

基于经验法则的法律论证

何雪峰*

目次

一、问题的提出	四、基于经验法则的类比论证
二、面向法律论证的经验法则	(一) 法律适用的论证
三、基于经验法则的事实推定	(二) 相关性：经验性类比论证的达摩克利斯之剑
(一) 事实认定的论证	结语
(二) 盖然性：经验推定的阿喀琉斯之踵	

摘要 我国法官的裁判文书说理欲实现规范化,必须重视法律论证,为每个主张与判断提供充分的理由。最高人民法院的指导意见表明经验法则是法官进行法律论证的重要理由。经验法则作为一种实践描述能够推动法律论证填补规范缝隙。在事实认定的论证环节,经验法则既是证明规则与证据规则的形成背景,更是事实推定的直接依据。只有妥善把握经验法则的盖然性,才能规避逆谬误与后见偏差等认知陷阱,合理借助经验法则论证三段论中的小前提。在法律适用的论证环节,经验法则是类比过程中相似点与规范效果之间相关性的判断依据。法官可以借助经验法则论证立法理由与事物本质,进而根据法律目的判断相似点的相关性。基于经验法则的法律论证既能回应当下释法说理的需求,也是法律论证理论扎根中国司法土壤的尝试。

关键词 经验法则 法律论证 认知偏差 类比推理

一、问题的提出

法官在做出司法裁判的时候,有义务对其推理过程与最终结论进行论证。^{〔1〕}然而,在我国法

* 杭州电子科技大学法学院讲师、法学博士。本文系浙江省哲学社会科学规划课题“经验法则在裁判文书说理中的适用问题研究”(项目编号: 20NDQN284YB)的阶段性研究成果。

〔1〕 例如《德国民事诉讼法》第 313 条规定判决书应记载裁判理由,记载从事实和法律两方面做出裁判所依据的论据;《德国刑事诉讼法》第 267 条规定判决理由应写明已经查明的事实与作为推断依据的事实,也应写明定罪量刑的情节,法官需要解释为何认定了某些情节而又为何拒绝认定某些情节;等等。

官论证司法判决与说明裁判理由仍是薄弱环节。因此党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中要求“增强法律文书说理性”，十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中要求“加强法律文书释法说理”。为此，最高人民法院于2018年出台《加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《意见》)，正式明确裁判文书写作中必须进行以释法说理为目标的法律论证。

法律论证的基本目标是对司法裁判涉及的事实认定与法律适用两部分内容进行证成。它以一般化的规则为前提,并进一步分为通过制定法和教义学规则为依据的内部证成与对规则本身的外部证成。不同的法律论证理论对法律论证的性质、结构与功能有不同的立场与研究进路。一般而言,法律论证既可以理解为一个纯语言过程,也可以理解为多人之间的交往过程。法律论证理论主要有三种认识旨趣:1)将法律论证理解为对法律适用者的规范性行为指令,2)将法律论证构想为理解上的,追问法律论证的含义与任务,3)从经验上考察法律实践中法律论证如何表现。^{〔2〕}我们将在语言分析的意义上讨论法律论证,主要采取逻辑—分析的进路,探讨前述所谓“理解上的论证理论”所关注的问题,主张法律论证的任务就是保证裁判的可接受性与正确性。

这既涉及以形式逻辑为基础的推理,也涉及必要的决断与价值判断。其原因是法律论证不仅与法秩序的结构相关,而且还涉及所处的法律文化背景。由此可知论证标准其实具有历史与文化的相对性。法律论证的标准深深受制于先前的政治—社会共识的影响,而这种共识的基本内容是不言而喻地作为前提存在的。^{〔3〕}在司法裁判过程中,这类不言而喻的共识往往表现为经验法则的形式。“经验法则与一种文明和文化财产在某一个特定地点和某一个特定历史阶段上的具体表现状态密切联系在一起。”^{〔4〕}当然,经验法则之所以能够进入司法裁判过程,并不仅仅因为它的一般社会共识身份,而是它在生活经验基础上被归纳抽象以致具备了法则性。它们在事实认定过程中起着重要的联结作用,被普遍应用于假设信息、填补故事空白以及为无证据支持的故事设定锚点等环节。它们在建构理性的法律论证过程中也起着关键的基础与补充作用。^{〔5〕}经验法则作为一阶理由出现在法律论证中,总是被用来进行内部证成;而当它作为二阶理由出现时,又是司法三段论大小前提的外部证成中的必要依据。《意见》第13条即明确了经验法则的裁判理由性质,肯定其在提高裁判结论的正当性与可接受性方面的重要作用。因此,分析探讨基于经验法则的法律论证既有助于深化对法律论证结构与标准的认识,也有助于加强裁判说理论证的操作性。

二、面向法律论证的经验法则

所谓基于经验法则的法律论证,倒不是说法律论证这项活动离开经验法则便难以为继,也没有夸大经验法则的作用之义,仿佛它是一切法律论证的核心——如此强烈的论断实有重新建设法律论证理论的意思。然而本文所强调者,无非是经验法则作为一项理由时常在法律论证过程中发挥作用,若以此视角重新审视法律论证,俾能发现一种较少得到研究的司法现象,即法官以经验法

