

法律认知和法律原则：情感、效率与公平

成 凡^{*}

目次

一、大脑认知：从“双进程”到“三进程”

二、法律认知三原则及其现实检验

（一）情感原则

（二）效率原则

（三）公平原则

三、原则间的关系：公平主导

四、为什么公平主导？

五、法律原则的实践意义和局限

摘要 情感、效率、公平是人们认知活动中惯常的三个进程。对应这三个进程，人们对法律的认知有一些基本的原则。这些认知互动既可能形成社会自发秩序，也可能为法学提供一个基于认知背景的分析框架，有助于法学应对实践问题。“公平主导”的一个简单回答是，面对不同场合，情感、效率、公平三种进程被激活的程度不同。大体上，家庭场合激活情感，工程场合激活效率，市场和法律则更激活公平。在实践中，公平主导的法律原则由于比较接近主流社会认知，所以法律规范在社会中往往可能“自执行”，无需全靠外界监督或者激励。公平原则也有其自身的局限。虽然规范和原则很重要，是社会秩序的母体。但是，公平原则并不能解决所有问题。缺乏制度上的法治，光靠情理法是不足的。所以现代社会形成了规则化解决纠纷的机制，这就是二阶意义上的法律。

关键词 认知科学 公平原则 情感原则 效率原则 社会自发秩序

认知科学对法律研究有何意义？认知科学能从哪些角度解读法律？本文的撰写目的是：基于大脑认知三种进程的研究，提出法律认知过程的三原则，并结合我国的立法和司法实践对公平原则的具体应用状况，对其加以检验。本文第一部分基于现有的认知科学成果，把人脑的认知进程分为“情感脑”“效率脑”和“公平脑”三种；第二部分介绍法律认知的“情感原则”“效率原则”和“公平原则”，并结合我国立法和司法实务，分析法律认知三原则的具体运行状况；第三部分借助实证分析，验证公平原则是我国法律实践中法律认知的主导性原则；第四部分则是针对第三部分实证分析结论的进一步解释，说明公平原则缘何能够成为主导性原则；第五部分作为本文结论，讨论法律认知原则可能的实践意义及其运用限度。

^{*} 华中科技大学法学院教授、法学博士。

一、大脑认知：从“双进程”到“三进程”

当代认知神经科学的发展有两个重点：一个是“双进程理论”(Dual-Process Theory)，一个是对公平的研究。这两点都与法律相关，并且可以提供一个理解法律问题的认知背景。简单来说，“双进程理论”是相对于“理性选择理论”(Rational Choice Theory)的理论，后者主要是通过“利益最大化”来解释“理性人”概念，因此理性选择意义上的“理性”仅指人们进行结果计算的经济理性。但认知科学显示，“理性选择理论”仅仅说明了人们思维中偏重计算的进程；除此之外，还有偏重直觉的认知和行为进程。同时，偏重计算的进程运行速度较慢，而偏重直觉的认知和行为进程速度较快。

认知、表征和区分这两个进程的建模作业，是当代认知科学的一项重点。代表理论有斯坦诺维奇(Keith Stanovich)的“系统1”和“系统2”、卡尼曼(Daniel Kahneman)的“快系统”和“慢系统”、利伯曼(Matthew Lieberman)的“X系统(反射系统)”和“C系统(反思系统)”等。^{〔1〕} 这些理论虽然名称不同，但实质非常接近。^{〔2〕}

本文为简化起见，在这里定义偏重结果计算的进程为“效率脑”。它的关键区域是大脑外部的新皮层(Neocortex)，该脑区主要负责处理语言逻辑和数学符号。例如，当人们在网比较同样商品的价格时，开启的就是这个进程。不难发现，“效率脑”与人的思维任务密切相关，因而，虽然它被激活的程度和反应时间千差万别，但其运行规律是一致的，即总是会选择那些结果好的、利大于弊的选项——这也恰好反映了“理性选择理论”的理论精髓。换句话说，“效率脑”是根据行为选项的后果进行决策的：如果行为人为 φ 能够给他带来更好的后果或者更能够实现他所欲求的目的，那么他就应该做 φ 。在逻辑学上，这种思维模式所对应的正是假言命令。

与“效率脑”对应，那个启动更快、更偏重直觉的进程被定义为“情感脑”。根据脑科学的研究，它的关键枢纽是大脑内侧的杏仁(Amygdala)和基底核(Basal Ganglia)。“情感脑”的机理有两个：第一，由于“情感脑”对应的脑区是贮藏人们有关情感的原始反射的区域，因此它是使人们具有“偏好”的根源，所谓“一见钟情”，大抵就是源自“情感脑”的这一机理；第二，“情感脑”的反应速度很快，它能够很迅速地激活行为人的某种感觉，例如某人一见到蜘蛛的瞬间就汗毛直立，继而大汗淋漓，就是“情感脑”在起作用。可见，“情感脑”所对应的那些感觉似乎都是不假思索、不证自明的。换句话说，就是可以不借助推理就能够直接得出结论的直觉。就此而言，它在逻辑学上对应的是

〔1〕 Keith E. Stanovic & Richard F. West, *Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate*, 23 Behavioral and Brain Sciences 645 - 665 (2000); Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar Straus Giroux, 2011, 中译本参见[美] 丹尼尔·卡尼曼：《思考，快与慢》，胡晓姣、李爱民、何梦莹译，中信出版集团 2012 年版；Matthew Lieberman, *Reflective and Reflexive Judgment Processes: A Social Cognitive Neuroscience Approach*, in J. P. Forgas, K. R. Williams & W. von Hippel eds., *Social Judgments: Implicit and Explicit Processes*, Cambridge University Press, 2003, p.44 - 67.

〔2〕 更多综述，可参见柴肯(Shelly Chaiken)、埃文斯(Jonathon Evans)和利伯曼等人的作品。Matthew Lieberman, *Social Cognitive Neuroscience: A Review of Core Processes*, 58 Annual Review of Psychology 259 - 289 (2007); Jonathan St. B. T. Evans, *Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition*, 59 Annual Review of Psychology 5 - 78 (2008); Shelly Chaiken & Yaacov Trope, *Dual-Process Theories in Social Psychology*, Guilford Publications, 1999; Jonathan St. B. T. Evans & Keith Frankish eds., *In Two Minds: Dual Processes and Beyond*, Oxford University Press, 2009; Jonathan St. B. T. Evans & Keith E. Stanovich, *Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate*, 8 Perspectives on Psychological Science 223 - 241, 263 - 271 (2013).

“定言命令”，也可以用康德的术语即“绝对命令”来定义它。^{〔3〕}

在这里，一个来自“情感脑”的、直觉的追问是：人们有关公平的感觉即“公平感”，或者说人们对公平的认知，应当归属于哪个进程？这一追问的动因是：对公平的研究是近半个世纪以来博弈论、社会生物学、演化心理学、行为经济学、认知神经科学等前沿学科的共同关注话题。特别是从“囚徒困境”和“最后通牒博弈”开始，相关的研究进入了一个新的层次，其中重要的研究成果大概有：第一，以公平为中心的反应型策略在演化上是鲁棒的(robust)，人们可以据此走出囚徒困境；^{〔4〕}第二，人们行为普遍表现出公平偏好或不公平厌恶，甚至人们会对不公平现象做出“利他惩罚”；^{〔5〕}第三，在事关公平的认知问题上，“情感脑”和“效率脑”都有所参与，但也许参与更多的是前者。

就本文的关注重点而言，最直接相关的是第三点。根据桑菲(Alan Sanfey)的考察，与“最后通牒博弈”中的“公平提议”相比，“不公平提议”激活了前脑岛(anterior insular)、背外侧前额叶(dorsal lateral prefrontal cortex, DLPFC)和前扣带回(anterior cingulate cortex, ACC)。其中，前脑岛是与人的恶心、痛苦等负情感相关的脑区，而背外侧前额叶是与控制加工相关的“效率脑”。在这里，为什么这两个控制不同内容的脑区都被激活呢？原因可能是：一方面，面对不公平的提议，前脑岛直接反映出人们的厌恶情感，因此提议的不公平程度和反应方前脑岛的激活程度正相关，且前脑岛的激活程度越强，对不公平提议的拒绝率也越高；另一方面，人们的背外侧前额叶也被不公平提议激活，说明即使是不公平的提议，如果接受是有收益的，这个收益也激励人们控制情感、权衡利弊。而前扣带回的激活正反映出理智和情感的这种纠结。格林尼(Joshua Greene)的调查也有类似的结论：当人们面对的是与道德无关的选择时，“情感脑”被抑制，而负责工作记忆的“效率脑”被激活；当人们面对的是道德难题时，则“情感脑”根据个人卷入问题的深浅程度而存在被激活的可能。^{〔6〕}

