

法律职业主义

李学尧*

内容提要: 律师制度起源于西方,法律职业主义是其主流指导理念。法律职业主义由三大基石构成。随着现代批判性思潮对其批判的展开,有必要重新审视国家主义、商业主义以及技术性职业主义和公共性职业主义的利弊。我国学术界和律师界所持的多是技术性职业主义的观点,政府的管制理念存在一定的模糊与混乱。以容纳多种伦理观为己任的“市民公共领域”理论,可能是建构我国律师职业定位新模式的可行路径。

关键词: 法律职业主义 技术性 公共性 职业定位 市民公共领域

继 2000 年小修小补后,我国律师法的修改又被提上了议事日程。显而易见,这一次律师法修改的重点之一是律师的职业定位问题。鉴于法律职业对于我国法治进程的特殊意义,学界有义务对律师的职业定位问题作系统的梳理和分析。在西方传统上,法律职业主义是关于律师职业定位的主流理念。由于我国律师的概念和制度,基本上是近现代自西方移植的产物,本文在此试图对法律职业主义在西方的源流及其在当代中国的影响作一个论纲式的系统梳理,期望在律师法的修改过程中,能为相关学者和部门在研讨和决策时提供参考。

一、作为西方传统主流的法律职业主义

西方传统意义上的“职业”(Profession)主要指具有某种学识,而享有特权并承担特殊责任的某些特定的服务性行业。所谓的(法律)职业主义(Legal Professionalism)就是:认同、鼓吹或者追求行业之专业性、公共性和自治性,并视(法律)该行业为“职业(Profession)”的理念、实践或者理论。^[1]值得注意的是,许多西方学者认为,(法律)职业主义主要是英美国家的一种理念和实践,如德国此类大陆法系国家根本不存在职业(Profession)。^[2]不过,不管现实中是否存在所谓的职业结构,但还是有很多证据能够证明,法律职业主义,不仅起源于欧陆,而且还构成了欧陆国家(甚至包括前苏联)构建法律

* 上海交通大学法学院讲师。本文为孙笑侠教授主持的国家社科基金项目:“论法治的第三种推动力”的成果之一。作者感谢导师孙笑侠教授以及郑成良教授、张志铭教授、林来梵教授、贺卫方教授、夏立安教授、刘桂明先生和杭州市律师协会各位工作人员对本文写作所提供的各种帮助。当然,本人承担一切文责。

[1] Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publishing Co. (Minnesota), 1953, p. 1.

[2] Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley: CA: University of California Press, 1977.

职业制度的主流理念。^[3]

(一) 法律职业主义的三大基石

法律职业主义经历了一个非常复杂的发展历程。时至今日,即使是在鼓吹法律职业主义的阵营内部,对于它的理解也迥然不同,呈现出十分复杂的关系。笔者认为,从法律职业主义的三大基石:专业性、公共性和自治性的相互关系入手,是厘清理论脉络的有效进路。

作为一个源于拉丁语 "profess" 的古老词语,在职业主义者看来,“Profession”应该具有以下三个主要特征:第一,建基于深奥理论基础上的专业技术,以区别于仅满足实用技巧的工匠型专才;第二,为公众服务的宗旨,其活动有别于追逐私利的商业或营业(Business)。尽管,自由职业跟其它行业一样需要经济收入,甚至需要较高收入,但是高收入不是首要目的而只是附带的结果。最根本的价值是为公众服务的精神。第三,形成某种具有资格认定、纪律惩戒和身份保障等一整套规章制度的自治性团体,以区别于一般的“工种”(Occupation)。^[4]用一句话来概括,与一般的行业相比,职业的主要特征在于:专业性、公共性和自治性。^[5]

在这三大基石中,自治性是职业(Profession)最根本的特征,这使得它与其它行业彻底区分开来。从职业团体自我利益的角度出发,也可以说,自治性实质上是职业主义或职业团体所追求的上位目标,而专业性和公共性是实现这一目标的两个主要途径。因为,职业自治一旦得到确立,职业内部也就获得了对其成员有效的管理和控制权力,进而实现对法律服务市场的垄断。尽管,对于自治性的理解本身,比如,对于律师与当事人关系、律师与国家关系的具体把握也存在诸多的差异,学术界出现了诸多的流派,但是,通过相关的理论梳理,我们可以说,他们的争论和差异基本可以理解为对专业性和公共性相互关系的把握不同。更进一步说,法律职业主义内部的理论分歧,基本上可以归纳为以法律服务专业性为核心进行和从职务公共性出发的两种思路。

(二) 法律职业主义的两种进路

1. 主要逻辑:公共性与技术性的两种进路

对于这两种出发点不同的思路,在很多传统的法律职业主义者看来,是可以统一的。

首先,从专业性出发的思路认为,律师所提供的法律服务是以高度的专业性知识来作为背景的,它产生了两个问题:一是由于职业人员掌握知识的神秘、深奥,为外行人无法掌握,委托人及公共管理机构无法对这种专业性做出准确评判,如果这种服务的质量由外行人来评判,由外行人来管理,会形成瞎指挥的情景;^[6]二是在律师和委托人之间的封闭空间内,所提供的是一种高度个别化的服务,因而难以对其进行统一管理。如果委托人自身无法判断法律代理进行的是否妥当,如果这种服务难以被客观化并交由市场规律来制约,那么只能是由律师自己通过伦理性的自我约束来解决,由此产生了自治性的理论。在这种情况下,如果不否定那种将律师业务作为谋生手段的想法,就无法形成对律师的有效制约。而主张将这一点作为律师行业的戒律予以正面规定的正是职业的公共性理论。^[7]

其次,从职业的公共性来论证的理由主要也有两个:一是直接从渊源于古代的“贵族责任”而认为

[3] Lucien Karpik, *French Lawyers: A Study in Collective Action 1274 to 1994*, Trans. by Nora Scott, Clarendon: Oxford University Press, 1995; Kenneth F. Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers, 1878 - 1933*, Cambridge University Press, 1996; Eugene Huskey, *Russian Lawyers and the Soviet State*, Princeton: Princeton University Press, 1986.

[4] 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第198页。

[5] Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publishing Co. (Minnesota), 1953, p. 20.

[6] Colin Croft, Reconceptualizing American Legal Professionalism: A Proposal for Deliberative Moral Community, 67 *N. Y. U. L. Rev.* 1256 (1992).

[7] 参见[日]棚濑孝雄:《现代日本的法和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第188页以下。

法律职业对社会负有“公共阶层”或“领袖阶层”的公共性义务；^{〔8〕}二是从自由主义的法理念出发,认为法律是人类追求自由的产物或者工具,是代表正义的,所以作为它的执掌者的职业自然也就具有为公众服务的属性。^{〔9〕}从后者所论证的职务的公共性可以直接推导出两个命题:一是法的自治性,必然推导出执掌者必须自治;二是为了使委托人能更方便地利用法律,为了实现法治这一崇高的任务,律师必须努力提高法律专业素质,由此又导出了专业性、技术性的理论。^{〔10〕}

2. 冲突:两种职业主义

然而,由于分别从两大基石出发的思路背后的哲学观和政治观等方面的巨大差异和冲突,公共性和技术性的关系是自律师职业产生以来,一直困扰世人的一个两难困境。^{〔11〕}

传统职业主义者的逻辑从公共性的思路出发,提倡律师对公众利益和社会正义所负有的责任,自然会产生律师应该扮演“正义的卫道士”、“公共利益的代表”等角色的伦理要求。在这种思路下,未尝不会使得律师在执业中要将大众利益和道德放在首位。由此,法律的公共性就与技术性产生了激烈冲突:因为,作为法律职业存续合法性的另一基石,技术性的、专业性的理论基础很大程度上应归功于分析法学及其类似理论(法条主义)对法律和道德分离所作的不懈努力。在后者看来,过分提倡法律职业的公共性,会对法律的稳定性、形式性产生严重的威胁。

相反,如果从技术性的角度出发,以法律的中立性(非伦理性,即法律与道德无必然联系)和技术性作为逻辑起点,将个人主义和自由主义作为哲学基础,那么就会产生“党派性忠诚”、对公众道德无责任的伦理要求。同时,因为律师的角色是通过个案的代理实现,这种制度设置要求律师不能由于当事人的道德动机而拒绝代理,所以在职业伦理上必须设置对公众无责任的“技术员”要求。在这种情况下,律师的代理行为在客观上必然会出现“与公众作对”、“损害公共利益”、“帮助恶人”的结果,与公共性的思路大向其背。同时,在很多强调公共性的职业主义者看来,这种技术性的思路,事实上会鼓励法律服务的商业化、庸俗化,是当今公众对法律职业不信任、持厌恶感的根源所在。^{〔12〕}

为了理解和分析的方便,下面,我们将分别以公共性职业主义和技术性职业主义来指称这两种事实上有本质差异的思路。

(三) 法律职业主义的三个理想

与三大基石相对应的是,作为一种理念,法律职业主义为之奋斗的也主要是三个理想:法律的科学化(技术性)、法律职业共同体(自治性)以及律师政治家(公共性)。

1. 法律的“科学化”:从公共性职业主义向技术性职业主义的转变

通说认为,法律职业主义理念最早可以溯源至古希腊亚里斯多德的“政治责任”论以及古罗马的

〔8〕 Amelia J. Uelmen, A View of Legal Profession from a Mid - Twelfth - Century Monastery, 71 *Fordham L. Rev.* 1517 (2003).

