



法官审判技能培训丛书

总主编：吕忠梅

法官的思维

——司法认知的基本规律

王纳新 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



法官审判技能培训丛书

湖北省高级人民法院
福特基金会

合作项目

总主编 吕忠梅

法官的思维

——司法认知的基本规律

王纳新 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官的思维——司法认知的基本规律/王纳新著.
—北京:法律出版社,2005.10
(法官审判技能培训丛书/吕忠梅总主编)
ISBN 7-5036-5890-8

I.法… II.王… III.审判—中国—法官—培训
—教材 IV.D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 117087 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 卞学琪

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.125 字数/300 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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:

第一法律书店/010-63939781/9782

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5890-8/D·5607 定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

每当湖北法官进修学院的法官培训班开始,我都会向学员们提出一个同样的问题:法官怎样办案?

很多人告诉我:我们已经系统的学习过法律知识,办案多年有一定的审判经验,连这个都不懂,如何当法官。更有人不屑地反问:这个问题需要回答吗?有一句人人都懂的话你不知道吗?“以事实为依据,以法律为准绳”嘛,法官当然是根据事实和法律办案。

对啊,法官当然是根据事实和法律办案。我接下来要问的是:法官根据什么样的事实和法律办案?什么样的事实是法官办案的依据?对于当事人双方从各自的利益角度出发所提供的证据、做出的陈述,在何种情形下法官可以采信,如何采信?为什么许多不同的事实可以适用同一法律,而有些基本相同的事实却不能适用相同的法律?为什么不同的法官在适用相同的法律时会出现完全相反的理解?为什么有许多法官认为正确的审理结果不能为社会所认同?在法律没有明确规定时法官怎么办?法官的自由裁量权应如何行使?法官如何做到相同案件相同处理?法官如何做到让公正看得见?……

在一连串的问题提出后,大多数人会保持沉默,也有人会说没想过。而在审判实践中,这些问题无时不在困扰着我们。它们的存在即清楚地表明:“怎样办案”远不是人们想像中的一个低级的、幼稚的、简单的问题,更不是一句“以事实为依据,以法律为准绳”就能解决的。

通常,我们从大学法学院接受法学教育,学习法律知识,这是成为法官的前提。通过学习,我们知道了法律是由精神、理念、宗旨、原则、制度、规范所构成的科学体系;懂得了法律规范的功能、作用和逻辑结构;明白了法律“是实践而不是设计的产物”,法律的生命在于实践;也准备好了将所学过的知识正确地应用到实践中去,雄心勃勃,要做一个公正的好法官。

但是,只要进入法院,实际接触案件,很快就会发现:做法官不是那么简单。法官面对的是千姿百态的生活,是万千气象的社会,是比法律原则、制度和规范逻辑复杂得多的现实:

当事人的行为永远不会照着法律“假定”的那样“规范”地发生,他们之间的关系层层迷雾。在法庭上,他们的陈述相互矛盾,提供的证人证言完全相反,书证物证零散……发生的事情常常让你感到匪夷所思,怎么也理不出头绪,不知道从哪里着手才能理清这一团乱麻。虽说法官是“坐山观虎斗”,但却不是“现场秀”,当事人是在“法庭”这样一个特殊的场所“表演”过去的事情。他们的目的非常明确,他们趋利避害,希望法官更加相信自己。

到了这个时候,他们的行为实在难以判断:要么是将所有的证据无论怎么排列与法律的规定都差那么一点;要么是像这又像那,难以做出非此即彼的定论;要么恰恰出现了法律没有“假定”的情形;要么是法律“假定”的情形已经远离了现实生活……法官似乎永远生活在证据不足与法律不够的社会中。

