

LVSHI SIWEI YU BANAN JINGYAN

律师思维 与 办案经验

吴革 著

律师是国家赋予公民的一把自卫之剑

不是一个律师，而是三个律师

像律师一样思考

做律师更应当有胸怀

律师要做一名精神贵族

法学泰斗**江平**

著名律师**巩沙**作序推荐



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

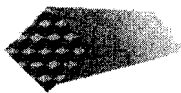
LVSHI SIWEI YU BANAN JINGYAN

律师思维 与 办案经验

吴革 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



序 一

吴革律师请我为他的著作《律师思维与办案经验》作序,我也想就此谈些对律师的看法。

首先,我来谈谈我对吴革发起的“中国影响性诉讼”评选和研究的看法。我认为这项评选很有意义,比较独立,比较中立。独立,就是没有依附于某种政治权力,没有依附,也就是没有屈从。中立,就是没有偏袒谁,没有照顾谁。影响性诉讼的评选在很大程度上体现了民意,但是,这项评选又不应该仅仅体现民意,不能完全成为民意的附庸,成为大众作出的判决书。影响性诉讼的评选,应该是一个民意与法律专业意见相结合、相配合、相融合的过程。我比较看重影响性诉讼的制度意义,但是,从最近两年的评选结果看,似乎影响性诉讼改变制度或者改善制度的个案并不是很多,这一情形,值得我国法律人为之思考。我希望这项评选能够持之以恒地办下去,希望它的制度意义越来越凸显——这也就意味着中国的法治环境越来越好。

其次,我来谈谈对律师与宪法、人权的关系。吴革是全国律协宪法与人权专业委员会的主任,每年与一批律师同仁做一些宪法与人权层面的思考与研讨。这几年我出了两本书,一本叫《我所能做的是呐喊》,另一本叫《私权的呐喊》,这两个“呐喊”,既鼓呼律师的社会责任,也期待我国宪法与人权的大发展。我还认为,律师应当是人权卫士,律师作为社会精英、专业精英,是推动宪法与人权发展的生力军。就像我曾经说过的,在西方国家,对人权的重视、对法治的重视,很大程度上都表现在对律师作用的重视上。每个人被捕的时候,警察马上要说,你有请律师为自己辩护的权利。辩护的权利可以自己行使,也可以请别人行使。律师的权限很大,无论是审判还是侦查期间,律师都可以参与其中。而且,律师在社会上,也得到了很高的尊重。在每一个个案中,律师

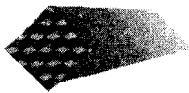
总是站在某个当事人一边的。为自己的当事人穷尽法律帮助和法律服务,律师责无旁贷。但是,在整体的社会格局中,律师就不仅站在当事人的一边,而且站在法律的一边、正义的一边、人权的一边,最终是要站在宪法和宪政的一边。我曾说过,律师有个服务之道,有个治国之道。服务之道是如何为当事人来服务,他给我钱,我给他服务,单纯的金钱服务关系;治国之道是用法律来维护社会的尊严,来维护社会的正义公平。律师为自己的当事人服务好,那当然是必要的,但如果把这个凌驾于其为社会所尽的义务之上,那就是错误的。吴革在本书中引用了胡乔木的诗:“你戴着荆棘的王冠而来,你握着正义的宝剑而来。律师,神圣之门又是地狱之门,但你视一切险阻诱惑为无物。”我也曾经引用过这首诗,我想,只有在宪法与人权的层面思考律师的责任,我们才能不负荆棘的王冠和正义的宝剑,才不负这个时代交给我们法律人的使命。

最后,我来谈谈“公益律师”与“商业律师”的关系。我们使用“公益律师”或者“商业律师”这两个概念,并不是把律师人群可以分成了两个群体,公益和商业,二者应当结合。吴革在本书中提出了“三个律师”的划分,大抵也是此意。我尤其想说,正因为“公益”和“商业”不是截然分开的两个群体,商业律师才更应该做些公益的事情,而不是把公益的任务交给公益律师。我们知道,从功能的角度,商业律师把商业的职责履行好了,也是社会之善,所以商业不仅是为了“稻粱谋”,它本身也实现了律师的一种社会功能。但是,公益与律师的距离,比慈善与企业家的距离更近。因为律师负载了社会对公平的期待,而企业家负载的是社会对效率的期待。为了促进公平,律师应当走近和走进公益!所以,倡导律师的公益取向,也就是在重振律师的道德理想。

