

# 司法过程的直觉及其偏差控制

李 安

---

摘 要：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。但直觉可能产生偏差，导致结论偏离实际，所以要通过诉讼程序、司法管理等制度设计对直觉进行深度监控。理想的司法认知至少需直觉、检测与证立三道工序，对应发现结论、防范直觉偏差、修正不合理理由三个认知功能，完成为案件提供答案、保证客观性、展现正当性三重司法任务。

关键词：直觉 法律推理 司法过程 司法裁判 司法偏见

作者李安，法学博士，杭州师范大学法学院教授（杭州 310036）。

---

司法判决是如何作出的？这是千百年来人们普遍关注的问题。可有趣的是，不论主张逻辑决定的法律形式主义，还是主张直觉决定的法律现实主义，抑或是提供了一种批判性视点的哈特，都没有在本源上回答逻辑运行机制及直觉机制的问题，<sup>①</sup>甚至在直觉究竟为何物都没有界定清楚的情形下，就互相交锋起来。如果是依照逻辑，那么逻辑推理的大小前提如何获得？如果是依靠直觉，那么司法的客观性、正当性应如何保证？这一法理学问题本应通过深入了解逻辑运行机制、直觉机制及其相互关系予以消解。虽然争议延续至今，但终究没有一个专门研究司法直觉的议题被人重视。

法律现实主义虽然建构了司法直觉理论并对法律形式主义进行批判，促使人们认识到传统法律推理的局限，但因主张司法完全取决于直觉而走向另一极端，对直觉的结构、功能、影响因素等也没有作出合理解释，<sup>②</sup>所以没多久就走向衰落。自

---

① 陈景辉：《“开放结构”的诸层次：反省哈特的法律推理理论》，《中外法学》2011年第4期。

② Neil Duxbury, “Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism,” *Journal of Law and Society*, vol.18, no.2 (Summer 1991), pp.184-186.

心理学家卡尼曼 (D. Kahneman) 的直觉决策理论在经济学领域得以应用, 并获得 2002 年诺贝尔经济学奖后, 直觉问题引起了西方心理学家极大的兴趣。在基础研究方面, 关于直觉的认知科学、认知神经学等研究成果频见于心理学权威杂志; 在应用研究方面, 关于直觉在经济消费、道德判断等领域都有很好的成果。<sup>①</sup> 司法领域已有研究主要有两类, 一是如 Chris Guthrie 等人讨论司法直觉的非理性问题;<sup>②</sup> 二是如 Rodney A. Smolla 等人验证司法过程直觉的存在问题。<sup>③</sup> 从总体上看, 司法领域的直觉研究数量偏少、议题陈旧, 缺乏与法学理论的沟通。在中国, 关于司法直觉的研究几乎是空白,<sup>④</sup> 现有研究多是在介绍法律现实主义时谈论这一主题, 基本重复着法律现实主义运动时期的那些“旧事”。其实, 法律心理学的交叉研究普遍存在着这种状况。美国法律心理学家 Mark A. Small 通过统计分析法律心理学论文后指出: “多数研究都停留在实验的描述水平, 能够结合法学理论, 达到解释水平的研究微乎其微”。<sup>⑤</sup> 从主流学术期刊看, 我国心理学与法学的隔阂更为严重。一方面, 心理学家热衷于实验研究, 并取得丰硕成果; 另一方面, 法学家以近乎原始的方式, 以自己的心理体验与感悟, 艰辛地思考着推理、直觉等心理学问题, 却忽视心理学的已有成果。研究司法过程中的直觉, 不能不借鉴心理学的新近研究成果, 并在此基础上有所推进。

## 一、直觉的认知心理学解释

以认知心理学的研究范式考察裁判, 可以发现在案件输入与判决输出之间存在着一个“认知加工通道”, 探索司法裁判如何作出的关键就是了解加工通道中究竟有哪些认知机制。已有研究指出, 直觉是与人的生存、生活紧密相关的一个古老的认知加工系统, Gerd Gigerenzer 从适应与进化的观点, 将直觉看作是心理捷径, 是特

- 
- ① Joshua D. Greene, R. Brian Sommerville, Leigh E. Nystrom, John M. Darley and Jonathan D. Cohen, “An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment,” *Science*, vol.293, no.5537 (September 2001), pp.2105-2108.
- ② Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, “The ‘Hidden Judiciary’: An Empirical Examination of Executive Branch Justice,” *Duke Law Journal*, vol.58, no.7 (April 2009), pp.1478-1491.
- ③ Rodney A. Smolla, “Let Us Now Praise Famous Judges: Exploring the Roles of Judicial ‘Intuition’ and ‘Activism’ in American Law,” *University of Richmond Law Review*, vol.40, no.1 (November 2005), pp.40-41.
- ④ 截至 2012 年 12 月 1 日, 在中国知网期刊全文数据库 1994—2012 年近 1600 万篇论文中, 以“司法直觉”为题名或为关键词分别检索结果都为 0 篇, 主题模糊检索为 64 篇。
- ⑤ Mark A. Small, “Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence,” *Saint Louis University Law Journal*, vol.37, no.3 (Spring 1993), p.693.

定环境中产生的特殊规则，是人类在漫长的进化和适应现实环境的过程中形成的。<sup>①</sup>司法是与人类生活、生存密切相关的重要领域之一，直觉是否存在其中值得研究，而研究的前提需了解直觉究竟是什么。

Marta Sinclair 和 Neal M. Ashkanasy 认为，大多数直觉定义可以归纳为两类：一是将直觉视为经验驱动的现象，即通过经验与模式识别的提取获得不言自明的知识；二是强调直觉过程中直接的和情感的因素，如直觉源于意识之外，直觉加工的信息是整体的、直接的，直觉的过程伴随着情绪等。<sup>②</sup> Amy L. Baylor 认为直觉包含三种要素：推理、观念关系与直接性，直觉是推理与观念关系在直接性背景下的表现。<sup>③</sup> 认知心理学一般将个体的意识分为有意识、潜意识与无意识三个层次。推理既可发生在有意识的层面，也可出现在潜意识或者无意识的层面。其中，推理在直接性的背景下表现为自动化的过程，无需意识监控，本文统称为不受意识监控的推理；<sup>④</sup> 观念关系在直接性背景下表现为顿悟；“推理”如果处理“观念关系”的问题则可能表现为隐喻、类推和演绎等心理活动；而直觉则是它们的综合。

依据上述分析，直觉可以看作是不受意识监控的推理与顿悟处理观念关系的产物。由于观念关系的紧密程度不同，所以直觉的表现形式也有差异，大致有以下类型：一是不受意识监控的推理、顿悟与隐喻的交互，这种直觉多与联想有关，可称为联想型直觉；二是不受意识监控的推理、顿悟与类推的交互，这种直觉多与启发式思维有关，可称为启发型直觉；三是不受意识监控的推理、顿悟与逻辑的交互，这种直觉多与逻辑推理有关，是逻辑推理自动化后，无需意识支配即可快捷运行的结果，可称为逻辑自动化型直觉。由于观念关系除了隐喻、类推、演绎外还可能存有其他形式，所以直觉还可能存在其他类型。可见，直觉不是某一具体的心理内容，更像是一种认知机制，是个体在与环境的互动中自动地获得客体间结构关系的过程。<sup>⑤</sup> 综上，直觉是一种缺乏意识的过程，是一种不连续的信息加工机制，无需使用意识推理而直接获得知识，且本身的形成也在人类意识监控之外。

① Gerd Gigerenzer, "Why Heuristics Work," *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, no.1 (January 2008), pp.20-21.

② Marta Sinclair and Neal M. Ashkanasy, "Intuition: Myth or a Decision-Making Tool?" *Management Learning*, vol.36, no.3 (August 2005), pp.355-358.

③ Amy L. Baylor, "A Three-Component Conception of Intuition: Immediacy, Sensing Relationships, and Reason," *New Ideas in Psychol*, vol.15, no.2 (August 1997), p.186.