我们十分困惑。如果说,法官的审判活动无一例外地要经历“获得案件事实→择取法律规范→解释法律规范→对法律规范与案件事实的价值和逻辑关系进行内心确信→形成判决”的思维推理过程,那么,我们如何才能顺利地获得案件事实、正确地择取法律、妥帖地解释法律规范、合理地对法律规范与案件事实的价值和逻辑关系进行内心确信、形成有说服力的判决?这些都是法学院从来没有教给我们的,而我们已经掌握的法学院知识却无法派上用场。

还有,在中国法官队伍来源复杂的情况下,我们看到了一个值得深思的现象:在没有经过专门法律训练但有长期实践经验的法官中不乏优秀人才;而专门法律院校毕业成长为法官的也并不是个个优秀;一个新毕业的法律博士并不一定比长期从事审判工作的复转军人更能审案、更能把案件审理好。

这又是为什么呢?法学院——法官,军队——法官,如此巨大的背景差异却出现了饶有兴味的结果。

因为法官是一种职业,“职业是这样的一种工作,人们认为它不仅要求诀窍、经验以及一般的‘聪明能干’,而且还要有一套专门化的但相对(有时则是高度)抽象的科学知识或其他认为该领域内的某种智识结构

和体系的知识。……因此,经济学是一个职业,而商业不是,理由是你无须掌握一套抽象的知识也可以成为一个成功的商人,但是要成为一个成功的经济学家却不能如此。木匠也不是一个职业,尽管其所涉及的训练要比商人更为专门,但是它并不要求有很高程度的智识训练,没有能否胜任的问题。”〔1〕是职业要求法官必须同时具备两个方面的素质:系统的法律知识与适用法律的基本技能——诀窍、经验以及“聪明能干”。缺乏其中的任何一个方面,都不能真正满足法官职业的要求。

法学院进行的是学历教育,完成的是法律知识的系统传授;复转军人经过长期审理案件的经验积累,掌握了一定的诀窍。因此,他们都是能够部分满足法官职业要求的人力资源,是法院宝贵的审判资源。但是,两方面的人才都是有缺陷的,都不能完全适应法官职业的要求,必须进一步完善,更全面的提升法官素质。

因此,法官教育承担着繁重的任务。事实上,从最高法院到各地方法院,为法官教育所付出的努力是巨大的。不可否认,经过十多年的努力,基本上完成了在职法官的学历教育,使法官们的法律知识水平有了很大的提高。但十分遗憾的是,法官技能教育培训却没有达到应有的程度。目前的法官培训依然主要集中于法律知识培训,极少关注司法技能。很少从司法技术的角度为法官提供办案经验与技巧。出现这种现象的原因也许是多方面的,根本的原因在于对法官职业、司法的功能缺乏理性的认识。

长期以来,人们将司法孤立的、静态的、机械的理解为一种制度上的分工,忽视司法对于制定法实施的主动性和能动性,忽视司法对于制定法的检验和评判功能,更忽视司法将社会和法律的价值判断转化为法律技术问题,从而起到解决纠纷、恢复社会秩序的纽带与桥梁作用。进而,对于法官的作用也是一种机械而表面化的理解,将法官简单地当做法律适用的机器,不承认法官职业的特殊性与专业性,不承认法官职业所应具有的各种专门知识、技能、经验与维系其共同认知的伦理道德与行为规则。因此,法官教育也不可能关注司法技术与技能。

今天,职业化已经成为法官队伍建设的核心,法官教育当然应该围

〔1〕 理查德·波斯纳著:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第44页。

绕职业化建设的需要而展开,实现由知识传授到技能培训的转变。为了实现这一转变,湖北省高级人民法院与美国福特基金会、中南财经政法大学进行了长达7年的合作,举办了13期法官培训班,探索适合法官继续教育的课程。全国各知名法律院校的许多法学教授、最高人民法院以及部分高级人民法院的高级法官、一些外国法官以及外国法官学院的教师参加了这一项目,法官们的这个课堂是不同于法学院的,他们的课程体系、教学方式都是为法官们专门设计的,教师中相当多的是法官。

经过反复比较与论证,基本形成了包括三大模块的课程体系:

