



法律之师·律师理论实务研究文丛

正义需要代理

律师法治基本问题研究

邓成明 主编



本书几个重要专题研究阐明：律师是以法律为核心专业，涉及经济、社会等各领域的司法代理。法治的公平正义，依赖于国家司法机关所推动的法律运行，也必须依赖律师的专业化帮助和对法律运行的偏差进行校正。

正义需要代理

律师法治基本问题研究

主 编 邓成明
副主编 王 鹰

图书在版编目(CIP)数据

正义需要代理:律师法治基本问题研究 / 邓成明主
编. —北京:法律出版社, 2014. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6034 - 7

I. ①正… II. ①邓… III. ①律师制度—研究—中国
IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 026983 号



邓成明 主编

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 3 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司

印张 25.5 字数 365 千
印次 2014 年 3 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6034 - 7

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 言

谁的正义:律师的法治立场 邓成明 王 鹰 / 003

第一单元 律师制度

律师行业现状和发展趋势

——基于广州的实证报告 王 波 / 013

法治中的律师体制

——中国大陆与香港律师的比较

邓成明 马骏锐 / 095

律师与委托人的关系 李文胜 / 171

第二单元 律师管理

论律师行业正面形象的塑造 雷建威 / 187

律师的公益性与社会责任 王 鹰 / 204

律师和律师事务所参与社会公益事务

周贤日 周九英 曲建颖 刘 辉 / 212

律师伦理建设与违法违规惩戒 胡 龙 / 243

中外律师教育制度比较研究

余杰新 何莉萍 向明华 李 昕 / 254

内地与港澳律师的合作拓展 陈小燕 / 279

第三单元 刑事律师

律师刑事辩护业务的困境与出路

李 明 邵维国 周后春 / 299

刑事律师执业“三难”分析 林一骏 谢 扬 / 317

第四单元 民商事律师

法律顾问与律师非诉讼业务 苏建华 / 335

论律师民事责任的性质 谢雄伟 / 354

论律师民事责任的归责 李秋高 / 365

论律师的契约义务范围 唐 勇 / 375

律师民事责任保险制度的现状和完善 孙占利 / 386

结 语

律师的司法能力与法律信任度 王 鹰 / 399

导 言

谁的正义：律师的法治立场

邓成明 王 鹰

党的十八届三中全会指出：“完善律师执业权利保障机制和违法违规执业惩戒制度，加强职业道德建设，发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用。”^{〔1〕}表明我党已将律师业的健康发展列入了国家法治建设的重要内容，列入全面深化改革的重要议题，这无疑是对律师作用和价值的高度肯定与重视。然而全社会对律师的认识和理解，还远远没有达到这样的高度。律师在广泛的社会认同中，其独立和公正性，也常常被人们质疑。公众对律师及律师业的信任危机，不仅成为制约我国律师业发展的障碍，也在一定程度上影响了我国民主法治的进程。

律师在我国法治国家、法治社会和法治政府建设的推进过程中，发挥着维护宪法法律权威和正确实施法律，维护社会公平正义，维护当事人合法权益的积极作用。然而不容忽视的是，律师业的建设和发展，也出现了诸多问题。近年来，在各地一些备受关注的案件中，律师都扮演了重要的角色。有的律师作为代理人出现，有的则作为当事人出现，有的甚至是以被害人、被告人

〔1〕 中国共产党第十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（单行本），人民出版社2013年版，第35页。

