



熊秉元 著

人类行为
离不开
对成本效益的考虑

由经济学
探讨法学问题
有脉络可循

对法学研究而言
经济分析意义如何

答案很简单
让证据说话
只不过
需要一点时间而已

完美的正义

熊秉元谈法律经济学



人民东方出版传媒
东方出版社

完美的正义

熊秉元谈法律经济学

熊秉元 著

人民
东方出版传媒
东方出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

完美的正义:熊秉元谈法律经济学/熊秉元著.—北京:东方出版社,2019.3
ISBN 978-7-5207-0388-8

I. ①完… II. ①熊… III. ①法律经济学—研究 IV. ①D90-056

中国版本图书馆CIP数据核字 (2019) 第018835号

完美的正义:熊秉元谈法律经济学

(WANMEI DE ZHENGYI XIONG BINGYUAN TAN FALÜJINGJIXUE)

作 者:熊秉元

责任编辑:王 端 叶 银

出 版:东方出版社

发 行:人民东方出版传媒有限公司

地 址:北京市东城区东四十条113号

邮 编:100007

印 刷:北京汇瑞嘉合文化发展有限公司

版 次:2019年3月第1版

印 次:2019年3月第1次印刷

开 本:880毫米×1230毫米 1/32

印 张:9.25

字 数:185千字

书 号:ISBN 978-7-5207-0388-8

定 价:49.00元

发行电话:(010) 85924663 85924644 85924641

版权所有,违者必究

如有印装质量问题,我社负责调换,请拨打电话:(010) 64023113

一连串的穿越

这本书的书名，是《完美的正义》；相信不少人看到之后，第一个联想是：作者的头脑有问题啊！依我浅见，作者的头脑没有问题！在进入主题之前，可以先小小地澄清一下。

2018年，我出版了一本书的书名是《不完美的世界》；在书名之后，其实应该有一个惊叹号：《不完美的世界！》。在这本书的书名之后，其实也应该有一个问号：《完美的正义？》两本书的书名，可以稍稍呼应，有点小小的情趣。然而，中文世界里，书名之后通常不加标点符号。因此，书名少了问号，让读者对作者的头脑产生了问号！

这本书分成四部分，各有四篇文章；内容的涵盖面很广，但是都和法律及经济分析有关。而贯穿这些材料的主旋律，其实是“穿越”这两个字。稍微琢磨书中的文字，再回想这些年来自己的脚步，至少有四种不同的“穿越”；性质不同，层次不同，困难程度不同，趣味当然也不同。

首先，最明显的穿越，是由经济学探讨法学问题，这是两个学科之间的穿越。法律经济学，是利用经济分析的工具探讨法学问题；由1960年发轫，至今已经超过了半个世纪。而在经济学里有一个领域，是“制度经济学”；法律是典章制度的一部分，因此援用经济分析的概念和架构，探讨法学问题，是顺理成章、水到渠成的探索。而且，经济学者进入其他社会科学多年，成果丰硕；政治（布坎南，J. Buchanan）、社会（贝克尔，G. Becker）、法学（科斯，R. Coase）和历史（诺斯，D. North），都已经得到诺贝尔奖的肯定。所以，在智识活动上，经济学者进入法学并不困难。

当然，法学传统的方法论不同，处理问题的重点不同（官司，在理论和实务上，都很重要）；因此，用经济分析探讨法学问题，有一些特殊的挑战，也有一些别致的趣味。在中文世界里，法律的经济分析还在起步阶段；离步上坦途，走上康庄大道，还有一段距离。大体而言，经济学到法学的穿越，不算困难。

其次，是在专业同侪团体和社会一般大众之间，一种微妙的穿越。多年以来，除了学术论文之外，我也撰写了大量的社普文章（社会科学普及化）。社普文章，文字必须晓白畅顺，固不待言；对于学术论文，我也几乎不用方程式和数学，主要是阐释理念。动笔论述时，我尽可能地平铺直叙，希望大学以上的读者，都能看得懂。这种做法当然会有副作用。曾经一位大学教授告诉我：“你的论文写得太晓白了，文字要晦涩难懂一些，看起来比较有学问！”

