

法理思考的印迹

张志铭

著

中国政法大学出版社

管理策略的問題



品質管理

法理思考的印迹

张志铭

著

图书在版编目(CIP)数据

法理思考的印迹/张志铭著. —北京: 中国政法大学出版社, 2002. 11
ISBN 7-5620-2295-X

I. 法... II. 张... III. 法理学—理论研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 089016 号

书 名 法理思考的印迹
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 15.75
字 数 420 千字
版 本 2003 年 2 月第 1 版 2003 年 2 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2295-X/D·2255
定 价 34.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

告白与鸣谢

人到中年，往昔的诸多抱负，已悄然淡去，留下的是
一份从未有过的、和和缓缓的宁静。以学术为志业，如今
不再是什么痛或快的抉择，也不再是什么志在高远或迫于
无奈的想法，而是一种出自深处的心性趋向。是啊，环顾
左右，还有什么职业能像做一个学者这样，自由而自足的
呢？此时、此景、此心情，回顾梳理一下自己，进一步明
确学术探究的方向，看来是必要的。

将过去发表的文章选编成册，目的在于回顾和总结自
己，同时也是为了便于关心我的朋友和读者查阅、批评。
除去《法律解释操作分析》（中国政法大学出版社 1998 年
出版，2001 年重印）那本篇幅不大、颇耗心力的专著外，
本书所汇集的作品，大致就是我在过去的岁月里，作为一
个作者（而非译者或其他）所产出的全部了。这些作品散
落在文章的汪洋大海之中，虽然其中有不少篇目得到读者
朋友更多的关爱，但他们相互之间作为难兄难弟却从未有
机会碰面，出于人道的呼声和旁议，我觉得应该为他们提
供这个机会。当然，如果有朋友或读者据此对他们在整

2 告白与鸣谢

体、局部或个别意义上给予否定性的评价，我想也是他们应该承担的风险。

本文集由“专题研究”、“法治短论”和“历史掠影”三个板块组成，收入了自1988年以来发表的46篇文章，长的有七八万字，短的仅一两千字。文章涉及的主题包括法律职业、法律解释、司法和司法改革、法治和宪政、表达自由、法理范畴（如法律关系、法律规范）等许多方面。文集取名为“法理思考的印迹”，意在强调学术探知的过程，以及在此过程中的偶有所得。所谓“印迹”，就是学术生涯中深浅不一的脚印，生命之树上明暗交替的划痕；虽可以夸张地理解为收获，却肯定算不上是什么成就。至于何以要用“法理思考”来作限定，则主要出于三个方面的考虑：一是主体上的考虑，既然现如今同行们已经抬爱地把我标识为法理学者，我的研究自然也应该名正言顺地打出“法理思考”的招牌，否则就会是心有旁骛、不务正业了；二是研究对象上的考虑，我所关心和探讨的问题，有一些可能被认为是“纯粹的”法理学问题，是其他法学学科所不予关注或较少论及的；三是研究内容和方法上的考虑，这许许多多长短不一的文章，在对问题的切入、展开和把握上，多少都有点避实就虚、以虚驭实的形而上的味道。当然，这些都是自以为是的自说自话，如果读者诸君对上面的解说感到不满，那就只当“法理思考”是一种时尚而风雅的说法，对此我也没有不首肯的道理。

人们对学问的境界常有各种说法，通俗直白的如“浅入浅出、浅入深出，深入深出，深入浅出”；典雅诗意的如“‘昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路’；‘衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴’；‘众里寻他千百度，蓦然回首，那人正在，灯火阑珊处’”（王国维：《人间词话》）。这些用来描述或刻画学术探知的单个和整个过程，自然都是再贴切不过。就自己对学术研究的感受而言，我觉得颇为写意的倒是朱熹的《观书有感》：“半亩方塘一鉴开，天光云影共徘徊。问渠那得清如许，为有源头活水来。”这里所表现的是对读书为学本身的享受，不假外求，其中平淡、惬意、清新而灵动的自主心境，令人感动。当然，读书人也应该有自己的责任心，所谓的“横渠四句”：“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”，气势恢弘、心怀天下，对此，我是虽无能为，却心向往之。

