

## How should A Judge Reason

LI Zhen-cong

(College of law Xiamen University, Xiamen Fujian 351005)

[Abstract] Legal thinking is an inherent characteristic of the legal job person, and regard judge's thinking as representatives among them. This text has been described from the angle that "should be right", think judge should have judge neutrality, guarding, believing in lawing, understanding history, regarding human nature evil as the starting point independently while hearing a case, with promoting the thinking of six respects of social welfare

[Key words] Thinking Legal thinking Judge's thinking

# 法官该怎么思维着

李振聪

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

**摘要** 法律思维是法律职业者的内在特征,而其中以法官思维为代表。文章从“应然”的角度作了描述,认为法官在审理案件时应具有独立判断、中立、保守、信仰法律、以人性恶为起点,和促进社会福利六个方面的思维。

**关键词** 思维;法律思维;法官思维

**中图分类号** JDF0 **文献标识码** JA

**文章编号** J1008-8628(2005)05-0022-03

法律思维是法律职业群体有别于其他职业群体最重要的内在的特征,法律思维中最重要的和最具代表性的则是法官的思维。法官的思维又是什么?对此,本文放弃了抽象的定义,而从“应然”的角度主要是对法官的思维这一客观存在作一尽可能详尽的描绘。文中所阐述的论点有些可能是粗糙的或是片面的,总体上亦不足以构建一个自足的体系,但笔者仍坚持认为:思考和讨论“法官的思维”这一命题本身却是积极而有意义的。

### 一、独立判断

审判权必须独立,这是由审判权本身的性质决定的。审判权是一种判断权,一项判断的公正和合理的基本前提取决于这种判断是由裁判者独立作出的。

审判独立的第一层含义是法院整体的独立。首先要求以审判权制衡日益扩张的行政权,以保障人权。因为“司法部门既无军权,又无财权,不能支配社会的力量与财富,不能采取任何主动的行动,故可正确断言:司法部门既无强制,又无意志,而只有判断;而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”,<sup>[1]P392</sup>由于它在国家机构体系中的这种弱势地位,而司法机关又是维护社会正义的最后屏障和防线,因而保证司法的工作

不受来自任何外界的干预和影响,是十分必要的。其次,也更为关键的是要明确审判机关和立法机关的关系。根据我国的政体,最高法院和地方各级法院分别对产生它的权力机关负责并受其监督,因此,常常出现人大对个案的具体审理的监督。笔者认为权力机关对司法机关的监督应该是宏观的,而不是具体到个案的审理,权力机关可以在法官有贪污受贿枉法裁判等严重违法渎职行为时行使它的弹劾权,这更符合法治的逻辑。即使在信奉“议会至上”的国家,比如英国,议会在维护司法权(亦即审判权)的独立时,也是坚定不移的。<sup>[2]P533</sup>

审判独立的第二层含义是法官的独立。相较于审判的外部独立,单个法官的独立意义更为重大,因为如果仅有法院的独立而无法官的独立,那就极有可能产生司法的霸权主义,民主与人权都无从保障。从世界各国的立法看,很多国家在宪法里规定了司法的独立后接着就规定了法官的独立。如1947年的日本宪法第76条规定,“所有法官依良心独立行使职权,只受本宪法及法律的约束”。1949年联邦德国宪法97条:“法官应独立,仅服从法律。”1947年《意大利共和国宪法》:“法官只服从法律。”1997年俄罗斯联邦宪法120条规定:“法官应当独立,并且仅服从俄罗斯联邦宪法和联邦法律。”因而,法官的可贵的品性不在于无条件的服从,而在于有个性的独立思考。总是揣摩并力图符合上级法院判决或其他法官的观点的法官,在各国法院系统都是受到嘲弄与厌恶的,一个例子是美国联邦现任大法官汤姆斯,由于总是同另一位大法官斯噶利保持一致而一直受到法律界与法学界的嘲笑。

