



理论法学 的 经济学视界

LILUN FAXUE DE JINGJIXUE SHIJIE

孙日华 王冀鲁/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

理论法学 的 经济学视界

LILUN FAXUE DE JINGJIXUE SHIJIE

孙日华 王冀鲁/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理论法学的经济学视界 / 孙日华, 王冀鲁著.

—北京: 法律出版社, 2014. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6450 - 5

I. ①理… II. ①孙…②王… III. ①法学—经济学
—研究—中国 IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 105457 号

理论法学的经济学视界

孙日华 著
王冀鲁

责任编辑 周丽君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.875 字数 150 千

版本 2014 年 6 月第 1 版

印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 张建伟

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6450 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

法律经济学的分析视角总给人以强大的冲击力和感召力,在近几年的阅读和写作中,越发喜欢上这一分析工具。有人质疑法律经济学将问题简单化了,尤其是将“理性人”的概念大幅地用于法律问题的分析并不十分妥当。法律问题之中包含着复杂的因素,需要对其进行“整体性解释”,但法律经济学的魅力就在于它更好地展示了知识的密度和理论的力量。在众多分析法律问题的理论工具之中,经济学可以更好地挖掘法律背后的逻辑,流露出令人难以忘怀的深刻。基于对法律经济学的无比钟爱,努力尝试解释更多的问题,于是便有了本书。

本书分为上、中、下三编。上编是司法语境的经济学反思,选择了当下中国司法中存在的问题,用经济学的方式解读,其中融合了热点案件、前沿理论与实践问题等。中编是公法问题的经济学重述,此部分的相关公法问题已存在很多深刻的论证,而本书试图超越传统的分析场域,从经济学的视野进行全新的解读,以便获得更富有灵感的答复。下编是法律方法的经济学介入,目标是对传统法律方法领域进行经济学的分析,目前法律方法的研究属于规范法学,对于其他学科知识的引入较少,本书将尝试打破封闭,将经济学思维带入法律方法的领地。

研究过程中,不断感觉法学研究应该超越封闭的“围墙”,弱化学科划分,引领更多的知识流入法学研究。应该说,传统法学

的理论资源很难为其他学科作出太大的贡献,其他学科却在不断地满足法学的理论需求。事实上,也正是因为法律是一门实践的艺术,需要在复杂的社会环境中运行,法律更需要置身于多重知识之中。有些时候,“跳出三界之外”,观察法律,更能找到“不识庐山真面目,只缘身在此山中”的感觉。

本书将经济学的知识运用于法律问题的研究,应该说还停留在“尝试”阶段,理论的运用尚未做到“游刃有余”,如何运用经济学对法律问题进行深刻的学术回应仍然需要时间的历练。当然,更加理想的状态是在熟练掌握经济学分析工具之后,将生物学、心理学、政治学乃至自然科学等各种方法运用于法律问题的研究中,将会带来更多的知识增量和阅读快感。这些奇思妙想都还在不断的探索甚至畅想阶段,太多的不足与遗憾在所难免,特别希望本书能让读者感觉到阅读的轻松,降低心理成本和思维成本,这也符合本书所倡导的经济学初衷。

感谢阅读,乐见批评。

孙日华

2014年6月

目 录

Catalog

上编 司法语境的经济学反思	001
网络时代司法的选择性视界	003
社会转型期司法公信力的生长	019
习惯在司法过程中的识别与适用	032
叙事与裁判	043
环境公益诉讼中的利他主义	057
诉讼调解的边界	075
 中编 公法问题的经济学重述	 089
宪法权利诉求的经济学逻辑	091
行政法解释的经济学描述	104
行政裁量基准的经济学思考	119
见义勇为认定中的博弈模式与 制度塑造	 132
 下编 法律方法的经济学介入	 145
法律解释主观性的解读	147
不确定法律语言的救济	162
事实形成的背后	185
走向综合的司法客观性	198

