

法官判案思维之模式^{***}

□高艳辉 李伟 [浙江大学 杭州 310028]

【摘要】 法官是法律职业共同体的重要组成人员,法律职业最重要的表现就在于思维模式的特殊性。“审判权”是一种判断权,但是法官判案的思维方式和一般的判断活动具有明显的不同,带有深刻的职业胎记。“三段论”式的思维模式和“绝对自由裁量”式的思维模式是法官判案思维的两种极端表现,但是揭示了法官判案思维的基本特性。我们应该将两者予以适当的调和,发展出修正的“三段论”思维模式。

【关键词】 法官判案思维; 三段论; 绝对自由裁量; 法律职业

【中图分类号】D9 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1008-8105(2008)02-0060-04

引言

法官的判案思维,概而言之即法官适用法律、审理案件的思考方式和方法,亦即如何架起应然的法律规范和实然的案件事实之间的桥梁,保证法律规范得以实现,社会生活得以规整。法律规范作为一个整体是一个应然的规范系统,蕴含着为公共权力所承认的价值取向和秩序期待;社会生活是一个实然的事实系统,存在着各种价值冲突和利益纠纷,有待于法律的规整。法律的实效简而言之即法律规范在社会生活中的实现程度,是法律规范对社会秩序的规范效果的考量。诚如拉德布鲁赫所言,“法律就如航船,虽然由领航者引导出港,但在海上则由船长指挥,循其航线而行驶,应不受领航者之支配,否则将无法应付惊涛骇浪,风云变幻也。”^[1]法官作为“法律帝国的王公贵族”,对于法律规范之实现,法律实效之提高理所当然地任重而道远,且“思维支配行动”,“方法决定结果”,法官的思维无疑处于举足轻重的地位。

一、“三段论”式的思维模式

对于法官判案思维的研究,比较典型的是“三段论”模式。“三段论”作为一种逻辑推演方式,简言之,

若以法律规范(T)为大前提,以待决案件事实(S)为小前提,以特定法律效果(R)之发生为其结论,可表述如下:

$T-R$ (具备 T 构成要件者应适用 R 法律效果)

$S=T$ (待决案件事实合于 T 构成要件)

$S-R$ (待决案件事实适用 R 法律效果)^[2]

如“故意杀人者判处死刑”,而“张三故意杀人”,故推出“对张三判处死刑”这一结论。“三段论”的思维模式,被 19 世纪欧洲大陆的概念法学派所推崇备至。概念法学派认为:法律是一个自主自足的、封闭的规范体系,其本身是完整的,毫无缺漏,法典就如生活中的大百科全书,对于任何情境,任何问题都提供了合适的答案。法官就如自动售货机,装满了各种商品,案件事实和诉讼费用就如投进去的硬币,根据投币者的按钮选择和所投硬币数量之不同,吐出不同的商品,即判决结果。法官在整个判案的过程中不需要丝毫的主观能动性。恰恰相反,立法者要竭尽所能抑制法官的能动性,使其判案过程形同机械运作。在这种观念的影响下,“大陆法系的审判过程所呈现出来的画面是一种典型的机械活动的操作图,法官酷似一种专业书记官,除了很特殊的案件外,他出席法庭仅是为了解决各种争诉事实,从现存的法律规定中寻找显而易见的法律结果,他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款,把条款与事实联系起来,从法律条

* [收稿日期] 2008-01-20

** [作者简介] 高艳辉(1974—)男,浙江大学光华法学院宪法与行政法博士研究生;李伟(1979—)男,浙江大学光华法学院宪法学与行政法博士研究生。

款与事实的结合中会自动产生的解决办法,法官赋予其法律意义。于是,整个审判过程被框于学究式的形式逻辑的三段论之中。”“法官的形象就是立法者所设计合和建造的机械操作者,法官本身的作用也是机械性的。”^[3]

