

# 转型社会中的法律职业共同体

余 涛

(西北政法大学 高等教育研究所, 陕西 西安 710122)

**摘 要:**法律职业共同体不同于法律人和法律人阶层的概念,它们在内容、形成及演变等方面存在着差别。法律职业共同体是达到了一定组织化程度的概念,具有专业性、公共性、自治性、流动性的特征。厘清转型社会中法律职业共同体的概念和理论基础,有助于推动我国处于转型时期的法律职业化进程,创造更为良好的司法环境,达到更好的社会效果。

**关键词:**转型时期;法律人;法律人阶层;法律职业共同体

中图分类号:D90

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2013)03-0037-10

## 一、问题的提出

职业是社会需求的产物和社会分工不断深入的结果。从历史上看,传统的中国语境中没有所谓的“法律职业”概念,也从未形成过现代意义上的所谓法律职业共同体。当代中国语境和知识谱系中的法律职业共同体概念不仅是现代的,也是外来的。虽然孟子用“徒法不足以自行”来强调法律实施中人的因素,但其关注的角度以及对人的要求与现代意义的法律人大不相同。在国外,法律人的产生和法律职业的形成是西方法律传统的要素和象征,它对于法律的运作、发展、法律传统的形成都具有决定性的作用,许多西方学者更是把“法律职业共同体”视为建构法治秩序的核心力量以及实现社会正义的守护神。虽然法律职业主义在现代社会的西方也有诸多问题,也面临着反思,但需要首先强调的是,基于西方法律职业化过程中存在的问题,我们认为法律人、法律人阶层和法律职业共同体是当下法学研究中被普遍混用却又存在差别的三个概念,它们其实代表了法律职业化过程中的不同阶段,而构建并完善法律职业共同体才是未来司法改革的最终发展方向。

但这一结论在当下并不那么容易得出,尤其是在 2008 年前后执政党所确立的“维稳”与“促发展保民生”方针的指引下,1998 年以来我国的司法改革经历了从“强调法律职业化”的“精英司法”到“注重社会效果”的“人民司法”转向过程,<sup>①</sup>司法改革从推崇权利至上的形式主义司法理念为主导的“法官(检察官)职业化”,转向了追求社会和谐和类似实质主义司法理念为主导的司法大众化道路。而在这一过程中,伴随着部分司法界的法官腐败案件的曝光,以及法律人职业伦理与民众道德冲突案件的不断出现,使得法律人的形象屡遭质疑,人们对司法环境的信任度不断降低,学界对法律职业共同体的追求也似乎有所淡化,以至于学界发出了“法治倒退”的质疑,甚至提出了对法律职业之追求不过是新的利益集团形成的借口。那么,20 世纪 90 年代开始的对法律职业的讨论和追求是否只是不切实际的空谈?法律职业共同体是否只是一个可望不可及的“空中楼阁”?事实上,虽然自上世纪末开始的司法改革中的确存在诸多问题,值得我们对法律职业伦理、法

收稿日期:2013-05-13

基金项目:司法部重点项目“法律职业共同体构建与法治建设研究”(01SFB1014)

作者简介:余 涛(1979-),男,河南叶县人,西北政法大学高教研究所助理研究员,法学博士。

① 参见《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》(法发[2007]2号)、《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》(法发[2007]第9号)等,这些文件的出台标志着司法政策的系统转变。

律职业化的实际要求深入反思,也需要对近年来司法改革过程中存在的问题进一步分析。但不管如何,前述的这些质疑似乎都对法律职业共同体的内涵有所误解,在未来的司法改革道路上,构建法律职业共同体还应该是每个法律人的不懈追求,只不过这个追求应该建立在反思法律职业共同体概念,明确法律职业发展方向、认清我国国情的基础上。因此,有必要进一步辨析法律职业共同体的概念、理论基础以及法律职业共同体在未来的发展方向。

## 二、法律职业共同体的内涵

### (一)“共同体”概念及其属性

法律职业共同体内涵究竟为何?根据现代汉语词典的解释,“共同体”是指人们在共同条件下结成的集体。<sup>[1]</sup>在西方的政治学中,共同体是指“有共同价值取向、共同利益和共同目标的一群人的集合”。而在哲学家、社会学家眼里,共同体(community)往往被理解为“社群”“社区”。所以对社群主义者或者共同体主义者而言,“共同体”不单是指一群人,更是一个整体。现代的社群主义理论或共同体理论可溯源至亚里士多德。他把共同体定义为“为达到某种共同的善的目的而组成的关系或者团体”。<sup>[2]</sup><sup>[157]</sup>《政治学》开篇即说:我们所见到的每一个城邦都是某一种类的社会团体,一切社会团体的建立,其目的总是为了完成某种善业——城邦构成了政治的共同体。<sup>[3]</sup>黑格尔曾假设一个“公共阶层”(General Estate),作为管理市民社会、遵循超级英雄伦理的理想群体。马克思把古代家庭、氏族和更大的人群包括“亚细亚国家”在内都看成“自然形成的或政治性的”共同体。<sup>[4]</sup>德国社会学家斐迪南·滕尼斯则主张“共同体”是一种小范围的、自然形成的、古老而传统的小型人类群体。<sup>[5]</sup>他在《共同体与社会》中首次提出了“共同体”(Gemeinschaft)的概念,用来表示任何基于协作关系的有机组织形式。而齐格蒙特·鲍曼对“共同体”的所指更为宽泛,指称社会中存在的、基于主观上或客观上的共同特征(这些特征包括种族、观念、地位、遭遇、人物、身份等)(或相似性)而组成的各种层次的团体、组织。既包括小规模社区自发组织,也可指更高层次上的政治组织,而且还可指国家和民族这一最高层次的总体,既包括有形的共同体,也可指无形的共同体。<sup>[6]</sup><sup>[1]</sup>马克思·韦伯认为“参与者主观感受到的(感情的或传统的)共同属于一个整体的感觉,这时的社会关系,就应当成为共同体。”<sup>①</sup>除此之外,英国社会学家麦基弗,加拿大政治哲学家泰勒,美国政治哲学家桑德尔、丹尼尔·贝尔等学者都对“共同体”有相关的论述。<sup>②</sup>上述这些研究表明,基于地缘的或认同的区分标准,共同体包含两种含义:一是指共同拥有确定的物质空间或地理区域的群体,如邻里、村庄、城市等;二是指具有共同特质、归属感,并维持着形成社会实体的社会联系和社会互动的群体,如种族共同体、宗教共同体、学术或职业共同体。显然,法律职业共同体属于第二种共同体,它主要依靠其内在的价值认同一致而得以维系。<sup>[7]</sup>

