

刘思达 著

The Logic of
Fragmentation

割据的逻辑

中国法律服务市场的生态分析

刘思达 著

The Logic of
Fragmentation

割据的逻辑

中国法律服务市场的生态分析

图书在版编目(CIP)数据

割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析/刘思达著. —上海:上海三联书店, 2011. 4

ISBN 978-7-5426-3508-2

I. ①割… II. ①刘… III. ①社会学—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 035210 号

割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析

著 者 / 刘思达

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 张向玲

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 任中伟

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

[http: //www. sanlianc. com](http://www.sanlianc.com)

E-mail: shsanlian@yahoo. com. cn

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2011 年 4 月第 1 版

印 次 / 2011 年 4 月第 1 次印刷

开 本 / 890 × 1240 1/32

字 数 / 220 千字

印 张 / 8.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-3508-2/D · 179

定 价 / 35.00 元

内容简介

本书是一项关于中国法律职业的大型实证研究,作者秉承社会学芝加哥学派的生态分析传统,对我国法律服务市场各个领域的竞争与规范问题进行了全面的社会科学分析。基于作者在2004—2007年间对我国12个省份的250余位法律执业者和国家官员的深入访谈、对中国律师网互动社区的三年参与观察以及大量历史材料收集工作,本书的研究表明,中国法律服务市场的社会结构是高度割据的,多个法律职业群体占据了这一市场的各个角落,律师业与其他职业之间的管辖权界限十分模糊,而管理律师业的司法行政机关,在同样高度割据的国家管理体系中也处于相对弱势的地位,因此律师在法律服务市场上的地位就显得极不稳固。为了解释这一割据现象,作者在书中提出了一个关于定界与交换的空间社会学理论,并将其应用在中国法律服务市场的五个空间领域:边疆(农村法律服务)、战场(城市基层法律服务)、高端(涉外法律服务)、后院(企业与政府法律服务)、雷区(刑事法律服务)。

目 录

第一章 割据:中国法律服务市场三十年	1
第二章 边疆:农村的纠纷解决与职业系统	35
第三章 战场:律师与基层法律服务	70
第四章 高端:涉外法律服务市场的全球化	106
第五章 后院:企业与政府机关的法制化	150
第六章 雷区:律师与刑事司法系统	181
第七章 逻辑:定界与交换的空间社会学	219
参考文献	234
后记	255

第一章

割 据

中国法律服务市场三十年

话说天下大势，分久必合，合久必分。

——罗贯中《三国演义》

割据，是理解中国历史的一个重要概念。秦统一前的几百年时间里，东周的领土一直是一幅四分五裂的景象。而自汉代以来，割据现象在朝代更替之际也随处可见，如著名的“三国”和“五代十国”等时期。当两千年的中华帝国史终于告一段落，神州大地又迅速被各路军阀和殖民者所割据，直到二战后中华人民共和国的成立。在共和国的前三十年里，大一统的政治体制得到了明显加强，它对中国社会的穿透性超过了以往任何时期，并最终导致了极具破坏性的文化大革命。当改革开放在1970年代末开始时，这个古老国家的传统社会结构基本已被夷平，绝大多数国家和市场制度都需要重新建立。对于“文革”期间社会与政治动荡的深刻反思，让我国的领导人开始重新认识法律制度对于维护社会秩序和促进经济发展的重要性，而这引发了中国历史上最大规模的一次国家主导的法律改革，并一直

延续到了今天。

三十年的高速改革极大地改变了中国法律制度的外观。在立法方面,数以万计的法律、行政法规、部委规章、司法解释和地方性法规在不到三十年里陆续得到颁布实施,有的还经历了多次修改(蔡定剑,1999;朱景文,2007)。在司法制度方面,司法系统里的复转军人逐渐被法学毕业生所取代,法院和检察院也变成了具有科层结构的复杂性组织(贺卫方,1998;Woo, 1991, 1999; Zhang, 2003; Liu, 2006a)。在法学教育方面,全国各地的高校从1990年代起建立了几百个全新的法学院系(朱景文,2007:520),法学研究和法学教育的知识基础几乎被全盘西化,并且变得越来越技术化(刘思达,2007, 2008a)。从表面上看,我们似乎正在见证着一次中华法律传统在韦伯意义上的理性化过程(Weber, 1978)。

