

弱者保护与法律面前人人平等

——从孕妇李丽云死亡事件切入

苏力

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: 本文的分析表明, 尽管保护弱势群体有正当合理的社会和伦理基础, 但由于当代社会的利益多元和利益冲突, 某些旨在追求保护弱势群体的制度和法律措施未必能有效保护弱势群体, 相反可能激化社会矛盾, 甚至令弱势群体状况更糟; 特别是在具体事件或案件中, 更要防止以强者、弱者概念替代个人法律责任的分配。弱势群体保护必须受到宪政和法治约束, 必须是在规则和制度层面; 在分析处理具体事件时则应当始终坚持法律面前人人平等的原则。

关键词: 弱势群体; 法律面前人人平等; 司法

中图分类号: D90 文献标识码: A 文章编号: 1000-5919(2008)06-0005-08

一、问题

2007年11月21日下午4时, 在京打工的肖志军将难产并患感冒并发症的妻子李丽云送到北京市朝阳区医院就诊。医方很快做好了一切手术准备, 并同意免费治疗, 但肖志军签字拒绝了手术。尽管医方做了种种努力, 终因相关法律明确规定的家属同意签字制度, 手术无法启动; 在以其他方式抢救3个小时后无效, 李丽云死亡。

这一事件引发了全国各类媒体广泛讨论, 涉及了诸多社会问题。其中一个重要法理学问题

是: 如何保护弱势群体? 由于肖志军和李丽云的境况, 人们一般都认为他们, 甚至仅仅因其是患者, 就属于中国社会大约15年前开始流行的一个范畴——弱势群体; 而医方, 除在2003年的“非典”流行之际, 在当代民粹文化中、甚至在包括广义的立法和司法中也常常被描绘成强势群体。出于保护弱者的善良愿望, 以及近年来中国政府关注民生的追求, 正式媒体的许多评论都偏重考察和追究医院在此事件有什么错误, 强调医院的救死扶伤的法律和道德责任, 有意回避分析直

收稿日期: 2008-06-06

作者简介: 苏力, 男, 江苏省东台市人, 北京大学法学院教授, 法学博士。

基金项目: 本研究是国家社科基金重大项目“法律制度与社会建设的和谐”(编号05&zd042)的部分研究成果。

这一概括主要依据了袁正兵、吕卫红:《丈夫拒签手术, 产妇胎儿双亡》, 《检察日报》, 2007年11月23日。

据我的检索, 这个概念最早可以追溯到1992年5月武汉大学法学院成立了《社会弱者权利保护中心》, 当时的概念是“社会弱者”。在国家正式文件中, “弱势群体”的概念最早出现在1994年底时任全国人大副委员长的王汉斌在实施《国家赔偿法》座谈会上的讲话, 其中具体提及的是残疾人、妇女和儿童(《人大工作通讯》, 1995年2期, 第6页)。在学术著作中, 这个概念首先用来指农民工(刘世定、王汉生、孙立平、郭于华:“政府对外来农民工的管理——广东外来农民工考察报告之三”, 《管理世界》, 1995年6期, 第195页; 作者依据城/乡、富/贫和本/外(地)三个维度, 认为“外来农民工在[这]三类身份上, 均处于弱势地位, 他们构成一个特殊的社会群体”、下岗工人(赵曼、陈远敦:《破产企业职工善后安置与体制转换》, 《中国劳动科学》1995年12期, 第20页)。朱镕基总理在2002年的《政府工作报告》提及了“对弱势群体给予特殊的就业援助”。

例如, 最高法院在医疗纠纷诉讼中全面采纳举证责任倒置规则之际, 就宣称考虑希望通过这一制度来充分体现了医患平等的司法理念, 打破了医院强者心理, 更有利于处于不利位置的患者。请看邹声文、朱玉:《患者告医院为什么要医院拿证据, 高法: 医院举证更容易》, 《新华每日电讯》2002年4月4日。杨路:《法官分配举证责任的实证性思考——兼论最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》, 《法律适用》2002年10期, 第36页。

