目的并不是一个明智的司法策略。在司法层面上,“ATM 属于金融机构”的主张无疑具有明显的优势。然而在立法层面上,即如果可以修改司法解释,可否将利用 ATM 故障而恶意提取现金的行为排除在盗窃金融机构的范围之外,却是一个值得探讨的问题。

要讨论这个问题,我们必须首先搞清楚为什么刑法将盗窃金融机构与其他盗窃行为区分开来。有学者认为,“商业银行在民事法律上不过是一个与客户处于平等地位的经济活动主体,金融机构的财物与公民个人的财物在财物的存在形式与财物的价值内容上本身具有同一性”。刑法关于盗窃罪的条款规定了对金融机构的特殊保护,意味着在刑法的制度设计上还没有真正建立和体现“物物平等”的现代法治原则。<sup>[2]</sup> 这一观点有些虚张声势。较之一般盗窃,刑法对盗窃金融机构处以更严厉的惩罚。如此规定并非出于歧视,而是因为金融机构储存大量现金、票证和其他贵重物品,属于可盗窃资产的价值密集区域,金融机构失窃所造成的损失远非一般企事业单位或公民个人可比。盗窃珍贵文物在盗窃罪中被单列出来的原因也与此相同。法律上的区别对待并不意味着违背了平等原则,刑法关于性犯罪的条款规定了对幼女的特殊保护,这难道违背了法律面前人人平等的法治原则吗?

此外,从法经济学的观点看,刑法对盗窃金融机构处以更严厉的惩罚还可以为盗窃金融机构的潜在罪犯创设一种相对于盗窃其他单位和个人的边际威慑力,刑罚的边际威慑力可以激励潜在罪犯以较轻犯罪取代较重犯罪。<sup>[3]</sup> 如果抢劫和谋杀被处以同样的刑罚,就等于鼓励罪犯在抢劫之后杀死受害人以消灭证人,因为对于罪犯而言,增加罪行严重性的边际

[1] 张明楷:“许霆案的定罪与量刑”,载《人民法院报》2008年4月1日版;陈兴良:“许霆案的法理分析”,载《人民法院报》2008年4月1日版。

[2] 杨兴培:“‘许霆案’的技术分析及其法理思考”,载《法学》2008年第3期。

[3] George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Law*, 78 *Journal of Political Economy*, 1970, pp. 526-536; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 226.

惩罚成本为零。同样的道理,如果盗窃金融机构与盗窃其他单位或个人被同等对待,那么潜在罪犯就更容易将金融机构作为首选的作案目标。再者,由于金融机构的防盗设施通常会比一般企事业单位更加严密,所以只有那些作案技术高超的罪犯才可能挑战高难度;而作案技术高超的罪犯不仅更容易作案成功(因此他们造成的损失也更大),且作案成功之后更难以被抓获。致力于提高刑罚的威慑效果,以上两点都要求将更严厉的惩罚施加于作案技术更加高超的罪犯。

上述分析表明,盗窃金融机构之所以被处以更严厉的惩罚,首先是因为金融机构属于可盗窃资产的价值密集区域,其次是因为罪犯技术高超。与上述分析相一致,最高人民法院司法解释的明智之处是将“盗窃金融机构”仅仅限定为“盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票”,并把“盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为”排除在外,因为后者不属于价值密集的可盗窃资产。然而,该司法解释的缺陷是没有对“盗窃金融机构”作出区域界定,倘若金融机构的小额资金通过某种偶然的方式(排除运钞车)被运送到金融机构之外时被窃,就不应被认定为“盗窃金融机构”。

ATM 显然属于可盗窃资产的价值密集区域,并且通常情况下,盗窃 ATM 也需要高超的作案技术。因此将盗窃 ATM 列入盗窃金融机构的范围有充足的事实依据。但许霆案引出的难题却是:尽管 ATM 是许霆的作案目标,但利用 ATM 故障而实施的盗窃则纯属巧合,“瞎猫逮了个死老鼠”,这与盗窃金融机构通常所需要的高超作案技术毫不相干。不少学者之所以在直觉上否认盗窃 ATM 属于盗窃金融机构,其原因就在这里。倘若许霆采取破坏 ATM 硬件或程序的方式实施盗窃,估计就不会有人对认定为盗窃金融机构提出质疑了。这里的关键问题不是许霆的作案目标是否属于金融机构,而是其作案手段是否具备盗窃金融机构通常所必需的技术水准。

然而,即使可以修改司法解释,我也不主张把利用 ATM 故障盗窃现金的行为排除在盗窃金融机构之外。尽管作案目标与作案手段通常是密不可分的,但《刑法》第 264 条规定的“盗窃金融机构”主要还是着眼于作案目标,与之相应的司法解释原则上也只能对作案目标做出进一步解释。

倘若司法解释把作案手段也牵扯进来,不仅司法解释本身会变得相当烦琐,而且最高人民法院还有僭越立法权的嫌疑。正因为如此,故在我看来,就利用 ATM 故障盗窃现金的同类案件而言,通过修改司法解释而把这一类行为排除在盗窃金融机构的范围之外并非明智之举。

### 三、ATM 故障的法律后果

许霆案中最引人注目的一个事实,是银行的 ATM 在升级过程中出了故障。这是许霆恶意取款行为的前提,也是该案区别于一般盗窃案件的关键所在。关于许霆案的许多学术争论就是围绕着 ATM 故障展开的:有学者根据这一事实并援引罪刑法定原则而主张许霆无罪;<sup>[1]</sup>还有学者创造了“引诱犯罪”的概念,进而提出银行应因此向许霆道歉的主张。<sup>[2]</sup>尽管更多学者认为 ATM 故障不能为许霆免罪,<sup>[3]</sup>但一般都认为这一事实可以成为对许霆减轻处罚的理由。

陈兴良教授认为 ATM 出现故障意味着“银行存在明显过错”,并因此可以援引《刑法》第 63 条适用“特殊减轻”。在他看来,“许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物,这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比,客观违法程度较轻”。不仅如此,“银行的过错产生了巨大的金钱诱惑,从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说,由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低,由此可以减轻许霆的责任”。<sup>[4]</sup>

然而,为什么“银行过错”可以成为对被告人减轻处罚的根据?为什么利用自动取款机故障窃取财物的违法程度较轻?为什么银行过错产生的金钱诱惑可以减轻许霆的责任?对此,陈兴良教授皆语焉不详。在这

[1] 例如侯国云教授就持这种观点。中央电视台 2008 年 4 月 1 日的“法制在线”栏目对此进行了报道。

[2] 在华南理工大学法学院就许霆案组织的学术讨论会上,清华大学法学院教授许章润表达了这个主张。参见相关报道:“专家指称银行滥用公共权力”,载《南方都市报》2007 年 12 月 24 日版。

[3] 例如张明楷教授和陈兴良教授就持这种观点。张明楷:“许霆案的定罪与量刑”,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日版;陈兴良:“许霆案的法理分析”,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日版。

[4] 陈兴良:“许霆案的法理分析”,载《人民法院报》2008 年 4 月 1 日版。

些理由的背后,找不到强有力的理论支持。传统刑法学的理论资源在面对“受害人过错”的问题上显得十分匮乏。

在司法实践中,“受害人过错”确实可以成为对罪犯从轻或减轻处罚的理由。最常见的情形,是因受害人挑衅而引起的报复性犯罪。从故意伤害和故意杀人的大量判例可以发现,当存在受害人挑衅的情节时,对罪犯的处罚都相对较轻。与此相似的是防卫过当——尽管防卫过当会构成犯罪,但刑法明确规定“应当减轻或免除处罚”。此外,法律对于敲诈罪的量刑也比其他侵犯财产的犯罪要轻,<sup>[1]</sup>原因之一就是被敲诈者通常会有不可告人的秘密。<sup>[2]</sup>

为什么受害人过错可以作为对罪犯减轻处罚的理由?法经济学可以为此提供有说服力的解释。

首先,在受害人有过错的情况下,犯罪是有产出的。报复性犯罪是对受害人挑衅的一种惩罚,报复会增加挑衅的成本,并因此会减少挑衅的数量。类似地,防卫过当包含着对受害人暴力侵犯的自我保护,自我防卫增加了暴力侵犯的成本,也因此减少了暴力侵犯的数量。对于许多作奸犯科的行为而言,敲诈构成的威胁可能会超过警方的立案侦查。因受害人过错而引发的犯罪是有社会控制功能的,这些犯罪减少了违法、违规行为的数量。<sup>[3]</sup>涉及受害人过错的犯罪当然会造成社会损失,但在其产出抵消一部分社会损失的情况下,这些犯罪所造成的社会净损失要比不涉及受害人过错的同类犯罪小得多。

其次,在受害人有过错的情况下,减轻对罪犯的处罚并不明显增加犯罪的数量。减轻对报复性犯罪、防卫过当以及敲诈的处罚,自然会降低这些犯罪的成本,但同时也增加了挑衅、暴力侵犯以及其他许多违法、违规

[1] 《刑法》第274条规定:敲诈勒索公私财物,数额较大的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑。显然敲诈勒索罪的量刑比其他侵犯财产的犯罪(盗窃、诈骗、抢夺、抢劫、侵占等)要轻。关于敲诈的经济分析,See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 601。

[2] 当然,敲诈好人的情形例外,如果某人以持有别人裸照或掌握别人隐私而实施敲诈,就肯定是没有产出的。

[3] 关于犯罪的社会控制功能,可参见 Donald Black, *Crime as Social Control*, in *Toward a General Theory of Social Control* (Edited by Donald Black), Academic Press, Inc., 1984, Vol. 2, p. 15。

行为的成本。如果后一方面的因素压倒前一方面因素,减轻对这些犯罪的惩罚可能会从总体上减少犯罪的数量。<sup>[1]</sup>

然而在许霆案中,“受害人过错”却仅仅是个托词。将 ATM 出现故障归结为“受害人过错”,多少有些想当然。考虑到 ATM 是如此之多,某台 ATM 在升级过程中出现偶然的故障完全可能是个意外事件。如果这一推测能够成立,那么银行因 ATM 故障而遭受的损失就应当被视为一种合理成本。事实上,尽管许霆案的重审判决可能会令银行失望,但银行确实没有必要为减少 ATM 故障投入过于高昂的成本。许霆的恶意取款行为是以 ATM 故障为前提的,由于 ATM 出现故障的概率非常低,所以迄今为止类似案件在全国范围内仅几例而已。更何况,在 ATM 出现故障却仍能准确记录取款信息的情况下,类似案件的破案率可以接近百分之百,这意味着大部分犯罪损失能够被警方追回。因此总体上看,此类案件给银行造成的预期损失(相当于实际损失与损失概率的乘积)并不太大。如果银行为避免 ATM 故障而支付的成本超过了故障导致的预期损失,银行就没有激励去避免故障。这也意味着,与其他涉及受害人过错的犯罪不同,利用 ATM 故障而恶意取款的行为没有明显的产出。纵观许霆案的始末,一个有趣的结果是,作为受害人的银行成为该案产生轰动效应的最大赢家,媒体的频繁报道间接为保护银行资产做了大量免费广告。可以想象,即使以后银行的 ATM 还会出现类似故障,了解许霆案的人们也多半不会产生恶意提取现金却仍能免于处罚的侥幸心理了。

“引诱犯罪”的概念以及“期待可能性有所降低”的说法更加经不起推敲。几乎所有犯罪都是因某种强烈诱惑而引发的,但刑法并不因此将责任(哪怕是部分责任)归咎于创造诱惑的受害人。原因不言而喻:世界上到处都充满了诱惑。通过消除受害人诱惑的方式来消除犯罪是不可行

---

[1] 攻击者的预期惩罚成本越小,挑衅者就越容易受到报复,而事先了解这一点的人们就更不容易挑衅了。如果后一效果(通过抑制挑衅的发生而降低犯罪率)占优势的话,在挑衅的情况下降低刑罚的严厉性就会减少犯罪的数量。[美]波斯纳著:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 238~239 页。

的,其成本几乎是无限高昂。<sup>[1]</sup>相比之下,通过威慑或惩罚的方式来控制犯罪却划算得多。在许霆中的情形就是如此,与通过避免 ATM 出现故障的方式来消除恶意取款行为相比,将刑罚施加于行为人是更加可取的做法。“期待可能性”的说法多半适用于那些因面临恐惧而被迫实施犯罪的情形。其经济学的理由在于,面临恐惧而实施的犯罪多半是有产出的。与贪图享乐而实施的抢劫相比,为拯救自己身患重病的妻子而实施的抢劫之所以被认定为“期待可能性有所降低”,就是因为后一种抢劫是有产出的。因身无分文又极度饥饿而被迫盗窃食品的行为之所以被认定为“无期待可能性”,就是因为这种盗窃行为的产出甚至超过了盗窃给受害人造成的损失。当犯罪的产出大于犯罪损失的时候,通常可以援引刑法上的“紧急避险”而提出无罪抗辩。在许霆案中,“期待可能性”是无法降低的,原因如前所述即利用 ATM 故障而恶意取款的行为没有明显的产出。如果说 ATM 故障而产生的金钱诱惑可以降低盗窃犯的“期待可能性”,那么一个绝色美女产生性诱惑是否可以降低强奸犯的“期待可能性”呢?

在不清楚犯罪与刑罚的经济学逻辑的条件下,“引诱犯罪”以及“期待可能性”的概念就成为学者们的一些直觉性表述。这些概念无力为某个法律规定或某个具体犯罪提供实质性解释,利用这些概念形成的判断是规定性的,而不是论证性的。

就许霆案而言,真正可以作为减轻处罚理由的还是许霆的作案方式以及因此造成的社会损失。除了前文所述的“公开窃取”的方式可以作为对其减轻处罚的理由之外,更重要的是 ATM 发生故障的概率极低,利用 ATM 故障而实施盗窃的作案方式几近于守株待兔,许霆作案成功只是一系列巧合的结果。这种情形所产生的经济学效果是,即使对许霆减轻处罚,也不会对导致类似犯罪数量的明显增加。哪怕许霆被当庭释放,想必

---

[1] 古人的确曾有通过消除诱惑来实现社会控制的想象。例如,庄子就曾说过:“故绝圣弃知,大盗乃止;擢玉毁珠,小盗不起;焚符破玺,而民朴鄙;搥斗折衡,而民不争;殄残天下之圣法,而民始可与论议;擢乱六律,铄绝竽瑟,塞瞽旷之耳,而天下始人含其聪矣;灭文章,散五采,胶离朱之目,而天下始人含其明矣。毁绝钩绳而弃规矩,摆擗工倕之指,而天下始人有其巧矣。”《庄子·外篇·胠箧》。但庄子清楚,实现这种理想社会的前提是“天下大同”,否则自然选择仍会青睐那些物欲横流的社会。

他在余生也多半不会再次犯下类似罪行；即使他还想那么做，他也不大可能再有机会了。

刑罚的主要目标就是威慑(deterrence)，即通过惩罚当下的犯罪而阻止未来的犯罪；刑罚的另一个目标是剥夺罪犯的犯罪能力(incapacitation)，这通常需要采取监禁和死刑的方式来实现。无论着眼于哪个目标，对许霆处以严厉的刑罚都没有太大必要。惩罚需要国家的投资，但国家的惩罚资源却不是无限可取的。受公共预算的约束，理性的法律决策者会把更多资源投入产生更大惩罚收益的地方。为什么通过破坏ATM的方式盗取现金就要受到更严厉的惩罚？一个最重要的经济学理由是：把同等数量的惩罚资源投入于这种犯罪，可以“购买”到一个更大的犯罪减量。

#### 四、“告别算数司法”？

最高人民法院关于审理盗窃案件的司法解释将“数额特别巨大”量化为“三万元至十万元以上”，而许霆案的涉案金额已明显超过了“数额特别巨大”的底线，这正是一审判处许霆无期徒刑的法律和事实依据。许多学者因此抱怨法官“缺乏创造性”，指责法院“流水作业”、“机械司法”，<sup>[1]</sup>还有学者呼吁法院要“告别算数司法”。<sup>[2]</sup>然而正如贺卫方教授所指出的“司法风格必须受到历史和体制的限制”，在最高人民法院司法解释已经就“数额特别巨大”做出数字上“硬性规定”并且在这个规定依然有效的前提下，即使它10年未变已严重脱离现实，做出一审判决的法官不能也不敢“越雷池一步”。<sup>[3]</sup>

“算数司法”不仅是个司法风格的问题，而且是个司法策略的问题。法律条文中的数字随处可见，如年龄、期限、数额等都惯用数字做出明确的界定，包含数字的法律条文也多半都是“硬性规定”。法律之所以喜欢借助数字来表达，最重要的原因是提高法律的可操作性、节省法律实施的交易费用。倘若最高人民法院的司法解释不对“数额较大”、“数额巨大”

[1] 陈瑞华：“许霆案的法制标本意义”，载《南方周末》2008年1月17日版。

[2] 龙卫球：“告别算数司法，请从许霆案始！”，载《南方周末》2008年2月20日版。

[3] 贺卫方：“许霆案：法官何以说理”，载《南方周末》2008年1月23日版。

以及“数额特别巨大”做出数字化的清晰界定,法官在审理盗窃案件时就必然感到茫然无措,法庭辩论会因控辩双方缺乏辩论依据而不可控制,司法的信息成本、管理成本以及其他制度成本也会极度攀升。

尽管数字化的法律规定会造成法律实施过程的“误差”(我们不妨把司法偏差或执法偏差造成的社会损失简称为“误差损失”),但当数字化法律规定所节省的交易费用足以补偿误差损失的时候,“算数立法”、“算数司法”以及“算数执法”都算得上是明智合理的法律策略。实质正义的确会因“算数司法”而打些折扣,但这是一个社会选择服从治理的法治模式所应当付出的代价。如果说追求实质正义的目的是降低法律决策的误差损失,那么追求形式正义就是试图减少法律实施的交易费用。法治的理想目标是在实质正义和形式正义之间寻找一个恰当的均衡点,这实际上就是追求误差损失和交易费用之和的最小化。

法官的创造性是一把双刃剑。其建设性的一面是可以提高个案判决的合理性,从而降低司法的误差损失;其破坏性的一面是损害法律稳定性和可预测性,并由此提高司法的交易费用。因此,法官的创造性必须适度,过犹不及。一般说来,在一个法官职业群体素质较好、司法廉洁度较高、信息技术较发达、纠纷数量较少的国家,司法制度会激励法官的创造性;而在一个人口众多、文化多样性较强、经济发展不平衡程度较大的国家,司法制度就要被迫容忍法官的创造性,以上两种情形都会促使司法风格趋近于现实主义或能动主义。相反,法官职业群体的素质较差、司法廉洁度较低、信息技术落后、纠纷数量过多,凡此种种都会抑制法官的创造性,此时的司法风格就会趋近于形式主义或保守主义。我国的情形非常复杂,相互矛盾的因素彼此交叉,司法风格究竟如何定位至今还是个琢磨不透的问题。

然而,学者们的抱怨和指责也并非没有道理,刑法量刑标准确实应当随经济水平的发展而与时俱进。尽管自1997年新刑法颁布实施以来我国先后出台了7个《刑法》修正案,但其绝大部分内容是为了增加和修改罪名,量刑标准却是至今未改。最高人民法院关于盗窃数额的量化规定在10年间不曾变动,这就引发了一个严重问题:盗窃10万元在法律上已算是“数额特别巨大”,但在人们的心目之中却与无期徒刑的严厉惩罚明



显不相称。如果说许霆案给现行法律制度提出了挑战,那么依我看,唯一的挑战其实就是个量刑标准的问题。

### 五、为什么许霆“并不太坏”

传统刑法学理论关注罪犯的精神状态强调“主客观相统一”,因而表现出浓重的道德色彩。然而罪犯的“主观方面”却是不可观察的。被告人的主观恶性有多大?犯罪意图怎样?犯罪动机如何?是故意还是过失?是蓄谋还是冲动?是否认识错误?是否真心忏悔?诸如此类的问题,我们只能依据被告人的行为特征和行为后果去做出判断。更何况,即使借助于先进技术或特异功能,我们能够成功地观察罪犯的精神和思想、能够发现罪犯对自己的行为有相当合理化的解释又能怎么样呢?我们还是一样会惩罚他。<sup>[1]</sup> 社会关心的是行为(无论是即将发生的还是已经发生的),而不是伴随行为的精神状态。<sup>[2]</sup> 霍姆斯曾预言,随着法律变得日益复杂,法律中精神状态的作用会逐渐减少,并认为这反映出科学知识上的一种进步。<sup>[3]</sup>

经济学中的“效用函数”就相当于法律中的“意图”,它概括了一个追求这种函数的人的口味、偏好以及目的。因而,将实体化的精神状态让位于行为主义的假设,就顺理成章地成为经济分析的核心。<sup>[4]</sup> 波斯纳关于刑法的经济分析将“犯罪意图”中的精神状态问题全部还原为行为和后果的问题,并因此彻底消解了传统刑法学理论的道德色彩。<sup>[5]</sup> 这毫不奇怪,当法律背后的经济学逻辑被揭示出来之后,道德哲学的传统解释就被驱除了。同样是偷书,为什么读书人偷书要比一般人偷书更容易获得人们的宽恕?难道仅仅为后者通常会比前者招致更低劣的道德评价?即使

[1] Anthony David Nuttall, Did Meursault Mean to Kill the Arab? — The Intentional Fallacy Fallacy, 10 *Critical Quarterly* 1968, p. 95.

[2] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第213页。

[3] 这正是霍姆斯的经典著作《普通法》(冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版)一书的主题之一。

[4] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第213页。

[5] Richard A. Posner, “An Economic Theory of the Criminal Law,” 85 *Columbia Law Review*, 1985, pp. 1222 - 1226.

是,那么为什么?对此,经济学的解释是,读书人偷书更可能是一种有产出的盗窃。孔乙己之所以认为“窃书不能算偷”,就是企图把有产出的盗窃和没有产出的盗窃区分开来。事实上,道德背后的逻辑依然是经济学,<sup>[1]</sup>当我们揭示法律背后的经济学逻辑的时候,不仅是在解释法律本身,而且是在解释关于法律的道德解释。如果你对此仍持怀疑态度,不妨认真思考一个问题:为什么盗窃金融机构的许霆在你心里“并不太坏”?

考虑到许霆案一审判决引起的轰动效应以及各种微妙的政治因素,二审法院裁定撤销原判、发回重审并不出人意料。而所谓“事实不清、证据不足”,则明显是托词而已。被发回重审的广州市中级人民法院自然领会其中的意图,对许霆减轻处罚也自然成为重审该案的主要目的。

许霆案的一审判决之所以引发轰动效应,首要的原因是判决结果强烈冲击了人们对该案的道德直觉。无期徒刑在人们的心目中通常是与“罪大恶极”联系在一起的。尽管该案在法律上被确定为“盗窃金融机构”且“数额巨大”,但案犯许霆留给人们的直觉性印象却“并不太坏”。法律说服不了人们的直觉。一个“并不太坏”的青年人被判处无期徒刑,会让人感到法律或司法肯定在某个地方出现了问题。这不仅仅是一种大众思维,我相信大部分法学专家也是这么思考问题的。学界围绕许霆案阐发了相当多样化的见解和建议,其目的无非是为该案以及类似案件的恰当处理寻求司法或立法层面的法律对策。这些法律对策包括:(1)建议定性为“不当得利”,通过民事诉讼解决;(2)否认构成盗窃而主张许霆无罪;(3)否认 ATM 属于金融机构并援引罪刑法定原则而主张许霆无罪;(4)否认 ATM 属于金融机构而主张许霆仅犯有普通盗窃罪;(5)利用“受害人过错”、“引诱犯罪”或“期待可能性”的概念主张对许霆减轻处罚。尽管法院的重审判决与最后一种司法对策相吻合,但提出这一司法对策的法学专家却没有对此做出充分论证。“主观恶性不大”、“违法程度较轻”以及“责任程度较轻”的判断只是规定性的,而不是论证性的,不足以说明问题,这些判断仍然面临着进一步的追问。传统刑法学明显缺乏应

[1] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 261 - 262.

对这一疑难案件的理论资源。

受现行司法体制的约束,在无法否定许霆盗窃金融机构罪成立的条件下,适用《刑法》第63条对许霆减轻处罚其实是重审判决的唯一选择。对此,重审判决书所载明的理由是:

“鉴于许霆是在发现银行自动柜员机异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处有期徒刑。”<sup>[1]</sup>

尽管这段文字所提供的适用“特殊减轻”的理由并不强有力,但考虑到我国判决书的常规制作模式,写出这段文字的法官们已算是用心良苦。值得称赞的是,重审判决书特别强调了许霆的作案方式。从法律经济学的角度看,这是支持对许霆减轻处罚的最重要(甚至是唯一)的理由。

许霆的作案方式有两个重要特点:一是利用ATM故障;二是使用自己的储蓄卡。前者意味着类似案件的作案成功率接近于零,因而犯罪给受害人造成的预期损失以及预防犯罪的社会成本都不大;后者意味着类似案件的破案率趋近于百分之百,因而侦察成本以及其他犯罪控制的成本都很低,并且,在破案率极高的条件下,即使较轻的惩罚也能够产生很强的威慑效果。公众之所以认为许霆“并不太坏”,法学家之所以认为他“主观恶性不大”、“违法程度较轻”以及“责任程度较轻”,其最终的根据都是许霆作案方式的特殊性。法学家的措辞只是公众直觉的一种精致化表述,是用“法言法语”包装的一种道德直觉。

[1] 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

## 第九章 传统刑法学理论的尴尬 (II)

### ——面对梁丽案

备受关注的许霆案在最高人民法院于2008年8月20日作出核准广东省高院维持二审的裁定之后终于尘埃落定。<sup>〔1〕</sup>但一波乍停,一波又起。事隔不到一年,《广州日报》于2009年5月11日又以《清洁工“捡”14公斤金饰或被起诉》为题报道了一起据说比“许霆案还冤”的“梁丽案”。有法律专家认为梁丽案“是一个可以写入教科书的经典案例”,其在法律界的影响力甚至超过许霆案。<sup>〔2〕</sup>鉴于两个案例有许多可比之处,大量媒体因此将该案称为“女许霆案”。

据报道,2008年12月9日,深圳机场清洁女工梁丽在机场内“捡获”了一纸箱价值约三百万元的黄金首饰并私自携回家中,当日下午却被接到报案的深圳市公安局机场分局的民警上门索回,梁丽于当日被刑事拘留,随后又被正式批捕。2009年3月中旬,深圳市公安局就此案向深圳市人民检察院提交了起诉意见书,认为梁

〔1〕 相关报道:“最高法院核准许霆案判决5年刑期正式生效”,载《新京报》2008年9月6日版。

〔2〕 相关报道:“专家称梁丽案的意义大于许霆案”,载《广州日报》2009年5月13日版。

丽的行为已涉嫌盗窃罪,且数额特别巨大。但深圳市人民检察院认为该案以盗窃罪定性不妥,遂将案件移交深圳市宝安区检察院承办;宝安区检察院于4月30日将该案退回深圳市公安局补充侦查,5月29日,公安机关补充侦查后将该案移送检察院审查起诉;7月13日,宝安区检察院第二次将梁丽案退回公安机关补充侦查;9月10日,梁丽被取保候审;9月25日,深圳市宝安区检察院以证据不足为由认定其不构成盗窃罪,撤销取保候审,不提起公诉。但检察院认为此案更符合侵占罪的构成特征,把案件发回公安机关。侵占属于自诉案件,是否起诉梁丽,由受害人(失主)东莞金龙珠宝首饰有限公司决定。9月26日,失主回应,不会对梁丽提起起诉。至此,梁丽案不了了之。

如果梁丽的“拾金”行为被司法机关认定构成盗窃罪,那么根据法律规定,她将面临10年以上直至无期徒刑的判罚。像许霆案一样,梁丽案又一次挑战了公众的道德直觉。网络民意调查的统计结果显示,约有百分之九十左右的网民认为梁丽无罪。梁丽被捕前的工作单位深圳玉皇清洁公司负责人表示同情梁丽的遭遇并随时欢迎她回来。<sup>[1]</sup>自《广州日报》的率先报道之后,平面媒体和网络媒体对梁丽案表现出的浓厚兴趣以及公众为梁丽的喊冤之声与许霆案相比有过之而无不及,以至于深圳警方不得不于5月13日就梁丽案的侦查进展情况召开新闻发布会。尽管警方已向媒体透露梁丽涉嫌盗窃证据确凿,<sup>[2]</sup>但围绕该案的各种争议却远未停息。许多法律专家及时介入了围绕梁丽案案的讨论,但就是否应该定罪以及怎样定罪而阐发的专业见解却是众说纷纭。<sup>[3]</sup>立案、侦查以及审查起诉过程的一波三折,也显示了办案机关内部在如何处理该案上存在分歧。

与许霆案相比,梁丽案的情节虽然相对简单,但它所涉及的法律争议却复杂得多。就法律专家围绕该案所阐发的见解来看,争议焦点主要有

[1] 相关报道:“女工‘捡’300万金饰或被起诉:检察院称尚未定性”,载《广州日报》2009年5月13日版。

[2] 相关报道:“警方称梁丽案涉嫌盗窃证据确凿”,载《深圳商报》2009年5月14日版。

[3] 相关报道:“有罪还是无罪?专家学者深度解读梁丽涉嫌盗窃案”,载《法制日报》2009年5月20日版;“专家激辩梁丽案”,载《南方都市报》2009年5月13日版;中央电视台:“女工‘捡’金获金饰案调查”,载《法制在线》2009年5月17日。

二:其一,梁丽的“拾金”行为属于民事侵权还是涉嫌犯罪?其二,如果涉嫌犯罪,那么应当定性为盗窃还是侵占?两者不仅在诉讼程序上大相径庭,而且在量刑上更有天壤之别:前者适用公诉程序,在“数额特别巨大的情况”下,最低刑为10年有期徒刑;后者属于自诉案件,最高刑期仅为5年。

本章的写作目的不是为如何处理梁丽案提供司法建议(由于警方并未公布其侦查过程获取的全部证据,仅仅根据媒体提供的新闻事实发表评论是不负责的),而是透过这个案例去检视传统刑法学理论所存在的问题。读者最好把下文讨论的梁丽案视为一个由新闻事实拼凑出来的“虚拟案例”,而不是检察机关正在审查起诉的那个真实案例。就本文写作目的而言,梁丽案仅仅是一个讨论的载体,案件情节的真假虚实并无多大妨碍。事实上,下文对于梁丽案的许多分析是假设性的。

从媒体报道的案件情节来看,梁丽案是一个典型的“四不像”案件:既不像有罪,也不像无罪;既不像盗窃,也不像侵占。如果不能证明梁丽“拾金”有盗窃的故意,就很难将该案定性为盗窃;如果梁丽在警方找上门来之后没有“拒不交出”的情节,就无法指控她涉嫌侵占;倘若说梁丽的行为仅仅是一般意义上的“拾金而昧”,那么机场的特殊环境以及物主对其财物的实际控制尚未消失等因素就被忽略了。

司法过程遭遇这种“四不像”案件毫不奇怪。生活世界原本就是杂乱无章的,而规范生活世界的法律却必须遵从逻辑规则。法律利用一些逻辑工具把不同违法行为分门别类,于是便有了“违约”、“侵权”和“犯罪”等法律概念。传统刑法学理论的核心任务就是为不同类型的犯罪寻找并规定“构成要件”。如果某个违法行为完全符合为某种犯罪预设的“构成要件”,这个违法行为就被顺理成章地归类其中,这就是传统刑法学理论的基本逻辑。然而生活世界中的案例并不总是服从这种逻辑性安排,在依据“构成要件”进行分门别类的法律体系中,梁丽案就找不到一个恰当的位置。这种情形类似于:倘若我们把人类仅仅区分为男人和女人,对两性人如何定性就成为一个难题。

当法律上的分门别类与现实世界的案件发生摩擦的时候,我们就会发现不同类别的违法行为之间还存在容易被忽视的过渡地带,“四不

像”案件的意义就在于向我们提示这些过渡地带的存在。然而,在以研究“构成要件”为核心的传统刑法学理论中,这些过渡地带却被淹没了。要在理论上重新呈现这些过渡地带的恰当位置,我们就需要借助于一种新的理论资源,即刑法的经济学理论。同任何理论一样,刑法的经济学理论也是一个逻辑系统;但与传统的“要件理论”相比,经济学理论编织的逻辑之网更为细密,并因此可以捕获“要件理论”的漏网之鱼。下文的讨论将会展示经济学理论不仅能够解释“要件”背后的逻辑,而且可以揭示相关“要件”之间的过渡性连接。

### 一、侵权与犯罪

我们的法律制度为什么会设计两套截然不同的规则来区别对待侵权和犯罪?无论是民法学教义学还是刑法教义学都没有在理论上作出令人信服的解释。侵权构成理论可以囊括所有的犯罪,这一点无可厚非,因为所有的犯罪都属于广义上的侵权。但传统刑法学用以区分罪与非罪的犯罪构成理论就太让人遗憾了,它甚至区分不了罪与非罪。这种理论在国内刑法学界的流行版本是“四要件说”(主观方面、客观方面、主体和客体),<sup>[1]</sup>但无须仔细推敲就会发现,几乎所有的违约和侵权行为也同样具备这四个要件。不仅如此,犯罪构成理论甚至不能被称之为一种“理论”,各个构成要件是简单罗列的,我们找不到它们之间的逻辑关系。四个要件对应于具体类型的犯罪时还需要进一步填充其他条件,就此而言,所谓犯罪构成理论,实际上与“构成”无关,它只是为辨识不同类型的犯罪提供了一张空白表格。

侵权与犯罪的区分即使在法律经济学上也是一个非常复杂的理论问

---

[1] 近年来,国内刑法学界也开始对犯罪构成理论进行反思和批判。例如侯国云:“当今犯罪构成理论的八大矛盾”,载《政法论坛》2004年第4期;肖中华:“论犯罪构成要件类别的界定”,载《中国法学》2000年第6期。

题。<sup>[1]</sup> 但就本章所讨论的案件而言,我们无须把这个问题扯得太深太远。简单地说,区分侵权和犯罪的主要经济学目标是促使私人 and 公共机构在对付不同违法行为上能够各展所长,设置不同的司法程序就可以对两者进行恰当分工,以便最小化社会控制总成本。<sup>[2]</sup>

广义上的社会控制成本包括为威慑和阻止有害行为所需支付的全部费用。犯罪由国家提起公诉,意味着国家承担了对付犯罪(监控、侦察、抓获、审判、监禁以及执行罚金等)所需的大部分社会控制成本,在这种意义上,刑事法律制度的制定与实施是由国家提供的公共物品。但在无法指望私人“抓获”和“指控”违法者的情况下——尤其是当损害赔偿的数额太高以致违法者无力支付时,或者当违法行为的危害后果是分散性的(比如贪污、偷税或伪造货币),或者违法行为剥夺了受害人的生命(比如谋杀或纵火),或者违法行为通过自愿交易方式来完成(比如赌博、销售色情物品或贩毒)——就必须由公共机构负责侦查、抓获违法者并对其提起公诉。

然而正如经济学家所强调的那样,国家过量提供公共物品是缺乏效率的。倘若就对付某些违法行为而言,私人“侦查”和“抓获”违法者比警察更加方便,国家就会把起诉违法者所需要的大部分工作(调查取证、提起诉讼、申请执行、为诉讼程序的某个环节提供担保以及花钱雇佣各种专家)交给受害人来完成,从而把自己的职责限定为仅仅提供一个法院。<sup>[3]</sup> 合同法、侵权法之所以被称为“私法”,就是因为这些法律是主要依靠私人

[1] 关于这个问题可参见[美]大卫·弗里德曼著:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,第341~361页;[美]罗伯特·考特·托马斯·尤伦著:《法和经济学》(第三版),施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,第374~375页。Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law," 85 *Columbia Law Review*, 1985, pp. 1193 - 1231; William M. Landes and Richard A. posner, "The Private Eforcement of Law," 4 *Journal of Legal Studies*, 1975.

[2] 关于公共执法与私人执法的互动可参见 Gary S. Becker & George J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," 3 *J. Legal Stud*, 1974, p. 1; Mitchell Polinsky, "Private versus Public Enforcement of Fines," 9 *Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 105 - 127; William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987; Steven Shevall, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987.

[3] William M. Landes & Richard A. Posner, "The Private Enforcement of Law," 4 *J. Legal Stud*, 1975.



的力量来实施的。<sup>[1]</sup> 因此,如果说由国家提起公诉是威慑犯罪所必须的话,那么国家限定公诉的范围(实际上也是限定犯罪的范围)就是国家节省财政支出的一种策略。<sup>[2]</sup> 当然,这个策略会掩盖在“尊重当事人意愿”或“维护私法自治”的体面理由之下。

违约的“破案率”可以达到百分之百,侵权的“破案率”可以接近百分之百。因而在违约和侵权案件中,无需警方介入,受害人就可以依靠自己的力量“侦破”案件,“指控”违法者。并且,与警方相比,受害人通常能以更低的成本收集起诉违法者所需要的证据。由于警方无须介入此类案件,所以违约和侵权都按照民事程序处理。不仅如此,在破案率达到或接近百分之百的情况下,单纯的民事赔偿就足以威慑并阻止这些违法行为。事实上,如果侵权法能够迫使所有违法者内化其全部违法成本,那么从经济学的角度看,刑事法律制度就没有存在的必要。但在受害人无力“侦破”案件并“指控”违法者情况下,用侵权法对付这些违法行为是无效率的。

就梁丽案而言,我们会发现,如果受害人(物主)不求助警方是很难追回其财物的,并且如果仅仅适用民事司法程序也很难阻止这种特定情境下的“拾金”行为,因为单纯的民事赔偿无法内化这种违法行为的全部损失。假设梁丽确有“拾金而昧”的主观意图,并且在她看来,在机场“拾金而昧”的破案率只有50%,那么民事赔偿(也就是归还价值300万元的遗失物)预期损失也只相当于遗失物价值的一半(150万元),在这种情况下“拾金而昧”是有利可图的。机场其他工作人员在遇到类似情形时也多半会效仿梁丽的做法,这无疑是一个很坏的激励。<sup>[3]</sup> 显然,这一经济学的理由为警方介入梁丽“拾金”案提供了支持。

[1] 马克·科汉和保尔·罗宾提出一个“私人可执行”(privately enforceable)的概念,即当一个法律制度包含一个使执法者根据自身利益去执行法律却能够完全符合立法者期望的机制时,该法律制度就是“私人可执行”的。Mark A. Cohen and Paul H. Rubin, "Private Enforcement of Public Policy", 3 *Yale J. on Reg.* 1985. p. 176.

[2] 在这种意义上,法律制度中的公诉范围是一个国家支付能力的函数,所以毫不奇怪,在一个政府孱弱的社会里,许多犯罪行为是通过私法程序来处理的。比如萨迦时期的冰岛,相关文献可参见 William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law, and society in Saga Iceland*, University of Chicago Press, 1990.

