

论律师协会的性质 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E5\\_c122\\_485030.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_BA_E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_c122_485030.htm) 《律师法》修改过程中，最重要的问题是明确律师协会的法律性质及其地位。这是律师法修改的核心问题，因为，只有明确律师协会的性质，才可以理顺政府管理与律师协会自治的关系。我们要对目前中国律师业、律师协会现实进行中肯的解读，正确认识、界定律师协会的性质，有助于科学立法，有利于律师业的管理，促进我国律师业的发展。本文简单介绍大陆法系国家立法上对律师协会性质的界定，然后从我国律师业历史发展及现实规定上解读律师协会的本来面目。

### 一、德国的理论及立法

德国是一个区分公法与私法的大陆法系国家，相应的就存在公法人和私法人的区别。“公法人”是公法上的法人，是被定性为公法领域上的主体。法人是指具有独立法律人格，从而为权利义务归属的主体，脱离与原先的母体机关，并且也与个别的成员不同；法人对于自己的业务享有决定权，但应以法律所规定的方式产生决议机关与监督机关。公法人制度是将原先由国家“直接行政”的科层式行政组织体系下的行政机关的职责转移到公法人上，在其被创设并被授权的领域之内，享有管辖权，并可以作出相关决定，并为其行为承担责任。德国公法人制度的缘起，在于将机关内部单位或民间团体独立而出，赋予其法律人格，并就其业务领域内享有自主的决定权，原母体机关之监督原则上只限于合法性之范围，并就属于人事、组织之领域一并享有一定的自主空间。可见，公法人的出现在于限制国家的过度干涉，换句话也

可以说，公法人的出现在于分权。现代意义上的分权不仅在于宏观层面上的立法、行政、司法的分权，也在与微观行政管理层面上的分权。分权化的议题之一即为“公法人化”，而公法人所涉及者，主要是国家权力之垂直分立，亦即自治行政。所谓自治行政，是指为了实现公共行政的分散化、民主化和亲民化，提高公共行政的特色型和有效性，国家通过法律设立在职能、机构和人员方面与国家相分离的公众行政主体，在国家监督之下，自负其责地执行特定公共行政任务的法律制度。自治行政有政治及法律上的双重含义，政治上的自治行政是指人民以名誉上的身份对公共事务的参与，法律上的自治行政是一种特定的公共行政组织型能，亦即独立与国家法人之外的公法行政主体，在国家监督之下，自主地实现特定行政任务，也即“团体自治”。由上，公法人和自治具有密切的关联。在行政组织法上，公法人是德国公法学上常见的一个行政组织类型，具体有公法上之社团法人、公法上之公营造物法人、公法上之财团法人三种类型。在引入自治行政概念之后，这三种类型也可以称谓公法社团自治行政、营造物自治行政和公法财团自治行政。公法社团自治可以再划分为经济团体自治、职业团体自治等多种，而德国的律师公会就是职业团体自治中的一种，也可以说，德国律师公会是公法社团法人上的一种。根据《联邦德国律师法》的规定，德国是在每个州设立一个律师公会以及在联邦设立一个联邦律师公会。《联邦德国律师法》第62条是对州律师公会的规定，即“（1）律师公会是公法上的团体法人。（2）州司法行政部门对律师公会行使国家监督职能。监督限于法律和章程是否得到遵守，尤其是托付给律师公会的任务是否

得以完成。”第176条是对联邦律师公会法律性质及其国家监督的规定，即：“（1）联邦律师公会是公法上的团体法人。（2）联邦司法部对联邦公会进行国家监督。监督限于法律和章程是否得以遵守，尤其是委派给联邦律师公会的任务是否得以完成”。德国立法及理论上都认为律师公会是公法上的团体法人，属自治行政，是公法人的一种。

二、法国的理论及立法 法国传统上就是一个典型的中央集权单一制国家，故法国法上的公法人，不是指国家本身，就是指源出于国家的分支。在类型上，向来认为主要有两种公法人，第一种是国家及其各级地方自治团体，第二种公法人称为“公共服务机构”，学理上称为“特别公法人”。公务机构就概念而言，原本是为是某特定行政事项或业务便于管理而创设，是一种将业务人格化的手段，某特定行政事项或业务一旦人格化之后，便脱离庞大的行政整体，而有独立的财源、人事与管理等权限，可以作为更有效率的经营管理。公务机构可以分为财团型公务法人和社团性公务机构。在法国社团性公务机构是以社员为基础，该法人之意思是由法人内部产生，其行为规范亦由社员之共识所规范。因此，公务机构可以定义为，有国家级其管辖下的地域统治团体所创设，以特定公共服务业务为目的的公法人。对于公务机构而言，要适用两个原则：专业原则和自治原则。专业原则既是一种保障，也是一种限制。一旦业务独立并且予以法人化，专业原则保障公务机构之职权不被其设立母体或其他行政机关所侵蚀；但另一方面，该原则也限制公务机构之业务范围不得超出本业以外之领域，至于“本业”的认定，当然以创设该法人的法律规范为基准。自治原则，公务机构设立的目的是为了独立于设立