④ Horace Barlow, "Conditions for Versatile Learning, Helmholtz's Unconscious Inference, and the Task of Perception," *Vision Research*, vol.30, no.11 (March 1990), p.1562. 无意识推理 (unconscious inference) 这一术语为德国科学家 H. V. 赫尔姆霍茨于 1885 年首创。其认为这些推理原来是意识的，后因联想和反复演习而转化为无意识推理。

⑤ 郭秀艳、姜珊、凌晓丽、朱磊、唐菁华：《直觉对内隐学习优势效应的特异性贡献》，《心理学报》2011年第9期。

直觉一般处于潜意识状态，潜意识状态是指个体似乎知道是什么但又不知为什么，且无法用言语表达出来的那种状态，其介于有意识与无意识之间。直觉能把埋藏在潜意识中的认知成果与意识中所要解决的问题沟通，从而使问题得到突发式、顿悟式地解决。Matthew D. Lieberman 验证了这一结论，他指出：“直觉的基础可能是内隐认知。一方面，内隐认知与直觉之间存在着概念的对应性；另一方面，神经心理学、脑成像以及神经解剖等方面的证据发现，直觉加工与内隐认知的一个共同的神经基础是基底神经节。”<sup>①</sup> 由此可知，缺乏意识的认知多数就是直觉，那么，直觉在司法认知中是否存在，其又如何发挥作用？

## 二、司法过程直觉的机制与功能

弗洛伊德把潜意识和无意识比喻为水下冰山，而为人们所知的意识仅是冰山一角。<sup>②</sup> 当人类逐渐认识到无意识、潜意识等内容存在并发挥作用时，人类完全理性的信念受到动摇，毕竟理性的最低要求应该是有意识的。这或许是近半个世纪以来，科学家们关于思维研究所取得的成就几乎都是伴随着批判人类思维的理性而展开的原因。科学家们还借助脑成像等科学手段，验证了直觉机制在问题解决过程中的价值。

### （一）司法过程的直觉机制

认知心理科学以及认知神经科学提出了认知的双重加工理论，即人类拥有两种信息处理系统（机制）：一种是“理性—分析”的信息加工系统，在这一过程中，人能理智地对待问题、运行概念、识别规则，能有意识地解决问题，并能清楚地觉察和表达自己如何处理问题；不过，该系统的运行依赖工作记忆的参与，因此需占用较多心理资源，表现出加工速度慢，但不易受无关信息、刻板印象等因素影响的特点。<sup>③</sup> 另一种是“经验—直觉”的信息加工系统，在这一过程中，信息以非连续的整体方式处理，不受制于意识的参与，所以只需占用较少心理资源，表现为加工自动化、速度快捷等特点，但容易受到个体知识经验的影响从而出现信念偏差。<sup>④</sup> 在心理学中，通常将“经验—直觉”系统或机制称为第一系统（system1），将“理性—分析”系统或机制称为第二系统（system2）。第一系统以快捷、无需意志努力的

<sup>①</sup> Matthew D. Lieberman, "Intuition: A Social Cognitive Neuroscience Approach," *Psychology Bulletin*, vol. 126, no. 1 (January 2000), p. 109.

<sup>②</sup> 弗洛伊德：《精神分析引论》，高觉敷译，北京：商务印书馆，1984年，第7—10页。

<sup>③</sup> Wim De Neys, "Bias and Conflict: A Case for Logical Intuitions," *Perspectives on Psychological Science*, vol. 7, no. 1 (January 2012), p. 34.

<sup>④</sup> 杨群、邱江、张庆林：《演绎推理的认知和脑机制研究述评》，《心理科学》2009年第3期。

方式凭借自身的经验与技能处理信息，但有时会被需要意志努力的、充满意识的第二系统所监控。这一发现对以往认为人完全是以理性方式处理外界信息的观念有着巨大的冲击，而且心理学家还发现，一直被视为非理性的直觉在社会领域大量存在，并发挥着实际作用。

这一发现在推理和判断、社会认知和决策等领域均得到验证。在演绎推理研究中，研究者发现了普遍的信念偏差效应，即个体已有的知识经验会自动地干扰逻辑推理过程，并且这种效应会随着加工时间的缩短而明显增强。<sup>①</sup> 脑成像研究发现，在三段论推理中，如果被试采用分析性思维，根据逻辑进行推理时，右下前额皮层会被激活；而如果推理过程受到信念偏差的影响，则腹内侧前额皮层就会被激活。<sup>②</sup> 在道德判断过程中，研究者同样发现有两个系统的参与。Joshua D. Greene 等采用道德两难判断任务，并使用 fMRI 技术，发现被试在判断不同类型的道德情景时，所参与的脑区是不一样的。研究结果发现，在一些道德判断中，背外侧前额叶和顶叶区域等与工作记忆有关的脑区被激活；在另一些道德判断中，额中回、后扣带回和角回区域等与情绪有关的脑区被激活；而当两种系统相冲突时，背外侧前额叶皮层和前扣带等与执行控制和认知冲突相关的脑区会被激活。<sup>③</sup> 另外，还有人研究发现，认知负荷、加工时间以及工作记忆容量会影响由“理性—分析”系统主导的道德判断过程，但不会影响由“经验—直觉”系统主导的道德判断过程。<sup>④</sup> 在经济决策领域，卡尼曼发现人们的实际消费行为并非依照理性分析进行，而是具有很大的不确定性。<sup>⑤</sup> 这是对以往经典经济学理性人假设的突破与冲击。

传统法学忽视了“经验—直觉”系统的功能和作用，而法律现实主义又高估了“经验—直觉”机制的功能与价值。实际司法的情形可能是，直觉起着先行作用，后面紧跟着“理性—分析”系统，或者是验证，或者是监控。<sup>⑥</sup> 法官作出裁判的过程，

① 肖前国、罗乐、余林：《推理与决策的双加工理论研究简评》，《心理科学进展》2009年第2期。

② 孙彦、李纾、殷晓莉：《决策与推理的双系统：启发式系统和分析系统》，《心理科学进展》2007年第5期。

③ Joshua D. Greene, R. Brian Sommerville, Leigh E. Nystrom, John M. Darley and Jonathan D. Cohen, "An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment," pp.2105-2108.

④ Adam B. Moore, Brian A. Clark and Michael J. Kane, "Who Shalt Not Kill? Individual Differences in Working Memory Capacity, Executive Control, and Moral Judgment," *Psychology Science*, vol. 19, no. 6 (June 2008), pp. 549-556.

⑤ 阳志平、时勘、王薇：《试评卡尼曼经济心理学研究及其影响》，《心理科学》2003年第4期。

⑥ Kenneth S. Bowers, Glenn Regehr, Claude Balthazard and Kevin Parker, "Intuition in the Context of Discovery," *Cognitive Psychology*, vol. 22, no. 1 (January 1990), p. 95.

