

第四辑

生活中的法理

主 编 杜宴林
副主编 朱振

第四辑

生活中的法理

主编 杜宴林
副主编 朱振

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生活中的法理. 第4辑 / 杜宴林主编. —北京:法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9748 - 0

I. ①生… II. ①杜… III. ①法理学—中国—文集
IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 165756 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

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/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17.25 字数/308 千

版本/2016 年 7 月第 1 版

印次/2016 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 - 9748 - 0

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书系吉林大学理论法学研究中心研究生创新课程“生活中的法理”教材建设成果与国家 2011 计划司法文明协同创新中心新课程建设成果,并由其资助出版。

目录

Contents

立法者是为何种职业？

——立法者的技艺与门槛

【主题发言】

- | | |
|-------------------|---------|
| 中国立法工作者的职业素养及门槛问题 | 赵改霞 / 3 |
| 浅析立法者的资格及制度构想 | 陈兵兵 / 8 |

【自由研讨】 / 13

“红牛给不了你翅膀”

——国家治理现代化背景下的法院与消费者权益保护

【主题发言】

- | | |
|------------------------|----------|
| 中美比较视角下的我国消费者权利的司法保护 | 甄鸿磊 / 27 |
| 从路径依赖角度看中国消费者集体诉讼制度的困境 | 李 伟 / 35 |
| 司法参与社会治理的角色定位 | 朱 卿 / 40 |
| ——以消费者维权案件为例 | |
| 关于虚假广告的司法审查机制功能之思考 | 林 海 / 51 |

【自由研讨】 / 58

冷冻胚胎的道德意涵与权利适用的难题

【主题发言】

- 利益衡量理论在“我国首例冷冻胚胎案”的运用 冯金金 / 69
- 关于“冷冻胚胎案”的一些思考 张 蕊 / 75
- 胚胎的法律定性及案件的解决方法探析
- 从法律经济学角度分析冷冻胚胎案 杨 菁 / 81
- 胚胎案“好判决”的背后 于 冰 / 85
- 以结果为基准的实用主义判决

【自由研讨】

/ 97

从“法院不予主管的案件”探究法学问题

【主题发言】

- 立案难现象的经济逻辑及其危害后果 李 悦 / 109
- 以吉林省高级人民法院《人民法院对部分纠纷不予主管的有关规定(试行)》为例分析
- 定分止争还是维护稳定? 范一维 / 116
- 从法院的功能角度谈那些“不予受理”
- 人民法院为什么“不作为” 罗 梅 / 122
- 我国立案难问题的制度成因与社会环境 于龙刚 / 127
- 来自长春市 A 区法院的经验

【自由研讨】

/ 134

环境污染与有牙齿的《环境保护法》

【主题发言】

论政府在新《环境保护法》施行过程中的作用 邓秀芬 / 143

——由政治组织管理效率角度切入

环境诉权体系论纲 郭 栋、张莉明 / 149

——亮出环境保护诸法的牙齿

环保履职,听谁的? 杨 菁 / 169

【自由研讨】 / 172

“Hate Speech” or “Free Speech”?

——“仇恨言论”及其限度

【主题发言】

仇恨言论的法律规制及其局限 林 海 / 182

仇恨言论及其限度 孙世贝 / 188

规制仇恨言论的经济分析 郭 宇 / 193

【自由研讨】 / 199

“犯罪”、“刑罚”与“法律的权威”

【主题发言】

- 陆勇案:法理与情理的现实困境 向亚君 / 209
法律的边界 张 爽 / 213
——评陆勇案的不起诉意见书
当法律在评判陆勇案时,法律在评判什么 于 冰 / 218
浅析生命权与法律权威的冲突 罗 梅 / 227
——从包含陆勇案在内的三个司法案例说起

【自由研讨】 / 230

土地征收中的农民权利保护与救济

【主题发言】

- 我国土地征收过程中农民的话语权 冯俊玲 / 242
土地征收中的农民权利保护与救济 陈向军 / 248
地权的逻辑与法律在解决征地纠纷中的作用 朱 卿 / 252
土地征收过程中农民权利的保护与救济 李 亚 / 258

【自由研讨】 / 263

“生活中的法理”系列论坛(115)

- 主 题 立法者是为何种职业？
 ——立法者的技艺与门槛
- 主 持 人 钱大军 刘小平
- 时 间 2014年10月9日(周四)上午8:30
- 地 点 匡亚明楼279
- 主办单位 吉林大学理论法学研究中心

