

◎ 周安平 著

LAW OF LARGE NUMBERS
Legal Perspective of social problems

大数法则

——社会问题的法理透视



中国政法大学出版社

◎ 周安平 著

LAW OF LARGE NUMBERS
Legal Perspective of Social Problems

大数法则

——社会问题的法理透视



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

大数法则：社会问题的法理透视 / 周安平著. — 北京：中国政法大学出版社，2010.10

ISBN 978-7-5620-3735-4

I. 大... II. 周... III. 法理学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第172853号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 大数法则：社会问题的法理透视
DASHU FAZE: SHEHUI WENTI DE FALI TOUSHI |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 7.625 印张 175 千字 |
| 版 本 | 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3735-4/D·3695 |
| 定 价 | 22.00 元 |
| 声 明 | 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由本社发行部负责退换。 |



自序

身处法理学界多年，对于法理学的学术研究，我的理解是，法理或作为研究对象，或作为研究方法。我的学术进路倾向于后者。我以为，法理的生命恰在于回应社会问题的能力，而社会问题的频出也需要法理给出自己的分析，学者的使命也在于此。因此，关注社会问题一直是我论文选题取舍的指引。

本书收录的就是我近几年来均以社会问题为取舍的部分学术论文。尽管收录的这些论文，其写作时间有的跨度多年（最早的是2002年），但今天看来，其所论及的社会问题依然存在。并且可以想见，在相当长的时期内还将依然存在。因而也就表明，对这些论文的集结出版在当下与未来仍具有积极的现实意义。也正是基于问题意识，本书的编排没有以论文发表的时间为序，而是从社会问题的相关度予以了整合。

关注社会问题是我论文选题的一大特点，注重文意的明白易懂也是我写作的基本追求。我以为，文章是写给别人看的。使人明白，而不是使人糊涂，这是论文写作的起码要求。正是秉着这一理解，我特别重视文章结构的逻辑和文句表达的语法以及用词的规范。因为，逻辑、语法及词汇是沟通读者与作者的桥梁，是彼此之间的“共识”。文章的观点正是建立在彼此之间“共识”基础上的引申与展开。因此，由逻辑、语法及词汇所构成的表达能力往往是作者的观点获得读者接受和认可的重要因素。而对于同一专业领域的读者而言，文章的晦涩难懂，可能问题并不在于读者的领悟能力不够，而往往在于作者的表

达能力不足。也正是基于这一认识，我在对我的硕士生及博士生进行写作方法的培养与训练时，也特别强调文章明白易懂的写作要求。但愿本书收录的论文达到了这一要求，并希望本专业领域的本科学历的读者能看懂，不至因为浪费读者宝贵的阅读光阴而使本人心生愧疚。

给本书取一个书名，颇费了我一番心思。最终取名为《大数法则——社会问题的法理透视》，缘于我在《中外法学》杂志上发表的一篇论文《许霆案的民意：按照大数法则的分析》。该论文发表后，我原本也打算对“大数法则”作更深入的专题研究，试图写出一本以“大数法则”为书名的学术专著。但由于我本人的学术兴趣经常发生迁移，这一“试图”又因为有了新的“试图”而变得遥不可及。尽管如此，关于“大数法则”却成了我的心结。取此书名也算是对这一心结的了却。并且，在我看来，本书收录的论文，其中论及的许多问题也的确可以从“大数法则”中获得一定的解释。当然，我也希望借此此书名，抛砖引玉，唤起其他有兴趣的同仁对“大数法则”作更进一步的研究。

是为序！

周安平

2010年6月12日

于南京大学

目
录

Contents

自序	1
论大数法则	1
面子与法律	21
“范跑跑”行为的法理解读	45
“讨价还价”的背后	56
社会自治与国家公权	75
公民财产权与国家行政权的法治关系	95
集体利益的名义何以正当	115
流浪者的权利与国家权力	125
优胜劣汰与优胜劣不汰	138
行政程序法的价值、原则及目标模式	165
司法判决与医学鉴定	181
论司法对法律的违宪审查	194
人民监督员制度的正当性与有效性质疑	207
诉讼调解制度与法治理念的悖论	221