的身份出现的。传播手段尤其是新媒体传播手段的快速便捷,广泛地强化了这些案件的影响,同时也把律师的所作所为,不管是正面的还是负面的,迅速传播开来。在已披露的一些司法腐败案件中,其背后往往能若隐若现看到律师的掮客身影。有的律师成了腐败的帮手;有的律师为了得到代理权,不惜采取违法违规的手段;也有的律师为了提高知名度,不惜损害当事人利益,泄露当事人隐私和案件隐秘。少数律师的财富增长,也引起了社会的瞩目,以至于有人大代表在全国人大会议期间呼吁,建议将律师收入的50%转移支付给法官。^[1] 在一些机构官员看来,律师经常帮助那些被拆迁房屋和被占用土地的群体,从法律上抗拒市政管理和城市扩张,成为一种“异己”力量,以至于动用公权力限制律师的执业活动甚至人身自由。更有甚者,在一些学者看来,律师也在自觉不自觉之间,成为了一种敌对势力的帮凶。^[2] 尤其是这些年在一些具有较大影响的案件中,律师采用了“律师团”的方式介入案件的审理,强化了律师的影响力,但同时也加剧了律师与法官、检察官的对抗。所有这些,都在加深着公众对律师的信任危机。

其实,律师职业在中国有着悠久的历史。春秋末期郑国士大夫邓析是中国古代历史上第一位著名的讼师。这位民间法学家长于辩辞,曾创办私学,教人学习辩讼,求学者无数。他经常运用自己的法律知识和技能,帮助新兴封建地主阶级以及平民百姓进行诉讼。邓析的本领是对于法律条文咬文嚼字,在不同案件中,随意作出不同的解释,“以非为是,以是为非,是非无度,而可与不可日变”,最终因与郑国执政者意见相左而遭到杀害。这在《吕氏春秋·市应览·离谓》和《荀子·非十二子》等古籍中都有记载。在统治者看来,讼师的作用是“七辩而乱法”,因而从根本上

[1] 卢文洁、全杰、李栋、王广永:“朝‘法官职业化’推进改革”,载《广州日报》2013年3月12日A4版。全国人大代表、广州市工商联兼职主席袁志敏认为,“现在律师的收入比法官还要高,但决定案件的却是法官,这不合理,应该将律师的收入50%转给法官,这样能有效增加法官的薪酬待遇,也能平衡法官和律师的收入地位”。

[2] 袁鹏:“中国真正的挑战在哪里”,载《人民日报》(海外版),2012年7月31日1版。作者为中国现代国际关系研究院美国所所长。文章指出美国抑制中国崛起的战略包括“以维权律师、地下宗教、异见人士、网络领袖、弱势群体为核心,以期通过‘自下而上’的方式渗透中国基层,为中国的‘改变’创造条件”。该文发表后,引起了律师们普遍的不满。

是与统治体制相排斥的。中国近代法制的继承和引进,在律师体制上开始了司法代理的实践,也出现了一些比较有影响力的律师。律师业的出现,成为中国近代法治转型和社会转型中的一个不可或缺的新生事物。

从更广泛的世界历史考察,权利运动的兴起,是律师事业兴起的前提和基础。尽管古罗马时期就已经出现了法庭审判中的辩护人,但是直到资产阶级作为独立的政治、经济、文化力量兴起之后,在争取自己的权利过程中,才发展出法治和与法治相应的律师事业。英国无论是1215年的“大宪章运动”还是1688年的“光荣革命”,都是因为国王、贵族以及新兴资产阶级相互之间的权利经常发生冲突,以致互相伤害,最后大家达成一种妥协,形成相互平等的权利和保障这些权利的规则,包括不成文规则,这才产生了法治。法国大革命的本质也是如此。在法治的运行进程中,人们发现,维护和调节权利之间的关系,最好的办法就是契约,于是权利社会与契约社会紧紧地捆绑在一起,形成了一种新型社会结构。在这个过程中,权利的调节维护与契约的签订和完成,由于已经形成了较为完善的规则,离不开专门的人才来代理,律师这个行业也就随着资产阶级革命的深入而迅速成长壮大。由此可见,权利、法治、契约、律师,是不可分割的一个整体,一荣俱荣,一损俱损。伟大的无产阶级思想家马克思,正是在这种历史进程中,出生于一个律师家庭,其父亲是德国当地很有名气和影响的律师。马克思一开始在波恩大学攻读法律,就是出于父亲的要求,只是后来对哲学更感兴趣,才转到柏林大学。在马克思的思想中,一定有某一部分,比如法权思想和理论,与律师父亲的影响分不开,至少是一种批判的继承。