很可能也是推理与直觉共同参与的过程。但多数法学家仍主张司法是完全理性的，并以人能完全进行理性分析的假设进行理论研究，这只做了一半的工作。

## （二）司法过程直觉的功能：为理性分析提供基础

直觉的主要功能是发现各种初始结论。正如 Henri Poincaré 所言：“逻辑是用于证明的，直觉是用于发现的；正是有了直觉，逻辑才不再贫瘠。”<sup>①</sup> 在司法实践中，司法过程的直觉也发挥着这一重要的作用。

弗兰克 (J. Frank) 认为，法官的尝试性顿悟或对结论的正当直觉是法官裁判中最有意义的环节。<sup>②</sup> 哈奇森法官 (J. C. Hutcheson) 也持类似观点，他在《直觉的判断：司法中预感的作用》一文中具体描述了自己如何作出判决的过程：“在我看过手边所有材料并经过适当考虑之后，我就让我的想象力发挥作用。我陷入沉思，等待着感觉和预感的到来。这个预感就是了解问题的直觉，它是能把问题和决定连结起来的火花。”<sup>③</sup> 弗兰克进一步指出，从心理学立场观察裁判过程，法官并不是遵循三段论法获得结论，而是先形成一个模糊的结论或猜测，然后去寻找能够证实这个结论或猜测的理由，那么，法官怎样形成自己的结论或猜测？弗兰克认为是靠“预感”。<sup>④</sup> 最后，他将获得的结论称为尝试性结论。在信息不充分的情境中，人们是无法通过理性分析获得结论的，这是因为问题与结论之间存有许多空白点或真空带。但直觉机制可以把零散的、积累在大脑之中的、由于时间的变迁而沉淀至心理或意识深处的，甚至掉入无意识“深渊”的“认知元素”充分调动起来，并加以新的组合，这些认知元素才会“先验”地表现出来。弗兰克关于直觉能提供初始结论这一主张与现代认知心理学研究也是吻合的。不过，弗兰克过于强调直觉的功能又走向了极端，从今天的认知心理学看，将连接案件与判决之间复杂的认知通道视为仅包含直觉一种元素，而忽视“理性—分析”系统的存在与功能，显然不符合实际。

当人们遇到问题，还未及启动有意识的思考和推理时，直觉就自动化地对其进行处理了，所以直觉多数情况是先于理性分析的，且先行的处理结论为后续

① Henri Poincaré, *Science and Hypothesis*, New York: The Walter Scott Publishing Co., Ltd., 1905, p. 30.

② Jerome Frank, "Are Judges Human? Part Two: As Through a Glass Darkly," *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 80, no. 1 (December 1931), pp. 242-245.

③ Joseph C. Hutcheson, "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision," *South Texas Law Review*, vol. 39, no. 4 (Fall 1998), p. 891.

④ Jerome Frank, "Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings," *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 80, no. 1 (November 1931), p. 21.

分析提供基础。

首先,法律领域的多数问题只能先依赖直觉机制获得初步答案。有研究指出,在探索未知知识和判断不确定情形时,人类的两种加工机制表现出不同功能,在直觉与理性的思维之间表现出不同的加工方式。<sup>①</sup>其中,“经验—直觉”机制为人类认知提供自动化输入以形成独断的加工,独断的加工倾向于依据背景的信念和知识来连接当前的刺激;这一机制被视为大部分机能定位在大脑特定区域的神经功能,反映个体学习、经验、阅历的历史。“理性—分析”机制是唯一联系语言与反省意识并为人类提供推理与记忆的机制;这一机制必须依赖于工作记忆才能运行,所以较之于“经验—直觉”机制其受到极大限制。因此,在缺乏外部充分信息的情形下,“理性—分析”机制难以发挥作用,此时直觉思维的功能之一就是为理性思维的注意指向提供独断的线索。另外,Carey K. Morewedge与卡尼曼的研究指出,在不确定情形中的决策,正常的理性模型因无法计算出特定事件的概率,故无法发挥作用,而直觉可以凭借经验对不确定事件进行评估,作出判断。<sup>②</sup>法律领域也是如此,很多问题都是信息不充分且无法用概率或演绎来分析的。值得一提的是,法律现实主义认为法律与其他外部刺激一样发挥作用,毫无优势,这种基于行为主义的立场,依现代认知心理学的视角来看是有缺陷的;实际的情形是,法官的职业经验促使其形成“法感”,而这种法感是以法律为主导的直觉能力,在受多个因素影响的裁判中,法律总被优先地提取,为后续分析提供独断的线索,并发挥主导作用。

其次,法官更习惯以直觉方式获得信息不充分、判断不确定的问题答案。卡尼曼提出了注意能量分配理论,该理论着重强调注意能量的有限性。<sup>③</sup>事实上,注意能量的有限性正是体现了心理资源的有限性。他沿着自己对认知心理学中注意理论的已有研究出发,结合西蒙(Herbert A. Simon)对人类问题解决与决策过程中“有限理性”的观点,<sup>④</sup>将自己的研究领域成功地从认知心理学拓展到其他社会领域。卡尼曼研究指出,直觉思维的本质是以节省心理资源为目的,而人类的认知加工又是遵循所谓的“吝啬法则”的,因此人们更愿意以直觉的方式解决社会实际问题。<sup>⑤</sup>即

① J. St. B. T. Evans, D. E. Over and K. I. Manktelow, "Reasoning, Decision Making and Rationality," *Cognition*, vol. 49, nos. 1-2 (October-November 1993), pp. 165-167.

② Carey K. Morewedge and Daniel Kahneman, "Associative Processes in Intuitive Judgment," *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 14, no. 10 (October 2010), pp. 435-440.

③ Daniel Kahneman, "Remarks on Attention Control," *Acta Psychologica*, vol. 33 (Summer 1970), p. 121.

④ Herbert A. Simon, "A Behavioral Model of Rational Choice," *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, no. 1 (February 1955), pp. 99-101.

⑤ Daniel Kahneman, "A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality," *American Psychologist*, vol. 58, no. 9 (September 2003), p. 717.

能够通过“经验—直觉”机制获得结论的，大脑就吝啬地不愿启动“理性—分析”机制，因为“理性—分析”机制需消耗更多的心理资源。<sup>①</sup>依西蒙的观点，法官也是遵循有限理性法则的，由于探索信息不充分问题的答案与作出不确定判断的决策，需消耗更多的心理资源，所以，法官更习惯于依靠自身经验驱动的直觉机制，遵循认知加工的“吝啬法则”，获取问题的初步答案。

总之，直觉在司法过程中起着先行的加工作用，为后续理性分析提供基础。如果基于经验驱动的直觉在司法过程中大量存在，并发挥着基础作用，那么法律的生命就的确在于经验。在实际的司法中，直觉究竟有哪些存在形式？

### 三、司法过程直觉的类型与形式

正如威格莫尔（John Henry Wigmore）所言，“如果不考虑英美陪审团制度所特有的那些人为的法律规则，那么证明机理所描述的就是大脑处理证据事实的自然过程”。<sup>②</sup>司法过程的直觉也一样，如果不考虑具体的法律推理特点，与普通直觉的自然过程也不会有太大差异。法律推理的最大问题就是无法为自身的运行提供前提，而能为之提供前提的恰恰是直觉的应用领地。

#### （一）法条获取的直觉

在法律适用过程中，法官面临具体案件，不可能通过对海量的法条逐一进行理性分析来获取，而只能依靠直觉机制，应用人的直觉特性从大脑记忆库中快速“捕获”某些或某个条文，尝试性地适用于手头的案件。

首先，代表性启发直觉。代表性启发依据常规或惯例判断同一类别的组成个体是否具有相似性。<sup>③</sup>在司法实践中，法官通常利用案件的相似性进行代表性启发。由于制定法是以假设的典型案为规制对象，所以在通常情形中，人们将一些具有共同实质性事实的法律案件归入同一法律类别之中。比如，当发生了犯罪案件，法律人会联想到一些与之有关的案件，并在这些案件中考察是否有典型案例，如果有，就将该犯罪案件归之于典型案例所代表的某一法律类别；如果没有典型或先决案例存在，就考虑最接近的情形。正是这种不具严格逻辑联系的类似关系，使法律人从一个案例想到一系列案例，使一个陌生案件找到可归入的法律类别，并将陌生案件

<sup>①</sup> David A. Lagnado, "Perspectives on Daniel Kahneman," *Thinking and Reasoning*, vol. 13, no. 1 (October 2007), pp. 1-4.

<sup>②</sup> John Henry Wigmore, *The Principles of Judicial Proof*, Boston: Little, Brown, and Company, 1913, p. 13.

<sup>③</sup> Daniel Kahneman and Amos Tversky, "Subjective Probability: A Judgment of Representativeness," *Cognitive Psychology*, vol. 3, no. 3 (July 1972), p. 432.



