

# 律师角色的转换与法治的可持续发展

蔡从燕

**摘要:** 本文提出并运用诉讼代理人与对抗型法治和 ADR 参与人与合作型法治两对分析范畴,以民事司法改革为切入点,认为“司法危机”就是法治危机。在此基础上,认为本质上经由诉讼实践并实现的只能是对抗型法治,由此作为诉讼代理人的律师与对抗型法治语境中的“司法危机”具有内在联系;认为 ADR 有助于实践合作型法治,有助于缓解“司法危机”,而作为 ADR 参与人的律师在实践合作型法治,实现法治的可持续发展方面可以起到重要作用。最后,对最近我国推动 ADR 实践及建立律师诚信制度的具体做法做了实证分析。

**关键词:** 律师;角色转换;法治;可持续发展

**中图分类号:** DF85 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008 - 1569(2003)05 - 0117 - 10

1959 年,由“国际法学家会议”通过的《德里宣言》总结了法治三原则,其中之一是,司法独立和律师是实施法治必不可少的条件。贺卫方教授指出,法治是法律家之治,法律家是指受过法律训练并以法律为职业的人,包括律师、法官、检察官、法学者、公证人等,小岛武司认为,“律师的服务是通向正义途径不可缺少的条件。”正义的实现是从律师开始的”。可以说,包括律师在内的法律家在法治实践中是不可或缺、具有重大的积极作用。

本文目的则在于提出并运用诉讼代理人与对抗型法治和 ADR 参与人与合作型法治这两对分析范畴,分析作为诉讼代理人的律师的执业行为,从一个侧面分析西方国家民事司法制度运行中出现的困难,进而分析作为非诉讼纠纷解决办法(Alternative Dispute Resolution, ADR)参与人的律师的执业行为,从一个侧面探讨实现法治可持续发展的途径。最后,分析目前我国促进 ADR 实践的措施以及司法部建立律师诚信制度的最新实践并提出相关建议。

## 一、诉讼代理人:律师与对抗型法治

西方学者认为,“通过法律实现正义,这是西方追求正义实现的一般(基本)途径”。从纠纷解决领域看,通过司法实践或说诉讼途径显然就是追求正义的具体途径,“现代的法律意识 = 审判利用”的法律意识论极端地表明诉讼具有实现正义的功能。事实上,在西方语境中,justice 兼具司法、审判、正义的含义已经揭示了诉讼与实现正义间的内在关系。鉴于正义是法治的基本原则之一,因此可以认为诉讼是实现法治的重要手段。

通说认为,诉讼模式有两类,即英美法系国家采用的对抗制或当事人主义模式与大陆法系国家采用的职权制或职权主义模式。不难看出,这一划分是以法院与当事人间关系作为逻辑起点。但从当事人间关系角度看,两类诉讼模式无疑都属于对抗制,并不存在什么区别。因此,从法治类型角度看,笔者认为,经由诉讼实践并实现的是一种对抗型法治,即当事人在相互对抗行为中实践法治,社会在当事人相互对抗行为中实现法治。

**作者简介:** 蔡从燕,厦门大学法学院博士生。

在确立对抗型法治这一基本分析工具前提下,我们进而分析对抗型法治的实践机制。我们认为,这种实践机制包括两部分,即作为实践对象的规则部分及作为实践主体的角色体系部分。就前者而言,丕公祥教授认为,“法律的形式化之实质乃是法治原则的确证与实现。”昂格尔认为,形式与公平、形式与协作间都存在着冲突,比如协作原则意味着“个人不把权利看作是理所当然的。”“一个人从来不能在不考虑其行为可能对他人造成的影响的前提下,利用法律权利追求个人自己的目的。”换言之,形式化已经蕴含着对抗性因素。具体到诉讼领域,理论与实践都表明,诉讼法形式化的核心是程序正义,而“程序正义的那些技巧不过在另一个层次上再生产了形式性而已。”总体看,在程序正义观念支配下,诉讼制度日益精巧、复杂、繁琐,立法者与司法者在努力充实法律正义内涵的同时却使得法律日渐丧失平民化品质,法律与公民的距离越来越大。相反,法律活动的专业化程度却越来越高,出现了包括律师在内的专业化的法律家阶层,并形成了法律家的“技术理性”,即法律职业的专门逻辑。众所周知,法律家阶层在诠释、实践程序正义方面已经占据了一种话语主导权,以致“私人在法之实现中发挥作用时,其大多数场合需要律师的帮助。”在美国,甚至形成这样的律师—委托人关系模式,即律师说:“一切交给我好了”,或者当事人说:“让你的律师去找我的律师”。可以说,程序正义实践越发深化,对抗型法治中对抗的发生区域就越广,私人在法之实现中也就更加依赖于包括律师在内的法律家阶层。

更进一步看,律师对委托人的忠诚义务是律师与委托人间关系的核心内容,也是律师职业伦理的应有之义。有美国学者认为,律师职业伦理的核心是最大限度地确保客户的合法权益而奋斗,即“党派性原则”(the principle of partisanship),其极致境界被形容为“不惜与天下为敌”,<sup>1</sup>换言之,律师可以冒天下之大不韪,任意曲解、滥用法律。<sup>2</sup>从实践角度看,《美国律师协会职业行为规则》序言明确规定:“作为代理人,律师应当依照对抗制的规则,竭尽全力维护委托人的权益。”显然,对委托人忠诚几乎构成美国律师职业伦理的全部内容。笔者认为,从对象角度看,律师的忠诚包括两个方面,其一对委托人的忠诚,表现为律师忠诚于当事人的实体与程序利益,这是一种基于合同义务而产生的直接忠诚;但律师对法律也应负有忠诚,从根本上说这是主体对工具所负有的道德义务,这是一种间接忠诚。应指出,不排除这种道德义务被法律化,如日本《律师法》第1条规定:“律师以拥护基本人权、实现社会正义为使命。律师必须根据上述使命,诚实地履行职责,为维持社会秩序以及改善法律制度而努力。”<sup>3</sup>笔者认为:正是过分强调律师对客户直接忠诚,甚至视之为律师职业伦理的全部内容;相反,轻视律师对法律的间接忠诚,甚至否定其在律师职业伦理占有一席之地导致了律师“不惜与天下为敌”现象的产生。<sup>4</sup>

