

法律和社会文丛

苏力主编

理论法学的迷雾

以轰动案例为素材

桑本谦 著

理论法学的迷雾

以轰动案例为素材

桑本谦 著



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. —北京:法律出版社,2008.9
ISBN 978-7-5036-8747-1

I. 理… II. 桑… III. ①法学—研究—中国②案例—分析—中国 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第131853号
© 法律出版社·中国

理论法学的迷雾——以轰动案例为素材 | 桑本谦 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2008年9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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.5 字数 180 千
印次 2008年9月第1次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
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 978-7-5036-8747-1

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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”。第一段描述以致渲染事实,第二段给出法律意见,第三段或则批评抨击或则呼吁提倡——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缺乏多少实质性关联。

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,如果社会真的需要,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,这难免让人心生疑问: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,“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。作者桑本谦博士通过本书的写作,身体力行地展示了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涵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时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。结合案例,作者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”,所以这个竞技场的入场票价不高,没有多么“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,喋喋不休也已十多年;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在具体问题,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,这一整套思维训练才是案例教学的基本目标。而在很大程度上,这是一种学术训练,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、反申等技术的运用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。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

目 录

绪论 / 1

第一章 反思“权利话语”

——回眸邱兴华案 / 8

一、案件与问题 / 8

二、“权利话语”是怎样论证的 / 12

三、“权利话语”忽略了什么 / 15

四、英美国家的精神病抗辩 / 17

五、“权利话语”的理论困境 / 21

六、“权利话语”的修辞技术 / 24

第二章 评析“本土资源说”

——再看《秋菊打官司》 / 26

一、“本土资源说”的背景 / 26

二、“本土资源”知多少 / 29

三、习惯对法律的影响 / 34

四、秋菊何以困惑 / 37

五、法律移植的真正障碍 / 43

六、法律运行的社会资源 / 44

七、提高社会信任度的途径 / 48

第三章 法律解释的假象

——重解帕尔默案 / 51

一、问题的提出 / 51

二、解释方法的排序 / 54

三、“理论性争论” / 58

四、隐含的思维过程 / 61

五、形式合理性与实质合理性 / 63

六、“解释”的假象与“解释”的智慧 / 66

七、“爱奥尼亚谬误” / 69

第四章 法律论证的神话

——从王斌余案切入 / 73

一、法律论证从何而来 / 73

二、案件争议中的法律论证 / 77

三、交流可以消除道德分歧吗 / 81

四、“理性辩论规则”可以检验司法程序吗 / 87

五、不是共识,又是什么 / 92

六、问题还出在哪里 / 99

第五章 孱弱的民法解释

——以一起输血感染丙肝案及不可抗力条款为例 / 101

一、案件与问题 / 101

二、过错责任的经济学问题 / 103

三、过错责任的伦理学问题 / 105

四、保险、交易费用与严格责任 / 107

五、侵权赔偿的道德直觉 / 109

六、“不可抗力”的流行误识 / 111

七、风险分配的经济学原则 / 116

八、经济学原则与立法方案的选择 / 118

九、情绪化的公平观念 / 120

第六章 传统刑法学理论的尴尬

——面对许霆案 / 123

一、案件与问题 / 123

二、“明偷”是否可能 / 126

三、ATM 是否金融机构 / 130

四、ATM 故障的法律后果 / 133

五、“告别算数司法”? / 137

六、为什么许霆“并不太坏” / 138

第七章 法律控制的范围

——发送“黄色短信”入刑律与“反通奸法”被废除 / 142

一、问题的提出 / 142

二、一条不现实的司法解释 / 144

三、对司法解释的再解释 / 147

四、通奸何以无罪 / 149

五、古代社会对通奸的法律控制 / 152

六、社会控制与法律控制的互动 / 154

七、对犯罪构成理论的质疑 / 158

附：关于法律控制的数学模型 / 159

参考文献 / 164

致谢 / 174

绪 论

理性地研究法律,目前的主宰者或许还是钻研法条的人,但未来属于统计学家和经济学家。*

——霍姆斯

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,波斯纳在其《道德和法律理论的疑问》一书中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。^[1] 波斯纳的主张也是本书要阐述的主题,本书汇集了一些借助于分析具体法律问题(主要是几个有争议的热点案例)而展开的学术批评。近年来,媒体喜欢报道一些有争议的案件,而法

* Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review*, 1897, p. 469.

