

优秀论文:给中国律师业发展松绑----中国律师执业组织形式多样化探讨 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\\_\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_484446.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484446.htm) 内容提要：市场竞争机制能够推动律师和律师事务所不断自我提高完善。合伙制的无限连带责任制度，由垂直无限责任和横向连带责任组成；前者是市场竞争机制的重要补充，后者则不符合现代文明的法治理念。中国律师执业组织以合伙制为主的局面，束缚了中国律师业的规模化、规范化、专业化、现代化发展。给中国律师提供多样化的执业组织形式，充分调动和发挥律师执业组织的积极性、主动性，必将更加有力地推动律师业自律、自治、自强，为构建和谐社会做出更大的贡献。 关键词：中国律师 无限责任 连带责任 一、引言 中国律师对中国法制建设的贡献是有目共睹的，他们在构建和谐社会的过程中将进一步发挥重要作用也是毋庸置疑的，然而，有关律师执业组织形式对律师业发展的制约问题，也许是律师业发展与构建和谐社会大讨论中最应重视的话题。 企业组织形式是生产关系的外在表现方式，组织形式变革的实质就是生产关系的变革，而生产关系变革历来是解放生产力、推动社会经济发展最根本的动力来源。中国律师执业组织由国办向合伙的变革，的确推动律师业取得了重大发展，但是，进入本世纪以来，特别是我国加入WTO后，理论界就已经提出合伙制度不能满足律师事务所的规模化、规范化发展要求，应当积极探索律师执业组织形式的公司化问题。主张律师业固守合伙制的观点则认为：鉴于律师对委托人负有的信托义务，需要借助于合伙制的合伙人无限连带责任制度，约束合伙人加

强相互监督和内部管理，实行公司制会削弱律师的责任心，不利于维护当事人利益。问题的关键在于：合伙制的无限连带责任制度是否真的具有人们想象的功能？是否是唯一的或者最优的安排？为什么不能提供多样化的组织形式，为律师业的发展开辟更为广阔的天地？为什么我们总是以家长式的关怀和管制，限制市场主体自主选择的权利？我国现有11000多家律师事务所，其中合伙制占70%，这似乎表明这种组织形式在律师行业中仍然有强大的生命力。然而，这种优势只是相对于已经完成历史使命的国资所和作为过渡形式的合作所而言的，同时，也是因为我国法律没有为律师业发展提供更多可供选择的组织形式所致。我们应当认真研究市场对委托代理关系的调整机制，客观地分析“无限连带责任”制度的实际功能，重新设计我国律师执业组织形式改革的目标定位，借鉴美国律师执业组织形式多样化的一些做法，为中国律师业的发展创造更为宽松的环境。

## 二、委托代理关系的市场调整机制分析

律师与当事人之间是一种委托代理关系。这种委托代理关系的关键特征是：委托人的利益与代理人的行为有密切关系，但又不完全取决于代理人的行为；委托人不但不能直接控制代理人的行为，而且对代理人行为的监督也很困难。在分析上述委托代理关系之前，需要介绍几个经济学博弈论的基本假设：1、理性人假设：委托人和代理人都是理性的，都是以自身利益最大化为目标做出决策，且都知道这也是对方的决策原则；2、完全信息假设：双方对自己和对方在本次交易中的收益情况是清楚的；3、完美信息假设：双方对自己做出决策前的决策过程是完全了解的。为了使分析过程简单明了，我们对上述委托代理关系作出如下极

