

政府购买律师主持行政听证法律服务 合同出租运作流程及其规制探索与研究

黄红华

(中共福建省委党校,福建福州 350003)

摘要:政府主导和主持行政处罚听证、行政许可听证、价格决策听证及行政立法听证,是政府应提供的法律服务之公共产品,政府通过购买法律服务,由律师主持行政听证,是公共权力让渡的合同出租,是个全新的课题,此类合同出租如何运作,其流程是什么,应怎样予以规制,都需要探索和研究。

关键词:政府购买法律服务;律师主持行政听证;合同出租;运作流程探索;运作规制研究

中图分类号:D630 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-2404(2013)57-0059-06

1 引题——探索

转轨中国,利益调整,社会阶层分化,社会矛盾凸显,突发公共事件、群体性事件显著增多,如何应对和处置不断成为现实课题,一直以来,不断创新许多模式:平安中国;依法治市;综合治理;联动机制;首问负责制;首长接待日;以人为本;科学发展;生态文明;无线城市;智慧城市;幸福社会;社会管理模式创新;公共服务均等化;信访条例;信访、上访、接访机制;维稳工作一票否决制;行政争议化解机制;先安置后拆迁;法律援助;法律进社区;社区矫正制度;安置帮教制度;人民调解制度;人民陪审员制度;群众利益无小事制度;经济体制改革;行政体制改革;政治体制改革;纪律检查;行政监察;反腐倡廉;一栋楼办公;一站式服务;行政超市;行政服务中心;信息公开;社会保障改革;医疗保障改革;大病报销制;宏观调控;金融支持小微企业;保障房制度;取消农业税;免费公共产品;免费公共服务;有限政府;转变政府职能;推行听证制度等等不胜枚举。但仍然无法保障政府从频繁出现的“征地、拆迁”问题,“农民工法律服务”问题,“重大突发性”问题,“群体性事件”问题,“群众信访”问题,以及“人民纠纷调解”问题等等这些新的法律问题的困扰中脱身出来。政府载荷仍然不堪重负。原因之一就在于许多问题政府仍然是直接面对的。例如,目前在中国立法中规定的行

政处罚听证、行政许可听证、价格决策听证及行政立法听证四个领域的行政听证,都是政府主导和主持。这就涉及到如何能给政府“卸载”的问题。对此,引进和借鉴美国政府指把政府的一部分职能交由市场来做,由政府出资购买公共服务的模式。模式之一就是合同出租。所谓合同出租是指把政府的一部分职能交由市场来做。从竞争中脱颖而出的私营企业与政府主管部门签订合同,私营企业完成合同中规定的任务,并达到合同中规定的标准,政府主管部门按照合同支付规定的报酬。这种形式下,政府的职责是确定需要什么样的公共服务,签订合同并监督绩效,具体的公共服务由合同中的另一方提供。同样道理,在行政听证领域,中国政府完全可以通过合同出租模式购买法律服务,由注册社会律师来主持行政听证,直面群众。指把政府主持行政听证的职能交由社会律师来做。如果实施有效,就能做到在公共服务市场化过程中,“政府转交的是服务项目的提供,而不是服务责任的移交”。将有利于改善党群关系、政群关系,极大地减轻政府执政压力。建立一整套律师主持行政听证法律服务的有效机制,规制其准入、运行、监督等机制是非常具有现实意义的。本文拟以政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租运作为例,探索研究政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租运作流程及其规制。政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租运作流程及其规制可分为合同出租流程研究和合同出租规制研究。具体包括以下数个方面:合同出租项目可行性论证;合同出租履约主体资信调查;完成合同出租缔约程序;写清合同出租条款;采用合同出租合法形

收稿日期:2013-07-01

作者简介:黄红华,副教授,主要从事经济法、行政法等领域的研究。E-mail:hhh7616@126.com

式;选择适当的合同出租担保方式;完成合同出租生效程序;遵循合同出租基本原则;合同出租履约全过程跟踪监督;合同出租践行效果评估验收;合同出租财政付款这些流程研究。规制研究有:合同出租合法性、完整性、履行可行性;发布合同出租指引;合同出租适用条件;合同出租应注意问题;完善合同出租制度等等。分别论述如下:

