

社會中的法理



Jurisprudence in Society

第7卷



西南政法大学法学理论学科 主办

- ◆ 律师“死磕”法官现象探析
- ◆ 论“公案”中司法与传媒、民意的政治角力
- ◆ “富人治村”中的纠纷解决
—— 基于浙东J村的考察
- ◆ 诗以为治：《诗经》中的法意



法律出版社
LAW PRESS CHINA

社會中的法理



Jurisprudence in Society

第7卷



西南政法大学法学理论学科 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会中的法理. 第7卷 / 张永和主编. —北京:
法律出版社, 2015.7
ISBN 978-7-5118-8061-1

I. ①社… II. ①张… III. ①法理学—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 130429 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/710毫米×1000毫米 1/16

印张/19.25 字数/293千

版本/2015年7月第1版

印次/2015年7月第1次印刷

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 978-7-5118-8061-1

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《社会中的法理》

编委会

学术顾问 (按姓氏笔画排列)

Benjamin Van Rooij 朱晓阳

张晓辉 赵旭东 高其才

主 任 付子堂

编 委 (按姓氏笔画排列)

王启梁 田 艳 庄晓华 刘 莉

刘 楠 李 庆 张永和 陈柏峰

陈 敏 陈 超 周 力 周兴宇

周时洪 周祖成 孟庆涛 赵天宝

赵树坤 施蔚然 骆 军 洪 磊

褚宸舸 谭 玲 戴德军

《社会中的法理》

编辑部

主 编 张永和

副 主 编 孟庆涛 张善根

本卷执行主编 石 伟

本卷责任编辑 石 伟 莫 林 李国梁

蒋 伟 原 欣 郝世鹏

总 序

法理学试图要解决的终极问题是“法律是什么”。不过,这始终应该是当下问题,因为脱离了当下的讨论,使我们就不能触摸到这个问题的本质。也由此,法理学才可能找到自己真正的问题。所以我们说,任何一个传世的经典法理学问题都是大师们对那个时代法律的思考。

“法律是什么”同样是每个时代都需要的考问,这在每一个时代都有每个时代自己的法律问题。所以,如果仅简单地问“法律是什么”,这可能还是一个大而化之的问题。因为,如果“法律是什么”的问题在不同的社会、不同的时代被提出,答案可能是不一样的。所以,当我们提出“法律是什么”时,我们是否确定,我们究竟是在问古希腊、中国先秦还是今天中国“法律是什么”这一问题。

当然,问题还不仅仅如此,对于这一发问,其实还包含具体的“法律是什么”和“为什么法律是这样的”价值分析。这可能是两个不同范畴的考问,显然,我们的问题属于前一个问题,即法律具体是什么?或者说,法律究竟是什么。

那么,如何发问,也不简单。只有将其放到法律人的全部活动中,放到法律赖以生存的社会中,我们才会发现这是不能简单回答的问题,因为这不是一个简单的理论性问题,而是一个非常复杂的实践性问题。

法律作为一种文化积淀,存在于社会中,根植于共同体的观念认知、推理方式与价值取向中。传统的法学研究方法在我们把握繁杂的社会现象与个体行为多样性以及二者之间内在的机理关系方面已经显得苍白,无法使我们透过法律窥视社会的真实和文化的民族特质,也无法厘清和说明我们的生活世界到底经历着怎样的改换与变迁的路径。

所以,必须下大力气对社会现实做深度的研究,必须知道法律是如何对社会以及人们的生活产生影响,我们才可能找到问题的答案。我们相信,大量的数据和田野调查一定会告诉我们“法律是什么”。同时,只要你亲历实

