

Sun Yat-sen University
Law Review

中山大学法学院 主办

中山大学 法律评论

第17卷

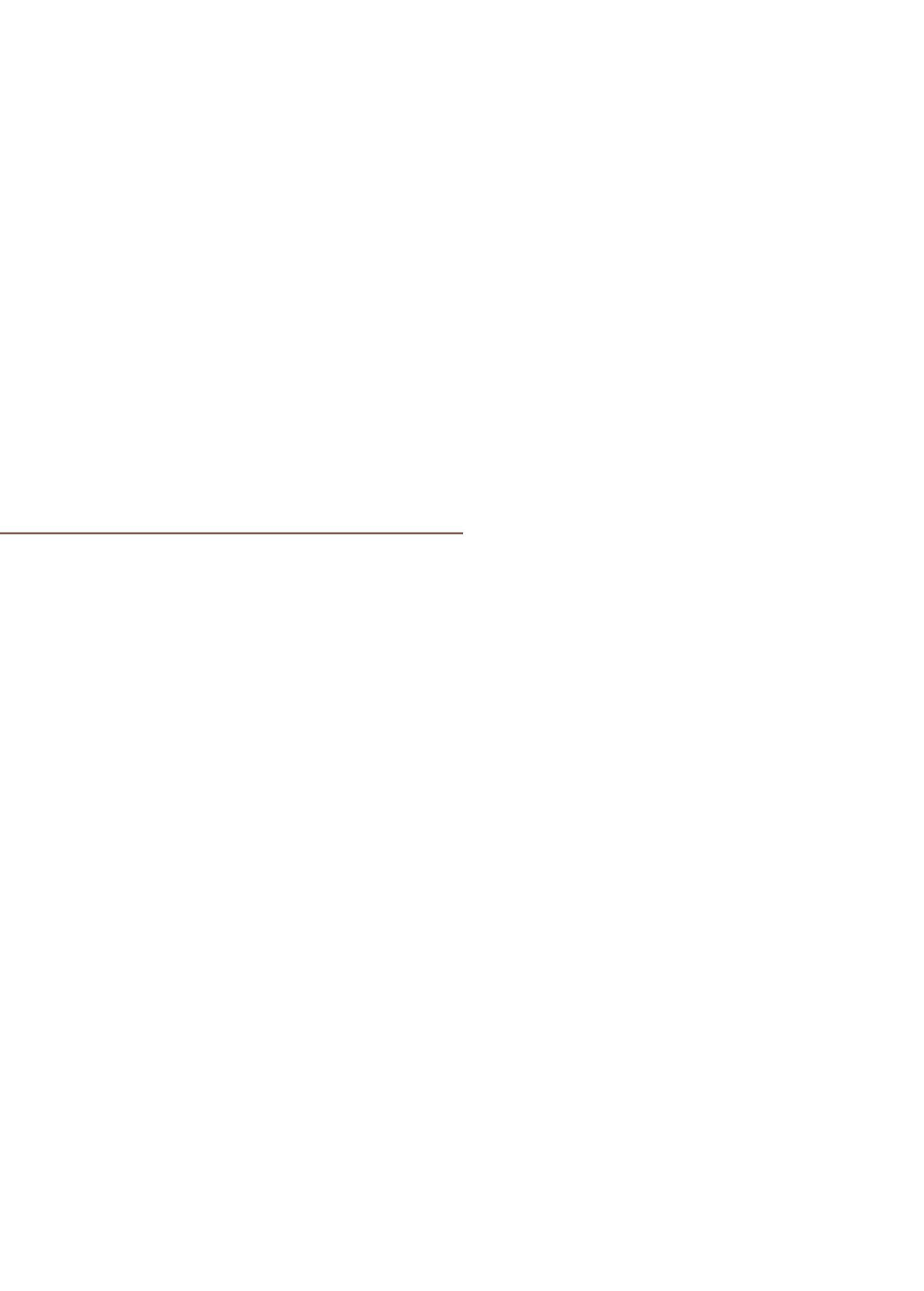
第2辑

谢进杰
主编



中国政法大学出版社





中山大学法律评论

(中大法学)



ZHONGSHAN DAXUE FALÜ
PINGLUN

第17卷 | 第2辑 Vol.17, No.2

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

中国政法大学出版社
2020·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

中山大学法律评论. 第17卷. 第2辑/谢进杰主编. —北京:中国政法大学出版社, 2020. 8
ISBN 978-7-5620-9580-4

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第136144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 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 18
字 数 280 千字
版 次 2020 年 8 月第 1 版
印 次 2020 年 8 月第 1 次印刷
定 价 79.00 元

