

第五届中国律师论坛论文:律师的本质属性 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__E7_AC_AC_E4_BA_94_E5_B1_8A_E4_c122_484411.htm 目前，中国经济的高速发展及构建社会主义和谐社会的历史任务都为律师业的发展提供了更加广阔的舞台，我国律师业正面临良好的发展机遇。但我国律师业在发展过程中遇到许多问题，如律师政治地位偏低、执业权利没有得到充分保障、民众对律师的执业行为有种种误解及部分律师的商业性日渐突出等。如果这些问题得不到认真研究与妥善解决，将对律师业的发展带来阻碍和损害。律师业在发展中之所以发生上述问题，说明民众，甚至部分律师对律师职业本质属性的认识还存在偏差。本文试图从多个角度探讨和澄清律师的本质属性这个律师制度的理论问题，以期修正业内业外对律师职业的一些错误认识，并希望对即将进行的《律师法》修订有所帮助。

一、从律师制度的起源和发展分析律师的属性 由于政治制度和法律制度并不完全相同，当今世界各国律师法所规定的律师概念及范围也不尽相同。但各国的律师职业基本上具备如下共同特征：受过系统的法学理论教育和实践训练、律师工作有相当大的自主性、组成律师协会并主要采用律师自律性管理、成为律师要经过严格的资格考试并领取执照及有严格的职业道德和职业纪律要求等。一般认为，律师职业及律师制度起源于古罗马，但公元前六世纪的雅典共和国时期“辩护士”和“保护人”对古罗马律师的诞生产生过重大影响。古罗马时期，一些学习、研究法律的法学家为诉讼当事人解答法律问题、提供法律咨询意见、代理当事人参加诉讼。由于他们

的活动有利于社会秩序的稳定，所以公元三世纪的时候罗马皇帝以诏令的形式确认了“律师”的存在。律师职业起源于古罗马绝非偶然，其根本原因在于古罗马有发达的小商品经济及较完善的奴隶制民主制度。可见，律师制度从其产生之初就与商品经济及民主制度密不可分。近代律师制度获得较大发展的背景是十七、十八世纪西方资产阶级民主革命过程中资产阶级对封建等级制度、宗教特权和司法专横的斗争。法国十九世纪的政治思想家托克维尔在《论美国的民主》中认为律师是“平衡民主的最强大力量”，在“行将诞生的民主政治社会负有重大使命”。律师制度被认为是西方民主制度的重要组成部分。在西方国家，律师是国家政治制度中的一种制约力量，是国家政治生活的参与者，其直接参与并实际影响着国家民主政治制度的运作过程。法律赋予律师在执业过程中一定的特殊身份和地位。律师根据法律的授权，在维护社会公平与正义方面具有与司法机关相同的职能和职责，律师执业活动与检察官执法活动、法官司法活动在一个国家的司法制度中具有同等重要的地位且不能互相替代。律师与检察官、法官共同组成法律职业共同体。不仅如此，律师还以社会规则的制定、执行及监督实施者的身份参与国家的政治生活和发挥影响，并逐渐成为国家政治生活的中坚力量。我国的律师制度移植于西方国家。党的十四大提出在经济体制上建立社会主义市场经济体制目标后，在政治制度上我国也加快了律师制度改革和发展的步伐。1999年6月25日第八届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师法》，我国重新以法律确认了律师制度。该法第一条中“维护法律的正确实施，发挥律师在社会主义法制建设中的积

极作用”的规定内容表明，我国律师制度的重新确立是社会主义民主法制的逐步完善的需要。我国社会主义民主政治建设的逐步推进将使我国律师的功能和作用得到进一步发挥，这从另一个侧面说明了我国律师与社会主义民主政治密不可分。我国司法部2003年在《关于拓展和规范律师法律服务的意见》中指出：“发展社会主义民主政治，建设社会主义政治文明和深化政府机构改革，将给予律师发挥作用的新契机；依法治国，健全中国特色社会主义法律体系，推进司法改革，尊重和保障人权，将赋予律师更重要的社会责任。”总之，律师制度作为一个国家民主政治制度的重要组成部分，体现了人民对自由、平等和正义的追求及国家对人权的尊重与保障。律师宗旨在于保障私权，维护人权，通过在私权与公权之间构筑制衡机制，以制约和防范公权的滥用。律师是推进国家法制建设，实现法治目标的重要力量之一。本文认为，律师有强烈的政治使命，律师与政治的联系与生俱来，律师职业具有先天的“政治性”属性。1990年《联合国律师作用的基本原则》第十一条规定，“作为维护正义的根本代言人，律师在任何时候都应当维护该职业的荣誉和尊严。”日本《律师法》第一条也规定“律师以维护基本人权，实现社会正义为使命。”这些规定都是对律师“政治性”属性的表述。不仅如此，律师制度还成为法治社会的标志之一。由于法治社会中法律的意义已超出了法律制度本身，并在很大程度上支配着整个社会中经济、政治及社会认知等方面，这就更加彰显了律师在社会中应具有的特殊地位。律师职业的“政治性”属性使得律师职业带有某种“神圣性”和“高尚性”。

