

著作推荐

专著推荐

精品教材

热门文章

刘治斌：经验方法在司法中的地位、作用及其局限性

更新时间：2015/5/24 18:33:47

经验方法在司法中的地位、作用及其局限性

刘治斌

内容提要：在适用法律的推理活动中，经验方法与人们惯常所熟悉的形式逻辑的推理之间有着较大的区别，具有范围的广泛性与数量的无限性、结论的或然性和性质的一般性与客观性等特征。经验方法的运用贯穿于司法的全过程，在事实认知和适用法律中被广为运用，对于有效及时地解决纠纷大有裨益。但经验方法的易出错、易受裁判者擅断和主观情感影响等局限应予以克服。司法中，适用法律的方法具有多样性，具体方法的选择，应能够保障不同部门法规范特定目的及其调整方式在当下的实现。

关键词：经验方法、法律适用、地位及作用、局限性

法律的一般性与个别案件的具体情况之间的距离在本质上是不可消除的。因而，适用法律就不单纯地表现为职业的法律人运用专业知识和专业技术将当下案件事实置于所谓一般抽象的法律规范之下，依逻辑三段论推理推导出法律判断结果这样一个简单的过程。所谓法官是法律的嘴巴，法官是执行法律的工具，只能依法裁判而不能创造性地认识和适用法律的见解，从现实法运动和自由法学所揭示的司法过程的实际情况来看，显然只是一个假象，一个神话。这一假象自启蒙时代以来的数百年间，蒙蔽了无数人的眼睛。现实主义法学通过对适用法律过程的分析来认识“行动中的法律”、用经验推理说克服逻辑推理固守法条主义机械论缺陷的做法，使法官个人的主动性和灵活性在适用法律中的作用获得了认可，法律推理不能单纯地依靠逻辑的观点由此成为法学家们的共识。

在法律推理中，逻辑的力量来自法律规则的确定性和推理过程的正确性。然而，规则不确定性的一面以及推理结论的真理性与逻辑方法之间的或然联系，大大削弱了逻辑在法律推理中的基础地位。因此，人们不得不转而寻求法律推理另外的基础。在受成文法传统影响的法律制度内，适用法律的推理、特别是依现行法规对案件事实的认定活动中，强调逻辑思维之外的经验方法的作用，同样是符合人类认知外部世界的一般思维模式的。人类在认识自身以及任何外部事物之间的相互关系时，并不是单凭理性的或者逻辑的思维在进行认知与把握，经验在其中有着不可低估的作用。甚至可以说，“我们如果没有经验和观察的帮助，要想决定任何个别的事情或推出任何原因或结果，那是办不到的”[1]。

一、经验方法的界定

法律推理中的经验方法又称经验法则、经验规则或经验则，学者们认为它源自德国法的Erfahrungsstze一词，日本学界一般译作经验则，我国台湾地区和大陆学者一般多译为经验法则。[2]（第417页）英语中的common sense一词与其意义最为接近，它强调在人类认知过程中，基于常识所形成的判断力。最高人民法院于2001年12月颁行的《关于民事诉讼证据的若干规定》，和2002年7月颁行的《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，先后以日常生活经验、生活经验这些中国化的术语确定了经验方法在事实认定中的地位。

作为法律推理的经验方法，是一种具有公共属性的一般性知识。虽然由于社会的进步，知识的专业化程度越来越高，适用法律中在对证据进行评价时，越来越多地需要具有某种专业知识的人才提供某一专门领域的规律性知识。但是，专家证人在诉讼中的作证活动，并没有从根本上改变经验方法所依据之公共知识的一般属性。因为，专门知识是否具有公共性，以及出庭作证的专家证言及鉴定结论最终是否被裁判者所接受、在何种程度上被接受，仍然取决于裁判者根据自身已有的经验知识所做出的评价。[3]（第355—357页）不过，需要指出的是，裁判者据以判断的一般知识绝不完全是个人的。正如陈朴生教授所指出的：“经验法则……既非仅凭裁判官之知识及办案经验，亦非违背事理，或为不合理之判断，尤非单纯为裁判官之主观经验。”[4]（第564页）由于经验方法一般指人类以经验归纳所获得有关事物因果关系或性质状态之法则或知识，其范围既包括属于日常生活上一般人之常识，也包括属于科学、技术、艺术等专门学问方面之知识。[5]而裁判者本身的种族、生活经历、教育背景、所掌握的知识各有不同，如何保证裁判者在进行判断时遵循一般的知识而不是完全凭借其个人的主观判断，则成为经验方法运用必须要解决的核心难题。

