



当代浙江学术文库
DANGDAI ZHEJIANG XUESHU WENKU

司法假定及其检验

韩振文 著

SIFA JIADING JIQI JIANYAN



本书主旨在于藉助认知心理学的视角，精细化探究裁判思维的认知路径。

揭示出司法判断中的假定过程及其可能出现的认知偏差，以此在深化司法改革背景下，提出批判性证立检验的方法对策。核心论点在于整体性司法裁决与其建立在纯形式逻辑分析上，毋宁奠基于司法假定的完满性把握之上。

而由法律前见作为必要条件而启动的司法假定，藉以潜在的直觉加工机制来先行获取。

其认知功用的发挥可提升决策的品质与效率，但也会导致数偏差且无法完全消除。

为此假定结论通过裁决规范与司法论证的方法检验后，可较好增强裁决的可接受性与公信力。

很难对司法假定的思维活动作出优劣性评价，但其表现形式即预判结论可以得到复验改进。

司法假定须经历合法性、程序性检验的认知路径，特别是严格接受庭审中心的检验，才能得以不断进化精确。

司法作业中的某些法官对于推断结论的一味乐观坚持，甚至出现极端的整肃中心主义情形，

就会导致庭审过程的虚化，这是要着力批判的。

中国社会科学出版社



当代浙江学术文库
DANGDAI ZHEJIANG XUESHU WENKU

司法假定及其检验

韩振文 著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法假定及其检验 / 韩振文著. —北京: 中国社会科学出版社, 2017. 11
(当代浙江学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5203 - 1318 - 6

I. ①司… II. ①韩… III. ①司法—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 267162 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 田 文
特约编辑 陈 琳
责任校对 张爱华
责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2017 年 11 月第 1 版
印 次 2017 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 11.75
插 页 2
字 数 201 千字
定 价 49.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话:010 - 84083683
版权所有 侵权必究

目 录

导 言	(1)
一 问题意识及其限定	(1)
二 回顾与架构:成果梳理与结构安排	(2)
三 研究方法上的交叉与调适	(14)
第一章 在场的司法假定	(16)
第一节 司法假定的提出	(16)
一 司法活动中的假定	(16)
二 包含与被包含关系:司法判断与司法假定	(19)
三 程序法上的区隔:司法假定与司法认知	(21)
第二节 揭开司法假定的面纱	(22)
一 相当常见却为人遮蔽的司法假定	(22)
二 司法假定应是开放的、可修正的	(25)
第三节 司法假定的相关理论支持	(26)
一 假定由生活体验形成的前见来把握	(27)
二 法律假定可能的源泉就是法感	(29)
三 司法假定也受动物本能的影响	(32)
四 司法假定离不开历史偶然性向度	(34)
小 结	(37)
第二章 司法假定的形成机制分析	(38)
第一节 司法假定形成的必要条件——法律前见	(38)
一 司法假定的意义理解来自于法律前见	(39)
二 合理前见对司法假定的有效指引	(49)
三 不合理前见对司法假定的有害误导	(54)

第二节 司法假定何以形成	(62)
一 直觉加工机制的认知心理学描述	(62)
二 司法假定形成的认知心理学阐释	(65)
小 结	(70)
第三章 司法假定的功用发挥及其偏差监控	(73)
第一节 司法假定认知功用的发挥	(73)
一 理想运作情境中的认知功用	(74)
二 现实运作情境中的认知功用	(78)
第二节 司法假定认知偏差的监控	(86)
一 司法假定出现认知偏差的根源	(86)
二 应对司法假定认知偏差的策略	(89)
小 结	(92)
第四章 法外因素介入假定的可接受性理论之批判	(94)
第一节 司法判断可接受性的旨趣与适用	(94)
一 司法判断可接受性旨在达成司法共识	(94)
二 司法判断可接受性符合司法实践属性的依归	(96)
第二节 法外因素介入假定的可接受性之困境	(99)
一 司法判断可接受性的悖论难题	(99)
二 司法判断可接受性威胁法治的可能性	(101)
小 结	(105)
第五章 司法假定的合法性检验——建构裁决规范	(107)
第一节 假定检验标准的合法性基础：形成的法律体系	(108)
一 法律体系形成的融贯性论据	(109)
二 法律体系形成的变动性论据	(112)
第二节 建构裁决规范对假定检验的理论设计	(114)
一 有关司法假定检验基准的争辩	(114)
二 建构裁决规范作为司法假定检验的依据	(123)
第三节 裁决规范检验假定的内在理路	(126)
一 裁决规范作为假定检验基准何以可能	(126)

