

Ward Farnsworth

THE LEGAL  
ANALYST

高手

一位好律师，必定掌握着一整套分析和推理的技巧，在面对各种各样的法律问题时，这些技巧不断地派上用场。

——伊恩·艾尔斯（耶鲁大学法学院教授）

{ 解决法律难题的 *31* 沃德·法恩斯沃思 著 }

{ A Toolkit for Thinking About the Law 种思维技巧 }

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

Ward Farnsworth

THE LEGAL  
ANALYST

高手

{ 解决法律难题的 *31* 沃德·法恩斯沃思 著  
A Toolkit for Thinking About the Law 丁芝华 译 种思维技巧 }

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

高手:解决法律难题的31种思维技巧/(美)法恩斯沃思著;丁芝华译.—北京:法律出版社,2009.9

ISBN 978-7-5036-9752-4

I. 高… II. ①法…②丁… III. 律师—工作 IV. D916.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第125167号

高手

——解决法律难题的31种思维技巧

[美]沃德·法恩斯沃思/著

丁芝华/译

编辑统筹 大众出版分社

策划编辑 柯恒

责任编辑 丁红涛

装帧设计 乔智炜

©法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 沙磊

开本 787×960毫米 1/16

印张 17.5

字数 278千

版本 2009年9月第1版

印次 2009年9月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

电子邮件/[info@lawpress.com.cn](mailto:info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-9752-4

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 言

本书汇集了各种各样的用于思考法律问题的方法,其中涵盖了诸多当前最令人们感兴趣的方法。对于这些方法,人们是在法学院中学习到的——或者应当学习到它们,或者希望能够学习到它们,而且学习如何使用通俗的语言、大量的实例来解释它们的应用原理。实际上,也可以把本书称为法律分析方法指南。本书非常适合法律专业的学生、律师、学者阅读,也适合对法律制度感兴趣的读者阅读。如果使用《像法律教授们一样思考》,它的书名可能更为贴切,但是,如此一个含混不清的书名,会使它被误解为是一本威胁之作,而非一本希望之作,从而落下为法律研究的主流所排斥的下场。

上述是对本书内容及其立意的简短说明。详细地对其说明,需要像人们通常讲授法律一样开始,尽管在我看来这种惯常之法似乎有些颠倒。通常,法学院的学生们需要学习两类东西。第一类是大量的法律规则,即一些法律原理,例如,告诉大家何为有效合同,在什么情况下人们要对自己造成的事故承担赔偿责任,或者谋杀与误杀存在什么样的区别等。第二类是思考法律问题的方法,即一些法律思想,例如,囚徒困境,规则与标准的区别,底线问题的阐释,或者后见偏见等。在这些方法中,一些都是法学中的老问题了,然而,最近以来大部分却是法学院的学生们从其他学科中才接触到的,例如,经济学或心理学。不论如何接触到的,这些思考方法都是非常令人感兴趣的,非常有用的,而且是法学教育中最引人入胜的内容。掌握了这些方法,大家可以更深刻地分析各种新问题和老问题,或者说,看问题的深度将大大增加。

这里存在一个问题,即在法学院中不会详细地或系统地讲解这些方法。可以换一种方法来解释一下这个问题:法学院的课程是按照这些方法而非法律科目来安排的,这样一来,在第一学年中,学生们可以学习一门关于囚徒困境的与博弈论中的方法的课程,一门关于规则与标准间的区别的课程,一门关于认知心理学的课程等。在这些课上,学生们可以学习到一些关于合同法的内容,一些关于侵权行为法的内容与一些关于其他法律科目的内容。但是,法学院的现实情况并非如此,法学院的课程是按照法律科目而非这些方法来安排的。法学院的课程为合同法、侵权行为法等大家熟悉的科目,在这些课程中,大家可能会零星地学习到一些上述思考法律问题的方法。换句

