

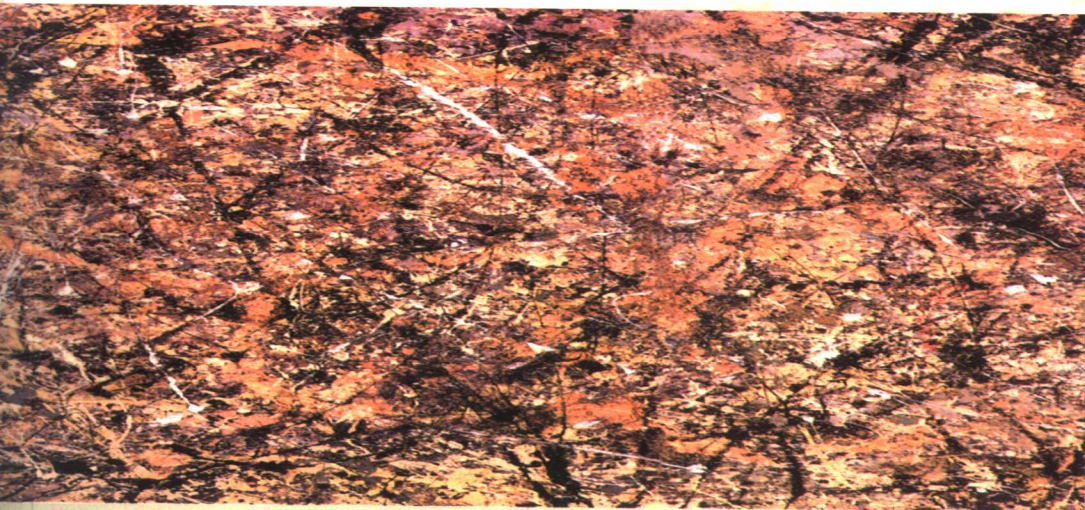
形而下法理丛书

孙笑侠 主编

法律职业主义

Legal Professionalism

李学尧 著



中国政法大学出版社

D916.5

16

2007

形而下法理丛书

孙笑侠 主编

法律职业主义

Legal Professionalism

李学尧 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律职业主义/李学尧著. —北京:中国政法大学出版社,2006.5
(形而下法理丛书)

ISBN 978-7-5620-2907-6

I.法... II.李... III.法律工作者-职业道德-研究 IV.D916.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 047398 号

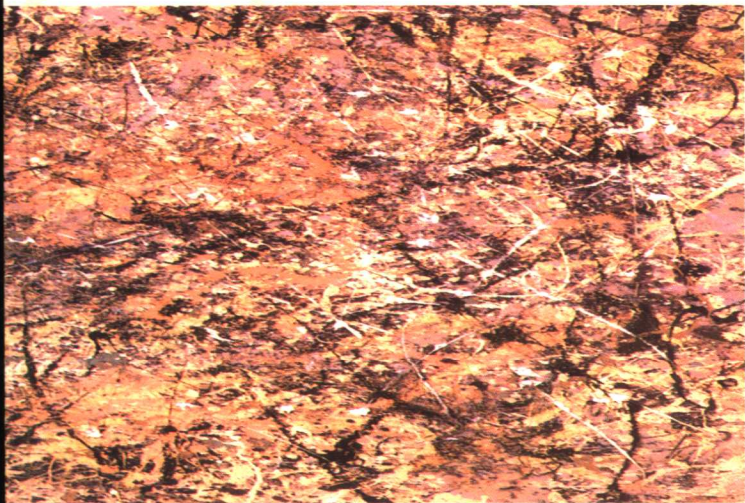
书 名 法律职业主义
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.875
字 数 305 千字
版 本 2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-2907-6/D·2867
定 价 28.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 z5620@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

作者简介

李学尧，男，1977年生，浙江瑞安人，法学博士（浙江大学），现任职于上海交通大学法学院，主要代表作有《法律职业主义》（刊载《法学研究》）、《这是一个职业危机的时代吗》（刊载《中外法学》）、《在法科生与民进党之间》（刊载《法学》）和《法律人之治》（合著，中国政法大学出版社）等。