端性简化： 代理人的行为只有努力或偷懒两种情况。代理人努力工作的付出为 $n$ ,代理人偷懒的付出为0。 委托人在代理人努力情况下的收益函数为 $F(n)>0$ ,在代理人偷懒情况下的收益函数为 $-F(n)$ ,即代理人偷懒会给委托人造成损失。 委托人完全无法监督代理人工作。博弈理论认为,在这种情况下委托人只能根据代理人的工作成果支付报酬,除非是支付固定酬金。我们假设委托人向代理人支付固定报酬,数额为 $S$ ,且 $S-n>0$ 。在上述极端简化的条件下,只要委托人选择委托,代理人就不会拒绝,因此,可以省略代理人对接受委托或不接受委托进行选择的环节。根据上述极端简化条件,我们得出下面的委托?代理动态博弈的简化模型：这个动态博弈的顺序是：第一步先由委托人选择委托或是不委托；如果委托人选择了委托,第二步由代理人选择努力或是偷懒。但我们用逆推归纳法（即先从第二步开始）来分析委托人的选择决策：假设委托人第一步选择委托,现在由代理人选择努力还是偷懒。因为我们设定了代理人努力工作的付出 $n>0$ ,所以,  $S-n$  因为委托人完全能够预测到代理人会选择偷懒,所以,委托人就只能根据代理人偷懒情况下自己能够得到的收益与自己不委托时的利益状态的比较结果作出决策。很明显,因为 $-F(n)$  上述结果只是一次性博弈的情况,在重复博弈中结果就会有所不同。在博弈会重复进行的情况下,代理人预测到如果委托人选择委托而自己选择了偷懒,委托人在下一次博弈中就会选择不委托,这样就等于拒绝了下一次合作的机会,因而一旦委托人选择委托,代理人就可能选择努力。同样,委托人对代理人的上述思路也是清楚的。因此,在重复博弈中,委托人会采取先选择委托而将不委托作为威胁,一旦

发现代理人偷懒，就采取不再委托的报复策略。这种策略称为“触发战略”。如果“触发战略”的威胁足可置信，则委托人会选择委托，代理人会选择努力，从而达成合作均衡。

“触发战略”不仅仅是重复博弈理论上实现合作和提高均衡效率的关键机制，而且在现实的市场交易中被广泛采用。特别是在买方市场条件下，“触发战略”的威胁被大大强化，并转化为卖方不断加强管理、自我完善、提高综合竞争能力的内在动力，从而形成了优胜劣汰的市场竞争机制。这正是市场高效率优化配置资源的神奇功能。再回到我们所讨论的律师与当事人的委托代理关系中来看，尽管当事人不能控制、无法监督律师的行为，且我们选定的酬金方式中也不存在激励机制，但在市场竞争机制的作用下，绝大多数律师事务所和绝大多数律师都会自觉地从各个方面努力提高、完善自己，而不会仅仅满足于不损害当事人利益的水平。对于这个结论，人们不难从自己的感受和做法中举出足够的例证。

### 三、合伙人无限连带责任制度的功能分析

本文所讨论的合伙人无限连带责任制度，仅指合伙人对合伙所律师（包括合伙人和聘用律师）不当执业行为引起的债务所负的无限连带责任，不涉及合伙所的其它民事责任问题。因为法律规定的合伙人无限连带责任，对负直接责任的合伙人和对不负直接责任的合伙人在约束功能上是有区别的，所以，我们把它分解为合伙人直接责任的无限责任和非直接责任的连带责任两个部分，并分别加以讨论。

#### 1、合伙人直接责任的无限责任制度的功能分析

合伙人直接责任的无限责任，包括合伙人对本人的损害行为和其直接管理的律师（以下简称“下属律师”）的损害行为的无限责任。本文把它简称为“垂直无限责任”。

”。法律规定合伙人承担垂直无限责任，是以强制剥夺其个人财产相威胁，迫使其本人不做出并监督其下属律师也不做出损害当事人利益的行为。从这一点上讲，它似乎与市场的“触发战略”具有相似之处，但从实际功能来看，两者有着重大差别。首先，法律所规定的垂直无限责任触发条件，是代理人的行为在客观上给委托人造成了实际损害，因此，代理人只需要防止给委托人造成损害，即可避免法律责任的发生。也就是说，法律责任的威胁不会转化为代理人自我提高完善的动力。市场“触发战略”的触发条件，则是委托人主观认为代理人的行为不能满足其要求，因此，代理人需谨慎从事并从各方面努力提高客户的满意度，才能避免惩罚。如前所述，市场“触发战略”的威胁会由此转化为代理人自我提高、完善的内在动力。由此可见，合伙人垂直无限责任制度的主要功能，是预防损害行为发生和于损害行为发生时使委托人获得损失赔偿，而代理人和律师事务所的自我完善提高，则是由市场竞争机制推动和实现的。其次，法律规定的垂直无限责任，对合伙人本人的作用 and 对其下属律师的作用有所不同，而市场“触发战略”对他们则一视同仁。从合伙人的角度来看，由于其距离下属律师最近且对其下属律师的行为具有一定的控制能力，所以，与诸多可供选择的外部监督方式相比，由其本人对下属律师进行监督，是最便捷、成本最低、最有效率的，而且，合伙人对下属律师进行监督、管理的最终结果是保护了其个人财产，其付出的监督管理成本可以在最终的受益中得到补偿，所以，合伙人愿意或者至少是能够接受这种制度安排。经济学把某些活动造成的成本或带来的利益未经市场交易而由他人或社会承担或由他人或