[3] 原则上,提高赔偿的数额可以解决这一问题,但在破案率不确定的情况下,如何提高赔偿数额就自然会成为一个棘手的司法难题。

然而,并非所有受害人无法自行“侦破”的案件都应当交由警方立案侦查,“遗失案”恰恰是这样一些例外情形。警方很少对“遗失案”立案侦查(即使失主依靠自己的力量无力找回遗失物),绝大多数“拾金而昧”也不会构成任何犯罪。如果梁丽的行为仅仅被定性为“拾金而昧”,她就不会受到任何刑事制裁。从前文的讨论来看,这多少是令人费解的,但经济学的解释仍可以消除这些困惑。

## 二、“拾金而昧”与侵占

倘若一个人丢失了财物且完全不知其去向,那么依靠他自己的力量找回遗失物的希望就非常渺茫(最有效率的做法也许是广泛地张贴寻物启事,并向归还遗失物的检获者承诺支付奖励)。〔1〕可是,求助于警方结果又能如何呢?就侦破此类案件而言,警方并不明显拥有相对于失主的技术优势和信息优势,受害人自己解决不了的问题,警方也同样束手无策。由于侦破“遗失案”的成本非常高昂而破案率又相当低,所以不难理解受预算约束的公安机关不会把有限的警力投入到这些劳而无功的案件上。〔2〕这一现实原因迫使立法者不得不将“拾金而昧”纳入民事违法领域,而不做犯罪处理。〔3〕从节省社会成本的角度考虑,这种制度安排是合理的,它不仅通过限定刑事法律制度的范围节省了政府(警方)的财政支出,而且为潜在失主妥善保管自己的财物创造了一个恰当的激励。法律如此规定也等于默认了失主承担遗失财物的“现实”的法律责任。在检获者不知去向的情况下,失主本人就是能以最低成本避免损失的当事人,而将法律责任分配给能以最低成本避免事故或损失发生的当事人是一个基本的经济学

〔1〕许多国家的法律规定了检获者报酬请求权。如德国民法典第 971 条、日本的《遗失物法》第 4 条。我国台湾“民法”也有类似规定(第 805 条)。

〔2〕尼斯卡兰认为,公共机构的效用函数包括薪金、社会名望、额外所得、权力或地位、职员编制规模等,这些都与政府批准给公共机构的预算规模正相关,因此,作为效用最大化者的公共机构也是预算最大化者。参见 William A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton, Inc. 1971, p. 38。

〔3〕《最高人民法院关于适用〈民法通则〉的若干意见》第 94 条规定:“拾得物灭失、毁损,拾得人没有故意的,不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有,拒不返还而引起诉讼的,按照侵权行为处理。”

原则。<sup>[1]</sup>当然,检获者在“理论上”还是应当承担法律责任的,正因如此,民法上规定了“不当得利”之债。倘若失主偶然发现了其遗失物就在某个检获者手中,他完全可以通过私力救济或民事诉讼索回遗失物。

也许是为了在“拾金而昧”与盗窃罪的不同定性之间寻求一个妥协的司法方案,不少法律专家建议对梁丽的“拾金”行为以侵占罪论处。<sup>[2]</sup>但是这种主张却有意无意地忽略了构成侵占罪所必需的“拒不交出”的情节。根据媒体报道,梁丽在警方找上门来之后就迅速将其“检获”的财物交出,警方并未遭遇可被证明的“抗拒”行为。<sup>[3]</sup>如果梁丽的“拾金”行为是“捡”而不是“偷”,那么在“拒不交出”的情况下,她就不会构成任何犯罪。即使“拒不交出”的情节被勉强证明,如果物主不会主动告诉,梁丽也不会受到刑事处罚。这是警方不愿以侵占罪立案侦查的现实原因。

假设梁丽的“拾金”行为确实是“捡”而不是“偷”,另假设当失主或警方找上门来之后她却“拒不交出”,那么此时梁丽的行为是否构成侵占罪呢?这又是一个刑法上的模糊地带,<sup>[4]</sup>因为刑法规定的侵占对象是“遗忘物”,而不是“遗失物”。<sup>[5]</sup>“遗失物”能够找回的情形并不常见,而“遗

[1] Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Torts," 81 *Yale Law Journal*, 1972, p. 1060.

[2] 例如周飙认为,梁丽“拾金”行为介于入室盗窃和偶发性窃取之间。周飙:“‘女许霆案’的迷雾”,载《法制日报周末版》2009年5月13日版。

[3] 据警方向媒体透露,警方通过排查后发现了嫌疑人。到嫌疑人梁丽家后,警方首先出示了警察证,然后做她的思想工作,有20分钟左右。警方问她:“今天有没有带东西回来?”她说:“有矿泉水和洗手液。”直到警方准备搜查时,梁丽才告诉侦查员装有黄金的箱子在哪里。相关报道:“警方称梁丽案涉嫌盗窃证据确凿”,载《深圳商报》2009年5月14日版。但梁丽的丈夫却向央视记者称,警方到梁丽家中之后,梁丽迅速将检获的金饰交出。中央电视台:“女工‘捡’金获金饰案调查”,《法制在线》2009年5月17日。

[4] 《最高人民法院关于适用〈民法通则〉的若干意见》第94条之规定:“拾得物丢失、毁损,拾得人没有故意的,不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有,拒不返还而引起诉讼的,按照侵权之诉处理。”根据此司法解释,拒不返还拾得物似乎不承担刑事责任。但国内刑法学界对此有异议。例如,张明楷教授就认为,行为人以非法占有为目的,侵占了非基于物主本意而脱离了物主占有的财物,就完全符合侵占罪的构成要件。参见张明楷:“不当得利与财产犯罪的关系”,载《人民检察》2008年第13期。另参见下注。

[5] 参见刑法第270条第2款。但刑罚学界对于是否应当区分“遗失物”和“遗忘物”有争议。“肯定说”认为对二者作出区分是基于对比历次刑法草案以及现行刑法关于侵占罪的规定,从尊重立法原意的角度而作出。赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第268~269页。“否定说”则认为区分“遗失物”和“遗忘物”会造成对不同所有权人的区别保护,有违刑法公正原则。刘志伟:《侵占犯罪的理论与司法适用》,中国检察出版社2000年版,第98页。

忘物”物归原主的可能性却大得多。“遗失物”和“遗忘物”的区别是物主是否知道他丢失的财物处于何地以及由何人保管。丢在公共汽车或街道上的钱包是“遗失物”，而丢在朋友家中的钱包就是“遗忘物”。在前一种情形中，物主几乎不可能知道其钱包的去向。而如果是后者，物主就可以直接向朋友索回；如果朋友拒不交出，则物主既可以提起“不当得利”的侵权诉讼，又可以启动“侵占罪”的刑事自诉程序。为什么法律会设置一个刑事自诉程序来补充侵权诉讼呢？其原因在于，物主虽然知道其遗忘物的位置和占有者，但若占有者拒不交出，物主依靠自己的力量却很难在民事诉讼程序中向法庭提供证据。正因为如此，实践中的受害人通常不是告诉到法院，而是告诉到公安机关。此外，如果物主对其丢失财物所掌握的信息量恰好处于“遗失物”和“遗忘物”之间，那么单纯的侵权诉讼更不足以提供救济。假设物主将钱包丢在了出租汽车上，即使物主知道出租汽车的车牌号并据此找到出租汽车司机本人，也不能肯定其钱包就在该司机手中，他只有求助于警方才有可能确认出租汽车司机是否可以作为告诉对象的犯罪嫌疑人。刑事自诉程序填补了公诉程序与侵权诉讼程序之间的断裂和空白。

区分“遗失物”和“遗忘物”的经济学意义是可以据此推测捡获者或占有者给物主造成的实际损失。如果是“遗失物”，那么由于物归原主的概率极低，“遗失物”基本属于“沉没成本”；在损失几乎无法追回的情况下，捡获者“拾金而昧”不会明显增加物主的损失。但若是“遗忘物”情形就大不相同，由于物主确知其财物的去向，“遗忘物”自然不能算是“沉没成本”；倘若占有者拒不交出，就会给物主造成相当于财物价值的损失。所以，同样是“拒不交出”，占有者与捡获者给物主造成的实际损失却是不一样的。除此之外，捡获者“拒不交出”之所以并不必然构成侵占罪，还因为：与占有者不同，捡获者通常无法断定物主究竟何许人也。

在梁丽案中，行李车上的那一箱金饰究竟是“遗失物”还是“遗忘物”？若是“遗失物”，则梁丽“拾金而昧”不构成任何犯罪；若是“遗忘物”，则只在其“拒不交出”的情况下才构成侵占罪。然而根据物主的陈述，似乎两者皆非。物主离开其财物的时间相当短暂，与财物之间的距离

也在其视线可及的范围之内,<sup>[1]</sup>也许物主一时疏忽,但总体上说他并未“遗忘”放置在行李车上的财物,因此更恰当地说,那箱行李车上的黄金首饰应算是物主的“暂时疏忽照料物”。当然,物主的描述不一定可靠,为了说服警方立案侦查,或者为了减轻他在公司内部的职业责任,不能排除他有向警方和媒体提供虚假陈述的动机。但如果警方能够证明物主的陈述为真,那么梁丽的“拾金”行为就接近于盗窃了。

### 三、“捡”与“偷”

为什么盗窃1万元就要坐牢,而“拾金而昧”100万元也只算是不当得利?从经济学的角度就很容易理解这个问题。经济学区分私人成本和社会成本(这两个概念可以分别对应于传统刑法学上的“犯罪损失”和“社会危害”),产生社会成本意味着社会财富的实质性减少,而产生私人成本则仅仅是社会财富的转移。<sup>[2]</sup>盗窃无疑会产生私人成本,因为财物从受害人那里转移到了罪犯手中。盗窃之所以还会产生社会成本,是因为它引发了防控盗窃的私人支出和公共支出。在一个盗窃失控的社会里,每个人都会为保护自己的财产而不合理地追加防盗成本(购买防盗门、防盗锁以及电子报警设备等),政府也会被迫雇佣更多的警察、购买更多的警犬以及在研发各种防盗技术和侦破技术上追加投入。与“天下无贼”的社会相比,这些私人支出和公共支出都属于纯粹的社会浪费。法律之所以禁止盗窃,就是为了避免人们为保护自己的财产投入过于高昂的成本,同时激励人们通过市场交易来转移财产。在给受害人造成相同损失的情况下,法律之所以对盗窃罪的处罚会比侵占罪的处罚要严厉得多,最重要的原因就是后者没有产生较大的社会成本。用传统刑法学的术语

[1] 根据补充侦查前警方向检察机关提出的起诉意见书,当时物主王某将7件行李放在一辆行李手推车上,其中那个放有价值300余万元黄金首饰的小纸箱放在手推车上方的篮子里。在19号柜台,当他将5个大纸箱和旅行袋送到安检机上时,工作人员得知王某托运的是黄金物品,便告诉他需要咨询当天的值机主任,于是王某马上到10号柜台找值机主任咨询,而装有黄金首饰的小纸箱仍在19号柜台附近的行李车上。起诉意见书对这段距离的表述是小推车到10值机柜台有22米远,王某大约十分钟后从10号值机柜台回到19号值机柜台前,这时发现放有小纸箱的手推车不见,箱子也不见了,于是报了警。中央电视台:“女工‘捡’金获金饰案调查”,载《法制在线》2009年5月17日。

[2] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 7.

说就是,盗窃罪比侵占罪的社会危害性更大。

“拾金而昧”没有产生明显的私人成本和社会成本。如前文所述,物主遗失财物之后,其损失基本属于“沉没成本”,捡获者实际上没有明显增加物主的损失。不仅如此,捡获者也没有给社会造成实质性损失,遗失物从失主那里转移到捡获者手中,社会财富并没有实质性减少(更可能增加)。即使“拾金而昧”会迫使人们为避免遗失财物而在妥善保管上追加投入,那么这种投入无论对于潜在失主还是对于整个社会都属于合理成本,而不能算是社会浪费。

倘若按私人成本和社会成本的标准衡量,即使梁丽的拾金行为不构成盗窃,且即使行李车上的那箱金饰的确是乘客的遗失物,梁丽将此遗失物私自携回家中的行为也不同于一般意义上的“拾金而昧”:一个关键性的因素是梁丽拾金的特定场所。如果某人从大街上或公园里捡获了同样价值的一箱金饰,则即使警方找上门来,只要此人立刻将财物交出,就不可能以涉嫌任何犯罪被警方带走。但梁丽案的特殊之处却在于,物主丢失财物的地点不是街道或公园,而是监控严密的机场。机场内部设有多处监控录像,机场工作人员以及乘客都有明确的身份记录,并且机场内部还设有失物招领处。<sup>[1]</sup>在这样的环境中,梁丽找到物主并不困难(可以通过机场广播),而物主通找回遗失物的可能性也相当大,因而机场内部的遗失物不能被视为物主的沉没成本。梁丽“拾金而昧”却无疑在很大程度上降低了物归原主的概率,因而会给物主带来明显的私人成本。不仅如此,由于物主不可能自行“侦破”案件找回其财物,所以他无法依靠民事程序获得救济。当失主报案、警方介入的时候,梁丽的“拾金”行为就产生了社会成本。当警方接到报案并决定采取行动的时候,以盗窃罪立案无疑是最现实的选择。

不少法律专家强调梁丽的“拾金”行为不具备“秘密窃取”的特征,因而不能被视为盗窃。这种观点经不起推敲,在人多眼杂的地方“顺手牵羊”也算是“秘密窃取”的一种,即使后来梁丽将事情告诉了几位同事也

[1] 对于员工在机场保洁期间捡到的物品,梁丽所在保洁公司的这位负责人表示,他们要求捡拾物品一定要上交到当班的领班,最后交到失物招领处。他还说,以前梁丽捡到过一部手机,并主动上缴。中央电视台:“女工‘捡’金获金饰案调查”,载《法制在线》2009年5月17日。

不能因此否定其行为初始的秘密性。更何况,传统刑法学将“秘密窃取”作为盗窃罪的构成要件是完全错误的,因为盗窃无须秘密发生,“明偷”是完全可能的。<sup>[1]</sup> 假设我站在三楼阳台上不慎将手机掉到了楼下的花丛里,恰好某人发现了且捡起手机就走,我立刻大声告诉他手机是我的,此人却毫不理会扬长而去,这不是“明偷”吗?<sup>[2]</sup>

然而,即使梁丽的“拾金”行为的确构成盗窃,也与一般意义上的盗窃不同。梁丽“拾金”之后,不管其主观意图如何,客观上她确实把事情告诉了几位同事,这就大大增加了受害人追回损失的概率。<sup>[3]</sup> 不仅如此,梁丽作案成功是一系列巧合的结果,这种“盗窃”的发生是非常偶然的,因而减轻或免除对梁丽的处罚不会导致此类案件数量的明显增加。即使梁丽本人没有放弃继续作案的意图,她也不大可能再有类似的机会了。这是梁丽案与许霆案极为相似的地方。

但与许霆案不同的是,许霆案中的受害人(银行)不能被简单地认定为有过错;<sup>[4]</sup> 而梁丽案中的受害人(物主)却明显存在过错(即使物主的陈述可信,当他前往10号值机柜台咨询事情时也不应当将如此贵重的物品置于22米之外的行李车上,何况当时还是办理登记手续的最高峰),受害人过错可以作为对罪犯减轻处罚的理由。其经济学的依据是:当受害人有过错的时候,犯罪是有产出的。梁丽的“盗窃”产出表现在其行为可以迫使潜在受害人妥善保管自己的财物,也就是说这种“盗窃”可以降低潜在受害人发生过错的概率。如果是受害人的过错导致了犯罪的发生,那么减轻或免除对这种“盗窃”的处罚也许会从总体上减少“盗窃”发生的数量。换一个角度,即使法律对这种“盗窃”采取完全放任的态度,也不会造成类似案件的失控,因为当这种“盗窃”数量增长到一个临界点以致

[1] 传统刑法学的理论也出现了否认盗窃罪必须以“秘密”为要件的观点。日本学者西田典之就认为“公然实施”也可成立盗窃罪,[日]西田典之著:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第116页。我国学者周光权就赞同这一观点,周光权著:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第108~109页。

[2] 但与“暗偷”相比,法律对“明偷”的惩罚较轻;这是因为,“明偷”的作案成功率较低且破案率较高,因而犯罪的预期损失较小,并且防控犯罪的社会成本也较小。

[3] 在破案率因此大大提高的情况下,减轻对此类行为的处罚仍能使刑罚的威慑效果保持稳定。

[4] 本书第八章。

受害人过错明显减少之后,类似案件的数量就会自然回落。此外,与一般盗窃不同,梁丽的“盗窃”行为不会迫使乘客和机场为防控这种“盗窃”行为而明显追加防盗成本,即使所有的清洁工以及其他工作人员都和梁丽一样贪财,机场也不会变成像火车站那样人人自危的环境。由此看来,玉皇清洁公司负责人表示“随时欢迎梁丽回来”并非虚情假意。

#### 四、故意、过失与认识错误

前文对于梁丽案的分析之所以是假设性的,是因为影响该案如何定性的两个关键情节尚且晦暗不明。除了已经提到的物主陈述存疑这一因素之外,另外一个更为关键的定性依据是梁丽“拾金”行为的主观意图。无论是根据媒体提供的新闻事实,还是根据补充侦查之前警方提供的起诉意见书,我们都无从判断梁丽“拾金”是否具有盗窃的故意。

刑法上的盗窃罪必须是故意犯罪。然而,一个人的心智是不可观察的,我们只能根据行为特征、行为后果以及各种环境因素来推测当事人是故意还是过失。<sup>[1]</sup> 经济分析把故意和过失的“主观方面”还原为各种客观因素之间的函数关系,并由此展示了二者之间的过渡性连接。如果我们把违法行为的发生看作一种事故,那么过失的经济学含义是:在预防事故需要支付的成本低于事故预期损失的情况下当事人没有为预防事故支付足够的成本,事故的预期损失越大,预防事故需要支付的成本就越低,或实际支付的成本越低,当事人的过错程度就越大。当预防事故所需支付的成本趋近于零值,而当事人实际支付的预防成本就是零值的时候,过失就演变成“间接故意”了。而如果预防事故所需支付的成本仅仅是零值,而当事人实际支付的预防成本却是负值,当事人的过错就达到了“直接故意”的程度。“直接故意”意味着当事人朝预防事故相反的方向(即追求事故发生的方向)支付一定的成本,实际支付的成本越高,当事人的

[1] 正因为如此,传统刑法学中有关心理状态的概念(诸如故意、过失、蓄谋、冲动、动机、忏悔、犯罪意图、主观恶性以及认识错误等等)在刑法的经济学理论中全部被还原为行为和后果的问题。Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law," 85 *Columbia Law Review*, 1985, pp. 1222 - 1226.



过错程度就越大,其违法意图或犯罪意图也就越强烈。<sup>[1]</sup>

尽管媒体报道和网络民意普遍倾向于认为梁丽在“拾金”的当时没有盗窃的故意,但这种推测并非没有疑问。根据当时的情形,梁丽预防事故所需要支付的成本很低(只需将那箱物品上交或不采取任何措施,就可以避免事故的发生,通过机场广播还可以迅速找到失主),而梁丽实际支付的成本却是一个微弱的负值(她把那箱物品转移了地点)。即使如此,警方也很难证明梁丽在“拾金”的当时就产生了盗窃的故意,因为梁丽自称当时她认为那箱物品是另两位乘客的遗弃物,<sup>[2]</sup>并且梁丽也许确实不知道纸箱里装有贵重物品。如果梁丽的辩解成立,就意味着在梁丽案中,预防事故所需支付的成本高于零值,因为其中还包含梁丽克服认识错误的成本,尽管这个成本并不高。

这两个可能的认识错误会直接影响该案的定罪量刑。证明前一个认识错误就会排除梁丽在“拾金”的当时就产生了盗窃的故意,证明后一个认识错误则可以作为对梁丽从轻或减轻处罚的理由。证明是否存在认识错误的经济学意义是可以据此推测行为人在将来是否还会继续作案的概率。如果梁丽仅仅因为认识错误而取走了那箱金饰,就可以推测梁丽在未来继续作案的可能性不大(错误的发生毕竟是偶然的),对梁丽进行刑事制裁的必要性也因此大大削弱。如果梁丽明知她取走的那箱物品是某位乘客的“疏忽照料物”,那么她在未来继续作案的可能性就大得多,在这种情况下,无论着眼于刑罚的一般威慑目标还是个别预防,<sup>[3]</sup>都有必要对梁丽采取刑事处罚。如果梁丽明知那箱物品是某位乘客的“疏忽照料

[1] 假设事故的实际损失是L,事故发生的概率为P,为预防事故发生所需要支付的成本是B,当事人为预防事故而实际支付的成本是C。那么,当 $B > PL$ 时,无论C值为多大,事故的发生都属于“意外事件”,当事人没有法律责任。当 $B < PL$ 时,如果 $B > C > 0$ ,当事人就有“过于自信的过失”;如果 $C = 0$ ,当事人就有“疏忽大意的过失”。如果B趋近于0,且 $C = 0$ ,当事人就有“间接故意”;而如果 $B = 0$ ,且 $C < 0$ ,当事人就有“直接故意”。上述分析是从“汉德公式”引申出来的。

[2] 梁丽的律师司建利向央视记者透露,梁丽在发现这个纸箱的时候,当时有两个中年妇女在旁边,她是看着两个中年妇女跑到安检口去,这时梁丽认为,这两个人跑进安检口,以往的是丢弃那了,然后梁丽去拿的时候,也左右看了一下,也没有其他人,这才把东西放在他的清洁车里面。中央电视台:“女工‘捡’金获金饰案调查”,载《法制在线》2009年5月17日。

[3] 刑法的经济学理论把刑罚的目标区分为一般性威慑和个别性预防,后者就是剥夺罪犯的犯罪能力。Richard A. Posner, “An Economic Theory of the Criminal Law,” 85 *Columbia Law Review*, 1985, pp. 1193 - 1231.

物”，但却不知道箱内所装是贵重物品，那么盗窃罪仍然成立，但量刑可以从轻，因为如果梁丽在未来能够避免这一认识错误，继续作案的可能性也许就降低了。然而依常理推测，梁丽辩解自己认识错误的可信度并不高，因为根据纸箱的体积和重量，即使梁丽不认为它是贵重物品，也不至于误以为是乘客随意丢弃的东西。

即使梁丽认识错误的辩解成立，也只能说明她在“拾金”的当时没有盗窃的故意。当梁丽知道了箱内装有金饰之后，她就立刻明白了她“捡”来的东西绝非乘客的遗弃物。而将财物携回家中这一事实就表明她产生了非法占有的意图。但这个意图究竟是“拾金而昧”的故意还是侵占或盗窃的故意？仍然说不清楚。从财物的价值、机场的特定场所以及公司的内部规定（凡捡获物必须上交）等多方面因素考虑，梁丽的非法占有意图似乎更接近于盗窃的故意。然而，一个不能忽略的因素却是，梁丽本人确实不清楚其行为的性质，她也不知道她的行为是否会触犯刑法。

通常情况下，不清楚自己行为的性质或者不知道法律如何规定不能作为无罪或罪轻的合理抗辩（“不知法不免责”）。<sup>〔1〕</sup> 因为如果法律承认这一辩解的有效性，就会激励那些清楚自己行为性质且通晓法律的罪犯在法庭上撒谎，而检控方或法庭却难辨真伪。正因为如此，当犯罪嫌疑人是否清楚自己行为性质或是否知道法律规定存有疑问时，法律会推定为一个肯定的答案。然而梁丽案却是一个显著的例外，在大量法律专家都搞不明白其行为性质的情况下，又怎能指望梁丽这个普通的清洁女工把问题弄清楚？

然而说梁丽完全不知道其行为的性质肯定是夸张了，她至少知道她的行为是违法的，她也许还知道她的行为有触犯刑法的可能性。当然，提出这一点已经超出了法律讨论的范围，也和梁丽案的定罪量刑没有多大关系，但是这个问题却触及了公众对于梁丽案的道德直觉：当一个人面临

〔1〕“不知法不免责”是罗马法上一条古老法谚，对此，布莱克斯通的经典解说是：“具有辨认能力的任何人，不仅应当知道法律，而且必须知道法律，并推定其知道法律，因此，法律认识错误在刑事法上不成立任何抗辩理由。”William Blackstone; Commentaries on The Laws of England, 1765 - 1769, p. 27. 关于“不知法不免责”原则的历史演变，可参见劳东燕：“‘不知法不免责’准则的历史考察”，载《政法论坛》2007年第4期；竹怀军、利子平：“‘不知法不免责’原则价值的嬗变与选择：违法性错误理论与实践发展的比较考察及借鉴”，载《比较法研究》2007年第5期。

极大诱惑时,冒险做点坏事是可以谅解的。之所以会有九成左右的网民认为梁丽无罪,就是因为人们会设想,当自己处于和梁丽同样处境的时候,如何能保证自己不会做出相同的选择?

前文的分析将梁丽避免事故发生所需支付的成本仅仅界定为零值(只要梁丽不采取任何措施就会避免事故的发生),或充其量略高于零值(增加梁丽克服认识错误的成本),然而这种界定却忽略了克服诱惑的心理代价。要做到面对价值三百万元的财物而无动于衷,几乎所有人(尤其是像梁丽这样生活并不富裕的人们)都要支付高昂的心理成本。在预防事故的成本中是否增列一项克制贪欲的心理成本,正是法律理性和道德直觉区别所在,也是法律理性难以驯服人们道德直觉的经济学原因,刑法上的“期待可能性”理论就部分地反映了二者之间的激烈冲突。<sup>[1]</sup>

### 五、对“要件理论”的再思考

经济学理论不仅可以解释“要件理论”无法解释的问题,而且可以解释“要件理论”本身。“要件”之所以成为“要件”以及相关要件之间的过渡连接都需要借助于经济学方法来揭示其背后的逻辑。然而这并不意味着“要件理论”一无是处,更不表明经济学理论可以取代“要件理论”。

如果决策者完全依据经济学逻辑采取行动,那么不但“要件理论”会被束之高阁,就连法律也会没有了用武之地;这无疑是一种荒谬的设想。经济学逻辑的精致性同时也是它用来指导法律决策的一个重大缺陷:即使经济学逻辑有助于减少决策误差,但当所有决策都必须服从经济学逻辑的时候,由减少决策误差而产生的收益将会被极度攀升决策成本所淹没。“要件理论”虽然简单粗糙,但它相对于经济学理论的一个绝对优势是可以降低决策成本。依据预设的“要件”把无限多样化的违法行为分门别类是节省信息费用的合理方案,在处理绝大多数违法行为时,决策者只

---

[1] “期待可能性”理论为人们在面临巨大恐惧或诱惑的时候实施犯罪提供了一种可以减轻或免除处罚的道德理由。我一直试图为“期待可能性”理论寻求一个经济学解释。在关于许霆案的分析(第八章)中,我已经指出,当人们面临恐惧而被迫实施犯罪时,犯罪是有产出的,而产出可以折抵犯罪造成的社会损失,这就为相应的无罪或罪轻抗辩提供了一个经济学理由。但这种解释由于忽略了面临巨大诱惑时的犯罪因而不完善的,本文的分析则补充了这一不足。

需将行为特征、行为后果以及各种环境因素与预设的“要件”进行比照,就可以对这些违法行为进行类型化处理,而不必尝试复杂的经济学思考。从这个意义上说,“要件理论”在处理常规案件时更符合奥地利哲学家马赫所说的“思维经济原则”。<sup>[1]</sup>而以刑法的经济学理论取代传统刑法学的“要件理论”对于刑事法律制度的实施就一定是个灾难。

然而必须承认经济学逻辑的最终支配性。“要件”的设置以及类型化处理的方案都必须遵循经济学的逻辑。为什么财产侵占罪要以“拒不交出”为要件?为什么对盗窃罪的处罚比对财产侵占罪更加严厉?为什么“拾金而昧”不被视为犯罪?诸如此类的问题只能从经济学而不能从道德哲学那里获得答案。也许人们会说,“要件”的设计者当时并没有进行复杂的经济学思考,但这并不妨碍经济学逻辑对“要件”本身的解释力;经济学的解释力是独立于经济活动参与者的清醒意识的。更何况,那些违背经济学逻辑的“要件”会在长期的司法实践中被迫修正,这正是制度进化之所以会遵循经济学逻辑的现实原因。

与“要件理论”相比,经济学是更为原始的逻辑。“要件理论”在应对常规案件时是畅通无阻的,但在遭遇像梁丽案这样的“四不像”案件时就必然会捉襟见肘,因为这类案件无法根据“要件”来对号入座。恰当的思路只能是回归原始的经济学逻辑,而不是求助于道德哲学。<sup>[2]</sup>这种情形类似于:当我们需要辨认一个普通人性别的时候,只需目测其外表生理特征就足够了;但若遇到两性人,我们就要被迫抽血化验她/他的染色体。

[1] 19世纪奥地利哲学家马赫提出了著名的“思维经济原则”。在他看来,概念和定律所包含的内容总是少于事实本身,因为它们的目的不是复制整个事实,而只是选择那些重要的东西并进行模型化处理。科学理论的功能就是节省我们的思考成本。Ernst Mach, “The Economical Nature of Physical Inquiry”, 1882, in Mach, *Popular Scientific Lectures*. (T. J. McCormack, trans.) Chicago: Open Court, 1986, pp. 186-214. 此外,14世纪的逻辑学家、圣方济各会修士威廉·奥卡姆提出了哲学史上著名的“奥卡姆的剃刀”。这个概念常用于两种理论的取舍上:如果对于同一问题有两种具有同等解释力的理论,我们应该选择比较简单的那一种。[美]梯利著:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆1995年版。

[2] 当法律遇到疑难问题时,即当法官或其他法律决策者依靠常规法律材料(先例、制定法以及其他规范性法律文件)无法获得令人满意的结果时,道德哲学和社会科学都会伸出援助之手,法律应当从哲学还是从科学获得指导?对此,波斯纳阐述了两种难以兼容的进路,即道德哲学进路和社会科学进路。他的一贯主张是:“应听从科学的指导”,“要清除法律的神秘”,而道德哲学正是法律神秘的主要制造者。[美]波斯纳著:《道德和法律理论的疑问》(序),苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第1~2页。

而在此之前任何关于这位两性人究竟是男是女的争论均毫无意义。

梁丽案就是如此。既然根据“要件理论”已无法将其顺利归类,我们也不必急于就该案是侵权还是犯罪、是盗窃还是侵占来勉强展开争论。恰当的思路是首先细致考察与该案相关的各种经验要素,进而借助于经济学逻辑来辨认它在各个要件之间的过渡地带中所处的位置,这项工作会使我们充分了解梁丽案究竟是个什么案子。在完成这一工作之后,我们才有条件探索处理梁丽案的最佳方案。

## 六、一个并非司法建议的建议

就处理梁丽案而言,可以考虑五种备选方案:(1)定性为侵占罪,在受害人告诉的情况下,处5年以下有期徒刑;(2)定性为盗窃罪,在10年以上有期徒刑和无期徒刑之间酌情量刑;(3)定性为盗窃,适用刑法第六十三条“特殊减轻”制度,报请最高人民法院核准后,在10年有期徒刑以下酌情量刑;(4)以“证据不足”为由,由检察机关做出不起诉决定,或由法院做出无罪判决;(5)以“法无明文规定不为罪”为由,由检察机关做出不起诉决定,或由法院做出无罪判决。要在以上五种备选方案之间进行选择,我们需要综合考虑各种社会因素以便权衡利弊,尤其需要预测相应的社会后果。在这种情况下,法律不再是最重要的因素了,因为在梁丽案这里法律已经显示出它自身的漏洞。

表面看来,梁丽案的主要问题似乎是“证据不足”,因为警方很难证明梁丽有盗窃的故意,但事实并非如此。就该案而言,除非梁丽自己供认,否则警方永远无法在严格意义上证明梁丽“拾金”是出于盗窃的故意。其实,仅就梁丽的主观方面而言,警方只要能够证明她对“查获物”有非法占有的意图,就算完成了侦查任务。至于这个非法占有的意图究竟是盗窃的故意、侵占的故意还是“拾金而昧”的故意,就是推定或解释的问题了。因而,倘若检察机关以“证据不足”为由做出不起诉决定,警方就难免要受点委屈。

前文对梁丽案的经济分析已经表明,按私人成本和社会成本的标准衡量,梁丽的“拾金”行为更接近于侵占,而不是更接近于盗窃。但将该案定性为侵占显然是不可取的,不仅因为梁丽没有可被证明的“拒不交出”

情节,更重要的是因为侵占罪属于自诉案件,而该案已经进入审查起诉程序。倘若定性为盗窃,梁丽就要被判处10年以上有期徒刑,对于梁丽这样一个“好人”(至少不算“坏人”)来说明显量刑过重,如此判决将会严重冲撞公众的道德直觉。虽说法官只应对法律负责而不必过分重视公众的意见,但在法律自身出现模糊或漏洞的时候就要另当别论了。如果为了减轻对梁丽的处罚而被迫适用“特殊减轻”制度,就会迫使这一制度过度扩张,显然梁丽案比许霆案更具普遍性。综合衡量之后,在我看来,方案(5)是最可取的,即以“法无明文规定不为罪”为由,由检察机关做出不起诉决定或由法院做出无罪判决。如此判决的好处显而易见:既能保全一个家庭的幸福,又能顺和民意,还可以维护法律自身的尊严并美化司法机关恪守法律的形象。唯一的担心是判决可能会导致类似案件数量的增加,但这个担心没有太大必要,正如前文所述,梁丽案的发生是一系列的巧合的结果,即使梁丽被判无罪,也绝无可能导致类似“拾金案”的失控。

当然,无罪判决的社会风险还是不能被忽略的,法律可以放过一个梁丽,却不能放过以后出现的“梁丽”。鉴于此,我的建议是,立法者可以通过制定《刑法》修正案的方式在关于侵占罪的规定(《刑法》第二百七十条)中再增列一款,使该罪可以容纳在“特定场所”捡获财物而不主动交出的违法行为,并可适用公诉程序。所谓“特定场所”应当被界定为“失主很容易找回遗失物且捡获者很容易找到失主”的环境。倘若现行《刑法》已有此规定,梁丽案的办案机关早就轻松结案了。

末了,我想再次强调,本章讨论的梁丽案只是一个由新闻事实拼凑而成的“虚拟案例”,因此对该案提出的任何建议都不是一个“现实”的司法建议,也不构成对该案最终处理方案的任何批评。

## 第十章 传统刑法学理论的尴尬（Ⅲ）

### ——以“7·16 微博事件”为例

“7·16 微博事件”起因于清华大学法学院教授易延友在不恰当的时机、以不恰当的方式、用不恰当的平台发布了一句不恰当的言论——“即使是强奸，强奸陪酒女也比强奸良家妇女危害性要小。”没想到这句话竟在几小时间里疯传网络，随即招来了海啸般的愤怒声讨。<sup>〔1〕</sup> 一个人因为一句话而在一天之内就陷入了舆论漩涡，纵然在如今的微博时代也是极其罕见的。这让那些热衷微博的法学专家不寒而栗，同时也让另一些远离微博的同行暗自庆幸。

在经过一次简单的、当然也是明显失败的辩解之后，易延友教授在其微博上发出了一条致歉声明：承认自己“微博言论确实欠妥”，并“对由此引起的消极影响深感不安”。致歉声明与那条惹祸微博的时间相距还不到 36 个小时。但悲催的是，道歉并没有“案结事了”，在几小时后央视播出的《新闻 1 + 1》节目中，已经举手投降的易延友还是在白岩松发起的“闪电战”里做

---

〔1〕 关于“7·16 微博事件”的过程及相关评论，可参见凤凰网《自由谈》专题“易延友有错吗？”，载 <http://news.ifeng.com/opinion/special/yiyanyou/>，最后访问日期：2013 年 8 月 4 日。

了炮灰。<sup>[1]</sup> 央视出手之快,令人惊叹。

这起事件颇具戏剧性,也引人深思。可以从很多角度来做出解读。但作为易延友教授的同行——一名法学专家,我更愿意把话题扯到法学研究的问题上来,尽管乍看两者是不沾边儿的。我试图沿着下列问题步步追问:易延友教授错了吗?如果有错,究竟错在哪里?他为什么会犯下这种错误?对上述问题的追问会让我们发现,尽管这起舆论风波远不是一起单纯的学术事件,但法学研究的教条化却是引发这一事件的许多原因之一。在那档题为“怎样公共?如何知识分子?”的节目里,白岩松从一个媒体评论人的视角对易延友的错误言论概括了12个字:“违反常识、突破底线、冒犯公众”。言之凿凿,似已板上钉钉。但果真如此吗?我们不妨首先对这“三宗罪”逐一做解析。

### 一、“违反常识”?

白岩松所说的“常识”就是“法律面前人人平等”的基本原则。它看起来确实像个“常识”,莫说法学专家或知识分子,就连普通公众也耳熟能详。但这个“常识”却不像人们通常想象的那么简单。在刑法上,这个原则是指:任何人犯罪,不论其家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌、才能业绩如何,都应平等地适用刑法追究刑事责任,不允许任何人有凌驾于法律之上的特权。<sup>[2]</sup> 即使按照这个最浅显的解释也能看出,刑法上的平等原则主要是为了对抗特权,而非要求法律对所有罪犯一视同仁。犯罪嫌疑人的职业、年龄以及身体状况等等都会影响定罪量刑。众所周知,超过一定年龄的老人或者又聋又哑的人犯罪,都会获得相对较轻的惩罚。在不产生特权的地方,刑法上的区别对待与平等原则是可以兼容的,并且前者多半就是保障后者的手段。而在法律认可的许多区别对待的标准中,身份就是其中之一,例如“国家工作人员”的身份就是许多犯罪的构成要件。

受害人的状况差异自然也会影响定罪量刑。原则上,那些更容易受

[1] 关于央视《新闻1+1》节目的相关视频,载 <http://xiyou.cntv.cn/v-e0fc2190-ef83-11e2-b091-a4badb4696b6.html>,最后访问日期:2013年8月4日。

[2] 这是所有刑法教科书关于刑法上的平等原则的通行解释,无需在注释中一一列出。



到侵害,并且/或者那些一旦受到侵害就会造成更大损失的受害人通常会受到法律的特殊保护。盗窃金融机构之所以要与一般盗窃罪区别开来,就是因为金融机构属于价值密集区域,一旦失窃,其损失远比一般企业都更为惨重。以强奸罪而论,倘若法律不考虑受害人的年龄差异,那么幼女就更容易性侵的对象。为了对幼女提供特殊的法律保护,刑法将奸淫幼女从普通强奸罪中区分开来。这是法律明文规定的区别对待,没有人觉得如此规定违背了刑法上的平等原则。

然而,是否如曲新久教授(白岩松的采访对象)所说的,就强奸而言,除幼女之外再无其他区别对待的依据?无论在逻辑还是事实上,回答都是否定的。强奸罪的主要量刑依据是受害人的损失。倘若将来科学家能够发明一种仪器,可以精确测量受害人遭受强奸所受到的身心伤害,那么法律上许多区别对待的标准就可以被彻底废弃。但现在的司法技术做不到,司法者必须根据可观察的情节和标准来推测受害人的损失。如此,在评估受害人损失时,除了考虑作案方式、暴力程度、威胁手段、犯罪场所、是否轮奸等因素之外,一个重要的量刑参考是受害人的年龄差异。既然承认幼女一旦遭受性侵其身心伤害远甚于成年女性,那么在忽略其他因素的情况下,强奸一个刚满14岁的女孩与强奸一位34岁的女性所造成的损害相等吗?幼女年龄的法定上限(14岁)是人为的、硬性的,但受害人损失因年龄差异的变化却是过渡性的。尽管法律对此没有明文规定,但法官却不会忽略其中的差异。此外,如果受害人是处女、病弱女性或智障女性,那么罪犯也更可能受到相对严厉的处罚。<sup>[1]</sup>原因显而易见,其合理性也不会受到质疑。几位从事刑事审判的法官告诉我,这是他们处理强奸案的“常识”。

值得一提的是,在国外,大众认知关于强奸犯罪责程度与受害人身份差异的相关性研究是社会心理学的热门话题(尽管我不认为有多大价值)。在这些研究里,强奸受害人的身份被区分得很细,从处女、已婚妇女、寡妇、离异妇女到妓女等等不一而足,还会抽样出不同职业的受害人,

---

[1] 当受害人是病弱女性或智障女性时,之所以要对罪犯从重处罚,是因为这类受害人的自我保护能力较弱,罪犯的作案成本较低,因此需要更为严厉的惩罚补充犯罪的成本。至于强奸处女需要从重处罚的原因,将在下文揭示。

诸如脱衣舞女、普通职业者、天主教修女等。研究的一般性结论是,在公众心目中,受害人在性方面的纯洁度越高,强奸的危害就越大,罪犯的罪责就越重。另外,观察者的性别还可能会影响其对罪犯的罪责评价。<sup>[1]</sup>另有不少实验性研究表明,受害人的相貌因素(physical attractiveness)也会影响公众对于强奸犯的罪责评价,尽管这一因素是否影响刑事审判中的定罪量刑还存有争议。<sup>[2]</sup>其实,诸如此类的观察并不让我们感到惊奇。我之所以认为这类研究没多大意义,就是因为它们没有为我们提供超越常识的见解。

当然,我不会拿外国人的研究说事,外国人是外国人,我们是我们,<sup>[3]</sup>外国人的看法不能替代、更不能用来矫正我们的看法。更何况,这些研究只涉及对强奸罪罪责及危害的主观评价,即使人们的主观评价形成共识,也不意味着共识就一定是对的。但我们需要思考的问题是,为什么受害人的身份差异会对人们关于强奸罪罪责和危害的主观评价产生影响?这个问题暂且存而不论,下文的讨论将为此作出一种社会心理学和

[1] Jones, Cathaleene; Aronson, Elliot, Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol 26(3), Jun 1973, pp. 415 - 419. Ronald E. Smith, John P. Keating, Reid K. Hester, Herman E. Mitchell, Role and justice considerations in the attribution of responsibility to a rape victim, *Journal of Research in Personality*, Volume 10, Issue 3, September 1976, pp. 346 - 357. 关于一个反对性的实验性研究,可参见 Suresh Kanekar & Maharukh B. Kolsawalla, Responsibility in Relation to Respectability, *The Journal of Social Psychology*, Volume 102, Issue 2, 1977. pp. 183 - 188.

