



法律方法与司法决策丛书
陈林林 主编

裁判思维的整合性认知

The Integrated Cognition of
Judicial Thinking

韩振文 著

清华大学出版社

法律方法与司法决策丛书

陈林林 主编

裁判思维的整合性认知

The Integrated Cognition of
Judicial Thinking

韩振文 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

裁判思维的整合性认知/韩振文著. —北京:清华大学出版社,2019
(法律方法与司法决策丛书)
ISBN 978-7-302-49679-3

I. ①裁… II. ①韩… III. ①审判—研究 IV. ①D915.182.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第035212号

责任编辑:朱玉霞
封面设计:阿东
责任校对:王荣静
责任印制:丛怀宇

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市吉祥印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148mm×210mm 印 张:5.125 字 数:116千字

版 次:2019年6月第1版 印 次:2019年6月第1次印刷

定 价:49.00元

产品编号:077836-01

自序

学术研究要围绕某一议题方向保持持续的关注力,定力足了才有可能深耕挖掘出学术宝藏的矿石。而对议题的深度关切又离不开实际身处时代的环境塑造,苏力曾在2001年就基于时代境遇而预言,要开拓理论法学的研究视野,司法改革的话题也许会带来一个刺激,形成一个“新的学术增长点”。在笔者攻读博士阶段(2012—2015)恰逢司法体制改革进展得如火如荼,但苏力却冷静地发现当下中国法学人与法官各行其是,究其原因主要在于法学人不了解不关心法院系统的实际需求,不了解司法改革中法院的知识需求。为此他期望中国法学研究以及司法改革都还需要基于社会和法院的需求来关注和掌握其他一些社会科学知识,把对法院的经验和观察纳入社会科学的系统思考和分析。同样域外的“偶像破坏者”波斯纳在《法律理论的前沿》中谈到关于法律有意思的思路越来越以认知心理学为基础。笔者虽无这种深刻把握法院需求的能力,但也尝试借鉴认知心理学的视角来系统地经验观察司法权运作,希望提出的见解能稍微弥合法学人与法官的隔膜裂隙,具体来说尝试把认知心理学与法律方法衔接起来,精细化探究裁判行为与法官的思维认知过程,重点揭示出司法判断中的假定(预判)及认知偏差,以此提出批判性检验的方法对策。

2015年底笔者开始在浙江大学法学博士后流动站做研究工作,此时的司法改革进入了全面推进的新时期,其广度深度前所未有。党的十九大报告中更是明确提出“深化司法体制综合配套改

革,全面落实司法责任制,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。创新总是来源于边缘地带,对此跨学科的交叉融合来开发边缘地带成为创新的主要源泉。这个阶段跟随导师陈林林教授,在读博士学位期间一贯研究议程与学术规划的基础上,尝试往前更进一步,借用学科交叉与知识联盟,探讨迈向一种整合性认知的裁判思维,试图将不同的法律思维取向进行系统性描述,整合进一个综合性的图景之中。在庭审实质化语境下,强调充分的证立程序伴随着创造性解释以及后果导向解释,通过逻辑、对话、修辞与论题等四种基本进路,给出理由以实现裁判的可普遍化。其中,认知风格处于整个司法决策心理机制的顶端,决定着对裁判影响因子的排序,这可在对心理实验测量被试的结论进行整体性反思中得到某种程度的反映。对裁判思维的整合性认知探求,主要是由自身对法官如何思考的强烈的好奇心与求知欲所推动,这种揭开法官“黑箱”的渴望似乎随着现实司法改革的脉动,呈现出这种交叉研究充满着挑战性,并孕育着带来创新与进步的可能性。

面对当前社科法学与法教义学之间竞争态势,笔者很难判断哪种研究类型/方法更好或更优,也不希望被贴上属于哪个阵营的标签,因为标签并不重要,这取决于研究的对象与目标。我辈身处全球化信息化时代,科技跳跃性地发展,世界性联系迅速增加,社会关系越发复杂,调整社会关系的方法本身也越发多元,各学科间壁垒也逐渐被打破,面临这种全球社会的法律问题,法学研究愈发向跨学科、实证化转变,因此,借助认知心理学、统计学展开实验数据的量化分析,以便深度、综合地阐释司法裁判现象。笔者对于裁判思维的整合性认知探求,正是想通过多学科多视角多角度对不同智识资源、论据加以比较权衡、整全性解释,提出并发现有生命