话说，人们倾向于这样讲授法律：法律规则似乎是学生们学习法律的重中之重，虽然思考这些法律规则的方法似乎重要，但它们是辅助的教学内容——有人偶尔对它们进行讲解就很不错了，尚不需要进行专门的讲授。

这样讲授法律可能还有其他更好的理由，但是，这种方式会产生一个负面影响，即大多数学生无法真正深入地掌握这些方法，尽管它们才是法律学习中最为重要的内容。除非能够看到应用这些方法可以轻松地解释不同法律领域关系的大量实例，否则人们很难认识到它们为什么如此重要，更不用说，为什么要掌握它们了。然而，只有在不同科目的老师同步讲解这些方法的情况下，即在侵权行为法的老师讲解囚徒困境在该法领域中的应用原理时，合同法老师也讲解其在合同法领域中的应用原理，财产法老师也讲解其在财产法领域中的应用原理，人们才可以看到这些方法的重要性。但是，这种情况一般不会存在。法律老师们不会同步讲解这些方法，他们会按照自己的观点来选择讲授他们认为有价值的内容，因而，在法学院中，这些最好的思考方法可能只是偶尔会被提及，或者根本不会提及，最后学生们也根本不可能掌握这些方法。

实际上，一个无心成为行家的人却掌握了这些方法。没有人故意想去隐藏这些方法背后的思想，也没有人设置障碍不让大家去了解和学习这些思想。人们只是无意之间把这些好的东西搁置在某些角落里了——某些课程中，图书馆中，或许在某一篇文章中也会有一些，但总被众多学生（与教授）所略过。尽管这些方法和思想对于分析法律问题非常重要，但是广泛使用它们的却是法学院之外的经济学家、政治家与认知心理学家。由于能够作为很好的分析方法或者充分地解释某些问题，少部分可能会引起某些学生、精通多方面业务的律师或法律教授的兴趣，但是一般不会引起大家的广泛关注。

本书意在改变上述状况。至此为止，似乎给人一种印象：本书是专门为法律专业的学生而写的。它的确也愿意要为他们提供一些帮助。当一些刚考上法学院的学生向我咨询，入学前需要读些什么书时，在过去，我总是无法确定应向他们推荐一些什么样的书。<sup>1</sup>但是，本书也非常适合其他一些对法律颇感兴趣的读者，无论他是专业的，还是业余的。尽管我在进入法学院学习前对本书所讲的内容一无所知，但那时就想去读这样一本书。尽管在我从法学院毕业后，对本书中的一些内容已经有所了解，但仍然想去读这样一本书。甚至在我的教师生涯的早些年间，我仍然想读这样一本书，因为那时我对猎鹿模式博弈或者乘积悖论也只是一知半解。

不过，本书也有一些不足之处。在此，略作说明一下。首先，这样一本书只能介绍一些思考的方法；本书所探讨的各种方法涉及的内容非常多，不是本书中这些短小的章节所能涵盖的。在各领域中的所谓的专家们可以很容易发现本书中的粗略之处。但是，本书的立意仅仅在于让大家认识到这些思考方法的重要性，引导大家应用这些方法去分析问题。在本书每一章的结尾部分，都建议大家对这些思考方法进行进一步的学习与探讨。如果大家对它们感兴趣，从本书的尾注中，可以找到进一步学习与探

讨需要的许多资料。

其次,如前所述,本书试图把所有的思考法律问题的重要方法汇集起来。但在此,我不得不承认这种努力所取得的成果仍然非常有限,因为还有一些重要的法律思想,在本书中没有得到探讨。本书仅仅介绍了适合本书形式的一些思考方法,即在较小的篇幅内通过大量的实例能够给予充分说明的方法。比较有名的一些法律思想都介绍得较为粗略,例如,道德理论、批判法学派、法律现实主义等(特别是最后的法律现实主义最为粗略,尽管我非常喜欢写这一领域中的文章)。我也没有探讨宪法解释理论,因为这些理论的分析功能相对于其他分析方法要弱一些。这些理论不能很好地阐释许多法律上的难题;它们的价值仅限于人们为其所设计的领域。与这有些不协调的是,在法学院中它们通常却被大书特书,也使得在此不再需要对其进行详细探讨。

