

## 美国律师职业危机:制度变迁与理论解说

吴洪淇

**内容提要:**20世纪60年代以来,美国律师业一直在经历着一场深刻的变革。律师业的这场变革衍生出包括律师职业危机论在内的众多理论解说。美国律师职业危机实际上是因为垄断学派本身的理论解释与律师业急剧变迁的制度变革之间分离所带来的律师职业理论的危机,而不是律师业本身的危机。通过对这场危机的系统考察,可以进一步深化对职业制度和职业实践的理解,从而有助于理清我国律师业改革的方向。

**关键词:**律师 职业危机 制度变迁 垄断学派

吴洪淇,中国政法大学证据科学教育部重点实验室博士研究生。

人通常被对事物的看法,而不是被事物本身所困扰。

——古希腊格言<sup>[1]</sup>

### 一 引言

中国律师业改革常常将美国律师业实践作为我们的蓝本,这一点在2007年的律师法修改中再一次得到了体现。以律师制度最为核心的律师职业定位问题来看,律师正在由原来的纯粹市场化的“中介机构服务人员”定位转向“为当事人提供法律服务的执业人员”。尽管此次律师法修改并未明确提出职业概念,但在字里行间所展现出的对职业特征的追求却是非常明显的。<sup>[2]</sup>但是,当我们将目光转向常常被我们视为未来目标的美国律师职业时,却发现大洋彼岸的美国似乎正在经历着一场至今尚未摆脱的“职业危机”。其最直观的表现在于:从律师自身生活来看,律师职业内部对律师职业缺乏认同感;从公众视角来看,律师成为公众抱怨的对象,公众罗列律师的种种恶行加以口诛笔伐;<sup>[3]</sup>美国律师协会(ABA)在1986年就成立专门委员会来研究职业主义问题并发布蓝皮书提出种种办法来扭转“律师业可能脱离职业主义原则”的趋势;与此相应的是,美国学术界也出现了大量探讨职业危机的论著,“职业危机”、“迷失的律师”等等词汇充斥着各种出版物。

[1] 转引自[法]蒙田著:《蒙田随笔集》,潘丽珍等译,陕西师范大学出版社2003年版。

[2] 季卫东:《律师的重新定位与职业伦理》,载《中国律师》,2008年第1期。

[3] 参见 Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* (Oxford University Press, 2001), p. 8.

在我们的律师制度改革迈向一个似乎充斥着危机的目标的时代背景下,美国律师职业是否存在所谓的“危机”,为什么会出现所谓的“危机”等问题就成了与我们自身制度建设休戚相关的问题群,这个问题群也就是本文所关注的核心问题。在对这个问题的解答过程中,本文展开顺序如下:在第二部分中,本文将 20 世纪 60 年代以来美国律师界的整体变迁做一个大致的描述;这种整体变迁催生了理论界对该现象的多种理论解读;在第三部分中,本文着重考察了“职业危机论”的代表观点和作品,进而深入探析此种理论内部的话语逻辑与理论困境;为了更好地理解“职业危机论”的理论困境,在第四部分中,本文将“职业危机论”置于职业社会学的多种理论脉络之中,从而将解释“职业危机”现象的整体理论图景呈现出来。本文的结论部分探讨了美国律师职业危机之观察对当前中国律师业实践与研究的一点启示。

## 二 美国律师界的当代变迁

自美国建国以来,律师一直在美国社会里扮演着非常重要的角色,而美国律师业也在不断的发展壮大。但 20 世纪 60 年代可以说是一个转折点,因为从这一阶段之后美国律师界的整体状况发生了根本性的变迁。这种变迁不仅体现在微观的律师个人执业方面,而且从律师业的整体结构来说,也发生了深层次的革命性变迁。

### (一) 律师业变化的内部视角

#### 1. 律师业整体状况

(1) 最直观的一点是律师整体规模的扩大,律师/总人口数之比急剧增加。1960 年美国律师总人数为 285933 人,到 1995 年则增长为 857931 人,总人口数与律师数也由 1960 年的 632/1 上升至 1995 年的 303/1。而在此之前的 60 年(1890 年至 1950 年),律师仅仅从 8 万余人上升至 22 万余人,考虑人口增长状况的话,则在这几十年间律师与总人口之比几乎没有大的起伏。因此,美国律师数量在 1960 年之后呈现加速增长的趋势。

表一 20 世纪美国律师数量统计表<sup>[4]</sup>

年度	律师人数	总人口数	总人口数/律师数
1890	85,224	62,947,714	739/1
1900	109,140	75,994,575	696/1
1910	114,704	91,972,266	802/1
1920	122,519	105,710,620	863/1
1930	160,605	122,775,046	764/1
1940	179,567	131,669,275	733/1
1950	221,605	150,697,361	709/1

[4] 资料来源:Richard L. Abel, *American Lawyers*, New York: Oxford University Press, 1989, p. 280.

