
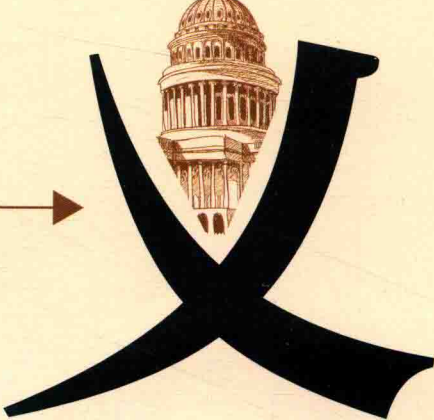


海外法学译丛

独角兽
法学精品

正义



的

[美] 保罗·罗宾逊 著
(Paul H. Robinson)

谢杰 金翼翔 祖琼 译

直觉

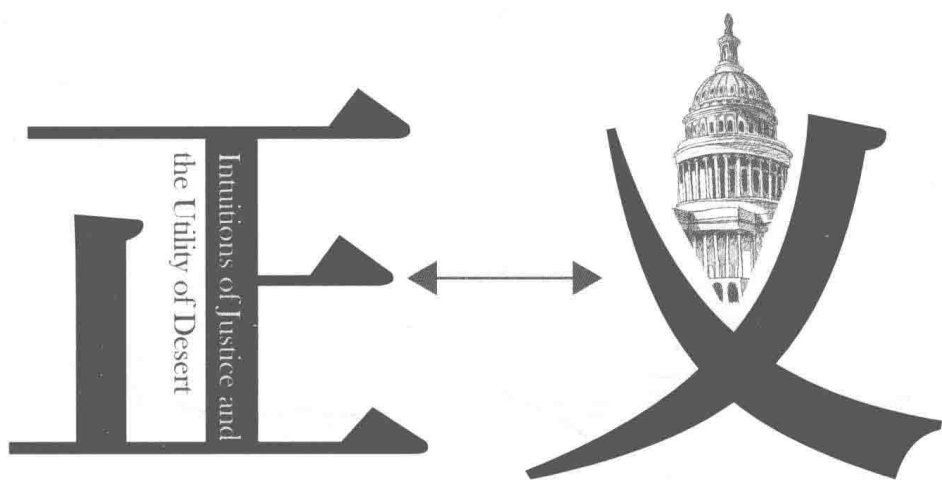


非外借

上海人民出版社

海外法学译丛

独角兽
法学精品



[美] 保罗·罗宾逊 著
(Paul H. Robinson)

谢杰 金翼翔 祖琼 译



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

正义的直觉/(美)保罗·罗宾逊

(Paul H. Robinson)著;谢杰,金翼翔,祖琼译.—

上海:上海人民出版社,2018

(海外法学译丛)

书名原文: Intuitions of Justice and the
Utility of Desert

ISBN 978-7-208-14935-9

I. ①正… II. ①保… ②谢… ③金… ④祖… III.

①刑罚-研究 IV. ①D914.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 304085 号

责任编辑 秦 堃

封面设计 一本好书

正义的直觉

(美)保罗·罗宾逊 著

谢 杰 金翼翔 祖 琼 译

出 版 上海人民出版社

(200001 上海福建中路 193 号)

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 上海商务联西印刷有限公司

开 本 720×1000 1/16

印 张 28

插 页 4

字 数 484,000

版 次 2018 年 7 月第 1 版

印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14935-9/D·3147

定 价 98.00 元

中文版序

本书旨在分享以下两个刑法理念——

其一，获得社会公众信赖的、致力于实现公平正义价值的刑事法律体系，实际上会凝聚很强的犯罪控制实用效果。道德信赖激励着人们参与、协助、配合、支持刑事法律体系，并使其习得刑法规范，从而进一步内化为行为模式。而未能获得道德信赖的刑事法律体系则会逐渐被社会公众抵制、破坏；相应的，刑法规范也失去了塑造、内化、引导社会行为模式的功能。道德信赖水平越低，人们对刑法的遵循意愿与刑法的社会影响水平也就越低。