不探讨这些思想和理论会产生一种危险,即这意味着本书是在蔑视这些思想和理论。本书中所探讨的思想大部分都源于经济学中。这并不意味着,对于法律而言,经济学上或功利主义的方法才是唯一有价值的(我曾经对这种观点进行过深入批判)。<sup>2</sup>我只是主张它们非常有用,需要对它们进行这种介绍。只要读者能够认识到本书并没有涵盖所有重要的法律分析方法,就足够了。这也意味着一个良好的开端。

最后,即使对于本书中所探讨的这类法律分析方法,我也有一些没有涉及。关于墨守成规及其类似思想的一章与关于社会规范的一章都被我撤下了。在准备把书稿送交出版商时,我已经意识到还有一些思想和方法,本应写到书中。但是,这本书已经比原先所计划的长了,我只能这样安慰自己,如果这本书能够获得读者的认可,在将来修订时,我再把这些内容加进去。

这本书共包含五个部分,分三十一章。第一部分探讨动因问题:法律决定对人们以后做出各种选择的效应。第二部分探讨人们一起工作时所产生的信任、合作与其他问题。第三部分探讨法学中的一些主题,介绍了法庭作出裁决中所使用的一些分析方法——规则与标准、如履薄冰问题与类似问题。第四部分从认知心理学的角度上探讨人们的非理性行为(或者如理查德·泰勒(Richard Thaler)所说的“准理性”行为)方式及其在法律方面的意义。<sup>3</sup>最后一部分考察许多法律科目都涉及的证明问题。这样的主题分类有些随意,肯定使它们显得比较凌乱。但是,在不同的章之间存在相互联系时,后面的章有时也会涉及前面的章的内容,因而按照前面的排列顺序来阅读本书或许还不至于让读者失望。

这最后几点是应我的技术编辑的要求而予以说明的:我试图用最简洁的英文来撰写本书。我当然也遇到了代词选择的问题,即确定代词所代的是阳性或者阴性。在本书中,我统一使用阳性代词,而不管其所代的是阳性或者阴性;我也发现了其他一些的处理方式,不过这些新的处理方式有点太矫揉造作了。当然,对此别人可能有不同的看法。如果这种统一使用阳性代词的做法给大家造成了烦扰,在此深表歉意。

## 致 谢

我常常认为,人们过分地强调了脚注(或者本书中的尾注)在法律学术论著中的作用。但是,在本书中,我也的确需要使用大量的尾注。凭良心说,我是想通过本书来阐明自己的诸多观点。这也是写作本书的乐趣所在。但是,我的主旨在于汇集各种专家学者们提出的重要的法律分析方法,并把它们传授给更多的读者。对于这些分析方法的提出者,我在书中的一些地方已经给予了赞许,在此也对他们表示感谢。他们对本书中的思想与实例具有非常大的贡献。对于我在书中未提及之处,在此表示歉意。

需要对本书其中的三章内容作特别说明。在这三章中,我想要探讨的这些主题的研究已经获得了广泛的认可,与我在本书中所说明的基本相同:这些主题所涉及的思想非常有用,已经得到了详细的阐释,而且包含着许多生动有趣的实例。我与这些思想的提出者,埃里克·波斯纳(Eric Posner)、Saul Levmore 与 Eugene Volokh 联系过,问他们是否愿意成为本书这三章内容的合作者。他们都非常乐意地同意了。因而,在这三章中,有些地方大段引用了他们的研究成果。事实上,这三章内容大部分或者说绝大部分应当归功于这三位合作者。他们也允许我根据本书的内容对他们的研究成果进行一些调整,在此深表谢意。也正是有了他们的这些研究成果,本书增色颇多。