第一部分,为法官基本职业素养方面的课程。这一部分课程设计的目的在于使法官(准法官)在面对纷繁复杂的法律关系、法律规定与法律制度时,能够在掌握法律知识、熟悉法律条文的基础上,进一步理解和掌握法律条文背后的法律意识、法律精神和法律价值,以及与之相联系的政治、经济、文化、社会、道德与传统等背景,培养法官传播法律精神,促进民主与法治建设,维护社会正义与秩序,保障公民权利,实现司法公正等方面的基本素质。

- 法律意识与现代司法理念
- 法治信仰与法治方略
- 权利理论与人权保障
- 法的目的与价值取向
- 公法的法治理论与司法
- 私法的法治理论与司法
- 司法改革与司法正义
- 法律职业伦理与执业规则

第二部分,为职业思维训练方面的课程。这一部分课程设计的目的在于使法官通过专门的思维方式训练,形成良好的法律思维模式,能够熟练的运用法律职业思维方式来进行审判。对于法官来讲,思维方式甚至比他们的专业知识更为重要。因为专业知识是有据可查的,而思维方式是靠长期专门训练而成的。

- 法律语言与法律思维
- 程序理性与程序价值
- 法律解释方法
- 法律推理方法

——法律适用规则

——证据规则

第三部分,为司法技能方面的课程。这一部分课程设计的目的在于使法官通过学习能够迅速地掌握司法的专门技术与技巧,以保持良好的司法传统的继承。司法技能与职业思维有直接的联系,它们之间的关系是方法与技术的关系。

——实体公正与程序公正的冲突与价值取舍

——程序公正与证据采信

——证据规则与法官自由心证

——程序公正与当事人主义诉讼模式

——控辩式诉讼中法官的角色定位

——直接言辞与庭审

——法官自由裁量权的行使与限制

——裁判文书的制作

为了满足这一课程体系的需要,我们开始寻找教材,费尽周折,发现现有的各种培训基本沿袭法学院教材模式,注重法律知识的构建与法学理论的阐述,注重对法律规范的规则性阐述,缺乏对法律适用技能与技巧的研究与系统阐述,不能向学员传播具体适用法律、审判案件的技能与技巧,学员在将法律规则运用到具体案件中的方式、方法以及标准等方面依然无可遵循;对于法律信仰、法官职业道德知其然不知其所以然;对于法律的精神与价值缺乏深刻而理性的认识。这种培训教材显然无法满足我们的课程体系与教学目的。

现实迫使我们向前再走一步。于是,我们从法官职业化的基本认识出发,在对法官培训进行合理定位的前提下,通过对现行法官培训教材与内容的深刻反思,针对法官职业所需要的各种专业技能与素质而设计了这套专门教材。其主要内容是对法官审判技能的规律化总结,系统阐述法官审判活动中所需要的各种工作方式、方法、价值判断标准以及运作程序,目的在于通过使用本套教材的培训课程,尽可能使受训者迅速而又准确地把握审判技能的基本内容,实现法官职业化所要求的所有法官对于法律知识、法律方法、法律适用原则以及方法的认知基本统一,避免出现由于法官个人因素而导致严重的法律适用差异、相同情况不能得到相同对待的现象,实现司法的公正与统一。

这套教材分为两个部分:一部分是编写的,这部分教材的作者全部是法官,是既具有良好的法律知识背景又具有丰富的审判实践经验的法官,其中相当多的内容是审判经验的理性化;另一部分是翻译的,这部分是对国外法官的审判技能培训教材的引进,用作参考,翻译及审校人员既有法官也有法律专家学者。我以为,两部分的结合会使学员得到更为丰富的信息,尤其是在我们还没有考虑到的环节和地方,借鉴不失为事半功倍的好方法。

当然,由于这是一个实验项目的成果,难免不成熟与不完善。将它们呈现给读者,也是为了能够在广泛征求意见的基础上使它们更为完善,能够更加符合法官职业化的要求。

衷心希望所有参加过或者没有来得及参加这一项目的法学专家们、法官们、关心法官队伍建设的人们对这套教材提出意见和建议。

感谢福特基金会特别是法律项目官员张乐伦女士、刘晓堤女士为湖北法官培训项目提供的长期的热情的支持!感谢中南财经政法大学特别是法学院为湖北法官培训给予的极大帮助!感谢所有参与法官培训项目的教授们、法官们!感谢法律出版社!感谢丁小宣先生!

