

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [法理学](#)本层分类: | [法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 法理学](#)

## 关于律师职业独立的思考

阅读次数: 600 2006-11-27 10:02:00

### 关于律师职业独立的思考

(冉井富)

#### 一、律师职业独立的基本含义

在利益高度分化的现代社会, 律师的从业活动必然会影响到多方面的利益。概括起来, 这些利益主要有三种类型: 当事人的利益、公共利益、律师自己的利益。理论上和实践中正确处理律师职业和这些利益的关系, 是健全律师职业伦理、完善律师执业制度所必须的。而理论上和实践中对这种关系的处理, 就是所谓的律师独立性的问题。

所谓律师职业的独立性, 概括地说, 是指为实现特定角色分工, 履行特定的职业功能, 而要求律师对各种利益保持着一定的独立性、中立性或者超然性。具体地说, 在现代社会的实际情境中, 律师独立性的基本要求主要体现为四个方面:

1、律师应当是一种特殊的、独立的职业, 承担着特殊的社会功能。律师职业的独立性体现为, 律师不隶属于其他职业, 尤其是不隶属于国家机关, 不是国家公职人员。律师所承担的特殊社会功能在于为社会不特定当事人提供法律服务, 促进法律制度正常运行, 促进法律的有效实现。间接地说, 一方面, 由于法律是以权利义务的方式来调整社会生活的, 许多重大的、基本的社会关系都是法律调整的对象, 因此, 促进法律的实现, 在很大意义上也就是促进公民和法人各项权利的实现; 另一方面, 在现代社会中, 法律是在国家—社会, 或者公权机关—私主体这样的二元框架中运行的, 律师以独立的身份提供法律服务, 有助于

缓和公私主体之间的冲突，尤其是有利于限制公共权力机关的恣意，维护相对弱势的私主体的权利和利益。

2、律师应当是专业性、垄断性的职业。现代法律日益精细复杂，法律业务具有很强的专业性、技术性，律师作为专门提供法律服务的职业，专业性是其实现社会功能的必然要求。而垄断性则出于两方面的需要，一是通过职业准入和业务垄断，可以保证从事法律服务的人员的专业性水平；二是防止非律师人员从事法律业务，保证了法律服务人员在身份上的独立性。

3、律师的业务活动不受公共权力机关的管理和干涉。这是现代社会中国家—社会二元结构的要求，因为只有排除公共权力机关的管理和干涉，才能实现律师对公共权力机关的监督，才能有效协调公私主体之间的冲突。为了保证这一点，律师的独立性要求实现行业自治，由作为行业自治组织的律师协会自由地管理其自身事务，而不受外来干预。

4、律师在代理当事人从事法律活动时，能够根据自己的法律技术、执业经验和道德立场进行独立判断和操作。这里的独立包括两个方面，一是在法律专业知识的运用方面的独立，二是在道德立场上的独立。由于这两个独立，使得律师一方面要为当事人的利益服务，要听从当事人的判断和指示；另一方面，律师又不能做当事人的附庸，不能违背自己的法律立场和道德立场。

5、律师在利益上应具有超然性，即律师提供法律服务，除了按规定收取报酬外，不应当再有其他利益追求。在实践中，主要包括两方面的要求，一是要求律师的报酬不应当和案件的诉讼结果发生联系；二是律师不得代理和自己存在特殊利益关系的法律业务。

上述五个方面是律师独立性的基本要求，这些要求满足得越多，律师的独立性就越强。但是在理论上，人们对律师是否应当具有独立性，或者在哪些方面应当具有独立性，具有不同的看法。从制度上来看，世界各国都对律师的独立性予以一定的认可，但是认可的程度和形式又存在一定的差异。

