



#### 论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

## 吴元元：信息能力与压力型立法

发表于： 2011-01-14 22:29 点击： 467

**摘要：**基于媒体话语的压力型立法是立法者信息能力不足的产物。在信息的视角下，如果立法者的信息能力不能有效应对现代法律规制活动的知识挑战，那么将无法抵御媒体话语的过度渗透，导致立法与媒体之间的关联过于紧密，形成一旦媒体热议、立法积极跟进的压力型立法现象。法律制度是具有恒常性的规则，而压力型立法往往失却应有的冷静、客观、慎重与全面，展现出背离理性立法的内在机理的决策特点，引发一系列既不公平、也无效率的再分配效应。压力型立法凸显了信息能力在公共政策选择和制度设计中的重要性，应当实施立法绩效评估制度，以此为立法者重塑信息能力提供充分的激励，促成立法者积极转变信息获取模式，确保立法的科学性与合理性。

**关键词：**信息能力；媒体话语；压力型立法；利益再分配效应

大众传媒[1]是现代生活决策的信息来源之一。作为集中、整合众意形成制度安排的决策活动，立法自然无法绕开媒体的影响。无论是对社会变迁中产生的新的权利、利益诉求，还是对既有制度设计的实施效果反馈，媒体都是一个不可或缺的信息传播渠道，其为立法者与公众之间的有效信息沟通提供了必要的公共空间。媒体与立法的良性互动，有助于推动法律制度的合理变迁，推动立法者供给适合社会需求的制度安排。2007年通过并生效的《中华人民共和国反垄断法》就充分体现了媒体对立法的积极意义。然而近年来，媒体与立法之间的关系有时过于紧密，出现了一旦媒体热议、立法积极跟进的现象，导致后者对于前者在时间上的趋近性、判断上的追随性以及制度设计的单一顺应性。如：经由媒体报道，孕妇丈夫拒绝急救手术签字、使“一尸两命”成为公共事件，立法者立即酝酿如果抢救难以取得患者或近亲属同意，医方应强行实施急救措施；[2]媒体关注高空抛物致人伤亡、无法找到加害人，立法者就计划由事发建筑物的所有“涉嫌”使用人承担连带赔偿责任，除非能够证明自己与之无涉；[3]而当劳动合同关系短期化成为媒体的议题时，立法者则推出无固定期限劳动合同制度作为回应。[4]凡此种种，不一而足。立法有时在媒体话语的冲击下展开，不少制度安排是应对媒体话语冲击的回应型产物，立法活动被简缩为“冲击—回应”的被动过程，形成了基于媒体话语的压力型立法。

法律制度是具有恒常性的规则，处理的是一般行为，注重的是对社会生活规律性因素的提炼；立法是站在社会总体福利的层面，以立体的视角对社会成员的权利义务作出公平、合理、有效率的配置，需要的是对各种诉求的掂量，对各种可能性后果的系统考虑，需要一种审慎的整体主义制度观。而大众传媒讲求的是信息传播，新鲜性、时效性是媒体传播活动的核心目标之一，在号称“注意力经济”时代，这一特征更为突出；另外，正如传播学研究所指出的：“新闻媒介不会把事情原原本本地告诉我们，不会也不可能不带任何偏见；新闻媒介不可能完美地反映现实”，[5]媒体是社会信息传播途径上的“把关人”（gatekeeper），[6]在传播过程中总是试图借助信息的筛选、过滤和取舍塑造受众的认知。即便是以真实性作为其追求的业务标准的新闻报道，同样存在着选择性传播的可能，导致信息失真。因此，立法与媒体传播的内在逻辑并不相同，如果媒体话语过度渗透，形成压力型立法，那么，立法过程很可能失去应有的冷静、慎重。

本文是对上述压力型立法的一个理论回应。从信息的视角切入，本文指出：当立法者的认知框架无法有效应对现代法律规制活动的知识挑战时，其不完备的信息能力将导致基于媒体话语的压力型立法。这类立法展现出有悖于理性立法

的内在机理的决策特点，引发一系列既不公平、也无效率的利益再分配效应。立法者信息能力的缺陷所导致的压力型立法凸显了信息在公共政策选择和制度设计中的重要意蕴，对此，应当实施立法绩效评估制度，为立法者重塑信息能力提供充分的激励，促成立法者积极转换信息获取模式，确保立法的科学性与合理性。

## 一、压力何以形成：信息的视角

信息是决策的基础。决策者常常发现，一方面，与决策相关的支持性信息不足；另一方面，又面临无关信息干扰的“超载”局面，其必然要在信息能力与信息搜索、甄别费用之间进行调适。决策者不会无限制地展开信息搜寻，他们会在对信息投资的预期边际收益等于预期边际成本这一点停下来。如果信息费用过于高昂，决策者就会采取简化决策模式，诉诸一些简捷便利的维度，一些粗略的“代表标记”（proxy），对信息问题进行简化。[7]比如，消费者经常依据商品的商标作出购买决定，银行根据犯罪记录、破产、收入来筛选信贷申请人，招聘者以籍贯、个人学历、毕业学校为基础挑选应聘者，选民在无从判断候选人的政策纲领时，往往按照其所属党派进行投票。从信息的视角看，这些简化决策模式是对高昂信息费用的一种适应。

立法作为一种群体决策，同样受制于信息费用的刚性约束。现代社会中法律规制活动对信息的需求不断强化，对立法者提出了强有力的挑战。当立法者的认知结构缺乏足够的信息储备，对规制对象的行动激励、规制措施的成本收益、制度选择的外溢效应等问题不具备充分的经验事实信息与数据分析信息，不要说特定的技术经济领域，就是一些以往立法者凭借良知、常识和常规法律技能尚能应对的传统法律领域也可能无法胜任。这时，立法者同样会采取简化决策模式，诉诸可以降低信息费用的“代表标记”。在人们的意识结构深层，往往有一些普适性的沉积物，它们是普遍的偏好，是社会成员的“共有知识”（common knowledge）。如果抽离了具体语境，没有重大个人利益卷入，人们对这类问题的基本立场与态度大致相同，比如追求公正、和平、幸福、安全等等。一旦人们缺乏决策的客观科学知识，这类“共有知识”就会作为节省信息费用的“代表标记”，成为各类决策便利的信息依据，立法亦不例外。由于社会生活长期的内化作用，这些“共有知识”的信息解码费用与接受费用是相对低廉的，可以想见，为了应对信息能力不足，诉诸“共有知识”将成为立法者简化信息搜寻、处理的策略选择。