二 对裁决规范检验假定所持异议的反驳	(129)
小 结	(135)
第六章 司法假定的程序性检验——司法论证的制度设计	(137)
第一节 法官负有司法论证的义务	(138)
一 司法论证是对司法判断的合理证立	(138)
二 理性论证是法官断案的灵魂	(139)
第二节 司法论证检验假定的可验证性功能	(140)
一 司法论证的程序论辩性及其对可接受性困境之消解	(140)
二 司法论证可验证性功能的理论审思	(143)
第三节 司法论证检验假定的个案审视	(149)
一 司法假定无法确保同等对待——以同案中“强制性规定” 异议为例	(149)
二 司法假定的真值性识别	(151)
三 司法论证可验证性功能的双向展开——以指导性案例 8 号 为分析对象	(153)
小 结	(157)
结 语	(159)
参考文献	(163)

图 目 录

图一	科学研究活动的基本结构	(19)
图二	直觉加工系统	(70)
图三	直觉模式在案件类型中的适用	(70)
图四	规则怀疑主义的两种进路	(116)
图五	结果主义导向的运作机理 (“逆推法”)	(121)
图六	法律规则的逻辑结构图	(124)
图七	等置模式图	(125)
图八	检验假定的步骤	(145)
图九	类推适用的逻辑结构图	(150)
图十	司法论证证成功能的展开	(156)
图十一	司法论证证伪功能的展开	(157)

导 言

一 问题意识及其限定

当前我国大变局之下，多元阶层与利益群体产生的矛盾冲突日益凸显，群体性事件甚至暴力犯罪事件的发生都在拷问着国家治理体系和治理能力能否在法治框架内实现现代化。而法治现代化主要依托于司法改革的稳妥有序推进。当下中国的司法改革名目繁多，但寻根溯源都与法官的裁判思维具有一定的相关性。^① 党的十八届三中全会开启了以顶层设计为特征的新一轮司法改革，但司法活动仍遭遇诸多现实困境与挑战，譬如“民意”审判、司法腐败、“诉讼爆炸”以及疑案错案频发，等等。这些问题的产生与裁判思维过程存在缺陷密切相关，突出体现在法官的释法思维模式上^②。特别是身处基层法院的一线司法人员，要承受案多人少的繁重工作负荷，以及非司法功能嵌入而形成的“功能增加型负担”，这样的超量压力冲击着法官处理案件信息思维流畅度的最低限度，一旦突破临界点也就会导致“坏的判决”，进而有损我国司法权威与公信力的构建。

面对以上司法生活中法官思维认知出现的问题，学术界给出的解答并不令人满意。首先，从裁判理论的整体研究来看，一方面很多规范层面的认识论、方法论无法融贯地自圆其说；另一方面无法对司法运行作出很好地描述解释，以致回应司法实践的能力仍显困乏。其次，从裁判理论的局部研究来看，已有相关研究侧重于程序行为及裁判文书制作过程的理性分

^① 参见王申《法官的实践理性论》，中国政法大学出版社2013年版，第195页。

^② 法官的释法思维存在的问题主要有：一是法官释法的目标和界限不明确，释法行为易超越制度设定的法官权限；二是释法过程中道德因素易左右法官的分析、判断过程，法官客观认知和辨析情与法的能力不强；三是法官思维过程欠缺规律性，思考、分析和决断问题的程序缺少必要的刚性；四是法官普遍缺乏合法、合理、科学、规范解释法律的意识和方法，思维形式和思维方法不系统。参见吴春峰、夏锦文《法官释法：思维模式及其影响因素》，载《法学》2013年第12期，第96页。

