

(美)安索尼 T. 克罗曼 著 周战超 石新中 译

THE LOST
LAWYER

迷失的 律师

FAILING IDEALS OF
THE LEGAL PROFESSION

法律职业理想的
衰落

35

法律出版社

(美)安索尼 T.克罗曼 著 周战超 石新中 译

THE LOST
LAWYER

迷失的 律师

FAILING IDEALS OF
THE LEGAL PROFESSION

法律职业理想的
衰落

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

迷失的律师:法律职业理想的衰落/(美)克罗曼著;周战超,
石新中译. —北京:法律出版社,2002.7

ISBN 7-5036-3815-X

I. 迷… II. ①克…②周…③石… III. 律师制度-研究-
美国 IV. D971.265

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 037157 号

出版/法律出版社
印刷/中国检察院印刷厂
责任印制/李 跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杜 进

开本/A5
版本/2002年8月第1版

印张/13.5 字数/354千
2002年8月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414131(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)88414934(科原大厦营业部)
(010)88960092(八大处营业部) (021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3815-X/D·3532
定价:28.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

1981年春,《耶鲁法学杂志》的学生编辑们筹办了一场关于法学研究目的和本质的研讨会。在开幕式上他们邀请我的同事亚瑟·勒夫(Arthur Leff)作开场白,但是,由于受癌症折磨而身体虚弱,亚瑟不得不于事前匆匆退出。杂志的编辑们要我接替他,我不便推辞。我在谈话中阐述了法学理论和法律辩护之间的差异(亚瑟肯定不赞同,尽管他碍于情面没那么说)。我说:法学学术研究的目的是追求真理。与之相对,法律辩护所关注的仅仅是说服。我讲过职业律师们的兴趣只在于说服对方,而法学教师主要是把自己奉献给追求真理的学术事业。我把法学教师描绘成比那些做辩护的律师们(我曾称做借助于鼓励有意的对真理漠不关心而腐蚀灵魂的那些律师们)更崇高、更美好的称号。结束时,我表明了观点,法学教师最崇高的职责是把那种学者对真理的热爱传输给他(或她)的学生们,令人高兴的是法律学者们还没有染上职业律师所养成的那些坏习惯。

后来,我的同事保罗·盖瓦茨(Paul Gewirtz)和巴巴拉·安德沃德(Barbara Underwood)问,如果我对法律辩护抱有如此低落看法,我怎么能以良好的心境继续为其培养学生。他们反问道,一名职业律师需要学术研究者所没有的——一种与学者对真理的热爱一样荣耀而又不同于它的实践智慧,这难道不是事实吗?他们的问题令我困扰,从那时起我就一直努力试图对之作出回答。

为此我花去很长时间,同时给予我帮助的人们也在逐年增加。我首先感谢来自耶鲁法学院以外的对我的支持和鼓励,其中包括密西根大学法学院的全体员工和院长,他们在1987年曾邀请我到

库勒做演讲,本书的前三章就是在此基础上写成的。我还把这些章节的最后草稿送交 UCLA(加利福尼亚大学、多伦多大学和哥伦比亚法学院)审阅。他们都给我重新考虑自己观点的机会,从与会者严厉而善意的批评中我受益匪浅。我还把第二章的初稿交给社会伦理学和法哲学领域的专家们审阅。数年来,我从这些杰出的群体那里学到了很多知识;对我来说,那次会议已经成为一种富有哲理意义的友谊模式。

在耶鲁法学院,我同样背负着感情的重债。我感谢哈里·威灵顿(Harry Wellington)(本书开始写作时的院长)和盖多·克拉布雷斯基(Guido Calabresi)(本书完成时的院长)的大力支持。其他许多同事也以批评、建议和质疑的方式给我以帮助。我在此对他们表示致谢,尤其感谢比欧·勃特(Bo Burt),莫简·达马斯加(Mirjan · Damaska),鲍勃·埃里克逊(Bob Ellickson),保罗·盖瓦茨(Paul Gewirtz),亨利·汉斯曼恩(Henry Hansmann,)保罗·康恩(Paul Kahn),哈罗尔德·克欧(Harold Koh),约翰·朗本(John Langbein),乔治普利斯特(George Priest),杰德·鲁本菲尔德(Jed Rubenfeld)和艾伦·斯瓦茨(Alan Schwartz)……最重要的是我曾得益于我的两个同事:布鲁斯·亚克尔曼(Bruce Ackerman)和欧文·费斯(Owen Fiss)敢于怀疑的勇气。我怀疑我曾要劝说这两个好朋友相信我是正确的。然而他们的帮助使我认清了自己的思想,这是无法衡量也永远无法偿还的感情。

