

法官的 思维与智慧

Thinking and Wisdom
of Judges

欧阳立春 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



欧阳立春 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官的思维与智慧 / 欧阳立春著. —北京:法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5689 - 0

I. ①法… II. ①欧… III. ①法官—思维—研究
IV. ①D916. 17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 280064 号

法官的思维与智慧

欧阳立春 著



编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 刘雪

封面设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

印张 23.25

字数 353 千

版本 2014 年 8 月第 1 版

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

编辑电话/010 - 63939826

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5689 - 0 定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

近年来,随着普法工作的深入和持久,国人越来越关注国家的司法活动,这无疑是一件好事。然而,由于种种原因,社会公众往往对人民法院的裁判心怀疑疑,诸如,蒋爱珍持枪报复杀人案,张金柱故意伤害案,刘涌涉黑案,黄静蹊踉死亡案,周正龙假虎诈骗案,药家鑫驾车撞人后杀人案,邱兴华连续杀人案,许霆恶意取款案,廖婷婷捂死妹妹案,邓玉娇刺死官员案,崔英杰、夏俊峰杀死城管人员案,李启铭等系列醉酒驾车致死人命案,以及黄永彬遗赠案,刘秋海,彭宇见义勇为案,北京二环奥拓撞人案,四川夹江打假案,北京大学刘燕文学位案,陕西麻旦旦“处女嫖娼”案,安徽张先著“乙肝歧视案”,乔占祥诉铁道部案,北京杜宝良105次交通违章处罚案,都曾经激起过民众的广泛关注和热议,人民法院正常的审判活动不同程度地受到了影响。更有甚者,各地还相继发生了一些伤害法官的恶性事件。2010年6月1日,湖南省永州市的朱军窜至零陵区人民法院,手持微型冲锋枪,向正在开庭的法官和工作人员扫射,致使3名法官死亡,3名工作人员受伤,制造了一起震惊中外的流血事件。

究其原因,一是我国司法机关的权威和公信力还不高,二是我国民众对司法工作的性质和特点了解不够,往往喜欢用道德思维来取代法律思维,三是我国民众法律信仰的缺失。这三条原因是相互联系的。司法机关的权威不高,导致民众对司法活动的公正性产生怀疑,民众对司法特性的不够了解,又造成了司法机关与普通百姓的隔膜。一言以蔽之,司法权威不高与民众对司法的隔膜,相互影响,互为因果。另外,法律思维与法律信仰虽是两个不同的概念,然而善于法律思维的人无疑是具有法律信仰的人,一个具备法律信仰的人无疑是对法律充满敬畏的人。民众对法律信仰的缺失,其实是司法公

信力不高的另外一种表述。司法公信力是司法机关依法行使司法权的客观表现,是裁判过程和裁判结果得到民众充分信赖、尊重与认同的高度反映。^①换言之,司法公信力一方面体现为民众对司法的充分信任与尊重,包括对司法主体的充分信任与尊敬,对司法过程的充分信赖与认同,对司法裁判的自觉服从与执行;另一方面则体现为法律在整个社会的权威与尊严已经树立,广大民众对法律持有十足的信心,公民的法律信仰包括司法信仰得到空前的加强。^②可见,司法公信力不仅与司法权的行使密切相关,而且与整个社会的法律信仰密不可分。

依法治国,建设社会主义的法治国家,这是我们的党和国家提出的治国方略。所谓法治,即良法与守法的结合。也就是说,同任何一个国家步入法治化一样,我们中国要建成法治国家,就应当具备以下两方面的条件:一是要有一套反映社会关系及其发展规律的法律制度体系;二是要有社会公众对法律秩序所内含的伦理价值的信仰,即社会公众对法律忠实的服从。经过多年的努力,我国社会主义法律体系已经建立起来,各个领域基本都做到了“有法可依”,因此,社会公众对法律的忠诚和信仰便成为法治得以实现的关键。

为了增强社会公众对司法工作的了解,尤其是为了提高司法工作者法律思维的水准,帮助司法工作者和社会公众培养和树立起神圣的法律信仰,笔者历时两年之久,从千万字的资料中选取了人们最为关心最感兴趣或最难理解的一些事情入笔,较为完整地介绍了法律思维特别是法官思维的性质和运作特点,让大家在轻松的阅读中不知不觉地感受到司法的神奇与魅力,在将法律交给读者的同时,也将宝贵的法律思维与法官思维一同交给我们的人们。从这种意义上来说,本书不失为一部形象生动的普法版本,适合社会各界阅读。