其二，定罪量刑规则如若重视、追踪社会公众所共享的正义直觉，并将其纳入刑事司法规则体系，则能够起到强化刑法道德信赖的作用。本书将这种在定罪量刑实践中强调正义直觉的理念提炼为经验的应得刑罚。同理，如果刑事司法规则或者刑事司法实践所创制的裁判结果与社会公众对公平正义的直觉判断严重冲突，则刑法的道德信赖水平会出现下降。需要强调的是，对刑法具有重要影响的是社会公众的正义直觉观念，而非政治与学术精英视野下的公平正义理念。实证研究表明，社会生活中的普通成员，即使是没有受过高等教育的人士，实际上也具有非常精细且复杂的正义判断能力。深度分析社会公众对正义所秉持的直觉观念及其应当如何影响刑法的定罪量刑实践，应当严格依托于社会科学实证研究，而不能寄希望于政治博弈或者媒体舆论。

对于《正义的直觉》一书中文版的出版发行，我感到非常欣喜！因为实证研究表明，无论是经验的应得刑罚，还是社会公众对定罪量刑公正性问题的直觉判断，其都是人性所共享的理念。这种跨越国界、种族、文化、意识形态等的理念，无论是在中国还是美国，都具有非常重要的价值。人们对于公平正义最基本理念的认识是共通的。正是基于这一点，刑法研究需要高度重视社会公众所共享的正义直觉。同时，也期待本书所提出的刑法原理，能够在文化与意识形态的差异中嫁接沟通与对接的桥梁。

保罗·罗宾逊

2017年5月1日

费城，宾夕法尼亚州

谢杰译

2017年5月8日

尔湾，加利福尼亚州

目 录

中文版序

第一部分 正义评价的实质

第一章 司法评价的直觉性与细致性 / 4

- 第一节 司法评价的直觉性 / 4
- 第二节 通识:司法评价的模糊性与非具象性 / 7
- 第三节 现实:细致入微的判断 / 9
 - 一、能够使用众多差异性特征评估犯罪行为 / 9
 - 二、案件细微事实差异导致显著的责任差异 / 10
- 第四节 结论 / 11

第二章 作为人类普同性的正义直觉:关于罪错内核的共识 / 12

- 第一节 严重罪错应当处以刑罚的直觉 / 13
 - 一、问卷调查 / 13
 - 二、行为经济研究 / 13
 - 三、跨文化研究 / 14
 - 四、没有例外 / 14
- 第二节 罪错行为相对严重性的直觉 / 15
 - 一、美国的实证研究 / 15
 - 二、跨文化研究 / 17
- 第三节 共识是否具有有限度 / 18
 - 一、研究 1:亲身测试 / 19
 - 二、研究 2:网络测试 / 21
- 第四节 结论 / 22

