

转型社会与道德真空： 司法改革中的法律职业蓝图

李学尧*

内容提要 基于“法的实质化”的背景,以司法制度史与司法学说史为双重线索,将法律职业化作为主要分析对象,对转型期中国司法制度设计的主导理念——形式主义法学及其实践与当代社会现实错位的现象作了法社会学意义上的描述。进而,结合中国转型社会的特点,对以“非道德权利观”为逻辑起点的法律人“职业蓝图”在当下社会阶段性挫折的根源做了详细的分析和反思。最终,提出了将“契约式程序主义”作为填补“道德真空”状况的理论主张。

关键词 法律职业蓝图 非道德的权利观 转型社会 道德真空 契约式程序主义

步入 2000 年以后,因社会分配不公、利益博弈中的权利保护不足导致的社会稳定的风险不断加剧,上访、罢工以及多种形式交杂在一起的群体性事件高企,使得“维稳”与“保发展促民生”一起成了中国执政党在 2008 年之后的主要工作重点。^①在这前后,作为现代宪政国家中“维护社会稳定底线”的司法机关,也在中央政法委的主导下,调整了其自 1998 年以来的司法改革方向,开始贯彻落实“注重社会效果”的“人民司法”、“大调解制度”、“能动司法”和“社会管理创新”等司法政策。^②

在此期间,中国还发生了大量涉及各类法律人的腐败“窝案”和丑闻,比如“黄松有案”、“郭京毅案”、“浙江高院法官杀人碎尸门”等,以及成为全国性公共事件、反映法律人专业技能不足回应社会要求或者职业伦理与大众道德严重冲突的“刘涌案”、“许霆案”、“彭宇案”、“临时强奸罪”案以及“李庄案”等案件。与此相关的是,社会民众对司法的信任度也降到了一个历史极低值。^③

针对上述司法政策以及民众态度发生的变化,法律界的很多人得出了“中国的法治在大倒退”以及“法律人前景黯淡”的悲观结论。^④本文的主要目标是,试图从中国法律职业的制度变迁入手,在学术脉络上对中国司法改革相关问题的来龙去脉进行厘定,进而在理论本源上对当下法学界较为流行的“法

* 上海交通大学凯原法学院副教授,博士生导师。本文系季卫东教授主持的国家社科基金 2009 年度重点课题“中国特色社会主义司法制度”以及本人主持的上海市法学会 2010 年度重点委托课题“中国特色社会主义司法制度”的阶段性成果。作者感谢郑成良教授、孙笑侠教授、朱芒教授、韩长印教授以及好友宾凯、鲁楠、王凌峰、刘思达、侯猛、尤陈俊、何海波、黄斌、张芝梅和程金华对本文写作所提供的各种帮助。

① 即中共中央在 2008 年金融危机以后逐渐明确的“保发展保民生保稳定”的“三保”政策。参见《中央经济工作会议闭幕 胡锦涛温家宝作重要讲话》,载《人民日报》2008 年 12 月 10 日;习近平:《认真贯彻中央部署要求 扎实搞好学习实践活动》,载《人民日报》2009 年 3 月 27 日;李源潮:《学习实践要保发展保民生保稳定保中央方针政策落实》,载《人民日报》2008 年 11 月 5 日;周永康:《把科学发展观落实到保增长保民生保稳定中》,载《吉林日报》2009 年 3 月 26 日。

② 执政党司法政策的调整,可以上溯至 2006 年。参见《关于预防和化解行政争议、健全行政争议解决机制的意见》(中办发[2006]27)。此后,标志着司法政策系统性转变的相关文件主要有《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》(法发[2007]2 号 2007 年 1 月 15 日)、《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》(法发[2007]第 9 号 2007 年 3 月 1 日)等等。结合司法实践对 2007 年左右司法政策转变进行学术阐述的研究,可以参见何海波《没有判决的诉讼:行政诉讼撤诉考(1987-2008)》,载《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社 2009 年版。

③ 沈德咏:《部分群众对司法不信任渐成普遍社会心理》,载《人民日报》2009 年 8 月 19 日。

④ 参见邢周:《法治倒退引发司法界焦虑》,载《亚洲周刊》2010 年第 24 期;王和岩:《律师界“整风”》,载《新世纪》2010 年第 19 期;江平:《中国的法治处在一个大倒退的时期》,载《律师文摘》2010 年第 1 期。

治倒退论”进行反思和超越^⑤,以期为推进中国法治事业提供有力的智识支持。

一、作为司法改革主要目标的职业蓝图

(一) 从“审判方式改革”到“法律人职业化”的司法改革

自戊戌变法至今,中国各类政权对司法制度作了相当频繁的改革。1949年建国以来,主要有两次泾渭分明的司法改革。一是20世纪50年代初,中国共产党对司法机构中的旧式官僚进行改造,最终在全国范围内确立了以“马锡五”式审判方式为意识形态象征的司法制度。另一就是开始于1988年的民事审判方式改革的“职业主义”式的改革。该次改革的高潮是1998年至2008年最高人民法院主导推进的两个《人民法院五年改革纲要》^⑥和最高人民法院、司法部积极并头推进类似改革的过程。^⑦对于这两次改革的指导思想,可以分别概括为“人民(性)司法”和“职业化司法”两种不同的司法理念。关于1998年至2008年司法改革,从制度的构建角度,也可以将它纷繁复杂而详细的改革目标概括为:通过对抗制诉讼结构的塑造和法律人的职业化,来消除司法的行政化、地方化与大众化。

可以一直上溯至1988年开始启动的第二次司法改革^⑧的初衷,显然只是为了“提高审判效率、减轻财政负担和案件的积压”,而没有系统性的改革思路设计。^⑨即使到了20世纪末,司法改革开始在“建设社会主义法治国家”的系统工程下,持续地作自我升级,但在很多对司法制度构建具有重大影响的人员看来,其主导思想仍然是为了巩固社会主义市场经济改革的成果,或为加入WTO提供有力的制度保障。^⑩然而,由于在整个20世纪90年代,社会各界普遍对各种意识形态争论感到厌烦,而流行“不争论”、“去政治化”的思考方式^⑪,使得在90年代中后期完成学术换代的中国主流法学者群体^⑫,在一种相对宽松的学术环境中,于2000年左右基本完成了法律移植,特别是形式主义司法改革所需的比较法智识储备。^⑬这种体系化的比较法知识和学术观点,通过法学教育和共同体内部的自我讨论等方式,逐渐在实务法律人和学术界之间达成了关于司法改革目标的共同体共识。在这种背景下,加上前期制度改革的多米若骨牌效应^⑭,使得第二次司法改革的聚焦,逐渐从主张效能至上的“功利主义”司法理念主导的审判方式改革,升级到追求权利至上的形式主义司法理念主导的“法官(检察官)职业化”,并最终指向对司法体制的系统性改革。^⑮

按照学术通说,自洛克开始,源于对个人自主性的追求,“权利”是现代自由主义政治及法学观的

⑤ 除本文以外,作者还与另一学者程金华一起运用定量分析的方法对“法治倒退论”进行了实证意义上的超越性反思。

⑥ 从逻辑上而言,司法改革的主导者应是中共中央政法委。但是,在最高人民法院于1999年发布第一个《人民法院五年改革纲要》后,中央政法委迟至2003年5月份,才开始成立以中央政法委书记为组长的中央司法改革领导小组。参见肖扬命题:司改领导机构酝酿升级,载《21世纪经济报道》2008年3月11日。

⑦ 参见季卫东《司法改革第三波》,载《经济观察报》2010年11月20日。

⑧ 季卫东《司法改革第三波》,载《经济观察报》2010年11月20日。

⑨ 任建新《在第14次全国法院工作会议的报告》,1988年7月18日,审判方式改革部分。

⑩ 参见肖扬自1999年3月开始至2008年3月向全国人大所做的共计9份《最高人民法院工作报告》的相关内容;曹建明《加入WTO对中国司法工作的影响及思考》,载《法学》2001年第6期;等等。

⑪ 参见汪晖《去政治化的政治——短20世纪的终结与90年代》,北京三联书店2008年版。

⑫ 比如,在1990年至2000年之间,北京大学、中国人民大学、西南政法大学、中国政法大学、中国社会科学院法学所、武汉大学、吉林大学、中南财经政法大学、中山大学、南京师范大学、复旦大学、厦门大学、浙江大学、南京大学等国内最重要的法学院和法学研究机构,以及主要的法学期刊(比如《中国法学》、《法学研究》和《中外法学》等)基本上都完成了由文革后接受本科教育者担任负责人的学术换代过程。

⑬ 在2000年左右,大陆学术界对于主要发达国家近现代的法治实践及其主要的理论探讨,都已经做了较为全面的介绍。有关于中文世界对于西方司法制度的比较法研究以及译介工作的状况,可以参见蒋红珍、李学尧《司法的原初与衍生功能》,载《法学论坛》2004年第2期。同时,也要注意,对于形式主义或者自由主义司法改革观背后的智识准备,很大程度上也依赖于清末民国以来的政治理念更新和政治实践的反省。参见苏力《论法律活动的专门化》,载《中国社会科学》1996年第6期;金观涛、刘青峰《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到《新青年》》,载《台湾“中央研究院”近代史研究所集刊》1994年第32期。