中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第 17 卷 · 第 2 辑 Vol. 17, No. 2 (2019)

主 编 谢进杰

编 辑 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 董淳锷 杜 金 梁丹妮
廖艳嫔 刘 诚 毛 玮 王承志 杨 彪 张 亮

编 务 陈好 邓慧筠 钟旭茵

学术委员会

高秦伟 郭 萍 郭天武 黄 瑶 李明章 李 扬
李挚萍 刘 恒 刘 忠 罗剑雯 马作武 聂立泽
任 强 王红一 谢进杰 谢石松 谢晓尧 徐忠明
杨 彪 杨 鸿 杨建广 杨小强 于海涌 张 亮
张民安 周林彬 庄 劲

邮 箱: sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址: <http://law.sysu.edu.cn/research/research8/1>

地 址: 中国广州市新港西路 135 号 邮 编: 510275

微 信: SUSYLawReview 微 博: 新浪“中山大学法律评论”

博 客: <http://sysulr.fydz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学司法体制改革研究中心

中山大学法学实验教学中心

目 录

- 003 律师职业伦理的中国之“道”
——基于公共理性与中国文化的探寻（丁建峰）
- 023 无需律师的正义：中国农村法律服务体系的历史与实证
分析（潘炫明 吴海杰）
- 047 新“枫桥经验”语境下基层司法参与社会治理的因由
与路径（廖万春）
- 066 回溯与破局：基层法院法官绩效考评指标体系构建
——以 KPI 为视角的实证分析（郑博涵）
- 088 政府主导精准扶贫中信息失灵的制度回应（黄军）
- 108 医改成功离不开法治和善治两种思维
——兼论《基本医疗卫生与健康促进法（草案）》修改（黄清华）
- 144 人工智能算法的伦理诉求和法律规制
——以算法归责为视角（罗伟玲 梁灯）

—
论
文
—

- 179 对行政行为未考虑相关因素的审查思路与方法
——基于 305 份行政裁判文书的实证考察（赵剑文）

—
评
论
—

- 221 上诉权滥用的观念
——以日本民事诉讼法第 384 条的两个机能的检证
为中心（佐佐木平伍郎）

—
争
鸣
—

- 237 论科斯定理不是侵权法经济分析的理论基础（黄竹璿）

—
阅
读
经
典
—

- 263 邻保哭啼：从《盟水斋存牒》看晚明社会舆论对地方
司法的影响（谭家齐）

Table of Contents

Symposium

The Issue of the “Uncertified Judges” Under the Background of Judicial Personnel Classification Management Reform

- 003 The Ethical Way of Lawyers in China: An Inquiry Based on Public Rationality and Chinese Culture
(Ding Jian-Feng)
- 023 Justice without Lawyers: An Empirical and Historical Assessment of Rural Legal Services in China
(Pan Xuan-Ming / Wu Hai-Jie)
- 047 Reasons and Paths for Grass-roots Judicial Participation in Social Governance in the Context of the New “Maple Bridge Experience”
(Liao Wan-Chun)
- 066 Review and Reconstruction: the Construction of Performance Evaluation Index System for Basic Court Judges—An Empirical Analysis from the Perspective of KPI
(Zheng Bo-Han)
- 088 The Institutional Response to the Information Failure in Government-led Precision Poverty Alleviation
(Huang Jun)
- 108 Health Reform Success Requires both Thinking of the Rule of Law and Good Governance—also Discussing the Amendment of the Basic Health Care and Health Promotion Law

(Draft)

(Huang Qing-Hua)

- 144 The Ethical Appeals and Legal Regulation of Artificial Intelligence Algorithm—From the Perspective of Algorithmic Responsibility

(Luo Wei-Ling / Liang Deng)

Articles

- 179 Thoughts and Methods on Judicial Review of Administrative Acts without Considering Relevant Factors—Based on the Empirical Study of 305 Administrative Judgment Documents

(Zhao Jian-Wen)

Comments

- 221 The Concept of Abuse of Appeal—Centering on the Verification of Two Functions of Article 384 of the Civil Procedure Law

(Sasaki Heigorou)

Academic Debate

- 237 A Treatise on the Coase Theorem is not the Theoretical Basis of Economic Analysis of Tort Law

(Huang Zhu-Jun)

Reading of Classic Works

- 263 Crying for Justice: The impact of Public Opinion on the Local Judiciary in the Light of the Late Ming casebook *Mengshui zhai cundu*

(Tan Jia-Qi)

主题研讨——基层治理的经验、秩序与伦理

Symposium: the Experience, Order and Ethic of Local Governance

律师职业伦理的中国之“道”

