

现实主义视角下的 司法决策

唐丰鹤——著



法律出版社
— LAW PRESS

非外借

现实主义视角下的 司法决策

唐丰鹤——著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

现实主义视角下的司法决策 / 唐丰鹤著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2249 - 4

I. ①现… II. ①唐… III. ①司法制度—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 096923 号

现实主义视角下的司法决策

XIANSHI SHUYI SHIJIAOXIA DE SIFA JUECE

唐丰鹤 著

策划编辑 黄琳佳

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 鲁娟

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 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 马丽

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 7.75

字数 195千

版本 2018年6月第1版

印次 2018年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn



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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2249 - 4

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论/1

第一章 法律现实主义的司法决策思想/10

第一节 司法过程的性质:创造还是宣告/10

第二节 司法裁判的主导因素:事实还是法律/15

第三节 司法决策的不确定性:可预测还是不可预测/18

第四节 结语/25

第二章 批判法学司法决策思想/28

第一节 批判法学家论司法的政治性/28

第二节 拼凑命题与司法的政治性/35

第三节 激进派、温和派与司法的政治性/39

第四节 结语/42

第三章 本体论解释学视阈下的司法决策/43

第一节 本体论解释学转向/43

第二节 从客观法律模型到主观法律模型/47

第三节 司法客观性的再认识/57

第四章 社会关系网络中的司法官及其司法
决策/61

第一节 司法决策真的是自主的吗/65

第二节 审判独立原则真的构成屏障吗/69

第三节 司法官处在何种社会关系之中/78

第四节 司法力学原理为何/82

第五节 结语/88

第五章 中国语境中的关系与司法决策/89

第一节 中国语境中的关系与关系学/89

第二节 镶嵌于关系社会中的法官及其
司法决策/97

第三节 关系作用的空间/104

第四节 关系作用的方式/107

第五节 结语/115

第六章 法律事实认定中的认知偏差/116

第一节 一般性的法律事实认定图景/117

第二节 普遍存在的认知偏差/122

第三节 导致刑讯逼供的认知心理/153

第四节 结语/161

第七章 公众关注案件中的刻板印象与司法
决策/163

第一节 方法与材料/166

第二节 公众关注案件中的刻板印象/173

第三节 刻板印象对司法决策的影响/180

第四节 结语/187

第八章 司法决策的后果衡量/189

第一节 后果衡量概述/189

第二节 后果与后果的计算/194

第三节 后果衡量与凸显性/198

第四节 结语/201

第九章 疑难案件中的法官协调困境/202

第一节 法官协调困境/202

第二节 聚点与协调困境/206

第三节 疑难案件中的聚点难题/209

第四节 结语/212

结 语/213

参考文献/217

致 谢/239

导 论

自从兰代尔 (Christopher Comlumbus Langdell, 1826 - 1906) 的法律形式主义思想衰落之后, 法律现实主义已经支配了美国主流法律思想近一个世纪之久,^①在现实主义学派的努力下, 人们充分注意到了此前数个世纪都未曾注意到的法治的微观方面。此前数个世纪, 人们对法治抱有充分的期许, 理想的法治根植于对邪恶人性与任性权力的深深警惕, 由于执行权注定会成为公民权利的大敌, 少数人注定要奴役大多数人, 所以, 人治被视若畏途, 政治哲学家们提出的对策良方是法治。在理想法治国中, 制定得良好的法律获得了至高无上的权威, 而拥有邪恶本性的权力则被分割, 每一个权力分支只能依法行使一定固定的职能, 比如, 议会代

① 早期的现实主义者如著名的霍姆斯是兰代尔的同时代人, 但是现实主义发展成熟是在 20 世纪二三十年代, 自那以后, 现实主义及随后产生的许多激进的甚至后现代流派, 都可以视为现实主义思想的延续。

