

律师职业属性论

■ 司 莉 著

中国政法大学出版社

律师职业属性论

司 莉 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师职业属性论/司莉著. —北京:中国政法大学出版社, 2006.4
ISBN 7-5620-2889-3

I. 律... II. 司... III. 律师制度-研究 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 032298 号

书 名 律师职业属性论
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 14.5
字 数 345 千字
版 本 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2889-3/D·2849
定 价 30.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

法律是人类社会的共同规则，然而却具有高度的技术专业性和专业性，这在客观上催生了专门的法律职业，律师便是从其内部分离出来的专门从事法律服务的职业群体。律师制度源于古罗马，而近代律师制度则建立在资产阶级革命胜利的基础上。文艺复兴和启蒙运动对人们思想的涤荡、司法权与司法机关的独立以及人们对个人权利和为人尊严的珍视和捍卫都大大促进了近代律师制度的建立和发展，并且律师职业也逐渐扩展到民事代理和其他更加广泛的社会法律服务领域，成为法治社会的必然存在的专业群体。

换言之，西方律师职业和律师制度的发展离不开经济的发展、政治的民主和文化的多元。更为重要的是，以权利观念为中心的社会文明的发展推动了律师执业的自由化和社会化进程。据此，纵观我国，由于传统的农耕社会对商品经济发展的排斥和妨碍，千余年封建君主专政的政治制度和以义务为本位的源远流长的法律文化，使得律师职业和律师制度的发展缺少广泛的空间和良好的社会基础。我国近代律师职业虽然通过移植和模仿形成了职业律师群体并建立了律师制度，但作为舶来品，经历过我国传统文化的排斥和异化性的同化，律师在西方社会的“社会人”的角色曾被演变为“国家法律工作者”的角色，律师体制也曾

2 序

成为一种官方的国家行政管理的体制，从而大大背离了律师社会化这一基本属性。

随着改革开放的不断深入、法治国家建设的进一步深化，市场规则进一步完善，权利维护意识也逐渐深入人心，我们对律师职业的认识也开始走入正轨，1996年的《律师法》将律师的性质定位为“为社会提供法律服务的执业人员”，标志着我国律师职业由国家性向社会性的转变，相应地律师管理体制也开始走向行业管理体制的建立，律师业更加广阔的发展前景似乎已经呈现在眼前。

面对律师职业的蓬勃发展和律师制度的变革，学者和实务界的人士也开始对律师职业和律师制度投入越来越多的关注的目光。但是，在一门学问逐渐升温的过程中，我们最容易忽视的往往是那些本质上的和前提性的问题。这个时候，就需要有这么一种著作，带着我们回归到起点，回归到问题产生的本源和解决的关键上来。

司莉律师的这本书就是这样的一部著作。

本书探讨的主题是律师职业的属性。作者从律师职业属性的界定入手，把律师职业属性的问题放到法治建设的大环境中，从人类法治进程来考察律师这一职业属性形成的法律意义，进而为我们展开了一幅律师职业生成和发展进程的历史画卷，为我们从源头和事物本身的发展历程上厘清了一条基本的线索。在这样一个前提下，作者以律师制度和律师职业这一法律角色为着眼点，沿着其职业发展和变化的线索进行研究，构建了自己独特的关于律师职业属性的理论大厦，区别于以往单纯对律师法学就事论事的研究或者从诉讼角度的传统研究的思路。透过文字，我们可以

看到作者严谨考证的历程和其思索过程中的火花，理性和责任的光芒闪烁其间。

著作中，既有著作史料的引征，又有实证数据的支持，使得文章富于严肃和理性却并不枯燥晦涩，既清楚易懂又不流于肤浅苍白。

正如我前面所说，作者通过其扎实而又充满创造力的耕耘，带我们回到了问题的基点，但又不仅仅局限于此，作者更带我们从基点出发，进入了一个更深广的领域。此勤奋与用心，令人钦佩与感动。

是为序。

樊崇义

2006年3月22日

律师是自由职业吗？

——序《律师职业属性论》

作为一本（也许还是第一本）深入全面探讨律师职业性质的专著，可以说，司莉教授推出的这部专著是正逢其时，恰逢其盛。

所谓正逢其时，是因为今年正是中国律师制度诞生百年的时刻，又是我国《律师法》颁布 10 周年的日子，还是中华全国律师协会成立 20 周年的时节。

所谓恰逢其盛，则是因为我国律师业迎来了一个新的好的发展时期：律师，不仅仅作为一个职业，正在不断影响和改变我们固有的生活方式，正在不断形成和成为我们崭新的生活态度，正在不断打造和造就我们未来的生活理念。