析，而对案件审理前法官的初步决策思维则关注较少，对此相关研究的论著更是寥寥无几，而恰恰这方面的研究直接关涉司法适用的正常启动。由此，我们发掘破解理论与实践面临双重困局的关键在于：深入探究法官行为背后的思维认知过程，找出法官建构的认知路径可能出现的问题，并批判性地提出解决问题的方法策略。有关法官思维话题的领域非常宽泛，为避免缺少考察中心，本书将问题限定在“司法假定及其证立检验”上来讨论，对此所设定的主要任务是：

一要全面阐释分析司法判断基本思维方式之一的司法假定。包括它的性质、意义、相关理论支持以及它是如何形成并发挥作用的。这相当于全方位解剖某事物，展示出它内在机理的全貌，以便能更深刻把握产生问题的原因所在。而要做到全面剖析，就有必要超越人为的学科藩篱，借鉴哲学、心理学、经济学、历史社会学等其他学科的智识与方法。

二要提出司法判断初步思维方式形成的必要条件（或启动机制）即法律前见。具体就是将哲学原理与法律诠释学进行有效果的视域融合，深入挖掘这一机制的核心意义内涵，明确指明它对司法假定产生的复杂影响，以为司法假定的形成与功用发挥做好前提性准备。

三要解决法外因素介入司法假定的可接受性理论之批判。为克服法外因素介入初步思维而产生的一系列质疑，学术界提出司法判断可接受性理论，那么该理论是否达到了化解质疑的良好效果？如果没有，那背后潜藏的深层次缘由又是什么？该理论会不会衍生出其他问题？本研究必须结合我国当前司法语境，作出辩证地解答。

四要回答司法判断认知路径中出现的问题如何有效应对。也就是说，法官的思维认知过程中可能会面临各种问题，对此应找出问题的根源，然后有针对性地采取应对方案。本研究给出了有关偏差控制及证立检验初步思维的制度设计，尽管作用有限且不尽完美，起码是作出尝试的持续努力。

二 回顾与架构：成果梳理与结构安排

（一）学术前沿成果梳理

1. 国内的相关研究综述

迄今为止，国内学界对司法判断的认知建构问题作出卓有成效研究的

当属郑永流教授无疑,他指出法律方法效命于法律判断(主要为司法判断)的形成,在形成过程中,视事实与规范之间的不同关系,要运用各种方法去建构大小前提:在事实与规范相适应的法律适用中,判断可直接通过推论而得出;在事实与规范不对称的法律发现中,判断通过等置而形成,即使事实一般化、使规范具体化。^①郑教授主要从法律方法论视角详加审视法律判断的建构模型,这是本研究的重要依靠,在此基础上笔者更侧重于从认知心理学、行为经济学的视角剖析司法判断建构模式中的假定,并对其存在的问题提出批判性的检验对策。即使近年来学界及实务界对司法判断的建构过程逐渐关注于思维认知的角度,但仍多是对案件审理程序及裁判文书制作过程的理性分析与研究,其代表性著作主要有王纳新:《法官的思维——司法认知的基本规律》(法律出版社2005年版);陈增宝、李安:《裁判的形成——法官断案的心理机制》(法律出版社2007年版);王立人:《裁判文书制作新探》(上海社科院出版社2009年版);赵朝琴:《司法裁判的现实表达》(法律出版社2010年版);林莉红:《程序正义的理想与现实》(北京大学出版社2011年版);季卫东:《法律程序的意义》(增订版)(中国法制出版社2012年版);陈瑞华:《看得见的正义》(第二版)(北京大学出版社2013年版)等。相关的论文也是置于我国当前社会转型的深度背景下聚焦于程序正义、裁判理性方面的探讨。比如王国龙教授在《裁判理性与司法权威》一文中沿着纠纷解决的线索,阐述了裁判理性、审判裁量、裁量正义、司法权威的内在关联性。^②同时,他认为技术型司法权威在难办案件当中遭遇到了诸多的困境,为克服这些困境,情理型司法作为一种现实的司法策略,往往被法院和法官普遍性地加以采用。^③王申教授出于为法治中国建设,提供充分理论支持的特定实用目的,发表了一系列文章探讨法官的裁判理性、裁判理