那么,从上述几个不同角度的定义来看,第二种含义的“共同体”一词至少应包含以下方面的属性:

1. 群体性。共同体首先是由一定数量的人群组合而成,单独的个人无法构成所谓的“共同体”。人群进行组合有着各种各样的动机,无论这种组合是由于长期的传统自然形成的还是基于某种特殊需要而人为成立的,至少都是因相同或相似的一个或几个动机或目的而构成的人群组合。

2. 自组织性。社群和社区是个人生活所处的空间。自人类脱离蒙昧,追求社会的和有组织的生活成为

① 参见〔德〕马克思·韦伯:《社会学的基本概念》,胡景北译,上海人民出版社2000年版,第62页。但他同时也强调,仅凭简单的感觉是不够的,在参与者各人与环境之间……以及各人之间双方的相互行动中互为取向时出现了社会关系,当这一关系打上属于某一整体的印记时才产生了共同体。因此,共同体是一种社会关系,以互为取向的行为为基础,外在表现为成员的相互认同的感受。另参见李强:《社会分层十讲》,社会科学文献出版社2008年版,第33页。

② 参见〔美〕麦金泰尔:《谁之正义?何种合理性》,万俊人等译,当代中国出版社1996年版;〔美〕丹尼尔·贝尔:《意识形态的终结》,张国清等译,江苏人民出版社2001年版;〔加〕泰勒:《自我的根源:现代认同的形成》,译林出版社2001年版。

一种必需的和基本的要求。人本身具有社会的属性,总是无法摆脱各种各样的身份,在共同体内尤为如此。自然形成以及人为产生的共同体,都有一定的组织结构,以维持共同体的基本运转及发展。

3. 共同性或相似性。共同体形成的最基本的特征,是基于共同或相似的社会特征、价值取向、共同利益或目标,内在基础是互为取向的行为,外在表现是成员的相互认同。没有这种共同或相似的基础,共同体不能称之为共同体。<sup>①</sup>

4. 自我认同性。个人的认同或自我的认同简单说就是对自己角色的一种自我确认,是个人一系列个性的统一。<sup>[8]</sup>滕尼斯强调共同体的“共同理解”和共同体不证自明的“自然而然”,而韦伯和鲍曼都强调共同体一词所包含的“感觉”(feel)属性——一种身处其中油然而生的“不错”“温馨”的感觉,将共同体视为热切希望重归其中的天堂。<sup>[6]2-4</sup>

共同体的这些属性使得共同体的成员对其身份持一种认可的态度,有着安全感、归属感和自豪感。身处其中的人如同大家庭的成员,相互理解、相互依靠,步伐一致,抵挡来自共同体之外的侵犯。同时,共同体自组织化程度的提高使这种努力可以转化为现实。这种共同体成员间的特殊心理与共同体的特殊属性使得共同体具有了一般社会组织所不具备的功能。但值得注意的是,对于“法律职业共同体”这一概念而言,其所使用的“共同体”与社群主义的“社群”,虽然在英文中表述相同,但实际上是存在一定差异的,对此我们应有一定的认识。<sup>②</sup>

## (二)“法律职业共同体”概念的初步界定

法律职业共同体概念源于美国科学史和科学哲学家托马斯·库恩(Thomas Samuel Kuhn)关于“科学共同体”的定义。而职业(profession)一般是指按照社会分工,凭借专门的知识 and 技能,在为社会创造财富的同时,获取作为物质生活来源的合理报酬,并满足精神需求的一种工作。<sup>③</sup>在西方语境中,职业带有一定的神圣性和神秘性。传统社会只承认律师(法律人)、医生、牧师、教师和高级军官从事的事业是职业,其他工作岗位是被排除在职业之外的。<sup>[9]72</sup>而法律职业通常高居所有工种(occupation)和职业的金字塔顶端,指的是基于社会分工,由受过专门的法律训练,具有娴熟的法律技能和基本的法律职业伦理的人所从事的工作。通常来讲,法律职业作为一个专业工作领域,是社会分工的结果,具有专业性,依赖特定的专业知识和专业技能,另外,法律职业具有自己比较独特的职业伦理。其特征包括“权威、社会重要性、自律和自制、职业责任、收益”等。<sup>[9]72-73</sup>

