

走向职业共同体的中国法律人

刘小吾 著

TODAY | Legal Thinker



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书获得江苏永衡昭辉律师事务所“优秀法学博士论文丛书基金”的资助

走向职业共同体的中国法律人

刘小吾 著

徘徊在商人、牧师和官僚政客之间

TODAY | Legal Thinker



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

走向职业共同体的中国法律人:徘徊在商人、牧师
和官僚政客之间 / 刘小吾著. —北京:法律出版社,
2010.5

(今日法学思想)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0707 - 6

I. ①走… II. ①刘… III. ①法律工作者—研究—中
国 IV. ①D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 064231 号

走向职业共同体的中国法律人:
徘徊在商人、牧师和官僚政客之间

刘小吾 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 15.75 字数 400 千

版本 2010 年 5 月第 1 版

印次 2010 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0707 - 6

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书

献给我的父亲和

与他一样失去法律人帮助的 55 万“右派”

虽然

渐行渐远的他们已让很多国人忘怀

献给我的母亲和

与她一样失去法律人帮助的 55 万“右派”的家人

即使

强加于她们的那个疯狂时代不再卷土重来

献给我自己和

与我一样对法律人充满悖论心态的国人

因为

法律人总是在商人、牧师和官僚政客之间逡巡徘徊

卷首语

一个孤独的职业幽灵烦躁不安地在黑暗中逡巡徘徊，一会儿分而为四，一会儿又合而为一……

全知全能的上帝看到了这个场景，忍不住有点好奇。于是，一段情景对话在黑暗中传开了：

上帝(十分平静地)：职业幽灵啊，苦海无边，你究竟在何方折腾？

职业幽灵(万分痛苦地)：我在商人、牧师和官僚政客之间徘徊！

上帝(耐心教导地)：为什么要徘徊呢？推门进去、对号入座不就行了吗？

职业幽灵(气喘吁吁地)：我在商人、牧师和官僚政客之间找不到自己的位置，别无选择，所以只能是徘徊！

上帝(好生诧异)：原来你是法律人啊！我不是已经给你安排好一个独立的位置了吗？那个位置和商人、牧师、官僚政客的位置生死守望，商人、牧师和官僚政客倒是经常造访法律人……

职业幽灵(同样诧异)：原来您是上帝啊！您老人家主要执掌西方，我现在是在东方。这可是一个六合之外存而不论的孔孟之乡……

上帝(若有所悟地):哦……

职业幽灵(欣喜若狂地):有了,终于有了!我终于找到自己的位置了……

上帝(再次诧异地):恭喜,恭喜啊!不过——在哪里,在哪里?我怎么就看不懂呢?

……

上帝也遇到了问题!

本书作者惶惶不安,遂以孔孟之心,揣上帝之腹,将该问题意识列进了博士论文选题的视野。

新的问题又诞生了:谁来引领上帝一起披阅此文呢?

序 言

——严强*

在学术界,从共同体的层面关注各类职业群体的论文并不多见;从共同体的层面专门关注法律人群体的论文虽然七八年前也热闹过一阵子,但有分量的个人专著迟迟没有出现。刘小吾博士撰写的《走向职业共同体的中国法律人——徘徊在商人、牧师和官僚政客之间》,采用多学科的理论知识和研究方法,结合其本人十余年律师执业经验所积累的冷峻思考,深入剖析了中国法律人的内涵、外延、功能、结构态势和未来演变图景,填补了国内、国际学术界在该研究领域没有个人专著的空白。对于这一著作的具体内容,我并不想多作评说,读者自然会从阅读和思考中得出自己的结论,这里只就该著作的研究选题和研究思路谈谈看法。

