

# 交叉学科研究的启示与风险：简评“海瑞定理”

沈明\*

……怎么开展（毋宁说重建）批评呢？我想可以从苏力教授“开刀”，首先批他。道理很简单：批判必须从名副其实的权威或真正“危险”的高度开始。况且不批苏力也不行，他是你们的老师。按照北大的光荣传统，他受聘在北大的主要功能之一，就是当各位的批判对象。……不跟他较量一下，学生和学术怎么进步？

——冯象

“海瑞定理”是苏力老师始于 2006 年的一项研究。就发表的文章来看，这项研究的缘起是，作者不同意历史学家黄仁宇在《万历十五年》一书中对海瑞《兴革条例》中一段文字的分析及其影响甚广的关于中国传统司法乃至整个封建社会的推论（“传统中国‘以熟读诗书的文人治理农民’，法律的解释和执行都以儒家伦理为圭臬，缺乏数目字的管理传统，因此中国没有发展起来现代的资本主义”）。苏力老师的研究，从同一段文字材料出发，经过精湛细致的分析，归纳并论证了两个“海瑞定理”，最终力求在这个问题上打通古今与中西，将海瑞、科斯、罗尔斯、卡拉布雷西和波斯纳的相关法政理论整合起来（见未刊稿）。中西学术对话的宏观视角与目标彰显了这一学术努力的非凡价值——当然——还有难度，因为这项研究的出发点和目的地之间远非坦途。

## 一、海瑞定理 I

海瑞定理 I 的内容是：“始终如一地依法公正裁判会减少机会型（寻租型）诉讼”，其含义是“只有公正的司法才会真有效率”。关于定理 I，首先值得讨论的是其条件中的案件范围和结论中的诉讼性质。为表述方便，我们不妨对中国古代社会中诉讼的类型作一个简单的二元划分，即简单案件和疑难案件。当然，在这个简单二元划分中，所谓“简单”和“疑难”都是宽泛意义上的。说“简单”，也不可能是一清二白——根据司法的一般原理，是非曲直极为清晰的纠纷，不太可能进入诉讼，尤其是在“无讼”的中国传统社会，尤其是在存在“申明亭”等替代性纠纷解决机制的明朝。根据海瑞提供的数字，既然“有 60%—70% 的案件可以查清，依法裁判。……有 20%—30% 的案件双方的证据和论证难分高下，无论判决何方胜诉，法理上都不为错；此外有大约 10 % 的案件……由于没有或缺乏证据，完全无法决断”，那么可以推知，定理 I 的条件所谓“依法公正裁判”指的是占总数 60%—70% 的案件，即相

---

\* 北京师范大学法学院讲师。

本文是根据笔者在“法律经济学席明纳”（《法律和社会科学》杂志主办，北京大学法学院，2009 年 5 月 25 日）上的发言整理修订而成的。苏力老师对于“海瑞定理”的研究，除了已经发表的《“海瑞定理”的经济学解读》（《中国社会科学》2006 年第 6 期）和《关于海瑞定理 I》（《法律和社会科学》第四卷，法律出版社 2009 年）两篇文章之外，还有部分未刊稿（2006 年 3 月 28 日）。未刊稿对该研究的总体评价来说也是不可或缺的，因而我的评论亦偶有涉及。这或许是违反常规的，为此请苏力老师和读者原谅。本文凡未注明出处的直接引语，均来自上述两篇已发表论文。题记引文见冯象：“致《北大法律评论》编辑部”，载《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年版，第 251 页。

