

CLASSIC

践行正义

一种关于律师职业道德的理论

[美] 威廉·H·西蒙 (William H.Simon) | 著

王进喜 | 译

THE PRACTICE
OF JUSTICE
A THEORY OF LAWYERS' ETHICS



践行正义

一种关于律师职业道德的理论

[美] 威廉·H·西蒙 (William H. Simon) 著

王进喜 译

THE PRACTICE
OF JUSTICE
A THEORY OF LAWYERS' ETHICS

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

践行正义：一种关于律师职业道德的理论 / [美] 威廉·西蒙著；王进喜译. —北京：中国人民大学出版社，2013. 10

(中国律师实训经典)

ISBN 978-7-300-16985-9

I. ①践… II. ①威…②王… III. ①律师-职业道德-研究 IV. ①D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 239686 号

中国律师实训经典

践行正义：一种关于律师职业道德的理论

[美] 威廉·H·西蒙 (William H. Simon) 著

王进喜 译

Jianxing Zhengyi: Yizhong Guanyu Lüshi Zhiye Daode de Lilun

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 10.5 插页 2

字 数 234 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2015 年 10 月第 1 版

印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

献给
Devin Wang

——译者

译 序

现任美国哥伦比亚大学法学院 Everett B. Birch 讲席教授的 William H. Simon 所著《践行正义》(*The Practice of Law: A Theory of Lawyers' Ethics*)一书,在我的书架上已经静静地安睡了七年。这本书 1998 年由美国哈佛大学出版社出版,是 2002 年到 2003 年我在美国西北大学法学院作为富布莱特研修学者访学期间,与 Anthony Kronman 的《迷失的律师》、David Luban 的《律师与正义》等美国学者所著的律师职业道德著作一同购得的。我对这些著作进行了认真阅读,并有心将这些著作翻译出版,作为当时我主编的在中国人民公安大学出版社出版的《律师执业技巧与管理丛书》的重要内容之一,供蓬勃发展的中国律师界和学术界借鉴和思考。但是后因工作内容的调整,我的大量时间不再能够完全集中在律师职业道德(律师职业行为规则)的研究上,这项计划就半途而废、被束之高阁了,然而计划没有完成的负疚感一直萦绕于心。

2010 年 9 月,在透彻而酷热的阳光中,我来到了美国加州大学戴维斯分校访学,有了一定时间来重新思考律师职业道德的一些问题,这也为重新启动先前的翻译计划提供了机会。《践行正义》一书从对律师界那些影响律师执业活动伦理质量的意识形态和规则出发,对律师职业责任理论中的优势观点和公共利益观点所代表的绝对性决策方法进行了批判,提出了解决律师角色焦灼的背景性观点。该观点的基本准则是,律师应当考虑特定案件的相关情况,采取可能促进正义的行动。该书对这些批判和建构所涉及的实证主义、实体主义等各种理论进行了剥皮见笋式的分析,是对律师职业道德深层次理论问题进行分析的重要著作,是律师职业道德研究的重要参考文献,是思考中国律师的当代问题的重要借鉴。此外,该书对国内已经译介的有关美国法律职业道德的著作,如《迷失的律师》、《律师与正义》等,有赞同,也有批判。这些著作似百家争鸣,交相辉映,直接告诉我们这些已经译介的观点并不是完美无瑕的,我们在学习这些理论时应保持清醒的头脑,不要天真地认为这些著作所提供的理论是解决现实问题的唯一正确、无懈可击的答案;对之盲目推崇、妄听妄信,必然在理论和行动上形成错误的指引。

《践行正义》一书于 1998 年出版,但是时至今日国内学术界知者寥寥。除了因为原著包含大量专业性很强的哲学、法理学、法律职业道德等方面的专业术语外,该书行文遣词也极为晦涩艰深,大大增加了阅读的难度,甚至被人戏称为

“所读过的最糟糕的”法律职业伦理著作。（因此，从英文到中文的移译，即使是经过了译者缜密的思考，也多有不逮之处。）此外，该书的一些观点在论证技术上也不是尽善尽美的。例如，该书最后一章关注的是律师职业道德的制度改革问题。作者的分析几乎完全是理论性的，对于法律职业道德的制度化问题缺乏必要的建构（至少是缺乏明晰的、可操作的建构），对这种预期改革所面临的社会、经济、政治等方面的障碍也关注不足。但是即使存在这些明显的缺陷，也不妨碍我们借鉴其中的有益思想。因此，无论是从该著作的学术内容本身看，还是从学术争鸣、学术批评的态度看，这本著作都具有相当的翻译价值。就像美国斯坦福大学法学院 Deborah L. Rhode 教授所指出的那样：“William Simon 的《践行正义》第一句话写道：‘没有一个社会角色像律师这样鼓励对伦理大志的孜孜以求，也没有一个职业像律师这样一直在挫败其所鼓励追求的目标。’读者可能会加一句，既没有法律职业道德学者像 William Simon 那样激起人们的更大期待，也没有法律职业道德学者像 William Simon 那样持之以恒地避免让其听众感到失望。”^①我相信读者自会从该书中找到闪光点。