〔2〕 参见[德]约亨·施奈德、乌尔里希·施罗特:《法律的规范适用的方式:确定、论证和判决》,载[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第504—511页。

〔3〕 参见[德]乌尔弗里德·诺伊曼:《法律论证理论大要》,郑永流、念春译,载《法哲学与法社会学论丛》总第8期,北京大学出版社2005年版,第14页。

〔4〕 [意]Michele Taruffo:《关于经验法则的思考》,孙维萍译,载《证据科学》2009年第2期,第175页。

〔5〕 William L. Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 1990, p.334.

则为理由对某个具体法律问题进行说理论证，姑且称之为基于经验法则的法律论证。

何为经验法则？从这一概念的使用情况考察，一般认为弗里德里希·斯坦(Friedrich Stein)关于法官内心认知的著作中最早出现了经验法则一词。^{〔6〕}随着它在德国法学理论中的应用与推广，意大利、西语系国家、日本等国的法律文化也逐渐接纳这个概念。我国学者受德日影响较深，故经验法则的通说也保留着明显的德日学说痕迹。20世纪80年代以来的研究文献^{〔7〕}都有将经验法则与证据法领域内自由心证、表见证明等制度捆绑起来的倾向。这样的路径依赖当然有其概念体系连贯统一的优势，只是在增进对客观法律现象的理解上似存在教条化之弊，空使学者们的研究落入名言之辨而与法律实践有所隔阂。比如，Erfahrungssätze究竟翻译为经验法则^{〔8〕}、经验规则^{〔9〕}还是经验定律^{〔10〕}？Erfahrungsgrundsätze翻译为经验原则^{〔11〕}还是经验则^{〔12〕}？抑或Erfahrungsgesetz才是真正的经验法则？^{〔13〕}学者持论莫衷一是，所谓的通说正见也仅是德国理论界的一般性看法而已。如果过度纠缠于此，容易造成两种缺憾。其一，将某种理论学说的概念与法律实践的客观现象混同，于研究对象的把握不准确；其二，概念理论愈辨析愈抽象复杂，对法官裁判说理的指导作用有限。通说在经验法则的司法应用问题上往往主张作类型化处理。然而不管是引入表见证明制度还是设计“常规一弱化”的适用模式^{〔14〕}，均高度依赖普维庭教授对经验法则的分类（生活规律、经验基本原则、简单的经验规则与纯粹的偏见）^{〔15〕}。这一分类虽然有助于我们大致地把握经验法则的呈现形式，但是与认识经验法则并指引审判实践的目标仍有不小距离。因为四类经验法则之间仅以模糊的概率高低来区别，而概率究竟如何认定却是一笔糊涂账。据此说法，“生活规律”被认为反映了一种没有例外的因果联系，进而强迫法官确信，绝无反证可能。实际上，这是无视科学命题可证伪性的狂妄断言。以指纹为例，即便人的指纹重复概率极低，依然存在一定比例的例外情形，所以经验法则揭示的关系很难用必然一词来表述，只能退而称为高度盖然性。那么“生活规律”的高度盖然性与“经验基本原则”的高度盖然性又该如何划界？某种联系的发生概率以什么标准来判断盖然性高低？纵观各路学说，最后仍不免落脚于法官的自由裁量，说到底离不开实践理性的运用。

司法裁判是一项理性论证的实践。法律概念与法律规范是朝向特定实践目的的简化建构，带有评价性，它们必须不断地以各种层次的指涉运作来维系自身的同一性以及与他者的差异性。在概念自我维系以及适用于个案的同一化过程中，必然会出现规范缝隙。法律论证就是对这一缝隙的填补活动。^{〔16〕}如果我们把经验法则视为法律论证的理由，那么对其法律性质的研究势必在此

〔6〕 见前注〔4〕，Taruffo文，第174页。

〔7〕 例如骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆1981年版；陈朴生：《刑事证据法》，三民书局1983年版；张亚东：《经验法则——自由心证的尺度》，北京大学出版社2012年版等。

〔8〕 周翠：《从事实推定走向表见证明》，载《现代法学》2014年第6期，第110页。

〔9〕 吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012年第4期，第159页。

〔10〕 姜世明：《论经验法则》，载《政法法学评论》2008年第107期，第5页。

〔11〕 姜世明：《论经验法则》，载《政法法学评论》2008年第107期，第5页。

〔12〕 参见 Bernd Gotze：《独和法律用语辞典》，成文堂1993年版，第91页；转引自周翠：《从事实推定走向表见证明》，载《现代法学》2014年第6期，第110页，脚注2。

〔13〕 吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，载《中国法学》2012年第4期，第159页，脚注90。

