

程序正义 均衡论

..... 汪沛 武阳 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

程序正义 均衡论

..... 汪沛 武阳 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

程序正义均衡论/汪沛,武阳著. —武汉:武汉大学出版社,2017. 12
ISBN 978-7-307-19893-7

I. 程… II. ①汪… ②武… III. 诉讼程序—研究 IV. D915. 184

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 308481 号

责任编辑:胡 荣 辛 凯

责任校对:汪欣怡

版式设计:汪冰滢

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:虎彩印艺股份有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:12.25 字数:174千字 插页:1

版次:2017年12月第1版 2017年12月第1次印刷

ISBN 978-7-307-19893-7 定价:39.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

实质正义和形式正义一直是学术界研究的热点问题。^①然而，这对概念在法律实施层面的面目过于抽象，这种抽象往往让我们在面临具体法律问题时陷入旷日持久没有结果的主观价值争论中。本书试图从法律经济学的视角对“程序正义”概念进行重新界定，核心议题就是从法律实施维度上重新理解程序正义问题。本书所使用的理论资源是福利主义进路的程序正义理论，所使用的理论工具包括法律经济学、信息经济学以及法律社会学的相关理论。

目前，国内现有的程序正义理论的学术探讨还未跳出谷口安平教授强调的法律程序价值主义的框架。^②这一理论曾经在我国尚未建立程序正义观念时对人们认识程序正义理念起到了重要作用，它有助于我们在司法实践中逐步树立法律程序观念，在社会中倡导尊重法律程序的文化氛围。但随着中国法治现代化的不断深入，这一理论的弊端逐步显现：在法律实施中出现了一些遵守法定程序却无法获得公平结果的现实案例。在这些案例中，依程序所获得的法律判决强烈冲击民众的道德直觉。程序本位主义的问题在于解释法律

① 形式正义也就是一般我们所指称的程序正义，尽管本书正是要对这两个概念的内涵重新界定。

② 参见〔日〕谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社2002年版；季卫东著：《法律程序的意义：对中国法制建设的另一种思考》，法律出版社2004年版；田平安著：《程序正义初论》，法律出版社2003年版；陈卫东著：《程序正义之路》，法律出版社2005年版；陈瑞华教授于2010年出版的《程序正义理论》一书修改了他之前的许多理论，表现出综合性程序正义理论的倾向，但并没有就程序正义理论的应用做具体研究。

实践问题中的乏力，如果法律程序常常不能为人们带去可以感知的公平结果时，那么为什么还必须要信任程序之治？司法实务部门面对程序正当性的质疑显得措手不及，而理论界提出的“国情论”、“文化论”和“实质正义”又难以形成强有力的理论工具，更难以深入展开细致的学术分析，“程序独立价值”论的含混与缺乏弹性的解释力已经严重伤害到司法权威。^①因而，亟需对程序正义的概念进行重新界定，以回应对法律之治的各种批评和质疑。本书就旨在提供一种新的程序正义理论模型来替代这种在对中国当下法治现状解释力不强，指引力有限的理论。

法律经济学是从法律制度运行费用的考察入手，研究法律决策的精确性及其成本控制问题。这种进路可以将程序正义的理论化约为一套可供法律实践者操作的手册，为司法实践提供具体指导。当然，世界上本来就不存在脱离实际的理论，也没有仅仅对实践进行描述和复制的理论，实践和理论的交互深入的关系决定着现在对程序正义理论改写应是正当其时。

此外，本书的另一个学术价值体现在试图关注西方法律经济学发展中的一场福利主义导向的运动。本书所使用的分析视角正是将“福利的提升”作为评价法律制度的标准。福利主义进路的法律经济学派已经引起美国法学界的广泛关注。其中的代表人物正是美国哈佛大学法学院的教授路易斯·卡普洛和史蒂芬·沙维尔，两位学者于20世纪初便开始关注公平的传统观念作为法律评价标准带来的问题，同时提出将福利改善作为法律政策的选择标准。两位学者的学术产出非常丰富，写就大量相关论文来阐述福利主义进路下对法律问题的解释，并于21世纪初将十多年的思想成果集合出版了一部鸿篇著作《公平与福利》。本书的理论部分正是借用卡普洛的法律的精确性作为研究程序正义的理论工具。

