

# 新时代律师惩戒体系的完善

朱德堂

(北京德恒(南京)律师事务所, 南京 210019)

**摘要:**完善律师惩戒体系是保障我国新时代律师职业功能发挥的关键之一。当前律师惩戒体系存在职责不清、社会权力制约缺失、行业惩戒独立性缺乏等问题,借鉴域外强调行业惩戒、司法惩戒和律师参与的经验,应对律师惩戒权进行重新分配,针对不同性质的惩戒措施,分别赋予律师协会独立惩戒权、联合惩戒权和惩戒参与权。

**关键词:**新时代;律师;职业功能;惩戒体系

**中图分类号:**D926.5

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-6021(2018)03-0005-05

党的十九大报告指出,中国特色社会主义进入新时代,我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。人民美好生活需要日益广泛,不仅对物质文化生活提出更高要求,而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。肩负着“维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义”职业功能的律师业,已经处在满足人民美好生活需要的时代潮头。为了满足人民群众新时代的新期待,充分发挥律师职业功能,应当进一步完善律师制度,形成以行业惩戒为主导的律师惩戒体系。

## 一、律师职业功能与律师惩戒

律师职业功能是指律师的作用,它由律师职业性质决定,是社会各领域对律师职业的需求体现。从律师职业的产生背景看,经济领域、政治领域、司法领域都存在着对律师职业的需求,所以,律师职业承担着经济功能、政治功能、司法功能。现代各国赋予律师职业的首要功能就是保障人权。律师保障人权的功能集中体现在行政诉讼与刑事诉讼中。“在行政诉讼和刑事诉讼中与公民、法人其他组织相对的一方是国家的司法、行政机关,国家公权力在行使过程中,极易对公民的人身权、财产权等权利造成侵害。”<sup>[1]</sup>为了维护人权,律师与最强大的对手在法律程序中对立和竞

争。在这场竞争中,律师的武器除了知识与技能,还有就是一套自成体系的、有别于大众伦理的职业伦理。

律师职业伦理是律师功能充分发挥的最有力的武器。但是,律师职业伦理秩序非常脆弱,既可能因律师职业的营利性而受到腐蚀,也可能因律师职业的对抗性受到权力机关的压迫。在市场机制和国家干预都不能有效维护律师职业伦理秩序时,律师惩戒制度作为共同体自律的手段和技术,成为维护律师职业伦理秩序的最有效方式。律师惩戒制度通过防止营利动机对律师职业伦理的腐蚀、抵御国家权力对于律师职业伦理的威胁来维护着律师职业伦理秩序。所以,律师惩戒制度是律师职业功能的保障性制度,律师惩戒制度的完善程度深刻影响着律师职业功能的发挥程度。新时代人民群众的法律服务需求更加强烈,律师职业功能更加凸显,律师惩戒制度的完善也就更加迫切而重要。

## 二、我国律师惩戒体系

### (一) 律师惩戒的含义

在现代社会,“惩戒”的具体含义是指“管理者凭借权力,利用惩罚手段,旨在纠正、控制或影响下属的与组织要求相悖的行为”<sup>[2]</sup>。律师惩戒属于管理律师的事务和技术手段。律师执业行为的规范性质的可分

收稿日期:2018-03-27

基金项目:全国律协研究课题“律师惩戒制度研究”(项目编号:2017ZD001)

作者简介:朱德堂(1968—),男,江苏盱眙人,一级律师。研究方向:律师法学。

为法律规范和职业伦理规范。当律师的执业行为违反法律规范时,国家机关运用强制力追究其法律责任来实施制裁,从而体现国家意志;如果律师的执业行为违反了职业伦理,享有管理权的团体或机关对其惩戒来保障律师职业伦理秩序。

我国律师制度是由国家通过立法创设,职业诞生时并无自发形成的职业自治团体和行业自律规范。所以,我国律师的执业规范首先由法律规定,由此导致法律规范与职业伦理规范、律师的法律责任与伦理责任不分,法律制裁与伦理制裁不分。因此,我国律师惩戒,包括了法律制裁和纪律制裁。

## (二)我国律师惩戒体系的构成

根据现行法的规定,我国律师惩戒体系如下:

### 1.刑事司法惩戒

《律师法》第四十九条规定,律师在 9 项违法行为中构成犯罪的,应当追究刑事责任。律师在执业过程中可能构成的犯罪有行贿罪,介绍贿赂罪,故意或过失提供虚假证明文件罪,辩护人、代理人毁灭、伪造证据或妨碍作证罪,扰乱法庭秩序罪,煽动暴力抗拒法律实施罪,煽动分裂国家罪,煽动颠覆国家政权罪和诽谤罪,故意泄露国家秘密罪或者过失泄露国家秘密罪等。

### 2.民事司法惩戒

《律师法》第五十四条规定,律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。

### 3.行政惩戒

《律师法》第四十七条至第五十一条规定,司法行政机关有权对律师、律师事务所实施警告、罚款、没收违法所得、暂停执业、吊销律师执业证、停业整顿、吊销律师事务所执业证等制裁措施。