而且，根据利伯曼和费尔(Ernst Fehr)等人的研究，在“最后通牒博弈”及其变形当中，当人们接受一个公平的博弈结果，或者对某个不公平提议进行惩罚时，大脑的尾核和纹状体被激活，而这些都是“情感脑”的“奖赏机制”。也就是说，在这些情况下，人们内在地感到满意。是故，行为人在从事利他行为时(如帮助别人或者见义勇为)所感受到的快乐完全是自发的，这根本无须物质激励的

〔3〕 康德“绝对命令”指的是排除任何经验和情感的实践法则。参见[德]康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，人民出版社2004年版，第23页以下。强调情感支配的是休谟。参见[英]休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆1980年版，第451页以下。当代强调情感支配作用的例如“社会直觉主义模型”(Social Intuitionist Model)，Jonathan Haidt, *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 108 *Psychological Review* 814-834 (2001)。

〔4〕 Robert Axelrod & William D. Hamilton, *The Evolution of Cooperation*, 211 *Science*, New Series 1390-1396 (1981); Robert Axelrod, *The Emergence of Cooperation among Egoists*, 75 *The American Political Science Review* 306-318 (1981)。

〔5〕 Werner Guth, Rolf Schmittberger & Bernd Schwarze, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, 3 *Journal of Economic Behavior and Organization* 367-388 (1982); Richard H. Thaler, *Anomalies: The Ultimatum Game*, 2 *The Journal of Economic Perspectives* 195-206 (1988); Joseph Henrich, Robert Boyd, Samuel Bowles, Colin Camerer, Ernst Fehr, Herbert Gintis & Richard McElreath, *Cooperation, Reciprocity and Punishment in Fifteen Small-scale Societies*, 91 *American Economic Review* 73-78 (2001); Ernst Fehr & Simon Gächter, *Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments*, 90 *American Economic Review* 980-994 (2000); Ernst Fehr & Simon Gächter, *Altruistic Punishment in Humans*, 415 *Nature* 137 (2002)。

〔6〕 Alan G. Sanfey, James K. Rilling, Jessica A. Aronson, Leigh E. Nystrom & Jonathan D. Cohen, *The Neural Basis of Economic Decision-Making in the Ultimatum Game*, 300 *Science* 1755-1758 (2003); Joshua D. Greene, R. Brian Sommerville, Leigh E. Nystrom, John M. Darley & Jonathan D. Cohen, *An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment*, 293 *Science* 2105-2108 (2001)。

加持。因为这种快乐本身就是行为人的脑神经系统对行为人的自我嘉奖，所以才有“神经货币”（neural currency）一说。此时，利他行为和道德行为的本质就是行为人的“神经货币”的再殖机制。它意味着：即使没有外在的收益，人们也可能会道德或者公平地行事——因为这足以使其自我快乐。正因如此，公平更多地被认为是情感问题。^{〔7〕}

诚然，有些“公平”的确能够引起人们的快感。所谓“快意恩仇”大抵就是这种情况。但在大多数情况下，公平认知被激活的同时却没有感受到强烈的幸福感或者情感。比如行为人在便利店按标价购买商品，这种购买行为足称公平，但却似乎并没有触发人们的情感；相反，人们普遍的感觉是：事情就应该这么办，它本该如此。换言之，“公平”除了能够引起快感之外，似乎也有既不利他、也不欣快的表征。

从这个角度看，公平不全然是情感。在此思路的延长线上，公平感可能是独立的认知进程，特别是日常的、大量的、普通的公平认知。它们似乎与所谓情感恩仇和效率计算存在着重大区别。

首先，公平与情感不同。情感一般是无条件、无缘由的；但公平是有条件、有原因的。例如，当某人的所有物被他人故意毁损，他会马上得出结论：加害人应该赔偿，否则不公平。请注意，这个结论的生成不是因为他对于加害人的厌恶，而仅仅是因为这样一个前提：加害人故意毁损他的所有物。

其次，公平与效率不同。人们对公平的计算不同于对效率的计算。具言之，对效率的计算是“向前看”的，也就是看未来的后果如何，而公平计算看的是问题的前因。在上一例中，效率推理是这样的：加害人损坏了某人的所有物，此时可以要求加害人赔偿或不赔偿，则哪一个选择对我更有利？一般情况下当然是赔偿更为有利，但如果为了让加害人欠下人情债，那么不向他主张赔偿，从长远来看也许会给自己带来最大的利益。但无论是何种主张，都取决于对未来可能发生的后果的判断。所以效率推理是向前看的，但公平推理仅仅基于损害事实，而这个前因将直接得出应当向谁主张赔偿的结论，此处不存在更多计算的空间与机会。

再次，人们对后果的估算往往是或然的、复杂多变的。相对于后果判断，人们对前因的判断无疑将更加肯定。在这个意义上，公平认知虽然比情感直觉慢，但是比效率推理的速度快。如果说效率是计算（calculation）、情感是直觉（intuition），那么公平认知就处于二者中间，它可以被认为是一种直觉推断（heuristics）。在上例中，某人的东西被他人故意毁损，那么此时他就会马上得出结论：这个人应该赔偿。但与效率推理不同，公平的认知是：赔偿的额度以该损毁之物的价值为限。在短时间内，人们可以根据直觉计算出一个相当精确的“填平”结果，这也许是公平认知的一个独特之处。

为更细致地展示这三种认知进程的区别，这里试以“电车难题”^{〔8〕}（The Trolley Problem）为例说明。电车难题是菲利普·富特（Philippe Foot）在1967年提出的，桑德尔（Michael Sandel）在其《正义》公开课中进行了演示，使得这个难题广为人知。^{〔9〕} 以下是笔者对华中科技大学学生的一个测试（N=85）：^{〔10〕}

〔7〕 G. Tabibnia & Matthew Lieberman, *Fairness and Cooperation are Rewarding-Evidence from Social Cognitive Neuroscience*, 1118 *Annals of the New York Academy of Sciences* 90 - 101 (2007); Dominique de Quervain, Urs Fischbacher, Valerie Treyer, Melanie Schellhammer, Ulrich Schnyder, Alfred Buck & Ernst Fehr, *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, 305 *Science* 1254 - 1258 (2004).

〔8〕 Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, 5 *Oxford Review* 5 - 15 (1967).

〔9〕 参见[美] 迈克尔·桑德尔：《公正：该如何做是好？》，朱慧玲译，中信出版社2012年版，第22页以下。

〔10〕 华中科技大学法学院2010级本科生35人，2011级硕士研究生16人，2013级硕士研究生34人。

1. 效率版——电车难题原型

一辆有轨电车，突然失去了控制（原因待查）。在轨道正前方，正巧——或者说不幸——有五个铁路工人在施工。如果不做任何处理，电车将直接撞上这五个工人，不存在任何侥幸。司机无法刹车，因为刹车已经失灵（原因依然不详）。但司机并不是眼睁睁看着惨剧发生，他还有一个且唯一的选项——电车方向盘还是有用的。他可以扳动一下方向，使电车驶进另外一条轨道。在另外一条轨道上，只有一名工人。因此，如果司机扳动方向，他可以救下那五个人，但仍意味着要轧死另外一个人。假如你是司机，你应当怎样做？在这里有两个选项：扳动方向，或者不扳动方向。

2. 公平版——天桥版本^{〔11〕}

一辆有轨电车，突然失去了控制（原因待查）。在轨道正前方，正巧——或者说不幸——有五个铁路工人在施工。如果不做任何处理，电车将直接撞上这五个工人，不存在任何侥幸。司机无法刹车——刹车已经失灵（原因依然不详）。但有一个人恰好在轨道上方的天桥上看风景。在这种情况下，你可以把这个人推下去，拦住电车——死一个人，挽救五个人的生命。那么，你应不应当把这个人推下去？在这里有两个选项：推，或者不推。

3. 情感版——残忍版本

一辆有轨电车，突然失去了控制（原因待查）。在轨道正前方，正巧——或者说不幸——有五个铁路工人在施工。如果不做任何处理，电车将直接撞上这五个工人，不存在任何侥幸。司机无法刹车——刹车已经失灵（原因依然不详）。但有一个人恰好在司机旁边，如果把这个人吊在火车前面，向前推行，这个人的腿会被完全磨损，死亡方式极其痛苦，但他临死摩擦地的惨叫肯定会惊醒那五个人，挽救五个人的生命。假如你是司机，你应当怎样做？在这里有两个选项：推，或者不推。

可见，上述三个版本的“电车难题”在效率上是等值的，都是以牺牲一人的代价救五个人，所以 A 是唯一符合效率的选项。但人们的感觉很不一样。原始版本并未深度涉及公平或情感，所以选择效率的是大多数。但如果在原版加入情感或公平的因素，绝大多数人将否定效率这个选择项，请看下表结果，更大样本的调查结果也很类似。^{〔12〕}

表 1 三个版本的“电车难题”及被试的选择结果

电 车 难 题	选 择 A	选 择 B
效率版	71	14
公平版	5	80
情感版	0	85

此时，公平和情感的认知有什么区别呢？在情感版本的“电车难题”中，原本富有效率的解决方案变得很残忍，这直接引起了人们的恶心或恐惧心理，人们的情感被激活，因而否定了效率选项。而在公平版（天桥版本）的“电车难题”中，大多数觉得桥上那个人是无辜的，这件事与他本来

〔11〕 Judith Jarvis Thomson, *Rights, Restitution and Risk*, Harvard Press, 1986, p.94 - 116.

