



国际法律伦理问题

Global Issues in Legal Ethics

〔美〕詹姆士·W·莫里特诺 乔治·C·哈瑞斯 / 著
刘晓兵 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际法律伦理问题

Global Issues in Legal Ethics

〔美〕詹姆士·E·莫里特诺 乔治·C·哈瑞斯 / 著

刘晓兵 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2013-7046

图书在版编目(CIP)数据

国际法律伦理问题/(美)莫里特诺(Moliterno, J. E.), (美)哈里斯(Harris, G. C.)著;刘晓兵译. —北京:北京大学出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-301-23607-9

I. ①国… II. ①莫… ②哈… ③刘… III. ①国际法-法伦理学-研究 IV. ①D99-05

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第306010号

Global Issues of Legal Ethics/James Moliterno and George Harris

© LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing

All rights reserved.

This translation of *Global Issues of Legal Ethics* by James Moliterno and George Harris is published and by arrangement with LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing.

Simplified Chinese translation copyright © 2013 by Peking University Press

This edition is for sale in the People's Republic of China (excluding Hong Kong SAR, Macau SAR and Taiwan Province) only. 此版本仅限在中华人民共和国(不包括香港、澳门特别行政区及台湾地区)销售。

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 国际法律伦理问题

著作责任者: [美]詹姆士·E. 莫里特诺 [美]乔治·C. 哈里斯 著
刘晓兵 译

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978-7-301-23607-9/D·3480

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 17印张 194千字

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

定 价: 35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

法律职业伦理是法律制度的重要组成部分,也是法律职业发展的重要保障。法律职业伦理是法律职业活动中应当遵循的伦理道德规范,具体来说,法律职业伦理是指法律职业人员在其职务活动中所应遵循的行为规范的总和。职业伦理的产生与职业所承担的社会责任和公益性有很大的关系。一般认为,职业人员的职务本身带有公益性质,为了保证其公共功能的发挥,防止他们为了一己私利损害社会利益,需要对其职业活动加以职业伦理的规制,以对其职业行为进行规范。具体到法律职业。首先,基于律师等法律职业者的工作具有私密性,他们在从事职业活动中会接触到其他人所接触不到的秘密,如委托人会对律师说不想向其他人披露的事实。其次,基于法律职业的自我要求。就如法国著名伦理学家爱弥尔·迪尔凯姆所言:“职业伦理越发达,它们的作用越先进,职业群体自身的组织就越稳定、越合理”,法律职业伦理越严格,遵守程度越高,越有益于公众对该职业的信任,越有益于职业群体的发展。最后,基于法律和社会秩序的要求。法律人掌握法律知识,执行法律,守护法律的运行。倘若法律人不能进行自我约束,反而玩弄法律,其不仅不能履行自己的社会责任,还会严重破坏法律维持社会秩序的功能。

法律职业伦理有许多名称,如职业责任(Professional Responsibility)、法律伦理(Legal Ethics)、专业伦理(Professional Ethics)及专业伦理准则(Canons of Professional Ethics)等,上述名称通常在国

外法律职业研究文献中混用,然而也有微小区别。一般而言,职业伦理具有些哲学意味,而职业责任则具有规则的含义。尽管法律职业行为规则是法律职业伦理的载体,但将职业伦理与职业行为规则加以区分的意义在于:职业伦理要行之有效,那么,法律职业群体不能仅仅将其视为一套法律条文,而同时要将其视为尊重并切实履行的职业理想与追求。例如,美国法律职业伦理发展历程就走过了从早期职业伦理戒律到条文式职业行为规则直到 20 世纪 80 年代之后向“哲学与道德”回调的趋向。因此,将规制法律职业行为的相关法律、法规以及行为准则称为法律职业伦理是完全适当的。

