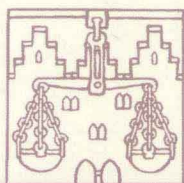


上海三联法学文库

贺卫方 主编



Lawyers and Their Society

律师与社会

美德两国法律职业比较研究

A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States

[美] 迪特里希·鲁施迈耶 (Dietrich Rueschemeyer)

于霄译

上海三联书店

*Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the
Legal Profession in Germany and the United States*

Dietrich Rueschemeyer

律师与社会

美德两国法律职业比较研究

[美] 迪特里希·鲁施迈耶 著 于 霄 译

 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

律师与社会：美德两国法律职业比较研究 / (美) 鲁施迈耶著；
于霄译. —2版 —上海：上海三联书店，2013.10
(上海三联法学文库)
ISBN 978-7-5426-4392-6
I. ①律… II. ①鲁… ②于… III. ①法律—职业—对比研究—美国、德国
IV. ①D971.261 ②D951.661
中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第229529号

律师与社会：美德两国法律职业比较研究

著 者 / [美]迪特里希·鲁施迈耶(Dietrich Rueschemeyer)

译 者 / 于 霄

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 张向玲

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199) 中国上海市闵行区都市路4855号2座10楼

网 址 / www.sjpc1932.com

印 刷 / 上海惠顿实业公司

版 次 / 2014年1月第2版

印 次 / 2014年1月第1次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 300 千字

印 张 / 16.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-4392-6 / D · 229

定 价 / 39.00元



LAWYERS AND THEIR SOCIETY: A COMPARATIVE STUDY OF
THE LEGAL PROFESSION IN GERMANY AND THE UNITED
STATES

by Dietrich Rueschemeyer

Copyright: © 1973 by THE PRESIDENT AND FELLOWS OF
HARVARD COLLEGE

This edition arranged with HARVARD UNIVERSITY PRESS
Through BIG APPLE TUTTLE- MORI AGENCY, LABUAN,
MALAYSIA.

Simplified Chinese edition copyright:
2010 SHANGHAI JOINT PUBLISHING COMPANY
ALL RIGHTS RESERVED.

版权所有 侵权必究

代译序

出版于 1973 年的《律师与社会：美德两国法律职业比较研究》，是西方法律职业研究的一部经典著作，也是德裔美国社会学家鲁施迈耶（Dietrich Rueschemeyer）的第一本主要学术著作。在 1970 年代以前，英美两国的职业社会学研究大都集中于职业的社会结构与功能等方面，而很少关注职业和其他外部主体（如市场和国家）的相互关联，尤其在职业与国家的关系这一研究领域，一直没有什么成型的理论出现。二战后从科隆大学毕业后任教于美国社会学界的鲁施迈耶对德、美两国法律职业进行了比较研究，为这个领域提出了第一个相对完整的理论命题，即职业的历史发展形态在很大程度上取决于现代国家兴起与资本主义市场扩张的相对时间顺序。

在 19 世纪的普鲁士和后来的德国，政府的科层化过程早于资本主义经济的发展与工业化进程，因此国家对包括律师在内的法律专业人员都具有很强的控制，并且将法律职业的几乎所有功能都纳入了行政与司法系统的轨道；与此相对，公共科层系统在美国的发展起步相对较晚，而资本主义市场在此前却已经得到了长足发展，因此美国律师业相对于德国律师业具有更高的职业自主性，国家在政府不同部门的运作中也都大量地使用法律专业人员。直到今天，这一职业、市场与国家的历史演进过程的痕迹在德、美两国依然清晰可见，而鲁施迈耶所提出的关于市场资本化

