

律师服务市场准入监管的经济学分析

张 卿

(中国政法大学, 北京 100088)

【摘要】 本文采用法律经济学的方法, 系统分析了没有监管的法律服务市场如何存在“市场失灵”的情况, 比较了行政许可同其它几种监管与非监管手段在解决上述“市场失灵”问题上的优缺点, 并对我国的律师服务市场准入监管制度进行了深入评析, 认为 2007 年《律师法》第 13 条规定前后自相矛盾。

【关键词】 律师服务市场; 市场失灵; 准入监管

【中图分类号】 D90 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1008-9314 (2012) 06-0079-05

一、律师服务市场准入监管方式之概述

我国律师服务市场的健康发展对于维护当事人的合法权益, 维护法律的正确实施, 促进社会稳定、经济发展和法制建设具有极为重要的意义。而该法律服务市场能否健康发展, 又和相关主管部门对该市场的准入监管制度息息相关。截止至 2011 年 10 月, 中国律师从业人员已达 25 万多人, 律师事务所有 1.7 万多家。^[1] 在“十一五”(2006 年-2010 年)期间, 全国律师共代理诉讼案件近 1000 万件, 办理非诉讼法律事务 500 万件, 办理法律援助案件近 100 万件, 为 2 万多个政府部门、35 万个企事业单位和社会团体担任法律顾问。^[2] 尽管我国的执业律师队伍已规模巨大, 但在执业律师之外仍有大量的专业人士, 特别是基层法律工作者, 活跃于律师服务市场与执业律师形成竞争关系, 为众多的企业和个人提供律师服务。^[3] 这已引发一个争论已久但未有正式定论的重要法律问题, 即立法者是否应该允许基层法律工作者进入律师

服务市场上提供有偿服务?^[4] 进一步的深层次问题是, 我们现有的律师服务市场准入制度是否足够完善、能有力地维护法律的正确实施、促进社会稳定、经济发展和法制建设?

我国已有的传统法学研究尚未对我国现行的律师服务市场准入监管制度进行较为深入和系统的分析, 对相关的争议问题也未能提出论证严密和有说服力的结论。本文拟采用法律经济学的方法, 系统分析了没有监管的法律服务市场如何未能有效率地配置资源的情况(即“市场失灵”的情况), 在此基础上比较了行政许可同市场机制的自我救济手段、私法救济手段、信息监管方式、事后标准几种监管与非监管手段在解决上述“市场失灵”问题的优缺点, 并对我国律师服务市场准入监管制度进行了深入评析。

二、律师服务市场失灵分析

在一个没有监管的法律服务市场中, 消费者涉及的第一个问题可能是信息问题。一个需要购买法律服

【收稿日期】 2012-10-30

【基金项目】 国家社科基金项目(10CFX023)、北京市重点交叉学科“法与经济学”支持项目、中国政法大学法与经济学青年创新团队支持计划、中国政法大学中欧法学院研究项目支持计划的阶段性成果

【作者简介】 张卿(1973-), 男, 福建人, 中国政法大学法与经济学中心副教授, 英国曼彻斯特大学法学院法学博士。

务的消费者通常在消费时,有时甚至在消费后,都无法鉴别他们所接受的法律服务的质量。^[5]有时诉讼当事人使用不好的法律服务却能胜诉,而有时尽管他们使用了最好的法律服务却败诉。既然消费者无法鉴别法律服务的质量水平,他们将不愿意为更好质量的产品支付更高的价格。那么市场价格将不能反映高质量带来的高价格,并且提供高质量产品的供应商将退出市场。这将导致平均质量水平的下降。随后,进一步降低价格,新一轮的稀释质量。这一过程被称为“逆向选择”,^[6]并且它的反复持续会最终破坏一个有效的市场机制。劣质服务的提供者将不会受到市场机制的惩罚,而优质服务的提供者则可能失去激励而退出市场。^[7]当市场中充斥着大量劣质服务时,这将产生了巨大的社会福利损失。

其次,市场中还存在着代理问题,即在代理人受委托人的委托而采取行动时,因代理人和委托人利益并不完全一致,在委托人处于信息劣势且不能对代理人进行完全监督的情况下,代理人有动机为了自身利益,做出有损于委托人利益的行为而产生的问题。^[8]由于法律服务的提供者具有专业知识,消费者通常授权给他们去决定哪些服务是必要的。^[9]作为代理人,经济上的利益可能驱使他们推荐那些昂贵的而消费者在有充分的信息时将不会选择的服务,^[10]这通常被称为“需求创造”。^[11]