然而,即使律师“不惜与天下为敌”地为委托人利益而奋斗,由于作为法律家的律师向来在律师—委托人关系中追求并事实上拥有话语主导权,<sup>5</sup>使得这种关系具有明显的不对称性。美国法律批判运动的学者们曾经对传统的“律师说:一切交给我好了”的律师—委托人关系模式所具有的分隔性和不平等性提出了批评,他们主张律师与委托人间应该建立平等关系。<sup>6</sup>在日本,针对律师与委托人因专业性差距而产生的结构性失衡问题,棚濑孝雄主张予以纠正,使二者对等化。<sup>7</sup>但无论从社会分工实践的宏观角度,还是程序正义实践的微观角度看,对抗型法治语境下的律师—委托人关系的不对称性仍将长期存在。<sup>8</sup>

此外,“法律家也是一个利益集团,他们宣扬法治的目的可能也是追求自我利益的增加。……。法律家无疑可从法治中得利。”<sup>9</sup>无论是主张“职业论”还是主张“营业论”的学者,<sup>10</sup>它们都肯定律师业的营业性,区别仅在于前者认为律师具有较强公共性,后者则以专业性为核心。由于法律家藉由不断深化的程序正义实践而获得日益强大的话语权,并且可以经由营业性之路径转化为实际利益。英国民事司法改革的总设计师沃夫勋爵就认为,诉讼费用高昂的原因是当事人及律师过多地进行不必要的诉讼活动。<sup>11</sup>总之,在对抗型法治背景下,“程序公正使程序在时间和金钱上都更沉重了。”<sup>12</sup>

下面从晚近西方国家民事司法改革角度实证考察律师如何实践对抗型法治或说客观上给对抗型法治带来什么影响。西方学者认为,20世纪末多数西方国家进行的民事司法改革源起于所谓的“司法危机”,它表现为许多国家民事司法制度的运作面临着许多困难,<sup>13</sup>尤其表现在诉讼迟延和诉

讼成本过高,其影响已超出司法制度而波及整个社会、经济体制。<sup>11</sup>鉴于在西方语境中,justice 兼有正义、司法之含义,并且正义是法治的基本原则,因此可以说“司法危机”也就是法治危机。

诚然,西方国家出现“司法危机”的原因是多方面的,绝不能简单地认为律师是“罪魁祸首”,但不可否认,对抗制法治语境下的律师是其中的一个重要因素。事实上,西方学者也承认“近年来,律师及其在对抗制中所扮的角色遭到了猛烈批评。”<sup>12</sup>小岛武司更是明确把律师列为诉讼制度改革的一个主体。<sup>13</sup>

在这些学者中,美国学者奥尔森以20世纪60年代以来美国出现的所谓“诉讼爆炸”现象为载体,全面分析了律师在其中的作用。他认为,律师及诉讼产业是诉讼爆炸的原因,理由是:<sup>14</sup>首先,20世纪60年代以后,“美国的法律职业不仅仅放松了传统的道德规范的约束,那些道德规范不过是非常普通的要求,而且完全把这些道德规范踩到了脚下。直到60年代中期,美国律师协会道德准则第28条关于反对‘挑起诉讼’的规定尚未发生变化。而此后不过数年,很多人开始认为挑起诉讼是鼓励公共事业,事实上是一种道德义务。”于是,律师作广告、拉客户、挑起诉讼成为业务的重要内容。诉讼不再是当事人的最后的手段,而成为律师的第一需要。其次,胜诉酬金使律师受到巨大利益的有力刺激,去谋求最大数额的金钱。再次,律师与当事人的角色发生倒转。“导向新体制的每一步都倾向于提高律师的作用而压低当事人作用。……胜诉酬金使律师从经济上到心理上都成为诉讼的主导,这给予他们强有力的诱因,使他们按照自己期望的方向去强求和修正当事人的态度和记忆。在集团诉讼中,当事人逐步被搁置一旁,只有姓名被使用。最后,以私人一般代理权的名义,律师可以完全和公开地代表他们自己,为了意识形态或利润,或兼为二者而开始诉讼。”<sup>15</sup>而且,美国解除诉讼当事人的束缚每一步都变得越来越糟、越来越危险。胜诉酬金的扩大无限加剧了律师滥用的诱因。诱惑使律师一次又一次地把一部分制度弄乱,以得到当事人的权利。集团诉讼及其他类似策略的更广泛的利用,意味着更多的律师在没有与当事人商量的情况下活动。”最后,律师不受制约的强大介入权不断膨胀。奥尔森认为,美国之所以是个好诉的社会,是因为律师掌握着无比强大的介入权。“美国诉讼产业的庞大阵容的繁荣就是建立在这些介入权之上。”结论是:抑制诉讼的关键在于律师。

发现程序的被滥用是更为具体的例子。一系列研究报告都认为,美国司法制度因过度的成本和迟延而存在危机,诉讼中的发现程序则是主要原因。事实上,发现程序的实施“绝对依赖于律师的诚信和普通观念。如果律师都是怀善意和正义而使用发现程序的话,那些这些弊端可能都不存在”。<sup>16</sup>但从20世纪40年代以来,律师滥用发现程序问题日趋严重,并成为美国司法制度面临的主要问题。20世纪80年代的一项研究表明,80-92%的诉讼当事人出于不正当目的使用发现程序。<sup>17</sup>由此,应对所谓的“诉讼突袭”行为,促进和解、提高效率、降低成本等发现程序的初衷并未真正实现。