对于媒体而言，新闻报道以及相应的公共评论、访谈本质上是一种信息传播行为。在“注意力经济”时代，注意力是稀缺资源，如何降低信息发送费用，以最低成本赢得广大受众的接纳认可，是媒体传播的核心问题。那么，传播如何有效？何以有效？其取决于两个要素：信息传播者的可信性与信息的可理解性。[8]

### 1. 传播者的可信性

说服是传播追求的重要目标。“从亚里斯多德时代到目前，对传播过程大都从它的说服力角度展开”。[9]无论是亚氏的古典修辞理论，还是近现代的传播学说，都指出要想达到对受众的说服目标，首要条件便是信息传播者必须建立起自己值得信赖的公共形象，“因为作为一项原则，我们越是认为一个人正直，就会越快信任他。一般来说，当论点超出确切知识的范围时，当意见分歧时，我们就会绝对相信他们”。[10]因此，信息的有效传播必须首先使得受众处于接受的情绪之中，创造出修辞学所说的“伦理感染”。

作为信息传播者，媒体会借助各种发送成本较低的信号来塑造自身的可信形象，那些“共有知识”是强化可信度的便利信号，容易使发布信息的媒体至少看上去是可信的。其一，“共有知识”创造出来的“伦理感染”是一种“信任品”，在抽象层面不易证伪，不容易引发受众质疑。

其二，如果传播的信息与受众的既有信仰距离越近，其被接受的可能性就越大。“共有知识”是人们信仰之网中的普适成分，它与受众先前的认知结构有很好的亲和性，适宜作为迅速赢得认同感的便利材料，媒体藉此可以塑造自身社会良知、社会责任倡导者和代言人的良好形象。

### 2. 信息的可理解性

“信息的消费对象相当明白：它消费的是受众的注意力”，[11]如果信息的表现形式与受众乐于接受的形式差距过大，信息解码费用过高，其将不会把有限的注意力资源配置于此，从而导致无效传播。易言之，受众对信息的关注、接受是选择性的，他们的反应契合注意力经济学的逻辑：信息被关注、接受的程度与其可理解性成正比。

能否对信息顺利解码，相当程度上取决于受众的信息存量、流量与信息结构。现代社会中，专业化已经成为重要的无知之源，更重要的是，由于现代职业活动的集约化程度大大增加，受众的精力更多地被约束在职业范围内，很难从中抽身去从事其他时间密集型活动，[12]如果信息接收需要受众具有专门的知识储备，或者是需要进行时间密集型的准备学习，则无异于从一开始就埋下了传播失效的种子。由于现代社会的知识隔阂与时间成本，要想保证有效传播所必需的信息可理解性，媒体应当更多地诉诸于遍布社会成员的“共有知识”，而不是职业分化形成的“私人知识”

(private knowledge)。基于受众的认知因素，运用“共有知识”来迅速打开受众的信息接收通道就会成为媒体常用的传播策略。

立法者是媒体传播的目标受众之一。媒体传播能否对之产生影响、其影响程度如何，都受到立法者既有认知框架的制约。依据贝叶斯法则，[13]决策者的“前见”将影响其依据新信息输入形成的判断，外来信息是在既有认知框架内进行解码。当外来信息与在先的认知结构越匹配，重合程度越高，就越有可能被认可与接受，并被当成行动依据。“共有知识”是立法者简化决策模式中的主要信息工具，同时又是媒体快速建立受众认同感、提高信息可接近性的重要传播手段，成为媒体信息发送—接受流程中的连接点。通过“共有知识”，媒体话语很容易被纳入立法者的认知框架，并且很容易激活认知框架中的敏感点，引起立法者注意力的高度集中，甚至影响其单向度地配置注意力，对媒体话语之外的其他因素视而不见。因此，当新闻、评论、访谈等成为立法者决定性的决策信息依据之际，它们就会对之产生一种强大的影响力，一种压迫的力量，由此生成基于媒体话语、实际上是基于其“信息影响”的压力型立法。[14]

## 二、媒体话语压力下的立法决策展开

在媒体信息的压力下，传播逻辑取代立法逻辑，为获取受众注意力的修辞因素过多影响到法律制度的安排，从而导致一系列背离审慎理性的决策特征，展现了一个异化的立法过程。

### 1. 因果关系判断简单化

因果关系确定是制度安排的前提。变量之间存在何种关系，哪些变量之间联系更为紧密，从而可以确定因果关联；哪些变量之间更为疏远，从而可以从因果链条上排除出去，等等，这些认定直接影响权利义务配置格局与制度运作绩效。

在压力型模式下，立法者的认知视角往往被媒体话语覆盖的范围所框定。决策论的研究表明，决策者在多数时候都倾向于在结果的周围寻找原因，比如“今天提高了价格，明天销售额下降，决策者就可能认为这两个事件之间有联系”，[15]倘若媒体的叙事脉络将两个变量处理成空间上相邻、时间上继起，立法者就很可能把二者联系起来，认为存在因果关系。特别地，影响归因的一个关键因素在于事物的“突出性”，媒体的叙事脉络如果凸显了某些变量，立法者就很可能在“突出性”的引导下确定因果关系，尽管事实上变量之间的联系远隔千山万水。而真正可以作为事件原因的变量却可能由于处在媒体话语的覆盖范围之外，无法进入立法者的视野，或者由于媒体叙事脉络的筛选、重新排序，被错误地从因果链条上剔除。

作为社会生活的信息来源之一，媒体可以为立法决策的因果确定提供帮助。但是，媒体话语所展示的并不完全是对报道对象的“镜子”式的再现，它所营造勾勒的是一种“拟态环境”(pseudo-environment)，[16]是对现实信息进行选择、处理后重新构造的再加工产物。作为信息流动的把关人，媒体决定了向受众传播哪些信息，如何传播，并试图通过这些信息造成某种印象。

