

律师职业伦理与 行业管理

(第二版)

Professional Responsibility and Regulation



【美】德博拉·L. 罗德 (Deborah L. Rhode) 著
小杰弗瑞·C. 海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.)

许身健 等译



知识产权出版社

北京理工大学出版社

律师职业伦理与 行业管理

(第二版)

Professional Responsibility and Regulation

【美】 德博拉·L. 罗德 (Deborah L. Rhode) 著
小杰弗瑞·C. 海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.)
许身健 等译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

律师职业伦理与行业管理 / 许身健等译. —北京:
知识产权出版社, 2015. 6
ISBN 978-7-5130-3389-3

I. ①律… II. ①许… III. ①律师—职业道德—美国—
英文②律师制度—美国—英文 IV. ①D971. 265

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 050681 号

This translation Professional Responsibility and Regulation Concepts and
Insight Series (Second Edition) by Deborah Lynn Rhode and Geoffrey C. Hazard,
Jr., is published and by arrangement with LEG Inc., d/b/a West Academic
Publishing.

责任编辑: 牛洁颖
文字编辑: 常玉轩

责任校对: 董志英
责任出版: 刘译文

律师职业伦理与行业管理 (第二版)

【美】德博拉·L. 罗德 (Deborah L. Rhode)

小杰弗瑞·C. 海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.) 著

许身健 等译

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010-82000860 转 8109

责编邮箱: niujieying@sina.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/

82005070/82000270

印 刷: 北京富生印刷厂

经 销: 各大网上书店、新华书店
及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 11.75

版 次: 2015 年 6 月第 1 版

印 次: 2015 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 304 千字

定 价: 45.00 元

ISBN 978-7-5130-3389-3

京权图字: 01-2015-1126

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

致玛丽·泰 (Mary Tye)

谨以本书献给玛丽·泰,深切感谢她为准备
本书手稿而付出的宝贵贡献。

目 录

第一章 法律职业及其管理 / 1

- 一、职业的概念 / 2
- 二、职业规范:法律,道德和法律伦理 / 5
- 三、律师法 / 11
- 四、其他有权制定管理规范的机构 / 13

第二章 美国法律职业及律师管理结构 / 17

- 一、职业起源 / 18
- 二、律师行业管理结构与职业协会 / 25
- 三、职业内部的多样性 / 27

第三章 法律执业的形式和经济学 / 35

- 一、执业结构 / 36
- 二、执业状况:均衡生活与底线 / 38
- 三、私营部门:个人执业,以及大小
律所中的律师执业 / 42
- 四、机构中的法律顾问 / 46
- 五、公共部门的律师:政府服务、
法律援助和公益法 / 48

第四章 法律职业的“宪法性”功能 / 53

- 一、法治和个人权利 / 54

- 二、律师与个人权利 / 54
- 三、公司律师 / 55
- 四、对公司资本主义的批判 / 56
- 五、替代方案的可行性 / 58

第五章 基本的职业规范 / 61

- 一、职业责任:职业管理与职业判断中的独立性 / 62
- 二、对委托人的责任:忠诚、称职及保密 / 65
- 三、对于司法体系和法治的责任 / 69

第六章 对抗制、保密和非诉讼解决机制 / 73

- 一、对抗制的前提 / 74
- 二、诉讼的技巧和对抗的滥用 / 80
- 三、坦诚和保密 / 87
- 四、替代性纠纷解决 / 103

第七章 交易业务 / 111

- 一、引言 / 112
- 二、文件的准备、保留与销毁 / 113
- 三、咨询 / 117
- 四、家长式作风 / 129
- 五、谈判 / 135
- 六、游说 / 150

第八章 利益冲突 / 157

- 一、导论 / 158
- 二、同时性多方利益代理 / 163

- 三、立场性利益冲突 / 170
- 四、连续性代理 / 173
- 五、替代性无资格代理、屏蔽和弃权 / 177
- 六、代理组织 / 181
- 七、代理政府 / 184
- 八、代理集团诉讼 / 192
- 九、律师的个人利益 / 196

第九章 接近正义 / 203

- 一、问题的性质 / 204
- 二、可能的回应 / 215
- 三、法院改革和非律师服务 / 216
- 四、补贴律师服务 / 219
- 五、公益法和“义务律师” / 223
- 六、公益代理 / 228

