

# 论 律 师 文 化

聂京波

(西昌学院, 四川 西昌 615013)

**【摘 要】** 律师文化是律师之所以为律师的文化标记, 包括对律师权利、使命、伦理、思维方式、执业技巧等方面的共同观念。律师文化建设就是要通过规则化的手段, 使律师文化为业界所共同体认, 使得律师真正成之为律师。

**【关键词】** 律师; 律师文化; 体认

**【中图分类号】** D916.5 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1673-1883(2007)01-0095-04

随着我国律师制度的发展, 律师文化的探讨引起主管部门和业界的关注, 主管部门要求大家把律师文化作为一项课题来研究, 并对该课题研究的内容作了大体规划<sup>①</sup>, 说明律师界的共同体意识增强了, 开始思考律师之所以为律师的文化标志问题, 开始了对自己的身份与角色的体认之旅。

## 一、 律 师 文 化 的 界 定

主管部门将律师文化的定义作为该课题研究的基础任务, 说明这是一个无法回避的问题, 尽管短时间内很难形成一个令业界能够接受的定义, 笔者只能以描述的方法, 从律师文化与人类文化整体的关系的角度, 为律师文化划出一个边界而已。律师文化是律师之所以为律师的文化标记, 包括对律师权利、使命、伦理、思维方式、执业技巧等方面的共同观念。

### (一) 律师文化是有边界的, 不是“律师 + 文化 = 律师文化”

一个律师在他的律师生涯中可以掌握很多文化, 一个律师事务所的办公环境可能很有文化底蕴, 但并非都是律师文化的反映, 换句话说, 在一个律师个体、一个律师事务所、一个律师行业身上体现出的文化中, 有一部分是律师身份的标记, 属于律师文化, 另一部分则可以为全人类所共有。比如, 一个律师看到一个蒙冤受屈的刑事被告人, 会产生恻隐之心, 办错了案子会深感自责、执业中遇

到司法腐败、权力滥用会议愤填膺, 也会以法律为武器, 最大限度地据理力争为他争取无罪判决, 会阻止该被告人或其亲属采取法律之外的不正当手段, “以恶制恶”, 对被告人或亲属反映的情况保持一定的“合理怀疑”, 并用证据去查实, 在这些活动中, 前三种行为体现的就不是律师文化, 而是普遍的人性, 属于人类文化的反映, 因为孟子云“恻隐之心人皆有之, 羞耻之心人皆有之, 是非之心人皆有之”, 是人就会有此三端, 否则就无异于禽兽, 属于人之为人的文化标记, 此三者不足以区分律师和常人。由此我们认为, 律师的粗俗行为, 可以被斥之为“有知识没文化”, 但不能由此认为他身上没有体现出“律师文化”。

### (二) 律师文化的主体是律师

律师是律师文化的承载者, 这里的律师应指的是律师职业中人, 是个整体概念, 它排除了每个律师的个性, 律师文化正是这个抽象的律师身上的标记, 是整个律师职业中人的共有的东西。从这个意义上说, 律师文化是中性的, 不可以说各律师身上体现出的是先进的律师文化, 默默无闻的小律师身上体现得是落后的律师文化, 甲律师声名狼藉体现出的是律师文化的糟粕, 乙律师素有清誉, 体现出律师文化的精华。

### (三) 律师文化体现于律师执业活动中

一个律师在首先是生活中人, 其次才是职业中人。承认律师文化的主体是律师, 这里的律师应该是就作为职业中人的律师, 而不是作为生活中人的

收稿日期: 2006-10-25

作者简介: 聂京波 (1977 - ) 男, 河南三门峡人, 西南政法大学硕士, 西昌学院讲师, 研究方向为法学。

律师,是作为理性人、法律人的律师,不是作为性情中人的律师。而职业中人、理性人、法律人的一面,一般体现在执业活动中,否则就多多少少有点职业病了,尽管这也很常见,所谓“三句话不离本行”对于律师也适用。

## 二、律师文化的特征

### (一) 精英文化

在英美国家,对抗制的诉讼模式、成熟的法治规则,普通法的传统,使得律师制度特别发达,人们对律师也十分依赖,使得律师成为“民主社会的精英、贵族”。对法律知识的垄断,在法治社会中不可替代的角色,使得律师面对大众保持着一种自负与优越,我行我素。不但律师自视甚高,对于民众的意见不予理睬,一门心思的为当事人牟取最大利益,也为自己争取最丰厚的佣金,而且大众也对律师爱恨交加,律师职业成为最吃香的职业。在日本诉讼的专业化程度达到了当事人听不懂,难以置喙的程度,律师更加不可替代,其优越感、精英意识更强。可以预计,由于社会分工越来越细,法律越来越复杂,尤其是许多针对特别领域的特别立法、行政立法,使得律师也难以应付,事实上在法典化国家,法典的象征意义将逐渐大于实际意义,许多案件涉及专门的领域,需要特别法来调整,法典法只能作为一种指导原则,人们对律师的依赖必将加深,律师文化的精英化趋势,律师面对大众时的优越感、独立特行将更加强化。人们面对律师,就像病人面对医生,沟通的象征意义远远大于实际意义,尤其是刑事案件,辩护律师不但根据自己对法律的认识确定达到目标的方法,而且可以确定通过辩护达到的目标。