卡普洛的福利经济力学的分析方式不同于传统的法律经济学。一直以来，对法律经济学的抨击最为致命的一点就是法律经济学只

^① 参见桑本谦著：《理论法学的迷雾：以轰动案例为素材》，法律出版社2008年版，第8~25页。

能解释现实的法律却没有构建和规范性的功能，是没有价值性目标的法律工具。但卡普洛的法律精确性分析强有力的现实指导性有力回应了这种质疑。他的整个福利主义法律理论都是在试图解答：如何评价和选择社会政策？对这个问题的回答应当建立在对个人福利的测算上。同时，他也改善了波斯纳的法律经济学中只强调“效用”的最大化，也就是主要以财富为计算单位的“社会成本——效益分析”指标，试图引入“福利”这个带有一部分主观评价的因素。“个人福利”就包括个人的能够消费的物品与服务、社会 and 环境的满足感、个人的自我实现、对他人的同情心等，这些都归属于个体福利的评价范围。^①在方法论上，卡普洛离开古典经济分析方法，走入更精细的数量化的经济学分析，比传统的法律经济学更像经济学。然而，这种更靠近数量分析的法律经济学在实际运用时要依赖于极其准确和丰富的实践数据，这在社会统计学上又成为一个自然障碍。当然，他自己也一再强调他的理论还只是停留在呼吁法学界对这一理论的建立引起关注的层面上，要在实践中真正的运用这一理论仍然还有很长的路要走。

在2008年美国经济学家影响力排名榜单中，卡普洛已经远远超过波斯纳成为美国法律经济学者中的领军人物，虽然作为一份经济学家的影响力排名并不能作为法学研究影响力的旁解，但是福利经济学迅猛的发展趋势已经显现，这种趋势本身是值得引起我们关注的。^②反观我国法律经济学界对西方法律经济学理论的关注和学习还只停留在对波斯纳等人著作的翻译和介绍层面上，我们应当对国外法律经济学的最新的发展成果及时追踪跟进。

本书的分析工具是一个在传统学术领域包括在国内法律经济学领域亦未引起重视的一个概念或是说未被充分发掘的概念——法律

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，第6页。

② Tom Coupé ; Rankings of Economists, Economics Departments and Economics Journals, 1999—2000, Journal of the European Economic Association, 2003y, 6v, pp. 309-1345. 在这份对全球经济学院与经济学家的排名中 Louis Kaplow 排名第22位。

的精确性。现在国内研究较多的集中在法律的不确定性和法律的模糊性上,对法律的精确性研究不多。首先,法律的精确性明显不同于法律的不确定性,后者主要是承袭哈特关于法律语言的空缺结构,进而研究法律语言中的不确定性。^①另外,法律的精确性与法律的模糊性研究内容也不是完全相反的。法律的模糊性研究始肇于20世纪80年代,数学家为了处理不确定性与模糊信息,通过构建函数模型进行的决策分析途径。^②此后,模糊集的决策理论开始在计算机领域中的广泛运用,在对法律的模糊性研究中就承袭模糊信息研究中的这一风格。法律的模糊性研究的焦点是法律的决策在经历法律事实的遍历性后,得到一个关于法律决策的概率分布的集合,进而根据这个集合进行法律决策。^③法律的精确性研究不同于以上这两种理论的研究对象,法律的精确性将关注点放置于与法治现实息息相关的法律实践中。本书将致力于对法律精确性的概念在法律实施层面上进行重新界定。在承认法律不确定的情况下,通过精确性的工具来获得最佳的制度设计模式,同时又不依赖于过于精密计算的模糊函数理论,只是在获得精确性的几个变量上进行定性分析。^④