在适用法律的推理活动中, 经验方法与人们惯常所熟悉的形式逻辑的推理之间有着较大的区别。基于对人类固有弱点的认识, 形式推理使人们更愿意相信制度的力量, 而不是相信人自身的觉悟。在实现特定目的的过程中, 人们更相信既定方式方法对于目的实现的保障作用, 因而产生了对实现目的有直接影响的形式手段的权威崇拜。形式逻辑的三段论推理的完美模式, 容易使人们相信判断结论是从其前提中逻辑推导而出的。因为据以推理的大前提是预先存在的制定法规范(在判例法制度内则是先例所创制的法则), 小前提是客观事实, 其推理结果不仅是惟一确定的, 而且还是预先存在于作为裁判大前提的法规之中的, 具有确定性与可预测性。与此不同是, 经验方法更注重人类认知活动的一般规律, 对既定法规确定性、客观事实真实再现的可能性合理怀疑的基础, 在法律判断中注重人、特别是法官的能动性的作用, 相信司法者的经验、理性和良知, 也相信经验方法所赖以进行判断的大前提——经验知识的非全称性也能为司法者的理性与良知所克服。

与形式逻辑三段论推理大前提的相对确定性和有限性不同, 适用法律中作为判断根据的经验法则具有以下特点: 首先, 作为能够根据已知事实推导未知事实的前提, 具有范围的广泛性与数量的无限性。“经验则是根据已知事实来推导未知事实时能够作为前提的任何一般的知识、经验、常识、法则。立足于具体的知识的既知去探求具体的未知时, 总可以从人类的知识总体中抽出有关的知识来帮助这种具体的探求。因为经验则来自人类知识的总体, 而在证据评价时对未知的具体探求又有无穷的变化, 必须根据具体情况来具体地决定采取什么经验则, 因而在判断事实时能够作为前提的经验则在数量上是无限的”[6] (第321—322页), 经验法则在数量上无限性的特点, 决定了立法时不可能一一列明, 只能交由适用法律者在司法过程中根据具体情况来决定具体采用什么经验法则。

其次, 经验法则具有一般性与客观性。作为评价根据的经验规则不能是裁判者个人的个别经验, 而应当具有为多数人所接受或认可的一般性。这种一般性的知识, 是生活中多数人以特定的社会生活经验为基础并经多次验证之后逐渐形成的一种确定性知识, 是客观存在的反映或表现。当然, 经验法则的一般性与客观性是相对的, 为了及时终结纠纷, 裁判不能等待终极真理的出现, 而只能根据当时为社会普遍接受的认识作出判断。虽然这种当下被普遍接受的规律性认识未必与结论之间存在事实上的因果关系, 但是, 由于二者之间的必然性得到了社会的普遍认可, 其大前提与结论之间就可以被认为是一种实实在在的客观、必然联系。

再次, 经验法则的结论具有或然性。经验法则是对过去的经验进行不完全归纳的产物, 与演绎推理相比, 正确地进行归纳推论的前提是必须将所有相关经验知识作为前提, 而这一点是无法做到的。经验知识尽管在一定程度上完全满足了我们对现实生活的需要, 但它却是并非必然正确的知识。“在实际生活中, 我们对许多规则性命题毫不怀疑, 无时无刻不靠他们来指导我们的行动。没有这些规律性知识, 我们一天也活不下去。但是, 在另一方面, 我们确实不能证明这些规律命题绝对无误, 而且事实上曾有过不少规律命题被证明是错误的……我们只能说, 一切尚未遇到反例的全称命题都可以暂且视之为真, 并据以指导我们的行动。”[7] 经验法则反映的总是一种或然性命题。

正如波斯纳所指出的, 尽管逻辑在法律中的建设作用很重要, 但其作用却很有限。原因之一是法官在面临多个法律规范时所进行的选择不是运用逻辑, 而是运用价值判断在进行选择; 其二是, 即使存在惟一可适用的规则, 在适用法律的过程中也常常需要对该规则做出解释。而解释的正确性不是一个逻辑的问题, 而是一个理解人、实践和物理环境的问题。其三, 在疑难案件中由于往往无法将决定基于逻辑和科学, 法官被迫退而依赖于称为“实践理性”的非正式推理方法的百宝箱。因为面对疑难案件, 法官的最高而且可行的追求就是做出一个“合乎情理”的判断, “合乎情理”的判断不是一个正确性可以获得证明的经验判断。[8] (第572—578页)

二、推理中常用的经验方法

经验方法的特点决定了经验方法具体范围的广泛性与数量的无限性, 因而试图对于经验方法进行类型化的努力一般而言也就是徒劳的。(注: 德国学者普维庭教授根据经验法则的程度的不同, 将经验法则分为四类: 生活规律、经验基本原则、简单的经验原则、纯粹的偏见。而且认为, 只有除纯粹偏见之外的其他三项经验法则才有资格作为推理的大前提。参见樊崇义主编: 《诉讼原理》, 法律出版社2003年版, 第356—357页。) 本文对于法律判断中常用的经验方法的概括, 也仅仅是为便于通过这几种典型方法的认知, 加深对于经验方法本身的理解。

