

中国律师职业的兴起(上)

——以商务律师为中心

许 可*

目次

- 一、问题、方法与数据
- 二、中国商务律师的兴起：既有范式与框架更新
 - (一) 律师职业兴起的观察维度：国家、市场与社会
 - (二) 中国商务律师兴起的分析框架
- 三、执业能力：中间道路的胜利
 - (一) 国家交换与执业能力
 - (二) 市场竞争与能力
 - (三) 社会流动与执业能力(以上本期刊载)
- 四、忠诚：律师伦理的初建
- 五、关怀：人性化服务的成功
- 结语

摘要 在过往数十年间,中国律师职业从“失而复得”到“蓬勃发展”,其中尤以商务律师的兴起为世人瞩目。然而,既有的中国律师职业研究或限于局部观察,或沦为宏大叙事,均缺乏对此的解释力。立足于对 18 家律师事务所和 5 家公司开展的 39 次深度访谈以及长达数年的参与观察,中国律师职业的发展历程被还原为“律师与客户之间信任关系”的深化过程。而通过“法律职业的社会过程理论”的引入,“国家交换、市场竞争和社会流动”的宏观结构得以与“能力、忠诚、关怀”等“信任”的微观构成因素相连接,从而为中国商务律师以及中国律师职业的兴起做出了理论阐释与经验验证。

关键词 律师职业 商务律师 律师—客户关系 信任

* 中国人民大学师资博士后。

本文获得了哈佛大学 Globalization, Lawyers, and Emerging Economies Project 的资助,特此致谢。金诚同达合伙人陈亚伟律师和北京师范大学社会学硕士生吕盼博同学参与了本文的调研。同时,加拿大多伦多大学社会学系助理教授刘思达在本文写作过程中提出宝贵意见,在此一并致谢。当然,文责自负。

一、问题、方法与数据

商务律师的兴起是律师职业在 20 世纪开始并仍在 21 世纪延续的最重要变革之一。^{〔1〕} 尽管海因茨和劳曼 (Herinz & Laumann) 1982 年才首次提出律师职业的“两个半球理论”(two-hemisphere thesis),^{〔2〕}但实际上,从 20 世纪 50 年代以来,为企业服务的商务律师“半球”规模就在不断膨胀,到 1995 年已远远超过为个人服务的另一个“半球”,^{〔3〕}而传统的“私人执业者”(private practitioner)也逐渐被大型律师事务所取代。^{〔4〕} 与美国类似,过往的数十年同样见证了中国商务律师在“量”与“质”上的双重跃升。^{〔5〕} 放宽视野来看,中国商务律师的兴起过程恰好与国际律师事务所的全球扩张同步。自 20 世纪 80 年代开始,凭借着与跨国企业的共生关系以及资本主义的统一规范架构,国际律师事务所——特别是英美律师事务所——在欧洲、亚洲、拉美攻城略地,不仅在外商投资、国际贸易、国际融资、债务重组、资本市场等实体法律上成为世界标准的制造者,而且,它们自身的律师规模、专业化和全面性服务、海外扩张及推销方法等特质均深刻影响着本土的律师事务所。^{〔6〕} 索科尔 (Sokol) 根据国际权威法律评级机构——钱伯斯 (Chambers Partner) 在 2006 年发布的《钱伯斯环球指南》(Chambers Global Guide),指出英美律师事务所基本垄断了意大利、德国、日本、香港的资本市场、公司并购等商业务务领域。^{〔7〕} 新兴经济体国家的法律市场亦没有逃脱被它们支配的命运。在俄罗斯,英美律师事务所占据了 90% 的法律服务份额,^{〔8〕}即便是在不允许外国律师执业的印度,英美律师事务所也通过非正式联络处、与本土律师建立密切合同关系或远程提供服务的方式取得了稳固的市场地位。^{〔9〕} 正是在国际律师事务所主导跨境全球法律事务的背景下,中国商务律师的兴起才显得与众不同。在此,不妨对国际律师与中国律师的互动历程稍加梳理,以展现本文议题的历史意蕴。

肇始于 1978 年的对外开放为国际律师事务所提供了进入中国的商业机会。不过,受限于司法部、国家外国专家局、外交部的《关于外国律师不得在我国开业的联合通知》(1981),国际律师只

〔1〕 John Flood, *What do lawyers do? An Ethnography of a Corporate Law Firm* (Quid Pro Books, 2013), p. 5.

〔2〕 See John P. Heinz and Edward Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar* (Russell Sage Foundation/American Bar Foundation, 1982), p. 73.

〔3〕 See John P. Heinz, Robert L. Nelson, Edward O. Laumann, and Ethan Michelson, “The Changing Character of Lawyers’ Work: Chicago in 1975 and 1995”, 32 *Law & Society Review* (1998).

〔4〕 参见刘思达:《分化的律师业与职业主义的建构》,载《中外法学》2005年第4期。

〔5〕 参见许可:《中国商务律师究竟做了什么》,载《法律和社会科学》2014年第1期。

〔6〕 See Carole Silver, “Globalization and the U. S. Market in Legal Services: Shifting Identities”, 31 *Journal of Law & Policy in International Business* 1093 (2000).

〔7〕 See D. Daniel Sokol, “Globalization of Law Firms: A Survey of the Literature and a Research Agenda for Further Study”, 14(5) *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2007).

〔8〕 See Russia’s MoJ Wants Domestic Law Firms to Have Increased Presence, *Russia Briefing*, November 22, 2010 (<http://russia-briefing.com/news/russias-moj-wants-domestic-law-firms-to-have-increased-presence.html/>,最后访问时间 2014-11-01).

〔9〕 See Mihaela Papa & David B. Wilkins, “Globalization, lawyers and India: toward a theoretical synthesis of globalization studies and the sociology of the legal profession”, 18(3) *International Journal of the Legal Profession* 175-209(2011).

