

法理学主题的经济学重述

桑本谦

(山东大学法学院教授、法学博士 山东 济南 250100)

摘要:实质正义与形式正义的冲突是两千多年来法理学讨论的主题,表现为一般与个别、稳定与变动、保守与创新、精确性与模糊性等多个方面的对立关系。实质正义与形式正义的经济学目标分别是减少法律决策的误差损失和降低法律运行的信息费用。调适两种正义的冲突,意味着要在误差损失和信息费用之间寻求均衡。法律实施的现实目标,即追求程序正义,不是单纯降低其中任何一种成本,而是最小化两种成本之和。许多法理学思想以及许多立法技术和司法技术都体现了这一经济学逻辑。

关键词:实质正义 形式正义 程序正义 误差损失 信息费用

实质正义与形式正义的冲突是两千多年来法理学讨论的主题。中国古代的儒法对抗、古希腊时期的人治与法治之争、19世纪以来欧洲自由法学与概念法学的对峙,以及更为晚近的美国法律现实主义与法律形式主义、司法能动主义与司法克制主义的此消彼长,都不同程度地涉及实质正义与形式正义的冲突问题。在一定意义上,这些争论可以被看作实质正义与形式正义各自挟持的学术观点和学术流派之间跨越时空的拉锯战。尽管不同学术流派对两种正义有不同侧重,但多数法学家仍希望在二者之间寻求妥协。然而,在传统法理学的框架之下,实质正义与形式正义被视为两种截然不同且无法通约的价值,“价值冲突”的概念将法理学的讨论引入迷途。

经济学方法可以驱散笼罩于法理学主题的哲学迷雾。按照经济学的逻辑,某种价值之所以被社会珍视,必因其可以带来某种社会利益,因而将价值还原为利益就成为经济分析的起点。若假定实质正义的实现意味着法律决策的零误差,则实质正义的经济学目标就可被界定为最小化法律决策的误差损失。但是,天下没有免费的午餐,正义的实现需要投入成本,^①为减少法律决策的误差而需采取的各种措施都会消耗以信息费用为主要构成的制度成本。这些措施包括强化法律监督、发展侦查技术、完善法律程序以及制定更为精确的法律和更加苛刻的证据法规等。如果避免误差的成本超过了预期的误差损失,容忍误差就成为一种理性的选择。形式正义就致力于降低法律运行的信息费用,以在一定程度上牺牲实质正义为代价,把追求实质正义的制度成本控制在合理限度之内。在此界定之下,法理学的主题——调适形式正义与实质正义的冲突——就可被重述为:在法律决策的误差损失与法律运行的信息费用之间寻求均衡。考虑到两种成本的边际变化,实质正义与形式正义之间的均衡点应当定位在边际成本与边际收益恰好相等的位置,这也是误差损失与信息费用之和最小的地方。按照经济学的逻辑,既然误差损失与信息费用之间存在着此消彼长的冲突关系,那么法律实施的现实目标——追求程序正义——就不是单纯降低其中任何一种成本,而是最小化两种成本之和。设计一个恰当的法律程序不能顾此失彼,而应在两种对立因素之间寻求均衡。价值一旦被还原为利益,不可通约的价值就可以被囊括进同一个函数关系之内进行比较,困扰无

数法律思想家的“价值冲突”由此可以获得一个破解的思路。

为使本文的讨论更具包容性,笔者将分别从空间维度、时间维度、规范角度以及价值角度讨论法理学的主题。但是,请注意,所谓一般与个别、稳定与变化、精确性与模糊性以及实质正义与形式正义之间的多种对立关系,无非法理学主题的几个化身而已,或者说,是对一个问题的不同表述,而不表明法理学主题可以分解为或它本身就包含着一系列的子问题。对法理学主题进行经济学重述的主要目的是整合并简化法理学的理论。着眼于这一写作目的,本文开篇讨论一个频繁出现于法理学讨论中的哲学悬案——“休谟问题”——并非有意放纵作者的想象力,这是清除哲学神秘的重要一环。关于“休谟问题”的经济学解释不仅为下文对法理学问题进行经济学重述提供参照,而且为结语部分的讨论埋下伏笔。由此形成了一个有趣的巧合,即本文的内容和写作目的可以分享同样的经济学逻辑。

一、“休谟问题”的经济学解释

即使过去每天太阳都从东方升起,我们又如何能够肯定明天太阳还会从东方升起呢?或者即使我们看到的乌鸦全部是黑色的,又如何敢断定“天下乌鸦一般黑呢”?二百多年前,英国思想家休谟首次严肃思考这一此前一直被人们视而不见的问题。在考察因果关系之后,休谟提出了“归纳如何可能”的问题——根据有限经验,我们如何能够归纳出一个全称判断的命题。^②这就是哲学史上著名的“休谟问题”,它揭示了人类经验的有限性与全称判断的无限性之间的逻辑裂痕。该问题的提出,不仅挑战着人们习以为常的思维方式,而且涉及普遍必然的经验知识是否可能以及如何可能的问题。休谟对归纳合理性的质疑,实际上动摇了人类经验知识的确定性基础。^③这种质疑作为逻辑学问题也许永远无解,作为哲学问题至少是深不可测,但作为经济学问题却是十分简单的。归纳法对已知事物有描述性功能,对未知事物有预测性功能。从经济学角度思考“休谟问题”,我们会发现,根据有限经验归纳出一个全称判断,无论对于已知事物的描述,还是对于未知事物的预测,都是有利有弊的。