欧阳立春

2013年9月6日

① 周丰华:“司法公信力缺失的原因及对策”,载《法制与经济(中旬刊)》2011年第8期。

② 同上。



有一种智慧叫法律思维

1. 欧洲共同体外还有一个法律共同体 / 1

在我们人类奇异而神奇的思维世界里,活跃着一种十分独特的思维,它的名字就叫法律思维。法律思维是一种有别于政治、经济、道德、科学思维的特殊思维。

2. 法律思维之花和她的婀娜多姿 / 16

法律思维是人们受法律意识所影响而形成的一种认识问题和解决问题的总原则、总体思路。这就是笔者对法律思维所下的定义。类比推理或建立在类比基础上的思维方法,是带有普遍性的法律思维方法。根据思考法律问题时所站的角度和所要达到的目的不同,可以把法律思维方法分为两类:一类是站在立法者立场上,预测人们未来行为的思维方法。另一类以司法为中心,站在司法者立场上,针对个案生成法律的思维方法。

3. 法律思维交响乐的四重奏 / 37

遇事讲程序,这就是法律思维;说话有证据,这就是法律思维;依法办事情,这就是法律思维;比法学基本原理更基本的,这就是法律思维。这就是笔者对法律思维这个概念形象化的诠释。

4. 故事中蕴藏着的法律思维之特性 / 51

法律思维的第一个特性是它的概念性,就是用法律术语进行思维;法律思维的第二个特性就是看问题都得以合法性为前提;法律思维的最后一个特性是结论的单一性及其理由的充足性。



撩开法官思维的美丽面纱

1. 个性,在比较中张扬和鲜活 / 81

小说家们在创作小说的时候,为了凸显主要人物的个性,通常将主要人物置于同类人中去,让他们发生碰撞相互比较。基于同样的道理,欲要彰显法官思维的特性,我们也得先要知晓同是法律人的律师、检察官、法学家和立法者的思维特征,为法官思维的登场亮相作好开幕前的准备。

2. 智慧的花卉,在美丽中绽放 / 106

毛泽东同志说过:“有比较才能有鉴别。”为了弄清法官思维的本质特征,我们将其置身于律师思维、检察官思维、法学家思维与立法者思维的比较之中。于是,一幅异常清晰的图画,就立马展现在我们的面前了。

3. 法官断案的思想路线 / 207

无论是哪个职业,也无论是哪一位职业高手,他们的心中都有一个成熟的职业路径,所以,这些高手们干起活来,就会显示出不同于他人的一种高超本事来,这种现象正好用两个俗语来形容——“老马识途”与“轻车熟路”。

4. 尊荣,当属艺术性思维中的人民法官 / 227

法官思维既是一门科学,同时也是一门艺术。因此,一个优

秀的法官不仅应该拥有属于科学范畴的学识与本领,而且还应当身怀高超的艺术素质与修养。



三个案后的法官思维

1. 认定事实适用法律,雾里观月 / 256

“透过开满鲜花的月亮,依稀看到你的模样,那幽蓝幽蓝的眼神,充满神秘、充满幻想。”如果我们将法官思维比作为一朵思维的奇葩,那么我们就有理由认为案件事实的认定与法律的适用这两种重要的司法活动和现象,无疑就是这奇葩背后的月亮,妖娆而朦胧,神奇又瑰丽。这里,我们先聊聊认定事实这个迷雾重重而又极具诱惑性的问题。

2. 米兰达现象之谜 / 290

“米兰达警告”是在世界范围内有着巨大影响的一个司法品牌。40年来,围绕这个警告,众多法官和学者还有议员等群体,唇枪舌剑,争论不休,双方所秉持的态度异常对立,相关案件的判决结果也截然不同。这种现象,笔者给它取了个名字,唤作“米兰达现象”。这一现象带给人们的启发固然是多方面的,然而其中最重要的一点,就是法律与政治二者之间究竟该是一种什么样的关系。

