

律师独立的实现保障^{*}

向 明

(吉首大学 法学院,湖南 吉首 416000)

摘 要:律师独立实现的保障主要体现为职业特权的国家赋予、行业自治以及法律职业共同体的认同等三个方面。职业特权的国家赋予集中表现为社会法律服务资源垄断和律师执业豁免;而行业规范自主制定、职业资格自主授予与行业惩戒自主实施构成了行业自治的主要内容;当然律师的独立性实现也离不开包括法官、检察官在内的法律职业共同体的认同。

关键词:律师独立;职业特权;行业规范;认同

中图分类号:D916.5

文献标识码: A

文章编号: 1007-4074(2010)05-0065-05

作者简介:向 明(1966-),男,湖南凤凰人,吉首大学法学院副教授,律师。

在现代民主法治社会,律师欲实现其职业功能,进而更好地维护当事人的合法权益与社会公共利益,以及促进法律的正确实施,律师必须独立。但如何实现律师独立或者如何保障律师的独立性得以实现就显得尤为重要。纵观当下各国法学理论和法律实践,律师独立的实现保障主要体现在以下几个方面。

一、职业特权的国家赋予

随着人类社会经济发展的日趋深化,社会知识也日益专业化,作为社会控制工具的法律也日益复杂化。在法律的实施过程中,客观上需要懂法的人为人们包括国家及国家机关提供法律服务。根据

这种需要,社会上出现了学习、研究法律的职业法律者阶层^{[1](P11)}。这些职业法律者时常向司法、行政官员提供意见和向普通民众解答法律问题,为诉讼当事人提供咨询服务,代理当事人参加诉讼。但由于法律职业中具有一些深奥复杂的、常人无法掌握(至少没有太多时间去掌握)的专业技术,社会团体、国家机关和人们的自由都不得不仰赖于他们,于是社会和国家将一些其他行业所不能具有的职业特权(包括法律豁免、社会地位、社会声誉和法律服务市场垄断等特权^①)赋予这些法律职业者^②。基于此,职业特权的国家赋予是作为法律职业者的律师担任普通公民的辩护人、代理人、代言人的重要保障,也就是说,如果国家法律没有对律师授予

^{*} 收稿日期:2010-06-22

① 但作为回报,法律职业者遵循一套高标准的伦理规范、对公共福祉承担天然的义务和责任、高质量的法律服务等。这就是所谓的在律师职业与社会或国家之间的社会契约的理论。当然,如果律师职业没有履行契约中的义务,国家和社会当然有权随时撤回先前给与律师职业的特权。参见 Criton A. Constantinides, Professional Ethics Codes in Court: Redefining The Social Contract Between the Public and the Professions, 25 Ga. L. Rev. 1327(1990)。

② 诚如美国学者罗伯特·戈登认为,“……律师协会可以自由地管理其自身的事务,而不受外来干预。这些自由通常被视为社会交易的一部分:律师被赋予公共特权,以换取公共利益。律师被赋予了对某种工作的垄断权。”参见[美]罗伯特·戈登:《律师独立论——律师独立于当事人》,周涛嘉等译,中国政法大学出版社1992年版,第8页。

职业特权,那么律师对公民辩护、代理等也就不可能存在,律师及律师职业也难以产生,更谈不上律师独立性的实现。

(一) 社会法律服务资源垄断

在法经济学看来,法律是一种公共产品,法律服务是一种社会资源。法律职业无疑是一种垄断性的职业。因为在美国法律经济学大师理查德·波斯纳看来,只要是“一个以知识为基础提供服务之职业的生产资料都保留在职业者的脑袋瓜里,这个职业就一定是垄断性的^{[2](P220)}”。法律实践证明,为实现法律自身价值、发挥法律功能、自主维护法律的权威与尊严、维护法律体系内的原则准则与规范的一致性、协调法律制订与法律适用之间冲突、解决法律明确性和原则性与不周延性和滞后性的矛盾等,都要求作为法律职业共同体的律师应独立地分享社会法律服务资源,^①即律师及律师职业应垄断社会法律服务资源以保持身份上的独立性和物质上的独立。这源于:一是与垄断资源的政府官员不同,律师是与其自己的劳动来获得报酬,这就使其独立分享社会资源具有了道义上的正当性;二是与国家工作人员不同,律师的报酬是由当事人按他们劳动的数量与质量来予以支付的;三是律师的生产资料——法律是一种稀缺的资源,要掌握和运用这种资源,必须经过长期艰苦的学习和专门的训练且要通过严格的准入考试以及具备较高的品德要求等,作为回报,律师理应保持社会法律服务资源的垄断性;四是经济学成果表明,垄断也是鼓励创新的一种途径,因为成功的创新和成本最小化对垄断者的回报通常是较大的,垄断可以促进律师及律师业不断的创新,不断地在新的领域开创新的天地。基于此,能独占社会法律服务资源是律师得以独立的基本物质保障。