第十章 法律服务市场的管理 / 235

- 一、广告 / 237
- 二、劝诱 / 248
- 三、跨司法管辖区执业 / 253
- 四、跨行业执业 / 259
- 五、律师收费 / 265

第十一章 律师的职业资质 / 283

- 一、引言 / 284
- 二、法学教育 / 284
- 三、律师职业准入 / 312

第十二章 执业能力与行业管理 / 327

一、引言 / 328

二、管理标准与体制 / 331

三、惩戒措施 / 339

四、执业能力 / 349

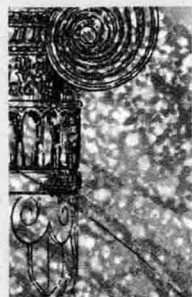
五、渎职行为 / 352

结语 / 362

译后记 / 364

第一章

法律职业及其管理



一、职业的概念

由于本书是一本介绍法律职业的著作,了解“职业内的成员身份”有何含义应当是书中的一个首要问题。现在被人们认作“专业人士”的行业,在 2000 多年前就已存在,但“职业”这个术语本身和职业团体的一些显著特征是直到 16 世纪时才开始出现的。“职业”一词来源于拉丁语“*professionem*”,本意为公开的宣告。在演进发展后,该词成为了对某些行业进行描述的术语。新进入该工作领域的成员们需立誓宣布:他们将投入与这个博学的工作使命相关的理念和实践中去。

当代在定义“职业”时通常会强调其特殊专业技能和道德责任,而这两者又衍生出其他一些关键的特征来,如自我管理、法定资格、行为准则、行业协会以及垄断特定的工作等。美国律师长期以来就以他们的“职业”而感到自豪。根据美国律师协会一份著名的报告,“职业人员”是指“从服务公众的精神出发去寻求博学的艺术”的人。^[1] 出于同样的原因,律师们对律师职业特征的丧失和“法律沦落为一门生意”的状况也一直持忧虑态度。在一个世纪之前,美国的一位评论家就注意到了当时广泛流传的评论,即律师界已经丧失了“良好的尊严感”并已经“被商业气息所玷污”。^[2]

在最近 20 年,受法律服务市场竞争和商业性质渐浓的影响,也因为人们认为对于律师的职业管理在萎缩,认为律师是垄断行业的

[1] American Bar Association (ABA) Commission on Professionalism, “In the Spirit of a Public Service” A Blueprint for the Rekindling of Lawyer Professionalism 3 (1986).

[2] American Lawyer, quoted in Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* 1 (2001). See also Geoffrey C. Hazard, Jr. & Angelo Dondi, *Legal Ethics: A Comparative Study* 45 (2004).



这种担心表现得越来越强烈。法院、立法机关、雇主和行政机关也越来越多地分享着律师行业组织管理其成员所作所为的权力。律师职业竭力禁止非律师身份的竞争者进行“未授权的法律执业”，但市场的压力和技术进步使这一努力化为徒劳。职业内部专业化程度的进一步细化，也提出了如下的问题：将律师们作为一个单独的、统一的群体对待，对其施以同样的教育和管理标准，是否有意义的？

在传统做法中，对于法律执业活动的管理是在各州的层面而非国家或地区层面（欧洲的做法）上来进行的。在现代，跨越司法辖区界限的法律执业活动日渐增多，对于州、国家来说都是如此。“多司法辖区的执业活动”已经与律师工作中其他模糊的界限混合起来。在许多国家中，律师所做的大部分工作并不是只有律师协会的成员才有权去做，也不会仅在法律职业下的各个群体之间进行分配。例如，在欧洲和拉丁美洲，公证员享有准备特定法律文件的权利，同时他们也比美国的公证员享有更高的地位和公务责任。在日本，许多从事商业或专门职业的人接受过法律教育并履行法律任务，然而这些人中只有大约两成通过了律师考试并能在法庭中代理当事人诉讼。^[3] 在其他国家，不是律师的人一般也被允许出具法律意见，或在跨行业的合伙企业中与律师合作。由此造成的一个影响是：国际会计师事务所已经取代律师事务所，成为全球最大的法律服务提供者。