与国家科层化相对时间顺序的理论命题,也已经成为职业社会学与法律职业研究的一个经典命题,为法律职业的比较历史研究的日后发展砌上了第一块砖。

在本书出版之后,鲁施迈耶的研究兴趣逐渐由职业社会学转向了政治社会学,尤其是国家理论方面,在1985年,他和其他两位著名社会学家斯考契波(Theda Skocpol)和埃文斯(Peter B. Evans)共同编辑出版了《找回国家》(*Bringing the State Back In*),迅速成为该领域的一个里程碑。鲁施迈耶在学术生涯中的绝大多数时间都任教于常春藤盟校之一的布朗大学,著作颇丰,但其研究兴趣始终集中在国家与市场互动关系的相关问题上。《律师与社会》一书是他对该问题的第一次研究尝试,其中的部分经验数据在今天看来虽然未免略显陈旧,但并不影响本书在理论和研究方法上的贡献以及对我国法律职业研究发展的借鉴意义。目前国内研究法律职业的学者对于跨国比较研究普遍有着较强的兴趣,在理论和方法上却往往缺乏指导,本书中译本的出版无疑会对这一研究领域的发展产生极大的推动作用,同时也会吸引对法律社会学、职业社会学、政治社会学以及历史社会学等领域有兴趣的广大读者。感谢于霄博士的精心翻译和上海三联书店编辑王笑红的独到眼光,希望这本书能出现在更多学人和实践者的书桌上。

刘思达

2009年12月13日于芝加哥

献给玛丽莲

前 言

这本书是关于美德两国的律师职业的研究,范围主要集中于私人执业律师。回想最初以律师作为研究对象多是出于好奇。好奇心一旦被激起,便难以收拾,于是产生了对律师职业问题浓厚的“兴趣”。另外,兴趣还来自这个题目在学术和理论上的深度和价值,法律职业对社会秩序和变革产生着长期而深刻的影响,在此过程中,“法律职业及其在社会中的地位”这个问题本身的研究就不可避免地触及了社会学理论的核心领域,包括价值共识和主导价值,社会融合和冲突。在此,我们对以上这些抽象理论问题的讨论是次要的,在社会学上对法律制度的运作及其与社会秩序及变革的联系进行分析,会引发更多具体理论问题的思考。因为这种分析的起点和基础就是法律职业的性质和产生的环境,所以本书的关注点就是法律的社会学研究,主要集中于法律职业的社会组织。同时本书也谈及了一系列新生的理论,不管他们将法律职业看作是一种特殊的工作,还是一般职业行为的社会控制。

如果想要使研究超越简单的描述,比较的分析方法是极为重要的。当研究对象的关键性差异产生于社会之间而非社会之中时,国家之间的比较有着不可或缺的理论意义。显然,对法律制度的研究就是这样,而职业性质的问题,虽然不那么明显,也可以适用。

国际比较为当前社会学研究提供了事半功倍的方法。长时间跨度

的、国际比较的方法并不为人们所重视,至二战以后,才获得了社会科学的关注。发展中国家和地区存在很多问题,以及美国在国际政治中参与程度的不断提高,都导致了社会学的关注领域超出了一国和一种社会类型。这与对宏观社会问题理论上的关注不谋而合,因为从宏观社会问题的性质上讲需要社会间和文化间的比较。这种比较分析方法的很多方面源于马克斯·韦伯(Max Weber)那一代甚至更早一些的法律进化论法学家。然而,在之后的时间里,因为理论思考和研究方法的成熟,比较分析方法在更为坚实的基础上进行,也有了更美好的前景。尽管比较方法还有尚未解决的问题,对各个国家进行经验主义研究还有实际的困难,但这些困难没有阻止这个前景的实现(虽然只是部分上的实现),比较分析依然是社会科学最为耀眼的领域。

相对于对多个不同国家法律职业的特定特性进行定量的分析,对两个国家的律师业进行集中比较更有效也更为适宜。因为这样我就可以深入研究每个社会的特性和法律实践之间的相互关系,以及两国律师相同和相异点背后的条件,这样实际上将研究领域扩大到了两个社会整体的比较分析。这样的研究可以使用试验性的方法和解释;可假定前提并尝试使用在其他语境下产生的社会理论;然而,限于美德两国,它不能测验一般命题的有效性。美国和德国可能是极为有意义的研究组合。它们在社会经济结构上有相似的特性,但在对法律和法律实践影响重大的方面却有很大差异。

本书的第一章,从某种程度上说独立于其他各章。第一章并没有直接讨论德国和美国的律师业,它只是为下面的研究提供了理论框架。它在不同社会语境下讨论了私人法律顾问,并将其与其他职业角色进行比较,试图通过广泛的考虑各种因素,明晰这个复杂角色的基本方面。本章考虑了现代律师产生的社会条件并考查了形成传统和现代社会中律师业特性的因素。第一章说明了政府的科层主义与商业和企业活动的关系对律师的地位和作用有着极为重要的影响;普鲁士/德国和 19 世纪的美国

