

# 中国律师在公益行政许可听证中法律地位研究

黄红华

(福建行政学院,福建福州 350003)

**摘要:** 该文认为,确定中国律师在公益行政许可听证程序中的法律地位,是律师参与公益行政许可听证工作的重点问题,这一问题既是重大的理论问题,又是立法及执法实践亟待解决的问题。

**关键词:** 中国律师;公益行政许可听证;程序正当;参与方式;法律地位

**中图分类号:** DF0-059 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-2404(2009)34-0051-05

## 1 问题缘起与特指

《中华人民共和国行政许可法》第四十六条规定:“法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。”但是,《中华人民共和国行政许可法》没有规定涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当通知律师事务所派员出席其举行的听证。这就必然产生一个问题:如果律师根据行政机关的社会公告,出席了听证会,其在听证会上的称谓、席位及身份、职责等法律地位是什么?由于《中华人民共和国行政许可法》和《中华人民共和国律师法》等法律法规对这一问题未作明确规定,导致执法实践中做法不一,缺乏统一性和严肃性,中国律师在行政许可正当听证程序中很难起到应有的作用,尤其是在公益行政许可正当听证程序中很难起到应有的作用。

本文所指的法律地位是指中国律师在公益行政许可正当听证程序中的听证法律地位,既指其在公益行政许可正当听证程序中的法律身份,又指其在公益行政许可正当听证程序中的权利义务,但不包括中国律师纯粹作为一般行政许可参加者在从事行政许可实体活动时因发生代理行为而参与非公益行政许可正当听证程序的情形。

## 2 关于中国律师在公益行政许可正当听证程序中法律地位的争议

目前,理论研究者关于中国律师在公益行政许可正当听证程序中法律地位问题的不同看法主要有:社会法律工作者说、社会公益代表人说、听证代表人说、社会听证人说、社会代理人说、律师或首席律师说,以及“第三人”或“听证代理人”等观点。这些观点都有一定的合理性,但又不乏片面之嫌。笔者认为应从以下几方面对中国律师在公益行政许可正当听证程序中的法律地位有全面的认识:

第一,中国律师在公益行政许可正当听证程序中的法律地位是实质意义上的法律地位。实质意义上的法律地位是相对于形式意义上的法律称谓而言的,即指能够表明中国律师在公益行政许可正当听证程序中的实际角色和身份,并揭示其应享有的权利义务范围的法律地位。中国律师在公益行政许可正当听证程序中法律地位包括形式意义上的法律称谓与实质意义上的法律地位。

第二,中国律师在公益行政许可正当听证程序中的法律地位是听证意义上的法律地位。中国律师是社会的法律服务执业人,享有法律服务权,然而只有中国律师将这种服务权运作到被服务的对象或服务的领域,才能转化为“现实的服务权”,才真正具有价值。只有中国律师参与公益行政许可正当听证程序活动,才使其具有听证上的身份和相应地位,才享受相应的听证权利承担相应的听证义务。

第三,中国律师在公益行政许可正当听证程序中的法律地位是中国律师在不同参证形式下的法律地位。随着中国律师职能的日益丰富和完善,中国律师参与公益行政许可正当听证程序不仅要履行法

律服务职能,对公益行政许可实体法和公益行政许可正当听证程序进行服务,同时还要履行维护公益的职能,从实体法和程序法两方面维护社会公益,这也就决定了中国律师将出于不同的目的和任务参与公益行政许可正当听证程序,其参与听证方式也随之有所不同,所享有的权利义务也不可能完全相同,其法律地位也就因此而不同。

第四,中国律师在公益行政许可正当听证程序中的法律地位是受公益行政许可正当听证程序基本结构制约的法律地位。有学者精辟地提出:公益行政许可正当听证程序是听证法和实体法共同作用的“场”。笔者以为,公益行政许可正当听证程序结构则是对这个“场”的最恰当的描绘和规制,体现了“场”的空间,规定了各听证主体在“场”中的位置及权利义务的范围。中国律师因参与公益行政许可正当听证程序而成为公益行政许可正当听证程序法律关系的主体,甚至成为听证主体,其在“场”中的法律地位也必然要受到公益行政许可正当听证程序基本结构的制约。