2 运作——流程

2.1 合同出租项目可行性论证

律师主持行政听证法律服务合同项目可行性论证,主要围绕律师主持行政听证合法性、履行可行性与律师主持行政听证风险评估、方案策划、突发公共事件处置预案及律师主持行政听证舆情预测、民意预测等等初步的和详细的可行性研究。律师主持行政听证法律服务合同项目可行性论证报告是政府购买律师主持行政听证法律服务项目立项阶段最重要的核心文件,具有相当大的信息量和工作量,是项目决策的主要依据。律师主持行政听证法律服务合同项目可行性论证可以根据项目的大小与不同类型,采取从浅到深,采用包括一般部门研究、专家意见、专业机构研究、特定机构研究、政府智库专题报告、公民质询意见、总体方案设计报告等方法 and 步骤进行。

2.2 合同出租履职主体资信调查

合同出租履职主体资信调查是指政府为预防风险,保障其购买律师主持行政听证法律服务合同出租的安全,自己或委托他人对执业律师机构和执业律师个人的资格状况和执业信誉,通过一定的手段进行的考察和了解的专门活动。政府为购买律师主持行政听证法律服务合同出租,对执业律师机构和执业律师个人进行资信调查,是政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租的一项重要内容,也是政府购买律师主持行政听证法律服务发挥自己职业优势,行使合同出租调查权,为公民提供法律服务的一个重要方面。

所谓资信是指执业律师机构和执业律师个人的执业资格、执业资质、执业资历、政治背景、执业能力和执业信用、执业品德、执业形象、执业忠诚、执业纪律、职业道德、敬业精神、执业社会美誉度、执业荣誉度、执业信誉度。根据政府工作的实践,资信调查的内容主要包括以下几个方面:1. 执业律师机构的基

本情况,即被调查对象执业律师机构的民事主体资格、法律地位和行为能力。应当包括是否具备法人资格,是否具有权利能力和行为能力;执业律师个人则应当查明:(1)出生日期;(2)律师身份证件、签发日期;(3)户籍所在地;(4)居住地;(5)家庭基本情况;(6)毕业处所;(7)工作处所;(8)有无犯罪记录;(9)个人信誉情况;(10)有关职能部门评价。2. 对执业律师机构的资本状况。包括执业律师机构的注册资本总额、实有资本总额及其对外债权债务、经济效益情况、服务能力和人才、技术装备力量等内容。3. 执业律师机构的经营情况。包括其服务经营范围和服务方法以及服务经营状况等内容。调查执业律师机构的合法经营项目、经营活动的方式,以确定其社会服务性质。执业律师机构经营实际现状,执业律师机构实际办公状况,执业律师机构人才、装备情况,执业律师机构经营状态。4. 执业律师机构的商业信誉情况。主要包括其服务的产品质量,履行合同的能力,以往的履约率,服务质量等级情况,服务产品的声誉情况、服务产品的销售服务情况,实际服务信用状况,合作伙伴评价,业内人士评价,主管部门评价,重大不良记录等。5. 执业律师机构财产担保情况。主要应调查该执业律师机构是否对其不动产和固定资产已经设定了抵押担保;是否为其他执业律师机构设立了保证人担保;6. 律师涉外资信调查。对律师资信的调查可以通过以下途径进行:(1)通过工商名录、商业广告、报刊杂志等了解其基本情况;(2)通过工商、税务、金融等机构调查了解调查对象的生产经营状况;(3)通过对与被调查对象有业务往来的公司、企业的调查,了解被调查对象的产品质量状况、商业信誉等情况。(4)通过委托外国律师、委托中国银行和中国驻外使领馆进行律师涉外资信调查,掌握中国律师事务所同外国的律师事务所或公司业务协作关系,进行互相协助法律事务过程中资信情况。