●关于研究选题

虽然作者只是就现今中国社会中一个特殊的职业群体——法律人群体作历史和现实的剖析,但其选择研究课题的视角和思维关切的重心则是发人深省的。

转型社会创造了让更多的职业群体孕育、成长和发展的机会。要切实把握当代中国的社会结构,透彻理解现实活动中的社会主体,怀有

* 严强,男,1948年生,南京大学政府管理学院教授,博士生导师。

知识分子良心的学者,就不得不面对种类繁多而又处于不断变动中的职业群体,并作出建构性和批判性的思考。

人类生存和发展的一种有效的、基本的手段就是不断出现的劳动分工。当最初的人类在种植和狩猎活动中,分化出农耕和畜牧两大劳动领域时,人类就具有了集群定居的能力。一旦告别了到处盲目迁徙、时刻要和猛兽搏斗的游荡生活方式,人类就在适合居住和繁衍的大河流域,创立出一个个以农作物种植和家畜饲养为基础的农业文明。最初的劳动分工使得某些有特殊劳动技能的人从人群中分离出来。农耕和畜牧的劳动分工,使社会形成了最初的农人和牧人两大职业群体,劳动技能则成为一个职业群体区别于另外一个职业群体最为显著的外部标志。

上述的劳动分工所导致的职业分化只是人类发展的第一步,它既是人类生存发展的最初结果,也是引发更为复杂、更为深刻的劳动分工的原始动力,并源源不断地为职业分化提供动力支持。农人群体和牧人群体并不能完全以各自生产的产品来满足和维持长久生存和发展的需要,他们之间必须交换劳动产品,这就需要开辟出新的劳动领域和职业部门。于是,商人这一特殊的职业群体就出现了。随着人类改造自然、改造社会和改造自身能力的提升,劳动分工日益精细化、复杂化,职业群体也就日益多样化。

在农人、牧人和商人之后,新的职业群体如雨后春笋般陆续出现。比如,有从事各种物品加工和制作手艺的匠人群体,有从事说唱、表演和写字绘画的艺人群体,有以强力来抵御外敌侵犯的军人群体,有从事知识的积累、传授、运用的学人群体,也有从事吃斋念佛、普度众生的僧侣群体和传递上帝福音的牧师群体。当然,现代社会生活中,也活跃着专门从事提起公诉、法庭辩护、诉讼代理、居中裁判和法学研究的法律人群体。传统社会简单的职业分类在现代社会呈现出纷繁复杂的结构态势。每一大类的职业群体,还可以以其内部劳动分工的差异为依据,划分出更为细小的职业群体。

如果说,人们对总体的人类生活的认识已经从传统的政治、经济、文化三大领域,扩展到现今的政治生活、经济生活、文化生活、社会生活四大领域的话,那么,更为重要的进步应该是,人们在深入认识每一种生活领域时,把关注的目光转向了具体实施单一活动的职业群体,跨越不同生活领域的职业群体则在这种关注中显得尤其醒目。如果沿着这一路径思考下去,对中国社会转型时期的人类生活结构的认识,就会从以往空洞、僵化、抽象的框架中走出来,走向丰富多彩的人类活动的主体结构图景。

用职业特征对社会主体作类别划分,然后再从职业群体中剥离出职业共同体,这实际上是在用结构功能主义方法深入研究整个社会的主体结构及其功能,其目的不是要简单地、平面地描述职业群体的类别与分布,而是要探讨从职业群体走向职业共同体的逻辑与现实之路,并探讨职业共同体的构建对于改造社会主体结构的重大价值。