〔14〕 参见曹志勋：《经验法则适用的两类模式——自对彭宇案判决说理的反思再出发》，载《法学家》2019年第5期。

〔15〕 [德] 汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2000年版，第155—161页。

〔16〕 参见颜厥安：《论证、规范缝隙与法的论述概念》，载《法令月刊》2004年第3期。

认识框架下展开。学界对经验法则内涵的认识大体有三种。第一种认识强调对经验内容的归纳。它认为经验法则是从经验中归纳出来的有关事物的知识或法则,是在人类长期生产和生活实践中形成的客观存在的不成文法则。^[17] 第二种认识强调经验法则的规律性。它主张经验法则是反映事物因果关系或必然联系的法则、知识、事理。^[18] 第三种认识采综合之说。它认为经验法则是根据已知事实来推导未知事实时能够作为前提的一般知识、经验、常识、法则,是人们个别经验的积累中抽象归纳出来的,不能采用全称判断的形式来陈述,而只是盖然性的命题。^[19] 三者基本上没有太大分歧,差异之处无非是有人侧重经验法则的经验性,有人侧重经验法则的法则性。经验性是指经验法则源于经验而又异于经验,更具一般性、稳定性、可靠性。法则性是指经验法则所揭示事物之间的联系具有规律性或规范性。质言之,经验法则与经验的不同点正是它具有法则性,而经验法则与逻辑等纯思维形式规则的不同点正是它具有经验性。这两种看似悖反的性质集于一身恰恰能发挥其填补规范缝隙的作用。

填补规范缝隙意味着在应然与实然之间建立联系,对现实生活世界做出评价,通过论证来实现法律的实践。经验法则在此动态规范性的实现过程中以其独有的描述方式帮助完成法律论证。我们是在特定存在条件下选择某种评价观点,继而获得特定的实践概念,所以颜厥安认为特定存在处境条件下实践概念所指涉对象的存在就是其规范性存在。尤其是非物品概念指涉,“必然具备对社会经济历史变迁的敏锐度……由一连串陈述、说明、诠释之‘论述连结’所组成,这些论述连结也无可避免地连结到立法者当时所处时代的诸多相关或周边体制、观念、科技水平等。……‘非物品性’法律概念所相关的规定,其规范性当然要结合诸多相关社会条件始能发生”。^[20] 本文所界定的经验法则就是一种关于这类“论述连结”与“社会条件”的实践描述。经验法则以理由的方式进入法律论证,其实是以自身独有的实践描述方式帮助我们把握特定实践概念。这种特殊的事实描述,能够为不同的评价观点进入论证打开通道。^[21]

[17] 例如,三月章认为经验法则从经验中归纳出来的有关事物的知识或法则,包括从一般的生活常识到关于一定职业技术或科学专业上的法则。参见[日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡等译,五南图书出版有限公司1997年版,第422页。新堂幸司认为经验法则是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。经验法则既包括一般人日常生活所归纳的常识,也包括某些专门性的知识,如科学、技术、艺术、商贸等方面的知识等。参见[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第375页。刘春梅认为经验法则是人类以经验归纳抽象后所获得的一般性知识或法则。参见刘春梅:《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,第138页。

[18] 例如,兼子一认为作为判断事实的前提的经验归纳为事物的特性和因果关系的知识和法则就是经验法则。参见[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第102页。陈荣宗等认为经验法则系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常识,也包括属于科学、技术、艺术等专门学问方面之知识。参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局1996年版,第487页。毕玉谦认为经验法则是法官依照日常生活中所形成的反映事物之间内在必然联系的事理作为认定待证事实根据的有关法则。参见毕玉谦:《试论民事诉讼中的经验法则》,载《中国法学》2000年第6期,第111页。

[19] 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第321—322页。

[20] 颜厥安:《由规范缝隙到规范存有——初探法律论证中的实践描述》,载《法律方法与法律思维》第5辑,法律出版社2008年版,第15页。

[21] 必须指出,因为经验法则以实践描述的方式去揭示规律性或习惯性,所以有时候经验法则的运用容易被误以为是经验的运用。其实纯粹的个人经验不具备直接进行理性沟通的条件,在法律论证的语境里并没有个人经验的存在空间。

三、基于经验法则的事实推定

(一) 事实认定的论证

事实认定是从事实到事实的推断过程,这与我们对事物的发生发展方式的认识密切相关,也与我们对事实与事实的联结方式密切相关。“经验法则是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识”,^[22]因而是事实认定的重要依据。经验法则在事实认定的每一步都发挥着不可替代的作用,但它们往往也是整个过程的薄弱环节。当事人在事实认定中应用经验法则容易留下破绽从而被对方攻击,法官论证裁判结论时应用经验法则也容易留下漏洞。因此,在事实认定中以经验法则作为理由需要认清经验法则的特点以及经验法则理由的优势与风险。