在过去约 20 年的时间里，众多的师友在学业和生活上惠予我关怀和帮助，这里请允许我以最简单的罗列方式，向他（她）们致以最深切的谢意：我的硕士导师刘升平、沈宗灵；我的博士导师李步云；我在《中国社会科学》杂志社工作时的同事蓝永蔚、孟宪范、赵剑英等；我目前的工作单位中国社会科学院法学研究所的夏勇、信春鹰、张明杰、王敏远、梁慧星、刘海年、周叶谦（已故）、渠涛、吴玉章、刘翠霄、林长远等；我的大学同窗刘广

4 告白与鸣谢

安、季卫东；我的博士同门张志越、解兴权、刘作翔、周汉华、孙笑侠、葛洪义、柳志伟；北京大学法学院的贺卫方、朱苏力、傅郁林；清华大学法学院的王晨光、高鸿钧、王亚新；人民大学法学院的吕世伦、朱景文、陈卫东；国家检察官学院的孙谦；《人民法院报》的张娜、张国香；《工人日报》的吴琰；北京的艾波、王柏、杜英明、马胜杰、胡云腾、张冠梓等；外地的陈景良、郭志祥、王艳林、焦占营、张中秋、郝铁川、童兆洪、张文显、公丕祥、吴汉东、李汉昌、齐文远、种夏、张继成、梁玉霞、刘荣军、杜春青、马福祥、王文杰、於兴中、王健等。

这真是一个不短的名单！而且就在此刻，许多名字在我的回忆中还不断地跳跃出来，这再次让我强烈感到人作为一个群的存在，感到学术作为一种共同的事业的含义。但是，我不能不就此打住了。

最后，我要感谢我已于去年仙逝的父亲，感谢我的慈母和家人，感谢所有有恩于我而我甚至都没有列出其名字的人。

2002年11月6日于农光里居所



目 录

- 1 告白与鸣谢

专题研究

- 1 二十世纪的中国律师业
90 法律解释研究
145 欧洲人权法院判例法中的表达自由
197 传媒与司法的关系
——从制度原理分析
216 法律关系综论
242 资政新方略：依法治国，建设法治国家

法治短论

- 264 法律体系建构中的开放性思路

269	当代中国的司法独立问题
274	什么是宪政要求的宪法?
277	也谈宪法的司法化
282	关于“个案监督”的思考
286	检察权的性质及其正当性基础
290	审判方式改革再思考
297	用效率阐释公正,追求有效率的司法公正
300	司法改革需要更宽阔的视野:对最高法院五年改革纲要的一点评论
304	司法改革中的形变与神变
308	对一种流行司法观念的质疑
311	司法改革中的主体适格问题 ——以“先例判决制度”为例
315	司法改革中的健全思维 ——追议“谁是司法改革的主体”
319	法治社会中的法律职业
323	中国律师的作用:历史、现状和问题
338	狼来了? 浪来了? 还是粮来了?
341	对我国法官培训的两个角度的思考
349	法律家的养成与统一司法考试
353	法律职业道德的意义
357	法律职业道德的认知

361	从“法官精英化”到“法官职业化”
365	司法过程的特性
369	关于被刑事追究者获得律师帮助的权利 ——国际标准与国内立法之比较
379	作为法律文化一部分的司法程序 ——文化视角的启示
386	司法判决的结构和风格 ——对域外实践的比较研究
404	司法裁判的说理性
408	如何看待“公开合议庭不同意见”
412	“法官后语”与“情法交融”
416	民事执行权的制度安排
420	民事执行改革的几个理论问题
425	关于审委会改革的思考
429	解读“以事实为根据”
433	何谓法律真实?
437	证成法律真实标准

历史掠影

441	价值追求和经验实证：中国法学理论发展的取向
-----	-----------------------

448	自由观论纲
454	如何保障权利：操作层面上的一般分析
457	论社会主义法治的基本要求 ——兼论社会主义民主政治的质的规定性
464	中国社会主义法律和政策关系问题新探
472	法律规范三论