## 二、律师独立性的理论争议

律师独立性问题在理论上存在很多争议，其中一个主要的争议是律师是否应当独立于当事人。这个问题主要是要回答和处理律师在当事人、法律和道德之间的立场选择问题。“受人之托，忠人之事”，在很大程度上，律师和当事人之间是一种有偿的委托雇佣关系，忠于当事人的利益应当是委托雇佣关系中的基本道德要求。但是，律师除了具有被委托人身份外，还有着促进法律实现、维护社会正义的社会期待，因此，当当事人的要求和法律的要求、公共道德要求相违背时，律师如何选择就成了一个伦理难题。举几个例子来说：如果原告起诉被告借钱不还，但是丢失了借据，律师作为被告的代理人是否应当做原告证据不足的答辩？律师在和犯罪嫌疑人的交流中，知道了犯罪嫌疑人的犯罪证据，律师是否应当举报？或者，更极端地说，为了保证官司的胜诉，律师是否可以煽情的方式误导陪审团？是否可以实施证据突袭或者教唆证人？等等。

我们看到，在英美法系国家，律师更忠实于代理人，对于公共的政治和道德立场，律师具有更超然的地位。换言之，在律师—当事人关系中，律师的独立性比较弱。对此，一些学者进行了理论上的辩护。例如，弗里德曼在《对抗制中的律师伦理》一文中提出，对抗制的诉讼模式必然导致律师忠实于当事人的立场。因为对抗制模式发挥作用的机制在于，控辩双方分别从各自的立场运用最充分的证据进行最有力的对抗。由于当事人不知道什么样的材料在诉讼中 useful，所以只能将更多的信息和材料交给律师，律师从中选择有利于委托人的证据用于法庭。假如律师揭露当事人的虚假陈述，势必失去当事人的信任，那么律师就很难再从当事人那里得到充分的信息，于是对抗制难以有效运行。而对抗制模式的实行，又有利于实现对公权力的制衡，有利于维护犯罪嫌疑人的基本权利。

帕普则从当事人自治的角度论证了律师的政治中立和忠实于当事人的必要性，提出了律师的“超道德的伦理角色”。他认为在民主社会里，法律赋予人们一系列的自治权利，为了有效地享有这些权利，人们需要获得对法律具有精深的理解的律师的帮助。如果律师在提供帮助的过程中，不尊重当事人的目的和利益，或者成了审查当事人目的和利益的检查员，或者拒绝帮助实现当事人自己确定的目的，那么就侵害了当事人的自治权利，成了人们实现法律权利的障碍。总之在民主社会中，如果律师抛弃了政治中立的立场，那就是一种反民主的因素。

但是，也有不少学者反对律师的道德中立或者政治中立。鲁般等学者认为，弗里德曼关于对抗制要求律师道德中立的结论仅仅适合刑事诉讼，但是对民事诉讼甚至非对抗的非诉讼业务则在逻辑上是不适合的。弗里德曼首先假定，对抗制是发现真相的最佳机制，是维护人权的最有力制度，在当事人和律师之间形成了有价值的关系，等等。然而，这些假定本身是成问题的。西蒙的意见更极端，他认为，即便在刑事诉讼中，弗里德曼的主张也是不成立的。他说，孤立的个人面对巨大的利维坦的想像是容易令人误解的。尽管很多被告人有很多朋友，但是我们仍然认为他们是很孤立的。然而，什么是国家？国家需要面对很多被告人，此外还有其他的很多事务需要处理。因此，准确的情形应当是，被告人面对的不是强大的国家，而是不断被折磨的、超负荷运行的官吏。

针对帕普的当事人自治的理论，西蒙指出，当事人自治不是唯一的价值，有些时候，当我们维护当事人自治的价值时，却伤害了其他人，比如刑事诉讼中的被害人。诺德认为，在大多数案件中，关注当事人的自治是不现实的。诺德承认在刑事辩护和公益法中，当事人自治的权利是非常重要的。但是在很多案件类型中，如果当事人是一个组织时，维护当事人自治权利的推论就显得不合逻辑。