⑭ 季卫东《渐进改革的新动力——从“化整为零”到“化零为整”》,载《二十一世纪》2002年第72期。

⑮ 公丕祥《司法改革30年——从审判方式改革向体制性改革的发展》,载《法制日报》2008年11月24日。

核心观念。为了维护现代社会的组织原则,避免多元社会里权利道德化或者实质化破坏个人的自主性,古典自由主义以“权利”作为原子式的基本元素,借助于建立在科学主义或者工具理性基础上的程序理性,在现代西方社会,构筑了一个庞大的法律大厦,并使之成为有效制约权力、科层管理科学化的制度平台。^{①⑥}按照哈贝马斯的说法,非道德的权利观,就是现代性的一个组成部分。^{①⑦}尽管在理论界存在各种与自由主义分立甚至对立的理论脉络,比如功利主义、共和主义及社群主义等。但是,必须要承认的是,在西方的主流法学界和法律界始终都未曾放弃“权利至上”的知识传统。^{①⑧}即使后来公开标榜与自然法划清界限的分析法学理论,其学术鼻祖霍布斯的社会契约论就是建立在自然权利基础之上的^{①⑨};而以哈特为代表的新分析法学,则通过“最低限度的道德”、“承认规则”等方式,将自由主义权利观作为道德和法律分离的起点。^{②⑩}

与之相对应的是,中国在 80 年代以后由法理学界启动的“权利本位”大讨论^{②①}、横跨诉讼法和实体法学界的“正当程序”研究热潮^{②②}、行政法学界倡导的“行政法治”及“法治政府”理念^{②③}、刑法学界积极推进刑事立法的“人权保护”趋势^{②④},以及民法学界主流积极推进的民法编纂运动^{②⑤},等等,无不都是以市场经济、自由竞争的需要、强调个人权利为理论的出发点。通过学术史的梳理,可以得出结论,推动上述研究或者实务运动的当代中国主流法学家们^{②⑥},都有意无意地将古典自由主义法学理论所形成的“权利-

^{①⑥} See Jürgen Habermas, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, 13 *The Jour. of Pol. Phil.* (2005). Also See Donald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. 另可参见[德]韦伯《法律社会学》,康乐、简惠美译,台北远流出版事业股份有限公司 2003 年版,第 33-198 页; [英]约瑟夫·拉兹《以权利为基础的道德》,宋林霖译,载曹海军编《权利与功利之间》,江苏人民出版社 2007 年版; [美]德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版;等等。

^{①⑦} [德]哈贝马斯《在事实与规范之间》,童世骏译,北京三联书店出版社 2004 年版,第 1 页。

^{①⑧} Jeremy Waldron (eds.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984. 在很多西方的主流学者看来,即使分属于不同理论传统的罗尔斯的政治自由主义和哈贝马斯的商议性政治观,最后也都可归源于西方主流的政治传统,即以自由主义为内核,对共和主义进行某种形式的兼容和综合。参见 Kenneth Baynes, *The Normative Ground of Social Criticism, Kant, Rawls and Habermas*, New York: State University of New York Press, 1992, pp. 162-163.

^{①⑨} See Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford: Oxford University Press, 1962.

^{②⑩} See Matthew Kramer, Claire Grant, Ben Colburn and Antony Hatzistavrou (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart, Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 277-330, etc.

^{②①} 参见张光博、张文显《以权利和义务为基本范畴重构我国法学理论体系》,载《求是》1989 年第 10 期; 张文显《“权利本位”之语义和意义分析》,载《中国法学》1990 年第 4 期; 郑成良《权利本位论: 兼与封曰贤同志商榷》,载《中国法学》1991 年第 1 期; 关于此次争论的来龙去脉及其评价,也可参见孙笑侠《“权利本位说”的基点、方法与理念》,载《中国法学》1991 年第 4 期。

^{②②} 参见季卫东《程序的意义》,载《中国社会科学》1993 年第 4 期; 陈瑞华《程序正义论——从刑事审判角度的分析》,载《中外法学》1997 年第 2 期; 王亚新等《法律程序运作的实证分析》,法律出版社 2005 年版; 孙笑侠《程序的法理》,商务印书馆 2005 年版,等等。在“正当程序”研究热潮之后,将程序正义和人权保障作为贯穿于诉讼法或者程序法的主要追求,成为了中国诉讼法学界的高度共识。参见陈光中、罗海敏《改革开放三十年的刑事诉讼法学》,载《现代法学》2009 年第 1 期。

^{②③} 在 20 世纪 90 年代中后期,中国行政法学界内部曾经发生过“控权论”和“平衡论”的激烈争论,但是,很多证据都能证明,自此场辩论结束以后,在中国行政法法学界,占压倒优势的指导性理念是建立在“权利本位”基础上的“控权论”。在中国语境下,它主要通过“法治政府”、“行政法治”等概念进行转化落实,并在中国的行政实践中产生了实质性的影响。参见应松年《中国行政法 60 年》,载《行政法学研究》2009 年第 4 期; 应松年《中国行政法学的当代使命》,载《行政法学研究》2005 年第 4 期; 罗豪才《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社 1997 年版; 罗豪才《行政平衡理论讲演录》,北京大学出版社 2011 年版,等等。

^{②④} 参见高铭喧、赵秉志《改革三十年的刑法学》,载《刑事法杂志》2009 年第 3 期。

^{②⑤} 参见王利明《民法典体系研究》,中国人民大学出版社 2008 年版; 梁慧星《民法解释学》,中国政法大学出版社 1994 年版,等等。另可参见许中缘、熊丙万《民法典体系化的哲学——评王利明教授的“民法体系化”思想》,载《法制与社会发展》2009 年第 3 期。

^{②⑥} 苏力在《也许正在发生: 转型中国的法学》一书中,将中国 80 年代以后的法学划分为“政法法学”、“诠释法学”和“社科法学”三个阶段。这从时间维度来说是正确的。本文此处划分主流法学的标准,主要是依据学术资源分配的权力掌握、对教材和教学内容的主导能力以及对实务法学界的影响等角度来判定的。参见苏力《也许正在发生: 转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,引论部分。

侵权-司法救济”理论模式²⁷作为其学术阐述的出发点或者真理式的理论假设。²⁸

通过对1998年至2008年司法改革过程中各种文件——包括相关改革主政者对于改革方案的说明以及各级法院院长和普通法官在各类场合发表的讲话稿和学术论文的解读²⁹,可以概括出该次改革主导者背后隐含的三种假设性前提——它证明了中国法学界主流的上述法学理论与这场司法改革的某种关联:一是认同存在一种普适性的价值前提下的普适性司法理念。司法改革的主导方将之概括为“司法规律”³⁰。他们实质上就是认为现代西方司法制度中某种核心性价值和制度,可以超越意识形态的鸿沟,能为社会主义国家的中国借鉴与移植。它主要以正当程序和司法独立(审判独立)的理论作为阐述载体。³¹二是,以一种道德中立或者“非道德”、“非实质化”的权利观作为工作思维的内核。从这种逻辑进发,必然会出现要求对抗式的程序设计和法律人职业化的制度改革思路。其中,法律人职业伦理必须是一种“非道德”、具有可技术操作的行为规范,以适应对抗式程序设计的要求。³²三是,与道德中立的权利观相对应的一种“形式主义法学”思路,即强调彻底切割规范与价值,以便于法律的可操作性的理论思路。比如推崇和展开法律实证主义法学理论脉络所推崇的“法律方法论”的研究热潮。在中国的司法实践中,则体现于将之奉为圭臬地强调“依法判决”和遵循犯罪构成要件说等思路。³³

(二) 技术理性的实践 “职业蓝图”在司法改革中的推进

在上述法学理论有意无意的指导下,自90年代末“建设社会主义法治国家”的口号被提出以后,中国的司法机关及司法行政机关对中国法律职业制度也自然地开展了以“职业化运动”为核心的改革,并在1998年以后第一个《人民法院五年改革纲要》推出之后,逐渐形成了“构建法律职业共同体”的高潮。不管这场制度改革倡导者是否主动意识到,通过功能比较的方法,可以得出结论,它实质上就是近几年来建立在自由主义法学观基础上、糅合部分社群主义思想、世界法律人共享的“职业主义”(professionalism)理想。³⁴即基于洛克的“权利中心论”、孟德斯鸠的“三权分立”、帕森斯的“法律(职业)的功能”、涂尔干的“职业团体自治”、韦伯的“形式理性”等近代西方理论基础出发来思考和构建的“职业蓝

²⁷ 所谓“权利-侵权-司法救济”模式,即一种以道德中立的权利为思考起点,将侵权理论视为利用法律解决社会问题的有效分析手段,并相信遵循正当程序设计及“权利-侵权”思考模式的司法机关能够有效解决社会纠纷,维护社会秩序,最终实现正义的一种思路。它实质上是近现代法律人共同体及其理论的一个共同理论假设。关于侵权法与古典自由主义及其权利理论、权利-侵权理论与司法救济之间关系,请参见 Jules Coleman, *Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part I*, 1 *Law and Philosophy* 90(1982); Richard W. Wright, *Rights, Justice, and Tort Law*, in David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, 1995; Richard Abel, *A Critique of Torts* 37 *UCLA Law Review* 785 - 830, 1990.