能改变身份,以咨询公司或公司法务人员的名义在中国间接执业。^[10] 1992年市场经济改革的重启,间接促成了《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处有关事宜的暂行规定》(1992)以及《关于深化律师工作改革的方案》(1993)的出台。由此,合伙制中国律师事务所和外国律师事务所中国办事处(以下简称“外国所”)正式成为法律服务市场的合法主体。如在其他国家一样,外国所很快就取得了对中国所的全面优势。在外国所的巨大优势面前,中国所在涉外商业务中不得不沦为仅发挥“名义律师”作用的“橡皮图章”,以至于当2002年中国根据WTO相关承诺进一步对外开放法律服务市场时,人们普遍担忧外国所将长驱直入,中国所丧失高端客户已成定局。^[11] 不过,现实自有其运行逻辑与轨迹。事实上,中国商务律师的执业广度和执业深度正是在加入WTO后才空前拓展:从中外合资公司设立到跨境并购,从项目融资到反垄断申报,从知识产权重组到国家安全审查,中国所广泛参与到各项商事交易中。^[12] 截至目前,除了一些在外国投资者母国发起的、跨法域的交易外,大部分的公司业务份额已被中国所抢占。对于国际律师事务所而言,以金杜律师事务所、君合律师事务所、中伦律师事务所为代表的中国所在很大程度上不再是市场细分下的合作伙伴,而是足以匹敌的竞争对手。^[13] 现实与想象的背离提出了一个令人困惑的经验问题:为什么中国商务律师事务所能在经济全球化及国际律师事务所全球化的挑战中幸存并胜出?如果考虑到商务律师在律师职业和法律制度中的重要地位,^[14]那么,对其发展动因的探究有助于回答一个重要的理论问题:律师职业和法律制度是如何应对国家、市场、社会所构筑的复杂环境并进行自我演变?

基于上述问题,2013年6月至8月之间,笔者和另两位合作者在北京和上海两地首先选取了12家中国律师事务所作为主要调研对象,对其中的22名合伙人和4名资深律师进行了深度访谈。上述事务所大多为荣获“钱伯斯中国法律卓越奖”(The Chambers China Awards)的一流商务律师事务所,^[15]其不但包括人数众多的综合性事务所(9家),也包括规模较小但享有盛誉的精品事务所(3家);不但包括传统的、凭借合伙人之间以及合伙人与律师之间个人关系维系的事务所(5家),也包括设立委员会、专业部门、非律师的事务所管理人员、风险控制制度、集约性的收费系统的科层化事务所(3家),以及介于上述两者之间的混合形态(4家);^[16]不但包括主要以单个合伙人为中心的合伙人团队(partner team)形式工作的事务所(8家),也包括将不同业务领域的合伙人和律师以项目为中心组织起来,采取“项目团队”(project team)工作的事务所(4家)。^[17] 总之,本次调查选取的律师事务所类型多样、在中国法律市场中处于领先定位,其合伙人和资深律师足以

[10] See Hongming Xiao, “The Internationalization of China’s Legal Services Market”, 1(6) Perspectives (2000).

[11] 参见贾午光、何敏:《国际法律服务业的发展趋势与中国法律服务业的进一步开放》,载《环球法律评论》2001年第6期。

[12] See Xueyao Li and Sida Liu, “The Learning Process of Globalization: How Chinese Law Firms Survived the Financial Crisis”, 80 Fordham L. Rev 2847 (2012).

[13] See Sida Liu, “Globalization as Boundary-Blurring: International and Local Law Firms in China’s Corporate Law Market”, 42 Law & Soc’y Rev (2008).

[14] See Jone Flood, “Megalawyering in the Global Order: the Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice”, 3 International Journal of The Legal Profession (1996).

[15] See Chambers Asia Pacific Guide(<http://www.chambersandpartners.com/guide/asia/8>,最后访问时间2014-11-01)。

[16] 关于传统型和科层化的区分,参见 Geoffrey C. Hazard, Jr and Ted Schneyer, “Regulatory Controls on Large Law Firms: A Comparative Perspective”, 44 Ariz. L. Rev. (Fall/Winter 2002).

[17] 关于合伙人团队和项目团队的区分,参见 Brain Uzzi, Ryon Lancaster, “Embeddedness and Price Formation in the Corporate Law Market”, 69 American Sociological Review (2004).

成为中国商务律师的典型代表。为充分反映中国商务律师的面貌,调研组还在北京和上海选取了6家著名外国所作为对照研究,对其中的3名合伙人和5名资深律师进行了访谈。^[18]不仅如此,为了获取多方面和多视角的认知,调研组另外对中国商务律师的客户开展了调研。据此,调研组在北京和上海选取了4家外资公司和1家大型中资公司,对其中的2名法律总监和3名高级法律顾问进行了访谈。^[19]基于在尽可能收集更多材料和数据统计便利性之间的平衡,本次调研的访谈问题被设定为半结构化的,每次访谈时间均在一个小时到一个半小时左右。此外,笔者曾作为律师在事务所C中工作数年。在此期间,与多名合伙人和律师一起工作,参与或负责了企业上市、外商投资、基金设立、公司并购、银行合规等不同种类的业务,这种“参与观察”让笔者获得了任何深度访谈都无法掌握的感性认识和理性经验。^[20]鉴于任何研究都必须连接经验与理论,后文将首先回顾律师职业变迁的既有研究范式并提出中国商务律师兴起的新的分析框架,进而重点讨论“交换”“竞争”和“流动”等三种力量对“律师—客户信任关系”的差异化影响,从而在与外国所的对比如,就客户对中国律师信任度的上升加以理论解释。最后,将简要概括本文的理论意义。

二、中国商务律师的兴起： 既有范式与框架更新

(一) 律师职业兴起的观察维度：国家、市场与社会

尽管商务律师的崛起引发了广泛关注,但人们对于如何理解这一现象仍缺乏共识。从律师职业的不同研究传统出发,调研组首先可以在“市场”与“国家”两个维度上加以观察。前者部分源于韦伯问题,即在一个相对自由的市场中,律师如何获得相对垄断地位从而实现职业化。^[21]后者则与晚近的“找回国家”(bring the state back in)范式相关,即国家意志如何影响律师作为一种法律职业的兴衰。^[22]

