

法律交涉学：一门新的实用法学 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E4_BA_A4_E6_c122_484697.htm 【关键词】法律交涉学；实用法学

进入商业社会的法律人，即在市场中共生存的法律人，一定会和社会权力网络发生关联，也会和各色社会主体发生关系。法律交涉学乃是研究市场法律人进行社会交涉的科学。某种意义上，这是一门律师课程，是关于法律的知识、智慧、经验整合利用的实用学问。“法律交涉学”是笔者的提法，其学科形态有待发育——毫无疑问的是：“法律交涉学”说法是妖野法律人新奇思维的活动结果。法律交涉学的发达程度，决定了法律维权事业的成就，影响法律市场客户对法律服务的评价；甚直可说，未来法学院的教育水准，也系于此门科学的发达程度。成功的法律交涉会促进权利平衡，比如，某大城市欲以行政措施搬迁化工市场，当地媒体轰轰烈烈地、大词性地报道此举如何利国利民，法律人某江临受化工商会之托撰写给市政府的异议函，据法据理落成小文一篇，致该市搬迁举措嘎然而止。在规避企业法律风险方面，成功的法律交涉可为企业节约百万、千万的费用。反过来说，如果仅仅机械主义地运用法律规范，而不寻求法律规范在社会网络中的意义，法律维权可能发挥不了任何实际效用，无法根本消除社会冲突。法律交涉学的学科自觉，证明法律学作为一门经验科学本质的回光返照。这门科学的主讲教授，不再来自于书宅，乃是来自于生猛、复杂的市场社会，他们或是经验老到的律师、法官、甚至是操持立法的法律人。他们的讲义，是一个又一个的具体案例——用它们

剖析“主体”、“利益”、“文化”、“心理”、“权力关系”等种种影响个案法律交涉成果的社会因素，明确交涉对象、策略、资源配置，指示正确的交涉选择。这门科学将法律规范的学习，仅仅作为部分内容，直接将法律学从知识学演化为一门智慧学。长期以来，我们匍匐于对舶来法律知识的崇拜，忽视用中国式法律智慧去建构法律正义，法律交涉智慧要么被理解为庸俗的学问，要么被认为不存在。人们可以认定既有法律知识是知识，不一定认同现实法律智慧可转化为法律知识。许多法学院准备好了法律图书、资料的储藏场地，但是也许没有为中国法律智慧结晶体留下一个具备合法性的储备角落。自1980年中国社会建立法律对话与交涉关系以来，那些精彩的法律交涉案例在哪里？——或许没有一个法学院能回答这个问题。当中国法学院的学生们到律师事务所等法律机构实习时疯狂性地翻阅案例材料的时候，作为法律交涉学的倡言人，我知道他们处于一种知识缺氧后的自我弥救状态。法学学生们对法律交涉过程观摩的渴望，证明了“法律交涉学”在法学院的缺位。在法律交涉学成为正式法学必修课之前，法律教育受体或许可以领受海马哲学、无机性的法律规则，但是无法透过法律交涉学之窗，看到生猛、复杂的社会法律生活。当受体无法接触具有负氧离子的法律智慧，主体能力逐渐衰弱——受体们可能抱着《论美国的民主》在中国白昼中酣睡，或者在攀登《法学阶梯》中由他人一步步搀扶上去（关键在于受体永远无法独立前行）。在缺乏负氧离子的法律知识中窒息性的晕厥，或被冠以“精神享受”，这和海诺因之于人体的作用，有异曲同工之妙。在法律知识世界，我们看到德国的理性、美国的灵智、罗马的

