

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

理查德·A·爱波斯坦 著

Richard A. Epstein

简约法律的力量

Simple Rules for a Complex World

刘 星 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中 国 政 法 大 学 出 版 社

简约法律的力量

SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

简约法律的力量

Simple Rules for a Complex World

Richard A. Epstein

理查德·A·爱波斯坦 著

刘 星 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

简约法律的力量/(美)爱波斯坦著;刘星译. - 北京:
中国政法大学出版社, 2004.9
(美国法律文库)
ISBN 7-5620-2648-3

I. 简... II. ①爱...②刘... III. 法律 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 101481 号

* * * * *

书 名 简约法律的力量
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 16.5
字 数 395 千字
印 数 0 001—5 000
版 本 2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2648-3/D·2608
定 价 34.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳	邓正来	江 平	朱苏力
吴志攀	何家弘	张志铭	杨志渊
李传敢	贺卫方	梁治平	

执 行 编 委

张 越 赵瑞红

纪念我的朋友和同事，
沃尔特·J·布鲁姆，对他
来说，法律领域里百分之
九十五就是完美

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

法律为何简约，何为简约

(译者序)

在今天法律世界中，存在一个人们熟视无睹的现象：不断增加法律规定、细化法律内容。以中国程序法制建设为例。1990年代以来，中国对相关的民事诉讼法和刑事诉讼法倾注了极大的精力和努力。我们在刷新、修订了这些诉讼法的时候，还不断推出最高法院的微观解释和微观规定，直到今天都是如此。如果非要预言的话，那么，可以认为在未来的相当一段时期甚至更长的时间里我们还会而且必将看到类似这种程序法制作的中国法律生产。我们当然可以认为这是转型期中国法制建设只能面对的现实，越是转型时期越是可以发觉这是自然而然的，因为，在转型时期出现的问题矛盾肯定使人目不暇接。但是，不仅中国法制建设是这样的，而且号称法制颇为发达的并且并未处于转型时期的美国也是这样的。虽然美国并不一定面临着程序制度“细节公式”缺席的困境问题，然而，其在其他领域比如环境保护、社会救济、社区安全还有其他数不胜数的领域内面临着同样困扰，美国在这些领域中的法制建设同样是“乐此不疲”的。其实，这样看来，我们完全可以从更加广域、更加普适的角度看待这里的问题。换言之，不仅是转型期的中国法制，不仅是定型期的美国法制，而且当今其他任何时期任何时代的各国法制，都存在着不断更新换代、填加“补丁”的完善法律规定以及法律内容的行动谱系，毕竟不论当今什么时候，任何社会总要面临新的挑战和新问题。

2 法律为何简约，何为简约

那么，如何理解法律的这种广泛的“可持续发展”？

这是美国法律学者理查德·A·爱波斯坦的《简约法律的力量》所提出的一个问题。

—

一般来说，人们总是希望实现至善至美的公正。这是理解法律制度不断发展的一个角度。《简约法律的力量》指出：

希望在具体案件中实现公正，是促使法律制度积极运作、不断发展的最为强劲的动力之一。具体案件，是法官和管制者必须面对的。在具体案件的语境中，人们制定而且适用了大量的法律。在处理具体案件的过程中，法官或管制者，其法定作用和义不容辞的责任就是将一般法律适用于纠纷事实，作出正确的裁判。而公正的流产则是裁判结果中的一个错误，这个错误，从底部侵蚀着法律的道德权威，削弱了法律在调整人类行为方面的功效。因此，我们也就可以理解，为了避免这些不公正，为什么数量惊人的资源用于了法律程序的发展。这些程序规定着相关证据的提交方式以及相关证据的认定方法。（原文页 37-38，以下所注均为原文页码）

此外，特别值得注意的是，《简约法律的力量》指出，人们时常还有一个信念，也即相信“在小型、自愿结合性质的集团中可以发挥作用的复杂管理形式，在更为大型的、非个体化的社会背景中，依然可以获得同样的效果”（页 37）。这是理解法律不断发展

的另外一个角度。换言之，这种“相信可以获得同样效果”是促进法律不断发展的一个心理机制。“大多数个人，在大多数情况下，其生活背景是家庭和小型群体。一些极为细节化的非正式规范调整着家庭和小型群体的活动”（页42）。这样一种生活背景，不仅积养着人们的一般生活规则习性，而且激发着人们对自己熟悉的非正式规范在另外语境下位移依然可以成功的信心确认。用句类类似审美心理学的通俗表述来说，在这里人们是容易发生“移情”的。在小型社群中，人们尽管有着种种矛盾，其他各种各样的不方便，但是总的来说是其乐融融的。当然，至关重要的是，在小型社群中，人们可以发现“复杂”的各种各样微观的角色分工和权力配置。这种“复杂”，在小型社群中，几乎是不会遇到任何障碍的，相反倒时常体现出了令人羡慕的显著功能。当这样一种显著功能日积月累，为人熟知的时候，人们也就容易相信“这种功能”可以放之四海而皆准。