但法律制度从来都不是在真空中运作的,而总是通过与市场和政治环境的互动而演进。当中国法在三十年间发展成为一个以被移植的法律知识和制度为基础的复杂而自我维系的正式系统,它与日常生活之间的距离也就大大增加了。中国法律改革的这一现代性语境下的“脱域”(disembedding)效果(Giddens, 1990)主要表现在三个方面:(1)制度移植的符号化;(2)职业知识的技术化;(3)政治权力的分割化(刘思达,2008a:3—19)。对国外法律条文和制度的大规模移植导致了国家正式法律与“行动中的法律”(law in action)之间的断裂,而这在我国法律制度的各个方面都有所体现。其中很重要的一点,是法律专业人员(包括学者与实践工作者)的学术性知识变得越来越技术化,几乎完全脱离了本地的文化语境。更重要的是,中国的法制建设一直伴随着国家与其试图发展的市场经济的结构性变

化,而这一法律、国家与市场之间独特的并置关系(juxtaposition)在改革开放时期催生了一个高度割据的法律服务市场。

研究当代中国的法律服务市场就仿佛是走进了一片广袤的热带雨林。当你进入丛林之后,会发现一系列令人困惑的职业群体——它们有着不同的行业准入标准,却从事着十分相似的工作。从1970年代末的市场经济改革开始,律师业的稳步发展就一直伴随着其他法律服务提供者的迅速繁衍和扩散。在广阔的个人法律服务领域,律师受到了基层法律工作者、各种法律咨询机构和大量“黑律师”“土律师”的强烈竞争(Alford, 1995; 傅郁林, 2006; 王亚新, 2006; 应星, 2007)。在企业法律服务方面,外国律师、企业法律顾问、专利代理人、商标代理人 and 公证员的执业资格都与律师不同,而这些行业在法律服务市场上占据了利润颇高的份额(Mertha, 2005; Liu, 2006b, 2008)。即使是在律师看似具有垄断地位的刑事辩护领域,公检法机关不甚友好的态度和司法实践中的种种做法也让他们的工作显得十分困难,有时甚至很危险(Yu, 2002; Lu & Miethe, 2002; Michelson, 2007a; Halliday & Liu, 2007; Liu & Halliday, 2009)。

中国律师市场地位不稳固的根源在于其背后的政府管理规范体制。作为管理律师业的国家机关,司法部同样没能确立其对于整个法律服务市场的管理权。一方面,它在管理规范相互竞争的法律职业时受到了来自其他行政机关的很大压力;另一方面,它在与公检法等机关互相协调以保护律师权益时也显得举步维艰。也就是说,中国法律服务市场的管理体制和这个市场一样,都是高度割据的——管理律师的是司法行政机关,而与律师存在市场竞争关系的绝大多数职业群体都是由其他国家机关来管理规范的,这些机关之间的政治利

益和权力关系大相径庭。因此,割据——即社会主体之间稳定的空间性结构分化——就成了理解当代中国法律服务市场的关键词,无论是市场上的法律职业还是国家内部的管理机关,都呈现出高度割据的现象,而这显然背离了我国领导人在1970年代末开始进行法律改革时的构想。

为什么中国三十年的法制建设产生了一个如此割据的法律服务市场?为什么律师在这个市场上四面受敌?而这些包括市场、国家和职业在内的割据的社会结构又是通过怎样的社会过程产生和演变的?本书秉承社会学芝加哥学派的生态分析传统,提出一个关于法律职业与国家的生态理论来解释上述这些经验问题。这既是一项关于中国法律职业的实证研究,又是一次对于社会结构分化与整合的基本过程的理论探讨。在本章的余下部分里,我将简要地论述社会生态理论的基本构成要素,介绍本书所使用的经验数据和研究方法,并对中国法律服务市场自1970年代末以来的三十年历史进行一个概述。在本书第二至六章分别对法律服务市场的五个空间领域进行实证分析之后,第七章将更为深入地探讨这项研究的社会学意涵及其对我国法律实践的启示。

一个关于法律职业与国家的生态理论

从韦伯对于法律社会学的经典论述(Weber, 1954)开始,社会学家们对法律系统提出了诸多不同的理论视角(Parsons, 1951; Foucault, 1977; Bourdieu, 1987; Habermas, 1996; Luhmann, 2004)。这些理论虽然来源于不同的学术传统,却关注着相同的问题,也就是社会结构与个体行为之间的关系问题。法律系统中的行

为主体一方面受到既有规范和制度的约束,但另一方面,他们也会用个体或集体行为来改变其在这一系统中的结构性位置,并最终影响系统的秩序。律师、法官、检察官、法学家和其他法律行为主体往往具有类似的教育背景,但他们的思想和行为却由于身处法律系统的不同位置而大相径庭。于是,如何从理论上研究这些行为主体之间的互动过程,就成为理解法律服务市场及其国家管理体制的社会结构的一个核心问题。