(1) 常识推理。常识推理是以人类的共同经验、信以为真的普遍信念为大前提, 对一定案件事实进行推理, 得出常识意义上不可置疑的结论的过程。作为推理大前提的人类常识范围很广, 从具有必然性的数学、接近于全称判断之高度盖然性的自然科学法则, 到具有较高盖然性的医学知识, 到往往只具有较低盖然性的日常生活中积累的生活常识都包括在其中。“为法律事实之判断者, 有时候基于自己之社会经验, 有时候基于学习或探知他人之经验, 而认识这些标准。这些标准帮助判断者为正确之判断, 并在某种程度上确保法律适用之平等、继续性及演进性。”[9] (第216页) 常识推理自古就为人类所运用, 一个源自圣经的故事说, 两个妇女争一个小孩, 都自称是孩子的母亲, 在无法证明她们之中到底哪一个确实是孩子母亲的情况下, 所罗门王假意判决将孩子劈成两半, 两个自称母亲的女人各分一半。在假母亲歌颂所罗门王伟大、英明的同时, 真实的母亲急忙放弃索要孩子的请求, 以成全婴儿的性命, 真假母亲遂不辨自明。舐犊乃人之常情, 有哪一

位正常的母亲愿意在自己的亲生骨肉性命攸关的情况下, 还会坚持自己的主张以证明自己的正确? 这正是一个再普通不过的生活常识。所罗门王也正是根据这一生活常识, 判定真假母亲的身分的。

自法学产生以来, 特别是近代以司法为中心的法学发展起来之后, 法学主要是一种实践理性已经形成一种共识, 它无法仅凭通过讲授的方式传达, 而必须依靠大量的实践才能掌握。苏力教授因此呼吁, 在当代中国要重视对法官在司法实践中逐步累积起来的对司法有参考指导意义的某些经验和技术的研究, 司法实践中法官们并非自觉地创造和适用的一些知识与技术既有助于实际问题的解决, 也暗合了人类经验知识形成及运用的一般规律。[10] 譬如, 在栗振明诉郭小利债务纠纷一案中, 二审法院认为, 被告郭小利于1995年春天通过栗芳借原告栗振明款2000元, 约定利息2分的事实清楚, 原告主张被告已清偿部分欠款, 尚欠1360元本金及利息。原、被告对2001年11月5日前借、还款事实无争议。被告在2001年11月5日前尚欠原告1360元本金及利息的事实可以认定。2001年11月5日晚, 被告为清账专门到原告家, 并根据原告要求叫上了证人栗芳, 显然是要通过栗芳这个中间人谈清账的事情, 但栗芳与被告到原告家后, 栗芳在屋内墙边看字画, 被告与原告在桌边站着, 尚未说任何清账内容, 被告就先离开了原告家, 随即原告即对栗芳说被告将欠条抢走了。按照证人栗芳的陈述, 既未看见被告还钱, 也未看见被告抢欠条。但是, 栗芳是被专门请去一起谈原告、被告清账一事的, 三人尚未开始谈还钱一事, 被告就先行离开, 其舅栗芳也不知其何时离开, 被告的行为显然与情理不合, 且被告称已将账还清, 也无证据支持。遂判决被告偿还原告人民币1360元及利息。(注: 该案原告(栗振明)诉称, 1994年底, 我借给本村村民栗芳现金2000元, 双方约定月息2分, 1995年春, 栗芳到我家还钱时, 我不在, 栗芳又借给了被告郭小利。1998年12月20日, 栗芳还了1000元利息, 并抽回借据, 下余部分, 由被告郭小利给我出具了借款手续。2001年11月5日, 被告以清账为由, 骗我拿出手续, 趁我不备将手续抢走, 请求人民法院依法判令被告偿还欠款1360元及利息。案例来源: 中国法院网www.Chinacourt.org/public/search_res_l.php)

处理本案的法官在待证事实“真伪不明”、缺乏直接有效证据证明的情况下, 根据一般生活常识认为, 2001年11月5日, 被告是去原告家还钱的, 当时欠条尚在原告手中, 叫上中间人栗芳就是为了在结束该债务关系时好有个第三者的证明, 这一事实是三方共同认可的。那么, 按照常理和日常生活经验, 中间人到场就是要见证双方一手交钱, 一手交还欠条这样一个法律上的债务清偿过程的。本案原、被告与见证人共同陈述的事实是, 栗芳到原告家正在看墙上的字画, 原告与被告在桌边看欠条。不一会儿, 被告不见了。事后, 被告称所欠债务已予以清偿, 欠条已被销毁, 原告则称欠条被被告所抢销毁。栗芳的证言则称既未见原告欠条被抢, 也未见被告还钱。三人对同一事实口径不一, 法官根据经验, 判断见证人陈述其未见还钱是真的。因为, 见证人是被告的舅舅, 如果被告还钱并拿回欠条, 他不会不作证明; 从而确定其此项证言内容的可采性。这一证言被采信后, 又从反面证明被告还钱的说法不能成立, 既然请其舅舅前去证明其还钱一事, 又在舅舅不注意时还钱离开, 似乎与常理不符。由此足以证实原告主张的被告所欠1360元本息未还清的陈述是真, 应予认定, 并而由此免除了原告对1360元欠款举证及欠条被抢的举证责任。

