

# 区际法律服务市场准入与合作机制初探

詹礼愿

(广东金桥百信律师事务所, 广东 510000)

**摘要:** 面对 WTO 的机会和挑战, 内地法律服务市场首先应对港澳先行开放。文章探讨了建立区际法律服务市场准入与合作机制的必要性和可行性, 并分析了区际准入与合作的法律障碍。作者预计区际法律服务的准入将涉及有松散型的契约模式、紧密型合伙模式、资合型有限公司模式、独立型分支机构模式等法律形式。认为应该承认律师法的区际效力、建立区际法律服务市场准入与合作机制应当遵循一国两制、法域平等原则; 对等开放、真实互利原则; 开放竞争、合作共进相结合原则。作者最后建议区际合作借鉴区际司法协助的模式, 就区际法律服务市场准入和合作问题作出特别安排。但不必进行大规模的立法修改, 以避免最惠国待遇原则的适用。

**关键词:** 区际法律服务; 市场准入; 合作

**中图分类号:** D9 **文献标识码:** A

我国经过多年“浴血谈判”, 终于成为 WTO 的正式成员国。余兴未尽, 立即面对 WTO 带来的机会和挑战, 法律服务市场准入就是其中一个问题。我国政府在加入 WTO 的法律文件中正式承诺逐步开放中国的法律服务市场。这意味着内地法律服务业将被迫走向国际市场。然而, 只有二十余年历史的我国法律服务业要想与西方数百年甚至上千年历史的法律服务业同台竞技, 未免力不从心。而已经回归的香港和澳门两个特别行政区虽然具备足够的实力, 却由于特别行政区法律服务市场容量有限, 其能力难以充分发挥。笔者认为, 我国法律服务市场的准入首先应从内地与港澳区际之间先行开放, 同时探索建立区际法律服务合作机制, 充分发挥区际法律服务的市场和人才两种优势, 共同应对 WTO 带来的挑战。

## 一、建立区际法律服务市场准入与合作机制的必要性和可行性

### (一) 建立区际法律服务市场准入与合作机制的必要性

建立区际法律服务市场准入与合作机制的必要性源于内地法律服务市场应对国际法律服务业竞争的紧迫感。这种紧迫感今天几乎已经无需论证。因为中国加入 WTO 以来, 我国法律服务市场的弊端已经暴露无遗。尽管我国法律服务市场容量大, 并且具有更大的拓展潜力, 但是, 法律服务人员外语语言能力比较差、缺乏处理国际事务的经验、对国际市场新出现的服务项目缺乏必要的应对专业知识、从业人员专业面比较窄、缺乏必要的专业分工、法律服务机构规模小、资本少、国际市场风险承责能力比较小、国内新的法律服务项目拓展能力小等缺陷。“冰冻三尺, 非一日之寒”, 解决这些问题, 需要时间。即便立即培养外向型法律人才, 等到投入使用至少尚需十年时间。而业余的继续教育, 无法解决整体素质问题。面临这些困境, 除了借助外援, 几乎别无他途。

港澳分别代表普通法系和大陆法系两个典型的法制体系。香港的法律服务体系已经国际化; 其从业人员素质高, 具有处理国际法律服务项目的经验; 其法律服务市场的管理机制也早已与国际接轨, 面对 WTO 的挑战并无多大压力。澳门的律师业体系建立于 20 世纪 60 年代, 其本地化进程在回归前有所加速, 其完善程度虽不如香港, 但毕竟是以典型的大陆法

系国家葡萄牙的法律体制为蓝本建立的,与澳门法律服务业开展合作可以让内地法律服务人员了解大陆法系法律服务业的特点,从而为在国际市场上与大陆法系国家交往积累经验。可以说,我国内地和港澳的法律服务业存在一种强烈互补的势态。在内地法律服务市场对 WTO 成员国全部开放前,先行对港澳开放,并建立区际法律服务合作机制,不仅可以让港澳成为内地法律服务市场彻底国际化的窗口,而且可以让港澳法律服务业作为内地法律服务市场国际化的向导。