此外,对一个没有监管的法律服务市场还存在外部性的问题,即卖方或买方的行为对第三方产生影响,但该影响却没有在市场价格中直接反映出来的问题。^[12]我们大致可以把这些外部性归为三类:影响第三人的外部性,影响法院体系的外部性以及影响公众的外部性。在此我们将集中分析一些律师行为的负外部性,因为它们通常比正外部性更能证明许可制度的正当性。影响第三人的负外部性是指,律师的不当行为将给除他自身和其委托人以外的第三人施加大量的成本。例如,通过隐藏诉讼的相关证据或唆使委托人作伪证,律师可能牺牲对方当事人的利益,而使其委托人从中得益。影响法院体系的负外部性通常是指律师的不当行为不利于法院系统顺利且有效率地运行。^[13]律师可以通过提起不必要的诉讼,或频繁地提起证据争议等行为来影响法院的运行。^[14]当律师无法胜任其工作,或采取不合作的态度时,法院不得不把

宝贵的资源用在那些与司法的主要目标并不直接相关的问题上。^[15]此外,律师和委托人之间的关系也可能产生影响公众的外部性。如投资者可能因为信赖一份有缺陷的关于上市公司财务状况的法律意见书,由此做出投资决定,结果造成了较大损失。另一个典型的例子是,当律师成功地帮助其委托人逃税或逃避了环境规章的监管时,整个社会将为此承担相应的成本。

接下来我们专门来分析中国的法律服务市场。中国法律服务市场的信息问题和代理问题似乎比在发达的西方法律市场中更为严重。由于可能受到更少的教育,许多中国的消费者比西方消费者更难以鉴别法律服务的质量。并且,如本书下文将分析到的,政府似乎并不鼓励律师披露过多关于他们服务的信息。而在外部性方面,中国立法者似乎主要关注那些影响法院体系的负外部性。这可以从立法者在刑事、民事和行政案件中给予律师辩护或代理业务的垄断权中看出。

与西方对抗制为主导的司法程序相比,中国现行的司法程序也许可以更好地控制上述问题给法院系统造成的负外部性,消除因为律师选择不当所造成的损害。虽然从90年代中期以来,中国法院开始进行相应的改革,吸收对抗制法律程序的优点,但它们仍然在很大程度上保留了纠问制为主的传统,^[16]根据中国现行的法律程序,法官仍然有权调查案件,并负有引导双方律师辩论的责任。在这种方式下,律师所扮演的角色相对不像西方对抗制程序下的律师那么重要。另外,中国民事法律传统并不要求法官在进行裁决时一定遵循先例,在某种程度这也可以限制一个“坏”裁决的负外部性。最后,在处理商事和民事诉讼案件时,中国法院通常比西方法院收取更多费用。这可在相当程度上减少那些律师提起的不必要的诉讼,也可以在一定程度上弥补那些“低质量”法律服务给法院带来的损失。在英国和威尔士,辩护人或代理人选用不当,可能会造成整个司法系统的停滞。^[17]但在中国,不胜任的辩护人或代理人可能不会造成如此巨大的外部性。

三、使用行政许可以更好地解决市场失灵?

为了解决以上市场失灵问题,我们首先应考虑市

场机制的自我救济方式。市场机制的自我救济方式可以有许多种类。比如希望购买法律服务的消费者可以通过许多非正式的方式,包括从家人和朋友那打听某律师过去的从业记录,收集到关于某位律师服务质量的信息。通过重复地从同一个律师或律师事务所购买服务,或雇用私人法律顾问,那些大客户(特别是大公司)对法律服务质量的了解会越来越深入。另外,随着法律市场竞争的日趋激烈,越来越多的律师在大的律师事务所工作并成为专家。同判断单个个体律师的服务质量相比,消费者能更轻松地追踪大机构的历史记录,鉴别其服务质量。因此,当专家律师往大的律所聚集,就能够减轻信息不对称的问题。^[18]但是,对于潜在的小消费者而言,收集信息的成本可能很高,收集的信息也可能并不总是那么准确。此外,对律师服务所带来的负外部性,市场机制的自我救济也无法有效解决。

