

法律职业的 危机与改革

吴洪淇 著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法律职业的危机与改革/吴洪淇著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7310-9

I. ①法… II. ①吴… III. ①律师—工作—研究—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第018880号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	11.750
字 数	265 千字
版 次	2017 年 4 月第 1 版
印 次	2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

本成果系国家 2011 计划司法文明
协同创新中心研究成果



序 一

当前中国学术界关于法律职业问题的教育和研究仍然处于非常淡薄甚或淡漠的状态中。这一方面表现为学科基础研究工作缺乏，有分量的研究成果不多；另一方面表现为法学研究难以与当前司法改革中对法律职业的高度关注相呼应和匹配。而这些归根结底，源于我们相关学术人才的匮乏。古谚云“十年树木，百年树人”，这种人才匮乏的现象，与我们当前关于法学学科的远景规划、资源配置体制、法学教育与现实需求的互动机制等方面存在的弊端不无关系。

吴洪淇则是在法律职业研究道路上执着前行的少数青年学人之一。他是在法律职业研究关注度最低的时候，走上了这条行者寥寥的道路。从2004年攻读硕士学位开始，他与杜国栋等同学一道开始研究法律职业。在学习过程中，又结识了刘思达、李学尧等青年翘楚，他们互学互助、表达思想，逐渐形成了法学研究中以法律职业问题为重点的新气象。如今，这些青年人都已经成为学术队伍中的骨干。往后念起这些年轻人曾在法大简陋教学楼中的首次相聚，又何尝不是一段有滋有味的回忆。

这本文集是他多年学习和研究工作的阶段性总结。从中我们可以共睹他的学术历程和学术态度。阅读着

一篇篇论文和译文，我不禁回想起一幕幕经年学习过程中师生互动的场景。阅读、翻译最新文献，帮助组织各种学术会议，与业内人士交流互动，参与师生学术讨论等这些学术训练的点点滴滴，至今历历在目。千里马至千里，始于足下之跬步。正是这些不可或缺的跬步，奠定了他扎实的研究能力、广阔的学术视野以及面对困难的勇气和耐力。

如果说，吴洪淇同学在选择法律职业研究时，始于茫无涯际之域，又何尝不是一个对其进行学术研究的机会呢。在一个少人关注、资源配置贫乏的研究领域，其尚未充斥着当下的名利蝇营，各自为大，为学术翅膀提供了自由翱翔的天空。我相信，早已出发的吴洪淇同学，沿途能看到甚是迷人的风景，将会有更为开阔的学术人生，并和我们分享喜悦。

是为序。

王进喜*

2017年3月4日

* 中国政法大学教授、律师学研究中心主任，律师法学会副会长。

序 二

大约 10 年前，我第一次见到吴洪淇时，中国的法律职业研究还是一片荒芜。除了张志铭、季卫东、孙笑侠等前辈法学家的几篇开山之作之外，几乎没有人对国内的律师、法官、检察官等法律职业做过细致、认真的学术研究，大部分既存文献局限于职业伦理方面，且以翻译介绍国外文献为主，采用社会科学实证方法的研究凤毛麟角。当时还在中国政法大学寒窗苦读的吴洪淇，是法学理论专业法律职业研究方向的一名硕士研究生，而我们两人的相识，完全是基于对律师职业的共同兴趣。

2006 年秋天，正在国内做博士论文田野调查的我经吴洪淇引荐，在中国政法大学王进喜教授的律师学专业研究生课上讲授了两个月的《法律职业研究》，较为系统地介绍了美国法律社会学中研究律师职业的经典文献。课程结束后，吴洪淇又主动邀请我去他本科时就读的甘肃省调查那里的法律职业，我们两人的第一次合作就是从这次旅程开始的。西北的 12 月很冷，访谈的进行也没有想象中那么顺利，毕竟我们只是两个学生，无论是在法律服务市场鱼龙混杂的省会兰州还是只有一家律师事务所的县城，都遇到了一些意想不到的困难，不但喝了许多白酒，我还得了场重感冒。不过现在回想起来，那次在甘肃的调查，或许是我那一年去过