归入典型案例所代表的同一法律类别之中,这一过程的结果可以获得适用该案件的法律规范。但这一过程不受法官的意识监控,所以法条似乎是因为经验而突然出现在法官的大脑之中。判例法中利用案件类似性启发更为常见。

其次,可得性启发直觉。可得性启发式倾向于根据事件在知觉或记忆中的易得性程度评估其相对频率,即容易知觉到或者回想起的事件被判定为更常出现、更具合理性。<sup>①</sup>法官的经验阅历、固定岗位的工作内容,都有可能使某一信息变得更容易提取。比如,有些人容易将盗窃枪支行为视为普通盗窃罪,将盗窃电缆行为也视为盗窃罪。以理性的视角来看,其原因是没有考虑到枪支的特殊性,也没有考虑到盗窃罪与破坏广播电视设施、公用电信设施罪之间的竞合情形。依据直觉理论解释,出现这种错误的原因是在记忆库或知识网络中,盗窃罪相对于盗窃枪支、弹药罪和破坏广播电视设施、公用电信设施罪而言,更容易被激活、被提取。如果完全依照理性法则,不管熟悉与否,都有公平被提取、被考虑的机会,那么所提取的样本就能较好地代表总体。可是,知识熟悉性程度的差异打破了这一公平提取的机会,使搜索过程失去了代表性,并使这一过程不在法官的意识监控之中。

当然,法官也可能受当事人或检察官关于案件法律意见的锚定启发,从而获得可适用的法条,从某种意义上,发现的法条就可能是案件答案的雏形,在刑事案件中,至少形成了罪名。不过,直觉结论可能存有风险,正如考夫曼所言:“法律发现过程是一种大胆的、不确定的与有风险的过程”。<sup>②</sup>但法条获取的意义是巨大的,没有法条则没有后续推理的前提。

## (二) 结论发现的直觉

司法认知是复杂的认知活动,前一个认知活动的结论可能就是下一个认知活动的前提。这种前提性结论,在科学哲学领域称为假设,但司法领域缺乏科学领域的那种强有力的证明系统,在现有的“发现”与“证立”之二分司法认知模式中,往往将之作为结论使用,只是在后面增加说理而已。

首先,联想型直觉。该直觉模式是个体基于内容导向所产生的认知,从问题到结论之间有着一定的过程和轨迹,但这一过程不被意识,且该过程与逻辑推理的形式过程不同,有时甚至违背逻辑推理的形式规则或理性分析原则。依照双重加工机制,“理性—分析”机制加工速度慢,但不易受无关信息、刻板印象、情感因素等影响;“经验—直觉”机制加工速度快,但易受情感、先前信念、知识经验等影响。我们考察一下法官的实际量刑情况,如果受情感、无关信息的影响,则推定法官的量

<sup>①</sup> Amos Tversky and Daniel Kahneman, “Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability,” *Cognitive Psychology*, vol. 5, no. 2 (September 1973), p. 211.

<sup>②</sup> 考夫曼:《法律哲学》,刘辛义等译,北京:法律出版社,2004年,第128页。

刑中有“经验—直觉”机制作用的存在。

笔者以某基层人民法院 2004 年已审结的刑事判决书为材料进行实证分析。判决书涉及多个罪的，以实际罪数计量。该法院全年审理案件共 290 件，涉及罪名 31 种，其中盗窃罪 114 件，占总数 39.3%；一年发生 10 件以上的案件，除盗窃罪外，还有寻衅滋事罪、交通肇事罪、敲诈勒索罪、故意伤害罪和抢劫罪。实证分析旨在考察量刑情节与量刑结论之间的数量关系，或者说量刑情节对量刑结论的影响力大小。对案件的量刑情节分别从 10 个方面，即罪史、认罪态度、年龄、自首、立功、危害的恢复状况、优势犯罪状况、犯罪完成状况、公众的恐惧程度（民愤）以及对道德伦理的侵害状况进行评定。这 10 个方面的因素，前 5 个因素属于人身危险性，后 5 个因素属于社会危害性。依据判决书记载的内容，对这 10 个方面的因素逐一进行记录，每一因素依照其对量刑的影响程度分为三个等级，如罪史因素，被告人先前没有犯罪记录的记为“1”，被告人先前有犯罪的但不属于累犯的记为“2”，被告人系累犯的记为“3”，其他因素依据类似方法计量。实际的刑量，依据宣告刑位于法定刑“格”的位置确定刑量等级。<sup>①</sup>例如，某盗窃犯被判处有期徒刑 2 年 6 个月，依据该案的罪质，其法定刑的格是 3 年以下有期徒刑，现将该“格”等分为 3 段，那么该罪犯的宣告刑 2 年 6 个月相对 3 年以下有期徒刑的规定来说，是属于较严重的惩罚了，其刑量等级就为 3。这样就可以获得以量刑情节为自变量的数据和以宣告刑为因变量的数据。最后，用多元统计分析方法进行因素分析，在人身危险性这一类中，如果以罪史为基准（设定为 1），那么其他因素的影响力（因子载荷）分别为：认罪态度为 0.75，自首为 0.41，年龄状况为 0.35，立功状况为 0.20；在社会危害性这一类中，如果以危害的可恢复性为基准（设定为 1），那么其他因素（情节）的影响力（因子载荷）依次为：公众恐惧与优势犯罪都是 0.81，道德因素的影响力为 0.75，犯罪完成状况的影响力为 0.55。

上述分析的结果显示，认罪态度这一酌定情节居然比自首、立功对法官的量刑影响力大；道德因素这一酌定情节也比犯罪完成状况的影响力大。这显然与法律规定不符，但却实实在在地发生了。究其原因，可能是法官在审理时，自首、立功往往在起诉阶段已经完成，其对法官的影响是以文字方式出现的，而认罪态度却是法官亲眼看到而得出的评价，这种鲜活的态度和表情显然对法官产生了更大的影响。道德因素也是如此，较之于犯罪完成状况而言，更容易唤起法官的情感，其对量刑结果的影响力也更大。受态度、表情等形象信息，以及情感等因素影响的认知加工机制恰恰是“经验—直觉”机制，所以法官的量刑可能并非依照理性分析方式进行，而是依实质内容直接产生的联想直觉的结果。

<sup>①</sup> 参见李安：《量刑实证研究的方法论检视——从实证观念到实证技术》，《中外法学》2009 年第 6 期。

其次, 锚定启发型直觉。在实际决策中, 人们经常会以最初的信息为参照调整对事件的估计, 即人们最初得到的信息会产生“锚定效应”。锚定对司法过程的影响是比较大的, 特别是在疑难案件与事实认定的思维中。

Francisca Fariña 等对西班牙高级法院 1980—1995 年间作出的 555 份刑事判决书进行分析, 然后依据判决书的规范与事实两个维度分析是否存在被锚定启发的线索, 如下级法院观点、公诉人观点等, 并对这些线索分别进行直接评估与间接评定; 他们还编制了法官决策的认知活动的心理量表, 其中特定认知包含指控心理的归因、被告心理的归因、法律解释、特异性信息、中性命题等与审判有关的 13 个变量; 一般认知包含言语、抽象命题与关联命题等 3 个变量。经因素分析表明具有较好的信度与效度, 再对法官进行测试, 最后用统计方法分析锚定启发对法官决策是否存在影响及影响大小。结果表明, 353 份 (63.6%) 判决受到锚定启发效应影响, 其中指控有罪会对法官产生系统性影响, 在有罪判决中有 87.4% 的结论受锚定启发影响。<sup>①</sup> 锚定启发效应是人类心理的一般现象, 在民事裁判领域也会同样存在。

在案件事实的形成过程中, 法官仅依据有限的证据和当事人有导向的陈述, 就要还原出案件事实的“真相”, 这一过程可能受多种直觉的综合影响。对于信息不充分情景, 要求法官完全遵循“理性—分析”原则是不切实际的。法官不得不将自己对生活的常识, 以及关于法律的知识、物质世界的印象、词语的理解、人类行为的意义等融入案情, 形成一个综合的案件故事。<sup>②</sup> 在这一过程中可能包含锚定启发型直觉、实质联想型直觉、代表性启发直觉、可得性启发直觉等多种直觉的综合作用。卡尼曼等认为, 代表性、锚定、可得性策略都属于启发式直觉。<sup>③</sup> 这些启发式都不同于“理性—分析”认知机制, 但可成为后续“理性—分析”机制的前提。

### (三) 逻辑自动化型直觉

逻辑自动化型直觉是建立在高度自动化逻辑操作基础上所形成的占用较少心理资源的认知过程。<sup>④</sup> John A. Bargh 等认为: “自动化的心理现象, 只要一定的引发条件出现, 就会反射性地产生”。<sup>⑤</sup> 所以这类逻辑自动化的认知亦属于直觉范畴。事

① Francisca Fariña, Ramón Arce and Mercedes Novo, “Anchoring in Judicial Decision-Making,” *Psychology in Spain*, vol.7, no.1(January 2003), pp.56-65.

