

失落的城邦

当代中国法律职业变迁

The Lost Polis:

Transformation of the Legal Profession
in Contemporary China

刘思达 © 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D926. 17/9

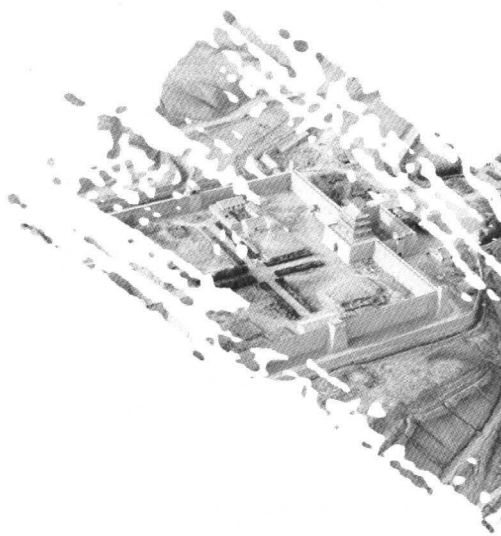
2008

失落的

城邦

当代中国法律职业变迁

刘思达 ◎ 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

失落的城邦:当代中国法律职业变迁/刘思达著. —北京:北京大学出版社,2008.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 13187 - 9

I. 失… II. 刘… III. 法律 - 职业 - 发展 - 研究 - 中国
IV. D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 186887 号

书 名:失落的城邦——当代中国法律职业变迁

著作责任者:刘思达 著

责任编辑:王 晶

标准书号:ISBN 978 - 7 - 301 - 13187 - 9/D · 1930

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者:北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650mm × 980mm 16 开本 18.5 印张 269 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价:28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

城邦下的河流

高高砌起的砖墙上
旗帜飞扬
荒草在城下狂乱地生长
城里的人全都醉掉了
畅饮着异域的美酒
露出痛苦的微笑

他们醒来的那一天
头顶乌云密布
求雨的人还在忙碌
一片貌似理性的狂热里
没有人顾得上低头
看脚下 那贫瘠的土壤

来吧 耕作的人
让我们掘出一条河流
在庄稼成熟的时候
给城里人带去水和粮食
让他们坚强地站起来
把城邦的大门敞开

为什么
这一刻如此亲切
我们全都泪流满面

目 录

上篇 当代中国的法律改革

第一章 法律变革的困境:当代中国法制建设反思 / 3

第二章 法律移植与合法性冲突:现代性语境下的中国基层司法 / 20

第三章 当代中国日常法律工作的意涵变迁
(1979—2003) / 63

中篇 法律职业研究的理论与实践

第四章 法律职业研究的死与生 / 105

第五章 分化的律师业与职业主义的建构 / 127

第六章 客户影响与职业主义的相对性:中国精英
商务律师的工作 / 158

下篇 中国法律职业透视

第七章 法律服务市场的竞争与规范 / 201

第八章 中国律师业的现在与未来 / 252

后 记 / 285

上 篇

当代中国的法律改革



第一章

法律变革的困境:当代中国法制建设反思

变法,在中国历史上向来都是个有些令人不安的字眼。从郑国的子产到秦国的商鞅,从北宋的王安石到清末的康有为、梁启超,无论成败,历次变法都经受了来自社会上下的巨大压力。当代中国的法律改革也不例外,从20世纪70年代末开始,一场由国家推动的法制建设运动在华夏大地上轰轰烈烈地展开,在“为经济建设保驾护航”的口号下,数以万计的规范性文件被颁布实施,在十年动乱中被砸烂的司法系统和被打倒的律师业得以重新建立,从西方舶来的理念和制度经由法学家的双手成为衡量法治进程的标准,持续的法制宣传和普法教育不断促进着民众的法律需求……将近三十年之后的今天,我以一个观察者的眼光回顾这一切,看到的却是国家法律系统与民众社会生活之间的断裂。当人们满怀希望地走向法院然后失望而归,当尚未深入人心的法律被一次次地修改,当法学家潜心研究的东西越来越艰深难懂,当律师在法律服务市场上腹背受

敌,当法官被行政级别和政治权力捆住了手脚,我们不禁要发出这样的疑问:中国的法律改革到底怎么了?

