

律师职业与法治的辨思 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_81_8C_E4_c122_485530.htm 法治与人治是两种相互对立的治国方略。人治是一人(或几人)之治(君主专制或贵族政治)，法治是众人之治(民主政治)；人治依据的是领导人个人的意志，法治依据的则是体现人民大众意志的法律。人治与法治的分界线是：当法律与当权者的个人意志发生冲突时，是个人意志凌驾于法律之上，还是法律高于个人意志。或者说，是“法依人”还是“人依法”。“一般说来，在国家管理中，偏重于人的作用还是偏重于法的作用；在个人意志与法律冲突时，是个人意志凌驾于法律之上，还是法律权威高于个人意志；这就是我们说的‘人治’和‘法治’的区别。”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和平等的机会；对个人和团体各种权利及自由的正当保护；以及在法律面前人人平等。”依法办事是法治的基本要素。“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，这些规则能够使人们明确地预见到在特定情况下当局将如何行使强制力，以便根据这种认知规划个人的事务”洛克指出：“法律一经制定，任何人也不能凭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”。卢梭说：尊重法律是第一条重要的

法律，任何一个遵守法律、管理完善的政府，“根据任何理由，也不准许有人不遵守法律”。在法治中，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，法律实施是连接法律规定和法律实现的桥梁。法律在人们心目中至上至尊，人们在法律里充满有自由和秩序。在法治中，社会被法律连接构建成一个既有自由又有纪律，既有集体意志又有个人心情舒畅的生动、活泼、内在有机联系的整体。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。法治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本身是制定得良好的法律”。从古希腊罗马时期到近代，西方法文化中缘法而治一直是人们孜孜以求的理想。西方法治思想与中国法家的法治有所不同。首先，法家重视的法是“人主之法”，是“王令”、“上禁”；西方的法是民众之法，是习惯，是契约。其次，法家讲遵守法律，但不包括君主；西方法治要求人人守法。西方的法治观念产生于古希腊罗马时期，罗马人认为法律是上帝设立的，是智者理性的意志，同时是国家公民“共同合意的”，所以每个人都必须遵守法律，国家、官吏都不能凌驾于法律之上。因为，权力从法律中产生，同时也必须从属于法律。曾长期出任执政官和元老院议员的罗马法学家西塞罗说：“我们都是法律的仆人，所以我们可以获得自由。”“既然法律统治长官，长官统治人民，因此可以说长官是能言善辩的法律，而法律是沉默寡言的长官”。古希腊罗马的法治精神经历了中世纪专制

封建的神权至上的黑暗时期的考验，西方文化中法律的至上地位受到动摇。期间12世纪、16世纪罗马法有两次短暂的复兴，直至17、18世纪启蒙思想家以法律为武器反对封建专制，才使法治思想重新光大。他们根据“天赋人权”理论，主张法律是人类与生俱来的自由、平等、公正等权利的理性体现，法律应享有绝对的权威，绝不允许任何人凌驾于法律之上。西方不仅在理论上肯定法治的地位，在立法、司法的实践中也都表现出鲜明的法治精神。首先，无论是希腊罗马有限的民主政制还是近代资产阶级国家的宪法，都公开宣称法律应当体现公民的意志，并确认公民在立法过程中应享有的权利。例如雅典城邦自梭伦改革之后，全体公民即被赋予了直接参与立法的权利。到伯里克利时代，公民更进一步被赋予了在管理一切事务中的发言权，并可在公民大会上由个人直接提出新的法案，以供表决。在罗马共和初期，平民会议成为拥有最高立法权的机构。文艺复兴后，新兴资产阶级通过斗争取得了更多的政治权利。此后，西方各资本主义国家的宪法大都规定由民众选举产生的议会或国会来行使立法权，宪法权以代议制的形式回到公民手中。其次，从司法权的行使来看，西方社会在历史上便强调司法独立原则，同时提倡诉讼民主，重视公众对司法过程的参与和监督，以保证执法者公正地依法办案。在古希腊梭伦改革之后的雅典城邦便设立了陪审法庭，所有公民都可以被选为陪审员，参与案件的审理和判决。罗马共和时期曾先后实行过法律诉讼和程式诉讼两种讼制，前者由执政官或裁判官执行，主要是确认案件是否授予诉权，后者则由非专职的民选法官执行，他们将听取证据，审查事实并作出判决。当资产阶级在西方各国取得