其次,我们可以考虑使用私法救济来解决市场失灵问题。私法救济主要指当事人依据合同法和侵权法下的权利进行司法上的救济。具体在法律服务市场上,私法救济为受害人提供了两种途径去获得赔偿:一种是基于买卖合同来起诉法律服务的提供者;另一种是基于侵权法,当劣质的法律服务对第三人施加外部成本,通常采用这一选择。但是,私法救济也有许多缺点。首先,法律服务的独特性质,使得这些服务的购买者甚至法院都很难确定所接受的法律服务质量和法律要求的服务质量之间的差别。^[19]服务质量的难以衡量并不仅仅增加诉讼的成本,也减少购买者胜诉的信心。结果,购买者可能决定不对提供者提起诉讼。第二,如果法律服务的负外部性给第三人造成的损害很分散,他们通常也不愿意提起诉讼。因为协调和组织成本一般超过胜诉的预期收益。第三,“耻于诉讼”是中国文化的一个明显特征。^[20]这通常促使当事人选择其它替代方法,尤其是当诉讼对方被称为法律专家时。

其三、信息监管方式也可以用来解决市场失灵问题。信息监管通常是指消除信息限制、控制虚假或误导信息,并增加消费者信息的监管方法。^[21]通过采用强制披露的方法,信息监管可以在某种程度上减少消费者的信息问题。例如,要求供应商披露其业务情况,消费者可以更容易选择最佳的供应商,节约搜寻

成本。但是,当获得信息的消费者仍然不能识别质量标准时,信息监管就不那么有效了。^[22]由于法律服务的特殊性,很难找到适当的参数去直接描述其质量。即使有这样的参数,信息监管要求也可能给信息提供者施加巨大的遵守成本。另外,在解决中国法律服务市场的代理问题和外部性问题时,信息监管似乎还没有起到重要作用。事实上,在许多情形下,中国的律师至今仍未被鼓励披露他们的自身专长信息;相反,司法部禁止他们利用新闻媒介播发炫耀自己、排斥同行的广告,^①而何为“炫耀自己、排斥同行”的广告,其界限经常十分模糊。

其四,我们还应该考虑事后标准。事后标准是指对行为人从事商业或行为的过程施加实质性要求的监管方式。所谓“事后”是指不要求行为人为从事上述商业或行为获得事前的许可。但行为人一旦没有达到这些实质性要求,通常会受到经济制裁或行政制裁。事后标准可以在某种程度上用来解决市场失灵。但是,当采用事后标准这种监管机制时,我们同样会遇到衡量的问题。立法机关难以使用恰当的标准准确地描述服务质量。即使可以设定标准,执法机构也会发现难以判断法律服务的质量是否满足这些标准。因此,会给执行机构带来大量的执法成本。在这种情况下,当法律服务的提供者认为 $PD < U$ 时(P 表示被公共机构发现违法和受到公众指责的潜在可能性, D 代表由于违法被发现或遭受谴责而给他们带来的成本, U 代表他们从违法中获得收益),一些人可能会选择违反这些标准。当一些潜在的法律服务提供者认识到主管机构很难实际实施处罚时,他们会认为 P 很小。同时,与其它行业相比,对于没有经过训练或不适格的提供者而言, D 值在没有准入控制的法律服务市场上也相对较小。这可能是因为他们进入法律服务市场时没有进行大量的投资,即使他们受到政府主管部门的制裁退出市场,也不会造成大量的已投入成本损失。在这些情况下,如果消费者不能辨别提供者是否能够胜任,更多的没有经过训练或不适格的法律服务提供者将涌入这个市场。为此,我们不得不寻求更有效的监管方法。

^① 参见司法部 《律师职业道德与执业纪律规范》(1993年12月27日颁布),第15条。

认证和许可都可以在一定程度上解决信息问题。如果满足某些条件或许可标准,法律服务的提供者可以使用相应的正式头衔。对于潜在客户,这一头衔可能被视为能够胜任法律服务的标志。同时,为了满足认证标准和许可标准,服务提供者可能进行大量投资,比如通过某种考试。如果服务提供者的机会主义行为引起当事人的投诉,甚至进而使服务提供者失去其正式头衔,他们就可能无法收回最初为获得该头衔而进行的投资。这将能够震慑部分法律服务提供者,避免他们从事机会主义行为。但是,认证和许可也存在的一个普遍问题,即它们假定所设立的认证或许可标准和法律服务质量之间存在很强的相关性。然而事实上,一些律师可能高分通过律师资格考试,但却不能给他们的顾客提供优质的服务。