绝对的“三段论”式的思维模式产生于19世纪,有其深厚的经济、政治和意识形态等各方面的原因。在经济方面,19世纪是资本主义生产方式形成和发展的世纪,这种生产方式对法律提出了自己的要求,即可预测的判断和管理。“而当时的西方各国,皇家的虚伪的公正连同它的加恩赦免,给经济生活的预测带来了无穷无尽的麻烦。”^[4]法律朝令夕改,税收年年变换,人民的财产得不到应有的尊重和保障,明天总是一个无法预测的幻影,这使人民的生产不能够连续,不能统筹计划。司法的自由裁量权亦为国家干预经济提供了一种重要的手段。“尽管法律经常通过严格的规则和凝滞不变的机械程序阻碍经济活动,但是它基本上对经济活动提供了可预测的强制性和支持性的保障措施,以精致的形式保证合理的经济预算。”^[5]在政治方面,三权分立理论于19世纪已经成为现实的经济政治体制,三种权力互不侵犯;另一方面,在封建社会里,司法极其黑暗,往往成为权贵们手中的利刃,敛收钱权,残害无辜,法官职位买卖不绝,刑讯逼供和通过司法途径的宗教迫害盛行。“法院导致的混乱和不公正使得司法界成了这个王国的最腐败的部分,遂成为革命所要摧毁的对象。”^[6]再者,当时欧洲民族国家兴起,为了促进和巩固国家的统一,法律的统一当然是首当其冲而又行之有效的了。在意识形态方面,“法学常常只是把先在哲学或政治等其他方面表现出来的观念或趋向再在法的方面反映出来……各国都依靠法学家在法律上反映新的哲学和政治思想与制订法的新门类。”^[7]文艺复兴以来,科学技术和生产力都得到了突飞猛进的发展,出现了“人是一切事物的主人”的人文主义情绪和极度的理性主义。对人的理性赋予绝对的自信,认为人类理性可以认识一切,把握一切;同时混淆了自然理性和人文理性,认为人类世界与自然界一样处于自然规律的支配之下,只要认识了这些规律,就可以通晓昨天发生过的事情和明天将要发生的事情。人类生活就如一台机械,永不停止的按照相同的轨迹、方法运转,立法者好比神通广大的科学家,制订法典就如谱写大百科全书,社会生活中纷繁复杂,变动不拘的价值冲突和利益纠纷宛若机械运转中偶尔出现的一些故障,查询一下百科全书即法典便可以寻找到正确的答案。

立法者认为“仅用理性的力量,人们就能够发现一个理想的法律体系,因此很自然,他们都力图系统地规划出各种各样的自然法的规则和原则,并将他们全部纳入法典中去。”^[8]亦即形成“决疑式”的法典。

二、“绝对自由裁量”式的思维模式

与绝对的“三段论”式的思维模式相对应的是“绝对自由裁量”式的思维模式。绝对的自由裁量主义就是无法司法,亦即人治。无论在西方或是东方,在社会发展的较早阶段,都曾出现过。成文法出现以前,调整人们关系以及审判案件的唯一的依据——习惯法,是秘密的,不公开的。“皆临事制刑,不预设法”这种局面怂恿了奴隶主贵族可以以言代法,随心所欲地颠倒罪与非罪。这种无法司法的情形严重危及社会的安定、生命财产的安全,对人权进行了肆无忌惮的践踏,不断遭到革命运动的反抗。随着成文法的出现,这种局面在实践中得到了改善,但在理论界,基于法律自身的局限性,如抽象、滞后和不完善性等,绝对自由裁量主义仍然得到坚持。如柏拉图主张“哲学王之治”,认为人治是最优的治国之道,法治只是人治无法实施而不得不退而求之的替代物。后来在英国出现的衡平法,既无法可依,又不遵循先例原则,“只要求大法官根据公平,正义原则和自己的良知作出判决。”^[9]