在这近三十年的法制建设道路上,无论是理论家还是实践者,都曾热烈地讨论过其中的某些突出问题,如复转军人进法院、律师刑事辩护难等,但直到今天,几乎还没有人对这次或许是中国历史上最大规模的变法运动作出全面和深刻的反思。立法、司法、法学教育、法律职业发展等法律改革的核心问题在学术研究和公共话语中被割裂开来,法律人在舶来的法治信仰与本土的法律实践的巨大反差之间显得无所适从——制度建设是他们的责任,而当他们发现自己亲手建立的各种制度一直都游离于日常社会生活之外,这些曾经满腔热情的法律人感到的或许只能是困惑和无奈。于是,对当代中国法律改革的反思必须超越经济发展与制度建设的逻辑,而从法律制度与社会生活之间的紧张关系入手,探究这些大体上由西方移植而来的制度在中国本土的文化土壤上的嫁接与生长过程。我认为,这一法律变革过程具有三个基本特征,即制度建设的符号化、法律知识的技术化、政治权力的分割化。

制度建设的符号化

作为法制建设的一项核心内容,立法成为当代中国法律改革的急先锋。从1979年开始,数以万计的法律、行政法规、部委规章、地方性法规以惊人的速度被颁布实施,到今天为止,一个涵盖了刑事、民事、经济、行政等各个法律领域的相对完善的立法体系已经初步得以确立,社会生活的各个方面似乎都变得有法可依。然而,如果我们回顾一下这个立法体系的历史演进

过程,就很容易发现,与经济相关的法律法规在立法中获得了明显的优先性,无论在法规数量上还是时间顺序上都是如此。举例来说,在改革开放的前十年里,《中外合资经营企业法》、《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《全民所有制工业企业法》等一系列主要经济法律就被迅速颁布实施,甚至连《企业破产法》这样明显超前于时代的法律也在1986年就开始试行。与此形成鲜明对照的是,直到90年代中期,《劳动法》、《消费者权益保护法》、《国家赔偿法》等对于维护公民基本权利至关重要却与经济增长并无直接联系的法律才陆续出台。

毫无疑问,经济立法在我国改革开放的过程中扮演了重要的角色,但其主要功能并不是在法律实践中的广泛应用,而在于向外国政府和来华投资的外商显示,中国已经具备了市场经济所要求的各项法律制度——也就是说,立法被当作了一种符号,一种象征着现代化的经济制度和治理方式的符号,其目的在于使中国经济在全球化的市场经济体系中获得合法性。这样一种以外部合法性为目的的符号化立法逻辑直到今天依然鲜明,中国加入WTO所引发的各主要法律的大规模修订就是很好的例子。然而,这些从国外移植甚至是复制来的立法符号在法律实践中的应用是十分有限的,其中最极端的例子是1986年的《企业破产法》,在这部法律“试行”的近二十年里,很少有企业真正按照它所规定的破产程序宣告破产。此外,民众的日常纠纷解决中所涉及的法律范围也极为有限,本书第三章的研究表明,在中国法律改革的前25年里,约60%的日常法律纠纷都是用10部法律来解决的,而这10部法律中只有《合同法》属于经济立法。也就是说,大量而快速的立法活动并没有在很大程度上改变中国社会的纠纷解决方式,而是使不少法律法规从

