



LSS

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第13卷 第1辑 (2014) 苏力主编 李学尧 执行主编

“法律职业与法学教育”专号

论文

“法律人思维”是怎样形成的 桑本谦

中国律师的跨地域流动 刘思达 梁丽丽 麦宜生

中国商务律师究竟做了什么 许可

法学教育的职业主义路线修正 杨力

中国法学教育的潮起潮落 明克胜

评论

律师职业研究的跨学科图景 尚立娜 李学尧

法律服务执业者的行动逻辑 何永军

法官对社会科学的研究偏好 王凤涛

法学院学生专业兴趣个案调查 葛向孜

纪念林端(1958-2013)

一个华语社会学家的努力与追求 梁治平

法律社会学的知识处境 蔡博方

批判与重构: 思考林端《韦伯论中国传统法律》 赖骏楠

对话

社科法学六人谈

对话苏力: 什么是你的贡献



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

014060542

D90-53

47

V13

法律和社会科学

LAW AND SOCIAL SCIENCES

第13卷 第1辑 (2014) 苏力主编 李学尧 执行主编



D90-53

47

V13



北航

C1747939



法律出版社
LAW PRESS CHINA



北航

C1747939

图书在版编目(CIP)数据

法律和社会科学. 第13卷第1辑 / 苏力主编. —北京:
法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6606 - 6

I. ①法… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第147791号

法律和社会科学(第13卷)

苏力主编

责任编辑 韩满春
装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 25 字数 343千

印次 2014年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6606 - 6

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编: 苏 力 (北京大学法学院)

副 主 编: 侯 猛 (北京大学法学院)

贺 欣 (香港城市大学法律学院)

本卷执行主编: 李学尧 (上海交通大学凯原法学院)

编辑委员会:

艾佳慧 (南京大学法学院)

陈若英 (北京大学法学院)

邓 峰 (北京大学法学院)

胡 凌 (上海财经大学法学院)

凌 斌 (北京大学法学院)

刘思达 (威斯康辛大学麦迪逊校区社会学系)

沈 明 (上海财经大学法学院)

汪庆华 (中国政法大学法学院)

尤陈俊 (中国人民大学法学院)

赵旭东 (中国人民大学人类学研究所)

张芝梅 (中国社会科学院)

缪因知 (中央财经大学法学院)

陈柏峰 (中南财经政法大学法学院)

成 凡 (华中科技大学法学院)

高丙中 (北京大学社会学系)

李学尧 (上海交通大学凯原法学院)

强世功 (北京大学法学院)

桑本谦 (山东大学法学院)

唐应茂 (北京大学法学院)

王启梁 (云南大学法学院)

赵晓力 (清华大学法学院)

张永和 (西南政法大学行政法学院)

朱晓阳 (北京大学社会学系)

助理编辑: 杨锦程 肖炜霖

投稿邮箱: LSS_2006@yeah.net

本刊微信号: LSS_2014

主办单位: 北京大学比较法和法律社会学研究所

本卷各篇文章中的观点均属于作者个人,
并不必然反映主办单位或其他机构、个人的观点。

法律和社会科学

第13卷第1辑(2014)

政法论丛 第13卷 第1辑 2014年1月 政法论丛编辑部

政法论丛 第13卷 第1辑

政法论丛 第13卷 第1辑 2014年1月 政法论丛编辑部

政法论丛 第13卷 第1辑

“法律职业与法学教育”专号

政法论丛 第13卷 第1辑

论 文

“法律人思维”是怎样形成的

——一个生态竞争的视角 / 桑本谦 / 1

中国律师的跨地域流动 / 刘思达 梁丽丽 麦宜生 / 26

中国商务律师究竟做了什么 / 许 可 / 58

法学教育的职业主义路线修正 / 杨 力 / 83

中国法学教育的潮起潮落 / 明克胜 / 117

评 论

律师职业研究的跨学科图景

——寻求结构性平衡的视角 / 尚立娜 李学尧 / 158

法律服务职业者的行动逻辑 / 何永军 / 190

法官对社会科学研究偏好

——从法院学术讨论会获奖论文切入 / 王凤涛 / 217

法学院学生专业兴趣个案调查 / 葛向孜 / 234

纪念林端(1958—2013)

