

解读律师：以法治为依托背景以权利为依归路径 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_A7_A3_E8_AF_BB_E5_BE_8B_E5_c122_483711.htm

【摘要】法治是律师生存的外部环境。法治使律师业成为必要，法治需要精通法律的专业人士提供法律服务，律师应运而生。只有在法治社会中律师才能真正发挥作用，律师的执业才成为可能。权利是律师的依归路径，个体权利的维护是律师作为社会一分子对社会的依归，律师自身权利的保障是律师对自身角色的依归。 【关键词】法治 律师 权利 on lawyer Abstract Lawyer can

only exist under the rule of law. Rule of law is necessary to lawyer profession. Rule of law need professional person who masters law very well, so lawyer is produced. Only in the society under rule of law, lawyer can work.. Right is the guide of lawyer. Defending individual right is the guide of lawyer to society, protecting lawyer ' s owner right is the guide of lawyer to himself. Key words rule of law lawyer right

一、 律师以法治为依托背景 （一）法治使律师职业成为必要 据考证律师起源于古罗马时期，当时称为辩护士（Advocatus），在随后的几千年间，律师一直被封建王权和专制神权压制，直到近代才开始复苏。应该说律师的复兴和近代以来的法治化息息相关。现代社会随着人类文明的发展而日进千里。由于人口的大量增加，由于资源利用种类和范围及深度的扩大，由于现有可用资源相对于人类的稀缺性，由于人类欲望随文明演进而逐步增加，于是人们对生活的要求逐步提高，各种社会关系日益复杂，各种人与人之间、个人与其他组织之间及其他组织相互之间的冲突日益彰显。而通

过思想启蒙，主权在民、人权保障为人们普遍接受，已成为文明国家的共识。国家的终极目的应当在于保障国民的权利，如果一个国家不能保障反而侵犯国民的权利，则这个国家就缺乏存在的合法性（正当性）。如何在这纷繁的社会，多样化的冲突中保障个体的权利成为一个社会最大的问题。而要在民主制度下，保障个体权利，必经通过法律之治。因为在一个开放国家中，由于人的多样化和思维的多样化，道德本身开始多样化，已经失去在封闭社会中的威力，已经无法为整个社会提供一个良好的治理方式；宗教尽管对人的内心还有约束，但在处理现实的利益冲突时，早已力不从心，宗教势力也从市俗社会逐步退出。唯有公正无偏私的法律才能为现代社会提供秩序和公正的双重保障，使人类社会良性循环。即法律之治是人类社会在现代的必然选择。法治下的政府可以为个体提高外在公平、正义的生存环境，但个体之间的利益冲突，个体与社会的利益冲突，个体与国家的利益冲突并不因为有法律而消失。法治社会是由法律结成的网络，在这个网络中，人都有自己的定位，人都要为了自己的生活目标而奋斗，有人从事汽车制造，有人成为政府公务员，有人成为教师……各有各的活法。尽管个体因为职业的不同，与其他主体的利益冲突会在多少上有所不同，但是冲突本身是不可避免的。权利保障和冲突解决是每个主体都必须面对的问题，而纷繁复杂的社会关系所导致的多样化的权利和多样化的冲突在法律规范层面上就表现为成千上万的条文。各类冲突的解决和个体权利的实现依赖于这些法律条文，但精通这些写满权利和冲突解决的条文并不是一件简单的事，往往需要多年专业化的训练，形成相应的思维方式和理论深度

