

法理学

论丛

第2卷

JURISPRUDENCE LAW
REVIEW VOL. 2

■ 张文显 李步云 / 主编

法律出版社

法 理 学 论 丛

第二卷

主编 张文显 李步云

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学论丛. 第2卷/张文显, 李步云主编:—北京:
法律出版社, 2000. 8

ISBN 7-5036-3109-0

I. 法… II. ①张…②李… III. 法理学-研究-文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 64483 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/张宇东

责任校对/何萍

印刷/北京四季青印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/16 字数/406 千

版本/2000 年 12 月第 1 版 2000 年 12 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3109-0/D·2831

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

目 录

理论新视野

- 法律全球化:法理基础和社会内容 朱景文(1)
法制与可持续发展的法哲学分析..... 张文显 矫 波(16)
可持续发展与法律变革..... 陈泉生(60)

法理学专论

- 论法的本原、本质和本体 文正邦(89)
近代法治国的历史再现
——梅因“从身份到契约”论断新论..... 蒋先福(123)
正当法律程序的法理分析..... 徐亚文(138)
重读列宁
——20 世纪初俄国社会转型时期列宁法律思想的
发展新论 付子堂(158)

世纪回眸

- 风雨百年的中国法理学..... 李 龙 汪习根(197)
“西化”与“现代化”:20 世纪初叶中国法律
文化思潮概览 公丕祥(235)

博士论文精粹

- 法律推理中的基本矛盾…………… 张保生(285)
论法的实践合理性…………… 周世中(334)

书 评

- 何处寻找法意蕴? …………… 彭诚信(373)

域外采风

- 法律的概念与价值
…………… [英]迪亚斯著 黄文艺译 张文显校(391)

- 《法理学论丛》文稿体例…………… (499)

理论新视野

法律全球化：法理基础和社会内容*

朱景文

法律全球化是正在进行的世界经济、政治、文化全球化过程的法律表现，不存在脱离这一社会内容的独立的法律全球化。在社会生活领域全球化的过程中，法律全球化实际起到使这一过程规范化、定型化的作用，在某种意义上，法律全球化既是经济、政治、文化全球化的结果，又是它们的保证。本文所探讨的法律全球化，实际是社会生活领域所出现的全球化趋势的法律方面。

自从冷战结束以来，全球化一词已经被人们越来越多地在不同意义上使用。本文将集中讨论以下几种意义上的法律全球化的法理基础和社会内容：(1)克林顿主义的法律全球化；(2)WTO的法律全球化；(3)法律移植意义上的法律全球化；(4)社会学意义上的法律全球化。

一、克林顿主义的法律全球化

以美国为首的北约对南斯拉夫的轰炸是克林顿主义的全球化

* 本文是作者所主持的国家社会科学基金九五重点项目《比较法社会学：框架和方法》的阶段成果。

的最好释义。这种意义上的全球化,实质就是北约的全球化。

克林顿主义的全球化的法理基础是“人权高于主权”。^①关于人权与主权的关系,在国际法学界一直是一个有争论的问题。二战期间德国法西斯对犹太人的种族清洗的暴行以及前南非政权种族隔离和种族歧视,常常以“它们属于主权范围内的事务”,而反对国际社会的谴责和制裁;另一方面,在当代帝国主义又经常以“侵犯人权”为借口,动辄对社会主义国家和第三世界国家进行经济的或军事的制裁和干预。毫无疑问,严重侵犯人权的行为必须受到谴责和制裁,不管这种行为发生在国际还是国内。而国家主权作为国际社会的根基又必须得到尊重。问题的症结在于由谁,按照什么标准,以什么方式来确定必须加以制裁的严重侵犯人权的行为。为了保护人权而又尊重国家的主权,二战以后,联合国一直实行常任理事国协商一致的原则和一票否决制。在此基础上,只有经联合国授权,才能对主权国家严重侵犯人权的行为加以制裁,这种制裁才具有法律基础。

必须指出,克林顿主义的法律全球化,并没有法律基础,无论在联合国宪章,国际公约,还是决议中,都找不到未经联合国授权允许其他国家可以动用武力干涉纯粹属于一国主权范围内的事务