[2] Bill Thornton & Richard M. Ryckman, "The Influence of a Rape Victim's Physical Attractiveness on Observers' Attributions of Responsibility", *Human Relations* June vol. 36 no. 6, pp. 549 - 561, 1983. Sheila R. Deitz, Madeleine Littman, Brenda J. Bentley, "Attribution of responsibility for rape: The influence of observer empathy, victim resistance, and victim attractiveness", *Sex Roles*, 1984, Volume 10, Issue 3 - 4, pp. 261 - 280. 相貌歧视在我国的司法实践中可能真实存在。我询问了几位从事刑事审判的法官,问题是:“如果受害人是个美女,你是否会对那个强奸犯判得更重一些?”不出所料,几位男性法官都给出了相当肯定的答案。其实也不难理解,法律经济学意义上的惩罚相当于为犯罪“定价”,既然强奸美女的罪犯从其犯罪行为中获得了更多的收益,那么,他们就应当为犯罪行为支付更高的“价格”,换言之,让他们承担更为严厉的惩罚。这种表面上的歧视其实隐含着实质上的平等,因为,如果法官完全忽略受害人的相貌因素,那么,更有吸引力的女性就会承担更大的性侵风险。此外,在“约会强奸”(date rape)案里,如果受害人的诱惑行为是强奸的刺激因素,那么,平均说来,较之相貌不佳的受害人,有吸引力的女性使用诱惑行为的概率和程度都会相对较低,因此,受害人的责任较轻,相应地,罪犯的责任就较重。

[3] 尽管琼斯和阿伦森的研究结论被作者声称是跨文化的, Jones, Cathaleene; Aronson, Elliot, Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 26(3), Jun 1973, pp. 415 - 419.

社会生物学意义上的解释。在这里我只想提醒大家,这个话题在国外是可以心平气和地讨论的。

做了那么多铺垫,最终还是要讨论易延友教授提出的问题:“陪酒女”与“良家妇女”的身份差异是否应该成为司法实践区别对待的合理依据。首先需要澄清的是,在李某某涉嫌强奸案尚未被警方公布案情真相之前,易延友教授没有使用假设性语气而径直指称受害人为“陪酒女”,明显属于出言不慎。<sup>[1]</sup>但现在我们要撇开案情,只讨论易延友教授提出的问题。“陪酒女”显然不是一个有意义的法律概念,更不能和“良家妇女”并列。只有一部分“陪酒女”才是“妓女”,那些只陪酒不卖身的“陪酒女”应该属于“良家妇女”的范畴。因而,与“良家妇女”相对的、更有意义的概念建构是“妓女”,而非“陪酒女”或“陪舞女”。

随之而来的问题是:强奸妓女是否比强奸良家妇女危害小?一旦涉及身份,就容易陷入法律教义学的概念陷阱,对问题的思考也容易遭到法律教条和意识形态的绑架。我们暂且撇开身份不谈,只思考一个单纯的问题:在群体层面上,那些频繁与陌生男性发生性关系的女性与那些从不(或仅仅偶尔)与陌生男性发生性关系的女性相比,在遭到强奸之后,其心理伤害的程度是否存在差异?面对如此“干净”的提问,恐怕很少有人说不。我没有做过民意调查,也没必要去做。我相信公众在对这个问题上是有共识的,哪怕共识仅仅隐藏于心灵深处而不使用语言表达出来。电影《金陵十三钗》的剧情设计就是以这种无言的深刻共识为基础的,倘若在这里,公众认知没有形成共识或者共识恰好相反,就压根儿不会出现这部电影。试想,如果编剧和导演做出相反的剧情设计,让那群女学生代替妓女去遭受日本鬼子的蹂躏,结果会如何?影院里的观众不吵翻天才怪呢!这才叫“违反常识”!<sup>[2]</sup>

必须强调,在上述问题中,“群体层面”的限定十分重要。否则,爱挑

[1] 受害人律师迅速作出反应,声明受害人不是“陪酒女”。雷军:“李某某案受害人回应陪酒质疑”,载《京华时报》2013年7月16日第13版。律师的反应本身就说明问题。如果“陪酒女”的身份对定罪量刑绝无一点影响,受害人律师的反应就显得多余了。

[2] 当然,不能忽略电影《金陵十三钗》剧情中另一个细节,女学生们的年龄要比那群妓女小,让年龄稍长的妓女代替年龄较小的女学生去承受灾难会强化剧情的合理性,也更能获得观众的情感认同。但这一事实并没有弱化而是在整体上强化了本文的分析。

刺的人们就可能举出一些特例来质疑一个一般性的结论。确实,为了反驳易延友的观点,有人搬出了莫泊桑的小说《羊脂球》,<sup>[1]</sup>且不说羊脂球的悲剧更多地不是来自于蹂躏她的敌人,而是来自于她拯救的同胞,更重要的是,作为个案的悲剧无力否认一个群体层面上的判断。我毫不怀疑某个特定的妓女在遭受强奸之后,其心理伤害可能远甚于某个特定的良家妇女,但这不影响我对两个群体就心理伤害在平均程度上的基本判断。法理学的常识告诉我们,制度的设计总是基于群体层面上的判断,并因此忽略一些作为特例的悲剧。<sup>[2]</sup>

倘若单看易延友发布的短短 140 个字的微博,尽管表述草率,但却没有“违反常识”,相反,他试图要表达的恰恰就是“常识”。说他“冒犯公众”,那倒是真的,但真正“冒犯公众”的不是这微博里的简短文字,而是文字背后的强烈暗示。易延友声称“强奸陪酒女危害性较小”之后戛然而止,其强烈暗示显而易见:强奸妓女的罪犯可以获得较轻的处罚。正是这个暗示性的结论犯了众怒。<sup>[3]</sup>据我猜测,即使撇开李某某涉嫌强奸案的背景因素,在当下中国社会,绝大多数人们也不会接受易延友教授的这一暗示性结论。

我并不试图为易延友做辩解,恰恰相反,我将在下文论证:即使强奸妓女的危害确实较小,法律也不应对罪犯从轻处罚。没错,我赞同白岩松和曲新久的观点,但我不欣赏他们的论证方式,更不能接受他们(尤其是白岩松)对易延友的批驳方式。按照白岩松的说法:“在法律上,法律并不是一个最高的道德的底线,而是最低的道德底线,它守着社会的最后这道层面,但是在法律上,并没有说强奸卖淫女判三年,强奸陪酒女判六年,强奸良家妇女判无期,没有,没有身份的这样的一个界定,所以突破了底

[1] 在这起舆论风波中,有几位专家的评论以及几篇博客文章都提到了莫泊桑的小说《羊脂球》,并将其作为反证。

[2] 参见苏力对“梁祝悲剧”的法理学解读,苏力:“制度变迁中的行动者——从梁祝的悲剧说起”,载《比较法研究》2003年第2期。

[3] 之所以如此,恰恰是因为民众关注的是这个具体案件中的具体结果即所谓的“庸俗的实用/后果主义”视角所致。人们希望富家公子受到严惩,而反感任何可能为其脱罪的理由,这样一种由具体案件背景设定的情绪使得易延友教授的言论看起来尤其荒诞无理。但假如是一个农民工强奸了妓女,老百姓反倒未必不能接受“毕竟不是良家妇女”的罪轻辩护。

线。”易延友的发言是草率的,但遗憾的是,白岩松针对他的批评却没有表现出更多的理性。

## 二、“突破底线”?

据说是为了“更加理性”、“不用情绪进行评判”,白岩松采访了法学专家曲新久教授,但这么做本身就不太“理性”。曲新久和易延友同为优秀的法学专家,两人观点相悖,需要经过辩论和论证才可能分得清是非曲直。白岩松搬出曲新久,给人的感觉只是“拉一派打一派”,真正的裁断者还是白岩松自己,他根据他所理解的“常识”就断定了孰是孰非。

针对易延友的言论,曲新久教授提供了一种专业性的批评意见:在评估犯罪危害时,除了幼女,法律不考虑其他的身份区别。并且相关司法解释也明确规定,受害人的作风好坏不能作为强奸案定罪的依据。然而,这个“专业见解”其实并不那么专业,其欠妥之处显而易见。正如前文已经提到的,在法律没有明文规定的地方还有法官的自由裁量,而在自由裁量的空间里,被法官考虑的受害人身份差异又何止一种。不仅如此,曲新久教授援引的司法解释也不太恰当。这个司法解释是1984年出台的,其背景是1983年的“严打”,那时还没有“妓女”这个职业群体。司法解释所说的“作风不好的妇女”,以现在的标准看,应属于“良家妇女”的范畴。况且,该司法解释也只是强调“被害妇女作风好坏”不影响定罪,而没有明确涉及是否影响量刑。<sup>[1]</sup>

更重要的是,即使曲新久的见解毫无瑕疵,也不能彻底驳倒易延友。因为他的见解只是技术层面的而非理论层面的,批评的依据是法律和司法解释的相关规定。而作为学者,易延友拥有批评现行法律规定的资格。只要易延友声称他讨论的是一个理论问题,不受现行法律规定的约束,那么曲新久的所有批评就一下子被抛荒了。至少在逻辑上,易延友完全可以在接受白岩松和曲新久的批驳之后继续坚持他自己的观点。

真正的批评必须在知识上征服对方,而不是在气势上压倒他。我的

[1] 参见1984年《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》第1条,相关原文如下:“在认定是否违背妇女意志时,不能以被害妇女作风好坏来划分。强行与作风不好的妇女发生性行为的,也应定强奸罪。”

主张是:即使强奸妓女比强奸良家妇女的伤害较小,法律也不应仅仅因为受害人的妓女身份而对罪犯从轻处罚。其原因如下:

1. 相对于良家妇女,妓女更容易成为性侵的对象。就一个特定妓女而言,她面临的性侵风险远高于其他女性,尽管遭到强奸之后的实际伤害可能较小,但(与性侵概率相乘之后的)预期伤害则完全可能超过其他女性。法律是一个激励机制,它会忽略沉没成本,但必须关注未来的损失。从威慑理论的角度,量刑的依据更应当立足于受害人的预期伤害,而不能只考虑其实际伤害。

2. 由于妓女更可能发生同意性交,所以成功指控强奸的难度更高,事后私了或不了了之的可能性更大,报案的可能性更小,以上几个因素都可能导致强奸妓女的罪犯更容易逃脱惩罚。而致力于刑罚的威慑效果,在惩罚概率较低的情况下,一旦指控成功,就应当对罪犯处以更加严厉的惩罚。

3. 出于“商业利益”考虑,妓女遭受强奸可能较少报案,<sup>[1]</sup>而一旦受害的妓女报案,更可能是因为她受到的伤害已让她无法容忍。换言之,就伤害程度而论,报案是个遴选机制,肯定有大量伤害较轻的强奸被淹没在未知的犯罪黑数之中。因而,无论是基于较低的报案率还是基于较重的伤害程度,法律都不应对强奸妓女的罪犯从轻发落。

4. 司法尽可能不要冲撞人们的道德直觉,这会损害法律以及司法在人们心目中的形象。在没有明显收益的地方,判决有理由随波逐流。

请注意,我阐述的上述四条理由都是实质性的而不是教条的。我没有利用“法律面前人人平等”的法律教义,没有套用妇女拥有“平等性权利”的说辞,也没有援引现行法律和司法解释的相关规定。我的分析思路是回到问题本身,就事论事,通过考察问题本身的经验要素以权衡利弊得失,进而寻找最佳的法律方案。尽管第4条理由涉及教条(或意识形态),

[1] 这里存在一个竞争性因素,良家妇女遭受强奸之后也存在抑制报案的激励。整体上,强奸案的报案率远低于其他犯罪,这也是对强奸惩罚严厉的原因之一。1994年司法部预防犯罪与劳动改造研究所的抽样调查表明,性侵犯的报案率只有7.6%,在各类案件的报案率中最低。郭建安主编:《犯罪被害人学》,北京大学出版社1993年版,第76页。在对美国的研究中,有学者认为在强奸案中,报案数与未报案数的比例是1/4,又有学者认为这个比例是1/5,而美国联邦调查局的报告则认为这个比例应是1/10。李楯:《性与法》,河南人民出版社1993年版,第393页。

但是很显然,我对于教条的尊重只是策略性的;它之所以值得尊重,不是因为它是教条,而是因为教条的确拥有捕获人们心灵的力量,从而构成了问题本身的一个经验要素。尽管如此,我仍不敢断言只需将上述三条理由加总就足以压倒易延友教授的暗示性结论。因为我只是揭示了问题背后的因果关系,而没有提供相应的数据。尽管这不会使我的思考无效,但会让我时刻提醒自己要对这个方法上的缺陷保持警惕。正因为如此,我欢迎易延友教授对我的分析反戈一击,因为保持这种姿态可以让我收获更多的欣喜和惊奇。毫无疑问,我不会用法律教条或意识形态来封住易延友教授的口。对于问题本身的讨论永远是开放性的。

“管好自己的嘴”是白岩松对知识分子的告诫。这个告诫是善意的,也是有道理的。知识分子的言论必须考虑社会影响,并且不能“突破底线”。但我仔细掂量了一下,撇开背景因素,我没有觉得易延友教授的观点触碰了“底线”,关于强奸受害人妓女身份的讨论无论如何也算不上一个学术禁区。我们不能人为地划定一个禁区,不能因为问题敏感就把问题封藏起来。这个话题在国外也不是禁区,只需用谷歌学术检索一下就会发现大量的学术讨论。即使把那起涉嫌强奸的案子拉进来又能怎样?人家检察官都说了:“允许律师做无罪辩护,天塌不下来。”<sup>[1]</sup>易延友充其量为李某某做了个罪轻辩护,有什么大不了的?有必要给他扣上那么多帽子吗?更何况“底线”说到家也还是人为的,“底线”的位置也不是固定不变的。想当年沈家本主张“无夫奸”不入刑律的时候,就被很多反对者视为突破了“底线”,但最终“底线”还是被突破了。“常识”也并非神圣不可侵犯,相反,在很多时候挑战常识的勇气恰恰是知识分子的美德。人类文明最重要的进步不是来自对常识的服从,而是来自对常识的背叛。

但我仍然承认上述这番话我说得过于轻巧了。“理想很丰满,现实很骨感。”我深刻理解公众对易延友愤怒声讨的原因所在,司法公信力的缺失会令人们对发言者的真实用意想入非非,社会分层的加剧也让公众对身份问题神经过敏。倘若一起案件获得公正审判就像踩钢丝一样步步惊

[1] 参见人民网相关报道“检察官:让李天一的律师做无罪辩护 天塌不下来”,载 [http://politics. people. com. cn/n/2013/0712/c70731-22182678. html](http://politics.people.com.cn/n/2013/0712/c70731-22182678.html), 最后访问日期:2013年8月4日。

心,公众又岂能容得下半点风吹草动?面对一个已经形成的舆论漩涡,易延友竟敢抛出如此言论,又何止是草率和鲁莽!就连我自己,在写这篇文章的时候又何尝不是战战兢兢、如履薄冰!

不用说,倘若没有李某某涉嫌强奸案的舆论背景,那么易延友教授在其微博上提出这种观点尽管用词不当,也断不会招致如此铺天盖地的口诛笔伐。说白了,公众对易延友的愤怒只是“迁怒”而已。但白岩松没有意识到这一点,他更没有意识到,这一舆论背景也让他搬出的网络调查数据彻底失去说服力。据称,那个网络调查的目的是展现网民对易延友教授关于“强奸陪酒女危害小”言论的态度,调查数据显示:表示“不敢苟同,法律面前人人平等,强奸对象的品格身份,不应成为量刑依据”的网民占到92%的比例。<sup>[1]</sup>但这个数据能说明什么?在扑朔迷离的李某某涉嫌强奸案已经激起公众强烈愤怒的情况下,如此设计的网络调查与问题本身还有多大关联?面对舆论漩涡,白岩松拿出一个罔顾社会科学基本规范的调查数据说事,不能不算是个草率之举。这似乎反映了新闻媒体(即使是央视)也摆脱不了的炒作占多、说理占少的“商业”特性。这和他节目中一直呼吁的“理性”恰成南辕北辙。

### 三、何以“冒犯公众”?

行文至此,关于易延友教授的言论为什么会“冒犯公众”似乎已有答案。李某某涉嫌强奸案的舆论漩涡,无疑是个决定性的背景因素。但我不想就此止步,我试图撇开这起特定强奸案的背景因素,在更深层面上寻找问题的根源。我首先想到的是,作为一位出色的法学专家,易延友教授绝对有能力在发表其言论之前先做一番细致的论证。只要进入论证的层面,情形就可能迥然不同。随着思考的深化,不恰当的用词会被修正,支持性的论据以及反对性或竞争性的因素会被逐步披露出来,阐述观点的态度和语气也会随之发生变化。充实的素材加之强有力的分析,自然拥有打动人们心灵的力量。即使人们不同意易延友教授的结论,也多半

[1] 还值得一提的是,在新浪网的这个民意调查中,表示“无可厚非。司法确有针对‘强奸案’危害性大小的认定。教授只是实话实说,并无不妥”的网民占有6.6%比例。



会尊重他的思考。

但易延友教授没有这么做,他用只言片语就表达了他的观点。没有分析,没有论证,从字里行间看上去只是个“告诫”。即使没有刺痛公众的敏感神经,一个赤裸裸的告诫也容易引起人们的情绪对抗,因为人们感觉到了告诫者的傲慢和漫不经心。在遭到网络炮轰之后,易延友教授曾在微博上表达他对网络的失望:“不能奢望(网络)成为一个理性对话的公共平台。”没错,网络就是网络,微博就是微博。白岩松也承认:微博140个字,容不下知识分子的深度思考。但让我纳闷的是,为什么作为一位法学专家偏要选择微博这个碎片化的平台发表言论呢?微博上发表的专业性言论就像“刀尖上的舞蹈”,既危险又难看。

白岩松对易延友的批驳之所以显得肤浅而简单,很大程度上是因为易延友没有让白岩松感觉到知识和论证的力量。如果你只是虚晃一招,人家又何必动用真枪实弹?草率的言论和粗暴的批评之间存在着微妙的因果关系。倘若言论立足于严谨的论证,批驳就不会诉诸简单的教条。在这场舆论风波中,言论者和批评者都没有承担改进话语环境的知识责任,而且都身体力行地一起参与了降低公共讨论的知识水准。但无论从哪个角度,易延友都要为这一后果负主要责任。

“7·16 微博事件”反衬出了法学专家在面对公众和媒体时所表现出的尴尬。为什么人们在批评一个法学专家时会表现得那么理直气壮?这个问题的另一面是,为什么法学专家在法律问题上的权威性和专业性经常遭到怀疑和蔑视?是媒体太傲慢还是公众太无知?作为法学研究者,我们必须首先从自身找原因。如果我们贡献给公众的知识不能让公众产生敬畏,那么,专家的头衔再响亮也无非是顶“帽子”。

稍稍留意一下就会发现,法学专家曲新久教授在那起节目里的露面只是走了个过场,专家访谈看上去不是为了寻找知识的权威,而更像是为了完成节目制作的一个规定动作。即便没有曲新久的专家意见,仅仅根据众所周知的常识性教条,或至多检索一下相关法律规定,白岩松也可以毫不费力地发表他的评论。不仅白岩松,就连普通公众也不会觉得关于强奸犯罪的刑法学知识有什么深奥之处。如果专家贡献出的知识不能超越公众和媒体的常识,公众和媒体就很容易把一个专业性问题的降格为常

识来对待。而当每个人都觉得自己有资格作为专家发言的时候,专家意见的权威性也就荡然无存。这一现象在许多轰动性的法律事件中已屡见不鲜。<sup>[1]</sup>

翻阅一下关于强奸犯罪的教科书和相关学术文献,作为法学专家,我们很难否认,我们在这个领域贡献的知识少得可怜。其中的技术性知识(关于定罪量刑的要件和标准)还相对丰满,至于理论性知识则只能用惨淡而薄弱来形容。关于强奸罪的理论围绕“妇女性权利”的概念展开:强奸之所以产生危害,是因为侵犯了妇女的性权利;法律之所以惩罚强奸,是为了保护妇女的性权利。<sup>[2]</sup>这是一套教条化的说辞,尽管与主流法学的意识形态保持一致,但却淹没了与强奸相关的人类性规范和性心理的高度复杂性。并且这套说辞本质上还是一个循环论证,惩罚强奸只是保护妇女性权利的另外一种表述,而不是其结果。其中的因果关系是被法学专家硬生生造出来的,目的可能是为了让教条看上去更像一种“理论”。

易延友教授的言论之所以在法学专家看来也很荒谬,不是因为法学专家罔顾常识,而是因为被易延友教授揭露的常识与这套以“妇女性权利”为核心的说辞不相容。只要说强奸侵犯了妇女的性权利,那么每个妇女的性权利都是平等的,谁也不能声称一个人的性权利比另一个人的性权利更高贵、更值得保护,哪怕前者是良家妇女,后者是妓女。面对这套响亮的说辞,人类性心理中那个最阴暗、也最真实的部分就只能噤若寒蝉甚至鸦雀无声了。

在对待性的问题上,我们(至少是我们中的绝大多数)并不像我们想象的、更不像我们声称的那么高尚。语言经常用来掩盖而不是用来表达我们真实的想法。有些话是可想但不可说的。易延友的草率就在于他把

[1] 另一起典型的轰动性法律事件是2009年上海发生的“钓鱼执法”,大众舆论同样把背景高度复杂性的“钓鱼执法”降格为常识性问题对待,并且相关专家意见和媒体评论同样反映了法学研究的孱弱。桑本谦:“‘钓鱼执法’和‘后钓鱼时代’的执法困境:网络群体事件的个案研究”,载《中外法学》2011年第1期。

[2] 关于强奸所侵犯的客体,刑法学界主要有以下观点:1. 妇女性的不可侵犯的权利;2. 妇女性的自由权利;3. 妇女合法婚姻性行为的不可侵犯的权利;4. 妇女的人身权利、身心健康、人格和名誉等。李邦友等:《性犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2001年版,第25~26页。但我看不出这几种解释有实质性差异。

隐藏于人们心灵深处的一个“大众共识”轻飘飘地说出来了。这不仅触犯了公共话语的政治禁忌,而且冲撞了主流法学的意识形态。一直坚如磐石、稳如泰山地被这个职业群体共享的知识和观念,被易延友的一句话打进了一个楔子。白岩松说易延友冒犯了公众,殊不知,易延友首先冒犯的是他的同行——法学专家这个职业群体。倘若不考虑微博文字背后的强烈暗示,易延友教授的言论虽然草率,但并不荒谬;可是,一旦承认这一点,关于强奸犯罪的概念体系、原则教义以及罪责评价标准都要被推倒重来,这将是多大的乱子!

以“妇女性权利”为核心的这套说辞真正的支撑是主流法学的意识形态,而它本身的虚弱无力则从一开始就暴露无遗。除了易延友教授关于受害人身份的言论之外,这套说辞无力回应的质疑实在太多了。首先,既然惩罚强奸是为了保护女性的性权利,那么婚姻为什么可以成为强奸的有效抗辩?在正常的夫妻关系中的强迫性行为为什么不以强奸论?其次,如果女性的性权利不容侵犯,那么男人呢?“逆强奸”(妇女强迫男子发生性行为)为什么不被视为犯罪?<sup>[1]</sup>难道仅仅因为这种行为极其罕见?此外,人们一般都会承认,如果排除受孕和传染疾病的风险,那么“单纯的强奸”(指不对身体的其他部位造成任何伤害的强奸)对妇女造成的生理伤害是很轻微的,但为什么强奸罪的量刑却与故意伤害致人重伤不相上下?莫非性器官在法律上占有更重要的地位?<sup>[2]</sup>如果说强奸对妇女造成的伤害主要是精神上的,那么为什么人们在观念上会确认这种伤害?上述问题很少被法学专家认真对待过,之所以如此,是因为“保护妇女性权

---

[1] 很多学者认为,“逆强奸”之所以不入罪,是因为这种情况由于男性的生理障碍——如果性行为没有获得男性的同意,勃起就很难——而根本不可能发生,或者即便可能发生也非常罕见。肖建国、姚建龙:《女性性犯罪与性受害》,华东理工大学出版社2002年版,第112页。即便不考虑现实中已经发生的许多“逆强奸”案例,在理论上“逆强奸”也是完全可行的,理智上的“同意”与生理上“同意”毕竟不是一回事,而如果借助于刺激性药物,男性在“逆强奸”中的生理障碍更是可以被轻松克服。关于一个使用刺激性药物完成“逆强奸”的案例记述,参见肖建国、姚建龙:上引书,第114页。

[2] 米歇尔·福柯曾经为此迷惑不解,在他看来,在用拳头打一个人的脸与用阴茎插入一个人的阴道之间没有原则性区别。福柯还认为,“在任何情况下都不应当以任何理由把性当作惩罚的对象”,所以在他看来,强奸只是一种攻击性行为,而不应被视为性犯罪。这种认识显然忽略了人类性心理的复杂性。M. Foucault, *Politics, Philosophy, Culture, Interviews and Other Writings*, 1977-1984, (edited by L. D. Kritzman), Routledge, 1988, pp. 200-202.

利”的教条化说辞从来没有受到质疑。对于教条的过分尊重会严重削弱法学专家对问题本身的敏锐性,这是法学研究的灾难。只有摆脱教条的束缚,才能拓展我们的视野,从而探索出更有解释力的理论。

#### 四、一种关于强奸的非主流理论

强奸入罪的制度背景是以婚姻制度为核心的人类性秩序。康德把婚姻理解为两性之间的一种长期乃至终身的性交易,<sup>[1]</sup>社会学家认为婚姻是“性与经济的结合”,<sup>[2]</sup>但诸如此类的解释都只是对婚姻形态的描述。作为一种制度,婚姻起始于限制性竞争的需要;至于抚养子女、根据性别进行劳动分工以及规模经济等等都只是婚姻制度的衍生性功能。为了避免同性之间因争夺性资源而酿成的冲突,就必须为性资源确定归属并划分界限。发生学意义上的婚姻制度就是一种关于性资源的“产权制度”。婚姻制度最根本的目的不是为了两性之间促成“性交易”,而是为了在建立同性之间确立“性产权”。从结果上看,“两性结合体”的婚姻形态便利了夫妻之间的相互监管;管理好自己的配偶既有利于自己,也是为社会做贡献,因为他/她就不会再插足到别人的领地之中;在这个意义上,两性之间的“性交易”恰好以低廉的成本维持了同性之间的“性产权”。如果世上的男男女女都能在各自的婚姻中恪守夫道或妇道,那么性竞争就可以被降低到社会可以承受的最低烈度。

对应于性资源的产权制度,强奸就是一种“性盗窃”。<sup>[3]</sup>其主要社会危害是破坏了性资源的产权制度,提高了性竞争的烈度,并因此隐含了男人和男人之间的暴力冲突。禁止并惩罚强奸,在社会层面上,是为了维护以婚姻制度为核心的人类性秩序;在个体层面上,是为了保护丈夫对其妻子的性产权,从而免遭来自其他男人的性竞争威胁。如果说强奸是一种

[1] [德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第95页。两性间的互助合作通过其他渠道也能实现,但要以合理成本阻止同性间的相互侵犯,却非婚姻莫属。

[2] [美]C. 恩伯、M. 恩伯著:《文化的变异——现代文化人类学通论》,杜杉杉译,辽宁人民出版社1988年版,第284页。

[3] “性盗窃”是波斯纳提出的概念。“强奸这种违法行为是剥夺了父亲或丈夫有价值的资产——其妻子的贞洁或其女儿的贞操。”[美]波斯纳著:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第532页。

“性盗窃”，那么社会学意义上的受害人首先是性资源的所有者即性资源遭窃的那个男人。这种对强奸的解释非常符合早期男权社会的状况。在早期社会里，强奸首先被视为对丈夫的侵犯，并且通奸是比强奸更为严重的犯罪。<sup>[1]</sup> 这不难理解，通奸在性质上属于“里应外合”的性盗窃，其对丈夫构成的性竞争威胁也远甚于强奸。<sup>[2]</sup>

“性盗窃”的说法在现代社会里似乎已经过时。当女性的权利主体地位已经获得法律保障及社会认可之后，妻子就不再是丈夫的财产，从而“性盗窃”也就无从说起了。但事实没那么简单，在现代社会中，丈夫丧失男性特权并不表明妻子已成为其自身性资源的所有者，而只意味着丈夫与妻子一样失去了自由支配其性资源的权利。男权婚姻演变为现代婚姻的实质内涵是，关于性资源的“单向所有制”过渡到了“双向私有制”，即夫妻双方互为所有者、互为被所有者。这种“双向占有的权利”在法律上就被表述为“相互忠诚的义务”。因而所谓现代婚姻中的“男女平等”并非妻子与丈夫一样自由了，而是丈夫与妻子一样不自由了。

由此看来，“性盗窃”的说法并没有过时，也与性别歧视毫不相干，因为“逆强奸”同样可以被视为针对某个妻子的“性盗窃”，这完全合乎逻辑。相反，“逆强奸”不入罪却恰恰隐含了对女性的歧视，因为女人拥有的性资源（来自男人）并没有获得与男人拥有的性资源同等程度的法律保护。毕竟“逆强奸”只会对女性构成性竞争威胁，说得阴暗一点，说不定男人还会为因此增加的额外性机会而暗自叫好呢！这一事实从侧面印证了我们的社会本质上仍然是一个男权社会。由此可以稳妥地打赌说，在一个女人说了算的社会里，“逆强奸”一定会被定罪量刑。<sup>[3]</sup>

[1] 早期社会对通奸的惩罚严厉程度不亚于强奸。李楠：《性与法》，河南人民出版社1993年版，第300~308页。有不少法律将强奸和通奸并列或等同，这种情形在《中亚述法典》、《汉穆拉比法典》以及日本的《御成败目目》中都有体现。参见《中亚述法典》第12条、第16条第2款；《汉穆拉比法典》第130条；以及《御成败目目》第43条。在我国，最早关于处罚通奸的记载见于《周礼·地官·司教》，“男女不以义交者，其刑官”（《尚书大传》）。《唐律》、《宋律》、《元律》、《明律》、《清律》都明确规定了对通奸的处罚，但总体上与西方相比，处罚并不十分严厉。

[2] 现代社会之所以不把通奸视为犯罪，是另外一个话题，相关讨论可参见桑本谦：“法律控制的成本分析”，载《现代法学》2007年第5期。

[3] 除此之外，“逆强奸”不入罪的原因还包括：女性之间的性竞争通常不会引发暴力并因此威胁公共安全；女性的性嫉妒心理较男性较轻；“逆强奸”的实施难度更大，既遂的可能性较低；与上述几个因素相关，较之男性，女性强迫性行为的偏好和动机相对较弱。

按照上述关于强奸的理论解释,正常婚姻关系中的强迫性行为显然不应以强奸论处,因而所谓“婚内强奸”基本上属于法学专家的一种杜撰,它只是“保护妇女性权利”这套教条化说辞的一个推演。正因为如此,司法实践中认定的“婚内强奸”仅仅发生在尚未真正建立或者已经名存实亡的婚姻关系中,而正常婚姻关系中强迫性行为则从未被哪个公安机关立案侦查。这说明,在对待强奸的问题上,教条没能够征服人们的直觉。这一事实反映了人们在心灵深处对于教条的怀疑。

至少在评估强奸危害时,直觉看上去比教条更靠谱。譬如,人们之所以会认为强奸已婚妇女要比强奸离婚妇女或寡妇造成更大的危害,是因为当受害人是离婚妇女或寡妇时,受害人只有一个;而当受害人是已婚妇女时,受害人的实际数量是两个(另一个受害人是她的丈夫)<sup>[1]</sup>。尽管丈夫的因素在法律上被切割了,但在事实上却无法被切割。相对于离婚妇女或寡妇,已婚妇女遭受强奸要承担一份额外的精神伤害,这个伤害不是来自罪犯,而是来自她的丈夫。电视连续剧《不要和陌生人说话》讲述了强奸给一个家庭带来灾难的故事,其最引人深思的情节是,女主角被强奸之后所遭受的精神摧残主要不是来自罪犯,而是来自她的丈夫。尽管故事本身是虚构的,但故事的逻辑却是真实的。

在一个不存在婚姻制度的社会里,“单纯的强奸”充其量对女性造成轻微的生理伤害,并且在这样的社会里,女性也无需顾忌“婚前贞操”和“婚后贞洁”,因而“单纯的强奸”不会对女性造成太大的心理压力和精神伤害。“贞操”(或“贞洁”)看起来是一种很奇怪的东西:既然人们都承认被强奸的女性是无辜的,为什么不放弃这种给无辜受害人施加巨大心理压力的贞操观念?答案是相当冷酷的:贞操观念从其功能上看不是为了保护女性,而是通过对女性施加心理压力来保护男性所拥有的性资源不受侵犯;对于女性而言,贞操观念既可以有效地阻止通奸,又能给女性在遭受强奸时奋力反抗提供强大的激励。在这个意义上,贞操观念不是婚姻制度的衍生品,而是婚姻制度的一个组成部分。放弃这种观念,婚姻制

[1] 清末修律时,“有夫奸”和“无夫奸”是被区别对待的,尽管是对通奸的区分,但也说明那个时代的立法者还是考虑了丈夫的因素。

度就会瓦解。这是文明社会不能承受的风险。

贞操观念的本质是一套针对女性性资源的质量评估标准。处女的身体是“干净的”，只和丈夫发生性关系的已婚女性也是“贞洁的”，可一旦遭到强奸，她们就“被玷污了”，或者“被糟蹋了”。这些话语的含义非常明确：强奸会让受害女性的性资源贬值，而“性贬值”正是强奸给受害人造成的最大损失。为什么人们在评估强奸危害时会考虑受害人的贞洁程度？道理很简单：贞洁度与受害人的“性贬值”幅度呈正相关，贞洁度越高，遭受强奸后其“性贬值”的幅度就越大。同样是被强奸，处女的性贬值幅度最大，<sup>[1]</sup>妓女的性贬值幅度最小。易延友教授之所以声称强奸妓女的危害较小，显然是他下意识地采用了“性贬值”的评价指标。按照这个指标，较之良家妇女，强奸给妓女造成的损害只是边际性的。这并不只是逻辑上的推演，这是司法实践真实存在的区别对待，在我国以及其他国家都曾判决过类似的案例，<sup>[2]</sup>尽管一直存有争议，我本人也不认为这么做是对的。

“性贬值”的说法显然是个虚构，所谓“玷污”或“糟蹋”完全是人们假想出来的后果；“性盗窃”也只是个比喻，因为罪犯并没有真正拿走什么，受害人的性资源也不会因为强奸而造成实质性减少。这些概念所反映的，是男人对于性竞争的恐惧。尽管恐惧的对象是虚假的，但恐惧的感觉

[1] 波斯纳也认为：“强奸处女造成的情感或心理损害要比强奸一个已婚和其他性经验丰富的妇女造成的伤害更大。”[美]波斯纳著：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第526页注23。我国的司法实践普遍承认这一逻辑。典型的案例发生在2001年，法院在一起强奸案的附带民事诉讼中曾经做出因侵犯贞操权而由被告承担精神损害赔偿的判决。法院对贞操权的承认，实际上意味着在审理强奸案时，将处女与已婚女性的区别对待。关于该案审理过程的叙述，可参见肖建国、姚建龙：《女性性犯罪与性受害》，华东理工大学出版社2002年版，第205～206页。

[2] 发生于2011年的南通会所强奸陪酒女案，被告只获刑3年6个月。考虑到强奸的最低刑是3年，南通市港闸区法院的判决显然是从轻了。参见相关报道：“强奸歌厅陪酒女 男子获刑三年半”，载 [http://www.zgnt.net/content/2012-01/14/content\\_1987174.htm](http://www.zgnt.net/content/2012-01/14/content_1987174.htm)，最后访问日期：2013年8月4日。澳大利亚的司法实践也有类似的案例。1991年，维多利亚地方法院从轻判决了一个强奸妓女的罪犯，理由就是妓女被强奸其心理损害较小。该案上诉至州最高法院，结果却是维持原判。该法院早在1981年就稳固确立了这一观念，并且走得更远，法官甚至认为强奸一位性经验丰富的（sexually experienced）女性要比强奸一位贞洁的女性（chaste woman）造成的心理损害较小。参见一篇相关评论性文章，Jocelyne A. Scutt, *Judicial vision: Rape, prostitution and the 'chaste woman'*, Volume 17, Issue 4, 1994, pp. 345-356.

却是真实的。如果人们只对真实的威胁产生恐惧的话,恐怖电影就没有市场了。恐惧感难以被动机所抑制,也无法通过理性思考来化解。

“性嫉妒”的概念描述了人们对性竞争排斥心理,“性嫉妒”表现为一种心理伤痛,它源于排他使用性资源的心理预期遭到了挫折。可以肯定地说,同性之间的“性嫉妒”是引发性竞争和建立婚姻制度的共同心理根源。“性嫉妒”内化于人们的心灵深处,并已固定在人类的遗传基因之中,相比之下,所谓豁达、宽容或绅士风度都只是后天教化出来的品格,它们只是心里表层结构的东西。尽管“性嫉妒”在伦理上似乎背离了美德,但在漫长的进化过程中,嫉妒心较强的男人却拥有生态竞争的优势,因为他们更容易避免抚养一个别人的孩子,并因此能够更有效率地传递他们自己的基因。也正因为如此,“性嫉妒”作为嫉妒的一个特定类型是受到最大宽容的,并不像一般意义上的嫉妒那样被视为原罪。甚至在自由主义的传统中类似于私有产权意识,是有道德和法律正当性的,还常常作为出罪、减罪的情节。

在婚姻制度已经稳固建立的社会里,由强奸引发的“性嫉妒”却无疑是一种心理错位。强奸毕竟不同于通奸,前者通常不会真正构成性竞争威胁(受害人不太可能产生生理快感,罪犯也不可能成为受害人的丈夫或其未来丈夫的性竞争对手)。但问题是,人类性心理的进化跟不上社会变迁的步伐。就引发厌憎和恐惧而言,理性的辨识能力通常不起作用。正如一条被拔掉毒牙的眼镜蛇还是会让人们惊叫一样,已经不构成性竞争威胁的强奸也仍然会激起男人心灵深处那种原始的“性嫉妒”。倘若人类心理的潜意识只能辨别行为而不能区分动机,那么以下看起来十分吊诡的事实就变得可以理解:尽管将生殖器强迫插入女性身体的其他部位(肛门或口),或者将身体其他部位(比如手)强迫插入女性的阴道,都可能比强奸造成的伤害更大(肛交比性交更容易传染疾病,而强迫口交看上去也比强奸更具侮辱性),但这种性侵犯并不构成强奸,处罚也比强奸轻得多。<sup>[1]</sup>其原因就在于,这种性侵犯构成真实性竞争威胁的可能性几近于

[1] 我国的司法实践把强迫肛交和强迫口交归入强迫猥亵妇女罪量刑,适用《刑法》第237条的规定,与强奸罪相比,该罪的处罚较轻。但受基督教影响较深的国家,由于传统上对肛交和口交的厌憎程度较深,法律对强迫肛交和强迫口交的处罚不见得比强奸为轻。



零,并且这一事实在被人们心灵深处的潜意识层面获得认可。

再说得过分一点儿,如果插进女性阴道的是一把十厘米长的尖刀,那么充其量也只是构成个“轻伤”而已。因为罪犯仅仅伤害了女性的身体,而没有对她背后的某个男人造成性竞争的威胁!

