

律师道德重构的若干原则----全球化下的律师个案 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E9_81_93_E5_c122_486090.htm 【摘要】

我们无疑可以借鉴甚或移植西方文明的律师制度，但是全球化的模型却是史无前例的，在这一点上我们并无“老师”，而是实实在在的参与其中并成为一个重要的元素。当律师运用其独特的思维剪刀在事实与法律之间进行创作性的裁剪，其是代表系统中的人，追求的是结果。而其在学习、沟通、作价值判断之时，则为生活世界中的主体，他的思维底蕴来自于生活世界中人的互动沟通所生发出来的规则。所以，这两个方面的素质是对律师的基本要求，一个好的律师，在两个世界中都是佼佼者。法律是规则的一种，它不是一个由所谓的“立法者”所阐明的条文的集合体。它更依赖并含有“未阐明的规则”——其是由传统、习惯、地方知识等组成的——这些“未阐明的规则”时刻支配著我们，却并不为我们所意识。一个好的律师，是懂得开放性市场的人。一个律师的回报，是由他对市场需求的满足所决定的，而不是由一个虚拟的中心智者所分配的。这是由小社会（计划）过渡到开放性的大社会（市场），人的心智所要面临的挑战。在“全球化”不断演进的框架下，一个全球法律时代——“世界法”（罗斯科·庞德语）——正在孕育并进化之中。对于一个全球化时代的律师来说，也同样需要在“关系性视角”与“共时性视角”（邓正来语）的审视下重新定义自己。置言之，当下的律师竞争已经从一个以地域为限度的小体系争夺进入到以世界为背景的知识性较力。这种竞争是以全球化为预设的，这就

说明，“导师”的缺位于此一时代是必然性的。这对当下的中国律师来说尤为重要，因为律师之于中国还是一崭新之事务。我们无疑可以借鉴甚或移植西方文明的律师制度，但是全球化的模型却是史无前例的，在这一点上我们并无“老师”，而是实实在在的参与其中并成为一个重要的元素。这就是之于全球化意义下的“共时性”。无疑，这种“共时性”不是一种特定时空与位置的“固化体”，实是立足于互动与进化的“主体间性”的共时。这即是“关系性”。隐含于关系性背后的结构性力量乃是“秩序”，即互动关系会趋向于一种自生自发秩序，而这种秩序必然是由规则来决定或型构的，即是这种秩序不仅仅是要素之间的互动，而更是要素与规则的互动。哈耶克的社会哲学洞见对于我们深刻把握全球性秩序是十分重要的（此处需要说明的是，哈耶克从未曾将各种文明之间的互动关系作为自己的课题，而毋宁说他是立足于西方的内在传统）。所以，这个引言也同时构成了本文的知识论基础。一 晚近有所发展的比较方法为我们拓宽了视野，在大多数国家，律师的职业生涯均始于其资格的获取。但是我们看到，这不过是一个区域的划分，一种观念的持守，更为重要的是一种权项——拥有此种权项的人，将可以从事出庭的诉讼业务和非出庭的业务，且可以在这些活动中受到更加细化的权项之保护——的获取。但也有论者指出，权项所及之处，即是桎梏所辖之处，因为权项所未达致的地方，你将无法触及。这项命题与我们此处的讨论多少是有关系的。他间接的告诉我们，要么在权项之内亦步亦趋，要么拥有自己的思性空间。前者只能是一个“个体”，而后者却趋向于我们将要讨论的“主体”。二 1. 两个世界中的律师 - 哈