## **(二)建立区际法律服务市场准入与合作机制的可行性**

港澳回归多年,一国两制的理想早已实现,内地与港澳已经变成一个主权国家之下的三个内部法域。回归消除了三法域之间市场准入和合作的司法主权障碍。尽管三地区之间经济和政治体制不同,但三地区的人民都认识到,同属一个国家,在国际政治和经济舞台上,相互荣辱与共,相互政治和经济的根本利益是一致的。这一共识也消除了区际市场准入和合作的政治障碍。从内地与香港所签订的《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民事司法文书的安排》、《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排备忘录》就可以反映出来。

自从中国内地改革开放以来,内地与港澳之间,特别是内地与香港特别行政区之间,早已实际存在着不同程度、不同形式的合作,例如内地的许多律师事务所与香港的律师事务所就实际存在着以双边契约为基础、以个案委托为对象的合作关系。我们现在所要做的就是将这种民间自愿的低层次合作关系升格到法律许可的多层次合作机制。而且,内地和港澳均受 WTO 规则的约束,互相开放法律服务市场,建立区际法律服务合作机制应无原则障碍。笔者认为,作为同一主权之下的平等法域,内地与港澳相互之间的市场准入应该比对外国的准入步骤更快,开放的程度更广、更深。

## **二、区际法律服务市场准入与合作的法律障碍**

区际市场准入和合作应该以市场经济原则为导向,以 WTO 原则为参照标准的开放型、互利互惠的法律服务体系。但是,建立这种机制必须解决如下法律障碍:

### **(一) 区际相互委托机制下的司法效力问题**

律师执业时,有时需要进行域外服务。律师们可以选择两种途径:其一是直接去有关法域,履行委托职责。但这种方法既不经济,又遭遇司法障碍,因此目前很少律师这样选择,但建立区际准入与合作机制后可以考虑。其二是委托对应法域的法律服务机构代为进行。这类法律事务涉及面很广,例如域外主体资格的查询、信用查证、资产调查、政策法规的分析、律师函和其他法律文件的送达、询问笔录,等等。第二类行为在法律服务实践中早有先例。一般是以区际律师事务所之间的协助契约为基础,但是实际业务量并不太大。因为受托律师工作成果的法律效力无法保障。例如,内地律师委托香港律师对香港的证人进行询问的笔录在内地法庭上的证据效力就有争议。不消除这些司法障碍,区际律师具体业务的相互委托的模式发展前景并不大。鉴于这些尚未解决的司法障碍,目前区际相互委托模式更多表现为域外业务的成套委托。如香港律师将自己当事人在内地的法律事务委托内地律师整套处理,自己并不参与。因而,香港律师仅仅起中介作用,并不是完全意义上的合作关系。

### **(二) 区际律师域外服务问题**

当律师为处理受托法律事务,需要跨区服务时,目前会遭遇不少司法程序障碍。除商业谈判等非诉讼事务外,受托律师一般只得以个人的身份进行(内地叫公民代理)。但是,失去律师的法定身份,律师的作用就会大打折扣,难以圆满完成当事人的委托事务,甚至根本无法完成。例如内地律师需要对一个澳门证人在澳门进行调查取证,该澳门证人可能因为非

本地律师而拒绝配合。即便配合，这份以“非律师”身份取得的证词在内地的法庭上能否有效认定也值得推敲。又如在处理涉港澳法律事务时，如果内地律师需要到港澳政府有关部门调取相应的档案，有关政府部门对非本地律师也可能不予配合。至少据笔者所知，目前内地的政府部门一般会拒绝港澳律师以律师身份在内地调查取证。更敏感的是当一名香港律师为其在香港的当事人的诉讼事务或仲裁事务而到内地参与诉讼或仲裁程序时，他能否以律师的身份出现，能否享有一个律师应该享有的权利，现在的答案肯定是不行。但实施区际准入和合作机制后，应当加以理性解决。只有扫除了这些障碍，才能拓宽区际法律服务的合作渠道，从而为各法域的律师提供更多的业务量和就业机会。