3. “许案”,带给人们的困惑与争议 / 300

2006年4月21日,羊城广州发生了一起后来引发全民关注的要案,这就是许霆利用银行ATM机故障恶意取款案。此案前后两次判决,结果天壤之别,委实是对“自动售货机”之说的一次公然挑战,笔者称其为“自动取款机挑战自动售货机”。

4. 萦绕于南京彭宇一案的重重迷雾 / 322

针对舆情反映,2012年1月16日,中共南京市委常委、市政法委书记刘志伟同志,接受《瞭望》新闻周刊记者独家专访时指出,舆论和公众认知的“彭宇案”,并非事实真相。由于多重因素被误读和放大的这起普通民事案件,不应成为社会“道德滑坡”的“标志性事件”。

第一篇

有一种智慧叫法律思维

何谓法官思维？这还得从法律思维讲起。因为从形式逻辑上来看，法律思维与法官思维系种属关系。质言之，法官思维是法律思维的下位概念。那么，什么又是法律思维呢？

1. 欧洲共同体外还有一个法律共同体

在我们人类奇异而神奇的思维世界里，活跃着一种十分独特的思维，它的名字就叫法律思维。法律思维是一种有别于政治、经济、道德、科学思维的特殊思维。

在遥远的欧洲，有一个经济共同体，名曰欧洲共同体。^①这也许是众所周知的事情。然而，在这个以地理位置作称谓的共同体外，还有一个法律共同体，这或许就不是大家都知晓的了。

法律共同体，这个名字是法学家起的，其实，它就是一个法律人的群体，或称法律人的家园，包括法官、检察官、律师，还有我们的法学家。显然，这些

^① 西欧国家推行欧洲经济、政治一体化，系欧洲煤钢共同体、欧洲原子能共同体和欧洲经济共同体的总称，并具有一定超国家机制和职能的国际组织。又称欧洲共同市场，简称欧共体（European Communities）。宗旨是：①取消各成员国之间的贸易壁垒；②建立一个单一的对非成员国的商业政策；③最终协调成员国之间的运输系统、农业政策和一般经济政策；④取消私人 and 政府所采取的限制自由竞争的措施；⑤保证成员国之间劳动力、资本和工商企业家的流动性。

人并非同一个单位的同事。那么,人们为什么要将他们连在一起呢?唯一的原因,就是他们这些人吃的都是法律这碗饭,都具有相同或相近的思维方式。正如梁慧星所言:“众所周知,现代社会有一个法律职业群体,称为法律共同体或者法律人,包括法官、检察官、律师、法学教授等。这些职业差异很大,如律师是一个自由职业者,法官是国家公务员、执掌裁判权,为什么把他们归入法律人这样一个群体当中呢?因为他们共有一个思维方式,就是法律思维。”^①

在我们的现实生活中,关于思维的说法有很多种,如哲学思维、科学思维,这是从思维的种类而言的,又如还有被称为逆向思维和发散思维的,显然,这是就思维的性质所分的类。这些,大伙儿是知道的。然而,朋友们,你是否听说过法律思维?如果你是一个律师,或者是一个法学院的学生,你一定听说过了。如果你是一个法律圈子外的人,或许就不一定听说过法律思维这个说法了。你甚至还会产生疑问:世界上还真有一种思维叫法律思维的吗?

有没有法律思维的存在呢?关于这个问题,不要说是一个法律行业外的人,就连一些法律人士也曾对此有过怀疑。

1970年,美国作家出版了一本 paper chase,这是一本纪实的书,内容是关于美国哈佛大学法学院学生思维方式蜕变经历,通过对学生们入校前后的比较分析,认为法律人的思考确实与其他人是不一样的,最后作者不无感慨地说:“你进来时脑中全是糨糊,而你出去时将像法律人一样思考。”由此可知,法律思维必须得经过长期的专门培养和训练方能成就,正如《追逐文凭》影片中金斯费尔德教授在新生到校第一天的训诫,他说:“你们带着满脑子的糟粕来到这里,我们的任务则是把你们训练得像律师那样思考”。对此,一些学者持怀疑甚至反对态度,认为人的思维只有清楚和混乱之分,根本不存在特殊的思维方式,根本就不存在法律人的思维。然而,大多学者都持肯定态度,并用证据来证明法律思维的存在:第一,法治的理想。法治有四大支柱:立法保持中立,不照抄宗教和历史;司法是具有专业技能的人员;司法者是具有专业的法

