

# 規範視域下中國律師行為規範的構成性探究

姜登峰 唐燕鶯

**摘要：**一般地講，法治的本質和核心在於規則之治。律師作為法治的重要推動力量，其職業行為應當貫徹規則之治的要求。規則之治強調通過具體、明確的規則發揮行為調整作用。在規範理論視域下，通過法律實證主義分離命題和法律淵源理論為律師行為規範的構成性探究提供理論基礎，從內部構成和外部構成兩個角度明晰律師行為規範的規範構成，有利於為律師實踐行為提供“清晰性”的規範框架，也有利於為有關主體適用律師行為規範提供“明確性”的規範指導。然而，強調律師行為規範的規則屬性，不是否定律師秉持的倫理道德之責。律師行為規範與律師職業道德分別在不同層面發揮作用，行為規範約束律師行為，職業道德調整律師思想。

**關鍵詞：**律師行為規範 律師職業道德 構成性

## The Exploration of the Constitution of Chinese Lawyers' Code of Conduct from the Perspective of Norms

JIANG Dengfeng, TANG Yanying

(School of Law, China University of Political Science and Law)

**Abstract:** Generally speaking, the essence and core of the rule of law lies in the rule of provisions. As an important driving force of the rule of law, lawyers should implement the requirements of the rule of provisions in their professional behaviors. The rule of provisions emphasizes the use of specific and clear rules to play a role in behavior adjustment. From the perspective of normative theory, the separation proposition of legal positivism and the theory of legal origins provide a theoretical basis for the exploration of the constitution of lawyers' code of conduct, and clarify the normative composition of lawyers' code of conduct from the perspectives of internal and external components, which is beneficial to lawyers. Practical behavior provides a “clarity” normative framework, which is also conducive to providing “deterministic” normative guidance for relevant subjects to apply the lawyer's code of conduct. However, emphasizing the rule nature of lawyers' codes of conduct does not negate the ethical and moral responsibility of lawyers. Lawyers' code of conduct and lawyers' professional ethics play a role at different levels. The code of conduct restricts lawyers' behavior and professional ethics adjusts lawyers' thinking.

**Keywords:** perspective of norms, lawyers' code of conduct, lawyers' professional ethics, constitution

收稿日期：2022年4月30日

作者簡介：姜登峰，中國政法大學法學院副教授，法學博士；唐燕鶯，中國政法大學法學院法律職業倫理專業碩士研究生

2018年年初，教育部發佈實施《普通高等學校法學類本科專業教學質量國家標準》，明確法學專業核心課程體系，將“法律職業倫理”課程列入十門法學專業核心必修課程之一。學科建設離不開實踐應用，惟有瞭解具體職業倫理規則在實踐中如何適用，才能通過從具體到抽象、從特殊到一般的方式，進一步總結法律職業倫理這一學科的一般原理、研究對象、基本框架等。律師職業倫理作為法律職業倫理的重要組成部分，其行為規範的研究也應當成為研究重點之一。

在一般意義上，規範包含價值現象和規範現象兩個層面。<sup>1</sup> 由於本文討論的對象是中國的律師行為規範，其作為行為規範的一種，首要功能在於設定行為準則而非價值標準。因此，本文所指的行為規範僅僅針對人行為的要求，並不涉及價值層面的規範問題。

探究律師行為規範的構成，在於探究律師行為規範由哪幾個部分構成，主要包括兩方面的內容：一是明確律師行為規範與其他規範的邊界；二是明確律師行為規範的內容。其目的是為律師實踐行為提供“清晰性”的規範框架，為有關主體適用律師行為規範提供“明確性”的規範指導。文章的主要脈絡為：首先，通過“內涵—外延”的邏輯思路，明確律師行為規範的概念；其次，通過不同主體的適用，探究明確律師行為規範構成的實踐必要性；再次，在規範理論視域下，通過“分離命題”和“法源”理論，明確律師行為規範構成的法理基礎；最後，從內部構成與外部構成視角，明確律師行為規範的構成。

## 一、律師行為規範的概念分析

要回答“律師行為規範由哪幾個部分構成”，首先要回答“律師行為規範是甚麼”。如果不明確律師行為規範概念的內涵和外延，研究其構成實則“大海撈針”。“內涵是概念對事物的本質的反映”，“外延是概念對事物的範圍的反映”。<sup>2</sup> 內涵為律師行為規範的內容提供指導，外延為律師行為規範的邊界劃定範圍。

### （一）律師行為規範的內涵

探究律師行為規範的概念內涵，在於明確其真實定義。真實定義是明確概念的內涵的邏輯方法。真實定義，是揭示事物的特有屬性的定義，也叫作事物定義或實質定義。從亞里士多德時代開始，古典邏輯就提出了屬加種差的定義方法。亞里士多德認為，“一類事物的本質屬性，就是這類事物的屬加種差，而真實定義就是表示一類事物的本質屬性的，所以，真實定義就是屬加種差的定義。”<sup>3</sup> 事物的屬是被定義項的鄰近上位概念；事物的種差是該事物與同屬下的其他事物之間的本質差別。給一個種概念下實質定義，“首先找到種概念的屬概念，然後找到種概念所反映的事物與同屬其他種概念所反映的事物相區別的本質規定性，最後將二者綜合起來，形成揭示種概念內涵的下定義項”。<sup>4</sup> 即“律師行為規範的真實定義=律師行為規範的上位屬概念+律師行為規範的種差”。因此，

<sup>1</sup> 參見馬馳：《法律規範性的基礎——以法律實證主義的演進為線索》，北京：法律出版社，2013年，第2頁。

<sup>2</sup> 中國人民大學哲學系洛溪教研室編：《形式邏輯》（修訂本），北京：中國人民大學出版社，1984年，第24頁。

<sup>3</sup> 金岳霖主編：《形式邏輯》，北京：人民出版社，1979年，第45頁。

<sup>4</sup> 中國人民大學哲學系洛溪教研室編：《形式邏輯》（修訂本），第39頁。

探究律師行為規範的真實定義有以下兩個步驟：

第一步，找出律師行為規範的上位屬概念——律師職業倫理。律師行為規範的上位屬概念可以有多種，例如行為規範、律師職業倫理。由於本文的落腳點在於律師行為規範的實踐適用，即如何適用律師行為規範、適用的範圍包含甚麼，這些內容都與律師職業倫理相關。因此，將行為規範作為律師行為規範的上位屬概念，並無實際意義，將律師行為規範的上位屬概念定位為律師職業倫理更為妥當。根據現有理論，律師職業倫理的概念並未形成共識。一方面，法律職業倫理的概念還未形成共識，從而直接影響律師職業倫理的概念也紛繁複雜；另一方面，律師職業倫理的內容不僅有律師行業協會制定的，也有司法行政部門制定的，其內容的制定主體多樣，影響其屬性的準確定位。學界上，對於律師職業倫理的概念大致形成兩類派別：一是認為律師職業倫理是律師行為規範的“規則”派。如王進喜認為，“法律職業行為法，是指律師、檢察官、法官、公證員等法律職業人員、其輔助人員以及其他相關人員和/或所屬機構，在與其職業身份相關的活動中應當遵守的行為規範的總稱。……在我國，法律職業行為法又往往被稱為法律職業道德或者法律職業倫理。”<sup>5</sup> 李旭東認為，“職業倫理，是指職業群體內部所自然形成並有意識地自覺遵循的職業性行為規則。”<sup>6</sup> 二是認為律師職業倫理是以道德為研究對象、以行為規範為表現形式的“倫理”派。如馬長山認為，“律師職業倫理是指律師在履行職責時應當恪守的道德準則，表現為律師在執業活動中應當遵守的行為規範”<sup>7</sup>；李本森認為，“律師職業倫理是指律師業務從業人員和律師執業機構所應當遵循的行為規範的總稱”<sup>8</sup>；許身健認為，“儘管律師行為規則是律師職業倫理的載體，但將職業倫理與職業行為規則加以區分的意義在於：職業倫理要行之有效，律師群體就不能僅僅將其視為一套規制律師的法律條文，而要將其視為職業理想與追求。”<sup>9</sup> 這些觀點爭議之處在於，如何理解律師行為規範、律師職業倫理和律師職業道德三者之間的關係。

