

● 一部探索建立我国政府律师制度的理论专著

政府律师制度 研究

● 总结我国政府律师试点建设的经验

● 构建我国政府律师制度的理论框架

● 设计我国政府律师制度的基本模式

● 推动我国政府律师制度的正式确立

严军兴 著

出版社

政府律师制度研究

严军兴 著

群众出版社

2002年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

政府律师制度研究/严军兴著. —北京: 群众出版社,
2002.10

ISBN 7-5014-2752-6

I. 政… II. 严… III. 国家行政机关-律师制度-研究-中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 066546 号

责任编辑: 刘一民

封面设计: 张雪梅

技术设计: 祝燕君

政府律师制度研究

严军兴 著

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京京安印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 9.25 印张 220 千字

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2752-6/D·1293 定价: 17.00 元

印数: 0001—4000 册

前 言

法治文明是人类现代文明宝库中一颗璀璨的瑰宝，它凝结着人类在漫长的历史演进中，正义与邪恶、民主与专横、科学与愚昧、进步与落后、公平与偏私无数次腥风血雨的较量后，所付出的沉重代价的结晶；它是无数仁人志士和无私无畏的先驱们，点燃自己终生的信仰、满腔的热血和珍爱的生命，而给世界人类换来的一束光明。有了它，人类社会才走出了蛮荒之地，踏上了奔向现代文明的历史征程。

现代法治文明的核心，是公平、正义和民主，其要旨是对私权利的保障和对公权力的制约。因为，在私权利和公权力的两极，私权利永远处于弱势的一极，而公权力永远处于强势的一极。然而，从其本源来讲，私权利（即公民权利），应当是公权力的基础和本源，没有私权利，便无所谓公权力。国家是民众的国家，民众是一国之本，如若一个国家离开了民众，也就变成了无源之水，无本之木。我国古代有句俗话说得好：“水可以载舟，水亦可覆舟。”那么，也正是从这个意义上而言，国家的公权力，应当代表这个国家的主体——占统治地位的大多数民众的最根本利益，唯有这样，才能顺应历史发展的潮流。特别是像我国这样的人民民主专政的社会主义国家更是如此，人民是国家的主人，国家代表着全国人民的最根本利益，国家的一切权力来自人民，代表着人民的意志，人民通过全国人民代表大会，来行使管理国家的最高权力。国家司法机关、检察机关、行政机关和军事机关等一切权

力,都来自国家最高权力机关,向最高权力机关负责,并接受其监督。由此可见,权利是权力基础,权力是为保障权利而生的。基于此,党的十五大明确提出了,依法治国,建设社会主义法治国家的治国方略,并将其庄严地写入了我国宪法。江泽民同志说:“依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。”江泽民同志的这段论述,高度概括了实行和坚持依法治国的基本内涵和要求,明确了人民是推进依法治国的主体,是国家的主人,人民的权利是国家权力的基础。特别是江泽民同志“三个代表”的重要论述,充分体现了国以民为本的根本理念,为我们党和国家在新的历史条件下,与时俱进,指明了正确方向。

但是,众所周知,权力是一把双刃剑,具有“两面性”,依法用“权”,会给权利的主体——民众带来福祉;滥用权力,会给民众造成灾难。这是因为,掌握“权力”的人,具有身份上的双重性,就私权利而言,他们是一个适格主体,就公权力而言,他们依职权也是一个适格的执行主体。他们可以在不同的场合,扮演不同的角色。对于权利主体而言,法无明文禁止,均为“权”;对于权力执行主体者而言,法无明文规定,不为“权”,这是权利与权力本质的差异使然。在现实生活中,由于有些人“私欲”膨胀,他们把自己肩负的职责(公权力)“私有化”,变成“寻租”和“发财”的魔杖。这样一来,就使公权力在私权领域横冲直闯,为非作歹,于是乎,以权谋私者有之,以权乱法者有之,以权压法者有之,以言代法者亦有之,久而久之,必然会在老百姓的心目中产生一种观念上的错位,把掌权者视为“官员”,认为他们掌管着对民众的生杀予夺;而老百姓,则是被

