

美国律师职业理想变迁的双重解读----对两种立场的一个比较
阅读 PDF 转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_BE_8E_E5_9B_BD_E5_BE_8B_E5_c122_486379.htm 一个吞噬了知识之树的时代的命运是：它必须……认识到，普遍的生活观和宇宙观绝不可能是日益增加的经验知识的产物，最强有力地推动我们的最高理想，始终是在和其他理想的斗争中形成的，那些理想对其他人来说是神圣的，正如我们的理想对我们来说是神圣的一样。??马克思#8226.马克思 《政治经济学批判》序言 一、问题界定 世纪之交，美国学界中许多关注律师界的学者议论纷纷：理查德#8226.爱泼斯坦则埋怨“律师多如牛毛，法律俯拾皆是”，直言要“简约法律”[3]，而安东尼#8226.伦奎斯特在芝加哥大学法学院作了一次演讲，这次演讲后来以“美国历史上的律师政治家”为题发表在《哈佛法律与公共政策杂志》上。在这次演讲中，伦奎斯特通过列举的方式界定了美国历史上的律师政治家，并指出目前律师政治家在美国政治生活中所起的作用逐渐消失了。[8]这一演讲引发了人们对律师职业理想变迁问题的关注。克隆曼在经过多年的深思熟虑之后，将这样一个过程解读为从律师政治家到科学法律改良者的演变过程。在克隆曼的著作中，律师政治家是这样一个人物：具有丰富的实践智慧和特殊的说服力，献身于公益并且非常了解人类的局限性及其政治结构。（第15页）换言之，构成这一理想形象的两大要素在于：其一具有献身精神：关注公众利益，并随时准备为其牺牲自己的利益；其二要具有特殊的才能，能够发现公众利益并作出这些利益分配的安排。（16页）在克隆曼看来，这一理想形象

也许从未曾真正实现过，但他却是18、19世纪的律师们赖以追求的职业理想，这些律师们以成为律师政治家作为自己的追求目标。但在今天，这样一种理想已经被另外一种理想前景所取代，这种理想比律师政治家理想更为野心勃勃，因为在这种理想下，“一个好的律师，不仅是一个想当然地有着良好秩序的公共规范的框架内用他的精力和学识促进他个人客户的利益的熟练的鼓吹者，他还必须是热心公益的改革家，他能够控制这一框架本身并在使这一框架对公众利益做出反映并保持公正所必需的改革运动中起领导作用”（第20页），这种理想形象被称作“科学法律改良者”。两种理想形象的差异不仅仅体现在后者要来得更为宏大，而且更多的体现在两者在具体策略上的种种分歧。正如克隆曼所看到的，两种理想模式都强调律师在公共生活中所起到的重要作用，其分歧的关键在于对这样一个问题：“律师该当何为才能实现这一作用”，律师政治家和科学法律改良者分别给出了不同的回答。伴随着社会的发展，科学法律改良者理想逐渐取代了律师政治家理想，而这令克隆曼感到忧伤。[9]但是在本书中，克隆曼并没有继续向前，他似乎没有阐明他为何无法容忍这种理想图景的变迁，正如本书的一名批评者所说的：克隆曼并没有“证据来证明在一种更多的律师努力追求律师政治家理想的文化中所产生的结果要优越于在一种更多的律师努力追求科学法律改良者理想的文化中所产生的结果”。[10]只有在《法律作为一门职业》这篇文章中，我们才找到了一丝蛛丝马迹：在这篇文章中，克隆曼认为律师职业所具有的四种特征（即关注公共利益、非专门化、通才式技艺以及深厚的历史传统）正好能够化解蕴涵于美国社会中的四