有时，甚至把关人不动声色地调整信息本身的顺序结构，使信息得到某种程序的变化，也能导致信息失真。因此，媒体具有过滤器和放大器的功能，尽管一些新闻媒体经常标榜“客观报道”，但事实上却是把关人再加工后的产物。在这个意义上，“新闻和真实并不是一回事，必须清楚地加以区分”。[17]如果立法者没有足够的信息甄别能力，局限于其叙事脉络内处理变量之间的关系，就很容易把媒体话语建构起来的虚假因果关系当真，或者对话语之外的真实因果关系“失明”，错误地扩张或缩短因果链条。

### 2. 权利倾斜性配置

为了更有效地触动受众内心，不少媒体采取“插入式”(episodic)的新闻框架作为叙事策略。依托人们普遍认可的“共有知识”，“插入式”传播舍弃对事件进行深入的因果分析，集中关注事件本身的个性化特征，基本不触及事件背面更深层次的“暗物质”。比如，言及社会失业问题，聚焦某市一个失业的、无家可归的动人故事往往是更有效的传播策略，这一新闻框架作用于受众的情绪并强调个人的苦难，很容易引起受众的情感共鸣，产生基于情感、同情的“有效启发”(availability heuristic)，[18]以及没有区分和辨析的移情。

人们的直接感受和印象往往对其决策起到很大作用，这就是心理学上所说的“有效启发”。

“插入式”新闻框架能够在立法者的脑海中留下生动鲜活的印象，激发情感共鸣，由此产生的“有效启发”效应使得媒体话语很容易引起立法者的高度关注，并迅速认同其作出的定性和分类。心理学家保罗·斯洛威克认为，在人类的认知因素中，感情是处于优位的，能够增加人们情感反应的信息就能够全方位地改变他们的判断，[19]因此，生动形象的图片，情感话语展示的个案描绘，“讲故事”的传播技巧，往往能够轻而易举地遮蔽其他可能的图景，将受众导向媒体预设的立场和判断。近年来，媒体话语开始了对社会成员的二元分类，形成一系列“强—弱”两分的“对立者”形

象：消费者—厂商、患者—医生/医院、行人—机动车司机、雇员工—雇主等等。在情感启发效应下，立法者易于接受这类刻板的二元划分，并将之作为权利义务配置的重要依据。社会主体一旦经由媒体话语被归类为前者，往往会引起立法者在利益分配上对之予以更多的照顾，更多地将其视为权利的享有者，忽略其也有作为义务承担者的角色担当，实行倾斜性的配置模式。

可以说，媒体话语塑造的“强—弱”二分模式并不是必定合理的。孰强孰弱，与特定的社会语境密不可分，是可以流变的概念。比如，医生这个职业群体健康受损较重，承担的医疗、“医闹”风险较高，[20]他们也有理由声称自己是弱者；机动车违章驾驶时有发生，但行人无视交通规则酿成车祸也并不鲜见，这类主体同样不符合“弱者”的形象设定。可见，单纯由情感效应激起的移情在某种程度上是片面的，根据这类移情形成的刻板的二元划分作出的倾斜性权利义务安排，由于缺乏整体主义制度观需要的那种立体感和超然，容易产生目光短浅的所谓的“实质正义”。

### 3. 追随媒体的“议程设置”

受众对于事件、问题及其重要性的认知常常受到传媒影响。某一问题/事件越是被媒体优先提及、或者作为“大事”加以突出，受众也越容易把它当成“大事”对待，越容易成为公共讨论的焦点，媒体的强调与受众的重视程度成正比。通过传播过程中的信息排序和赋值，媒体在一定程度上左右受众的判断。基于其影响某话题在受众心目中的重要程度的能力，媒体具备了一种设定公共事务“议事日程”的功能，即议程设置功能（the agenda-setting function）。[21]

但是，媒体的“议程设置”并不一定符合社会问题/事件重要性的本来面目。信息传播的轻重缓急安排受制于传媒业的业务标准和市场标准。典型的比如，“新鲜性”是新闻报道一个非常重要的指标，新近发生的事情、各种及时性信息更容易获得媒体优先处理，随之展开的评论、访谈也更加便于塑造公共话题，但其并非必然需要立法即时介入；反之，即便是亟待立法予以制度化关注的社会事件，如果不满足“新鲜性”尺度，也很可能无法进入媒体的传播渠道。

立法是一个利益均衡的考虑过程，无论是短期利益，还是长期诉求，都必须在制度层面得到恰当配置。当信息能力不足导致立法者过于依赖媒体的信息提供，以至于追随其“议程设置”时，立法决策的“短视症”就会发生，导致利益安排失衡。人们总是“偏爱那些在时间和空间上距离较近的利益的实现。现在和邻近的利益是即时的、清晰的，这往往会使时间上和空间上遥远的利益全面处于劣势地位”，[22]通过营造强烈的现场氛围，媒体话语可以一下子把某类利益诉求“拉到眼前”，使之成为即时的、眼前的，赋予其强烈的在场感。这种“拉近”是媒体不动声色的表达顺序设置，往往引起追随型立法者的注意力偏向，从而在立法议事日程上占据优先。

或者，媒体对某类问题展开连续性报道，借助反复提及强化受众印象。这种高频率传播是媒体自身注意力投入、重视程度的一个信号显示，“受到某种议程影响的受众成员会按照该媒介对这些问题的重视程度调整自己对问题重要性的看法”。[23]对于追随型立法者而言，受媒体重视的议题在立法菜单上的权重相应增加；与之相对，未能获得媒体优先排位或强调的议题很可能在立法者心目中淡化，抑或是被错误地延迟考虑。在这个与“议程设置”同步调的过程中，媒体话语具备了对立法事项排序和赋值的意义。一旦这种排序、赋值失误，往往使得立法者顾前不顾后，只见树木不见森林，造成诸多有待继任者解决的“立法后遗症”。