相比之下,虽然认证保留了准入自由,并因此具有避免限制竞争的优势;但是许可制度却可以更好地阻止机会主义行为和解决外部性问题。撤回或吊销许可可以让服务提供者无法继续从限制竞争中的行业中获得的超额利润,更好地阻止机会主义行为的可能发生,而认证制度则通常无法达到同样的效果。许可也比认证能更有效地解决外部性问题,控制消费者不理性的冒险行为。在某种程度上,由于许可可以直接排除一些劣质的服务提供者进入市场,它可以阻止当事人选择那些劣质的、可能对第三人或其自身产生巨大且无法弥补的损害的服务。^[23]但是,许可却可能限制竞争。由于许可制度限制准入,消费者可能失去获得廉价法律服务的机会。当低收入消费者不能负担昂贵的法律服务时,他们可能不得不依靠政府法律援助或尝试其它自我救济,这可能导致大量的福利损失。理论上讲,只有当外部性或消费者非理性选择造成的社会损失超过限制竞争而造成的社会损失时,许可制度才比认证制度更为有效。

四、对我国律师服务市场准入 监管体制的整体性分析

相较于西方工业国家,因需要廉价法律服务的消费者数量更多,中国法律服务市场的准入许可制度因限制竞争而给社会所造成的损失可能更为显著。在中国近 14 亿人中,有一半以上的人口仍生活在农村地

区。^①他们大多是低收入者,只能负担得起便宜的法律服务。^[24]在实践中,往往由基层法律工作者在农村地区为这些低收入消费者提供廉价的法律服务。基层法律工作者虽然受过基本法律培训,但并没有获得律师执业证书。虽然其有偿的服务行为违反了 2007 年《律师法》的规定,但司法部已正式认可了其法律地位,并声明除了刑事法律案件外,它们能担任其它任何法律案件的诉讼代理人。^②

在大多数贫困地区,甚至在一些城市,由基层法律工作者提供的法律服务是必不可少的。^[25]据报道,2001 年,中国有大约 115816 名基层法律工作者,与律师人数基本持平。^[26]他们担任常任法律顾问,其客户是律师的两倍;所接的案子也是律师的两倍。^[27]上述数字可以表明,在当时,中国低价法律服务仍然存在着广阔的市场。到 2008 年,基层法律服务工作者承办的各类诉讼案件(“公诉案件被告人的辩护人”除外)、常年法律顾问和各类非诉讼法律事务的数量仍超过了律师的业务数量;但是,基层法律服务工作者的业务收费总数却远远低于律师的业务收费,大概相当于律师收费的 30%。^[28]至少在理论上,授予律师提供刑事辩护和诉讼代理有偿服务的垄断权,能够剥夺低收入消费者获得廉价法律服务的权利。这可能会大幅度减少消费者的福利,特别是在由于中国政府仍受困于预算短缺,无法为低收入者提供足够的法律援助时。^[29]

为了证明中国律师服务市场准入许可制度的正当性,我们必须确保,低质量的法律服务带来的负外部性的损失和消费者的非理性选择给自身所带来的损失之和将大于限制竞争造成的社会损失。在缺乏足够的经验证据前提下,我们仍难以得出确定的结论。不过,上述分析至少表明,2007 年《律师法》第 13 条仍可能存在问题。该条款给予了律师从事刑事辩护和诉讼代理有偿服务的垄断权,同时又允许律师以外的其他人提供非“业务”的服务,即非有偿服务,这

