



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛

● 谢佑平/著

社会秩序与律师职业

——律师角色的社会定位

法律出版社

◀ SHEHUI ZHIXU YU LÜSHI ZHIYIE—LÜSHI JIAOSE DE SHEHUI DINGWEI ▶

LL.D. SERIES

中国法学博士文丛

D916.5
X524

● 谢佑平/著

社会秩序与律师职业

——律师角色的社会定位

法律出版社

◀ SHEHUI ZHIXU YU LUSHI ZHIYIE—LUSHI JIAOSE DE SHEHUI DINGWEI ▶

图书在版编目(CIP)数据

社会秩序与律师职业：律师角色的社会定位/谢佑平著.
北京：法律出版社，1998.9
(中国法学博士文丛)
ISBN 7-5036-2543-0

I.社… II.谢… III.律师-职业社会学-研究 IV.D91.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 20236 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/宏能胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8.625 字数/214 千

版本/1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有，侵权必究。

书号：ISBN7-5036-2543-0/D·2157

定价：15.00 元

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

序

律师及律师职业在现代社会法律秩序的建构中具有不可或缺的地位。然而,长期以来,我国律师制度的建设难尽人意,律师理论研究更显得十分薄弱。自 80 年代以来,我国学术界对律师及律师职业逐渐给予关注,不少学者为律师理论研究付出了辛勤劳动,发表了大量的文章和专著,使律师学这一职业法学学科从无到有并且成长起来。今天,青年学者谢佑平同志又送来了他的最新研究成果——《社会秩序与律师职业》一书的书稿。作为该书的第一位读者,我为其大胆的理论勇气、严密的论证说明、折人的新颖见解和酣畅的语言文字所吸引。该书研究视角独到,对律师职业的若干重大理论问题进行了系统的探讨,如:律师职业在法律秩序建构中的作用;律师职业的阶级性、民主性、独立性、社会性、商业性;律师在西方社会中的价值与地位;古代中国没有职业律师的原因;律师职业与经济、政治、文化、诉讼模式的关系;中国律师制度的发展需要解决的问题,等等。尽管其中某些问题的研究尚待深入,但这些问题的提出,有利于开阔我们研究律师制度的视野,加深我们对律师制度的认识,促进我国律师制度的完善。

我为律师理论界又一部力作将要由法律出版社出版而高兴,为律师理论研究的不断深化而欣喜,是为序。

徐 静 村

1992.11.17

前 言

早在1987年,有幸得到我国律师学创始人徐静村教授指点,开始生成对律师制度研究的兴趣。在近十年的教学实践中,这一兴趣丝毫未减。为此,我先后发表此方面的论文十多篇,主编和参编此方面的教材三本。兼职律师的工作经验,增强了我对律师职业的实感。1995年,我正式从师于徐静村教授门下,在职攻读博士学位,这使我有深入、系统研究律师制度的良机。自此,我对律师制度的研究由感性阶段转入理性时期。在翻阅了大量中外有关论著之后,我开始思考一些自认为最基础也是最重要的问题:律师职业在法律秩序建构中有何作用;律师职业应具有何种属性;律师职业为什么产生于西方且发达于西方;社会结构类型与律师职业有何关系;中国律师制度的发展需要解决哪些问题;等等。1996年,我将这些想法初步整理后作为博士论文选题并申请国家科研立项。科研立项幸运地得到了批准,使我对上述问题的研究有了较好的物质条件。经过近两年的研究,该国家社科青年项目现已完成并通过鉴定。以下这些文字,就是这一课题的最终成果。

同时,该课题还得到西南政法大学的资助。

谢佑平

1997年11月16日于重庆



谢佑平：1964年9月生，湖南宁乡人。1985年西南政法大学法律系本科毕业，1988年西南政法大学硕士研究生毕业。现执教于西南政法大学，任诉讼教研室主任，副教授，硕士研究生导师。1995年在职攻读西南政法大学诉讼法博士学位。出版有《刑事诉讼模式与精神》、《中国审判理论研究》、《律师学》、《刑事诉讼法学》等专著、教材共16本。