本书提出一个生态理论来理解法律系统,特别是法律职业与国家之间的关系。这一理论的根本性洞见来源于德国社会学家齐美尔(Georg Simmel)和美国社会学的芝加哥学派,他们认为社会互动(social interaction)是社会存在的基础。我认为,法律系统中的行为主体和其他地方的行为主体一样,都进行着两种最基本的互动过程:一方面,他们彼此设置障碍、争夺地盘;另一方面,他们又彼此结为盟友、交换资源。这两种社会过程,也就是所谓“定界”(boundary-work)与“交换”(exchange),是生态系统分化与整合的基本逻辑,它们共同塑造了法律职业与国家的社会结构。

社会学中的生态理论起源于齐美尔关于社会形态(social form)的论述。齐美尔认为,社会“表现为一个宇宙空间(cosmos),它复杂的本质与方向是无限的,但其中任何一个单独的点都可以被固定,只能以一种特殊方式发展,因为否则的话,整体结构就会改变”(Simmel, [1908]1971:19)。这一独特的理论视角被社会学芝加哥学派的先驱们进一步发展,其中帕克(Robert E. Park)的贡献尤为重要(Levine, 1971; Bulmer, 1984; Abbott, 1999)。帕克提出了“人类生态学”(human ecology)的概念,将其定义为“对于人类受选择

性、分布性和适应性影响的空间与时间关系的研究”(McKenzie, 1924:288)。人类生态学并非只是自然生态学的延伸(Park, 1936; Gaziano, 1996),而是一个解释社会组织与变迁动态过程的整体性研究方法(Park & Burgess, [1921] 1969; Park, Burgess & McKenzie, 1967; Hawley, 1986)。

从其创立开始,生态研究方法已经被广泛应用于社会学的各个领域,包括城市社会学(Park, Burgess & McKenzie, 1967; Wirth, 1928, 1938; Zorbaugh, 1929)、组织社会学(Hannan & Freeman, 1977, 1989)、政治社会学(Wallerstein, 1974, 1976—1988; Zhao, 1998)以及职业社会学(Abbott, 1988)等。其中在职业社会学领域,阿伯特(Abbott, 1988)提出了“管辖权冲突”(jurisdictional conflict)理论,认为各个职业并不单独经历所谓的“职业化”过程,而是共同构成了一个相互依赖的生态系统,通过彼此之间的互动而发展。

阿伯特的理论是职业社会学中的一个根本性的范式转换(Wilensky, 1964; Larson, 1977; Freidson, 1970, 1986),而在方法论的意义上,它也是一个对于生态研究方法的系统性应用。他用“管辖权”(jurisdiction)作为一个社会学概念来建立职业与其工作之间的联系,并将处于同一工作领域的职业视为一个通过“管辖权冲突”而发展的互动系统(Abbott, 1988)。近年来,阿伯特又提出了“相连生态系统”(linked ecologies)的概念(Abbott, 2005),即认为社会是由多个彼此相连的生态系统所构成,连接它们的是所谓“合叶”(hinge),也就是让处于两个不同生态系统的行为主体相互连接并改变每个系统内部互动过程的社会关系。

然而,即使是这个“相连生态系统”的新概念,也依然保持了以往

的生态分析模型所固有的两个本体论假设：(1)内生性(endogeneity)：即假设来自系统外部的影响(例如国家、公众等)只是生态互动过程的消极条件；(2)同质性(homogeneity)：即假设生态系统中的行为主体都属于同一个社会学类别(例如同一工作领域中的职业、同一城市中的社区等)。在本书中，我对这两个假设进行质疑，并提出一个开放性和异质性的生态分析模型来理解中国法律服务市场中职业与政治行为主体之间的关系。

我用两个既有的社会学概念来描述生态系统中互动的两个基本过程：定界与交换。

“定界”(boundary-work)是一个社会行为主体试图界定它相对于其他社会行为主体的生态位置的文化过程。绝大多数现有的关于边界(boundary)问题的社会学研究都将定界视为一个行为主体进行自我区分的机制(Gieryn, 1983, 1999; Lamont, 1992, 2000; Gould, 1995; Gaziano, 1996; Glaeser, 1999; Lamont & Molnár, 2002; Bail, 2008),我将其称为“分界”(boundary-making)。然而，定界的过程并不只是划分边界而已，有时也是对现存边界的模糊(Bauböck & Rundell, 1998; Wimmer, 2008)，我将其称为“合界”(boundary-blurring)。定界的过程还有第三种形式，即“维界”(boundary maintenance)，是指一个外部行为主体的复杂行为，它不只是对边界进行划分或者模糊，而是利用这一主体的权力和影响在相互冲突的行为主体之间的定界过程中维持一种均衡状态，以实现其自身利益。于是，生态系统中的定界过程主要表现为三种形式，即分界、合界与维界。这些过程可以存在于多个社会领域，例如人类知识的文化空间、职业人员的工作场所、民族国家的地理疆域等。对于职业社会学