就对已知事物的描述而言,以全称判断取代无数个单称判断可以降低描述成本。倘若没有“天下乌鸦一般黑”的全称判断,我们就要被迫使用无数个单称判断——“乌鸦1是黑色的,乌鸦2是黑色的……直至乌鸦n是黑色的”——来完成描述任务,这将导致信息传递成本的大幅攀升;而以全称判断取代无数个单称判断却不可避免地降低了描述的精确性:就描述某个特定的已知事物而言,全称判断可能出现描述误差,“天下乌鸦一般黑”的全称判断就忽略了日本出现的白乌鸦的特例。但是,特例毕竟是罕见的。从整体上看,描述误差的预期损失(相当于描述误差的实际损失与误差概率的乘积)与使用全称判断所节省的信息传递成本相比微不足道,因而作为一种描述策略全称判断仍可以产生净收益。假设就描述特定已知事物而言,全称判断所节省的信息费用为 C_1 ,描述误差的实际损失为 L_1 ,误差概率为 P_1 ,那么,当 $C_1 > P_1 \times L_1$ 时,以全称判断来描述该事物就是划算的。在这里,归纳法是一种低成本的信息传递策略。

就其判断性功能而言,归纳法可以被类比为一种标签式的认知方式,即根据贴在已知事物上的标签去判断未知事物。如果我们知道“过去每天太阳都会从东方升起”就可以立刻断定明天太阳还会从东方升起,而无须进行复杂的经验研究。由归纳法获得的全称判断可以作为演绎推理的大前提。就预测未知事件而言,演绎推理显然要比经验调查廉价得多。尽管归纳法在逻辑上不可靠,但在错误概率足够低因而错误损失足够小的条件下,利用归纳法对未知事物作出预测仍具有经济学意义上的合理性。假设利用归纳法对某个具体事件作出错误预测的实际损失是 L_2 ,错误概率是 P_2 ,另假设为了避免预测错误而必须进行经验调查的费用是 C_2 ,那么,当 $C_2 > P_2 \times L_2$ 时,利用归纳法对未知事物作出预测就是划算的。在这里,归纳法是一种低成本的认知策略。

虽然休谟认为归纳法的合理性基础不是逻辑和理性,而是习惯和经验,^④但他却没有解释这样一个问题,为什么人们的思维习惯倾向于信赖而不是怀疑归纳法?生态学和进化论的视角有助于提供这个问题的答案。假设一个人类群体中有思维特征不同的两类人,并且这两类人各自的思维特征具有遗传性(不排除偶尔的变异)。我们把其中一类人称为“糊涂虫”,把另一类人称为“哲学家”。前者盲目信赖归纳法并已

形成思维习惯,他们倾向于依据归纳推理获得知识;后者怀疑归纳法的可靠性并追求决策的零误差,因而被迫通过经验调查获得知识。通过比较不难发现,“糊涂虫”活得很潇洒,尽管他们偶尔会犯些错误;“哲学家”虽然不会犯错误(假定如此),却很快会精疲力竭。自然选择明显青睐于“糊涂虫”,其数量也会越来越多,而“哲学家”却在生态竞争中被逐渐淘汰。尽管幸存的“哲学家”偶尔会发表一些质疑归纳法合理性的言论,但“糊涂虫”的思维习惯必将主宰这个人类群体。试想,在国家与国家的生态竞争之中,一个追求决策零误差的国家能否成为自然选择的宠儿呢?

二、一般与个别

正如许多法律思想家早已发现的,法律通常是用全称判断来表达的,这使法律体现出一般性。当法官依法裁判,或是当我们依法预测判决结果的时候,全称判断节省信息费用的功能就会在法律领域里再现。然而,如同利用全称判断对未知事物进行预测需要承担错误风险一样,利用法律规则预测判决结果也仅具有统计学意义上的准确性。

