

论纠纷解决中法律的限度

毛 高 杰

(吉林大学 理论法学研究中心, 长春 130012)

摘要:法律作为解决纠纷的手段,存在多种因素导致的局限。信息搜寻、获得与运用都会遇到无法逾越的障碍,人际间的连带关系也导致法律所要求的人人平等在实践中更加虚幻,人的理性也无法处理作为垄断性的暴力支持的法律解决手段所面临的复杂性,人的情感特性和法律的形式理性要求具有相当偏差。只有充分认识到法律自身的局限,不再停留在法律中心主义的虚幻想象上,充分吸纳来自生物和社会演进过程中所产生的各种机制,才可能建立一个更加和谐的社会秩序。

关键词:纠纷解决;法律限度;连带;理性;信息;情感

中图分类号:DF0 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2012)06-0053-08

立法、司法都有相应的成本存在,这些成本构成了法律手段所能适用的纠纷解决效能的局限。法律的本质不在于空洞的原理或者抽象的价值。法律是什么、能够是什么,以及应该是什么,取决于制定、解释和实施法律的过程的特性^{[1]3}。在纠纷解决中,当事人所面对的纠纷并不是只有一个解决方案,而是包含一个纠纷解决手段的方案束,如果不考虑任何局限,单纯去评估某一解决方案的优劣或者其成本收益问题并没有意义。一种解决手段只有在和其他解决手段进行比较,并在比较的基础上进行选择,某一种选择方案的价值和意义才能凸显出来,我们才能对一种纠纷解决手段进行评价。在一般法律理论中,法律的解决手段往往是作为国家领域内纠纷解决的最终手段来看待的。在以法律作为解决手段时,法律自身的局限在哪些方面?这些局限又是怎样构成法律自身的限度的?对这些问题的回答,对于理解法律自身在社会中的地位和作用有重要意义。同时,对规范性比较强的法律进行分析,也可以

为其他类型的社会规范提供较为系统的评价基础。

一 法律作为解决手段的基础的局限

作为有效的纠纷解决手段的法律至少需要几个假设:一是法律规范能够完整准确地传递利益需求;二是法律规范的制定者和接受者能够无差别地理解和解释法律规范;三是法律规范带给纠纷解决者的收益相对于适用者最为满意。这三个假设从某一方面来说是法律适用的较弱意义上的假设,另一方面又是较强意义上的假设,但无论哪一种,都会构成法律适用的局限条件。

对于第一个假设,要解决的是法律规范传递了谁的、什么样的利益诉求。这一答案在不同的法学流派中并不统一。在分析法学看来,法律是命令,它深陷于那些“人类制度设计理论”之中,但对于人类的理性,研究表明即便不是让人沮丧的^[2],至少也是应该警惕的^{[3]79-80},我们并不能够完全信赖理性可以设计出完美的制度^{[4]71}。法律规范所能传递的利益诉求充满着可疑的色彩,要想通过法律对纠纷加

收稿日期:2012-06-02

基金项目:国家社科基金一般项目“乡土社会变迁与基层司法新机制研究”(编号:12BFX015)的阶段性成果。

作者简介:毛高杰(1977—),男,河南郟县人,吉林大学理论法学研究中心博士研究生,河南商业高等专科学校讲师,主要研究方向为法社会学和法文化。

以解决,就具有了天然的局限。在法社会学看来,法律的制定和运行受社会条件、社会结构、政治结构乃至微观上的个人行动的影响。法律反应不同群体的利益诉求,不同群体反应的能力也存在歧异性,法律所体现和保护的可能只是特定群体的利益,而不可能对所有的个体给予同样无差别的保护^{[5]42-43}。在马克思看来,“权利、法律等等只是国家权力依赖于其上的其他关系的表现和表达,这些实际关系决不是国家创造的;正好相反,他们是创造它的力量。在这些条件下行使统治的人,除了不得不以国家的形式构成他们的权力外,还不得不发布受这些确定条件决定、作为国家意志的一般表述、作为法律的意志”^{[6]378}。在资本主义制度下,法律反映了不平等的、剥削的经济关系这一经济结构,记录了统治阶级的利益,这一记录被合法化了,他体现了法律要反映政治经济或寻求社会正当关系这种需要^{[7]274}。

