

论律师的职业属性

The Professional Nature of Lawyers

顾永忠 宋英辉 熊秋红 王进喜 司莉 文

编者按：关于律师的职业属性问题，各国《律师法》有不同的表述。我国对律师性质的立法界定，经历了从“国家的法律工作者”到“依法取得执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”的认识过程。在《律师法》中准确界定律师的职业属性，是科学安排律师制度、合理设计律师行业发展的前提。值此《律师法》修改之际，本刊特邀请几位专家学者就律师的职业属性问题进行了一次笔谈：

顾永忠（中国政法大学教授、全国律协刑事专业委员会副主任）：

律师职业属性辩证

关于律师职业属性，理论界早有论之，且观点各异，有学者总结其有所谓“二性说”、“三性说”、“四性说”、“五性说”、“六性说”、“八性说”。可见正如有人所言，没有哪一个职业像律师职业这样难以定性。但这个问题不仅关涉律师职业本身，且与一个国家的民主、法治建设息息相关。故笔者也想就此略陈管见。

一、关于“律师”概念之定位

其一，笔者所讲之律师非指某个律师个体，而是指律师职业群体；其二，所讲之律师非指中国律师与外国律师，而是指无国别且超越文化差异的各国律师职业群体；其三，笔者所讲之律师是指伴随资产阶级革命诞生、成长并发展至今的现代律师职业群体，即具备专门的法律知识和业务能力，取得官方确认的执业资格，面向社会公众提供法律服务的从业人员，而不包括律师制度史上所讲的古罗马、古希腊时期的律师，更不涵盖所谓“中国古代的律师——讼师”。

二、关于“职业属性”之定义

既要探讨律师职业的属性问题，还需要明确“职业”、“属性”以及“职业属性”三个概念的内涵。所谓职业，一般是指社会个体成员在社会中所从事的作为其获取主要生活来源的工作，医生、教师即如是。强调此点是为了在探讨律师职业属性时将那些虽有律师之名但非作为主要生活来源的非职业性的律师人员排除出去，如兼职律师等。所谓属性，一般是指事物所具有的性质、特点，如运动是物质的属性，治病救人是医生的属性等。

而职业属性是指某种职业在一个社会得以产生、存在及发展的社会基础、条件和价值，也可以说它是一个职业在社会上的立足之本。任何一个职业，当它不具有立足之本或立足之本不存在时，在社会上就不再有立足之地。中国二千多年的封建专制社会，“讼师”作为一种社会现象虽然一直伴随始终，但终究“上不了台面”，未能成为一种冠冕堂皇的正当职业，而始终处于地下或半地下状态，究其原因就是因为讼师始终未取得立足社会之本。因此，研究律师职业的属性，从一定意义上讲就是探讨律师作为一种职业，它在一个社会得以产生、存在和发展的立足之本。

三、关于“律师职业属性”之我见

依据上述关于“律师”概念之定位和“职业属性”之定义，在笔者看来，律师的职业属性体现、渗透在以下相互联系、不可分割的四个方面：

其一，法治性。律师职业的法治性是指现代律师职业是由于所处社会追求法治而产生，也是为了维护法治而存在，更是为了实现法治而发展。离开对法治的追求、维护和实现就不可能有现代律师职业的存在，即使已经存在也不会获得发展甚至还被消灭。这一点在中外现代史上已得到证实。

我国经历了长达二千多年的封建专制社会，此间虽有“讼师”之存在，但始终“不受统治者的欢迎，无合法地

司莉著：《律师职业属性论》，中国政法大学出版社 2006年版，第 114～123页。

党江舟著：《中国讼师文化——古代律师现象解读》，北京大学出版社 2005年版，第 3～5页。

位”，更无可能成长为现代意义上的律师。但是清末民初年间却产生了中国现代律师。为何如此？受清末朝廷派遣到西方各国考察司法制度的官员回国后在其报告中陈述道：“故以律师辩护，而后司法官不能以法律欺两造之无知。……其申辩时，凡业经证明事实，即不准妄为矫辩。是有律师，则一切狡供及妇女、废疾之紊乱法庭秩序在我国视为难处者，彼皆无之。因律师之辩护而司法官非有学术及行公平之裁判。不足以资折服，是因有利无弊者也。”可见，虽然在即使改良的封建制度下，律师制度不可能得到真正的建立和发展，但其引入律师制度肇始于列强带入的资本主义民主法制之风可见一斑。