1999/10/07

目 录

序

前言

第一章 社会秩序的建构与律师职业的产生 1

第一节 社会秩序与法律调整 1

一、国家与法律的产生 1

二、法律调整的本质 6

第二节 法律秩序与法律服务 9

一、律师职业的产生 10

二、律师法律服务在法律秩序建构中的作用 12

第三节 律师职业性质界定 28

一、阶级性 28

二、民主性 33

三、社会性 38

四、独立性 44

五、商业性 50

第二章 西方国家律师制度的基本内容 60

第一节 律师的价值与地位 62

一、服务政治 62

二、维护人权 73

第二节 律师资格制度 91

一、资格的严格性	92
二、资格的法定性	99
三、资格的可变性	104
第三节 律师的权利与义务	107
一、律师的权利	110
二、律师的义务	121
第四节 律师酬金与法律援助制度	129
一、律师酬金制度	129
二、法律援助制度	134
第五节 执业机构与律师组织	139
一、执业机构	139
二、律师组织	147
第六节 律师惩戒制度	158
一、惩戒的理由	158
二、惩戒的机构	161
三、惩戒的程序	164
第三章 中国社会与律师制度	168
第一节 古代中国社会没有职业律师	168
一、中国古代的“辩护士”、“讼师”	168
二、中国古代没有律师的主要原因	174
第二节 近代中国社会与律师职业	186
一、近代中国社会律师职业的引进和移植	187
二、西方律师制度在近代中国的命运	191
第三节 现代中国社会与律师职业	193
一、新中国的成立与社会主义律师职业的产生	193
二、现代中国社会的律师职业	199

第四章 社会结构类型划分与中国律师制度前景	204
第一节 社会结构类型划分与律师职业	204
一、义务型与权利型	204
二、集权型与民主型	212
三、计划型与市场型	216
四、人治型与法治型	225
第二节 中国律师制度前景	232
一、中国社会结构类型分析与对策	233
二、律师制度的完善	254

第一章 社会秩序的建构与 律师职业的产生

第一节 社会秩序与法律调整

人类社会制度史表明,社会冲突是普通的,自人类社会产生之日起,社会冲突便无所不在。马克思主义哲学原理认为,世界上的一切事物都是由矛盾构成的,矛盾存在于一切事物的发展过程中,并且每一事物的发展过程都存在着自始至终的矛盾运动。矛盾着的对立面既统一,又斗争,由此推动着事物的运动和变化。人类社会同自然界一样,也是在不断变化的矛盾运动中更替和发展的。国家和法律,是阶级矛盾、社会冲突的结果,也是缓和阶级矛盾、社会冲突的工具。可以说,社会冲突是普遍的,不可避免的。社会冲突的控制与解决,是法律、司法制度、律师制度等社会现象之价值和功能的体现。

一、国家与法律的产生

在没有国家和法律概念的人类社会中,是无所谓律师职业的。十分单纯质朴的氏族制度社会,解决社会冲突的基本形式,是氏族组织在公共舆论、道德、习惯力量等支配下的仲裁或者以牙还牙、以血还血式的同态复仇。因此,法律秩序的产生和存在,是律师职

业及其制度缘起的前提和基础。

法律秩序的建立,依赖于国家与法律的产生。国家和法,不是从来就有的,是人类社会发展到一定阶段的产物,是阶级矛盾或社会冲突不可调和的表现和结果。

在原始社会中,社会生产力极为低下,与此相适应,生产关系的基础是生产资料的原始公有制。当时生产工具的极端简陋和落后,使人们不可能单身与自然界作斗争,因而,共同劳动,平均分配成为必需。没有剩余,没有私有制、剥削和阶级,也就没有国家和法。在原始社会中,调整人们在生产和生活中相互关系的行为准则,是世代相传的各种习惯。原始习惯对全体氏族成员具有普遍约束力。当时,人们对习惯的遵守不是依暴力为后盾,而是靠人们的自觉习性、社会舆论的力量和氏族首领的威望。由于没有系统地采用暴力和强迫人们服从暴力的特殊机构,氏族成员的冲突和纠纷大都通过原始习惯予以解决。这正如恩格斯所说:“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决;……在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^①