续表

年度	律师人数	总人口数	总人口数/律师数
1960	285,933	178,464,236	632/1
1970	355,242	203,302,031	572/1
1980	542,205	226,545,805	418/1
1991	805,872		313/1
1995	857,931		303/1

(2) 律师业内部组成比原来更为多样化,这种多样化主要表现在性别、种族和执业领域三个方面。从种族和性别来说,60年代之前,律师业基本上是所谓“白种男性”的天下,1955年全美只有5036名女性律师,占律师总数的1.3%;但到了90年代末,这个比例已经上升至25%左右。在种族方面,黑人法学院学生也由原来的1.3%上升至现在的12%,黑人律师在律师总数中的比例也由原来的1%上升至现在的3.4%。<sup>[5]</sup>而从律师的执业领域来看,60年代之前大部分律师都选择独立执业,但随着时间的推移独立执业的律师比例正在逐渐降低:1960年为64%,1970年为52%,1980年为49%。而与此同时,选择为政府或私人企业担任内部法律顾问的律师数量却不断增长:1960年有27000名政府律师,1995年该数字增长为65000名,<sup>[6]</sup>而公司内部法律顾问则由1952年的18000名增长至1995年的80000名以上。<sup>[7]</sup>

(3) 律师业内部竞争不断加剧。剧烈的竞争主要表现在以下几个方面:其一,律师流动加快,律师在所与所之间,在不同部门之间(比如从律师事务所流向政府法律部门或者企业法务部)频繁流动,而且随着全球化趋势的发展,跨地区甚至跨国流动也逐渐频繁起来。律师流动的频繁度往往是律师行业内竞争激烈程度的一个重要表现,流动愈频繁,则表明律师事务所之间竞争程度越激烈。<sup>[8]</sup>其二,在律师事务所之间,“大鱼吃小鱼”的律师事务所并购活动不断上演;<sup>[9]</sup>其三,律师业内通过激烈的价格战和广告战展开业务上的竞争。在20世纪70年代之前的一段时期,律师服务的价格是受到律师协会限制的,地方律师协会为律师服务订立行业最低价,但从戈德法布诉弗吉尼亚州律协(Goldfarb v. Virginia State Bar)一案(以下简称戈德法布案)之后,这种限价政策就为美国最高法院的判决所打破。在广告限制方面也被1977年贝特斯诉亚利桑那州律协(Bates v. State Bar of Arizona)一案(以下简称贝特斯案)的判决所取消。<sup>[10]</sup>

[5] [美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,吴懿婷译,台湾:商周出版社2005年版,第488-490页。

[6] [美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,第491页。

[7] [美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,第492页。

[8] [美]罗伯特·W. 希尔曼:《论律师的流动管理——合伙人的退休和律师事务所解散的法律及道德问题》,王进喜、唐俊译,中国人民公安大学出版社2005年版,第一章。

[9] [美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,第494页。

[10] 戈德法布案和贝特斯案是美国律师管制史具有重要转折意义的两个案子。关于贝特斯案的分析,王进喜:《律师广告问题研究》,载《律师与法制》2006年第8期;关于戈德法布案的分析,参见吴洪淇:《自治与他治:律师服务收费管理主体定位的多重要素——从Goldfarb v. Virginia state bar一案谈起》,载《规划·规范·规则第六届中国律师论坛优秀论文集》,中国政法大学出版社2006年版。

## 2. 律师事务所发展概况

(1) 在律师事务所组织上,最为抢眼的变化就是所谓的“大型律师事务所的兴起”。在 20 世纪 50 年代末,全美只有 38 家律师事务所的律师超过 50 名,到 1995 年,已经有 702 家律师事务所律师人数超过 50 名,321 家律师事务所律师人数超过 100 名。2004 年全美最大的律师事务所人数已经达到 2000 人(包括合伙人和非合伙律师)以上,总收入达 13 亿美元。<sup>[11]</sup> 大型律师事务所给律师业带来的变化是极为深刻的。

(2) 大型律师事务所的兴起带来的是事务所内部组织结构进一步复杂化,律师事务所内部律师之间也进一步分化。在组织结构方面,传统的合伙制逐渐不能满足律师事务所扩张的需要,于是出现了像职业公司、有限责任公司、有限责任合伙这样新的组织形式;相应地,在决策机制方面,逐渐由原来的平等权利管理发展为科层等级结构;在合伙人关系方面,逐渐由原来的熟人化转向陌生化,合伙人之间也出现了分化,出现了像参股合伙人、薪酬合伙人这样的新类型。<sup>[12]</sup> 律师事务所是律师执业的最基本形式,律师事务所的制度安排也往往决定了律师个人的行动选择,因此,律师事务所组织结构的深刻变化必然带来律师个人的执业状态。

## 3. 律师个人状况

(1) 律师的执业环境。律师业的内部分化与激烈竞争恶化了律师的执业环境。随着律师业内部的分化以及企业法律事务的大量增长,越来越多的律师成为公司委托人的内部法律顾问,这使得这些公司委托人更经常会就某些特定事项来寻求代理,而不是与为大众需求提供代理服务的事务所建立长期的关系。这就带来了律师与公司委托人之间合作的短暂性进而导致律师在为委托人提供服务上的短期性。除此之外,剧烈的内部竞争也使执业变得更富于竞争性、更为专门化、更富有交互性,律师在满足委托人的短期要求上面临着更大的压力。<sup>[13]</sup>

(2) 与上述问题相关联的是律师的自我认同问题。大部分律师提出如果他们还能够重新决定的话,他们将选择别的职业,而有 3/4 的律师不愿意让他们的孩子成为律师。有 1/3 的美国律师遭受忧郁症或者酒精或者药物上瘾的折磨,这一比例比一般人要高出 2 到 3 倍。大约 1/3 被调查律师相信执业者们更加“唯利是图”,有一半认为他们更缺乏文明举止,而有 1/3 的人说他们比以前更可能撒谎了。<sup>[14]</sup> 这种自我认同危机与传统上崇高的律师政治家理想形成鲜明的对比。<sup>[15]</sup>

### (二) 律师业变化的外部视角

#### 1. 法院对律师管理的政策变化

(1) 律师协会的自治权受到一定程度的限制。根据三权分立政治原理和法律共同体的职业理念,美国律师业的宏观管理权一直隶属于美国法院,美国法院对美国律师拥有“固

[11] 以上数据根据两份资料整理而来:一为[美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,第 493 页;另一份为《美国律师事务所 100 强(2004 年度)》,载《中国律师》2005 年第 9 期。

[12] 罗伯特·汉密尔顿·理查德·布思:《美国律师事务所组织结构的变迁:1960-2000 年》,吴洪淇译,载《律师文摘》,2008 年第 1 辑。

[13] 参见 Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, p. 9.