吕忠梅

2004年10月1日于武昌

主 编 按 语

做过法官的台湾法学家王泽鉴先生说：“最近数年来，学习法律的人，常自称为‘法律人’，带有几分自傲！几分期许！然则，法律人与所谓的外行人（非法律人），究竟有何不同？在一个法制社会，法律人常自负地认为，大者能经国济世，小者能保障人权，将正义带给平民。法律人为什么会有此理想，有此自信？这是因为一个人经由学习法律，通常可以获得法律知识，能够认识法律，具有法律思维、解决争议的能力。也就是说，一个法律人应该明了现行法制的体系、基本法律内容、各种权利义务关系及救济程序；能够依循法律逻辑，以价值取向的思考、合理的论证，解释适用法律；依法律的规定，做合乎事理规划，预防争议发生于先，处理已发生争议于后，协助建立一个公平和谐的社会秩序。”

这段话是对法律人生的精辟总结，也是对法律人所应该具有的法律能力与素养的高度概括。在王先生看来：法律人的生命轨迹并非停止于“获得法律知识”，更重要的是“具有法律思维、解决争议的能力”，能够在一定法律知识的基础上，依循法律逻辑、运用法律的价值取向、正确的处理法律问题。因此，成为法律人的要旨不在于掌握一定的法律知识，而在于具有法律思维，具有运用法律逻辑观察、思考、判断与解决问题的能力。

法官作为法律人中一个具有鲜明特性的职业群体，对法律知识与法律思维需要的程度更高于法律职业共同体中的其他部分，这是不争的共识，也是当前学界与社会普遍关注法官素质与修养的原因。如果说司法公正是社会的稳定器，法官就是这个稳定器的操作者。操作者的技术与技能各不相同，结果就可能千差万别，而千差万别的结果与法律的理性、同样问题同样对待的法律适用原则产生了尖锐对立，对立的长期存在不仅使司法公正无从树立，而且终将使法律对社会生活的规范与调整功能丧失殆尽，这是任何一个国家与社会都不能容忍的。因此，法官作为法律的适用者，并无任意实施法律的权力，更无随意适用法律的自由。他

2 法官的思维

必须遵循法律适用的一般原则、依照法律的逻辑、运用司法的技术,将法律适用于案件,使案件得以公正审理。对这些原则、逻辑、技术的理性认识,就是法官的法律思维。

说到法律思维,人们很容易将它与“理性”、“抽象”、“宏观”、“虚无”等联系在一起,这样的联想也许并无错误,但对于法官的法律思维而言,至少是不能全面涵盖的。因为,法律思维之于法官是一种工作方式、一种基本素养、一种生存状态。

17世纪初,英国首席大法官爱德华·柯克爵士与英王詹姆斯一世有过的一段精彩对话,也许可以帮助我们明白其中的一些道理。

詹姆斯一世说:“依朕意,法是以理性为基础的,故尔朕及他人与法官具有同样的理性。”柯克法官的回答是:“不错,陛下具备伟大的天赋和渊博的常识。但是陛下并没有研读英格兰领地的各种法规。涉及臣民的生命、继承、所有物或金钱等诉讼的决定,不是根据自然理性,而是根据有关法的技术理性(artificial reason)和判断。对法的这种认识有赖于在长期的研究和经验中才得以获得的技术(art)。”〔1〕

柯克法官明白地告诉国王也告诉了我们:法官的思维不同于一般法律思维的特性在于它是一种技术而非纯粹的知识。或者说,法官的法律思维是以司法技术方式存在的对法律的理性认识,是法律的实践理性或者技术理性的体现,它具有明显不同于法律自然理性或者知识理性的特征。

这些特征是什么?为什么法官的思维会具有这些特性?这些特性在司法过程中如何体现?法官的思维既然是一种技术,它有没有可以遵循的规律或者能否形成基本的规则?

