

SI FA LI NIAN SHI JU TI DE

司法理念是具体的

邹川宁 / 著
Zou Chuanning



人民法院出版社

司/法/理/念/是/具/体/的

邹川宁 /著
Zou Chuanning

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法理念是具体的/邹川宁著. —北京:人民法院出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0475 - 2

I. ①司… II. ①邹… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 120168 号

司法理念是具体的

邹川宁 著

责任编辑 贾毅

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550542(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 534 千字

印 张 31

版 次 2012 年 7 月第 1 版 2012 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0475 - 2

定 价 72.00 元

版权所有 侵权必究

序

改革开放 30 多年，既是我国经济社会发展最快的时期，也是我国法治建设和司法制度建设发展最快的时期。就法院而言，从绝大多数法院 20 世纪 80 年代初的办公用房缺钱、办案缺庭缺人的零起点起步，发展到现在拥有 30 多万干警队伍，多数法院建成了高标准、信息化的办公大楼和审判法庭，形成了统一、规范的审判组织、制度、机制、体制和比较可靠的司法保障体系等。可以说，人民法院二三十年的建设发展穿越了一些西方国家司法制度二三百年的时间所走过的发展历程，这在世界法治发展史上尤其是司法制度发展史上，也是前所未有的奇迹。非常值得我们骄傲和自豪。但同时也要看到，人民法院高速快速发展也带来一些先天不足：例如，司法服务的质量和水平尚不适应人民群众日益增长的司法需求，人民法院依法独立公正审判难、生效裁判执行难、涉诉信访矛盾化解难等三大难题仍在困扰各级人民法院，司法能力不强、司法公信不够和司法权威不高短期内还难以有效改变，如何准确把握和遵循特殊国情所决定的中国特色社会主义司法制度的发展规律等，都成为当前法院和法官必须解决的特殊问题和现实挑战。从社会主义法治理念的深化认识和实践入手，着力打造司法的品质、公信、权威和形象，是破解司法难题、实现人民司法科学发展的必由之路。

从实践中看，随着我国经济社会的全面转型，法治建设尤其是司法制度建设也需要随之转型。总的要求是，司法制度建设要从改革开放前 30 年的重视法院硬件和法官队伍的规模建设，转向重视法院的管理建设和法官队伍的素质建设即软实力建设上来。当前，社会公众、媒体网络对法院审理的个案或出台的司法政策、司法解释等越来越关注，社会上不断出现对司法工作不大满意或是不大满足的意见和声音，社会公众普遍希望法官和法院能够做得更好，在国家民主法治建设中能够发挥更大的作用。这种社会形势和舆论氛围对于法院和法官来说，既是挑战也是机遇。我们必须看到，司法实践中出现的执法办案问题，很多已经不是由于法官司法能力和法律专业方面存在问题，而是由于法院管理和司法理念存在问题所致。因此，只有始终联系法院工作实际，努力践行社会主义法治理念和司法理念，坚持公正高效严格司法，

稳定地向社会提供优质的司法产品，积极有效地回应和满足公众、社会、时代对司法工作的新需求和新期待，才能从根本上树立司法公信和权威，提升司法的良好形象。

《司法理念是具体的》一书，既是邹川宁同志密切关注经济社会发展形势，密切联系审判工作实际和深入践行社会主义法治理念和司法理念的一个重要观点，又是全国法律实务界和法学理论界论述社会主义法治理念和司法理念的开拓之作。本书让我产生了浓厚的阅读兴趣。作者讲述法治理念和司法理念时，没有采用纯粹的理论思辨和论证方式高谈阔论，而是选取社会生活中特别是司法实践中生动鲜活的案例和事件娓娓道来，指出了“理念”来自于具体案件，理念体现于具体案件和理念运用于具体案件的道理，揭示了理念是个别和一般、抽象和具体的统一。正因为理念是具体的，所以是丰富的、鲜活的、发展的，也正因为理念是具体的，所以理念具有鲜明的政治属性和多元特色。不同的理念对案件的法律适用、处理结果及社会评价具有重大影响，法官树立正确的司法理念，对于做好审判工作至关重要，等等。虽然作者的基本观点纯系真情流露和经验体会，但是完全符合理念来自于实践，又能指导和启发实践的理论原理，也符合学术研究的逻辑思维和法官执法办案的法律思维，读后能够让人产生同感和共鸣，富有启发。借此机会，我也想“深有体会”地讲一个小例子，算是对川宁同志所持观点的呼应：