力的命题,更清晰明确地描述与评价,作为活生生个体的法官实际与应该如何思考,使之得出的实证性可靠答案,能够具有可验证性甚至可复制。当然这样的“雄心壮志”还是起源于自己的初心,一种剪不断的缘分情结,一种探明事物本质所收获的乐趣,一种在学术思考中可以高尚生活着的希冀。从正文的大部分章节看结构安排似有些杂乱,但离贯穿的主线即裁判思维的社会科学分析不会太远。

2017年9月15日

目 录

第一章 裁判思维的发现及其证立程序	1
一、司法裁决程序的替代方案	3
二、司法裁决发现程序的证伪及其检验	8
三、司法裁决程序的二阶证立	16
四、结语	22
第二章 裁判思维的经验法则之运用	25
一、经验法则自身的两重性：盖然性与有效性	26
二、经验法则运行的两重性：确信性与规制性	29
三、经验法则适用的两重性：民意导向性与事后检验性	31
四、结语	35
第三章 裁判思维的论题学方法及其运用	37
一、何谓论题学法学	39
二、论题学法学中的论题学方法	42
三、论题学方法的司法适用	49
四、结语	56
第四章 裁判思维的创造性解释及其反思	59
一、问题的提出	60
二、德沃金破除对垒的方法：法律诠释蕴含描述与评价	62
三、德沃金破除对垒方法的反思：“唯一正解”之迷思	68
四、结语	72

第五章 裁判思维的后果导向解释	75
一、问题的提出	77
二、疑难案件的后果导向解释与司法权社会治理	78
三、司法裁决的后果导向解释与面向社会科学的法教义学	82
四、结语	86
第六章 认知风格对法官决策差异形成的影响	89
一、法官决策过程中的认知风格模型	92
二、认知风格对法官决策差异存有悖论的化解	99
三、认知风格与法官决策差异控制	103
四、认知风格与法官决策差异：年龄阅历的特殊视角	106
五、结语	112
第七章 司法决策中认知风格的实验测量及其理性反思	113
一、认知风格影响法官决策的实验测量设计	115
二、法官认知风格的实验测量之结果分析	118
三、法官认知风格的实验测量之整体反思	119
四、结语	125
第八章 结论	129
附录 法官认知风格调查问卷	135
参考文献	139
后记	149

第一章 裁判思维的发现及其证立程序

通向司法独立的裁判之道是中外理论家探讨的永恒主题。瓦瑟斯特罗姆教授在《法官如何裁判》中规范性地检视司法裁决的各种可能程序,是对现实司法决策行为的模型整合,在一定程度上提升了司法行为分析的严谨程度。在批判“规则适用导向”的形式程序基础上,他描绘了由先例程序、衡平程序与两阶程序等替代性方案整合的全景构图,其中最值得称颂、更为可欲的乃是两阶程序。全景司法裁决程序的启动前提为发现的程序,它存在被证伪的可能性,会导致“唯一正解”理念的失败,因而要严格接受审判中心主义下证立程序的客观审查,以防范控制影响因素中的非理性成分。如果借鉴认知心理学的双重加工系统来阐释,就表现为法官慢速的理性思维检验快速直觉发现假定结论的过程。作为民主法治国家的司法裁决程序唯有通过充分的证立才能获致正当性与可接受性。充分的证立可通过逻辑、对话、修辞与论题等四种基本进路,给出理由说明以实现裁判的可普遍化。这也恰恰凸显出两阶程序中第二个层次所发挥的核心功用。