温家宝2006年《政府工作报告》。

接引发这一悲剧的肖志军的个人责任。

我的另一篇论文分析了此事件中涉及的事实和医疗法律问题;论证了在这一事件中,医方没有法律上的过错,也没有道德上的过错;并论证了手术的知情同意制度以及患方签字制度,才是保护患者权利的最可靠和有效的制度;若修改这一制度,扩大医方强行救治的裁量权,反而可能不利于保护患方权利。论文隐含的结论是,不能因为患方是弱者或属于弱势群体,并死亡了,仅仅为了表示社会的善良,就让并无过错的医方承担某种法律的、道德的或经济的责任;倘若不关心争议双方在具体纠纷中的是非——不问他们的法定责任、道德责任以及对责任的履行状况,只看各自所属的群体、身份,就会把保护弱势群体的公共政策变成简单的不问是非的保护弱者实践,就违反了法治的基本原则——法律面前人人平等或法律的同等待遇,更违反了基本的公平正义。

因此,有可能且有必要借助这一事件来考察在法律上,特别是在司法上如何有效保护弱势群体,同时坚持法律面前人人平等这一法治的基本原则?在什么情况下两者可能发生冲突?在政策的具体落实和原则的具体适用中如何把握分寸尺度,避免发生重大偏差?因为抽象的政策表述不能直接有效地决定具体的案件。这个问题在当代中国法治建设中具有重大的理论和实践意义。

二、在政治和制度层面理解 弱势群体保护

同情弱者几乎是人类的本性之一,因此才有了孟子所说的“恻隐之心”。只要还有起码的人类同情心,我相信没有谁真的反对保护弱者和扶

助弱势群体,特别是保护其不受强势群体的欺压。但恻隐之心或同情心只是显示了保护弱者或弱势群体的公共政策有足够的社会心理基础,却未足以作为政策、法律制度的基础。孟子的“徒善不足以为政”;民间的“慈不带兵,善不治国”;以及尼采称“没有一种制度是建立在爱之上的”;都表明了政治法律制度的基础都不是仁慈。事实上,在政治哲学上,父爱制也不被认为是一个好的制度,即使信奉最彻底的自由主义的社会也难免采取某些父爱主义的措施。也正因此,尽管当代中国社会日益关注弱势群体,但中国政府并没有简单采纳“保护弱势群体”作为明确的公共政策,而是强调“最广大人民的根本利益”以及“关注民生”。

为什么?从政治上看,这可以说是人民共和国的性质要求的。不仅中国宪法有明确的平等保护条款的规定,这更是国家统一、民族团结的必需。从政治学和宪政理论上来看,在共和国体制下,政府的职责是保护全体公民享有同等的基本权利,而不是直接给予社会中的某个群体以特别的保护。自清末以来,中国一直追求的是共和国。无论是民国初年提出的“民族共和”(五族共和)^⑩还是毛泽东时代实际上的“阶级共和”(“工人阶级领导的,工农联盟为基础的……”)^⑪,以及近年来因社会流动和个体化而日益强调的“人民共和”(“最广大人民的根本利益”)或“和谐社会”^⑫,尽管反映了不同时代的不同关注,甚至实践中也曾有过偏颇,但从抽象的“共和”层面上看,其追求是一脉相承的。这是中国国家和社会长期稳定的基础。

不仅是为了稳定,也为了社会发展。近现代

这类评论文章很多。例如,白剑锋:《生命尊严高于一切》,《人民日报》2007年11月27日。

苏力:《医疗的知情同意与个人自由和责任》,《中国法学》,2008年第2期。

Lochner v. New York, 198 U. S. (1905), in *The Mind and Faith of Justice Holmes, His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinion*, sel. and ed. by Max Lerner, The Modern Library, 1943, p. 149.

《孟子 告子上》。

《孟子 离娄上》。

Friedrich Nietzsche, *The Will to Power*, trans. by Walter Kaufmann and R. J. Hollingdale, ed. by Walter Kaufmann, Vintage Books, 1967, n. 732, p. 387.