法律也是归纳的产物,当立法者将无数同类事件归纳进一条法律规则之中、司法者依据该条法律规则来处理所有类似案件的时候,就必然面临着法律规则的一般性与具体案件的特殊性之间的紧张关系。法律无论制定得多么周详也不可能囊括社会现实的全部复杂性和无限可变性。一条法律规则只是概括了一些类似案件的处理方案,而世界上没有任何两起案件是完全相同的。^⑤尽管一般性的法律规则能够节省信息费用,但对应于具体案件的恰当处理,却难免产生误差。在法律王国里仍然徘徊着“休谟问题”的幽灵。古希腊学者柏拉图很早就发现了这个问题,在他设想的“理想国”里,贤人之治可以成为法律之治更加完美的替代。无所不知的“哲学王”能够对每一个具体案件提供最恰当的处理方案,法律可以弃之不用,法治的呆板、僵硬也由此可以被彻底克服。^⑥“哲学王”统治所隐含的基本假定是:统治者有能力收集每个具体案件的全部信息,包括案件的来龙去脉、完整细节以及当事人的个人偏好、策略选择、初始资源分布等,进而妥善处理这些信息,并及时作出正确决策。显然,如果“哲学王”不是神灵,那么上述假定只可能在一个信息费用为零或至少趋近于零的世界中成立。现实世界的信息费用毕竟是不能忽略的变量,“哲学王”统治所面临的障碍就是高昂的决策成本。^⑦为什么“理想国”从来没有付诸真正的政治实践?最重要的原因不是哲学家没有运气成为国王,也不是已经当上国王的统治者没有意愿去学习哲学,而是在无法可依的条件下国家管理和社会控制所耗费的决策成本会让一个受预算约束的政府彻底破产。倘若真把决策失误降到零值,决策成本就会趋向于无穷大。尽管依法判决可能出现误差,依法预测也并不总是可靠,但在事先看来,如果误差风险足够低因而误差损失足够小,依法判决或是依法预测仍然是理性的。倘若法律不以全称判断的形式来表达,则无论是法官处理案件,还是我们预测判决结果,都要被迫考虑极其复杂的经验要素并因此耗费极度高昂的信息费用。法律为什么表现为一般化规则而不是个别性命呢?在亚里士多德、拉兹、富勒、哈耶克等学者已经阐述过的那些众所周知的法学理由和政治学理由之下,^⑧更为微观的经济学理由就是节省信息费用。柏拉图之所以最终接受法治并在《政治家》和《法律篇》中将其视为第二等好的方案,也许是因为他认识到,无所不知的“哲学王”只是一个不现实的假定。从经济学的角度看,这意味着柏拉图开始关注决策的信息费用问题:要控制决策成本,就必须容忍一定数量的决策失误。因而,法律自身的呆板和僵硬是法治的合理代价。

如前所述,只要法律表现为一般化的规则,法官处理案件的信息费用就会大大降低。判决书可以制作得简明扼要:因为法律如此规定,所以案件如此判决。只需依法判决,法官就可以轻松回应各种批评和指责,并在申辩自己职业使命以及抵御各种政治干预的时候充满自信。由此,法律的规则形式为司法构筑了一个安全封闭的堡垒,并使之与复杂多变且彼此冲突的政治因素隔离开来。在一个法律运行良好的社会中,以专制和压迫为特征的政治权力很难获得发育的土壤,而公民却可以充分体验在法律制度内进行自由选择所需要的那种安全感。反过来,司法的堡垒不仅为身处“是非之地”的法官提供了一个庇护所,而且为防止他们滥用司法权设置了难以逾越的围墙。为什么法律的规则形式能够最大限度地排除法官的个人偏

好、情绪冲动、恣意妄断以及徇私舞弊呢?一个简洁的经济学解释仍然涉及信息费用的问题:依据法律的清晰规定,当事人以及监督者可以相对容易地判断法官在哪个地方出现了差错。正如法官可以依据法律去审判罪犯,公众、媒体以及监督机构也可以依据法律去“审判”法官。简而言之,借助于全称判断来表达的规则形式为人们提供了一种简洁的法律知识,并因此在立法、司法、执法、守法和法律监督等法律运行的环节降低信息费用。为了充分发挥这一优势,许多法律思想家强调并论述了法律所必需的各种“内在美德”。^⑨这些旨在降低信息费用的法律所必需的“内在美德”被法学家们统称为“形式正义”,以区别于追求个案合理解决的“实质正义”。在众多试图协调两种正义的法律思想家之中,美国学者庞德也许是最有代表性的。在庞德看来,正义的实现就是两种取向的妥协:一种取向是将每一个案件都当作某一类案件中的一个,另一种取向则认为每一个案件都是独一无二的。^⑩

对自然人、企业、社团、公共机构以及各种标的物进行“类型化区分”的立法策略体现了在信息费用与误差损失之间寻求均衡的经济学意图,并兼顾了法律的一般性和具体案件的特殊性。^⑪相对于“个性化区分”和绝对意义上的“一视同仁”,“类型化区分”是一个折中的方案。与“个性化区分”相比,“类型化区分”可以节省法律运行的信息费用;而与“一视同仁”相比,“类型化区分”能够减少法律决策的误差损失。

考虑到现有的法律规则总有可能遭遇疑难案件的挑战,立法者会在法律文本中直接规定几个备用条款以便特殊情况特殊处理。法律原则是一种最常见的备用条款,^⑫当规则不足以应对一些特殊案件的时候,原则就会派上用场。法官可以根据社会需要和个案情势在规则与原则之间决定取舍。这种立法策略使法律能够对某些特殊案件给予恰当关注,同时又不至于对法律自身的稳定性构成致命的威胁。尽管如此,原则与规则并存且构成潜在竞争的事实仍然降低了公众对案件判决结果预测的准确性,也同时增加了法官处理案件的难度,但相对于这种立法策略所实现的收益,这些代价可以算是一种合理成本。在许多法律思想家看来,仅仅拥有法律文本中的几条法律原则还远远不够,为了在更大程度上增进法律的灵活性,他们设想的法律原则已经侵入了政治领域和意识形态的范围,但这样一来,法律的不确定性以及由此攀升的信息费用就成为招致批评的把柄了。^⑬