详言之,在市场的维度上,律师作为一种职业的发生过程就是将专业知识和技能——这些稀缺资源的秩序移植于社会地位和经济回报之中的努力过程。^[23]凭借着韦伯所洞见的“社会、经济、知识之间的同构作用”,^[24]律师始终受制于其所服务的市场贸易和商务关系形态,就此而言,作为律师职业的分化结果,商务律师的发展可以被视为市场扩张的反映。由于在高度现代化的社会中,经济交往的错综密切与商业合同的复杂多样前所未有,市场的非人格化和关系的陌生化增加对法律——这一社会控制机制的依赖,进而成为商务律师数量膨胀的重要土壤。^[25]亨德森

[18] 根据《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》第6条和第16条的规定,外国所不得聘用中国执业律师。因此,本文的“中国律师”并不包括在外国所工作的“律师”,即使其可能具有中国律师执业资格。

[19] 附表1和附表2总结了本次调研涉及的律师事务所和公司的背景信息。在引用相关访谈内容时隐去了他们的个人信息,为明确起见,调研组对访谈进行了编号。

[20] 参见[美]丹尼·L.乔金森:《参与观察法》,龙筱红、张小山译,重庆大学出版社2009年版,第5页。

[21] See Richard Abel, *American lawyers* (Oxford University Press, 1989), p. 15.

[22] 参见[美]彼得·埃文斯等编:《找回国家》,方力维等译,三联书店2009年版,第2~40页。

[23] See Magali S. Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (University of California Press, 1977), p. xvii.

[24] 翟本瑞:《社会实体与方法:韦伯社会学方法论》,台北远流图书公司1989年版,第102~110页。

[25] 参见[美]鲁施迈耶:《律师与社会——美德两国法律职业比较研究》,于霄译,上海三联书店2010年版,第2~9页。

(Henderson)和奥尔德逊(Alderson)通过对美国名列前 200 名的大型律所的数据分析,指出商务律师在过去 30 年间的发展受到了两种经济力量的巨大影响:一是公司客户的区域位置和增长模式;二是在全球化城市中保险、融资、审计、管理咨询专业化服务的高度聚集。^[26] 同样,在中国,律师职业与市场转型及经济发展无论是纵向(时间上)还是横向(地域上)都有着强烈的正相关。^[27]

尽管律师和市场的关系已经得到多方面印证,但这一理论却无法解释世界各国律师在执业、教育、组织和机构设置上的大相径庭。为此,鲁施迈耶(Dietrich Rueschemeyer)建议采取一种“国家中心”进路(state-centered approach)来剖析国家结构及其政策对律师职业的塑造。通过回溯西欧律师职业的发展,他注意到其不但出现在资本主义经济成型之前,还与作为准政府组织的教会的兴起密不可分;近代民族国家多样的现代化转型又使得律师职业因国而异。^[28] 在现代社会中,政府对律师职业的控制部分体现为“管辖权”(jurisdiction)——职业对其工作的合法性控制权——的划定上。由于管辖权内在的“排他性”,其扩张和收缩将直接影响与之关联的律师职业系统,英国的事务律师(solicitor)在 20 世纪后期向出庭律师(barrister)争取出庭权的行为便是例证。^[29] 毫无疑问,当代中国律师的发展同样离不开国家的力量,在某种意义上,中国律师的变迁本身就是国家主导的自上而下的一项事业。正因如此,刘思达明确指出,决定中国律师职业的结构变革的关键力量并不是其经济基础,而是其上层建筑,也就是国家的管理规范体系。^[30]

市场维度和国家维度并不冲突,作为左右律师职业的外在因素,市场和国家的共同形成了结构性制约格局:律师职业的力量既由其发展、控制法律服务市场以及回应、制造客户法律服务需求的能力所量度,也是国家试图利用法律训练、行业准入、管辖权将其整合到国家行政体制的结果。另一方面,律师职业并非仅仅是被动的接受者,相反,它通过声称商业化与其道德使命的抵牾来促使国家抑制市场竞争,^[31] 同时又坚持自身的独立性以忠诚服务客户,从而诉诸市场规则来对抗国家控制。因而,正如阿贝尔(Abel)所发现的,美国律师职业的变化始终来源于市场、国家及其之间的互动。^[32] 类似地,杰拉尔德·汉隆(Gerard Hanlon)基于市场和国家的双重视角,描述了英国律师在国家干预和市场商业化中的转型过程,而商业律师的兴起恰恰是其中的重要面向。^[33] 与英

[26] See William Henderson and Arthur Alderson, *The Changing Economic Geography of Large U. S. Law Firms* (May 16, 2008), 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers (<http://ssrn.com/abstract=1134223>, last access 2014-11-01).

[27] 参见余澳:《经济增长、制度变迁与中国律师事务所发展演变研究》,未刊稿。

[28] See Dietrich Rueschemeyer, “Comparing Legal Professions Cross-Nationally: From a Professions-Centered Approach to a State-Centered Approach”, 11(3) *American Bar Foundation Research Journal* (Summer, 1986).

[29] 参见刘思达:《法律职业研究的死与生》,载《社会理论》2009 年第 5 期。

[30] 参见刘思达:《割据的逻辑——中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店出版社 2011 年版,第 223 页。

[31] 中国对律师广告的规制就是一个典型例证。根据《北京市律师事务所执业广告管理办法(试行)》,北京律师个人不得做广告,并且,在律师事务所做广告时,不得涉及获得荣誉或自我赞美的内容、不收费或减低收费的内容、有关学历、学位、职称和社会职务的内容。显然,其限制远远超出一般商业广告。

[32] See Richard L. Abel, “Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil”, 52 *Modern Law Review* (1989).