一个华语社会学家的努力与追求 / 梁治平 / 260

法律社会学的知识处境

——从古典的“认识论三元关系”到当代的“双重竞合关系” / 蔡博方 / 269

批判与重构:思考林端《韦伯论中国传统法律》

/赖骏楠/296

对 话

社科法学六人谈/徐涤宇 侯 猛 尤陈俊 陈柏峰

成 凡 李学尧/311

对话苏力:什么是你的贡献/陈柏峰 侯 猛 苏 力

桑本谦 成 凡/344

编辑手记/386

LAW AND SOCIAL SCIENCES

Volume. 13

2014

Symposium on Legal Profession and Legal Education

Articles

The Formation of “Thinking Like A Lawyer”: From the
Perspective of Ecological Competition / *Benqian Sang* / 1

Migration and Social Structure: The Spatial Mobility of
Chinese Lawyers /

Sida Liu, Lily Liang and Ethan Michelson / 26

What Did Chinese Business Lawyers Do In The Past 20
Years? / *Ke Xu* / 58

The Revise to Vocationalism in Legal Education
/ *Li Yang* / 83

The Rise and Fall of Chinese Legal Education

/ *Carl Minzner* / 117

Comments

Interdisciplinary Prospect of Studies on the Legal Profession:
An Attempt from the Point of View of Structural
Equilibrium / *Lina Shang, Xueyao Li* / 158

The Logic of Legal Service Providers' Action

/ *Yongjun He* / 190

An Analysis of Chinese Judges' Academic Preferences in

Social Sciences Based on The Award-Winning Papers at the
Academic Conference of Courts Nationwide

/Fengtao Wang / 217

Law School Students' Interests in Their Own Major: A Case
Study /Xiangzi Ge / 234

Tribute to Professor Duan Lin (1958 – 2013)

A Chinese Sociologist's Effort and Pursuit

/Zhiping Liang / 260

The Intellectual Conditions of Sociology of Law: From the
Classical “Erkenntnistheoretischer Trialismus” to the
Contemporary “Dual Competitive-Cooperative Relationship”

/Bofang Cai / 269

Criticizing And Reconstructing: Comments on Weber on
Traditional Chinese Law /Junnan Lai / 296

Dialogues

Six-Scholar Talks on Law and Social Sciences

/Diyu Xu, Meng Hou, Chenjun You, Baifeng Chen, Fan
Cheng, Xueyao Li / 311

A Dialogue with Suli: What Is Your Contribution?

/Baifeng Chen, Meng Hou, Suli, Benqian Sang, Fan
Cheng / 344

“法律人思维”是怎样形成的

——一个生态竞争的视角

桑本谦*

摘要:应对常规案件,从“理性人思维”到“法律人思维”是一个进化。应对疑难案件则相反,由“法律人思维”回归到“理性人思维”才是进化。法律教义学无力揭示法律背后的逻辑,更无力与法律经济学竞争疑难案件的指导权。因为法律教义学面对疑难案件是防御性的。在新要件、新概念、新教义、新措辞出现之前,无分析工具可用。而法律经济学却能在疑难案件面前始终保持进攻态势,用简单的分析工具一以贯之,以不变应万变,从容不迫地应对法律难题,清除法律神秘,破解法律教义学上的“概念黑箱”。

前言

电影《超时空接触》中身为科学家的女主角曾经感慨说:“在宇宙中,我们是如此渺小和微不足道”。

* 中国海洋大学法政学院教授,电子信箱:ssbbqq@163.com。

道,但同时又是如此稀有和珍贵。”没错,两个看起来相互矛盾的命题可以同时为真。天文学家会觉得一万年很短暂,而在纳米技术工程师眼里,一秒钟算是很漫长了。不同种族之间的差异很大吗?人类学家可能会说是,生物学家多半要说否。如果你对某个事物的判断和别人不一样,先别忙着辩解或反驳,而应该首先考虑到,你和别人的主观感受也许存在先天差异,以及更为重要的,你们也许采用了不同的衡量标准或观测视角。