在这一方面表现的正好相反。在这一点上,我考查了现在的职业理论,并补充以“法律进化论”(legal evolution)以及法律职业与其他职业,比如医疗的特殊性。

第二章开头概述了两国律师业,并随后展开了分析。主要差异在于两国法律制度和社会的某些特点的差异。第二章考察了两国律师事务所的结构、分工形式和内部分层,并简要地讨论了两国律师协会的组织 and 功能。

两国律师业的亚文化与它们在各自社会中的地位相关。律师在各自国家内部收入、声望、能力层级中的位置以及两社会中普遍的价值倾向、招聘和法律教育的形式,与各自职业群体的态度和价值倾向有关。参照群体理论(reference group theory)是分析这一现象的主要工具。本章不但对德国和美国律师的典型态度和价值倾向进行了考查,还通过对法律伦理正式准则及其解释的分析进一步进行了确认。

所讨论的两国的不同之处在很大程度上可以在两国律师业在工业化进程中的发展当中找到解释。在 19 世纪初职业组织和公共控制的不同就深深植根于美德两国社会,两社会的工业化和现代化最初是扩大了这种不同,但在后来又导向了统一。然而,这些发展并没有导致两国法律职业的统一化。

我在 1960 年到 1961 年间开始这本书的写作,那时我正好手头上有一笔洛克菲勒博士后基金,于是可以在美国免费学习一年。这一资助是要特别感谢的。在这一年里,我可以将我的想法和计划与同事交流。我特别要感谢杰罗姆·卡林(Jerome E. Carlin)和欧文·斯密戈尔(Erwin O. Smigel)花费了很多时间与我讨论美国律师业。我还要感谢科隆大学(University of Cologne)的沃尔夫冈·考彭(Wolfgang Kaupen)。他在德国进行该项目的研究,开始的阶段与我一起进行,并将材料慷慨地交由我使用。他还阅读了本书的初稿,提供了很多让我受益匪浅的意见。第一章是由艾伯特·科恩(Albert K. Cohen)审阅的,在此

我也感谢他的批评和建议。同时还感谢布朗大学(Brown University)及其社会学系,它们为我准备本书的初稿提供了很多的帮助。

《律师与社会》的成书离不开美德两国律师的合作,他们在一系列有针对性的访问中提供了很多材料。对理解美德两国律师业相同和不同点极为重要的了解对象是那些在德国执业又于 1930 年代移民美国的德国律师。罗伯特·赫尔德(Robert O. Held)就是其中一位, he 现在是纽约律师,以前曾为德国律师界的领袖人物,我们在讨论问题的过程中成为了朋友。

本书献给我的妻子玛丽莲(Marilyn)。没有她在内容、语言和精神上的帮助,我几乎不可能完成这项工作。

除另有说明,本书涉及的所有译文均是由本人译出的。

迪特里希·鲁施迈耶

1972 年春于布朗大学

目 录

代译序(刘思达)	1
前言	1
第一章 律师、法律和社会	1
第二章 美德两国律师职业比较	26
第三章 社会语境中的律师职业及其亚文化	63
第四章 法律职业伦理:相似与相异	120
第五章 历史传承	144
第六章 结语	181
注释	191
译后记	252

第一章 律师、法律和社会

一、法律顾问的自然历史

法律顾问制度最初是在什么条件下产生的？是什么样的社会环境使法律顾问制度的产生成为必然？在现代社会法律职业的分析展开之前，提出这两个问题显得有些奇怪和离题；但是，对法律演进的简单介绍可能会有助于我们搞清楚律师角色的复杂性，并会为探究推进法律顾问制度发展和变化的因素提供些许线索。下面我将对这两个问题分别进行更为详尽的介绍。本章勾绘了广阔而全面的图景，建构了宏大的理论框架，以便更为清晰地描绘美国和德国律师业的轮廓，为具体的比较打下基础，这也有助于对两国律师的相似与不同进行理论上的解释。

（一）社会的复杂性与司法

在进行讨论之前，如果对律师先进行一个定义，可以得出三个特点：（1）具有法律规则方面的专业知识；（2）非因亲属关系而为客户提供法律意见；（3）在客户与其他方或政府的关系中代表客户。这些特点是后来才变得明显的，而律师早期的形态对这些特点的表现并不均衡，有时甚至是模糊的。任何一个专业化的行业对经济投资来说都是相似的。社会或拥