^① 有的学者认为,克林顿主义全球化的理论基础是康德哲学中的“世界主义”,它建立在美国在世界经济、政治与文化上的霸权的基础上,其实质是美国化。这种意义上的全球化在政治上将以主权国家签署国际条约或协议的形式实现。参见 Gunther Teubner, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World society, in Gunther Teubner (ed), *Global Law Without a State*, Alersshot; Dartmouth, 1997, pp. 3—28. 作者认为,法律全球化有两种不同的形式:一种是克林顿主义的法律全球化,另一种则是社会学意义上的法律全球化,它不是以康德哲学,而是以艾利希的法社会学为基础,在艾利希看来,“法律发展的中心从来不在国家的活动,而在社会本身。现在我们必须在那里去寻找它们。”为此,研究社会学意义上的法律全球化,不应采用传统的实证主义的法律概念,而应代之以多元主义的法律概念。参见本文第四部分。

的根据。^① 美国为首的北约对南斯拉夫的轰炸表明,他们正在开创一个先例,对“严重侵犯人权”的行为,不是由联合国,而是由以美国为首的北约,不是按照联合国所确定的标准,而是按照西方的价值观念,加以制裁。换句话说,在他们看来,随着前苏联的解体,二战以来所形成的两极体制以及在此基础上建立的联合国常任理事国机制已经不能反映现在的新的世界格局,他们在用自己的行动创造北约的全球化的法理基础。^②

① 在联合国的历史上,特别是在冷战时期,有许多关于人权问题的提案,由于涉及到不同的价值观念而没有被安理会通过。1949年玻利维亚和澳大利亚在第三届联大上关于匈牙利、保加利亚和罗马尼亚对人权和基本自由的遵守问题的提案,得到几乎所有的西方国家的支持,而所有的社会主义国家,无一例外支持保、罗、匈的立场。而在同一次大会上,苏联及东欧国家指控希腊虐待其国内的政治犯(共产党人),也受到了西方国家的拒绝。参见李鸣:《联合国宪章关于人权与不干涉内政问题》,载刘升平、夏勇主编:《人权与世界》,人民法院出版社1996年版,第228—245页。

② 值得注意的是,克林顿主义除了具有老牌帝国主义的强权政治的共同特点之外,还具有“左翼”的外表。其推行者,如克林顿、布莱尔、施罗德、索拉纳等,都是属于西方体制内的左翼和社会民主派别。他们热心于输出西方发达国家带“社会民主”色彩的价值观念,同时也是全球化意识形态的积极推行者。他们与西方国家的共和党、保守党的领导人不同,后者强调自己国家的国家利益,主张保护主义,反对纯粹道义目标的对外干涉,一般属于怀疑或者反对全球化的政治派别。克林顿主义在对第三世界国家的态度上与他们的前任也发生了很大的变化。50—70年代,美国和其他西方国家在世界各地都是以扶植第三世界国家的独裁政权,反对民主力量而臭名昭著,如印度尼西亚的苏哈托,智利的皮诺切特等,这种政策不仅引起了第三世界国家人民的反抗,而且也引起了西方国家内部广大人民的抗议。自从美国卡特政府推行“人权外交”以来,这种政策开始发生变化。克林顿主义在人道主义援助,“防止种族灭绝”和保护人权的旗号下,把矛头对准不听“招呼”的第三世界国家的“独裁政权”,以便在全球范围内树立他们“世界警察”和“人权教父”的形象。正由于这些新的形象,所以他们在西方国家的公众中也获得了较大范围的支持。

二、WTO 的法律全球化

被称为“经济联合国”的世界贸易组织(WTO)的全球化是把在世界经济贸易领域的占主导地位的规则通过经济力量推广到全球,其后面的物质力量是经济和科技强制力。

1995年成立的世界贸易组织拥有122个成员国,它们之间的贸易额占世界贸易总量的95%以上。WTO的法律基础是《建立世界贸易组织协定》及其附件,涉及货物贸易、服务贸易、与贸易有关的投资、与贸易有关的知识产权、解决争端的规范及程序、贸易政策复审等一系列领域的协议。在《建立世界贸易组织协定》中规定了它的五项任务:(1)促进本协定及多边贸易协议、多种贸易协议的管理与实施;(2)为世界贸易组织的成员间的谈判提供讲坛;(3)解决成员间的贸易争端;(4)实施贸易政策审查机制;(5)与国际货币基金组织和世界银行合作。

该协定要求所有成员均有义务使自己的法律、条例及行政程序同协定一致,并且对协定不得做任何保留(但对于协定所附的某些协议,可以按协议的条件作出保留)。这就使该协议不仅限于国际贸易法律领域,而且涉及到“国界背后”的国内经济法律的结构。