随着生产力的发展,人们的劳动产品除了维系生存外,开始有了剩余,出现了产品交换和剥削。同时,氏族不再是共同劳动的组织,集体劳动开始过渡到个体劳动。个体劳动要求实行生产资料私有制,要求产品由公有财产转变为私有财产。私有制,是产生阶级和剥削制度的根源。“在第一次社会大分工中,也就产生了第一次社会大分裂,即分裂为两个阶级:主人和奴隶、剥削者和被剥削者。”^② 在后续的两度社会大分工中,又分离出了商人、高利贷者

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第92~93页。

^② 《马克思恩格斯选集》第4卷,第157页。

等新的社会阶层。私有制和阶级的出现,氏族组织和原始习惯的作用显得软弱无力,无法协调和解决奴隶主和奴隶、富人和穷人、高利贷者和债务人之间日益严重的阶级矛盾和斗争。奴隶主阶级为了镇压奴隶的反抗,维护自己在经济上的统治地位,巩固对奴隶实行剥削和压迫的权力,需要一种暴力组织作为特殊的强制机构,以凌驾于社会之上。这种从社会中产生,掌握在奴隶主阶级手中的暴力组织,就是国家。因此,可以说:“国家是社会在一定发展阶段上的产物;国家是表示:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。”^① 国家,是阶级矛盾不可调和的产物和表现。“在阶级矛盾客观上达到不可调和的地方、时候和程度,便产生国家。反过来说,国家的存在表明阶级矛盾不可调和。”^②

国家产生后,统治阶级为了适应阶级斗争的需要,不仅要借助于国家这一暴力机器,而且需要建立新的社会规范以调整分裂为阶级后的社会关系,使统治阶级的地位合法化和稳固化。因此,当人类社会发展到一定的阶段,社会产生了一种需要:把人们每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使每个人服从生产和交换的一般条件。这一共同规则,首先表现为习惯,后来,随着阶级的出现,习惯便成了法律。由于法律的产生,就必然要建立以维护法律为职责的公共权力机关,于是警察、法官、监狱等国家机器出现了。可见,在阶级社会中,统治阶级

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第166页。

② 《列宁选集》第3卷,第175页。

“除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志，即法律的一般表现形式。”^① 统治阶级通过法律规定人们应该做什么，不应该做什么，怎样做是合法的，怎样做是违法的，违犯了法律的规定，就要受到国家的制裁。这正如恩格斯所说“官吏既然掌握着公共权力和征税权，他们就作为社会机关而驾于社会之上。从前人们对于氏族制度的机关的那种自由的、自愿的尊敬，即使他们能够获得，也不能使他们满足了；他们作为日益同社会脱离的权力的代表，一定要用特别的法律来取得尊敬，由于这种法律，他们就享有特殊神圣和不可侵犯的地位了。”^② 可见，法律，是通过国家制定或认可并依靠国家暴力保证实施的行为规范。法律的产生，同国家一样，也是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

在阶级社会中，任何一种类型的国家和法律制度，无不反映出统治阶级的政治。法律作为通过国家政权机关表现出来的统治阶级的意志，只有通过统治阶级才能以国家的名义宣布为具有普遍约束力的国家意志，任何人都不得违反，否则，将受到法律的制裁。可以说，法和国家一样，都是保护一定的统治阶级利益的工具。国家与法律的关系表明：如果没有国家的强制力量，任何宪法和法律都不可能发生效力，都将成为一纸空文。列宁说：“如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出的机关都等于零。”^③ 又说：“用‘意志的明显表现’之类的空话来搪塞是不行的：意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”^④ 因此，国家与法律是不可分割的，