颁布之日起就成了摆设,几乎彻底游离于民众的日常生活之外。

类似的符号化过程在司法改革中也可以看到。从20世纪90年代中期开始,司法改革问题就成了法学家们茶余饭后最热衷的谈资,而当这些学术讨论最终演变成制度设计的时候,我们发现,法官们脱下了大盖帽和戴着肩章的警服,穿上了洋味十足的法袍,甚至还像电影里的外国法官一样敲起了法槌,而他们作出的司法判决,却依然“像雾像雨又像风”,让人摸不着头脑。以刑事案件为例,为了消除实践中广泛存在的“庭审走过场”现象,1996年修订的《刑事诉讼法》把法院的庭审方式从“纠问制”变成了“对抗制”,但辩护律师并没有因此获得和检察官平等的诉讼地位,法官在判决书中经常用“不予采信”四个字简单粗暴地将他们的辩护意见拒之门外,一位律师甚至把这种庭审方式的转变戏称为“原来是法官提问、检察官睡觉,现在是检察官提问、法官睡觉”。另一个符号化的例子是行政审判庭的设立,作为实施《行政诉讼法》的重要举措,我国的各级法院从90年代起都设立了行政审判庭,但行政案件的数量却一直没有明显增长,一些基层法院的行政审判庭甚至出现了“挂羊头、卖狗肉”地审理民事经济案件的情况。

于是,无论是法袍、法槌这样明显带有形式化意义的符号,还是对抗制庭审、行政审判庭这样本该引发实质性变革的制度,最终都成了法院的一张皮,这张皮的上面醒目地写着“司法独立”“程序正义”“有限政府”之类的舶来理念,下面却掩藏着种种源自本土的司法逻辑。这当然不是那些倡导司法改革的法学家们的初衷,但他们对此却几乎无能为力。在我看来,司法改革十几年来唯一的实质性变化是法院人员构成的变化,曾

为贺卫方等知名学者口诛笔伐的“复转军人进法院”现象目前已经大大减少，法学专业的毕业生已经大量地进入了司法系统，而教育背景的差异是否将使中国法官的司法判决方式产生质的转变，则还需要时间的检验。但问题在于，即使所有的法官都是“科班出身”，都接受了西方的法治理念，在一个具有强烈行政化和本地化色彩的司法环境中，他们在法学院里学来的那些空洞的名词也很可能将被纷繁芜杂的日常工作消磨殆尽。

中国律师业的发展历程也同样明显地带有符号化的痕迹。1980年律师制度的迅速恢复，就与举世关注的“四人帮”审判密切相关。当新中国的律师第一次通过电视出现在几亿人的面前时，他们其实就是一种符号，向全国人民也向世界传递着一个信息，即坏人也是需要辩护的，而中国的刑事程序可以有效地保障被告人的合法权利。就这样，“替坏人辩护”成了当代中国律师业发展的标志性起点。在几乎整个80年代，我国的几万名律师都在隶属于国家机关或事业单位的法律顾问处和律师事务所工作，其中绝大多数人从事着刑事、婚姻家庭等传统业务，他们的身份既是当事人的代理人，又是国家的工作人员。而当这些“吃皇粮”的律师中的少数精英开始面对来自国外的投资者时，却遭遇了信任危机——外国人会问他们，如果我把公司的商业秘密告诉你，你会不会第二天就把这些信息告诉你的政府？在这样的问题面前，我们的律师无言以对——这成为我国律师业自80年代末起逐渐展开的脱钩改制的导火索。

当从前的“国办所”变成了“合作所”和“合伙所”，当律师们放弃了国家公务员的身份，穿起了西装打起了领带，他们看上去和外国律师似乎已经没有什么分别。但直到今天，许多外

国投资者对于中国的律师事务所依然并不信任,于是上百家外国律师事务所都顶着司法部“不得从事中国法律事务”、“不得聘用中国律师”的禁令在北京、上海等地设立了代表处,占据了法律服务市场的利润最高端。而在这个市场的另一端,代表着“中国特色”的基层法律工作者和形形色色的“黑律师”、“土律师”也早就瓜分了基层法律服务市场的半壁江山,使律师陷入了腹背受敌的困难境地。再加上企业法律顾问对企业法律服务的分割和专利代理、商标代理等机构对知识产权业务的垄断,中国律师业的市场地位已经是岌岌可危。即便是律师唯一能够合法垄断的刑事辩护业务,也由于司法体制的约束而显得困难重重,让很多律师望而却步。面对这样的现实,反思一下改革开放初期设立律师制度的初衷,我们不得不承认,律师在当代中国的法律改革中的角色更像是一个精致而脆弱的玻璃瓶,客人们或许会欣赏它甚至把它和自己家中的器物相提并论,而瓶子的主人却轻易不会用它来喝水,因为家里还有各式各样更为廉价和方便的茶杯。