对来说较为简单的案件。因为——如李晟在发言中指出的——社会生活中的人们不具备“上帝”的全息视角，无法知道其余 30%—40% 的案件的裁判是否符合“依法公正”的标准。（这样一来，以与“始终如一地依法裁判”相对的“四六之说”的方法来处断这部分案件，就很可能是有效率的。进而可以看到，为海瑞所“坚决反对”的“四六之说”远非一无是处。）而结论中的机会型诉讼则主要应当属于疑难案件。理论上说，机会型诉讼不排除简单案件的可能，然而一旦简单案件变成机会型诉讼，就可能存在着客观或人为的认知障碍，或者法律适用上的疑难，因而在这个意义上也可归入疑难案件，尽管机会型诉讼大概只占疑难案件的一小部分。《关于海瑞定理 I》谈到，海瑞提出通过纠纷预防和教化百姓来达到“息讼”的目的，“两个措施的实际效果只是为古代的‘司法’体制屏蔽或过滤了那些琐细的纠纷……以便官员集中关注纠纷预防和化解机制仍无法消解的、相对重大的或尚无指导性规则的社会纠纷，因此集中使用非常有限的司法资源……更有效率地履行司法的裁判责任。”（着重号为引者所加）定理 I 条件中的案件范围和结论中的诉讼性质由此亦可见一斑。这个问题廓清了讨论的场景，对于深入理解和辨析这一定理相当重要。

就定理 I 的表述来说，条件和结论中的两个限定词“始终如一”和“机会型（寻租型）”是其要害所在。尽管我们知道“始终如一地依法裁判”反对的是“四六之说”，然而如果就此追问的话，其内涵可能并不清晰：它说的是法条主义的司法方法吗？如果不是，“始终如一”的标准是什么就会成为一个问题，这个标准不太可能是法律，因为否则的话就会使定理 I 的前提条件陷入同义反复和一般化，从而失去意义。另一方面，如果“始终如一地依法裁判”指的是法条主义，那么法律的空白、模糊地带以及法律制度的变化等社会事实实际上会架空“始终如一”的限定。换句话说，这和司法实用主义存在矛盾。而在理查德·波斯纳法官看来，任何好的司法都必然可以贴上“实用主义”的标签——只要我们接受了波斯纳对于“实用主义”的界定，就很难否定他的这一结论。苏力老师在《关于海瑞定理 I》一文中也断言，“司法是实用主义的，而不是纯粹主义或本质主义的。”尽管笔者的这一辩驳并不必然动摇定理 I 的根基，然而会使其适用范围或有效性受到相应的限定。波斯纳说，法条主义和实用主义并不总是矛盾或者对立的——在司法领域，法条主义可以成为实用主义的工具甚或“幌子”，在这个意义上，“始终如一地依法裁判”内涵的不清晰可能在某些情况下恰恰成全它的社会功能。当然，在简单案件中，法条主义和实用主义也会合二为一，但如上所述，这种案件数量必然较少；而且，在不考虑“官员收受贿赂、徇私枉法”的情况下，在简单案件中强调“始终如一地依法裁判”也少有意义，因为在这种情况下，司法者并没有多大的自由裁量余地。关于海瑞定理 I 的成立条件，严格说来，仅有“始终如一地依法裁判”可能并不充分，其结论的成立恐怕还需要其他一些条件，如法律必须明晰、稳定且为民众所知等，而且这些条件在特定语境中能否获得满足，并非无关紧要或者不言自明的问题。比如我们可以玩一个逻辑的游戏，想一想：海瑞定理 I 的逆否命题——如果机会型诉讼的数量持平或者增加，则推论法官没有始终如一地依法公正裁判——成立吗？这个游戏或可帮助我们觉察那些被忽视的变量。

海瑞定理 I 使人容易联想到普通法的效率问题（未刊稿中对此有所涉及），不过二者之间有一个重要差异：普通法效率是法律制度本身演化所达致的效率（法律制度内部的效率）。机会型诉讼的减少当然是一个有效率的结果（法律制度本身没有变化，因而是制度外部的效率），这毫无疑问；但问题是，在我看来，达到这一结果的主要条件应该是“分清是非曲直”（事实问题），而非“始终如一地依法裁判”或严格执法（法律问题）（如上所述，法条主义在这里的用武之地是相当有限的）。“始终如一地依法裁判”针对的是法律问题的解决，就此而言，在定理 I 的条件“始终如一地依法裁判”和结论“减少机会型诉讼”之间似乎缺少了