① 参见郑永流《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期,第140—149页;《法律判断大小前提的建构及其方法》,载《法学研究》2006年第4期,第3—18页。

② 这种内在关联性即裁判理性为审判裁量理性化的基础和内在动力,在裁判理性的具体展开中,审判裁量被类型化为规范性与状况性、工具理性与价值理性、专业性与民主性之间的二维权衡,审判裁量的权衡结果关涉裁量正义的最终实现,而裁量正义是树立司法权威的社会基础。参见王国龙《裁判理性与司法权威》,载《华东政法大学学报》2013年第4期。

③ 参见王国龙《从难办案件透视当下中国司法权的运行逻辑》,载《法学》2013年第7期。

念问题。^① 这些研究无疑对我国法治进程产生巨大推动作用，但也存在着极为明显的不足，一方面这些研究主要从规范层面分析司法判断的理性运作机制，但法官以裁判理性为前导并不必然编织出司法正义的神话。另一方面，这些研究相对忽略了案件审理前法官的初步决策行为的考察与探究。

从中国知网期刊检索结果可以看出（截至2015年6月），目前研究案件审理前司法判断的资料很少，而集中研究司法实践中有关法律假定的论著更是寥寥无几。国内明确提到“法律假定”的论文目前只有两篇，即毛淑玲、刘金鹏所写《刑事法中的推定与无罪推定》（《法学杂志》2009年第12期）与刘飞宇、张步峰所写《行政诉讼中举证责任的性质论析》（《社会科学战线》2005年第3期）。而明确提到“司法假定”的文章目前只有一篇，即苏晓宏教授所作的《法律中的假定及其运用》（《东方法学》2012年第6期）。苏教授认为，假定是法学的一个方法，是法律思维和法律判断的最基本形式。立法假定和司法假定在面对的对象、假定的立场、运用的方法上是不同的。司法假定并不因为方法的确立而变得确凿无疑，而是受到先见、立场、态度等因素的影响而构成，其结果要通过制度、法律共同体、传媒舆论的限制和复验。这篇文章对本研究的整体构思产生了深刻影响，然而，此文并未对司法假定是如何形成并发挥功用的作出具体阐明，笔者正是对此问题进行深入挖掘，并对司法假定可能产生

① 王申教授首先将哲学上的理论理性和实践理性融入法与理性的认识中，概括出法理性为一种逻辑思维活动或思维的反思批判能力、一种调节和控制欲望与行为的精神力量。（《论法律与理性》，载《法制与社会发展》2004年第6期；《法治实践中的理性、理念》，载《同济大学学报》2005年第5期）。这种普遍的、客观存在的法理性反映到司法实践的主导者法官身上，体现在法官裁决活动中的就是法官的裁决理性。（《法官的审判理念与实践》，载《法律科学》2005年第4期）。从现代性视角审视我国法官的担当角色，由于司法制度始终缺乏本土资源的支撑，在受到西方法文化冲击时，法官自身便会出现法理认同上的匮乏，法官的理性能力也显得不足。（《法官、现代性与法理认同》，载《法学杂志》2006年第1期）。中国法官制度建构最应注重对法官理性能力与素养的培养，这种理性能力是一种理智、冷静地对待司法经验的能力，是用排除法官本人来证明不依赖于法官而客观存在的案件事实。（《法官的经验与理性》，载《法制与社会发展》2007年第5期）。也就是法官的智慧，即一种熟练运用法律知识、司法经验、审判能力与技巧，通过其明智与果断的判断与选择，准确判决、实际有效地解决纷争的本领。（《法官的实践性知识与智能导向》，载《法制与社会发展》2011年第6期，第37—48页）。法官思维的理性又依赖于司法审判的既有理念，这主要包括司法独立、程序公正、法律规则至上论等理念。（《法官思维的理性依托于司法审判之既有理念》，载《法学》2009年第12期，第92—101页）。

