

CLASSIC

律师的职业 责任与规制

（第二版）

[美] 德博拉·L·罗德 (Deborah L. Rhode)

[美] 小杰弗瑞·C·海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.)

著

王进喜 等 | 译

PROFESSIONAL
RESPONSIBILITY
AND REGULATION

(SECOND EDITION)



律师的职业 责任与规制

(第二版)

[美] 德博拉·L·罗德 (Deborah L. Rhode)

[美] 小杰弗瑞·C·海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.)

著

王进喜 等 | 译

PROFESSIONAL
RESPONSIBILITY
AND REGULATION

中国人民大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

律师的职业责任与规制/ [美] 罗德等著; 王进喜等译. 2 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
(中国律师实训经典)
ISBN 978-7-300-17357-3

I. ①律… II. ①罗…②王… III. ①律师-职业道德-研究-美国 IV. ①D971.265

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 074610 号



中国律师实训经典
律师的职业责任与规制 (第二版)
[美] 黛博拉·L·罗德 (Deborah L. Rhode, Jr.) 著
小杰弗瑞·C·海泽德 (Geoffrey C. Hazard, Jr.) 著
王进喜 等译

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京鑫丰华彩印有限公司	版 次	2013 年 11 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	印 次	2013 年 11 月第 1 次印刷
印 张	14.5 插页 2	定 价	39.80 元
字 数	304 000		

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

致 谢

本书献给 Mary Tye，我们特别感谢她，她为本书稿的出版作出了无法估量的贡献。

译 序

黛博拉·L·罗德（Deborah L. Rhode）教授和小杰弗瑞·C·海泽德（Geoffrey C. Hazard, Jr.）教授都是美国法律职业道德领域的著名学者，他们所著《律师的职业责任与规制》一书，堪称大家小书，在不大的篇幅中既介绍了美国职业律师责任与规制的基本情况，又穿插了作者及众多学者和实务界对美国国情下存在的问题所进行的反思。因此，读者既可以借此了解美国律师制度的概况，也可以引为借鉴，反思我国律师管理中存在的问题，设计符合中国国情的律师行业发展路径。

本书是师生共同学习的结果。这本书是2009年我在为中国政法大学法律职业行为法与司法制度方向硕士研究生讲授法律英语（法律职业行为法方向）时为学生提供的相关读物之一。在上课时，学生每人承担一段，练习文献阅读与翻译，我则与同学们一起逐字逐句校对、点评。由于课堂时间有限，当时只是翻译到了第五章。当时参加课堂翻译的同学有2008级硕士研究生梁良、钱丽鑫、杨颖菲、赵洋、王淑贤、范开花、王琳和金竞。此后，梁良同学翻译了第六章、第七章；王进喜翻译了第八章；王淑贤同学翻译了第九章和第十章第一、第二和第三部分；金竞同学翻译了第十章第四、第五部分，第十一章第一、第二部分；法律职业行为法与司法制度方向2009级硕士研究生黄翔宇同学翻译了第十一章第三部分、第十二章和跋。

在进行上述翻译时，我们使用的还是本书的2002年版本。此后，我又购得本书2007年版本。与2002年版本相比，2007年版本中原作者根据最新文献对内容进行了许多改动。我又根据2007年版本对有关内容进行了补译和最后的校对。中国政法大学法律职业行为法与司法制度方向2011级硕士研究生伏雨怡同学承担了本书部分文字校对工作。