²⁸ 按照季卫东教授在《为法理辩论提供两个辩论框架》一文中认为“自1980年代后期开始……真正在知识界产生较大影响的外国法学理论家屈指可数。根据我的观察,其中特别值得注意的流行思潮有四派,即邓正来教授系统评介的哈耶克(Friedrich v. Hayek)的自生秩序论、刘小枫教授着力研究的施米特(Carl Schmitt)的政治和公法思想、朱苏力教授大量翻译和推荐的波斯纳(Richard A. Posner)的法与经济学,以及法理、法史、私法等不同专业的学者都或多或少显示过兴趣的萨维尼(Friedrich K. v. Savigny)的民族历史法学。”在这其中,季卫东教授除了无意地按照“法理学者的关注度、理论刺激度、被引用率、时髦程度”的标准,而非基于能够印证“学术——实践”二元联系的实证分析,来判断这些学术流派的影响力,似乎还有意地遗漏了哈耶克以外的自由主义传统,即开始于英国的古典自由主义代表人物洛克,直至今日新政治自由主义的代表人物罗尔斯、德沃金等人,乃至实质上建立在自由主义法学传统的新实证主义代表人物哈特等人理论对中国法学理论及其法制实践的深远影响。参见季卫东《为法理学辩论提供两个分析框架》,载《现代法学》2006年第6期。

²⁹ 详细解读内容可以参见季学尧《中国特色社会主义司法制度研究》,上海市法学会2010年重点课题结项报告。

³⁰ 《肖扬谈建设有中国特色的现代审判制度》,载《工人日报》2002年10月2日;《肖扬在最高法院党组传达学习中共十六届五中全会精神的会议上强调》,载《人民法院报》2005年10月27日;也可参见肖扬向自1999年3月开始至2008年3月向全国人大所做的共计9份《最高人民法院工作报告》。另外,从肖扬在主政司法部期间,在政策层面上积极推进将律师彻底推向市场,与其在最高人民法院开展的司法改革思路是一脉相承的。参见赵蕾《肖扬:在东交民巷27号的最后时光》,载《南方周末》2008年3月5日。

³¹ 季卫东《程序的意义》,载《中国社会科学》1993年第4期;季卫东《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版。Also See Milovan Djilas, *The New Class: An Analysis of the Communist System*, Mariner Books, 1982, pp. 1 - 18.

³² 季学尧《非道德性:现代法律职业伦理的困境》,载《中国法学》2010年第1期。

³³ 苏力《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释介入》,载《法学》2003年第8期。

³⁴ 参见季学尧《法律职业主义》,载《法学研究》2005年第6期。

图”(professional projects)。^⑤

作为一个来自英美社会而又被西方各国法律界普遍认可的概念,职业蓝图主要是指法律人共同体以实现“职业自治”(professional autonomy)为前提,试图以“自我规制”(self - regulation)的方式来有效控制职业准入(对法学教育和法律执业资格的有效规制)、有效监督其成员行为(与大众道德不同、有效的职业伦理规范)、保持法律服务的市场垄断地位(法律服务的独占性)以及共同体享有较高社会地位(法律人作为一个整体在社会中享有极高声誉和政治地位)的一种职业理想。^⑥

中国法律人群体自90年代开始,一直所努力推进的法律职业制度构建目标,恰是这种为近现代法律人共享的“职业蓝图”。1998年至2008年由法律人推动的司法制度改革,通过技术性的具体制度改革的方案,一方面,它展现了法律职业者对中国政治体制改革所持有的追求和认识,另一方面,它实质上是法律人为了实现这种职业蓝图的一种有意识的集体行为。^⑦在中国的特殊语境下,法律人主要以“构建一个自治、思维、价值和语言的法律职业共同体”的表述来替代“职业蓝图”的概念。2002年8月4日在黑龙江牡丹江市召开的“中国法治之路与法律职业共同体”学术研讨会,代表着中国主流法学界对于在这场司法改革中推行的“职业蓝图”观念和政策建议的正式系统化。^⑧在这个会议上,中国的主流法学界就职业蓝图的具体步骤和内容达成了高度共识。^⑨实践证明,中国在1998年至2008年之间的大部分法律职业改革的措施,都是按照这些参会主要学者绘制的制度建设蓝图来逐步展开的。具体而言,中国法律人在此期间所推进的职业蓝图计划,在具体行动和制度构建上主要包括以下五个方面:

一是在“职业蓝图”中“自我规制主体”的建构方面,各界法律人达成了高度共识,呼吁在政治体制改革上实现建立在宪法司法化基础上的、“精英化”的司法独立(审判独立);积极推进将“行业自律”取代“两结合管理体制”的律师自治。^⑩在此期间,出现了一大批催化“法律人主体意识”的期刊杂志,除了《中国法学》、《法学研究》和《中外法学》等主流学术性杂志以外,《中国律师》、《法官职业化建设》和《律师文摘》等杂志更在催化实务法律人和学术法律人之间统一职业蓝图构想方面,扮演了重要的角色。

二是在法学教育方面,在“构建统一的、精英化的法律职业共同体”的口号下,为了“解决法学教育和法律实践相脱节”的问题,主流法学界将美国式的 Law School(法学院)制度为目标,通过司法部的主导推进,与日本、韩国等大陆法系国家所进行的法学教育改革几乎同步,试图改变传统大陆法系的本科教育模式,于1996年开始建立了法律硕士的研究生教育制度,使得其与现行的法学本科-法学研究生的人才培养模式形成了双轨制的法学培养模式。^⑪为了能够加强法学教育作为一种职业准入控制措施的有效性,有学者还提出了具体的标准化方案。^⑫

^⑤ 参见刘思达《职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评》,载《社会学研究》2006年第1期。

^⑥ See Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley: CA: University of California Press, 1977. G. Hanlon, *Lawyers, The State and the Market: Professionalism Revisited*, Basingstoke: Macmillan Business, 1999; 刘思达《职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评》,载《社会学研究》2006年第1期; 李学尧《法律职业主义》,载《法学研究》2005年第6期; 等等。

^⑦ 对2000年前后的中国主流法学家在研究中所持的“法律职业主义”理念的理论综述,可以参见李学尧《法律职业主义》,《法学研究》2005年第6期。

^⑧ 参见张文显、信春鹰、孙谦《法律职业共同体研究——司法改革报告》,法律出版社2003年版。该书是这次会议论文选辑本。另可参见强昌文、颜毅艺、卢学英、于宁《呼唤中国的法律职业共同体——“中国法治之路与法律职业共同体”学术研讨会综述》,载《法制与社会发展》2002年第5期。

^⑨ 也要注意到在这一时期以及之前,国内也有一些受到法经济学或者批判法学理论影响的学者,比如朱苏力和朱景文等人,对法律职业化路线提出了批评。但是,这些批评的声音在当时的司法改革实践中并未得到重视。参见苏力《论法律活动的专门化》,载《中国社会科学》1996年第6期。

^⑩ 参见贺卫方《司法的理念和制度》,中国政法大学出版社1997年版; 张文显、信春鹰、孙谦《法律职业共同体研究——司法改革报告》,法律出版社2003年版。

^⑪ 王健《中国法律硕士教育的创办、发展与成就: 1996-2006》,载《法制与社会发展》2007年第3期。

^⑫ 翁开心、孙笑侠《论作为“制度”的法学院》,载《法律科学》2002年第3期; 孙笑侠《法学院标准化发展的政府调控——关于建立我国法学教育质量评估制度的建议》, <http://www.edu.cn/20030115/3075967.shtml>, 最后访问时间2009年5月1日。

三是在执业资格的准入控制方面,在“形成同质的法律职业共同体”的口号下,为了“提高司法人员的素质”、“提升法律职业的社会公信力”,在最高人民法院、最高人民检察院和司法部等共同推动下,全国人大常委会于2001年通过法官法、检察官法和律师法修正案。法官法第51条明确规定“国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度”,由此正式以法律文本确定了司法资格统一考试。进而,以自1986年开始的律师资格考试制度为基础,在该年开始实行律师、法官和检察官统一的司法考试制度。^{④③}与此同时,还启动了取消基层法律服务工作者队伍的工作努力。^{④④}

四是在被英美人称为“私法律人”(Private Lawyer),即律师的规制方面,以西方式的“职业自治”为实质理想,以行业自律为发展目标,进行大刀阔斧的管理体制改革。国务院于2000年开始要求所有的国有律师事务所几乎在一夜之间必须要脱钩改制,进而使得中国的律师事务所彻底成为私有化的商业性组织。^{④⑤}尽管在此期间,“行政管理为主”和“行业管理为主(行业自律)”的两种理念,在司法行政机关和律师协会的“两结合管理体制”实践中不断“来回拉锯”,但占主流的制度改革推进力量,一直都将最终实现法律职业的自我规制作为主要目标。^{④⑥}随之,全国和各地的律师协会会长逐渐都开始由执业律师担任,各级律师协会也因此取得了一定的职业规制权力。^{④⑦}与此同时,中国的公证部门也开始了与司法行政部门脱钩,改革为财政上自负盈亏的事业单位的步伐,进而逐渐成为一个实质上参与市场化竞争的商业性法律服务机构。^{④⑧}

五是在被英美人称为“公法律人”(Public Lawyers)——即法官、检察官所在的司法机关,在1999年以后开始分别认真地推进“法官职业化”和“检察官职业化”的人事改革。比如2001年修订的法官法、检察官法规定,初任法官和检察官必须通过国家司法考试,中国从此告别了以政治合格为主的法官任用标准。2002年,全国法院和检察院系统分别换发区别于军警标志、象征公正性的法官服和检察官服,并在开庭中开始使用法槌。此后,在2005年以后,最高人民法院还试图推进以“实现法官精英化”、“提高法官的社会声誉”、“提高法官的职业素养”和“解决法院人员职业素质良莠不齐的现象”等为目的的“法官员额制”、“法院人员分类改革”等。^{④⑨}与律师业的彻底私有化、法律职业准入控制等制度改革不同的是,它的制度构建(包括法院人员分类改革、法官员额制等试点)并没有得到全面性的展开。^{⑤①}