背景与材料

2014年9月4日,第九届中国法学家论坛在北京大学隆重举行。中央综治办专职副主任、中国法学会副会长、中国法理学研究会会长徐显明教授在会上提出,我们除了法官、检察官、法学教授、律师这四支队伍之外还有一个职业的立法者队伍。在全国人大有法工委,在国务院有国务院法制办,他们是职业的立法家,所以这支队伍也应该进入中国的法律职业共同体当中来。那么这些人应该有统一的门槛,这个统一的门槛就是国家级的法律职业资格考试,这个应该走向统一。同时,徐显明还认为,立法是给国家设计正义,执法是在落实正义,司法是在守护正义,我们的法学教育是教会你怎样去认识正义。所以所有的法律职业,应该有统一的价值观,作为法治的所有环节,也应当有统一的价值观。

徐显明教授的论述引起了人们对立法者的资格和素质的广泛关注,尤其是在当前立法法修改以及主张扩大地方立法权的背景下,人们普遍关注立法理性、立法科学化和规范化的问题。当前学界对法律职业的理解,很大程度上集中在法官、检察官和律师身上,全国统一司法考试也是为法官、检察官和律师量身定制的,从根本上说是一种以司法为中心的职业准入性设置。

问题与思考(不限于此)

1. 立法者在何种意义上可以成为一个职业?
2. 基于立法的性质和所需的技艺,立法者需要什么样的职业门槛?
3. 全国统一司法考试是一个合适的门槛吗?
4. 是否存在一个统一的职业门槛?

中国立法工作者的职业素养及门槛问题

赵改霞(吉林大学理论法学研究中心 2014 级硕士研究生)

职业,是具有某些譬如专业知识、职业伦理、职业语言等特殊性质的社会阶层和专业团体。法律职业是指以律师、检察官与法官为代表的,受过专门的法律专业培训,具有娴熟的法律技能与伦理的人士所构成的具有自治性的职业共同体。狭义上讲,法律职业包括律师、检察官、法官以及法学学者。从广义上讲,法律职业,还可包括在立法机关、政府机关和企事业单位等从事法务工作的人员,也包括司法辅助人员。^{〔1〕}

徐显明教授认为,除了法官、检察官、法学教授、律师这四支队伍之外,我们还有一个职业的立法者队伍。在全国人大有法工委,在国务院有国务院法制办,他们是职业的立法家,所以这支队伍也应该进入中国的法律职业共同体当中来。实际上徐显明教授所表述的正是一种广义上的法律职业共同体范围,但是其所提出的“职业立法者”的概念略有不恰,他实际上指的是职业的立法工作者。

一、何为职业立法工作者

在我国,立法是指全国人大及其常委会制定和修改法律的活动,同时也承认国务院及其所属部门分别制定的行政法规和部门规章,最高法与最高检制定的司法解释,省、自治区、直辖市和设区的市的人大及其常委会制定的地方法规,民族自治地方人大制定的自治条例以及单行条例,省、自治区和设区的市的人民政府制定的地方政府规章和国务院制定的部门规章的法律效力。由于最高法以及最高检所作出的司法解释是在具体司法实践过程中对已有的法律进行的补充说明,因此严格意义上的职业立法工作者是指全国人大,省、自治区、直辖市人大,设区的市的人大常委会法制工作委员会,以及自治州、自治县等民族自治地方的法制工作委员会,国务院法制办和地方政府、部委法制局中从事相关具体立法工作的人员。职业立法工作者专职从事立法工作,他们具备一定的法律素养,比如:法律意识与现代

〔1〕 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社 2011 年版,第 217 页。

司法理念,法律精神与法治信仰,法律语言与法律思维,法律方法、法律推理以及法律解释等等,同时,他们也在传播法律精神、促进民主政治、维护社会正义与秩序、保障公民权利、实现司法公正等方面发挥着积极作用。在这些方面,职业立法工作者与法律职业共同体中的法官、检察官、律师以及法学教授具有相似性,因此可以将他们归入法律职业共同体中。

二、法律职业素养的基本内涵

法律职业素养是指法律共同体的基本资质。法律职业具有强烈的职业特点以及专业背景,它是一项高度的专业化以及职业化的职业,与之相对应的,其具有自身的特定的职业标识、职业规则以及职业要求等,同时配有相应的严格的教育规范以及考试和培训制度。^{〔1〕}作为法律职业共同体中的一部分,立法工作者与其他法律工作者有着同源的职业素养。一般认为,法律职业素养包括职业语言、职业知识、职业思维、职业技术、职业信仰和职业道德六个方面的内容。法律职业语言的统一、法律思维的统一、法律知识的统一、法律技术的统一、法律信仰的统一以及法律职业道德的统一,是法律职业统一的标准,其中,前四个方面构成法律职业的技能,后两个方面构成法律职业的伦理。^{〔2〕}

