

优秀论文:浅论律师职业的独立性 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_485856.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_485856.htm) 在上世纪八十年代初我国律师制度刚刚恢复时期，律师的职业定位是“国家法律工作者”。到了1996年，《律师法》颁布以后，律师被重新定义为“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”。北京大学陈兴良教授进而提出，律师的权利不是国家权力，也不是社会权利，而是公民个人权利的延伸，律师的职业定位应是提供法律服务的自由职业者。我理解，这个“自由职业者”的目的在于强调律师职业的独立性，即律师只服从于法律，在法律之下，律师是自由的，任何外来的干预不足以使律师屈从，从而最大限度保护律师发挥维护人权，维护社会公平正义的作用。我国现行的《法官法》规定：“法官依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《检察官法》也有相应的规定：“检察官依法履行检察职责不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这都从法律上确定了法官、检察官职业的独立性。尽管现行的《律师法》尚未明确赋予律师具有职业的独立性，但这毕竟是国际社会的主流趋势，例如德国《联邦律师条例》第一条规定：“律师在司法中的地位，是司法的独立人员，律师执业机构为从事司法工作之独立机关。”加拿大也明确规定律师与法官地位相等：“每一个获准在最高法院担任初级律师的律师协会会员，均为加拿大自治领地的所有法院的官员。”因此，律师职业的独立性也应成为我国律师制度的应有之义。在新《律师法》中，理应加上一条：“律师依法执业不受行

政机关、社会团体和个人的干涉。”只有这样，才能在我国法律制度中真正确立律师职业的独立性。律师职业的独立性，是指律师不受国家公权和当事人私权影响，独立维护法律正确实施、维护社会公平正义的本质属性。律师作为一支独立力量的存在，将在很大程度上制衡权力，并且尽最大限度地防止和减少权力对公民及法人的侵害。一个国家的公民和法人，他们依法享有权利、履行义务，作为被国家管理、治理的相对人，他们没有直接立法和司法、执法的权力，只有遵法守法的义务。在面对国家权力的时候，他们总是处于弱势、劣势的地位，其合法权益容易受到国家权力的侵害，更不用说个别国家机关工作人员滥用权力、渎职枉法了。在现实生活中，除了通过立法对国家权力加以限制，对公民人权、权利予以强化之外，还需要一种独立于国家公权和当事人之间的社会力量，通过对当事人提供法律服务，以法律为武器来制约不法权力，维护当事人的合法权益。律师就是这种力量的代表。律师以他独具的职业独立性，将在很大程度上制衡权力，并且尽最大限度地防止和减少权力对公民、法人的侵害。这种独立表现在两个方面，一是律师与政府、法官、检察官保持相对的独立，有同国家公权对峙的勇气和能力，并在执业过程中不受国家司法机关、行政机关、社会团体和个人的干涉；同时律师在执业过程中独立于当事人，律师是当事人的辩护人或代理人而不是丧失独立人格的惟命是从的附庸和代言人，律师有义务维护当事人的合法权益，有义务保守当事人的秘密，但也有权利拒绝当事人提出的与法律相悖的不正当要求，并在刑事辩护中依据事实和法律独立地行使辩护权，独立地发表辩护意见。由于当事人追求的利益

并非总能与法律规定和社会的公平正义保持一致，有时甚至还会发生对立冲突，而个别律师将自己收入的增加建立在当事人不当利益的实现上，这样就会出现律师一味迎合当事人，背离事实，歪曲法律的现象，势必动摇整个律师行业在社会中的公信力。摆脱名利的羁绊，抵御金钱的腐蚀，除了需要律师自身有“良心”、“道德”外，能够保障律师恪守独立的制度至关重要。我们不仅要象珍惜自己的生命一样珍惜律师的独立，“不独立，毋宁死”，更需要每个律师身体力行地保护这支独立的“薪火”。以下，就当前可能影响律师职业独立性的两个现实问题，笔者谈一下自己的观点。