本书是2012年度国家社科基金资助项目“律师法实施问题研究”和2008年度教育部“新世纪优秀人才支持计划”的成果之一。

王进喜
2013年3月

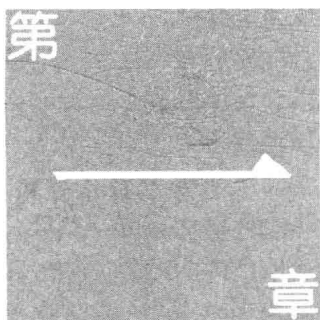
目 录

第一章 法律职业及其规制	1
一、职业的概念	2
二、职业标准：法律、伦理和法律职业道德	3
三、律师法	7
四、规范渊源	8
第二章 美国法律职业和律师规制制度	10
一、法律职业的起源	11
二、律师界规制制度与职业协会	15
三、职业的多样化	16
第三章 法律服务的形式与经济状况	21
一、法律服务的组织形式	22
二、执业状况：平衡的生活与底线	23
三、私营部门：个人、小型律师事务所和大型律师事务所的 法律服务	25
四、组织法律顾问	27
五、公共领域：政府服务、法律援助和公共利益法	28
第四章 法律职业的“宪法性”功能	31
一、法治与个人权利	32
二、律师和个人权利	32
三、商业企业的律师	32
四、对公司资本主义的批判	33
五、其他选项的成理性	34
第五章 基本的职业标准	35
一、作为职业的责任：职业规制与职业判断中的独立性	36
二、对委托人的责任：忠诚、称职和保密	37
三、对司法制度和法治的责任	40



第六章 对抗制、保密和替代性纠纷解决程序	41
一、对抗制的前提	42
二、诉讼策略和对抗制的滥用	45
三、坦诚和保密	50
四、替代性纠纷解决程序	59
第七章 交易业务	64
一、导言	65
二、文件的起草、保留和销毁	65
三、咨询	68
四、家长作风	74
五、谈判	78
六、游说	85
第八章 利益冲突	89
一、导言	90
二、同时代理多个利益	92
三、立场性利益冲突	96
四、连续性代理	98
五、替代性的无代理资格、屏蔽和弃权	100
六、代理组织	102
七、代理政府	104
八、代理集团诉讼	108
九、律师的个人利益	110
第九章 诉诸正义	114
一、问题的性质	115
二、对可能的回应性举措的概述	121
三、法院改革和非律师服务	121
四、获得资助的法律服务	123
五、公共利益法和“道义律师活动”	125
六、公益代理	128
第十章 法律服务市场的规制	132
一、广告	133
二、劝诱	139
三、跨司法辖区执业	142
四、跨行业执业	145
五、律师收费	149
第十一章 成为律师的资格要求	159
一、导言	160
二、法学教育	160
三、律师准入	175
第十二章 称职性与惩戒	184
一、导言	185
二、惩戒标准与结构	186

三、惩戒制裁	191
四、称职性	197
五、不当执业	199
跋	205
案例表	207
索引	211
主要译名对照表	218



法律职业及其规制

- 一、职业的概念
- 二、职业标准：法律、伦理和法律职业道德
- 三、律师法
- 四、规范渊源



一、职业的概念

1

在这本关于法律职业的书中，从理解成为一个职业的一员意味着什么开始，是适当的起点。我们现在视为职业人员（professional）的职业（occupations），存在已逾两千年，尽管这一术语本身以及这些职业群体的卓尔不群的特征直到16世纪才开始出现。“职业（profession）”源于拉丁语“*professionem*”，意为作出公开声明。这一术语逐渐演化用来描述这样的职业，即要求新进成员宣誓表明他们要致力于与一个博学的职业（calling）相关的理想和活动。

关于职业的当代定义，通常强调其特殊的专业知识和道德责任，这又产生了其他的界定性的特征，例如，自我规制、法定资格、行为守则、职业协会以及对特定工作的垄断。美国律师一直以他们是一个职业而感到骄傲。根据美国律师协会（American Bar Association, ABA）的一份著名报告，职业人员是那些“以公共服务的精神……追求博学艺术”的人。^①同样，律师也一直关注职业主义的丧失以及“法律堕落成一种商业”问题。一百多年前，一名美国论者评论说，律师界已经失去了其“优越的尊严感”，并且已经为“商业的精神所玷污”。他的这一论断引起了极大的共鸣。^②

