

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.03.002

中国涉外法律服务准入机制的 争议、现状与比较^{*}

杨立民

(上海对外经贸大学贸易谈判学院, 上海 200336)

摘 要: 法律服务业是一项特殊的服务行业, 具有深刻的主权性、政治性、社会性、专业性和区域性, 所以世界各国无不以自主开放和对等开放为原则, 审慎稳妥地开放自己的法律服务市场。通过综合考察和对比可以发现, 近年来国内外围绕中国涉外法律服务市场的准入和如何监管对外开放产生的争议和批评, 实际上反映了一种话语权和知识上的霸权主义, 因为中国在法律服务市场开放方面已经较为全面地实现了入世承诺。况且, 外国律师业在华的布局多为一种经济理性选择和战略选择。在中国法律服务业尚不够完善成熟的情况下, 中国应坚持自主、对等的开放原则, 稳步有序地推进法律服务市场准入门槛的降低。

关键词: 涉外法律服务; 准入机制; 话语权; 经济理性; 经验评鉴

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2018)03—0015—10

近年来, 虽然多边贸易体制发展陷入困局, 但是区域贸易发展迅猛, 法律服务的跨国流动日益频繁。当前我国正处于深化改革和扩大开放的关键时刻, 对外开放型经济新体制正在构建当中, 国际法律合作日益频繁。因此, 中央全面深化改革领导小组第二十四次会议通过了《关于发展涉外法律服务业的意见》, 并经司法部、外交部、商务部、国务院法制办等四部委联合印发。在WTO对等原则下, 涉外法律服务业的发展与法律服务市场的对外开放是紧密相连的。因此, 关注发展涉外法律服务业的同时, 也应对我国法律服务市场的开放问题进行研究。

一、中国涉外法律服务准入机制的争议: 话语与知识

法律服务业是一项特殊的服务行业, 具有深刻的主权性、政治性、社会性、专业性以及区域性, 这是它有别于金融、会计、电子商务等其他服务业的地方。而且, 法律服市场的开放不仅是服务贸易自由化的一部分, 也是法律全球化和职业全球化的一个方面, 涉及法律服务的全球性结构趋同和本地文化内涵的再生成等问题。^①因此, 各个国家和地区在法律服务市场的对外开放方面无不坚持“自主开放”和“对等开

^{*} 基金项目: 本文是中国法学会2017年度部级法学研究课题[编号: CLS(2017)D03]和上海高校青年教师培养资助计划课题[编号: ZZSUIBE16002]的阶段性成果。

^① 刘思达. 割裂的逻辑: 中国法律服务市场的生态分析[M]. 上海三联书店, 2011: 108-111.

放”的原则，以稳妥审慎的姿态循序渐进地开放其法律服务市场，大都对外国律师在其本土的从业形式和可涉足领域做了不同程度的限制。

中国作为世界第二大经济体，其法律服务市场的准入问题一直受到各方的关注。改革开放以来，中国一直以积极的姿态融入到国际经贸体系中，法律服务市场随着经济全球化和改革开放的需要而逐步对外开放。在加入WTO之后，中国法律服务市场的对外开放机制得到了健全和完善，涉外法律服务业也得到了长足发展。但是即便如此，中国法律服务市场开放机制还是不断受到指责和批评。

近代以来，中国先后摆脱了“挨打”和“挨饿”的历史，但是还没有摆脱“挨骂”的境地。^①而被“骂”的话语主要是从西方价值体系、思想观念、规范标准等角度出发，批评中国的政经体制、法律制度、文化社会等。作为一个深具潜力的新兴市场，中国在改革开放之初便对外国法律服务机构有着很大的吸引力。但是，国外对中国法律服务市场开放政策多持指摘的态度，认为中国法律服务市场的准入门槛和税收太高，对外国服务机构的监管过于严格。^②还有人指责中国过度保护本土行业，未实现入世承诺，并认为中国法律服务机构缺乏独立自主性。^③美国USCBC在2013年的一份报告中指责中国的法律服务市场的准入门槛太高，设置的障碍太多，没有根据WTO规则的要求实现完全的对外开放。^④总体上，国外对中国法律服务市场的直接研究不多，已有研究则是批评多于肯定，未站在客观的立场上提出切实可行的意见和建议。

问题是，中国法律服务市场真如他们批评的那样不够开放吗？中国在开放法律服务市场方面真的没有实现入世承诺吗？答案是否定的。有外国学者通过对1992~2012年间外国律所在华开办分支机构状况的分析，指出法律制度的可预期性和政策标准的长期稳定性，吸引了大量外国律所来华长期驻留。^⑤

