

像法律人一样思维 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_83_8F_E6_B3_95_E5_BE_8B_E4_c122_485150.htm

本人近来从博罗县交通警察大队路过看到一幅标语--“没有红灯停，哪有绿灯行？”，“红灯、绿灯与通行之间”是否有逻辑关系引起思考，没有红灯和绿灯不是一样通行吗。于是，开始注意身边的口号和标语。某大学学生宿舍打出“计划生育从我做起”，让人怀疑该校学生早恋多、同居多、而且不该出生的小孩也多。2006年12月7日，《羊城晚报》刊登头版文章《“只生一个好”要让百姓服气》，质疑计生口号的思维逻辑，引起广东省计生厅领导和其它媒体的回击，12月13日《羊城晚报》社评版以《本末倒置》再次回应计生领导的批评。2007年8月6日《羊城晚报》再次发表文章《冷硬计生标语现起全面清理》报道了国家人口计生委决定近期在全国普遍开展一次清理、规范、更新人口和计生标语口号工作，将一改此类标语长期以来重形式、轻内容、操作程序缺少规范、冷漠强硬、缺乏人文关怀等弊端。媒体代表民众开始质疑国家大政方针、反思社会现象以及传统文化，本质意义是在反思话语权之争、思维定势之争。法律人作为职业共同体，其思维定势或模式应该引起法律人和社会各界的关注。一、什么是法律人伯尔曼在《法律与革命》中论述了法律人共同体的形成标志是：1、法律人的技能是以系统的法律学问和专门的思维方式为基础，并不间断地培训学习和进取；2、法律人共同体内部传承着法律职业伦理，从而维系着共同体的成员以及共同体的社会地位和声誉；3、法律人专职从事法律活动，具

有相当大的自主性或自治性；4、加入共同体者必将受到认真考查，获得许可证，如司法职业资格。因此，法律人可以定义为受过专门法律专业培训，具有娴熟的法律技能与法律伦理的人。包括法官、检察官与律师以及法学家。日本将“律师、法官、检察官”并称“法曹三者”。形成法律职业共同体的内在标志是职业技能和职业伦理，这也是法律人职业逻辑区别于大众逻辑的两个重要部分，职业技能是法律人的“技术理性”。即法律人特有的知识体系和思维方法，属技术问题；后者属于伦理问题。法律人职业技能包括了法律推论技能、法律解释技能和法律程序技能等，所有这些技能都是以他们特有的职业思维方式作为基础和前提的。正是有了法律人独特的思维方式，法律人或法律职业的技能才得以存在，系统的法学理论或法律学问才得以建立；有了法律人独特的思维方式，才增强了法律职业或法律人的自主性或自治性；有了法律人独特的思维方式，法律人阶层内部才能保证职业伦理的传承；法律人独特的思维方式，是法律职业资格考试的主体，经过考查后获得许可证便得到法官、检察官或律师的头衔。

二、法律人的思维方式

法律人与行政官员最大的区别在于他们内在的思想观念，这点取决于他们所受的职业思维训练。思维是客观事物在人脑中间接的和概括的反映，是借助语言所呈现的理性认识过程，正是因为有了专门化的职业化的思维方式，他们的活动才值得信赖（如医生）。对于法律人来说，思维方式甚至比他们的专业知识更重要。日本学者认为法律人思维方式的特点为：教义学的性质、过去导向性、个别性、结论的一刀两断性以及推论的原理性、统一性、类型性和一般性。季卫东在《法律职业的定位》一

文中概括了法律人思维特点为：“一切依法办事的卫道精神”、“‘兼听则明’的长处”、“以三段论推理为基础”三个方面。具备此思维特征的人才能称之为法律人。本人结合多年的职业经验概括出法律人的思维特性为：1、合法性思维 马克思曾说：“法官的上级就是法律。”崇尚法律至上，因此对任何争议的评估首先考虑的是合法性评价。近年来，法学家对孙志刚案、对公路部门收取养路费养人不养路的质疑以及广州市、珠海市关于禁止助力车上路听证会等事件的关注，均是从合宪性（合法性）审查角度提出质疑的。2、重权利思维（1）耶林大师提出“为权利而斗争”。认为争取权利既是作为权利人的权利也是权利人作为公民对国家和社会的一种义务。近年来有很多公益诉讼，如佛山律师状告铁道部春运提价、天津律师状告高速公路公司高速路不高速等诉讼，与其说是权利人主张权利不如说是对社会承担了责任。（2）烟台大学法学院张平华教授在《私法视野里的权利限制》一文中认为在转型期要强调“权利本位”，而不是国家社会本位，也不是权利本位兼顾社会本位。对权利行使的限制不是随意的，只有存在权利优先的基础限制才可以对另一种权利的行使进行限制。广东省惠州市中级人民法院审理的原告谭某诉死者陈某妻子以及婚生子女遗产继承案，针对原告谭某提出因其母亲涉嫌与死者陈某同居生下原告，进而申请法院强制抽取被告（死者某与妻子的婚生子女）的体液，证明其是死者陈某的非婚生子女。作为被告的代理人提出谭某为证明其为死者陈某与另一女子所生并有权继承陈的巨额遗产，在陈已经去世并无留下DNA的情况下，申请法院强制抽取婚生子女的体液势必损害被告的身体健康权和人格

