

政府法律顾问刍议

吴 允 杨金国

—

政府法律顾问起源于欧洲资本主义国家。随着欧洲封建专制制度的没落，资产阶级政权的确立，政府为适应商品经济的发展，主要通过制定各类法律规章来调整经济，并要求行政行为合法。公民受不法行政的侵害可以依法起诉，行政机关常常成为行政诉讼的被告。律师作为精通法律的专家，为政府聘用，政府法律顾问应运而生。特别是第二次世界大战以后，国际、国内经济贸易的法律、条约日益增多，各公司法律顾问激增，从而也导致了政府法律顾问的大量增加。美国在50年代末就确立了行政诉讼的律师参予制，到70年代，美国政府各部如财务部、商务部、联邦贸易委员会、移民局等都聘用律师处理各类法律事务。西方国家政府法律顾问纵横捭阖，通过他们的活动来维护政府依法行政的权力，保证各类法律规章制度的实施，从而成为各级政府不可缺少的有力助手。

目前，我国正在进行经济体制改革和政治体制改革。经济体制的改革，要求政府转变管理经济的职能，由过去那种主要采取行政手段直接管理经济活动转变为主要运用经济手段和法律手段来间接控制和调节经济的运行，把宏观控制和微观搞活结合起来。政治体制改革是要改变过去党和国家领导制度中的官僚主义现象，权力过分集中的现象，干部领导职务终身制现象和形形色色的特权现象。实行党政分开，权力下放，精简机构，提高工作效率，建立高度民主的、法制健全的、富有效率的社会主义政治体制。为此，政府聘请律师担任法律顾问有其重要的意义。其表现在：

1. 政府聘请律师担任法律顾问是依法行政的需要。党和国家必须在宪法和法律的范围内活动。国家行政机关及其工作人员，不能凌驾于宪法和法律之上。行政管理过程必须依法进行。政府行政机关的管理职能非常广泛，包括政治、经济、科教文卫等各个方面。国家对政府各种管理职能都有相应的立法规定。目前，国家已制定的法律、行政法规、地方性法规数以千计，这些法律、法规已成为各级政府机关必须遵循的准则。作为行政机关的工作人员，不可能熟悉如此众多的法律、法规，政府聘请律师担任法律顾问，就有关的法律问题向律师咨询，确保依法行政。

2. 政府聘请律师担任法律顾问是政府决策民主化、科学化和法制化的需要。所谓政府决策，是指国家行政机关在行使职权时，依据法律和政策，制定具体的行政措施和行动对策。但制定行政决策的方法却不相同。过去，行政决策往往凭党委书记个人狭隘的经验决定。十一届三中全会以后，随着改革、对外开放和对内搞活政策的实行，社会活动越来越复杂、多

变，影响也越来越大。一项决策的失误，往往引起一系列严重的后果，造成巨大的损失。这就需要使行政决策民主化、科学化和法制化。行政决策的民主化和科学化要求对于重大问题的决策，要在领导班子认真、负责的集体讨论的基础上形成，并吸收有关学者、专家参加。行政决策的法制化要求各级政府机关制定行政机关决策程序法，并使决策按照程序法的规定进行。一项决策，会涉及法律问题，因此，如果决策是科学的合法的决策，不仅要符合宪法和法律，而且要符合有关的国际法准则、国际惯例，并且具有可行性和严密性，这就要求重大的决策必须要有律师参予。

3. 政府聘请律师担任法律顾问是政府自觉运用法律手段管理的需要。长期以来，我国各行政区域条块分割，自成系统，横向联系很少，处理问题大多数使用行政手段。实行改革、开放后，行政系统的横向联系迅猛发展。有时行政手段无能为力，需要更多的运用法律手段来实现管理的职能。即使是行政手段或经济手段，也往往诉诸法律手段。各级政府制定行政管理法规的任务很重。行政立法不仅要求立法人员了解各部门行政事务，还要掌握立法技术。不仅要求所立的行政管理法规符合国家的宪法和法律，还要求符合党和国家的各项政策。政府法律顾问由于精通法律，因而可以为政府起草法规，制定规章制度，或为政府提出立法意见。