二、职业蓝图的阶段性挫折^{⑤①}

1998年至2008年的司法改革显然取得了世人瞩目的成功。但如果按照自由主义或者形式主义法

^{④③} 杜国兴《国家司法考试制度略论》载《法学家》2002年第5期;徐鹤喃、郭立新整理《法律职业同质化的必由之路:统一司法考试研讨会观点纪要》载《中外法学》2002年第4期。

^{④④} 参见张鹏《10万基层法律服务工作者面临存废之争》载《记者观察》2008年6月4日。

^{④⑤} 参见国务院办公厅《关于清理整顿经济鉴证类社会中介机构的通告》(1999)、国务院清理整顿经济鉴证类社会中介机构领导小组《关于经济鉴证类社会中介机构与政府部门实行脱钩改制意见》(2000)、司法部《律师事务所、社会法律咨询服务机构脱钩改制实施方案》(2000)、司法部《基层法律服务机构脱钩改制实施意见》(2000),以及司法部《关于深化法律服务改革加强法律服务管理若干问题的意见》(2001)。

^{④⑥} 比如,1993年12月国务院办公厅批转了《司法部关于深化律师工作改革的方案》。该方案就律师管理体制做了如下表述“从我国国情和律师工作的实际出发,建立司法行政机关的行政管理与律师协会行业管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后,逐步向司法机关宏观管理下的律师协会行业管理过渡。”

^{④⑦} 参见《非执业律师禁任律师协会领导》,载《华西都市报》2003年7月26日;《深圳改革律师管理体制 律协会会长由执业律师担任》,载《法制日报》2003年7月21日。

^{④⑧} 参见国务院办公厅《关于深化公证工作改革的方案》(2004)、司法部《关于贯彻〈关于深化公证工作改革的方案〉的若干意见》(2005)。

^{④⑨} 参见最高人民法院、江苏省高级人民法院编《全国法院法官职业化建设院长论坛交流材料汇编》2006年;任鸣、蒋继业、卢云云:《法院队伍建设的必有之路:法官职业化——全国法院法官职业化建设院长论坛综述》,载《法律适用》2006年第12期;张志铭、李学尧《论法院人员分类改革——以法官职业化为指向》,载《法律适用》2007年第1期。

^{⑤①} 参见最高人民法院《关于当前进一步加强人民法院队伍建设的意见》(2008)。

^{⑤②} 法律职业蓝图的阶段性挫折,包括社会和国家层面对“职业主义”的批判和反思,与“执业环境的恶化”、“中国法治在倒退”是两个层面的问题。参见李学尧《非道德性:现代法律职业伦理的困境》,载《中国法学》2010年第1期。

学者的标准判断 2008 年以后,随着司法政策的转变、司法腐败以及司法技能回应社会需求不足等问题的持续恶化,作为其主要改革内容的法律人职业蓝图也显示出了阶段性挫折的一面。

(一) 愈行愈远的职业自治

在中国的很多学者看来,职业自治或者排他性是西方(法律)职业的一个特征之一。^{⑤②} 总结职业自治的理由,一般可以概括为三项:(1) 源于法的自治。尽管,经过几代法律家的努力,法学在形式上似乎具备了能用“概念(符号)”、公式直接“运算”的科学的初步特征,但它与道德、政治的天然联系,使其永远都无法逃脱价值的侵扰,在形式性、确定性和公正性上显得危机四伏。由此,法律职业强调自治的核心理由在于“法律需要自治,其执掌者固然也需要自治”。^{⑤③} (2) 作为一种西方特有的社会结构,自治是法律职业本质性的要求,也是必须的标准之一。没有实现自治的工种,是没有资格被称为职业(Profession)的。(3) 为了其成员个体能够自治,能够保持“人格的自立”和“意志的自由”,最终实现“对法律的忠诚”,从而确认法的确定性和公正性。对于法官而言,维持其独立或者自治的最大原因在于,司法的运作过程最终表现为法官个人的思维活动,这种思维过程的特点是:为保障判断结果的正当性和正确性,它要求判断者排除干扰与利诱,保持公正与纯洁,不偏不倚地依既定规则办事。^{⑤④} 对于律师,维持其独立,特别是道德的主体性,是防止律师在为了在市场竞争中争取客户,会无原则地根据委托人的利益来解释和操作法律,从而使法律丧失权威。^{⑤⑤} 同时,让律师独立于国家和政府,遵循与大众道德相冲突的“为客户保密”的职业伦理,也是在律师和客户之间建立信任关系的必要前提。^{⑤⑥}

司法的政治化一般被认为是职业自治的最大威胁。我们可以在两种不同的层次上去使用这个概念:第一,司法在国家政治生活中,公开地显示出或者被要求表达明确的政治立场,并将这种政治立场转化为司法活动不可逾越的规则。尽管自由主义法学观一直都鼓吹“司法独立于政治”,或者“将政治问题转化为法律问题进行技术化处理”,但是,来自这一理论阵营的学者,也很少会绝对地宣称司法能够独立于这一层面意义上的政治。^{⑤⑦} 第二,表现在司法过程中,一种政治性的法外博弈。包括利用媒体的偏见性报道、对法官审判和律师代理采用非常规行政干预等手段,最终破坏了法律作为社会交往规则的

^{⑤②} 参见强昌文、颜毅艺、卢学英、于宁:《呼唤中国的法律职业共同体——“中国法治之路与法律职业共同体”学术研讨会综述》,载《法制与社会发展》2002年第05期。然而,在西方,随着社会实践的变化以及理论的多样化趋势,在20世纪80年代以后,西方社会学、法学以及经济学领域,提出了所谓“后职业主义”、“商业化职业主义”以及“商业化”的概念,即认为随着技术进步和信息资源的增长,法律职业的组织结构已经逐渐失去排他性,其专业知识的应用也被日益分割化,不再具有职业主义“抽象的专业技能”和“排他性的组织结构”两大基本特征,而是呈现出商业化和全球化的特征。相关理论综述可参见刘思达《法律职业研究的死与生》,载《社会理论》第4辑,社会科学文献出版社2007年版。另可参见刘思达《职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评》,载《社会学研究》2006年第1期;李学尧《这是职业危机的时代吗——“后职业时期”美国律师职业理论综述》,载《中外法学》2004年第5期;Gerard Hanlon, A Profession in Transition? Lawyers, the Market and Significant Others, 798 The Modern Law Review 60, 1997; Gerard Hanlon, Lawyers, the State, and the Market: Professionalism Revisited, London: MacMillan Business, 1999; Able Richard, American Lawyers, Oxford University Press, 1991; David B. Wilkins, Who Should Regulate Lawyers, 105 Harv. L. Rev. 801.

^{⑤③} 根据昂格爾的描述性定义,法律的“自治性”表现在实体内容、机构、方法与职业四个方面。所谓“实体内容的自治性”,即是政府确立和强制实施的法律必须是一种远离宗教戒律和神学观念的世俗秩序规范。所谓“机构的自治性”,即是法律规则由那些以审判为主要任务的专门机构加以实施,亦即司法独立。所谓“方法的自治性”,即是司法机构论证自己行为合理性的方法——法律推理——具有一种区别于科学、伦理、政治、经济论证的独特形式及风格。所谓“职业的自治性”,即是操纵法律规则、充实法律机构、参与法律诉讼实践的人员必须来自一个由其活动、特权和训练所确定的法律职业共同体。参见【美】昂格爾《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第53页。

^{⑤④} 孙笑侠《法律家的技能与伦理》,载《法学研究》2001年第4期。

^{⑤⑤} 参见【日】棚濑孝雄《现代日本的法律和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第143页。

^{⑤⑥} Evan A. Davis, The Meaning of Professional Independence, 1 Colum. L. Rev. 103 (2003); 刘思达《职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评》,载《社会学研究》2006年第1期。

^{⑤⑦} 参见苏力《面对中国的法学》,载《法制与社会发展》2004年第3期。

有效性,使得司法判决充满着无数的可能性和不确定性,成为一个不折不扣的政治博弈过程。⁵⁸为了使议题更加集中,本文在此主要针对第二层含义上的司法政治化展开。

在很多学者看来,中国法律职业自治的主要障碍,在于司法机关与各级党政机关之间未能建立起明确而有效的互动规则,并且,司法机关内部的权力依然是按照中国独特的行政方式运转的,这使得中国司法过程的可预测程度处于一个相当低的水平。一方面,社会精英阶层中的某些成员可以通过钱、权等手段,控制司法程序的运行,来影响司法结果;另一方面,无权无势者认识到司法机关受制其它党政机关的现实后,则利用执政党和政府“维稳”政策中的一些漏洞,通过花样繁多的形式如集会游行和罢工、暴力威胁和自残行为(如自杀)、无休止和无理由的上访抗议等暴力或者潜在暴力威胁,来求助问题的解决或者额外利益的获取。⁵⁹

显然,在形式主义法学者看来,现行司法政策会大大降低法律职业的自治程度。比如,各地司法机关在贯彻“大调解”、“人民司法”等司法政策的过程中,往往对各类案件的特殊性不加区分,而机械地将“逢案必调”的“调解率”作为法官工作的主要绩效考核标准。更甚之的,一旦出现到上级或者北京上访或群体性事件,主办法官以及相关法院,都有可能受到各种形式的处罚。⁶⁰在实践中,还存在要求律师在代理案件时,要“顾全大局”或者“不能代理敏感性的群体性事件”或者对那些代理群体性事件、行政诉讼案件或者有较大影响的刑事案件的律师,采用从执业年检到直接启动刑事程序等“选择性执法”手段进行打击的现象。在这种背景下,法官和诉讼律师必须要娴熟一种类似于人际关系平衡的政治术,才能在职业自治缺乏的环境下生存下来,这无形之中就会挤压通过法学教育获取的试图切割事实与价值的“法律方法”的空间。⁶¹

由于司法过程缺乏预测性,这势必也会影响民众对法律的信赖程度,大大降低人与人、人与社会以及人与国家之间的相互信任度,最终使得人们不得不借助于法律之外的所有手段来达到自己的目的。那么,它不仅将意味着受过法律专业训练的职业化法官和律师,在很多本需要法律解决的场合下是没有用武之地,而且,也意味无从谈起法律职业对法律服务领域的垄断了。⁶²从这个角度来说,中国法律人试图通过法律知识自足和权力独立,获得司法过程的确定性,进而实现职业蓝图梦想,在当下阶段陷入到了某种困境之中。

(二) 生产者生产的失控: 不尽人意的职业准入控制体系⁶³

所谓的法律职业准入控制体系,主要是国家或者法律职业自身,通过对法学教育、执业资格考试等手段,对进入法律服务市场的人数和法律服务的质量和数量进行有效控制。一般来说,它与行为控制

⁵⁸ 有关这方面的系统论述,比较法文献可以参见 Peter H. Russell, David M. O'Brien (eds.), *Judicial Independence in the age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, Press of University of Virginia, 2001; Bruce Peabody (ed.), *The Politics of Judicial Independence: Courts, Politics and the Public*, John Hopkins University Press, 2010; Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 *Vi. L. Rev.*: 771-797 (1994).

