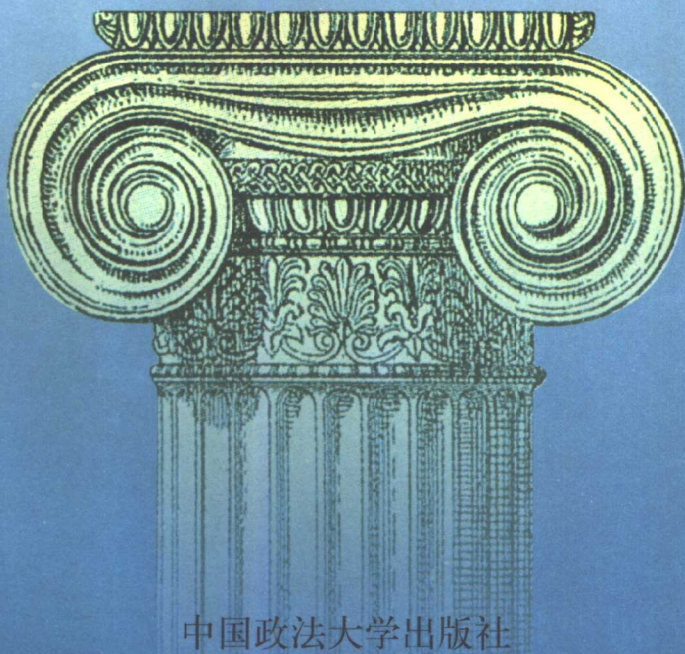


外国律师丛书

律师独立论

——律师独立于当事人

[美] 罗伯特·戈登 著



中国政法大学出版社

律 师 独 立 论

——律师独立于当事人

[美] 罗伯特·戈登 著

周潞嘉 李卫北 周小明 译

鲁 佳 校

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师独立论：律师独立于当事人/（美）戈登著；周潞嘉等译．
北京：中国政法大学出版社，1997.5 重印

（外国律师丛书/鲁坚主编）

ISBN 7-5620-0412-9

I. 律… II. ①戈… ②周… III. ①律师制度-研究- ②律师-职业道德-研究 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 03954 号

责任编辑 宗汴彬

装帧设计 崔玉豹

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京一二〇一工厂

开本 850×1168 1/32 印张 4.25 字数 85 千字

1992 年 8 月第 1 版 1997 年 5 月第 2 次印刷

印数：2001-7000 册 定价：7.00 元

社址：北京市海淀区西土城路 25 号 邮编：100088

电话：(010) 62229803 或 62010851

法律顾问：北京地平线律师事务所律师 徐孔涛

中华人民共和国司法部组织翻译

《外国律师丛书》编辑委员会

主 编	鲁 坚	总 编 审	夏卫民
副 主 编	张意修	副总编审	杨金国
编 委	夏卫民		池源淳
	姜付丛		姜付丛
	尤韶华		
	吴 允		
	陈庚生		
	周 强		
	韩 冀		
	贺 坚		

目 录

导 论	(1)
第一篇 律师独立的类型	(8)
一、社团自我管理	(8)
二、控制工作条件	(9)
三、政治独立：律师作为一个独立的阶层或自治的社会力量	(11)
1. 自由辩护观念：独立于国家	(13)
2. 律师作为一种公职的观念，或者律师作为一个阶层的观念：独立于当事人	(14)
(甲) 共和党的传统	(18)
(乙) 传统的现代化	(20)
(丙) 关于这种观念的最新见解	(21)
(丁) 观念对实践的影响	(24)
第二篇 政治独立的条件	(44)
一、影响独立的一些社会因素	(45)
1. 动机与态度	(45)
2. 独立的制度化条件	(49)
(甲) 代理过程中独立的条件	(49)
(乙) 代理之外独立的条件	(57)
二、衰微论	(72)

1. 代理过程中的独立条件	(77)
(甲) 自主的权威性知识与规范	(77)
(乙) 与顾客的相互了解和信任关系	(79)
(丙) 在专业知识和社会关系方面的 比较优势	(80)
(丁) 市场地位	(81)
(戊) 有别于顾客的职业身份	(82)
(己) 来自顾客的自治愿望	(84)
(庚) 作为律师行为准则自主来源的公司 法律师自我管理	(88)
2. 代理之外的独立条件	(89)
(甲) 时间、工作条件和职业文化	(89)
(乙) 有助于自治的规范	(96)
3. 换一种解释: 不是衰微, 而是变位	(98)
第三篇 结论: 对律师独立性的批评与捍卫	(104)
一、服务质量论的批评	(104)
二、非法论的批评	(109)
三、权力论的批评	(114)
四、结果论的批评	(116)
1. 右派的批评	(116)
2. 左派的批评	(119)
3. 自由派的批评	(121)
4. 对法定主义的批评	(122)
5. 对结果论批评的反驳	(123)
五、虚无论的批评	(124)