是否存在一种独特的“法律人思维”?或者,一个更简单的提问,“法律人思维”很独特吗?倘若没有固定的衡量标准,这个问题是没有答案的,至少没有唯一正确的答案。你可以在相对意义上说“是”,毕竟法律人有些不同于其他职业者的思维习惯,对此,孙笑侠教授以及其他热衷于讨论“法律思维”或“法律方法”的学者已经列举得很充分了,最典型的特征莫过于法律人习惯于“向后看”;^①你也可以在绝对意义上说“否”,倘以理性决策的终极标准衡量,法律人与其他职业者在思维习惯上的差异是微不足道的,正如苏力教授所一再强调的,法律人的“向后看”只是表面上的,最终还是为了“向前看”;^②或者说,“向后看”只是“向前看”的一种表现形式,如同静止只是一种特殊的运动。更何况,我们有限的概念系统永远不可能真实描述这个世界的无限复杂性,也不可能全面捕捉每一个事物的独特性。正如世界上的任何一片雪花都具有独一无二的水分子排列结构,我们却不可能针对每一片雪花的独特结构去煞费苦心地创造无穷无尽的概念。^③

由此,我们发现,真正有意义的提问是:法律人与其他职业的思维

① 参见孙笑侠:“法律人思维二元论”,载《中外法学》2013年第6期。

② 参见苏力:“法律人思维?”,载《北大法律评论》第14卷第2辑,北京大学出版社2013年版。

③ 创造某个概念,当然会节省传递信息的成本,但同时,也因为增加了语言系统本身的复杂性而产生另一种信息成本。理论上,只有当前者大于后者的时候,创造这个概念才是划算的;并且,也只有满足这个条件,已经创造出的概念才能存活下来。因此,是否保留某个概念,会因时而异、因地而异、因人而异。例如,在汉语中,用以指称“骆驼”的词汇只有一个,英语中有两个,而在阿拉伯语中有四百多个。在汉字中,许多用以指称“马”的词汇,如今都成了已经“死亡”的生僻字。

差异是否值得重视?“法律人思维”能否成立的决定性因素,是它的功能,而不是它描述的内容。^①无论苏力,还是孙笑侠,都敏锐地意识到了这一点;至于前者无视、而后者重视“法律人思维”的特殊性,都只是他们展开各自论证的铺垫。苏力解构“法律人思维”的概念,主要目的是论证两点:第一,在法理学层面上研究“法律人思维”是没有意义的,无助于促进我们对法律职业和法律决策的理解,由此开发出的各种“法律方法”也只是徒有虚名,完全不能指导法律决策;第二,在部门法层面上,尽管法律教义学不可替代,但其功能有限,只适合于常规案件,无力应对社会变迁带来的法律新问题或“疑难案件”。^②在反驳苏力的文章中,孙笑侠则在上述两个问题上推出了针锋相对的观点,并且,与其他空谈法律方法和法律思维的学者不同,他用许多案例展示了法律方法和法律教义学在解释和规范法律决策方面所拥有的力量。^③

在本文中,我也将借助案例(包括孙笑侠已经分析过的几个案例)来讲道理。并且,至少一部分目的和他一样,试图让基于“法律人思维”的法律教义学和法律方法接受“实战考验”。但不同的是,我将让“法律人思维”和“理性人思维”并肩作战,分别观察一下它们在实战中的表现。这样一来,性质就变了,战场变成了擂台,较量的双方就成了基于“法律人思维”的法律教义学和基于“理性人思维”的法律经济学。

至于究竟鹿死谁手、花落谁家,却不是本文讨论的重点。我试图借助读者的想象力,将这几场擂台赛,在空间维度上扩展为生态竞争,在时间维度上延伸为人类解决纠纷的思维方式进化史。基于一个生态竞争的视角,我试图解说“法律人思维”的起源,它相对于“理性人思维”的优势何在?又在何种条件下会败给“理性人思维”?法律背后的支配性逻辑是什么?以及与上述问题相关的,如何评价法律方法和法律教义学的功能?为了简化讨论,我将把现实因素尽量隔离出去,用逻辑

① 只要有功能,即使某个概念描述的内容并不存在,这个概念也能存活下来。比如,“永动机”、“绝对静止”或“上帝”。

② 参见苏力:“法律人思维?”,载《北大法律评论》第14卷第2辑,北京大学出版社2013年版。

③ 参见孙笑侠:“法律人思维二元论”,载《中外法学》2013年第6期。

的历史取代真实的历史;并且,我更关心技术层面的问题,基本不涉及问题背后的社会政治及意识形态因素。例如,我会讨论“法律人思维”逻辑起源,但却不关心在中国法学界这个概念究竟是舶来品还是本土货。