与立法过程相比,司法过程才真正是规则与事实的摩擦地带。为了弥合规则与事实之间经常暴露出来的裂痕,法学家和法律职业者发展了一系列应对疑难案件的司法技术,包括类比推理、漏洞补充、剪裁事实以及法律发现等。由于这些技术通常会涉及对法律条文含义的重新界定,因而被笼统地称之为“法律解释”。“解释”是一个相对温和并具有折中性和两面性的概念:一方面“解释”意味着要突破“严格依法”的限制以克服法律自身的僵硬性,经过巧妙“解释”的法律可以在应对具体案件的司法过程中表现出更为广泛的适应能力;另一方面,既然被称作“法律解释”,就至少要在修辞意义上有意和“法官造法”拉开距离。“法律解释”体现了克服法律僵硬性以及拯救法律确定性的努力,这种两面性为司法过程在信息费用与误差损失之间寻求均衡创造了条件。

三、稳定与变化

“法律必须保持稳定,但又不能静止不变。”^⑭庞德的这句名言从历史维度阐述了形式正义与实质正义之间的张力。朝令夕改的法律体系难以进入人们的心灵和记忆之中,在为将来安排交易或制订计划的时候,人们无从确定昨天的法律是否还会是明天的法律。强调其自身的稳定性,使得法律成为所有专业中最具历史取向和保守取向的学科,这不仅表现在法律对于现状的努力维护上,^⑮而且表现在它对于历史的非同寻常的依赖上。^⑯的确,没有哪个行业会像法律职业那样把“遵循先例”固定为一个规范性要求。将法律职业的这一特征神秘化就会催生出所谓“法律自治”的观念。^⑰许多法律思想家渴望法律成为一个自治学科,像音乐、数学那样能够在其发展过程中遵循内在的规律和程序,并因此而使其当下的状态与以前的状态之间存在一个有机的联系。然而,这是令人怀疑的。法律以牺牲现在和未来的实质正义为代价而保持其自身的稳定性,并不归因于某种神秘的、准宗教式的对古老方式、仪式或先例的尊崇,而可能仅仅反映了朝令夕改所带来的高昂信息费用。^⑱即使法律变革会使其自身摆脱一些陈旧的历史错误,即使变革将不可

避免地迫使执法者、司法者以及各行各业的人们大幅度更新法律知识并转换行为方式的话,那么因纠正错误而实现的收益也完全可能被法律变革所带来的高昂成本所淹没。如果纠正错误的成本超过了错误本身的预期损失,延续错误就成为理性的选择。“遵循先例”的隐含义就是“拒绝纠正错误”。然而,即使需要满足形式正义的要求,法律也不应在任何时候都死守上一个时代的教条。法律必须巧妙地将过去与现在勾连起来,同时又不忽视未来的迫切要求。如果把法律的内容固定为永恒,那么它在一个变动不居的社会中将很难发挥作用。^⑩但是,考虑到法律变革的转换成本,只有法律变革的矫正性收益能够绰绰有余地补偿这项成本,法律变革才应当进行。这一原因不仅解释了美国学者哈里·琼斯在几十年前讨论过的一个重要发现——法律的变化总是滞后于社会的变化,^⑪而且表明在不超出变革收益的范围内,因法律僵化而在应对社会现实中所产生的误差损失是可以容忍的,二者之间的差额正是法律“拒绝纠正错误”所产生的净收益。

许多法学家主张法律要在稳定与变化、保守与创新之间把握适当的分寸,美国学者德沃金的“章回小说”比喻^⑫以及美国学者诺内特和塞尔兹尼克所描述的“回应型法”^⑬都大致体现了这种意图。要在法律改革的转换成本和法律僵化所导致的误差损失之间寻求均衡,就必须发展出某种制度以同时满足以下要求:既能刺激法律的变革以迎合现在和未来的社会需要,又能控制法律变革的速度和幅度以避免威胁自身安全的断裂性调整。^⑭遵循先例的制度可以促使这两种相互冲突的要求在某种程度上达成妥协。一如既往地遵循先例固然能够强化法律的情性力量和保守取向,但遵循先例并非法官在任何时候都必须严格恪守的强制性命令(在必要的时候,法官可以放弃先例),这为法律的适度变革提供了可能。^⑮至于在何种情况下可以放弃先例,则取决于法官对社会需要和个案情势的判断。在判例法的体系中,遵循先例的弹性操作取代了成文法中法律解释的功能。

英美法体系中的衡平制度也是为了克服普通法的僵化性而发展出来的一种矫正手段。尽管它已经从特许形式的个案衡平逐渐演变成为衡平法院所采纳的一套规则体系,但与普通法和制定法相比,衡平法规则的表述方式更加灵活。即便如此,高级法院的法官们也通常不愿将衡平法上的例外情形移植到司法规则之中,尽管他们在这个领域的自由裁量要明显大于在制定法领域中的自由裁量。^⑯衡平制度的产生、演变以及它在适用过程中所受到的限制体现了英美法体系在稳定与变化之间寻求折中立场的意图。