而言,定界是管辖权冲突的一种更具一般性的形式,其关注点在于动态的互动过程,而不是静态的管辖权“解决方式”(settlements, Abbott, 1988)。它是法律职业、国家机关以及其他社会行为主体分化的核心过程,直接决定了生态系统的结构性轮廓。

但生态系统中的互动过程并非都是关于边界问题的,另一个同样重要的生态过程是行为主体之间对于资源的交换。交换(exchange)是两个行为主体以相互的奖励和效益为预期而对彼此实施的行为。社会科学中对交换的研究始于亚当·斯密(Adam Smith)的经典表述,即人类“互通有无、物物交换和互相交易的倾向”(Smith, [1776]1976:17),社会分工和市场都是在这样的交换中得以形成的。齐美尔则将交换视为“所有包含严肃利益的人类互动关系中最纯洁和集中的表现形式”(Simmel, [1907]1971:43)。交换概念的核心在于对他人奖励性反应(rewarding reactions)的预期(Homans, 1958; Blau, [1964]1986),而其中的奖励可能是金钱、非金钱性资源、甚至是爱和感情。从本质上讲,交换是“一个双向的、相互依赖并相互奖励的过程”(Emerson, 1976:336)。莫尔姆(Molm, Peterson & Takahashi, 1999; Molm, 2003)指出了直接交换的两种基本形式,即协商性交换(negotiated exchange)与互惠性交换(reciprocal exchange)。协商性交换是一个共同的决定过程,其中两个行为主体进行“一次给每一方带来相等或不等效益的不连续的双边交易”(Molm, 2003:2)。互惠性交换则始于一个行为主体做出“一个对另一方有益的行为,但并不知道另一方是否、何时或在多大程度上会进行报答”(Molm, 2003:3)。如果另一个行为主体的确做出了一个报答的行为,那么就完成了一个交换过程,并引发了一次新

的交换。

毋庸置疑,交换与权力是密切相关的。布劳(Blau, [1964]1986)认为,行为主体之间权力的分化与合法化是从微观互动过程过渡到宏观社会结构的关键。从实证的角度讲,两个行为主体之间的权力平等在社会交换中十分罕见。定界在社会行为主体之间产生竞争和冲突,交换则可能在它们之间产生共生(symbiosis)关系。和人类生态学一样,共生原本也是一个生物学概念,它指的是两个有机体之间的一种让彼此都得到某种效益的紧密关系。需要注意的是,交换并不必然导致共生,在交换双方的权力关系极度不平衡的情况下,它也可能导致强制性支配。而在交换导致共生关系的情况下,简而言之,交换是过程,而共生是结果,我把这种互利关系的形成称为“共生交换”(symbiotic exchange)。

在本书中,我将中国法律服务市场视为一个生态系统,其中法律职业与国家管理机关共存并彼此互动。总体而言,律师在这一生态系统中进行着分界的过程,试图将自身与其市场竞争者区分开来,而那些与律师共存的五花八门的竞争者则进行着合界的过程,试图让自身显得和律师更为相似。而司法部和其他管理机关则用他们的管理权来维系这些职业之间的边界,当然,这些国家机关之间对于他们的行政管辖权也同样存在着定界的过程。所有这些定界过程的结果则在很大程度上取决于市场上的法律执业者与国家的司法和行政官员之间对于金钱、人员和资源的交换。我认为,中国律师在市场上的定界过程不成功的原因,恰恰在于他们与国家之间的交换在许多时候不如其竞争者更强或更稳定。换句话说,中国法律服务市场的割据主要是由其国家管理体制结构的割据所产生的。

在将这一生态理论应用于中国法律服务市场的各个领域以使其得到进一步发展之前,有必要指出它与法律社会学和职业社会学中其他两个主要理论视角之间的区别,也就是结构功能理论和市场控制理论。