此外,从本书写作的开始到结束,Saul Levmore 也始终给了我莫大的鼓励,并提出了许多有益建议。因而,在此诸多谢意竟无法一一表示。他的著作与谈话中充满了许多有趣的思想,本书在很多地方都从这些思想中受益匪浅——有时能够从尾注中看出,有时则不然。在此,要感谢 Jack Beermann, Eric Blumenson, Robert Bone, Ronald Cass, Tamar Frankel, Jonathan Koehler, Andrew Kull, Gary Lawson, Gerald Leonard, Steve Marks, Jeff Rachlinski, Ken Simons 与芝加哥大学出版社的三位匿名评审,他们阅读了本书的全部或部分手稿,并提出了许多的修改意见。芝加哥大学出版社的 John Tryneski 与 Leslie Keros 也在很多重要方面给予了本书许多帮助。在本项目的研究中,我也得到了 Alon Cohen, Susan Fraenhoffer, Daniel Norland, Sarah McCabe, Wells Miller, Nick Se-

manko, Brian Vito 与 Graham Foster 等的大力协助。对于本书中的许多内容,我与 Brian Brooks, Carl Byers, Daniel Cantor, Janet Farnsworth, Ward Farnsworth Sr., Ted Frank, Kelly Klause, Adam Long, Christopher, James Sanders, Ted Skillman 与 Kelly Klaus 等进行了交流,从中受益颇多,在此也表示感谢。像往常一样,波士顿大学法学院图书馆中那些和蔼可亲的、勤勤恳恳的员工也给了我颇多的支持与帮助。



—— LEGAL ANALYST ——  
A TOOLKIT FOR THINKING ABOUT THE LAW

目 录

序言 / 1

致谢 / 1

第1部分 / 1

行为动因分析

技巧1 事前分析与事后分析	3
技巧2 效率理念	11
技巧3 边际分析	20
技巧4 单一所有人	31
技巧5 最小成本防范者	40
技巧6 管理成本	47
技巧7 寻租理论	54
技巧8 科斯定理	61

第2部分 / 69

博弈方之间的信任、合作等问题之分析

技巧9 代理成本	
[与埃里克·波斯纳(Eric Posner)合作]	71
技巧10 囚徒困境	81
技巧11 公共产品	89
技巧12 猎鹿博弈	95

技巧 13	胆小鬼博弈	102
技巧 14	信息瀑布效应	110
技巧 15	投票悖论	117
技巧 16	市场抑制 (与 Saul Levmore 合作)	123

### 第3部分 / 131

#### 法理分析

技巧 17	规则与标准	133
技巧 18	“如履薄冰”(Slippery Slope) (与 Eugene Volokh 合作)	140
技巧 19	声音隔离效应	148
技巧 20	所有权规则与赔偿责任规则	153
技巧 21	底线	161

### 第4部分 / 169

#### 心理学分析

技巧 22	支付意愿与接受意愿:禀赋效应与相似思想	171
技巧 23	后见偏见	178
技巧 24	框架效应	183
技巧 25	铁锚效应	188
技巧 26	自利偏见与归因错误说明	194

### 第5部分 / 203

#### 问题证明分析

技巧 27	法律假设	205
技巧 28	证明标准	211
技巧 29	乘法原理	224
技巧 30	基础概率	231
技巧 31	价值与市场	241

### 注释 / 250

第**1**部分

# 行为动因分析

- 技巧1 事前分析与事后分析
- 技巧2 效率理念
- 技巧3 边际分析
- 技巧4 单一所有人
- 技巧5 最小成本防范者
- 技巧6 管理成本
- 技巧7 寻租理论
- 技巧8 科斯定理