### 3 与合理界定中国律师在公益行政许可正当听证程序中法律地位相关的几个问题

#### 3.1 关于理论重构问题

中国以“服务权原则”作为中国律师参与或申请公益行政许可正当听证程序的法理依据。《中华人民共和国律师法》规定:中国律师是社会的法律服务执业人。这种法律地位是根据一般律师理论设定的。就公益行政许可正当听证程序领域而言,中国律师作为社会专门的法律服务执业人,一方面有权对公益行政许可正当听证程序活动的听证参与者(公民、法人或其他组织)请求听证程序权利进行服务,另一方面有权对公众在公益行政许可正当听证程序中的实体权益进行一般服务。这两方面都是服务权应有的组成部分,是中国律师实施法律服务的两种不同表现形式。因此,应以“公益说和广义服务权说相结合的原则”,作为中国律师申请和参与公益行政许可正当听证程序的理论基础。它能直接反映出中国律师申请和参与公益行政许可正当听证程序的权力源自基本法规定的法律服务权,能较好地体现中国律师申请公益行政许可正当听证程序的目的和范围,即中国律师只为维护公众和社会公共利益而申请公益行政许可正当听证程序,且其范围

也以维护公众和社会公共利益为限。根据这种原则,中国律师不仅可以维护公益的目的申请公益行政许可正当听证程序,还可出于对公益行政许可正当听证程序活动服务的目的而参与公益行政许可正当听证程序,能全面解决中国律师参与公益行政许可正当听证程序的方式和身份以及法律地位等问题。

#### 3.2 中国律师公益代表人的身份问题

长期以来,中国听证法领域存在着一种误区,即认为只有自己合法权益受到违法侵害的人才具有听证当事人资格。同时,相对于对私益的保护而言,对公众和社会公共利益的保护存在着听证机制的欠缺和听证主体缺位,表现在公益行政许可正当听证程序立法中就是只规定有保护私益的听证主体,而没有保护公众和社会公共利益的听证主体,只有保护私益的听证机制,而无保护公众和社会公共利益的听证机制。因此,有必要在公益行政许可正当听证程序立法中规定公益代表人这一听证主体,而在众多的社会执业人中,中国律师是最为适宜的主体。随着现代质证权和质证之利益理论的发展,质证权可以独立于实体权益主体而赋予他人,即在特殊情况下,法律可明确规定,第三人为了维护实体争议的实体权益而成为质证权主体,在听证中第三人则为形式的听证代表人。这也为中国公益行政许可正当听证程序立法明确规定中国律师以公益代表人身份申请公益行政许可正当听证程序提供了理论基础。在现实社会中,为了维护公共利益的需要,法律明确规定律师是公共利益维护者是适格的听证代表人。这与其法律服务者身份并不冲突,因为中国律师公益代表人身份正是法律服务者在公益行政许可实体法律关系中维护公众和社会公共利益的具体体现。另外,自律师参与公益行政正当听证程序制度产生以来,无论是大陆法系,还是英美法系,律师无一例外地是为维护公众和社会公共利益而参与公益行政正当听证程序,因此,法律赋予中国律师以“公益代表人”身份符合国际立法潮流。

#### 3.3 公益行政许可正当听证程序结构对中国律师在公益行政许可正当听证程序中法律地位的制约问题

公益行政许可正当听证程序结构是指政府与听证代表人在听证中的地位及相互关系,它是以双方听证代表人平等对质为基本结构。在其中不仅允许

政府作为与申请人、出席代表保持一定距离的第三者的角色,并且要求政府主管机关作为听证申请人、听证代表人之间的一个中立者,从而使公益行政许可正当听证程序结构在申请人、出席代表、政府这三个角色间形成了一个稳固的支撑结构,人们常把这种结构称为“等腰三角形”的结构。任何主体参加听证都只能服从或附属于这种听证结构,而不能动摇或改变这种听证结构,否则就会破坏其稳定与平衡。中国律师参与公益行政许可正当听证程序也概莫能外。