对于第二个假设,要求在制定者和接受者之间具有完全同一的语言编码和解码机制,并且在法律的传递过程中没有噪音的干扰,或者噪音干扰不影响对于法律的传递和接收。要想保持这种一致性,一些过强的假设必须具备。首先,对于所有主体来说,具有无差别的能力,能够动用同样的社会力量,具有同样的知识,获得相同的有关法律规范的制定含义和适用中的被解释的含义。但这一假设无论是在哲学意义上^{[8]448},还是在社会学意义上^{[9]115},还是在经济学意义上^{[10]14-16},都不能成立。相反,无论从哲学的抽象意义上,还是在实证意义上,人的差别性是一个基本存在前提。因此,更加有意义的不是是否消除不平等,而是如何找到一个解释框架,能够将不平等予以合理解释,然后在此基础上构建出人们彼此认可和接受的现实的互动关系。其次,语言在表达和传递信息的过程中可以保持自身不被扭曲、删改和变异。这一条件涉及到语言自身的传播手段,也涉及发送和接收者对于语言的编解码机制的一致,这种条件只有在一个更为基础的假设上才可能出现:即存在一个超越现有传播手段制约的机制,信息可以无损耗地在发送端和接收端传递,还有两个对于信息具有完全相同理解的传播者。这些假设无疑都不可能在实践中得到满足。真正需要思考的就是如果有这些传播的障碍存在,那些人更有能力规避或者免于这些障碍的影响,或者更能够利用这些障碍为自己的利益提供保障。

对于第三个假设,在法学中具有更为重要的意义。自古希腊始,法律被不同的流派赋予了不同的主语,诸如神、自然理性、民族精神、社会公意、统治阶级意志,作为理论架构有其意义。但问题是,在一个具体的纠纷中,无论是纠纷当事人还是纠纷解决者,都只能是具体的人。他或者她没有理论所赋予的完美性,只是一个社会位置中的特定一员,有着性格上的缺陷、道德上的不足,仅仅是在特定位置上,扮演着自己的角色。当角色行为和角色义务一致时,他或她就是一个称职合格的成员,能够获得相应的赞同;相反,如果出现错位,就会受到批评、排除或者惩罚。重要的是给予赞美或者惩罚,并不取决于法律或者社会规范所预设的目标是一致或者相互偏离,在法律或者规范内部无法得到充分解释。对于法律来说,其价值的实现,首先是国家对于自身权力的确证和展示,并且可以通过权力的行使形成对其他人的威慑或者诱导,从而强化国家的权威性;其次是具体的政府部门或者法律职业者的意义,无论是确立自己的权威或者是部门的权威,首先是自己的不可侵犯性。只有在很弱的意义上,一个法律关系中的个人才具有重要的意义。并且,在上述意义和价值的排序中,个人的意义是被排在最后边,而不是优先考虑个人的选择。这可从民法和刑罚以及行政法的区别中得到更进一步的分析。对于民法来说,虽然总体上尊重人的意思自由,但个人自由能够处分的往往是较小的利益,在更加重大的利益规范上,则是需要意思自由对国家让步。对于刑法和行政法来说,更是将个人行为置于国家利益之下。相应地,个人在通过法律解决纠纷时所获得的利益对自己和首属群体来说,一般情况下并不是最优的选择。这种情况下,一个纠纷的法律解决手段对于当事人来说和国家的预期之间就会存在冲突。并且,对于法律来说,通过理性的形式化,最大限度地排除了情感在法律运用中的作用,甚至将情感的排除程度作为法律甚至法治的一个重要标尺,这在对于中国传统法律文化和西方法律文化的比较中有最为集中的体现^{[11]21}。但只要稍加思考,就会不言自明地发现,情感是把人们联系在一起的“黏合剂”,可以生成对广义的社会与文化结构的承诺。从本质上来讲,情感不仅使社会结构和文化符号成为可能,而且情感也能够致使人与人彼此疏离,动员人们打破社会结构,挑战社会文化传统。因此,经验、行为、互动、组织与