的认知偏差提供有效控制的方法,以此弥补这方面的理论空白。

启动司法假定的前提是法律前见,但法学作品中对前见则鲜有论及。其中涉及论述的文章主要有郑永流:《出释入造》(《法学研究》2002年第3期);许发民:《论前见、法律事实与刑法解释》(《甘肃政法学院学报》2011年第1期);王申:《法官的理性认知与司法前见》(《法律科学》2012年第6期);范志勇:《法学前见的内涵与特征研究》(《西南交通大学学报》2012年第1期)等。郑永流教授在文章中指出,法律诠释学对于法律解释是一种带有先见的理解,理解是法律文本与理解者两个世界的沟通,在沟通中内在地创造着判决依据的立场,试图颠覆法律解释学只是借助各种方法去寻求判决与法律的一致性这一思维定式。王申教授亦肯定了法官前见对于司法审判的决定性意义,认为它的获得是其理性选择的结果,体现了事物认识发展的本质,由此构成了法官的认知视域。本研究在以上考察基础上,进一步把法律前见进行类型划分,分别指明它们对司法假定产生的不同影响。而对司法假定形成过程的阐释,李安教授的研究最值得称赞,他在《司法过程的直觉及其偏差控制》(《中国社会科学》2013年第5期)一文中,精辟地讲到作为相对独立存在的认知加工系统,直觉与“理性—分析”系统共同处理各种信息。直觉机制以自动化方式发挥先行的加工作用,在信息不充分和判断不确定情形中,为理性分析提供扎实的基础。在司法过程中,直觉通过获取法条、形成初始结论为法律推理提供前提,逻辑自动化型直觉还可以省略认知过程、快捷获得结论。陈林林教授则批判了直觉裁判论,提出了法感裁判论,认为法感裁判论克服了直觉论的缺陷,为法官断案提供了一种指导和制约,并设定了判决说理的范围、要素和目标,因而更符合法律思维和裁判事业的现实及理想形态。^①同时,他依据心理学中的格式塔理论(又称完形理论)和联结主义表征,从发生学上阐明了法律现实主义者没能讲清楚的法感裁判问题。^②以上关于司法假定的论述,虽有助于我们深刻认识司法假定的形成过程,但却都忽视了司法假定展开脉络中的重要一环,即司法假定的功用发挥,而本研究对此尝试作出弥补。