并不是所有的职业群体都是职业共同体,也不是所有的职业群体都存在走向职业共同体的必要性和可能性。

职业群体强调的是共同特性静态的简单聚合,而职业共同体强调的是共同特性动态的有机互动。就职业群体而言,群体中的个体从事着在较大范围内相同的劳动活动,具有大体相同的劳动对象、劳动技能和劳动责任,必要时,围绕相同的劳动对象,以大体相同的劳动技能、劳动规则进行交流、协作或对抗。就职业共同体而言,共同体中的个体除了拥有一般职业群体共有的特征外,还在劳动对象、劳动技能、劳动规则、劳动责任,尤其是劳动协作、交流或对抗方面表现出与一般职业群体相区别的特征:劳动对象已遍布自然界和社会的每一个角落,而共同体的劳动对象则局限在一个很狭小的区域,别的群体进入这个区域必然要通过一道较高的劳动技能的门槛;劳动技能和劳动规则不再停留在简单劳动的层次上,而是需要系统的理性知识的积累;劳动责任可能相同,也可能相悖,不管怎样,都不可能不发生联系;更重要的是,共同体内部的成员围绕相同的劳动对象,以大体相同的劳动技能、劳动规则

进行交流、协作或对抗的活动,往往表现为一种“常态性”的“有机互动”。所谓常态性,是指共同体内部成员之间的这种活动不是偶然发生,而是习惯性地或制度性地发生。所谓有机互动,是指共同体成员之间的这种活动关系已经如同生物有机体内部的生理组织那样相互依存,难分难舍。以本书作者关注的法律人为例,如果检察官的指控活动常态性地失去律师辩护活动的对抗而获得成功,就不能奢望检察官和律师已构成一个职业共同体。所有这些因素的综合,使得一般意义上的职业群体演化成了职业共同体。

显然,不同的职业共同体应当有不同的特点。本书作者认为,法律人共同体的典型特征表现为“四”、“三”、“二”、“一”和“一”、“二”、“三”、“四”的艰难转换,“四”代表律师、法官、检察官和法学者四个群体,“三”是指四个群体分属于自由职业、公务员、知识分子三个阶层,“二”是指四个群体分属于政治国家和市民社会两大阵营,“一”则是指一个职业共同体。一般而言,“阶级”、“阶层”的概念在政治学领域用得比较普遍,“群体”的概念在社会学领域受到偏爱,而“政治国家”、“市民社会”的概念流行于政治哲学、法哲学领域。本书作者娴熟地用几个学科的术语把法律人共同体的典型特征概括进来,同时还强调,法律人共同体在内部结构上要有一定的张力,要有“不同的声音”、“不一致的步调”,要有“理性博弈”,而且这些因素都应当以常态的形式存在于社会生活中,尤其是法律人的职业生活中,否则,法律人共同体就很可能异化为政治人共同体、经济人共同体或伦理人共同体。

然而,政治人共同体、经济人共同体、伦理人共同体的典型特征,或者说,其他职业共同体的典型特征该怎样概括?构成其他“职业共同体”这一概念的变量、属性是否需要怎样重新设计?除了法律人外,又有哪些职业群体有必要或有可能走向职业共同体?其他职业共同体的构建对整个社会主体的结构、功能又会造成怎样的影响?本书作者的研究选题给读者留下了巨大的想象空间。

对职业群体通往职业共同体的路径的理论归纳,一开始只存在于

学者的思辨当中。当学者的思辨性结论回归对社会的实证时,各种问题就出来了。我很希望“四”、“三”、“二”、“一”和“一”、“二”、“三”、“四”的转换,更确切地说,包括法律人共同体在内的其他职业共同体的构建,都应当是和而不同、谐而有序,而不再如本书作者描述的那样的“悖论丛生”。当然,这只是一个美好的愿望而已。

●关于研究思路

小吾博士的这部专著除了上述的研究视角和关切的重心能够给人们许多启迪以外,其研究的途径和方法也值得人们借鉴。

当代的社会科学研究至少有两个特点值得人们关注。第一个特点是在信息社会 and 知识经济的时代,研究者们常常身处一种两难的境地。一方面,一个人如果要成为某个专业的行家里手,他就必须终其一生,在这一专业领域孜孜不倦地耕耘,如果三心二意,浅尝辄止,必然收获不大。另一方面,当代社会科学要处理的课题又都是复合性的,人们很难找到一个问题是纯经济的、纯政治的,或纯法律的,值得研究的课题常常是横跨好几个人类生活领域,因此,需要多个专业的知识和方法才能对付。第二个特点是当代的社会科学研究更要求理论与实践的有机结合。虽然理论和实践的结合是一切社会科学研究的基本要求,但是,在传统的学术研究中,人们大多面对的是变动不大的社会生活和社会关系,理论与实践的变动十分有限,要实现两者静态的统一相对来说比较容易。在转型社会中,无论是理论,还是实践,都面临着创新、变动。要让创新、变动着的理论和同样创新变动着的实践实现有机结合,其难度之大要远远超过传统社会。