应当强调指出,长期以来,国内法学教育以及律师界对法律职业伦理有所忽视。近年来,上述情况有所改变,如司法部、中华全国律师协会先后发布了《律师执业行为规范(试行)》《合伙律师事务所管理办法》等规范性文件,各地司法行政机关及律师协会也制定了相关规定,相关机关也制定了涉及法官伦理及检察官伦理的相关规定。尽管法律职业伦理体系已经基本成型,我国法律职业有了长足发展,但是,作为法律职业相关职业活动指南的法律职业伦理体系尚未健全,毋庸讳言,上述规范性文件也存在一些问题,同法律职业的实践要求还有相当差距。因此,应当进一步推动法律职业伦理体系的完善。毫无疑问,健全我国法律职业伦理体系,将大大促进我国法律职业发展以及司法制度的有效运作。

在法律职业人数最多的美国,法律职业群体极为强调法律职业伦理对法律职业活动的规制,美国学者认为法律职业伦理背后蕴藏的观点基本上是依循以下逻辑:美国实现民主要靠法治,法治的运作需要人民对之抱有信心,人民要对法治有信心,必须首先对法律人有信心,要让人民信赖法律人,法律人必须在实际上和表面上都没有违反伦理

之事。这就是法律职业伦理的重要性。如果逆推上述逻辑:假如法律人的行为导致人民对法律人丧失信心,则多米诺骨牌效应就会发生,民主也就成为水月镜花。其实,许多违反法律职业伦理的不当执业行为,法律人并非有意为之,而往往是出于无知。无知通常会导致违法。一个法律人可能因为无知而从事不当执业行为,当发现大错铸成时,只能以新的不当执业行为“掩耳盗铃”。国外法律职业伦理研究以及实践给我们的启示是应当借鉴、吸收世界其他国家的相关做法,在高起点上完善我国法律职业伦理。学者们普遍认为,“全世界的法律人为自己制定的法律伦理标准大体上是相同的”。尽管如此,大陆法系与英美法系还是有差异的。与普通法系不同,大陆法系更多地倚重成文法,而非判例法。“说大陆法系无视判例法及先例的作用是绝对不正确的,而无视大陆法系赋予判例法及先例极为有限的作用这一点也同样是不正确的。”由于下级法院作出判决时可能会不理会上级法院的裁决,因此,判例法对法官的判决是无足轻重的。此外,大陆法系国家的法律职业共同体在某些职业伦理规则的设计以及对职业伦理问题的处理方式上也有所不同。大陆法系的律师“在社会中所发挥的作用没有美国律师那样强势,似乎具有更少的行动自由”。在大陆法系,律师被视为整个制度的有机部分,而不是委托人的代表,这与美国的制度大相径庭。例如,在绝大多数欧洲法庭上律师身着与法袍相似的袍服,以示其为法律体系的组成部分。然而,在美国,律师与法官是很容易区分的,律师不必貌似法律体系的组成部分,他更多地被看做是委托人的代表。然而,在看到上述差异的同时更要意识到,各国法律职业虽然具有一些本土化的特点,但是也具有相当大的共性。这种共性,是各国法律职业伦理得以相互借鉴和吸收的基础。许多国家在法律职业伦理建设方面起步比较早,积累的经验教训是可以为我所用

的。因此,翻译借鉴国外法律职业伦理的相关著作具有很重要的意义。两年前我从美国律师协会申请了相关研究项目,项目内容之一就是翻译出版法律职业伦理英文学术书籍,最初选定要翻译的并不是这本书而是另一本书。当时,我组织中国政法大学法律职业伦理教研室以及实践教学教研室的同事们一起将这本名著很快翻译完成并校对完毕,但计划出版该译著的出版社在联系版权过程中发现该书版权已经被其他出版社购买,经过磋商转让未果,该书译本无法再出版了。这个结果既让我感到痛苦也让我至今仍对当时参与翻译的同事们感到内疚。之后,我选定了这本书纳入翻译计划,按照项目的要求,出版时间已经非常紧张,在北京大学出版社蒋浩先生的大力协助下,项目组迅速解决了版权等问题,使本书出版再无后顾之忧。与此同时,本书译者刘晓兵博士全力以赴,在较短的时间内拿出了质量上乘的译稿,相信本书的出版对于我国法律职业界参考借鉴外国同行的成功经验将有一定助益。