戈登在一篇题名为“律师的独立性”的论文中提出，对于那些秉持着无益于国家的政治立场的当事人，律师应当保持一定的独立性。在戈登看来，独立于当事人的辩护除了忠实于当事人的利益以外，还应当忠实于一定的道德价值、法律价值、政治价值以及宗教价值。托克维尔、布兰迪斯、涂尔干、帕森斯等人的思想形成了一个传统，认为律师服务的社会功能在于协调自私的当事人利益和体现于法律之中的公共利益之间的冲突，戈登的论文延续了这个传统，并且最大程度地发展和阐明了这一思想。埃博则提出了针锋相对的观点，认为律师就是一个利己主义的经济主体，律师职业化的要求和商业伦理之间并无多大差异。商业的目标是从需求的一方，通过提供吸引人的产品或者价格来占领市场，而职业化则是通过职业准入从供给一方来占领市场。奥舍尔则对这两种观点都提出了批评。他分析说，在法国、德国等国家，长期占支配地位的权力和权威是国家机关，于是律师倾向于对当事人保持独立但是却和相应的官僚机构结盟；相反在美国，社会上占支配地位的是私人部门，比如商界、金融界等，因此律师倾向于和商业当事人结盟而对国家机关保持独立。因此，奥舍尔指出，戈登和埃博在方法论上都是幼稚的，只是从应然的角度提出主张，看不到社会的现实的权力结构对律师权力的决

定性作用。

### 三、律师独立的制度保障

关于律师独立性的问题虽然存在理论上的争论，但是根据前面的讨论可知，争论主要集中于律师应当针对哪一种利益保持独立性，以及保持独立性的程度等问题，基本上没有完全反对律师独立的。反映在制度上，世界上大多数国家都对律师的独立性给予了一定的保障，区别只是在程度上和某些具体内容上。归纳起来，这方面的制度保障主要有如下四个方面：

#### 1、业务垄断

限制非律师从事一定范围的法律服务，规定某些法律服务只能由律师承担，是国际上比较通行的做法。但是，相比较而言，这种限制的严格程度和范围在不同国家又有具有一定的差异。国际律师协会《国际律师职业道德守则》第20条规定：“律师不得允许他们的专业服务或名称被任何未得到合法授权从事法律执业的人士使用。律师不得授予任何非受雇于或受控于他们的未获得合法资格的人士任何职权，而在律师执业的国家，根据法律或惯例，这些职责只有合格的律师才可行使。”美国在这方面的规定更详尽，如“律师或律师事务所不能同非律师共享律师费用”，“如果合伙关系建立后要从事的工作是法律工作的话，律师不能同非律师组成这种合伙关系”。“在进行法律服务时，律师不能允许推荐、雇佣或给付律师费的人来左右律师的行为，而推荐、雇佣或给付律师费的这个人他本身不是委托人，而是替别人委托的”等等，这实际上就是不允许律师把律师费用给所谓的介绍人，不允许与一些职权部门及拥有职权的人建立任何的合作关系。日本《律师法》也有禁止律师和非律师合作的规定。总之，律师为了保持职业的独立性，应该拒绝任何来自非律师的对其职业行为的指示，律师提供法律服务的方法可以变化，但是，律师保持其职业独立性的原则是不能改变的。

#### 2、行业自治

联合国《关于律师作用的基本原则》第24条规定：“律师应有权成立和参加由自己管理的专业组织以代表其自身利益，促进其不断受到教育和培训，并保护其职业的完善。专业组织的执行机构应由其成员选

举产生并应在不受外来干涉情况下行使职责。”第25条规定：“律师的专业组织应与政府合作以确保人人都能有效和平等地得到法律服务，并确保律师能在不受无理干涉情况下按法律和公认的职业标准和道德向其当事人提供意见，协助其委托人。”在律师业发达的国家，成立律师协会，由协会对律师行业进行行业自治是一个普遍的做法。