贝马斯对我们的启示 德国法兰克福学派的大师尤尔根·哈贝马斯对于现代性作出了重要的贡献。在社会哲学方面，其对社会的观察从“系统”与“生活世界”两个面向上展开的（需要指出的是，这两个面向也可以说是两重观察的角度，而非时空上的并列）。其继承了帕森斯的思想，将社会看作一个系统，其是由“经济”、“政治”等子系统组成的。它的运行模式是以高度的理性化为手段，且是以最后的目的达成为旨归的。那么，“生活世界”则体现了人的价值、文化、信实等面向，它是以交往商谈为手段，以“真诚性”为判准。那么，系统与生活世界的关系又是怎样的呢？哈贝马斯指出了“生活世界”的首位性，系统是要臣服于生活世界的控制之下的，这样人的价值才会有体现。且生活世界控制系统的唯一手段乃是“法律”，法律是生发于生活世界当中的，因为各种价值与道德伦理的判断是不可能由经济、政治所组成的系统来提供的，而是应当在生活世界中人的真诚性交往形成的。一个重要的问题——现代性的危机——是系统过分膨胀，脱离了生活世界的控制，侵入生活世界，最后将生活世界予以“殖民化”。在这样的危机中，人的生活世界的面向将急剧萎缩，并被系统中的“经济”、“权力”等侵占，生活世界中的价值、道德、真诚被扭曲，进而为经济与权力服务。人将不再以追求真诚性的沟通价值为指导。法律也被殖民化了，系统失去了控制。此种诊断对于律师不无启示性作用。当律师运用其独特的思维剪刀在事实与法律之间进行创作性的裁剪，其是代表系统中的人，追求的是结果。而其在学习、沟通、作价值判断之时，则为生活世界中的主体，他的思维底蕴来自于生活世界中人的互动沟通所生发出来的规

则。所以，这两个方面的素质是对律师的基本要求，一个好的律师，在两个世界中都是佼佼者。在追求结果为旨归的“系统”当中是一个高技能者；在价值指导下的“生活世界”中是一个正直的、值得信赖的人。这一点从英美律师素养中能见出。我们完全可以从一位律师作法律援助时的表现来审视这两个方面。如果没有良好的生活世界中的价值追求，其难能运用其系统技能，且思维意识在这里的决定性作用是凸显的。

2. 阐明的规则与未阐明的规则 - 哈耶克对我们的启示

二十世纪最重要的自由主义大师弗里德里希·冯·哈耶克，以其原创性的洞见推动了社会哲学的转向，并提升了此一领域的知识上的增量。他的法律哲学观无疑是非常重要的，我们将主要探讨他所谓“阐明的规则”与“未阐明的规则”之间的关系。“阐明的规则”顾名思义，其是可以被我们以思维体悟下的语言所描述出来的规则（不限于“成文”）。其可以体现为成文法律、道德规章、语言传承的伦理等。“未阐明的规则”最主要的特点即是：我们并不意识它对我们的支配，我们只是在“默会”的层面上去遵守且运用它。这些“未阐明的规则”是由传统、习惯、道德伦理等决定的。那么“阐明的规则”与“未阐明的规则”之间的关系如何呢？Hayek指出，“未阐明的规则”优位于“阐明的规则”，这着重体现于：（1）“阐明的规则”系对“未阐明的规则”的描述，“未阐明的规则”系渊源性规则；（2）不理解“未阐明的规则”的优位性，就不能理解“阐明的规则”，更不知如何运用。一个好的律师，是熟暗“规则”的人，包括“阐明的规则”与“未阐明的规则”。法律是规则的一种，它不是一个由所谓的“立法者”所阐明的条文的集合体。它更依赖并含

有“未阐明的规则”——其是由传统、习惯、地方知识等组成的——这些“未阐明的规则”时刻支配著我们，却并不为我们所意识。对“未阐明的规则”的学习不仅是依靠逻辑的智性努力，而更是通过经验所获得。犹如双面耶努斯一样，律师一方面习得成文的法律规则，另一面又通过实践涉足更广泛的不成文的甚至为人们不意识的规则当中，这其中拥有最宽泛的“地方性知识/规则”。成文的法律与这些未阐明规则的代表——地方性规则如何进行调试，是律师不同于其他“知识匠”的特殊使命。另外，法律也不是“固化的”，一些与广泛的价值不能相融的“意识”以致由它所型构的“制度”是会被否定的，律师将起到“解构”的作用。对正义的追求是其共同持守的价值范式。