这些年，我的大量学术时间是在文献翻译中度过的。译作的重要作用之一，是打破自说自话的逼仄思想壁垒，为学术探讨注入新的活力。因此，翻译是学术共同事业重要的、必要的组成部分。此外，在此重申一句老生常谈也许仍然是适当的，那就是翻译过程是一个深入的阅读和学习过程。我找不到比这个方法更深入的阅读方法了。戴维斯的秋天宁静而美丽，橡果在秋风秋雨中飘然而落。我像橡树林中的松鼠一样欣喜地拣选、品味着译文中的思想。在这个过程中，有劳力，有劳心，有寂寞，有困惑，但最终收获的是喜悦。我以自己的亲身体会见证了这种喜悦，我也期盼着读者能够与我共同分享这份喜悦。

关于翻译的几点技术说明是：第一，为了避免因各译其名而导致的不必要混淆，以及为学术参引准确性起见，除了常见的人名（如马克思、狄更斯、爱略特、卡夫卡）、地名（如纽约、亚特兰大、加州）、著作名（如《荒凉山庄》、《吉姆老爷》）采用通常所见的中文译名外，其余一律直接采用原著所示。为读者理解和阅读方便，部分译名后直接附原文以供对照。重要学术术语译名可见所附重要译名对照表。第二，原文采用了文后注释的方式，本中文译本为读者阅读方便，改为页下连续脚注。脚注中除阐释性的内容翻译外，其他均保持原文而未加翻译，以避免带来不必要的参引混淆。第三，原文中部分引文的翻译，尽量参照了国内已有译本的翻译，对所涉及的他人的劳动成果，在译者另加脚注中有相应说明。对部分引文的中文译本，结合本书上下文语境，有部分必要的调整。

感谢中国政法大学副校长、证据科学研究所所长张保生教授一贯的支持与关爱，感谢加州大学戴维斯分校 Beth Greenwood 教授在我访学期间为我提供的各种帮助，感谢 Danyu Lei、Henry Wang 的期待。

本译作得到了教育部新世纪人才支持计划的资助，在此说明并谨致谢忱。

译者

2010年12月于加州大学戴维斯分校

^① Deborah L. Rhode, “Symposium Introduction: In Pursuit of Justice, (Review Essay Symposium: The Practice of Justice, by William H. Simon)”, 51 *Stanford Law Review* 867 (1999).

目 录

1 导 言	1
一个焦灼的职业	2
律师执业活动的伦理场域	4
优势观点及其他观点	6
概 览	9
起 点	10
2 非正义的权利	18
应得权利观点	19
自由意志论者的前提	21
实证主义者的前提	26
自由意志论与实证主义	30
逆动问题	30
私人立法问题	31
结 论	34
3 长远的正义	36
保 密	37
对抗制与诉讼准备	43
对委托人的认同与认知失调	47
绝对性标准的效率	48
进行复杂判断的天资	51
结 论	51
4 律师应当守法吗?	54
优势观点中律师的义务	55
实证主义法律概念与实体主义法律概念	56
无所不在的默示废止活动	61
关于废止活动的一些澄清	67
废止活动与改革	68
课税与禁止	69

法律的确立与义务	69
初像的义务?	72
再论离婚伪证和执法建议	73
结 论	75
5 作为有意义的工作的法律职业主义	76
疏离问题	78
职业解决	84
缺失的律师	88
Brandeis 者们的逃避	92
自我背叛	94
结 论	95
6 作为背景性判断的法律职业道德	96
法律职业道德问题的结构	97
某些异议	108
律师执业活动伦理场域的再思考	112
7 刑事辩护迥乎不同?	117
争长论短的问题	118
支持进攻性辩护的薄弱观点	120
社会工作、正义和废止	130
利害关系	133
结 论	134
8 职业道德的制度化	135
背景性的惩戒制度：侵权模式	137
法律服务市场的重构	141
结 论	148
扩展阅读	149
致 谢	152
重要译名对照表	154