2

在过去的二十年中，人们对于这些问题更趋关注。法律服务市场日益激烈的竞争和商业主义，以及人们认为律师规制和垄断范围的职业控制日益降低的感觉，对此更是推波助澜。在对律师行为的规制上，律师界与法院、立法机关、雇主及行政机关越来越多地分享权力。该职业防止非律师竞争者“非法执业”的活动，已被市场压力和技术进步侵蚀。法律职业内部的日益专业化，也提出了这样的问题，即把律师视为受过同样教育、遵守相同的规制标准的同质化群体是否有益。

在传统上，是由各州对法律服务进行规制的，而不是进行全国性或地方性（如欧洲）的规制。在当代，法律服务越来越多地跨越州和国家的司法辖区边界。“跨司法辖区执业”的增长给律师工作的边界带来了更多的不明确性。在很多国家，美国律师在本国所做的许多工作并非律师们的自留地，或者是在法律职业的各个群体之间进行分配。例如，在欧洲和南美的一些国家里，某些类型的法律文件仅能由公证员准备，与美国同行相比，这些公证员受过法律训练，并且拥有更高的地位和更多的公职责任。在日本，有很多从事商业和职业活动的人，受过法律教育，从事法律工作，但是这些人当中仅有2%的人通过司法考试，能够在法院代理诉讼当事人。^③其他国家通常允许非律师人员提供法律建议，并同律师形成跨行业合伙。因此，跨国会计师事务所作为世界上最大的法律服务提供者，已经使得律师事务所黯然失色。

^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).

^③ See Rhode, *supra* note 2, at 119.



美国律师界对于这些趋势的反应，将在第四章中予以讨论。就当前目的而言，值得强调的是它们对关于职业的传统理解所提出的挑战。这些理解在几个层面上遭到了批评。首先，来自左派和右派的批评者都提出了这样的一个疑问，即与其他没有获得职业身份（professional status）的职业相比，法律这样的职业在专业知识或者公共精神方面是否有本质的区别。并不是所有的法律服务都比在传统上不被视为职业的行业——如投资银行、信息技术——要求更多的技能和训练。很显然，律师在建构他们自己的规制、监督他们自己的成员方面，是不是比其他职业团体能够更加无私、更具公共精神，这一点也不是很明显。民意调查表明，在律师职业宣称具有公共精神这一点上，公众有着相当的怀疑。不到五分之一的美国人认为律师是“诚实和有道德”的，五分之三的美国人认为律师是贪婪的，五分之四的美国人认为，他们的某些工作，可以由其他人以更少的耗费完成。^④ 对于许多论者而言，律师界关于职业主义的花言巧语，常常是为了经济上的保护而进行的矫饰，是对自我形象的吹嘘。^⑤

相反，律师界的领导人通常认为，并不应当因为近来的市场趋势和民意调研而放弃其关于特殊地位的主张，而是应当重燃职业理想。为此，州和地方律师协会启动了大范围的职业主义行为计划，涉及各种讨论会、委员会、中心和行为守则。这些行动对于法律服务有多大影响，尚无定论。但是，其背后的追求趋向当然是值得肯定的。不管其在其他方面的局限性如何，律师界对职业主义的忠信，为法治和对正义的追求作出了巨大的贡献。在美国历史上，在每一个具有公共利益的重大事件中，都可以看到被这种忠信鼓舞的律师冲在前面。他们努力提供公益帮助，保护个人自由，并且作为独立力量制衡政府的滥权，已经成为世界其他律师的楷模。许多个人选择律师作为职业，在一定程度上就是有着促进社会正义的热望，他们追求的是一种服务该目标的职业身份。

二、职业标准：法律、伦理和法律职业道德

在这本关于律师规制的书中，一个关键概念是“法律职业道德”。这个词语经常与“职业责任”交替使用，用以描述律师界的规制标准。首当其冲的问题就是法律职业道德中的道德指的是什么，并且它与律师法（the law of lawyering）之间关系如何。