回顾历史，展望明天，笔者首先想到了英国文学家狄更斯在其代表作《双城记》中有一句代表性的名言：“这是一个最好的时代，这是最坏的时代”。从 1906 年沈家本、伍廷芳一代法律人率先力主立法确立律师制度，到新中国诞生后律师制度的昙花一现；从 1979 年我国律师制度恢复到 1986 年全国律协成立；从 1980 年《律师暂行条例》颁布到 1996 年《律师法》诞生。中国律师业可谓命运多舛，风雨前行，不断探索，不断发展。今天，

2 律师职业属性论

我们看到了变革时代的“最坏”，所以需要我们去研究和改革；今天，我们同样看到了发展时代的“最好”，所以需要我们去思考和实践。诚如去年当选的全国最年轻有为的地方律协会长——上海市律协会长吕红兵律师所言：“这是一个中国律师事业发展的最好的时代。”他说：“没有一个时代像如今的法治时代那样更需要律师，没有一个变革像中国的改革开放那样更呼唤律师，没有一个工程像中国和谐社会的构建那样更渴望律师。”

因为需要，因为呼唤，因为渴望，所以，我们有必要对律师这个职业进行重点研究与认真思考。

在这方面，原先专职做律师，现在专职做教授的司莉女士，就是一个行动者，并且是一个卓有成效的身体力行者。

《律师职业属性论》的问世，就是她的成果，就是她辛勤劳动的成果，就是她身体力行的成果，就是不断思考发现、不断探索研究的成果。

历经3年，案牍劳形，日积月累，含辛茹苦，专心致志，如痴如醉，终于了了一个愿，交了一份差，卸了一副担。因为这对司莉教授来说，既是自己作为一个学者专注于一个专题的研究成果，又是自己对过去15年专职律师执业情感的完美总结。用她本人的感慨就是，自己的第一本著作，犹如15年前自己创造的新生命。

一个新生命的问世，固然可喜可贺。但围绕一个新生命的发展与成长而引发的思考与研究，则是任重而道远，理性而客观的。

正如律师作为一个职业，就像一个新的生命诞生于我们这个没有律师传统、缺少律师文化的国度一样，感觉惊讶、惊奇和新

颖、新锐之后，有些人有些不习惯、不自然，乃至有些排斥、排挤……

这一切是因为我们还了解这个新生命，不了解这个新职业，不了解这个新成员。

说实话，连我们律师自身甚至也有些搞不清自己的身份，认不清自己的角色，看不清自己的定位和属性。

那么，律师，你究竟是谁？换言之，律师，我究竟是谁？

话说《武林外传》中，有一段吕秀才将大盗姬无命说死的故事。姬无命要杀吕秀才，而吕秀才要姬无命搞清楚是谁杀了他。结果，吕秀才一会儿自我，一会儿本我，把姬无命问得晕头转向。最后，当吕秀才再问“是谁杀了我，而我又杀了谁”的时候，姬无命的回答是“我杀了我”。于是，在吕秀才一句“那就杀吧”的命令下，本要杀秀才的姬无命却糊里糊涂地把自己给杀了。

一个“谁杀我”的荒诞故事，一个“我是谁”的千年难题，竟然难住了古今中外许许多多的人。

众所周知，“我是谁？”原是哲学上一个最大的命题，因为“我”可以说是一切事物的“前缀”。但究竟“我”是谁？却有不同的回答。化学家说：“我”是一种碳氢氧氮化合物；生物学家说：“我”是一种高级的灵长类动物；物理学家说：“我”是由原子构成的；基因学家说：“我”是一种被编码的东西；心理学家说：“我”是由形形色色的欲望组成的；社会学家说：“我”是一种社会性动物；人工智能专家说：“我”是最精巧的机械……正可谓“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”，所以“我”是谁，不仅难以统而言之，而且也难以概而言之。

4 律师职业属性论

有鉴于此，“了解你自己”不仅成了一个伟大哲学家的伟大名言，而且也造就了一个经典的“哈姆莱特之问”。

哈姆莱特问：“我是谁？我从哪里来？我向哪里去？”

在美国有一种深入人心的教育就是公民教育，美国很多学校都有公民教育课程。在他们的《公民读本》教材中，第一课就是要求“了解你自己”。我们看到，首先，从“你：一个人”开始，谈“一个健康的人”、“你和你的个性”、“和他人相处”，直到“做个好公民”；其次，从“你：一个学生”，谈“学习能力的不同”、“改善你的学习”、“清醒的思考”；再次，从“你：一个家庭成员”，谈“家庭是不同的”、“家庭的问题”、“做一个好的家庭成员”；最后，才从“你：一个公民”，谈“你生活中的政府”、“政府存在的理由”。