(2) 直觉推理是一种实践理性方法, 具有只可意会, 不可言传的特征。直觉推理的逻辑形式是: 如果直觉是P, 那么, P可能是真的。研究表明, 法官、特别是基层法官的判断从来都不是首先在制定法的指导下完成的, 而是依据法官从社会生活或职业训练中获得的直觉做出的一个基本的案件归类 and 判断, 然后才去发现他认为是比较适当的法律, 进而对自己的直觉进行考察和修正。[11] 人们常常认为, 法官依此思维方式所作的决定, 是受诸如直觉预感、非理性的偏见、以及为事后文饰所掩盖的多少有些武断的命令等情感意志的制约的, 其结论完全是或然性的。对此, 博登海默并不赞同, 他引用丹尼斯·劳埃德(Dennis Lloyd)的话说, 虽然法官所作的选择, “并不符合从特定前提中用归纳方法推知结论的逻辑, 但它却有一种自身的逻辑。这种逻辑是建立在理性考虑基础之上的”, [12] (第500页) 这种逻辑的特征在于它是实质性的, 而不是形式上的。法官在做如此思考判断的过程中, 对所有支持和反对这种审慎的解决方法的论点都进行了仔细而认真的思考, 他做如此直觉判断的标准, “并不是那种毫无控制的意志或主观偏爱的产物, 而是以整个法律秩序与社会秩序为基础的, 也是以那些渊源于传统、社会习俗和时代的一般精神为基础的”。[12] (第500—501页)

在法律判断中, 直觉推理是一种先有结论, 然后寻找论证理由的思维方式。这个过程——从结论到论证理由的思考并不是单向的, 而是一个不断循环校正的过程。虽然这种先得出结论、尔后寻找理由的思考得出的结论的正当性是一个问题, 但这种思考却是法官在许多情况下进行法律思维的真实过程。“法官作出决定, 的确是通过感觉而不是通过判断, 通过预感而不是通过三段论推理, 这种三段论推理只出现在法庭意见中。作出决定的关键冲动是在特定案件中对于正确或错误的直觉; 精明的法官, 在已经作出决定的前提下, 劳其筋骨, 苦其心智, 不仅要向自己说明直觉是合理的, 而且还要使直觉经受住批评指责。因而, 他使所有有用的规则、原则、法律范畴和概念受到检阅, 从中直接地或通过类比的方式进行遴选, 用以在法庭意见中说明他所期望的结果是正当合理的。”(注: 参见[美]博西格诺等:《法律之门》, 邓子滨译, 华夏出版社2002年版, 第29页。)激发法官这种预感的除了通过法学院的教育所获得的关于法律规则和原则的各种知识之外, 他自身所受教育、种族、阶层、经济、政治和社会等因素的影响而获得的日常生活经验, 对于这种预感的激发亦非常重要。

这种法律判断在前、适用法律和推理在后在做法虽然不符合法律教义学的训导, 但却是符合司法过程的实际状况的, 也是符合人类认识发展的一般规律的。对于法官而言, 真正值得他关注的是当下案件, 而不是

当事人先前某种行为的法律性质或某个意思表示的涵义。正是由于眼前的诉讼和自身职责的要求,才使法官不得不关注当事人先前某个有目的行为的法律性质或某个意思表示的涵义。因此,初审法官实际是而且也必须从眼前的纠纷开始,根据直觉或第一感觉去关心什么样的判决更为合理,更可能为双方当事人所接受,更可能为一般的社会公众所认可。

