

蔡庆发:法治社会与律师 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__E8_94_A1_E5_BA_86_E5_8F_91__c122_485957.htm

【摘要】法治是克服权力膨胀损害权力本质，实现社会正义和秩序的一种规则与机制；律师的产生是民众主导的法治社会的法律力量体现；律师的代理制度是民众在司法领域的民主自治方式，因而律师是上层建筑；律师追求正义，法官代表正义，但社会民众才是维护正义的主力军；律师的权威是民众权威的表现方式，而不是律师权威本身；律师的执业权的行使就是民众力量的行使，律师执业权的妨碍就是对民众治理社会力量的妨害。中国是政府自觉地推进法治进程和政治体制改革，也存在非自觉的一面。法治需要理性地确立对立面的存在，否定权力信仰，确立法律信仰。建立正义的和谐秩序，就要实行法治社会，就一定要有律师的力量，有对律师的认可。

【关键词】法治 律师 权力信仰 法律信仰 正义秩序 和谐社会

一、社会治理方式的合法性 社会是由众多主体构成的，众多主体之间存在冲突是必然的，平等、民主、自由、法治、国家、政府、司法、军队、监狱、专制等等，等等，都是冲突社会的现象和概念。冲突无处不在，谁也不能摆脱冲突。冲突社会是由社会主体相互之间平等相处下形成共同规则来调整社会关系，即形成法治文明社会，还是形成一个特权的领导阶级来治理社会，即形成专制的黑暗社会，我想其中谁是正义和可以为社会乐意接受认可，是不言自明的。国家、政府、司法、军队、监狱是社会冲突需要而产生，因此它当然地属于社会，应当由社会民众共同管理，即民主之治，民主政府才

是唯一具有合法性的政府。一个不是社会愿意接受的权力管理着社会大众当然就不具有合法性，因此专制制度天然地不具有合法性。民主之治的社会平衡性是依靠制定符合公意的法律来治理的，即法治社会。虽然是民主是平等的，但社会的分工和人的天然性差别的存在，决定了每个人都不可能同等能力来熟悉法律和运用法律，他们需要在法律方面才能卓越的人才作为自己的代理人来维护自己在法律上的平等地位，社会也需要专门的法律人才来提高法律的社会效率。律师就作为法治社会提供法律服务代理人出现。律师也就作为政府权力合法性的表征之一出现的。

二、律师不产生于专制社会 专制即人治，是由少数人把持国家权力，将本来是服务于公共的权力据为己有。对国家与社会的治理，一切皆以对统治阶级有利为依据。平等、自由、被社会命令都不利于统治阶级的个人利益，统治阶级的个人利益就是要不给社会主体以平等、自由，就是要统治阶级命令社会，而不是社会命令统治阶级。不是社会来治理国家，而是要他代表国家来治理社会。一切要以统治者的意志为出其不意点。是以其命令和社会服从的关系，需要的是“顺民”“臣民”而不是平等的公民，不是有权要求统治者服从社会的“乱臣贼子”。权力决定一切，统治者权力意志就是社会的准则。虽然也制定“法律”，但那是以王权为利益取向的“王法”，以王的利益为中心，是以窃取整个社会权力的、违背社会意志的“恶法”。在古希腊的民主法律文化里，断言“恶法非法”。这样的“法律”，打个比方说，就如同企业的制度一样，是以企业主的利益为最大体现的制度，当然不能算是法律。如果不是体现社会利益的规则属于法律的话，则企业制度、党章等

都可以属于法律。既然是体现统治者权力意志的，所以其内容变化无常，朝令夕改。最典型的大概就是中国人沿用几千年而没有人置疑的最熟悉的圣旨了。谁能说圣旨是可以预测的！“圣意难测”“伴君如伴虎”“龙颜大怒”等极好地证明了皇帝的“淫威至上”，与“法律至上”的权威毫不相干。无法律的预期，就无律师产生的必要。无法律的权威，就没有民众要求依法办事的需要。民众观念里这时要找的东西只有一个，就是一个明君，一个会给社会皇恩浩荡的、民众顶礼膜拜的、天生高于社会主体的、自己要做奴隶的主子。有“奴隶”请“律师”跟主子讲法律，打官司的逻辑吗？法律天然就是平等，没有平等就没有法律，没有法律就没有律师，“律师”在这个圣明的主子面前简直就是一个“小丑”，如果民众有法律的智慧，就不会产生那样的小丑。所以中国传统的专制社会里是永远不会产生律师的，律师产生于古希腊，发展于古罗马，并不是偶然的，因为在古希腊、古罗马的社会里有民主宪政制度和思想。专制国家的政治不需要律师。专制国家的政权更替是以一个政权的彻底消失，另一个政权的完全掌控为特征的，在政权的激烈交战中，是不需要律师辩论的。是的，人类的最大、最长久、最明显的灾难莫过于政权交替的战争了。如果要使人类和平，就得消灭战争，就得社会民众自己掌握权力，让政治职业者们在公民的审判台前利用法律规则进行和平竞赛，让他们在法律面前相互辩论、相互攻讦，唯有这样才能竖立法律的权威，而不是某个人的权威。个人意志应当臣服于社会的整个意志，即臣服于法律。如果一帮野心勃勃的政治家们的思想和行为习惯已经归服于民众的法律了，政治上的争议放到法官的审判台

