



21世纪法学系列教材

专业通选课系列

法律职业伦理

许身健 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

014009396

D90-053

26



21世纪法学系列教材

专业通选课系列



法律职业伦理

许身健 主编



北航

C1698031

D90-053
26



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律职业伦理/许身健主编. —北京:北京大学出版社,2014.2
(21世纪法学系列教材·专业通选课系列)

ISBN 978-7-301-23448-8

I. ①法… II. ①许… III. ①法伦理学-高等学校-教材
IV. ①D90-053

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第269169号

书 名: 法律职业伦理

著作责任者: 许身健 主编

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-23448-8/D·3456

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 14.75印张 183千字

2014年2月第1版 2014年2月第1次印刷

定 价: 29.00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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

主编简介

许身健，山东青岛人，博士，中国政法大学法学院副院长、原法律职业伦理教研室兼实践教学教研室主任、中国法律文书学研究会秘书长、中国诊所法律教育专业委员会副主任。研究及教学领域为诉讼法学、实践性法学教育、法律职业伦理、司法制度、法律文书



学。主要著作有《刑事程序现代性研究》、《法律实践教学手册》、《电影中的律师职业伦理》、《法心如秤》(法学随笔集)、《完善法学教育》(译著)，论文数十篇、法学随笔近两百篇。2006年7月至12月担任韩国国立庆北大学客座教授，2009年10月在美国麦克乔治法学院、2010年1月至6月在华盛顿法学院担任访问教授，分别在上述法学院授课。

认真对待法律职业伦理

(代序)

法律职业伦理是法律制度的重要组成部分,也是法律职业发展的重要保障。法律职业伦理是法律职业活动中应当遵循的伦理道德规范,具体来说,法律职业伦理是指法官、检察官、律师及公证员等法律职业人员在其职务活动中所应遵循的行为规范的总和。职业伦理的产生与职业所承担的社会责任和公益性有很大的关系。一般认为,职业人员的职务本身带有公益性质,为了保证其公共功能的发挥,防止他们为了一己私利损害社会利益,需要对其职业活动加以职业伦理的规制,以对其职业行为进行规范。具体到法律职业,首先,基于律师等法律职业者的工作具有私密性,他们在从事职业活动中会接触到其他人所接触不到的秘密,如委托人会对律师说出不想其他人披露的事实。其次,基于法律职业的自我要求。就如法国著名伦理学家爱弥尔·涂尔干所言:“职业道德越发达,它们的作用越先进,职业群体自身的组织就越稳定、越合理”。法律职业伦理越严格,遵守程度越高,越有益于公众对该职业的信任,越有益于职业群体的发展。最后,基于法律和社会秩序的要求。法律人掌握法律知识,执行法律,守护法律的运行。倘若法律人没有进行自我约束,反而玩弄法律,那么他们就不但不能履行自己的社会责任,还会严重破坏法律维持社会秩序的功能。

法律职业伦理学是将伦理学原理应用于法律职业领域中的学科。其研究对象具体包括:(1) 法律职业伦理的一般原理。法律职业伦理学从规范伦理学和元伦理学的角度出发,研究法律职业中最核心、最基本的规范和原则,如正义原则、保密原则、勤勉原则等。(2) 法律职业主体的伦理规则。法律职业主体主要包括法官、检察官、律师、公证人员和仲裁人员等。法律职业主体的伦理规则即研究上述法律职业人员在从事法律职业过程中应当遵守的规则,如法官在审判中或审判外应当遵守的公正原则,它包括实体公正和程序公正,为保障程序公正,法官应当遵守回避、平等、独立、公开等具体规则。(3) 法律职业责任。法律职业责任是法律职业人员违反法律和道德规范所应承担的责任。法律职业伦理主要研究法律职业责任的内涵和特征、法律职业责任的含义、法律职业责任的分类、职业责任的构成和责任的具体承担等问题。(4) 法律职业伦理的养成和教育。法律职业伦理的养成和教育就是指对法律职业人进行教育,使法律职业伦理成为法律职业者伦理