表人民行使立法权,政府则只能依法执行,而司法权则被分配给了法院。由于这样一套体制的设置及其背后目的的考量,司法权的行使有着固定的剧本,法院的角色不过是把立法分支已经立好“在那里”的法律适用到提交上来的具体纠纷上,法治国的设想者们似乎完全没有考虑到司法过程可能具有的复杂性,法官被认定为不应该有能动性,他们只是把明确的法律适用于清楚的事实,不需要过多的自由裁量,就像韦伯(Max Weber, 1864 - 1920)所想象的那样,法治国要求的是“自动售货机式”的司法,法官是工人而不是艺术家。如果法官在这个过程中居然还能自作主张,对法律与事实做出纯属主观的判断,那就意味着权力分立原则被破坏,意味着法官的人治与理想法治国的瓦解。

在这一套理想的法治图景观照下我们可以更好地理解兰代尔的法律形式主义,法律形式主义显然符合了此种严格的法治观对于司法的想象。但是即令它们彼此之间配合无间,不解风情的法律现实主义还是摧毁了它。“法律现实主义系统地批判了19世纪法律思想的两个中心支柱,它们也是法治的基础:概念形式主义和规则形式主义。”^①概念形式主义大概是说构成法律体系之基石的法律概念,具有确定的内容,并且构成一个完整严密的概念体系,法律适用只是要识别这些内容和体系;规则形式主义大致是说法律是一个由规则构成的封闭完美的体系,任何案件中,规则都被法官以统一的、机械的方式加以适用以确定“唯一正解”。现实主义对此进行了反驳,它认为形式主义对法律确定性的迷恋只是我们成长过程中残留的“恋父情结”的反映,首先,法律概念没有确定的内容,甚至只是“空荡荡的容器”,法官可以倾倒进任何内容;其次,法律规则是更加不确定的,规则常常是模糊的,模棱两可的,更不要说规

① [美]塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第99页。

则存在空缺的情况了。^①

现实主义的立足点就是现实生活本身,在现实主义看来,形式主义顶多只是一套理想化的“说教”,它与真实的生活不沾边。现实主义包含了各种风格迥异的说法,这些说法从各个角度切入,证明司法过程中充满了人为的因素,法官不是在被动地、机械地适用法律,事实也就是生活,也不可能等待法官拿一套既定规则给它上轭,灰暗陈旧的规则根本“罩不住”活力四射的生活,因此,在两者适应的过程中,就需要法官发挥自己的创造性和能动性。法官是法律与事实的媒人,他必须创造条件让两者相互登对,或者说,法官如一个裁缝,他必须量体裁衣,使法律的袍子可以恰如其分地罩住事实的身体。

然而,现实主义的破坏性色彩在于,它视野中所谓真实的法官往往不是传统的那种理性的、中立的、超脱的、克制的贤人法官形象,而主要是一个现实的人,作为一个现实的人,他不可避免地带有偏见和先见,有固定的思维定式,有七情六欲,会意气用事,更多是诉诸直觉而不是诉诸理性,会因为和妻子吵架而心情糟糕并迁怒于当事人,也会因朋友说情而大笔一挥,判决请托的当事人少付20万元。

从科学角度来说,现实主义的核心追求莫过于恰如其分地反映现实,为此不惜将任何理想置之度外,“怎么真实怎么来,”但是现实会刺痛理想主义者的眼睛。现实主义的这一番观察不仅彻底解构了法治国视野中的司法图景,进而也威胁到了法治理想本身,这就是塔玛纳哈(Brian Z. Tamanaha)所说的现代激进左派对于法治的威胁。^②现实主义其实是说,法治国所设想、所依靠的法律根本具有巨大的不确定性,从司法的层面来观察,并不是法律在统治、在适用,而是法官在统治,法律的

^① [美]塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第99~100页。

^② [美]塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第94~116页。

统治被偷换成了法官的统治(而且还是很任性、很感性的法官),对于近代以来的这一套法治意识形态,无疑是一种毁灭性打击,正如塔玛纳哈所说:“如果接受现实主义的抨击,‘法治’与‘人治’的对比就不像先前的雄辩之辞所说的那样尖锐。”^①一言以蔽之,纠结的根源在于,法治需要法律的确定性,而现实主义却认为行动中的法不具有这种确定性,因为人为的因素掺杂进来了。