针对日益严重的诉讼迟延和诉讼成本高昂问题,许多西方国家纷纷启动了民事司法改革,其中以20世纪90年代中期后启动的英国民事司法改革尤为引人注目,初步评估表明,民事司法改革总体上效果良好。<sup>18</sup>然而,如果只把改革局限于诉讼程序方面,以求降低诉讼迟延和诉讼成本,则改革就是不充分的,理由是,其一,这种改革可能面临由于利用司法的成本降低而带来的风险,英国学者朱克曼已经指出,如果仅仅通过诉讼程序改革使诉讼变得低廉、迅速,则必须认真对待可能陷入“激发更多的诉讼”的两难困境。<sup>19</sup>其二,这种改革实际上并未整体上降低纠纷解决的社会成本,纠纷解决成本的支付者极可能从国家转换为当事人,或在诉讼体制内部进行转换。鉴于英国已经对民事司法改革成果做了初步评估,不妨以此予以实证:《初步评估》指出,调查表明,新民事诉讼规则生效后,小额诉讼中从提起诉讼到开始审理的平均时间反而增加了。人们对于新民事诉讼规则对诉讼费用的影响看法也存在分歧。有人认为:“现在的诉讼与以前相比是少了,但缺点是费用在诉讼前就已经体现出来。那些想提起诉讼的人们知道他们必须提前支付巨额费用。……这阻止了人们提起诉讼,因为他们要养家糊口。”<sup>20</sup>也有人认为:“早期从事更多的活动意味着需要更多的评估和咨询,也意味着一开始就要支付更多的费用。”<sup>21</sup>还有人认为:“尤其是,准备案件管理会议所需的文件可能费用不菲,费用及在费用预算方面所耗费的时间不总是会给当事人带来可以看得见的好

处。”“争端解决中心”(CEDR)针对律师的一项调查表明,人们对“早期卸除”(front-loading)对诉讼费用的影响看法存在严重分歧。可见,单纯改革诉讼制度有可能治标但不治本,不足以克服西方国家中存在的“司法危机”。

另一方面,律师未必欢迎以降低诉讼成本、缓解诉讼迟延为己任的诉讼制度改革,原因很简单:它会损及律师的利益,特别在按时收费制或胜诉酬金制下更是直接关系律师的利益。小岛武司指出,律师在解决诉讼迟延方面大都动作迟缓与律师的利己主义思想有关。<sup>8</sup>可见,日益深化的程序正义实践、律师—委托人关系的不对称性以及律师阶层的逐利性使得民事司法制度目前存在的诉讼迟延与成本高昂两大难题很难获得有效解决,对抗型法治实践仍将存在严重困难。据此,有必要寻求新思路与新途径,以缓解,乃至解决这些问题,从而实现法治可持续发展。如下所述,西方民事司法改革实践已经表明,ADR有助于缓解“司法危机”,有助于实现法治可持续发展。<sup>9</sup>

## 二、ADR 参与人:<sup>h</sup> 律师与合作型法治

ADR 是指诉讼外纠纷解决方法的总称,包括但不限于谈判、调解、仲裁,<sup>10</sup>其基本价值取向是强调当事人间的合作,打破诉讼垄断。积极吸纳 ADR 是晚近西方国家民事司法改革的普遍实践,<sup>11</sup>学者把 ADR 运动看成“接近正义”(access to justice)的第三“波”,以区别于为贫困者提供法律援助的第一“波”以及为扩散利益提供保护的第二“波”。<sup>12</sup>

尽管运用 ADR 的原因很多,但主要是基于对诉讼迟延、诉讼费用高昂的不满,作为 ADR 运动发源地的美国更是如此。<sup>13</sup>实践表明,ADR 有利于缓解,甚至解决民事司法制度所面临的问题。比如在新西兰,ADR 被认为是“解决商事诉讼中诉讼成本高昂与诉讼迟延问题的最有效的方法。”<sup>14</sup>应指出,民事司法制度总体运行良好的国家,如德国,近年来也积极推动 ADR 实践。<sup>15</sup>

我们认为,与诉讼本质上只能实践及实现对抗型法治不同,ADR 有助于发展合作型法治,即当事人在相互合作中实践法治,从而整个社会在当事人相互合作中实践并实现法治。正是从这个意义上说,ADR 实践是实现法治可持续发展的需要。

ADR 之所以有助于实现合作型法治,首先是由于 ADR 所独具的纠纷解决文化。以美国为例,现代 ADR 在不同发展阶段中形成了许多纠纷解决理念,包括“社会干预”理念、“治疗”理念、“增强自治能力”理念、“促进和解”理念、“合作性问题解决”理念、“评价性”理念、“转变性”(transformational)理念,<sup>16</sup>这些 ADR 理念具有一个共同特征,即强调当事人通过合作而非竞争来解决纠纷。

其次,从程序结构角度看,ADR 在程序设计及运行方面都广泛体现了合作精神。<sup>17</sup>以“微型审理(minitrial)”<sup>18</sup>为例,该程序典型设计如下:当事方的有关人员分别向一个由经授权的双方高级管理人员——这些管理人员通常没有介入纠纷,因而能够较客观地评估纠纷——及中立第三人共同组成的“法庭”陈述案情,中立第三人在评估纠纷时可以提供法律帮助,并可以应要求告知可能的诉讼结果。在此基础上,双方当事方的高级管理人员直接进行私下谈判,也可以和中立第三人举行私下谈判,或召开调解会议。可见,该程序通过强化双方当事人的程序参与,谋求当事人进行包括直接听取案情、谈判、调解在内的合作以解决纠纷。在其中,律师的目的不在于证明其可以击败对手,赢得官司,而在于劝导他方当事人及中立第三人接受其客户提出的主张。<sup>19</sup>再以“早期中立评估”(Early Neutral Evaluation, ENE)为例,该程序是指在纠纷早期阶段,当事人分别把纠纷提交给一个共同中立人或中立人小组,请求后者预测可能的诉讼结果,以此鼓励当事人实现和解。ADR 专家设计该程序特别是供律师使用的。<sup>20</sup>其目的有三:为当事人就实体问题进行沟通提供途径;提供非正式的、低成本的发现程序以及促使当事人及其法律顾问尽早就纠纷开展调查,分析并评估自己在纠纷中的处境。<sup>21</sup>不难看出,ADR 强调纠纷当事人的程序主导地位。

再次,律师参与 ADR 程序,不管是作为当事人的代理人还是 ADR 程序主持人,都有助于调整传统的不平等的律师—委托人关系,使其趋于平等。这种变化表现在诉讼程序中拥有主导性地位的往往是前者(仅从律师—委托人关系角度看),与此相反,后者的主导性地位在大多数 ADR 程序