在此,我还要感谢我的三个学生研究助理——斯蒂文·加维(Steve Garvey)、布莱特·斯卡菲斯(Brett Scharffs)(92级)和克莱尔·费因克尔斯坦(Claire Finkelstein)(93级)在准备草稿过程中给予我的帮助。他们检查、纠正书稿、指导并帮助我保持了对此书的创作热情。哈佛大学出版社的编辑也提出了许多富有洞察力的建议,并在此过程中给予极大的支持,我也一并对他们表示感谢。

几年来,我十分幸运能有两位得力而能干的秘书,戴安妮·哈特(Diane Hart)和艾丝贝尔·帕拉德缪易(Isabel Poludnewycz)一起

工作。他们的努力工作十分必要,我对他们的帮助十分感激。

最后是我的家庭——我的孩子爱玛(Emma)、霍夫(Hope)、迈特斯尤(Matthew)与我的妻子南茜(Nancy)。他们为此书的诞生承受了超出妻子义务的更多的负担,而南茜的聪慧从一开始就是我的榜样和向导。言语无法表达我对他们的感激之情。

没有什么能使我们相信当前最流行的东西就是我们遗产中最有价值的部分,或者说,较好的事物与较差的事物相比更容易生存。而且,世界上没有不依赖于人类的关注而存在的事物。

——迈克尔·奥克舒特(Michael Oakeshott)

目 录

导 论	1
-----	---

上 篇 理 想

第一章 陷入困境的品德	11
第一节 律师政治家	11
第二节 领导能力和性格	15
第三节 科学的法律改革	18
第四节 支支吾吾的辩护	25
第五节 新共和主义者	29
第六节 深思熟虑与社会利益	31
第七节 两种传统的融合	38
第八节 自治的条件	43
第九节 平等与卓越	51
第十节 恢复理想	55
第二章 实践智慧与政治博爱	58
第一节 手段与目的	58
第二节 一种苏格拉底式的转变	67
第三节 同情与超然	71
第四节 懊悔的幽灵	79
第五节 共同体与妥协	93
第六节 政治博爱	98
第七节 卑鄙的手段	107

第八节 维护秩序的政治	112
第三章 杰出的律师	116
第一节 案例教学法	116
第二节 灵魂的丧失	120
第三节 法官的观点及其优先权	124
第四节 法律工作	128
第五节 为客户服务	136
第六节 法律专家	142
第七节 辩护	153
第八节 律师的保守主义	161

下篇 现实

第四章 法学院	173
第一节 当前的形势	173
第二节 朗戴尔的法律几何学	180
第三节 托马斯·霍布斯与审慎主义传统	184
第四节 普通法的战利品	191
第五节 弗兰克的补救方案	196
第六节 现实主义法学:描述司法行为	207
第七节 科学现实主义的标准目的	213
第八节 习惯与普通常识	223
第九节 法律经济学	241
第十节 批判法学研究	258
第十一节 病态的分歧	284
第五章 律师事务所	291
第一节 学院之外	291
第二节 大型律师事务所实践中的革命	293
第三节 大型事务所及其委托人	307

第四节	环境的改变	316
第五节	工作日	327
第六节	备选方案	334
第六章	法院	342
第一节	法官的特殊角色	342
第二节	应付大量待处理的案件	348
第三节	偏听偏信的法官	354
第四节	受理上诉的法院	358
第五节	公平最大化	361
第六节	悲剧意识	368
第七节	同事关系	373
第八节	法律书记员文化	379
第九节	一种恶性循环	383
第七章	诚实与希望	385
第一节	麻烦的继承	385
第二节	律师的一种新理想	387
第三节	一种旧的理想的恢复?	397
第四节	诚实	402
第五节	希望	410
译后记		417

导 论

这是一部关于美国法律行业危机的著作。它揭示了美国法律界正面临着失去其灵魂的现状。

当然,从世俗的观点来看,美国的律师业根本看不到一点危机,更不要说这种将要证实的、富有启示性观点的那类严重危机了。事实上,他们的外部特征反而呈现出繁荣昌盛。目前美国几乎有近百万名律师。作为一个群体,他们有相当不错的收入。并且像以前一样,他们继续分布在各级政府,主导着我们的公共生活。在 20 世纪 90 年代的经济滑坡影响其他人的同时,也不可避免地冲击到了律师行业。但是,法律行业仍然是美国社会最繁荣最有活力的领域之一。托克维尔曾说,“在律师和法官当中找到了美国贵族”。无论如何,从当今美国律师的财富和影响来判断,可以推理出他的著名格言在今天与在 150 年以前说出的时候是一样的真实。^①