裁判中进行事实认定主要以证据证明来实现。证据法将证据证明的事实认定过程置入证据的相关性、可采性以及证明力评价的框架中予以分析讨论。在评价证据的相关性与证明力时,法官或陪审团就需要用到经验法则。证据法律本身也会根据经验法则做出相应规定,比如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2019年修改)(以下简称《民事证据规定》)第85条第2款要求审判人员“运用日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断”。可见,以经验法则为理由的事实认定活动普遍存在于裁判与立法过程内,且核心功能是评价证据。虽然以证据进行证明是法律论证中事实认定的主要内容,但是诉讼法与证据法对此已有充分的关照,而更值得我们关注与研究的恰是事实认定过程中除了证明活动之外的“必要的判断”^[23]。这类判断多涉及经验法则的运用,尤其是以经验法则为理由,根据某些事实推出另一些事实存在的事实推定——经验推定。

(二) 盖然性：经验推定的阿喀琉斯之踵

推定与推理、推论、论证相互之间的关系存在争议。一般来讲,推定可作两种理解。它要么被当作一种法则,直接规定某些既有事实与待证后果之间的证明关系;要么被当作一种推论,从某些已知事实推断另一些事实的存在。将推定视为一种法则,通常依赖法律上直接规定推定关系成立。李学灯先生认为真正的推定只有一种,即法律上的推定,而所谓事实上的推定仅为逻辑上的推论(或推理)而已。^[24]法律上的推定其实就是法律予以明文规定的规则。例如《加利福尼亚证据法典》即规定,推定是法律所要求从实践中已经发现或已经得到证明的某一事实或某组事实所得之关于事实的假设,而推论是从实践中已经发现或已经得到证明的某一事实或某组事实中逻辑地、合理地获得之关于事实的演绎。^[25]不过按照大陆法系的通说,推定向来有法律上的推定与事实上的推定之分。学界既已形成使用习惯,本文出于降低说理成本的考虑在推论的意义上使用事实推定的概念。

事实推定是从已知的某一事实或某些事实出发推断未知的某一事实或某些事实存在的推论方式,如果推论前提的可靠性程度足够高,那么事实推定也是一种论证方式。事实推定若以经验法则为理由,则称为经验推定。由于经验法则的内容有规律性内容与习惯性内容之分,^[26]所以准确地讲,经验法则的规律性内容才可以成为事实推定的理由。经验法则的习惯性内容虽然在实践中得到普遍遵守,但往往作为评价的理由被运用,用于逻辑推论则缺乏有效性。比如“中国人总是

[22] 张卫平：《认识经验法则》，载《清华法学》2008年第6期，第7页。

[23] 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第359—376页。

[24] 参见李学灯：《证据法比较研究》，五南图书出版公司1979年版，第250页。

[25] CA EVID § 600 (a)(b)。

[26] 参见陈林林、何雪峰：《论经验法则的司法定位》，载《求是学刊》2017年第3期，第100页。

靠右走”的惯习性经验法则被用来推定“某个中国人某天靠右走”，这样的论证缺少说服力；而“天天下雨总是淋湿地面”的规律性经验法则被用来推定“某个下雨天的小区地面是湿的”这一结论，则更为容易让人接受。这是因为经验法则揭示的“必然”联系只是一种盖然性关系。经验法则的规律性内容以科学知识为渊源，具有较高或极高的盖然性，故而这类经验推定也具有较高的可靠性；而经验法则的惯习性内容以一般生活经验或职业经验为渊源，盖然性程度存在高低差异，因此这类经验推定的可靠性也存在疑问。

若为确保经验推定的可靠性，我们最好将此方法局限于规律性内容的应用，但《民事证据规定》第10条明确引入了惯习性内容，并且北大法宝对此条文关联裁判文书数量的统计也表明法官普遍存在根据惯习性内容完成经验推定的做法。因此，经验推定在法律论证中的核心问题便是说理者如何正确把握经验法则的盖然性。^[27] 以下将通过实验研究结论说明法官在事实推定时会产生与经验法则盖然性相关的认知偏差，以最典型的由代表性启发式造成的逆谬误与后见偏差为例。

代表性启发式是对样本与总体、例子与范畴、行动与行动者，或更一般来讲，结果与模型之间一致性程度的一种评估。^[28] 当人们需要做分类决策的时候，总是试图将最终判断建立在对象与具有代表性特征的类型之间的比较结果上。如果对象看起来与代表性类型比较接近的话，那么人们就会倾向于认为对象属于该代表性类型；如果对象看起来与代表性类型不接近的话，那么人们就会倾向于认为对象不属于该代表性类型。代表性启发式本身就是一种经验法则，这是以直觉经验为渊源的规律性经验法则。心理学关于思维过程的二元系统模型^[29]中，启发式是直觉思维的典型工具。实际上，这种直觉型经验法则在一般生活、职业实践中的作用非常大。比如，“五听”方法作为审案者考察当事人的手段，其背后的依据便是代表性启发式。撒谎的人、内心有负罪感的人总是在神色、表情、语气等方面表现出紧张不安焦虑等状态，所以观察当事人的神色、表情、语气，表现出紧张不安焦虑等状态者多半是内心愧疚或者在法庭上撒谎之人。这条经验法则成为我国古代官员的重要断案手段自然有其合理与实用之处，然而当人们依赖代表性启发式时，往往会低估统计信息，进而导致决策失误。“五听”的本质不过是审理案件的官员在做出判断之前，主要通过评估当前当事人的表现与典型情境中当事人的表现之间的相似程度为自己寻找理由。如果当前当事人的表现(流汗、结巴)与典型情境(当事人隐瞒真相)中当事人的表现相似时，审判者便判断该当事人属于典型情境之当事人形象类型的可能性较高。如果当前当事人的表现与典型情境中当事人的表现不相似，审判者便判断该当事人属于典型情境之当事人的可能性较低。遗憾的是，这类经验法则并没有将典型情境出现的频率考虑进去，忽视了基础比率。忽略基础比率信息的后果会让决策者陷入逆谬误，人们将特定证据下假设的可能性(比如，在原告受伤的情况下被告存在过失的可能性)与特定假设下证据的可能性(比如，如果被告存在过失则原告受伤的可能性)，等同视之或做相似对待。可见，如果法官以某条看似盖然性程度较高的理由去推定待证事实存在(例如