〔12〕 参见〔德〕普雷希特：《该不该把桥上的男人推下去》，周海燕、李莉、咸佩心译，中国青年出版社 2009 年版。

无关,因此牺牲他是不公平的。甚至人们还会反问,凭什么把这个人推下去?在这里,“凭什么”正是公平感被激活的一个标志,因为“凭什么”就意味着人们开始追溯事情发展的前因并做出判断。此时,“被牺牲的人原来是否在铁轨上”的原因行为,就是一个影响人们做出判断的重要变量。电车难题的原型和“天桥版本”的区别就在此处:“天桥版本”那个可以被牺牲掉的人原先并没有进入路轨,因此大多数人感到他是无辜的,此时人们的公平认知被激活并因此否定了效率选项。

综上所述,本文在吸收神经认知科学的现有成果基础上,把具有相对独立的认知特征的公平感单独列出,与“情感脑”“效率脑”并称为“公平脑”。此时原有的“双进程理论”就被进一步划分为“三进程理论”(Tri-Process Theory),即“效率进程”“情感进程”和“公平感进程”。

但这里存在的问题是:一个精确的公平机制能否最终落脚到脑神经的运作之中?现有研究似乎还不明确,但有一个线索值得注意,那就是情感主要对应的是“内隐记忆”(implicit memory),这类似固化(hardwired)到每个人体内的偏好。效率主要针对相关结果的计算,这偏重“语义记忆”(semantic memory)。根据上述分析,公平感与情感和效率不同,它在认知上有赖于某个先前事件的发生,故公平推理是回溯的前提推理,且该事情的回忆可能和公平感密切关联,甚至可能是同构的。在认知科学上,这种对事件的回忆被定义为“情景记忆”(episodic memory),它是属于记忆当中的“外显记忆”(explicit memory),并与“内隐记忆”相对。^[13] 具言之,情景记忆即空间、时间、自我综合而成的“自传体回忆”,是人们对事件、时间和空间的回忆。与之同属“外显记忆”的是“语义记忆”,后者更多是对符号或数字的记忆。例如,当某人记住一个电话号码或者记住一个公式的时候,启动的就是语义记忆;但当感觉到昨日浮现、往事历历在目时,启动的就是情景记忆。^[14] 至此,有关记忆的认知科学划分能够大体对应“三进程理论”:情感主要是内隐记忆、效率是语义记忆,与公平关联更多的是情景记忆。而构成情景记忆的海马、内侧颞叶、嗅皮质等大脑边缘系统(limbic system),^[15]也可能是公平感的独特认知在神经层面的一个依据。^[16]

由于“公平脑”和“情感脑”整体上是大脑内部的较原始部分,^[17]依据经验法则,“公平脑”和“情感脑”应该会出现大面积重叠。但是,为什么在公平认知的进程中,“效率脑”(它与大脑皮质有关)也会有反应呢?这可能涉及对公平感的控制和反思问题,例如前额叶的损伤可能会使得一些

[13] 内隐记忆和外显记忆,也可区别为非陈述记忆和陈述记忆(declarative memory)。参见寿天德主编:《神经生物学》,高等教育出版社2001年版,第354—355页。

[14] Endel Tulving, *Episodic and Semantic Memory*, in E. Tulving & W. Donaldson eds., *Organization of Memory*, Academic Press, 1972, p.381 - 403.

[15] 从1957年的H. M.病例起,认知科学对记忆的研究集中在了海马(Hippocampus)和内侧颞叶(medial temporal lobe, MTL)。H. M.即亨利·古斯塔·莫莱森(Henry Gustav Molaison),他童年受伤导致癫痫,为减轻时常发作的癫痫症状,他被切除了大脑内侧颞叶(包括当中的两个海马),这导致他对近来发生事件的记忆障碍。但奇怪的是,他仍然能完成程序学习,也保有着正常的语言和运算能力,这说明他被损坏的脑区可能更多对应的是与事件相关的情景记忆。后续研究进一步显示,海马、内侧颞叶、内嗅皮质(entorhinal cortex, EC)、嗅周皮质(perirhinal cortex, PRC)等脑区和人的情景记忆关系密切,这些可能是人的空间感、时间感、自我感和自传体回忆的脑神经基础。Larry R. Squire, *The Legacy of Patient H. M. for Neuroscience*, 61 *Neuron* 6 - 9 (2009); Bernard J. Baars & Nicole M. Gage, *Cognition, Brain, and Consciousness (2nd edition)*, Elsevier, 2010, p.55 - 57.

[16] Raymond P. Kesner & Joe L. Martinez, *Neurobiology of Learning and Memory*, Academic Press, 2007, p.306 - 308; Bernard J. Baars & Nicole M. Gage, *Cognition, Brain, and Consciousness (2nd edition)*, Elsevier, 2010, p.318; 汪丁丁:《行为经济学讲义——演化论的视角》,上海人民出版社2011年版;汪丁丁:《经济学思想史讲义》(第2版),上海人民出版社2012年版。

[17] 大脑皮层的古皮层主要包括嗅觉皮层和边缘系统,这可参考麦克林(P. D. Maclean)在1967年提出的三脑模型。Paul D. MacLean, *The Triune Brain in Evolution: Role in Paleocerebral Functions*, Plenum Press, 1990.

人性情大变,无法建立正常人际交往。^[18]而且,也不能单纯强调“效率脑”。换句话说,效率计算也需要控制。研究显示,如果人脑中的腹内侧前额叶皮层(ventral medial prefrontal cortex, VMPFC)受损,就可能使人们过度强调效率原则,^[19]这看似理性,实则恰恰相反,因为这种情况正是被人们俗称的“一根筋”。达马西奥(Antonio Damasio)记载了一个受此困苦的病人是如何因琐事而陷入一场过度计算的“理性选择”:

“我正在与他讨论他下次拜访的具体日期。我给了他两个可供选择的日期,都在下个月,两个日期之间只相差几天。这位患者掏出自己的日程本,开始查询自己的日程。他接下来的行为变得有些异常,当时好几个在场的研究人员都看到了。在半个钟头的大大部分时间里,这位患者详细列举了对两个日期同意或不同意的理由:这两天已经有安排,日期与其他日程时间太近,可能出现的不利天气情况等。几乎所有和一个简单的日期所能联想到的情况他都讲了一遍。带着他驶过冰面和叙述事故时同样的平静,他现在又展开了一段令人厌烦的成本/收益的分析,以及对不同选择及其可能后果的没完没了的描述和毫无意义的比较。我们强忍着性子没有拍着桌子让他闭嘴,而是听他说完,但是最后还是轻轻告诉他应该考虑一下第二个日期。他的反应同样很平静且迅速,只是说‘好吧’,然后将日程本放回口袋,离开了。”^[20]

当然,大脑的秘密尚未完全揭开,因此“三进程理论”的划分仍然是以功能为主的划分,更细致的脑科学原理还有待探讨。而且,大脑是个整体,各部位在功能上紧密关联,所谓进程或回路也只是相对而言,类似脑科学和认知科学这样的复杂学科,也许永远做不到泾渭分明般的清晰。但这并不意味着与本文有关的研究没有意义,也绝不意味着认知科学就是一种“玄学”;恰恰相反,正是由于未来的研究可能会推翻有关认知科学的种种见解和应用,认知科学才称得上是一门“科学”。

本文无意于过度纠结于有关脑科学或认知科学的科学性争议,而只是希望在这里申明:现有的认知基础构成一个相对简洁的工作假设(working hypothesis),它可以为研究公平认知提供一项重要的理论脚手架。在这个意义上,法学需要这样一个基于认知背景的分析框架。借助这个框架,既可能有助于辨析公平认知的法律意义,也可能有助于法学应对实践问题。当然,从认知科学的视角观察法学研究,并非意味着在研究范式上的非此即彼;相反,这种跨学科研究更应被理解为一种在范式上的相互借鉴和彼此欣赏:认知科学知识能启发法学的研究,使得法学能够更加科学地说明其天然具有“人学”的色彩;同时,法律及其社会实践有其独立的学术和认知价值,它也可以反过来为认知科学的后续研究提出更多新的现实问题。因此认知科学和法学可能是一个知识互证、知识互补的过程。下文对法律原则的考察,虽然将以认知特点为主要线索,但本身具有相对独立的价值,也许可供学科双方借鉴和思考。

二、法律认知三原则及其现实检验

“三进程理论”界定了情感、效率、公平是人们认知活动中惯常的三个进程。相应地,在法律认

[18] 一个著名病例是“盖革”(Phineas Gage),维基百科上有一个较全面的综述, http://en.wikipedia.org/wiki/Phineas_Gage。