(二) 执业豁免^②

律师执业豁免一般是指律师因职业行为所产生的言论、行为,不受司法机关追究刑事、民事责任的权利,包括言论豁免权、作证豁免权以及向法庭提供的证据材料失实豁免权^[3]。律师享有执业豁免权,是律师在执业过程中能够独立、敢于独立的重要保障。从各国的法律实践来看,律师执业豁免的内容主要包括辩护言论豁免、作证豁免、向法庭提供的证据材料失实豁免、拒绝辩护豁免、拒绝扣押豁免、律师住宅和办公室的搜查豁免以及通信豁免等。

律师辩护言论豁免主要是指法律赋予律师在

向委托人提供法律意见或在法庭上刑事辩护、代理中发表的言论不受法律追究。这表现为:律师在执业过程中可以无顾虑地发表意见;律师在履行职务时,对其他诉讼参与人或第三者不负诽谤的责任;律师在处理诉讼案件时,不负疏忽责任;同样,律师认为法院所执行的法律是过时的、被废除的或引用不当,律师可以提出修改法律的建议或不遵守这些法律;律师可以蔑视公众舆论等。

律师的作证豁免,也即职业秘密免证权,是指律师对在执业过程中所发现的不利于被指控人的事实与材料可以拒绝向法院或其他有权机关作证。律师的此种特权是律师因保密义务所产生之权利,同时也是律师的法定义务,更是律师的职业伦理义务和执业律师应当遵守的职业道德。因为律师在执业过程中,律师通过与当事人沟通交流而知晓了当事人的许多秘密,如果律师不保守秘密,这将导致法律信仰和社会诚信的危机。在此方面,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。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条中也规定,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。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。

律师向法庭提供的证据材料失实豁免是指律师向法庭提供的证据材料失实不受法律追究。律师由于调查取证权限及手段等受到严格的限制,其向法庭提供或出示的文件、材料等证据材料可能会失实,对律师向法庭提供或出示的文件、材料等证据材料失实的行为,应赋予其不受法律追究的权

① 在此应注意的是,虽然同样以法律为业,由于法官、检察官的职业不具有获利性,因而也就不具有社会法律服务资源的垄断性,这是因为法官、检察官是国家设立的代表国家保证法律运行的职业,其有国家公务员性质的职业地位和收入保障,他们的职业是不允许私自营利的。

② 当然,律师的执业豁免是一种有限豁免。律师在执业时不得危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序、故意制造伪证或者虚假证以及违反职业道德和纪律等。

利。律师拒绝辩护的豁免是指律师在执业过程中在不违背法律规范、职业伦理和行为规范的前提下可以有选择性担任辩护人,或拒绝为他人担任辩护人或代理人。而律师的拒绝扣押豁免是指律师因职业需要保管或持有的文件、物品,或与当事人的往来书信和材料等非依法和正当程序不得无故扣押。^① 律师住宅和办公室的搜查豁免是指律师住宅和办公室有权机关非经法定程序不得搜查,这是律师保守职业秘密、保护人身权利和住宅安全的重要内容。同时,国外对于律师的办公室和住所搜查,立法都明确规定了比较严格的条件和手续。

