

# 法律人思维的二元论

## 兼与苏力商榷

孙笑侠<sup>\*</sup>

---

**摘要** 本文是对苏力《法律人思维?》一文若干观点的回应和批评。苏力赞赏美国现实主义的法官办案方法与思路,否认法律人存在法教义学思维方法,无前提地主张“超越法律”和“考量后果”。本文主张法律人思维“二元论”,即在实定规范与社会事实之间进行结合、协调和平衡,遵循规则和超越法律。法律人不能拘泥于法律规则和概念逻辑,面对呆板的法律和鲜活的生活,不能刻板地不作结果主义考量。但进行社会后果考量时,不能夸大“超越法律”的功能和意义,不能以英美法系的特有方法遮蔽和否定成文法系法教义学方法中原本已然存在的“超越法律”的功能,更不应否定法教义学上法律人特有的思维方法。

**关键词** 法律人思维 二元论 法教义学 超越法律 考量后果

---

对法学的自我维护,这一直有必要反复促成。

卡尔·恩吉斯〔1〕

正义适合以超实证的、进步的态度来为法律提出根据,而法的安定性则适合以实证主义的、保守的态度来为法律说明理由。

拉德布鲁赫〔2〕

我们永远不能证明我们是醒着的,说我们是清醒的。

吴经熊〔3〕

---

\* 复旦大学法学院教授。本文系国家 985 第 3 期“转型期国家司法哲学、制度与实践”项目、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“转型中国的司法功能研究”的成果之一。

〔1〕 (德)卡尔·恩吉斯:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,页 4。

〔2〕 (德)拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,页 102。

〔3〕 吴经熊:《超越东西方》,周伟驰译,社会科学文献出版社 2002 年版,页 149。

朱苏力教授在《北大法律评论》第14卷第2辑(2013)发表了《法律人思维?》<sup>〔4〕</sup>(以下简称“朱文”),细腻生动,洋洋洒洒,其解构的学术特点和深厚的文字功夫跃然纸上,促使我们对“法律人的思维”话题进行反思的同时,也会引起职业法律人和诸多法科生对业已建立的确信的怀疑。

朱文的核心观点是强调法律现实主义主导下的美国式法官的办案方法与思路(如果不用“思维”的话)的优越性,认为会“超越法律”和“考量后果”的法官才是最理想的法律人。这是一个具有启发意义的观点,让我们去反思法教义学的局限性,反思规则的无奈。正如苏力所说的,随着法律发展的新变化,法律人要关注受社会经济科技发展而导致的那部分法律领域的新挑战和新问题,固守传统的法教义学的确有其局限性。因此笔者很赞同苏力文章中的如下立场:法律人不能局限于法律规则和概念,面对呆板的法律和鲜活的生活,不能刻板地不作结果主义考量。就这个意义上说,学者在学术观点上偏爱现实主义的司法观,强调超越法律的方法论,是无可厚非的,也是很有学术价值的。

朱文触及到法律教义学和现实主义法学之间的差异,而这对差异其实就是唐纳德·布莱克所谓“Jurisprudential model”和“Sociological model”(即卢曼所谓 Binary code[“二元”]思维模式)之间的差异和对立,<sup>〔5〕</sup>其本质问题在于人们如何面对法律规则与社会事实(经济、政治、社会、文化、道德等因素)之间的紧张和不对称关系。在笔者看来,在强调社会后果的时候,不可以夸大“超越法律”的功能和意义,更不可以否定对法律规则作特定思维的法教义学方法。两者本来不应该是取一舍一的简单关系,而应当加以结合和协调。实际上,两者也是可以结合的、可以协调的。本文将在最后部分来阐述这个问题。

但是,苏力为了强调现实主义法学的“超越法律”和“考虑后果”的意义,并没有直接去论证这一观点,而是通过以下路径和观点来寻找论据:一是硬把发源于中国当代法律职业化运动的“法律人思维”与美国“Thinking Like A Lawyer”扯在一起,认为只是一些不懂法律实务的学者“山寨”了美国版或出于小己利益而虚构出来的话题;二是质疑“法律人思维”的存在,认为不存在一种独特的法律人思维,以“法盲也有法律思维”来否定法律人的思维的独特性;三是认为法教义学只是关注概念、不顾后果,不懂得“超越法律”,似乎只有美国法律人懂得“超越法律”、懂得后果考量等。朱文使用了误解的、夸大的、极端化的观点作为论据,因而使一个很有意义的学术观点不仅无法得到支持,反而滋生出不少似是而非的问题。在论述前述这些相关问题之前,还是要从法律思维与法律方法的关系上入手,从法律方法和法律思维的常识和通识角度,来澄清苏力文章中被混淆了的若干问题。

## 一、法律人的思维从来就是基于法律职业及其方法而存在

“法律人的思维”在当代中国的兴起,发源于上世纪90年代初期开始的法律职业化运动,

〔4〕 苏力:“法律人思维?”,载《北大法律评论》第14卷第2辑,北京大学出版社2013年版。

〔5〕 参见 Donald Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989, p. 288. 另参见 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Translated by Klaus A. Ziegert, Oxford University Press, 2008, p. 457.

有其独特的中国背景和条件,即中国从上世纪 50 年代到 90 年代一直没有职业化的法律人,这严重阻碍了司法制度的健全和法治的发展。强调法律职业化,必然会关注法律人的职业思维。它并不是苏力所说的来自美国“Thinking Like A Lawyer”的山寨版。“法律人的思维”提出的必然性和必要性都与中国司法需要改革并走向职业化这个背景息息相关。因此,它和法律的形式化、法律职业、程序主义、司法职业化等理论和观念也密切相关,具有中国自身的内涵,并成为时代的主流法律意识。

从苏力诸多论著来看,他对法律人的职业化抱有一定的怀疑态度,<sup>[6]</sup>因此也就会有他今天反对法律人思维的观点。笔者在此不想赘述法律人职业化以及法律职业主义理论,仅从相关的几个基本概念辨析来阐明法律职业的意义。苏力的问题首先涉及我们要不要承认“Legal Profession”和“Professionalization”的必要性问题。日常所谓的“行当”(Occupation)通常分为两种,一是“所谓 Trades,它不须多事训练,如工匠之类;至于医士、教师,则为 Profession,须多量之修养,又其努力之对象,不为小己之利益,而为群之幸福……”<sup>[7]</sup>只有少量的行业发展成为职业,它具有专业性、自主性(独立性)、公共性,<sup>[8]</sup>并具有独特的技能与伦理,入门前的“门槛”要求等。<sup>[9]</sup>法律人所需要的“多量之修养”,其中就包括法律人的职业思维能力,需要经过长期的训练养成。也正是基于法律思维与法律方法的特殊性,才使法律工作者成其为专业分工意义上的 Legal Profession(法律职业),而不是大众意义上的 Trade(行业)。职业“是受信托者(fiduciary),而不只是一门生意”——这是来自美国的职业律师的话。<sup>[10]</sup>如果我们承认法律职业的专业性、自主性、公共性和统一性,也就不会否认存在有别于大众思维的“法律人的思维”。上世纪 90 年代以前的中国司法界,存在着一对基本矛盾:社会对司法职业化要求和职业化法律人的严重短缺。中国法学界和法律界正是针对当时职业化法律人的短缺这个问题,才于上世纪 90 年代开始强调“法律人的思维”的重要性。中国在没有法律活动专门化和职业化的年代,也就不存在法律职业(法律人)和法律方法,因此也就不存在法律人的思维。而这正是我国法律界和法学界最焦虑的事。如果承认法律职业对中国法治的重要性,就要承认法律职业方法和职业思维,尤其是作为职业法律人基本功的法教义学的思维方法。反之,如果不承认法律职业对于中国法治的重要性,也就不需要承认法律职业方法和职业思维。

法律方法是法律人思维的核心要素,法律人思维是法律方法长期作用的结果。法律思维

---

[6] 苏力虽然撰文论述过法律活动的“专门化”,但他也分析了专门化带来的负面效应。他的论文有可能是当代中国最早论述司法专门化负面效应的文章,在学术上是很深入、很周到的,但在实践上是超越时代背景和客观条件的。因此,苏力在许多场合表现出不支持法官的职业化和法律活动的职业化的倾向。比如,他一直对反对“复转军人进法院”的观点表示异议,论文中也一再强调中外有多少多少行外人成长为著名的法官。对此,笔者在本文中作分析(参见苏力:“论法律活动的专门化”,《中国社会科学》1994 年第 6 期)。

[7] 郑晓沧:“大学教育的两种理想”,载杨东平编:《大学精神》,立绪文化事业有限公司出版 2001 年版,页 52。

[8] 参见李学尧:《法律职业主义》,中国政法大学出版社 2007 年版,页 6。

[9] 孙笑侠:“法律家的技能与伦理”,《法学研究》2000 年第 4 期。

[10] (美)布赖恩·肯尼迪:《美国法律伦理》,郭乃嘉译,台湾商周出版 2005 年版,页 7。布赖恩·肯尼迪(Brian Kennedy)是美国加州职业律师。

中的主体是法律人,思维对象是法律规则和案件事实,思维方法是法律人思维的第三个要素。法律人思维方法的主要部分就是法律方法。正是方法影响了思维,决定了思维主体是否拥有特殊的思维。顾名思义,法律方法是形成法律判断的方法,它主要是法律人思考与适用法律的方法。换言之,法律方法是一套职业方法,是看家本领。法律人是否拥有独特的思维,取决于法律方法是否独特。如果法律方法是所有民众所拥有的,那么法律思维也就没有独立的地位,就和大众思维一样。反之,如果法律方法是独特的,那么法律思维也就具有独特性。法律人与大众可能在思维对象上是一致的,比如大家都关注法律与案件事实,而方法要素是区别专业思维与大众思维的核心要素。

思维训练通常出现在专业教育或职业训练中,或者说出现在教学过程中和教师口中。法律专业(职业)思维训练也不例外,较多地出现在法律教育过程中,出现在法律教师的口中。我们为什么较少听到职业律师和法官把法律思维挂在嘴上?因为他们已经训练好了,法律思维对他们来说已习以为常了。正如成年人随着成长,习惯了洗脸、走路、写字等动作之后,也就不会像儿童那样关注自己洗脸、走路、写字的动作是否正确,是否合乎父母初次教育的要求一样。因此,苏力的文章也合乎逻辑地从法律教育开始谈法律思维。苏力承认在美国存在“像法律人那样思考”(Thinking Like A Lawyer)这样的提法,并且列举了美国法学院教学中确实存在着的这项要求,但他试图从它的目的作解释,以此来否定“法律人思维”的存在。他说,美国法律教育中的“Thinking Like A Lawyer”只是为了“希望他们(一年级新生)尽快熟悉英美法的基本制度环境以及分析推理的一些基本技能”。姑且不论苏力对美国法律教育中的“Thinking Like A Lawyer”作这样理解的准确性,难道“分析推理的一些基本技能”不正是法律方法吗?不正是包含着对学生养成法律思维的方法层面的要求吗?

按苏力的意思,是不是说法律人的前述“基本技能”不等于“法律方法”?从他说的“解构‘法律人思维’并不否认文本解释、教义学、‘抠字眼’和法律推理等专业技能训练。这仍然必要,无可替代”这句话中可以知道,苏力并没有否定法律人的专业技能和法律方法的存在。这是我们还有可能讨论并达成共识的前提。这里,我们会发现苏力的一个形式逻辑错误:一方面承认法律人需要接受专业技能和方法的训练,另一方面又否定法律人思维的存在。有专业方法而无专业思维的法律人,正如“正方形的圆”,这真是不可思议的怪物。难道法律方法是行为而不是思维吗?我们见过哪个职业化的法官运用法律方法进行思考时,是用手和脚来思考的吗?