作为一个定义问题，大多数学者将“道德”一词追根溯源至希腊语中的

^④ Id., at 4; Roper Center for Public Opinion Research, Gallup Poll, Dec. 1, 2005; Gary A. Hengstler, “Vox Populi: The Public Perception of Lawyers; ABA Poll,” ABA 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 关于经典的保守主义的立场，参见 Milton Friedman, Capitalism and Freedom 144-149 (1962)。See also Richard Posner, Overcoming Law 37-38, 91-93 (1995)。关于来自左派的批评，参见 Rhode, supra note 1, at 1-22, 135-41, 207-08。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 Abel, American Lawyers, 12 (1989); Richard L. Abel, “The Contradictions of Professionalism,” in Lawyers and Society: The Common Law World 186-243 (Richard L. Abel & Philip Lewis eds., 1989)。



4

ethikos（其含义与风俗有关）和 *ethos*（这是指品行）。伦理（*morality*）一词来源于拉丁文 *mores*，它是指品行或风俗习惯。在当代社会，这两个词语都多少有些背离了它们原始的含义。哲学家通常认为“道德”是对伦理的研究，或者是指特定社会中的风俗规范（即它的 *ethos*），伦理指的则是关于对错的普世原则。^⑥然而，由于哲学伦理理论与风俗规范存在重叠，许多当代的理论家怀疑就道德和伦理进行一般性的区分是否有益，并呼唤使用这两个词语。

在一定意义上，法律职业道德是一个不限于法律标准的分支，它体现和强调了源于宗教和哲学传统的更为广泛的伦理观念。在另一个同样严整的意义上，法律职业道德仅仅是一种整合了法院、立法机关和行政机关所制定的强制性行为规则的法律规制形式。根据这两个维度，法律职业道德在律师的职业生涯中处于核心地位。律师协会的行为守则决定着他们是否有资格继续执业，帮助他们塑造着作为职业人员的伦理身份。

许多当代伦理哲学在法律服务问题上的适用，受到其两个限定性特征的限制：它要遵守普世的原则，以及它要我们假设知晓通常判断所依据的事实。而在律师职业生涯中，这些知晓是不完全的，是有一定背景的。此外，法律职业道德关涉法律服务这一事实至关重要。“律师”不仅仅是对一种工作的描述，而是一个由法律加以界定的职业，有着法定的权力和职责，例如，保守委托人秘密的职责。一般而言，伦理哲学的主流传统可能有助于建构问题，但是它们对于法律服务中的具体两难问题不能提供确切答案。^⑦

5

通常被认为与法律职业道德最具有相关性的哲学传统是功利主义和道义论（以权利为基础的理论）。在其古典形式中，功利主义认为在伦理上正确的行为能够给最大多数的人带来最大的好处。按照这一理论，每个人的幸福同等重要。道义论（该术语源于希腊文“*deon*”或“*duty*”）认为，伦理上正确的行为是遵守普适的、一般化的义务原则的行为。伊曼努尔·康德作为主要的道义论理论家，认为道德上可以证成的行为必须满足一个终极性的伦理原则，即绝对命令（*categorical imperative*）。康德就这个原则给了两个公式。第一个是每个人“仅应当根据应当成为普适法则的公理来采取行动”。第二个是仅能把其他人作为目的，而不是手段。^⑧在适用道义论理论的时候，哲学家们试图确定哪些义务将满足普适性、一般化和尊重他人的要求。这样的义务通常包括：忠实义务（信守承诺、拒绝欺骗）、善待义务（帮助他人、勿害他人）和公正义务（同等情况同样对待）。由于这些义务意味着相应的权利，道义论的理论框架经常被认为是以权利为基础的理论。

功利主义的方法和以权利为基础的方法都已被应用于解决法律职业道德问题，每个方法都受到了与这些问题相关的批判。功利主义存在的一个问题是，它通常不可能客观地确认、衡量和比较某个特定行为引起的结果与其他可供选择的行为所引起的结果有何不同。一个进一步的问题是，这个理论没有办法保护个人权利不受多数人意志的侵害，或者就各个选择进行质的区分，例如就基

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

⑦ See Geoffrey C. Hazard, Jr., “Law Practice and the Limits of Moral Philosophy,” in *Ethics in Practice* 75, 77 (Deborah L. Rhode ed., 2000).