“官员”管理的对象——“臣民”。这便是“官贵民贱”的观念应运而生、根深蒂固症结所在。正是由于这种观念，才使老百姓对本应是他们的“公仆”的人，敬而远之，对本应对他们负责的“掌权”者诚惶诚恐，唯唯诺诺，以至于本末倒置，天天都在盼望“青天大老爷”出现，好为“百姓做主”，这实在是一个令人扼腕长叹的可悲观念。究其根本原因，就在于公权力的滥用。那么，解决此问题的根本措施，就是严格依法行使权力，特别是对于容易被滥用的行政权而言，就是严格依法行政。

有鉴于此，作为现代法治文明中正义的使者，民主的捍卫者——律师，在各国法治化进程中发挥着越来越重要的作用。因为律师是站在一个社会法律工作者的角度，以法律为武器，以维护当事人的权利为出发点，仗义执言，最终达到捍卫法律尊严之终极目的。律师以其独特的性质、独特的地位、独特的视角、独特的职责和独特的作用，当之无愧地成为国家法治队伍中一支不可缺少的生力军。律师制度也无可替代地成为国家法律制度中的一个重要组成部分。

人类社会法治发展史也有力地证明：凡律师制度健全的国家，其法治现代化程度一般都比较髙，反之则异然。律师工作的业务范围已经渗透到社会政治生活、经济生活和文化生活的各个方面。可以说，律师的身影“无处不在处处在”。在当今西方发达国家，王室有首席大律师，内阁有政府律师，公司有公司律师，军队也有军队律师。这些遍布于国家机器各个部分的公职律师，就像一个个忠于职守的英勇卫士一样，呕心沥血地履行着自己的神圣职责，为维护私权利、制约公权力，进而保障国家法律的正确实施。

具体到国家权力机关的执行机关——各级政府部门，更是在一国公权力的行使中处于关键部位。一个国家 80% 的法律涉及到行政权力，都要靠行政机关来执行。根据我国宪法和法律的规

定，行政机关享有行政立法权、行政决策权、行政决定权、行政命令权、行政强制权、行政处罚权、行政复议权、行政监督检查权等等。其职权范围之广、种类之多，令人瞠目。行政管理在国家管理中的作用越来越重要，行政权力与公民权利息息相关。就一个公民而言，从一个人的生老病死各个环节，即“从摇篮到坟墓”，没有哪一个环节能够离开行政权力的干预与保障。这必然就给行政权力的执掌者提出了很高要求，要求他们必须严格依法行政，绝不能滥用手中的权力，更不能以权谋私，侵害公民权利。那么，最有效、最可行的根本措施之一，就是要建立政府律师制度，把政府的一切行为都纳入法制化轨道，确保各级政府严格依法行政，决不越“雷池”半步。

对于在依法行政方面存在问题的原因，朱镕基总理早在1999年3月答记者问时就有一段精彩讲话：“中国是几千年的封建专制，再加上殖民心态，不可能没有缺点。中华人民共和国只成立了五十年，五十年跟几千年比较，怎么可能把所有问题都解决。但是，我们愿意听取各方面的意见，特别是我们人民群众的意见，我们天天都在加强我国的法制，努力保障人民群众的人权，我们还将继续做下去。”可见，中央对依法行政，保障公民权利，非常重视。为了实现这样一个目标，就必须建立政府律师制度，使依法行政真正有最可靠的制度与人才保证。

从历史上看，资产阶级反对封建专制的革命成功之后，其中确立的一个共同的基本原则就是：“法律高于权力”。在资产阶级革命时期，许多律师出身的资产阶级革命家发挥了卓越的领导作用。因此，资产阶级政权建立之后，法制原则得以确立，各级政府都特别注意发挥律师在治理国家中的作用，特别是在中央政府或联邦政府的决策层中，都有一定比例的政府律师参加，并充分听取他们的意见。