是为序。



2011年3月



序 二

律师的生涯中只有10%是成功而精彩的,还有10%是失败和痛苦的,剩下80%可能是平淡无奇的。更多的律师们往往被10%的精彩和成功诱惑着,忍受着10%的痛苦失败,在80%的平淡无奇中写完自己的职业履历。但是,律师们对事业的执著追求和前赴后继,明知山有虎、偏向虎山行的气概,乃是当今法制大厦的栋梁。

本书作者吴革律师是司法部和全国律协评选出的全国优秀律师。他的见地和理念给我带来了一些思考。

思考一:律师究竟是什么?无论理论家们怎样定义,我始终认为:律师就是解决问题的能手。

律师不是商人,不能以其个人财富的多少作为评判律师是否优秀的标准,因为律师不以追求物质利益的最大化为己任。

律师不是学者,不能只停留在著书立说和钻研理论知识阶段,还需把理论与实践结合起来运用。

律师不是政治家,不需要用手段和计谋去兼顾天下,不能指望律师通过一案一诉去弥补法律和国家体制的某些缺失。

律师不是官员,不受政府或公权力的约束,他是独立的、自由的,只忠实于法律。

(当然,不排除某些律师个体具备政治家的胸怀和胆识、学者的渊博和深刻、官员的干练和自信、商人的经营与心计。)

总之,律师是专业人士,靠知识和技能为委托人提供服务。保护委托人的权益不受侵犯。律师是为解决问题而生的。

思考二:律师的向往和价值趋向是什么?律师向往和期待的无非是滚动

的市场空间、合理的市场份额、有序的市场规则。律师的服务市场只有不断滚动才能逐步拓展,律师服务的领域才会越来越多;只有市场份额分配和占有合理,才能使律师和律所更好地生存和发展;市场竞争有序,游戏规则公平,才能避免不正当竞争,保护合理的竞争行为。当然,实现上述律师行业的“共产主义”,还需有国家法制的健全作保障,只有律师的执业环境得到有效的改善,律师的合法权益不受侵犯,“共产主义”才能实现。

律师的价值趋向因年龄、执业经历的不同而各异。律师的追求有四个方面:

(一)追求创收。律师和律所要生存、要发展,所以我们不反对律师注重经济效益,但反对单纯只重视经济效益。律师注重创收,不能简单地归结为拜金主义。首先,律师行业的主管部门和主管领导倡导律所规模化、专业化,视察和评优的对象均为大型律所。律所规模大、办公条件好,就需有高创收为支撑。其次,大所可以占有更多公共资源,如能够在律师协会担任领导职务、在较高层级担任人大代表、政协委员也都是收入较高的律师或大所的代表;再次,司法行政部门、律师协会、社会上的新闻媒体评选出的优秀律所、百强所、百强律师,均以律所的规模大小、创收多少为先决条件。最后,市场使然。社会公众信任大的律所,委托人对大所青睐有加。在北京地区,少数大型所占有的80%的律师服务市场。但是,大所就意味着大投入,高档次。从上述四点不难看出,律师和律所追求事业做大做强,必须以高创收为前提。

(二)追求形象。律师通过印刷品、媒体、网络进行的自我宣传、自我展示、自我推销,主要是用来树立形象的,尤其年轻律师,在网络、电视等进行自我展示的非常普遍。

(三)追求责任感。确有律师是非常看重社会责任的,他们做了很多公益性质的法律事务,不计报酬、不重名利,对不遵守法律的人和事深恶痛绝。

(四)追求完美。也就是追求全面,既要经济效益好,又要社会效益好,也愿意承担社会责任,同时又有社会地位,集各种追求于一身。

律师的追求和价值趋向不能简单地用好或不好来评判,因为他们的审美价值对应着不同的社会群体和阶层,与不同的社会需求相适应。存在就是合理。

思考三:社会现象对律师执业环境的影响。

律师生存环境的优劣是国家法律制度状态的晴雨表。今年参加“两会”时一位政协委员对当前法制现状的描述使我颇有感触。三种状态:认真立法,普遍违法,选择执法。认真立法,说明中央和地方高层领导对立法工作的重