## 五、结语

一旦涉及人类性心理的敏感地带(在这里,理性和情感频繁冲突且经常错位)要把道理讲清楚就不是件容易的事情。即使把道理讲清了也未必获得人们的认可;更何况,骨子里的认可不等于理性上的赞同,理性上的赞同也不等于语言上的支持;再考虑到那起特定强奸案的舆论背景以及社会分层让公众对身份问题尤其敏感的社会心理,易延友教授为其“言论欠妥”而迅速道歉不能不说是一个明智的选择。也许很久以后,当我们再次回忆起这起舆论风波的时候,我们会发现,易延友教授扮演的角色其实就是《皇帝的新装》里的那个小孩。

在“7·16 微博事件”中,许多法学专家积极参与了针对易延友教授的批评;而当易延友教授发出致歉声明之后,又有许多法学专家率先表示了谅解。这一现象耐人寻味。它所反映的似乎不仅仅是法学专家的敏感和宽容。我禁不住思考的一个问题是:法学专家先后批评或谅解易延友教授的真实动机究竟是什么?他们嘴上说的、脑子里想的和骨子里认同的是同一种观念吗?倘若其中或多或少存在一些自欺欺人,那么背后的原因又是什么?尽管我不想把上述问题复杂化,但在这里我仍要搬出那句刻在德尔斐的阿波罗神庙中的著名箴言:“认识你自己”。这是一个可以适用于我们每个人的提醒和训诫。也许这句箴言的最好翻译是“正视你自己”。我们需要正视的不仅是我们的语言和思想,更重要的是正视潜藏于我们心灵深处并掩盖在语言和思想之下的那些人性的阴暗和灰色。

回到法学研究的话题。“7·16 微博事件”让我们再次看到法学并不是一个自足的学科,也不是一个可以按照其特有逻辑、固定程序或内在基因独立发展的学科。要论证一个法学或法律的观点或论断,仅仅依靠法学内部的概念、原则或教义还远远不够,我们需要寻求其他学科的知识提

供支援。尽管法学的研究对象是法律,但法律调整或规范的对象却是各种复杂的社会关系;而所谓的“法学自治”则是一种试图将法律与社会复杂性分割开来的危险观念,其结果必然是法学研究的故步自封。

法学研究的教条化是“7·16 微博事件”折射出的问题之一。教条不是个坏东西,如果教条一点用处都没有,世界上就不会有教条。法律中教条更是比比皆是,倘若没有这些教条,我们的思考负担不知要增加多少倍。教条最重要的功能是可以节省我们的思考,当它们转化为“常识”或“底线”的时候,我们有限的精力就可以集中投入到“常识”之外、或“底线”之上的区域,其结果将使我们的思考更有成效。但作为法学研究者,我们还是要对教条保持足够的警惕,因为背叛教条的例外总可能发生。当教条和事实发生冲突的时候,我们应以事实来修正教条,而不是用教条来排斥事实。这就是科学的态度。对于教条的过度依赖会让我们的思考变得懒惰。这是学术研究的作茧自缚,因为恰恰是这些教条把专业知识降格为“常识”,给公共讨论划出“底线”。

作为法学专家,只要我们试图涉足敏感问题、试图发表挑战常识或刺痛人们神经的言论就难免招致斥责、谩骂乃至人身攻击。面对舆论泥潭,退缩不是办法,回避解决不了问题,道歉更是自欺欺人。只要我们不想放弃自己的见解,唯一的出路是以理服人,通过艰苦的思考来贡献我们的知识。这不仅是我们的职业使命,也是我们得以自证清白的护身利器。倘若大家看到了我们对问题本身的执着、对职业使命的忠诚以及在字里行间里透露出来的勇气、智慧和耐心,我们就可以在泥潭里爬出来。毕竟,人们在本能上会敬畏一个强大的心智,并且很少有人会蔑视知识的力量。

## 第十一章 死刑背后的法理学

### ——解读云南省高院改判李昌奎案 及其引发的舆论风暴

2011年3月4日,云南省高级人民法院将奸杀少女、摔死男童的案犯李昌奎由“死刑”改判“死缓”。<sup>[1]</sup>经媒体报道后,这起血案的终审判决在全国范围内迅速引发了海啸般的愤怒声讨。该法院相关负责人先后几次通过媒体解释其判决的理由,以图稍息公众怒火,结果不但于事无补,反而火上浇油。与批评、质疑乃至谩骂的汹涌声浪相比,为改判做出的所有辩解都显得十分势单力孤。倘以网络新闻的评论数量而论,公众对改判李昌奎案的愤怒程度竟丝毫不亚于随后发生的“动车追尾”。

这场舆论风暴带给我们哪些警醒?对这个问题作出学术回应有助于我们深刻反思法律职业群体关于废除死刑的道德信念,进而反思以“谦抑性”、“轻刑化”和“人权保障”为典型话语组成的刑事法学意识形态;也有助于我们重新审视中国政府倡导的“少杀、慎杀”的

---

[1] 根据我国刑法,死刑有两种执行方式,即死刑立即执行和死刑缓期执行。为了简洁和方便,本文仅将死刑立即执行称为“死刑”,而将死刑缓期执行称为“死缓”。

刑事政策,以及这一政策与司法实践的互动和对接。

本章将按照云南省高院为判决辩解的逻辑顺序去解读这场舆论风暴。<sup>[1]</sup> 首先分析改判的法律依据和政策依据,继而讨论废除死刑的信念及其脆弱的学术支撑,最后的落脚点是关于我国适用死刑的刑事政策以及主导这一刑事政策的法学意识形态。出于描述和解释的需要,我将会为这场舆论风暴中的各方言论补充一些媒体报道和时评难以挖掘到的潜台词和画外音。

### 一、薄弱的法律依据

案发后,公安机关立刻发出通缉令,部署抓捕行动。李昌奎潜逃四天之后向四川省某派出所投案,这一日后被两级法院共同认定的自首情节,就成为云南省高院将凶犯改判死缓的主要事实依据。但是这个依据并不充分。《刑法》确实规定了对自首的案犯可以从轻或减轻处罚,但“可以”毕竟不是“应当”。相关司法解释还特别强调,倘若“犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、被告人主观恶性深、人身危险性大”,即使具有自首情节,也可以不从宽处罚。<sup>[2]</sup> 昭通市中级人民法院就是据此判处李昌奎死刑的,谁能说这个判决没有法律依据?

更何况自首的情形复杂多样,不能一概而论。法律经济学意义上的自首可以被视为罪犯在作案后又创造产出的行为。不论主动投案还是供述罪行,都会节省公安机关的抓捕成本和侦破成本,从轻或减轻处罚就相当于办案机关为此支付的对价。按照这个逻辑,法庭在决定是否以及在何种幅度上从宽处罚时就必须评估自首的产出。这意味着自首需要被按质论价。倘若罪犯投案是在公安机关发出通缉令之后,或者在罪犯供述

[1] 7月6日,云南省高院专门召开了一次新闻通气会,分管刑事审判的副院长赵建生、田成有及刑四庭庭长赵林公开回应李昌奎案改判问题,并解释了判决的理由。此后,刑四庭庭长赵林又接受了央视记者的采访,重点解释了改判的法律和政策依据。影响最大的是7月12日副院长田成有接受《新快报》记者的采访,主要表达了改判的信念。

[2] 参见2010年最高院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》。此外,2010年最高院刑三庭发布的《审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》中也明文规定:“对于自首的故意杀人、故意伤害致人死亡的被告人,除犯罪情节特别恶劣,犯罪后果特别严重的,一般不应考虑判处死刑立即执行。”

罪行之前案情已经真相大白,自首的价值就大大缩水了。以此衡量,起死回生的改判比之李昌奎的廉价自首确实显得过于慷慨。

最高人民法院近年来一直倡导“少杀、慎杀”以及“宽严相济”的刑事政策。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化而引发的故意杀人犯罪,最高院更是反复强调要慎用死刑。<sup>[1]</sup> 在这一政策背景之下,李昌奎与受害人之间的特定关系——既是亲戚又是邻里,就成为云南省高院改判这一案件的额外理由。但这些政策依据却十分牵强,“少杀、慎杀”不等于“不杀”,“慎用死刑”也不意味着“禁用死刑”。从行凶动机、作案手段、犯罪情节以及危害后果等各个方面单独或综合衡量,李昌奎犯下的罪行都相当“不一般”。昭通市中级人民法院认定的“犯罪手段特别凶残、情节特别恶劣、后果特别严重”,丝毫没有夸大其词。

为什么要对因民间矛盾激化引发的凶案另眼相看?最高院对此语焉不详。唯一说得过去的理由似乎是:这种类型的凶案往往事出有因,经常涉及受害人的挑衅。<sup>[2]</sup> 但即使如此,也只需将受害人挑衅等过错行为直接规定为酌定从宽的情节即可,而无需把婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引起的凶案作为一种特殊类型的犯罪单列出来。也许有人说,死刑不利于缓和已经激化的民间矛盾;这个判断似是而非。民间矛盾一旦闹出人命,通过免死来化解仇恨是天真的想法。免死固然可以避免凶犯亲属的仇恨,但同时也强化了受害人亲属的仇恨。该杀不杀的结果不是缓解矛盾,而是深化矛盾。就拿李昌奎案受害人的父母来说,他们19岁的女儿被奸杀,3岁的儿子被活活摔死,倘若云南省高院认为放凶犯一条生路更有利于化解两家的仇恨,岂止过于天真,实在是连最基本的人情和人性也浑然不顾了。更糟糕的是,如果强烈的仇恨不能合法释放,报复性犯罪的风险就会增加,这与司法机关竭力避免的“冤冤相报”恰

[1] 参见2010年最高院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第23条。最高院在此前发布的规范性文件中,也早有类似倡议。例如,1999年最高院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》,以及2007年最高院《关于进一步加强刑事审判工作的决定》。

[2] 倘若犯罪起因于受害人挑衅,确实有理由从宽处罚。参见 Alon Harel, “Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault”, 82 *California Law Review*, 1994, p. 1181. 波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第238~239页。

成南辕北辙。

对于缓和民间矛盾而言,最恰当的做法当然是激励罪犯(或其亲属)积极赔偿受害人亲属的经济损失。“血债”如果不用“血来还”,就必须在经济赔偿上舍得“出血本”,对于争取受害人亲属谅解而言,这才是最可行、最有效的途径。因而,就缓和民间矛盾而言,只有积极赔偿经济损失,取得受害人亲属谅解的才有理由获得从宽处罚。遗憾的是,在李昌奎案中却看不出积极赔偿的明显迹象,受害人亲属的谅解更是无从说起。<sup>[1]</sup>倘若慎用死刑仅仅托辞于案犯和受害人之间的特定关系,则不仅没有任何实质性意义,反而导致司法不公。在公众看来,同样具备自首情节,药家鑫已被处死刑,凭什么更加凶残的李昌奎还能继续活着?难道仅仅因为前者杀死的是陌生人,而后者杀死的是其邻居?这是什么逻辑?

药家鑫案的终审判决显然对改判李昌奎案构成了强大的压力。中国不是判例法国家,先例没有强制性的约束力,但只要承认法院判决必须保持最低限度的统一性,就无法否认当下的判决不可能完全漠视过去的判例。法条毕竟是抽象的,其意义往往需要通过判例来界定和展示。尽管多数公众并不通晓法律,但他们有能力对罪行的轻重做出比较,并在比较的意义上对判决形成预期,这对刑案判决必须服从统一量刑标准是种无形的压力。事实上,即使一贯主张无条件废除死刑的学者也承认改判李昌奎案破坏了统一的司法标准——“叫其他法院怎么判案?”<sup>[2]</sup>也许其他法院可以不理睬云南省高院的判决,可是,云南省高院如何面对将来的案件?

在为改判作辩解时,云南省高院负责人做出一个豪迈的预言——李昌奎案的判决在10年之后肯定是“一个标杆”。言下之意,这个判决拥有未来,它在废除死刑的道路上迈出了里程碑式的一步。然而,司法的逻辑不同于科学的逻辑,未来不能为当下作辩护,司法的超前和滞后是同等性

[1] 受害人家属称,李昌奎的家属虽经乡村两级干部多次做工作,但始终以各种理由借口不拿钱对受害人予以安葬,最终由茂租乡及鹦哥村社会矛盾调处中心、人民调解委员会的责令公开变卖相关物品,受害者家属才得到21838元安葬费。参见(2010)昭中刑一初字第52号《刑事附带民事判决书》

[2] 黄秀丽:“李昌奎案的免死‘金牌’惹官民舆论战”,载《南方周末》2011年7月14日。

质的错误。即便10年之后死刑真的被废除了,李昌奎案的判决也不会给云南省高院带来荣耀。在现行司法体制之下,通过个案判决去树立“标杆”是一个危险的企图。<sup>[1]</sup> 如果确实需要在废除死刑的道路上树立一个“标杆”,也应当由最高法院担此重任,何劳你一个省级法院越俎代庖?

云南省高院负责人不会不明白这个道理,但他却不得不这么说。“标杆”只是一个修辞,借助于这个修辞,他试图向媒体和公众含蓄地表达该法院审判委员会改判李昌奎案的集体信念:死刑终究是要废除的,因为死刑野蛮残暴,它是反人道甚至反人性的;而废除死刑则是文明的标志,是历史的趋势,是法治的进步,是保障人权的体现。一旦意识到法律和政策均不足以为改判李昌奎案抵挡舆论炮火(不是改判没有依据,而是改判的依据同样支持被改掉的判决),云南省高院的法官们就只好将他们的信念推到前沿。即使表达信念不能打动公众,也多少可以解释改判的动机。

## 二、孤独的信念

并非不可以用信念来辩护判决。当法律没有提供确定指引的时候,信念是常用的司法辩护工具,但用以司法辩护的信念必须有广泛的“群众基础”。孤独的信念非但无力为判决筑起可以抵挡舆论炮火的防御工事,反而会导致舆论火力的蔓延和升级。云南省高院已经遭遇这种情形,相关负责人表达的“废死信念”严重冲撞了主流民意,并因此招致了更加猛烈的舆论反击。抨击者也在表达他们的信念,在信念与信念的对抗中,却看不到法官们有什么优势可言。

云南省高院负责人呼吁公众要理性,要冷静,要宽容,“杀人偿命的陈旧观点要改改了”。在公众看来,这个逻辑很奇怪。如此凶残的罪犯难道不该杀吗?要求处死一个凶残的罪犯就是不理性吗?没错,关于李昌奎案的网络言论多数是言辞激烈的谩骂,但谩骂内容的不理性并不意味着谩骂行为的不理性。为了表达愤怒和施加压力,普通公众除了使用不理性的言辞之外还有什么更理性的方式?“绝不能以一种公众狂欢式的方

[1] 相关时评:“李昌奎案:法律裁判少些‘标杆’意识”,载 <http://news.cntv.cn/20110718/110550.shtml>。

法来判处一个人死刑”，这句卫道士般的宣言更加让人难以理解。李昌奎是一个“死有余辜”的罪犯，即使法院判处其死刑，也仅仅是“平民愤”而已，哪有什么“狂欢”可言？难道愤怒的平息就意味着“狂欢”？药家鑫被处死之后，网络上出现一片叫好声，但也只是有“欢”而无“狂”。叫号和谩骂一样是高度理性的行动。

中国老百姓并不缺少怜悯和同情，即使对于杀人犯也能表现出足够（有时甚至是过度）的宽容。“杀人偿命”早已不是公众认同的观念，而只是公众常用的修辞。想想 2005 年的王斌余案（受害人四死一伤）以及 2006 年的邱兴华案（十位受害人丢掉了性命），这两个案件被媒体报道之后，非但没有引来一片喊杀之声，网络民意的主流反而是放案犯一条生路。<sup>〔1〕</sup>这两起血案的网络舆论足以表明绝大多数中国老百姓早就接受了“杀人可以不必偿命”的观念。公众强烈要求处死李昌奎仅仅是因为其罪行令人发指，而与“杀人偿命”或“同态复仇”的观念没多大关系。就杀人案件而言，公众最不能容忍的作案情节就是奸杀，最不能容忍的作案对象就是弱女子和小孩子，而李昌奎的罪行却两次突破了公众容忍的极限——“是可忍孰不可忍？”

云南省高院负责人向媒体表示：“这个国家需要冷静，这个民族需要冷静，这是一个宣泄情绪的社会”；“我们不会因为大家都喊杀，而轻易草率的剥夺一个人的生命。”<sup>〔2〕</sup>在这些豪言壮语的背后，是多么强烈的道德优越感！当判决面临舆论压力的时候，展示居高临下的道德优越感是司法者的一种常态反应（尽管其中也包含着无奈）。但云南省高院不会没有意识到，当网络民调显示高达 97% 以上的网民都认为案犯该杀的时候，居高临下是一个不祥之兆。道德上的优越感并不带来舆论上的强势，更何况这种优越感也只是法官们的自我感觉，又有几人认可你们的优越感？在司法公信力严重缺失的时候，向公众展示道德优越感很可能成为司法

〔1〕 参见桑本谦对这两个案件的分析。桑本谦：“反思中国法学界的‘权利话语’——从邱兴华案切入”，载《山东社会科学》2008 年第 8 期；桑本谦：“法律论证：一个关于司法过程的理论神话”，载《中国法学》2007 年第 3 期。

〔2〕 相关报道：“云南高院：不能以公众狂欢方式判李昌奎死刑”，载 <http://news.163.com/11/0713/10/78R7VG1H0001124J.html>。



辩护的一种冒险策略。除非司法者拥有教化公众的能力,否则在废除死刑的问题上以所谓“法律理性”来驯服民意简直就是做梦。法律人通常以为废除死刑道路上的最大障碍是民意,其实,比民意更大的障碍是薄弱的司法公信力。

司法公信力的缺失会压缩法官的裁量空间。在判决动机经常遭到怀疑的情况下,自由裁量权很容易变成一个烫手山芋。想必云南省高院对此已经深有体会,李昌奎案被媒体披露之后,关于改判动机的“阴谋论”很快就在网络上传得沸沸扬扬。一种很有影响力的说法是,改判李昌奎案的真实目的只是为日后轻判“赛锐案”做好铺垫。<sup>[1]</sup>这个说法只是谣言,至多算是猜测,但问题的关键恰恰是为什么会有那么多人相信谣言或猜测。由于表达信念可以解释动机,所以至少在行动上,这是云南省高院针对谣言和猜测的侧面回应。显然,与被指责为“阴险”相比,仅仅被指责为“愚蠢”还是幸运的。

云南省高院用信念辩护判决的做法还有一个更大的收益——可以在法律职业群体内部争取一些同情和谅解。法律专家对改判的批评完全不同于民众的声讨,前者主要集中在技术层面,认为改判的失误主要是破坏了刑事审判中统一的量刑标准。<sup>[2]</sup>没有哪位专家将批评的矛头指向支配改判的信念,这不奇怪,在中国法学界,几乎没有人否认或怀疑废除死刑在道德上的合理性和优越性,即便是那些主张保留死刑的人也不例外。<sup>[3]</sup>在批评者与被批评者能够分享同样信念的时候,批评本身就变得温和。倘若大家都以废除死刑作为未来目标(哪怕是遥远的未来),那么,

[1] 赛锐案是一起残杀女友的血案,凶犯赛锐连刺受害人27刀。该案被昭通中院一审判处死刑,又被云南省高院二审改判死缓。因该案与李昌奎有许多相似之处,故引发种种猜测。参见相关报道:“云南曝两起‘李昌奎案’,高院判决被指存猫腻”,载 <http://news.qq.com/a/20110722/000451.htm>。

[2] 郭田珍、罗安源:“法律专家谈李昌奎案,称云南高院判决不合法理”,载《京华周刊》2011年7月12日。另参见羽戈:“李昌奎案改判,试水还是玩火?”,载《羊城晚报》2011年7月18日版;马涤明:“李昌奎免死的理由不能含糊”,载《北京晨报》2011年7月14日版;杨兴培:“不杀李昌奎,判决书太山寨”,载《法制日报》2011年7月12日版。

[3] 虽然许多人主张保留死刑,但他们不承认死刑在道德上具有正当性,而仅仅认为废除死刑的时机尚不成熟。可以说,撇开时间因素,在当下中国法学界,几乎没有人反对废除死刑。一个罕见的例外是苏力教授,苏力:“从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负”,载《法学》2011年第6期。

云南省高院改判李昌奎案的失误在专家眼里就仅仅是时机不对、选择个案不当或至多存在越权之嫌了。

贺卫方教授的批评表达了一个更为激进的观点。在他看来,废除死刑可以始于药家鑫案,也可以始于李昌奎案,只是这个权力应由最高法院来行使,省级法院无权树立“标杆”,否则统一的司法标准就会被打破;也仅仅在这个意义上,改判李昌奎案才显得“鲁莽了一点,意识太超前了一点”。〔1〕按照贺卫方教授的逻辑,如果李昌奎的死缓判决是由最高人民法院做出的,就万事大吉了。

倘若我们看到,用以辩护改判的废死信念不是云南省高院的法官们杜撰的,而是来自大量法学专家的学术思考,就会发现云南省高院用信念辩护判决的另一个高明之处——把继续辩护的接力棒交给了法学界的专家们。面对公众,法官们的潜台词是:如果你们质疑我们的信念,就去多读些书吧。法学专家当然不应为改判负责,但应为辩护改判的信念负责。然而问题却是,法学专家们有能力接下这根接力棒吗?

### 三、孱弱的学术支撑

几乎所有领域的专家都会持有一些与众不同的专家意见。当专家意见与公众常识相悖时,前者通常能够获得尊重。即使不能立刻拿出证据,专家也总有办法证明他们的见解是对的。如果建筑工人不按建筑师的设计施工,结果就会很糟糕,但法学专家在死刑问题上却无法提供可以服众的意见。那些宣扬废除死刑的道德判断虽然铿锵有力,但内容却是空洞的——它们不是论证的结果而只是规定的结果。在保留或者废除死刑的问题上,尽管专家意见与公众常识截然对立,但它们本质上都属于道德直觉的范畴。“理性”的标签是法律专家自己给自己贴上去的,老百姓不买这个账——凭什么你们的意见就能代表“法律理性”?难道仅仅因为你们身处这个行业?就算是“法律理性”又能怎样?它能对抗天理吗?

药家鑫也好,李昌奎也罢,都与公众无仇无怨。公众关心的是安全。药家鑫或李昌奎却让公众感到恐惧,谁能保证自己(或自己的孩子)不会

〔1〕 黄秀丽:“李昌奎案的免死‘金牌’惹官民舆论战”,载《南方周末》2011年7月14日。

碰上类似的一个?为了免遭不测,我可以不惹事,不生非,乃至明哲保身,我也可以设法让自己远离危险的情景(比如群殴),或者约束自己的行为以免卷入可能发生的情杀或仇杀。但若遭遇药家鑫或李昌奎这样危险的凶犯,这些做法都无济于事。死神从天而降,事先几乎没有任何征兆,谁能料到一个小小的纠纷就会招来杀身之祸?无论是药家鑫案还是李昌奎案,都让公众感知到一种他们完全无法控制的风险。公众对罪行的愤怒源于他们对罪行的恐惧。

“废死论”的倡导者经常将死刑犯代称为“我们的同类”,这个修辞很无力,因为谁都知道,我们最大的威胁始终来自“我们的同类”。在废除死刑的问题上,仅靠修辞技术难以服众。“文明”、“理性”或“进步”之类的托词唬不了人,国外法学家的只言片语也无关痛痒。极力渲染死刑执行过程如何血腥如何残暴又能怎样?谁不知道死刑是残忍的?不残忍如何能够威慑罪犯?你怎么不去描绘一下更加血腥的杀人案现场?<sup>[1]</sup>

“废死论”的倡导者喜欢拿冤案来做文章。没错,死刑永久性地剥夺了一个人的生命,一旦发生冤案,没有任何纠正的机会。但解决这一问题更为可取的方案不是废除死刑,而是通过程序法的限制来迫使司法者更加慎重地对待死刑。在我国,法律已经对死刑案件规定了较高的审级和额外的复核程序,最高院也收回了死刑核准权,司法实践中还通常会对死刑案件采用更高的证据标准。这些程序性措施对于减少错杀是十分有效的。<sup>[2]</sup>更何况,世界上没有哪种司法制度能够彻底杜绝冤案的发生,理性的司法制度也不会期待将冤案的数量减少到零值(这将导致错误开释的不可控以及司法成本的无穷大)<sup>[3]</sup>冤案被纠正的概率能有多大呢?冤案固然不罕见,但像聂树斌这样可以被纠正的错杀案件能有多少?如

[1] 尽管同属法律职业群体,公安干警(尤其是刑警)就很少支持废除死刑。这大概可以用“有效启示”的概念来解释,观察比想象更容易主宰人们的思考。公安干警会比其他“法律人”更多接触到凶案现场。

[2] 废除死刑的论证经常隐含着“生命无价”当作不言而喻的假定,但这个假定不成立。除非预算不受约束或资源无限可取,否则任何东西都不会是无价的,包括生命。假设增加一道死刑复核程序每年需耗资5000万元人民币,但平均每年可以避免50个人被误杀,而将这笔钱用于防洪救灾,则每年可以拯救100条生命。假设受政府财政预算的约束,只能在这两个项目之中选择一个,那么理性的决策者就不会支持增加死刑复核程序的法律出台。

[3] 桑本谦:“涉黑性质犯罪的法律经济学对策”,载《法学杂志》2010年第10期。

此罕见的冤案实在不值得拿出来为废除死刑而炒作。

要倡导废除死刑就必须让公众相信废除死刑不会增加杀人案件的数量。空口无凭,你必须拿出真凭实据。但是很遗憾,没有证据。中国法学界关于废除死刑的争论由来已久,但这场争论除了表达信念之外几乎没有贡献什么知识,尤其没有提供让人信服的数据。这不能怪专家。死刑的边际威慑力(即死刑相对于终生监禁的增量威慑效果)究竟有没有,在世界范围内还是一个学术之谜。尽管自1970年代至今,许多法律社会学家和法律经济学家试图通过死刑适用情况的变化与谋杀犯罪率的变化之间的关系来测度死刑的增量威慑效果,但至今还没有获得无可质疑的数据去支持任何一种结论。<sup>[1]</sup>

在中国法学界,废除死刑的倡导者经常使用国外的数据来支持自己的主张。他们举出某个国家废除死刑之后杀人案件数量并未明显增加的事实来论证死刑不比终生监禁更能威慑犯罪,进而断言中国也可以放心大胆地废除死刑。但这个逻辑明显有问题。首先,废除死刑的国家在此之前就很少适用死刑了,死刑的废除只意味着少杀了为数极少的罪犯,如此微小的数据变化没有任何分析价值。其次,国情不同,中国的情形要复杂得多,撇开文化、宗教、人口、犯罪率以及经济发展等重大社会条件的差异不谈,单就建立和维持作为替代死刑的终身监禁制度而论,中国面临的挑战也远比那些已经废除死刑的国家要大得多。

绝大多数废除死刑的倡导者都会在呼吁废除死刑的同时,主张建立真正意义上的终生监禁制度,以替代死刑。这个观点当然有道理。倘若李昌奎被终身监禁,公众大概也能勉强接受,至少不会引起太大的愤怒。但“死缓”就不同了,名义上它是执行死刑的一种方式,实际上是不执行死

---

[1] 关于死刑边际威慑力的实证研究数量很多。犯罪学家塞林的早期研究认为死刑不比终身监禁更能震慑犯罪。Sellin, Thorsten. 1959. *The Death Penalty*. Beverly Hills, CA: Sage. Shavell, Steven. 2004. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 支持这个观点的一个比较晚近的研究是 Donohue, John, and Justin Wolfers. 2005. "Uses and Abuses of Statistical Evidence in the Death Penalty Debate." *Stanford Law Review* 58: pp. 791 - 846. 经济学伊萨克的研究证明死刑有很强的边际威慑力。Ehrlich, Isaac. 1975. "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death." *American Economic Review* 65: pp. 397 - 417. 支持这个结论的经济学研究数量很多。

刑。刑罚执行过程中的减刑和假释已经把无期徒刑和死缓都变成了实际上的有期徒刑。据统计,死缓的实际执行刑期平均只有18年,最少11年。<sup>[1]</sup> 公众当然无法容忍一个残害两条人命的罪犯在坐牢十几年之后就大摇大摆出来了,甚至不耽误娶妻生子!

但是建立终身监禁制度又谈何容易! 终身监禁是一种执行成本极高的刑罚,对监狱的软件和硬件都有相当苛刻的要求。目前,我国监狱的管理水平和建筑设施与终身监禁制度还远不相匹配。在我国,监狱是一个可以忽略劳动力成本的企业,减刑和假释替代薪酬成为对服刑犯人的工作激励。监狱管理人员根据服刑犯人的“工作表现”打分,累计的分值可以折算减刑的期限。因而,在现行刑罚执行制度和现行监狱管理体制之下,刑罚实际执行期必然要明显少于原判刑期(据监狱管理人员透露,目前犯人的实际服刑期与原判刑期的平均比率仅为80%左右),两者的差额越大,监狱管理者可使用的激励资源就越多,管理服刑犯人所耗费的成本就越低。就此而论,减刑和假释制度最重要的功能就是降低监狱管理成本(当然,这是以削弱刑罚威慑效果为代价的)。所以毫不奇怪,司法行政机构和监狱管理者肯定会努力维持现行刑罚执行制度和现行监狱管理体制,并极力反对终身监禁制度,因为后者无论对于监狱建设还是对于监狱管理都是一个相当严峻的挑战。由于目前监狱管理所使用的激励措施对于被判处终身监禁的罪犯基本失灵,所以不难想象,管理一个终身监禁犯人所耗费的人力、物力可能十倍于管理一个普通犯人不止。

“废死论”的倡导者很少触及预算问题。尽管他们主张建立终身监禁制度,但从未试图去估算一下政府预算会因此增加多少。如果说终身监禁是死刑的一种更加文明的替代,也可以认为死刑是终身监禁的一种更加经济的替代。全面废除死刑的历史,自1863年委内瑞拉首开先河至今不过150多年,与死刑存续的漫长历史相比只是短暂的一瞬。就此而言,把废除死刑运动看作一种“世界性趋势”也许为时尚早,稳妥的做法是仅仅将其视为一个风尚。谁敢保证它有朝一日不会在已经废除死刑的国家

---

[1] 自2011年5月1日刑法修正案(八)实施之后,这个状况会明显缓解。在限制减轻的情况下,死缓的最低服刑期不少于27年,即使有重大立功表现,也不会少于22年。对于中老年罪犯,这个服刑期就接近于终身监禁了。

卷土重来,哪怕仅仅是因为财政紧张。

废除死刑的主张在获得充分论证之前仅仅是一种信念(而不是科学),按理说它不应该具备征服反对性见解的力量。实则不然。废死信念在中国法学界畅通无阻——你可以反对废除死刑,但你不能挑战废除死刑的信念。不仅如此,废死信念还与“谦抑性”、“轻刑化”及“保障人权”等典型话语共同组成了刑事法学的主流意识形态,它们彼此支持,相互援引,一荣俱荣。一种观念一旦变得强大,就有条件变得更加强大,由此制造舆论压力,规定“政治正确”——似乎你只有认同这些信念,才有资格成为“法律人”的一员,否则你就会被孤立,被视为异端或另类,你就等于把自己给扔出去了。<sup>[1]</sup>

#### 四、结语

废死信念不仅堂而皇之地进入中国法学的意识形态,而且获得了刑事政策的主导权。尽管中国没有废除死刑,但限制死刑的刑事政策却无疑隐含了废除死刑的终极目标——杀人只是迫不得已,我们的目标是不杀。自1997年颁布新《刑法》之后,限制死刑的刑事政策已经取得了很多进展。新《刑法》将可适用死刑的罪名从72个减少到68个,2010年《刑法》第八修正案又减少了13个。更为实质性的进展是最高院于2008年1月1日收回死刑核准权,这不仅仅是一次程序改革,最高院核准死刑所采用的实体性标准较之各高级人民法院有明显提高,尽管没有明文公布,但从事刑事审判的法官们和从事刑事辩护的律师们对这一变化心知肚明。

云南省高院改判李昌奎案是废死道路上的一次失败尝试。自2011年7月12日云南省高院相关负责人就改判李昌奎案向媒体作出最后一次辩解之后,就一直保持沉默。沉默是明智的,面对沸腾的民意,多说不如少说,少说不如不说。沉默也是悲哀的,因为这意味着司法者不仅丧失了说服公众的能力,而且丧失了说服公众的企图。在用尽所有司法辩护工具之后,云南省高院作出的这一终审判决已经掉在了夹缝里。相关负

[1] 传播学家惯用“沉默的螺旋”来描述不同意见逐渐消声的过程:多数意见者更容易大声疾呼,少数意见者却趋向于保持沉默。意见一方的沉默就造成了另一方意见的增势,如此循环往复,便形成一方的声音越来越强大,另一方声音越来越沉默下去的螺旋式过程。

责人曾向媒体表示,改判李昌奎案引发的舆论风暴让他们感觉“骑虎难下”。<sup>[1]</sup>相信经历了这次舆论风暴,云南省高院的法官们已经十分清醒:司法的功能是解决麻烦,而不是制造麻烦。做法官的岂能唯恐天下不乱。

2011年8月22日,云南省高级人民法院在昭通市开庭,撤销原二审死缓判决,改判李昌奎死刑,剥夺政治权利终身,并依法报请最高人民法院核准。失败的尝试会带给我们有益的教训。当我们在通往废除死刑的道路上一步一步前行的时候,李昌奎案的改判在路边树起了一个“警示牌”,这个牌子提醒我们:“前途崎岖,减速慢行!”

[1] 云南省高院负责人曾向媒体表示:改判李昌奎案引发的舆论风暴让他们感到“骑虎难下”。相关报道:“云南高院:不能以公众狂欢方式判李昌奎死刑”,载 <http://news.163.com/11/0713/10/78R7VGIH0001124J.html>。

## 第十二章 行政法中的程序正义问题

### ——“钓鱼执法”和“后钓鱼时代”的执法困境

“钓鱼执法”无疑是2009年最引人注目的法治事件之一。<sup>〔1〕</sup>9月6日及10月14日,先后发生于上海市闵行区和浦东新区的两起“错钓案”(受害人分别是张晖和孙中界,下文称“9·6”事件和“10·14”事件)在网民、媒体和法学专家的激情互动下掀起轩然大波,<sup>〔2〕</sup>并迅速放大为网络群体性事件。上海有关方面迫于强大舆论压力而叫停“钓鱼执法”,但随之又陷入“后钓鱼时代”更为严峻的执法困境:面对日益泛滥的“黑车”,<sup>〔3〕</sup>执法机关束手无策。事件背景的高度复杂性及事发之后的高度戏剧性足以产生强烈的学术诱惑。细究其来龙去脉,则会令人不禁想起古人的诗句——“屋漏偏逢连夜雨,船迟又遇打头风”。

糟糕的事情是怎样发生的?发生了又为何会变得更糟糕?如何扭转糟糕的局面?上述问题是我要分析

〔1〕 在许多媒体评选的“2009年十大法治事件”中,“钓鱼执法”均榜上有名。

〔2〕 上海市发生的“错钓”事件不只这两起,但因其他事件没有引起太大的社会关注,故不在本文讨论的范围之内。

〔3〕 “黑车”指“未经批准擅自从事出租车经营的车辆”,又称“黑出租”,下文使用“黑车”一词省略引号。



“钓鱼执法”事件的三个落脚点,贯穿在一起就形成了本章的写作思路。在第一节简要回顾事件过程之后,第二节试图追根溯源,揭示事件发生的诸多背景因素,包括城市道路交通状况、黑车泛滥、出租车管制、查处黑车的取证难题以及执法机关为此采取的不当措施;第三节描述并解释事件发生后经网络媒体和传统媒体热炒而节节升级的过程,进而分析上海有关方面在舆论压力下的反应和对策;鉴于“后钓鱼时代”的执法困境又接踵而至,第四节试图为突破困境而提出并论证一套法律对策;结语部分则讨论“钓鱼执法”事件留给我们的启示和教训,并为摆脱执法困境探索另一条可行的途径。

如今“钓鱼执法”事件已告“结束”,作为一个新闻热点早已冷却,作为一个大众话题也没多大意思了,但事后看问题是学术分析的优势。事件后果待尘埃落定才会原形毕露,后果是理性驯服激情的鞭子,它可以矫正先前的判断,并迫使人们将注意力从抽象的教条转移到严峻的现实。更何况事件并未真正结束,它在政府执法、出租车管制以及其他领域产生的深刻影响正在加剧,“结束”只是被描述的结果。“后钓鱼时代”的执法困境强化了对事件进行深度研究的紧迫性毕竟学术研究是个服务行业,其最终价值在于为决策提供参考,而非仅仅满足学术兴趣。作为关于网络群体性事件的一个个案研究,本文既包括对事件的分析,又包括对事件的描述。在下文的讨论中,我将使两者平分秋色。

## 一、事件回放

2009年9月10日,闵行区“错钓案”受害人张晖以《无辜私家车被课以黑车罪名扣押,扣押过程野蛮暴力》为题在爱卡网和天涯社区等网络论坛发帖,以诉苦的方式讲述了其于9月8日“好心载客”(搭载一名声称胃疼的路人)却在闵行区遭遇“钓鱼执法”的不幸经历(但并未提及他与搭载人议价的情节)。经著名赛车手韩寒在其新浪博客转载和评论后,该贴引发了网民热议,回帖普遍认为执法机关是为捞取钱财而诬陷好人。

9月15日,《东方早报》率先报道了张晖事件,并借用网民言论发问:

“面对这样的执法方式,以后谁还敢发善心?”<sup>[1]</sup>同日,该报还刊发了特邀评论员文章《“钓鱼式执法”置社会道德于何地》,首次对“钓鱼执法”进行深度批评。<sup>[2]</sup>以上两文经网络转载后,“钓鱼执法”遂成为热门网络词汇。

闵行区交通行政执法部门迅速感受到媒体舆论的压力。9月16日,在中共闵行区委员会党务公开网上发布的《区交通行政执法大队出“新招”整治非法营运》一文高调回应。文章称,该大队二中队面对查处“黑车”取证难题积极应对,想出了“先取证、后查处”的执法新招。<sup>[3]</sup>当晚,上海新闻综合台《新闻夜线》节目播出了对闵行区交通行政执法大队负责人的采访,当记者问及“先取证、后查处”具体内容时,该负责人回答说:“这是工作秘密”,该语随即成为网络流行语。9月24日,《南方周末》刊文首度挖掘“罚款经济链”,并邀请法学专家发表意见,从法律和法理层面论证“钓鱼执法”的非法性。<sup>[4]</sup>

一波未平,一波又起。闵行区“9·6事件”的新闻热度方兴未艾,《新闻晨报》又于10月16日报道了两天前发生在上海浦东新区的又一起“错钓案”,<sup>[5]</sup>当天东方卫视《看东方》节目报道了事件经过及记者对受害人的采访。<sup>[6]</sup>受害人孙中界(年仅18岁)的“断指”行为使得这起事件更为引人注目,也给已经成为新闻热点的“钓鱼执法”火上浇油。

10月中旬之后,几十家传统媒体大举跟进,与网络媒体联手将上海“钓鱼执法”事件的新闻关注范围从地方迅速扩展到全国,怒评“钓鱼执法”的文章一时间铺天盖地。迫于舆论压力,上海市政府最终作出反应,要求浦东新区政府责成城市管理行政执法局对“10·14”事件进行全面核

[1] 顾文剑、杨静:“白领好心载客被‘倒钩’ 执法部门称‘谈钱就是黑车’”,载《东方早报》2009年9月15日版。

[2] 傅蔚冈:“‘钓鱼式执法’置社会道德于何地”,载《东方早报》2009年9月15日版。

[3] 该文已删除,可参见相关报道:“好心车主被钓鱼 执法大队自夸新招”,载《南方都市报》2009年10月17日版。

[4] 沈颖:“公权捞钱太易 ‘钓鱼执法’合法性遭质疑”,载《南方周末》2009年9月24日版。

[5] 郭文:“司机搭乘拦车人被指非法营运”,载《新闻晨报》2009年10月16日版。

[6] 东方卫视:“司机疑遭钓鱼执法 自断手指示清白”,载《看东方》2009年10月16日。

查。10月20日,浦东新区政府向外界透露核查结果,否认“钓鱼执法”。<sup>[1]</sup>

当晚,央视《经济半小时》和《新闻1+1》分别播出了《上海“钓鱼执法”调查》和《“黑车”:关我们什么事?》两期节目,与浦东新区公布的核查结果针锋相对。<sup>[2]</sup> 面对强势媒体的压力,浦东新区政府迅速屈服,10月21日决定成立联合调查组,对“10·14”事件再做调查。<sup>[3]</sup> 这与此前公布核查结果仅相隔一天。

以后发生的事情就完全在意料之中了。10月26日,浦东新区召开新闻发布会,公布“10·14”事件的处理意见。浦东新区区长姜樑在新闻通气会上表示,“10·14”事件中确实存在使用不正当取证手段的情况,浦东新区城市管理行政执法局10月20日公布的调查结论与事实不符。浦东新区政府为此向社会公众公开道歉。浦东城管执法局撤销对孙中界的行政处罚,向其道歉并承诺赔偿。<sup>[4]</sup> 11月19日,上海闵行区“错钓案”也有了结果,法院判决被告闵行区交通执法大队对张晖做出的行政处罚决定违法。<sup>[5]</sup> 至此,轰动全国的两起“错钓案”都算有了令人满意的结果。