[1] [美]波斯纳:《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。

学专家也热衷于参与这些案件的讨论;然而,从总体上看,法学专家提供的见解和建议很少是深刻的,论证也很少是有力的。绝大多数见解和建议主要立足于“道德话语”或“权利话语”(后者只是前者的一种变形),在很多时候,它们只是用“法言法语”包装了一些道德直觉。这种现象反映出目前中国法学研究的最大弊端:缺乏社会科学的严谨论证。这一弊端也成为提升法学教育水平和法律职业群体素质的严重阻碍。

近年来,法学界的学术批评搞得很火。曾有个名噪一时的学术批评网用玄幻的语言编织了一顶硕大无朋的帽子,并将其作为批评武器套在众多被批评者的头上。批评者站在云端向中国法学界发号施令;他们还为中国法学指出了前进的道路,但这条道路几近于朝天狼星座搭建一条漫长的天梯。几年过去了,还未见有人在这条道路上迈出一步,尽管批评与反批评的互动游戏还偶尔上演着,所讨论的问题仍然如诗如幻。本书的学术批评则是低调的。道德哲学和社会科学一直在竞争法律疑难问题的指导权,本书讨论的案例为此提供了一些竞赛场;如果在前者遭遇困境的地方,后者却仍能从容应对,竞赛的结果就会一目了然。作为批评者,我最重要的任务是设置和安排这些竞技场,并把竞赛的过程和结果解说清楚。尽管我也会充当裁判的角色,但这个角色不是固定的;倘若读者认为我这个裁判不合格,随时可以罢免,并亲自出马取而代之。

本书并不仅仅致力于学术批评;批评之后,针对每一个具体的法律问题,本书都从社会科学(主要是经济学)角度提出了解决问题的思路或方案。本书的核心观念是:当法律决策者从法律规范内部无法获得令人满意的结论时,不必求助于更高层次的道德教义,而应回到问题本身,研究各种经验要素,以便在各种备选的判决方案或立法方案之间权衡利弊得失;法律背后的逻辑是经济学,而不是道德哲学,当法律背后的经济学逻辑被揭示出来之时,笼罩于法律之上的道德迷雾就同时烟消云散了,这大致就是波斯纳所说的“清除法律神秘”的过程。

本书第一章借助于2006年的邱兴华案反思在中国法学界稳居支配地位的“权利话语”。在关于邱兴华案的讨论中,“权利话语”暴露出它的先天不足,几乎完全忽略了保护精神病人抗辩权所必需的复杂社会条件。本章进一步论证,“权利话语”在描述性和规范性两个维度上都存在严重的功能缺陷——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。支撑“权利话语”的主要说服技术不是论证,而是修辞。

第二章从重新检视苏力的两个实证性研究切入,评析其“本土资源”说,重新解读“秋菊打官司”的著名隐喻。进而提出并论证了一个关于中国法治建设和法律实施的假说:中国法治建设之所以不很成功,以及现代法律制度之所以会在中国社会“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”(即社会成员之间的相互信任)供给不足;归根到底,是由于中国社会目前面临严重的信任危机。信用危机正是法律移植的真正障碍。

第三章借助于对著名的利格斯诉帕尔默案的重新解读揭示法律解释的困境。由于法律解释元规则的缺位,法律解释学很难具有方法论的意义。疑难案件的判决结果并不来自于法律内部,对不同判决方案预测其社会效果并权衡其利弊得失是隐含于法律解释中的思维过程;正是这个隐含的思维过程决定了疑难案件应当如何判决以及法律应当如何解释。

第四章利用2005年的王斌余案批评法律论证的学术进路。规范性法律论证理论无力为司法程序和司法判决提供有用的启示和指导;这种理论的前提缺乏经验基础,论证也出现了自相矛盾,并且由于忽略了司法过程中的交易成本和权力运作而从总体上误解了司法过程所追求的现实目标。法律论证的功能只是说服性的;它无力为法律疑难问题提供决策方案,充其量能够大致满足公众寻找正当性依据的心理需求。

·第五章对一起医疗事故赔偿纠纷案以及合同法的不可抗力条款进行了经济分析。进而指出,传统民法学用于解释具体法律条款的道德话语基本是直觉性的,有些甚至是情绪化的。对于许多法律规定,这些道德话语缺乏解释力。情绪化的公平观念并不是真正的公平,这种公平观念经常会忽略“不在场”的当事人。

第六章借助于2007年的许霆案讨论传统刑法学理论的缺陷。法学专家围绕许霆案阐发的学术见解并不强有力,这一事实反映出传统刑法学理论缺乏应对疑难案件的理论资源。对许霆案的经济分析则表明,关于犯罪与刑罚的经济学理论可以获得对刑事疑难案件的指导权。就许霆案而言,真正可以作为对许霆减轻处罚的理由是许霆作案方式的特殊性,传统刑法学提供的理由(“主观恶性不大”、“违法程度较轻”、“责任程度较小”、“期待可能性有所降低”等)只是公众直觉的精致化表述。

