

桑本谦 著

法理文库

私人之间的 监控与惩罚

——
一个经济学的进路

山东人民出版社

桑本谦

著

私人之间的监控与惩罚

——
一个经济学的进路

图书在版编目(CIP)数据

私人之间的监控与惩罚:一个经济学的进路/桑本谦
著.—济南:山东人民出版社,2005.6

(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)

ISBN 7-209-03707-1

I. 私... II. 桑... III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 051339 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.875 印张 4 插页 270 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价:24.00 元

目 录

绪 论	(1)
一、研究惩罚的意义	(3)
二、研究私人惩罚的意义	(6)
三、分析工具、写作思路以及问题意识的延伸	(11)

上篇 理论研究

第一章 集体行动的困境

一、霍布斯留下的难题	(22)
二、小群体的合作障碍	(27)
三、囚徒困境	(31)

第二章 合作的促成

一、对未来利益的关注	(39)
二、“以牙还牙”策略的胜利	(46)
三、合作、信任与惩罚	(51)
四、惩罚的技术品质	(59)

第三章 威慑与信誉

一、威慑	(64)
------------	------

二、信誉.....	(69)
三、中国人的“面子”.....	(73)
四、报复的激情.....	(78)

第四章 合作的进化与秩序的生成

一、从契约到规则.....	(86)
二、生态学和进化论的视角.....	(91)
三、舆论与符号.....	(96)

第五章 社会秩序与公共权力

一、集体行动中交易成本.....	(103)
二、多级搭便车.....	(108)
三、“自控型秩序”与“受控型秩序”.....	(113)

第六章 权力的起源与权力性质的演变

一、契约的不平等.....	(120)
二、权力的形成.....	(127)
三、从私人权力到公共权力.....	(132)

第七章 公共惩罚与私人惩罚的互动

一、国家对暴力的垄断.....	(141)
二、公共惩罚的比较优势.....	(145)
三、私人惩罚的比较优势.....	(150)
四、萨迦时期的冰岛与秦朝时期的中国.....	(153)
五、一些探索性的立法建议.....	(157)

第八章 私人执法问题

- 一、公共执法的难题 (161)
- 二、公共执法的私人化 (168)
- 三、私人执法 (171)

第九章 私人执法的信息费用问题

- 一、隐私 (177)
- 二、集体责任 (183)
- 三、严格责任 (187)
- 四、推定 (194)

第十章 产权制度与私人之间的监控和惩罚

- 一、产权制度的起源 (200)
- 二、国有、私有和共有 (204)
- 三、先占 (211)

第十一章 婚姻制度与私人之间的监控和惩罚

- 一、对婚姻制度的重新解读 (217)
- 二、两性博弈与婚姻形态 (225)
- 三、强奸与贞操观念 (232)
- 四、“强奸”与“逆强奸”的比较 (238)

第十二章 交易制度与私人之间的监控和惩罚

- 一、交易和市场的社会控制功能 (247)

- 二、信誉机制和法院的强制执行 (252)
- 三、隐性交易与隐性契约 (259)
- 四、互惠、权利冲突与科斯定理 (266)

下篇 实证研究

第十三章 民间的社会保障

——对山东农村互助合作规范的经济分析

- 一、村庄里的各个阶层 (278)
- 二、村民之间的互助合作 (280)
- 三、规范的经济意义 (283)
- 四、规范的维持 (286)

第十四章 习俗、潜规则与法律的较量

——从一起“通奸案”切入

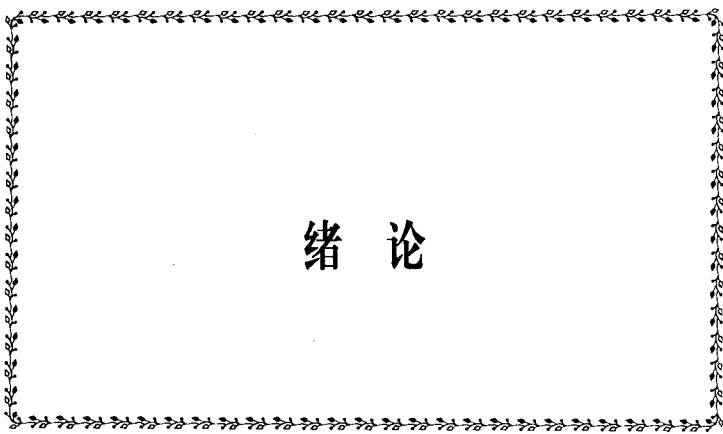
- 一、案例梗概与问题的提出 (289)
- 二、法律放弃惩罚通奸的理由 (291)
- 三、对通奸行为的社会控制 (294)
- 四、收缴分离制度是怎样落空的 (297)