本书出版要感谢美国律师协会提供的出版资助,同时也对该协会北京办公室虞平主任以及项目官员谭琪所提供的大力帮助表示感谢。

许身健

2013年12月16日

于中国政法大学法学院

关于本书翻译的几点说明

本书的翻译是许身健教授主持的美国律师协会(ABA)资助课题的一部分,由译者在澳门大学法学院从事博士后研究工作期间完成。

本书的英文原名为“Global Issues in Legal Ethics”,其中“global”一词一般应译为“全球的”,但也可以译为“国际的”。从表面上看,本书似应译为“法律伦理的全球问题”,但从内容上看,译者认为译为“国际法律伦理问题”更为合适。这是因为,全球问题应当是在世界范围内具有一定普遍性的问题,国际问题则不一定具有普遍性,而本书探讨的法律伦理问题恰恰不具有普遍性,而旨在对几个比较典型的东西方国家进行比较研究,然后在此基础上对律师的跨国执业问题、在WTO框架之下的法律服务贸易问题、各国法律职业伦理规则的冲突问题以及对包括前南国际法庭以及卢旺达国际刑事法庭的有关法律伦理规则适用问题,进行深入探讨并得出一定的结论。

本书广泛涉及法律伦理各个方面的重要问题,这些问题包括:“律师的角色与作用”“各国对法律职业的规则”“律师与客户之间的关系”“律师的报酬与收费”“律师的保密规则”“律师的利益冲突规则”“律师的机构代理规则”“律师对法院和其他各方的义务”“律师的广告与揽业规则”,以及律师职业之外的其他“司法行为规则”。在阐述过程中,作者有意识地紧密结合世界各主要国家的现实和资料进行比较性阐述,在很大程度上实现了理论与实证的统一,对我国法律伦理研究者具有较强的参考和借鉴意义。

但是,同时需要指出的是,译者在翻译过程中发现本书存在不少技术性的错误或不足:其一,本书存在一些写作或排版上的错误。例如:在第二章A部分之(2)关于执业许可(加入律师协会)的内容中,作者先介绍了美国国内一些州对其他州律师的执业许可情况,后介绍了美国国内一些州对非美国律师的执业许可,其内容是:“在美国,大约25个州已制定了外国法律顾问规则,这些规则允许在美国境外注册的律师从事有限的法律事务。”但作者在标题中错误地将“Non-America lawyers(非美国律师)”表述为“Non-EU lawyers(非欧盟律师)”,译者对此作了标注和更正。再如,在第五章第95页第9行,“foreign attorneys”应为“American attorneys”;第七章脚注的顺序也存在问题,在第10个脚注之后就是第12个脚注,中间欠缺第11个脚注,译者均作了更正和调整。此外,文中还有其他一些诸如“a diversities”之类的文字或表述问题,译者也一一作了更正。其二,由于本书的写作时代所限,作者对有关中国法律伦理特别是律师职业伦理的讨论主要建立在1996年《中华人民共和国律师法》和当时中国的法治现实之上,有关资料的引用也仅限于华人学者虞平的《中国1996年刑事诉讼法修改后的刑事辩护律师之作用》(载《范德堡国际法杂志》2002年第35卷)和陈弘毅的《中华人民共和国法律职业概述》(2004年第3版,第188页。出版社不详)。尽管这种不足是不可避免的,在总体上并不影响对职业伦理问题的一般性讨论,但译者在此提醒读者,须对其中的法规和资料进行更新和对照。其三,本书作者对某些资料的引用存在表述上的不一致。例如,第二章注释①为:“James Moliterno, *Materials for a Course on Legal Ethics (Responsibilities of Lawyers) for Serbian Law Schools: Serbian Standards with A Comparative View* (USAID NSCS 2006).”第九章注释①为:“James E. Moliterno, *Materials for a*