4. 政府聘请律师担任法律顾问是政府参与行政诉讼的需要。政府机关在行政法律关系中处于优越的地位，但在行政诉讼法律关系中则与相对方其他法人、自然人处于平等的地位。政府作为被告参与行政诉讼，特别是不服行政裁判、治安处罚的案件以及纳税争议案大量增多。对此，行政领导干部不能都直接参与，而有必要请律师代理。

5. 政府聘请律师担任政府法律顾问是帮助政府解决法律事务的需要。任何政府机关都不可避免与其他单位发生各种矛盾、政府机关内部的各单位之间也会发生各种纠纷。政府聘请律师担任法律顾问，就可以由法律顾问根据纠纷的性质，依法提出处理意见。在行政领导授权下，也可代表政府机关去处理这些纠纷。

二

政府法律顾问的任务、服务范围是什么，工作方式怎样，是一个值得探索与研究的问题。笔者认为，政府法律顾问的任务可以表述为：负责协助政府对各部门正确贯彻执行政策、法律和法规，保证政府机关的行政活动合法和正确，在涉及政府与法人、公民之间的法律事务中，依法维护政府的合法权益；运用法律手段促进政府机关提高工作效率，防止产生官僚主义。其具体范围是：

1. 参与政府重大的行政决策，就政府的行政决策提供法律意见，保证决策不违反法律，保证决策中的法律性文件完备严密。

2. 负责审查政府及其所属各部门草拟的规范性文件（如行政法规、行政规章、指示、决议、计划等）是否与国家法律规定的精神相一致，是否与上级主管部门制定的行政规范性文件相符合。

3. 经政府委托，直接为政府起草行政法规、规章制度等。或对立法及政府工作方向提出法律意见。

4. 为政府就行政法规的效力区域性提出解释。同时协助政府对行政法规、行政规章的管理。

5. 处理在政府授权下的尚未形成诉讼的重大复杂的行政法律事务，如行政申诉，经济补偿要求，纳税纠纷等。

6. 在各种诉讼中代表政府出庭并为之辩护，维护政府的合法权益。

7. 协助政府领导人审查重大的对内、对外经济合同是否符合国家的法律与计划，是否完备严密。

8. 帮助政府领导人学习法律知识，增强其法律意识和依法办事的能力。

律师为政府担任法律顾问，其工作方式一般有两种情况：一种是政府作为当事人直接与律师事务所签订聘请合同，在合同中议定律师事务所选派优秀律师为政府担任法律顾问，法律顾问的服务范围，以及政府应支付的聘请费数额。这种情况政府与法律顾问之间没有领导与被领导的关系，双方为单纯的服务关系。当政府需要法律顾问解决有关问题时，临时通知法律顾问。另一种是政府机关直接从律师事务所中将律师调入政府部门，在政府部门从事法律顾问工作。这种情况政府与法律顾问是领导与被领导的关系，法律顾问在政府机关首长的直接领导下进行工作。两种情况各有利弊，前一种情况的弊病在于政府行政领导有事时找律师，没有固定的工作制度。这会不使行政领导对律师的使用，也不利于律师全面了解政府工作的各个方面以及政府领导的意图，因而影响有效地发挥顾问律师的作用。后一种情况的弊病在于把作为法律顾问的律师变成了行政官员，律师必须绝对服从政府机关的领导。这既影响法律顾问以其独立的地位公正地依法为政府提供法律服务，也和律师的职业性质不相吻合，且不利于律师队伍的发展，因而也影响了律师作为政府法律顾问的作用。

为了克服以上两种情况的弊病，为政府提供优质的法律服务，笔者认为，政府法律顾问的工作方式应坚持两条：第一、在法律地位上，政府法律顾问与政府机关是平等的，是聘请关系。第二，法律顾问应常驻政府机关办公。为此，政府法律顾问的工作方式应当是：作为政府法律顾问的律师一切关系仍在原律师事务所，而不应调入政府部门。政府法律顾问的律师相对稳定，不宜经常变动，并应常驻政府机关。如果有条件和需要，经双方协议还可组成法律顾问团。顾问团设首席法律顾问，实行首席顾问律师负责制，即首席顾问律师对政府负责，顾问团的成员律师向首席顾问律师负责。法律顾问团只由首席顾问律师常驻政府机关，政府法律顾问在政府授权的范围内并以政府的名义进行各种活动。