第一，從詞義上，律師行為規範、律師職業倫理和律師職業道德三者之間具有差異。在黑格爾的法哲學範疇內，“道德主要是主觀意志的法，即自我德行的法則；倫理則是客觀意志的法則，也就是普遍意志的社會性倫理規範。”<sup>10</sup> 在法律實證主義的規範概念中，奧斯丁認為，規範就是命令（imperative）是由個體或個人構成的團體制定，意在指導人類的行為；凱爾森認為，規範是指“某事應該是或應該發生，尤其是指人們應該按照一定的方式行事”。<sup>11</sup> 從黑格爾對道德倫理的區分和法律實證主義對規範的定義來看，規範相對於道德、倫理而言，具有指令性特徵，通過預設一定的規則指導人們行事；道德是內在自律的自我德行；倫理是外在客觀的倫理規範，具有規範性質。又因為，“倫理學是一門關於道德的科學，或者說，倫理學是以道德作為自己的研究對象的科學”<sup>12</sup>，

<sup>5</sup> 王進喜：《法律職業行為法》（第二版），北京：中國人民大學出版社，2014年，第20-22頁。

<sup>6</sup> 李旭東編著：《法律職業倫理》，廣州：華南理工大學出版社，2019年，第20頁。

<sup>7</sup> 馬長山主編：《法律職業倫理》，北京：人民出版社，2020年，第219頁。

<sup>8</sup> 李本森主編：《法律職業倫理》（第三版），北京：北京大學出版社，2016年，第172頁。

<sup>9</sup> 許身健主編：《法律職業倫理》，北京：高等教育出版社，2020年，第55頁。

<sup>10</sup> 黑格爾：《法哲學原理》，范揚、張企泰譯，北京：商務印書館，1982年，第61-163頁。

<sup>11</sup> Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, translated by M. Knight, Berkeley, CA: University of California Press, 1967, pp. 72-77.

<sup>12</sup> 羅國傑主編：《倫理學》，北京：人民出版社，1989年，第2頁。

則倫理又具有道德性質。總的來說，職業倫理可以包含行為規範和職業道德，但職業倫理和行為規範、職業道德不能等同。第二，從現有實踐上看，三者具有差異。職業道德多指道德性要求，行為規範多指規範性要求。一方面，現行法律、行業規定大多區分職業道德與行為規範（執業紀律）。如《中華人民共和國律師法》第3條第1款就使用“恪守律師職業道德和執業紀律”的描述；《律師職業道德和執業紀律規範》不僅在規定名稱上對職業道德和行為規範進行區分，在章節中還分別使用了“律師職業道德基本準則”“律師……的紀律”的描述。另一方面，從法律職業倫理的學科演變來看，法律職業倫理一開始被大部分學者稱為“法律職業道德”<sup>13</sup>，隨着法律職業倫理學科的發展，學界也對使用“法律職業倫理”的命名達成了共識。這主要是因為，法律職業倫理更多表現為職業行為規則，使用“法律職業道德”的表述容易使人產生誤解，可能會認為該學科主要研究道德問題。“道德問題主要屬於個人私域，取決於個人的選擇，不應當受到他人的過度干預。這是職業道德向職業倫理觀念轉變的學理依據。”<sup>14</sup>

然而，不管律師職業倫理的具體內涵為何，根據以上論述，我們都可明確律師行為規範的上位屬概念是律師職業倫理。同時，還可得出律師職業倫理包含律師行為規範與律師職業道德，這為下文探究律師行為規範的外延和構成，確定律師行為規範在律師職業倫理中的體系位置提供了思路。但是，一般情況下，對於事物的真實定義，為了簡便起見，可以不用描述屬的概念，而直接討論被定義項的種差。

第二步，找出律師行為規範與律師職業倫理其他構成部分相區別的本質規定性。種差可以是“事物的性質或者事物與另外事物的關係”，也可以是“事物的現有屬性或者事物發生或者形成過程中的屬性”。<sup>15</sup> 找出律師行為規範的種差，也要遵循兩個步驟：第一，找出律師職業倫理的構成部分。毋庸置疑，律師行為規範和律師職業道德是律師職業倫理的內在組成部分。那麼，除此之外，律師職業倫理還包括哪些內容。從現有實踐上看，律師職業倫理規定的內容除了涉及律師的行為準則，還涉及律師事務所、律師協會和司法行政部門的一些職權。第二，找出律師行為規範與其他部分之間的差異。對於差異的尋找應從兩方面入手，一方面，是主體的差異。律師行為規範是關於“律師”的規範，應區別於律師職業倫理中關於“律師事務所”、“律師協會”和“司法行政部門”的內容；另一方面，是具體內容的差異。律師行為規範是“調整行為”的規範，應區別於“調整思想”的道德性內容，即進一步找出律師行為規範與律師職業道德之間的差異。在規定的內容上。律師職業道德是律師基於一定的法律認知，逐漸形成的相對穩定的道德品格和道德行為方式。<sup>16</sup> 在相關規範文本中，律師職業道德沒有規定律師的行為模式和行為後果。律師行為規範恰恰相反，其規定了可操作的行為標準和可衡量的行為後果。在行為調整方式上。律師職業道德對律師的思想產生內在的約束力，道德命令

<sup>13</sup> 參見李本森主編：《法律職業道德》，北京：中國政法大學出版社，2004年；王新清主編：《法律職業道德》（第二版），北京：法律出版社，2016年；李玫主編：《法律職業道德》，北京：法律出版社，2017年；孫玲主編：《法律職業道德》，上海：上海交通大學出版社，2008年等。

<sup>14</sup> 李旭東編著：《法律職業倫理》，第25頁。

<sup>15</sup> 金岳霖主編：《形式邏輯》，第46-47頁。

<sup>16</sup> 參見張燕：《論法律職業倫理道德責任的價值基礎》，《法學》2018年第1期，第96頁。

首先要求人們具有高尚的意圖——倫理責任感（a sense of ethical duty）<sup>17</sup>；律師行為規範對律師的行為產生外在的約束力，提供具體的行為標準，並要求律師按照相應的標準行事。

通過兩個步驟可知，律師行為規範主要具有兩個方面的特徵：一是律師行為規範是關於“律師”的規範；二是律師行為規範是“調整行為”的規範。具體來說，律師行為規範的真實定義（內涵）是具有明確的行為模式和行為後果的、能夠對律師行為起調整作用的、約定俗成或明文規定的標準。

## （二）律師行為規範的外延

探究律師行為規範的概念外延，在於明確其劃分。劃分是明確概念的外延的邏輯方法。在對律師行為規範進行劃分前，要遵循形式邏輯的劃分規則。劃分的規則主要有三個：一是劃分的各個子項應當互不相容；二是各子項之和必須窮盡母項；三是每次劃分必須按照同一劃分標準進行。<sup>18</sup> 需要注意的是，雖然每次劃分必須按照同一劃分標準進行，但是，在連續劃分中，允許第一次劃分所用的標準與第二次劃分所用的標準不同。上文對律師行為規範進行定義時，將其上位屬概念定位為律師職業倫理。因此，對律師行為規範的劃分聚焦於其與律師職業倫理之間的關係，以律師職業倫理為基準進行劃分。第一步劃分：縱向上，按照律師行為規範是否存於律師職業倫理體系內部，將律師行為規範劃分為內部構成和外部構成。第二步劃分：橫向上，按照律師行為規範的內容性質構成，將律師行為規範劃分為法律規範、行業規定和行業慣例。