[14] 参见 Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, p. 9.

[15] 威廉·伦奎斯特:《美国历史上的律师政治家》,魏浩峰译,网址:<http://lawyeringresearcher.fyiz.cn/blog/lawyeringresearcher/index.aspx?blogid=272417>, 2008 年 1 月 25 日访问。

有”的管理权。<sup>[16]</sup>但从实际运作来看,美国法院一般将这种管理权“委托”给律师协会来管理,也就是由律师协会来行使行业的自治权。但从20世纪70年代开始,律师协会的这种管理权逐渐受到法院的限制,最突出的标志性案件就是前文提及的贝特斯案和戈德法布案,在这两个案件中,美国最高法院削弱了律师协会对律师业内部的控制权,反映了美国最高法院在律师宏观管理问题上的立场转变。

(2) 律师协会对律师事务所和律师控制的削弱。这种削弱主要体现在律协对律师业整体控制的削弱,其具体表现在两个方面:其一,律师协会控制力受到法院的限制,这一点前面已经阐述过了;其二,律师协会所控制范围的缩小。以美国律师协会(ABA)为例,作为自愿性组织,原来的会员主要以中小型律所律师和单独执业律师为主,随着律师界内部成员的分化加剧和大型律师事务所的兴起,大量律师业成员将游离于律师协会控制之外,这自然会影响到律师协会对整个律师界的相对控制范围。这种削弱带来的一个有趣现象是,律师协会一方面在不断限缩自己的控制范围,但另一方面却在不断强化自己对所辖成员的控制。20世纪的美国律师协会前后颁布了三部行为规范:《职业道德准则》、《职业责任示范守则》和《职业行为示范规则》。无论从形式还是从规范内容上看,这三部规范所呈现出来的趋势就是不断地法律化,内容在逐渐地细致化,对会员的控制从某个角度来说更加强化了。<sup>[17]</sup>

## 2. 公众对律师的看法

事实上,公众对律师的不满早已有之,<sup>[18]</sup>但这种不满在20世纪下半叶的美国尤其显著。在美国律师协会(ABA)所调查的人当中只有1/5的人感到律师能被形容为“诚实的和有道德的”。在一次调查中,被调查者中有90%—95%不愿意让他们的孩子成为一名律师。<sup>[19]</sup>这些都表明了律师在美国社会中的认可度正在面临着前所未有的挑战。

# 三 法律职业危机论的逻辑与困境

以上是从内部和外部两个视角来描述美国律师业在20世纪60年代以来所发生的种种变化。这些变化激发了理论界的灵感和热情,各个学科纷纷提出了自己的看法。<sup>[20]</sup>这些理论学派之中,有一种观点非常引人注目,这就是“职业危机论”。这种论调不仅存在于法学界中,而且在职业社会学界、政治学界等其他学界中也很有影响。这种观点的基本看法是:美国律师业20世纪60年代以来所发生的这一系列变迁意味着美国律师业正在遭遇一场职业危机。为了更为集中地理解这种观点,本文将从“法律职业危机论”的内在进路出发,进而考察“法律职业危机”争论的外在理论进路。

## (一) 法律职业危机论的内在进路

对于大陆学界来说,最先系统阐述律师职业危机的美国学者是耶鲁大学法学院的安东尼·克隆曼(Anthony T. Kronman)教授。通过其专著《迷失的律师》和系列文章,克隆曼教

[16] 参见 Stephen Gillers, *Regulation of Lawyers: Problems of Law and Ethics*, 中信出版社2003年版,第4页。

[17] 《美国律师协会职业行为示范规则(2004)》,王进喜译,中国人民公安大学出版社2005年版,前言部分。

[18] 莎翁的名言是:我们要做的第一件事,就是把律师杀光。Henry VI, Part II, 4.2.63。

[19] 参见 Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, p. 6。

[20] 对于律师职业的考察事实上可以有多种视角,除了从法学视角(如埃博拉·罗德的《为了正义》)之外,还可以从经济学视角(如管制理论,理查德·波斯纳的《超越法律》)、政治学视角(如安东尼·克隆曼的《迷失的律师》)等对该职业进行系统研究。此外还有对职业理论研究最为深入系统的职业社会学。

授系统阐述了美国律师从 20 世纪 60 年代以来所经历的变化并对这种变化提出了自己的看法。在克隆曼看来,美国律师正在经历的变革正是“法律职业理想的衰弱”过程。因此,克隆曼教授大致可以被视为法学界中“职业危机论”的代表人物之一。为了对其“职业危机论”的内在逻辑进行系统的理解,本文以其在 1998 年所发表的一篇极为精炼概括的名为“法律作为一门职业”的文章为范本来进行具体分析。<sup>[21]</sup> (如表二所示)

表二 克隆曼的论证逻辑

在美国,律师在公共领域和私人领域占据了主导地位	这是因为	法律职业具备了职业四个特征: a. 法律服务是一种公共行业; b. 法律服务从业者的通才性质; c. 法律服务从业者的判断能力; d. 法律服务行业的传统关联性	这四个特征正遭受挑战	四种职业特征所遭受挑战: a. 法律服务的商业化 b. 法律服务从业人员的专业化趋势 c. 团体工作方式和科层制 d. 法律数量的急剧增加和律师流动的加剧	结论	美国律师职业出现危机了
-------------------------	------	--	------------	---	----	-------------