### 3、保守职业秘密的免证特权

所谓职业秘密，是指从事某种职业的人，因为执行业务或者身份而知得他人的秘密。律师在执业过程中所知晓的当事人的秘密，属于职业秘密的一种类型。对这种职业秘密，大多数国家都从两个方面做出了规定。一方面规定，律师具有保守职业秘密的义务；另一方面规定，律师对这种秘密享有免证特权。比如，日本《律师法》第23条规定：“律师或曾任律师的人对保守由其职务上所得知的秘密，享有权利、负有义务。但法律另有规定时不在此限。”法国1972年6月9日第468号法令规定：“律师绝对不得泄漏任何涉及职业秘密的事项。”德国《刑事诉讼法典》第53条中规定，被告人的辩护人因执行辩护职务经他人告知的秘密事项或因执行辩护职务而知道的事项有拒绝作证的权利。意大利《刑事诉讼法典》第200条中规定，律师、法律代理人等没有义务就因自己职务或职业原因而了解到的情况作证。英国普通法认为，律师和当事人之间的口头或书面通讯，具有特权性质，但必须是为了取得合法的法律意见而作的通讯。在美国，律师和法官关心其切身利益，首先确立的职业秘密特权便是律师—当事人特权，虽然这是普通法特权，但有的州甚至以制定法的形式予以明确。此外，联合国大会1990年批准的《关于律师作用的基本原则》第22条也作了类似的规定：“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联系和磋商均属保密性的。”

但是，在大陆法系的国家或者地区，律师免证特权的范围通常也受到一定的限制。意大利《刑事诉讼法典》第200条第二款规定：“如果法官有理由怀疑上述人员（指基于特殊职业关系而主张特权的人员——引者注）关于免证义务的声明是无根据的，他可以进行必要的调查。如果查明确无根据，则命令提供证言。”该法典第204条第一款规定：“与旨在颠覆宪政制度的犯罪有关的事实、情报或文件不得列为第201条、第202条和第203条规定的秘密之列。如果以秘密为理由提出异议，法官对有关犯罪的性质做出确定。在提起刑事诉讼之前，负责初期

侦查的法官根据当事人的请求做出有关决定。”台湾地区《刑事诉讼法典》第183条规定：“证人拒绝证言者，应将拒绝之原因释明之。但于第一百八十一条之情形（指因陈述对自己或亲属不利而主张特权——引者注），得命具结以代释明。拒绝证言之许可或驳回，侦查中由检查官命令之，审判中由审判长或受命推事裁定之。”澳门地区《刑事诉讼法典》第122条第二款规定：“如果有理由怀疑（基于职业秘密的）推辞之正当性，处理该附随事项之司法当局须进行必需之调查；如在调查后结论系该推辞属不正当，则该司法当局须命令作证言或声请法院命令作证言。”该法典第124条第三款规定：“如证人提出有关事实构成本地区机密，则此机密应在三十日期间内透过有关权限之当局确认；如经过三十日而未获确认，则应作证。”

在英美法系的普通法中，也通过判例确定了律师职业秘密特权的例外。例如，美国弗吉尼亚东区法院1967年在有关赖德一案以及其他案件中，确立了律师—当事人特权不适用于帮助违法犯罪行为的法律咨询和犯罪—欺诈的例外。

#### 4、利益中立

法律服务是有偿的，因此律师在执业活动中不能避免自身的利益追求。但是，为了保证律师有一个超然的地位以追求或者维护法律、人权、伦理的价值需要，许多国家对律师在执业中的利益追求给予了严格的限制。这种限制包括两种方式，一是制定严格的律师收费制度，尤其是规定律师的酬金不得和诉讼的结果联系起来。在这方面，德国的制度堪称典型。二是规定律师应当从业清廉。比如，日本《律师法》第26条规定：“律师不得就受委托的案件从对方接受利益，或向其要求或约定利益。”在苏格兰和威尔士，出庭律师如果为了获得委托而向他人送礼或提供回扣，是最严重的违反职业道德的行为，如果被发现，可能要被取消出庭律师资格。

但是，对律师收费和诉讼的结果的关系这个问题，美国实行的是完全相反的做法，即实行所谓的胜诉酬金制。综合起来看，这种制度的实行是有利有弊的。一方面，胜诉酬金制解决了很多穷人无钱打官司的难题。但是另一方面，由于诉讼的结果和律师的收入联系起来，于是极大地调动起了律师的两种积极性，一是唆使当事人起诉的积极性，使得案件数量增加；二是在诉讼过程中为了争胜而不择手段。由于这种后果，