庞德从历史维度将法理学主题转述为“法律的稳定必要性和变化必要性之间的冲突”,在他看来,所有法律思想都力图协调这种彼此冲突的要求。^⑰庞德的判断是基本准确的。无论是自然法学、历史法学,还是社会法学,都试图为法律的变革勾勒出一个理想蓝图。而所谓自然法、理性、民族精神、客观法、现代化以及全球化等概念,至少在其创造者看来,既是法律变革的引擎也是制动器:当法律与这些概念所内含的原则和精神相冲突时,就可能引发法律变革的需求;而当法律变革矫枉过正时,这些概念还可以指引一条回归的道路。

四、精确性与模糊性

假设立法者相信,法律制定的精细程度越高,法律决策的误差就越少,那么,为了提高法律的精确性,一个首选的措施就是制定更多的法律,或者在法律之下制定实施细则,或者出台立法解释和司法解释。然而,法律数量的过度膨胀会在各个环节提高法律运行的信息费用。一个国家的法律体系就像一个民族的语言。词汇量的扩展在提高语言精确性的同时也增加了语言的复杂性,而后者是一个值得警惕的倾向。创造一个新的词汇,必须使其所产生的信息收益能够超过因而而追加的信息费用,那些不产生或不再产生信息净收益的词汇会在语言变迁过程中被逐渐淘汰。同样的道理,一个国家的法律体系也必须控制法律规范的数量,法律不能被制定得浩如烟海,否则就会超出了人类智力所能接受的范围。正是基于这种考虑,不少法学家都曾强调简化法律的重要性,^⑱以“类型化处理”取代“个性化处理”就是简化法律的一个典型措施。

即使法律努力追求精确性,在实施过程中也难免出现模棱两可、似是而非的情形。哈特曾经详细阐述

过法律概念和法律规则的模糊性。在他看来,法律的模糊性来自于语言本身被称作“空缺结构”的先天缺陷,并且这种先天缺陷不能以合理成本克服。哈特对法律的模糊性并不反感,因为,“空缺结构”可以为法官保留自由裁量的空间,从而为提高法律决策的精确性创造条件。^⑧法官的自由裁量权是一把双刃剑。这不仅因为灵活处理和枉法裁判会在不同方向上影响错判的数量,还因为扩张自由裁量权会耗费更多的包括司法决策成本和监督成本在内的司法制度成本。因此,立法者对待自由裁量权更为常见的态度是戒备。即使立法者已经预见到法律实施的误差,也常常宁愿选择一种不精确的立法方案。^⑨立法者热衷于把一些显而易见的特征和要件,如年龄、级别、时间、资格证书、注册资金数额等作为区别对待的标准。“硬性”的区分标准大大压缩甚至完全消除了法官的自由裁量权。这种致力于提高法律“可操作性”的立法技术类似于贴标签,而贴标签正是降低信息费用的常规方案。在商业领域,“商标”、“绿色食品认证”、“产品质量认证”、“政府免检产品”、“国药准字”都是我们熟悉的标签。正是这些标签,大大降低了消费者选择商品的信息费用,消费者只需辨认标签而无须检验商品。尽管标签不一定可靠,但在标签失败的概率足够低并且检验商品所花费的信息费用足够高的条件下,消费者信任标签仍是一种理性的选择。在非商业领域,我们也经常通过创造标签来降低预判的信息费用,如学历、职称、会员资格、工作单位以及一些显而易见的自然特征——衣着、肤色、年龄、性别、生长和居住环境等——都可以被当作标签,并用以判断某个人的性格、能力以及其他特征。警察之所以习惯于把怀疑目标瞄准流动人口、外来人口、失业者、未婚者、低文化程度者以及刑满释放者,无非是试图在有限预算的范围内最大化他们的产出——案件侦破的数量,而可能完全与歧视无关。

许多法律制度的设计也体现了节约信息成本的意图。为什么先占人而不是最佳使用人可以获得占有物的所有权?为什么古代社会的侵权法更喜欢严格责任而不是过错责任?为什么著作权法只保护思想的形式而不保护思想的内容?为什么合同法没有直接规定让保险成本较低的一方当事人承担不可抗力的违约损失并以此取代不可抗力条款?这些问题的答案都涉及法律实施的信息费用问题。辨识先占人的资格要比辨识最佳使用人更加容易;证明一个加害行为要比证明加害人是否有过错要困难得多;较之确认是否侵犯了思想的内容,仅仅确认是否侵犯了思想的形式明显成本低廉;倘若合同法将不可抗力的违约损失强加给保险成本较低的当事人,法官就要被迫比较双方当事人的保险成本,这无疑是一个艰巨的智力挑战。或多或少背离了实质正义的制度之所以还被广泛接受,不是因为“物美”,而是因为“价廉”。