“议程设置”还可能导致泛立法化，过度扩张法律规制的范围。借助“热点化效应”（spot-lighting effect），媒体可以在短时间内使未必能够作为立法事项处理的社会事务获得“突出性”，影响立法者的认知，引导其注意力快速聚焦。某些社会事务越是被放置在媒体话语的聚光灯下，“热点化效应”越是突出，就越容易被当做立法事项对待，而不论是否有必要在制度层面予以一般化规制、法律规制的成本收益几何。基于对媒体的信息依赖，立法者追随“议程设置”来圈定义题、筛选项目，往往在一定程度上会溢出立法的合理边界。

其实，立法对于社会生活的干预是有限度的，并非所有的社会事务都需要法律规制，其中存在大量允许“法律缺失”（lawlessness）的领域。[24]法律规制是一项消耗资源的活动，当投入成本过高而规制收益又微不足道时，合理的做法就是对之放弃法律干预，因此日常生活中不难看到，对于轻微违反社会公共生活准则的行为，比如：随地乱扔垃圾、攀折公园花木等等，或者是家庭生活中诸如夫妻吵架之类的细小纠纷，法律一般不予介入。倘若立法者在媒体的“议程设置”面前过于被动，轻易对之“当了真”，以此为依据来判断有无法律规制的必要，这种追随将会把诸多原本存在于允许“法律缺失”领域的事务不当地拉入立法日程，对立法资源的优化配置造成损害。

### 4. 频繁变动制度安排

立法者之所以对媒体倚重有加，一个重要的原因在于借此弥补信息能力不足，减少决策过程中的不确定性。然而，媒体话语是新闻框架、叙事策略、议程设置等合力之下的产物，首先要服从、服务于媒体的传播目标和传播规律，从知识论的角度来看，并不必定是一个充分可靠的信息参数，其隐藏在“煽情主义”之下的不完备很可能非但无从减少立法决策中的不确定性，反而有可能增加决策过程的“信息噪音”，干扰立法者的识别和判断。此时推出的法律往往难以适

应社会约束条件的要求，最终只能频繁地诉诸“变法”来调整，展现出很强的脆弱性。

制度安排频频改变损害了立法尊严，形成负向的信号传递，诱使利益集团对立法的可操纵性产生认知，从而借助对媒体话语的渗透、包装、裁剪来达到影响立法的目的。利益集团可以把自己偏好的信息选择性地传递给媒体，后者或是基于时间紧迫、或是基于利益驱动，很可能无法或不愿检验信息真伪，迅速将之作为热门新闻发布。这些信息包含真实的部分，但也可能带有偏见，甚至是彻底的杜撰。无论真伪，媒体强大的公共话语优势都会在社会中快速形成信息连锁，推动立法安排向着对其有利的方向变革。如果这类信息策略引起其他利益集团反向的抵消式回应，立法安排就会陷入一个循环往复的低效率漩涡，造成“左右摇摆”的公共形象，难以塑造应有的立法尊严。目前中国已进入利益多元化时代，利益集团对立法的影响不容忽视，有必要注意防止制度安排因信息能力缺陷过度变动，诱发利益集团的信息操纵策略而对立法产生不良干预。

### 三、压力型立法的利益再分配效应

基于压力型模式，立法决策考虑往往与媒体话语过度粘连，立法者“透过媒体看世界”，缺乏应有的整体制度观，导致决策单边主义，无法全面把握制度构设可能出现的各种后果，造成一系列既不公平也无效率的利益再分配效应。下文分别以近年来具有代表性的压力型立法产品——无固定期限劳动合同制度、高空抛物伤亡连带赔偿制度、危急患者强行急救制度——作为分析材料，[25]从实证制度后果的视角更为具体、细致地展现压力型立法的弊端。

#### 1. 引发规制对象的法律规避策略

对于理性的规制对象来说，如果行动菜单中的一种选择已经落入法律规制的界域，引起义务加重或行动成本上升，其就会借助各种因应策略予以抵消。[26]最常见的做法就是运用立法单边主义未能顾及的其他维度进行合法的制度性规避，迂回转移行动成本。因此，如果立法者对于规制对象的合法规避策略没有充分的考虑，将很容易因为视角单一而顾此失彼，规制对象合法但不合理的规避行动将大大消解立法者良好的制度意图。这类规避效应在各国立法史上屡见不鲜。比如，最低薪金法意在保护雇员的合理收入水平，但是雇主可以用资本代替劳动力、用业绩出色的雇员代替勉强合格的边际雇员，引发强烈的失业效应，[27]最终仍然由立法意欲保护的對象来承担规避效应引致的更大伤害。

规避效应在我国近年的压力型立法中同样非常突出，无固定期限劳动合同制度即是其中典型的一例。这一制度安排本意在于保护劳动者的职任稳定权，但是，由于其主要规制对象——企业能够便利地借助《中华人民共和国劳动合同法》未能触及的维度进行成本转移，引发多重替代效应，严重影响了劳动者的就业数量和就业质量。

首先，企业是否与员工签订长期契约是法律可以规制的，然而企业对于生产要素的选择属于企业的经营自主权。人力资本和物质资本同属于生产要素，二者之间具有替代关系，作为转移上涨成本的常用手段，企业必定会更多地用物质资本代替人力资本，导致物质资本“挤出”人力资本的替代效应，造成劳动力过剩。

其次，法律可以规制劳资契约安排的长度，但是不能干预企业基于技术、技能等专业标准挑选员工。按照契约经济学原理，如果缔约方要进入一个刚性契约安排，不得便利退出，其必定会在缔约之前强化搜寻与甄别，以防止落入后续的低效率状态而不得解脱。在无固定期限劳动合同制度下，企业相当于被单边地带入“锁定”（lock-in）的劳动合同之中，很难根据运营的绩效目标调整人力资本的投入，因此，其必定有强烈的激励对求职者进行详尽的事先甄选。在必备的教育背景、文凭之外，企业将更多地诉诸于劳动技能、从业时间、既往工作业绩等更为直接、准确的考核指标，减少缔结劳资契约的试错成本。如此，边际劳动者——如非技术工人、中年女性劳动者、没有工作经验的毕业生就会被更具竞争实力的求职者替代，成为失业效应最主要的承担者。