当代的研究者需要面对和适应新时代社会科学研究的这两个特点,因此必须注意日常的知识交叉和积累,留意多种研究途径和方法的运用。本书作者本科时就是南京大学政治学系的高才生,对政治学理论有着浓厚的兴趣;本科毕业后先是做大学老师,单纯而又朝气蓬勃的青年学生群体是他教学相长的对象;后辞职做律师,从贩夫走卒到达官

贵人,三教九流都成了他的客户群体;积累了丰富的法律实务经验后,又回母校读法律硕士,从律师、法官、检察官、法学者到工商税务人员、公司法务人员、政府监察人员、人大立法人员,等等,各个阶层的法律人都成了他零距离接触的同学群体。这些阅历让他对法律人的职业生活有着旁人无法体会的切身感受。多年来,本书作者的思维和实践总是行走在政治学和法学、民间和政府、学者和商人、秀才和士兵之间。多重学科的学术训练,使得作者有了厚实的理论素养,多重职业的艰难磨砺,又使得作者不可能异化为腐儒。本书作者是个喜欢静静观察生活、思考生活的有心人,崇尚“人是要有点精神的”老乡语录,他珍惜攻读法学博士学位的三年宝贵时间,顶住(抑或是忍住?)赚钱的压力和诱惑,毅然从烦冗的律师实务中脱身出来,让富贵荣华而又略带浮躁疲惫的职业生活回归宁静淡泊的书房和图书馆。于是,多年苦心积淀的知识、方法、思索、见解和经验便化作了一篇超过30万字的博士论文。博士论文所承载的书斋里的知识价值和社会上的功利价值同时显露出来了。

学术研究要做到理论和实践的有机统一,就需要学者经常在理论和实践两个领域不断地往返思考。然而,常常出现的情况是,搞理论的人擅长从逻辑上推理,从宏观上概括,喜欢讲范式、框架,缺少对丰富实践的切身感悟;而从事实际工作的人,每天和具体事务打交道,满肚子都是案例和生动的资料,缺少对抽象理论的思考提炼。好的科学研究就是要将这两者结合起来,把生动的现实材料充实到抽象的逻辑框架中去,让理论范式鲜活起来。社会学研究曾经盛行田野调查,这种研究方法在很多学科都得到运用。但我也确信,学者通过田野调查得出的研究结论,和学者直接转变为农夫角色后的研究结论相比。或者说,和农夫回归学者本色后的研究结论相比,前者更接近隔靴搔痒。本书作者在行动上没有止步于纯农夫式的烦琐法律实践,在思维上没有死守腐儒式的枯燥法条和单一的学科理论。这种研究思路和他的研究选题一样,也应该能给读者留下巨大的思索空间。

身为本书作者的博士生导师,我愿意和本书所有读者一起,期待能承担社会重心的法律人共同体早日出现。同时,我也期望学术界有更多的关注职业群体的专著面世。

2010年3月6日
于南京大学文科楼

序言 二 年轻就是天赐之福 法律人，那些飘忽不定的理想

——蒋大兴*

在那一黎明，活着就是天赐之福

年轻就等于天堂

——威廉·华兹华斯^[1]

人生需要理想。我们从小就被教导——一个“有出息”的人，是要为理想而奋斗的。这样的教导，使我们有可能积极地生活、积极地思想，积极地反思和憧憬。因了这样的教导，人类似乎才能跟上整个世界的脚步，轻快地前行。

