



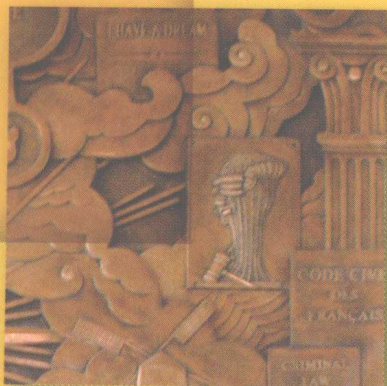
回归使命

律师的“实践”之责

HUI GUI SHI MING

LÜ SHI DE SHI JIAN ZHI ZE

范一丁 著



我们那些很现实的做法，也许从来没有被怀疑过，这无疑是一种遗憾。因为在这种状态中，那个真实的“自我”在沉睡。虽然我们就是在睡觉时，也是让手机开着；就是做梦，也会在一些难终他人之事的杂乱中纠缠，仿佛来自于感性的一缕柔情。如小号在一大堆炫目的嘈杂乱飞的音符中，一声气息绵长的抒情乐句，有这样久违的感觉，像……



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



回归使命

律师的“实践”之责

HUI GUI SHI MING

LU SHI DE SHI JIAN ZHI ZE

范一丁 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

回归使命:律师的“实践”之责/范一丁著. —北京:
法律出版社, 2008. 4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8320 - 6

I. 回… II. 范… III. 律师 - 研究 - 中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 035071 号

©法律出版社·中国

责任编辑/韦钦平

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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

开本/787×960 毫米 1/16

印张/19.25 字数/272 千

版本/2008 年 5 月第 1 版

印次/2008 年 5 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 - 5036 - 8320 - 6

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

范一丁,男,1960年生,国家二级律师,全国律协经济委员会委员,执业十六年,承办案件近千件,先后为数十家企事业单位担任法律顾问。1991年至1997年任四级律师,1997年至2005年任三级律师,2005年至今任高级律师。1998年被评为全省优秀律师,2004年被评为全省人民满意的律师,1995年任副主任律师,2005年任主任主持工作至今,自1995年起任市政府法律顾问至今。

在任职期内,共发表(或交流)论文30余篇,发表于《法制日报》、《行政文书与法律文书》、《律师报》、《中国律师论坛论文精选》(法律出版社),在全国律师经济委员会业务研讨会上发表和交流,均有较高的理论价值,多数发表(或交流)于国家级刊物或业务研讨会,论文被多家法学权威网站转发,连续多年多篇论文在“中国律师论坛”发表,其中“司法自由裁量权公正的程序保证”、“WTO的规则和争端机制解决机制对律师业的影响”、“论应建立国企并购中权责对等的民事赔偿责任制若干问题”分别获2000年、2003年和2005年中国律师论坛优秀论文奖。

作者邮箱:fyd60610@sina.com.cn

地址:贵州省都匀市广惠路167号司法局二楼贵州黔峰律师事务所

序

受律师职业属性的影响,律师们的行为具有事务主义趋向,使其在面对“伪实践”的指责时,也许会感到诧异,因为在“俗世”中行为的我们,会对自己就事论事的态度和做法充满自信。自信来自于被一大堆事务填充的“自我”,会有这样真实的负重,绝无飘浮之感,而是脚踏实地的举步维艰。但是,我们对自己和对别人完全做到了“诚实”吗?看来并非如此。也即对于法律,尽管它的不完善是一个永久的话题,但我们能够对此而行“不忠”之事吗?忠实于法律的要求并不是一种与我们“实际”需求格格不入的东西,因为律师职业本身就来自于法律这个须臾不可离的“母体”(换言之,离开法律,律师还是律师吗?)。

我们那些很现实的做法,也许从来没有被怀疑过,这无疑是一种遗憾。因为在这种状态中,那个真实的“自我”在沉睡中。虽然我们就是在睡觉时,也是让手机开着;就是做梦,也会在一些难终他人之事的杂乱中纠缠,仿佛来自于感性的一缕柔情。如小号在一大堆炫目的嘈杂乱飞的音符中,一声气息绵长的抒情乐句,有这样久违的感觉,像香港电影《无间道》中歌手蔡琴所唱的那首点醒人生主题的歌,如聆听往日旧景中故人的轻语:“是谁,在敲打我的窗?”它们犹如偶然的雨滴那样闪亮,穿透尘封已久的日子,让心灵在若有似无中,领受被轻轻打湿时的感悟……