上编

司法语境的
经济学反思

网络时代司法的选择性视界

在网络时代的大背景下,司法也呈现了别样的景观。网络信息传播具有迅捷性、直接性、低成本性,网络已经成为新闻传播的主流方式之一,并深深影响了转型中国的司法。近年来,伴随网络的发达,影响性诉讼^①呈现上升的趋势。如许霆案、梁丽案、邓玉娇案、彭宇案、邱兴华案、药家鑫案等。^② 这些案件大多属于刑事案件,案件中充满了谎言、悬疑、挫折、威胁、暴力、煽情等情节,这些都是创作华丽剧本所必需的戏剧性元素。当案件引发公众的普遍关注之后,就会形成强大的网络舆论空间,并不断地与“剧场内”的司法空间分庭抗礼。孙笑侠教授认为,个案之所以引起热议和评判并成为公共案件,是因为其具备了某些“主题元素”——贫富关系、权贵身份、道德底线等。^③

笔者将分别从网民和司法机关^④两个主体出发,运用经济学

① 关于影响性诉讼的相关论述,可以参见艾佳慧:“网络时代的影响性诉讼及其法治影响力”,载《中国法律》2010年第4~5期。

② 限于篇幅的原因,这些案件的细节在此不逐一呈现了。事实上,对于绝大多数读者,这些案件已经耳熟能详了,概括性陈述可以降低阅读成本。

③ 孙笑侠:“司法的政治学——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析”,载《中国法学》2011年第2期,第58页。

④ 司法机关在此处指公检法三机关,尤其是法院。由于这些影响性案件在引发网络争议时,处于不同的诉讼阶段,本书将不做具体区分,在此一并说明。如遇下文出现类似情形,等同视之。这样可以保证行文流畅,降低文章内部概念的协调成本。

的理论资源,阐释媒体与司法之间的互动关系。基于高昂的机会成本,在纷繁的网络空间,无论是网民还是法院都进行着“选择性”活动。网民会依据道德直觉作出选择性关注,司法机关(主要是法院,下同)更倾向于考虑社会成本而选择性司法。一旦网民的关注与司法机关的司法产生了交集,网民的心理收益(满足感、成就感等)就会倍增,并产生未来扩大选择的激励;随之而来的是司法成本的增加,为了降低汹涌增长的间接成本,司法机关又不得不再一次选择性司法。媒体与司法就在这样的经济学逻辑中不断地博弈,合作还是背叛,背后都隐藏着太多的经济学因素,有必要作出有深度的学术回应。

一、网民的选择性关注

面对浩如烟海的网络信息,在有限的时间内,网民无法对所有信息给予同样的对待,只有极少数信息会获得网民的群体性关注,并最终产生舆论影响力。

网民为何会花费巨大的时间成本参与公共讨论呢?在面對喧嚣的网络世界,不排除浮躁的“乌合之众”,但是,公众根据道德直觉讨论案件更是社会常态。然而,道德背后的逻辑依然是经济学的。^① 网民参与公共话题讨论的道德基础是利他主义,而利他主义又缘何而起呢?

“互惠利他主义”(reciprocal altruism)、“信号传递”(signaling)以及“亲缘选择”(kin selection)等理论有助于解释利他主义的动

^① Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 1992, pp. 261 ~ 262.

机。在互惠关系中,参与公共讨论的网民并不是一无所获,他们现在的“支付”可以看做一种“储蓄”,待有朝一日他们遭受类似侵害、无力自我救助之时,也有机会获得他人同样的帮助。利他主义是一种信号传递机制,其可以传递利他者是适于合作的人选,并因此在未来获得更多的合作机会。^①“亲缘选择”理论认为基因会“指示”其载体按照最大化基因复制数量而采取行动策略。^②彼此分享相同基因的比例越大,利他主义就越容易出现。事实上,仔细分析诸多影响性案件,虽然参与讨论的网民与该案件中的当事人没有直接亲缘关系,但是,这些公共议题背后都或多或少地隐含着制度性危机^③或者社会矛盾。此时,处于相同(似)阶层的公众就会组成群体力量。社会学家米尔斯认为,人们之所以愿意参与公共论题的讨论,是因为公众感到他们所珍视的一些价值和信念受到了威胁,因此,一个公共论题往往包含了制度安排中的一个危机,或者马克思主义所说的一个“矛盾”或者“对立”。^④在这一层面上,参与讨论的网民经常与某些司法当事人共享相同的立场,基因就将促使他们为“亲缘”而据理力争。网络热议的案件,在具备上述理论情景的时候,就容易引起公共讨论;一旦某些案件缺乏上述因素,就较难引起网民的普遍关注。在这种意义上讲,上述理论可以解释网民选择性关注的动机。

