

# 论法官的经验思维

房伟

(宁波市中级人民法院, 浙江 宁波 315040)

**摘要:** 作为法官裁决的思维方式, 逻辑思维偏于僵硬、呆板, 不能使司法活动适应复杂多变的社会现实和客观情况。因此, 在坚持以司法三段论为裁判的框架形式前提下, 法官在寻找大前提、确定小前提、大小前提之间的连接等各阶段, 都需要借助经验思维。逻辑思维和经验思维的共同作用, 始能达成司法正义。

**关键词:** 司法三段论; 法律; 事实; 涵摄; 经验思维

**中图分类号:** D90-05      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1001-5124(2012)02-0111-05

## 一、逻辑思维在裁判中的不足

人类在探究寻找这个世界绝对的真知时, 产生了两种截然相反的观点。一种观点被称为经验论, 认为人类知识起源于感觉, 并以感觉的领会为基础。另一种观点是唯理论, 主张唯有理性推理而非经验观察才提供了最确实的理论知识体系。认识论上的分野反映在法律体系上, 就是英美法系和大陆法系的区别。<sup>①</sup> 英美法系的人是经验主义者, 只承认被体验过的经验。理论上的先验论以及抽象的规范对他没有约束力。欧洲大陆国家的人则喜欢进行事先的规划, 从而在法律方面拟订抽象的规范或体系。他使先验的观念规划生活并对此进行广泛的演绎。

我国自清末变法以来, 渐次接受了大陆法系观念, 基本形成了具有中国特色的法律体系, 并在司法裁判领域确立了“以事实为根据, 以法律为准绳”的基本原则。<sup>②</sup> 理论界一般对此原则理解认为, 法官裁判案件“首先是查明事实, 解决事实问题, 之后是适用法律, 解决法律问题”。<sup>[1]</sup> 与此相对应的是, 司法实务上也通常把庭审过程分为法庭调查和法庭辩论两个阶段, 前者查明事实问题, 后者就法律问题进行辩论。把这个过程放到司法三段论的框架中, 寻找法律准绳就是大前提的确定, 寻找客观的事实根据就是小前提的确定, 把法律规则运用到具体事实根据里面去, 借

助大、小前提之间的涵摄关系推理出确定性的结论, 就是一个依法裁判的过程。

司法三段论是三段论逻辑推理形式在司法领域的适用, 它至少从形式上告诉人们, 法官的判决是符合大众的一般认识规律或法律的, 判决给出的结果不是法官个人的认知与选择, 而是法律、事实以及法律对事实的涵摄后得出的结论。

从这样一个结果看, 理性主义占据了现代司法裁判活动的统治地位。事实上也是如此, 大多数的案件通过司法三段论的运作可以得出一个可被接受的结果。然而, 司法三段论并不能解决社会生活中的所有争端, 它将法律处理成固定的规则, 将法官变成法律机器, 使司法活动不能适应复杂多变的社会现实和客观情况。在一些疑难案件的处理中, 简单套用司法三段论并不能使案件圆满的解决, 或是能被案件当事人和社会公众所接受。霍姆斯对此批评道: “法律的生命不是逻辑, 而是经验。一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的, 甚至法官与其同胞共同的偏见, 在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多。”<sup>[2]</sup> 我国学者苏力则指出: “这种……司法理论忽略了两点: 人和制度。法官首先不是自动售货机, 是而且必须是有利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性的

人,他们在司法中不可能仅消极适用法律,即使他们声称如此。其次,尽管法官独立,法官仍然受制于具体的司法制度;由于各国的制度约束不同,法官的司法行为也一定不同。”<sup>[1]</sup>因此,笔者认为,在以演绎逻辑为基础的司法三段论存在缺陷的情况下,法官需要结合其经验思维<sup>[2]</sup>才能真实全面的揭示司法裁判的过程,使其裁判结果更符合司法客观性的要求。

由于裁判者的经验思维在案件的事实认定、法律确定、事实和法律的连接等司法三段论各阶段均发挥作用,本文以下的论述将从这几个方面展开。

## 二、事实认定:经验思维的具形化

### (一) 案件事实的定性

法官审理案件,首先从了解案件的事实入手。而我们对案件事实作何种理解,又关系到我们对案件事实查明到何种程度。对于裁判所依赖的案件事实的性质,主要有两种观点:一认为裁判所依赖的事实是客观真实;一认为裁判所依赖的事实是法律上的真实。“客观真实说”认为法院必须尊重客观事实,将客观事实作为定案依据。它先预设了案件“客观事实”的存在,然后要求法院对案件事实的认定要达到“客观真实”的程度。“法律真实说”认为追求事实认定的“客观真实”虽然是最高理念,但却是不可能实现的空想,由于人的认识能力、诉讼时限、非法证据的排除等因素的限制,法院对案件事实的认定就不可能达到绝对真实的程度,而只能“最大限度地接近客观真实”;法院判决的根据,不是案件的“客观事实”,而只能是法官基于证据所形成的确信。