[33] 参见[美]杰拉尔德·汉隆:《律师、国家与市场:职业主义再探》,程朝阳译,北京大学出版社 2009 年版,第 94~142 页。

美两国相似,程金华和李学尧利用定量数据和实证方法,论证了公域(国家)和私域(经济性的市场及非经济性的社会)对中国律师职业的多重动态影响。他们观察到,改革开放以来中国律师职业变迁已逐步由国家主导的格局,演变成国家、市场、社会之间相互直接和间接影响的格局。^[34] 尽管这一整合性的解释框架指出了国家、市场、社会、律师之间“牵一发而动全身”的微妙关系,但其缺点也是显而易见的。首先,该框架过于宏大,囊括的内容不但过于纷繁,更重要的是,社会、国家、市场本身亦漫漶无边,以至于无法准确揭示它们与律师职业发展之间的因果关联。其次,该框架采用了“结构主义进路”(structural approach),侧重于影响律师职业的外部力量,而忽视了对律师生活及其工作的描述,而一旦离开对“律师究竟做了什么”的理解,只能得到表面上的、乃至不真实的图像。有鉴于此,对中国商务律师兴起的研究一方面要梳理外部的构成性要素,另一方面还要深入到商务律师的实际场景之中,进而通过两者之间的勾连和相互发明,探寻中国商务律师兴起的奥秘。

(二) 中国商务律师兴起的分析框架

为具体化形塑中国商务律师的诸因素,在此拟借鉴刘思达提出的“法律职业的社会过程理论”,^[35]从整体结构和个体行动者互动的角度出发,将商务律师与国家、市场和社会的关系转化为交换(exchange)、竞争(competition)和流动(Migration)。其中,“交换”不但指国家机构或人员使用权力对律师的积极支持和消极限制,从而维持或削弱其管辖权和市场地位;而且指律师运用经济、社会和象征资本从国家机构或人员处获取权利及利益;同样,从专业知识和职业技能的竞争到市场力量(market power)的对比变化,再到边界(boundaries)控制权的争夺,商务律师内部的“竞争”亦在多层面上展开;最后,“流动”一方面意味着律师、客户等社会主体在地域、事务所或企业之间的迁移,另一方面也包括了附丽于社会主体之上的默会知识(tacit knowledge)和内部技能的交流移转。

“法律职业的社会过程理论”不仅将之前静态的构成性因素动态化了,还为从宏观向微观的视点转换奠定了基础。通过聚焦于不同社会行动者之间的交涉,可以细致观察商务律师究竟做了什么,他们如何赢得和维持客户,他们和客户以及政府组织的关系到底怎样。在诸多现实景象中,“律师—客户关系”居于核心地位,因为它是商务律师收入和业务增长的源泉。为此,本文拟就此切入,展开对中国商务律师工作实践和日常交往的深描,发掘中国律师的真实图像和影响律师职业的复杂因素,进而回答开篇所提出的问题:中国商务律师何以能在激烈竞争中胜出?

与一般市场和商品不同,对于律师在法律市场中提供的“商品”,客户不仅在购买前难以了解其质量,而且由于其缺乏必要的专业知识以及每次服务的个性化,客户在“消费”后亦难以判断其质量。正因如此,法律服务可被视为经济学上的“信任品”(credence goods)。^[36] 由于客户只能凭借对律师事务所或律师个人的信任来选择,“信任”便成为法律市场的关键资源:“信任”不但开启了“律师—客户关系”,而且在其存续过程发挥着重要作用。^[37] 一方面,信任保证了客

^[34] 参见程金华、李学尧:《法律变迁的结构制约——国家、市场与社会互动中的中国法律职业》,载《中国社会科学》2012年第7期。

^[35] See Sida Liu, “The Legal Profession as a Social Process: A Theory on Lawyers and Globalization”, 38 Law & Social Inquiry (2013).

^[36] 参见李国庆:《中国律师产业实证研究——从进入壁垒切入》,载《法律和社会科学》2009年第1期。

^[37] See Robert A. Burt, “Conflict and Trust between Attorney and Client”, 69 (4) Georgetown Law Journal (1981).

户在冲突中获得律师坚定可靠的支持；另一方面，律师从客户的信任中获得正面反馈和积极配合，从而顺畅了工作沟通并降低了执业风险。以此观之，中国商务律师兴起这一宏观事件具体表现为“商务律师—客户”间信任的不断深化与拓展，而本文的议题也可化约为对信任关系的剖析和追问。

所谓“信任”，即对人或事物在其属性上的某种信念或信心。在社会交往中，信任意味着被信任者拥有“信任特质”（值得信任）。综合雷恩(Renn)和莱文(Levine)、摩根(Morgan)和亨特(Hunt)等学者见解，^[38] 本文将“能力”“忠诚”和“关怀”视为影响和发展信任关系的基本特质。其中，“能力”包括了才能、能耐、技能和专业能力以及动态的应变能力；“忠诚”包括诚实、正直、可信赖、可靠；“关怀”包括了关心、善意、回应和体贴。立足于上述的信任构成，在假定客户信任倾向不变的前提下，^[39] 就能以“能力、忠诚和关怀”为变量，在“交换、竞争和流动”的动态架构下，测度出客户对中国律师的信任程度及其变迁，并在与外国所比较之中，最终揭示中国商务律师兴起的动因。

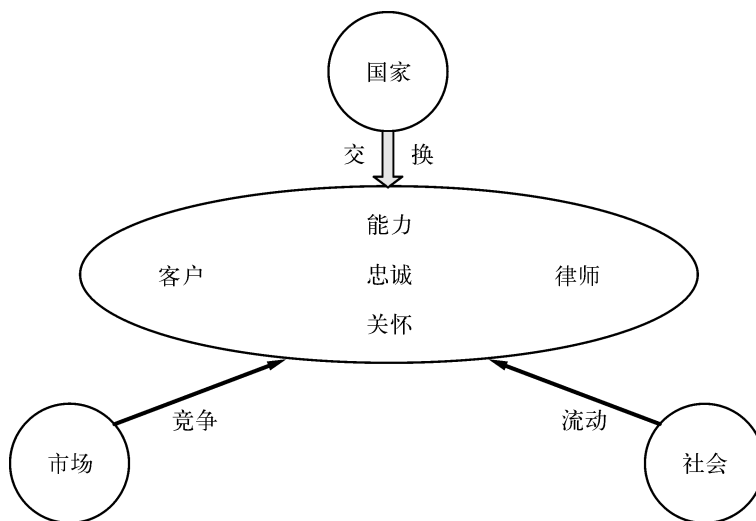


图1 商务律师兴起的分析框架

三、执业能力：中间道路的胜利

律师的执业能力对于获得客户信任至关重要，因为客户往往将最困难、最紧急或最前沿的业务交由律师负责。(INbj0802;INsh0607)因此，能否顺利及时地完成工作和解决问题，就成为客户选择律师的决定性标准。在竞争激烈的法律市场中，外国所和中国所无不各显其能，以证明自己是客户的最佳人选：外国所把丰富的交易经验视为优势，中国所则以对中国法律体系的谙熟和与各级政府的良好关系为“卖点”。然而，在日益复杂、多元和异质化的市场环境面前，外国所和中国所开始认识到：单凭国际知识或本地技能都不足以充分应对，两者必须相互吸收与借鉴。于是，外