情感的运动和表达便联系起来,人类的独特特征之一就是形成社会纽带和建构复杂社会结构时对情感的依赖^[12]。

二 法律限度的类型

1. 基于信息的局限

对于法律来说,如前文所述,无论是法律的立法、司法或者守法的各个环节,都面临着信息的约束。在信息的生产 and 传播中,信息的清晰度并不相同,各个运用者的清晰度需求也不相同。或者从另一方面来说,一个信息清晰度并不是一个绝对不变的量,而是在人际关系内根据具体情况而衡量。假如在 AB 二人之间传递一个信息 X, X 的清晰度为 α ,那么, α 的清晰度是否满足 AB 的交流需要,并不由第三方或者抽象的国家和社会来确定,当 AB 之间共享信息背景的时候, α 可以仅仅具有很低的清晰度就够了。比如家庭成员间的交流,往往省略大量不必要信息,但可以顺利完成交流。这种情况可以扩展至同一文化或者地域或者职业内部交流的特点。当 AB 之间存在较大差异的时候, α 必须具有高度的清晰度才能够满足交往需要。在 AB 差异较大的情况下,可以通过两种方式增大 α 的清晰度:一种是通过国家提供交往手段的公共性来消弭差异,具体包括官方语言标准的确定、法律规范的制定、意识形态的宣传等手段;另一种是对于相对较低的清晰度给予法律效力,使得低清晰度的信息获得高清晰度的效果,比如国家对于私人行为效力的一定程度的容忍,在不造成根本影响的情况下,认可低清晰度信息的效力。但在交往实践中,清晰度并不是越高交流越有效,而是和具体的交流需要有密切的关系。高清晰度的交流意味着对私人感情的排斥和对于理性的追求,因此,高清晰度交流多具有明显的公共色彩,而低清晰度则具有较强的私人色彩和情感取向,并且较多审美意义。

在人们的行为中,哪一类行为会优先选择法律作为标准,需要考虑交往主体的关系。如果需要高清晰度的信息,则对于法律的需求会强一些,人们以法律作为行为标准的动力会更强。而对于交往关系密切的主体来说,基于连带而产生的社会规范蕴含的不仅仅是判断行为的标准,还有人际关系的情感象征意义,对于情感象征意义来说,在关系密切主体中,具有超越规范自身意义的重要价值。并且,越是亲近的关系,规范自身的行为标准意义越弱,而其象

征意义越重要。比如对于夫妻关系来说,“举案齐眉”并不是一个正常的夫妻关系的行为规范,而和公共的道德规范相近,是一个公共的道德理想型,但这一规范的意义并不能渗透入实践中的夫妻关系内部,所谓“床头打架床尾和”。在某种程度上,密切关系中的行为规范是用来打破的,尤其是越具有公共性的规范,越是具有被打破的倾向,而密切关系则可以通过对公共规范的打破来强化。因为,在某种程度上,打破规范的重要程度和行为主体所交换的重要性成正比关系。这在法律的违反中具有明显的经验证据。在犯罪行为中,一个孤立的个人犯罪行为要比具有密切关系的人犯罪更容易处理,孤立的个人犯罪所触犯的更多的是单纯的公共规范,而对于具有密切关系的群体来说,无论犯罪是发生在群体内部还是群体外部,都会带来更多的发现和惩罚的阻碍。如果是在内部,首先是发现上的阻碍。亲密关系群体有将犯罪信息封闭起来的倾向,所谓“家丑不可外扬”是一个典型的体现。在中国传统中,通过对家庭或者家族内的惩罚容忍和认可来实现,在现代则通过减弱法律惩罚程度来实现。相反,所谓“大义灭亲”则严格限定在公共规范不可或缺的事项上,其他事项则追求“亲亲为隐”^[13]。其次是惩罚上的障碍。对于紧密关系成员来说,成员之间所共享的荣誉是群体的共同财富,每一个成员的违规行为在损害国家或者公共利益的同时,也会损害群体的利益和群体成员的利益,因此,每一个群体成员都有动力去减弱因为违规者行为可能给自己带来的损失,尤其是每一个群体成员能够从国家或者公共保护中得到的利益和自己群体利益之间比较相对较弱时,这一特征更加明显。即便在二者相等甚至纯粹从功利的角度来看公共利益或国家利益高于群体利益时,因为群体利益的强烈情感色彩,也会让人优先保护群体利益,而一定程度上排斥法律的方式。这一原因可以解释费孝通在《乡土中国》中所提到的“差序格局”^{[14]730}。更为重要的是,当作为抽象的国家或者社会对某一个体施加惩罚时,如果成员所属的群体并不持有和国家相同的价值取向,这一惩罚所带来的后果可能就不是单纯的从一个成员的惩罚中得到的社会恢复或者“社会情感”^{[15]52}的平复,而可能是对于国家一个很小的收益,但连带性的对于群体的违背或者损害所带来的则会是整个群体对于国家或者社会的疏离或者对抗^{[16]19}。

在信息障碍之下,一个具体的纠纷如果会将法律作为解决手段,其适用的前提会相对苛刻。正如前所分析的,在群体的利益和价值需求与国家或社会的利益需求相对一致的情况下,采用法律手段解决纠纷,才会是一个障碍最小的状态,也只有这一状态满足解决纠纷的行为在微观、中观和宏观的不同嵌套结构中,法律的收益才会是最优的,或者说这一状态下的法律解决手段才是一个“纳什均衡”^{[17]28},正是在这个意义上,才能够满足巴索所说的“任何能够通过法律来实施的行为和结果,都可能通过社会规范来实施”^[18]。

