

律师参与网络立法的法哲学思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E5\\_8F\\_82\\_E4\\_c122\\_483684.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_8F_82_E4_c122_483684.htm) 2001年，江平老师在为笔者的拙著《网络隐私权保护制度初论》一书所做的序文中，指出，“希望律师能够关心社会、服务于社会、奉献于社会、只有这样才能使律师的社会地位、团体价值得到提高，所以说，走向政治是21世纪中国律师的光荣使命。律师是社会法律的服务者，可是又不仅仅如此，由于律师通晓法律、熟谙社会关系，所以我说这是一个集‘喜、忧、成、败’于一身的职业。就因为如此，律师未来的道路更长远、更艰辛。中国律师如何走向政治，中国律师如何利用自身的优势走向政治，中国律师如何在走向政治后还保持着律师的优势，这是中国律师要慎重考虑的问题。律师结合司法实践经验，对中国当前及未来重大的法律问题，深入地研究，提出自己的意见和建议，积极地参与司法与立法活动，应当讲这是走向政治的重要途径之一。”律师走向政治，并不是要求每一位律师都成为政治家，笔者虽然不对政治家报有成见，然却无意追求，这也就是牢记“保持律师自身优势”最主要的原因之一。然而，律师参与立法活动，还应当有着更深层次的思考，即法哲学的思考。为此笔者结合多年来从事网络行为规范制度的理论研究、法律实务经验和参与相关立法活动的体会，运用法哲学理论加以思考并成此拙文，恳请诸位先学、师长赐教！

### 一、律师参与网络立法是法哲学的思考

律师是广义概念下的理性人，网络法律规范是理性的，网络立法体现着实践理性，律师有能力，也应当利用自身的特征和

优势参与网络立法。律师运用思维的怀疑与理性的实践，在参与网络立法时应当、也有能力在论证网络法的“社会控制目的”和“正确性”时保持自身的优势。易言之，律师参与网络立法体现着法哲学的思考，律师需要运用法哲学的思考参与网络立法。上述两个方面就是本文关于律师参与网络立法的法哲学思考。虽然前面路很长，也很曲折，但是我坚信这条路是通的。历史经验告诉我们，任何人都不可能根据某个单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。一系列社会的、经济的、心理的、历史的和文化的因素以及一系列价值判断，都在影响着和决定着立法和司法。虽然在某个特定历史时期，某种社会力量或某种正义理想会对法律制度产生特别强烈的影响，但是根据唯一的社会因素(如权力、民族传统、经济、心理、或种族)或根据唯一的法律理想(如自由、平等、安全、或人类的幸福)，却不可能对法律控制做出一般性的分析和解释。网络法律规范体系结构非常复杂。网络立法需要把组成这个复杂体系的各种头绪纺织在一起，这就需要不同的知识和分工，这其中律师应当，也能够发挥重要的作用。这不仅仅是律师提升社会地位，提高团体价值的需要，也不仅仅是为了实现律师走上政治这一“二十一世纪的光荣使命”，而是法哲学思考的体现，这其中蕴含着客观性和必然性。

二、律师是广义概念下的理性人 律师职业特征更多地体现着理性的一面，所以从某种角度来讲，律师是理性人。这并不是说不是律师就不是理性人，也不是说除了律师以外的人都是非理性的。这里是在强调律师这种职业其理性的显然性。而且，需要说明的是本文这里所说的理性，是广义概念下的理性。(一)人是理性与非理性的对立统一 在人的灵魂

中存在着三种因素，即感觉、理智和欲望，或者说，灵魂具有非理性部分。在非理性部分中，也就是指生物的特性。然而，灵魂还有另外的本性，那就是理性。无论是能够自制的人，还是不能自我控制的人，他们灵魂中都有理性的部分。除了理性之外，在灵魂中似乎还有一种不同的本性，在抵制和反抗着理性，恰似人身体瘫痪的那部分一样，灵魂也会发生同样的事情。所以，无节制的人在冲动之下，就会违背理性。那些能节制的人，勇敢的人，其灵魂部分即是符合理性的。所以人的理性与非理性具有二重性。理性的二重性表现在理性是在克服非理性而成为理性的；非理性表现在由于理性的指导使非理性转为理性。所以，人的本性是理性与非理性的对立统一。