Comparative Lawyer Ethics Course for Serbian Law Schools, (USAID, NSCS 2006) (Serbian Materials). ”第十章注释①为:“James E. Moliterno with U. S. Agency for Int’l Dev. & Nat’l Ctr. for State Courts, *Lawyer Ethics/Responsibility of Lawyers: Serbian Standards with a Comparative View* 1, 163 (June 2005) [Materials for a course on Legal Ethics (Responsibilities of Lawyers) for Serbian Law Schools] (on file with author). ”对于此类不一致的注释,译者出于尊重原文的原则,未予改动。其四,本书有不少内容涉及当代中国的法律伦理状况,对此作者引用了一些资料并发表了一些看法。译者对其中一些资料和看法表示赞同,对其他一些资料和看法并不赞同,相信读者也能在仔细思考的基础上得出自己的判断。

译者在翻译过程中尽量忠实于原文,包括本书的内容、结构和章节标题。对于其中的人名、地点、案例和法律文件,译者尽量在译成中文的同时在其后的括号中标上英文名称。对于其中不便、不宜或不必要翻译成中文的,作者则保留其英文表达。对于其中未能包含的、有助于读者理解其内容的相关背景知识,译者尽可能在正文中以“译者注”的形式加以说明。

由于主客观方面的原因,本书的翻译在时间上非常匆促,许多文字和表述未来得及仔细琢磨和推敲。最主要的是,由于译者的学识水平所限,许多地方可能存在不应有的错误。对于翻译过程中出现的不足和错误,译者在此恳请读者诸君不吝批评指正,多提宝贵意见。译者的电子邮箱是 sacrafisher@gmail.com。

刘晓兵

2013 年 10 月 8 日

献给马德里(Madrid)

——莫里特诺教授

献给泰丽(Terry)、布莱恩(Brian)和玛雅(Maya)

——哈瑞斯教授

致 谢

我们感谢“ASPEN”出版公司(“Wolters Kluwer”法律与商务分部)与“JURIS”出版公司允许我们复制他们的版权资料,并向下列同事和研究助手的工作表达深切的谢意,他们是:Jinnifer Pitcher、Sandy Dawes、Vesna Coric、Ines Cerovic、Harry Clayton、Sarah Cohn 和 Eric Stodola。

目 录

前言 1

第一章 律师的角色 3

第二章 对律师的规制 16

第三章 “律师—客户”关系的界定与建立 50

第四章 律师的报酬 73

第五章 信息保密 103

第六章 冲突关系 122

第七章 机构代理 141

第八章 对法院和其他各方的义务 173

第九章 广告与揽业 207

第十章 司法行为规则 222

译后记 253

前 言

这本薄书的内容是律师在国际执业背景下的法律规则。我们真切地相信,世界正在变小、变平,或者你也可以选择其他什么比喻来描述这种国际社会与文化之间联系日益紧密的现实。这种现实已经并将会继续影响律师的工作。

我们认为,对律师法律的考察应当考虑来自美国之外的材料,这才是目前的正确研究方法。适用于美国律师的法律,无论是适用于今日美国律师的法律抑或显然将适用于未来美国律师的法律,都不仅仅是美国的法律。我们现在的学生不但要为第一年的工作而准备,而且要为第五年、第十年甚至第二十年的工作而准备。毫无疑问,在目前以及可见的将来,美国律师都会受到欧盟、日本和其他任何地方的律师法律的支配。在此种意义上,这些材料——尽管它们的性质各不相同——不但旨在满足不同的目标,而且旨在开启对美国律师进行国际职业行为法律教育的过程。