世界贸易组织所适用的基本法律原则包括无歧视原则(最惠国待遇原则和国民待遇原则),贸易自由化原则(减少政府干预,市场准入,公平贸易),关税减让和消除非关税障碍原则,互惠原则,透明度原则(成员须公布自己有关国际贸易的法律与规定)以及实现这些原则过程中的一系列例外。WTO的这些基本法律原则的核心是贸易自由化原则,其他原则都是它的补充、配套或补救措施。

世界贸易组织的贸易自由化原则的理论基础是新自由主义的经济学。这种理论认为,全球资本主义已经抛弃了由民族国家调

控的过时的模式,而代之以效益与福利最大化的新模式。较小的政府和较少的贸易障碍会导致更完善的市场,而更完善的市场则带来资源在全世界范围内更有效益的分配,从而导致高增长率和世界财富总量的增加。由于取消贸易障碍,将使各国获得基于比较优势的国际分工而带来的利益。全球资本市场将对主权国家起到约束作用,从而保证市场不被扭曲。这样,在一个“无经济边境的世界”,资本将流向能使自己达到最高值,使福利最大化的地方,对发达国家来说,全球化所引起的削减福利措施及社会公正问题,只要主权国家政府不从中干预,市场本身会提供所需要的一切社会保证。对发展中国家,全球化也是一个福音,当资源在寻求利益的过程中,从资本主义的“中心”流向“外围”时,将导致全球收入的趋同。这样,一些第三世界国家的领导人一改过去要求建立世界经济—政治新秩序的“好斗”立场,而采取比较务实的态度,宣称新自由主义是自己信奉的意识形态,“我这里有最适于投资的环境”成为他们中间最为流行的口号。按照新自由主义的理论,全球化似乎是人类历史上真正可能实现的乌托邦。^①

从效果来看,按照WTO首任总干事鲁杰罗(Renato Ruggero)的说法,世界贸易组织的成立对其成员起码具有三个好处:第一,WTO成员之间实行无歧视的最惠国待遇,从而大大降低关税和非关税障碍;第二,成员之间可利用多边争端解决机制,解决贸易纠纷,从而可以大大减少贸易战和贸易保护主义;第三,作为

^① 关于WTO的法律全球化的论述,参见 See Jost Delbruck(1993),“Globalization of Law, Politics, and Markets-Implications for Domestic Law-A European Perspective”, I Indiana Journal of Global Legal Studies 1—26; S. T. Cavusgil, Globalization of Markets and its Impact on Domestic Institutions, I Indiana Journal of Global Legal Studies 83—101; David M. Trubek, Yves Dezalay, Ruth Buchanan & John R. Davis(1994),“Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas”, Vol. 44, 2 Case Western Reserve Law Review 407—498.

WTO的成员,可参与国际经济贸易规则的制定,从而可能建立更加公正合理的世界经济秩序。1994年当乌拉圭回合的谈判结束,世界贸易组织行将诞生时,WTO的前身关贸总协定曾对世界贸易的前景充满了期望,按它的估计,乌拉圭回合的最终协议将使发达国家的工业产品的关税平均降低38%,农产品关税降低37%,使约有半数的工业产品能免税进入发达国家的市场。总体上,平均关税将由原来的占产品价格的6.3%下降到3.9%。协议将使今后10年世界收入每年增加2700亿美元,2005年前世界贸易额一年可增长7450亿美元。一些新自由主义的经济学家认为,协议将使全球产值在今后10年内增长60000多亿美元,全球自由贸易所带来的消费者收入效应和生产者生产效应将使世界贸易的福利水平提高。关贸总协定总干事那时充满信心地说,乌拉圭回合的成功结束和世界贸易组织的建立,意味着各国“更多的贸易,更好的投资,更多的就业机会和更好的收益。”^①

然而,事实果真如此吗?1995年WTO的建立可以说是全球化理论及其实践搞得最热火朝天的一年,人们似乎觉得已经站到了经济全球化的门栏,无论发达国家还是发展中国家似乎都在向新自由主义顶礼膜拜。但是,好景不长。仅仅过了一年多一点的时间,首先是1997年夏季以来的发生在东南亚国家的金融危机,很快蔓延到整个东亚,以后又发展到俄罗斯,南美……货币贬值,通货紧缩,企业破产,银行倒闭,工人失业、下岗,就好像一场流行病肆意蔓延。新自由主义经济学所许诺的那种全球普遍繁荣的局面好像已经是在痴人说梦。这场危机是否已经过去,还是仅仅是整个冰山的露出水面的部分,它是否意味着正在走向一体化的世界经济体系的全球性的危机,还很难说。