我们不能因为凭现有的科学手段看不清楚人类思维活动,就以为人的思维不存在,或者说人的思维只能通过行为来研究,更不能认为人的思维就是行为。苏力说,所谓的法律思维,其实只是行为。<sup>[11]</sup>如果说法律方法不是法律思维的重要因素、法律思维“只是行为”的话,难道

[11] 苏力一方面说“我们不能经验地观察法律人的思考或思维,没法观察他们的大脑或其他器官在物理或化学层面如何活动”,一方面又说“我们只是看到法律人的行为以及这些行为中呈现出的某些特点或格局”(摘自朱文第九部分)。既然我们明知自己不是人脑思维专家或认知科学家,那我们就应该尊重那些我们所不了解的事物,不应该把我们看不到或不了解的事物当作不存在,或说成别的东西。

这些方法、技术、技能是法律人的手工操作技术？法律人存在手工操作技术吗？勉强地说，这个可以有，比如法官如何通知诉讼参加人、法官如何敲法槌、如何起草和打印判决书、执行庭的法官如何执行等。可是这些是法官职业活动的真正和本质的表现吗？显然不是，法官除了职业思维还剩下什么呢？！余下的“行为”相对于法官思维，几乎是忽略不计的。法官是判断者，法官的所谓“行为”本来应当只是通过大脑进行思维判断。检察官有所不同，他们的“行为”包括了起诉、监督等。起诉是为了移交给法官进行思维判断，监督也包括了对法官思维判断的监督。律师的“行为”包括辩护、代理，包括对法官思维的督促，从当事人角度以专业思维促成法官准确思维和判断的完成，律师不思维就没有办法完成其辩护和代理的工作，所以法律人的思维构成其所有活动的主体部分。专业(或职业)首要的显著特点是，“专业涉及的是智力、头脑的技能，而非体力或手工。英文提到的‘专业’，常用‘经由学问养成的专业’(learned profession)一词，以强调职业与贸易、工艺的不同，专业完全倚赖脑力”。〔12〕

法律思维方式固然不同于法律方法，但是法律思维是以方式和方法的形式而存在的。法律方法更具体地表现为思维的技能，如法律解释、漏洞填补、不确定条款的特殊适用等法教义学方法和法律推理方法。而思维方式是一种长期运用特定的职业方法而形成的思维习惯和思维模式。〔13〕法律思维基于法律方法而存在，否则法律人思维就无以存在。

苏力承认专业技能和法律方法，但不承认法律人的思维或法律思维，这是不符合常理的。让我们看看有幸未被苏力否定的、未被按逻辑关系列举全面的“文本解释、教义学、‘抠字眼’和法律推理等专业技能训练”究竟是哪些东西？文本解释可能是泛指所有的法律解释，这是对法律解释的不规范的称呼。法教义学通常是指欧陆法中源自意大利概念法学或注释法学而发展起来的关于规范科学的法律方法论。“抠字眼”显然是民间俗语，说好听点是指法律人严谨对待法律条文，说难听点是指法律人咬文嚼字钻牛角尖。“法律推理”显然是正规法律方法中的一种，是在英美法里面使用的一种适用活动，也具有方法意义。欧陆法中通常不直接用“法律推理”，但与欧陆法中的某些法律方法是异曲同工的。可见，这四种东西的并列是完全不合逻辑的。令人难以理解的是，苏力全文都没有一次完整地列举过法律方法，却又武断地否定法律思维的存在？只能说明，苏力并不关注或没有认真对待过法律方法，还夹杂着对法律方法的莫名的偏见。

苏力一方面承认存在法律方法和技能，另一方面又不承认“法律人的思维”。他是怎么考虑这个问题的，令我们百思不得其解。难道他是想说：所谓的“法律人”本身就不存在？其实他已经勇敢地表态了——“有人想建立法律人的共同体……这根本就是一个不可能完成的任务”（摘自朱文第三部分）。进而言之，苏力是不是想说“法治？哼，这根本就是一个不可能完成的任务”？的确，我们人类都会畏惧困难，可是人类从来没有停止过对困难的克服。如果因为事情有困难，而放弃追求，转而针对困难来否定一切理想和信念，即便文章写得再漂亮，也是缺乏

〔12〕 肯尼迪，见前注〔9〕，页6。

〔13〕 笔者在十多年前发表的相关文章中用的是“法律家的思维方式”，旨在说明法律人或法律家存在一种不同于其他行业(与职业)的职业思维方式，之所以不用“法律方法”，也是因为考虑到这一点(参见孙笑侠，见前注〔8〕)。

学者应有的担当的。中国文人历来有“铁肩担道义,妙手著文章”的精神。在当下社会,一个学者是否依然要承担启迪民智、引领社会的责任?如果不是试图去改变落后的现实,去努力追求美好的理想,也不应该只想着承认现实、否定理想、夸大困难,甚至论证落后现象的合理性。那该作何解释呢?

朱文的误区在于把法律人的思维(法律思维)与法律职业及其法律方法割裂开来了。对于法律人来讲,法律思维就是因特殊的职业方法而独立存在的。我们不可想象,一个人的思维与他的思维方法可以分离。我们同样不可想象,一个法律人在没有法律方法的情况下具有专业思维。

## 二、法律方法的独特性决定法律思维的独立性

我们先来看看法律方法的内容。法教义学方法中的法律解释、法律漏洞填补、一般性条款(概念)的特殊适用等,构成欧陆法系的法律方法。英美法系在判例法传统下形成了“distinguishing technique”(区别技术),还把法律方法的重点放在“legal reasoning”(法律推理),法律推理成为英美法中对法律(判例)适用的一种方法的统称。从英美法律人角度来看,欧陆各种“法律方法”的每个环节,都存在着法律推理。如果没有这些方法,就没有法律人的专业思维方式,也就构不成“法律人的思维”。关键问题是:这些是不是法律人所特有的?抑或是非法律专业人士也常用的?

我们任选法律方法中的一个方法,结合一个简单的“小儿科式”案例来说明吧。

案件事实:某3岁小孩和其妈妈甲在邻居乙院子里,妈妈甲在与邻居乙说话,孩子则逗着院子里乙家的公鸡玩,不料左眼被公鸡啄瞎,遂向法院起诉邻居乙。

本案问题是:邻居乙该不该赔?该赔多少?

我们假定法律人与村口大妈都对以下两个条文了如指掌:

其一,《民法通则》第127条规定“饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任”;

其二,《民法通则》第131条规定“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任”。

这是个事实非常简单的案件,让村口大妈当老娘舅,也能够作判断、下结论,并且其结论与法律人的判断也会是八九不离十的,但他们之间的差异在于说理(判决理由)。记得有句讥讽法官的话说“法官往往容易在理由上出错”。的确,司法判断最重要的是理由。法律谚语云“含糊的和不确定的理由不是令人信服的理由”(Causa vaga et incerta non est causa rationabilis. A vague and uncertain cause is not a reasonable cause),法律方法的意义就在于提供判断的明确而充分的理由,并使结论具有可检验性。

那么,法律人对本案的法律判断是怎么做出的呢?思考过程是怎样的?这里主要涉及两个三段论的判断。

第一个三段论,可根据《民法通则》第127条规定,得出结论:乙应当赔偿。

第二个判断是要基于“小孩妈妈有无疏于管教义务”这一问题的证实之后进行判断的。经查明,小孩妈妈有疏于管教义务的事实。那么,开始适用《民法通则》第131条。注意,此条款

规定的是“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任”。村口大妈在没有律师帮助的情况下,多半会吃不准“受害人”概念。因为按常规理解“受害人”(文字的平义解释)在本案中仅仅是指受侵害的三岁小孩。可是未成年人不存在法律上的任何过错问题。而事实告诉我们的是小孩母亲有过错。那么受害人母亲的过错可不可以算是受害人过错呢?村口大妈会说是,或者说不是。她没有经过专业训练,就无法进行法律思维,更无法从法律方法上回答这个问题。如果大妈受委托来担任甲的代理人,她使劲地硬说受害人不包括母亲,人家乙方律师会反驳她。如果大妈受委托来担任乙方的代理人,她主张受害人包括母亲,人家甲方律师会反驳她。大妈根本无法在这样的案件中进行法律思维,给出让对方当事人信服的结论。

此时,只有专业的法律人通过法律思维、运用法律方法,才能解决这个难题。如果他不运用法律方法的话,甚至连专业的法律人在此处都会迟疑不决,因此,基层法官常常会因此而进行“和稀泥”式的调解。

正确的、合乎法律人的思维的方法是:把“受害人”概念纳入法解释学方法之中进行涵摄(Subsumere),就是对照规范(大前提)与事实(小前提),在事实与规范两者之间“往返流转”(恩吉斯“在大前提与生活事实间的眼光往返流转”)或穿梭来回(王泽鉴)或“左顾右盼”。“法律思维要求人们既着眼于具体的生活又反过来注意生活的抽象轮廓”。<sup>[14]</sup>“任何规则都是在与事实情况相比较(对照)的过程之中产生的”——我们轻而易举地可以在大陆法著作中找到这句话,但这也同样是英美法律教授的共识。<sup>[15]</sup>英美法官断案也无法避免这种“从规则到事实,再从事实到规则”的“左顾右盼”。苏力总不能说这种“左顾右盼”是行为或动作吧?拉伦茨敏锐地指出这种容易发生的错误理解,他说“我们不能把案件事实与法条间的‘眼光之往返流转’想像为:只是判断者眼光的改变,其毋宁是一种思想过程,于此,‘未经加工的案件事实’逐渐转化为最终的(作为陈述的)案件事实,而(未经加工的)规范条文也转化为足够具体而适宜判断案件事实的规范形式”。<sup>[16]</sup>

在公鸡案的第二个三段论中,为什么可以把本案的“受害人”(被啄瞎的小孩)概念扩大到其母亲?尽管这样的结论是显而易见的,对此作解释,对法律人来说也是非常简单的“小儿科”,但此处必须指出扩大解释(也有人认为是“当然解释”)的理由:把母亲与未成年子女在利益上作一体化看待,“受害人”扩大到“受害人一方”,因此把“未成年受害人的监护人”的过失也扩大进“受害人”概念。其根据在于,过失相抵的立法本意是要在加害人与受害人的利害关系上达到某种平衡。<sup>[17]</sup>其母亲对于三岁小孩受损害的可能性应当预见但疏于管教。1991年最高人民法院在一个类似案件的司法解释中也作了扩大解释,但是在没有说明法律方法的前提下,认为“赵(受害人)的母亲对赵的监护不周,亦有过失,应当减轻尹(侵权人)的民事责任”。<sup>[18]</sup>笔者认为最高人民法院的许多司法解释都具有法律人的思维并且结论正确,却常常

[14] (德)拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年,页137。

[15] Edward H. Levi, “An Introduction to Legal Reasoning”, 15 *Chi. L. Rev.*, 501, 503 (1948).转引自(美)鲁格罗·亚狄瑟:《法律的逻辑》,唐欣伟译,台湾商周出版社,页49。

[16] (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,页162—163。

[17] 本案采用扩张解释的理由分析,参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,页103。

[18] 《最高人民法院关于赵正与尹发惠人身损害赔偿案如何适用法律政策的复函》。

不从法律方法上进行理由说明,这是不合适的。至此,村口大妈也会说“这个结论我也能猜得到啊”。问题的关键在于,行外人进行这种推测的同时,通常不能给出一种方法论上的理由,甚至有人认为这种方法太简单了,几乎是脱裤子放屁——多此一举。那么更复杂些的案件呢?就会有更复杂的法律方法(理由说明)问题。何况诉讼案件都有对立面,你怎么说服利益冲突的双方呢?没有法律方法寸步难行。

通过上面的案例我们大致可以知道,我们之所以说法律方法是特殊的职业方法:其一,是因为构成法律人思维基本材料和对象的大多数法律概念,虽然来源于日常生活概念,但都被立法者和法律职业成员赋予特殊的法律意义,比如“住宅”,在宪法解释学上还包括下榻的宾馆、求学的宿舍、旅行的帐篷等。比如“侵犯住宅权”,不仅指的是直接侵入住宅的物理空间内部的行为,在法解释学意义上,还可包括在住宅外部直接或间接地通过一定的器具窥视或窃听住宅内部的一般私生活情景等行为。<sup>[19]</sup> 作为外行人,他是不懂得如何通过法律思维和方法来求解的。其二,是因为这些法律方法都是经由职业法律人临床实践,并由法律学者总结归纳而成的,而不是行外人的法律思考所能获得的。其三,是因为其方法的种类和内容是大众所不具有的,或者有的方法干脆是与大众的思维方法相违背的,甚至约翰·亚当斯(John Quincy Adams)不无极端地认为“法律逻辑是一种人为的推理系统,仅用于法庭之中,在其他场合则一无用处”。<sup>[20]</sup> 尽管过于夸张了,但也颇具启发性。其四,是因为法律方法论中多数方法是其他社会科学中所没有的。Ruggero J. Aldisert 法官说,法律推理中的大前提的陈述句,必须源自某种权威(如宪法条文、成文法或判例法),这一点与日常生活中的推理不同。我们不能仅因为我们一向认为某个命题为真,就从该命题开始。<sup>[21]</sup> 即使是法律解释中的“社会学解释”,也只是法律学借助于社会学的某种角度,将视域从规则延展到社会事实(而不是真的有什么社会学方法来指导法律方法)而创造的。其五,因为它是未经科班训练或职业实践难以掌握的方法。仅以民法方法论上的“请求权方法”而言,由于它具有适合实务需要、经济、保障解题内容的妥当性等优点,<sup>[22]</sup> 被德国、日本、中国台湾以及中国大陆民法学界和民事司法实务界广泛应用。可是“请求权方法”不是一天一月一年所能够把握的,连科班的法学教师,也未必能够快速掌握和运用,它需要持续不断地训练。不学习和掌握一定的方法就难以养成法律人的思维,也就很难说他是合格的法律人。当然,一个人花四年时间在一个低水平的法学院接受四年的法律教育,或多或少会学到一些法律方法的皮毛。即使是低程度,也掌握了一些法律思维方式。如果他再到律所或法院工作,那么实践会让他进一步地强化法律方法意识、强化法律思维的能力。或者,当一个人没有经过法律科班学习和训练,如复转军人进了法院,也会在边学边干的过程中耳濡目染地获得一定的法律思维和法律方法。“我们现阶段的执法者,无论其为司法官或行政官,不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念”。<sup>[23]</sup> 王伯琦先生的话,对中国大陆今天的法律也同样适用。