到目前为止,我国学界对“法律职业共同体”一词的认识是存在分歧的,对这一概念的表述也有一定的差异。学者们同时用“法律人”“法律家”“法律人阶层”“法律职业者阶层”“法律共同体”“法律职业共同体”等概念来表述这个群体,当然其所指称的群体范围的大小存在差异。本文写作的出发点就在于对“法律人”“法律人阶层”和“法律职业共同体”概念进行细化与区分,而这里之所以使用了“法律职业共同体”概念,基本目的在于描述这一群体发展到一定阶段之后的特殊状态,因其自身的特殊属性所能带来的积极性影响,以及我们为何要追求这样的一种状态。

从国内看,有学者认为,“法律职业共同体”本身不是一个具有确定含义的概念,大体上用来指法律职业内部各个群体之间形成的统一体,没有必要把法律职业共同体的概念搞得特别明确,而应该适当地模糊化。并认为所谓法律职业共同体实际上不应是指一种实体性的建构,而是一种精神或理念上的共同体,集体认同(Occupational identities)或称职业认同(Collective identities)。<sup>[10]</sup>也有学者认为,法律职业共同体就是指以

① 当然,滕尼斯更强调共同体的小范围性、自然性和非目的性,多少与其他人有些不同。

② 社群主义者使用的 community(社群)除了具有“社区”“共同体”含义外,还包括阶级、民族等含义。参见俞可平:《社群主义》,中国社会科学出版社,2005年版。

③ 涂尔干认为,分工不是经济生活特有的情况,而广泛存在于社会的政治、行政和司法领域,且其职能因为这种不断扩大的社会分工,日益呈现专业化的趋势。见涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,导言第2页。

法律连接起来具有相同的语言、知识背景、专业层次的人们结成的职业集体,又可简称为“法共体”或“法律共同体”。不管概念上的差异或对其形态定义的不同,至少学者们都承认一点,就是它可以被理解为一个以法律为纽带的职业群体,只是其形态上可能存在认识上的差异。

从国外看,马克斯·韦伯认为“法律共同体”是由某种共同的特质维持或形成的其成员间因共识而达成协议的人群,该群体由于一种相同的、通过教育、培训和训练可以获得的特殊品质而见称……并赋予社会化以“行会”的形式。<sup>[11]</sup> 哈贝马斯则把法律共同体等同于一个民族国家。而美国著名学者庞德认为,法律职业是指:“一群人从事一种有学位修养的艺术,共同发挥替公众服务的精神,虽然附带地以它谋生,但仍不失其替公众服务的宗旨”。<sup>[12]</sup> 我们可以看出,他们对法律职业共同体内涵是有一定共识的,这种共识即是,当一个群体或社会以法律为其联结纽带或生活表现时,就可称其为法律共同体。<sup>[13]</sup> 只不过,他们分别对法律共同体的外延进行了扩大或缩小,而本文采用的是张文显教授所说的外延最小化的“法律职业共同体”概念。

在外延最小化概念的前提下,基于大致相同的共识,学者们一般认为法律职业共同体的性质应包含以下几个方面:

首先,法律职业共同体是利益共同体。西方的经验表明,作为一个专业的法律家阶层的独立,其产生与建立在利益追逐基础上的职业准入限制有关,<sup>[14]</sup> 一定的职业集团是基于共同的利益联系在一起,这种状况在西方法律职业化的发展过程中可以很清楚地看到,在职业共同体集团背后隐含着的强烈的利益驱动,这一点是毋庸置疑的。<sup>[15]</sup> 同时也给法律职业共同体带来了许多争议,但法律职业共同体虽附带地以法律职业为生,却不缺失公共服务的精神。毕竟对利益的关注不能湮没法律职业承载的社会责任,毕竟法律职业共同体生产的产品是公平、社会正义。

其次,法律职业共同体是知识技能共同体。法律人群体具备专门的法律知识和技能,共享相同或相似的知识背景,以特有的“技术理性”(artificial reason)、<sup>①</sup>法律思维、法律方法和职业伦理等独立于其他群体之外。法律职业共同体成员之所以能够在心理上相互认同,共同依归于一种职业,在于成员接受相同的法律教育和职业训练,拥有相同的知识背景、实践传统。这些知识技能是法律职业者形成职业共同体的知识前提,是其能够实现价值承载的知识基础。

再次,法律职业共同体是承载法治理想的事业共同体。从其存在的意义看,法律职业共同体成员有着共同的法律理性、法律信仰和对法律职业的崇尚。这种崇尚又表现为内在的对科学的认识和对正义的遵循,外在表现为科学精神与职业伦理的统一。所以法律职业共同体能够成为法治理想的探索者、践行者。这一共同体不仅起着维系法制的目标、价值、理念的延续和演进的作用,而且共同体的形成也是国家走向法治的必要条件。法律共同体成员以实现法治理想为己任,共同促成这一目标的实现。