外国这种“只许州官放火，不许百姓点灯”式的批评，实际上是一种话语和知识上的霸权主义。法国思想家米歇尔·福柯通过一系列的研究，提出了“话语即权力”的论断。话语不仅是思维符号和交流工具，也是一种目的和手段。话语既可以是权力的工具，也可以是权力的结果，它能够产生、传递、强化权力，直接体现对权力的认识 and 思想。^⑥在国际交往中，话语权是一个国家实力的象征，体现了一国在国际社会权力结构中的地位和影响力。^⑦工业革命以来，以英美为代表的发达国家成为国际事务的主导者和决定者，它们是国际行为规范的制定者，也是全球化进程的主要推动者。当前的国际

① 车丕照. 国际法的话语价值[J]. 吉林大学社会科学学报, 2016(6): 35-36.

② Andrew Godwin, "Professional Tug of War: The Regulation of Foreign Lawyers in China, Business Scope Issues and Some Suggestions for Reform", *Melbourne University Law Review*, 2009, 33: 132-162; Mark A. Cohen, "International Law Firms in China: Market Access and Ethical Risks", *Fordham Law Review*, 2012, 80(6): 2569-2575.

③ Jane J. Heller, "China's New Foreign Law Firm Regulations: A Step in the Wrong Direction", *Pacific Rim Law and Policy*, 2003, 12(3): 751-780.

④ US-China Business Council, *Legal Market Access Issues in China*, 2013.

⑤ Rachel E. Stern and Su Li, "The Outpost Office: How International Law Firms Approach the China Market", *Law & Social Inquiry*, 2016, 41(1): 184-211.

⑥ [法]米歇尔·福柯. 性史(第一、二卷)[M]. 张廷琛, 等译. 上海科学技术文献出版社, 1989: 98-99; [法]米歇尔·福柯. 知识考古学[M]. 谢强, 马月, 译. 生活·读书·新知三联书店, 2003: 53-54, 59.

⑦ 陈正良, 周婕, 李包庚. 国际话语权本质析论——兼论中国在提升国际话语权上的应有作为[J]. 浙江社会科学, 2014(7): 78-83.

法规范和国际经贸规则大都是在欧美发达国家的话语体系下构建的,它们掌握了相关话题的选择、设定、走向、进度以及解释等。^①这种情况下,谁掌握了国际游戏规则的制定权和解释权,谁就可以为其他参与者设定需要达到的标准和满足的条件。

培根说“知识就是力量”,福柯则更为深刻地指出“知识就是权力”。知识和权力是直接相关联的,知识产生和巩固权力,权力也可以制造知识。^②在国际社会的交往中,知识、文化、法律制度、思想观念等内容的输出不仅是一个国家综合实力的体现,也是该国提高其制度控制力和国际话语权的重要方式。^③比如,在WTO谈判中,大部分发展中国家在专业知识、谈判技术、规则熟知度等方面无法与发达国家进行对等谈判。而在发达国家的主导下,谈判过程中经常会有新的名词、概念、规范、议题等被创设出来,导致发展中国家无法跟上谈判的步伐——旧的议题还没吃透,新的议题又不断涌现。甚至,在英语国家主导的国际经贸格局中,语言本身就构成一些非英语国家深度参与国际事务的重大障碍。^④这种情况下,知识、语言、技术等看似与权力关联不大的东西,也处处体现着一个国家在国际社会中的权力和地位。

国内学界关于我国涉外法律服务市场的研究主要集中在国际经贸领域,围绕《服务贸易总协定》(GATS)的框架具体讨论中国法律服务贸易的自由化问题。2001年中国加入WTO前后,学界着重研究GATS框架下法律服务贸易的自由化及对中国的影响、中国该如何对外开放以及采取何种应对策略等。^⑤2013年中国实施自由贸易试验区战略后,学界开始关注自贸区建设对我国涉外法律服务业的影响,并思考涉外法律服务市场的现状,以及新形势下对外开放机制和监管机制的创新等。^⑥

总体上讲,学界对于我国法律服务市场应该坚持对外开放是没有争议的,存在争议的是开放的形式、范围、幅度以及可能产生的影响等。比如,有学者认为法律服务自由化不会导致本地法律服务的边缘化,反而可能产生积极的影响,境外法律服务机构的本土化是不可避免的现象。^⑦但也有人指出外国法律服务机构的本土化是其进入我国市场后站稳脚跟和占领市场的策略,而我国法律服务市场全面对外开放需要一个渐进的过程。^⑧即便是主张扩大开放者,也大都认为应该有条件、分阶段、可操控地扩大对外开放。^⑨

① 陈小鼎、王亚琪.从“干涉的权利”到“保护的责任”——话语权视角下的西方人道主义干涉[J].当代亚太,2014(3):97-119;毛俊响.国际人权话语权的生成路径、实质与中国的应对[J].法商研究,2017(1):153-163.