1

导 言

- 一个焦灼的职业
- 律师执业活动的伦理场域
- 优势观点及其他观点
- 概 览
- 起 点

一个焦灼的职业

没有一个社会角色像律师这样鼓励对伦理大志的孜孜以求，也没有一个职业像律师这样一直在挫败其所鼓励追求的目标。

许多年轻人走进法学院时，满怀希望，期冀找到一份能够贡献于社会的职业，而结果往往是希望破灭。这些希望常常是在执业的压力下冰消瓦解的。在其以后的职业生涯中，特别是在取得了世界性的成功后，他们常常心怀感旧与遗憾来回忆这些希望。针对这种职业生涯中的体验，各种文献、餐后演讲和律师协会报告纷至沓来，都在谴责律师服务中的道德贫困。

一些这样的文献将这种道德上的失望感，归因于法律服务活动或者理论上的最新发展。在某些方面，法律服务活动越来越科层化，在另一些方面则越来越商业化。法律思想关于自治、连贯和权威的主张，也受到了来自左派和右派的挑战。然而，我们知道这种道德失望感的体验，以及对职业生涯衰而叹之的文献，早在这些发展之前就已经存在了。当前的批评不过是已存在了至少一个世纪的循环的最新峰值。尽管哀怨之声忽莺声燕语，忽振聋发聩，但是哀怨一直与我们相随如影、不绝如缕。^①

我们在大众文化中，找到了关于律师的角色焦虑的类似表达，多年以来，这种表达相当稳定。对律师执业活动英雄般的刻画，一直与官方和经验版本的重要特征相去悬殊。Perry Mason 的委托人总是清白无辜的。宣称更为现实地对待律师的戏剧刻画，则通常摇摆不定或者直接指斥律师。狄更斯笔下的 Jaggers 和 Tulkinghorn 越是尽职地服务于其委托人，就越是看起来怪诞诡奇。

因此，要解释与律师执业活动相伴随的道德焦虑感，就应当探究与最近在组织结构和法学理论上的发展相比为时更为久远的那些条件。我的解释关注的是律师角色存在的结构性紧张关系。这种紧张关系一直存在，但是在过去的这个世纪里，它变得更加不堪。这一解释的核心观点是：关于律师职业责任的优势思想，削弱了律师执业活动的实践任务与正义价值（律师认为这为其角色提供了伦理基础）之间的关系。这一思想常常要求律师采取行动，促成眼前境况中的不正义。当然，人们认为从更为长远的角度看，这些行动促成了更大的正义。但是，律师行为的最终伦理收效关山迢递，遥遥不可及，这是个问题。这种状况充其量要求律师是一个严格的伦理苦行者。她眼前的经历，使她有悖于她最忠信的价值，而救赎性的有益效果却发生在其工作生涯之外，这还很可能是耳不能闻、目不能及的。因此，律师的角色，要求将因一个人的正确行为所促成的善而形成的道德上的满足感体验予以延后，这在一定程度上很容易与宗教准则联系在一起。

^① 关于近来引人瞩目的哀叹，参见 Anthony Kronman, *The Lost Lawyer* (1993); Sol Linowitz, *The Betrayed Profession* (1994); Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyer* (1994); American Bar Association, Section on Legal Education and Admission to the Bar, *Legal Education and Professional Development—An Educational Continuum*; Report of the Task Force on Law Schools and the Profession (1992); American Bar Association, Commission on Professionalism, *"In the Spirit of Public Service": A Blueprint for Reviving Lawyer Professionalism* (1986)。关于这种哀怨传统的历史回顾，参见 Robert W. Gordon, "The Independence of Lawyers," 68 *Boston University Law Review* 63 (1988)。

一旦我们有理由怀疑当前所感知的栩栩如生的不正义与所期待的远在他方、姗姗来迟的更大的正义之间的关系，这个问题就变得更加严重。这种关系我们观察不到。它是个理论问题，理论使得律师们更难相信更为遥远的善真的需要他们所造成的眼下的不正义。

因此，法律理论的发展促成了律师角色的伦理焦虑感的说法符合实情。但是我们所熟悉的关于法律理论的这种促成作用的说法，是具有误导性的。实际上，重要的理论发展早在 20 年前就已经发生，对此至少可以追溯至 20 世纪之发端。此外，问题并不是法律理论使得人们对价值玩世不恭。玩世不恭并不必然构成对职业责任优势思想的威胁。如果我的看法是正确的，那么伦理上的焦虑感的主要来源，是人们所感知到的执业活动中具体的、直接的不正义与所谓的能够对此进行救赎的遥远的正义之间薄如纸、弱如丝的联系。玩世不恭的增长并不会对这种体验产生任何重要影响。玩世不恭将会削弱我们对遥远正义的救赎力的信心，但是它会使得我们对短期的不正义相对更加冷漠。