——基于公共理性与中国文化的探寻

丁建峰^[1]

提 要：律师职业伦理是律师执业的重要规范，探索符合中国特色法治理念的律师职业伦理，必然涉及各种不同体系与思路的对话与碰撞。罗尔斯发展出的“重叠共识”与“公共理性”的理论框架，可以很好地处理在中国律师职业伦理构建过程中出现的传统与当代、中国与西方、专门化的职业伦理与大众道德的对立。律师职业伦理并不脱离道德推理的一般形式，因此，可通过“公共说理”的方式确立和论证律师职业伦理的基本原则。这些基本原则和中国传统伦理、大众道德在本质上不相违背，但是，在若干方面却应当进行合乎情境的、合理适宜的转换。经过这种转换，当代中国律师职业伦理的建设，可以从中国传统思想、西方律师伦理、中国法治实践中汲取支撑性的资源，以期成就一套适合于中国实际而又符合世界潮流的职业规范，最终形成罗尔斯在讨论多元文化之整合时所提出的“重叠共识”。

关键词：律师职业伦理；公共理性；重叠共识；中国传统

一、全面建设法治社会蓝图下的律师职业伦理

众所周知，律师在法治进程中的作用不可忽视。法治水准之或进或退，

[1] 作者丁建峰，男，中山大学法学副教授，北京大学经济学博士，研究领域为法学理论。代表作为《博弈论视角下的过程偏好与程序正义——一个整合性的解释框架》《本源自然的演化之法——自然法与演化理论的会通与融合》《立法语言的模糊性问题——来自语言经济分析的视角》等。Email: thinkerding@qq.com。

本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“博弈论与社会选择视角下的过程偏好与程序公正”（项目批准号15YJCZH030）的研究成果之一。本研究也得到国家留学基金资助。

在很大程度上，可从律师职业的盛衰起伏中得到相当的展示，可以说，律师是中国法治进程的“晴雨表”，或如江平教授所说：“律师制度是一个国家法治的‘橱窗’或者国家民主的‘橱窗’”。〔1〕历经三十多年的经济改革与对外开放，当代中国已经步入了建设“良序社会”的时代，实行法治逐渐成为全社会的共识。十八届四中全会进一步确立了全面依法治国的基本方略，提出推进法治专门队伍的正规化、专业化、职业化，发展法律服务业，建设高素质的法治专门队伍，种种改革举措，给律师职业的发展带来了广阔的新机遇。〔2〕律师职业伦理，不仅是规范律师执业行为的重要准则，也充当着律师职业生涯的座右铭与指南针。当下，中国的律师行业存在诸多问题，例如，律师事务所的公共责任感与监管意识衰落；律师泄露当事人秘密，参与司法腐败、与法官进行利益交换；等等。这些问题层出不穷，严重影响了律师职业的社会形象，使得律师职业伦理的建构与实施成为一个重要而迫切的问题。

中国的律师职业伦理必须承担提供优质法律服务、维护公民合法权益、增加普通大众对律师行业的信任、与世界法律服务业接轨等多方面的任务。因而，探索符合中国特色法治理念的律师职业伦理，必然涉及各种不同体系与思路的对话与碰撞，例如，中国传统文化与当代法治实践、中国特色与世界潮流，以及专门化的职业伦理与大众道德等。中国律师职业伦理的构建与演进，必须把握“中国特色”，对中国传统和中国经验进行吸纳与整合，同时也必须兼顾世界主要法治国家发展出来的若干基本原则。本文希求采用政治哲学家约翰·罗尔斯发展出的“重叠共识”（overlapping consensus）和“公共理性”（public reason）的框架，对律师职业伦理的中国化进行初步的探索。

本文的基本思路是：首先对罗尔斯的理论框架进行简要介绍，然后进一步论述如下命题：律师职业伦理看似十分特殊，但从本质上看并非绝对的特殊规则，它并不背离一般的道德理性和道德推理。正是因为律师职业伦理不会悖离道德推理的一般形式，因此可以通过“公共说理”的方式确

〔1〕 江平、季卫东：“对话：现代法治的精神”，载《交大法学》2010年第1期。

〔2〕 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》编写组编著：《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年版，第30—33页。

立和论证律师职业伦理的基本原则。这些基本原则，和中国传统伦理、大众道德在本质上不相违背，但是，在若干方面却应当进行合乎情境的、合理适宜的转换，经过这种转换或“创造性转化”，当代中国律师职业伦理的建设，可以从中国传统思想、西方律师伦理、中国法治实践中汲取支撑性的资源，成就适合中国实际而又符合世界潮流的职业规范，最终形成罗尔斯在讨论多元文化之整合时所提出的“重叠共识”。这种重叠共识未必能解决律师执业过程中遇到的所有问题或在一切方面说服一切“圈外人”，也不一定化解一切“道德两难”的局面，但笔者将论证：它可以涵盖和处理中国律师职业整体上面临的绝大多数问题，因此其意义仍是重大的。