附录	227
司法改革的监督情结及其悖论	
——法官与学者关于基层司法改革的对话	
..... 刘惠贵 周安平	227
关于人大个案监督制度的批判	
——学者与法官的对话	周安平 刘惠贵 232
后记	238



论大数法则^{*}

许霆案一审判决以来,大众对许霆的不当占有行为非但不予谴责,相反却寄予了极大的同情与宽容,大众的心态无非是认为许霆的行为是大多数人有可能实施的行为,大多数人无法抵抗的诱惑其实便是普遍人性的反映,而对于此种普遍人性的严厉惩罚便是违反了大众公认的大数法则。^[1]因为,人类本性中所呈现出来的行为的相似性与稳定性并不完全是出于理性,人类社会法律规则也不是起源于不证自明的正义与公平,而是源自于人类行为中普遍存在的大数法则的定律,并至今仍然必须接受大数法则这一定律的支配与安排。社会统计学上提供的数据支持了这一说法,尽管它无力解释其原因。

一、什么是大数法则

什么是大数法则?大数法则原本是经济学中的概念,准确

* 本文刊于《中外法学》2009年第1期,原文标题为《许霆案的民意:按照大数法则的分析》。

[1] 2006年4月21日晚,许霆来到某银行ATM取款机取款100元,结果取出1000元。许霆查询银行卡后发现账户只扣了1元钱,狂喜之余,连续取款5.4万元。当晚,许霆回到住处,又伙同同伴郭安山再次前往提款。许霆先后取款共计17.5万元。2007年12月,广州市中级人民法院审理后认为,被告许霆以非法侵占为目的,伙同他人采用秘密手段,盗窃金融机构,数额特别巨大,其行为已构成盗窃罪,遂判处有期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。许霆不服,上诉至广东省高级人民法院。2008年1月,广东省高级人民法院经审理后认为原审事实不清,证据不足,遂发回广州中院重审。2008年3月31日,广州中院判处有期徒刑5年。

地说是统计学中的概念，但至今在学术上并没有精确的定义。根据英国经济家保罗·西布莱特的说法，“大数法则大致是说，相似个体所组成的大型群体的平均行为要比小型群体或群体中的个体行为更加容易预见。”^{〔1〕}大数法则来源于统计数字所表现出来的规律性。人口统计奠基者英国 17 世纪经济学家约翰·戈劳特就揭示了这样一条统计学原理：“通过大量充分的统计数字可以看出，各种现象（其中单个现象是偶然的）在整体上受着某种严格的规律性的支配。”^{〔2〕}事实上，很多自然规律本身就是通过统计而得以揭示的，比如昼夜交替与季节变换的自然规律。我们所说的自然规律的科学性只不过是在统计事实的基础上进行科学分析而得以求证出来的。人类的社会行为中所表现出来的稳定性特征往往也是通过统计归纳而得出。最早从事社会行为统计工作的学者们便已认识到，对于一个群体，即令不掌握其个体的动机，但当群体具备很大的数目后，规律性就会出现。在形成后的群体中，总是会呈现一定的普遍规律、一定的共同约束、一定的平均趋向和平均表现。尽管可能每一个体成员可以在几种选择中相当自由地行事，但当涉及长期性行为时，对总体的行为方式相对而言还是能够有所预测的。^{〔3〕}本性看似最为变幻莫测的事件，单独看待时似乎是随机的和偶然的，但一旦涉及到足够多的次数，就能够表现出近似于数学规律的现象，人们凭此可以作出预见。因此，尽管单一事件没有意义，但如果该事件多次重复，实际结果的分布就会呈现出