我在很不经意的情况下,翻了一本散文集,读了一段句子:“我一边散步,一边留心看叶子的色泽和特征,山峦那迷梦一样的紫色,冬天的枝干绝妙的边线,以及遥远的地平线的暗白色的剪影,那时候,我便本能地意识到了自己。”^①翻回到前面,才发现作者是丘吉尔。大名鼎鼎的“二战”时期的英国首

^① 《最美的散文》(世界卷),北京出版社出版集团、北京出版社2007年版,第90页。

相，滔滔不绝的雄辩家和政治家，雄狮般的人物，竟有如此精确细致的对自然枝叶的敏锐感触，令人难以想象。由此，我们会从“很现实”的踏实之中“失落”，发现自己也许“活了四十多岁，除了用普通的眼光看待世事以外，从未留心过这一切，好比一个人看一群人，只会说‘人可真多呀’一样”。^①

写这样一本书，也就是将许多话写在纸上，与通常状况下有所不同的是，不必顾及场合，因为在某些场合，我们说某些话，是会不合时宜的。但在纸上写，便没有这样的感觉，然而，这种失去“场合”制约的话，有什么用呢？这样的问题也许是出自我们做律师的第一信条，也就是我们每做一件事，如办某个案子，对维护当事人的利益而言，都必须是有用的，是这样的信条让我们难以从中解脱。

也可能是我们心甘情愿地认为自己无须从中解脱。似乎我们对自己的这种务实的态度，从来没有怀疑过。但是，当有一天我们发现自己“活了四十多岁”的时候，某种也许是稍纵即逝的念头会“闪过”——我和一大群人一样感叹：“人可真多呀”，于此，会有一丝的不甘吗？如墨西哥诗人帕斯的诗《诗人的墓志铭》中所言：

他要歌唱，
为了忘却，
真正生活的虚伪；
为了记住，
虚伪生活的真实。^②

律师是不会去歌唱的，但我们在“真正生活中的虚伪”，会被意识到吗？为此，我们曾经毫不怀疑自己和他人之事的真实，为现实所套牢的自我，认为是被自己所把握住的。但有一天这一切会改变，也就是当我们发现已“活了四十多岁”的时候，联想到生命作为物质的个体，终将消失。我们会对那种曾经自信的“真实生活”感到怀疑，它被指责为“虚伪”，是由于我们以此伪装了个人内在的精神存在。

① 《最美的散文》（世界卷），北京出版社出版集团、北京出版社2007年版，第90页。

② 《诺贝尔文学奖文库》（诗歌卷），浙江文艺出版社1998年版，第400—410页。

是的,不论怎样掩饰,我们都不可能将自己等同于机器那样的“真实”,因为人的意识存在是不可否认的。

也许我们在有些时候,就是“虚伪地生活着”,维护当事人的合法权益,却不能不与个人切身利益相关联;忠实于法律,却不得不在有些时候迎合,甚至出于某种目的“制造”对法律的“曲解”,而以“个人观点”来否认“正确性”的存在。市场有关财富最大化的规律,是这样真实和无可辩驳地支配着人的行为,让我们总是以个人经历所形成的经验积累的旧眼光来看待一切。但不论怎样,我们都难以否认世界的创新,难以回避对这种创新是因何而来的追问。它们是这样挥之不去,直至我们陷入迷失自我的尴尬境地。

我们是这样的矛盾,尽管以律师职业的要求,需要在一切可能的情况下,避免自我矛盾的出现。因为矛盾会导致对自我否定的结论,如同我们在法庭上的发言中,试图尽力表达的是,对某一事实在法律适用的选择上,自己的观点是正确的一样,而法律在“普通的眼光”中的意思表达,并不会让我们满足。但这与现实中自我追求的“真实生活”是这样格格不入,我们十分推崇的“真理”是别人有高档轿车,为什么我不能有呢?这个问题会在一片赞同声中,让个人行为显得这样“踌躇满志”,而这个目标似乎让我们不屑于任何与此无关的说教,除了此话题外,对自我和外在世界的存在,是这样熟视无睹。但这并不能否认那些在此之外的“真实”,会以若干具体的细节羁绊,让我们难以脱身。我们必须在它们的规则之内前行,是它们在揭示我们对“真理”认识的虚妄。

是的,似乎我们没有想到,如此实际的世俗追求,其实是一种“虚假的生活”。这只是在个人行为不可能脱离“主观意识”的控制,难道我们能够认同对“世俗”生活的追求,可以不受“精神意志”的支配吗?