可参看,斯蒂芬:《自由 平等 博爱》,冯克利、杨日鹏译,桂林:广西师范大学出版社2007年版。特别是第6章。

波斯纳:《超越法律》,苏力译,北京:中国政法大学出版社2002年版,第30页。

尽管有种种错觉,中国政府近年来的《政府工作报告》仅仅是在2002年简单提及了“对弱势群体给予特殊的就业援助”。

⑩ 孙中山:《中华民国临时大总统宣言书》(1912年1月1日)。“国家之本,在于人民。合汉、满、蒙、回、藏诸地方为一国,即合汉、满、蒙、回、藏诸族为一人民。……是曰民族之统一。”《中华民国临时约法》(1912年3月8日南京临时参议院通过,11日公布施行)第5条:“中华民国人民一律平等,无种族、阶级、宗教之区别”。

⑪ 《中华人民共和国宪法》(1954年)序言。

⑫ 《中华人民共和国宪法修正案》(2004年)第18条,纳入了“三个代表”的表述。

各国历史表明,只有国家同等地保护一切公民个体,不论其所属的民族、宗教、性别、族群和阶级等社会范畴,才可能促成真正持久的利益共同体,才可能在人们相互关切并相互认同的基础上,建立稳定的现代民族国家,进而推进现代的宪政民主政治和经济社会发展。而一旦把注意力放在了群体上,群体间的利益争斗和相互不信任就可能导致激烈社会矛盾。即使是民主制,甚至是恰恰因为民主制,会导致国土被撕碎;一旦受极少数野心家的鼓动,民主甚至可能变成多数群体欺压、掠夺甚至屠杀一部分人的正当化来源。

但由于种种原因,任何社会都会出现在某个或某些维度上相对于他人而言的弱者,并在社会分类上构成一个个“弱势群体”的范畴。例如传统的老人、儿童、妇女、残疾人或穷人这类分类。这个问题在当代中国有了新的变化。尽管过去30年中国经济高速发展,所有的中国人的生活状况在绝对意义上都得到了改善。但在这样一个大国,不仅各地的经济社会发展不可能齐头并进,而且即使在一地也总是一部分人先富起来,这意味着之前就存在的贫富强弱差别必定拉大了。这不仅很容易使另一些人感到自己的相对收入降低或相对地位的下降,甚至恰恰由于中国社会经济的高速发展,使人们的感受更为强烈,冲击更为剧烈,心理更难适应。城乡之间的人员大范围流动以及通讯信息的便利及时,也大大扩展了人们的参照系,使之前无由也无法对比的经济收入和社会地位反差在这个新参照系中变得更为强烈。正如新民谣所言,“不到北京不知道官小,不到深圳不知道钱少”,空间的改变强化了对反差的感受。

这种感受并不必定是问题,其影响也并不都是消极的。其实,人们常常就是从这种新感受中,才会激发起对生活的新想象,努力去改变自己的命运。而这正是改革开放所追求的社会心理效果之一。正是在这个意义上,人们的差距感增强未必如同许多学者担心的那样是一个必须克服的社会问题,它有积极的意义。

但从政治层面来看,确有必要审慎关注和处理这类现象。因为在一个国家内,各地区、地域之

间,社会群体和阶层之间或民族之间出现了可强烈感知的持久的重大差异,一些群体长期处于政治、经济和社会层面的弱势且感到无力改变,甚至感到被剥夺感,确实容易引发社会冲突,破坏由国家提供、人人需要但在和平时人们又通常不容易感受到的基本公共品——社会稳定和安宁。而一旦失去了这一点,所有正在进行和计划中的社会发展和改善都可能落空。尤其必须考虑到“政治需审慎”的特点。尽管历史地看,政治其实是一个不断试错的过程,而不是单线进化的;但对政治家和特定时空中的民众而言,政治可以说是不允许试错——特别是大规模的试错,因为它涉及的是全体国民的身家性命,涉及的是一个民族的长期稳定和繁荣。

因此有了两个其实无法给予精确答案的问题。第一,如何判断当下中国社会的贫富强弱差别?以及第二,如何未雨绸缪地适度防止因贫富强弱感突然锐化而引发社会动荡?这需要政治家的敏感、智慧和分寸。从制度的——宪政和法治——的角度来看,国家在处理社会中这类问题时应当且必须借助制度,不能因为保护弱势群体符合人们的道德直觉,就急急忙忙采取一些经不起历史考验的甚至可能是适得其反的政策和措施。好的制度要求有分寸,要能有效平衡各种冲突的利益,短期的、长远的以及不同利益群体的,要注意保持社会的有效激励,有利于社会的可持续发展。这进一步决定了关注和保护弱势群体不能仅仅停留于伦理直觉,而必须是一个综合的政治考量。