克隆曼的这种论证逻辑应该说在持“职业危机”观点的论述中具有相当的代表性。比如,在斯坦福大学法学院黛博拉·罗德(Deborah L. Rhode)教授 2000 年出版的著作《为了正义:改革法律职业》中同样留下了很深的痕迹。罗德教授认为正是由于“今天的职业已经变得太多样化、太专业化,对职业的领导太弱化、太分化,才使得任何统一的职业理想无法得以推行”。<sup>[22]</sup> 这种论证逻辑就是:首先为法律职业界定一系列特征,然后论证社会变迁如何使这些特征弱化进而导致“职业危机”。这样一种论证逻辑从其本身来看就像典型逻辑三段论一样无懈可击,但是在反对者看来,问题也许出在前提上面:这种论证逻辑往往将其前提设置为一种参照的标准,比如在《迷失的律师》中,克隆曼就预设了传统的“律师政治家”理想的神圣不可侵犯性。因此,反对者们往往从前提直接攻击持“律师职业危机”观点的学者们。比如说,在对《迷失的律师》的一篇书评中,盖尔·赫里奥特(Gail Heriot)就这样质疑克隆曼的核心观点:克隆曼应该论证的是律师政治家理想比起科学法律改良者理想来优势何在,而不是首先预设律师政治家理想的正当性,然后以一种虚假的前提为基础来批判科学法律改良者理想。<sup>[23]</sup>

## (二) 法律职业危机论的外在进路

但是,法学界中职业危机论的这种论证逻辑最早并不是出现在法学界中,而是职业社会学界中。芝加哥大学社会学系教授安德鲁·阿伯特早在 20 世纪 80 年代批判传统的职业理论时就批判过这种论证逻辑。阿伯特教授将这种论证逻辑概括为:专业人士和白领行业会逐步演变成行业控制的一种特殊组织形式和文化形式。这种组织形式被称为职业,它是由一系列用于合作、控制和工作的组织所构成的。从文化上来看,职业通过将其专业技能与具有大众文化正当性的诸多价值并进而与理性、效率和科学等价值关联起来以使其控制得以

[21] 安东尼·克隆曼:《法律作为一门职业》,吴洪洪译,王进喜校,载《律师文摘》2006 年第 4 辑,中国法制出版社。

[22] 参见 Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, p. 17.

[23] Gail Heriot, *Songs of Experience*, 81 *Va. L. Rev.* 1721.

正当化。<sup>[24]</sup>阿伯特所概括的的职业的文化形式恰恰是前述克隆曼《法律作为一门职业》中论证逻辑的提炼概括:也就是预设了传统律师职业所具有的美好价值并以此为参照物来批判当前律师行业变迁的不正当性。而阿伯特所指向的恰恰就是职业社会学中“职业危机论”的重要代表垄断学派。

垄断学派是职业社会学中极为重要的一个流派,兴起于20世纪70年代。从理论渊源上看,该学派与西方社会科学中的新马克思主义有着千丝万缕的联系。在该学派重要代表人物拉尔森的代表作《职业主义的兴起》一书中,拉尔森将职业理解为用于组织服务的产出和分配的一种制度设计。这种制度设计主要通过控制两个过程来实现:“生产生产者”过程和“生产者的生产”过程。具体说来,前一过程是指通过职业培训赋予学徒期的职业人员以职业技能,这种职业技能被视为具有交换价值的商品。而职业制度则是通过垄断人员培训来垄断这种职业技能。在法律界,律师协会就是通过对法学院教育的控制来完成控制“生产生产者”的过程的。而后一过程则是指运用职业技能来为社会服务的过程。对这一过程的控制是通过对收入机会和工作特权的控制以及对职业意识形态的培育来实现的。通过控制职业培训这一“生产生产者”过程,职业就在职业人员身上创造了价值,这种价值的交换则通过职业对“生产者的生产”过程的控制得以实现。<sup>[25]</sup>通过这种制度设计,职业实现了对市场的控制,从而成为众多行业中具有显赫特权和崇高声望的独特行业。

拉尔森的这套理论被各个学界的众多学者广泛运用来解说职业的种种特征,在法学界中最为不遗余力地捍卫和推广这一理论的是加利福尼亚大学洛杉矶分校的理查德·埃贝尔教授。多年来,埃贝尔教授以其丰富的著述系统地运用拉尔森的这套理论来解说美国律师业的方方面面,也正是埃贝尔教授在1986年的一篇名为《美国法律职业的变迁》的论文中发出了“法律职业危机”的警告。<sup>[26]</sup>在这篇文章中,埃贝尔提出职业是历史上用于组织服务生产与分配的特殊组织,其本质特征在于通过律师协会实现对服务市场的控制和自我行业的自治。从19世纪70年代至20世纪50年代近百年的历程中,美国律师业大体上实现了通过律师协会来实现对其服务市场进行控制的目标,从而成为了非常典型的职业。但是,20世纪60年代之后,基于本文第一部分所描述的这种种变化,美国律师业正在失去对法律服务市场的控制能力,律师协会对其行业内部的自治也不断削弱,基于此,埃贝尔提出:在这种情形下,将美国法律服务业看作一个职业还有意义吗?!换言之,美国律师业因为已经背离了职业的本质特征,因此,正在逐渐退出职业队伍。因此,美国法律职业能否再称之为职业就成了一个必须考虑的问题。这就是职业社会学中职业危机论的大致逻辑。

### (三) 职业危机论的共同逻辑及其内在困境

因此,众多学者从不同的理论进路都论证了美国法律职业的危机,从而汇成了法律职业危机的宏大潮流。这股潮流固然让原先安居于职业城邦内的职业人士感到警醒进而进行深刻的反思,但是对美国律师业变迁的这种理论解读却隐含着诸多内在的困境,这些困境妨碍

[24] Andrew Abbott, Jurisdictional Conflicts: A New Approach to the Development of Legal Professions, *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 11, No. 2 (spring, 1986), pp. 187-224.

