

二十一世纪法学前沿学术文丛

Academic series concerning the front of law of 21st century

律师执业与政务管理

Lawyer's Practice & Administration of Governmental Affairs

L_{awyer's} & A_{dministration}

梁静 华小鹏◎著

新《律师法》对律师执业属性的界定有所改变，为律师执业的社会性拓展提供了有力的法律保障。本书因应这一改变，从律师的执业属性和特点入手，肯定了律师在社会制度的完善和公民权益保护中的社会价值，探求了律师在现代政务管理中介入的方式和作用，为律师执业进入一个更广阔的领域提供了理论参考和支持。

人民法院出版社

二十一世纪法学前沿学术文丛

Academic series concerning

the front of law of 21st century

律师执业与政务管理

Lawyer's Practice & Administration of Governmental Affairs

梁 静 华小鹏 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师执业与政务管理/梁 静, 华小鹏著. - 北京:

人民法院出版社, 2009. 10

(二十一世纪法学前沿学术文丛)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 910 - 3

I. 律… II. ①梁…②华… III. 律师制度 - 研究 - 中国
IV. D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 171807 号

律师执业与政务管理

梁 静 华小鹏 著

责任编辑 张承兵
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550567 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 A5
字 数 240 千字
印 张 8.5
版 次 2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 910 - 3
定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

序

法治社会的建立和发展离不开多元化的制度，律师制度是法治多元化元素中政治民主的一个体现。律师是一个专门从事法律服务的职业群体，是一个充满挑战性的职业。就职业个性而言，律师具有贴近民众、精通法律、能言善辩等职业特点，非常适合民众代言人的个性要求；同时律师还具备两个显著的执业技能：一是善于分析，二是善于表达。律师要面对纷繁复杂的社会关系和利益冲突，律师的这些技能使其在现代民主法治体制下更容易介入社会事务管理。我国 2007 年修订的《律师法》对律师执业属性的界定有所改变，为律师执业向社会政务管理拓展提供了有力的法律保障，学界和实务界对律师介入政务管理也投入了更多的关注，使律师执业不再限定于传统诉讼领域。随着经济和社会的发展，律师将更多地在社会管理中发挥着职业法律人的作用。

律师介入政务管理并非是当今文明的法治社会的产物，而是早已存在。律师直接为政府服务工作的历史可以追溯到欧洲 12 世纪城市的自治组织中。在西方法治型社会中，在所有行为规范中，法律具有最高的效力。在过去

的若干个世纪里，政府的规模比现在要小得多，个人面临的威胁可能既来自于私人权利，又来自于公共权力。但是，在社会受到国家和政府控制的现代社会，个人面临的主要威胁常常来自公共权力，公共权力的强势势必给私权造成一定的威胁。

在当今世界，凡是法治发达的国家，律师们的用武之地都不仅仅限于司法领域，他们在更广泛的社会事务管理方面发挥着重大的作用。在西方语境中，律师是一种与政治亲密接触的职业角色。律师作为法治社会庞大的法律职业群体，与民主政治有着千丝万缕的联系。从律师业发达国家的情况看，绝大多数律师从事的是非诉事务，律师服务领域的拓展主要还是在非诉讼领域。随着社会的进步，物质文明和精神文明的提升，在法律的制约下和律师群体自身素质提高的基础上，越来越多的律师将加入到社会公益事务和政务管理事务中来。律师将更多地以中介组织人员身份在政府与市场主体之间、市场主体之间、公民之间提供法律服务。

梁静、华小鹏两位作者从律师的执业属性和特色入手，探求了在现代政务管理中律师介入公共管理事务的作用，并结合实体法和程序法的内容进行综合性分析，提出了律师在社会领域中执业的关键所在。虽然社会公众已接受了律师制度的存在，但大多数人对律师在建设法治国家中的重要作用认识不足，而仅将律师制度的存在作为社会多样性的一种表现，没有考虑律师在社会制度的完善和公

民权益保护中特有的社会价值，更没有考虑独立执业是律师发挥社会作用的前提条件。该书通过史料引证和实证数据的佐证，一步步展开对律师社会性的探究，既有严肃的理论，又避免了枯燥晦涩。