[19] 林来梵:“卧室里的宪法权利——简评延安黄碟案”,《法学家》2003年第3期。

[20] 转引自亚狄瑟,见前注[14],页48。

[21] 亚狄瑟,见前注[14],页48。

[22] 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,页20。

[23] 王伯琦:“论概念法学”,《社会科学论丛》1960年7月。

法律人是否拥有一种独立于大众的法律思维？回答是肯定的，这是由法律方法的独特性决定的。法律思维与法律方法的关系是不可分离的，有什么样的方法，就有什么样的思维。我们认为，不能把“思考法律”也算作法律人的思维特点，这是苏力认可的。但他认为笔者对法律人的思维方式、特点或习惯的概括，“不但仍然含混不清，更重要的是经验上很难成立；成立的也不是法律人所独有，独有的也未予以恰当概括”。很高兴地看到苏力承认法律人的思维存在着笔者未恰当概括的方面，笔者在此真诚地请教苏力，请帮助笔者补充法律人思维独有的特点。苏力对笔者关于法律思维习惯的六点概括的批评，考虑到本文的篇幅，恕笔者在此不作细节上的一一回应。如前所述，法律人尽管存在制度角色的差异，也存在若干的思维上的差异，比如检察官的“客观”义务不同于法官的“中立”义务，又不同于律师的“对价性”义务，因此他们的思维会有一些的差异，但是这不足以构成对法律人较普遍的思维习惯和特点的否定。

朱文第五部分以“每个法律人都有自己的制度角色，承担着具体的制度责任”、“不同审级的法官也存在思维差异”等为由，否认法律人思维的存在。怎么看这个问题？我们当然知道法律人有不同的制度角色分工和责任，我们也承认法官、检察官和律师的制度角色决定他们的思维存在某些差异，但他们基本的思维习惯和特点还是一致的、共享的。苏力还以“焚烧国旗案”为例认为检察官和律师“在相当程度上又分享了判断先于论证，结论先于理由”的思维方式或特点。此处，其实很简单——苏力有意或无意地巧妙混淆了检察官（或律师）的预判与他们在整个诉讼过程中所处的程序阶段。检察官或律师各自的预判（起诉或辩护）所进行的思维，只是程序进行的中间环节，而不是全部。就他们在各自工作环节所完成的思维来看，他们是论证先于判断、理由先于结论的。“焚烧国旗案”的检察官也是通过证据分析、事实判断以及概念分析和推理方法来得出他的判断结论的。虽然“初始判断”也将在很大程度上引导律师或检察官，但这“初始判断”只是个“不自觉”（如苏力所言），它仍然无法让他省心省力——毕竟证据证明和概念分析是法律人省不了的功课。说白了，即使你真有结论了，也得老老实实“望山跑死马”地做好每个必需的功课。这就是法律方法对思维的要求，这就是制度对法律思维的要求。而对于整个案件的审理而言，检察官与律师的工作又成为法官审判程序整体中的组成部分，成为程序整体中的一个链条，成为法官作出思维判断结果的论证推理形式，促使法官最后得出实质的判断。把检察官或律师办案时的预判再纳入诉讼程序整体来看，他们俩是符合程序伦理的，这在各国司法伦理中受到制度和伦理支持。<sup>[24]</sup>

我们为什么说统一的科班训练很重要？这正是因为科班训练中的方法能够得到共同体较为普遍的认可，形成共同体共识。法官、检察官和律师三方角色，如果连基本的法律概念、法律方法和思维方式都存在差异，那么他们如何说到一块去呢？各国之所以让司法资格考试统一起来，就是让三部分人的概念、方法和思维统一起来，成为共同体。许多国家之所以有从律师中选拔法官的制度，也是因为他们的概念、方法和思维是统一的。如果苏力的观点能够成立的

[24] 有时法科生会存在一个疑惑：检察官在法官未判决之前就起诉，这种未经审判就认定他人有罪的思维，是不是违反无罪推定原则？事实上，这个问题如果从检察官伦理上来看（如“客观义务”或“准司法官”），就能迎刃而解了（参见（日）森际康友：《司法伦理》，于晓琪、沈军译，商务印书馆2010年版，页176）。

话,那么,国家应当取消各大学的法学院,法律人才的培养应该分别交由国家法官学院、国家检察官学院和国家律师学院来进行;国家还应当取消司法统一考试,回到2001年以前的法官资格考试、检察官资格考试和律师资格考试。苏力总是举例说明谁谁谁非科班出身也干得很好,这个问题涉及法律工作者的专业化在实践中的评估,情况比较复杂,容后文再作阐述。

法律方法之所以被称为“法律方法论”,是因为它在法律人的不懈努力之中、在不断发展进化中被精细化、体系化了,其内部存在细腻甚至复杂的技能和方法。这些都是法律人的思维,通过法学家和法律人的共同努力来总结、梳理和归纳出一套相对合理的法律思维方法,就叫法律方法。比如德国民法学家卡尔·拉伦茨的《法学方法论》作为法科生的教科书,通篇就是讲法律人该怎样思维的方法。<sup>[25]</sup> 卡尔·恩吉斯的《法律思维导论》,从头到尾就是讲法律规范的意义和结构、从法律规范中获取具体的法律判断(推论)、从法律规范中获取抽象的判断(解释)、法律者法(不确定概念、一般条款的适用)等。<sup>[26]</sup> 担任过法官的长期从事法律教学的王泽鉴教授著有《法律思维与民法实例》,其中第一章就强调一个人经由学习法律,通常可以获得法律知识、法律思维和解决争议这三种能力。<sup>[27]</sup> 黄茂荣的《法学方法与现代民法》从法律概念、法律规定的逻辑结构、法律解释、法律漏洞及其补充,到法律体系的方法等,都是关于法律人的法律思维方法的论述。<sup>[28]</sup> 日本在明治维新后照搬了德国民法学,其法律方法论也主要集中在民法解释学。笔者列举这些,是为了说明在有成文法传统的大陆法系国家,法律方法是多么的重要和普及。因此,对于中国这样的有成文法传统的国家,有必要建议所有的法学院都开设法律方法课,或者所有部门法教师都在课堂上能够进行法律方法的传授。

至于英美法律人思维,稍后我们再看看其特点,看看那种不依赖于独特的法律方法和法律思维来办案的神话是如何破灭的。

### 三、法盲思考法律在何种意义上不是法律思维?

正如苏力已注意到的,笔者一直是区分“法律思维”与“思考法律”的。也就是说,外行人对法律的思考,不等于我们所谓的“法律思维”。苏力说,“一个基本的问题是,并不是学了法律就一定懂法律,而没学的就一定不懂法律,更不说遵守法律了”(朱文第八部分)。我们讨论的是法律思维问题,而不是懂不懂法律的规定,两者压根无直接关联,而苏力偷换了其中的概念。

“即便被标签为法盲者,法盲也并非真的无视各种规则和规范。多年前就有研究发现监狱犯人对法律的平均熟悉程度总是高于大街上的男男女女;因此,所谓‘无视’其实只是我们说惯了一个修辞。法盲从来不拒绝规则或规范,从不否认制度和规则对人有约束力”(摘自朱文第六部分)。其实苏力偷换概念地把“法盲也守法”的普遍现象理解为“法盲也具有法律思维”。

[25] 参见拉伦茨,见前注[15]。

[26] 恩吉斯,见前注[1]。

[27] 参见王泽鉴,见前注[21]。

[28] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学法律系法学丛书编辑委员会2006年版。

法律人与行外人士的思维区别并不在于重视规则还是无视规则,而在于是否懂得运用如解释、推理、漏洞补充、法律论证等关于规则的专业技术。外行人尊重和遵守法律,与法律人对规则的尊重与认识思维习惯是不能划等号的。事实上,行外人常常在规则面前表现出很外行的习惯。究其原因,多半是因为没有专业的思维习惯和技术。

我们相信行外人会遵守规则、尊重法律,但不是因为他们具有法律人的思维。法盲遵守法律、尊重规则,可能是因为社会压力、法律的权威性、道德的原因,或者因为尊重习惯,或者因为怕受惩罚等,<sup>[29]</sup>或者因自身利益的需要。<sup>[30]</sup>还可能是因为外行人与法律人都拥有“正义感”,但是我们必须根据相对立的标准来衡量“外行的正义感”和“法律人的正义感”。法律人的正义感的标准在于“他容忍制定法之不正义的困难程序”,外行人的正义感的标准在于“他究竟是否能够容忍处于法的安定性利益中制定法的不正义”。<sup>[31]</sup>

苏力的字里行间暴露了一个技术软肋,就是自己塑造了一个假靶子来打。他把美国的“Thinking like a lawyer”当作只是“对一年级新生的要求”,他把法律人的思维机械地理解成“按法律规定行事”或“依法行事”。因此,像法律人那样思考就变成是幼稚可笑的;因此,法盲依法行事也成了法律思维,法律教义学就成了“死嗑条文”。这尤其集中地表现在朱文第十部分。他说“必须注意,在法律人面对的事务中,真有智力挑战的,真需要法律人去思考而不只是机械演绎适用规则的,一定是那些仅按法律程式或定式无法完成,或即便可以完成但当事人甚或法律人自己也不满意甚至无法接受的事务,因此当事人或客户或法律人自己,有时甚至真可能是整个社会,都希望有所变化、发展或限制的事务。仅仅法律人的思考本身无法确定这些目标和前进方向,相反只有先定下了目标和方向后才可能展开法律人的思考,不但是研究在法律文字层面的可否,而且要研究可能的后果,有哪些法律的、政治的、社会的、经济的或仅仅是习惯的制约条件,该如何在法律上以及以其他方式对待——无论是改变、尊重或是不理睬——这些制约。”(摘自朱文第十部分)“要增强法律人的这种能力,就必须超越所谓的‘法律人思维’,或者换一种说法,就必须在经验层面上丰富法律人思维的概念”(摘自第十部分)。必须要让法学院毕业生“在遇到新问题,且无法从法律中找到现成答案之际,知道自己应当和可能从哪些地方获得帮助,并且在教学内容上要结合部门法的法律实践,增加这类内容”(摘自第十部分)。

苏力所表述的这些没有法律规定的情形,恰恰是司法中的特殊情形,而不是常规情形。对这些特殊情形,不正是法律方法论所讲的“法有规定而不明”、“法无明文规定”以及“法不确定”这三种情形吗?正好有三种主要的方法来解决这些情形,即法律解释、法律漏洞填补和特殊适用方法。在没有法教义学的英美法上,这些情形的解决也不是没有方法和法律思维的,而是用所谓的“distinguishing technique”(区别技术)和“legal reasoning”(法律推理)来替代了。

从前面摘引的段落来看,苏力似乎把法律人思维或法教义学等同于中世纪意大利的注释

[29] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,页447—464

[30] 苏力在文中例举了公民为符合购房条件而假离婚,其实就是因为购房者出于个人利益的考虑,来分析法律、在规则范围内穷尽自己的权利,而并不是因为他掌握了法律人的法律思维和方法。

[31] 拉德布鲁赫,见前注[2],页102。

法学。苏力甚至把它理解成只是上世纪80年代中国法学院教学中的条文注释。殊不知,法律教义学已经过数百年演变发展,成为成文法国家和地区法律人的看家本领。用法教义学方法是绝大多数情况下的通例,用社会学方法才是法官特殊情况下的例外。“法教义学确定法学的基质和学问方式”,“没有法教义学指导的法律实践是混乱的”,法教义学在功能上“可以运用体系化论证检验法律规范的解释,规范与事实的涵摄,以及司法裁判的理由说明是否具有逻辑上的一致性”,“法教义学的谦抑恰好表明审慎的要求人们在框限和规准之内观察和思考,对于框限和规准之外的问题,则交由其他学问去解决”。〔32〕

行外人士尊重或遵守法律不等同于法律思维,法律思维是学习法律专业者通过认真学习领会、实践训练法律知识和方法,特别是从部门法知识和方法的学习训练中获得的职业思维。有时,为什么出现法律人思维与外行人思维有相同之处或被相互混淆呢?因为两者确实有相同或相通之处:两者相同之处在于他们对规则的理解和对正义的理解有交叉点。两者相通是因为法律人思维中的特殊思维方法的最终目的就在于促成合乎大多数人的目的,即法律人与外行人追求所谓法的“合目的性”是一致的。〔33〕

法律人与行外人思维的区别不在于会不会依法行事。如果说外行人依法行事也是法律思维的话,那么在法律的前提下,他们还能够依“法”吗?依什么“法”行事呢?现在我们做一个很简单的实验,我们假定一个事案正在被讨论中,同时它是在法律上无明文规定的。在这样一个场景下,我们会发现外行人与法律人的思维究竟差异在哪。下面这个例子验证了笔者所说的这个现象。

某大学校长接到举报说某硕士毕业生在大学期间经常打架,道德败坏,要求校长撤销已授予该生的硕士学位。学位委员会上的多数委员认为这样的学生怎么可以让他毕业,更难容忍的是还授予其硕士学位。于是气乎乎地准备投票来撤销其学位。这里,严格来说同样没有法律可依,对于法律人的思维来讲,涉及两个法无明文规定的问题:一是打架是剥夺其获得学位权利的理由吗?行外人(学位委员会里面不乏著名院士和科学家)通常会想当然地考虑一条理由——我们是有严格校风传统的大学,对一个人品这么差的学生,怎么可以授予硕士学位呢?可是他们并不会从法律关系上去区分,毕业证书与学位证书是两个具有不同法律性质的东西。你可以因其打架情节严重而不予颁发毕业证书,但不能因其打架情节严重而撤销其硕士学位证书。二是撤销已授予的学位,是个“行政法律行为”,〔34〕作出对行政相对人不利的处分,需要有充分的举证。同时,经常打架一定构成“道德败坏”吗?如果真的构成“道德败坏”,那么举证和论证由谁负责?真构成道德败坏,是不是成为撤销学位证书的理由?显然,作出撤销决定的校方到了行政诉讼程序中,必须负举证责任,没有证据和质证是不能作出对他人不利决定的。可是委员们并没有这样考虑,以为通过少数服从多数的票决,就可以成为撤销学位的理由。

〔32〕 舒国滢:《法哲学深思录》,北京大学出版社2010年版,页37—41。

〔33〕 拉德布鲁赫认为“合目的性”法律人与外行人一致的,而法的安定性与法的正义却是法律人与外行人有不同的(参见拉德布鲁赫,见前注〔2〕,页102)。

〔34〕 参见北京市中级人民法院“田永诉北京科技大学案判决书”,《最高人民法院公报》1999年第4期。

按苏力的说法,这正是“遇到新问题”、“无法从法律中找到现成答案之际”,行外人怎么处理呢?如果是行外人,知道该“从哪些地方来获得帮助”吗?在没有法律法规依据的情况下,法律人的思维仍然会使他们质疑“少数服从多数的票决”能否成为撤销学位的理由?此处产生了一个正当程序的问题,由谁来完成一个举证和质证的程序呢?合乎法律思维习惯或法律思维常理的做法是:由学位委员会指定或成立一个调查小组来负责证据收集、审查、质证的程序,最后就是否有打架的事实、是否道德败坏以及是否构成撤销学位的理由,作出一个判断结论,再提交给学位委员会投票。请问,除了法律思维之外,哪门社会科学知识会告诉面对这样的问题你该怎么做?

