

重新认识法律职业：律师与社会公益

Reconsidering the Legal Profession: Lawyers and Public Interest

徐 卉 (中国社会科学院法学研究所教授 公益法研究中心执行主任 北京 100720) 文

经过 20 多年的恢复与重建, 我国的律师事业获得了重大发展, 各项制度得以确立并逐步走向完善, 律师从业人数也初具规模, 律师行业的整体素质也有了较大的提高。但是长久以来在中国, 作为维护私权、旨在实现其所代理的客户利益的律师, 似乎与社会公共利益之间并无关联且相去甚远。然而, 这一现象究竟是法律职业的共性还是中国转型期的特性? 律师与社会公共利益之间究竟有无联系? 从国家与社会公益的视角看, 究竟应当怎样看待法律职业? 本文拟就这些问题, 作初步的探讨。

一、作为公共物品的法律服务

律师制度是一国司法制度的一个重要组成部分, 就其功能而言, 律师制度在于向社会提供法律服务; 而从性质上看, 以提供法律服务为产出的律师制度, 它与法院提供司法一样, 是在于为全社会提供一种公共性的保护职能, 且这种职能不能被某些人排他性地占有, 因此律师制度的产品即法律服务本身属于公共物品 (public good), ——这一点对于我们在法律职业定位的认识问题上至关重要。然而长期以来, 在中国法律界关于律师制度的研究中, 对于法律服务的公共物品属性与法律职业的公共性一直都缺乏充分的认知。

法律服务职业本身隶属于服务业, 但另一方面, 基于法律服务的公共物品属性, 它更是一个公共职业。法律服务作为一个公共职业, 是指律师将开发某些现实可见的公共物品或公共利益, 并力图在他们的实践中将其实现。这一点, 伴随着获得司法正义 (access to justice) 的浪潮在世界范围

内的兴起, 已经逐渐成为共识。“获得司法正义”浪潮主要关注的是社会中贫困、弱势、边缘化的群体在执行法律和实现权利面前所遇到的困难, 其核心内容是对弱者提供法律服务以及消除其诉诸法院的障碍。它最为经常地被用于指代获得法律服务和诉诸法院 (access to court) 的权利, 尤其是获得律师代理以及维护人民合法权益的能力。

实际上, 法律服务作为一个公共职业的观点并不是甚么新鲜的论点。从罗斯科·庞德到美国律师协会, 法律职业一直都被描绘为一个公共性的职业。庞德认为: 历史地看, 在这个职业中包含了三种理想: 组织; 学习, 即追求一种习得的艺术; 和公共服务的精神……而赚钱维持生计则是较为疏远的观念, 并纯属附带性的。庞德把公共精神的理念看作是法律职业的精髓, 他认为, 法律职业中的公共服务精神是并且应当是一个成熟的司法体制的先决条件。美国律师协会在《律师职业行为示范规则》的前言中多达 10 次提到了律师的公共性, 并把律师定位为具有为公共服务理想的公共公民。

这一点, 在大陆法国家也毫无二致且可能犹甚。传统的律师模式, 即欧洲大陆的律师模式, 不是为商业而是为行使公共职能的政府服务的。大量的、优秀的法律毕业生进入政府文官和司法系统服务。剩下的人则从事私人执业的工作。律师被看作是一种长袍贵族, 他们具有独立的尊严地位。他们给予无知的人以法律劝告, 不是为了赚钱, 而是作为一种公共捐赠。在这方面, 日本司法制度改革审议会意见书即认为, 律师作为“可依赖的伸张正义者”, 无论在法庭内

当然, 如果泛泛地认为, 从法律获得实现的角度来看, 完全的私人当事人之间的诉讼既已通过法律权威的维护体现了社会利益, 并且诸如调解等非讼活动, 也是“在法律的影子下”进行的, 因此任何诉讼和非讼活动都具有实现社会利益的功能。此类观点不在笔者的论述之中, 并且笔者认为, 此类观点对于相关的制度建构并无意义。

Robert W. Gordon, Corporate Law Practice as a Public Calling, 49 Md. L. Rev. 255, 255 (1990).