第七章通过分析一个正例和一个反例(即最高人民法院出台对“黄色短信”进行法律控制的司法解释以及“反通奸法”在现代国家被普遍废除)来讨

论法律控制的范围问题。受国家支付能力的限制,法律控制的范围不应过度扩展。在理论上,法律控制的合理边界应当确定在边际控制收益与边际控制成本恰好相等的位置上。因此,为了节省公共资源的投入,国家就要被迫限定法律控制的范围,甚至会有意保留一些法律空白,许多有害行为因此可以“逍遥法外”。通奸和手机传播黄色短信就属于法律控制范围之外的有害行为。

本书的研究方法和分析工具主要是经济学的,这大概会成为本书被批评(实际上是“反批评”)的焦点。尽管在过去的40年里,经济学的研究方法已经全面改变了所有法学领域,即便是在那些看起来与经济现象并不明显相关的领域,诸如侵权法、刑法、婚姻家庭法、程序法、宪法以及政府管制,也同样被经济学的分析方法大举入侵了,传统意义上的法学独立性越来越难以为继。然而,这场法学革命在中国学界尚未发生;在大多数学者眼里,“经济学帝国主义”只是一种潜在的威胁,目前最活跃的法学家很少引用法律经济学的文献。

之所以造成这种状况,当然有体制上的原因,任何一种新兴学术的扩张都会冲击学科内部的既有权力结构,并因此需要面对体制上的各种阻力。也有学者自身的原因,与使用传统方法相比,使用经济学的方法对于法学研究者来说是一个更加艰巨的智识挑战:知识结构和思维方式的更新意味着高昂的转换成本。但更为直接的原因则是观念上的:许多学者对经济学方法并不信任甚至抱有某种敌意。这主要源自于以下几种流行观念:(1)经济学上的“理性人”假设是不现实的,因为许多人的行动并不理性;(2)建构模型方法并不可靠,因为模型忽略了许多因素;(3)经济学因过分强调效率而忽略了公平;(4)经济学总是用金钱衡量一切,而生命、健康、家庭幸福以及人格尊严等就无法用金钱来衡量;(5)尽管经济学可以解释法律决策,但决策者的真实思维却未必遵循经济学的逻辑。这是多年来我在许多场合遇到最主要的批评或质疑。在这里,我试图对此做一个“科普式”的回应,尽管波斯纳在他的许多著作里已经说得够多了。

“经济学帝国主义”这种说法并不恰当,更确切的说法也许是“理性选择理论的帝国主义”,经济学只是理性选择理论最初的一块殖民地。^[2]如今,

[2] 这么说也不确切,最早使用比较成熟的理性选择理论的恰恰不是经济学家,而是作为伦理学家和法学家的杰里米·边沁。在其1789年出版的《道德与立法原理导论》(时殷弘译,商务印书馆2005年版)一书中,边沁将理性选择理论应用于道德和法律领域。

理性选择理论已经成为社会科学通用的分析工具,“理性人假设”也成为整个社会科学(非独经济学)的基本假设。“理性”并不要求人们有清醒的意识或精心计算的能力;如果精心计算需要耗费高昂的信息成本,那么许多人做事马马虎虎或感情用事也并非不理性。如果“理性”只意味着“手段符合目的”,那么盲从、迷信、短视、偏见就可以被包容进这个放松了“理性”概念之中。更何况,即使市场中的大多数个体消费者是“非理性”的,一个市场仍然会理性地运作。^[3] 因为非理性消费者的决策是随机性的,可以相互抵消,剩余的平均化的市场行为就由理性消费者来决定了。类似地,一个假定罪犯是理性人的模型能够正确地预测:即使相当数量的罪犯有严重的认知缺陷或情感缺陷,惩罚严厉性或确定性的提高还是会降低犯罪率。^[4]

建构模型是科学研究的重要方法。在很大程度上,模型把真实世界简化了——在无限多的因素之中模型仅仅抽取了少数几个可以理解和比较的因素,并因此经常被指责为是对真实世界的背叛。然而,抽象和简化事实恰恰是模型最重要的功能,模型的价值不在于它的真实性而在于它的功能。任何一张地图都不可能完全覆盖弯曲复杂的地球表面,但这并不妨碍地图作为地表模型的功能。如果一个模型企图穷尽真实世界的全部复杂性、多样性和混乱性,那么这个模型就不仅不能提供解释,而且会使我们的思维彻底陷入“混沌”。指责模型背叛了真实是没有道理的;根据定义,模型就是用虚拟的东西来解释真实的世界。^[5] 把模型与描述相混淆并因模型不同于描述而谴责模型是一个基本的错误。^[6]