另外,我国证券监管机构依据《证券法》第二十三条等规定,可以对提供证券法律服务的律师事务所和律师实施行政处罚。

### 4.行业惩戒

《律师法》第四十六条第一款第(六)项规定,律师协会应当履行对律师、律师事务所奖励和惩戒的职责。律师协会依据《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》对于律师和律师事务所实施训诫、警告、通报批评、公开谴责、中止会员权利、取消会员资格等六类惩戒措施。

## (三)我国律师惩戒体系存在的问题

### 1.司法行政惩戒与行业惩戒职责不清,律师惩戒率低

我国律师的违法违规行为由司法行政机关与律师协会分别各自处置。司法行政机关的行政惩戒权与律师协会的行业惩戒权存在着范围上的重叠,在惩戒效果上并无实质性区别。对同一违规行为究竟是适用纪律处分还是行政处罚容易产生“两头管”或“两不管”的混乱。

司法部公布的数据显示,2017 年,司法行政部门共对 48 家律师事务所和 194 名律师作出行政处罚,对 95 家律师事务所和 417 名律师做出行业处分。而截至 2017 年底,全国共有执业律师 36.5 万多人,共有律师事务所 2.8 万多家,受到惩戒的律师和律师事务所仅占到总数的 0.17% 和 0.29%。这些数据说明,我国有大量律师违规行为没有受到惩戒机构的关注,律师惩戒制度的惩治违纪行为、净化律师队伍的作用没有得到充分发挥。

### 2.刑事司法惩戒缺乏社会权力制约,容易成为职业报复的工具,律师职业功能受到抑制

为了履行职业使命,律师在刑事诉讼和行政诉讼中与握有公权力的对手在法律程序中对立和竞争。这种与国家权力间存在的竞争关系就有可能招致职业报复。国家机关如果在法律程序中处于劣势,就会以刑事惩戒来威胁律师。我国具有“厌讼”的文化传统,所以无论是从刑事立法还是刑事司法,“对律师的刑事惩戒热情和力度超过纪律惩戒。”这就形成了我国律师职务入罪面广、入罪门槛低、入罪率高的局面。广大律师在刑事惩戒的威胁面前用脚投票,直接导致我国刑事辩护率和行政代理率一直处于较低的水平,律师保障人权的职业功能受到极大抑制。

2016 年 12 月 12 日,聚法网发布《全国刑事案件律师辩护率大数据报告》。该报告对 2014 年 1 月 1 日至 2016 年 12 月 8 日全国范围内的刑事案件裁判文书分析后得出我国刑事辩护率为 14%。另一项对 2013 年全国律师代理刑事、行政案件情况的统计分析显示,刑事案件辩护率仅为 19.31%,行政案件代理率为 19.39%(表 1)<sup>[3]</sup>。这说明广大律师离开了为人民辩护的主战场,人民获得辩护的宪法权利难以有效实现。尽管我国正在进行刑事案件全覆盖的试点,但只有律师惩戒制度完善后,律师不再面临刑事惩戒的

压力,才能使律师行业更好地发挥职业功能。

表 1 2013 年律师刑事辩护率与行政诉讼代理率 件

	刑事	行政
一审案件	971 567	123 194
二审案件	105 514	35 222
再审案件	2 826	1 312
合计	1 079 907	159 728
律师代理案件	208 567	30 973
辩护率/代理率	19.31%	19.39%

3.行业惩戒处于辅助地位,缺乏独立性,行业自律功能没有充分发挥

我国律师制度自 1980 年恢复重建后,并没有律师惩戒规定。1992 年颁布的《律师惩戒规则》规定了司法行政机关对于律师的惩戒权;1996 年《律师法》没有直接规定律师协会的惩戒权,只是粗略地规定“律师协会按照章程对于律师给予奖励或者给予处分。”2004 年司法部颁发的《关于进一步加强律师监督和惩戒工作的意见》,赋予了律师协会的“行业自律规范和行业处分规则的制定权、检查监督权、对于律师和律师事务所的违纪违法行为受托调查权和行政处罚建议权、接受当事人委托投诉调查处分权。”至此,在当事人投诉的情况下,律师协会获得了独立行使调查处分的律师惩戒权。

2008 年《律师法》规定律师协会的职责包括“制定行业规范和惩戒规则,对律师、律师事务所实施奖励和惩戒。”全国律协 2013 年以律发通〔2013〕15 号文下发《关于进一步加强和改进律师行业惩戒工作的意见》,就行业惩戒的意义、工作机制、工作水平、监督指导等内容作了规定,并形成了我国律师协会行业惩戒的制度框架。2017 年全国律协下发修改后的《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》(以下简称《处分规则》),行业惩戒制度更加完善。尽管如此,律师协会的行业惩戒仍然处于辅助性角色,缺乏独立的地位。这突出表现在以下方面:第一,律师协会缺乏专属的、排他的惩戒权限。行业惩戒的违纪情形,也同时属于行政处罚的范围,并且惩戒效果重合,如行政处罚中的警告与纪律处分中的训诫、警告、通报批评、公开谴责惩戒措施。如果针对同一违纪事由,司法行政机关与律师协会同时做出效果相当的惩戒措施,不仅仅构成惩戒资源的浪费,而且直接影响行业惩戒的