胜诉酬金制成为美国一些人士的批评对象，他们认为，该制度使得律师队伍整体上道德滑坡，增加了整个社会好斗的、不宽容的气质。

#### 四、我国的律师独立问题

在我国，《律师法》、诉讼法、《刑法》等法律中没有出现“律师独立”、“律师职业独立”或“律师执业独立”这样的词语，但是，中华全国律师协会2002年3月颁布的《律师职业道德和执业纪律规范（修订）》中首次出现了“律师应当恪守独立履行职责的原则”这一规定，这表明，律师职业独立问题已经进入了有关部门的视野。虽然此前正式的法律文件没有使用“独立”这样的词汇，但是实际上存在着有关这一问题的规定。下面从五个方面分述之。

##### 1、关于业务垄断

在我国，无论从制度上看，还是从实践中看，律师对法律服务业务具有一定的垄断性，但是垄断程度不是很高。根据司法部1993年8月发布的《关于公民个人未经批准不得从事有偿法律服务的批复》，除律师事务所、公证处、基层法律服务所和经司法行政机关批准的其他社会法律咨询服务机构外，其他任何单位和个人未经司法行政机关批准，均不得面向社会提供有偿法律服务。根据司法部1997年3月发布的《乡镇法律服务收费管理办法》，除了刑事诉讼和申诉业务以外，基层法律工作者基本可以提供律师可以提供的法律业务。对基层法律服务工作者以外的非律师人员，也可以提供各种法律服务，只是不得牟取经济利益。根据《律师法》第46条的规定：“冒充律师从事法律服务的，由公安机关责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处五千元以下罚款、十五日以下拘留。没有取得律师执业证书，为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处违法所得一倍以上五倍以下罚款。”

##### 2、关于行业自治

根据1980年颁布的《律师暂行条例》，我国于1986年7月成立了中华全国律师协会，该协会是社会团体法人，是全国性的律师行业自律性组织，依法对律师实行行业管理。凡中华人民共和国律师均为本会会

员，地方律师协会为本会团体会员。中华全国律师协会现有团体会员31个（即各省、自治区、直辖市律师协会），个人会员近11万人。

根据发达国家的通行做法，成立律协的目的，在于加强行业自治，使律师独立于公权机关。但是，截止目前，律师协会在这个目的上的作用还比较有限。首先，许多律师管理工作目前仍然是由司法行政部门来承担。其次，由于大多数地方的律师协会没有自己独立的组织机构，与同级司法行政机关律师管理部门合署办公，一套人马，两块牌子。因此，在这些地方，律师协会与行政机关也就很难区分。要实行行业管理，就必须改变这种局面，加强律师协会的组织建设和制度建设。

### 3、关于执业活动的独立性

总体而言，我国的律师制度和职业伦理更强调律师在律师—当事人关系中的独立性，更强调律师法律和道德价值取向。这一点在关于律师在执业活动中的独立性的有关规定中具有明显的体现。《刑事诉讼法》和《律师法》分别规定，律师担任刑事辩护人的，应当根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。换言之，律师接受委托或者指定担任刑事辩护人后，应当根据自己的法律知识和道德立场，根据案件的实际情况，独立地决定如何开展辩护活动。《律师法》第29条第二款规定：“律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。”

中华全国律师协会2002年3月颁布的《律师职业道德和执业纪律规范（修订）》第27条进一步做出全面和明确的规定：“为维护委托人的合法权益，律师有权根据法律的要求和道德的标准，选择完成或实现委托目的的方法。对委托人拟委托的事项或者要求属于法律或律师执业规范所禁止的，律师应告知委托人，并提出修改建议或予以拒绝。”第40条又规定：“律师应当恪守独立履行职责的原则，不因迎合委托人或满足委托人的不当要求，丧失客观、公正的立场，不得协助委托人实施非法的或具有欺诈性的行为。”