法律职业语言,即法言法语。某一职业的语言体系相较于大众语言更具有理性以及专业性的特点,其构成这一专业领域的一道屏障,将该职业与社会其他行业区分开来,形成职业体系内独有的交流方式。能够娴熟地运用法律语言包括来自制定法的法定术语和来自法学理论的法学术语,进行观察、思考和判断,是法律职业的语言价值之所在。法律术语能够将所有社会问题以及社会现象进行抽象概括,抽丝剥茧式地将其层层理清并巧妙地转化为法律问题,与此同时,法律人运用统一的法律术语进行信息交流,避免了运用纷繁的大众通俗语言所引起的歧义。

法律职业思维,是法律职业工作者在长期的法学理论学习以及司法实践中逐步形成的,是一种经过专业的训练而来的“人为理性”,一种用于解决法律问题的思维定式。在法律职业过程中,法律思维主要体现在以下几个方面:^{〔3〕}第一,法律思维是一种重形式正义、重秩序、重形式意义的合法性思维;第二,法律思维是一种规范性思维,需要依靠一系列的法律语言;第三,法律思维是一种程序性思维,注重

〔1〕 参见霍宪丹:“法律职业素养是‘法共体’的基本资质”,载《法学家》2003年第6期,第21页。

〔2〕 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社2011年版,第221~225页。

〔3〕 参见霍宪丹:“法律职业素养是‘法共体’的基本资质”,载《法学家》2003年第6期,第21~22页。

活动过程以及标准的形式性和法定性;第四,法律思维是一种逻辑思维,坚持三段论推理方法,注重缜密的逻辑,冷静对待情理和情感等因素;第五,法律思维是一种判断性思维,不能模糊或隐喻;第六,法律思维还具有保守性思维和经验性思维的内涵。

法律职业知识,不仅包括已经制定出来的法律中有关规则的知识,还包括法学基本原理的知识。对于法律人,最低层次的要求是应当能够了解和运用制定法中的规则去思考和解决法律问题。社会变迁的迅猛之势所导致的后果之一是法律不可避免的滞后性,纷繁复杂的社会关系势必导致法律漏洞的存在,因此法律职业者除了对制定法规则的娴熟操作外还应当具备一定的法学理论知识,能够运用普通的法学基本原理来解决制定法的局限性所导致的个案不公以及无法可依等问题。

法律职业技术,包括法律解释技术、法律推理技术、法律程序技术、证据运用技术、法庭辩论技术以及法律文书写作技术等。若非经过长期的法学教育以及法律实践是无法掌握和运用这一技术的。首先,它使得制定法中的规则与现实的司法实践相结合,协助法律人将制定法中的规则实际运用到个案中去。其次,作为人为理性的一部分,这种整齐划一的技术标准并不刻板,通过灵活多变的操作技巧能够简单抽象的从法律规范与案件事实来回穿梭的过程中提炼解决方法,有助于防止法官的主观臆断,有助于立法更加具有普适性以及可操作性。

法律职业信仰,实际上是一种对于法律的敬畏,对法律至上的一种精神追求,包括权利本位、规则至上、正当程序以及善法之治等,其核心内涵在于对法治的追求。如果没有法律信仰,社会将陷入“无法之治”的混乱之中,滋生出立法者为一己之私肆意制造法律,司法者利用法律枉法裁判等一系列社会弊病。

法律职业道德,是指法律共同体成员在从事法律实践中所遵从的道德观。由于法律职业的特殊性,法律职业道德不同于社会大众所普遍遵循的道德标准,其要求法律工作者在执业过程中充分遵守人为理性中的道义,而非天生的自然理性的道德观。

三、立法工作者应具备的素养

立法过程包括立法准备、由法案到法和立法完善三个阶段,其中由法案到法的阶段是立法主体通过正式程序产生法的阶段。在我国,正式的立法程序主要包括四个方面,即提出法案、审议法案、表决法案、公布法案。^{〔1〕}在正式的立法程序中,立法工作者的影响并没有充分地显现出来,他们作用主要体现在立法准备阶段以