律师职业的法治性来自两个方面的社会需求：一是民众的需求，表现为对自身权利、利益的维护和对正义、公正的追求；二是政府的需求，表现为对民众权利的尊重、社会秩序的维护和对社会正义的追求。在两个方面的需求都产生并存在的时候，律师职业才能得以产生并获得发展。

在谈到律师职业的属性时，有学者认为法定性是其属性之一，具体是指律师职业资格和执业资格的获得、律师执业的范围和律师执业的权利与义务都是由法律确定的，即所谓律师职业只有得到一国法律的认可，其生存和发展才有基本的保障。确实如此，如无一国法律的认可，律师职业就无以产生和发展。但这只是现象，并不是本质。如果细究深层原因，就不能不追溯到国家对法治的需求上。否则，法律既然能设立律师职业，建立律师制度，当然也可以取消律师职业，废除律师制度。我国上个世纪五十年代末到七十年代末长达 20 年没有律师职业和律师制度，充分说明了这一点。

律师职业的法治属性要求我们，不仅要创立律师职业，建立律师制度，还要保障律师职业，发展律师制度。因为律师职业是重要的法治力量，律师制度是一个法治国家不可或缺的重要的法律制度。而恰恰在这个问题上，我国的现状很不尽如人意，我们还有很长的路要走。

其二，社会性。律师职业的社会性属性是各种律师职业属性论者几乎一致的观点，但在对其内涵的解释上并不完全一致。笔者认为，律师职业的社会性有如下几层含义：首先，律师从业人员不是政府或国家工作人员；其次，律师的从业行为属于被动性和服务性，而不具有主动性和管理性；再次，律师的生活来源和发展资金系通过向社会提供法律服务来获得而不是由政府拨款或国家提供；最后，律师执业行为的性质只有建议性、请求性、维权性而不具

有决定性。

根据以上关于律师职业社会性的论述，需要明确以下几点：

(1) 公职律师、公司律师并不是严格意义上的律师职业。因为他们具有公职身份或公司职员身份，只为所在政府机关或公司提供法律服务，不得通过提供法律服务谋生，而靠政府或公司发薪生存。

(2) 有偿性并不是律师职业的独立属性或第一层次的职业属性，而是社会属性中的应有之义。同时，有偿性与商业性、经营性不同。商业性、经营性追求的是最大限度地获取利润，而律师职业的法治性决定了它不能以追求最大利润作为生存价值。现代法治国家对律师的职业道德、执业纪律、社会责任都提出了很高的要求。

(3) 自律性和自治性也不是律师职业的独立属性或者至少不是第一层次的职业属性，而是社会属性派生出来的下位属性。因为既然律师是自谋生路、自谋发展的“自由职业”，那么，政府就不应过多地干预律师业，而律师业为了取得社会的信任以求生存和发展，就必须通过自律和自治规范其职业行为。

其三，独立性。律师职业的独立性是指律师在执业活动中，是否受理某一业务、如何办理某一业务，都由其自己在法律允许的范围内和律师执业纪律、职业道德的允许下独立、自主地决定，不受国家机关包括所办理业务涉及的国家机关的干预，不受所办业务涉及的法官、检察官及其他公职人员的左右，不受社会舆论的影响。同时，在律师业内部也不受律师行业组织和所在执业机构的牵制。

律师职业能否存在和发展，很大程度上取决于能否取得委托人的信任，而委托人的信任又是建立在律师职业的独立性上。如果律师职业不具有独立性，要受制于这种要求，听命于那种声音，那就不可能真正充分地委托人为委托人提供法律服务，而一旦如此，就失去了委托人的信任，失去了其生存发展的“衣食父母”。因此，可以说独立性是律师职业的生命线。

律师职业的独立性在其与委托人的关系上又是有特殊性的。一方面律师不当受制于、听命于委托人，可以依据事实和法律自主决定如何办理所承办的业务，另一方面又不得违背委托人的意志，不得有损于委托人的利益，除非取得委托人的认可或同意。例如律师甲认为被告人乙构成了犯罪拟

党江舟著：《中国讼师文化——古代律师现象解读》，北京大学出版社 2005 年版，第 82 页。

司莉著：《律师职业属性论》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 129～140 页。

为其作罪轻辩护，被告人乙却要求律师甲为其作无罪辩护。在此情形下，律师甲只有征得被告人乙的同意后才可为其作罪轻辩护。否则，律师甲就应当退出该案，而不能不顾被告人乙的反对硬做罪轻辩护。