一、律师类型的多样化不利于律师保持独立性

在世界上绝大多数国家，律师与法官、检察官都是法律职业团体中的一种，仅仅是分工不同，地位并没有高低贵贱之分。这些国家创设律师制度的初衷就是为了使每一个公民通过律师的独立工作来制约公共权力的滥用，从而给予了律师职业极大的期待和重视。例如日本《律师法》第一条就开宗明义：“律师以维护基本人权，实现社会正义为使命。”而我国台湾地区的《律师法》第一条是这样规定的：“律师以保障人权，实现社会正义及促进民主法治为使命。”由此可见，律师的基本使命就是维护人权和社会的公平正义。面对如此庄严神圣的使命，一部律师法约束下的所有律师的处境应该是一致的。但是目前在我国却有一种律师种类多元化的趋势，在我国有的省、区、市和部分中央国家机关、大型企业已经开始设置了公职律师和公司律师，在2005年6月全国律协换届时他们中的不少人已堂而皇之的成为了代表、理事，这样，他们连同已经存在的军队律师将要形成中国律师的多样性。如果说，军队

律师对于普通公民而言，接触的机会微乎其微的话，那么随着“两公律师”队伍的建立与发展，社会将越来越多地见到他们的身影，听到他们的声音，由于其职责与一般意义上的律师（已有人称之为社会律师）有所不同，他们的出现，必将对律师职业的独立性产生巨大的冲击。公职律师是指具有律师资格或法律职业资格，供职于政府职能部门或经招聘到前述部门专职从事法律事务的公务人员。曾经有国家某总局一位政策法规司的副司长在获得该系统首批公职律师执业证书后，兴奋地告诉记者：“如果美国谈判对手再问我是干什么的，我就告诉他我是中国律师。”其实这也表明了公职律师的三个基本特征：一是身份的双重性，公职律师既是国家公务员或政府雇员又是律师；二是服务对象的固定性，公职律师只能为供职部门提供法律服务，不得面向社会提供有偿法律服务，不得在社会上的律师事务所或法律服务机构兼职，不得以律师身份办理本单位以外的诉讼与非诉讼案件；三是固定薪酬制，公职律师直接从供职部门领取固定薪酬。再来看一下规范性文件规定的公职律师的五项工作职责：一、担任政府法律顾问，为政府决策提供法律咨询和法律建议；二、根据政府的要求，参与政府规范性文件的起草、审核和修改工作；三、为涉及政府和社会公众的重大利益事项和纠纷提供专项法律服务或组织专家论证；四、代理政府参与诉讼、仲裁活动；五、政府中其他应由公职律师承担的工作。上述五项职责大部分还是围绕“长官意志”进行，公职律师工作的独立性难以体现。笔者认为，公职律师尽管主要处理政府微观方面的法律事务，但与政府法制办的部分职能并无本质区别，如果仅仅只是为了政府工作人员查阅案卷方便，

而硬要设置一种与社会律师相抗衡的律师类型，似乎有些矫枉过正。因为社会律师服务的对象是全社会的各种当事人，当然也包括政府职能部门。公司律师是指具有律师资格或法律职业资格，在企业内部专职从事法律事务工作，为企业提供法律服务并依法取得公司律师执业证书的执业人员。2002年12月，司法部颁布了《关于开展公司律师试点工作的意见》（以下简称《意见》）。《意见》规定了公司律师的职责，其中非诉讼业务包括对公司的生产经营决策提供法律意见，参与本企业法律文件的起草和修改工作，审核企业规章制度，审查和管理企业合同，对企业违反法律法规的行为提出纠正和建议，在企业内部开展法制宣传教育工作，仲裁事务；诉讼业务包括处理与本企业有关的诉讼业务。对照国家经济贸易委员会于1997年5月颁布的《企业法律顾问管理办法》中关于企业法律顾问职责的规定，简直是一模一样。公司律师已试行近3年，现有近700名公司律师服务于150家大型、特大型企业，其中不乏中国人寿、中国一汽这样的“行业巨鳄”。据某位对公司律师制度颇为赞赏的行政官员说，公司律师具有“离得近、叫得应、专业熟、信息灵、反应快、保密好”的优点。据笔者看，只有前两项符合实际，因为公司律师就是本公司职员，肯定离得近，而且他们要看“老板”的脸色行事，当然“一叫得应”了。至于其它四项，还没有过硬的事实能够证明他们比社会律师强。如果“两公”律师从法律上给予确认，必然打破现有律师的执业格局，使越来越多的律师尤其是年轻律师向公司流动。相对于公职律师，公司律师服务的领域更窄，完全是看某一个“老板”的脸色行事，职业的独立性更加无从谈起。一个人要想独立地做一件

