

《律师法》修改的宏观基础定位 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E3_80_8A_E5_BE_8B_E5_B8_88_E6_c122_484225.htm ??? 一部法律的制定和修改，首先应予确立的不是制度层面的操作性内容，而应是驾驭和指导立法选择的基础理念定位和思维定向，不是微观具体问题的点滴修改和增补，而应是在宏观整体意义上确立指导思想和基本思路。唯有如此，才能在理想与现实之间、理论与实践之间、过去与未来之间、期待与可能之间找准科学合理的坐标，引领立法体系结构的构造、具体制度的设计和规范条文的遴选。这是立法活动的逻辑起点，也是立法规律性的要求。就我国《律师法》的修改来说，首先应在宏观基础层面理清和把握如下六个定位：1、在律师性质和社会角色的定位上，突出其“法律人”内涵，提升其社会境界，丰富和强化其社会功能，淡化其中介化、商业化认知取向，形成现代社会律师之“政治人”、“法律人”、“经济人”、“文化人”的完整界定和综合把握，彰显律师在物质文明、政治文明和精神文明建设中的主体性效能。在表述律师的性质和地位中，有多种说法，但都有失偏颇。其中，“律师是国家的法律工作者”，将律师界定为国家公职身份，已成为历史；律师是“社会主义法律工作者”，只是反映出中国法律职业者的共同属性，而非律师个性；律师是“中介人”、“中介组织”，只是反映了律师服务、有偿的浅表市场属性，而忽视了律师深层次的政治属性、司法属性、公益属性和法律属性，即律师虽然具有中介的一面，但绝不是简单的中介服务，否则，是对律师地位、职能和作用的肤浅化

贬低、误导和扭曲；律师是“社会职业者”、“自由职业者”，只是反映出律师没有被赋予国家权力，不隶属于任何国家公权体系，没有国家公权力作后盾，没有强制力作保障，没有权力资源，因而具有社会性、自由性和独立性，但并没有从正面揭示出律师的本质和内涵；现行《律师法》第2条“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”，只是从技术层面、操作层面表达了律师的服务、中介属性，未能提升出律师应有的社会境界和法律人特质。笔者认为，从律师的本质出发，可以对律师作出这样一个定义：“律师是指依法取得律师执业证书，在法律赋予的独立、自由的执业权利范围内，为维护委托人的合法权益、维护法律的正确实施、维护司法公正而(向社会)提供有偿法律服务的专门性法律职业人员(者)。”根据这一界定，对律师可作两个方面的分析把握：第一个方面，从律师的内涵或者内在属性来看，律师是独立、自由的法律人(法律职业者)。这一属性对律师的要求具体表现在：一个宗旨：执业人民，最大限度地维护和实现委托人的合法权益；二个使命：维护法律的正确实施；维护司法公正。其深层次的职业理念和价值则是维护正义(社会的、司法的、实体的正义)、维护公正(尤其是程序的公正)、维护公平(特别是争议和纠纷结果的公平)、维护人权(重点是当事人和委托人的权益)、维护尊严(在任何时候都要维护律师和律师行业的诚信、严肃和权威)。三个负责：对法律负责(在个案执业活动中，律师永远只能尊重法律、服从法律、维护法律，而不能批评、否定、贬损、诋毁法律)；对社会负责(律师必须秉承强烈的社会责任感，积极促进社会的和谐、稳定和发展)；对当事人负责(根据律师执

业活动的利益冲突规则，律师在法定权限内始终只能从委托人利益出发，以委托人利益为归属，不得有任何损害委托人利益的行为)。四个规律性：独立性、自由性、有偿性、专业技能性。第二个方面，基于上述内在属性，总结法治国家律师实际释放的效能，把握中国社会发展中律师业的总体方向，可以看出，律师在外延上、在功能上、在社会角色的期待、认知和扮演上，应该拓展和延伸出七个方面的主体性职责和职能：第一，律师是国家政治文明建设体系中的主体性要素，具有鲜明的现代政治文明的符号价值；第二，律师是推进国家法制建设、实现法治目标的主体性力量，是法治环境的建造者和标表者；第三，律师是社会主义市场经济发展的主体性介质，是市场主体的重要依托和市场秩序的捍卫者；第四，律师是促进和保障司法民主、司法公正、司法效率的主体性环节；第五，律师是保障“私权”、维护“人权”，在私权与公权之间构筑制衡机制，从而制约和防范公权滥用的主体性支撑；第六，律师是先进文化、进步思想和社会时代精神的主体性源流；第七，律师是一个高度职业化、行业化的群体，是现代国家法律职业共同体的重要组成部分。这七个定位应作为中国律师的应然性取向，是理想的功能走势。修改律师法应把握这一方向，从正面积极引导和张扬。此外，关于中国律师的现阶段定位，必须认识到，从目前的体制归属、职能配置和队伍建设的责任来看，律师在一定程度和意义上，是司法系统的主体成员，是司法行政机关所负载的法律服务职能、职责的具体承担者、实施者，所以司法行政机关有责任、有义务发挥好、组织好、发展好这支队伍的作用。2、在《律师法》的价值定位上，以律师为本位，以