意识的一部分,养成自律习惯的过程。法律职业伦理的养成和教育研究的是法律职业伦理养成的规律和途径,法律伦理教育的任务、方法、途径和规律。

关于法律职业伦理学的研究意义。尽管目前在法学和伦理学中,法律伦理学或法律职业伦理学属于边缘性学科,没有得到应有的重视,但是随着司法改革的深入,法律职业伦理的重要性得以显现,法律职业伦理必然将受到重视。因为在法律的实施过程中,法律职业者担负着重要的社会责任,起着保障法律实施的作用。具体而言:第一,法律职业伦理研究有利于拓宽法学和伦理学的研究视野,深化道德与法律问题认识。社会生活各个方面并不是孤立的,学科与学科之间的研究也是如此,单纯在一个学科内的研究是片面的、狭隘的,当代学科的发展趋势是与其他学科的交叉,法律职业伦理学就是法学和伦理学交叉的产物。一方面,法学对于伦理学的借鉴使得法律能够正确反映社会发展的规律,更好地发挥其效果。“礼法合一”、“情法合一”的思路实质上体现了民主精神和良法的本质;另一方面,伦理学对于法学的借鉴也深化了伦理学对具体问题的研究。比如对道德的认识,法学的视角使得伦理学对于道德的认识摆脱了抽象空洞的分析。从法律实践中、法律和道德的关系中对道德的内涵有深入的认识。总之,法律职业伦理学促进了法学和伦理学的繁荣。

第二,法律职业伦理研究有利于法律职业人才素质的提高及法律理想的重建。法律职业伦理学的一项重要内容即为法律职业伦理的内化和教育。现实生活中出现的很多现象和问题都和法律职业伦理教育的缺失有关,例如本篇开头提出的法官和律师在执业过程中和其身份不相符的行为和言论问题。一个法律职业者的伦理缺失损害的不仅仅是其个人利益和形象,更是对这一法律职业群体形象的抹黑,甚者是对司法公信力的抹杀。法律职业者应该是德才兼备的高素质人才。目前法学注重“才”的培养,忽视“德”的教育,法律职业伦理课程的开设,使法学学子和法律职业者能够接受良好的职业规则教育和训练,从根本上提高法律职业人员的素质。法律职业伦理教育可以使法律职业人员认识到自己的社会责任和肩负的法律使命,培养其职业荣誉感和使命感,也有利于法律理想的重建和法律共同体的形成。

第三,法律职业伦理研究有利于推进依法治国进程。法律职业伦理解决了依法治国进程中的两大问题:法治与德治的关系以及法治与人治的关系。依法治国和以德治国并不是对立关系,法律和道德的关系充分说明了这一点;法治与人治也并非水火不容,从根本上讲,法律还是需要人来实施的,法治的过程中不可能完全没有入治,我们需要的是由对法律有信仰的人来实施法律治理。法律职业伦理的研究和运用对于培养法治所需要的法律人有着重要的作用。法律职业主体的法律伦理意识和法律理想有助于促进他们依法办事,公正处理各类案件,解决纠纷,保障法律的贯彻实施。