作为解说者,我尽可能保持中立的姿态,除了技术性的引证,几乎不援引国内外著名法学家的观点来为任何一方背书或助威,因为,对立双方都不乏一个由著名法学家组成的至少看上去阵容豪华的拉拉队。此外,更重要的,我要尽可能做到细致、耐心和朴实,唯其如此,才有可能把一个虽然简单但却对抗人们直觉的道理,说个清楚,道个明白。

一、解释,还是托词

我们的讨论起始于一个简单的案例。

案例1:B打通A的手机,而A正在驾车,因为接听B的电话,A不幸出了车祸(偏离道路后撞到一棵树上)。假定车祸没有涉及其他肇事方。A将B诉至法院,要求B赔偿A的事故损失。请问,法院是否应该支持A的诉讼请求?

稍有法律常识的人都知道答案是“不”。对此,法律教义学可以提供两条让多数法律人都满意的解释:(1)B的行为和事故后果之间没有“法律上的因果关系”;(2)B的行为没有“过错”。但下文的分析将会表明,这两条法律教义学的解释非但没有提供任何实质性的判断标准,而且在逻辑上都属于循环往复的语言游戏。

“法律上的因果关系”如何界定?事实上的因果关系在何种条件下才会被确认为“法律上的”?追问至此,我们会发现,皮球又被踢回来了。“法律上的因果关系”不能作为赔偿的理论依据,如果硬是拿它来作依据,就要被迫寻找另外的依据。问题没有获得解释,只是被搪塞,甚至被掩盖了。其实,“法律上的因果关系”,与下文将要讨论的“过错”一样,都只是法律教义学上的惯用托辞。没错,我说的是“托词”,而不是“措辞”。

法律教义学上的“过失”被界定为：“应当预见到但却没有预见到或者已经预见到轻信能够避免”（从中分解出“疏忽大意的过失”和“过于自信的过失”）。然而，这个几乎每个法律人都能熟练背诵的过失定义，却没有提供任何可观察的操作标准。“应当预见到”的标准是什么？如何判断当事人“没有预见到”或者“已经预见到”？凭什么说当事人“疏忽大意”或“过于自信”？“合理注意”和“合理自信”的标准又是什么？提出这些问题不是故意找碴，因为这些“茬”就在那儿，只是人们一直熟视无睹。这个定义只是解释了“过失”的语义，但解词毕竟不是定义。这个定义的失败之处就在于，它只是描述了“过失”的主管心理状态，但一个人的心智是无法观察的。定义过失，如同定义法律上任何其他描述主管心理状态的概念一样，只能诉诸于可观察的行为，而不能着眼于描述不可观察的心智。^①

就案例1而言，法律教义学提供的两条解释都经不起推敲。无论是“没有过失”，还是“不存在法律上的因果关系”，都是将判决事后正当化的托词，它们无力解释法官判决案件的真实思维过程。诸如此类的托词，在法律教义学中随处可见。我们再来看一个合同法的案例：

案例2：X答应两个月后赠送给Y一条牧羊犬，事后却反悔了；Y不幸地相信了X的承诺，并因此失去了一次低价购买同种牧羊犬的机会。Y将X诉至法院，要求X赔偿违约损失。请问，法院是否应该支持Y的请求？

《合同法》关于赠与合同有明确规定，“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”。相对于“承诺必须遵守”的一般合同法原则，赠与合同中的撤销权算是个例外情形。但是，为什么法律区别对待

① 正是由于这个原因，波斯纳和兰德斯在他们的《侵权法的经济学结构》一书中，才放弃了过错的传统概念，代之以事故损失、事故发生概率以及事故预防成本等几个变量的函数关系。另外，波斯纳在“刑法的经济学理论”一文中，把所有描述主管心智的法律概念，诸如故意、过失、蓄谋、冲动、忏悔、认识错误等，全部还原为行为和后果的问题。参见[美]兰德斯、波斯纳：《侵权法的经济学结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版；R. A. Posner: An Economic Theory of the Criminal Law, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985.