绝对自由裁量主义在近现代出现了复活。基于对法律局限性的认识,埃利希,弗兰克,卢埃林等主张绝对自由裁量主义,甚至提出了“法官无法司法,法官立法”的口号。萨维尼更是指出:“法律自制定公布之时起,即逐渐与时代脱节。”^[10]法律是不完善的,它永远概括不了社会生活的各个方面,它总是片面的、不完整的,因此“人民不仅对法律失望,而且是情愿不要法律来进行管理。”^[11]弗兰克在他的一本著作中用一些统计数字充分表明了法律的不确定性,提出了“事实怀疑论”,即认为法律的不确定性不仅仅是因为法律规则的不确定性,而主要是因为初审法院在确定案件事实方面的不确定性,不同的法官在同类案件判决方面的巨大差异根源于法官对案件事实的难以确定。弗兰克利用心理学的理论解释说,法官作出判断的过程和普通人对日常事务的判断并无不同,即“作出判决的过程并不是先从前提出发然后达到结论,而是先形成一个模糊的结论,然后再寻找证实这项结论的前提,如果找不到连接这个结论的前提的适当论点,则放弃这个论点,重新规划。”^[12]因此,在审

判过程中,法官的个性、心理素质等对案件的结果具有重要意义,每个法官由于其个人特征、性格、爱好、偏见、习惯等的不同,他所认定的案件事实可能极不相同。同时,案件事实并不是当事人之间实际发生的事实,而是事后法官认为发生的事实,而“事后认为发生的事实”是法官在自己前见的支配下,依赖当事人提供的证据,证人不甚客观的证言进行认定的。法官的情绪,甚至早餐的味道,去法院路上的交通拥挤状况等都可能影响到法官对当事人和证言证词的信赖程度。

三、合理的法官判案思维

上文粗略地对两种比较具有代表性的法律思维进行了概述和分析,笔者以为两者都有可取之处,但也有许多不尽合理的地方,特别是对其予以极端化时,其不足之处更是显而易见的。“三段论”模式的思维方式,在当时的政治、经济和意识形态下出现和发展,有其必然性,同时对法律的理性化,规范化做出了不可磨灭的贡献。但是它高估了人的理性,信仰法典万能主义,没有认识到法律的局限性,同时违背了人的思维习惯,漠视了法官的主观能动性,机械化的判案相对于变动不拘,纷繁复杂的社会生活,必然会导致刻舟求剑,驴唇不对马嘴等有违司法公正性的现象。“绝对自由裁量主义”的思维模式虽然认识到了法律的局限性,肯定了法官在判案过程中的主观能动性,但是对这种局限性和能动性过于夸张,从而产生了法律悲观主义,怀疑法律的作用,走向法律虚无主义,摧毁了法律秩序的稳定性和社会生活的安定性和可预期性。

法官的思维作为一种案件处理方式方法,其核心是实现法律规范的调整作用。法官行使的是司法权,对于司法权之本质的认识无论是“判断权”还是“审判权”,其中都包含着三个核心即“判断”。判断是主体依据一定的标准对客体作出的一种考量。法官行使判断,当然要依据“标准”对“客体”做出考量,即类同于“三段论”的推理模式,但同时又有别于纯粹的“三段论”逻辑推理,而是一种修正的,结合其他推理方式——如类推推理和辩证推理的推理模式。

依据“三段论”推理模式的基本形式,法官在判案过程中,主要完成三个方面的工作:即找法、形成案件事实和对其做出法律判断。找法即构建大前提(T),形成案件事实即构建小前提(S),然后在此基础上进行法律推理,得出判决结论(R)。在这个过程中,各