总之,社会发展和法律职业的自身发展乃至司法改革的成功都要求完善法律职业伦理。我国台湾地区“司法院”院长翁岳生说:“台湾过去所推动的司法改革,往往偏重制度层面的专业问题,事实上,人是影响法制成败极重要的关键,而法律人的职业伦理攸关司法改革的成效。法律人有专业无伦理是盲目的,有伦理而无专业是空洞的,专业和伦理都是司法改革成功的必要条件。”法律人数量最多的美国极为强调法律职业伦理对法律人的规制,美国学者认为法律职业伦理后蕴藏的观点基本上是依循以下逻辑:美国实现民主要靠法治,法治要运作,需要人民对之抱有信心,人民要对法治有信心,必须首先对法律人有信心,要让人民信赖法律人,法律人必须在实际和表面上都没有违反伦理之事。这就是法律职业伦理的重要性。如果逆推上述逻辑:假如法律人的行为导致人民对法律人丧失信心,则多米诺骨牌效应就会发生,民主也就成为镜花水月。其实,许多违反法律职业伦理的不当执业行为,法律人并非有意为之,而往往是出于无知。无知通常会导致违法行为。一个法律人可能因为无知而从事不当执业行为,当发现大错铸成时,只能以新的不当执业行为文过饰非。诚然,单凭法律职业伦理这门课程并不足以将法科生培养成为有道德的法律人,但是法律职业伦理让学生可以了解哪些是可以接受或不可接受的职业行为,或者至少思考一些法律职业伦理的重大问题。正如美国法学院协会主席、法律职业伦理著名教授罗德所说:“专业责任教育的重要性既不该过分夸张,也不该低估。事实上,心理学研究发现,在成人期的早期阶段,处理道德议题的不同教育策略,会有重大影响。教育可以提升学生分析伦理议题、处理情景压力,或面对惩戒制度失灵而造成专业伦理水准低落的能力。一百多个评估伦理课程的研究发现,设计良好的课程可大为提升法律人的道德伦理的能力;其他的研究也同样显示道德判断对行为有影响。”美国法学院所作的统计研究表明,法律职业伦理训练与法律职业伦理行为之间有很大关联。在很大程度上,伦理是可以教导的。罗德教授说:“大多数曾上过法律伦理课的法律人认为,此类课程有助于解决实务上遇到的伦理问题,并赞同伦理课程存在或扩展内容。总之,有强烈的证据显示,专业责任教育的价值比大部分的法律课程来的高。”^①

在西方国家的法学教育中,法律职业伦理是其重要内容。19世纪90年代,美国法学院就已经开设了法律职业伦理课程。“到1915年,81所法学院中有57所开设了相关课程,这些课由法官或著名律师讲授,并且用各种规则,沙斯伍德法官的著作或职业道德规范委员会的报告作为教材”^②。“水门事件”将很多律

^① [美]布莱恩·甘乃迪:《美国法律伦理》,郭乃嘉译,台湾商周出版社2005年版,序言。

^② 转引自袁钢:《高校法律职业伦理课程的调研与分析》,载《法律职业伦理》第1卷,知识产权出版社2013年版,第137—145页。

师牵连到不道德和违法行为中以后,美国律师协会和法学院采取行动改革并加强了法律职业伦理教育。现在法学院将法律职业伦理课程设置为必修课,法科生只有在通过法律职业伦理考试的情况下才能毕业。美国的大部分州都要求学生参加律师职业资格资格考试之前必须通过全国统一的法律职业伦理考试——美洲国际法律职业道德联合考试(MPRE),这无疑是一种促进法科生认真学习法律职业伦理的有效措施。

在我国,长期以来,国内法学教育并不重视法律职业伦理课程,至今这种局面变化不大。国内法学院校尚未认识到法律职业伦理教学的重要性和紧迫性,尚未普遍开设法律职业伦理课程,缺乏合格师资从事该领域教学;至今尚未成立全国性的法律职业伦理学会或者组织;国内从事法律职业伦理研究和教学的专家学者缺少相应平台进行定期交流。虽然1999年《法律硕士专业学位培养方案》中将法律职业伦理作为推荐选修课,但眼下大部分高校还未认识到法律职业伦理教育对于法科生人才培养的重要性,并没有开设相关课程。1998年教育部制定的法学院14门必修的核心课程中,并无“法律伦理”或者法律职业伦理课程,上述规定导致法律职业伦理教育的边缘化。应当承认,法学院系课程讲授中法律职业伦理是个难点,首先,开设该课程的教师往往将法律职业伦理视为一堆抽象的所谓“正义”等空洞观念,意识不到其实它涉及的是具体的行为规则,旨在教会法律人在面临职业道德困境的时候学会如何做出道德选择。其次,开设该课程的教师往往以课堂灌输为主,教学手段单一,提不起学生的兴趣。业内人士建议,法律院校应该将法律职业伦理课程纳入到法学理论课程中去,并在师资力量的配备上予以加强,在教学方法上予以改进,将体验式的教学方式纳入到传统的讲授式的教学方式中,让学生不再仅仅是被动地接受、而是主动地去学习。这样就可以使法律职业伦理知识更好地在法科学生中普及,更有助于法律职业共同体的建设。