的 11 个省里收获最大的，第一次对中国法律服务市场的生态结构和竞争过程有了整体性的把握，而我和吴洪淇在旅途中的数次长谈，也奠定了我们之后多年合作进行法律职业研究的基础。

此后 10 年里，吴洪淇对学问的执着、勤奋和严谨让他逐渐成了国内刑事诉讼法学界的一位优秀青年学者，而他对法律职业研究的兴趣，却并未因为专业方向的改变而有丝毫减退。除了我们两人主要基于在甘肃省的调查而写作的《法律边疆地区的纠纷解决与职业系统》一文（本书第三章）之外，他还就中国商务律师事务所的规模化与全球化问题在北京、厦门等地进行了深入访谈，并借助司法文明指数项目的全国性大型问卷调查对法官、检察官、警察、律师四个法律职业进行了比较分析。与此同时，他还写作了大量关于法律职业与法律伦理等问题的理论文章和随笔，在法学界和实务界都产生了良好的影响，对法律职业研究目前在国内的蓬勃发展起到了重要的推动作用。而这本《法律职业的危机与改革》，正是作者这十年不懈努力的集大成之作。

作为吴洪淇的朋友与合作伙伴，在这篇序言的余下部分，我将收敛赞美之词，而对本书中所涉及的核心问题作一点批判性的评论，希望以此对中国法律职业研究的未来发展提供些许思路。

本书中所收录的文章大体可以分为三类：①法律职业基本理论；②对中国法律职业的实证研究；③关于中国律师业的随笔。这三类文章也体现了国内法律职业研究近十年间的发展状况，即从翻译和介绍国外理论和著作开始，逐渐向实证研究过渡，同时针对我国律师业高速发展过程中层出不穷的各种问题

进行分析和评论。包括我本人在内的诸多法律职业研究者，都经过了类似的学术历程。但目前的一个要害问题，是理论与实证研究之间脱节，理论上“言必称希腊”，尤其对来源于美国的著作和学说情有独钟，而做实证研究的时候，却发现这些理论并不那么好用，因为中美法律职业之间无论是发展史、社会结构还是法律人日常工作中所遇到的问题都大相径庭。于是，许多实证研究就只能停留在描述上，而很难做出实质性的理论贡献。即使在随笔文章的写作中，学者们也常常不自觉地把美国律师业作为一把尺子来衡量中国律师业，而忽视了二者之间的显著差别。这个问题不仅在本书中存在，在我本人的一些文章中也存在，如何把中国法律职业的独特性作为“特点”而不是“缺陷”来研究，如何在研究过程中发展出对于分析和理解中国的律师、法官、检察官和其他法律专业人员真正有所裨益的法律职业理论，是我们今后要继续努力的方向。

而更需要深入思考的一个问题，是研究法律职业的目的究竟是什么？是为我国的律师业和司法改革提供数据和政策建议，为了与其他国家的法律职业进行比较，抑或只是为了满足研究者个人的理论兴趣和求知欲？对一个尚未毕业的学生而言，求知欲和理论兴趣是最重要的，因为缺了兴趣与热情的学术研究，不但很难做好，而且也不可能长久地坚持下去。从我十年前认识吴洪淇开始，就一直被他的学术热情和耐久力所感染，在那些既缺乏信息又没什么资源的岁月里，对一个法学研究的边缘领域投入大量的时间和精力，不把它作为一个就业手段，而是作为一个学术课题来认真研读，不是

每个人都能做到的。在过去十年里，吴洪淇在国内浮躁的学术环境里对法律职业研究的不懈追求，让在大洋彼岸做着类似研究工作的我少了一些孤独感，多了一个可以信赖的合作伙伴。