现代司法中,大陆法系与英美法系国家虽然法源理论与司法制度各有不同,但是,在证据法关于证据证明力的判断与案件事实的认定上,都将证据裁判原则与自由心证原则作为两大基本原则,而法官所遵循的经验法则则是自由心证制度的基石之一。近年来,我国最高法院在相关司法解释和证据规则中也逐步明确肯定了经验法则在方法上的正当性。1992年最高法院“关于适用《民事诉讼法》若干问题的意见”第75条第(2)项认为,“众所周知的事实和自然规律及定理”无需当事人举证即可作为案件推理的大前提;2001年《关于民事诉讼证据的若干规定》第9条第(一)项“众所周知的事实”,第(二)项“自然规律及定理”,第(三)项“根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实”再次重申了这一意思。《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条还在《民事诉讼法》第64条的基础上,进一步明确了法官依法独立审查判断证据并进行法律判断的原则,即:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”我国民事诉讼法和最高法院民事诉讼、行政诉讼证据规则的若干规定明显受到大陆法系自由心证证据制度的影响。法律对证据能力、证据证明力预先都不作规定,证据的取舍、证据证明力的大小都由法官凭借自己的良心和理性自由判断。这一立法指向,将法官从传统法定证据制度的约束下解放了出来,将运用经验法则认定事实的权力完全委之于法官,同时又借助程序规则制约法官权力滥用,目的是最大限度的发挥法官在认定案件事实和适用法律中的能动作用。

需要注意的是,经验推理方法与推定虽然有一些相似的特征,但它们的区别还是实质性的:[13](第309页) 第一,经验推理只是以经验法则作为法律推理的大前提,其推理的合乎逻辑的论证过程并不能省略;而推定则是直接从常识中得出结论,是一种直接的司法认知,没有论证。例如,最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条第一款称“诉讼过程中,一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的”,可以推定该事实成立;《合同法》第78条:“当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更”。第二,常识推理作为法律推理的一种方法,由于其具有多样性、不可预测性等特点,因而推理方法难以类型化;而推定则由于法律的明确规定具有了事先的可预测性,可以以类型化的方式予以整理。第三,两种方法适用的强制性程度不同。经验方法是否适用、如何适用完全依赖于裁判者个人,因而具有较强的主观性;推定作为一种认知方法,由于法律明确规定了其可以适用的情形,在司法认知中裁判者有义务遵循法律的规定,因而其进行认知评价的主观性受到了较大限制。

三、经验方法的地位和作用

在司法过程中,经验方法一般被认为主要存在于法官进行事实认定阶段。(注:国内学术界对于经验法则的研究主要集中于诉讼法学关于证据制度的研究方面,而且研究者对经验法则的理论探讨也多侧重于其在事实认定中的作用及其局限,对于经验法则作为推理方法之一在整个适用法律活动中的地位及作用还鲜有从方法论角度进行一般性思考的。大陆学界专门研究经验法则的文章极少,据笔者通过网络检索,仅有3篇(而且都是诉讼法学者的作品),即毕玉谦:《试论民事诉讼中的经验法则》,载《中国法学》2000年第6期;刘云:《经验理性与接近正义》,载曹建明主编:《诉讼证据制度研究》,人民法院出版社2001版,第627—639页;刘春梅:《浅论经验法则在事实认定中的作用及局限性之克服》,载《现代法学》2003年第3期。)而事实上,在发现法律的过程中经验方法也同样被广泛使用。有学者曾指出:在适用法律上,经验法则不仅具有选择功能,还具有借助其合理的选择功能,并基于其合理的判断功能,而产生识别、发现具体法律规范的功能。[14] 司法过程中,案件事实的认定,是适用法律的前提和基础。在确定案件事实的认知活动中,经验方法的基本功能有四:一是决定证据的关联性;二是决定证据的可采性;三是发挥证据间的推理作用;四是体现对证据力价值的评价作用。需要指出的是,大陆法对于证据的可采性一般很少加以限制,主要交由法官依靠良心和经验加以合理的裁量;英美法则通过设置一系列排除规则借以限制证据的可采性,以确保证据力的合理性和可靠性。但是,二者在确定证据力的价值,即对证据证明力评价问题的立场基本上是一致的:面对众多的证据,究竟有关证据是否具有证明力以及证明力的大小,全部都交由法官凭借自己的良心和理性自由判断。

表面看来,经验方法在发现法律规范过程中发挥作用的余地并不大。因为,在成文法制度下,法官发现法律规范的首要领域是国家制定的成文规范体系;在判例法制度下,法官也总是首先从已有的先例中努力去发现可适用于当下案件的法则。无论是成文的法律规范还是存在于先例中的法则,其对裁判者的约束是强制性的,在这种情况下,司法者被首先要求遵循成文法规范或者是受先例约束。但是,当依据既有的成文法规范或先例所做出的判断明显与当下社会的一般期待和评价相背离,或者没有相应的成文法规范或先例可以作为裁判大前提时,法律适用者就必须依一定的方法进行漏洞填补或自由造法。司法者在适用法律中面临如此艰难的情形时,他必将“依赖专门的法律渊源、法律制度的一般精神、社会与经济制度中的某些基本前提或显而易见的趋势、公认的正义理想以及他置身于其间的社会的某些道德观念”,[12](第558页)履行解决纠纷的职责。