^① 梁慧星:“怎样进行法律思维”,载《法制日报》2013年5月8日。

律人;法律人的方法,与其他人不一样。如果我们要相信法治,则必须坚持法律思维。第二,律师、法官的专业化。第三,存在一种独特的法律推理方式。^①

前苏联法学家在将法律体系分为动态和静态两个分支时,曾明确提出过法律思维的概念,认为法律思维和法的创制以及法的实现一起构成动态法律体系的三个不同组成部分,法律思维是指法律意识和法律文化的统一,它是法律发展的一种影响因素,高水平的法律意识和法律文化是法律体系功能有效实现的条件,是当代法律思维创立和发展的前提。^②

法律思维的存在与否,我国法学界也十分看重这个问题,还多次召开过专题研讨会,随着讨论的深入,学者们的认识越来越趋于一致。2002年8月24日至29日,在兰州召开的第二届全国“法律方法与法律思维”专题研讨会讨论了八个主题:一、法律思维的理论 and 实践问题;二、法律方法的一般理论;三、法律思维与法律语言;四、法律推理的一般理论;五、法律推理中的实践推理;六、司法判决与司法文书中的法律方法;七、法律争议解决过程中的法律方法;八、法律职业、法律方法与司法改革。这在一定程度上反映了法学界的法律思维的研究渐趋微观化,而这一发展趋势的前提便是对法律思维认可的趋同性。^③

2007年12月,在第四届全国“法律方法与法律思维”学术研讨会暨第二届“法学方法论论坛”全国会议上,华南理工大学法学院客座教授、香港中文大学於兴中教授认为,从整体上看形成了独特的法律思维,法律思维应该是法学院的思维,法律思维的天地就是法律的天地,法律思维的天地是想象与经验的天地,想象为天,经验为地。最后指出,两种倾向值得注意和重视:一是虚无主义,二是反专业化倾向。

2010年11月11日下午,在武汉大学法学院举办的主题为“中国法官思维模式,兼论法科生法律思维的养成”的讲座上,广东省中山市中级人民法院副院长林少棠同志指出,特定的思维模式使一个职业有别于另一职业,而作

^① 《第四届全国“法律方法与法律思维”学术研讨会暨第二届“法学方法论论坛”全国会议简报》(2007年,广州)。

^② 吴晓明:“目光的往返流盼——法律思维发生的一般过程”,载 <http://www.bloglegal.com/blog/cac/900005462.htm>,访问日期:2013年9月1日。

^③ 同上。

为中国法官又有其特有的不同于西方法官的思维模式。西方法官只需要是一个判断者,而中国法官不仅需要是判断者,更应是一个了断者。^①

清华大学法学院的院长、中国法律学会副会长王晨光教授说,法律思维到底是一个什么东西?我们学习法律的好像都知道,法律人的思维应当和他人不一样,从工业革命以来社会分工发生急剧变化,现在我们社会划分越来越细微。每个职业出来以后都有它专门的知识结构、知识基础。每个职业出来以后又有它专门的一种行为模式和思维模式。学习法律的也有它自己的思维模式,法律人他的思维模式到底有哪些不一样?到底有哪些特点?这有很多不同的说法。但大家都共同认同的就是法律人的思维一定要区别于其他专业思维,一定要有自己一套独特思维的进路或者思维逻辑,要和其他人不一样。^②王晨光教授的这一观点与我国著名法学家孙笑侠教授不谋而合。孙笑侠认为,思维是职业技能中的决定性因素。^③

吴晓明在其《日光的往返流盼——法律思维发生的一般过程》^④一文中指出,作为一种思维类型的存在,法律思维是指用以法律职业相关的、用法律职业的视角去观察分析法律问题的一种思维,将这种思维作横向的考察,就会发现法律思维明显的区别于道德、经济、政治等思维,其特点包括以权利义务分析为线索、强调普遍性优于特殊性、合法性优于客观性、形式合理性优于实质合理性、程序公正优于实体公正、理由优先于结论,法律思维是一种规范性、追寻客观效果性、讲求逻辑性、经验性、讲求微观分析和司法视角的知识型思维。经过横向的比较考察后,抽象化的提炼使得法律思维的独特性得以彰显,如果对法律思维作一个横断面纵向的考察,就会发现法律思维主体的多元使得法律思维具有较多的类型。从静态应然的角度来看,立法者的法律思维是在立法过程中展开的,进行着各种利益诉求的平衡,在法的安定性和