有资源的团体一定有能力投资,并且也一定期待从中取得效益(物质的或非物质的)。行业专业化在狩猎和采摘社会和简单农耕社会是非常有限的。在农耕社会有一些全职工作出现了,但也仅仅是服务于或受制于统治者。只有在农耕社会城市化有一定发展之后,才有了更进一步的职业分化和更为多样的专业人员服务社会机构。

法律顾问确实是在农耕社会中产生的,但不是在所有的社会都形成了制度。社会文化发展的另一个方面——文书写作——情况也相似。法律制度演进到足够复杂,以至于专业的顾问职业能够出现,文书写作的使用应该是个前提,但是也有知识社会,甚至进步文明不具备这一体制。对51个社会(多数被不礼貌地称呼为“原始社会”)进行了考察之后,可以看出社会文化的复杂性及其与法律进化的一般联系,但这种一般联系没有考虑到律师社会角色出现的准确社会格局。^[1]但研究确实表明,一些具体的法律制度总体上早于法律顾问而产生,即(1)“财产支付代替其他制裁手段”,(2)“非亲属关系的第三方经常参与到纠纷解决中”,(3)“存在专门或部分为规则执行而设的专职武力强制机构”。^[2]然而,这些制度应当被认为是必要条件,对律师的兴起来说它们还并不充分。

很多社会即便有发达的法院系统,也倾向于垄断具体纠纷的司法解决,它们也可以脱离法律顾问或类似的角色而运行。^[3]律师最接近的替代者是派往当事人各方的代言人(speaker),他负责保证当事人进行适当的法律措词,因为程序中的文本主义和形式主义对当事人来说太过不可琢磨,所以这一点非常重要。虽然在晚些时候,代言人这一角色大都发展为法庭代诉人(advocate)或与代诉人合并,但他自身并不是法律顾问的早期形式。在此,代诉人的惟一功能就是将当事人的争论,包括申诉和辩白,与程式化的法庭程序联系起来,其实就是个阐述和翻译的工作。^[4]无论是城市化背景下的角色分化,还是知识亚文化的发展,或专门机关对严重纠纷解决全面或近乎全面的控制,抑或与之相随的纠纷解决由自愿调解向权威判决的转变,都不是法律顾问制度出现的充分条件。

（二）科层与市场交换

科层帝国的兴起和广泛市场交易组织的发展,是社会和文化进化中在上述基础上的两个进一步发展,它们与基于法律专业知识、非亲属关系的代理以及为一方利益而利用法律专业知识与技巧行业的出现密切相关。以上所有结合起来大体上标志着现代法律顾问的原型登上了历史舞台。

毫无疑问,科层主义规则在传统农耕社会里对法律秩序有着深远的影响。^[5]早期科层主义的影响主要是发展和精心制作了一整套法律规范和规则,以服务于政治集权及统一关于社会各阶层关系和冲突解决的规则与程序。持续的法律革新和日益复杂的法律规范体系推动了法律的专业化。在这些发展中受益最大的法律专家是行政人员、法官、法官顾问和法学教师。私人法律顾问业也受到了这些发展的激励。但是,推进的程度取决于另外两个因素:第一,独立于中央科层政治的组织和机构,利用法律强制(coercion)机制解决冲突的兴趣;第二,如果这些独立组织和机构采用上述机制,科层政治下属各机构的参与程度以及满足其要求的可能性。以上因素结合起来,没有私人法律顾问参与的可能性是很小的。古代中国就是一个极端的例子,因为它的科层政治对法律环境有着全面而深刻的影响,而律师角色在社会上却实质性地缺失。^[6]虽然,私人法律顾问不是古代科层帝国中法律社会角色发展的重点,但却在这些社会中享有良好的成长环境。另一方面,法律职业(包括私人律师在内)的分化同样也出现在一些不是科层统治的社会中,虽然它的发展可能非常缓慢。比如伯里克利时期的古代雅典、封建时代的欧洲以及最明显和著名的例子——罗马共和国。

在这些例子当中,比如封建欧洲,有人认为律师制度的早期发展,更多的是原有社会结构分化和相邻社会更先进制度影响的结果,而非内部社会条件和需求使然。罗马法及其复杂法律角色体系在古老的社会条件下产生,发展于罗马城邦国家,成熟于罗马帝国的科层统治时期。这一系