，否则面对浩如烟海的法律，一般人只有望洋兴叹，如坠五云端。此时个体便需要精通法律的专职人员提供法律服务，且这种需求具有普遍性。与个体利害关系较大且与他方直接相关的非讼事项需要律师介入以防患于未然。如同前文所述，冲突对每个个体来说是不可避免的，但并非每个冲突都必须诉诸公堂。实际情况也是更多的冲突都是以当事人协商解决，当然协商不应超越法律的范畴，往往是依法的协商。如在协商过程中违反法律，那必然引起更大的利益冲突，而致诉诸公堂。在协商过程中，个体需要律师的帮助，而律师代理是很多民事行为达成一致并符合法律，且使当事人利益得到保护的有益而有效的途径，可以满足个体的需要，律师的该项非法业务可以大大降低民事行为冲突的可能性，从而降低整个社会的诉讼数量。而在与他方无关的非讼业务中，个体需要律师为其的正常运转提供建议，以保障其活动的合法性和有效性，防止其走入误区，造成不必要的损失。例如，律师为公司上市提供有法律效力的文书，提供相关问题的咨询。就诉讼事项而言，个体更需要律师的支持。公正的庭审依据实体的法律规定和相应的法律程序，这些规定是每个当事人在法庭上必须遵守的，也是当事人请求保护自身权利的依据。当事人必须按照法律的规定在法庭上辩论、质证，否则即便当事人的理由再正当，由于不知法律的具体规定或不能应合法律要求的公正程序，而致实体利益受损。法律上的公正和实体中的公正并不必然对等。在法庭上寻求法律上的公正，必须依赖于法律专业人士。于是诉讼中便产生了对律师的需求。因此，律师介入诉讼案件，正是为当事人提供法律上的帮助，首先是使当事人明白自己在法律上所享有的实

体权利，而后帮助当事人搜集与本案有关的证据，然后在法庭上为当事人的利益辩论，从而使当事人的利益得以保障。律师在诉讼中满足了个体诉讼利益保障的需要。从上述论证可知，法治使律师成为社会的需要，而律师也适应了这种需要。由于法律主治，但法律不能自行运作，需人们去依法办事。而律师恰恰在人们从事各种职业的时候，为他们提供强有力的法律服务，从而节省了各色人等之拼命攻读法律以备诉讼或以备处理各项事务的时间、精力和金钱，以便他们能为社会其他方面做出应有的贡献。律师业的发达使社会各种冲突以尽快的时间恢复平静，保障了个体的权利，同时也辅助司法机关迅速完成公平的审判，维持了个人利益和社会、国家利益的平衡，降低了整个社会的运行成本。于是由于社会的法治化，律师职业成为必要，律师作为社会分工之一应运而生。（二）法治使律师执业成为可能 律师是以提供法律服务为业的专职人员，而只有法律服务对社会发生作用，这种职业才能为社会所接受，否则还有谁会请律师，律师执业根本不可能。法律服务要发挥作用依赖于法律本身能发挥作用，而法律要发挥作用有赖于法治。只有在法治状态下，法律才能主治，各种利益的冲突才有法律来调整，法律才能成为权利的主要保障者。在完全的非法治状态下，要么根本就不存在法律，要么有法律也是摆设，无论在上述哪种情况下，由于法律对社会基本无作用，因此相应的法律服务也不会存在。律师所提供的法律服务可分为两类，即非讼业务和诉讼业务。在非讼业务中，律师处理相关事务也是提供一种法律服务，具体事务的处理依赖对方的当事人或代理人具有较好的法律意识，才能进行有意义的沟通，才能达成有关协议

，而不必请求国家机关或其他机构介入。即对方当事人必须是法治下的主体，律师的非讼业务才能正常开展，才能对社会发挥作用。如果在一个纯粹人治的体制下，各色人等均无法律意识，则律师即使存在也会因为对方当事人或代理人是非法治主体而缺乏法律意识而致无法沟通，那在事务处理上必然会存在巨大的分歧，分歧会导致双方无法达成共识，法律服务成为空谈，非讼业务相应的就无法开展。再者任何一项协议的达成一般只需双方当事人的意思表示一致即可，但是协议的实现尚需社会其他主体的配合，因为人不可能孤立的存在于社会，他的利益的实现必然和其他主体的利益相联系，其中必然有一定的冲突，在一定范围的冲突之中，如果其他利益关联主体均无法治之精神，则即使双方当事人就协议达成一致，在社会实践中也无法兑现。律师的该项业务自然无实际意义，律师也会失去一项重要的执业内容。只有在法治状态下，与某项协议相关的利害关系人才能按照法治精神行事，从而确保当事人个体利益的实现。律师的非讼业务才发挥作用必然依赖于法治。因此正是法治才使律师的非讼业务成为可能。在诉讼业务方面，律师在某些案件中和平等的对方当事人对阵，在某些案件中律师与作为国家代表的公诉人对峙。而律师在法庭上所做的努力要取得效果必须依赖法官得公正判决。律师在诉讼过程中的质证、辩论都有几个先设的条件，即必须有规定实体权利的法律规范，必须有一个法定的程序，且该程序得到了很好的遵守，同时也需要一个中立而公正的法院系统。而上述内容都在法治的范围之内，即是法治的题中应有之义。关于个体实体权利的法律规范是律师代理诉讼的起点，是个体权利得以保障的立法基础和