[25] 刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,北京大学出版社2008年版,第108页。Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (University of California Press, 1977).

[26] Richard L. Abel, The Transformation of The American Legal Profession, *Law & Society Review*, Vol. 20, No. 1. (1986), pp. 7-18.

了理论界对美国律师业变化的准确理解进而影响了对这场变迁的有效应对。法律职业危机论的内在进路和外在进路隐含着一种共同的论证逻辑,那就是:将职业看作是具有本质特征的事物;以及因为律师业的变迁,导致了律师业的发展正在脱离职业的本质特征,因此律师职业正在遭遇危机。

这样一种论证逻辑固然清晰明了,却带来诸多理论上的困境和应对上的乏力。首先,由于将职业固化为具有某些本质特征的实体,而这些本质特征往往是对传统职业实践的提炼和升华,这就使得职业危机论的论证呈现出一种复古的倾向。比方说,克隆曼的《迷失的律师》通篇弥漫着对传统律师政治家理想的怀念,而埃贝尔也是将职业界定为19世纪70年代至20世纪50年代律师业的实践。这种复古倾向会带来两种后果:其一,由于时间的过滤作用,历史上的职业理想或者职业制度往往会被无限升华和美化,而将该理想和制度的负面影响隐藏起来,这样就造成当代对传统理想或制度的过分追求而忽略了这种理想或制度本身所隐含的不可欲的缺陷;其二,与这种强烈追求紧密相关的是由于社会情境的变化,往昔已经无法再现,这种矛盾将会使我们陷入“理想的不能实现和现实的不甘妥协之间的两难困境”。<sup>[27]</sup>从而使理论界的理论重点侧重于缅怀过去,而忽略了对当下实践的细致考察。这是法律职业危机论在整体立场上所存在的局限性。其次,以这种立场为基础,职业危机论在理论关注点上和所借助的学科资源上也存在一定的局限性。以《迷失的律师》为例,克隆曼将重点放在对传统律师政治家正当性的论证上,而不是对律师业当前理想与传统理想的细致比较,在所借助的学科资源上,克隆曼也更倚重于政治伦理学一路。这种局限性本身就制约了法律职业危机在美国律师业变迁这一问题上可能有的更大的贡献。为此,本文将在下一部分中将职业危机论特别是职业危机论的社会学进路置于职业社会学整体的理论背景之下,借此对美国律师业变迁问题有一个更为全面的理解。

#### 四 职业社会学视野中的“法律职业危机”

职业社会学是社会学中致力于职业研究的重要分支,在过去的数十年间,职业社会学在职业问题的研究上最为深入,成果也最为丰富。<sup>[28]</sup>近几十年来,围绕着“职业”概念、职业自主性和职业地位、职业纯洁性、职业与国家的互动关系等问题,职业社会学发展出大量的理论并形成了垄断学派、芝加哥学派、结构功能学派和安赫斯特学派等。<sup>[29]</sup>

为了能将这一问题置于美国职业社会学整体研究背景之中,我们首先对美国职业社会学理论传统进行简要介绍。根据职业社会学四大流派在观点、代表作和理论源流上的不同,本文将这四大流派的概况介绍如下(见表三):

[27] 赵晓力:“序”,载于苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第2页。尽管赵晓力此一论断分析的是中国法学界,但是用在法律职业危机论身上也同样贴切。

[28] 这一点连法学界中对职业问题素有研究的波斯纳也是承认的。理查德·波斯纳:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第216页。

[29] 刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第四章、第五章。



表三 美国职业社会学研究传统概况<sup>[30]</sup>

理论	市场控制理论	委托人类型理论	管辖权冲突理论	法律话语理论
核心观点	法律职业的职业化过程事实上是以垄断市场为目标的职业计划,其核心特征在于对行业准入的控制和对法律服务产出过程的控制两个方面	律师业的社会结构在很大程度上是由律师所服务的委托人类型所决定的,为大型企业服务的律师与为个人和小型企业服务的律师在社会出身、价值观、人际关系网络、流动性和职业声望上存在着巨大的分化,从而形成两个几乎完全独立的半球	职业主义的本质在于对工作的合法性控制和专业知识的制度化过程;判断职业的生存状况主要取决于职业内部本身通过其工作技能对其工作的合法性控制,也就是所谓的“管辖权”	律师的职业工作所注重的并不是法律知识或专业技能,而是身份、声誉和本地关系
代表学派	垄断学派	结构功能学派	芝加哥学派	安赫斯特学派
代表人物	拉尔森(Larson)、埃贝尔(Abel)	海因茨(Heinz)、劳曼(Laumann)	休斯、弗莱德森(Freidson)、阿伯特(Abbott)	萨拉(Sarat)、费斯蒂纳尔(Felstiner)
理论来源	马克思主义	结构功能主义	芝加哥学派	福柯的批判理论

这四个理论传统在看待美国律师业变迁问题上呈现出截然不同的观点:其一,正如上文第三节所介绍的,在垄断学派看来,法律职业简直处于大厦将倾之境地。其二,在以海因茨和劳曼为代表的结构功能学派看来,在最近几十年,律师协会对律师职业的控制的确衰弱了,而且一些传统价值的确也受到了挑战,但并不能由此笼统地认为法律职业出现危机了。事实上,律师业内部的确产生了巨大的分化,但这种分化并不是无序的。根据海因茨和劳曼对芝加哥律师界的细致分析,律师界其实可以根据委托人类型分为两个相对独立的“半球”。<sup>[31]</sup> 因此,倘若以海因茨和劳曼的观点来考察美国律师业变迁问题的话,那么可以说在为企业服务的律师界中,传统的控制机制的确危机四伏,而在为个人服务的律师界中,这种控制机制事实上影响不大。

