

程序法学文库

CHEN XU FA XUE WEN KU

刑事裁判思维模式研究

XINGSHI CAIPAN SIWEI MOSHI YANJIU

❖ 李 安 / 著 ❖

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

浙江省社会科学规划课题研究成果

刑事裁判思维模式研究

李安著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：张雪纯

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事裁判思维模式研究/李安著. —北京：中国法制出版社，2007.3

ISBN 978 - 7 - 80226 - 830 - 2

I. 刑... II. 李... III. 刑事诉讼 - 判决 - 思维方法 - 研究 IV. D915.318.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 030172 号

刑事裁判思维模式研究

XINGSHICAIPANSIWEI MOSHIYANJIU

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 4 月第 1 版

印张/10.5 字数/228 千

2007 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 830 - 2

定价：22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66032584

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

序

在西方国家盛行已久的自然法学（法学与伦理学的交叉研究）、分析法学（法学与逻辑学的交叉研究）、社会法学（法学与社会学的交叉研究）等主要的法学流派都是学科交叉研究的结果。在美国法学界，以“法律与XX”为题的学科以及这些学科的研究成果随处可见，例如法律与考古学、法律与经济学、法律与人类学、法律与心理学、法律与社会、法律与文学、法律与政治、法律与妇女、法律与种族等。甚至有些与法学关系比较远的统计学、社会生物学的知识也大步侵入传统的法学领域。这种种迹象表明，虽然法学至今是一门独立的学科，但确实已经不是一门自足的学科。我国已有专家指出，法学界有多少篇论著被其他学科所引证？我们搞法学的人究竟对知识本身做出了什么贡献？我们在法学这个范围内所做的那些“贡献”，是不是法学家自己在圈定的“法学”领域中所玩的游戏——甚至是一种“关门”的“过家家”游戏？应当说，法学家的这一觉醒是极其珍贵的。

在我国的学科分类标准中，法学为一级学科，包括理论法学、法律史学、部门法学、国际法学等二级法学学科。其中理论法学又包括法理学、法哲学、比较法学、法律社会学、法律心理学等具体的三级学科。应当认为，能够列入国家法学学科分类标准的都是法学学科的重要内容，也是繁荣法学研究必不

可少的组成部分。可是，现实的中国法学似乎就是部门法学，中国的法学几乎就成了部门法的法学教育，法学院的核心课程也几乎为各部门法所充斥，法律社会学、法律经济学、法律心理学等课程很少开设，即使开设的也仅仅是作为选修课而存在。所以，法学院毕业生往往知识结构单一，这严重制约了我国法学研究的进展。正如苏力教授所言，中国法学理论研究的视野狭窄和普遍缺乏对社会科学的了解，缺乏人文学科深度，使我国法学研究存在重大弱点：缺乏社会科学指导的研究，缺少经验的研究。已有的国内法经济学、法社会学、法人类学诸如此类，也大都一直停留在介绍的水平或应然的层面上，既缺定量化的研究，也缺少细致精密的个案研究，甚至常常没有一个不带个人意气的如实生动的描述。作为理论法学的法律心理学甚至连介绍的水平或应然层面的研究都很颇为鲜见，更不用说定量与经验的精密研究了。这在客观上导致了法学界对法律心理学颇为陌生，正像有法学家所言，绝大多数的法律人认识到心理学家关于证言的错误问题的研究已经进行了100多年时，无不感到惊讶！

其实，在西方国家，心理学知识已经成为许多人文社会学科的元知识，心理学研究所取的一些成果，都能够相应地引发相关学科的巨大进展，正是如此，所以心理学家柯尼曼获得的是经济学诺贝尔奖。法学研究也不例外，不仅离不开研究者对正义的体悟、对社会律动的省察，而且也离不开研究者对人类心理的洞悉。许多优秀法学著作都能深入刻画人类的心理规律，如贝卡里亚在1764年出版的《论犯罪与刑罚》一书指出：“每个人的气质与算计都随着本人的体质与感觉的差异而各不相同，