随后,上海高层叫停“钓鱼执法”,<sup>[6]</sup> 相关部门开始委托律师事务所处理善后事务(主要是核查过去几年的“错钓案”,并退赔罚款)。至此,社会各界怒气渐消,“钓鱼执法”事件也接近了尾声。为进一步改善执法形象,上海方面采取的行动远超人们预期。2010年4月15日上海市人民政府第32号令公布《上海市人民政府关于加强查处机动车非法客运的通

[1] 人民网相关报道:“上海浦东新区城管局否认存在‘钓鱼执法’”,载 <http://wz.people.com.cn/GB/139029/10647478.html>。

[2] 央视:“上海‘钓鱼执法’调查”,载《经济半小时》2009年10月20日;央视:“‘黑车’:关我们什么事?”,《新闻1+1》2009年10月20日。

[3] 上海都市网相关报道:“上海浦东成立联合调查组 调查‘钓鱼执法’事件”,载 <http://shanghai.kooaoo.com/bendi/200910/1854.html>,最后访问日期:2009年10月21日。

[4] 东方卫视:“‘孙中界’事件公布第二次调查结果”,载《环球新闻网》2009年10月26日。

[5] 东方卫视:“张晖诉闵行区城市交通行政执法大队”,载《环球新闻网》2009年11月19日。

[6] 东方卫视:“上海市人民政府召开常务会议”,载《环球新闻网》2009年10月26日;另参见人民网相关报道:“上海市人大主任刘云耕:取缔所谓钓鱼执法绝不手软”,载 <http://news.sina.com.cn/c/2009-11-05/031718976988.shtml>,最后访问日期:2009年11月5日。

告》<sup>[1]</sup>不仅明令禁止“钓鱼执法”，而且大大提高了认定黑车的证明标准。2010年6月，上海市政府又出台了《关于进一步规范和加强行政执法工作的意见》和《行政执法人员执法行为规范》等文件，试图从源头上杜绝“钓鱼执法”。<sup>[2]</sup>

## 二、根源和背景

在大量媒体评论中，“罚款经济链”被视为“钓鱼执法”的幕后推手；与之相应，执法权力的滥用、执法主体的“市场化”以及执法程序的漏洞百出都被描述为行政处罚目的异化（“向钱看齐”）的必然结果。尽管这些评论在一定程度上揭示了事件发生的根源和背景，但因忽略了查处黑车的种种难题及其他复杂因素而明显缺乏深度。执法机关的失误不能全然归咎于追求部门利益的执法制度，在制度的背后还有严峻的社会现实。

“钓鱼执法”作为一起网络群体性事件发生在上海，但作为一种执法方式，“钓鱼”在全国各地城市一直被交通执法机关普遍采用。<sup>[3]</sup> 查处黑车之所以要采用“钓鱼”的方式，最重要的原因是面对黑车泛滥执法机关没有成本合理的替代性取证方式。但事件发生在上海也绝非偶然，由道路交通状况、出租车管制措施、黑车市场需求、“打黑”的迫切性和严峻性等各种因素综合交织的社会矛盾在上海市尤为尖锐。

### 1. 泛滥的黑车

一个不受任何管制的、完全自由竞争的出租车市场可能会存在很多问题：过度竞争会导致交通拥堵和环境污染，司乘之间的信息不对称会导致司机漫天要价，出租车数量的过度膨胀则会减少运营者的收入，并迫使其以提高运价或降低服务和安全标准的方式来补偿营业损失。这些被统

[1] 该通告全文已在“中国上海”门户网站（[www.shanghai.gov.cn](http://www.shanghai.gov.cn)）发布，载 <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2319/node12344/userobject26ai21880.html>。

[2] 文件严格规范了行政执法程序，要求行政执法人员从事行政执法活动时，应当向当事人出示行政执法证件；除适用简易程序外，必须两人以上共同进行。行政执法人员调查取证时，应当全面、客观、公正，不得以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段收集证据，不得伪造、隐匿证据。

[3] 早在2005年北京就曾发生过起诉“钓鱼执法”的行政诉讼。冯伟祥：“‘钓鱼’式执法被控违法”，载《民主与法制时报》2005年7月26日版。

称为“市场失灵”的现象就构成了政府管制出租车市场的理由。<sup>[1]</sup>自20世纪90年代中期以来,我国对出租车的管制措施渐趋严格。根据1997年建设部、公安部联合制定的《城市出租车管理办法》,管制出租车的主要措施包括:(1)数量控制(向运营者出售特许经营权);(2)准入限制(限制个体工商户经营出租车业务);(3)租价管制(由政府确定出租车运价)。除此之外,出租车车型、车辆配置、车辆报废期以及服务和安全标准也由管理部门统一规定。

上海市对出租车市场的准入限制尤为苛刻。为了鼓励所谓的“集约化经营”,自1995年6月《上海市出租车管理条例》出台之后,个体工商户就不再可能获得出租车运营资格。目前,90%以上的出租车司机受雇于某个特定的出租车公司。出租车公司则凭借其从制度性壁垒中获取的垄断地位“挟天子以令诸侯”:向上俘获管理部门,向下压榨出租车司机,在与双方讨价还价中占尽优势。其结果就是,出租车价格的不断调高并未让司机获得实惠,行业暴利差不多都被出租车公司拿走了。<sup>[2]</sup>2009年前后,上海市出租车司机日均工作12小时,月均收入只3000元多一点。<sup>[3]</sup>

相比之下,黑车车主的状况要好得多,不被公司盘剥,也不受政府管制。花几万元钱就可购买一辆低档或“二手”运营车辆(还不必安装计价器和GPS),除此原始投入之外,燃油费、维修费和车辆保险就构成了黑车运营的全部物质性成本。虽然没有运营标识,不能提供“扬招”服务,更无力在主要交通线路上与出租车竞争生意,但即使在城郊区蹲点,或与乘客电话预约,黑车也能获得充足客源。此外,为了规避在上海购车所必须支

[1] 下列文献论证了对出租车进行价格管制、进入限制和总量控制的必要性, Beesley, M. E., Regulation of Taxis, 83 *The Economic Journal* 329, 1973, pp. 150 - 172; Douglas, G., Price Regulation and Optimal Service Standards; the Taxicab Industry, 6 *Journal of Transport Economics and Policy* 2, 1972, pp. 116 - 127; Shreiber, C., The Economics Reasons for Price and Entry Regulation of Taxicab, 9 *Journal of Transport Economics and Policy* 3, 1975, pp. 268 - 293; Toner, J., English Experience of Deregulation of the Taxi Industry, 16 *Transport Review* 1, 1996, pp. 79 - 94.

[2] 据测算,上海市2006年5月的那次出租车运价上调,就让出租车公司的行业利润率从48.6%上升至50.5%,而出租车司机的收入却没有明显增加。陈明艺:“进入限制、价格管制与黑车泛滥——来自北京、上海出租车市场的经验分析”,载《山西财经大学学报》2007年第11期。

[3] 一个对比数据,2009年上海城市居民家庭人均年可支配收入已达28838元。参见“2009年上海市国民经济和社会发展统计公报”,载 <http://www.stats-sh.gov.cn/2005shtj/tjgb/node94/userobject1ai10641.html>, 最后访问日期:2010年2月13日。

付的4万元左右的“牌照费”，黑车大多在外地挂牌，牌照上的“浙”、“皖”或“沪C”等字样就成了黑车运营的隐性标识。这一方面便于黑车招揽乘客，另一方面也为执法机构查处黑车降低了识别成本。张晖和孙中界的倒霉经历就与其“皖Q”和“浙A”车牌不无关系。

黑车一旦被查处，通常会被罚款1万元，但年均被查处不超过1次；而每辆出租车每年固定缴纳的税费却接近13万元，分摊到两个司机身上，每人每年6万多元。如此算来，黑车车主的收入不会低于出租车司机；<sup>〔1〕</sup>即使与出租车司机的收入持平，开黑车也更划算，因为后者的劳动强度要小得多。黑车车主的“幸福生活”自然会吸引合法出租车司机纷纷“落草”，所以毫不奇怪很多出租车司机在与公司解除合同之后就去开黑车了。<sup>〔2〕</sup>

严格的准入限制和不断上调的出租车运价已经为黑车运营积累了充足的利润空间，而上海市对出租车的总量控制更让黑车运营如鱼得水。当时全市出租车总量仅有4.8万辆，对于一个常住人口接近2000万、流动人口超过600万的巨型城市而言，运力明显不足。需求和供给之间的巨大落差是上海黑车泛滥的主要因素。城市公交设施的大量“盲区”（尤其是轨道交通站点与市民居所之间的“最后一、两公里”）进一步扩展了黑车的生存空间。在上、下班的高峰期，黑车活动尤为繁忙。此外，地面公交和轨道交通在营运时间、换乘地点上的不匹配，也迫使市民更多依赖黑车出行。

上海市究竟有多少黑车？这个数字很难估算。据上海市交通行政执法总队统计，自2006年1月至2009年年底，全市累计查处黑车（以四轮车为主）总数为7.89万辆，年均查处黑车2.24万辆左右。市政协组织的《黑车治理研究》专题调研组据此估算，上海市从事非法运营的黑车年平均总量约为4.5万辆。如果再加上“黑三轮”、“摩的”、“残疾车”、“黑公

---

〔1〕 据我调查，上海市黑车车主的收入差距很大，大多在2500元到5000元之间。地段好的黑车车主收入非常高，五角场附近的“黑三轮”每月还能赚上接近1万元。

〔2〕 如上海大众出租车公司在2005年第四季度因一批司机劳动合同逐渐到期后就一度出现了“司机荒”。陈明艺：“进入限制、价格管制与黑车泛滥——来自北京、上海出租车市场的经验分析”，载《山西财经大学学报》2007年第11期。

交”等非法营运车辆,上海市年均黑车总量应超过10万辆,相当于合法出租车总量的两倍还多。此外,交通执法总队估计全市还有“克隆出租车”约7000~8000辆。<sup>[1]</sup>

## 2. 执法“取证难”

管制出租车与打击黑车是一个硬币的两面。面对数量惊人的黑车,上海市政府自然不能袖手旁观。早在1995年6月,上海市人大常委会制定的《上海市出租车管理条例》就为打击黑车提供了法律依据,罚款是对黑车的主要行政处罚。该条例历经1997年5月和2001年1月两次修订,对黑车的罚款数额已提升至“两千元以上五万元以下”。罚款相当于向黑车强制征税,目的是增加黑车运营成本,压缩黑车车主的利润空间。尽管不能取消黑车(既不可能,也无必要),但可以减少或控制黑车的数量,抑制黑车泛滥的趋势。<sup>[2]</sup>

查处黑车的任务异常艰巨,首要难题是“取证难”。黑车与私家车在外观上没什么两样,唯一的区别是黑车运营中会出现交易行为(包括议价和付款),但受阻于交易的隐蔽性和瞬时性,执法人员几乎不可能目击现场;因此,要证明黑车运营中的交易行为,非“钓鱼执法”不可。尽管“钓鱼执法”触犯了众怒,但不可否认,倘若没有“钓鱼执法”,打击黑车就基本流于形式。其实,只要执法人员亲自“钓鱼”,就一般不会故意引诱合法车主。识别黑车司机并不困难,依靠生活经验可以基本搞定,实在拿不准的时候就看他是否主动要钱。所以毫不奇怪,在“有奖举报”大规模实施之前“错钓案”并不多见。受托处理上海市闵行区“钓鱼执法”退赔事务的上海中夏旭波律师事务所主任张鹏峰律师曾向我证实,在“有奖举报”大规模实施之前,闵行区城市交通行政执法大队的“错钓率”几近于零。

设计“有奖举报”制度的初衷是鼓励乘客举报黑车,不料事与愿违,举报黑车的乘客为数极少,却意外催生了一个由“钩头”和“钩子”组成的

[1] 张建松、宋韵芸:“越打越多 不打更多,上海‘黑车’有多黑?”,载 [http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content\\_12398374.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content_12398374.htm),最后访问日期:2009年11月17日。

[2] 仅在2009年上半年,上海市交通行政执法部门就开展了5次代号为“霹雳”的专项整治行动。张建松、宋韵芸:“越打越多 不打更多,上海‘黑车’有多黑?”,载 [http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content\\_12398374.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content_12398374.htm),最后访问日期:2009年11月17日。

“职业举报群体”。<sup>[1]</sup>“钩头”和“钩子”毕竟不是政府执法人员,在经济利益的诱惑下,他们有时会瞄准私家车主,通过与执法人员配合并引诱私家车主交易的方式将私家车当黑车查获,“错钓率”因此攀升。张晖与孙中界的遭遇就是在这个背景下出现的“错钓”事件。

此外,由于“职业举报人”相对固定,某些黑车车主与“钩头”发生秘密交易也在所难免,向“钩头”支付一笔“保护费”,就可以逃避被钓、破财免灾。如此,“钩头”就可以在执法机关和黑车车主两边渔利。为确保这一利益的来源稳定,“钩头”不免要从其奖金收入中拿出一部分作为回扣支付给执法人员,执法人员则因此获得了从前没有的“寻租”机会。媒体披露的“罚款经济链”大致就是这个情形。对“钩头”和“钩子”的“小动作”,执法机关负责人肯定心知肚明,但为了完成查处黑车的指标,就顾不了太多,不得不以“水至清则无鱼”来自我安慰。

上海市交通行政执法人员仅 800 余人,各区、县只 100 人左右,且非专职查处黑车。<sup>[2]</sup>面对数量庞大的黑车,执法人力明显不足。“有奖举报”制度的出台,可算是为执法机关雪中送炭。但数以千计的“职业举报人”却成为黑车车主的“天敌”,在显著提高执法力度的同时,也激起了黑车车主的强烈反弹。仅在 2009 年上半年,上海市就发生了 40 余起黑车暴力抗法事件,有的十分猖獗。<sup>[3]</sup>此前发生过的一起黑车司机与“钩子”拼命的血案也曾轰动一时。<sup>[4]</sup>

[1] “钩子”和“钩头”是上海话的俗称,“钓鱼执法”又被称作“倒钩”事件。据报道,这些职业举报人形成了有组织的群体,“钩头”负责与执法人员联系,“钩头”手下的“钩子”各有地盘。执法部门与“钩头”谈好,抓一辆黑车给几百元(不同区县从 200~600 元不等),部分归“钩头”自留,部分付给“钩子”,据说还要拿出 100 元送给执法人员做回扣。这样,就形成了一条“黑车执法产业链”。

[2] 张建松、宋韵芸:“越打越多 不打更多,上海‘黑车’有多黑?”,载 [http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content\\_12398374.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content_12398374.htm),最后访问日期:2009 年 11 月 17 日。

[3] 2009 年 6 月 26 日晚,上海宝山、嘉定交通行政执法大队联合执法,当晚查获 19 辆非法营运车辆,部分被车主煽动聚众闹事,袭击执法人员,抢夺被依法暂扣车辆,造成 4 名警察受伤,2 辆公安执法车辆被砸。在上海市 110 指挥中心及时增援宝山警方的情况下,事态才得到控制。张建松、宋韵芸:“越打越多 不打更多,上海‘黑车’有多黑?”,载 [http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content\\_12398374.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content_12398374.htm),最后访问日期:2009 年 11 月 17 日。

[4] 孙翔等:“上海奉贤一女协查员暗查黑车被刺身亡”,载《东方早报》2008 年 3 月 9 日版。



黑车车主的暴力抗法自然会在执法人员和“钩子”那里引发恐惧和戒备。为了保护自身安全、防范暴力抗法,执法人员和“钩子”就必然会在强行扣车过程中使用一些“软暴力”。<sup>[1]</sup> 如此,“9·6事件”中的“扣押过程”被张晖描述为“野蛮暴力”,也就不足为怪了。“暴力执法”与“暴力抗法”针锋相对,共同陷入了“囚徒困境”中的恶性循环。

### 3. “非法客运”界定难

上海市查处黑车的主要法律依据是上海市人大常委会 1995 年制定、1997 年和 2001 年两次修订的《上海市出租汽车管理条例》。依据该条例,“对于未经批准擅自从事出租汽车经营的”,执法机关可以实施行政处罚。然而如何界定“擅自从事出租汽车经营”却是出租车管理中的一大难题。即使采取“钓鱼”的方式,执法机关也至多能够证明车主与乘客之间发生了一次交易行为,倘若据此认定车主“擅自从事出租车经营”,必招非议。有法学专家指出,“偶发性”的民事交易并非“经营”行为,依法不得处罚。比如公民偶尔到车站退票,就不能视为倒票行为,更不能以“票贩子”论处。<sup>[2]</sup>

为此,早在 2008 年,上海市人大城建环保委就曾建议有关部门细化“擅自从事出租车经营”的认定标准,以便将市民之间搭“顺风车”这一类的偶发性交易从经营行为中剔除。<sup>[3]</sup> 但如何细化认定标准却成了至今没有答案的问题。诚然,多次交易才构成“经营”行为,但要让执法人员去跟踪黑车车主的每一次交易,显然行不通。通过大量收集外围证据也固然可以完成证明,但行政执法的成本就接近于刑事侦查了,总不能为查处一辆黑车成立一个专案组吧。

针对这一难题,2006 年 6 月上海市政府第 60 号令公布了《上海市查处车辆非法客运规定》。通过以“非法客运”的概念取代“擅自从事出租车经营”,“60 号令”含蓄地降低了认定黑车的证明标准。依据该规定,现场笔录、现场录音和录像可以作为证明“非法客运”的证据,这也意味着,

[1] 我觉得“钩子”强制拔掉钥匙是出于两个目的:一是立即停车,消除隐患;二是防止司机锁住车门,拔掉钥匙才能开启中控锁,打开车门。

[2] 柴会群:“上海:‘倒钩’执法变形记”,载《南方周末》2009 年 10 月 29 日版。

[3] 傅蔚冈:“‘钓鱼式执法’置社会道德于何地”,载《东方早报》2009 年 9 月 15 日版。

执法机关只需证明车主(即使是私家车主)和乘客之间发生过一次交易行为,就可认定其从事“非法客运”。<sup>[1]</sup>

“60号令”出台后,“钩子”们开始佩戴录音笔、微型录像机等设备作业。据媒体报道,上海城市交通行政执法总队所属15个执法大队和10个区县交通执法大队均装备了录音笔、微型录像机等设备。不言而喻,这些设备主要提供给“钩子”使用。“60号令”无疑在执法机关那里大受欢迎,上海城市交通行政执法总队负责人在接受媒体采访时曾称,作为专门针对整治非法营运的规章,“60号令”在取证、执法、处罚方面有明显突破,为查处非法营运提供了强有力的法规支撑。“60号令”出台之后执法效果立竿见影,当年上海全市查处的黑车就达2.5万辆,是上年的三倍还多。<sup>[2]</sup>

然而,由于“非法客运”的概念模糊了“擅自从事出租车经营”与“偶发性民事交易”之间的客观界限,在缓解“取证难”、“执法难”和“处罚难”的同时,“60号令”也提高了执法失误率。不少私家车主的偶发性交易被执法机关以“非法客运”处罚。张暉的遭遇就起因于在“钩子”引诱下的偶发性交易。

显然,执法机关要降低证明标准必须获得司法机关的认可。倘若被冤枉的车主都能在法庭上打赢官司,则执法机关的所有“突破”都会被司法机关推回原点。2008年6月,双方的默契最终形成,《上海市高级人民法院行政庭关于审理出租汽车管理行政案件的若干意见》的出台为执法机关降低证明标准的做法打开了司法绿灯。<sup>[3]</sup>此后,因“错钩”而被冤枉的私家车主在法庭上无一胜诉。如此判决必然会激起受害人的强烈不满,该意见被媒体披露之后,上海市高院随即被法律界人士指责为与交通行政执法机关联合起来对付百姓。<sup>[4]</sup>

[1] 闵行区建交委曾称,私家车主若与乘客有谈价行为即可认定为从事“非法运营”。柴会群:“上海:‘倒钩’执法变形记”,载《南方周末》2009年10月29日版。

[2] 柴会群:“上海‘倒钩’执法,立法司法难辞其咎”,载《南方周末》2009年10月29日版。

[3] 该意见规定:“经庭审质证被告提供证据证明行为人驾驶机动车招揽乘客,且已与乘客谈妥车费,乘客也实际乘坐车上,因被查获未及收取车费,被告据此认定行为人已实施了非法从事出租车营运违法行为,并作出处罚的,可认定被诉行政处罚行为事实清楚。”

[4] 柴会群:“上海‘倒钩’执法,立法司法难辞其咎”,载《南方周末》2009年10月29日版。

在证据法上,降低证明标准是推定的一种方式;但与一般推定不同,前者可以不必审查当事人提供的反证,只要行政机关提供的证据达到了法定的证明标准,其主张的事实即可被认定成立。而在一般的推定中,当事人拥有反证的机会,若反证成功,则推定事实不能成立。上海方面为何不采用一般意义上的推定来认定黑车呢?至少在理论上,为被查车主保留反证的机会可以降低执法失误的概率。但说起来容易做起来难,被查车主一旦拥有反证的机会,执法机关和司法机关就会麻烦缠身:如何确定反证成功的标准?有职业的合法车主不难提供反证,他们可以让其工作单位出具证明;但那些没有职业的合法车主呢?收集一大堆证人证言可否作为有效证据?这些证人证言是否需要逐一核实?黑车车主提供伪证怎么办?如何排除这些伪证?妥善处理好这些麻烦并非不可能,但行政执法的成本却不知要翻多少倍。受预算约束的执法机关无力将行政执法升级到刑事侦查的规格。

除非黑车车主是可信任的,即执法机关能够确信黑车车主不会出具伪证或者能够确信其他人不会帮助黑车车主作伪证,否则查处黑车就没有条件采用更加精确的方式。这一事实再次印证了我在本书第二章阐述过的一个道理:信任危机会迫使制度朝原始粗糙的方向回归,精致灵活的制度则只在高度信任(或信息辨识机制足够先进)的社会才能有效运转;作为一种无形资产,社会信任度是决定制度进化抑或制度衰退的内生变量。<sup>〔1〕</sup>

### 三、从“案件”到“事件”

若了解“钓鱼执法”事件的根源和背景,就不会对“9·6”事件和“10·14”事件的发生感到意外——只要政府决定查处黑车,就必然要采取“钓鱼”的方式;只要存在“钓鱼执法”和“有奖举报”,“错钓案”就在所难免。“钓鱼执法”事件的高度戏剧性集中体现在案发之后,从“案件”到“事件”的演变过程确有许多出人意料的情节。情绪化的媒体舆论、草率的专家意见以及政府有关方面一连串的应对失误等多方面因素错综交

〔1〕 桑本谦:“法治及其社会资源”,载《现代法学》2006年第1期。

织,形成了类似“蝴蝶效应”的连锁反应,在很短的时间之内就将两起普通的“错钓”案件放大为轰动性的网络群体性事件。

事后看问题总难以避免“事后诸葛亮”式的偏见。由于后果对解释的压力难以抗拒,所以“瞎猫抓住死老鼠”式的好运气可能会被描述为先知先觉的英明决策,而受当时各种条件约束下的最佳选择却可能被视为应当避免的失误。<sup>[1]</sup>在下文的讨论中,我将努力使这种偏见中立化。

### 1. 草率的专家意见

随着上海两起“错钓案”在媒体炒作下日渐升温,法学专家自然不会置身事外。事发不久,几位知名法学家就透过媒体发表意见,他们痛批“钓鱼执法”,指责这种执法方式不仅于法无据,而且违背法理;既伤害了政府的执法形象,又减损了社会信任度。<sup>[2]</sup>但遗憾的是,这些专家意见都过于草率了,只阅读媒体资讯而不去实地调研的“隔空喊话”与“钓鱼执法”事件的高度复杂性极不相称。且不说忽略了“钓鱼执法”的背景因素,仅从专业角度就事论事,这些专家意见针对“钓鱼执法”的批评和指责也明显欠缺专业水准。逐一检讨这些专家意见,不难发现其中的技术性错误。

查处黑车最有效的策略(实际上也是唯一有效的策略)就是为黑车车主设计陷阱:执法人员伪装成乘客去搭乘目标车辆,待车主与执法人员发生交易时将其当场查获。“有奖举报”制度实施之前的“钓鱼执法”就大致按照这个程序操作,这种仅仅影响违法时间选择而不影响违法活动水平的“钓鱼执法”是完全合法的;虽说是布设陷阱,但执法人员只是为车主提供违法运营的机会,换作一般乘客,违法行为照样发生。只有在车主缺乏违法运营事先安排的情况下去诱惑车主发生交易,才可被视为非法取证。在这种类型的“钓鱼执法”中,车主没有违法运营的意图,违法是“引诱”的结果。由此,我们区分了两种不同类型的“钓鱼执法”:一种是“机

[1] [美]波斯纳著:《国家事务——对克林顿总统的调查、弹劾和审判》,彭安等译,法律出版社2001年版,第4~5页。

[2] 沈颖:“公权捞钱太易,‘钓鱼执法’合法性遭质疑”,载《南方周末》2009年9月23日版;吴晓杰、朱海涛:“‘钓鱼执法’事件具有重要‘标本’意义”,载《检察日报》2009年10月28日版;吴丹红等:“‘钓鱼式执法’:诘问和反思”,载《人民法院报》2009年12月8日版;宁宏:“‘钓鱼执法’畸形的公权力行使”,载《民主与法制》2009年11月2日版。

会提供型”的(下文称“A型钓鱼执法”),另一种是“犯意引诱型”的(下文称“B型钓鱼执法”)。“钓鱼执法”在法理上属于“陷阱取证”(entrapment)。“陷阱取证”的两种方式就是“犯意引诱”和“机会提供”。在多数国家的法律制度中,针对刑事诉讼的有效抗辩通常只发生在“犯意引诱”的情形,而“机会提供型”的“陷阱取证”则是完全合法的。<sup>[1]</sup>

我国现行法律制度尚未对“钓鱼执法”做出明确规定,因此不能笼统地将其定性为“非法”。被法学专家频繁援引的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第57条第3款的确规定了以“利诱”手段获取的证据材料不能作为定案的依据,但要正确理解其中的“利诱”却必须要考虑证据法的目的。在法律制度致力于提高社会福利的假定之下,证据法的目标可以被恰当地解释为:既非一味减少错判的数量(探知事实真相),亦非单纯降低取证的成本(提高效率),而是最小化错判损失和取证成本之和。<sup>[2]</sup>依据此法律目的,“利诱”的概念就应被限缩解释为“诱惑当事人产生违法意图”,而不包括“为当事人提供违法机会”的情形,因为后者一般不发生执法失误,即使偶尔发生,错误损失也远远小于由此节省的取证成本。依据目的解释原则,最高院的司法解释就应被理解为对“陷阱取证”的限制而非禁止。由此引申,“钓鱼执法”也只应被部分禁止,而不应被全面封杀。

上海市交通行政执法机构的执法记录显示,在“A型钓鱼执法”中“错钓”事件极少发生。<sup>[3]</sup>“9·6”事件中的“钓鱼执法”只是B型的,而“10·14”事件中的执法行为则更像是一种诬陷(如果孙中界描述的执法

[1] 关于“陷阱取证”的中文资料,可参见[英]J. C. 史密斯、B. 霍根著:《英国刑法》,法律出版社2000年版,第182页;简洁的经济分析可参见Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, pp. 235 - 236; 详细的介绍和分析可参见Michael A. De Feo, "Entrapment as a Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application," 1 *University of San Francisco Law Review*, 1967, pp. 243 - 276。

[2] [美]波斯纳著:《证据法的经济分析》,徐昕、徐尚译,中国法制出版社2001年版,第36~50页;Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 549。

[3] 该事实已被上海中夏旭波律师事务所的两位律师所证实,该所受托处理闵行区“钓鱼执法”的法律事务。

过程完全属实的话),<sup>[1]</sup>两起“错钓案”均与“A型钓鱼执法”毫不相干。法学专家将不同类型的“钓鱼执法”一概而论是一个严重的技术性错误。在更为深入的法理层面的讨论中,这一技术性错误不仅没有获得纠正,反被进一步强化了。

法学专家讨论问题通常不会满足于只援引法律条文,“程序正义”的概念如今已成为他们针砭时弊的独门武器(尽管很少有人能把这个概念解说清楚,当某位法学专家指责某个做法违背了程序正义的时候,不必当真,多数情况下只意味着他对这个做法看着不顺眼而已)。搬出“程序正义”的概念的确很唬人,它确实会让法学专家立于不败之地,因为凭借对“程序正义”的天然解释权,他们可以轻而易举地抢占法理制高点。

其实“程序正义”并没有法学专家渲染得那么神秘莫测。在关于程序正义的三种主流学说(“结果论”、“参与论”和“平衡论”)中,路易斯·卡普洛和波斯纳倡导的“平衡论”最能够贴切描述法律实施层面上的程序正义。<sup>[2]</sup>“平衡论”核心观念是设计法律程序需要平衡程序执行的成本和收益。一味降低法律决策的误差损失抑或单纯减少程序执行的交易费用均有违程序正义的基本内涵,因为程序正义的经济学目标是最小化两种成本(误差损失和交易费用)之和。与实质正义追求法律决策的零误差不同,程序正义能够容忍一定程度的误差,由此造成的损失将从节省信息费用方面获得超额补偿。由此看来,那种打着程序正义的旗号、鼓励政府不惜一切代价去避免执法失误的论调恰与程序正义背道而驰。在卡普洛和波斯纳那里,程序正义的效率内涵被提升到与精确性同等重要的位置:恰当的法律程序不能单纯致力于提高法律的精确性,而必须在效率和精确

[1] 至少在我看来,执法机关故意“诬陷”孙中界的可能性不大。尽管孙向媒体宣称他搭载乘客完全是出于好心,但仍对此表示怀疑。孙对央视记者称,搭车人曾几次问孙价钱多少,孙不答,这就让“钩子”判断孙默认交易;其次,若只是“顺风车”,孙至多将搭车人拉到就近的地方,根本没有这个必要非要将乘客拉到孙所称的那个“口袋”之中,而孙却是把搭车人拉到了目的地。

[2] [美]波斯纳著:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版;Louis Kaplow, The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis, *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 1994, pp. 307 - 401.

性之间谋求最大的交换值。<sup>[1]</sup>

从上述关于程序正义的经济学描述中,我们会发现“钓鱼执法”并不当然违背程序正义。在“A型钓鱼执法”中,“错钓”率极低,因而微小的“错钓”损失完全可以从其节省的巨额取证成本中获得绰绰有余的补偿。这种类型的“钓鱼执法”不仅完全符合“程序正义”,而且与提高社会福利的终极目标天然吻合。只要“钓鱼执法”确实能够提高社会福利,政府的执法形象就不会因此受损。更何况政府的主要职责就是提高社会福利,而不是美化自己的执法形象。一个只关注形象而蔑视社会福利的政府最终会摧毁它的形象,而一个为提高社会福利不惜牺牲形象的政府反而会真正提升它的形象。“面子工程”不是个很好的例子吗?

减损社会信任的指责也与“A型钓鱼执法”不相干。只要“好心载客”不涉及议价和交易,“A型钓鱼执法”对“好心载客”就毫无妨碍。当然,即使是“A型钓鱼执法”,也不能排除“错钓”的可能。但是什么样的执法方式能够保证百分之百的精确度呢?为了避免高昂的程序执行成本,合理的程序设计并不追求法律决策的零误差,更何况制度设计可以为“错钓案”的受害人提供法律救济。如果受害人能够获得完美赔偿(即赔偿之后的状况与没有遭受损失的状况是一样的),那么“好心载客”的数量就不会减少。倘若对“错钓案”受害人的实际赔偿相当于完美赔偿的1.5倍,则“好心载客”的数量肯定会增加,因为“被错钓”的“利润率”已经达到“暴利”(50%)的程度了。

## 2. 一边倒的媒体舆论

事发之后,媒体舆论“一边倒”的现象十分耐人寻味。舆论制造者的知识欠缺和不求甚解无疑是许多原因之一。无论是媒体记者、评论人还是网民,都把“钓鱼执法”看得太简单了,这一高度技术性的问题被降格为常识性问题来轻率对待。不负责任的专家意见不仅没有提供正确的专业指导,反而强化了舆论制造者的智识自信——在后者看来,专家意见与其

[1] 相关文献很多,可参阅比较典型的两篇:Louis Kaplow,“The Value of Accuracy in Adjudication:An Economic Analysis”,23 *Journal of Legal Studies*,1994,pp.307-401;Richard A. Posner,“An Economic Approach to Procedure and Judicial Administration”,2 *Journal of Legal Studies*,1973,pp.335-358。

直觉判断基本吻合。这种“英雄之所见略同”的满足感很容易引发一种群体性错觉,似乎每个人都有资格作为专家发言。如果专家不再引领智识,就会毫不费力地在关键时刻扮演失败的角色。尽管媒体记者和评论人并未忽略挖掘“钓鱼执法”的背景因素,但其注意力却几乎全部集中在“罚款经济链”——不仅很少顾及执法机关所面临的严峻处境,更从未慎重考虑“钓鱼执法”一旦遭禁将会导致什么后果。媒体报道的深度自然要受能力和预算的约束,但朝哪个地方去挖掘素材就是可选择的了。

此外一个不能忽略的微小因素是,当事人张晖在发帖讲述自己遭遇时并未提及他与“搭载人”发生议价行为的事实。这个情节并非无关紧要,它不仅事关张晖的“雷锋”形象是否货真价实,而且直接影响到网民对执法行为的评价。网民的最初愤怒起因于在他们看来执法机关和“钩子”联手“栽赃”了一个“活雷锋”,倘若得知张晖与搭载人发生了议价行为,则不仅“活雷锋”的形象大打折扣,“栽赃”也不沾边了,网民的愤怒情绪至少在事发初期就不会那么强烈。而媒体最初报道事件的动机之一正是网民的愤怒情绪(这是新闻价值所在),媒体最初报道的素材也几乎完全来自于这篇帖子。<sup>[1]</sup> 尽管,在事件升温升级之后,此情节已无足轻重,但在当时,它对于舆论的一边倒却是至关重要。倘若当初张晖的帖子没有遗漏这个情节,则事件的演变可能是另一番情形。这是“蝴蝶效应”的一个生动事例。

另一个值得注意的情节是“10·14”事件中受害人孙中界的“断指”行为。对此,孙中界向媒体的解释是,因遭执法机关诬陷,且辩解无效、投诉无门,致愤怒情绪不可遏止,遂以“断指”证其“清白”。其实大家都清楚,“断指”并无“证清白”之功效;但“断指”却是个极好的新闻卖点,媒体对“断指”行为的极力渲染使得“10·14”事件在许多“错钓案”中脱颖而出。公众对“错钓”事件受害人的同情以及对执法机关的怨气均被“断指”行为大大强化,甚至有人将“断指示清白”与“开胸验肺”相提并论。<sup>[2]</sup>

[1] 率先报道“9·6”事件的《东方早报》就是如此,顾文剑、杨静:“白领好心载客被‘倒钩’ 执法部门称‘谈钱就是黑车’”,载《东方早报》2009年9月15日版。

[2] 相关报道:“从‘开胸验肺’到‘断指证清白’”,载 [http://news.shangdu.com/202/2009/10/27/2009-10-27\\_244448\\_202.shtml](http://news.shangdu.com/202/2009/10/27/2009-10-27_244448_202.shtml)。



心理学的“有效启示”在这里发挥了显著的作用。<sup>[1]</sup> 尽管稍有法律常识的人都知道“断指”与执法机关的行为并无法律上的因果关系;但在当时的舆论氛围中,网民却普遍认为执法机关应为“断指”负责,受害人要求赔偿也是理所当然(孙中界也确实这么做了)。这一事实让我们深切地感受到,激情一旦燃烧起来,理性会变得多么脆弱,在我印象中,似乎没有人批评“断指”是鲁莽之举。

在这个网络时代,任何思考和言论都可以迅捷方便地转化为文字形式,并以前所未有的速度在不同个体和不同群体之间相互传递。传统媒体的全部文字、声音和影像可瞬间被转载到网络上,<sup>[2]</sup>网络成为真正的“多媒体”,集人际传播、组织传播及大众传播之特点于一身。在虚虚实实的网络空间里,每个人的思想都更容易影响他人,也更容易被他人影响,思想自由与精神控制之间的界限因此变得模糊不清。当所有言论“一边倒”的时候,冷静思考就变得多余,言论竞赛的标准不再是论证性的而成为修辞性的了。<sup>[3]</sup> 对于直觉和情绪而言,修辞正是最好的表达技术。在关于“钓鱼执法”无以计数的网络回帖中,出色的修辞比比皆是,严谨的论证却乏善可陈。

“钓鱼执法”事件中并非没有另类的声音。撇开执法人员不谈,非但大批出租车司机对“钓鱼执法”一致叫好(也有许多出租车司机对“钓鱼执法”颇有微词,但理由与众不同,他们认为“钓鱼执法”不能根治黑车泛滥,如果政府真想解决问题,就应采用吊销黑车司机驾驶证和车辆行驶证等更严厉的制裁取代罚款),很多参与处理“钓鱼执法”善后事务的律师也对执法机关表示同情和理解,尽管他们十分清楚“钓鱼执法”的种种弊病。此外,不少法学专家的讨论已经深入到事件发生的背景因素,他们对

[1] [美]凯斯·R·孙斯坦著:《风险与理性:安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第41页。

[2] 据人民网舆情监测室秘书长祝华新提供的数据,《人民日报》(10月19日)刊发的一篇严厉指责“钓鱼执法”的“人民时评”,就在一周之内被网络转载122次。祝华新:“钓鱼执法:舆论监督的经典案例”,载 <http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=159464>,最后访问日期:2009年10月26日。

[3] 在关于“钓鱼执法”的众多修辞之中,成都某私家车主“防钓”车帖因创意独特流行网络。该帖称:“本车拒绝一切搭载求助,临盆产妇、车祸、中风、触电、溺水都不关我事,尤其是胃疼的!”

黑车泛滥的状况有清醒的认识,对“钓鱼执法”也做了类型区分,并把指鹿为马的执法弊病与“钓鱼执法”本身的合理性隔离开来,进而得出“钓鱼执法”可以被有限适用的结论。<sup>[1]</sup>但这些关于“钓鱼执法”的不同意见却被浩浩荡荡的主流意见淹没了。

思考和表达的成本也许是个关键的因素。谴责“钓鱼执法”不必借助复杂的理论资源和分析技术,也无需对事件的前因后果进行深度挖掘;但要为“钓鱼执法”作辩解却需要冷静的思考、扎实的论证和细致的分析。将意见立足于事实和数据而非立足于抽象的法律原则和法治原则必然会导致思考和表达成本的大幅攀升,<sup>[2]</sup>而懒惰的天性却促使人们极力规避这些成本。教条主义之所以能够支配大众思维甚至能够主宰法学研究,其原因就在于此。为“钓鱼执法”做辩解的少数意见之所以处于先天的劣势,原因也在于此。事发之初,指责“钓鱼执法”的言论就迅速铺天盖地,而辩解性的专家意见直到2009年11月之后才陆续低调登台,那时围绕“钓鱼执法”的权力和舆论之角逐已告结束。

从利益冲突的角度看,大众舆论出现一边倒的局面其实很反常,因为并非每个社会阶层和社会群体都能从声讨“钓鱼执法”中获得好处。私家车主和“打车族”普遍抗议“钓鱼执法”是可以理解的,前者担心“钓鱼”会“钓”到自己头上(尽管这种担心被夸大了),后者担心黑车数量减少会让他们出行更不方便。但为数更多的“公交车群体”却可以因“钓鱼执法”而受益,为什么网络上没有他们的声音?除了“打车族”和“公交车群体”有大量交集之外,更重要的原因也许是那些只乘公交不打车的人们多数经济拮据,因此少有机会接触网络。出租车司机的声音也不大容易出现在网络上,每天工作12小时已是精疲力竭,哪有余暇发表网络言论。这一事实似乎表明,网络本身的选择性也是少数意见消声的原因之一。倘

[1] 邹荣:“‘暗乘’取证的合法性研究——以上海‘钓鱼执法’为例”,载《东方法学》2009年第6期;武重阳:“‘钓鱼执法’合理性之考量”,载《法制与社会》2009年第12期;李志鹏、常明明:“钓鱼执法的合法性与合理性界分”,载《吉林工商学院学报》2009年第6期;田冰:“论行政执法中陷阱证据的可采性认定及规制——由‘钓鱼执法’引发的证据能力理论研究”,载《北京人民警察学院学报》2010年第1期。

[2] 将决策立足于原则是一种规避信息费用的简化决策模式。[美]詹姆斯G.马奇著:《决策是如何产生的》,王元歌、章爱民译,机械工业出版社2007年版,第18~19页。

若每个人都有平等的发言机会,谴责“钓鱼执法”的舆论也许没那么强大。<sup>[1]</sup>但这仅仅是个推测,真实的状况并不与之完全相符。据我所知,即使那些因“钓鱼执法”而潜在受益的人们也对“钓鱼执法”颇有怨言,但这个现象不能简单地归结为人们的正义感或情绪化。

舆论的“一边倒”不单纯是网民和媒体的问题,薄弱的执法公信力早已隐含了这种风险。如果执法机关的大众口碑一直不错,偶尔出现的执法失误就很容易获得谅解。但当政府执法出现信任危机的时候,即使那些无法以合理成本避免的失误,也可能被媒体拿来大做文章,甚至会激发网民汹涌如潮的谴责和唾骂。

2006年之后,上海市交通行政执法机关借助政府“60号令”和“有奖举报”而大大提高了执法力度,但在规范执法行为方面却显然着力不多;对“钩子”引诱合法车主的行为,不仅未加防范,反而袒护纵容。其结果就是:查处黑车的数量显著增长,执法公信力却日渐薄弱。事发之前,许多“错钓案”受害人投诉无门的事实早已广为人知。

不仅如此,近年来政府执法在许多领域都暴露出严重问题,暴力执法、强制拆迁、刑讯逼供、对食品、药品监管不利等执法事故层出不穷,在损害政府执法形象的同时也在公众心理上留下了一道道难以愈合的伤口。“钓鱼执法”事件给公众提供了一个发泄怨气的出口,这些怨气可能不完全来自于“钓鱼执法”。“罚款经济链”被曝光之后,“钓鱼执法”更是触犯了众怒,所有人都会在想:那超过8亿元的巨额罚款都到哪里去了?