[19] M. Koenigs, L. Young, R. Adolphs, D. Tranel, F. Cushman, M. Hauser & A. R. Damasio, *Damage to the Prefrontal Cortex Increases Utilitarian Moral Judgements*, 446 Nature 908-911 (2007)。

[20] 参见[美] 安东尼奥·达马西奥:《笛卡尔的错误:情绪、推理和人脑》,毛彩凤译,教育科学出版社 2007 年版,第 153 页。

知上也存在着“法律认知三原则”即情感原则、效率原则和公平原则，它们充分体现在我国的法律实践中。下文将分别介绍法律认知三原则，并借助我国的刑法、民法、诉讼法中的立法和司法实践，验证三种法律认知原则的具体存在状况。

（一）情感原则

在某些法律问题上人们激活的主要是“情感脑”，有的是正面的情感（例如倾向于保护弱者），有的是负面的情感（例如对于违背公序良俗的厌恶）。所以情感原则主要是个“好恶”的问题，它包括正负两面。

1. 正情感——同情、利他、弱者保护

在法律规范当中，有关于正情感的规定及其分析如下：

例如，《宪法》第45条规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”法律没有交代这样规定的理由。从效率角度来说，很难解释为何国家和社会需要帮助那些已经“丧失劳动力”的公民。同理，这一规定也跟多劳多得、少劳少得的公平原则也很不一样。也许理由主要是情感上的，也就是人们对老弱病残有救助的同情心。

类似的还有《刑法》第19条——“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚”以及第49条——“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑”。罪刑相适应是刑罚的一般原则。这些特殊减免规定的理由，可能更多是基于情感考虑，即出于对弱者的怜悯或人道的保护。换句话说，即使刑罚是该当的，也需要同时考虑人道主义因素。例如《刑法》第59条规定：“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。”

在民法领域也有情感原则的体现。《合同法》第53条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”在这里，为什么出现人身伤害，双方约定的合同免责条款在法律上无效呢？这也许可能违背意思自治的原则，在效率和公平上似乎都很难说得过去。也许法律如此规定的理由，是遵循了“法律家长主义”或“法律父爱主义”^[21]的逻辑。如果继续追问下去，那么遵循“法律家长主义”或“法律父爱主义”的理由似乎主要还是情感驱使的，即法律保护（它所推测的）相对弱者。类似的规定还可见《合同法》第233条：“租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。”

民法理论认为，侵权行为之债是以过错责任为中心的，过错责任在公平原则和效率原则之中都能获得较为圆满的诠释。^[22]但在有特殊危险的情况下，严格责任也可成为归责原则，这也能够找到基于公平或效率的理由。但为何在有些情况下，即使双方都没有过错，法律规定也要承担责任呢？例如《侵权责任法》第24条——“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失”，这样的规定也许主要是出于情感上的理由。毕竟损害已经发生，且受

[21] 参见孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，载《中国社会科学》2006年第1期。通过认知视角看，“法律父爱主义”或“法律家长主义”有多种含义：一个偏情感原则，强调爱护；一个是公平原则，父权是权利的来源；一个是效率原则，家长有更多的信息，更明智，因此有责任保护或指导普通公民。

[22] 过错责任的公平和效率解释，参见 Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 The Journal of Legal Studies 151 - 204 (1973); Richard A. Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 The Journal of Legal Studies 49 - 102 (1979); George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 Harvard Law Review 537 - 573 (1972)。

害人是相对弱者,这时的补偿可以被认为是一种情感救助。类似的规定还有《侵权责任法》第33条——“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的,应当承担侵权责任;没有过错的,根据行为人的经济状况对受害人适当补偿”。显然,“补偿”就是基于情感的救助,当然这种补偿是有限度的。

在诉讼法上,《民事诉讼法》第106条规定:“人民法院对下列案件,根据当事人的申请,可以裁定先予执行:(一)追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的;(二)追索劳动报酬的;(三)因情况紧急需要先予执行的。”在这里,为什么案件还没有裁决就可以执行,这不是违背了双方当事人的程序公平吗?法律规定的理由是多面的,其中第3款的“因情况紧急”似乎更接近效率的考量;第2款的“追索劳动报酬”似乎公平原则多一些;而第1款“追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用”则较明显地看出情感因素。而且,一般在法律规定的排序中位列较前的,是法律所希望能够得到更加优位的保护的法益,因此本条的权重次序应该是情感先于公平、效率。据此,该条款的主要基础是情感原则。又如《刑事诉讼法》中的监外执行(第254条)基本也是如此。

2. 负情感——厌恶、恶心、公序良俗

情感原则是好恶问题,正情感是人们的“好”——人们愿意救助或作为的情况,而负情感是人们的“恶”——人们厌恶某种行为,会对某种现象感到恶心,这在法律上的表现就是对某些行为的限制或禁止。如果这种厌恶是普遍的,那么就可以说某些现象违背了“公序良俗”。

这对有些人也许是不公平的。例如《刑法》第301条规定:“聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”在2010年南京发生的“换妻”案中,虽然案件主要被告被处以聚众淫乱罪,但组织“换妻”活动的被告本人及辩护律师并不认为自己的行为违反《刑法》规定,因为这是具有完全刑事责任能力的主体进行的自愿活动。从效率(社会危害)和公平(受害者)来看,这种辩解似乎能成立,^[23]但法律将此类行为入刑的原因,可能更多是基于该种行为破坏性道德秩序所带来的负面情感。

影响更大的是2001年四川省泸州市中级人民法院审理的“张学英诉蒋伦芳遗产继承案”,即所谓“泸州遗产案”。泸州市中级人民法院的裁判理由是:“遗赠人黄永彬的遗赠行为虽系黄永彬的真实意思表示,但其内容和目的违反了法律规定和公序良俗,损害了社会公德,破坏了公共秩序,应属无效民事行为。上诉人张学英要求被上诉人蒋伦芳给付受遗赠财产的主张,本院不予支持。被上诉人蒋伦芳要求确认该遗嘱无效的理由成立,本院予以支持。”^[24]从公平的角度看,张学英虽是第三者,但对被继承人长期扶助,得到一些遗赠也是合理的,但法院的判决依据是《民法通则》第7条规定的“公序良俗原则”:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”,而该条款的基础是情感原则。不过,“泸州遗产案”的判决似乎过于侧重情感原则。然而,在立法上,过度强调情感原则,也可能会出现一些问题。例如2013年通过施行的《老年人权益保障法》第18条规定:“与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人。”此法用意固然是好,但把“常回家看看”列为法律条款,实际上很难在诉讼法上判断相关行为是否具备诉的利益;而且即便具备诉的利益,也很难在现实中获得执行;即便能够执行,“强扭的瓜不甜”,其实际效果也非常值得疑问。

此外,相比过度强调情感原则,忽视情感原则可能会引起更大的社会反响。例如在2007年的“肖志军事件”中,丈夫因拒绝签署知情同意书导致无法进行剖腹产手术,最终孕妇及胎儿死亡,引起了社会对医院的道德谴责。在这里,虽然医院有更多专业知识,但患者本人对自己健康和治疗

[23] 参见崔洁、肖水金、马雷:《独家对话:“换妻”游戏的组织者》,载《检察日报》2010年3月24日,第005版。

[24] 张学英诉蒋伦芳遗产继承案,四川省泸州市中级人民法院(2001)泸民一终字第621号民事判决书。

也应当承担起对维护自身的生命权和健康权的义务，所以签字制度兼顾了医患双方，整体上是比较有效率且公平的。但“不签字不手术”所导致的“一尸两命”，仍然引起了社会情感的强烈关注，医院在事件中终成众矢之的。事实上，忽视情感原则导致的社会反弹^[25]也影响着立法。“肖志军事件”之后颁布的《侵权责任法》第56条规定：“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。”有研究指出，“即使医疗机构有轻微的过失都不算有过失，因为抢救人的生命要紧。这一部分写进去的时候，和肖志军的案子有关系”。^[26]

（二）效率原则

效率原则主要是进行得失计算，其中“得”是收益、“失”是成本，所以效率原则就是“成本—收益分析”。

1. 正效率——收益最大化

例如《刑法》第78条规定：“被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有下列重大立功表现之一的，应当减刑：（一）阻止他人重大犯罪活动的；（二）检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；（三）有发明创造或者重大技术革新的；（四）在日常生产、生活中舍己救人的；（五）在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；（六）对国家和社会有其他重大贡献的。减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；判处无期徒刑的，不能少于十年。”请注意：第一，重大立功必须减刑，这在刑法学上是“必减”而非“得减”；第二，重大立功指的是社会收益；第三，重大立功减刑必须是有限度的，否则将有损于公平。因此，本条规定不仅是效率原则的体现，同时也体现了效率原则的限度。