最后,法律职业共同体是价值维系的共同体。法律职业共同体以法律为业,追求法治理念,彰显法律精神。以实现社会的公平与正义为己任,以保障公民的权利和利益为目标,虽然这些价值的实现程度备受争议,但其最初良好的出发点是不容置疑的。一定程度上,法律职业共同体不属于地区意义上的,而是基于其内在价值认同而得以维系的共同体。总体看它可能并非固定化、组织化、区域化的实体。正如有学者指出,它是一个用价值维系的想象出来的群体聚合。这一职业群体是没有疆界、没有机构组织,只有对法律的信仰的意念上的法律帝国。这种成员间基于认同的“整体感”是共同体具有凝聚力、影响力的表现,且成员基于这种认同有助于形成共同利益、共同信仰、共同情感及共同追求,实现以集体理性最大限度克服个体任性。<sup>[16]</sup>

除此之外,还有学者认为法律职业共同体是“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、教育共同体、经历共同体、解释共同体等等”,强调法律职业主义的延续和传承,以及共同体的认同和感

① 在英王詹姆斯一世与柯克法官的那场著名辩论中,柯克提出 artificial reason 概念,也有译为“人为理性”。见[美]爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第35页。

觉。<sup>[2]</sup><sup>160</sup>

基于前述认识,我们认为,如果为了当下研究的需要非要给法律职业共同体下一个定义,“法律职业共同体”就是基于一定的职业认同,以法律为纽带连接起来具有相同或相似的知识背景、专业技能和思维方式的人们结成的职业集体,他们共享着相同或相似的利益基础、价值认同、伦理认同、身份认同,维护着共同体的组织性、自治性和流动性,是以法官、检察官与律师、法学学者为代表的,具有娴熟的法律技能与法律伦理的人所组成的共同体。<sup>①</sup>可见,法律职业共同体的形成,是法律人阶层组织化水平提高的结果,是法律人以共同体的形式实现“职业自治”作为前提,以“自我规制”的方式控制职业准入途径(对法学教育和法律执业资格的有效规制)、监督成员行为(塑造和大众道德不同但有效的职业伦理)、保持法律服务的市场垄断地位(法律服务的独占性)以及共同体享有较高社会地位(法律人作为整体在社会中享有极高的声誉和政治地位)的一种职业理想。<sup>②</sup>但在成员构成上,法律职业共同体和法律人阶层的成员构成是基本一致的。

那么,如何确定法律职业共同体的形成标志呢?孙笑侠教授结合一般职业的特征与法律职业的要求,把法律职业共同体形成的标志概括为:<sup>③</sup>

(1)法律职业或法律人的技能以系统的法律学问和专门的思维方式为基础,并不间断地培训、学习和进取;

(2)法律人共同体内部传承着法律职业伦理,从而维系着这个共同体的成员以及共同体的社会地位和声誉;

(3)法律职业或法律人专职从事法律活动,具有相当大的自主性或自治性;

(4)加入这个共同体必将受到认真考查,获得许可证,得到头衔,如律师资格的取得。

所以说,法律职业共同体的成员,是受过专门的法律专业训练、尊崇技术理性、具有娴熟的法律技能与法律伦理的人。法律职业共同体中的个体,就是法律人,而资深的法律人往往被称为“法律家”。一般说来,法律职业主体主要包括法官、检察官、律师和法学学者。但不同的国家,对法律职业的范围界定各异。在大陆法系国家,法律职业主体主要包括法官、检察官、官方律师和私人开业律师、法律顾问、公证员以及法学家等。而英国的法律职业则主要指律师,即出庭律师和诉状律师;在美国则一般包括法官、私人开业律师、公司法律顾问、政府部门法律官员和法学教师五类。<sup>④</sup>按照埃尔曼在《比较法律文化》一书中对法律职业的分类,把法律职业分为五类。第一类包括法官和治安官、仲裁人、检察官、在准司法机构以及行政法院中工作的官员等;第二类是代表有关当事人出席各种类型审判机构的代理人;第三类是法律顾问;第四类是法律学者;第五类则是受雇于政府机构或私人企业的法律职业者。<sup>[17]</sup>而根据我们对法律职业共同体的基本概念,人们一般都认可法律职业共同体的主体是法官、检察官、律师和法学学者,“法律职业共同体是由法官、检察官、律师、法学学者所构成,是一个意义共同体、事业共同体、解释共同体、利益共同体,表现为独立与互涉的特征。”<sup>[18]</sup>

### (三)我国对“法律职业共同体”之研究现状

当代国内学界对法律职业的集中关注是从上世纪80年代末90年代初开始的。随着改革开放的深入和

① 这种共同体并不一定表现为统一性的组织形式,但在其内部的组织化程度是比较高的,已经出现了各种形式的组织。

② 参见刘思达:“职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评”,载《社会学研究》2006年第1期;李学尧:“法律职业主义”,载《法学研究》2005年第6期。

③ 典型的职业法律家包括法官、律师、检察官,有的国家把法学学者也包括在内。参见孙笑侠:“法律家的技能与伦理”,载《法学研究》,2001年第4期。

④ 在我国,主要有两种观点,一是广义说,即把从事法律工作的人员如法官、检察官、律师视为法律职业外,还把警察、公证员、法律顾问、立法工作者、法学教师和研究人员等法律工作者也纳入法律职业范围之内;二是狭义说,即法律职业仅包括法官、检察官和律师。以上见范进学:《法律职业:概念、主体及其伦理》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版),2000年第5期第24-25页。



