

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

德博拉·L·罗德 著

Deborah L. Rhode

为了司法 / 正义： 法律职业改革

IN THE INTERESTS OF JUSTICE:
REFORMING THE LEGAL PROFESSION

张 群 温珍奎 丁见民 译

中 国 政 法 大 学 出 版 社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

为了司法/正义： 法律职业改革

IN THE INTERESTS OF JUSTICE:
REFORMING THE LEGAL PROFESSION

德博拉·L·罗德 著

Deborah L. Rhode

张 群 温珍奎 丁见民 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

为了司法/正义: 法律职业改革/(美)罗德著; 张群等译 —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 3

(美国法律文库)

ISBN 978-7-5620-3349-3

I. 为... II. ①罗... ②张... III. 律师制度-体制改革-研究-美国 IV. D971.265
中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第027435号

书 名	为了司法/正义: 法律职业改革
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32 开本 12.25 印张 270 千字
版 本	2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3349-3/D·3309
定 价	30.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一个大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

译者序

改革开放 30 年来，国人对于什么是包括市场经济、股票、基金、高速公路、网络等在内的一切新生事物，可以说已经有了切身体会，甚至都有明日黄花之感。但何谓法治社会，则似并无深刻认识，从早期的立法主义到近十来年的司法独立和法律职业化改革，每一次仿佛都是一旦实现，中国就可跑步迈入法治社会，但每一次总是不遂人愿。以法律职业化改革为例，又出现了脱离国情和群众的批评声调，仿佛又回到 1950 年代初期发动的针对旧法的司法改革运动中。历史真会如此简单循环吗？还是国人的认知真的出现功能障碍？他山之石，可以攻玉。当此之际，阅读这本美国学者撰写的法律职业伦理著作或可谓正当其时。

黛博拉·L·罗德 (Deborah L. Rhode)* 女士现为美国斯坦福大学法学院教授、斯坦福法律职业研究所主任。1970 年代罗德教授毕业于耶鲁大学，长期致力于法律道德、性别、法律和公共政策方面的研究，在这些问题上被公认为最权威的美国学者之一，迄今已出版过 20 本著作，其中关于法律伦理方面的著作的引用率居于首位。

* <http://www.law.stanford.edu/directory/profile/51/>.

II 译者序

2001年初版的本书是罗德教授关于法律职业伦理方面的一部重要专著，在美国学界有着重要影响。2002年，《斯坦福法学评论》（*Stanford Law Review*）、《佛德汉姆法律评论》（*Fordham Law Review*）先后为该书开辟书评专栏和研讨会专栏。甚至在美国图书馆学界，也有人撰写相关书评，讨论书中提到的法律职业改革方案可能给图书馆工作带来的挑战和机遇。

这首先可能是因为该书讨论的问题恰好迎合了当时美国社会的“法律职业危机论”。克林顿总统弹劾案等事件的发生，特别是律师、法官和检察官在司法中的角色和表现，使许多学者认为，美国法律界正在丧失其传统的职业灵魂和精神，鼓励社会公德的法律奉献和在奖励技术竞争基础上的公正审判的价值体系或许已经开始崩溃。但这场危机的罪魁祸首，人们将其简单地归于“法律商业主义”（*legal commercialism*）。本书则通过大量的实证资料，深入论证了当代美国法律职业危机的根源之一（*partial*），即这种“以财产的多寡论英雄”的职业文化。在这种职业文化的引导下，带有博弈（*sporting*）性质的对抗制、排除公众监管的自我规制（*self-regulation*）体制等使得律师只为富人或者大公司服务，从而最终损害了大多数人的利益（公共利益）。换言之，美国法律职业在规制和法律服务方面所面临的诸多问题，并非是简单的“某些律师个人的不道德行为”，它们是制度性（*systemic*）、结构性（*structural*）的。因此，这些问题并非如人们所想像的那样不可避免，而是可以通过制度改革获得解决的。

和许多道德论者不同的是，尽管罗德教授也非常强调法律职业道德的建设，比如她认为需要通过种种办法，使律师对其

行为的个人道德责任心内置化、社会化；通过提高律师的伦理标准和道德义务，改变视金钱为唯一评价标准的职业文化，尽可能地降低对抗制等现有制度对公众的危害，但制度建构本身还是最基本和最关键的。