当代中国学术界对于律师职业伦理已经出现了比较丰富的研究成果，从中国传统思想角度研究律师职业伦理的文献也已有若干尝试，但通过罗尔斯的重叠共识与公共理性理念，整合关于律师职业伦理的思想资源，并进行整体性的探索的文章，尚属鲜见。笔者以为，在关乎现代中国法律人立身行事之准则的职业伦理上，我们无法忽略中国国情，但也不能仅仅强调中国传统文化和中国特色，必须以一种合宜而理性的方式，整合诸种不同的思想资源，罗尔斯的重叠共识和公共理性的理念，可以给我们在这方面的研究和实践带来有益的启发。

二、公共理性、重叠共识与律师职业伦理

现代社会是一个价值多元的社会，当代中国也存在着不同源流的思想文化传统。当代政治哲学家罗尔斯在其名著《正义论》发表之后的研究，围绕着这样一个基本事实而展开：现代社会是由各种在内核上互不兼容但又是理性的政治、道德、宗教信念上建立起来的。面对这样的“众声喧哗”之局，罗尔斯提出振聋发聩的一问：“自由和平等的公民所组成的稳定而正义的社会，尽管深深地被这些自有其道理却互不相容的学说所分割，为什么能够和谐共存于一体？”〔1〕为了解决此问题，他系统

〔1〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 133. 译文参考顾肃：《自由主义基本理念》，中央编译出版社2003年版，第471页。

地提出和论证了“公共理性”的框架——公共理性就是公民所共享的指向公共善（goods）的理性。^{〔1〕}罗尔斯区分了“合理性”（rationality）和“理性”（reason），在罗尔斯看来，“合理性”是一种个人利益最大化的计算理性，而“理性”是指“心智健全、通情达理”。罗尔斯没有给“理性”一个直接的定义，而是认为理性是一种人与人之间讨论问题的“交互性”，理性的个人具有一种道德敏感性，他们会平等地讨论自己和他人提出的有关社会合作的规范性原则，并且尊重讨论的结果。例如，某人在谈判的时候立场极其强硬，心意坚固，争执不休，那么他可能仍然具有“合理性”——因为此时他的最优化目标（个人利益最大化）并没有产生变化，但他却失去了“理性”，因为理性蕴含着对他人方案的平等尊重。^{〔2〕}在罗尔斯看来，“合理性”可以仅仅作用于一个人，而“理性”必然是公共的，并且符合若干理想条件，“公共理性蕴含着诸多价值，它不仅包含基本的判断、推论和证据之概念的恰当运用，而且也包含着通情达理、公正深思之美德，它遵循常情常识的标准与程序，并且也尊重科学的结论，如果这些结论并无争议。”^{〔3〕}对公共问题的理性讨论，是达成社会公平正义原则的不可或缺的条件之一。最终，罗尔斯希望经由公共理性的讨论和对话，达成一种“重叠共识”，亦即，各种不同的“整体性学说”（comprehensive doctrines，又译作“完备性学说”）尽管从根本上“不可公度”或“不相容”，但都可以支持某个理念（尽管是从不同的理由来支持的），那么这个理念就可以称之为“重叠共识”。^{〔4〕}罗尔斯认为，在现代多元社会，立宪政体的权威就来自于社会各个群体所形成的这种共识。^{〔5〕}正如佩西·莱宁所指出的，在罗尔斯的思想体系中，重叠共识并不是政治妥协、利益交换或者任何权力的暂时性分配，它不是权宜之计，而是一种具有内在稳定性和自我实现/自我实施功能的社会共识。通过公共理性对话而达成的重叠共识，具有一种充满活力的社会整合功能，正是由于这样的机制，多元共生的价值系统变得生机勃勃而

〔1〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 212.

〔2〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, pp. 48-54.

〔3〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 139.

〔4〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 136.

〔5〕 John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 137.