改革开放以来,在中国共产党人探索法治国家建设的实践中,律师和律师制度也逐步得到重视。现在突出的问题是,虽然理论层面和制定法层面对律师的价值给予了充分肯定,但是在法治实践中,落实仍然不够。在操作层面上,各个地方都不同程度地存在对律师作用的排斥,甚至一些地方的行政和司法机构,对律师执业以各种借口进行种种非法限制。专业性、独立性是律师职业的主要特点。律师作为社会法律工作者,以超然独立的立场,以忠于宪法法律的精神进行司法代理或为当事人提供其他法律服务,其作用是任何其他职业都不可替代的。然而不能不指出,社会

心理对于律师价值,仍然缺乏充分的认同。律师的执业特点是民营、自营,也就是有偿代理当事人的法律事务,并没有纳入公共财政的管理范围。因为中国长期缺乏市场经济或者说商品经济的契约传统,面对收钱,总是认为多少有些见利忘义的意思,至少是缺乏好感的。同时,给人的印象,如果不是直接当事人的话,律师总是帮人脱罪,帮助有罪的人不受或者少受处罚,不符合中国人的传统价值观。于是,“帮人脱罪非正义”成为一种近乎固化的观念。对于律师事业来说,这是社会整体的心理障碍,这种社会的心理障碍明显不利于律师法治的建设。

有鉴于此,无论国家还是社会都需要重新认识律师的价值和作用。法律承载着公平正义,这是一个大多数人都接受和追求的真理。长期以来,人们总觉得公平正义掌握在立法者和执法者手中,其实这种认识只是一个很小的方面。公平正义一定体现在个案中,公平正义的最终掌握者,其实是法律个案中的权利当事人。律师是这些权利当事人的司法代理人,律师从法律专业的立场,帮助这些权利当事人获得公平正义,这是律师的价值追求。孙斯坦教授朴素而深刻地认为,“基于各个案件的实质性特点的具体化判决将代表着公正的最高形式”。^{〔1〕}恰恰是律师们以法律为动力和手段推动了具体个案的最终解决,从而实现了最高形式的公平正义。帮助每个案件的权利当事人实现正义,这就是律师们终极性的法治目标。

中国政治传统习惯于大一统的社会治理,衡量公平正义的标准往往来自统治者阶层的法制意识。正是在这种深厚的传统意识之中,统治机构与下层社会普遍性地认为,律师执“两可之词”、“无穷之辩”,律师的执业是“辩而乱法”,因而律师形象始终处于官方与社会认同的最低端。这其实就是中国社会法治不发达、权利不发达、律师无地位的传统原因。然而在市场经济、商品经济发达的国家和社会里,权利观念深入人心,维权意识强烈,因而衡量权利得失和评价公平正义的价值标准并非只有官方标准,而是多元标准。在权利多元的社会状态下,没有唯一的公平正义的

〔1〕 [美]凯斯·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第163页。

主宰,谁也不可能成为公平正义的唯一主宰,因此,公平正义也就只能存在于个案之中。律师以专业的智慧、知识、经验、技能服务于当事人,以实现个案公平正义,是公平正义的直接推动力量,一种最能体现当事人意志和权利的推动力量。