首先，罗德教授认为，需要利用市场竞争去实现法律服务的多元化，限制目前的律师自我管制体系，尽可能地发挥市场竞争机制的作用，从质量和数量上双重满足公众对法律服务的需要。尽可能方便顾客获取法律服务方面的信息。比如，通过制度上的设计使得老百姓可以通过热线电话、法庭的咨询员和简易（walk-in）中心等途径，方便、免费或者低费用地获取法律信息。简单的离婚、遗嘱检验和房产租赁等方面的争议，也可以通过提供信息、形式的简化和程序的流水式作业等途径，促进当事人的自我“代理”。同时，还应该对法律服务进行分类标价，从而使那些无法享用传统的法律服务的潜在顾客获得应有的帮助。律师应该提供一些不用全权代理的“低收费”的服务项目，如对供选择的纠纷解决方案的评估、磋商和谈判技巧的教授，以及其他专家（如会计等）的推荐等。她还主张通过国家立法，打破律师界在法律服务和信息方面的垄断，允许非律师人员（non-lawyer）从事一定的法律服务，包括解决离婚、破产、移民和福利等方面的争议，促进法律服务市场的良性竞争，降低法律服务的价格。

其次，需要更多地关注市场失灵，加强法院对律师渎职行为的审理，引入公众对法律职业的监控，如律师惩戒程序应更多地允许公众参与。也可以借鉴医疗界的做法，顾客可以从“国家信息银行”获得有关律师受惩戒的记录。在制度设计上应

IV 译者序

更加方便对违纪行为的调查和执行程序的启动。建立一个完全独立于律师协会、由来自各界的成员组成的独立委员会行使律师惩戒权，而不是像以前一样，纪律委员会的成员都来自律师界，在人员和财政方面都受其制约。或者借鉴企业界通行的“质量标准”体系（如 ISO 质量认证体系），制定一个由律师事务所自愿加入、并可依此对事务所作出评价的“最佳执业标准”等。

对于当前中国的司法改革来说，上述观点自不乏借鉴意义。但这只能说明该书在专业层次上的价值，即对有关具体问题的意义。这本书所展示出来的重视例证的研究方法和风格，对于当前中国的法学研究特别是伦理色彩浓烈的法律职业研究，也许更有价值。书中每一个重要问题和观点，几乎都有足够的统计数据佐证。如关于美国法律服务的不足问题，她引用的有关实证资料表明，80%的低收入者和60%的中等收入家庭的民事法律争议都没有通过合理的法律手段得到解决。更有讽刺意味的是，美国拥有世界上最多的律师，却根本无法满足普通民众对法律服务的需要。根据调查，在美国，9000个低收入家庭才拥有一个公共利益律师，但在中等收入或者高收入的家庭中，每240个家庭就拥有一个律师。又如，在讨论律师不满的根源时，作者选择私人律师事务所作为考察对象，因为在美国900万的律师中，大约有3/4的人工作于私人机构，其中绝大部分律师就职于律师事务所；将近一半的私人律师，大约占整个业界人员的1/3，独立执业。其余大部分律师工作于私人企业，其大约占10%，还有大约10%的律师供职于政府部门。

