

公法系列教材



GONGFA XILIE JIAOCAI

法律职业伦理

李本森 主编

北京大学出版社



LAW

法律职业伦理

李本森 主编

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

法律职业伦理/李本森主编. —北京: 北京大学出版社, 2005. 1
(公法系列教材)

ISBN 7-301-08432-3

I. 法… II. 李… III. 法律-伦理学-教材 IV. D90-053

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 130287 号

书 名: 法律职业伦理

著作责任者: 李本森 主编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 7-301-08432-3/D·1051

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 12.625 印张 363 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 18.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究



公 法 系 列 教 材

9 ONGFA XILIE JIAOCAI

主 编 李本森

撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)

李本森 程 雷 李旦平 王进喜
马宏俊 程 滔 张陆庆 司 莉
陈 宜

主 编 简 介



李本森 男,1966年生。中国政法大学法学院法律职业伦理教研室副主任,副教授,硕士生导师,中国人民大学在职法学博士。兼任司法部律师公证工作专家咨询委员会委员,中华全国律师协会教育委员会委员。曾出版《中国律师业发展问题研究》、《法律职业道德概论》(主编)等著作,先后在报纸、杂志上发表论文三十余篇。

内 容 简 介



本书是对法律职业伦理进行全面介绍和阐述的教材。本书以现行的法律职业伦理规范为基础,详细介绍了审判伦理、检察伦理、代理伦理、公证伦理和仲裁伦理的基本内容,同时就法律职业伦理的基本范畴、基本规范以及与法律职业伦理有关的法律职业责任、法律职业伦理的养成和教育等问题进行了较为深入的分析,力求从理论和实践两个方面对现有的法律职业伦理进行总体描述和初步归纳。在编写方法上,本书力求创新,突出表现在本书的每章后都附有一节“阅读与思考”,选择了一些法律职业伦理的经典论述或者典型案例作为阅读与思考的材料提供给读者,同时配以“提示与问题”,引导读者对法律职业伦理中的深层次问题进行思考,以此训练和培养读者法律职业伦理方面的识别能力和推理能力。本书既适用于高等院校法学专业的学生,也适用于从事法律工作的专业人士和参加司法考试的读者。

序 言

在国家推进民主与法治的进程中,人们已经开始发现并意识到,仅仅有完善的法律制度对于一个法治国家还远远不够。法律要获得有效的实施,树立法律的权威,必须有一大批高素质的能够正确应用法律的法律人。培养什么样的法律人和法律人应该是一种什么样的人,是法学教育面临的一个重大的现实问题。民国时期的法学教育家孙晓楼先生指出,法律人才应当具备三种素质,一是法律道德,二是法律学问,三是社会常识。我理解,他所说的“法律道德”应该是法律人的道德,也就是今天常说的法律职业道德,或法律职业伦理,也有称为司法伦理的。如果法律人不讲法律道德,法律就会成为法律人作奸犯恶的工具。在法律领域出现问题的法律人不都是在利用法律为非作歹吗?岂不都是栽在法律道德上面吗?

法律职业伦理从法律职业产生时就应该有了。早在春秋时期,晋文公的司法长官李离因判错案而错杀人,在晋文公的一再宽宥下仍“自裁而死”。《唐律》中规定:“诸官司入人罪者,若入全罪,以全罪论。”在西方,关于法律职业伦理的论述,从柏拉图、亚里士多德、孟德斯鸠、培根等大思想家,到最近的卡多佐、丹宁等大法官,对法律职业伦理都有很多精辟的论述。法律职业伦理真正系统化的标志是20世纪以来随着法律职业日益发展而逐步在法律职业伦理内部出现各种规范化的行为准则或道德指引。比如美国的律师协会颁布的《律师职业行为标准规则》、《司法行为准则》等。由于在20世纪70年代美国“水门事件”中有多名律师卷入其中,此后美国的法学院加强了法律职业伦理的教育。在美国,律师职业责任(professional responsibility)课程是律师资格考试必考的科目。我国从2002年全国统一司法考试后,已将法律职业道德专门作为一门课程纳入到考试范围中,现在已经有不少法学院也加强了这方面的教学,这确实体现了法律教育领域的一种进步。