## 技巧 1

### 事前分析与事后分析

一个抢劫犯进入一家银行，把枪顶在一位顾客的头上，胁迫银行职员把抽屉里的所有钱交给他，如果不交的话，他就开枪打死这位顾客。银行职员拒绝了他的要求，这个抢劫犯就向这位顾客开了一枪，然后逃之夭夭了，后来始终也没有被警方捕获归案。这位顾客因遭受枪击而身亡，他的遗产继承人遂把这家银行起诉到了法庭上，认为银行职员应当把抽屉里的钱（我们在此假设，只有 5000 美元）交给那个抢劫犯。对此案，法庭应当如何裁决呢？

分析这个问题，有两种完全不同的方法。按照第一种方法，本案是银行与一位顾客的遗产继承人之间的纠纷。他们之所以对簿公堂，是因为他们无法私下解决在此问题上所产生的分歧。作为终局的调停人，法官可给出双方都愿意接受的解决办法，因为这个解决办法具有法律上的强制执行力。双方会有一方胜诉，问题是谁会胜诉。要找到纠纷的解决办法，需重新考察本案的案情，弄清楚基于公正理念银行是否应当向原告支付损害赔偿金。银行有不当之处吗？如果银行职员的行为使银行避免了财产损失，那么银行不向因该行为而受害的一方（或者，更准确地说是他的遗产继承人）支付赔偿公平吗？银行承担那位顾客死亡所产生的经济负担会比他的亲属更容易吗？我们可以凭着正义感扪心自问。用与本案类似的案例加以类比，也是可能的。例如，银行的保洁员卫生没做好，地面很滑，有顾客因之摔倒。再如，银行职员把将有顾客携巨款离开银行的消息向窃贼透露，法院判决由该银行承担责任。我们可以像处理这些类似案件一样来对本案作出裁决。

上述分析就是使用的第一种方法。但还有第二种分析方法。银行那天发生的事情系属不幸，但与此相关的利益并不是主要的；事情到此就结束了，法庭无论作出何种裁决，都无法改变已经发生的事实。此时，钱财，抑或承担的处罚，可以从一个人转移给另一个人，但这些都只是一种重新安排而已，对于已经发生的严重后果，这一切都太迟了。银行那天发生的令人震惊的事情（或者是犯罪，或者是事故）都会造成浪费：死去的生命，被毁坏的汽车，破碎的玻璃，或者其他可能发生的损害。这些损害一旦发

生,世界都会遭受不可挽回的损失。对于死者的家庭而言,这显而易见。他们非常痛苦地意识到,无论法律做何处理,他们的亲人也不会再醒过来。对于导致汽车损坏的事故而言,事实也是如此,但不太为人注意到。汽车可以修理,应当承担事故责任的人 would 支付修理费用,汽车的主人可能认为法律使其原来的汽车又回来了:真是一个奇迹!好像这起事故从来也没有发生过。但这不是一个奇迹,而是一种浪费。无论汽车的主人感到如何满意,世界也不会与没有发生事故前的一样了,因为这起事故花了钱,而这些钱本来可以更好地用到其他任何事情上。问问那个支付修理费用的人的感觉吧。这里的问题在于法律并没有使已经发生的那些不幸复原。是的,不幸已经发生,法律无能为力。法律唯一所能做的就是对损害的承担重新分配。当然,这也并不等于什么也没有做。分配责任,让应承担责任人进行赔偿,可能会使受害人感觉好一些,使其他社会成员感觉好一点。但是,法律的梦,也是我们大家的梦,是让时光轮回,在损害发生之前阻止损害的发生。这可能要比事后争论谁应承担这种损害好得多。但糟糕的是,这是不可能的。

但在一定程度上,这也许是可能的,因为法庭能够付诸行动,阻止不幸的发生。它可以创制一项规则,减少以后类似银行抢劫的恐怖事件的发生。这无法挽回已经发生的杀人事件,但能够减少将来发生的杀人事件,这难道不是一样好吗? 或者还有比这更好的,因为我们将能够阻止大量不幸的发生,而不仅仅是其中一个(如果不能防止这些灾难,当在将来这些灾难发生后,我们仍然会像现在一样感到痛苦;我们希望能使时光倒回,也许到今天仍然如此)。法律对纠纷的解决可以采用一种不同的方式,从上文的分析可以得出这一点。不是向事后看,不是裁断由谁来承担已经发生的不幸,而是向事前看,作出的裁决,要使今后发生同样不幸的可能性大为减少。