法律中最典型的效率考量可能体现为“紧急避险”。例如《刑法》第21条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”这个制度的本质就是“抓大放小”“丢卒保车”，但前提是“不得已”，这是一个非常重要的条件。

此外，法律在很多规定中既涉及公平（不损害别人），也涉及利益的对比。例如《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益。”

2. 负效率——成本最小化

与收益一样，这个成本指的是社会成本。例如《刑法》第81条关于假释的规定：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会的，可以假释。”在这里不是因为立功，而仅仅是“不致再危害社会”，在这种情况下，如果继续实际执行监禁，可能就会净增社会成本。

有时候法律会同时体现效率原则和情感原则。例如《广告法》第18条禁止媒体发布烟草广告，禁止公共场所设置烟草广告，并规定在烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”。这些规定可能既是情感的，也是效率的——这既是对人身体生命的尊重，也可降低总社会成本。

[25] 这种社会情感激烈释放的现象也有认知基础，一个是“情感劫持”（hijacking），一个是群体极化。See Joseph LeDoux, *The Emotional Brain*, Simon & Schuster, 1996; [美] 凯斯·桑斯坦：《极端的人群——群体行为的心理学》，尹宏毅、郭彬彬译，新华出版社2010年版。

[26] 参见杨立新、杨华云：《新草案提交人大审议》，载《新京报》2008年12月23日，第3版。

与情感原则的适度一样,效率原则也要适度。忽视效率原则,或者过度强调效率原则,都可能出现问题。在近些年的一些拆迁案件中,效率原则的这两个极端表现得比较突出。有些是过度强调社会收益,忽视正当权利;有的是过度强调个人权利,忽视集体效益,认为法治完全是个人的理想实践。

效率原则将法律视为激励机制,但是如果过度强调效率原则,则可能会出现事与愿违的激励后果。与此相关的一个案例是对以色列托儿所的调查,研究者观察的是罚款能否减少家长接孩子迟到的现象,但结果是若采用迟到罚款制度,迟到的家长反而更多了。原因是,原先迟到家长会有内疚感(由于托儿所承担了额外的工作,这些家长感到公平有亏),但是,激励机制(罚款)激活的是人的效率计算,原来的内疚感消失了,公平认知退化到了效率认知,问题变成比较迟到的收益和罚款的成本。对一些家长来说,迟到可能是更有效率的,反正是钱的问题。^[27]

(三) 公平原则

公平原则有善恶两面。所谓“善有善报,恶有恶报”,重点是在“报”,也就是“对等”(reciprocity)。

1. 正公平——善有善报

请注意,法律上的“善”不仅是利他之善,更重要的是正当之善、诚信之善。仅从利他方面来说,法律并不劝善,也一般不强制人利他;^[28]利他行为的认知基础也不是公平,而是情感。但如果人们做出了利他行为,那么公平起见,法律一般也会给予补偿。例如《民法通则》第 93 条规定的无因管理制度:“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”此外,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 157 条规定:“当事人对造成损害均无过错,但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”以上情况,都是“善行”在先,法律确认是对“善有善报”的狭隘理解。

大量存在且更有现实意义的是,法律保护社会的正当之善、诚信之善,亦即保护人们对自己应得之物的权利、保护人们的承诺和预期。例如《民法通则》第 4 条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”以此为基础的整个民法制度,重点在于维护人们正当的权利和合约,这就是基于公平的善有善报观念。此外,《合同法》第 3 条规定合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方;第 4 条是自愿订立合同,任何单位和个人不得非法干预;第 5 条是应当遵循公平原则确定权利和义务;第 6 条是行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。这些都是公平原则的体现,并构成了合同法原则的主要内容。相比之下,情感原则和效率原则只是在《合同法》第 7 条中有体现,即“尊重社会公德”“不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益”。可见,这二者明显是起补充作用。

2. 负公平——恶有恶报

这也是法律很重要的一面,最典型的是侵权法和刑法对责任的认定。例如《侵权责任法》第 6 条确定的过错归责原则:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”对过错责任的理解,一种是效率的解释,即加害人预防事故的成本最低,因此这个人本来是最应该防止这个事故发生的人。这种责任认定的思路是经济理性:谁是最优预防者(cheapest costs avoider)、谁能使社会成本最小化,谁就应该负责。^[29]

对过错的效率解释是有说服力的,但效率原则更多是边界的约束。而且,侵权法的立法主要原则

[27] Uri Gneezy & A. Rustichini, *A Fine is a Price*, 24 Journal of Legal Studies 1-18 (2000).

[28] 这就是法学上争论的“善良的撒玛利亚人”。

[29] 这就是汉德公式(the Hand formula)的思路。United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

是“谁侵害谁负责”，而不是“谁最有效降低社会成本谁负责”。配合第6条的规定，《侵权责任法》第26条规定，被侵权人对损害的发生也有过错，可以减轻侵权人的责任；第27条规定，损害是受害人故意造成的，行为人不承担责任；第28条规定，损害是第三人造成的，第三人应当承担责任；第29条规定，因不可抗力造成他人损害的，不承担责任。不难发现，这个侵权责任组合的背后，分明是“冤有头债有主”的逻辑，而支撑这个逻辑的是公平原则，这在侵权法上被称为“矫正正义”。^{〔30〕}

合同法的违约责任更能体现这个原则。《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”请注意这里没有过错问题。违约责任本质上是无过错责任。因此合同法的基础明显是“谁违约谁负责”的公平原则，而基本不涉及对社会成本或收益的考量。也就是说，违约就是违约，违约就应当承担责任；至于违约是否更有社会价值，基本上不是法律考虑的问题。^{〔31〕}

刑法中的罪刑相适应原则（《刑法》第5条）也是“恶有恶报”原则的体现。虽然量刑可能要考虑威慑或激励的后果，但确定责任的基础仍然是公平原则。还有“罪责自负”的原则，例如《刑法》第59条规定：“在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。”这里的规定主要基于公平原则，并未过多涉及人道情感。还有许多民事制度，例如民法中的相邻权制度（《民法通则》第83条）、不当得利制度（《民法通则》第92条），也是以此原则为根基。

忽视公平原则可能会引起激烈的社会反应。这是因为，相较于正公平，负公平更容易激活情感。近年来社会影响巨大的案件几乎都有这个特点。“许霆盗窃案”就是典型。该案案情其实很简单，人们不过是认为无期徒刑的刑罚和许霆的罪刑不相适应，所以重审“根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚”，改判有期徒刑五年。^{〔32〕}类似的还有河南“天价过路费案”，原审计算了超重惩罚金，所以被告才因在八个月间共计偷逃高速过路费368万被判无期。这个案件也被重审改判——河南高院院长对此的解释是：“原来的判决结果，不符合实际情况。为什么大家都觉得数额太大？因为它不符合常规、常理、常识。在短短几个月里，逃费368万元，大家都感觉不正常。”^{〔33〕}

正由于正公平和负公平存在区别，所以把正公平和负公平混淆计算，也可能出现公平偏差。例如在2009年《联合国气候变化框架公约》缔约方第15次会议（哥本哈根世界气候大会）上，发达国家和发展中国家在减排责任分担问题上分歧明显。发达国家强调减排是全世界的责任，所以要向前看，按现在的排放量计算责任，这个思路接近效率原则。而发展中国家强调各国对自己以往的污染要负责任，所以应向后看，按历史排放负责，这是公平原则的思路，后来这被发展为“人均累积碳排放原则”。此外，还有一种公平计算的方式，也是向后看，根据历史排放量计算权利。也就是说，历史排放量越多，现在获得的碳排放免费配额也就越多。例如，按照欧盟法案，2004年到2006年全球航空公司飞往欧盟总排放量的97%被定为免费额度，再按照2010年全球各航空公司的市场份额进行分配，在之后八年，配额内排放免费，而超额排放则必须购买。由于这是基于历史排放的计算，也被称为“祖父原则”。

显然，“人均累积碳排放原则”的要点是承担过去的责任，而“祖父原则”的要点是继承过去的权利。

〔30〕 Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 The Journal of Legal Studies 151 - 204 (1973); Richard A. Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 The Journal of Legal Studies 49 - 102 (1979); George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 Harvard Law Review 537 - 573 (1972).