第三章 正义直觉共识性的根源 / 24

第一节 正义直觉的进化论解释 / 24

一、人类的社会性与获取共识性正义直觉的倾向 / 25

二、为个体获取利益的正义直觉 / 25

第二节 社会进化论解释的实证依据 / 28

一、动物研究 / 28

二、脑科学研究 / 30

三、儿童发展研究 / 33

第三节 替代性解释:社会进化论 / 38

一、自发性社会学习 / 39

二、累积性社会学习 / 40

第四章 正义观念的分歧 / 43

第一节 正义直觉的分歧表象 / 43

第二节 正义直觉的实然分歧 / 45

一、方法:研究 3 和研究 4 / 45

二、研究 3 的结果 / 46

三、研究 4 的结果 / 47

第三节 结论 / 47

第五章 改变人们的正义判断 / 49

第一节 对于改变人们有关罪错及应罚性的正义直觉的建议 / 49

第二节 改变正义直觉的困难性 / 50

第三节 区分何种正义直觉能够被改变 / 53

第四节 如何改变正义判断 / 54

一、通过公共教育来规范操纵对于核心罪错的类比 / 55

二、群体信念的内化 / 56

第五节 对共识及其影响的主张的批评 / 59

一、“核心”究竟包括什么 / 59

二、可能与布拉曼、卡汉、霍夫曼产生的分歧 / 62

三、结论 / 68

第二部分 刑法是否应当考虑民众的正义观念

第六章 当代刑法对民意的屈从 / 73

第一节 规则 / 73

- 一、承认宽宥辩护 / 73
- 二、没有考虑与强制性犯罪控制原则相关的因素 / 75
- 三、在犯罪定义中纳入伤害因素 / 76

第二节 标准 / 78

- 一、对于社会公众正义判断的明显依赖 / 79
- 二、模糊的标准 / 79
- 三、需要陪审团谨慎思索的规则 / 81

第三节 解释为什么屈从于普通大众的正义判断 / 82

第七章 当代刑法与民意的冲突 / 84

第一节 常见反复的细微冲突 / 84

第二节 与应得刑罚概念相冲突的犯罪控制规则 / 85

- 一、“三振出局法”和其他习惯犯法规 / 86
- 二、毒品犯罪 / 87
- 三、按照普通成人程序起诉未成年人 / 88
- 四、限缩或摒弃精神病辩护 / 89
- 五、严格责任 / 92
- 六、重罪谋杀 / 94
- 七、违反监管的犯罪化 / 94

第三节 检验现代犯罪控制原则视角下的正义 / 95

- 一、“里程碑”和“犯罪控制”情境 / 96
- 二、实验的设计与方法 / 99
- 三、对实验结果的讨论 / 99

第四节 为什么民主框架下会产生社会认为不公正的量刑规则 / 103

- 一、媒体报道对影响量刑的重要事实的忽略 / 104
- 二、对于一般犯罪问题的媒体报道:信息来源于

政府 / 106

三、以典型样板为范例 / 108

四、公众的恐惧 / 110

五、选举的弱点 / 111

第五节 结论 / 112

第八章 规范化的犯罪控制原则:应得刑罚的效用 / 114

第一节 传统强制性犯罪控制原则的局限性 / 115

一、威慑 / 116

二、矫正罪犯 / 121

三、剥夺危险者再犯能力 / 121

第二节 规范化的犯罪控制:为什么人们要遵守法律 / 124

一、通过行为评价来驱使社会影响的力量 / 126

二、控制私力救济 / 127

三、避免产生抵制 / 128

四、塑造社会规范:法律的劝导功能 / 133

五、在非典型案件中获得遵从 / 133

第三节 道义的应得刑罚与经验的应得刑罚 / 135

一、两种应得刑罚的概念 / 135

二、两种概念的互通之处 / 136

三、两种概念的分歧之处 / 137

第四节 对于以经验性应得刑罚为分配原则的批评 / 138

一、应得刑罚概念的模糊性 / 139

二、应得刑罚概念的争议性 / 140

三、社会公众的刑罚观念源于震慑与再犯剥夺而非应罚 / 140

四、经验主义应得刑罚所不可避免的苛刑风险 / 142

五、经验主义应得刑罚潜在的不道德性 / 143

第五节 结论 / 145

第九章 道德信用和不公正的负面效用 / 147

第一节 关于不公正之负效用的实证研究 / 148

- 一、第一项实验的设计理念和方法论 / 148
- 二、第一项实验的结果和讨论 / 150
- 三、第二项实验的设计理念和方法论 / 152
- 四、第二项实验结果和讨论 / 152