股离心力量，正因为如此，美国社会才会如此倚赖律师职业。[11]仔细分析这四种特征，我们就应该发现，这四个特征是支撑律师政治家理想的基础。换言之，律师政治家是某种职业文化的集中体现和重要组成部分，正是这种职业文化构成了律师们安身立命和自我认同的外在空间。因此，可以这么说，律师政治家理想的衰微有两个层面的原因：从基础层面来说，随着法律职业本身的变化（如商业化、专业化、律所组织结构变迁等等）[12]，这种职业文化由于根本特征受到损害而日渐衰微了。随之而来的是律师政治家理想的衰微。从知识层面来讲，克隆曼将之归结为两大原因：其一，为律师政治家理想辩护的不利。马克斯·波斯纳的观点也就让我们有机会从另外一种视角来看待职业理想的变迁问题。在波斯纳庞大的著作群中，对职业问题的关注主要集中在其法理学三部曲当中，尤其是《超越法律》与《道德与法律理论的疑问》。的确，和克隆曼对职业理想变迁的忧思形成反差的是，波斯纳为这种变迁而深感欢欣鼓舞，并主张这种变迁的进一步发展。[13]他并没有直接提及律师职业理想问题，而是集中论述了职业意识形态这一外延更广的范畴。在波斯纳看来，当前美国这场职业文化变迁从“坏”的职业主义向“好”的职业主义变迁。在传统的“坏”的职业主义看来，所谓职业是指“一个有相当公共意义的工作岗位，从事这一工作要求有非常高的专业的甚至是深奥的知识，这种知识只有通过专门的正式教育或某种精细监管的学徒制才能获得”。[14]当这种职业的实际只是不能把该职业的知识主张之确信正当化时，就会出现一种“职业神秘”的情况。随着职业的发展，这种职业就会产生神秘化、垄断化倾向，成为职

业托拉斯。20世纪60年代之前的法律职业就是一个典型的职业托拉斯。这种职业托拉斯在某种程度上顺应了社会发展的需求，保障了律师群体对社会服务需求的满足。但是，20世纪60年代之后，出于种种原因（新权利的创建、太高的犯罪率），社会对律师服务需求量激增，这种激增直接带来了律师数量的增加，进而带来了律师专业化进程、律师事务所组织结构的变迁以及律师服务商业化等一系列变化。这一系列变化最终加剧了律师间的竞争，最终导致了法律职业托拉斯的慢慢瓦解。于是，旧的职业主义也慢慢被一种新的职业主义所取代，这种新的职业主义主张“通过运用一套真正的、有社会价值的专门知识为基础的技巧，而不是通过培养职业神秘，法律职业获得了它现在的地位以及与之相伴的特权”。而要实现这种新职业主义，其途径就在于知识市场和思想市场的竞争。正是在这种意义上，科学法律改良者理想模式才倡导对其他学科知识的开放，也才主张发挥法律人特有的理性认知能力。在波斯纳看来，要解决当前法律职业危机，就必须向新的职业主义发展，去和其他从事法律事务的其他行业进行竞争，并在竞争中获胜。只有这样法律职业才能获得属于其自身的地位。波斯纳同样看到了律师专业化、律师事务所组织结构的变化、律师服务的商业化这些现象，他也同样看到了这些变化对传统法律职业主义的影响（《超越法律》第73页），但是他并没有像克隆曼那样认为“法律职业主义目前所呈现出来的挑战……成为法律人和非法律人正在遭遇的危机”[15]。在他看来，法律职业的危机并不是传统法律职业主义文化的崩溃，恰恰相反，传统法律职业主义文化的崩溃仅仅是这场法律职业危机的一个结果而已。“一种

职业意识形态只是一个结果，是这一职业界的成员的工作方式、其职业生涯的形式和内容以及构成他们日常重复的运动的的结果，简而言之，是这一职业的经济和社会结构的一个结果”。（《超越法律》41页）这样说来，法律职业主义的变迁恰恰是职业的经济和社会结构变迁的一个外在反映。因而，重要的不是去恢复以往的法律职业主义，而是要构建与当前职业经济和社会结构相适应的新职业主义，而科学法律改良者正是这种新职业主义的一个组成部分。很显然，波斯纳所持的立场是一种马克思主义的唯物主义立场。这种立场的一个典型表达是我们开头所引的那句话：我们判断一个变革时代也不能以它的意识为根据；相反，这个意识必须从物质生活的矛盾中，从社会生产力和生产关系之间的现存冲突中去解释。这一点波斯纳自己也直言不讳。在这些论述中，他一直追求探究意识变化的深层物质原因，而不仅仅停留在用意识变化来解释意识变化。