法律依据，如果缺乏此类实体权利条款，则律师将无法为他的当事人的利益寻求到法律上的正当依据，实际权利的保护自是空中楼阁。而仅有法定的权利是远远不够的，权利的实现还要依赖于有正当的程序，程序是保障权利实现的必要条件。律师的在法庭上的辩论、质证正是程序正义的一种表现形式，律师根据法定的程序，通过自身在法庭上的努力，维护当事人的权利。没有程序的保障，实体的权利是无法落到实处的。而当事人利益的最终保障必须依赖法院的公正判决，只有一个中立而正当的法院才能使当事人的权利获得司法上的救济，中立而正当的法官依据理性和法律判案，律师才会对法官发挥作用，否则律师的辩护并无作用，因为如果法官已经事先有了偏见或已先入为主，那律师再有水平也无济于事。因此，从整个诉讼过程来看，律师的诉讼业务必须在法治背景下才对当事人有意义，正是法治使律师的诉讼业务成为可能。

二、律师以权利为依归路径

（一）律师对个体权利的维护

律师对社会的依归路径 律师之所以被社会所接受就是因为有众多的个体权利需要精通法律的专职人士来维护。律师的职责就是在合法的前提下维护个体的权利。没有个体的权利需求就没有律师业。不管律师提供什么样的法律服务，围绕的都必然是个体的权利。律师是法治和个体权利的桥梁，正是这座桥，可以帮助个体将法定权利转化为现实权利。法定权利和现实权利之间有明显的界限。法定权利是把纷繁复杂的权利现象定型化、个别化，并以具体的，相互适应的权利关系表现出来，为主体的权利行为提供了一种明确的、定型的行为模式，从根本上保证了权利转化过程的稳定性和可靠性。[1]但法定权利和现实权利一直存在紧张关系

，尽管法律已经规定了权利，但权利的实现是一个实践的过程，绝不会因为法律规定就自动享有。律师的介入正是让当事人更加清楚自己的法定权利，并在实践中提供法律服务以使当事人获得现实权利，实现自己的利益需求。正是律师站在当事人的立场上积极寻求当事人在合法框架内的权利实现，所以才会有社会各力量的不同声音的有力表达，才会有社会各力量的平衡。在非讼业务中，律师通过与对方当事人平等协商或被代理人自身的接受建议而维护当事人的权利。律师在熟知法律的基础上，代理当事人进行民事行为，诸如金融事务、房地产交易、合同签订，离婚协议等等。律师的直接介入，免却了重大民事行为可能埋下的隐患，从而使当事人的权利在通常民事行为中得以实现，而不必诉诸法院。即使由于冲突过大而向法院提出诉讼，也因为律师的提前介入而使当事人在证据的搜集，在行为的合法上占据有利地位，不至于明明有理却输官司。在诉讼业务中，律师或作为代理人与另一方当事人对簿法庭，或作为辩护人与代表国家的公诉人在法庭对峙，以便以自己精通的法律知识为个体在司法公正的前提下，在合法的范围内寻求利益的保护，否则不通法律或基本不通法律的个体无法应对法庭上的相关问题，那即便该个体本身是占据法律的有利地位的，但由于不知法律而不知如何举证，不知法庭具体辩论办法，不知法律上具体的规定，不知法庭的具体操作等原因而在法庭上败诉，从而导致自身利益损失。律师不仅可以以法律知识和经验为当事人在法庭上寻求利益，而且律师的存在可以减少法官裁判的任意性，增大判决的合法性、客观性和合理性。作为民间法律力量的律师是个体权利有力的保障者。如果没有律师，