几年前，我到一個高级法院调研，碰到一位年轻的法官也到该地出差，他是一位办理死刑复核案件的法官助理，与承办法官刚从某县看守所提审已经被判处死刑的被告人回来。我就问他从事刑事审判几年了，对提审被告人有什么心得体会，同时对最高人民法院要求办理死刑复核案件的法官一般都要提审被告人有何看法。他实事求是地回答说没有认真想过这些问题，只是感到对大多数死刑案件的被告人来说，复核死刑时还要下去提审没有发现什么问题，因为现在一审、二审对死刑的适用越来越慎重，事实证据都很清楚，被告人多数也是认罪的，只有极少数不认罪但多系狡辩，所以他觉得，在死刑复核中，提审被告人所花费的代价太大，但实际意义不大，言下之意是，在死刑复核程序中提审对多数案件而言没有必要。

这个年轻人所说的话，绝不是他一个人的想法，可能还是其他一些刑事法官的想法。我想，如果我们仅仅从防止错杀的角度，从履行纠错职责的角度理解死刑复核程序中的提审，提审这项工作在多数案件中确实没有多大意义。因为法官通过书面阅卷，审查判断证据，听取辩护律师的意见等，就可以了解并确信被告人的罪行。在国外，几乎没有一个国家实行最高人民法院的法官裁判死刑还要到监狱提审被告人的做法。恰恰相反，他们对我国的法

官到看守所提审被告人感到很不解，认为这是律师干的事情。从实践中看，我们的一审法官、二审法官在审判程序中已经多次到监所提审被告人了，该问的都已经都问了。但法律要求最高人民法院的法官复核死刑案件也应当去提审被告人，不能仅仅从法律角度考虑。

我认为，如果我们既能从法律角度理解提审，又能从理念的角度理解提审，意义就会更全面，提审的价值也会更大，也更能彰显立法精神，我们自己就会感到应当去、值得去。因为，刑事诉讼活动不仅要惩罚犯罪，而且要化解矛盾仇怨，从而最大限度地化解死刑适用的消极因素，实现社会和谐。就死刑案件而言，依法被判处死刑的被告人，并不都会认罪服判，有些被告人可能完全不认同死刑判决。如果一个死刑被告人带着判决的偏见甚至对国家和社会的仇怨离开这个世界，他就可能把不满的信息通过亲属会见或者遗言等传递给其家人。他的家人特别是后人难免不受被告人的信息误导，随之就可能产生对国家和社会的不满，这种不满不仅会影响死刑适用的效果，而且会对国家的长治久安、党的执政地位与和谐社会的建设构成威胁和损害。所以，如果法官在提审被告人的时候，不仅注意发现案件事实是否有错，而且能够根据被告人的心理和情绪状况，有针对性地对被告人进行政策法治教育，促使其认罪悔罪，消除其对判决公正的误解，化解掉他的不满和怨恨情绪，那么，即使提审后发现判处死刑的事实证据毫无问题，法官也会感到不远千里、跋山涉水去提审是非常值得的、有意义的。因为提审活动化解了被告人的不满，使被告人带着认罪和悔恨离开这个世界。被告人同样会把其认罪与悔恨的信息传递给其家人。他的家人就会因此而生歉疚心理，将来就不可能去报复社会。由这个例子可以证明，最高人民法院王胜俊院长提出的“人民法院不仅是办案机关，而且是群众工作部门；人民法官不仅是法律工作者，而且是群众工作者”的观点是十分正确、非常深刻的。一个小小的提审环节，法官带着“三个至上”的理念去做与带着“一个至上”的理念去做，效果完全不一样，价值也完全不一样。这个例子同时也说明，司法理念虽然是抽象的，但更是具体的，理念就在我们的工作过程中，与司法活动密不可分。