2.3 完成合同出租授权程序

完成合同出租授权程序包括销售、协商沟通过程程序和合同出租生效程序。又可分为复杂程序和简化程序。复杂程序为:合同出租协商沟通过程程序为要约邀请-要约-新要约-承诺;合同出租生效程序为授权约文、约文的认证、签署、批准、公证、备案、登记和公布。简化程序是指在一个阶段里完成授权的所有行为,通常省去授权约文的批准或核准阶段,

约文一经签署或换文,即告完成授权程序,开始对受约方发生约束力。

2.4 写清合同出租授权约文主要条款

合同出租授权约文主要条款包括:(一)鉴于条款;(二)授权原则;(三)授权法律依据;(四)律师主持行政听证法律服务项目名称、委托事项及其权限、期限;(五)律师主持行政听证法律服务工作内容、范围和要求;(六)律师主持行政听证法律服务履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式;(七)听证情报和资料的保密;(八)突发事件风险责任的承担;(九)律师主持行政听证法律服务工作成果知识产权的归属和收益的分享办法;(十)律师主持行政听证法律服务工作成果验收标准和方法;(十一)律师主持行政听证法律服务财政拨款或者价款、用费及其支付方式;(十二)授权约文违约金或者执业损害赔偿的计算方法;(十三)禁止性条款(不得弃权和滥用职权等)和容忍条款(谨言慎行、受辱不敬、不享律师言论豁免权等);(十四)执业纪律职业道德条款;(十五)公共利益条款;(十六)授权约文变更、解除、终止条款;(十七)法律适用条款;(十八)担保条款;(十九)授权约文生效条款;(二十)解决争议的方法;(二十一)名词和术语的解释;(二十二)授权约文本及附件效力;(二十三)授权约文签发的时间、地点。

2.5 采用合同出租授权约文合法形式

合同出租授权约文的形式可参照《中华人民共和国合同法》第十条规定执行。合同出租授权约文的形式有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。其中书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。电子合同出租授权约文如果其他记录合同内容的方法能象书面形式一样,具有准确性、完整性、可核查性,就应认为符合法律关于书面形式的要求。网络合同出租授权约文记录的可靠性如果不低于其他技术维护的记录,不应因其是电子的而不是纸的来否认其合法性。当然,与纸质书面形式相联系的问题还有签名、原件证据的效力等问题。传统制度是针对纸面合同出租授权约文的形式制定的,所谓的签名和原件证据都是以纸为物质基础的,因而电子合同出租授权约文的形式似乎无法满足这些要求。但任何一种合同出租授

权约文,只要其符合法律的要求,就应受到法律的保护,就具备法律有效性和和法律可执行性。

2.6 选择合同出租授权约文中的适当的担保条款

合同出租授权约文的中担保条款,是指通过设置一定的附加义务,保证合同出租得到切实执行的法律制度。《中华人民共和国担保法》规定的担保方式有:保证、抵押、质押、留置和定金。保证是人信用的担保形式,保证、抵押、质押、留置和定金是物的担保形式。相比较而言,物权的担保要比信用的担保来得可靠。因此,合同出租授权约文的中担保条款可以规定:律师主持行政听证法律服务合同出租律师工作机构应具有规定的一定比例的自有资金,执业律师应具有缴存规定的一定数额的自有风险保证金。合同出租授权约文的中担保条款既是合同出租授权约文的效力的补充和加强,又是合同出租存在的证明,也是维护律师主持行政听证公共社会秩序的有力工具。