^[38] See R. M. Morgan and S. D. Hunt, “The Commitment-trust Theory of Relationship Marketing”, 58 Journal of Marketing (1994).

^[39] 信任倾向是指个体在不同情景中，愿意信赖他人的一般性和一致性的倾向。

国所和中国所的工作风格和服务质量慢慢趋同,一种被刘思达称为“合界”和“混杂”的现象发生了。^[40]而在这一场迈向“中间道路”的能力竞赛中,中国所似乎已经拔得头筹。一位世界500强企业的法律总监通过聘请律所的变化说明了这一点:“八年前我们用的中国所和外国所各2家,目前中国所是4家,外国所只剩下1家,也只是负责外国法的业务。原因很简单,外国所对中国法律的理解和调查的深度都比不上中国所。”(INsh0607)倘若如此,那么有待回答的问题是:为什么中国律师的能力获得了客户更多的认可?

(一) 国家交换与执业能力

最容易想到的理由是中国政府对外国所执业的限制。尽管《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》第15条关于外国所不得从事“中国法律事务”这一官方的管辖权划分在实践中已经十分模糊,但它仍给外国所带来了许多不便与困扰。一名中国所的合伙人举例说明了外国所的不利地位:“在一个中外合资经营城市自来水项目中,法国所一个合伙人站在其客户的立场就一个中国法律问题反复纠缠,最后我直接向外方提出,外国所无权解释中国法律,该律师不得不放弃观点而作罢。”(INbj0609)很显然,在与外国所的竞争中,中国所力图采用各种方式战胜对手,而“禁止从事中国法律事务”无疑是一个好用的抓手。2006年,事务所L一名合伙人作为主要参与者,向上海司法局和上海律协多次反映外国所违规情况。(INsh0725)在其他多名律师的共同努力下,上海律协发布了《境外律所违法执业情况严重 涉外法律服务市场亟待规范》的简报。这份简报激起了外国所的不安,直接影响了它们招聘中国律师和业务扩张的计划。

国家对外国所的执业限制并不总是正式的或可见的,外国所碰到的另一个障碍就是政府机构的无形排斥:这既体现为各级发改委、商务部(局)、工商局不接受外国所提交的书面法律文件,也体现为它们对外国所咨询、面谈、会议请求的拒绝。(INbj0619)以反垄断审查为例,尽管商务部并没有成文规定,但实际上在其审阅的文件中不可能出现外国所的名字,外国所律师也不允许以律师身份出现在商务部组织的会议上。(INbj0802)中国政府对外国所的不欢迎态度使得外国所只能通过非常有限的渠道与有关机构沟通:或者聘请“代理”(Agent)及“政府问题专家”(Government Specialist)协助办理相关事宜,或者有意识地模糊自己的定位,甚至伪装成客户的雇员参与谈判。(INbj0801;INbj0631)

与外国所的境遇相反,中国所一方面受惠于中国法律法规精密化和监管措施复杂化所带来的新的业务机会,另一方面亦保持了与政府的良好关系。在受访的中国律师中,大部分都正面评价了政府对待律师的态度。一个有趣的对比是,几乎所有受访中国律师均声称以真实的律师身份与政府机构磋商并提供相关意见。并且,在过去10年间,伴随着政府人员水平的提高,他们越来越认识到律师的重要性,对律师也越来越接受。(INbj0808)中国政府开放性的改善被很多中国律师观察到。一位和监管部门长期打交道的合伙人就认为:“在过去的几年,我发现通过我们和政府的反复沟通,他们也越来越规范,慢慢能认可我们的做法。”(INbj0628)不过,正如中国的“关系”不只是被动的,还包含着主动“做关系”的一面,^[41]中国律师也需要利用各种方式与政府搞好关系。“我们所会定期组织一些文体娱乐活动,比如打打球、郊外游之类,也会请司法局、商务部的人参加,这样关系就近了。最常见的是开学术会议,费用也会给一些,可一般就是车马费。”(INbj0621)除律所层面的交流外,中国律师和政府官员更多地保持着私人层面的交往,血缘、地缘、学缘都可能成为他们关系的纽带,甚至有些律师本身就是离职或退休的官员。(INbj0802)

[40] See Sida Liu, *supra* note [13].

[41] 参见陈烜之、梁觉编:《迈进中的华人心理学》,香港中文大学出版社2000年版,第155~156页。

国家与律师之间的“交换”深刻影响了律师的执业能力。法律是一门实践性的技艺，因而律师工作的生命固然在于逻辑，更在于经验，必须在“革命中学习革命，战斗中学习战斗”。外国所的执业限制不单意味着业务广度上的相对狭窄，更导致了业务深度上的相对肤浅。在涉外领域，情况更是如此，因为其充满了从国家发改委、商务部、外汇管理局到各级地方政府的各种政府管制和行政性规定。由于以成文法为基础的政府管制措施对新型交易类型的时滞效应，“宜粗不宜细”与“因地制宜”的法律传统，以及政府“说一套、做一套”引发的“表达和实践”断裂，公示于外的正式规则可能在实践中被重新解释、调整，或者被内部人才能了然的潜规则所代替。故此，如何理解和适用政府文件就成为中国律师的普遍难题，而与政府部门多沟通，尽可能了解他们的观点、想法和规程成为中国律师的应对之道。于是可以理解为什么给政府机关打咨询电话是中国律师的一项日常工作。然而，仅仅电话联系是不够的，在某些行政事务不透明的项目中，律师还需要通过走访和约见来获得更准确的信息，从而向客户提出切实可行的法律建议。