本书给人印象深刻的内容还有，作者深入探讨了司法理念的多元化与流动性，司法理念与政治、道德、民意、习俗以及和谐的关系，司法理念的传承与超越、应然与实然、理想与现实以及原创与借鉴等需要进一步研究和形成共识的重大问题。难能可贵的是，作者对这些问题的讨论始终坚持实事求是以理服人，决不把自己的观点和体会强加于人。在当今社会越来越复杂，价值和利益越来越多元，生活内容越来越丰富，各种观点杂驳纷呈的形势下，

能够把自己的思想表达出来,同时又不固执己见,可能正是解决现实问题且以理服人的最好方法。美国学者伯尔曼曾经说过,新的时代将是一个“综合的时代”,在这个时代里面,“非此即彼”让位于“亦此亦彼”,不再是主体反对客体,而是主体与客体交互作用;不再是意识反对存在,而是意识与存在同在;不是理智反对感情,或者理性反对激情,而是整体的人在思考和感受。在全球化、信息化时代,伯尔曼所言已不仅是西方国家的景象,或许也是我国社会未来的景象。作为一名法官,与时俱进地把握复杂多样、快速发展的世情、国情,立足司法工作实际牢固树立、不断提升司法理念和政策理论水平,特立独行地思考问题并发表自己的见解和声音,显得比任何时候都更加重要。

川宁同志先后在西南政法大学、北京大学和中国政法大学学习并获得法学学士学位、民法硕士学位和诉讼法学博士学位,还作为最高人民法院派往英国伦敦政治经济学院的访问学者研习了一年的英国合同法,属于典型的名校打造、科班出身的“学者型法官”。虽然长期从事的是司法实务工作,并且很早就成为地方法院的领导干部,工作繁忙,但始终保持浓厚的理论研究兴趣和广泛的阅读兴趣,喜欢与理论研究者厮混切磋,经常利用职务和工作之便参与、支持理论与学术活动,自己也不断推出学术成果,在法院内外有口皆碑。所以在本书中,我们既能够看到他讲述理念运用资料时的旁征博引和信手拈来,又能感受到他分析问题阐述观点时的思辨能力和书卷气息,是一名副其实的“法官型学者”。

川宁同志从事司法审判工作近30年,先后担任过山东省烟台市、青岛市两座重要沿海开放城市的中级法院的院长,还被最高人民法院评为首批全国审判业务专家,他又是改革开放以后在人民司法的伟大实践中锻造成长起来的专家型法官。这样的法官既懂得理论,又了解实践,还富有经验,写出来的文字多是经验之谈,让人爱看、耐看。本书可以说是他执法办案近30年的经验总结和心路历程。我曾经当面跟他开玩笑说:“年轻人是用眼睛写东西,因为观点和论据都是从别人那里掇来的;成年人是用脑子写东西,因为文章中有自己的思想和见解了;而老年人是用心写东西,因为其中沁透了自己的人生体验和对世事的洞察,其中不乏对人生哲理的提炼和对事物规律的把握。你虽然尚在中年,但本书的文字是用心写出来的。”川宁同志听后哈哈一笑,深以为然。我相信,读者能从中体验一名资深法官的探索精神和职业情怀。

通过几年来开展的社会主义法治理念和司法理念的学习教育活动,我们对国内外的法治理念有了更多的了解和体会。事实上,西方法治国家更加注重法治理念和法治核心价值观问题,并已经把他们的核心价值观水乳交融地