中得到了确认。”这种主导性地位是通过强化当事人对 ADR 的程序参与而获得的,ADR 理论与实践均有力证明了这一点,比如,上述“微型审理”与“早期中立评估”都强调当事人包括进行直接沟通在内的程序参与是其基本特征。律师—委托人关系的趋于平等以及当事人程序参与的强化为当事人间的合作奠定了重要基础。

但当事人何以能够通过强化程序参与并在 ADR 程序中获得主导地位?棚濑孝雄认为,解决律师与委托人间关系不平等性的途径不是通过人际信赖从根源消除不平等,而是提高委托人的能力,据此使之与律师共同解决案件。<sup>9</sup>言下之意,改善传统的不平等的律师—委托人关系的途径是提高当事人的程序参与能力。这一观点值得商榷,笔者认为,在诉讼程序中,由于造成传统的律师—委托人关系不平等的基本因素——特别是对抗制及其程序实践——仍将长期存在,试图通过提高委托人程序参与能力来改善律师—委托人关系不太现实。事实上,即使在 ADR 程序中,当事人程序参与的强化及并获得纠纷解决主导权与其说是当事人程序参与能力的提高,不如说是“ADR 使社会规范‘非法律化’,ADR 使律师非专业化,ADR 使法律程序非正式化”<sup>10</sup>的结果。换言之,委托人强化其程序参与实则乃律师的话语权被“淡化”,进而其拥有的程序主导权被“搁置”的结果,而非其程序参与能力得到了提高。明确这一点具有重要意义,其一,立法机关、司法机关及 ADR 组织在内的 ADR 促进者由此应认识到调整律师在纠纷解决过程中的角色对于强化当事人程序参与的重要性。其次,律师应认识到要有效地参与 ADR 实践就必须主动调整在纠纷解决过程中的传统角色。

一些学者也主张律师应该在 ADR 实践有所作为。小岛武司认为,律师职责范围正不断扩大,律师不仅要在诉讼方面发挥作用,在 ADR 方面也要扮演重要角色。<sup>11</sup>而且律师“应该选择适当的纠纷解决方法”,因为“如果律师具有极强的促进和解的技能,让市民相信他能找到与事件相应的自主解决办法,那么市民就会以轻松的心情走进律师事务所。”<sup>12</sup>

### 三、从诉讼代理人到 ADR 参与人:律师角色转换的障碍及解决

长期以来,英国律师对 ADR 不屑一顾,认为它是美国社会特有的现象,<sup>13</sup>以至于人们认为律师是 ADR 发展的主要障碍。<sup>14</sup>奥尔森也悲观地认为,在律师们努力把 ADR 推向法院审判,或根据需要推翻它对当事人的约束情况下,“ADR 难以与今天鼓励诉讼的机制及其老练的市场战相抗衡。”尽管他承认与法律援助等抑制诉讼的其他方案相比,通过代替性纠纷解决方式在法院外解决纠纷是一种更为前景的计划。<sup>15</sup>显然,有必要分析律师抵触 ADR 的原因,或者说,律师在从诉讼代理人到 ADR 参与人的角色转换过程面临哪些障碍?

笔者认为,律师在实现上述角色转换中主要面临心理与物质方面的障碍,正是这些障碍导致律师抵触 ADR。

首先,从心理障碍方面看,诉讼语境中的律师在其与委托人关系中往往居于主导地位,拥有强大的话语权,并把诉讼视为一种职业成就。<sup>16</sup>而在 ADR 语境下,当事人程序参与的强化削弱了律师的话语权,降低了后者的职业成就感。因此,律师有可能抵触 ADR 实践。

其次,从物质障碍方面看,律师认为 ADR 会降低他们的收入。美国司法部纠纷解决局高级律师杰弗里·M·胜格尔认为 ADR 在美国仍然面临许多障碍,律师担心更有效的纠纷解决方法意味着“收入的巨大下降”就是其中之一。<sup>17</sup>事实上,这一忧虑不无道理。以英国为例,长期以来法律援助资金只适用于诉讼当事人,而不适用于 ADR 当事人,这无疑制约了当事人及其律师运用 ADR 的积极性。<sup>18</sup>

如何解决上述障碍?笔者认为,为消除律师在运用 ADR 方面存在的心理障碍,律师首先应正确认识其在纠纷解决过程中所扮演的角色,即从“赢得诉讼”到“解决纠纷”转换,据此自觉调整职业成就的传统衡量标准。其次,立法、司法机关以及律师组织可以规定律师必须向当事人告知 ADR 程序,据此促使律师树立新型的职业成就观,并正确认识其在纠纷解决过程中的作用。比如,美国《联邦最高法院法院规则》第 17 条和第 88 条都规定律师应该熟悉 ADR。第 17.02(a) 条规定所有民事诉讼当事人必须被告知 ADR 计划;第 17.02(b) 条规定,律师有义务“向其客户告知可利用的

ADR 计划。”1994年,英国商事法院发布《诉讼实务告示》,“首次要求律师提醒当事人考虑使用ADR,并且要求在所有案件中律师应该“(1)和客户及其他当事人共同考虑试图通过调解、调停或其他方法解决特定纠纷的可能性。(2)确保向当事人全面告知解决特定纠纷的最有效的方法。”次年,高等法院发布了《诉讼实务告示》,法官据此可以要求律师至少必须在审判前两个月提供一份清单,清单必须涉及律师是否与客户及其他当事方探讨使用ADR的可能性、是否考虑使用某种ADR帮助解决或缩小争议等。”再次,规定当事人必须合理考虑使用ADR,甚至把ADR规定为处理特定案件的前置程序,以此间接推动律师参与ADR。美国法院普遍采用的“法院附设ADR”即属此类司法实践。澳大利亚新南威尔士州最高法院商事庭规定,当事人必须向法庭陈述他们是否考虑适合通过调解或其他ADR办法解决争议,法庭并且可以要求当事人就未能通过ADR解决争议作出解释。