理想主义者或规范主义者可能会争辩说,“我们不是不了解现实,但我们之所以执著于理想,是因为理想本身没有错,过多的现实主义色彩是值得警惕的,我们追求的是用理想来规范、改变与型构现实。”理想主义者或规范主义者对现实主义可能采取两种态度:一种态度是“鸵鸟式”的回避态度,对现实主义揭示的事实视而不见;另一种态度是从“政治正确”出发,视现实主义为敌人与威胁,采取打压的立场。这两种态度都可以在我国目前的法学界找到,这也是目前我国从事法律现实主义研究所面临的话语环境。在我国,法律现实主义研究更容易被视为一种“杂音”。由于国情不同(可能更重要的是所处的阶段不一样),我国目前还在致力于全民形成法治意识形态的阶段,在这个阶段,多余的杂音被认为无助于法治大业的形成,尤其是现实主义这种帮倒忙的解构性的学说,被认为不利于法治共识的凝聚,也正是因为这一考量,法律现实主义研究甚至被某些学者认为“政治不正确”,他们认为,法律所具有的不确定性,只能通过法教义学的内部争议来进行完善,而不能一味破坏。

我们无意过多卷入这一争论,在我们看来,理想主义和现实主义都值得被“同情地理解”,我们的看法是把现实主义单纯看作一种研究视角。视角(perspective)是一个非常具有哲学意味的词,尼采(Friedrich Wilhelm Nietzsche, 1844 - 1900)的视角主义(perspectivism)认为世界上

^① [美]塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第101页。

本无所谓的“本体”或“物自体”，有的只是我们的“一角之见”。任何人注定只能从某一个角度来观察事物，获得关于该事物的某一个维度的知识：

人们想知道自在之物具有何种性质：可是看啊，根本就没有什么自在之物！甚至，假如有一种自在、一个无条件之物，那么，它恰恰因此不可能被认识！某个无条件之物是不能被认识的：要不然，它就不是无条件的了！然而，认识始终是“以某种方式为某个目的而受条件限制”——；这样一个“认识者”想要的是，他想认识的东西与他毫无相干；还有，这同一个东西根本就不是与任何人毫不相干：这里首先出现了一个矛盾，在认识之意愿与那种主张某物与他毫不相干的要求之间（但这样一来认识何为啊！）；其次，因为与任何人都毫不相干的东西根本就不存在，所以也就根本不能被认识。——认识意味着“为某个东西而受条件限制”……①

可以从无数的角度来对世界加以认识，因此，关于世界的知识趋于无穷，“世界是可以不同地解说的，它没有什么隐含的意义，而是具有无数的意义，此即‘视角主义’。”②虽然如此，从不同角度进行的观察虽然都不是真理本身，但是自有其价值，从理论上来说，如果有人能够整合所有的视角，那他就可以获得对世界本真的认识，但是这样一个超越者只能是上帝，人毕竟不能全知全能，但人作为有限理性的动物，并不是无所作为。从真理的角度来讲，不同的视角凑成了无死角的真理，现实主义作为一种视角，无疑是有价值的观察。

而从乐观的角度来说，现实主义对于横亘于法律人心中的法治理想来说，并不是一眼看上去那样的“成事不足，败事有余”，法治理想的滑落，不能找法律现实主义去“背锅”，而只能埋怨自己太幼稚。法治国的

① [德]尼采：《权力意志》，孙周兴译，商务印书馆2007年版，第166～167页。

② [德]尼采：《权力意志》，孙周兴译，商务印书馆2007年版，第362～363页。

鼓吹者想要用法律来规制永不驯服的权力,规整气象万千的社会与永远长青的生活,这本身注定要如西西弗斯推石上山那样徒劳无功,法治一定要接受各种挑战,催生出自己的 2.0 版本,法治一定要能够容纳各种张力,它才会真正具有生命力,屹立不倒。实际上,为了捍卫法治理想,为了回应现实主义挑战,一些学者主张一种以不变应万变的法条主义,因为这样做具有更加长远的制度效益,^①这是一种很有力的回应。再如,也许正是在现实主义批评与揭露的基础上,还有很多学者提出了一种提前考虑普遍后果的实用主义司法思想,这也不失为一种可能的方向。