(二)认识论概念下律师的理性无法否认，律师常常会做出非理性的事情。但是，律师这种职业更多地显示其理性的一面。律师作为社会的法律服务者，如果以律师个体作为考察的对象，从其职业性质本身来讲，并不具有垄断性。所以，竞争必然要伴随着律师的执业生涯，成为律师职业无法回避的问题，事实也确实如此。面对着已经发生或即将发生的法律问题，律师有义务尽自己最大的努力充分地发挥自己的长处，最大化的维护委托人的利益。很显然，这就需要律师的思维要通过怀疑，确立肯定的东西，肯定哪些资源是可以用在执业的过程中，否定不在尽力维护之列的委托人的那些非法利益或不当利益。即便是抛开律师执业纪律不谈也应该是这样。所以，我们应当承认律师在执业过程中，怀疑的思维是常在的。虽然一切都可经思维而怀疑，但是思维怀疑的思维却是不能怀疑的。因为只有确立思维之思维者的存在，即思维主体存在，思维的怀疑才能进行。所以，

笛卡尔提出的“我思故我在”，这个思维和思维实体确立的普遍性命题，告诉我们律师的主体性应当被提到更高的地位。事实证明，社会对律师识别真假和判断是非的能力有着强烈要求，这在很大程度上也是对律师职业推崇理性证明的有力推动。由此，律师职业理性的一面被突出地显示了出来。（三）律师职业理性特征的相对性 历史表明人类进入20世纪以后，随着法国启蒙运动理想的破灭，理性主义的发展遇到了深刻的危机，这就为现代非理性主义哲学思潮的滥觞提供了契机。现代非理性主义竭力地突出人作为主体的个别性和不可重复性，把心理因素中的非理性成分，如意志、情绪、直觉、本能等提到首位，并强调非理性的心理因素对人的活动和行为的决定作用。从表面上看，这些历史和现实弱化了律师职业其理性的一面，然而深入分析得出的结论却不然。律师事业发展的客观历史表明，律师职业的专业化是必然的，这不仅是律师个性化的产物，更是律师面对社会进行法律服务的客观需要。不论是从律师服务的角度出发，还是从对委托人权利最大化地维护的角度来考察都是这样。但是，要清楚地认识到律师专业化的背景和基础，抛开律师事务所的规模化和律师个体之间的团队协作，片面地强调律师服务的专业化是不现实的。而律师事务所的规模化和规范化的协作，都恰恰是以理性为基础的。律师职业的道德规范不可能建立在感性经验基础之上，因为非理性的欲望不可能产生道德法则。很多人选择律师职业是因为相比较而言律师这个职业是自由的。但是不要忘记，律师职业的相对自由其基础是律师强烈的意志性。何谓意志，意志就是理性的实践能力，就是实践理性。人的意志之所以是自由的，就在于它的本质是理性

的。简言之，律师职业道德规范之所以形成并在继续完善，就是因为理性能够给律师自己，给整个律师行业立下行为准则，使自己不会一味地顺从感情欲望的驱使，从而丧失意志。

(四)律师是广义概念下的理性人 需要说明的是，这里所说的律师是理性人，并不是指唯理性主义中的极端的理性。法哲学发展的历史显示，17和18世纪唯理性的唯心的自然法学说，所片面强调的法的理性和理念因素，不得不被历史法学派，最终被法律实证主义所抛弃。笛卡尔认为，“一个主张要合乎理性，就必须建立在一种类似于数学家所具有的那种洞见的基础之上。只有那种被认为具有绝对必然性的而且不会被质疑的东西，才属于理性的认识的范围。”。本文使用理性一词的观念，所覆盖的领域更为广泛一些，是指广义概念下的理性。当律师面对委托人向自己提出要求为其谋求非法利益时，律师理性地拒绝了这种请求。当他人意图通过律师的嘴巴，知道试图得知该委托人是否曾要求律师为其谋求非法利益时，也被律师理性地拒绝了。这两种理性的选择，从逻辑的角度来看，既不是演绎的、也不是归纳的，而且严格来讲也不是使人非相信不可的，但是却无法否认都具有高度的说服力。这是因为它所依赖的乃是累积的理性力量，而这些力量则是从不同的，但却通常是相互联系的人类经验的领域中获得的。一种理性论证或判断，从其广义来看，是建立在下述基础之上的：在事实方面，详尽地考虑了解决某个规范性问题的所有方面；以及根据历史经验、心理学上的发现和社会学上的洞识，去捍卫规范性解决方案中，所固有的价值判断。事实证明这种论证的效力会得以增加，这是因为在通常情况下，它指出了在不同目标或可供选择的途径之间

