

相对合理主义：律师行政管理中无法回避的现象 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_9B_B8_E5_AF_B9_E5_90_88_E7_c122_484249.htm 律师行政管理是一种前沿管理，其前沿性产生的条件是被管理对象的日新月异和法律法规规章的亟待完善。我们应该加强律师管理工作。在律师行政管理的法律法规规章规定同具体的律师行政管理工作之间有一条真空地带，这个真空地带是从事具体行政管理工作的人们时常闯入的一个区域，在这个区域处理问题，有效而可能成功的做法就是采取相对合理主义。但相对合理主义是有限的甚至危险的。在一个事物的临界点上研究问题是非常有益的，它至少有三个方面的益处：第一，它会发现事物的发展冲动，感受到事物的发展力量；第二，它会警示人们，我们已在事物的边缘化地带散步；第三，它会告诫我们要采取果断措施，并有效控制事态。临界点往往是突破点，往往昭示着事物的发展方向。相对合理主义的提出就是临界点上的问题。讨论律师行政管理中的相对合理主义，就是在律师行政管理合法性的临界点上研究问题。《行政许可法》实施以后，相对合理主义的或左或右都将涉及是否依法行政，都将影响执政能力。因此，深刻分析和认识律师行政管理中的相对合理主义是一件非常有意义的事情。

一、律师行政管理中相对合理主义的存在状态及表现形式

律师行政管理中的相对合理主义的基本含义是：只要有利于当地律师事业的发展，在法律法规规章没有明确规定时自由裁量决定，在法律法规规章有明确规定时，执行中被附加或突破而制定采取的一些政策、措施和办法。律师行政管理中的相对合理主

义是普遍存在的现象，特别是在省级司法行政机关的律师管理工作中。根据《律师法》规定，省级司法行政机关在律师管理中占有重要地位，是宏观管理和微观管理的结合点，一方面负有对当地律师业发展的指引、导向和宏观调控作用，另一方面又直接颁发律师事务所执业许可证和律师执业证，从事年检注册、机构及人员变更异动登记以及进行敏感案件的指导、投诉查处等微观具体工作。面临的问题多，需要及时、果断处理的问题多。在法律法规规章没有明确规定，或在法律法规规章已有规定，但不利于当地律师工作有效管理时，相对合理主义就处于一种存在状况，当地政府部门就会认同一种自由裁量权或制定一些管理规范文件。律师管理工作中的相对合理主义的存在状态通常以两种形式表现出来。

（一）自由裁量形式。这是所说的自由裁量，是指在律师行政管理中，从一段时期有利于当地律师业发展的现状出发，理解和执行有关法律法规规章的立法本意和政策精神的过程。它的核心是结合当地实际，当然对实际含义的理解可能各方不同。最典型的事例就是对“两结合”管理体制的理解和执行。在现行《律师法》的法律框架下，我们提出了“两结合”的管理体制，但是各地对“两结合”管理体制内涵的理解是不一致的。其差异性主要有三种：第一，“两结合”管理体制的前置条件是司法行政机关在律师管理体制中占主导地位，在此基础上谈结合问题，“两结合”有主次之分，不能平均分权，理由是平行线永远不能相交；第二，“两结合”管理体制是司法行政机关和律师协会职权的划分问题，是行政管理和行业管理的平均分权，即明确哪些权力由司法行政机关行使，哪些权力由律师协会行使；第三，在“两结

合”管理体制中，司法行政机关仅仅是宏观管理，律师日常工作应由律师协会行使管理权。在理解出现差异的情况下，各地执行“两结合”管理的情况呈现出不同状况：在第一种认识前提下，司法行政机关强调其主导作用，忽视执业律师和律师协会在律师管理中的作用，会长、秘书长均由司法行政机关领导担任；在第二种认识条件下，过分强调司法行政机关和律师协会的职权划分，以致出现权力分配纠纷，引发矛盾，影响工作效率；在第三种认识情况下，地方律师管理工作希望偏重于宏观管理，但又面临什么是宏观管理、有无宏观管理、微观管理失去后宏观管理如何进行以及日常管理工作移交有无法律依据等问题。因此，上级司法行政机关对下级司法行政机关在贯彻执行“两结合”管理工作的力度上不满意的居多。

（二）规范性文件形式。规范性文件的制定是一种谨慎行政行为，它的谨慎性源于它的依法性。有的地方司法行政机关在法律法规规章没有明确规定或禁止的情形下自行制定一些规范性文件以加强对当地律师业的管理，可以说除了对律师和律师事务所的行政处罚外，几乎涵盖了律师管理的各个环节。就各地制定律师管理的规范性文件看，其主要规范有：第一，制定准予律师事务所设立登记的细化条件。比如：设立办公场所面积条件，新增设立律师事务所办公场地要达到一定平方米；设立发起人学历条件，发起合伙人、合作人中研究生、双学士、硕士生人数要达到一定比例，有的甚至对办公设备的现代化等提出要求，理由是推动律师事务所的规模化建设，扶持建立高起点的律师事务所。第二，对申领律师执业证作出限制条件。通常以申领人户籍所在地为申领律师执业证所在地，设立户籍登记地限制