一门课程成熟的标志是拥有成熟的教材,法律职业伦理的教学实践也表明编写一本质量上乘的教材势在必行,因此我组织中国政法大学法律职业伦理教研室及实践教学教研室的同事编写了这本教材。参加本书编写的作者有许身健、赵志华、张陆庆、袁钢、郭晓飞、陈宜、刘晓兵、吉雅洁。具体分工是:许身健:导论及全书统筹;郭晓飞:第一章;陈宜:第二章;刘晓兵:第三、四章;赵志华:第五章;袁刚:第六章;吉雅洁:第七、八章;张陆庆:第九、十章。美国律师协会为本书出版提供了出版资助,感谢美国律师协会北京办公室虞平主任以及项目官员谭琪、李重伟所提供的帮助。也要感谢本书责任编辑周菲的精心编辑。

许身健

2013年11月16日于中国政法大学法学院

目 录

导论	(1)
第一章 律师与委托人之间关系规则	(6)
第一节 律师广告的相关规则	(6)
第二节 律师的保密规则	(10)
第三节 利益冲突规则	(13)
第四节 律师的财务保管规则	(18)
第五节 律师收费规则	(19)
第二章 律师与裁判机关之间关系规则	(22)
第一节 律师与公正裁判	(24)
第二节 律师与真实的发现及应遵守的规则	(28)
第三节 律师维护裁判庭廉正性义务的规则	(37)
第四节 律师在诉讼中应遵守的规则	(41)
第五节 律师法庭外言论之规则	(44)
第六节 律师的会见、阅卷、调查取证权规则	(51)
第三章 律师与检察官的关系规则	(58)
第一节 律师与检察官之间的关系概述	(58)
第二节 律师与检察官之间关系的一般规范	(63)
第三节 律师与检察官之间在刑事诉讼中的关系规则	(66)
第四章 律师与同行的关系规则	(71)
第一节 律师与同行之间的关系概述	(71)
第二节 律师与同行关系中的行为规范	(75)
第三节 律师与同行之间的不正当竞争	(82)
第五章 律师与律师事务所之间关系规则	(91)
第一节 律师与律师事务所之间关系规则	(91)
第二节 律师及律师事务所的民事法律责任	(96)
第三节 律师和律师事务所行政法律责任	(102)
第四节 律师的刑事责任	(107)
第六章 公职律师制度与规则	(112)
第一节 公职律师制度概述	(113)
第二节 公职律师职业规则	(118)

第三节	构建我国公职律师制度规则	(125)
第七章	法官职业伦理与职业责任	(134)
第一节	法官职业伦理	(135)
第二节	法官职业责任	(148)
第三节	法官职业伦理的培育	(153)
第八章	检察官职业伦理与职业责任	(158)
第一节	检察官职业伦理	(159)
第二节	检察官职业责任	(165)
第三节	检察官职业伦理的培养	(172)
第九章	公证员职业伦理与职业责任	(177)
第一节	公证人员的职业伦理	(179)
第二节	公证人员的职业责任	(189)
第三节	公证人员职业伦理的培养	(196)
第十章	仲裁员职业伦理与职业责任	(203)
第一节	仲裁人员的职业伦理	(205)
第二节	仲裁人员的职业责任	(215)
第三节	仲裁人员职业伦理的培养	(216)

导 论

一、法律伦理学

(一) 法学与伦理学

1. 法学

法学是研究法律现象的知识体系,是以特定的概念、原则来探求法律问题之答案的学问。^① 法学研究对象是法律以及社会中的法律现象。它既研究法的基本概念、原则、制度等理论性问题,也关注社会生活和社会关系等实践性问题;既研究国内法的制定、结构、内容,也注重国际法的解释和适用。可以说法学研究涉及法的方方面面。