权，建议法院驳回原告的应用。惠州市中院最终驳回原告的应用正是体现重权利思维。这里就涉及婚生子女的身体权、人格权的保护以及谭某的生存权和财产权保护的冲突问题。法院最终采信了生命权、人格权优于财产权乃至生存权。

3、重程序思维

我们学习的西方制衡理论，其中支撑制衡理论运行就有程序正义理论。培根提出：一份错误裁判只是污染了河水，违反程序就是污染了水源。实体正义与程序正义经常一并提及，程序有其独立价值，一项纷争经历了全部程序，则保障了当事人的主体地位平等，当事人的陈述权和申辩权，这样的裁决结果通常可以为当事人所接受。美国在纪念911大会上用半天时间宣读死者的名字，引发《原来悼念可以这样进行》的感叹。法律程序的自治，要求我们在程序内进行思考和判断。这也是程序自身必要性决定的，对立面的设置以及两造竞争就是为了排斥任意性，促进理性选择，形成法官稳妥的结论。通过兼听则明的程序论证争议并使之形成共识。辛普森案主要就是因为警方未按程序收集证据导致证据失效，判决辛普森无罪，此案的判决结果美国民众和被害人家属的普遍认可和接受。但是中国版的辛普森案--“黄静裸死案”在经历五次鉴定和审理后，法院最终判决被告人无罪，但黄静的亲人和社会各界却不能接受无罪判决的结果，最后只能由法学专家呼吁对于“特殊性行为”是否构成强奸犯罪已经严格程序审理，各方应当接受其法律效力。这就要审视普通民众“实事求是”的思维与法律人的程序正义冲突。程序下运转的法律资源是有限的，科学和真理的探知是无时间限制的；法院作为审判组织如果与社会偏见或社会压力接触太近，与社会保持适当的距离，以科学家探知真理的

精神审理案件，那么，将无法作出及时有效的判断。民众部了解和接受程序争议的理念将无法接受法院作出的裁决。

4、重逻辑思维

梁慧星教授在一篇文章《怎样学习法律》就说，法律实际上是由概念、特征、规范等组成，它包含了三段论。不论是法官的裁判、律师的代理与辩论、检察官的指控都离不开逻辑思维的运用。对于法律人做出的决定或结论要求合乎理性地推出，应当对决定理由进行说明和论证，从而使当事人和全社会看到这个结论是出自理性的，才具有说服力。

(1) “少生快富”；“一对夫妻只生一个孩子好”；“生男生女都一样，女儿也是传后人”，为什么应当清理？因为，这些口号缺乏生活经验和逻辑规则支撑；

(2) 在被告人林卫军被控制造冰毒案中，公诉人将一锅含冰毒液体当作冰毒成品来指控，作为其辩护人指出该指控是违反逻辑的，也是违反程序的，未能排除合理性怀疑。最终，法院采信辩护人的辩护意见。

(3) 林肯根据案发当时月光特征、证人与被告人之间的距离和各自的方位、被告人的面容变化等因素的逻辑联系推翻原告证人的作证，为被告人作无罪辩护。进一步印证了法律人的逻辑思维是法律人形成思维定势。

5、重经验法则思维

法律从来不是逻辑，而是安身立命的规则，来自人生经验，要照顾人们的体验和感受。因此，法律思维常常是向过去看齐，表现为稳妥甚至保守。

(1) 年轻法官在审理一对夫妻离婚案件中，为完成调解工作，疏导原被告要珍惜感情、珍爱家庭，说什么一夜夫妻百日恩，遭受到原被告的诘问。但是，坐在一旁的陪审员老大娘对女方说一句：“夫妻相扶一辈子不容易，姑娘，听大娘的没错”，女方就撤诉了。这就是年轻法官缺乏人生经验。