⑧ Immanuel Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals* 46 (Lewis White Beck trans., 2d ed., 1990).



于非理性、固执、嗜好的选择和那些基于更为美好的价值的选择进行区分。^⑨道义论学说同样地被批评为不具有确定性。像绝对命令这样的原则无助于解决涉及相互冲突的价值（例如“忠诚于委托人”与“善待第三方”之间的冲突）这样的道德两难问题。当问题是哪个规则我们应当一般化以及谁的个人权利应当优先时，规则应该被一般化以及个体权利应该被尊重的要求也是不能提供任何帮助的。^⑩

在具体的法律职业道德问题背景下，这些局限性甚至变得更加明显。在第六章中，我们将进一步讨论一个具有代表性的例子，该例子涉及一个典型的两难问题：律师是否应该公开委托人的秘密以避免给第三方造成严重伤害？无论是根据以权利为基础的理论，还是根据功利主义，我们都可以支持对委托人的秘密进行广泛保护这种做法；但我们也可以基于类似的理由来批评这种保护。

关于保密义务的以权利为基础的基本观点，是建立在若干关于社会价值和委托人行为的假设基础上的。第一个假设是，法律制度的首要目标是保护个人权利。在一个发达的工业社会，人民通常有一系列的法律权利（例如，正当程序、隐私、订立契约的权利），而这些权利容易受到政府或其他私人利益的侵害。防止侵害或对侵害施以救济通常需要律师的帮助。律师不能够提供充分的代理，除非委托人感到可以自由提供所有相关信息。对于许多人而言，除非确保他们与律师的交流会被保密，否则，他们不愿意寻求法律帮助或者披露重要事实。对这些秘密的保护不仅有助于在总体上保护法律权利，而且有助于保护某些特殊的权利，例如为刑事被告人提供的宪法保障。如果律师可以披露与委托人的交流，那么被控犯罪的人就不能充分行使其宪法第六修正案规定的获得律师帮助的权利，以及宪法第五修正案规定的免于被迫自证其罪的特免权。

对于这种保密的广泛保护的批评者对此作出了几个回应。首先，他们指出，对刑事被告人的宪法性权利的关注并不能证明在民事领域提供广泛保护是正当的。对个人自由与隐私的关注也不能解释将广泛秘密保护扩展至法人。同样也不能不证自明的是，为什么委托人的权利，特别是公司委托人的权利，就应该优先于其他人的权利，尤其是在牵涉个人健康与安全利益的情况下。此外，现在的保密规定存在着例外与不确定性；现行的研究也提出了这样的疑问，即一些关于保密的进一步的限制是否将大大改变委托人的行为。^⑪

关于保密的广泛保护的另一个功利主义的理由是，它们通过促进对法律规范的遵守，来促进最大多数人的最大福祉。获知了秘密信息的律师，可以为个人就其法律义务提供咨询，能够促进法律争端的合理解决。然而，对于上述提及的所有理由，对于保密的广泛保护的批评者认为，为了防止第三方受损害而允许一些信息披露将不会在很大程度上侵害到律师的咨询角色。关于保密的例外已经存在，大部分人并没有认识到他们的范围，很多委托人有足够的理由去向他们的律

^⑨ See Consequentialism and its Critics (Samuel Scheffler, ed. 1988); Utilitarianism and Beyond (Amartya Sen and Bernard Williams eds., 1982); Amartya Sen, Collective Choice and Social Welfare 118-48, (1970); J. J. C. Smart & Bernard Williams: Utilitarianism: For and Against 33 (1973).

^⑩ Consequentialism and its Critics (Samuel Scheffler, ed. 1988); Utilitarianism and Beyond (Amartya Sen and Bernard Williams eds., 1982); Roberto Magabeira Unger, Knowledge and Politics 54 (1975); Alisdair MacIntyre, A Short History of Ethics 197-98 (1966).