视,并希望通过依法治国使社会稳定,人民安居乐业。普遍违法,是说社会上有法不依的现象比较严重,公民个人和企业不守法可以理解,更主要的是一些基层政府部门依法行政做得也不够好,百姓权益被侵投诉无门。选择执法,指的是一些基层司法部门或行政执法部门,当法律规定对自身利益有利时才选择依法,或是依照自己的理解解释法律,更有甚者是利用有些法律、法规、规章之间的不衔接或冲突、漏洞去选择用哪个法或不用哪个法,想追究法律责任就追究,不想追究就不追究。而律师们呢?在立法时积极提意见和建议,认真学习掌握新立之法;遇到违法现象,律师积极抵制呼吁。但遇到了选择执法现象,律师是最苦的了。律师的意见得不到采纳,律师对法律的理解及主张得不到法院的支持,导致律师不再被社会和大众信任,一个法律关系清晰的简单案件也要(对委托的律师)货比三家。律师的市场秩序由此混乱。据统计,在世界上所有成文法国家里,我国颁布的法律是最多的,但就是遵守和执行得不尽如人意。律师只有一个武器——法律,如果执法环境不好,势必影响律师的生存环境。

苏格拉底提出“认识你自己”的哲学命题,这个问题仍然适用于今天的中国律师。身为执业律师,吴革提出了自己的解读:律师职业在法治功能的担当体现在三个方面,即向社会有偿提供法律并不遗余力地维护委托人权益的社会律师,受政府雇佣或聘任为政府依法行政、服务人民出谋划策的政府律师,承担社会公益职责服务贫困群体的公益律师。律师队伍在这三个方面职责的担当均衡、适度,律师职业才能健康发展。“三个律师”的划分是为了研究问题的方便,权且不论这种分类是否科学,但展现了作者对律师行业现状的认识和思考。关于社会律师,我们已经论述很多了。关于政府律师,也就是现在的公职律师,是一个非常小的群体,小得可以忽略不计,但这是一个极需扩大的群体,对这个群体的研究几乎是空白,本书开了一个很好的头。关于公益律师,我想这个群体的从业人员大致有三类:一是业务拓展不顺利或没有业务的律师;二是确实致力于做公益并不计报酬的律师;三是余粮满仓的成功型律师。前两类律师或律所是靠政府、社会组织、基金会等资助方能生存的,我们应当大力提倡的是第三类律师从事公益事业。希望经济效益颇丰的律师和律所积极加入公益大军,回报社会,既承担了社会责任,又保证了公益律师事业的延续性,因为他们没有生存的压力。

我们希望社会律师要追求完美,政府律师要找准定位,而公益律师则应尽心尽力。

最后,用中央领导同志对广大律师的期望来结束本序,愿我们做中国特色

社会主义的法律工作者,做经济社会又好又快发展的服务者,做当事人合法权益的维护者,做社会公平正义的保障者,做社会和谐稳定的促进者。

北京市政协常委
北京市政协社会和法制委员会副主任
北京市律师协会副会长

巩 沙
2010 年仲夏

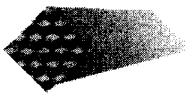
目录

引言 律师职业的问题与困境	1
---------------	---

社会律师篇	17
社会律师的选择:自由与责任	19
社会律师的正当性:国家赋予公民的自卫之剑	21
社会律师的最大风险:《刑法》第306条	23
社会律师之疼:律师为什么挨打	32
社会律师的境界:做律师应当更有胸怀	34
社会律师的品格:像张思之一样勇敢	37
社会律师的成长之一:接受时代锻造	40
社会律师的成长之二:做精神贵族	48
社会律师的自治:守卫精神家园	51
社会律师域外观察:爱尔兰律师制度启示	53

政府律师篇	57
政府律师:中国律师政策探源	59
政府律师:关注制度完善	69
政府律师:关注民生	79
政府律师:关注社会转型问题	90
政府律师:关注立法	102

政府律师:关注政治	122
政府律师:参与公共事务	126
公益律师篇	131
公益律师:与正义有关	133
公益诉讼:为不特定的当事人	139
公益诉讼:用诉讼激活移植的法律	144
公益诉讼:做大法治市场	153
影响性诉讼:中国法治发展的新引擎	154
影响性诉讼:中国律师的新主张	159
影响性诉讼:一种新的研究范式	163
我做公益律师之一:孙志刚外地务工收容致死案	166
我做公益律师之二:女教师黄静非正常死亡案	171
我做公益律师之三:县委书记名誉权案	181
我做公益律师之四:工会主席维权案	191
我做公益律师之五:阜阳“白宫”举报人“自杀”案	199