条件，这包括发达地区和不发达地区，以户籍所在地为申领地，理由是便于管理。第三，对律师异动设立条件。比如：对律师一年内的异动次数进行限制，一年不能超过两次；或规定必须在一家律师事务所工作几年后才能异动，否则不予办理；对异动到发达地区的律师设立律师职称条件，三级以上律师可以自由异动；或设立学历条件，双学士、硕士、博士、留学回国人员可以自由异动；同时对发达地区流向不发达地区则不作任何限制。第四，对律师代理重特大案件作出规定。通常被限制代理的是敏感性、群体性、易引发不稳定因素的案件。

二、律师行政管理中相对合理主义产生的原因及其合理性

相对合理主义产生的原因是多方面的，从不同的角度可进行不同的分类。从法律的角度讲，有法律法规规定不完善的原因和对立法原意理解上差异的原因；从主客观的角度讲，有为我所用的原因和符合当地律师业发展的原因。综合起来讲，律师行政管理中相对合理主义产生的原因主要有以下三种：

（一）法律法规规定的不完善。这是相对合理主义产生的根本原因。在律师业快速发展的今天，律师管理方面的法律法规规定不完善日益暴露出来，比如对“两结合”管理体制理解和执行的不一致，根本原因还是源于法律规定。有关司法行政机关和律师协会的职权地位在《律师法》中已经作出规定。对司法行政机关的职权规定如下：第4条“国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”第11条对颁发律师执业证书，第19条对颁发律师事务所执业许可证书，以及第七章中律师和律师事务所违法行为处罚等职权都赋予了司法行政机关。同时，对律师协会的职权地位作出了如下规定：第37条“律师协会

是社会团体法人，是律师的自律性组织。”第38条“律师协会章程由全国会员代表大会统一制定，报国务院司法行政部门备案。”第40条规定了律师协会的七项职责等。严格说来，从逻辑上分析，《律师法》对司法行政部门同律师协会的关系界定是既明确又矛盾的。所谓明确，是指《律师法》明确规定了司法行政部门对律师协会进行监督和指导，换句话说，司法行政机关同律师协会的关系是监督指导和被监督指导的关系。所谓矛盾，就是指监督指导应该是一种宏观管理，而《律师法》诸多条款同时赋予司法行政机关的职责却是微观管理。当然，我们可以换一个角度来思考这个问题，那就是司法行政机关对律师、律师事务所和律师协会的管理既是宏观管理又是微观管理，其职责划分的差异在于司法行政机关的层级不同。比如，司法部是宏观管理，省级司法行政部门是宏观管理和微观管理的结合体，县区级司法行政部门基本上是微观管理（当然已不是《律师法》意义上的微观管理）。正是基于《律师法》的这些规定，才为各地理解和执行“两结合”管理体制留下了不同的空间。实际上，什么是“两结合”管理体制，“两结合”的定义和内涵分别是什么也是一个不断发展的过程。按照司法部《2004年中国律师业发展政策报告》中的提法，“两结合”管理体制中的两结合应该是“司法行政机关管理与律师协会行业管理”的结合，放弃了过去“司法行政机关宏观指导下的管理同律师协会行业管理相结合”的提法。应该说这种提法避免了“两结合”管理体制表述逻辑上的矛盾，因为宏观管理相对应的概念是微观管理。

（二）律师管理工作的时效性要求 当前，我国正处于社会的转型期，面对律师队伍的迅速扩大和律师业务的

广泛拓展，司法行政机关的律师管理工作面临前所未有的挑战，管理人员、管理手段、管理设备等管理资源相对不足，有时管理成本同管理效率之比甚至显现反比现象，管理面临不适应。在这种情况下，法律虽然作出规定，但为了实行有效管理，有的司法行政机关仍然制定地方规范性文件，或以不成文的习惯存在，以此作为法律法规规章的补充，适应律师管理工作的时效性要求。这种相对合理主义的规范性文件或习惯性作法通常出现在准入和日常管理两个环节。比如，前面提到，《律师法》对律师事务所的设立条件规定偏低，有的地方在规定之外增加办公场所面积等硬性指标；由于司法部规定省级司法行政机关不再登记设立律师事务所，省会所在地的市司法局在管理能力饱和的情况下，规定每年设立市属律师事务所的数额，甚至计划几年后也不再同意设立市属律师事务所，下放权力由区司法局直管设立。在日常管理中，对律师异动时间及异动次数作出限制，甚至以户籍为限制条件，要求律师在户籍所在地执业，应该说这有悖于我国人才流动的规定，以及对律师代理某类案件作出限制规定等。