前，由双方的律师们来进行口头精彩辩论时，社会的战争就真正的远离了，政权的交替就再没有危险了。当然这时已经没有政权交替了，因为政权属于社会时，是不存在政权交替的逻辑基础的。古希腊有句法谚“枪炮作响法无声”，换句话说，当用法律方式解决问题时，就不是用战争方式解决问题。专制国家还对臣民的人身有着生杀予夺的权力。“君要臣死，臣当死”，不死就是不忠。杀人，那几乎是皇帝们的兴趣决定，而不是法律决定，“伴君如伴虎”。如明朝朱元璋制造的胡惟庸冤狱和蓝玉冤狱，两次冤狱用“瓜蔓抄”刑事诉讼方式共诛约35000人，朱元璋的建立锦衣卫军法机构和东厂、西厂宦官特务机构，他们采用“诏狱”和“廷杖”的严刑拷打的方式，制造无数的冤狱和社会恐怖[1]；朱棣的手法同朱元璋，其中对前教育研究官方孝孺，灭其十族，连朋友和学生都包括在内873人死亡。制造“文字狱”文字狱的特征是“罪状由当权人物对文字的歪曲解释而起，证据也由当权人物对文字的歪曲解释而成。[2]”“张献忠性格狡谲嗜杀，一天不杀人就悒悒不乐。”“张献忠在中园坑杀成都百姓。明朝投降的各卫籍军九十八万全部被杀死。他派遣手下四个将军分道屠戮蜀中的各府各县，名为‘草杀’。”“当时川中百姓被屠杀一空，据《明会要》卷五十记载：明万历六年四川有‘户二十六万二千六百九十四，口三百一十万二千七十三’，到清康熙二十四年就陡减至‘一万八千零九十丁’”[3]。民被视为“草民”，就“草民”这个低贱的身份就知道那是不可以有平等的，是不可以有律师的。法律精神和律师的产生就是以保护公民权利为目的的，在专制政权下，民众就如草一样，是统治阶级想割就割就割的，在这样的精

神之下，民众无权，自然就不需要律师的代理维权。专制国家的经济领域不需要律师。专制国家是属于专制者个人的。“率土之滨，莫非王土，率臣之士，莫非王臣”“朕即国家”。统治者们为了保持自己的统治地位，不惜割让国土，如清朝割让的台湾、东北等，为了自己的私欲，可以任意的大兴土木。慈禧在国力衰微、风雨飘摇的情况下甚至可以挪用大量军费为自己做寿，盖圆明园。皇帝可以几百个、甚至几万个女人，足以证明专制者实际上支配着国家的财产，甚至是臣民的人身。一切产权皆归皇帝所有、或者统治阶级所有，就一定会减少民众手中对抗专制权力的任何物质资源和精神文化资源，更不用说是国家权力资源和军事资源。民主法治社会的私有财产保护制度，其产生的现实背景并不是私人剥削制度，而是民众手中握有资源、对抗国家权力异化变质的重要物质保证。专制国家要维护其统治必须削弱民众的财产权，才能维持专制统治。越是财产国家化，国家权力对社会的控制越大，权力异化的可能性就越大。美国社会公民的持枪权的理念就是防止国家权力异化时，公民对抗异化了的国家权力的考虑。所有公有制的国家，掌握权力者享有最优厚的财产利益，并且社会对之无可奈何几乎是无一例外的经验事实。苏联领导阶层的腐败现象在其分裂后暴露无遗。中国当代国有资产流失的主要原因就是社会主体对国有财产没有话语权。财产收归国家所有，由领导阶层支配，是不需要社会同意的，采取的方式就是行政命令，当整个社会依靠行政命令，依靠领导们的意志和言论行事时，不需要公民自己的意志声音，解决问题的方式、获得利益的方式均依靠行政领导的权威，如果有法律权威的存在，有公民自己权利的权