经济全球化所带来的另一个问题是世界范围内贫富差距的扩

^① 参见曹建明:《国际经济法概论》,法律出版社1996年版,第158—163页。

大。根据 1999 年发布的联合国《人文发展报告》,由信息和通讯技术的大发展而推动的全世界日益加强的经济、文化和科学的一体化带给人们的财富并不是平均分配的。市场竞争可能是效率的最大保证,但不一定是平等的最大保证。不受约束的市场经济使穷人更穷,富人更富。世界五分之一的人生活在高收入国家,这些国家控制了 86% 的世界出口市场,68% 的外国投资和 74% 的电话线。从 80 年代以来,许多国家从全球化中获益,它们利用了经济和技术的机会^①;而许多国家没有得到多少好处。结果是那些从这个体系中得到好处的与那些“只是被动地接受它的影响”的人之间“怪异而危险地两极分化”。占世界人口 1/5 的收入最高的国家的人民,创造着 86% 的世界国内生产总值,82% 的全球出口和 68% 的国外直接投资,控制着 74% 的电话线。收入最低的 1/5,也就是最贫穷国家人民约占每一项的 1%。全世界最富有的 1/5 人口与最贫穷的 1/5 人口之间的收入差距从 1960 年的 30:1 扩大到 1997 年的 74:1。今天,人类 20% 的富有者消费着 86% 的各种商品和服务。而占人口 1/5 的最贫困的居民只消费世界财富的 1.3%,几乎只有 30 年前的 2.3% 的一半。世界上 3 名巨富的财富超过了 48 个不发达国家的国内生产总值之和。^② 而世界首富微软公司的市值超过 5000 亿美元,如果把它当作国家,以 GDP 来衡量,它在全世界排名第 11,仅次于美国、日本、德国、法国、英国、

① 该报告认为,发达国家把它们投资的 80% 集中在 20 个东欧和发展中国家,中国占有突出地位。按照世界银行的统计,中国多年以来一直占世界各国接受投资的第二位(仅次于美国)和接受世界银行贷款的第一位。上述资料表明,中国在世界经济体系中所处的地位,表明中国是世界全球化进程的突出的受益国。

② 参见联合国开发计划署:1999 年《人文发展报告》,载 1999 年 7 月 15 日《参考消息》;1999 年 7 月 11 日[阿根廷]《号角报》:《另一个世界的世界》,载 1999 年 7 月 14 日《参考消息》。

意大利、中国、巴西、加拿大和西班牙的国民经济总产值。^①

还应指出的是,世贸组织的规则虽然是世贸组织成员共同制定的,但在制定的过程中充满了发展中国家与发达国家之间的斗争。以乌拉圭回合的谈判为例,发达国家在工业品关税、非关税壁垒以及服装和纺织品贸易方面做了一些有益于发展中国家的让步,但在服务贸易、知识产权、与贸易有关的投资措施以及市场准入方面,发展中国家不得不同意发达国家特别是美国所提出的条件。如在货物贸易方面,乌拉圭回合的重要成果是市场准入,降低关税,将非关税壁垒关税化,从而削弱贸易壁垒。但由于发展中国家在国际经济中所处的不平等地位,这种貌似平等的关税减让协议所带来的利益实质上是不公平的。再如乌拉圭回合把服务贸易、知识产权保护与与贸易有关的投资措施纳入关贸总协定体系,发展中国家在这些领域明显处于劣势,又不得不承担许多新义务,发达国家的跨国公司将是最大的受益者。^② WTO的规则从另一个方面也有助于我们理解在“法律平等”,“所有成员都平等地参与法律制定”的外衣下,在市场经济条件下,为什么法律依然是统治阶级意志的体现。世贸组织规则的制定也给我们提出了另一个问题,当代国际经济关系中占主导地位的规则必然是有利于在这种关系中居于支配地位的发达国家的规则,但发展中国家对这种经济结构并不是无能为力的,也并不是只能站在WTO之外进行所谓体制外的反抗,即使在世贸组织的框架内,利用世贸组织的现有机制,发展中国家依然可以经过自己的团结努力,迫使发达国家作出让步,争取制定有利于自己的规则,为建立更加公正、合理的世