许多的问题需要回答,而这些问题的答案从法学院的教科书中是找不到的,也是没有司法实践经验的法学教授难以发现和总结出来的。法学教授也许可以从他人的研究成果中提炼出一些观点、得出一些结论,但却不可能是他自己的司法实践经验的总结,也不可能是对法官的法律适用这一“活法”源头的自身思维的把握。我们看到,尽管有不少学者高度关注司法活动的法理问题,希望为法官提供具有指导意义的法学理论,也为此做出了巨大的努力。但许多成果在法官看来,总是有一点隔

〔1〕 转引自季卫东著:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社2000年版,第200页。

靴搔痒,有一点隔山打虎,还有一点隔岸观火,离我们法官的工作现实、法律困境、技能状态很远,对中国的司法制度、司法环境、司法理念“水土不服”。

我们清楚地知道,作为理想主义者的法学家的研究是必须的,他们代表着中国法制的未来,因此他们的研究成果的意义毋庸置疑。但是,法官面对具体的讼争时,无论制定法是否健全与完善、无论此类情况在此案之前是否曾经发生,他都必须拿出具体的解决问题的方案,并且这种方案还必须符合法的一般规律与基本精神。在这种情况下,法官只能是现实主义者,他们所思考的问题更多或者更主要的是如何就解决具体讼争形成共识、如何找到合理有效的解决具体问题的方法。所以说,认识对象的不同形成了法学家与法官认识的差异,这种差异的存在是必然的。换言之,需要解决的问题不同形成了法学家与法官不同的思维方式,而这两种思维方式对于法治来说都是不可或缺的。

这里展现给大家的是一个法官对于司法认知规律的法理学分析,是法官根据司法实践的环节与过程总结的司法技术指南,充分体现了法律是“行动而不是设计的产物”的特性。尽管这是一部法理著作,尽管作者也是旁征博引,尽管其中充满理性,但我们还是可以明显的感觉到它与我们过去所看到的法理书的诸多显著不同。我们在阅读时,不会迷失在单纯的概念演绎途中,不会为自己不解风情的浅薄而烦恼,也不会因找不到现实的“北”而困惑。一个法官的总结,使我们对自己每天重复着的工作有了一种全新的感受:有着季节更替般的规律、有着或紧张或舒缓的节奏、有着或诗歌或散文的意蕴、有着或精细或粗疏的技术……

当然,一个法官的总结不可能完美无缺,但任何一个法官的总结都具有特殊的意味。只有无数个法官对于司法认知规律的探究,才能形成法官思维的共识,才有法官职业传统的形成与传承,也才能真正实现法官职业化。