传统的导训也许忽略了另一面：理想使人激昂，信心倍增，也使人痛苦、徘徊甚至心如死灰；理想使人气贯山河、举重若轻，也使人举棋不定、甚至沮丧万分。人们以为“世界在我们心中”（*We are the world*）^[2]，却改变不了现实境况下“我们其实只在世界心中”（*We are just in the world*）。当我们/人类执着、努力地追求预设的神圣目标时，

* 北京大学法学院研究员、博士生导师、法学博士。

[1] 弗兰克·富里迪：《知识分子都到哪里去了》，戴从容译，江苏人民出版社2005年版，第51页。

[2] 此处“引申了”印度著名哲学家、20世纪最伟大的心灵导师克里希那穆提的书名——《世界在你心中》，但并非与其在同样的含义上使用这一判断。参见克里希那穆提：《世界在你心中》，深圳报业集团出版社2007年版。

也许注定我们的人生会充满挫败和失望。

“阴暗”的世界总在角落里“微笑”。

如果全无“寂寞的观众”,如果只是一个人的表演,一切优秀的演员都会自我崩溃——如同今天的法律人,在为理想而抗争。他们或许只是在打一场没有硝烟、看不到边界、甚至不可取胜的战争。

法律人世界的周遭,充满了挫败。

二

小吾的行动,是为理想而奋斗的过程。他试图为法律人寻找一个共同的精神家园,找到一些天经地义、历史曾经遗留下来、可以将他/她们捆在一起的“精神绳索”。作为一名律师,他的这些想法是在执业过程中不断“自我否定”的结果,也是像一个知识人那样试图对现实进行“神经质否认”的结果,是“为思想而生活”,有一些“传统知识分子”^{〔1〕}的气质。

这些日子,自从应诺为其博士论文出版作序以来,我一直忐忑,难以下笔^{〔2〕}。对于法律人——这个让“法律人”失望的称号,我很不愿提起——就我所知,越来越多的“圈内人”对于法律职业中,那些飘忽不定、若隐若现的理想,仿佛已经无话可说,或者说已经没有太强的表达欲望和言说能力。“这种职业的社会公德水平如此之低,以致到了令人沮丧的程度”^{〔3〕}。一些理想主义者会走向悲观、虚无主义,有些法律人最后会选择皈依,沉浸于“诸神的”而非“世俗的”冥思之中。

在西方历史上,曾经法律是一个令人荣耀的职业。谈到法律,或多或少都会让人生出一些敬意。如同法律被信仰一样,法律人也被信仰

〔1〕 我之所以要加上“传统”这两个字,是因为那样的知识分子,在很大程度上已经从今天的社会消失。如同弗朗瓦·利奥塔宣布的“教授死亡”一样,弗兰克·富里迪也不断质疑“知识分子都到哪里去了”?参见弗兰克·富里迪:《知识分子都到哪里去了》,戴丛译,江苏人民出版社2005年版,第7页。

〔2〕 其间,小吾不断地催促,令我“痛苦不堪”。我甚至想放弃表达,只是迫于情面,坚持着写下来。可以说,留在这里的这些文字,是被小吾这个执着的湖南人“逼”出来的。

〔3〕 安索尼·T. 克罗曼:《迷失的律师——法律职业理想的衰落》,法律出版社2002年版,第399页。

过。所以托克维尔说,“在律师和法官当中找到了美国贵族”^[1]。但在今天,即使在美国,法律也是一个日益让人非常失望的职业。美国有近百万名律师,作为一个群体,他们有相当不错的收入,并且分布在各级政府,主导着公共生活^[2],但用 Anthony T. Kronman 的话来说,我们所看到的,是“迷失的法律人”(the Lost Lawyer),是法律职业理想已经走向衰落(*Failing Ideals of the Legal Profession*)^[3]。