② [法]米歇尔·福柯.规训与惩罚:监狱的诞生[M].刘北成,杨远婴,译.生活·读书·新知三联书店,1999:29.

③ 王燕.自由贸易协定下的话语权与法律输出研究[J].政治与法律,2017(1):108-117.

④ [英]阿德里塔·纳利卡.权力、政治与WTO[M].陈泰峰,薛荣久,译.外语教学与研究出版社,2007:195-197,202-205,240-258; [美]约翰·H·巴顿,朱迪恩·L·戈尔斯坦,蒂莫西·E·乔思林,理查德·R·斯坦伯格.贸易体制的演进——GATT与WTO体制中的政治学、法学和经济学[M].廖诗评,译.北京大学出版社,2013:66,92,216-218.

⑤ 孙南申.法律服务业市场开放中的问题与对策[J].南京大学学报(哲学·人文·社会科学),1998(4):136-145;陈东.也论《服务贸易总协定》(GATS)框架下的法律服务对外开放——兼论中国的立法取向[J].东南学术,2001(6):115-123;李仁真.WTO与中国法律服务市场的对外开放[J].中国司法,2004(11):25-26.

⑥ 盛雷鸣,彭辉,史建三.中国(上海)自由贸易试验区建立对法律服务业的影响[J].法学,2013(11):122-131;杨建锋.上海自贸区法律服务业的开放与监管创新[J].WTO经济导刊,2014(12):90-92;张方舟.论中国法律服务市场开放的新标准——以上海自贸区的实践为视角[J].研究生法学,2016(1):132-143.

⑦ 李本森.经济全球化背景下的法律服务自由化[J].法学,2004(1):104-111.

⑧ 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[J].环球法律评论,2001(冬季号):481-487.

⑨ 周忠海,谢海霞.中国开放法律服务市场有关问题之探讨[J].政法论坛,2002(1):75-81;陈承帽.论中国律师业的进一步开放[J].中国司法,2012(1):71-76.

由于法律服务业与国家主权、政经体制、社会秩序等密切关联的特殊属性,而中国本土法律服务业又尚处于成长发展期,这种情况下要求中国一蹴而就实现法律服务市场的完全对外开放是不现实的。更何况,对外来法律服务业设置一定的市场准入门槛是世界其他国家和地区的通行做法,并非中国所独行。

二、中国涉外法律服务准入机制是否有违 GATS 的规定?

GATS第一次将《关税与贸易总协定》(GATT)的一般原则扩展到法律服务贸易领域,确定了法律服务贸易逐步自由化的基本宗旨,并在市场准入的具体承诺表上,将法律服务在100多个服务部门中排在第一位。根据GATS的规定,各成员通过谈判打破承诺部门的市场准入方面的限制,逐步实现服务贸易的自由化。也就是说,各成员法律服务市场的开放程度、是否对进入其本土市场的外国法律服务提供者给予国民待遇,取决于它们在加入WTO时所做出的承诺。

法律服务不同于一般的服务业,其自由化和全球化很大程度上会对一个国家的主权、政治、社会等带来挑战。因此,各个国家和地区在法律服务的开放方面都持谨慎态度。1994年乌拉圭回合谈判中,对于法律服务市场的开放,82个发展中国家只有21个做出了不同程度的承诺,稍过1/4;27个发达国家虽然在不同程度上提出了承诺表,但同时也做出了各种限制。^①

自1992年正式允许外国律所来华开设代表机构以来,大量外国律所开始进入中国法律服务市场,并在2001年中国加入WTO后形成一个高潮。中国入世时就法律服务市场开放作了以下承诺:第一,从2003年1月1日起一年内,取消外国律所驻华代表机构设立的数量限制、开办城市限制,以及一个外国律所只能设立一个代表机构的限制。第二,允许外国律所驻华代表处及其代表从事不包括中国法律事务在内的下列业务活动:提供母国法律的咨询以及有关国际条约、国际惯例的咨询;办理母国的法律事务;代表外国当事人委托中国律所办理中国法律事务;通过订立合同与中国律所保持长期的委托关系办理法律事务;提供有关中国法律环境影响的信息。第三,降低外国律所驻华代表机构的首席代表、代表的资历要求。^②