（三）有利于当地律师发展的主观愿望。作为各级司法行政机关推动当地律师事业发展和法律服务市场的平衡以及解决人民群众“请律师难”的问题的主观愿望是无可非议的。从这个意义上讲，相对主义的采用都是执行者的主观故意。因此，良好的主观愿望可以使有的司法行政机关在法律法规规章之外制定政策和规范性文件。这种相对合理主义采取的做法在发达地区和不发达地区同样存在。在发达地区，主要是采取提高标准的形式，以推动律师事务所的规模化、专业化、品牌化建设，比如提高发起合伙人、合作人的学历条件

，允许高学历人员的自由流动等。在不发达地区，则采取降低标准的形式。特别是西部地区，有的县没有一家律师事务所，没有一名有律师资格或法律职业资格的人员，不能解决人民群众“请律师难”的问题。因此，希望司法部制定西部特殊政策，重新启动考核授予律师资格，或在有律师资格或法律职业资格人员中降低执业年限标准，不受《合伙律师事务所管理办法》规定的执业5年和《合作制律师事务所管理办法》规定执业3年的限制，以扶持西部地区律师事务所的设立。从一般意义上讲，相对合理主义都有其历史的和现实的基础。律师管理中的相对合理主义，实际上是在法律法规规章规定和当地律师管理实际需要的夹缝中产生的一种做法，它有利于当地律师业的发展，可以解决当地律师业发展中的一些问题。相对合理主义虽然超越了法律法规规章，在真空地带生活，在临界点上走过，但它可能并不违背立法本意。根据现实中，从立法总是滞后的角度理解，或者从相对合理主义的时效性和实用性理解，律师行政管理中的相对合理主义具有合理性。

三、律师行政管理相对合理主义的几点启示

律师行政管理中的相对合理主义虽然具有合理性，但在《行政许可法》颁布实施以后，在我国民主法制建设日益加强的今天，其危险性和危害性将日益暴露出来。司法行政机关可能成为行政诉讼的被告，可能面临在行政诉讼中败诉的危险，可能成为依法治国、依法行政的破坏者。因此，律师行政管理中相对合理主义的启示应该是深刻的，而其最重要的启示，就是按照党的十六大提出的“拓展和规范法律服务”的总体要求，修改《律师法》，完善我国律师管理体制和有关律师管理制度。

（一）建立科学的符合我国实际的律师管理体制

制。多年来，我们一直在探索建立我国科学的律师管理体制，提出了“两结合”的律师管理构架，应该说，这是非常具有中国特色的律师管理制度。问题在于如何界定。“两结合”管理体制的提法如果保留就应当法律化，应该在法律上的明确化具体化。在《律师法》当中，应当解决司法行政机关和律师协会的地位问题。这可能包括两个方面的问题：一是没有地位：即各级司法行政机关就是宏观导向，宏观管理，制定政策，拟定规划，律师协会负责律师管理所有工作。司法行政机关是“小政府，大服务”，司法行政机关对律师协会进行监督指导，形成监督指导和被监督指导的关系，回避传统意义上的地位问题。二是有地位：即各级司法行政机关管什么，律师协会又管什么，实际上是律师管理工作的权力分配。这里又有两种情况：一个从权力大小划分，职权重的占主导地位，反之占次要地位。一般颁发律师事务所执业许可证和律师执业证，吊销执业许可证和执业证为重要职权，谁拥有这类权力谁就在管理体制中占主导地位。另一个是平均分权，把准入、年检注册、禁止执业处罚等平均分配，使之在管理中双方有机结合，协调发挥作用。无论那种情况，《律师法》都应该明确规定，要从有利于我国律师事业的发展、司法行政工作的现状、国际律师业发展经验等方面综合考虑。

（二）建立完善律师管理工作的长效机制。避免律师行政管理中的相对合理主义就是要建立完善律师行政管理中的长效机制。首先，要完善律师工作各个环节的管理制度。如准入制度，建立适合我国国情的律师事务所的设立条件，包括硬性条件，发起人的品行条件以及哪一级司法行政机关为颁证机关和主管机关等，同时对申领律师执业证建立完善

的岗前培训制度和实习制度。律师事务所的组织形式，允许国资律师事务所、合伙律师事务所、有限责任制律师事务所、个人律师事务所并存。年检注册制度，充分利用年检注册手段加强对律师和律师事务所的动态管理。异动制度，允许律师依照合同的约定自由异动等。律师的权利义务，明确规定律师的执业权利和法定义务。行政处罚制度，缩小吊销律师执业证同停业处罚之间的落差等。其次，要增加法制意识，严格依法行政。在《律师法》规定的框架下严格依照法律法规规定进行管理。第三，建立律师管理干部的培训制度，提高管理能力和管理水平。（三）充分考虑东西部地区律师业发展差异。司法部正在进行的我国东西部律师业发展政策研究是非常有意义的工作。《律师法》可以确定分类指导原则，制定一些弹性条款，对西部地区实施法律倾斜。就西部地区而言，需要解决的核心问题有两个，一是考核授予律师资格问题，二是适当降低律师事务所的设立条件问题。由《律师法》规定授权司法部，采取适当方式解决。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com