### (二) 自在性

律师文化是随着律师业的兴起,自发形成的,不是人为建构的,市场、律师、制度三种因素互相作用,形成律师业的生态系统,律师文化就决定于生生不息的律师生态系统。市场需求是律师职业产生的根本原因,市场机制调整着律师职业的生生不息的演化,律师是法律服务市场的主体,也是市场需求的产物,律师即为市场而生,自然按市场的规则行事,因为提供的是法律服务,因而是法律人,又因为要以市场规则提供,又是生意人,在市场的作用下,律师即要“谋其道”,又要“利其器”,最终“谋其食”,道是“正义”,正义是法律的根

源,一切法律规则都源于正义的追求,“器”是实现正义的手段,即法律规则和利用法律规则的技术,“食”是律师的安身立命之本,是律师交易之后所得的利益,律师的活动将“正义”的追求与“利益”的追求融为一体,“义”与“利”交融。制度则表现了律师行业自治的制度和国家对律师的管理制度,前者是律师业兴利除弊,自发的维护律师行业的可持续发展,后者表现了国家期望律师能够发挥在法治社会的作用,并缓解律师这个精英团体与民主社会的关系紧张,强化“义”在律师职业中的地位。在这三种机制此消彼长的作用下,就形成了独特的稳定的律师文化,尽管也有变化,但这是自发的、自在的演化,不是外部力量所附加的。

### (三) 利益文化

律师工作很大程度上体现出的利益计较的技术,每一个案件都会涉及委托人的利益、委托人的相对人的利益,律师自身的利益,律师的工作就是以按照法律的要求,为委托人、也为自己设定预期的利益,并以法律的手段实现。比如在诉讼中,就是在原被告的利益纷争中,是利益的天平最大限度的倾向于委托他的当事人一方,没有明确的相对人的情况下,就是尽量及时地、最大化的确认委托人的利益,是潜在的相对人早死觊觎之心。在律师与委托人的关系上,就是追求双赢。

### (四) 规则至上

法律规则是律师工作的手段,也是律师安身立命的根本。无论律师的地位、权利和义务、律师提供服务的内容,都是由规则规定的。离开了这些规则,律师相对于大众的优越地位就荡然无存,律师面对各种不当干预就只能徒叹奈何。

### (五) 权利本位

现代法治社会是权利本位的社会,法律终极的关注是个体权利的实现。律师的使命就是维护人权。从某种意义说,律师正是这种权利本位的受益者,首先,律师执业的权利,本身也是一种公民权,同时大众的维权需求是律师职业产生的根源,也是律师职业发展的动力。律师的法律服务,就是强化民众权利、限制国家权力,并消除个体权利之间的冲突。由此体现出来的律师文化也打上了权利的烙印,它不但为律师设禁令,消除个别律师的不当行为对律师生态的败坏,更为律师合法执业大开绿灯,提供保障,理直气壮的对抗各种不当干预、抵御系统外的激情冲击。

### 三、律师文化建设

#### (一) 体认先行

这里有两层意思：首先，明确律师文化建设的目的，律师文化建设并不是要我们建设一个如何新颖、如何特色的新文化，而是将隐藏于琐碎的律师业务中的文化显现出来，为业界所自觉体认。律师文化就像水，律师是鱼，鱼得水而生，却不知水的存在，我们的目的是让鱼儿认识水，不是把水都换成可乐。其次，明白建设律师文化的途径，首先要对律师文化有所体认。认识了律师文化的自在性，我们就不会去闭门造车的把一种不相干的“先进文化”，强加于律师之身。认识了律师文化是律师之所以为律师，区别于他人的律师，我们就不会把律师文化建设看作是一种“素质教育”，认识到律师文化的主体是职业活动中的律师，就不会戴着有色眼镜把律师强分为“政治家律师”“学者型律师”“讼棍型律师”，以高贵得“纱帽”、风雅的“儒巾”淹没了“理性”的光芒、淡化了律师的身份、误导律师的自我认知，误尽本就过于理想化的入门小律师，也不会以“成圣成贤”为标准把大家塑造成物欲横流世界中的“完人”“清流”。认识到律师文化权利本位，就不会把律师文化建设异化为是给律师加“紧箍咒”来取悦民意，无所不用其极的把各种冠冕堂皇的“道德教条”加在律师的身上。认识到律师文化是一种利益文化，我们就会对那些为“蝇头小利”而奔波的律师的那份执着，保持一份敬意。