^⑪ 参见以下第六章的讨论。



师坦承秘密，而无论道德义务上的准确范围如何。

我们将在第六章更充分地探讨这些观点的是非曲直。我们这里所说的，仅仅是强调在解决法律职业道德的问题时道德理论的贡献及局限性。抽象的伦理原则可能有助于构筑相关的探究，但是问题的解决通常取决于那些关于特定道德决策的影响的具体事实信息，以及关于那些相互冲突的伦理主张的背景判断。就上述保密问题而言，很重要的一点是要知道不同的披露规则是如何影响委托人的行为的，以及委托人是如何就其利益与受规则影响的第三人的利益进行权衡的。然而，这种信息几乎是无法获得的。在这个问题上，论战的双方都不能自圆其说。

然而，这样的结论是不恰当的，即认为伦理理论是无用的，而对道德持彻底相对主义的态度是适当的。在极端情况下，相对主义认为没有客观的基础支持一套道德信仰优于另外一套。相对主义之所以很有魅力，是因为它不仅对普遍真理予以适度怀疑，而且它对文化多样性予以适度包容。从相对主义的立场来看，关于事实的分歧与关于伦理的分歧有质的不同。就事实问题而言，所获得的信息越多，越可能达成共识。而就伦理主张而言，我们常常得不到有效的并且有说服力的信息：我们在确定不同的保密规则如何影响律师—委托人的关系时，以及权衡委托人的需要与其他受这些规则影响的他人的需要时，缺乏客观的基础。一般而言，道德的判断在一定程度上是“主观的”，而事实判断则不是。此外，道德信仰跨文化差异很大。仅仅举最明显的例子，那些当代美国人认为可恶的活动（如刑讯、虐待妇女以及溺婴）已被其他社会广泛接受。

然而，正如相对主义的批评者所指出的那样，就事实主张也可能存在着争议，但我们很少有人会认为我们不会获得具有说服力的答案。长期以来人类社会争论地球到底是否是平的；我们不能因此怀疑就地理获得合理主张的可能性。此外，几乎没有人准备接受极端形式相对主义，认为类似种族屠杀和恐怖活动之类的行为没有触犯任何普世的伦理原则。^⑫ 随着时间的推移，某些基本的伦理前提基础上的实质性的共识已经开始出现。如果我们为公正、公平的判断提供充分的信息和机会，大部分人会赞同一些基本原则，例如诚实、仁慈，等等。尽管在特定情形（包括法律职业道德）中如何适用这些原则仍存在分歧，某些立场将会比其他立场更具有说服力，因为它们更理性、更明智并且更具有内在一致性。

然而，不论律师如何对待关于相对主义的哲学争论，他们必须就本书所讨论的问题作出审慎的道德判断。他们所面临的挑战，就是在不放弃道德信仰的情况下，避免道德自大。就许多律师职业道德的问题而言，即使律师怀抱崇高的伦理原则，他们就那些原则如何适用于棘手案件仍会存在分歧。尤其是在涉及相互冲突的价值和事实不确定的情况下，最职业、最负责任的方法可能就是容忍不同意见。如何在不确定性情况下作出考虑周全的判断是下面几章的中心议题。

^⑫ W. Bradley Wendel, "Teaching Ethics in an Atmosphere of Skepticism and Relativism," 36 U. S. F. Law Review 711 (2002); Morris Ginsburg, On the Diversity of Morals, in 1 Essays on Sociology and Social Philosophy 97-129 (1956); Michael Moore, "Moral Reality," 1982 Wis. L. Rev. 1061, 1088-1096.