(2) 案发

在重庆市的从一栋大楼掉下的烟灰盅砸伤行人，行人将该栋大楼3楼以上的住户均告上法庭并要求承担连带责任，最后法院在无法查清人烟灰盅具体从那一住户家掉下，在排除事发当时不在大楼居住的住户外，3楼以上的住户均要对行人负责。连带责任是社会公共安全一道保障，使人们根据生活经验总结的结果，是一种社会秩序的安排，解决了被害人在无力举证时期权利也能得到救济。

6、利益衡量规则思维

有法学家主张法益学说，在纠纷中权衡各个法益的大小，择其重者保护之。用流行政治话语就是在处理纠纷中要讲法律效果，也要讲社会效果。由于法律的滞后性，往往由于合法但不合理、合情的事情常常发生，甚至处理的结果不为大众所接受，因此，我们不能拘泥于合法性，经过权利、程序、逻辑思维后我们仍要权衡利益，使我们律师代理和法官裁判案件都达到较好的社会效果。很多证据规则是从利益衡量角度确定的。

(1) 广州市某法官因汽车行驶中按喇叭被交警罚款起诉交警，被判败诉，就涉及交警的作证能力和处罚权冲突问题，最后处理本案法官认为同时赋予交警作证能力和处罚权有利于社会秩序的维护。

(2) 在首例国家司法考试试卷雷同行政诉讼案，原告孙振国诉司法部撤销确认考试成绩无效行为，就涉及雷同试卷的认定权和处罚权冲突。上述两宗案件中就涉及一个时间多个法益需要保护，需要裁判者进行衡量和取舍，并最终确定哪一利益最应保护，哪怕是牺牲某一利益。

三、如何培养法律人思维

1、自觉运用术语进行观察、思考和判断。

法律是一种专门的技术知识，法律术语是这门专门知识中的最基本的要素，所有的社会问题，不论来自民间还是官方，不论是具体还是抽象，不论是春秋大义还是

鸡毛蒜皮，一概运用法言法语转化为法律问题进行分析判断。

2、公民意识培养 和谐社会应当是市民社会较为发达、公民参与政治、影响政治的能力和意识较强的社会。法律人关于权利性思维和重视程序性思维，恰恰是公民社会公民应有的特质，公民有权利意识、独立意志，敢于表达自己的诉求，而不是淹没在国家和社会的大河之中。今后社会自治组织将越来越发达，逐渐成为一股制约和规范政府行为和权力的力量。如近日广州市文化娱乐业协会已代表这百余家对版权费提出疑义的K厅，向文化部、省文化厅、市文化局、广州市版权局等送交了《关于卡拉OK版权使用费收取问题的意见（声明）》（以下简称《意见》），明确表示：“不接受国家版权局公布的卡拉OK版权使用费收取标准”，“不向中国音像协会支付卡拉OK版权使用费”。而北京、上海、杭州、长春、南京、武汉、郑州、西安等城市多家娱乐行业协会均在该《意见》上签名，表示支持广州的做法，共同抵制“12元包房费”。广州市文化娱乐业协会对国家版权局关于每个卡拉OK包房要交12元版权使用费说不，就是公民意识觉醒。法律人思维的培养赖于长期时时树立公民意识，参与公民社会的建设。

3、法律信仰培养 崇尚法律至上，依法办事，做法律的卫道士。部分律师为了实现利益，在缺少法定权利资源，中国律师享有的职业权利与职业使命严重失衡，被称为“戴镣铐的舞者”，有些律师大肆利用法律以外的资源实现其交涉效果，形成律师界一股变异势力，贺卫方教授称之为“中国律师出现了变种”。因此，徒法不能自行，法律只有被信仰，法律才有其生命力。法律人坚持合法性思维的同时，应当带头信仰法律，守护良知。

4、敢于质疑、善于质疑

“不唯上不唯书”这是一种品性。这既是一份社会责任要求法律人有所担当，同时也是作为法律人应当对待事实敢于质疑。敢于质疑首先要扎实的法学基础理论功底，厚实的社会文化功底蕴，敢于质疑要不阿权贵，这是一种气质。法律人对生活“潜规则”的质疑需要运用逻辑思维、程序思维和利益衡量思维，继而促进公民社会的发育、发展和壮大，实现社会的和谐。（作者：杨择郡，广东卓凡律师事务所）

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