融入了法律制度之中。因此，在我国法治建设和司法制度建设取得巨大进步以后，进一步加强社会主义法治理念和核心价值观建设至关重要，因为没有理念和核心价值观的法治是没有精气神的法治。如果法治理念建设不能与法治的规范建设、机构建设和硬件建设同步推进，共同提高，就无法适应经济社会快速发展的需要和参与全球竞争的需要，如果法治不能解决人民群众的困难和关切，这样的法治不会得到人民的尊崇和热爱。作为执掌国家司法权力的法官，我们要始终明确，在中国特色社会主义民主政治中，没有党的缔造和领导，就不可能有人民司法的今天和未来；没有人民的支持和满意，司法就不可能有公信和权威，没有对法治的忠诚和信仰，就不可能有司法的公正、公信和权威；没有能动司法服务大局的意识，就不可能充分发挥人民法院的审判职能，等等。所以，必须坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上的工作指导思想，坚持“为大局服务，为人民司法”的工作主题，坚持忠诚、为民、公正、廉洁的政法核心价值观，坚持能动司法和调解优先、调判结合等一系列司法理念，并切实做到入脑、入心、入行且真知、真信、真用。我相信，川宁同志这部关于司法理念学习体会的著作付梓出版，给我们开了一个好头，对广大法官和相关读者深入学习法治理念和司法理念，将会起到有效的启迪和帮助作用。

是为序。

胡云腾

2012年春作于北京广泉寓所

目 录

司法理念与法官思维	(1)
一、法官思维的特点	(3)
二、中国法官的法律思维	(11)
多元的司法理念	(25)
一、司法理念多元的客观必然性	(27)
二、司法公正是最重要的司法理念	(38)
三、法官与检察官的司法理念	(49)
四、司法独立是一种政治制度的设计	(56)
变化的司法理念	(63)
一、西方司法理念的变化	(63)
二、公权与私权的保护	(73)
三、中国法官司法理念的变化	(81)
四、司法理念变化的原因	(91)
司法理念与司法制度	(100)
一、司法制度与司法理念的关系	(101)
二、法律制度影响司法理念的表现	(107)
三、法律原则或法律规则对司法理念的影响	(119)
司法理念与政治	(126)
一、司法与政治关系的一般原理	(126)
二、司法中政治因素的作用	(129)
三、西方司法中的政治因素——以美国司法为蓝本	(136)
四、中国特色社会主义司法的政治性	(142)
五、涉诉信访制度对法官司法理念的影响	(153)
司法的人民性	(158)
一、司法的人民性之理论根据	(158)
二、司法的人民性与司法的主体性	(162)
三、贯彻司法的人民性的基本要求	(167)

四、实践中落实司法人民性要处理好的几个关系	(171)
五、司法人民性的具体实践	(174)
司法能动的理念	(178)
一、我国的能动司法与西方的司法能动	(179)
二、青岛法院能动司法的具体实践	(183)
三、在对能动司法理念的认识上应当澄清的几个问题	(186)
司法公开的理念	(196)
一、司法公开的性质和范围	(196)
二、司法公开与媒体监督	(207)
三、正确处理司法与媒体关系	(216)
司法和谐的理念	(226)
一、司法和谐的内涵	(226)
二、和谐司法的实现路径	(234)
三、实现和谐司法应注意的几个问题	(242)
司法的法律效果与社会效果	(252)
一、法律效果与社会效果相统一的根据	(253)
二、两个效果相统一的司法实践	(261)
三、法律效果与社会效果统一的路径	(274)
四、两个效果相统一与民意	(278)
法律与道德	(284)
一、法律与道德的基本关系	(286)
二、道德观念对法官司法理念的影响	(292)
三、司法实践中的道德问题	(306)
司法的有限性	(320)
一、司法的有限性与案件的受理	(320)
二、司法权与行政权的界限	(329)
三、“先刑后民”与“先行政后民事”	(345)
四、司法与商业惯例、村民自治	(356)
司法理念与语言	(361)
一、法律语言的不确定性	(362)
二、司法理念对法律语言解读的影响	(372)
三、法律概念解释的原则与限制	(386)
司法理念与社会经验	(393)
一、经验与常理在诉讼中的作用	(395)

二、经验与常理在诉讼中发挥作用的机理	(408)
三、适用经验与常理应注意的问题	(415)
司法理念与民俗习惯	(422)
一、民俗习惯的性质与作用	(422)
二、民俗习惯在司法中的运用	(431)
三、适用民俗习惯应注意的问题	(439)
司法理念与法官形象	(448)
一、法官形象的重要性	(448)
二、司法理念与审判独立	(453)
三、司法理念与法官文明	(455)
四、司法理念与法官中立	(470)
后 记	(480)