更值得注意的是，作者对统计数据的使用并非照单全收，

而是经过一个类似于中国传统学术上的所谓的考据过程。因为调查并非都是可信和科学的，有些调查方法本身就有问题。比如，在律师工作满意度的调查中，当被直接问及对工作的满意度时，大部分律师和大部分美国人一样，普遍持一种积极的态度。美国律师协会组织的对年轻律师的大规模的调查显示，大约3/4的人都对他们目前的社会地位比较满意或者非常满意。美国律师基金会的一项研究也有类似的发现，芝加哥85%的从业律师都对工作很满意，这和全美工人对工作的总体满意度比例相当。但是，这和其他证据显示的相去甚远。所有的研究都发现，绝大部分律师，大约占3/4，都不希望他们的子女长大之后成为律师。基于以上难以分辨的调查结论，研究者指出，直接提问工作满意度易于导致比较正面的回答，如对芝加哥律师的调查主要依靠口头访问完成，而绝大多数人都不愿意对陌生人甚至对自己承认，他们对当前的环境不满意。要他们承认自己做了错误的选择或者没有采取行动去改善自己的状况是很困难的事情。能够更真实地探究律师满意度的举措主要来自于间接提问。例如，他们是否或何时准备更换工作；如果他们面临一个更好的选择，他们是否愿意更换工作；如果允许他们再次做出选择，他们是否会为自己或者自己的孩子选择同样的职业。用这些尺度来衡量，律师显得有很大的不满。在对女性律师的职业和家庭两难状态的研究上也充分体现了上述特色。作者在书中提出法律服务应多元化的观点，在研究方法上作者可谓已亲身实践了这一点。

有论者认为本书作者对美国法律职业现状的批判是“辛辣之旅”。笔者更倾向于认为这是正义感使然。当然，这不是简单

VI 译者序

的感情用事，而是如上文指出的，有着充分的理性思考和调查论证。如在分析对抗制的传统观点时，作者指出，很多纠纷都没有达到诉讼这一阶段，即使是那些真正的诉讼，90%以上都在审前得到和解；即使是那些经过庭审的案件，也很少符合那种被律师们理想化了的对抗制程序（adversarial processes）模式。因为对抗制有一个基本前提，即对抗的双方具有大体相当的动机、资源、能力以及获得相关信息的机会。但是，在一个贫富差距悬殊、诉讼成本高昂以及人们不能获得均等法律援助的社会，上述条件与其说是一种原则，不如说是一种例外。律师经验和辩护技巧的差异会扭曲审判结果，委托人之间的资源差异则使这一问题更为复杂。法律如生活，富裕的人总能拔得头筹。因此，对抗制的缺陷是不容讳言的。针对一些律师精英的回答“解决这一问题的办法，不是要求律师代表除委托人利益之外的其他利益，而是采取恰当的措施确保所有利益都得到有效的代表”，作者明确指出，在现实生活中，这种代理如何才能实现并获得经济保障，往往被巧妙地忽略了。又如援助律师未能有效履行职责又缺乏有力约束的问题，作者例举了律师打瞌睡的案件。在德克萨斯州的一次死刑审判中，被告律师竟认为证人的证言“乏味”而多次睡着，而且他仅仅花了5个小时来为审判作准备。德克萨斯州上诉法院对此的推论是，睡觉这一决定很可能是该律师博取陪审员同情的一种“策略性”技巧。一位对该判决进行复审的联邦法院法官则认为，宪法规定人人有权自主选择律师，但宪法并没有规定律师不得睡觉。其他法官则对此持相同看法。在法庭上打盹的例子已经非常普遍，以至于法理学已经发展到去判定何种程度的打盹是宪法所允许的。

一些法庭甚至采用了三段论的分析方法：律师是在反复和长时间地睡觉吗？律师实际上是无意识的吗？律师睡觉使关键的辩护利益受到损害了吗？至于辩护中的偷工减料更是公开的秘密。

作为一本专门讨论美国法律职业伦理的著作，本书考察的范围是全方位的，其向我们展示了美国法律职业中律师、法官、委托人等各个方面的问题及其根源，在某种程度上也展示了一个法治社会的真实面目。其中有些问题已经在我国的司法实践中出现，有一些似乎还离我们很远，有一些则是在我国体制下可能根本不会发生的。但本书的意义也恰在此处。它证明，即使在法治最为完备的国家，对权利的侵害永远都不会绝迹，即使是一些用来维护权利的制度也可能变质甚至发生反作用，因此，需要不断地为权利而斗争。每一代人所能做的都只是历史赋予其的时代使命而已。法治社会既不可能一蹴而就，更不可能一劳永逸。

最后，衷心感谢中国政法大学出版社的信任，让我们有机会向中国法学界介绍这本美国一流的法律职业伦理著作，更要感谢责任编辑的耐心，让我们有比较宽裕的时间修改译稿，虽然直到现在这一刻也未臻满意。