〔31〕 这种情况也有例外，例如合同法上的情势变更或交易基础落空，这些可能是出于效率考量。

〔32〕 许霆盗窃案，广东省广州市中级人民法院（2008）穗中法刑二重字第2号刑事判决书。

〔33〕 曹晶晶：《河南高院院长解析天价过路费案再审细节》，载《新快报》2012年1月10日。

形式上似乎都是公平推理,但哪个更符合公平原则呢?根据前面的分析,在这个问题上“祖父原则”也许混淆了负公平和正公平。责任承担是个“恶有恶报”的问题,谁造成多少污染就应该承担多少责任。但“祖父原则”把这当成了“善有善报”的正公平,也就是谁污染谁就有污染的权利。此时承担消除污染的责任就变成了污染的权利。按这种方式推论,任何侵权或犯罪都不必负责,而是可以继续在该额度内侵权或犯罪下去。类似争议还出现在高官是否可以“以功抵罪”的问题,这也混淆了正公平和负公平。这些人的贡献已经有高官厚爵等回报,再用贡献来抵消责任,似乎已经超出公平的限度。而且,人们对负面不公平的敏感远超过对正面不公平的感受。如果善没有善报,人们可能会遗憾,但如果恶没有恶报,人们可能会恐惧和愤怒。这二者的情感强度是不一样的,相对于收益,人们一般更厌恶损失。^[34]

三、原则间的关系:公平主导

前文大概从认知角度分析了法律中的情感、效率和公平原则。那么,这些原则之间是什么关系?下文通过对我国《侵权责任法》《继承法》和《刑法》中的法律条文的实证分析,将得出这样一个结论:公平原则是主导性的,而情感原则和效率原则则是辅助性的。

为了说明“法律认知三原则”是如何在法律实务中发挥作用的,我们可以考察《道路交通安全法》的修改过程。1999年沈阳市政府颁布《交通事故处理办法》,规定行人违章的交通事故机动车不负责任,这被舆论认为是“撞了白撞”,对生命身体不够重视。后来立法在这个问题上反复修改、多次审议,直到2004年《道路交通安全法》实施。该法第76条规定:“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的,由机动车一方承担责任;但是,有证据证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规,机动车驾驶人已经采取必要的处置措施的,减轻机动车一方的责任。”——这是对“撞了白撞”规定的否定。

但为什么要否定呢?如果行人撞击汽车,难道也应该是汽车负责吗?前文提到,过错责任主要是公平原则的体现。如果机动车没有过错,事故完全是由行人或非机动车引起的,那么所谓“撞了白撞”实际上符合公平原则(也符合最优预防的效率原则)。但问题是,“撞了白撞”规定引起了社会情感反应。因为人们普遍认为,人的生命和身体价值是更重要的。结果2004年《道路交通安全法》第76条就否定了公平原则。但立法在2007年又进行了修订,这次明确了机动车无过错责任的比例:“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故,非机动车驾驶人、行人没有过错的,由机动车一方承担赔偿责任;有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的,根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任;机动车一方没有过错的,承担不超过百分之十的赔偿责任。”根据时任公安部副部长白景富的说明,之所以规定机动车一方没有过错,责任不超过百分之十的理由是:“在受害人一方过错的情况下,按照什么标准减轻机动车一方的责任,如何做到既公平确定责任,又体现对非机动车驾驶人、行人的保护,《道路交通安全法》第76条的规定不够具体。实践中,不少地方性立法对机动车一方承担责任的比作了规定,造成了全国各地比例标准的不统一。”而通过对赔偿责任的约束,“既能侧重保护道路交通事故受害人的合法权益,又能较好地体现公平原则,进一步增强了可操作性,也统一了全国各地机动车的责任比例标准”。^[35]这表明,法律虽然侧重保

^[34] Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in Cass R. Sunstein ed., *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000, p.211-232.

^[35] 邹声文、田雨:《既坚持以人为本 又体现公平原则——聚焦道路交通安全法第76条修改》,载新浪网2007年10月25日, news.sina.com.cn/c/2007-10-25/090912784809s.shtml。

护生命和身体,并可以适用无过错的情感补偿,但这种补偿必须具有一定的限度。

《道路交通安全法》的系列修订为理解法律原则间的关系提供了一个思考线索。显然,情感原则和效率原则都不能被忽视,但它们都被公平原则严格约束。大体上,法律是以公平原则为主、情感原则和效率原则为辅的,这个基本关系可被称为公平主导。换句话说,法律一般是以公平为基础的,但在特殊情况下也要考虑情感和效率。例如即使机动车没有过错,也应当适当补偿受害人,但这个特殊责任不超过 10% 的比例。当然,法律侧重有所不同,有些法律可能有较强的效率或情感偏向。例如《妇女权益保障法》《老年人保护法》侧重情感保护,《铁路法》侧重效率考量,这是可以理解的。

需要说明的是,为突出重点,这里的“法律”指的是以法院工作为主的民刑法,包括物权法、合同法、侵权法、专利法、著作权法、婚姻法、继承法、刑法、诉讼法等。那么,这些法律是否都满足“公平主导”这个推论?

这是个实证问题。最简单直接的办法是逐条甄别法律,除开法律中的技术规定(例如生效时间)和定义,看看法律中以公平、情感、效率为基础的条款是多少,这样对整体上三个原则各占的比例可以有个估计。下表是一些示例,通过简单估计,《侵权责任法》约 88% 的条款是以公平原则为基础,《继承法》大约是 83%,《刑法总则》大约是 89%。可见,“公平主导”的推论是可以被证实的。

表 2 《侵权责任法》《继承法》《刑法》当中“法律认知三原则”与相应条文的分布

	情感原则	效率原则	公平原则	定义	技术规定	总条款
侵权责任法	5	5	76	1	5	92
继承法	3	2	25	3	4	37
刑法总则	5	4	71	6	15	101

另一个检验路径是案例分析。例如,在广西的“驴友案”中,一审判决“驴头”负全部责任,赔偿死亡“驴友”24 万余元。这引起很大争议,因为类似行动的通行原则是风险自担,“驴头”并无过错。二审考虑到这一点,最终赔偿总数减到 2 万多。可见过错承担是公平原则的体现,而本案一审完全是情感原则,没考虑到以公平原则为主导,这引起争议。因此二审重归公平主导,情感原则的补偿比例被限制在不超过 10%。在此,对各类法律案件,可以进行更精细的检验。^[36]

四、为什么公平主导?

“公平主导”的一个简单回答是,面对不同场合,情感、效率、公平三种进程被激活的程度不同。大体上,家庭场合激活情感,工程场合激活效率,市场和法律则更激活公平。在一人世界(“鲁滨逊世界”)当中,人面对自然,自然更多考虑效率问题,例如如何节省体力和资源。在熟人世界,面对亲密关系,人的情感会被激活。而在处理陌生人之间的人际关系时,公平感就占主导了。由于人类文明主要

[36] 本案一审判决后主审法官发表的文章,清楚说明了是以情感为判决主导。“就在我们走下审判席的时候,母亲哭出声来,对被告说:‘你们知道我女儿对我来说意味着什么吗?她是我生命的全部,是我今后的依靠;我都不知道,我以后该怎么生活。我唯一的希望破灭了。’女孩母亲的声音在法庭里回响,敲击着每个人的心。想起许多人在网上发表的认为骆某‘自作自受’的评论,我们不寒而栗。面对一条年轻生命的消逝,难道就只能漠然地以一句冰冷的‘没有合同关系’轻描淡写,一笔带过吗?……合议庭取得了一致意见,认为他们选择一同出游时相互间就产生了互相救助的义务,……最终,酌定受害人骆某、被告梁某与其余 11 名被告按 2.5 比 6 比 1.5 的责任比例来承担本案的民事赔偿责任。”陈华婕、田波:《“驴友案”:主审法官“吃螃蟹”》,载《法律与生活》2007 年第 1 期,第 6—8 页。

是走出亲族、构筑陌生人合作的进程,所以公平原则日益成为维系社会和法律的主要法则。

但问题是,为什么处理陌生人之间的关系是公平主导而非效率或情感主导呢?我们如何从这个角度去理解雷锋(纯利他)和马基雅维利(纯利己)的行为与他们的主张?

为了回答这个问题,可以借鉴“演化博弈解释”:采用情感原则的在人际关系中是偏利他的,这类似“全合作”(AllC)策略;采用效率原则的以自己利益为唯一,不考虑别人,这类似“全不合作”(AllD)策略;而公平原则讲究善有善报、恶有恶报,这类似“针锋相对”(TFT)策略。也许起初这三种策略各行其道,各占三分之一,但由于“全合作”策略过于利他,不分好坏,所以被“全不合作”策略侵犯、逐步减少。而随着“全不合作”策略增加,人们之间人人自危,无法合作,陷入囚徒困境。只有公平原则的“针锋相对”策略,能识别善恶,憎爱分明——既能和那些善意的建立合作,也能有效抵御恶意侵犯,所以逐步发展了起来,最终占据了支配地位。

这个过程可以用一句话概括:当公平原则占据社会主导,不仅这个社会稳健发展,而且那些更利他的情感和那些更有侵犯性的策略,也都能在其中获取与之功能相适应的生存空间。但如果社会主导哲学(意识形态)片面拔高情感原则,强调“兼爱”,或过于突出效率思维,强调“狼性文化”,那么就可能会导致一些不良的社会后果,这样的社会也很难长时间维持。所以社会钟摆虽然可能会左右摇摆,但主体稳定于中间状态。而法律文本通过集体选择过程,把社会主体的这种公平原则表达了出来。