个阶段并不是简单的,更不是孤立的、先后完成的,毋宁是同时进行,互相依赖,互相促进的。法律规范作为一个体系由不同的法律部门组成,而各个法律部门又由许许多多的法律条文组成。法官在遇到一个具体案件的时候,一般情况是先根据自己内心存在的法学体系和法律经验、法律感觉形成一个大致的、模糊的判断轮廓,然后带着这个约隐约显的轮廓去找法,虽然还不清晰,但也不至于大海里捞针。例如有这样一个事件:甲某和乙某在一家饭馆吃饭,因一些小事发生口角,以至大动干戈。在这个过程中,甲某的朋友赶到,乙某停止还击,但甲某及其朋友对乙某继续进行拳打脚踢。甲某越打越凶,顺手拿起一把刀向乙某砍去,乙某拿起木棍反击,将甲某打死。当法官面对这个事件时,他首先会联想到这是一个刑事案件:甲、乙和丙互相斗殴,乙将甲打死属于故意杀人、故意伤害致人死亡还是正当防卫?这样法官就不会在属于私法的民法、商法等领域中去寻找法规范,而是把自己的找法领域限定在刑事法规范中。法律规范是抽象的一般规定,它要适用于具体案件的时候,必须由法官对其个案化,即对相关的法律条文进行解释,针对具体的案件事实形成一个具体规范构成要件。如果法律规定不明确,或者有缺漏即存在法律漏洞时,法官还必须运用自己的法律知识,甚至价值取向,生活经验对不明确的条文进行解释,对法律漏洞进行填补,这就出现了实际上的法官造法。

案件事实的形成更是纷繁复杂。法律要适用于实际发生的冲突和纠纷,首先必须形成案件事实,即对实际发生的事实进行陈述。在无限多姿多彩,始终变动不拘的事件之流中,为了形成作为陈述的案件事实,法官首先要作出选择,而选择的过程,实际上就是法官在考量个别事实在法律上的重要性。因此,作为陈述的案件事实,并不是自始就既存地出现在法官面前,而是必须一方面考量已知的事实,另一方面考量个别事实在法律中的重要性,以此为基础,才能形成案件事实。也就是说,法律家的工作经常不是始终就既存的事实做出法律上的判断,毋宁在形成——必须由他做出法律判断的——案件事实时就开始了判断。例如,在对上面提到的事件,法官与一般人不同之处就在于:他对事件过程中的细节并不加以过分重视,作出道德上的判断,而是利用自己的法律知识、生活经验甚至价值取向,对甲、乙、丙互相斗殴的行为进行法律上的考量:乙是否停止了反抗,乙用木棍将甲打死是否有杀人的故意,是否构成正当防卫,即是否存在正当防卫的构成要件,包括存在现实的危险,

情况紧急,为了保证自己或他人的生命财产免受侵害而进行防卫的意识,有没有防卫过当的情形等,然后形成此案的陈述。关于如何形成确定法效果的三段论中的小前提,德国法学家恩吉斯曾将其分为三个构成部分来说明:

第一,具体的生活事件,实际上已发生之案件事实的想像。

第二,该案件事实确实发生的确认。

第三,将案件事实作如下评断:其确实具备法律上的构成要件,或者更精确地说,具有大前提第一个构成部分(即法律的构成要件)的构成要素^[13]。

也就是说,法官大多以“未加工的案件事实”作为工作的起点,这些未加工的案件事实中会包含许多对最终的法律判断不发生影响的个别情事、情势,因此法官对其考量之后,也许会将其排除于最终作为陈述的案件事实之外。大小前提的形成是相互作用的,亦即“在大前提与生活事实间之眼光的往返流转。”但是案件事实与法条间的眼光之往返流转,并不只是判断者眼光方向的改变,它是一种思想过程。在这个过程中“未加工的案件事实”逐渐转化为最终的、作为陈述的案件事实,而未加工的法律条文也转化为足够具体而适合判断案件事实的规范形式。然后根据“三段论”的基本模式,推断出案件的裁判结论。

针对法官的判案思维特性,为了充分发挥法官的主观能动性,同时又不至于法官成了脱缰的野马,危害司法的公正,我们应该将两者进行一种折中。法官在司法实践中,既要遵循基本的“三段论”思维模式,又要一定范围内发挥主观能动性。而为了使这种折中的思维模式运行,我们要尽快完善我国的法律体系,构建开放的、相对自主自足的规范法律体系,同时