随着年龄的增长与学术地位的提高，学者所肩负的使命也就或多或少地产生了变化。各式各样的课题、会议、项目、评估把我们包围起来，几乎无法呼吸，也越来越难找到学生时代那种质朴的学术热情。而与此同时，我们的研究成果却被更多的学者、学生、法官、律师所熟知，对学术界和实务界也开始产生影响力。于是，学术研究的目的就渐渐变得实际和功利起来，学者既要满足自己的求知欲，又要应对种种外部要求和约束。本书中成文较晚的几篇文章，就明显体现出这样一种理论与实践之间的张力。以本书第二章为例，文中的数据来源于司法文明指数的大型调研项目，该项目所关注的本非法律职业，而是司法改革的相关问题，而作为项目的主要承担人之一，吴洪淇却使用这些数据写出了一篇关于律师、检察官、法官和警察四个法律职业的比较研究。虽然从社会科学方法论的角度讲，文中的统计分析只是描述性的，但这或许是迄今为止唯一一篇使用实证数据对我国四个法律职业的比较分析，对中国法律职业研究从律师业扩展到法官、检察官等法律职业具有开创性贡献。

除了理论与实践之间的张力之外，法律职业的研究者们所面临的另一个挑战是这个领域在学术界的边缘地位。无论是在中国还是美国，无论是法学还是社会科学，研究法律职业都是个“旁门左道”，绝大多数学者无法以此在学界安身立

命，而只能将其作为主要研究领域之外的副业。吴洪淇的学术路径也是如此——从博士阶段开始，他就一直将主要精力放在了证据法的研究上，博士论文《转型的逻辑：证据法的运行环境与内部结构》不但获得了全国百篇优秀博士学位论文奖等诸多奖项，而且已经成为了证据法研究的一个新范式。难能可贵的是，他在刑事诉讼法领域与日俱增的学术地位和荣誉的笼罩下对法律职业研究一直不离不弃，并且做出了一系列非常优秀的成果，这本书的出版就是明证。一个学术领域的良性发展，需要一批有类似兴趣和专业知识的学者共同努力。近年来国内法律职业研究的逐渐兴起及其在理论和研究方法上的多元化，与吴洪淇、李学尧、程金华、许可等同仁在自己的本专业之余对这个边缘领域的不懈追求是分不开的。

从这个意义上讲，这本作者用近十年时间完成的《法律职业的危机与改革》其实是中国法律职业研究十年学术史的一个见证。毫无疑问，这还是一个非常年轻的学术领域，它并不完美，却满是青春与活力，正如吴洪淇也还是一位法学新秀一样。在未来的日子里，这片田野里会有更多的鲜花绽放，会结出更丰硕的果实，而渐入中年的我们，要辛勤耕耘、抱团取暖，更要甘做浇水电人。

刘思达*

2017年1月3日于纽约皇后区

* 多伦多大学社会学系助理教授，美国律师基金会研究员。

前言：徘徊在国家与市场之间的法律职业

2015年，在一次刑事辩护职业伦理的研讨会上，会议方安排我在其中一个环节对四个演讲进行点评。四位演讲人主要围绕两个主题展开研究：两位刑辩律师结合自己所办案件讨论了律师与委托人之间的复杂关系，两位学院派教授讨论了律师的角色冲突问题。我从虚实两个层面对四个演讲进行了点评，最后总结说“其实四位演讲者触及到了法律职业伦理的一个根本性问题，就是律师的灵魂何处安放的问题”。讲到这里，场上的许多参会人员发出一阵笑声。会后一位知名律师跟我开玩笑：“我们想把灵魂交给组织，可是组织不要呀。”这些当然都是戏言，但事后想来，“灵魂何处安放”这句话或许恰好表明了改革开放以来我国法律职业群体，特别是律师，在国家与市场之间不断徘徊的一种不安的样态。为什么会如此呢？