再次，法律可以设定劳动合同的长短，却无法介入企业对人力资本的用途进行配置。企业可以通过不同的用途配置来调整劳动力的安排，以迂回方式促使员工“流出”。典型的比如，向员工分配一些令他/她苦恼并且显然不适合的工作，诱使员工主动解除劳动关系。员工的效用函数并非由职位的稳定单独决定，如果为职位稳定支付的机会成本——丧失体现自身价值的工作岗位——远远高于职位稳定带来的收益，那么员工就会因为企业的“合法逼迫”退出，导致遮蔽在“主动辞职”之下的隐形失业效应。

#### 2. 遭遇司法举证困境

作为纠纷的“第三方治理”模式，司法机制的外部视角决定了支撑其运转的证据必须满足可观察性（observability）、可检验性（verifiability）的要求。所谓可观察性，是证据信息能够以客观形式在外部裁判者面前展现；可检验性，是证据信息可以凭借技术手段在外部裁判者面前加以证实。[28]如果没有可观察性，司法机制很容易陷入“清官难断家务事”的困惑，缺乏最基本的信息基础；不符合可检验性，则意味着很可能出现“莫须有”一类的裁判错误，二者必须同时满足，缺一不可。而高空抛物伤亡连带赔偿制度在实际运作中则很难同时满足这两个必备

要件，很容易陷入举证不能的司法困境。

该赔偿制度以案发建筑物的涉嫌使用人能够证明自身并未实施高空抛物行为作为抗辩事由，在制度设计意图上已经考虑了受害人与潜在加害人之间的权利义务均衡。但是，从司法机制对证据的要求来看，上述抗辩事由难以同时满足可观察性、可检验性，只能是“看上去很美”的屠龙术。按照媒体的叙事视角，案发建筑物的使用人较之受害者，其利益未受损害，双方“受损—未受损”的对比足以在立法上将前者归入“强者”的行列，实行举证责任转移。然而，现代生活日益疏离化、陌生化，个体很难从群体中获得支持自己清白的公共证据，而完全由其自身来承担证据搜集、保存，又将使之陷入“不能承受之重”的境地，涉嫌使用人并没有优于受害者的证明能力，举证责任倒置不符合证据提供上的“优者负担”原则。

一方面，现代生活使不同的人之间的距离越来越远，人们越来越难以直接从外部观察到他者的行动，他人的监督功能几乎不复存在，个体行为的可观察性弱化，借助其他社会成员“看在眼里”、“有目共睹”来获得关于自身清白的证据的可能性大为降低，只能求助于证据保存的自我投资；另一方面，这种自我投资很可能是成本极其高昂的，甚至达到正常生活无法运转的地步。要证明自己没有实施高空抛物行为，可行办法莫过于证明自己在案发时进行的是其他活动。然而高空抛物致人伤亡是生活中的偶发事件，无辜的个体往往不知此类纠纷何时袭来，为了应对突如其来的诉讼，只能将自己的日常行动通过诸如DV之类的技术手段事无巨细地予以记录并外现。不过，这又与人们最基本的生活安宁形成难以化解的紧张关系。试想，从不受无端干扰、保有最低限度私人空间的正常预期考虑，有谁愿意时刻生活在“被看”的状态？这种证据保存的自我投资无异于对正常生活的颠覆。尽管现代技术能够为可检验性提供帮助，但是可观察性要求带来的记录成本如此之高，以致抗辩事由缺乏司法意义。

证明责任分配的重要功能之一在于防止无辜者无端卷入诉讼纠纷。是否提起诉讼、何时提起诉讼是原告可以控制的变量，而对于可能成为被告的无辜者是不可控的，如果没有起诉条件、证明责任等制度约束，无辜者随时都可能陷入“万家诉讼”的荒唐境地。即使举证责任倒置，也必须满足法定要件：双方证明能力不对等，被告具有明显的证据信息优势，这才符合证据法上“优者负担”原则。事发建筑物的使用人仅仅是没有受到伤害，并非一定就是“优者”；相反，在证据的可观察性要求面前，他们并不具有证明优势，被赋予的抗辩权利是虚化的，其仍有可能任何一天都要等着法院来传你，要到法院去证明自己没有干过什么，要等在那个地方收集自己没有罪或没有加害行为的证据。〔29〕

证据是司法运作的核心，“连坐”式的赔偿制度必然要在举证困境面前碰壁。无论是从对受害人救济的及时性、充分性，还是从责任承担的公平性来看，侵权行为法本身并不必定是现代风险社会的唯一救济。无法查明施害人高空抛物案件需要的其实是风险的公共分散，这一诉求更适合由保险业来承担，这也是保险业的基本职能所在。目前，中国不少城市的保险公司已经开发了包含高空抛物险在内的公众责任险，也有保险公司把高空坠物与雷劈、冰雹并列在一起作为理赔对象；还有一些保险公司将高空抛物造成的人身损害纳入人身意外伤害保险的意外伤害范围，按照意外伤害险理赔。可以说，高空抛物损害赔偿已经具备了非司法化解决的实践基础。易言之，并非所有的损害都能获得救济，更不是所有的损害都必须从司法机制获得救济，在包括高空抛物在内的现代社会风险面前，立法者应当注意各种纠纷解决机制的优势互补，以公平、效率的多元方式化解风险，而不是单一地依据媒体话语，进行刻板的责任配置。

### 3. 损及相邻规定的制度价值

压力型立法的弊端是弥散化的，并不局限于自身的运作过程，它常常导致立法者始料未及的溢出效应和联动效应，损及相邻规定的制度价值。这一点在危急患者强行救治制度（以下简称“强行救治”）中体现得尤为明显。

在“陌生人社会”中，人际互动呈现出强烈的非人格化特征，书证、物证等——具有稳定物理形式的凭证——所承载的形式理性对于人们交往预期的稳定是不可或缺的。将无法取得患方同意即强行救治作为法定要求，意味着同为调整医患关系规则的相邻规定——签字制度——被取消了其作为确认医患双方权利义务分配的标记功能，是对形式理性的消解。