① [美]埃里克·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学2004年版,第27页。

② [美]理查德·道金斯:《自私的基因》,卢允中、张岱云等译,科学出版社1981年版,第62~88页。

③ 本文所言的“制度性危机(缺陷)”是指立法、司法、执法、社会管理等方面的制度,正是这些具象化的制度运作,公众的触感最强烈,不满也就越多。

④ 转引自文佳慧:“网络时代的影响性诉讼及其法治影响力”,载《中国法律》2010年第4期,第44页。

网民参与案件的讨论经常受道德直觉的指引,更多从行为(犯罪)意图出发论证个人主张的合理性。事实上,在法律领域,尤其是刑法领域,在犯罪构成要件中也强调主观条件,由于主观心理状态的不可探知性,这一要求也仅仅是道德直觉的精致化表达而已。因此,无论是网民的道德直觉还是法律上的主观条件,都需要从外部行为来观察,区别在于网民和司法机关的立场有别而已。笔者认为,网民的立场是不计社会成本的道德直觉,而法院的立场是精于降低社会成本的法律理性。比如那些被广泛关注的刑事案件,网民的立场是希望犯罪行为有产出;比如读书人偷书比不读书的人偷书就有产出,就更可能获得公众的谅解。类似的案件非常之多,2009年广州张氏兄弟公然劫持人质救母案,公众普遍认为劫持行为相比较救助病危母亲是有产出的,即具有道德上的收益。因此,网民几乎没有指责他们,甚至完全忽略了无辜的被害人。^① 司法机关就需要实现社会控制总成本的最小化,在司法裁判中,法院希望惩罚成本与误差损失之和最小化。此案处理中的误差损失也包含了法院道德性产出的考量。这一点就是后文笔者将详细论述的选择性关注与选择性司法的交集,区别在于一个是道德的直陈,另一个是法律的修饰。

一般意义上,说总比做的成本低。在网络上,网民并不会实际地运用司法资源裁判案件,他们的支出主要是时间成本,而且他们所要求司法机关做的工作几乎不需要自己支付成本。如果外部性没有内化,就没有激励去节约。然而,对于司法机关则不一样,其受预算约束,在案多人少的情况下,司法机关的机会成本

^① 关于本案的评析详见孙日华:“叙事与裁判——从劫持人质救母案说起”,载《东北大学学报》(社会科学版)2010年第3期,第240~245页。

高昂,司法机关必然要努力降低司法成本。可能有人会认为,网民对司法机关不计成本的要求最终将损害纳税人的利益。但是,一旦这些减损的利益被平分后,落到参与讨论的网民身上已经微不足道了,相比较其获得的心理收益,对网民而言公共讨论已然产生了效益。司法机关就没有那么潇洒,虽然他们也在实际花费纳税人的钱,但是,形式上他们是来自政府固定的财政拨款,任何支出都是对总额的减损。