律师制度和律师执业的完善与否，是一个社会法治化程度高低的标志之一。我国律师制度的发展还很短暂，在执业理念上仍需要进一步提高。作者的研究为律师执业进入一个更深广的领域提供了理论借鉴。在这里，也祝愿作者在这一领域的理论研究取得更多的成绩！

樊崇义

2009年10月6日

目 录

第一章 依法行政的法治理念	(1)
第一节 法治国家理念的形成	(1)
一、法治社会的精神蕴含	(1)
二、法治是最佳的治国方式	(6)
第二节 依法行政是法治社会的必要	(11)
一、依法治国是法治社会的前提	(11)
二、依法治国的关键是依法行政	(13)
三、西方主要国家依法行政的特色	(18)
四、我国依法行政的构建	(23)
第二章 律师介入政务管理概述	(31)
第一节 律师介入政务管理的渊源	(31)
一、律师介入政务管理的渊源	(31)
二、法治型政府管理需要律师	(33)
三、律师介入政务管理的理论与实践	(36)
四、现行国家制度为律师介入政务管理提供了可能	(39)
第二节 律师介入政务管理的含义	(42)
一、律师介入政务管理的含义	(42)
二、律师介入政务管理的特征	(45)
三、律师介入政务管理对促进社会和谐的积极意义	(54)
第三章 律师的界定	(61)
第一节 律师的基本定位	(61)
一、律师的基本性质	(61)

二、律师性质界定的意义	(63)
三、律师职业的法定性	(66)
四、律师的社会定位	(71)
第二节 律师职业的形成	(77)
一、文化制度对律师职业存在的影响	(77)
二、社会分化导致律师职业的出现	(81)
三、社会分工中的律师角色	(83)
第三节 从现代司法的角度看律师的性质	(84)
一、律师角色的职业性	(84)
二、现代律师对权利实现的促进性	(86)
三、律师理想的时代性	(87)
第四节 律师的社会作用	(88)
一、律师在社会中的积极作用	(88)
二、律师在市场经济中的作用	(94)
三、合理审视律师的社会地位	(101)
第四章 律师的执业	(105)
第一节 我国律师执业的局限性	(105)
一、对律师执业的认识存在偏差	(105)
二、律师在社会中的局限性	(107)
三、律师执业局限性的原因分析	(111)
第二节 律师执业具有独立性	(114)
一、律师执业独立原则	(114)
二、律师执业独立的保障	(122)
第三节 追求社会正义的原则	(125)
一、正义是人类共同的追求	(125)
二、律师执业的正义原则	(128)
三、律师执业实现正义的途径	(131)

第五章 律师介入政务管理的优势	(134)
第一节 律师介入政务管理的基础	(134)
一、律师介入政务管理的实践	(134)
二、律师介入政务管理的社会基础	(137)
三、律师介入政务管理的法律基础	(138)
第二节 律师介入政务管理的执业技能	(142)
一、律师的执业技能	(142)
二、律师介入政务管理的知识能力	(146)
三、律师的平衡和理性判断能力	(149)
第六章 律师在政务管理中的行为规范	(151)
第一节 律师介入政务管理存在的问题	(151)
一、律师介入政务管理存在局限性	(151)
二、律师介入政务管理不足的原因	(155)
第二节 完善律师介入政务管理的对策	(159)
一、律师介入政务管理的传统方式	(159)
二、拓宽律师介入政务管理的途径	(161)
三、提高并保证律师在政务管理中的地位	(162)
四、构建合理的律师任职机制	(164)
第七章 律师在政务管理中的作用	(167)
第一节 制衡政府权力	(168)
一、公权力的运行	(168)
二、律师制衡公权力滥用的作用	(173)
三、律师介入是制衡政府权力的有效手段	(177)
第二节 提高行政行为公信力	(179)
一、维护当事人的合法权益	(179)
二、提高行政行为公信力, 缓解社会矛盾	(181)