在这个本应以社会正义、美好社会的型构为目标的事业中,今天的法律人——如果这个群体存在的话——应该(将)会背负历史的谴责。

相较于西方,在法律以及法学领域,中国经常走的是另外一条道路。因此,如同小吾所言,“中国只有法律人,而无法律人共同体”^[4]。面对纷繁复杂的社会诸象,我们需要不断追问,法律人——这个/这样的群体存在吗?如果用西方的标准,我们观察到的更像是一个“分裂的现实”。在所谓法律人中间,无论是“差序结构图”^[5]中的哪一个波纹圈内(当然,更不用说在波纹圈之间)到处充满分歧,法律人或许有“共同知识”,却没有共同的认识——更勿言为社会正义而斗争的勇气。经济利益与其他目标混杂其中。这样的结论,或许有些偏激而容易让人不快,但在基本面上,我们似乎可以重申这样的判断——作为“知识同构”的“法律人共同体”也许存在,但作为有笃定职业信仰和职业伦理的法律人共同体,在中国始终没有形成。中国的法律人,即使从最核心去的波纹圈去观察——多数情况下所看到的也只是松散的“技能组合体”。这个群体如果说有共同的追求——那应是“分裂的”物质、政治或者精神目标。

[1] 亚历克西斯·德·托克维尔:《美国的民主》,J.P. 麦亚编,乔·劳伦斯译,纽约安科尔出版社 1966 年版,第 268 页;转引自安索尼·T. 克罗曼:《迷失的律师——法律职业理想的衰落》,法律出版社 2002 年版,第 1 页。

[2] 安索尼·T. 克罗曼:《迷失的律师——法律职业理想的衰落》,法律出版社 2002 年版,第 1 页。

[3] 安索尼·T. 克罗曼:《迷失的律师——法律职业理想的衰落》,法律出版社 2002 年版。

[4] 参见本书,第二章第一节。

[5] 参见本书,第 56 页。

我们所体验的,还是挫败。

三

这样的境况是怎样形成的?解释的立场无疑可以非常多元。但无论如何解释,我们也许都不能忽略一些“深层之物”——文化结构、政治结构、社会结构等——对一个讲求“实用主义”的民族的影响。这样的一些反思是重要的:

——当法律人以法律技能作为谋生工具、而且谋生还充满竞争和艰难时,如何能期望他/她们有“超越物质”的更高远的目标?“法律职业化”的道路本身,也许早就奠定了法律人“身份悖论”基石。

——当政权结构并未采纳西方式民主模式时,期望实现类似于西方的法治,并寄望有一个“那样的”法律人共同体,是否只是“梦想”?一个“集中统治”、“追求安定”的社会治理模式,注定让挑战现实、弘扬权利意识的法律人只能在“政治需要”的夹缝中生存。与此同时,关于法律的知识、甚至整个知识群体、全社会的知识/思想“诞生机制”^{〔1〕},也不得不因为某个既定的目标而“平庸化”。

——法律乃用“权利—义务”来界定关系的边界。社会交往模式因此异变为形形色色的法律交易。当中国的关系社会结构仍是社会交往的主导模式时,关系交易也许会超越法律交易而成为更流行、也更有力量的社会结合方式。如此,能对法律人有什么期待、有多大范围内的期待?

——当我们难以形成一些基本的底线共识,所谓正义、所谓公平、所谓社会福利、所谓公共利益,举凡这些本来可以用于“保卫社会”的弹性工具,都会被法律人滥用为——为特定利益集团谋取私利的技术。

〔1〕 这个机制在现今的社会中,习惯用“生产”这个词来表达,因为“知识”和“知识人”都“产品化”了——所有知识都趋于一致,知识人群体也慢慢在统一的考评中消弭了个性。站在理想主义的角度,我愿意看到将来有一个不一样知识以及知识人“生产机制”,所以,我宁愿选择“诞生”这个词来表达。因为,那或许是一个回归知识自由、思想自由的“新”的时代。