刑讯的结局正体现着个人气质与算计的状况。因此，一位数学家大概会比一位法官把问题解决得更好；他根据一个无辜者筋骨的承受力和皮肉的敏感度，计算出会使他认罪的痛苦量。”这一道理，被经过了100多年后心理学关于感觉阈限的研究成果（韦伯定律）所证实。该书中关于证人可信程度、讯问与口供等内容都涉及到许多心理学的内容。这一刑法学的经典著作包涵如此深刻的心理学思想让人钦佩。正是有着这些超越时代的认识，才使法学家看到这样的著作有横空出世之感！后来，在心理学的推动下，出现了心理学法学派，再与实证主义社会学、新康德主义相对论和现象学一起导向了法学现实主义（juristic realism）的理论。这一进程本应使法律心理学成为法学的一部分，拉近心理学与法学的距离，可是在我国似乎却使两者变得更为疏远。在我国，已有的法律与心理学的交叉研究，也仅仅局限于犯罪心理学，而如何用心理现象来解释法律特征，如何运用心理学研究成果来指导法律思维、裁判决策等理论问题都少有涉及。从这一意义上讲，在我国，作为理论法学的法律心理学几乎是一片空白。

值得欣慰的是，在2003年，中国政法大学率先在诉讼法专业下招收诉讼心理学方向（因学校学科调整，一年后改为刑法学专业犯罪心理学方向）的博士研究生，这对于造就一支从事法律心理学研究的专门人才是极有意义的。从事法律心理学研究不仅需要具有扎实的法律理论专业知识，而且还要具有良好的心理学功底。本书的作者李安同志就是该方向招收的第一届博士研究生，也是本人在中国政法大学指导的第一届博士研究生。该同志是浙江大学的心理学硕士，同时又具有多年的律师

执业经历，所以具有适合该方向研究的良好知识结构。该同志在学术上是具有潜质的，曾在上大学本科三级时，就有志向今后从事法律心理学的研究，他敏锐地将心理学的注意理论应用到刑法的过失责任中，撰写了《论犯罪过失的主观特征》一文，被当时的法学核心期刊《法学与实践》（1996年第6期）予以版首发表。在攻读博士学位期间，勤奋好学，刻苦钻研，在学业上取得了较大进展，在法学、心理学上都有高质量的论文发表，多篇论文被人大复印资料全文转载，还出版了著作《侦查心理学——侦查心理的理论与实践》一书，也获得了同行专家的好评。

在我国法学研究中，很多空洞的理论被深入研究，像正义、公平、理性、本质、功能、范畴、权利等倍受重视，而司法实践中急需的理论却没有给予足够的重视，如法律适用所需的思维方式、分析解决问题的理论技能等都没有得到应有关注。所以，当李安同志决定将“刑事裁判思维模式”作为自己的博士论文选题时，我认为选题很好，因为该选题无疑具有学术前沿性，但难度很大。因为，该选题在知识上涉及法律方法论、刑法学、刑事诉讼法学、认知心理学等多个学科的知识，在研究方法上不仅需要理论思辨，也需要经验实证。当我看到初稿后，我的感觉是李安同志不仅有着良好的法学理论功底，而且具有娴熟的多元统计技能，在我国法学博士论文中使用了结构方程模型的应属第一个。由于论文涉及多个学科，所以论文答辩委员会由3位法学专家、1位社会学专家、1位心理学专家组成。经过答辩，答辩委员会专家一致认为其博士论文具有学术前沿性，能够很好地结合法律方法论、刑法学、刑事诉讼法学与认

知心理学等学科进行法学研究，是一篇优秀的博士论文。现李安同志以同名的博士论文出版是一件可喜可贺的事，我欣然为其作序。

乐 图 安

中国心理学会副会长

中国社会心理学会会长

中国政法大学刑法学教授、博导

南开大学心理学教授、博导

内容摘要

刑事裁判是一个法律问题，而裁判过程是一种心理过程，所以刑事裁判的运行涉及心理学与法学两个领域，是法律心理学的合适议题。本文正是以法学与心理学的双重视角来探讨这一问题。在心理学的视野中，刑事裁判思维仅仅是法官处理刑事案件的一个心理加工通道而已，案件事实与法律从入口处进去，经过思维通道的加工，最后输出裁决。所以，研究刑事裁判的关键就是要研究“加工通道”，并考察“事实”与“规范”在加工通道中是否能够保持原貌。