如何进行有效地选择。委托人的客观需求不同和律师的价值取向存在着差异。基于这些因素，律师经常会在不同的利益目标之间和所采取的方法、途径方面，具体地做出选择。很多情况下，这种选择是艰难的甚至是痛苦的，这是因为这些选择的做出，自然体现着律师对相关行为规范整体的理解与判断。理解不同，判断自然有差异，选择的结果也就差别很大甚至可能截然相反。虽然，理性地理解与判断产生的实际结果可能不同，但是，这其中的绝大多数的思维与行动却体现着律师理性的特征和展现着律师理性的风采！通过上述论证，我们不难看出，这类论证同情感欲求的理性化形式不同，尽管我们必须承认人类达到这种客观性还存有诸多限制，但是，我们却不得不承认人们正是本着这种精神寻求解决方法的，并不仅仅是律师需要这样。所以，我们说这种关于理性的论证具有独立和不偏不倚的精神。我们也不难看出，这种广义理性观念要比那种把理性视为是对必然真理进行识别的狭义观点更为可取。这是因为：第一，广义的理性观是同日常语言用法相一致的，因为它拒绝把理性判断的范围局限于那些在准数理逻辑的帮助下才能得到的东西。第二，对理性概念所作的狭义理解，把许多判断和结论都归入了感觉、情感和那些专断取向的范围之中，而严格地说，这些判断和结论实属理性范围。我们必须看到，关于理性的概念是非常特殊的，因为其复杂性，在很多情况下使很多问题的判断与论证，都处于悬而未决的状态，涉及律师职业理性的问题自然也不例外。但是，我们还必须看到广义的理性观念，有助于我们对有关经验事实的问题、秩序价值的问题和法律的公平与正义问题展开更深入、更全面的探讨。这也就为律师参与

网络立法活动，在理性这一根本性的问题上，就主体的思维理性和行为的实践理性在很大程度上取得了一致。三、律师运用法哲学的思考参与网络立法 前文已经论述了律师参与网络立法活动的重要意义，体现着法哲学的思考。律师作为广义概念下的理性人，其参与网络立法活动的思维与活动在运用着法哲学的思考。网络空间如果根本就不需要说理，或者根本就不具备说理的任何条件，那么网络也就没有什么规范可言，也就不需要法律了。

(一)、网络法律规范是理性的 事实表明，网络空间不仅有行为规范，而且，网络环境中的行为规范还是包括法律规范在内的多种行为规范组成的多元化体系。由此可见，网络规范与其他的法律行为规范一样都是以“说理”为特征的。说理活动的存在必须具有三个前提：第一，“道理”本身的“客观”存在；第二，这个“道理”能够被人类的思维所把握；第三，这个“道理”还必须能够被人类的语言甚至文字表达出来。道理存在于一个文明的社会和文明的时代，愿意并善于讲道理是每一个有理智的人的最优秀的品质之一和文明程度的象征。是否存在一个允许并使人们能够充分讲理的法律制度，则是一个社会文明程度的标志。所以从一定的历史过程看，法律既是理性的产物，又是理性社会的象征。法律与理性存在着上述密切联系，表明法作为理性而存在，作为理性而发展，通过理性获得了自己的生命形式，反过来，理性化的法律及其实践又促进社会向更合理的方面发展，进一步强化了理性的权威。综上法律是理性的，网络法律规范也是如此。

(二)网络法律规范是经验的 网络法律规范是理性的，但是又不仅仅是理性的，它还是经验的。“律师越做越值钱”是因为经验越来越丰富了。虽

然，经验一词在这里的含义与下文中要讨论“经验”不同，但是似乎在告诉我们法律与经验有着某种联系。确实如此，不仅律师与法律有着某种联系，法律与经验也确实是难以分开的。法律与经验的紧密联系，在网络行为规范体系的组成中得到了充分地体现。由于网络空间，行为主体类型呈极端的多样性，又因为信息的复制和流通成本大幅度降低，而信息的数量与形态却急剧增加，还因为网络空间行为的隐蔽性，致使许多传统的法律规范无法被直接有效地实施，严重地减弱或丧失其引导与制裁作用。所以经验证明，一方面需要对相关法律进行修改、并制定新的法律规范的同时，要充分地利用网络环境中非法律的行为规范，共同形成网络睿多元化的行为规范体系。在此过程中，还要充分地注意法律规范在网络空间的局限性。在这里经验被得到充分地运用，法律之经验的一面也得到了充分地体现。