二、行业自治

根据自治的理念和实践,为保持独立性 & 保证免受外在干涉,法律职业必须实行自我管理。正如有学者所指出的那样,实践证明,法律职业在寻求自治和独立的历史过程中,促进了西方近代法治和文明的发展。^[4] 那么作为具有社团属性的律师协会为保障律师独立应自主地制定本行业规范、自主授予新成员的职业资格以及决定对违反职业伦理的惩戒。由此可以看出,律师自治、律师行业的自我管理,也是律师实现其独立性的重要保障。

(一) 行业规范自主制定

在社会学看来,行业自治有三个构成要素,即行业规范、会员资格和对会员的惩戒。其中,行业规范最为重要,这是因为行业组织要实现其组织目的必须规范、有序运作,而通过行业内部民主程序制定的对会员具有普遍约束力的行业规章及其他规范性文件不仅是内部运作的准则,也是成功运作的关键。行业规范主要包括自治章程,行为规范、业务准则和管理规范。作为律师行业组织的律师协会为了进行正常的活动以及实现其组建的宗旨,就必须制定对协会和会员都有约束力的律师协会章程和其他律师自治规章,促使其运作规范化和有序化。从各国的现有规范来看,律师协会章程和行业规范主要包括:基本性规范,即律师协会章程,它是律师协会组织和运行的规范,一般包括协会的宗旨、会员资格、协会组织结构和协会组成人员的产生办法、协会及组成机构的职责、协会会议程序和决议程序、协会经费管理、会员纪律及处罚规则等重大事项;律师行为规则,包括律师职业道德规范、律师职业行为规范及律师从事各项专门法律服务的行为准则、律师收费规则等;律师协会和内部机构的运作规范,包括律师协会各个机构的职能及办

事程序、律师协会会议的举行、协会会员争端解决办法、律师协会经费的管理、律师工作人员的选任和工作纪律及自助性事务的管理规则等;律师协会的惩戒规则,包括律师协会的惩戒机构、惩戒程序等。行业规范自主制定意味着律师协会可以自由地管理其自身的事务,而不受外来的干预。诚如美国学者罗伯特·戈登认为,律师独立首先表现为社团的自我管理,也即律师协会可以自由地管理其自身的事务,而不受外来干预。^{[5](P9)} 由此可以看出,律师协会的这种行业规范自主制定是律师独立得以实现的重要保障之一。

(二) 职业资格自主授予

为规范律师业的有效运行和律师职业特权的行使,各国都规定了律师准入制度,即律师执业资格的授予。当下世界,作为律师独立的重要体现,各国普遍立法将律师执业资格的授予权赋予律师协会。如在法国,要想成为一名正式的律师必须在律师会的律师名册上注册。律师名册由理事会负责管理,律师会理事会在两个月以内作出注册与否的决定。美国律师协会负责律师资格考试的组织,以及对律师资格申请者的审查。日本律师联合会有权对律师进行资格审查,从事律师业务登记,并设置律师名册。英国尽管没有建立统一的全国性的律师协会,但要想从事律师职业则必须参加地区性的律师组织考核和许可。英国传统上有着事务律师和出庭律师的分工,同样律师组织也存在着出庭律师公会和事务律师协会的划分。英格兰、威尔士出庭律师公会下设的法律教育专业委员会负责实施出庭律师资格考试,事务律师协会如英格兰、威尔士律师协会负责对事务律师资格的授予和考核。在德国,尽管对于律师资格的申请司法行政机关有决定权,然而,律师资格是司法行政机关在律师协会鉴定书认可的基础上授予的,律师协会理事会在律师资格审核上有着重要的作用。^[6] 实践证明,如果政府以行政许可方式赋予律师从业资格和按照政府特有的价值标准制订一些律师行为准则,那么律师及律师行业势必会在政府的管制下成为政府的附庸,成为鼓吹政府决策的工具。基于此,职业资格自主授予对保障律师实现其独立意义

^① 如德国刑事诉讼法第 97 条规定:“对于下列物品,不得扣押:……被指控人与律师之间的书面通讯;被指控人的律师信赖告知的事项所作的记录,或其他有关拒绝作证的事项所作的记录;适用拒绝作证的其他物品。”