^① 杨文瑜:“人文社会科学学院举行林少棠客座教授敦聘仪式暨学术讲座”,载 <http://www.zsc.edu.cn/2011/0510/10903.html>,访问日期:2013年9月1日。

^② 王晨光:“法律思维的若干问题”,载 <http://law.cufe.edu.cn/article/default.asp?id=1353>,访问日期:2013年9月1日。

^③ 孙笑侠、应永宏:“论法官与政治家思维的区别”,载《法学》2001年第9期。

^④ 吴晓明:“日光的往返流盼——法律思维发生的一般过程”,载 <http://www.bloglegal.com/blog/cac/900005462.htm>,访问日期:2013年10月20日。

灵活性之间寻求恰当的平衡点,法律思维具有一定的公共性和政治性;执法者的法律思维在行政过程中展开,不但对法律而且对政策进行依循,且思维多具有单方意志性;司法者的思维在司法过程中强调忠于事实和法律,定分止争,客观中立;法律服务机构中的律师的法律思维为了维护当事人的权益具有强烈的利益倾向性;法律教育与研究机构中的学者以传授研究法律为己任,用冷静、谦抑的视角打量着世间的纷扰纠葛,追求真理,思维具有学术性;普通民众在日常生活中的法律思维更多地具有自发性和利己性的特点;从动态的角度来看,以上各种法律思维互相作用,互相影响,构成法律思维的动态体系:法不只是评价性的规范,它也将是有实效的力量。一个超国家的法要想变得有实效就不应该高悬于我们之上价值的天空,它必须获得尘世的、社会学的形态,而从理念王国进入现实王国的门径,则是谙熟世俗生活关系的法官。正是在法官那里,法才道成肉身。

吕世伦先生指出:“综观文明社会各种形态的法律文化系统中的法学思潮,就会发现,不同学派的思想家们总是力图通过艰苦的法学思维,来探讨法律现象的内在奥秘”。^①一般而言,不同国家和时代,具体法律制度往往是不完全相同的,但是法律思维方法一脉相承,法现象乃人类制度文明之一部分,制度文明中最典型最集中者莫过于法律,既称之“文明”,意味着法律不仅仅是一种规范、规则,同时也是一种文化现象,法律不但受制于经济、政治、文化等事业,同时又对其有反作用,法学作为一门学问,当然离不开哲学、政治学、经济学、社会学等方面的知识,但同时法学问对于其他学科和人的思维能力的提高都有极大的作用,它应该对于学术传统有所贡献,法学不能以吸取哲学、政治学、经济学、社会学等学问为满足,而应对后者之发展提供学术上的资源,法律职业自有其特殊的思维方式,这是法学的贡献之一。

不仅如此,法律思维一词及其内容还进入了法学院的教材之中,当今中国也有专家写法律思维为题的文章,如公丕祥先生主编的《法理学》(复旦大学出版社2008年版)教材中单列一章《法律职业》,在其第二节,将法律职业语言技能、法律职业的思维特点、法律职业的知识、法律职业的技术作为法律

^① 吕世伦主编:《马克思主义法律史》,中国大百科全书出版社1993年版,第1页。

职业的技能四大组织部分,应该说,本书无论是从内容上,还是从体例和观念上,都代表了当今中国法理学研究的最新面貌,也说明当今中国学人已经将法律职业思维问题纳入了研究视野之中。