五、程序正义

与实质正义相比,程序正义的优势就是“价廉”。如果实质正义的结果求之不得,那么保证程序的正当性就成为退而求其次的选择;只要产出结果的程序是正当的,就可以“推定”程序产出的结果是合理的,而不问这个结果究竟如何。这就是关于程序正义的传统描述。其中,效率内涵虽然已隐约出现,但却没有认真对待。如果我们评价程序是否正当的最终标准仅仅是看它能否促进实质正义的实现,就等于否定了任何关于程序正义的独立标准。在一个信息费用为零的世界里,程序正义就没有存在的必要,因为不计成本的程序正义会最终与实质正义的目标趋同,并因此无法独立为一种价值。程序正义之所以能够取代实质正义而成为法律实施追求的现实目标,乃是因为程序正义降低了正义的规格也因此降低了实现正义的成本。与实质正义追求法律决策的零误差不同,程序正义能够容忍一定程度的误差,由此造成的损失将从节约信息费用方面获得超额补偿。在这种意义上,程序正义是实质正义与形式正义谋求妥协的产物。其经济学目标既非单纯减少误差损失,也不是仅仅降低交易费用,而是最小化两种成本之和。在美国学者波斯纳和卡普洛那里,程序正义的效率内涵就被摆到了与精确性同等重要的位置:恰当的法律程序不能单纯致力于提高法律的精确性,而必须在效率与精确性之间谋求一个最大的交换值。^⑩

程序正义通常被称为看得见的正义。其经济学含义是,检验某个行动或方案是否合乎程序正义的手段或标准是可观察的,因此检验成本可被控制在合理限度之内。在美国学者罗尔斯讲述的分割蛋糕著名例子中,为了实现蛋糕被均匀分割这个实质正义的目标,恰当的程序是让有权分割蛋糕的执行人领取最后

一块蛋糕。^⑧该程序的优越之处在于以下几个方面:(1)给执行人均分蛋糕提供了的经济激励,由此实现了个人与群体之间的激励相容;(2)较之监督执行人如何分割蛋糕,仅仅监督执行人领取蛋糕的次序明显成本低廉。在分割蛋糕的事例中,程序执行的结果与实质正义标准完全吻合。罗尔斯称这种罕见情形为“完善的程序正义”,以区别于作为常态情形的“不完善的程序正义”,后者是指程序执行的结果不能完全满足实质正义标准的情形。罗尔斯以刑事审判程序为例来说明“不完善的程序正义”——即使刑事审判程序被公正执行,仍无法排除罪犯逍遥法外、好人被定罪量刑的糟糕结果。^⑨事实上,如果程序正义被定义为最小化信息费用和误差损失之和,那么罗尔斯关于程序正义的区分就可以统一起来。无论是分割蛋糕程序,还是刑事审判程序,都努力在两种成本之间寻求均衡,二者的区别仅在于这个均衡点的位置。在分割蛋糕程序中,程序正义的均衡点碰巧能够定位在实质正义完美实现的地方;而在刑事审判程序中,程序正义与实质正义的标准尚存一段距离。

德国学者哈贝马斯和阿列克西似乎完全忽略了程序执行的成本问题,他们对于程序正义的“价廉”特征明显漫不经心。仅仅根据经验和直觉,他们设计了心目中完美的程序标准——“理性辩论规则”。这一规则包含着无尽的时间、不受限制的参与、完美的信息、彻底的真诚、平等的发言权以及百分之百的无强制等诸多难以企及的条件。他们认为现实的司法程序应当接受“理性辩论规则”的检验,司法程序的合理性程度取决于它对“理性辩论规则”的接近程度。^⑩然而事实并非如此。倘若现实的司法程序满足了“理性辩论规则”的全部条件,司法的信息费用就会攀升到无法想象的地步。因此,现实的司法程序总是拒绝完美,而对参与人、进入程序的事项、启动程序的条件以及时间限度都作出了诸多限制性规定。这些限制性规定就是“理性辩论规则”的陷阱防护栏,为司法程序构建了一个相对封闭的时空,并使之与法庭外面的复杂世界隔离开来。^⑪

即使是一个非常简单的案件,如果穷究其全部细节,所涉信息量都是一个无穷大,因为细节是无止境的。倘若与案件事实相关的所有细节全部进入司法程序,审判工作就要承担极其高昂的信息费用。司法程序因此必须发挥过滤器的功能。进入司法程序的事实并非客观意义上的案件事实,而是经过程序筛选、剪裁、过滤后的“要件事实”。格式化了的“要件事实”通常能够装进法律推理所预设的模子里,司法过程的信息费用因此大大降低。不仅如此,司法过程探知事实真相的渴望也远不如人们想象得那么强烈。证据法中的推定制度和举证责任判决表明了,在探知事实真相所耗成本十分高昂的条件下,司法可以容忍某种程度的错判风险。并且,在充分考察证明成本和预期错判损失边际变化的基础上,还可以确定一个最佳证明标准。理论上的最佳证明标准应当定位在边际成本与边际收益恰好相等的位置,这也是证明成本和错判损失之和最小的地方。^⑫