导 论

请允许我摘引若干著名律师就律师职业独立所作的评论作为本书的导论。关于这一命题的经典论述见诸于路易斯·布兰代斯在 1914 年就律师的机会所作的著名讲演。

一个毋庸置疑的事实是，现今的律师在人们心目中的地位不如七十五年前或者也确实不如五十年前那么显赫了；但是，其原因并非是缺乏机会。而是：律师没有在富人和大众之间恪守独立，抑制两者中任何一方的放任行为。他们最大限度地放纵自己成为大公司的附庸，而忽略了利用自己的权力保护大众的义务……。

……美国的一流律师主要从事支持公司的诉讼；他们常常尽力规避那些立法者用以控制公司权力或者约束公司放任行为的极为严厉的法律。

……几乎毫无例外，大约整整一代的律师协会的领导人不仅不参与那些解决社会公益、经济和工业问题的建设性的立法，而且他们同样不去反对那些由于私利而提出的立法案……作为律师，

他们常常拥护那些作为公民不赞成的立法措施，并竭力用虚假的类推方法为自己开脱。他们错误地认为，适用于律师辩护的道德规范与他们为私人辩护、对抗公共利益的行为可以同日而语。好像这是私人之间的诉讼。^{〔1〕}

几年以后，伍德罗·威尔逊写信给美国律师协会（The ABA），他详细阐述了布兰代斯的论点；但是，他不象布兰代斯那么愿意指责律师在重大社会公共事务中的作用有所减小。

你必定已注意到在律师和国家事务关系方面的一些新变化；如果你和我一样对我们自己从事的职业持相同的态度，你一定会由于这种变化而深感不安。律师创立了州政府和联邦政府的结构。建国初期，律师主宰了所有较大的政治进程。我们全国人民的政治信念，被铭刻在联邦的成文法律中。每一个公共政策问题似乎或早或晚都将演化为法律问题，对此，必须有训练有素的律师提供法律咨询……公共生活是律师的舞台……。

……一类新型的律师已诞生，并且已相当普遍。律师已卷入国家新的商业体制的大漩涡之中。

〔1〕 路易斯·布兰代斯：《律师的机会》，载《商业——一种职业》第 329 卷，第 337—339 页，（1933 年）。

这种新的商业体制已经技术化和专门化了……（律师）并不涉及一般的、琐碎的社会利益。新商业体制中的律师并非享有权利和承担义务的一般律师。他们不代理其邻居的商业事务。而家庭医生却担负着他所居住的地区内全体居民的医疗保健工作。对于广泛的社会领域，律师漠不关心……。

……当获得新的职能之际，当被纳入现代商业而不游离于外之际，当与特殊的利益建立了明确的关系而非敬而远之以及非一视同仁地对所有利益提供咨询之际；律师已丧失了其往日的职能，他们不屑一顾地看待政治。如果律师要使自己在公众共同关心的问题上的意见受人重视，那么就必须否认特殊利益。^{〔1〕}

1932年，首席法官斯通就威尔逊已注意到的关于法律专业化之后果，评论说：

垄断企业的发展，导致了律师协会的必然专业化。当今成功的律师多半是新型工厂的财产所有人和总经理，其法律产品是大生产方式的结果。越来越多的收入是职业成功的尺度。他们越发迫

〔1〕 伍德罗·威尔逊：《律师与社会》，载《伍德罗·威尔逊文集》第21卷，第66—77页，第69—70页（1976年）。

求物质享受，这种物质享受来源于成功的商业活动。他们放弃了对抽象的和较长远的享受的追求，这种享受产生于更直接地与公共利益发展有关的职业服务。的确，最好的职业技巧和能力已被引入高难的和高度专业化的商业和金融服务。就其有利的一方面而言，新商业体制给商业界带来了诚实信用和高效率、高技术水平；就其不利的一面而论，它使昔日有学问的职业演化成了商业的附庸；并且受到了市场道德和习惯中反社会因素的不良影响。无论如何，我们必须承认：这一事实告诉我们，律师协会的首席律师们和普通的律师一样，在整体上与他们的先辈相比，不可能是一个多用的专门人才，他们为公共服务和实事求是地运用法律的能力和才干已最大限度地被当事人的利益所吸引。^{〔1〕}

近年来，证券和交易委员会前任主席哈罗德·威廉斯曾指责证券律师事务所忽视其工作的社会意义：

依我之见，公司法律师必须调整其职业责任

〔1〕 斯通：《律师协会的公共影响》，《哈佛法学评论》，第48卷，第1页，第6—7页（1932年）。一年以后，斯通的哥伦比亚同僚阿道夫·伯利重申了斯通的观点。见伯利：《现代法律的改革》，载《社会科学百科全书》第9卷，第340、344页（1933年）。