(三)网络法律规范是实践理性的 如果过于看重经验的话，法律就只是实践的，而非理性的，最多是实践着的工具理性。实践，是指(与人的纯粹的认识活动和生产活动不同的)行为选择活动。它不仅描述了人们选择和从事现实行为中的缜密思考以及自己行为的控制，而且它还表示，人们对自己行为的选择与自己对未来的期待是联系在一起的。它将我们做什么、我们可以做什么以及我们应该做什么这三个人的行为基本问题统合起来，以此展示人在自己生命过程中不断开拓与追求生存意义的行为实践。所以，实践理性基本含义就是指人的行为选择的道德基点。实践理性与实践经验有所不同的。实际上，法律是被实践理性组织和发展起来的经验，在人的意志照亮这些经验之前，经验只是纯粹的个人体验，从这个意义上说，法律是实践

与理性的统一，是实践理性的产物。律师通过理性的思考与实践经验的结合，可以清楚地认识到，如果仅仅把网络行为规范多元化体系的建立视为实践经验，而否认其是被实践理性组织发展起来的经验这就大错特错了。这是因为，如果我们仅仅从实践经验的角度来考察，无法得出网络法律规范与网络非法律规范的界线。易言之，没有办法确定网络法律规范中，哪些是必须通过具体的条款要加以引导的，也没有办法确定哪些行为必须通过法律来规定为不可以做的，也就没有办法通过法律来强制哪些是必须要做的，当然更没有办法将上述三个方面结合起来。(四)律师参与网络立法要体现实践理性 如果，我们完全抛开法社会学方面因素不考虑法律的实效性，如果全然不顾法经济学所强调的效率与利益最大化的合理性，那么可以把参与网络立法的活动仅视为经验的产物。而事实却不应当是这样的。历史告诉我们，在社会制度不平等极为凸显并引发威胁社会基础的强烈不满的时代，有洞见的法律思想家所提出的法律哲学便会着重强调较多的平等，尽管现状的辩护士也会不乏其人。在遭到混乱和无政府主义所危及的社会制度中，人们必定会期望强调秩序和法律安全，而这一点已然得到了托马斯霍布斯的法律哲学的证明。在一个政治上实行专制主义的新时代，人们则可能倾向于在政治所控制所确定的限制范围内或者甚至在无视这种限制的情形下强调法律中的反专制主义因素。四、律师参与网络立法应当体现哪些法哲学的思考 如果我们接受这样一个命题，“真理是任何特定时间人们经验的总和”，那么，律师参与网络立法的法哲学思考，就会有丰硕的成果。(一)谨防终极、排他的法律控制目的论 网络环境中，网络的安全问题是非

常重要的问题之一。在诸多的流通环节，安全是核心的问题，在网络法律规范中的地位应当被置于突出的位置。但是，我们不应当将其理解为，在网络环境中的任何情况下，网络安全(包括交易的安全与信息传播内容的安全)都是第一位的。网络空间，与传统生活空间一样，平等、自由、安全和公共利益等价值问题，既相互结合又相互依赖。我们应当清楚地看到，在许多的具体环境中，对追求网络信息流通自由最大化目标实现的进程，正在或者将要被以网络安全为借口而阻挡。我们在为此呼吁和斗争的同时，理性的思考使我们，又不得不正视技术和信息的滥用所带来的消极后果。我坚持认为，在网络环境中，这些价值都不应当被视为绝对的价值，这是因为，它们都不能孤立地、独立地表现为终极的和排他的法律思想。网络的管理和安全，应当被放在一个适当的位置上，这是在建构一个成熟和发达的网络法律体系时，必须要充分考虑的，对于网络平等、网络自由和网络空间的公共利益等网络价值问题，都应当有一个适当的位置。

(二)强调实践与理性相互作用是重中之重 利用互联网络进行电子政务，是世界各国政府都在积极开展的一项宏大的工程。这项工程的实施进度，也是信息时代的发展在不同阶段的重要标志之一。电子商务应用与发展更是网络价值得以充分体现的大好时机。电子商务和电子政务，对电子认证和电子签名都有着迫切的要求，可以说，电子认证和电子签名是电子商务与电子政务开展的基础性的重大问题。所以，电子认证与电子签名的法律规范，是网络空间法律体系重要的组成部分。但是，不同的环境中，对电子认证和电子签名的要求有所不同，电子政务强调的是公开、信息的共享、高效和全面，而