对于患方来说，无论何种救治措施，往往都是对患者人体的侵入，为了保证生命健康安全，这种入侵必须得到本人或近亲属充分、真实的同意，并且这一同意必须以可见的形式固定下来，以保证患方意志的真实性、有效性，签字制度履行了这一确认职能。对于医方而言，与患方的互动基本上属于“陌生人交易”，必须依赖签字制度之类的记录来记认双方就实施抢救达成的权利义务约定，以便在未来某个需要的时期回放昔日的互动情形，还原当时双方均已认可的权利义务格局。可以说，“签字方可救治”是形式理性的重要体现，它支撑了医患双方合理分配救治风险的合约机制，既保证了对患方意志的尊重，也为医方的医疗行为划定清晰的行动边界，筑起免于不必要纠纷的防火墙。正是有了这一载体，双方才能在一个能够保证基本可预见性的基础上展开互动，共同完成治疗目标。

但是，强行救治的规定无视复杂人际互动对于确定性的本能追求，越过患者或近亲属的签字干预患者身体自主权，这种制度构设不当地损害了附着于签字制度的形式理性，在一个更为隐蔽的意义上伤害患者的生命健康权。医疗是具有

突出的实践理性的职业活动，从其诞生至今，仍然没有形成流水线作业式的标准化、统一化，不确定性是其内在特征；而越是紧急救治，需要医生临场决断的裁量性因素就越高，不确定性也较一般治疗要高得多。同时，如上所述，强行救治的实质是越过患者或近亲属的同意强行进入患者身体，从一开始就与患方意志处于对立状态，与一般医疗活动相比，与患方发生冲突的可能性更大。在这两种因素的合力之下，无论救治成功与否，医方都有可能卷入诉讼。即使救治成功，患方仍有可能认为“救活”并不一定证明医生已经尽到足够的职业审慎，或许只是以损害较重的救治措施取代了损害较轻的措施，倘若不违背患方意志，也有可能通过代价较小的替代方案达到目标，减少对患者身体的伤害；如果失败，死亡本身就是引发诉讼的重大诱因。失去了形式理性对于行为预期的基本保障，医方必然会采取“防卫型治疗”（defensive medicine）来最大限度地降低可能引发的诉讼风险。或者以技术、设备为由拒绝救治，或者更多采取保守救治以减少争议，最终耽误危急患者宝贵的抢救时间。易言之，强行救治无意间取消了签字制度的形式理性价值，可能引发医方的规避策略，从而对患者生命权利保护并无太多帮助，只能是医患双方互动增加更多的不确定因素，进一步加剧原本已经颇为紧张的医患关系。

#### 四、绩效评估：重塑立法信息能力的制度激励

压力型立法之所以生成，关键是基于简化决策模式，媒体话语对立法者产生了过度的信息影响，立法者把媒体话语当作现实世界的充分反映，当作决策判断的核心依据，这是立法者缺乏足够信息能力的必然反应。诉诸媒体话语的简化决策模式体现了立法者节省信息费用的局部理性，但是它严重背离了科学立法应有的集体理性。重塑立法信息能力，增强立法者对于以媒体话语为代表的大众舆论的甄别、处理水平，是改变压力型立法状态的关键所在；而如何构建制度环境，确保立法者具有充分的激励来改变对于媒体话语的过度依赖、转变当前的信息获取模式则可以说是重中之重。

决策主体的选择是在既有的约束条件下权衡自身成本—收益的产物，当约束条件发生变化，决策的激励结构亦随之变动，原本节省信息费用的立法模式在新的制度要求下将不再是立法者的最优选。因此，应当着眼于立法制度约束的改变，推动立法者转换信息获取方式。在激励构设上，可以在《中华人民共和国立法法》中将绩效评估作为强制性安排，内容涵盖立法前评估与立法后评估；组织机构上，在全国人大设置绩效评估报告的专门性审核办公室，负责全面审核立法绩效评估报告。对于立法前评估，立法技术人员[30]在报送草案时必须同时提交绩效报告，系统分析立法的预期收益与成本，证明其规则设计具备充分合理性，如果草案的绩效评估报告无法通过该专门性机构审查，不得进入下一立法程序；对于立法后评估，立法技术人员必须详尽报告执法、司法的成本与收益，相关的社会成本、收益，特别需要分析法律的规避效应、溢出效应引起的社会总体福利水平变化。如果法律的实施绩效严重偏离预期的立法目标，还需要提交关于偏离的原因、性质与程度的详细报告。经由专门性机构审核，应当提请修改或废止。

这一制度化的评估义务可以为立法者提供一个有效驱动，激励其审慎对待各种立法信息，通过对自身知识结构更新、新立法技术引进、立法技术人员构成优化来改变当前的信息获取模式，这时追随媒体话语自然就失去了原本节省信息费用的意义。

无论是立法前评估还是立法后评估，作为立法程序中的强制性要求，其核心在于确保立法者全方位考虑系统性后果：谁是成本的承担者，谁是收益的获得者，各种利益再分配效应如何，社会总体福利状况是否得到改进。概言之，立法决策须在以下约束条件下展开：（1）立法应建立在法律规制必要性及其后果评估的基础上；（2）立法的潜在社会收益能证明其潜在社会成本是适当的；（3）立法者应选择能为社会带来最高净收益的立法目标；（4）在实现立法目标的各种备选方案中，应选择社会净成本最少、最有效益的方案。[31]为适应这一立法约束转变，从技术维度来看，立法者需要在以下几个层面进行革新：

首先，立法技术人员构成的适度多元化。当前，我国各级立法机构的信息结构呈现趋同化的状态，立法技术人员多为职业法律人，知识背景、知识来源较为单一。通常，决策者对于信息的吸收、处理与其既有的知识体系密不可分，在技术构成人员同质的知识系统下，立法者很容易偏好自己熟悉的常规法律信息，忽视其他信息。而现代法律规制事务涉及知识广泛，即便是诸如侵权法这样的传统法律部门，也需要借助经济学激励理论、心理学的行为研究、统计学的回归分析等知识来更准确地配置权利义务。随着社会分工的深入推进，新现象层出不穷，纷繁复杂的知识挑战要求立法者能够把制度构设与经济学、社会学、心理学等的经验分析勾连起来，在充分考虑公众价值选择的同时，借鉴社会科学和自然科学的研究成果作出更为公平合理的制度安排。如果适度引入其他相关学科人员，促成立法决策群体知识背景的异质化以实现优势互补，那么，当前单一的信息结构与立法所需的知识多元化之间的鸿沟将有效缩小，有助于从组织维度为立法者开展绩效评估奠定人力资源基础。