2. 基于连带的局限

对于法律来说,一个基本的前提是个体责任。这隐含着个体原子化的追求。只有当每个个体独立面对国家,和国家的距离相等,能够得到国家法律的保护相同,并且,所有个体都对国家法律具有同等的依赖程度的时候,法律所期望的个体对于法律的需求才会是可预期的。其所依赖的个体和国家关系要求每一个个体和国家的距离完全等同,并且个体之间没有连带关系,没有形成各种次级群体,每一个体都处在绝对的原子状态。但这一前提显然忽视了一个基本的经验前提:个体永远处在不同的群体嵌套结构中,并且不同的群体和个体的紧密程度具有差异性。对于个体 X 来说,他同时处于不同的群体之内,由于和不同群体的依赖程度不同,能够从不同群体中得到的收益也不完全相同,在选择法律手段解决纠纷时,所获收益也有区别,个体在选择是否用法律手段解决时,就需要比较选择法律解决手段的收益。对于传统的法律经济学和法律社会学来说,这种比较是能够准确获得的,如同计算一个商品的价格一样,可以将不通收益予以量化,通过比较成本和收益就可以做出恰当选择^{[19]56}。假设个体的纠纷收益是 Y,个体从每一个所属群体中的收益是 y_1 、 y_2 、 \dots 、 y_n ,则 $Y = F(y_1, y_2, \dots, y_n)$ 。在前述苛刻的假定前提下是可以得到满足的,因为个体不需要考虑人际间的交易问题,一旦加入群体间的连带关系这一要素,人们计算交易的成本和收益问题就会变得复杂起来。

个体遇到纠纷时,解决纠纷的目的要考虑多方面因素。首先是纠纷解决后自己所受侵害利益所能恢复的程度,在不考虑连带因素的情况下,可以认为个体的利益具有明显的边界,并且不依赖于任何他

人。个体的行为可以通过对侵害施加者的惩罚得到补偿。如果加入连带因素,个体纠纷的解决就会和不同的群体利益相关联,在这些关联群体中,存在远近和亲疏的区别,相应地,个体从每一个群体中所得到的收益并不相同,甚至在特定情况下,所属群体间存在着相互冲突的情形。在一个纠纷中,双方所属的群体如果存在高度的一致,无论是最密切群体还是其他群体,纠纷解决的手段选择会被严格地限制在群体规范之内,而不大容易越出这一边界去选择法律解决。这样的群体典型的当属各种帮会团伙以及家庭等。在帮会组织中,各成员对于帮会的行为规范具有严格的依赖性,尤其和国家法之间存在较强的冲突和对抗,因此帮会成员的纠纷解决会比较严格地局限在群体内部;对于家庭来说,成员之间基于血缘或者婚姻的关系,具有一致的利益,因此,家庭纠纷也多被限制于内部解决方式。

对于法律适用来说,其假定前提是法律能够无差别地被运用于社会中的每一个成员,每一个成员和国家的距离和利益完全相等,但这一假定无疑太过严苛,忽视了实践中的差异性和不平等^{[9]69}。同时,在具有差异性的条件下,人们会因为各种不同的原因结成不同的群体。对于个体来说,在不同的群体中都具有不同的身份、角色以及可以动员的不同社会资源,而这些更进一步地会拉大个体之间的差异性。

法律和其他社会规范与个体的距离并不相同。对于任何一个规范来说,都有自己成长和适用的社会条件,每一个规范和个体的距离也不相同,相应地,个体可以由特定规范中获得的保护和利益也并不完全相同。如果考察一下规范所蕴含的价值就可以明显地感知到这一特点。当提及法律规范的时候,最强的关联词汇是诸如国家、权力、权利、正义、秩序等词汇,但这些词汇所出现的场景要么是和意识形态相关,要么和抽象理论相关,在日常的社会生活中并没有其适用的场合。相反,对于其他社会规范来说,则与约定俗成、良心、社会舆论等词汇相连接,这些词汇直接指向个体行为选择的自身情景。个体如果将规范误置入不当的情景中,都不可能获得预期的效果。因此,在国家行为中,所彰显的不能是基于私人关系和非正式情景的规范,而应当是具有极强效力和明确性的法律,其最为集中的体现是法庭审判行为的严格格式化和神圣化,其次是对于

