

## 四、法律思维方式及其养成

### (一) 法律思维方式养成对法律人的意义

1、法律思维方式是法治社会最基本的思维方式，对它的研究可以为社会提供法律知识和法律价值观念，也是法治社会实现的基本条件。

[运用法律处理法律问题必须首先从日常思维向法律思维转变，否则就背离了法治精神；从夫妻观看黄碟案分析]

2、法律思维方式是法律职业群体所独有的一种专业思维，它是维系职业共同体的纽带。

[它既不同于政治家、经济家、伦理学家的思维，也不同于一般民众的思维方式；从银行抢劫案、许霆案分析]



## 四、法律思维方式及其养成

3、法律思维方式一旦成为思维定势或习惯性思维，就会引发人们合法性思考，从而通过法律规范为人们提供行为标准，固化法律人的法律逻辑思维的方式。[从李惠娟案、集体房屋拍卖案分析]

4、法律思维方式是法律人运用的法律方法从事法律职业的必要前提。[一般的法律方法包括法律发现、法律推理、法律解释、法律论证和法律价值衡量；从周伟峰交通侵权案分析]

5、法律思维方式是法学教育特别法律职业教育的最基本的、必要的内容，是社会人成为法律人的充分必要条件。[台湾王泽鉴：法律知识、法律思维、解决争议。从邱菊拔掉丈夫救命的鼻饲管一案、“雇人拆房”案分析]



## 四、法律思维方式及其养成

### (二) 法律思维的内涵、特征与基本要求

#### 1. 法律思维方式概念

法律思维方式是“法律职业共同体在分析研究社会现象特别是法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法” [舒国滢]。具体指“法律人按照法律逻辑（包括法律规则、原则、精神）来观察、分析和解决社会问题和法律问题的方式” [郑成良]

法律思维是“依循法律逻辑，以价值取向的思考，合理的论证揭示法律” [王泽鉴]



## 四、法律思维方式及其养成

### 2、法律思维方式的特征

关于法律思维的特征国内学者有其不同表述，最具代表性观点有三种——**谢晖、孙笑侠、郑成良**。

[1] 谢晖教授认为法律思维方式具有七个特征：1) 规范性；2) 追求客观效果性；3) 思维逻辑性；4) 经验分析性；5) 追求微观分析的思维方式；6) 司法视角的思维方式；7) 是一种知识型思维。

[2] 孙笑侠教授认为有六个特征：1) 运用职业术语进行观察、思考和判断；2) 通过程序进行思考，遵循想过去看的习惯，表现的较为稳妥，甚至保守；3) 注重缜密的逻辑，慎重对待情理与情感等因素；4) 注重活动的过程以及标准的形式性；5) 只追求程序中的相对真；6) 判断结论总是非此即彼，不同于政治或行政思维的“权衡”特点。



#### 四、法律思维方式及其养成

[3] 郑成良教授认为法律思维方式具有六个特征：

- 1) 以权利义务分析为线索；
- 2) 普遍性优于特殊性；
- 3) 合法性优于客观性；
- 4) 形式合理性优于实质合理性；
- 5) 程序问题优于实体问题；
- 6) 理由优于结论。

综上所述，上列学者的分析，从不同的角度揭示了法律思维的特征，也拓宽了研究视野，但并未全面系统对法律思维进行分析。本人以为其有五个特征：



#### 四、法律思维方式及其养成

[1] 法律思维的要素特征：

(1) 法律思维主体的专门性、共同性。

[1] 法律思维是法律职业共同体即法律人的所具有的独特思维（主要包括法官、检察官、律师）；

[2] 法律思维在法律职业共同体内部应当具有同质性。

(2) 法律思维对象（客体）的规范性、实证性。[这是法律思维能与哲学思维[思想]和艺术思维【情感】的主要区别]。

[1] 法律思维的对象或客体主要是法律规范以及其涉及的现象，必须以法律为依据，不能完全超越现行法律；

[2] 法律思维的对象必须要通过经验事实证实，而非纯思辨的，其属于实践性思维、法律知识属于实践知识。



#### 四、法律思维方式及其养成

## [2]法律思维运思途径（方法）特征。

法律思维方法是人们在思维活动中认识法律及法律事实的法律意义所运用的工具和手段，是思维主体与思维对象相互作用的联系和中介，是法律思维方式的基本构成要素。

- 1) 法律思维方法具有层次性、多元性。从层次讲包括具体科学思维方法、一般科学方法、哲学思维方法；价值分析方法、逻辑分析方法、社会实证分析方法、经济分析方法〔河南漯河表兄妹登记结婚案〕；
- 2) 法律思维方法因角色和立场不同而存在差别。立法者——根据法律思考，以规则为中心；司法者——根据个案解决思考，以经验为中心，在类型对比中寻找法律方法。