其次，适度引进定量分析，实行定性分析与定量分析相结合。一般认为，定量分析适合于经济类立法，社会性立法

基本上仍然适用定性分析。其实，与定性分析相比，定量分析的优势在于相对标准、简洁、客观，有助于快速澄清定性争论的症结所在，也有助于直观展示定性分析的盲点。这一点对于社会性立法同样具有借鉴意义，后者同样可以借助衡量基准线、机会成本、支付意愿、接受意愿、贴现率等量化工具，建立评估数据库与核算指标，更为准确地评估立法的效果与代价。以无固定期限劳动合同制度为例，企业如何转嫁上升的劳动力成本？员工是否因此失去专业对口的工作岗位？边际劳动者是否承担更多的失业效应？从长远看，加剧的失业效应是否引发自杀或犯罪率增加？任职稳定带来的效用是否足以抵消上述列举的社会后果？

诸如此类的问题，都可以考虑转化成便于量化的数量单位在绩效记分卡上一一列明，设置概括性的统计指标，作出摘要统计，从而将各种立法效应在量的层面予以清晰展示，帮助立法者在充分比较利弊得失的基础上作出审慎的制度选择。特别需要指出的是，这里的成本—收益比较并没有被化约为简单的“货币最大化主义”，其同样遵循社会基础性公平观念的规范取向——应当使最弱势的群体负担的成本最小化，获得的收益最大化。对于确实无法量化的分析对象，诸如生命、健康、不可剥夺的人身权利等等，则应该在绩效记分卡上全面列明分析项目，给出详尽的叙述性报告，从质的维度论证立法的合理性。

当前，中国已经开始了立法绩效评估的试点工作，在行政法律规范制定中试行成本—收益分析。国务院《全面推进依法行政实施纲要》（以下简称《行政实施纲要》）第17条首次明确规定：“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度。政府立法不仅要考虑立法过程成本，还要研究其实施后的执法成本和社会成本”，[32]并自2006年起对《信访条例》、《艾滋病防治条例》、《蓄滞洪区运用补偿暂行办法》、《个人存款账户实名制规定》、

《劳动保障监察条例》和《特种设备安全监察条例》等6个行政法规开始立法后绩效评估。[33]但是，仅在《行政实施纲要》以倡导性规范对立法绩效评估予以规定，并没有设定相应的不利法律后果，仍然无法有效作用于立法者的效用函数，无法为其改进信息处理能力提供足够的激励；同时，仅在《行政实施纲要》作出的原则性规定只能适用于行政规则制定，并不具有一般性，在效力位阶上也不足以对其他领域的立法活动产生约束力；再者，当前只实行立法后的绩效评估，远远不足以覆盖立法活动的全部，尽管其可以促使立法者反思、重新检视已有的制度安排，但还是无法从事前的角度激励立法者全面搜寻相关立法信息。因此，从立法者面临的制度约束的普适性与有效性出发，应当在试点的基础上借助立法法提升绩效评估的位阶，设定其作为立法刚性约束的效力，并将之作为涵盖立法前、立法后阶段的全程性义务，以此为立法者转变信息获取模式构建良好的制度激励。

## 五、结语

压力型立法是立法者信息能力不足的产物，在实证制度层面，它提出了一个任何制度建设都不能回避的重大现实问题：在媒体具有强大公共话语塑造功能的“传播时代”，立法者应如何通过强化信息能力，实现外部信息汲取和审慎立法之间的有效均衡。毋庸置疑，立法应当是社会公众偏好、利益有机整合的产物，媒体往往借助新闻报道、公共评论等方式反映民众的呼声，在某种意义上成为民意的重要表达方式与载体，如果媒体对立法的渗透合理适度，并未超越平衡边界，那么，“传播时代”的来临可以是提升立法绩效、推动制度良性变迁的契机；如果立法者在媒体话语面前过于被动，以至于形成信息依赖，那么，立法过程应有的冷静、慎重将被大大消解，会在相当程度上影响制度设计的科学性。

当前，由媒体话语推动的热点案件频频出现，转型时期司法与传媒之间微妙而复杂的关系已经引起学界、司法实务界的重视，[34]但是对于一旦媒体热议、立法积极跟进的压力型立法现象却少有关注，而从立法者信息能力的视角解剖压力型立法的学术努力则更为缺乏。其实，较之司法，立法的目标在于推出具有恒常性的规则，它们适用于不特定的多数主体，指向未来的更长时段，因此，一旦媒体对于立法的过度渗透无法得到及时有效的控制，其所造成的社会公平、福利水平损失将更为严重，影响更为深远，从这一视角看，立法与媒体关系的学理分析及制度构建可以说是更为紧迫的法治任务。另外，既有的立法学研究多着眼于利益集团博弈、参与主体的沟通理性、程序正义，很少涉及立法者自身信息能力问题。然而当前的严峻现实却是，媒体塑造社会热点的功能空前强大，左右大众舆论的效果极为突出，甚至可以在转瞬之间掀起巨大的“舆论潮”，如果不注重提升立法者对外部信息的甄别、处理水平，只是寄希望于传媒的职业自律，仍然很难改变立法者在流行话语面前的被动局面。在这个意义上，本文从信息之维展开的对压力型立法的解读，或许有助于唤起对立法过程中的信息问题的足够重视，构筑立法信息能力建设的制度性保障，同时也回应了当年柏拉图“哲学王”治理的隐喻暗含的知识维度：任何社会治理，信息问题都是无法走出的背景。

注释：



[1]按照传播学的传统定义，大众传媒意指报纸、杂志、广播、电视四种。在网络时代，由于其巨大影响，互联网往往被视为“第五媒体”，应当纳入大众传媒的范畴。从当前对公共事件的传播来看，传统媒体关注的对象迅速在网络再现，反之亦然，两者互相渗透、互相融合，存在着很强的一体化态势。在这个意义上，本文将上述传播媒介作为一个整体，考察其对压力型立法生成的内在机理。