为实现入世承诺,中国分别于2001年12月和2002年7月颁布了《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》(下称《外国律所管理条例》)和《司法部关于执行〈外国律师事务所驻华代表机构管理条例〉的规定》(下称《司法部执行规定》)两份文件,对外国律所驻华代表机构(下称外国律所)的管理问题进行了具体规定,进一步扩展了外国律所从业的范围,放宽了准入条件。现在,只要符合法律规定的条件,外

① 孙南申,法律服务业市场开放中的问题与对策[J],南京大学学报(哲学·人文·社会科学),1998(4):136-145;吕冀平,试析加入WTO后中国律师业面临的问题及对策[J],黑龙江省政法管理干部学院学报,2003(6):109-112;周忠海,谢海霞,中国开放法律服务市场有关问题之探讨[J],政法论坛(中国政法大学学报),2002(1):75-81;董春江,国际服务贸易与中国法律服务市场若干问题研究[D],中国政法大学,2008:70。

② “中国入世法律文件”附件9:服务贸易具体承诺减让表[EB/OL]. 人民网[2017-05-25]. <http://www.people.com.cn/GB/jinji/20020206/664318.html>.

国律所可以在中国任何城市申请设立代表处,且可以设立多个代表处。同时,其业务范围进一步拓宽,与中国律所的合作方式也更加灵活。

此外,2014年1月27日,中国司法部批复同意上海市司法局提出的《关于在中国(上海)自由贸易试验区探索密切中外律所业务合作方式和机制试点工作方案》,允许在上海自贸区设立代表处的外国律所与中国律所以协议方式,相互派驻律师担任法律顾问,并允许外国律所与中国律所在上海自贸区内实行联营。这次试点比之前内地对港澳地区的法律服务业所实施的政策还要开放。^①

可以说,尽管与美国、英国、澳大利亚、中国香港等国家和地区相比,中国法律服务市场的开放程度尚不够大,但相对于WTO大多数成员,中国法律服务市场对外开放的时间是及时的,开放的力度和进度也走在了世界前列。

三、中国涉外法律服务市场的现状

中国快速发展的经济态势和不断扩大的市场需求,以及规章制度的可预期性和政策标准的长期稳定性,吸引了大量有实力的外国律所在中国市场进行战略布局,并长期驻留。目前,有20多个国家和地区的律所在中国设立驻华代表机构。《美国律师》排出的2015年全球前100名律所中中国占3家,包括中国的大成律所排名第6,中国香港的孖士打律所排名第23,^②金杜律所排名第34;在其余97家外国律所中,有68家在中国设置了代表处,占70.1%;排名前50的47家外国律所中,有42家在中国设置了代表处,高达89.36%;排名前30的28家外国律所全部在华派驻了代表机构。^③这说明,只要外国律所有足够的实力和能力并且愿意来华,中国法律服务市场的大门是向它们敞开的。

由图1可知,外国律所在中国大陆开办代表机构的数量在2002~2016年间总体上呈现平稳上升趋势。即便有所变动,幅度也不大,且多是由于相关律所的战略调整或者兼并、破产等原因做出的,而非中国法律和政策上的原因。

就国别和区域布局而言,在中国设置代表机构的外国律所多来自于欧美发达国家。美国律所驻华代表机构的数量占比接近50%,英国稳居第二,两国的数量之和占外国律所驻华代表机构总量的60%以上。美国律所代表机构的区域布局最为完善,在几座发达城市都有派驻。英国律所的代表机构集聚在北京、上海、广州3座城市。外国律所驻华代表机构主要分布在富庶发达的东部沿海城市,其中93%以上集聚在北京和上海,4年来分布在上海的占其在华总数的50%以上。

① 目前,北京奋迅律所与美国贝克·麦坚时律所、上海瀛泰律所与英国夏礼文律所、福建联合信实律所与英国霍金路伟律所已经走向联营之路。参见:朱宝琛.贝克·麦坚时国际律所与奋迅律所获核准在上海自贸区设立联营办公室[N].证券日报,2015-04-15.