实际上,律师抵触ADR的主要原因是担心收入会降低,因此在推动律师参与ADR实践时也应考虑到这一点。事实上,一些国家已经采取了相应对策。比如,为鼓励律师在庭外促成当事人和解,德国于1994年6月24日颁布的《费用修正法》规定,律师如能促成当事人达成庭外和解,可在法律规定的全部律师费外再多收取50%的“和解费”。<sup>4</sup>1998年10月,英国法律援助委员会下属诉讼费用与上诉委员会确认,在计算报酬时应该计算作为接受法律援助的当事人之代理人的律师为参加调解而花费的时间。目前,法律援助资金同样可以适用于调查、仲裁、早期中立评估、调解等ADR方法。<sup>5</sup>这有力地推动了律师参与ADR。

应指出,推动律师参与ADR程序不仅可以通过正面激励措施,而且也可以通过负面激励措施。比如,如果当事人能够证明其遭受损失,并且该损失与律师没有向其提供采用ADR方式的建议间存在因果关系,那么当事人可以向律师主张损害赔偿。在美国,已有类似的成功案例。英国学者认为,在英国也必然会允许提起此类诉讼,特别是律师违反了商事法庭指示或其他建议义务时。<sup>6</sup>

#### 四、实证分析:以我国最新ADR实践及律师诚信制度建设为对象

从本文研究视角出发,笔者认为,2002年最高院与司法部分别制定或发布的司法解释或规章具有重大的理论与现实意义,这三份法律文件是:2002年9月5日,最高院颁布了《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》(下称“司法解释”),对人民调解委员会主持下达成的调解协议的效力作了明确规定。为配合“司法解释”,2002年9月11日,司法部通过了《人民调解工作若干规定》(下称“规章”),对人民调解委员会主持下的调解,特别是调解组织、调解程序问题作了详细规定。2002年3月26日,司法部发布了《关于加快建立诚信制度的通知》(下称“通知”)。笔者认为,“司法解释”的制定与“规章”的颁布表明我国对于ADR实践的基本立场发生了重大变化。可以预见,中国的ADR实践将进入一个崭新的阶段。<sup>7</sup>从本文角度出发,这意味着我国在建设合作型法治方面面临着重要契机,相应地,为律师参与合作型法治实践提供了广阔空间。如下所述,鉴于我国ADR人力资源建设整体落后,律师界在推动ADR实践及建设合作型法治方面更是“英雄有用武之地”。

鉴于ADR程序一定程度上游离于司法体制之外,<sup>8</sup>西方国家极为重视ADR人力资源建设,以便为ADR程序运作提供人力资源保障。在美国,ADR组织、行政、司法乃至立法部门都重视这方面的工作。1998年《替代性纠纷解决法》第3条第4款规定,所有联邦地区法院都必须指定一名职员或司法官负责招聘、监督并培训在法院附设ADR计划中担任中立第三人和仲裁员的律师。该法第5条规定,在替代性纠纷解决程序中充任中立者的第三人都必须接受相应培训,并取得相应资格。前总统克林顿于1996年发布第12988号行政命令,规定“为促进更广泛、有效地使用正式或非正式的ADR方法,律师应该接受ADR技巧方面的培训。”<sup>9</sup>在英国,专家协会、ADR集团以及纠纷解决中心等三大ADR组织在ADR人力资源建设方面做了大量工作,专家协会更是成就卓著。<sup>10</sup>可以预见,随着ADR组织化程度不断提高,产业化态势渐趋形成,ADR人力资

源建设在 ADR 运动中必将居于核心地位。

实践表明,不同 ADR 方法的人力资源建设与该 ADR 方法的发展息息相关。以仲裁为例,《仲裁法》极为重视仲裁员的任职标准,该法第 13 条规定:“仲裁员应当符合下列条件之一:(一)从事仲裁工作满 8 年的;(二)从事律师工作满 8 年的;(三)曾任审判工作满 8 年的;(四)从事法律研究、教学并具有高级职称或具有同等专业水平的。”普遍认为,与法院相比,仲裁机构的裁判质量相对较高,这对于仲裁制度的发展是极为重要的。我国国际商事仲裁制度更是如此,中国国际经济贸易仲裁委员会之所以能在不到五十年内跻身于世界主要仲裁机构之列,颇具国际声誉,受案量雄居世界首位,其重要原因无疑是该仲裁委员会在仲裁员选任方面始终坚持高标准。当然,也应指出,我国仲裁员的人力资源建设主要局限性于选任环节,似乎缺乏培训在任仲裁员或即将担任仲裁员的人士等方面的程序设计。

与此不同,我国《人民调解委员会组织条例》规定,为人公正、联系群众、热心为人民调解工作并有一定法律知识和政策水平的成年公民可以当选为人民调解员,可见,在选任调解员时主要着重于公民的道德权威。随着社会结构的变迁、多元文化的形成以及权利观念的强化,调解员的调解技巧、法律知识等专业性能力应该加强,如此才能促进新形势下调解制度的可持续发展。笔者认为,在“司法解释”和“规章”相继颁布后,有必要加强调解员培训,否则人民调解制度的改革有可能面临改革风险。据此,笔者认为,律师应该积极介入调解制度的运行,以便促进调解员队伍建设,为调解制度的有效运作奠定必要的人力资源基础。

就“通知”而言,“通知”表达了司法部对律师业中存在的诚信乃至违法行为的严重关切。“通知”以罕见的严厉措辞指出,目前存在着律师“对当事人委托事项敷衍塞责,玩忽懈怠,甚至收了费不办事;滥做广告,进行虚假广告宣传;在办案中提供虚假证据,或者诱导当事人提供虚假证据;出具虚假法律意见等。”针对律师缺乏诚信及树立律师诚信的迫切性,律师界最近也展开了热烈讨论。<sup>7</sup>关于应对措施,“通知”指出:当前应着力完善以下四项诚信保障制度:一是委托代理制度。要修改律师事务所与当事人的委托代理合同,进一步规范合同格式,更加具体、明确地规定律师对当事人应尽的义务,强化律师责任,防止和减少收费不办事,不勤勉尽责等失信行为。二是律师事务所执业利益冲突审查制度。进一步规范律师代理行为,防止因执业利益冲突而给当事人带来损失,影响律师诚信形象。三是律师服务质量跟踪反馈制度。通过建立健全服务质量监督卡等方式,把律师执业的诚信情况更好地置于当事人的监督之下。服务监督卡要在签定委托代理合同时发给当事人。要严格实行一案一卡制度,在案件办结时,由律师事务所统一收回,并附卷归档。四是责任赔偿和保险制度。要强制推行责任赔偿和保险制度,使由于律师违法执业或因过错给当事人造成的损失,都能够得到赔偿,以有效保护当事人的合法权益,强化律师行业的社会信用。

