



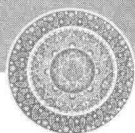
法学学者的法治参与

FA XUE XUE ZHE DE FA ZHI CAN YU

李小红◎著



中国政法大学出版社



法学学者的法治参与

FA XUE XUE ZHE DE FA ZHI CAN YU

李小红 © 著



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

法学学者的法治参与/李小红著. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 10
ISBN 978-7-5620-7040-5

I. ①法… II. ①李… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字 (2016) 第230133号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 9.75 |
| 字 数 | 235 千字 |
| 版 次 | 2016 年 10 月第 1 版 |
| 印 次 | 2016 年 10 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 36.00 元 |

本书系“江苏高校2011计划区域法治发展协同
创新中心项目”的阶段性研究成果。

舞台敞开 各自精彩

任职于科研院所中的学者，特别是从事法学教学、科研工作的法学学者们近年来受到了决策者无比的关照。十八届三中全会“决定”提出要“加强中国特色新型智库建设，建立健全决策咨询制度”。十八届四中全会“决定”提出要“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”，“健全政法部门和法学院校、法学研究机构人员双向交流机制，实施高校和法治工作部门人员互聘计划，重点打造一支政治立场坚定、理论功底深厚、熟悉中国国情的高水平法学家和专家团队，建设高素质学术带头人、骨干教师、专兼职教师队伍”。中央2015年1月印发《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，对“新型智库”的建设问题进行了全面部署。2015年12月印发《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》，指出国家鼓励法学教育工作者“参加国家统一法律职业资格考试，取得职业资格”。2016年3月通过了《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》指出“在所从事的法学教学、法学研究”领域具有一定影响的法学专家可以担任法律顾问。2016年6月通过了《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》，规定司法机关应当把从“法学专家

中选拔法官、检察官工作常态化、制度化”。

法学学者是知识分子，其以法学教学和科研为本职工作；法学学者同时是法律人，其主要通过教授法学义理、法学研究方法、法律制度体系及内容，产出法学思想等方式，培养法律人才，释明法治困惑，培育法治文化，推动法治的发展。他们是法治建设过程中不可或缺，甚至最为重要的人力资源。法治建设的客观需求，法学学者的责任意识，法学知识的实践性，决定了法学学者从未间断过也无法回避对法律实务的参与。只是在如上顶层的一系列制度化推动下，法学学者的职业舞台突然敞亮许多，甚至有点绚丽多彩起来，法学学者从此既可以继续留守三尺讲台，留恋斗室书香，也可以登庙堂之高，去江湖之远，选择更多元的职业发展空间，而不必过多担心生存以及通道问题。正所谓舞台已经敞开，精彩各自把握。

法学学者参与立法工作，无论是被邀请参与的法律草案建议稿起草，还是主动推动的规范性文件合法性审查建议等立法参与行为，参与者的身份都是法学学者，至少从表面来看参与者是中立、学术、知识人的造型。如果被招录为职业立法工作者，型构知识分子形象的物质外景全部撤除，法学学者只带着法治理念、法学知识、立法技巧等进入立法的舞台，彼时法学学者将成为立法舞姿的引领者，还是别扭的随从者需要拭目以待。

法学学者参与司法工作，无论是被邀请参与的疑难案件论证，还是主动出具的专家法律意见书，参与者本人都可以毫无保留地发表观点和看法，收获的永远有谢忱或感恩。此时法学学者是超然、自由的状态，不必担心他人是反驳还是赞成，也可不用太在意自身的法学理论是否周延，法律意见是否合逻辑，不必对裁判结果负责，不必担心被当事人纠缠。如果成为职业

法官，参与者就需要具体地审理案件，很多时候对案件的评价不能再似是而非，不能再模棱两可，必须非此即彼做取舍，明确清晰亮观点；如成为职业检察官参与者就需要具体地审查起诉，理清一份份证据，精心搭建无懈可击的证据架构，否则法庭上律师只要轻轻抽去一块“证据之砖”，架构坍塌，就是失职。彼时法学学者要把台词从“我认为”“在我看来”改为“依据法律”“根据证据”，要直面当事人、律师，要能说服或对抗。

法学学者参与政府管理，作为政府参事、智库专家或各类以知识分子身份为之的专家组成员，与政府之间的关系更多是协作式的松散型关系。如果担任真正意义上的政府法律顾问，严格来说，法学学者与政府之间就有了受法律规范约束的合同关系，两种关系类型下，双方的权利义务内容存在很大差别。

在法学学者以知识者的形象活跃在不同的法治场景中时，我们应该注意到法学学者本质是人，知识可以型塑人格，但人的知识与人格毕竟是分离的，不应将法的品格联想混同为法学学者的品格，法以公平正义为基本伦理，而法学学者的人格却是立体多维的。同时法学学者的理性思辨，缜密逻辑等也并不能指导其所有的行为，因此，法学学者并不能保证其所为之行为总是利于法治。