在本书中,讨论的中心问题在于从两个不同角度所作出的假设,即“世俗”追求的“真实”和以“崇高”所企求的“真理”,它们都有可能导致对现实行为认识的歧义。而那种试图探求有关于此“正当行为”的结论,其实仅是在于我们必须面对现实,需要不断地以“实践—认识—再实践”来创制生活。这样一个从客观到主观,然而又回到客观现实中的过程,是认识和行为相统一的过程,因为我们并不能割裂任何一个行为和认识的关系。

“事务主义”趋向无论是表现为“经验”至上(以“经验”代替认识),或“实用”为要(以“行为”去省略认识),都是对自我和现实缺乏负责精神和应有的“劳动态度”。而有关于此引发的“整体”和“个人”的关系,从“实践”的主体关系上,反映出两条认识路径,是如此地容易让人迷惑。那种“整体”行为规则即等同于个人行为必须的“要求”和个人视“整体”为“虚无”的自行其是,在“形而上学”观念的僵化驱使下,导致了各自分立的“绝对”,并因此而自称在其指导下的行为,代表了“实践”的全部含义,以为自己确实摸着了“过河”的“那块石头”。但这种感觉其实是“真实的虚伪”,因为“整体”的感觉和“个人”的感觉,只有统一起来才是“真”。它们既被强调为不同,又应被认识为同一,如同我们不能仅指责律师个人行为中的“拜金主义”,是完全错误的一样(至少从对市场中财富最大化规律遵从的角度看,是对的),我们同样不能置律师的“理想主义”于不顾(个人的出路在于整体的存在必须符合未来的要求),虽然我们不能说“我牢记法律执业首先是我们的职业,并谨将法律执业的意义置于谋生的意义之上”^①的“律师执业誓词”,是有关“整体”与“个人行为规则”“统一”的体现,但至少在有关“个人”行为规则中的“生存追求”,与对“职业意义”追求“整体”行为规则之间关系的强调,肯定了它们之间应有联系的“现实”之径的存在,是一个“不断”调整自己行为的过程(不是一个起点,更不是一个终点)。对此不偏不倚的做法,就是实践给我们所出的难题,我们所有的努力,就是要去不断破除因“整体”与“个人”的认识分立而带来的认识困惑,并因此而完成“实践”之责。

以此为序,却为言之难尽其善,而不胜惶恐。

范一丁

二〇〇八年一月三十日

^① “美国律师协会青年律师部律师执业誓词”,载中国律师执业网, <http://www.china-lawyer.com>, 2007年5月10日。

目 录

上篇

第一章 律师自我认识的危机 / 3

1. 是谁背信了“深沉的誓言” / 3
2. 个人牺牲的代价 / 6
3. “天使的代言人”和“魔鬼的代言人” / 11
4. 在合法的范围内 / 14
5. 智性的不懈努力 / 19
6. 经验主义影子 / 23

第二章 什么是可能的 / 27

1. 对事物的认识和幻想 / 27
2. 在法律以外 / 29
3. 以“说辞”而有的存在 / 32
4. 文化与人生命的最终反应 / 38
5. 馅饼大小和分得的馅饼大小 / 43