社会享有的现象称作“外部性”。如果该活动给他人或社会带来利益而自己未得到补偿，则该活动具有“外部经济性”；如果该活动给他人或社会造成损害而自己不承担补偿成本，则该活动具有“外部不经济性”。显然，人们缺乏从事“外部经济性”活动的激励或动机，而具有从事“外部不经济性”活动的激励或动机。从下属律师的角度来看，其本身的损害行为不会给自己造成损失甚至可以从中获得某种利益，而损害行为产生的赔偿责任由其所属的合伙人承担，所以，这种垂直无限责任制度具有一定的“外部不经济性”。这种“外部不经济性”对下属律师放任甚至追求损害的发生，显然具有一定的激励作用。其三，垂直无限责任制度是对市场竞争机制的重要补充。尽管市场竞争机制能够推动绝大部分律师自我提高完善，从而大大超过不损害当事人利益的底线，但是损害当事人利益的行为仍不可避免地时有发生。在损害行为发生时，市场“触发战略”只是使行为人失去获利的机会，而不能让其付出其他成本，因此难以制止风险恶人选择损害行为。而法律规定的垂直无限责任弥补了市场的这一缺陷，通过剥夺其财产的方式使损害行为人付出巨大成本，具有抑制损害行为的功能。因此，市场竞争机制与垂直无限责任制度，可谓是一个扬善一个惩恶，两者结合，相得益彰。

2、合伙人非直接责任的连带责任制度的功能分析。

合伙人非直接责任的连带责任，包括合伙人对其他合伙人及其下属律师的损害行为的无限连带责任。本文把它简称为“横向连带责任”。法律规定合伙人承担横向连带责任，是以强制剥夺其个人财产相威胁，迫使其监督其他合伙人及其下属律师行为，以防止或制止损害当事人利益的行为发生。从

这一点来看，这种制度设计与株连九族的封建制度如出一辙，不符合现代文明的法治理念，但又缺少株连九族制度利用人们因亲情而相互怜惜，从而抑制行为人犯罪的内在约束机制。首先，从横向连带责任制度的作用机制来看，它存在严重的双向外部性问题。从被监督的合伙人来看，其本人及其下属律师的损害行为所产生的赔偿责任不是由其一个人承担，而是由全体合伙人共同承担，所以，这种横向连带责任制度对被监督的合伙人也具有“外部不经济性”。这种制度的“外部不经济性”，不仅对下属律师而且对被监督的合伙人放任甚至追求损害的发生，同样具有一定的激励作用。从实施监督的合伙人来看，一方面，由于其距离其他合伙人及其下属律师距离较远且对他们的行为没有控制能力，所以，即使可以做到监督，其直接成本和机会成本也是巨大的；另一方面，即使他付出成本发现并制止了一次损害行为，其结果除避免了自己的损失外，也使其他合伙人免遭劫难而受益，因此，这种监督活动具有“外部经济性”，缺少内在的激励。在“外部经济性”原理的作用下，合伙人会放弃互相监督而各自带领自己的团队直接面向市场。由此可见，在“外部不经济性”和“外部经济性”的共同作用下，横向连带责任制度对损害行为的预防作用是微乎其微的。幸亏有市场竞争机制对律师自我完善的推动和垂直无限责任机制对损害行为的抑制，否则，律师业早已被逐株连净光、连带破产了。其次，从横向连带责任的实际作用来看，它极大地遏制了律师事务所规模化发展的愿望和积极性。虽然横向连带责任制度对防止损害行为发生并无实际功效，但却具有与株连九族制度相类似的震慑力。由于合伙所扩大规模必然加大合伙人个