项目编辑 余娟

文稿编辑 胡清福

封面设计 汉海逸风

编 委 会

主编：孙笑侠

编委：林来梵 夏立安 钱弘道 季 涛

石毕凡 王冠玺 梁上上 陈林林

钟瑞庆 李学尧

秘书：陈林林 李学尧

谨以此书
献给
我的父母！

总 序

自 1832 年英国法学家约翰·奥斯丁发表《法理学的范围》以来，已经 170 余年过去了。在此期间，无论是作为形而上学的法理学，还是作为严格科学的法理学都正逐步走向成熟，并随着哲学的语言学转向而呈现出彼此整合的新趋势，法理学的实践性格也愈显突出。在西方法治国家，法理学与时俱进，它与法律实践的困惑与进步同在，它总是理解与解释着不断出现于法律实践中的困惑并为之提供解决问题的新方法，它的发展也总是显然标志着法律实践的不断进步！因此法理学决非空洞无物的玄学，而是真正有用的实践智慧的理性结晶。

在这样的理念指导下，浙江大学光华法学院法学理论学科确定了自己的学术方向与特色，我们提出的“返回形而下的法理学”基本上涵盖了我们的上述理念，也承载了我们以往学术探

2 总 序

索的内容。《形而下法理丛书》创设和出版，是这种学术定位的拓展和结晶。霍姆斯曾言“当我们研究法律的时候，我们不是在研究一个神秘莫测的事物，而是在研究一行众所周知的职业”，我们希望本丛书的出版，能够在一定程度上推动法理学的实践转型，至少，能够折射出我们这一代法理学人在相关领域的学术关怀和学术努力。

本丛书是一个开放的、持续性的学术园地，今后将持续推出浙江大学法学理论学科点教师和博士的著作，同时拟选取国内法律界的研究成果出版。举凡司法程序、法律职业、法律方法、判解研究以及财富与法律、阶层与法律、地理与法治等方面的专著、文集和译著，只要符合本丛书之旨趣和标准，均在采集之列。因此，热忱欢迎海内外理论界和实务界的关注与参与。

丛书编委会

2006 年 10 月于杭州

序一

季卫东

学尧君嘱我为他的处女作写篇序文，于情于理都是不容推辞的。2002年5月我应邀在浙江大学法学院主持了几个研究生的硕士论文答辩，其中包括作为这本书雏形的关于法律职业主义的篇章，记得颇有可圈可点之处。同年盛夏，复旦大学和浙江大学的法科研究生代表团赴日访问，作为孙笑侠教授高足的学尧也列名其中并在研讨会上积极发言，再次给我留下印象。后来他还时有电子函件发来，或探讨学术，或问候近况。现在学尧君荣获博士学位和教职，研究成果也即将付梓，如此盛事，我当然要欣然命笔。

通读原稿之后，我感到题目虽然很宏大，但焦点是突出的，理路也很井然，资料涉猎的范围颇广泛，在制度、学说、史实以

及比较分析等方面也都有出色之处。鉴于法律职业、特别是律师的社会作用虽然已经引起广泛关注，但专门的考察探讨还是屈指可数的现况，可以说学尧君的这本著作的贡献正得其时也，显得弥足爱惜。

此书的切入口是准确的，即法律职业的基石是伴随着社会使命感和公益活动的专门化技艺。也就是说，对于法律人而言，正义与技艺或者德行与才干，这两个方面不可偏废。只有这样的“红”与“专”兼顾得好，才能为当事人以及民众提供好的法律服务，才配称道义上的主体。从围绕公共性与技术性的有关制度变迁过程的描述也可以认识到，为了保障这种特征，必须确立职业法律人的资格认定以及行会自治等一系列规则和举措，使所有成员在素质上都能尽量达到道德与业务能力之间的均衡。如作者指出的那样，高度专业化的法律技术是可以教育培训的，这也正是大学法科教育制度成立、发展以及繁荣的主要理由。然而，不难想见，正义与道德的素养则需要更加复杂的陶冶。在这里，我们可以进一步追问：正义观、使命感、公共责任等也能够在法学院的课堂里传授或养成吗？或者法律人的正义信念和道德无法像技术那样培训，而只能在实践中通过耳濡目染逐步萌发生长出来？我借序文的篇幅仅对这一点略作阐述。

尽管法律职业主义强调超越于个人利益动机的正义观念，但律师要生存，就不能不考虑报酬问题，法律事务所要维持，就不能不考虑盈利问题。而资格认定和行会自治势必导致身份的固定化、特权化，这样的制度安排如果与营业活动结合在一起，很容易导致追求垄断性私益、加强小圈子封闭之类的偏颇。在这样的背景下，维护正义和公益的活动难免被抑制，也唯其如此才特别