诚然,笔者赞赏司法部所做的努力,但上述措施仍不尽周全,首先,不难看出,这些措施基本上指向诉讼代理过程中律师的不诚信乃是违法行为。笔者认为,建立律师诚信制度不应局限于诉讼代理领域,而应该从纠纷解决的整体性层面出发,直言之,根据纠纷的性质及其他相关因素选择适当的包括 ADR 在内的纠纷解决方法应该纳入律师诚信范畴。<sup>8</sup>其原因在于,如本文第一部分所言,在对抗型法治语境中,律师较为可能违背诚信原则。相反,如本文第二部分所言,在合作型法治语境中,律师较有可能尊重诚信原则。事实上,已有律师从“解决纠纷”的整体性视角审视律师职业观,比如有实务界人士指出:“不该较真的时候就不能较真,很简单的事情,律师一出面反而会变得复杂。”<sup>9</sup>律师是用法律解决问题的一个行业,而不是用法律把事情搞麻烦的一个行为。<sup>10</sup>显然,这种认识有助于理解及建立律师诚信制度。其次,上述四项措施的可操作性尚待强化,比如,规范委托代理合同的具体含义、手段以及判断标准,不甚明确。又如,怎样建立律师执业利益冲突审查制度,审查主体、标准、责任及程序保障,不甚了了。事实上,实务界已经对司法行政机关及律师协会予以了批评,比如广东省律师协会副会长陈卓指出,未能制定完善的规范是司法行政机关与律师协会“不敢正视的”。<sup>11</sup>

值得注意的是,在《通知》颁布后不久,南京市司法局宣布建立了律师事务信用评价体系,评价体系包括律师和律师事务所信用监管机制、律师事务所信用警示机制、律师信用评价机制、律师服



务质量跟踪制度和公示制度,以及完善律师执业责任保险机制和对违纪律师的投诉调查处理制度等,据此,司法局将对律师和律师事务所通过电脑建档立卡,律师及事务所的纳税登记、年检审计、投诉及处理以及服务特色、开展法律服务情况、参加公益活动记录等都将记录在案。对服务不到位、投诉不查处、管理不规范的事务所发出警示通知;对严重失信及违法、违规的事务所责令整改,直至暂停执业或暂缓年检,并向社会公示。同时,通过建立信用评价机制,对那些连续3年信用好的事务所试行免年检制度,切实做到用制度保证守信者得益,失信者受损。<sup>9</sup>姑且不论这些设想的可操作性与实效性,但其思路与《通知》相比显然更为狭隘。与此相比,《北京市律师执业规范》(试行)在建构律师诚信制度方面则比较具体,比如该《规范》第6直接规定了诚信原则,关于保密义务的第64条也体现了诚信原则。遗憾的是,原本可以成为建构律师诚信制度开创性规范的第54条却“功败垂成”:律师“有权”根据法律的要求和道德的标准选择实现委托人目的的方法再度体现出律师对其与委托人关系中主导权的惯性追求。笔者建议,应该把“有权”改为“应当”。

顺便提及,单从物质角度看,律师也有必要积极参与ADR,因为ADR的兴起实际上表明纠纷解决市场上出现了新兴的纠纷解决产品提供者,即ADR组织,许多由非律师人员组成的ADR组织在提供纠纷解决产品方面与律师形成了直接竞争关系。特别是,ADR产业化态势已初现峥嵘,尽管这种产业化实践目前主要局限于美国,<sup>10</sup>但类似或不同程度的ADR产业化实践在其他国家,包括我国的出现并非不可能。因此,积极介入ADR市场对于律师追求经济利益无疑也是必要的。

注释:

《德里宣言》确立的其他法治两原则是:第一,根据法治原则,立法机关的职能在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件;第二,法治原则不仅要制止行政权滥用提供法律保障,而且要使政府能有效地维护法律秩序,借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件。

贺卫方:《具体法治》,法律出版社2002年版,第13-16页。

小岛武司著,陈刚等译:《诉讼制度的法理与实证》,法律出版社2001年版,第13、23页。

张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1999年版,第353页。

从法院与当事人之间的关系角度出发,也有学者主张两大法系国家的诉讼模式都属于当事人主义模式,代表性学者是张卫平教授。参见张卫平:《诉讼架构与程式》,清华大学出版社2000年版,第23页。

丕公祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第78页。

昂格尔,吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年,第193、194页。

昂格尔,同注,第197页。

这并不排除程序正义实践在“便民”方面有所作为,如小额诉讼程序就是一种重要的程序设计。但由于这些程序设计是在诉讼制度架构中形成并运行,因而本质上体现了对抗型法治观念,并且与对抗型法治观念间也可能存在内在的紧张关系。仍以小额诉讼程序为例,其实施效果似乎并不理想,比如缺乏程序保障,可能诱发诉讼,而执行问题更为突出。对小额诉讼程序的详细论述,参见范愉:《小额诉讼程序研究》,载《中国社会科学》2001年第3期。

[日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,载梁慧星主编:《为权利而斗争—梁慧星先生主编之现代世界法学名著集》,中国法制出版社2000年版,第391页。

<sup>v</sup> 参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第244页。

<sup>w</sup> 诚然,这种“不惜与天下为敌”的职业伦理遭到了批评,但似乎仍有与之呼应的理论,比如有人主张律师伦理只是一种“工具性伦理”(instrumental morality),律师把法律条文和命题不仅看成电话号码簿那样的纯粹的工具,只求正确地运用法律而不问当事人援用法律的目的。只有客户利用律师提供的技术性帮助从事违法活动,只要律师没有参与就不必为之负责。参见季卫东:同注<sup>v</sup>,第245页。