第十五章 法律控制中的私力因素

——以对手机短信的法律控制为例

- 一、立法背景：短信产业效应 (303)
- 二、电子商务网的立法建议 (309)

三、对短信服务的法律控制	(312)
四、短信引发的社会问题及相应社会控制	(316)
附 论 法律运行的“社会资源”问题	
——兼评苏力“本土资源”说	
参考文献	(354)



绪 论

弗兰西斯·福山在其 1995 出版的《信任》一书中阐述了信任与经济增长和社会繁荣之间的密切关系。社会成员之间的相互信任被福山视为经济发展不可或缺的一种“社会资本”(在本书附论中,“社会资本”的概念将被更换为“社会资源”),“社会资本”是一种不同于物质资本和人力资本的制度性资本。福山指出,相互信任可以降低企业的经营成本,因为高度信任感可以培养社会成员的“自发社交性”,开发企业的连属能力,并能容许多样化社会关系的产生。^①相反,在人们彼此不信任的社会,福山写道:

企业运作只能依靠正式的规章和制度,而规章制度的由来则需要经过谈判、认可、法制化、执行的程序,有时候还需要配合强制的手段。以种种法律措施来取代信任,必然

^① 参见弗兰西斯·福山:《信任:社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社 1998 年版,第 37 页。

造成经济学家所谓的“交易成本”上升。如果一个社会内部普遍存在不信任感,就好比对所有型态的经济活动课征税赋,而高信任度的社会则不须负担此类税赋。^①

按照福山的逻辑,如果社会成员之间的相互信任在某些社会控制领域可以取代法律的强迫机制,那么,社会成员之间的信任度越高,执法和司法的负担就越轻,法律运行的成本就越低,法律实施的状况也就越好。而在人们相互不信任的社会,“社会资本”的供应不足必然会阻碍法治状况的全面改善。

信任的问题其实是个“可信任”的问题。我之所以信任某人,是因为我认为这个人是可信任的;而我之所以认为这个人可以信任,是因为在我看来,如果这个人背叛我,他一定会受到某种惩罚(包括官方惩罚、私人惩罚以及自我惩罚),并且惩罚会使其背叛行为得不偿失。由此,一个直觉性的结论是,信任的问题归根到底是关于惩罚的问题,尤其是私人惩罚的问题(这一结论将在本书第二章第三节获得细致论证)。社会成员之间的相互监控和相互惩罚可以阻止彼此之间的相互背叛,可以促进彼此之间的相互信任,法律实施所需要的“社会资本”最终来自于社会成员对违规、违约和违法行为进行监控和惩罚的私人投入。基于以上这些粗浅的思考,我决定把私人之间的监控和惩罚当作一个研究课题,这是写作本书的缘起。

① 弗兰西斯·福山:《信任:社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版,第37页。

一、研究惩罚的意义

假设生活中会遇到如此场景：你在城市 A 的街道上随地吐痰，被一位老年妇女看到了，她会上前责备你，并要求你清除痰迹。如果你不按她的要求去做，或者对她出言不逊，她就会招来警察，结果是你必须承担 100 元的罚款。如果你随地吐痰的地点是在城市 B，并且同样被一位老年妇女看到了，她可能既不会责备你，也不会命令你清除痰迹，更不会报告警察，但她会用一种奇怪的眼光盯着你，让你感到窘迫而羞愧。根据城市 B 颁布的禁令，警察要对随地吐痰的行为罚款 50 元，但由于事务繁忙，并且由于罚款常会遭到违规者的抵触，所以警察很少主动去招惹这个麻烦。如果把随地吐痰的地点更换到乡村 C 的街道上，情况就大不一样了，任何人都会熟视无睹，没有谁为此大惊小怪。倘有哪位老年妇女对随地吐痰表示任何程度的不满或惊讶，反倒可能会让其他人（不仅吐痰者）感到很奇怪，甚至被指责为“多管闲事”。