但是,如何培养法律人的法律道德,在大学法学教育里又是一个复杂而困难的问题。一方面,有关法律人的大多数职业道德是通过常识或者直觉就可以加以判断的,比如,法官、检察官不可受贿,律师对当事人应当忠诚,这些道理都是常识,往往不言自明,普通的老百姓也懂得,更何况是法学院的学生。这样的道理要给法学院的学生灌输,学生是很不愿意听的,你说很重要,可学生认为他已经很明白。那应该教什么,怎么教,就成为这门课程教学的难点。我认为法律职业伦理的教育应当把握以下两个方面:

第一,培养学生崇尚法律的正义感。法律人不崇尚法律、不坚持正义,就不是真正意义上的法律人。法律人和其他任何职业相比较,其道德方面的要求最高。法律人,说到底是个代言人,法官是法律的代言人,检察官是国家的代言人,律师是当事人的代言人。不论是哪种代言人,都要对法律负责,对国家负责,对当事人负责。一句话,都要体现法律的正义。代言人是讲究诚信的,失去了诚信,就欺骗了法律,就丧失了正义。江平先生曾说:“学法律的、运作法律的要有一种善恶观念,要有一种悲天悯人的情怀,要有拯救人们于苦难中的情怀”^①。所谓善恶观念,就是要有正义观念,在法律领域,就是要维护法律正义。法律职业伦理的教学活动首先应当追求这样的教学目的,即通过教学在学生心目中树立或强化这种崇尚法律的正义感。惟有如此,我们的法律职业伦理教育才算是有成效的。

第二,培养学生在未来的法律职业活动中的伦理识别、推理能力。法律职业伦理从职业道德规范看,是非常明确的,也相对稳定,对与错,是与非,一目了然,这些规范可以直接应用到司法实践中来,指导每个人的法律行为。但是在司法实践中存在着大量的像法律与道德、法律与民情、法律与政治、程序与实体,乃至不同的法律人之间对同一行为的不同道德要求等等相互对立、冲突、矛盾的现象。对于法律领域的这些现象,作为法律人应当如何处理,是需要一定的法律伦理识别能力和伦理推理能力的。这些现象实际上就是属于应用伦理学中的所谓伦理悖论、道德冲突的范畴。比如,检察官承担追诉犯

^① 江平:《做人与做律师》,载《律师文摘》总第8辑。

罪的职能,律师承担给被告人辩护的职能,二者的关系被看做“对立与统一”的关系,但当律师明知道检察官尚未掌握的被告人的犯罪证据在什么地方,律师是否有义务提供给检察官?或检察官已经掌握了可以使被告人减轻或从轻处罚的证据,检察官是否有义务提供给辩护律师?此外,还有律师执业中的利益冲突问题,法官的自由裁量权问题,等等。这些问题仅仅依靠现行的法律与职业道德规范都无法解决,其中大部分没有现成的伦理规律或公式可以帮助解答,而是需要诉诸法律人的法律理性,有的需要通过诉诸专门的伦理机制。在司法活动中,法律伦理悖论和道德冲突是大量的、经常的。在教学活动中,如果尽可能多地提供给学生这样的案例,培养学生在遇到司法伦理冲突时主动地运用法律伦理规则去进行伦理识别和必要的推理从而作出正确的伦理选择的能力,这对于其今后的职业生涯将是非常有益的。

本教材在编写过程中试图体现上述的两个目的,以现行的法律职业伦理规范为基础,详细介绍了审判伦理、检察伦理、代理伦理、公证伦理和仲裁伦理的基本内容,同时就法律职业伦理的基本范畴、基本规范以及与法律职业伦理有关的法律职业责任、法律职业伦理的养成和教育等问题进行了较为深入的分析,力求从理论和实践两个方面对现行的法律职业伦理进行总体描述和初步归纳。与此同时,本书的每章后都附有一节“阅读与思考”,选择了一些法律职业伦理的经典论述或者典型案例作为阅读与思考的材料提供给读者,同时配以“提示与问题”,引导读者对法律职业伦理中的深层次问题进行思考,以此训练和培养读者法律职业伦理方面的识别能力和推理能力。