相比较而言,法律真实说不仅恰当地表述审判所认定事实的准确性程度,符合审判的性质,能合理地解决实体公正价值与程序公正价值之间的冲突,而且具有可操作性,更加符合认识发展的规律。

### (二) 运用经验思维认定案件事实

1. 感知认定的事实。案件事实的描述,通常以感知为基础。法官认定案件事实,首先通过他的感官或以知晓此事的人的感觉为基础进行感知。比如法官通过对案卷材料的视觉阅读,对当事人或证人关于案件事实陈述的听取,一些特

殊的案件甚至可以通过触觉、嗅觉等获取案件事实在头脑中的反应。法律上众多的事实,可以通过感知来确认,如某人的出生或死亡,某物的质量、体积,不动产的坐落,协议签署的日期等。这些事实可以被证实,也必须被证实。当然,这些通过感知或以感知为基础形成的对案件事实的描述,是所谓的“未经加工的事实”。并非所有的“未经加工的事实”都能够产生法律效果,法官需要对这些生活事实进行必要的加工和裁剪,才能达到司法上的目的。

2. 对人类行为的理解。法律是对人的行为的规范,因此,对人类行为的理解认知尤为重要。由于感知仅能认识到人类行为的外观部分,因此,我们必须藉由自己或从他人处获得的经验才能理解人类行为的内在。比如,我们看到一名百货大楼的售货员向一小孩递交一粒糖果,我们的经验告诉我们这是售货员在“交付”货物。我们之所以如此理解这种行为,是因为根据我们的经验,售货员通常的目的是为顾客交付货物。而然,有的时候,人类看似相同的行为会出于不同的目的,在此情形下,我们必须做进一步的考量。如在上例中,该小孩是由于在百货大楼和父母不小心分散,因此而啼哭不已。售货员为安抚孩子而无偿的给小孩一粒糖果,于此情形下,售货员的行为应被理解为“赠与”或是“无因管理”。

3. 其他须借社会经验而取得的判断。对于人类行为之外的其他特定法律事实的理解,通常也不能仅依靠感知,也需要借助社会经验。比如,我国合同法第一百一十三条规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。何谓“预见到或者应当预见到”的损失?比如,一家建筑公司向一家钢材贸易公司订购建筑用螺纹钢,钢材贸易公司因过错未能给付,由此导致的建筑公司损失。以及,一家精密仪器制造公司向同一家钢材贸易公司订购的特种钢材,钢材贸易公司因过错未能给付,由此所导致的精密仪器制造公司损失。假设两者与钢材贸易公司同时签订合同,合同项下钢材的金额也一样,此时两

者的损失是否相同？依据我们已经形成的一般经验法则，不难判断出，建筑用螺纹钢属于钢材市场上的“通用产品”，很容易找到替代品，因此建筑公司的损失相对较小。而制造精密仪器所需的特种钢材，在市场上量少价高，很难找到替代品，由此对仪器制造公司造成的损失显然较大。

当然，法官的这种通过社会经验得出的对案件事实的判断可靠度并不高，这也是由法官个体之间经验差异的特性决定的。如果出现一个例外推翻了原先的经验法则，我们就不能再依据该经验法则判断案件事实，必须依据法定的评价准则，重新评判原先的基础事实。

此外，还有部分事实，我们在把它描述出来的时候，不得不用上一些法律用语，在这样的情况下，事实已经或多或少地受到法律判断的影响了。如我国合同法第五十二条第二款规定，恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同无效。何谓“恶意串通”？这个事实问题一方面包括了对已发生事件的描述，即双方当事人存在共同的联系、谋划，另一方面也隐含了对已发生事件的法律评价，即当事人的谋划是“恶意”的。从该例也可得知，心理上的过程以及包含其内在层面的行为都可能构成事实。对于此种事实的认定，就需要结合法官对法律的理解以及其经验思维的共同作用。

### 三、法律确定：价值判断的作用

法律的确定，也就是寻找大前提的过程，涉及到对所有可以适用的法律规范的检索，同民法上的请求权基础检索方法有类似性。法律规范的检索，主要是法官采用全方位体系化的思考方法来寻找出最妥当的裁判依据。尽管我国的法律体系已经基本建立，然而，由于立法者的有限理性，成文法的缺陷在所难免，至少在以下三种情况下，法律的确定需要法官经验思维的帮助。

#### （一）法律规范竞合情况下大前提的确定

在我国目前以法院为主导的诉讼活动中，法官进行规范的检索，首先可以从原告的诉讼请求和被告的抗辩主张中作出。原告提出相应的诉讼请求时，都必须指出相应的法律依据来支持。对于原告提出的请求是不是能够找出裁判依据，就要进行检索。如果原告提出多个依据，这时法