电子商务强调的是，公平、效益、安全与自由。所以，我们应当明确地指出，电子商务和电子政务关于电子签名与电子认证在安全这一核心问题的要求上，是不一样的。最起码的可以说，电子政务与电子商务在电子签名安全问题的侧重点是不同的。立法机关在具体的立法活动中，有一种思路是将电子签名和电子认证的行为规范和法律责任，不加区分地应用于电子商务和电子政务。应当说，这个问题还有很多值得思考的地方。我们很清楚，电子认证与电子签名的法律规范的缺位，已经成为网络发展障碍。但是，我们应当对电子签名和电子认证法律规范有深入的认识，它不仅涉及到提供网络电子认证以及使用电子签名等相关主体的行为规范和相应的权利义务，而且还涉及电子认证和电子签名的证据效力。这就与证据法发生直接的联系。执照立法法的规定，证据法应当由全国人大或常务委员会来起草，实际上也是如此。而目前电子签名的法律规范，是由国务院以条例的形式来起草的。这两者之间的关系如何协调，必然产生的冲突如何解决？我认为，这个问题的研究还不充分，最起码讲，现在还不足够用。从上述两个方面，我们可以看出，正如“客观需要”可能会对理性产生巨大的影响一样，“现实形势”也会对经验形成强大的力量，这时理性与实践之间的相互作用，就要提到法哲学的高度来加以思考。所以，庞德的这样一段话，对于我们目前的立法工作，具有非常重要的意义。“（在法律的生命中）理性同经验一样都具有各自的作用，法学家们提出了一定时间和地点的文明社会的法律要求，亦即有关关系和行为的各种假设，并用这种方法为法律推理得出各种权威性的出发点。经验在这个基础上为理性所发展，而理性则受

到经验的检验。”(三)网络立法中切忌将自主性与自足性极端化 中国当今网络法律的行为规范中，规章与政令的数量很多，占据了绝对优势。但是，所产生的效力，却很令人担忧。不用避讳，对于一个法律体系来讲，其规章和政令更替的频率以及在一个领域法中所占的比例，超过了必要的限度，说明这个法律体系是不成熟的、不发达的，如果不客气地说，是“不健康的”。以现有的网络广告和网络电子公告的管理规定来看，基本上可以说就是将传统的行为规范套了上来。我们暂不讨论，传统的管理办法是否科学，单就这种生硬地移植来讲，在网络环境中就很难行得通。简单地讲，就网络广告与客观信息的区分采用传统的方法与标准就没有办法实施，更不要说，网络电子公告栏中的一些“软性的网络广告”了。上述被实践证明失败了的事实，说明了什么呢？说明了实证主义存在的问题，在这儿被重演了。我们必须承认，实证主义把法律定义为主权者的命令，由此揭示了现代民族国家的法律所具有的一个不容忽视的特征。实证主义的分析观还使我们意识到了这样一个事实，即从技术教条的角度出发对概念进行仔细的解释，会大大有助于法律制度的明确性和一致性。但是，在另一方面分析实证主义把法律同心理伦理、经济和社会等基础切割开来的趋势，则使我们对法律制度所能达致的自主性和自足性的程度产生了一种误识。我们必须承认，法律在一个孤立封闭的容器中，不可能得到健康的发展，而且我们也不能把法律同周围的并对它无害的非法律生活隔离开来。网络法律行为规范的强制性特征是不容置疑的，但是不能夸大了法律作为一种外在强制体系的特点。过分强调法律中的权力因素，而轻视其中的道德和社会成

份是极为错误的。作为律师，我很清楚，也从不否认保护网络空间秩序的基础和维护政府在网络环境中的权力是十分必要的，并且坦诚的认为这也是不以个人的意志为转移的。网络空间的客观事实，表明网络环境中许多相互冲突的群体需要法律和政府去调节和调整。把网络主体结合在政府对权力要求的价值和意志的共同体之中；通过对理想的信奉，努力证明政府在网络空间对权力要求的正当性；并且努力使网络环境中的行为主体，承认规范性义务的方式在内心中认可这种要求。这些也许就是，作为律师通过理性思考的真正体现吧！任何切实可行的法律体系中，为了确保有效地实现一定的行为模式，有组织的权力必须与群体信念相结合。这是律师参与网络立法最深的体会之一，也是被立法机关最容易被淡忘的那一部分。除此以外，律师参与网络立法还应当有一些法哲学的思考。比如，在讨论网络信息流通过程中，标准化的采取问题，要注意不要把网络文化的民族性与识别的标准化概念搞混淆。要注意防止把民族意识和民族特性提升到网络法律体系的建立与进化的主要动力的地位。这是历史法学派曾经误入的歧途。除此以外，我们还要重视方法论的作用，必须重视法律规则与法律理论本身的重要性，这些都是经常出现的错误。应当说，对于立法活动而言，这是最基本的方面的，是应当尽可能的避免的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)