[27] 经验法则的盖然性是指经验法则对事物性质或事物间关系的揭示无法达到必然的程度，以概率统计的方式把握命题为真的可能性高低。经验法则在事实推定时的盖然性问题则是指法官于说理时对经验法则本身的盖然性理解是否准确可靠。

[28] Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, 2002, p.22.

[29] See Jonathan St B. T. Evans, *Heuristic and Analytic Processes in Reasoning*, 75 *British Journal of Psychology* 451, 451-468 (1984); Daniel Kahneman & Shane Frederick, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment*, in Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman eds., *Heuristics & Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, 2002.

当事人的证词不可靠),需要检验是否具备足够充分的信息,避免出现逆谬误的认识偏差。

后见偏差同样涉及对盖然性的认识,它指的是一种在事后过分高估已发生事件的可预测性的倾向。“人们在事后总是夸大事前所能预测的事情。他们不仅倾向于认为已经发生的事不可避免,而且将其视为在发生前就已显露出‘相对不可避免’。人们相信其他人应该比实际所表现那样有能力更好地预测。”^[30]司法实践中,法官总是在事后裁判案件,进行事实认定,因而也总是在事后运用经验推定,所以不免产生后见偏差。^[31]后见偏差的研究表明,人们获知事件的结果之后,这种结果信息必然会通过特定思维机制进入大脑的信息储备单元。在大脑模拟从事前的角度估计该事件发生概率时,结果信息会在潜意识层面左右判断的形成,导致事后估计出来的事件发生概率与可预见性概率总是高于真实值。经验法则揭示了事物之间的一种高度盖然性联系,其可靠程度与盖然性程度成正比。受到后见偏差影响的法官会高估这种联系的概率,而错误认识经验法则的盖然性将进一步将导致整个事实推定的过程出现漏洞。彭宇案一审法官认为被告彭宇帮助原告过于热情,有悖经验法则,进而推定彭宇是侵权人,即是一例。^[32]因此,法官以经验法则去推定待证事实时,为了抑制后见偏差的不利影响,往往需要将更多的经验法则判断权交给案外专家,让不了解案情的第三人去评估经验法则的盖然性程度。

四、基于经验法则的类比论证

(一) 法律适用的论证

在19世纪法律实证主义兴起之后,法律适用^[33]一直被认为是以涵摄为形式进行的活动——将案件涵摄于法规范之下。晚近以来,涵摄模式受到越来越多质疑。学界普遍认为单纯依靠逻辑涵摄获得裁判,要么根本无法到达目标,要么意义不大。^[34]决定法学方法科学性的不是涵摄,而是论证,因此等置模式得到普遍认可。在这个模式中,法律获取程序的核心是类比。^[35]“每一个法律认识,每一个法律发现,每一个所谓的‘涵摄’,都显示出类推的结构。”^[36]类比论证是法律论证的一种重要方法,其背后的指导思想是相同案件应当得到相同对待的司法理念。法律类比论证的基本思路就是某个案件以某条法律规则为裁判依据,那么另一个与之相似的案件也应当以相同的法律规则为裁判依据。在某个案件应当适用何种法律规则存在疑问的时候,法官可以通过论证这个案件与另一个得到裁判的案件存在相似之处,从而将该案的法律规则适用到这个案件上。虽

^[30] Baruch Fischhoff, *For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight*, in Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982.

^[31] 法官或陪审员易受后见偏差的影响已经得到实验证明。See Kim A. Kamin & Jeffrey J. Rachlinski, *Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, 19 *Law & Human Behavior* 89, 93, 99 (1995); Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 *University of Chicago Law Review* 571, 602 - 624 (1998); G. Mitu Gulati, Jeffrey J. Rachlinski & Donald C. Langevoort, *Fraud by Hindsight*, 98 *Northwestern University Law Review* 773, 824 - 825 (2004).