官就要逐一进行检索。法官还应当从审查被告的抗辩理由着手，确定被告提出的主张在法律上是不是能够成立。但是，若法官在检索时如果仅限于对原被告的请求进行考察还是不够的。法官必须以其自己的体系化思考所涉及到的规则来确定与案件事实有密切联系的规则。如乘客在公交车上因司机急刹车而摔倒致伤的案件，乘客以侵权责任起诉公交公司，因为他知道一般侵权责任要比合同责任赔得多；而公交公司则会主张双方之间仅是乘运合同关系，这样他的赔偿额就会比较有限。而法官如果通过体系化的思考，还可能检索到，乘客和公交公司构成了消费服务合同关系，乘客具有一项消费者权益保护法上的权利。在存在三个竞合的法律规范的情况下，法官选择适用哪个法律规则就体现了法官的价值判断。法官在此如果选择适用侵权责任，是为了惩戒公交车司机的过错行为；如果选择合同责任，是着重在乘客和公交公司之间的合意性；如果选择消费者权益保护法，则是倾向于把乘客作为消费者进行特别的保护。

#### （二）法律规范缺失情况下大前提的确定

由于立法者的疏忽、未预见或者情况变更，常会致使某一法律对某一问题无规定，而法官又不能以法律没有规定而拒绝裁判。<sup>④</sup>此时就会出现所谓法律漏洞的填补问题。法律漏洞填补的方法包括类推适用、目的性限缩、目的性扩张等，尤其是类推适用，更是一种评价性的思考过程，而不是形式逻辑的推演。

类推适用是指就法律未规定之事项，比附援引与其性质相类似之规定。<sup>④</sup>类推适用基于人类一种基本的正义要求：法律应当以相同方法对付基本相似的情形。类推适用在方法上须注意，两个案件事实相类似，是指两者的若干要素一致，而非所有要素一致，不然就是相同而不是相似了。相关的案件事实要素既不能完全不同，也不能绝对不同，他们必须在与法评价有关的重要要素上相同。因此，我们必须先确定，在已确定的法律规则中展现的评价观点如何；然后再确定待判定的案件事实与法律上已有规定是否一致；最后考察两者之间的不同之处是否可以排斥确定的法定评价。而在法定构成要件中，哪些要素对于法定评价具有重要性则需要回归到该法律规

整的目的、基本思想等来考察。

### (三) 特殊情况下大前提的确定

在另外一些情况中,尽管存在着可以调整所受理案件的法律规范,但法院在行使其被授予的权力时,考虑到适用的结果将直接冲撞了广大民众在历史传统中形成的公平正义底线,而不再适用该法律规范,例如:“许霆案”。<sup>⑤</sup>司法过程中这样的情况并不少见,即法官尽管可以获得一个表现为规则的大前提,但他却认为该规则已经过时。如果发生这种情况,法官就可以摒弃该规则,而适用一种更适合于当前需要的规则去替代——假设他所处的法律制度允许这样的努力。

在所有上述的三种情形中,司法判决的决定者都面临着一个选择的问题。这既是一种确定某项类推优于另一项相对类推的决定,又是一种选用合适的规范去填补法律空白的选择,或者是运用自由裁量权选择一个更适时的规则去替代某一过时的规则。在上述情形中,法官不可能通过逻辑分析的论辩方式,也就是用演绎、归纳等方法去解决争议问题。法官在这些案件中所作的决定,更多的是出于整个社会历史传统、时代的一般精神,以及在文化中业已牢固确立的价值规范,贯穿于法律制度中的基本原则和占支配地位的公共政策方针。

### 四、涵摄:往返流转于法律和事实之间

在确定了大前提和小前提之后,法官接着要进行的的就是大前提和小前提的连接。在一些非常简单的案件中,规则非常明显,案件事实确定,可以直接进入第三个阶段将大小前提连接起来。但在很多案件中,连接是贯穿整个过程的,它的目的是将大前提与小前提结合,形成裁判结论。其实大前提的发现和前提的确定的过程本身,就是在诠释连接的过程,也就是在大前提和小前提确定的情况下,将规范要件和事实要件结合在一起,得到一个妥当的裁判结论。这一连接过程,通常又被称为涵摄(Subsumtion)。<sup>⑥</sup>

而在涵摄过程中,最重要的是分解法律规范的要件和法律效果。如我国物权法第一百零八条规定:善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。这一法律规范中,“善意受让人”、“动产”、“原有权利”、“应当知道”等法