如果法学学者的法治实践参与行为对法治造成反推，就会与其所追求的学术目标和精神理念背道而驰，同时也会影响法学学者之社会功能的发挥。通过分析可知，法学学者的法治参与行为之所以产生作用，其制约因素主要是知识、权威、关系、面子等，而这些因素有的本身即存在非法治化的面相，有的经由主体的不当推动即会产生非法治化现象。在关注和推动法学学者的各类法治参与行为过程中，注意分析这种非法治化因素

或现象，揭示法学学者法治参与行为背后的，与法治冲突的影响因素、现象等，可以让法学学者更接近其“法学”学术本源和“学者”群体本源，可以在法治大剧中更加凸显法学学者的角色特征。

是为序！

李小红

2016年6月于南京

CONTENTS 目 录

舞台敞开 各自精彩 ... 001

绪 论 ... 001

一、论题缘起及研究意义 __ 001

二、关键术语界定 __ 005

三、研究文献综述 __ 008

四、研究思路与方法 __ 019

五、可能的创新 __ 020

第一章 法学学者的角色分析 ... 024

一、法学学者的角色定位 __ 024

二、法学学者的角色特征 __ 052

三、法学学者的社会功能 __ 065

第二章 法学学者的立法参与 ... 077

一、专家立法论证 __ 081

二、法律草案专家建议稿 __ 094

三、规范性文件合法性审查建议 __ 106

第三章 法学学者的司法参与 ... 126

- 一、参与司法实务研究 __ 127
- 二、出具专家法律意见书 __ 137
- 三、其他涉及司法的参与行为 __ 160

第四章 法学学者的社会管理参与 ... 186

- 一、政府法律顾问 __ 187
- 二、政府智库专家 __ 198
- 三、政府参事 __ 208

第五章 法治参与行为效能影响因素的剖析 ... 215

- 一、法学学者的知识 __ 216
- 二、法学学者的权威 __ 225
- 三、法学学者的关系 __ 236
- 四、法学学者的面子 __ 251

第六章 法治参与行为中非法治化现象的消解 ... 259

- 一、消解非法治化现象的宏观构想 __ 261
- 二、对非法治化现象的自行消解 __ 265
- 三、对非法治化现象的外力消解 __ 274

结 语：谦抑还是张扬？ ... 284

参考文献 ... 289

后 记 ... 300



一、论题缘起及研究意义

中国的法治历程从清末修律算起，百余年来，可谓跌宕起伏。推动法治国家的建设，政治、经济、文化等固然是重要的因素，但从具体微观的角度来看，人的因素却是更重要的，特别是法律精英的作用不可忽视。因为法律规范无法单纯由社会本身产出，而“必须由社会中一批具有敏锐洞察力和缜密的思维能力的群体，对社会及生活经验进行研究、思考，通过对社会生活的观察，对社会经验的总结，提炼出具有强制约束力的社会行为规范，即法律”。^{〔1〕}法治社会的基本状态在于，不但要有良好的法律，还要有社会主体对法律的普遍遵守，这需要有强大的法治文化作为支撑，而建构法治文化，法学学者同样责无旁贷。

从《临时约法》的颁行，到六法全书体系的建构，再到《中华民国宪法》的出台，民国时期法律精英们的法治追求，随着中国历史上政权的又一次革命式更迭而终结。之后中国法治

〔1〕 张仁善：“论中国近代法律精英的法治理想”，载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期。

发展经历了近乎停滞的几十年，20 世纪 80 年代后，中国法治冲出了历史的黑暗隧洞，又一次蹒跚前进。至 1999 年，我国《宪法》加入一款，即“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”，新时期的法治发展进入了快车道。十几年过去了，中国的历史车轮是已行进在法治的道路上，还是依然处在奔往此路的状态，笔者无法妄下定论，但有一点确定无疑，那就是法治依然是中国当下执着追求的社会治理状态，而法律精英，特别是专门以法治作为研究对象之法学学者群体，一定会对历史车轮的行进方向产生影响。

当下，我国法学学者参与法治建构的行为是多向度的，有的致力于宏观法学理论的推演，有的致力于具体法律制度的建构；有的固守社会分工意义上的本职工作，开展纯粹的法学理论学术探究和法学教育教学；有的主张法律是实践科学，无论是法学研究还是法学教育都必须以参与社会实践为支撑，于是他们积极参与推动立法、司法、执行等各个法的运行程序；有的成为公共知识分子，有的学而优则兼从仕，有的学而优则兼从商……如此众多的参与行为模式，如果都能对法治社会的建设起到正作用，那么，这将是一幅可喜的法治建构图，但事实上这绝无可能。