但本书的研究方法仍然存在诸多需要完善的地方。由于利用福

① [英]布赖恩·比克斯著:《法律、语言与法律的确定性》,邱昭继译,法律出版社2007年版;沈敏荣著:《法律的不确定性:反垄断法规则分析》,法律出版2001年版;邱昭继:《法律的确定性——〈法律、语言与法律的确定性〉译后》,载《法律方法与法律思维》2008年第1期;洪川:《德沃金关于法的不确定性和自主性的看法》,载《环球法律评论》2001年第1期;葛洪义、陈年冰:《法的普遍性、确定性、合理性辨析——兼论当代中国立法和法理学的使命》,载《法学研究》1997年第5期。

② 参见胡寿松、何亚群著:《粗糙决策理论与应用》,北京航空航天大学出版社2006年版,第4~8页。

③ 参见肖筱南著:《现代信息决策方法》,北京大学出版社2006年版,第54~69页。

④ 从这个角度来看精确性的分析又正好符合经济学原理中的“奥卡姆的剃刀”,至少和模糊性理路相比精确性关注的因素就因为少而具有“简洁”的优势,恰恰是符合经济学逻辑的。

利经济学分析法学问题在国内外的实践中并没有被实际应用，理论本身是不成熟的。福利经济学的分析手段在法律领域应用的理论发展不过十多年，理论的新锐也意味着实践中经验成效运用的缺乏。

路易斯·卡普洛为了应对学术界对法律经济学的质疑，提供了不同于波斯纳的解决方案。以波斯纳为代表的法律经济学，其学派的一个突出特点就是“效益”作为法律政策的判断标准，即所有的法律活动和全部法律制度都应当以有效地利用资源，最大限度地增加社会财富为目的。由于“效益”可以化约为一定数值，因此在法律经济学的视野里一切抽象价值都是可以比较的，这意味着任何价值冲突都可以在这一体系中进行效用排序。正是这一不内含任何价值的比较方式引发了诸多学派的猛烈抨击。而以卡普洛为代表的福利经济学派选择直面这样的抨击，其使用的工具就是“个人福利”概念——认为对个人福利的认识应当是全方位的，它不但承认个人的物质享受水平，而且承认个人的审美满足程度、对他人的情感以及其他任何被人们珍视的东西，无论它们是多么不可捉摸。^① 并且，卡普洛提出了自己的社会福利函数公式：

$$W(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$$

其中， x 表示对每个人所有可能福利状态的描述， n 为人数，福利效用赋值为 U ，那么，如果对个人而言的 $W(x) > W(x')$ ，则对于 x 和 x' 而言就是可比较的，后者要好于前者。

如果说用“福利”要素来评价法律制度显然比以往的法律经济学都来得温情脉脉，那么这种对法律经济学的改良其实也成为福利经济学的软肋。既然将主观要素、情感因素加入到价值判断的公式中，每个人对这些情感上的，感觉上的评价都不同，又如何统一到一个函数中？在实践中必须依赖于大量调研和统计，况且人对情感的主观感觉也是在不断变化的，很难绝对化、持久化。福利经济学在试图解决传统经济学“效用唯一论”的问题上依旧很难将重要的法律价值和原则统合到一个框架之内讨论，或是说这种统合只

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，第 4 页。

是理论上的，实际上并没有解决其他学派对此问题的终极批判。

此外，利用福利经济学理论模型对我国法律制度进行解释还存在局限性。福利主义的法律经济分析学派在西方也是近十年才逐步开始兴起，很多理论仍然处于较大的争议和探索之中。作为一个历史并不久远的新兴学说，当其应用于我国现有的法律制度，对我国的制度实践进行解释和建构时也将面临削足适履的问题。往往为了说明或是应用理论而忽视了现实中真实存在的核心要素，这一理论的深化还需要有更周详的、更严谨的社会调研作支撑才更有说服力。进行更深入调研以及资料处理需要更踏实和长期的努力才可能达成，这也是今后学术继续深入需要努力的方向。