律概念必须通过定义予以具体化,使其在内容上更接近于案例事实,以便进行涵摄。

分解了法律规范的要件后,接下来法官的工作是往返于规范要件和事实要件之间,来确定、寻找最恰当的连接。法官一方面要从法律规范去认定事实,一方面又必须从案件事实去探求法律规范、剖析要件,来回穿梭于二者之间,当达到完全确信,案件事实完全符合所有的法律规范要件时,涵摄的工作才告完成。可进而适用法律,以确定当事人之间权利义务关系。有人亦将这一过程称之为“目光之往返流转”。<sup>⑥</sup>

总之,涵摄过程更强调法官往返考量,只有这样才能判断,哪个规范要件更接近案件事实。往返的过程也是一个反复印证的过程,通过往返考察才能够加深对案件事实的了解和对规范要件的认识,才能够形成最密切的连接点。所以,涵摄是一个往返反复的过程,不断检验的过程,不断印证的过程,只有在这个过程中才能形成妥当的裁判结论。而反复、检验、验证又是典型的经验思维的实践体现。

### 五、结语

正义是司法追求的永恒价值。然而,正义如普洛透斯一般具有多面性。人们对正义的追求虽然在相当广泛的程度上可以进行理性讨论和思考,但在需要人们对终极价值之间进行选择或对其进行先后排序的情形,非理性的剩余影响在人们最终决定的过程中往往无法被完全排除掉。<sup>⑦</sup>对于执掌司法权的法官而言,他要透过法律与事实之间思索和抉择来实现正义,理性和非理性的思维便常常一起作用于他的判断过程。

虽然笔者在本文中强调了法官的经验思维的作用,但是应当注意到的是,在大多数事实简单的案件中,法官只需要简单运用司法三段论就可以得出判决结论,以人的经验观察、分析比较、价值判断等为表征的经验思维其实都是在司法三段论的运用过程中具体展开应用的,而不是脱离在三段论外的。从这个意义出发,我们认为以司法三段论为代表的逻辑思维是法官思维的基础、框架,而经验思维是法官思维的补充和延伸。

但若是就此陷入对成文法典完美性的盲目确信,并对司法三段论寄予了过高的期待,就会犯下把本应作为手段的司法三段论变成法律适

用的目的的错误的。作为一种法的适用的形式,司法三段论本身并没有错误,错误的是人们对它所寄予的不合理的期待。司法三段论只能从形式上保证法的适用过程的合理性与确定性,法的适用的实质合理性尚需要法官在三段论的框架之内,在良知与正义的指引之下结合法官的经验思维方法来实现。这也正是我们得出的结论,逻辑和经验在行使司法职能过程中与其说是敌人,毋宁说是盟友。

#### 注释:

- ① 关于英美法系和大陆法系的区别,可能还体现在一个法系在历史上的来源和发展、具有特征性的法律制度、法律渊源的种类和解释、思想意识因素等,笔者在此仅强调了法系之间占统治地位的法学思想方法的区别。
- ② 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第七条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第六条、《中华人民共和国行政诉讼法》第四条。
- ③ 由于“经验”一词拥有丰富的内涵,因此在本文以下,“经验思维”包括但不限于情感、人格、政治见解、法律直觉、背景、阅历、价值观等因素。
- ④ 《法国民法典》第4条规定:“法官不得以法律没有规定或法律不完备而拒绝审理”;《瑞士民法典》第1条第2款规定:“如果

不能从法律条文中引出规则,法官应按照如果自己是立法者可能颁布的规则来决定案件”。

- ⑤ 2006年4月21日,广州青年许霆与朋友郭安山利用ATM机故障漏洞取款,许取出17.5万元,郭取出1.8万元。事发后,郭主动自首被判处有期徒刑一年,而许霆潜逃一年落网。2007年12月一审,许霆被广州中院判处无期徒刑。2008年2月22日,案件发回广州中院重审改判5年有期徒刑。

#### 参考文献

- [1] 梁慧星. 裁判的方法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 9.
- [2] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯. 普通法[M]. 冉昊, 姚中秋, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 1.
- [3] 苏力. 经验地理解法官的思维和行为——代译序[M]//理查德·波斯纳. 法官如何思考. 北京: 北京大学出版社, 2009: III.
- [4] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 193.
- [5] 王泽鉴. 法律思维与民法实例[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 200.
- [6] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 88.
- [7] E·博登海默. 法理学法律哲学和法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 264.

## On the Judge's Empirical Thinking

FANG Wei

(Ningbo Intermediate People's Court, Ningbo 315040, China)

**Abstract:** Logic plays an important part in the judicial process of judges. Therefore, a judge should adhere to the premise of judicial syllogism as the framework and at the same time relies on empirical thinking in various stages of finding the major premise, identifying the minor premise and combining the two. In a word, only when logical thinking and empirical thinking work together can judicial justice finally be achieved.

**Keywords:** judicial syllogism; law; fact; subsumption; empirical thinking

(责任编辑 王抒)