诚然,有些批评家认为法律职业已经超出了其应有的影响。丹·奎尔(Dan Quayle)和德雷克·布克(Derek Bok)最近对这种影

^① 亚历克西斯德·托克维尔(Alexis de Tocqueville),《美国的民主》J. P. 迈尔(Mayer)编辑,乔·劳伦斯(George Lawrence)译(纽约:安克尔出版,1966)第 268 页。

响作了表述^②。并且,总是有一些人对律师的诚实与可信度提出疑问(水门事件以后在公众心目中变为更加显著的问题)。伴随着人们抱怨律师权力不适当的声音(任何民主社会都必定要顾及猜疑),每年都产生了一批新的恶棍律师,而又使人们重新怀疑行业自我约束的能力。这些批评是常年存在的,它们反映了经常性的焦虑和关心,其中某些也的确得以证实。然而,没有人触及到目前威胁着美国律师集体灵魂的危机。

人们选择法律这一职业有许多原因。一些人为了钱,一些人为了权力和名望,还有,至少是一小部分人为了实现其政治理想而成为律师。然而,更有一些人是因为其他的理由来选择律师职业的。他们把律师看做是达到超越其自身目的的一种手段,持有这些原因中的任何一些人都是没有错。他们都十分可敬,最后这部分人才真正地令人羡慕。除此之外,无论他们借助律师职业希望达到什么样的目标,大多数律师也都渴望他们的工作自身能成为快乐的源泉。事实上,许多人希望律师职业所给予的内在满足感足够重要,以至于在其作为人类价值的自我实现中起到了意义非凡的作用。并不是每一个成为律师的人都在他的工作中追求这种自我实现。但是大多数属于这一类,并且律师的职业自豪感总是依赖这样一种信仰:他们做的一切都以这种方式给以潜在的回报。

然而,正是目前这一摇摆和日益衰弱的信仰,招致了美国法律界的危机。实质上,这是一种道德危机。它是对从事律师这种职业的人们能通过该职业实现自我价值不断产生怀疑的结果。尽管有律师们丰厚物质生活的粉饰,它仍然成为一种触动他们职业自豪感的核心的灵魂危机。

这种危机产生于一套比较陈旧的价值体系的消亡,这种价值

^② 丹·奎尔(Dan Quayle),对美国律师协会的讲话,《纽约时代》1991年8月14日,A1页;德雷克·布克(Derek Bok),“法律与其不满”,《档案》(1983)38:12—33页(纽约市律师协会的出版物)。

体系直到最近还在界定美国律师的愿望时起着至关重要的作用。就在这些价值的核心存在着这样一种信仰：一名可作为其他人楷模的杰出律师不单纯是一名成功的技术人员，而且还是一名审慎或具有实践智慧的人。当然成为一名法律上技术型的专家是会得到优厚报酬的。但是，早期的几代美国律师们认为，他们的最高目标是实现超越技术的一种智慧——一种关于人类的和他们所卷入事务的、任何一位渴望能提供真正审慎建议的人所必须具有的智慧。他们把这种智慧理解为一种只有成为具有良好判断力的人才能获得的品质，而不只是一个法律专家的性格品质。对于那些赞同这种观点的人来说，律师生活能够使深层次的价值得以实现是显而易见的。而这种实践智慧的性格品质就是人类自身内在价值中主要的美德。只要这种品质的培养和训练仍然是一种重要的职业理想，律师们就会因为他们的工作仍然具备内在的价值，而对其充满信心。但是，在最近的一代人当中，这种理想之塔已经崩溃，同时，曾一度保持的职业自信也随之消失了。

我赋予这种理想一个过时的名字，来强调它产生于过去，强调目前它处于荒废的氛围之中。我把它称为律师的政治家理想。这是美国法律界每个时代杰出代表都有的理想。例如，林肯就是其中之一。在美国内战之前，当他努力去寻找一条拯救联邦和民主道路的时候，他也没有指导其行为的固有准则。没有技术知识告诉他在哪里能够找到解决美国两难处境的方法。他只有依靠其智慧——在原则与实用之间保持平衡的一种审慎感。^③ 一个世纪以后，当艾尔·沃伦在布朗诉教育委员会一案中耐心地游说，产生一