其四，专业性。律师职业的专业性是指律师是向委托人提供法律专业服务的职业，而不是提供其他服务的职业。而律师要为委托人提供法律专业服务就必须具有并精通法律专业知识，掌握并熟练运用法律服务的专业技能。否则，当事人就不会委托律师，或者即使已经委托也还会解除委托。

最后需要强调，对以上律师职业属性必须从彼此相互联系的整体性上理解和把握，而不能把它们孤立、割裂开来。否则，既不能反映律师职业的特有属性，也不能把律师职业与其他有关职业相区别。例如律师具有独立性，法官也有独立性，但法官不具有社会性；又如律师具有专业性，医生也有专业性，但医生的专业性不仅其内容不同于律师，更重要的是医生不具有法治性。在律师职业属性的相互联系上，法治性是律师职业得以产生和发展的根本前提，社会性是律师职业生存的基本条件，独立性是律师职业的生命所在，专业性是律师职业谋生发展的手段。我国律师制度的改革和完善应当从这四个方展开和推进。

宋英辉（北京师范大学刑事法律科学研究院教授）：

辩护律师在刑事诉讼中的角色定位

律师职业属性的一个重要方面是其在诉讼中的角色定位。由于涉及国家、社会利益与个人利益的冲突，辩护律师在刑事诉讼中的角色定位相对于其他案件更为复杂，同时也更为重要，笔者主要就这一问题谈一谈自己的看法。

关于辩护律师在刑事诉讼中的角色定位问题，长久以来存在两种观点：一种是认为辩护律师是自主性的司法单元，另一种认为辩护律师是当事人利益代理人。前一种观点认为，辩护律师具有独立于犯罪嫌疑人、被告人的独立自主地位，辩护律师在维护犯罪嫌疑人、被告人的利益的同时，还负有维护司法公正与社会正义的义务；后一种观点认为，辩护律师纯粹是犯罪嫌疑人、被告人利益的代理人，其在刑事诉讼中活动的唯一准则即是维护犯罪嫌疑人、被告人的利益。从各国的司法实践来看，大陆法系的做法较为接近于前一种观点。德国的传统理论认为，“辩护人并非单方面为被

告利益之代理人，其也是一类似‘辅佐人’，立于被告之侧的‘独立的司法机关’，其亦有义务来促成一运作完备的刑事司法”。日本的律师与法官、检察官一起被称为“三曹”，被誉为法制建设的“三根支柱”，而辩护律师被认为是肩负一定司法职责的“在野法曹”。日本《律师伦理》还规定了辩护律师的发现案件真实的义务，“律师不得为追求胜诉而放弃发现案件真实”。英美法系的做法则较为接近于后一种观点。美国学者认为，“一个辩护律师的法定职责是十分简单而明晰的，这一职责只有一个焦点、一项责任和一种忠诚，那便是为我们的当事人服务，而无须多虑由案件本身或我们的辩护行为所引发的其他后果。”虽然英美国家的辩护律师同样不得撒谎或者唆使他人作伪证，但“抗辩制中的辩护律师不要求揭露事实或准确反映事实真相”，为了使被告人处于尽可能有利的处境，辩护律师有责任引导陪审团或法官作出对事实错误的结论，有责任使说出真相的起诉方证人看上去像在撒谎。

我国辩护律师在刑事诉讼中的角色定位同样存在以上两种观点的争论。笔者认为，界定我国辩护律师在刑事诉讼中的角色定位应采用上述前一种观点较为适宜。理由包括：首先，我国刑事诉讼致力于实现实体公正的大陆法传统要求辩护律师在维护犯罪嫌疑人、被告人的合法利益的同时也负有维护司法公正与社会正义的义务；其次，我国律师与法官、检察官都需要通过统一的国家司法考试，其所接受的专门法律培训并不因其职业的不同而有所区别，辩护律师作为国家法律职业共同体中的一员，理应同样以实现法律所蕴涵的正义、公平等价值为最高职业理想；再次，目前我国律师制度的建设仍处于发展时期，辩护律师的素质良莠不齐，如果将辩护律师界定为当事人的利益代理人而不要求其承担维护司法公正与社会正义的义务，可能导致犯罪嫌疑人、被告人滥用辩护律师诉讼权利逃避罪责的恶果。