〔1〕 张文显:《法理学》,高等教育出版社2011年版,第195页。

及立法完善阶段这两个非正式立法进程中,包括立法规划、法案起草、法案审议以及立法适用解释等领域。^{〔1〕}立法准备阶段以及立法完善阶段在立法过程中有重要价值,立法准备是否充分、科学,直接关系到所立之法是否能够行之有效,并且有些立法的命运实质上在立法准备阶段就已经决定了;而立法完善价值在于使所立之法进一步臻于科学化,其价值的实现往往与一国法治化的程度成正比。由于所从事的具体工作领域不同,职业立法工作者应当具备的素质与技能又不同于法律职业共同体中的法官、检察官、律师以及法学学者。一般法律职业者需要具备四方面的能力与素养:一是法律的信息知识,主要是法条的机械性规定等信息性知识点;二是言辞文书技术,即辩论、修辞和写作的能力,包括法律文书写作的技巧;三是法律方法,即在一定的理论体系和价值追求的指引下,以一种特殊的法律思维,运用法律解释等方法,将法律规范应用到现实生活中,解决实际问题的能力;四是伦理信仰,主要指职业性伦理的内化及对法律的信仰等。^{〔2〕}职业立法工作者除应当具备上述素质外,还应当具备以下素养:

第一,需要较全面的知识储备。首先,毋庸置疑的是要保证立法质量,必须保证立法职业工作者要有坚实的法律专业知识基础,他们应当是具有一定法律教育背景,接受过系统的法律教育,能够掌握法律的精神和价值,法律概念与常识,法律原理和原则等法律基础性知识的法律人;其次,立法工作者还有必要具备相当的政治素养以及理论修养(社会科学理论),法律必须与本国国情相符才能保证其实效性,这要求立法工作者除了要具备扎实的法律专业知识外,还应当对本国国情有较为清晰的认识,领会执政党的方针政策,了解当今市场经济的一些基本知识以及相关现代行政管理的基本方法,以保证其所起草的法律草案合法、合理、合乎社会发展需要。此外,立法工作者还应当对世界法治发达国家的法律有所了解,以顺应全球化下的法律发展趋势。

第二,要有相应的技术技能。在立法过程中,立法者仅是提出问题或者主张,立法工作者却是将这些主张予以系统定义和阐述,进而起草法律案。在这一活动中,立法工作者需要运用其法律专业知识以及严密的逻辑思维对立法内容的完整性、法条表述的逻辑性以及概念使用的正确性、法言法语运用的合理性等诸多内容进行甄别,最终形成高质量的立法文本。并且在后续的审议法案的过程中,立法工

〔1〕 参见卢群星:“隐性立法者:中国立法工作者的作用及其正当性难题”,载《浙江大学学报》(人文社科版)2013年第2期,第82页。

〔2〕 郑成良、李学尧:“论法学教育与司法考试的衔接——法律职业准入控制的一种视角”,载《法制与社会发展》2010年第1期,第122页。

作者肩负着对其所起草的法律案的解释说服工作,立法工作者现场发表自己观点以影响立法者的活动也是需要培训的专门技艺。^{〔1〕}

第三,具备一定的立法经验。立法工作关乎一国民主法治的发展,因此要求立法工作者能够熟练运用立法知识和技巧,以保障立法质量。立法工作者要进行的诸如制订立法规划与立法计划以确定立法的必要性与时间,编写法律草案以及在审议法案中妥善处理出现的立法争议与反对意见等一系列活动,对于没有立法经验,在立法理论、立法技术技能以及规则论证上没有亲身实践过的法律人来说是相当困难的,或者说由这些人来进行这些活动并不能保证立法质量。

从前述立法工作者必然要具备上述立法方面的基本素养可知,立法工作者与法官、检察官以及律师有所区别,后三类主要从事于司法工作,而立法职业工作者的重点是立法工作,诚如徐显明教授所言,立法是给国家设计正义,执法是在落实正义,司法是在守护正义,我们的法学教育是教会你怎样去认识正义。所以所有的法律职业,应该有统一的价值观,作为法治的所有环节,也应当有统一的价值观。立法与司法都追求正义,但是并不意味着从事立法与司法工作需要有一个统一的评判标准,现行的司法考试并不适合作为一个统一的职业准入门槛。现行司法考试主要测试应试人员所应具备的法律专业知识和从事法律职业的能力,在考试内容上侧重于考察应试者对现行法条的记忆与运用,而对于立法工作者所需要的政治素养及理论修养、立法技术等方面无法考察,故其不适合作为职业立法工作者的入门门槛,仅可以作为评价其对现行法律知识的储备的一个标准。但是,对于职业立法工作者可以设置类似的一个统一的资格考试,对应试者所具备的政治素质、理论素养以及对于立法技术的娴熟掌握情况进行考核,但是考核通过并不意味着具备了成为职业立法工作者的资格,这一考试仅作为对应试者的现有立法方面相关能力的一种考察,在此基础上,对应试者进行立法理论和技术等方面的专业训练,在此之后再继续进行针对性的模拟考核以评判其能否成为职业立法工作者。