本书第九章重点关注美国律师的管理问题。我们现在要重点讨论的是对人们心中关于律师行业的传统认识所带来的那些挑战。对于传统认识的批评有各方面的原因。首先，在专业性和公益精神上，像法律这样的行业与那些未拥有“专业”（professional）地位的职业相

[3] 参见 Rhode，同前注，第 119 页。



比真的存在本质的区别吗?来自左翼和右翼的评论家对此都表示质疑。并不是所有的法律执业都比那些不具有“专业”地位的职业——例如投资银行业、信息技术业——需要更多的技能或培训。此外,在构建行业规范和制定成员政策时,律师职业群体所表现出的私利特征亦未有明显的差异。大型民意调查显示,许多公众对于律师行业宣传的公益精神都存有质疑。不到 1/5 的美国人认为律师的道德水准“非常高或很高”。3/5 的人则认为律师是“贪婪的”,而 4/5 的人认为律师的工作是其他人收取更少报酬时亦能完成的。^[4] 律师行业对于其专业性的豪言壮语,在大多数观察者看来,仅仅是一种对其经济保护主义和自我膨胀意识的粉饰。^[5]

然而,对于律师行业的领袖们来说,这些近来的市场潮流和民意调查并不能让他们放弃对行业特殊地位的追求,反而成了他们重塑职业人士职业形象的动因。为了达到这一目标,各州和地区的律师协会进行了众多职业化的举措,包括召开会议、委员会,建立中心和礼仪规范等。这些努力带来何种实践效果尚是一个可以探讨的问题。然而,在这些努力背后的愿景却肯定是值得留存的。即使存在一些其他局限,律师行业对于追求职业精神的专注,对于

[4] 同前注,第 4 页, Roper Center for Public Opinion Research, Gallup Poll, Dec. 1, 2005; Gary A. Hengstler, “Vox Populia The Public Perception of Lawyers: ABA Poll” A. B. A. J., Sept. 1993, at 60; Randall Samborn, “Anti-Lawyer Attitude Up,” National L. J., Aug. 9, 1993, at 20; Stephen Budiansky, Ted GEst, & David Fisher, “How Lawyers Abuse the Law” U. S. News & World Report, Jan. 30, 1995, at 50; Gallup Poll Releases, Nov. 1999.

[5] 经典的保守主义观点可参见 Milton Friedman, Capitalism and Freedom 144-149 (1962)。另参见 Richard Posner, Overcoming Law 37-38, 91-93 (1995)。左翼人士的批判观点请参见 Rhode, 同前注, 第 1-22 页, 第 135-141 页, 第 207-208 页; Russell G. Pearce, “Law Day 2050: Post-Professionalism, Moral Leadership, and the Law-as-Business Paradigm”, 27 Fla. St. U. L. Rev 9 (1999); Richard L. Abel, “The Contradictions of Professionalism”, in Lawyers and Society: The Common Law World 186-243 (Richard L. Abel & Philip Lewis, eds. 1989)。



法治和追求司法公正仍然起到了巨大的作用。在美国历史上,在每一项重大的公共事业的前沿,都能看到这些受到职业精神鼓励的律师的身影。他们在提供公益法律援助、保护个人自由和以独立力量制约政府滥用权力上的努力,成为世界各国律师行业的楷模。许多人选择将法律作为事业,至少一部分原因是为了促进社会的公正,而律师的职业身份恰恰就是和他们这个目标相一致的。

二、职业规范:法律,道德和法律伦理

在探讨律师管理的书中“法律伦理”是一个关键概念。这个词常常会 and “职业责任”替代使用,用于描述律师行业的基本准则。我们需要提出的一个基础性的问题是:法律伦理中“伦理”的含义是什么,它与“律师法”之间又有何关系。

在定义“伦理”(ethics)一词时,许多学者会追溯到两个拉丁词: *ehikos*(意为遵循风俗)和 *ethos*(意为特质)。而“道德”(morality)一词则来源于拉丁语 *mores*,意为特质或风俗习惯。在现代社会,这两个词的含义都已与其原意相差甚远。哲学家们通常认为“伦理”即是对道德的研究或特定社会中的惯常规范(社会的特质),而“道德”所涉及的则是普遍的是非原则。^[6] 然而,由于哲理原则与惯常规范概念上有交叉之处,许多当代的理论学家认为“伦理”和“道德”在一般意义上的区分不大,因而将两词互换使用了。

从某种意义上来说,法律伦理的概念可突破法律行业自身的限制,其传达、演绎着比来源于宗教和哲学传统中的道德更为广泛的道德概念。从另一种同样条理清晰的角度来说,法律伦理仅仅指一种

[6] G. W. F. Hegel, *Phenomenology of Spirit* 266-94 (A. V. Miller trans., 1977); John Hartland-Swann, *An Analysis of Morals* (1960).