事情，至少具备两个条件：思维判断上的自由和经济上的不受制于人。律师之所以能有独立性，就在于执业具有选择性，可以对当事人不适当的要求拒绝辩护或代理，通俗地说，一个律师的“衣食父母”是不确定的，他不必为某一个特定的“老板”而折腰。但“两公”律师却是做不到的。还有一种理论，认为设立公司律师是与国际接轨，这里且不论只有少数国家具有这种制度且亦对这种制度尚存诸多质疑外，就以经济最为发达的美国为例，美国的公司律师已有80多年的历史，人数也较多。但可以肯定的是美国的公司律师只是一种律师高度社会化的专业分工，其他还有移民律师、婚姻律师、专利律师等等，部分律师专职从事公司的法律事务性工作是美国经济极为发达情况下各种社会分工形成的，换言之，不是不考虑国情人人为推动形成的。有人片面地认为引入公司律师制度就是走国际化道路，这种观点是幼稚的，也是断章取义的。中国国情目前的现状和律师的地位与美国律师的地位相差甚远，美国的制度目前还不适合中国的国情，仅仅靠多一种律师类型来跟国际接轨，其实是在“拔苗助长”，其必带来许多现行体制所不能解决的问题。设立公司律师看似进步实是退步，势必影响中国律师业的整体竞争力和凝聚力，放缓与国际接轨的步伐，出现“欲速则不达”的结果。总而言之，在现阶段法治建设并不十分完善，律师队伍建设尚处于初级阶段的情况下，一味细化律师行业的分工，必然打破现有律师的执业格局，迫使律师尤其是年轻律师向公司流动；在业务上只好选择做刑事案件和婚姻家庭案件。产生的结果只能是在律师内部造成门派对立，职业道德和执业准则难以划一，增大不同类型律师之间的不信任感并相互贬低

；社会公众对各种类型的律师产生混淆，不明所以。同时也大大不利于行政机关和律师协会对整个行业的统一管理。都是律师，却有着迥异的生存模式。缺乏独立生活能力的律师就不可能有自由职业者的人格和思想自由，其独立性必将大打折扣。所以，公职律师、公司律师的职责和义务应该由专职的公务员或公司职员来完成，也可以聘请社会律师来执行，没有必要设立两个新的律师门类。对于暂不设立公职律师、公司律师这个问题，笔者曾向立法机关和司法行政部门多次呼吁，以期进行更严密的调研和更科学的分析，也希望律师同行们能够提出符合中国国情和中国律师行业特点的具体建议和办法来，可惜都未能引起足够的重视。

## 二、律师从事本职工作以外的经营性活动是对律师独立性的反动

在美国，政府从职业律师中雇佣一些人担任检察官，而各级法院的法官，也是从执业15年以上，品行良好，没有任何不良记录的资深律师中选任的。一个有追求的律师，肯定会在执业过程中小心谨慎，保持一个清白的纪录。同时，律师、检察官、法官甚至法学家职业之间的良性互动，就形成了一种良好的机制，大家都以法律准则而不是以各自的权力大小为评判标准，运用相同的思维方式和评价体系，对一件事情或者纠纷，所得出的结论是能够合理预期的。如何能在律师、检察官、法官、法学家之间形成一个稳定的职业共同体？首要的还是制度保障。律师怎样提高自己的社会地位？从自身角度讲，必须向检察官、法官的标准看齐。法律规定检察官、法官均不能从事有偿经营性活动。这一点具体到律师身上，那就是除了律师法上允许的有偿法律服务以外，律师不应再兼职从事其它经营性活动。这一点虽然在律师执业规范中有所体