而且,以阿伯特为代表的芝加哥学派则认为,职业的本质在于对工作的合法性控制和专业知识的制度化过程,职业的生存状况主要取决于职业内部本身通过其工作技能对其工作的合法性控制。<sup>[32]</sup> 这种观点最早出现于弗莱德森(Eliot Freidson)有关医疗业的经典研究之中。<sup>[33]</sup> 在该研究中,弗莱德森认为,“当一个有组织的行业获得了决定由谁来从事一系列明确的工作、防止其他人从事此类工作、并且控制评价工作的标准的权力”的时候,职业主义就得以存在和维系。<sup>[34]</sup> 到了阿伯特那里,弗莱德森的理论得到了进一步的发展,也就是对职业主义的形式和内容进行了界分。<sup>[35]</sup> 职业主义的形式是指律师用来解决客户问题的文

[30] 本表的制作参考了刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第四章。

[31] Heinz, John P. and Edward O. Laumann, *Chicago Lawyer: The Social Structure of the Bar*, New York and Chicago: Russell Sage Foundation and American Bar Foundation, 1982.

[32] Andrew Abbott, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor* (The University of Chicago Press, 1988).

[33] Eliot Freidson, *Profession of Medicine: A Study of the Professions: A Study of the Sociology of Applied Knowledge* (New York: Dodd Mead, 1970).

[34] 转引自刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第147页。

[35] 职业主义的形式和内容界分是刘思达对阿伯特理论的一种解读。参见刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第150页。

化系统,也就是职业工作中的诊断、推理和治疗的过程。其中,“诊断”指的是将客户的问题转化为职业知识系统中的问题的过程,而“治疗”是指从职业知识系统中将问题的解决方案带回给客户的过程,而“推理”则是指当诊断与治疗之间的联系不够密切的时候被用在职业的知识系统中建立联系的过程。而职业主义的内容则是指在律师和外部主体(客户、国家等)的互动过程中职业工作的暂时性建构。<sup>[36]</sup>换言之,职业主义的内容是随着律师与外部主体之互动过程的变动而变化的,而作为“职业工作最本质的文化逻辑”的诊断、治疗、推理过程则是相对稳定的。而只要职业主义的形式依然处于职业控制之下,职业主义就得以存在,而职业也就不会产生什么危机。

与垄断学派的观点相反,依照芝加哥学派理论,美国律师业变迁实际上并不是什么危机。以大型律师事务所的兴起为例,在垄断学派看来,正是大型律师事务所的兴起所带来的律师事务所的科层化、律协对律师事务所控制的削弱、律师事务所的商业化等问题导致了律师协会对内部控制的削弱进而带来了职业的危机。而依照芝加哥学派理论逻辑,尽管大型律师事务所的兴起带来了律师业的分化,但是这种分化只是造成了职业主义内容的多样化而已,却不会对职业主义的形式造成什么影响。因为大型律师事务所通过完善的科层制实现了法律业务的内部分工,从而实现了对诊断、治疗、推理等职业主义形式的捍卫。<sup>[37]</sup>

## 五 制度变迁与理论危机

美国法律职业所发生的这场变化是剧烈的,其表现是多层次的。假如将这场变迁放在美国大的社会背景下来观察的话,我们会发现这场变迁的起始点不过是为了回应当时的社会情势而已。在这一系列变化之中,阿贝尔认为最为核心的是律师协会自治权的日益消解。这是因为律师协会自治权这一要素正是理解这场变迁以及变化的关键。但律师协会自治权的消解并不是毫无缘由的。从法律界内部来看,这场变迁的起点是 20 世纪 50 年代法律服务供需的不平衡。在 50 年代,美国社会对法律服务的需求似乎远远超过其供应。最直观表现就在于法学院毕业生工资的急剧增长。这就使得大量学生涌向法学院。<sup>[38]</sup>而引发法律服务需求猛涨的原因则包括如下几点:其一,导致许多学生涌向法学院的最直接原因在于第二次世界大战期间,许多法学院几乎都停止运转。比如,哈佛大学法学院 1941 年的注册学生有 1250 人,到了 1944 年夏天则只有 58 名。许多教职员和学生都从军或者为政府部门服务。<sup>[39]</sup>这样就导致战后一段时间内法律服务人员的稀缺。而且在战争结束之后,由于《退伍军人权利法案》的实施使得许多退伍军人有钱进入法学院。其二,权利的爆炸。20 世纪下半叶,新的权利几乎前所未有地逼迫着法律,要求以法律权利的形式获得确认。这些新

[36] 转引自刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第 149-150 页。

[37] 刘思达:《失落的城邦——当代中国法律职业变迁》,第 151-154 页。

[38] 在 20 世纪 50 年代,法学院的选择余地明显增加了。1954 年加州大学伯克利法学院只接受了 70% 的申请者入学(在 352 人中录取 248 人),1969 年,它的录取比例为 34% (在 1988 人中录取了 675 人)。1967-1968 年,哥伦比亚法学院从 2269 人中录取了 713 人;哈佛法学院从 3247 人中录取了 843 人;耶鲁法学院从 1698 人中录取了 331 人。参见 Stolz, "Training for the Law", 转引自罗伯特·斯蒂文斯:《法学院:19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》,阎亚林、李新成、付欣译,贺卫方校,中国政法大学出版社 2003 年版,第二章。