^③ 亚历山大·贝克尔(Alexander M. Bickel)，《危险最小的部门：在政治法律界的最高法院》(印地安那波里斯：鲍勃斯—麦瑞尔(Bobbs—Merril)，1962，第65—69页；哈里·V·加弗阿(Harry V. Jaffa)，《议院表决的危机》(芝加哥：芝加哥大学出版社，1982年)，第363—386页。

致通过的议案时,他需要同样的智慧。^④第二次世界大战中期,在所有人都明白的具有最大的爱国主义潜力形式的战争的案例中,当罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)再一次印证了忍耐的价值时候,他也需要林肯式的谨慎。^⑤而且就在昨天,在法院最近的一次未能形成的判决中,在那个综合多种陈述书的鉴定中,我们又看到了它的价值——因审慎地寻求一种中庸之道和在原则与先例之间保持一种明智的平衡而著名的鉴定。^⑥在所有这些情况下,是判断力,而不是专门知识,而且,就是这种判断能力使政治家律师的这种理想价值达到了最大化。

在美国的法律职业中,这种理想目前正在消亡。因为这样的事实,律师们将会更加难以相信其工作能够提供任何形式的内在满足。当然,法律实践仍像过去一样明显地保持着外在的利益。但是,他们自己感觉到,在他们所从事的律师职业中,已没有足够多的东西使他们感到自豪;而且也缺乏新的理想来代替正在失落的律师的政治家理想。结果是,律师们逐渐感到,他们终生努力从事的、本身具有其价值的事业不再令他们感到满足。

这是律师业的大灾难,而且,对国家来说也是一个灾难。大多数美国政治领导人都是出身法律职业。然而,如果说这些素质优良的律师在政治领域发挥着主导作用的话,那么,不是因为他们的专门的法律技术知识,而是因为他们所受的训练和积累的经验培养了律师政治家理想的审慎美德。当这种理想逐渐消退的时候,当这些美德在其职业中逐渐变得不重要的时候,律师们自身将不再有意地培养它们。由于这些情况的发生,律师提供健康的政治领导素质的能力最终也必定退化。将来,法律职业继续产生很

④ 理查德·克鲁吉尔(Richard Kluger),《简单的公平》(纽约:克诺普夫,1976年),第678—699页。

⑤ 西弗吉尼亚州教育委员会 V. 巴奈特(V. Barnette), 319 U. S. 624(1943)。

⑥ 东南宾西法尼亚州关于父母身份的规定 V. 凯西, 60 U. S. L. W. 4795(1992)。

大比例的国家政治领导人。但是,律师政治家理想的逐步消亡,意味着领导国家的律师们总的来说比以前更缺乏胜任工作的资格。他们将更不可能拥有这种性格品质——审慎或者实践智慧的性格品质——在过去这些性格品质使他们成为了良好领导者。一石激起千层浪,随着律师界和非律师界这些灾难性的变化,过去 25 年弥漫在法律界的价值危机不久将会波及我们所有的政治领域。

在本书中,我试图做两件事。第一件事是让政治家律师的理想重新焕发光彩,并激起现代读者对这种理想的兴趣。在很多人看来,这种理想已经过时并且不能令人信服。因此,我的第一个目标就是把它解释清楚,使人感到它的吸引力,用一句时兴而简单的话来说就是,这种受人尊敬的在法律实践中扮演关键角色的美德价值是永恒的。这就是第一部分(理想)的目标。

第二部分,我努力描述了目前一致反对律师政治家理想和使其衰落的知识层面与制度层面的力量。这些包括美国法律思想界目前占统治地位的运动,它具有强烈的反对审慎者的偏见;国家主要的律师事务所急剧增长,这已经永远地改变了在其中工作的律师们的业务,同时,创造出了一种新型的更加开放的商业文化,在这种文化氛围中,把律师的政治家理想推到了边缘地带;而且,法院的官僚化,已经把传统的审判艺术转变成了一种行政管理,这种行政管理的主要优点是效率而不是智慧。这些因素发展的每一步都是造成律师的政治家理想消失的原因,在第二部分(现实)里我将详细讨论所有这些内容。

第一部分,如题目本身所揭示的,是审慎的崇高理想。这一部分主要是试图定义、辩护十分急需的职业美德标准。当然,我也意识到现实中的人类具有普遍的弱点,因为外在的各种陷阱和诱惑,实际生活中不是总能实现他们的理想。但是,这不是我们在定义理想时降低目标的原因。相反,由于我们天生的不完美的本性拖我们下水,因而不折不扣地达到崇高显得十分重要;否则,我们理想的推动力就会消失,而且,从一开始我们就会被击败。我也理