从法律的视野看，法官裁判的任务就是作出裁决，并且保证裁决具有正当性与可预期（客观）性。作出裁决的过程在心理学家看来就是法官“发现”一个案件答案的过程，发现答案的过程如同科学研究中提出假设的过程，在科学研究中要想让假设成立必须经过验证，同理，要想保证案件的“答案”最佳必须经过检测。依据现代心理学的研究，检测进程就能指引法官尝试性地搜索法律结论，法官正是通过这一回馈性的检测来确定最佳的答案，并使这一答案具有客观性。一般认为，裁判的正当性需要经过专门的法律论证才能得以完成，所以，此处的检测不同于法律论证。因此，实际的刑事裁判过程是先有“发现”，再对发现进行“检测”，最后对检测的结果进行“证成”。也就是说，法官的裁决、裁决的客观性与裁决的正当性存在三个相应的心理机制：发现、检测与证成。弗兰克等现实主义法学家将发现与检测视为问题解

决的两个元素，本文是在前人研究基础上进行的，所以也将发现与检测组合在一起称为问题解决。

如果承认思维加工通道主要存在三种心理机制：发现、检测与证成，那么发现与检测相对于证成而言显然具有基础性意义，或者说问题解决相对于法律论证而言具有基础性意义。依据 Lonegan 的问题解决理论，人类在问题解决中所进行的心理运作远比论证来得复杂，而且重构论证步骤大多需要从问题解决的历程中进行复现，在一定程度上关于问题解决的历程将直接制约着论证步骤的理性重构，所以 Lonegan 也认为问题解决是基础。在法律意义上也是这样，因为“问题解决”是为案件提供答案的，法律论证则是在问题解决的基础上所进行正当化的阐述，没有答案即没有证成的对象。因此，刑事裁判思维的基础应当是问题解决。

本文正是基于问题解决是裁判思维基础这一立场，对刑事裁判思维的问题解决进行重点研究。依照刑事裁判的法律逻辑，问题解决的内容主要包含三方面：一是确定被指控的行为是否系被告人所为；二是定罪；三是量刑。由于裁判思维还包括法律论证，所以对问题解决还应当进行论证。

首先，确定被指控的行为是否系被告人所实施。此时，法官需要解决的问题是被告人究竟是行为人（犯罪人）还是无辜（者）。法官在这一过程中存在两个确信程度的实际认知过程：一是法官对被指控者是真正罪犯的确信程度；二是法官在作出裁判之前所要求的确信程度。只有前者的确信程度达到后者的要求，法官才能确定被告人是罪犯。本文依据期望效用理论对惩罚罪犯与保障无辜、放纵罪犯与冤枉无辜进行了效用分析，揭示了法官对罪犯的确信程度与上述效用之间的内在联系，揭示了惩罚罪犯与保障无辜之间的内在矛盾难以依靠价值取舍予以解决。由于对

犯罪人的确定既涉及科学判断又涉及价值取舍，而信号检测理论具有将判断政策分解为科学成分（正确性）与价值成分（判断标准）分别进行分析的功能，于是，笔者应用该理论对此难题作了进一步分析，获得了一些有益启示。

其次，如果犯罪行为是被告人所为，那么法官就要判断该行为是否符合某一犯罪构成，并在构成基础上确定罪名。此时法官需要解决的问题是建构案件事实、寻找可适用的规范、判断事实与规范的符合性。本文将这三者任务融入到以解释为基础的司法决策模型中，该模型是融合了以规则为基础的模型与心理模型的主要观点后的产物，能够将“理解”与“决策”进行有效结合。在该决策模型的理论框架下，笔者再运用认知心理学对案件是如何建构、规范是如何被发现、符合性是如何判断这三个问题作了解释，最后我们获得以下认识：案件事实建构的基础是法官对证据的“理解”，其顺利完成依赖法官的认知结构；规范发现的基础是法官已有图式的指示，其顺利完成依赖法官的启发思维；符合性判断的基础是可选方案与总的证据表征之间的匹配，其顺利完成依赖法官的实践决策。