作为对法律判断者自由心证的一种内在制约, 经验方法不仅仅局限于事实认知阶段, 经验方法的运用贯穿于司法的全过程, 既包括裁判者“确认事实及做出决定中的自由裁量”, 也包括“适用法律中的自由裁量”。[15] 法律从来就不是写在“本本”中的所谓规则, 法律是立法者从纷繁复杂的社会生活中就各种具体社会关系加以抽象、概括、分类和定性后的产物, 适用法律的过程不过是采取回溯的形式, 使法律规范的内容逐一还原为社会生活的有关内容, 并进而而在法律裁判者内心产生关于“法律”的确信的过程。某项可作为裁判依据的大前提, 总是经验的、或然性的, “当然性的程度足以使人们合理地确信, 一项判决应当且必须包含某个既定的结论时, 我们就把这个结论称为法律”[16] (第19页)。虽然法律改革的重大任务应当留待那些享有立法权的人或机构去完成, 但是我们如果不同时给予司法者引导社会道德观、创造法律的权力, 那就是对于司法过程的性质的无知。“某个法官作出的大胆破例行为, 在历史的某个时期或紧要时刻, 也可能对社会带来裨益。”[12] (第559页)

经验方法作为司法知识之一, 其本身具有较强的“地方性”, 在司法实践中更能够帮助裁判者及时地、现实地解决当下纠纷。适用法律的首要任务是能够有效并迅速地处理纠纷、化解矛盾, 维护法的价值。司法解决纠纷与维护法的价值这两种功能并不是截然对立的, 就如当前我国司法政策所强调的, 法律判断, 既要考虑法律效果, 也要考虑社会效果, 要做到法律效果与社会效果的统一。那么, 如何实现法律效果与社会效果的统一呢? 实现法律判断的法律效果与社会效果的统一, 必须要正确认识事实与法律之间的关系问题以及由此所引起的其他问题。也就是说, 法律判断者在适用法律时, 认定事实, 要将其置于特定时空范围, 对事实本身的认知离不开该事实发生当时所处的政治、经济及社会条件; 发现和适用法律, 亦不能简单地照搬条文, 同样应当将所要适用的“法律”置于特定的时空位置和文化传统中予以理解。“任何一种企望可行的法律制度, 都必须力图把具有地方性想象意义的条件的存在结构与具有地方性认识意义的因果经验过程勾连起来, 才可能显示出似乎是对同一事物所作出的深浅程度不同的描述。”[18] 法律规定的生活事实, 始终存在着不能预见和充分估计现实生活事实未来发展的可能, 不将案件事实及所要适用的法律置于需要做出法律判断的当下社会实际之中考虑, 就难免做出显然违背常识或事理的判决。

在对基层法官司法知识的研究中, 苏力曾指出, 当代中国特定的制度空间(初审法院)和时空位置(基层社会), 为基层法官运用经验方法服务社会、履行法律裁判之职能提供了一个特殊的、展示中国当下司法实际过程的最具挑战性的工作领域。其最明显的优势在于, 它能够保证案件裁判结果的大体公正。在基层法官的眼中, 所谓公平主要不是制定法规定中的公平, 而更多是社区舆论的评价。基层法官的司法判断往往基于常识, 基于经验, 基于他/她所在社区的标准, 基于多年司法经验的熏陶, 基于这些因素的混合。[10] 提交基层法官解决的纠纷, 看似简单, 但是, 由于它们大多发生在熟人甚至亲人之间, 纠纷往往是一系列的小事件累积起来的, 争议本身往往只是冰山之一角。如果法官在裁判中看不到这个背景, 找不到解决纠纷的关键所在, 采取头痛医头, 脚痛医脚的法律形式主义方法, 是不可能一劳永逸地(法官、当事人总是希望有这样的结果)解决好诸如苏力教授经常提及的儿子打母亲之类问题的。(注: 苏力教授在基层法庭调查中搜集到的这个案例非常有典型意义, 他在自己的多篇文章中都有引用。该案的大致事实是, 在某基层法庭, 一位20多年前丈夫离家出走的50多数的农村妇女因不堪忍受不肖儿子的打骂, 起诉要求“断绝母子关系”, 后在法庭几位“干警”的建议下, 改变案由, 起诉要求与20多年音信全无的丈夫离婚。详细案情与分析请参阅苏力:《送法下乡》, 中国政法大学出版社2000年版, 第178—196页。)另外, 在中国基层, 司法判断不仅要考虑制定法规则的约束以及据此实现法律公正的问题, 实际操作中还必须考虑案件判决以后的执行问题。在基层法官看来, 一个好的司法判决不仅要看上去公道, 而且还要有在现实中执行的可能性。如果一项判决虽然依法衡量是一个公正的裁判, 但是其执行成本却很高或者根本就不可能被执行, 则法官可直接做出相反的判决, 以避免当事人胜诉以后因无法兑现判决所确认的利益而产生新的纠纷。这些方法固然都是经验的, 但是, 我们不能仅仅将这些经验的方法只当作一个缺乏现代法律意识的民粹主义的标志, 而应当努力理解什么样的制约才使他们得出了这样的经验。(注: 见苏力:《基层法官司法知识的开示(续)》, 载《现代法学》2000年第4期。笔者的一些法官朋友也曾在私下告知, 他们/她们都曾以不同的方式这样处理过一些具体案件, 这种做法, 甚至已经成为处理可能遭遇执行难的一些案件的一种比较成功的经验。)