法律理论上的重要发展也不是要鼓励对正义的怀疑主义，而是要挑战这样的思想，即抽象的正义要求此时此地施行蓄意的不正义。在这些发展中，最重要的是长达一个世纪的对形式主义的、绝对的或者“机械的”判断所进行的批判。律师角色的核心问题，源于优势思想的这种倾向，即从形式主义的、绝对的或者“机械的”标准的角度来界定该职业的责任。

除了律师执业领域之外，法律思想中对形式主义的叛反几乎在每个法律领域旗开得胜。几乎在每个其他领域，现代法学理论都教导说法律判断的标志就是复杂性：其任务就是在证明一般原则正确性的同时，要考虑事实的特定性。从这个角度看，法律判断具有典型的背景性。现代职业责任理论独自预设或者规定了这种绝对性的判断。没有理由来支持这种差异。对于律师执业领域而言，对绝对性判断的经典批判也格外有力。

通过引人瞩目的思想隔离行动，通常的法律职业道德的绝对性做法相对免遭了这些批评的责难。但是对那些已经吸纳了对形式主义的批判，并习惯于在其他领域进行背景性判断的律师而言，不能对这里的绝对性判断所存在的缺陷完全无动于衷。确实，职业责任学说中引人瞩目的修辞差错偶尔也表明，其拥趸者也不可能相信他们所说的。^② 在这些情况下，人们就很容易对律师的焦虑和失望作出解释。执业准则要求其采取行动，而这些行动会有悖于人们认为她应当忠信的价值。那些被认为能够使人容忍这种体验的意识形态上的理由是孱弱无力、行之无效的。

我在这里的观点与大众文化中对律师执业活动的传统批判形成了共鸣。这种外行批判的主要切入点，一直是律师在通常的执业活动中蓄意促成不正义。尽管律师喜欢将外行对律师职业道德的敌意归因于学理上的幼稚，但是对方更接近真相。与律师职业相比，外行公众总是相对更不受形式主义学说的束缚。外行对律师执业活动的更好刻画，说明在这个问题上其对学理的理解优于律师职业自己的说法。

^② 例如，可以看看第 3 章所讨论的《示范规则》的观点（支持与策划的不当行为有关的信息予以保密），以及该章注释 9 所讨论的令人备受折磨的保密合理化问题。

■ 律师执业活动的伦理场域

使得律师对法制和正义最基本的忠信被牵连构陷的伦理决策，源于委托人利益与第三方和公共利益之间的冲突。我们看几个例子：

无辜的罪犯。大约在 1914 年，佐治亚州律师 Arthur Powell 从一个委托人那里获得了证明 Leo Frank 无罪的信息。Frank 已经在亚特兰大一个为反犹太主义和大众的歇斯底里所驾驭的臭名昭著的审判中，被判定谋杀了一个年轻女孩。因为委托人不同意进行披露，Powell 并没有将该信息告诉任何人。Frank 随后被减刑为终身监禁，但是不久之后他就被暴众私刑处死了。^③

农业综合经营福利。1906 年，为了支持小型家庭农场，美国制定了《联邦土地开垦法》。该法以很高的补贴率对为农场主供水的项目进行资助。最初的法律将取得供水补贴农场主的资格限定为 160 英亩以下。尽管毫无争议的是，这种限制的目的在于防止将大笔款项补贴给富裕的农场主，但是多年以来，为这些农场主（包括诸如南太平洋铁路公司这样的大公司）服务的律师创造了各种手段来使其委托人有资格取得几十亿美元的利益。

早期的一个方法是，让委托人将其田产分散到各个公司中。虽然各个公司所有的份额仍由委托人、合伙人及其家庭成员所有，并且委托人继续将土地作为一个单位来耕作，但是律师接着就可以主张每个公司仅仅持有 160 英亩土地，它们都有资格就委托人耕作所需水源取得补贴。另一个方法是为家庭成员创设一系列的信托，为每个信托分配 160 英亩的土地。虽然一个人作为受托人仍可以对所有这些土地保持控制权，但是律师可以主张作为独立的“法人”，每个信托都有权就其田产获得水源补贴。^④

桀骜的储蓄与贷款银行。1979 年，紧缩银根和大力撤销管制，加剧了美国储蓄与贷款银行系统的结构缺陷，该系统开始崩溃。尽管这种崩溃的性质与原因众所周知，但是国会和政府十多年里未能采取决定性的行动。与此同时，美国观众面临着储蓄保险系统令人震惊的道德风险。

因为有储蓄保险，银行就可以吸收储蓄，而不论及其合理性。银行越是接近破产，管理层就越是受到诱惑来进行异常危险的风险投资。胜注会使银行重具还债能力，并使管理层发家致富；败注的成本则由储蓄保险资金承担。在这种动力出现的时刻，关闭银行具有重要的公共利益性。不幸的是，联邦家庭贷款银行委员会所拥有的可怜的资源 and 权力不足以保护这种利益。这种体制上的弊端所造成的公共成本超过了 2 000 亿美元。