因此,纵观立法、司法和律师制度,当代中国的法律改革几乎处处透着符号化的逻辑,而正式的法律制度变成符号的原因,一方面是我们的制度设计者过于片面地强调经济增长和面向全球的合法性展示,而忽视了承载这些制度的本土文化与行为方式的转变;另一方面,中国社会对这些移植来的制度的接受程度也相当有限,它坚持着自身固有的政治、社会和文化逻辑,于是法律法规被大量搁置,司法改革成了新瓶装旧酒,律师制度也显得高不成低不就。应当注意的是,这些尴尬的结果并非都出乎决策者的预料之外,在很多时候,他们只是并不在乎——只要法律改革能顺利地“为经济建设保驾护航”,能让

GDP 持续增长，能源源不断地将外资吸引到神州大地的各个角落，他们的任务似乎也就完成了。这才是制度建设符号化背后的根本动力。

法律知识的技术化

与制度建设的符号化相应的是法律知识的技术化，而这必须从法学研究和法学教育谈起。当代中国的法学研究大体可以分为三个阶段，第一阶段是奠基期，即各主要学科领域的重建；第二阶段是复制期，即对国外立法和法学研究的大量翻译和解析；第三阶段是应用期，即根据国外经验对我国各领域法律实践的重塑。在奠基期里，法学家们讨论的核心问题是“××法学”的概念与特征，是“A 法学”与“B 法学”的边界问题，经济法学与民商法学之间长达十几年的关于某些法律领域归属的争论，就是一个典型的例子。这些争论并不只限于学术圈，而且对法律实践也产生了极大的影响，例如我国法院的经济审判庭在 80 年代初的设立及其与民事审判庭在十几年后的合并，就部分地反映了经济法学与民商法学之间“地盘之争”的历史演变。

当各主要法律领域的学科体系已经基本建立之后，法学研究的战略重点就转移到了对国外制度的复制上来，这也是法律知识技术化的一个关键时期。由于许多法学研究领域都是全新的，并没有什么本土经验可以借鉴，法学家们在早期的研究中就必须大量地参考和翻译国外的相关立法、制度和理论，而时间一长，中国的法学研究就渐渐养成了“言必称希腊”的学术习惯。从早期的洛克、卢梭、孟德斯鸠到晚近的福柯、哈耶克、

哈贝马斯,乃至一些名不见经传的小角色,一个又一个外国学者被当作神明供奉起来,大批的中国学者和学生把精力花在了对国外著作的翻译和解读上,却很少有人将这些抽象艰深的理论与中国的具体实践进行深入的比较和分析。或者,当他们不得不去分析中国问题的时候,这些舶来的理论和制度就变成了把把尺子,用来衡量我们与所谓“法治先进国家”或者“国际标准”的差距。

这样一种法学研究方式的直接后果,就是使当代中国的法律知识变成了一种脱离社会现实的高度理论化和技术化的知识。它与符号化的立法一起被写入了法学教科书,被搬上了法学院的课堂,然后传递到众多法学毕业生的头脑里。于是,我们的法学教育就逐渐变成了对法律条文的死记硬背,再加上对西方法治理念的顶礼膜拜。当那些从法学院毕业的年轻人进入立法机关、法院、检察院或者律师事务所的时候,他们忽然发现自己其实什么也不会,即使是那些有幸留在象牙塔里深造的人,也只是把前辈们已经复制过来的知识抄来抄去,试图用一些生硬的概念和名词来掩盖理论的空虚。不可否认的是,在从一片废墟里重建当代中国法学体系的过程中,对国外理论的复制乃至“抄袭”是必不可少的一个阶段,但问题在于,经过了二十年的不懈努力,该抄的东西恐怕都已经抄过来了,再这样抄下去还有什么意义呢?