<sup>x</sup> 学者对日本《律师法》第1条如此强调律师对法律的忠诚也有不同看法,比如棚濑孝雄对律师“职业论”的批判实际上质疑,甚至否定该第1条所包含的基本价值观。参见棚濑孝雄著,易平译:《现代日本的法和秩序》,中国政法大学出版社2002年版,第189-191页。

<sup>y</sup> 陈金钊教授认为,律师对法律忠诚仅指其工作方法,而非其行为最终目标。如果律师在其工作方法中不表达对法律的忠诚,律师职业的存在就有危机。参见陈金钊:《法官如何表达对法律的忠诚:关于法治方法的理论探索之二》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第1卷),山东人民出版社2002年版,第43页。笔者认为,律师对法律的忠诚当然主要体现在程序方面,即陈氏所说的“工作方法”,但不也尽然,比如,如果委托人利用法律系出于非法目的,并不排斥律师拒绝接受委托。但笔者认为,仅从职业伦理角度无法全面认识律师在对抗型法治语境中的执业行为,因为职业伦理是行为主体可以控制的理念或准则,而对抗型法治语境中的律师执业行为在某种程度上是律师本身无法控制的,因此笔者不拟对律师的职业伦理作深入分析。对律师职业伦理问题的深入研究,参见孙笑侠:《职业伦理与大众伦理的分野:为什么要重塑我们的法律职业伦理》,下载地址:<http://www.168soft.com>。



z 比如,法律家可以运用法律语言阻隔大众话语的介入,参见葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第 1 辑),中国政法大学出版社 2002 年版,第 85 页。

l 朱景文主编:《对西方法律传统的挑战:美国批判法律研究运动》,中国检察出版社 1996 年版,第 307 页。

l 棚濑孝雄:同注 k,第 172 页注 71。

l 相反,在合作型法治语境下,律师—委托人关系中的不对称性之纠正是可能的,详见本文第二部分。

l 贺卫方:同注,第 9-11 页。

m 日本是律师“职业论”主张的突出代表,日本《律师法》第 1 条规定:“律师以拥护基本人权、实现社会正义为使命。律师必须根据上述使命,诚实地履行职责,为维护社会秩序以及改善法律制度而努力。”职业论的核心在主张律师所提供的服务不受市场规律的约束,但棚濑孝雄认为,律师作为高收入阶层代名词实际上否定了“职业论”主张。参见棚濑孝雄:同注 k,第 189 页。美国是“营业论”的典型代表,比如,美国联邦最高法院在 Goldfarb v. Virginia State Bar(1975)一案(421 U.S. 773)中裁定律师是一种营业。

m See Lord Chancellor, Emerging Finding: An Early Evaluation of the Civil Justice Reform(March 2001), available at <http://www.lcd.gov.uk/merge/merge.htm> July 8, 2001.

m 宋冰编:《程序、正义与现代化—外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 381 页。

m Adrian A. S. Zuckerman(ed.), Civil Justice in Crisis, Oxford University Press, 1999, p. 12.

m 比如,有美国学者指出,为诉讼而支付的直接与间接费用已经庞大了美国经济学家在分析与预测经济时不能无视或轻视的程度了,诉讼费用已经削弱了美国的生产力与竞争力。律师为追求巨额律师费而招揽客户是司法制度过度使用的原因之一。参见 Hoadley, Walter E., Excessive Litigation - Negative Force in the Economy, Business Economic, Oct. 1992.

m Pam Marshal, “Would ADR have saved Romeo and Juliet?”, Osgoode Hall Law Review, 1998, Vol. 36, No. 4.

m 小岛武司:同注,第 13-23 页。

m Walter K. Olson, The Litigation Explosion: What Happened when America Unleashed the Lawsuit, Truman Talley Books, Dutton, 1991, 第 31 页。转引自范愉:《诉讼的价值、运行机制与社会效应——读奥尔森的《诉讼爆炸》》,载《北大法律评论》第 1 卷第 1 辑,法律出版社 1998 年版,第 170-173 页。

m 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社 2001 年版,第 445 页。

m A. Leo Levin & Denise D. Colliers, “Containing the Cost of Litigation”, 37 Rutgers Law Review 219(1985).

n 关于英国民事司法改革的评介,参见齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社 2000 年版,第 13、17 等章节。对英国民事司法改革效果的最新评估,详见注 m。

n Adrian A. S. 朱克曼:《英国民事诉讼的改革》,叶自强译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 6 卷,法律出版社 1996 年版,第 449 页。

n Philip Kalbraji, head of forensic services at accountants Grant Thornton quoted in The Lawyer, Witnessing the Decline, 10th April 2000.

n The Times, A Practitioner’s Point of View, 2<sup>d</sup> May 2000.

n Civil Justice Reforms One Year On - Freshfields Assess their Progress, p. 156.

n 小岛武司:同注,第 14 页。

o 中外学者普遍认为,ADR 机制无意也无法取代,而只是补充诉讼机制。对其原因的详细分析,参见范愉著:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 35-45 页。相应地,本文所指的合作型法治也并非要取代,而只是补充对抗型法治,这一点应予指出。

o 律师作为 ADR 参与者主要有两种情况:作为当事人的代理人或作为 ADR 程序主持人。

o 国内外学者对 ADR 的外延尚未形成一致看法,主要分歧在于 ADR 是否包括仲裁。本文作者认为,至少在中国,ADR 应该包括仲裁。对这一问题的详细讨论,参见范愉主编:《ADR 原理与实务》,厦门大学出版社 2002 年版,第二章。

o 对于民事司法改革构架下 ADR 实践的详细讨论,参见范愉主编:同注 o,第三章。

o 有关第一、二及第三波“接近正义”运动的分野情况,参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编,刘俊祥等译:《福利国家与接近正义》,法律出版社 2000 年版,第一、二、三章。

o Karl Mackie and others, The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution, Butterworths, 2000, p. 3.

o Charles Platto, Economic Consequences of Litigation Worldwide, Kluwer Law International, 1999, p. 21.