② 排名第23的Mayer Brown包括中国香港的孖士打律所(Johnson Stokes & Master,简称JSM)。1863年,孖士打律所创立于中国香港。2007年,该律所与美国律所Mayer Brown合并。自此,The Mayer Brown Practices包括3个单独的实体,即Mayer Brown LLP、Mayer Brown International LLP和孖士打律所。合并后的该律所在亚洲被统称为“孖士打律所”(Mayer Brown JSM)。中国司法部2016年第165号公告将该所的香港部分“JSM(HK)”称为“香港孖士打律所”。鉴于此,为便于统计,本文将“Mayer Brown”认定为“JSM(HK)”(香港孖士打律所)。

③ The American Lawyer,The Global 100.美国律师网[2017-05-04].<http://www.americanlawyer.com/id=1202767838452/The-Global-100?sreturn=20160925052541>.

外国律所在华主要从事非诉方面的业务,这除了中国的开放政策原因外,还基于它们的经济理性选择。中国在法律服务市场开放方面已经较为全面地履行了入世承诺,外国律师业在华的经济地位并不差。根据统计,上海



图1 外国律师事务所驻华代表机构的数量

市本土律所的全行业创收2002年和2010年分别为13.6亿元和58.14亿元人民币(下同),同期外国律所在沪的业务创收总额分别为3.1亿元和23.02亿元。^①实践中,外国律所在外国企业进入中国和中国企业走向世界的过程中都扮演着重要的角色。^②这从侧面可以说明,外国律所可以在被允许的领域和范围内与中国律所进行自由竞争,中国并未对它们设置额外障碍,也没有给本土律所特殊照顾。

当然,中国涉外法律服务市场也存在着一系列的问题。比如,外国律所采用“背后”操作的方式,违禁从事大量涉及中国的法律事务,并不惜重金挖掘中国的顶尖法律人才。上海市律师协会曾在2006年发布了一份简报,总结了外国律所在华的8种违法违规情况,并谴责了这些不正当竞争行为。^③作为中国的另一大外国律所驻华代表处的集聚地,北京市涉外法律服务市场的状况也不容乐观。^④外国律所在华违法执业情况出现的原因,一方面可归结为它们惟利是图,违法执业隐蔽性强;另一方面也应归结于我国监管规定不完善,管理体制不合理。^⑤限于篇幅,在此不再具体分析这些原因。

四、全球化背景下法律服务贸易自由化的国外经验评鉴

如上所述,由于法律服务业的特殊属性,各国法律服务市场的开放程度虽各有不同,但无不对外国法律服务机构设置了一定的准入门槛。即使一些对中国法律服务市场开放政策持批评态度的国家,亦概莫能外。在此,不妨对一些国家法律服务市场对外开放的历程和现状进行研究,总结和探析法律全球化和贸易自由化背景下各个国家

① 盛雷鸣,彭辉,史建三.中国(上海)自由贸易试验区建立对法律服务业的影响[J].法学,2013(11):127.需要说明的是,之所以出现这种差距,主要还是中国律师行业还不够强大,高创收的业务(尤其是涉外的高端业务)被外国律师业抢去了。不过,根据笔者在上海市律协的调研,现在这种状况正在发生转变,外国律所的业务创收比例在逐年降低,而中国本土律所的业务创收在整体性的升高。中国律师业虽然起步比较晚,但是在发展比较迅猛。因为涉及行业机密,笔者并没有拿到相关数据。

② 外资律所在华面临本土对手的竞争压力[N].华尔街日报(中文版),2015-01-27.亦可参见:http://www.bakermckenzie.com/zh-hans/newsroom/2016/02/baker-mckenzie-advises-china-eastern-airlines-c_/,2017年5月4日访问。

③ 上海市律师协会简报第9期(总第150期)[Z].2006-04-17.

④ 王丽,冯建红,赵建文.我国涉外法务遭外国律所非法抢滩,本土律师吁加强监管[EB/OL].正义网[2017-05-04].http://news.jcrb.com/jxsw/201009/t20100910_418198_2.html.

⑤ 张玉良.外国律师在华违法执业“狂潮现象”透析[J].中国律师,2000(1):14-16.

的实际开放态度和实践经验。

(一) 美国

美国是国际法律服务市场的主要参与者,美国律所在全球“攻城略地”多年。比如,有100多家美国律所在英国这样的老牌法律大国设置了分支机构。^①雄厚的经济实力、规模化的经营模式、优秀专业的人才资源等都为美国律所在全球竞逐提供了基础和条件。美国原本不允许外国律师在其国内执业,1971年开始允许居住在美国的外国人通过律师资格考试取得美国律师资格。^②