现，但还没有上升到法律层面，这就给司法行政机关查处这些搞经营性活动的律师带来了困难。不解决律师随便兼职谋利的问题，律师这一职业就难以净化。所谓“职业”是指个人所从事的赖以为他人或社会服务并作为主要生活来源的工作。律师的工作就是为社会提供法律服务，所以他的收入也就理应来自提供法律服务的过程中。律师的职业使命是维护人权和社会的公平正义，他只服从法律并且要在法律许可的范围内维护当事人的权益，而不是惟当事人是从，这也就决定了律师职业的基本属性不包括商业性，律师不应该也不能被金钱利益所驱动。在追求公平正义的历程中，金钱对于每个律师的操守来说，是一把双刃剑。如果没有足够的收入，一个律师无法维持稳定的生活，在诱惑面前难免把持不住；如果只是一味地追求金钱，那也只能变成一个赚钱工具，实在是舍本逐末。律师要想在社会立足，归根结底还是要加强“职业化”的训练，练就过硬的本领，才能提供更好的服务，在社会竞争中得到承认。一段时间以来，社会上出现了一种误导，认为律师价值的体现就是用收入高低来衡量。律师对经济利益的偏激追逐，将会极大的损害律师形象，尤其是个别律师，甚至脱离本职工作，在社会上从事各种商业活动，直接导致了社会公众对律师行业的反感和不满。仅以西安为例，就曾有资深执业律师在外兼职从事商业活动，并利用职务便利及法律专业知识，将国有资产据为己有，最后锒铛入狱、声败名裂。还有少数律师，或是从事酒店餐饮行业或是经营娱乐场所，或是经营房地产、拍卖行等，都在社会上造成了不良影响。笔者认为，新律师法修订过程中，有必要加入禁止执业律师从事其他经营性活动的禁止性规定。之所



以如此要求至少有两个原因，一是律师是一个高尚的职业，就像医生，需要社会认可自身的价值，但决不能惟钱是图，商业气息太浓；二来律师由于职业特殊，可能知晓或接触很多个人隐私和商业秘密，如果参与其他商业经营性活动，就有可能利用这种便利为己服务，甚至损害当事人的利益，理应禁止。而且从事其它经营性活动，难免影响律师职业的独立性，令其为攫取更大利润钻法律的空子，这样就背离了律师制度的初衷。另外，新《律师法》还有必要严格律师初任调查和年检审查的工作程序和内容。仅以笔者所知的在西安执业的律师为例，就有不少于5%的注册律师是披了“两张皮”。他们或是国家公务员或是企业的老板、职员工，利用个人关系或伪造部分档案材料，把人事关系送到人才交流中心转一圈，就获得了律师身份。既不耽误自己的固定工作或者经营活动，还能以“律师”的名义到处招揽律师业务和进行活动。这种情况严重败坏了律师法律职业者的独立形象，必须坚决予以扼制。笔者建议，新《律师法》应授权司法机关制订更加严格的律师准入程序，加强个人身份的调查；对于律师档案的管理，司法机关和律师协会也应建立自有的管理体系。努力保持律师队伍的纯洁性和职业的独立性。美国一位著名的律师布兰代斯在其所著的《律师的机会》一书中忧心忡忡地指出：“一个毋庸置疑的事实是，现今的律师在人们心目中的地位不如七十五年前或者也确实不如五十年前那样显赫了；但是，其原因并非是缺乏机会。而是：律师没有在富人和大众之间恪守独立，-----他们最大限度地放纵自己成为大公司的附庸，而忽略利用自己的权利保护大众的义务。”也许，中国律师也面临同样的困境。面对强

权与金钱，请选择独立。最后，我以北京一位律师的话结束这篇文章：“律师崇尚的，应该是按照法律办事；律师追求的，应该是维护法律的尊严；律师执着的，应该是司法公正的实现。”参考文献：（1）顾培东：《中国律师制度的理论检视与实证分析》《中国律师》1999年第11期（2）（3）刁金梅：《关于律师的社会地位》《中国律师》2002年第11期（4）（5）侯茜 黄锡生：《中日律师制度比较研究》《重庆大学学报》（社会科学版）1999年第1期（6）（7）阿健：《西方社会律师无处不在》《二十一世纪》2001年第10期（8）（9）陈金钊 武秀英：《论律师职业的职业的独立性及其对法律的忠诚》载张文显主编《司法改革报告——法律职业共同体研究》（10）（11）李小宁：《中国律师：不容忽视的政治资源》《中央社会主义学院学报》2003年第1期（12）（13）赵杨 李鹏：《中国律师制度的现状及对策研究》《理论观察》2002年第6期（14）（15）墨帅：《律师法修改应“两手抓”》<http://www.hanjilawyer.com.cn>（16）（17）张培田：《发达国家司法官与律师养成制度简介》《检察实践》2002年第1期（18）（19）[美]罗斯科·庞德：《法律史解释》邓正来/译 中国法制出版社 2002年12月版（20）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)