司法理念与法官思维

2002年4月27日，挂靠在四川省泸州市汽车二队的被告杨德胜驾驶小货车在该市纳溪区公路上行驶时，将同向步行的王先强撞死。经交警部门认定，杨对此次事故负主要责任。事故发生前，被害人王先强与牟萍同居生活，且牟萍已怀孕。在解决杨德胜交通事故应承担的民事赔偿责任时，王先强的父母曾请求杨德胜和汽车二队连带赔偿“未生下的小孩的抚养费”，但被拒绝。同年10月22日，牟萍生育了原告王德钦。2003年1月，牟萍代理王德钦提起诉讼，要求被告杨德胜及汽车二队按照《民法通则》第119条赔偿其子生活费等费用。被告杨德胜辩称，《民法通则》第9条规定，公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。原告在王先强死亡时尚未出生，不是具有民事权利能力的、能够行使请求权的民事主体。《继承法》第28条规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按法定继承办理。本案属交通事故赔偿而非继承问题，且赔偿金不等于遗产，保留胎儿份额的规定不能在本案类推适用。《民法通则》第119条规定，侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前抚养的人必要的生活费等费用。在交通事故发生前，原告尚未出生，当然也就不是死者生前抚养的人，不能依照此条规定请求赔偿。泸州市江阳区人民法院经审理认为，《民法通则》第119条规定的“死者生前抚养的人”既包括死者生前实际抚养的人，也包括应当由死者抚养，但因为死亡事故发生死者尚未抚养的子女。因此，法院判决被告支付原告生活费、教育费等费用16236元。^① 法院并没有拘泥于法律的文字含义，也没有受制于《继承法》与《民法通则》之间的关系，而是直奔立法目的而去，并在那里找到了裁判理由的理论依据。

然而，另外一起类似案件由于承办法官的认识不同，便有了与上述案例相反的判决结果。2005年12月22日深夜，家住曲靖的货车驾驶员代某由昆

^① 参见《最高人民法院公报》2006年第3期。

明往曲靖方向行车途中，与停放在公路外的杨某货车上所装载的管桩相撞，造成代某当场死亡。经交通事故认定，代某超速和违规通行，应承担事故的主要责任；杨某货车所载管桩伸出占道 2.6 米，承担事故的次要责任。事故发生后，双方当事人对责任分担分歧较大，代某家人诉至法院。法院开庭审理时，代某之妻已怀孕 5 个月，提出要求判令被告赔偿尚未出生胎儿至 18 岁的抚养费。庭审中，双方就胎儿能否请求被告赔偿抚养费的问题展开了激烈的争辩。被告辩称，依法律规定，公民的民事权利能力从出生时起算，而且被抚养人必须是生前的实际抚养人。胎儿既没有民事权利能力，也不是死者生前实际抚养人，故要求法院驳回原告的诉求。法院审理后支持了被告的主张，并根据《民法通则》第 9 条的规定，判决驳回了代妻对胎儿抚养费的诉讼请求。^①

最高人民法院主办的《人民司法》杂志在同年的第 9 期“司法信箱”中，在回答一读者提出的类似问题的答复中也认为，胎儿并不具有民事权利能力，其不是民事主体，不享有请求权，对于怀孕期间，胎儿父母因侵权致死，胎儿不能请求赔偿抚养费。看来，法官们对这个问题的看法并不一致。上述两个完全不同的判决，与法官们的司法理念有着很大的关系。如果单纯从法律概念或法律规定来看，胎儿并不具有民事权利能力，因为按照《民法通则》第 9 条的规定，公民民事权利能力存在的期间为“从出生时起到死亡时止”，严格的法律文本主义会使一些法官自然得出这样的结论，一般而言，胎儿是不具有民事权利的，只有在涉及遗产的分割时才有可能对胎儿的权利予以特殊的保护，但这仅仅是法律的一个例外。如果受侵害的权利都发生在胎儿阶段，无论是抚养费的权利还是损害赔偿的权利，都不会受到法律的保护。然而，如果胎儿的权利确实是受到了侵害，就像上述两起案例所呈现的那样，法律是否就不应予以救济呢？这符合民法的原理和公平正义的理念吗？于是，有的法官为了解决这一难题，便开始从法律原理中寻求答案。一是认为，尽管现行法律并没有对胎儿的保护有过明确的规定，但也没有禁止性规定，从公平正义的原则出发，对其权利确实受到侵害的胎儿应给予相应的法律上的救济，否则，有违公序良俗；二是认为，民事权利能力与民事权利并不能完全等同。民事权利能力与特定的人身不可分离，因此，始于出生终于死亡。但是民事权利却在一定程度上可以与人身相分离，否则，就不能解释为何公民在其死亡后仍享有名誉权或者著作权，所以，赋予胎儿一定的民事权利并不与民法原理相冲突。显然，在这里，法官们与其说是在解决一个法律难题，