专题研究

二十世纪的中国律师业

导 言

第一部分 发展轨迹

- 一、律师制度的引入
- 二、中国律师制度和律师业的形成和发展
- 三、当代中国律师制度和律师业的发展轨迹

第二部分 现状述评

- 一、律师数量和法律服务体系
- 二、律师业务和对律师服务的需求
- 三、组织形式和管理体制
- 四、政治参与和律师权利：“资源贫乏”及其克服
- 五、律师惩戒和职业规范

第三部分 问题专论

- 一、职业定位和职业使命
- 二、律师与法律职业共同体
- 三、充分的法律服务与律师业务的垄断
- 四、律师与服务贸易
- 五、律师和法律援助

导 言

现代社会是在摧毁或弱化神权和君权的基础上，按照民有、民治、民享原则构筑而成的法治社会。在这样的社会中，尊重、保护和实现民权成了国家政治和社会生活最基本的价值准则之一，同时，社会奉行法治（rule of law）原则，为实现民权，人们通过法律途径建立了由一整套制度构成的民权保障机制，其中就包括现代律师制度。

现代社会也是生活领域空前广泛、社会关系错综复杂的法治社会。如果说与现代律师制度的始创与在司法审判领域确认与国家追诉权相抗衡的被告辩护权密切相关，那么这一制度的充分发达，律师业作为内部分工细致、高度自治自律的专门职业的形成，则首先是在一个法律关系极其广泛而复杂的现代法治社会中维护和实现民权^{〔1〕}的需要。通观当今各发达社会，无一不具有健全的律师制度和同样发达的律师业，从而与许多不发达和发展中社会的情况形成鲜明对比。

中国的律师制度，是清末修律运动中效仿西方典章制度的一个产物，其后虽经北洋政府和国民党政府时期的实践并取得相当的成就（尤其是在立法上），但从根本上说，将其归结为一种现代标识最为适宜。对于这一命题，可以从以下两个方面加以阐释：

其一，律师制度见之于中国社会，其形式意义要远多于实质意

〔1〕 如果把现代社会视为一种宏大的构造，那么贯穿其始终的基本设计思想，则是维护和实现民权。从这个意义上说，现代社会中的一切制度构建设计，在根本上都可以、也应该以民权为基本衡量尺度。应该强调的是，民权以自由、平等为精髓，以民众个体的权利为显著表现形态，因此，就具体实现过程而言，它不仅要防止由于公共权力的专横和滥用而产生的侵害，而且由于其极易因民众的盲动、权利的滥用而变质甚至丧失，它也必须要有必要的“防腐”装置。有鉴于此，律师业在民权保障中的作用，是双向的。

义。在近代西方，律师制度是司法民主的重要体现，而司法民主又是在整个社会倡导民权，以民权作为各种政治法律制度的基础的结果。律师制度与民权的结合，不仅是私权平等意义上的结合，而且更是私权与国家公权相互制约意义上的结合。相形之下，中国社会始建律师制度之时，自由平等之风未行，专制特权之制仍在，作为法律改良一部分而引进律师制度的直接动因，乃是为了消除列强的治外法权以重整治权。因此，如果说与民权结合的律师制度是民主精神的一种外化的话，那么从治权出发的律师制度则是一种有待于民主精神滋润的现代标识。

其二，律师制度所内含的自由平等精神，与中国固有的以宗法等级为基调的法律文化传统是异质的，而在形式上，律师却极易被混同于为社会所不屑、从而不可能有道德和法律上的正当性的“讼师”、“讼棍”一类，由此就使律师制度面临双重危险：一是与中国传统法律文化格格不入而遭排拒；二是丧失现代精神而发生实际蜕变。

中华人民共和国于1949年10月成立以后，执政的中国共产党以“蔑视和批判”西方资本主义制度的新的姿态，开始了建立“新的律师制度”的尝试。新律师制度以当时的苏联为效仿对象，其主要特点是把律师纳入国家公职范围，统一领导，统一工作。但是，即使为律师在政治和组织上添加了“安全系数”，律师制度也难逃厄运。1957年反右派斗争，使众多的律师成为“右派”，并因此丧失“政治生命”甚至人身自由，律师制度旋即也告夭折。这一悲剧的发生，就直接而显著的原因讲，是当时特殊的政治气候和新的大一统社会格局所必然滋生的权力滥用的结果，而就深层原因讲，则是由于律师制度在丧失了作为一种超越本土文明的现代标识而具有的形式正当性之后，遭到在新的社会格局中得以复辟并以优越姿态出现的传统法律文化排拒的结果。