四、经验方法的局限性

经验方法在法律推理中的运用既是一种事实状态, 也是人类认知规律本身之使然。肯定其在事实认定与法律发现和判断中的地位与作用, 对于我们客观地认识法律判断的过程与结果、了解司法过程的性质及影响法律适用的各种因素具有积极作用。但是, 我们也要看到其局限性, 防止夸大其作用, 避免各种可能的危害结果。

由于经验方法是一种或然性推理, 其推论结果受经验法则反映事物之间联系的或然性程度高低差别的影响, 推理结果的可信度可高可低, 其结论容易出现错误。就连经验主义者也认为, 虽然人类是通过对以往经验的归纳而获得知识的, 经验是人类知识的源泉, 但是, 由于以往的经验只能是无限发展的人类经验的一部分, 所以, 这种归纳只能是不完全归纳, 我们所获得的知识在当下只能是一种或然性知识。因为运用经验方法的评价完全没有逻辑上的保证, 适用于有限的规则不一定能够适用于无限, 将来的可能与过去和现在的可能未必完全相同。人类知识来自经验归纳的基本特点, 决定了所谓的“全称命题”实质上只是一种具有较高“经验含量”且尚未出现反例从而被人们认为是全称命题的知识。[18] (第414页)

作为推理中的一种主观判断活动, 经验方法不可避免地受适用法律者的性格、情绪、情理因素、道德情操、生活经历、专业知识和职业伦理等因素的影响。由于学识、经验不同, 不同的裁判者运用经验方法判断证据事实得出的结果就可能不同, 裁判的统一性就可能受到影响。法官不仅仅是法律的嘴巴, 是执行法律的工具。法律裁判者们并不是像他们自己所标榜的那样总是在“依法办事”, 他们有条件、有能力、有可能在法官和法律的名义下输出自己的思想、情感、情绪、偏好甚至偏见和私欲, 适用法律中法官的权力有无限膨胀的可能性。(注: 1997年2月和1998年1月, 天津市河北区人民法院对著名的“知假打假”人王海就天津伊势丹商场销售无进网许可证的无绳电话机这个同类诉讼标的提起的两起同类诉讼, 在不到一年时间里, 依据相同法律, 分别做出了支持和驳回两个截然相反的判决。其上一级法院——天津市中级人民法院也分别对该两案的上诉采取了与基层法院的相同的立场。在回答记者不解的提问时, 河北区法院负责人说, 中国不是判例法国家, 法官拥有根据法律处理案件的独立权力。中国法官独立权力之大, 也着实令人吃惊。参见葛洪义: 《法官的权力》, 载《中国法学》2003年第4期。)这种失去约束的法官的权力, 也可能被错误理解为法官地位独立表现。但是, 它损害的却是人们对法律的确信和国家法治的统一。

承认经验方法在法律适用中的正当地位及作用, 并将具体案件中所运用的具体经验方法的选择及决定权完全交由法官, 决不意味着鼓励法官可以不受任何限制地在判决中肆意枉为。法律自身的局限性与现实生活复杂多样性之间的矛盾是普遍存在的, 允许司法者在适用法律的过程中发挥一定的能动性, 受限制地创造性地认识和适用法律是法律社会作用实现的现实需要。但是, 如果由此忽视了对在这一过程中可能存在的司法权僭越立法权或法官肆意枉为的有效防范, 司法能动性就有可能演变为司法专制的机会主义。特别是在社会变革的时期, 由于新旧制度的交替还没有完全实现, 旧的调整机制已经被破坏, 新的调整机制还没有树立起必要的权威, 各种利益对立和矛盾又十分突出, 人们因此普遍对于司法在调整社会关系和各种利益冲突中的作用有很高的期待, 而且这种期待在法治理想主义的鼓舞下还会被不断地放大。(注: 国最高法院近年来出台的大量司法解释, 在立法不完善, 制定法条文过于抽象与原则的情况下, 对于各级法院规范地适用法律, 尽可能同案同处、维护法治统一功不可没。但学者们同时对最高法院往往以司法解释形式僭越立法权之嫌。现实中, 不受限制的司法能动主义对于部分法官的鼓惑也是不可不引起重视的。(参阅陈朝阳: 《法律方法之基础: 司法能动性》, 载《华东政法学院学报》2004年第5期。该文作者就是一名法官, 他认为司法能动性就是一种司法哲学观, 是法官(院)在司法过程中采取的一种灵活方法, 秉承一定的法律价值, 遵循一定的法律原则, 创造性地适用法律, 理性地作出判断, 从而不断地推动社会政治、经济、法律、文化等的变革与发展。)司法机关和司法者本身可能会被这种放大的民众期待所鼓励, 热衷于在司法过程中的变革与创新, 扮演救世乃至创世的英雄角色, 而完全背离司法中立的立场。