提出这样两种角度以期解释法律的“可持续发展”，其本身并没有什么特别令人振奋的地方。但是，如果深入对之加以分析，那么的确可以从中获得另外的认识和理解。

首先，考察一下第一个角度。

我们可以注意一个现象。在一般人的心目中，大致公正或者相对公正，其和真正的公正总是有距离的，甚至是相互背离的。试想一下，在分一块现代正义理论反复举例以期说明问题的“蛋糕”的时候，一个人是18岁的青年，一个人是8岁的少年，如果因为18岁的青年其自然肌体需求较大从而分配较多份额的蛋糕，反之，因为8岁的少年这种需求较小从而适量减少。那么，如此分配对个别人偶尔来说基本上属于可能的一种大致公正或者相对公正，从而也就是可以接受的，将其视为真正的公正也是不过分的。但是，假

4 法律为何简约，何为简约

定在公正问题相当认真而且总是进入具体公正权衡的实践语境，则通常人们是注定不这样看问题的。如果 18 岁的青年是女性、娇小玲珑的，8 岁的少年是男性、“体格超长”的，仍以肌体需求大小作为标准，为什么要这样分配蛋糕？如果 18 岁的青年已经饱食，或者面对蛋糕根本就是厌食的，8 岁的少年没有饱食，或者就对单糕情有独钟，还以肌体需求大小作为标准，为什么也要这样分配蛋糕？如果 18 岁的青年就是情操高尚，坚决要求分给 8 岁的少年同等的甚至更多的蛋糕，还以肌体需求大小作为标准，为什么依然坚持这样分配蛋糕？如果 18 岁的青年将原有的分配给 8 岁少年的另外食品抢走了，反而再继续要求较多份额的蛋糕，又以肌体需求大小作为标准，为什么又要坚持这样分配蛋糕？一般来说，人们可以设想各种各样的情景，质疑这种分配，因为分配条件是可以不断变化的，基于不同条件是必然要提出“为什么要这样分配蛋糕”的。因此，对一般人来说，大致公正或者相对公正，极为可能不是真正的公正，它们是隐藏甚至遮蔽“特定条件”的所谓公正，更为重要的是，“条件”的设想和设定，总是依人不同、依利益不同、依立场不同，而出现的。

然而，这里的思路恰恰不是提出关于“公正”的彻底怀疑主义，而是相反，暗示着“怀疑论者”总在期待真正的公正，作为“怀疑论者”的一般人，通常没有因此放弃对真正公正的想像，对他们来说，提出“大致公正或者相对公正和真正的公正总是有距离的甚至是相互背离的”，恰恰表明他们是在怀念真正的公正。更为准确地来说，一般人在提出怀疑的时候，是在期待实现具体化的“针对具体条件”的真正公正，即使这是十分艰难的。否则，就不能解释一般人为什么还要费时费力地去质疑“大致公正或者相对公正”，而不去直接展开“现实蛋糕”的阵地战、争夺战，回归社

会达尔文主义。

于是，对具体化的、具体条件下的真正公正的想像、怀念和期待，而非为了一般意义上的公正，更非为了笼统的“解决一般问题”，才是不断增加法律规定、细化法律内容的并且总是在场的根本动力之一。显然，在一般人的理解中，只有不断增加法律规定、细化法律内容，不断地推出法律条件的限定，才有可能实现比较真实、比较具体、“看得见的”公正。再看一下本文开始提到的中国程序法建设，我们可以发现，其中无一不是努力试图在具体条件下实现具体化的真正公正。因此，在这个意义上，所谓的一般公正，不过是具体化的、具体条件下的真正公正的另外一种代码。所以我们也就可以理解，为什么《简约法律的力量》进一步指出，真正的“至善至美的公正，并不满足于法律制度运作中的逐渐完善，它迫切地希望在每个具体案件中彻底消除错误”（页38）。

其次，我们可以考察第二个角度：小型社群中的“规则复杂”的显著功能可以放之四海而皆准。

就第二个角度来说，人们首先忽视的问题就是这种“复杂”及其显著功能，它们内在缘由是怎样的。其一，在小型社群中，人们几乎没有相互警惕、打起十二分的精神以监控对方的刺激因素。因为小型，人们之间的空间距离包括时间距离都是微乎其微的，人们更多时候是在相互熟悉、不断熟悉甚至反复熟悉，人们总的来说是相互了如指掌的。而且，更为关键的是，这种近似零距离的关系足以使人发现保持这种关系远远要比破坏这种关系来得更为重要，只有相互依赖是不能抛弃的。夫妻、亲戚、情人、师徒、室友、职员、工友之类的人际关系，正是社会学人类学时常所说的“熟人”关系。这种熟人关系虽然不是必定没有矛盾的，没有相互小心的，但是，总的来说则是彼此互助的。《简约法律的力量》提到：