还有，另外一个小经历值得回顾。多年前我写了一篇论文，臧否两位诺贝尔奖得主（科斯和贝克尔）的方法论。完成之后，我寄给波斯纳教授（Richard Posner），请他指正。众所周知，波斯纳和贝克尔是挚友（两人合作的博客，影响海内外），而和科斯是畏友（两人的歧异，见诸于语言文字）。我的立场，刚好和波斯纳相反。没想到，他看完短文（十页左右）除了肯定，还主动邀稿；这篇短文，后来刊登在他主编的《美国法律经济学论丛》（*American Law and Economics Review*）。

然而，这篇论文的中文原稿，却曾被一本中文优质学术期刊直接拒绝，认为不够学术。因此，在学术论文和社普文章之间行走穿越，身段和架势如何，有特别的趣味和风险。还好，多年以来，我坚信：真佛只讲家常话，道理可以浅中求！专业和社普之间的穿越，泰然处之，问题不大。

再其次，是校园内和校园外之间的穿越。我一直觉得，大学校园是很特别的地方。根据我的接触和观察，有些人的性格和能力，在社会上，可能处处碰壁，无处容身。但是，大学的校园，却可以包容他们的特立独行和才能智慧。反躬自省，我认为自己也是其中之一。所以，很早以前就自我定位，不要担任行政职务，不要进入行政体系。在校园里安身立命，自娱娱人，即可。然而，因缘际会，除了学校里的研究生和大学生之外，我也应邀在培训班里上课；面对的是各行各业人士，特别是公检法律界的朋友。近年来，甚至走进两岸的检察院和法院，和第一线的司法精英直接、面对面地切磋论对。以经济学者的身份走进法院、检察院，阐释如何处理司法案件；这种穿越的

幅度，确实有点可观。不过，让证据说话，培训学员和公检法律界朋友的反应，往往是“听君一席话，脑海中波涛汹涌，激起千层浪；然后，豁然开朗”。

最后，是两岸及港澳之间的穿越。又是因缘际会，在台湾大学长期任教之后，我于2014年全职进入浙江大学。而且，这些年来，在两岸及港澳的高校里，我都担任过教职；教授法律经济学密集课程的法学院，至少有20所。在祖国大陆生活工作，无论在饮食起居、语言文字上，都是新奇的经历。眼中所见和耳中所闻，好像扩充了感官的活动空间。（譬如，“一百个人，就有一百部哈姆雷特。”这种说法，在台湾几乎没有人用。但是，在大陆，学生报告里，每年我至少会看到五次！）刚开始，我觉得自己是客人，适合当旁观者，多观察；时间久了，数据库慢慢地充实。对于社会现象（徐玉玉诈骗案、电梯劝烟猝死案、宝马刺青哥事件、重庆大巴坠江事件等等），也觉得有足够的掌握，可以发而为文。自己的身份，由“旁观者”逐渐地变为“参与者”。这种穿越，微妙而别致！

一连串的穿越，超过四分之一世纪；还有一件，在出书之际，不妨记下一笔，作为注脚。多年前，我的两篇散文被台湾的高职《国文》课本，选为课文，和李白杜甫的文章比肩。2018年6月，上海高考的语文测验，又以我的文章出题（“喜怒哀乐的逻辑”，阅读思考题，共16分）。这种由经济学到文学和语文的穿越，倒是我始料所未及。

穿越，还在继续……

第一篇 法在法之外 / 001

第一章 六个“法学”问题?! / 003

第二章 奥运规则与法学研究 / 020

第三章 法学中的质与量 / 034

第四章 法学里的原则和例外 / 045

第二篇 人世间的法 / 061

第五章 先鱼后渔

——缩短中国所得差距政策探微 / 063

第六章 解决三七五租约问题刍议 / 071

第七章 就法论法——生命无价的曲折 / 092

第八章 文山温泉落石事件的法律经济分析 / 113

第三篇 脑海里的法 / 133

第九章 脑海里的乐章——思考的艺术 / 135

第十章 经济学对《金刚经》的阐释 / 152

第十一章 华人社会法学教育的几点观察 / 174

第十二章 论规范式思维与结果式思维 / 186

第四篇 探索法之法 / 205

第十三章 望远镜里的法律经济学 / 207

第十四章 再探实证法学——法律经济学的结构 / 233

第十五章 法律经济学论述中的稻草人和影武者 / 249

第十六章 “专款专用”和经济理论 / 267

第一篇 法在法之外



第一章 六个“法学”问题？！

1. 前言

在英美的主要报纸里，法律和司法是非常重要的环节。譬如，美国的《纽约时报》有专人报道最高法院的判决，并且提出分析和评论。英国的《电讯报》(*Telegraph*)，每周四有特别版面，报道上一周各级法院的重要决定；五到七则的报道里，有案情摘要，官司争议所在、判决、主要理由和双方诉讼代表姓名等等。