本书中的模型建构没有在材料细节上做更细致的分析。比如，在“亲亲相隐”的制度研究中，本书没有对历朝历代的具体制度进行细致分析，仅仅对具有共性的制度特征进行抽离。对理想类型建构的方法，正如很多学者所批评的那样，一方面，含有研究者强烈的主观意图，很难客观反映制度设计全貌；另一方面，也因此只能针对研究对象的某一个方面的问题，这都可能导致研究的偏差。与此类同，在对程序正义理论模型的分析中，我们将现有的程序正义理论大概分为两种类型，即“结果型”和“参与型”，这种分类还比较粗略，毕竟古往今来众多探讨程序正义的理论中各个学派、学者的观点都各有理论重点和亮点，并不是这种简单的分类可以涵盖的。

最后，比起传统经济学，福利经济学理论更依赖于数量经济学的细致计算。尤其是在引入模糊集理论和精确性理论以后，决策系统依赖的变量不断精细化。法律经济学家考特和尤伦曾十分明确地指出：“过去的40年表明，经济知识的发展主要靠的是统计分析，而不是精心描述的案例研究，靠的是微积分的运用，而不是解释概念。”^①文献表明，博弈论在经济研究领域的广泛运用，已经对法律经济学的研究产生了明显的影响，推动了研究的“形式化”进

① [美] 道格拉斯·G. 贝尔德：《法律经济学的展望与未来》，吴晓露译、史晋川校，载《经济社会体制比较》2003年第4期。

程，当福利经济学大步走在形式化道路上时，另一个问题也随之产生。法律经济学在解释法律问题上的优势在于能够通过模型化的处理抽离问题的某一主要方面，当形式化越来越深入，实际上经济学、数学的计算方式的不断深入的本身却不断在远离分析问题的本身，而往往这种精细化再返身回模型存在的事实基础时就难以呈现解释力。^①大量的建模与数量分析使法律科学变得进入起点高，即使是很多专业的法律学者都很难进入，遑论置身于法律之中的普通人，这种研究实际上也在追求学术的精致性上放弃了对中国语境下“真问题”本身的关注。这种在美国逐渐流行的学术方向应当是我们在作国内研究时该警惕的。

总之，本书是在福利经济学哲学基础上建构程序正义理论的一种尝试，不论是理论的构建还是对现实问题的分析，都是创新与缺漏并存的过程。也许结论并不是最重要的，但拒绝教条与偏见，细心求实探寻真知的过程应成为我们永恒的追求。

^① 林立：《论经济学理念在法律推理中之局限性——以波斯纳的经济分析方法为例》，载《浙江社会科学》2004年第5期。

目 录

第一章 程序正义的三种理论模型.....	1
第一节 “结果论”程序正义与“参与论”程序正义	2
一、罗尔斯的程序正义理论.....	3
二、“结果论”程序正义理论的“明希豪森之发”	7
三、哈贝马斯的程序正义理论	10
四、“参与论”程序正义理论的“戈尔迪亚斯之结”	14
五、两种理论模型的学术意义与评价	16
第二节 均衡的程序正义理论	21
一、卡普洛的程序正义理论——均衡论	21
(一) 卡普洛的程序正义理论	21
(二) 均衡论模型的学术意义与评价.....	23
二、程序正义与法律的精确性	27
(一) 法律精确性的界定	28
(二) 程序正义均衡论框架下的法律精确性	35
第二章 程序正义均衡论的视域界说	43
第一节 损害赔偿模型中的程序正义	43
一、实质正义的制度成本与事前信息的相互关系	44
(一) 当事人在行动时拥有的信息对制度成本的影响	44
(二) 精确性对当事人在行动时获取信息的激励	48
二、制定法律规则还是法律原则	51
(一) 赔偿规则模型适用的广泛性.....	51
(二) 法律规则的疏密程度	51