6 法律为何简约，何为简约

小型群体中的每个成员在作出决定的时候必须全身心地关注其他成员的利益。这意味着，在一个家庭中，在一个小型群体中，你不是在和一个人互不相识的人远距离地谈论生意，而是在和预先选定的一个彼此相识的人近距离地交互影响，而对这些自己熟悉的人来说，正如资深律师时常所说的那样，你受到了自然而然的爱恋和情谊的约束。

(页 43)

其二，因为彼此相互了如指掌，所以，“在制定一个行动方案的时候，通常来说，成员没有必要冥思苦想群体中的其他成员想得到什么、担心什么。他们在以前的类似境遇中，已经了解了他们”(页 43)。在小型群体中，人们几乎没有必要详细考虑自己的行动策略，以应对小型群体内部他者的可能疑惑。总得来说，夫妻不必担心各自的厨艺是否会使他方感到不适，亲戚不必忧虑各自的说话声调是否会使他方感到厌烦……而工友不必担忧各自的日常玩笑是否会使他方感到烦恼。

其三，不患寡、患不均的效应在小型群体中不是那么特别的显而易见。因为彼此的依赖关系总是长久的，所以，“如果在一个具体的交易中其中一个成员比另外一个成员做得更为出色，那么，对于任何一个成员来说，没有必要担心是否立即解决出色成员的报酬问题”(页 44)。“今天获得成功的人也许明天就成为了失败者，或者反之，其结果是，对任何人来说，几乎没有什么理由去瞻前顾后，斤斤计较，患得患失。不断地投入到日常工作生活实践中，其本身已经足够令人满意了”(页 44)。

正是因为上面提到的三点语境因素，所以，在小型群体中呈现的规则没有特定的权威，没有通过某种绝对不可质疑的权威加以颁

布，它们有如萨维尼所想像的是默默地自觉发挥作用，静悄悄地“浮出水面”。其所需要的不是任何外在的明确标准为其树立尺度，而是不断的试错机会和机制为其提供滋养。其所需要的修正方式也是非正式的，仿佛是习惯在启动着修正程序。概括来说，“一个默默的激励机制在起着作用，以确保这些规则在制度上行之有效”（页44）。于是，我们在小型社群中自然而然看到的就是“复杂”这一特性。

概括来说，人们容易忘记这种“复杂”的“出身”。这样，一个期待大型复杂社会中复杂法律制度的移情想像也就顺此不断发生。

二

学术话语的重要功能之一，正是在于“于旧之处”不断拓宽思考的边界，从而不断发掘问题的边界。如果仅仅提出“追求公正”和“移情想像”两个角度以期解释法律的“可持续发展”，学术意识的结果也就不过尔尔。但是，正是因为可以对这两个角度加以深入认识，而且实际上也是这样认识的，所以，《简约法律的力量》也就能够提示新的思考，新的问题。

首先我们可以深入认识一点：不断追求具体化的、具体条件下的真正公正，将会引发怎样的问题？

一个思路当然是导致上面提到的怀疑主义，也即将公正问题彻底消解，或者，将公正以“谁之公正、谁之正义”的方式立场化、政治化。我们的确可以发现，有人正是相信不断追求具体真正公正的结果就是瓦解公正。这种思路是允许的，也是颇有警示作用的。但是，如果从另外角度切入也许又是颇有启发的。《简约法律的力量》

量》提出的问题是：在追求真正的至善至美公正的时候，其过程所发生的成本会是怎样的？显然，就社会问题的解决而言，是不存在仅有收益而无费用的天上掉馅饼之类的美事。很多时候，问题之简单正是在于“无钱无法成就”这一素朴常识。如果成本是不堪负重的而且还有其它“失望”，那么就要追问这里是否还存在着什么其他问题。