綜上，律師行為規範的內涵是具有明確的行為模式和行為後果的、能夠對律師行為起調整作用的、約定俗成或明文規定的標準。律師行為規範的外延是法律規範（法律、行政法規、行政規章）、行業規定和行業慣例。

## 二、律師行為規範構成性探究之實踐必要性

明確律師行為規範的構成是為了解決律師行為規範的界限問題，即內容的界限和適用的界限。如果不明確律師行為規範的構成，將會導致律師行為規範與律師職業道德的內容產生混淆。由於律師行為規範和律師職業道德在適用和性質上存在不同，從而產生兩方面的實踐難題：一方面，適用上存在“直接適用道德性內容”的情況；另一方面，實踐中對於律師行為是否違法違規，沒有統一的判斷依據和評價標準。

### （一）律師行為規範與律師職業道德的內容產生混淆

中國的律師監管模式是“律師協會和司法部共同監管”的二元化模式。針對律師的違法違規行為，法院、司法行政管理部門和律師協會可以作出相應處理。如果不明確律師行為規範的構成，在已經存在相關規則的前提下，相關主體可能會直接適用道德性條款、或者將道德性條款和規範性條款置於同等適用位階。從而導致相關主體在作出判決、處罰或懲戒時說理的不充分、依據的不充足，最終影響其權威性或公信力。

<sup>17</sup> 參見博登海默：《法理學：法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，北京：中國政法大學出版社，1998年，第371頁。

<sup>18</sup> 參見金岳霖主編：《形式邏輯》，第61-62頁。

就法院作出司法判決的依據來看，司法機關依據的是法律、法規。司法適用遵循着“窮盡法律規則，方得適用法律原則”和“除非為了個案正義，否則不得捨棄法律規則而直接適用法律原則”的適用原則。<sup>19</sup> 由於律師行為規範體現的是規範性內容，律師職業道德體現的是道德性內容，法律規範中的律師行為規範和律師職業道德分別對應法律規則和法律原則。如果沒有明確律師行為規範的構成，法律規範中的律師行為規範可能會包含道德性內容，導致在司法適用時直接適用職業道德內容，從而違背“法律規則優先適用於法律原則”的適用原則。

根據法理學理論，法律規範可以分為法律原則和法律規則。規則作為“實際應然”（real ought），具有“確定性特徵”（definite character）；而原則作為“理想應然”（ideal ought），具有“初顯特徵”（prima facie）。<sup>20</sup> 因此，規則在適用時，是“以完全有效或者完全無效的方式”<sup>21</sup>；與規則的適用不同，原則只能“以或多或少的程度被實現”<sup>22</sup>。在具體個案中，如果一條法律原則與案件事實相關並且自身是有效的，它一定會被實現，但它只能在某種程度上被實現；而如果一條法律規則與案件事實相關且自身是有效的，就要求法官在判決中完完全全地實現法律規則所規定的內容。因此，法律原則的“初顯特徵”，決定了其只能以“或多或少的程度被實現”，而不能直接適用於具體案件和作為裁判的理由。首先，從法律原則的內容上看，其大部分涉及社會公平、正義、人的尊嚴等原則性、一般性的內容。這些內容源於社會共同形成的價值觀，就像德沃金所言，“這些原則並不源於某些立法機關或者法院特定的決定，而是源於在相當長的時間裏形成的一種職業和公共正當的意識”。<sup>23</sup> 法律原則具有一般性，其幾乎可以適用於針對特定調整對象的所有案件，如《中華人民共和國律師法》中的法律原則幾乎可以適用於涉及律師違法的所有案件。正因如此，如果法律原則可以直接適用，那麼規定法律規則就沒有意義。其次，從法律原則發揮的作用上看，法律原則“作為指引立法以及指引法官理解和適用具體法律規則的指南，構成了保證法律具有可證立性的主要支柱。”<sup>24</sup> 雖然“法律原則通常具有主導性法律思想的特質，其不能直接適用以裁判個案，毋寧只能借其於法律或者司法裁判的具體化才能獲得裁判基準。”<sup>25</sup> 在具體個案的裁判中，法官往往運用司法“三段論”的論證方法。如果法官適用沒有規定行為模式和行為後果的職業道德條款，就很難明確“三段論”中的大前提，以至於很難得出具有說服力的結論。最後，法律原則不能直接適用於具體個案，並不是說法律原則不能適用於具體個案，而是說在沒有對法律規則進行評價之前，法律原則不能直接適用於個案。在對法律規則進行衡量與判斷後，在具體個案中，如果有與個案案件事實相關的法律規則可以適用的，應當優先適用法律規則；如果沒有與個案案件事實相關的法律規則可以適用的，為了個案正義，可以適用法律原則作為裁判理由。

<sup>19</sup> 參見舒國滢主編：《法理學導論》（第三版），北京：北京大學出版社，2019年，第116頁。

<sup>20</sup> 參見舒國滢主編：《法理學導論》（第三版），第113頁。

<sup>21</sup> 羅納德·德沃金：《認真對待權利》，信春鷹、吳玉章譯，北京：中國大百科全書出版社，1998年，第43頁。

<sup>22</sup> 卡爾·拉倫茨：《法律方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年，第349頁。

<sup>23</sup> 羅納德·德沃金：《認真對待權利》，第62頁。

<sup>24</sup> 王琳：《論法律原則的性質及其適用——權衡說之批判與詮釋說之辯護》，《法制與社會發展》2017年第2期，第92頁。

<sup>25</sup> 卡爾·拉倫茨：《法律方法論》，第353頁。

就司法行政部門作出行政處罰的依據來看，司法行政部門依據的是部門規章，如《律師和律師事務所違法行為處罰辦法》等。根據《中華人民共和國立法法》的規定，部門規章也屬於廣義的法律的範疇。因此，對於司法行政部門處理案件的依據，也應當遵循“法律規則優先適用於法律原則”的適用原則。

就律師協會作出行業懲戒的依據來看，律師協會依據的是行業規定。在理論上，並沒有專門針對律師協會適用行業規定的優先性有明確的規定。根據上文的論述，司法機關和司法行政部門在適用相關規範時，遵循的是“法律規則優先適用於法律原則”的適用原則，一定程度上可以實現法律適用正確、裁判或決定書充分說理。相比於司法機關或行政機關，律師協會作為自律協會，其作出的懲戒決定更應該有理有據。為了避免律師協會作出的懲戒決定書依據不充分，從而損害律師協會的管理威信力。在適用行業規定時，堅持規範性條款優先適用於道德性條款；堅持在有相關規範的前提下，不能直接適用道德性條款。

## （二）行為標準和評價標準的不統一

明確律師行為規範的構成另一實踐原因在於，只有清晰的行為標準和評價標準，才能為律師行為提供指導。這主要體現在行為規範的規則邏輯結構不同於道德性內容的邏輯結構。參照法律規則的邏輯結構，行為規範的邏輯結構是指，行為規範的規則在邏輯意義上由哪些要素組成以及它們之間的相互關係。一般來說，行為規範在邏輯意義上由假定條件、行為模式和行為後果組成：具備有關適用該規則的條件和情況的部分（假定條件）、規定人們如何具體行為或活動之方式或範型的部分（行為模式）、規定人們在假定條件下作出符合或者不符合行為模式要求的行為時應承擔相應的結構的部分（行為後果）。<sup>26</sup> 律師行為規範中的規則需要至少包含這三個要素中的任何一個要素，才能指導、評價或懲罰行為人的行為。然而，由於道德性內容不具備行為規範的邏輯結構，如果不明確律師行為規範的構成，律師行為規範與律師職業道德的內容產生混淆，將會影響行為規範的指導、評價或懲罰功能。