重大。

(三)行业惩戒自主实施

当律师违反律师职业守则、职业道德以及违反法律规定时,根据律师法律规范要求律师应承担相应的行业或行政责任。当下世界对律师行使惩戒权主要有三种模式:一是惩戒权完全由律师协会行使模式,典型者如日本^①;二是律师协会与法院共同行使惩戒权模式,其代表国家为美国和英国^②;三是名誉法院行使对律师的惩罚权模式,其代表国家为德国^③。“现代律师业作为现代法治社会中的一种设计,其基本属性就是社会化和行业化。”^{[7](P113)}社会化和行业化的律师业要求惩戒权的自我行使,并从维护行业健康发展出发,律师业也能够有效地防止私权自身因滥用而变质和丧失。律师协会作为律师自律性的行业组织,其会员均由律师组成,律师组织内部的事务理应由律师自主管理。这样导致律师行业作为一个独立的政治力量或社会阶层得以形成,进而最终实现律师有效独立的目标。基于此,对律师的实施惩戒,尽管当前存在前述三种模式,但笔者认为,都应由律师协会对律师统一行使惩戒权,这样做的目的就是能够有效地避免国家权力机关对律师组织内部事务管理和律师执业行为的不当干预,从而实现律师的独立。

总之,律师行业自治和律师独立之间的关系是相互依存、共同发展。律师独立是律师行业自治的本质内涵,因为只有律师能够自主地为社会提供法律服务,律师的独立性才能真正的得以实现。在很大程度上,律师行业自治的终极目标在于保障律师独立。律师行业自治是律师独立的前提,缺乏律师的行业自治,律师无法形成一个共同体来维护自身的合法权益,律师独立也就失去了依托。

三、法律职业共同体的认同

律师最为重要的职能就是维护人权、反对人治和司法专横。虽然律师在法律实践中其存在的方式、功能外部表征、职业特性或者行为方式等方面与司法官员如法官和检察官都存有诸多异质品性,但在理论界学者们往往认为他们都从事与法律有关的工作,并且都具有共同的职业价值取向而将其划归于一个法律职业共同体之中。另外,也有学者认为法治诞生的形式要件之一就在于法官、检察官和律师已成为素质精良的法律家阶层,而此种法律阶层在内在精神上则具有统一的知识传统、学识背景、思维方式和价值信念^{[8](P258)}。在法治发达的国

家,尽管也有律师、检察官和法官等职业之分,但他们互成一体,构成了一种高度职业化或专业化的完整的法律职业:一方面,他们有一扇共同的进入之门,都应通过统一的资格考试;另一方面是他们在人事上是相通的,法官、检察官都从律师中遴选。如此构建的法律职业共同体,其成员相互之间在法学学识价值的认识、对待事物或处理问题、思维方法、评价体系都会有强烈的认同感,并把赢得职业同行的赞赏作为衡量自己成就的重要标准。但是现实生活中,检察官和法官基于“国家权力本位”观念,使他们自我感觉到具有律师所没有具有的种种身份优越感,有些检察官和法官在与律师的交往中不仅缺乏必要的尊重,而且还将职业“对抗”延伸至案件之外,比如检察官和法官非法阻碍律师办案、恶意报复律师等现象屡见不鲜。这种不尊重律师所造成的负面影响是,社会公众可能在心理上产生对信赖法律的动摇,导致了人们不再将依法办事作为其行为准则。诚如有学者道:“一般说来,一个社会对法官、检察官的尊重程度表明法治的程度。相同的道理,法官、检察官对律师的尊重程度,则表明了这个社会的公正程度。法官如果不尊重律师,法官也不会受到社会的尊重,而法官的受尊重和律师的受尊重,都缘于他们对公正的职业追求。”^{[9](P223)}是故,律师及律师职业在保护社会主体

① 日本《律师法》对违反职业道德规定的律师,对其惩戒类型与惩戒权人作了明确规定:(1)律师对有违反本法或所属律师会或日本律师联合会的会章,妨害所属律师会的秩序或信用,无论是在职务内或职务外,有足以丧失律师品格的不当行为时,应当受到惩戒。(2)惩戒由该律师所属的律师会,依据惩戒委员会的决定执行。为此,日本律师联合会和日本律师会都设有惩戒委员会对律师的行为进行监督,惩戒违法律师。