准确界定辩护律师在刑事诉讼中的角色定位还必须妥善处理保护犯罪嫌疑人、被告人合法利益与维护司法公正与社会正义两者之间的关系。应当说，在绝大部分情况下，两者之间并不矛盾，辩护律师在保护犯罪嫌疑人、被告人合法利益的同时，也协助国家司法机关准确处理了案件，使犯罪嫌疑人、被告人得到了与其行为相适应的待遇，实现了司法公正和社会正义。但在一些特殊情况下，例如辩护律师通过有效的辩护帮助实际有罪的犯罪嫌疑人、被告人获得无罪判决时，其保护犯罪嫌疑人、被告人合法利益的角色与其维护司法公正和社会正义的角色是否存在冲突？笔者认为，只要辩

[德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 149 页。

[日] 松尾浩也：《日本刑事诉讼》（上卷），丁相顺译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 34 页。

江礼华、杨诚主编：《美国刑事诉讼中的辩护》，法律出版社 2001 年版，第 184 页。

[美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事诉讼程序》，陈卫东等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 263 页。

护律师不毁灭证据、伪造假证据或使用一些明知是伪造的证据来进行辩护，其为有罪的犯罪嫌疑人、被告人辩护的行为同样有助于维护司法公正和社会正义。在现代刑事诉讼的控辩审三方构造中，辩护律师处于辩护一方，其不得突破其诉讼职能，而进行本应由控诉方和审判者负责的控诉和审判活动。辩护律师的诉讼角色，决定了其应当进行有利于其当事人的活动。其实现保护犯罪嫌疑人、被告人合法权利和维护司法公正和社会正义的功能，都必须通过从辩护的角度，从有利于犯罪嫌疑人、被告人的角度提出证据、进行论证来实现。辩护律师正是通过提出合法有效的证据来维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权利并进而维护司法公正和社会正义的。如果有罪的犯罪嫌疑人、被告人最终被判决无罪，而辩护律师并未使用伪造的证据，那么，最终未能发现真实、未能惩罚犯罪的主要原因则应归咎于国家控诉机关或者审判机关在行使各自职能上的不足，而不应归咎于辩护律师的合法辩护，也不能认为辩护律师在其保护犯罪嫌疑人、被告人合法利益的角色与其维护司法公正和社会正义的角色发生了冲突。

当然，研究辩护律师在刑事诉讼中的角色定位是为了更好地服务于司法实践。笔者认为，应当在上述关于辩护律师角色定位的基础之上，完善我国刑事辩护和律师制度的相关内容，例如明确规定辩护律师在履行职责过程中的言论豁免权、辩护律师对当事人秘密的保密义务及例外、辩护律师的作证豁免权及例外等内容，以推动我国刑事辩护制度不断完善。

熊秋红（中国社会科学院法学研究所研究员）：

律师与社会正义

在我国，有学者言：“公、检、法、律是推进社会法治进程不可或缺四个车轮。”这样的论断让人对律师的社会角色充满困惑：律师与警察、检察官、法官之间是何种关系？四种法律职业与社会法治进程究竟产生何种关联？在我国律师制度起步之初，律师被定位为“国家的法律工作者”，公、检、法、律共同作为国家法律实施者，体现出“权力一体”的态势，背后所隐含的制度逻辑——控制社会与法治化的目标——保障民权之间出现了明显的背离。

1996年颁行的《律师法》将律师界定为“为社会提供法律服务的执业人员”，这一界定本身体现出对律师职业的重新认识。在法治化的框架之下，审判独立是其中的核心原则，法官独立、公正的裁判被视为社会正义的最后一道防线；警察、检察官代表国家或政府追诉犯罪，担当社会秩序的维持者角色；而律师则站在警、检的对立面，协助犯罪嫌疑人、被告人维护自身的合法权益。在刑事司法中，公、检、法、律形成一种“三角形”的结构，而非“车轮说”

中的“长方形”。

现代律师制度的建立与在刑事司法领域确认与国家追诉权相抗衡的被告辩护权密切相关。在国家与社会的二元结构中，律师代表着一股来自于社会的重要力量。就刑事司法而言，律师的参与为传统上由国家官员和公民个人组合的刑事诉讼格局注入了一种新的社会力量。律师的基本使命可以概括为维护民权、完善法制和实现社会正义。律师对社会正义的促进有其特有的方式，即通过寻找法律空隙、运用辩护技巧、提供法律意见等，维护委托人的利益，最终在总体上促进社会公共利益的实现。这种特有的方式带来了律师道德方面的难题。