证调研,并审阅那些鲜活的素材,或许你会有属于自己的问题和思想,尽管这些经验看上去并不那么优雅。不过,我们并不应排斥大家们深邃的思想并从中得到理性的启迪。

《大学》中有“格物致知”之说,朱熹认为:“所谓致知在格物者,言欲致吾之知,在即物而穷其理也。”用今天的话来讲就是:要获得知识,必须考察事物,以求认识事物的理。近年来,法理学界的研究似乎在悄悄变化,正在朝研究社会现实问题的方向转向。许多学者通过法社会学和法人类学的数据统计和田野调查对这个问题进行交叉研究,对中国现阶段的法制状况进行有意识的盘点,并生产出了许多成果,其中不乏上品。这是相当可喜的。但是,由于受问题意识、叙述方式以及篇幅的影响,能够刊载这些成果的刊物不多。为使这些成果得以问世,经与法律出版社商量,决定出版《社会中的法理》。通过这种形式,试图让大家看到今天中国的“法律是什么”。

本出版物接受法社会学与法人类学的译介、现实问题的研究以及法社会学与法人类学的研究报告。字数可在五万字以内。

这是一项长期的事业,我们真诚期望得到海内外有志于该研究的学者同仁支持,不断地对“法律是什么”追问和盘点,为我们的法治事业尽绵薄之力。来稿请惠寄:shzdf1@163.com。

西南政法大学教授、博士生导师
法社会学与法人类学研究中心主任

张永和博士

目 录

Contents

◎ 热点聚焦

- 律师“死磕”法官现象探析
孙俏俏 / 3
- 论压力下的立法决策展开
——以《劳动合同法》为例
杨德三 / 46
- 论“公案”中司法与传媒、民意的政治角力
华 雨 / 75

◎ 专题讨论:乡村治理

- 吸附型治理研究
——征地拆迁背景下的村庄治理
陈文琼 / 95
- “富人治村”中的纠纷解决
——基于浙东 J 村的考察
耿 羽 / 153
- 论纠纷类型变化和社会权威变迁中的乡村人民调解主体
徐梦堃 刘冬雪 / 164

◎ 理论研究

- 公民的规范性认可
——以哈贝马斯商谈论为视角
赵红豆 刘住洲 / 181
- 伯克利学派回应型法理论研究
孟甜甜 / 195

◎ 法律与文学

诗以为治：《诗经》中的法意

——兼论法律与文学的关联及其意义

孙静蕊 / 241

◎ 热点聚焦

律师“死磕”法官现象探析

◇孙俏俏*

【内容摘要】“死磕派”律师的出现在中国乃至世界的司法语境内都是一个新颖而又独特的现象。他们的存在将传统的控辩冲突异化为辩审冲突,这种辩护人与法官之间的对抗,把控辩审三方拉到了同一平面上,本应该居中裁判的法官,反而成了律师“死磕”的对象,这显然不符合现代刑事诉讼理念和法治制度设计。对此现象,学界的看法也不尽一致。律师“死磕”现象愈演愈烈,这其中固然有公诉人在庭审中控诉不到位、律师过于较真等因素,但其深层的原因主要还在于,部分法官的庭审行为及其最终判决未能彻底实现保障律师辩护权利、维护程序正义与实体正义的最终目的。从这个意义上讲,“死磕”精神是在对当下刑事司法缺陷以及对中国法治进步的积极要求。“死磕派”律师的出现以及律师“死磕”行为,是司法大环境催逼的结果,但这在建设法治中国的时代背景下,具有历史必然性。“死磕”精神恰为中国刑事辩护的坚冰打开了一道缺口,促使法官仔细考量律师的意见,真正实现律师与法官从形式到实质的平等,从而在势均力敌、充满活力的博弈中更有力地避免冤假错案的发生;同时,赢得大众对司法活动的信任与尊重,树立起法官职业的高贵尊严,达致法律职业共同体的合作共赢的融洽氛围。我们有理由相信,同为法律职业群体中的一员,律师与法官在“死磕”的过程中定能达成共识,实现良性互动,共同筑起法治中国的大厦。