再次，如果符合犯罪构成，法官还要决定是否需要科处罚金及科处多重的刑罚。由于我国刑法规定的大多是相对确定的法定刑，所以法官如何为案件提供量刑，并使量刑具有正当性与可预测性（客观性）就成为裁判的难点。本文试图通过实证研究为解决这一裁判难点提供启示。笔者对某一基层法院的290份刑事判决书进行统计分析，首先是数据采集，对10种量刑因素（情节）进行客观记录，并将宣告刑转化为量刑等级（这一转化如同分类并非主观赋权）；然后是统计处理，用等级数据来表征量刑基准，并运用结构方程模型（统计技术）来综合反映量刑情节与量刑之间

的数量化的“因果”（路径与回归）关系。这样，就可获得可比较的“同质”量刑基准以及量刑情节的效力大小，为有多个量刑情节情形下的量刑活动提供一种思路。

虽然定罪与量刑都是裁判思维的内容，但是定罪与量刑所遵循的思维模式应当是不同的。因为定罪仅仅涉及有罪与无罪或此罪与彼罪的争议，而量刑的争议更多表现数量上的差异，所以定罪属于“类”间的选择，而量刑则属于“量”的确定。对于“类”的选择，通过启发（直觉）思维先发现结论，再进行后置的“检测”还是容易获得一致结论的，所以定罪可以更多地依赖启发思维；可是，如果量刑也依照启发思维，即使进行后置的检测，由于差异太大，很难在“量”上达成一致，所以为了使量刑也具有客观性，就需要对量刑进行决策前的分析，即在量刑基准的基础上进行顺向思维，这样才能使每个量刑情节的影响力都纳入理性思维的视野。而且，结构方程模型能够为量刑情节之间的相互关系以及不同量刑情节对量刑的综合影响力提供一定的数量参照。这样，就能较好地规范法官的自由裁量，使量刑的客观性得到一定的保障。

尽管问题解决是刑事裁判思维的基础，但是仅仅有问题解决还是不够的，问题解决无法证明自身是正当的，所以在问题解决后必须进行法律论证。由于法律论证是针对问题解决的，所以法律论证的具体内容就包括对裁判事实、定罪与量刑的证成。在心理学看来，法官在思维通道中至少进行了“发现”、“检测”与“证成”等心理运作，其中“发现”大多依赖启发思维，其中“证成”大多依赖精算思维，所以整个刑事裁判思维是建立在人类精密思维与直觉思维双重运作基础上的，裁判思维不仅需要逻辑与精算，也需要直觉与启发。在刑事法律适用的视野中，法律论证

是提升启发思维结果理性的重要手段，是促进结论正当化的有效说理过程，刑事裁判不仅需要问题解决，也需要法律论证。因此，只有启发与精算、问题解决与法律论证的协同作用才能顺利完成复杂的裁判任务。

目 录

内容摘要	(1)
引 言	(1)
一、问题的框定:裁判思维是什么——打不开的暗箱?	(3)
二、本研究试图解决的问题	(15)
第一章 刑事裁判思维的任务与功能	(18)
第一节 刑事裁判思维的任务	(19)
一、为案件提供答案	(21)
二、为案件提供正当的答案	(23)
三、客观地为案件提供正当答案	(27)
第二节 刑事裁判思维的功能	(30)
一、法律推理与裁判结论的正当化	(31)
二、裁判思维与裁判结论的客观性	(36)
三、刑事裁判思维的问题解决功能	(40)
第二章 以问题解决为基础的裁判思维	(52)
第一节 法律问题解决的认识论基础	(53)
第二节 法律问题解决的心理学机制	(56)
一、问题的类别与问题解决的阶段	(57)
二、问题解决过程中的心理运作	(59)
第三节 问题解决过程的说明与结论的正当化	(82)
第四节 问题解决与裁判的客观性	(87)