### （三）法律服务人员域外执业问题

目前很多国家的法律服务市场的准入往往以提供外国法律服务为限。我国目前的入世承诺也是这样的，并且也已经延伸适用于港澳两个法域。这种限制性的市场准入模式，反映了缔约方履行国际义务和保护本国法律服务市场的矛盾心理。有些西方国家也采取这种制度，如德国。但是这绝不是 WTO 的终极目标，WTO 的目标是全面开放。但实现这种理想目标只有法律服务市场、律师制度高度发达的国家才能做到，例如英国。我国律师业起步比较晚，法律服务市场还比较脆弱，无法实现彻底开放。但是，既然内地与港澳同属一个主权之下，能否区别对待呢？笔者认为，不管港澳法律服务业竞争力多么强大，对于内地十三亿人口的市场来说，不过是沧海一粟，不构成太大的冲击力。何况港澳律师的进入还可以弥补内地法律服务市场的人力不足问题（目前内地只有 11 万律师，每一万人还不到一个律师）。而且，这种建立在互惠基础上的相互准入，也可以让内地的外向型律师（大约 4000 多人）到港澳分一杯羹，这是一个值得深思熟虑的问题，也是内地律师彻底走向国际市场的一个重要步骤。面对无法回避的难题，最好的对策就是去解决它。对待中国法律服务市场的准入这一鸡肋式的难题，也应该这样处理。实际上，内地的法制建设自改革开放以来，特别是参与入世谈判以来虽然有巨大进步，然而，不可否认的是，在内地法制建设的进程中，许多原则性的障碍依然存在。例如律师的法律地位问题、律师在刑事案件中与公诉人真正的诉讼平权问题、司法对行政的依赖等问题，均尚待解决。原因很多，法制理念模糊是重要的原因。让域外的律师来内地从事内地法律的法律服务，可以将大陆法系和普通法系先进的法制理念引入到内地司法实践，用大陆法系和普通法系的法制理念感染内地，这在某种程度上会促进内地的法制建设和发展。

### （四）区际法律服务实体投资参股问题

市场准入包含着内在准入和外在准入两方面。外在准入就是前述（二）、（三）问题，即法律服务人员域外服务和执业的方式。而内在准入则指允许本法域以外的法律服务人员、机构或者投资商对本法域法律服务机构投资参股的方式。内在准入是法律服务市场全面开放的重要标志。内地虽然已经加入了 WTO，但目前显然不具备对 WTO 全体成员全面开放的条件。笔者认为，内地对港澳先行开放，采取分阶段、由点到面逐步开放法律服务的资本市场。引进港澳加盟律师（合伙制）和港澳资本（资本制），既可以增强本地区法律服务机构的资本力量，提高其硬件，同时可以弥补培养外向型法律服务人才过程中人才断层的缺陷。笔者建议，先就合伙加盟模式试点，允许港澳律师加盟内地法律服务机构作为合伙人；待条件成熟时，再考虑区际资本参股的形式。因为资本参股本就是一个值得认真探讨的问题，无论是区内资本还是区际资本。

### （五）避免双重征税问题

内地税制过分复杂，与法律服务相关的有营业税（包括教育附加税、城市维护建设税）、企业所得税、个人所得税等，除国家税收之外还有专项费用，例如律师注册费、防洪费，等等。内地目前在审定律师收费标准上适用事业单位标准（非市场标准），而在税收方面适用

普通企业标准（市场标准）。这种税制严重阻碍了内地律师业的发展。经过律师界多年抗争，目前在大城市试行“双定”税制，就是按照发票票面金额征收固定金额税收（包括营业税、企业所得税、合伙人的个人所得税、防洪费），双定方式强调的是表面收入，并未考虑合作分成的税收减免，而且主要是针对年营业额人民币 500 万元以下的服务机构，年营业额在人民币 500 万元以上的不适用。按照内地税制，如果港澳法律服务机构与内地年营业额人民币 500 万元以下的法律服务机构合作，则业务分成无法抵扣；如果与年营业额 500 万元人民币以上的服务机构合作，则按照内地企业的低人工核算成本则会产生巨额的企业所得税（33%）和个人所得税（45%），如果不能就避免区际双重征税作出安排，经过层层税收的所得，基本上无利可图或者本大利薄而失去合作基础。