三、推动民主化建设,提高律师介入政务管理的积极性	(182)
第三节 律师介入政府管理活动	(183)
一、调查和处理具体的法律事务	(183)
二、参与行政许可和行政处罚等重大、疑难、复杂案件	(185)
第四节 推进社会的有序运行	(186)
一、宣传法律知识,增强法律意识	(186)
二、降低社会秩序运转成本	(187)
第八章 律师介入政务管理的方式	(189)
第一节 律师参与行政立法	(189)
一、律师参与行政立法是民主建设的必然	(189)
二、律师参与行政立法的有利条件	(195)
三、律师参与行政立法的实践	(198)
第二节 担任公职律师为政府提供决策咨询	(201)
一、公职律师的起源	(201)
二、公职律师在我国政务管理中的体现	(203)
三、公职律师制度的构建	(207)
四、公职律师的法律规制	(210)
五、公职律师的管理	(212)
第三节 律师参与信访协调	(214)
一、信访工作与律师结合的必要性	(214)
二、信访工作与律师结合的可行性	(217)
三、律师参与涉法信访的方式	(220)
第四节 律师提供法律援助	(221)
一、法律援助制度的形成	(221)
二、法律援助的主体	(222)
三、法律援助在各国的立法与实践	(224)

四、我国法律援助制度的完善	(227)
第五节 对政府的具体行政行为行使监督权	(233)
一、对政府具体行政行为监督的必要性	(233)
二、我国对行政行为监督的现状	(238)
三、律师成为监督者的可能性	(243)
第六节 律师参与调解	(247)
一、调解在纠纷解决中的作用	(247)
二、律师在调解中的优势	(248)
三、律师参与调解面临的问题	(249)
四、增强律师在调解工作中的执业能力	(251)
参考书目	(253)
后 记	(257)

第一章 依法行政的法治理念

第一节 法治国家理念的形成

一、法治社会的精神蕴含

(一) 法治是一种社会调控方式

法治是指在某一社会中，任何人都必须遵守法律，包括制订者和执行者本身。国家机关（特别是行政机关）的行为必须是法律或法规许可的，而这些法律或法规本身是经过某一特定程序产生的，即法律是社会最高的规则，没有任何人或任何组织机构可以凌驾于法律之上。法治是以民主政治为前提和目标，以严格依法办事为理性原则，表现为良好的法律秩序，并包含着内在价值规定的法律精神的一种治国方略。法治不仅仅具有依法治国的涵义，而且含有用于治国的法律所必须遵循的原则、规范或理想的内容，如公正原则、平等原则、维护人的尊严的原则等。也就是说，法是确定的、公认的理想，而非通常所称的长官意志，或者个人灵机一动的狂想。法高于法律，是立法者和司法者用以检验法律能否生效的法则。^①

法治最初只是一种理想，后来逐渐发展成为一种文明秩序，一种社会框架，而这种社会框架与法治理想之间实际上存在着很大的距离。作为一种权威理想，法治激励了不少仁人志士为争取自由、

^① 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1985年版，第81~82页。

公正而献身。西方人在政治生活中抛弃上帝后，又在法治理想中寻求到了心灵的归宿。中世纪的西欧，宗教会议之上的精神构成了其政治理论的重要部分。人们把希望与未来寄托于上帝身上，认为上帝是能够给人类带来福祉的万能之神，因而对他有了绝对的服从和信赖。随着之后的人文主义运动的发展，这一观念遭到了淋漓的批判。在欧美进行资产阶级革命的过程中，启蒙思想家的代表人物竭尽全力对神权和专制进行批判，并提出了与之对立的民主、人权和法治观点。文艺复兴奠定了近代法治思想人本主义的基调。通过文艺复兴运动，欧洲的思想文化主流从神本主义向人本主义转化，人的地位上升，人的价值凸现。这一变化影响着欧洲人在政治体制和治国方略上的新思索，从而导致了以神为本理念的衰微和以人为本的法治理念的萌生。由人创造的法律代替了《圣经》的权威而逐步深入人心，人们对各种行为的评判标准随之转换成法律，合法性代替了上帝意志的要求。但是，西方人常用的对宗教信仰的方法却被借来对待法律，法律至上的法治观念应运而生，法治世界观逐渐形成。