的观念，从而与公司法律师所服务之公司的，正在发展的责任观念相适应，与受这些公司影响的权利和社会需要相适应。

然而，在一些公司法律师中，有一种令人不安的倾向正朝着相反的方向发展——他们把自己视为具有中立价值观的专业人员。的确，如果一个人的工作视为最大限度地增加或不加鉴别地代表——不是质疑或影响——公司当事人的利益，只要不违法，那么就不会受到伦理的谴责。在许多方面，消除这些紧张状态和职业责任会使人感到解脱和省事。然而，关心需要考虑的更广泛的事情则是律师职业份内的工作。同样，对于需要考虑的事情漠不关心，也就不可能很好地为当事人服务。实际上，当律师的咨询仅限于告诉当事人法律禁止做某种事情或者仅限于估计法律后果，而不把自己对公司和私营企业的短期和长期利益的多种选择的可能后果的看法告诉当事人时，那么他就是做了有损于当事人的事。因为，他通过不向当事人提供充分的信息和他有能力提的、当事人据此能做出最佳选择的建议，就等于剥夺了当事人做出最充分的判断的机会。为了纠正这种倾向，律师协会必须更加强调作为独立职业的律师的作用——尤其是要强调律师对把握其职业的

整体性功能的责任。^{〔1〕}

1984年，美国律师协会的侵权与保险事务部发表了一篇名为《律师的职业独立：目前的威胁和未来的挑战》的文章。其中的部分内容试图探讨律师协会职能萎缩的原因：

律师独立衰落的原因是多种多样的、复杂的。但是主要表现在主观上和缺乏一种那些把法律实施视为国家税收来源的美国律师所具有的理想。其它重要的原因可以概括为：那些投身于“商业”的律师和律师事务所承受着经济压力，律师队伍急剧壮大；对“商业”的竞争，产生了过分的和越轨的行为；各式各样的律师广告增多；金字塔倾向朝着跨州和跨国的法律事务所发展；当事人憎恨过高的收费；狭窄的律师教育和专业；限制律师互相滥用权力和律师对法院、当事人以及公共利益滥用权力的失败；美国社会信任和自信心的普遍衰退也冲击着从事法律职业的人员；行政管理中的官僚主义对在政府机关中工作、在公司里工作、更多的是律师事务所工作的律师的影响。这些因素综合起来，导致了美国法律职业对商业

〔1〕 哈罗德·威廉斯：《职业化和公司律师》，《商业与法律》第36卷，第165—166页（1980年）。

的依附地位。^{〔1〕}

在这些评论——以及数以百计诸如此类的评论——中间，我们所听到的一个共同的声音是：赞成律师独立，唯恐律师独立的衰落。尽管作者对于律师独立的涵义和妨碍律师独立的原因认识不同，但在这个问题上具有本质的一致性。本书中我将尝试性地进行分类研究，即律师独立的历史内涵是什么？律师在实践中是如何寻求其独立理想的？我将指出，我们应当怎样评价人们日常所抱怨的律师独立的衰落。如果律师独立是有希望的——尽管事实上它不总是和并非在任何地方均如此——我们需要找到其健康发展的条件，并且要求我们如何创造和再创造这些条件。这是一个非常宏大的命题，但本书所阐述的仅是一些主要问题和对这些问题的初步想法的概览。

〔1〕 布朗：《律师职业独立的衰落》，载《律师的职业独立：目前的威胁与未来的挑战》第23页、第25—26页（1984年）。

第一篇 律师独立的类型

一、社团自我管理

律师独立可以简单地理解为具有社团组织属性的法律职业。在本书中，这种律师独立并不是我主要关心的话题。这种律师职业独立意指律师协会可以自由地管理其自身的事务，而不受外来干预。^{〔1〕} 这些自由通常被视为社会交易的一部分：律师被赋予公共特权，以换取公共利益。^{〔2〕} 律师被赋予了对某种工作的垄断权。他们获益于受

〔1〕 见科克斯：《律师职业独立的条件》，载《律师职业独立：目前的威胁和未来的挑战》第53页，第53—55页（1984年）。

〔2〕 见麦肯：《律师职业独立的前景》，载《律师职业独立：目前的威胁和未来的挑战》第42页（1984年）。约翰·拉伯斯朵夫对这种社会交易的实质曾有如下论述：当事人将他们的事务委托给全心全意为当事人服务的律师，由律师对受委托的事务作出职业判断。反之，通过阻止当事人雇佣那些没有受过法律教育和律师事务所未发给执照的人，律师又使当事人免受对法律一无所知之苦和使当事人有所依靠。再者，通过确立和实施那些诸如使当事人免受广告律师诡计的危害的规则，律师协会又可防止其成员滥用权力。见拉伯斯朵夫：《职业改革的三种模式》，载《科内尔法学评论》第67卷，第1021页、第1023页（1982年）。