法学可以分为理论法学和应用法学两大类。理论法学主要研究的是法的基本概念、原理和规律。例如法的本质、起源和发展,法的内容与形式,法的效力,法的运行以及法的本体,法与其他社会现象的关系等内容。应用法学主要研究的是国内和国际法的结构和内容,以及它们的制定、解释和适用。例如我们学习的宪法学、民法学和刑法学等。应用法学所关注的同样是法的制定和应用问题,是在具体的学科和实践中研究法的制定和适用,更加强调对法的适用。

2. 伦理学

亚里士多德认为:道德(伦理)是美好人生的必要条件;唯有具备仁慈、慷慨、诚实、正义等德行,人始有可能享有美好的人生。霍姆斯认为,道德(伦理)和法律一样是理性人的产物。在原始社会自然状态,人类本享有着绝对的自由,但是资源有限,会发生敌对斗争状态。理性人为追求长远的利益,要求理性利己,而这个理性利己的标准渐成道德(伦理)。道德(伦理)对个人生活乃至社会、国家的重要性是进行伦理研究的必要性之所在。

伦理学是关于道德问题的学问,它研究的是道德的发生、发展以及一般规律的学问。^② 道德与伦理二字究竟有没有不同,有何不同?一说认为伦理是群体的规范,用以规范特定团体或群体中成员行为;而道德则是个人内心对于自己品行修养的约束和要求。但是不论是在实践中还是研究中,伦理和道德的往往是等同的。本书在讨论具体问题时,对两者不作区别。

① 舒国滢:《法理学导论》,北京大学出版社2009年版,第1页。

② 李建华等:《法律伦理学》,湖南人民出版社2006年版,第3页。

伦理学可以分为理论伦理学和应用伦理学。理论伦理学研究道德的原理或者规律;应用伦理学则是将这些原理或规则适用于现实生活和社会中的科学。规范伦理学和元伦理学都是伦理学的基本理论形式。其中,规范伦理学是关于义务和价值合理性问题的一种哲学研究,为美好生活而探索正确适当的伦理准则;元伦理学是以逻辑和语言学的方法来分析道德概念、判断的性质和意义,研究伦理词、句子的功能和用法的理论。法律伦理学既属于伦理学的研究范畴也属于法学的研究范畴,但均未受到法学和伦理学的重视。

(二) 法律伦理学的界定

法律伦理学是一门交叉学科,是法学和伦理学之间的交叉。法律和道德同为社会产物,两者有许多不同之处:法律是由国家制定和认可,道德则是在社会生活中形成的价值观念和行为规范;法律往往成文,道德则存在于人们的心中;道德调整的范围较法律要广,调整较法律更有高度;法律由国家强制力保障实施,道德依人们内心自治和社会舆论加以实施;等等。但法律与道德也有相似之处,两者并非一成不变,可相互转化,存在交叉和包容现象。一个法治国家仅有法律是不够的。《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。”中国古代哲人孟子也说过“徒法不足以自行”,强调的就是法律和道德的联系和相互促进的作用。^①

法律伦理学是研究法律现象中的伦理问题的学科。要对法律伦理学的概念和内涵有清晰的定位和认识需要明确以下几个概念:

(1) 法律伦理学与伦理法学。两者应不属于同一范畴。法律伦理学研究的是法律现象中的伦理问题,是以伦理学的研究成果向法学的延伸和交叉,侧重点在伦理学。其研究的范围包括立法、执法、司法和守法中的伦理问题,也包括实体法和程序法中的伦理问题。伦理法学研究的是伦理中的法律问题,其侧重点应在于法律。同为法学和伦理学交叉的产物,法律伦理学和伦理法学的出发点和侧重点均不相同,不可混为一谈。