外国所因其执业空间受到挤压，不得不囿于“纸面上的中国法”。然而，只有将法条、政策、咨询意见、行政实践、司法判例综合起来，才能还原出全面的中国商事法律环境。^[42] 鉴于外国所普遍对中国立法、司法、执法的真实运行规则缺乏深入了解，他们对“行动上的中国法”知之不详，导致他们虽然可以发现项目中的法律风险（“认知风险”），却难以衡量风险的损失频率和损失程度（“评估风险”）。而对于设计风险防控方案而言，后者远比前者重要。^[43] 事务所 F 的一位资深律师就指出：“外国所律师往往无法判断哪些问题是关键的，哪些是根本不会‘死人’的，经常纠结于很多细枝末节。”（INsh0718）“比如，监事在中国公司法上有很多的权力，实际上只是摆样子的，但外国所却对此非常紧张，论证半天。其实是不明白中国法律和执行之间存在差异。”（INbj0708）用一位合伙人形象的说法，“外国所是隔着玻璃看中国，而中国所有着 underground 的经验，更接地气，更懂得中国”。（INsh0717）所谓“更懂得中国”，即律师要明了在经济商事领域中，纯粹“合法律性”可能没有“适当性”或“合适性”重要，从而在区分“理论上风险”与“现实上风险”基础上，衡量各方面因素后对风险做出最终判断。总之，不管是中国所合伙人，还是外国所合伙人都一致同意：较诸外国所，中国所的法律技术更适合中国国情，对问题“度”的把握更准确，而这正是中国律师的独特价值。（INbj0625；INbj0801；INbj0617；INsh0919）

（二）市场竞争与能力

“市场”是影响律师执业能力的又一力量。在快速发展的中国市场中，律师事务所必须紧紧跟随客户的脚步不断改变，以占据有利的市场位置。正如任何市场都由“需求”与“供给”的正反两面组成，亦有必要立足于此，去探究法律服务市场的变迁过程。

从需求面向上看，客户所需求的内容在过去十余年间发生了巨大变化。以涉外业务为例，早期的外国投资者一般对中国一无所知，他们最需要的是介绍宏观环境、沟通政治文化、协调合作伙伴等“保姆工作”。在某种意义上，当时的律师担任着企业内部法务人员的角色。随着投资者在中国扎根，他们对中国的了解与日俱增，遇到的法律事务也在拓展细化。就像外商投资企业是法律形式上的中国企业一样，其内在经济实质日渐本土化。在此情形下，他们期待律师提供的不再是简单说明，而是全方位的、可操作的法律方案和确凿的法律意见，进而要求律师懂得其所在的行业，把握行业脉络和政府监管动向。（INbj0605）与外国企业的本土化相反，中国企业转而在国际化，法律和律师的作用开始

^[42] 参见李寿双：《中国外商投资法律环境与风险》，中国法制出版社 2007 年版，第 3～4 页。

^[43] See Lynn T. Drennan & Matthias Beck, “Corporate Governance: A Mandate for Risk Management?” (www.nottingham.ac.uk/business/cris/ukec/201paper4.doc, last access 2014-11-01).

受到重视。事务所 A 的一位合伙人证明了这一点：“以前在合资项目中，中方基本上不请律师，我们也没有中国企业的客户，可现在我们的中国客户达到了 30%左右。”(INbj0605)恰如刘思达观察到的，中国客户和外国客户在风格、偏好、付费方式等方面存在差异，^[44]其中最为明显的区别是：前者重点关切目标是否实现，后者同时看重形式是否完美。显然，客户类型的多样性造成了律师执业能力的评价标准的多样化。

面对客户需求的变化，律师事务所的供给当然应适时而变，以便与客户在规模和业务上相匹配。这固然因为律所的“一站式”服务降低了客户寻找和聘用律师，以及告知其企业背景、交易考量等商务信息的成本，从而容易获得客户偏爱。更重要的是，如果一家律师事务所能够处理并购、税收、证券、劳动、诉讼等所有企业问题，那么不但可以最大化律所能够获得的业务量，还有助于建立长期信任。相反，如果将客户的个别业务介绍给其他律所，就把客户置于竞争者可及的危险位置。^[45]为此，律师事务所尽可能地扩张服务范围，以增加对客户的黏性。但如上文所指出，客户需求不止在横向上延伸，更在纵向上深入，因此把客户的工作分解成不同的组成部分，再将其分配给特定的专业团队便成为有效率的选择。法律服务的精细化和分工合作使得律师事务所——这个劳动力密集型的组织——必须在人数上实现增长。而正是在这场规模竞争中，中国所领先了一步。

作为中国第一家专门从事商务法律服务的律师事务所，君合律师事务所在 1993 年时不过 5 名律师及合伙人，而到了 2013 年已达到 660 名。目前最大的中国律所——大成律师事务所，更从 2006 年的 200 名暴涨到 2013 年末的 3 257 名。^[46]倘若考虑到 2002 年之前，都没有一家中国所超过 200 人，^[47]那么商务律师事务所在过去十年的扩张可谓世所罕见。除了人数上的增长，中国所在内部分工与合作方面也进一步加强了。“为了应对客户越来越复杂的要求，我们从组织架构角度优化，把外商投资领域的税务、劳动、贸易、旅游酒店和环境保护、能源与自然资源专业组统归为一个部门，合伙人之间的协作能力明显提高。”(INbj0617)不仅如此，受访的大多数中国所都建立了由电子邮件、文档库构成的信息系统，不同地域、不同专业的法律知识和技巧得以分享和互惠。

与中国的规模化相比，外国所似乎慢了半拍。根据瑞秋·斯特恩(Rachel Stern)和李素对 77 家外国所的调查，只有 18%的外国所超过了 20 人，规模最大的一家也仅有 71 人。^[48]显然，人手不足制约了外国所的执业能力。一位外国所的合伙人抱怨：“一共只有十几个人在做事，而且涉及的面那么广，肯定没有金杜、通商做得那么细、那么广。我也很少能从其他人那里得到中国法的 supporting。”(INbj0712)相对于它们的总部，甚至相对于其他地方的分支机构而言，外国

^[44] 参见刘思达：《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 174~176 页、第 184 页。

^[45] See John P. Heinz, Robert L. Nelson, Rebecca L. Sandefur, and Edward O. Laumann, *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar* (University of Chicago Press, 2005), pp. 286 - 295.