权利为重心，兼顾律师与社会、权利与义务的合理配置，实现律师管理法向律师权利法的转变，从而淡化现行律师法的“行政法”色彩，使以《律师法》为代表的律师制度成为名副其实的国家司法制度和民主制度体系的重要组成部分。有人统计：现行《律师法》53条69款，载明律师“必须”的条款有5个，载明“律师不得”的条款有8个，载明“律师应当”的条款有11个，暗含律师“必须、应当、不得”意思的有15个，而规定“律师可以”、“律师有权”的条款仅有9个。修改《律师法》，要彻底走出这一框架结构，摆脱行政思维、管理思维、权力思维的定势化影响，旗帜鲜明地标表出我国《律师法》的权利保障法属性。首先，要将《律师法》第1条的立法宗旨修改为：“为完善律师制度，保障律师执业权利，规范律师执业行为，发挥律师社会功能，发展中国律师事业，制定本法”。其次，在认真梳理论证基础上，构建律师五大权利体系：一是律师在司法、仲裁活动中的权利；二是律师为完成诉讼或非诉讼业务，履行律师职责，而开展执业活动应享有的权利，同时包括有关部门、组织或个人回应律师执业活动的义务；三是律师在律师与律师事务所关系中的权利；四是律师在律师与行业协会关系中的权利；五是律师在律师与政府及司法行政部门关系中的权利。3、在《律师法》的立法技术定位上，强化法律规范的细密取向，克服现行法的过于粗疏和模糊，谋求细密与粗疏的合理搭配，实现《律师法》从“粗放型”的抽象原则向“细密型”的具体规范的转变。现代立法技术要求，立法必须恰当把握法律规范结构的细密与粗疏的关系，一方面使主要的、实体性或程序性的法律规范、法律条文都是具体的、完整的，使各个

主要环节、部位没有漏洞或缺失，保证法的具体性、确定性、针对性和可操作性；另一方面又保持对所调整的特定社会行为、社会关系的类型化抽象和概括，使法律规范具有事前调整和事后调整的一般化效能，保证法律的普遍性和包容性，实现法的价值互补和功能契合。不可否认，现行《律师法》对总结中国律师业恢复、摸索、发展的经验，引领律师制度的规范、改革和创新、拓展，起到了非常重要的积极作用，对现代中国律师制度具有奠基性、开创性的历史贡献。但是，也应当不无遗憾地看到，源于立法当时的诸多现实条件的制约和局限，《律师法》既有先天性的不足，也有迟滞于社会发展的后天不良。其中，在立法技术上，仍较严重地存在着“粗疏有余、细密不足，抽象有余、具体不足，模糊有余、明确不足”的问题，而且这一问题既表现在《律师法》的整体构架体系和内容选择中，也反映在各个具体制度和法律条文设计中，这说明《律师法》在很大程度上没有走出多年来形成的立法“宜粗不宜细”、“先粗后细”、“成熟一条制定一条”的习惯性模式，导致应该深入细化的、律师们热切盼望的、社会实践中真正迫切需要解决的诸问题被《律师法》回避、忽视或简单笼统地带过，降低和损害了律师法的操作适用价值。因此，修改《律师法》，一定要在立法技术上更新观念，换新思维，把握立法科学性、规范细密性要求，使法律规范结构完整、疏而不漏，一般性、典型性规范条文既有概括性和透明性，又不失具体的针对性和操作性，从而有效地激励、引导律师的行为选择方向，确认和保护积极的合法行为，禁止、防范消极性行为，制裁、矫正违法行为，最广泛地创设积极的法律秩序。