人财产被株连的风险，所以使合伙人们在规模化经营面前纷纷望而却步。从理论上讲，如果扩大规模所能增加的收入大于为防范风险所增加的成本时，合伙人应当选择扩大规模。但是，一方面，由于律师事务所经营是人力资源密集型的，不具有商业或生产企业规模化经营可以降低单位商品的固定成本和劳动力成本从而提高效益的特点，所以，律师事务所扩大规模的人力资源成本与风险防范成本是同步增长的，靠扩大规模提高效益往往事倍功半；另一方面，即使效益有所增加，也难以抵销可能发生的灾难性事件造成的损失。由于风险只有大小之分而无根除的可能，所以，对大多数合伙人来说宁可选择缩小经营规模以减少被株连的风险。虽然持反对意见者不难找出大型合伙制律师事务所作为否定上述结论的实例，但本文认为，大型合伙制律师事务所是市场竞争机制的产物，而非横向连带责任制度之功劳，相反，大多数合伙所规模较小，则是横向连带责任制度遏制作用的实证。由于律师事务所的规范化、专业化、现代化经营是与规模化密切相关的，所以，横向连带责任制度对规模化发展的遏制，必然影响规范化、专业化、现代化在律师事务所的推广和实现。本文受篇幅所限，对此不展开讨论。横向连带责任制度的另一种功能，是为委托人损失提供较大数额的赔偿担保。但让无过错者为他人过错承担赔偿责任，没有法理基础，况且，从赔偿担保的需要来看，引入有限责任资本或建立执业保险基金，都是更为有效的制度安排。

#### 四、美国律师执业组织的帕累托改进

如果既定的资源配置状态的改变至少使一个人的状况变好，而没有使其他人的状况变坏，则称这种改变为帕累托改进或具有帕累托效率。现实中帕累托改进并非常

见，要判断一项改进是否具有帕累托效率也不是一件容易做到的事。本文在此使用这一术语，只是为了表达一种心情、一种愿望、一种追求，而并非说明美国的改进在理论上或事实上是否具有帕累托效率。美国可供律师选择的执业组织形式，除独资企业外还有普通合伙（GP）、有限合伙（LP）、有限责任合伙（LLP）、有限责任有限合伙（LLLP）、有限责任公司（LLC）和职业公司（PC）六种。后面五种组织形式，都是对普通合伙中的合伙人责任作不同程度的有限化改进的产物，而其中最主要的改进是废除了合伙人横向连带责任制度。

1、有限合伙（LP）有限合伙是由普通合伙人和有限合伙人共同组成的合伙组织。前者控制合伙组织的经营，对合伙债务承担无限连带责任，后者不控制合伙组织的经营，以其投资额为限，对合伙债务承担有限责任。美国1978年《修订统一有限合伙法》通过对有限合伙人“参与对经营的控制”情形的严格界定，放宽了有限合伙人参与合伙经营管理的范围和深度。引入有限责任投资者主要有二个方面的优点：一是为合伙组织扩大经营规模 and 业务范围以及赔偿能力提供了资金支持；二是受保护投资和追求利润的内在动机驱使，投资者会积极参与合伙组织的经济管理，加强监督，有利于提高合伙组织的管理水平。值得特别说明的是，由于美国法律允许企业法人担任普通合伙人，因此，对自然人来说在事实上形成了完全的有限责任。

2、有限责任合伙（LLP）有限责任合伙是全体合伙人之间不负连带责任，但每一个合伙人对自己和其监督、指导的人的过错承担无限责任的合伙形式。这种合伙形式解除了横向连带责任枷锁，解放出规模化经营的内在能量，同时保持了合伙人垂直无限责任的压力

，有利于加强垂直监督、管理。另外，美国法律要求有限责任合伙购买较高数额的责任保险，以提高合伙组织赔偿能力，保护受损害方的利益。这种合伙形式具有综合优势，因此，它于上世纪90年代初诞生于德克萨斯州后，迅速席卷了美国各州。