[39] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 543 页。

权利主要包括两大类:特定集团主张的权利和适用于整个社会中任何人的权利。<sup>[40]</sup>沃伦法院的一系列判决则引燃了这场权利爆炸的导火索。权利的爆炸带来了案件数量的急剧增长。以公民权案件为例,1960年地区法院的数量为17048件,到1989年上升到67247件。这就为法律服务的需求带来了很大的空间。其三,政府增加了对贫困刑事被告和贫困民事原告的律师补贴。这种补贴是通过向“法律服务公司”拨款来实现的。这种补贴反过来刺激了刑事案件不良的增长。最后,除此之外,一系列诉讼规则的变化也带来了法律服务需求猛涨。<sup>[41]</sup>

面对这种形势,律师协会的应对之策是扩大法律服务供应。采取的措施包括创建新法学院,扩大现有法学院以及降低考试不及格学生的退学率,也就是增加从事法律职业的人数。这种措施带来了两大问题:其一,在民权运动和女权运动的带动下,大量女性和少数族裔进入法学院最后成为法律职业的一分子。这些成员的参与冲击了法律职业共同体的同质性,为共同体意识形态的衰微埋下了隐患。其二,成员人数的急剧增加使得法律服务竞争变得日益激烈起来。最直接的表现就是1970年至1985年法律服务价格的降低。律师协会为了保持原有较高的行业回报,缓和竞争,不得不去创造新的需求。过去,法律职业长期抵制政府对其给予的补贴,但是在20世纪80年代,这种补贴每年已经达到了数亿美元。这就为法律职业许多成员特别是新进成员提供了服务领域。但也由此带来了这样一种危险:随着新进者的增多和成员成分的复杂化,律师协会对职业成员越来越失去控制力。从而根据“通过自律来获得自治”原则,律师协会的自治权便受到了很大的限制。这种限制的标志性事件便是前面所提到过的贝特斯案和戈德法布案。以戈德法布案为例,该案件主要针对地方律师协会的最低限价行为。在此之前,美国法院一直认为律师作为“博学职业”应该属于美国反垄断法的“行业豁免”,<sup>[42]</sup>尽管反垄断法并未明确指出这一点。但是,到了1974年,最高法院的法官们采取了一种完全不同的立场,在戈德法布案件中,最高法院以8:0(其中一名法官没有参与该案的审判和表决)判决弗吉尼亚州律师协会的最低限价行为违反反垄断法。而在贝特斯案件中,最高法院同样解除了律师协会的律师广告禁令。这两个判决不仅打破了法律服务市场中的限制竞争措施,而且更重要的是限制了律师协会对法律职业的自治权。

从这一过程可以看出,律师协会自治权的削弱事实上是20世纪60-70年代各种社会压力的结果。律师协会为了回应这些社会压力采取了各种措施,但这些措施虽然在一定程度上满足了社会对法律职业的要求,但从另一方面来看,却是以削弱其内部控制力为代价的,这种内部控制力的削弱导致原有控制机制的衰弱,最终导致了法律职业整体服务质量的下降和律师职业伦理的败坏。当时职业伦理不断严密和系统,不断出台新的职业规范,<sup>[43]</sup>但它很少被用以制裁那些违纪的律师,即使有制裁也很轻微。这种失控终于伴随着“水门事件”的发生而进入公众的视野。美国法律伦理学家罗汤达在一篇演讲中说道:20多年前

[40] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,第273页。

[41] Joseph P. Bauer, *Professional Activities and Antitrust Laws*, 50 *Notre Dame L. Rev.* 570 (1974-1975), 转引自陈彤:《在自治与他治、管制与竞争的对立中寻求平衡》,中国政法大学2006年硕士毕业论文。

[42] Joseph P. Bauer, *Professional Activities and Antitrust Laws*, 转引自陈彤:《在自治与他治、管制与竞争的对立中寻求平衡》,中国政法大学2006年硕士毕业论文。

[43] 比如说,美国律师协会在1969年通过了《职业责任示范守则》(Model Code of Professional Responsibility),但在不到十年之后的1977年又开始起草《职业行为示范规则》。参见《美国律师协会职业行为示范规则》,前言。

尼克松总统的前顾问约翰·迪恩(John Dean)在参议院水门事件调查委员会作证。他事先准备了一个名单,他认为这些人都可能牵扯进了妨害司法的共谋中。许多名字的边上有一个星号。一个参议员问他星号代表什么意思,约翰·迪恩说表明这些人都是律师。<sup>[44]</sup>在这场备受世人瞩目的政治案件中,律师的形象遭受了沉重的打击。根据通过自律以获得自治的运作规则,在自律无法保障的情况下,自治自然也就无法获得保障了。

律师协会自治权的削弱使得法律职业成为几乎没有竞争限制的行业。行业内的质量保障机制由原来律师协会的过程质量监控机制转为质量竞争机制。这种转型必然导致竞争的激烈和无序。为了办理大型企业并购业务,律师事务所开始以团队组织方式工作,开始需要招募更多的律师,传统的个人执业形式和一般合伙形式逐渐无法满足业务发展的需要,也无法满足合伙人的盈利目的。<sup>[45]</sup>为此,职业公司制、有限责任合伙制等组织形式应运而生,满足了大律师事务所发展的需求。在这些组织形式内部,律师之间也开始分化,形成了科层制特征鲜明的管理模式。传统律师事务所所能给予律师的那种成就感和预期在新的形势下逐渐消失了。<sup>[46]</sup>另一方面,那些愿意从事法律业务又厌倦竞争的职业者则进入政府、公司成为内部律师。经历了这样一种发展,法律职业已经由原来相对统一的法律职业共同体演变成当前这样的结构复杂、成分众多的行业景象。似乎“一切都已经四散了,再也保不住中心了”(叶芝语)。原来相对稳定相对统一时所形成的职业理念已经逐渐消逝,新的职业理念还未能完全形成。于是,律师也就成了“迷失”的律师。