一个逻辑环节，即查清事实。事实问题是任何纠纷的司法解决的首要环节，在定理 I 的语境中，也是判定一个诉讼是否机会型诉讼（诬诉）的前提。进而言之，我们还会触及隐含于此的普通法与制定法的制度差异问题：前者通过对制度的不断修正来实现或改进效率，效率本身是制度变迁的动因、自变量；而后者的效率水平则取决或依附于制度，是被动的因变量。在制定法体制之下，司法过程与结果是否有效率，可能主要取决于制度本身，而不是取决于法官对制度的依附是否严格；后者是一个一般性的甚至可以说是超越时空的职业兼道德标准——常常是司法的题中应有之义。进而言之，海瑞定理 I 与普通法效率可能存在矛盾：在普通法领域，如果法官“始终如一地依法裁判”，就不会有制度修正和创新，从而不可能达致有效率的结果。在这个意义上，普通法的效率原理难以自然地延展到海瑞定理 I，其根源就在于普通法和制定法的制度差异。尽管如此，普通法效率问题对于理解海瑞定理 I 依然是很有启发的。我们知道，普通法及其诉讼之间的关系符合经济学上的均衡原理，由此出发，可以发现海瑞定理 I 描述的是一个诉讼动态均衡过程的片段：如果机会型诉讼与严格执法之间存在着此消彼长的关系的话，那么海瑞定理 I 只讲出了这个故事的一半，只有把另一半故事也讲出来，这个均衡过程才会完整。效率和均衡之间有天然的亲和力。

## 二、海瑞定理 II

关于海瑞定理 II 的论证和分析主要在《“海瑞定理”的经济学解读》一文。定理 II 的内容是：在经济资产的两可案件中，无法明晰的产权应配置给经济资产缺乏的人（定理 IIA，经济资产上的弱势保护原则）；文化资产的两可案件中，无法明晰的产权应配置给文化资产丰裕的人（定理 IIB，文化资产上的优势保护原则）。

从社会科学——主要是经济学——的视角入手，苏力老师对海瑞定理 II 的概括和论证是富于创见的，对黄仁宇先生的老套解说构成了有力的反驳，展示了社会科学理论工具的魅力和潜力。该定理关于经济资产和文化资产划分极具启发意义。同样出于效率的考量（社会成本最小化或者社会收益最大化），定理 II 的 A 和 B 命题之所以在保护取向上相反，是因为“同一文化资产对不同文化资产者的边际效用与同一经济资产对不同经济资产者的边际效用是完全相反的：当其他因素不变时，同一文化资产对文化资产越多的人有更大效用，而同一经济资产对经济资产越少的人有更大效用。”这道理是朴素而深刻的，但却为黄仁宇等很多学者所忽视。

就海瑞定理 II 来说，人们对命题 A 不会有多少分歧，这里值得讨论的主要是命题 B。以批判的眼光来看，命题 B 中的“文化资产”恐怕是一个值得进一步厘清的概念。如果可以稍微借题发挥的话，我想说，文化资产大概还能细分为身份性文化资产和社会性文化资产（这一细分可能是小题大做或者过度诠释，因为海瑞列举的下述例子不一定是深思熟虑之后的选择）。在兄/弟、叔/侄、贫民/富民、愚直/刁顽、乡宦/小民诸二元范畴中，兄/弟、叔/侄涉及的文化资产是身份性的——如文章已经论及的，是不可转移的资产；但其他几个范畴涉及的文化资产是社会性的，其社会角色可能发生转换，从而使附着于社会角色的文化资产发生变化乃至逆转。或者可能存在一种相反的因果关系：社会性文化资产的转移导致社会角色的转换。不管怎么说，社会性文化资产是可能在当事人之间流转的。即，兄/弟之间的社会角色不能转换，但贫民/富民之间的社会角色是可能转换的。在实证的意义上去否认这种转换的可能，或者在规范的意义上去否认这种转换的价值，都是难以充分论证的，而且可能在政治上不正确。有不少“政治正确”的东西不好，但反过来，要说政治上不正确的东西好，恐怕也不容易。但苏力老师的看法显然不是这样，他认为，“在有关文化资产的案件