在“法律职业共同体”中，律师职业面临着最为艰难的道德困境。这种困境源自于律师职业道德与社会整体道德之间的冲突。在对抗制的理念之下，律师关注的焦点是委托人的利益，而非社会的公共利益，所谓社会正义的实现，留给一只“看不见的手”去操纵，因而律师总是面临着忽视社会整体利益的责难。在法律实践中，律师常常需要面对职业道德与社会良知之间的抗争、对委托人忠诚与对社会负责之间的博弈。职业道德要求律师在法律许可的范围内最大限度地代表委托人的利益，律师应当将委托人的利益放在第一位，对抗制解除了律师对非委托人的道德义务，即律师不对对方当事人和第三方负责。在这里，制度合乎道德地要求律师去做在社会公众看来似乎不道德的事情。

随着社会法治化程度的提高以及社会关系的日趋复杂化，律师的作用发生着一些微妙的变化，由此也影响到对律师所承担的社会角色的反思。律师以其所掌握的法律专业知识，向社会提供法律服务，他们所服务的对象既包括强势群体如大公司，也包括弱势群体如农民工，律师代表强势群体与代表弱势群体，其中所面临的道德问题存在差异。律师如果仅关注自身利益，完全漠视社会正义，通过建立律师制度以实现社会正义，可能会成为一种“神话”，律师在社会公众心目中的形象必将大打折扣。

在一些法治发达国家，从“委托人的律师”到“人民的律师”，对律师道德观的争论、调整，推动着律师群体进行道德自省，在法律职业活动中平衡公私利益，恪守道德底线，重塑职业形象。公益诉讼的兴起，使律师不仅代表买得起法律服务的富人，也去扶助那些买不起法律服务的穷人，并促进以实现社会正义为目标的法律改革；律师的法律服务延伸至社区，律师在社区中扮演领导者的角色，从而推动社会公共问题的解决。中国的律师界应当在加强律师职业的独立性、更好地维护委托人的利益以及促进社会正义的实现等方面作出努力。社会正义的工程师——这就是律师理想的职业形象。

王进喜 (中国政法大学教授、证据科学研究院副院长):

律师职业属性的内在逻辑

就一国的律师性质而言,既有共性也有个性。就个性而言,对律师性质的界定不能脱离一个国家的具体历史条件。例如我国关于律师性质的立法界定,经历了从“国家的法律工作者”到“依法取得执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”的认识过程。1980年《律师暂行条例》将律师界定为“国家的法律工作者”,一方面,是为了对抗积淀在人们头脑中的那些于律师制度发展极为不利的旧观念、旧思想,以确立律师工作的权威性。另一方面,在十年浩劫之后,当时社会主义法制观念薄弱,律师的法律地位得不到应有的尊重,甚至遭到拘留、逮捕,将律师界定为国家法律工作者,使其与公安司法工作人员一样处于同样的国家法律工作者地位,本身就是向社会昭示法律对律师的合法权益的特别保护,以保障律师正常开展业务活动。1996年《律师法》将律师界定为“依法取得执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”,反映了两个基本历史背景和要求:(1)律师行业的总体发展趋势是去行政化,国家不再包办律师事业,在律师行业的资源配置中,市场因素应当发挥其基本的指导作用;与此同时,在律师行业的发展过程中,应当强调、发展律师的职业化,强调律师行业的自律机制。(2)我国法律服务市场存在着特定历史条件下形成的割据局面。在制定《律师法》之时,这种割据局面在短期内无法撼动,因此,在立法中强调律师要“依法取得律师执业证书”,凸显律师与其他提供法律服务的人员在管理体制上的区别。《律师法》对律师性质的重新界定,有利于体现改革开放十多年来律师制度改革成果,有利于促进律师队伍的发展壮大,有利于按照律师业的本质特点来设计律师业的发展轨道。

就律师的共性而言,怀抱法律救国思想的清末修律大臣沈家本的论述殊为精当,他认为:“律师之职务有两种:第一,律师在民事则为代理人,或辅佐人,在刑事则为辩护人,而与审判衙门共事之司法机关也。故其职务实为公法上之职务。以能达民刑诉讼之目的,而收善良结果为贵,不徒以谋当事人之利益为能。此所以为律师者必应具法定之资格也。第二,律师在民事则因当事人委托为代理人或辅佐人,以从事于诉讼行为与非诉讼行为而保护当事人之利益;在刑事则为辩护人,以保护刑事被告人之利益。故律师之执行职务为当事人,非为国家也。所以律师非官吏也。由前之说,律师对于国家,应从律师法之所定与官吏负同一之义务;由后之说,律师对于当事人,则有诉讼受任之关系。此所谓律师之职务有两种也。”沈氏对律师性质的认识是颇有见地的,这段话非常清楚地说明,律师的性质体现在两个方面:第一,律师的活动具有公共性,律师是“与审判衙门共事之司法机关也”,“其职务实为公法上