四、分歧所在及一点启示（一）分歧所在

通过对针锋相对的两类文本中论证思路的梳理，大致可以发现双方在以下几点存在根本的分歧：1、法律职业的危机：思想的危机抑或实在的危机 学术界人士都感觉到了法律职业本身正在出现一些问题，但是，对于法律职业真正病症所在，看法却不尽相同。克隆曼等人[16]认为法律职业的商业化对传统法律职业主义的侵蚀，导致传统法律职业主义的失落是当前法律职业所面临的最大挑战。但波斯纳却认为克隆曼的这种界定是一种知识分子的文化怀旧，是一种对历史事实选择偏见[17]的结果。这种文化怀旧就像陈寅恪在给王国维的挽词中对王国维自杀原因的解说那样：“凡一种文化值衰弱之时，为此文化所化之人，必感痛苦，其表现此

文化之程量愈宏，则其所受之苦痛亦愈甚，迨既达极深之度，殆非出于自杀无以求一己之心安而义尽也”。[18] 假如对波斯纳的实用主义立场稍有了解，就不会对他这种看法感到奇怪。按照实用主义鼻祖皮尔斯的看法：一个命题的意义就在于他的后果，因此没有后果的命题就没有意义。这就意味着波斯纳辨别真假命题的标准在于这一命题的后果。在波斯纳看来，思想危机这种提法于事无补，因为我们不可能重新回到那样一个时代。因此，他认为当前法律职业的危机在于法律这一职业给包括律师在内的从业者满足度的消失，这种消失的原因就在于“工艺的愉悦和行会的安全”的消失。2

、职业性质：利益共谋抑或公益团体 双方在职业性质的判断上也不尽相同。职业到底是一种“共同反对外行人”的共谋还是为社会公益而无私奉献的公益团体呢？作为一个深谙经济学的法学家，波斯纳在这一点上秉承了经济学上对人性的基本看法。经济分析的一个最基本特点就在于比其他方法更明确更全面地假定最大化行为，假定家庭、厂商、工会或者管理当局的效用或福利函数能够最大化。[19] 无论是律师还是作为团体的法律职业，波斯纳都认为“和其他人并没有两样，律师也是趋于将自己的以及法律职业界的福利放在他们与全部民众的共同利益之上”。（《超越法律》73页）相比之下，克隆曼似乎赋予职业一词更多的道德色彩，认为“职业”一词本身就意味着附着于其上的活动拥有一种其他非职业性工作所没有的特殊尊严，而使法律成为一门职业的首要条件就在于法律是一门为整个社会公共利益而不仅仅是为个人或者委托人利益服务的义务的公共行业。[20] 3、分析进路：社会科学抑或伦理学 最后一个重要区别在于双方分析中所

借助的学科资源。这个问题其实已经隐含在前面的分析中了，无论是对于职业成员还是职业团体所面临的问题，波斯纳都采用了一种“道德中立”的立场，在判断问题的时候，他更多的是追问何种选择更能促进社会前进。因此，他所借助的学科资源更多的是包括经济学和社会学在内社会科学。而克隆曼则相对要带有更浓烈的道德判断色彩，在分析中主要采用了伦理学上的“善恶”判断标准。当然，这并不排除他在很多细节上借助了社会学等学科的研究成果。（二）一点阅读上的启示：解读文本的两种态度 分析到现在，关于“律师职业理想变迁的原因及其走向”这一问题的两种解读的基本态势已经非常清晰地呈现出来了。但是，两者之间的鸿沟却随着这种分析的延伸而日趋扩大，乃至到了最后双方之间似乎变得“不可通约”。但从论证过程来说，似乎无法判断孰高孰低。最终的选择也许取决于读者本身一些基本判断。在这一问题上，双方的观点在知识这一市场中进行竞争，最后的结果只能取决于社会的选择和实践。这种情况下，读者是带着强烈的倾向性去选择文本和观点的。但是，假如摈弃了论证双方的一些强烈感情色彩的话，读者也许会看到另外一种情景。波斯纳的论证带有很宏大的唯物主义框架，令我们将对职业和职业危机问题的理解放在一个很宏大的时空观下。在这种视角下，我们对职业及职业危机的理解是粗线条的，但是又感到很有冲击力的。反之，克隆曼对律师职业理想变迁的解读则更多停留在思想层面，他将这种变迁在思想领域的情形非常细腻地阐释出来，这正好弥补了波斯纳那种进路在思想领域分析的不足。假如我们能够以一种“同情地理解”[21]的态度来解读两种截然对立的文本的话，我们