(2) 法律伦理学与职业伦理学。法律伦理学研究法律中的伦理问题,既研究法律中的一般的法律活动参与者的行为伦理,也关注专业法律人士在法律活动中的伦理问题。职业伦理学(也称专业伦理学)是研究伦理原则应用于专业领域(如医生、新闻、法律等)的学科,其属于伦理学中应用伦理学的范畴。法律伦理学和职业伦理学在研究法律职业人方面存在交叉和重叠。

(3) 司法伦理学与法律职业伦理学。两者区分的关键在于“司法机关”与“法律职业”的区分。我国司法机关包括人民法院和人民检察院,律师和公安机关均不属于司法机关;法律职业的范围包括法官、检察官、律师、公证员、仲裁员

^① 李本森:《法律职业伦理》,北京大学出版社2005年版,第2页。

等。可见,法律职业伦理学的范围要大于司法伦理学。在西方,狭义的法律伦理学指的即是法律职业伦理学。

二、法律职业伦理学的研究对象

法律职业伦理是法律职业活动中应当遵循的伦理道德规范。具体来说,法律职业伦理是指法官、检察官、律师等法律职业人员在其职务活动中与社会生活中所应遵循的行为规范的总和。^① 职业伦理的产生与职业所承担的社会责任和公益性有很大的关系。有的认为职业人员的职务本身带有公益性质,为了保证其公共功能的发挥,防止他们为了一己私利损害社会利益,需要在这个职业中强调职业伦理,以对其行为进行规范。具体到法律职业,首先,基于法律工作者的工作具有私密性。他们在从事专业活动中会接触到其他人所接触不到的秘密,如委托人会对律师说出不想对法院、亲戚朋友说出的事实。其次,基于法律职业的自我要求。就如法国著名伦理学家爱弥尔·涂尔干曾说过:“职业道德越发达,它们的作用越先进,职业群体自身的组织就越稳定、越合理”,法律职业伦理越严格,遵守程度越高,越有益于公众对这个职业的信任,越有益于职业群体的发展。最后,基于法律和社会秩序的要求。法律人掌握法律知识,执行法律,守护法律的运行。倘若法律人没有进行自我约束,反而玩弄法律,其不仅没有履行自己的社会责任,还会严重破坏法律维持社会秩序的功能。

法律职业伦理学是将伦理学原理应用于法律职业领域中。其研究对象具体包括:

(1) 法律职业伦理的一般原理。法律职业伦理学从规范伦理学和元伦理学的角度出发,研究法律职业中最核心、最基本的规范和原则,如正义原则、保密原则、勤勉原则等。

(2) 法律职业主体的伦理规则。法律职业主体主要包括法官、检察官、律师、公证人员和仲裁人员等。法律职业主体的伦理规则即研究上述法律职业人员在从事法律职业过程中应当遵守的规则,如法官在审判中或审判外应当遵守的公正原则,它包括实体公正和程序公正,为保障程序公正,法官应当遵守回避、平等、独立、公开等具体规则。

(3) 法律职业责任。法律职业责任是法律职业人员违反法律和道德规范所应承担的责任。法律职业伦理主要研究法律职业责任的内涵和特征、法律职业责任的含义、法律职业责任的分类、职业责任的构成和责任的具体承担等问题。

^① 李本森:《法律职业伦理》,北京大学出版社2005年版,第9页。

(4) 法律职业伦理的养成(也称内化)和教育。法律职业伦理的养成和教育就是指对法律职业人进行教育,使法律职业伦理成为法律职业者伦理意识的一部分,养成自律习惯的过程。法律职业伦理的养成和教育研究的是法律职业伦理养成的规律和途径,法律伦理教育的任务、方法、途径和规律。

三、法律职业伦理学的研究意义

目前在法学和伦理学中,法律伦理学或法律职业伦理学均属于边缘性学科,很少受到重视,但是随着改革的深入,法律重要性的显现,法律职业伦理必然将受到重视。因为在法律的实施过程中,法律职业者担负着重要的社会责任,起着保障法律实施的作用。