《获得司法正义的权利主题研讨》, 《环球法律评论》2003 冬季号, 总第 25 卷; 莫诺·卡佩莱蒂编: 《福利国家与接近正义》, 刘俊祥译, 法律出版社 2000 版。

Roscoe Pound, The Lawyer from Antiquity to Modern Times 9 - 11 (1953).

朱景文: 《关于法律职业发展中的几个问题——一种比较法的观点》, 《司法改革报告: 法律职业共同体研究》, 法律出版社 2003 年版。

外，都是国民“可靠的权利保护者”，因此，他们应该具有超出一般的业务活动，在“公共性空间”实现正义这样一种社会责任感（公益性）。其具体内容和实践方式有多种多样，如义务法律咨询（包括无偿提供服务保护社会弱者权利的活动）、为国民提供法律服务、从事公务、参与培养接班人的工作等，以此为社会作出贡献。日本律师联合会明确提出：律师制度是国家司法体系中的一个组成部分，同时也是一个国家主权的重要组成部分，是维护基本人权、实现社会正义的社会公益性的崇高职业。联合国《关于律师作用的基本原则》也认为，律师制度的一个重要作用就是“向一切需要他们的人提供法律服务以及政府和其他机构合作进一步推进正义和公共利益的目标”，“应特别注意对穷人和其他处境不利的人给予帮助，使他们得以维护自己的权利并在必要时请求律师协助”。

对于作为公共物品的法律服务，与提供司法的法院一样，国家对此负有责任，因为公共职能是建立在集体而不是个人基础之上的、用来满足占社会人口大多数的群体需求的一种活动。在此，要把“私”转换成“公”，市场机制是无能为力的。但是另一方面，由于公共职能本身是复杂的，因此在供给方式、实现方式上，却并不见得必须都要由国家靠公共垄断来供给特定的公共服务，——因为这里已完全是另外一个问题，其所涉及的主要是竞争成本的问题。例如，由像警察、军队那样的专门力量以及法庭对资源公有制实施非暴力控制看来是一种可以成立的主张。毕竟，这些专业队伍间展开竞争的成本过高（请想一下柬埔寨和波斯尼亚）。因此，在多数国家里，这些服务都由公共垄断企业来提供。但是，就法律服务的提供而言，到底应该由谁来执行公共活动和行使公共职能？是公共（政府）部门还是私人（企业）部门？为了在公益物品方面，既能保证“私”，即个人福利最大化，又能保证“公”，即社会经济生活实现瓦尔拉均衡^⑧和帕累托最优，就不能依赖于理论上的教条，而应根据客观实际情况，从多样化提供或生产的可能性与可行性考虑，有必要引入市场机制。因此，就公共物品的性质而言，国家对于法律服务负有生产的责任；从公共物品的提供方式而言，就包括了通过私人部门（私人律师事务所）和公共部

门（政府法律援助机构等）以及商业律师的公益法律服务这种市场机制与公共部门供给等多种形式。

二、域外模式：社会公益与律师无偿公益服务

事实上，基于法律服务的公共物品属性，在很多国家中，除了法律援助这种直接由政府负担的、免费的法律服务项目以外，律师无偿公益服务也是一种提供模式。律师无偿公益服务（Pro Bono Publico，拉丁语字面意思是“为了公益”），是指律师提供的法律顾问、代理和调研服务，其服务对象是无法支付律师服务费且公共财政资金不足以满足需求的个人和非盈利性非政府组织（以及社会和社区的公益倡导）。在英美法国家的法律文化中，律师无偿公益服务的模式已沿袭多年，并且越来越接近其大陆法系的专用对应词 Pro Bono，——这个词语一直深深植根于律师的执业伦理之中，也被称为知识分子的社会责任^⑨。

律师无偿公益服务，在传统上是指由律师或律师事务所向客户自愿提供的免费法律服务，而客户无需向律师或律所付费（无论服务的结果如何）。广义的律师无偿公益服务，泛指向大众提供有关法定权利的教育，通过试验案例（test case）或促进立法来推动法律改革，开展调研项目以及倡导旨在完善法律和法治体系的项目。

在现实生活中，总是有很多公民无法自行负担法律服务（即，获得司法救济）的费用，律师无偿公益服务并非仅仅依赖于超负荷运转并且往往迟滞的国家服务或者非营利组织的作用，而是通过利用私营部门的能力来开辟巨大的资源库，使之能够服务于不同的客户（如个人、非政府组织、社区组织以及中小型企业）。律师无偿公益服务不仅强化了律师的社会责任感，而且也有益于法律界。此外，投身于律师无偿公益服务确认了律师业固有的公共服务义务，提高了这个职业的公共形象^⑩。

关于律师无偿公益服务，美国律师协会《律师职业行为

保罗·布莱斯特、桑福·列文森等著：《宪法决策的过程：案例与材料》（中译本，第四版），中国政法大学出版社2002年版，第739页。另参阅袁素：《WTO体制下日本律师业的变化》，《政治与法律》2000年第3期。

该原则于1990年9月7日通过。载程味秋、杨诚、杨宇冠编：《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》，中国法制出版社2000年版，第267～272页。

斯图亚特·S·内格：《政策研究：整合与评估》（中译本），吉林出版社1994年版，第109～114页。

柯武刚、史漫飞：《制度经济学——社会秩序与公共政策》（中译本），商务印书馆2000年版，第365页。

^⑧瓦尔拉均衡是指在市场交换过程中，每一个市场参与者在价格逐步变动下，根据自己的偏好调整供给与需求，从而使两者达到一致。它只是一个规范分析概念，在现实中很难找到原型。参见毛寿龙：《中国政府功能的经济分析》，中国广播电视出版社1996年版，第64页。

^⑨Martha F. Davis, Access and Justice: The Transformative Potential of Pro Bono Work, 73 Fordham L. Rev. 903 (2004).

^⑩Jill Chaifetz, The Value of Public Service: A Model for Instilling a Pro Bono Ethic in Law School, 45 Stan. L. Rev. 1695 (1993).

示范规则》第 6.1 条即规定^⑩：

每位律师都对向无力支付的人们提供法律服务负有职业责任。律师应有志于每年至少提供 50 个小时的律师无偿公益服务。为履行这一责任，律师应当：

(a) 无偿提供 50 个小时的法律服务，或不指望得到报酬，将绝大部分时间应用于帮助：

(1) 收入有限的人或

(2) 慈善、宗教、公民、社区、政府和教育组织办案，其主要目的在于满足收入有限的人的需求；以及

(b) 通过以下方式提供任何其它服务：

(1) 以免费或大幅削减服务费的方式提供服务，服务对象是谋求获得或保护民权、公民自由或公共权利的个人、团体或组织，或者为弘扬其组织宗旨的慈善、宗教、公民、社区、政府和教育组织，支付标准的律师费将严重消耗该组织的经济资源或显得不恰当；

(2) 以大幅削减服务费的方式向收入有限的人提供法律服务；或

(3) 参与完善法律、法治体系或法律职业的活动。

此外，对于向收入有限的人提供法律服务的组织，律师应该自愿提供财务支持。

关于上述规定，美国律师协会在释义中明确指出：“每位律师，无论其执业声望或工作负担如何，都有责任向无力支付的人们提法律服务，亲身参与扶危济困堪称律师生涯之中最有价值的经历之一。美国律师协会敦促所有律师每年至少提供 50 个小时的律师无偿公益服务。但各州可以根据本地需求和状况规定更多或更少的服务小时数（可以用律师每年执业时间的百分比表示）。律师可以在某些年度提供比规定的年度标准更多或更少的小时数，但每位律师在其执业生涯中年均律师无偿公益服务小时数应达到本规则所述的标

准。既可以在政府并无义务提供法律代理资金的民事案件中提供服务，也可以在刑事案件或者准刑事案件中提供法律服务，例如定罪后的死刑上诉案件。^⑪”

在律师提供无偿公益服务的方式上，美国律师协会在释义中指出：“由于提供律师无偿公益服务是职业责任，这也是每一位律师的个人道德承诺。尽管如此，有时让律师提供律师无偿公益服务不具有可行性。在这种情况下，律师可以通过向为收入有限的人员提供免费法律服务的组织给予财务支持的方式履行律师无偿公益服务责任。这种财务支持应该在合理水平上相当于在相应计费时间内本应提供的服务价值。此外，有时共同履行律师无偿公益服务责任更为可行，例如通过律所的集体律师无偿公益服务活动。^⑫”同时要求，律师事务所应采取合理行动使得并鼓励所里所有律师提供本规则要求的律师无偿公益服务^⑬。

目前在美国，许多律师事务所都设有律师无偿公益服务委员会来负责接手公益性案件，将案件分配给律师，制订政策，并对履行情况进行跟踪，而不是对其律师无偿公益服务活动采取“放任”的态度。除了这种委员会结构之外，大多数的大律所还设置了专门负责律师无偿公益服务的人员。尽管许多律所都指定由某些合伙人在正常工作之外同时负责律师无偿公益服务计划，还有越来越多的律所开始招聘律师和非律师人员来担任全职的律师无偿公益服务协调员^⑭。

从世界各国律师无偿公益服务的发展状况看，具备发达的律师无偿公益服务业务有助于律师在业界脱颖而出，也有效地证明了法律职业的恒久价值^⑮。

三、中国律师面临的现实困境

如前所述，无论大陆法国家还是英美法国家，基于法律服务的公共物品属性，法律服务职业都被定为一个公共职业；并且正是基于此，美国律师协会认为，律师提供无偿公益服务不仅是职业责任，也是每一位律师的个人道德承诺。但在此必须给予高度重视的是，在西方国家，律师之所以能够作为社会公益服务的提供者并具有公共职责，这完全是建立在国家对于法律服务作为公共物品属性的认知，并且据此在律师制度设置上作出的一系列特殊制度安排基础上的，例

^⑩美国律师协会是美国律师的全国性自愿专业协会，对法学院进行认证，为执业律师提供继续教育的机会，开办课程协助律师和法官工作，并倡议为公众完善法律体系。为使最贫困的人们获得法律服务，美国律协于 1983 年制订了第 6.1 条行为规范。该项行为规范于 1993 年进一步细化，专门针对需要法律服务的低收入贫困人士。

^⑪ABA Model Rule 6.1 Comment 1.

^⑫ABA Model Rule 6.1 Comment 9.

^⑬ABA Model Rule 6.1 Comment 11.

^⑭Scott Cummings, The Politics of Pro Bono, 52 UCLA Law Review 1 (2004).

^⑮Deborah L. Rhode, Pro Bono in Principle and in Practice, 53 J. Legal Educ. 413 (2003).

如，国家通过规定强制律师代理制所产生的职业垄断利益和对于律师收益的保障，通过规范律师职业道德规则为律师创造出的道德资本，以及通过确立特权等证据规则给律师职业带来的交易利益等等^⑩。在律师所获得的这些职业利益的背后，是国家这双“看不见的手”通过种种授权性的制度安排，既满足了国家作为公共物品生产者的责任，又通过律师自由执业、竞争的市场机制，实现了法律服务生产与供给的有效资源配置。

但是，反观当下中国的律师制度，则是巨大的反差。1996年通过的《中华人民共和国律师法》将律师界定为：依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员；党的十五大报告则将律师事务所定位为“社会中介组织”，国务院将律师事务所纳入经济鉴证类中介服务机构。对于律师及律师事务所的这种定性，是基于律师的“社会性”而仅将其定位为一个市场主体，把律师事务所等同于会计师事务所等中介组织^⑪。这种“社会性”的定位所表明的只是：律师是面向全社会提供法律服务的专业人员，而非隶属于某个机构、专属于国家的社会自由职业者。然而除此之外，除了律师的这种作为自由职业者、作为法律服务市场主体的身份以外，我们再看不到对于律师这个职业的其他属性和定位。

在这方面，新修改的《律师法》也并没有呈现出进步的趋向。十届全国人大常委会第三十次会议表决通过的修改后的《律师法》，对于保障律师执业，解决过去律师普遍存在的会见难、阅卷难、取证难，有很大的积极作用。但是在这部新修改的法律中，我们仍然没有看到最基本的关于法律职业公共属性的定位。本次修改后的《律师法》将律师职业性质定位为：依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。不同于在原来的《律师法》中，对律师的表述统称为“为社会提供法律服务的执业人员”，新修改的《律师法》突出了当事人与律师之间的关系。另外，除首次明确律师为当事人提供法律服务、特别强调“律师应当维护当事人合法权益”外，新修改的《律师

法》还规定，律师应当“维护法律的正确实施，维护社会公平和正义”。这些修改规定，正如中华全国律师协会副会长、北京市律师协会会长李大进所指出的，在于更好地反映了律师的职业特点，更加符合律师的专业属性^⑫。但是这些修改，均没有涉及法律职业的公共属性，更没有基于其公共属性而相应地作出有助于实现“获得司法正义”的制度安排。显然在这种情形下，强调律师应当“维护法律的正确实施，维护社会公平和正义”，就只能是一种口号式的条文了。

事实上，在丧失了对于法律职业公共属性的定位后，无论是从法律条文还是从现实情形看，商品性几乎完全成为了中国律师的职业属性^⑬。在仅强调律师为当事人提供法律服务的职业定位和职业性质的语境下，法律服务只可能是一种私益物品，是只有一定经济能力的人才能够消费得起的，——因为现实社会中的当事人不是同质、均一的，而是在财富、资本、权势、社会地位等多方面存在分殊迥异的同质个体与群体。在这个现实面前，无论是以前把律师事务所界定为市场中介组织还是现在的强调律师为当事人提供法律服务的职业定位，都意味着在现实的社会空间中，法律服务只是有钱人才能够获享的。而在这种法律服务体制之下所运行的法律的结果，只会是更进一步地复制和再生产出现存的社会强弱结构，并强化具有不同社会资本的群体之间的不平等结构。面对当下中国律师的这种逐利趋向和越来越成为强势群体的附庸以及律师界本身的“富人俱乐部”现象，值得我们去反思的东西太多了。但若将此归咎为中国律师的过度逐利而没有公益心，则显然是错误的。因为其根本症结在于，中国的律师制度对于法律职业的公益私益属性的定位及相关制度安排的缺失。在当下的法律与现实中，法律服务既非公共物品，律师职业也势必不会与社会公益发生甚么关系，那么律师“维护社会公平和正义”就只能是一个飘渺的理想，中国的律师仍然只是一个逐利而居、无根的、漂着的职业。

(责任编辑 张文静)

^⑩关于这些制度安排的具体内容及论述，详见徐卉：《律师与国家：一个关于法律职业身份的基本问题》，提交2007年5月于北京召开的“第二届法律职业高层论坛”会议论文。

^⑪例如，在党的十四届三中全会《关于建设社会主义市场经济体制若干问题的决定》中明确指出：为了推动社会主义市场经济体制的建立，必须大力发展律师事务所等市场经济中介组织，发挥其沟通、服务、监督等功能。

^⑫《律师法重新定义律师职业性质》，新华网，2007年10月28日。

^⑬如谢佑平教授在《背景与机理：律师制度的宏观考察》一文中，就将律师职业的本质属性概括为“独立性、民主性和商品性”，《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期，总第76期。