^[32] 陈林林、何雪锋：《司法过程中的经验推定与认知偏差》，载《浙江社会科学》2015年第8期，第30—31页。

^[33] 广义的法律适用或可指陈整个司法裁判活动，本文所谓的法律适用取狭义，与事实认定并称，为司法裁判之下的子范畴。

^[34] [德]拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第204页。

^[35] [德]考夫曼：《法律获取的程序》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第164页。

^[36] [德]考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第33页。

然类比论证并不等于法律适用的全部,但研究经验法则与类比论证的关系对认识基于经验法则的法律论证具有重要阐释与启发意义。

类比论证具有明显的扩张性。大陆法系普遍视类比论证为填补法律漏洞的工具。“由于法院缺乏关于待决法律问题的法律规范,它就参考其他调整类似问题的法律规定。这种将具有不同事实构成前提的法律规范适用于类似的、没有规定的事实情况,人们就称之为类推。”^[37]类比论证根据案件事实与法律规则的内容相似性扩大了法律规则的文义适用范围,这种相似性的判断接近目的性扩张。^[38]在普通法系,类比论证经常被用来论证先前的判决如何构成当下争议案件的理由。卡多佐法官在麦克弗森诉别克汽车公司案^[39]中的类比论证正是类比托马斯诉温切斯特案^[40]、德夫林诉史密斯案^[41]与施塔特勒诉雷制造公司案^[42],将先前判决确立的过失责任规则适用于麦克弗森诉别克汽车公司案。类比论证不同于遵循先例,法官与律师可以自由选择作为类比来源的先前判决,以此为理由论证当下案件的裁判方式,实现其认为合理的判决结果。^[43]作为当下案件的一种论证手段或先前判决的一种适用方式,它对法官并无约束力,具有十足的扩张性。

类比论证的扩张性使其不同于演绎与归纳,它是一种谨慎的信息扩张,带有判断的意味。根据恩吉施的理论,类比论证的逻辑结构如下:

大前提:当两个事实行为 S 与 S' 在一个确定的法律规范视角下是相似的时候,即在重要方面一致,那么,它们应当具有相同的结果。

小前提:事实行为 F(=S')与在法律规范 N 中规定的事实行为 K(=S)在重要方面一致。

结论: F 应当有与 K 相同的法律结果。^[44]

所谓“重要方面一致”就是相似点具有重要性。这种重要性体现在相似点与特定结果之间具备获得“应当”联结的评价条件,也即两者具有相关性。经验法则可作为评价与论证相关性的理由,本文将这种类比论证称为经验性类比论证。

(二) 相关性: 经验性类比论证的达摩克利斯之剑

类比论证根据作为归纳基础的案件数可分为个别类比与整体类比。个别类比就是适用于案件 C₁ 的单一法律规则被适用于与 C₁ 相似的案件 C₂, 也称为法律类比(Gesetzsanalogie); 整体类比就是主张一系列适用不同法律规则的不同案件之间存在相似性, 从这些法律规则中归纳出一般法律原则, 然后将该法律原则适用于没有明确法律规则可适用但又与前述案件相似的案件, 也称为法类比(Rechtsanalogie)。^[45] 整体类比其实就是法律原则的适用方法,^[46]从许多个案中归纳出一

[37] [德] 伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 381 页。

[38] 法官采取目的性扩张也是因为从法律目的来看当前案件与法律规则本拟处理的案件之间具有相同意义。可见就在法律目的之下具有相同意义的视角观察,类比论证与目的性扩张并无实质差别。参见林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 94—96 页。

[39] MacPherson v. Buick Motor Co., 111 N.E. 1050 (N. Y. 1916).

[40] Thomas v. Winchester, 6 N.Y. 387. 57 Anu Rep. 455(1852).

[41] Devlin v. Smith, 89 N.Y. 470. 42 Am Rep. 311(1882).

[42] Statler v. Ray Mfg. Co., 195 N.Y. 418 NE 1063(1909).

[43] See Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, p.85 - 91.

[44] [德] 卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2014 年版,脚注 28,第 179 页。

[45] 另有一种说法,如郑永流教授在恩吉施的《法律思维导论》中将 Gesetzsanalogie 翻译成制定法类比,将 Rechtsanalogie 翻译成法律类比。同上注,恩吉施书,第 184 页。

[46] 参见林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 98—99 页。

般原则，以后依此原则解决的案件因为已落入适用范围，所以不需要考虑个案裁判如何论证以及类比是否恰当的问题。^{〔47〕}显然经验性类比论证属于个别类比。

然而即便是个别类比也无法直接从特殊推论特殊。它们的前半部分是准归纳，而后半部分则是演绎，两部分组合起来就是类比的逻辑结构。前半部分准归纳的结论以及后半部分演绎的大前提可以被表述为：“凡是具有相似点的事物，总是具有 z 特征”或“凡是具有相似点的案件 C，应当适用规则 R”。相似点与作为核心结论的特征 z 以及与规则 R 之间的密切关系被称为“相关性”。