一、司法裁决程序的替代方案

(一) 替代性方案的描绘

在不确定性的迷雾状态下穿梭,如何准确描述法官裁判的实际过程或者澄清司法裁决过程的性质,一直是中外理论家及实务者探讨的重要问题。做出经验实证性的回答也许颇受重视,但却往往忽视如何规范性地检视法院在某个现有法律体系内所应当用以裁决案件的各种可能的程序及其构成要素。瓦瑟斯特罗姆教授的著作《法官如何裁判》^{〔1〕}正是置于法哲学领域尝试对此各种可能程序的主张分门别类,进而对它们进行批判性分析与价值性评价,以此来更好地理解、解释司法决策行为。首先瓦氏在这些类别中寻找学者们一个常攻击的靶子,那就是理性逻辑向度的裁决程序或演绎型裁决程序。尽管批评的论据具有一定程度的说服力,如大小前提的选择导致个案裁决结论的不正义以及法官绝不能涉足造法导致呆板僵硬性等,但这些主观上很棒的批评却缺乏一种清晰的整体说明。更致命的是,按照瓦氏的说法,这种犀利批评反而容易犯下非理性主义的谬误(Irrationalist Fallacy)。进一步讲,仅仅是对这种“机械的”“规则适用导向”(Rule-Aplying)形式程序的流俗攻击显然缺乏力度,关键还在于提出或描绘一些合理并行得通的替代性方案。

瓦氏接下来描绘了三种独特的“理想型”司法裁决程序,分别

〔1〕 [美]理查德·瓦瑟斯特罗姆:《法官如何裁判》,孙海波译,北京,中国法制出版社,2016。原版为Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961.

是先例型裁决程序(Procedure of Precedent)、衡平型裁决程序(Procedure of Equity)以及两阶证明程序(two-level Procedure of Justification),力求廓清它们最为重要的特性、关联差异并评价了其司法适用后果。虽然该著作纵论古今经典学科理论,论点与论据方面比较庞杂繁复,但由这三种独特司法裁决程序统摄着全书主线,使其形散而神不散。

对于把两阶证明程序(two-level Procedure of Justification)中的“Justification”翻译为“证明”,笔者持不同的意见,认为翻译为“证立”或“证成”似更妥当些。原因在于“证立”强调的是理由说明(或辩解):在司法判断中论证不是证明决定为真实客观,而是理性证成其合理正确。作为精神科学的司法活动,不同于自然科学涉及的逻辑证明与价值无涉,它必然包含着价值评价与利益平衡或妥协,若用哲学诠释学来解读的话,司法活动是对法律文本规范意义的再创造,赋予了个案事实新的法律意涵。司法作业者的个人态度或情感表达都无法完全排除,无论是法律规范的获取还是案件事实的认定,这样追求的为证成主张或结论的正确性,即使存在虚假的表面证立,也很难像自然科学那样提出客观明确的反驳意见。另外,司法坦诚性被过分抬高也有悖于司法决策活动的常识,裁决理由的提供需要成本投入,而作为常人的大部分司法作业者却偏爱付出更少的努力。

(二) 替代性方案的区分

这三种独特程序的区分标准在于“裁决规则”(Rule of Decision),它才是法官实际做出正当裁决所依赖的充足理由与理性根据,也是有形评价每种裁决程序的分析核心。比如基于先例的司法裁决程序,其裁决规则为相关的、既存有效的先例规则或先例原

则,是从先例的判决理由(意见)中提炼出的;而衡平型裁决程序诉诸有良知意识的称职法官对公平正义的理念考量而非法律规则。当然这三种独特程序的适用张力都有一个基本的假定:在现有法律体系内并无立法性的法律规则,而是能够或已经被司法机关所创制的规则,即司法性立法(Legislate Judicially)。司法性立法不同于司法性法律适用,它意味着可废止性(defeasible),随时可能在特定案件中作废,以塑造和重塑出新的规则,正如美国法学家富勒洞察到的普通法会自我纯化,并调整自己来适应新的需求。

司法意见中所创制的规则并非单纯复制立法者的决定,而是取决于法官明确地考虑每个案件的特殊性,对案件事实所做的特性提炼和类别归属,它们勾勒组成的融贯法律体系应当发挥着一种重要且普遍的功利性(Utilitarian)功能,即一个可欲的法律体系能够确保每一个案都被公正地裁决,并成功地为其所在社会中的成员的需求、欲望、利益以及渴望得到其他一些东西提供最大限度的满足。