读者自己也可从下述不同领域的权威学者的论述中推出同样的结论。不妨试试,权当作一次逻辑游戏。

社会学家说:“科学共同体是由一些学有专长的实际工作者所组成。他们由他们所受教育和训练中的共同因素结合在一起,他们自认为也被人认为专门探索一些共同的目标,也包括培养自己的接班人,这种共同体具有这样一些特点:内部交流比较充分,专业方面的看法也比较一致。同一共同体成员在很大程度上吸收同样的文献,引出类似的教训。不同的共同体成员总是注意不同的问题,所以超出集团范围进行业务交流就很困难,常常引起误会,勉强进行还会造成严重分歧。”^①法学家说:法律人由实践形成了一个“解释共同体”,“这个共同体具有公认的声望,声望助长了权势,权势的正当运用又越发提高了声望,故足以回应社会对法治与正义的期待,更进而推进法治意识在社会中的传播,并提高整个社会的现代化程度”。“法律共同体成员之间的普遍共识点成为法律惯例,这些惯例的当事人最主要的是法官和律师,在正常情况下还有立法者,执法或管理人员,有时还有其他一些人。惯例便是由他们的习惯和偏好所组成的,习惯就是一些人们过去形成的解决法律问题的方法。偏好则是在未来可能案件中他们所具有的同意该法律结论的倾向。”^②我们将社会学家的观点作为大前提,把法学家的认识作为小前提,再运用三段论,就可以十分容易地推出这样的结论:各式各样的法律人由于共处一个大的职业圈中,久而久之便自然形成了一个相互理解易于交流沟通的共同体。法律职业共同体的存在使得法律思维的独特性有了载体的支撑,法官、检察官、律师和法学家等法律职业者所依循的思维方式在这个共同体内获得了可以通约的一般性。

此外,学者们还认为,一些法律制度也会强化法律共同体思维方式的一

① [美]托马斯·库恩:《必要的张力》,福建人民出版社1981年版,第292页。

② 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2000年版,第215页。

致性。例如,根据我国法律规定,最高人民法院对于重大的案件保有最终的决定权,发生在新疆的重大案件和发生的海南的重大案件会通过上诉获得相对一致的判断,同样,高级人民法院在一个省的范围、中级人民法院在一个地级市范围也起到类似的作用。如此一来,即使不同地方的人民法院在某些重大案件的判决上不够一致,由于最高人民法院终审权的存在和行使,这种现象就会被消除或减弱,从而在全国范围内形成共识,这种共识的达成反过来就会加强共同体思维的一致性。

其实,“法律思维”一词,在马列主义经典著作中早有表述,马克思曾经指出:“正如资产阶级在反对贵族的斗争中一度按照传统抱着神学世界观一样,无产阶级起初也从敌人那里学会了法学的思维方式,并从中寻找反对资产阶级的武器”。^① 马克思所说的法学思维与法律思维应是一个等值语。

如此说来,法律思维的存在已不再是一个问题了。关于法律共同体的大意思想必读者朋友也有了一个大致的了解。现在,我们再将“法律共同体”作一个较为详尽的梳理。

法律共同体是指从事法律职业的一个群体,即经法律专业科班训练、具有娴熟的法律职业技能与伦理的人所形成的职业共同体,其成员就是法律人,我们称资深的法律人为“法律家”。法律共同体主要由法官、检察官和律师还有法学专家组成。法官是法律职业的典型代表,因而在分析法律思维的基本规则时,主要就是以法官的法律思维为参照对象。法官的职业思维当然是能够体现法官职业特点,实现司法公正的职业思维,就是指在行使国家司法权的过程中,为了能够公正、公平地处理案件,法官按照法律的逻辑来观察问题、分析问题和解决问题的理性思维方式。通过与大众思维方式的比较,法官职业思维的特殊之处可以表现得更为明显。正如英国上诉法院的首席大法官爱得华·科克曾经讲到的,法官具有的是技术理性,而普通人具有的是自然理性,对法律的这种认识有赖于在长年的研究和经验中才得以获得的技术。^② 这充分说明了法官的思维与普通大众的生活逻辑并非雷同,而是根

^① 《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1956年版,第546页,转引自公丕祥:《马克思主义哲学思想述论》,河南人民出版社1991年版,第274页。

^② 孙笑侠、应永宏:“论法官与政治家思维的区别”,载《法学》2001年第9期。

据职业的专门逻辑进行的,并且这种独特的思维必须经过长期的职业训练才能养成。对于从事法律职业的人而言,其独特的思维方式是法律职业技能得以存在的前提。法律人的职业理性思维,表现为他们的意识、观念或态度的自主性,即思想上的自由,这种理性思维特点是经过专业训练才能获得的,所以它不仅十分特别,而且是区别于其他职业内在的质的规定性。