法律便成为国家对公民权利进行肆意践踏的借口，而难以真正保障公民的权利。因此，可以说律师是个体权利保障和实现的守护者。在合法的范围内维护个体权利是社会良性运转所必须，是律师作为实现正义的力量的职责。维护个体权利是律师依归社会的路径。首先，个体的幸福是国家也是社会的根本目的，而个体幸福的拥有在于个体权利的实现，律师维护个体的权利就是保障个体幸福的实现，就是服务于社会的根本目的。其次，通过对个体权利的维护，律师为社会造就了适格主体。只有一个社会中的成年人基本具有独立的主体意识，社会才能健康发展。健全的人格是保障自身利益的前提，也是作为社会适格参与者的基石。而主体意识之形成依赖于权利得到保障。只有权利能得以保障，个体才能真正感受到自己的主体性。反之，个体往往感到受制于人，长期以来，则权利意识逐渐淡漠，并进而造成个体人格的缺陷，使之成为不合格的社会成员。“放弃自己的自由就是放弃做人的资格”。[2]而律师正是通过对个体权利的维护，使个体的实际利益得以维护，促使个体具备健全的人格，为社会造就了适格主体。第三，律师通过对个体权利的维护，使个体权利得以切实保障，只有权利得以保障，个体在社会中才能按照自己的意志自由活动而不必担心自身利益的无理丧失，个体在社会中才有安全感，而只有获得安全感，个体才会努力保守自己的利益，不对社会进行破坏，从而保障了社会的秩序稳定和有序发展。正是通过为社会根本利益服务，通过为社会培养适格的主体，通过为社会的秩序稳定和有序发展提供保障，律师实现了对社会的依归。（二）律师自身权利的保障?D?D律师对自身的依归路径 作为个体权利保障和实现

守护者的律师必须拥有相应的权利，否则面对各色当事人和强大的以国家强力为后盾的公诉人，律师仅仅拥有渊博的法律知识和相应的实践经验是远远不够的。律师是当事人权利的代言人，赋予律师权利，就等于赋予当事人即个体以权利，限制律师的权利就是限制当事人即个体的权利。一项法律事务的处理并不一定有相对应的法条，即便有相对应的条文，也必须在实践中搜集相应的证据，形成相互印证的证据链，才能在诉讼中立于不败之地。实际权利的争夺，必须有实践中的支持，仅仅有知识和经验是无法解决问题的。而要在实践中解决法律上的问题，律师必须有相应的权利，否则寸步难行。以刑事诉讼为例。刑事诉讼和被告人有巨大的利益关系，直接关系到当事人的财产权、自由权的限制和剥夺，甚至关系到被告人之生死。在刑事诉讼中，辩护律师面对的是强大的公诉人。公诉人以国家强力为后盾，在证据收集上占有绝对优势，因为整个警察系统都是它的支撑。律师在场权是律师众多权利中的一个焦点。由于律师没有在场权，在公安机关进行预审时，单个当事人面对警察机构，只有屈服，没有回旋余地，即使刑讯逼供，只要没造成留有痕迹的伤害，当事人亦无法举证。于是我们可以想象警察可以任何可能的手段获得被封闭的当事人对公诉有利的口供。而此口供具有法律效力的，可以作为当庭证据。在程序不当的情形下获得的证据，却在中立的法庭上有法律效力，真是滑稽。但目前却是普遍现象。而律师要在刑事辩护中维护当事人的合法权益，首先必须杜绝此类违反程序正义搜集关键证据的事情发生。否则此类证据出现在法庭上，律师有何言去反驳，那是当事人签名画押的铁证。只有赋予律师在场权，使律