Charles Keating 与 Lincoln 储蓄与贷款银行（下称 Lincoln 银行——编者注）施行的高度进攻性的投资策略，引起了委员会的担忧。当该委员会对该银行贷款

^③ Arthur Powell, *I Can Go Home Again* 287-292 (2d ed. 1943). 证实 Frank 被错误定罪的证据在他死后出现了。Wendell Rawls, Jr., "After 69 Years of Silence, Lynching Victim Is Cleared," *New York Times*, March 8, 1982, p. A12.

^④ 参见 Joseph Sax, "Federal Reclamation Law," in *2 Waters and Water Rights* 111, 120-24 (Robert Clark, ed. 1967)。

业务的合理性和合法性表示怀疑的时候，Keating 雇佣了纽约 Kaye、Scholer、Fierman、Hays 和 Handler 律师事务所（下称 Kaye Scholer 律师事务所——编者注）的诉讼律师予以回应。该律师事务所在 1986 年至 1989 年的银行检查事务中代理了该银行，而 Lincoln 银行最终倒闭，给公众造成了估计超过 30 亿美元的损失。

在银行检查程序中，有着一定的对抗性，这一点以前并不为人所知。Kaye Scholer 律师事务所的律师为限制规制者对 Lincoln 银行贷款业务的调查，为阻碍对这个在财政上失血的机构进行干预，付出了可怕的创造性和不分昼夜的精力。政府宣称，但是 Kaye Scholer 律师事务所对此持异议的许多令人费解的行为例子包括：

- 律师事务所研究了委托人的贷款档案后，发现了这样一种牢固的贷款模式，即没有正式贷款申请就进行贷款，很少分析或者根本不分析抵押物，没有评估或者现金流历史。在一份内部备忘录中，律师事务所一位律师说，关于某组贷款文件，“从祸患到根本不存在，五彩纷呈”。然而为了阻挠扣押，律师事务所向委员会宣称，“在进行不动产贷款时，Lincoln 银行总是遵循非常谨慎和全面的程序来分析抵押物及贷款人”。

- 银行工作人员篡改了提供给检查人员的贷款文件。他们删除了对贷款不利的信息，添加了事后准备的支持贷款的材料。这些后加的材料没有注明日期，并以现在进行时态书写，以给人以这样的印象，即它们是与贷款同时作出的。Kaye Scholer 律师事务所的律师没有披露这些情况，而是反复将这些做了手脚的贷款档案作为银行有着合理保险做法的证据。

- 为了达到储备金和资本金要求，Lincoln 银行通过一系列“关联交易”夸大了其资产的账面价值。Lincoln 银行以高于购买价的价格将资产出售给某个盟友，将这种增值记录为资本收益。事实上，Lincoln 银行或者附属机构有时是贷款给该盟友来购买该资产，并承诺回购，或者同时从盟友那里购买定价过高的资产。Kaye Scholer 律师事务所的律师意识到了这种交易，在内部反复表示担心检查人员会发现这些交易。但是他们没有披露这些交易，而是继续向委员会主张银行的管理是合理的，并引用反映了“关联交易”的结算数字来作为银行健康运行的证据。^⑤

诸如此类的例子说明了与律师职业角色相伴随的伦理焦虑感的来源。从当前职业责任标准的角度看，每种情况下律师的行为都至少是说得通的。Powell 在 Frank 案件中的沉默当时是、也将继续是保密标准的绝对要求。^⑥ 农业综合经营案中的律师的行为并没有从律师职业道德角度受到批评，而且可能符合通常的标准要求。联邦储蓄机构监管局（银行委员会的后继者）依据对有关银行规则的言之成理的解释，对 Kaye Scholer 律师事务所的律师进行了处罚，但是纽约律师协

^⑤ 对 Kaye Scholer 律师事务所的指摘，出现于 Office of Thrift Supervision, “Matter of Fishbein,” AP 92-19 (March 1, 1992), reprinted in *The Attorney-Client Relationship after Kaye Scholer* 239-322 (PLI 1992)。关于该案件的讨论和文献参引，参见 William H. Simon, “The Kaye Scholer Affair,” *Law and Social Inquiry* (1998)。

