



法律之师·律师理论实务研究文丛

正义需要杠杆

邓成明
主编



律师属于社会，始终站在权利当事人的立场，利用自身的专业知识和智慧，最大限度维护和实现当事人权利。如果律师缺席，法治和当事人权利就会失去一个重要的支撑。

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

正义需要杠杆

主 编 邓成明 谭祥平 黄永东
副主编 邵维国 朱宝莲 庄伟燕
主编助理 王 鹰

图书在版编目(CIP)数据

正义需要杠杆 / 邓成明主编. —北京:法律出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9224 - 9

I. ①正… II. ①邓… III. ①律师业务—研究—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048140 号

正义需要杠杆

邓成明 主编

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 4 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 三河市龙大印装有限公司

印张 21.25 字数 309 千

印次 2016 年 4 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 - 9224 - 9

定价:75.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序言 律师的力量之源

邓成明

律师是一国法治建设不可或缺的重要力量,这已经成为共识。进一步而言,这是一种什么力量?力量的动力源来自何处?各种力量如何聚集并协同发挥作用?这些问题需要更深入的思考。

为贯彻党的十八大和十八届三中全会、四中全会关于全面推进依法治国的精神,2015年8月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部四部门在北京联合召开了全国律师工作会议。这次重要会议不仅为深化律师体制改革,也为今后律师事业的健康发展凝聚了共识,指明了方向。与以往由司法部主持召开全国律师工作会议不同,本次由中央政法四部门联合召开的全国律师工作会议尚属首次。如此高规格的律师工作会议,不仅体现了党和国家对律师工作的高度关注和大力支持,更凸显出律师在构建法治中国,全面推进依法治国的过程中的重要作用。

律师不是从来就有的,而是人类文明发展到一定阶段的产物。律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分,是法治文明进步的重要标志。^{〔1〕}历史发展的经

〔1〕 人民日报评论员:《让律师成为全面依法治国重要力量》,载《人民日报》2015年8月21日,第4版。

验表明:国家的法律制度需要依靠设立健全的律师制度而得以构建与完善。特别是在西方法治发达国家,律师更被认为是衡量国家法治化的重要尺度。律师制度是法治国家的一种制度设计,综观现代所有以法治标榜的国家,无一例外都在国家法律制度中规定了律师制度。法治国家设置律师制度的主要目的是为了弥合国家与社会的空隙,矫正平衡不平等的法律关系,最大限度地维护公民合法权利。伴随民主政治的推进和社会文明的进步,公民的主体意识也会得到不断的增强,政治国家与公民之间的关系也会愈趋紧张。因此,需要某一中介充当国家与市民社会的沟通桥梁,以弥合二者之间的空隙。无疑,不具有公权力性质的律师是最合适的人选。另外,司法机关是国家的公权力机关,并且以国家强制力为后盾。当面对强大的国家机器和日益扩张的公权力时,作为公民的个人在维护自身合法权益时总是显得力单势弱,无能为力。为平衡这种不平等法律关系,保持二者的平等对抗,有必要构建一种法律制度,以制度的供给和保障增强公民与国家司法机关对抗的力量,而律师制度正是顺应了这一现实需要而产生的。

法治社会催生了律师,同时,律师又推动了法治的发展。法治是与人治相对立的概念:所谓人治,一般是指由一个或者几个人来统治国家;而法治是指依据法律来治理国家,是众人之治,而非一人之治。^[1] 区分人治与法治最显著的标志就是当国家权力掌握者的意志与法律所体现的意志冲突时,是法律至高无上,还是权力(即当权者的意志)高于一切。从人治与法治社会的性质来看,在人治社会中是不可能产生律师的。而只有在一切以法律为规范指导的法治社会中,才有律师产生的土壤和生存的空间。律师制度最早可以追溯到古罗马时代,正是由于古罗马人对法律价值的普遍认同,才有了律师制度的萌芽。近代西方资产阶级民主法治思想和资本主义商品经济的发展为现代律师的产生发展创造了条件,资产阶级革命胜利后,英、美、法等诸多国家都将律师制度纳入国家法律制度之中。与此同时,律师对一国法治水平的提升也具有重要推动作用。律师职业主要是通过自由代理、自由辩护的形式与国家强权进行抗争,由