〔1〕 参见〔英〕保罗·西布莱特：《陌生人群——一部经济生活的自然史》，梁娜译，东方出版社 2007 年版，第 24 页。

〔2〕 〔俄〕阿尼金：《改变历史的经济学家》，晏智杰译，华夏出版社 2007 年版，第 51 页。

〔3〕 〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社 2007 年版，第 165 页。

一定的比率。这就是大数定律。^{〔1〕}

自社会统计学创始以来，社会统计学就运用于社会科学的调查之中，试图从调查的数据中发现一些普遍性的规律性的事实，比如通过人口普查与统计揭示死亡率和出生率、性别与平均寿命、疾病与职业、教育程度与收入等之间所存在的稳定的关系。与约翰·戈劳特同时代并齐名的著名经济学家威廉·配第在从事政治算术的研究时就声称其方法是“用数字、重量和尺度的词汇来表达我自己想说的的问题，只进行能诉诸人们的感官的论证和考察在性质上有可见根据的原因”。^{〔2〕} 马尔萨斯的人口论很大程度上是建立在统计的基础之上。社会统计所揭示出来的行为的预测性与稳定性，虽然人们不一定能理解人的行为原因，甚至无从提出可以信服的解释，但社会行为中毕竟存在着大规模的相似性与稳定性的特征。这表明，社会行为中的确存在一种可称之为大数法则的定律。在大数法则的支配下，个体往往必须服从于群体所表现出来的大数法则，而个性也就在大数法则的支配下消失在统计数据所表现出来的总数中。统计学只提供数据。从统计数据上看，大数法则往往就表现为大多数人行行为的相似性与稳定性。

关于多数人行为，其实就是指统计数据中通过概率所呈现出来的大量的人的稳定重复的行为。一个人的行为越是与多数人行为相似或接近，那么其行为就越会受到人们的肯定，至少不会受到人们的贬低。即便这种行为本身并不是善的，也会因为持有者是多数而受到人们的宽容，例如，对于久病床前的不孝之子，人们大都抱有理解和同情，至少不会太多的谴责。而

〔1〕 参见〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年版，第47页。

〔2〕 〔俄〕阿尼金：《改变历史的经济学家》，晏智杰译，华夏出版社2007年版，第49页。

对于极少数人才能做到的善，则会被人们极尽赞美，比如对于久病床前的孝子，人们会给予很多的溢美之词。所以，从统计学上讲，人类对于道德善恶的评价也是受到统计数据支持的，它并不是源于上帝的启示，而是源于人性的通常表现。多数人所做的就是应当的或者说是正常的，无什么善恶。高于一般人所为，则为人们所提倡的善，而低于多数人所为，则为人们所贬低的恶。从这一意义上讲，道德信条无非是对大数定律的维护。

多数人的行为也往往表现为平均人的行为。平均人的行为意指正常人，或说中性人。有学者以“中人”指称，^{〔1〕}也有学者以“标准人”称谓。^{〔2〕}多数人行为在统计学上往往表现为一种中性人稳定的行为倾向与行为评价。一般来说，多数人的行为往往就是最接近于平均人的行为，而平均人的行为值域则往往更多地受制于多数人的行为。一种行为越是接近于平均值，往往也就越是多数人的行为，而一种行为越是与多数人行为相似，往往也就越接近于平均人的行为的值域。

关于平均人的行为，法国科学家凯特莱认为，将人类作为一个整体来考虑，它的各个方面都属于物理事实的范围；人数越多，个人的意愿就越会深埋在普遍事实的系列之下，而普遍事实则取决于决定行为存在与延续的总体原因。既然社会的“存在与延续”是人们所需要的，那么人的平均行为便是“正确的”行为了。“平均人”的种种参数、物理性质乃至道德和审美观念，都代表着应当为所有人追求的完美平均情况。平均的就是出色的——一个能够在某段时期内集中表现出“平均人”的