缜密、日本的好学，我们难以发现一种物什——中国法律智慧。但是，我们需要用“中国法律智慧”参与立法辩论或者论证，参与主体权利交涉、参与法庭辩论、参与社会公共空间（现在仿佛还是一个十分逼仄环境）的法律对话。法律交涉学力图在每一个具体社会结构与组织关系中发掘建构法律正义的社会潜能。虽然每一个具体社会结构对法律正义的容量有别，但是，不通过法律交涉学指示的路径去探索法律正义的可能性，径直采用没有法律交涉学的科学精神的社会蛮动，往往是缺乏法律智慧和现实伦理的举动。这就实说，在每一个法治社会，或者法政复合型社会（所谓法政复合型社会，即以规范程序和非规范程序共同进行社会治理的社会），法律交涉学均为一门实用科学。在法政复合型社会，法律交涉学的实践者或许会穿越社会结构中的暗室方能寻找到权利平衡的钥匙，但是这种穿越暗室的法律正义果实，由于具有较高的交涉难度系数，因此比正派法治社会取得的法律维权成果更可贵。这是说，在法政复合型社会，成功的法律维权活动依赖着法律交涉学所含有的法律智慧。社会文化价值与情趣取舍定制的社会主体作为社会结构的固定配件，定制着社会结构与机制特征。当社会崇尚的命令主义、强制主义对社会权利系统产生抵抗，即法政复合型社会中的“政”因素试图抵消“法”因素的效用的情形下，新的交涉机制生效，创造了社会合意的可能性，法律权利的规范价值在社会中复原出现了可能性。法律交涉既是法律规范生效机制的组成部分，也是法律规范外部环境改造手段。即我们从社会经验观察的视角，可以观察到社会对抗、社会暴力在建构社会正义方面的效用，时常落后于社会交涉取得的成就。这是说，

社会交涉成果的稳定性往往比社会对抗和社会暴力取得的成果更可靠。我们研究宪政的历史、研究公司间的法律交往和利益格局，我们应当承认法律交涉（也许是立法交涉、也许是司法交涉）发挥的作用。在法政复合型社会（社会主义中国和传统中国共有的社会形态），法律交涉是新的社会活动机制。法律交涉学作为一门法律科学课程，从宏观角度需要解析社会结构特征，从微观角度需要解析社会主体的品性。此门科学需要用历实和现实整合观察的视角，观察社会舞台中的角色及其表演方式；需要用自然科学和社会科学结合的方法，剖析社会主体在生物学、心理学、社会学、经济学等科学方法下显现的特征。甚直我们需要引用军事科学的方法，完成法律交涉过程中的知己知彼，百战不殆。举一个例，如果我们法律交涉的对象从基因科学的角度观察是一个愚顽生物体，法律交涉科学家就不宜用艰深的法律原理去从事说服工作，而是要使用浅明易懂的说辞。如果是一个交涉性的报告文书，就必须简练，仅仅和最多阐述两三个观点；如果“太复杂”会破坏社会交涉中的信任。作为传递、总结中国法律智慧的一门课程，法律交涉学是碎片性的实用知识作为知识构件的知识，这门学科的案例解析包含着对社会整体属性的解析。虽是知识碎片，但反射社会本体，其分析深度却完全是从社会细胞运动的细微层面建构的。通过这门科学显微作用的发挥，法学生将接触到社会的真实，感知法政复合型社会与法治社会实现法律理想的方式差异。法律交涉学的知识性传递，可能会巨大地缩短法学生适应社会的时间，从而避免法学毕业生在法律服务初期处于无所适从状态，弥补法学教育伦理的现存缺憾——法学教育如果不和就业能力相

联系，或者说教育不和就业能力相联系，是欺骗性教育。大而空，以及小而玄的学术倾向，导致中国法律智慧在知识殿堂几无立锥之地。有人抱怨说：中国没有法律智慧；但是罕有志士对本土法律实践的愚昧性进行的解析。法律交涉学一般是分析法律智慧的建构进程的，但是法律交涉学也应当分析法律交涉过程中发生的错误。既不学习智慧，又不反思错误，不在社会的法律交涉中去区分对错，将无助于法律人判断能力的提升。我们知道国外许多成功的律师在收获财富后便成为了大学的法学教授，专心于法律智慧的传递。但是在中国，法学教师罕有先当律师再当教师的，因此中国的法学教师从生活资历上本身有法律交涉经验方面的缺陷。虽然有不少法学教师也兼职律师，但是从职业伦理上讲这并非恰当??因为教师兼职律师后，往往在教师职责方面就不甚敬业了。因此，法律交涉学的适格教师，需要从已经将生活重心从“建设物质文明转向建设精神文明”的成功律师群中寻找。我们有必要建立一门新的法学课程----法律交涉学，改善法学学徒对社会法律运作知识的缺氧状态。 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