规范的形式,包括适用于法院、立法机关和行政机构的所有强制性规则。不论从何种意义上,法律伦理都是与律师的现实工作息息相关的。法律行业的行为准则不仅决定了律师是否可持续进行执业,也帮助律师们去塑造自身的职业道德身份。

大多数当代的道德哲学在适用于法律执业时都会因以下两大重要因素而受限制:首先是对于普遍原则的追求;其次是对于作出规范性裁判中所需的基本事实的假定。然而,在律师的现实工作中,对于事实的了解总是不充分的,而事实的背景也各不相同。另外的一个关键事实是:法律伦理也牵涉法律实务。“律师”不是一个简单的描述工种的词语,而是拥有法律规定的权利义务的法定职业,例如,律师应履行为委托人保密的职责。道德哲学的核心传统可能会引出宏观上的一些问题,但在给予律师实务中具体问题一个明确的解答上,道德哲学则仍有所不足。^[7]

通常认为,功利主义和义务论(或权利论)是与法律伦理最为相关的两大哲学传统。功利主义的经典理论认为,道德上正确的行为也是大多数人创造最大利益的行为。该理论认定,所有人的幸福是同等重要的。义务论一词是从希腊语中 *deon*(亦即义务“*duty*”)一词衍生而来,在义务论中,道德上正确的行为是符合普遍的(*universal*)、可推及的(*generalizable*)的义务原则的。伊曼努尔·康德(*Immanuel Kant*)作为主要的义务论理论家,认为一个道德上合理的行为必须满足一个终极的道德原则——绝对命令(*categorical imperative*)。康德从两个方面解释了这一原则:首先,每个人“仅依据能成为普遍法则的那项格律而行动”;其次,“将他人视为目的,而不可将他人仅仅视

[7] 参见 Geoffrey C. Hazard, Jr., “法律实务和道德哲学的局限”,载《法律实务伦理》75,77(Deborah L. Rhode, ed., 2000)。



为一种手段”。^[8] 在适用义务论原理时,哲学家们尽力去寻找那些符合普遍化、一般化、尊重他人特征的义务。这种义务的典型形式有忠诚义务(信守承诺、禁止欺骗),善良义务(乐于助人、禁止伤害)以及公正义务(对不同的个案予以同等对待)。由于以上义务都对应相应的权利,义务论的结构通常也被称为“权利基础论”(rights-based theory)。

功利主义和权利基础的方法都被用于解释法律伦理的问题,然而也都在相关方面上受到了一些批评。功利主义的一个问题在于:客观地发现、衡量和比较某一特定行为与其他行为所造成的后果有何不同是很困难的。其次的一个问题是,该理论无法保护个人权利以对抗多数人的偏好,也无法对各种偏好作一本性上的区分,例如将那些建立在非理性、偏执、上瘾性的偏好与那些以社会利益价值为着眼点的偏好区分开来。^[9] 出于同样的原因,义务论理论也受到指责,认为其缺乏明确性。在遇到一些牵涉相互抵触价值的伦理困境时,例如,对于明显有罪的委托人的权利保护和无辜的第三人的权利保护中如何选择,像绝对命令这样的原则就全然无济于事。当我们面对着哪一规则应当被推及、哪一个人的权利应当被优先保护的问题时,推己及人及尊重个人权利的要求就明显起不到任何作用了。^[10]

在一些特别的法律伦理问题中,以上局限会表现得更为明显。

[8] 参见伊曼努尔·康德《道德形而上学原理》第46页(Immanuel Kant), *Foundations of the Metaphysics of Morals* 46(Lewis White Beck, trans. 2d ed. 1990)。

[9] 参见萨缪尔·舍弗勒《后果论及相关评论》(1988年版)、阿马蒂亚·森和伯纳德·威廉斯《后果论及其他》(1982年版)、《集体选择与社会福利》(1970年版), J. J. C. 斯马特和伯纳德·威廉斯《后果论的是非争论》(1973年版)。