#### （六）外贸权和外汇管制问题

人民币尚非国际流通货币，内地法律服务机构也没有外贸权，因此无法开设外币账户。建立区际法律服务准入与合作机制时，将会遭到外贸权和结汇权的障碍。这一问题已经实际发生。目前内地法律服务机构在提供涉外法律服务时收取外汇在银行被自动兑换成人民币，而一旦出现返还结算或者收入分成就无法履行，因为开户银行只负责外币收入自动兑换成人民币，不负责对外支出结汇。而且目前政府解决外贸权的重点尚在工商领域，对服务贸易的外贸权并未重视，而服务贸易恰恰是当今国际市场创汇的一个新的增长点。笔者认为，内地在制订对港澳两地的外贸和外汇政策时，对工业贸易和服务贸易应该平等对待，不应厚此薄彼。

### 三、区际法律服务市场准入与合作的法律形式

笔者认为，区际法律服务市场准入与合作有如下法律形式：

#### （一）松散型的契约模式

松散型的合作模式主要表现在目前既存的区际法律服务机构之间的根据合作契约、互相委托具体业务的法律形式。这种模式因为不涉及参与区际法律实体，所以，实施起来比较简单，而且双方权利义务既然以合同为基础，适用区际私法即可调整有关各方的民事法律关系。建立区际准入与合作机制后，一旦解决了委托成果的区际司法效力问题，契约的使用范围将更广。而且由于这种形式比较简单，将会应用更广泛。既可以签署长期合作契约，也可以签署短期合作契约，甚至可以签署一次性合作契约。形式灵活的契约模式可以说在未来的区际法律服务市场上成为主流。

#### （二）紧密型合伙模式

紧密型合伙模式是法律服务人员，主要是律师，以其个人掌握的专业知识提供法律服务，并以合伙人的身份参加外法域的法律服务机构，有时合伙人也必须投入少量资本。但是，资本与合伙人是联系在一起的，不能独立存在。关于合伙制律师事务所的设立条件、程序和其他相关规定各法域都有立法，建立区际准入与合作机制时，要解决的是域外法律服务人员的专业资格和合伙资格的认定问题，而这正是建立区际准入与合作体系另一个重要环节。笔者认为，专业资格可以采取区别对待的方式。各法域可以规定，外法域的律师在本地区提供外法域的法律服务时（例如香港注册律师在内地提供香港法律服务，而不论其服务对象是内地客户还是香港客户），其资格的认定可直接承认该法域出具的律师资格文件；外法域律师来本地区提供本法域的法律服务时（例如澳门律师来内地从事内地的法律服务，也无论其服务对象是内地客户还是澳门客户），其律师资格须经过本法域对其本地区法律知识的考核。至于作为合伙人的资格，只能适用合伙地法律，但是，如果涉及到对合伙人的学历、执业年限、律师资格的认定，可以对有关合伙人在合伙地以外的其他法域的相应文件予以承认。

### （三）资合型有限公司模式

资合型有限公司模式有两层含义：其一是法律服务机构的资本入股；其二是法律服务机构的责任有限制。这类形式目前在内地地域范围内尚有争论，所以在区际准入机制实施起来难度就更大，最重要的就是理论突破问题。在内地当前的现状是，前者仅限于律师合伙人的附带出资，不允许独立的资本股份；后者只在会计师事务所等少数中介机构实行，在法律服务领域尚未突破。笔者认为，在发达的资本主义国家，特别是法律服务业比较发达的国家，合伙制、有限合伙制、有限公司式的法律服务机构早已普遍存在，在中国加入 WTO 之后，如果不突破“资本入股”和“责任有限”两大障碍，只能增加中国律师在国际法律服务竞争中的压力和负担，不利于内地律师轻装上阵，从容应对国际法律服务市场的竞争和挑战。扫除这两个障碍目前在内地的法律服务业呼声很高。笔者预计突破应该只是时间问题。