威存在，则领导的权威就会大打折扣，就不利于行政命令在社会的畅行无阻。律师的存在就是要公民权利权威和法律权威存在时，才需要委托代理人。社会无意志、无财产、无法律，因而就无言论、无辩论、无律师。专制国家的文化领域不需要律师。统治阶级对社会的专制是不具有正当性的，即不具有合法性，专制国家必然在思想领域进行极大的控制，控制了民众的思想才能够为其非法的权力存在。社会如果可以不同的声音，不同的观念可以争辩，可以追求真理、追求正义，非法的专制国家就无立足之地，就无生存的机会和空间。任何对皇帝不利的言词都会在强大的禁止之列，只允许歌颂皇恩浩荡，言词稍有不逊，就会招来杀身之祸，甚至灭九族。儒家文化的创立者孔子对于思想自由是很讲控制的。少正卯被孔子所杀的原因是因为少正卯：“心达而险”“行僻而坚”“言伪而辩”“记丑而博”“顺非而泽”。我用法理学翻译出来的意思是：坚持己见、坚持真理、坚持原则，而不与王权这个组织保持一致；确立社会不同主体的独立性而非完全依附于王权；辩明是非而不唯“大王”之话为真理；宣扬人的自私、计较个人利益，暴露统治者的丑恶嘴脸，没有粉饰统治者的道德；将统治者的非法统治宣扬出来让百姓知道，而不是只认“王”将天下据为已有为“君子”。这些行为都与孔子要维护的王权思想、“君子”思想形成挑战。以孔子的智慧，不会发现不了人的自私倾向性，很容易推断出，如果放开来辩论，“王”的真相就会毕露，“王”的秩序就无法建立，所以必须消除异已的声音。孔子为了讨好鲁王，维护自己的思想，所以当上鲁国司寇才七天，就把少正卯杀了。有人认为孔子少杀正卯可能是杜撰。从维护王权

的逻辑上分析，孔子杀少正卯是可信的，孔子不杀少正卯，就不是孔子了。中国历史上兴起过无数的文字狱，可见专制政权对文化控制的认识地位。民众任何对事物认识角度和水平，都以不损害丑恶的皇权思想为标准，更不用说聘请专门的律师来辩论真理了，民不敢辩，还会有律师之辩吗？律师不产生于专制制度，是因为专制制度没有平等、自由，没有人权，是统治者压迫社会的一个黑暗制度，是没有民众作为社会主体地位和作为对国家控制的主体地位。是一个被奴役的阶级。在这样的社会里，只有专制者的权威，不允许有民众的权威，从而不允许有法律的权威和法律精神，也就不会产生律师。律师的权威是民众权威的表现方式，而不是律师权威本身。

三、法治社会与律师

法治社会就是民众治理社会与国家，或者说是人民治理，即通常说的民主社会。“治”是目的，“法”是手段。人民治理社会的方式一是通过在日常工作和生活中形成一种习惯法和制定法律，二是通过设立机构，如立法、行政、司法等机构来执行法律。从社会大层面上讲，这些机构其实就是民众治理社会的“代理机构”，即“代议制”。无民主即无法治，法律是社会的“公意”，法治就是民众对社会的法律之治，包括对国家机构的法律化治理，是国家权力的民主化。民主法治社会对国家的治理具有天然的正当性。由于国家机构是民主权力的附载方式，保管着社会的公共资源，保管者难免利用保管者的职务之便，侵吞、盗取公共资源，并利用工作之便用国家权力实施对社会主体的暴力虐待，从保管者的身份公开地转变为所有者的身份，就是专制国家。历史上的人类灾难基本上都是因为保管者转变成所有者造成的。因此，法治社会对国家权力的有

效管理，对国家工作人员的全面、深层的监督是确保法治社会的主要任务。法治社会限制政府权力已经是社会的伟大共识，政府不能受到社会的有效控制，就不能称之为法治社会，不是法律治理的政府就不是合法政府。“只有当一个政府受到有效控制时，它才是合法的”[4]。对政府权力的有效控制的另一面就是有效地保护公民权利，法治社会在对政府权力的强有力的控制同时也要对公民权利的强有力的保护，任何一点的薄弱都可能给权力膨胀有可乘之机，就会像打开潘多拉的盒子一样，权力魔鬼就会危害人间，就会给带来人间地狱。现代法治社会就是对政府极大的不信任基础上建立起来的，专制权力在人间的危害足以让人们政府对政府权力采取任何怀疑和任何防范。有人说可以把权力夺过来交给我们信任的掌权者，而这恰恰就是权力在人间制造地狱的最好方式。