多数学位委员们那样的思维,正是典型的大众思维。行外人士在事案面前,不是因为不知道规则而不考虑规则,而是压根就不习惯于用规则方法和程序技术来考虑事案的处理。

产生诉讼的案件更是这样。让我们再看一个民众议论态度基本严肃、较少被“娱乐化”的案件,其中法律人思维与外行人思维迥然不同。2008年5月7日的“5.7飙车案”发生后,网络出现了各种观点(甚至有要求判肇事者死刑的),暂且不引用其观点,因为它也不重要,此处只关注大众观点的兴奋点和焦点,不外乎以下内容:

值班交警说只70码太不象话了。

肇事者居然爱好玩车。

玩的什么车?还是高级跑车!

父母干什么的?商人!一定是不法商人或富商。

飙车还撞死人,富二代干的!

你看肇事者的同伴的表情,还那么轻松!

被害人是名校毕业生!

被害人的人品与工作都很优秀。

恋爱八年并且今年准备结婚,居然被撞死了!

看看被害人那张遗照,多可爱多可惜!

被害人母校的学生上街多么有序啊。

市市民愤极大……

大众对事案的关注往往不是把重点放在法律思维的必要考虑上,而是在没有法律思维和方法的基础上,无限扩大了考虑的外围因素。法律人对本案合乎法理逻辑的思维因素是:

驾车撞人侵害的是不是特定的对象(犯罪的侵害客体)

肇事者驾车行为是交通运输还是飙车寻求刺激(犯罪的主观方面)

超速程度(犯罪客观方面)

肇事车辆被部分改装(犯罪客观方面)

肇事者法定年龄与精神病排除(犯罪主体)

被害人有无过错(是否在人行道)

肇事当时有无不可抗力(比如同乘的人故意制造车祸)

..... [35]

除去那些被娱乐化的案件,街头巷尾或网络中也不乏严肃的讨论。尽管是严肃的,但它们和法律人的思维一对照,大都表现出两种思维的差异,存在大众生活逻辑与职业专门逻辑之间的差异和冲突。当然,不排除有的案件中个别法律人的低级错误。但我们不得不承认这样的现实:法律人的思维是存在的。法律人的思维与大众思维存在差异,并且法律人的思维是一种法律职业的专业逻辑,它与民众的生活逻辑之间不仅有重大差异,还存在严重的紧张关系。说法律人有独特的法律思维,并不是如苏力所说的,只是我们中国没有实践经验的法学学者提出的。据我们目前所阅读的范围,法律人的思维最早是由16世纪英国法官柯克揭示的,他在与国王的辩论中,认为法律人具有“技术理性”,而大众的理性是“自然理性”,两者存在着区别。[36]

法律人的思维的特殊性,并不是说行外人学不会,不是指行外人用不到,而是行外人不经法律训练而暂时没有。如果行外人认为有必要,也可以来学习和接受训练,之后掌握法律思维方法,成为法律人。这种特殊的职业思维方法从理论上讲是可以教育被普及的,但从操作上讲,由于社会需要分工,发展出各种专业,法律行业和牧师、医师、教师等最先发展成为 Profession,而不再是 trade,进而生成了一种职业制度(你不具有这种思维就不能进入职业共同体,这也是需要职业资格考试的根本原因所在)。朱文第七部分讲了“理论法盲的不可理喻”,总而言之,其意思是说网络的言论都是胡说的,别信。这又走向了另一极端,表现出对民众和行外人士的轻视甚至鄙视。民众在针对公案的表达中,也有民众草根阶层的合理诉求,正所谓“哥抽的不是烟,而是寂寞”,民众激情言说的背后,是他们对“骨感”现实的公共主题的议论。但苏力所概括的一些法盲说话的特点,恰恰是这样的思维方式。“不精细地关心”法律、逻辑、证据、事实真相,恰恰说明了大众思维与法律思维的巨大差异。这一点,笔者在《公案中的民意、主题及其信息对称》一文中[37]已经作了论述,在此不再赘述。

#### 四、强调法律人的思维不等于轻视外行人思维

苏力总是举例说明谁谁谁非科班出身也干得很好,甚至说法盲也可以当法官。其实这样的事实相对于整个法律人共同体,毕竟是个别情况和少数情况。苏力借波斯纳的话说,杰克逊没有上过法学院,卡多佐从法学院辍学了,汉德从业律师实务很失败,而霍姆斯既非成功的律师,也不是最像律师的法官……并因此结论认为法律上的伟大隐含的就是要超越法律。言下之意是:你看,他们都不那么专业,却成为超越法律的伟大的法官。笔者的质疑和反问可归纳

[35] 部分内容可参见新浪网新闻中心:“杭州飙车撞死人案”,<http://news.sina.com.cn/z/fjzbc/index.shtml>,最后访问日期:2013年10月21日。

[36] 柯克说:“诉讼并不是依自然理性(natural reason)来决断的,而是依人为理性(artificial reason)和法律的判断来决断的;法律乃一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践才能获得对它的认知”。(美)爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,页35。

[37] 孙笑侠:“公案的民意、主题及其信息对称”,《中国法学》2010年第3期。

为三点:第一,这种哲学家般的伟大法官在人类司法史上究竟有几个呢?人类能出几个这样的天才法官呢?如果天下的法官多数不是这样的,那么这些多数的法律人是否需要通过科班训练来掌握法律方法呢?第二,你能用个别的超凡法官来说明成千上万平凡(典型)法官所需要具备的职业思维特点吗?为什么不从普遍的大多数法律人去看待这个问题呢?第三,个别天才在没有学过法律专业或学得不好的情况下,你能排除他们有可能在法官席位上潜心钻研法律思考和司法方法吗?

同时,也要看到司法工作中确实存在一些环节需要外行人的思维,比如英国的小额法庭派一些平民法官来担任。因此,我们要看把非科班的人放在什么位置上,这也很重要。比如把非科班的人放在西部基层法院或乡镇派出法庭法官的位置上,可能是容易干得好的。把非科班的人放在具有管理性质的法院院长位置上,尽管不合理,但在中国特定条件下也可能是干得不赖的。非法律科班出身的人士进法院,我们不否认他们可以在办案中学会一定的、较多的甚至完全的法律思维。这是因为,他们中不乏善于学习的人和善于适应法治不健全条件下司法环境的人。更重要的是,法官当法官之后,也受到司法制度中各种审判机制的约束,比如“法官法官”受合议庭的约束,受程序中的检察官和律师的约束,受审判委员会的约束,而不得不在被动状态下学会法律思维。但是,从制度设计来讲,科班法律人当法官一定比法官当法官有更多的合理性。我们要考虑普遍情况和普遍规律,来提出担任司法人员的基本素养的要求。否则,他们的工作是会给个人和社会带来高度危险的。让不懂法律专业的人(尽管懂法律专业的法官也会枉法裁判甚至嫖娼——所以我们要强调职业伦理道德与专业技能的并重)来办理涉及当事人财产、人身甚至生命的案件,其危险性是我们每个公民都要担心的!

我们主张法律人的思维有助于正确的法律判断,不等于说法律人的思维是最接近真理的,法律人也不是不会犯思维错误的。法律人如果夸大规则和概念的稳定性,机械教条地理解法律,对概念作形式化理解,有时也会背离真理、违背正义。笔者在过去十余年兼职律师的经历中,遇到过不少这样的例子。比如《继承法》第17条规定“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写”,我们在电脑和打印设备业已普及的今天,就不能机械刻板地把立遗嘱人用电脑打印后签字盖章的遗嘱书,不当作遗嘱来解释。“一如人类所有的追求和行为,法学也带有不足并遭受危险。但是,人们可以设想,众多优秀的人为之付出精力的法学,不是完全没有理智的。”<sup>[38]</sup>正因为如此,法律方法体系中不仅仅只有字义解释,还形成了目的解释、漏洞填补、法律原则等不确定条款的特殊适用方法,甚至所谓“超越法律”的法律推理,从而最大限度地避免可能的错误。但这些仍然无法百分之百地避免错误,因为法律本身可能也会有错误。正如一切诉讼程序都只是以形式正义为最低限度的工具,在此前提下,尽可能地追求实质正义。诉讼程序只是寻找程序意义上具有盖然性的相对的真理、真相和真实,不能保证诉讼程序像一架探求真理、真相和真实的机器。

法律人的思维是不是一定代表真理,外行人的思维就没有价值呢?认识这个问题很重要,否则非法律人都会对法律人有误解和抵触,以为法律人自恃某种技术就那么狂妄,

[38] 恩吉斯,见前注[1],页7。

或者如苏力所说的“君临天下”了。问题在于,法律人思维只是“在制定法的范畴内”是接近真理的,并非法律人的思维才是最正确的。比如在“吴英案”的争议中,张维迎认为刑法上的非法集资罪本身是不合理的,是“恶法”。<sup>[39]</sup> 我们有理由相信他是有经济学理论依据的,他对刑法上非法集资罪条款的这一判断,不是“法律人的思维”,但他很可能是最接近真理的,或者至少在将来刑法修改时是正确的。如果按照法律人的思维,那么我们是怎样思考的呢?可能会出现两种角度:第一种是承认该条款在目前的有效性,这是从维护法的安定性立场上的法律思考;第二种实质上和张维迎的观点相似,但法律人会思考:通过什么样的法律方法来避免适用到吴英身上,或者通过什么方法使得对吴英减轻刑罚是合理的?这就要运用法律人的“超越法律”的思维与方法了。

我们没有必要因为张维迎没有法律思维就去批评他或讥讽他,也没有必要觉得他的观点是接近真理的就对法律人自己的思维表示怀疑,没了自信甚至放弃。有人可能担心,承认法律人思维的独特性会带来职业优越感。这不是必然的,但也不是什么坏事。其实像牧师、医师和教师职业,有职业优越感也没有什么副作用,说不准还反而增添了职业荣誉感。正如医师有优越感,就不会膨胀到去歧视不懂医的人。至于医生坑病人的现象,那是医德范畴的问题。但是,强调法律人思维的独特性,最需要避免的是法律人滥用这种专业优越感,更不应该让这种优越感膨胀到歧视和坑害外行的民众。这就是笔者为什么主张法律职业伦理的重要性,主张把法律伦理作为法学院必修课的理由。

真正成熟的法律人,深知自己只是在实定法的范畴内去努力接近真理,是在很有限的范围内履行法律人的神圣职责,法官只是在实定法范围内作出有效力的判决,没有必要认为自己的判断是真理或最接近真理。拉德布鲁赫说“因为不可能断定什么是公正,所以我们必须判断什么应当是合法的。假如真理行为是不可能的,那么就有必要代之以权威的行为。相对主义属于实证主义”;“只有那些具有内疚之心的法律职业人,才能成为好的法律职业人”。<sup>[40]</sup>

总之,我们法律人需要保持一种谦卑的态度,来看待自己的职业和工作。

## 五、美国不存在“法律人思维”吗?

不难发现,苏力整篇文章都以美国法为背景,美国法官、美国案例、美国理论……始终没有同时关心和关注欧陆法,其中的不合理之处就是一叶障目。他说“像法律人那样思考”只是法学院“对一年级新生的要求”,事实上,这是很荒谬的。据此,他认为美国没有“法律人的思维”。苏力还说,英美法律人与欧陆法律人没有一种统一的法律思维和方法。这是个似是而非的判断。

事实上,在整个JD教育的三年过程中,美国法学院都要求学生“像律师那样思考”,并进行这样的职业化的技能训练,其目的是使得JD学生获到律师职业应有的那种思维方法。而

[39] 参见张维迎:“吴英案是改革倒退,非法集资是恶法”,[http://www.cs.com.cn/xwzx/03/201202/t20120205\\_3228883.html](http://www.cs.com.cn/xwzx/03/201202/t20120205_3228883.html),最后访问日期:2013年10月21日。

[40] 拉德布鲁赫,见前注[13],页20、130。

且,在法律人从业之后,仍然要以这种思维方法和技能去应对真实的案件。因此,苏力所谓的只“对一年级新生的要求”,是不那么准确的。即使是毕业后的法科生,也还是要像律师那样思考。“Thinking like a lawyer”有其固有的缺陷,但即便如此,也显然得不出“不存在法律人思维”的结论。