第二节 之前的研究 / 155

第三节 结论 / 159

第十章 与经验主义应得刑罚的偏离 / 160

第一节 不可避免的偏离:道德问题上的社会分歧 / 161

第二节 正确的偏离:在纷繁复杂的世界中主持正义 / 162

第三节 对于偏离经验主义应得刑罚的解释 / 164

一、为了更高层次的犯罪控制效力 / 165

二、为了实现犯罪控制效力以外的社会利益 / 166

第四节 改变社会的规范观念 / 167

一、道德信用对于社会改革者的重要性 / 168

二、改变规范观念的限度和技巧 / 169

三、改革的收益与风险:说服和藐视 / 170

第五节 提高合法性 / 172

一、冲突焦点 / 173

二、弥合分歧 / 175

第十一章 刑法改革的启示 / 178

第一节 中心要点:执行正义 / 178

第二节 废除刑罚以及“恢复性司法” / 179

第三节 对偏离应得刑罚的规则进行改革 / 184

一、刑事司法改革 / 184

二、以民事程序取代刑事手段 / 185

第四节 明晰刑民之分 / 187

一、一般民众对于刑民之分的看法 / 187

二、混淆刑民区别的负面效应 / 188

第五节 提高可罚性的门槛:宽宥处理 / 191

一、宽宥的特征 / 191

- 二、民众对于酌定量刑情节的直觉性看法以及损害法律道德信用的问题 / 192
- 三、有关酌定量刑情节的分歧以及适用不一致的问题 / 193

第三部分 正义评价的核心内容

第十二章 行为原理:犯罪化 / 199

- 第一节 对于正义的非专业判断的研究方法 / 200
- 第二节 示例:企图犯罪刑事责任客观要件的实验 / 206
- 第三节 企图犯罪中的中止、放弃以及补救 / 209
- 第四节 制造刑法禁止的风险 / 212
- 第五节 共犯的客观要件 / 215
- 第六节 不作为的刑事责任 / 220
- 第七节 结论 / 225

第十三章 行为原理:正当化 / 227

- 第一节 自我防卫中使用致命武力 / 228
- 第二节 保护财产时使用武力 / 233
- 第三节 公民的执法权限 / 238
- 第四节 行为正当化:结论 / 242

第十四章 裁判原理:主观罪过 / 244

- 第一节 主观罪过要求与认识错误/意外事件辩护 / 245
- 第二节 共同犯罪的罪过要求 / 252
- 第三节 自愿麻醉状态(如醉酒) / 258
- 第四节 疏忽认定客观标准的个别化 / 265
- 第五节 结论 / 271

第十五章 裁判原理:责任减免 / 273

- 第一节 精神障碍 / 273

第二节 未成年与非自愿麻醉 / 283

第三节 胁迫和圈套 / 288

第四节 结论 / 294

第十六章 裁判原理:责任分级 / 295

第一节 犯罪内部和犯罪外部的等级区分 / 295

第二节 犯罪严重性:性犯罪 / 298

第三节 行为人罪过:重罪谋杀 / 304

第四节 因果关系:行为人与禁止结果的联系强度 / 310

第五节 数罪的量刑 / 314

第六节 结论 / 318

第十七章 法律规定与公众观念的异同 / 320

第一节 法律与公众的一致 / 320

第二节 法律与公众的分歧 / 321

第三节 二元论与分类论:刑法制定的合法性和规范性 / 324

第四节 承担刑事责任但免于刑罚处罚 / 326

第五节 法律与社会的分歧之弥合者:陪审团 / 328

第四部分 非专业性司法判断的实证研究 及其法律和政策启示

第十八章 犯罪性观念的历史演变 / 333

第一节 普通法系与现代法典犯罪化差异的模式 / 333

一、犯罪性观念从传统法向现代法的教义转换 / 334

二、犯罪性:客观主义与主观主义(传统主义与现代主义) / 337

三、可以检验的经验问题 / 338

第二节 客观主义与主观主义的内涵和区别 / 339

第三节 研究结果 / 339

一、犯罪分级 / 339

- 二、犯罪最低限度要求 / 341
- 三、被试者个体的反应模式分析 / 343
- 第四节 延伸解读 / 345
- 第五节 结论 / 347
 - 一、研究局限 / 347
 - 二、现行刑法的借鉴意义 / 348