【关键词】法官 “死磕派”律师 贵阳“黎庆洪案” 法律职业共同体

* 孙俏俏(1988~),女,山东日照人,西南政法大学法学理论专业2012级硕士研究生,人权教育与研究中心研究人员。

引言

(一)问题的提出

2011年6月,广西“北海案”,杨在新等4名律师在刑事辩护过程中因涉嫌辩护人妨害作证罪被刑事拘留。此事一经报道,一些激愤的律师从全国各地前往北海,为被刑拘的律师们辩护或声援。在杨金柱律师的号召下,“北海律师团”组成,与法院进行“死磕”,最终,4位律师恢复清白。2012年初,贵阳“黎庆洪案”,共有88名律师出庭辩护,在法庭辩护中,辩护律师就法院管辖权、检察院和法官回避等问题与法庭展开了激烈交锋,律师因不满审判长驳回回避申请,纷纷起立抗议,最终出现了律师二十余人被警告、训诫,迟凤生、刘志强、李金星、杨名跨四名律师被逐出法庭的局面……在刑事审判中,辩护是针对控诉而产生的,无指控则无辩护,辩护律师唇枪舌战的对手理应对席而坐的控诉机关。但是,近年来,中国刑事司法领域却出现了这样一个律师团体,他们在法庭上不仅与控方据理力争,就连原本应该保持中立的法官,也难以抽离出这场论战,成为了律师“死磕”的对象,这一新兴律师团体被称为“‘死磕派’律师”。

“黎庆洪案”后,律师“死磕”法官的案例便时有出现,双方的战场也逐渐从法庭扩展到了以微博等媒介为主体的网络平台,律师不断通过网络发声,揭露法官办案过程中的失职行为,博取民意的支持与同情。随即,“死磕派”律师作为律师界的一股新生力量不断出现在媒体和大众的视野中,引起新一轮的网络热议。同时,关于“死磕派”律师的争议也一直不绝于耳,有人说其“磕”出了中国的法治,也有人说其“将律师职业黑社会化,扰乱社会稳定”。对于“死磕派”律师这一团体本身,笔者暂不做过多评判,只是,律师与法官“死磕”这一具有中国特色的现实问题,尤其值得我们深思。

由于种种原因,同为法律职业人的法官和律师,对一些基本的法律价值理念、逻辑推理方式及法律问题的分析角度产生分歧固然不可避免,但律师与法官出现冲突与对立却是很罕见的。律师与法官作为从事不同法律职业的法律人,竟然在一些基本问题上无法达成共识,甚至在法庭如此庄严的地方产生冲突,这无疑是中国法律人需要直面的最大挑战之一。2013年5月,最高人民法院常务副院长沈德咏在《人民法院报》发表文章指出:“现代的诉讼构造,为防止‘一边倒’,通过立法安排了刑事辩护这样一种对抗力量,从而形成了诉辩对抗、法官居中裁判的诉讼格局。……现在却出现了一

种非常奇怪的现象,律师不与公诉人对抗,反而同支持庭审的法官进行对抗,甚至演变成‘对手’,律师要‘死磕’法官……”^{〔1〕}虽然这只是局部的个案,但它却反映了当今中国司法领域的一种怪象,这种冲突现象只有在中国才会出现,是司法领域中具有中国特色的一种独特现象,不得不引起我们的重视。在传统的刑事诉讼格局中,都是控辩双方平等对抗,法官居中裁判,而当下,本应当端坐在法庭上,居中、独立的法官,又缘何会成为律师“死磕”的对象?究竟是法官过于恣意?还是律师在“闹庭”?律师与法官“死磕”的根源在哪里?有何应对之策?这些问题一个个地摆在我们面前,值得我们思考和探讨。

(二) 研究现状

对于律师“死磕”法官这一问题,理论界及实务界一直不乏鞭辟入里的探讨。中国政法大学蓟门决策论坛曾以“回归司法理性:‘辩审冲突’的根源与应对”为题,组织多名学者及律师从制度层面、司法理念层面、律师及法官层面等多个视角对此问题进行讨论。讨论的一致结果认为,律师“死磕”法官的现象之所以出现,法官需要负大部分责任,但目前的司法体制及司法环境也难辞其咎。