[10] 参见萨缪尔·舍弗勒《后果论及相关评论》(1988年版)、阿马蒂亚·森和伯纳德·威廉斯《后果论及其他》(1982年版)、《知识与政治》(1975年版)、《伦理简史》(1966年版)。



这方面具有代表性的例子是本书第六章中将更为详尽讨论的一个经典难题,即为了避免对第三人造成严重损害,律师是否应当披露委托人的特定秘密。从权利基础论和功利主义出发,我们都可能认为理应对委托人秘密予以广泛保护;然而,我们也可以出于同样的原因批判这种保护。

权利基础论支持保密义务,其论点建立在对社会价值和委托人行为的若干假设上。第一个假设是,法律系统的首要目标在于保护个人权利。在一个发达的工业社会中,人们拥有一系列法律权利如正当程序权利、隐私权、缔约权),这些权利都可能受到政府或其他私人利益的侵犯。侵权的预防和补救常常需要律师的协助,除非委托人愿意提供全部的相关信息,否则律师便无法提供充分的代理。如果缺乏对委托人交流信息的保密保证,许多人就无意寻求法律援助,或者是不愿透露关键的事实。而保护这种秘密不仅能保障普遍的法律权利,更是对特定的具体权利(specific entitlements)的保护,例如对刑事被告人的宪法性保护。如果律师披露委托人的可供定罪的信息,那些有被控告罪行的人就无法充分行使宪法第六修正案中规定的律师辩护权,以及第五修正案中规定的禁止自证其罪的权利。

对于宽泛的保密制度,批评者的回复如下:首先,他们认为对刑事被告宪法性权利的考量并不能成为否定对他人的民事保护的理
由,对于个人自由和隐私的考量也不能解释公司或组织也可以受到广泛的保密保障或庇荫。为什么委托人(特别是公司委托人)的权利总是要优于他人的权利,这个问题并不是不证自明的,在他人的健康、安全利益受到威胁时就更是如此。此外,目前的保密规则是模糊并存在例外情形的,至于进一步缩小对委托人秘密的保护是否会影响委托人的行为,针对这一问题进行的研究显示可能并非如此。^[11]

[11] 参见下文第六章中的讨论。



另一个出于功利主义的、支持广泛保密规则的理由是：广泛的保密规则为遵守法律规则提供便利，促成了最多数人的最大利益。可获知保密信息的律师能为委托人就其法律义务提供咨询，从而促成法律纠纷的适当解决。然而，针对以上种种理由，对广泛的保密保障持批判态度的人则反驳道：为防止第三人受到损害而允许律师进行一些披露，不会对律师有益的辩护角色（counseling role）形成重大侵犯。保密保障规则的例外已经存在，而大多数人不了解这些例外的范围。不论律师的伦理义务有多么严格的范畴，多数委托人仍然拥有充分的理由去信任他们的律师。

关于这些论点的是非曲直，在本书第六章中将会有更充分的探析。而我们此处要做的，仅仅是强调伦理理论在解决法律伦理问题时的局限所在。抽象的道德原则对于架构相关问题可能有所帮助，但问题的解决一般还须依赖具体的信息，即特定伦理决定将带来何种影响，以及在特定情境下如何调和相互抵触的道德诉求。在上文提到的保密一例中，最重要的是了解不同的披露规则将对委托人的行为产生何种影响，了解如何在受到该规则影响的委托人利益和第三人利益之间进行权衡。然而，我们事实上无法获知这种信息。在该问题的辩论中，正反双方对辩论的推进都建立在无法得以证实的假设之上。

但是，我们不能因此认为道德理论是无意义的，也不能因此认为我们应当采取完全相对主义的观点来看待伦理问题。极端形式的相对主义认为，我们无法在客观基础上证实一套伦理信仰相对于另一套伦理信仰具有优越性。相对主义的诱人之处，在于它对普世真理保持一种明智的怀疑态度，同时对文化差异也持有一种聪明的宽容态度。在相对主义者看来，对于事实的分歧和对于道德观念的分歧存在本质的区别。人们在实证经验上的信息一致能使他们达成对于事实的一致看法，但在道德诉求问题上要获得这种信息则困难得