众所周知,英美法官与欧陆法官思维方法上存在一定的差异,但两者不至于差异到了连“法律思维方法”都不存在了。难道真的能否定法律思维方法的存在?正像我们讲“对南方人来说讲面条、地瓜、玉米不是粮食”一样,习惯吃大米的南方人不爱吃面条、玉米等,这是事实,但不等于说面条、地瓜、玉米就不是粮食。大米与面条之间仍然是有共性的。如果说美国法官当中没有学习德国法官的法律教义学,就否认法教义学方法是法律思维,这几乎就等于个别洋人说“中国的筷子不是餐具”一样。

其实我们认为法律人存在一种法律思维,并不否定不同国家的法律人有差异,也从来不否定同一国家的法律人在法律思维方法上有熟练水平的差异。但求同存异、去粗取精地来分析归纳,在法律人内部,职业思维总是存在一些相同或相似的法律思维方法、习惯、特点甚至规律。

我们知道美国是判例法国家,又是现实主义法学占主导地位的国家,因此与大陆法系的法律思维有很多区别。成文法国家的法律人和判例法国家的法律人在规则这个大前提上就存在着很大差异,“超越法律”的前提条件因此有很大不同,这是众所周知的。成文法传统下的法律人,自然形成了严格遵循既定规则的法教义学方法,而英美法律人面对的都不是成文法规则,所以“超越法律”才有必要性和可能性。尤其值得关注的是,留下法官经典案例大多是有“造法”贡献的具有突破性和变革性的案例。尤其是著名的现实主义、实用主义的法官,如霍姆斯、布兰代斯、卡多佐、汉德、沃伦、波斯纳等,他们只是具有预言家气质的个别法官,而多数没有留下经典案例的非著名法官是怎么断案的?法律理论家不会给予太多关注。因此笔者常说“异议者霍姆斯法官之所以伟大,是因为他不是普通法官”。

朱文所引用的 Frederick Schauer 的著作提到的“法律规则、先例、权威性、类比推理、普通法、法律现实主义、法条解释、司法意见、造法(规则与标准)、法律问题与事实问题、举证责任和推定等”,这些不是法律人的思维所坚持的方法,那又是什么呢?苏力说“所有这些都与英美法,特别是美国司法制度及其运作有关,可以说,像法律人那样思考,就是大致了解法律人会在一个什么样的具体制度环境中,而不是一个抽象的司法制度环境中工作和思考”。其实我们应该承认,不同的法律传统造就了不同的法律思维方法上的风格,但不等于说法律人没有独特的思维。进而言之,不同法系的法律人思维风格也会拥有且应当拥有共同的思维特点。

作为英美法重要传统的判例法区别技术,它不是法律人的思维方法,那又是什么呢?两大法系的法律思维方法在风格上有差异,不等于说它们之间没有共同点。比如,概念分析就具有共同的特点,两大法系都需要进行概念解释,都需要为了概念的扩大或缩小而运用各种法律思维的方法。因此,不能用美国的情况作论据来否定法律职业的思维的存在。尽管如此,英美法系判例中的区别技术,就是一种职业思维方法。美国历代法官从个案中把致人伤害的“危险”区分为本质危险(inherently dangerous)和紧急危险(imminently dangerous),把有瑕疵的枪、错贴标签的毒药,以及有瑕疵的洗发水、脚手架、咖啡炉和汽水瓶进行归类,把有瑕疵的车辆、

爆炸的灯、有瑕疵的圆锯平衡轮和锅炉是否列入或排除……。〔41〕这些都是概念分析的方法，仔细分析会发现它与大陆法里面的法无明文规定时的类推适用具有相似之处。比如罗马法上著名的鸵鸟致人伤害案，〔42〕罗马法学家认为，鸵鸟的所有人应承担赔偿责任，其推理过程采取了类推推理的方法，即根据“相似性”，〔43〕也必定适用于同样危险的两足动物。四条脚的动物的所有人应负损害赔偿责任的的规定，其立法目的在于使动物的所有人尽其管束动物的义务，避免损害他人，对任何动物，不论其为二脚或四脚都应如此。

我们再来看一个英美判例法的具体例子。1916年 *MacPherson v. Buick Motor Car Co.* 案件中，被告别克汽车公司向汽车零售商出售一辆别克汽车，零售商又把此车售给原告麦克弗森。由于此车一车轮在制造上有缺陷，致使汽车在行进中突然翻倒致原告麦克弗森受到伤害。有关证据表明，如果事前被告对车轮进行合理的检查就能发现其缺陷，但被告没有这样做。制造商与受害人没有合同关系，当时法律没有规定制造商对消费者有“注意的义务”。然而，由于原告并非直接从被告那里直接购得该汽车，所以被告应否承担过失责任，尚属疑问。这成为该案处理的关键问题所在。

卡多佐法官从16个判例中寻找出至少3个类似判例，如下：

判例一：1852年的“托马斯诉温切斯特案”，药品制造商由于过失把颠茄剂这一毒药贴以蒲公英制剂的标签，致人中毒。法院判药品制造商有责任。

判例二：1882年的“德夫林诉史密斯案”中，建筑商制造一有缺陷的脚手架卖给油漆师，结果油漆师的雇员从脚手架上跌下致死。法院判建筑商有责任。

判例三：1909年的“斯塔特勒诉雷制造公司案”，安装于餐馆的大型咖啡壶爆炸，致使顾客受伤。法院判决制造商有责任。

卡多佐法官在司法过程中的思维，正是试图从诸多先例中归纳出适用本案的法律规则。第一个判例是毒药中毒，第二个是脚手架上跌落，第三个是咖啡壶爆炸。卡多佐法官针对判例运用“区别技术”并进行了法律推理，从三个判例中寻找共同点，即“固有的”或“迫在眉睫的”危险物品，可以不考虑是否存在合同关系，而制造商应当予以赔偿。其成功应该归因于“正相似的安全数量和类比被确认具有相关性”。〔44〕此案涉及对“侵权责任”、“产品责任”、“危险物品”、“迫在眉睫(即时)的危险”等概念的分析和比较，也存在从规范到事实之间的往返流转、来回穿梭，可见在判例法区别技术方法中，不仅有法律思维，而且仍然存在着概念分析的法律思维和方法。

我们在此案中显然看到了大陆法系类推方法和英美判例法的类推方法之间的高度一致性。卡多佐把汽车轮胎的即时危险性与咖啡壶的即时危险性进行类比，正如古罗马法律人把

〔41〕 艾德华·H. 列维：《法律推理引论》，庄重译，中国政法大学出版社2002年版，页16—36。

〔42〕 有人从非洲带回来一只二条脚的鸵鸟，致他人受到了损害，被害人便将鸵鸟的所有人告上法庭，要求损害赔偿。而法律上只规定，四条脚动物致人损害的，该动物的所有人应对受害人给予赔偿，因而引起争议。

〔43〕 恩吉斯，见前注〔1〕，181页。

〔44〕 亚狄瑟，见前注〔14〕，页133—136。

鸵鸟侵权与四脚动物侵权进行类比一样。所以我们有理由相信,英美法上的判例区别技术与大陆法上的类推技术,其实所运用的方法是相通的:它们都运用了逻辑上的类比推理,通过法官思维进而得出判决结论。与成文法国家的法官不同在于顺序颠倒过来了,英美法官是在没有成文规则的情况下,通过法律方法解决个案又创造了规则。

由此可见,英美法官和欧陆法官的法律思维是相通的、相似的。因此,卡多佐法官在《司法过程的性质》中说,先例并不是梅特兰所谓的“法律车间”(或“合法锻造”)的唯一工具,“先例的背后是一些基本的司法审判概念,它们是司法推理的一些先决条件”。<sup>[45]</sup> 我们还会注意到,卡多佐的名著《司法过程的性质》其实是一部什么性质的法学著作?是法哲学吗?是法社会学吗?都不尽然,严格来说,这是一部关于法律思维和法律方法的著作。我们看全书的内容,第一讲是关于司法的哲学方法,第二讲的重点是关于司法中对法律的历史解释方法,第三讲是关于司法中对法律的社会学解释方法,第四讲是关于司法中的判例类推方法及其创新。这些不都是在讲美国法官的思维和方法吗?我们能否认在美国有法律人的思维吗?

苏力文章开头所举的“千客(Schenck)案”,其实正是法官运用法律思维来解释“言论自由”这一概念的范例,其思维过程就是法律漏洞填补方法的运用。苏力说“霍姆斯……认为法官不必关心这是否言论,是否表达,也不应关心表达的内容你是否赞同和反断,而只是要关心这个可称为‘表达’的社会行动可能引发什么后果,多少危险,多大危险以及危险何时发生”(摘自朱文第二部分)。苏力想用霍姆斯判案如何巧妙地“关心后果”而不考虑规则与概念,来否定法律人的思维的存在。其实苏力在此混淆了两种“后果”:一是当事人行为的后果,这是任何法官都必须考虑的;二是法官裁判的后果,这是会引起争议的司法考量因素。对当事人行为后果的考虑,并不属于我们所讨论的所谓法官“关心后果”和“结果主义”的后果。司法结果主义所谓的后果是指法官裁判时要考虑的裁判后所导致的社会后果(或社会反响)。

我们再来看看霍姆斯在本案中是如何运用法律方法断案的。本案并不说明霍姆斯只关心“后果”,在笔者看来,事实上霍姆斯更关心规则,因为这个规则出现了漏洞,在法教义学上属于“嗣后漏洞”(nachtragliche Lücken——尽管霍姆斯不习惯用这个概念)。霍姆斯在方法上则运用了目的性限缩的方法,即本案宪法规则的文义“衡诸该规定之立法意旨,显然过广,以致将不同之案型,同置于一个法律规定之下,造成规定应对‘不同之案型,为相同之处理的情形’”。<sup>[46]</sup>霍姆斯在这份法院意见中提出了他著名的“明显和即时的危险标准”,限制了言论自由的概念,也限制了该宪法条款过于宽泛的字义。在这里,霍姆斯不仅没有抛弃“言论自由”宪法规则和相关概念,而且在此规则和概念基础上,结合个案事实(战争正开始,征兵是要务,说明法律概念不是脱离时势环境而孤立存在的),围绕在规则与事实之间进行了涵摄之后,进一步阐述了“言论自由”宪法规则不适用的条件。这类似于德国法上的“往返流转”涵摄的思维过程。

苏力在讲述“千客案”中霍姆斯的判决意见之后,说“至此,我理解了什么叫做像法律

[45] (美)卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,页8。

[46] 黄茂荣,见前注[27],页735。

人一样思考。这个思考并非牢记法律术语,其由来,其在法律上的特定含义(尽管为考试很有必要),而是要在阅读大量法律案件中慢慢熟悉、理解和掌握法官关心什么社会后果,为什么关心,他/她们如何以特定方式在司法判决中逐步重新界定和塑造了这些法律关键词,这些常规语词在法律实践中获得了何种特定含义,边界何在,以及为什么等”(朱文第二部分)。这一段落恰恰说明了三点:第一,这里的“阅读大量案件”正是类比推理思维方法,“关心后果”和关心规则概念同样也是法律思维之一,正是说明了法官具有“法律人的思维”的一个例证。因此,苏力话中默认了“法律人思维”是如何形成的,暂且不说其间的自相矛盾之处。第二,我们不能只关注法律人思维的冰山一角——法官从社会后果的角度来解释法律,这正是法教义学应有之方法,如“社会学解释方法”或称“社会学解释”、目的性扩张、利益衡量等,“关心后果”只是法律方法中的一种,而不是全部。第三,法律方法的用途在排列顺序上是有“等级关系”的(“它是一个最好的法哲学问题”,〔47〕超出本文范围,暂且不论),在平常的多数案件中,社会学解释、目的解释、目的性扩张等司法方法都不会轻易适用,而是要服从概念的平义解释、类比推理等。事实上,像目的性扩张这种法律方法是有一定危险性的,容易被滥用,在普通案件中是不常用的,而苏力却把本案霍姆斯法官所用的这种用于填补法律漏洞的目的性扩张(虽然霍姆斯得出的结论很正确),以为是“放之四海而皆准”的方法而加以推广,以为是最理想的方法而大加赞赏。

## 六、法教义学是如何“超越法律”兼顾“后果”的?

在苏力看来,法律教义学只会在有法律依据的情形下咬文嚼字,掌握法教义学思维和方法的法官,不懂得“关心社会后果”,不懂得超越法律。似乎只有霍姆斯法官那样超越文义的解释(“千客案”),才是真正的法律人的方法。其实并非如此。法律方法的顽强的生命力,除了它能够忠实地解释法律、适用法律之外,还在于它在法律存在漏洞或其他不足时能够“超越法律”。19世纪的法学理论为了维护法制完美无缺的学说,只在很短暂的一段时间里否认“法律漏洞”的存在,但很快改变了——19世纪德国概念法学特别承认存在法律漏洞,并认为可以通过各种概念,来弥补法律中可能出现的个别缺漏。〔48〕正如拉伦茨所言,“法学针对‘价值取向’的思考也发展出一些方法”。〔49〕要不然,法律方法论中怎么会有法律的扩充解释、目的解释、社会学解释?要不然,怎么会有法律原则的适用,有不确定性的一般条款的特殊适用方法?要不然,怎么会有英美法的“法官造法”(以及“能动主义司法”)和德国法的“法律续造”?