三、律师法

在美国，法律行业是一个受到高度规制的职业。美国律师要遵守一系列正式或者非正式的标准，这些标准主要是法律职业制定的，但是美国律师也受到其他形式的规制的影响。最重要的规范渊源如下：

法院

传统上，司法机关主张它有规制法律服务的“固有权力”。这种权力源于这样的前提，即律师是法院的职员。在美国，司法权基于宪法条款规定的政府权力分立。法院所行使的某些监督权，不过是普通法上的裁判权。例如，法院适用了合同、信托和相关的原则来在不当执业、收费争议和利益冲突问题上规制律师。

此外，法院已经宣称自己有权制定一般的程序规则和职业道德守则。实际上，每个州的最高法院都对律师准入、惩戒和非法执业施加了控制。联邦法官享有相对的固有权力及制定法上的权力来规制联邦法院系统内的律师准入、惩戒和审判行为。对于实体标准来说，联邦法院通常依赖于该法院所在司法辖区的职业道德守则和普通法。在不同的程度上，州法官和联邦系统的法官都已经执行了他们认为与他们自己的监督权相一致的立法规范。

律师协会

在履行它们的规制职责时，法院常常授权给律师协会。大约三分之二的州有“一统性的”（integrated）律师协会，即要求律师加入州律师协会，这是执业的条件之一。在某些州，尽管法院行使名义上的监督权，律师的组织在很大程度上管理着律师准入和惩戒事务。其他的州拥有各种规制组织，它们要受到司法的审查。无论哪种情况，在律师惩戒委员会中，虽然有一些非律师人员代表，法律职业人员仍行使着控制权。律师协会通常通过委员会建议或游说活动来修改相关的职业道德标准。

除了加入州律师协会外，许多律师还加入了全国性、地方性或其他性质的律师组织，包括那些根据执业领域、政治或法律原因、种族、性别和民族而成立的律师组织。这些组织中最大的是美国律师协会（ABA），它代表了全国大约百分之四十的律师。

道德守则

律师协会最重要的活动之一就是制定为法院所采纳的道德守则。美国律师协会制定了三个重要的示范守则，这些示范守则是各州道德守则的基础。这些示范守则是《道德准则（1908年）》、《职业责任守则（1970年，1981年修正）》和《职业行为示范规则（1983年，2003年修正）》。截至2005年，除了6个州（包括加利福尼亚州）外的其他州的最高法院都基于《示范规则》制定了相关标准，



10

这通常是在与州律师组织磋商后进行的。^⑬ 加利福尼亚州有一个独特的制度，立法授予加利福尼亚州律师协会理事会直接制订规则的立法权，但是要经加利福尼亚州最高法院批准。该法院通过了《职业行为规则》，这些规则吸收了美国律师协会《职业责任守则》的规定，但是在某些方面有所不同。加利福尼亚州立法机关还通过了一个适用广泛的《商业和职业守则》（Business and Professions Code），其中有一些条款也适用于律师。

在几乎所有的司法辖区，律师道德守则因州最高法院的采用而具有法律效力。在少数司法辖区，法院仅仅把这些守则批准为指导方针，这些指导方针在司法和律师惩戒程序中才具有法律效力。道德守则仅仅旨在为律师惩戒确定标准，因此明确声明不是要为追究律师的民事责任提供依据。^⑭ 然而，大多数法院在律师不当执业案件中依据这些法典化的规则来进行审判。20 世纪 80 年代后期和 90 年代，许多州与地方的律师协会还制定了礼仪行为守则。在很大程度上，这些行为守则建立的是自愿性的标准，但是它们其中的几个已经被法院批准或采用。

四、规范渊源

其他规制标准主要来自于律师协会道德委员会、立法机关、行政机关、专业律师组织以及法律雇主。州、地方与全国性的律师协会道德委员会的裁决在界定律师职业道德责任方面扮演着重要的角色，尽管其地位在削弱。传统上讲，这些意见是针对律师的询问作出的，并且宣称是对法典化的标准的解释和详述。然而，随着法院在职业惩戒与不当执业程序中日趋积极，随着自愿性的律师组织越来越担心违反反托拉斯法的规定，律师协会道德委员会的意见的影响力已经日渐式微。^⑮