近代以来,许多国家都曾以不同方式遭遇或回应过这个问题,有成功的,也有不那么成功的,甚至失败的。例如美国1930年代罗斯福“新政”开先河,1950年代由布朗案启动,1960年代的民权运动和“伟大社会”(the Great Society)规划,就全面推进美国的社会变革;首先有效调整了种族之间的,之后也逐步有效调整了穷富之间、男女之间以及其他群体之间的社会政治经济关系。尽管这一社会变革总体上比较成功,仍然留下了许多

当代,最典型的是前南斯拉夫。几乎每一次民主的结果就是一次新的国家分裂。尽管科索沃今天自行宣告独立了,但身居科索沃的塞族民众又想从科索沃中独立出来。这种分裂不知将持续到何时?

最典型的是希特勒政权通过民主选举上台;更为晚近的例子也很多,如1990年代的卢旺达种族间的大屠杀,伊拉克今天也无法解决的逊尼派、什叶派以及库尔德人之间的冲突,苏丹的达尔富尔问题以及肯尼亚2007年大选引发的政治危机。

霍布斯:《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》,毛晓秋译,上海人民出版社2006年版;一个很好的解读,请看,毛晓秋:《法律的驯顺与政治的审慎——解读霍布斯一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》,《北大法律评论》,卷7,辑1,2006年,第178页。

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954).

争议和问题。

对于当代中国,这个问题有格外重要的意义,不仅因为美国在内的成功经验不可能在任何一国完全拷贝,而且因为中国面对的国际情势,地缘政治一系列具体因素。但这并不意味着这个问题在中国很严重,有什么潜在危机。坦白地说,包括所谓的基尼系数即使准确,在中国这样的大国内究竟有多大的预测性,都是有疑问的。只是基于政治的特点、中国的特点以及国际政治的特点,需要防患于未然,做最坏的打算,追求更高的保险系数。但基本点仍然必须是通过制度来调整整个社会的利益分配格局。在这个层面上看,中国执政党和中国政府提出关注民生,其中显然包含了对社会弱势群体的关注,但更重要的是坚持从制度层面关注全体公民,关注中国社会,而不仅仅是某些弱者或某个弱势群体。

三、操作层面的难题

还有其他操作层面的考量。

难题之一是如何界定弱势群体。看起来似乎人人都明白,但一到操作层面这个概念就变得模糊起来。最早的弱势群体概念局限于整个社会中某些有相对确定的、可操作社会标识的人们,例如,妇女、儿童、老人、残疾人、贫困者等。但这个概念很快被延伸到其他比较具体的环境和关系中的一方,例如农民工(相对于城市居民)、消费者(相对于厂商)以及作为医疗消费者的患者(相对于医疗机构和人员)、行人(相对于机动车驾驶者)、工人(相对于企业管理者)以及其他在决策或信息上处于劣势的人,例如小股东(相对于大股东)等。而且由于具体的人并不仅仅享有一种身份,这个概念外延的过度扩张已使得这个

概念几乎完全丧失了其经验意义。例如,如果泛泛地说消费者或者患者是弱势群体,那么谁又不是消费者或不是患者?而当所有的人都属于这样一个弱势群体之际,这个概念除了作为一个词外,还有什么指导实践的意义?而且强者也并非总是强,弱者也并非时时弱,正如古话所言,大有大的难处。某女性可能是某大企业的老总;某老总则可能至今还是户口意义上的“农民”;一个青少年可能抢劫了某位老学者;而一位出租车司机也并不比违章穿行马路的一位大学教授更强势。事实上,近年来,有律师称自己是弱势群体的(因为他们面对的公检法机关的人数远远超过,权力更远远大于全部律师);有教授称自己是弱势群体的(据说“英年早逝”数量最多);有警察称自己是弱势群体的(因为职业的生命风险最高);也有企业家和民营企业家自称属于弱势群体(因为这个群体被绑架、伤害或谋杀的比例最高)。这些看似滑稽的命题,并非毫无经验支持;这就表明,即使一般公众认为相对强势的群体在社会中也并非时时处处都强。