事后看来,舆论的“一边倒”造成了许多严重的后果。在多数意见的压迫之下,少数意见就逐渐沦为“沉默的螺旋”。<sup>[2]</sup>上海有关方面的话语权受到无形的压制,其决策空间也被大大压缩。就影响政府决策而言,如果舆论是正确的,“意见气候”就是建设性的;如果舆论错了,“意见气候”

---

[1] 网络上的言论本身对于社会来说其实就是放大的少数言论,是分散的极端意见汇合之后进一步极化(polarize)的结果。而汇合之后的少数意见会形成湍流(cascade),裹挟了大众意见。Cass R. Sunstein, *Going to Extremes: How Like Minds Unite And Divide*, Oxford University Press, USA, 2009.

[2] 传播学家惯用“沉默的螺旋”来描述不同意见逐渐消声的过程:多数意见者更容易大声疾呼,少数意见者却趋向于保持沉默。意见一方的沉默就造成了另一方意见的增势,如此循环往复,便形成一方的声音越来越强大、另一方声音越来越沉默下去的螺旋式过程。

就是破坏性的。所以,当舆论制造者的知识和技能尚未达到应有水准的时候,“舆论监督”充其量只是个中性的概念。

### 3. 相关部门的失误

事发之初,上海有关方面虽已感受到媒体舆论的压力,却依然宣称其执法方式有理有据并否认执法失误。尽管事后被证明是一个严重的失误,但考虑到当时的处境,有关方面采取这种强硬姿态并不令人费解。媒体对“钓鱼执法”的抨击越是上纲上线,承认“钓鱼执法”的压力和责任也就越大。一旦将“钓鱼执法”与政府公信力和社会和谐联系起来,那么承认“钓鱼执法”就无异于政治自杀。避免引火烧身的最佳策略就是矢口否认,否则后退一步可能全线崩盘。因为按照舆论的逻辑,只要承认执法失误,就意味着“钓鱼执法”确实存在,而且意味着“钓鱼执法”确实不合理。更让政府决策者忧心的难题是:一旦“钓鱼执法”遭禁,黑车市场可能完全失控的局面该如何应对?过去几年那接近8万次的行政处罚又当怎样处理?面对巨大的政治压力和严峻的社会现实,上海有关方面坚持强硬路线其实只是“按理出牌”。即使清楚利用公权力打压“错钓案”受害人并不合理,但为了保全上海市政府的执法形象,为了避免各种难以预料的政治和社会风险,以及为了拯救一种有效率的执法方式,也只能“两害相权取其轻”。

然而上海有关方面却显然低估了媒体舆论的力量:随着媒体报道的逐步深入,“错钓案”的主要情节以及隐藏在案件背后的许多秘密已被逐渐澄清,此时抛出一个否认“钓鱼执法”的核查结果就难免耍赖之嫌。更严重的失误却发生在核查结果遭遇央视唱出的对台戏之后。在强势媒体的压力之下,上海方面坚持一月之久的“强硬路线”彻底逆转,仅一天之后就决定对“10·14”事件重做调查,继而采取了步步退让的政策(道歉、退车、撤销行政处罚、承诺赔偿、败诉、追究责任乃至最终叫停“钓鱼执法”)。从一个极端走向另一个极端导致了严重的后果——“钓鱼执法”全面遭禁,而“后钓鱼时代”更为严峻的执法危机却接踵而来。

上海有关方面之所以在“钓鱼执法”事件中一直处于被动局面,是因为自始至终没有掌握话语权。有关部门负责人几次面对媒体记者的发言都相当失败,他们利用上海市地方政府规章(第60号令)来为“错钓案”

打掩护,<sup>[1]</sup>却轻率地放弃了争夺法律依据和法理制高点这两块重要阵地,结果不仅没有筑起“钓鱼执法”的防御工事,反而扩大了媒体舆论的打击范围,致使“钓鱼执法”连同政府规章一并暴露在媒体火力之下。

上海有关方面的宣传策略也明显失误:因受控于一种非此即彼的逻辑(要么强硬,要么退让)而忽略了在两者之间寻求妥协的可能。“钓鱼执法”本不是铁板一块,它可以被分割为两种不同的类型,放弃“B型钓鱼执法”是应该的也是必需的,却不该把“A型钓鱼执法”也拉来陪葬。倘在事发初期,上海有关方面就把两种类型的“钓鱼执法”划清界限,并引导公众和媒体将所有怨恨向“B型钓鱼执法”发泄,结局也许会全面改观。

然而我们必须看到,在执法机关的公信力已经遭到严重侵蚀的情况下,为“钓鱼执法”做辩解的任何宣传策略都会承担巨大的风险。执法机关的话语权与其公信力密切相关。在“钓鱼执法”事件中,“罚款经济链”是执法公信力的最大杀手。尽管上海交通管理部门的负责人已向媒体交代所有罚款全部上缴国库,<sup>[2]</sup>但这难以阻止人们想入非非,因为谁也无法保证这些上缴的罚款不会以某种方式、某种名义、某种比例再次返还给执法机关。“罚款经济链”被媒体曝光之后,执法人员为“钓鱼执法”所做的任何辩解都可能被公众怀疑为保护其自身经济利益的借口。如果说把罚款的一部分用来作为“钩子”的报酬还可以谅解的话,那么执法人员从“钩头”那里收受回扣就是不折不扣的贪污了。<sup>[3]</sup>

#### 四、“后钓鱼时代”的执法困境及法律对策

尽管上海方面十分清楚取缔“钓鱼执法”的后果,高层会议也屡次强调在“坚决禁止交通违法行为过程中的不正当调查取证行为”的同时还要

[1] 顾文剑、杨静:“白领好心载客被‘倒钩’ 执法部门称‘谈钱就是黑车’”,载《东方早报》2009年9月15日版;“好心搭客被指开黑车 闵行相关部门称其有证据”,载《东方早报》2009年9月17日版。

[2] 顾佳赞、刘耿:“上海‘钓鱼’”,载《瞭望东方周刊》2009年10月26日版。

[3] “错钓案”受害人的代理律师郝劲松就发函至上海市公安局,举报“钓鱼执法”涉嫌“有组织黑恶势力犯罪”。左志英:“郝劲松举报钓鱼执法‘犯罪团伙’”,载《南方都市报》2009年10月29日版。

“坚决依法整治非法营运”；<sup>[1]</sup>然而，这两个“坚决”却明显不相容，取缔“钓鱼执法”容易，但同时还要“整治非法营运”就难乎其难了。据知情人士透露，“钓鱼执法”遭禁之后，上海市查处的黑车屈指可数。政府“32号令”的公布差不多让执法机关自废武功，但对于黑车车主却是个天大的喜讯，行政处罚至少在“世博”期间已经名存实亡。一位黑车司机告诉我，他的几位已经不开黑车的朋友又准备重操旧业了。没有人知道黑车数量究竟增长了多少，但看得见的现象是其活动范围正由城郊向市区渗透。眼下的上海已成为黑车的天堂。

黑车的无度泛滥必然会压缩合法出租车的市场，出租车公司、管理部门与出租车司机三者之间的固有矛盾会因此加剧。“世博会”结束之后，出租车客源迅速减少，但相继增加的黑车却不会立刻退出市场。出租车空驶率的提高并不立即降低出租车公司的利润和政府的税收，却会直接减少出租车司机的收入。上海市出租车司机的收入已被出租车公司压到了最底线，倘有任何因素减少他们的客源，都会在出租车司机那里引发强烈不满。政府打击黑车不力是诱发出租车司机罢工的许多因素之一，<sup>[2]</sup>这个来自其他城市的教训值得上海方面格外警惕。

更需警惕的是，黑车市场的过度竞争还会威胁社会治安，争抢生意、争夺地盘的暴力事件必然有增无减。而当黑车市场呼唤秩序的时候，“野生权力”就容易在国家权力的真空地带乘虚而入。“黑帮”会为黑车运营划分地盘，为黑车司机解决纠纷，甚至会模拟政府管制而为黑车市场进行总量控制、价格管制和准入限制。如此，政府漏掉的税收就不会全部进入黑车车主的腰包，而是相当一部分会成为流向“黑帮”的“保护费”。这些推测不是天方夜谭，不少城市的黑车市场已发现“黑帮”介入的踪迹，<sup>[3]</sup>

---

[1] 2009年10月26日，上海市政府召开常务会议提出“两个坚决”。东方卫视：《上海市政府召开常务会议》，《环球新闻网》2009年10月26日；另参见人民网相关报道：“上海市人大主任刘云耕：取缔所谓钓鱼执法绝不手软”，载 <http://news.sina.com.cn/c/2009-11-05/031718976988.shtml>，最后访问日期：2009年11月5日。

[2] 可参见腾讯网新闻专题：“各地出租车罢运事件”，载 <http://news.qq.com/zt/2008/bayun/>。

[3] 相关报道：“执法清剿猖狂黑车 黑车帮派已具黑社会势力”，载《沈阳日报》3月31日。

即使在上海,黑车与“黑帮”之间的结合早在几年之前就曾见诸报端。<sup>[1]</sup>有什么理由认为“黑帮”不会随着黑车的泛滥而悄悄发育呢?

“后钓鱼时代”的执法危机还可能在其他城市和其他领域引发连锁反应。据报道,以上海市为前车之鉴,湖南省已通过立法严禁“钓鱼执法”;<sup>[2]</sup>既然交通执法领域引爆了“钓鱼执法”事件,税务稽查、卫生监督、质量技术监督等执法领域不也是“钓鱼”的雷区吗?“钓鱼执法”的戏剧性故事并未完结,若不及时应对,更多的戏剧性情节将被陆续演绎出来。着眼于此,下文将为交通行政执法“后钓鱼时代”的执法困境探索一套可行的法律对策。

### 1. 复活“钓鱼执法”

“后钓鱼时代”的执法危机势必愈演愈烈,但上海方面却难以对“钓鱼执法”重新定调,即使仅仅恢复“A型钓鱼执法”的合法性也是一个危险的举动。在当下的舆论环境中,为“钓鱼执法”招魂的任何言论都可能招致新一轮的口诛笔伐。<sup>[3]</sup>撇开舆论压力不谈,仅凭我们所熟悉的政治潜规则判断,政府在短时间内出尔反尔也可能是不明智的,即使是为了纠正过去的错误。<sup>[4]</sup>

“解铃还须系铃人”。既然谴责“钓鱼执法”的法律依据来自最高院的司法解释,那么为“钓鱼执法”部分平反也最好诉诸司法解释的途径。最高院应尽快就“陷阱取证”出台司法解释,明确区分“陷阱取证”的不同类型,禁止“犯意诱惑型”的“陷阱取证”,拯救“机会提供型”的“陷阱取证”。这个司法解释的出台并不突兀,此前的司法实践已经做了铺垫。刑事诉讼中“机会提供型”的“陷阱取证”一直被默认为合法的取证手段(否

[1] 周健:“闵行‘黑公交’惊现‘黑社会’势力”,载《上海商报》2005年7月25日版;张建新:“到底有多乱?透视上海‘黑车’之殇”,新华每日电讯 [http://www.xj.xinhuanet.com/bt/2009-10/30/content\\_18095367\\_2.htm](http://www.xj.xinhuanet.com/bt/2009-10/30/content_18095367_2.htm),最后访问日期:2009年10月30日。

[2] 例如,湖南省就以上海市出现“钓鱼执法”事件为前车之鉴,立法严禁钓鱼执法。相关报道参见:“湖南立法严禁钓鱼执法 轻微违法不予处罚”,载《潇湘晨报》2009年11月14日版。

[3] 2009年11月中旬,市委书记俞正声在接受媒体专访而首度回应“钓鱼执法”事件时,曾指出事件的根源在于“有奖举报制度不加限制地使用”。这个说法试图将人们注意力从“钓鱼执法”转向“有奖举报”,同时含蓄地表明了,在“有奖举报”制度出台之前“钓鱼执法”是基本健康的。然而,这个说法一亮相,就立即遭到了媒体和专家的质疑。

[4] 时隔5年之后,上海市政府于2014年7月29日颁布《上海市查处车辆非法客运办法》,并于8月1日实施,该法规的实施标志着上海已经低调恢复“钓鱼执法”。

则何以侦破那些贩毒案、假钞案、偷税案、走私案、卖淫案呢?),民事诉讼中“提供机会型”的“陷阱取证”也在最高院审理的“北大方正案”中获得认可,<sup>[1]</sup>只有行政诉讼中的“陷阱取证”一直晦暗不明。在行政执法领域,除了查处黑车,“陷阱取证”还在卫生监督、质量技术监督、税务稽查等许多执法领域中广泛存在。考虑到“后钓鱼时代”的执法困境和可能引发的连锁反应,最高院出台相应的司法解释已是刻不容缓。<sup>[2]</sup>

一旦司法解释铺平了道路,上海方面就有可以通过修改政府规章来复活“A型钓鱼执法”。但为避免重蹈覆辙,必须对取证过程严加限制。关键点在于录音、录像必须完整显示执法者与被查车主确实发生了议价和交易行为,一旦发现“引诱交易”的嫌疑,证据就不得被采用。倘若执法机关严格执行这一证据标准,“错钓率”完全可以被降低到安全警戒线以下。

针对目前的舆论氛围,上海方面应在适当时机开展一些宣传工作。首先,应组织审慎的、负责任的法学专家就“陷阱取证”展开学术研讨,有深度的学术讨论可以促使人们反思过去的认识,并在智识上压倒情绪化的网络舆论和媒体评论。其次,要透过媒体宣传黑车泛滥的状况和可能造成的后果,组织专家或委托机构对黑车泛滥的状况进行调研,用事实和数据说话才有说服力,严峻的社会现实是最好的教科书。最后,在适当时机公布“有奖举报”制度实施之前“错钓率”,引导人们重新权衡“钓鱼执法”(“A型”)的利弊。如果这些宣传工作在事发之处就能有效开展,上海方面也许不会因彻底丧失话语权而处处被动了。

## 2. 重新界定“非法客运”

2010年4月15日上海市政府第32号令公布的《上海市人民政府关于加强查处机动车非法客运的通告》不仅明令禁止“钓鱼执法”,而且废止了通过降低证明标准来认定黑车的执法模式。“60号令”中“非法客

[1] 参见北京市高级人民法院(2002)高民终字第194号民事判决书。

[2] 也许有人会说“陷阱取证”只可适用于一些严重的刑事案件,将其引入行政法则纯粹小题大做。没错,与放过一个毒品贩子相比,放过一个黑车司机确实不值得大惊小怪。但若放过全国几十万个黑车司机,结果如何呢?在制度层面上比较放纵成本,不能看一起案件,而应看一类案件。更何况,如果“陷阱取证”的执法失误在所难免,那么“行政冤案”的损失肯定会远远小于刑事冤案的损失。



运”的概念在“32 号令”中已被悄悄变更为“非法客运经营活动”。由于担心错把偶发性交易认定为“非法经营”，“32 号令”规定，如果执法机关发现司机与乘客发生交易行为，只认定为“收费搭载乘客行为”；当“收费搭载乘客行为”超过三次，或者当确有外围证据证明被查车主从事“非法客运经营活动”时，方可作为黑车处罚。<sup>[1]</sup>“32 号令”公布之后，合法车主被冤枉的概率固然可以降低到接近零值，但黑车车主被放纵的概率却接近百分之百了。按照这种界定，即使复活“钓鱼执法”和“有奖举报”，执法机关也无力查处黑车了。幸好“32 号令”只适用于“2010 年上海世博会筹备和举办期间”，世博会结束之后，“32 号令”的符咒就应被自然解除。

依我看，上海方面明智的做法还是恢复降低证明标准的方式。但考虑到舆论敏感期尚未结束，不妨采取一个折中的方案：若执法人员发现车主与乘客发生交易，即可查扣车辆；若该车主此前有被查处的记录，即可认定“非法从事客运经营活动”；若该车主此前无被查处的记录，姑且认定为“收费搭载乘客行为”；若执法人员再次发现车主“收费搭载乘客”，即可认定为“非法从事客运经营活动”。“钓鱼执法”事件发生之前的执法记录是一个有价值的数据库，借此可以缓解执法过程中的信息不对称，制度如此设计，可在保证执法失误率不会明显上升的情况下大大降低执法成本。

### 3. 规范“私人执法”

2009 年 11 月中旬，上海市委书记俞正声在接受媒体专访而首度回应“钓鱼执法”事件时，曾指出事件的根源在于“有奖举报制度不加限制地使用”；市长韩正则认为交通执法领域的“有奖举报”应被禁止，否则就会出现不受监督的职业性举报。<sup>[2]</sup>其实“有奖举报”没那么可怕，它是一种典型的“私人执法”（private enforcement），只要严格规范，完全可以成为一种合理的执法方式。在许多人的观念中，执法权在任何情况下都应由

[1] 参见 2010 年 4 月 15 日《上海市人民政府关于加强查处机动车非法客运的通告》第 4 条。

[2] 相关报道：“上海市委书记首度公开回应钓鱼执法事件”，载《武汉晚报》2009 年 11 月 18 日版。在 2010 年 3 月上旬的“两会”期间，上海市委书记俞正声以及上海市市长韩正又进一步重申了这个观念。相关报道：“沪钓鱼案受害人未获赔 俞正声称问责执法者不妥”，载《京华时报》2010 年 3 月 8 日版。

执法机关来行使。我不清楚这个清规戒律来自何方神圣,但我知道“私人执法”作为一个学术论题已经被讨论了三十多年。<sup>[1]</sup> 法律实施借助于私人的力量早已不是什么新鲜事,最近几十年,西方国家在公共政策、<sup>[2]</sup> 环境法、<sup>[3]</sup> 反托拉斯法、<sup>[4]</sup> 水净化法、<sup>[5]</sup> 城市规划、<sup>[6]</sup> 汽车质量监督等诸多领域广泛引入私人执法,以图提高执法效率、降低执法成本。

私人执法可以在交通行政执法中发挥不可替代的作用。如前文所述,上海市大约有 10 万辆黑车且数量还在增长,而全市交通行政执法人员仅 800 人左右。如果让一百多辆黑车共同面对一个执法人员,其分摊的执法压力微乎其微。不仅如此,各区、县交通行政执法人员大约只有 100 人左右,他们只负责其辖区内的执法工作,随着时间的推移,这些数量有限且人员固定的执法人员自然很容易被黑车车主辨认出来,这将严重减损执法力度。

尽管“钩头”和“钩子”在“钓鱼执法”事件中扮演了不折不扣的反面角色,但是不能否认,对于“整治非法营运”、“维护交通营运市场的正常秩序”,由“钩子”和“钩头”组成的职业举报群体功不可没。“有奖举报”的确会带来许多弊端——引诱合法车主导致“错钓”和诬陷,给执法人员回扣则滋生执法腐败。然而面对一个制度的弊端最恰当的态度是寻求去弊的方法,而不是断然抛弃这个制度。通过合理规范,“有奖举报”制度是可以改头换面的。

“钩子”引诱合法车主是因为得到执法机关的默许。而阻止“钩子”

[1] 一般认为,贝克尔和斯蒂格勒的《法律执行、渎职以及对执行者的补偿》(1974)是最早提出私人执法的开拓性文献。Becker, Gary S. and George J. Stigler, 1974, "Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcement", 3 *Journal of Legal Studies* 3, pp. 1-18.

[2] Mark A. Cohen & Paul H. Rubin, "Private Enforcement of Public Policy", 3 *Yale Journal on Regulation* 1 1985, pp. 167-194.

[3] Michael S. Greve, "Private Enforcement of Environmental Law", 65 *Tulane Law Review* 2, 1991, pp. 339-394.

[4] John D. Guilfoil, "Private Enforcement of U. S. Antitrust Law", 10 *Antitrust Bulletin* 5-6, 1965, pp. 747-778.

[5] Courtney M. Price, "Private Enforcement of the Clean Water Act", 1 *Natural Resources & Environment* 4, 1986, pp. 31-33.

[6] Allison Dunham, "Private Enforcement of City Planning", 20 *Law and Contemporary Problems* 3, 1955, pp. 463-480.

引诱合法车主其实并不困难,只需改变激励就可以了。执法机关可以要求“钩子”必须对议价和付款过程制作录音、录像证据,进而仔细审查每一份证据。如果发现引诱的情节,则执法机关不仅可以拒绝支付报酬,还可以对“钩子”采取罚款乃至开除的方式。这样,“钩子”就不敢再向合法车主下手,“错钓率”因此会下降到极低的水平。

上海市有关部门还可以引导“私人执法”的集约化经营,通过审批几家私人执法公司以取代凌乱的执法团伙,就不仅可以进一步规范执法活动,还能从根源上防范回扣现象——如果私人执法公司能够根据与执法机关核对的查证次数直接从政府财政获取执法报酬,并且不再担心其经营资格和业务来源,就基本消除了向执法人员支付回扣的激励。<sup>[1]</sup> 执法机关的主要职责除了协助私人执法公司查扣车辆之外,就是受理投诉。投诉的数量和结果应当成为考核私人执法公司的一个重要指标。当然,我们不可能一劳永逸地设计一个绝对完美的“私人执法”制度,新问题还会在实施过程中逐步暴露,但制度本身也会在实施过程中逐步完善。

## 五、结语

回顾“钓鱼执法”事件,感觉其真像一场精心导演的戏剧:除了执法人员、职业举报人和“错钓案”受害人之外,政府官员、法官、法学专家、媒体记者和评论人都在其中扮演了重要角色,无以计数的网民更让演员阵容无比强大。在这场戏剧中,不同社会群体之间的各种复杂社会矛盾获得了深刻而集中的展示。事件中的挫折、谎言、背叛、黑幕、威胁、悬念、喝彩、象征性的暴力、煽情的自残、似是而非的阴谋、权力与舆论的交锋、突如其来的逆转以及事件结局之后无奈的省略号和惊悚的感叹号,都是创作一个华丽剧本所常用的戏剧性元素。

但这究竟是个喜剧还是悲剧呢?现在做出判断为时尚早。必须看到,“后钓鱼时代”的执法危机至今尚未造成惨重的社会损失,我们还有足

---

[1] 也许私人执法公司化之后对执法机关的俘获能力只会增强。逻辑上来看,执法人员向分散的钩子收取回扣本身已经是违法的,私人执法公司同样也可以集中向执法机关领导行贿。因此本质上的控制“寻租”的问题还是存在的,并没有真正消除激励。可能的改善在于集中的腐败行为相对来讲更容易发现和查处。

够的时间阻止危机转化为灾难。“钓鱼执法”事件确实损害了政府执法的公信力,但同时它也强化了政府重视和改善执法形象的忧患意识。政府决策者会在这次事件中深切感受到:对于某些社会麻烦和社会风险而言,再完善的制度建设也无法构建起绝对安全的防火墙,执法公信力是政府应对麻烦和防范风险不可或缺的无形资产。当其积累雄厚的時候,不仅可以通过掌握话语权来实现舆论防御,还能增进执法手段的灵活性,并让执法机关在应对意外事件时能够从容不迫。而如果我们发现某个执法机关过分小心谨慎、过分注重自己的形象、不敢承认错误,甚至不敢纠正错误的时候,就基本可以判断该执法机关对其执法公信力已经严重不自信了。

此外,政府决策者还会明白一个重要的道理:保全政府的“面子”通常无助于真正改善政府的执法形象,对“面子”过分敏感可能会让政府“很没面子”。政府决策失误不是什么丢人现眼的事情,除非是犯下低级错误(譬如包庇“毒奶粉”或“打错门”)。当代中国政府对社会的有效管理早已不再依赖民众对政府决策永远正确的迷信,当代中国民众的政治成熟也早已达到了能够宽容政府决策失误的程度(尤其是那些不能以合理成本避免的失误),真正让民众难以容忍的是政府掩盖错误和延续错误的愚蠢行为。根据我的感觉,在“钓鱼执法”事件中,执法人员的认识水平并不低于媒体记者和评论人,甚至不低于那些法学专家。倘在事发之初执法机关就能坦率承认错误,同时就错误的背景和根源与社会各界展开细致的、有深度的、心平气和的对话和交流,结局何至于此?

“钓鱼执法”事件还留给我们一个重要警示:当代中国的职业精英在应对突发性事件的时候,无论在知识上还是心理上都没有做好充分的准备。几乎所有在这一事件中扮演角色的职业群体(尤其是法学专家、政府官员、法官以及媒体记者和评论人)在事后看来都犯有技术性的错误。专家发表意见尤其要慎重,因为他们代表专业知识的权威。而媒体在邀请专家时亦须格外谨慎,在当今学术界存在严重逆向选择的状况下,名气和头衔并不代表一个专家的水平。

此外,我们已经知道“钓鱼执法”带来的执法弊病无须通过全面禁止“钓鱼执法”来解决。从中可以吸取的教训是:发现某个社会弊病之后不

必大惊小怪,更不要因噎废食,应努力探索能以最低成本解决问题的方案。社会就像个有机体,不论哪里出了毛病,先不必考虑大动干戈,因为有时一个微创手术就解决了。

无论如何,“钓鱼执法”事件发生在交通执法领域还是值得庆幸的。与放纵其他领域的违法者相比,放纵黑车司机的结果要好得多。几乎所有人都承认,黑车司机对于缓解城市出租车运力不足的问题功不可没。人们对执法机关的不满情绪或与对黑车司机的“友好态度”不无关系。在我看来,在许多小规模的城市(比如我生活的威海市)即使存在出租车管制,也不见得一定要打击黑车,市场淘汰机制会把无经营标识的黑车驱赶到出租车很少光临的地方(如城乡结合部)。倘若黑车在不与出租车争夺生意的情况下还能填补市场空白,则政府只需睁一只眼闭一只眼也就够了。

当然,上海市的黑车泛滥却是必须要解决的问题。即使如此,除了打击黑车,政府还可以寻求其他的途径。撇开“长效机制”、“源头预防”、“综合治理”之类的空话不谈,政府可以通过减少出租车公司的利润并降低运价来压缩黑车运营的利润空间,还可以通过放松对出租车市场的准入限制和数量管制来缩小黑车的活动范围,或者干脆用“招安”黑车司机的方式来“漂白”黑车。<sup>[1]</sup> 即使由于道路承载量的约束、出租车公司的反弹以及被进一步刺激的市场需求导致这些措施不能彻底解决问题,也至少可以缓解问题的严重性。倘若前文讨论的打击黑车的“硬性”法律对策因舆论压力而根本无法被采用,那么面对“后钓鱼时代”的三大风险(黑车市场失控、出租车司机罢工以及滋生暴力和“黑帮”),政府就只能下决心对不合理的出租车市场管制重新洗牌。果真如此,“钓鱼执法”就无愧为2009年度一个建设性的法治事件了。“福兮祸兮”还没有定论,明天的结局取决于今天的行动。

[1] 上海市在近三年来先后投放了1690个区域性出租车运营牌照,3700名上海户籍的黑车司机被政府“招安”。但与数量庞大的黑车相比,被“漂白”部分只是杯水车薪。张建松、宋韵芸:“越打越多,不打更多,上海‘黑车’有多黑?”,载 [http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content\\_12398374.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2009-11/17/content_12398374.htm),最后访问日期:2009年11月17日。

## 第十三章 利他主义救助的法律干预

### ——以“小悦悦事件”和“彭宇案”为素材

2011年10月13日傍晚,两岁女童“小悦悦”被两辆车相继碾轧,八天后不治身亡。令人震惊的是,在事故发生后的7分钟内,先后经过的18名路人却对血淋淋的现场无动于衷,直到一位拾荒阿姨出手相救。<sup>[1]</sup>在清晰记录事故过程的监控录像透过电视和网络广泛传播之后,这起交通事故就演变为一个标志社会道德危机的“事件”。<sup>[2]</sup>事件的主角已不是死去的女童,而是那些碰巧经过的路人;其最惊悚的场景也不再是车祸现场,而是路人的冷漠。这起发生于广东佛山的“小悦悦事件”带给全社会一次强烈的心灵震撼,令人窒息的视觉冲击力逼迫每一个人在惊讶和愤怒之余再去拷问自己的道德良心。

在“小悦悦事件”之前,被媒体报道的“见危不救”

[1] 事故发生的视频资料,载 [http://v.youku.com/v\\_show/id\\_XMzEzODMzNm2.html](http://v.youku.com/v_show/id_XMzEzODMzNm2.html)。完整报道,参见孔璞:“佛山女童小悦悦被碾后冷漠的387秒”,载《新京报》2011年10月21日版。

[2] 关于“小悦悦事件”的大量报道和时评,载 <http://news.39.net/xwzt/fs18/>;以及 <http://news.sina.com.cn/z/ntzny/index.shtml>。

已有很多起。<sup>[1]</sup> 与之相联系的是,各种版本的“彭宇案”在不同地区屡屡发生,救助人被反咬一口的传闻不绝于耳。<sup>[2]</sup> 在如今的网络时代,传闻不论真假,只要它能刺激人们的神经或眼球,就会以前所未有的速度四处流散。人们宁信其真,不信其假,乃至“一人被蛇咬,万人怕井绳”。只要疑虑泛化为一种社会心态,冷漠必会成为接踵而至的精神并发症,两者相互刺激,交叉传染,在任何可能出现信任危机的地方肆虐蔓延。一旦人们的爱心和良知被这对心魔吞噬殆尽,其结局也许就是古人所说的“亡天下”。

危机引发了惊恐,也促使人们去思考:如何才能避免重演悲剧? 怎样才能化解疑虑,驱散冷漠,唤回爱心? 自然而然地,人们想到了法律。道德跌倒了,法律可以将它扶起来吗? 如果可以,如何设计法律对策? 围绕上述问题的讨论一度很热烈,不仅吸引了大量媒体、无数网民以及不少法律专家的注意力,而且惊动了官方,<sup>[3]</sup> 深圳市法制办拟定的《深圳经济特区公民救助行为保护条例(征求意见稿)》算是这场讨论的一个重要法律成果。但不得不承认,讨论明显缺乏深度,法律专家的参与于事无补,透过媒体发表的所谓“专家意见”无非用“法言法语”重述了道德直觉。<sup>[4]</sup> 可否通过立法惩罚见危不救是这场争论的焦点;但在未经详细考察和深

[1] “小悦悦事件”发生前,被媒体报道的见危不救事件先后发生在南京(2009年6月2日)、重庆(2009年9月19日)、杭州(2009年12月6日)、江苏泰州(2010年7月10日)、广州(2010年8月16日)、南京(2010年9月23日)、深圳(2010年12月15日)、福州(2010年12月29日)、武汉(2010年9月3日)等城市。

[2] 彭宇案发生后,救助人被诬陷的报道很多,先后发生在西安(2008年6月16日)、贵州都匀(2009年8月8日)、天津(2009年10月21日)、重庆(2009年11月14日)、青岛(2010年2月13日)、海南(2010年7月初)、广东肇庆(2011年7月15日)、上海(2011年8月1日)、江苏如皋(2011年8月27日)、武汉(2011年8月28日及10月16日)、江苏泰州(2011年10月28日)等城市。

[3] “小悦悦事件”所标志的社会道德危机引起了广东省有关部门的高度重视。省政法委牵头十几个部门组织开展了“谴责见死不救行为,倡导见义勇为精神”的大讨论。会后,省委政法委在官方微博上发布信息,问计于民,征求救济机制、奖惩机制方面的意见与建议,作为制定相关政策法规的依据或参考。此外,广东省委书记汪洋曾在省委常委会上呼吁“每一个人都要用‘良知的尖刀’来深刻解剖自身存在的丑陋,忍住刮骨疗伤的疼痛来唤起社会的警醒与行动”,相关报道参见《新快报》2011年10月21日版以及《广州日报》2011年10月21日版。全国政协常委赵启正直言“小悦悦事件”有损国人形象,相关报道参见《新京报》2011年11月16日版。

[4] 黎秋玲:“法律界人士热议‘见死不救’/专家反对立法论罪”,载《新快报》2011年10月21日版。学术孱弱的状况不限于国内学界,即使在欧美,关于《好撒玛利亚人法》的学术研究也是一个薄弱地带,精彩的学术分析十分罕见。

思熟虑的条件下,无论是支持者还是反对者所阐述的见解都难免武断之嫌,将问题诉诸一些大而化之、似是而非的教义或原则无助于深化我们的思考(本文结语部分对此还有进一步讨论)。

对利他主义救助进行法律干预是一个很复杂的法律问题。为了将问题简化,我们可以不必深究那些内容空泛、彼此冲突而又令人望而生畏的哲学和伦理学争议(诸如分配正义、矫正正义以及法律能否介入道德管辖的范围等),也无须过多考虑法律部门交叉分割带来的一些麻烦(激励和规范救助行为的法律规定涉及合同法、侵权法、刑法、行政法及海商法等多个法律部门,却又不能被简单归类于其中之一),但我们必须关注当下中国社会现实和社会心理的高度复杂性。不得不承认,在其他国家或在几十年前的中国,完全不是问题的问题在当下中国社会却可能成为一个严峻的问题。这一事实不仅会削弱历史经验和域外经验的可借鉴性,而且会加剧法律实施过程和实施结果的不确定性。

本文讨论的“救助”单指非专业救助者(layperson)对处于危急状态的人们实施的人身救助,“危急状态”或因意外事故,或因侵权行为所致。受海商法调整的海难救助、无因管理或紧急避险中的财产救助、有合同关系的救助以及那些负有特定义务的专业人员(比如医务人员、消防队员、警察、军人等)所从事的专业性救助均不在本文的讨论范围之内(只在需要比较的时候偶有提及)。“危急状态”所需要的救助属于紧急行动,因此区别于捐赠;捐献自己的骨髓(实际上是造血干细胞)以拯救他人生命的行为看起来也算是一种广义上的救助,<sup>[1]</sup>但因被救助并非处于“危急状态”(身患血癌的危急程度与心脏病突发而昏迷在街道上不能相提并论)故应被视为捐赠,也因此不在本文的讨论范围之内。鉴于非专业救助通常具有利他主义性质(尽管可能不是纯粹利他主义的),因此,要对见危不救进行法律干预,就需要了解救助动机的复杂性。

[1] 例如,埃里克·马克在其关于“好撒玛利亚人法”的著名论文中开篇就讨论一个拒绝捐献骨髓的案例。Eric Mackin, *Bad Samaritanism and the Causation of Harm*, 9 *Philosophy & Public Affairs*, 1980, p. 230.



## 一、救助的动机

救助与捐赠和施舍一样,具有强烈的利他主义色彩。当面对处于危难中的同类时,绝大多数人们都会本能地表现出“恻隐之心”。所谓“恻隐之心”,就是以别人的痛苦作为自己的痛苦来体验的神经心理反应。据说,斯坦福大学的研究人员已经发现,当人们看到别人受伤时,其胸部的反应状况与自己遭受同样伤害时的反应是一致的。<sup>[1]</sup> 这是存在纯粹利他主义行为的生理学证据。既然他人的痛苦会引发自己的痛苦,那么他人的满足也会成为自我满足的一个组成部分,在这个意义上,“助人”的确是可以“为乐”的。

但从达尔文主义的角度,这是个多少有些令人迷惑的现象。因为,只要救助行为会给救助人本人带来风险,哪怕风险微不足道,拥有“恻隐之心”的人们也会因其对自我利益关注较弱而在生态竞争中输给那些冷漠的旁观者。照此推测,“恻隐之心”在进化过程中就是一个注定要被淘汰的失败个性,而冷漠却会最终成为自然选择赋予人类群体的主流品格。<sup>[2]</sup> 这是个悲观的推测,幸好事实并非如此。

“互惠利他主义”(reciprocal altruism)、“亲缘选择”(kin selection)以及“信号传递”(signaling)的理论有助于消除上述迷惑。互惠关系中的救助并非一无所获,当救助人有朝一日也陷入同样困境时,他可以期望获得别人同样的救助。在“亲缘选择”的层面上,救助行为也可能是有利可图的。由于被救助人与救助人分享相同的基因(亲缘关系越近,基因相同的比例越大),因而即使救助行为减少了救护人的基因复制的机会,但基因总量却会因此增加。生物个体的利他主义行为并不违背“亲缘选择”理论的基本观念:“基因是自私的”。<sup>[3]</sup> 此外,救助行为本身也是救助人向

[1] Stephanie D. Preston and Frans B. M. de Waal, "Empathy: Its Ultimate and Proximate Bases", *Behavioral and Brain Sciences*, Vol. 25, No. 1, 2002, pp. 1-20.

[2] 请看一个简单的介绍, Judith Lichtenberg: "Is Pure Altruism Possible?" in <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/10/19/is-pure-altruism-possible/>.

[3] Robert L. Trivers, *The Evolution of Reciprocal Altruism*, *Quarterly Review of Biology*, March 1971, pp. 46, 35-56; [英]理查德·道金斯著:《自私的基因》,卢允中、张岱云译,科学出版社1981年版,第四章。

更加广泛的人群发出的一个强烈信号,表明自己是他人适于合作的对象,并因此可以获得更多的合作机会。<sup>[1]</sup> 上述几种理论从不同角度解释了为什么拥有“恻隐之心”的人们有机会在生态竞争中反败为胜。一旦“恻隐之心”在进化过程中被固定为一种优势基因,它就可以在整个人类群体中广泛传播,最终“恻隐之心,人皆有之”。

然而,互惠关系的建立不会一帆风顺。在个体与个体的生态竞争中,拥有“恻隐之心”的人们很可能占不到任何便宜:当他们面对数量众多的忘恩负义者,或哪怕仅仅遭遇少数恩将仇报者时,结局都会如此。一个冷漠的人类群体可能长期被锁定在相互不合作的“囚徒困境”之中。<sup>[2]</sup> 在“囚徒困境”的模型中,背叛往往是个体的优势策略,但相互背叛却是群体的灾难。冷漠的个体也许有机会受到自然选择的青睐,但冷漠的群体则会在生态竞争中处于劣势。因而,在群体之间的生态竞争中,总是那些善于合作、能够互相救助的人类群体能够“繁衍生息,人丁兴旺”(《圣经》语)。

互惠机制和亲缘选择可以在一个人数很少且相对封闭的群体中稳定地发挥作用,但在人口数量庞大的“陌生人社会”中情形就迥然不同。<sup>[3]</sup> 大都市中的被救助人以同样救助行为回报救助人的概率几近于零,救助人与被救助人之间的亲缘关系也疏远到完全不值得考虑基因利益的地步。在这种环境中,社会必须创造出关于救助行为的替代性和补充性激励。

幸好现存的人类社会都不约而同地发展出了鼓励救助行为的道德规范,爱心、慈悲、奉献和牺牲成为每个社会和每种文化鼎力赞颂的美德。<sup>[4]</sup> 先天性的救助动机(“恻隐之心”)会被道德教化和社会舆论所强化——见义勇为会获得赞赏,而见危不救要招致谴责。道德教育还要求

[1] Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, pp. 18 - 27.

[2] Axelrod, R., *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books, 1984, pp. 3 - 24.

[3] Alan Barth, "The Vanishing Samaritan", in *The Good Samaritan and the Law* (James M. Ratcliffe ed. 1966), p. 159.