^① 参见陈林林《直觉在疑案裁判中的功能》,载《浙江社会科学》2011年第7期。

^② 参见陈林林、张晓笑《裁判行为的认知心理学阐释》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

对法外的影响因素介入司法假定的方式及后果考察,学界主要集中在公众意见的讨论上。有关公众意见或民意在司法裁判结构中地位问题存有争议,主流的观点是一种有限开放的法条主义立场,把公众意见只作为评论性的社会事实,参与个案裁判。认为公众意见不是独立证成判决结论的正当化理由,它只是个案裁判的辅助性理由,其影响力只在法律标准之内发生,且不具备必然适用的约束力。^①有学者则将公众意见安置于不同的案件类型中,其呈现的作用也有所区别:在常规案件中,公众意见作为一种准用的辅助性依据,可以通过弱的裁量成为合理化判决结论的说明性事实;在遇有法律漏洞的疑难案件中,可以借由强的裁量充当个案推理的运作性依据,成为非常情形中正当化个案规则创制的立法性事实。^②其实,疑难案件中把公众意见看作运作性依据或立法性事实,参与到个案规则的创制中来,毋宁是作为辅助性的依据,而不是正当化的理据,真正的规范性依据仍是创制的裁决规范。但在中国传统“政法化”司法体制中,公众意见更多体现为社会情绪、公共激情,带有很强的政治取向和道德期盼,已经超出了“监督”的范围,这就给司法机关带来无力承担的压力,既难以避免“盲从民意”,又难以从个案中回应社会发展的要求。^③而对法外因素介入司法假定的理论回应,又聚焦于司法判断可接受性理论的考察上,对这一理论主要从规范角度进行技术分析,比如强调程序公正与司法民主化等,但也有学者在法社会学视野下,考虑到社会转型带来的社会冲突的多元化,司法判断可接受性就可转理解解为,相对剥夺感和不公正感较强的诉争一方及其所在的特殊群体听众,与诉争另一方达成协议的程度。^④不难发现,关于司法判断可接受性的论述,学者主要看到的是此理论的积极方面,却遗忘了它可能存在的潜在危险。此理论允许法外因素介入司法假定,甚至都服务于这种介入的正当化,那么会造成何种不良后果,而这恰是本研究着力要阐明的。

从多维视角的理性规制来检测司法假定,而规制的方法具有多样性。

① 参见陈景辉《“裁判可接受性”概念之反省:公众意见、正当化理由与司法民主化》,载《法学研究》2009年第4期。

② 参见陈林林《公众意见在裁判结构中的地位》,载《法学研究》2012年第1期。

③ 参见马长山《藐视法庭罪的历史嬗变与当代司法的民主化走向》,载《社会科学研究》2013年第1期。

④ 参见杨力《司法特殊正义及其运作机制研究》,载《法学家》2008年第4期。

在这些方法中，则集中于法律解释与法律论证的作用，比如陈金钊：《法律解释学——权利（权力）的张扬与方法的制约》（中国人民大学出版社2011年版）；陈林林：《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》（中国政法大学出版社2007年版）及侯学勇：《法律论证的融贯性研究》（山东大学出版社2009年版）等。陈金钊教授在追求法治信念和恪守司法谦抑的惯见姿态下，带着对过度解释的反思，结合理论的最新发展和中国司法实践的现状，对法律解释学的基本问题重新作了阐释，并对法律解释的过程及方法运用进行了理论上说明；陈林林教授则提出了司法论证的一般构造，并将裁判进路和方法类型化为合法化论证、合理化论证和正当化论证三种基本模式，以此回应如何借助一般规范获得正当个案判决的法学方法论议题。这方面研究的主要贡献在于，从理论上深刻阐明了规制方法的运用过程，但其局限性也是一目了然的，那就是只对其检验功能做了十分粗略的描述，并未展开深入分析。而本研究的一个特点就在于，从案例与理论相结合的维度来对司法论证检验司法假定的功能进行深入剖析。

2. 国外的相关研究综述

司法假定是整体司法判断的必要环节，国外学者分析个人（包括司法作业者）整体判断过程的代表性著作为，美国科罗拉多大学心理学教授 Reid Hastie 与卡内基梅隆大学坤南二世心理学讲座教授 Robyn M. Dawes 合著的《判断与决策心理学》，此书主要从心理学角度说明个人在不确定世界中，如何进行判断与决策的运作历程：书中前半部分在说明判断历程以及偏误产生的心理学解释；后半部分主要在探讨价值在决策过程中所扮演的角色，以及介绍决策的规范性与描述性理论。^①而迄今为止，专门于法律判断的认知路径方面作出卓越贡献的，当属意大利波伦那大学计算机与法律教授乔瓦尼·萨尔托尔。他在巨著《法律推理：法律的认知路径》中阐述了法律推理或法律论证能够被视为，一种更加广泛的人类能力的应用即实践认知或实践理性，也就是处理信息以至恰当决策的能力。此书的第一部分致力于将法律推理嵌入实践认知，并且将法律推理的不同方面整合进一个广阔的图景；第二部分在逻辑分析的说明下，旨