^① 原载 2006 年 4 月 19 日中国法院网。

倒不如说是在进行多种利益的平衡,既要使侵权人不应承担本不属于他应承担的责任,又要考虑胎儿的实际权益,因此,法官们确实需要用智慧来处理这个问题。一些案件的所谓难办,往往不是法律事实和法律关系不清楚,而是在提倡价值多元化的今天,法律无法解决道德价值间的冲突。即使法官们费尽了脑筋,裁判的结果依然是饱受各方争议。正像一位学者所指出的那样:在日趋法制化(故而价值多元)的社会里,充当大写的理性化身的法律已经无法解决道德价值间的冲突,这倒不是人们丧失道德标准或是不愿纠正错误,而是因为只要我们的法治是倡导或包容多元价值的,我们便拿不出任何正当合法而又令人信服的理由,去要求他人改变道德立场。^①

一、法官思维的特点

法官对案件的裁判过程,一方面反映了其法律思维的活动过程,另一方面则受司法理念的指引。我们在讨论法官思维的时候,是将法官作为一个整体抑或是作为一个个体,这是一个非常重要的问题。从整体而言,我们似乎更为方便、简洁,而从个体考察,则又显得过于复杂,似乎是一项很难完成的工作,但我们又必须面对这一问题。因此,笔者试图既要从整体的思维中发现个体的差异,又要从对个体的考察中寻找共同的、带有倾向性的观念。因为在人类发展史上,长期一起从事实践活动的群体往往会形成类似的思维习惯,而彼此隔膜交往很少的群体之间常常在思维习惯上表现出不同。这种情形在法律制度和司法实践中仍然具有类比性。就中西而论,中国古人较重和谐、整体的思维方式同儒家伦理法的长期影响密切相连,而西方社会较重冲突、个体的思维方式也与西方法制讲究制衡、强调竞争、个体本位等品格休戚相关。^②当然,司法者本身并不是抽象的,作为有着各种现实需要和心理欲望的具体的社会存在,作为一个完全的利益主体的人,是具有感知和思维能力,能够对客观世界作出主动反映的人。作为整体概念的人,只有从个人概念那里才能得到理解。正像经济学家米塞斯指出的那样,任何行为都是由一些个人作出来的,一个集体之有所作为,总是经由一个人或多个人做些有关这个集体的行动而表现出来的;一个行动的性质,决定于行动的个人和受该行动影响的各个个人对于这一行动所赋予的意义。^③这意味着,对集体行动的理解应当以考察组成这个集体的个人的行动为基础。