这些材料，除了是陈述事实的“新闻”之外，其实还有很重要的社会功能。透过这些报道，读者了解社会百态、各种纠纷所在以及法院的立场。读者可以体会到法律的曲折和行为的界限所在，可以设身处地感同身受。相形之下，华人社会里，至少在 21 世纪初，类似的报道，还不是报纸的正常内容。和法律有关的材料，大部分是出现于社会版（食人魔）或政治版。法

律，似乎和一般人的生活无关。造成这种现象，有诸多原因。其中之一，是一般民众觉得法律遥不可及，涉及专业术语和专门知识。

在这一章里，希望由比较平实的角度阐释“法律”；接着提出六个问题，再自问自答，希望能烘托出法律和法学的身影。题目中的问号，呼应读者可能的质疑——这些是“法学”问题吗？惊叹号，表示答案是肯定的——这些确是“法学”问题。

2. 鲁滨孙是诚实的吗？

在鲁滨孙一个人的世界里，他自然而然地发展出很多情绪，以面对环境。这些不同的情绪，对于他的生存和福祉，都发挥了重要的功能。

当他进入森林，追捕鸟兽，因为不小心，踩进泥沼，惊动了猎物，自己也费了很大的气力才脱身。一身狼狈，两手空空，他觉得很懊恼。“懊恼”的情怀，发挥了两种功能：自己犯了错，尝到苦果，懊恼是一种反应；是对自己当时处境的总结，也是对自己的处置——惩罚。更重要的，是这一次的懊恼，将会是下一次的提醒；未来再面对类似的情境时，不要犯同样的错误。

因此，懊恼不但处理了已经发生的事，也对未来的行为产生影响。在重复赛局里，这种情怀发挥了某种功能（function）；长远看来，显然有助于鲁滨孙的生存和福祉。而且，不只懊恼

具有这种特质，其他的诸多情绪，也都是如此。既然发挥了某种功能，这些情绪就好像是“工具”（tool-like arrangements）。不过，这些工具，只和鲁滨孙个人有关；当星期五出现之后，在两个人的世界里，他们会发展出一些其他的工具——诚实，就是其中之一。

根据小说，鲁滨孙救了星期五，并且成了他的主人；主人和仆人，符合英国社会里主人和管家（butler）的阶级制度，是当时“政治正确”（politically correct）的情节。主仆从属的相对关系，当然和平等共存的情况不同。平等和不平等的内涵、雕琢的过程，也很值得琢磨。不过，关于两人之间的互动，焦点暂时可以放在“诚实”这个特质上。

如果两人约好，鲁滨孙在茅屋附近种果菜，星期五外出狩猎；结果，日落西山时，星期五空手而归。鲁滨孙问他：“在外面一整天，你是随处游荡，还是认真打猎？”星期五回答：“一整天都全力以赴。”星期五知道自己有没有卖力，鲁滨孙却不知道；两人之间，存在着信息不对称（asymmetric information）。这时候，面对星期五的回答，鲁滨孙该怎么解读这个讯息呢？图 1-1，就呈现了这种微妙的情境：



图 1-1 信息不对称下,诚实是解码簿

面对星期五的回答，鲁滨孙要设法解读；如果过去相处的经验里，星期五一向说话算话，鲁滨孙就接受他的说法。如果他过去说话不太实在，鲁滨孙就可能有所保留。因此，根据星期五“诚实与否”的特性，鲁滨孙解读他面对的讯息。图 1-1 右边表示，诚实与否的特性，就像是一个解码簿；鲁滨孙利用这个解码簿，解读星期五提供的讯息。