#### 四、法律思维方式及其养成

### [3]法律思维的致思趋向（法律问题思考的价值指向）特征。

- 1) 法律思维属于“评价性思维”必须选择以法的特定价值为标准或导向而展开思维。  
[如法治以人性本恶为分析起点；权利问题以人本自由为分析起点；权力问题以法律之外无权力为起点]
- 2) 法律思维属于“合法性思维”致思的切入点是合法性判断。
- 3) 法律思维的“合法性”判断以权利义务分析为线索展开。
- 4) 对法律问题的判断分析遵循五项基本原则。



#### 四、法律思维方式及其养成

##### [1] 合法性优于客观性；

首先、以客观事实为依据，意味着：1、不查明客观事实就不能做结论；2、查明了客观事实就必须做出与之相一致的结论；3、不能虚拟事实并以其为据作出结论。

其次、合法性却要求：1，面对未查明客观事实，也必须做出一个明确的结论；2、已查明了客观事实，也可以被法律的证据规则所排斥；3、在某些特定的条件下，法律允许以虚拟事实作为裁判的根据，而且不允许用客观事实来对抗这个虚拟的事实，如公示送达。



## 四、法律思维方式及其养成

[2]普遍性优于特殊性；[法律思维是一种普遍性思考，而非特殊性思考，否则就会陷入人治主义的泥潭。从文革分析]

[3]形式合理性优于实质合理性

A. [形式合理性以概念符号和逻辑抽象为特征，可准确计算的合理性。韦伯把这种合理性界定为手段和程序的可计算性，一种客观的合理性，具有事实的性质。现代法律具有形式合理性，三个特点：a. 一套抽象的形式化的概念符号体系；b. 逻辑一致的运算和推理规则；c. 运算结果的精确性和可重复性]

B. [实质合理性，即价值合理性，主观的合理性。其针对性强、更为具体、随机应变、不受条条框框的束缚。不具备精确计算特点的合理性，与价值判断相关联。两个特点：a. 个案正义；b. 法律外的各种实质标准优先于法律标准（个体价值观，政治与道德、经济功利倾向，民意）。从宋朝不孝案、唐朝女婿诉岳父案分析]



## 四、法律思维方式及其养成

C. 形式合理性优于实质合理性的理由：

- a. 实质合理性优先容易陷入模糊性思维、结果不确定性的  
人治主义乌托邦；
  - b. 法治只能实现优先的正义，不可能完全实现法律与社  
会效果的统一[涉法信访考核问题]；
  - c. 法治的基本目标，不能保证最好，但至少不是最坏；
  - d. 法治目的[绝大多数个案实现正义]与手段[通过现实理性的法  
律制度去实现个案正义]合乎理性。
- E. 多数情况形式理性优先，并不排除少数情况下实质合  
理性优先。[从里格斯诉波尔玛案、四川泸州第三者遗赠  
案分析]；
- f. 最大限度克服司法中的非理性因素。



## 四、法律思维方式及其养成

[4] 程序问题优于实体问题。[A. 程序正义是制度正义最关键正义因素，也是保证个案正义最关键的制度性条件；B. 法治主要取决于一定形式的正当过程，而正当的过程主要程序来体现，没有程序正义就无正义可言。死刑未决犯应否享有生育权案 ]

### [5] 理由优于结论。

[法律思维属于“论证思维、说理思维”法学思维结果或结论必须有充足的理由支撑。法律思维对理由的特殊要求是：其一、理由必须是公开的、而不能是密秘的；其二、理由必须有法律依据；其三、理由必须具有法律上的说服力。[从小店房产纠纷案（维稳）、晋城职务侵占案（反贪指标）分析 ]