〔9〕 职业主义和自由主义传统有着非常密切的联系。参见 T. C. Halliday & L. Karpik, *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, New York: Oxford University Press, 1997.

〔10〕 Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publishing Co. (Minnesota), 1953, pp. 4 - 10.

〔11〕 美国耶鲁大学前法学院院长克罗曼教授认为,当今西方法律职业主义的问题之一在于,人们的职业观念分别来自两个迥然不同的理论传统。一是来自亚里斯多德的政治哲学,即认为政治是男人的天性,为城邦服务、履行政治责任是一个完整的人类生活的要求。这种观念要求人们必须要有自我牺牲的精神。克罗曼称这种传统的政治观为“共和主义”。二是来自17、18世纪霍布斯和洛克等人的社会契约论(Contractarianism)。克罗曼认为,这种理念与共和主义的区别在于,它认为国家之所以存在,是因为人们的自私,所以提倡和认可人们的逐利行为。克罗曼认为,因为亚里斯多德的政治责任论只推及受过教育和事实上享有特权的“市民”,所以,它在事实上成了职业公共性理念的来源之一;而后者因为强调人的自私性,所以成了职业行为商业化的来源。这两者都存在于美国当今的职业伦理观之中,不过,在近半个世纪以来,后者占据了主流的地位。Anthony T. Kronman, *The Fault in Legal Ethics*, 100 *Dick. L. Rev.* 489 (1995).

〔12〕 Deborah L. Rhode, *The Professionalism Problem*, 2 *William and Mary Law Review* 39 (1998).

“贵族责任”的理念,^[13]而后又受到了基督教宗教训诫,特别是天职观念(Calling/ Beruf)的影响。^[14]在这种背景下,欧洲早期法律职业主义的理念,更加注重职务的公共性、单方奉献,重视阶层出身,而非技术性和能力。而这通过英国、法国传统社会中辩护律师(出庭律师)和事务律师(诉状律师)的严格区分获得有力的佐证。^[15]

但是,随着工业革命的到来,法律职业依赖与大学的联姻,而以“学识性行业”的身份,在其它中世纪行业纷纷消失的背景下,继续得以延续且获得巨大发展。^[16]与其相伴随,职业论的主流也从公共性职业主义转变为技术性职业主义。这种转变的原因主要是:第一,随着工业技术的发达以及宗教的不断式微,人们对于各种产品和服务都更加追求实用性。第二,工业革命和近代法治化一方面给法律职业带来了巨大的市场,另一方面,依靠所谓“实践理性与审慎精神”,法律职业已经远远无法满足这种需求。第三,最重要的是,随着现代科学的发展,原先依靠与神学联姻而获取知识可靠性或者注重启蒙式口号的自然法式思考的法学,其作为学术的权威在18、19世纪受到了严重的挑战。所以,在这些背景下,法律职业维持其职业特权的合法性论证基础,必然要从原先高人一等的“阶级出身”转变到对众人的“可用性”、“可反复使用性”和“不可代替性”。而这就必然要求法学智识在技术性方面能够提供可靠的保障。所以,19世纪初兴起的分析法学以及概念法学等追求法律的技术化、可操作性的法学流派,对法律职业适应当时时代发展有着巨大的意义。在19世纪末、20世纪初以后,西方国家律师职业伦理的主要内容,也开始由以前强调“人民的律师”、“公众的仆人”开始向提倡“党派性忠诚”和“无公众道德责任”原则变化。^[17]

2. 律师政治家:一种公共性职业主义的理想

黑格尔在《权利哲学》一书中曾经假设了一个能够管理市民社会、遵循超级英雄伦理的理想群体,由它能够统合代表国家、社会和公众的利益。他称之为“公共阶层”(General Estate)。在这个假设下,人们纷纷提出了自己的阶层就是特定乌托邦里的理想的“公共阶层”。法律职业主义者也不例外。他们主要提出了三个理由:(1)律师关注公共利益,并随时准备为其牺牲自己的利益。这是职业论中律师政治家理想的动机理由。(2)从自由主义的法理念出发,认为法律是人类追求自由的产物或者工具,是代表正义的,所以它的执掌者的职业自然也就具有为公众服务的属性。(3)法律人具有审慎的美德,这符合政治是一门需要深思熟虑的活动的要求。^[18]

不过,在现代社会,无论在法治发达的西方国家,还是在民主进程刚刚起步的第三世界国家,律师(法律人)确实都扮演了重要的政治角色,^[19]构成了统治阶层的主要职业来源。可以说,法治就是法律人之治。^[20]实质上,与其说律师是法治社会最合适的统治阶层,还不如说,律师是法治和选举社会里最容易获取政治职位的职业,具体理由可以概括为:法律人对政治技术的娴熟、法律人的执业方式与政治代理具有同质性、作为自由职业者的律师有自由时间和出身容易为各界认可等方面。^[21]

克罗曼在《迷失的律师》一书中认为,美国法律职业的律师政治家理想正在逐渐失去,并将之列为

[13] Anthony T. Kronman, *The Fault in Legal Ethics*, 100 *Dick. L. Rev.* 489 (1995).

[14] David Luban, *The Noblesse Oblige Tradition in the Practice of Law*, *Vand. L. Rev.* 717(1998).

[15] 参见[英]波雷斯特:《欧美早期的律师界》,傅再明、张文彪译,中国政法大学出版社1992年版。

[16] Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley: CA: University of California Press, 1977, p. 6.

[17] David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton: Princeton University Press, 1994.

[18] 在这一点上,大陆法系与英美法系稍有不同。参见[美]安索尼·克罗曼:《迷失的律师》,周战超、石新中译,法律出版社2002年版。

[19] 有西方学者认为,律师在社会中的政治意义,在由专制转向民主的转型过程中,律师所扮演的社会角色之重要性,要远基于法治、“民主”已经定型或成熟的社会。参见 William. Bouwsma J., *Lawyers and Early Modern Culture*, 78 *American Historical Review* (1973).

[20] 关于此方面的论述,可以参见孙笑侠等:《法治:法律人之治》,中国政法大学出版社2005年版。

[21] 李学尧、冯健鹏:《在法科生与台独分子之间》,载高全喜主编:《大国》第2辑,北京大学出版社2005年版。

法律职业危机的一个方面。我们要注意的是,律师政治家理想的逐渐消逝,并不代表律师作为统治阶层事实状况的终结。职业危机的悲叹者主要是公共性职业主义者。他们所谓“律师政治家理想”的丧失,^[22] 实质是在悲叹职业公共性理想的丧失。他们担心过分强调专业化、商业化,会使得或已经使得律师职业沦落为普通的行业——但从技术的角度看,在一个法治(法制)的社会里,这种从事法律服务的行业仍然会占据“统治阶层”的地位,只是由于丧失了公共性的理想,而可能会对法治秩序和社会正义产生负面的影响。^[23]

3. 法律职业共同体的理想

在职业论者的理想里,法律职业共同体是超越疆界、民族和宗教的行业共同体、意义共同体、语言共同体、利益共同体、教育共同体、经历共同体、解释共同体和价值共同体等等。在这里,一方面,法律职业主义构成了职业成员之间团结、相互认同乃至坚信法律职业共同体存在的精神支柱;另一方面,法律职业共同体在“感觉”或“现实”上的存在,是法律职业主义理念得以存续的现实基础。

按照职业论的逻辑,共同体的形成首先依赖于法律学科的构筑、法律专业教育的系统化,通过所有的成员都经过法学院教育、接受独立的法学知识的培训,法律共同体形成了一个知识的共同体、语言的共同体。在语言和知识共同体的基础上,法律人又形成了自己独特的思维特征——形成了一个独特的思维共同体,进而形成一个十分特殊的价值共同体(伦理共同体)。通过这种共同体的构筑,使得法律背后的正义理念和其他进步伦理得到宣扬和贯彻。因为,社会的现实是:价值的翅膀是不会自己飞翔的,而形成价值共同体可以:(1)通过内部一致的“道德声音”的支持,使得共同体的个体在各种压力面前能够坚持原则,维护正义;(2)使得道德共同体,同时也是一个评判共同体,它以一种熟人社会的方式,给成员形成无形价值的压力和评判标准,保证了法律价值和理念在执法者中的坚守和贯彻。^[24]