3. 认识“理性的限度”是开启知识之门的钥匙？哈耶克对我们的再启示 人类的理性是及其有限的，意图以自己的理性去进行“全设性”的型构，无疑是十分荒谬的。Hayek指出，我们所要面临的无知当中存在有“必然的无知”，即不可通过学习来弥补。他们主要包括：

- (1) 人们对于大多数决定所有其他人的行为的情势存在着不可避免的无知。
- (2) 行动者对于其开始行动时所遵循的社会行为规则处于部分的无知状态。
- (3) 行动者对于自己为什么要使用某种形式的工具（传统和制度）是无知的。
- (4) 行动者对于自己在多大程度上依赖于某一行动方式而不是他种行动方式亦是无知的。另外，人们对于自己将面临的情势亦是无知的。

对理性的限度的认识，并不是说反理性或理性无用的主张，“对理性的限度的发现，首先即是运用我们理性的一种方式”（Hayek）。我们的理性有一种最大的作用，它能够使我们描述出一些抽象的一般性规则，且能够审视我们行

为的合规则性，进而使我们的行为与规则进行互动。一个好的律师，能够直面自己的“无知”，因为人的知识的“有限性”是人性使然。只有如此，才能为“价值”的存在保有一份空间和一丝敬畏。能够对“价值的多元化”导致的“价值的冲突”给出一个自己的“判准”，并且对他人的智性努力保有应当的尊重，且一种“批判的意识”（知识的增量，是建立在批判的传承当中的，而非奉承）。

4. 律师与市场 - 诺齐克对我们的启示

罗伯特·诺齐克生前是哈佛大学亚瑟·金斯利·波特哲学教授，著有《无政府、国家与乌托邦》(Anarchy, State and Utopia)及其他论著。诺齐克是20世纪重要的自由主义大师，他的个人权利优先论早已为我们所熟知。我们此处要探讨的是他于一篇名为《为什么知识分子反对资本主义》的论文中所提出的论证对我们的启示性意义。在这篇论文中，诺齐克把要探讨的知识分子主要限于一些“文字匠”。这些文字匠自诩有很高的价值，但是市场对他们的回报却不尽如所想。那么，为什么知识分子会自认为有很高的价值呢？诺齐克企图从学校教育入手来寻找答案：“究竟是什么因素促使知识分子产生了这种优越的价值感呢？在这里，我想把关注点集中到一种机构上：学校。随着书本知识变得日益重要，学校教育——亦即年轻人在班级里一起阅读书籍并掌握书本知识的教育方式——也就普及开来了。在这种背景中，学校成了家庭以外型构年轻人态度的主要机构，而且几乎所有后来成为知识分子的那些人都接受过学校教育。他们是学校里的成功者。他们被认为比其他人优秀而且被视为具有优越性。他们受到赞扬并获得奖励，而且也是老师最喜爱的人。在这种情况下，他们又如何能够不视自己为优秀者呢？