法律职业伦理学是法学与伦理学交叉的新兴的边缘学科。由于我国的法律职业伦理教育起步比较晚,现有的职业道德规范比较粗疏,加上本学科学术积淀较浅,在学科体系、学科范畴、历史渊源、研究对象、研究重点、研究价值等方面都缺乏系统的高质量的研究,目前的法律职业伦理的学科建设还处在初创阶段,因此,本教材的编写仅仅是一种尝试。由于水平所限,本教材尚存不足之处,希望读者批评指正。

本教材由李本森担任主编,马宏俊、陈宜担任副主编。撰稿人分工如下:

李本森:序言、第一章、第二章(第一、二、三、十节)、第三章、第八章(第一、二、三、五节)

程 雷 第二章(第四—九节)

李卫平 第四章

王进喜 第五章

马宏俊 第六章

程 滔 第七章

张陆庆 第八章(第四节)

司 莉 第九章

陈 宜 第十章

李本森

2004年10月

目 录

第一章 法律职业与伦理	(1)
第一节 法律职业伦理的重要性	(1)
第二节 法律职业伦理的基本范畴	(3)
第三节 法律职业伦理的渊源	(12)
第四节 法律职业伦理的基本原则	(14)
第五节 法律职业伦理的社会功能	(19)
第六节 法律职业伦理学的学科建设	(24)
第七节 阅读与思考	(31)
第二章 法律职业伦理基本规范	(43)
第一节 正义规范	(43)
第二节 独立规范	(48)
第三节 效率规范	(51)
第四节 平等规范	(53)
第五节 诚信规范	(56)
第六节 保密规范	(60)
第七节 勤勉规范	(65)
第八节 清廉规范	(68)
第九节 礼仪规范	(70)
第十节 阅读与思考	(73)
第三章 审判伦理	(82)
第一节 审判伦理概述	(82)
第二节 审判公正规则	(84)
第三节 审判效率规则	(91)
第四节 审判涵养规则	(92)
第五节 阅读与思考	(99)

第四章 检察伦理	(128)
第一节 检察官职业伦理概述.....	(128)
第二节 忠诚规范.....	(139)
第三节 公正规范.....	(144)
第四节 清廉规范.....	(148)
第五节 严明规范.....	(151)
第六节 阅读与思考.....	(156)
第五章 代理伦理	(161)
第一节 律师职业伦理概述.....	(161)
第二节 律师与委托人的关系规范.....	(163)
第三节 律师在诉讼、仲裁活动中的规范.....	(176)
第四节 律师职业内部规范.....	(178)
第五节 律师与行业管理机构关系中的规范.....	(182)
第六节 律师执业机构的行为规范.....	(183)
第七节 阅读与思考.....	(186)
第六章 公证伦理	(197)
第一节 公证员职业伦理概述.....	(197)
第二节 公证员与当事人的关系规范.....	(200)
第三节 公证员同行之间的关系规范.....	(205)
第四节 公证员与律师的关系规范.....	(207)
第五节 公证员与司法人员的关系规范.....	(210)
第六节 阅读与思考.....	(212)
第七章 仲裁伦理	(215)
第一节 仲裁员职业行为规范概述.....	(215)
第二节 仲裁员职业行为规范的内容.....	(217)
第三节 我国仲裁员职业行为规范的完善.....	(228)
第四节 阅读与思考.....	(230)
第八章 法律职业责任	(232)
第一节 法律职业责任概述.....	(232)

第二节	法律职业责任的构成·····	(239)
第三节	我国法律职业人员的纪律责任·····	(241)
第四节	法律职业责任追究机制·····	(250)
第五节	阅读与思考·····	(255)
第九章	法律职业伦理的养成 ·····	(267)
第一节	法律职业伦理内化概述·····	(267)
第二节	法律职业伦理内化的内容·····	(273)
第三节	影响法律职业伦理内化的因素·····	(279)
第四节	法律职业伦理内化和养成的途径·····	(294)
第五节	阅读与思考·····	(301)
第十章	法律职业伦理教育 ·····	(307)
第一节	法律职业伦理教育概述·····	(307)
第二节	法律职业伦理教育的任务·····	(312)
第三节	法律职业伦理教育的途径和方法·····	(317)
第四节	阅读与思考·····	(320)
附录：		
	中华人民共和国法官法·····	(323)
	中华人民共和国法官职业道德基本准则·····	(333)
	中华人民共和国检察官法·····	(339)
	检察官职业道德规范·····	(349)
	中华人民共和国律师法·····	(350)
	律师执业行为规范(试行)·····	(359)
	中华人民共和国公证暂行条例·····	(380)
	公证员职业道德基本准则·····	(384)
	中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会 仲裁员守则·····	(388)