总之，无论是从我国社会和经济发展的基本形势需要来看，

还是从我国政府各部门依法行政的客观要求，特别是政府公务员队伍中存在的实际问题来看，都迫切需要将政府律师制度的建立提到国家的重要议事日程，研究和探讨行政府律师制度，时不我待，刻不容缓！

自 1994 年以来，司法部主要领导，在不同的场合、不同的背景下曾数十次强调，要建立我国的政府律师制度，积极推行包括政府律师在内的公职律师的试点工作。2002 年 6 月 19 日，司法部部长张福森在天津塘沽开发区考察法律服务工作时指出，在现代市场经济条件下，企业要依法高效运行，创造出更多的社会财富，没有法律服务的保障不行，政府要转变职能，实现宏观管理，严格依法行政，没有法律服务的保障也不行，这是社会主义市场经济体制的客观要求。要实现这些目标，就必须进一步建立和健全我国的律师制度，特别是要积极探索新形势下公司律师和政府律师制度。同年 7 月 16 日，张福森部长在全国司法厅（局）长座谈会上作题为《务实创新图发展，锐意进取作贡献》的发言中，以较长的篇幅强调了关于探索建立公职律师制度、公司律师制度的问题，引起了全国司法行政系统的高度重视。7 月 29 日，司法部在印发《中国律师业五年（2002～2006 年）发展纲要》中明确强调：“逐步建立公职律师和公司律师制度。”这使我们进一步看到了建立政府律师制度的重要性、必要性和紧迫性。

我们坚信：政府律师制度这株幼苗，一定会迎着朝阳，在神州大地上茁壮成长！我们愿意为之培土浇水、修枝剪叶，使其尽快长高长壮、枝繁叶茂。这是历史赋予我们司法行政系统理论界和实务界的一项重要任务。

作 者

2002 年 8 月

目 录

第一章 建立政府律师的必然性	(1)
一、依法治国, 必然需要依法行政.....	(1)
二、依法行政, 必然要求建立政府律师制度.....	(5)
三、市场经济条件下, 政府职能转变, 必然要求建立 政府律师制度	(14)
四、律师制度的改革、发展和完善, 必然要求建立 政府律师制度	(18)
五、政府律师制度是世界各国普遍建立的一种制度	(20)
第二章 政府律师概述	(23)
一、政府律师的概念	(23)
二、政府律师的性质	(23)
三、政府律师的基本特征	(26)
四、政府律师的基本属性和来源	(34)
五、政府律师与公职律师之辨	(38)
六、政府律师与政府法律顾问的区别	(48)
第三章 政府律师的职责	(52)
一、维护法律的正确实施, 促进依法行政	(52)
二、维护政府的合法权益	(62)
第四章 政府律师的工作范围	(70)
一、政府律师工作范围的概念及其制约因素	(70)
二、政府律师工作范围的内涵及其特征	(72)

三、政府律师具体的业务范围	(74)
第五章 政府律师的管理体制	(97)
一、政府律师体制概述	(97)
二、建立“三结合”的政府律师管理体制的必然性和 必要性	(100)
三、“三结合”的政府律师管理体制的基本特征	(104)
四、“三结合”管理体制中各个管理部门的职责	(105)
第六章 政府律师的机构设置	(111)
一、《律师法》对社会执业律师机构的一般性规定	(111)
二、政府律师的机构设置	(112)
三、政府律师办公室内部的设置及其运作	(117)
第七章 政府律师的权利与义务	(120)
一、政府律师的权利	(121)
二、政府律师的义务	(137)
第八章 政府律师工作的基本原则	(143)
一、政府律师工作基本原则的概念和意义	(143)
二、政府律师工作基本原则的内容	(144)
第九章 政府律师的职业素质、道德和纪律	(157)
一、强调政府律师职业道德的必要性	(157)
二、国外律师的职业道德建设	(158)
三、政府律师职业道德概述	(163)
四、政府律师职业素质、道德、纪律的内容	(165)
第十章 政府律师的法律责任与惩戒	(180)
一、政府律师法律责任的含义及其种类	(180)
二、政府律师民事责任的构成及其特征	(181)
三、政府律师行政责任的含义及其处罚	(188)
四、政府律师的刑事责任	(207)
第十一章 政府律师资格的取得	(223)