行政行为的合法性的约束。

诺斯在《制度、制度变迁与经济绩效》^{[20]39-41}中提到,人们在购买一个产品、服务、信息时,所考虑的是一组相关的属性,并不会仅仅考虑单一的属性而予以消费,就如同我们在选择一个饭店时,不仅要考虑一碗面的价格,还要考虑面的色香味等产品自身的属性,还要考虑店面环境、服务态度等相关联的属性,并且很难确定是哪一个单一的属性会绝对影响我们的消费。事实上,每一种属性的权重甚至也是不固定的,在很大程度上取决于其他属性的影响。任何一个属性都有可能转换为绝对因素而影响最终的选择。对于纷争的解决手段来说,人们可以在国家法、习惯、伦理、习俗、礼仪等规范之间进行选择。每一种规范都可视为一种消费,通过付出金钱、时间、信誉等成本来购买一种规范,以换取自己的收益。但是对于规范来说,除了可度量的金钱、时间等成本外,更重要的则是一种规范的符号成本,选择一种规范就意味着对于该种规范的道德意蕴的认同,也意味着对于其他规范所蕴含的道德意蕴的排除。

选择一种规范意味着选择一种规范的诸种属性的效用。对于一个规范来说,至少有如下几种效用:维护利益的有效性、情感象征的贴近性、和所属群体利益的一致性、同其他规范的相协调等。但同时采用一种规范的时候,也意味着对另外可能的规范所具有的一组效用的拒绝。在这个意义上,选择一种规范并不仅仅是单一的规范自身的比较,而是在不同的效用束之间的比较。一个纷争是诉诸哪一种规范,则涉及到对于不同效用的权重的考虑。从这种意义上来说,任何一种纷争都有可能诉诸一般的社会规范,也可以诉诸法律,关键的是要看在做选择时行动者的选择和国家的选择。对于不同的组织来说,一种规范的效用的各个方面并不具有相同的权重。在一个交往松散的组织中,基于人伦的伦理道德的价值一般不会得到重视,而更多考虑的是每一种行为的经济收益。最典型的当属市场,正如斯密在《国富论》中近乎无情的揭示:“我们的晚餐并非来自屠夫、酿酒师和面包师的恩惠,而是来自他们对自身利益的关切。”^{[10]9}而在企业中,经济利益最大化则是人们优先考虑的效用;在政府中,权力的获得和交换则得到最大的认同;在家庭这一由血缘和婚姻所连接的组织中,人伦道德则居于主要位置。可以在自我的指涉行为中假定为遵循最大化的自利动

机,和在陌生人交往中的自利动机间建立一个连续统。尽管有贝克尔等人将经济分析适用于家庭,并不改变人们在实践中将伦理道德置于重要位置,或者说在家庭中,伦理道德所具有的收益高于其他组织中伦理道德的收益。因此,在家庭中将维护家庭整体荣誉的事情置于首要位置是理性的。相反,在家务事中将国家和公共利益置于优先地位是不经济的。

3. 基于有限理性的局限

在法学理论中,法律都是和完美的规则体系相关联,从上帝、自然理性等对于法律根本渊源的信从,是确立法律地位的先验前提。当这些话语从研究者视野中消失的时候,并没有完全回到法律的世俗位置,而是转化为不同的角色出现,这些角色或者成为法律共同体或者成为专家学者,但无一例外的是这些都和理性的完美性密切相关。从这个角度出发去审视和评判法律制度的运转和完善,不难得出,法律以及法律的创制者和解释者预设了自己理性代言人的形象。本文并不打算对理性和有限理性的分野进行辨析,而是在一个反思性的角度上来面对法律的实际运作,以及具体纠纷中一个主体是如何认识和选择法律作为自己的纠纷解决方案。

对于理性来说,其重要的标志是能够获得所需要的所有信息,并且能够对事物的未来发展的每一个细节能够完全预测,对于理性的这一自负,哈耶克已经给出了批判^{[21]91}。无论是根本性的有限理性或者是信息不充分的有限理性,其必不可少的一个要素是理性对于信息充分的依赖,如果不能满足这一严苛条件,有限理性总能够一定程度成立。在对纠纷解决方法的选择上,在完全理性的条件下,个体能够获得选择行为的所有信息,如前所述的每一方案在群体嵌套结构中的部分收益以及总和收益都能够被个体所获得并被计算出来,并且有一个极为苛刻的条件是在计算的时候个体能够穷尽每一种其他位置和角色的认知。如果这是一个过于苛刻的条件,可以通过一定程度放松假设,让一个纠纷中的相关群体予以模型化,通过将个体类型化的方式来分析和检验。为了分析的方便,将沿用齐美尔所使用的小群体模型,在这一模型之上通过对于变量的转化来分析和说明具体纠纷中个体所面临的有限理性约束和更为现实的纠纷行为选择。