在经济学的各种理论模型之中,彼此冲突的要素可以被囊括在一个函数关系里,困扰传统法学的“价值冲突”问题因此可以获得一个破解的思路。经常会有人指出,生命、健康或家庭幸福是不能用金钱来衡量的,没有人愿意以任何价格出售自己的生命。但法律经济学家考虑问题不是站在个人的角度,而是站在法律决策者的角度。以目前的物质水平而论,任何一个国家的

[3] Jack Hirshleifer, *The Expanding Domain of Economics*, 75 *American Economic Review*, 1985, pp. 53-68.

[4] [美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第19~20页。

[5] [美]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,第79~80页。

[6] [美]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,第261页。

决策者都不会愿意拿出1亿美元去拯救一条普通的生命。这么做并非不近人情,因为如果把这笔钱节省下来,投入到另一个更恰当的项目上,比如购买1万辆救护车,就可以拯救更多的生命。

经济学的思路并不复杂。在预设目的下寻求恰当的手段,通过权衡成本收益来比较不同方案的优劣,是一种最贴近于生活世界的逻辑。一个做出正确决策的法律人也许会声称他的决策依据是公平原则而不是什么经济学逻辑;然而这不能作为经济学逻辑无效的证据,因为经济学的解释力是独立于经济活动参与者的清醒意识的,一个没有任何经济学知识人也完全可能按照经济学的逻辑去安排自己的生活。星体没有任何物理知识,但牛顿的力学却可以解释星体的运动。

公平和效率的冲突是个古老的难题,但这个难题在很大程度上是人们假想出来的。一个公平的方案通常是有效率的,一种追求效率的制度也很少会在哪个地方违背了公平(本书第六章将对这个问题做出更为细致的探讨)。公平在很大程度上是一个主观性的概念,而法律决策者却必须寻找客观的决策依据。^{〔7〕}从公平转向效率为法律分析带来了一系列崭新的价值判断,它们具有更广泛的可接受性并带有较少的主观性。^{〔8〕}更何况,由于效率本身就具有公平的内涵,所以不能认为法律经济学忽略了公平,尽管按照经济学的逻辑对于公平的追求不能独立于追求公平的成本。因而,即使追求效率的法律决策在某个地方稍显不公平,也应算是决策本身的一种合理成本。

尽管本书展示了经济学相对于道德哲学更为强大的解释力,但本书并不主张经济学可以垄断对所有法律问题的指导权;没有哪种方法或进路能够永久捕获法律的复杂性。本书也不主张要忽略公众的道德直觉。尽管道德直觉有时会妨碍人们的理性判断,但在更多时候道德直觉对于整个社会是有好处的。如果“生命神圣”的观念能够深入人心,社会上的暴力事件和伤亡事故就可望减少。然而,法律之所以有时会放弃经济学的逻辑而顽固地坚持对

〔7〕 公平、正义是一种主观价值,而效率是一种客观价值。在公认的经济范式,中,只承认两三个效率标准,而评价正义的标准却是相当多样化的。参见[美]乌戈·马太:《比较法律经济学》,沈宗灵译,北京大学出版社2005年版,第4页。

〔8〕 Robert Cooter, *The Best Right Laws, Value Foundations of the Economic Analysis of Law*, 64 *Notre Dame Law Review*, 1989, p. 817.

道德教义的顺从,^[9]不是因为道德教义本身神圣不可冒犯,而是因为某些道德教义的确拥有控制人们心灵的力量。法律对于道德教义的尊重实际上是处理人们道德直觉的一种策略。尽管,在经济学家看来,允许已决重罪犯在长期监禁和参与危险医学实验之间进行选择是一种有效率的安排,但如果绝大多数人都认为这么做不道德,法律也会随波逐流。毕竟,在没有明显收益的情况下,法律严重冲撞人们的道德直觉是不划算的。

[9] 波斯纳列举了许多没有明显经济学理由支持的法律制度:禁止自杀契约;禁止私人的种族、宗教和性别歧视;禁止人们在真正绝望的情况下杀死救生船上最弱的旅客;禁止强制人们做出自我无罪宣誓;禁止虐待囚犯;禁止出售婴儿;禁止为保护财产利益而使用致命武力;将敲诈列为犯罪;禁止已决重罪犯在继续服刑和参与危险的医学试验之间进行选择。See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 27.