由此可见，就像懊恼等情怀，诚实也像是一种工具，有功能性的内涵。依此类推，人际相处时的信任、猜忌、交情、敌视，都发挥了某种作用，无论是正面还是负面的作用。

3. 为什么我要知道你的心？

诚实，可能是与生俱来的特质，可能是后天环境所造成，也可能同时受先天和后天的影响。无论形成的原因如何，这种特质有助于处理“信息不对称”的问题。因此，问题的焦点，似乎由“诚实”不知不觉地移转到“信息”。那么，信息为什么重要呢？特别是对法律而言？

在某些方面，司法体系似乎有意地贬抑信息。譬如，“法律之前，人人平等”，意味着在衡量曲直时，不应该考虑当事人的身份背景、智愚贤不肖；司法女神的雕像，有一匹布覆盖着眼睛，原因在此。不过，虽然在某些方面，司法体系刻意过滤掉

信息；在其他方面，司法运作上，信息其实占有非常重要的地位。两个例子，可以约略反映其余。

首先，一旦刑案发生，如果嫌犯自首，各国法律通常减轻刑责。主要的考虑，是嫌犯自首，警方无须再耗用人力物力，也免除了波及无辜的可能。因此，自首之后，可以大幅节约司法资源；为了提供自首的诱因，减轻刑责是最直接的方式。自首，就是把犯案的信息，主动提供给警方。此外，有些刑案，是当事人冲动盛怒之下，一时失手。平静之后，对于自己的行径，往往后悔不已。这一类的刑事犯，被处罚（出狱）之后，再犯的可能性很低。因此，为了避免这些人在案发后一错再错、小错变大错，就以减轻刑责鼓励自首。其次，是犯罪动机。经济活动里，通常只注意行为（act），而不考虑动机（motive）。买电视，不管是要看体育节目、影片、综艺节目；或出远门时放大声音，假装有人在家、防贼；或让小朋友看电视玩游戏机，免得在外游荡或上网吧；无论理由（动机）如何，电视机的售价相同。然而，在司法体系里，却不是如此；动机如何，非常重要。

临时起意、顺手牵羊的小偷和以此为业的惯窃，待遇不同；失手杀人和预谋杀人，刑罚也不同。主要的考虑有两点：第一，如果是预谋，犯案经过计划，安排掩护、伪装和脱逃路线等，通常比较难缉捕；相反，如果只是一时冲动，考虑不周，容易留下线索，缉捕成本比较低。因此，对于预谋的犯行（planned crime），值得以较重的惩罚遏阻。第二，预谋犯难逮，因此可能长期犯案，造成重大的影响，耗用可观的司法成本。美国的“炸弹客”（unabomber），犯案前后达 17 年；20 次邮包炸弹，造

成 5 人死亡，31 人受伤。近 20 年的岁月里，美国联邦和地方政府投入调查的人力物力，非常可观。还有，2001 年在纽约发生的“9·11”恐怖袭击事件，当然不是临时起意；除了两栋摩天大楼倒塌、财产损失之外，包括消防队员在内，约有 3000 人死亡。这是预谋，而计划的首脑，几年之后才被击毙。因此，基于这两种考虑，就值得对预谋犯加重刑罚。预谋与否，动机为何，显然是一个重要的“信息”。

另外一个重要的例子，是初犯和累犯的差别待遇。在“审讯”阶段，累犯的记录，可不可以呈堂参考？还是一旦认定有罪，只能在“量刑”时斟酌？当事人是否为累犯的这个信息，显然很微妙；因为涉及的考虑很多，暂且放下不论。

4. 为什么原始部落的人，讲话文绉绉？

鲁滨孙和星期五的两人世界，以及以游牧或狩猎为主的部落，自然不同。不同，是指面对的问题不同，而发展出处理问题的工具也不同。两个具体的事例，可以参考。

19 世纪时，到蛮荒或极区探险，是欧美社会众所瞩目的新闻事件。当时，成为登上北极的第一人，是令人垂涎的大奖。欧美的探险家，由政府或私人资助，组成船队，投入竞赛。因为极地环境险恶，加上设备和科技的限制，经常有伤亡。最惨重的一次，是英国法兰克林（John Franklin）所率领的探险队。