那么，对于律师，我们该如何认识呢？

著名法学家江平教授曾说过，一想起律师，人们自然会想到“为弱者呐喊，向强权抗衡”的高大形象，自然会想到“无拘无束多自由，谈笑之间黄金来”的潇洒形象，自然会想到“凭三寸不烂之舌而挽狂澜于既倒”的智慧形象，自然会想到“挑战权利，抗衡权力”的民主形象。

应该说，这是一种形象定位。这些联想都是合乎律师的固有形象和发展规律。作为律师，他们始终在用法律的智慧关怀人，用专业的技巧帮助人，他们始终在以点点滴滴的实际行动和兢兢业业的不懈追求，在一言一行中，在一案一讼间，在充分发挥律师的作用，在完美体现律师的社会形象。

实际上，“律师”的确是一个难以界定和概括的概念和定义。因为，它既可以是一种制度，也可以是一个饭碗（也就是

职业)，还可以是一个具体的个人。于是，有人说，律师是军师，律师是参谋，律师是仆人，律师是刀笔手，律师是导游，律师是智者，律师是打官司挣钱的一种职业。

从某种意义上说，这些定位都是正确的，但都是不全面的。因为，这只能算是一种文学定位。

我们需要的是法律定位，或者说，我们需要的是法学定位。而这正是需要我们的法学专家付出辛劳、智慧、才能、理论的一项工作。

司莉教授在这方面是付出了心血、智慧和才能的，她的研究与发现，是值得我们关注、肯定和好评的。

在读过陈卫东与王福家主编的《中国律师学》、程荣斌主编的《中国律师制度原理》、陶髦和宋英辉等主编的《律师制度比较研究》、谭世贵主编的《律师法学》、任继圣主编的《律师制度与律师实务》、茅彭年与李必达主编的《中国律师制度研究》、青锋撰写的《中国律师制度论纲》、章武生撰写的《中国律师制度研究》、周国均撰写的《律师制度理论与实务技巧》等专著之后，我们很高兴又很惊讶地看到了一部新著，一部关于律师职业属性的新著。

翻开司莉教授的新著，我们看到，作者以不同于他人的方法（历史的方法、比较的方法、法律社会学的角色分析法），从不同于他人的视角（法治进程的动态视角、法律职业专业化趋势的视角、法律的价值和功能视角、法律职业责任的视角、经济发展的视角、文化历史的视角），在不同的方面（形成条件、基本界定、制度建构、行为规范、职业形态等）对律师的职业属性进行了重新建构。尤其值得肯定的是，在论述“律师职业属性

6 律师职业属性论

的形成”方面所具有的高度和论证“律师职业属性的基本定位”方面所持有的广度。因为这个高度与广度，使我们对律师职业属性的理解与思考，从通俗的感情认识和浮浅的市井认识上升到了历史传统的纵深和社会断面的广阔。

律师职业是怎么产生的？律师职业能够出现在什么样的国度？确立律师职业之后是否就意味着律师制度的形成？律师职业之于经济状态和传统文化，究竟是一种什么样的关系？政治治理模式对律师职业属性的定位有何影响？律师职业的属性究竟有几种？……等等诸如此类的问题，对本书作者来说，既是一种提问，又是一种设问，更是一种学问。

在我看来，能将学与问有机结合，能将问与学巧妙融合的学者，必然是成功的学者。司莉教授将律师职业属性这个被许多人轻视进而忽视的课题，做成了一部读得懂、说得通、用得上的专著，既不简单，也不容易。正可谓：小题大做、大题精作、主题实作、难题巧作。因为，她将小题目做大了，她将大题目做精了，她将主要课题做实了，她将普遍难题做通了。

在庆祝《律师法》颁布十周年和日子里，我们能读到司莉教授关于律师职业属性的专著，是一件好事，也是一件幸事。但是，当我们在研究和探讨如何修改《律师法》时，读读这本书时，我们就会发现，《律师法》的最大软肋就在于律师职业属性的定位，诚如司莉教授所言：“律师职业属性问题的缺失，已经影响到了律师职业功能的充分发挥。同时，也影响到了律师业的健康发展。”

目前，《律师法》对我国律师业发展有三大影响：一是对“律师”概念上在外延上采取“社会执业律师”的狭义定义，影

响和制约了律师职业在整个法律制度中应有地位的正确确立；二是对律师权利和义务的设定存在一定误区，且未能充分体现和保证律师在国家法律实施中发挥应有作用；三是对律师管理体制、律师行业发展模式的规定，未能从律师职业与法官、检察官同为法律职业的高度，未能从如何最有利于推动中国律师职业迅速发展的高度设置。