社会主义市场经济地位的确立,1979年起我国逐步恢复的律师制度逐渐走上正轨,开始引起众多学人的关注。<sup>①</sup>同时以建设社会主义法治国家的治国理念为时代背景,1996年第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《律师法》,随后1997年召开的中共十五大确立了“依法治国”的基本治国方略,社会各界包括法学家们开始更加关注法律人群体,围绕法律职业、法律教育开展了大量的讨论。这一定程度上也促进了《律师法》在2001年和2007年的两次修订,同时催生了2001年颁布的《法官法》和《检察官法》等配套法规,以及2002年的国家统一司法考试制度。统一司法考试制度确立之后,对法律职业群体的关注和讨论更为深入和广泛,而对法律职业共同体的呼唤或反思始终是这一过程中的重要主题。<sup>②</sup>在这一阶段,由于深受“权利本位论”等西方思潮的影响,对法律职业共同体建构的探讨,其实是一种建立在西方古典自由主义法学基础之上,融合了社群主义思想、职业主义理想的追求西方“技术理性”的一种尝试。其进步意义显而易见,为破除国内法学界长期以来的思想禁锢起到推动作用,但其潜在的危险也非常明显:由于各种西方学说的异质性,以及一个阶层和群体形成过程中存在的负面因素,法律人个体的任何不足都会在某些情况下被无限放大,也易于作为反面教材成为人们口诛笔伐的对象,而这一弊端在十年后也逐渐显现,而这也是本文重新反思法律职业共同体概念的一个诱因,这一点待后文再述。

在前述背景下,包括贺卫方、季卫东、葛洪义、孙笑侠、强世功等在内的一批学者较早地对此问题开展研究。探讨法律职业在现代法治中的定位,现代市场经济中的律师职业伦理,通过法律职业共同体改造社会、改造权力,推进“司法改革”,法官、检察官群体的权力制约及准入、管理,法律人的职业技能、职业伦理、法律人是法治的第三种推动力,统一司法考试和司法改革关系等问题,对法律职业共同体进行了深入的分析。当然,也有学者对法律职业共同体的构建持不同的看法,如梁治平教授就认为建设法律职业共同体这样的问题实际上是应该进一步推敲的。因为法律自治或者法律职业共同体的说法通常包含一个假定,即认为有一种独一无二的法律方法论,但这种假定很成问题。所谓法律推理常常夹杂了政治判断、实践理性、常识等因素。<sup>[19]</sup>林喆教授也认为法律职业共同体实际上不应是指一种实体性的建构,而是一种精神或理念上的共同体,法律职业共同体在中国一旦成为某种实体,它就将异化成学会或协会的代名词,而名存实亡。<sup>③</sup>除此之外,苏力、霍宪丹、范愉、李学尧、刘思达等学者也都对法律职业共同体问题有相关的见解,尤其是经历了有学者所称的“法治倒退”阶段之后,学者们逐渐根据我国近年来的法治发展现状,对法律职业共同体所面临的问题进行了进一步的反思。

总的来看,学者们关注的视角多有差异,在概念表述上可能与本文并不完全一致,<sup>④</sup>但至少学者们都有这样的一个基本共识,即对于从事法律职业的这样一个群体,有必要给予充分的关注和研究。但是,当下的研究相对比较缺乏系统性,或者仅仅关注法律服务市场组成部分之一的律师职业,或者未对当前中国法律职业内部种类分化进行足够的关注,或者关注到了却未能对各种类之间的互动关系作进一步的深入,且对法律职业的研究和实践多受到美国模式的影响。<sup>[20]</sup>另一方面,则是由于前文述及的近年来司法改革转向的影响,使得学界对法律职业研究的出现了断层。

① 1980年8月第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议正式通过《中华人民共和国律师暂行条例》,只是此时的律师仍然被定义为“国家的法律工作者”。

② 当然,此时学者们使用的概念可能并非都是“法律职业共同体”,而是本文最开始所指出的那样称呼多样,如法律人、法律家、法律共同体等。

③ 因此,林喆认为,在当今中国,所需要建构的不应当是“法律职业共同体”实体,而是法律职业共同体的精神或理念——“职业认同”,或称“集体认同”。见林喆:《法治社会与法律职业共同体的形成》,载2002年9月22日《法制日报》。

④ 本文的基本立足点就是我国尚未形成一个真正的“法律职业共同体”,仍处于向其发展与过渡的阶段。

### 三、法律职业共同体形成的理论基础

在法律职业共同体概念内涵确定的基础上,需要进一步明确的一点是,我国对法律职业共同体的最初呼唤,是与上世纪90年代巩固社会主义市场经济改革的成果联系在一起的。法学界“权利本位”大讨论更多地是一种“去意识形态化”的考虑,一方面是为了清除思想禁锢,也是为了响应政府对“法治国家”的倡导(当然,这二者也可能是互为因果的),但无可否认的是这一讨论借用了西方法学界的深厚资源与传统。从理论上讲,我们对法律职业共同体的追求是与法律职业化改革相伴而行的,但更为深刻的原因则是对西方学术谱系引入中国后的回应与发展。大体上,这其中主要包括以洛克等人的“权利”概念为主导的对个体自主性的追求;以孟德斯鸠的“三权分立”学说为统率的对“司法独立”的推崇;以涂尔干的“职业团体自治”为追求的对法律职业的强调;以韦伯“形式理性”为代表的对法律知识技术理性属性的重视等。<sup>[21]66</sup>而这些理论从总体上看,都是西方古典自由主义法学的精髓所在。