引言 律师职业的问题与困境

—

三十多年前,在农村经历的饥饿、贫困和歧视,促使我决心选择律师职业。那时或许认为,这个职业有便于探究人人平等,免于饥饿,追求幸福的道路。

1989年那个闷热难熬的夏日,怀着乡村建设梦想的我,回到老家司法局实习。

那是县里唯一一家国办律师事务所。第一天到律师事务所上班,在律师事务所狭窄、局促的办公室的墙面上,是用镜框装裱的胡乔木先生为我国律师制度恢复重建的题词:

你戴着荆棘的王冠而来
你握着正义的宝剑而来
律师,神圣之门
又是地狱之门
但你视一切险阻诱惑为无物
你的格言
在法律面前人人平等
唯有客观事实才是最高权威

这首诗之所以被高悬在律师事务所的墙上,我相信它代表了律师制度恢复重建时,选择律师职业的那一代人的一个理想、一种坚定信念,同时也是这

位党的理论家给律师们一封证明信：律师之路尽管充满荆棘，但它与其他职业相比，卓尔不群，给人无限的想像力。

三十年前，人们选择律师职业时，心中怀着多么美好的梦想！三十年来，中国的经济已经从积贫积弱变成了后金融危机时代全球经济的火车头，我国的最高权力机关全国人民代表大会也自豪地宣称基本完成社会主义法律体系建设，与这种繁荣景象相对比的是，三十年后的中国律师职业的发展举步维艰。

今日的中国律师职业，正面临自三十年前恢复律师制度以来前所未有的考验。尤其自李庄案件以后，社会对律师职业的看法产生了重大分歧，律师职业发展的走向愈加令人担忧。

缘何如此？

当然，律师业也是成绩斐然。这表现在律师制度几次立法、修法，律师体制改革将律师职业社会化，从而使得律师从业者的人数、业务收入不断增长。时至今日，律师之于改革开放的中国，从无到有、从小到大，已经成为人们经济社会生活中不可或缺的一部分，中国社会也已经习惯了律师的存在，甚至已经不满足于律师的一般服务了。尽管如此，律师职业在中国的发展仍然面临巨大的压力和严峻的挑战。

律师职业的艰辛与困惑是业外的人士所不能体会的。被认为社会精英的律师们，在对外交往上，总是刻意营造自己的成功形象：经济收入丰厚，有重要的社会关系，知名度高等。事实上他们可能囊中羞涩，没有几个知心朋友可以倾诉，正面临被当事人投诉，等等，处于极为尴尬的境地。律师炫富并非他们天生如此，或是这样的自诩是招揽业务的一种手段，或是因为社会地位低下、经常受人歧视产生的自我保护心理。而在这些自己制造的虚假繁荣的背后，是不可言说的隐痛，其中包括：律师社会地位不高，律师应有作用不能得到充分发挥；律师执业权利未能得到有效保障，执业报复时有发生；歧视律师的文化传统和社会心理仍然十分强大；律师队伍自身规范性不足，职业精神和职业文化尚在成长中；律师业难以适应和满足快速增长的社会维权诉求和法律服务要求；在国际律师业巨大优势和竞争压力面前，中国律师业无力应对……

二

在从事律师职业的最初十年，我从最基本的刑事、民事诉讼案件做起，从小案件到大案件，从诉讼到非诉讼领域不断积累经验；这期间，我也经历了国

办律师事务所(最初在县司法局律师事务所执业)、学院律师事务所(在郑州大学法学院主办的律师事务所执业)、合作制律师事务所(在河南首家合作制律师事务所执业)三种不同形式的律师事务所,后来又与同事共同创办了合伙制的律师事务所,参与和见证了司法部和全国律师协会那些奠定我国律师制度基石的激荡人心的改革。在律师这个职场里,我得以安身立命,掌握了生存的技能;同时,律师这样一个特殊的职业和身份,也给了我观察社会,同时以参与者的身份投入其中的机会和体验,个中感悟,不仅仅及于自身和接触到的人,也从中观察到社会生活的方方面面、阴晴寒暑,进而,以法律的视角,观察它给国家、社会和公民生活带来的种种影响。