(三) 最提倡的替代性方案

在以上三种裁决程序中瓦氏最提倡的是法律的两阶证立程序,它与道德哲学上审慎的有限功利主义者所主张的道德论证程序类似,主张遵守具有普遍性(Universality)与一般性(Generality)的法律规则,并视为构成做出特定裁决的有效理由,但尚不足构成充要理由。具体来说,第一个层次(一阶程序)为法院通过诉诸适当的具体法律规则来正当化其裁决,第二个层次(二阶程序)是法院又诉诸功利原则或道德意识来正当化这些法律规则。很显然,两阶证立程序的独特裁决规则在于规定当且仅当某个结论是从法律规则中推导出来,该裁决才被认为是正当的。法律规则的重要特性在于文义表述重要且解释具有优先性,切断了文义解释背后的

正当化依据的追问,不用考虑规则文法中隐含的正义观念,这样最常见的简单案件可落入规则清晰的中心地带,确保直接适用规则推导的可信赖。从自创生自组织的法律系统〔2〕内部结构看,导控行为的初阶规则与衍生的次阶规则组成的不同法律效力位阶的统一体,能够为第一层次的合法性(Legalität)提供多样可早操作的裁判来源。从法律与道德实际相互关系看,概括的道德为法律行为提供广泛稳定的指导基础,在一定历史条件下道德原则也出现法律化(转译为法律代码)现象,反映出第二层次虽无法律性的强制力量但具有生活化的社会力量,也能够提供正当化的依据或抽象的理由。正如当代西方重要的理论社会学家哈贝马斯所言,在复杂性整合性程度较高的现代社会里,自主的道德可以通过一个与之有内在联系的法律系统,而辐射到所有经验性行动领域、甚至包括那些以系统的方式自主化的、由媒介导控的互动领域,这些领域解除了行动者除普遍服从法律之外的一切道德期待的负担。〔3〕

这样,第一个层次能够确保法的安定性、可预测性和既定力等所珍重的独立价值,显现出法治的形式性美德,而第二个层次作为更高级的道德证立程序则更有深度,能够保障法的合目的性。司法作业者需要在安定性与合目的性的价值取向(value-based)之间进行优先性权衡,整合多元诉求获得一种重叠的共识或合意。特别是在适用固有的排他性(exclusionary)法律规则出现个案不公

〔2〕 自创生(Autopoiesis)法律系统的特征是通过其要素的操作而自我生产和限定这些要素的可操作的统一体,而也正是这种自创生的过程赋予了系统自身的统一。参见〔德〕尼可拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,424页,上海,世纪出版集团、上海人民出版社,2013。

〔3〕 参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,144页,北京,生活·读书·新知三联书店,2011。

正时,第二层次的功能因涉及法律外的商谈规则而被迫逾越已有的规则,会在社会变迁境况下更加凸显出来,赋予法官用良心正义理念的衡平裁量权,以此缓和、矫正第一层次引发的僵化、严苛等弊病或瑕疵。

司法决策专注于回头看而遵从先前相似性判决,无论是垂直先例(Vertical Precedent)还是水平先例(Horizontal Precedent)。遵循先例的思想和行动包含先天成分与后天习得经验的混合,但对未来有价值的指向却关注甚少。当然与保守性先例程序不同的是,两阶程序明确要求法律规则的实施要有助于产生对社会有益的后果,不仅考虑适用于当下案件的裁判结论,而且关注裁判对于未来发生的案件的总体效果。也就允许在某些条件下修正既有的或引入新的更加可欲的法律规则,从而能够成功地克服先例程序中某些较为严重的缺陷,尤其值得指出的是遭遇处在“阴影地带”的疑难案件〔4〕境况。因为对于权威性(Authoritative)先例中的判决理由具有绝对拘束力(binding),它们具有独立于内容(content-independent)的权威性,法官必须加以遵守而无论它是何等得不合理或不正确。司法中的错误先例出于可接受的各种因素考量,如果一直得到坚持就有可能变成根深蒂固的“真理”。美国马克曼法官坦言:“我所在的法院有时需要坚守先例,即使这些先例是错误的。例如,有些先例已经具有悠久的历史,确实存在一些真正的信赖利益,诸如,有些人受某个先例的鼓励,购买了预防某些灾难