有必要反复强调律师维护正义的使命感以及道德水准，以抗衡逐利倾向，以维护职业信誉。但无论如何，有关的公共性活动还是不得不以自由职业在经济方面的需求为前提条件，这就引起各种悖论，也使得陶冶律师人格的作业很难依赖实践。执业工作如此繁忙，营利诱惑如此强烈，特别是随着市场化、全球化的进展，法律事务所之间的竞争也越来越激化，因而对正义和道德的超越性要求总是显得有些太迂远。

要沿着这样的思路走下去，我们不得不首先界定一下究竟什么是法律职业所不可或缺的正义观和道德标准。由于现代社会多元化，不同价值观并行共存且互相作用，有时甚至出现“一人一是非”的局面，要给出某种普世的、先验的、绝对的正义和道德的尺度几乎是不可能的。在法与审判的场合，不同的诉求正面交锋并进行说服力竞争，更容易显出道义判断的或多或少的相对性和主观性。因此，法律职业的正义应该集中地表现为程序性正义，法律职业的道德应该集中地表现为中立性道德。只有这样，法官和律师的立场才能得到学理上的支持，经得起正当化论证的检验。

这么说并不意味着法律职业道德没有预定的实质性具体衡量基准。一个好的法官或律师，无论他从事的工作多么技术化，即使他的立场与社会价值未必有直接的联系，人们还是可以作出是好、还是坏的判断。从正义与道德的观点来看，法律职业的技术性活动的坦率、真诚、负责任、悲天悯人、对社会秩序的尊重、超越于私益和功利的宽广胸襟、在扶助弱势、对抗豪强方面的献身性活动等等，都构成评价的具体指标。这些内容不妨归纳为善良品格和社会责任这两个基本范畴，所谓公益性活动必然兼有这

样不同的方面，通常表现为那些积极致力于维权事业的行动。

在当今的中国，除了政治上的原因外，市场化的逻辑和日趋激烈的竞争也妨碍法律人更积极地从事公益活动，使得技术性一花独放，而正义和道德的侧面不断萎缩。在这样的状况里，尽管律师法规定了法律援助的义务，但提高法律职业的自觉性和品位的的要求还是很难在执业实践中得到充分的满足。因此，我们不得不转过来寄希望于法学教育机构的培育功能。如果正义和公益活动是可教的，那么加强大学法科的职业道德课程就应该是更现实的方法。实际上，法学教育的出发点本来就是要探求把法律规范与推理和正当化论证结合起来的适当途径，并没有把法律与道德加以严格的区别。把法学教育局限为短视的技艺培训，把法学教育方针归结为庸俗的功利主义，把正义和社会责任贬斥为大词和空话，这是近些年才形成的误区。

矫正法律职业过于强调技术性而造成公共性阙失的偏颇的原动力，应该说是来自公民的尖锐批评。一些舆论调查的数据表明，现阶段的中国，律师的收入让人艳羡，但可信度并不高；对法官的职业威信评分也很低，在有些地方甚至更糟糕，司法腐败正在成为众矢之的。这就必然要把如何防止法律职业悖德行为的问题提上了法学教育的议事日程。正义和道德也可以在法学院里教育吗？如果回答是肯定的，那么怎样才能达到预期的目的？现在到了应该进行这类讨论的时候了。

我希望季卫东的这本著作能够成为激起争议的又一个契机。正如书中指出的那样，法律职业的身份保障等制度安排是与社会责任相结合的，也只有在这样的前提之下才能得到社会的认可。但是，如果正义和道德被抛弃了，只剩下技艺的法律人的行为一旦

被市场原理支配，势必形成垄断利益集团和特权商人。这意味着法律职业的背叛。怎样才能避免这样的结局？相信作者能在相关的后续研究以及在法学院授课的实践中进行全方位的探讨，更深刻地剖析法律商业主义的来龙去脉，并寻找出通过大学法学教育来恢复或加强法律职业的公共性、防止技术性畸形发展的有效途径。

2006 年 12 月于日本神户市

序二

孙笑侠

人世上可能再没有什么职业比律师更充满矛盾的了。这尤其表现在律师的职业责任方面的多重冲突。律师一方面要面对委托人，承担市场意义上的法律义务；一方面要面对国法，承担国家意义上的法律义务；另一方面要面对职业共同体，承担职业（Profession）意义上的法律义务。在中外律师发展历史上，这三方面都曾分别被作为诠释律师职业性质的关键因素。

通过系统的理论梳理之后，李学尧在该书中将律师职业定位的理论归纳为三种类型，一是国家主义，二是职业主义，三是商业主义。继而在此基础上，结合社会调查和大量实践材料，对我国当下的律师定位问题作了深入的描述与反思。