聪明的法学家们当然意识到了这个问题,于是他们中的一些人开始在这样一个全新的知识体系中寻求对我国法律实践的重塑,中国的法学研究也就转向了应用期。法律知识的应用一方面是通过法学家对制度变革的直接参与来完成的,例如在90年代起各项主要法律的立法过程中,法学家都扮演了重要的

角色,同时,一部分法学家也开始在人大、法院和检察院任职,并且积极推动立法、司法等制度的改革。当然,如前所述,这些以国外制度为蓝图的改革在实践中往往产生了符号化的效果。另一方面,近年来不少法学学者和学生也在寻求通过体制外的方式来间接地影响法律改革的进程,如针对某些热点问题(孙志刚事件、松花江污染事件等等)集体上书,在媒体上对各地的违法事件针砭时弊,以律师或公民的身份从事公益诉讼,等等。这些法律人“走出去”的努力对法律系统和社会生活之间的沟通是大有裨益的,也在实践中产生了重要的影响,但参与其中的学者学生的数量还相当有限,更多的人依然陶醉于法律殿堂深处的海市蜃楼里。

法学研究应用期的到来除了表现为一些法学家对法律实践的积极参与以外,还表现为法学教育的大规模普及化。从90年代后期开始,在建设综合性大学的号召下,我国的各大高校(包括许多传统的工科院校和师范院校)都纷纷设立了法学专业,根据教育部的统计,截至2005年底,我国设有法学本科专业的高等院校已达559所,法学专业在校的本科生和研究生激增到了30万人。与此相应,在2002年起实行的全国统一司法考试取代了原来的律师、法官和检察官考试之后,参加这一被称为“中国第一考”的人数在2006年已达28万人(其中还包括部分具有本科学历的非法律专业人员),而通过率却一直不到15%。通过司法考试的法学毕业生大都进入了法院、检察院或者律师事务所,而未能通过的也大量进入了政府机关和企事业单位,即使是在街道和乡镇的基层法律服务所里,也活跃着不少法学本科生乃至硕士生的身影。于是,技术化的法律知识就随着这些法学毕业生从法学院逐渐进入了各个法律实践部门,



而这也注定了这群受过正规法学教育的新一代法官、检察官和律师们将在舶来的法律知识与本土的法律实践之间不断地挣扎和求索。

如果对比一下 80 年代初期和现在的中国律师的日常工作方式,人们一定会惊叹于二者之间的巨大差别。在那个没有多少正式法律的年代里,技术化的法律知识几乎完全派不上用场,律师们在解决民众的纠纷时频繁诉诸社会主义公德、家庭伦理和当地的风俗习惯,他们会给当事人摆事实、讲道理,用最通俗的语言和表达方式来回应他们的问题。而当大量的法律法规被颁布实施之后,当律师由司法局的工作人员和退休法官变成了科班出身的法学毕业生之后,中国律师的工作方式也有了十分明显的转变,不仅代理词和法律意见写得越来越专业化,甚至在和当事人的交流过程中也开始使用非常技术化的法律话语。作为法律系统与社会生活之间的“看门人”,一旦律师放弃了用当事人能理解的方式来与他们沟通的努力,而只是像自动售货机一样将冷冰冰的法律条文和技术化的专业名词丢给他们,那么民众也就只能在法律王国的大门之外茫然无助地徘徊。事实上,即使在西方,真正的好律师也并不是那些满口专业术语却对当事人漠不关心的人,而是那些能够站在当事人的角度以法律的方式分析、思考和解决问题的人——这才是职业工作的本质。然而,当缺乏职业训练的中国律师们被技术化的法律知识迅速武装起来,他们中的许多人就很容易忘记自己的职业责任,变得越来越远离民众的日常生活。

于是,对我国大多数工薪阶层的普通民众而言,律师就显得那么没有亲近感,律师事务所的门槛就显得那么高不可攀。在遇到纠纷的时候,他们往往选择了更为廉价也更为热情周到