(三) 法律规则与法律原则	52
(四) 简约法律的力量	53
(五) 通过判决进行的信息传播	54
三、调查动机还是结果	55
四、赔偿模型中的程序正义均衡	56
五、信息、公平与社会福利	58
第二节 责任认定模型中的程序正义	60
一、两个模型的划分依据	60
二、惩罚威慑与法律精确性	63
三、发现概率、惩罚力度与法律精确性	64
(一) 发现概率与惩罚力度	64
(二) 法律精确性与发现概率	65
四、惩罚的成本	67
(一) 惩罚与发现概率	67
(二) 精确性与惩罚概率	68
第三节 证据法中的程序正义	69
一、最佳证明标准与精确性的关系	69
二、举证责任设定	70
(一) 举证责任与行为控制的关系	70
(二) 惩罚成本加入后的分析	71
(三) 总结	73
三、事前精确性还是事后精确性	75
(一) 事前信息与事后精确性	76
(二) 精确性与社会福利	77
四、对司法错误的关注——无辜者遭遇错误惩罚	78
第四节 余论——公力救济的界限	80
一、在自作决定制度中	83
二、在资助诉讼制度中	84
三、在阻碍诉讼制度中	84
四、预防成本低、诉讼成本低	85
五、预防成本低，诉讼成本高	86

六、预防成本高, 诉讼成本低	86
七、预防成本高, 诉讼成本高	87

第三章 程序正义均衡论视域下的“亲亲相隐”制度分析 91

第一节 “亲亲相隐”制度沿革 92

一、“亲亲相隐”制度的历史渊源	92
二、可适用“亲亲相隐”的范围	96
三、“亲亲相隐”中的两种特殊情况	98
四、西方亲属拒证权的历史	99
(一) 古代家族法	99
(二) 现代亲属拒证权	100
五、有关“亲亲相隐”制度的学术论战	103

第二节 “亲亲相隐”制度的理想类型建构 104

一、理想类型 (ideal types)	104
二、“亲亲相隐”制度的理想类型建构	106
(一) 共时型理想类型构建	106
(二) 历时型理想类型建构	107

第三节 “亲亲相隐”制度的效用 (共时)

——“隐”与“告” 108

一、“亲亲相隐”制度的成本约束	108
(一) 农耕经济形态的成本约束分析	109
(二) 有限税赋的成本约束	110
(三) 广袤疆域的统治难题	110
二、“亲亲相隐”制度的社会效用	111
(一) 归类与标记——作为信息单位的家族	112
(二) “亲”——社会规范的信任效用	114
(三) “隐”——效用选择	114
三、古代社会证据制度的精确性分析	115

第四节 “亲亲相隐”制度的成本 (历时)

——“古”与“今” 117

一、“亲亲相隐”制度的现代没落的经济解释	117
----------------------------	-----

(一) 现代社会的成本与效用变化	117
(二) 古今证据制度精确性比较分析	118
二、一个规范分析：制度复活还是法律移植	122
(一) 信息单位支付能力更强	123
(二) 信息支付能力并不如西方信用社会	123
 第四章 程序正义均衡论视域下的“引诱取证”	
执法方式分析	125
第一节 违法行为的外部性困境	127
一、城市道路的“公共地的悲剧”	128
二、执法目标为“外部性的克服”	130
第二节 “引诱执法”现象的事实分析	131
一、“引诱执法”制度的产生	131
二、“引诱执法”方式的异化	136
(一) “引诱执法”异化的背景	136
(二) “引诱执法”异化的过程	138
第三节 “引诱执法”方式的规范分析	140
一、“引诱执法”的精确性分析	141
二、对执法方式的规范分析	142
(一) 威慑与精确性	143
(二) 发现概率与精确性	143
 第五章 程序正义均衡论视域下的立案登记制改革评述	146
第一节 立案登记制改革进程	146
一、立案登记制改革方向确立	146
二、制度细节仍需完善	148
第二节 立案登记制的制度成本收益分析	150
一、立案登记制施行后面临的诉讼爆炸	150
(一) 诉的利益适格性审查	152
(二) 纠纷解决方式的引导	153
二、鉴别恶意诉讼的成本高昂	154