一、问题解决者与裁判客观性	(88)
二、问题解决过程与裁判客观性	(89)
第五节 刑事裁判中问题解决的内容	(92)
第三章 确定犯罪人的思维模式	(96)
第一节 期望效用模型在确定犯罪人中的应用	(98)
一、刑事裁判期望效用模型的建构	(100)
二、期望效用模型在刑事裁判中的应用	(101)
三、可能的解决方案与困惑	(106)
第二节 信号检测理论在确定犯罪人中的应用	(107)
一、信号检测矩阵与刑事裁判模式	(108)
二、惩罚犯罪与保障无辜的关系分析	(110)
三、惩罚犯罪与保障无辜双重效益的提高	(113)
四、对罪犯与无辜判断的标准及其辨别力指标	(115)
五、影响裁判者内心标准的因素	(118)
第三节 决策分析模型揭示的有益结论	(124)
第四章 定罪的思维模式	(128)
第一节 以解释为基础的司法决策模型	(129)
一、以解释为基础的决策模型的引入	(130)
二、以解释为基础的决策模型在定罪中的运用	(132)
第二节 案件叙事建构与法律事实形成	(138)
一、对几种事实的梳理与界分	(139)
二、感知证据事实(受程序制约)	(143)
三、案件叙事建构	(148)
四、裁判事实的认定	(160)
五、形成法律事实	(162)
第三节 规范发现与定罪判断	(171)

一、规范发现:图式指示	(173)
二、定罪判断:过程匹配	(187)
第五章 量刑的思维模式	(207)
第一节 法官如何发现量刑“答案”	(210)
一、存在的问题	(210)
二、法官发现“答案”的思路分析	(215)
三、法官量刑的思维模式选择	(221)
第二节 量刑基准的实证分析	(224)
一、量刑基准的界定	(226)
二、量刑基准的确定	(231)
第三节 量刑思维的理性建构	(244)
一、影响因素的选取	(244)
二、因素影响力的确定	(251)
第六章 裁判结论的证成与裁判思维模式的整合	(268)
第一节 证成思维的内容	(271)
一、裁判事实的证成	(271)
二、定罪的证成	(274)
三、量刑结论的证成	(281)
第二节 刑事裁判思维模式的整合	(284)
结 论	(292)
参考文献	(298)
附录:	
从心理学法学到法律现实主义	(305)

引 言

美国著名学者沃克认为，法学是指“从哲学的、历史的、比较的、评注的、批评的和与其它各个角度对法律的和有关法律的发展、变化、制定、评注、运用的系统化了的和经过组织加工了的的知识”。^① 我国学者一般认为法学就是法律科学，即“一切专门以法律现象为研究对象的社会科学的总称”。^② 在美国等西方国家，很多人常把法学院的法学课程视为一种高级职业技术训练；也有一部分学者把法学视为一门关于法律知识和经验的学问。就世界范围而言，许多学者对法学究竟是不是科学还存在很大的争议。在我看来，法学中既有法律科学，也有关于法律的学问。陈金钊教授认为“在法律科学与关于法律知识的学问之间，至少存在两点区别：第一，从方法上看，法律科学是运用科学的方法对法律现象进行系统而深入的研究，对法律知识进行准确（应尽量科学化）的表述，而关于法律的学问则不一定要用科学的方法进行概括和总结。第二，从法学研究的结果来看，法律科学得出的结论应是规律性的东西。”^③ 但是，我们看到的大量关于法律研究的成果，几乎都是仁智之见，所以多数的法律著作都被视为关于法律

① [英] 沃克主编：《牛津法律大辞典》，邓正来译，光明日报出版社1988年版，第545页。

② 孙国华主编：《中华法学大辞典·法理学卷》，中国检察出版社1997年版，第138页。

③ 陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社1999年版，第2页。