^⑥ 律师协会法典化的保密标准有两个版本——《示范守则》DR4-101 和《示范规则》1.6——，都禁止在这种情况下进行披露。许多优势观点的辩护者认为，该案件是一个支持例外的令人非常棘手的案件。努力去支持一个例外而不进一步蚕食绝对性的保密标准，促使人们对问题进行了迂回曲折的分析，而大多数外行人会认为该问题简单而答案显而易见（在我看来这是正确的）。参见 “Symposium: Executing the Wrong Person: The Professionals’ Ethical Dilemmas,” 29 *Loyola of Los Angeles Law Review* 1543 (1996)。

会惩戒部门并没有发现进行惩戒的理由。尽管 Kaye Scholer 律师事务所对政府指控的某些事实根据提出了异议，但是律师事务所表示，即使律师从事了所指控的行为，他们的行为也是适当的。许多杰出的律师也同意这种辩护。

然而，所有这些案件都至少让人怀疑律师的行为促成了重大的不正义。即使我们承认关于这些案件的事实知识有限，并且在具体的案件中常常就正义的含义无法达成一致意见，这种怀疑也仍然徘徊不去。因为我们知道，考虑到律师们所遵行的道德制度，有关律师可能也会像他们所做的那样行事，即使他们自己认为他们行为的直接结果可能是不正当的。

■ 优势观点及其他观点

反映在律师协会的惩戒守则、关于律师惩戒的判例法以及关于职业责任的欣欣向荣的注释中的关于律师职业道德的主要方法，可以大致但是很有用地归纳为优势观点（Dominant View）。

优势观点的核心原则是：律师必须——或者至少可以——通过所有说起来合法的行动和提出所有并非毫无意义的法律主张，来追求委托人的任何目标。因此，如果 Arthur Powell 的委托人让他保持沉默，他就得这么做，除非某些法律不容争辩地要求他进行披露。如果农业综合经营委托人想获得供水补贴，只要存在法律并不禁止的并非毫无意义的主张，其律师的操控行为就有正当理由。Kaye Scholer 律师事务所的律师可能从事了法律所禁止的行为，但是许多杰出的律师坚持认为他们没有从事法律所禁止的行为，对于他们而言，事实足以证明其行为的正当性。

需要注意的是，在优势观点看来，律师角色唯一卓尔不群的道德职责是忠诚于委托人。法律职业道德并没有针对第三方或者公众规定不同于要求每个人做到的遵守法律最低要求的责任。

美国律师协会制定的两个道德守则——1969 年《职业责任示范守则》（下称《示范守则》——编者注）和其后的 1983 年《职业行为示范规则》（下称《示范规则》——编者注）——的最重要的规定，都采用了优势观点。这两个守则在几乎每个美国司法辖区都有效。^⑦《示范守则》关于优势观点的要求一言可尽，即“在法律的界限内热忱诉辩”。《示范规则》没有这么明确，但是关于诉辩和保密的规定几乎与《示范守则》的方法如出一辙。《示范守则》和《示范规则》都认可律师通过说起来合法的手段追求委托人说起来合法的目标的行为的正当性。两个守则都绝对性地要求就不利于委托人的信息保密，而仅有很狭窄的例外。^⑧

当然，惩戒守则、法院或者论者都没有简单地赞成优势观点。基本规则几乎

^⑦ 对法律职业的一般规制是各州的责任，通常由各州最高法院进行监督。美国律师协会是一个私人性的全国性组织，没有立法权。它制定的守则是供各州采纳的范本。各州法院已经将美国律师协会的守则的某一个或者其中的部分或者全部内容规定进了其惩戒制度。通常由法院系统的行政附属机构执行惩戒。违反这些守则会带来从中斥到取消律师资格的处罚。法院和行政机关常常引用这些守则来对非惩戒性的主张进行裁判，例如关于不当执业或者藐视法庭行为的裁判。

^⑧ David Luban 将优势观点称为“标准概念”，并在以下著作中详细说明了它是在律师协会的道德守则中成为前提的：Lawyers and Justice: An Ethical Study 393-403 (1988)。

总是受到某些旨在保护第三方和公共利益的准则的限制。但是基本规则仍是占统治地位的标准。它影响并建构着讨论。它既是起点，也是底牌。

在某些对优势观点加以批判的人的著作中，我们可以看到另一种方法的大致轮廓。我们可以把其称为公共利益观点（Public Interest View）。公共利益观点的基本准则是：法律的适用应当遵照其目的，诉讼的进行应当促进对实体争议问题的明智解决。公共利益观点并没有像优势观点那样得到界定，但是其倾向于要求披露无辜的罪犯案和储蓄与贷款银行案中被扣压的这类信息；反对操弄报表来使相关法律目的落空，就像农业综合经营福利案那样；拒绝使用程序，从而阻挠实体标准的实施，就像储蓄与贷款银行案那样。^⑨