### 4、关于保守秘密和免证特权

同样，我国在关于保守秘密和免证特权的规定上，也体现了公共利益的价值倾向，并且十分显著。关于保守秘密的义务，《律师法》第33条规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”第44条规定，律师泄露当事人的商业秘密或者个人隐私的，由省、自治区、直辖市以及设区的市的人民政府司法行政部门给予警告，情节严重的，给予停止执业三个月以上一年以下的处罚；有违法所得的，没收违法所得。《律师职业道德和执业纪律规范（修订）》第8条规定：“律师应当严守国家机密，保守委托人的商业秘密及委托人的隐私。”我们看到，在这些规定中，应当保守的当事人的秘密仅仅限于“商业秘密”和“隐私”，应当说这个范围是非常窄的，比如说，那些不利于当事人的犯罪证据就不在保密的范围之内。

此外，我国不仅没有规定免证特权，反而通过《刑法》、《刑事诉讼法》和《律师法》规定了作证义务。其中，1996年颁布的《律师法》第35条规定，律师在执业活动中不得“提供虚假证据，隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据”；1997年，修改后的刑事诉讼法开始施行，这部法律第一次规定了律师涉及证据的法律责任，其中包括刑事法律责任；1999年，修改后的刑法开始施行，其中的第306条是专门用来制裁严重违法的执业律师的条款，包括三个子罪名：毁灭证据罪、伪造证据罪和妨害作证罪。正是这些个规定，成为律师执业中的“定时炸弹”，每年使得大量的律师身陷牢狱之灾，律师们对刑事案件也因此敬而远之，一时之下，律师的执业环境严重恶化，律师群体整体上有被边缘化之虞。吕途在《中国律师刑事辩护的现状对策》一文中，运用一定的经验材料，对当前律师刑事辩护执业活动的处境进行了描述和分析，并得出如下几点结论：（1）全国和北京的统计数据表明，律师参与刑事辩护的数量越来越少，呈下降趋势。（2）律师辩护权空虚化。这主要是由于“六难”所致，即接受委托难、提供帮助难、会见犯罪嫌疑人难、调查取证难、阅卷难和法庭辩护难。（3）辩护律师的执业风险较大。司法实践中，基于《刑法》第306条和《刑事诉讼法》第38条有关辩护律师伪证罪的规定，发生大量律师被抓的现象。根据全国律师协会的统计，自1996年以来，律师作为辩护人、辩护代理人遭受各种刑事指控的已达100余人。以1997年为例，全国律师协会受理的伪证罪、妨害作证罪的投诉中，42.85%为错案，42.85%为疑案。实践中，因涉嫌上述罪名被指控的律师，90%以上被无罪释放。

## 5、关于利益中立

从正式制度的角度看，我国严格规定了律师收费制度，以保证律师能够清廉从业，能够保持超然的地位。例如，《律师法》第23条和第35条规定：“律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定向当事人统一收取费用并如实入帐”，律师不得“私自接受委托，私自向委托人收取费用，收受委托人的财物”；《律师职业道德和执业纪律规范（修订）》第36条规定：“律师不得从对方当事人处接受利益或向其要求或约定利益。”但是在实际中，据笔者调查，律师私自接受当事人的利益，或者将收费和诉讼结果相联系的做法普遍存在，因此，如何将书本上的法予以落实，是律师制度和律师管理需要关注的一个问题。

总体上来看，我国的律师制度和职业伦理要求律师在和当事人的关系中保持较强的独立性，但是在和公权机关的关系上，在公共利益的要求方面，律师的独立性则比较弱。根据奥舍尔的经验分析得出的结论来看，这可能说明，在我国当前，公共权力占有很强的支配地位，要求律师与其“结盟”。但是，这种结盟可能导致律师案源的减少，导致律师业务的萎缩，间接地，不利于相对较为弱势的私主体的法律权利的维护和实现。但是，由于这种制度现实有着深刻的、结构性的社会根源，所以任何根本性的变革可能都需要一个长期的量变的积累。

[【返回】](#)