第十九章 相互冲突理论的检验：敲诈勒索罪 / 352

- 第一节 敲诈勒索罪的不同理论 / 353
 - 一、被害人为受胁迫者的敲诈勒索理论 / 353
 - 二、侵害第三方理论 / 356
 - 三、社会危害理论 / 360
 - 四、敲诈无罪论 / 362
- 第二节 立法方式 / 362
- 第三节 公众观念检测 / 366
 - 一、设计与方法 / 366
 - 二、理论预判 / 367
 - 三、法定责任模式 / 371
 - 四、结果与讨论 / 372
- 第四节 结论 / 377

第二十章 相互冲突理论的检验：正当化的辩护 / 379

- 第一节 正当化的理论种类 / 380
 - 一、行为人不知自己行为属于正当化 / 381
 - 二、认识错误对于正当化的影响 / 382
- 第二节 责任预判 / 384
 - 一、基准案件 / 385
 - 二、测试案件 / 387
- 第三节 责任结论 / 389
 - 一、基准案件 / 389
 - 二、不同理论对不同案件是否符合正当化的判断结果 / 391

第四节 对刑法改革的意义 / 392

- 一、犯罪的构成与分级 / 392
- 二、正当防卫的构成 / 393
- 三、无罪判决的改革 / 395

第五节 结论 / 396

第二十一章 司法裁量指引:酌定量刑情节 / 398

第一节 酌定量刑情节 / 399

- 一、犯罪人对犯罪行为的反应:悔过、道歉、认罪 / 400
- 二、被害人或公众对于犯罪的反应(基于报应):谅解、要求严惩或者要求轻判、民愤 / 403
- 三、被告人状态或个性(与犯罪行为无关的人身性因素) / 406
- 四、刑罚之外的惩罚 / 410

第二节 酌定量刑情节的外行直觉研究 / 416

- 一、研究方法 / 416
- 二、方法提示:从默示排序到明示排序 / 417
- 三、酌定量刑情节刑罚产生调解作用的依据 / 418
- 四、基准案件对酌定量刑情节所产生的效果 / 419
- 五、酌定量刑情节之间的相互关联 / 420
- 六、人群差异 / 421
- 七、研究结论 / 423

第三节 研究对于刑事司法制度与实践的意义 / 424

- 一、关于酌定量刑情节的意见分歧和实践分歧 / 424
- 二、酌定量刑情节的支持与定位以及法律道德权威的贬损 / 426

第四节 结论 / 426

第二十二章 正义的直觉与报应的功效 / 428

DYBF

第一部分

正义评价的实质

通常情况下,民众在实践中一般很难对特定案件刑事司法公正性的评价达成共识。这实际上是由对于司法行为进行评价本身的主观性、复杂性与价值依赖性所决定的。但本书第二章的研究表明这种通识性认知是错误的。现实生活中的确存在跨越文化区别与人种差异的高水平共识。这并不是对于特定案件中行为人应受惩罚的具体数量的共识,人们是对不同案件中行为人的相对应罚性达成一致意见;此外,这种共识也不是在所有案件中都会存在,其只会出现在一些我们称之为“核心罪错”的案件中,它们正是高度共识的聚集点。第四章中实证研究显示出,如果在案件中引入其他的干扰因素从而跨越出“核心罪错”的覆盖范围,人们的共识程度便会轰然下跌。第二章中的共识研究则进一步发现,高度共识只存在于涉及财产偷窃和暴力犯罪的案件之中;与此同时,第四章的分歧研究则说明,人们对醉驾、毒品犯罪、约会强奸、卖淫、酗酒、堕胎等诸多的罪行都持有不同的观点。也就是说,并不是在所有类型中案件都具有共识,而是存在着一个共识与分歧之间的梯度区间,人们的共识性在核心罪错与外缘案件间呈现出逐级降低的现象。