与此同时，立法机关和行政机关的作用已经扩大了。法院通常允许立法机关和行政机关对在行政裁判庭出庭的当事人设定标准，并且确立其他行为规则，只要这些规则与法院批准的规则是一致的。一些行政机关，例如工人报偿委员会和税务委员会，允许符合特定资格的非律师人员在它们的程序中代理当事人。某些机关，例如证券与交易委员会以及国内税务局，也有权力对那些出现在它们面前的不道德行为予以制裁。

11

在跨司法辖区执业活动中，这些重叠的规制体制进一步复杂化。律师的许多工作是跨越州或国家边界的，因此要遵守的道德守则不止一个。尽管美国律师协会的《职业行为示范规则》确立了解决各州守则之间冲突的原则，但是这些原则在实践当中的运用仍然会存在问题。^⑯

^⑬ State Ethics Rules, ABA/BNA Lawyers' Manual on Professional Conduct, April 20, 2005, 273.

^⑭ 《职业行为示范规则》关于“范围”的导言性规定宣称它们“不是要成为追究律师民事责任的依据”的。《职业责任守则》的前言也包括一个类似的免责声明。

^⑮ 在政府对美国律师协会提起的反托拉斯诉讼和解以后，美国律师协会道德委员会发布意见宣称其裁决对律师没有约束力。ABA Comm. on Ethics and Professional Responsibility, Informal Op. 1420 (1978).

^⑯ ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 8.5. 就像第十章所指出的那样，美国律师协会根据跨司法辖区执业委员会的建议，对其《示范规则》进行了修正，以促进特定情况下的跨州界执业活动。



其他律师组织也发挥了重要的规制作用。州律师资格考试委员会有权力决定准入标准与程序。这些委员会主管律师资格考试、伦理品行要求以及州外的律师的准入程序。其他职业组织制定了一些关于律师的标准，这些标准成为了执业者、法院、律师协会委员会以及道德守则起草者的重要指南。美国法律协会的《律师法重述》(Restatement of the Law Governing Lawyers)是这些著作中内容最全面、影响最大的一个。其他例子包括美国律师协会《刑事司法标准》(Standards Relating to the Administration of Criminal Justice)，以及《美国婚姻律师学会行为标准》(the Standards of Conduct of the American Academy of Matrimonial Lawyers)。

最后一个有影响力的渊源是律师工作场所的正式和非正式的标准。就道德问题，雇佣者通常有具体的方针、程序、委员会或者咨询者。例如，大的律师事务所和公司内部律师办公室及政府机关常常有复杂的制度，来处理诸如利益冲突等道德问题。雇佣方针吸收并补充了有关道德守则的规定，并且常常反映了其他规范渊源，比如保险公司在不当执业责任保单中设定的条件。

同样或者更重要的是非正式的规范。各种证据表明了同行影响对道德行为的重要性。^{①⑦} 律师的适当行为感，在很大程度上依赖于其工作场所、社群和执业领域的流行标准。愿意融入，愿意成为团队成员，愿意保护其声望，在律师的道德决策中常常扮演着有力的角色，尽管不总是有意而为之。这一结果可以强化、重 12 塑或者抑制伦理忠信，这取决于具体背景。

在这种复杂的规制环境当中，行为标准重叠（有的时候甚至冲突），如何在伦理和法律上“行为正确”会给律师们带来严重的挑战。这些挑战是本书的主题。

^{①⑦} See sources cited in Deborah L. Rhode, Where Is the Leadership In Moral Leadership, in *Moral Leadership: The Theory and Practice of Power, Judgment and Policy* 29, 32 (Deborah L. Rhode ed., 2006); Linda Trevino and Gary R. Weaver, *Managing Ethics in Business Organizations: Social Scientific Perspective* (2003); Bradley Wendel, "Informal Methods of Enhancing the Accountability of Lawyers," 54 U. S. Car. L. Rev. 967 (2003); Fran Zemans & Victor Rosenblum, *The Making of a Public Profession* 172 (1984).