统推行至各城邦,后来主要保留在教会法制度、意大利和法国的公证人形式合同,及法律和修辞学校中。时移世易,随着罗马法的复兴,这一系统又在欧洲大陆重新获得了生机。^[7]这种文化的传承和扩散,为本土传统规范与全球性法律制度的互动增添了复杂性。于是,专业化的职业呼之欲出。

罗马前帝国时期和雅典的例子,也反映出导致法律专家发展的另一个主要因素:市场交易的成长。事实上,在封建欧洲,贸易扩张的时期,正是法律规则和法律角色体系分化和发展的时期。是市场贸易的扩张,而非科层主义,更多地促进了提供法律服务的专家成长。

市场贸易为什么可以促进法律职业的分化?用法律历史学家亨利·萨默·梅因(Henry Summer Maine)爵士的话来说,贸易关系是基于合同、而非“地位”的典型社会关系。在此最为相关的概念“合同关系”是建立在平等主体协议之上的关系,并且主体间没有血缘或相似的裙带社会关系,合同关系也不依赖于直接的政治保护或支持。合同关系,这种社会关系十分脆弱,并充满了违约和社会控制的问题,其原因有以下三个:第一,与基于“自然”和传统的持久社会关系相对,合同关系的建立和消灭是出于经济上的考虑;第二,合同在性质上的非人身性,导致了合同可以将完全陌生的人联系在一起;第三,合同关系关注的是高度具体化的交易,而非血缘或裙带社会关系,所以合同关系双方不会广泛关注对方的情况,或建立多元而稳定的关系。^[8]

在合同关系中,互惠和遵行承诺的保证可以在传统手段中寻求到支撑:可以寻求传统权力的直接保护和介入;可以借助人力外的惩罚,比如通过誓言;可以比照血缘关系进行处理。合同双方甚至仅仅依赖于相互利益来达到保证承诺履行的目的。但是,当合同关系从政治权力中分化出来,当合同关系更具持续性并要求可预见性和稳定性,法律的保证就更有必要,当然前提是国家强制力可以提供有效支持。

于是,协议便会“有意识地、有理智地适应着司法预期”,而对这种适

应,法律顾问非常关键。于是,独立法律专家制造出的这种市场需求极大地推进了法律发展和理性化。^[9]因为这些法律专家与宗教、政治和司法权力没有直接联系,并且对法律专家工作的直接控制非常困难,所以,在市场关系扩张的环境中,法律顾问合伙的发展最为容易。

市场经济的发展和政治规则的科层化,一同推进了法律职业的成长,并以不同方式在各种程度上,为私人法律顾问创造了有利条件。但是,政治经济这两个因素的相互作用是错综复杂的,并且也不单纯是有利条件的累加。在复杂的农耕社会中,等级森严的科层组织和同等级之间才能产生的合同关系在很多方面都是相似的。它们也都具有非人身性,在传统社会约束中相对自由,强调成就并具备高度的专业化。

人口中的相当一部分从传统价值取向和关系形式中有限地解放出来,是科层统治在政治权力传统形式上发展起来的前提。这种解放为理性提供了自由的头脑和丰富的材料;它将人们从传统规则和狭小的社会约束中释放出来。同时,解放也带来了社会整合度下降、如何规制新的相互关系以及处理社会冲突的问题,而这些问题已经超出了原有的社会控制,所以这时科层统治便登上了历史舞台。不管这些科层控制是否基于直接行政介入、命令或者直接权力,也不管它是否通过为自治组织和关系,包括市场交易,赋予国家强制力的保障,将现有规则机制进行转化,科层控制的发展都在很大程度上取决于政治经济发展的程度和时间。

科层统治建立所在的商业活动环境,其分化程度越低,直接科层手段和半传统控制手段占主导的可能性就越大。相反地,合同关系越发达的地方,人们就越多地获益于法律的理性化和以科层制度为特征的执行机制。而进一步的复杂化的动力源自早期科层统治政策的固有矛盾。一方面,早期科层统治政策需要鼓励非传统事业的发展,并支持与此发展相关的社会群体,同时制约传统群体(如贵族)的权力。另一方面,集权化的强烈趋势,以及科层统治者的传统基础,要求对现代群体和组织进行严格的控制。成功的商人、相关的职业专家和其他城市人群对早期科层统治者