罗马人和诺曼人的丰富的法律语言和辉煌的司法成就被铸入到中世纪欧洲教会法和世俗法的恢宏体系，并且被用来继续锻造关于法治的理想、原则和规则。这一过程在当时既得到了多元的政治经济结构、法律渊源和司法管辖权的支持，也得到了盛行的宗教意识形态的支持。根据神学信条，世界本身是由规则支配的，仁慈的上帝掌管着一个依照法律来统治的世界，赏罚分明。所以，人们之间的关系，包括宗教世界与世俗世界的关系，都要由基于法律的正义和基于正义的法律来界定。法治是一种社会活动方式，在法治状态下，人们都自觉地把法律当作自己的行为准则，用法律来引导自身的行为，衡量他人的行为。

在法治社会中，法律规定是社会管理的根据和手段，实行法治意味着政府的全部活动应受预先确定并加以宣布的规则制约，这些规则对人们在社会中的行为有规范和惩戒的作用。“在过去的若

千个世纪里，政府的规模比现在要小得多，个人面临的威胁可能既来自于私人权力，又来自于公共权力。但是在国家受到控制的现代社会，个人面临的主要威胁常常来自于某个国家机构，这个机构可能窃听我们的电话，把我们关进监狱或精神病院，带走我们的孩子，通过税收占有我们一半的收入，把我们当作不受欢迎的外国人驱逐出境，禁止我们扩建阁楼，拒绝为我们提供可靠的邮政服务等。如果威胁不是来自国家，也可能来自于一些设法获得国家支持或默许的权力的组织，比如英国电信集团、与我们的工作单位签订了雇用工会会员劳资协议的组织，或是我们所在大学的学校评议会。”^① 英国资产阶级启蒙思想家洛克主张：政府所有的一切权力，既然只是为社会谋幸福，因而不应该是专断的和凭一时高兴的，而是应该根据既定的和公布的法律来行使。^② 洛克认为，如果法律不能被执行，那就等于没有法律；而一个没有法律的政府，在政治上是不可思议的事情，非人类的能力所能想像，而且与人类的社会格格不入。法律一经制定，任何人也不能凭他自己的权威逃避法律的制裁；也不能以地位优越为借口，放任自己或任何下属胡作非为，而要求免受法律的制裁。公民社会中任何人都不能免受它的法律制裁。同时，法治又是一种社会秩序状态。它是完备的法律制度被良好实施后的社会实在，是社会法治化的结果。法治是已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是本身制定得良好的法律^③。人们的权利、救济和程序系统由一个独立无偏倚的司法体系所执行，人们要自觉地把法律当作自己的行为准则，用法律来引导自身的行为，衡量他人的行为，使社会处于一种有序的状态之下。

① [英] 布赖恩·辛普森著，范双飞译：《法学的邀请》，北京大学出版社2008年版，第169~170页。

② [英] 洛克著，瞿菊农、叶启芳译：《政府论》，商务印书馆1982年版，第86页。

③ [古希腊] 亚里士多德著：《政治学》，商务印书馆1981年版，第167~168页。

法治作为社会控制的一种模式，是人们通过或主要通过法律对国家进行治理以求实现理想的社会，是法律文化的重要内容，是人类社会发展到一定阶段的产物。现代大多数国家都认同法治的重要，虽然他们产生法律和立法代表的方法不太相同。法治能防止特定的个人凌驾法律而伤害其他大多数人的利益。在西方，法律至上是法治社会精神的实质，任何人不能凌驾于法律之上。法治同时还意味着法律面前的平等，所有的阶层平等地服从由法院执掌的法律。政府的决定必须与现存的法律和规则相一致，生命、自由与财产未经正当程序不得被征收或征用，制裁不具有追溯力，法院所作的判决必须有法律上的支撑理由。所以，作为一种社会调控方式，法治的基本意义是依法办事，它是民主、自由、平等、人权、理性、文明、秩序、效益与合法性的完善结合。在任何法律制度中，法治的内容是：对立法权的限制；反对滥用行政权力的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护的大量的平等机会；对个人和团体各种权利及自由的正当保护；在法律面前人人平等。^①

法治不仅仅意味着法律秩序和相关的操作技术，也不仅仅意味着有更多的社会关系由法律调整。对法治价值的实体性理解着眼于法治本身所包含的道德原则和法治所要达成的社会目标。因此，法治被看作一种培育自由、遏制权势的方法。作为一种政治模式，法治的主要内容正在全世界所有民主或争取民主的国家的政治生活中或多或少不同程度地实践着。