^① 参见冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,第43页。

^② 参见胡水君主编:《法理学的新发展》,中国社会科学出版社2009年版,第241页。

^③ 参见张宇燕:《经济发展与制度选择——对制度的经济分析》,中国人民大学出版社1992年版,第34页。

由于人脑的反映毕竟不同于物理学的机械反映方式，个体通过认知而获取的经验和知识并不可能与客观外界的原形完全吻合。在法律制度和法律实践中，这样的例子比比皆是。例如，同样的法律在宗主国与在继受国经常被作出不同的理解，以不同的方式得以贯彻；在案件审理中，面对同样的事实和法律条文，不同的法官会作出不同的判决。实际上，不仅仅是在中国的法院有同案不同判的现象，国外的同案不同判现象也绝非个别。美国批判法学的代表凯尔里斯在《法律推理》一文中就以战后联邦最高法院关于言论自由案的审判为例对此进行了证明。1968年，联邦最高法院在混合食品590地方工会诉罗甘谷集市广场一案中，判定工会会员在私人商业中心广场集会和演说是合法的。1972年，在洛德诉坦纳一案中，最高法院的大法官们又认为反战分子无权在私人商业中心散发传单，理由是他们侵犯了私有财产权。1976年在最高法院面临哈德根诉劳工局一案时，它就有两个相互排斥的先例：罗甘谷集市广场案认定自由权高于私有财产权，而洛德案则认定私有财产权高于言论自由权。不同的法官基于不同的价值考虑，可能会选择不同的先例，因而，凯尔里斯认为，所谓传统法律的中立性、客观的专业知识，除了使法院的活动神秘化和合法化以外，完全是虚假的。^① 凯氏的论断由于完全否定了法的规范性和确定性，未免显得有些偏激，不过却道出了传统法律的某些缺陷。依靠形式逻辑的法律推理，并不能解决法官的同案不同判问题。法律推理并非是从大前提、小前提出发，就能客观地得出结论的过程，而是法官的选择过程。不同的阅历、学历、成长环境、性格、品性、家庭等导致法官思维的多元化和个性化，加之法律表现出的不确定性、模糊性和道德习俗、公共政策等因素对法官的影响，使法官的思维过程更加复杂。美国现实主义法学家弗兰克曾追问：是什么刺激了法官在不同的结果中选择了此而非彼呢？他回答：法则、原则、法官的个性。法官的思想倾向和个性对案件裁决结果具有重要意义，法官的个性（性情、偏见、习惯等）总是直接参与案件的审理和法律条文的理解。对法律持有不同观点的法官会形成不同的理解、思考和判断法律问题的方法，并且对法条的选择有很大的主动性，裁判结果亦融入了法官的认知、情感和信念。正像有学者指出的那样，在一个多元化的社会中，我们不能假定存在通用的认知能力和一致的舆论。^②

法律思维是法官的一种职业思维，要进行法律思维须具备一定的“前见”，这些“前见”决定法律思维的质量。可以说，有什么样的“前见”，就

① 参见朱景文主编：《对西方法律传统的挑战》，中国检察出版社1996年版，第297页。

② 参见徐卉：《回到常识——〈事实认定：常识、司法认知与社会科据〉导读》，转引自《公法（第四卷）》，法律出版社2003年版，第273页。

有什么样的思维广度与深度。实际上,作为一个法官,在其适用法律的过程中一直伴随着解释。当遇到一个有争议的司法问题时,法官首先遇到的便是管辖问题。法官会依据他的初步判断而试图将这个争议划归或划出某法律的管辖。在确定了是刑事、民事或行政问题之后,才出现法律的技术性解释问题。一个问题是刑事、民事抑或行政问题,这是法官首先要考虑的。例如,民事欺诈与刑事诈骗,在具体的纠纷或争议中是很难一下子确定的,法官要根据整个案情进行综合判断。否则,这一纠纷由何部门管辖都会成为问题。法官在这一思维活动过程中,并非是一个严格的适用三段论的过程,而是凭着长期经验所作的一下子的判断。这种瞬间的判断很难说是一种解释,正像苏力先生指出的那样,在法官和律师看来,这个案件的法律适用就应当是如此,是天经地义的,但这种天经地义感来自他们的长期的司法经验,而不是一种先天的产物。当然,解释和推理的过程可能是因人而异的,这就如同一个围棋高手和一个围棋新手之间的差别,围棋高手下棋时可能是他们逻辑分析的结果,但更多的时候可能是他们感觉这一步“点好”,这是由于长期的训练使解释不再必要,一个初学者也可能走出这一招,但往往是他分析解释的结果。^①