第一,法律职业伦理研究有利于拓宽法学和伦理学的研究视野,深化道德与法律问题认识。社会生活各个方面并不是孤立的,学科与学科之间的研究也是如此,单纯在一个学科的研究是片面的、狭隘的,当代学科的发展趋势是与其他学科的交叉,法律职业伦理学就是法学和伦理学交叉的产物。一方面,法学对于伦理学的借鉴使得法律能够正确反映社会发展的规律,更好地发挥其效果。“礼法合一”、“情法合一”的思路实质上体现了民主精神和良法的本质。另一方面,伦理学对于法学的借鉴也深化了伦理学对具体问题的研究。比如对道德的认识上,法学的视角使得伦理学对于道德的认识摆脱了抽象空洞的分析。从法律实践中、法律和道德的关系中对道德的内涵有深入的认识。总之,法律职业伦理学促进了法学和伦理学的繁荣。

第二,法律职业伦理研究有利于法律职业人才素质提高及法律理想重建。法律职业伦理学的一项重要内容即为法律职业伦理的内化和教育。现实生活中出现的很多现象和问题都和法律职业伦理教育的缺失有关,例如法官和律师在执业过程中和其身份不相符的行为和言论问题。一个法律职业者的伦理缺失损害的不仅仅是其个人利益和形象,更是对这一法律职业群体形象的抹黑,甚者是对司法公信力的抹杀。法律职业者应该是德才兼备的高素质人才。目前法学注重“才”的培养,忽视“德”的教育,法律职业伦理课程的开设,使法学学子和法律职业者接受良好的职业规则教育和训练,从根本上提高法律职业人员的素质。法律职业伦理教育使法律职业人员认识到自己的社会责任和肩负的法律使命,培养其职业荣誉感和使命感,利于法律理想的重建和法律共同体的形成。

第三,法律职业伦理研究有利于推进依法治国进程。法律职业伦理解决了依法治国进程中的两大问题:法治与德治的关系以及法治与人治的关系。依法治国和以德治国并不是对立关系,法律和道德的关系充分说明了这一点;法治与人治也并非是非水火不容,从根本上讲,法律还是需要人来实施,法治的过程中不

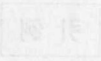
可能完全没有人治,我们需要的是对法律有信仰的人来实施法律治理。法律职业伦理的研究和运用对于法治所需要的法律人的培养有着重要的作用。法律职业主体的法律伦理意识和法律理想促进他们依法办事,公正处理各类案件,解决纠纷,保障法律的贯彻实施。

第一章 导 论

一、法律职业伦理的概念与意义

法律职业伦理是指法律职业人员在从事法律职业过程中应当遵循的行为准则和道德规范。它是法律职业的特殊性所决定的,也是法律职业对社会公众承担责任的体现。法律职业伦理的研究和运用,对于提高法律职业队伍的素质,维护法律的尊严和权威,保障社会的公平正义,具有重要的意义。

一、是否将律师广告公开



John R. Bates 和 Van O. Stern 最近发表了关于律师广告的文章,并回顾了法律职业广告的发展历史。1974 年,美国律师协会 (ABA) 通过了《律师广告规则》(Rules of Professional Conduct), 允许律师在广告中宣传自己的法律业务。这一规则的出台,标志着法律职业广告进入了一个新的阶段。然而,关于是否应该将律师广告公开,一直存在着激烈的争论。支持者认为,公开律师广告有助于提高法律服务的透明度,方便当事人寻找合适的律师。反对者则认为,公开律师广告可能会导致不正当竞争,损害法律职业的声誉和尊严。