就我们的目的而言，关键事实是，优势观点和公共利益观点，无论其在优先选择方面差异有多大，都共同采用了我称之为绝对性的决策风格。在决策者遇到特定问题时，这样的决策严重地限制了其可以考虑的因素的范围。在存在少量因素的情况下，严格的规则要求作出特定回应。决策者没有自由裁量权来考虑没有明确规定的因素，或者以不同于规则规定的方式来评估特定的因素。

大多数关于职责责任的宽泛争论都想当然地认为道德判断应当是绝对性的。例如，我们看看 Monroe Freedman（优势观点的坚定倡导者）与 Geoffrey Hazard（《示范守则》的起草者，他对公共利益观点含情脉脉）之间的交锋。离婚案件中代理丈夫的律师必须坚持披露妻子所不知道的收入吗？就像 Freedman 所讲的故事那样，“妻子的代理人被称为所谓的‘投弹手’，除了榨干丈夫的每一个便士和每一件物件外，他在生活中一无所求，不论这会给人际关系、孩子或者其他带来什么代价”。Hazard 回应说他也可以重新讲讲这个故事，即妻子和孩子们在冰雪中流落街头，而丈夫则在加勒比海花天酒地。Hazard 表达了绝对性方法的共同前提，他总结说，“你不能对此模棱两可，你不能让这些案件取决于内在的是非曲直。我们在讨论的是……程序规则”^⑩。估计 Freedman 是最后一个不同意需要制定规则的人，但是对他而言，适当的规则是“不披露”，而对 Hazard 来说是“披露”。

与优势观点和公共利益观点相反，我主张的是道德决策方法，这种决策常常取决于“内在的是非曲直”。我们可以把这叫做背景性观点。其基本准则是：律师应当考虑特定案件的相关情况，采取可能促进正义的行动。

正义，当我使用这个术语时，它并不是一个法律之外的概念。我遵循了美国律师协会有关守则的前言中的提法，视正义为法律制度的基本规范前提。^⑪ 因此，基本准则的另一个表达是忠告律师要就当前的事项维护“法律上的是非曲直”。当然，对于许多律师而言，“正义”和“法律”或者“法律上的是非曲直”有着不同的含义。二者之间的关系是古典法学理论争辩的论题，我们将在下面几处提到这个问题。一个人对这个问题持何态度，将影响其对这里所建议的方法的

^⑨ 例如，参见 Marvin Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View,” 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1031 (1975)。

^⑩ “A Gathering of Legal Scholars to Discuss ‘Professional Responsibility and the Model Rules of Professional Conduct’,” 35 *University of Miami Law Review* 639, 652–654 (1981)。

^⑪ ABA Model Rules of Professional Conduct, Preamble, paragraph 1（律师“对正义的质量负有特殊责任”）；ABA Model Code of Professional Responsibility, Preamble, paragraph 1（“法律……使得正义成为可能……”）。

贯彻。但是在这里我们现在认真对待的任何回答，都与我的方法的某些变体兼容。

这一方法的实质是背景性判断，即这种判断要将相对抽象的标准适用于特定案件的各种具体情况。在某些状态下，特别是在谈到法律服务道德的时候，律师们的说法似乎是这样的判断必然是武断的。他们认为抽象的标准是主观的，而事实是无法确定的。他们说，对于每个问题，都有两个或者更多的侧面。一个人的正义是另一个人的压迫。我们从不能确切知道发生了什么。

但是在其他背景下，律师们通常拼命地坚持理性、有据、自由判断的正确性。确实，在过去的这个世纪里，这是关于司法角色的讨论的主要切入点。关于司法决策的最著名的现代文献，主要都是支持背景性的决策，而反对更为绝对性的做法。尽管这种辩护受到了挑战，但是它获得了广泛的接受，即使是那些对在法律职业道德中的这种决策做法持敌意态度的律师也是如此。律师执业背景下对绝对性的标准和决策的青睐，不过是说明了这样一个问题，即对形式主义、机械理论、绝对推理的批判，未能像很早就适用于司法角色那样，贯彻到律师服务角色中。

在另一个相关背景下，律师则相对愿意接受有意义的自由裁量性判断，这就是公诉人的舞台。确实，我关于自由裁量模式的基本准则的归纳，在一定程度上受到了《示范守则》关于公诉人的规定的启发：“公诉人的责任……是寻求正义，而不仅仅是定罪”^⑫。