于盛世谈危机，其实并非完全故作惊人之语。自

20 世纪 70 年代末到目前的 40 多年时间，我国律师业经历了从重建到脱钩改制再到快速发展的曲折发展过程，已经发展成一个全国律师总人数超过 30 万人、律师事务所达到 2.5 万多家、年收入超过 679 亿元的庞大法律职业群体。^{〔1〕} 这样一个发展成就无疑是令人振奋的。但是在盛世繁华高歌猛进的背后，“灵魂何处安放”这样一个根本性的问题并未得到根本的解决。在迅猛发展的法律服务市场背后，法律服务行业的基本理念和制度安排并没有相应地跟上这样一种高速运转的步伐。法律职业的同仁们忙于为委托人解决麻烦的时候，反倒无暇顾及自身的麻烦。这一点大致可以从以下几个方面略显端倪：在律师行业管理体制改革方面，自二十世纪末便已确立的两结合体制改革自 2007 年《律师法》颁布之后其实并未有实质性的进展（第六、八章），尤其在本轮司法改革当中，几乎完全被忽略不提；在本轮司法改革轰轰烈烈开展的进程中，司法员额制、司法责任制等一系列与法律职业化息息相关的举措随着司法改革试点工作的进行而全面展开，但是对司法改革的客观的、中立的事前评估与事后成效评估却相对罕见（第二章）；在法律职业伦理层面，死磕派律师的兴起带来了律师与传媒及其他法律职业之间撕裂、律师与法官之间的关系难以协调等一系列问题；司法改革与法官、检察官离职潮流问题所产生的职业流动、利益冲突等一系列

〔1〕 李豪：“我国执业律师人数已突破 30 万”，载 http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2017-01/09/content_6947998.htm?node=20908，最后访问日期：2017 年 1 月 9 日。

问题也都亟待从职业规范层面去加以有效的回应（第七至十一章）……这样一系列的问题都亟待从学理的层面进行回应，本书所涉及的仅仅是其中一部分问题。

在对我国法律职业进行基本判断的过程当中，职业化理论范式是一个基本坐标。无论是律师业在二十世纪末期脱钩改制进程之后的各项制度改革，还是当前正在进行的轰轰烈烈的司法改革，其实都或多或少地展现出了法律职业化这一理想蓝图的影子。将职业化范式作为一个坐标并不是将其作为终极的理想目标，而是将其作为一个分析工具，通过这样一个分析工具来对我国法律职业的基本概况和改革动向有一个基本的把握。如果说在美国，法律职业正在因为职业化过度而备受批评，职业化理论范式也遭遇各种挑战的话，那么，在大洋彼岸的中国，法律职业则是在经历去行政化的脱钩改制之后为商业化或职业化的路径选择而倍感困扰（第一章）。这样说并不意味着我国的法律职业一定会走上美国式职业化的老路，而恰恰是要反思职业化路径本身的复杂性与局限性。这一点无论从律师行业管理体制演变的复杂性（第七、八章）还是律师职业行为规范的演进历程（第十章）还是规范效力失范（第十二章）中都清楚地展现出来了。因此，如果说法律职业面临“危机”，那么中国法律职业与美国法律职业面临“危机”的内涵显然是不同的。

因此，本书在对中外法律职业发展现状与制度改革进行比较的过程中，对问题和制度的辨异更多于借鉴，这样一个立场是建立在中外特别是中美法律职业基本样态、发展历程

和制度环境本身存在巨大差异的判断上面的。更侧重于讨论问题的机理本身而不是直接谈制度的改革建议，这主要是因为对我国的法律职业进行判断和建议的前提是对其发展现状做一个尽可能全面的实证描述，然后在此基础上了解其基本的运作机理。这就犹如医生对一位就诊的病人首先需要做的事情是全面了解其身体状况和病症表现，在此基础上对其病症和病理做出一个基本的判断，然后才能根据病症和病理下药。用更为学术化的语言来说，这是一个诊断、推理和治疗的过程，代表着职业人士（学术研究人员也是职业人士）职业工作的基本模式。^{〔2〕}在这三个阶段当中，本书更侧重的是诊断和推理，而对于治疗的方案则更多地取决于决策者的努力。