第三章 “好的律师”是怎样的 / 48

1. 在沉默的样式中言谈 / 48
2. 作为意志而实现自己理性的力量 / 50
3. 社会观念的结果 / 57
4. 实践的检验是一个不会终结的过程 / 61

5. 历史选择的评价并不在于“好坏” / 71

第四章 我们要戴着什么样的“镣铐”跳舞 / 78

1. “自由职业者”论 / 78

2. 弯曲的法律空间 / 80

3. 马歇尔的苹果 / 85

4. 潜规则之真 / 94

5. 新生命力的奇异之胶 / 103

第五章 我们在“实践”中迷失 / 111

1. “实践”的悖谬 / 111

2. “真实”细节的羁绊 / 117

3. 为“理论”而有的和为“实践”而有的 / 120

4. 对我们所需“实践”的认识 / 124

5. 我们对从理论到理论的陈旧,感到这样强烈地
厌倦 / 134

下篇

第六章 个体采煤者被侵权案 / 141

1. 他人的影响 / 141

2. 以他人规则 / 146

3. 实践的出路 / 150

4. 以他人的存在为结论 / 157

第七章 来料加工合同纠纷案 / 161

1. 原有的假设是错的 / 161

2. 我们无穷无尽的任务 / 165

3. 只有挑战使法律发生变化 / 168

4. 在实用主义的走廊 / 173

第八章 相邻权纠纷案 / 176

1. 邻里间的规则 / 176

2. 律师如果是“道德”的 / 179

3. 阳光下的影子 / 181

4. 有一个撒玛利亚人 / 186

第九章 本地区特大贩毒案 / 190

1. “我们”不应成为历史被扭曲的力量 / 190

2. 政治的需要 / 198

3. 社会的需要 / 201

4. 我们对“过失”的“端正之心” / 203

第十章 建筑承包合同纠纷案 / 208

1. “承包”与律师的“风险代理” / 208

2. 行为的影响出乎于我们“意料”之外 / 213

3. 对两种相似行为的比较 / 218

4. 只问收获不问耕耘 / 223

第十一章 国土资源局协助执行案 / 230

1. 权利与权力 / 230

2. 律师的权利 / 233

3. 政治与律师的具体行为 / 236

4. 社会权力中的律师权利 / 238

第十二章 石某故意杀人案 / 242

1. 情感的炼狱 / 242

2. 我们怎样去感受情感之火 / 247

3. 用什么缩短那路途 / 250

4. 我们要成为的只是自己 / 253

第十三章 侵占国有资产案 / 257

1. 公共草坪 / 257

2. 在知行之间 / 260

3. 获得成功的行为 / 263

第十四章 艺术节联营合同纠纷案 / 266

1. 市场的旋涡 / 266

2. 对唯物主义的庸俗化倾向 / 270

3. 隐喻的法 / 272

4. 面对一块搬不动的石头 / 274

第十五章 修建水电站拆迁纠纷案 / 278

1. 利益冲突 / 278

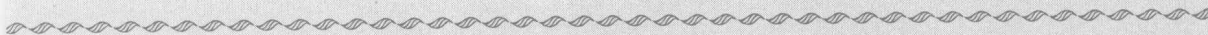
2. 利益分配 / 281

3. 平衡是一种存在的常态 / 283

4. 在另一盏灯的照耀下 / 287

后记 / 292

上 篇



第一章 律师自我认识的危机

1. 是谁背信了“深沉的誓言”

对那些在想象中我们自认为应当成就,却在现实中因种种障碍而变得“不可能的事情”,^①那些我们曾经有过的激情似已流失,是由于正常情况下也会遭遇失败的经历,^②还是因为对正义的信仰,在现实生活中仅能找到它残断的影子,而难以拼接出完整的感受?那种来自于法律教科书启蒙下的单纯,与使任何事情在真实性上都“变得困难起来”的社会生活之间,有如此大的反差和格格不入,磨砺出我们的功利之心,而非对“理想实现的使命”的意志,以“使事情变得容易而为自己赢得名声”时,^③理性却并不放过我们,如叶芝在《深沉的誓言》中所言:

由于你不守深沉的誓言,
别人与我建立了感情;
但每当我与死神面对着面,
每当我攀上睡眠的山巅,

① “不可能的事情”所指来自于哲学上的定义,即在解构意义上是指不可程序化,不可预见的不可可能,而非逻辑矛盾的不可可能。克尔凯郭尔说:“不可能的事情之可能性是唯一能够挽救我们不致沦为平庸之辈的东西。”[美]J. D. 凯普图:“直视不可能性:克尔凯郭尔,德里达以及宗教的再论”,载《世界哲学》2006年第3期,第2页,上述引用见该页正文及注释(2)。当然,此处引用并非在于完全意义上的哲学思考,而是指律师似乎是始终在完成“不可能的事情”的实践,又只能对“不可能的事情”丢弃不顾。

② “正常情况下”当然是指相对于律师的勤勉尽责无过错而言的。张思之自嘲为“一生都未胜诉的失败者”,可法律界却尊他为“中国最伟大的律师”,“大律师张思之:那枝含露带刺的玫瑰”,载《南方周末》2006年12月14日,人物B11版。而有关“败诉之苦”,有律师专著《败诉论》,可谓独辟蹊径,其“不为之痛与不为之憾”,实际并非“心议”如其“所言”,刘桂明、钱卫清、张诗伟:“败诉现象三人谈”,载《中国律师》2003年第2期,第56—58页。