这是一种什么样的分析思路呢? 在这起银行抢劫案中,这意味着要弄清楚该案件裁判后人们将来的行为动机是什么。下面这种可能性是比较有趣的:如果法庭说原告胜诉,则自此以后再遇到抢劫犯劫持人质时,银行就会产生把钱交给歹徒的动因(以避免再次被起诉和支付赔偿)。反过来,这意味着歹徒们会产生劫持人质的动因。实际上,歹徒们可能并不知道这条法律规则,不过,他们可能不需要知道。他们或许仅仅注意到劫持人质是一种非常有效的手段。银行总会把钱交出来。这里存在一个明显的困境。让那位顾客的遗产继承人胜诉可能在将来会引起更多的人被劫持。人质被枪杀的可能性少之又少,因为歹徒们想要的是钱,但是,一旦有人被持枪歹徒劫持,后果如何很难预测。

从这种角度分析,在这起顾客的遗产继承人提起的诉讼中,银行必须胜诉。当我们回头看这起不幸事件时,就不再是公正与否的问题了,而是如何为将来创制适当规则的问题了。银行必须胜诉的原因与政府拒绝劫机犯提出的钱财等要求的原因一样。支付钱款与挽救乘客的生命具有较强的诱惑力。如果知道今后不再发生类似事情,你可能会支付钱款。但问题是:如果支付了钱款,不仅仅是会再次发生这类事情,而是会

发生更多的这类事情。

因此,现在我们看到了两种完全不同的分析问题的方法。第一种可以称为事后分析法(ex post)。按照这种方法,需要在一个灾难或其他事件发生后对其考察,决定对其做些什么,或者如何把它摆平。第二种可以称为事前分析法(ex ante)。按照这种方法,需要向前看,考虑这个案子的裁决对将来会产生哪些效应——对类似情形中所涉及的各方,他们尚未决定将来做些什么,他们将来的选择可能会受到该案法律裁决的影响。第一种分析法可以称为静态分析法,因为按照这种方法,各方的地位完全确定好了;第二种分析法是一种动态分析法,因为它假设各方的行为会因他方的行为而改变,包括法官在内。有趣的是,在司法裁决过程中,法庭会同时使用这两种分析方法,尽管基于这两种分析方法可能会得出完全不同的结论。法庭的裁决是解决当事人的纠纷,抑或为其他人创制一项将来遵守的规则?在大多数情况下,二者兼有。

本章(与本书其他的大部分)都强调事前分析法,因为这种方法会引发许多有趣的分析和讨论,而且因为人们通常总是在应用事后分析法处理问题后才会考虑到这种方法。当接手一个案件时,人们自然会先考虑事后分析法。例如,发生激烈纷争的双方当事人,可能为一个灾难而互相指责。他们着眼于过去,寻找解决纠纷的办法。他们完全不关心案件裁决对将来的影响;他们只关心眼下谁会胜诉。在关于意外事故的案件中,尤为如此。我们这个例子中的银行可能略微有所不同;它可能既关心是否胜诉,也会从长远角度出发,关心法官所创制的新规则,因为它可能需要处理很多这类事情。但是,法庭必然要考虑这两种分析法,因为它需要现在确定一个胜诉方,还要为他人创制一项将来遵守的规则。