因为，一者法治本就是一个永无止日的讨论话题，法律之“法”不是纯粹科学，而是一种思辨哲学，是一定时间和空间范围内社会主体的一种约定俗成。虽然政治国可以通过国家强制力保证某种规则的运行，并称之为法律，但只要一种法律偏离了群体的约定俗成，就没有生命力。对于法，在法学学术领域不可能形成绝对共识，也不可能存在独一无二的法之真理。亦即，即使法学学者们都能竭尽全力，铁肩担道义，高尚纯粹地为了法治而参与法治，也不可能做到劲往一处使。如此，众多

法学学者的法治参与行为中总有一些行为可能会对法治建设产生反推。二者学者本质上是人，其理性的思辨并不能指导其所有的行为，长期进行的学术历练可以使其看待问题更透彻，剖析问题更深入，逻辑论证更严密。但当一个人学者参与法治建设的行动走出学术研究的领域，其非理性的一面必然无法掩盖，他的性格、心理、情绪，甚至潜意识等一切内质的东西，都会成为推动其一步步行动的影响因子。更何况，即使是一个理性之人，其个体的行动价值取向同样决定了其所为之行为并不能总是推动法治建设向前发展，个体身份、经济利益、社会地位等都有可能成为一个人行为背后之目标。亦即，即使法学学者学术造诣足够好，理性思辨能力足够强大，也不能保证每个学者个体的所有优质质素，全部用于推动法治的进步。三者法治建设是一项关涉面巨大的社会人文工程，即使法学学者形成了有关法的本真的高度共识，即使学者们都秉持着为大众谋公平正义的价值追求，同样不能避免自身的力量被这个工程的其他工程队分解或牵制。比如，媒体、特定利益群体、执政主体等都有可能利用和曲解学者群体的行为话语。

从学术研究现状来看，存在如下几方面问题：一是法学研究更侧重于对研究对象的探究，即法本体、法现象研究，而忽视对研究者自身的分析。这种忽视导致了人们对于法学学者的行为关注较少，或缺少应有的审视和反思。二是法学学者致力于自身对国家、对社会的贡献，执着于对中国乃至世界法学理论的贡献，追逐着法律人之治的理想图景，但很少警惕法律人独裁与法律人之人治的可能性。事实上，无论从自然意义上还是从社会意义上来分析，法学学者都无异于常人，其并不能保证其行为对于法治总能产生正效应。作为法律实践的参与者，缺少对自身非理性人格的反思，必然无法使其参与行为的目的

和结果达到最优。三是法学界对于法律问题的研究路径多从正面论证,如关于法治,论述什么是法治,法治应当是如何者较多,但从反向路径对非法治化现象专门开展的研究则较少。四是即使对非法治化现象有所涉及,学者们的分析重心也多从法律规范角度寻找,或者只剖析其他社会主体的非法治化行为。而在我看来,作为社会分工专事法现象研究的群体,其参与法治建设的实践行为背后所隐蔽存在的非法治化现象,更有必要加以探寻,因为法学学者所为行为的非法治化相比于其他主体,对于法治化进程的影响更具有效仿与示范的意义。同时,对不应如何行为的研究可能比如何行为之构想更重要,因为不为不过意味着不进不退,而不当为则意味着对法治建构的反推。

本书对法学学者的法治建设参与行为进行研究,正是为了弥补上述法学研究的缺憾而作的努力。本书的研究旨在廓清法学学者这一群体的角色定位及其社会功能,揭示其群体特征;总结分析影响法学学者参与法治实践的各种因素,特别是揭示在法学学者的各种参与行为背后所隐藏着的,与法治精神相悖的现象或因素;在不反对法学学者积极入世,参与具体法治建设实践的前提下,提醒并建议法学学者在开展各种法治实践参与行为时,应警惕行为背后非法治化因素的膨胀,并寻求可能的消解方法。笔者认为,只有不断揭示和剥离掉这些非法治化的存在,法学学者才能更接近自己“法学”的学术本源和“学者”的群体本源。从功利的角度看,既然法学精英是法治国建设中不可或缺的推手,这样的学术探究则有利于更大地发挥法学学者群体在法治国建设过程中的作用。从法学学者角度看,既然选择了以学者的形象安身立命,对自身可能存在的问题进行剖析,也是提升个人职业道德,实现个体人生价值的当然课题。

二、关键术语界定

(一) “法律人”“法律职业共同体”