从表面上来看,判决似乎只是法官法律思维的成果,其实不然。须知在具体案件处理的场合,法官虽具有最终的裁判权,然而任何一份判决书的形成,都是在法律程序内,经过多方当事人、诉讼参与人、律师等的参与、沟通、交流、磨合,最终才得以形成的。也正是在这种意义上,专家们认为:“判决依据生成的主体是以法官为核心的法律职业群体”,^①只能说,法官对法律的解释具有“最终的发言权”,^②仅此而已,“法的空间形成意味着由法的规范、法的解释以及从事这些活动的法律家所构成,并能够连接国家和社会的另一种广义上的法的空间才具有了实践性意义。在这具特殊的空间内,按照特殊逻辑从事‘法的生产’活动的除了法官以外,最主要的就是律师。一方面,律师作为职业者具有民间人士的身份和以委托人利益至上的职业伦理,另一方面又能够以英国法哲学家哈特所说的‘内在观点’来看待法规范、法体系的法律专家,位于广义的法的空间之内。因此,可以说律师是最可能立足于权利批判权力的立场来进行法的思维并捍卫法律尊严的主体”。^③从这些专家的论述来看,也足以说明法律共同体是确实存在的。

法律共同体的最大特点在于这个群体的思维方式具有共同性,这个共同的思维就叫法律思维。法律思维不同于其他思维的最大之处就是它一切都得从法律的角度来打量、分析和处理问题。例如,同样是看到一部机器停了,普通人可能说,这个机器坏了;但作为法律专业人士,应该说的是,这部机器只是不走了,不能说坏了。如果你要说这部机器坏了,必须拿出证明坏了的证据。这就是普通人与法律人思维的不同。

① 谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用》,上海译文出版社2002年版,第168页。

② 同上。

③ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第14页。

法律共同体的存在,并不意味着法官、检察官、律师和法学者的思维方式都是一样的,事实上,由于这些法律人各自的立场和社会功能不一样,他们考虑问题的方式总是有差异的。例如立法者当然也是法律人,因为立法者本身就是有名的法律人甚至有的还是法学专家,但由于其是立法者,所以看问题的角度也许就会不同于一般的法学专家,法学专家也常常担任法律的起草工作,他们表达的大多都是法学家的观点和意见,所以他们的草案中某些意见有时甚至通常,并不被立法机关所采纳。据曾全程参与《刑事诉讼法》第二次大修的修改论证的著名刑事诉讼法专家陈光中教授介绍,他看到的最后一次讨论稿里,草案拟规定除严重危害国家安全、社会公共利益的案件外,一般案件中近亲属有拒绝作证的权利,但近亲属仅限父母、子女和配偶。然而,提请十一届全国人大常委会第二十二次会议审议的《刑事诉讼法》修正案草案又做了重大修改,涉及近亲属作证的内容,只是体现在完善证人、鉴定人出庭制度方面,草案规定:“经人民法院依法通知,证人应当出庭作证,证人没有正当理由不接受人民法院通知出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但被告人的配偶、父母、子女除外。”

讲到这里,只剩下有关法律共同体和其他群体在思维方式上的差异,尚没有说得很清楚。下面,我们就聊聊这个。

人们在思维的方法上,除法律思维外,主要还有政治思维、经济思维、道德思维、科学思维等。当社会争议发生时,我们用不同的思维方式来解决它,可能会有恰恰相反的结果。因此,问题不同,运用的思维方式也不同。法律思维是指在公共决策及在决策过程中按照法律逻辑来观察、分析和解决问题的思维方式,其特点是合法性的思考方式。在法律思维与政治、经济、道德、科学思维发生矛盾时,作为一名法律职业者应该是法律思维至上。

政治思维则偏重于平衡、妥协、制约,第一个特点是强调政治上的利弊权衡的因素,一个人选择政治思维方式来观察分析解决所面临的问题,要考虑的因素无法统计,但核心因素是政治上的利弊权衡。质言之,政治思维最大特点不在于考虑是非,而是思维过程始终围绕着政治上的利弊来权衡这样一个中心。胡启立于80年代末期在一次与学者座谈时,说学者考虑的是“是非”,政治家考虑的是“利弊”。学者的思维方式,应以理论上的是非作为考虑