三

政府法律顾问与企业法律顾问不同，政府法律顾问在服务的对象、范围、方式以及要求等方面都有其特点。企业法律顾问为单个企业内部的企业内部管理、企业决策、企业诉讼服务。促使企业自觉地把全部经济活动纳入法律的轨道，以提高企业的经营水平与经济效益。政府法律顾问是为政府多方面的行政管理服务，包括为政治、经济、科学、教育、文化、体育、社会治安等各方面的行政管理服务。就是为企业管理服务，也不是为某个企业经济管理服务，而是为政府行政管辖范围内的一切企业管理的宏观服务。因此，政府法律顾问要求知识面更广。企业法律顾问重要的是了解企业的生产经营，经济管理情况，熟悉国家的经济法规。而政府法律顾问重要的是还要从宏观上熟悉企业管理的整个机制，还要了解其他诸如科教文体等方面的知识，行政管理、领导科学方面的知识。熟悉上述方面的一切法律和法规。这样，政府法律顾问才能就政府所属各个领域发生的法律问题，提供切实可行的意见。

企业法律顾问以促使企业依法经营为己任，其工作内容更多的是参与合同的草拟、管理

及审查，参与企业的经营决策。政府法律顾问则以帮助聘请的政府机关依法行政为己任。它更多的是参与行政决策以及制定行政法规、行政规章、行政决定、行政命令等法规性或政策性文件。就其工作内容来看，由于政府机关是代表国家行使职权。因而政府法律顾问的工作内容比企业法律顾问的工作内容政策性更强。作为政府法律顾问应具备比企业法律顾问更敏锐的政策观念。

由于企业法律顾问只为企业内部的经济法律事务提供服务，所以一般说来，企业法律顾问的服务质量只对某个企业发生影响。而政府法律顾问则为整个政府的经济管理及其他各种行政管理服务。政府的每个重大决策不是对某个企业、事业等单位发生影响，而是对整个政府的全局发生影响。就行政决策的本身来说，其规模之庞大，结构之复杂，功能之综合，因素之众多，都是单个企业经营决策所不及的。这就要求政府法律顾问具有丰富并精通的法律知识，高度的责任心和更丰富的阅历。

政府法律顾问的工作方式也与企业法律顾问不同。一个律师可以为若干个企业担任法律顾问，但只能为一个政府担任法律顾问。企业法律顾问一般只是被动地给企业提供法律服务，政府法律顾问则除了直接办理政府机关工作中的有关法律事务外，更主要的是积极争取同行政首长直接对话，经常提供法律咨询，适时提出法律建议，重视不断增强行政领导的法律意识，法制观念。政府法律顾问只有积极主动地采取灵活、多样的形式，才能真正发挥法律顾问在政府机关中应有的作用。

(作者单位：司法部公证律师司)

责任编辑：苏尚智

· 商榷与争鸣 ·

也论抢劫中故意杀人的定罪问题

萧开权

抢劫致人死亡包不包括抢劫杀人，赵秉志同志认为包括（见《法学研究》1987年第4期《抢劫中故意杀人的定罪问题》，以下简称赵文），我认为抢劫致人死亡不能包括抢劫杀人。现阐释如下：

（一）按照结果加重犯的原理，抢劫致人死亡不能包括抢劫杀人

结果加重犯是在故意犯罪中，因产生了过失的严重后果，从而加重其处罚的犯罪。它的基本轻罪一定要是故意犯罪，它的重罪

一定要是过失犯罪。结合犯和结果加重犯不一样。结合犯是把原来就有的两个故意犯罪，用新的条文结合为一个新的独立的犯罪。结合犯原来的两个犯罪一定都要是故意犯罪，不能有过失犯罪。结果加重犯和结合犯互相排斥，互不相容。结果加重犯的公式是：甲罪+在犯甲罪中的过失犯罪=甲罪的结果加重犯。结合犯的公式是：甲罪+乙罪=新罪。我认为结果加重犯和结合犯不一样，赵文也认为结果加重犯不失为结合犯的观点不