法官会不会关心社会后果不是关键问题,关键在于法官是通过何种方法关心案件的社会后果。事实上,职业法官并不是不考虑社会后果的,他们只是要在法律程序中运用法律方法来关心社会后果。事实上,法律教义学也不是苏力所想像的只讲死抠条文而不关心社会后果。

〔47〕 恩吉斯,见前注〔1〕,页192。

〔48〕 (德)H·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,页223。

〔49〕 拉伦茨,见前注〔15〕,页20。

法律方法中符合“超越”制定法文本、具有“超越法律”作用的方法,在文义解释中就有限缩解释和扩张解释,另外在论理解释中就有限体系解释、历史解释、当然解释、目的解释、合宪性解释,再加上比较法解释和社会学解释,也是超越制定法文本的。<sup>[50]</sup>此外,法律方法中符合超越制定法文本的方法,还有不确定概念和条款的运用方法,有的学者把它称作“价值补充”。<sup>[51]</sup>如果不是因为考量社会后果,法律人干嘛运用那么多的超越法律的方法呢?!

法律方法中最符合波斯纳或苏力所谓“超越法律”的,正是法律漏洞的填补方法。这些法律方法正是针对法律的漏洞,必须超越制定法文本,以保证法律人思维能够超越法律,去探寻法律之外的社会后果(意义)、政治效果、正义价值。仅仅填补漏洞的法律方法和法律思维,在德国法上就包括以下内容:类推推理、习惯(法)补充、法官法补充(如自由法学所谓“法官创造性的个人评价”)、法理与学说、政策补充、反向推论、目的性扩张、目的性限缩、利益衡量。<sup>[52]</sup>

下面,再从一个案例来看德国法官是如何超越法律的。一名德国父亲想把住宅的一半所有权赠与未成年的儿子。在父亲和儿子一起到基层法院过户时,法院的工作人员作出临时处分,认为由于受让人是未成年人,其取得住宅所有权会产生法律上的不利益,因而必须征得其法定代理人的同意,而本案中住宅所有权的让与人就是未成年人的法定代理人,因此不符合《德国民法典》第181条禁止自己代理的规定,所以,在转让住宅所有权时,还必须为未成年人设置一名保佐人。这名父亲不服基层法院的这份临时处分,以自己的名义并且以儿子的名义向该基层法院提出异议,但基层法院对此不予支持。两人经过波折,最后获得胜诉。终审法官是如何思考和判断的呢?采取目的性限缩!不适用该规则,本案就不符合禁止自己代理的立法目的。

拉伦茨教授分析:德国法上禁止自己代理的立法目的,是为了防止代理人损害被代理人的利益。因为在通常的合同中,双方当事人的立场是相对的,存在利益冲突。但本案事实是一位父亲把自己的财产赠与给儿子。第一,不是商品交易,不需要对方支付代价;第二,对方当事人是赠与人的儿子,只纯粹获得利益;第三,本案双方不存在冲突的利益,代理人不会损害被代理人的利益。

根据恩吉斯的介绍,德国法律方法上还存在“超制定法”原理——“法益—义务权衡”(Güter- und Pflichtenabwägung)。恩吉斯在《法律思维导论》中讲述了一个“中止妊娠医疗案”,其中涉及当时德国法上的一个漏洞。一位妇科医生对一个已出现自杀倾向的孕妇,根据一份精神病鉴定的结论(证明此孕妇患有精神病),为她实施了中止妊娠的手术,以阻止其自杀。可是当时的德国法上还没有关于“一个为拯救孕妇生命或健康的中止妊娠”的特别规定。德国帝国法院本可能在形式考量中非常容易地处理这个案件,法官可以说“我们的刑法规定,

[50] 此处参考了以下文献:王泽鉴,见前注[21],页220以下;黄茂荣,见前注[27];梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,页213以下;杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,页101以下;梁慧星,见前注[16],页76以下;郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,页141以下。

[51] 杨仁寿,见上注,页135以下。

[52] 此处参考了以下文献:梁慧星,见前注[49],页213以下;杨仁寿,见前注[49],页101以下;梁慧星,见前注[16],页76以下;郑永流,见前注[49],页141以下。

对孕妇杀死胎儿要处以刑罚”(《德国刑法典》第128条)。可是德国帝国法院通过“超制定法”原理——“法益—义务权衡”来填补当时的法律漏洞。法官最后的判词是这样写的:“医生报告的中止妊娠,在孕妇事实的或推测的赞同的情况下,同时在通过一个有能力对实际情况进行判断的第三人而实施的情况下,不是违法的,只要中止妊娠是为了将孕妇从死亡或严重的健康损害这一当前的危险中拯救出来的惟一手段。”〔53〕

法官运用法律方法来超越法律,从而实现司法正义,实例其实不胜枚举。来自欧陆的法教义学方法究竟有多精细?如果不认真研读民法解释学或民法方法论,我们是很难想像的。法律人通过法教义学的镜头,观察到法律出现漏洞的现象和不同的种类,并因此从法教义学上创造出所谓“法律续造之方法”。〔54〕拉伦茨谈到了三种“法的续造”:一是法院单纯的法律解释已经是一种法的续造;二是“法律内的法的续造”,指仍在立法者原本的计划 and 目的范围内,进行超越解释界限之法的续造;三是真正的“超越法律的续造”,但它仍以法秩序为范围,仍在一定的法秩序之内。这正是严格意义上的所谓“超越法律的法的续造”。〔55〕主张超越法律的卡多佐也承认,为了“寻求实在法的理想的一面”,法官要尊重实在法。他在这一点上区分现代法律哲学与自然法哲学,认为它们的不同在于:自然法哲学“要在实在法之外寻求一种正义的、自然的法律;新的现代法律哲学则渴求在或从实在法——现有的和那些将成为实在法的法律——之中演绎出公正的因素并将它固定下来”。〔56〕

就朱文来看,可以断定,苏力夸大了法官超越法律的概率和频率。殊不知,法官在多数情况下是需要用教义学方法,在并非多数的情况下(特别是解决疑案时)才会运用“超越法律”的方法。而且,在运用苏力所谓“超越法律”的方法时,法官仍然在教义学方法和“超越法律”的方法之间进行精细地考量,其中有着深刻的法哲学思考。当法律方法聚焦到司法理念上,就交织着许多对应的或曰“二元论”式的矛盾关系。法官在这两方面之间拿捏和权衡,使钟摆保持一种平衡。可见,法律人思维在“超越法律”上并非没有条件地任意而为,而是存在一种张弛有度的司法哲学。对此,笔者将在以后的相关文章里进一步阐述。

如果把霍姆斯或波斯纳抽调(或穿越)到北京海淀区法院或伊利诺依州初级法院担任法官,他们每天所遇到的案子多数是平常的民刑事案件,多半都要用保守的规则思维和概念分析方法,而不会是“超越法律”的那些方法。他们伟大的智慧在海淀区法院或州初级法院就会无用武之地。因为多数案件的大前提都是有法可依的。而苏力通过霍姆斯断案想说明的问题,恰恰是法律大前提出现了问题,即有法而不明、法无明文规定或不明确,在这三种情形下,法官如何超越法律作出判断。而美国法官并不运用大陆法官的思维方法,所以他们并不按这三类问题来作法律方法上的分类。但美国法官熟悉和常用的思维方法,其实欧陆法官的法律方法论体系中都有,德国人精细的法律方法几乎可以涵盖英美法官所有

〔53〕 恩吉斯,见前注〔1〕,页174—176。

〔54〕 拉伦茨,见前注〔15〕,页246以下。

〔55〕 拉伦茨,见前注〔15〕,页246。

〔56〕 卡多佐,见前注〔44〕,页82。

的方法,笔者这样表述不是说孰优孰劣,也并不意味着德国法官一定比美国法官高明。

在很多时候,我们应该放下对中国法律人的偏见和傲慢,别以为中国法律人就没有美国法官那样的法官造法或司法能动主义的判例。李茂润诉阆中市公安局案就是一例。1998年5月,四川省阆中市水观镇个体经营户李茂润受到一精神病患者的严重威胁时,多次向水观派出所求助,但派出所未予理睬。某日李茂润为了求生,被迫从二楼跳下致重伤,因此起诉派出所。经过一番波折,最后法院还是受理了。<sup>[57]</sup> 本案的焦点在于:行政不作为的情形,是否承担行政赔偿责任?对此,中国法律没作明文规定,法官如何思考、如何判决?

2000年3月20日,阆中法院公开审理了这起行政“不作为”案。四川省高级人民法院向最高人民法院提出《关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任的问题的请示》。2001年6月26日,最高人民法院审判委员会就此案作出回复:“由于公安机关不履行法定行政职责,致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的,应当承担行政赔偿责任。在确定赔偿的数额时,应当考虑该不履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。”<sup>[58]</sup> 这个司法解释就是司法能动主义的典型案例。由法院通过司法解释明确行政机关因不作为而造成对公民权利损害的行为承担行政赔偿责任,填补了立法的空白。

2001年,四川南充市中级人民法院终审判决此行政“不作为”案,判决如下:“由于公安机关不履行法定行政职责,致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的,应当承担行政赔偿责任。在确定赔偿的数额时,应当考虑该不履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。”本案就是法院(法官)基于社会后果考量的创造性判决,弥补了法律漏洞。从司法方法特征上看,符合美国司法能动主义的基本特征——法律或判例没有明文依据、公法上的维权案件、最高法院通过司法解释扩大权利保障范围,因此这是在中国真实发生的典型美国式的司法能动主义案例。

## 七、中国法学理论真的尴尬到了没有主题抓手了?

中国法学理论是否存在苏力所谓的“尴尬”(参见朱文第九部分)?我们承认中国法学理论的总体研究水平是不如人意,甚至承认是落后的,个别学者的研究还是令人难堪的。本文暂且不论中国法理学者水平如何,这三十多年来,当代中国法学理论的研究并非苏力所说的“上不着天下不着地”、“批评人治,宣讲法治”,其研究领域和课题因时代的要求而变得十分的广泛。某种意义上讲,法理学或法学理论比部门法更具有本土性,因此中国法学理论(特别是法理学)还有中国本土的特殊使命和作用,<sup>[59]</sup>而且中国法学理

[57] “李茂润诉公安机关行政不作为案”,参见 [http://law.china.cn/features/2006-12/28/content\\_2956104.htm](http://law.china.cn/features/2006-12/28/content_2956104.htm),最后访问日期:2013年10月21日。

[58] 《最高人民法院关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》。

[59] 郭道晖教授在“法理学的定位与使命”中概括了当代中国法理学的功能和意义,包括“披荆斩棘遮风挡雨、解放思想法学启蒙、树立法的价值观和选择标准、法学思维方法的渗透”等功能和意义(参见郭道晖:“法理学的定位与使命”,《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第6期)。

论也不是没有成效的。这不需要法理学者像王婆那样自卖自夸。在中国当下这个转型时期,社会需要中国法理学去创造性地作出贡献,有中国本土问题意识就会有无数的中国法律研究课题。法律思维和方法在中国法理学研究中具有重要的地位,应当由理论法学者和部门法学者共同来研究,来建立共识。当然,法律思维与方法只是中国法理学的一个组成部分,而不是中国法理学研究走投无路时的唯一稻草。

苏力还认为,在法律思维和方法研究中,“无需讨论具体案件,完全不涉及某具体立法,因此不侵犯其他部门法的领地,不会引发同部门法学者的竞争或冲突,就抽象地研究法律思维,就研究抽象的法律思维”(摘自朱文第九部分)。这是很可笑的。就笔者所知,涉足法律思维和方法的法理学优秀学者中,郑成良、季卫东、张志铭、葛洪义、郑永流、张保生、陈金钊、谢晖、解兴权、陈林林、陈景辉、焦宝乾……他们中哪位的研究是不讨论具体案例的、不讨论具体实在法的?即便其中有学者真是这样,是否真的妨碍其对法律思维和方法的研究呢?抽象地研究法律思维和方法难道有什么不合理吗?法律方法研究分为抽象的法律方法(和法律思维)和具体的司法方法(部门法意义上的,如民法解释方法)。前者主要是法学理论(法理学—法哲学)研究对象,后者主要是部门法研究对象。但法学理论学者也完全可以从事具体的司法方法的研究,比如中国政法大学的郑永流教授在从事法理学—法哲学研究之余,还研究并撰写了《法律方法阶梯》,影响和贡献不可轻视。再看国外法学家,欧陆的拉伦茨、考夫曼、恩吉施、阿列克西以及英美的哈特、麦考密克、赖瑞·亚历山大,<sup>[60]</sup>甚至德沃金等法理学家和法哲学家,难道他们都是为了不侵犯他人领地而为之?甚至杜威这样的哲学家还研究法律思维,写过《逻辑方法与法律》呢,难道也是为了侵犯他人领地?<sup>[61]</sup>在当代西方法学理论研究中,有哪个著名法学家不涉足法律思维方法研究或者有哪位对法律方法理论一窍不通的?法学理论学者如果不虚心、潜心地学习掌握一门部门法,将制定法作为研究对象,即使长期从事法律理论研究和教学,也不一定掌握法律思维的真谛。

如果是基于某种利益而编造某个命题,那就是学术造假甚或故意欺诈。然而,“法律人的思维”绝不是个别学者的创造,而是古往今来职业法律人的实践经验和职业素养,是他们共同拥有的职业技能,在实践中可以成为法律人疏律维权、定纷止争的基本思维方法,谁能低估法律人思维的社会现实意义?