从公益行政许可正当听证程序结构的权利构成分析,在听证结构中存在两种基本权利即行政裁量权和质权,中国律师作为法律服务执业人享有法律服务权,但这种服务权在公益行政许可正当听证程序结构中无论如何是不能,也无法取代理行政裁量权的根本地位的,否则公益行政许可正当听证程序将失去其基本性质和特征。这就决定了,中国律师只能依据另一种权利即行使质权的方式介入公益行政许可正当听证程序,从维护公众和社会公共利益的需要,中国律师可以,也完全有必要以行使质权的方式进入公益行政许可正当听证程序。从维护听证结构的稳定与平衡角度分析,中国律师作为法律服务执业人对维护听证秩序负有天然的职责,其通过行使听证服务权对行政裁量权和质权形成制约与服务,使听证结构保持其固有的稳定与平衡。因此,中国律师亦可以法律服务者的身份介入公益行政许可正当听证程序,对听证活动实施法律服务,其中包括对公益行政许可行政裁量活动的服务和对公益行政许可听证代表人的听证行为的服务。也就是说,基于公益行政许可正当听证程序结构的要求,中国律师要么以听证代表人身份参加公益行政许可正当听证程序,要么以维护听证结构完整和平衡的听证服务者身份介入公益行政许可正当听证程序,但两者不得兼任,否则,必将造成听证基本结构新的失衡。

#### 4 中国律师在具体参与方式下的法律地位

中国律师参证可以归纳为两种身份和三种基本方式,两种身份是公益代表人的身份和法律服务者的身份。三种基本参与方式即申请公益行政许可正当听证程序、参与公益行政许可正当听证程序和质疑。

##### 4.1 申请听证代表人——中国律师在申请公益行政许可正当听证程序时的基本法律地位

中国律师作为公益代表人对损害公众和社会公共利益的行政许可行为向政府申请公益行政许可正当听证程序时,只能处于申请听证代表人的法律地位。这是因为:第一,中国律师申请公益行政许可正当听证程序的具体目的和任务是维护公众和社会公共利益,对行政许可违法行为提出纠正和处理意见,即主要是对公益行政许可实体行为进行的服务。第二,在公益行政许可正当听证程序结构中,中国律师无论在有无实体权利主体参加下申请公益行政许可正当听证程序,都直接与对方听证代表人产生直接的对质关系,为保证公益行政许可正当听证程序平等对质的基本结构的稳定性,中国律师只能处于申请听证代表人的法律地位。第三,由于中国律师是社会的法律服务执业人,因而成为公益代表人,根据现代质权理论的发展,其享有质权,具有质的利益是适格的听证代表人。公益行政许可正当听证程序听证代表人,是指因公益行政许可上的权利义务关系发生行为,以自己的名义请求听证,旨在保护行政许可公共权益,并引起公益行政许可正当听证程序发生、变更或者消灭的人。因此,听证代表人应具备以下特征:(1)以自己的名义请求听证。(2)旨在保护公共行政许可权益。(3)能使公益行政许可正当听证程序发生、变更和消灭,而成为公益行政许可正当听证程序主体。

##### 4.2 鉴证人——中国律师在参与公益行政许可正当听证程序和提出质疑时的基本法律地位

中国律师以社会法律服务者的身份参与公益行政许可正当听证程序,与其社会服务者身份相适应的称谓莫过于某学者提出的“社会鉴证人”。这一称谓能够直接反映出中国律师参与公益行政许可正当听证程序的目的、任务及其实际地位,并充分地体现了中国律师社会法律服务的性质,是社会法律服务者参与公益行政许可正当听证程序时的听证意义上的称谓。同时这一称谓还反映出中国律师在听证中独立于政府和双方听证代表人,是独立的听证法律关系主体的超然地位。

作为鉴证人,这种法律地位决定了中国律师应享有服务职责范围内的所有听证权利,主要包括:提出质疑的权利、调查取证的权利、从政府取得必要的法律文书和调取许可案件材料的权利、获得参证通

知的权利、参加听证庭口头听证的权、对听证庭的违法情形提出鉴证建议和纠正法律意见的权利、在听证庭结束前发表出席意见的权利。同时,中国律师在参与公益行政许可正当听证程序过程中还应承担一定的听证义务,主要是遵守听证庭纪律、尊重政府主管机关的听证主导地位、服从政府听证指挥等义务。

中国律师作为鉴证人出席听证庭,在听证庭中的席位是至关重要的问题,笔者认为,中国律师在听证庭上应居于听证席的右前方,这一席位较好地反映了作为鉴证人的中国律师在听证庭中独立于其他听证主体的特殊主体的法律地位,同时也维护了原有听证结构的稳定性(见图1)。