4、在《律师法》的内

容体系定位上，既要把握前瞻性，又要尊重现实性。尤其在律师的执业权利、执业环境和监管体制上，在法律服务体系和秩序上，不能消极地附就现状，要有前瞻性的改革、创新和突破，反映律师业的发展规律。但也要看到法律体系、制度长成和社会认知的惰性与迟缓，反映立法与现实的贴近与回应，反映改革、发展的渐进规律，不能指望一蹴而就，一步到位，一劳永逸。因此，修改《律师法》，无论是内容选择，还是体系安排，无论是权利赋予，还是义务设定，都必须切实反映现实生活的普遍要求和规律，准确认定和顺应时代发展、变化的步伐和需要，理清特殊或个别，聚焦普遍或一般；尤其要总结归纳近20多年的新情况、新问题，紧扣时代脉搏，应对社会需求，切忌立法与现实的脱节和错位，确保其与规范、调整对象存在最普遍意义的吻合性，从而达到法律内容真正成为所调控的社会关系和个体行为的价值规范，成为人们能自觉意识、认同和把握的行为准则。这不仅是《律师法》坚持立法导向的现实性的内在要求，也将是《律师法》释放其社会效能的根本保证。在此意义上，修改《律师法》，就不得不迁就司法体制改革的迟滞，不得不回应律师执业环境中的诸多障碍，不得不顾及三大诉讼制度的前置性干扰，不得不考虑全国律师业发展的诸多不平衡，不得不接受现实法律服务市场的格局及相应的管理机制。但是，立法不仅是要解决昨天、今天发生的问题，而且更要解决明天的问题。基于法的稳定性、导向性、改革性、创新性的必然要求，科学完善的立法必须带有一定的前瞻性或超前性。修改《律师法》坚持以现实性为主导，尊重中国当前实际，但绝不是机械、消极地迎合现实，而是也应该是用辩证的、发

展的、创新的、改革的观点和方法来对待现实情况，既面对当前的客观情况和问题，也考虑过去和未来的客观实际，把社会现象看成是运动发展的河流，尤其要预测和把握普遍性、必然性的发展趋势，彰显立法锐意创新、引领改革、与时俱进的时代精神。唯有如此，《律师法》才能引导改革，融入发展，承前启后，继往开来，展示其社会生命力和奠定其将来的稳定性，避免朝令夕改或迟缓滞后，避免中国律师业发展的客观趋势、广大律师的热切期待、法治国家的应然选择与实际立法状态形成巨大落差。在中国社会变革和发展迅捷的今天，修改《律师法》，遵循立法的前瞻性要求和规律应特别予以重视。在此意义上，《律师法》承接改革的历史使命，应该引领司法体制的改革，促进律师执业环境的优化，催动三大诉讼制度的完善，协调全国律师业发展的平衡，整合、统一全国法律服务市场的格局，厘清法律服务的管理机制，为以律师为主导的法律服务体系构建规范有序的前瞻性平台。

5、在《律师法》的立法文化定位上，既要把握律师执业规律中国际趋同的继受性，又要照应中国本土固有法文化的继承性和社会主义中国特色的创新性。律师法文化作为社会法文化中不可缺少的有机组成部分，是一个国家或民族中有关律师的法律意识形态以及与该法律意识形态相适应的法律规范、法律制度及法律组织机构和法律设施等方面的总和。在其现实形态上，至少可从理论层面抽象界分为三大源流：一是本土的通过社会性历史遗传积淀下来的固有法文化，即通常意义上的固有法传统或本土文化，它反映了《律师法》文化的民族性、地域性和历史延续性。律师制度与国家司法制度、社会民主制度、公民权利制度的内在联系，可