与法学学者有关的属概念,从表象来看可能会是“法律人”“法律职业共同体”等,这些属概念更多是基于法学学者的专业背景而言的。对法律人,学者的界定角度有二:一是从职业的角度划分,认为主要包括法官、检察官和律师等,以孙笑侠为首的大多数研究者如此认为。但这一界定下的法律人是否包括法学学者,并不统一,甚至不明确。多数的研究者将该群体列入其中,但在具体的分析讨论过程中却并不重视之,更多的是讨论法官、检察官和律师这三类主体。二是从本质角度预设,认为法律人是指“追求法律的技术理性最大化的人”,^{〔1〕}是“依存于法律(包括人对法律的期待与遵守)、参与法律(包括法律的制定、执行及进行其他法律活动)和受制于法律的人”。^{〔2〕}笔者认为,法学学者无论从哪个视角看都可称为“法律人”,但这一概念仅在描述、概括、宣传上有意义,基本没有学术术语价值。

自从有学者发出“法律人共同体宣言”起,越来越多的人开始关注“法律职业共同体”这一问题,不少人更对这一概念有了较深入研究。笔者赞同一种结论,即这是“一个想象的共同体”“是一个由法官、检察官、律师以及法学学者等组成的法律职业群体”,^{〔3〕}而不是一个法律主体意义上的存在。在这个

〔1〕 刘小吾:《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》,法律出版社2010年版,第63页。

〔2〕 胡玉鸿:“‘法律人’建构论纲”,载《中国法学》2006年第5期。

〔3〕 卢学英:《法律职业共同体引论》,法律出版社2010年版,第131~132页。

想象的共同体中，各个分支群体之间的行为充满了对立和博弈，但毕竟每一群体都是法治大厦型构过程中不可或缺的一支力量，并且这些群体中的人都应对法律的权威予以认可，都应以公平正义为终极追求，从这一意义上谈“共同体”则是颇有道理的。本书的重心在于研究这一共同体中，以往不被作为研究焦点的法学学者群体，但法律人共同体的终极追求必然同样是本专题研究的坐标或立场。

（二）“知识分子”“法学家”

对于法学学者到底是不是法律人，应不应该包含在法律职业共同体中，学者的态度有时是很模糊的。笔者很难将法学学者和法官、检察官、律师进行并列式的分析论证，只要是作关于法律人的论述，学者群体必然单独展开。有学者在谈法律人之治问题时，述及“法学院及法学（教育）家群体却是法律人及其职业素养的摇篮”，^{〔1〕}似乎法学学者是超越于法律人群体的。另一些学者则认为，因为法学家传授的主要是法律知识而不是法律技能、他们是法律的旁观者而不是从事实务者、他们的人文社科式的知识性思维方式与实务界的法律思维模式无通约性，这些都决定了法学家被排除在法律职业群体之外。^{〔2〕}在笔者看来，如果将法学学者归属于学术共同体、教育共同体、知识分子等似乎比法律共同体要顺畅得多。或者说法学学者兼有两者的特征，但从本质上来说，法学学者应是知识分子群体中的人。因此，本书对法学学者的分析更多地倾向于寻找其作为知识分子的属性，“法学家是以关注人的权利，检验实在法的合理性，研究社会管理的最佳模式等为己任的独立的公共知识

〔1〕 孙笑侠等：《法律人之治》，中国政法大学出版社2005年版，第68页。

〔2〕 杨海坤、黄竹胜：“法律职业的反思与重建”，载《江苏社会科学》2003年第3期。

分子的总称”，^{〔1〕}类似这样的定位是本书对于法学学者群体的价值预设。

“法学家”无疑也是本书的一个关键词，也会高频率出现，但很多时候对该词只是在现象描述意义上使用，而并非有一个标准圈定法学学者群体中哪些是本书研究的对象，哪些不在本书讨论范围。同时，描述的对象范围也不是完全以学术水平的高低来衡量，即并不认为只要学术水平高的，无论从事哪个行业都是本书要讨论的对象。本书讨论的主体主要是任职于科研院所中的从事法学教学、法学研究的人，所以使用“法学学者”一词是最恰当的。但是因为多数研究者的文章中出于学界不言自明的共识，经常使用“法学家”一词，故在本书的写作过程中，有时出于叙述的方便亦可能对“法学家”和“法学学者”二词不作区分、混同使用。

（三）法治参与

对法学学者的法治建设参与行为进行研究，自然应选取其参与的各种行为现象作为研究对象。研究的路径可以是面面俱到式的，即大致根据法的运行过程，对法学学者可能参与的任何与法治有关的行为一一开展剖析。如此，则法学学者参与立法、司法、执法等各个环节都要兼顾，如果参与行为进一步展开则更是复杂，因为法学学者的身份是多元的，其以当事人、代理人、专家等任何一种身份都可以出现在任何一个法运行程序中，而事实上本书关注的主要是其作为法学学者这一职业身份而为之的各类参与行为，研究重心更倾向于法学学者的非本职类法治建设参与行为。总的来说，这些行为包括但不限于：作为专兼职法学教师的教学行为；作为法学学者的各种学术研究

〔1〕 孙笑侠等：《法律人之治》，中国政法大学出版社2005年版，第69页。