除此之外,许多知名律师与学者也通过微博及报纸等媒体发表了对“律师死磕法官”这一问题的看法,如杨学林律师的“论死磕派律师”,详细论述了死磕派律师的概念、产生、发展及死磕的前提、方式和原则等问题,此文对“死磕派”律师进行了全面系统的分析,对于我们深入了解这一新兴律师群体大有裨益。毛立新律师的“法官‘闹庭’与‘辩审’冲突”则在一定程度上解释了律师“死磕”法官这一现象产生的原因,认为法官受到各种因素的影响,偏离了公平、公正的立场,违背了中立裁判者的角色定位,因而使律师不得不铤而走险与法庭的违法行为进行抗争。笔者认为毛律师的分析带有明显的个人主观偏向,不免有些片面和局限。诸如此类的文章还有陈光武律师的“客观评价死磕派律师,凝聚法治建设正能量”,湛红果副教授的“法官律师冲突中的利益与共识”,等等。

《民主与法制时报》、《东方早报》、《南方周末》等报纸媒体也刊登了一些有关律师“死磕”法官的文章或评论,如“也说律师的‘死磕’”、“法官 vs 律师:一场假想的对决”等,都从某些侧面分析了律师“死磕”法官这一现象

〔1〕 张培鸿:“也说律师的‘死磕’”,载《东方早报》2013年9月26日第A23版。

产生的根源,认为这种现象之所以出现,都是目前司法大环境催逼的结果,法官难辞其咎,应该负主要责任。但这些文章,不管是发表在律师及学者本人的博客,还是见诸报端,大多属于杂文或评论的性质,不能视其为规范的学术论文。

目前,无论是理论界还是实务界,对律师“死磕”法官这一问题都缺乏规范系统的学术探讨。因为律师与法官“死磕”的问题是近几年才出现的具有中国特色的一种独特现象,这个话题关涉众多且具有一定的敏感性,因此,学界对此并没有形成系统全面的看法,相关的理论研究也只是处于探索阶段。笔者通过检索中国知网发现,比较有代表性的学术论文主要有以下四篇。一篇是中国社会科学院法学研究所冀祥德研究员的“律师缘何‘死磕’?”一文,文中指出,“律师死磕法官”这一现象是中国传统法律文化与现代法治文明和法治建设在中国司法制度转型背景下相互碰撞的产物。其产生的原因主要有以下几个方面:法院与法官对律师缺乏应有的尊重、律师对己方当事人利益最大化的追求与法官对法律正义的理解存在冲突以及行政权和检察权的干预使法官难以恪守中立的立场。四川省社会科学院法学研究所韩旭教授的“辩护律师被驱逐出庭的程序法理思考”一文则从程序法的角度对“辩护冲突”的某一方面,即辩护律师被驱逐出法庭这一问题进行了分析。韩教授认为,辩护律师被驱逐出法庭的主要原因在于以下两点:一是程序性辩护的兴起与法官应对不足的冲突,二是辩护权保障需求与法官中立性不足的冲突。在提出问题的基础上,韩教授主要从原则及正当法律程序方面分析了解决对策,对驱逐出庭的适用条件、作出主体、驱逐后的处理及权利救济等进行了全面的论述。但是韩教授的分析仅限于程序法方面,对于其他方面未有提及。中国社会科学院研究生院的邓超在“律师‘死磕’的理性解读”一文中将律师“死磕”的原因归结为中国古代“厌讼”思想的盛行、我国当前立法的相对滞后以及司法机关工作人员职业威严的下降,针对上述问题,文章主要从律师职业道德建设、执业纪律与规则、司法人员对律师的尊重、法庭的强制性规则等方面提出了相应的建议。另外,广东医学院讲师、西南政法大学贺红强博士的“从法官和律师的冲突与合作视角看法庭秩序的失范与规范”一文算得上是目前对律师“死磕”法官这一问题论述比较全面的一篇学术论文,该文作者主要从律师及法官两方面论述了两者存在冲突的根源,律师方面主要是由于律师的权利救济渠道不畅及律师跨地区化的集体维权加剧了其与法官之间的矛盾,法官方面主要是