② William Twining, “Civilians Don’t Try: A Comment on Mirjan Damaska’s ‘Rational and Rational Proof Revisited’,” *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol.5, no.2(Spring 1997), p.69.

③ Daniel Kahneman and Amos Tversky, “Subjective Probability: A Judgment of Representativeness,” pp.430-432.

④ Wim De Neys, “Bias and Conflict: A Case for Logical Intuitions,” p.33.

⑤ John A. Bargh and Erin L. Williams, “The Automaticity of Social Life,” *Current Direction*

实上，推理领域也遵循双重加工模式，既有依第一系统所进行的快速、自动的加工；也有依第二系统所进行的缓慢、控制的加工。<sup>①</sup> 建立在第一系统上的某些推理，就是不受意识监控的推理，表现逻辑自动化直觉。

在心理学家看来，实际的推理（心理学）与关于推理的分析（逻辑学）完全是两种不同的体系，在推理中，推理的“形式”和“内容”各自有着自己的标准，那种严格遵循三段论规则的形式推理过程只出现在逻辑的分析中，实际的推理过程经常伴随着内容的影响。<sup>②</sup> 虽然逻辑分析是完全理性的，但实际解决问题的推理心理则既可能表现为直觉的，也可能表现为分析的。例如，有这样的问题：董事可否以公司资产为自己的债务提供担保？假设现有法律规定：“公司高级管理人员不得以公司资产为本公司股东或个人债务提供担保。”当面临这一实际问题，人们往往先对大前提进行语义加工，并形成一个心理表征（即问题空间），然后再依据小前提在这个问题空间中搜寻答案，而大前提的语义加工（或心理表征）会受已有的知识经验的影响。这种已有知识经验的不同就会导致内容效应的不同，众所周知，初学逻辑规则的人，用逻辑规则分析熟悉问题比分析陌生问题更容易，就是因为熟悉问题发挥了内容效应。对于一个缺乏这方面知识经验的人而言，他必须先弄清楚大前提的意思；然后分析形成小前提，确定董事是不是公司高级管理人员；最后依据三段论形式，推理出结论，整个过程都需要意识参与。而对于一个专业法官而言，他可能直接得出结论：“不可以担保”。该结论就像隐藏在水面下的气泡一样“冒”出来，无需在意识层面通过语义分析与规则推演来获得。这种将认知过程省略，几乎不需要占用法官心理资源，直接并快捷获得结论的认知方式正是逻辑自动化型直觉。

可见，同样运用逻辑手段解决问题时，意识参与的水平也有差异。具有丰富知识经验与专业技能的法官，一方面对逻辑的形式规则非常熟练，另一方面已有的知识经验还会自发产生强大的内容效应，使逻辑规则的运行在内容的导引下变得更加轻松与快捷，整个过程无需意识监控即获得最后的结论。而缺乏这方面知识经验的人，只能在意识指导下遵循逻辑规则，小心翼翼地推理。前者依“经验—直觉”机制进行加工，而后者则主要依靠“理性—分析”机制进行加工。之所以出现这一差异，熟练起了重要作用，正如 Seana Shiffrin 认为，这一过程的形成，特定刺激事件与相应的心理过程匹配的频率和一致性是关键；而且，熟练因素还促使形成了认知加工的自动化，甚至可用十分简单的形式表述为“如果—

① *in Psychological Science*, vol.15, no.1(February 2006), p.1.

① Jonathan St. B. T. Evans, "In Two Minds: Dual-Process Accounts of Reasoning," *Trends in Cognitive Sciences*, vol.7, no.10(October 2003), pp.454-458.

② 邓立平：《对“论三段论推理过程中结论正确性的两种判断标准”的几点评议》，《心理学报》1999年第1期。

那么”关系。<sup>①</sup>许多领域都存有类似现象，职业棋手在下棋时也多是以直觉方式进行，遇到困境时，先以直觉方式获得数个初始答案或策略，然后逐一进行理性分析，最后确定最佳方案；司法领域的职业法官也这样，反复与熟练的工作使法律推理形成自动化，再在自身的专业技能与职业思维基础上形成法律领域的逻辑自动化型直觉。

可见，熟练和自动化对司法人员有着重要意义，这样可以节省部分心理资源并瞬间将注意力集中到问题的关键所在。这种意义上的直觉还可检测因推理大小前提存在问题但推理过程具有形式有效性时所产生的与客观实际之间的出入，因为它能超越形式过程，直接以“如果—那么”关系将推理前提纳入视野。

综上，虽然直觉在法条获取、初始结论发现等领域发挥了重要的作用，为法律推理提供前提，但代表性启发直觉导致某一个体被独断关注、可得性启发直觉导致熟悉的事件被优先提取、锚定启发直觉导致事件评估被外界信息锁定、联想型直觉导致规则束缚失效等现象不可避免，这些都可能产生直觉结论偏差，因此，在追求真相、公正的司法过程中应正视这一问题。

#### 四、司法过程直觉的偏差控制

虽然直觉结论可能会出现偏差，但不同的直觉形式也是存有分化的，一般而言，启发式直觉与联想型直觉出现偏差的可能大一些，逻辑自动化型直觉是熟练司法技能的升华，不但出现偏差的可能较少，而且还对形式推理起到整体的检测作用。可是，司法领域的法条获取、结论发现多数是依靠启发式直觉与联想型直觉。那么，对其产生的偏差该如何控制？

##### （一）司法过程直觉偏差的认识

直觉的偏差在实际司法中确实存在。例如，在美国，最有可能被判处死刑的案件是一名黑人杀死一名白人，其次是一名白人杀死一名白人，再次是一名黑人杀死一名黑人，最后是一名白人杀死一名黑人。<sup>②</sup>如，白建军通过实证分析验证了法官司法存在“潜见”，指出这种潜见导致法官的司法决定无法完全取决于案件基本事实是否符合实体定罪条件。<sup>③</sup>显然，这些偏差的存在不合法治的要义。

直觉偏差有其自身的特点。一是偏差产生的过程不受意识监控。直觉是通过结果与意识层面沟通的，过程发生在潜意识层面，所以人们一般不能轻易发现自己的

<sup>①</sup> Seana Shiffrin, "Moral Autonomy and Agent-Centred Options," *Analysis*, vol. 51, no. 4 (October 1991), pp. 244-254.