事实上,可以看到,许多处理类似案件的法庭都基于我们刚才所说的事前分析法判决银行胜诉。伊利诺斯州最高法院对此说道:“在这类特殊的案件中,判决的结果可能显得无情、不公正,但是,如果不如此判决,就等于鼓励更多的犯罪分子采用类似暴力手段,在将来也就无法保护更多的顾客,这种后果是我们无法承担的。”<sup>1</sup>换句话说,在基于事前分析法的观点与基于事后分析法的之间的争论中,前者战胜了后者。在实践中多次出现的这种难题,逐渐使人们认识到:当某一个案件中存在诸多诱使人们仅仅从事后分析的因素时,更要倾向于考虑事前分析法。从事前角度分析的简单方法是:先想象一下哪方将会胜诉,然后再想象下一周之后各方会怎么想——当各方获知法庭的裁决结果后,他们将会实施不同的行为。因此,可以想象在本案中,当银行获知裁决结果后,会改变自己的有关规定,允许自己的职员把钱交给抢劫犯;这种裁决结果也会使其他方产生不同的动因,包括那个抢劫犯。当然,在现实生活中,我们最为关注的并非本案当事人的动因,而是众多的银行与众多的抢劫犯。但有时这种方法有助于具体分析所遇到的当事人,进而归纳出普适的结论。

从事前角度分析的另一方法是想象一下立法机关面对这样一个案件会做何考虑。立法机关为将来创制普遍适用的规则,它并不是想解决已经发生的个别纠纷。因此,

如果一个立法委员会或政府机关考虑创制一项关于银行面对抢劫犯劫持人质如何处理的规则时，可能不太会受到个案公正问题的影响。它的职责在于从事前考虑各种行为所产生的结果，然后基于此确定适当的规则。的确，法院的职责有所不同。法院的职责是按照相关的法律依据，例如，制定法、判例法等，对具体案件作出裁决。对于这里的银行案而言，为对其作出裁决，法庭开始就会查找相关的法律依据。但是，有时无法找到完全适合的法律依据。这样一来，在事实上，司法裁决会产生立法的功能，尽管其主要功能在于解决纠纷。不同的法院会采用不同的方式来平衡这两种功能，注意到这个问题的学生们经常会讨论应当如何保持二者的平衡。<sup>2</sup>但是，司法裁决中多少要考虑一些其对将来的影响，这具有一定的重要性，得到了多数级别的法院的法官们的认可，正如在法庭上采用同样的分析方法展开辩论的律师一样。当听到一个律师提出“政策性”主张时，通常就意味着这种主张是基于事前分析法得出的观点，裁决可能会对人们的动因产生一定的影响。

让我们再看看一些其他例子。我建了一所房子。不幸的是，我在测量时发生了错误，我的房子超过了我家与邻居家的地界18英寸。改正这个错误花费的代价会很高；可能要把越界部分的房子拆掉，也可能要把在地界附近的部分房子都拆掉。如何处理这个问题？按照事后分析法，越界已成既定事实，需要看看是否还有其他最佳的处理方法。无论法庭怎么裁决，都无法改变这所房子超界的事实吗？我们现在所能做的就是尽量减小这种错误所引起的损失。因此，理所当然的弥补方法是法庭判令我支付越界占用的这块地的转让金，或许还要加上一些补偿金，因为这种错误等于我强迫我的邻居把越界部分的地卖给了我。为什么要拆掉部分房子而损坏这所完美的房子吗？但是，如果按照事前分析法，情况可能会完全不同。从事前分析，越界纠纷可能变得无关紧要。重要的问题在于处理越界纠纷的方案会对我们将来的行为——与类似情形下他人的行为——有何影响。按照这种观点，转让金支付的裁决——强迫的土地买卖——可能会变成一种恐怖的解决方案。明显地，它只是解决了已经发生的问题，但是，它不会使我或其他人以后产生准确测量土地尺寸的动因。事实上，它也可能使大家产生完全相反的动因：假如我想买你的一小块地盖房子，但是不能确定你是否愿意卖这块地，我最好的办法就是先越界建房，然后让你起诉我，我再支付这块地的转让金就可以了。即使我还必须支付补偿金，但是这种方法总比我直接要你卖地要好得多。