〔1〕 参见胡玉鸿：“‘法律人’建构论纲”，载《中国法学》2006年第5期。

〔2〕 参见李友根：“论法律中的标准人：部门法角度的思考”，载《美中法律评论》2005年第3期。

所有品性的人，他此时就代表了人类所有的优、善、美。而非平均情况的偏离，无论是大是小，都会导致……形态的丑陋和道德的残缺，由是处于不健全的存在状态。^{〔1〕} 平均人的行为因为被看作是中等人之所为，人类行为总体而言不高不低，因而也就被人们认为是正常人所为。而如果偏离这一平均，或者会被赞美至极，或者会被贬低至极。所以，对于增高和美容的行为，我们也就可以理解那只不过是人们为了靠近平均值而作的努力，并非真的有什么不正常。

社会秩序是建立在对普通人来说自然而然的日常生活的基础上。^{〔2〕} 大数法则就是通过平均人的行为和多数人的行为所表现出来的持续性状态或稳定性倾向的规则性集合系统。大数法则展示了人类社会秩序建立与维持的人类学原因。人类社会正是借助了大数法则的功效维持了一种稳定的社会评价体系，并在这一稳定的评价体系所支持下维持一种稳定的社会秩序。“大数定律”的存在给我们带来了可敬的秩序与正常，使世界免于沦入莫衷一是的可怕境界。^{〔3〕} 社会成员是否共同遵守约定的风俗惯例对于群体的稳定与聚合至关重要。^{〔4〕} “人们往往共享许多标准，并彼此希望坚持它们，如果他们这么做了，他们所在的社会将是有序的。”^{〔5〕} 因此，即使是在没有法律的原初社会，

〔1〕 转引自〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年版，第48~49页。

〔2〕 参见〔英〕韦恩·莫里森：《理论犯罪学——从现代到后现代》，刘仁文等译，法律出版社2004年版，第204页。

〔3〕 参见〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年版，第197页。

〔4〕 〔美〕麦特·里德雷：《美德的起源——人类本能与协作的进化》，刘珩译，中央编译出版社2004年版，第195页。

〔5〕 〔美〕C. 赖特·米尔斯：《社会学的想象力》，陈强、张永强译，生活·读书·新知三联书店2005年版，第28页。

人类仍然能够借助那些自发形成的大数法则来有效地维持群体内部个体之间的合作与信任，并将群体塑造成一个紧密团结的社区。

二、大数法则是如何形成的

大数法则何以形成，我们以排队为例。我们在超市购物，形成队伍的因素往往是偶然的，但只要是加入该队伍的人数达到一定数量，个别人如果要形成另外的队伍，那么就会遭到多数人的抵制。其原因是“无论指示人们排队行为讯号是什么，一旦建立了队伍，就会从这个现存的队伍本身导出一套排队的规则，或者透过那些发挥非正式的‘管理者职能’的排队者的指示，而使其他人获悉此一规则。”^{〔1〕}并且，有一些人会基于自身利益的维护而自动充当起了维持大数队伍秩序的角色，并且这种角色仅仅因为人数较多就轻易地获得了正当性和有效性。而那些想插队或者想另辟蹊径的人基于多数人的心理压力往往只能选择跟从，并且随着跟从的人数越来越多，队伍的稳定性也就越来越强。当然，如果破坏队伍的人数达到一定数量并成为一种多数人的行为时，原本的多数法则就不再是大数法则了，或者说一种新的大数法则替代了原来的大数法则。

再以交通规则形成为例，人们在行车时都有约定：或者都靠道路的左侧行驶，或者都沿右边行进。虽然，这种约定现在看来是以法律的形式确立的，但这样的法律无非是给予早已存在的社会规范以正式地位而已。^{〔2〕}这种规范最初是如何形成的呢？比如，沿着一条过道向相反方向行走的许多人会趋向于自