我们可以使用“规则”或“权利”的概念来分别描述三种不同情形。在城市 A，禁止随地吐痰的法律（正式规则）和习俗（非正式规则）都存在，并且都被执行得很好，任何人没有随地吐痰的权利，但任何人都有阻止他人随地吐痰的权利；而在乡村 C，禁止随地吐痰的法律和习俗都不存在，任何人都有随地吐痰的权利，并且任何人都没有阻止他人随地吐痰的权利。然而，用“规则”或“权利”的概念来描述城市 B 的情况却显得很拙笨，“随地吐痰的权利”“阻止他人随地吐痰的权利”以及“禁止随地吐痰的法律和习俗”是否存在都不好说。“权利”和“规则”大体上都是

一些难以量化的概念,要么存在,要么不存在,我们很难描述“权利”和“规则”在何种程度上存在,除非借助于“惩罚”的概念。

与“规则”和“权利”不同,惩罚是一个可以量化的概念,它不仅可以说明“规则”和“权利”是否存在,而且可以描述它们存在的状态。尽管城市 B 颁布了禁止随地吐痰的法律规则,但由于违规者总是能够逃脱警察的处罚,所以可以认为,这条法律规则在城市 B 实际上并不存在。但老年妇女的惊讶眼光代表了一种非正式的轻微惩罚,它让你感到窘迫和羞愧(这是非正式惩罚的心理代价)。这一惩罚迹象表明,禁止随地吐痰的非正式社会规范(social norm)已经开始在城市 B 的街道上萌芽,并且开始内化到一部分人的心灵和观念之中,但还远未成为人们自觉遵守的道德规范。

在这里,仅仅使用惩罚的概念,而不借助于规则或权利,也可以清楚地描述在城市 B 观察到的现象。倘若有人由此推论:如果立法者对权利义务概念弃之不用,而只规定对某些行为的某种程度的惩罚就能很好地表述法律,听上去似乎不可理喻,但细想却未必有很好的理由能予以反驳,因为从某种意义上讲,权利或规则实际上是对某种恒常固定的惩罚状态的一种略带情感色彩的抽象。依此,中国古代“法即是刑”的观念也可勉强成立。当人们指责古代中国缺乏“权利观念”的时候,^①很可能犯了一个错误,这个错误来自于语言对于我们思想的不幸影响,因为

① 夏勇概括了中国学界的一种流行误识,即“长期以来,人们似乎都接受了这样一种‘文化解释’:西方文明和东方文明分别以权利概念和义务概念作为自己的本质特征。西方文化讲究个人权利,东方文化讲究个人义务。”参见夏勇:《民本与民权——中国权利话语的历史基础》,载《中国社会科学》2004 年第 5 期,第 5 页。在该文中,夏勇通过重新识别和阐述中国古代民本话语里的权利成分批判了这种流行误识。

“权利观念”本身不一定非要用“权利”的字眼来表达,“权利观念”说到家无非就是人们争取应得利益的一种想法,这种想法完全可以求助于某种固定的惩罚结构来实现。

与规则相比,惩罚是一个更加真切的观察视角。当说禁止盗窃成为一条社会规则的时候,实际上是在表明,盗窃行为会受到恒常固定(尽管并非必然)的惩罚。如果在一个志向性陈述——比如波洛涅斯的格言“不欠别人钱,也不借钱给别人”——的背后观察不到对违反这一陈述的行为进行恒常固定的惩罚,那么该陈述就仅仅是一个指南或者是一个宣言,而不是一条规则。我们之所以能够判断城市 A 存在、而乡村 B 不存在一条关于禁止随地吐痰的社会规则,根据就在于,我们可以在前者观察到而在后者观察不到一个恒常固定的惩罚结构。作为惟一可以观察到经验性制度要素,惩罚是辨识一条规则(以及与之相关的权利和义务)是否存在以及在何种程度上存在的结论性证据。^①哪里有规则,哪里就有惩罚,惩罚是维持规则存在的现实力量。规则仅仅存在于观念和意识之中,或者充其量被写在某个规范性文件里面,倘要在生活世界里寻找它们存在的证据,就只能寻求其背后的惩罚结构。如果法律宣布了一条规则,但国家却没有为这条规则安排一个有效的惩罚结构,那么我们可以断定这条规则实际上是不存在的。相反,如果在某条规则的背后可以观察到两种不同的惩罚结构,我们就可以据此判断,两种不同的社会规则在这里出现了竞合。