法律类比论证关注相似点与规则 R 之间具有相关性。虽然一个案件不符合规则 R 的构成要件要求，但是如果它与规则 R 的典型案件之间存在具有相关性的相似点，那么它就可以适用规则 R。因此，相似点与规则 R 之间的相关性才是类比论证中法官真正需要论证的内容。如果法官在相关性上存在论证的漏洞，那么他在判决书上的类比论证肯定经不起推敲。故说相关性是悬在法官头上的达摩克利斯之剑。经验性类比论证就是以经验法则为理由去论证这种相关性的类比论证。首先需要注意两点。第一，当法官需要运用类比论证时，必然是当下的案件无法为法律规则的文义所涵盖，因而相似点必然不会以规则的文义为基础。第二，普通法系的法官多将注意力放在先前判决上，因此总是在案件之间进行类比，而大陆法系的法官以法律规则为出发点，并非只有在案件之间寻找相似点才是类比论证，在法律规则的构成要件与当下案件之间寻找相似点同样也是类比论证。若承认这个基础，那么我们可以进一步确认法律规则的构成要件内容与案件事实之间的相似点必然在构成要件的文义之外，在文义之内便无须类比，所以这里讨论的相关性并不是与规则文义的相关性。

学界普遍认为相似点的相关性取决于法律目的。只要当前案件属于法律规则所欲实现之目的的涵盖范围，就算案件事实与法律规则构成要件描述的情形存在出入，也可以或应当将该规则适用于当前案件。同样，只要当前案件符合先前判决的裁判理由与目标追求，就算当前案件与先前案件处理的不是相同事务，也可以归为相似案件而援引先例。然而法律目的本身又过于抽象，为解决此弊，一般又将法律目的落实为立法理由与事物本质。立法理由直接指出法律所欲实现的目的到底是什么，而事物本质在间接地从正义的角度限定法律目的的范围，其逻辑为裁判必须符合事物本然之理，这才是正义，而正义是法律的最终目的。

经验法则是确认立法理由的一种重要论据。“对立法理由的确认从规则的词义开始，随后被历史、体系与目的解释所补充。”^{〔48〕}概括地讲，立法理由需要综合考虑规则的文义、法体系的价值判断以及法秩序本身的稳定、融贯等内容，而这些因素的判断过程离不开背景知识与个案的特殊语境，其中起作用的便是经验法则。文义解释涉及语言的语义、语法与语用等方面，语义具有多样性特点需要借助语法与语用条件来确定，语法与语用条件本身是一种社会惯习，它们总是由文化、习俗等环境来塑造，因此文义解释必然涉及经验法则的内容。试想，单单从常用语义看，狗不过是家养小动物而已，然而以狗指称某人，何以具有辱骂该人下贱的含义？这便是语用条件的差异所引起的相同文字的不同效果。法官如果需要界定“侮辱”这个法律概念，那么势必需要依靠经验法则来识别语用条件，进而才能判断是否构成侮辱。“我们根据常用的语言习惯、根据语言的约定俗成使用词语。……如果要使宪法规定的法律约束力发挥作用，那么法官的首要任务就是在词汇

〔47〕 卡纳里斯便反对将整体类比当作类比论证，其理由是：“这里涉及的不是从特殊到特殊的逻辑推导，而是从特殊到普遍的逻辑推导，也就是说，不是类推，而是‘归纳’。”见前注〔34〕，拉伦茨书，第 482 页。

〔48〕 [德] 卡特娅·朗恩布赫：《欧洲法中的类比推理》，雷磊译，载《法哲学与法社会学论丛》总第 15 期，北京大学出版社 2010 年版，第 46 页。

解释时确定语言习惯。……语词的含义取决于语言共同体的理解。……这原本意味着法律适用者首先(在经验上)必须弄清在社会中发挥作用的语言习惯。”^[49]经验法则以描述实践环境与生活关系的方式去概括法律规则的文义语境,是个案论证中语境与背景知识的补充。可见识别并正确适用经验法则是文义解释的第一步,而后者又是确认立法理由的基础,因此立法理由在这个意义上需要以经验法则作为论据。既已确定规则文义,那么从中概括出立法者的意图也是确认立法理由的关键步骤。立法者的意图有适用意图与直接目标意图之分,前者指的是立法者意欲如何适用该规则,后者指的是立法者意欲适用该规则直接达成什么目的。有论者指出,立法者的适用意图是由它的直接目标意图与它所具有的一些相关信念共同决定的。如果这些信念为假,那么法官应当选择直接目标意图而非适用意图。这是因为:1)直接目标意图更容易为立法机构成员共享,2)直接目标意图更容易从社会背景中推断获得。^[50]适用意图相关信念的真假判断,需要借助外部知识,也包括经验法则。比如婚姻法规定某些严重遗传疾病患者不得结婚。在婚姻法颁布时某疾病A被认为属于这种严重遗传疾病,然而随着技术进步,今天医生已经确认疾病A并不是遗传疾病而且已经研制出治愈的药物,那么患有疾病A的患者S是否还应受婚姻法的约束而不得结婚?答案当然是否定的。虽然从当时立法者的适用意图看,患有疾病A者不得结婚是法律所明确规定的,文本主义的立场自然会坚持S不得结婚,但是立法者的直接目标意图是防止疾病蔓延而危及种族,因此法官可以适用根据科学知识归纳得到的经验法则证明立法者适用意图所涉及信念为假,依照直接目标意图确认立法理由。