“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败”[5]，这是人类几千年灾难性的经验教训，它就几乎是人类的苦难史。绝对权力从来不会带来道德，“绝对权力会败坏社会道德”，从来没有见到过权力的道德天使在人间的统治。法治是克服权力膨胀损害权力本质，实现社会正义和秩序的一种规则与机制。权力的异化为“魔鬼”，并不等于说社会可以废除权力，没有权力存在的无政府状态将是暴力更加肆虐，权力产生的原因恰恰弱者团结保护的结果。唯一的办法是防止权力的异化而损害权力的本质，让权力臣服于民众对社会的管理。历史的经验证明“民主法治”是唯一可以对政府权力有效控制并利用的方式。实现了对政府权力的有效控制和利用，也就建立健全了社会的正义和良好的秩序。要实现权力法理的民主法治化，必须是民众对整个社会生活、国家生活的全面

深层次的民主法治化，包括政治、经济、法律、文化、宗教的民主和自由。相对的是政府权力在政治、经济、文化、法律、宗教上的无主化和不自由。让手段强奸目的，即国家强奸民意，是不具有合法性和逻辑性的。法律、政府、国家都是民众法理的手段，而非目的。民主要广泛参与到社会生活和国家生活的各个领域，而且是必须非常谨慎、非常艺术、非常专业地运用法律进行管理、制约和保护。将公共权力分立成立法、行政、司法三个分支，以权力制约权力的制度；立法、行政和司法等国家机构的工作人员的选举、罢免和弹劾制度；私有财产保护制度；人身权保护制度；律师代理制度；新闻自由、言论自由、出版自由制度；国家公务人员的财产申报制度；诉讼抗辩制度；法无明文规定不得行政制度；所有这些现代法律制度都具有同一个特征，都是冲着有效控制政府权力而来，像一根根大索将政府权力这个魔鬼捆绑的严严实实。才有了近代以来民主法治社会的和谐的社会秩序。任何一处的松懈，都会使政府权力这个魔鬼重新毁坏一切其它制度，打开地狱的大门，反将社会民众锁进地狱，受权力的统治。民众是国家权力的真正拥有者，民众拥有国家权力是通过法律的方式来行使。因此“法律的本质内容：自由、权利、权力的三维一体”[6]。律师代理制度的产生。公民社会的公民个体不可能是亲历所有制度和事务。人的天赋上的差别和社会的分工，使分工交换和代理制度成为社会平等自由实现的经验和可能。法治社会的一个重要特征就是代理人制度。而专制国家是不需要代理人制度的，君主、皇帝永久性地代表一切，是真正的所有者。只有所有者难以履行职责的时候才需要在某个阶段委托代理人。代理人制度的正

义性必须是阶段性的。如果代理人制度变成了永久性，就已经背叛了正义，不具有合法性，就已经是实质性的专制制度。代理人制度是要负责责任的，而永久性的“代表制”是不需要负责责任的。阿克顿说“主权是不负责责任的权力。不负责责任的权力必定是不受制约的权力”[7]。法治社会公民在行使权力和权利时，依法行事是保护自己和履行社会责任的最经济、最专业的方方式。公民在对国家生活的立法、行政、司法（包括参加诉讼）及其它个人和社会的事务里，如果听任最接近立法、行政、司法资源的人的解释和安排，那么仍然有被接近司法资源人所垄断的可能，仍然是一个不放心的事。公民需要委托分散在社会的专业法律人士来帮助自己，如同聘请“保镖”而不是“军队”一样，保镖是不可能造成社会危害的，它是没有统一的组织活动的。保镖是有竞争的，而军队是垄断的，垄断的就很有可能是“喧宾夺主”。是让一些保镖们运用法律给社会以一种法律精神，还是让军队将这些法律保镖们消灭掉而进行垄断专制，这不是哪个个人的问题，而是事关人类是文明进步，还是走向专制地狱的大问题，是民族荣辱兴衰的大问题，是社会民众，更是代理民众的国家机构应当予以非常谨慎的重大责任。立法、行政、司法的垄断地位决定了任何时候任何机会都可能使之变成专制。公民在自身伟大的力量和委托代理人配合进行事无巨细、漫无边际的法律精确监督，就能够贯彻一种法律精神，形成一种法律习惯，一种法律即正义的道义观念。这个委托代理人制度是在国家和社会生活的全方位的代理制度，其中律师代理制度就应运而生。律师参与政治是公民参与政治的表现形式。律师在政治上没有独立主体地位。在政治上的独立主体只