即使人们一般都认为毫无疑问属于弱势群体的农民工,如此界定也只是相对于城市生活且相对于某一部分城市人而言;若相对于仍耕作于他们故乡或其他更偏远地区的其他农民来说,他们其实是相对强势的,不仅因为他们总体更年轻,更有文化,更有走南闯北的经验,更有把握各种机遇的能力,也更有改变自己命运的可能。否则很难解释他们会自愿选择成为弱势群体。到城市打工,尽管艰苦和艰难,却是被土地束缚了数千年的中国农民改善甚至改变自己命运的根本出路。而市场经济和人员流动创造了这种可能。因此,弱势群体是一个基于特定维度的相对概念。

但美国社会对“伟大社会”的实际成一直争议很大。相关的批评可参看,Marvin E. Cottleman and David Mermelstein, ed., *The Great Society Reader — The Failure of American Liberalism*, Vintage Books, 1967。

例如,胡俊:《社会转型与弱势群体》,《理论与现代化》,1998年1期。

崔砺金:《唇枪舌剑话医患——浙江省部分医生与公众代表的对话》,《瞭望新闻周刊》2000年35期;高洪宾、黄旭能:“医疗纠纷的法律研究”,《人民司法》2001年10期。

刘黎明:《交通事故定责规则及其相关问题的法理学思考》,《法商研究》2001年2期。作者称其为弱势群体。

姚汉冲:《关于维护企业弱势群体合法权益的思考》,《工会理论与实践》2001年6期。该文基于国有企业内工人的经济收入最低、权力最小、职业稳定感最弱,因此成为企业的弱势群体。又请看,潘强、苏东:《司法解释:捍卫劳动者的合法权益——访中华人民共和国最高人民法院民一庭庭长黄松有》,《中国社会保障》2001年6期。

例如,上市公司中的小股东(程功、陆佳:《上市公司中小股东利益的保护与公司法的完善》,《财经科学》2002年第1期);玩彩票的弱者(沈汝发:“彩票市场中的弱势群体——以南京为例的实证分析”,《社会》2000年11期)。

例如,张志勇:《2003年中国富豪生死醒示录》,《中华工商时报》2004年1月9日;苏小和:《读懂严介和》,《经理日报》,2005年12月27日;以及贺朝晖:《透视创富时代有产者生存危机》,《民营经济报》2005年10月14日。

“弱势群体是一个相对的概念,在具有可比性的前提下,一部分人群(通常是少数)比另一部分人群(通常是多数)在经济、文化、体能、智能、处境等方面处于一种相对不利的地位”。李林:《法治社会与弱势群体的人权保障》,《前线》2001年第5期。

其次,从上面诸多通常不认为是弱势群体的人也自称弱势群体,我们还可以看到,这一标识的争夺隐含了利益的争夺。出于自我利益的最大化,很多人试图通过这种标签来追求获得由政府分配的额外利益或特别关照。而且,请注意,即使政府采取特别措施或利益再分配也不大可能满足其中某些人借此展开的进一步的利益诉求。这类标识会正当化和常规化某些人所接受的额外保护或利益,并要求更多。这种状况并不是今天才有的。在计划经济体制下,民间就对某些“吃救济的”有过不满;今天中国也有少数县领导的政绩追求之一就是进入“国家级贫困县”。这就意味着,弱势群体的标识具有自我再生产的效应,未必有利于弱势群体的自我改变。

第三,如果措施不妥,分寸不当,除了制造强弱贫富的社会和意识形态对立外,这种保护还会引发另一些真正棘手的新的利益纷争和社会矛盾。尽管原则上和道义上,所有人都支持给予弱势群体更多保护,但实践起来,很不简单,特别是如何防止这类政策引发的利益纷争。无论从理论上还是从经验上看,对这类政策措施最不满的,并不是那些所谓的强势群体,相反是与弱势群体比邻的中间或次弱势群体。对最强势的群体成员来说,由于自己毫无疑问的群体归属,他们对给予弱势群体的利益或保护不会有多少期待;相对于他们已拥有的财富而言,这些利益的边际效用也较小。他们其实一般更少反感救助弱势群体:比尔·盖茨这样的人不会因自己得不到美国政府给贫困家庭每月发放几百美元的贫困救济而觉得不快或失落;慈善家大多是富人,都说明了这个道理。但与弱势群体比邻的次弱势或中间群体更可能对这类政策措施的结果不快,因为这些政策的结果是降低了他们原先拥有的相对社会地位和相对财富。