二、从职业定位分析律师的属性

从各国律师法律制度

所规定的律师职业定位上讲，律师是一种“社会性职业”。律师职业的社会定位，也可概括为律师具有“社会性”属性，律师职业的社会性定位，概括而言是指律师是“社会法律工作者”，甚至是“自由职业者”。1996年《中华人民共和国律师法》第二条规定：“律师是依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”，这就是立法对律师职业具有“社会性”属性的认可。有的西方国家（如德国、法国）的律师法，更是将律师直接界定为“自由职业者”。律师职业的“社会性”主要表现在：第一，律师身份的社会化。律师不属于国家公职人员，不是国家的法律工作者，而是社会法律专业工作者。第二，律师职业的社会立场。律师代表公众意志和公众社会利益，而不代表国家意志或权力意志。第三，律师面向社会提供法律服务，律师是为需要法律服务的人提供法律服务的开放式服务的职业。美国、英国、日本等国的律师法及有关规定中，都明确规定任何社会主体皆有权得到律师的法律帮助。我国的《律师法》第二十五条关于律师业务范围的规定也表述了相同的内容。律师法律服务的内容和范围也随着社会需要的变化而变化。我国律师职业恢复之初，其主要业务是刑事辩护和诉讼代理。随着市场经济的深入发展，律师已经介入了金融、房地产、保险、证券、商标、专利，海事海商、知识产权保护、反倾销等非诉讼业务领域。这正是律师职业具有“社会性”属性的反映。第四，律师职业的“社会性”属性还表现为“律师自由”。“律师自由”是指律师依法开展业务活动不受非法限制，这是一个国家是否达至法治的重要标志之一。1959年在印度召开的“国际法学家会议”通过的《德里宣言》中提到“司法独立

和律师自由是实施法治原则必不可少的条件”。可见，“律师自由”是法学家们的共识。但律师的“自由”是有限度的，是以严格的准入条件和业务及道德方面的自律管理为前提的。西方国家中由于有深厚的律师传统和律师文化，因而其将律师界定为自由职业者的规定并不会使人误解。但我国由于律师制度建立时间不长，现阶段我国对于律师职业还不宜采用“自由职业者”的提法，以免使人误解律师的真正使命。由律师职业定位具有“社会性”所决定，律师在为委托人提供法律服务时，应站在委托人的立场上，为维护委托人的利益而工作。律师维护委托人的利益与维护司法公正或社会正义并不矛盾，这二者是有机统一的：即律师通过在个案中维护当事人或委托人的利益而在制度上构成对国家司法权力的有力制约，从而在长远目标上达到维护国家司法公正的目的。律师执业身份、执业范围的社会化恰恰是律师发挥重要制度作用的前提，律师正是站在代表民众的社会立场上，来制约司法权力，并最终使国家的执法和司法臻至完善。进一步说，律师在诉讼活动中，通过特定诉讼程序的参与，为当事人进行辩护和代理，是审判人员准确司法、公正司法的重要前提。而在非诉讼活动中，律师作为专业的法律工作者，通过直接协助当事人最大限度地设置和保护自己的合法权益，从而达到提前避免法律纠纷和维护委托人合法权益的目的，并可以最终使得法律得到普遍遵守。当然，无论是在诉讼活动，还是在非诉讼活动中，律师应采用合法的维护手段是应有之义，概而言之，即律师应“采用合法的手段，维护当事人或委托人的合法权益”。我国《律师法》第一条关于立法宗旨的规定中也指出：律师要维护当事人的合法权益，维