o 笔者认为,那些民事司法制度总体运行良好的国家之所以也积极推动 ADR 实践,其重要原因也在于谋求法治的可持续发展。

o 有关美国现代 ADR 理念的发展情况,参见范愉著:同注 o,第 71-74 页。

o 在这方面,应该承认仲裁是个例外。至少在一些国家,仲裁程序中已经充斥着对抗制色彩,仲裁具有的低成本、高效率等传

统优势正逐步丧失,学者对此予以严厉批评,甚至把仲裁排除在 ADR 之外,比如英国学者认为:“仲裁被律师所操纵,仲裁的承诺没有兑现。仲裁程序的繁琐与冗长如同法院审判,进而导致仲裁裁决一如法院判决般缺乏确定性。此外,糟糕的是当事人还要掏钱给仲裁员。……人们还怀疑仲裁员能否对付得了那些在对抗制及复杂的法院程序中浸淫良久的律师。……仲裁可能成为对抗制的最后乐园。”参见注<sup>o</sup>,p. 8.

<sup>o</sup> 由于微型审理具有较为明确的程序结构,因此有学者认为,微型审理在处理那些涉及重大公司纠纷时尤为有用。参见注<sup>o</sup>,p. 241.

<sup>p</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 250.

<sup>q</sup> Michael Palmer and Simon Roberts, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Butterworths, 1998, p. 229.

<sup>r</sup> W Brazil, “Special Master in Complex Cases: Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 53, 1950, p. 408.

<sup>s</sup> 必须承认仲裁可能是个例外,因为不断深化的程序正义实践已经使得仲裁程序日趋繁琐,复杂,以至于至少是许多英国学者认为 ADR 程序不包括仲裁。姑且不论这一主张的合理性,但不断深化的程序正义已经使得当事人对律师的依赖性也相应增强也确属不争事实。

<sup>t</sup> 棚濑孝雄:同注<sup>k</sup>,第 214 页。

<sup>u</sup> 史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍著,蔡彦敏等译:《国民民事诉讼的真谛》,法律出版社 2002 年版,第 227 页。

<sup>v</sup> 参见陈刚主编:《比较民事诉讼法》(2000 年卷),中国人民大学出版社 2001 年版,第 132 页。

<sup>w</sup> 小岛武司:同注<sup>书</sup>,第 20 页。

<sup>x</sup> 不仅是律师,英国的立法者与司法者长期也对 ADR 持怀疑,乃至排斥的态度。参见注<sup>o</sup>,p. 3.

<sup>y</sup> Peter Hibberd & Paul Newman, *ADR and Adjudication in Construction Disputes*, Blackwell Sciences, 1999, p. 37.

<sup>z</sup> 奥尔森:同注<sup>m</sup>,第 303 页。

<sup>aa</sup> Jeffrey M. Senger, *Turning the Ship of State*, *Journal of Dispute Resolution* 79(2000), available at <http://www.adr.gov/pdf/article.pdf>, Aug. 5, 2000.

<sup>ab</sup> 同注<sup>o</sup>.

<sup>ac</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 79.

<sup>ad</sup> Practice Note: *Commercial Court; Alternative Dispute Resolution* [1994] 1 All ER 34.

<sup>ae</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 63.

<sup>af</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 63.

<sup>ag</sup> Marianne Roth, *Towards Procedural Economy: Reduction of Duration and Costs of Civil Litigation in Germany*, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 20, April 2001, p. 144.

<sup>ah</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 79.

<sup>ai</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 125.

<sup>aj</sup> 我国推动 ADR 实践的基本动因与英、美等国不同,因为我国并不象英、美等国那样面临“司法危机”,但这并不妨碍合作型法治成为其共同追求目标,民事司法制度运行良好的德国也推动 ADR 即是证据。

<sup>ak</sup> 但这不表明 ADR 就是违背法治的,参见范愉主编:同注<sup>h</sup>,第二章第二节。

<sup>al</sup> Exec. Order No. 12988, 61 Fed. Reg. 4729 (1996).

<sup>am</sup> 同注<sup>o</sup>,p. 36.

<sup>an</sup> 2002 年第 8 期《中国律师》以罕见篇幅开辟了题为“诚信:律师安身立业之本”的专栏,探讨律师诚信问题,但这些探讨大部分还是初步的。事实上,许多学者乃至律师界自身已经意识到律师业中存在的问题,如:汪洋律师认为,目前中国的法律家有变质为商人、掮客的危险。钱锋:《追求法治—访四位首次当选全国人大代表的律师》,载《中国律师》1993 年第 5 期。江平教授指出:“有一点我们可以肯定,律师的形象在社会上是每次愈下,并不是呈上升的趋。”江平:《做人做律师》,载《中国律师》1997 年第 8 期。季卫东教授指出,目前中国法律事务所的发展具有浓厚营利动机结构化的特色,律师活动方式表现出抢在政策空档中既不承担竞争风险、又要追逐最大利润的机会主义倾向。参见季卫东:同注<sup>v</sup>,第 243 页。

<sup>ao</sup> 比如,美国《密苏里州法律职业行为规范》第 4-2.1 条规定:“在提供建议时,律师不仅应考虑到法律的规定,而且应该考虑到可能影响到当事人境况的其他因素,比如道德、经济、社会与政治因素。”

<sup>ap</sup> 资源来源:<http://www.sira.com.cn>, 2002 年 10 月 10 日。

<sup>aq</sup> 陈卓伦:《中国律师普遍的生存状态是不是疲于奔命》,载《中国律师》2002 年第 1 期。

<sup>ar</sup> 资料来源:东方律师网 2002 年 7 月 3 日发布(下载日期:2002 年 10 月 10 日)。根据东方律师网发布的消息,湖南、广东等地也将建立律师信用制度。

<sup>as</sup> 20 世纪 70 年代末以来,ADR 在美国逐步实现产业化。比如,早在 1992 年,“司法、仲裁和调解服务公司”(Judicial and Arbitration and Mediation Services Inc. JAMS) 处理案件已高达 1 万件,当年营业额就超过 2000 万美元。参见注<sup>o</sup>,p. 142.