依据伽德默尔的哲学阐释学,理解是从前见、偏见开始的。“前见”是一个解释学范畴,大体指的是一个人内在具有的、由其人生经验形成的思维平台和心理模式,其将潜在地影响对事对人的判断。陈金钊教授将法律思维“前见”分为三个基本层次,即法律心理层次,主要包括思维者对法律态度、情态等非理性因素;法律理论层次,主要包括对法律概念、原理、规范的掌握程度,其中,法律概念最为重要,它是法律思维过程中推理、判断的基础,而所谓法律思维主要就是运用法律概念、术语来进行思维;经验层次主要包括思维者对法律生活的体验,如阅读案例的多少,参加审判活动的时间长短等。^②然而,笔者认为,对法官来讲,其前见不仅包括专业训练、职业经验,还包括思维者的生活历练、个人价值观以及个人秉性等等。法律思维的过程实际上就是思维者的主观性在事实认定、法律识别的过程中得以充分体现的过程。假设一个“情节恶劣”的强奸案的案件事实已经查明,并且作为大前提的刑法规范也已确立,对该犯的量刑在司法实践中并不能得出唯一的确定结论,因为对“情节恶劣”的判断必须依赖法官的主观活动。按照《刑法》的有关规定,此种犯罪应当处以“十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑”,法律只给了一个相当宽泛的量刑幅度,具体处以何种刑罚必须依赖法官的主观

^① 参见苏力:《批评与自恋》,法律出版社2004年版,第13页。

^② 参见陈金钊:《法律思维及其对法治的意义》,载中国民商法律网,2009年11月18日访问。

判断。如果一个办案法官的亲友有过类似被害人的遭遇，该法官的判决结果大概与无此经历的法官不会相同。伽达默尔说过，前见对结论的影响是一种事件而非行为。换言之，各种前见有机地构成了一个人的自我意识，且并不能为人所控制。各种前见都不可避免地会影响判决结论，甚至包括日常生活和个人偏好。法官作为平凡的普通人，有着与所有人一样的七情六欲。每个法官的生长环境、成长经历、自幼所受到的教育、道德、习惯等都不是相同的。不同的生活烙印赋予他们各异的情感和判断是非的标准。法官在适用法律上的差异，在很大程度上是其生活经历、文化水平、人生价值观甚至生理状况等这些法外因素的反映。一个有着困难生活经历的法官，其对弱者的同情心可能就会更强烈一些；一位身为母亲的法官，其对少年犯的态度恐怕会有别于一位男性法官。全国法院涌现出的优秀的少年审判庭长大多数是女性这个事实，大概也能在某种程度上说明这一点。卡多佐曾经指出，最终判决的形成乃取决于法官的“生活经验；其对通行的正义和道德准则的感悟；其社会科学的修养；有时求助其敏锐的洞察力、他的猜测甚至他的无知或偏见”。

依笔者的审判经验，在法律适用问题上，首先突出表现出来的是一个或一些判断。这些判断是解释发生的前提条件，尽管判断本身不是或不等于解释，但解释之所以得以发生，恰恰是因为先有了这些被解释者本人忘记和忽视的判断。故从法解释学的结构来看，这个先定判断是一个先决条件。^① 笔者从许多案件的讨论和争议中，确实验证了上述说法。例如，对于知假买假的讨论，争议是如此之大，从是否应适用消费者权益保护法的双倍赔偿到是否适用消费者权益保护法，众说纷纭。在这一讨论中，几乎看不到三段论的逻辑适用，相反，我们看到的更多的是，对立法背景的解读，对消费者概念的分析，对双倍赔偿弊端的比较，实际上呈现在我们面前的是，不同观点的论者都在为其自身的判断寻找依据。主张双倍赔偿的论者认为，只要是向消费者销售了假货，消费者就有权获得双倍赔偿，这种判决有利于制裁假冒商品的制造者和销售者；不同意此观点的理由则是，知假买假不是一种消费行为，不应由消费者权益保护法调整，如果支持这种行为，等于是容许个人从打假中牟利。由于当时争议很大，竟出现了同一个城市的不同的基层法院作出了截然相反的判决的尴尬情况。笔者认为，法官之所以接受了这种解释而拒绝了那种解释，必定是因为法官已判定这种解释的社会效果会更好，更能为人们所接受。正如苏力教授所指出的那样，在法律解释时，无论是律师还是法

^① 参见苏力：《批评与自恋》，法律出版社2004年版，第14页。