〔1〕〔美〕迈克尔·瑞斯曼：《看不见的法律》，高忠义、杨婉苓译，法律出版社2007年版，第89页。

〔2〕参见〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年版，第245页。

行组织起来，形成两股方向相反的人流，理由是为了避开相撞而迂回地行动。这种分行通道的形成是自动出现的，但哪条通道向什么方向通行却纯属偶然。^{〔1〕}而一旦形成，想通行的人则只能加入既定的人流中。在各国道路交通规则的例子中，有两种可能的习俗：向左驶和向右驶。他们在每个人看来都是同样的好。英国司机靠左行驶而不是靠右，这是任意的历史事件，和不公平无关。^{〔2〕}只要能保证足够的人数遵从，那么，少数人就只能按照多数人选择的方向行驶，否则就违反了大数法则而被制度所否定。在交通行动中，向左行还是向右行原本与道德无关，但一旦形成某一方向的大数法则，那么，与大数法则相反的行动就构成了不道德的行为，道德的评价与人数的多寡在这里发生了勾连。因此，一个人的行为之所以不道德在很大程度上是源于其行为者在人数上的少，而不是源于其在动机上的恶。

从上述例子，我们发现，大数法则的形成与人们之间的相互模仿的社会关系有关。人是社会性的动物，必然要与他人发生关系。“‘社会关系’这个概念的基本特征，就在于行动者和他人间存在着最低限度的相互关联。”^{〔3〕}这种相互关联是建立在彼此信任的基础之上。信任是社会交往的前提，是社会内聚的粘合剂，否则人类生活与动物生活无异，因此，信任与合作对于人类物种的延续具有进化的作用。信任与合作的天性首先发生在家庭成员之间。家庭成员之间普遍存在着互惠关系和信

〔1〕 参见〔英〕菲利普·鲍尔：《预知社会——群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年版，第104页。

〔2〕 参见〔英〕罗伯特·苏格登：“契约论与规范”，董良译，载包利民编：《当代社会契约论》，江苏人民出版社2007年版，第207页。

〔3〕 〔德〕马克斯·韦伯：《韦伯作品集：社会学的基本概念》，顾忠华译，广西师范大学出版社2005年版，第35页。

任关系，这是一个无需证明的先定的生物性事实。但是，当陌生人成功地模仿了我们的亲人或朋友的行为时，我们就将这种信任与互惠关系延及了陌生人。^[1]于是，与陌生人之间的交往也由是开始，社会关系得以展开，人类社会得以形成并延续。人类得之于上帝的模仿天性催生了人类行为彼此的相似性、稳定性与连续性。

模仿是人类文化主要的传播方式。^[2]模仿意味着服从对方或表达尊敬之意，^[3]目的是为了取得对方的信任并希望被对方接纳，以融入对方的群体之中。所谓入乡随俗、到什么山上唱什么歌，从而形成了群体成员行为的相似性，这种相似性为个体之间彼此的行为提供了可资预测的根据。这种模仿不只是发生于小孩对大人世界的行为规则的模仿，也经常发生在个体与群体的关系上。模仿是一种简便易行且非常实用的交际方式。如果其他人已经全体一致采取了共同的决定，那么，个体可能会忽略自己的观点，别人怎么做就跟着怎么做。这并不是说跟着别人做的人是一个没有主见的人，而是因为别人的行为毕竟是一个非常有用的可以参考的信息来源。别人怎么说就怎么做总是比自己劳心费神琢磨出来的办法简便得多，有用得多。^[4]因为每一个人都是一个经验主义者，对于未来的预测，经验总

[1] 参见[英]保罗·西布莱特：《陌生人群——一部经济生活的自然史》，梁娜译，东方出版社2007年版，第59页。

[2] “入乡随俗，依葫芦画样是文化传播和习得的一种方式，它能保证你到什么地方就做什么事——模仿是人与生俱来的天性。”参见[美]麦特·里德雷：《美德的起源——人类本能与协作的进化》，刘昕译，中央编译出版社2004年版，第195页。