正如法律上的事实不同于客观事实,法律上的因果关系也不同于客观意义上的因果关系。^⑬案件事实的因果链条是无限漫长且错综复杂的,而司法过程仅仅截取了与争议事实最相关的其中一段。倘若引发争议的所有客观原因统统进入司法程序,法官和当事人面临的信息费用就会极度攀升。如果正在驾驶的司机接听了一个偶然打来的电话,即使这个电话是造成车祸的客观原因之一,来电与车祸之间的因果关系也不能进入解决纠纷的司法程序。来电人无需承担任何法律责任,甚至不可能出现的法庭上,因为司法程序还强制性地规定了诉讼参与人的资格。此外,司法程序启动的条件也受到严格的限制,并非所有的纠纷、争议都能够启动一个司法程序。“一事不再理”以及“两审终审制”体现了法院在启动司法程序时的苛刻和吝啬。司法程序的时间限度和起点、终点也有明确的规定,司法程序的终点一旦来临,尚未完结的辩论过程就被武断地终止。虽然说“真理越辩越明”,但受时间限制的司法程序却明显缺乏这份耐心和执著。“迟来的正义”之所以是“非正义”,就是因为时间拖延所带来的制度成本将会淹没实质正义的全部收益。

为了控制法庭辩论的信息费用,司法程序的另一个显著特点是通常拒绝理论性争论。除非遇到疑难案件,否则法庭辩论的内容就仅限于法律规则的适用、法律条文的含义、证据的真实性以及证据与要件事实的因果关系等常规技术问题。学理探讨以及价值争议通常会被束之高阁。辩论双方往往只能援引法条,而没有机会阐发法条背后的深奥见解。这一现实状况常常让那些法学家出身的律师在法庭辩论中相

当无奈,因为司法程序约束了他们旺盛的学术想象力。

六、结语

既然正义可以降低身价,那么真理能否降低标准呢?前文对于归纳法的经济学描述已经暗示了这种可能性。如前所述,归纳法的合理性不是逻辑学意义上的,而是经济学意义上的。我们之所以普遍接受这种认知策略,不是因为归纳法可以产生真理,而是因为它可以节约成本。归纳法的经济学逻辑告诉我们,求真不是经验性知识的唯一目标,对于真理的追求不能独立于追求真理的成本。当追求真理需要支付的成本过于高昂的时候,降低真理的标准就成为明智的选择。哲学家们提出或宣称的关于真理的“相对论”、“共识论”、“融贯论”以及“有用即真理”的实用主义口号,就有意无意地迎合了这一需求。

经验知识的另一个目标是求简。意大利学者哥白尼的“日心说”之所以能够取代古希腊学者托勒密的“地心说”,不是因为前者比后者更加正确,而是因为证明后者比证明前者更显烦琐。虽然许多哲学家已经发现,通过理论去理解具体事物并不比对一个具体事物进行细致考察更加可靠,但理论的价值却在于它能使人类思维更加经济。^④当具有同等解释力的两种理论相竞争的时候,相对简洁的理论仅仅因为其简洁就可以在竞争中取胜。求真可以减少知识的误差损失,求简可以降低知识的信息费用,人类的认知目标应当在错误损失与信息费用之间寻求均衡。在受成本约束的条件下,当追求真理的认知努力越过了那个恰当的均衡点,真理就不再是知识的目标,而成为知识的陷阱。传统哲学之所以在许多认识论问题上纠缠不清,就是因为多数哲学家对知识的正确性过于挑剔并且遗憾地忽略了知识本身的信息费用问题。一旦把知识和成本联系起来,认知理性与实践理性之间的界限也就模糊不清了。实际上,人类的认知活动本身就是实践活动的一个组成部分。

经过两千多年的发展,法理学积累至今已流派众多、学说纷呈,庞杂的理论和丰富的词汇令人叹为观止。然而令人遗憾的是,大多数法理学理论繁琐有余而解释力不足,为数不多的真知灼见也常常淹没在大量艰涩难懂的论述之中。对法理学理论进行经济学重述,除了揭示问题背后被隐藏的经济学逻辑并借此澄清某些误识之外,更重要的目的就是简化法理学的理论。两千多年来法理学讨论的主要问题可以被整合进一个简单的经济学框架之下,这一事实展示了经济学理论在法理学领域的解释力。笔者尽管承认,任何理论都不可能囊括经验世界的全部真实性,甚至任何写作策略也难以复制作者的全部思考;同时还承认,本文对于法理学问题进行经济学重述必然会在许多方面产生偏差,并且正义的丰富内涵也不能完全简化为经济学的逻辑;但笔者仍然乐观地相信,与经济学重述所节约的法理学知识的信息费用相比,知识偏差给读者带来的某些误导可以被视为一种合理成本。二者之间的差额也许就是本文创造的价值。

注释:

①“正义无价”即追求正义不计成本的观念虽然广泛流传但却似是而非,因为这种观念隐含着“社会资源无限可取”的错误假设。事实上,只要承认资源的有限性,对于正义的追求就不能独立于追求正义的成本。

②④参见[英]休谟:《人类理解研究》,关文运译,商务印书馆1974年版,第32页,第30页。

③关于“休谟问题”的哲学讨论,See Colin Howson, *Hume's Problem: Induction and the Justification of Belief*, Oxford University Press, 2000, pp. 103-157.