以表达出一个国家(如中国)在历史上可以没有严格意义的现代律师制度和《律师法》，但决不能说没有律师法文化，恰恰相反，这种没有律师制度或《律师法》的社会治理结构和法文化体系，具有更强的历史延续性和文化惰性，对现代律师制度的长成具有更强烈的排斥力或同化力，从而决定了这一文化源流在法治实践中占有特别厚重的地位，并构成新的律师立法实现社会化、产生良好的法治效应的社会环境基础、道德评价基础和民众认知、接受法律的心理情感基础。这一文化作用机制在新中国律师制度的创建、恢复和发展中应该说获得了鲜活的，也是非常现实的印证。二是在人类文化多元并存的全球格局中，借助各种形式或载体所不断进行的文化交流、传播、吸纳和互融，使一个社会、一个国家或民族的法文化中无可选择地吸附和渗入了外来的异质文化源流，即继受法文化。律师执业活动的本质属性和价值、律师与市场经济交织的共同规律、律师与司法公正和政治文明的互动机制、律师与人权保障的独特功能、世界经济一体化造就的广泛而频繁的国际交流活动带来的律师执业的国际化互动与拓展、发达国家《律师法》技术的成熟和完善等等，已经或正在也必将决定外来的律师法文化源流在中国《律师法》的法学研究、立法和司法实践中不能也不可能被排斥或否定，而必须顺应律师业的发展规律和世界发展潮流予以包容、同化和继受。这种法文化既是中国贫弱的律师法文化得以丰富和发展的重要源泉，亦是先进的、科学的、合理的律师法文化作为人类社会共同的精神财富的客观要求。三是一个社会在特定历史横断面和发展阶段因适应于社会物质生活条件的需要和与时俱进的改革发展要求，以现实社会背景为母体

所造就的新生律师法文化，即创造性、建设性律师法文化。它是律师法文化实践性、发展性、创新性的集中反映。新中国50多年法制建设的成果，尤其是近20多年来律师制度及其关联性制度在法治国家目标中的趋进，已使这一文化源流异常活跃，成效显著，并由此形成了具有时代气息的内容丰富的现代中国律师法文化传统，构成了修改《律师法》的法文化起点和制度基础。应该明确，总结过去、立足现实、面向未来的《律师法》修改，不仅是一项应该认真准备、集思广益的现实法制建设工程，而且是一项多元而广阔的历史性法文化建设。围绕这一建设工程，必然交织着继受性法文化的吸纳、传统性法文化的继承和时代性法文化的创新三位一体的交融同构。整个立法活动的运作及其终局性规范成果，既非对传统文化的简单的直接继承，也非搬用外国某一法文化模式为圭臬，更非传统法文化与继受法文化的肤浅式包装嫁接或凑合联姻，而是在中国现代法文化的构造链条中根据赖以存在的社会诸系统的需要所形成的法文化建树和更新。《律师法》修改的这一文化实践，介于传统法文化和继受法文化之间，应该既有对传统法文化的一定程度的扬弃和超越，又有对继受法文化的理性筛选和驾驭，从而显示出较传统文化的进步性和较异质文化的独特差异性，籍此构成中国当代律师制度及其归属的司法制度、民主制度、人权制度所孕育的法文化的鲜明时代感和现实的价值与功能取向。由此可以说，《律师法》修改应该既是法文化选择的产物，更是法文化创新的成果。它将表明潜隐于立法活动和法律规范中的律师法文化并不仅仅静止地表现在文字上或观念上，而是一种生机盎然、丰富多彩的现实文化活动，具有改革、创新、突

破的实际社会效果和博大的发展容量。6、在《律师法》的功能定位上，突出确认、激励、引导、规范、保障功能，有选择地配置禁止、惩罚功能，将更多的约束、限制、否定、罚禁机制让递给行业协会的自律规范，实现《律师法》与律师职业道德、执业纪律的合理分工和链接同构。在现实渊源形式上，律师制度至少由五大部分构成，一是诸多法律部门尤其是三个诉讼法对涉及律师执业活动的规范；二是以《律师法》命名的专门性法律规范；三是律师行业组织所制定的职业道德和执业纪律规范；四是指导、监督《律师法》律服务的政府行政部门的管理性规则；五是各律师组织体内部的微观性管理规范。不同层面的制度，不仅在内容上应有明确的分工，而且在功能上各有侧重。就专门性的《律师法》来说，所确定的应该是律师地位、执业范围、权利、义务、责任和执业活动中利益冲突调整等基础性、基本性规范内容，突出对律师权利的确认和维护，强化政府、司法机关、律师协会和律师事务所的责任与义务。因此，在功能定位上，《律师法》应侧重其确认、引导、规范、保障功能，适当配置禁止、惩罚功能，将更多的约束、限制、否定、罚禁功能机制让递给行业协会的自律规范，通过律师职业道德、执业纪律来予以完整充分的反映，实现《律师法》有所为有所不为。

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