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第378页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第167—168页。

③ 《列宁全集》第11卷，第98页。

④ 《列宁全集》第25卷，第75页。

统治阶级通过国家政权机关制定和颁布法律；法律一旦制定，就须依靠国家强制力保证其施行。

作为由国家机关制定和认可的法律，具有以下特征：其一，规范性。法律是调整人们社会关系的行为准则，是肯定的、明确的和普遍的社会规范。任何统治阶级总是从自己的利益出发，通过国家将现存社会制度下人与人之间在经济、政治等各方面的关系固定化、制度化和法律化，从中概括出人们行为必须遵守的一般准则，规定人们可以怎样行为、应该怎样行为或不应该怎样行为，倡导并要求人们实施有利于统治阶级的利益，指明违反法律规范所必须承担的法律责任。其二，强制性。法律是一种国家意志，由国家强制力保证实施，在国家权力管辖的范围内对全体社会成员具有普遍的约束力。在阶级社会中，由于被统治阶级的反抗和破坏，法律的实施必须以国家暴力为后盾。施行国家暴力的突出表现是对违法行为予以惩罚和制裁。正如列宁所说：“一般用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办。”^① 因此，徒法不足以自行，法律的施行需要一系列具有暴力色彩的国家机关、警察、法庭、监狱等，暴力机器的存在不可避免。其三，稳定性。法律是社会经济发展到一定阶段的产物，它也要随着社会经济、政治等情况的发展变化而不断完善和更替。但是，法律是一种特殊的社会规范，不可朝令夕改，任何法律在未经法定程序修改和废除以前，应当是有效的，具有稳定性和连续性。正因为如此，人们才可以普遍地预知国家对自身行为所持的态度，检测自身行为与法律允准范围的适应度，进而选择和规范正确的行为方向与模式。

总之，法律无论是镇压敌对阶级的反抗，还是调整统治阶级内部矛盾，其目的都在于实现统治阶级的政策和国家职能，稳固符合

^① 《列宁全集》第2卷，第253页。

统治阶级需要的社会关系,建立和维护有利于社会存续的法律秩序。

二、法律调整的本质

法学基础理论表明,法律对社会冲突的调整,实质上,是权利和义务的设定、分配、落实和保障的过程。法律的制定,是以规范社会主体的地位,即权利和义务为基本内容的。可以说,法律部门是特定种类的权利义务所组成的群落;法律体系是权利和义务的等级结构和横向联结所组成的统一体;法律责任和法律制裁是权利和义务的延伸;法律意识和法律行为是社会主体对权利和义务的认知、评价和实践;法律秩序,是以权利和义务形式所表现出来的社会关系。

在阶级社会中,统治阶级是通过确认和设立社会主体的法律地位来分配权利和义务的。制定法律的过程,也就是把某些权利和义务同某种法定地位联结起来的过程。例如:奴隶社会中的主人、奴隶,欧洲中世纪时的公爵、骑士、农奴,现代社会中的选民、股东、合同当事人、以及丈夫与妻子、父母与子女等等,都是一些有法律意义的社会主体。凡是占据了某种法律地位的社会主体,也就进入了某种特定的法律角色,从而可以享有该角色所包含的权利并承担相应的义务。在人类社会的早、中期,法定社会地位具有等级性和封闭性特征,权利和义务的分配缺乏统一标准,立法形式上表现出特权阶层和差别对待。在现代社会,社会主体的法定地位在最基本的权利享受和义务承担方面是平等的,不因性别、种族、民族、肤色、语言、信仰以及财产多寡而有差异。