第一章 法律职业与伦理

法律职业与伦理的关系是一个不言自明的问题,却也是极容易被忽视的问题。在法学领域,法学家关注的是法律制度问题,而很少涉及法律职业的伦理问题,认为这个问题法律领域无法解决或者不需要解决,法学家只要能够设计出优良的法律制度就大功告成了;而在伦理学领域,伦理学家关注的是整个社会的伦理问题,而对于法律职业这个特殊职业的伦理问题,也似乎很少涉猎。因此法律职业与伦理问题,包括法律与伦理的问题,几成“被遗忘的角落”。实际上,近年来司法领域暴露出来的很多问题,比如司法官员的腐败,律师缺乏诚信等,都与法律职业伦理有着密切的关系。固然,制度的改革非常重要,但是再好的制度也需要人来维护,若法律职业人员的伦理道德水平不提高,仅仅依靠制度上的修修补补并不能从根本上解决问题。当然,任何学科在解决社会问题方面都有自身的局限,法律职业伦理就试图在探索推动中国的法律进步的进程中扮演一个也许不是很重要,但又是不可缺少的角色。

第一节 法律职业伦理的重要性

法律职业为什么要尤其重视职业伦理?法律职业人的伦理对于法律的实施和社会正义的维护究竟发挥着什么样的重要作用?这是每一个法律人都要思考的问题,也是其职业生涯中不可回避的问题。我们国家“已经初步建立起与社会主义市场经济体制相适应的法律体系”,但是,我们能宣称“我们已经造就了具备高度的法律职业伦理,能够实现社会正义的法律家职业群体”吗?显然,对于一个法治国家来说,仅仅有法律还远远不够,没有大批甘愿为法律献身的法律职业人,依法治国就会成为一句空话。西方的《圣经》中有一句话:“我们知道法律体现着正义,但这也要人能正确地运用它。”中国古

代哲人孟子所说的“徒法不足以自行”，表达的也是这个道理。

法律职业伦理教育的目的，不仅仅是要告诉未来的法律职业者或现在的法律职业者，法律职业是一种什么样的职业，有哪些特殊的伦理的要求，而且要通过法律职业伦理教育，培养未来的法律职业者运用职业伦理规则处理各种复杂的法律问题的能力，以及对法律职业所应有的根植于灵魂深处的神圣感、敬畏感和责任感。如果没有达到这种目的，那么我们的法律职业教育就是不成功的，甚至可以说是失败的。

法律与伦理问题是法律哲学的永恒主题。法律脱胎于伦理，成为以国家强制力量作为保障的社会控制手段。但是法律这种控制不可能像机器人一样依照事先设计的指令性的操作程序机械地完成。法律所具有的功能必须通过国家的法律机构和运作法律机构的法律人来实现。这样一群以法律为职业的法律人就构成了法律职业共同体。法律职业人员在长期的司法实践中养成的职业意识、行为逐渐地演化为这个职业特有的伦理规范和伦理要求。可以说，在司法活动中，脱离法律谈伦理和脱离伦理谈法律一样，都是不可思议的。

中国历来是官本位的社会，有道是“有绝对的权力就拥有绝对的一切”；“学而优则仕”，“十年寒窗苦，一朝天下闻”，千百年来人们向往着“朝为田舍郎，暮登天子堂”的境界。过去，当官是实现人生价值最重要的途径。而且中国历史上司法权与行政权不分离，官员拥有生杀予夺的大权，令很多人向往。我们不能说当官不好，但是把当官的直接的目的与自己的切身利益联系起来的时候，就会走到问题的另外一方面。因为从本质上看，当官是要奉献的，不是索取的，从事法律职业，是要维护法律，而不能利用职业的优势破坏法律。“维持一种实在法体系，有赖于那些对它的管理和执行负有责任的人如法官、警察和法律界人士的笃诚。如果他们到了腐败的地步，那么法律的作用就会遭到削弱。人们就无法指望得到法律的平等保护，也无法指望利用法律所提供的种种便利。”^① 在我国，法官、检察官，甚至