^[46] See China Elite 2014: A Report on the PRC Legal Market (<http://www.thelawyer.com/analysis/dedicated-issue/asia-pacific-150-2014/china-elite-2014/prc-firms-in-dramatic-growth-spurt-the-lawyer-china-elite-reveals/3026093>, article, last access 2014 - 11 - 01).

^[47] See Liu Sida, “Client Influence and the Contingency of Professionalism: The Work of Elite Corporate Lawyers in China”, 40 *Law & Society Review*(2006).

^[48] See Rachel Stern, Su Li, “The Outpost Office: How International Law Firms Approach the China Market”, HLS Center on the Legal Profession Research Paper No. 2015 - 2.

所规模都小得多，^[49]这削弱了外国所本应具有的优势。然则，为什么外国所会在规模竞争中失利？

最直观的理由或许是外国所缺乏扩张的手段。鉴于外国所的律师职位只对具有英美律师资格的人开放，加之从律师成长为合伙人不但时间漫长而且机会渺茫，进入中国刚刚数年的外国所难以采用“律师晋升锦标赛制”(Promotion-to-Partner Tournament)实现增长，而这是美国大型律所得以指数型扩张的基本模式。^[50]另一方面，由于大多数国际所均已经十分成熟，外国所不太可能通过相互之间合并进行跨越式发展，而对中国的并购又遭到禁止，^[51]因此它们亦无法凭借“律师并购式”扩张，而这是中国习见的增长模式。^[52]其次，中国市场对于国际所只具战略意义，实际上，中国80%以上的外国所对其全球总收入的贡献率少于5%。^[53]一位外国所合伙人用一个巧妙的比喻说明了外国所的地位：“关掉一家中国代表处，单纯就经济损失来说，就好比我们所开掉一个律师助理。”(INbj0712)外国所的边缘地位使其必须努力向总部和其他国家的分支机构证明其存在的价值。在“组织正当性”(Organizational Legitimacy)时刻面临挑战的情形下，总部对于外国所的扩张计划自然不持赞成态度。最后，这也是外国所本土化不足的体现。正如瑞秋和李素发现的，外国所的规模与中国人担任合伙人的比例呈现出正相关。^[54]这不但从侧面证明了本土化的背景与技能对于外国所的发展不可或缺，也反映出外国所迈向“中间道路”的步伐过缓，未能及时回应客户需求的变迁。

最后，“文件漂亮、流程规范”是所有受访者对外国所的一致评价。然而，对于中国客户或者已经充分本地化的外国客户来说，这样的文件可能显得“很冗长、很繁琐”，因而并不是客户希望看到的。(INsh0720)并且，外国所采用的“初级律师、资深律师、合伙人文件逐级审查”机制，往往耗时太多、费用过高，有时并不必要。(INsh0730)外国所提供的服务和客户评价标准的错配在其客户类型中进一步显现出来。在外商投资领域中，外国所绝大部分的客户要么是首次登陆中国的国际企业，要么是在中国没有实体的外国战略投资者，要么是与其总部保持长期关系的跨国公司，中国本土公司或在中国耕耘多年的外商投资企业寥寥可数。(INsh0719; INsh0718; INsh0718)相反，中国所“恰到好处”的本地化法律服务契合了后两类客户的需求。一位合伙人以“企业危机处理”为例说明了中国所在“本地化法律解决方案”上的巨大优势：“面对葛兰素史克的商业贿赂、全体员工罢工等危机，中国律师所具有的将诉讼和非诉结合的能力、第一时间获取信息并反馈的能力、与司法机关、主管部门、民间组织之间 networking 的能力是外国所无可比拟的。”(INsh0725)另一位资深合伙人则对获得其他类型外国客户的认可表达了更乐观的看法：“虽然他们暂时没有认识到中国所的价值，但客户重视的终究是实质风险是否得到控制，慢慢地，语言是否到位、文件是否

[49] 外国所的美国总部人数一般超过了500人。根据瑞秋和李素的调查，以同时在香港和中国大陆设立分支机构的国际所为例，前者平均人数(41人)几乎是后者(22人)的两倍。Ibid.

[50] “律师晋升锦标赛制”是指非合伙律师通过所内竞争成为合伙人，为了保持非合伙律师与合伙人之间比例的相对均衡，合伙人的增长必然会导致非合伙律师的相应增长，从而导致规模扩张。See Marc Galanter & Thomas M. Palay, “Why the Big Get Bigger: The Promotion-to-Partner Tournament and the Growth of Large Law Firms”, 76 Virginia Law Review(2006).

[51] 最近一次政策上的突破源自2014年初的《上海市司法局关于在中国(上海)自由贸易试验区探索密切中外律师事务所业务合作方式和机制试点工作方案》。该方案允许外国所与中国所在上海自贸区内实行联营，但在联营期间，双方的法律地位、名称和财务仍保持独立。

[52] 此即大成律师事务所采取的模式，参见吴洪洪：《大型律师事务所兴起的中国模式》，未刊稿。

[53] See Rachel Stern, Su Li, supra note[48].

[54] Ibid.