设想,如果政府决定付给月收入低于1000元的三口之家200元的补助。对此不快的一定是那些月收入在1000—1200元但又无望在短期内收入有较大增加的三口之家。主要不是因为他们没得到补助,而是因为弱势群体家庭的收入增加,会使月收入在1000—1200元之间的家庭的社会相对地位降低到了社会最底层。人总要给自己找一点优越感的,尽管他们常常宣布希望平等。从

经济效率和社会发展上考虑,这也不是一种好的社会激励措施。因为,由于对利益的追求,至少有些收入在1000—1200元且无望通过其他努力在短期内增加自己收入的家庭,也许会考虑以某种方式使自己的收入降低到最好是1000元以下,以便获得这种补助。这不仅增加了政府的支出,而且也是一种反向的激励,一种寻租。

并非只是逻辑推论,这类经验研究其实并不少。在美国,最坚决反对(更多)职业女性(以及相伴的女权主义)群体的并非那些在社会中最具强势地位的职业男性,相反是那些社会地位略低的男性蓝领或家庭主妇;因为职业女性的社会地位提高使男性蓝领的职业地位降低了,又使社会曾经珍视的相夫教子居家女性的社会价值相对降低了。为了消除种族隔离,美国的一些大学在接受入学申请问题上,一些企业在招工和晋升聘问题上,都采取了优待少数族裔的做法,但抱怨并引发诉讼的并不是那些无论如何都会被录取的最优秀的白人学生,而恰恰是那些因这一优待政策而未能录取的白人学生,或是因此未得到工作或晋升的白人工人。

第四,如果操作分寸不当,弱势群体保护还很容易引发广泛的民粹主义,部分甚至广大民众,因某些意外事件或不恰当的宣传,仇视甚至攻击少数被标签的强势群体或属于这些群体的个体。因此,在经济上,中国政府在以各种方式防止不法收入、调节社会财富分配的同时,又通过修宪和颁布物权法等法律保护公民的私有财产,反对“仇富”心态,都是出于这一考量。

最后,如果演变成“保护弱者”,在诸如孕妇这类事件中变成了在纠纷个案中分配法律和道德责任的主要考量或考量之一,问题就会更大。这隐含的是用弱势群体成员这一“身份”取代了或弱化了不仅是肖志军与医院的“契约”(“后果自负”),还有“是非”(究竟是谁不负责,不关心人的生命尊严?)。事实上会不讲是非。这一定会引发不同社会群体之间的更大冲突,引发一些群体——例如如此事件中的医生和护士乃至整个医疗界——对他们曾经赞同的这一公共政策的不满。一个旨在凝聚人心、保持社会长期稳定和谐的公共政策可能引发更大的社会冲突,不仅这一政策难以有效贯彻落实,而且会大大削弱这一政策的政治合法性。

又请看,王朔:“我看王朔”,《无知者无畏》,沈阳:春风文艺出版社2000年版,第49页。

波斯纳:《超越法律》,苏力译,北京:中国政法大学出版社2002年版,第211,221页。

Bakke v. Regents of the University of California, 18 Cal. 36-34 (1976); 以及, Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978).

United Steelworkers of America v. Weber, 443 U. S. 193 (1979).

《中华人民共和国宪法修正案》第22条,以及《中华人民共和国物权法》(2007年3月16日通过,2007年10月1日起施行)。

四、重提法律面前人人平等

由此可能进一步看清和理解,30年前中国共产党十一届三中全会恢复确认的“法律面前人人平等”这一原则对于共和国以及当代中国政治和法治的深远意义。这一原则的正当性不仅是道德伦理的,不仅因为它符合我们的道德直觉,而且是并且主要是政治的和宪政的。它对于中国的现代化,对于国家的政治和政权建设,极为重要;不仅是公正的,也是有效率的。它实际上为保护弱势群体的公共政策设下了一个底线或称宪政原则。