⑤阐述这种观念的著述很多,比较经典的分析,参见[德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第308-317页。

⑥古希腊学者柏拉图在《政治家》中对法律缺陷的概括至今看来仍十分到位,他说:“法律从来不曾有能力来准确理解什么对所有人同时是最好与最正义的,也没有能力来施予他们最好的东西,因为人的差异性、人的行动的差异性以及人事的变易性,不承认任何技艺能对一切事物作一简单而永恒之断言”。参见[古希腊]柏拉图:《政治家》,洪涛译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第75页。

⑦正如英国学者哈耶克指出的,人类的任何知识都不足以处理如此复杂的信息问题,集中化的决策机制无法克服高昂信息费用的障碍。参见[英]哈耶克:《致命的自负》,冯克利、胡晋华译,中国社会科学出版社2000年版,第96-100页。

⑧古希腊学者亚里士多德认为,法律表现为一般化的规则可以阻止统治者的感情用事。参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1996年版,第163页。而美国学者富勒则认为,如果统治者就每件事临时作出个别决定,就会破坏民众的行为预期。参见

[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2007年版,第41—42页。在英国学者哈耶克看来,一个社会服从一般性规则治理而不是服从个别性命令是法治的基本内涵,规则可以使人们能够相当有把握地预测政府如何使用强制力,并以这个预见为基础来规划其个人事务。See Friedrich A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, 1972, p. 72. 这个观念曾获得英国学者拉兹的赞同。See Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, p. 210.

⑨在这里,法律所必需的各种“内在美德”指法律的形式合理性,即法律的统一性、稳定性、清晰性以及简约性等。关于法律的形式合理性的经典论述,参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2007年版,第40—111页。

⑩转引自[美]卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第89页。

⑪从法律方法论的角度讨论“类型化思维”的著述很多,其中最有影响力的是德国学者考夫曼的分析。参见[德]考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第1—222页。

⑫除了法律原则之外,还有一种专门应对特殊情形的备用条款,这类备用条款直接规定了适用条件。例如,《中华人民共和国刑法》第63条规定的“特殊减轻”制度。

⑬例如,美国学者波斯纳针对美国学者德沃金的强有力的批评:“德沃金理论的讽刺性在于法律被界定得越宽,‘法治’就变得越不确定,而不是越确定。法律失去了其独特性——首先汇合了道德,然后,当承认社会是道德多元的时候,又溶进了各派政治,然后就无法可言了。如果法律包括进一片广阔的政治原则领域,那么法官在搞政治时就可以凭良心说他们是在执行法律”。参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第29页。

⑭⑮[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第2页,第3—4页。

⑯美国学者汉斯·摩根索曾经指出,法律制度的重要功能就是把现状固定下来,法院就是现状的维护者。See Hans Morgenthau, *Politics Among Nations, The Struggle for Power and Peace*. Alfred Knopf, 1967. pp. 413—418.

⑰参见[美]波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2002年版,第149页。

⑱美国学者博登海默和波斯纳都曾描述这种“法律自治”的观念,但评价却相当不同。参见[美]博登海默:《法理学:法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第240—242页;[美]波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2002年版,第164—165页。

⑲See Douglass C. North, *Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 76.

⑳㉑参见[美]博登海默:《法理学:法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第326页,第461页。

㉒Harry W. Jones, *The Creative Power and Function of Law in Historical Perspective*, 17 *Vanderbilt Law Review*, 1963.

㉓德沃金认为,法官就好比是一起创造章回小说的作者一样,每一个作者各写一章,但必须是作为整个故事的一部分。参见[美]德沃金:《法律帝国》,中国大百科全书出版社1996年版,第204—207页。

㉔参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的社会与法律:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第81—128页。

㉕美国学者卡多佐认为,法律既有适合于保守的准则与判断方法,也有适合于变革的准则和判断方法。如果将稳定和进步作为对立的两极,那么,在一极,我们拥有的是遵循先例的律条和以推理逻辑为工具的判决方法;在另一极,则是起点服从终点的方法。参见[美]卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第88—89页。

㉖美国学者霍姆斯认为,遵循先例并不完全阻碍法律的变化。See Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review*, 1897.

㉗关于强调简约法律重要性的文献,参见[美]理查德·爱泼斯坦:《简约法律的力量》,刘星译,中国政法大学出版社2004年版,第1—457页。

㉘参见[美]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第127—135页。

㉙这里的“不精确”是针对法律实施的结果而言的。若单纯着眼于法律规范的字词含义,应该说法律已经制定得相当精确,几乎没有自由裁量的任何余地。

㉚See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1992, p. 549; Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 1994.

㉛㉜参见[美]罗斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第81页,第81—82页。

㉝参见[德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第366—373页。

㉞参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第22—23页。

㉟参见[美]波斯纳:《证据法经济分析》,徐昕、徐响译,中国法制出版社2001年版,第44页。

㊱参见[美]H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第73—94页。

㊲19世纪奥地利哲学家马赫提出了著名的“思维经济原则”。在他看来,概念和定律所包含的内容总是少于事实本身,因为它们的目的不是复制整个事实,而只是选择那些重要的东西并进行模型化处理。科学理论的功能就是节省我们的思考成本。See Ernst Mach, *The Economical Nature of Physical Inquiry*, 1882, in Mach, *Popular Scientific Lectures*, Open Court, 1986, pp. 186—214.