母体之外，以便更有效地进行管理，所以必须享有一定的自治权和自主性。它享有自己的财产和人员，独立的预算和行政权，具有完整的权利能力等。不过，公务机构有不同的自治程度，自治机构决策和发展的自由空间有多大，关键取决于法律监督的具体尺度，如果具体尺度包含不确定的法律概念，就可能显著压缩自治机构的行政自主权。法国由于没有法定的全国性律师协会，各地方律师协会采取个人会员制，各律师协会在性质上属于公法法人。所以，在法国律师协会具有公法人的属性，同样也受到专业原则和自治原则的规制。不仅德国，法国的律师协会是公法人，日本的律师联合会和各地律师会也为公法人。英美法系的国家与大陆法系的国家有关律师协会的性质上并不相同，这和各国的律师业发展历史和各个国家的国情是相符合的。我国继受大陆法系的传统，加上中国的特有国情，笔者认为，我国律师协会在性质上应当同于大陆法系国家。

### 三、我国律师协会的性质

2004年12月，国家民政部授予中华全国律师协会“全国先进民间组织”称号。有的人也对此高度赞扬。笔者不赞同将律师协会看作是“群众性的社会团体”，也不赞成有的人从宪法上规定的公民享有结社等政治自由来寻找所谓的律师协会自治的宪法基础。笔者赞同律师协会实行自治，而且从各个国家律师业发展的过程来看，自治似乎已经是律师协会发展的不可阻挡的趋势。但是，自治并不是与民间组织天然相生相随，也就是说，并不是只有纯粹的民间组织才可以实行自治。上文中，德国，法国，日本的律师协会也实行自治，但是它们都是公法人。可见，律师协会自治与律师协会的性质没有必然的联系。笔者认为，从律师协会发展的历史过程和现行

法律的规定上看，我国律师协会在性质上属于“公法人”，如果说我国立法上还没有引入公法人这个概念的话，那么按照我国目前行政法的通说，我国律师协会在性质上属于“公共行政主体”，是“自治行政”的典型表现。根据一般理论认为，认为公法人有以下特征：（一）、公法人的目的由国家赋予，不得任意变更。（二）、公法人之设立基于国家的意思。（三）、公法人并无自我解散之自由。（四）、公法人需服从国家之特别监督（五）、公法人被赋予公权力性质的权能。公法人一般具有公权力性质的权能，大致如下：（一）、强制加入权。（二）、法制定权。（三）、行政权，笔者认为主要是强制征收权和惩戒权。从以上学术及各国立法上的规定来看，我国律师协会基本符合公法人的内涵。第一，1980年颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》第19条规定：“为维护律师的合法权益，交流工作经验，促进律师工作的开展，增进国内外法律工作者的联系，建立律师协会”。于是1986年7月中华全国律师协会成立，作为全国性的律师行业自律性组织，依法对律师实行行业管理。根据《律师暂行条例》的这条规定，从一开始中国的律师协会就是法律创设的，是依法而建立的，并不是律师自愿，自由结社的结果。一直到1996年通过并于2001年修改的《中华人民共和国律师法》第37条第2款规定：“全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。”在律师行业不断改革的过程中，都坚持了律师协会法律创设的原则，没有改变过。而且，律师协会的设立是以全国和地方为划分标准，与行政区域级别的划分相同。也就是说，律师协会的设立是基于国家的意思