但是,总结执业之初十年的律师经历,我认为自己不过是在维护自己委托人的合法权益,在自我完成一个执业律师应当具备的基本技能的训练,在体会律师、律师事务所和律师协会间的新型关系,在感受当事人、律师和司法机关的复杂关系。并且,我发现,随着自己业务水平和执业成本的提升,那些无力支付律师费的而最需要法律服务的当事人,离律师越来越远。这应当是市场的规律。但是,如果我们社会向法治时代渐行渐近的时候,许许多多最需要法律保障的人却离法律服务越来越远,难道这就是我们曾经决心毕生追求的法律职业吗?曾经办理的几起法律援助案件对我触动更大。

1998年春天,客居新疆的三位河南籍农民辗转千里找到我,他们是老夫妇俩和怀孕的儿媳。老人的儿子在北京打工时与当地有背景的人发生冲突致死。他们给我的印象,无论容貌、习惯、经济状况、心态等,和三十年前的我在农村的感受并没有多大差异。

按照北京的收费标准,他们支付不起我的律师费。但是当我读了他们带来的材料时,职业判断告诉我本案绝非过失杀人,应当认定被告人构成故意杀人或者故意伤害致人死亡。但是,本案的犯罪嫌疑人仅以过失杀人罪被逮捕。他们的遭遇、他们的决心和他们对我的那种期望使我难以拒绝他们。

办理案件的过程是曲折而艰难的。在承接案件大半年后,终于开庭了。公诉机关坚持以过失杀人罪提起公诉,而三被告、四个律师均作无罪辩护。我并不相信受害人的代理人在附带民事诉讼中只能就民事部分发表意见。我在法庭辩论一开始就指控被告人应构成故意杀人罪。

在海淀区人民法院的老法庭里,我还真有点儿舌战群儒的感觉。作为身单力薄的受害农民工代理人,我与四个被告律师和一个检察官激烈交锋。虽然过去十几年了,回想起那种在压力之下,求胜雄心所激起的激烈言辞还犹言在耳。

结果还是事实和法律胜利了,虽然法院没有完全采纳我的代理意见,但已经被取保候审的被告人被重新收监,并将第一被告以故意伤害罪判处十二年有期徒刑,受害人家属也获得了几万元的赔偿。

我不能说这个案件办理得十分圆满,但是我尽到了最大的努力,也为我的当事人争得了在当时法律制度和司法体制下比较理想的法律后果,但这个案件让我对自己的法律职业发展方向产生了怀疑。如果弱势群体不能得到良好的法律服务,那么我们所建设的法律体系将是在保护谁的权益?

另外一个案件是一个医疗事故的案件,即“八米账单”案件。

1999年12月,一个九岁的孩子到医院去作阑尾切除手术,出现医疗事故。孩子昏迷了二十多天,用呼吸机和贵重药品维持孩子的生命迹象,结果耗尽了孩子家里所有的积蓄,孩子还是死了。结算时打出的账单将近八米长。

孩子的家长特别愤怒,九年来,孩子的父母已经与孩子建立了人类才有的那种休戚与共的感情,对父母来讲,孩子就是他们的全部,孩子的未来,就是他们的命。孩子的家长到区卫生局去鉴定,鉴定结果是不构成医疗事故。

我的助理陈律师首先了解到这个案件。我觉得这个案子很典型,决定为他们提供法律援助。

当时的医疗事故认定是三级鉴定,第一级是在区卫生局,第二级是在市卫生局,第三级是在省卫生厅。如果构成医疗事故案件,法院就会作为医疗事故案件来受理。如果不构成医疗事故案件,法院就不受理,但不服医疗事故鉴定可以提起行政诉讼。

我认为这个三级医疗事故鉴定本身就是不合理的,对当事人来说,是很不公正的,它不应作为法院受理医患纠纷的前置程序。根据对《民法通则》的理解,我建议当事人不要再走医疗事故鉴定程序,直接提起侵犯人身权之诉。

我们选择了郑州市中级人民法院作为一审法院,提出了500万元的赔偿额。在当时,这是最大标的的医疗事故赔偿数额。这个案件里面有很多第一:第一个500万元的赔偿;第一个以侵权提起医疗赔偿,并且不走医疗事故鉴定而走司法鉴定的路径,与法院也有过很多的沟通和探讨。法院最终选择了律师推荐的司法部上海鉴定中心进行死因鉴定,它是我们国家关于司法鉴定最权威的机构。让它来鉴定孩子死亡的结果和医疗过程到底有没有关系。我认为如果有因果关系,则侵权之诉可以成立。