理性选择具有“天然”的缺陷,一是它以完全理

性假设为前提将行为主体定性为“全知全能”；二是它排除了心理因素对人的选择影响^{[22]28-29}。在一个纠纷中,个体选择纠纷解决方式的时候,需要通过对于备选方案的比较和筛选。

我们可以通过一个简单的三人模型来分析,再通过环境因素和认知因素的补充来进一步分析个体选择行为的复杂性。这一分析目的并不在于穷尽选择的可能性,而是通过这一分析检验来解释有限理性条件下的纠纷选择方案的组合可能。

假定 ABC 三人,其中 AB 之间发生纠纷,在理性的假设下,AB 能够穷尽彼此的备选方案,并且知晓 C 对于特定纠纷解决方式的态度,不同的态度影响 AB 的选择方式和纠纷解决的收益,但这一假定也会陷入困境。一些经济学家指出个人理性和社会理性是两个不同的概念,所有个人的个人理性可能产生社会无理性的后果,而缺乏个人理性决策的交互作用之演化有可能产生从全社会而言看似理性的后果。对于 AB 来说,在穷尽所有可能的结果和满意结果之间不可能有充分的预期的时候,人们就会选择满意结果作为自己的选择。但对于如何满意,则有不同的解释:一种是认为满意是个人出于约束条件所作出的最优决策,另一种则认为是不完全信息所带来的妥协选择。

但这时候依然没有引入具有明确的规范引导的约束,也即在纠纷解决手段的选择上完全依赖于个人的完整获取,如果在 ABC 间存在既定的规范,则 AB 在选择时就会受既定规范的影响,也受这一规范所产生的社会资本的影响。但同时也会存在 AB 间规范、AC 间规范、BC 间规范,以及三种规范间的相互分工和竞争。在理性假设的前提下,各种规范之间都应该得到完整的排序,对于个人来说,只需要比较收益和成本就行。但存在多种分工的规范时,每一种规范都和特定的群体有关,群体之间必然存在相互冲突的因素,直接导致特定的交易费用在群体间会有不可预期的变化。如果遵循选择行为的理性化,个人将无法做出确定选择。这时,群体内部的规范在一定程度上就充当了“索引”的功能,通过有限理性的引入,使得规范成为有限理性选择的重要保障。而规则理性往往不能由个人行为的理性产生。对于 AB 来说,选择哪一规范作为解决纠纷手段,都是对于理性的一种妥协和退让,法律规范并不具有先天优于其他社会规范的性质。

4. 基于人类情感的局限

对于传统法学理论和法学实践来说,法律是排斥情感的,所谓“法不容情”,无论是将法律诉诸上帝还是自然理性,都意味着法律和情感的矛盾。其中最为典型的分类,恐怕是韦伯的形式合理性和实质合理性的区别,进而研究者又将这种区别归为法律发展的类型,实质合理性就变成了一种落后和待批判待纠正的法律形态。所谓形式合理性,又通过立法中的民主、司法中的程序正义等制度加以彰显,从而将感情从法律话语中排除出去。邓肯在《作为等级培训的法学教育》一文中提到,法学院的学生认为他们愿意研究他们时代的尖锐问题,然而大多数材料都冗长乏味、令人生厌,只能通过抽象的法律概念才能涉及真正的、活的社会现实;真正的生活充满了血与肉、情与欲、希望与沮丧、压迫与利润,但是所有这一切都没有包括在法学院讨论的材料中^{[23]16}。尽管法律意在推理中的逻辑性和准确性,但它在现实中不断采用实用主义的解决方案,经验压倒了任何严格的法律逻辑的思想。