赠与承诺和交易性承诺?法律教义学家的解释是:根据“权利义务相一致原则”,由于赠与人承担的义务是单向的,所以要赋予其撤销权以允许其反悔,否则对赠与人未免过分苛刻,并因此有失公平。^①

然而,上述解释很快就会遇到麻烦。假定X答应赠送Y牧羊犬的事情发生了一点变化,X和Y签订了一份书面赠与合同并且做了公证。此时,如果Y起诉X,他就会打赢官司,法院会强制执行X的承诺。根据《合同法》关于赠与合同的相关规定,一旦赠与合同经过公证,赠与人就无权撤销承诺。但令人迷惑的是,为什么赠与承诺的形式发生了变化就导致了截然不同的法律后果?沿用“权利义务相一致”的说辞很难回应这一诘问。

只需将两个假设的案例稍作对比,就会发现,无论是大陆合同法的“合意”理论,还是英美合同法的“对价”理论,在关于赠与承诺可否被强制执行的解释上都难以自圆其说。按照“合意”理论,倘将赠与合同定性为“实践性合同”(合同在赠与财产权利交付时成立),就无法解释为什么赠与合同经过公证却能摇身一变成了“诺成性合同”;按照“对价”理论,倘说法院不会强制执行没有“对价”的承诺,就无法解释为什么公证程序可令对价无中生有,以致竟能凭空虚构一个“名义对价”。更何况,诸如“实践性合同”以及“没有对价”之类的说辞,都只是关于赠与合同的一个描述,而不构成其无法被强制执行的一个解释。

倘若诸如“对价”、“过错”以及“法律上的因果关系”之类的概念都只是一些托词,法官就需要探寻隐藏在这些概念之下的真实逻辑——无论借助经验、直觉,还是通过理性思考。对此,法律教义学家肯定会质疑说:这些概念并不妨碍法官作出正确的判断!这也是事实,至少通常情况下是事实。但是,不妨碍作出判断,不等于为做出判断提供了实质性帮助;事后的正当化说辞,也完全不同于事前的判断依据。

^① 参见韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第428、431页;崔建远等:《债法》,清华大学出版社2010年版,第440页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2010年版,第490页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年版,第661~662页;王利明等:《民法学》,法律出版社2008年版,第630页。

二、“理性人”如何解释纠纷

要探寻一种简洁且强有力的解释,必须另谋出路。暂且将法律教义学放在一边,为了避免思维干扰,我们不妨假设一个没有法律的环境——在无法可依的条件下,“法官”如何处理这两起纠纷?既然假定是“法官”处理纠纷,判决就必须传递激励的信号,为此,法官就必须考虑判决的社会后果。没错,这是在模拟判例法的起源,也是在近似地模拟法律漏洞的补充(二者差不多是一回事)。由此,我们可以发现法律背后的逻辑,不用说,这个逻辑是可以被判例法和制定法共享的。

在无法可依的条件下,面对案例1中A的诉讼请求,法官只能在两种选择之间权衡利弊——或支持,或驳回。^①为此,法官需要研究构成案件事实的各种经验要素,尤其需要评估双方当事人避免事故的成本。一般来说,A避免事故的成本很低,他可以选择接听电话,或者干脆在驾车时关机。但B避免事故的成本却十分高昂,在打电话之前要搞清楚对方是否正在驾车,可不是一件容易的事情。道理再简单不过了,将事故责任强加于能以较低成本避免事故的一方当事人(A),既有助于降低避免事故的成本,也有助于减少未来的事故。^②

案例2是一个赠与合同纠纷。法官首先需要了解现实生活中赠与承诺的复杂性——既有真心实意的承诺,也有虚情假意的承诺,还有试探性的承诺。X随口一说,Y就信以为真了,Y对X的信任是天真的、草率的、孩子气的,因此造成的损失理应由Y自己来承担。进一步看,X和Y之间的“合意”有名无实,Y的“信赖损失”源于一场误会——X的“假意”被Y当成了“真心”。^③倘把这场误会看作一种事故,就可以