进一步深究,尊重法律人的思维,或维护法律职业的思维的统一性,具有重要的意义。从规范实证的意义上看,法律思维和方法的存在,其意义在于保证“法的安定性”。<sup>[62]</sup>“法的安定性需要法律的实证性,如果不能明确认定什么是公正,那就必须明确规定什么是正确的”。<sup>[63]</sup>如果不维护法律人思维的这种特殊性,让法官、律师像外行人那样去办案,连职业内

[60] Larry Alexander, Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008.

[61] John Dewey, “Logical Method and Law”, *Cornell Law Quarterly*, 1925.

[62] 拉德布鲁赫,见前注[2],页73。

[63] 同上注,页74。

部的人都是外行,那么我们的制定法就丧失其“安定性”。我们倡导法律活动的专业性和专门化、法律职业的自主性和自治性、建立司法独立的制度或“司法机关依法独立行使职权”、设立正当程序以防止外行人的侵入、程序的自治性和相对隔离的空间等,又有何意义呢?

“法律人的思维”的存在不仅是个事实,还是一个与多个理论、多个制度相关联的理论。作为理论,它不是孤立的,它和这样几个问题是紧密联系在一起的:法官忠实地服从法律和法律的目的,保证司法独立的体制或“司法机关依法独立行使职权”,倡导法律职业的自主性,假设或建立“法律帝国”,保持法学内部的自足性,主张法学是一门“法律科学”,法律的形式理性,划清法理学的范围,坚持纯粹法学的立场,法律与道德分离,这几个方面之间有异曲同工之处,因为它们具有内在关联性的逻辑关系。……虽然在中国目前情况下,具有不切实际的理想主义色彩,但我们需要这种梦想,需要这种“知其不可为而为之”〔64〕的精神。

法律思维或法律人的思维,其伟大而平凡的意义就在于形成“同质化”的概念、思维、方法、信念和伦理,基于法律人的价值共识,构成“庞大的人权联盟”,〔65〕超越于一切派系利益,进而通过这种法律思维和方法去疏律维权、定纷止争、跨国竞争、治国理政。〔66〕

## 八、“法律人的思维”:群体私利? 抑或价值共识?

法律界和法学界为什么会强调法律人的思维? 苏力认为,“法律人思维的断言中深藏着一个有关知识和权力的断言”,这一点我们可以承认,但承认了又怎么样呢? 法官的尊严不就是这样建立的吗? 律师受社会的需求,不正是因为他们垄断了部分知识和技能吗? 他认为,“在一个无论出于何种原因都必须加强法治的时代,必须以某种最简便的方式向社会推销法律和法律人独一无二且无人替代的重要性”。这或许是事实,可是这种推销有什么不好?

苏力因而提出一个核心观点,认为法律人的思维“被误读成真理”的原因是法律人群体性的故意。他认为,这种“‘法律人思维’的流行主要不是因为误读,法律人想得‘太简单,有时太天真’,而是因为这种说法赋予了一些勇敢豁得出去的法律人某种特权和地位”(摘自朱文第九部分)。作这样的判断,必须要实证,不宜推测。苏力把“法律人思维”说成是“寄托、承载和纠缠着诸多中国法律人的重大利益!”(摘自朱文第九部分)。他又说,“但这些教育和训练只有助于法律人用各种语词将各种不可缺少的判断包装起来,陈仓暗渡,在字面上勾连法律和法律决定,却无助于法学人在面对非常规案件时所必须的出色判断”。不承认法律人思维也罢了,苏力教授你还把法律思维说得那么险恶干嘛呢? 苏力语出惊人的这一“重大发现”是真的吗? 我们来看看他举的例子。

〔64〕 《论语·宪问》。

〔65〕 拉德布鲁赫,见前注〔13〕,页132。

〔66〕 我们最近政治生活中倡导的“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”,正是在“法律人的思维”意义和功能上提出的。我们也可以说,通过法律思维治国理政的实证例子,在一些国家早已有实践了。

最高人民法院分管领导对醉驾的刑法解释出现后,没有看到职业律师站出来指出这一主张有欠周全。苏力认为“这种没反应正是实务法律人一种精确的反应,这种表面的不敏感其实与法盲们的高度敏感完全一致,因为一旦依据《刑法》第13条对醉驾区别对待,至少刑辩律师就会生意兴隆、财源茂盛,此外在中国从业律师大都是有车族。”(摘自朱文第八部分)。苏力以此为例,认为这是法律人的“漂忽”。正如苏力所言,某最高院领导的解释,“在法律教义学上完全成立,最高法院的社会后果考量也有合理之处”。其实,律师沉默表明多数法律人都认可法教义学的思维和解释方法,大多数律师都是这么想的。此处并没有那么多的目的和动机,你非要去考察律师不发声的动机干嘛?如有必要考虑律师的动机,也完全没有必要作如此揣测。符合法律人的思维,也符合解释学方法,律师为何要批评一个自己认可的思维方法下作出的判断呢?律师界反倒要问苏力,是不是你以自己的某种思想习惯和价值标准来审度律师呢?何况被审度的不是“一个”律师,而是审度中国“所有的”律师。你怎么会知道这样一个群体的内心都有一颗财迷心窍的心呢?即便个别律师有这样的想法,作为法律人也不宜凭猜测来臆断,更不宜把法律界同袍的内心使劲往龌龊里去揣度和想像。

苏力把法律人坚持独特的职业思维和法学界关于“法律人的思维”的言说,说成是“寄托、承载和纠缠着诸多中国法律人的重大利益!”,这与波斯纳的观点如出一辙。波斯纳说“在这两种市场组织形式中(指中世纪手工行会与转型前的法律职业),都是通过创造一个意识形态共同体,彬彬有礼地抵抗其产品的‘商品化’,从而便利了卡特化”,“人们之所以信其所信,是因为对于他们来说,相信这些事情是有用的,而不是因为他们之所信是真的”。〔67〕然而,波斯纳的观点未必适用于中国法治的发展阶段。

如何认识法律人思维中可能出现的错误?法律人的思维也会犯错,某些法律人的法律思维有不完善,法律方法也会被某些缺乏职业道德的法律人故意滥用甚至错用,某些法律人有职业技能养成中随之而来的不良习惯,某些法律人有不计后果的思维弊端,但是不能以此为由否认法律思维的存在。其一,法律方法是一个系统,内部包括着由低级到高级的、适用于不同情形的诸多独立的方法,需要法律人根据正义的价值观去选择。前述法律人的思维错误,恰恰是没有全面考虑法律方法,没有对法律方法作法律科学意义上的比较和选择。其二,即使法律人故意不正确地运用法律方法来解决,也不能因此否定法律人思维的存在。其三,即便法律方法都失效了,法律人还有良知、有法律职业伦理来约束、指引他作出相对合理的判断。事实上,法律方法不存在失效的问题,即使遇到德沃金所谓的“Hard Case”,仍然可以有解决的法律方法和正确的思维。

苏力还认为提出“法律人的思维”是因为法律理论研究者的“尴尬”所致,好像法学理论研究者是在穷途末路时,把“法律人的思维”当作“有点学术和理论意味的抓手”。苏力对中国法理学的悲观或者轻蔑的看法,也来自波斯纳的“法理学的暮年”。〔68〕波斯纳反对韦伯意义上的形式主义法治,不相信规则的意义,反对“常规法理学”的局限性,反对“对根深蒂固的法律推

〔67〕 (美)波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,页65、67。

〔68〕 同上注,页81。

理的确信”。这都是基于美国的语境提出的观点,暂不辩驳也罢。

细心的读者一定发现了,苏力的这些观点深受波斯纳这位非典型的杰出法官的影响。读过波斯纳的“Overcoming Law”一书或者苏力翻译的中文版《超越法律》,会注意到波斯纳在第一章里面谈到了“行业与职业之比较”。在波斯纳看来,法律服务市场转型(自1960年开始)后,“法律职业事实上已经变得异质化了,他们对法律的信仰也就衰减了。……人们之所以更可能信其所信,是因为对于他们来说,相信这些事情是有用的,而不是因为他们之所信是真的”。〔69〕首先,苏力没有正面对波斯纳所承认的法律人共同体或同质化的法律职业曾经经历过的那个漫长过程,这个过程自中世纪到“1960年代”。换言之,从12世纪欧洲出现法律职业至1960年代以前的八百多年中,法律职业作为独立的法律人共同体是存在的,从波斯纳的字里行间仍然可以看到,“法律人的思维”无疑是存在的。〔70〕那么,在苏力看来,法律职业是不是在1960年代的某一天突然消失了呢?

苏力把法律人坚持独特的职业思维和法学界关于“法律人的思维”的言说,说成是“寄托、承载和纠缠着诸多中国法律人的重大利益”;波斯纳说,“在这两种市场组织形式中(指中世纪手工行会与转型前的法律职业),都是通过创造一个意识形态共同体,彬彬有礼地抵抗其产品的‘商品化’,从而便利了卡特化”,“人们之所以信其所信,是因为对于他们来说,相信这些事情是有用的,而不是因为他们之所信是真的”。〔71〕这与波斯纳的观点如出一辙。我们完全可以断定,苏力否定法律人思维的看法,以及其反对法律职业“同质性”的看法,正好是波斯纳观点在中国的一个翻版。我们不得不作出反驳:其一,我们如何看待波斯纳关于当代法律职业“异质化”的观点呢?这一问题是关键。波斯纳所指的法律职业异质化到底指的是什么?是波斯纳所谓的“法律职业的训练和背景越是多样化”〔72〕和经济发展所引起的法律职业“向竞争性企业发展”吗?〔73〕但波斯纳并没有承认,法律职业已出现向非职业化发展的信号。法律职业向竞争性企业发展,会在何种程度上影响法律职业呢?这才是问题的核心。我们可能相信法律职业的“同质性”会打折扣,但笔者不相信法律人的思维会受到损失,甚至我们不敢说法律思维在这种竞争中不会得以加强。哪个国家的法律职业训练和背景有那么整齐划一的统一性?法官、检察官和律师的训练就不整齐。其二,即便这在美国是事实,但美国这一法律职业高度发达的国家的若干动向,是否已经发生在中国?过多久会发生在中国?波斯纳的理论是否足以或可以马上搬到中国这样一个正在建设法治、建构法律职业的国家来?其三,再退一步说,即便律师业已经完全“向竞争性企业发展”,而司法官们也一定会出现同样的趋势吗?尽管美国从律师中选拔法官,但也不至于让法官和法院也企业化了,也非职业化了,也非同质化了。所以笔者认为,在这个问题上,苏力拿波斯纳的观点来给中国

〔69〕 同上注,页67。

〔70〕 “他们在法学和 Analysis 上的努力使得职业活动智识化了”等。同上注,页65—67。

〔71〕 同上注,页65、67。

〔72〕 “法律职业的训练和背景越是多样化,就越不可能在重要的法律问题上达成共识”。同上注,页67。

〔73〕 但波斯纳并没有承认,法律职业已出现向非职业化发展的信号。同上注,页74。

说事,既没有可比性,也没有必要。

我们还应当关注美国众多法官日常的法律思维,而不能以霍姆斯和波斯纳作为美国众多法官的代表。霍姆斯某种意义上讲已不是职业法官,而是哲学家。<sup>〔74〕</sup>波斯纳至少在学术研究中表现出来的不是一个典型的法官,他是强调法律经济学、具有解构和反思精神的法学家。典型的法官是那些每天按部就班地处理日常或正常案件的法官。正如波斯纳所描述的一个现象——美国人甚至崇拜司法审判的平庸,如果法官特别能干,人们反而会怀疑他是否有自己的“议事日程”,在诉讼波涛的沉浮中他是否不安于当一个浮标,是否不安于当一个指示发球和暂停的裁判。<sup>〔75〕</sup>作为法官,波斯纳在平时断案的时候,一定要运用法律人的思维,像法律人那样思考。否则,如果他违背法律方法去超越法律,这对于当事人来讲,等于是违背法律,他甚至会受到当事人或法律同胞们的指责。

## 九、法律思维“二元论”:在实定规范与社会事实之间张弛有度

苏力强调现实主义法学,反对法律教义学,这两方面在他看来似乎是舍一取一的关系。在笔者看来,强调现实主义法学的重要性或必要性是无可厚非的。但是,不应该否定法律教义学或法律人的思维,因为两者并不是水火不相容的。事实上,这两方面的讨论以及两种司法方法观的对峙,正是西方法哲学—法理学上历来争论的老课题,本文与苏力商榷的真正意义或许就在于此。

法律人的思维之特殊性是法学作为“规范科学”的性质决定的。法学是一门关于解释的学问,所以拉伦茨说法学是“以处理规范性角度下的法规范为主要任务”,“质言之,其主要想探讨规范的‘意义’。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则”。<sup>〔76〕</sup>但是,大量有争议的法律问题中,并不都是规范问题,还有许多事实问题及其引发的价值问题。因此,法律人的思维必要时需要超越法律,需要进行价值判断,在规范与事实之间张弛有度,在紧扣条文与超越法律之间,张弛有度,这就是两种思维的张力关系。实定规范与社会事实的对峙关系及其二元间的考量,构成了司法过程中法律思维的“二元论”,其实它正是司法哲学的逻辑起点。