[3] 参见[法]埃德加·莫兰：《迷失的范式：人性研究》，陈一壮译，北京大学出版社1999年版，第15页。

[4] 参见[美]麦特·里德雷：《美德的起源——人类本能与协作的进化》，刘昕译，中央编译出版社2004年版，第198~199页。

比理性在人们的心理上感觉更为可靠。此外，部分原因也还因为如果大家有错，也是有很多人的错，个人因继续犯错而受到的社会压力和道德压力也因为人数的众多而趋于减弱。并且有时，如果违背群体意识认可的规则还需要具备很大的勇气。当然模仿也可能发生在个体与权威者的关系上，当权威者的行为被大多数人所模仿时，群体行为的大数法则便已形成。而一旦形成群体行为的大数法则，个体屈于群体意识的压力，自觉不自觉地选择遵从，甚至是盲从。因为在群体中，具备强大的个性足以抵制那种集体意识暗示的个人几乎没有。^{〔1〕}因此，在强大的群体意识的支配下，自觉的个性往往消失。这也可以解释，现实生活中有很多陈规陋俗，比如农村习俗中的婚礼，虽然从理性上判断并无太多的道理，但仅仅因为是群体意识所强烈支持的大数法则，那么后代就会自觉与不自觉地模仿和沿袭，因而也就具有极强的生命力。在群体意识的支配下，人类模仿的天性有效地保证了大数法则的历史延续性。

人类生活是一个集体生活，任何人都无可逃避。生活是不能选择自己的世界的，它从一开始就只能在一个既定的、无法改变的世界中发现自己。在集体生活中，对集体生活的有效形式进行选择和决定，根源于在社会中占统治地位的大众人。^{〔2〕}对团体生活有害的东西往往作为禁忌规则来要求个体予以抵制，因而大多数人的生活习性与生活规则对集体生活中的个体构成了压倒性的影响。因此，人的意识反映出来的往往首先是团体意识而不是个体意识。在这样的群体社会里，人类的整体性往往作为神秘的力量而为人们所意识并为人们所坚持，这是不需

〔1〕〔法〕古斯塔夫·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，第18页。

〔2〕〔西〕奥尔特加·加塞特：《大众的反叛》，刘训练、佟德志译，吉林人民出版社2004年版，第41~42页。

要更多理性考虑的。整体意识对个人行为的要求是不需要理由的，它本身就已经构成了对个体意识的要求甚至是压迫，个体意识只能寻求与整体意识的一致才可以被团体所接受。对制度经济学颇有研究的康芒斯认为，大家所共有的原则或多或少是个体行动受集体行动的控制，因此，制度可以解释为集体行动对个人行动的一种控制。^{〔1〕} 习俗就是这样一种社会强制，是那些同样感觉和同样行动的人的集体意见对个人的强制。^{〔2〕} 多数人坚持的制度与习俗就是大数法则的载体。

现代社会是典型的陌生人社会。在陌生人社会里，陌生人之间如何能发生信任与合作的关系取决于陌生人是否会根据我们日常生活经验中归纳出来的大数法则而行动。换言之，人们是根据大数法则来对陌生人的可能行为作出预测的。大数法则可以使人们生活得简单而有序，它在人际关系中提供了成本最小化的约束机制。为了确保合作的不成为不道德的侵略者的“猎物”，霍布斯主义者认为，在一个共同体中道德行为必须成为一个约定俗成的规范，以致每个人都能期待：如果他合作地行动，其他人也会同样行动，反之亦然。这些约定（习俗）组成了一个社会的道德制度。^{〔3〕} 当这种约定为多数人所遵循时，就构成了多数法则的内容。商业法律的产生就是源于商人们基于彼此交易的需要而自发形成的，而对于那些不守老规矩、违反条例规定的商人唯一和最终的惩治措施就是所有的商人都不再与其进行任何交易，因而，商人之间的规则在多数商

〔1〕 参见〔美〕康芒斯：《制度经济学》（上），于树生译，商务印书馆2006年版，第87页。

〔2〕 参见〔美〕康芒斯：《制度经济学》（上），于树生译，商务印书馆2006年版，第185页。

〔3〕 参见〔英〕罗伯特·苏格登：“契约论与规范”，董良译，载包利民编：《当代社会契约论》，江苏人民出版社2007年版，第258页。