既然法律职业共同体的存续是那么的必要,同时它又是如此容易地受到伤害,所以必须要构筑一个能够防止外力侵蚀的独立机制:它就是法律职业的自我管制(Self - regulation)体制——由职业内部的机构(往往是律师协会,也包括法学院),自主地管理职业内部事务,包括控制职业成员的数量和质量、决定职业培训的内容、颁布职业伦理并对触犯者进行惩戒等等。这一体制不仅是用以维持和保护法律职业共同体,同时它也是法律职业共同体在现实中存续的一个表现和“证据”。

(四) 商业化模式盛行下的法律职业主义“危机”

自1971年美国最高法院大法官Burger提出法律职业正面临一场危机的论断以来,^[25] 此后,在整个西方,法律职业界内外都开始笼罩在一场悲叹、哀婉“职业危机”的气氛之中,“迷失的律师”^[26] “背叛职业”^[27] “瘫痪的职业”^[28] “死亡的职业”^[29] “职业的崩溃”^[30] 等等骇人听闻的说法,不断地“横空出世”,进而引发了席卷整个西方的法律职业是否陷入了危机以及如何超越这场危机的热烈争论,并与上世纪最后30年中沸沸扬扬的“西方法治的危机”的争论、“去法化运动”等混杂在一起,令

[22] Russell Peace, *Lawyers as America's Governing Class: The Formation and Dissolution of the Original Understanding of the American Lawyer's Role*, 8 *U Chi L Sch Roundtable* 381 (2001).

[23] 前引[18]克罗曼书; Carl T. Bogus, *The Death of an Honorable Profession*, 71 *Indiana Law Journal* 911 (1996); etc.

[24] Elliot L. Bien, *Toward a Community of Professionalism*, 3 *The Journal of Appellate Practice and Process* 2 (2001).

[25] Mary Ann Glendon, *A Nation under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession Is Transforming American Society*, New York: Farrar, Straus and Groux, 1994, p. 3.

[26] 前引[18]克罗曼书。

[27] Sol M. Linowitz & Martin Mayer, *the Betrayed Profession: Lawyering at the end of the Twentieth Century*, C. Scribner's Sons, 1994.

[28] Robert W. Gordon, *Portrait of a Profession in Paralysis*, 54 *Stan. L. Rev.* 1427 (2002).

[29] Carl T. Bogus, *The Death of an Honorable Profession*, 71 *Indiana Law Journal* 911 (1996).

[30] Chris Klein, *Big - Firm Partners: Profession Sinking*, *NAT'L L. J.* 26 (1997).

人感觉法学和法律职业似乎已经走到了尽头。

职业界精英和传统法学者们认为,“职业危机”的罪魁祸首是商业化模式的渗透。其他方面的危机都可以被视为这一趋势所导致的后果。商业化的实践被认为引发了以下几个方面危机:

1. 伦理的危机

律师职业自产生之日起,其伦理问题即备受社会各界抨击,到了20世纪70年代,这种抨击的严厉性则到了前所未有的程度。一般认为,这是由“巨无霸”律师事务所出现、福特生产式法律服务模式的盛行以及对抗式的诉讼程序所引起。在这个时期,特别是在美国,无论是律师参政方面,还是为客户具体服务过程中,都发生了一系列引发民众对律师伦理严重关注的事件,其中一些甚至具有全球影响,如水门事件等,这是世界法制史上前所未有的。这些伦理事件的发生,进而引发了法律职业主义的理念危机。^[31]

2. 理念的危机

这种危机表现在,一方面外界对法律职业主义的理念和实践产生怀疑和否定;另一方面法律职业内部呼喊“法律职业主义危机”和“职业危机”高涨,并将这种伦理事故归咎于职业理念的迷失,而否定法律职业主义本身的伦理责任。^[32]

3. 感觉的危机

由于“狗咬狗”的对抗式程序的极端化、妇女和少数民族等成员大量进入法律职业以及商业化进一步加剧了职业内部的分层与分化等原因,作为一种“感觉”的法律职业主义也开始陷入危机:作为一种“感觉的存在”,职业成员内部开始对法律职业共同体产生“撕裂”或者“不存在”的“感觉”。^[33]

4. 地位的危机

法律职业主义的核心基石是“职业独立”,在现实中遭遇到严重的威胁:随着对抗制诉讼模式而产生“法律技术员”的职业伦理观;商业化带来大律师事务所及公司法律服务部结构之中的“雇佣”模式;随着商业竞争压力的增强而不得不对当事人迁就;随着商业化的发展当事人不断强大;随着市场经济的新发展国家不断强大等等。同时也由于种种丑闻而遭遇公众对法律职业的不满,加上法经济学等理论的批判性论证,法律职业的自我管制的理念和实践也受到非常严厉的批判和挑战。^[34]

综上所述,尽管法律职业主义在职业管制当局宣传中,仍然是作为西方律师职业定位的主流理念出现的,但其地位岌岌可危。为了能够更好地理解西方律师职业定位理论和实践的发展,并为我国的相关问题寻找到一个最佳的方案,我们有必要开拓思路,了解当代批判性思潮对法律职业主义的相关批判和研讨背景。

二、当代批判思潮中的法律职业主义

(一) 批判理论的主要观点

西方批判性的学说,包括批判法学、法经济学以及后现代主义法学,往往批判“职业主义”是非常伪善的,它实质上是律师界或者整个法律职业界牟取特权、俘获管制机构的幌子和遮羞布。^[35] 他们的批判主要有五个方面:

[31] David R. Papke, *The Legal Profession and Its Ethical Responsibilities: A History*, in Michael Davis & Frederick A. Elliston (eds.), *Ethics and the Legal Profession*, Prometheus Books, 1986.

[32] 这种说法随处可见,如 Carl T. Bogus, *The Death of an Honorable Profession*, 71 *Indiana Law Journal* 911 (1996).

[33] Richard Abel, *The Contradictions of Legal Professionalism*, in *Lawyers in Society: The Common Law World*, Richard L. Abel & Philip S. C. Lewis (eds.), University of California Press, 1988, pp. 186-238.

[34] Mary Seneviratne, *The Legal Profession: Regulation and Consumer*, Sweet & Maxwell Press, 1999.

[35] Richard L. Abel, *American Lawyers*, New York: Oxford University Press, 1989, p. 1.

1. 对构筑独立法学学科的努力之批判

在当今学界,认为学科构成了专业人员控制社会和获取权力的体系,这早已成为老生常谈。孔德非常露骨地指出“知识是为了预见,预见是为了权力”。^[36]在法学界,有很多学者把法律人构建一套为常人无法理解的法律语言,认定是一种故弄玄虚的职业神秘主义。如波斯纳认为,传统法学培养出一种风格含混难懂的话语系统,以便外人无法了解这一职业的研究和推理过程。^[37]昂格尔则批判了传统法治观的基础——形式主义和客观主义。所谓的形式主义就是相信法律证明的方法明确地区别于意识形态或者哲学的争论,非政治性的分析方法在理论上是可能的——而他认为,这是不可能的,它是学术职业神秘性的虚拟产物。^[38]

2. 对通过科班教育和资格考试的准入限制等措施之批判

法经济学派、批判法学以及社会学中芝加哥学派的一些学者们,认为这些限制措施的实质目的在于垄断法律服务市场,具体问题包括:第一,这些限制措施最终的结果是导致法律服务产品的高成本。长年累月的法律专业学习和考试的成本,最终都是由当事人来承担的。第二,这种限制措施忽视了法律服务层次的多样性。某些法律服务事实上并不需要它的提供者都具备这样的水平。第三,法学院、司法资格考试等方式设置的准入限制,一方面,它显然不能保证每一位法律从业者都比被排除在外的“准从业者”更优秀、更合格;另一方面,在整体上它对于保证从业人员及其产品质量的效果,事实上也是值得怀疑的,需要作更深入的实证调查才能下最终的结论。^[39]

3. 对法律职业组织化之批判

学者们认为,法律职业组织化会导致这样的问题:第一,律师协会或其他职业组织成为律师精英控制整个职业界的“机器”,成为资深律师控制、压迫新律师、上层律师压迫下层的统治性工具;^[40]第二,律师协会或者其他职业组织成为律师业依附于资本的“推进器”;第三,类似于其它种类的行业协会,律师协会或者其他组织成为律师业对抗公众利益的“组织化”手段。^[41]

4. 对独特而有效的伦理规范体系之批判

世界各国的职业伦理规范,依据性质来划分的话,基本上由两种内容组成:与大众道德重合的英雄性伦理、与大众道德相异的技术性伦理。前者如不准广告或主动拉揽生意、鼓励为穷人免费辩护等;后者如“不得因道德原因而(中途)拒绝代理”、党派性忠诚等。对于这些伦理规范,学者也往往以批判的眼光对待之。比如,对于党派性忠诚的伦理观,很多批判法学家认为,律师群体积极鼓吹这种伦理观,实质是为了彻底排除和推卸自身对社会正义所负的直接责任,是其用以掩盖因私利驱动而不择手段的行为的“护身符”。甚至对免费辩护也有人认为,这是法律职业拓展业务的“一本万利”的一种手段。^[42]

5. 对获取国家特许和社会承认的客观结果之批判

法律职业要实现对自身的控制,垄断法律服务市场,在现代社会必然需要获得国家权力的保障——对此,法律职业会通过种种职业化的手段来达到目的,包括上文所提到的学科化、组织化等。^[43]

[36] Maureen Cain, *The symbol Traders, in Lawyers in a Postmodern World: Translation and Transgression*, Maureen Cain and Christine B. Harrington (eds.), Buckingham: Open University Press, 1994, p. 15.