师作为一个第三者的身份在场监督，才能制约公权机关的权力，才可以杜绝警察在预审时的非法取证。因此，此类权利的赋予是对律师执业的保障。否则只能是“小米加步枪”对抗“飞机、大炮”乃至“导弹、原子弹”，哪有胜诉之可能？刑事诉讼中另一个律师权利的焦点是调查取证权。就检察机关而言，调查取证权是法律明文赋予，并在实际享有时，以国家强制为矛盾。而律师本来就是民间人士，背后无国家强制力，而中国的刑诉法也仅规定经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、法院收集、调取证据。从此规定来看，律师收集证据须经其他人的同意，即受制于人，而申请法院、检察院收集的效果亦可想而知。但在法庭辩论中，要依靠事实说话，需当庭质证。律师的调查取证权无法得以保证，则律师在证据上就无法和公诉人对抗，既无证据支持自己的辩护观点，那律师再怎么口若悬河，也是无源之水。庭审也势必由于公诉人的主宰而成为一个公开的幌子，律师自是无法发挥作用，被告人的合法权益当然不可能得到保护。律师自身的安全更是律师的底线权利。由于中国《刑法》第306条的规定，不少律师因所谓的“伪证罪”而纷纷身陷囹圄。由于检察机关一方面是公诉人，另一方面有批捕权、侦察权和法律监督权。因此，只要检察机关认为某个律师没给他们面子，碍事了，马上就可以启动侦察权，甚至逮捕权，将辩护律师关入囚笼。在莫名其妙间，律师已从一个处身于刑事案件外的辩护人，变成刑案的当事人。无怪乎，刑事辩护中，众律师如履薄冰，战战兢兢。于是一时间，刑事诉讼的辩护率大大降低，可能各检察机关在拍手称快，他们确是省了不少

事,但公民的权利谁来维护,国家公诉权谁来制衡?因此,律师作为一种特殊而独立的自由职业者,在处理法律事务时,由于要经常性地和国家权力对抗,如果不赋予相应的权利,律师凭什么去和国家对抗;同时律师也是在各种个体利益尖锐冲突时出现,处理的都是涉及到重大利益的敏感问题。因此如果没有相应的保障,律师的安全都会成问题。律师连自己都保护不了,怎么能保护他人的利益?律师的职业权利得不到保障怎能很好地履行职责?律师自身的权利保障可以说是律师正常执业的前提,是律师介入社会的必要条件。法治社会或正向法治迈进的社会呼唤健康的律师制度,而律师自身的权利保障则是法治所追求的公平、正义实现的必要条件。律师的职业特点决定了律师必须具有独立的地位,在法律上必须有相对应的职业权利。赋予律师职业权利并非让律师帮助当事人违法,相反,作为当事人合法权利代言人的律师也是独立于当事人的,他也应当对法律忠诚,应像法官一样思考,这样才能在法庭上说服法官,才能在社会上树立良好的形象。律师权利的保障是确保作为现代社会分工之一的律师业能在社会生活中发挥应有的作用的自然要求。现在有人说,我国一部分律师在执法过程中充当几个“奴隶”角色。其中从执法角度看,部分律师是法官的奴隶。由于,我国目前的法律适用是一种超于独断型的解释,法官在整个审判活动乃至诉讼中处于中心地位,掌握着司法权中的大部分权力性资源,致使律师不得不对法官言听计从,看法官脸色办案。唯有确保律师在整个诉讼过程的正当权利,律师才能消除压在心头的人身危险性顾虑,确保其人身安全,也才能有足够的手段搜集相关的证据,从而切实的履行职责,维护当事

人的利益。只有律师自身的权利能得以切实保障，律师才能实现对自己角色的依归。（作者系德恒杯法治权利律师”征文优秀奖获得者）参考文献 [1] 程燎原、王人博.赢得神圣?D?D权利及其救济通论.济南：山东人民出版社，1998.335. [2] [法]卢梭.社会契约论.何兆武译.北京：商务印书馆，2001.16. 文章出处：法制日报 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com