[2]《中华人民共和国侵权责任法（草案）二次审议稿》第五十六条：“因抢救危急患者等紧急情况，难以取得患者或者其近亲属同意的，经医疗机构负责人批准可以立即实施相应的医疗措施。”这一规定虽然使用“可以”来指称医方的紧急救治，但是，依据侵权法草案的专家解释意见，立法原意并非将之设置为授权性规范。对于医疗机构，这里的“可以”实际上是一种强制性义务，如果不履行，将要承担不作为的侵权责任。参见《侵权责任法草案提交人大网站纵容人肉搜索拟追责》，2008年12月23日，[http://news.xinhuanet.com/politics/200812/23/content\\_10544975.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/200812/23/content_10544975.htm)，2009年7月23日。

[3]《中华人民共和国侵权责任法（草案）二次审议稿》第八十三条：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体加害人的，除能够证明自己不是加害人的外，由可能加害的建筑物使用人承担赔偿责任。”

[4]《中华人民共和国劳动合同法》第十四条：“无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”

[5]M. L. 德弗勒等：《大众传播通论》，颜建军等译，北京：华夏出版社，1989年，第341页。

[6]Wilbur Schramm and William E. Porter, *Men, Women, Messages, and Media: Understanding Human Communication*, 2nd ed., Beijing: Peking University Press, 2007, p. 13.

[7]参见詹姆斯·马奇：《决策是如何产生的》，王元歌、章爱民译，北京：机械工业出版社，2007年，第18—19页。

[8]奇异性、趣味性往往也被认为是影响传播绩效的变量。其实，从功能的视角来看，这种特性更多适用于娱乐、消闲类新闻，对立法过程影响可以忽略不计。因此，本文不将之纳入分析框架。

[9]Wilbur Schramm and William E. Porter, *Men, Women, Messages, and Media: Understanding Human Communication*, p. 187.

[10]Wilbur Schramm and William E. Porter, *Men, Women, Messages, and Media: Understanding Human Communication*, p. 188.

[11]托马斯·达文波特、约翰·贝克：《注意力经济》（第2版），谢波峰、王传宏、陈彬、康家伟译，北京：中信出版社，2004年，第14页。

[12]参见韦伯：《支配社会学》，康乐、简惠美译，桂林：广西师范大学出版社，2004年，第114页。

[13]贝叶斯法则是一种根据新信息修正先验概率、从而得到后验概率的基本方法。先验概率影响人们根据新信息输入形成的判断。当面临不确定性时，人们对某种事情发生的可能性先有一个先验判断，然后再根据新的信息修正这个判断。在概率论中，修正之前的判断称为“先验概率”，它一般是主观概率判断；根据新信息修正以后的判断称为“后验概率”。（参见中国社会科学院经济研究所编、刘树成主编：《现代经济辞典》，南京：凤凰出版社、江苏人民出版社，2005年，第28—29页）

[14]当然，声誉、政策考量等也会成为立法者的压力之源，但其与认知因素无关，生成的并非信息意义上的压力型立法，故不在本文的分析之内。

[15]詹姆斯·马奇：《决策是如何产生的》，第61页。

[16]Walter Lippmann, *Liberty and the News*, Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 33.

[17]Walter Lippmann, *Public Opinion*, New York: Free Press Paperbacks, 1997, p. 226.

[18]凯斯·孙斯坦：《风险与理性——安全、法律及环境》，师帅译，北京：中国政法大学出版社，2005年，第41页。

[19]参见凯斯·孙斯坦：《风险与理性——安全、法律及环境》，第53—54页。

[20]为了从医院得到“满意”的赔偿，近年组织暴力索赔并从中牟取暴利的“医闹”现象日益增多。2007年，在不到一个月的时间里，仅福建省就连续发生四起严重“医闹”事件。周婷玉、邹声文：《医疗纠纷“困局”能否从此破解？——聚焦侵权责任法草案的最新相关条款》，2008年12月23日，[http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008212/23/content\\_10550052.htm](http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008212/23/content_10550052.htm)，2009年7月23日。

[21]参见Werner J. Severin and James W. Tankard, Jr., *Communication Theories: Origins, Methods, and Uses in the Mass Media*, 4th ed., New York: Longman, 1997, pp. 249, 265.

[22]詹姆斯·马奇：《决策是如何产生的》，第168页。

[23]M. L. 德弗勒等：《大众传播通论》，第344页。

[24]参见Avinash K. Dixit, *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

[25]之所以选择这三个制度作为考察对象，主要是源于压力型立法引致的非合理利益再分配效应在其中体现得相当突出，已经产生或必将产生深远的社会影响。材料选择的依据是典型性、代表性，而非仅是法律部门的归属。

[26]参见应飞虎：《权利倾斜性配置研究》，《中国社会科学》2006年第3期。

[27]参见理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第435—436页。

[28]参见张维迎：《信息、信任与法律》，北京：三联书店，2003年，第196—197页。

[29]参见杨立新、张新宝、姚辉：《侵权法三人谈》，北京：法律出版社，2007年，第134页。

[30]意指专门从事法案起草的技术人员，是一个功能意义上的概念。在立法流程中，最具知识意蕴的基础性环节——法案起草主要由这类成员完成。法案起草被普遍认为是一项异常困难的工作，是一项具有高度技术要求的工作。尽管法案在出台前，一般都将草案向全社会公布，供公众参与、讨论、并提出修改意见，以提升法案质量，但是，从知识之维看，作为立法的技术性基石，法案起草直接决定后续的执法、司法、守法绩效。

[31]参见马英娟：《美国监管影响分析制度述评》，《法商研究》2008年第1期。

[32]2004年4月20日，[http://news.xinhuanet.com/newscenter/2004204/20/content\\_1430493\\_1.htm](http://news.xinhuanet.com/newscenter/2004204/20/content_1430493_1.htm)，2009年7月25日。

[33]李立：《国务院法制办悄然启动立法后评估运作详情披露》，2007年8月31日，<http://politics.people.com.cn/GB/1026/6198101.html>，2009年7月23日。

[34]参见景汉朝：《从大局出发正确把握司法与传媒的关系》，《人民法院报》2009年10月13日，第5版。

原载于《中国社会科学》2010年第1期