[37] [美]波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第218页。

[38] Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harvard Law Review* 567 (1983).

[39] 这种观点在批判性理论中随处可见。参见 Richard L. Abel, *American Lawyers*, New York: Oxford University Press, 1989; etc.

[40] Elliot L. Bien, *Toward a Community of Professionalism*, *The Journal of Appellate Practice and Process* vol. 3, No. 2 (2001).

[41] Deborah L. Rhode, *The Profession and the Public Interest*, 54 *Stanford Law Review* 1501 (2002).

[42] Richard L. Abel, *United States: the Contradictions of Professionalism*, in Richard L. Abel & Philips. C. Lewis eds., *Lawyers in Society: the Common Law World*, Berkeley: University of California Press, 1988.

[43] E. Freidson, *Professionalism Reborn: Theory, Prophecy and Policy*, Cambridge: Polity Press, 1994.

此外,法律职业还会有意无意地参与或主导一些推进和保障人权保护和法治建设的活动中去。这对于法治建设和社会发展具有非常积极的作用。然而,它也会产生诸多的问题:第一,作为利益共同体的法律职业成为一个政权的直接统治(管理)阶层后,会下意识地利用它所掌握的法律机器,为本行业谋取利益和特权。^[44]第二,虽然法律人习惯将一切政治问题都转化为法律问题,对于法治社会的和平和稳定有非常积极的意义,但是,法律人在政治活动中过分善于利用法律程序和法律规范的某些漏洞,也会对民主和法治的正常运转造成负面影响,引发公众对于法律人阶层的整体反感。^[45]第三,为了换取国家对职业特权的许可,职业往往接受对其主要活动的检查和权力控制。这使得二战后国家卷入职业活动领域成了普遍现象,这在后现代主义的观点看来,是非常可怕的。因为这导致了专业人士、知识分子和国家的结盟,从而同政治精英形成了一个新的统治阶级。^[46]

(二) 批判与论辩的背后

1. 理论争论的实质

当今围绕法律职业主义研讨之背后,深层次体现的是各种利益冲突和相互博弈;浅层次表现的则是各种法学理论,特别是自由主义法学(新自然法学)、实证主义法学及类似理论(如崇尚科学主义的法学)、社会学、批判法学、法经济学等经典法学理论相互争战,法律职业是它们研讨、论战的一个重要的战场。法律职业定位研讨和争论中很多问题的解决都有赖于法哲学及法社会学等学科的深入思考和论证。

2. 区分两种批判:内部批判与外部颠覆

批判性思潮依据批判程度的不同,又可以分为建设性和颠覆性的两种学派——对法律职业的批判性理论也可作这样的区分。这在美国的批判法学内部更是如此。由于批判法学与美国法律与社会运动之间所存在的千丝万缕的关系,使得批判法学对法律职业这一更适合用社会学方法研究的对象,投以相当的学术注意力。在现代美国,很多热衷于法律职业研究的学者,往往同时也是批判法学的“勇士”。综合他们的法律职业理论,可以分为两种:主流的建设性批判与埃贝尔等人的颠覆性批判。^[47]由于对法律职业研究的建设性批判的特点,所以,也常有人认为,在法律职业的某些理论方面,批判法学的主流与传统法学有着极其暧昧的关系。^[48]通过梳理,我们可以说,大部分持建设性批判的批判法学者是在法律职业主义的内部,对其作不触本质的批判。更进一步地说,这无非只是公共性职业主义对技术性职业主义的批判。他(她)们所声称的职业危机,实质是公共性职业主义的危机。^[49]

法律职业主义的颠覆性批判除了批判法学内部以埃贝尔为代表的一些学者外,还包括法经济学的代表人物波斯纳、后现代主义法学派的某些学者等。他们的相关研究成果汗牛充栋,^[50]内部关

[44] 详参李学尧:《这是一个职业危机的时代吗?》,《中外法学》2004年第5期。

[45] 如在我国台湾,以陈水扁为首的民进党在2000年、2004年选举中所采用的“暗杀表演”、“煽动对大陆的仇恨”等政治伎俩,对社会秩序和公共利益都有很大的损害。参见前引[21],李学尧等文。

[46] Anthony Black, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Ithaca: Cornell University Press, 1984, pp. 135-190.

[47] 这与批判法学内部自始存在的两大派别:建设性批判和颠覆性批判的分歧是一脉相传的。参见 Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harvard Law Review* 569 (1983).

[48] 前引[18],克罗曼书,第258页。

[49] 这一派的主要代表文献有 Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession Is Transforming American Society*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 1994; David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New York: Princeton University Press, 1988; Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, New York: Oxford University Press, 2001; William Simon, *Visions of Practice in Legal Thought*, in *Critical Legal Studies* (Allan C. Hutchinson ed.), Rowman, Littlefield Publishers, Inc., 1989; etc.

[50] 二战后西方批判性论述大全可参见 Richard L. Abel ed., *Lawyers: A critical Reader*, New York: The New Press, 1997. 也可参见 Richard A. Posner, J. Byron McCormick Lecture: Professionalisms, 40 *Ariz. L. Rev* (1998).

系比较复杂,在此不再赘述。^[51]

(三)可替代的理论类型吗?——商业主义与国家主义

通过对法律职业主义的批判,各种理论也提出了多种替代方案,除了其中一部分实质上是公共性职业主义的思路外,比较有代表性的主要是商业主义和国家主义的模式。^[52]

1. 商业主义模式

受新古典主义经济学影响的法经济学派以及某些后现代主义法学流派提倡贯彻完全市场化竞争、遵循等价交换原则的商业主义理念。这种理念背后的理论阐述具有相当的穿透力,对法律职业主义的批判也十分到位,因而在法律职业内外都具有相当的影响。如法经济学派通过对职业论构建的自我管制的各种理由的“颠覆”和“解构”,特别是对自我管制体制下,信息不对称问题无法解决、职业准入限制对于成员和产品质量控制的无效、广告和价格限制等对于法律服务成本的提高以及外在性等问题的论述和论证,确实使得法律职业原先的自我管制体制和伦理规范体系的合法性基础面临着难以自圆其说的“危机”。^[53] 西方各国的法院,自20世纪70年代以来纷纷以反垄断的理由,否决法律人协会的某些自我管制措施,如不断取消法律人协会对律师广告所设定的限制,这些在一定程度上也反映了商业主义理念在法律职业内部的接受程度。^[54]

如果真如古典自由主义经济学所设想的,充分竞争的商业主义无疑也是非常诱人的。根据他们的描述,商业主义的优点包括:(1)有利于降低法律服务的成本;(2)解决信息不对称带来的消极后果;(3)人人平等原则得到更有实质性的推进,消除法学知识以故弄玄虚等方式攫取不正当利益的现象。问题在于,这种商业主义也会陷入理想主义的困境。近来的实践和研究显示,它存在这些问题:(1)目前还没有证据能够充分证明,信息不对称的问题凭市场自身能得到完全解决;(2)它在降低法律服务成本的同时,无法保证产品质量——即使承认通过市场竞争体制最终实现对劣质产品的淘汰,但是法律服务产品与其他产品不同,它所涉及的是人权和法治的根本,对于个体的正义来说容许不得任何程度的“试错”;(3)等价交换的规则,会凸现当事人经济力量差距的问题,法律服务会沦为富人的专利,穷人无法享有或者无法充分地享有法律服务;(4)与技术性职业主义相比,法律工作的异化现象将更加严重。^[55]

2. 国家主义模式

国家主义主要是一种将律师视为国家法律工作者或阶级统治的工具,对律师事务所国营化,进而对法律服务产品进行统一管理、统一分配的一种职业结构模式。这种模式盛行于20世纪90年代以前的我国、前苏联和其他社会主义国家。^[56]

为了加强律师工作的公益性,避免法律服务沦落为富人和有权者的专利,以“人民利益为出发点”的国家干预是一种非常理想的解决方法。这种思路之下,由国家对法律服务实行“统购统销”,律师就不必考虑营利的多寡,法律服务的受用者也不会因为经济力量的差距而出现不平等的问题。不过,这种职业定位和法律服务分配模式,在实践中已经被证明是失败的,主要的弊端表现在:(1)律师被吸收到国家的科层制结构之中后,不得不服从于行政伦理和纪律,律师的营利动机消失了,与此有关的伦理问题也相应地化解了。然而,律师为维护当事人权利而据法力争的精神势必被阉割,最终作为一种为保护个人权利而设置的特殊职业,其存在也就失去了根本的意义。(2)即使没有政治冲击,经济因

[51] 详参李学尧:《超越法律职业主义》,浙江大学2005年博士学位论文,第5章。

[52] 参见前引[4],季卫东书,第234页以下。

[53] Mary Seneviratne, *The Legal Profession: Regulation and Consumer*, Sweet & Maxwell Press, 1999.