由于法官对律师权利缺乏尊重、自身角色定位不准及缺乏对程序性辩护的应对能力与技巧。

《民主与法制》杂志 2014 年第 17 期(总第 694 期)曾以“律师为什么要死磕”为题,对“死磕派”律师进行了专题报道,报道共涉及四个方面:死磕是一个派别还是一种方法、死磕派律师是怎么来的、死磕什么、跟谁死磕。通过四个系列的专题报道,全面展现了“死磕派”律师从出现到发展的全过程,并对“死磕派”律师及其背后的法律现象进行了系统的梳理和探讨。杂志一出,即引起了学界及律师界的广泛关注,袁裕来律师称其为“如今最重要的热门话题之一”。

(三)研究方法 with 样本说明

本文主要采用的是社会学研究方法,通过对具体个案的定性资料^[1]进行归纳式的推理,^[2]在实证研究的基础上得出一般性的结论。现对本文所采用的分析样本做出如下说明:

1. 本文所选取的案例素材主要是贵阳黎庆洪涉黑案,因本案被律师界公认为是关于“律师‘死磕’法官”的经典案例,并且本案审理过程中出现的律师“闹庭”及“法官将律师驱逐出法庭”这一事件曾一度激起社会各界关于“死磕派”律师的热议,以本案为起点,律师“死磕”法官的现象愈演愈烈。因此,本案具有很强的代表性和典型性,是分析“辩审冲突”最合适的案例素材之一。因上述情况主要发生在案件重审的过程中,因此,本文主要针对案件的重审一审辩护词及判决书进行实证分析。

2. 本文所选取的辩护词样本均为贵阳黎庆洪案重审一审的辩护词,辩护词文本均由律师本人或其同行发表于新浪微博。因本案属于共同犯罪、集团犯罪,因此涉及的被告人及辩护人众多,笔者随机选取了其中六份律师辩护词进行分析。现假定辩护词在上传至网络之前未做过任何修改,以保证其真实性,便于更好地重现庭审过程的原貌。

[1] 美国著名社会学家艾尔·巴比认为,定性资料的主要特点在于非数据化,比较倾向与个案式解释模式相结合,它的重要特点就在于研究过程中不会发生研究对象意义丰富性的潜在丧失。

[2] 美国著名社会学家艾尔·巴比认为,归纳式的推理,或者说归纳,是从个别出发以达到一般性,从一系列特定的观察中,发现一种模式,在一定程度上代表所有给定事件的秩序。在这种逻辑模型中,普遍性的原理是从特定的观察中发展起来的。参见[美]艾尔·巴比:《社会研究方法》,邱泽奇译,华夏出版社 2005 年第 10 版,第 24 页。

3. 本文所选取的判决书样本为贵阳黎庆洪案重审一审判决书,判决书文本来源于北大法宝网,访问时间为2014年6月10日。本文对判决书的分析主要采用定性研究与定量研究相结合的方法。

4. 本文所选取的律师微博言论均援引自几位“死磕派”律师代表人物的新浪微博,所引言论仅代表律师本人观点。

5. 需要指出的是,本文在研究的过程中运用了访谈法,对来自某省市的基层法院刑事审判庭法官C^[1]进行了调研访谈,并希望通过访谈了解法官在办案过程中是否能够做到独立公正以及法官对公诉人和律师法庭意见的考量。^[2]

一、律师“死磕”法官的缘起及发展

近年来,贵阳黎庆洪案、江苏常熟六民工聚众斗殴案等一个个鲜活的案例不断出现在公众的视野中,这些案例都有一个共通之处,即出现了律师与法官之间的冲突。通过这几起案件,“死磕派”律师这一新兴的律师团体已经成为当今中国律坛一支异常活跃的力量。有人将律师“死磕”的行为归结为“闹庭”、“利用舆论绑架司法”,也有人对此说法予以反击,各种言论此起彼伏。伴随着对律师“闹庭”及律师利用微博争取民意这一系列现象的热议,“死磕派”律师逐渐为人所熟知,一场关于“律师‘死磕’法官”的探讨也由此展开。