2.7 完成合同出租授权约文的生效程序

合同出租授权约文的成立是指权力出租者与授权执行者之间依照有关法律对合同出租的内容和条款进行协商并达成一致。合同出租成立的判断依据是承诺是否生效。而合同出租生效,是指合同出租授权约文产生法律上的效力,具有法律上的约束力。通常合同出租授权约文依法成立之际,就是合同出租生效之时。两者在时间上是同步的。但是,法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,合同出租授权约文经批准、登记后即生效。总结经验,合同出租的生效要件包括:(1)合同出租权力人签发合同出租授权约文时具有相应的授权行为能力;所谓授权行为能力,是指合同出租权力主体据以独立订立合同出租授权约文,以自己的行为取得行政权利或承担行政义务的法律资格;换句话说,权力出租者与授权执行者应具有实施合同出租法律行为的资格和能力;(2)合同出租权力出租者与授权执行者应是在自愿的基础上达成的意思表示一致;即合同出租权力出租者与授权执行者意思表示真实;一方在被欺诈、胁迫或者重大错误下订立的合同出租授权约文往往非其真实意思表示,属于无效或可撤销的合同出租授权约文。(3)合同出租的标的和内容必须合法。合同出租的标的和内容不违反法律或社会公共利益。所有合法有效的合同出租法律行为都不得违反法律或社会公共利益,易言之,符合公序良

俗的要求。因此,合同出租的标的内容不违反法律或社会公共利益是合同出租有效的当然条件之一。(4)合同出租权力出租者与授权执行者必须互为有偿;(5)合同出租授权约文必须符合法律规定的形式。(6)合同出租授权约文的内容必须确定或可能。(7)应当是办理了法定的批准、监制、监证、登记、备案或约定的公证、见证、鉴证等程序的合同出租授权约文。

2.8 遵循合同出租授权约文的基本原则

合同出租授权约文的基本原则,是制定和执行合同出租授权约文的总的指导思想,是合同出租授权约文的灵魂。合同出租授权约文的基本原则,是合同出租授权约文区别其他法律条文的标志,集中体现了合同出租授权约文的基本特征。因此,我们在订立合同出租授权约文的时候也应该遵循合同出租授权约文的基本原则。(1)合同出租主体权力出租者与授权执行者法律地位平等原则,不能要求不平等的权利;(2)遵守国家的法律和行政法规的原则,合同出租授权约文一经签发是一种行政法律行为,即具有法律约束力;(3)合同出租权力出租者与授权执行者自愿协商一致的原则;任何一方都不能对他方强迫命令;(4)遵守诚实信用原则;做到不欺诈、不规避法律,敬业诚实、恪守信用;诚实信用原则也是权力出租者与授权执行者在签发和执行合同出租授权约文时应当遵循的一项基本原则;(5)公共利益原则,这项原则的核心是要求权力出租者与授权执行者在签发和执行合同出租授权约文时,主观上没有损害国家、社会利益和他人利益的故意;(6)尊重社会公德原则,尊重公众诉求的愿望、习惯、风俗、道德和情感,合同出租权力出租者与授权执行者只有遵循这一原则,签发和执行的合同出租,才能得到公众的认可。总而言之,合同出租权力出租者与授权执行者只有遵循这些原则,合同出租具有法律效力,公众的利益才能受到保护。

2.9 合同出租全过程跟踪监管

合同出租关系到政治体制改革、公共权力转移、公共服务提供、政府职能转变、行政体制改革、社会公平效率、公民人权保障、法治国家等等深层次国计民生问题,加强合同出租全过程跟踪监管至关重要。首先对合同出租授权执行者主体资格的资信深度审查;其次加强合同出租授权约文法治观念;第三是适应当前合同出租管理机制的需要,健全合同出租授