① 参见林行止:《出身大富之家,盖茨富可敌国》,载香港1999年7月19日《信报》。

② 参见曾华群:《国际经济法导论》,法律出版社1997年版,第18—22页。

界经济新秩序作出自己的贡献。^①

总之,从 WTO 法律全球化的社会内容来看,经济全球化确实给一些国家带来了效率和经济繁荣,使全球经济的总量获得了较大的提高,但它也给各国带来了更大的经济风险和不安,带来了全球范围内的更大的不平等。

三、法律移植意义上的法律全球化

法律移植意义上的法律全球化是指在一国或一个地区范围内通行的法律制度由于某种原因而在更广泛的领域,在全球流行。这种形式的全球化,往往与某一国家或某些国家在世界经济或政治中的霸权地位(或主导地位)相关。^②而就接受国而言,或者出于依附地位,或者出于文化影响,接受这些制度和规则。

近代以来,在世界范围内这种形式的全球化曾经发生过两次:一次发生在私法领域,即 19 世纪中叶以来直到 20 世纪从欧洲开

^① 世贸组织所通过的协议中包括着一系列的例外条款,如国际收支失衡的例外,幼稚工业保护的例外,保障例外,关税同盟和自由贸易区的例外,安全例外,对发展中国家特殊的优惠待遇等。这些例外表明,实现 WTO 所规定的条件,并不是绝对的,可以根据不同国家的不同情况加以灵活处理。在某种意义上,这些例外条款的通过恰恰是发展中国家长期努力斗争的结果。

^② 关于法律移植意义上的法律全球化,参见 Martin Shapiro(1993),“The Globalization of Law”, I Indiana Journal of Global Legal Studies 27—64。作者认为,法律全球化发生在私法(国际商法、公司法)、公法(违宪审查制度、人权保护、立法的公众参与)、保护法(环境保护、社会保障)及法律、诉讼和法律职业的数量迅速扩张等方面,而在所有方面,几乎都伴随着美国化。另参见 Boaventura de Sousa Santos, Towards A New Common Sense, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, Routledge, New York, 1995, pp. 250—378。作者认为,法律全球化既包括地方的全球主义,即一种全球性的规则在地方推行,如我们上面所说的 WTO 的法律全球化;也包括全球的地方主义,即在一个国家或地区流行的法律规则推广到全球,成为一种普遍的潮流。还可参见朱景文:《关于公法的全球化》,《公法评论》1999 年第 1 期。

始扩展到世界的仿照法国民法典和德国民法典的编纂法典运动；另一次发生在公法领域，即二次世界大战以来在欧、美兴起扩展到亚非拉第三世界国家的以建立宪法法院或宪法委员会和司法审查制度为标志的潮流。^①

就发展中国家而言，这类法律移植意义上的全球化，也曾发生过两次：一次发生在 50、60 年代，美国和欧洲一些国家以“援助第三世界国家”为名，派“和平队”或类似的组织到那里去，传播美国或西方的法律模式，参与这些国家的立法和法学教育，这就是法律与发展运动^②；另一次发生在 90 年代，与经济全球化相联系，随着争夺市场和投资的国际竞争的加剧，在世界范围内，特别是第三世界国家和前苏联及东欧国家，出现了一股以市场导向的法律改革潮流。有没有健全的法律保障系统，已经成为判断是否具有良好的投资环境的关键性因素之一。据世界银行的统计，在过去的四、五年间，15 个多边发展机构和 20 个发达国家参加到 120 个国家的 400 个有关法律改革方面的援助项目中。^③据有的专家估计，世

① See M. A. Glendon, M. W. Gordon, & C. Osakwee, *Comparative Legal Traditions*, 2nd ed. West Publishing Co., 1995, pp. 328—354.

② 美国的法律与发展运动开始于 50 年代，60 年代到达高潮，70 年代随着越战和水门事件而走向低潮。当时，这一运动只涉及亚洲的日本、印度、缅甸、土耳其、马来西亚、韩国；拉丁美洲的哥斯达黎加、巴西、智利、哥伦比亚和秘鲁；以及非洲的博茨瓦纳、肯尼亚、赞比亚、乌干达、加纳等 40—50 个国家。其中美国对亚洲国家提供大约 500 万美元，非洲 1500 万美元，拉丁美洲 500 万美元的法律发展援助。另外，法国、英国、比利时也对它们的前殖民地国家进行了类似的法律援助项目。See Report of the Research Advisory Committee on Law and Development of the International Legal Center, *Law and Development; The Future of Law and Development Research*, New York; *International Legal Center*, 1974; Thomas M. Franck, (1972), “The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing countries?”, 12 *Wisconsin Law Review*, pp. 767—801; James A. Gardner, *Legal Imperialism*, The University of Wisconsin Press, 1980.