[4] 世界主流宗教都包含赞美和鼓励救助的教义。例如基督教的著名箴言:“爱你的邻居如同爱自己”(《路加福音》第10章第27节);还有“好撒玛利亚人”的寓言(《路加福音》第10章第25~37节):一个犹太人被强盗打劫受了重伤,只有一个撒玛利亚人伸出援助之手,西方国家激励救助的法律也因此被称为“好撒玛利亚人法”。此外,在伊斯兰教的经典《默罕默德言行录》里,真主原谅了一位做妓女的妇女,因为她无意丢掉的一只鞋子里盛满了水,因此拯救了一条快要渴死的狗。慈悲是佛教的核心教义,耳熟能详的箴言是“救人一命,胜造七级浮屠。”

每个人要学会感恩,因为被救助人的内心感激(无论是否伴随着行动)是救助人的一个重要回报,忘恩负义或恩将仇报则让这种回报降低到零值或负值。道德规范和社会舆论也是救助行为的“信号机制”能够良好运转的必备环境,倘在一个崇尚自私自利或者舆论传播受阻的社会环境中,救助行为所传递的合作信号就会被严重削弱,其他人就很难了解到救助人与众不同的合作品质。<sup>[1]</sup>

当鼓励爱心、谴责冷漠的道德规范通过教化过程内化到人们的心灵深处时,“良心”作为一种内在的惩罚机制和监控机制就相伴而生,因良心谴责而产生的负罪感和内疚感是见危不救者难以规避的惨重心理代价。<sup>[2]</sup>然而良心往往是脆弱的,一旦找到合适的借口,跨越道德底线的行为就很容易逃避良心的惩罚——毕竟人们最容易原谅的还是他们自己。倘若救助面临的风险很大,无论这种风险来自救助行为本身,还是来自被救助人的诬陷或讹诈,见危不救的负罪感和内疚感就会大大减轻甚至烟消云散,因为良心终于找到了它可以放松警惕甚至完全下岗的借口。被救助人的恩将仇报的最大危害,不是降低了救助人的应有回报,而是让人们在见危不救时变得心安理得。<sup>[3]</sup>

尽管救助行为具有强烈的利他主义色彩,但并不因此挑战人类理性行为的一般逻辑。理论上,当救助收益不能补偿救助成本的时候,见危不救就会发生。救助收益主要包括救助人的满足感和成就感(这些“内心愉悦”都会因被救助人的感激和社会赞誉而得到强化)以及来自被救助人的、他人、社会或政府的物质性回报。而救助成本除了劳务成本及时间的机会成本以外,还包括救助行为给救助本人带来的健康和生命风险,以及救助行为一旦失败给救助本人带来的麻烦。对于潜在救助人来说,被救助人的诬陷或讹诈算是一项意想不到的额外成本。

如果道德不足以阻止见危不救,法律可否跟进?我们首先假定可以。

[1] Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, pp. 21 - 27.

[2] “小悦悦事件”发生后,有路人向媒体表示事后非常内疚,连续几天睡不着觉。参见相关报道:“小悦悦事件续:终于有路人忏悔,称几夜没睡好”,载《广州日报》2011年10月18日版。

[3] 已经有媒体评论人注意到这个现象,杨于泽:“被‘彭宇案’诱惑的‘缺德’”,载《中国青年报》2011年9月7日版。

对救助行为进行法律干预,无疑应当着眼于提高救助受益或者压缩救助成本。在此逻辑下,可以设想的法律对策主要包括:(1)设定关于救助的法律义务,对见危不救实施惩罚,或把见危不救视为侵权;(2)为救助行为提供法律保护,包括减免救助助人因疏忽大意而产生的赔偿责任,以及惩罚被救助人的诬陷或讹诈行为;(3)允许救助人与被救助入分享救助成功的收益,赋予救助入赔偿请求权或由政府给予奖励。对比而论,大陆法系侧重对见危不救实施惩罚,普通法系则强调为救助行为提供法律保护。下文将分别讨论上述几种法律对策的可行性并比较其优劣。

## 二、惩罚见危不救

“小悦悦事件”发生之后,“立法惩罚见危不救”的呼声陡然高涨。广东省律师界有人提议将见危不救纳入《治安处罚法》的范围。更为严厉的惩罚建议出现于2001年的全国人民代表大会上,当时就有32名人大代表提议《刑法》增设“见危不救”和“见死不救”两项罪名。<sup>[1]</sup>但从民意调查的结果来看,惩罚见危不救的建议并未获得多数赞同,更多的人还是倾向于对救助行为提供较为可靠的法律保护。<sup>[2]</sup>

将见危不救视为犯罪的历史十分久远,可以追溯至古代埃及和古代印度的法律制度。尽管这个古老的法律传统在罗马法那里遭到了拒绝,但却频繁地再现于19世纪欧洲的许多刑法典之中。<sup>[3]</sup>“二战”以后,几乎所有大陆法系国家的刑法典都包含了惩罚见危不救的条款,<sup>[4]</sup>法定的

[1] 南方都市报网络版相关报道:“谴责见死不救拟设奖惩机制 广东展开大讨论问计于民”,载 [http://www.gdzf.org.cn/zfyw/201110/t20111019\\_203806.htm](http://www.gdzf.org.cn/zfyw/201110/t20111019_203806.htm)。

[2] 王鹤、陈翔:“77%受访网友反对立法惩罚‘见死不救’行为”,载《广州日报》2011年10月20日版。

[3] 其中包括1845年俄国刑法、1853托斯卡纳刑法、1881年荷兰刑法以及1889年意大利刑法。See John T. Pardun, “Good Samaritan Laws: A Global Perspective,” 20 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.*, p. 592.

[4] Angela Hayden, Imposing Criminal and Civil Penalties for Failing to Help Another: Are “Good Samaritan” Laws Good Ideas?, 6 *New Eng. Int'l & Comp. L. Ann.* 2000, p. 27. 在欧洲国家所坚持的大陆法系的传统中,通常是对救助设置法律责任而非对救助提供法律保护来激励救助行为, Saul Schwartz, The Risk of Rescue – The Plight of the Good Samaritan, 15 (2) *Emergency Preparedness Dig.* 1998, pp. 9–11.

惩罚幅度彼此之间则差异很大。<sup>[1]</sup> 最近几十年,这个法律传统逐渐渗透进普通法系的领地之内,澳大利亚北部区以及美国的五个州制定了包含惩罚条款的《好撒玛利亚人法》(Good Samaritan Law)。<sup>[2]</sup> 在中国,惩罚见危不救的法律贯穿于历朝历代。<sup>[3]</sup>

尽管惩罚见危不救的立法例如此之多,但实施效果究竟如何却不得而知。这不奇怪,对于学术研究而言,试图通过收集令人信服的宏观数据或微观数据去测度这些法律的实施效果是不切实际的设想。<sup>[4]</sup> 我们只能依靠深思熟虑去努力预测法律的激励效果,努力发现和设想法律实施可能遭遇的各种障碍,以便在综合权衡的基础上推测法律本身的可行性。对于医治疑虑和冷漠的社会心理病症而言,惩罚算是一剂猛药,只是其疗效可疑。

惩罚见危不救,首当其冲的障碍是很难发现违法者。绝大多数见危不救者都能成功逃脱法律的制裁而不会留下任何蛛丝马迹。试想,若非“小悦悦事件”恰好发生在某个摄像头的监控范围之内,警方何以侦破这起“见危不救案”?又有哪家公安机关愿对此类案件立案侦查?倘若事先预料到侦破成本极高,而侦破概率又极低,受预算约束的公安机关就不会将有限的警力耗费在这类劳而无功的案件上,其结果将是法律本身被荒废执行。惩罚见危不救的法律很可能一出生就是个死胎。这不新鲜,美

[1] 较轻的惩罚如《西班牙刑法典》第 489 条:“能够救助且对其自身或第三人没有危险,却不救助处于明显而严重的无助者,处以拘留或 5000 到 10000 西班牙银币罚金。”较重的惩罚,如《法国新刑法典》第 223-6 条:“任何人能立即采取行动阻止侵犯他人人身之重罪或轻罪发生,且这样做对本人或第三人并无危险时,而故意放弃这种行动的,处 5 年监禁并科 75000 欧元罚金。任何人对处于危险中的他人能够采取行动,或者能唤起救助行动,且对本人或第三人均无危险,而故意放弃给予救助的,处前款同样之刑罚。”澳大利亚北部区最高法院在 1994 年做出过一个监禁七年的判决,Salmon v. Chute and Dredge (1994) 4 N. T. L. R. 149, 151.

[2] 截至目前,美国只有夏威夷、明尼苏达、罗德岛、佛蒙特以及威斯康星五个州对见危不救者提出有罪指控,并因此成为普通法传统的例外。即使在这五个州,施加刑事责任也受到严格的限制。Thomas Lateano, Silvina Ituarte and Garth Davies, “Does the Law Encourage or Hinder Bystander Intervention? An Analysis of Good Samaritan Laws”, pp. 2-5.

[3] 郑显文:“中国古代关于见义勇为的立法”,载《中外法学》1999 年第 6 期。

[4] 通过实证研究测度法律的实施效果无非两个途径:一是考察惩罚见危不救的法律实施之后救助行为的数量变化,但救助行为的数量很难收集,也很难把可能导致数量变化的其他因素剥离出去;二是通过问卷调查测度法律实施之后人们救助意愿的变化,这个方法仍然不可靠,且不说被调查者可能下意识撒谎,即使被调查者能够保持真诚,他们也很难设想自己身临其境的真实意愿。正因为如此,相关实证研究十分罕见。

国佛蒙特州自 20 世纪 60 年代末就制定了包含惩罚条款的《好撒玛利亚人法》，但很少被适用，直到 1981 年该州最高法院才在审理 *State v. Joyce* 一案时对法案做出第一次解释，并且是个限定法案适用范围的解释；<sup>〔1〕</sup>而明尼苏达州《好撒玛利亚人法》中的惩罚条款也是长期（甚至可能至今）处于沉睡状态。<sup>〔2〕</sup>

按照一般刑法理论，惩罚见危不救至少需要满足三个条件：（1）救助入必须具备救助能力；（2）被救助入确实正处于危急状态；（3）救助行为不会给救助入或任何第三人带来危险。<sup>〔3〕</sup>判断这三个要件是否成立对于司法实践是个严峻挑战。多数国家的司法实践对后两个要件采取主观标准。也就是说，只有当潜在救助入认为被救助入确实身处险境并且救助行为确实不会给救助入或第三人带来危险时，拒绝救助才会受到惩罚。

主观标准意味着被告的“认识错误”就能作为排除或减轻其过错的合理抗辩，但事件场景的不可还原以及潜在救助入的个性差异却使得法官难以判断被告身临其境时的心理状态。即使事后发现救助行为是安全的，事先看来也许并非如此，面对事故现场的恐惧感很容易削弱潜在救助入的认知能力，自我保护的本能则促使人们倾向于夸大救助行为给他本人带来的风险（胆小怕事者尤其如此）。想象一下，当你深夜开车经过一个偏僻地带时，发现有人因伤病不能动弹需要救助，仅凭简单观察，你怎能确定这不是一伙抢劫犯精心设计的陷阱？“假想的危险”事关被告有无过错，但要确定抗辩是否合理却是个棘手的司法难题。

除了“假想的危险”之外，还可能发生其他许多种“认识错误”。潜在救助入可能误以为他无力施救，或误以为即使他全力施救也无济于事，或误以为不专业的救助还可能把事态搞得更糟，这些可能发生的认识错误都可以减轻甚至排除被告人的过错。即使在看起来无可争辩的“小悦悦事件”中，备受谴责的 18 位路人也可以提出一个让法官无所适从的辩解：

〔1〕 *State v. Joyce*, 139 Vt. 638 (1981).

〔2〕 相关评论：Allie Shah, “How Good is ‘Good Samaritan’ Legislation? It’s Hard to Enforce Lending Helping Hand”, *Star-Tribune* (Mpls. - St. Paul) Sept. 18, 1997, at 1B.

〔3〕 西方国家的司法实践也表明了这三个要件，Andrew Ashworth & Eva Steiner, “Criminal Omissions and Public Duties; the French Experience”, 10 *Legal Stud.* 1990, pp. 153, 156 - 157.

当他们经过车祸现场时,误以为孩子已经死了。〔1〕“见死不救”不同于“见危不救”,如果被救助者已经死亡或注定要死亡,救助不产生任何收益,放弃救助也不会带来任何损失,因此严格意义上的“见死不救”不应承担任何法律责任。〔2〕

此外,18位路人还可以辩解:由于事故发生在闹市街道,每个人都会认为自己的逃避无关紧要,因为总会有别人出手相救。这个辩解并非强词夺理,大量实证研究表明,潜在救助者数量众多并不会显著提高受害人被救助的概率,〔3〕波斯纳还对这种现象提出了一个经济学的解释。〔4〕

“小悦悦事件”的发生再次让人们联想到几年前的彭宇案,这意味着在很多人看来,18位路人的冷漠与被讹诈的疑虑之间或多或少存在因果关系。也许人们确实神经过敏了,但这又怪谁呢?花样翻新的戏剧性事件总是一次次挫败人们的想象力,若非媒体将这些刺激神经的事件一次次摆在面前,谁能想到被救助者会恩将仇报?谁能想到好心搭载会遭遇“钓鱼执法”?谁又能想到逼真的车祸现场竟是抢劫犯精心布置的陷阱?哪怕疑虑是出于神经过敏,冷漠也会成为自我调适的心理反应。如果疑虑和冷漠越来越变得可以理解,那么惩罚见危不救的法律对策就在当下中国社会遭遇了一个悖论:一方面,愈演愈烈的道德危机要求法律对见危不救摆出更加苛刻的面孔;另一方面,见危不救者因其过错程度减轻而应获得更多的宽恕。

即使存在如此多的质疑,支持惩罚见危不救的人们也仍然可以争辩说:哪怕法律只发挥一些象征性的作用或心理上的威慑,也聊胜于无。事实也许就是如此,美国学者约翰·帕顿在分析欧美《好撒玛利亚人法》的

〔1〕 至少从监控录像上看,“小悦悦”惨遭两次碾压之后一动不动,所以法官无法排除被告抗辩合理的可能性。

〔2〕 由此看来,2001年32名人大代表提议《刑法》增设“见危不救”和“见死不救”两项罪名在技术上是恰当的,两个罪名可以合而为一,“见死不救”只是一个修辞性的概念。

〔3〕 可参见一个综述性文献: Bibb Latané, Nida Steve, “Ten years of research on group size and helping,” 89 *Psychological Bulletin* 2, 1981, pp. 308-324.

〔4〕 波斯纳解释说,旁观者越多,每个旁观者站出来救助他人的预期收益就会减少。假定救助人的预期收益为100,成本为80。如果只有一个救助者,他就会施救,因为100大于80。但若有10个潜在救助者,并且每个人认为如果自己不救助其他9个人施救的概率是30%,那么每个人都会算出救助的预期收益已经减少到70。此时每个救助者都会袖手旁观。〔美〕波斯纳著:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第34-35页。

实施效果后作出总结:这些法律只是象征性的。<sup>[1]</sup>但“天下没有免费的午餐”,法律发挥象征性作用也不是无成本的,它会消耗其他被良好执行的法律制度所建立起来的信用;象征性法律的数量太多无疑会削弱法律的权威,这与商标使用权过度扩张会降低商标本身的市场价值是一样的道理。

除了施加惩罚,理论上还可以将见危不救纳入侵权法的范围;从汉德公式的角度,这似乎是个合理的安排,因为救助的预期收益(相当于救助一旦成功获得的实际收益与救助成功概率之乘积)通常会远远大于救助成本。<sup>[2]</sup>加拿大的魁北克省就依据其《权利宪章》(Charter of Rights)要求见危不救者对受害人支付民事赔偿。反对者也许会争辩说,见危不救与损害之间欠缺“法律上的因果关系”,但这不重要,因果关系原本就是为确定赔偿范围而虚构的概念,是否存在法律上的因果关系最终还是由法律决策者说了算。只要打定主意让见危不救者承担赔偿责任,法律决策者确认事故发生与拒绝救助之间存在因果关系是没有任何障碍的。真正的障碍仍然是法律的实施成本,尤其是受害人索赔所带来的评估成本、诉讼成本以及强制执行成本。法院确定赔偿的标准是什么?数额如何计算?在见危不救者人数众多时如何分摊赔偿?在传统侵权法的框架中,这都是难题。这些难题并非不能解决,但司法成本的攀升却可能会淹没救助行为少量增加而产生的社会收益。

即使强加见危不救者以法律责任的制度被完美执行,其结果也未必如人所愿,不可避免的反向激励可能从总体上减少救助行为的数量。因担心承担法律责任,潜在救助者可能会躲避原本他可以施救的某个场景(例如,健壮的游泳者会远离拥挤的海滩)。此外,强制性的法律责任还会减损救助行为的道德含金量、破坏救助行为的信号机制,这对利他主义救助显然不利。一旦人们认为救助者因为害怕惩罚才施救于人,他就难以

[1] John T. Pardun, "Good Samaritan Laws: A Global Perspective", 20 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.* 5, p. 609.

[2] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, p. 189. 与波斯纳对普通法拒绝为救助设定义务的法律传统持赞赏态度不同,理查德·爱泼斯坦认为这种做法是无效率的,并且认为严格责任理论能够更好地解释其原因, Richard A. Epstein, "A Theory of Strict Liability", 2 *J. Leg. Studies*, 2 *J. Leg. Stud.* 1973, pp. 189-204.



被认可为利他主义者,而获得这种认可却是利他主义救助的重要动机。<sup>[1]</sup>

### 三、保护救助行为

与惩罚见危不救相比,为救助行为提供法律保护尽管相对温和,但却更具可行性。2011年11月28日深圳市法制办发布的《深圳经济特区公民救助行为保护条例(征求意见稿)》(下文简称“《救助条例》”)就是按照这一思路拟定的。《救助条例》对救助行为规定的保护措施主要包括以下几点:免除救助者一般性疏忽大意的赔偿责任;惩罚被救助者的讹诈行为;重申被救助者需要承担的举证责任。下文分别予以讨论。

#### 1. 免责条款

《救助条例》中的免责条款是一个突破性规定:“救助者提供救助行为,除存在重大过失,对救助行为的后果不承担法律责任。”<sup>[2]</sup>与侵权法上的过错责任和严格责任不同,《救助条例》将救助者的赔偿责任限定在“重大过失”的范围之内,这等于免除了救助者“一般过失”的赔偿责任。这一立法设想与美国和加拿大《好撒玛利亚人法》中的相关规定明显存在亲缘关系,<sup>[3]</sup>也正因为如此,有媒体将《救助条例》称为“中国的《好撒玛利亚人法》”。<sup>[4]</sup>

与大陆法系不同,普通法的司法传统至今不承认存在关于救助行为的一般义务,因而除了为数不多的例外,见危不救在普通法系的领地内几乎不承担实质性的法律责任。基于这个传统,对救助者提供法律保护就成为法律干预的剩余选项。<sup>[5]</sup>在美国和加拿大,《好撒玛利亚人法》的主

[1] [美]波斯纳著:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第145~146页。

[2] 《深圳经济特区公民救助行为保护条例(征求意见稿)》第4条。

[3] 一个值得注意的差别是,美国和加拿大的《好撒玛利亚人法》中的免责条款只适用于没有赔偿和不追求报酬的救助行为,Good Samaritan Act, 2001, ch. 2, § 2 (1) (Statutes of Ontario); 而《救助条例》中免责条款却没有这个限定。

[4] 张若渔:“中国需要一部‘好撒玛利亚人法’”,载《东莞时报》2011年11月4日版。

[5] 美国的每一个州,包括联邦政府,都采用了这种法律干预方案。Melody J. Stewart, “How Making the Failure to Assist Illegal Fails to Assist: An Observation of Expanding Criminal Omission Liability”, 25 *Am. J. Crim. L.* 385 (1998).

要激励措施就是通过免除救助人的法律责任来打消潜在救助人的后顾之忧。<sup>〔1〕</sup> 免责条款只适用于利他主义救助,作为合同义务的救助以及贪图回报的救助均不享有免责的特权。<sup>〔2〕</sup>

免责条款的合理性可以借助“假想合同”的方法获得说明。假定救助人和被救助人可以事先就救助事项签订合同,当救助者提出他施救的条件是:只要他在施救过程中没有“重大过失”,被救助者就必须放弃赔偿请求权,即使救助行为确实给被救助者造成了伤害。答应救助者提出的条件意味着被救助者要放弃大量的索赔机会,但这项损失可以因被救助机会的显著增加而获得超额补偿,因此可以推定被救助者同意救助者提出的条件。一个可以实现“帕累托改进”的制度无疑具有合理性。

此外,免责不仅具有“假想合同”中的“对价”的意义,它还有利于降低法律的管理成本。将救助者的部分成本转嫁给被救助者可以抑制被救助者提起诉讼,并因此减少诉讼的数量。就激励救助者提供外部收益而言,将其部分成本外部化是一种管理成本较低的法律措施。<sup>〔3〕</sup> 对此,下文还有进一步的讨论。

然而,在“重大过失”和“一般过失”之间的灰色地带会成为司法的灾难。当需要把车祸中的伤者从汽车底下拉出来时,很容易加重伤情;在夹板固定疗法需要移动伤者肢体时,很容易造成开放性骨折。在诸如此类的事态中,要区分“一般过失”和“重大过失”并不轻松。立法者将皮球踢给了法官,可是法官也缺少处理“重大过失”的经验。<sup>〔4〕</sup> 但这个问题也许不重要,因为在中国,被救助者因救助者疏忽大意而提起诉讼的情形很少见。<sup>〔5〕</sup> 这不难理解,起诉一个曾经善意救助过自己的人不仅心理上过意不去,而且免不了要背负一些道德压力。中国人爱面子,也不像西方人那

〔1〕 尽管许多免责条款是针对专业人员的,但普通人只要救助行为合理且善意,也可以使用这些条款。例如,《加利福尼亚健康与安全法》中就有此规定,California Health and Safety Code § 1799.1021317(f)。

〔2〕 例如,马萨诸塞州的一般法中就有此规定,Mass. Gen. Laws ch. 268, § 40。

〔3〕 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, p. 191.

〔4〕 除了交通事故纠纷、医疗纠纷、保险纠纷以及劳资纠纷等为数不多的案件,法官很少遇到需要确定“重大过失”的案件。

〔5〕 我从未读到类似报道,询问熟悉的几位法官,得到的答复是“从未遇到过这种案件”。

么较真,即使背地里做得出负忘恩负义乃至恩将仇报的事,面子上却担不起这种骂名。

需要警惕的是,若非深圳市拟定的《救助条例》被媒体热炒,绝大多数人们也许压根儿想不到救助者除了可能被诬陷之外还可能因“重大过失”而遭到起诉;就此而言,免责条款究竟是增加了还是减少了潜在救助人的疑虑,还真不好说。谁能保证自己在救助过程中没有过失?倘有过失,谁能保证被救助者不会将其夸大为“重大过失”并迫使自己与其对簿公堂?一旦走进法庭,谁又能保证法官一定能够明察秋毫且秉公执法?在那些草木皆兵的潜在救助者眼里,这些担心可不是杞人忧天。其实,在被救助者需要对“重大过失”承担举证责任的条件下,被救助者胜诉的希望十分渺茫。即使没有免责规定,法官在审理类似案件时也会出于种种原因而主动减轻救助者的注意义务。在英美国家,在陪审团根据事实判断有无“重大过失”之前,法官会根据证据加以过滤;在诉讼实践中证明“重大过失”十分困难,因为标准很高;倘若潜在加害人只基于“重大过失”才承担责任的话,就基本上就没什么责任了。

考虑到上述种种因素,我的看法是:既然潜在救助者的神经已经很脆弱了,何苦再用一个没有多少实质性意义的“重大过失”去吓唬他们呢?不妨改变一下措辞,将“重大过失”的例外替换为要求救助者保持“善意”(good faith)。<sup>[1]</sup>“善意”是最低的、也是最易操作的免责标准,在美国,至少有九个州的《好撒玛利亚人法》在其免责条款中采用了这一标准。<sup>[2]</sup>两种措辞的意义相差不多,都可以起到防范救助者恶意施救或施救过程中过分粗心大意的作用,但“善意”的措辞听起来却更温和,这有利于减轻

[1] 在《韦氏法律词典》中,“善意”被解释为:“诚实、公平且合乎法律目的,不存在任何欺骗意图,没有恶意行为,不谋取不适当的利益。”See Merriam-Webster's Dictionary of Law (1996).

[2] 这九个州分别是阿拉巴马州、马萨诸塞州、新泽西州、俄克拉荷马州、弗吉尼亚州、威斯康星州、西弗吉尼亚州、俄怀明州以及马里兰州。Ala. Code § 6-5-332 (2010) (outlining the types of individuals that may act as Good Samaritans and their corresponding duties of care); Mass. Gen. Laws ch. 112, § 12B (2003); N. J. Stat. Ann. § 2A: 62A-1 (West 2000); Okla. Stat. Ann. tit. 76, § 5 (West 2002); Va. Code Ann. § 8.01-225 (2010); Wis. Stat. Ann. § 895.48 (West 2006); W. Va. Code § 55-7-15 (2010); Wyo. Stat. Ann. § 1-1-120 (2010), Md. Code Ann., Cts. & Jud. Proc. § 5-603 (West 2010). 其中,马里兰州的标准比“善意”仅稍高一点,要救助者要以“合理谨慎”(reasonably prudent)的态度采取行动。

潜在救助人的疑虑。考虑到社会心理的普遍倾向,这个因素不可不察。

## 2. 惩戒措施

在当下中国社会,潜在救助人的最大担心是被救助人可能反咬一口。对此,《救助条例》对症下药,在第10条规定了针对诬陷救助人的惩戒措施:“被救助人明知其提出的主张没有事实依据或者隐瞒歪曲事实真相,要求救助人承担责任,向有关机关投诉的,有关机关可以予以训诫或者责令具结悔过、公开赔礼道歉;涉嫌诈骗的,由公安机关予以罚款或行政拘留;涉嫌犯罪的,移送司法机关依法处理。”该规定让《救助条例》真正成为“有中国特色”的《好撒玛利亚人法》。

但在司法实践中这一惩戒措施却难以发挥实质性作用,因为被救助人的诬陷行为很难被证明。如果被救助人将救助人指认为加害人并诉至法院,那么在证据不足的情况下,被救助人必定要输掉这场官司。但败诉的事实却很难反过来证明被救助人的起诉纯属诬陷。与刑事诉讼不同,民事诉讼对于事实真相的追求并不执着,法官在完成审理任务之余也没有激励去多管闲事。

惩戒措施中的“明知”二字至关重要,它可以让被救助人轻而易举地抵挡绝大多数诬陷指控。有足够证据证明救助人不是加害人,只迈出了诬陷指控的第一步。如何证明被救助者“明知其提出的主张没有事实依据”呢?毕竟我们无法观察一个人的心智。认识错误总是难免的,被救助人在身体遭受创伤或突发疾病时更容易出现认知障碍。当真相大白时,倘若被救助人说一句:“对不起,我认错人了”,你能拿他怎样?我看多半只能被当作一场误会而不了了之。

在民事诉讼中,即使法官发现被救助人提供的证据可能是伪造的,他们所能做的也充其量是不予采信。就当下的司法潜规则而论,法院几乎没有可能把被救助人涉嫌伪证的案件移送公安机关,因为法院很清楚,移送之后也不会再有下文,这个做法除了让公安机关感到不可理解之外不会产生其他效果。

《救助条例》中的惩戒措施也许更多的是为了回应当下中国的一种社会心态:每逢讹诈救助人的传闻出现,即使事件真相尚未水落石出,网络空间里已是骂声一片。看起来很奇怪,人们不能容忍“好人被讹诈”,但似

乎不太警惕“好人被冒充”。在下文关于举证责任的分析中我们会发现,这种社会心态不仅仅是一种情绪化反应,其背后可能隐藏着精明的利弊考量。

### 3. 举证责任

《救助条例》第5条规定规定了被救助人的举证责任:“被救助主张救助人在实施救助过程中存在重大过失,造成救助不成功后果,或者认为被救助遭遇的人身伤害是救助造成,要求救助承担赔偿责任的,被救助应当提供证据证明。没有证据或者证据不足以证明被救助主张的事实,由被救助承担不利后果。”从字面含义上看,这条规定仅仅是重述了“谁主张,谁举证”的证据法规则,但若结合当下的社会现实,就会发现立法者暗示了一个清晰的政策导向,即在举证责任的分配上,法官应朝对救助人有利的方向倾斜。立法者显然认识到在近几年发生的引发广泛争议的多起救助案件中,举证责任的分配以及证明标准的把握是案件审理的关键环节。

发生于2006年的“彭宇案”似乎已成为近几年最难被遗忘的案件,每逢有见危不救事件发生,舆论的矛头总会指向这个案件。只要有救助人称被讹诈,被救助又拿不出足够证据,这个案件就会被冠名为“某地彭宇案”的标签:比如“济南彭宇案”、“武汉彭宇案”、“天津彭宇案”、“河南彭宇案”,不一而足。

在彭宇案中,就原被告是否相撞这一点双方各执一词,真假难辨。尽管几年之后该案的许多细节和证据被逐步披露,甚至被告彭宇也承认了与原告确有相撞的事实,<sup>[1]</sup>但案件真相的事后澄清不能掩盖一审判决在当年犯下的低级错误,更无法消除判决所带来的出乎意料的严重后果。正如许多评论者所指出的,法官只需老老实实按照“谁主张,谁举证”的证据法原则,而不去创造性地援引“常理”、“社会情理”或“日常生活经验”,

[1] 徐机玲、王骏勇:“南京市政法委书记:彭宇案由于多重因素被误读”,载《瞭望》新闻周刊2012年1月16日版。

就可以作出一个无可争议的判决。<sup>[1]</sup>

但彭宇案关键问题尚不止于举证责任的分配。假定原告确实提供了证据,其证明力虽然达不到“事实清楚”的程度,但却能够满足民事诉讼中的“优势证据原则”即原告主张成立的概率明显超过50%,那么在这种情况下,法官能否判决原告胜诉?这个问题意味着,如何分配举证责任是一回事,证明到何种程度就算完成了举证责任是另一回事,后者涉及如何把握“证明标准”的问题。就疑案判决而言,分配举证责任替代不了确定证明标准。《救助条例》重申原告必须承担举证责任,实际上隐含了提高原告证明标准的政策倾向,这一规定敦促法官在审理各种版本的彭宇案时,应适度加重原告的举证负担,以降低被告被冤枉的概率。乍看起来,这种要求似乎只是迎合了因担心被诬陷而疑虑重重的社会心态,细究之下,却发现如此安排也具有经济学意义上的合理性。

倘若证明穷尽之后案件事实依然真伪不明,则无论怎样判决都难免错判的风险。在不考虑其他因素的情况下,法官应选择错判概率较低的判决。<sup>[2]</sup> 假定原告主张真实的概率为 $P$ ,则被告主张真实的概率为 $(1-P)$ ,那么当 $P-(1-P) < 0$ ,即当 $P < 50\%$ 时,法官应判被告胜诉,这是“证据优势原则”的经济学基础,也与举证责任分配的“盖然性说”相协调。

此外,错判损失有时会成为判决不能忽略的因素。在同一个案件中,尽管被错误剥夺的原告利益与被错误剥夺的被告利益所造成的损失客观值相等,但其效用值却可能差异很大,尤其是在原被告双方财富状况较为悬殊的时候,错误剥夺穷人的财产会比错误剥夺富人的财产造成的损失更大。在不考虑其他因素的情况下,经济学的逻辑要求法官选择错判损失较小的判决。<sup>[3]</sup> 假定冤枉原告的错判损失为 $L_1$ ,冤枉被告的错判损失

[1] 季卫东:“彭宇案的公平悖论”,载《财经》2007年第9期;张卫平:“司法公正的法律技术和政策——‘彭宇案’的程序法思考”,载《法学》2008年第8期;吴泽勇:“证明疑案案件的处理之道——从‘彭宇案’切入”,载《西部法学评论》2011年第5期。

[2] 这与民事诉讼中“证据优势原则”以及关于举证责任分配的“盖然性说”相吻合。[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第277页。

[3] 苏力教授从明代地方行政官员海瑞关于司法裁判经验的某些论述中抽象出几条一般性原则,并命名为“海瑞定理”,其中定理Ⅱ:“在经济资产的两可案件中,无法明晰的产权应配置给经济资产缺乏的人。”苏力:“海瑞定理的经济学解读”,载《中国社会科学》2006年第6期。

为  $L_2$ , 当  $L_1 - L_2 < 0$  时, 法官应判被告胜诉。这是举证责任分配中“社会保护原则”(保护社会弱者)<sup>[1]</sup> 的经济学基础。

将错判概率和错判损失的因素组合在一起就形成了对预期错判损失的权衡; 预期错判损失相当于实际错判损失与错判概率的乘积, 因此当  $L_1P - L_2(1 - P) < 0$  时, 法官应判被告胜诉。倘若不同倾向的判决会产生截然不同的社会激励, 所造成的社会损失就会相当悬殊, 此时上述疑案判决的经济学原则就会格外受到重视。假设我从银行取款后发现其中一张是假钞, 随即返回银行交涉并要求以假换真, 当遭到拒绝后我向法院起诉银行, 结果必是败诉无疑, 因为法律要求我承担举证责任而我却拿不出像样的证据。尽管根据“常识”判断, 这个案子多半是银行操作中一次偶然失误(否则我不会如此自信地去打官司)。但支配判决的是一种更为深谋远虑的逻辑: 冤枉银行的后果要比冤枉我的后果严重得多, 前者会激励储户去欺诈银行, 而后者却不会激励银行去欺诈储户。<sup>[2]</sup> 这也是法律不要求银行承担举证责任的根源所在。

当私人成本与社会成本发生冲突的时候, 法律决策者会优先考虑控制社会成本, 必要时还会以放纵私人成本为代价; 毕竟社会成本是社会财富的实际减少, 而私人成本只是社会财富的转移。关于举证责任分配的传统学说之所以主张“抽象盖然性优于具体盖然性”,<sup>[3]</sup> 其经济学的原因就在于此。

回到彭宇案, 如果被告彭宇被冤枉, 就会激励被救助者诬陷救助者, 这会刺激人们疑心加重, 减少救助行为的数量, 并可能导致社会道德水平的滑坡。而原告徐寿兰被冤枉的结果就没这么糟糕, 尽管也会激励加害人冒充救助者, 但不会出现一系列恶性连锁反应。并且, 加害人“冒充”救助者不见得是坏事, 这至少需要他在加害于人之后再施救于人, 与肇事

[1] 劳动法上“遇疑问时有利于雇员”则是该原则的具体体现。[德] 汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》, 吴越译, 法律出版社 2000 年版, 第 370 页。

[2] 更为细致的分析可参见桑本谦:“疑案判决的经济学原则分析”, 载《中国社会科学》2008 年第 4 期。

[3] 在关于举证责任分配的传统学说中, 学者们通常用“具体盖然性”和“抽象盖然性”的概念来区别个别案件的错判概率和同类案件的错判概率。相关讨论可参见[德] 汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》, 吴越译, 法律出版社 2000 年版, 第 277 ~ 306 页。

逃逸相比,“冒充”救助人是社会产出的。倘将好人被诬陷描述为“雪上加霜”,那么好人被冒充则有点像“亡羊补牢”。两相比较,在事实真伪不明的条件下,与其冤枉彭宇倒不如冤枉徐寿兰。这么说听起来很残酷,但司法的逻辑就是如此:既然错误总是难免的,那就应当选择一种损失较小的错误。

假设原告徐寿兰主张成立的概率为  $P$ , 她被冤枉的概率就是  $(1 - P)$ , 被告彭宇被冤枉的概率为  $P$ ; 再假设原告一旦被冤枉, 其社会损失为  $L$ , 被告被冤枉的社会损失为  $3L$ , 即相当于原告被冤枉的社会损失的三倍; 那么, 当  $PL - 3(1 - P)L < 0$  时即当  $P < 75\%$  时, 法官应判被告胜诉。上述分析表明, 如果被告彭宇被冤枉的后果远比原告徐寿兰被冤枉的后果严重得多, 那么即使原告在证据上略占上风, 也仍然需要承担败诉的后果。由此, 我们发现了提高原告证明标准的合理性, 同时也理解了为什么人们对好人遭诬陷要比好人被冒充敏感得多。

就致力于保护救助行为而言, 通过提高被救助者要求救助者承担赔偿责任时的证明标准以加重被救助者举证负担的方法, 这也许是“性价比”最高的法律措施。但受现行证据法的制约, 这一法律措施却不便以明文规定。表面看来, 《救助条例》重申被救助者承担举证责任没有实际意义, 因为诉讼法和证据法的相关规定原本如此, 但只要司法者顾虑到当下中国的社会现实和社会心理, 就自然能够对《救助条例》第 5 条的真实立法意图心领神会。

#### 四、赔偿与奖励

一旦救助成功, 被救助者的状况必因脱离险境而获得极大的改善。作为这种外部收益的创造者, 救助者能否与被救助者分享成功的果实? 法律能否通过赋予救助者以某种形式的求偿权来激励救助行为? 答案是否定的。这种模拟海难救助和无因管理的法律措施很难用来激励利他主义的人身救助。对此, 一个浅显的解释是: 强加于被救助者某种赔偿责任相当于向被救助者征税, 这会抑制被救助者向陌生人呼救或求助, 并迫使



潜在被救助人不合理地追加自我保护的成本,因此造成社会浪费。<sup>[1]</sup>但这个理由即使成立,也至多是边缘性的。

通常情况下,法律对于分享外部收益的要求要比分摊外部成本的要求吝啬的多,允许外部收益的创造者将其部分成本外部化是一种比赋予其求偿权更为普遍的解决外部收益问题的方法。假定某人为了保护一座城镇免遭火灾而推倒了火灾延伸道路上的一座房屋,那么这个人既无须向房屋所有人赔偿,也无权向受益人索赔。对此,波斯纳解释说,虽然外部收益和外部成本在经济学上是对称的,但两者产生的诉讼成本却大不相同。转嫁外部成本会抑制诉讼,而一旦赋予救助人以求偿权,诉讼的数量就会激增。因此,激励救助的最佳措施是要求被救助人与救助人的分摊成本,而不是允许救助人与被救助分享收益。<sup>[2]</sup>

不仅如此,赋予救助人以求偿权还会受阻于高昂的法律实施成本。救助人与被救助人不可能事先签订救助合同,在没有约定的条件下,只能依据救助人的时间成本、劳务成本以及救助行为的风险来确定赔偿数额,<sup>[3]</sup>但由于非专业的人身救助不存在一个竞争市场,所以评估救助行为的价格会成为—个棘手的司法难题(在多人合作才能完成的救助中,这个难题将更为严峻)。求偿诉讼带来的高昂评估成本可能会淹没救助数量的少量增加而产生的社会收益。<sup>[4]</sup>

尽管在无因管理和部分海难救助中的当事人也没有事先签订合同,但由于救助对象是财产而非人身,所以法官很容易根据劳务市场上的通常价格来确定赔偿的数额,基于这种便利,允许救助向被救助索賠就成为一种很自然的激励救助的法律措施。如果当事人无法事先签订合同仅仅因为交易费用太高,那么法官通过还原合同的方法来审理案件并不困难,但人身救助的情形就远不会这么简单。正因为如此,海商法不支持

[1] William N. Landes and Richard A. Posner, "Altruism in Law and Economics", 68 *The American Economic Review*, 2, 1978, p. 418.

[2] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, pp. 190 - 191.

[3] William N. Landes and Richard A. Posner, "Altruism in Law and Economics", 68 *The American Economic Review*, 2, 1978, p. 417.

[4] William N. Landes and Richard A. Posner, "Salvors, Finders, Good Samaritans, And Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism", 7 *The Journal of Legal Studies* 1, 1978, p. 95.

关于人身救助的索赔请求。

此外,即使在人身救助的情形中,如果救助人是医务人员而不是非专业救助者,法律就会支持他的索赔请求。这不难理解,专业救助包含着可以被市场认可的技术含量,因此可以借助于一个竞争市场来确定救助行为的价格。<sup>[1]</sup>

考虑到索赔过程中可能会遇到各种各样的麻烦,救助者获得的赔偿可能补偿不了他必须支付的索赔成本,因此,即使法律赋予救助者以求偿权,绝大多数救助者也会放弃索赔。不仅如此,一旦救助者向被救助者提出赔偿请求,其救助行为就很难被定性为利他主义救助,这会减损甚至抵消被救助者的感激以及来自他人和社会的赞誉,这些无形回报的影子价格通常会远远超过救助的成本。

如果把无形回报看作对利他主义救助的替代性补偿,我们就发现了法律拒绝赋予救助者以求偿权的另外一个理由:既然已经获得了无形回报,你就别再主张物质性的赔偿了。事实上,利他主义经常会成为法律干预的一个廉价替代。<sup>[2]</sup>尤其在血缘关系和地缘关系非常紧密的群体中,法律干预不仅成本很高而且容易产生一些意想不到的麻烦。<sup>[3]</sup>试想,如果没有利他主义,而完全依靠法律或合同来调整家庭成员之间的关系,结果会怎样?