考察中外律师史，这三种定位的一些特点也是意味深长的。

国家主义的律师职业定位大致扮演过或被解释为这样的形象：①国家法律工作者；有时还成为②政府的代表，所谓“官方律师”；甚至③阶级统治的“刀把子”。它具体表现为：法律服务产品由国家统一分配；律师事务所国营化；律师原则上是自治的，特殊情况下与国家或政府的意志存在特殊关系。

作为律师当然最希望的是三方面都兼得：“商业主义”的对价道德、“职业主义”的技术垄断、“国家主义”的权贵地位。这样一来，金钱、技术与权力三种最有诱惑力的财富都集于一身了。当然，随着体制改革与社会变迁，律师的国家公职身份被否定了，可是律师少了一份官方公职地位却还有两项财富可能被他拥有着呢！

商业主义的律师职业定位大致扮演或被解释为这样的形象：①商人；②中介经纪人；③第三产业。持这种观点的律师数不胜数，其内在原理是：法律服务产品由市场决定价格、供需；律师业在特权和地位方面与其他服务性行业没有本质的区别；遵循等价交换的商业伦理，而无需承担社会责任。这样的原理支配下当然会出现唯利是图的律师。

那么，职业主义的律师职业定位看来是最合乎人们先验的法治理想，这种律师职业定位大致被解释为这样的形象：①法庭的官员；②正义的维护者；③公共利益的代表；④公共阶层；⑤作为法官的律师；⑥法律技术员；⑦职业枪手。它遵循的规则是：①由一批获得执业资格的人垄断法律服务市场；②律师既独立于国家，也独立于当事人，对公众利益和普遍正义负有特定的责任；③遵循的是一种英雄式的伦理；或者④律师独立于国家，但对当事人负有积极辩护的义务，即在法律的范围内应当当事人要求

做任何事情；甚至⑤遵循的是一种对公众无责任的技术性伦理。可是这样的定位也是带来诸多问题的，比如律师职业技术性带来的异化，使得律师的职业满意度不断下降，比如容易被某些强势利益主体为实现自身的利益所利用，再如，它还会引发职业伦理与大众道德的频繁冲突。

因此这三种职业定位无论单独抑或结合，都不是最理想的。那么，作为后进国家的中国，其律师的未来在何方？我们该如何解答律师界关于“我（应）是谁”的迷惑呢？李学尧步季卫东教授之后，提出并初步论证了“市民公共领域理论”路径的可能性。当然，他在结语部分的标题是“市民公共领域理论：律师职业定位的理想模式？”——这是一个疑问句。它可能意味着，作者对此种出路是否有效，其自身也并不十分自信。

既然这样，不如结合中国道德文化传统，采纳西方律师制度的出庭律师、诉状律师这样的划分（英美法系作这样的划分，是否具有某种明智选择的鲜为人知的背景？），加上某些国家已有的官方（政府）律师这样的制度，我们可否对我国现有的律师进行分解？即在我国区分三种执业范围的律师，即法庭律师（以技术主义为原理的）、诉状律师（以商业主义为原理的）和政府律师（以国家主义为原理的）。这样是否能够解决律师职业角色的人格分裂和冲突？也便于梳理职业责任关系并建立职业内部的伦理规则？

由于我个人研究计划的缘故，李学尧在他的硕士、博士阶段的六年里一直都在从事法律职业理论的学习和研讨。本书是其博士学位论文基础上进一步修改和补充而成。作为他的导师、该书稿（博士论文）的第一读者，我认为本书在资料梳理与理论创

新方面都具有可取之处。他为撰写这部论著，下了很大的苦功，其作学问的态度是严谨的。但是，也存在诸多纰漏和进一步提升的空间，诸如在资料梳理方面，主要以美国为主；在理论概念的提出中，公共性职业主义与技术性职业主义的划分方面，还值得进一步的推敲，等等。

时间总是给人以错觉，我都无法相信李学尧已经毕业，离开我的身边，独立地到另外一个大学任教了。从他跨入这所大学法律系、我担任他大一的第一堂（门）课——《法理学导论》的任课老师至今，也已经快十一年。而他就在这个美丽的校园里，一直跟我共同度过了十年。至今，我还仍依稀记得，十年以前讨论课上，他站在讲台上结结巴巴、窘迫的样子。如今，他的博士论文，亦即付梓出版。知识改变命运，思想改变世界，我们期待这后一个境界。

2007年3月于杭州