漂亮倒在其次了。”(INsh0806)

(三) 社会流动与执业能力

作为一种个人性的执业者,律师个体本身是流动性的,而决定其流动方向的就是“当期的收入”与“未来的发展”。尽管外国所的薪酬普遍高于中国所,^[55]但对于绝大部分在中国本土培养而没有多年海外执业经验的中国律师而言,几乎不太可能成为外国所的合伙人,哪怕他们已经取得了国外学位和执业资格。(INsh0718)所以在商务法律服务市场的发展阶段(1992—2000年),一批难以晋升外国所合伙人的资深律师流向了外国所,并成为外国所国际化的早期力量。在商务法律服务市场的成熟阶段(2001年至今),中国所薪酬的上升和英美法学院LLM录取人数的增长,使得越来越多的中国所律师有意愿且有能力在工作3—4年后去美英攻读学位,^[56]而在此期间外国所数量的膨胀和对本土化法律技能的重视,给这些兼具中国法律实践经验和外国教育背景的律师提供了大量工作机会,但与此同时,其合伙人遴选渠道依旧狭窄。外国所的吸引与排斥塑造了中国商务律师的典型职业轨迹:中国所—外国所—中国所。^[57]本次调研就反映了从外国所向中国所的人员流动:事务所A从事外商投资业务的部门中,所有的合伙人都拥有外国法学学位和外国所的执业经验,在律师中,有着留学经历和外国所工作经历的比例也分别达到了80%和30%。(INbh0612)而在本文写作过程中,外国所N的一位受访者跳槽到一家中国所,亦是一个管中窥豹的例证。

除了律师层面上的流动以外,有些外国所的合伙人也开始倾向于中国所。作为曾经的外国所管理合伙人,事务所B的一位合作人诉说了背后的原因:

“首先是经济上的考虑,外国所不是税法上的合伙企业,我们必须缴纳高达45%的个人所得税,这比中国所合伙人不超过20%的税负高得多。其次是工作上的考虑,外国所由于人力成本高昂,永远处于活多人少的状态,加上创收标准严格、任务繁重,合伙人难以在生活和工作中取得平衡,相反,中国所大多奉行eat what you kill的原则,实在累了大不了少做一些。”

他据此总结说:“外国所已经丧失了吸引高端人才的机会。”(INbj0617)的确,尽管外国所是众多初级或中级律师的优先选择,但在工作6年以上的高级律师和合伙人的招聘竞争中却失利了。

律师的流动带来了法律知识和执业技能的流动。对于中国所而言,不但法律文本最初几乎全部来源于外国所,而且,由外国所培训而得的法律技巧和熏陶出来的实践风格也经由外国所律师与合伙人的到来而传播开来。(INbj0605;INbj0621)一位合伙人对国际化技能在中国的适用性做出了生动描述:“就像飞机能飞的规律在哪都一样,中国交易和外国交易的关注点也是一样的。我们的交易结构和使用的合同文本都是学习国际大所的,同时我们也尽量说服中国客户接受国际标准。”(INbj0621)法律文件长度的变化是国际知识继受引发的最直观改变。“以前我们的合同一般都是2、3页,4、5页,现在都是十几页的合同,30、50页的很常见。”(INbj0605)可更重要的是,从“交割”(Closing)、“保证与承诺”(Representations and Warranties)的术语和规则,到“监管账户”(Escrow Account)、“买入期权”(Call-option)的交易模式,中国商务律师的法律技术已经高度国际

[55] 该等薪资差距依据律师的不同级别(初级、中级和高级)和事务所的排名、规模而有所不同。See Lawinn HR Consulting Co., Ltd, 2009 Legal Salary Survey & Review (2010).

[56] 以美国为例,其LLM学位的数量在1999—2009年之间增长了65%,而中国是最重要的生源国之一。参见明克胜:《中国法学教育的潮起潮落》,载《法律和社会科学》2014年第1期。

[57] 参见前注[30],刘思达书,第223、137页。

化了。当然,并非所有的国际惯例都能移植到中国实践之中,这时就需要中国律师进行创造性的本土化改造,用约定违约金取代“对赌条款”即是示例。(INbj0708)

相对于中国所对国际知识的掌握,外国所对本土化知识的吸收并不顺畅。这首先是因为,外国所能够聘用的大多是具备一定中国执业经验的中级律师,而非有着丰富经验的高级律师或合伙人。但在外国合伙人对中国实务缺乏真切认识的情形下,这些尚不成熟的律师成为他们不得不依赖的对象。一位外国所的资深顾问就抱怨说:“我的专长是外资并购和公司法,但合伙人却不管什么问题都跑来找我,因为他们找不到合适的律师问。”(INbj0727)另一方面,出于尽量免除责任的考虑,外籍合伙人并不会轻易采纳中国籍律师提供的意见,而是运用“小事化大”的谨慎策略。(INsh0719)其次,与形式主义和可普遍化的国际知识不同,中国本土化的法律技能并非单靠技术规则就能传授,在某种意义上,它是一种默会性的知识,从而更接近于通过“学徒制”习得的行家绝技。^[58] 用一位外国所合伙人的话来说:“在中国做律师最关键的不是法条,而是要有悟性,在美国做的话死磕法律就行了,中国律师就不一样了。”^[59] 正如他所引用的那个利用国家宏观政策化解国有银行境外上市法律障碍的案例所反映的,在法治未臻完善的中国,只有深谙中国文化、政策动向和官员逻辑,才能恰如其分地运用法律。虽然有外国所的律师批评说:“中国律师的灵活是规则之外的灵活,而真正的灵活应在规则之内。”(INbj0605)但在中国律师看来,法律与其说是一种“纯净物”,毋宁是一种由国家政策、司法判决、行政命令、政府意见、操作惯例组成的“化合物”,因而法律不是“非黑即白”的演绎,而是在衡量每个构成因素分量后的综合判断。

总之,在“国家交换”“市场竞争”与“社会流动”三种力量的裹挟下,中国所在国际知识和本土化技能融合的中间道路中胜出,并由此赢得了客户对其能力的信任。(未完待续)

(责任编辑: 宾 凯)

[58] 参见[英] 迈克尔·波兰尼:《个人知识——迈向后批判哲学》,许泽民、陈维正译,贵州人民出版社2000年版,第78页以下。

[59] 参见前注[30],刘思达书,第223页、第125~126页。