有一个，要么是专治的统治者，要么是民主法治社会的公民。在专制社会里没有民权的保护，因此是不需要律师的。在民主法治社会里，法律是人民的公意，是公民“自由、权利、权力的三维一体”，公民自由、权利保护和行使权力并限制权力异化变质，都是公民自己的事情。公民在行使各项权利不懂的时候委托自己喜欢的可信任的代理律师，并赋予律师以一定能够有效履行职责又能够有效控制律师的制度约束。在美国等西方国家，大多数总统、议员出自律师。据《中国律师》刘桂明总编的文章中称：“200多年前，美国建国时签署‘独立宣言’的共有52人，其中25人为律师；制定美国宪法时，参加制宪会议的代表共有55人，其中31人为律师，另外，在美国200多年的历史中，有半数以上的国会议员、70%以上的总统、副总统、内阁成员均为律师。可以说，律师改变了美国，律师成就了美国，律师完善了美国。”[8]

由于律师在英美法系的地位，有人认为这是律师的伟大，一个律师时代的到来。其实这不是律师的伟大，而是公民权利的伟大。任何人只要努力都可以当律师，律师只是为他人提供法律服务而赚取收入的一个“俗人”，这个俗人由于做律师的技能、知识与做议员、总统的技能知识相似，于是又较方便地可以跑去做总统和做议员，以另一种方式为公民提供服务。请注意这是提供服务，而并非攫取了国家政权。在法治社会里，政权已经是服务工具，而非当权者们的事业，如果要说是他们的事业，那只是一个混口饭吃的事业而已。总统、议员等凡是由选民选举的公务人员可以被选民骂得狗血喷头，丝毫看不出这是他们的“伟大事业”，看得出的是民众权利的伟大事业。律师们的这种表面“伟大”恰恰是公民

行使权利时而可以雇佣一帮职业者们来提供服务，使公民权利有了更大的空间和力量，是民众管理社会的方式，是公民实现权利而进行斗争的工具，而不在于他们是律师本身，是公民权利伟大的深层次体现。律师的伟大应当是以自己职业的敏锐而更有责任地维护公民权利与斗争架构，与任何企图从公民手中夺取权利的人进行不懈的斗争。在法治的体制下，无论是律师还是总统、议员、法官，他们的自我实现都是以提供良好的社会服务得到社会认可为骄傲，而不是破坏法治秩序、攫取国家政权。律师代理制度是民主治理社会在司法中的“司法民主”。法学界流行的观念认为司法与政治是两个不同的体系，并认为司法与行政立法相比较较少体现“民主”参与。这一观念已经深入影响社会的总体认识，这一观念其实也没有错。但我认为从民主之治的角度上讲，其实独立司法也是一种民主政治。是社会公众将自己的权力设计为三个部分，各司其职、相互配合、相互制约。共同完成“民主”这“一个主体”对社会、国家之“治”的这“一个任务”，体现的是公民对社会对国家的主权的完整性，从这个意义上讲，立法、行政、司法在内容上都统一地属于民众主权，只是“司法”表现的政治方式不同于“行政”和“立法”，并且可以制约行政和立法。在诉讼的司法程序上律师的广泛参与就是公民参与国家政治（司法分支内容与形式），或者说是参与司法的重要内容与形式，是民主之治在司法领域的表现形式，决不是“法官之治”。有一系列的制度保证法官的审理是公正的，例如诉讼的抗辩式、法无明文规定不为罪、嫌疑人不得自证其罪、人身权保护、公诉人举证制度、严格禁止刑讯逼供等。如果出现法官的审理存在不公正的

可能，有一系列的制度可以纠正，直至将新的“公意”立法确立。律师充分的代理可以使民众参与的司法判决得到相当高的认可。这一社会认可在司法领域建立了良好的社会秩序。如果是在专制制度下，公民参与诉讼是在完全的纠问式进行的，有更多统治者个人利益作祟，刑讯逼供是常用的手段，公民受到不公平的待遇，就只有等新的专制政权取代旧的专制政权才有可能改变，不允许律师出庭辩护。律师代理制度是社会政治民主化“代议制”在司法中的另类表现。正是因为律师制度是民主之治在司法程序的体现，所以应当将律师作为一个重要的上层建筑，是公民参政议政、参与司法的重要途径。没有什么比公民委托自己的律师参与到国家机关主导的司法程序里进行监督更能传达法律精神了。民主司法的体现还有陪审员制度。律师在经济事务中的代理是公民经济自治权的表现形式。法治社会限制政府权力，减少一切政府扩大权力的机会，政府权力以臣服于社会的管理需要为前提。私有财产保护制度是保证公民权利防止政府权力膨胀的基础性保证。公民失去财产权，国家拥有无限的财产资源，公民拿什么与政府权力对话？越是财产国家化，国家权力对社会的控制越大，权力异化的可能性就越大。所有公有制且公民失去监督的国家，掌握权力者享有最优厚的财产利益，并且社会对之无可奈何几乎是无一例外的经验事实。苏联领导阶层的腐败现象在其分裂后暴露无遗。中国当代国有资产严重流失的主要原因就是社会主体对国有财产没有话语权。在计划型经济的社会，所有的生产、经营、分配、交换，都是按照行政命令进行，很难想象接近行政资源者个个都是道德高尚的人，在分配中广泛地首先考虑自己及其子女亲朋好