^① [英] A. J. M. 米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 35 页。

律师(过去也是国家干部身份)都被赋予了官员的权力和身份。要转变这种观念,不是短时间能够实现的。目前在法律职业中出现的许多与法律职业本身极为不协调的现象,一个重要的原因就是这些传统的观念在人们的潜意识里没有从根本上去除。

第二节 法律职业伦理的基本范畴

一、关于伦理、道德

“伦理”两字合用,最早见于秦汉时期成书的《礼记》:“乐者,通伦理也。”什么是伦理?简单地说,伦理就是处理人与人、人与社会、人与自然之间关系的规范。伦者,常也;理者,道理也。伦与理原本是两个词,许慎在《说文解字》中,对伦和理的解释是“伦,从人,辈也,明道也;理,从玉也”。中国古代有“五伦”、“五常”之说。中国古代的伦理更多地局限在亲属之间、君臣之间的关系。在西方,“伦理”一词源于希腊文 Ethos,该词后来演变为“伦理的”、“德性的”。现代伦理学的研究范围早已超越了亲属、君臣领域,扩展到人与人、人与社会的各种关系。伦理学是哲学的一个重要分支,由于其以道德为研究对象,因此又被称作道德哲学。

在中国古代,道德是作为两个词分开使用的。“道”原意是道路,如“周道如砥,其直如矢”,后引申为支配自然和人类社会的规律、法度和规范等;“德”原本是依正道而行、心中有德之意,宋朝朱熹在注释《论语》时,对德注释为“德者,得也。得其道于心,而不失之谓也。”我国最早把“道德”二字连用,始于荀子《劝学》:“故学至于礼而止矣,夫是之谓道德之极。”在西方,道德一词起源于拉丁语(Mores),意思是风俗习惯,引申为规则、规范之意。古代希腊哲学家苏格拉底指出,罪恶即对于道德的无知。法国的霍尔巴赫指出,做善事,为他人的幸福尽力、扶助他人,就是道德。总之,从道德的起源和社会对于道德的一般理解来看,道德一般意为人们的行为规则或规范,是人类社会特有的普遍的主流意识。

伦理与道德是两个相互联系又有区别的概念。德国著名的哲学

家与辩证法大师黑格尔第一次明确地区分伦理和道德两个概念,指出伦理是社会的道德,道德是个人的道德。一般而言,伦理和道德并没有严格的区分。伦理更多地倾向于主体、集体、团体、社会、客观等,道德更多地与个体、个人、主观相联系。伦理学研究的就是道德问题。当表示规范、理论的时候,更多地使用伦理的概念,当对具体个体或者一类现象进行描述时则更多地使用道德这个概念。不过在大多数情况下,道德与伦理是被作为同义词来使用的,其差别只是形式和工具上的差别,就其本质内涵而言并无实质的差别。因此,本书论述问题时涉及伦理和道德的概念在具体使用方面,并不作特别的区别。在论述法律职业伦理学科基本理论部分时候,多使用伦理的概念;而具体到行业伦理方面,为了和司法实践保持一致,则更多地使用道德概念。从某种意义上看,法律职业道德与法律职业伦理并没有本质的区别,只是存在语境上的差别。

二、关于法律职业

根据国家职业分类大典,我国现有的职业结构划分为8个大类、66个中类、413个小类和1838个细类(职业)。除去起延续功能的“其他”职业,实际职业总量为1496个。法律职业是社会生活中众多职业的一种,要了解法律职业的本质,首先要了解职业的特点。“职业的标志是这样一种信念,即这是一个有相当公共意义的工作岗位,从事这一工作要求有非常高的专业的甚至是深奥的知识,这种知识只有通过专门的正式教育或某种精细监管的学徒制才能获得。”“必须强调,一种工作之所以被分类为职业,其关键并不在于其实际拥有社会珍视的专门知识;关键是要有一种确信,即某些群体拥有这样的知识。因为,正是这种确信才使这个群体可以声称其职业性地位,有机会获得因这种地位赋予的独占性的特权以及由此带来的个人利益。”^①近年来,法学界呼唤建设法律共同体,人们也开始关注法律职业的概念。就法律职业本身下一个描述性的概念也许并不困难,

^① 理查德·A.波斯纳著,苏力译:《道德和法律理论的疑问》,中国政法大学出版社2001年版,第216、217页。