按照联邦和州权力的划分,美国律师管理的权限隶属于各州,外国律师的准入和管理同样也属于各州的管理。因此,美国政府在GATS中就法律服务所做的承诺,只有各州在立法和管理实践中遵照执行,才能最终落到实处,否则就等如一纸空文。在GATS的具体承诺表中,美国直接列举了各州的具体承诺内容。在备注中,美国承诺按照各州规定允许使用自己公司名称、允许雇佣本地律师,并规定了与当地律所的伙伴关系。^③美国各州对外国律师可否进入该州法律服务市场持有不同的态度和政策,它们法律服务市场的对外开放程度各有不同。在GATS生效之后,美国境内只有包括纽约州在内的16个州有限度的对外开放,允许外国律师以法律顾问身份提供服务法律活动,其余35个州则坚持闭关自守。^④外国律师在美国提供法律服务的方式有两种:一是以美国律师的身份,二是以外国法律顾问的身份。^⑤目前,美国各州根据各自的经济发展需要和律师业发展状况决定外国律师服务的准入和待遇。^⑥比如,直至2014年,亚拉巴马州和内华达州仍不允许外国律所和律师在其州内提供任何法律服务。阿肯色州不允许外国律所进入该州,也不允许外国律师在该州从事外国法律咨询、顾问服务,但可以从事仲裁、调解业务,并允许外国律师通过参加资格考试来获得该州律师执照。其他大部分州则是在美国WTO承诺的范围内允许外国律所和律师进入,但是在资质取得和可从事业务范围等方面设置了程度不一的限制。^⑦

另外,在美国,外国律师的执业范围受到巧妙的“隐性限制”。比如,外国法律顾问不仅被要求应具有3至5年的从业经历,还被排除在利润和案源较多的诉讼、遗嘱、不动产转让和婚姻家庭案件外,这样可以最大限度地保障美国法律服务业。^⑧总体上,美国法律服务市场并非如其宣传和外界想象的那么开放。

① Robert Millard, Colonising London: The US law firms that are conquering the London legal market. 5th January 2016. mollercentre website[2017-05-04]. <https://www.mollercentre.co.uk/insights/colonising-london/>.

② 徐国忠等. 中国律师制度与实务[M]. 同济大学出版社, 2006: 33.

③ Documents of GATT, The Uruguay Round Schedule of Specific Commitment, WTO 网站[2017-05-04]. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20gats/sc/*\)%20and%20\(\(%20@Title=%20united%20states%20\)%20or%20\(@CountryConcerned=%20united%20states\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20gats/sc/*)%20and%20((%20@Title=%20united%20states%20)%20or%20(@CountryConcerned=%20united%20states))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

④ Sydney M. Cone, *International Trade in Legal Services: Regulation of Lawyers and Firms in Global Services*, Little, Brown and Company, published in the United States, 1996: Chapter 4.

⑤ 卢成燕. 国际律师服务贸易法律制度研究[M]. 法律出版社, 2006: 116-126.

⑥ Laurel S. Terry, “Admitting Foreign-Trained Lawyers in States Other than New York: Why It Matters”, *Bar Examiner*, 2014, 83(4): 38-49.

⑦ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014. 国际律师协会网[2017-05-28]. http://www.ibanet.org/PPID/Constituent/Bar_Issues_Commission/BIC_ITILS_Committee/The_Regulation_of_International_Legal_Services.aspx.

⑧ [韩]罗胜福. 中国开放法律服务市场之我见[J]. 中国律师, 2001(1): 45-47.

（二）欧盟及德国

欧洲各国法律服务市场的开放经历了漫长的过程。1957年成立欧洲经济共同体的《罗马条约》曾要求各签约国相互开放法律服务市场，但是许多成员国以律师业涉及到国家公权力为由拒绝开放。直到1970年代，各成员国才根据欧共体法院的判决逐步开放法律服务市场。1990年代以来，在欧盟律师协会督促下，各成员国加快了法律服务市场的开放步伐。^①目前欧盟的法律服务市场实行的是“双轨制”开放模式，即欧盟成员国内部已经实现了极大自由化，但对非成员国的律师只承担在GATS承诺范围内的开放义务。^②

德国法律服务市场的开放是一个循序渐进的过程。德国从本国的实际情况出发，坚持逐步开放自己的法律服务市场，经历了25年的适应期。即便到了2001年，外国律所在德国设立还是有一定难度的，因为德国实行有限制的开放。^③截至2013年，德国约有50~60家外国律所，分别来自美国、英国、加拿大、荷兰、中国等国。^④外国律师在德国从事法律服务的方式：第一，以法律顾问的名义。这在德国《法律服务法》中有规定。要获得这种名义上的许可，需要通过相关服务领域的考试，比如要在德国从事买卖法领域的服务，就要通过这个领域的专业考试。这种名义上的服务不能出庭，只能在法院外服务。外国律师在德国从事法律顾问工作相对容易很多，只要证明自己有专业能力和善良本质并遵守当地法院的有关规定，就可向当事人提供法律咨询。^⑤第二，以律师的名义。必须参加一个能力测验，但参加该测验的前提是拥有欧盟成员国的国籍并完成法律教育，该法律教育要跟德国第二次国家考试的水平相当。如果主要法律教育不是在欧盟国家完成，则需要3年的律师执业经历，且该执业为欧盟成员国所许可和承认。^⑥