因此,给大家介绍这本书并不是因为它已经做到了最好,而在于它对更多法官的示范,在于它对每个读者的启迪,在于它对法官职业化的一点推动。

吕忠梅

2005年8月9日于武昌

目 录

总 序

主编按语

第一章 法律思维基础	(1)
§ 1—1 基本含义:法律思维的定义分析	(1)
§ 1—2 思维结构:法律思维的要素分析	(10)
§ 1—3 思维模式:法律思维的建构分析	(14)
§ 1—4 思维媒介:法律思维的语言分析	(19)
§ 1—5 思维理性:法律思维的逻辑分析	(24)
§ 1—6 思维异态:法律思维的障碍分析	(29)
§ 1—7 法治意义:法律思维的功能分析	(33)
第二章 司法裁判的基本原理	(37)
§ 2—1 司法裁判的基本含义	(37)
§ 2—2 司法裁判的本质属性	(39)
§ 2—3 司法裁判的职业个性	(48)
§ 2—4 司法裁判的认知特性	(51)
§ 2—5 司法裁判的基本功能	(56)
§ 2—6 司法裁判的运行基础	(59)
第三章 法官思维的一般规律	(64)
§ 3—1 法官思维的含义与特征	(64)
§ 3—2 法官思维的方式与方法	(73)
§ 3—3 法官思维的路径与过程	(78)
§ 3—4 法官思维的原则与规则	(83)
§ 3—5 法官思维的误区与表现	(91)
第四章 法官思维的实践应用	(101)
§ 4—1 概述	(101)

2 目 录

§ 4—2 法官思维与事实探知	(112)
§ 4—3 法官思维与准据识别	(128)
§ 4—4 法官思维与法律推理	(147)
§ 4—5 法官思维与法律解释	(159)
§ 4—6 法官思维与法之续造	(182)
§ 4—7 法官思维与自由裁量	(234)
§ 4—8 法官思维与法律论证	(242)
第五章 司法裁判与实践理性	(278)
§ 5—1 法、理性与实践理性	(279)
§ 5—2 司法公正与实践理性	(284)
§ 5—3 培养法官的实践理性	(290)
后 记	(310)

第一章

法律思维基础

§ 1—1 基本含义:法律思维的定义分析

1.1.1 思维的含义及类型

什么是思维?辞海关于思维(惟)的定义有三种:(1)思考;(2)理性认识或者理性认识的过程;(3)相对于存在而言,指意识、精神。^{〔1〕}在诸多的解释和定义中,思维总是与意识、精神、认识、心理和理性等概念相互交织混杂在一起,而在语言的表述上,它们也经常被互换使用;但在学术语词中,它们的使用又具有针对性,如思维是相对于存在、意识相对于物质、心理相对于行为、理性相对于感性而使用的。任何概念的使用都有自己的学术语境(academic context)。在认识论领域,认识涵盖了思维、意识、精神、心理和理性;而在心理学范围,心理又包括了认识、思维、意识、精神和理性;思维概念的凸显则主要体现在思维学领域,它包括了认识、心理等各种精神现象。狭义的思维概念仅指人的理性认知活动,广义的思维概念则包含感觉、知觉、理智、直觉、灵感、联想、情感和意志等观念性、心理性活动在内的一切认知活动和精神现象。^{〔2〕}

辩证唯物主义认识论认为,思维是客观事物在人脑中间接和概括的反映,是主体人借助语言所进行的理性认识活动;人的认识活动是一个辩证的发展过程,包括感性认识和理性认识两个阶段。感性认识是由客观事物直接作用于主体人之感官而引起的,是对客观事物的外部联系和表象的一种认识,属认识的初级阶段;而理性认识不同于感性认识,它是

〔1〕《辞海》(缩印本),辞海编辑委员会编,上海辞书出版社1980年版,第1676页。

〔2〕林喆著:《法律思维学导论》,山东人民出版社2000年版,第49页。

在大量感性材料的基础上,进行由表及里、由此及彼、去粗取精、去伪存真的经过大脑加工的过程和结果。它是对客观事物内在的、本质的认识,是认识的高级阶段。理性认识,就是思维。因此,思维是对客观事物的一种能动反映,具有间接性、抽象性和概括性的特点。所谓间接性,是指思维不能凭空产生,只有在感性认识的基础上才能实现;抽象性,是指人们在反映客观事物时,透过现象看本质的过程;概括性,是指由感性认识到理性认识、由实践知识到理论知识的一个举一反三的过程,是通过事物的表现把握其本质,通过事物的部分把握其整体,由此推理到一类对象全体的过程。