<sup>②</sup> 唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，北京：法律出版社，2002年，第66页。

<sup>③</sup> 白建军：《司法潜见对定罪过程的影响》，《中国社会科学》2013年第1期。

直觉是否存在偏差。二是偏差产生过程难以用言语表达。由于直觉过程的加工机制是非连续的整体加工，不是以语言进行表征的，所以对自己的直觉过程无法用语言与他人进行讨论。三是直觉偏差是一种系统性偏差。直觉是一个人长期的阅历、经验、知识的结晶，以熟练的、自动化的认知技能处理着面临的问题，表现出持久的惯性；对于类似的职业群体，如同一法院的法官，甚至整个法律职业群体，因为有着类似的教育经历、知识结构、工作流程，所以可能会表现出某类大规模的直觉偏差。正因为直觉不为自己所知，也难以为他人所知，而且持续地存在还给他入造成合理化的错觉，所以不易被人们发现。不过，通过大规模的实证分析，或通过对某个法官的追踪研究，在一定程度上可以克服这些困难，揭示出直觉偏差的存在。这种关于直觉偏差的知识有着特殊的意义，例如，法官在确定被告是否犯罪时，可能会受到已公布犯罪率的影响，其决策的概率就会潜意识地迎合犯罪率的指标。如果懂得这一直觉形式，只要公布的犯罪率是变化的，就可以减少对法官的“锚定”作用。

总之，在现实中，人们面对缺乏理性分析的直觉结论，往往会产生不安的忧虑。其实，那些不正当的司法偏见恰恰是法官有意识地作出的，因为在有意识的状态下法官完全有能力借助“理由”对自己的错误进行“虚饰”；而对缺乏意识的直觉结论，法官不会刻意予以粉饰，所以纠正也相对容易。因此，较之于枉法裁判、恣意擅断等依赖于“理性—分析”机制才能完成的司法偏见而言，发生在认知加工第一系统“经验—直觉”中的偏差对司法的破坏要少得多。

## （二）司法过程直觉偏差的防范

依据双重加工系统理论，因直觉系统常常比分析系统出现优势反应，所以决策偏差的产生有两个原因，一是自动化操作的“经验—直觉”系统本身产生了错误的直觉，二是控制性操作的“理性—分析”系统没有进行有效的检测与修正，具体表现为，反省能力不够、认知信息不充分、调整深度不足、监控不力等几个方面。<sup>①</sup>这些方面的改进方法可以成为防范或控制直觉偏差的基本措施。为了实现法官对自身直觉的深度监控，除了鼓励其自身努力外，还需设定制度与伦理方面的责任。

由于直觉偏差是一种无意之错，法官内心并不存在拒绝修正偏差的抗拒动机，所以只要在认知上意识到自己存在偏差，一般就愿意进行自我修正。法官可以在其职务和良心面前，对自己的“发现”以及对“发现”的证立负责，这种负责对于偏差的产生具有一定的控制作用。一方面，需要法官自身的努力，通过对先前结论的反省质疑、对结论的言语解说等主要依赖“理性—分析”机制的运作，对自身直觉结论进行反思和修正。另一方面，需要揭示出司法裁判中所存在的某些偏差，并及

<sup>①</sup> Carey K. Morewedge and Daniel Kahneman, "Associative Processes in Intuitive Judgment," pp. 435-440.

时反馈给司法官员，以提高其觉察与监控的敏感性。

但从法治的要求看，制度完善更重要。可以通过制度设计促使“理性—分析”系统有效地对直觉进行检测与修正，具体考虑以下几个方面：第一，对法官进行制度化的专业培训。除专业的法律知识、法律方法的培训外，还应进行专业的心理分析培训，旨在提高法官的反省认知能力，因为直觉是个人的经验、阅历、知识、信仰等方面的结合，合理的知识结构、健全的个性等都发挥基础性作用。第二，诉讼程序、司法管理等制度设计，应当保证法官获得充分、必要的信息。因为信息的全面是认知纠偏的基础，这些信息包括从诉状、双方当事人提供的证据、相关的法律规定等方面获得，从先前经验、法律理论、下级法院的行为与动机的推演中获得，还可以从长期习得的一般知识背景以及对判断和理解的评价中获得。第三，落实裁判文书的说理制度。在思维上，裁判结论的初步获得可以是直觉的，但转化为有效的判决书，必须有充分的论说过程，因为直觉机制是缺乏言语表征的，要求法官对先前结论进行论说，有助于其唤起潜意识的结论进入意识层面，增强其意识调整深度。具体包括：对每个已获得的信息进行质疑；某种理解为何可以合法地进入支持某方当事人的论辩之中；如何权衡多个论辩间的价值；如何在特定时间内作出最有把握的判断；以何种形式推理出本案的裁判结论等。第四，将程序法规定的合议制度，科学地细化为合议规则。在多人讨论与思维碰撞过程中，有助于增加法官对自身直觉的监控力度，谨慎对待个体化的直觉，修正直觉偏差。总之，这些措施有助于法官提高反省能力、获取充分信息、拓展调整深度、加强监控力度等理性分析机制的功能，最终对直觉偏差进行有效的控制。

波斯纳认为：“看住入口是与认知错觉作斗争的方法之一；另一方法就是对抗制程序本身。”<sup>①</sup>对直觉结论的约束只能在认知的范围内被强调，同时不应忽视体制与伦理层面的配套建设。

在司法过程中如没有直觉，推理等理性分析手段就难以发挥作用，而直觉一旦参与，就可能将既往经验中的无关信息一并摄入，产生偏差；理性分析系统也是如此，一方面能监控直觉形成客观、合理的结论，但另一方面，法官也正是利用理性分析能力为自己的徇私枉法构筑了虚饰的理由。因此，防范直觉机制的“偏差”与克制理性系统的“恣意”都是司法中的难题，有必要对理想司法认知模式进行探索。

## 五、司法过程的认知模式：直觉与分析的统一

有研究指出，日常行为通常不依逻辑规则进行，其认知方式是：问题—直觉—

---

<sup>①</sup> 波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕、徐昀译，北京：中国法制出版社，2004年，第17页。

行为；科学领域的认知方式是：问题—直觉—假设—验证。<sup>①</sup>那么司法过程的认知模式又是如何的？即法律问题与答案之间的通道是直觉还是推理，抑或两者都是？

### （一）司法过程的认知模型构想

法律形式主义与法律现实主义的观点最为鲜明，其背后的认知基础可分别概括为逻辑决定与直觉决定。逻辑决定属于“理性—分析”系统，直觉决定属于“经验—直觉”系统。有研究指出，上述两种不同的机制在司法过程中都存在着，有时法官以“经验—直觉”机制进行加工，自发、毫不费劲地识别法律问题，并快捷地获得正确的结论；有时法官以“理性—分析”机制进行加工，谨慎、集中注意地分析相关法条，细致地评价各种情形，再作出相应判断。<sup>②</sup>这一观点似乎只说明两种认知系统在司法过程中都存在着，但没有表明是否任何一种都可以独立地完成整个司法决定。依照卡尼曼的理论立场，法官实际是先以快捷的、无需意志努力的直觉机制进行判断，当时间充裕且精力允许时，理性机制可能就会检测先前的判断结论，并作出认可、修正或拒绝三种处理结果，如果理性机制没有对先前直觉进行修正与否定，那么这一结论就是直觉的结论，一般而言直觉结论也是比较准确的。<sup>③</sup>

多数法学家持排斥直觉的立场。麦考密克（MacCormick）引用科学研究思维中的“提出假设”和“实验验证”，与法律裁判中的“发现”和“正当化论证”进行类比，认为法律裁判的“发现”相当于科学研究的“提出假设”，“正当化论证”则与“实验验证”相类似；既然“科学假设”与“实验验证”是分开的，那么法律裁判的“发现思维”与“正当化论证思维”也应分开。为了排斥“发现”思维，有必要进一步充实正当化的论证过程，于是他将正当化论证过程分为二级证立，即在简单案件中演绎证立，在疑难案件中除了演绎证立外还需进行第二层级的证立。<sup>④</sup>Richard A. Wasserstrom 也认为：将司法决策建立在心境、感觉经验、无法分析的个人预断上是错误的，应在法官作出结论之前就对结论进行正当化论证，即在裁判作出之前应设置两个程序，一个是“发现”程序，二是正当化程序。而且，法律裁判要充分发挥正当化程序的功能，与“发现”程序相比，正当化程序显得更加重要。<sup>⑤</sup>

① Monika Walczak, “Bernard Lonergan’s Philosophy of Knowing,” *Revista de Filosofía*, no. 45 (June 2008), pp. 141-142.

② Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, “The ‘Hidden Judiciary’: An Empirical Examination of Executive Branch Justice,” p. 1482.