首先,受保护的弱势群体必须能或力求获得最大程度的社会普遍认同,而不能仅限于诉诸人们因个别人或个别事件引发的怜悯和仁慈,后者是非常不稳定的。这一点在中国是有诸多成功先例的。中国历来对老人、儿童以及在当代对妇女在某些问题上给予的特殊法律优待;并在诸多部门法的规定或实践上有具体体现,例如刑法对女性、幼女的特别保护,民法对遗腹子继承权、对老人的保护;在高等教育上对少数民族或边远地区学生的适度降分,对贫困学生给予的救助;对边远地区、危险行业工作者的特殊优待;以及当代中国社会对农民工给予保护等都获得了全社会的认可。而一旦没有这个基本、普遍的社会政治认同,所谓的保护弱势群体的措施就容易引发社会矛盾。

这种保护还必须是普遍的和规则的,即对所有类似的群体成员都给予类似的保护,同样的事同样的对待,而不是或不应是特事特办的,因此是

制度性的。这也就意味着,在解决具体的法律纠纷之际,即使一方属于,另一方不属于,弱势群体,裁判者集中关注的也只能是纠纷双方的行为以及相关的法律规则。换言之,关心的只能是事件的是非,而不是双方的身份。因为必须有一个基本的假定:弱者和强者,或弱势群体和强势群体都只是基于社会经济状况和地位的一个分类,而不是一个道德上或法律上的善恶是非对错的分类。从经验层面上看,这两个分类是交叉的,并不等同。弱者不必然是善者,强者也未必是坏蛋;弱者并不一定没有过错,强者也未必一定有罪过。只有在完全无法认定纠纷的事实真相乃至判断是非时,出于社会公正和效率的考量,才可以依据规则适度考虑身份。

否则,我们就是过于仁慈和宽厚。其实,只要不是为弱者的概念所迷惑,就可以看得很清楚,在这个悲剧事件中,最不关爱生命的其实是肖志军。他签字拒绝手术,拒绝剖腹产,据报道,除了其他原因外,部分原因甚至是他不愿李丽云肚子上留疤,怕不能生二胎——为了他自己视觉或触觉上的美感,为了一个有意违反计划生育国策的个人期待,他不惜以两条命为代价;而这两条命还是他的妻子和孩子!

而从另一面来看,我们的仁慈和宽厚又很冷血、很残忍,例如对孕妇事件中的医方。其实他们已经尽力了,做到了合乎情理的好,没有任何在职业道德上值得指责的地方,除了他们无法像神一样救活李丽云外。而许多媒体无视凝聚了长期经验的制度规定,无视医方的努力,不切实际地要求

中国古代刑法对于耄耋之年的老人、幼儿、孕妇和残疾人的普通犯罪的恤刑。例如,汉景帝于前141年“著令:年八十以上,八岁以下,及孕者未乳、师、朱儒,当鞠系者,颂系之”(《汉书》卷23《刑法志》)。后代历代刑法都有类似的规定。

例如,《中华人民共和国刑法》第236、237、240和241条。

《中华人民共和国继承法》第28条:“遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额”;《中华人民共和国婚姻法》第2、21、28条。

例如《道路交通安全法》引发的争议,请看张维迎:“作为激励机制的法律——评《侵权损害赔偿的经济分析》”,《中国人民大学学报》,2003年2期;何家弘:“对‘撞了不白撞’说不”,《法学家茶座》辑7,山东人民出版社,2005年;邓峰:“到底是哪儿不对劲?——对《道路交通安全法》第76条的法律经济学分析”,《中国法经济学应用研究》,法律出版社,2006年,第396-420页。最终导致《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》(2007年12月29日通过,2008年5月1日起施行)。关于《劳动合同法》(2007年6月29日通过,2008年1月1日起施行),请看陈小瑾:“中国将为《劳动合同法》付出代价”,《南方人物周刊》,2007年29期。

苏力:《海瑞定理的经济学分析》,《中国社会科学》,2006年5期。

“我还想要第二个孩子,说句心里话,我怕动手术,我老婆的肚子上会留疤……”。“肖志军首次‘认错’,我没签字枪毙我也愿意”,《北京晚报》2007年11月26日。

《中华人民共和国婚姻法》第16条。注意,肖志军是城市户口,并非如同人们假定的是一个农民或农民工;从理论上说,他有义务履行计划生育的国策(《宪法》第25条),尽管在法律上并未明确地提出“一对夫妻一个孩子”的城市人口生育政策。