（二）现代法治理念的形成

在当代社会，社会调控和管理是一项极其庞大的系统工程。现代意义上的法治源于近代西方法律文化，其精神和传统又可以上溯到古希腊——尤其是雅典的城邦民主和法治曾达到古典世界的辉煌。从近代法治思想的形成来看，文艺复兴运动仅仅为其提供了充

^① 卓泽渊著：《法律价值》，重庆大学出版社1994年版，第168页。

分的舆论准备和精神条件，而启蒙运动则是近代法治思想体系形成的直接力量源泉。与文艺复兴运动相比，启蒙运动带有更为强烈和明显的政治变革趋势。在众多的法治思想家中，孟德斯鸠和卢梭是其中的代表人物。在孟德斯鸠看来，法治国家的目标被确立为自由并不是问题的关键，关键的问题是法治国家如何能够保证自由。孟德斯鸠以自由主义作为立论的基础，把自由确立为法治的实质，从而把法治看成自由诞生的基本的政治结构。而卢梭既是一个自由的理想主义者，又是一个民主主义者，他的理论是要把自由、平等、民主和法治有机地结合起来，为构建一个理想的共和国创设一种理想的模式。卢梭认为，建立法治，树立法律高于一切权力的权威，才是彻底杜绝专制，使人们不再受奴役，从而最终实现人类自由的有效途径。

是否在公民范围内实现较为彻底的民主和法治，人的等级性划分和奴隶制度的存在与否，是现代法治区别于古代法治的明显标志。现代概念上的法治可以追溯到亚里士多德关于理性统治的分析。在亚里士多德看来，理性统治等同于我们现在所说的法治。现代意义上的法治更直接地来源于英国法学家 Albert Venn Dicey 的论述，即首先，除非已经被我们的法院经事先确立的法律确认为明显违法，任何人不得受到惩罚或者身体、物品受到损害；其次，不仅任何人不得凌驾于法律之上，而且任何人，不论其等级或者社会地位，都要受制于法律并且服从于法院的管辖。^① 随着法治社会的理念渐渐深入人心，现代法律信仰成为建立法治国家的法律观念基础。

在现代法治中，法律规定是社会管理的根据和手段，法律实现是社会管理的目标和要求，法律在人们的心目中是至高无上的。现行法治理论对法治内容及其现象的种种描述，对实现法治所做的种种制度安排和设计，都成为法治的重要方面。人们自觉地把法律当

^① 侯艳：《律师与法治社会》，载《法制与社会》，2007年第12期。

作自己的行为准则，用法律来引导自己的行为，衡量他人的行为。法治使社会保持一种有序的状态，权力在公民的参与和制约下依法运行和操作，同时需要有宪法来规范权力的运行，建立制约机制，即权利制约权力。

从法治的观点来看，宪法主要是直接约束国家各级权力机关、司法机关和政府机关而不是直接约束社会公众的。在宪法的指导下制定的各种基本法律、法规和规章以及特别法才是直接约束社会公众的。在这个意义上，唯国家机关和政府才存在遵守或违背宪法的问题，而一般的普通公众，无论在逻辑上还是在事实上都不可能成为遵守宪法或违背宪法的“合格”主体。^①从法律体系上说，宪法是根本法，是其他法的制定依据，因此对所有法律、法规和规章的遵守都可以归结为对宪法的遵守；反之，违反了法律法规中的任意规定都可以归结为对宪法的违背。只是这种遵守或违背是间接的、推定的，而非直接的、现实的。明确政府的权力及其行使界限，强化政府的守法义务，对政府的守法进行监督，这样才可以使整个社会成员的法治情感得以建立，保证在整个社会中逐步形成一定的法律秩序。

二、法治是最佳的治国方式

（一）历史上存在的国家治理形式

行政管理是国家按照特定的目的，利用所掌控的权力对社会进行有计划地约束或制约的一定方式。通过这种特殊的约束方式使社会的各方面都按照某种既定的秩序和目标来运行和发展。

法治的产生是与国家紧密地联系在一起的。自从国家产生以后，人类就在不断地探索治理国家的最佳方式。古希腊的法治思想可以说对整个世界的文明进程都产生了巨大的影响，其精神的养分

① 许章润等著：《法律信仰》，广西师范大学出版社2003年版，第39页。