因此,只要网民发现某一案件具有道德性产出,而法律或者司法机关并没有尊重或者忽视了这一产出,网民就会选择这样的案件加以关注。比如邓玉娇案,公众基于邓贵大的暴力行为,认为邓玉娇的杀人行为具有正当防卫性质,该行为就具备了道德性产出,不该对邓玉娇重判。一个“报”字不仅是人类基于本能的理性行动选择,而且被视为中国社会关系的一个基础。^① 有人认为网民选择性关注的立场是同情弱势群体,笔者认为这一界定是武断的,如王斌余案。作为民工的王斌余是弱势的,其受到老板的掌掴,但是其杀害无辜工友的行为在道德上是缺少产出的,所以,其并没有获得大多数网民的声援。当然,这种所谓的道德上的产出是相对的,其取决于特定时期的制度性危机,如崔英杰案。崔英杰杀城管的行为本该受到道德强烈谴责,但是由于城管制度存在的制度性缺陷和被压抑的不满情绪,造成公众道德评判的扭曲,从报复制度性缺陷角度论证杀死城管的道德产出。徐昕教授认为,“报应正义之所以深入人心,是因为它贴近人性的要求和生物本能,是人们最原始、最基本、最直觉和最具渗透力的正义反

^① 杨联陞:《中国文化中的“报”、“保”、“包”之意义》,香港中文大学出版社1997年版,第20页。

应”。^① 类似的案件很多,比如许霆案之所以获得同情,是因为长期以来公众对银行管理制度的不满引发,许霆的行为在一定程度上报复了银行日常的傲慢与无礼。所以,网民所谓的道德上的产出,取决于某一行为(一般为犯罪行为)的破坏力与制度性危机之间的比例关系。这就是网民选择性关注背后的经济学逻辑。

在一定程度上,网民的选择性关注属于私人执法的范畴。网民参与案件的讨论,逐渐产生公共舆论,不断地给公权力机关施压。他们并无任何的强制性权力,但是他们可以通过强大的信息优势和声誉机制来影响公权力机关。相比较公权力机关,为数众多的网民可以有效地降低信息的搜寻成本,而且获取的信息之全面让司法机关望尘莫及。当网民具备信息优势(虽然有些信息可能是虚假的)的时候,其将比司法机关更具有话语权。尤其是在司法公信力不足的背景下,网民的私人执法将带来众多的跟随者。当公共舆论开始倒向网民,司法机关的声誉就会受到一定程度的质疑,毕竟我们很多时候都扮演了盲从的“乌合之众”。^② 为了挽救声誉,降低社会影响(后文所谈的“间接损失”),司法机关就会选择性司法,此时私人执法就获得了胜利。如果网民的私人执法能够控制在一定限度上,并不断地与公权力互动,比如提供相关的证据、监督法律程序等,将可以大幅提高司法效率。但遗憾的是,当司法存在制度性缺陷之时,私人执法的汹涌潮水总是会跨越法律的大堤,让司法猝不及防。

① 徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第354~355页。

② 此处的用词并无贬义,关于“乌合之众”的论述可以参见[法]勒庞:《乌合之众——大众心理研究》,冯克利译,中央编译出版社2004年版。

二、司法机关的选择性司法

由于司法资源的有限性,选择性司法是普遍存在的。事实上,大量的选择性司法没有法律依据,不属于法官自由裁量的范围;若某个法律被荒废或者某个案件被放逐,却仅因司法资源匮乏而不涉及渎职、腐败、敲诈,司法者就无须对此承担法律责任。这些处于合法与非法之间灰色的“选择性司法”并没有被学界广泛认知,其需要给予深刻的学术关注。

不同的案件,法院的界权存在不同的成本,受制于司法资源的有限,法院必然要对案件的裁判进行选择。^① 依据不同的司法收益,选择最优的司法策略。在“天涯若比邻”的网络时代,已经不是单向接受信息的广播时代和电视时代,信息的传播与回应在短时间内迅速完成。在这样的时代背景之下,司法也被卷入了这一漩涡。在上文中,笔者提出网民通常对那些存在制度性缺陷的领域,考量道德上的产出后,进行广泛的讨论,营造公共舆论空间。由于网民自己并不直接“投资”司法生产过程,其必然疏于考虑司法的成本。但是,司法机关与其立场不同,司法机关必须要通过法律理性降低社会成本。因此,我们可以发现,在司法系统的搭建之初,就设计了以所谓尊重当事人意思自治的私法和国家权力广泛介入的公法。私法领域,主要交给当事人自己去完成违约或者侵权的“侦查”,因为当事人基本上可以做到百分之百的“破案率”。但是,对于公法领域的刑事案件,依靠当事人的力量