〔4〕 对此疑难案件的裁判是现代法学方法论的核心议题,呈现出真实司法世界的复杂性及裁判者所经受的考验。它不仅在经验上是客观存在着的,在理论上也能获得辩护,但只是法律实践的一种例外状态,仅仅在一种十分有限的范围内存在,简单案件的普遍性存在才是法律实践的常规状态。参见孙海波:《疑难案件否定法治吗——依法裁判立场之重申》,载《政治与法律》,2017(5),57~58页;《不存在疑难案件?》,载《法制与社会发展》,2017(4),53页。

的保险,而另一些人则没有购买。”〔5〕当然,毫不动摇地坚持遵守先例原则的义务不过是一种“法律神话”,至少在美国法官偏离甚至推翻先例去追求实质正义的权利,与遵循先例原则本身一样被牢固地确立于法律体系中。普通法是一个强调先例和传统,但又允许以谨慎方式进行变革的制度。〔6〕它的力量源自法官实践智慧的灵活性与适应性,但暗含地或明确地挑战先前判决并非普遍的易事,法官要特别证立过去的明显错误已超越通常可容忍的差错范围。在此也可以看出瓦氏提出的两阶程序,赋予法律规则的功能与实用主义法学或经验性法学所提议的功能之间并没有明显的不一致。因为无论是坚守先例,还是挑战先例,都需要综合审视法律规则发挥功能的特定情境与满足社会需求的工具定位。

二、司法裁决发现程序的证伪及其检验

(一) 一幅全景司法裁决程序构图

总体上说,在瓦氏所描绘的全景司法裁决程序构图中,他所称颂的理性论证程序并不是附随传统完全否定“先验废话”的三段论演绎程序,而是在此基础上加入了功能主义的后果考量,〔7〕实现了对摄演演绎程序的拯救与超越;同时,将先例程序、衡平程序与

〔5〕 [美]斯蒂芬·卡拉布雷西编:《美国宪法的原旨主义:廿五年的争论》,李松锋译,202页,北京,当代中国出版社,2014。

〔6〕 David Strauss, “Do We Have a Living Constitution?” *Drake Law Review*, 59(2010), 977.

〔7〕 关于功能主义的后果考量的相关讨论和分析亦可参见韩振文:《论结果导向的司法裁决》,载《山东理工大学学报(社会科学版)》,2015(6);[美]费利克斯·S.科恩:《先验的废话与功能的进路》,韩振文译,载《东南法学(秋季卷)》,2015。

两阶程序进行立体化地对比优劣,得出了二阶程序虽不完美,但却批判性吸收前两种程序的优势并克服其可能性问题,或许它是眼下我们能够找到的最佳方案与开明行为,也就是更为可欲的程序。

不难发现,瓦氏的这种论证思路与理论倾向,都与阿列克西的内外部证成、麦考密克的演绎与次阶证成似乎异曲同工。一阶程序、内部证成与演绎证成涉及证立的核心,即司法三段论仍是法律推理的基石,遵循规则用正式法律渊源的规范语句来包装仍是司法活动的常态,超越法律进行创造性诠释则是例外。因而必须要认真对待一阶程序,即使在某些具体场合偏离自己最偏爱的政策立场,似乎会导致“坏”的或非常糟糕的结果。如同自然科学中的必然性或循环性证明,一阶程序借助于语义规则,会在形式推论上达致逻辑上的普遍有效性。

法官是通过自己的法教义训练和职业生涯而社会化的,因此他们成为好法官的个人满足感,来自于尽量好地遵循规则解释法律,而非严重的反叛压倒法律。不论当前联邦法官的行为中法律与政策考虑因素之间的实际平衡是怎样的,今天的法官作为一个群体都可能要比过去时代中的法官更为偏向于法律,更大权重考虑法律因素,理查德·波斯纳法官就曾说过,法官享受遵循判决案件这一“游戏”中的规则,比如要遵守法律的束缚。^{〔8〕}但这并不意味着仅仅局限于逻辑—语义规则来考虑法律因素。而二阶程序、外部证成与次阶证成则涉及如何选择、获得证立演绎的前提,会借助于论辩传递意义上的语用规则,在实质推论上达致正当可接受性,与前者相比这才是实质上的根本证立。后者通过图尔敏提出

〔8〕 参见[美]劳伦斯·鲍姆:《法官的裁判之道——以社会心理学视角探析》,李国庆译,12、131页,北京,北京大学出版社,2014。