[54] 参见前引[44],李学尧文。

[55] Frank H. Stephen and Jame H. Love, *Regulation of the Legal Profession*, 1999.

[56] 也有学者认为,在职业主义理念的指引下,前苏联的律师也能维持相当程度的职业自治性,所以其职业定位模式并非是纯粹的国家主义。参见 Eugene Huskey, *Russian Lawyers and the Soviet State*, Princeton: Princeton University Press, 1986.

素也会使国营的律师事务所难以为继。国家大包大揽地买下律师的全部法律服务来免费或者低价提供给当事人,意味着必须加大财政预算中司法开支的比重。如果援用法律的行为活跃,国家将会不堪重负。^[57] (3) 在一个法治不甚发达甚至人治的国度里,法律服务资源的公有化会产生一些弊端,即它的法律服务最终会成为某些官僚阶层或者掌握权力者任意支配的资源,助长国家权力与官僚阶层的专横。^[58]

(四) 回顾法律职业主义

上面的分析揭示,显然,批判性学说所提出的商业主义和国家主义模式也无法解决职业定位所存在的难题,法律职业困境的解决途径可能存在于商业主义、国家主义和职业主义之外。那么,在寻求新的理论模式之前,我们尚需回顾法律职业主义,以求更准确地把握全局。

1. 公共性职业主义

公共性职业主义提倡律师对公众利益和社会正义所负有的责任,要求律师在具体的案件代理中扮演“正义的维护者”、“公共利益的代表”,如果能够实现这些目标,无疑会极大地提升法律制度对普遍正义和实质正义的维护能力;民众对律师的满意度会维持在一个比较高的水准,促进民众对法治的信仰;律师本身在执业中的自我满足感也会增强。然而,一方面这种职业主义与国家主义一样,具有无法实现的乌托邦性质;另一方面,在特定的语境下,它不仅不能扮演鼓吹者所声称的那种“美丽理想”中的高尚角色,还会成为某些势力获取特权的“幌子”或者“遮羞布”。此外,它对道德和法律、形式正义和实质正义区分的模糊,对于法治秩序稳定的负面影响也是显而易见的。

在今日这个宗教(或宗教式思维)式微、批判思潮兴起及市场规律渗透到各个角落的世界里,人们往往采用一种“实用主义”的眼光来看待法律职业存在的合法性。在越来越多的人看来,律师业的这种“为公众服务”的职业(主义)理想和伦理要求,是今天给人们带来舒适生活的一切正常商业活动中司空见惯的东西——各行各业都以“职业”为目标建构起类似的规范框架,以给公众留下良好的消费印象——但这并不具有实质性的意义。所以,作为一种寻求对法律服务市场垄断的职业定位模式,忽视法律工作的技术性,而单纯高调鼓吹所谓的“公众性”,在今日已不合时宜。

2. 技术性职业主义

以法律的中立性(非伦理性)和技术性作为逻辑起点,将个人主义和自由主义作为哲学基础,技术性职业主义构成了今日世界法律职业伦理的主流。它的主要优点是:强调法的非伦理性、非道德性,可以获得法律工作的可操作性;有利于对个体权利的保护;通过律师的“无公共责任性”代理,使多元伦理观通过宪政体制的安排来得到确立与维护;缓解法律工作者在具体法律服务中因多重角色扮演而导致的伦理冲突困境;特有的技术性,为其维持和论证职业特权存在的合法性提供了理由。

技术性职业主义的问题在于,法不可能是“无色透明的”,事实与价值(规范)之间的冲突构成了其永恒的主题,所以,试图令律师的技术之纯粹性达到工厂技工的水准,几乎是不可能的。在这种职业模式下,在营利本能的驱动下,又加上伦理上“党派性忠诚”等标准提供保护,在现实中必然出现律师只为那些“有钱有势”的“坏人”服务,而不问它们寻求法律服务的目的为何——进而还会引发这样的弊端:(1) 过于注重当事人的个体正义而损害普遍正义,职业伦理与大众道德频繁冲突,民众对律师职业的满意度急剧下降。^[59] (2) 工作的技术性带来异化问题,简单重复的工作内容、对公众的无道德责任等等,会使得律师对自身的职业满意度降到一个很低的水准。^[60]

既然已存的职业定位模式存在这样那样的问题,于是在西方有许多学者开始寻求新的定位范式,

[57] 前引[4],季卫东书,第248页。

[58] Anthony Jones ed., *Professions and the State: Expertise and Authority in the Soviet Union and Easter Europe*, 1984.

[59] Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, New York: Oxford University Press, 2001, p. 4.

[60] William H. Simon, *Ethics, Professionalism, and Meaningful Work*, 26 *Hofstra L. Rev.* 445(1997).

提出了“审慎共同体”、“市民公共领域”等说法,但迄今尚未出现一种能够同时说服理论界与实践界的方案。^[61]

三、法律职业主义在当代中国

(一) 理论界推进的职业化运动

自90年代后期开始,法律职业界中的有识之士和学界主流开始深刻地认识到法律职业化与法治国家建设之间所存在的密切联系。合三为一的司法统一资格考试、各级法院的法官职业化建设、不断完善的律师行业管理机制、以“法律人”概念取代“法律工作者”的努力,这些在一定程度上都是他们以“构建一个有学识、自治法律职业共同体”的口号积极推动的结果。尽管很多学者并未自觉意识到,但显而易见这种运动背后的指导理念实质上就是西方传统意义上的“法律职业主义”。^[62]

当下学术界,涉及律师职业问题的研究,主要分为两个阵营,一是以“法理学家”身份出现的“法律职业”研究团体,代表人物有季卫东、张文显、孙笑侠、张志铭、贺卫方、葛洪义和王人博等;^[63]另一是在诉讼法或其它部门法基础上所作的“律师学研究”,代表人物有徐静村、谢佑平、肖胜喜、陈卫平、李本森和王进喜等。^[64]此外,法史学界和律师实务界(包括政府管制的成员)对此也有一定的研究,代表人物有王申、刘桂明、田文昌和曹诗权等。^[65]

在我国,不论是从法学基本理论出发作“法律职业研究”的学者,还是从诉讼法角度作“律师学研究”的学者,他们在论述律师职业的定位或者律师制度的功能时,多表现出以下几个理论倾向和特点:第一,从个人权利保护的角度去看待律师职业的功能,回避谈及律师对公众利益和普遍正义的责任,或者认为律师通过维护个体正义来最终实现普遍正义,所以在个案中,律师应以个体正义为先,应优先为当事人服务;第二,从法的自治性、形式性,或者程序正义的角度出发,在论证大众道德与职业伦理之间关系时,认为两者发生冲突时应职业伦理优先;第三,仅从“专业化”和“正规化”的角度去理解“职业化”,把“专业化”程度理解为受“科班教育”的比例,或者仅从技术的角度来看待法律的学习和传授;第四,在法治建设的口号下,关注西方律师特别是美国律师所享有的特权,由而以一种“前批判性”的方式,鼓吹律师职业对法律服务市场的垄断,鼓吹律师职业的完全自治权,而忽视对这种职业化目标合理性的论证等等。就此而言,我们也可以说,对于律师职业定位,我国学界主流所持的是技术性职业主义的观点。^[66]

通过梳理,笔者认为,我国当下法律职业或者律师职业的某些研究中,存在一些问题,需要反思和警惕:首先,在研究方法方面,存在一种未经反思的思维方式,具体又表现在两个方面。一是将西方经

[61] 参见 Russell G. Pearce, *Lawyers as America's Governing Class: The Formation and Dissolution of the Original Understanding of the American Lawyer's Role*, 8 *U Chi L. Sch. Roundtable* 381 (2001); Colin Croft, *Reconceptualizing American Legal Professionalism: A Proposal for Deliberative Moral Community*, 67 *N. Y. U. L. Rev.* 1256 (1992).