富于秩序。^{〔1〕}

在这里必须说明的是，在著名的“罗尔斯—哈贝马斯”之争中，尽管笔者认为尤尔根·哈贝马斯的商谈伦理具有重大的理论价值，但在本文中仍然主要采用了罗尔斯的框架。理由主要是：第一，罗尔斯的框架保留了实质性正义的内容，主张实质性与程序性规范的内在统一，而律师职业伦理确实包含着某些重要的实质性的立场（例如委托人忠诚原则），这些立场应当通过对话加以说明和论证，却不容许经由对话而放弃。第二，罗尔斯的框架承认分歧的意义，认为人们可以在承认观点分歧的同时，在态度上存在共识，对于公共议题的讨论可以容许“理性的分歧”（reasonable disagreement），这一点是为哈贝马斯的框架所拒绝的。就律师职业伦理在当下的进境来看，笔者认为理性容纳分歧与中国改革的“摸着石头过河”的思路，具有某种相容性，应当予以接受。当然，哈贝马斯的理想对话思路，对于构建切适合宜的公共对话程序，具有极为重大的意义，也是不可否认的。

对于中国律师职业伦理而言，重叠共识与公共理性的思路大有借鉴意义。尽管罗尔斯论述“重叠共识”和“公共理性”的时候，是为了论证他的正义理论（两个正义原则），但自从他创立了这一理论框架后，该思路已经超越了正义理论的论域而迅速渗透到公共管理、教育伦理、气候变化等其他领域，而律师职业伦理的规范论证，亦可以作如是观。^{〔2〕}律师职业伦理中那些独特的伦理规范，必须通过交互性的商讨与对话来探求其核心内涵在秉持公共理性进行对话以后，最终仍要达成对某些核心规则的重叠共识——在中国的语境下，它应当被看作是来自中国传统文化、律师执业实践、世界律师职业伦理的一般原则等诸种不同思想体系的交互共识。

〔1〕 [荷] 佩西·莱宁：《罗尔斯政治哲学导论》，孟伟译，人民出版社2012年版，第142页。

〔2〕 参见 Ciarán O'Kelly, “Public Institutions, Overlapping Consensus and Trust”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 9, 2006, pp. 559-72; John Halliday, “Reason, Education and Liberalism: Family Resemblance within an Overlapping Consensus”, *Studies in Philosophy and Education*, Vol. 20, No. 3, 2001, pp. 225-34; Heidi Rapp Nilsen, “Overlapping Consensus Versus Discourse in Climate Change Policy: The Case of Norway's Sovereign Wealth Fund”, *Environmental Science & Policy*, Vol. 13, 2010, pp. 123-130. 甚至有专门的网站探讨在各个领域内达成重叠共识的途径，见 <http://overlappngconsensus.com>。

三、律师职业伦理中的道德推理

律师职业伦理是否是一种从根本上异于一般伦理的规则体系？律师职业伦理是否有着一种特殊的道德推理方式？如果这两个问题的答案是肯定的，那么，通过公共理性的对话来构建关于律师职业伦理的共识就是不可能的。诚然，律师职业伦理有着“法律人的内部伦理”的特点，从而在某些具体伦理规则上有别于大众伦理。高度的专业化分工以及法律职业共同体的运行逻辑，导致了现代律师职业伦理出现了“非道德化”的趋势。^{〔1〕}比如，律师会为道德上有瑕疵甚至有罪的当事人努力辩护，以减轻甚至免除其罪责，这就是著名的“委托人忠诚”原则。正如美国著名法学家及律师艾伦·德肖维茨所言，“辩护律师几乎要为通常有罪的当事人做纯粹的、一边倒的辩护，当事人有罪时，辩护律师的职责就是运用法律和道德允许的一切手段，防止真相全部暴露”。^{〔2〕}同时，出于为委托人保密的目的，律师会向法庭隐瞒被告人未被揭发的犯罪信息，这似乎也难免有与罪犯同流合污之嫌。

但是，这仅仅是说在具体的“道德条目”或“义务清单”上，律师职业伦理会给出与一般道德要求不同的答案，但并不意味着道德推理的基础发生了变化。从这个层面看，笔者否认法律职业伦理与一般意义上的道德存在根本的背离——假如是这样，那么整个律师职业所遵循的准则就与一般道德相分离，其根本不能称为一种“伦理”。而且，由“非道德性”也可推知，律师职业只具有工具性的价值而不具有道德上的价值，这显然不符合我们对律师在法治中的作用的期待。当然，如果律师职业伦理仅仅是一个对律师加以惩罚的根据或是一组外在的执行规则，那么它是否与大众伦理相异，原非一个重要问题。但是，如果律师职业伦理同时又是一个约束律师自觉行为的内在规则，律师职业伦理和一般伦理的关系就是一个不能回避的问题。固然，我们可以认为，法律职业共同体内部的高

〔1〕 李学尧：“非道德性：现代法律职业伦理的困境”，载《中国法学》2010年第1期。

〔2〕 [美] 艾伦·德肖维茨：《致年轻律师的信》，单波译，法律出版社2014年版，第151页。