正如波斯纳在评论约翰·伊利的《民主与不信任》时归纳的一样,法官在思维和方法上(同样也是犯错的路径上)有两种进路:一是法官用道德哲学发现的“基本价值”进路,它给法官的自由裁量权太多了;二是法官“受条款约束的解释主义”进路,它给法官的自由裁量权又太少了。<sup>〔77〕</sup>尽管波斯纳不认可伊利的两条进路,也不认为存在第三条进路,但这不重要。重要的

〔74〕 吴经熊评价霍姆斯时,将其与莎士比亚作比较,他说“像莎士比亚一样,霍姆斯是一个对世界的哲学的深思者,对他来说宇宙是无限的,……他们在寻常中发现了深刻意义,在貌似庄严中发现了平常;他们分裂得如此深,以致可以统一。……他们是如此的具有原创性……”(参见吴经熊,见前注〔3〕,页145)。

〔75〕 波斯纳,见前注〔66〕,页127。

〔76〕 拉伦茨,见前注〔15〕,页77。

〔77〕 波斯纳,见前注〔66〕,页230。

是这种“两分法”进路与唐纳德·布莱克(Donald Black)关于法律思维的两种模式的阐述有相似之处。唐纳德·布莱克认为,在观察和思考法律、司法方法上存在“Jurisprudential model”(法理学)与“Sociological model”(社会学)两种模式。把它结合到前述的分析,可以看到,“思考法律”也存在着法理学模式与社会学模式。据唐纳德·布莱克对“Jurisprudential model”的描述,它一般从规则、逻辑、普遍主义、参与者的角度来解释法律问题。而 Sociological model,则从社会结构、行为、变量和观察者角度来考察。就伊利的“基本价值”进路的本意来讲,应该也可以纳入 Sociological model,因为他也是在实定法之外考虑问题的。当然,法律人的思维和方法主要是 Jurisprudential model,但不排斥“社会学思维模式”,即所谓“超越法律”的思维和方法。以霍姆斯为代表的美国现实主义法学,正是引入了社会学思维。欧洲法学家在法律人思维基础上引入社会学思维,创立了自由法学和利益法学。我们完全有理由相信唐纳德所谓的法律思维的两种模式——“法理学思维”和“社会学思维”——是并存的、不可偏废的。〔78〕

这种对法律思维进行“二元”分析的理论依据由来已久。如果往前追溯,可以到兰代尔与霍姆斯的关于法律科学的争论。在兰代尔这位呆板迂腐得令人尊敬的传统法律人看来,法律是科学的体系,可以按照一般科学推理观来构想法律推理,他试图把法律建构于科学的和概念论的基础之上。在他看来,法律由客观、中立而确定的规则所构成,这些规则在所有可能发生的案件中都将宣告单一的正确结果。霍姆斯则正好抓住兰代尔的呆板和迂腐,趁虚而入地批判兰代尔的概念主义,声称“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。〔79〕这种经验也包括霍姆斯说过的“呕吐”测试法——他只需问自己是否会为此行为呕吐就可判定警察的某些取证方式是否违反了正当程序条款。〔80〕这又显示了霍姆斯的另一面——智慧灵动得像个狂热的无法无天的“法盲”。拉德布鲁赫在谈到法律人的两种生活方式时,指出了法律人士的正义感和外行人士的正义感的差别,他接着说:“如果这两种法律结构相互不渗透的话,它们将导致形式的蜕化。一方面,存在一种墨守成规的庸人,他在官方领域中就体现为官僚主义者……;另一方面,还存在一种亢奋的正义狂热主义者。”〔81〕

中国大陆学者中也有把两种思维进行区别和对照的,比如季卫东在《法律解释的真谛》中把法律思维区分为“法律决定论的思维模式”和“法官主观论的思维模式”。〔82〕台湾大学颜厥安教授在“二元论”基础上还发现了五组对立的模式(我们或可把它称为五组对立的理论思维

〔78〕 参见 Donald Black, *Supra* note 4, at 288.同时卢曼把布莱克的观点整理成表格,参见 Niklas Luhmann, *Supra* note 4, at 457.

〔79〕 (美)史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社1998年版,页99-100。

〔80〕 参见(美)罗纳德·德沃金:“我们的法官必须成为哲学家吗?他们能成为哲学家吗?”,傅蔚冈、周卓华译,载许章润主编:《清华法学》(第5辑:“法律思想与人文语境”研究专号),清华大学出版社2005年版,页38。

〔81〕 拉德布鲁赫,见前注〔2〕,页102。

〔82〕 季卫东在这篇文章中对这种二元思维模式作了详细的梳理(参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,页90-92)。

模式,但与法律人的思维紧密相联),包括概念法学与利益法学、价值中立法学与评价法学、体系主义与个案推论主义、现实主义法学与弱指令主义法学、实用主义法学与道德主义法学。<sup>[83]</sup> 这五组基本上分别对应了“Jurisprudential model”与“Sociological model”的二元论。

这种二元划分看起来是理论思维,但与法律人在具体案件中对规则的考量的两种态度直接相关联。比如,拉伦茨以“效力”一词为例区别了规范上的与事实上的“效力”两种意义。他说,某人受契约的约束,应遵守该契约,其意义并不等同于下列语句:假使不遵守契约,他必须预期将面临来自法律社会的制裁;即使预期制裁不会发生,在规范的意义,上,他仍受契约的拘束。社会学家在他们的领域内,如果以违约时受制裁机会的大小为准,以决定契约概念的运用,就此也不须加以非难。社会学家只是在描述其事实上的效力,而不是规范上的效力。拉伦茨因此提醒说,法律家必须清楚分别二者。

苏力强调的法律人对“社会后果”的关注,这种结果主义的思维其实是应该通过法律人的思维方法来进行的,并与“规则概念”兼顾。行文止此,我们可以了解到,笔者和苏力的分歧其实是前述“二元”之间的差异和冲突,这本来是很正常的。但是,问题在于两者不能被本末倒置,更不能丢掉“本”,舍弃法律教义学的看家本领。笔者不否认法官的呕吐能够测试警察行为的正当性,但不等于呕吐是判决书上最有说服力的方法。总之,不能把“超越法律”的社会学思维或哲学的“基本价值”进路任意夸大,甚至代替法律人的法教义学基本思维。

笔者很赞同苏力文章中指出的法律发展的新变化,要关注受社会经济科技发展而导致的那部分法律领域的新挑战和新问题。确实,这是我们传统法学应当给予重视的,人类的法律和法学都应当直面这种挑战,但不等于要放弃以往的法律思维和法律方法才能面对。正因为如此,我们需要倡导法律的变革,倡导法律教育的变革,来迎接这种变化和发展。我们也需要倡导法学教育不能只把自己孤立 in 规范的学问之中,而应当立体地、动态地、交叉地去考虑法律问题,以问题(而不是规则)为出发点,以综合交叉(而不仅是法学)为出发点,以行业法(而不是部门法)为出发点。<sup>[84]</sup> 正如苏力所言,“许多环境司法也是如此,因此才有了环境项目评估的说法——想想什么时候有过民事合同评估的说法”(摘自朱文第十部分)。的确,社会逼迫法律不断发展,但不能因此否定大部分法律在保持稳定的事实。或许我们可以说,法律问题有两种:一是稳定的,二是发展的。我们需要有两种态度、思维和方法去面对。

因此,法官既要坚守规则,成为法律的守护神,又要在必要时能够合乎方法论地超越法律,但主要还是如何坚守规则。法官超越法律也是有度的,其本质在于如何控制法官的司法主观性,目前有一些方法和路径试图用来解决法官司法的主观性。<sup>[85]</sup> 在判例法国家的法官,同样既要在规则思维之上有所创造,更要有尊重既定规则(先例中的规则)的思维。卡多佐说过,我

[83] 详见颜厥安:《规范、论证与行动:法认识论文集》,台湾元照出版公司2004年版,页9-17。

[84] 孙笑侠:“论行业法”,《中国法学》2013年第1期。

[85] 季卫东为此归纳了四种:一是通过经验科学检验和加强,二是通过各种价值判断进行科学的理由论证和交换计算(如“利益衡量论”),三是来自德国的“法律学的解释学”,四是主体与主体的“交涉滴水穿石的立场”(参见季卫东,见前注[81],页97-100)。

们必须区分“静态的先例”和“流变的先例”，“前者在数量上要超过后者好几倍”。〔86〕因此，卡多佐说在他担任法官的法庭上出现的案件中，大多数的理由是相似的。我们也可以理解为，连英国家的司法也不会有太多的超越法律的机会。苏力在译者序中也提示读者说，卡多佐也主张“不能轻易将长期为人们所接受的规则和先例放在一边，仅仅因为这些规则和先例可能得出的结果对某个具体的诉讼当事人不公道”。〔87〕连波斯纳也承认，“法官遵循前辈的决定独出心裁，这会导致他权力的损失，但是如果法官拒绝遵循前辈的决定，也会导致权力的损失，因为这种做法会破坏依照先例作出决定的规矩，从而减少后辈法官遵循他们决定的概率”。〔88〕

规则优先的法教义学方法与结果导向的判例法推理方法，它们之间形成了“二元”相对。因此，对法律人来说，“真有智力挑战的”最难的功夫不在于会不会“超越法律”和“考量结果”，而在于在实定规范与社会事实之间如何做到张弛有度，在法教义学和法律现实主义的二元思维模式之间进行结合，实现平衡。正如前面所论述的，法律人思维的“二元论”中，法教义学是基本的，是主要的；法律现实主义是补充的，是次要的。法律人的思维是基于法教义学的基本功，在不断积累的社会经验和不断汲取的社会科学知识基础上，结合社会现实考量判决的社会后果。也正因为如此，法学教育应当作相应的调整，比如，从部门法的规范教育适度转向行业法的问题教育。〔89〕

在立法水平很高的成文法国家，规则的细密化程度也很高，法官的任务是严格执行法律规则，用法教义学的方法来解决个案，只有在特殊的情况下才有可能“超越法律”。在判例法传统的国家，制定法并不是法律的主要形式，所以“超越法律”考量结果的方法自然成风。个案到个案的区别技术和推理，没有精细的法律方法可循，对法官运用区别技术的经验依赖很强，法官超越法律、考虑后果的思维会特别明显。在中国，一方面是因为立法技术原因，另一方面是法律传统原因，还有社会转型的原因，立法提倡“宜粗不宜细”。因此，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释就特别发达，解释权有扩张的趋势。作为中国法律人，在面临法律方法与思维的“二元”选择时，如何把法教义学方法与“法官法”的推理方法结合起来，成为中国法律人的重要任务。

## 十、小 结

苏力受美国现实主义法学（特别是实用主义法学）的影响，也受波斯纳的影响（其否定法律人思维的观点及其论据也大多来自波斯纳），把富有批判思维的波斯纳的观点，用来否定业已成为传统的职业主义法律观。朱文反映了苏力的法学学术立场，大致是：反对法治的形式理性，排斥建构理性主义的法治观，批驳职业主义理论，轻视法教义学和法律方法论，偏爱现实主

〔86〕 卡多佐，见前注〔44〕，页 103。

〔87〕 参见卡多佐，见前注〔44〕，译者前言，页 4。

〔88〕 波斯纳，见前注〔66〕，页 140—141。

〔89〕 孙笑侠，见前注〔83〕。

义法学。殊不知,现实主义法学影响下的美国法官,前提首先是职业化的法官,也讲究专业化训练的法官。我们和苏力争论的本质是关于司法哲学的争论,既是法教义学与现实主义法学孰优孰劣的问题,欧陆法的法律思维方法与英美法的法律思维方法论孰优孰劣的问题,同时也是形式主义法治与实质主义法治之争,是规则主义与结果主义之争,是自然理性与技术理性之争,也是大众思维与职业思维之争。这在学术上本来是很正常的,通过辩论交锋,促进争鸣和学术繁荣,把一个值得普及和深化的理论观点加以完善甚至纠偏。然而,苏力否定“法律人的思维”的存在,其观点就极端了。本来我们争论的是在A和B之间哪个更好,或者是如何把A和B结合起来的问题,而苏力却臆断地说“A压根就不存在”!

笔者知道,在法律人中间,有不少深谙法教义学和法律思维及方法的法官、检察官和律师,他们办案业务之所以精湛,正是因为他们娴熟地进行规则分析,法律思维和法律方法运用都十分精确。笔者也知道,在我们中间还有一部分教师,他们深谙法学教育的真谛,明白法学教育的重点在于法教义学的传授和法律职业思维方法的训练,他们深知作这样的“冷板凳式”的学问和教育是艰苦的,是没有鲜花和掌声的,但他们甘心于静默的法教义学研究和教学,甘心于研读法教义学方法并锲而不舍地训练学生。笔者要通过此文,向这样的默默无闻的法律人致敬。

当下中国司法缺乏一种被普遍认同的司法哲学。长期以来,我们没有重视法律人的思维方式,没有在法学院课堂上加强法律思维训练,更没有把法律思维的二元论加以揭示。因此,司法问题纠缠于职业主义和大众(民主)主义、形式主义和实质主义、规则主义和结果主义、克制主义和能动主义等一系列互相对峙的两难观念之中了,对法律思维“二元”的不清晰演变成司法的“两难”境地。这种观念冲突的“两难”严重影响司法的统一性、稳定性和权威性,最后只能通过政治化、意识形态化的动员来统一,来保持相对稳定。这样的结果,从反面也证实了建立中国司法哲学的必要性。

(责任编辑:章永乐)