[62] 季卫东先生除外,他非常清晰、明确地指出他的相关论述是一种“职业主义的进路”。前引[4],季卫东书,第197页。

[63] 参见季卫东:《法律职业的定位——日本改造权力结构的实践》,载《中国社会科学》1994年第2期;孙笑侠:《法的现象与观念》,山东人民出版社2002年版;贺卫方:《司法的制度与理念》,中国政法大学出版社1999年版;张志铭、张志越:《20世纪的中国律师业》,载苏力、贺卫方主编:《20世纪的中国:学术与社会》(法学卷),山东人民出版社2001年版;张文显、信春鹰、孙谦主编:《法律职业共同体研究》,法律出版社2002年版;强世功:《法律共同体宣言》,《中外法学》2001年第3期等。

[64] 参见谢佑平:《社会秩序与律师职业》,法律出版社1998年版;肖胜喜:《律师职业道德与执业纪律》,中国政法大学出版社1996年版;严军兴:《政府律师制度研究》,群众出版社2002年版;章武生:《中国律师制度研究》,中国法制出版社1999年版;陈卫东主编:《“3R”视角下的律师法制建设》,中国检察出版社2004年版,等等。

[65] 参见徐家力:《中华民国律师制度史》,中国政法大学出版社1998年版;徐家力、吴运浩编著:《中国律师制度史》,中国政法大学出版社2000年版;王申:《中国近代律师制度与律师》,上海社会科学院出版社1994年版;王丽:《律师刑事责任比较研究》,法律出版社2002年版;刘桂明:《法治天下》,中国民主法制出版社2003年版,等等。

[66] 也有学者直接提出了商业主义的观点。谢佑平:《独立性:律师的本质属性》,《中国律师》2002年第7期。

验——如法律职业独立、法律职业共同体等作为不可动摇的真理,忽视它们在当下所受到的挑战和批判。二是与实务界缺乏交流,缺乏实证调查,有些学者用西方的经验来虚构中国的问题或者寻找所谓的中国问题。^[67]其次,具体的主张中可能有“利益驱动”的嫌疑。这特别表现在将法学院的“科班教育”视为法律专业化程度的主要途径和指标;表现在构建统一的法律职业共同体的口号下,鼓吹提高司法考试的学历和专业门槛等等。^[68]

(二) 律师界的技术性职业主义理念

浙江大学法律职业课题组在2004年10月分别对参加第4届全国律师论坛和参加杭州律师协会主办的律师业务培训的律师作了问卷调查。其中,认为律师和律师事务所本身就是营利机构,在开拓业务时完全可以像商业公司一样的分别占了76.8%、79.4%;认为律师只是法律技术员的占了75.9%、77.8%,认为律师是社会正义的卫道士的,只占11.0%、10.0%。通过调查和访谈,我们发现,在与西方律师制度的比较中,我国律师从业者更多关注的是西方律师作为专业人士,所享有的市场垄断、行业自治等特权和利益,关注我国律师合法权益保护的问题;忽视、甚至毫无了解“职业(Profession)”为公共服务的一面,以及西方律师界为获得这种职业特权所付出的代价和努力。

另外,笔者通过清华学术期刊网、中国律师网、中国普法网等,搜索到涉及论述律师角色定位的文章46篇。其中,通过各种途径,作者可以确认为执业律师的一共38篇。大部分文章认为律师不代表社会正义,它的义务仅是为了维护当事人利益,或者直接认为律师业就是商业,其中最具代表性的是田文昌律师的说法:“……有些律师认为维护公正比维护当事人的利益更重要,甚至有人认为辩护律师的职责是与公诉机关相配合等等。这些都是对律师职业定位问题认识的偏颇。其实,律师职业的定位……就是依法最大限度地去维护委托人的权益。律师并不代表公正……律师也并不代表邪恶。”^[69]

尽管,实务中也有许多以维护弱者权益为己任的“维权律师”,但通过对我国律师界最近关于律师职业定位的研讨观点以及相关社会调查数据的整理,我们或许可以得出结论,我国律师界对自己职业定位的认识和期望,主流的观点是:“以赚钱为目的的法律技术师”。在这种理念下,律师们普遍认为,自己从事这门职业,最主要的目的是为了营利、赚钱、谋生。为了实现这种目的,执业过程中不能为公众承担过多的责任和义务,应该遵循一种“对公众无道德责任”、“党派性伦理”的职业伦理。其实,我国大部分律师最想喊出的口号无非是:“商业主义”的经济自由与无道德责任感、“职业主义”的市场垄断与独立状态、“国家主义”的社会地位和保障。这实质上就是一种典型的技术性职业主义观。

显然,律师界尽管有着学界和律师界自身所鼓吹的那样“具有理性化”的优点,但是,一个仅有“专业技术”而缺乏对公共利益关怀的“职业”,为了强化律师在市场竞争中的优势,在逐利心态的驱动下,也极有蜕化为一种纯粹的利益共同体的危险。^[70]在这种背景下,自律机制往往难以启动,如果没有外力推动,就无法重振纲纪。而最危险的莫过于,这个纯粹的利益共同体或者利益集团,与学术界默契配合(或者学术界不经意),在牟取特权和利益中,在得到一种高歌律师社会作用的精英主义式赞美的同时,^[71]还获得了华丽的“职业主义”理论的包装,特别是得到那种只强调职业特权、忽视社会责任的技术性职业主义的粉饰。

[67] 当然一些学者作了系统的实证研究,代表性文献请参见张志铭、张志越:《二十世纪的中国律师业》,载苏力、贺卫方主编:《20世纪的中国:学术与社会》(法学卷),山东人民出版社2001年版。对我国法律职业研究现状的描述,可以套用邓正来先生的“前反思性”和刘星先生的“西方法学的中国表达”等理论概念。参见邓正来:《中国法学向何处去》,《政法论坛》2005年第1期至第4期;刘星:《西方法学理论的中国表达》,《政法论坛》2005年第1期。

[68] 详参李学尧:《超越法律职业主义》,浙江大学2005年博士学位论文,第6章。

[69] 胡建文、田文昌:《竞争:律师迎来新机遇》,《法制日报》2002年9月23日。

[70] 参见前引[4],季卫东书,第234页以下。

[71] 法律职业的精英主义话语,把法律职业阶层理解为现代社会结构中的精英群体,强调法律职业阶层对现代法治的形成、以至现代文明的型构发挥着不可或缺的重要作用。这种话语典型的代表人物有马克斯·韦伯、托克维尔等。可详参黄文艺:《法律职业话语的解析》,《法律科学》2005年第4期。

(三) 律师管制中的政府理念:被忽视的职业主义

依据相关的史料,我国现代法律职业的产生最早可以上溯至北洋政府的统治初期。其后国民党一反其立法仿效大陆法系的做法,依照当时英国的模式设立了大律师和小律师的职业分立制度,并进一步完善了相关的立法。从目前所掌握的有关史料看,它们是以一种职业主义的理念设计、构建初创的中国律师制度。^[72]

1950年中央人民政府司法部发出了《关于取缔黑律师及讼棍事件的通报》,在取缔黑律师、讼棍的活动的同时,也解散了旧律师组织。至此,在我国官方的理念中,律师职业的定位也由完全来自西方的职业主义,以180度的幅度转变为以视平民大众的意志、利益和情感为唯一评判标准的民粹主义理念为基础的国家主义。这种模式一直延续到1979年恢复律师制度以后的相当一段时间。如1980年8月颁布的《律师暂行条例》和1986年的律师法都仍然规定律师是“国家法律工作者”。^[73]

1988年3月,我国对律师制度作出重大改革,开始推行合作制律师事务所。这种从过去纯粹官办到“合作制”的变化,开始打破律师事务所由官方垄断的坚冰。1993年,司法部在《关于律师工作进一步改革的意见》中,把律师作为第三产业看待,并通过逐步缩小司法行政机关的管理权限,将实现律协自治作为最终目标的改革方案。在此基础上,1996年5月颁布的《中华人民共和国律师法》直接规定律师是“社会法律工作者”。到了2000年,更进一步的是,国务院在一个要求国资所脱钩改制的文件中直接将律师定位为“中介法律工作者”、“中介者”。就这些一连串的法律和管理文件而言,显而易见,政府对律师管制体制,尽管仍然坚持“两结合管理体制”,但已经彻底放弃了国家主义的模式。虽然在具体的改革目标设置中,也追求律师行业的“自治”,但显然不是一种职业主义的思路,而更倾向于忽视律师工作特殊性、反精英主义的商业主义理念。在此阶段,尽管那种强烈的反专业化、反职业化、反精英化的气氛已消解到了相当低的程度,但是,相关的管制理念仍然没有脱离民粹主义的话语体系。