之职务”,“与官吏负同一之义务”,“以能达民刑诉讼之目的,而收善良结果为贵,不徒以谋当事人之利益为能”。第二,律师的性质又具有私人性,即“律师非官吏也”,“律师之执行职务为当事人,非为国家也”,律师对于当事人,“有诉讼受任之关系”,为保护当事人利益而从事诉讼行为与非诉讼行为。这在理论上又衍生出了律师职业主义与商业主义的问题。

就律师性质的个性而言,本质上是国家对律师的规制问题。不同的国家背景有不同的规制要求。以我国为例,从1996年制定《律师法》到目前为止,《律师法》所依存的历史背景已经发生了比较大的变化。2002年起,司法部正式开始进行公职律师和公司律师的试点工作。这是我国加入世贸组织后社会经济生活发展的客观需要,也是推进依法治国,实施依法行政,进一步完善我国律师队伍布局的需要。因此,《律师法》的修改应当体现这种历史需要。律师的性质作为统领全局的概念,无疑应当体现这种要求。因此,笔者建议将这些制度在总则中加以体现,《律师法》第2条相应修改为:“本法所称的律师,是指依法取得律师执业证书,提供法律服务的法律职业人员。”并增加两款:“律师可以在律师事务所、政府职能部门或行使政府职能的部门、企事业单位内部法律部门等机构以及军队法律部门执业。”“在政府职能部门或行使政府职能的部门、企事业单位内部法律部门等机构执业的律师的管理办法,由国务院制定;在军队法律部门执业的律师的管理办法,由国务院和中央军事委员会制定。”

就律师性质的共性而言,律师执业活动中的商业因素不断扩张,构成了商业主义对职业主义的冲击,已经是不争的事实。律师执业活动中的商业因素从来就没有消失过,只不过在现代的社会生活中,这种经济因素得到了放大而已。从这个意义上讲,律师的职业化无疑是一个与时俱进的历史范畴,它的含量的多少,始终要以律师执业活动中的商业性因素的含量为参照物。从这个意义上讲,律师的商业化本身就是个不存在的问题,是个理论上的假设。律师这个职业本身就具有商业的因素。因此我们通常所说的律师的商业化,更准确的表述,就是律师执业活动中商业化因素与律师执业活动中的职业化因素的比例的消长的过程。从实践来看,律师行业已经开始为适应律师执业活动中的商业化要求而努力。营销策略、质量管理体系、业务规划等等商业化味道颇浓的做法在各国律师行业中已经屡见不鲜。因此,问题不是要对律师执业活动中的商业化要求视而不见,而是如何找到适当的平衡点,使得律师对经济利益的追求和对公共利益的伸张之间保持一种适度的平衡。进一步而言,商业主义与职业主义也不是绝对对立的。律师执业活动的商业化能够改善服务的质量、扩大委托人的选择机会,而这恰恰是律师职业主义的追求目标。

司莉 (河南省政法管理干部学院副教授):

性质——制度建构的原点

伴随着中国法治建设进程和我们对律师职业认识的深入,我国学界对律师职业性质的界定,给予了高度关注。(其原因就在于,律师职业的性质形成是一个历史过程,反映着社会客观的需要和人们的主观选择和设计。在律师职业自然生成的国家,律师的职业属性是自然显现和自然修正的,根本不需要在理论上对这一职业的属性进行系统探讨。而对于外力引入和人为嫁接的尚处于幼稚状态的中国律师业来讲,如果不清醒地把握律师职业的性质、功能等基本问题,就会在律师制度设计发展方向上出现偏差,从而影响律师业的健康发展。)