⁵⁹ 参见徐昕《司法改革应“去政治化”》,载《财经》2011年第3期;季卫东:《舆论监督使用不当会陷入司法政治化》,载《法制日报》2010年7月29日;郑永年《司法衰败、信任危机和中国的社会暴力化》,载《联合早报》2011年2月14日;江必新《正确认识司法与政治的关系》,载《求是》2009年第24期。

⁶⁰ Carl F. Minzner, Xinfang: An Alternative to Formal Chinese Legal Institutions, *Stan. J. Int'l L.* (2010).

⁶¹ 贺新《人大代表提醒法院不是调解组织》,载《财新网》2011年3月12日, <http://finance.ifeng.com/roll/20110312/3646912.shtml>, 最后访问时间2011年3月13日。

⁶² 有关西方自由主义法学者对职业自治与司法独立关系思路的系统总结,可以参见 Scott Gant, *Self-Regulation and an Independent Judiciary*, in Bruce Peabody (ed.), *The Politics of Judicial Independence: Courts, Politics and the Public*, John Hopkins University Press, 2010.

⁶³ 威斯康辛大学社会学系的刘思达以不同于本文所持的“市场垄断论”理论,即“生态论”,从国家与职业的关系角度出发,来对中国当下法律服务市场“职业化”不足作了与众不同的描述。参见刘思达《割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店2011年版。与他学术脉络同出一系的印第安纳大学法学院的麦宜生,则提出“政治嵌入性”的理论,来描述中国法律职业的变迁及其现状。Ethan Michelson, *Lawyers, Political Embeddedness, and Institutional Continuity in China's Transition from Socialism*, 113 *Am. Jour. of Soc'y* 352 (2007)

(职业伦理规范)体系一起构成了现代法律职业自治权的主要内容。⁶⁴自70年代末恢复法学教育和80年代中期开始实行律师执业资格考试以来,中国的法律职业准入控制体系,取得了超乎前人想象的辉煌成就。但是,按照传统法学者的职业蓝图标准来看,它仍然是不尽人意的。并且,自2008年以来司法政策的转变还使得职业准入控制体系不断地朝向他们所期望的相反方向发展。

首先,法学教育的问题主要体现在法学教育数量和质量的双重失控、主流法学院整体上趋向商业化、主流法学研究被标准化而显得空洞,以及政治对法学教育干预的加强等问题。关于法学教育数量和质量的失控,国内相关研究成果已经做了深入详尽的探讨,这里不再赘述。⁶⁵

其次是司法资格统一考试。作为一种法律职业准入的质量和数量控制手段,它的缺点主要表现在:(1)在质量控制方面,具体表现在考试方式无法对职业素养进行有效考察。经过2001年到2011年的十届考试,司法资格统一考试在试题构成和考察方式上,并没有取得本质性进步,仍然遵循了以往以法条记忆型为主客观题考察的形式。由于没有实现与法学教育的配套,所以,每年都会有大量的非法学专业学生通过司法资格统一考试。⁶⁶按照信奉职业主义法学者的理解,“法律是需要长期的训练和实践”,需要具备一种“法律职业思维”,对于一个合格的法律人,仅仅具备一些简单的“法律知识”是远远不够的,⁶⁷从这个角度来说,现行司法资格考试制度,在法律职业素养的考察方面,基本上是失控的。(2)在数量控制方面。从通过率和人数看,司法资格统一考试在刚刚实施的时候,遵循的是一种构筑精英法律人群体的思路。但是,随着时间的推移,在西部法律人严重不足、中西部法官严重流失的压力下,司法部自2007年以后,通过试题的难度调整以及对欠发达地区放宽分数线,实质上极大调高了司法考试的通过率,在2007年、2008年、2009年、2010年和2011年,分别达到了20%、27%、22%、约22%和约22%⁶⁸。由于法院和检察院等司法机关的容纳数量有限,这些通过司法考试中的初次就业者,多涌向了律师界,以至于近几年中国的律师数量暴涨。至2005年初至2011年初,执业律师的数量一下子从15.3万增加到了20.4万。⁶⁹除此以外,在法律服务市场之外,还有近20余万人通过历届司法资格统一考试的、持有法律职业资格证书考试的人员,随时可能加入到法律服务市场的竞争中去。⁷⁰这种人数迅速膨胀的现状,显然不符合职业蓝图试图建立的法律职业的“精英化”和“排他性”,即其对法律服务市场垄断的理想。

(三) 跨越红线的“德”与“才”: “不争气的中国法律人”

自2000年以后,全国范围司法机关的腐败,往往以窝案的方式出现,并有愈演愈烈的态势,情节也

⁶⁴ David B. Wilkins, Who Should Regulate Lawyers?, 105 Harv. L. Rev. 801 (1992).

⁶⁵ 几乎中国所有的主流法学家都对此作了系统的阐述。参见霍宪丹《中国法学教育的发展和转型(1978-1998)》,法律出版社2004年版;苏力《当代中国法学教育的挑战与机遇》,载《法学》2006年第2期;叶秋华、韩大元、丁相顺《建构法学教育与司法考试的良性互动关系——“法学教育与司法考试”研讨会综述》,载《中国法学》2003年第2期;参见孙笑侠《法学院标准化发展的政府调控——关于建立我国法学教育质量评估制度的建议》,http://www.edu.cn/20030115/3075967.shtml,最后访问时间2009年5月1日。

⁶⁶ 由于某种原因,我们无法获取有关于此的准确信息。

⁶⁷ 参见贺卫方《司法的理念和制度》,中国政法大学出版社1997年版,第1页;孙笑侠《法律人的技能与伦理》,载《法学研究》2002年第4期。

⁶⁸ 司法部并没有公布2010年和2011年的司法资格统一考试的通过率,但从它公布的连续两年通过人数9万左右和报名人数40万人左右的数据,可以大致估算出通过率实质上不低于20%。参见《改革完善司法考试制度取得新进展 10次司法考试50万人获法律职业资格》,http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2012-02/13/content_3347540.htm?node=7863,最后访问时间2012年3月27日。《司法考试至今成功举办九届 共计44余万通过》,http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2011-02/11/content_3347540.htm?node=7863,最后访问时间2011年3月1日。

⁶⁹ 刘耀堂《律师人数首次突破20万》,http://www.chineselawyer.com.cn/pages/2011-1-8/s59399.html,最后访问时间2011年3月1日。

⁷⁰ 《改革完善司法考试制度取得新进展 10次司法考试50万人获法律职业资格》,http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2012-02/13/content_3347540.htm?node=7863,最后访问时间2012年3月27日。《司法考试至今成功举办九届 共计44余万通过》,http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2011-02/11/content_3347540.htm?node=7863,最后访问时间2011年3月1日。

越来越具有戏剧性,对其的批评和讽刺,成了中国公共生活中重要的主题之一。比如,2010年8月,浙江省高院立案庭一位副庭长居然因杀人碎尸而被捕,后来因此牵涉出审判监督庭庭长被双规、刑一庭庭长辞职以及多位法官被纪委带走调查。^①9月份该院副院长童兆洪的自杀,更是使得人们对浙江省高院的廉洁状况充满了诸多的猜疑。^②此外,自2000年以来,武汉、深圳、杭州、宁波、乌鲁木齐、阜阳、广州等中国重要城市的中级人民法院都发生了多位庭长以上领导牵涉在内的腐败窝案;湖北省、湖南省、海南省、辽宁省、重庆市等省市高级人民法院的多位院长、副院长、庭长也因腐败而落马。^③甚至形式主义司法改革的重要推导者之一、原最高人民法院副院长黄松有也因在广东法院系统发生的腐败窝案而在2008年落马。^④2009年,随着原商务部司局级巡视员郭京毅牵涉多位法律专业出身的行政官僚和律师的腐败窝案的出现,更是标明了中国法律人的腐败面已经开始向掌管行政许可的行政机关扩散。^⑤