^① 乔治·霍曼斯和罗伯特·阿克塞罗德把是否存在一个恒常固定的惩罚结构当作辩识一条规则是否存在的结论性证据。参见 Robert Axelrod, “An Evolutionary Approach to Norm”, 80 Am. Pol. Sci. Rev. 1986, p.1095, 1097; George C. Homans, *The Human Group*, Harcourt, Brace and Co, 1950, p.123.

出于种种原因,立法者会把一些实际上并不存在却被人们渴望存在的规则和权利写进法律之中。尽管不能否认这种做法在很多时候是建设性的,但有必要指出,现实的制度状态在研究者的视野中却经常因为这个原因而被遮蔽,很多人满足于追求纸面上的权利,竟把使权利成其为权利的东西给忘了。中国目前的法学研究特别关注规则和权利,并且——受欧陆法学的影响——一般以解释法律规范的文本为主,尤其是部门法研究,基本都属于这一范式。既然“纸上的法治”并不等同于“现实中的法治”,那么惩罚的制度要素就可以作为衡量二者之间差距的一根标尺。当惩罚成为我们的关注焦点的时候,法律中的某些虚假的、似是而非的、意识形态的东西就很容易被剔除,我们因此能够更加清楚、更加真切地审视现实的制度状态。由此看来,在这个“走向权利的时代”提出一个“认真对待惩罚”的口号,也并非不合时宜。说得夸张一点,这可能标志着法学研究范式的一次转换。

二、研究私人惩罚的意义

一个人无论生活在哪里,城市 A、城市 B,还是乡村 C,他之所以甘愿遵守禁止随地吐痰的社会规则(法律或习俗),是因为在他看来,随地吐痰所获得的收益不能补偿因此遭受惩罚而承担的损失。惩罚包括官方的正式惩罚和非官方的私人惩罚。假如在他生活的城市,市政府颁布了禁止在公共场所随地吐痰的禁令,违者要被警察处以罚款,那么他所担心的正式惩罚就是政府禁令规定的罚款。当然,他还要担心非官方的私人惩罚,私人惩罚主要来自其周围潜在的目击者,这些目击者会对其不良行

为表现出惊讶和不满,甚至还可能当面指责或背后嘲讽,一旦他们把此不良行为散布出去,他的个人声誉就会在更大范围内受损。此外,即使这个人确信在“案发现场”没有任何目击者,他也会进行良心的自我惩罚,其心灵会在一段时间内失去平静,以至可能怀疑到自己的品质和人格。

任何惩罚都会给一个人带来损失,损失的大小决定了惩罚的威慑效果。按照法经济学的观点,对于一个违法者来说,惩罚的威慑效果(即惩罚的预期损失)相当于惩罚的实际损失与抓获概率的乘积。^①假设政府禁令对随地吐痰规定的罚款数额是 100 元,在随地吐痰被警察抓获的概率只有 1% 的情况下,官方惩罚的预期损失就是 1 元钱;同样地,假设随地吐痰遭受私人惩罚的概率是 80%,并且私人惩罚的全部实际损失折算成货底相当于 10 元钱,那么私人惩罚的预期损失就是 8 元;另假设自我惩罚的实际损失和预期损失都是 1 元(这意味着自我惩罚的概率是 100%)。那么,根据这些假设的数字就可以计算出,全部惩罚的预期损失是 10 元($100 \times 1\% + 10 \times 80\% + 1 \times 100\% = 10$)。如果随地吐痰只给这个人带来 5 元的收益,那么显然,对他来说,违反政府禁令是得不偿失的。但他之所以服从禁令,首要的原因不是害怕官方的正式惩罚,而是顾忌非官方的私人惩罚。由于警察实际上无力监控每一个潜在的犯规者,所以尽管禁令规定的罚款数额很高,但与非常低的查获概率相乘之后,预期惩罚成本就只有 1 元钱了。相比之下,私人惩罚却由于其严密的监控(警察的眼睛毕竟少于周围人的眼睛),而把预期惩罚损失维持在一个高水平上,所以即便官方惩罚根本不存在,私人惩罚也拥

^① 参见 Gray S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 J. Pol. Econ., 1968, p. 169.