对思维的认识,除了对其进行定义分析和概念提升以外,还可依“模拟”和“事物的本性”对其进行类型化的考量。本着类型的同意义性特点,思维的类型按照思维的发展阶段来划分,可以分为感性思维和理性思维;按照思维的机制来划分,可以分为形象思维、逻辑思维和灵感思维;按照思维的对象和方式来划分,可以分为法律思维、政治思维、伦理思维、经济思维等;按照思维的特点和作用来划分,还可以分为硬思维和软思维;……在这里重点谈谈硬思维和软思维的问题。

无论是自然界还是人类社会,任何事物都存在着软硬这两种因素。比如,在人类文明中,物质文明是硬的方面,精神文明是软的方面;在工程建设中,建筑工人的施工工作是硬的方面,建筑师的设计工作是软的方面;在音乐制作中,歌唱、演奏是硬的方面,作词谱曲、编剧和导演则是软的方面等。但人们对事物的认识,往往重视或首先看到的是事物的硬因素和“实在的东西”,而忽略软因素的作用;孰不知,对事物的变化和发展,软因素的作用越来越突出,以致成为一种独立因素和重要方面,最后的决定性作用甚至超过了硬因素。例如电子计算机的“软件”开发,其发展已越来越成为促进计算机发展的主导因素。软、硬因素的这种客观存在性,必然会反映到人脑的思维过程中来,从而使人们自觉或不自觉地向自己的思维方式打上软性或硬性的印迹。那么何谓硬思维?何谓软思维?所谓硬思维,要求精确度、准确度,非此即彼,表现为限定一种选择的思考方法。它一般表现为严密的逻辑推断和定量分析,如同古希腊的赫拉克利特所说的一句话“人不能两次走进同一条河流”一样精细;相反,软思维一般表现为隐喻、想像、模糊、不确定,可以有几个正确答案,呈区域性考虑问题。总而言之,从两种思维方法的特点来看,软思维是

试图从事物间的内在联系入手,找出其相似处和关联性,而硬思维则只注重事物的不同点与差异性。在分析问题阶段,软思维往往非常重要,而在决策的实用阶段则宜适用硬思维。软、硬思维在法律思维中的不同表现尤为重要,法律人在分析法律问题时一般运用的是软思维,而做出法律决定时则往往运用硬思维。

1.1.2 作为一种类型化的法律思维

思维作为一种理性认识能力,是人类的基本特性,也是人类区别于其他动物的根本所在。人类借助其思维能力不仅促进了自身发展,而且形成了人类社会分工,造就了不同职业。不同职业人在长期实践中又形成各自特色的职业传统和职业思维,并因此构成不同的职业特点和行为方式,成为不同职业之间相互区别的决定因素和内在标志。

作为一种类型化的思维方式,法律思维一般与法律职业相关,是法律人在长期法律实践中形成和发展起来的,是基于法律职业的内在视角和职业传统来观察、分析、判断和思考法律问题、现象的一种思维方式或习惯。法律思维作为一种类型化的思维方式,一方面,具有个体思维的特性,不可避免地要体现作为思维个体的主观个性,即作为思维个体的自我意识,在面对法律问题时总是带有个人的嗜好、习性、直觉、偏好(甚至偏见)等主观性、非理性的思维品性,因此法律思维不完全是形式逻辑的思维,它或多或少地体现了思维个体独特的价值观和世界观;另一方面,具有群体思维的特性,表现为一种职业的共同特性和职业传统,是由于不同的个体具有的共同知识背景、共同职业语言和共同职业伦理等因素所决定的。由于法律思维主体作为社会人而生活在复杂的社会生活中,各种因素的合力使得其在具有自然属性的同时,也具有社会属性的一面;与此同时,制度性知识的掌握,使得作为技术性知识拥有者的个体,在克服必要的交流成本后,彼此之间能够相互顺畅地“沟通”与“商谈”。

法律思维作为一种思维类型,或者说其存在一般性的前提,主要是在这种“沟通”与“商谈”过程中所形成的法律共同体(legal community)。“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、也被他人所认为,他们是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。