总之，在律师职业属性定位上的缺失和不足，导致了《律师法》立法上的遗憾和缺陷。如果我们连“律师是什么？”或“律师，你是谁？”这样的基本概念定位都不清楚，那自然我们就无法了解“律师是干什么的？”的功能定位，从而也无从了解“律师有何权利和义务？”的职能定位。从这个意义上看，笔者就有了一个不同于本书作者的律师职业属性定位。我以为，律师职业的属性定位可在“政治人”、“经济人”、“文化人”与“法律人”四个方面，归纳出以下几个基本属性：独立性与自治性、中介性与服务性、专业性与社会性、法定性与平等性。当然，这纯属笔者的一孔之见。真正算得上高见的还是本书作者司莉教授的高度、广度和深度。

服务是律师的天职，但服务的背后是帮助；法律是律师的灵魂，而律师的背后永远是法律；正义永远是律师追求的目标，而正义的背后则是真理；律师是一个“看上去挺美”的职业，但美丽的背后则是责任和使命。

对所有法律人来说，要研究理想的法治社会，就必然研究律师制度；要研究律师制度，则必须研究律师职业；要研究律师职业，应必须研究律师职业的属性；要研究律师职业的属性，实有必要读读司莉教授的《律师职业属性论》。

8 律师职业属性论

律师究竟是什么，律师究竟干什么，律师是不是自由职业，律师算不算自由职业，这绝不是一个人就能回答的问题，但司莉教授开了好头。让我们从头开始阅读和研究吧！

嘱笔为文，是以为序。



中国律师论坛 秘书长
《中国律师》杂志社 总编
2006年4月

目 录

1	序/樊崇义
1	律师是自由职业吗? /刘桂明
1	第一章 导 论
1	第一节 研究内容的框定
1	一、属性与性质、特性的话语区别
3	二、本书的研究侧重律师职业
5	三、律师职业属性研究基本内容描述
8	第二节 研究视角和进路
9	一、法治进程的动态视角
10	二、法律职业专业化趋势的视角
14	三、法律的价值和功能视角
15	四、法律职业责任的视角
16	五、经济发展的视角
17	六、文化历史的视角
18	第三节 研究手段和研究意义
18	一、研究手段
20	二、研究意义
26	第二章 律师职业属性的形成
27	第一节 律师职业属性形成的历史脉络
27	一、律师职业及其属性在西方的自然生成和发展

37	二、社会主义国家对律师制度的设计和变化
40	三、中国律师职业的人工移植和培育
51	第二节 经济条件的制约
51	一、经济条件对于律师职业产生与发展的影响
57	二、经济因素对于律师职业属性的影响
60	第三节 文化传统的影响
62	一、律师职业生成的文化影响
66	二、律师制度运行的文化基础
70	第四节 政治治理模式的影响
71	一、政治治理模式与国家治理者意志的关系
80	二、不同政治治理模式与律师职业属性的关系
85	第五节 法的品质及其价值的影响
86	一、法的品质及其价值趋势
95	二、法的价值与律师职业属性的关系
102	第六节 社会结构的影响
102	一、法律职业与社会结构的关系
106	二、二元结构是律师职业生存和发展的土壤
114	第三章 律师职业属性的基本定位
114	第一节 律师职业属性的学术观点概括
114	一、国内学界的主要观点及其分析
123	二、关于律师职业阶级性的疑惑
125	三、律师职业属性的应然界定
129	第二节 律师职业的法定性
129	一、律师职业法定性的界定
130	二、律师职业法定性的表现形式
140	三、法定性是律师职业存在的法律保证
140	第三节 律师职业的社会性

141	一、律师职业社会性的界定
141	二、律师职业社会性的表现形式
148	三、社会性是律师职业最主要的属性
148	第四节 律师职业的专业性和专门性
149	一、律师职业专业性和专门性的界定
150	二、律师职业专业性和专门性的表现形式
154	三、专业性和专门性是律师职业生存的保证
155	第五节 律师职业的独立性
155	一、律师职业独立性的界定
166	二、独立性是律师职业的根本属性
167	三、自治性和自律性是律师职业独立性的派生属性
168	第六节 关于律师职业是否存在商业性的争论
169	一、争论的缘起
172	二、律师职业存在一定的商业性
175	三、警惕商业性过度的负面影响
178	第七节 公职律师和公司律师的属性
179	一、公职律师的属性
185	二、公司律师的属性
193	第四章 律师职业属性与其制度建构和职业发展
193	第一节 律师业的发展趋势
193	一、律师职业属性决定了律师业的发展方向
202	二、律师职业属性决定了律师制度的主要方面
216	三、律师职业属性决定了律师职业行为规范的主要内容和实施机制
217	四、律师职业属性决定了律师职业将成为法律援助的主要力量