解,过去的律师并不都是比我们聪明的超人,而且,总的来说,与今天的律师相比,他们也没有更成功地实现理想。但他们的理想不同于我们这些法学院、律师事务所和法院中人们的理想,在一定意义上说,他们有更好的理想。过去这种职业也有它不光彩的一面,最明显的是那些种族、宗教和性别方面的歧视。然而,这些缺陷是如此的惊人,我们克服这些不足情感的愿望是如此的强烈,以致我们看不到其过去较好的东西,以致没有注意到美国律师们的理想变得多么贫乏。在第一部分中我想要拯救的就是法律职业历史上更有价值的部分——对失落的理想的兴趣和呼吁。

为此,仅仅用原始形式重述这些理想是不够的。如果律师的政治家理想不止是一个历史珍品的话——如果说它是我们今天的一个活生生的理想的话——一定会比以前更加清晰地认识到其内部的永恒价值。过去,它只是相当简单地称赞律师拥有正确的判断,并没有深入地去探究这种复杂力量的本质问题。现在看来,那是不正确的。对审慎是律师最重要的美德的信仰已经失去了其可信度,而且,要求对实践智慧作出新的和更完整的解释来恢复这种信仰。试图提供这样一种解释的任何人都要立即面对困难的哲学问题。审慎是一种可以计量的形式吗?它与直觉有什么不同?感觉(作为思想的对立面)在其中起了什么样的作用?它在公众和私人的商议中相同吗?一个审慎的男人或女人愿意接受某种与众不同的政治观点吗?为了建立律师可以再次依靠的基础,对作为职业美德的审慎价值的信仰,我发现有必要详细地讨论这些问题。这赋予了我这本书的第一部分以哲学的特征——尽管从任何技术意义上来说根本不具有这种特征,因为它的论点是用简单的词语而不是使用专门的术语呈现出来的。然而,我仍然意识到了我的论点中的哲学精神与其主题的实践本质之间存在冲突。但这只意味着哲学不是审慎的替代物。它并不意味着哲学不能帮助我们理解审慎是什么。它能够——也只有它才能够帮助我们理解爱、勇气和其他非理性的性格倾向的本质。而且,更重要的是,对于不再

信仰实践智慧价值的律师们来说,一定,并且现在也只有思想能够有力量恢复这种信仰了。

第二部分,我把论述的焦点更多地集中在社会学方面。主要是关于制度及其文化动力方面的内容。在过去的25年中,国家主要的法学院里出现了贬抑政治家理想的学术文化。在最有影响的律师事务所和法院里也发生了类似的情况——由于不同的原因但却造成了相似的后果。在任何一种情况下,这种结果都曾经敌视这种理想的环境的发展。第二部分分析了发生在职业生活中的这三个领域的文化转换,并检查了它们对律师信仰与期望的影响。

有些读者在读过前面抽象的论述之后就会发现,第二部分中的社会学的方法就是一种法律补救。那些对法律教育正在变化的特征最感兴趣的读者可能希望从第四章开始然后再回到文章的开头。那些对法律实践的本质特别感兴趣的读者出于同样的原因,可能愿意从第五章开始读起。那些具有哲理倾向的读者会感到按他们出现的顺序来说,这一部分读起来是最容易的,虽然第二部分对于他们来说具有的挑战性可能就像第一部分对于其他读者所具有的挑战性一样。但是,不论他从哪一部分开始读起,我论述的每一方面他都会感到最强烈的共鸣。想理解当前这场危机的法律界的任何学生都必须把本书中的哲理方面和社会学方面的内容联系起来。沿着一个方向下去,他一定会问实践智慧是什么,沿着另一个方向下去,他就一定会问,尊重这种美德的理想如何在职业生活的每一个领域都失去了它的权威。只有将这两个方面结合起来时,在创新的哲学社会学中(既了解哲理的一面,又了解社会学方面的一面),才会完全展示出来已经降临在美国法律界的这场危机的范围和意义,并且有益于迫使其自身急迫地解决强加在身上的命运问题。危机强加给我们命运自身的力量的疑问也才会完全展示出来。

至于它的命运,我已经得出了一个模糊的结论。我认为,律师政治家的理想不能够复活,至少在制度层次上是这样。同时,我也