对于民众而言,中国的法律人除了存在腐败问题,其专业能力也值得怀疑。2009年11月,针对一个普通的轮奸案,浙江省湖州市南浔区人民法院以“临时性强奸”对当事人做了轻判处理。作为一个新名词,因“临时性强奸”而延伸的“临时性判决”、“临时性法院”成了网友调侃司法权威的一个的名词。而在更早的2006年,则发生了两件严重影响法官权威,并成为全社会持续讨论的案件——“许霆案”和“彭宇案”。这两个判决,法官的判决显然都严重地背离了普通民众的是非评价观,最终不仅都以法院自我纠正的改判作为结局,而且还引发了普通民众相互之间的不信任感。在过去了多年以后,作为“技术理性引发道德危机”典型之一,“彭宇案”仍然还在坊间不断发酵挥发作用。^⑥此外,由于司法工作未能建立起有效的绩效考核机制,以及“法官职业化”运动启动之前遗留的“司法人员素质良莠不齐”的历史问题,在司法工作中还会经常发生一些低级错误。^⑦

(四) 遭遇国家与社会的批判^⑧

一方面,表现在执政党以及人大、政府对法律人在廉洁程度以及履行“维稳”功能的不满。自2000年以来,全国人民代表大会对最高人民法院和最高人民检察院的工作报告投反对票的数量一直都居高不下。在各级地方人大,情况尽管有所不同,但也大同小异,甚至还出现了人民法院的报告被勒令修改后重新报告的情况。^⑨胡锦涛、温家宝等国家领导人,都多次就司法机关和法律职业的廉洁问题发表批评性发言。甚至,在2004年,以所有政治常委集体签署批示的形式,把该年列为了以“整风肃纪”为主要目的的“律师整顿年”。^⑩

另一方面,群众对中国的司法界和法律职业都表现出了高度不信任。对于大部分的司法案件,即使是某些极其普通的案件,由于无论涉案民众,还是旁观群众,对司法案件往往都有“贫富对抗”、“官民对立”以及“司法腐败”的情节预设,使得司法过程不慎就有可能引发严重的群体性问题。比如,在2009年发生的、被视为富家子女和下岗工人子女两个社会群体冲突的“杭州飙车案”中,尽管法院、检察院以及公安部门都多次确认,但无论是传统媒体还是网络媒体与网民一起异口同声、不依不饶地对这个一开

^① 《浙江省高院原法官杀人分尸一审被判死刑》,载《新京报》2010年9月22日。

^② 《法官之死与圈子文化》,载《齐鲁晚报》2010年9月30日。

^③ 关于近年中国司法腐败窝案的系统梳理和描述,可以参见 Ling Li, *Corruption in China's courts*, in Randall Peerenboom eds., *Judicial Independence in China: Lessons for global rule of law promotion*, New York: Cambridge University Press, 2010.

^④ 《最高人民法院原副院长黄松有一审被判无期徒刑》,载《人民日报》2010年1月19日。

^⑤ 《商务部巡视员郭京毅受审 被控受贿844万》,载《人民日报》2010年3月18日。

^⑥ 参见《彭宇案真相浮出,谁能淡定》,载《法制日报》2012年1月17日。

^⑦ 以河南高级人民法院院长介绍的为例,某县的法院判决书居然判处被害人“有期徒刑三年”;河南安阳市龙安区法院的一起玩忽职守案卷中,居然没有承办法官、合议庭、审委会成员名字。而法院的司法文书,忘记加盖法院公章就寄发给当事人,也是屡见不鲜。参见《河南高院院长批评部分法官尸位素餐给党抹黑》,载《河南商报》2010年11月23日。

^⑧ 参见沈德咏《部分群众对司法不信任渐成普遍社会心理》,载《人民日报》2009年8月19日。

^⑨ 《全国首次:沈阳中级人员报告未获市人大通过》,载《人民日报(海外版)》2001年2月15日。

^⑩ 《胡锦涛总书记等中央领导同志关于进一步加强律师队伍建设的重要批示》(司法部2004年1月);王宇《律师业掀起整顿风暴》,载《法制日报》2004年11月13日。

始就在公众舆论监督之下的案件中受审的被告是否为本人表示了强烈的质疑。^⑩ 另外,从涉法信访、上访案件的构成中,也可以略窥群众对司法工作的不满。从2004年到2006年(此后的数据阙如)根据国家信访机关的统计和预测,在中央一级的人民信访和上访事件中,涉及到司法审判的上访比例逐年增高,2004年大约占信访总数的40%—42%左右,2005年大约占47%,与本来可以通过司法救济来缓解的“对行政执法不满”一起,成为占上访比例最高的两个上访因素。^⑪

民众不信任司法和法律人,还体现于在一种制度结构深层次自我矛盾引发的地位尴尬(司法腐败的高发也能从中找到部分的答案)。由于信访、上访机制在实际运转中的某种制度变异,为了达到“维稳”的目的,人民法院的司法判决,往往无法做到“终局性判决”的权威性,特别是律师“无法用法律技术来解释”和法官的“说话不能算数”的现实,更是加重了普通民众对司法和法律人的不信任感,由此又造成司法终局性的权威地位不断受到破坏的恶性循环。正如上文所述,在“大调解”、“案了事了”、“注重社会效果”等指导思想下,大量的司法案件往往越过法律规定本身,屈服于某种无法用法律原则和概念进行分解和阐述的政治性平衡。近年以来,全国范围出现当事人不满终审判决,而持续上访、信访,要求重新启动再审程序的现象,事实上与当事人认为“法院的判决不是终局的”、“不是必须要执行的”、“法院解决问题的能力是有限”等生活体验有着一定的关联。^⑫

三、探源: 道德中立的权利观遭遇中国式的社会转型

由于作为“职业蓝图”最为核心的“社会信任”的逐步丧失,使得其它需要建立社会信任和国家特许经营基础上的制度推进,比如实现法律职业的自我规制、法律服务市场的垄断和拓展、法律职业准入的有效控制等方面,都遭遇到全面的抵制和反对。只有回到“维稳时代”所处的特殊社会背景,以及全面观察近三十年形式主义司法改革的经验和教训,才能有效解释这种失败的根源并找到解决问题的答案。^⑬

(一) 非线性的社会发展路径: 传统职业理想的困境

按照哈贝马斯的分类,从行政社会学出发,可以将近现代的西方国家划分为形式法治国、福利国和安全保障国三个阶段。^⑭ 这三个阶段的主要议题和任务分别是: 古典的秩序维持任务——制约绝对主义的国家权力(市民公共空间的保护)、对社会产出和补偿的公正分配——克服资本主义产生的贫困(超越功能与效率的平等权和社会权的保护)、应付集体性危险情况——预防由科学技术引起的风险。而由这三个时期的社会科学的议题核心分别是: 法(或规范)的确定性(法学、伦理学)、社会福利(经济学)和风险预防(规制学)。对于法律来说,后两个阶段的主要特征是法的实质化,即出现了法沦落为实

^⑩ 在媒体舆论的高度关注下,杭州市西湖区人民法院最终做出了判处犯交通肇事罪的被告胡斌赔偿一百一十三万以及三年有期徒刑的判决结果。从“同案同判”的比较标准来说,司法机关的判决显然照顾到了民意,在合法的范围内,对肇事者作出了“从重惩罚”和“从高赔偿”的处理,所以,本来此事应由此划上句号。然而,受“贫富对立情绪”控制的网民却方兴未艾,并在充分发挥想象力后提出“开庭受审找人顶包”的新观点。在这个论调下,在微博、博客等新媒体在内传达的舆论,大有不除胡斌不罢休,掘地三尺也要挖出真相的阵势。参见《杭州飙车案嫌犯胡斌被疑庭审时使用替身》,载《新快报》2009年7月27日。

^⑪ 转引自高一飞《司法改革的轻与重》,载徐昕编《司法》第3辑,厦门大学出版社2008年版。

^⑫ 比如一位河南的基层人民法院法官如是说:“这几年涉诉信访的案件大幅增加。信访案件的增加,主要不是审判人员的素质造成。而是(当事人)为了达到当事人的目的。根本目的是为了讨价还价。……我们的老百姓为了达到自己的目的,是不择手段。他根据自己身边的经验,信访上访比打官司更有效;打官司的时候一定要配上信访。上访信访一定能保证我的胜诉。这会像传染病一样,会传染的。现在,社会上流传法院最怕党委书记,最怕上访。这也是事实,这是……逼出来的。我们又不肯……现在法院出现怪现象:法官自行申请回避成为风气。不是法律上的利害关系,只是不愿办此类案件。办此类案件,容易超期,容易引起当事人信访,会被处分。”(访谈记录 HN-D-20080523,访谈人黄斌、李学尧)

^⑬ 形式主义司法改革的推进者们,在第二次司法改革末期也较为深刻地意识到了这种问题。参见赵蕾《肖扬:在东交民巷27号的最后时光》,载《南方周末》2008年3月5日。该报道提到,在耶鲁大学的一次演讲中,原最高人民法院院长、第二波司法改革的主要推进者肖扬承认,在司法改革中,对正义执著追求的“理想主义”可能在一定程度上必须让位于解决纠纷的“现实主义”。

^⑭ [德]哈贝马斯《在事实与规范之间》,童世骏译,三联出版社2001年版,第161页。

现社会管理的手段,而确定性不断被消解的状况。^⑧

在欧美诸国的演变过程中,上述几种不同的现代化,基本上都是通过不同的历史阶段完成——即使如此,以“非道德的权利观”为主要面目的“现代性”,仍然不可避免地“与现代化”发生了激烈的冲突。^⑨而中国当下所遭遇的难题是,要超越近代—现代—后现代的时间单线性,而在一个时间点上,要同时地完成依法治国、福利国和安全保障国的构建。公民社会(政权统治合法性的营造)、公正分配和风险预防,成为必须同时正面和解决的课题。这对中国的思想界及其法学理论提出了更加严厉的挑战,我们尚未完成某种以司法思维为核心的法确定性的有效论证以及对形式法治国的系统反思,就立即要以一种实用的面目解释和阐述福利国实质化的调节性法律体系。更要命的是,我们刚刚理解了福利国的概念,又突然发现,这是一个高风险的时代。