[1] 李瑜青主编:《法律社会学导论》,上海大学出版社2004年版,第223页。

此发挥对法治的推动作用。“自由辩护意指当律师为个人权利辩护时,律师必须维护当事人的合法权益,而不受外界的干扰,尤其是不受国家官员的干扰。”^{〔1〕}因此,在法治的国家中,律师能够自由地为其代理人寻求有利证据或者辩护理由。否则就不能称其为法治,而是人治。1959年,在印度召开的“国际法学家会议”通过了《德里宣言》。其表达各国法学家对“法治”的概念理解时总结了3条原则,其中第3条原则就是:司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件。^{〔2〕}由此可见,如果一个国家没有律师这一职业,所谓的法治便徒有虚名。另外,法治所要求的不仅仅是形式意义上的依法治国,而是将业已确立的法律价值和原则在全社会得以普遍实现。只有当法律得到正确的运用,才能起到定纷止争,缓和社会矛盾,规范社会秩序的作用。

法治建设过程中,律师将大有可为。作为精通法律的专门性人才,律师是以践行法律、维护社会公平正义为使命的职业群体。在从立法到执法、司法以及守法的法治过程中,律师都发挥着不可替代的作用。本次全国律师工作会议上,中央政法委书记孟建柱指出,全面依法治国在“四个全面”战略布局中具有基础性、保障性作用,律师事业面临着前所未有的发展机遇。这不仅意味着法治中国进入一个新的时期,也标志着律师的春天已经来临。具体而言,律师在法治中国的建设中的重要作用主要表现在以下几个方面:

第一,积极参与立法,保障立法的科学性与民主性。建设法治国家,首先便是构建和完善法律体系,立法水平往往决定了一国法治建设状况。以往的部门立法模式往往掺杂部门利益,由此导致部门利益法律化,背离了法必须反映广大人民群众的利益的本质要求,也影响了法的实施。近年来,从中央立法到地方立法,各地纷纷吸收专家、学者参与立法活动,并形成了制度。这无疑有助于提高立法的科学性,但由于我国专家学者参与法律实务较少,其意见和建议容易脱离实际。而律师不仅是法律的精通者,更是法律的践行者,其拥有丰富的社会法律实践经验,对法律在实

〔1〕 [美]罗伯特·戈登:《律师度理论——律师独立于当事人》,周潞嘉等译,中国政法大学出版社1992年版,第13页。

〔2〕 王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1989年版,第97页。

施过程中所存在的问题有着切身的感受。因此,律师参与立法,无疑可以使立法更加科学、可行。

第二,辅助法治政府决策,保证决策的合法性与合理性。律师不仅仅是法律的精通者,更具有丰富的法律实践经验。其参与到法治政府决策中,不仅可以使政府的每一项决策都在法律的框架内,保证决策的合法性,更能保证政府决策的合理性,使每一项决策都能符合社会实际,满足广大人民群众的需求。党的十八届四中全会也提出“积极推行政府法律顾问制度,建立政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍,保证法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中发挥积极作用”。这一决定也为律师积极参与法治政府决策,保证律师在政府决策中发挥作用提供了制度上的保障。

第三,维护司法公正,树立法律权威。公平正义是法治社会的首要价值,而法律则是公平正义的体现和保障。律师的职责主要是依法或依委托为当事人提供法律服务,包括参与纠纷解决。律师在其职业活动中对当事人合法权益的维护,也就是对法律正确实施的监督,对司法公正(包括实体公正和程序公正)的维护。律师通过参与纠纷解决,依法行使律师权利,可以直接监督和制约司法权力的行使,以防止司法权力滥用。正是有了律师力量的制衡,使法官判决必须谨小慎微,不能随心所欲,从而实现法治统一,树立法律权威。

第四,宣传法治,强化公民守法意识。律师是掌握法律知识和法律技能的专门性人才,长期奋战在法治中国建设的第一战场,深知法律意识的重要性。同时,律师与基层人民群众联系最为密切,有广泛的群众基础,更有利于宣传法治理念。另外,律师的重要职责是进行诉讼,而诉讼活动的本身就是生动的法治宣传,使诉讼参与人能够直接接受法律的洗礼。

法治建设要求在充分保障律师执业权利的同时,要规范律师执业。律师执业权利的保障和规范都是法治国家的题中之义。党的十八届四中全会提出要“提高律师队伍业务素质,完善执业保障机制”,“规范律师执业行为,监督律师严格遵守职业道德和职业操守,强化准入、退出管理,严格执行违法违规执业惩戒制度”。这为我国律师制度的完善和律师执业的规范指明了方向。