特别感谢我的同门师兄、现任江西省高级人民法院研究室副主任的温珍奎博士（第一、二章的译者）和现任南开大学美国历史与文化研究中心副教授的丁见民博士（第七、八章的译者）慨允参与合作。

此外，李冰芬学友不辞辛劳提供了部分章节的译稿，我的博士同学苏苗罕、陈亮、袁翔珠、李辉、杨柳等在修改过程中给予了慷慨而睿智的帮助，香港黄海如律师（现为北京大学法

VIII 译者序

学院博士生)利用她丰富的英美法知识为定稿作出了贡献。上海交通大学法学院李学尧副教授是国内最早评价本书的学者,他的有关论著对译者教益甚多。可以说,没有上述朋友的支持和帮助,我是无力完成这一任务的,谨在此致以衷心的感谢!由于笔者学养有限,译稿中一定还存在许多错误,敬请广大读者不吝指正。

张 群

2008年11月15日

作者致谢

在一本有关司法/正义的专著中，要公平对待帮助或促成这个项目开展的所有人是一项巨大的挑战。多年以来我所积累的亏欠是我现在的致谢所不能弥补的。但是，这本书的最终出版得到了一些人的直接和难以衡量的帮助，值得专门在此指出。牛津大学出版社的编辑汤姆斯·勒·比安（Thomas Le Bien）和德迪·费尔曼（Dedi Felman）以其深刻的洞见和良好的判断从始至终引导着项目的开展。我的许多同事——理查·亚伯（Richard Abel）、芭芭拉·巴布科克（Barbara Babcock）、保罗·布勒斯特（Paul Brest）、帕梅拉·卡兰（Pamela Karlan）、安东尼·克龙曼（Anthony Kronman）、罗勃特·法兰克（Robert Frank）、大卫·卢班（David Luban）、茱迪思·雷斯尼克（Judith Resnik）和保罗·特朗布莱（Paul Tremblay）也给予了精当的评论。斯坦福大学的图书馆馆员，尤其是保罗·洛米奥（Paul Lomio）和埃里卡·韦恩（Erika Wayne），以及学生研究助理，尤其是赖安·福特森（Ryan Fortson）、约书亚·克莱因（Joshua Klein）和肖恩·菲托尔（Shawn Vietor），不辞辛劳地贡献出了他们的时间和才智。我的助手玛丽·泰伊（Mary Tye），始终抱着无比的耐心、高度的幽默感和强大的判断力忍受着似

X 作者致谢

乎无穷无尽的手稿。本书还要献给评审全部书稿的三位同行：劳伦斯·弗里德曼（Lawrence Friedman）、罗勃特·戈登（Robert Gordon）和威廉·西蒙（William Simon），他们的工作为本书添色不少。当然，本书，与我的所有其他作品一样，要献给拉尔夫·卡瓦纳（Ralph Cavanagh），如果他愿意的话。他的支持和洞见简直无所不能。

／ 目录 ／

I	译者序
IX	作者致谢
1	第一章 律师业和公共利益
4	公众眼中的问题
12	律师眼中的问题
26	问题和对策
35	第二章 律师及其不满
37	抱怨的动因
43	律师执业部门的结构
48	利益优先
61	精英的神话
73	替代性机制
80	第三章 律师在抗辩制度中的角色
83	律师角色的演进

2 目 录

86	派别的前提
95	职业利益与忠于当事人原则的实践
106	忠于当事人原则的代价
109	律师角色的重新定位
115	疑难案件
131	第四章 美国司法公正的“竞技理论”
133	司法程序的“病理”及“处方”
154	与证人的关系
167	秘密
182	第五章 太多法律，太少公正：太多修辞，太少改革
183	律师超员
187	讼案如山
195	太多法律
196	吓人的费用
204	太滥修辞
207	太少的选择：替代性纠纷解决程序
214	律师之外别无他途
225	第六章 对律师业的监管
226	监管的理论基础
230	广告和推销
234	律师资格

243	法律继续教育
247	执业能力和执业纪律
258	专业失职行为
264	收费
289	第七章 法学教育
292	法学教育体制
299	多样性
307	教育方法和重点
312	职业责任
318	职业价值与义务机会
324	第八章 职业改革
333	索 引