中国社会转型的这一特点,预设了建立在古典自由主义基础之上、无法正视社会不公现象、存在道德真空的司法改革观及其职业蓝图,必然要遭遇一种幅度不小的挫折。因为它们不仅在适应福利国和安全保障国的内核改造方面,还有很长的理论改造的路程,而且还必须将具有福利国部分面目的社会主义性质视为理论起点,以及适当吸收已经碎片化了的中国文化传统的内容。更重要的是,正如前文所述,法律职业蓝图的背后实质暗含着通过“公民权利中心模式”的程序理性^⑩来实现中国社会“自下而上”的自组织化改革的逻辑。但这种理想化的方式,在中国实际运行的难度显得很大。

形式主义法治国的干预性行政的工作手段是法律,而福利国家的规划性活动和预防性国家的间接导控越来越必须借助于其它资源,即借助于货币和具有货币价值的基本服务,以及信息和专家知识。一个通过市场而整合的社会的动机机制,越来越无法用规范的法律概念来把握,更无法被固定在一个先天地构思出来的法律系统之中。正如下文将展开论述的,在法的实质化的福利国家时代,如果不采用一种恰当的理论对其意识形态的主张进行适当升级和包装,那么,以形式主义为主要表现形式的自由主义法学观在现实中的贯彻中,肯定会给人以“呆板”、“冷漠”和“没有必要”的印象。^⑪在这样的社会背景下,任何想在理论上一劳永逸地利用形式主义法来解决中国转型期的社会问题的企图,都必定在社会和历史的复杂性面前搁浅。

(二) 法的形式性遭遇社会分配不公: 职业化与大众化冲突的激化

具有形式主义性质的第二波司法改革,可能与中国社会70年代末开始确立的“科学至上”的意识形态观有着某种密切的关联^⑫。因为第二波司法改革背后的指导理念是坚信法律客观化的可能性,他们往往认为存在一种将法律视为科学,即追求法律之内的正义^⑬——在立法完成价值的妥协以后,在司法阶段就要遵循价值客观化的法律思维。这种强调依照“剔除价值”的“依法判决”的思路,其宗旨就是要在社会生活中尽可能地推进“法律中立化”。这种看起来非常美好的愿望——似乎是中国法学界在世纪交替时的一个常识。但这种过分关注将法律建设成一门学科,并试图屏蔽法律背后的价值冲突的理论,很容易无视中国转型期制度建设背后纷繁复杂的分配不公问题,最终必然会部分重复古典自由主义政治观因对平等、社会权等方面忽视所造成的一些负面影响。因为法律无法回应大众需求,而影响到法律及其执法机构(比如司法机关)的权威;或者引发普通大众与法律职业精英的严重对立,并使得后

^⑧ 英美法学界也有类似的论述,比如“压制型”、“自治型”和“回应型”的理想类型分类。参见[美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版。

^⑨ 参见刘小枫《现代性社会理论绪论——现代性与现代中国》,上海三联书店出版社1998年版,第3页;金耀基《全球化、现代性与世界秩序》,载《二十一世纪》(香港),1999年2月号第51期。

^⑩ 也可参见季卫东《法律职业的定位——日本改造权力结构的实践》,载《中国社会科学》1994年第2期。

^⑪ [日]棚濑孝雄《现代日本的法和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第201页。

^⑫ 参见萧功秦《中国的大转型: 从发展政治学看中国变革》,新星出版社2008年版。

^⑬ 具体观点可以参见郑成良《法律之内的正义》,法律出版社2002年版。

者成为社会分配不公的替罪羊。^②

那种追求法的自主性——一种彻底的法律与道德切割的法律思维,其逻辑实质上是要通过强制所有人参加法的游戏。国外的经验说明,在这个强制过程中,如果职业共同体层面缺乏足够的政治智慧,甚至过分自私地关注自身利益的实现,就很容易成为既得利益和普通民众共同反对的对象。^③由于中国的改革是自上而下的,所以,那些在改革前拥有更多社会资本的群体,在社会转轨之中,利用对转轨节奏的控制,一方面,它仍然可以采用法律之外的手段来维护其利益,干预和消除法律人团体“公正平等适用”法律的努力;另一方面,它实质上又是拥有更多“法资源”的既得利益群体。^④在这个背景下,法律人团体“平等适用法律”和“权利本位”的职业伦理观和思维定势,不仅会触犯既得利益者,并在日常职业工作中受到其冲击和干预,而且,在法律技术不足和制度设计缺陷(如受到外界不正当干涉)无法做到“平等适用”的前提下,努力推进适用因民主程序先天缺陷而在立法阶段博弈不充分的法律时,就很容易被富有民粹主义传统的普通民众认定为是当下社会不公平的主要责任者之一。

中国的部门实体法理论所具有的形式主义法性质,一方面,在“去‘政法法’”工作并未完全彻底的前提下,它实质上与二战之前的概念法学以及“恶法亦法”的实证主义法学更加接近。从这个角度来说,它的“权利本位”改造并不彻底。然而,另一方面,在这个背景下,它却是建立在形式主义法学的程序观基础上的。就此而言,在仍然延续按照“差序格局”进行资源分配的当下社会里,它实质上有让熊和兔子不戴拳套,就直接上擂台平等比赛的味道。因此,它自然就会把转型期中国的社会不平等面目完整地复制到法律程序中去,并因为程序建设的不足,而加重了民众对司法公正的怀疑。如果在这个时候,在共同体的层面上,还刻意而毫无反思维地鼓吹建立在自由主义民主制度之上的“依法判决”或者法律职业的特权,那就很容易成为社会转型期社会不公的替罪羊,遭遇到既得利益者和弱势群体不约而同的双重攻击。^⑤

此外,由于实质上按照行政化方式运转的司法权力,还会把这种建基于程序理性之上的制度拉回到工具性僵化程式的方向——僵化的权力机制必然催生腐败这颗毒瘤,毒瘤越涨越大又会引发执政党和民众的反感。这样,司法改革就会陷入“司法独立导致腐败”的指责陷阱中。

(三) 道德中立的权利 - 侵权 - 司法救济观: 技术理性与社会需求的冲突

正如上文所说的,在90年代“去政治化”的社会背景下,形式主义的技术理性思路——即追求法律自治的一种实践,实质上埋下了要追求法律职业伦理“非道德性”的逻辑。并且,这种逻辑随着追求依法判决、对抗抗诉讼程序设计的不断落实,而不断扩展。在转型期的中国,基于职业精英的执业行为不断触及大众生活伦理和民粹主义的底线(如司法腐败以及为“坏人”辩护的职业行为),它不仅会激发普通大众与职业精英之间的情绪对立,而且,还会与执政党、政府的“维稳”目标发生直接冲突。“彭宇案”等证明了如果任由这种冲突发展下去,法律人很容易被认为是需要为中国社会的道德真空危机,包括社会不公和“道德滑坡”现象负责的主要社会阶层之一。

1998年至2008年的司法改革,在“职业化”和“对抗式诉讼结构”理念指导下,过于强调法条主义背景下的“判决的内在逻辑统一”。这种改革方向,一方面有对西方政治现实崇尚导致的对理想主义的成分使然,即在完全可以并应当预见严格依据法条判决会明显违反社会基本道德法律共识之际,法官仍不

^② 关于普通大众与职业精英,在古典自由主义政治观下产生对立关系的描述和讨论,可以参见 Halliday, Terence & Lucien Karpik (eds.), *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism: Legal Professions and the Constitution of Modern Politics*, Oxford: Oxford University Press, 1997; Kenneth Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers, 1878 - 1933*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996; Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*, University of Chicago Press, 2010. [美]迪亚斯等《第三世界的律师》,陈乐康译,中国政法大学出版社1992年版,等等。

^③ 参见李学尧、熊静波《法律与黑暗联姻》,载《中国改革》2011年第5期。

^④ 关于其它国家在法治化过程中的类似情况说明,可以参见[日]棚濑孝雄《现代日本的法律和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第201页。

^⑤ 参见李学尧《非道德性:现代职业伦理的困境》,载《中国法学》2010年第1期。

顾司法的社会政治责任而刻板、冷漠地适用法律。另一方面,也有不顾社会现实,即200多个县没有律师以及大部分当事人都请不起律师的现实,将司法运作的成本甩给社会,最大程度地减少法官的工作量。最终,导致很多本来可以通过适当的法律审判技术,就可以消解的社会矛盾激化为群体性事件。^⑨从这个角度来说,2008年以后,执政党对司法机关提出了“社会效果与法律效果的统一”、“能动司法”与“社会管理创新”等方面要求,在某种程度上也是反应了转型期中国社会对法律人团体的一种时代需求。在无法线性地遵循自治型—回应型法律发展道路的当代中国^⑩,法律职业者更是需要付出双倍的努力,在埋首于技术理性的精细化、系统化的同时,也要注意“合法律性”追求背后的“合法性”、“合理性”问题。