^① 凌斌:《法治的代价——法律经济学原理批评》,法律出版社2012年版,第210页。

无法完成侦查,此时司法机关就借助公共资源介入了侦查。然而,在司法过程中,司法机关对那些依靠私人执法成本更低的案件不做干涉,更多致力于那些私人无法低成本解决的案件。我们可以发现,司法制度的设计与实践,都在努力实现社会控制总成本的最小化。设置不同的司法程序可以实现分工,以便最小化社会控制总成本。^① 司法机关不可能事无巨细地处理所有的事情,其主要裁判那些具有更大社会治理意义的案件,才可以提高司法效率。

面对一个案件,法院最初很希望司法裁判像自动售货机一样,将事实涵摄到法律文本之中。这样的优势是有效地降低制度转换成本,而且大幅度地降低枉法裁判的风险。然而,法院这样的设想可能是一厢情愿的,在网络时代尤其如此。一旦网民将某一个案件带入了公共讨论空间,法院将承受前所未有的压力,许霆案就是一例。广州市中级人民法院的一审判决在未考虑其他社会因素的情况下作出了无期徒刑的判决,但遭遇了网络空间来势汹汹的质疑。在重审中,广州市中级法院在舆论压力之下,将许霆改判有期徒刑5年。有人可能会认为法院是被媒体所左右了,但笔者认为这背后存在着法院选择性司法的经济学逻辑。

经济学倡导以成本收益解释世界,以往的学术研究主要把重点放在了直接成本和直接损失上,前者主要指处理违法行为所需

^① 关于公共执法与私人执法的互动关系,可以参见以下文献:Becker, Gary S. and Stigler, George J., 1974, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", *Journal of Legal Studies*, 3, pp. 1 ~ 18; Ibañez, Alberto J Gil, 1999, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, UK: Hart Publishing; Polinsky, A. Mitchell and Steven Shavell, 2000, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, 3, pp. 45 ~ 76。

要支付的调查取证、逮捕、审判、执行等活动的成本；后者指包括损害者利益与受害者损失的净损失。^① 笔者认为，在司法机关选择性司法问题的研究上，间接成本和损失^②应该纳入分析视野。间接成本指法律本身的不尽合理，法律的严格适用导致社会收益的减少；间接损失指由于司法的瑕疵导致人们为了防止受害概率而需要增加的防范投入以及由此导致的负外部性（社会不稳定对经济增长的损害等）。^③ 当同时考虑到间接成本和间接损失，造成总成本过大时，法官就会选择性司法。法律经济学对司法者行为研究的结论是：他们也是财富最大化者，会对薪酬、声誉和升迁等作出反应。^④ 司法机关在面对那些广泛受到质疑的案件，会努力实现自身利益的最大化和社会成本的最小化。造成这一趋势的原因是现行的司法体系和考核指标。

目前，地方法院对地方政府存在着明显的路径依赖。在转型社会的背景下，地方政府的主要考核指标是经济发展和社会稳定。而地方法院作为矛盾纠纷解决的主要部门，承担了大部分维护社会稳定的工作，并间接背负了为促进经济发展创造良好环境的职责。当来自政府的货币或者非货币激励变化很大时，执法代

① Becker, Gary S. and Stigler, George J., 1974, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", *Journal of Legal Studies*, 3, pp. 1 ~ 18.

② 由 Becker (1968) 和 Stigler (1970) 开创的最优执法理论，指出执法本身的代价，但该理论忽视了间接成本和违法行为的间接损失。Hay 和 Shleifer 以及 Karpoff 和 Lott 考察了间接成本与间接损失（负外部性）。Niskanen 提出了执法者追求财富最大化的观点，即认为执法者在选择执法方案时会更加关心自己的薪酬、权力和公共声誉，而非社会福利。波斯纳对法官也有类似的想法。

③ 戴治勇：“选择性执法”，载《法学研究》2008年第4期，第29页。

④ [美]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，第45~47页。