#### (二) 制度落实

探讨律师文化，本身就是完善律师制度的一个部分。从某种意义上，文化建设实质是制度建设，它是通过文化的力量来作用于制度、把无形的文化和有形的规则相结合，来影响律师的职业活动。而

律师文化是一种规则至上的文化，律师文化建设不能就文化谈文化，而是将文化“道”出来，作用于规则、体现于规则，脱离规则去谈律师文化，就会流于空谈，使律师文化混同于一般的文化，无法突出律师文化的独特性，也使律师文化虚无缥缈，无法对律师职业的发展产生应有的引导作用。脱离律师文化，不了解律师文化，就无法理解和把握律师职业发展的规律，造成律师制度无法与国际主流接轨，影响律师业的健康发展。因此律师文化建设要落实到制度建设上，以对律师文化的认识为指引，完善律师制度，通过律师制度建设将我们对律师文化的认知成果落实到每一个律师的从业活动中。

1. 依律师文化为指引，审查刑法、刑诉法、民法、民事诉讼法等法规中涉及律师活动的条款，对不符合律师文化，违背律师执业规律、不当侵犯律师权利的条款加以修改，是律师真正的称之为律师，使律师在法治建设中真正能发挥应有的作用。同时如果有关律师管理的法规因为制定时的背景不一样，理念不统一，而出现的冲突，要以律师文化这一“自然法”为标准加以处理。

2. 依律师文化指导律师管理，划清国家干预律师活动的边界，并形成一种规则。正如上文所说，国家是影响律师文化、决定律师文化演化形态的重要因素，国家的管理制度要以普适性的使律师称之为律师的标准划清权力的边界，通过划分国家干预、行业自治、律师独立和自由从业、市场各自领地的规则，实现上述因素良性互动，防止律师文化由于国家干预失当而异化，使得律师不像律师。

总之，律师文化是律师区别于其他行业的文化标记，律师文化建设就是要通过规则化的手段，使律师文化为业界所共同体认，使得律师真正成之为律师。

#### 注释及参考文献：

①司法部副部长赵大程同志在吉林进行律师文化调研：律师文化网。

[1] (美)坎平著：Historical Introduction to Anglo-American Law[M]. 北京：法律出版社，2001.6，75--88.

[2] (美)克隆曼著，周战超、石新中译：迷失的律师[M]. 北京：法律出版社，2002.8，80-100，74--93.

[3] 古春德主编：西方法律思想史[M]. 北京：中国人民大学出版社，2006.5，145-169.

[4] 律师文化网：中国律师圆桌对话——“律师文化的萌芽与探索”。

[5] (美)法恩兹沃思著，马清文译：美国法律制度概论[M]. 北京：群众出版社，1986，32--49.

[6] 林榕年主编：外国法制史[M]. 北京：中国人民大学出版社，2006.3，134--202.

## On Attorney Culture

NIE Jing-bo

(Xichang College, Xichang, Sichuan 615013)

**Abstract:** Attorney Culture is a cultural mark by which a lawyer is recognized. It includes some common ideas about lawyer ' s right, misson, ethics, way of thinking and skill of practice. Reconstruction of attorney culture means making attorney culture realized by the profession, and making an attorney become a true lawyer through the rule method.

**Key words:** lawyer ; Attorney Culture ; feeling and realising

(责任编辑：周锦鹤)

\*\*\*\*\*

(上接 90 页)

北京：中国方正出版社，2004.

## Research on Principles of Assumed Liability for Against the Violation of Intellectual Property in Our Country

XU Zhi , CAO Yan-jun

(1. Jishou University, Jishou, Hunan 416000; 2. Southwest University of Politics and Law , Chongqing 400031)

**Abstract:** It is a disputed question in intellectual property and law circles which principle of assumed liability should be taken against the infrigement of intellectual property in our country. This paper analyzes the principle of liability for infrigement which has been used in intellectual property at present, and considers a binary principle which should be built, and at the same time advances the applications of the fault liability and nofault liability should be determined according to different situations.

**Key words:** Intellectual Property Rights; Principle of Assumed Liability; Fault Liability; Lofault Liability

(责任编辑：周锦鹤)