这是历史的真实吗?人类社会对公平之道最早的表达,可能是“轴心时代”的法典、宗教和哲学。例如现存最早的法律《汉谟拉比法典》,其中“以眼还眼,以牙还牙”就是最重要的原则。法典不仅对此有明确的规定(第196和第200条),^[37]更重要的是,这是整个法典的精神。例如《汉谟拉比法典》第55条规定:“如果任何人开挖沟渠以浇灌田地,但是不小心淹没了邻居的田,则他应以谷物赔偿邻居的损失。”这其实就是公平原则的体现。对公平原则的类似表达出现在几乎所有文明的经典著作。^[38]这些章节的文字表述不仅非常相近,更重要的是,这种公平精神贯穿在这些教法中。因此可以说,公平原则是轴心时代以来人类社会的共通之道,西方传统的“自然法”和东方传统的“情理法”是对这个原则的不同表达。这些传统既是公平原则的制度实践,也反过来形成了原则的文化遗产,构成了各文明的“经典”。例如《论语》中有“伤人乎?不问马”^[39]的记载,这似乎表达的是正面的情感,而“是可忍也,孰不可忍也”,^[40]表达的是负面的情感,这些是情感认知的体现。而“富之教之”^[41]“惠而不费”^[42]的提法,和利益最大化的效率思维接近。但这些思想不是

[37] “196,挖去别人眼睛的人也要被挖出眼睛。”“197,打断别人骨头的人也要被打断骨头。”“200,打掉他人牙齿的人将会被敲掉牙齿。”Robert Francis Harper, *The Code of Hammurabi*, The University of Chicago Press, 1904.

[38] 《旧约·出埃及记》21:24:“以眼还眼,以牙还牙,以手还手,以脚还脚”,21:25:“以烙还烙,以伤还伤,以打还打。”《旧约·申命记》19:21:“你眼不可顾惜,要以命偿命,以眼还眼,以牙还牙,以手还手,以脚还脚。”《新约·马太福音》7:12:“所以,无论何事,你们愿意人怎样待你们,你们也要怎样待人,因为这就是律法和先知的道理。”《古兰经》5:45:“我在《讨拉特》中对他们制定以命偿命,以眼偿眼,以鼻偿鼻,以耳偿耳,以牙偿牙;一切创伤。都要抵偿。”《旧约》和《新约》引文都出自和合本。《古兰经》出自马坚译本,中国社会科学出版社2009年版。

[39] 《论语·乡党》10.12:“厩焚,子退朝,曰:‘伤人乎?’不问马。”引文出自《论语译注》,杨伯峻注,中华书局2009年版。

[40] 《论语·八佾》3.01:“孔子谓季氏,‘八佾舞于庭,是可忍也,孰不可忍也?’”引文出自《论语译注》,杨伯峻注,中华书局2009年版。

[41] 《论语·子路》13.09:“子适卫,冉有仆。子曰:‘庶矣哉!’冉有曰:‘既庶矣,又何加焉?’曰:‘富之。’曰:‘既富矣,又何加焉?’曰:‘教之。’”引文出自《论语译注》,杨伯峻注,中华书局2009年版。

[42] 《论语·尧曰》20.02:“子张曰:‘何谓惠而不费?’子曰:‘因民之所利而利之,斯不亦惠而不费乎?’”引文出自《论语译注》,杨伯峻注,中华书局2009年版。

《论语》的主体，公平原则才是孔子认为的根本之道。例如：

“子贡问曰：有一言而可以终身行之者乎？子曰：其恕乎！己所不欲，勿施于人。”
（《论语·卫灵公》）

其己所不欲勿施于人的“忠恕之道”，即将心比心的公平之道。再如：

“子曰：参乎！吾道一以贯之。曾子曰：唯。子曰：门人问曰：何谓也？曾子曰：夫子之道，忠恕而已矣。”（《论语·里仁》）

由于一以贯之的是公平原则，从这个角度理解，儒学所谓“圣者有经有权”，公平原则是“经”，效率和情感考量是“权”。它们之间的比例，大概也是符合公平主导原理的。“忠恕违道不远，施诸己而不愿，亦勿施于人。”^{〔43〕}

与孔子同时代的西哲亚里士多德，对这个原则进行了更书面化的描述：

“在交往中的公正则是某种均等，而不公正是不均等，不过不是按照那种几何比例，而是按照算数比例。不论好人加害于坏人，还是坏人加害于好人，并无区别。不论是好人犯了通奸罪，还是坏人犯了通奸罪，也无区别。法律则一视同仁，所注意的只是造成损害的大小。到底谁做了不公正之事，谁受到不公正的待遇，谁害了人，谁受了害，由于这类不公正是不均等，所以裁判者就尽量让它均等。倘若是一个人打人，一个人被打，一个人杀人，一个人被杀，这样承受和行为之间就形成了不均等，于是就以惩罚使其均等，或者剥夺其利得。”^{〔44〕}

该表述清楚地点出了公平认知的特点——这和情感上的好恶无关，而仅关心是否有损害发生、谁受到了损害以及损害的大小。法律所做的工作就是矫正，所以公平原则在亚里士多德的体系里就是前文已经提到的“矫正正义”。这是一个重要的传统，是西方自然法原则的基础。例如作为罗马法基本原则的“乌尔比安三原则”就是“为人诚实”“不损害别人”和“给予每个人他应得的部分”，^{〔45〕}其中不损害别人主要是负的公平原则，是禁止为恶；而每个人得到其应得的，主要是正公平的体现。

晚近一些重要总结还例如休谟的三条基本自然法则，即“稳定财物占有的法则”“根据同意转移所有物的法则”和“履行许诺的法则”。休谟认为：“人类社会的和平与安全完全依靠于那三条法则的严格遵守，而且在这些法则遭到忽视的地方，人们也不可能建立良好的交往关系。”^{〔46〕}而这三条原则的实质，似乎是对公平原则的细致表达。亚当·斯密总结的三原则也有类似之处：“最神圣的正义法律就是：那些保护我们邻居的生活和人身安全的法律；其次是那些保护个人财产和所有权的法律；最后是那些保护所谓个人权利或别人允诺归还他的东西的法律。”^{〔47〕}

综上所述，在自然法传统，“各得其所应得”和“禁止损害他人”成为了最基础的原则，而这背后就是公平原则的正负两面。当代哲学家诺齐克(Robert Nozick)把这概括为“持有的获取原则，持有的转让原则，以及对违反头两个原则的矫正原则”，并提出一种基于资格的持有正义理论：“如果每一个人的持有都是正义的，那么持有的总体就是正义的”。其中判断持有正义的标准就是基于过去的公平推理：“分配正义的资格理论是历史的，一种分配是否是正义的，取决于它是如何发生

〔43〕 《中庸》，出自《大学中庸译注》，王文锦注，中华书局 2008 年版。

〔44〕 参见〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马科伦理学》，载苗力田主编：《亚里士多德全集》（第五卷），苗力田译，社会科学出版社 1990 年版。

〔45〕 参见〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 5 页。

〔46〕 参见〔英〕休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆 1980 年版。

〔47〕 参见〔英〕亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆 2009 年版。

的。”因此,“与正义的‘目—结果’原则相反,正义的历史原则主张,过去的状况和人们的行为能够产生对事物的不同资格或不同应得”^[48]——诺齐克在这里重申了效率和公平的区别。

中国学术传统不很重视对公平原则的外在描述,而是重视这个原则的内在逻辑。所谓人同此心,公平感就是人们的“本心”。对此,请看钱时在《慈湖先生行状》对杨简(先生)和陆九渊(文安公)的一段传神记载:

“初,先生在循理斋,尝入夜灯未上,忆通奉公训,默自反观已,觉天地万物通为一体,非吾心外事,至是文安公新第归来,富阳长先生二岁,素相呼以字为交友,留半月,将别去,则念天地间无疑者平时愿一见,莫可得遽语,离乎复留之夜,集双明阁上,数提本心二字,因从容问曰:‘何谓本心?’适平坦尝听扇讼,公即扬声答曰:‘且彼讼扇者,必有一是有一非,若见得孰是孰非,即决定谓某甲是,某乙非矣。非本心而何?’先生闻之,忽觉此心澄然清明,亟问曰:‘止如斯邪?’公竦然端厉,复扬声曰:‘更何有也?!’先生不暇他语,即揖而归,拱达旦,质明,正北面而拜,终身师事焉。”^[49]