进入21世纪以后,随着法治进程的不断深入,和法律服务市场及其服务队伍的不断膨胀,一方面,我国律师职业的重要性也不断彰显,另一方面,律师职业的职业伦理问题也逐渐引起社会各界以及政府高层的关注。2004年4月中央主要领导人胡锦涛和温家宝等一起对“律师队伍建设”作出了重要指示,以此为契机而兴起了一场全国性的“律师整顿”运动。^[74]与此同时,继2000年小修小补后,现行律师法的修改又被提上了议事日程。根据媒体报道,这一次律师法修改的重点之一是律师的职业定位问题。至于这次修改最终会导入何种职业定位模式,是否能解决和结束当前国家管制中对于律师职业的定位“目标与实践”相脱离、在新理想主义与旧意识形态之间徘徊的无序状态,是否能妥善处理精英主义与民粹主义的利益和话语冲突,我们拭目以待。

(四) 职业定位与参政意识:一个构建和谐社会的课题

众所周知,法律人具有保守性的特点。通说认为,这主要因为:(1)法律的稳定性。法律的意义之一就在于消除鲁莽和随意造成的危害,为人们的行为提供预测性。(2)对社会既得利益的代理。富有的利益集团通常也是律师最大的客户,而既得利益集团在政治上往往趋向于保守。(3)法律技术的特定性。法律人安身立命之本在于他的专业技术,特别是他们在法学教育中获得的“一套以深奥理论为基础、为常人所无法掌握的专业技术”。因此,为了维护自身因专业技术所获得的既得利益(包括对法律服务市场的垄断、对现有法律制度的了解等),法律人往往会反对革命,反对颠覆性的制度变迁。^[75]

然而,也需要看到法律人(特别是律师)革命和激进的一面。这种革命性除了一部分源于律师伦

[72] 参见王申:《中国近代律师制度与律师》,上海社会科学院出版社1994年版。

[73] 如四川省资阳市雁江区司法局下发“红头文件”,禁止辖区内所有律师事务所和法律服务所代理沱江特大水污染事故受害群众索赔诉讼。《人民日报》2004年10月11日。

[74] 《人民日报》2004年3月23日。

[75] [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第112页。

理的做秀本质外,也往往与其保守性一脉相传:它往往发生在“技术性无法施展”、“法律服务市场的拓展受到限制”、“处于权力的边缘地带”、“当事人的个人权利无法得到法律保护”的“准法治”的时代。^[76] 律师的这种“革命性”或者“反主流”倾向以及他们的这种倾向对于政治局势发展的重要性,已经在英国、法国、日本等国家的民主化和法治化过程中得到实践的印证。^[77] 同时,它们的经验还显示,律师或者法律人的这种保守性和革命性的释放程度,与一国法律职业的构建理念和具体制度安排,特别是律师职业的定位模式有着相当程度的关联。^[78]

虽然由于某些数据未能公开以及已公开数据难以正确评估和统计的缘故,^[79] 我们尚无法对法律人在我国政界的影响作一个准确的判断,但有一些现象值得我们研判:(1)随着文革后培育的第一批法科生逐渐进入体力充沛、经验丰富的中年阶段,在我国各级政府的领导岗位上逐渐开始出现法律人(法学家)的身影;^[80] (2)人大和法院通过落实原先设计的制度体制,以民意作为基础而不断地获得实质性扩权,在对政府的权力监督和制约方面都有产生一定社会影响的动作;(3)检察院和纪委为了维持机构存续的合法性而不断地迎合民意,而在反腐败方面确有一定的实质性作为;(4)大量的学者专家,除了直接进入政界外,还积极地参与立法、决策,在不违反主流意识形态的前提下,以各种形式向实践成功地输送了一个由相对稳妥而中立的学术概念构筑而成的理念体系;(5)考试成为公务员选拔的主要方式,而法律成为公务员考试的主要考察内容,它间接或直接地促使大批法科生进入公务员及各级党政队伍。^[81] 诸般这些可能已足够令我们下这样的结论:即“政法系”^[82] 作为一种政治力量,尽管在公众的视线中,在以党委和政府为核心的我国政坛上还不足成为一个独特的、具有职业特征的力量,但确已初具规模,并很有可能在中短期成为主导中国政治走向的主要力量;在中国社会急剧转型的当下,政法系成为维持社会的平衡、促进“和谐社会”构建的不可或缺的重要而积极的政治力量。

在这其中,值得注意的问题是我国律师界与其它“政法系”团体相比,参政的步伐相对滞后。最近几年,在各级人大中,律师的比重也越来越大。如在2003年5月浙江省、市、县三级人大、政协的换届选举中,全省共有145名律师当选为人大代表与政协委员,其中人大代表34名,政协委员111名,占律师总数的3%。其中,温州就有24名律师被推选为市、县两级人大代表,占该市律师总人数的约二十分之一。^[83] 这些律师出身的人大代表多具有非常强烈的参政意识,所提交的议案也往往更能够体

[76] T. C. Halliday & L. Karpik., *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, New York: Oxford University Press, 1997.

[77] 参见前引[21],李学尧等文。

[78] 参见 Lucien Karpik, *French Lawyers: A Study in Collective Action 1274 to 1994*, Trans. by Nora Scott, Clarendon: Oxford University Press, 1995; Kenneth F. Ledford, *From General Estate to Special Interest: German Lawyers 1878 - 1933*, Cambridge University Press, 1996.

[79] 按照我国的学位体系,作为学科门类的法学包括了“法学”、“政治学”、“社会学”和“民族学”四个一级学科。因此,很多“法学博士”或者“法学硕士”所获得的学位,并不是通常意义上的法律专业。关于划分的标准,可以参见国务院学位委员会的网站, <http://202.205.177.129/moe-dept/xueweiban/py-zyml.htm#3>; 2005年9月10日访问。

[80] 关于法学家参政的详细介绍可参见《中国当代法学家参政的现实脉络》,《南方人物周刊》2005年08月05日。当然,法律人与法学家的概念是有区别的——这特别表现在律师和法学者在技能和思维方面的差异。不过,鉴于我国大部分法学者的法律科班教育背景、多有作为兼职律师的身份以及有视自己为法律人的风气,本文在此暂不作严格区分。

[81] 详细论述请参见范亚峰:《2004—政法系主导社会转型》, <http://www.gongfa.com/fanyfzhengfaxi2004.htm>, 最后访问时间2005年8月10日; 范亚峰:《政法系和中国宪政之路》, <http://www.gongfa.com/fanyfzhengfaxibeida.htm>, 最后访问时间2005年8月10日。

[82] 此处的“政法系”一词主要指称法官、检察官、警官、律师、法学家(政治学家和社会学家)、人大代表等职业者组成的某种社会阶层。关于“政法系”概念的详细论述,请参见范亚峰:《政法系与社会和谐》,载 <http://www.gongfa.com/fanyfshexuihexie.htm>, 最后访问时间2005年8月10日。

[83] 浙江省律师协会编:《2001-2004年浙江省律师协会十件大事:浙江律师界十大新闻事件》,2004年浙江第六次律师代表大会文件。

现基层人们的利益和心声。在人大代表的选举尚具有强烈统战意义的当今,它确实能够体现浙江省各级党政部门对于律师政治能力和影响的认可。然而,由于种种原因,它只是浙江及某些沿海发达省市的个别现象。据统计,2005年全国各省市、自治区及县级人大代表中,执业律师共有1650人^[84]——这一数字尽管从总量上有点可观,但问题在于,我国有2000多个县市、500多个地级市。特别是在中央一级,由3000多名成员组成的第十届全国人大代表中,只有8名执业律师——而且,他们参政的性质,是代表“律师界”本身,并没有体现他们作为“代理人”的职业性特征。

我们的社会调查结果显示,在安徽全国律师论坛和杭州律师继续培训受调查的律师中,分别有68.9%和59.5%的律师承认自己有从政的愿望;在一项“您认为影响我国目前律师参政的主要因素有那些”的“自由发挥题”的答项中,分别有高达31.6%和23.4%(其他剩余答卷中该题基本上未答题)不约而同地填出了“政治体制”或者“人事选拔制度”的类似内容。法科生在法学院所学的知识和技能,如注重精确的专业术语、适合对抗的辩论技术、擅长煽动的演讲口才等等,在民主选举的社会里,特别容易脱颖而出——因此,它从本能上更加追求以竞选性的方式进入政界。而这种倾向也为我们的调查结果所印证。安徽全国律师论坛和杭州律师继续培训受调查的律师中,分别有64.9%与65%表示将以谋取竞选性政府首长职位的方式参政,而准备以获取任命性政府首长职位的方式参政只占13.6%和30.6%。^[85]认真研究和应对律师的参政意识和要求,是保障和促进社会和谐的一个重要课题。