本书不仅属于现实主义的进路,而且属于典型的“社科法学”进路,这两者也许本来就没有什么不同,因为当教义法学要求“遵循逻辑与体系的要求,以原则、规则、概念等要素制定、编纂与发展法律以及通过适当的解释规则运用和阐释法律”^②时,社科法学则喜欢站在法律教义的外部,强调从法律实施与运行的实际情况出发,考察“行动中的法”是怎么样的,这岂不就是现实主义吗?^③

社科法学与现实主义确实具有某种亲缘关系,但是同时,社科法学一如苏力强调的,还特别要“不断从各个学科汲取新的知识”^④来丰富我们的研究视角,因此社科法学本质上是强调科际整合的,据侯猛考察,社科法学过去就曾经使用过“法律的交叉学科研究”这个名称,虽然社科法学主要是法律社会学,但是社科法学这一名称表明其“在知识上更强调

① See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009.

② 许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013 年第 5 期。

③ 陈柏峰似乎就是这样认为的,参见陈柏峰:《社科法学及其功用》,载《法商研究》2014 年第 5 期。

④ 苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,载《比较法研究》2001 年第 3 期。

开放性”。^① 本书在知识上便自觉地重视了知识上的开放性,实际上,很多章节可以视为一种科际整合的研究成果,比如第三章结合本体论解释学(又叫哲学解释学)的视角对司法决策进行了观察,第四章、第五章是典型的社会学研究,第六章、第七章则是认知心理学与法学的结合研究,第八章涉及经济学中的后果论,第九章则运用了博弈论的知识来观察现实中多个法官同案同判的问题。

也许可以说,本书主要是在现实主义这一视角下,通过科际整合,从各个角度来对司法决策行为进行透视,本书基本结构如下:

首先,为了较为全面地呈现法律现实主义的视角特色,有必要围绕司法决策行为从历史叙事的角度对法律现实主义思想的由来与发展作一个系统地介绍,本书第一、二章便属于这种历史叙事。第一章介绍了法律现实主义的司法决策思想,法律现实主义认为司法过程不是机械的法律适用的过程,而是一个创造性的过程,司法裁判是由事实主导的,司法决策只是对事实刺激的一种反应,然而,法律现实主义内部对于司法决策结果是否可以预测的问题则存在不同的答案。法律现实主义在美国经历一个高峰之后出现了分化,既出现了捍卫法治理想,以毕生心血来说明和维护“类似案件要类似对待”原则的法律过程学派(legal process school),^②但更多是沿着现实主义的脉络继续前进的一些泛现实主义学派,特别是激进的批判法学更是引人注目,为了更好地呈现现实主义的脉络与演进趋势,本书第二章讨论了批判法学的司法思想,批判法学主张司法的政治性,即司法判决本质上不是基于法律因素而作出的,而是基于政治意识形态因素而作出的。

本书第三章是哲学与法学的跨学科联合观察,我们试图从哲学角度揭示司法决策的现实主义色彩。本体论解释学认为解释者是带

① 侯猛:《社科法学的传统与挑战》,载《法商研究》2014年第5期。

② See Stephen M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage*, Oxford University Press, 2000, p. 6.

着主体性从事解释活动的,因此,解释不可避免带有主观色彩。据此,司法判决的预测模型从“客观法律模型”转变成了解释者“主观法律模型”。

本书第四章、第五章是社会学与法学的跨学科联合观察。第四章中,我们借用了戈夫曼(Erving Goffman, 1922 - 1982)的日常表演理论和格兰诺维特(Mark Granovetter)的社会关系网理论,来观察和证实法官司法决策受社会关系网络中各种力量拉扯的现实,从社会学角度来观察,司法官总是处在社会关系之中,这就意味着司法官的决策行为总是受到关系网中诸种力量的影响,因此,司法决策可以视为关系网中诸力量共同角力的结果。第五章则结合中国文化的特色,强调了在中国这样一个关系本位的社会里,法官的司法决策可能受到的人情关系与权力关系的影响。