陆九渊对杨简的点拨,妙在恰好是用法律诉讼做的引子。杨简处理一起扇子的讼案,九渊质问杨简,如果本心没有这个公平感,你白天断案怎么会有孰是孰非的判断呢?打通这个关节,杨简悟出了本心,这个“心”是有独特意义的,公平是个本体。而且公平之心是感觉、是呈现,不是抽象之理。就像若抽象地问“什么是幸福”,得到的回答只能是不得要领的。抽象地问“什么是公平”,也可能难以回答。所以中国传统重在感悟,对“公平心”的把握成为中国情理法传统中具有活力的一面。而基于此心的公平原则,也已成为处理人际关系重要的不成文法则。这也就不难理解,史载陆九渊处理民间纠纷极为干练,而且特别善于调解,“其有涉人伦者,使自毁其状,以厚风俗。唯不可训者,始置之法”。^[50]这种情理法虽然没有自然法那么形式化,但却更直指人心,更富有感染力和实践价值。几乎同样的情形也发生在王阳明身上。他的一个学生是个法官,曾向他抱怨“簿书讼狱繁难,不得为学”。王阳明点拨他说:“我何尝教尔离了簿书讼狱,悬空去讲学?尔既有官司之事,便从官司的事上为学,才是真格物。”^[51]是故公平之道、是非之心,不是悬空的,本来就体现在律条官司里。所以中国司法传统可以说是把公平原则实践到了极致。虽然这不是很形式化和成文化,但是对公平感的认知和运用甚至超越书面法典。

这样的情理法传统,在很多现代人看来,似乎已经不合时宜,没太大意义了。但是情况可能不是这么简单。这将是本文最后想说明的:公平主导原理,除了具有法学的理论意义,其社会实践意义可能更为重要。

五、法律原则的实践意义和局限

在实践中,公平主导的法律原则由于比较接近人们的主流社会认知,所以法律规范在社会中往往可能“自执行”,无须全靠外界监督或者激励。在这样的情况下,社会依据一些基础的法律原则而形成自发秩序,不一定非要依靠成文法。这二者的区别接近法社会学中的“行动中的法”(law in action)和

[48] 参见[英] 诺齐克:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,中国社会科学出版社2008年版。

[49] (宋)钱时:《慈湖遗书附录 慈湖先生行状》,《四明丛书》本,张寿镛辑录,上海书店出版社1994年版。

[50] 参见(元)脱脱等:《宋史·列传第一百九十三·儒林四》,中华书局1977年版。

[51] 参见(明)王守仁:《王阳明全集·传习录(下)》,吴光等编校,上海古籍出版社1992年版,第93—94页。

“书本上的法”(law in books),或“社会法”和“国家法”,^[52]也接近中国传统的“礼治”和“法治”。埃里克森(Robert Ellickson)把这个问题归纳为“规范中心”还是“法律中心”^[53]。认知角度对此的回答是,规范才是社会运行的主体,国家主导的规则是其次的,这就是情理法的社会实践价值。

“凡事大不过一个理字”“有理走遍天下”“你讲理不讲理”——中国人的这种情理法实践随处可见。不要小看这种实践,中国近四十年的高度经济发展成就,主要依托可能就是这些,它们也许才是市场和社会秩序的基础。按发达国家标准,中国改革开放以来一直是法律不健全的;但令人奇怪的是,中国社会不仅大体上有秩序,而且还是涌现了大量交易、组织和制度的秩序。这个法律不健全的秩序,创造了“中国奇迹”。^[54] 如何理解改革开放以来的巨大成就,如何解读“中国奇迹”,公平主导原理或许可以提供一些线索。支撑这个巨大市场的,可能不是利他主义也不是效率思维,而是人们普遍的公平认知。

因此,公平主导意味着公平和市场是同步的,意味着市场合作的自发秩序的主导地位。我们每天都可以观察到大量的市场合作当中渗透着这样的公平,但也许太寻常而“百姓日用而不知”,它的原理反而被忽略了。例如在买卖行为中,若一方给付而对方没有对待给付,不公平感马上就会产生,就想要讨个“说法”。这种公平感不是源自法律的研习,而是深深嵌在人的大脑,是一个速度很快而结果又很清楚的认知进程。这样一种人与人相互知晓的公平认知,使得人们有买有卖,“心照不宣”、合作无碍。这可能是公平原则最重要的社会实践意义。对陌生人市场来说,情感所起的作用很小。而陌生人之间基于各自最优利益的博弈,结果可能是囚徒困境,而不是合作。所以,也许最主要是公平(而不是效率或情感),构筑起人与人的合作秩序,构筑起人类伟大的合作制度——市场。^[55]

在这个意义上,公平主导的社会实践意味着市场经济应该是主导。国家干预——或者是基于保护弱者的情感原则,或者是基于更大集体利益的效率原则——虽然有必要兼顾,但都有严格的限度。也就是说,只有在非常重大的情感和效率问题上,市场才可能让步。

因此,在社会财富分配上贯彻公平主导原理,意味着以多劳多得、少劳少得的公平原则为主体。固然,人有救助不幸者的利他情感,但这可能仅限于救助赤贫者,而不是大锅饭。根据对人们幸福感的研究,财富到一定水平,幸福感将保持不变。^[56] 因此可能只有救助赤贫者才有显著改善的意义,情感原则在这个限度内才可能恰当。与此同时,有些意义重大、收效长远的工作,可能需要公共财政的支持,否则在市场上很难兑现。这个时候效率思维可能是必要的,可能需要一些权威和计划,但这个限度也是重要的。

最后还希望说明的是,公平原则也有其自身的局限。虽然规范和原则很重要,是社会秩序的

[52] Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *American Law Review* 12-36 (1910). “社会法”和“国家法”的区别类似,但“社会法”更多是“准规则”或“准二阶规则”意义上的。参见[奥] 欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版。哈耶克的法律和立法的区分也类似,但请注意,哈耶克的“法律”主要是在社会法和规范的角度说的。参见[英] 哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版。

[53] 参见[美] 罗伯特·埃里克森:《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 167 页以下。

[54] 此问题文献众多,一个综述,参见[美] 勃兰特、罗斯基等:《伟大的中国经济转型》,方颖等译,格致出版社 2009 年版,第 319—361 页。

[55] 这可以部分解释为什么奥地利学派经济学不通过理性人假设也可以描述市场过程。

[56] 这在经济学上称为“伊斯特林悖论”(Easterlin Paradox)。See Richard A. Easterlin, *Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence*, in Paul A. David & Melvin W. Reder, eds., *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, 1974.

母体。但是,原则并不能解决所有问题。缺乏制度上的法治,光靠情理法是不足的。^[57] 所以现代社会形成了规则化解决纠纷的机制,这就是二阶意义上的法律。从这个角度理解,法治是一阶机制和二阶机制的结合,其中一阶机制是原则或规范,它主要侧重确定责任或惩罚;而二阶机制表现为成文法规则或判例,这主要是解决原则冲突、侧重反思和宽恕的机制。由于一阶机制内在于人心,是社会自发形成的秩序,所以衡量形式上的法治,主要是看外在的二阶机制,也就是看这个社会的法律规则、法律职业的专业化程度和社会地位。不过,即使是在二阶层面,人们的认知基础仍然满足情感、效率、公平这三个进程,而且进程间的关系可能仍然是公平主导。就此而言,二阶意义的公平主导,意味着法官的主要工作是按照法律规定行事(二阶意义上的公平原则),效率和情感考量虽然可能存在,但它们都不是主体。换句话说,除了重大的效率和情感问题,法官一般是按照二阶法律规则行事,这就是法治的形式公平。对这种二阶规则的认知解释,将另文展开。

“公平主导”的一个简单回答是,面对不同场合,情感、效率、公平三种进程激活的程度不同。大体上,家庭场合激活情感,工程场合激活效率,市场和法律则更激活公平。在实践中,公平主导的法律原则由于比较接近人们的主流社会认知,所以法律规范在社会中往往可能“自执行”,无需全靠外界监督或者激励。公平原则也有其自身的局限。虽然规范和原则很重要,是社会秩序的母体。但是,公平原则并不能解决所有问题。缺乏制度上的法治,光靠情理法是不足的。所以现代社会形成了规则化解决纠纷的机制,这就是二阶意义上的法律。

Abstract Emotion, efficiency and fairness are the three common processes of people's cognitive activities. Correspondingly, there are some basic principles of people's cognition of law. These cognitive interactions may not only form the spontaneous social order but also provide an analysis framework for jurisprudence based on cognitive background, which helps jurisprudence to deal with practical issues. A simple answer to the dominance of fairness is that the three processes of emotion, efficiency and fairness are activated at different degrees in different situations. Generally speaking, family occasions activate emotion; engineering occasions activate efficiency; market and law activate fairness. In practice, because the legal principle of fairness is close to people's mainstream social cognition, legal norms are often "self-executing" in the society, without relying on external supervision or incentives. The principle of fairness has its limitations. Although norms and principles, the origin of the social order, are fundamental, the principle of fairness itself cannot solve all the problems. It is not enough only to rely on emotion, rationality and legislation without the systematic government of law. Therefore, modern society has formed the mechanism of regular dispute resolution, and that is the so-called "second-order law".

Keywords Cognitive Science, The Principle of Fairness, The Principle of Emotion, The Principle of Efficiency, Spontaneous Social Order

(责任编辑:宾凯)

^[57] 当代法学在这里论述甚多,例如哈特把这些缺陷归纳为模糊、低效、僵化。参见[英]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,第五章“法即第一性规则和第二性规则的结合”。