我们同医院也进行过交涉,医院的态度很恶劣。相对于患者而言,无论是社会关系还是财力,医院毕竟属于强势,但是我们召开了有几十家新闻媒体参加的新闻发布会。我们还成立了医疗事故的后援会和律师团。不少律师知道

这个案子以后,都以不同的形式来支持这个案件。

我的一个具有同情心的朋友还帮助受害人建了一个“男孩之死”的网站。当时,我们一方面关注这个案件中当事人的具体利益的维护,另一方面推动对与该案件有关的《医疗事故鉴定办法》不合理之处的改变,当然这引起了一系列的讨论。舆论的关注和学者专家的参与,触动了《医疗事故鉴定办法》立法上的改革。可以说此次援助奠定了该案件后来发展的基础。

虽然由于种种原因,案件的后期我没有继续承办。但这是一个很典型的案件,通过这样的案件可以使各方面深刻认识到案件背后的制度困境,从而激活公众、媒体、学者、司法机关和立法机关进行法律改革与创新的热情和决心。如何在做好一个执业律师的同时,又能够做一些典型的法律援助案件,通过对典型案件的法律援助,来促进我国转型期的法律改革,这样一个信念慢慢就深入我的内心。

2002年1月的一天,一个改变我律师职业生涯的事件发生了。那是一个到处散发着浮躁之气的清凉早晨,我穿过大街小巷来到北京市律师协会的会议室参加北京市律师协会宪法与人权专业委员会主任的竞选。

我是最后一个发表竞选演说的候选人,但是我讲了上面提到的两个案件和山东的齐玉苓教育权案件,并提出作为律师协会的宪法人权专业委员会的优势和方向,是通过承办宪法性和人权保障内容的典型案例,循序渐进地推动司法改革工作思路。

因为这个务实、稳健的方案,我获得了全体委员的选票,当选为北京市律师协会宪法与人权专业委员会主任。这是全国的律师协会首次设立以宪法和人权为工作内容专业委员会。因为个人选择和我对选举我的律师同行所作的承诺,担任这样一个专业委员会的首任主任,从这一天开始,也意味着我的律师生涯的重大改变。我深感责任在肩,从这一天开始,我不再仅仅是一个谋生的律师,我似乎又找回数年前第一次走进律师事务所那一时刻的梦想。

三

为谁服务?这是每一名律师开展工作首先要考虑的问题。如果答案是为有钱人或者至少是为能够付得起律师费的人服务,这个回答毫不奇怪,因为律师是有偿服务的,靠收取律师费生活,不为有钱人服务,不为付得起律师费的人服务,律师的生计如何解决?作为个体,每一名律师和每一个律师事务所,都可以自由选择服务对象。而作为法治文明组成部分的律师制度,其设置目

的是什么,它要承担什么样的社会功能,则是律师业必须要回答的问题。

法律的专业化、技术化和精密化使律师制度成为近现代法治不可或缺的重要组成部分。律师所承担的重要社会功能要求他们成为法律之师,能够获得人们信任,能够胜任当事人的委托;同时又赋予律师以特别的权利,使其自由行走于法庭、当事人和证人之间,不用过多顾虑个人安危,大声地为他人申辩。律师执业的权利是国家立法权、司法权、行政权之外的社会权利,因私人的委托而具体行使。但是,律师的执业权利却不是律师个人私有的,也不可以被随意干预、剥夺。律师职业既独立于国家权力又独立于当事人。律师执业权利来自社会,为宪法的基本原则所确立,是法治的基本原则。^{〔1〕}律师制度的创设,律师职业的诞生,是为了帮助社会划分权利边界,为各个利益主体在法律上代言,通过规则和论辩,以和平的方式解决矛盾和纠纷。^{〔2〕}

律师是法治的一项制度安排。人权保障需要律师参与,抗辩制的诉讼制度需要律师参与,利益纠纷的解决需要律师参与,商业活动中复杂的法律事务需要律师参与,立法活动需要律师参与,政府的依法行政需要律师参与。律师本身并不代表正义,只是社会成员可以用来追求正义、对抗专制、捍卫权利的社会力量。律师并不代表公正,但是司法公正的维护需要律师的参与。