医方将生命尊严高于一切;或是有意无意地借此把对社会上某些医院和医生缺乏职业操守的愤怒,倾倒在某一事件中的医生护士身上。如果我们不能坚守一种一视同仁的态度,不关心具体的是非,那么就不是一般的情绪化或不理智,而具有反讽的是,这个保护弱势群体的努力实际上变成了政治压迫的行动;善良的我们就变成了自以为是的道德压迫者,因此变成了可悲的政治正确的牺牲品。

不仅如此,如果不是在规则层面上,而仅仅关注事件中的个体之强弱,鉴于我们每个人非常有限的想象力和同情心,还很容易忽视与李肖同属一个群体的其他成员,甚至比他们更艰难更需保护的弱势群体成员,甚至群体(例如缺医少药的边远地区的民众)。在这种情况下,社会对肖、李的特殊宽容优待只不过是满足了另一类强势者(例如知识界、媒体、政府或法官)的心理安慰,因此所谓的弱者保护就变成了一种商业消费、一种炫耀性慈善,一种全社会合谋的“秀”。当一些人甚至整个社会在炫耀和展览这种仁慈之际,实际上湮灭了对我们没看到的、媒体未报道或报道了没有引发社会关注的弱势群体或弱者应给予的关注。例如,这一事件中本来可能活下来的已经足月的胎儿。

如果不是在规则层面上保护弱势群体,而仅仅关注某人是否弱者,并据此给予特别的保护和关爱,不愿分析甚至回避显然的个人责任,我们就失去起码的观察力,看不见显然的事实。我们就变得非常没有原则,我们就是用不同的规则要求不同的人,实际上这不是在减少而是在强化社会的不平等。我们会变得非常残忍,却还为自己真诚的虚伪而感动。

对于具体事件,当然应当有政策头脑,但永远不应当用一般的政策判断,用抽象的社会分类,替代对具体事件当事人的是非曲直的仔细分析考

察,不能忘记法律面前人人平等这一法治和宪政的基本原则,低估了其价值。如果忘记了,如果低估了,就会重新回到曾经有过的用身份替代个体,用政治替代法律,用概念替代事实的时代;而那样的为权利而斗争就一定会导致冤案、错案。冤案错案的发生很少因为制造者有意追求不道德而往往因为他或她看似善良合理的追求。

五、小 结

从孕妇事件切入,本文集中分析了保护弱势群体,尽管有合理的社会伦理基础,却必须受到宪政和法治约束,必须是在规则和制度层面;在分析处理具体事件时则应当始终坚持法律面前人人平等的原则。因为尽管关注民生的政策落实在许多情况下会从某个或某些具体的社会弱势群体成员做起,但我们的目的并不是使某个或某几个符号性的弱者因某一意外事件得到了改善,而是要使整个弱势群体,并在这个意义上使整个社会的状况得到改善,更不能令意图改善的民生和整个社会很少或没有改善,甚或适得其反,变得更糟。

这似乎意味着,并不是所有旨在追求保护弱势群体的制度和法律措施都一定会有效保护弱势群体,实现广义立法者(包括立法、行政和司法者)的政治、法律和伦理目标。确实如此,这种经验在当代中国立法中时有发生。这是应当分析考察的弱势群体保护政策在实施中的另一个基本制约。但这需要对为实现这一政策的一个个具体法律制度运作的实际效果的考察;我将另作分析和论证。但即使发生了这种错误,强调规则的治理(法治)、强调法律面前人人平等也具有一定的补救效果。规则的治理使人们预期稳定,因此人们可能采取措施有效回应这类错误措施;而在具体事件中,坚持法律面前人人平等的实践,则可能校正这类错误的措施。就此而言,法治和法律面前人人平等仍然是防范政策错误的最有效制度。

The Vulnerable and the Equal Protection of Law

Su Li

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: This article analyzes the social justification and the practical complexity concerning “the protection of vulnerable people”. It argues that some measures sentimentally justified and aimed at helping the vulnerable may not actually improve but work against them, and intensify the social tensions among various groups of people. Equal protection before law must be the fundamental constitutional and judicial principle in China’s efforts to social economic development.

Key words: the vulnerable; equal protection of law; adjudication

(责任编辑 郑园)

这即所谓心理学上的有效启示(heuristic availability)问题,民间的说法就是“会哭的孩子有奶吃”。

苏力:《为什么适得其反》,未刊稿。