### 二、中立

收稿日期 J2005-04-19

作者简介 李振聪(1969-),男,福建省浦城县人,厦门大学法学院2002级在职法律硕士研究生,主要研究方向为刑事法

学。

从逻辑上来说,法官的独立只为司法公正创造了一个必要的先决的条件,但是,一个独立的法官并不总是必然能作出公正的判决。司法公正的进一步的保障在于:法官审理案件时应服从于内心中的正义情感和对法律的理解,即法官还应当是中立的

从法律制度的设计来看,无论在何种司法体制,各国对法官的中立的保障都是煞费苦心,可以说不遗余力。例如在使用陪审制度的国家,陪审团是实体的裁判者,是实际的法官,所以讼争双方对陪审团成员的组成与选择都非常慎重,双方律师可以向候选人提出各种问题,一旦发现某候选人事先已经接触了案情或已经形成了先入为主的印象,就可以要求法官将该名候选陪审员排除在外,至于陪审团组成后,在审理案件期间受到严密的隔离,甚至不得随意看报纸与电视。而要是哪位法官,胆敢接受案件当事人的吃请或送礼,一旦被发觉,是绝对要被弹劾和免职的。在我国,对法官中立的保障也可谓用心良苦:法院的标志是国徽和天平,喻示法官要在法律之光的照耀下保持天平一般不偏不倚的中立;在1996年的《刑事诉讼法》的修改与解释中,变原先的全案移送方式为只移送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片,就是立法者担心原来的全案移送会使法官在尚未开庭的时候就进行了阅卷并预先形成了心证,违背了中立的立场

尽管如此,在我国,法官的中立并不总是容易的。比如在很多时候,法院就无法理直气壮地拒绝一些“无赖”的当事人的庭前庭后的纠缠,因为我们的社会给我们法院的要求是要做“人民满意的法院”,给法官的要求是要当“人民满意的法官”,因而,法官(包括一些大法官和院长)经常要花很多时间倾听这些当事人的“意见”,尽管他们陈述意见的权利在法庭开庭时会得到或者已经得到充分的保障,但是好像就很少有人考虑到,一方当事人以这样疲劳战式的不正当地影响法官的判断对于另一方当事人是否公平,这些“人民”他们满意吗?因而中立的法官应当是有脊梁的法官,他们不应当过多地考虑庸俗而狭隘的民意,只对法律和自己的良知负责

### 三 保守

法官的思维应当是保守的,社会不应当要求法官与法院成为变革的推动力量,相反,正如美国学者梅里亚姆认为:“法律的基本精神是保守的。”“法律的核心和司法的内容总是由旧的法律适应新的形势的那种缓慢而往往察觉不到的过程构成的。”<sup>[31]P49</sup>虽然法律家的保守在某些时候可能会阻碍社会制度的变革,但是在西方国家,主流社会都对这种保守保持理解和尊重,因

为法律是人类社会秩序的象征,也是各国社会于国家管理经验的结晶,崇尚经验,尊重传统而排斥标新立异的思维方式,已经成为法律家的传统。立法者与行政官员的变革进取精神与法律家的谨慎、稳重的保守精神二者之间形成相互制约又相互支持的关系,更有利于社会的平稳发展。

法官的保守要求他们解释法律时应当严格按字义。法官适用法律的前提是解释法律,尤其是对一些含义模糊的字句。法律解释的方法,大致有两种观点,一种观点认为应当探究法规背后的立法原意和立法目的,另一种观点则认为应当按严格的字面含义来解释法律。第一种观点是很有诱惑力的,它似乎向法官展示了到达法律真理彼岸的美好情景,但这是一种幻境,因为在一个法制发达国家,一项法律经常是各种力量和利益的碰撞、妥协和平衡,试图去发现统一的立法意图,是一种徒劳无益的工作。当一个人为了了解他的权利义务而研读法律法规时,他就应当能够信赖该法规的文本,而不应强迫他去考察立法者在通过此法规时脑子里所真正思考的东西。当然,法官要严格按法规的字义解释法律并不总是容易的,这意味着有时要牺牲法律的灵活性,意味着有时要放弃本来就不很大的自由裁量权,有时还会面对个案的不公和与我们很在意的法律的“社会效果”相背离。但是笔者认为如果允许每个法官按照各自的理解去发现法规字义背后的“立法原意”,法律的确定与统一便将荡然无存。因此法官不应牺牲更大,更具包容性的“善”,而应超越这一特殊看到普遍,并且服从“法律的确定与统一”这一社会的根本利益来作出选择。