第一章 律师与委托人之间关系规则

本章学习目标

1. 掌握律师广告的相关规则。
2. 掌握律师保密规则的基本内容。
3. 掌握利益冲突的类型和基本规范。
4. 律师的财务保管规则。
5. 律师收费规则。

第一节 律师广告的相关规则

在现代律师制度发源地的英国,律师职业被认为和僧侣的宗教工作一样,带有神圣的色彩,不是一种谋生的手段,律师如果做广告就会凸显出商业色彩,淡化了公共服务的精神,有悖于“绅士之道”。受这种传统的影响,1959年《德意志联邦共和国律师法》第2条规定:“律师的活动不具有经营的性质”。所以长时间以来,禁止律师做广告就成为律师职业行为规则的重要内容。1908年美国律师协会的道德准则规定,通过广告或者传单来招揽客人的方式是不符合职业要求的,合适的做法是通过职业能力所建立起来的好的口碑。这种对律师广告的禁止一直持续到上个世纪70年代。1977年美国联邦最高法院在贝茨诉亚利桑那州律师协会(Bates v. State Bar of Arizona)一案中判决,律师广告是一种商业言论,受美国《宪法第一修正案》的保护。对于这个案件中争议的梳理,可以帮助我们更深入地理解职业行为规则在律师广告问题上的态度转变是如何发生的。

一、是否允许律师做广告的争议

引例

John R. Bates 和 Van O Steen 在亚利桑那州获得律师的执业资格,并且都是亚利桑那州律师协会的会员,1974年他们在凤凰城开办律师事务所,名字叫做法律诊所(legal clinic)。他们的主要客户是收入微薄但是又没有资格获得政府法律援助的人,他们接受的仅仅是没有争议的离婚、收养以及简单的个人破产等

案件。他们设定的价格比较低,所以靠的是大量的案件流量开展业务。1976年2月22日,他们在亚利桑那共和报上做了一则广告,在广告中列出法律服务的内容和价格。亚利桑那州律师协会认为他们违反了禁止做广告的规则,后来两人在惩戒程序中被处暂停执业。他们向亚利桑那州最高法院提出上诉,认为禁止广告的规则因为限制竞争而违反《谢尔曼法》,并违反了《宪法第一修正案》。亚利桑那州最高法院裁定这两个人败诉,后来案件被上诉到联邦最高法院。

联邦最高法院考虑了以下几个问题^①:

(1) 对职业化的不利影响问题。反对广告者认为,广告将带来商业化,让委托人意识到律师的营利动机,会破坏对律师的信任,也损害了公共服务精神,玷污了律师形象。法院认为律师没有必要隐瞒靠执业而谋生的事实,律师协会也建议律师和当事人就费用问题达成明确的协议。银行家、工程师也在做广告,并不影响到他们的职业尊严。

(2) 律师广告的误导性问题。反对律师广告的人认为律师服务是个人化的,很难通过广告加以比较,消费者不能通过广告知道需要什么样的服务,而且广告会强调技术外的不相干的因素。法院认为律师广告并不必然具有误导性,禁止广告限制了消费者获得相关信息的权利,不应该把他们蒙在鼓里,而且也不能低估大众的智商。

(3) 对司法不利影响的问题。反对律师广告者担心广告会产生教唆诉讼的问题。法院认为即使广告增加了诉讼,那也比让人们在沉默中忍受权利被侵犯要好。人们担心律师费和找不到合适的律师,律师广告有助于解决这一问题。

(4) 律师广告在经济上的不利影响问题。反对广告的一方认为律师广告所产生的费用可能会被转嫁给委托人,而因为费用所形成的准入障碍,造成年轻律师难以进入市场。法院认为广告完全有可能减少而不是增加法律服务的成本,禁止广告才会强化法律服务市场上既得利益者的地位。

(5) 律师广告对服务质量影响的问题。反对律师广告者认为律师在固定价格上提供“标准”服务,难以和委托人的需要相匹配。法院认为对广告的限制不能打击伪劣服务,关于标准收费的广告并不必然意味着服务一定是“标准化”的。

(6) 执行上是否存在困难的问题。反对律师广告者认为,公众并不熟悉法律事务,容易受到误导,律师广告众多,很难加以监督。法院认为绝大多数律师会维护职业的正正当性,其他律师会揭露有不当行为的律师。

^① 关于这个案件的讨论和接下来的争点梳理引自王进喜:《美国律师职业行为规则:理论与实践》,中国人民公安大学出版社2005年版,第168—171页。