纵观整个演变过程,可以发现实际上推动着法律职业界这场演变的原动力是整个社会对法律职业所产出的法律服务的数量和质量要求。当原来的职业制度作为法律服务产出组织方式无法创造出满足整个社会数量和质量需求的法律服务时,这样一种法律服务产出组织方式就面临着解体的危险。从这样一种阐释来看,所谓的法律职业危机或许可以看成是某一种法律服务组织方式的危机,而这种服务组织方式恰恰被垄断学派称为职业制度。因此,法律职业危机论所主张的法律职业的危机从另一个角度看实际上是律师政治家理想或者垄断学派所解说的传统职业制度的危机,这种危机的根源在于社会情势的变迁。反过来说,由于制度的变革使得传统的一些富有解说力的理论已经无法再解说当前的制度实践了,从这个方面来说,实际上是传统理论出现了危机。做出这个论断之前需要特别说明的是,就垄断学派或者克隆曼的理论来说,与其说是其理论出现危机,毋宁说这些理论所能解说的边界正在受到限制。正如“两个半球”理论的洞见所阐述的,实际上律师业已经分化成截然不同的两个半球,而垄断学派的观点或许是在大型律师事务所这个半球的解说上受到相当的挑战,但是其理论内核在小型律师事务所和个人执业这半球依然富有解说力。因为以 ABA 为代表的全美国律师协会对这个半球的控制力依然很强,而且在律师和律师事务所服务质量的控制方面依然卓有成效,换言之,垄断学派所解说的职业制度在这个半球领域内依然能够创造出满足社会需求的法律服务。

[44] 罗纳德·D. 罗汤达:《律师职业道德的教学:水门事件后的 25 年》,王进喜译,载中国律师执业法律网,网址: <http://www.china-lawyering.com/list.asp?unid=165>,2006 年 6 月 19 日访问。

[45] 参见 Marc Galanter and Thomas M. Palay, Why The Big Get Bigger: The Promotion - to - Partner Tournament and The Growth of Large Law Firms, *Virginia Law Review*, Vol. 76, p. 747.

[46] 罗伯特·汉密尔顿、理查德·布思:《美国律师事务所组织结构的变迁:1960 - 2000 年》,吴洪淇译,载《律师文摘》2008 年第 1 辑。

## 六 结 语

对美国律师职业危机的这种深入考察展现了美国学界中的多种职业观,同时,也让我们对职业之意涵有了更为丰富的理解。正如理查德·波斯纳所感慨的:职业含义之丰富,令对该领域最有研究的职业社会学界都为之头疼。<sup>[47]</sup> 这种职业意涵的丰富性无疑对我国理论界与实务界的传统理解模式造成了一定的冲击,同时也为传统职业化思路提供了新的选择。从对美国律师业这场变迁的解读中,同样处于急剧变革之中的中国律师业大体可以获得以下几点启示:

首先,作为一种制度安排的职业。在我们解析的过程中,职业在不同的历史时期、不同的理论视野中呈现出不同的面向。职业既有制度面向,也会表现为理念,而且职业制度和理念在不同的时期具有完全不同的形式。职业理念可能体现出一种公益倾向,但也可能表现为为委托人的利益服务的行业理念,但无论是公益理念还是为委托人服务的理念背后,无疑都是有一系列职业制度安排在支撑。在我们不改变律师行业体制的情况下,孤立强调通过律师业文化建设来加强公益理念或者为委托人服务的精神便会受到很大的局限。因此,对处于制度改革进程中的中国律师业来说,对职业的理解不能仅仅停留在理念的层面,将职业仅仅理解成为一种抵御商业化侵蚀的为公众服务的理念,<sup>[48]</sup>而是要将职业看成控制律师服务产出质量的一系列制度安排。只有从这个层面来理解律师职业,我们才能从更深层次来理解律师业当前所面临的困境。<sup>[49]</sup>

其次,职业实践与职业理论之间的关系。职业理论是对职业实践的学理解释但又与职业实践本身存在着相当的距离,而且职业理论往往是多元的,因为对同一实践的解释往往是开放的。就以法律职业危机论为例,法律职业危机论仅仅是垄断学派对美国当代律师职业实践的一种解读,假如我们用这种解读来替代我们对美国律师业的观察,那么在对美国律师业的理解上便可能会受到限制。当然,任何一种理论上的阐述实际上都是一种解释,都可能具有其自身的局限性。避免这种局限性的有效路径便是更为全面和系统地掌握对美国律师业的多元理论解,只有这样,才能使我们在借鉴吸收他人之经验时避免片面的认识。

---

[ Abstract ] The Bar in the U. S. A. has been experiencing a profound change since 1960s of the 20th century. The change has inspired lots of academic explanations, including the Bar Crisis Theory. Actually, the bar crisis in the U. S. A. is not the crisis of the bar itself, but the crisis of the Legal Profession Theory which stems from the separation between the academic explanation of Monopolization School and the rapid change of the institutional transformation within the bar. By systematic examination of this crisis, we may deepen our understandings of the professional system and professional practice in legal field, and be able to determine the direction of the reform of Chinese bar.

---

(责任编辑:支振锋)

[47] 理查德·波斯纳:《道德与法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第216页。

[48] 这一点正是当前国内律师理论界和实务界对职业的理解。李大进:《过度的“商业化”倾向是形成律师文化的障碍》,载《律师文摘》2006年第6期,中国法制出版社。

[49] 比如说,律师协会一方面呼吁律师要自我约束,要有为公众服务的精神,但是另一方面却无力为律师提供相应的行业垄断利益,这就使得律师在为公众服务方面缺乏足够的积极性。