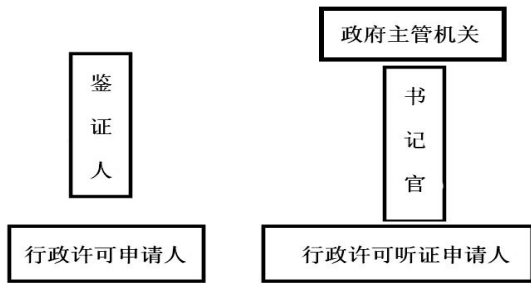


图1 听证庭席位

## 5 立法建议

建议在未来公益行政许可正当听证程序立法中,专设“律师”一章,并在这一章中规定以下内容:

第一,规定在公众和社会公共利益可能遭受损害时,中国律师可以或应当作为听证代表人向政府申请公益行政许可正当听证程序。

第二,以概括式方式规定中国律师有权申请公益行政许可正当听证程序的范围。

第三,规定中国律师作为听证代表人申请公益行政许可正当听证程序时可以豁免的义务。

第四,规定中国律师申请公益行政许可正当听证程序时,应当要求实体申请人参加听证,并对中国律师申请的公益行政许可正当听证程序起支持和辅助作用,实体申请人不参加听证的,不影响听证进行。但实体申请人有义务承担行政许可裁决的结果。

第五,规定中国律师对公益行政许可不服的,可按司法审查程序提出质疑。

第六,规定中国律师有权对公益行政许可正当

听证程序进行法律服务,并有权参加根据听证代表人的请求或政府的通知参加公益行政许可正当听证程序活动,中国律师根据需要也可主动参与公益行政许可正当听证程序活动。

第七,规定中国律师在参与公益行政许可正当听证程序活动中享有质疑权、调查权、参与庭证权、有鉴证建议和违法纠正法律意见权、有调阅政府卷宗和取得政府行政许可裁决文书的权利、有发表出席意见的权利等。

第八,规定中国律师质疑案件的审级,出席司法审查听证庭的律师职责即支持质疑和请求听证服务。

第九,规定出席司法审查听证庭的律师的听证权利即宣读质疑书、说明质疑理由和意见,参与听证庭陈述,听取双方听证代表人的辩论,对听证庭活动进行法律服务。

### 参考文献

- [1] 江伟,邵明,陈刚. 民事诉权研究[M]. 法律出版社,2002.
- [2] 李龙. 民事诉讼标的理论研究[M]. 法律出版社,2003.
- [3] 肖建华. 民事诉讼当事人研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [4] 颜运秋. 公益诉讼理念研究[M]. 北京:中国检察出版社,2002.
- [5] 丁幕英,袁其国. 检察机关实行民事监督几个问题的讨论[J]. 中国法学,1998,(5).
- [6] 曹康. 关于检察机关参与民事诉讼的管见[J]. 政法论坛,1988,(1).
- [7] 王洪俊. 我国检察机关参加民事诉讼的范围和地位[J]. 现代法学,1988,(1).
- [8] 陈桂明. 诉讼公正与程序保证—民事诉讼程序之优化[M]. 北京:中国法制出版社,1996.
- [9] 王桂五. 试论检察机关在民事诉讼中的法律地位[J]. 人民检察,1988,(11).
- [10] [法]孟德斯鸠. 论法的精神(上册). 商务印书馆,1982.5.
- [11] [法]卢梭. 社会契约论. 商务印书馆,1982.72.
- [12] 张焕光等. 行政法学原理[M]. 北京:劳动人事出版社,1989.30,31.
- [13] 翁岳生. 行政法与现代法治国家[M]. 台湾,1976.202.
- [14] 城仲模. 行政法之基础理论[M]. 台湾省三民书局(第5版).29.
- [15] 张金鉴. 欧洲各国政府[M]. 台湾省三民书局,1976.3.

# Research on the Legal Status for Chinese Lawyers in the Hearing Proceedings Concerning Public Interest-related Administrative Licensing

Huang Honghua

(*Fujian Academy of Administration, Fuzhou Fujian Province 350003, China*)

**Abstract:** The legal status for Chinese lawyers in the hearing proceedings concerning public interest-related administrative licensing has been pending for now, which hinders the lawyers participating in such hearings. To establish the legitimate place for Chinese lawyers is not only the theoretical proposition, but also the practical issue to be solved in legislation and law enforcement.

**Key words:** Chinese lawyer; hearing proceedings concerning public interest-related administrative licensing; legitimate procedure; participation pattern; legal status