(一)“死磕派”律师的出现

目前,律师界一致认为“死磕派”律师形成于贵阳黎庆洪案。因本案共涉嫌50多名被告人,因此,辩护律师组成“律师团”参与辩护,规模空前庞大。而律师一旦“抱团取暖、组团作战”,抗辩的激烈程度自然会显著提高,庭审冲突之激烈也是前所未有。2012年1月,贵阳黎庆洪案一审期间,著名刑辩律师杨学林发出了这样一条微博:“从今天庭审中辩护律师的表现来看,中国新一波死磕派律师已经走上舞台……”这是“死磕派”律师这一提法最早的出处。2012年2月,杨金柱律师在其微博上发表博文“关于拟成立‘中国死磕派刑辩律师资格认证中心’的说明”,这一略带调侃式的传

[1] 根据社会学研究的一般伦理,在此特隐去受访法官的真实姓名,下文将以法官C指代。

[2] 为了消除受访者的疑虑,保证此次谈话的可靠性与真实性,根据社会学研究的一般伦理,笔者并未向受访者透露本次谈话的目的,在此特向这位受访法官表示感谢。

播,引来千人阅读,自此,“死磕派”的称谓便取代了“律师团”,并逐渐传播开来。此后不久,杨学林律师又在微博上将目前中国的刑辩律师分为三派:死磕派、形式派和勾兑派。后两者不是在庭审中走过场,就是在幕后与法官交易勾兑,自然不会出现与法官“死磕”的现象。而“死磕派”则完全不同,他们在法庭上敢于辩护,并且据理力争,毫不掩饰揭露庭审过程中的程序违法行为,并且利用微博等网络自媒体对法官的失职行为以及当前的司法现状进行猛烈的抨击。由于与法官代表的利益主体有着某种程度上的天然对立,因此,“死磕派”律师的出现,使得其与法官之间的冲突在所难免。

1. 何为“死磕派”律师?

事实上,即使是通常人眼里的“死磕派”律师代表人物,也并不是完全认同“死磕派”这个称谓,只是因为杨金柱律师的微博扩散,才使得这个称谓流传开来。其实,“死磕派”律师并不是一个“派”,而只是一个群体,这一群体没有固定的成员和确切的人数,并且随着案件的不同而不断发生变化。杨学林律师曾在其著名博文“论死磕派律师”中对“死磕”这一行为进行过全面细致的阐述,认为死磕行为主要是发生在刑事案件中;死磕的前提是办案机关明显且严重违法、当事人已经死磕且强烈要求律师死磕、不死磕已经别无法律通道;死磕的方式主要有法条较真、网络揭露、投诉举报、行为艺术;死磕的原则是只磕公权力不磕私权利、只磕程序不磕实体;死磕多表现为“审辩冲突”。“死磕”不是针对特定的人和事,而是本应该被认真对待,却又正好被忽视了的各项实体性和程序性法律规定,特别是程序性规定。因此,在这种情况下,法院便成了律师“死磕”的对象之一。根据杨学林律师的理解,“死磕派”律师,是指在刑事辩护中,针对办案机关在程序上的违法行为,采用较真的态度与方式同办案机关进行死磕式辩护并据理力争的律师。斯伟江律师的看法大同小异,他认为,“死磕派”律师是那些对程序问题非常较真,对司法体系中的一些潜规则深表不满,并且将这些不满公开发泄出来的律师。

与以往律师的辩护风格不同,“死磕派”律师不仅局限于对己方当事人定罪量刑的实体辩护,而且把辩护目标锁定在法庭的程序性事项上,诸如管辖、回避、非法证据排除、申请证人出庭作证等,往往都是“死磕派”律师比较容易抓住的程序漏洞。在一些涉黑案件、重大敏感案件及维权案件中,由于容易存在“政法委牵头、大三长会议定调、侦查阶段不讲规则、公检法有