① 根据国家统计局 2010 年第六次全国人口普查主要数据公报(第 1 号)的数据,“居住在乡村的人口为 674149546 人,占 50.32%”。

② 《乡镇法律服务业务工作细则》第 3 条,司法部 1991 年 9 月 20 日颁发。

难以自圆其说。如果更大的社会损失来自限制竞争的律师服务市场准入许可制度,而不是低质量的法律服务产生的负外部性损失和消费者非理性选择所带来的损失,就没有理由禁止律师以外其他人提供刑事辩护和诉讼代理的有偿服务。如果情况相反,就有应该禁止律师以外其他的法律人作为刑事辩护人和诉讼代理人参与诉讼,即使这些服务是免费的。因此,上述规定存在相互矛盾。

五、结论

本文的上述分析表明:2007年《律师法》第13条规定并未认真考虑认证和许可这两种监管制度的优缺点,没有分析比较许可制度本身带来的成本及收益问题,因此,其具体条款设计存在相互矛盾。如果更大的社会损失来自限制竞争的律师服务市场准入许可制度,而不是低质量的法律服务产生的负外部性损失和消费者非理性选择所带来的损失,就没有理由禁止律师以外其他人提供刑事辩护和诉讼代理的有偿服务。如果情况相反,就有应该禁止律师以外其他的法律人作为刑事辩护人和诉讼代理人参与诉讼,即使这些服务是免费的。

[参 考 文 献]

- [1] [2] 崔清新. 中国执业律师总数突破20万人 [N]. 新华网, 2011-10-18 http://news.xinhuanet.com/society/2011-10/18/c_111104799.htm (访问日期为2012年10月5日)。
- [3] 闫广涛. 基层法律服务发展模式探析 [J]. 法制与社会, 2012 (2): 259-260
- [4] 陈松. 基层法律服务所实证研究——现实法律需求视角下的基层法律服务所 [J]. 中国司法, 2006 (9): 20.
- [5] [10] [11] [19] [23] A. Ogus. Regulations: Legal Form and Economic Theory. Oxford: Clarendon Law Series, 2004: 221 216 216 - 217 216 - 217 217 218.

- [6] G. Akerlof. The Market for 'Lemons': Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics, 1970 (84): 488-500.
- [7] [9] M. Faure. Regulation of Attorneys in Belgium. in M. Faure, J. Siegers, and R. Van den Bergh (eds.). Regulation of Professions. Antwerpen, Maklu, 1993: 101 317.
- [8] 参见百度百科对代理(人)问题的论述,网址为 <http://baike.baidu.com/view/309677.htm> (2012年10月31日访问)
- [12] R. Pindyck and D. Rubinfeld. Microeconomics. Third Edition. London: Prentice Hall, 2001: 294.
- [13] [17] M. Seneviratne, The Legal Profession: Regulation and the Consumer. London: Sweet Maxwell Ltd., 1999: 80.
- [14] [15] [18] B. Barton. Why do We Regulate Lawyers? An Economic Analysis of the Justifications for Entry and Conduct Regulation. Arizona State Law Journal, 2001 (33): 450 450 439.
- [16] 左卫民、谢佑平. 刑事诉讼发展的世界性趋势与中国刑事诉讼制度的改革 [J]. 中国法学, 1996 (4): 112
- [20] 宋英辉, 吴卫军. 中西传统诉讼文化比较初论 [A]. 樊崇义. 诉讼法学研究第一卷 [C] 北京: 中国公安大学出版社, 2002.
- [21] See H. Beales, R. Craswell, and S. Salop. The Efficient Regulation of Consumer Information. 24 Journal of Law and Economics, 1981: 514-531.
- [22] R. Van Den Bergh. Self-regulation in the Medical and Legal Professions and the European Internal Market in Progress, in M. Faure, J. Siegers, and R. Van den Bergh (eds.). Regulation of Professions. Antwerpen: Maklu, 1993: 38.
- [24] [27] 王基. 基层法律服务制度前景广阔 [N]. 法律服务时报, 2002-7-26 (10)。
- [25] [26] 陈宜、崔玉麒. 法律服务分流制的构想——兼论法律服务市场的净化 [J]. 政法论坛, 2002 (02): 129 217.
- [28] 李双德. 关于“中国基层法律服务制度”的立法建议书 [N]. 法制日报, “法之光”论坛, 2008-11-15, <http://bbs.legaldaily.com.cn/viewthread.php?tid=31521> (2012年9月19日最后访问)
- [29] 段正坤. 中国法律援助制度的阶段报告 [J]. 中国律师, 2000 (8): 17-19.

责任编辑 焦利