### 四、信仰法律

法官的思维是以法律为导向的思维,这有别于政治家的权衡的思维;有别于经济学家以成本与效益的比较的思维;也有别于以善与恶的评价的道德家的思维,法律思维的重心在于合法性与否的判断

同样的一个案件,法官用不同的思维方式得出的结论可能完全不同。在著名的泸州遗赠纠纷案<sup>①</sup>中,法院驳回作为“第三者”的原告的诉求,事实上体现的更多的是道德的思维;在全国性的众多股民诉上市的“银广夏”公司欺诈一案中,法院一直拒绝受理,在这时,法院考虑的不是法律问题,而是政治问题,体现的是政治的权衡的思维;另外,如果我们法官对当事人的体恤与同情走到了极至,不顾程序合法与否地为当事人减少讼累,比如将不应合并审理的案件合并审理,则是以经济的思维替代了法律的思维。

① 案情概要:四川省泸州市某公司职工黄永彬和蒋伦芳 1963年结婚,但是妻子蒋一直没有生育,后来只得抱养了一个儿子。由此原因给家庭笼罩上了一层阴影。1994年,黄永彬认识一名叫张学英的女子,并且在与张认识后的第二年同居。2001年2月,黄确认自己已经是晚期肝癌,在2001年4月18日立下遗嘱:“我决定,将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半(即4万元),以及手机一部遗留给我的朋友张学英一人所有。我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”4月20日黄的这份遗嘱在泸州市纳溪区公证处得到公证。4月22日,黄去世,张根据遗嘱向蒋索要财产和骨灰盒,但遭到蒋的拒绝。张遂向纳溪区人民法院起诉,请求依据继承法的有关规定,判令被告蒋伦芳按遗嘱履行,同时对遗产申请诉前保全。10月11日纳溪区人民法院公开宣判,认为:尽管继承法中有明确的法律条文,而且本案中的遗赠也是真实的,但是黄永彬将遗产赠送给“第三者”的这种民事行为违反了民法通则第七条“民事活动应当尊重社会公德...”,因此法院驳回原告张学英的诉讼请求。——来源于中国民商法律网

法官在预备对一个案件作出判决时,尤其是当面对敏感的各方关注的案件时,经常会受到各种非法律思维的诱惑,但是,在各种可供法官选择的理由中,法官只应当选择法律作为他作战的武器:一项判决,即使它政治上是有利的,经济上有效益,道德上是善的,但是只要它不合法,法官就应当坚定地把它排除在外!

#### 五、以“人性恶”为思维的起点

我们很容易理解和认同,法律制度最大功能是在对“恶人”的防范与对“好人”的保护。正如没有违法者,我们的法律存在就显得多余;我们在证据规则中规定了举证责任,因为我们并不原意轻率地相信起诉者正如他们所声称的那么无辜和善良;我们越来越完善的刑事诉讼法律制度,隐含着人民对执掌侦察、起诉、审判权力者的不信任与遭受公权力非法迫害的恐惧。理解法律制度的设计的思维基础,有助于法官在处理案件时保持清冷的心境,不至于屈从于自己含混不清的同情与仁爱之心,这种“清冷”,并非冷漠和轻蔑,而是像叶芝(William Butler Yeats)在自己墓志铭所刻“对生命,对死亡,投上冷冷的一眼。骑马者,向前!”和毛泽东在庐山“冷眼向洋看世界”的那种冷静和平和,甚或带些饱经世故的沧桑。因为法官会懂得法律本身固有的缺陷和局限,法律制度并非一套万能的体系,甚至不是最好的治理控制体系,法律只是能防止带来最坏结果的制度。因此,法律并不一定等于正义(人类历史上已颁布的众多“恶法”足以说明),司法者的法官如果将寻找实质正义的目标加于自身,那是混淆了法律家与道德家的角色,司法最终的意义在于运用法定程序以接近正义,在于过程而非结果。