一、政府律师资格概述	(223)
二、我国政府律师试点中的资格取得的两种模式	(232)
第十二章 政府律师制度法制建设	(235)
一、加快政府律师制度法制建设的必要性	(235)
二、《律师法》的颁布施行和修改，为我国政府律师 制度法制建设奠定了坚实的基础	(239)
三、加快我国政府律师法律法规体系建设	(242)
第十三章 政府律师在我国的理论与实践	(246)
一、理论界的热烈响应	(246)
二、政府律师制度的雏形——吉林省政府法律顾问团	(250)
三、上海浦东新区政府律师的试点情况	(265)
四、发展和完善政府律师制度的必要性	(271)
五、建议与对策	(275)
主要参考文献	(278)
后记	(280)

一、依法治国，必然需要依法行政

1996年初，江泽民同志就依法治国问题发表了重要讲话，全面阐述了依法治国的意义、内涵和在社会主义现代化建设中的地位、作用。在党的第十五次全国代表大会上，“依法治国，建设社会主义法治国家”被确定为一项基本治国方略。随后，在九届全国人大二次会议上，又以宪法修正案的形式，将“依法治国，建设社会主义法治国家”规定为共和国宪法的一项基本原则。它是我国民主与法制建设的里程碑，标志着我国的现代法治文明已经进入一个新的历史时期。“依法治国，建设社会主义法治国家”得到了国家根本大法的认可，是国之所幸，民之所幸。

在庆幸之际，人们更为关心的首要问题必然是，如何推进依法治国，建设社会主义法治国家的历史进程？依法治国的根本点在哪里？从法治的本质上来讲，依法治国的要旨就是要使公民充分享有宪法所规定的基本权利，就是要使国家权力机关依法行使职权，而依法行使职权的核心就是依法行政。

江泽民同志在党的十五大报告中明确要求：“一切政府机关都必须依法行政。”并且多次强调，要把从严治政，建设廉洁、勤政、务实、高效的政府，作为国家各级行政部门贯彻依法治国基本方略的根本性任务之一。

在依法治国,建设社会主义法治国家的过程中,行政机关以其特殊的地位、职能和作用,决定了各级行政机关能否严格依法行政,成为能否实现依法治国基本方略的关键一环。

首先,行政机关在国家机构体系中处于重要的地位,是国家权力机关的执行机关。根据我国宪法的规定,国家机构是指国家权力机关,即全国人大及其常委会,地方各级人大及其常委会;中央和地方各级行政机关,即国务院和各级地方人民政府;国家审判机关;国家检察机关和国家军事机关。这些机关相互联系,相互作用,共同构成完整的国家机构。在这些国家权力机关中,全国和地方各级人大及其常委会是权力机关和立法机关,行政机关、审判机关、检察机关、国家军事机关都由权力机关产生,对它负责,受它监督。行政机关在所有国家机构中占据着重要地位,具有双重职能。根据我国宪法和组织法的规定,中华人民共和国国务院,是国家最高权力机关的执行机关,也是国家最高行政机关。地方各级人民政府是地方权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。行政机关的这种双重职能必然决定了它的两大作用:一是在执行国家法律、法规中起着关键作用,统计表明,国家颁布的各种法律、法规,80%以上需要由行政机关来执行;二是行政机关肩负着国家与公共事务的决策、组织、领导和调控职能,关系国计民生,稳定安宁,发展复兴之大计。

其次,行政机关在管理国家事务中,担负着重要职能,发挥着举足轻重的作用。依据《宪法》第八十九条规定,国务院享有十八项职权;第一百零七条和第一百零八条对地方各级人民政府的职权也作出了原则性规定,据此,《地方各级人民政府组织法》第五十一条明确规定了县级以上地方各级人民政府的十项职能,第五十二条明确规定了乡、民族乡、镇的人民政府的八项职能。根据这些规定,概括起来讲,行政机关享有如下几个方面的职权:行政立法权、行政决策权、行政决定权、行政命令权、行政

强制权、行政许可权、行政处罚权、行政复议权、行政监督检查权等等。其职权范围之广，种类之多，令人瞠目。而且，随着现代社会经济迅猛发展，社会关系和社会生活日趋活跃与复杂，为了保障国家的有效管理，各国行政权力也在逐步扩大。行政管理在国家管理中越来越重要。行政权与国家权、公民权息息相关。行政权涉及到国防、外交、公安、民政、工业、农业、商业、交通、运输、邮政、通讯、能源、科技、教育、文化等领域。就一个公民这一主体而言，从一个人的生老病死各个环节，即“从摇篮到坟墓”，没有哪一个过程能离开行政权力的干预和保障。由此可见，行政权力在国家管理领域几乎无所不涉，无所不管，而且所涉管的事项几乎件件都同公民的切身利益息息相关。如果行政权力在行政过程中能做到依法行政，那么，实际上也就可以说国家在管理行政事务上基本实现了依法管理。

再次，行政权力的行政具有单方性、优益性、强制性、裁量性等特点。由于行政管理的范围极为广泛，调整的对象十分复杂，涉及的各种社会关系比较具体且富有多变性，因此，法律赋予行政机关在行使行政权力时的机制、方式和效力，都具有一定的个性特征。其一，行政权力在行使方式上具有单方性。即不需要与相对人形成合意，而只要是在行政组织法或者是法律、法规授权范围内，就可自行决定和直接实施，不需要与行政相对人协调或取得其同意。其二，行政权在行使时，效力上具有优益性。这也就是说，行政权在与其他社会组织及公民个人的权利在同一领域或同一范围内相遇时，具有优先行使和实现的效力。具体表现在以下三个方面：一是先行处置权。在一般情况下，行政权的行使必须遵循严格完整的法律程序。但是，在紧急情况下，却可以不受程序制约，先行处罚。例如，法律赋予公安机关在紧急情况下享有即时拘留权。二是获得社会协助权。行政机关在行政权紧急行使时，行政主体可以要求有关组织或个人协助执行与提供

方便,有关组织或个人必须服从。三是推定有效权。行政机关针对某一具体情况,一旦作出某一具体行政行为,就事先假定其符合法律规定,在没有被国家有权机关,如权力机关、上级行政机关以及人民法院等宣布为违法无效之前,具有法律约束力,任何个人或团体都要遵守和服从。也正是基于此,法律明确规定,无论是行政复议,还是行政诉讼期间,具体行政行为不停止执行。其三,行政权具有强制性。行政权力在依法行使时,如果遇到障碍,可以运用法律赋予的行政权力和手段,或依法借助其他国家机关(或审判机关)的强制手段,保障行政权的顺利行使。其四,行政权力具有裁量性。因为,现代社会是个信息社会,国家社会生活的方方面面,每时每刻都在发生急剧变化,行政管理的范围非常复杂、具体、多变,作为行政权力行使依据的法律、法规考虑到这种实际情况,在作出规定时,往往在程序、在行政权行使时的裁量幅度上,赋予了行政机关以较大的自由裁量权力。这也就是说,行政权的行使即使确定是有法律依据的,是合法的,但仍有相对大的自由选择空间,仍然有可能在合法的前提下,使行政权的行使违背所依据的法律、法规的公正、公平本义,造成行政权行使的不合理。

正是由于行政权是如此的广泛,几乎无所不管,而法律、法规为了满足行政管理的规定需要,既不可能事无巨细一一作出详细规定,又不可能不赋予行政权以较为便利的行使条件,从而必然使得行政权力比任何一种国家权力都难以被约束,而最有可能损害行政相对人的合法权益,最容易滋生腐败。也正是从这个角度上来看,依法行政是依法治国的关键。

行政机关作为国家权力机关的执行机关,担负着依法管理国家事务、经济和文化事业、社会事务的繁重任务。各个行政部门职权的行使和适用,涉及到国家的政治生活、经济生活、文化生活的和社会秩序的方方面面,同社会公共利益和公民个人利益有着

最直接、最经常、最密切和最实际的联系。国家各级行政人员的一举一动和一言一行的政策性、涉法性都很强，体现着国家政权的性质，传达着权力机关的意图，影响着党和国家同人民群众的关系，事关民之安乐，国之兴衰。

二、依法行政，必然要求建立政府律师制度

当然，依法行政首要的是要有法可依。这是确保依法行政的基础和前提条件。应当肯定地说，我国的立法状况是空前繁荣的，成就是令人瞩目的。

共和国曲折漫长的立法史可以追溯到建国初期。1954年9月15日，在共和国首都——北京召开的第一届全国人民代表大会的开幕式上，我们党的第一代领导核心毛泽东主席宣告：将在这次会议上制定宪法，制定几部重要的法律。1954年，在毛泽东主席主持下制定的《宪法》，规定了我国的国体和政体，确立了社会主义制度。随后一系列规范国家机构和司法制度的法律的问世，标志着我国社会主义立法事业的航船已经正式启动。建国以后直至“文化大革命”前十七年间，我国共制定了一百多部法律。然而，由于历史的原因和认识上的错误，以及随之发动的一系列政治运动，特别是十年“文化大革命”，使刚刚起步的共和国立法事业陷入瘫痪。

“文化大革命”结束后，我们党的第二代领导核心邓小平提出了为日后中国人耳熟能详的关于民主法制建设的著名论断：“为了保障人民民主，必须加强法制。必须使民主制度化、法律化。”“应当集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律……做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”

1978年12月召开的党的十一届三中全会通过的决议中明确提出：“从现在起，应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来。”1979年7月1日，五届全国人大

二次会议通过了《刑法》、《刑事诉讼法》、《中外合资经营企业法》等七部重要法律，这是改革开放后结出的第一批法律硕果，也是共和国恢复和发展立法事业的里程碑。

1982年，伴随着新《宪法》的诞生，共和国的立法体制、立法程序进一步得到了健全，从此，伴随着一批又一批的法律如雨后春笋般地诞生，共和国的立法事业走向了空前的繁荣。

自1979年起，截止到2001年5月底，我国最高立法机关——全国人大及其常委会已审议通过了409件法律或有关法律问题的决定，国务院颁布了800多件行政法规，各地出台了约8000件地方性法规，国务院各部委和地方政府还发布了3万多件规章。这一批的法律、法规，为实现有法可依提供了条件。特别是继《行政诉讼法》在中国历史上第一次确立了“民告官”制度后，《行政处罚法》、《国家赔偿法》、《行政复议法》等法律进一步铺设了一条依法行政、监督权力、捍卫人权的法律轨道。

有法可依之后，能否做到有法必依，就成为依法行政一个根本性问题。我们应当看到，自新中国成立以来，特别是党的十一届三中全会以来，党和国家在依法行政方面取得了显著成绩，其突出表现有如下几点：

一是行政机关工作人员特别是领导干部的法律意识和法制观念逐步增强。不少地方、部门的干部，尤其是领导干部带头学法用法已形成制度。在行政管理活动中，不少地方、部门的领导遇到问题 and 矛盾，越来越重视运用法律手段来处理和解决。

二是各级行政机关履行法定职责，保护合法行为，查处违法行为，维护公民、法人和其他组织的合法权益，维护社会公共利益和社会经济秩序，为社会主义现代化建设事业的健康、顺利进行创造了良好的社会环境。特别是通过贯彻实施《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》等规范政府机关共同行为的法律，完善行政执法程序，清理行政执法队伍，逐步