案件可归责性的判断乃是一个十分主观和复杂的问题,为什么不同人口特点的被试者却能够在这一问题上达成高度共识呢?其中一个理论认为这是因为这一判断乃是人类所共有的学习系统所主导的。这一观点得到很多证据的支持,但是这些证据还无法得出确定的结论(第三章)。人类学习评价正义的方法可能和人类学习其他事物是一样的,而这其中的共识很有可能是因为每个人的学习都受到了某些具有普遍意义的条件的影响,比如群居生活。

对于法律和政策制定者而言,哪种解释最后被证明是正确的可能并不重要。因为这些理论所得出的有关刑法的结论是一样的:不管人们所共享的正义直觉来源于哪里,制度设计者和社会改革者都应当对这一内容予以特别关注。改革者不能简单地认为他们可以像说服人们改变纯粹理性问题的态度那样去教育民众改变他们对正义的核心认知。

贯穿不同人群的高度共识表明人们对于正义的感知乃是一个深刻嵌入人类族群的核心问题,且不会轻易受到影响。不同的人口学因素包括——收入、教育、种族、政治倾向、婚姻状况、宗教、性别等都会对人们的观念产生巨大的影响。贯穿这些人口学因素而存在的高度共识说明这一问题对于上述人口学的因素都具有免疫力。如果这一问题对于这些强有力的影响因素都可以免疫,那么也不会轻易被改革者所改变,最起码自由民主政体所允许的对个人自治进行的干涉是远远不够的。

这种可塑性的限制为改革者如何集中警力解决问题提供了暗示。例如,就不必浪费资源去说服人们放弃惩罚严重的错误行为,而有些改革者就是这

么做的(第十一章)。他们会发现无法说服公众去相信严重的危害如导致死亡在量刑中并不重要,也无法说服公众去相信犯罪认定应当只关注行为人的主观意图,而有些学者就是这么做的。^①而与此同时,理解人们对于正义判断的性质可以帮助改革者的项目获得更好的效果(第五章)。

^① Stephen J.Schulhofer, Harm and Punishment, 122 U.Pa. L.Rev. 1497, 1498—1503 (1974); Larry Alexander Kimberly Kessler Ferzan, and Stephen Morse, Crime and Culpability(2009); Model Penal Code § 5.05(1).

第一章

司法评价的直觉性与细致性

直到现在,一种通识性的理论观点是,普通大众对于司法的评价都是非常模糊的,因为司法评价涉及对于诸多因素的复杂分析,但实证研究对司法评价及其形成过程描绘了完全不同的画面。

第一节 司法评价的直觉性

刑法理论上一般认为,人们关于犯罪与刑罚的评价是一个非常理性的分析过程,司法评价如同社会生活中的其他判断(例如,我是现在还是过会儿去超市?我应当选举谁担任总统?我是否应当投资这只股票?)一样,是基于经验与教育的理性决策。^①但是,实证研究描述了一种截然不同的现象,其发现许多关于司法的评价都是直觉性的而非理性的。司法评价的直觉性意味着人们形成判断非常迅速且自信。那么,就让我们来探索一下司法评价的直觉性以及这种实质属性在实践中的深远影响。

人类拥有一套制造直觉判断的内化系统,其显著区别于制造理性判断的运作机制。从20世纪70年代开始,一系列致力于人类判断与决策制定问题的心理学实证调查所发现的事实是,人类经常通过直觉进行决策,而非我们长期认为的基于慎重的、理性的过程作出判断。

阿莫斯·特沃斯基(Amos Tversky)与丹尼尔·卡内曼(Daniel Kahneman)较早地证实了直觉判断,^②其研究成果显示,即使接受过良好的统计与推理训

^① Paul H. Robinson and Robert Kurzban, Concordance and Conflict in Intuitions of Justice, 91 Minn. Law. Rev. 1829, 1832—1846(2007); Paul H. Robinson and John M. Darley, Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy, 81 S. Cal. L. Rev. 1, 4—6, 31—43(2007).

^② Amos Tversky and Daniel Kahneman, Belief in Law of Small Numbers, 76 Psychol. Bull. 105—110(1971).