权约文执行管理措施系统性配套的法律法规,范合同出租管理工作;第四是提高合同出租依法纠偏和问责的法治高度和权威性;第五建立一套有权威、会管理的合同出租管理机构;第六是要培养高素质合同出租管理人才。合同出租管理工作是一项法律性、政策性、专业性和社会性较强的管理工作,只有逐步培养一批素质高、业务精、并相对稳定的专家型管理公务员,才能将合同出租管理工作做得有声有色;第七是加强对合同出租授权约文鉴证备案工作,通过审查制度,使合同出租授权约文具有可行性、合法性、严密性、条款的完备性及文字的准确性,避免背离法律法规和有关政策的条款;第八是逐步实行合同出租管理人员持证上岗制度;第九是开展合同出租授权约文签发、鉴证、备案和执行全过程的跟踪管理,建立跟踪管理检查制度,搞好跟踪管理服务;第十是加大执法力度,对违反合同出租监督管理办法、违反合同出租管理规定的行为,要充分利用经济手段和法律手段进行纠正和查处,依法强制执行服从行政管理,确保监管的严肃性;第十一是对拖延合同出租财政拨款依据有关法规予以制裁,强制限期改正,培育创造出一个统一、开放、平等、公正、运行有序的合同出租社会主义公共服务产品市场环境。

2.10 合同出租效果评估验收

律师工作报告、诉求方满意度、政府投入产出比考核、公众评议、社会意见、民意反应、舆论评价、专家组评判、实际效果检验、政府职能绩效验收、历史结论。

2.11 合同出租财政付款

合同出租财政付款是指各级合同出租财政付款财政部门借给所属合同出租财政付款预算单位专项“暂付款”根据《财政总预算会计制度》规定,按财政预算拨款,不得长期挂账、应及时清理财政付款决算结算,原则上年终无余额,且应按合同出租财政付款资金性质和合同出租财政付款借款单位设置明细账。为确保合同出租财政付款财政预算的正常执行和资金效益的充分发挥,各级财政部门应加强对合同出租财政付款财政往来款项的清理,保障合同出租财政付款财政资金的安全性、提高合同出租财政付款财政资金的使用效益。

3 规制——研究

3.1 制定《政府购买公共服务法》及《合同出租管理规定》和《合同出租监督管理办法》形成合同出租法律体系

其中要义有:1、合同出租政府主导;2、合同出租公益性、服务性、合法性、可行性、历史性;3、合同出租政府职能完整性;4、国家对合同出租自由的适度干预;5、对善意第三人的保护;6 合同出租成立之契约,于当事人之间犹如行政之法律;7、权利与义务、职权与职责、权力与责任相一致;8、合同出租内容确定;9、合同出租的特定事项在客观上具有实现的可能性或者必须处于在将来履行时可以确定的状态;10、合同出租无效情形;11、发生纠纷时判断孰对孰错标准;12、合同出租适用条件;13、合同出租安全;14、合同出租有序;15 合同出租问责等等。

3.2 发布《律师主持行政听证操作指引》

其中要义有:1、宗旨;2、法律依据;3、律师从事行政听证业务社会法律服务性;4、律师承办行政听证案件,必须遵守宪法、法律;5、恪守律师职业道德和执业纪律;6、接受政府管理部门的领导;7、接受社会的监督和律师行业管理部门的指导;8、律师主持行政听证案件,应当诚实守信、审慎及时、勤勉尽责、积极维护公共权益;9、律师主持行政听证应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密及个人隐私;10、律师主持行政听证案件,受法律保护,依法独立执业,不受非法干涉;11、避免利益冲突规则;12、中立公正——律师不调查、收集、提供证据,律师不得伪造、变造证据,不得隐匿证据,不得威胁、利诱他人提供虚假证据,不得妨碍当事人合法取得证据,不得诱导当事人伪造证据;13、尊重人权原则;14、律师主持行政听证程序的正当性——对于参与本案调查取证、与本案当事人或者与当事人的近亲属有利害关系的和与案件处理结果有利害关系,可能影响对案件公正听证的有下列情况的,主持听证的律师应当主动回避;15、律师应当履行听证告知书或者听证公告发布之责任;16、不得使用侮辱性和其他不文明语言;17、发问不得采用引诱、威胁、侮辱等语言或者方式,发问的内容应当与案件事实有关联;18、听证律师主持人不得随意阻挠代理人就证据问题相互发问和向证人、鉴定人发问;19、决定延期举行听证、终止举行听证应当充分说明理由并公示等等;20、要