〔1〕 参见卢群星:“隐性立法者:中国立法工作者的作用及其正当性难题”,载《浙江大学学报》(人文社科版)2013年第2期,第82页。

浅析立法者的资格及制度构想

陈兵兵(吉林大学理论法学研究中心 2014 级硕士研究生)

一、问题的提出

2014 年 9 月,在第九届中国法学家论坛上,徐显明教授提出,立法者应当与法官、检察官、律师和法学教授一并作为法律职业共同体中的一部分,并认为所有的法律职业都应当有统一的价值观。

徐教授的上述观点,引起了人们对立法者的资格和素养的普遍关注,同时,人们不禁追问,是否存在着一个统一的职业门槛?这显然是默认了立法者属于法律职业共同体中的一员。对此,笔者深表疑惑:立法者由于其自身的独特性,很难将其融入法律职业共同体。也正因为立法者有其特有的内涵、条件、使命等不同于法律职业共同体的因素,所以不存在统一的职业门槛问题。

本文拟从法律职业共同体的形成条件出发,在分析立法者的内涵和外延的基础上,阐述立法者的资格问题,进而论证统一的职业门槛并不存在,并尝试型构一种符合我国国情和现实的立法者的准入制度。

二、法律职业共同体之形成

当今社会,随着经济的不断发展,社会分工越来越趋向于专业化、技术化和复杂化。法律也不再仅是作为斗争的工具而存在,而是作为一种治理国家、实现人民幸福的策略。在一般意义上,法律职业指的是专门从事法律实务和以法律为研究对象的工作,也可以指与此相对应的职位,主要包括律师、法官、检察官和法学教师。从广义上讲,即以法律为业,则指一切与法律相关的工作和职业,大体而言,包括律师、法官和检察官、法务人员等以法律实务为业的人员,也包括以法律教育、培训、编纂和法学研究、学习等为旨趣的一切人员。

一种职业共同体的出现,其基本标志乃一种职业发展成熟的表现。法律职业共同体也概莫能外。法律职业共同体,是建立在专门化和职业化的基础上,由具有共同的知识背景和价值理念的各种法律从业人员所组成的职业群体。笔者认为,

法律职业共同体的形成,需要具备如下条件:

其一,法律从道德、宗教教义和阶级信条中剥离出来。这不仅是法律获得独立地位,成为调整公民行为和国家运作的主要方式,也是法律职业发展和法律职业共同体形成的前提条件。

其二,法治成为治国安邦的首要理念,不仅在制度上得到了落实,并且法律权威得以树立,法律信仰深入人心。全社会成员,无论尊卑贫富,都在法律之下活动。

其三,初步形成符合本国现实、具有本国特色的法律体系和法律制度。这是法律职业共同体形成的制度保障。

其四,法律教育不断发展和进步,法律知识和法学研究呈现出一片繁荣之景。法律教育和法律职业在交流和互动中相得益彰。

其五,法律职业道德理念已经基本形成共识,并为广大的法律从业人员和法律工作者所坚守。这是法律职业共同体形成的一个至关重要的条件。因为职业道德不仅是一种职业得以维系的精神命脉,也是内聚力的体现。对于法律职业而言,法律职业道德的重要性自不待言,这也是法律自身作为维护公正和善的一门艺术得以存续的应有之义。

三、游离于法律职业共同体之外的立法者

在对立法者进行概念分析之前,先对立法予以考量。立法一词常见于古今中外的律法和著作。依目前比较流行的观点,立法乃是由特定主体,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可和变动法这种特定社会规范的专门活动。其实质乃是将国家和社会生活中占主导地位的社会主体的意志,上升为国家意志。关于立法的学说,主要有两种,即过程说和活动说,前者认为立法既指制定或变动法的过程,又指在立法过程中产生的结果——制定法本身;后者则指向的是立法活动本身的性质,强调立法区别于行政和司法,与此同时,还能体现立法过程,所以活动说的优势不言而喻。

根据周旺生教授的理解,立法者作为一个整体的概念而言,指的是立法机关和其他作为立法主体的机关和组织。作为国家的公职人员,根据立法权的性质、权限和来源,可以将立法者分为两种,一是享有宪法和法律赋予的完整的立法权的立法者,二是通过职权参与立法或对立法产生实质性影响而只享有部分立法权和立法性职权的立法者。毋庸置疑,立法者行使的是一种权力,一种调控公民行为和国家行为以及两者之间关系的权力。

如果从立法者行使的是一国权力体系内至为重要之权力而言,则不宜将其定格为法律职业共同体中的一员,缘于以下几点考虑: