

张勇 著



*Lawyers'
Professional
Ethics*

律师职业道德



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

律师职业道德

*Lawyers'
Professional
Ethics*

张勇 著

Df26.5

图书在版编目(CIP)数据

律师职业道德 / 张勇著. —北京:法律出版社,
2015.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7920 - 2

I. ①律… II. ①张… III. ①律师—职业道德—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 090921 号

律师职业道德

张勇著

编辑统筹 政务分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 崔丽

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 27.25

字数 402 千

版本 2015 年 6 月第 1 版

印次 2015 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7920 - 2 定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

当中国律师具备

一体实行的职业道德守则，

信仰法律胜过生命时，

才是中国律师强大之时！

序言

Preface

律师职业道德是律师职业化的重要内容和标志之一,也是律师正确履行职责的重要保障。律师职业道德兴,则律师行业兴。

党的十八届三中全会、四中全会在历史上首次、再次以党的决议形式确立了加强律师职业道德的建设、保障律师执业权益的律师队伍建设的总方略,彰显了律师在依法治国总方略中的重要地位和作用。律师制度的完善、律师队伍的健康发展,体现着一个国家、一个民族的文明、进步、法治程度,从某种意义上讲是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志之一。

中国现有 25 万名执业律师,现代律师队伍从 1979 年开始恢复,至今已有 30 多年的历史了。其中,铁肩担道义者有之,安分守己者有之,唯利是图者有之。总体讲,当代中国律师队伍的主流是好的,是向上的。不论这支队伍有多少缺点、毛病,队伍素质结构如何,都注定是前进中的问题,发展中的问题。

从世界各国的律师发展历史来看,律师行业的职业道德体系的建立是律师队伍成熟的标志之一,也是律师队伍职业化建设的需要。律师的职业化呼唤着律师职业道德建设。从表面上看,我国律师队伍具备一定的可观数量,律师收入不断地提高。但是,律师的社会形象距离社会的期望、人民的要求、政府的感觉尚有相当大的距离。我们在注重数量增长的同时,是不是该歇歇

脚步? 加强质量建设, 加强自身建设, 则是中国律师的重要课题。

当前中国律师除了《律师法》第2条规定的维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义之外, 还承载维护民主法治建设、维护基本人权、保障公民社会基本自由和尊严、实施民主宪政的光荣的历史使命。为达到这些目标, 就需要不断从职业道德中修养自己, 吸取思想力量。养浩然之气, 怀宇宙胸怀。

由于我国恢复律师制度的时间不长, 从1979年至今才有36年的时间, 受传统的诉讼观念、司法体制、伦理观念等主客观因素的影响, 对律师队伍建设、律师作用的发挥, 特别是律师职业道德的理论研究不够深入, 制度建设仍显单薄, 仍停留口号式、一般伦理或道德规范的形式宣传, 缺少关于律师执业特殊性、规律性的伦理、道德的总结和提炼, 无法发挥律师职业道德的多元化协调功能和保护功能。

本书作者敏锐地捕捉到了制约律师队伍建设和发展的这一前沿问题, 采用实证、比较、历史等多种研究方法, 对这一话题展开了全面系统和深入的研究。相对于我国目前已有的研究成果, 本书具有以下几个方面的特点:

1. 视角更为独特

既有的研究许多都是某一方面的论述, 有的侧重于伦理, 有的侧重于介绍, 有的侧重于法律职业的概括性介绍, 本书只选取律师职业道德这一话题进行全面系统的阐述, 是目前能看到的较为独特的论著。

2. 文风更为朴实

本书作者本身就是执业律师, 做过学者和法官, 长期担任深圳市律师协会的领导职务。一些论证和观点具有相当的理论深度, 分析论述不温不火, 张弛有度, 没有华丽的辞藻, 没有洋洋洒洒的过多笔墨, 力图对资料作客观中立的分析, 结合律师执业的实践经验和客观规律, 得出谨慎思考后的结论, 体现了作者丰富的实践经验和扎实的理论功底。

3. 视野更为全面 www.docsriver.com 商家巨力电子书

本书根据国内国外最新的理论和实践,在对各个具体问题进行综合比较研究的基础上,进行梳理和归纳、提炼,对律师职业道德的范畴,各个相关命题的含义及内在的相互关系进行了分析和总结。本书还附有《深圳市律师协会律师职业道德守则》(2013年版)、美国律师协会《律师职业行为示范规则》(2013年版),是目前在这一方面的研究书籍中较为完整的。

这本书以全新的体系、翔实的资料、鲜明的观点展示着律师职业道德的发展脉络,值得一读。

当然,本书也存在一定的不足,有些论述还有细化、展开的空间,有些观点还有进一步讨论、丰富、提炼的余地。但瑕不掩瑜,本书依然不失为一部佳作,相信会对我国有关理论研究的推进和职业道德规范体系的形成和完善起到一定的助力作用。

鉴于此。我愿意向读者,特别是向律师同行们推荐这本书。

中华全国律师协会会长 王俊峰

2014年11月30日于北京

前 言 / 1

第一章 律师与律师职业道德 / 7

第一节 律 师 / 7

一、律师的概念(你是谁?) / 7

二、为“坏人”辩护的律师 / 11

三、律师在社会中的角色——为社会公平正义呐喊 / 13

第二节 律师职业 / 19

一、律师职业价值观与职业道德 / 24

二、律师职业文化与职业道德 / 27

三、律师的历史发展 / 30

第三节 律师职业的核心素质——法律信仰 / 39

一、律师对法律的信仰是律师职业的灵魂 / 39

二、如何成为一名成功律师 / 43

三、律师职业不是一个完美的职业 / 50

第四节 律师职业道德 / 51

一、道德与法律 / 51

二、律师职业道德概念 / 53

三、律师职业道德渊源 / 55

四、律师职业道德与一般社会伦理道德的区别 / 59

五、律师职业道德的基本内容 / 65

六、如何进一步加强律师职业道德建设 / 66

七、律师职业道德的底线 / 71

第二章 律师与委托人、客户的道德规范 / 73

第一节 忠诚义务 / 74

一、忠诚义务是律师与委托人关系的基石 / 74

二、忠诚于当事人、委托人与忠诚于宪法和法律的关系 / 76

第二节 独立执业与当事人的自主权 / 78

一、独立执业 / 78

二、当事人自主权 / 82

第三节 保密义务与职业特权 / 84

一、保密是律师的职业特权和义务 / 84

二、美国经典案例——盖洛及其律师 / 87

三、保密原则例外适用的规定 / 106

第四节 诚信执业责任(诚实守信) / 108

一、诚信建立委托关系 / 109

二、委托人如何区别律师是否诚实守信的几个小技巧 / 116

第五节 利益冲突避免义务 / 116

一、利益冲突的概念 / 116

二、利益冲突的情形 / 117

三、我国利益冲突查证回避的规则 / 124

第六节 称职义务 / 125

一、法律知识和技能 / 127

二、细心和准备 / 127

三、保持称职性 / 128

第七节 勤勉义务 / 129

第八节 沟通义务 / 135

一、律师与委托人的交流 / 135

二、对代理事项进行解释 / 136

三、隐瞒信息 / 137

第九节 禁止不正当方式招揽业务 / 140

第十节 化解矛盾义务 / 145

第十一节 按标准收费义务 / 147

第十二节 性关系禁止义务 / 163

第三章 律师与法官的道德规范 / 165

第一节 律师对法庭负有坦诚义务,不得进行虚假诉讼 / 165

第二节 律师不得公开发表有损司法公正、司法权威、
司法公信力的言论 / 170

第三节 律师应当遵守法庭礼仪,尊重法官、检察官 / 173

一、律师在法庭上的言论享有豁免权 / 173

二、律师在法庭外的言论边界 / 174

三、律师应遵守司法礼仪,尊重法官、检察官 / 175

第四节 律师应配合法院的程序性规定 / 181

第五节 律师不得以实现自己代理利益为目的的建议、唆使、引诱
委托人采取游行、示威、闹访等非法律、非诉讼手段 / 183

第六节 法官的职业道德及其对律师职业道德的影响 / 184

一、法官的职业道德 / 184

二、中外法官违反法官职业道德的典型案列 / 184

三、法官职业道德具体内容 / 187

四、法官职业道德对律师职业道德的影响 / 192

五、法官的遴选机制与法官职业道德 / 193

六、司法公信力与法官职业道德 / 194

七、法律职业共同体与律师职业道德 / 197

第四章 律师与律师协会的道德规范 / 212

第一节 律师协会与行业自律 / 212

第二节 律师尊重协会自律规章规范义务 / 216

第三节 律师参加考核、培训、再教育义务 / 219

第五章 律师与律师事务所的道德规范 / 221

第一节 律师与律师事务所的道德规范 / 221

第二节 律师事务所的管理权力 / 223

第三节 律师事务所的道德责任和义务 / 224

第四节 律师事务所的内部管理 / 226

一、下属律师的责任 / 226

二、对律师助手、聘请或合作的非律师人员的职责 / 227

三、加强内部管理的必要性 / 227

四、内部管理职能的内容 / 228

第五节 律师事务所应当依法建立健全业务管理制度，
保证律师事务所正常开展业务 / 231

第六节 律师事务所合伙人转所、流动的道德责任 / 238

第六章 律师与同行的道德规范 / 241

第一节 相互尊重、公平竞争义务 / 241

第二节 相互协助义务 / 243

第三节 不正当竞争行为的禁止 / 245

一、律师执业不正当竞争的表现 / 245

二、律师之间不正当竞争的规制 / 246

第四节 禁止同非律师合作 / 247

第七章 律师对社会的道德责任 / 249

第一节 律师的社会责任 / 249

一、律师承担社会责任的现状 / 250

二、律师对社会责任的观点 / 251

三、政策与建议 / 251

www.docriver.com 商家巨力电子书
四、深圳市律师履行社会责任的情况 / 253

第二节 公益法律服务 / 254

第三节 律师参政议政与律师政治家 / 258

第八章 违反律师职业道德的责任 / 260

第一节 律师职业道德的教育、培训和预防体制 / 260

第二节 违反律师职业道德的惩戒制度 / 262

一、一般的律师纪律惩戒制度 / 262

二、违反律师职业道德的惩戒制度 / 266

附件一：《深圳市律师协会律师职业道德守则》(2013 年版) / 267

附件二：美国律师相关资料 / 272

附件三：美国律师协会《律师职业行为示范规则》(2013 年版) / 277

后 记 / 420

前 言

对于任何一个现代法治社会来说,律师队伍都是不可缺少的。衡量律师队伍是否职业化、专业化的最重要标志之一就是,是否具备一体遵守的、完备的律师职业道德。否则,律师队伍就不具备职业化基础。正所谓,律师职业道德和律师专业执业技能是律师事业腾飞和发展的两个翅膀,哪一个都不可偏废,不可缺少。

我国 1979 年改革开放恢复律师制度至今,已有 36 年的历程,律师人数迅猛发展,2014 年已达 25 万人之多,而许多发达国家需 100 年或 200 年的发展,律师才能达此规模。在数量迅猛增加的同时,我们的律师职业道德建设已远远不适应律师队伍发展社会民主、发展法治的需要。从中央到地方都已认识到,到必须要加强律师队伍职业道德建设的时候了!可以说,加强律师职业道德的建设也是业内业外的共识。

2013 年 11 月 12 日,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》关于律师问题指出:“完善律师执业权利保障机制和违法违规执业惩戒制度,加强职业道德建设,发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用。”

2013 年 11 月,深圳市律师协会代表团访问了美国芝加哥全美律师协会、华盛顿律师协会、纽约市律师协会,与美国同行就律师职业道德这一话题进行了广泛深入的讨论。回国后,深

圳市律师协会组织翻译(www.docsdriver.com 商家巨力电子书)《美国律师职业道德规范》(1993年版)。本书的写作借鉴了美国最新的律师职业道德准则。

2013年12月12日,深圳市律师协会第八届理事会第十一次会议通过了《深圳市律师协会律师职业道德守则》。该守则共计38条,分为引言、总则、律师与委托人、律师与法院、律师与检察院、律师与律师协会、律师与律师事务所、律师与同行、附则八个部分。本书的写作以该守则为体系线条,并对其条文进行理论上的说明。

2014年10月召开的以法治为主题内容的中共第十八届中央委员会第四次全体会议通过的会议决议,再一次重申必须加强律师职业道德的建设。

长期以来,司法行政部门和律师协会在制定律师职业道德规范方面做了许多工作,也取得了一些成果,但是客观地讲,对于律师的职业道德有哪些内容、律师的职业道德与一般公民的社会公共道德有什么区别,如何加强律师职业道德的建设,理论界与实务界均有不同的认识。有些人将律师的职业道德等同于一般社会公共道德,把律师的职业道德看作传统道德的组成部分,视作律师个人修养的一部分,认为律师只要加强自律、加强学习、加强个人道德修养,律师职业道德就自然而然地建设好了。这个“自然观”没有看到律师职业道德因其职业特性而不同于一般社会公共道德,缺少具体的可操作性的规范形式。另一些人则将律师视作“商人”,无所谓进行职业道德教育和建设。这些不同的认识主要是基于律师角色、定位的尴尬所致。

律师制度是现代法治的必不可少的组成部分。法律要求律师充当民主、法治的代言人,充当社会公共利益的代言人,积极履行法律援助义务时,律师此时的道德风貌因其履行职务会显得无比崇高;另外,律师要吃饭,要养家糊口,要挣钱,律师又因其履行职务的需要经常为“坏人”“恶人”辩护,按当事人的旨意行事,通过一切合法途径为当事人的最大利益服务,哪怕这些利益与国家的利益相冲突,与正义、法律秩序的要求有一定差距,出现一定的职业道德的“窘境”。如何掌握好、拿捏好这个分寸,正是律师职业道德研究所要主要解决的问题之一。简言之,就律师的执业活动本身或性质而言,律师的职业职责之间存在冲突。所有的道德难题和“窘境”“困境”都源于律师对委托人的职责,对律师制度的职责

www.docsriver.com 商家巨力电子书

以及律师选择作一个正直的人、有良心的人的同时维持令人满意的生计的自身利益的冲突。这些问题不仅在中国,而且在以美国为代表的西方发达国家也同样十分突出,十分迫切,亟须研究和解决。

对这些问题的研究具有相当的难度,不仅是因为国内外的研究成果较少,而且研究的课题、内容相对零散,需要整理、归纳、总结和概括它的全貌体系特征和具体内容以及规律性,这对研究的主客观条件提出了相对高的要求。特别是要求研究者应有国际的视野,同时应有国内的实践经验。本书结合深圳市律师协会的实践经验,大胆探索律师职业道德的体系和基本内容。

《深圳市律师协会律师职业道德守则》(2013年版)对解决这些冲突作了一些较为系统的规定,作了有益的实践探索。尽管如此,虽然有了这些规定,实践中也会产生一些似是而非的专业判断上的难题。这些规则不可能一劳永逸地解决这些难题;相反,还应随着时代的发展、实践的需要而对其不断补充修改或加以完善。

正确认识律师职业道德及其运行规律,认识律师特殊的社会角色,不论对政府、社会还是对公民,都是十分重要的。律师有时会与政府、法律秩序站在一边,有时会与公民权利站在一边,伸张正义……律师作为委托人的代理人,作为法律共同体的一员,作为共和国的一个公民,其职责、道德通常是和谐一致的。律师在为公民、委托人个体伸张权利的同时,必须要保守其秘密。这些都是为社会公共利益服务。律师为委托人个体伸张正义,委托人得到律师热忱的服务、满意的服务,律师在展现其精湛的法律技巧、其业务水准在受到同行和社会高度认可的同时,正是社会民主法治得以实现、法治文明得以彰显、社会公共利益得以实现的时候。

加强律师职业道德的建设,对律师队伍自身建设具有十分重要意义。当律师能够自觉遵守其职业道德,就无须政府的监管了。一个自律严格的律师队伍是保证和监督、制约政府依法行政的重要力量,律师的执业权利独立于政府之外,更容易对行政不作为、滥作为作出有力的挑战。

律师职业的相对独立性、自律性、自治性的内在要求,产生了律师职业的特殊职业道德和职业职责。这些职业道德一方面满足律师执业正当性、合法性、合

理性的要求,另一方面www.docsriver.com 商家巨力电子书 维护正义和法律的正确实施,而不是为了促进律师行业狭隘的、自私的利益实现。

2013年深圳市经济总量突破1.45万亿元,跨入世界城市前30强之列,人均GDP突破2.2万美元,超过中等发达国家水平,超过号称“亚洲四小龙”之一的中国台湾地区,深圳市律师人数已超8000人,占深圳1000多万人口的不足千分之一。加之实习律师1200人,深圳律师人数总量已超过中国台湾地区(8000人)。与此形成强烈反差和对比的是,2013年深圳市律师在人数增长的同时,律师总收入增长缓慢,2009年总收入为人民币22亿元,2010年25亿元,2011年31亿元,2012年26亿元,2013年28.9亿元。律师收入占深圳市国民收入增长千分之二,律师受理各类民刑事案件共计4.5万件,2013年深圳市两级法院全年受理民刑案件共计21万件,突破历史纪录。2013年,美国有126万执业律师,律师占人口比例是4%,律师收入共计为300亿美元。这说明中国律师的作用远远未发挥出来,律师的执业环境有待改善,律师的职业化程度不高。虽然我国30多年的改革开放在经济领域中取得了举世瞩目的成就,经济总量超过日本,跃居世界第二位。但中国社会的道德水平没有实现同步提升,相反,在某些领域中出现了严重的道德危机,整个律师的职业道德建设亟待加强。

当前的中国面临着巨大的挑战。社会道德水平急速衰落,腐败、环境污染和食品安全问题与我们每个人都息息相关。它反映了中国社会的整体的诚信缺失和社会责任感的缺失。律师队伍也身处其中,当然难以独善其身。一些律师不了解自己作为社会的个体、作为法律职业共同体的一个成员应该对国家、对社会、对法律制度所承担的责任和义务,他们通常只关心自己的收入是多少,只关心他们自己的家庭和亲属,对自己毫不相关的人所遭受的苦难则视而不见。这种以血缘关系为基础的道德观势必导致自私、冷酷,这种以缺少积极向上的理性的职业道德必然会阻碍律师向前发展。

与绝大多数中国人相信“关系”的力量、“人脉”的力量一样,相当一部分诉讼律师尚未树立“规则”意识和“理性”意识,打官司就是打关系。那些整天向社会公众和当事人吹嘘和炫耀自己人脉的律师是多么的幼稚可笑。殊不知,正是

www.docsriver.com 商家巨力电子书

这种关系在帮助你达到目的的同时,也无时无刻不在伤害其他律师、当事人和社会,并最终伤害自己,形成恶性循环。这种现象导致司法秩序和制度无法遵守,诚信无法普及。因为每个人都有自己的关系,在关系之下,什么事情都可以解决,这就导致了人们可以无视一切,只要有关系就行。如果你仔细分析,就会发现这是中国目前司法乱象的最重要的根源之一。

与绝大多数的中国知识分子“洞房花烛夜,金榜题名时”的幸福感一样,在中国法学院学生眼里,接受法学教育不是为了法治理想、改善生活质量和造福中国人民,而只是显赫身份和地位的象征和标志,是为了从别人那里获得尊敬,是为了获得、占有相当的法学知识和就业的手段。事实上,他们并不怎么关心法治理想和职业道德,只是通晓考试和法律常识的食客。中国迅速膨胀起来的法学教育体系,在很大程度上已经不能服务于法学教育本应服务的对象——法治社会。它培养的毕业生,不论是本科生、研究生还是博士生,都天生营养不良,他们可能在某一法学领域见解较深,但都对法官、检察官以及律师的职业道德一窍不通。法学院的毕业生们没有得到充分、系统的职业训练,在激烈竞争的律师和当事人世界中,感到无所适从,无法应对可能遭遇的现实诱惑。多年来,法律职业伦理,特别是律师职业道德一直是法律教育的薄弱环节。学生们渴望能够受益于社会所提供的好处,却毫不关心回报社会,更不用提为法治建设献身。中国社会从未像现在这样,急需一批不但具有法律专业技能,而且具有道德勇气、胆量、正直和诚实的领导才能的德才兼备的法律人才。正如,一百多年前一位著名的西方传教士亚瑟·史密斯所指出的,中国人最缺失的不是智慧,而是勇气和正直的纯正品性。

中国律师大多数在贫苦的环境下长大,并且从小缺少应有的教养,他们不懂得优雅的举止和基本的礼貌。他们中的许多人只是从街头巷尾知道一些职业伦理的规则。

美国虽然早在100年前(1908年)制定了一部美国《律师职业道德标准》,用以指导各州律师协会律师职业道德准则的制定,但多年来,法律伦理一直是美国法律教育的薄弱环节,这一点与中国的现在情况极为相似。在经历了1972年尼克松总统水门事件的尴尬之后(也许称为“律师门”更合适,因为有如此之多的

www.docriver.com 商家,巨力电子书

律师界人士卷入其中),这种局面才有所改观,才有了1982年的《律师职业行为示范准则》。美国律师协会现在要求所有的法学专业学生在毕业前都要学习法律伦理学。

中国传统道德博大精深,为世界各国所敬仰,中国律师界亟须制定一部类似于美国《律师职业行为示范准则》的那样一个统一的、详尽的、系统的、具有实操性的职业道德守则,从而能够引导广大律师,特别是年轻的律师树立正确的职业价值理念和职业理想,塑造律师的高尚形象,从而保护社会公众委托人的利益,引导律师为委托人、客户提供更为专业的法律服务。

作者:张勇

2015年3月于深圳

第一章

律师与律师职业道德

第一节 律 师

一、律师的概念(你是谁?)

把握律师的性质,则把握了律师制度的核心。律师是什么,相当于哲学上的“我是谁”的这样一个命题,只有弄清楚律师是谁,才能准确地定位律师的职责和义务。

《深圳市律师协会律师职业道德守则》(2013年版)在“引言”部分中开宗明义规定:“律师是接受委托人的委托、为其提供法律服务的专业人士,是法律职业共同体的一员,负有提升司法质量、推动社会进步、实现公平正义的特殊职责。本守则的宗旨是让每个会员都能感受到律师这一职业赋予的荣誉感,这种荣誉感不是源于狭隘的职业利益,而是源于律师作为法律人为实现社会公平和正义所作出的贡献。”

我们认为,目前这个定义对律师的基本定位是准确的,兼顾了律师职业的专业属性、法律属性和社会属性。根据这一定义进行分析,律师首先是“接受委托人的委托、为其服务的专业人士”,即律师是为当事人或委托人服务的专业人士,这是律师最基本的职责。为当事人或委托人服务是律师得以生存

和发展的基础,是律师职业存在的主要意义。所以,律师的职业道德要以当事人或委托人的利益为核心。可以说,从某种意义上讲,律师的职业道德的精髓是如何更好地为当事人或委托人的利益服务,委托人的利益是律师职业道德的出发点和归宿。

其次,律师是法律职业共同体的成员,负有提升司法质量、推动社会进步、实现公平正义的特殊职责。律师的这个法律属性和社会属性是由律师职业的特殊性决定的,律师靠什么去为委托人服务呢?靠法律的授权和规定,以法律为武器为委托人服务。法律不是为某一具体的、特定的委托人而是为社会全体成员规定权利义务关系。因此,律师在为某一具体委托人服务时,不得违反法律的基本规定,不得侵害社会公众的基本利益。

律师的职业属性与律师的法律属性、社会属性交叉体现在律师执业的全过程中,应当以哪个属性为准呢?不同属性之间是否经常发生矛盾和冲突呢?

概括起来,我们认为,律师职业道德的“窘境”“困境”“难点”就是在于律师的职业属性或当事人属性、当事人主义经常与律师的法律属性和社会属性相冲突。律师职业道德的全部意义就是在于为当事人、委托人服务时,如何平衡好、维护好法律的正确实施以及社会的公平和正义。

我国对律师性质的表述可以分为以下三种:一种是政治表述,“律师是中国特色社会主义法律工作者”;另一种是群众表述,即民间学者表述,比较有代表性的是认为律师是自由职业者、专业人士、中介人员、当事人的代言人,甚至认为律师是商人;还有一种是法律表述,即《律师法》第2条,“律师是为当事人提供法律服务的执业人员”、“律师应当维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义”。上述几种表述,或是因为不够完整和准确,或是政治色彩太浓,或是因为商业性太强,或是其他原因均得不到广泛的认同。也因此,律师在执业中始终找不到自己的准确定位,常常带来各种管理和执业方面的问题。

(一) 政治概念和属性

这种观点认为,我国律师作为社会主义法律工作者,从根本上有别于资本主义国家的律师。中国律师过去、现在乃至将来都不会等同于西方的“自由职业者”。拥护宪法、拥护党的领导、拥护社会主义制度是中国律师的政治属性和政治承诺。追求社会正义、促进社会进步、保障社会和谐、实现法律修养与执业实

www.docsriver.com 商家巨力电子书

践法律效果和社会效果的有机统一是中国律师的价值所在和信仰追求,即实现法律效能和社会效果的有机统一。《律师法》在界定中国律师的法定责任时,非常明确地指出并要求“律师应当维护当事人合法权益,维护法律的正确实施,维护社会公平和正义”。而这一责任也正是律师职业道德和执业纪律的内涵所在,主旨所指。

“社会主义法律工作者”对律师职业属性、当事人属性和社会分工的属性有所忽略。不论在什么社会,是社会主义社会也好,是资本主义社会也好,律师首先是为社会大众服务的,是为当事人服务的。不论是共产党员,还是资本家,在个体上的法律服务需求特征是一致的。律师在为他们服务时不得以党派、政治、信仰、宗教的不同而有所区别,如同医生救死扶伤时不问病人的政治面貌是一样的道理。

(二) 群众概念

律师工作与政府管理工作的不同之处,即在于为社会大众提供服务。与“协助”相比,“服务”一词更加强律师以当事人利益为中心的特点。有学者指出:“律师是专门的法律工作者,以熟悉法律为专长,以提供法律服务为职责。”^①这明确了律师的专业性和法律服务的基本职能。另有学者认为:“律师是依法取得律师执业证书,向社会提供法律服务、维护其当事人合法权益的法律工作者。”^②美国《国际大百科全书》对“律师”一词的阐释是:“律师或称法律辩护人,是受过法律专业训练的人,他在法律上有权为当事人于法院内外,提出意见或代表当事人之利益行事。”这一说法特殊之处在于阐明了律师工作的两个方面:咨询和代表。还有学者针对我国的情况认为:“中华人民共和国律师,是取得律师资格,持有律师工作执照,为社会提供法律服务的专业人员。”^③这强调了律师工作的前提:既要有资格,又要有执照。

(三) 法律概念

我国《律师法》第2条明确规定:“律师,是指依法取得律师执业证书,接受

① 茅彭年、李必达主编:《中国律师制度研究》,法律出版社1992年版,第5~6页。

② 青锋:《中国律师制度论纲》,中国法制出版社1997年版,第138页。

③ 陶髦、宋英群、肖胜喜:《律师制度比较研究》,法律出版社1995年版,第34页。

委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。律师执业证书,是指依法由中华人民共和国司法部监制,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门颁发的律师执业证件,律师执业证书每年应进行注册,未经注册一律无效,取得该执业证书的律师均在各级司法行政机关备案,并可通过网站等公开渠道查询。凡律师都依法成为各级律师协会会员,并接受律师协会的管理及保护。

依不同划分标准,律师有不同类别:

1. 按工作性质的不同,分为专职律师和兼职律师

专职律师,是指专门在律师事务所从事法律服务的律师。

兼职律师,是指不脱离本职工作而从事法律服务的律师,《律师法》第12条规定:“高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员,符合本法第五条规定条件的,经所在单位同意,依照本法第六条规定的程序,可以申请兼职律师执业。”

2. 按服务对象的不同,分为社会律师、公职律师、公司律师和军队律师

社会律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为社会提供法律服务的执业人员。

公职律师,是指具有律师资格或法律职业资格,供职于政府部门,按规定取得公职律师执业证,为政府部门办理法律事务的律师。

公司律师,是指具有中华人民共和国律师资格或法律职业资格,在企业内部从事法律事务工作,为企业提供法律服务,并依法取得公司律师执业证书的执业人员。

军队律师,是指为军队提供法律服务的律师,其律师资格的取得和权利、义务及行为准则,适用《律师法》规定。军队律师的具体管理办法,由国务院和中央军事委员会制定。^①

根据《律师法》规定,律师是指依法取得执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。因此,律师行业具有服务行业的某些特征。

(律师)为当事人服务但并不是他们的仆人。他提供服务以促进当事人合法和适当的目的,但律师永远不要忘了,他才是主人。他并不完全为了完成当事

^① 廖旭东:“中国律师的概念和分类”,载 <http://www.66Law.cn>,访问日期:2015年2月10日。

人的命令。律师需要自己决定什么才是道德上和法律上正确的做法,并且,作为一名专业人员,他也不能服从当事人让他站在其他立场的要求……律师必须从他自己的角度而不是当事人的角度来为当事人提供法律服务。

有一种很重要的观点,认为律师在职业上和道义上都有职责按照自己的是非观来处理当事人的事情,甚至在当事人想要做的事既合法也合乎道德的时候。非常奇怪,大多数的法律职业评论家并不认为这样的态度是家长式的作风、高人一等的,甚至是傲慢自大的;相反,他们抱怨没有足够多的律师那样做。

律师的工作作为一种有偿服务,在市场经济的环境中,一定程度上具有商品的特征,是具有价值的。从追求做成功律师的目的的角度中认识律师的价值,实际是讨论客户对律师工作的合理需求以及律师所应当具备的满足客户合理需要的专业能力。换言之,就是客户买的是什么,律师卖的是什么,律师只有非常清楚地了解了上述内容,他才有可能在平时有针对性地提高自身的价值,才能走上成功之旅。^①

二、为“坏人”辩护的律师

经常可以看到律师为“黑社会”“杀人犯”“人口贩子”“强奸犯”“贪污犯”辩护而受人指责的情况,特别是最近律师为“地沟油”的犯罪嫌疑人辩护遭到社会舆论的指责,认为律师“没有良心”“为坏人开脱责任”。老百姓的是非观十分简单和纯朴,他们认为,对待“十恶不赦”的坏人就应该像“过街老鼠,人人喊打”的观念一样,同样,律师也不应帮助坏人,替恶人讲话。

20世纪中叶,即朝鲜战争前后,第二次世界大战结束不久,美国对共产主义者和共产党员进行“围剿”,以参议员约瑟夫·麦卡锡为代表,数百万美国人,也包括律师、法学教授和律师协会领导在内,都很支持对“亲共律师”的攻击,这使得那些主张公民自由和宪法权利面前人人平等的正派律师必然因为为共产主义者辩护而蒙受巨大的职业风险。^②再往前溯,1930年11月,曾任民国早期司法总长的大律师张耀曾,接手了许多律师都不敢接的“游伯麓杀人案”,被害人所

^① 朱雪峰:“读《美国律师制度》有感”,载 http://www.ada.org.cn/lvshiyuan_chuang/12206.jhtml,访问日期:2015年3月5日。

^② 【美】艾伦·德肖维茨著:《致年轻律师的信》,单波译,法律出版社2014年版,第51页。

www.docswriver.com 商家巨力电子书

在的邮务工会立即登报致上海律师公会公开信,攻击他为游伯麓辩护是援助屠戮民众之人,无良心,是败类;警告其解除委托代理,并严加惩罚。张耀曾大律师登报回应解释,没想到又引来出版业工会、卷烟业工会的同声指责,斥之为国家大贼、社会败类。如果不是他顶住巨大的压力依法为游辩护,游的命运就不好说了。^①

什么是好人呢?按照社会常识判断,其行为符合社会一般公众标准和道德水准。可是,现实中,经常有不符这一标准的公民触犯法律甚至犯下更严重罪行,需要律师为其提供法律帮助或辩护。这时律师面临伦理选择的难题:一方面,律师应维护宪法、法律的正确实施,维护社会公平正义;另一方面,律师又不得不基于职业责任为所谓的“坏人”辩护。由于律师在历史上就从来没有被官府所认可,被视为“讼师”“诉棍”“操两可之说,设无穷之词”,这种状况更增加了律师为“坏人”辩护的难度。

律师在法律和职业道德允许的范围内积极地为“坏人”辩护,正是律师的职责所在。律师为“罪犯”辩护,不等于赞同他的犯罪行为。正如医生救死扶伤拯救“罪犯”的生命,不等于帮助“罪犯”实施犯罪一样。

的确,大多数严重暴力犯罪的罪犯都是罪有应得,都应得到法律的严惩,谁也不希望生活在一个犯罪肆行的、没有安全感的社会中。富人得到积极辩护不是什么丑闻,穷人得不到积极辩护才是丑闻,一些无辜的人正蹲在牢房等待死刑的到来,而他们中的大多数人都是穷人,无力进行法律辩护,这绝非巧合。^②

在律师的积极辩护方面,“人权”大于一切,大于意识形态,大于党派政治。律师职业的党派化、政治化是律师职业发展的天敌。20世纪30年代,陈赓将军被捕时,就是吴姓律师为他辩护,吴律师是国民党党员,陈赓感叹国民党律师为共产党员辩护,新中国成立后,陈赓还专程看过他。律师应恪守法律面前人人平等原则,保障人人享有宪法和法律的辩护权,必须将当事人的合法利益置于其他一切因素之上,包括意识形态、党派利益、职业利益和个人利益。

对于证据确凿、事实清楚的犯罪也应积极辩护。一方当事人握有完全的、绝

① 傅国涌编:《追寻律师的传统》,北京联合出版公司2012年版,第187、188页。

② 【美】艾伦·德肖维茨著:《致年轻律师的信》,单波译,法律出版社2014年版,第54页。

www.docsriver.com 商家巨力电子书

对的真理情况是非常罕见的。绝大多数案件并非黑白之简单区分,都有程度的问题。亦即从轻、从宽情节,此罪与彼罪的区分问题,都有一定的回旋余地。

在律师眼中,没有“好人”“坏人”之分,今天是座上宾,明天可能是阶下囚;今天是受欢迎的人,明天就可能被唾弃。人生无常,每个人都可能面临命运的轮转,每个人都不能保证一生不打官司,无诉争利益。不论是谁,有需要法律服务时,就是委托人,律师就应为其服务,收取相应报酬。在接受委托前,不应去考察委托人的履历、道德、宗教信仰、政治面貌。所谓“坏人”“恶人”是社会上一般老百姓的道德概念,在律师眼中一律是“委托人”的概念。

另外,不论是谁,是好人还是坏人,作为一个“公民”,其权利义务在宪法和法律上都是一律平等的,都有接受法律服务的权利。在刑事诉讼中,表现为有请律师为其辩护的权利,这就是法律上的规定,是一个法治国家法治文明的基本标志之一。一个“坏人”在被法院判决有罪之前,只能作为“犯罪嫌疑人”对待,实行无罪推定原则,防止“舆论”杀人,防止滥用司法程序,滥杀无辜。因此,律师为“坏人”“恶人”辩护不仅是应当的,而且是必需的,是文明社会、法治社会必不可少的。

在通常情况下,大多数罪犯都会受到应有的惩罚,不会因为律师的辩护放纵犯罪,使犯罪分子逍遥法外。即使有些指控证据不足,按照“无罪推定”“疑罪从无”原则暂时放纵了“坏人”,这也是法治社会应有的司法代价和文明代价,促使我们完善法律,提高侦破手段和侦破能力,律师辩护的最大意义在于防止“冤假错案”的发生,错放一个人翻不了天,滥杀无辜可是天理难容。

由上可见,律师为“坏人”“恶人”辩护是法律赋予犯罪嫌疑人的权利和律师的法律职责,是律师的“天职”,体现法治社会和“人权”的基本价值需要,是防止另一种“恶”——公权力恣意侵犯公民的人身财产权的需要。

三、律师在社会中的角色——为社会公平正义呐喊

(一) 律师在保障基本人权中的作用

公正是司法永恒的主题。1948年12月10日通过的《世界人权宣言》第10条规定:“人人于其权利与义务受判定时及被刑事控告时,有权受独立无私法庭之经过平等不偏且公平之听审。”1966年12月16日第21届联大通过,并于

1976年3月23日生效的《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公民权利公约》)第14条第1项规定,“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定时对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中权利和义务时,人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”该公约第14条第3项规定,受刑事指控的人“有相当时间和便利准备辩护并与自行择定的律师联络”(乙目);“出席受审并亲自替自己辩护或经由他自己所选择的法律援助进行辩护;如果他没有法律援助,要告知他享有这种权利;在司法利益有此必要的案件中,为他指定法律援助,而在他没有足够能力偿付法律援助的案件中,不要他自己付费”(丁目)。《公民权利公约》规定的司法准则,总的精神是保障人权、实现司法公正。《公民权利公约》制定后,联合国大会及其所属组织还通过了一系列有关法律文书,规定某一方面的准则。其中,关于保证公正司法和严格执法的有:《关于司法机关独立的基本原则》《关于司法机关独立的基本原则的有效执行程序》《关于检察官作用的准则》《关于律师作用的基本原则》以及《关于公正审判和救济的权利宣言草案》等。这些法律文书强调,各国应保证司法机关的独立,并将此原则正式载入其本国的宪法和法律之中。司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定来裁决其受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接不当影响、恣忌、压力、威胁或干涉所左右。检察官的职责应与审判职能严格分开,注意到对犯罪嫌疑人有利或不利的一切有关情况。所有的人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护。如果他无力支付费用,可以免费。^①

在构建司法公正的制度体系中,律师作为向社会提供法律服务的法律专业执业人员,有着举足轻重的作用。《关于律师作用的基本原则》的制定正是“鉴于世界各国人民在《联合国宪章》中申明决心创造使正义得以维持的条件,并宣布其宗旨之一是促成国际合作以不分种族、性别、语言或宗教,增进并激励对于人权及基本自由之尊重。鉴于《世界人权宣言》提出法律面前人人平等的原则、无罪推定原则、由独立而无偏倚的法庭进行公正和公开听证的权利以及为每一被指控犯有刑事罪的人进行辩护所必要的各项保证。鉴于《公民权利公约》进

^① 陈宜、李本森:《律师职业行为规则论》,北京大学出版社2006年版,第99页。

www.docriver.com 商家巨力电子书

一步宣布了在不无故拖延情况下受审的权利以及由依法设立的合格、独立而无偏倚的法庭进行公正和公开听证的权利。鉴于律师专业组织在维护职业标准和道德,在保护其成员免受迫害、不公正限制和侵权,在向一切需要他们的人提供法律服务以及在与政府和其他机构合作进一步推进正义和公共利益等方面起到极为重要作用”。

司法公正要求司法机关“应不偏不倚,以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接的不当影响、恫吓、压力、威胁或干涉所左右,不论其来自何方或出于何种原因”。要求“法官个人应当自由地履行其职责,根据他们对事实的分析和法律的理解公正地裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接不当影响、恫吓、压力、威胁或干涉所左右,不论其来自何方和出自何种理由”。“在作出判决的过程中,法官应与其司法界的同事和上级保持独立。”

那么在司法活动中,律师应如何来维护委托人的合法权益、维护司法的公正呢?律师进入诉讼后,不可避免地要和司法机关、司法人员发生联系。律师担任刑事被告人的辩护人,其职责是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。律师通过辩护使法院能够听取公诉人和辩护律师两方面的意见,全面了解案件情况,作出正确的判决,使无罪的人不受刑事追究、有罪的人罚当其罪,从而维护法律的正确实施;通过辩护,促使有罪的犯罪行为认罪服法。通过辩护,律师宣传法律知识,提高全民法律意识。在民事、行政诉讼中,律师担任诉讼代理人,通过帮助当事人正确地行使诉讼权利、履行诉讼义务,保护他们的合法权益。对于审判机关的不当诉讼行为,及时发现并提出纠正意见。从不同角度提出针对案件的事实材料和意见,可以使审判人员及时听到关于事实的不同评价和关于定案的不同判断,从而及时矫正不正确的认识,作出公平合理的裁判。同时,代理律师还能在具体案件的诉讼中及时教育当事人“守法讲理”,不至于提出不合法、无道理的主张和要求,使诉讼活动顺利进行,案件得以公正解决。

律师在诉讼中,尊崇法律制度,尊敬司法人员,切实维护委托人的合法权益;同时,监督司法人员的行为、促进司法公正,也是律师的职责。在许多国家和地

区,律师在执业前,都要进行宣誓,宣誓内容是:“忠于宪法和法律,维护司法公正。”^①

(二) 律师在避免冤案错案中的作用

律师在防范冤案错案方面的作用是独特的,是任何其他诉讼参与方都不可替代的:第一,从诉讼立场上来讲,在整个刑事诉讼活动中只有律师或者辩护律师的职责是唯一的、专门的维护犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和合法权益的,其中就包括防止冤假错案的发生。公安机关侦查人员、检察机关检察人员、审判机关审判人员,虽然法律上要求他们应当力求公正,既要惩罚打击犯罪也要防止冤假错案、保护人权。但客观地讲,对于他们来说,心目中更重视的是打击犯罪、惩罚犯罪,对于保护人权、防止冤假错案的认识显然达不到和前一方面同样重视的程度。但辩护律师不同,一旦他参与到诉讼中,他的唯一工作或者说他的天职就是维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,其中包括防止把无辜的人、证据不足的人认定为犯罪。所以这种诉讼立场就决定了他在当中起的作用是独特的,是任何其他方面都不可替代的。第二,律师由于他的职业属性(这里强调的是辩护律师),由于长期从事刑事辩护工作,积累了丰富的防止冤假错案的经验,熟练地掌握了发现冤案、揭露冤案的一些诉讼技能和技巧,所以他在诉讼中往往可以发现、可以提出侦查人员、检察人员、审判人员由于自己的诉讼职能、诉讼角色的局限性难以发现或难以提出的问题。事实上根据对最近这些年发生的重大冤假错案的分析,发现一个突出的问题即所有案件中律师提出的都是无罪辩护,余祥林案、杜培武案、赵作海案、浙江张氏叔侄案、福建念斌案以及刚刚平反并且已经发现真凶的安徽于英生案,没有哪一个案件律师没有提出无罪辩护意见,但为什么司法机关就不能听进去?里面原因非常多,这里不仅仅是干预问题,司法人员、司法机关在思想认识上的原因也有很重要的地位和作用。

中国冤案的发生无不伴随着违法办案甚至严重的刑讯逼供。但我们也要深刻认识到,这在冤案初级阶段是普遍现象,但在冤案高级阶段未必就存在重大的明显违法和刑讯逼供。美国的诉讼制度可能在不少人看来是很完善的诉讼制度,特别是非常重视保护嫌疑人、被告人的合法权利,但美国也存在很多冤案。

^① 陈宜、李本森:《律师执业行为规则论》,北京大学出版社2006年版,第100页。

www.docsriver.com 商家巨力电子书

美国有一个民间组织“无辜者运动”或者叫“洗冤运动”，这些年通过民间人士的奔走呼吁已使上千人获得了平反。这些冤案，其中明显严重违法的刑讯逼供几乎没有。中国现在已经有这样的趋势，我们注意一下浙江张辉、张高平叔侄案，这个案件中明显的刑讯逼供、违法办案比较少，不像过去的赵作海案、佘祥林案、杜培武案。所以我们既要重视违法办案、刑讯逼供导致的冤假错案，还要警惕在未来法治不断健全完善的情况下还会发生冤案。总之，防止冤案，律师在其中具有任何其他诉讼方不可替代的作用。^①

第一，必须尊重司法规律。司法公正是具体的公平正义而不是笼统的公平正义。司法活动既不是一个拨乱反正的一场运动，也不是一个正义与邪恶进行斗争的一场战役，不能想当然。司法活动有其内在的规律性的东西在起支配作用，必须了解它、掌握它、运用它才能驾驭它。

第二，律师在司法活动中应当保持一种持之以恒的心态，做好艰苦的工作准备。这是因为：一是冤假错案是司法制度的必然代价，任何国家任何一种司法制度都必然以冤假错案为负面产品作为代价存在，没有完美的司法制度。从20世纪80年代开始到现在，在美国经过“无辜者计划”行动后，经过司法程序充分证明的冤错案件有1700多件被纠正过来，我们也正在尝试进行这样一场运动或者计划。二是律师的判断有可能是错误的，你认为是冤案的未必是冤案，所以律师的工作是在说服司法机关如何去做，而不能够命令司法机关做什么，这是律师要了解的，也就是说你的判断不一定正确，你的观点没有被采纳的原因可能是因为你的错误。所以，律师的意见若希望得到采纳，必须是经过深思熟虑的、有事实依据和法律依据的。三是冤案的防范与纠正是一场艰苦的斗争、长期的斗争，尤其是冤案的纠正，它的长期性让你几乎无法忍耐。美国从20世纪80年代到现在纠正的1700多个冤案中，没有一起是在10年内解决的，都是在10年外、20年外解决的，我们国家纠正的冤假错案几乎也没有一起是10年内解决的，所以它是长期的过程。不仅仅是这一方面。另一方面你也许做了这个工作，终了一生，你代理的冤案也可能没有得到纠正，这样的活动可能会失败。有这样三种思想

^① 参见顾永忠教授在“蓟门决策”第61期主题讲座“冤狱防范与律师行为”上的讲话，载 <http://news.sina.com.cn/pl/2013-12-22/082229050181.shtml>，访问日期：2015年3月5日。

准备,作为律师才有可能不激动,才有可能成为一个理性的、平和的、坚韧不拔的法律人,你的作为和手段才会正确并且有所作用。

第三,律师在这样一个又一个的司法活动中应当做什么?一件事——努力,不自己的工作留下任何的遗憾。在诸多冤假错案中,我们已经纠正的冤错案尚未发现一起是律师做有罪辩护的。我们做这样的努力:你的观点你的努力可能暂时达不到你想追求的结果,但必须要做到,你的所有工作和努力都会记载在卷宗里,而这个卷宗就是历史,当把卷宗翻阅出来时,我们要说这个律师当年是OK的。

如何真正防范冤假错案,建立健全相关的制度保障机制?

一是要想真正防范冤假错案必须重申和强调公安司法人员的职业道德,呼唤司法良知和司法人员的人格独立。这一点在过去讨论冤假错案防范时可能都被忽视了,认为冤狱主要源于制度缺陷,没有相关的制度保障机制。实际上,有了完善的制度,有了保障机制,有了这么多司法解释,可冤假错案仍然不能得到彻底的防范,为什么?这取决于当前公安司法人员的素质尤其是基本的人性素养和职业道德水平。为什么会有权力干预?因为在官本位意识的长期影响下,公安司法人员人格不独立,“长官意志”盛行,一旦有领导定了这个案子是谁干的,所有办案人员就围绕着这个定论罗织罪证而不是实事求是地得出结论。这就是我们的司法现状。很少有法官、检察官、公安人员敢于挺身而出指出冤假错案的起因或者存在的疑点。在这样的司法常态下,很难建立真正的冤假错案防范机制。我们强调法官独立审判一定要同时强调法官的人格独立,甚至对司法过程中的人性缺失一定要有基本的反省,不能在公安司法人员人性缺失、人格不独立的状态下实现司法公正。

二是冤假错案的责任追究机制一定要落实。我们不是没有错案追究制度,但现在炮制冤假错案的人往往很少受到追究,这会纵容冤假错案持续发生。因为没有人因为炮制冤假错案而受到任何不利影响,甚至有些人还会步步高升,反过来阻碍冤假错案的平反过程。这是非常恐怖的。如果没有冤假错案责任机制的落实,没有人为这种冤假错案的后果埋单,就难以根治冤假错案。

三是司法审判必须独立。现在的四中全会决定只是描绘了一个依法公正独立行使审判权的宏伟蓝图,还没有上升到立法层面。要不要修改宪法,是否修改

www.docsriver.com 商家巨力电子书

《法院组织法》《检察院组织法》《法官法》《检察官法》，这都是下一步需要迫切解决的问题。至于实践中如何彻底实现去地方化、去行政化，如何确保法官的人格独立，真正做到让裁判者负责，让裁判者依据事实、法律和良心作出司法判断，这也是任重而道远的问题。

四是没有政治体制改革，仅仅有局部的司法改革，难以彻底防范冤假错案。所以需要持续不断地深化政治体制改革，逐步打造良好的宏观法治环境，培植司法公正的土壤。

如何看待所谓的“死磕派”律师在法律界反冤假错案中具有的作用？毫无疑问，“死磕派”律师对冤假错案的揭露或平反，对维护当事人权益、推进法治中国的进步具有一定的积极作用。他们以自身独立的法律意识在具体的个案中让人民群众更深入地理解了“实事求是”“正当程序”“依法审判”“司法公正”，为更加美好的法治未来贡献了自己的力量。

冤假错案挑战的是我们人类的尊严，挑战的是宪法的权威，挑战的是我们人格的底线。所以在一个法治国家里，要防止冤案，律师发挥着重要的作用，我们的制度建设、我们每一个公民在其中都有不可替代的责任。^①

第二节 律师职业

法律服务活动可以追溯到两千多年前。在公元前4世纪中叶的希腊，诉辩者在审判中代理一方当事人，而法律顾问则负责处理商业问题和起草立法草案。然而，这些人并没有构成当代意义上的“职业”。正规的职业道德是不存在的，而系统的教育和惩戒也是缺失的。就这些与法律相关的服务支付费用是受到禁止的，但是律师们常常可以获得赠礼。在古罗马后期，诉辩者和法律顾问的活动具有更加职业化的文化色彩。到了公元1世纪和3世纪之间，在较大城市出现了有着正规的培训和惩戒标准的诉辩者的职业组织。然而，随着神圣古罗马帝

^① 参见李轩教授在“蓟门决策”第61期主题讲座“冤狱防范与律师行为”上的讲话，载 <http://news.sina.com.cn/pl./2013-12-22/0822=9050181.shtml>，访问日期：2015年3月5日。

国的衰亡,职业系统也随之衰落了,法律职业就更加不值一提了。

法律职业何以成为一种职业?众所周知,社会分工是社会发展尤其是劳动生产力提高的必然产物,由此产生不同的工作、行当、职业或专业。但是,从社会学角度分析,只有少数工作或行当能成为职业或专业,而其余则不能。由工作或行当向职业或专业转化的过程就是所谓的职业化,它是社会学的研究领域之一。从社会学角度分析,职业化是一项艰巨而宏伟的社会工程。所有的职业群体无不向往并追求这一目标,但如愿者寥寥无几。

实际上,职业概念是一个长期困扰学术界的理论课题。1933年著名社会学家布兰代斯(Brandeis)曾对职业概念做过如下经典描述:“职业是一种正式的工作。为了从事这一职业,必要的岗前训练以智能为特征,涉及知识和某种扩充的学问,它们不同于纯粹的技能。职业的精髓在于服务他人,而不是单纯的谋生手段。因此,从业者获得经济回报不是衡量其职业成功的主要标志。”他强调了三个方面的内容:第一,职业应该是正式的全日制工作;第二,职业应该拥有深奥的知识和技能,而这些知识和技能可以通过教育和培训获得;第三,职业应该向它的客户和公众提供优质、无私的服务。这三个方面构成了职业最基本的属性,并得到了大多数社会学家的赞同。这三个基本属性还得到了其他社会学家的补充和扩展。例如,威伦斯基(Wilensky,1964)把职业概括为五个要素:第一,拥有一定数量全日制的从业人员;第二,建立旨在培训从业人员的专门学校;第三,成立职业组织;第四,寻求诸如皇家特许或其他形式的法律保护;第五,制定职业道德。职业道德,就是同人们的职业活动紧密联系的符合职业特点所要求的道德准则、道德情操与道德品质的总和,它既是对本职人员在职业活动中行为标准和要求,同时又是职业对社会所负的道德责任与义务。

关于职业的当代定义,通常强调其特殊的专业知识和道德责任,这又产生了其他的界定性的特征,如自我规制、法定资格、行为守则、行业协会以及对特定工作的垄断。美国律师一直以他们是一个职业而感到骄傲。根据美国律师协会(American Bar Association, ABA)的一份著名报告,职业人员是那些“以公共服务的精神……追求博学艺术”的人。

职业生产的是服务,而不是商品。与农民、牧人或工业革命前的技术工人以及今天的制造商不同,服务的生产者不能依赖于消费者对物质对象的需求去组

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

件市场。^①

从上述所看,职业是指那些“具有高级、复杂、深奥和神秘知识的行当”。职业化就是由一个行当演进为职业的过程。

根据威伦斯基(Wilensky,1964)的分析,始于中世纪晚期,最早的职业是律师、牧师、大学教师和医生。从16世纪起直到19世纪,欧洲的军官建立起军旅职业,其理念是以兄弟手足为核心的荣誉与服役。20世纪早期,牙医、建筑师、土木工程师获得了职业头衔。而CPA(注册会计师)以及其他一些技术和工程专业成为职业的时间则晚一点。“在美国,职业人士占千人口的比重由1870年的6.8人上升为1950年的33.1人。正如社会学家所言,工业化使社会变得越来越复杂。由此,社会对职业的要求也不断提高。”^②

尽管对职业特征的界定依然模糊不清,但人们普遍认为律师已是一个非常成熟的职业。关于这一点,律师职业团体及其代表们的判断实属预料之中,也得到了许多独立学者的认可。律师职业不但实现了职业化,而且已经跻身先进职业的行列。这不仅表现为律师的人数之众、服务数量之大和范围之广、律师事务所的规模之巨和无所不在,而且表现在其对教育和研究资源的投入和使用、其对政府的影响程度,以及其成员所享有的社会地位和经济报酬。今天,我们可以毫不夸张地说:“律师,它们的职业道德和专业技能是社会不可或缺的。”

律师职业是一个充满魅力和富有挑战性的行业。它戴着光荣、梦想和受人尊重的光环,随时面对的是严峻的现实,需要的是广博的知识和全面的能力。无论是出于对公平正义的追求,还是为了尊严和成功的人生,当你通过了司法考试,选择了律师这个行业,你有理由为成为这个行业中的一员而感到骄傲。原因如下:

1. 律师是目前入门限制最高的职业之一

根据目前的法律要求,必须是拥护中国宪法并有选举权和被选举权、取得本科以上学历或具有同等专业水平、品行良好的中国公民,才有报考司法考试的资

① 【美】理查德·L·埃贝尔:《美国律师》,张元元、张国峰译,中国政法大学出版社2007年版,第17页。

② 任明川:《美国会计职业道德》,中国人民大学出版社2010年版,第52页。

格;在通过高淘汰率的司法考试后,通过者得到的仅仅是一个执业资格;在被一家律师事务所录取、经过 30 天的集中培训、做了一定时间的实习律师后,才有可能申请真正的律师执业证。这样的要求和过程,作为一个行业的入门限制,不可谓不高,不可谓不严。就我国目前的状况而言,很少有其他一个职业比律师这个行业入门的要求更高更严。

2. 就提高自身能力和丰富人生阅历而言,律师是最好的职业之一

一般而言,律师每天面对的都是新人、新事。当事人基本上都有自己独特的生活经验、人生态度和已经形成并很难改变的做事方法;他们大多都会从自己的角度作出判断并追求利益的最大化、风险的最小化,力求少承担或不承担责任;他们聘请律师前就已经存有合理或不合理的心理期待。对方当事人利益有时与本方当事人利益完全对立,其聘请的律师,也都是受过良好教育、受过专业培训、饱经历练的职业“杀手”;待处理的事务大多与当事人有利害关系或对当事人有重大影响。这些事务都有它发生的必然因素,如复杂的商业背景、多变的社会环境以及各人不同的道德法律观念等。在这些事务中,人的想法、做法和表现出的感情大多是真实的,大多是人的本质比较直接得体现。

在上述各种各样的人群中,律师要处理好待处理的事项,他要让本方当事人满意,要让对方当事人或裁决者接受自己的观点,他要协调好方方面面的关系,还要得到应当属于他的合法收入……他就必须要有运筹帷幄、纵横捭阖的能力。律师这个行业要求他们专业知识更广博、更精深,因为承认他们知识的不是年轻的学生,而是拥有丰富社会经验的当事人,他们得用知识创造和换取实际的结果;要求他们要比棋手考虑的因素更多,并且考虑得更深更细,因为他们所能利用的因素大多是变量,并且规则尚有很多的不确定性;要求他们要有比医生更强的洞察力和判断力,因为他们没有辅助的检查仪器和报告数据,他们只能依据执业经验、专业知识和事实的证明让人们认可他们独具的慧眼;要求他们要比说客更能言善辩,因为他们往往不能选择要说服的对象,他们能够选择的只有说服的方式。

3. 律师是最能体现从业者自身价值和社会价值的职业之一

当事人经过考虑和权衡,一旦决定付出相对高昂的代价聘请律师时,大多对律师提供法律服务的需求都是迫切的,有时甚至是非常迫切的。很多资深律师

www.docsriver.com 商家巨力电子书

尤其是处理刑事案件的律师,都会有这样的经历和体会。当一个身陷囹圄的嫌疑人把求生或获得自由的希望托付给唯一能够给他提供帮助的律师时,律师从他噙满泪水的眼中,感受到的那种真挚殷切的期待,有时可能超过了危重病人对医生的期待。

中国目前的从业律师人数约 23 万人,如果按照中国总人口 13 亿计算,我国总人口与律师的比率约为 10000:2。在 2000 年时其他国家人口与律师的比率为:美国 500:1,英国 800:1;日本 1000:1;发展中国家平均是 3000:1。上述数字表明我国在社会发展过程中对法律服务的巨大需求,表明了律师在中国是一个极具发展前途的行业。

律师工作的特性,为你充分实现个人价值提供了条件。律师提供法律服务的过程,不仅仅独立于法院、检察院,而且常常独立于当事人的意志。从对事实的了解、分析判断,到设计、调整、实施具体解决问题的方案,整个过程都需要律师最大限度地发挥自己的主观能动性,没有现成的行为样板可以照搬,没有固定的工作流程;律师也不是大型机器中的一个零部件。这样的工作性质,为律师施展自己的才能、展现自身的价值提供了较为独立的环境。

律师提供法律服务所追求的具体目标是维护特定当事人的合法利益。实际上,一个个具体的当事人合法利益的维护及实现的过程和结果,间接地推动了整个社会的公平和正义实现。如果一个律师真正具有为社会的公平正义作出贡献的理想,那么其每天的具体工作都是在直接地实现着自己的理想。在一些法治发达的国家流传着这样一句话,“没有总统社会照常运行,没有律师是万万不行的”,可见,律师工作在法治社会中有着极高的社会价值。

4. 律师在中国是一个新兴的职业

虽然中国最初的律师业出现在二十世纪初的清末,但自新中国成立以来,律师作为一个行业在中国真正的兴起是在二十世纪八九十年代,是伴随着改革开放而新兴的行业。由于中国市场经济发展的历史比较短,为市场经济服务的相关法律制度及法律服务经验自然也不够成熟和完善。故此,与一些发达国家相比,我们确实处在一个初级阶段。

正是由于律师是一个新兴的职业,律师业处于一个高速发展、快速淘汰的阶段,一个有抱负、有才华的积极进取的年轻人投入到这个行业,会有无限的发展

空间。^①

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

我们常听业内人士说到,其实做律师,其内心是很困惑、很矛盾的。究其原因,一方面是,律师业务的营利活动与伦理规范之间的矛盾极容易导致包括当事人在内的外界对律师的负面评估,一般人认可律师弘扬正义以及维护当事人的权益,但却不能容忍为强势群体或无理者执言。另一方面是,律师的职责须对当事人、对方律师、自身、法律、国家这五个方面负责,有时还要承担公共道义,律师在执行业务时,极难做到对所有方面都负责,他必须进行职业性选择和分析,这一选择和分析经常是困难甚至是痛苦的。大体上这两方面造成了律师的孤独与矛盾,这方面相信所有的律师都有切身体会,笔者也不例外。

这就要求律师必须要有充分的职业心理准备,也就是说,你要有超乎一般人的心理承受能力,过于脆弱的心里是难以担任律师责任的。一个人一开始决定做律师就会面临困惑。例如,你选择成为一个职业律师,一方面你可能会想到自由度较高和经济收入不错,但同时又要承受处理各种复杂案件关系而饱受各种委屈的心理压力,但如果你最后选择了做律师,你就要有承受的心理勇气,逃避是无济于事的,因此,律师必须具备独立的心理承受能力和道德勇气。

一、律师职业价值观与职业道德

律师的职业价值观与律师的职业道德紧密相连,密不可分。前者是后者的组成部分,同时又是后者的引领者。

所谓律师的职业道德从来就不是空洞的说教,不是抽象的范畴,而是历史的范畴。^②为什么要重视律师职业道德的教育呢?理由有二:第一,律师是介入与他人之间纠纷和交涉的职业,职业要求不得不掌握他人的秘密,而且负有保管他人财产的义务。这样既有受诱惑的可能,又有堕落的危险。律师想走歪道,那是什么坏事都可能干的。第二,在诉讼中,特别是在刑事诉讼中,律师负有为了被告人或委托人的利益而竭尽全力代理和辩护的义务,协助正确运用司法程序的义务。但在现实中,以上两个义务是矛盾的,彼此经常发生冲突。为了调整这两

^① 中华全国律师协会编:《律师执业基本素质》,北京大学出版社2010年版,第3页。

^② 【日】可合弘之:《律师职业》,康树华译,法律出版社1987年版,第105页。

www.docriver.com 商家巨力电子书

项义务,就需要制定具有一定标准的律师职业道德。例如,被告人违反真实情况否认起诉事实,律师可否劝他坦白?若劝其坦白,被告人不照此办理,律师该怎么办?这是一个相当困难的问题。

美国著名法学家克罗曼在《迷失的律师》一书中,将律师分为三种:第一种是为维护社会公平与正义而献身的理想型律师;第二种是具有精湛执业技巧的工匠型律师;第三种是唯利益至上的金钱型律师。

为什么同操律师职业,竟有如此之大的差距,这就说到律师的职业价值观。仅仅把法律职业当作谋生的手段,自然就把维持赚钱和改善生活放在首位。而想通过律师职业发财致富者,或者不满及不安于些许辛苦律师费的赚取者,着重的则可能是如何把钱赚得又多又快,搞关系、走后门既有可能打赢官司,又有可能赚到更多的钱,何乐而不为呢?况且在目前的法治环境之下,有些时候坚持依法办事远不及关系后门来得便捷。发财心思更为迫切且没有关系后门或连关系后门也想省去的,则有可能靠偏门和欺蒙混活骗财。唯奉律师职业为人生理想之追求者,将此职业追求合于法律要求与行业进步,将当事人权利置于职业之本者,才可能具备律师职业价值观中应当具备的职业素养和职业良知,才有可能在心目当中树立一个真正律师的形象,也才有可能像一个真正的律师那样去工作和生活。

律师的执业生涯是一个漫长的过程,律师的职业道德犹如航行中的灯塔,指引正确的前进方向,永远不要让你的技巧胜过你的品德,同理,永远不要让执业技能胜过职业道德,永远不要以丧失执业理念和执业追求的代价来换取胜诉机会或赚钱机会。律师的职业价值观将决定他成为一个什么样的律师,甚至还决定他像不像一个律师,像不像一个真正的律师。而在律师的职业价值观当中,律师的职业精神则是第一位的。所谓的职业精神,就是律师自身定位于依照职业理想、职业素养、职业技能、职业伦理、职业服务水准乃至职业品行修养等,而应具备的职业理念和思想,以及可以按照该理念和思想一以贯之的执业实践活动。律师的职业精神主要在于律师的职业法治精神。

为什么说把律师的职业法制精神放在第一位?顾名思义,我们说律师是法律或法学之师应该是可以的,不管哪个国家的律师,通过法律资格考试都是必须的。我们说律师的职业法治精神,一是说律师必须精通法律,并且在执业

www.docsdriver.com 商家巨力电子书

活动当中贯穿着不断学习和钻研的精神,以及能在其执业活动当中对法律法学运用自如的能力。因为律师的主要工作就是通过解释和运用法律来办案和从事相关法律业务,如果律师不精通法律法学,或者在通过法律资格考试后再也不学习钻研法律,那么他就不可能很好地理解和运用法律。也就是说,他不可能真正办好当事人委托的案件或法律事务,即便侥幸或通过关系赢了官司、达到目的,也会在法律的运用方面留下缺陷。更不要说因为不能正确或准确运用法律而导致案件败诉或委托人受损的后果,实在是应该作为一个律师的真正耻辱。二是说律师应当具备尚法精神即尊重法律、崇尚法律,乃至信仰法律的精神。法律既是律师职业的基础,也是律师职业的依据,更是律师职业的靠山。没有法律,就不需要律师;无视法律,就是律师对自身存在的直接否定。只有尊重和崇尚法律,才是对律师职业价值的肯定。现实生活当中有的律师总喜欢讲法制不健全,甚至跟当事人讲不需要什么法律,我有关系就行,殊不知这种说法是很要不得的。不管是因为不懂,还是因为不愿,只要当律师和法律产生了距离,其结果不只是对法律的无视,也是对律师个体和群体的践踏。

作为律师,其法制精神应当与其他法律工作者和社会民众的法制精神有所不同。其法制精神的特点是,他应当善于用法律知识和法律语言来表达和分析案件,并能运用法律解决所及问题和困难。有人说,在律师眼里,空气都应当是法律,这有点夸张,但也是律师职业的说法。律师的一项基本功就是对涉案各项都能找到法律名称、诠释法理含义,甚至于对其现状与发展都可以进行权利义务分析,并提出法律意见。另外,律师追求的法律正义更多的是具体案件中的程序正义和实体正义。在律师眼中,法律是具体的,法治精神应当在此基础上贯穿于每个案件、每个法律事务当中。

倘若律师群体不具备这种基本的职业法治精神,那么律师的专业技能就无以发挥,律师的集体尊严就没有了,又如何谈得上每个律师的存在价值和发展前景呢?

顺便提及,目前律师界确实存在律师不像律师的情况,同时也存在一些律师把自己当商人、当中介人,甚至当作民间或社团官僚这样一些情形。笔者的意见是,只要我们还是律师,即便我们还有其他许多选择,我们首先要做好的就是一

个律师。^①

www.docsriver.com 商家 巨力电子书

二、律师职业文化与职业道德

(一) 律师职业生活和律师职业化

一个学习法律的人还不能称为法律人,两者之间最大的不同在于,一个法律人比一个学习法律的人在法律思想和法律价值的认识和把握上要求更加务实,在法律的操作和运用上要求更加专业,并且,这样一种法律专业技术的实践运用贯穿于法律人生活的各个方面。同样的道理,一个刚刚持牌的律师肯定谈不上是一个完全合格的律师。他可能具备作为一个律师应该具备的起码的法律知识条件(如通过了法律职业资格考试),以及他经过了前期的培训和实习经历,但是律师专业实践活动尚未全面展开,能不能成为一个合格乃至优秀的律师,这还有待于他个人的努力以及行业和律所的引导和帮助。这个努力和引导的过程,就是关于他律师职业生活以及律师职业化成立和建立的过程。若是这个律师执业多年,仍然没有成为一个合格的律师,这里的标准或许有很大争议,但有两点估计没有问题:其一,他不像一个律师,他有可能像一个商人、一个公司的产品推销员、一个经纪人,甚至像一个政府官员,但唯独不像一个律师,不像一个律师那样思考问题、分析问题和处理问题;其二,他几乎或完全没有律师业务,律师业务收入不足以支撑他安身之命。至少在这两种情形下,我们可以说,他的律师职业生活没有真正展开,他还是没有走上职业化的道路(我这里讲的职业化和通常说的律师行业职业化或许有所不同),也就可以说,他是一个没有律师文化的人(就像我们通常说某人没有文化),这个责任不完全在这个律师本人,当然他本人要负主要责任,我们这个行业和他所在的律师事务所都有责任。如果一个律师事务所没有战略规划,没有价值观,没有规范制度,没有管理和服务要求,没有交流,没有传帮带,甚至同在一个律师事务所,相处十年,彼此还不认识,这连一个小型合伙企业还不如,任何一个人到这里,都不会有学习和提升的机会,我们说这样的律师事务所就没有律师文化。没有律师文化就谈不上传承,没有律师文化传承的律所,就不能称得上是一个真

^① 高树:《沿着法治的方向》,法律出版社2013年版,第184页。