一方面，道德性內容不具備行為規範的邏輯結構，不能實現行為規範的“懲罰”目的。人們遵守規範主要不是因為規範被內化了，而是因為違反規範的人認為將會招致一系列的社會“懲罰”。<sup>27</sup> 對某一行為的評價，往往通過“懲罰”這一手段來實現。“懲罰”一般是因為行為人的行為違反了現存有效的規範，即“懲罰”是評價行為人客觀存在的“行為”本身，而不是評價行為人主觀意志的“動機”。即使在特定情況下，行為規範也會影響人們的觀念，但這並不是行為規範規制的目標。行為規範真正關係的是行為人在社會生活中的行為，只要這種行為對他人或可能對他人產生影響。

另一方面，道德性內容不具備行為規範的邏輯結構，不能發揮行為規範的“評價和指導”作用。律師職業道德由於沒有規定律師的行為模式和行為後果，不能較好地評價律師的行為。如果將律師職業道德的內容視為律師行為規範的要求，那麼，“應當為”的律師行為規範就變成“可為可不為”的狀態。如《中華人民共和國律師法》第2條規定“律師應當維護當事人合法權益”。那麼，“維護當事人合法權益”該由誰評價？評價標準是甚麼？如果沒有其他規則作出相關規定，其

<sup>26</sup> 參見舒國滢主編：《法理學導論》（第三版），第102-104頁。

<sup>27</sup> 參見約翰·N·卓貝克編：《規範與法律》，楊曉楠、涂永前譯，北京：北京大學出版社，2012年，第32頁。

評價標準就難以統一。如某大型律師事務所女律師張某“炫富”事件，根據其在微博、微信等社交媒體上公開的奢華生活來看，其發表的內容對律師行業產生了負面的影響，這或多或少違背了《律師執業行為規範》第7條“律師應當……自覺維護律師行業聲譽”的規定。作為一個普通人，在社交平台上發佈炫富消息無可厚非，但作為一名律師，對於律師業務、收費標準及律師身份相關信息的表達，很可能存在違規行為，甚至影響社會對律師的整體印象。廣東省律師協會對該事件作出的處理是，“張某律師在網絡上發表的信息涉嫌虛假宣傳”<sup>28</sup>，並將該案移交深圳市律師協會處理。換個角度思考，如果該名律師沒有違背相關的信息宣傳規範，那麼，行業協會是否能夠對該律師進行處理？道德評價本身具有不確定性，如果因為“炫富”影響律師行業整體形象而對律師進行處置，那麼對於其他律師的“炫富”行為是否也應當作出相應處理？而又該以何種標準去評判甚麼是“炫富”行為。因此，律師協會在行使懲戒權時，只會判斷律師有沒有違背相關的業務推廣規範、利益衝突規範等行為規範，而不會通過道德評價的方式判斷其是否違背職業道德。

綜上，從相關主體對律師的違法違規行為作出處理的依據來看，只有明確律師行為規範的構成，明確律師行為規範具有適用確定性的行為模式和行為後果，才能避免實踐中產生適用的混亂，並為律師行為作出相應的指引。

### 三、律師行為規範構成性探究的法理基礎

對於法律人來說，具有法治信念、守法精神、職業道德是職業活動中最為基本的、最為重要的。由此產生的一個問題，如果將道德性內容從律師行為規範中分離出來，讓律師行為規範不包含道德因素，是否具備可行性？或者說是否具備理論上的支撐？因此，需要澄清的是，一方面，將道德性內容從律師行為規範中剝離出來，並不是將道德性內容從律師職業倫理中剝離，律師職業道德仍屬於律師職業倫理的一部分。行為規範在行為上對律師進行約束，職業道德在思想上對律師進行約束，二者發揮作用的機制不同。另一方面，將道德性內容從律師行為規範中剝離出來，具有理論上的支撐。就法律規範中的律師行為規範而言，可通過法律實證主義的“分離命題”予以證成；就行業規定中的律師行為規範而言，可通過法律淵源的位階予以明確。二者分別從規範實質和規範適用兩個方面強調道德因素不應當出現在律師行為規範中。

#### （一）分離命題：法律與道德相分離

許多法學流派都聚焦於討論“法律與道德”的關係，法律實證主義明確主張法律與道德相分離。奧斯丁首先提出法律與道德之間沒有概念上的必然聯繫。一方面，奧斯丁認為，“法律的存在是一回事，其優劣則是另一回事”。實在法由人類的行動與決策所塑造，並且受到人類的控制，為了解法律是甚麼，應當從經驗性事實中探究。法律具有“優點”和“缺點”，並不是“法律是甚麼”的問題。至於法律是好是壞，則要通過一個特定或具體的標準來評價，但是這是另一問題。另一方面，奧斯丁主張，應當區別“實際存在的法”和“應當存在的法”，實證地、客觀地、中立地觀察社會中的法律現象。他從功利主義的角度劃分“實際如何”和“應當如何”，“我們應該樹立‘標準’，但是這一標準卻應該是功利的原則，亦即實實在在的善樂（happiness or good），而不

<sup>28</sup> 參見粵律協轉字〔2018〕3號案件轉送處理函。



是所謂的、膚淺的、抽象的、晦澀的、最易引發語詞戰爭的‘權利’、‘公平’、‘正義’之類的倫理標籤，或者粉飾。”<sup>29</sup> 奧斯丁的理論在一定程度上具有局限性，但從法律作為衡量社會行為的標準的角度來看，其理論具有積極意義。如果標準本身就帶有“公平、正義”等需要評價的標準，那麼，法律作為標準就沒有意義，或者說法律只能作為二次標準。這種情況下，二次標準是極其不穩定的，它需要通過一次標準的結果來進行衡量。這也是奧斯丁所反對的，他希望，“法”一詞的使用應當是沒有雜質、清晰純粹的。<sup>30</sup>

凱爾森在堅持法律與道德相分離的基礎上，進一步強調法律研究的價值中立態度。“一門學科必須就其對象實際是甚麼來加以敘述，而不是從某些特定的價值判斷的觀點來規定它應該如何或不應該如何。”<sup>31</sup> “應該如何”是一個政治上的問題，是一個針對價值的活動，而不是一個針對現實的科學對象。同時，凱爾森還指出法律與制裁之間的聯繫，“對法律所必要的‘強制’因素並不在於所謂的‘精神強制’，而卻在於這種事實，即組成法律秩序的規則規定了在特定場合下作為制裁的特定強制行為。強制因素僅關係到作為這一法律規範內容的組成部分，作為這一規範所規定的一種行為，而不是從屬規範的人的精神活動。構成道德體系的規則就沒有這種涵義……”<sup>32</sup> 在凱爾森看來，法律規則所規定的行為與精神活動、價值判斷是無關的，法律規範條款中的“應”“應當”並不是心理學意義上的“意志”或者“被要求”。“‘規範’是這樣一個規則，它表示某個人應當以一定方式行為而不意味任何人真正‘要’他那樣行為。”<sup>33</sup>