二

这本书里收录的文字是我过去十年当中撰写的有关法律职业研究领域的一点心得。尽管时间跨度长达十年，但编完这本专著之后，我却惊讶地发现这些篇章的主题其实相当的集中。全书分为上下两编。上编“法律职业的基础理论与实证研究”，主要从相对宏观的理论层面去关注转型社会大背景下法律职业的变迁与样态，特别是我国法律职业的基本样态及其理论解说。下编“律师行业的制度变革与职业伦理”则是从相对微观的层面去关注律师这一特殊法律职业的管理体

〔2〕〔美〕安德鲁·阿伯特：《职业系统：论专业技能的劳动分工》，李荣山译、刘思达校，商务印书馆2016年版，第93页。

制、职业伦理与组织形式。另外附编则收入两篇与本书研究息息相关的译文作为本书研究的一个参考背景。本部分主要对各个章节的内容及其在全书结构当中的基本位置做一点交代。

第一章“法律职业危机的理论解说”是以“法律职业危机”作为切入点去探讨大洋彼岸美国法律职业自20世纪60年代以来的发展变迁状况，并在此基础上与我国法律职业发展状况做一个初步的比较。将这篇文章作为第一章主要基于两点考虑：第一，美国一直是我国法律职业研究学习和比较的最重要对象，这样一个历时性研究恰恰是要展示美国法律职业发展的复杂性。如果美国法律职业本身都已经危机缠身了，他们作为我们借鉴对象的价值究竟还有多大就值得去探讨。即便我们要去学习美国的法律职业实践，也需要从整体上去把握美国法律职业的方方面面（既包括宏观的职业管制，也包括中观的职业组织和微观的职业伦理），而不是如盲人摸象一般，只抓住一点不及其余。第二，由法律职业危机这一视角入手来把握法律职业本身虽然有些剑走偏锋，却可以借此展现出不同法律职业研究传统的学术流派对同一现象的不同解说，从而展现出法律职业经典理论与法律职业实践之间的复杂关系。本书一开始就呈现出一个发展已经相对成熟的法律职业整体以及相应的法律职业理论学说，其实是为本书所要呈现的中国法律职业提供一个坐标系，使我国法律职业发展的特点和定位能够更加凸显出来。

第二章和第三章则是以实证研究的方法呈现出我国法律

职业的基本样貌。第二章“我国法律人的职业化及其实现状况”主要以问卷调查的形式对几个不同区域的省级地区的法官、检察官、警察和律师这四类比较有代表性的法律人的职业化状况进行初步的调查分析。这是在司法改革这一宏大背景下第一次对四个职业的职业化状况进行实证性比较分析。职业化的分析框架主要从职业准入、职业培训与职业保障三个维度来展开，通过不同职业群体对这几个方面问题的回应对不同地区法律人的职业化状况进行评估。其中不同职业群体之间的差异化反应以及对不同职业化维度的差异化回应值得进一步关注和挖掘。第三章则选取法律边疆地区这一横切面，以纠纷解决作为线索观察生活在这—横切面上不同层级的法律职业群体。如果说第二章是对全国范围内法律职业的一次宏观鸟瞰，第三章则专注于对某一特定区域内法律职业生态系统的微观描摹。第二章主要依赖于问卷调查这一定量实证分析方法，第三章则更依赖于访谈与参与观察这样一种定性研究方法。宏观鸟瞰与微观描摹、定量测试与定性分析相结合，力图对我国法律职业的整体面貌给予富有代表性的呈现。

第四章和第五章则是对法律职业研究理论的一组对比性呈现。第四章以刘思达的《失落的城邦：当代中国法律职业变迁》作为解读对象，对我国法律职业生存的社会背景和政治环境进行初步的讨论，并在此基础上对法律职业研究的域外资源与本土实践之间的张力进行了分析。正如这本著作所显现出来的，努力去弥合法律职业域外理论资源与本土实践