### （四）独立型分支机构模式

我国司法部早已允许港澳及国外法律服务机构在内地建立独立型分支机构，但是，仅限于提供其所属法域的法律服务。笔者认为，这是一种消极的低层次的市场准入模式，作为应对来自外国阵容强大的法律服务业挑战的权宜之计尚可。但是为实现中国法律服务业竞争质质的飞跃和提高，我们主动开门向港澳法律服务业学习时，不必如此保守。而且，这种分支机构的方式既不便驻在地的监督管理，也不利于服务对象的过错归责。笔者认为，最近司法部颁布的《关于执行〈外国律师事务所驻华代表机构管理条例〉的规定》应该仅适用于外国律师事务所，对于港澳法律服务机构在允许开设分支机构的同时，应该有更宽松的制度。

### （五）区际法律援助模式

建立区际法律服务合作机制时，不能回避区际法律援助问题。建立区际法律服务市场准入和合作机制源于国际竞争，但一旦建立，不能止于竞争。一个好的法律制度不能仅仅满足于带来市场效益，也应该促成其社会效益，这不仅对直接受益人，就是对整个区际法律服务业也是个形象包装工程。产生法律援助的社会背景在单一法域存在，在区际之间同样也存在。虽然法律援助属人道和变相福利范畴，不属于市场准入范畴，但是，笔者认为，处于同一国家主权之下的内地与港澳之间在实施透彻的区际市场准入机制时，在区际法律援助领域应该有所作为。三法域之间可以就法律援助的申请条件和区际法律援助的申请和指派程序达成一致意见，这也体现了一国两制下的中国区际法律合作机制的特色。

## 四、区际法律服务市场准入与合作机制的若干法律问题

### （一）律师法的域外效力问题

律师制度是国家的司法主权象征之一。任何国家开放其法律服务市场之前，律师法无疑属公法范畴，不存在域外法律效力。但世界是发展的，自然科学如此，社会科学也是如此。20 年前还很少人谈论知识产权法的域外效力，而今这类论题已经稀松平常。伴随着全球化的进程，公法与私法之间的界线可能会逐渐模糊，在一定的条件下公法可能转化为私法，或者公法在私法领域得到适用。笔者认为律师法也将会实现这种转换。随着各国法律服务市场的全球化，以法律服务为主要调整对象的律师法也势必私法化。因为域外律师资格的认定、律师事务所或者其他法律服务机构的组织形式、律师及律师事务所的业务范围都应赋予域外效力。但律师资格的授予条件和程序问题以及律师法律地位定性等可能始终停留于公法范畴。根据中华人民共和国加入 WTO 的议定书附表 9《服务贸易具体承诺减让表》的精神，我国将允许外国律师事务所在华代表处从事营利性活动。只有承认外国律师法在中华人民共和国的效力才可能履行这一国际义务。有这一文件依据，建立区际法律服务准入及合作机制时，内地与港澳之间相互承认其他法域的律师法在本法域效力应无原则障碍。而且在一个主权国家之下，还应该更彻底一些，比如说，不必适用公共秩序保留原则限制港澳法律的适用。

承认律师法的区际效力，律师区际工作的成果才有司法意义，才可能进一步拓宽区际合作的途径。

## （二）建立区际法律服务市场准入与合作机制的原则

开放区际法律服务市场并不是一件简单的事，需要解决的问题远非本文所能包罗，重要的是掌握开放市场、建立合作的原则标准。笔者认为这些原则应该包括如下几项：

1、一国两制、法域平等原则。在本文下的“一国两制”不仅仅是政治概念，也具有法律含义。“一国”考虑的是同一国家司法主权下的特殊安排。如前所述，即便按照中国的入世承诺，中国在短期内也不可能彻底开放法律服务市场。所以本文之议，也主要是考虑一个主权国家内的特殊安排和对待。“两制”是要求各法域在开放法律服务市场时应该相互尊重各法域的律师法和其他相关法律政策。“法域平等”系从“一国两制”引申出来的含义。