哈特認為，法律作為社會實踐形成的初級規則與次級規則的結合。一方面，哈特從法律與道德之間不存在必然聯繫角度來強調分離命題。即使一個國家法律體系的識別規則可能包含實際有效的道德規範，與其他規範一樣，它也要求法官在判決案件時適用它們，有些法律體系確實具有這一特徵，但並不是都如此，這不是法律體系的必然特徵。另一方面，哈特從司法“解釋”的角度來主張法律的規則屬性。在哈特看來，“司法判決……經常涉及道德價值間的選擇，而不只是援引某個特別顯著的道德原則……因為這些原則不勝枚舉，所以我們無法證明某個判決才是最正確的。”<sup>34</sup> 哈特指出，道德價值間的選擇還涉及司法德性，如法官在權衡選擇時的公正和中立、考慮到影響所及的每個人的利益等。<sup>35</sup> 亞里士多德將“德性”分為習慣養成的“道德德性”和由教導生成的“理智德性”，不管德性生成原因為何，德性的本質是一種“適度的品質”，“是一種可選擇的品質，存在於相對於我們的適度之中”<sup>36</sup>。但是，法官是否具備司法德性？具備何種程度的司法德性？也會影響最終的司法判決效果。哈特進一步指出，由於人們的道德觀念存在廣泛分歧，如果以道德作為法律的合法性標準，對甚麼是法律的判斷就很難形成公共的、可識別的權威性標準，只能訴諸個人的道德判斷。它還會驅使一個人利用良知去反對那些他們碰巧不喜歡的法律，這樣就會消解法律的權

<sup>29</sup> 約翰·奧斯丁：《法理學的範圍》，劉星譯，北京：中國法制出版社，2002年，第7頁。

<sup>30</sup> 參見約翰·奧斯丁：《法理學的範圍》，第8頁。

<sup>31</sup> 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年，第II頁。

<sup>32</sup> 凱爾森：《法與國家的一般理論》，第31頁。

<sup>33</sup> 凱爾森：《法與國家的一般理論》，第37頁。

<sup>34</sup> 哈特：《法律的概念》（第二版），許家馨、李冠宜譯，北京：法律出版社，2010年，第180頁。

<sup>35</sup> 參見哈特：《法律的概念》（第二版），第180頁。

<sup>36</sup> 亞里士多德：《尼各馬可倫理學》，廖申白譯註，北京：商務印書館，2001年，第42-28頁。

威。<sup>37</sup>

法律實證主義者從不同角度進一步論證了分離命題。但從分離命題的主張上看，法律與道德的分離並未否定道德的重要性，並非認為法律或者某一具體的法律規定應該無視道德評價甚至應當與道德評價針鋒相對。法律實證主義對道德持批判、反思的態度，仍然會秉承某種道德觀念以對待法律。<sup>38</sup> 這在一定程度上也回應了關於“強調律師行為規範的規則屬性，會使律師行為規範陷入‘教條化’”的質疑。法律研究應該是“價值無涉的”(value-free)，這種“價值無涉”雖然不能達成完完全全的價值中立，但要求法律研究者必須在研究過程中，拋棄自己的世界觀，嚴格劃清確立經驗事實與實踐評價判斷的界限。“對像法律這樣的概念予以旁觀的、中立的闡述既是可能的，又在方法論上是適當的。”<sup>39</sup> “法律不考慮潛在的動機問題，只要求人們從外部行為上服從現行的規則和法規，而道德則訴諸於人的良知。”<sup>40</sup> 同時，法律研究中的“價值無涉”可以反映至法律適用中，法官在運用法律審理案件時，要盡量減少自身的道德情感對案件的影響，要通過具體化的法律規則予以指導。

總的來說，“分離命題”體現了道德因素從律師行為規範中分離出來的必要性，為律師行為規範的構成性探究提供了理論基礎。在規範理論視域下，律師行為規範在內容上，應堅持規則的屬性，通過規則指導律師作出相應的行為。

## (二)法源理論：具體規範優於抽象規範

律師行為規範除了包含法律規範的內容外，還包含行業規定。法律實證主義的研究對象主要是法律規範，不能為道德性內容從行業規定中分離出來提供理論支撐。因為行業規定不是法律，也不具有法律的強制性和權威性的特點。律師群體作為一種行業群體，不僅要遵守法律法規，還要遵守行業規定，律師協會可以依據行業規定對律師違規行為作出懲戒。前文已經論述律師協會適用包含道德性條款的律師行為規範帶來的弊端，在此不作贅述。需要考慮的是，行業規定是否可作為法官裁判理由？如果可以作為裁判理由，具體適用方式是甚麼？因此，可通過法律淵源理論<sup>41</sup>為律師行為規範的構成性探究進一步提供理論基礎。

在寬泛意義上，法源指在法律論證過程中所運用並最終對裁判結論起到支持和證立效果的所有理由。<sup>42</sup> 一個完整的法源理論框架包括兩個層面：一是“法源性質”，判斷某事物具不具備法源的地位；二是“法源分量”，判斷某事物法源地位的高低或者說在法源譜系中的位置。<sup>43</sup> 對於行業規定的“法源”理論，可以從兩個方面展開，一是明確行業規定是否屬於“法源”，二是明確行業規定在“法源”中的分量。

<sup>37</sup> 參見范立波：《分離命題與法律實證主義》，《法律科學（西北政法大學學報）》2009年第2期，第15頁。

<sup>38</sup> 參見姚俊廷：《法律實證主義“分離命題”的學術視角》，《山西師大學報（社會科學版）》2011年第4期，第31頁。

<sup>39</sup> 尼爾·麥考密克：《大師學述：哈特》，劉葉深譯，北京：法律出版社，2010年，第299頁。

<sup>40</sup> 博登海默：《法理學：法律哲學與法律方法》，第371頁。

<sup>41</sup> 本文的“法源”指的是廣義的“法源”，與法官必須在裁判中引用的狹義“法源”相對。

<sup>42</sup> 參見汪洋：《私法多元法源的觀念、歷史與中國實踐——〈民法總則〉第10條的理論構造及司法適用》，《中外法學》2018年第1期，第122頁。

<sup>43</sup> 參見雷磊：《指導性案例法源地位再反思》，《中國法學》2015年第1期，第273-274頁。

第一，從行業規定的產生來看，行業規定是律師群體在職業活動中形成的行為準則，大部分由成文的行業慣例組成。《中華人民共和國民法典》第10條規定，“處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。”在一定程度上表明習慣可以作為“法源”。相比於民法中的“習慣”，律師協會的行業規定不僅屬於不成文的習慣，而且還具有相應的成文規定，因此其更應當屬於“法源”的一種。

第二，對於行業規定，進一步考慮其應該作為何種“法源”以及其在法源中的位階？“不同的法源（形式）可能會為司法裁判提供不同的法律規範，此時就必須明確何種法源或其提供的法律規範可以優先作為裁判的準則。”<sup>44</sup> 按照《中華人民共和國立法法》規定的立法主體和立法權限，傳統的法律淵源分為“正式淵源”和“非正式淵源”。但是，傳統法律淵源分類在一定程度上可以劃定何種規範屬於“法源”，不能進一步確定相關規範適用的優先性問題。因此，需要借助法律淵源的“三分法”分類，對各類規範進行劃分，從而確定各類規範的適用順序。佩岑尼克根據法律決定或法律判斷的支持程度或重要性程度將法律淵源分為高、中、低等三個位階：必須法源（*must-sources*）、應當法源（*should-sources*）和可以法源（*may-sources*）。<sup>45</sup> 必須法源有強制約束力，必須將其作為權威性理由予以提出；應當法源有指引性，是指法律的適用者在某種情形下應該引用或提及的法的淵源；可以法源是指允許法律人引用的法的淵源。<sup>46</sup> 結合《中華人民共和國立法法》可知，行業規定不屬於法律法規，不具有強制力，不具有“必須性”和“應當性”。但是，行業規定屬於“軟規則”的範疇，具有弱約束力，具有規範屬性。“軟規則的強制力不同於外在的國家強制力，是一種內在的約束力，而恰恰是這種約束力起到了強有力的規製作用。”<sup>47</sup> 因此，行業規定應當納入“可以法源”的範疇。司法機關在必須法源和應當法源沒有規定的情況下，“可以”將行業規定作為適用的依據。但是，“即使是同一種淵源，也可能存在具有不同規範拘束力的情形”。<sup>48</sup> “可以法源”還可以進一步進行內部劃分。“裁判的實際操作是一個‘找法’的過程，無論多個法源是否處於同一位階，層次上較具體的規範在找法過程中恆優先於較抽象的規範。”<sup>49</sup> 由於道德性內容具有原則性，較為寬泛、抽象。法官在適用行業規定時，應當優先適用具體的規範性內容。