② 在美国,各州的律师协会设有申诉委员会,申诉人可向申诉委员会控告违纪的律师。对可能遭受警告、停止执业、吊销律师资格惩罚的律师,律师协会有初步的调查权,往往由律师协会的相关委员会在调查的基础上提出处理建议,然后由法院做出惩戒决定。美国现有的五十万律师中,每年约有二千名律师受到处罚,占律师总人数的千分之四。另外,英国由于存在出庭律师和事务律师的分工,因而,对律师的惩戒也分由不同律师协会负责,出庭律师公会负责对出庭律师的纪律惩戒,事务律师协会有权调查和惩戒事务律师的违法违纪行为。但是在一定情况下,对事务律师的惩戒可由律师案件惩戒法院来进行。

③ 在德国,名誉法院的法官由律师会推荐,司法行政机关选任的律师来担任,司法行政机关对于名誉法院的工作行使监督权。

的权利、提高与获得经济效益、稳定社会及管理社会公共事务等应有功能的实现过程中,律师职业的功能体现在很大程度上都离不开司法官员如法官或检察官的协助才能得以最终实现或巩固。基于此,包括法官、检察官在内的法律职业共同体的认同是律师实现其独立性的另一重要保障。

当然,除了上述律师独立的实现保障措施外,还可以从当政者意识形态的变革、执业环境的优化以及职业伦理完善等方面着手。本文囿于篇幅,对其他的律师独立实现保障措施留待以后做更为深刻的思考。

参考文献:

- [1] [古罗马]查士丁尼.法学总论[M].张企泰,译.北京:商务印书馆,1989.
- [2] [美]理查德·波斯纳.道德和法律理论的疑问[M].苏

力,译.北京:中国政法大学出版社,2001.

- [3] 马秀娟.论律师执业豁免权[J].西部法学评论,2008(4).
- [4] William. J. Bouwsma. Lawyers and Early Modern Culture, 78 American Historical Review(1973).
- [5] [美]罗伯特·戈登.律师独立论——律师独立于当事人[M].潞嘉,等,译.北京:中国政法大学出版社,1992.
- [6] 宋世杰,伍浩鹏.律师整体独立论[J].河北法学,2006(1).
- [7] 张志铭.当代中国的律师业——以民权为基本尺度[M]//夏勇.走向权利的时代.北京:中国政法大学出版社,1995.
- [8] 李交发,等.法治建设论[M].长沙:湖南人民出版社,1998.
- [9] 刘海年.依法治国建设社会主义法治国家[M].北京:中国法制出版社,1996.

(责任编辑:彭介忠)

On the Realization of Lawyer Independence

XIANG Ming

(College of Law, Jishou University, Jishou, Hunan 416000, China)

Abstract: The realization of lawyer independence is mainly guaranteed by the state-entrusted professional privilege, the self-regulation and the identification of legal profession community. The state-entrusted professional privilege is collectively presented in the monopolization of social legal service resources and the exemption of lawyer execution, while the self-regulation mainly includes self-decision of criterion of legal profession, self-granting of profession qualification, and self-implementation of punishment of legal profession. Of course, the realization of lawyer independence can not be separated from the identification of legal community of judges and prosecutors.

Key words: lawyer independence; professional privilege; criterion of legal profession; identification

(上接第 47 页)

On the Relationship between “Three Represents Theory” and “Three Favorables Theory” from the Perspective of Epistemology

XIAO Ying-sheng

(College of Marxism, Jishou University, Jishou, Hunan 416000, China)

Abstract: “Three Favorables Theory” is the essence of Deng Xiaoping Theory. In some extent, to analyze the relationship between “Three Represents Theory” and Deng Xiaoping Theory is to analyze the relationship between “Three Represents Theory” and “Three Favorables Theory”. This paper discusses their relationship from three aspects of epistemology: from the perspective of the course of epistemology, “Three Represents Theory” is the affirmation of “Three Favorables Theory”; from the perspective of requirement, they are the logical and historical unification; and from the perspective of purpose, “Three Represents Theory” deepens “Three Favorables Theory”.

Key words: “Three Favorables Theory”; “Three Represents Theory”; three foundations; three admissions