(一) 恶意诉讼是对司法资源的浪费	154
(二) 降低制度成本, 鉴别信息真伪的方式	155
三、强化诉讼引导	157
结语	161
一、程序正义均衡论与法律的精确性	161
二、制度选择应当追求公平还是效率	163
三、法律——选择的艺术	165
四、制度的退化与福利改善	167
参考文献	169

第一章 程序正义的三种理论模型

如数学领域有哥德巴赫猜想一样，在法学领域也总有几个词能引起历史上的无数法学家竞折腰，引发理论界经久不息的争议，这些主题中就包括了“程序正义”。关于程序正义和实质正义的探讨在法学论著中不断地出现，而这些观点在不断翻新又迅速被覆盖，似乎就何为程序正义何为实质正义总是很难有一致意见出现。

“程序”（process）一词指按照一定的顺序、程式和步骤制作法律决定的过程。由于国家一般对制作各种法律决定的程序都在专门的法律中做了规范和限定，因此这种程序又被称为“法律程序”（legal process）。^①一般而言，学界将法律实施程序将与法律实施结果相对立。可以说，对于任何建立了法律制度的国家必然存在法律程序，因此法律程序的存在是一个事实判断，不应当将法律程序的存在本身与法律程序的正当性两个概念相混同。比如，罗马法中规定了很完备和发达的“诉权”制度，根据其中的“诉权”条款甚至可以知道在人类社会早起的法律制度中仅存在程序法，而没有实体法或者没有较为完备的实体法的事实。^②可见，在罗马的法律制度中，程序就已经先于实体而存在了，但程序的存在与是否符合程序正义的要求并非完全一致。无论法律程序是否符合人们对正义的价值判断，法律程序的存在都是一个不容否认的事实。

程序正义理论在法律理论中有举足轻重的影响，学界有时将程序正义理论与英美法系的“正当程序”概念一同研究。在美国，

① 陈瑞华著：《程序正义理论》，中国法律出版社2010年版，第1页。

② 陈瑞华著：《程序正义理论》，中国法律出版社2010年版，第6页。

程序正义就反映在美国宪法中关于正当程序的一系列条款,^①在英美法系国家这种理论也常常和自然正义(natural justice)理论相联系,是法官据以控制公共行为以及行政行为的基本程序原则。^②自然正义原则包含两个基本要求:第一是任何人均不得担任自己案件的法官;第二是法官在制作裁判时应听取双方的陈述。然而,自然正义的概念与我国学界中将程序正义与实体正义相对予以界定的含义是存在差异的。自然正义一般与实体法相关,但正当程序的概念出现在美国宪法条款中针对国家行为的规范中,意味着最高国家政府针对州政府的规范中,这就与我国的理论语境中程序正义的理解相差甚远。而且,英美法系的判例法的传统导致了他们在强调程序正义的时候就是期待获得安定的裁判结果,在判例法的司法传统中已经形成了一整套相对完善并且可操作性极强的程序作为获得司法决定的因循。此英美法系的司法传统中,通过维护程序自身的安定性和公正性是可以起到维护并实现实体公正的结果。本书是基于程序正义理论的中国语境下的分析,因此并不对普通法的“正当程序”予以展开研究。

第一节 “结果论”程序正义与 “参与论”程序正义

学术界一直致力于程序正义理论的分类研究,近几年,比较引人关注的当属陈瑞华教授的相关研究。北京大学的陈瑞华教授对程序正义问题关注多年,他2010年出版的《程序正义理论》是国内学术界对程序正义理论研究问题中的比较权威的研究成果。在这本书中根据程序价值的不同维度,也就是人们在评价和构建一项法律程序时所应依据的价值标准以及人们在通过法律程序实施法律时所

^① 参见美国宪法中关于“正当法律程序”(due law process)的条款,“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。

^② 陈瑞华著:《程序正义理论》,中国法律出版社2010年版,第12页。