③ Daniel Kahneman, “Judgment and Decision Making: A Personal View,” *Psychological Science*, vol. 2, no. 3 (May 1991), pp. 142-145.

④ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 53-59.

⑤ Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Stanford University Press, pp. 5-8.



笔者认为，法官建立在直觉之上的判断，可能会将无关的心理因素带入决策之中，这就需要法官进行谨慎地分析和推理，修正先前可能误导的直觉，如将理性机制与直觉机制结合起来可能更有助于高质量司法裁判的形成。已有研究指出，“经验—直觉”与“理性—分析”两种认知系统能够以和谐的方式加工、处理外部信息。<sup>①</sup>这两种认知机制的协作是完全可能的。

依照前述分析，结合直觉与推理两个要素的组合，司法过程的认知模型可能有多种表现，如下图所示：

类型一：

模型 1 直觉——法律结论 法律现实主义的立场

模型 2 推理——法律结论 法律形式主义的立场

类型二：

模型 3 直觉——法律结论……推理（检测） 卡尼曼理论的应用

模型 4 直觉……法律结论——二层证立 麦考密克的观点

模型 5 直觉……推理论证——法律结论 Wasserstrom 的观点

模型 6 推理——法律结论——直觉 直觉检验模型

类型三：

模型 7 直觉——初步结论——检测——法律结论——推理论证

模型 1 意为法律结论可通过直觉获得；模型 2 意指法律结论可通过推理获得。在类型一中，如果模型 1 与模型 2 属于排斥关系，那么法律结论只能通过直觉或者推理获得；如果模型 1 与模型 2 可以共存，那么有些法律结论是通过直觉获得的，另一些法律结论则通过推理获得。模型 3 意指法律结论通过直觉获得，特定情形时理性分析对其起检测作用；模型 4 对法律结论的发现这一环节不予关心，但对结论需经过二级证立；模型 5 是指作出裁判结论之前，必须经过正当化论证程序，直觉获得的结论是不可靠的；模型 6 意指对推理结论利用直觉机制进行自动化检测，如有些大前提不正确但过程符合逻辑形式的推理结论，可能会被直觉发现。在类型二中，实际司法过程可能依其中之一，也可能是它们的组合。而模型 7 是一个综合模型，主张直觉优先，认为既需要对直觉结论进行检测，也需要对法律结论进行证立，这两个环节可能都用到推理，但功能不同。

## （二）理想司法认知模型的形成

理想的认知模型除了要契合人类的认知规律外，还要兼顾司法属性的要求。司法首先要为法律问题给出一个“答案”，理想诉讼制度要求法律纠纷诉之于法

<sup>①</sup> Wim De Neys, “Bias and Conflict: A Case for Logical Intuitions,” p. 34.

院，法院须在既定的时间内作出结论；其次，法院作出的判决应接近事实真相，且兼顾先例并为未来提供约束；再次，判决结论应让公众信服，符合法律规定。所以，司法过程的认知机制至少要具有发现“答案”、保证客观性、展现正当性三个功能。

在以往的法学理论中，以理性为主导的模型<sup>2</sup>占到多数。除了波斯纳等人将直觉也包含在法律推理中外，多数法律推理研究者认为法律推理并不包括直觉。<sup>①</sup> 如果将直觉等因素包含在法律推理之中，则法律推理属于理性方法就会受到质疑。麦考密克的理论最具有代表性，另外，伯顿（Steven Burton）的理由评价（行为阈限）理论、<sup>②</sup> 阿列克西（Robert Alexy）的法律证立理论也都强调对结论的正当化论证。<sup>③</sup> 威格莫尔甚至在事实认定方面也排斥直觉的功能。<sup>④</sup> 这些法学家对直觉持谨慎态度的立场，在司法中是有积极意义的。司法裁判毕竟关乎人的权利、义务，甚至生命，所以对直觉结论，增加一道人类能够胜任的认知程序作为“检测”更能实现司法价值。Richard A. Wasserstrom 的模型正是体现了这种精神。还有研究指出，发现与检测具有互动关系更加符合心理认知的实际，结论的“发现”部分依赖于检测所决定的“发现”情境，或者说“检测”能够指引法官搜索尝试性的假设与法律结论。<sup>⑤</sup> 因此，对发现结果增加一道检测有助于产生最佳的结论。

笔者认为，检测功能也无法代替正当化论证。因为，对直觉的检测是为了获得准确的结论，而对结论的正当化论证则是为了使该结论具有正当性；检测主要依靠法官的自我反省认知，而正当化论证则应考虑公众能够接受的理由与论证方式。所以，有必要区分“检测”与“正当化论证”。法官裁判的要旨不仅在于答案正确与否，更在于社会公众能否接受，这就需要通过论证使法官个人的结论能够成为对公众有穿透力的、具有“沟通意义”的法律结论。由于逻辑规则在不同主体间已获得共识，符合形式推理且有过程展现的结论人们就会觉得可信，所以，

① 参见赵玉增：《论法律推理的概念——从法律方法论的视角》，《法律方法》第4卷，济南：山东人民出版社，2005年，第304—385页。

② Steven J. Burton, "Default Principles, Legitimacy, and the Authority of a Contract," *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, no. 1 (Fall 1993), p. 156.

③ R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 352.

④ John Henry Wigmore, *The Principles of Judicial Proof*, pp. 14-15; John Henry Wigmore, "Problems of the Law's Evolution," *Virginia Law Review*, vol. 4, no. 4 (January 1917), pp. 262-263. 威格莫尔系统地提出了“司法证明科学”思想，主张把司法证明机理视为与证据可采性规则相并列的知识领域。他认为，常识、直觉和实践经验都不能取代“证明原则”中系统化的基础训练。

⑤ Zenon Bankowski, "The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited," *Legal Studies*, vol. 1, no. 3 (November 1981), pp. 257-265.

逻辑推理可以成为“公共”的认知形式，而直觉只能是“个体”的认知机制。借助公众通用的认知方式（如逻辑推理）对直觉结论进行论证，是将法官个体的认知结论转化为具有“沟通意义”的法律结论的有效方式。而且，正当化论证过程在客观上会对先前结论起到一定的回馈纠错功效。因此，“发现”必须经由检测才能形成最佳结论，而结论必须经由“正当化论证”才成为正当的裁判结论，两者不可或缺。

接着需考虑的问题是，对直觉结论进行检测与论证虽符合司法客观性、正当性的需求，但是否符合心理学规律呢？或者说人类有无能力对自身的直觉结论进行理性分析予以检测与论证？认知心理学告诉我们，人类认知是意识与无意识的统一，是直觉与分析的统一，两种加工系统基于共同的大脑所展开的协作完全是可能的。<sup>①</sup>所以，理想司法认知模型的关键是如何实现认知功能的协作。首先，类型一中模型1与模型2的多重协作，但一般是直觉先行，其具体协作方式可能为类型二、类型三的模式所包含。其次，类型二中的各模型协作。具体而言，模型3主要侧重结论发现功能，也注意到结论的正确性；模型4主要侧重对结论的证立功能，注重结论的正当化；模型5与模型6实际都是发挥着检测功能，只是模型5是强调整理性检测，模型6注重直觉对某些结论的整体性检测效果。因此，可以从类型二中聚类出三种有益的因素：发现、检测与证立，这三种因素的协作可以较好地实现司法目的。再次，遵循类型三的综合模型。该模型包含：直觉发现了初步结论，对初步结论进行检测，检测后的结论再进行正当化论证。这是一个比较完整的认知模型。以“直觉—检测—证立”三种认知功能，实现“发现—客观性—正当性”三重司法任务，可视为较为理想的认知模式。当然，这种列举的论证方式，难免会有其他类型疏漏，但不影响直觉与推理之间的协作主张。

综上，直觉的偏差可能会导致初始结论偏离实际，而且所产生的初始结论还会成为后续独断注意的线索。例如，当人们凭直觉认为某合同是伪造的，那么对签名等信息可能就会优先注意，而且可能觉得更像是仿冒的，以此验证先前的直觉。所以，在司法中要促进法官对自己直觉的深度监控。这也是为何笔者主张在直觉的初始结论后需要检测和证立两道工序的原因，检测是为了防止直觉结论偏离实际，证立是为了对直觉结论的独断注意进行理性纠偏，同时辐射正当化效果。因此，“直觉—检测—证立”三个协作机制，对应着发现结论、防范直觉偏差、修正不合理理由三个认知功能；还能与司法价值进行对接，为案件提供答案、保证结论客观性、展现结论正当性，最终实现认知机制与司法功能的理想结合。

<sup>①</sup> Carey K. Morewedge and Daniel Kahneman, "Associative Processes in Intuitive Judgment," pp. 435-436.