#### 六、促进社会的福利

本文所指的“福利”,既包括“正义”的理念,也包括人类的高尚道德等值得保护的情感。它是一个与人类的真正利益和愿望相一致的概念,不但包括人类文化中物质的成份,还包括社会生活的伦理方面,因为在物质上和知识上都高度发展的文明,并不能确保一种“善的生活”<sup>[4]P355</sup>。

法官的司法过程,一般认为既包括发现,也包括创造<sup>[5]P23</sup>,但无论是发现还是创造,都是在寻找对案件可适用的法律原则的过程。有些案件中,能够指导该案件的法律原则只有一个,这时候法官是幸运的,更多时候,会有两个或多个法律原则,寻求适用的优先权,迷惑并考验着法官的智识。法官这时就要从中识别并选择一个最值得保护的,代表最根本的最广大人民利益的原则,并最终支持其取得胜利。例如在四川泸州遗赠

纠纷案中,争夺优先权的原则主要有两个,一个是遗嘱自由原则,另一个则是《民法通则》规定的“民事活动不得违反社会公德”的原则,在该案中,法官选择了后者(笔者认为这种选择令人深感遗憾);在另一个更早更著名的案件—里格斯诉帕尔默(Riggs v. Palmer, 115 N. T. 506)中,厄尔大法官也面临着这种艰难的选择,面对着故意杀害被继承人的继承人,支持其取得遗产的有效的遗嘱,还有民事法院不得对罪行添增施加痛苦和惩罚的原则,但是厄尔法官找到并援用了另一个更高的古老的普通法的原则:任何人都不应从其犯罪中获利。这一伟大的抉择意义深远,它为其后世界各国立法剥夺故意杀害被继承人的继承人的继承权铺平了道路;还有1989年的美国联邦最高法院审理的焚烧国旗案(Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 1989)我们同样看到了法官作出的精彩而令人感动的选择,这时是德克萨斯州的保护国旗的法律与美国宪法第一修正案保护的象征性的“公民的言论自由”在交锋,最后,布伦南大法官(Brennan)代表的多数意见说:“……我们的决定再次肯定了国旗本身最能反映的自由原则;我们容忍类似詹森在本案的批评,乃是我们力量的源泉……我们惩罚亵渎,并不能使国旗变得神圣,因为这样做,我们就淡化了这个令人崇敬的象征所表达的自由。”肯尼迪大法官(Kennedy)赞同说:“……国旗从来表达着美国共享的信念——维持人类精神的法律和平与自由的信念,本案的决定迫使我们承认这些信念的代价。一个痛苦而又基本的事实是:国旗保护那些蔑视它的人。”<sup>[6]P384-386</sup>在面临两个和两个以上的选择时,法官准备优先选择并适用了一个法律原则而摒弃了另一个看来一样重要的原则时,应该在内心中以“社会福利”的标准来检验,看是否促进了社会福利的最大化,只有当得到肯定的回答时,才能作出最后的判断。

#### 【参考文献】

- [1] 联邦党人文集. 商务印书馆, 1982
- [2] 葛洪义. 法学理论专题研究[M]. 中国政法大学大学出版社, 2002
- [3] 汪晨光. 法律推理[M]. 清华大学当代中国研究中心, 中国人民大学法律社会研究所.
- [4] W. G. Miller The date of jurisprudence[M]
- [5] 卮. 博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 中国政法大学出版社, 1999
- [6] 张千帆. 西方宪政体系(上)[M]. 中国政法大学出版社, 2000

【责任编辑:吴 莲】

## 更正

本刊 2005 年第 1 期增刊所载《论我国法院调解制度改革的发展方向》(第 44 页)一文作者简介常毅的出生年应为 1977 年。