③ See Mohan Gopalan Gopal (1996), “Law and Development: Towards a Pluralist Vision”, paper at the American Society for International Law.

界银行和国际货币基金组织用于这些国家法律改革方面的贷款已达到几百亿美元。而这些法律改革的基本原则和最终目的就是增加法的可预测性、可计算性和透明度,即实现法治,以保证资本的跨国界的自由流动,保证世界范围内的贸易自由。为此,这些国家制定、修改和重新制定了投资法、贸易法、合同法、公司法、税法、金融法、知识产权保护法、反倾销法、刑法、行政法、诉讼法、仲裁法、律师法等等,使这些法律尽量满足投资者的要求,“与国际通行作法接轨”。

近年来,许多学者经常提到美国的律师工作模式在全球的传播,即律师为商业服务,与商业公司的紧密结合。传统的律师模式,即欧洲大陆的律师模式,不是为商业而是为政府服务的。从罗马法复兴开始,大陆法学教育就以为政府服务为其主要宗旨。法律作为一种知识得到迅速地、大规模地发展,是因为这种知识的拥有者为正在建设的中央集权的官僚制度提供了理想的后备军,在封建制解体以后成为政治权力再集中化的主要工具。大量的优秀的法律毕业生进入政府文官和司法系统服务。剩下的人则从事私人实践领域的工作。律师则被看作是一种长袍贵族,他们具有独立的尊严地位。他们给予无知识的人法律劝告,不是为了赚钱,而是作为一种公共的捐赠。而且,特别是在拉丁国家,律师的传统角色从古典时代起就是演说家。律师在法庭上为那些不能为自己讲话的人讲话。同时,欧洲法远比美国法更贵族化:在美国,法律集中在从事法律职业的人手中,而在欧洲法律则在整个贵族中传播。美国的法律教育,最初是学徒式的,然后是靠小规模、高度分化的和相互分散的法学院,生产着律师。在欧洲,具有法律学位的人不是律师(lawyer),而是法律家(jurist)。而法律家中的大多数不从事法律实践。结果,欧洲律师对于从事商业工作并不十分热情,而他们的美国同行则对此从来没有感到窘迫。在欧洲,商业顾问和书写合同的工作往往留给该职业中地位不那么显赫的人,而律

师即辩护人则只从事诉讼。欧洲的律师要为公司商业服务会遇到巨大的困难。律师不能为公司所雇佣,因为雇佣与律师协会的成员身份是不相容的。而且,除非出庭,公司不需要雇佣律师,因为几乎所有公司的管理者都受过法律教育。但是这些受过“办公室”法律训练的人却感到不需要与一个独立的法律职业和它的规范结盟。他们不是公司的“律师”,而是拥有法律知识、但又缺乏职业训练的公司的官员。因此,大陆的法律职业一直与文官的服务相适应,而远离商业的实践,没有必要从事日常的公司法律适用活动;而公司的管理者从事内部事务和处理公司与政府的关系,则不需要法律职业。

大陆律师在对公司商业提供法律服务所面临的困难,现在得到了认真的对待。欧洲跨国公司的业务像美国一样要求可信的、详细的、全面的研究的合同,这不得不需要像美国那样精通商业业务的律师。另一方面,跨国商业的增长,欧洲范围商业的增长,管理权从国家首都向布鲁塞尔的运动,外国竞争向以前由国家垄断领域的入侵,分公司、子公司的存在等等,所有这些都减少了商业和政府交易的亲密性。在欧洲美国式的更疏远的、更法制化的商业交易正在迅速地增长。所有这些都为美国律师工作模式在欧洲、乃至世界的传播提供了条件。^①

^① See Martin Shapiro (1993), "The Globalization of Law", I Indiana Journal of Global Legal Studies 27—64. 关于律师制度的发展,参见 Marc Galanter & Thomas Palay, *Tournament of Lawyers, the transformation of the Big Law Firms*, Chicago: University of Chicago Press, 1991. 关于德国和美国法律职业的比较,还可参见 D. Rueschemeyer, *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the United States*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977; 朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社 1994 年版,第 105—109 页。