另一方面,经验法则也是论证事物本质的一种重要论据。德国法上对事物本质的研究可谓汗牛充栋,一直深入到事实与价值的哲学讨论。不管持何种观点,学者们很难否认作为类比论证的相关性衡量标准的事物本质已经不是纯粹的事实或事实关系,它包含着某种意义与价值,所以事物本质也被称为事物本然之理,也即事理。批评者认为法官如果有权使用事物本质这一论证工具,则必将引起司法的任意性问题。法官可以为其政策偏好与个人态度包装上具有科学性的事物本质这套说辞,从而将法官的价值判断与其“新发现的事实”纳入法体系当中,这带有腐蚀效果。因此事物本质的观点本身仍需要被论证。经验法则恰是最重要的理由。保险法的相关概念需要借助保险行业的经验法则来认定,反垄断法的垄断行为也需要经济学的知识来认定,著作权法的著作权侵权问题同样离不开文学常识,而涉及医疗事故等其他技术性风险问题时更依赖这些事物的内部关系、专业知识,凡此种种,不一而足。这些依据莫不是科学知识、行业知识以及日常生活知识中所归纳形成的经验法则。诚然,法官如何从这些渊源中发现并证成有效的经验法则是一项重要的基础性工作。这里主要探讨经验法则作为实践理由如何嵌入法律论证的结构性问题,出于论点聚焦的考虑点到为止不再展开。我们认为经验法则是对这些基础知识的规范处理。只有借助经验法则才能实现法官既可依据事物本质进行法律论证,又无法任意引入个人政策偏好的双重目标。经验法则之于法官而言既是理由也是司法的内在要求,“遵循这些事实、关系和自然科学法则是任何立法和法律适用的任务。如果不重视它们,就会制定出诸如在北极种植香蕉的荒唐规定。”^[51]

综上所述,法官可以运用经验法则的规律性内容与习惯性内容论证事物本质,解释立法理由,

[49] 见前注[37],魏德士书,第326页。

[50] 参见陈坤:《所指确定与法律解释——一种适用于一般法律术语的指称理论》,载《法学研究》2016年第5期,第108—129页。

[51] 见前注[37],魏德士书,第393页。

在事物本质与立法理由的基础上进一步确定法律的目的。案件与案件之间或者案件与规则的构成要件之间的相似点只有在法律目的的意义存在相关性，才能合理借助类比论证扩大法律规则的适用范围。

结 语

司法改革的一项重要目标是实现司法裁判的规范化。司法裁判的规范化则需要靠提升法官的裁判文书说理质量来实现，因为裁判文书说理不仅有助于解决个案纠纷，还有助于落实提高裁判的可接受性，增强裁判的可预测性以及更好实现司法公正等价值目标。《意见》首次明确地以法律论证的框架为法官的裁判文书说理设定了目标与要求，并且把较少为人关注的经验法则作为论证的理由推到台前。这是一次深入探讨经验法则与法律论证关系的契机。当下对司法过程中的经验法则的研究不应满足于过往的概念辨析或诉讼应用（如德国的表见证明制度）等内容，而需要在法律方法的层面回答经验法则如何作为一项重要理由去支持法律论证所涉及的种种主张与判断。基于经验法则的法律论证便是一次以经验法则为视角审视裁判说理论证的尝试。在这个结构里，经验法则出入于外部证成与内部证成，是事实与规范之外的第三极。不可否认，它带有一种危险气质，但正视经验法则的法律论证理论或许才是回应现代司法裁判任务的出路。

Abstract In order to normalize our judges' interpretation of laws and reasons, we have to attach importance to legal argumentation, which means providing reasons for every proposition and judgment. Guiding opinions of the Supreme People's Court show that empirical rules are important reasons for judges to make legal argumentation. As a kind of practical description, empirical rules can promote legal argumentation to finish the job of filling up normative gap. In the step of justifying fact finding, empirical rules are the background of rules of proof and evidence, and are the direct bases for the presumption of fact. Only treating the probability of empirical rules properly, can we avoid cognitive trap such as inverse fallacy and hindsight bias, and furtherly justify the minor premise of judicial syllogism by empirical rules. In the step of justifying law applying, empirical rules are the bases of judging whether similar points has connection with normal effect. Judges can use empirical rules to justify legislative reason and nature of things, and then determine the relevance of similar points according to the purpose of law. Legal argumentation based on empirical rules can respond to the need of interpretation of laws and reasons, and it also is a try to root the theory of legal argumentation into Chinese judicial ground.

Keywords Empirical Rules, Legal Argumentation, Cognitive Bias, Analogical Reasoning

（责任编辑：宾凯）