

赵玉增:律师思维对法治建设的意义 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_B5_B5_E7_8E_89_E5_A2_9E__c122_484721.htm 除了法官，律师当是另一类最具代表性的法律人。一个美国法官曾写道，“从你（学生）进入法学院的第一天起……在你的律师或法官生涯的全过程中，直到假定你成为美国联邦最高法院大法官的最后一天，你一直都被我们所称为法律推理的那种朦胧含混的现象所包围。……《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就恰到好处地给学生一个下马威。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。’”像律师那样思考讲的不就是律师思维吗？学界对律师思维的研究还不够深入，以至于有学者发出了“律师法律思维的研究：一个亟待开发的领域”的呼吁。有学者认为，律师思维应该是严谨的、多元的、敏锐的和创造的。有学者认为，律师思维是复杂的，律师思维方式主要有：（1）单向思维方式；（2）双向思维方式；（3）怀疑思维方式等。也有学者认为，律师思维的视角是单一的和单向度的。站在法律人的内在视角，律师思维与法官思维、检察官思维相比，至少有如下特征：（一）律师思维具有利导性。这里的利导性是指律师总是以委托人的利益作为思维的出发点。律师作为向社会提供法律服务的自由职业者，一般是在当事人的委托下提供代理或辩护等法律服务。在服务过程中，律师始终把当事人的合法利益放在首先考虑的地位，这就决定了律师总是以追求委托人利益的最大化为目标，律师总是从尽可能从最有利于委托人的角度去思考法律

和事实问题。甚至在一定意义上可以说，律师实现了委托人利益的最大化，也就实现了法律的正义。律师的社会角色，决定了律师思维具有利导性。（二）律师思维具有单一性和双向性。单一性是指律师在接受委托提供法律服务进行法律思维时，总是从当事人的角度来思考怎样做才能最大限度的维护当事人的利益，这决定了律师思维从当事人出发的单一性和单向度。双向性是指律师为了最大限度的维护当事人的利益，也总是尽可能从对方的角度出发去分析、考虑和判断事实和法律问题。目的是为了知己知彼，百战不殆。也正是在这个意义上，我们说律师思考时总是既从当事人利益出发，又从对方利益出发，尽可能的将事实和法律问题思考的更全面、更彻底，目的是为了追求当事人利益的最大化。（三）律师思维具有偏执性。这主要是和法官思维相比较而言的，如果说法官思维是中立的，则律师思维就是偏执的。这是因为法官要居中裁判，必须保持角色中立，而律师作为当事人的代理人，必须为当事人服务，追求当事人利益的最大化，这一角色定位决定了律师思维可能是偏执的，为了维护当事人的利益，有可能有意或无意的曲解法律、钻法律的漏洞、规避法律等。律师在诉讼活动中总是尽可能地从事有利于委托人的角度去理解法律和事实问题。律师思维的偏执性，有可能是“片面的深刻”，使其更容易发现法律的不足、矛盾和漏洞，对推动立法的完善、更好的解释法律是有益的。律师思维的偏执性，使得法官可以倾听来自律师的不同意见，可以避免法官思维的偏执性，保持中立性。（四）律师思维具有中介性。这主要是指通过律师这一中介，法官能更好地与当事人建立联系，以我们中国的法治实践，当事人可能对

法官抱有成见，但一般对律师比较信任，同样一个理由或判断，法官讲了当事人可能不接受，但他委托的律师提出来，可能就比较容易接受。这就是为什么现在大多数法官更愿意当事人聘请律师，更愿意与当事人委托的律师沟通而不愿意与当事人直接交流的原因之一，等等。基于上述对律师及律师思维独特性的分析，笔者认为律师思维对法治建设的意义在于：第一，律师思维对法治建设具有推动作用。应当说各法律人的思维对法治建设都有推动作用，这是因为整个法律思维对法治建设具有不可置疑的推动作用。但这里所讲的推动作用主要是指在法治实践中，案件大都因当事人而成讼，而当事人通过委托掌握法律知识的律师参加诉讼，要比单由当事人自己参与诉讼，可能更有利于当事人合法利益的维护，甚至在许多情况下由于律师的介入，才能维持诉讼各方力量的均衡，从而使案件依法裁判。1959年在印度召开的“国际法学家会议”上通过的《德里宣言》把法治理论概括为三项原则，其中第三项原则就提到“司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件”。人们一般将一个国家的法治建设的状况与这个国家的律师业是否发达联系在一起，律师是社会民主的捍卫者和法治进步的推动者，而这种推动作用的发挥离不开律师思维的支持，正是在这个意义上，我们说律师思维对法治建设具有推动作用。第二，律师思维对法治建设具有诊断作用。大凡每一位法律人都有这样一种感觉，当我们仅仅阅读法律法规的条文时，常常感到立法是完善的，已经规定得很全面了。但法律法规一旦遭遇案件，其不完善性、缺乏可操作性、矛盾性、不公正性等不足就逐渐显现出来。而律师思维的利导性和偏执性，使得掌握法律知识的律

师，出于维护当事人的合法利益，可能更容易发现法律法规的不足，这种发现就是对一个国家或社会立法状况的诊断，当然也就是对一个国家或社会法治建设状况的诊断。如果将律师思维对法治建设的这种诊断作用，用到立法活动中去，无疑会促进立法的民主化和科学化。美国大多数国会议员都出身于律师，使得美国律师在立法中起着决定性的作用，可看作是一个佐证。第三，律师思维对法治建设具有警戒作用。前面提到，如果我们把法治看作是一种思维方式，则法官思维对法治建设具有融合作用，而如果我们把法治建设看作是一种思维方式，则律师思维对法治建设就有一种警戒作用。这是因为：（1）律师思维的介入，本身就是对法官思维、检察官思维的一种限制。当然更客观地讲，三者是一种相互限制的关系；（2）我们说法官思维是中立的，法官思维的中立性不是自动实现的，其中律师思维的介入，对法官思维中立的形成，既是一种限制又是一种推动，正是由于律师思维的介入，使得法官思维可以或不得不中立，促使法官要依法裁判；（3）律师思维介入诉讼活动，不仅仅对法官思维有所警戒，而且对检察官思维也有一种警戒作用，使得检察官在思维时，不能仅仅考虑国家利益的保护，还要考虑当事人利益的维护，等等。如果诉讼中没有律师思维的介入，刑事被告人的权利可能会受到侵害，而民事被告人的利益可能会被漠视。第四，律师思维对法治建设具有表征作用。律师思维对法治建设的表征作用，从人们常说的“像律师那样思考”就可得到作证。另外，一个国家或社会法治建设的水平和状况，不仅仅表征于法官思维，也表征于律师思维。《德里宣言》提到“司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的

条件”，也说明法官思维和律师思维是法治建设的两个重要表征指标。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com