在意识或者潜意识中,如果把律师看作是一种体制外的异己力量,无论国家的政治建设、社会建设,还是经济发展都将受到制约。市场经济越快速发展,越需要更加专业的法律职业者加以推动。复杂的经济行为和经济活动,绝不是简单初级的市场中一手交钱一手交货的粗放买卖,而需要精密的预期、计算和执行;需要在可能发生冲突和重叠的权利中划出清晰界限或者份额;需要严格控制可能存在和发生的种种风险;需要对预期和已经实现的利益进行公平的分配。如果没有法律的专业代理,这些经济行为很难达到预期目的。尤其是在全球化的背景下,经济活动更加复杂,法律程序和技术的要求更加精细。中国参与国外的许多投资都出现比较严重的亏损,有的甚至完全失败,主要原因就在于没有严格按照法律程序进行评估和控制,对投资国的法律环境和法律制度了解甚少。这方面的法律人才也严重不足,经验也很缺乏。中国律师事务所参与的包括境外上市在内的各种涉外业务,一直都处于弱小的从属地位,且收费低廉,往往只有国际律师事务所的几分之一。即便是低廉的收费,也依然被国际律师事务所看中。现在国内的律师服务市场,一方面是外国律师事务所在中国不顾司法部禁令雇用中国律师提供国内法律服务;另一方面是外国律师大举以中国律师名义非法在中国律师事务所担任合伙人。律师属于重要的社会中介服务提供者,对于一个国家的法治建设和法律的正确实施具有重要意义。随着中国经济市场化、法制化的程度越来越高,政府机关、科研单位、大型国企尤其是军工企业等许多重要敏感单位也纷纷向律师购买法律服务,律师的作用越来越重要。而中国律师自然会因为工作关系和国籍属性而被中国客户信任、掌握更多的秘密,如果中国律师实际上被外国律师事务所控制,或者所谓的中国律师根本就是外国律师,那么这些秘密是不是能够安全就要打上一个大大的问号。有人担心,“不仅中国律师事务所都将被外国人控制,连国家安全都面临重大的威胁

和隐患”。^{〔1〕}当然,也不能只是抱着狭隘的所谓爱国主义态度,不管国际规则,对中国企业的投资行为放松法律审查标准。如果这样做,只会给中国企业甚至国家财产带来损害。

改革的深化还需要同时加强社会建设,社会活力不足,也会导致市场主体动力不足,也会出现长期性的消费不振。国强民弱或者国富民穷,都是社会贫弱所造成的结构性失衡。律师的基本属性是社会属性,也就是说律师是社会的、非政府的。因此,在推动社会建设和发展方面,律师具有天然的优势。培育成熟的市民社会,需要律师群体的推动。而目前,全国律师仅为 21 万人,全行业年营业额仅为 600 多亿元,律师行业总产值占全国 GDP 的比例仅为 0.15% (2010 年),平均每个律师年服务营业额仅为 28.5 万元,^{〔2〕}这样的比重实在太低。以中国的社会需求来讲,律师服务还有非常大的成长空间。世界第一强的英国 DLA Piper 律师事务所拥有 1850 名律师,年营业额 10.9 亿美元;世界前 15 强律师事务所平均每位律师收入 (revenue) 为 102 万美元 (2012 年)。^{〔3〕}

国家和社会的经济建设和法治建设,越来越紧密地相互依存在一起。我国市场化的过程就是一个政府不断还权于市场的过程,民主法治的过程也是一个国家赋权于社会的过程。仅仅依靠行政管治来推动和维持市场和社会的运行,已经被实践证明不仅成本高、效率低,而且因违背现代化的客观规律而潜藏风险,因此,必须更多地激发和释放市场和社会的活力。在这个过程中,律师作为站在社会立场的法治力量,发挥着重要的平衡作用。即使是在人们较为关注的所谓辩护职能中,律师的作用也绝不是“乱法”,而是帮助权利实现公平正义于个案之中。就算是对于起着主导作用的司法体制而言,律师的“辩”,也是法律朝着正确的方向前进的校正装置。经过不断校正的法律运行,才能最终实现法律所希望实现的公平正义。

〔1〕 综合报道:“中国律师服务遭海外严重蚕食,或威胁国家安全”,载《环球时报》2013 年 12 月 11 日。

〔2〕 此为笔者整理的研究性数据,我国各个律师事务所的数据公开性、完整性较差,难以准确统计分析。

〔3〕 Matt Byrne:“The Lawyer Global Litigation Top 50: Flex appeal”, from 《The Lawyer》, 9 December 2013.

正义,不仅属于国家,也属于社会,更属于公民个人;

正义,不仅需要以看得见的方式实现,更需要以专业和智慧的方式才能实现。

这就是正义,这就是律师的法治立场。

第一单元
律 师 制 度