友的利益，在我们国家早已成为习惯，已经意识不到那是一种对社会的侵害，不以为耻、反以为荣。如果谁不照顾自己及其亲人都已经是“不受欢迎”“不懂事”的人了。在这样的经济体制下，自然不会有劳动生产的积极性，经济的破产在所难免。经济必须实行市场经济在我们国家现在已经没有太多的争议。市场调节资源和主导分配，是经济民主之治的方式，也一定促进经济的繁荣。经济的交往和流通，法律对经济主体的经济行为的调整才能够使交往和流通正常运转，建立诚信经济，保护弱者，化解冲突和纠纷，形成良好的经济秩序。律师是为社会经济主体提供法律服务，帮助其了解法律权利和义务，帮助其寻求法律救济，不能正确了解法律权利和义务的经济主体会在经济交往中吃下不利的苦果。公司、企业的设立，公司、企业的规章、制度的建立，签订合同，项目计划、重要业务策略，公司、企业知识产权和商业秘密的保护，投资、融资的运作，劳动法的实施，政府政策和法律风险的评估，对侵害公司企业的权利救济等等领域都需要律师广泛参与，发挥作用，如果这样，一个和谐的社会法律秩序就建立了。律师文化是法治文化的表现形式。法治文化是一种大众文化，“真理”是由社会在平等、自由的自然扩展的相互关系中形成。专制文化则是一种统治者“钦定”的文化，是固定的意识形态，将这种钦定的确立为社会的真理，一切以这种钦定的文化为标准。“野蛮的力量也要为它自己的卑劣制造某些道义上的支持来粉饰冠冕”[9]。钦定的之所以也称为文化，乃是因为“文化”这一词本身就含有文明、正义的意思。总是想将赤裸裸的暴力伪装成大爱、宽容、正义性。一切可能对这种钦定的文化剥去伪装的机会，

都会被专制文化视为大敌。步青云先生说“自治的大学”是民主的四大基石之一[10]。一个专制的文化里，是不允许人们有自己独立的思想，也不允许人们可以追求更大的权利、精神、远见和正义，它们还要传播愚昧的文化。如果允许钦定的文化塞进文化教育中，这是对民主之治的最大践踏。中国古代的“文字狱”是极好的证明。文字狱的特征是“罪状由当权人物对文字的歪曲解释而起，证据也由当权人物对文字的歪曲解释而成。”[11]“文革”，中国人再次用无数的“生命”感受了“钦定”文化的厉害。在专制文化里是没有公平辩论的，“辩论”本身就已经意味着平等，没有平等就没有辩论。律师就是代表公民进行运用法律“辩论”，履行的是公民的“平等”的“辩论权”，是整个社会已经融入一种可以追求平等、自由、权利、精神、远见和正义的环境下，才有律师的辩论。律师的辩论是以一种法律至上的权威、正义的权威、道义上的权威向社会传达一种公民的平等和自由，向专制宣告它的丑恶。

四、律师与正义秩序

尽管每个人给正义有着不同的理解和定义，正如美国著名法学家博登海默先生所说：“正义有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈现不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑”[12]。我认为最简单、最直白的还是罗马法学家乌尔比安说“正义就是使人各得其所，并且是永恒的思想”。社会内容的多样性和多层次性决定正义的内容也是多样性和多层次的。但由此不能说正义的变幻无常。万变不离其宗，正义仍然应当还是“使人各得其所，并且是永恒的思想”。律师并不能代表正义，律师是社会追求正义的形式，律师作