（三）日本与韩国

目前，日本法律服务市场基本完全开放了，但是其开放过程却是缓慢而循序渐进的。^⑦虽然日本在2012年开始放松对外国律师的限制，允许外国律师在日本境内设立分支机构等，但是依然对外国律师在日本提供法律服务设有多种限制。比如，限制外国律师设立专业公司，禁止未设立专业公司的外国律师在日本境内设立分支机构，外国法律顾问新申请的注册程序过于冗长等。^⑧

早在1986年，美国就要求韩国开放法律服务市场，但韩国一直坚决拒绝，基本不允许外国律所进入，^⑨直到2009年2月韩国国会通过了《外国法律顾问法》才开始有计划分阶段地开放法律服务市场。该法于2009年9月正式实施，按其规定，韩国第

① 洪亮. 浅谈德国律师制度[J]. 上海律师, 2012(11): 60-61.

② 李可. GATS框架下粤港澳法律服务自由化问题浅析[J]. 澳门法学, 2013(7).

③ 王江. 德国法律服务业开放的管窥和启示[J]. 德国研究, 2001(3): 54-57.

④ IBA Global Regulation and Trade in Legal Services Report 2014. 国际律师协会网[2017-05-28]. http://www.ibanet.org/PPID/Constituent/Bar_Issues_Commission/BIC_ITILS_Committee/The_Regulation_of_International_Legal_Services.aspx.

⑤ Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG).

⑥ Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG).

⑦ [日]江口拓哉. 日本法律服务市场开放状况[J]. 环球法律评论, 2001(夏季号): 166-168; 裴索. 日本律师制度[M]. 上海社会科学院出版社, 1999: 155-157.

⑧ 国别贸易投资环境报告[R]. 中华人民共和国商务部, 2013:209; 2014:160.

⑨ 李可. GATS框架下粤港澳法律服务自由化问题浅析[J]. 澳门法学, 2013(7).

一阶段允许外国律师进入其法律服务市场提供咨询和顾问服务；第二阶段允许外国律所与其国内律所开展业务合作；第三阶段允许外国律所通过设立合资律所在其境内提供法律服务并雇用韩国籍律师。该法还对外国律所和律师进入韩国设置了诸多限制。^①

（四）印度与印度尼西亚

虽然印度在多哈回合谈判中递交了改善服务业承诺的计划，但是这些计划并未取消印度现有的对电信、金融、法律服务等关键部门的限制。印度禁止外商直接向法律服务领域投资，外国律所不得在印度开设办事处。外国法律服务人员可以在印度本地的律所受聘为雇员或担任顾问，但不能签署文件，不能代理客户，更不能成为律所合伙人。外籍法律服务者只有在其母国给予印度籍人士相同执业条件下，才能在印度律师理事会注册。^②

在印度尼西亚，只有其本国公民才能成为执业律师，外国律师只能从事法律咨询服务，并需要得到印尼司法及人权部的批准。外国律所欲进入印尼市场，则必须先与当地的律所建立合作关系。^③

总之，通过对上述处于不同发展阶段、不同地域文化、不同制度环境的国家进行考察，可以发现其法律服务市场的开放时间虽各有早晚，但基本上都秉持循序渐进、审慎稳妥的原则，一般不会一时间过多降低或完全撤销其法律服务市场的准入门槛。因为法律服务市场的贸然开放不仅会对本国的法律服务行业产生巨大冲击，还可能对该国的政治社会秩序造成很大的影响。

五、结语与启示

第一，近代以来，在西方制度话语和知识框架下，中国经常被作为“法律东方主义”的代表，受到一种“假想敌”式的指责和批评。^④目前大部分中国本土律师是在门槛较低的保民生领域，门槛较高的促发展领域则由少数中国律师和外国律所代表处占据，这足以说明中国并未过于限制外国律师业在华的发展。实际上，中国法律服务市场的现行开放政策是允许外国律师在华从事纯商业类的业务，同时也杜绝他们染指中国政治、社会、文化、民族等方面事务的可能性。换言之，外国律师可以在中国相对自由地发挥法律服务的经济属性，但是其政治属性、社会属性则被尽可能地“屏蔽”掉，这种做法并非中国特有。律师是经济上的理性人，他们所追求的职业成就主要表现为经济上的成功，只在特殊情况下才是“政治或者声誉上的回报”。^⑤除了一些公益性的法律服务活动外，对经济利益的追求是律师执业的最终目的。因此，即

① 中华人民共和国商务部编. 国别贸易投资环境报告[R]. 2010:104-105; 2011:111; 2012:132; 2013:73-74.