法院適用律師行為規範應遵循“必須法源>應當法源>可以法源”的適用原則，在“可以法源”中，又進一步遵循“具體規範>抽象規範”的適用原則。關於行業規定中涉及的抽象性道德內容，大部分上升為法律規範中的法律原則，少部分保留在行業規定中。當法官處理涉及律師行為的案件時，首先考慮的是規範性內容，如果法律規定和行業規定中沒有相關的規範性內容，才會考慮抽象內容。這種情況下，法官也只會考慮法律規範中的法律原則，而不會考慮行業規定中的道德原

<sup>44</sup> 雷磊：《法的淵源理論：視角、性質與任務》，《清華法學》2021年第4期，第38頁。

<sup>45</sup> 參見亞力山大·佩岑尼克：《論法律與理性》，陳曦譯，北京：中國政法大學出版社，2015年，第298-299頁。

<sup>46</sup> 參見王夏昊：《法適用視角下的法的淵源》，《法律適用》2011年第10期，第111頁。

<sup>47</sup> 潘懷平、石穎：《軟規則——公域之治的法理指引與規範性實現》，《中共杭州市委黨校學報》2019年第3期，第56頁。

<sup>48</sup> 雷磊：《指導性案例法源地位再反思》，第278頁。

<sup>49</sup> 汪洋：《私法多元法源的觀念、歷史與中國實踐——〈民法總則〉第10條的理論構造及司法適用》，第123頁。

則。因此，行業規定中的道德原則在一定程度上處於被“架空”的狀態。因此，“法源”理論也體現了律師行為規範中的行業規定不應當包含道德因素，律師行為規範作為適用的依據，包含不被適用的道德因素沒有實際意義。如果律師行為規範包含道德因素，不僅導致適用上存在困難，也混淆了律師行為規範和律師職業道德之間的界限。

#### 四、律師行為規範的構成性

律師行為規範的構成性探究，主要是探究律師行為規範由哪幾個部分構成，包括兩方面的內容：一是律師行為規範與其他規範的邊界；二是律師行為規範的內容。律師行為規範的構成邊界即其外延，律師行為規範的內容即其內涵。根據律師行為規範的內涵，律師行為規範主要具有兩個方面的特徵：一是律師行為規範是關於“律師”的規範；二是律師行為規範是“調整行為”的規範。根據律師行為規範的外延，律師行為規範可以分成兩個方面的內容：一是律師職業倫理中的律師行為規範；二是其他規範中的律師行為規範。以外延為基準，可以從內部構成和外部構成兩個維度來討論律師行為規範的構成，這裏的內部和外部是相對於“律師職業倫理”而言；以內涵為參照，在內部構成和外部構成中找出關於“律師”和“調整其行為”的規範。

##### （一）內部構成

內部構成是指律師行為規範在律師職業倫理內部的內容。在橫向上，按照律師行為規範的內容性質，將其劃分為由有權立法的機關制定的法律規範、律師行業協會制定的行業規定以及沒有成文形式的行業慣例。

第一，法律規範。這是律師行為規範的主要構成要素。首先，找出關於“律師”的法律規範，區別於調整“其他主體”的規範。在《中華人民共和國律師法》中，儘管以“律師”命名，但是其中有些部分內容是調整“律師協會”和“律師事務所”的，如第三章“律師事務所”和第四章“律師的業務和權利、義務”；在部門規章《律師和律師事務所違法行為處罰辦法》中，如第三章“律師事務所應予處罰的違法行為”是關於律師事務所的行為規範，第四章“行政處罰的實施”是關於司法行政部門的行為規範。因此，應當把這類調整其他主體的內容排除在外。其次，找出關於“調整行為”的內容，區別於“調整思想”的內容。在法律規範中，可以轉化為“法律原則”和“法律規則”的區分。從現行的律師職業倫理的法律規範來看，並沒有一部專門針對律師職業道德的法律規範。一般情況下，律師職業道德的內容都與律師行為規範的內容共同出現在同一部法中。在法律規範中，律師職業道德的內容，即法律原則的內容一般放在總則位置。如《中華人民共和國律師法》的總則、《律師執業管理辦法》的總則。但是，法律原則有時也會摻雜在其他章節中。在這種情況下，除了根據經驗判斷，還需要根據條款是否具備“假定條件”“行為模式”和“行為後果”這三個要件來確定。

第二，行業規則。這裏用了“規則”的表述，而非“規定”，主要指代行業規定中道德性內容之外的規範性內容。行業規定雖然不具有國家法律的強制約束力，但在具體規定上，有些規範具有可操作性、確定性，能夠對律師行為起到調整和約束作用。這些可操作性的行業規定實際上也作為構成律師行為規範的大部分內容。行業規定關於律師行為規範的內容主要有兩種類型。一是職業道

德與律師行為規範結合的規定。如《律師執業行為規範》，律師職業道德主要體現在“總則”和“律師執業基本行為規範”中，大部分內容均為律師應當誠實守信、維護社會公平正義等道德要求。可將這部分涉及職業道德的內容剝離出來，剩下的規範性內容可作為律師行為規範的構成內容。二是專門規定律師行為規範的規定，如《中華全國律師協會律師業務推廣行為規則（試行）》，該規定除了必要的技術性事項外，並沒有像《律師執業行為規範》一樣，存在總則或者基本規範等道德要求的事項，其大部分內容都是關於律師在業務推廣中具體的、可操作的業務規定。這種類型的規定可以將其直接作為律師行為規範的構成內容。

第三，行業慣例。這裏的行業慣例區別於行業規則，行業規則是律師協會制定的成文規定，而行業慣例一般存在於律師行業中不具有成文性、卻受律師群體普遍遵守的習慣。律師行業慣例是指律師行業中經過長期業務活動而形成的一些通用習慣規則，如使用的標準合同、案件參與程序等。需要注意的是，不同地域的行業慣例可能存在或多或少的差別。但是，與憲法、法律相比較，行業慣例的形成因缺乏不同利益主體的廣泛參與，其本身作為評價依據的正當性，更需要經受利益平衡的審查。只有良好的行業慣例，才能作為評價依據。<sup>50</sup> 判斷行業慣例的“好壞”有兩個標準。一是行業慣例不能與社會公序良俗、強制性規範相矛盾；二是法官在作出判決時，對行業慣例的正當性與合法性進行充分合理的論證。<sup>51</sup> 一方面，如果行業慣例違反強制性規定，說明法律對於該問題已有相應規定，“應當依照法律”處理糾紛，不會發生適用行業慣例的問題。為了維持律師行為規範秩序的統一，只有在法律或行業規定對某糾紛問題全無規定，包括沒有正面規定或者反面規定的情況下，才能適用行業慣例。另一方面，行業慣例中也存在道德性、管理性等非調整律師行為的內容，這部分內容或是調整律師思想，或是調整律師外的其他主體的行為，而不應當納入律師行為規範的構成。

綜上，律師行為規範的構成內容不管是法律規範，還是行業規則，抑或是行業慣例，應當具有一定的行為模式，能夠調整律師的行為。由於道德性內容不具有相應的行為模式或行為後果，不能起到實際調整和約束律師行為的作用，只能夠調整律師的思想，應當排除在律師行為規範的構成內容之外。