为一个法律职业者应当有追求社会正义的精神，律师是法治社会正义的体现，但律师不能“代表”正义。律师代表正义是对律师职业的一个重大误解，律师代表正义是中国人“清官情结”继续错误的延续，是公民模糊了自己主体地位表现。从法治社会的本质上看，正义是一种机制，是一种对公民基本权利保障和对政府权力防范的结构体制。在这样的两面性里，正义是掌握在公民对自己权利的自由追求和对政府权力的有效制约中。律师是公民追求自己权利和防范政府权力的辅助性工具，这种工具是要建立在对委托人的绝对信任基础上的。律师在执业过程中虽然不能违法，但也不能破坏当事人的信任，因此律师在一般意义上讲只服从当事人的利益，而不是正义的代表，如果律师可以正义的代表，则律师可以代表正义对当事人予以谴责，就会绝对地破坏当事人的信任，就不会起到对政府强权的防范作用，如果这样，律师就不是“各得其所”了，反而会背离了正义。律师是以代表委托人追求合法利益的方式，从而实现社会的整体正义。律师不能代表正义，法官就能代表正义吗？同样不能，法官在法律上是赋予其公正裁判的职能，法官应当代表正义，但不一定“能”代表正义。法官、检察官也不是维护正义的主力军，只有民众才是维护正义的主力军，法官、律师、检察官都是民众维护正义主力军手中的工具。民众不能维护法治力量的存在，就不会有律师的存在，法官、检察官都会成为统治人民的暴力机器。在法治社会里，法治就是正义。法治的正义由民众力量基础上设立了法官、检察官、律师这三个工具，共同构成维护正义的秩序机制。其中律师在设计的功能上是代表民众力量而与法官、检察官形成一种防止其异化的

力量。律师的执业权的行使就是民众力量的行使，律师执业权的妨碍就是对民众治理社会力量的妨害。律师权就是公民权利行使的延伸的需要而产生，是权力民众化的体现。和谐的秩序不会存在于专制国家里，而存在于法治社会里（13）。中国几千年的专制史不是和谐秩序，但它是一种恶的秩序，并且保留了非常长的时间。长的朝代有几百年的历史，如商朝前17世纪至前11世纪，周朝是公元前11世纪至前256年，汉朝是前206年至公元220年。明朝1368年至1644年，清朝1616年至1911年。这样的秩序与正义无关。朝代、政府的延续时间长并不是说明它们是正义的。最好的政府是应当接受民主选举和罢免的，时间只规定几年一届，尚有连任的限制。是以法律的方式保证政府权力属于民众和政府领导更替的有序常规性。经济秩序、文化秩序的建立都离不开法律的秩序和精神的指引。律师是在这一秩序中起到的是专业人员的设计和操作者，法律精神的传播者，而非决策者的身份，决策者是社会民众。律师是法治社会的一个符号。因此，在说到律师时，就如同说到正义，说到和谐秩序，是在说到民众自己，是在说自己的权利如何，是在说法律的地位如何，是在说自己的国家、民族如何。律师的表面地位高，其实质就是民众的权利高，就是社会的正义秩序掌握在自己的手中。律师的代理活动和代理人制度的确立，是民众胜任法律保护权利限制权力的复杂性的需要。很难想象一个简单的体系能够约束住强大而又倾向性的权力机构。由此必须有律师独立的权利体系，以作为保障律师代理的充分性作用。

五、律师自身的地位 律师是法治社会公民行使自由、权利、权力必要工具，因此在法治这个第一平台上，是没有律师的地位的，这个

平台的主体只有一个，就是民众自己。但是作为工具地位的律师是应当有它的特殊权利要求的，如同也是作为工具需要有特殊的权利和权力需求一样。没有特殊的权利就无法完成第一主体的任务，最终会妨碍第一主体利益目标的实现。律师属于上层建筑。马克思说社会的基本矛盾是生产力与生产关系、经济基础和上层建筑之间的矛盾。我对这两个基本矛盾的理解大概是这样的：对自然的生产关系，只要在人的智慧范围内都很容易解决，最难解决的是人与人之间对物质的分配关系。因此分配是生产力与生产关系之间矛盾核心。分配好了积极性就高，生产效率就能提高上去，财富就能增加，反之，则不会增加，甚至由于战争、相互拆台等会使财富减少。因此人的积极性是最核心的生产力，科学技术不是核心的生产力。有了人积极性就会有科学技术，科学技术是人创造的结果，而不是相反。而解决这生产力与生产关系（主要是分配关系）矛盾的手段就属于上层建筑，包括法律、政治、道德、宗教、艺术甚至战争等。律师作为法治社会的公民的法律工具与国家工具同样居于上层建筑范畴。因此律师虽然是作为一个民间商业主体而存在，但它却不直接生产。也就是说律师不是把蛋糕做大的经济基础，而是解决怎样把蛋糕分好的上层建筑，并且还兼有对国家上层建筑再制约的功能。律师代理制度是公民在司法程序中的民主法理，是司法民主的表现。法律的专业性决定了公民自己直接参与司法的能力是弱的，即使是在美国那样法律发达的国家，美国律师协会会长迈克尔·麦凯（Robert McKay）：“正因为战争太重要，所以不能让军人决定；同样的，社会正义也非常重要，所以不能把它交给律师去决定。” [15]这句话是有问