法治国家中,律师权利不是来自国家权力,也不是社会权利的从属,律师本质上就是公民权利的最佳代言人。具体来说,在民事案件中,律师的代理权实际上是当事人权利的延伸;在刑事案件中,律师辩护权本质就是被告人的法定权利。因此,保障律师执业权利的最大价值在于保障公民权利,使公民在寻求权利救济的过程中能够得到律师充分的法律帮助。一般认为,律师的执业权利指的是为保障律师正当执业,维护当事人合法权益,法律赋予律师的一定的权限。其主要包括三个方面的含义:一是允许律师在履行职务的过程中,按照法律的规定能够实施一定行为的可能性;二是律师在履行职务的过程中,能够要求他人(包括国家机关)作为或者不作为;三是当律师履行职务过程中权益受到侵害时能够得到救济。律师权利的实质是律师依法独立执行职务的基本保障,律师权利的本质是一种职务性权利。^[1] 具体来说,根据《律师法》的规定,我国律师主要享有以下权利:(1)依法执业权,律师在法律所规定的范围内从事法律事务活动的权利,如接受委托、参加诉讼等;(2)拒绝辩护和代理权,即律师在委托事项涉及违法等情形时,可以行使拒绝权,拒绝代理或辩护;(3)会见和通信权,即律师接受委托后,可以与在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信;(4)阅卷权,指的是律师接受委托后,可以查阅与案件有关的材料;(5)调查取证权,律师依照法律规定,可以收集与案件有关的材料;(6)言论豁免权,指的是律师非涉及危害国家安全、恶意诽谤以及严重扰乱法庭秩序的言论而发表的口头或书面言论不受法律追究;(7)人身权利保障,即律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。

必须明确,赋予律师执业权利,目的在于保障律师正当履行职务,维护当事人合法权益,实现司法公正,但这绝对不是赋予律师特权。正如孟建柱在本次全国律师工作会议指出的那样:“律师身份不应成为践踏法治的‘法治’护身符。”无须讳言,由于历史和现实的原因,在我国律师事业在迅速发展的同时,也出现了诸多问题,律师违法违规执业,侵害当事人合法权益的现象时有发生。这就需要对律师执业权利进行保障的同时进行执业规范,将少数思想观念不端正,执业行为不规范,甚至是违法违规

[1] 张耕:《中国律师制度研究》,法律出版社1998年版,第168页。

执业的律师清除出律师队伍,以保证律师行业健康发展。其中,对律师进行执业规范管理最有效的手段就是构建完善的律师惩戒制度。律师惩戒制度指的是:律师在执业过程中违反律师职业守则、职业道德以及违反法律时,应当承担相应处罚的制度。构建律师惩戒制度的价值在于,一方面,律师惩戒制度能够规范律师的执业行为,督促律师在法律的框架内开展执业活动;另一方面,健全的律师惩戒制度反过来能够防止公权力对律师执业权利的随意侵害,维护律师的合法权益。

律师作为一种职业,法律就必须赋予其相应的权利,而且必须对这种权利进行充分的保障。同时,也不能忽视对律师执业行为的规范。否则律师制度将形同虚设,律师行为就难免失范。

构建良性互动的法律职业共同体,共同推进法治建设。通常认为,法律职业共同体主要是由律师、法官以及检察官三者构成的,以践行法律为使命的职业自治群体。他们接受过专门的法律训练,拥有共同的法律知识背景、共同的法律思维方式以及共同的价值追求。将抽象的法律具体运用到丰富的社会生活实践是一个复杂的过程,必须依赖专业的法律职业共同体。因而,法律职业共同体在西方法治发达国家被视为是构建法治秩序不可忽视的重要力量。在两大法系国家中都存在不同程度的法律职业共同体,如英美国家法律职业共同体最典型的表现形式为国家法官、检察官的主要是从律师中遴选;大陆法系国家法律职业共同体体现为律师、法官以及检察官在来源上是同一的,即必须拥有一定的法律背景,通过一定的法律资格考试,参加统一的法律见习,才能选择律师、法官或检察官作为职业。而纵观法治国家的发展历史,一国的法治化程度与法律职业共同体的形成密切相关,法律职业共同体构建越完善的国家,法治化程度越高。因此,构建法治中国,也必须建设忠于法律的法律职业共同体。律师与法官、检察官都是法律职业共同体的重要组成部分,都是推动法治进步的重要力量。律师与法官、检察官之间的良性互动关系能促进法治进步;而律师与法官、检察官之间的不正当关系,将会极大地践踏法律尊严与法律权威。