时隔20多年，中国的律师制度又于70年代末恢复重建。此后，随着中国社会不断改革开放而出现的现代化运动，律师业也表

现出持续而强劲的发展势头。

在数量规模上,律师人数大幅上升,截止1997年底,中国已有8584个律师事务所,其中不占国家编制和经费的有2865个,占总数的34.2%,律师总数达10万余人。^{〔2〕}按照司法部1993年12月《关于深化律师工作改革的方案》的规划,到本世纪末,中国律师队伍将发展到15万人,其中专职律师10万人。^{〔3〕}如此规模的律师业加之既存的数量更为庞大的其他法律服务组织和服务人员,对于中国这样一个东方社会来说,无疑反映了一种无声息却划时代的社会巨变,同时,随意感叹中国律师数量的不足已难免失之武断,我们不能不以认真的态度,考虑律师的数量、法律服务体系和对法律服务的需求等一系列问题。

在质的方面,中国律师制度的改革和律师业的发展,已全面超出1980年8月26日五届人大常委会15次会议通过和颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》所设定的框架,其设计和实践体现了与国际通行制度和做法“接轨”的精神。律师的性质已逐渐按照业已形成的公职律师和非公职律师分流的思想,实现由原先单纯的国家法律工作者的转变,其中非公职律师终将构成律师业的主体,他们是面向社会提供法律服务的法律专业工作者,其执业形式是通过合伙和合作等途径设立的自律性律师事务所;作为国家事业单位的法律顾问处或律师事务所已呈消亡之势。律师管理体制也开始实现由司法行政机关单纯的行政管理向司法行政管理与律师协会行业管理相结合的模式转变,并将最终过渡到“司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理体制”。作为律师制度改革和律师业发展的成就的体现,《中华人民共和国律师法》已于1996年5月15日由八届全国人大常委会第19次会议通过,并于1997年1月1日起施行。

中国律师业在社会现代化的总体背景下所呈现的发展运动及其

〔2〕《中国律师》1998年第1期,页6-7。

〔3〕参见《中国律师》1994年第2期。

趨勢，可以說是在更高层次上發生的一種超越本土法律文化傳統——從而使這種傳統不得不再次回歸於一種潛在狀態——的運動。這種運動以律師業回歸社會並在社會中形成與其職業使命和專業化要求相適應的自治自律機制為基本內容，因此它在总体上表現為一個完整的社會化進程，具體則可以將其概括為前後相繼、互相依存的两部分内容：一是在律師業與國家（相對於社會）的關係上發生的以律師業逐漸脫離對國家經費和編制的依賴為主要特徵的社會化運動；二是在律師業與社會（包含國家）的關係上發生的以形成律師業自治自律的管理機制為目的的行業化運動。對於這種勢必重塑中國律師業並使之與國際“接軌”的社會化進程，我們可以作出以下兩點判斷：

其一，世界各國儘管國情不同，但要建立現代的民主法治社會，就應該了解和重視這種社會在制度構造上的規律性和合理性。現代律師業作為現代法治社會一種基本構件，其基本屬性就是社會化和行業化。社會化是相對於把律師業納入國家公職範圍或作為“國家的法律工作者”而言的。律師業社會化的必要性可以從两个方面加以肯定：一方面，律師業是專門從事法律服務的職業，而按照現代法治社會中國家和社会的二元構造，〔4〕國家沒有必要也很難把提供一切法律服務作為自己的職責；另一方面，現代社會是在尊奉民權的基礎上構築的法治社會，從民權保護和滿足社會需要的角度看，一個不屬於國家公權（特別是行政權力）系統而且有权專門從事法律活動的獨立的律師業，更適宜於監督和對抗公權的濫

〔4〕 從國家一統到國家和社会的二元構造，反映了當代中國社會改革和發展的軌跡。由於國家職能從許多社會領域的退出，而社會自身的機制又尚未形成或健全，暫時的無序或混亂是必然的。使律師業歸於社會，顯然是形成或健全社會自身機制不可缺少的一環。