中，我们只可能在比喻的意义上说涉及文化资产的转移和重新配置，实际结果往往只是文化资产的耗散。从社会控制视角上看，这种文化资产争议以及由司法‘转移’带来的文化资产耗散，会转而损害文化资产的社会控制功能。”分歧的根源很可能还在“文化资产”这个概念。

因此我相信“文化资产”的含义尚有进一步探究和澄清的余地。苏力老师对它是这样界定的：“言貌纠纷中涉及的是由当时社会政治伦理结构以及意识形态以正式非正式方式规定的不同人的社会地位、身份和尊严；它们类似于但不等同于现代社会中保护的个体享有的诸多高度人格化的权益……我暂且把这种权益称之为文化资产。”由此我体会，文化资产像是一种伦理收益（这里所谓“伦理”是广义的，包括家庭伦理、社会伦理、政治伦理等），因此只有语境化的、相对性的存在（试想，独生子如何能拥有“兄长”的文化资产），而不是一种稳定的、类似于知识产权的无形资产。也就是说，难以把文化资产纳入法律上的财产范畴。当然，把文化资产比作“商标”也无不可，不过由于人人都有文化资产——不论多少，在这种情况下，“商标”被稀释，其社会功能就大大退化了。说“人人都有文化资产”，确实有误读的风险，因为苏力老师明确指出“不应在个体层面上理解文化资产，将文化资产自然等同于某个人的特点和优点”，“文化资产并非为个体实际占有，只是社会对个体所属的群体的看法，因此任何判决都无法在分属不同群体的个体之间转移这种符号资产；即不可能改变双方各自的分属，也不会使各自分属的群体相互更接近”。但这些界定似乎没有使“文化资产”真正明晰起来，反倒是使它与定理 IIB 显得不相协调。此外，与文化资产含义相关的问题还有，如果文化资产像我揣测的那样，确实只有“语境化的、相对性的存在”，那么其总量是否能够增加（苏力老师认为能；这涉及到社会福利和效率改进问题，不论是帕累托的标准，还是卡尔多—希克斯的标准）？在什么意义上能？或者——我进一步揣测——文化资产的演化只是总量不变情况下的一种此消彼长的过程？附带一说，与苏力老师的观点不同，我并不认为文化资产是公共善品，如果它是公共善品的话，海瑞定理 IIB 就不太可能存在。当然，文化资产的属性最终取决于其——有待澄清的——内涵。

如《“海瑞定理”的经济学解读》所述，海瑞定理 IIB 的规范意涵可能会遭到某些政治意识形态本能的质疑。出于实用主义的考虑，我觉得可以换一种法律经济学色彩更浓的表述来弱化这个问题。海瑞定理 IIA 是财产法上的权利分配问题，海瑞定理 IIB 是侵权法上的损失分担问题。套用所谓“波斯纳定理”可以把海瑞定理 II 重述为：如果交易成本阻碍了潜在的自由交易，则应把财产 / 收益分配给可以从中获得最大效用的人，把责任 / 损失分配给可以最小的成本 / 费用负担它的人。这个更加一般化的表述可以用交易成本涵盖海瑞定理 II 的苛刻前提（两可案件），因此就使其具有了更为广泛的理论适应性。与此同时，我们也可以看到，海瑞定理 II 正是法律经济学中效率或财富最大化的规范意旨的一个颇为典型的应用。

关于海瑞定理 IIB，让我感到困惑的是它得以应用的场合——“言貌”官司。（这个问题显然也与“文化资产”内涵欠清晰有关。）苏力老师指出“争言貌”不是名誉权诉讼，那么它到底是什么权利之间的纠纷、属于何种类型的诉讼呢？不太容易想象。在这里，理论似乎已经和现实经验脱离开了。或者，根据我对文化资产的理解（伦理收益），可以说“争言貌”属于广义的伦理纠纷？但把这一解释放到海瑞定理 IIB 中看起来也不恰当，因为如果是这样的话，我们知道，由于伦理是法律之外的社会规范（尽管二者之间有重叠），与诉讼之间存在天然的张力，因而必然使已由“两可案件”限定的海瑞定理 IIB 的适用范围变得更加狭小，进而会贬损它的司法实践价值和理论意义。