政权后，三权分立的原则成为建立独立司法体制的保证。孟德斯鸠说：“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”按照这一权力制衡学说，西方各国建立了自己的政治制度和法律制度，逐步走上了现代法治之路。实现了英国学者拉茨所说的西方国家的法治，即：“(1)所有的法律必须是关于未来的、公开的和清晰的，即人们活动时，它必须是存在的。(2)法律应当是相对稳定的，因为人民需要知道法律，不仅为了即时的决定，也为了长期的规划。(3)特别法的制定应有公开、稳定、清晰和一般的规则指引。(4)司法独立应得到保障。(5)自然正义的诸项原则必须得到遵守。(6)法院对其他原则的落实情况有审查权。(7)法院容易接触，争论可以及时得到解决。(8)预防犯罪机关的自由裁量权不得妨碍法律实施。”法治型社会需要律师，律师活动促进法治社会的发展。在法治型社会，法律至上，在所有行为规范中，法律具有最高效力；在社会冲突的解决中，以司法手段最为有效；司法机关在解决冲突时，只服从法律，而不受法律之外的权力的干涉，不为社会舆论所左右，不为个人情绪所动摇；更不为某种私利所扭曲；实行法律面前人人平等的原则，任何人都平等地享有法律权利、承担法律义务，任何人的法律权利都受到法律的平等保护，任何人的违法行为都平等地受到法律追究。在这种以法律规范指导一切社会生活的社会，律师职业应运而生。律师是法律专家，精通法律，具有法律服务的能力和条件，能够切实满足社会主体对法律内容的了解以及正确行使

法律权利和维护自身合法权利的需要。在古罗马社会，由于法律价值被广泛认同，因而萌芽了律师及律师制度，在现代社会中，西方资产阶级的法治，推动了律师职业的发展，建立了西方发达的律师制度。与此同时，律师的职业活动，又反过来对社会法治化水平的提高具有不可忽视的促进作用。律师通过开展刑事辩护、民事代理，担任政府、企事业单位和公民个人的法律顾问，代理非诉讼法律事务等活动，向社会主体阐释法律精神和法治原则，无疑有助于提高广大社会主体的法律素养以及全社会的法治环境，推动社会法治水平的不断优化。这正如西方学者所言：“律师是一个复杂法律制度的专家。他犹如法院里的官员一样，以一种替大众服务的精神来运用他的知识，虽然法律界人士散布全国各地，并无统一组织，可是在他们之间却存在有一种‘同盟’”。 “企业及及社会生活，以及政治制度的力量，都得靠律师们来担负起职业责任。” 律师职业与人治型社会是不相容的。在人治型社会，长官意志决定一切：法律的内容变化无常，朝令夕改；社会管理表现为一种命令与服从的关系；权力在社会生活中起决定性作用，权大于法，以人代法，以言代法。而律师职业天生是以“法律”为中心的，律师法律服务的目的，在于促进法律的正确实施，维护社会主体的合法权益，建立符合统治阶级利益需要的法律秩序。“法律秩序是在严格遵守法律的基础上形成的一种社会秩序，它必须以实行法制为前提”。任何法律秩序的建构，都必须有相应的手段。在阶级社会中，律师法律服务是重要手段之一。“当法律秩序已经认定和规定了自己要加以保障的某些利益，并授予或承认某些权利、权力、自由和特权作为保障这些利益的手段