理性的永恒性、不变性和它的神圣来源,已被人渲染得淋漓尽致;情感的盲目性、变换性和欺骗性,也同样地受到了极度的强调^{[24]452-453}。其实,理性单独决不能成为任何意志活动的动机,理性在指导意志方面并不能反对情感。在休谟看来,“情感是一种原始的存在,或者说是存在的一个变异;并不包含有任何表象的性质,使它成为其他任何存在物或变异的一个复本”,理性无论如何不能说明人类行为的最终目的^[25]。在一本名为《政府论》的小册子中,作者普里斯特利将这个公式用于描绘政治制度的正当目标;1768年,边沁看到了这本书,由此确定了自己对于公众道德问题和私人道德问题的判断原理。休谟将产生幸福的倾向取名为功利,并且指出人类社会的本能使人们在判断一种行为的功利时,不但要看它对于人们自身幸福的影响,而且要看它对于他人幸福的影响;边沁所做的就是将休谟的理论结合到贝卡利亚的“最大多数人的最大幸福”的公式中^[26]。边沁的贡献主要是建立一种功利主义的计算快乐和痛苦的方法。他认为“最大多数人最大幸福”的立法追求太模糊了。这种计算的尝试在边沁之前当然也有先行者,比如贝卡利亚,但边沁为功利计算提供了更精细的量的表格。这是边沁的一贯努力,即“探求主观现象的量化尺度,因而也就是其‘科

学’尺度”。边沁为此依据强度、持续时间、确定性、邻近距离、丰度、纯度、广度等确定了快乐之值和痛苦之值,功利的估算就是用总体的快乐之值减去痛苦之值的结果。边沁同时还对快乐和痛苦进行了复杂分类,并指明影响快乐和痛苦敏感性的各种情况^[26]。

在纠纷解决的实践中,情感如何影响人们的行为,则有更为丰富的研究文献。瑞斯曼提到一个例子,一个刚入行的律师面对对方律师故意制造很多问题干扰作证程序,并且故意低声评论,致使这个律师发火,拍桌子抗议对方律师的行为并表示不能继续忍受,结果取得了意外的好效果^[27]²²。波斯纳则基于其他学科的诸多研究及个人的观察分析,发现法官并非圣人、超人,而是非常人性的,行为受欲望驱动,追求诸如收入、权力、名誉、尊重、自尊以及闲暇等他人同样追求的善品,先天的个人性格或气质、后天的背景特点以及个人阅历和职业阅历、甚至会有与其政治观点和个人特点都不一定相关的个人策略的考量^[28]。更加详细描述了情感对于纠纷解决策略性运用的则是梅丽的《诉讼的话语》。梅丽教授发现,尽管是由于强烈的法律权利意识促使人们带着自己的问题走上了法院,法院的介入也只是在象征性意义上——以传票等为载体表征法院威严的形式——增强了原告的力量,但法律权利并没有按照原告预期的方式获得实现:法院没有将原告自己认为是严重的、需要借助法律权威解决的问题认真地当作法律案件看待——在法院工作人员看来,那些都是“垃圾案件”;大多数个人纠纷案件由法庭附属的调解机构解决,原告所期望的庭审判决形式很难实现。并且随着法院经验的增加,人们对于法院的态度也发生变化。在调解和法庭听审过程中最容易引起混乱的因素就是谈论主观感情——愤怒、不幸、痛苦和不公。正如贝利在他对政治策略的分析中所说的那样,在理性话语的世界中诉诸情绪的人打出了常常对胜负具有决定作用的王牌;但必须考虑情绪适用的场合,情绪在法庭上是引起麻烦的,也是不恰当的,情绪的表达会引来轻蔑和嘲笑,如果以适当的方式,在适当的时候运用它,它也会发挥很大

的作用^[29]²⁰²⁻²⁰³。

但对于传统法学来说,对于情感是排斥的。但这种排斥能够建立法律的形式性体系,并不等于将情感对法律运行的影响和干预消解掉。对于法律的运行来说,其必不可少的要素是制裁^[30]⁴⁹。对于惩罚的动力机制进行解释时,涂尔干通过一个类似寓言的方式来解释集体情感:我们只要看看,尤其是小镇里发生的伤风败俗的事情就足够了;人们总是停下脚步,走家串户,或者在特定的场合来津津乐道这件事情,这样,一种共同的愤恨情绪就表现出来了;在所有交织在一起的共同感受里,在所有不同的愤慨中,一股愤怒的情绪发泄了出来,尽管在特定情况下这种愤怒还不太确定,但它毕竟是所有人的愤怒,这就是所谓的公愤^[15]⁶⁵。涂尔干在《宗教生活的基本形式》中,更加详细地提到了情感对于整个社会团结的意义。他指出,情感的内容需要被丰富和扩大,而不仅仅限于基本情感的范畴,从而使情感能够更好地被用于象征群体、标签警觉信号、实施奖惩、群体沟通^[31]⁵⁶²⁻⁵⁶³。人类最独特的生物特性是我们能够产生和运用各种情感去建构或破坏社会关系,构造社会结构或颠覆它们;情感能力拓展后,情感自身成为互惠交换中有价值的强化物,甚至能够作为比较有效的惩罚方式^[12]³⁷。但法学理论中通过情感的排斥,树立起法律的权威的同时,也一定程度减弱了法律惩罚对人内心认同的效力,因此,为了保持法律惩罚对于整个社会的整合作用,就需要通过功利化的计算来实现,通过规则技术的系统化来实现^[32]⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹。但这种技术所带来的成本过高,于是出现诉讼爆炸等国家入侵私域等法治副作用^[33]。