律师们已经习惯于将背景性判断与法官、公诉人及其他政府律师联系在一起，以至于他们有的时候提出反对，认为关于法律职业道德的背景性观点将律师的角色贬尊降贵为法官或者公诉人的角色了。但这是一种误解。在诉诸这些其他角色时，我要援引的仅仅是一种判断风格，而不是法官或者公诉人所作出的具体判断。背景性观点吸收了传统律师角色的许多内涵，包括律师可以通过热忱追求委托人的目标来实现正义的观念。它充分尊重了关于程序正义和对抗制的最说得通的思想。尽管它假设律师的角色具有公共维度，但是该假设立足于律师古老的主张，即律师是“法院的职员”，以及立足于这样的观念，即要将律师服务角色与法律制度中的其他角色进行最为有效的整合。

在一些律师看来，法律职业道德的背景性判断观念，是不可思议的乌托邦。然而事实上我们已经有了有一套立足于背景性标准的律师规制制度，并发挥着作用。这就是法院处理不当执业索赔的侵权规制制度。这一制度的核心规范——过失概念——是背景性标准的典型例证。过失规范适用于不计其数的职业背景这一过程，说明抽象的理想可以通过假设和个案裁判具体化，可以立足于社会实践和期待。道德背景下对背景性标准的希求，并没有反映出在侵权领域与法律职业道德领域之间存在什么实践上的差别。

无论与优势观点有多大差别，这里的观点与其有着一个共同的至关重要的前提。这两个观点都诉诸法律职业主义的追求性传统。它们假定律师关注其行为的正当性，他们至少在有限的程度上有符合道德地行为的动机。在这种观点看来，律师不仅仅是利己的利润最大化者，还是在履行有价值的社会角色时追求满意度和尊重的人。近乎所有参与关于法律职业道德的经典辩论的人都持这种信念。然而我们应当承认，这些信念为某些人所抵制：在他们看来，这些辩论似乎都是伪

^⑫ Model Code, EC 7-13.

善的做派。尽管对于其他道德理论在实践中的贯彻，我有许多话要讲，但是我并不想成为极端怀疑论者，对于他们而言，找不到理由来关注律师行为的伦理评价。

概 览

在讨论了关于律师界的伦理焦虑的各种观点以及法律职业道德的基本问题（我认为这些在一定程度上是引人误入歧途的）后，我接着将批判优势观点的前提。第2章所关注的，是隐含在《示范守则》“在法律的界限内热忱诉辩”这一准则中的一系列观点。这些观点暗示委托人通常有权利获得该准则所规定的律师服务。我认为这些观点都已经落伍，并且毫无条理。

第3章所关注的，是主要体现在《示范规则》及其注释中的支持优势观点的不同观点。这些观点是工具性的。它们主张，尽管任何特定的委托人可能没有权利获得热忱诉辩的结果，但是要求律师进行热忱辩护，通常将在整体上促进正义。这些观点中，最重要的是关于保密问题；其次涉及的是“对抗制”。我认为，背景性标准能够对保密中固有的合法利益提供最佳保护。背景性方法与“对抗制”言之成理的思想是一致的。

在第4章，我们接着转到了是否存在遵守法律的绝对性职责的问题上。这样一个职责既是优势观点模式的终点，也是公共利益观点模式的起点——与公共有关的一系列绝对性职责中的第一个。对该问题的回答，取决于我们如何回答法律与正义之间的关系。如果我们对法律的狭隘界定排除了正义这一重要维度，则遵守法律的职责就变得站不住脚了。如果我们对之界定过宽，则我们就能为该职责提供正当理由，但是该职责与法律职业道德的优势观点是不一致的，这也可能与公共利益观点不一致。

在第5章，我把对优势观点和公共利益观点的学理批评与律师界的伦理焦虑联系在了一起。我在这里的观点是，背景性判断是职业主义最强劲的伦理追求所带来的有意义的工作这一思想的一个要素。

第6章详细讨论了背景性观点。我就根据该方法如何作出道德决策提供了几个例证，并在结尾处再次探讨了无辜的罪犯、农业综合经营福利以及桀骜的储蓄与贷款银行三个案例。

在第7章，我讨论并摒弃了这样的观点，即刑事辩护有些特殊之处，使得与民事背景相比，优势观点在此更有说服力。

最后，在第8章，我讨论了什么样的制度和执行方式最适合于背景性观点所倡导的法律职业道德。我强调指出，法律职业道德领域所采用的规制律师服务的绝对性风格与侵权领域所采用的背景性风格有着惊人的不同，我认为后者与律师职业最为言之成理的道德追求更为一致。我还讨论了“道德忠信市场”（market for ethical commitment）所带来的压力，并推测了什么样的改革能够减少这种压力与背景性判断的职业道德之间的紧张关系。

除了第8章和第3章部分内容外，我并没有区分与制定职业行为规则的规制机构相关的道德分析和与在制定的规则界限内运作的各个律师相关的道德分析。我的观点是为这两个背景设计的。惩戒规则应当要求合理的背景性判断。但是任