## 四、法律思维方式及其养成

### [4] 法律思维的视野特征。

- (1) 在时间视野上的回溯性，根据既定规则对过去问题思考。原因：[1] 推动法律思维启动的法律问题的过去性；[2] 思考涉及法律问题的依据即法律规则的既定性；[3] 程序的既定力和自缚性。
- (2) 在空间视野上有限性，即遵循规则适用的空间范围、法律事实发生的特定时空条件，根据既定的法律程序框架思考。表现：[1] 法律规则适用的空间性；[2] 法律事实发生的时空性；[3] 法律程序与活动的空间性。



## 四、法律思维方式及其养成

[5] 法律思维架构（法律思维主体的知识结构和法律语言的操作程序和技巧）特征。

- (1) 以法律科学知识为主干或基石，以人文科学、自然科学只是为背景或外围支撑；
- (2) 法律语言必须以其严密的内在逻辑和准确的书面文字框架着他所指谓的对象；
- (3) 法律思维方式的养成必须经过专门的专业训练。



#### 四、法律思维方式及其养成



## 四、法律思维方式养成

### （一）学会从法律人的角度思考问题，坚守法律思维的逻辑底线——合法思维。

1、运用职业术语和思维进行观察、思考和判断。

[陕西蒲县三个未成年人强奸秦某案.]

2、依据实体法进行合法判断。

（1）权利和自由是否越界？行使的条件是什么？

（2）义务是必为义务，还是禁为的义务？履行义务的条件是什么？

（3）权力是否有明确授权？权力主体、内容、范围、程序限制是什么？

（4）责任是否应当承担？是何种责任？ [夫妻共立遗嘱案]

3、依据程序法进行合法性判断。（1）法定程序；

（2）约定程序。



## 四、法律思维方式及其养成

### （二）正确把握法律思维的对象，从规范入手，从行为着眼展开思维。

1、坚持规范性，以现行法为依据进行合法判断。

[夫妻共同赠与案分析]

2、坚持客观性，以行为人的实际行为及其后果作为考察对象，进行合法性判断。[夫妻观看黄碟案分析]

3、坚持逻辑性，以法律逻辑（按照法律概念、原则、规则和精神）进行合法性判断。

[重庆邮电学院大学生未婚同居怀孕被学校勒令退学案]



## 四、法律思维方式及其养成

(三) 学会运用法律方法来观察分析和处理法律问题，坚守公平正义的法律价值取向，保持法律思维的致思趋向。

- 1、以合法性思维为切入点进行定位思考；
- 2、以权利和权力及义务为线索细化合法思考；
- 3、以特定价值取向为导向进行定向思考；
- 4、以“五个优先”为标准进行合法权衡。

[乙雇甲收购土特产交通侵权案；贵州遵义湄潭县结婚闹剧案]



## 四、法律思维方式的养成

（四）坚持形式理性和程序理性，优先保障法律形式和法律程序公正，维护法律思维的基本框架。

- 1、坚持形式合理和程序合理促进传统法律思维的现代转换；
- 2、坚持形式合理和程序合理提高传统法律思维的逻辑性与法律标准化；

[辽宁荆州市黑山县--赵宝女儿被强奸案；刘文燕诉北京大学案  
p313。清徐土地仲裁送达案；太谷县土地纠纷案（证人、被告代理人、行政诉讼答辩）； ]



## 四、法律思维方式及其养成

(五) 不断丰富法律知识，把握法律技术，完善法律思维的基本架构。

- 1、建构基本法学知识体系及相关的知识体系；
  - 2、掌握进行法学研究的基本方法〔价值分析、逻辑语义分析、社会实证分析、阶级分析法等〕；
  - 3、掌握法律解释和法律推理与法律论证的方法及技巧；
- [清华大学刘海洋故意毁坏财物案p328；美国德克萨斯州罗伊诉韦德案p342；江苏薛培提请对最高法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案适用法律问题的解释》第一条予以违宪审查案p345；离婚时夫妻财产分割被告能否提起反诉？雇人擦玻璃打扫卫生属于雇佣还是承揽关系？发生人身伤亡责任如何确定？离婚案件中小产权房、经济适用房、单位集资的福利房或未取得产权的商品房如何分割？]