3、有限责任有限合伙（LLLP）有限责任有限合伙是借鉴有限责任合伙的优点，对有限合伙作进一步改进后的合伙形式。它仍由普通合伙人和有限合伙人组成，但取消了普通合伙人的横向连带责任。这种合伙形式融合了有限合伙和有限责任合伙的优势，更加适合于律师事务所的规模化、规范化发展。

4、有限责任公司（LLC）美国的有限责任公司是一种既非公司也非合伙的新兴的企业形式，其成员像公司股东一样享有完全的有限责任，在税收上则像合伙一样享受“穿透”待遇，在治理结构和经营管理方式上也具有高度的灵活性。这种新兴的企业形式显然具有突出的综合优势，因此，在美国得到迅速发展，但统计数字显示，它却没有得到美国律师界的特别青睐。有人认为这是缘自律师传统的惯性，有人认为是律师担心给委托人造成其过分看重自己责任的印象。这些说法或许都有些道理，但本文认为其根本原因可能是律师们共同意识到，鉴于在委托 - 代理关系中委托人难以对代理人进行监督，故保留合伙人的垂直监督责任，是大型律师事务所最便捷、成本最低、最有效率的监督方式，因而宁可放弃完全有限责任的保护。

5、职业公司（PC）职业公司是律师、会计师、医师等职业人士从事职业服务的一种组织形式。从《纽约职业服务公司法》的相关规定来看，这种组织形式的责任制度与有限责任合伙基本是一致的，故不再赘述。有关资料显示，2002年美国有律师事务所65139家，

他们所采取的组织形式如下表：序号组织形式数量比例1职业公司3113148%2普通合伙1705526%3独资630010%4有限责任合伙60839%5有限责任公司45707%合计65139 合伙人超过50人的748家律师事务所的组织形式分布如下表：序号组织形式数量比例1有限责任合伙35848%2职业公司22029%3普通合伙10614%4有限责任公司649%合计748另外，在律师人数为101 - 250名的225家律师事务所中，53%是有限责任合伙；有250名以上律师的139家律师事务所中，63%是有限责任合伙。上述数据中没有将有限责任有限合伙单独分出，本文推定其包含在有限责任合伙的统计数字之中。这些数字反映出这样的事实： 废除横向连带责任，保留垂直无限责任的律师事务所（包括有限责任合伙、有限责任有限合伙和职业公司），占事务所总数的57%，占合伙人超过50人的大型事务所的77%； 虽然普通合伙在事务所总数中仍占26%，但在大型律师事务所中只占14%； 有限责任公司在事务所总数和大型律师事务所数中，所占的比例不仅远远低于有限责任合伙，而且低于普通合伙。美国法律为律师们提供了丰富多彩的组织形式供他们自由选择，没有人可以评判他们的选择是否正确，他们是自己行为的最好的法官，他们总是能按照自己的决策方式作出最适合自己的选择。主流经济学理论认为，政府只需要界定和保护产权，并建立可以减少交易成本的环境，那么，人们之间的市场交易就能够实现帕累托最优。如果我国《律师法》的修改，能够为律师业创设多样化的执业组织形式，必能进一步调动和发挥律师执业组织的积极性、主动性，更加有力地推动律师业自律、自治、自强，为构建和谐社会做出更大的贡献。（正文总字数7100字）主要参考文献

： 谢识予编著：《经济博弈论（第二版）》，复旦大学出版社2002年1月第2版； [加]布莱恩.R.柴芬斯著，林华伟、魏?译：《公司法：理论、结构和运作》，法律出版社2001年4月第1版； 赵坚编著：《现代管理经济学》，中国铁道出版社2000年12月第1版； 高程德主编：《现代公司理论》，北京大学出版社2000年12月第1版； 山东省法学会编：《中国律师业产业化发展理论研究》，中国档案出版社2002年4月第1版； {美}罗伯特.W.希尔曼著，王进喜、唐俊译：《论律师的流动管理》，中国人民公安大学出版社2005年1月第1版； 虞政平编译：《美国公司法规精选》，商务印书馆2004年10月第1版； 廖凡著：《美国非公司型有限责任公司初探》，载于中国法学网； 张富强主编：《香港律师制度与实务》，法律出版社1999年6月第1版。 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](http://www.100test.com)