也许能获得对问题更为全面的解读！！【注释】*吴洪淇，证据科学教育部重点实验室（中国政法大学）2007级博士研究生，邮箱：wuhongqi123@126.com。[1] 转引自《后现代的状况??对文化变迁之缘起的探究》，【美】戴维·哈维著，阎嘉译，商务印书馆，2003年第一版，第5页。[2] 《超越法律》，【美】理查德·波斯纳著，苏力译，中国政法大学出版社，2001年版，主要集中在第一章。原版出版于1995年。[3] 《简约法律的力量》，【美】理查德·爱泼斯坦著，刘星译，中国政法大学出版社，2004年版。原版出版于1994年。[4] 《迷失的律师??法律职业理想的衰弱》，【美】安东尼·克隆曼著，周战超、石新中译，法律出版社，2002年版。原版出版于1993年。[5] 一个典型代表Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, New York: Oxford University Press, 2001.[6] 参见李学尧：“这是一个“职业危机”的时代吗??“后职业时期”美国律师研究的述评”，载于《中外法学》2004年第5期。需要加以注意的是，以上所引著作出版时间几乎集中在一个时间段上，这至少说明了此一问题的出现带有特殊的时代性。[7] 安东尼·克隆曼：“法律作为一门职业”（待刊稿），吴洪淇译，王进喜校。[8] 《迷失的律师??法律职业理想的衰弱》，同注[4]，第11页。[9] 只要看一看本书的最后一句话，我们就体味出克隆曼的忧伤和悲凉：“就像风暴中的海员，以某种方法抢救自己及船上珍贵的货物一样，他们将会为自己赢得无上的荣誉”。同注[4]，416页。[10] 盖尔·赫里奥特：“经验的颂歌”（未刊稿），吴洪淇译。[11] 同注[7][12] 安东尼·克隆曼：“法律作为一门职业”，同注[7][13] “20世纪60年代以来的发展看来

使得、并在一定程度上已经使得法律在一种好的意义上更为职业化了……”，《道德与法律理论的疑问》，理查德·波斯纳著，苏力译，中国政法大学出版社，2001年版，第221页。

[14] 《道德与法律理论的疑问》，同上，第217页。在该部分中，波斯纳详细阐述了该职业主义的九种特性。

[15] 安东尼·克隆曼：“法律作为一门职业”同注[7]

[16] 格兰登就持一种与克隆曼非常相似的立场。Mary Ann Glendon, *A Nation under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession Is Transforming American Society* (1994).

[17] 对于这种选择偏见的一个经典阐释：对于一个死者，我们总是记住他最好的一面；对于生者，我们却常常记住他最差的一面。（大意如此）

[18] 陈寅恪：“王观堂先生挽词并序”，转引自《秋雨散文》，余秋雨著，浙江文艺出版社，1994年版，第92页。

[19] 《人类行为的经济分析》，【美】加里·贝克尔著，王业宇、陈琪译，上海三联书店、上海人民出版社，1995年版，第7页。

[20] 安东尼·克隆曼：“法律作为一门职业”，同注[7]

[21] “同情的理解”是诠释学上一种重要观点。其提出者德国哲学家狄尔泰认为：理解就是通过进入他人的内心世界，重新体验他人的心境，从而再现他人的内心体验和作品原意。这种观点随着诠释学在国内学界的兴起也对学界产生深远的影响。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com