#### (一)“权利至上”的知识传统

法律职业化的首要基础立足于对“权利”学说的肯定。随着西方社会中作为个体的人从神学的禁锢中解放出来,“权利”概念就逐渐成为近现代自由主义政治及法学观的核心概念。不管西方的不同学术脉络中有多少分歧,但大体上主流的观点都认可“权利至上”的知识传统,它构成了现代性社会发展的基石,在法学界也是如此,从洛克、霍布斯到哈特、德沃金、哈贝马斯,包括“社会契约”“建构性解释”“最低限度的道德”等在内的概念,都与权利概念密切相关,可以说学者们对权利概念的认识是深入而多样的。而以权利概念为基础,现代西方社会也构建出了完备的法律体系,对权力进行制约,并对社会进行科层化的管理,以满足经济发展和自由竞争的需要。也正因为如此,改革开放后的中国法学界,在推介西方古典自由主义法学的过程中,所看到的第一个元素就是“权利”概念,并将古典自由主义法学中的“权利—侵权—司法救济”理论模式作为司法实践活动开展的基本假设。因为该模式的基本运作原理就是,司法机关面对个体权利受到侵害的情况,通过法律适用,有效解决社会纠纷从而实现社会正义,达到维护社会秩序的目的。而这一模式运作的基本前提,就是法律人的存在以及法律职业共同体的良好运作与发展。在该理论模式之下,除了对权利的高扬与褒奖之外,还需要有独立的司法系统、自治的职业团体以及以运用“技术理性”裁断案件的法律人。

#### (二)“三权分立”的制度回应

基于前述原因,从某种程度上说,“三权分立”的学说其实是对“权利”理论的制度性回应。或者说,二者在本质上是一而二,二而一的关系。虽然三权分立原则可追溯至亚里士多德的“政体三要素论”,主要强调审判权和议事权、行政权的区别,但在近代分权学说的背景之下,经过洛克、孟德斯鸠系统阐述的三权分立学说,更加推崇司法权力的独特地位与作用,这种作用在被美国宪法吸收、改进之后的“违宪审查制度”中表现得最为明显,美国联邦最高法院也凭借该制度成为司法界引人注目的独特风景。在这一背景之下,司法审判过程是精英化的独立运作过程,依赖的是追求正当程序和司法独立(审判独立)的理论。在司法审判的过程中,个人权利是司法过程关注的核心,而其操作者,则是具有一定自治地位的人群。所以,仅从法律概念的发展角度来看,司法独立从本源上来自法的自治,但也与法律人群体的自治密切相关。法律职业化的追求,其实就是观念层面上的司法独立,它要求司法活动的开展由具备专业化的人群所行使,法律人、法律人阶层乃至法律职业共同体都是维护司法独立过程中的重要因素。而制度化的司法独立则表现为司法机关排除其它部门独占审判权力,不受立法机关和行政机关的干涉,法官则在此过程中处于独立地位,以终身制或文官制度为后盾,实现去政治化和去政党化的审判过程。

#### (三)“职业自治”的精神追求

而对法律职业独立性与自治性的强调,也是前述两种因素综合作业的结果。职业(Profession)的本意主

要指具有某种学识,而享有某种特权并承担特殊责任的某些特定的服务性行业。一种职业之所以被称为职业,首要的表征就是这种职业具有自治性,即这种职业不能依附于其他任何一种社会职业。<sup>[22]</sup>法律职业主义(Legal Professionalism)则是认同、鼓吹或者追求行业之专业性、公共性和自治性,并视该行业(法律)为职业的理念、实践或理论。<sup>①</sup> 克罗曼认为,人们的职业观念来自两个不同的理论传统。一是亚里士多德的政治哲学,它推及受过教育和事实上享有特权的“市民”,所以在事实上成了职业公共性理念的来源之一;二是源于 17、18 世纪霍布斯和洛克等人的社会契约论,它强调人的自私性,提倡和认可人的逐利行为,成了职业行为商业化的来源。<sup>[23]</sup> 职业自治强调人格的独立和意志的自由,也排斥政治等因素的干扰,表现在法律领域,主要体现在实体内容、机构、方法与职业等方面的自治。<sup>②</sup>

而现代意义上的法律职业产生于文艺复兴时期的欧洲。<sup>③</sup> 一般认为,在中世纪末期及近代早期的欧洲,最早形成具有成熟阶层特征法律职业的地域是 11 世纪左右的意大利;然后是稍后的法国;再后是 12 世纪和 13 世纪的英国和西班牙等国家。其发展的时间脉络是:首先是亚里士多德的“政治责任”论及古罗马的“贵族责任”理念;随后,受到了基督教宗教训诫特别是天职观念的影响;<sup>④</sup> 最终,伴随着法学院的出现和罗马法的复兴,在工业革命的大背景下,法律职业通过与大学的联姻,以“学识性行业”的身份,继续得以延续,逐步在欧洲大陆和英美出现分化并获得巨大的发展,形成两种不同的法律职业共同体的发展模式。即:英美法国家的一元化模式和大陆法国家的分业制模式。<sup>[24]</sup> 这也说明法律职业共同体的构建并非只有一种发展思路,而必须综合考虑本国的历史背景和社会环境,特别是一国的历史文化传统等独特因素。同时,对不同国家法律职业共同体发展模式的对比考察也能为我国构建法律职业共同体提供一定的参考和借鉴。