## （二）外部構成

外部構成是指律師行為規範在律師職業倫理外部主要有哪些內容。主要體現在其他法律規範中。在這裏，需要注意的是，從律師職業倫理的外部構成來看，除了法律規範的內容，是否包含習慣的內容？一方面，由於在上文從內部構成的角度論述律師行為規範時，已經將行業慣例納入其中，行業慣例屬於習慣的一種，再將習慣納入外部構成實屬重複。另一方面，習慣中排除行業慣例之外的其他習慣，在一定程度上適用於不特定對象，並非針對“律師”這一主體，這時候，不宜再將其納入律師行為規範體系中。因此，律師行為規範在律師職業倫理外部的構成主要體現在法律規範中。

專門針對律師的法律規範。包括其他部門法中針對律師的行為作出權利義務限定的規範。除了

<sup>50</sup> 參見范長軍：《行業慣例與不正當競爭》，《法學家》2015年第5期，第88頁。

<sup>51</sup> 參見范長軍：《行業慣例與不正當競爭》，第89頁。

有關律師職業倫理的法律規範存在規制律師行為的條款外，其他部門法也存在部分規制律師行為的條款。如《中華人民共和國刑事訴訟法》第33條規定“被開除公職和被吊銷律師、公證員執業證書的人，不得擔任辯護人，但系犯罪嫌疑人、被告人的監護人、近親屬的除外”；第38條規定“辯護律師在偵查期間可以為犯罪嫌疑人提供法律幫助；代理申訴、控告；申請變更強制措施；向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，提出意見。”又如《中華人民共和國民事訴訟法》第61條規定：“代理訴訟的律師和其他訴訟代理人有權調查收集證據，可以查閱本案有關材料。查閱本案有關材料的範圍和辦法由最高人民法院規定。”再如《中華人民共和國行政訴訟法》第32條第1款“代理訴訟的律師，有權按照規定查閱、複製本案有關材料，有權向有關組織和公民調查，收集與本案有關的證據。對涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的材料，應當依照法律規定保密。”這些條款都是專門針對律師的行為作出的規定，其內容在一定程度上與律師行為規範內部構成的內容有相似之處。如《中華人民共和國行政訴訟法》第32條第1款要求代理行政訴訟的律師履行保密義務，與律師行為規範的內部構成中《中華人民共和國律師法》第38條規定的律師保密義務相對應。

第二，非專門針對律師的規範內容，但是規制的內容與“律師”相關。這裏的“律師”是指行為人在作出某種行為時，是以“律師”身份，如果行為人不是以“律師”身份，那麼就不是律師行為規範的構成內容。這部分內容主要體現在兩方面。一方面是規範本身約束的是其他主體，在具體內容上涉及與律師的關係。如《中華人民共和國民事訴訟法》第43條第2款規定：“審判人員不得接受當事人及其訴訟代理人請客送禮。”最高檢的司法解釋《人民檢察院行政訴訟監督規則》第12條第2款規定：“檢察人員不得違反規定與當事人、律師、特殊關係人、中介組織接觸、交往。”這兩個條款是規制司法人員的條款，同時也包含司法人員與律師的關係，也可以作為指導律師行為的參考。又如《中華人民共和國刑事訴訟法》第35條規定：“犯罪嫌疑人、被告人因經濟困難或者其他原因沒有委託辯護人的，本人及其近親屬可以向法律援助機構提出申請。對符合法律援助條件的，法律援助機構應當指派律師為其提供辯護。”這一條款是對法律援助機構的義務作出規定，涉及與律師的關係。其中明確了律師的行為規範，即律師可以在法律援助機構的指派下為犯罪嫌疑人、被告人提供辯護。另一方面是規範本身約束的主體有多種，其中包含律師。如《刑法》第309條“擾亂法庭秩序罪”規定行為人要遵守法庭秩序。雖然在這一條款中，並未明確指出律師是其規制對象。但是，觸犯“擾亂法庭秩序罪”的行為人，顧名思義，一般是指能夠出現在法庭上的人，常見的如原被告、律師、被害人、旁聽人等。在這裏，如果行為人職業是“律師”，但是出現在法庭中是以原被告或者被害人等身份，並實施了擾亂法庭秩序的行為，構成“擾亂法庭秩序罪”，雖然會受到懲罰，但是該行為並不受律師行為規範的調整。

綜上，劃分律師行為規範內部構成和外部構成的主要依據在於，是否存在模糊性的道德性因素。然而，需要注意的是，將模糊的、不可衡量的道德因素從律師行為規範中剝離出來，並不是主張有關機關在適用律師行為規範時不考慮模糊性規範。有些模糊性規範由於立法不夠全面、較為抽象，需要有關機關進一步予以解釋。這些模糊性規範也屬律師行為規範的範疇，由於制定時難以考慮全面，或者該規範予以規制的問題在實踐中未能形成統一意見等，導致制定者只能將這些規範模糊化、抽象化處理。因此，將道德因素從律師行為規範中分離出來，不是讓有關機關規避解釋模糊性規範。

## 五、結語

“法治無他，規則之治而已。”<sup>52</sup> 在全面依法治國的背景下，明確律師行為規範的構成，是為了強調律師職業倫理規則之治，不是為了否定律師應負倫理道德之責。律師行為規範與律師職業道德不存在“孰輕孰重”的問題。律師行為規範只是律師職業倫理的一部分，律師職業倫理對律師的行為和思想都具有約束作用。律師行為規範與律師職業道德分別在不同層面發揮作用，行為規範約束律師行為，職業道德調整律師思想。法治的本質和核心就是規則之治，離開規則，法治無法進行。<sup>53</sup> 如果律師行為規範與律師職業道德界限不明，有關機關難免會對律師的行為進行道德評價，從而違背法治之義。職業倫理的存在是為了實現道德妥當性，但是職業倫理不是直接引出一種關於道德的實體命題或者答案，而只是試圖做到與道德無涉，讓行為者的行為不要觸及道德的雷區。<sup>54</sup> 而讓行為者走入合法合規的軌道，最重要在於如何為行為者設定具體的行為模式和行為後果。因此，只有明確了律師行為規範的構成，才能為律師實踐行為提供“清晰性”的規範框架，為有關主體適用律師行為規範提供“明確性”的規範指導。

## 參考文獻 References:

- 中國人民大學哲學系洛溪教研室編：《形式邏輯》（修訂本），北京：中國人民大學出版社，1984年。Department of Philosophy of Renmin University of China (ed.), *Formal Logic*, Beijing: Renmin University of China Press, 1984.
- 王夏昊：《法適用視角下的法的淵源》，《法律適用》2011年第10期，第108-112頁。Wang, X., “The Source of Law from the Perspective of Law Application,” *Tsinghua University Law Journal*, no. 10, 2011, pp. 108-112.
- 王琳：《論法律原則的性質及其適用——權衡說之批判與詮釋說之辯護》，《法制與社會發展》2017年第2期，第87-105頁。Wang, L., “On the Nature and Application of Legal Principle: Criticism of Balance Theory and Defense of Hermeneutics,” *Law and Social Development*, no. 2, 2017, pp. 87-105.
- 王進喜：《法律職業行為法》（第二版），北京：中國人民大學出版社，2014年。Wang, J., *Legal Professional Conduct Law (2<sup>nd</sup> Edition)*, Beijing: Renmin University of China Press, 2014.
- 王新清主編：《法律職業道德》（第二版），北京：法律出版社，2016年。Wang, X., *Legal Professional Ethics (2<sup>nd</sup> Edition)*, Beijing: Law Press China, 2016.
- 〔德〕卡爾·拉倫茨：《法律方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年。Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, translated by Chen, A., Beijing: Commercial Press, 2003.
- 〔英〕尼爾·麥考密克：《大師學述：哈特》，劉葉深譯，北京：法律出版社，2010