## 六、结 论

2008年, James R. P. Ogloff 重申 Huntington Cairns 的观点:“法学与心理学结合的发展将会是一个长期且沉闷的过程; 尽管这需要很大的耐心, 但是这样的过程必将使法学收获丰硕的成果。”<sup>①</sup> 通过对司法过程直觉的心理学审视, 可以得出以下结论。

第一, 在微观层面, 揭示了司法过程直觉的组成要素、加工机制、基本功能、表现形式及可能产生的偏差等。这些内容可以充实法律认知理论, 改变以往法律认知理论几乎由理性分析主导的状况。

第二, 在中观层面, 法律适用过程的认知活动是“经验—直觉”机制与“理性—分析”机制的统一。法律适用过程少不了经验直觉, 也少不了理性分析。它们和谐地共同处理外部信息, 直觉属于发现脉络, 推理属于论证脉络。没有直觉, 后续的理性分析就没有可加工的原料; 没有推理等论证手段, 直觉的偏差就不易被觉察, 直觉的结论也缺乏应有的穿透力。考虑到直觉偏差的存在, 最后形成了“直觉—检测—证立”的司法认知模式, 使直觉偏差能受到有效约束, 使实然的认知机制与应然的司法价值能较好兼顾。这对于以往将法律适用几乎等同于法律论证的研究倾向无疑起到一定的纠偏作用。

第三, 在宏观层面, 由于逻辑与直觉都无法独立承担司法的基本任务, 所以以逻辑为基础的法律形式主义与以直觉为核心的法律现实主义都难以为实际司法决定提供成功解释, 两者只能共同服务于更有解释力的奠基于理想司法认知基础之上的理论。

吸收心理学新近研究, 刻画直觉与分析的关系, 有助于我们认识司法过程中理性思维的缺陷与直觉机制的不足, 以协作的视角形成理想的司法认知模式, 建构有效的司法理论。同时, 直觉是一种缺乏意识监控的认知机制, 如果不加以适当限制而任其在司法中“大行其道”, 可能会导致司法目标的偏离。这也是我们需要正视的问题。

〔责任编辑: 刘 鹏 责任编辑: 张芝梅〕

<sup>①</sup> James R. P. Ogloff, “Two Steps Forward and One Step Backward: The Law and Psychology Movement(s) in the 20th Century,” *Law and Human Behavior*, vol. 24, no. 4 (August 2000), p. 457; Huntington Cairns, *Law and the Social Sciences*, London: Kegan Paul, Trench Trubner and Co., 1935, p. 219.

abrupt changes of pork price and other factors on APP. Therefore, changing the grain purchasing price protection to grain production and sales protection will reduce the impact of grain price and other factors on APP and inflation. The weak cyclic codependence between APP and CPI and M2, along with the strong cyclic codependence between M2 and CPI, has given rise to a “shuttle-shaped” intersection of cyclic elements. This suggests that China’s monetary policy goal has been alternating between curbing inflation and stimulating growth. When the APP cycle is basically stable, China can implement a moderately easing policy to stimulate economic growth, which, however, must be based on a 1.5 or so increase of the codependent cycle elements of M2. When APP rises sharply or is in the rising phase of cycle elements, China should emphasize the APP control, and should delay the moderately easing monetary policy till the APP cycle becomes stable or is in the downlink phase.

**(7) *Dian* (Conditional Sale) and the Transaction System of Land Rights in the Qing Dynasty** *Long Denggao, Lin Zhan and Peng Bo* • 125 •

A classified study of *dian* (conditional sale) in the Qing dynasty from the perspective of land rights stratification and transaction reveals that *dian* was the transaction of land management right and all the benefits and interests derived from the right within the term of agreement, rather than an “off-set of rent and interest rates.” *Dian* was both independent from and interconnected with other transaction forms, constituting an inherently logical and highly diversified transaction system of land rights comprising *taijie* (title deposit loans), *zudian* (tenancy), *yazu* (rental deposit), *dian* (conditional sale), *diya* (mortgage), *huomai* (live sale) and *juemai* (irrevocable sale). The redemption mechanism of *dian*, *huomai* and *yazu* effectively safeguarded the farmers’ will to protect and redeem their property rights by limiting the room of land rights transfer caused by *juemai* and *diya* with high-interest loans. The diversified transaction system of land rights enabled farmers to make their own choices in accordance with market prices, risks and personal preferences, and helped achieve an inter-temporal regulation of current benefits and long-term benefits, thereby promoting the combination of land circulation with factors of production and boosting economic efficiency.

**(8) Intuition and Its Bias Control in the Judicial Process** *Li An* • 142 •

As a relatively independent cognitive processing system, intuition works with the “rational-analytic” system in processing all kinds of information. The intuitive mechanism plays its leading processing role by way of automaticity, and provides a basis for rational analysis in cases of inadequate information and uncertain judgment. In the judicial process, intuition provides a prerequisite for legal reasoning by accessing legal

provisions and drawing initial conclusions. Logical automatic intuition can also jump over the cognitive process to make a fast conclusion. Meanwhile, intuition tends to induce biases, causing a deviation of the conclusion from the reality. Therefore, intuition must be closely monitored through institutional designs such as proceedings and judicial administration. An ideal judicial notice needs at least three procedures (intuition, check and argumentation), plays three cognitive functions (conclusion discovery, prevention of biased intuition, and revision of unreasonable reasons), and fulfills three judicial tasks (providing an answer to a case, guaranteeing objectivity and demonstrating legitimacy).

**(9) The Source of Tin and the “Copper-tin Road” of the Shang Dynasty in the Perspective of Archaeometry** *Yi Desheng* • 162 •

Lead isotopic archaeology reveals that many bronze vessels of the Shang dynasty contain anomalous lead. This offers a new perspective on the source of tin by using anomalous lead to trace tin-lead (tin-lead-copper) mineral deposits. Some tin-lead (tin-lead-copper) deposits in Jiangxi and Hunan Provinces contain anomalous lead, suggesting possible close ties between them and the bronze minerals of the Shang dynasty. When the possibility of valuable tin deposits in the Central Plains is excluded, we can infer from the perspectives of lead isotopic archaeology, historical mining geography and archaeological culture that the tin minerals necessary for excavated bronze wares of the Shang dynasty may have come from Jiangxi or Hunan Province. There were probably two transportation routes for the Shang bronze minerals. The first route was the northern line, with copper minerals directly coming from the copper ore district of Zhongtiao Mountains (e.g. the Yuanqu area). The other was the southern route, with tin minerals and some copper minerals coming from the middle reaches of the Yangtze River. These may be the so-called long “copper-tin road” of the Shang dynasty.

**(10) The Evolution of the Political System and Power Space of Italian Cities: 1000-1600** *Liu Yaochun* • 185 •

City-commune is an important phenomenon in the Italian history. From the late medieval period to the Renaissance (1000-1600), most city communes in central and northern Italy witnessed a gradual transition from the republic system to the seignorial system under the rule of the seignior and his family. Accordingly, the power space also underwent a number of changes, from palatium to city hall and then to the seignior's castle-palace complex. There existed strong interactions between the political system and the power space of Italian cities, such that different regimes made different constructions of power space, demonstrating their own political cultures.

• 208 •