#### (四)“形式理性”的思维方法

韦伯把影响或保证西方走上法治道路的制度性因素总结为两项,一是“严格的形式”(特别是法律程序),二是维系制度的目标、理念的延续和演进的专业化的职业法律家集团。<sup>[25]</sup> 事实上这二者的精神内核是一致的,即在一种追求“形式理性”的思维下,注重法律语言、法律思维、法律方法的训练,严格强调“依法判决”。也就是说,为了提高法律的可操作性,力图排除实质性因素和价值观念的影响,而充分体现出一种“形式主义法学”的进路,从某种意义上,在“权利至上”与“实质公平”的权衡中,基于效率原则关注个体权利,这种思路更多地会去强调“合法律性”因素的影响,宣扬法条主义,追求判决的内在逻辑统一,而易于忽视合法性和合理性因素。但不可否认,正是这种思维方法,构建出古典西方自由主义法学的主体内容,为自由资本主义时期经济的大发展奠定了良好的基础。也正是基于这种思路,它契合了由邓小平所推进的“程序理性”改革,与科层管理制一起,一度成为中国法学的主流,在我国的改革开放初期,构成了“社会主义民主政治的制度化、规范化和程序化”的核心内容。<sup>⑤</sup> 当然,需要指出的是,形式主义法学并非古典自由主义法学的全部,诸如陪审团之类的非形式化、非理性因素或者说感情化的倾向也是西方法律传统的一部分,只不过这种因素在我国上世纪末的职业化运动中,被学者们有意或无意地忽略掉了。

## 四、结语

可以说,在西方社会,法律职业共同体是特定历史发展阶段的产物,是与西方的文明相伴而生的,也是西

① 这里的“法律职业”是对 legal profession 的原意进行了扩张,并不限于其原有的内涵。因为这一词语在美国可能更多的是在探讨以律师职业为基础的具有同源性别的律师、法官和检察官,而在欧陆这三者却未必同源。见 Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publishing Co. (Minnesota), 1953, p. 1.

② 参见〔美〕昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 53 页。

③ 当然其形成历史根源可追溯至古罗马时期甚至更早。

④ 可以说,职业主义伦理的主要理论之一是中世纪基督教的相关教义。

⑤ 参见涂明君:《程序化的哲学阐释》,中国人民大学博士论文,2009 年出版。



方特有的法治文化体系的组成部分。伯尔曼在论述西方法律传统时对近现代西方法的十大特征进行概括,当代西方法律传统在遭遇各种挑战和危机后仍然存留至今的有四个最为本质的特征:第一,法律区别于其他社会规范的(政治、宗教、道德和习惯等)相对自治;第二,法律的施行被委托给一群专业的法律职业集团,他们或多或少在专职的职业基础上从事法律活动;第三,专门的法律职业培训;第四,一种超然于法律制度之上的法律科学,可以用以评估和解释法律制度和规则。<sup>[26]</sup>可以看到,一方面,法律职业集团在西方法律传统及法治文明的形成过程中作为一种特殊的社会力量,发挥了历史性的作用,构成西方社会的重要传统。另一方面,法律职业共同体的形成,也离不开西方社会当时特定的政治、经济及文化背景。教皇革命、工业革命、城市兴起、大学自治、罗马法复兴等特定的历史事件以及货币经济、官僚政治、文艺复兴等因素,与法律职业共同体的发展缠绕在一起,或者为其提供基础性背景,或者共同构成了西方法治文明进程的一部分。

而对西方法律职业共同体的概念、理论基础的 analysis,其实最终目的还是为我国法律职业共同体的构建提供智识性思索。我国的法律职业还处在初步发展阶段,法律职业者有群体甚至阶层的观念,但还远未形成法律职业共同体,而此时法律职业的伦理困境已然在西方与中国又都有所表现,<sup>[27]</sup>也对法律职业以及法律教育等问题都提出了挑战。而还不得不考虑的,是我国一直以来的司法改革所取得的经验与教训。20世纪90年代以来司法改革效果被质疑,排除国家与社会因素的影响之外,最为重要的一点,首先是西方形式主义技术理性思路与中国社会实际需要的冲突,这种在法条主义背景下对“判决的内在逻辑统一”的过分强调,一定程度上忽视了西方现代职业伦理中存在的问题和中国问题的特殊性,也因此引发了司法机关重新思索“马锡五审判方式”,并以“能动司法”等方式进行回应。虽然当下中国的司法改革进程中存在的问题并非完全是古典自由主义法学之下的形式主义传统所引发的,但法律人所面临的困境在某种程度上其实也反映了转型期中国社会对法律人群体的时代需求,有其合理性。其次,则在于一直以来我国法治建设借鉴于大陆法系的总体架构,与司法改革中对英美法系具有行会性质共同体组织引入之间存在的错位。<sup>[28]</sup>