法律人推进的非道德的权利—侵权—司法救济观,显然与邓小平推进的“程序理性”改革有着高度的契合性。它与科学管理的科层官僚制度一起,实质上构成了“社会主义民主政治的制度化、规范化和程序化”的核心内容。^⑪从这个角度来说,它是符合执政党提出的科学发展观。^⑫但是,我们要看到,由于受到中国根深蒂固的传统程式观(一种缺乏对立面设置和反思理性的程序理性)的束缚^⑬,加上国人在解读程序理性时,只是基于科学的常识化、实用化,使得在一开始的时候,人们大多没有认识到程序具有适应性权变的弹性,而把它与僵化的程式混同,把程序看作形式主义和官僚主义的根源;同时,加上政治体制改革的配套不足,使得程序中的权力实施者,也会倾向采用一种“自上而下”的方式,以种种手段来消除程序的沟通功能,将程序演化为压迫个体自由选择的形式主义。在当下,各类“听证会”最终成为一种“自导自演”的“走过场”的形式,甚至成为恶意篡改民意,来实现既得利益的工具,就是一个很好的例证。与此相关的是,中国司法改革的另外一个问题就是,对抗性诉讼结构的改革并不彻底,因此,司法审判实质上在信息沟通和对立面设置等方面,还是存在着巨大的问题,在这个背景下,“机械依法判决”,甚至声称要对抗“舆论监督”或者“人大监督”,就显得有点“搬起石头砸自己”的味道了。

四、价值真空的修补:契约式程序主义的思路

行文至此,似乎将已有职业蓝图乃至司法改革的阶段性挫折,都归咎于一种只关心“自由至上”,而忽视“社会平等”的古典自由主义法学观。这并非我的本意。实质上,本文仍然是以一种内在视角来观察自由主义法学观的——主要目的是为了能够更好地展现传统自由主义法学观固有的价值空洞的问题,并为此寻找填补的方法。^⑭而且,中国当下社会所存在的价值空洞问题,也并非是由自由主义法学观造成的。它事实上是在90年代因受尽意识形态争论之苦而产生“去政治化”的社会氛围、“不争论”的改革思路、重视技术理性的学术思潮共同作用的必然结果。从这个角度来说,本文的主张并不只针对古典自由主义法学观本身,更确切地说,它的主要目的是为法律职业共同体提供一份能够有效回应社会需求,进而重启职业蓝图之路的一种政策性建议。

在现代社会里,“价值真空”也并非独存于中国的社会困境。随着实质化时代的重新到来,那种追求权利的道德化或法的形式化,通过法律规范的落实,而在背后形成越来越大的价值真空,特别是因为

^⑨ 苏力《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年1期。

^⑩ 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版。

^⑪ 参见涂明君《从“摸着石头过河”到“程序化”“执政”》2 Jour. M. Chi. Stu. 360(2010)。涂明君《程序化的哲学阐释》,中国人民大学博士论文,2009年。

^⑫ 《科学发展观学习读本》,学习出版社2008年版。

^⑬ 关于程序理性具体内容的展开论述,可以参见季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版;孙笑侠《程序的法理》,商务印书馆2007年版。

^⑭ 季卫东《法律程序的形式性与实质性:以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索》,载《北京大学学报(哲社版)》,2006年第1期。

提倡“权利至上”而忽视“公平问题”,已经受到了各种学术流派的激烈抨击。^⑩即使在自由主义内部,无论是罗尔斯,还是麦金泰尔,都力图重构西方政治哲学的道德基础。麦金泰尔等人,甚至还把视角回到了亚里斯多德的美德伦理学,力图解决应然和实然之间的断裂。特别是近几十年来,西方有关权利研究的一个基本趋势是越来越把权利看作是一种道德。今天西方政治学家和伦理学家很难再重复十九世纪将权利视为非道德正当性的论述。有人甚至将权利视为“应然”。在法学中,与此对应的是,除了新自然法学的复兴以外,二战以后在哈特承认“最低限度的道德”的新实证主义之后,还出现了一种以权利概念为内涵的法律,是否能包容道德或者价值判断的“包容性实证主义”的思潮。^⑪此外,强调法规性的研究思路也在二战以后的法社会学研究中占有重要地位。比如,诺内特与塞尔兹尼克在其所倡导的“法学社会学”中,对法律的开放性,特别是法律回应社会需求能力的提升做了系统的阐述,并在学术界产生了深远的影响。^⑫

对于中国的法律领域来说,也可以视1990年代以来“去意识形态化”的程序理性建设浪潮——其高潮是与加入WTO同步的“社会主义法治国家建设”,主要是为了法的形式化,即个人权利体系的建构和推行任务,并由此取得了辉煌的成就。其中,包括了财产权的入宪等具有“播种式”意义的制度改革布点的成功。只是由于经济和社会的转型超越了人们的想象,在全球化的浪潮下,分配不公的社会问题放大性地凸显了中国社会道德失范以及社会秩序陷入混乱的危险性,导致这种“法形式化”任务不得不提早让步于一种适应福利国和安全保障国时代的“法实质化”的任务。而在这个时候,仅仅继承移植西方法学思想中的“最低限度道德”的新实证主义传统及其类似的理论思路,已经远不够用来解决中国的问题了。

这实际上就要求在意识形态层面,改变“去政治化”、“去实质化”的趋势,与世界当今社会的发展同步,把“道德”重新请回来。但是,历史经验告诉我们,在一个政治权利的落实尚不彻底的国家,或者在民族主义的幽灵一直挥散不去的社会里,在赋予权利论以道德内涵时,一旦对其概念的认识出现价值偏差,比如将其理解为带有某种强制性的传统道德,那就很有可能出现价值理念上滑向极权主义的可能性。^⑬如果借用压制型—自治型—回应型法的理论类型,也可以这么理解,回应型法的目的在于克服自治型法的缺点,但是一旦离开了法的确定性这个端点,法治便缺少一个形式上可以把握的着陆点,进而有可能滑向压制型法一端。毕竟,压制型法和回应型法中规则的权威都被削弱了,虽然回应型法在论证过程中加入了政治的考量因素而更为合理,但是也正是因为这个原因使得法治变得脆弱——特别是对法治问题尚未达成共识并缺乏对权力进行有效制约的社会里,回应型法与压制型法的差别不再是非此即彼的质的区别,而变成了一种程度上的差别。^⑭

针对这一问题,此处的思路是在适当嵌入社群主义的某些理论内涵基础上,采纳新程序主义的提倡者季卫东提出的、实质上糅合了哈贝马斯的沟通理论和鲁曼的系统理论的程序和契约的循环论证说,即“契约的非契约论基础是程序,程序的非程序性基础是契约”,试图通过把道德理解成为一种心理契约与程序之间的对立统一。^⑮这一新程序主义的主张,一方面强调特定实质性价值的嵌入,比如自由至

^⑩ 参见金观涛、刘青峰《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到《新青年》》,载《台湾“中央研究院”近代史研究所集刊》1994年第32期。

^⑪ See Jules Coleman, Negative and Positive Positivism, 11 The Jour. of Legal Stud. 139 (1982); W. J. Waluchow, Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism, 6 Legal Theory 45 (2000). 中文的文献综述也可参见陈景辉《法律的界限——实证主义命题群之展开》,中国政法大学出版社2007年版。

^⑫ 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版。

^⑬ 金观涛、刘青峰《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到《新青年》》,载《台湾“中央研究院”近代史研究所集刊》1994年第32期。

^⑭ 曹旭东《回应型法与能动司法》,载《新产经》2011年第12期。

^⑮ 季卫东《法律程序的形式性与实质性:以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索》,载《北京大学学报(哲社版)》,2006年第1期。

上;另一方面,通过反思理性的设置,来达成共识。^⑩

落实到中国的司法改革和职业蓝图建设,就需要注意用更加宽广的视野,来突破传统形式主义法学观的局限,分别从法律职业与统治精英、法律职业与当事人以及法律职业与公民社会的关系中,以一种满足心理期望的契约方式来寻找填补自由主义权利论和程序理性的价值真空的途径,具体而言就是:(1)在政治上,要努力地从能统合解决“自由”和“平等”的思路出发,在与执政党和社会各界求得共识的基础上,超越“对抗式诉讼结构”的改革思路,在坚持正当程序的前提下,有效发挥司法能动性,在化解社会矛盾和参与社会管理创新的工作中,适时、技术性地推动政治权利在司法审查中的落实。(2)与当事人的关系,改造自由主义权利论,导入一种沟通理论的新程序主义,特别重视以公众参与为主旨的信息交换机制的构筑等,以此来寻找资源配置和权利保护的最好均衡点。与此同时,积极改造和正确定位调解制度,将之改造成能够技术化和确定化的程序结构。(3)与社会的关系,要超越市场化和技术化的现代职业思维,积极将法律服务视作为一种社会公共产品,通过“公有化的律师”、“人民的律师”等职业结构的改造,以及积极参与政治活动,弘扬美德伦理,依此来缓解大众和职业之间的紧张关系。^⑪有关这些,将另作文而述之。

Abstract: Based on duo-clue of the history of judicial system and the history of judicial theory and taking legal professionalization as the major research objective, this article describes the leading idea of designing the Chinese judicial system in transitional period — the phenomenon of formalist jurisprudence and its practice being far from the reality of contemporary society from a legal sociological perspective against the background of “substantiated law”. In addition, combining the characteristics of transitional society in China, this article elaborates and rethinks the root of phased setbacks that the “professional blueprint” for lawmen with the logic start of “immoral right theory” has in current society. In the end, the theory of filling up the situation of “moral vacuum” with “contract proceduralism” is proposed.

(责任编辑:李小明)

^⑩ 季卫东《法制重构的新程序主义进路——怎样在价值冲突中实现共和》,第四期法学创新论坛演讲稿。

^⑪ 关于如何将美德伦理导入法学研究,可以参见王凌峰《应对道德两难的挑战——儒家对西方法律职业伦理的超越》,载《中外法学》2010年第5期。