法律不是纠纷解决的最优手段,更不是纠纷解决的终极手段。对于法律来说,充分认识到自身的局限,不再停留在法律中心主义的虚幻想象上,充分吸纳来自生物和社会演进过程中所产生的各种机制,无论对于法律还是国家来说都可能建立一个更加和谐的秩序。而根据纠纷过程中各种具体因素和情景来选择纠纷解决方案,无论对于社会或是个人来说都可能是成本最小的途径。

参考文献:

[1](美)考默萨. 法律的限制[M]. 北京:商务印书馆,2007.

[2]Kahneman, Daniel, and Amos Tversky. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk[J]. *Econometrica*, XLVII

(1979).

- [3](美)西蒙. 管理行为[M]. 杨砾等译. 北京:北京经济学苑出版社,1988.
- [4](美)哈耶克. 法律、立法与自由[M]. 邓正来等译. 北京:中国大百科全书出版社,2001.
- [5](美)埃利希. 法社会学原理[M]. 舒国滢译. 北京:中国大百科全书出版社,2009.
- [6]马克思恩格斯全集:第三卷[M]. 北京:人民出版社,1960.
- [7]莫里森. 法理学[M]. 李桂林等译. 武汉:武汉大学出版社,2003.
- [8]玛丽亚·巴格拉米安. 多元论:差异性哲学和政治学[M]. 重庆:重庆出版社,2010.
- [9](美)布劳. 歧异性与不平等[M]. 王春光等译. 北京:社会科学文献出版社,1991.
- [10]亚当·斯密. 国富论[M]. 唐日松译. 北京:华夏出版社,2005.
- [11]范忠信,等. 情理法与中国人[M]. 北京:中国人民大学出版社,1992.
- [12](美)特纳. 情感社会学[M]. 孙俊才译. 上海:上海人民出版社,2007.
- [13]范忠信. 中西法律传统中的“亲亲相隐”[J]. 中国社会科学,1997,(3).
- [14]费孝通. 乡土中国 生育制度[M]. 北京:北京大学出版,2010.
- [15](法)涂尔干. 社会分工论[M]. 北京:三联书店,2000.
- [16](美)科赛. 社会冲突的功能[M]. 孙立平等译. 北京:华夏出版社,1989.
- [17]张维迎. 信息、信任与法律[M]. 北京:三联书店,2006.
- [18]kaushik,Basu. The Role of Norms and Law in Economics[D]. working paper,department of economics,cornell university, 2000.
- [19]贝克尔. 人类行为的经济分析[M]. 王业宇,陈琪译. 上海:格致出版社,2008.
- [20](美)诺斯. 制度、制度变迁与经济绩效[M]. 刘守英译. 北京:三联书店,1994.
- [21]哈耶克. 致命的自负[M]. 冯克利,胡晋华译. 北京:中国社会科学出版社,2000.
- [22]何大安. 选择行为的理性与非理性融合[M]. 上海:上海三联书店,2006.
- [23]楚树龙. 政治学概论[M]. 北京:清华大学出版社,2006.
- [24](英)休谟. 人性论[M]. 郑文运译. 北京:商务印书馆 1996.
- [25]湛红果. 法律实证主义的功利主义自由观:从边沁到哈特[J]. 法律科学,2006,(4).
- [26](英)边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘译. 北京:商务印书馆,2000.
- [27](美)瑞斯曼. 看不见的法律[M]. 高忠义等译. 北京:法律出版社,2007.
- [28](美)波斯纳. 法官如何思考[M]. 北京:北京大学出版社,2009.
- [29](美)梅丽. 诉讼的话语[M]. 郭星华等译. 北京:北京大学出版社,2007.
- [30](美)阿克瑟罗德. 合作的复杂性[M]. 吴坚忠译. 上海:上海人民出版社,2007.
- [31](法)涂尔干. 宗教生活的基本形式[M]. 渠东,汲喆译. 上海:上海人民出版社,2006.
- [32](法)福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北城等译. 北京:三联书店,2007.
- [33]范愉. 诉讼的价值、运行机制与社会效应[J]. 北大法律评论,1998,(1).

[责任编辑:苏雪梅]