只不过,前述问题的背后透露出的是法律人的无奈——没有独立性、自治性以及职业追求的行业,如何维系并发展壮大?尤其是对以追求社会公平正义为己任的群体,这一属性毫无疑问是不可或缺的,倘若失去了这些属性,法律人与普通人的区别又在哪里。虽然法律人也只不过是普通人,但从前述分析可以看到,法律人之所以能够从诸多职业中分离出来,成为现代社会尤其是民主社会的重要组成部分,不仅在于其所承担的责任与使命,更在于其对社会运作和发展所起到的实际功能。加之当下存在的突出问题是,我们对权利的倡导其实并不彻底,各种程序化的制度建设也远未实现。同时,以行政方式运作的司法权力往往会偏离形式主义轨道堕入工具僵化的窠臼。因此,在经历了形式主义司法改革到实质主义的司法改革之后,在新的背景之下若要继续推动法律职业化过程,此时我们所追寻的法律职业共同体必然不仅仅是纯粹的西方技术理性、科学主义以及古典自由主义主导之下的法律职业共同体,而是应该具有新的内涵,比如有学者所提出的“从法律职业与统治精英、法律职业与当事人以及法律职业与公民社会的关系中,以一种满足心理期望的契约方式来寻找填补自由主义权利论和程序理性的价值真空”,<sup>[21]78</sup>就是一种很好的思路。这需要我们一方面继续高扬“权利至上”的知识传统,重视法律精英在推动法治化过程中的重要作用,倡导程序正义和形式理性的积极作用;另一方面则需要重视公民参与、交往与沟通,借助知识经济时代的各种新兴媒介,扩大各方的信息沟通与交换渠道,构建出能够充分实现各方参与和协商的平台,在坚持正当程序的前提下,推进司法改革中对实质公平、社会效果的强调。在这种综合与权衡之下,推动法律职业共同体的构建与发展。

当然还需指出,对法律职业共同体概念考察的最终目的并不是为了维护该群体的地位或利益,而是强调在认清西方法律职业共同体形成的理论基础、社会背景的基础上,思考它在当下中国的发展,也正是在这种考虑之下,对法律职业共同体概念与理论基础再次进行相对全面的考察,或许是认清未来法律职业发展道路的一个必要而有益的举措。

参考文献:

- [1]中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典:第5版[Z]. 北京:商务印书馆,2007:479.
- [2]李学尧. 法律职业主义[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007.
- [3]亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭,译. 北京:商务印书馆,1965:2.
- [4]秦晖. 共同体·社会·大共同体[J]. 书屋,2000(2):58.
- [5]斐迪南·滕尼斯. 共同体与社会[M]. 林荣远,译. 北京:商务印书馆,1999:52-54.
- [6]齐格蒙特·鲍曼. 共同体[M]. 欧阳景根,译. 南京:江苏人民出版社,2007.
- [7]郭于华,等. 社会认同与事业共同体:中国青摹会组织凝聚力研究[EB/OL]. [2012-12-10]. [http://www.usc.cuhk.edu/wk\\_wzdetails.asp?id=355](http://www.usc.cuhk.edu/wk_wzdetails.asp?id=355).
- [8]俞可平. 社群主义[M]. 北京:中国社会科学出版社,2005:67.
- [9]孙笑侠. 法律人之治:法律职业的中国思考[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005.
- [10]林喆. 重述法治社会的形成及其特点——兼论法律职业共同体的形成如何可能[J]. 金陵法律评论,2002(2):14.
- [11]马克斯·韦伯. 经济与社会:上卷[M]. 林荣远,译. 北京:商务印书馆,1997:382.
- [12]哈罗德·伯尔曼. 美国法律讲话[M]. 陈若桓,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1988:208.
- [13]张文显,卢学英. 法律职业共同体引论[J]. 法制与社会发展,2002(6):13.
- [14]贺卫方. 中国法律职业:迟到的兴起和早来的危机[J]. 社会科学,2005(9):85.
- [15]BIEN E L. Toward a community of professionalism[J]. Journal of Appellate Practice and Process, 2001 (Fall):475-480.
- [16]李平. 法律职业共同体释义与建构[J]. 职业时空,2006(16):36-37.
- [17]埃尔曼. 比较法律文化[M]. 贺卫方,高鸿钧,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1990:105-106.
- [18]张文显,信春鹰,孙谦. 司法改革报告:法律职业共同体研究[C]. 北京:法律出版社,2003:188.
- [19]梁治平. 法治和法律职业[N]. 法制日报,2001-11-28.
- [20]吴洪淇. 城邦如何构建:变迁中国的法律职业解说——读《失落的城邦:当代中国法律职业变迁》[J]. 政法论坛,2006(6):176-181.
- [21]李学尧. 转型社会与道德真空:司法改革中的法律职业蓝图[J]. 中国法学,2012(3).
- [22]夏锦文. 法律职业化:一种怎样的法律职业样式[J]. 法学家,2006(6):121.
- [23]KRONMAN A T. The fault in legal ethics[J]. Dick. L. Rev. 1995(Spring):100-489.
- [24]范愉. 当代中国法律职业化路径选择——一个比较法社会学的研究[J]. 北方法学,2007(2):85.
- [25]马克斯·韦伯. 儒教与道教[M]. 王容芳,译. 北京:商务印书馆,1995:200.
- [26]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:9.
- [27]余涛. 我们需要何种法律教育[J]. 法学教育研究,2010(2):61-66.
- [28]孙光宁. 法律解释共同体的解释与重构——从韦伯到鲍曼[J]. 人大法律评论,2012(1):36.

## Legal Professional Community in Transitional Society

YU Tao

(Institute for Higher Education, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710122, China)

**Abstract:** Legal professional community, different from legal lawyers and legal professional stratum in terms of contents, constituent and development, is a conceptual formation featured by professionalism, publicity, autonomy and fluidity. Clarifying the concept and theoretical basis of legal professional community may contribute to China's legal professionalization in the transitional period and help to create a better judicial circumstance for preferable social effect.

**Key words:** transitional period; lawyer; legal professional stratum, legal professional community

(责任编辑:董兴佩)