题的。律师分散的代理性地位，决定了律师永远不会是正义的决定者。可能的危险是正义的决定者来之于政府权力。因此后半句更恰当的表述应当是“同样的，社会正义也非常重要，所以不能把它交给政府去决定，应该由民众自己来决定”。正直的法官和其它政府官员在非正常的风气下，同样有太多的无奈。从他们的良知上，他们希望能够拒绝这样的风气，他们也希望实现自己的精神价值追求。但在体制性的困境面前增大了难度。绥化市的马德、靖宇县的李铁成、山西翼城的武保安等卖官案下，是除了自己家庭成员不行贿外，无一遗漏。大量的国有资产流失；银行数以万亿计的死帐、呆账；城市向农民的圈地运动；大量存在的违法违规收费；公款吃喝、公车消费、公款旅游年达9000亿；中央各部委每年审计的百亿违规资金；各路上访大军进京；空车可以被罚超载；行贿五万元以下可以不追究刑事责任；甚至农民工的工资都欠到几百亿元；直到需要总理出来为农民讨工资。这些违法、腐败现象为什么会如此地突显，习以为常。原因只有一个，权力对政治资源、经济资源、法律资源支配很少负责任。法律本来是自由、权利、权力的三维一体，现在却被权力所支解。权力代表了权利和自由，公民失去了对权力的主导地位。在一个权力大于法律的环境里，律师由于其无权的民间地位，也就自然是夹缝中求生存。

七、和谐社会、法治与律师

中国要发展，没有人会怀疑法治化的道路的正确性，法治之路是富国之路，是和谐社会的秩序之路，法治是国家发展的战略。然而法治之路是理解之路，是理解抗辩斗争重要性之路，是要对政府权力保持合理怀疑之路，是不能依靠“清官治理”之路，是承认冲突而将冲突用法律方式解决

之路，是政府官员承认自己的毛病需要对立面的主体挑剔之路。这需要“大度”和“精确”，法律制度确认对立面的法律地位以保证“大度”，而律师的法律知识服务为各对立面的共存和制约保证“精确”和有序。放下“权力至上”的信仰，认可“法律至上”的信仰。基督说“如果一个人打了我的左脸，我会把右脸伸过去”这话用在政府权力给人民的关系形容上，就是人类的福音了。中国执政党正在自觉地推进法治进程和政治体制改革，这正是政府权力在进行自我控制，在寻找社会力量对政府权力的有效控制，我们看到了中国法治的希望。江平教授说：“律师兴、法治兴，法治兴，国家兴。”中国要富强，要建立正义的和谐秩序，就要实行法治社会，就一定要有律师的力量，需要有对公民权利的广泛认可，需要对律师的认可。【注释】注释：[1]：柏杨：《中国人史纲》[下]，同心出版社，2005年版，第44页。[2]：柏杨：《中国人史纲》[下]，同心出版社，2005年版，第52页。[3]：华浊水：《中国帝王后宫私生活之谜》电子版，第109节：大西王张献忠嗜杀成性。[4]：阿克顿：《权力与自由》电子版，第29：权力。[5]：阿克顿：《权力与自由》电子版，第29：权力。[6]：郭道晖：《法理学精义》湖南人民出版社，2005年版，第59页。[7]：阿克顿：《权力与自由》电子版，第29：权力。[8]：刘桂明：《美国为什么有这么多律师》，载《法制日报》。[9]：阿克顿：《权力与自由》电子版，第28：国家。[10]：步青云：《民主的四大基石》。[11]：柏杨：《中国人史纲》[下]，同心出版社，2005年版，第52页。[12]：博登海默：《法理学法律哲学与法律方法》邓正来译，中国政法大学出版社，1999年版，第251页[13]：作者自

注：用专制国家与法治社会相对希望传达一种这样的信息，即法治国家的提法还是容易理解国家主导社会，国家主导社会压迫法律，易导致国家专制主义；法治社会的提法则说明法律属于社会，虽然是以国家制定的形式，但仍然是法律高于国家，社会主导国家，国家本来就是社会治理的手段，而非目的。黑格尔、马克思均认为国家是要消亡的，但不认为社会、法律可以消亡。所以本人不赞同在广泛意义上使用“法治国家”一词。本文基本上是在这个意义上使用国家和社会两个概念的。 [14]：美国律师协会会长迈克尔·格来柯（Michael Greco）2005年在苏州举行中美律师“公益诉讼、人权保障与和谐社会”国际研讨会上，作《美国公益诉讼制度的发展和展望》演讲。 [15]张升星《律师性格与国家领导》。 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