《律师法》第2条定义律师“是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”。就此定义,很多人指出它没有能够揭示律师的本质属性。学者和律师们参照国外律师法,不断修补着关于律师的定义,希望用“维护社会正义,促进法律完善”^{〔3〕}赋予律师职业神圣的使命感,并以此来提升律师的地位和品性。这种声音反映了律师不满足于为当事人提供一般意义上的法律服务,要求律师承担其在法治社会应有功能的强烈愿望。问题在于,律师地位和品性不是定义出来的,而是根据现实需要发生的。了解社会主体的现实需要,并提出切实可行的解决方案,正是律师之于律师事业的方式。理性的

〔1〕 参见联合国《关于律师作用的基本原则》。

〔2〕 律师事实上是人类社会为了追求法治下的社会公平而付出的代价。律师在其执业活动中通过维护每一个当事人的公平而维护法律的公平。律师不应该以追求金钱为目的,若此,律师维护的公平只能是有钱人的公平,不能支付金钱而又需要公平的人,将得不到律师的真正帮助。因此,法律援助制度不应该是一种点缀,而应该切实弥补律师有偿服务的不足。

〔3〕 谢佑平、闫自明:“律师角色的理论定位与实证分析”,载 www.legalinfo.gov.cn/moj/zgsfzz/2005-01/25/content_182502.htm, 2010年3月2日访问。其中说道:“将律师的性质确定为社会的法律服务工作者,只是表明了律师的服务对象和服务内容,却仍未能充分反映律师职业的本质属性。律师职业就其本质属性来说,是律师通过独立的方式,运用法律的手段,来保障和实现当事人的正当权益,并进而维护社会的法治秩序。”许多学者和律师也有不少类似的见解。

思考律师法关于律师的定义,并不是没有为律师提供可为的空间。

按照《律师法》的规定,律师要为社会提供法律服务,律师法律服务的对象是社会,社会的主体包括政府、企业、公民和非政府组织。中国正从传统社会向现代社会转型,社会学认为这种现代化其实是公社社会(communal society)向社团社会(associational society)的转型。^[1]这种社会转型是从建立在亲友关系基础上社会(家国)向契约化、非人格化、专门化和正式性社会类型的转变。中国从计划经济时代的两个阶级(工人、农民)、一个阶层(知识分子)的三分式阶层结构,开始分化为多个社会阶层。^[2]随着社会发展和阶层分化,律师的服务内容、服务对象也应相应地调整。律师为政府、企业、公民和非政府组织提供法律服务,反映了现代律师在法治社会的功能承担。

根据律师服务主体的不同,笔者把律师分为社会律师、政府律师和公益律师。公民和企业相对于政府而言,享有并需要维护的是私法上的权利。为公民和企业提供有偿法律服务的律师称为社会律师(也有人称为私人律师)。政府律师是指受雇于政府,为政府职能的行使提供法律服务的律师,他们既是律师身份,也是政府的职员(有人也称为公职律师)。公益律师是指那些执业活动以服务社会、维护公益、保护弱者为目的的律师,公益律师常常担任社会法律援助工作,以社会法律援助的形式出现。

通常情况下,律师是一把剑,是一把国家赋予公民佩带的自卫之剑。^[3]律师因维护各类社会主体的合法权益而设,当社会主体的权益具有受到侵犯可能时,可以雇佣律师用于自我防卫。作为公民的维权工具,律师总在受人之托后,凭借国家法律赋予自己的特殊身份,运用自己掌握的法律知识和实务经验,为委托人提供法律服务。律师之于当事人的维权目的,既可用于事前的预防,也可用于事中防卫和事后的补救;既帮助主体防卫国家机器的侵犯,也帮助主体防卫其他主体的侵犯。但是这把剑却不是委托人任意处置的私有物品,它具有自己的独立生命。从这个意义上说,人类社会是基于以最小的成本追求实现社会正义的理想创造了律师职业。长期以来,律师和他的当事人之

[1] 美戴维·波普诺:《社会学》(第10版),李强译,中国人民大学出版社2005年版。

[2] 陆学亿主编:《当代社会阶层研究报告》,社会科学文献出版社2002年版。其中分析道:以职业分类为基础,以组织资源、经济资源和文化资源的占有状况为标准划分当代中国社会阶层结构的基本形态,它由十个社会阶层和五种社会地位等级组成。

[3] 吴革:“律师是国家赋予公民的一把自卫之剑”,载 <http://news.sohu.com/09/61/news212696109.shtml>, 2009年4月23日访问。