^① 参见〔美〕Reid Hastie, Robyn M. Dawes《判断与决策心理学：不确定世界中的理性选择》，林正昌译，学富文化事业有限公司2009年版。

在提供一个关于法律推理基本形式的更精确细腻の説明。^① 本研究正是试图借鉴萨尔托尔迥异的分析视角与方法系统，将不同的法律思维模式整合进一个综合性的图景之中，其中囊括哲学、逻辑、心理学、认知科学、人工智能、博弈和决策理论，这些非法学方法与法律价值、原则、规则等法律方法两大方面。本研究沿着司法论证检验司法假定的认知路径而展开。

日本早稻田大学商学学术院教授内田和成把假定看作是一种及早获得结论，并付诸行动的思考能力。他结合具体的案例分析，详细阐明了在实际工作中，尤其是在混沌不明的商业领域，如何建立、运用（发挥功效）、验证以及提升假定思考力等四个方面。^② 但作者毕竟是从一位资深企业顾问的角色来探讨假定问题，并有意教授职场工作者如何轻松学会假定思考法，这种分析面向必然会与司法场域中的假定有所不同。而且，更重要的是，对于如何建立假定的说法，虽非错误却只是泛泛而谈，并未结合心理学知识进行深入剖析，实乃一大缺憾。而在司法场域中，国外有关假定对裁判思维过程的影响进行详细论述的，主要有德国学者 K. 吕德爾森的《作为法源的经验：司法裁判程序中假定的设证与证伪》，以及美国学者弗兰克的《法律与现代精神》。^③ 法律现实主义的代表人物弗兰克在《法律与现代精神》中提出了富有启发性的问题，如预感论和回溯推理论。他认为法律规则不是法官判决的基础，法官的判决取决于一种预感，这种预感在他对难免有误的作证作出反应之后很久才到来。这就是所谓“事后溯及”。因此，说一个正常人信赖“既定之法”就能够有保障地去行动，这样说是很荒谬的；司法裁判是由情绪、直觉的预感、偏见、脾气以及其他非理性因素决定的。从某种意义上讲，各种各样的判断（包括判决）都是带着一个或明或暗的既有结论出发的。一个人通常以这一结论为出发点，然后努力寻找能够证明这一结论的依据。换言之，司法裁判是法官从假定性结论出发寻找合适的法律论据（前提），而不是从一般性规范推导出具体的结果。“偶像的破坏者”波斯纳从经验地理解法官的

① 参见〔意〕乔瓦尼·萨尔托尔《法律推理：法律的认知路径》，汪习根等译，武汉大学出版社2011年版。

② 参见〔日〕内田和成《假说思考法》，林慧如译，经济新潮社2010年版。

③ K. Lüderssen, *Erfahrungen als Rechtsquelle. Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozeß. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht*, Frankfurt a. M. 1972; Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, New York: Tudor Publishing Co., 1936.

思维和行为出发,在《法官如何思考》一书中阐述了司法行为的九种理论,即态度理论、战略理论、社会学理论、心理学理论、经济学理论、组织理论、实用主义理论、现象学理论及法条主义理论。他的观点总体上偏向实用主义理论,主要考虑司法的外在环境约束与裁判带来的后果。其中就论述了司法前见与法官个人气质特点对裁决的决定性影响。他实证分析发现,法官并非道德或智识巨人、先知、圣人、代言人或计算机。他们都非常人性,与其他工人一样,对工作的劳动力市场条件作出反应。许多司法决定,不仅限于最高法院的,都受法官的政治偏好或法律以外其他因素的强烈影响,例如,法官个人的特点以及个人的和职业的经验,这些会塑造他的政治偏好或直接影响他对案件的审理。这些政治的和个人的要素创造了一些前见,常常是无意识的,法官会把它们带进某个案件。而要了解司法前见,最好是借助于贝叶斯决策理论。^① 以上这些对裁判预感以及司法前见的阐述都为本研究提供了很好的论据支撑,当然,它们的局限在于并未从哲学、心理学角度明确予以阐明司法假定到底为何物。