对于律师职业性质的界定,学者们有多种诠释。不同的表述,表明人们对律师职业性质的不同认识。关于律师职业的“国家法律工作者”、“社会法律工作者”、“法律服务工作者”、“自由职业者”的概括,正是体现了人们在不同时期,或者基于不同的意识形态对律师职业的不同认识而已。而由不同的认识基点出发,对于律师制度建构和对于律师行业发展规划就会产生不同的思考和不同的效应。所以,对于律师职业性质的法律表述,直接反映着立法层面对律师职业性质的认识。或者说,法律表述直接反映了人们尤其是主流政治力量对律师职业性质的认识。

我们知道,任何制度建构都必须以理论为先导。80年代律师制度恢复之初的情况就是一个很好的证明。80年代初恢复律师制度时,尽管相关法规和政策对中国律师制度的恢复建立功不可没,但是,鉴于当时的认识和当时的环境影响,我们对律师制度的设计和规定是不符合律师职业自身规律的,所以,恢复不久就开始了律师制度的改革。如,因为最初恢复时对专业性要求不高,随后就进行了职业资格与执业相互分离并进行资格考试的制度改革;又因为律师国家法律工作者的身份成为当事人聘请律师的疑虑,随后就进行了律师执业机构与司法行政相互分离的改革;因为律师的固定工资使律师的工作积极性受到压抑,随后就进行了效益工资的改革;又因律师执业机构的所有制影响了律师行业的发展,随后就进行了执业机构所有制的改革等等。可以说,二十多年来,中国律师制度的发展历程,几乎就是一个改革的历程。

由此可见,如果我们对律师职业自身的、内在的性质没有正确的、深刻的认识,虽然能够建立相关的制度,但是,相关制度却会扭曲或者阻碍律师职业的发展。这也提醒我们,在进行《律师法》修改的时候,必须对律师职业本身最基本的、规律性的问题在理论上探讨清楚,这样,才能够保证理论指导下的立法活动是科学的,保证《律师法》建构出符合律师职业内在规律的制度体系,这样的制度体系才能够

为律师行业长久的健康发展提供制度性条件。

在《律师法》的修改过程中,学界和律师界以及社会各个方面也提出了很多热点问题,如律师职业定位问题、律师入门的品行考察问题、能否允许特许执业问题、律师执业机构的开业条件和执业机构的组织形式问题、律师诉讼权利的设定和保障问题、律师行政管理部门和律师行业管理部门的权力分配问题、律师的行政责任和行业责任的区分问题以及律师执业类型的安排问题等等。其中,律师的职业性质是一个原点性的问题,是与所有问题有关的问题,是修改《律师法》时不应也无法回避的问题。因此,在《律师法》中准确界定律师的职业性质,是科学安排律师制度、合理设计律师行业发展方向的前提。

关于律师职业性质,各国《律师法》有不同的表述,但是,多强调其自由职业的性质。我国《律师法》明确规定律师是“为社会提供法律服务的执业人员”,但是,这一界定仅仅回答了律师职业存在的价值在于为社会提供服务,没有回答律师职业本身的性质以及律师职业与其他法律职业的区别。

笔者认为,如果用最简洁的词汇来概括律师的职业性质,“自由法律职业”是比较准确的。因为这个词可以涵盖律师职业各个方面的性质。但是,对于国人来讲,由于长期受意识形态领域阶级斗争和阶级统治理论的影响,接受这个词可能还存在意识和心理上的困难。所以,笔者主张,用具体的性状来描述律师的职业性质,而不是陷于使用哪个词汇的争论中。这样可能对于制度建构更有实际意义。

也就是说,性质其实是一系列性状的集合,笔者把这些性状的集合,用“律师职业属性”来表达。即律师职业属性的内涵,就是关于律师职业在社会中所表现出来的与社会架构相吻合的、符合职业特点和发展规律的那些与律师职业本身密不可分的性状总和。笔者把这些性状归纳为法定性、社会性、专业性和专门性、独立性和一定的商业性等六个方面。对于律师职业属性的各种性状及其表现形式的全面界定以及每个性状对于律师职业的功能和价值、对于律师制度建构和律师行业发展的意义和影响(比如在律师执业机构形式上能否允许个人开业、是否允许公司形式的执业机构,是否应该给予律师职业以特殊保护;又如特许执业的问题,退休法官能否做律师以及是否应该有所限制,还有律师能否做广告或者是否应该对律师广告的内容和方式进行限制等等,这些问题说到底都是与律师职业性质有关的问题,对于这些问题与律师职业性质的关系),笔者在2006年10月由中国政法大学出版社出版的拙作《律师职业属性论》一书中有比较完整的表述。

(责任编辑 张文静)