③ [丹麦]克尔凯郭尔:“最后的非学术性的附言”,载《世界哲学》2006年第3期。

每当酒把我送入醉境，

我突然遇见了你的脸。^①

也许诗人并无他意，但在此处我们如果去仔细品味，会发现“你”是一个很奇特的形象：“你”在背信于“深沉的誓言”后，却会在“我”已忘记的时候，“突然遇见了你的脸”。“你”是在质问“我”也背叛了吗？但是，“你”凭什么会对“我”有所质问呢？是不是“你”和“我”实则为矛盾统一体，背叛了曾经的“誓言”的人，是“你”，也是“我”，但是“你”和“我”，却会因此而互相质问，危机源自于此，却不仅在于此。

危机的产生当然起自于对现实的认识。在我们的认识中，职责和使命在法律意义上的“神圣”，似有只可接近却无法达到的“目标”，使我们在具体行为中难以看清。那些“理想主义”的教诲或赞颂，与我们作为律师的行为之间，竟有如此大的距离，从而难以理解我们个人的存在与它们之间的关系。不仅如此，律师职业概念式的“荣誉”和“神圣”，在被初次感受后，便不再闪光。后来的认识竟会变得如此世俗和糟糕，以致我们会自惭于自己的面目全非。一方面也许由于某些行为可以归咎于迫于生存而有的功利之心，并因此而引来纷纷的指责；另一方面则是因为以法律的诠释和因此而有的对事实结果的预料，在后来的过程中竟有如此之大的偏离。那种在过后的经验中对法律规则的信心丧失，会让我们放弃律师应有的操行而学会市侩，如卡多佐的描绘：“自济慈宣布美的真理是行为的目标以来”，很少有人会“从事物的美丽中发现伦理的意义”。^②我们会在“美的真理”面前自惭形秽吗？这其实是很常见的情形，但我们似乎从未想过，这种感受也许会让我们走到事情的另一面，也就是除了最终会归于麻木以外的另一种可能，会让人意想不到：正是这种自惭形秽本身，有可能使我们获得应有的自我完善：在真理和思想的距离

① 《诺贝尔文学奖文库》（诗歌卷），浙江文艺出版社1998年版，第91页。

② [美]本杰明·N.卡多佐著：《演讲录：法律与文学》，中国法制出版社2005年版，第60页。“马修·阿诺德思想中的道德因素”，与其说是“真理”或“伦理”的最高表现形式，不如说是我们面对“真理”时的“感受”。

之间,“闪电操纵一切”,^①在感受自惭形秽的短暂的“闪电”中,我们完成了自我。

这是在本书中将不断重复出现,但难以一次性完成对其解答的一个问题。在“闪电”和自我之间,谁者为真?对这样一个有关“唯心”和“唯物”的哲学本源的老式命题讨论,对于这本试图对律师真实自我的行为进行的书而言,也许会有某种侧重点的偏离,并且有可能会变得毫无新意,但无可回避的是,如果去真诚面对现实的话,我们是不可能脱离个人的物质存在和精神需求之间的矛盾。正是这种矛盾带来人生的所有欢乐和痛苦,包括我们作为律师所能感受的欢乐和痛苦,是这样具体,绝不是以对哲学的抛弃和对哲学问题的抛弃,就可以轻易获得和逃避的。

当然,要让这个问题变得真实,以及由此让与此有关的解答真实起来并不容易。事实上,生活中的任何一件小事,都会有它在认真的分析中复杂的一面,正如我们去面对哪怕是很小的案件,有关于它的律师解说在法庭辩论中体现为律师的口才时,会让对法律缺少了解的旁听者感到迷惑那样,“公正”会变得面目不清,但绝不可能因此说,真理是不存在的,事实上,真理在概念上的存在,和它在现实中的被认识,并不是一回事。因此,对我们有关对律师所面临的危机的认识,只是一个在现实中被真实感受,但缺少真实认识的问题。

要展开对这个问题的真实认识,我们首先需要做的是,对个体存在局限的克服。而这种克服,现实是其必由之路,但我们往往容易忘记的是,这种克服,它在完整意义上的体现,只有以律师群体的行为存在,才可能完成。对群体存在的“每时每刻都必须查问和审视他的生存状况”的途径,在于“面对着

① [德]M. 海德格尔:“艺术的起源与思想的规定”,孙周兴译,载《世界哲学》2006年第1期,第5—7页。海德格尔引用赫拉克勒特的此话,揭示“思想”是“从那里得到规定的”,对那个“奥秘”的“触及”,以及对有关尼采所说“我们十九世纪的标志并不是科学的胜利,而是科学方法对于科学的胜利”的“解说”,“唯有科学上可证明的,也即可计算的才被视为真正现实的”,这似乎就是“真理”与“思想”的距离。