本书第六章、第七章是从认知心理学的角度来观察法官的司法决策。第七章通过对61件刑事错案的研究指出,从认知心理学的角度来看,法律事实认定过程中存在普遍性的认知偏差,主要有代表性偏差、易得性偏差和锚定性偏差,而“错上加错”的心理机制使这些认知偏差不仅未能得到纠正,反而成为决定司法决策的事实基础,第七章则收集了近二十年来发生的13起公众关注案件,并从认知心理学的角度分析了其中存在的刻板印象及其对法官司法决策的影响。

本书第八章选取了最具社科法学特色的后果论的视角来观察法官的司法决策,从后果论的视角来看,司法过程中普遍存在的后果衡量并不是对所有后果的通盘权衡,而往往只选择一种具有凸显性的单一性后果来进行权衡,使某种单一性后果凸显出来的,主要是外部环境因素和主体偏好因素。

本书第九章则聚焦于同案同判的现实难题,运用博弈论这一分析工具,描述了多个法官同案同判的协调性难题。协调性博弈告诉我们,处理多主体行为协调问题,需要引入聚点策略,在简单案件中,规则或先例

都不失为好的聚点,但是在疑难案件中,法官们可能无法对焦。

最后,必须指出的是,虽然本书采用的研究方法比较多变,但是主题却始终如一,不管是运用哲学、社会学、心理学、后果论、博弈论等学科或方法,都旨在揭示司法决策的现实主义色彩。

第一章 法律现实主义的 司法决策思想

第一节 司法过程的性质:创造还是宣告

法律现实主义 (legal realism) 的理论对手是兰代尔一手开创的法律形式主义 (legal formalism), 法律形式主义深受近代科学思潮的影响, 主张对法律进行科学的正当化, 所以, 法律形式主义是科学主义的。法律形式主义科学化的目标, 是要将法律体系化: 金字塔顶端的是一些基本概念和基本原则, 由此出发或渐次推导出下一级的法律原则和规则, 直至可以直接适用于具体案件的裁判规范——所谓裁判规范, 指的是能被法官直接适用于当前案件的具体规则, 它是法律体系中的最下位规则, 也是与案件事实联系最为紧密的规则, 是连接法律体系

与案件事实的桥梁。^① 法律形式主义科学化的方法则是归纳法,通过归纳既往的判例,得出具有普适性与融贯性的原则和规则。这样,分析实证方法和法律科学化的目标完美地结合在了一起,菲尔德曼(Stephen M. Feldman)在评价法律形式主义的这一工作时,准确地评论说:“兰代尔主义者是第一批试图在一个当时已经变为实证主义的世界中理解和合法化普通法体系的美国法理学者。而且,总体来讲,兰代尔主义者以那个时期典型的智识工具、方法和主张面对这一挑战:他们披着科学权威的外衣,他们搜寻有关现实的科学知识,并且他们用逻辑系统化了自己的发现。”^②

法律形式主义科学化不仅体现在建构一套理性、严密、和谐的法律体系,而且还表现在将这套法律概念、法律原则和规则科学地应用到具体案件上,前者是归纳的过程,后者是演绎的过程,由于这一演绎过程被认为需要扼杀任何的能动空间,我们将其称为宣告性司法。^③ 宣告性司法认为司法裁判的过程,仅仅是将现成的法律规则或原则通过演绎覆盖到具体案件上,在这个近于机械的过程中,既不需要对法律规则或原则进行创造性地解释,也不需要费神对事实进行合理地剪裁,所以,司法裁判的过程,并不存在任何造法的可能性与必要性,完全是形式逻辑的工作。不过这里值得注意的是,法律形式主义者并不是直接将抽象的法律规则或原则直接应用于案件事实,而是通过裁判规范这个中介,裁判规范是能被法官直接适用于当前案件的具体化的规则,法律形式主义通过法律体系金字塔上层的原则和规则来演绎出具体的裁判规范,再将裁判规范应用于当前案件。所以,法律形式主义司法的操作规程严格来说包

① 参见秦策、张镭:《司法方法与法学流派》,人民出版社2011年版,第61页。

② Stephen M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: An Intellectual Voyage*, Oxford University Press, 2000, p. 93.

③ 关于宣告性司法与创造性司法的分别,请参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第77页。