护法律的正确实施。三、从执业活动和管理体制分析律师的属性从执业活动上看，律师执业行为具有“个体性”，即律师本人有权自主决定其办理受托法律服务事项的方式和方法。尽管律师的活动是以律师事务所的名义进行的，但法律服务一般是由律师个人完成的。成功的法律服务是律师个人智慧和辛劳的结晶。律师执业行为的个体性也是律师与其他法律职业的区别之一。律师执业行为具有“个体性”的原因在于：其一，律师是依凭当事人对律师智力、知识及技能的信任而提供法律服务的，当事人对律师的直接的人身信任是律师能否开展法律服务活动及当事人的合法权益能否得到维护的重要前提。律师提供法律服务质量的个体差异性 & 当事人对特定律师的人身信任性是律师较少集体执业的重要原因。其二，律师执业的社会定位也为律师执业行为的个体性潜藏了制度前提。当然，律师在某些执业活动中需要以集体方式或团队方式进行，但由于律师智力服务的质量差异性所决定，律师的在某项业务活动中的集体执业不是律师执业的主要方式。律师执业活动的这种“个体性”特点在律师诉讼业务中表现得尤其明显。各国律师管理体制主要采取“律师自治”的方式，即采用律师协会的自律性管理方式。律师自律管理指律师组成行业协会实现自治管理，而不是依附于国家行政机关或其他权力机关。尽管律师自治在世界各国表现为不同的形式，其自治程度也不尽相同，但毫无疑问地是，各国律师协会在律师的培训、准人、指导、监督、惩戒、淘汰等方面始终是不可替代的主体。在有些国家（如日本），律师协会是律师管理的唯一主体。我国律师管理体制改革也正在深化，律师自律管理正在逐步得到加强。律师执业的“个体

性”及律师管理的“自治性”可以认为是律师职业的一般属性，但不是律师职业的本质属性。它们都是由律师的“社会性”属性决定的。另外，律师职业这两方面属性这也体现为律师具有“独立性”：即律师执业活动只服从于法律，不受外来干预，尤其是不受国家权力机关的干预。因为只有律师具有这种独立性，才能最大限度地保证律师起到维护当事人合法权益的作用，并最终促进国家司法公正。律师的“独立性”在很多国家的律师法中也立法加以明确，如德国《律师法》第三条规定：“律师是法律事务中独立的、职业的顾问和代理人”。

四、律师职业所具有的其他属性分析 由于律师具有维护私权及实现社会正义的功能，因而律师职业还具有一定的“社会公益性”属性，即律师应给予社会弱势群体以援助。《联合国律师作用的基本原则》第四条的规定：“在帮助穷人和其他弱势群体以便他们能够主张自己的权利，并在必要时请求律师帮助等方面，应当给予特别关注。”律师职业应具有一定的“利他性”及“社会公益性”的属性也表明律师不能一味追求利益。现代世界各国律师越来越商业化，“营利性”也成为律师职业所具有的一个“属性”。本文认为，律师具有一定的营利性是正当的，但这只是律师作为一种职业所应具有的外在属性，“营利性”决不能成为律师的唯一追求，“营利性”更非律师职业的本质属性，律师只能在合法维护委托人的合法权益和追求社会正义的过程中获得自己的合理回报。

五、律师本质属性的界定 一个事物既有一般属性，也有本质属性。哲学上的本质属性是指决定一事物之所以成为该事物并区别于他事物的属性。通过前四部分的分析论述，本文认为，律师职业的本质属性应包括“政治性

”和“社会性”，这两者是决定律师职业区别于其他法律职业或其他中介机构的根本属性。这两种属性是在两个不同层面上而言的：即“政治性”属性是在政治制度层面而言的，而“社会性”属性是在功能层面而言的。这两种属性的关系为：“政治性”中自然蕴涵着“社会性”属性，“社会性”是其“政治性”的体现。总之，现代社会里，律师作为政治制度中的制约力量及向社会提供法律服务的专业人员，在维护司法公正、协助社会主体正确认识并行使法律权利、救治被侵害的法律权利及促进社会法律秩序的构建中，都发挥着十分重要的作用。每一名律师都应认识到自己所从事职业的神圣性与崇高性，都要积极参与国家政治生活，并在执业行为中抵御过度商业性的趋向，应以合法手段维护当事人的合法权益，这样，律师才能在实现自身价值的同时，实现相应的社会价值。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