有群众观念;21、社会主义法治理念;22、在听证笔录上签字以示负责等等。

3.3 注意问题

1、充分尊重社会律师智慧;2、发挥律协积极作用;3、发挥司法行政机关能动作用;3、发挥民主党派律师同心作用;4、发挥高校律师智库作用;5 优先选任高校民主派律师;6、完善中国行政听证若干制度。(1)听证的适用范围制度;(2)听证主持人制度;(3)听证的参加人员制度;(4)听证的公开制度;(5)关于听证记录的约束力制度;(6)在听证引入民主党派人士参政、议政,了解政府的需求制度;(7)建立高校民主派律师资源库、智力库和智慧库;(8)建立律师提供法律服务的评估和奖惩机制;(9)提高政府对律师主持行政听证法律认识;(10)政府为主持行政听证律师提供一定的经费保障;(11)增强律师主持行政听证服务政府的积极主动性等等。

4 结论

经过不断的实践和总结,可以形成一套制度——政府主管部门与社会律师通过签订合同,由社会律师完成合同中规定主持行政听证的任務,并达到合同中规定的主持行政听证标准,政府主管部门按照合同约定支付规定的律师主持行政听证服务报酬。建立政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租新领域。因此,还可以把政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租运作模式扩大到政府决策咨询、规章制度起草论证、重大投资、行政诉讼等传统的法律问题领域和法制宣传、人民调解、法律顾问、法律援助、社区矫正和安置帮教等政府行政职能领域。当然也是政府如何更好地贴近基层,服务人民群众,加强和创新社会管理的重要探索领域;还是对中国依法行政的重大推动,具有重大理论意义;同样具有利用法律的手段来处理社会各界的纠纷矛盾、利用法律的手段来实现决策的科学化现实意义。本文提出的关于政府购买律师主持行政听证法律服务合同出租运作流程及其规制,虽是探索研究观点,但是从实务出发,只要抽掉律师主持行政听证法律服务个性,就同样适用于通常的政府购买公共服务合同出租,具有普遍理论与实务意义。

参考文献

- [1] 周修琦. 创新社会管理体制 促进和谐深圳建设——深圳市建立新型社会管理体制问题研究[J]. 南方论丛, 2006(4).
- [2] 白庆华. 政府创新社会管理新方式的对策研究——以上海为例[J]. 科学发展, 2010(11).
- [3] 刘少杰. 改革创新社会管理体制 化解风险型社会矛盾[J]. 科学社会主义, 2010(3).
- [4] 应松年. 社会管理创新引论[J]. 法学论坛, 2010(6).
- [5] 马凯. 努力加强和创新社会管理[J]. 国家行政学院学报, 2010(5).
- [6] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 北京: 商务印书馆, 1996.
- [7] 信春鹰. 后现代法学: 为法治探索未来[J]. 中国社会科学, 2000(5).
- [8] 徐崇利. 国际经济法律秩序与中国的“和平崛起”战略——以国际关系理论分析的视角[J]. 比较法研究, 2005(6).
- [9] 付阳. 司法公正与舆论监督[D]. 广西师范大学, 2000.
- [10] 沈静. 美国法上的商业判断规则及其法理分析[D]. 对外经济贸易大学, 2003.
- [11] 侯琦. “体制创新”与党的执政方式变革[J]. 党政干部学刊, 2002(3).

Study on the Operating Procedure and Regulation of the Government Purchased Legal Services Contract Outsourcing for the Administrative Hearings Presided Over by Lawyers

Huang Honghua

(Fujian Provincial Party School of CPC, Fuzhou Fujian Province 350003, China)

Abstract: The author discusses in this article the operating procedure and regulation of the government purchased legal services contract outsourcing for the administrative hearings which are meant to be presided over by lawyers.

Key words: government purchased legal services; administrative hearings presided over by lawyers; contract outsourcing; operating procedure exploration; operating regulation research