有足够的威慑力来制止他的违法行为。因此,对他来说,官方惩罚所发挥的社会控制功能仅仅是边缘性的。

这个假设的事例——尽管是假设的,但却是现实的——可以表明,有时法律不仅仅是(甚至主要不是)依靠国家强制力量来维持的,私人之间的监控和惩罚也可以有效地实施(enforce)法律。由于种种原因(部分由于意识形态的因素,部分由于学术研究本身的孱弱),中国目前的主流法律理论一直把法律定义为以国家强制力量为后盾的一个规则体系。警察、法庭、监狱以及各个执法机关,在一定意义上还包括军队,是法律发挥社会控制功能的现实保障。国家强制力量被想像得无比强大,公共惩罚资源被认为是无限可取的,似乎只要有足够的执法力度,所有的违法犯罪都可以被统统纳入到法律规定的监控机制和惩罚机制之下。这种观念曾被奥利佛·威廉姆森恰当地描述为“法律中心论”。^①“法律中心论”的一个典型特征是蔑视非正式社会规则(包括伦理、道德、习俗、禁忌、礼仪、规矩和各种“潜规则”)以及私人之间的监控和惩罚所发挥的社会控制功能。

20世纪90年代以来,伴随着“本土资源”“民间法”和“法律多元”等概念的逐渐流行,“法律中心论”在国内法学界的正统地位开始受到强有力挑战,非正式社会规范逐渐被接受为研究法律制度的一个迫不得已的关注,与此同时,法律与规范(law and

① 参见 Oliver E. Williamson, “Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange”, 73 Am. Econ. Rev. 1983, p.520,537.

social norms,^① 国内学界经常称为“国家法”与“民间法”)的互动也开始被认同为一个有价值的研究范式,^② 甚至还出现了一个叫做“民间法”的相对独立的研究领域。^③

这些新的研究取向无疑是建设性的,在很大程度上是对传统研究的拓展和提升。然而,对于反思和批判“法律中心论”而言,仅仅强调“民间法”或非正式规范的社会控制功能是远远不够的,还必须重视私人之间的监控和惩罚。至少在中国特定的学术语境之下,二者是不能相互取代的。与此相关,规范与法律互动的研究范式也有许多不完善之处,最主要的危险是它很容易导致一种简单的“二分法”,即认为规范(非正式社会规则)依赖于私人之间的监控和惩罚,而法律仍以国家强制力量为后盾。

① 在国内法学界,“规范”这一概念通常包括法律规则,参见林喆:《法律思维学导论》,山东人民出版社2000年版,第28页以下。但在本书中,《规范》相当于英语中的“social norm”,因此,这一概念不包括法律规则,并且是与“法律规则”相并列的概念。近几年的不少译著(例如:波斯纳的《法律理论的前沿》、罗伯特·埃里克森的《无需法律的秩序》)都是在这种意义上使用“规范”这一概念的。

② 近年来,国内法学界关注《民间法》的学者大多采用规范与法律互动的研究范式,被反复引注的论著主要是:苏力:《法治及其本土资源》(尤其是第一编),中国政法大学出版社1996年版,以及梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。国外的典型论著是:Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000。理查德·波斯纳对规范与法律互动的研究则更多地关注私人惩罚和公共惩罚的互动。参见波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣等译,中国政法大学出版社2003年版,第九章,尤其是第314~319页。

③ 比较引人注目的研究是谢晖主持的《民间法》(山东人民出版社),这是民间法研究的系列论文集,每年出版一卷,至今已经出版四卷。谢晖认为,《民间法》的概念可以容纳习惯法、家族法、乡规民约、宗教法、社团纪律以及官方的非正式经验。参见谢晖:《当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇》,载《东岳论丛》2004年第4期,第50页。