，而非公民个人自由意志的产物。律师协会既然不是公民个人自由意志的产物，也就当然没有自我解散的自由，同时《律师法》也没有规定律师协会有自我解散的权力。律师协会的目的、律师协会的职责也是有法律明确加以规定的，不得任意改变。这些规定完全符合上述公法人的前三个特征，是明确律师协会为公法人的重要标准。第二，虽然《暂行条例》规定律师协会是社会团体；《律师法》也规定律师协会是社团法人，但是律师协会从一开始在本质上就并不具有社会团体的特征。根据《社会团体登记管理条例》第2条的规定，社会团体是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。成立社会团体首先体现了公民结社自由的政治权利，《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”，结社自由包括公民结社的自由也包括公民不结社的自由，也就是说，如果律师协会是社会团体，就应当尊重律师个人的意愿，律师可以自愿加入律师协会，也可以自愿不加入律师协会。但是，现行《律师法》第39条规定：“律师必须加入所在地的地方律师协会，加入地方律师协会的律师，同时是中华全国律师协会的会员。”，可见，《律师法》强行要求律师必须加入律师协会，不容许律师有选择的余地，从这一点上看，律师协会在性质上就不会是一个社会团体。如果非要认为律师协会为社团法人，那么强行加入律师协会的做法就是对公民宪法权利的践踏，如果认为法律可以对公民的政治自由作出限制的话（强制入会），那么律师协会就不是社会团体，因为律师加入协会并不“自愿”。那么，法律为什么要规定律师协会是社会团体呢？笔者认为，

这是立法者没有认识到律师协会的现实，也没有真正认识律师协会的本质，更没有搞清楚律师协会与司法行政机关的关系，从根本上说，就是律师协会要实现自治就必须是社会团体的观念在阻碍我们前进的步伐。在律师协会成立伊始，律师协会与司法行政机关律师管理部门实行“一套人马，两块牌子”，律师协会负责人由司法行政机关领导担任，例如第一届中华全国律师协会的会长是由司法部部长担任的。在以后的政府机构改革中，我们要转变政府职能，因此，就创设了现在所谓的“两结合”的管理模式。这种管理集中体现在对律师的惩戒权上，具体为由司法行政部门行使对律师的行政处罚权，例如律师执业证书的吊销、没收违法所得等行政处罚，由律师协会按照章程对律师给予非行政处罚的处分等。这样设计，无外乎给予律师一个救济通道，对司法行政机关的行政处罚可以提起行政诉讼，这也是屈从于我国目前行政法理论及立法的弊病。行政权中重要的惩戒权由司法行政机关行使，那么很顺利成章的就会认为律师协会就应当为社会团体，但又不能完全实行自治，否则就会堵塞律师的救济通道。怎样既可以完全实现律师协会自治又可以建立律师救济的途径就是一个值得探讨的问题。环顾全球政府组织改造的主要趋势，不外有两个脉络，一是“分权化”，另一个是“民营化”。在我国有许多人受到英美法系的影响深为深刻，认为律师协会就应当完全是个民间的组织，实行自治，主张律师协会“民营化”。但是，他们无视国外的传统与制度，在美国，针对法律职业的最终权力在很大程度上被赋予了法院，法院一直宣称有“固有的权力”来规制律师业。而且在美国，民事诉讼和行政诉讼是不做区分的。我国不同，历

史上，律师协会就担负着管理律师的职责，而且我国严格区分民事诉讼和行政诉讼，有着不同的受案范围。如果实行“民营化”，将律师协会定义为社会团体，就会发生一个难以解决的问题，给予律师的行政处罚如果当事人不服，律师怎样救济？是提起民事诉讼还是行政诉讼？笔者认为，选择分权化的改革方向，引入“自治行政”的概念，更符合我国的实际。一则，分权可以精简政府职能，做政府该做的事情，也与宪政的理念相符合；二则，也会理顺律师协会与司法行政机关的关系，实现司法行政机关的监督权，充分赋予律师协会自治权力，通过《行政诉讼法》的修改，将律师协会行使惩戒权的行为纳入行政诉讼的受案范围之内。第三，根据法律的规定，律师协会有制定律师协会章程的权力，同时具有强制征收的权力。章程制定权对于实现律师协会的自治管理具有重要的意义，它是公法人的重要权能。其次，会费的强制缴纳，也是律师协会行使行政权的重要体现。我国目前律师业管理的改革，趋势是扩大律师协会的自治范围，这一过程实质上就是给与律师协会更大的行政权力，由司法行政机关的管理逐步过渡到律师协会自治管理。在这个过程中，我国律师协会完全符合公法人的特征，即使我国法律并不认可这个概念，可以肯定的是，在相关的法律中，必将规定律师协会类似于公法人的种种特征和享有的种种权能。正确认识我国律师协会的性质，有利于我国律师业的健康发展。（作者：郭建强，中国政法大学硕士研究生）

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)