② 中华人民共和国商务部编. 国别贸易投资环境报告[R]. 2013:241-243.

③ 中华人民共和国商务部编. 国别贸易投资环境报告[R]. 2013:257.

④ [美] 洛德睦. 法律东方主义：中国、美国与现代法[M]. 魏磊杰. 译. 中国政法大学出版社. 2016:2-16, 24-28, 56, 206-212.

⑤ 程金华. 中国律师择业理性分析——以业务收费为核心的实证研究[J]. 法学, 2012(11): 143-155.

使中国完全放开“身份限制”和“业务限制”，允许外国律所以“律师”的名义在华从事与中国相关的法律事务，他们会去做低端的诸如交通事故一类的案件吗？答案是否定的。高端的民商事业务才是他们争夺的重点，而这些领域的业务往往是以非诉为主，外国律师业本就可以从事其中相当大的一部分。所以说，对于一些指责和争议，首先要考察它们是站在客观公正的立场上进行的善意批评，还是出于意识形态的偏见或政治利益的考量。

第二，1840年以来，中国对西方国家的学习经历了器械技术、法律制度、思想文化三个阶段。其中，后两个阶段表明中国已开始放弃固守了数千年的华夏文明，接纳并学习西方现代文明，中国传统的文化和制度受到了极大的冲击。中国当前的话语体系是经过西方文化冲击和改造的，我们已经在“不知不觉”中使用了很多西方的文化概念和制度话语。在这种潜在影响下，我们对中国传统文化制度的认识和理解很多时候也是在西方话语体系下进行的。甚至，在向他国学习的过程中，一些人会存有一种崇拜心理，认为所学国家在知识、制度、文化等方面都优越于本国，是现代文明的象征，代表着先进和开化。^①因此，当一些国家站在政治正确的制高点上指责中国的法律服务市场不够开放时，我们有时也会人云亦云地认为自己真的不够开放。这是一种“自我东方主义”的文明心态。^②在经济全球化和贸易自由化过程中，“自主开放”、“对等开放”是最基本的贸易原则。中国法律服务市场的对外开放状况是否正如一些国家批评的那样不堪，是需要综合、辩证地看待的。

第三，审慎地开放本国法律服务市场并非意味着保守和排外，更不是要“闭关锁国”和“逢西必反”。律师制度与国家的政治、经济、文化和历史等有着密切关系。不同国家之间的法律制度往往具有不同的社会性质，分属不同的法系，在属性、结构、术语、适用、实施等方面存在着诸多相异之处，因此法律制度很难形成国际统一的普适性标准。通过国外开放经验的比较可知，一国法律服务市场的开放需要综合考虑国情、市场需求、本土律师业的成熟度、国际经贸规则等各种因素，而不能在“压力”下贸然地扩大对外开放。

在全球经济不断大融合的背景下，考虑到法律服务的特殊性、各方法律服务市场发展的不同特点、中国现有的法律体制以及法律服务业发展水平等因素，中国要在GATS框架下以稳妥审慎的姿态分阶段、分步骤、分范围地适度开放自己的法律服务市场。在长期规划中，可以将自由贸易试验区作为“先试先行”的示范区，在实践中不断探索中国法律服务市场该如何对外开放，研判扩大开放法律服务市场可能对中国律师行业带来什么样的影响。另外，欧盟和韩国的“双轨制”开放模式值得借鉴。中国可以在自由贸易试验区以及与其他国家签订的自贸协定范围内，适当降低法律服务市场的准入门槛，并进行必要的实验。

（下转第36页）

① 民国时期一些学者主张废除汉字，使用拉丁文便是这种文化自卑心理的表现。参见：刘进才，“进化”、“革命”与语言乌托邦——《新世纪》派“废除汉字”的语言变革主张及其理论资源[J]，中州学刊，2007(4)：212-216。

② [美]阿里夫·德里克，后现代主义、东方主义与“自我东方化”[J]，曾艳兵，译，青岛大学学报，2001(4)：32-33。