以后，现在它就必须为使那些权利、权力、自由和特权得以生效而提供手段”。在人治型社会，法律的价值不能得到实现，律师职业的作用也无法得以发挥，因而不可能建立起真正意义上的法律秩序，它所建立的是一种官意秩序。官意秩序不需要律师。因此，在中国古代一直没有产生律师制度；在产生律师制度的西方，封建时期的人治，也使律师制度消亡了。我国社会主义民主法治建设，经过几十年的实践，取得了长足进展。但是，也应当看到，社会主义民主法治的健全和完善是一个渐进发展的过程。由于中国经历了几千年封建君主集权专制的统治，人治的传统难以一时消除，人治的现象在某些地方和某些时期依然存在。主要表现在：其一，权力中心主义，即：权力缺乏监督、权力大于法律、权力成为准则。上级充分享有领导下级的权力而很少受下级的监督；领导可以随意左右群众而很少受群众的制约；法律可以为当权者取舍，以权立法、以权代法、以权废法，在权力与法律冲突时，胜利者往往是权力；权力愈大真理愈多，权力级别成为行为准则的级别；等等。权力中心主义必然导致对人民民主的排斥，褻渎民主，践踏民主。其二，国家法律对人民群众如何具体参政、议政、主政缺乏明确规定，人民享有的权力多属原则性内容，较少有具体落实程序。其三，由于经济、科技、文化现状的限制，人民代表的选举还只能对县级以上人民代表实行直接选举，县级以下的人民代表都通过间接的方式选举；人民代表的素质还有待提高，人民代表大会的监督权、质询权、调查权还未能很好地运用和行使。其四、人民群众对国家机关及其工作人员的批评、建议、申诉、控告、检举、揭发等机制还有待健全，效率还有待提高

。其五、人民群众监督行政机关依法行使行政权力的行政诉讼还没有充分发挥作用，行政诉讼尚未成为人民群众制约领导权力的有效途径。律师制度是一种民主制度，只有在民主的政治制度下才能产生和成长。古代罗马朴素的奴隶制民主，使律师制度萌芽和产生；近代资本主义民主政治使律师制度得到空前发展。在我国，解放初期的民主政治，使社会主义律师制度从无到有发展壮大，“文化大革命”时期民主被践踏，因而律师制度夭折；党的十一届三中全会以后，社会主义民主得以发扬，律师制度发展得到了可贵的民主法治空间。实践证明，政治愈是民主，律师制度愈是发达：权力愈是集中，律师制度愈是失去作用。如果在社会生活中起决定作用的是权力而非法律，以权代法，以言代法，那么，社会主体对法律服务的需求就会因权力的绝对化而被抑制，在法律基础上的权利义务对等关系就会被权力强奸或扭曲表现为行政命令与服从关系。在人治社会，集中的权力往往会摆脱民主的权利而凌驾于民主权利之上，使民主没有保障，使社会主义法律失去自己的基点和核心。法律的价值得不到体现，律师职业也就是多余的了。我国律师制度的发展，有赖于我国民主法治的进步。政治体制改革，是社会主义民主政治建设自身发展的需要，是经济体制改革成功的保证，也是保证国家长治久安和稳定发展的需要，只有改革和完善我国的领导制度、组织制度、工作制度，使社会主义民主制度化、法律化，才能调动各方面的积极性，实现社会主义法治目标。因此，我们要积极地、有领导、有步骤地推进政治体制改革，既不能不顾条件，急于求成，又不能无所作为，裹足不前。为此，至少应做好以下工作：其一、尊重公民的民主权

利和自由权利，并为实现这些权利提供法律保障和相应的物质保证；其二，坚持和完善人民代表大会制度，加强人民代表大会及其常委会的立法和监督职能，将它建设成为有权威的人民权力机关。其三，通过完善宪法、组织法、程序法及有关法律，进一步明确规定国家权力机关、行政机关和司法机关的职权和行使职权的程序，更好地发挥各种国家机关的作用，建立有效的监督体系和制约机制，以制约国家权力不被滥用，保障公民的基本权利和自由。其四，根据社会主义民主原则，建立起人与人之间的平等关系和个人与社会的正确关系，把社会主义民主进一步扩展到政治生活、经济生活、文化生活和社会生活的各个领域。其五，完善共产党领导下的多党合作与政治协商制度，巩固和发展新时期的爱国统一战线，充分发挥人民政协在民主监督中的作用。其六，加强和改善党的领导，坚持党必须在宪法和法律范围内活动的原则和制度。其七，加快人事劳动制度改革，逐步建立健全符合机关、企业和事业单位不同特点的科学的分类管理体制和有效的激励机制，全面推行国家公务员制度。其八，进一步加强社会主义法制，建立比较完备的社会主义市场经济法律体系，用法律手段规范、引导和保障经济体制改革和政治体制改革的顺利进行。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