五、结论

在司法中, 适用法律的方法固然重要, 但是更重要是适用法律的过程。在这一过程中, 无论作为裁判大前提的是制定法的法律规范, 还是判例法制度中一项对同类案件具有约束力的法则, 对于将要依据其作为裁判根据的法官而言, 在大多数情形下都是含混不清的。制定法随着法律系统的运作, 哪些领域可能需要扩大, 哪些需要缩限, 都会在这一过程中得到预示。正如卡多佐所指出的: “如果没有对过程——一方试图控制而另一方要追随的过程——的理解, 那么律师无法展示他全部的说服力, 法官也无法实现他全部的决断力。”[16] (第16页) 在对事实上支配着案件裁决的力量和方法分析和基础上, 卡多佐认为, 法律的整个部门并不是一直在不懈地追求某种方法而排斥其他方法, 司法中存在着不止一种适用法律的方法。“值得关注的是过程, 一味强调逻辑与实际所采用的法律方法间的差异对这两者都会产生损害。”[19] (第192页)

裁判中, 法律适用方法具有多样性, “可以使用的法律适用方法和法律适用工具并非在任何法律领域中都一样”。[20] (第300页) 由于不同的法律部门(像刑法、民法)具有不同的目的, 法律适用就会有一些不同的方法要求。在刑事法律领域, 鉴于刑事法律责任的严厉程度和人权保障的基本需要, 要求法律适用必须严格遵循罪刑法定的原则, 反对以类推推理的方法(我国学界习惯称类推适用)来扩大法律规范的适用范围。但是, 在民事法律领域, 为了做到同事同处, 不仅类推推理方法被广泛使用, 没有成文规范的经验方法也被明确授予法官, 任凭其仅依自己的司法良知与理性在裁判中对有关事实及法律进行评价并选择。法律调整的社会生活领域是截然不同的, 不同的部门法规范在立法时已经充分考虑了具体生活领域与利益关系的差异性与特殊性, 强调“一种完全适合于整个法律秩序的法律适用方法可能损害立法者对具体生活领域和法律在规范形成方式上的差异性”, [20] (第301页) 进而危及法律适用的方法所追求的首要目的: 保障不同部门法规范特定目的及其调整方式在当下的实现。

【参考文献】

[1][英]休谟. 人类理智研究[A]. 北京大学哲学系外国哲学史教研室编译. 西方哲学原著选读(上卷)[C]. 北京: 商务印书馆, 1981. 522.

- [2]李国光. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定的理解与适用》[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [3]樊崇义. 诉讼原理[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [4]陈朴生. 刑事证据法[M]. 台北: 三民书局, 1979.
- [5]刘春梅. 浅论经验法则在事实认定中的作用及局限性 [J]. 现代法学, 2003, (3): 138—143.
- [6]王亚新. 社会变革中的民事诉讼[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [7]杜汝辑. 归纳推理的疑难[A]. 北京市逻辑学会编. 归纳逻辑[C]. 北京: 中国人民大学出版社, 1986. 6.
- [8][美]波斯纳. 法理学问题[M]. 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社. 1994.
- [9]黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [10]苏力. 基层法官司法知识的开示[J]. 现代法学, 2000, (3): 9—13.
- [11]苏力. 基层法官司法知识的开示(续) [J]. 现代法学, 2000, (4): 12—17.
- [12][美]博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [13]周叔厚. 证据法论[M]. 台北: 三民书局, 1995.
- [14]毕玉谦. 论民事诉讼中的经验法则[J]. 中国法学, 2000, (6): 111—118.
- [15]武文和. 法官的自由裁量权[J]. 人民司法, 2001, (5): 21—22.
- [16][美]卡多佐. 法律的生长[M]. 刘培峰, 刘骁军译. 贵阳: 贵州人民出版社, 2003.
- [17][美]吉尔兹. 地方性知识: 事实与法律的比较透视[A]. 梁治平. 法律的文化解释[C]. 三联书店, 1998. 83.
- [18][英]卡尔·波普尔. 通过知识获得解放[M]. 范景中, 李正本译. 北京: 中国美术学院出版社, 1996.
- [19][美]艾德华·H·列维. 法律推理导论[M]. 庄重译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [20][德]魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越译. 北京: 法律出版社, 2003.

关闭