无论是作为个体存在的个人,还是作为团体存在的若干人的集合,其存在和发展都有赖于必要的行为自由,以显示其个性,实现其目的,履行其职责。权利,正是对社会主体在一定限度内的行为自由的法律确认,是通过法律予以承认和保护的利益以及社会

主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段。在法律秩序的运作过程中,权利始终处于重要地位。权利构成法律体系的核心,法律体系的许多因素都是由权利派生出来的,由它决定,受它影响,权利在法律体系中具有关键作用。一般说来,在对法律部门、法律体系及其结构进行广泛解释时,权利始终处在起始的位置,是法律体系中主要的、中心的环节,是任何法律规范的基因和基础。因此,权利是最能把法与现实生活联系起来的范畴,它是在一定社会生活条件下人们行为的可能性,是社会主体自主性、独立性的表现,是社会主体行为的自由。“权利,是国家规范的客观界限,是国家创设规范时进行分配的客体。法的真谛在于对权利的认可和保护。”^①

法律权利的界限,主要表现为以下几方面:首先,法律权利所体现的主体自由意志是特定的。主体的自由意志在任何时候都受客观条件和主观因素的制约,权利主体的自由意志是被规范化的,其主动性和能动性的展现被限制在一定的范围内。权利主体在行使权利过程中,要受法律规定的限制,权利主体对所享有利益的获得只能在法律所允准的范围内进行,同时,法律以违法责任的设立加以监护。其次,权利的法律设定,是对社会主体各自特定社会地位差异的肯定。法律权利所表达的主体既自由又非自由的意志界限,反映出立法者所能给予人们利益的一定限度,国家所能承受的程度,以及在何种范围内建立秩序的意向。再次,法律权利的平等只是法律形式上的平等,并不等于社会公平。当法律权利对各主体之间的差异进行肯定时,便将法律平等建立在一个不平等的基礎上,而当法律以同一标准对待不同的权利主体时,这种不平等便得以进一步加深。第四,法律权利从产生之日起便分裂为两个部

① 孙国华:“法的真谛在于对权利的认可和保护”,载《时代论评》1988年创刊号,第79页。

分,即法定权利与实在权利。法定权利表现为法律形式的规定,是纸上的东西,是一种理想状态的权利;实在权利是现实生活中人们实际享受或行使的权利。法定权利与实在权利既相联系,又有区别;一般来说,在阶级社会中,法定权利与实在权利并不完全一致,往往存在差距。

与权利相对的是义务。义务是国家通过法律规定的权利相对人应当适应权利主体的正当要求而作为或不作为的约束。社会主体的权利,通常是通过权利相对人履行义务而实现的。

义务与权利的关系,可以从下述几方面予以理解:

1. 义务来源于权利

义务在实质上是权利的引伸和派生物。当立法者发出禁令,要求人们承担起某种普遍的义务时,只有当它是从权利中合理地被引伸出来时,它才能成为一种合理的存在,如:“不得杀人、伤人”这一义务,是渊源于人们有生存和健康的权利,而不是因为有“不得杀人、伤人”的义务,我们才有理由生存下来。

2. 义务是为了适应权利的需要而被设定出来的

为了保障和实现人们平等享有的普遍权利,普遍的义务约束才成为必要。当立法者为人们设定新的义务时,其能够加以援引的唯一正当理由,是其将有益于人们原本享有或新近享有的权利。

3. 义务与权利是对应的

没有无义务的权利,也没有无权利的义务。人们自觉地、忠实地履行义务,是因为他们相信与之相对的权利主体已经或以后会履行同样的义务,而且确信从该法律关系的另一关系项看或在另一个法律关系中,他们同样是权利主体。

4. 与权利一样,义务也与利益相联系

人们享受权利和履行义务所获得和丧失的利益,在总量上应当是衡平的。权利主体在行使权利过程中,要承担与之相应的义务。以义务限制权利行使的唯一目的,在于保证其他主体的权利