结构功能理论(Parsons, 1954, 1968; Heinz & Laumann, 1982; Heinz et al., 2005)认为职业产生于现代社会的功能性分化,并以客户需求来解释法律职业的社会结构。对于中国法律服务市场而言,结构功能理论将会认为,高度割据的市场结构是由这些法律职业所服务的客户类型的高度分化所导致的。这在一定程度上是符合实际情况的——中国法律服务市场企业的客户类型极度多样化,从外国投资者到国有企业(Liu, 2006b),从处于社会底层的农民工到富裕起来的城市居民,差别巨大。中国的城乡差异也给这一市场需求方的社会结构增加了更多的复杂性。然而,评估功能理论解释力的关键问题并不是客户结构的分化程度如何,而是客户需求如何塑造了法律系统的结构。后文的分析将会表明,在中国法律服务市场的各个领域,即使当客户类型基本相同时(例如第二、三章中城市和农村的个人,第四章中的外国企业,第五章中的国有企业等),还是有多个职业群体在为类似的工作而相互竞争。更重要的是,有时候客户几乎无法分辨这些相互竞争的职业——这在面向个人客户的日常法律服务中表现得尤为明显(第三章)。因此,很难说客户需求就是市场社会结构的主要决定因素。

市场控制理论源于1970年代的新马克思主义和新韦伯主义传统,它将职业视为现代社会中的一种市场封闭或者垄断(Larson, 1977; Berlant, 1975; Abel, 1988, 1989)。市场控制理论本质上是

一个结构性理论，它认为职业教育与准入许可(licensing)是“职业计划”(professional project)的最主要手段，而这就意味着对专业技能的劳动生产过程的控制。对于中国法律服务市场而言，市场控制理论将会认为，中国律师“职业计划”的失败是因为他们对行业准入标准和法学教育缺乏控制。事实上，中国律师业对行业资格考试和法学教育内容的控制的确很弱，而其绝大多数竞争者都有单独的行业准入和管理标准。然而，后文的分析将会表明，中国律师市场控制的失败其实是市场割据的结果，而不是其原因。正是割据的国家管理体制导致了对于多个彼此竞争的法律职业的不同行业准入标准。

因此，无论是结构功能理论还是市场控制理论，都无法很好地解释中国法律服务市场的割据状况。在这个研究场所里，西方社会学文献中反复强调的职业生活的两个方面——即法律职业的自主性及其客户环境(Freidson, 1970; 1986; Johnson, 1972)——从中国法律改革的最开始就一直被来自管理机关的强大国家干预而建构。我在本书中所提出的关于法律职业与国家的生态理论正是一个系统地论述职业与国家关系的努力，而这在职业社会学里还是一项未完成的事业，虽然在 1980—1990 年代曾出现了不少相关的经验研究(Rueschemeyer, 1973, 1986, 1989; Johnson, 1982; Halliday, 1987; Burrage, 1989, 2006; Torstendahl & Burrage, 1990; Burrage & Torstendahl, 1990; Cocks & Jaraus, 1990; Jaraus, 1990; Jones, 1991; Krause, 1991, 1996; Halliday & Karpik, 1997; Halliday, Karpik & Feeley, 2007)。与此同时，本书也提供了一个理解社会结构与变迁的理论框架，其应用范围将超出中国的地理范畴和法律的研究领域。在第七章里，我将进一步探讨这一理论的一

般性社会学意涵。

对中国法律服务市场的实证研究： 空间、时间与网络空间

就方法论而言，研究中国法律服务市场在许多方面都构成了挑战。首先，五花八门的正式或非正式职业群体使随机抽样乃至对研究整体的较好估计都几乎不可能。其次，我国幅员辽阔的地理疆域以及不同地区经济发展水平和社会状况的巨大差异使任何个案选择都无法具有代表性。再次，过去三十年里中国经济与社会的高速变迁使任何对当前状况的分析都很容易过时。最后，我国法律系统的绝大多数领域——尤其是司法和行政机关——都还受到国家的紧密控制，对外来研究人员十分警惕，尤其是对一个当时正在国外学习的研究生。

带着对这些困难的预期，我在 2004 年夏天开始了第一次田野调查，在北京的一个涉外商务律师事务所进行了两个月的参与观察。在参与观察的同时，我也对当地六家涉外商务律师事务所的 24 名律师进行了访谈，并且在我的研究合作伙伴麦宜生(Ethan Michelson)的无私帮助下，为本研究课题初步访谈了 12 名律师和司法行政官员。此外，在 2005 年 9 月和 2007 年 10 月，作为研究中国律师和刑事诉讼法改革课题的一部分，我和哈里代(Terence C. Halliday)一起对北京、西安、上海、杭州和成都的刑事辩护律师、法官、检察官和法学家进行了 42 个访谈。这些田野研究经验增进了我的访谈技巧，加深了我对中国法律职业的理解，也为我在 2006—2007 年间的田野调查工作提供了诸多方便。