① 为了简化讨论,我们排除了其他两种备选的方案:A承担主要责任,B承担次要责任,以及B承担主要责任A承担次要责任。

② 参见 Calabresi, G., *The Costs of Accidents*, Yale University Press, 1970。

③ 这种情形类似于“重大误解”,按传统合同法理论,因“重大误解”而订立的合同是可被变更或撤销的。参见《合同法》第54条。

根据与处理案例1同样的逻辑去思考——谁能以较低的成本避免这个事故?① 尽管双方避免事故的预期成本在个案中无法比较,但法院都会推定:让Y提高些警惕要比让X改变自己随意许诺的生活习性更容易一些(因而,由Y来承担损失就比让X去赔偿损失更可能减少未来类似误会的数量)。这一推定的合理性在于:社会上像X一样随意许诺的人数量众多,而像Y一样粗心大意的人却很罕见。并且,将责任分配给粗心大意者可以使法律“树敌较少”,由此降低法律的管理成本。尽管一律执行赠与承诺,可以减少谎言和欺骗的数量,但由此产生的少量社会收益补偿不了极度攀升的执行成本;相反,拒绝粗心大意者的索赔请求却可以抑制诉讼的动机,减少诉讼的数量,降低法律的实施成本。② 此外,既然法律应该鼓励人们去成长,就不应过分保护那些天真无邪的人们。毕竟,我们就生活在一个充满谎言和欺骗的世界,这是法律无力改变的既定社会条件。事实也正是如此,合同法只鼓励人们对他人的承诺投入“合理的信任”(reasonable reliance),而不是“过度的信任”(overreliance)。③

从前文的分析中,我们发现,在无法可依的条件下,法官只能通过权衡利弊来处理纠纷。权衡利弊,或叫“成本—收益分析”,是所有理性决策共享的思维方式,也是支配整个生活世界的基本逻辑。无论我们做任何事情,都要首先考虑是否值得去做,这就是在比较成本和收益,哪怕这种比较只是下意识的。最容易理解这一点的办法是模拟生态竞争,无论在个体层面还是群体层面的生态竞争中,自然选择都会青睐于那些理性的决策者(包括理性的个体和理性的群体),非理性决策者将会在生态竞争中惨遭淘汰。这就解释了为什么人类进化至今“理

① 参见 Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 *Yale L. J.*, Vol. 1060. (1972) 波斯纳发现,关于“信赖损失”的责任分配,与侵权法的逻辑是一致的,参见 Richard A. Posner, Gratuitous Promises in Economics and Law, 6 *J. Legal Stud.* 1977. p. 416。

② Richard A. Posner, Gratuitous Promises in Economics and Law, 6 *J. Legal Stud.* 1977. p. 414。

③ 参见[美]罗伯特考特、托马斯尤伦:《法和经济学》,施少华等译,上海财经大学出版社2002年版,第167~171页。

性人思维”能够主宰各个领域的决策。^① 在法律产生之前,法官当然不可能根据“法律人思维”处理纠纷,他只能遵循“理性人思维”。这也说明,是“理性人思维”,而不是“法律人思维”,创造了法律。

法律是一个激励机制,激励必须面向未来。已经发生的事故,其损失属于沉没成本,法律决策必须看重后果,因为,相对于未来无穷多个潜在事故的损失总额,当下的事故损失再大,在比列上也会趋近于零。正因为如此,法官以及其他法律决策者必须“向前看”。制定法律、执行法律以及解释法律,都要面向未来,这正是法律作为激励机制的题中之义。^② 有效的激励机制需要稳定的激励信号,混乱模糊的信号会导致激励失灵,这在客观上要求判决保持某种程度的稳定性和一致性。由此可见,法律决策者在目的上要“向前看”,在手段上要“向后看”,二者并不冲突。

法律既可以诉诸判例,也可以规定为明文,但两者共同服从的逻辑是基于“理性人思维”的经济学逻辑。这不仅可以从事先的发生学视角获得支持,而且可以从事后的生态竞争视角获得进一步验证。为什么经济学逻辑能够支配法律制度?道理很简单,一个背叛经济学逻辑的法律制度,会减损社会福利,而相对贫穷的社会自然更容易成为生态竞争中的失败者。

① 以最早应用成本—收益分析的美国为例,法规制定的成本和收益分析越来越普遍,美国现在已经逐渐成为一个成本收益分析的国家。See Robert Frank & Cass Sunstein, Cost-Benefit Analysis and Relative Position, 68 U. Chi. L. Rev. 2001, pp. 323, 326-327. 国务院在2004年《全面推进依法行政实施纲要》也明确鼓励运用成本收益分析方法,即“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……要研究其实施后的执法成本和社会成本”。参见国务院《全面推进依法行政实施纲要》第17条。但我国显然还没有形成自己的成本收益分析制度。

② 参见[美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第33页。