我们可以注意一个中国法学界和法律界熟知的在中国出现的侵权纠纷。一名路人经过一幢数层居民楼的时候，楼上掉下一个烟灰缸。这个烟灰缸砸在这名路人的身上，造成伤害。这名路人因此付出了医疗费并且出现其他损失。在法院提起诉讼的时候，这名路人将楼上的许多住户列为被告，要求他们承担连带责任，理由是自己并不知道而且也无法举证究竟哪位住户曾将烟灰缸“扔出”。^{〔1〕}这一纠纷应当怎样解决？我们可以想到许多棘手的法律问题。第一，如果根据《民事诉讼法》第64条的规定，“谁主张谁举证”，那么，一名路人怎么可能举证？如此要求原告举证等于是预先设定原告已经败诉。这似乎是不公正的。第二，如果在原告不能举证的情况下，要求诸位被告自己举证，比如自己没有扔下烟灰缸，那么，这是否也有不合情理的成份？不能否认，在这些被告中，必定存在着“无辜者”。让“无辜者”举证怎么就必定是合理的？第三，如果在被告举证不能的情况下要求被告承担连带责任，那么，等于是要求某些“无辜者”承担责任，这样一种责任要求是否也有不合理的地方？第四，要求被告中“无辜者”承担责任，那么其中隐含有一个逻辑：原告也应承担一定的责任。理由之一是他经过了楼下（不经过楼下就不会出现被砸伤的情况），理由之二是“无辜者”

〔1〕 相关情况可以参见圣兵：《高空坠物砸伤人，涉嫌住户同赔偿，侵权人不明可否搞“株连”》，2002年3月2日《法制日报》。

也是可以承担责任的。然而这样处理是可以接受的？第五，不论怎样处理，都有可能使“始作俑者”所负的责任分担远远低于其应负的责任分担。一个制度怎么可以造成这种结果？第六，如果确定被告责任连带，那么，选定连带被告究竟依据什么标准？是二楼以上的所有楼层住户，还是三楼以上的住户，还是依据砸伤的程度判断楼层，还是依据仍出物品的可能角度方向判断楼层以及某层住户的多少？

人们当然可以提出其他的各种疑问。然而，所有这些疑问都隐含着—个预期目标：应当准确、具体地实现至善至美的公正。如果顺此目标继续思考，我们还会想到有趣的第七个问题：如果第六个问题所涉及的连带责任是必须的，那么，是否应当根据各个被告住处和原告受伤地点的距离、角度等参考涵数，来确定被告的具体责任比例？这样是否更加公正？〔2〕

在此，进一步的问题在于所有这些疑问，尤其是第七个疑问，都将可能引导人们仔细考虑案件的各种调查结果，不断地求助于所提交的证据、专家意见、距离测量、相互质证等（关于类似的讨论参见页98），而且还有以后的细节立法努力。我们完全可以想像这是一个多么复杂的法律操作，而其中也就包含了多么不易想像的成本支出。当然，如果最终结果可以查清责任并且以后能够解决类似的复杂问题，沉重的成本代价可能也是可以接受的。但是，就类似这里提到的案例纠纷而言，由于无法获得完全的信息，这是一个非常根本的重要障碍，成本的支出从而就像投入了无底之渊。在这里，成本支出似乎是没有回报的。所有这些复杂的法律规则的设想和法律操作，其“所带来的成本非常之大，而其所带来的功效则

〔2〕 我们可以注意各个媒体网络上的不同意见，这些意见基本上是围绕“是否公正”来讨论问题的。

是非常可怜”（页 99）。〔3〕

接此，我们也就必将面对一个深层困惑：这样成本支出的正当性是什么，我们怎样证明这是合理的？一方面是信息不完全所造成的重要障碍，另一方面是无法舍弃的真正公正的追求，还有一个方面是这种追求所带来的成本增量耗费，于是我们所面对的是三重的悖论困境。其中既有经济的正当性问题，也有道德的正当性问题，还有政治的正当性问题。正当性问题是不能大而化之、小而化了的。这一问题深深嵌入社会集体意识之中的，为人们所关注，为人们所追究。因此所有这些当然都是需要我们追问的。

现在我们再看另外一点：将小型社群中的复杂规则移入大型社群，其所引发的问题是怎样的？

其一，在大型社群中，人们之间难免相互警惕、小心谨慎，人们总会出现监控他人的兴趣和“乐趣”。因为他们之间总是存在着较为明显的利益分歧。“在一个松散的互不相识的人的相互协作中，作为日常生活一部分的利益冲突则可能是颇为重要的。互不相识的人之间的相互协作，不是以友爱作为基础的，而是以‘注意’作为起点的”（页 43）。其二，大型社群中的人们总是并不那么熟悉的，他们的行动总是那么瞻前顾后的。在采取一个行动之前，人们总要考虑一下他人的感受、想法、反应，甚至他人可能采取的相反行动。如果自己是从事饮食行业的，当然就要仔细琢磨顾客的可能嗜好，顾客是否满意、捧场、拆台、投诉，或者极端者“揭筷而起”。其三，因为彼此的关系并非是长久的，所以，不患寡、患

〔3〕 中国法院时常会作出一个折衷性质的裁判。就上面提到的案件而言，法院最终判决被告承担连带责任。参见注释 1。但是法院并没有明确表示这种判决的制度成本思考。其实，当遇到这类比较蹊跷的案件的时候，法律总会作出一个这种性质的裁判。