本书与那些专门研究职业责任的案例或问题的书

籍,在章节上具有松散的对对应关系。每一章节都作了一定的比较研究,许多章节包含了不同国家的材料。在每一章的比较研究部分,都围绕该章的理论主题,对美国相关法律作了最基本的概述。我们期望学生主要通过阅读案例书籍获得这些材料,或者从教师对美国律师法律的讲授中获得这些材料。每一章的其他比较研究部分包括与理论主题相关的欧盟法律和日本法律,以及各章随机选取的其他相关国家的法律。我们希望能借此让学生对欧盟法律和日本法律形成一个总体的认识,并使之找到其他能够借以用相关国家的法律说明某一理论主题的方法。

这些材料始终贯穿一个基本的比较性区别:较之普通法系律师,民法法系律师具有根本不同的角色,特别是在诉讼中。这个区别在很大程度上生动地说明了美国律师法律和世界其他国家的律师法律之间的比较性差异。

本书的不少章节包含与该章节一般主题具有密切联系的国际法律文件。比如,在“对律师的规制”一章,执业许可是该章的重要内容,《服务贸易总协定》(GATS)在服务贸易领域被视为国家间跨职业执业的职业行为规则,就像新“乐购法”在英国的意义一样。

第一章 律师的角色

一、律师角色概述

无论对律师伦理进行何种研究,一个基本问题是要认识律师的角色,即律师在与客户、同行、所在的州以及公共利益的关系中起到什么作用。正因为如此,一切律师规范的文字表述本身也有一个共性:对其含义的确定与理解,取决于律师在不同语境中的具体角色。

律师在法律职业中的分工不同,或者在执业活动中的业务不同,其充当的角色也不同,这一点是显然的。法官和检察官的角色与私人律师具有根本的不同,我们仍将这些法律职业阶层称为“律师”,不同的执业背景,使律师角色呈现不同的表现形式。(在美国,法官、检察官都是从律师中选任而来,因而“lawyer”一词泛指所有从事法律职业的人员,是广义上的律师。从外延来说,除了狭义上的律师,“lawyer”一词还涵盖法官、检察官,甚至还包括法学教授。——译者注)刑事辩护律师具有特殊的责任与义务,公司内部律师也一样,政府律师

1

与私人律师各服务于不同的利益群体。在考量律师在特定环境中的职业行为时,始终不要忘记律师在社会中的具体地位。

当然,律师的角色与其所处的法系也有密切联系,法系不同,律师的角色也不同。即便如此,仍有一些共性。律师为客户提供建议,为其商业交易起草文件,在法律规定的范围内为客户提供法律服务,从而向非法律专业人士传播法律知识。在律师的参与下,司法系统得以运转。可以确定的是,相对于民法法系国家,律师在普通法系国家诉讼程序中的角色要更加积极一些。不过,对于司法系统的运行以及诉讼案件的处理,律师在两大法系国家扮演同样关键的角色。在法律制定方面,律师的作用也很重要,不少律师在议会以及专门的立法机构工作,议会也会经常召集律师就立法的细节问题提供建议。

- 2 关于律师职业的性质,可以从不同角度进行观察。一部分人认为,律师为客户提供有偿服务,是有别于理发师、医师和店主的商人。另一些人则更多地看到律师在公共责任方面的角色,其在向客户提供有偿服务的同时,也在关注公共利益、司法公正和社会公平。对于律师在道德困境中到底该做什么,不同的立场会有不同的观点。

在民主社会,律师扮演的重要角色是其他职业不能替代的:律师是法治的守护者,这一理念确保在法律面前人人平等,每一个人既不能期望也不能获得超越法律的特殊待遇。在新兴民主国家,律师的这一角色更为重要,其具有在强势与弱势之间维持平衡的潜能。应当承认,即便在非常成熟的民主国家,律师的服务市场也明显地倾向于企业财团或富人阶层。但是,在刑事诉讼中对律师权利的保障机制、政府法律援助中对贫困人口提供的资金支持(尽管比较有限)以及私人律师从事的公益活动,所有这些因素均合力形成了某种预期,即在