法律保护的与当事人之间的任何关系；获益于规定加入律师协会的资格；制定业务标准（不仅是收费标准）和约束违反者的权力。他们享有“专业”地位的社会声誉。可以推测，反之，律师协会则要求其成员保证不仅要胜任和诚实地代理当事人诉讼，而且也要维护法律。^{〔1〕}

有两类相互对立的律师最可能要求律师独立。一类是那些反对政府机构或社团雇主企图控制律师事务的律师；另一类是那些呼吁律师职业改革的律师，他们认为除非进行内部改革，否则改革将限于外部，律师自我管理的权利也将丧失。

二、控制工作条件

律师独立的第二层涵义——对于这层律师独立的涵义，在本书中我也只是偶然提及——正是许多社会学家论述的这个特殊“专业”的核心，即律师独立地决定工作条

〔1〕 关于职业与社会之间交易的概述，见罗斯去门耶尔：《职业自由与专长的社会管理》，载《职业社会学：律师、医生和其他》第38、41页。关于“维护法律”的涵义既是很模糊又是有争议的。

件的权限。^{〔1〕}理想的律师独立^{〔2〕}在于他们能自由地决定代理哪个当事人和何种案件,^{〔3〕}怎样在当事人和其它活动之间分配时间,为了胜诉而采取的战略战术等等。依此观点,律师的特点不仅在于他们尊重其职业的自我管理规则和当事人的需要,而且也在于他们的工作中有一个不受外来干预的自决领域。尽管当事人有权决定案件的命运和对案件的主要决定有定夺权;但对于一些主要的选择,律师仍保留了很大的余地。

律师要求对他们自己的工作实行独立控制,体现于他们对由政府机构、律师协会、乃至州或私人社团的雇主所制定的对律师事务横加干预的规则的不满。例如,上文所引用的那些从事律师独立研究的美国律师协会侵权与保险

〔1〕 关于对“自治”是职业化特征的阐述和评论,见E·弗里德逊:《职业权力》第110—230页(1986年)。

〔2〕 但是,请注意,对于律师事务所而言,这不一定非是真实的不可——从个人到集体之间有一个很长和很危险的跳跃。

〔3〕 很显然,需要对此加以限制。通常情况下,律师自由地安排其工作与雇员或者官僚对其上级指示的服从是相对的。但是律师不可能象其他市场角色那样自由地决定出卖自己的服务,因为他们是在社团职业规则的有限范围内进行工作的。英国律师的“受人雇佣”的规则要求律师接受最先委托的当事人,而无需考虑该当事人是谁或诉由是什么。虽然美国律师正享有了一种地位,即他们完全有自由因财政原因而拒绝当事人的委托,但是,他们有时仍然怀疑因不喜欢当事人追求的实质性目的而拒绝当事人的这一做法是否合适。即使是该当事人能极容易地找到有效地代表其利益的其他律师时,情况仍然如此。见摩根:《律师的可悲之处,律师行业的可悲之处》,《纽约时报》1985年10月1日第35页,又见J·奥尔巴科:《不公平的审判》第231—262页(1976年)。又见丁·巴斯:《不可能的英雄》第286—296页(1981年)。

事务部的成员，^{〔1〕}他们主要是保险事务的辩护律师，他们所服务的保险公司正打算制定管理有关律师事务的严厉的规则。许多社会学家指出，美国律师协会侵权与保险事务部律师的实例，即由雇主制定的“非自治”规则取代律师对其业务内容和工作条件的“自治”管理，在现代社会中已司空见惯。正如其它的专门职业一样，美国律师协会侵权与保险事务部的律师深感他们的工作越发“惯例化”和“单调化”了，而属于律师自己判断和处理的事务则越来越少。^{〔2〕}

三、政治独立：律师作为一个独立的阶层或自治的社会力量

理解为什么律师要寻求社团自我管理和个人对工作的控制这两种形式的律师职业独立是极为容易的。至少在理论上，社团自我管理使律师能够通过行使培训、颁发执照、制定规章和划定避免与非律师竞争的范围的权力，实现以提供服务为目的的控制市场。^{〔3〕}同样，任何人都乐于

〔1〕 见布朗7页注和相应的引文。

〔2〕 见E·弗里德逊10页注1第119页。（“专业人员成了雇工，他们失去了独立，变成了无产者……受雇于官僚机构，他们的自由权受到限制，以致于使他们变成了机器上的齿轮。”）又见艾贝尔：《职业化衰落了么？》，《现代法学评论》第49卷，第1页、第41页。再见M·拉里逊：《职业化的产生》，第197—198页（1956年）[引自R·本迪克斯《工业中的工作和权威》，第336页（1956年）]。

〔3〕 然而，社团自我管理在实践中并不十分成功。