他们每天都在以一种敏捷的方式经验着不同的人在思想能力方面的差异。学校告诉他们，并向他们表明，他们是优秀者。学校所展示的并因此教导学生的也是那种按照（知识）价值给予回报的原则。在知识方面取得成就的人会得到赞扬、老师的笑脸和最高的学分。在通常情形中，学校还必须确立出一个由最聪明的人组成的顶级学生群体。尽管不属于正式的科目，但是知识分子还是在学校里上了无数堂有关他们自己比其他人更有价值以及他们所具有的较大价值如何使他们能够得到较大回报的课程。”那么，市场又是如何看待这些优秀的知识分子呢？诺齐克指出：“然而，更广阔的市场社会所教授的却是一种不同于学校的课程。在市场社会中，文字方面最聪明的人并没有获得最高的回报；再者，知识技艺也没有得到极高的评价。由于学校的教育告诉知识分子说，他们是极富价值的——亦即他们是最值得奖励和最应当得到回报的人，因此，知识分子在总体上讲又如何能够不憎恨这种剥夺了他们根据其优越性而“应当”获得的正当回报的资本主义社会呢？”简言之，诺齐克告诉我们，问题出在两种不同甚至冲突的正义模式——分配正义与交换正义。文字匠们在学校的教育中所熟悉的是分配正义，即当其认知努力被同学、教师以及学校认可时，其便会得到十足的奖赏，久而久之，这样一些分配的信念便会深深植于其头脑当中。当他们带着此一信念进入到市场中时，他们的预期便会有较大的落空。因为一个自由市场所秉持的是交换正义，置而言之，回报是以对需求的满足所衡量的。正如诺齐克所述：“不管资本主义社会创造了什么预期，到目前为止，资本主义社会实际上乃是按照人们满足其他人经由市场表现出来的需要的程

度来回报他们的。”并且，一些偶然性乃至幸运的成分亦会存在于这样一个市场 - - 大社会 - - 当中。一个好的律师，是懂得开放性市场的人。一个律师的回报，是由他对市场需求的满足所决定的，而不是由一个虚拟的中心智者所分配的。这是由小社会（计划）过渡到开放性的大社会（市场），人的心智所要面临的挑战。一个高技能的律师，却并不一定会得到市场的回应，甚至“负反馈”也是可能的。同时，机遇和偶然性也会为每个人存在。我想，援引哈耶克先生名著《自由秩序原理》中的一段文字来结束这一部分的讨论可能是很有助益的：“我们必须认清这样一个问题，即如果我们训练的只是那些期望‘被使用’的专才，他们凭靠自己并不能发现合适的工作，甚至把确使其能力或技艺得到恰当使用的问题视作他人的责任，那么我们就不是在为自由社会培养和育人。不论一个人在某一特定领域中有多大的能力，如果他没有能力使那些可以从其能力中获取最大利益的人知道他的能力之所在，那么他所提供的服务的价值在一个自由社会中就必定很低。尽管两个人经过同样的努力而获得了同样的专门技艺和知识，但其中一个人有可能获得成功，而另一个人却有可能遭致失败，这种情况的确会使我们感到不公；然而我们必须认识到，在一个自由的社会中，恰是对特定机会的运用决定了我们是否对社会有用，此外，我们还必须对我们的教育和精神取向做相应的调整，以适应自由社会的要求。在一个自由的社会中，我们之所以能够获得报酬，并不是因为我们具有技术，而是因为我们恰当地使用了这一技术；只要我们可以自由地选择我们具体的职业，而不是被要求去干某一职业，那么我们能够恰当的运用我们的技术就一定

是我们获取报酬的基础。诚然，我们或许永远不可能断定某人获得的一项成就中，哪一部分是出于较出色的知识、能力或努力，哪一部分是出于幸运的偶然因素，但是，这决不会因此而贬损下述做法的重要性，亦即使每个人做出恰当的选择是有价值的。”【注释】作者单位：山东铭丰律师事务所；【参考文献】1.[德]尤尔根.哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世俊译，生活.读书.新知三联书店2003年版。2.王晓升：《哈贝马斯的现代性社会理论》，社会科学文献出版社2006年版。3.[英]F.A.哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来译，中国大百科全书出版社2003年版。4.邓正来：《规则.秩序.无知?关于哈耶克自由主义理论研究》，生活.读书.新知三联书店2003年版。5.罗斯科.庞德：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社2005年版。6.[美]罗伯特.诺齐克：“知识分子为何拒斥资本主义”，载秋风主编：《知识分子为什么反对市场》，吉林人民出版社2003年版。7.[英]F.A.哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活.读书.新知三联书店1997年版，第97页。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