律师与法官、检察官之间的良性互动关系,首先应当表现为律师与法官、检察官之间相互尊重。律师、法官、检察官作为法律职业共同体的组

成部分,律师与法官、检察官的地位应当是平等的,理应互相尊重与认同。仅仅是因为实现国家法治的需要,律师与法官、检察官在法律制度中充当不同的角色,履行不同的职责而已。具体表现为,法官在法庭上应当认真听取律师意见,不能以时间紧迫为由随意打断律师发言或者禁止律师发表意见,律师也应当充分理解法官的价值取向,严格遵守法庭秩序。检察官与律师相互尊重的关键则表现在诉辩关系上,检察官与律师应当坚持以客观公正为立足点,理性对抗,而不是极端地对立。一方面,检察官应当认真听取、及时回应律师提出的意见,切实尊重和保障律师的执业权利;另一方面,律师也应当秉持职业操守,不受经济利益的引诱,不从事诱供、伪证等违法犯罪行为。可以说,只有律师与检察官、法官在内心能够相互尊重、理解,才能真正构建良性互动的法律职业共同体。其次,律师与检察官、法官之间应当相互制约、相互监督,共同致力于法治建设事业。律师通过参与处理具体案件,可以抑制和监督检察官、法官的行为,保障检察权和司法权的正当行使,对于保障公正司法、预防司法腐败具有积极意义。同时,法官、检察官也能对律师的执业行为进行监督,确保律师规范执业。最后,律师与法官、检察官之间应当进行职业互动。这种职业互动就是,要建立从律师队伍中遴选优秀的律师担任检察官、法官制度。这种角色的互换有助于律师、检察官以及法官进行换位思考,也能增强对法律职业共同体的认同感和归属感,共同促进法治中国建设。

目 录

序言 律师的力量之源 邓成明 / 001

专 稿

自由与创新:新常态下律师的机遇与挑战
——在“新常态下法律服务创新论坛”上的
主题发言 邓成明 / 003

政府角色型塑与公共法律服务体系构建
——从“统治行政”到“服务行政” 蒋银华 / 008

“一带一路”项目实施中安全风险与律师服务
王 鹰 / 022

律师与战争对日索赔研究 王 带 / 034

律师理论与行业发展

广东自贸区金融创新时期的律师金融素养
刘士平 / 059

律师角色定位的历史变迁 何莉萍 / 068

广州律师执业风险分析 李文胜 朱宝莲 / 078

律师调查取证权实证研究

——以新《刑事诉讼法》为视角 谢雄伟 李秋高
唐 勇 杜国强 / 088

律师事务所“营改增”税负研究 杨青燕 / 132

从律师信用谈律师的社会影响力 赵 颖 / 181

律师:法律运行的校正机制

——以刑事案件为例 翁伟君 / 193

互联网金融的发展及法律服务创新 李 伟 / 203

律师教育培养

地方高校法学专业设置律师方向及课程建设的探索

——以广州大学法学专业律师方向为例

邓成明 邵维国 / 213

法律人思维方式的培养

——以律师班“法社会学思维方式”的教学

实践为视角 何莉萍 / 225

复合型国际视野法律人才成才模式探索与实践

姜 立 / 234

研究生学位论文选辑

我国律师职业伦理问题研究 李 琳 / 249

律师行业的保护与执业规制研究 胡 龙 / 287

结 语

律师撬动着正义的杠杆

——写在 2015 年 王 鹰 / 321

专 稿

自由与创新：新常态下律师的 机遇与挑战

——在“新常态下法律服务创新论坛”上的
主题发言

邓成明

党的十八大和三中、四中全会以来,全面推进依法治国的精神,逐渐成为全党和全国的新共识。2015年8月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部四部门在北京联合召开了全国律师工作会议。这次重要会议不仅为深化律师体制改革吹响了号角,也为今后律师事业的健康发展指明了方向,进一步凸显了律师在构建法治中国,全面推进依法治国过程中的重要作用。面对新常态下的历史机遇,律师不仅在制度与实践层面,而且在政治与经济维度均享有了更广阔的自由与价值,也被赋予了更重要的使命与责任。为迎接新的机遇与挑战,律师应当锐意进取,充分发挥创新精神和开拓能力,为推进我国法治进程共尽绵薄之力。