提高法官的素质,完善法学教育,并且重视和完善法律程序,充分利用法律程序的开放性、灵活性、包容性。

参考文献

- [1] 转引自梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社出版,1997:205.
- [2] 王泽鉴.民法实例研究·基础理论[M].北京:中国政法大学出版社出版,1997:116-117.
- [3] 约翰·亨利·梅利曼.大陆法系(第二版)[M].顾培东,禄正平,译.北京:法律出版社,2004:36-37.
- [4] 马克斯·韦伯.世界经济通史[M].姚曾,译.上海:上海译文出版社,1981:234-235.
- [5] 罗杰·科特威尔.法律社会学导论[M].潘大松,译.北京:华夏出版社,1989:178.
- [6] H·W·埃尔曼.比较法律文化[M].高鸿钧,贺卫方,译.北京:三联书店,1990:52.
- [7] 勒内·达维德.当代主要法律体系[M].漆竹生,译.上海:上海译文出版社,1984:80.
- [8] 埃德加·博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1997:64.
- [9] 何勤华.外国法制史[M].北京:法律出版社,2001:208.
- [10] 黄建辉.法律漏洞·适用类推[M].台北:蔚理法律出版社,1988:13.
- [11] 罗斯科·庞德.通过法律的社会控制、法律的任务[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,1984:18.
- [12] 严存生.西方法律思想史[M].西安:陕西人民出版社,1989:187.
- [13] 卡尔·拉伦兹.法学方法论[M].陈爱娥,译.台北:南图书出版公司,1997:182.

Mode of the Judge Thinking

GAO Yan - hui LI Wei

(Zhejiang University Hangzhou 310028 China)

Abstract The judge is an important member of the legal professional community, and the most important character of legal profession lies in the particularity of thinking mode. "Judicature" is a kind of judgment power, but the mode of judge thinking is very different from the general judgment activity, having deep professional birthmark. The thinking mode of "syllogism" type and the thinking mode of "absolute discretion" type are two kinds of extreme performance of the mode of judge thinking, but uncover the basic character of the judge thinking. We should split the difference of the two modes, and develop the thinking mode of the correctional "syllogism" type.

Key Words judge thinking; syllogism; absolute discretion; legal profession

(编辑 范华丽)

作者: [高艳辉](#), [李伟](#), [GAO Yan-hui](#), [LI Wei](#)
作者单位: [浙江大学, 杭州, 310028](#)
刊名: [电子科技大学学报\(社会科学版\)](#)
英文刊名: [JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA \(SOCIAL SCIENCES EDITION\)](#)
年, 卷(期): 2008, 10 (2)
被引用次数: 1次

参考文献(13条)

1. [梁慧星](#) [民法解释学](#) 1997
2. [王泽鉴](#) [民法实例研究@基础理论](#) 1997
3. [约翰·亨利·梅利曼](#); [顾培东](#); [禄正平](#) [大陆法系](#) 2004
4. [马克斯·韦伯](#); [姚曾](#) [世界经济通史](#) 1981
5. [罗杰·科特威尔](#); [潘大松](#) [法律社会学导论](#) 1989
6. [H·W·埃尔曼](#); [高鸿钧](#); [贺卫方](#) [比较法律文化](#) 1990
7. [勒内·达维德](#); [漆竹生](#) [当代主要法律体系](#) 1984
8. [埃德加·博登海默](#); [邓正来](#) [法理学—法律哲学与法律方法](#) 1997
9. [何勤华](#) [外国法制史](#) 2001
10. [黄建辉](#) [法律漏洞@适用类推](#) 1988
11. [罗斯科·庞德](#); [沈宗灵](#) [通过法律的社会控制、法律的任务](#) 1984
12. [严存生](#) [西方法律思想史](#) 1989
13. [卡尔·拉伦茨](#); [陈爱娥](#) [法学方法论](#) 1997

引证文献(1条)

1. [陈树艳](#) [从《侵权责任法》出台看农民权利保障的进步](#)[期刊论文]-[商丘师范学院学报](#) 2011(7)

本文链接: http://d.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxsb-shkx200802014.aspx