### 三、意义、方法论及其他

破易立难。为雕龙者“挑错”，至多是雕虫小技。总体而言，苏力老师的“海瑞定理”不但是一项富于学术雄心的研究，而且在多个维度上取得了重要的理论进展，这一努力及其成就令人心怀敬意。当然，另一方面，如冯象老师所言，学术批评也不应为尊者讳。通过以上两部分的讨论，我们可以看到，“海瑞定理”在具体论证过程中还存在着一些稍显薄弱的环节，而且两个定理在有效性和适用条件方面还存在着诸多限制。海瑞的司法思想也并非无懈可击。比如苏力老师在文章中高度赞扬的海瑞司法思想的社会科学特征，但其实这种特征并不是一以贯之的，（例如，海瑞“主张即使是‘民间小讼，州县官俱要一一与之问理’”。当然，这种不融贯并不奇怪，恰恰相反，正如波斯纳在讨论霍姆斯法官的司法哲学时所说，如果特别融贯，完全没有一点矛盾，那才是令人感到奇怪的。）此外再考虑到古今差别，海瑞定理对于当代中国司法的意义就难免打了折扣。法律与司法制度的效率问题堪比一棵枝叶繁茂的大树，浩繁的法律经济学文献无非就是在描摹它的结构而已。针对“机会型诉讼”和“两可”案件的海瑞定理要达到与罗尔斯的正义理论或者普通法效率原理对话的高度，论证工作任重道远。

说到这，我想起了杨振宁先生在《美与物理学》一文中对二十世纪两位物理学大师狄拉克和海森伯文风的比较：“读了海森伯的文章，你会惊叹他的独创力，然而会觉得问题还没有做完，没有做干净，还要发展下去。”创见、启发与混沌并存的海瑞定理大概也是如此。尽管苏力老师在这条路上已经做出了重要的开拓，但他并未斩尽所有的荆棘，也没有走到终点。我们感谢他为未来的研究者提供的诸多希望和可能。

海瑞定理的研究运用了多个学科的理论和方法：法学、经济学、政治学、社会学、历史学，甚至“法律与文学”等。在社会科学研究分工日益细密的今天，这种多学科的综合研究显然是难能可贵的，也继续实践着苏力老师对于中国法学的“承诺”：为后代学者拓宽法学的疆土，就此而言，海瑞定理的理论意义和示范作用是显而易见的。当然，如果从另一方面观察，则又可看到学术开拓者面临的风险和困境。现代学术分科的壁垒其实是相当牢固的，当海瑞定理这样的研究与每一个学科狭路相逢的时候，都可能被“攻其一点，不及其余”（这篇短评在很大程度上恐怕也是如此），都可能面临学科身份和基于学科身份的论证方法的究问，因为不同学科的传统和理论方法之间本来就存在着差异与张力。在学术创新中如何超越这样的困境与风险，是一个涉及学术方法论、学术制度及其变迁以及文化生产的大问题，在此难于展开讨论。说到这里，我又想起了作为这项研究缘起的《万历十五年》，从学术方法的角度来看，这本书可算是历史学术写作的一个“异数”，但却取得了相当大的成功（至少就社会与文化影响力来说）。人文社会科学研究的目的是及其有效的实践路径到底是什么？在对这个问题的回答上，我们也许应该更加“实用主义”一些，因为——尤其是在当下的中国——大多数学者赖以安身立命的制度化的人文社会科学方法（包括由此产出的绝大多数研究成果）也许有其宿命。

2009年6月20日，于北京邮电大学寓所。

本文载《法律和社会科学》（第5卷），法律出版社2009年。