国外学界关于通过适用理性方法来自觉证立检测司法假定的系统性论述,主要选择为法律解释与法律论证。法律解释方法一直是大陆法系学者研究的重点领域,比如德国学者拉伦茨的经典之作《法学方法论》(陈爱娥译,商务印书馆2003年版);而英美法系的学者在法律解释方面有突出贡献的是美国的法哲学家德沃金。他的名著《法律帝国》(李常青译,中国大百科全书出版社1996年版)高举“认真对待权利”的自由主义大旗,通过解释性司法运作方式(“原则立法论”)来获得作为整全性的法律事业,企图恢复古老的“封闭完美的法律体系”神话,寻求司法中客观上唯一正确的答案。当然安德雷·马默主编的《法律与解释》(张卓明等译,法律出版社2006年版)也是这方面的一本重要作品。有关司法论证方法的应用,荷兰学者菲特丽丝所著的《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》(张其山等译,商务印书馆2005年版),它的主要贡献在于对各国及不同法律论证学说作了一个评论式概览,诸如分析评价了图尔敏的论证模型、佩雷尔曼的新修辞学、哈贝马斯的交往理性理论、麦考密克的法律裁决证立理论、佩策尼克的法律转化理论等,当然,在最后提出了一种对话式的论证理论框架,试图将理性论证的一般观点与法理论的

^① See Posner R A. *How judges think*. Cambridge: Harvart University Press, 2008.

观点结合起来以系统的、原则方式得以展现。德国学者罗伯特·阿列克西教授所著的《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》（舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版）可谓是关于论证方法的集大成者。他提出法律论证理论是普遍理性实践论辩理论的特殊情形，主要借助哈贝马斯的真理共识论归纳了普遍实践论证的大纲，接下来在法律论证理论部分，区分出内部证成和外部证成，指出内部证成是逻辑的三段论演绎，而外部证成是对内部证成所需前提正当性的证明，并发展出两种证成的 19 条程序性规则与 6 种论证形式。不难发现，司法假定检验方法的类型、构造及规则运用国外学者已作了精准而全面的分析，而本研究也是站在前人巨肩的基础上，试图开拓出还未曾深入涉及的司法论证检验假定的功能领域。

（二）基本框架安排

1. 写作框架

本书的主旨在于借助认知心理学的视角，精细化探究裁判行为背后的思维认知路径，揭示出司法判断中的假定过程及其可能出现的认知偏差，以此在深化司法改革背景下，提出批判性证立检验的方法对策。本书的核心论点在于整体性司法裁决与其建立在纯形式逻辑分析上，毋宁奠基于司法假定的完满性把握之上，而由法律前见作为必要条件来启动的司法假定，借以潜在的直觉加工机制来先行获取，其认知功用的发挥可提升决策的质量与效率，但也会导致偏差且无法完全消除，为此假定结论通过裁决规范（合法性证立）与司法论证（程序性证立）的方法检验后，可较好增强裁决的可接受性与公信力。

本书第一章详细阐述了司法假定的性质、意义及其相关理论支持，以此反驳掩饰它的普遍在场现象，为它的正常存在作出辩护。本书首先揭开司法假定的神秘面纱，阐明它为司法过程中作出初步判断的基本思维方式之一，本质上为法官职业判断能力的体现。然后，从外在视角分析假定为相当常见的事实及其他开放的、可修正的性质，以及在适用范围与程序法等面向比较司法假定与司法判断、司法认知的概念异同。最后，以司法假定问题为导向来聚合人文社会科学中的相关理论，通过法学、心理学、哲学、经济学、历史社会学等多学科沟通意义上的描述及评介，以更深刻地把握与司法假定相关的理论支撑。

本书第二章从诠释学与认知心理学视角考察司法假定是如何形成的。