因此，处理越界案件的普遍规则是原告——起诉的邻居——将从法庭得到强令越界方拆除房子的命令。对于本案，还有一些需要探讨的问题，在后面的部分章节中再进行讨论。现在，重要的是，在这里可以看到，事前分析法又一次取得了胜利。事后分析法——事情发生之后——让侵权的邻居向被侵权的邻居支付土地转让金看起来可能比较合理；事前分析法——分析影响人们下次行为的动因；在将来的事情发生之前——支付土地转让金的方案必定行不通，因为这种方案会使类似的侵害很有可能再



次发生。<sup>3</sup>与此类似,如果判决那家银行向那位顾客的亲属支付赔偿金,可能会导致劫持人质的事件大量发生。

还要注意,除了应用于案件审理外,事前分析法在其他方面上也有重要应用。注意在何种情况下从多个方面判断一项规则的应用效果,也是非常重要的。当房屋越界时要求把它们拆掉的规则可能看起来非常不合理,如果仅仅研究一些适用了该规则的案例。你所看到的一切可能是房屋被拆掉,或者为避免越界,邻居间索要非常高的土地转让金。仅仅在这些案例中,甚至主要研究这些案例,这项规则的应用效果并没有显现出来。考察这项规则的应用效果,也应研究房屋开始就没有越界的案例,因为大家都认真进行了土地测量工作——以防测量不准会导致将来建好的房屋被拆毁。因而,没有被拆毁的新房屋也都是这项规则应用的例证。一项看起来无情的、会造成很大浪费的规则,一旦应用适当,实际上可能会产生极好的应用效果,如果人为地把它的应用范围缩小,则无法看到它良好的应用效果。

当法庭决定是否采信某一证据时,也会进行上述的权衡。一位警官看到一个家伙,手里拿着一把屠刀,尾随一个人从一幢建筑物中出来。这位警官遂开枪,把这个家伙打死了。这至少是这位女警官所叙述的事实经过。麻烦在于后来并没有从死者身上发现刀。就此事,这位警官曾多次到一位临床医生处问诊。与此同时,被她打死的人的亲属把她起诉到法庭上。原告请求查看那位警官在临床医生那里的病历记录。应当允许原告查看吗?按照事后分析法——现在病历记录就在医生那里,双方对其争论不休——答案可能显得非常清楚:当然应当允许原告查看这些病历记录。这些病历记录里可能存在重要的证据内容。假如说这位警官已经私下承认了她说死者持刀的事实是她编造的?假如说她开枪打死了死者是因为她看死者不顺眼?陪审团的确也需要知道病历记录中的内容。接着,假如这位警官并没有提及与控告有关的事情,查看这些病历记录会造成什么危害呢?如果她始终自信她说的都是事实,所有这一切对这位警官来说,可能就显得不公平了,但是,这种利害相对于查明死者的死亡真相,则显得苍白无力。

但是,重复说一下,上述推理都是以病历记录的想当然存在为起点的。按照事前分析法,当然不会支持原告的要求。按照这种方法,需要知道,如果原告这次胜诉,这在今后会使大家产生什么样的动因。下次,这位警官就不会再去看医生,或者在与医生谈话时会有意地隐瞒自己的一些情况;因为一位负责的医生会在与病人谈话开始前,警告病人他所谈的一切都将可能成为呈堂证供。有人可能说,在本案中调取医生的病历仅仅是一个特例,不足为虑。这里不仅仅是收集这些有价值的资料与阻碍人们和医生的正常交流之间的权衡。如果这些资料都会作为呈堂证供的话,则下次出现这些有价值的资料的可能性将会大大减少。当然,这并不必然意味着所有这类谈话都需要保密,或者需要“特殊保护”。本案的最终裁决取决于一些细节——特别是关于病人和医生正常交流的重要性与保密对于保障这种交流的重要性的细节。对于这位警官