在救助成本较低的情况下,利他主义通常可以为救助行为提供充分的激励。利他主义与法律干预是否相互排斥取决于赔偿(或惩罚)在多大程度上抑制了利他主义动机。<sup>[4]</sup>如果救助者支付的成本很高,比如救助

[1] William N. Landes and Richard A. Posner, "Salvors, Finders, Good Samaritans, And Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism", 7 *The Journal of Legal Studies* 1, 1978, pp. 109 - 112.

[2] 兰德斯和波斯纳认为利他主义可以作为法律干预的一个证据是,对拒绝救助实施惩罚的法律制度在 1867 年之前没有出现,这是因为,在前都市时代,互惠利他主义机制足以替代法律强制。William N. Landes and Richard A. Posner, "Altruism in Law and Economics," 68 *The American Economic Review*, 2, 1978, p. 420.

[3] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 24 - 39 页。

[4] 理查德·蒂姆斯在他关于美国商业献血机制和英国义务献血机制的著名的比较研究中,就批评了美国血液供给的商业化抑制了大量潜在献血者的利他主义动机。Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, London School of Economics and Political Science, 1971, p. 245.

人因施救而受伤、致残或死亡,那么救助者或其亲属就有理由向被救助者要求赔偿。<sup>[1]</sup> 这种情况下的赔偿不会显著减损救助行为的道德含金量,也不会削弱救助行为的利他主义动机。此外,由于法律对伤残和死亡均规定了明确的赔偿标准,所以法律的实施成本也不会超过合理的限度。<sup>[2]</sup> 但赔偿的前提是救助者在施救过程中无明显过错,设定这一前提当然是为了激励救助者在施救过程中进行合理的自我保护。赔偿的范围则应以被救助者获得的利益为上限,<sup>[3]</sup> 因为根据“假想的合同”,被救助者不会同意支付高于其收益的赔偿,法律也不应鼓励那些无效率的救助行为。<sup>[4]</sup>

如果被救助者在危急状态下向救助者求助并承诺支付报酬,但当救助成功后又反悔了,法院可否强制执行他的承诺? 答案是,这要看承诺支付的报酬与救助成本是否大致相称。如果被救助者承诺支付的报酬比救助成本高不了多少,在证据充分的情况下,法院可以强制执行被救助者的承诺。然而,被救助者为了脱离险境可能不惜一切代价,救助者看准这个机会也可能狮子大张口,假设被救助者承诺用一套房子来交换救助者的举手之劳,而又事后反悔,法院就当以显失公平或乘人之危为由拒绝强制执行被救助者的承诺。无论如何,法律应当防止利他主义救助变质为“机会主义救助”。

与允许救助者求偿相比,政府奖励的效果可能更好一些。奖励救助者是政府替代被救助者为救助行为支付报酬的做法,也是利用公共权力和大众传播渠道来强化救助行为的信号机制的策略;在最终由纳税人来分摊奖金的意义上,政府奖励还隐含了一种温和的保险。相对于赔偿,奖

[1] 美国有类似的判例, *Wagner v. International By. Co.*, 232 N. Y. 176, 133 N. E. 437 (1921)。

[2] 关于伤残赔偿的标准和计算方式,各地区都有地方性法规专门做出规定,这就大大降低评估伤残损失的司法成本。

[3] 索赔数额不能超过事故损失额,美国有类似的判例, *Berg v. Great Northern By. Co.*, 70 Minn. 272, 73 N. W. 6148 (1897). See Annot., 142 A. L. R. 2d 14914 (1955); Annot., 14 A. L. R. 3d 558 (1965)。

[4] 比如,鼓励儿童见义勇为的做法已经遭到了许多质疑。郝卫江:“倡导儿童‘见义勇为’应该休矣”,载《中国妇女报》2012年2月10日版;汤啸天:“见义勇为为应加分鼓励吗”,载《解放日报》2012年4月12日版。

励的优势是不会削弱潜在救助人的利他主义动机的。但由于政府必须严格控制奖励的范围,因而只有那些称得上“见义勇为”的救助行为才有机会获得奖励。指望政府奖励所有救助行为不现实的,除了预算约束之外,更重要的原因是多数救助行为很难被确认。关于奖励见义勇为的地方性法规都规定了严格的申报及认定程序,“置自己安危于不顾”或“挺身而出”是确定见义勇为的主要凭证。<sup>〔1〕</sup> 如果没有加害人,或者如果救助没有人身危险,救助行为就不可能获得奖励,因为,在救助人和被救助人对一的情况下,政府几乎没有办法排除双方协同作弊的嫌疑。即使大多数救助无法获得奖励,也没什么大不了的,但救助人与被救助合谋骗取奖金的制度空子一旦打开,局面就不好控制了。

## 五、社会自愈

分析至此,可以得出一个粗略的结论:在激励和规范利他主义救助的各种法律对策之中,对救助行为提供法律保护要优于为救助行为设定法律义务,赋予救助人以求偿权不如由政府奖励救助行为;但从总体上看,法律干预利他主义救助的空间并不广阔,用法律扶起跌倒的道德似乎还是一个值得怀疑的渴望。但这并不意味着面对频繁发生的见危不救我们已经无计可施,事态远没有悲观到如此地步。

首先需要澄清的是,真实的状况并不像人们想象得那么糟——中国人那么多,每天不知要发生多少起救助行为,只是那些皆大欢喜的结局不为人知罢了;媒体有猎奇的天性,它们感兴趣的通常是一些例外中的例外,与救助成功的事例相比,见危不救的新闻价值通常要大得多。救助反遭诬陷的风险也因媒体的频繁报道而在人们心目中不知夸大了多少倍。拾荒阿姨之所以会出手相救,一个不能排除的原因是,她的文化程度和生活状况使她能够避免媒体施加的影响力。虽然知识可以成为权力,但教化却会侵蚀本能;超负荷的风险信息会减弱原始的行动力,而那些“不知江湖险恶”的人们则可能表现出更强烈的道德情感。

〔1〕 各地区关于奖励见义勇为的地方性法规都有类似规定,这些地方性法规一般被称作“见义勇为奖励条例”。

“小悦悦事件”当然应该引起重视,但也无需大惊小怪,断言这个事件“有损国人形象”多少有些夸大其词。其他国家也曾发生过引发舆论风暴的类似事件,就令人震惊的程度而论,1964年美国的“杰诺维斯事件”与“小悦悦事件”相比就有过之而无不及。家住纽约皇后区的一位职业女性基蒂·杰诺维斯(Kitty Genovese)在家门口被杀,两周后的《纽约时报》报道说,在受害人长达一个半小时的被害过程中,竟有38位周围居民视而不见、充耳不闻,甚至无人报警。<sup>[1]</sup>该事件在当时也是举国震惊,媒体评论同样是天翻地覆,它甚至激发了社会心理学家关于“旁观者效应”(bystander effect)或“杰诺维斯综合症”(genovese syndrome)的大量研究,但事后的司法调查却发现事件并不像媒体描述得那么严重。<sup>[2]</sup>“事件”总是舆论塑造出来的。道德舆论所需要的不是新闻,而是“寓言”。试想,倘若18位路人看到的是一个在血泊仍然挣扎的“小悦悦”,他们还会无动于衷吗?

当然,我们不应粉饰太平,社会道德危机和信任危机确实在许多地区和许多领域愈演愈烈,但危机并不代表绝望。乐观地想,社会如同一个有机体,既有抵御病症的免疫机制,也有患病之后的自愈能力。当社会病症被确诊之后,社会自愈机制就可能随之启动。“小悦悦事件”不仅引发了人们的恐惧,也唤醒了人们的爱心。事后不久,广州市青年志愿者协会就发起了旨在唤醒爱心和良知的各种活动;上万名市民以各种方式参加了悼念小悦悦的活动,并纷纷签名“拒绝冷漠”,部分市民还绘制了“让世界充满爱”的主题海报;<sup>[3]</sup>这不是表面文章,也不是情绪化的冲动,而是标志社会自省的理性反应。媒体在反思报道倾向之后也开始自发矫正,正面报道逐渐成为主流,其中以中央电视台在多个新闻栏目中推出的《最美中国人》系列节目最为典型。这些正面报道不仅有助于化解疑虑、驱散

[1] Martin Gansberg, "Thirty-Eight Who Saw Murder Didn't Call the Police", *New York Times*, March 27, 1964.

[2] 蕾切尔·曼宁等人关于“吉诺维斯事件”被社会心理学界和媒体“寓言化”的研究实际上为这个事件“翻案”了。Rachel Manning, Mark Levine and Alan Collins, "The Kitty Genovese Murder and the Social Psychology of Helping: The Parable of the 38 Witnesses", *American Psychologist*, Vol. 62, No. 6, 2007, pp. 557-559.

[3] 相关报道:“广州上万市民悼念小悦悦”,载《深圳日报》2011年10月24日版。

冷漠,而且能让救助行为的信号机制更加有效。此外,铺天盖地的网络舆论是一种无形的压力,它是救助行为的一个重要激励。也许“小悦悦事件”的确标志了社会道德危机,但它同时也可能成为道德水平跌落之后的一个反弹起点。

我们还应看到,见危不救不是一个孤立现象,它与社会其他领域的信任危机密切相关。疑虑的社会心态不仅会在人与人之间相互传染,而且会在不同领域之间迅速转移;你能说公众对救助行为的疑虑与对食品安全的疑虑没有关系吗?见危不救只是社会疾病的一个症状而已,至于病根在哪里,就不是本文所能讨论的问题了。但应该清楚的是,并非所有社会疾病都能开得出立竿见影的药方。“七年之病,当求三年之艾”,如果社会患的是慢性病,就使不得虎药狼医,时间是社会自愈的一个内生变量。用法律手段来激励利他主义救助并非不可行,只是我们难以对此寄予厚望。

## 六、结语

在“小悦悦事件”引发的法律讨论中,许多评论者热衷于借助于抽象的原则或教义(诸如“法律不能强迫人们从事利他主义行为”,“惩罚见危不救是对公民自由的侵犯”,“道德问题不能刑罚化”,以及“法律不能介入道德管辖的领域”)来发表见解,尽管这些评论者的见解与本书的分析结论部分一致,但从学术角度来看,在抽象原则或教义的基础上进行简单演绎推理所得出的结论是武断且草率的。

法律介入道德的领域其实很常见,甚至由于道德是远比法律更加古老的社会控制工具,法律的诞生本身就意味着对道德管辖领域的入侵。历史地看,道德被法律入侵的领域还呈扩展趋势(其背后的原因是:与古代国家相比,现代国家拥有更强的支付能力,应因此能够负担起扩展法律控制范围所需要的政府预算)。〔1〕法律对于道德的干预,只不过意味着将私人控制领域转变为私人 and 公共双重控制领域而已,这压根儿不是什

〔1〕 法律的控制范围是一个国家支付能力的函数,桑本谦:“私人惩罚与公共惩罚的互动——一个解读法律制度的新视角”,载《法制与社会发展》2005年第5期。

么原则性问题。倘若把教义修正为“法律不能介入纯属道德管辖的领域”——正如 1898 年英国新汉普郡首席法官卡朋特在审理 *Buch v. Armory Mfg. Co.* 一案中所宣称的“纯粹的道德义务排斥法律强制”<sup>[1]</sup>——就变成了一个同义反复的命题。惩罚见危不救是否侵犯了公民自由？这要看公民自由的范围如何界定，即使根据约翰·斯图亚特·密尔的经典教义，见危不救也显然不具备排斥法律干预的条件。<sup>[2]</sup> 是否将见危不救视为公民自由，要看这么做是提高了还是减损了社会福利。至于“法律不能强迫人们从事利他主义行为”，则是依据类比推理得出的一个可疑命题。美国学者拉里·威尔逊在质疑为救助行为设定法律义务时曾诘问道：“难道这种义务还包括强迫人们付钱给一个饥饿的乞丐吗？”<sup>[3]</sup> 没错，法律不会强迫人们去施舍或捐赠，但不能由此类推法律不应强迫同具利他主义性质的救助行为。一个显著的差别是：施舍和捐赠都可以由他人替代为之，而救助却因事态危急，非得由救助者亲自采取行动不可。也许法律确实不应强迫利他主义救助，但根据却不是抽象的原则或教义。

在当今中国法学界，许多学者固执地认为，抽象的原则高于具体的法律规则，前者可以为后者提供评价标准或正当化依据。因而，当法律遇到疑难问题时即当法官或其他法律决策者依靠常规法律材料（现成的法律条文以及其他规范性法律文件）无法获得令人满意的结果时，这些学者就会想当然地求助于一些抽象的原则或教义，这种被德沃金称作“正当化追溯”（*justificatory ascent*）<sup>[4]</sup> 的学术进路源远流长。自古希腊以来，许多理论家们都期望寻找到一个普遍永恒的正义标准来一劳永逸地解决所有的追问。在他们看来，所有法律规则都可以直接或间接地从一个终极性的

[1] *Buch v. Armory Mfg. Co.*, 69 N. H. 257, 44 A. 809, 810 (1898).

[2] 密尔总结了两条彼此互补的教义，其中一条就是：“个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害，个人就不必向社会负责交代。他人若为着自己的好处而认为有必要时，可以对他忠告、指教、劝说以至敬而远之，这些就是社会对他的行为表示不喜或非难时所仅能采取的正当步骤。”[英]密尔著：《论自由》，程崇华译，商务印书馆 1959 年版，第 107 页。

[3] Larry C. Wilson, “The Defence of Others—Criminal Law and the Good Samaritan”, 33 *McGill L. J.*, 1988, p. 811.

[4] Ronald Dworkin, “In Praise of Theory”, 29 *Arizona State Law Journal*, 1997, p. 356.

正义标准推演出来,并且可以共同组成一个逻辑严谨的规范性体系。终极性正义标准就位于整个规范性体系的最顶端,与神灵和星辰同在。但这种学术进路不仅会陷入无穷无尽的哲学争议,而且其逻辑顺序也是完全颠倒的。

在规则、原则和教义出现之前,人们只能根据问题本身的经验要素来寻求解决问题的方案。规则的出现可以大大降低解决问题的信息费用——墨守成规可以规避创新的风险,“一刀切”能够省却“具体问题具体分析”的麻烦。因而至少在逻辑上,规则是对具体方案的抽象,而原则或教义又是对规则的抽象。法律上的疑难问题不仅是规则的例外,更是原则或教义的例外;试图求助原则或教义来解决规则不能解决的问题,就如同让一个自身难保的人去承担拯救他人的使命,这是注定无望的求助。要寻求解决疑难问题的方案只能回到问题本身,必须考察问题本身的各种经验要素,并就各种备选方案权衡利弊得失。将疑难问题诉诸原则或教义是一种规避问题复杂性的鸵鸟政策。正是社会现实而非任何原则或教义才能永久占领法理学的制高点。



卷》,系本书蓝皮书系列每卷中一期,按同其以月刊,系出解新法律文五册,并同双星时与中已,除原量内还有新章于卷上,动新章系关治到理宗量少和原样其且而,另号季理治以区宿天人会,对不推推本学件查

## 参考文献

朱嘉安、张强、孙... 费... 具... 国... 景... 发...

### 中文:

阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版。

埃里克森:《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版。

巴伯:《信任:信任的逻辑和局限》,牟斌等译,福建人民出版社 1989 年版。

巴泽尔:《国家理论——经济权利、法律权利与国家范围》,钱勇、曾咏梅译,上海财经大学出版社 2006 年版。

白广勇:“法律的缺憾——王斌余案件的法律思考”,载《甘肃政法成人教育学院学报》2006 年第 1 期。

北川善太郎:《债权总论》,有斐阁 1993 年版。

波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版。

波斯纳:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版。

波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 1994 年版。

波斯纳:《法律理论的前沿》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版。

波斯纳:《国家事务——对克林顿总统的调查、弹劾和审判》,彭安等译,法律出版社2001年版。

波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版。

波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版。

波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版。

柴会群:“上海:‘倒钩’执法变形记”,载《南方周末》2009年10月29日版。

陈步雷:“由王斌余杀人案想起了蒋爱珍”,载《新京报》2005年9月9日版。

陈春平等:“邱兴华家人受社会资助11个死者家庭被忽略”,载《华商报》2006年12月30日版。

陈弘毅:“当代西方法律解释学初探”,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版。

陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版。

陈金钊:“法律解释学的转向与实用法学的第三条道路”,载《法哲学社社会学论丛》(第4卷),中国政法大学出版社2001年版。

陈明艺:“进入限制、价格管制与黑车泛滥——来自北京、上海出租车市场的经验分析”,载《山西财经大学学报》2007年第11期。

陈瑞华:“许霆案的法制标本意义”,载《南方周末》2008年1月17日版。

陈兴良:“许霆案的法理分析”,载《人民法院报》2008年4月1日版。

陈志华:“邱兴华精神病家族史及其九种精神异常表现”,载《南方周末》2006年11月30日版。

成晓霞:“履约免除的法经济学思考”,载《政法论坛》1998年第3期。

崔建远:《合同法》,法律出版社1998年版。

崔建远:《债法》,清华大学出版社2010年版。

笮皓文:“五法学家发出公开信:如果是疯子判他死刑是耻辱”,载《天府早报》2006年12月15日版。

德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版。

恩伯:《文化的变异——现代文化人类学通论》,杜杉杉译,辽宁人民出版社1988年版。

冯伟祥:“‘钓鱼’式执法被控违法”,载《民主与法制时报》2005年7月26日版。

弗里德曼:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版。

福山:《信任:社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版。

傅蔚冈:“‘钓鱼式执法’置社会道德于何地”,载《东方早报》2009年9月15日版。

甘阳:“柏林与后‘自由主义’”,载《读书》1998年第4期。

甘阳:“自由的敌人:真善美统一说”,载《读书》1989年第9期。

高一飞:“有必要判王斌余死刑吗?”,载《新京报》2005年9月7日版。

顾佳贇、刘耿:“上海‘钓鱼’”,载《瞭望东方周刊》2009年10月26日版。

顾文剑、杨静:“白领好心载客被‘倒钩’ 执法部门称‘谈钱就是黑车’”,载《东方早报》2009年9月15日版。

顾昀:“王斌余案将我们撕裂成了两半”,载《中国经济时报》2005年9月15日版。

郭光东:“试看邱兴华案的天下之‘不韪’”,载《南方周末》2006年11月30日版。

郭光东:“吁请最高法院高度关注邱兴华案鉴定问题”,载《南方周末》2006年12月14日版。

郭田珍、罗安源:“法律专家谈李昌奎案,称云南高院判决不合法理”,载《京华周刊》2011年7月12日版。

郭文:“司机搭乘拦车人被指非法营运”,载《新闻晨报》2009年10月16日版。

- 哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世俊译,三联书店2003年版。
- 哈耶克:《个人主义与经济秩序》,贾湛等译,北京经济学院出版社1991年版。
- 哈耶克:《立法、法律与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版。
- 哈耶克:《致命的自负》,冯克利等译,中国社会科学出版社。
- 韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版。
- 韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版。
- 郝卫江:“倡导儿童‘见义勇为’应该休矣”,载《中国妇女报》2012年2月10日版。
- 何恬:“解读刑法第18条——兼谈对精神病人违法行为处理的不足和完善”,载《法律与医学杂志》2007年第3期。
- 贺卫方:“许霆案:法官何以说理”,载《南方周末》2008年1月23日版。
- 侯国云:“当今犯罪构成理论的八大矛盾”,载《政法论坛》2004年第4期。
- 黄秀丽:“李昌奎案的免死‘金牌’惹官民舆论战”,载《南方周末》2011年7月14日版。
- 霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版。
- 霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版。
- 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版。
- 季卫东:“彭宇案的公平悖论”,载《财经》2007年第9期。
- 蒋铁初:“中国古代精神病人犯罪法探析”,载《北方论丛》2005年第2期。
- 卡普洛、沙维尔:《公平与福利》,冯玉军、涂永前译,法律出版社2007年版。
- 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版。
- 考特、尤伦:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002年版。
- 科斯:“社会成本问题”,载《财产权利与制度变迁》,上海三联书店、

上海人民出版社 2003 年版。

孔璞：“佛山女童小悦悦被碾后冷漠的 387 秒”，载《新京报》2011 年 10 月 21 日版。

拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社 1997 年版。

拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版有限公司 1997 年版。

兰德斯、波斯纳：《侵权法的经济学结构》，王强译，北京大学出版社 2005 年版。

劳东燕：“‘不知法不免责’准则的历史考察”，载《政法论坛》2007 年第 4 期。

黎秋玲：“法律界人士热议‘见死不救’/专家反对立法论罪”，载《新快报》2011 年 10 月 21 日版。

李楠：《性与法》，河南人民出版社 1993 年版。

李志鹏、常明明：“钓鱼执法的合法性与合理性界分”，载《吉林工商学院学报》2009 年第 6 期。

理查德·道金斯：《自私的基因》，卢允中、张岱云译，科学出版社 1981 年版。

梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版。

林诚二：《民法理论与问题研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。

刘燕：“发现金融监管的制度逻辑”，载《法学家》2004 年第 3 期。

刘志伟：《侵占犯罪的理论与司法适用》，中国检察出版社 2000 年版。

龙卫球：“告别算数司法，请从许霆案始！”，载《南方周末》2008 年 2 月 20 日版。

罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版。

洛伦兹：《攻击与人性》，王守珍、吴月娇译，作家出版社 1987 年版。

马涤明：“李昌奎免死的理由不能含糊”，载《北京晨报》2011 年 7 月 14 日版。

马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2007 年版。

马奇：《决策是如何产生的》，王元歌、章爱民译，机械工业出版社

2007年版。

毛斯:《社会学和人类学》,余碧平译,上海译文出版社2003年版。

密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版。

帕斯卡尔:《思想录》,何兆武译,商务印书馆1986年版。

庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版。

彭泗清、郑也夫等:《中国社会中信任》,中国城市出版社2003年版。

普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版。

任震宇:“禁自带酒水、设最低消费属霸王条款”,载《中国消费者报》2014年2月14日版。

阮光平等:“输血难以避免病毒感染窗口期危险”,载《国外医学临床与检验学分册》2005年第7期。

桑本谦:“‘钓鱼执法’和‘后钓鱼时代’的执法困境:网络群体事件的个案研究”,载《中外法学》2011年第1期。

桑本谦:“法律控制的成本分析”,载《现代法学》2007年第5期。

桑本谦:“法律论证:一个关于司法过程的理论神话”,载《中国法学》2007年第3期。

桑本谦:“法治及其社会资源”,载《现代法学》2006年第1期。

桑本谦:“反思中国法学界的‘权利话语’——从邱兴华案切入”,载《山东社会科学》2008年第8期。

桑本谦:“涉黑性质犯罪的法律经济学对策”,载《法学杂志》2010年第10期。

桑本谦:“私人惩罚与公共惩罚的互动——一个解读法律制度的新视角”,载《法制与社会发展》2005年第5期。

桑本谦:“疑案判决的经济学原则分析”,载《中国社会科学》2008年第4期。

桑本谦:《私人之间的监控和惩罚——一个经济学的进路》,山东人民出版社2005年版。

沈颖:“公权捞钱太易,‘钓鱼执法’合法性遭质疑”,载《南方周末》2009年9月23日版。

史密斯、霍根:《英国刑法》,法律出版社2000年版。

舒国滢：“罗伯特·阿列克西法律论证理论评述”，载戚渊等：《法律论证与法律方法》，山东人民出版社 2005 年版。

苏力：《道路通向城市：转型中国的法治》，法律出版社 2004 年版。

苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。

苏力：《送法下乡：中国基层法律制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。

苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版。

苏力：“从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负”，载《法学》2011 年第 6 期。

苏力：“当代中国立法中的习惯：一个制定法的透视”，载《法学评论》2001 年第 3 期。

苏力：“法律规避与法律多元”，载《中外法学》1993 年第 6 期。

苏力：“海瑞定理的经济学解读”，载《中国社会科学》2006 年第 6 期。

苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问”，载《中国社会科学》1997 年第 4 期。

苏力：“制度变迁中的行动者：从梁祝悲剧说起”，载《比较法研究》2003 年第 2 期。

苏力：“追求理论的力量——《法律理论的前沿》代译序”，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期。

孙斯坦：《风险与理性：安全、法律及环境》，师帅译，中国政法大学出版社 2005 年版。

孙翔等：“上海奉贤一女协查员暗查黑车被刺身亡”，载《东方早报》2008 年 3 月 9 日版。

谭启平、龚军伟：“不可抗力与合同中的民事责任承担”，载《河北法学》2002 年第 3 期。

汤啸天：“见义勇为应加分鼓励吗”，载《解放日报》2012 年 4 月 12 日版。

唐明：“试论赠与合同的立法及司法实践”，载《中国法学》1999 年第 5 期。

唐应茂：《法院执行为什么难：转型国家中的政府、市场与法院》，北京

大学出版社 2009 年版。

田冰：“论行政执法中陷阱证据的可采性认定及规制——由‘钓鱼执法’引发的证据能力理论研究”，载《北京人民警察学院学报》2010 年第 1 期。

王鹤、陈翔：“77% 受访网友反对立法惩罚‘见死不救’行为”，载《广州日报》2011 年 10 月 20 日版。

王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 1996 年版。

王利明：《民法学》，法律出版社 2008 年版。

魏振瀛：《民法》，北京大学出版社 2010 年版。

邬愉波等：“快递业成霸王条款重灾区”，载《都市快报》2012 年 7 月 19 日版。

吴丹红等：“‘钓鱼式执法’：诘问和反思”，载《人民法院报》2009 年 12 月 8 日版。

吴晓杰、朱海涛：“‘钓鱼执法’事件具有重要‘标本’意义”，载《检察日报》2009 年 10 月 28 日版。

吴泽勇：“证明疑案案件的处理之道——从‘彭宇案’切入”，载《西部法学评论》2011 年第 5 期。

西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版。

肖建国、姚建龙：《女性性犯罪与性受害》，华东理工大学出版社 2002 年版。

肖中华：“论犯罪构成要件类别的界定”，载《中国法学》2000 年第 6 期。

休谟：《人类理解研究》，关文运译，商务印书馆 1974 年版。

徐显明：“社会转型后法律体系建构”，载《文史哲》2000 年第 5 期。

扬子：“医疗官司，患者赢了——王凌感染丙肝案审结纪事”，载《中国质量万里行》2000 年第 10 期。

杨仁寿：《法学方法论》，台湾三民书局 1987 年版。

杨万里：“论不可抗力的风险分配和公平原则”，载《河北法学》2000 年第 1 期。



杨兴培：“‘许霆案’的技术分析及其法理思考”，载《法学》2008年第3期。

杨兴培：“不杀李昌奎，判决书太山寨”，载《法制日报》2011年7月12日版。

杨于泽：“被‘彭宇案’诱惑的‘缺德’”，载《中国青年报》2011年9月7日版。

羽戈：“李昌奎案改判，试水还是玩火？”，载《羊城晚报》2011年7月18日版。

张明楷：“不当得利与财产犯罪的关系”，载《人民检察》2008年第13期。

张明楷：“许霆案的定罪与量刑”，载《人民法院报》2008年4月1日版。

张若渔：“中国需要一部‘好撒玛利亚人法’”，载《东莞时报》2011年11月4日版。

张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版。

张维迎：“信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释”，载《中国社会科学》2003年第3期。

张卫平：“司法公正的法律技术和政策——‘彭宇案’的程序法思考”，载《法学》2008年第8期。

张文显、姚建宗：“权利时代的理论景象”，载《法制与社会发展》2005年第5期。

张新平、霍金荣、徐海锋：“临床输血风险及风险管理”，载《中国医院管理》2000年第11期。

张志铭：《法律解释的操作分析》，中国政法大学出版社1999年版。

赵秉志：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社2003年版。

赵继成：“王斌余杀人案：底层群体罪与罚的正义之辩”，载《新京报》2005年9月19日版。

赵强：“6种情形将被列入‘老赖黑名单’”，载《河南商报》2013年7月20日版。

郑戈：“法律解释的社会构造”，载梁治平主编：《法律解释问题》，法

律出版社 1998 年版。

郑显文：“中国古代关于见义勇为的立法”，载《中外法学》1999 年第 6 期。

周飙：“‘女许霆案’的迷雾”，载《法制日报周末版》2009 年 5 月 13 日版。

周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社 2003 年版。

周健：“闵行‘黑公交’惊现‘黑社会’势力”，载《上海商报》2005 年 7 月 25 日版。

周娜、李雅琴：“论我国司法精神病鉴定制度之完善”，载《医学与哲学》2005 年第 9 期。

竹怀军、利子平：“‘不知法不免责’原则价值的嬗变与选择：违法性错误理论与实践发展的比较考察及借鉴”，载《比较法研究》2007 年第 5 期。

邹荣：“‘暗乘’取证的合法性研究——以上海‘钓鱼执法’为例”，载《东方法学》2009 年第 6 期。

左志英：“郝劲松举报钓鱼执法‘犯罪团伙’”，载《南方都市报》2009 年 10 月 29 日版。

#### 外文：

Alan Barth, *The Vanishing Samaritan*, in *The Good Samaritan and the Law* (James M. Ratcliffe ed. ), 1966.

Allison Dunham, *Private Enforcement of City Planning*, 20 *Law and Contemporary Problems*, 1955.

Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault*, 82 *California Law Review*, 1994.

Andrew Ashworth & Eva Steiner, *Criminal Omissions and Public Duties: the French Experience*, 10 *Legal Stud.*, 1990.

Angela Hayden, *Imposing Criminal and Civil Penalties for Failing to Help Another: Are “Good Samaritan” Laws Good Ideas?*, 6 *New Eng. Int'l &*

*Comp. L. Ann.*, 2000.

Anthony David Nuttall, Did Meursault Mean to Kill the Arab? — The Intentional Fallacy Fallacy, 10 *Critical Quarterly*, 1968.

Anthony T. Kronman, Precedent and Tradition, 99 *Yale Law Journal*, 1990.

Beesley, M. E., Regulation of Taxis, 83 *The Economic Journal* 329, 1973.

Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Yale University Press, 1960.

Bibb Latané, Nida Steve, Ten years of research on group size and helping, 89 *Psychological Bulletin* 2, 1981.

Bill Thornton & Richard M. Ryckman, The Influence of a Rape Victim's Physical Attractiveness on Observers' Attributions of Responsibility, 36 *Human Relations June* 6, 1983.

Cass R. Sunstein, *Going To Extremes: How Like Minds Unite And Divide*, Oxford University Press, 2009.

Charles J. Goetz & Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 *Yale L. J.*, 1980.

Charles Larmore, *The Morals of Modernity*, Cambridge University Press, 1996.

Christopher T. Wonnell, Efficiency and Conservatism, 80 *Neb. L. Rev.* 643, 2001.

Courtney M. Price, Private Enforcement of the Clean Water Act, 1 *Natural Resources & Environment* 4, 1986.

D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth, 1991.

D. Shapiro, B. H. Sheppard and L. Cheraskin, Business on a Handshake, 8 *Negotiation Journal*, 1992.

Donohue, John, and Justin Wolfers, Uses and Abuses of Statistical Evidence in the Death Penalty Debate, 58 *Stanford Law Review*, 2005.

Dori Kimel, *Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract*, 21 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001.

Douglas, G., *Price Regulation and Optimal Service Standards: the Taxicab Industry*, 6 *Journal of Transport Economics and Policy* 2, 1972.

Ehrlich, Isaac, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, 65 *American Economic Review*, 1975.

Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.

Eric Mackin, *Bad Samaritanism and the Causation of Harm*, 9 *Philosophy & Public Affairs*, 1980.

Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer Academic Publishers, 1999.

Frank H. Easterbrook, *The Court and the Economic System*, 98 *Harv. L. Rev.*, 1984.

Gary S. Becker & George J. Stigler, *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, 3 *Journal of Legal Studies*, 1974.

Gary S. Becker & George J. Stigler, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Journal of Political Economy*, 1968.

George C. Homans, *The Human Group*, Harcourt, Brace and Co., 1950.

George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Law*, 78 *Journal of Political Economy*, 1970.

George K. Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts*, 46 *Harv. L. Rev.*, 1932.

Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 *Yale L. J.*, 1972.

Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *The Cost of Accidents: Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

H. Laurence Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*, New York: Aldine Publishing Co., 1980.

John D. Guilfoil, *Private Enforcement of U. S. Antitrust Law*, 10

*Antitrust Bulletin* 5 - 6, 1965.

John Umbeck, *Might Makes Right: A Theory of the Formation and Initial Distribution of Property Rights*, 19 *Economic Inquiry*, 1981.

John Umbeck, *The California Gold Rush: a Study of Emerging Property Rights*, 14 *Exploration in Economic History*, 1977.

Jon Elster, *The Cement of Society: A Study of Social Order*, Cambridge University Press, 1989.

Jones, Cathaleene and Aronson, Elliot, Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim, 26 *Journal of Personality and Social Psychology* 3, 1973.

Karl Llewellyn, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed, 3 *Vanderbilt Law Review*, 1950.

Larry C. Wilson, The Defence of Others—Criminal Law and the Good Samaritan, 33 *McGill L. J.*, 1988.

Louis Kaplow, The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis, 23 *Journal of Legal Studies*, 1994.

M. Foucault, *Politics, Philosophy, Culture, Interviews and Other Writings* (edited by L. D. Kritzman), Routledge, 1988.

Marcel Mauss, *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies*, trans. W. D. Halls, London: Routledge, 1999.

Mark A. Cohen & Paul H. Rubin, Private Enforcement of Public Policy, 3 *Yale Journal on Regulation*, 1985.

Marshall Sahlins, *Stone Age Economics*, Aldine-Atherton, 1972.

Martin Gansberg, Thirty-Eight Who Saw Murder Didn't Call the Police, *New York Times*, March 27, 1964.

Melody J. Stewart, How Making the Failure to Assist Illegal Fails to Assist: An Observation of Expanding Criminal Omission Liability, 25 *Am. J. Crim. L.* 385, 1998.

Michael A. De Feo, Entrapment as a Defense to Criminal Responsibility:

Its History, Theory and Application, 1 *University of San Francisco Law Review*, 1967.

Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.

Michael S. Greve, Private Enforcement of Environmental Law, 65 *Tulane Law Review* 2, 1991.

Mitchell Polinsky, Private versus Public Enforcement of Fines, 9 *Journal of Legal Studies*, 1980.

N. Luhman, *Tust and Power*, John Wiley & Sons Ltd. , 1979.

Peters M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, New York: J. Wiley. , 1994.

R. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Tradition in Modern Italy*, Princeton University Press, 1993.

Rachel Manning, Mark Levine and Alan Collins, The Kitty Genovese Murder and the Social Psychology of Helping: The Parable of the 38 Witnesses, 62 *American Psychologist* 6, 2007.

Richard A. Epstein, A Theory of Strict Liability, 2. *J. Leg. Studies*, 1973.

Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, 1995.

Richard A. Posner, An Economic Approach to Procedure and Judicial Administration, 2 *Journal of Legal Studies*, 1973.

Richard A. Posner, An Economic Theory of the Criminal Law, 85 *Columbia Law Review*, 1985.

Richard A. Posner, Gratuitous Promises in Economics and Law, 6 *J. Legal Stud.* , 1977.

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992.

Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, London School of Economics and Political Science, 1971.

Robert Axelrod, An Evolutionary Approach to Norm, 80 *American*

*Political Science Review*, 1986.

Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books, 1984.

Robert L. Trivers, The Evolution of Reciprocal Altruism, *Quarterly Review of Biology*, March 1971.

Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press Cambridge, 1986.

Ronald Dworkin, In Praise of Theory, 29 *Arizona State Law Journal*, 1997.

Ronald E Smith, John P Keating, Reid K Hester, Herman E Mitchell, Role and justice considerations in the attribution of responsibility to a rape victim, 10 *Journal of Research in Personality* 3, 1976.

S. N. Eisenstadt and L. Roniger, *Patrons, Clients and Friends: Interpersonal Relations and the Creation of Prosperity*, Cambridge University Press, 1984.

Sally Engle Merry, Rethinking Gossip and Scandal, in *Toward a General Theory of Social Control*, Academic Press, Inc. , 1984.

Sara Blaffer Hrdy, Fitness Tradeoffs in the History and Evolution of Delegated Mothering with Special Reference to Wet -Nursing, Abandonment, and Infanticide, 13 *Ethnology and Sociobiology*, 1992.

Saul Schwartz, The Risk of Rescue-The Plight of the Good Samaritan, 15 *Emergency Preparedness Dig* 2, 1998.

Sellin, Thorsten, *The Death Penalty*, Beverly Hills, 1959.

Sheila R. Deitz, Madeleine Littman, Brenda J. Bentley, Attribution of responsibility for rape: The Influence of Observer Empathy, Victim Resistance, and Victim Attractiveness, 10 *Sex Roles* 3 - 4, 1984.

Shreiber, C. , The Economics Reasons for Price and Entry Regulation of Taxicab, 9 *Journal of Transport Economics and Policy* 3, 1975.

Stephanie D. Preston and Frans B. M. de Waal, Empathy: Its Ultimate and Proximate Bases, 25 *Behavioral and Brain Sciences* 1, 2002.

Stephen Knack and Philip Keefer, Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation, 112 *Quarterly Journal of Economics*, 1997.

Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.

Steven Shavell, An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts, 20 *J. Legal Stud.*, 1991.

Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987.

Suresh Kanekar & Maharukh B. Kolsawalla, Responsibility in Relation to Respectability, 102 *The Journal of Social Psychology* 2, 1977.

Suresh Kanekar & Maharukh B. Kolsawalla, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28 *American Sociological Review*, 1963.

Susan Rose-Ackerman, Altruism, Nonprofits, and Economic Theory, 34 *J. Econ. Literature*, 1996.

Toner, J., English Experience of Deregulation of the Taxi Industry, 16 *Transport Review* 1, 1996.

William A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine-Atherton Inc., 1971.

William L. F. Felstiner, Influence of Social Organization on Dispute Process, 9 *Law & Society Review*, 1974.

William Ian Miller, *Bloodtaking and Peacemaking: Feud, Law, and society in Saga Iceland*, University of Chicago Press, 1990.

William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987.

William M. Landes & Richard A. Posner, The Private Enforcement of Law, 4 *Journal of Legal Studies*, 1975.

William M. Landes & Richard A. Posner, Altruism in Law and Economics, 68 *The American Economic Review* 2, 1978.



William M. Landes & Richard A. Posner, Salvors, Finders, Good Samaritans, And Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, 7 *The Journal of Legal Studies* 1, 1978.

外国案例:

- Berg v. Great Northern By. Co. ,70 Minn. 272,73 N. W. 6148 (1897).
- Buch v. Armory Mfg. Co. ,69 N. H. 257,44 A. 809,810 (1898).
- Cert. Den. ,339 U. S. 914 (1950).
- Field Container Corp. v. ICC,712F. 2d 250,255 - 256 (1983).
- Krell v. Henry,2K. B. 740 (1930).
- L. N. Jackson & Co. v. RoyalNorweigian Govt. ,177F. 2d 694 (1949).
- Parsons v. State,81 Ala. 577,2 So. 854 (1887).
- Riggs v. Palmer,115N. Y. 506,22N. E. 188 (1889).
- Salmon v. Chute and Dredge,4 N. T. L. R. 149,151. (1994) .
- State v. Joyce,139 Vt. 638 (1981).
- U. S. v. Hinckley,525 F. Supp. 1342 (1981).
- Wagner v. International By. Co. ,232 N. Y. 176,133 N. E. 437 (1921).

本书是对最近十年来不断发生的一些热点案例和涉法事件做出的学术回应，相关讨论追求理论上的突破，而不止于技术层面的案例分析。本书倡导用社会科学（尤其是经济分析）的方法来提升法学研究的学术品质，这可以被称作是一种与法律教义学对立的“社科法学”（更恰当的措辞是“法律科学”）的立场。当法律遇到疑难问题时，应遵从社会科学的指导，无需求助于道德哲学；要努力摆脱法律教义的束缚，回到问题本身，细致研究各种经验要素，通过权衡利弊来寻求恰当的法律决策。热点案例或涉法事件作为疑案法律问题恰好为检验不同学术进路或不同法律理论的功能提供了天然的竞技场。

ISBN 978-7-5118-7544-4



9 787511 875495 >