<sup>52</sup> 徐祥民：《論社會主義的規則之治》，《中州學刊》2014年第12期，第6頁。

<sup>53</sup> 參見孫育璋、馮靜：《哈特“法律規則說”的貢獻與啟示》，《求是學刊》2009年第3期，第75頁。

<sup>54</sup> 參見李學堯：《非道德性：現代法律職業倫理的困境》，《中國法學》2010年第1期，第34頁。

- 年。MacCormick, N., *H. L. A. Hart (2<sup>nd</sup> Edition)*, translated by Liu, Y., Beijing: Law Press China, 2010.
- 李本森主編：《法律職業倫理》（第三版），北京：北京大學出版社，2016年。Li, B., *Legal Professional Ethics (3<sup>rd</sup> Edition)*, Beijing: Peking University Press, 2016.
- 李旭東編著：《法律職業倫理》，廣州：華南理工大學出版社，2019年。Li, X. (ed.), *Legal Professional Ethics*, Guangzhou: South China University of Technology Publishing House, 2019.
- 李玫主編：《法律職業道德》，北京：法律出版社，2017年。Li, M. (ed.), *Legal Professional Ethics*, Beijing: Law Press China, 2017.
- 李學堯：《非道德性：現代法律職業倫理的困境》，《中國法學》2010年第1期，第26-38頁。Li, X., “Immorality: The Dilemma of Modern Legal Professional Ethics,” *China Legal Science*, no. 1, 2010, pp. 26-38.
- 汪洋：《私法多元法源的觀念、歷史與中國實踐——〈民法總則〉第10條的理論構造及司法適用》，《中外法學》2018年第1期，第120-149頁。Wang, Y., “The Concept, History and Chinese Practice of Plural Legal Sources of Private Law,” *Peking University Law Journal*, no. 1, 2018, pp. 120-149.
- 〔瑞典〕亞力山大·佩岑尼克：《論法律與理性》，陳曦譯，北京：中國政法大學出版社，2015年。Peczenik, A., *On Law and Reason*, translated by Chen, X., Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2015.
- 亞里士多德：《尼各馬可倫理學》，廖申白譯註，北京：商務印書館，2001年。Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, translated by Liu, S., Beijing: Commercial Press, 2001.
- 金岳霖主編：《形式邏輯》，北京：人民出版社，1979年。Jin, Y. (ed.), *Formal Logic*, Beijing: People’s Press, 1979.
- 〔英〕哈特：《法律的概念》（第二版），許家馨、李冠宜譯，北京：法律出版社，2010年。Hart, H. L. A., *The Concept of Law (2<sup>nd</sup> Edition)*, translated by Xu, J. & Li, G., Beijing: Law Press China, 2010.
- 姚俊廷：《法律實證主義“分離命題”的學術視角》，《山西師大學報（社會科學版）》2011年第4期，第30-33頁。Yao, J., “The Academic Perspective of Legal Positivism’s ‘Separation Proposition,’” *Journal of Sanxi Normal University (Social Science Edition)*, no. 4, 2011, pp. 30-33.
- 〔美〕約翰·N·卓貝克編：《規範與法律》，楊曉楠、涂永前譯，北京：北京大學出版社，2012年。Drobak, J. N., *Norms and the Law*, translated by Yang, X. & Tu, Y., Beijing: Peking University Press, 2012.
- 〔英〕約翰·奧斯丁：《法理學的範圍》，劉星譯，北京：中國法制出版社，2002年。Austin, J., *Province of Jurisprudence Determined*, translated by Liu, X., Beijing: China Legal Publishing House, 2002.
- 范立波：《分離命題與法律實證主義》，《法律科學（西北政法大學學報）》2009年第2期，第12-21頁。Fan, L., “Separation Propositions and Legal Positivism,” *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, no. 2, 2009, pp. 12-21.



- 范長軍：《行業慣例與不正當競爭》，《法學家》2015年第5期，第84-94、178頁。Fan, C., “Trade Practice and Unfair Competition,” *The Jurist*, no. 5, 2015, pp. 84-94, 178.
- 孫育璋、馮靜：《哈特“法律規則說”的貢獻與啟示》，《求是學刊》2009年第3期，第71-75頁。Sun, Y. & Feng, J., “The Contribution and Revelation of Hart’s ‘Legal Rule Theory,’” *Seeking Truth*, no. 3, 2009, pp. 71-75.
- 孫玲主編：《法律職業道德》，上海：上海交通大學出版社，2008年。Sun, L., *Legal Professional Ethics*, Shanghai: Shanghai Jiao Tong University Press, 2008.
- 徐祥民：《論社會主義的規則之治》，《中州學刊》2014年第12期，第5-10頁。Xu, X., “On the Governance of Socialist Rules,” *Academic Journal of Zhongzhou*, no. 12, 2014, pp. 5-10.
- 馬長山主編：《法律職業倫理》，北京：人民出版社，2020年。Ma, C. (ed.), *Legal Professional Ethics*, Beijing: People’s Press, 2020.
- 馬馳：《法律規範性的基礎——以法律實證主義的演進為線索》，北京：法律出版社，2013年。Ma, C., *The Foundation of Legal Normativeness: Take the Evolution of Legal Positivism as a Clue*, Beijing: Law Press China, 2013.
- 張燕：《論法律職業倫理道德責任的價值基礎》，《法學》2018年第1期，第95-103頁。Zhang, Y., “On the Value Basis of Legal Professional Ethics and Moral Responsibility,” *Law Science*, no. 1, 2018, pp. 95-103.
- 許身健主編：《法律職業倫理》，北京：高等教育出版社，2020年。Xu, S. (ed.), *Legal Professional Ethics*, Beijing: Higher Education Press, 2020.
- 〔奧〕凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年。Kelsen, H., *General Theory of Law and States*, translated by Shen, Z., Beijing: Encyclopedia of China Publishing House, 1996.
- 〔美〕博登海默：《法理學：法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，北京：中國政法大學出版社，1998年。Bodenheimer, E., *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, translated by Deng, Z., Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1998.
- 舒國滢主編：《法理學導論》（第三版），北京：北京大學出版社，2019年。Shu, G., *Introduction to Jurisprudence (3<sup>rd</sup> Edition)*, Beijing: Peking University Press, 2019.
- 〔德〕黑格爾：《法哲學原理》，范揚、張企泰譯，北京：商務印書館，1982年。Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, translated by Fan, Y. & Zhang, Q., Beijing: Commercial Press, 1982.
- 雷磊：《法的淵源理論：視角、性質與任務》，《清華法學》2021年第4期，第23-39頁。Lei, L., “Origins of Law Theory: Perspective, Nature and Task,” *Tsinghua University Law Journal*, no. 4, 2021, pp. 23-39.
- 雷磊：《指導性案例法源地位再反思》，《中國法學》2015年第1期，第272-290頁。Lei, L., “Re-

reflection on Guiding Cases as Source of Law,” *China Legal Science*, no. 1, 2015, pp. 272-290.

潘懷平、石穎：《軟規則——公域之治的法理指引與規範性實現》，《中共杭州市委黨校學報》2019年第3期，第52-57頁。Pan, H. & Shi, Y., “Soft Rule: Legal Guidance and Normative Realization of the Governance of the Public Domain,” *Journal of the Party School of CPC Hangzhou*, no. 3, 2019, pp. 52-57.

〔美〕羅納德·德沃金：《認真對待權利》，信春鷹、吳玉章譯，北京：中國大百科全書出版社，1998年。Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, translated by Xin, C. & Wu, Y., Beijing: Encyclopedia of China Publishing House, 1998.

羅國傑主編：《倫理學》，北京：人民出版社，1989年。Luo, G., *Ethics*, Beijing: People’s Press, 1989.

Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, translated by M. Knight, Berkeley, CA: University of California Press, 1967.