一、律师自由与法治国家

律师自由源于近现代以来民主政治对法治的要求。

律师自由是指在法治的条件下,律师在实现律师价值的活动中所具有的独立性状态以及实现律师价值的能力。在《德里宣言》中,各国法学家在对“法治”概念进行总结时明确指出律师自由是实施法治原则的必要条件。整体而言,律师自由在法治社会中包含两个重要维度:一是律师的应有价值,二是律师的地位独立。

律师的应用价值包括司法程序的当然构成体、维护公民基本权利、确保正当法律程序、制约国家权力以及促进公民社会五个方面,而这些价值的实现又充分有赖于律师的地位独立。

1. 律师是司法程序的当然构成体

社会管理创新必然要符合社会发展规律。按照这一规律,社会管理必然需要正当的司法程序,而律师则是这一程序的当然组成部分。基于这一理由,律师之一系列的独立诉讼权利绝不是恩赐的,而是社会发展所必然决定的。

2. 捍卫公民基本权利

对公民基本权利的保障是法治的核心内容和根本要求,构建法治社会的终极目的是为了实现公民的个人福祉。从律师制度产生的历史来看,律师制度的产生正是为了保护公民权利不受国家公权力的肆意侵犯;律师自诞生之日起的重要职责即为当事人进行辩护,捍卫其自由和权利。

3. 维护正当法律程序

实体正义的实现离不开程序正义的保障,程序正义能够确保发现事实之手段的正当性。律师制度的建立与正当法律程序的发展相伴而生:律师以其专业技能与独立身份参与到法律程序中,帮助当事人获得表达意见和为其利益辩护的机会,维护和监督法律程序的参与性、中立性、公开性以及时效性。

4. 监督制约国家权力

在众多法律职业中,律师相对独立于国家政权而保有自身属性。作为专门从事法律活动的独立职业者,律师在一定程度上更具备监督和制约国家权力的智识基础与专业能力。律师凭借高度的专业化技能以及组织化优势,加之对社会矛盾与问题的充分透视和把握,通过参与立法、参与政府行政和促进司法公正等途径,对国家权力进行监督与制约。

5. 促进民众法治意识

民众的法治意识是法治进程的深层动力。在此过程中,一方面,律师通过为公民社会提供法律服务,可推进法治观念的普及;另一方面,律师在国家和民众之间架起了对话的桥梁,有利于维护民众的利益诉求,培育法治文化的根基。为此,应当鼓励律师深入基层群众,为民生问题建言献策,在创新社会治理中扮演更重要的角色。

律师在上述五个方面呈现的自由、价值与独立程度,是衡量一国法治建设的重要指标,律师自由对于构建法治国家的重要性不言而喻。尽管我国基于社会经济发展的历史因素,律师自由在某种程度上依然任重而道远。但在新常态的时代号角下,律师也将迎来新的机遇和挑战。

二、新常态下的时代机遇

如果说党的十八届三中全会的核心是改革,四中全会的灵魂是法治,那么五中全会的关键则是发展。改革、法治和发展三大战略理念揭示了新常态下的时代机遇,律师在政治和经济层面均享有更广阔的自由与价值,同时也被赋予了更重要的责任与期许。

1. 经济新趋势:多元法律需求不断扩展

无论是发展方式转变,还是经济结构调整,都将伴随新的法律服务需求。有数据显示,2014年中国法律服务的市场规模已超过1000亿元。根据专家预测,2017年这一市场将达到5000亿元。然而从实践来看,法律服务需求增长与供给不足的矛盾仍较为突出。例如,我国已较大规模地开始了“一带一路”战略实施,各类投资项目已经启动,但相应的法律服务仍有所欠缺,不少项目因风险评估和预警机制不足遭受到无谓损失。从经济全球化新趋势来看,各国间经济贸易往来加速流动,涉外法律事务不断增多,迫切需要一批通晓国际规则、善于处理涉外业务的律师。

2. 政府新特征:政府法律服务前景广阔

四中全会明确提出“政府重大行政决策及行政机关内部重大决策均必须进行合法性审查”,该程序离不开律师的参与。政府以巨大的财政能力为后盾购买法律服务,为律师业务提供了广阔的前景。单以广东省为例,2014年,广东省各级政府及其组成部门中有近3000家聘任了律师担