由此,我们必须要注意:仅着眼于分配几个人大代表或者政协委员给律师界,对于这个天生就有参政能力和野心、可以作为任何一个社会集团和阶层代理人的行业来说,是无法完全达到统战目的的。况且,由于法律人擅长的对抗式竞选的技能,通过“分配名额”来吸引律师参政还容易引发律师界的整体反感。更重要的是,由于我国主流律师界和学术界的职业理念是“技术性职业主义”,政府界的管制理念所持的是“商业主义”——显而易见,这两种职业定位都有导致法律服务向富人及特权阶层集中的弊端,它会使得作为整体的律师阶层,在“和谐社会”的构建过程中扮演消极的角色。此外,我们还需要注意,尽管主流律师界持的是技术性的职业主义,但随着律师数量的不断增加及律师业务争夺的加剧,加上一个庞大中产阶级的出现,必然会使一部分年轻的律师,出于业务拓展或者某种内心信仰的原因,走向以“维权”为主要追求的道路。如果管制的理念不作有效的应对和变化,不在制度上适当地进行前瞻引导、给予这些律师群体在现有体制下合法生长的空间,其负面影响也是显而易见的。^[86]

四、市民公共领域理论:律师职业定位的理想模式

与国家的总进程一样,我国法律职业共同体的构建面临着极其复杂的局面。尽管中国律师的活动表现出追逐最大利润的机会主义倾向,这是商业主义渗透到世界每一个角落后一个全球化的普遍现象。但中国的问题也具有相当的特殊性。在这种背景下,西方社会谴责的往往是等价交换的经济伦理给人们生活带来的非人性化和不平等。我们的问题则是:一方面,本应遵守英雄伦理^[87]的部分律师,在日常执业中连道德伦理底线都无法遵守,另一方面,我国法律职业的技术伦理与大众道德的激烈冲突局面又提前地到来了;一方面,缺乏源出宗教、经济、政治与文化,以及经过长期酝酿和传承的视服务公众为己任的“职业主义”传统,另一方面,直白承认“自私自利”的“商业主义”又过早降临,

[84] 苏楠、邢五一:《站在潮头 律师人大代表在国家政治舞台尽显身手》,《中国普法网》2005年5月18日。

[85] 社会调查的问卷中,对竞选性政府官员的解释是“如总理、省长、市长、县长、乡长等”;对任命性政府官员的解释是“如部长、局长、厅长、处长、科长等”。

[86] 这方面,在我国台湾地区所谓“民主化”的过程中,已有一定的经验教训。参见前引[21],李学尧等文。

[87] [法]亨利·柏格森:《道德与宗教的两个来源》,王作虹、成穷译,贵州人民出版社2000年版。

律师阶层似乎在未成功塑造品位之前即已“堕落”。

在这种背景下,我国律师执业中市场规律与职业伦理的两律背反所引发的冲击波将比西方类似问题对社会的伤害力更大。我们在寻求律师职业在当今中国最佳的社会定位时,尽管具有“后发的优势”,但因为中国的发展不再、也不可能遵循“近代-现代-后现代”的线性模式,而变得更加繁重、困难。所以,我们在尝试对中国律师业发展所产生的社会紧张关系作正确判断时,应在一种社会实证的、历史的和比较的学术视野下小心求证,绝不可不加反思地阐释、宣扬和套用一些来自西方语境的“大词”。

由此,在当今这样复杂的全球化的现代社会,价值观日益多元化,维持伦理秩序的方式也不一而足,加上我们要处理的是近代化课题、现代化课题甚至后现代课题复合的难题,在这种背景下,未来理想的职业伦理和管制基础应该是超越职业主义、国家主义和商业主义这三种范式,并能兼具这三种理念基本优势的一种新模式——在这种模式下,三种主体或者伦理观各得其所,即它是市场(等价交换的道德性)、国家(公共管理的道德性)以及共同体(互惠和利他主义的道德性)这三种基本模式的组合和协调。

那么,如何才能找到这三种或者四种职业定位之间的最佳分割点,如何寻求到超越诸般冲突的“中庸之道”呢?此时,问题的研讨实质上也就回到了如何寻找到容纳多元伦理观、多元文化观的途径的课题——它的关键是寻找到一个自由的、多样化的伦理性议论的场所和程序——而这也正是当今西方制度化发展的一般趋势。因为,在这样不同性质的要素并存的多元体制下,价值相对主义必然不断弥漫,于是伦理的问题也就越来越成为理由论证的问题,因而日常生活中的对话和伦理性议论本身的重要性就不断得到加强。在考虑通过寻找最适当的行为方向的最适当理由的语言沟通活动来达到理想的职业定位范式时,季卫东先生认为,哈贝马斯提出的“市民公共领域”的概念是一个对我们非常有启发的路径。^[88]

众所周知,哈贝马斯所定义的“市民公共领域”原型是欧洲18世纪资产阶级的文化活动,如法国的沙龙、英国的新闻报纸、德国的读书会等。在这些新兴的空间中,参与者能够暂时脱离私人的生活圈,每个人都有平等的发言权,形成了理想的批评和讨论状态。在此基础上,公共领域发挥着“监督国家权力的执行、避免统治者将个人偏好暗中转化为公共政策”的功能,将历史上非公共性的政治过程(例如宫廷王公大臣的私人决定)逐渐公共化,形成“国家”和“市民社会”之间的沟通机制。在这个机制的主导下,原本“国家支配-民众服从”的政治结构被打破,某种理性的原则得到彰显,即理性要求政治权力合理使用,并且要具有正当性、而非统治者的恣意专断。^[89]

这样一种理论,对于我们律师职业定位的探讨,确实可能是一个可依赖的探索路径:首先,哈贝马斯的“公共领域”并非用来解释整个社会的普遍理论,而是针对某些特定领域的——尤其是民主政治领域。这恰恰是社会转型的关键所在,而其中所蕴涵的精英化因素,对于无法回避“公共性”问题的律师职业群体也有特殊的意义;其次,在哈贝马斯的公共领域理论中,作为职业群体的律师既是公共领域中的积极参与者,同时也是公共领域所讨论的重要对象:一方面,正如前述,无论是公共领域的理论原型还是政治实践,典型的公共领域很大程度上是围绕各种精英群体展开的,而律师职业则是(或将要是)一个重要而又独特的精英群体——与其他许多精英群体(如医师、工程师、经理人等)相比,他们在公共领域的讨论和沟通中显得更为活跃和直接;另一方面,律师职业所独有的职业伦理和职业定位,本身也是公共领域的组成部分,本身也是需要由公共领域中的讨论和沟通所形成的各种正式或非正式制度。律师职业在公共领域中的处境,使得我们需要更加注重公共领域中的讨论规则和程序,以

[88] 前引[4],季卫东书,第256页。

[89] 何明修:《沟通行动理论与市民社会》,载阮新邦、林端主编:《解读〈沟通行动论〉》,上海人民出版社2003年版,第203页。

避免律师职业在公共领域的讨论中陷入自说自话的窘境。总之,在这样的话语民主途径中,通过市民社会的伦理性议论,通过沟通行为,或许会发现和确认一种合乎社会正义和合乎市民(当事人)正义观的职业伦理观,缓和公共利益与私己利益的冲突,弥合普遍正义与个体正义的裂痕。^[90]

不过,值得注意的是,尽管公共领域理论有能够容纳多元伦理观、达成某种理性结果的优点,但是,这种理论构架本身隐含了某种精英化的因素,依然无法从根本上解决精英主义和民粹主义的矛盾。更重要的则是,正如某位学者所指出的,哈贝马斯在《公共领域的结构转变》一书中所阐述的公共领域理论“仍是延续了早期批判理论的悲观历史观点……认为理性的辩证发展结果否定了理性本身……公共领域在成熟的现代社会中是萎缩的,随着资本主义的发展,这个历史性的范畴日渐被限制”^[91]——公共领域的发展,使其自身越来越容易被控制和操纵,从而使得原本应有助于公共性的种种制度走到了相反的方向(例如新闻媒体的发展有助于社会对公共事务的关注和讨论,然而新闻媒体比从前的街谈巷议更容易被控制,从而令“社会对公共事务的关注和讨论”徒有其表)。在这一过程中,律师职业既有可能推波助澜、也有可能深受其害——这是我们在运用公共领域的理论来分析律师在社会转型期的定位时,需要高度警惕的。

Abstract : The law origins from the West. Its main instructive idea is legal professionalism , which includes three cornerstones. With the development of modern criticism , it is necessary to re - examine the advantages and disadvantages of nationalism , commercialism , technological professionalism and public professionalism. Our present academe and lawyers approve the technological professionalism generally , in which the idea of regulation by the government is relatively faint. Therefore , the theory of ‘ public field of civics ’ , whose task is to accommodate many ethical ideas , may become a possible path to construct a new model of the position of our lawyers ’ profession.

Key words : legal professionalism , technological , public , professional position , public field of civics

[90] 参见哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版。

[91] 前引[89],阮新邦等主编书,第204页。