2、对等开放、真实互利原则。尽管处于一国主权之下，但是，各个法域之间还是存在不同的市场利益，因而也必须探讨互利互惠问题。要求内地与港澳对等开放容易，但做到真实互利较难。如前文必要性所言，内地的法律服务业目前不仅不能正面迎接强大的国际市场竞争，而且也不可能与港澳法律服务业平等竞争，因为三者并非在同一起跑线上。其中内地法律服务业实力最弱，在开放市场过程中应该有步骤，分阶段进行。即便开放过后，也应该借鉴国际经济领域发展中国家与发达国家的“最惠国待遇”的方法，采取某些非对等差额平衡措施，以利于实现真实的互利互惠。

3、开放竞争、合作共进相结合原则。

无论是从中国内地的法律服务业的实力，还是从中国承担的国际义务角度看，内地目前都不必也不应过早完全开放法律服务市场。本文之议主要因中国内地面临国际市场竞争的迫切性而起，因而一旦付诸实施，则必须从市场和社会的角度同时考虑。市场的开放必然要带来三法域内部的市场竞争，这种竞争肯定会给内地法律服务时常带来压力，但是，如果开放的同时建立互助共进的合作机制，则这种竞争的压力是值得的，否则，仅仅是开放而不合作，则不如暂时不开放，至少在若干年内能保护内地脆弱的法律服务市场。

## （三）区际合作的法律形式

香港回归前后，内地与香港学者曾经就区际司法协助的形式进行多方面探讨，这个争论在 1999 年的年末基本告终。因为这一年的 10 月，我国最高人民法院与香港律政司就两地司法协助问题达成《安排》，然后，两地分别修改各自的立法，将《安排》的精神体现在法律修改案中。笔者认为，司法协助的法律形式在法律服务合作领域部分可以适用。由于内地与港澳三地政治关系的特殊性，三地完全可以超越 WTO 承诺准入进度，就区际法律服务市场准入和合作问题作出特别安排。但是，不必要对各自的立法进行大规模的修改。因为市场准入是个敏感话题，一旦上升到立法的角度，其他 WTO 成员根据最惠国待遇原则，要求享有同样的权利。如前文所言，内地目前并不具备法律市场全面开放的条件。而作为一国两制特殊背景下的内部安排，其他 WTO 成员无权享有所谓“最惠国待遇”。区际《安排》达成之后，可由司法部、香港律政司、澳门相应的司法行政部门发文就具体执行细节作出部署。

## Primaries to the Market Access for Regional Legal Service and the Institution of Cooperation

ZHAN Li-yuan

(Guangdong Jinqiao Baixin Institute of Legal Service, Guangdong 510000)

**Abstract:** Facing the challenge and chance of WTO, legal service market of Chinese Mainland should be opened to Hong Kong and Macao on the first step. This article has inquired the necessity and feasibility for setting up the system of interregional admission and cooperation, and analyzed the legal obstacle for the admission and cooperation, the author predicted that the admission will involved the legal form such as loosed contract, close partnership, capital cooperating limited corporation and independent branch etc. The author states that the interregional effect of lawyer law should be accepted. Equality of legal region under one state-two systems, equal admission and genuine mutual benefit, admission and competition and cooperation to go forward together are the three basic principals which should be held when admission and cooperation. Finally Author suggests learning from the style of interregional legal assistant to go to an “arrangement” for interregional admission and cooperation to avoid the application of “the rule of most-favored nation” .

**Key words:** interregional legal service; admission; cooperation

收稿日期: 2003-01-15;

作者简介: 詹礼愿 (1967-), 男, 湖北人, 广东金桥百信律师事务所主任, 法学博士。