积极性和权威。第二,律师协会的部分惩戒措施依赖于行政处罚的执行才能生效,行业惩戒缺乏独立的地位。如中止会员权利、取消会员资格的惩戒措施,必须取得停止执业和吊销律师执业证的行政处罚后才能产生惩戒效果。不仅如此,依据《处分规则》的规定,律师协会在做出取消会员资格的纪律处分前,应当事先向司法行政机关汇报,只有在司法行政机关同意的情况下才能给予该处分,律师协会的行业惩戒不具有完全的独立性。所以,行政惩戒与行业惩戒不仅职责范围不清,而且在惩戒体系中的地位明显不同。司法行政机关主导律师惩戒权,律师协会的行业惩戒处于可有可无的辅助地位,行业自律功能不能充分发挥。为了发挥律师协会的行业自律功能,应当构建律师协会主导律师惩戒权的制度体系。

### 三、律师惩戒制度的比较与借鉴

(一)惩戒权由律师协会单独行使,以日本、英国、法国为代表

日本律师实行高度的行业自治,不受任何政府机关的监督管理。其法定的自治组织是地方律师协会和全国律师联合会。地方律师协会设置纲纪委员会,各律师协会和全国律师联合会设置惩戒委员会。律师被认为有受惩戒的事由时,先由纲纪委员会负责调查,再由惩戒委员会审查并做出决议,最后由律师协会根据惩戒委员会的决议作出惩戒。受到惩戒的律师,可以根据《行政不服审查法》向日本律师联合会请求审查。对日本律师联合会的裁决不服的,可向东京高等裁判所提起撤销之诉<sup>[4]</sup>。

英国法院在传统上享有对律师的惩戒权,随着律师制度的发展,律师自治在英国迅速发展起来,法院逐渐放弃了对律师的惩戒权,只保留对律师协会惩戒权的监督权。

法国与日本类似,但鉴于律师协会集调查权和决定权于一身的弊病,根据欧盟律师联盟的要求,法国准备将律师惩戒调查权和决定权分离,调查权仍由律师协会行使,惩戒决定权移交法院,变目前的行业惩戒为司法惩戒。具体做法是,在上诉法院设立律师惩戒法庭,其成员由律师和法官共同组成,做出的裁决为司法判决<sup>[5]</sup>。

(二)惩戒权由律师协会和法院共同行使,以美国、德国、中国台湾地区为代表

在美国,对律师的管理主要是通过律师协会和法

院的共同协作来实现的。律师协会与司法机关之间分工合作、相互制约。美国的法院无法单独处罚律师,美国各州的律师协会享有律师惩戒的调查权,在对违纪律师惩戒前需要由职业律师组成的听证席向州最高法院提出惩处建议,由法院采取准司法程序审理,最后惩戒决定经法院签署后才能生效。并且法院裁判的依据是律师协会制定的律师行为规范<sup>[6]</sup>。并且,美国法院的法官普遍具有律师执业经历,可以说美国律师惩戒的全过程中体现了权力制衡的理念。

在德国,律师协会的惩戒权十分有限,仅限于轻微违规行为。律师对惩戒不服的,先向律师协会设立的申诉委员会申诉,对复核决定不服的,也可以向法院起诉,其程序类似于刑事诉讼。除了轻微违规行为外,律师协会对其他行为既不享有调查权又不享有决定权。德国律师惩戒的起诉权全部由检察官垄断,由专门的律师名誉法院管辖。其中,地方纪律法庭的庭址设在律师协会,由 3 名执业律师组成;州律师纪律法庭由 3 名执业律师和 2 名职业法官组成;联邦律师纪律法庭由职业法官组成。纪律法庭组成人员中的执业律师由律师协会理事会提名,司法行政部门任命<sup>[5]444-471</sup>。但是,德国律师协会拥有律师纪律法庭法官的提名权,而且地方纪律法庭的法官全部由执业律师担任。因此,德国律师惩戒是律师协会主导并与法院相结合的惩戒制度。

我国台湾地区的律师惩戒机构是内设于法院的非常设机构,由律师惩戒委员会和律师复审委员会两级构成。律师惩戒委员会任期 1 年,委员由 3 部分组成:一是由高等法院院长指定法官 3 人,二是高等法院院长函请高等法院检察署指定检察官 1 人,三是律师公会推荐律师 5 人,共计 9 人。委员长由委员互选产生。律师惩戒复审委员会委员也是由三部分组成:一是由最高法院院长指定法官 4 人,二是最高法院院长函请最高法院检察署指定检察官 2 人,三是律师公会推荐律师 5 名、学者 2 名,共 13 人。复审委员会是二审机关即终审机关<sup>[7]</sup>。律师公会享有两级委员会多数委员的推荐权。所以,台湾地区律师惩戒制度是律师公会主导并与法院相结合的制度。

纵观域外律师惩戒体制,结合我国律师惩戒实践,可以看出:首先,在多数国家,律师协会的行业管理活动普遍受到司法审判的监督 and 制约,而我国律师

管理较注重行政权力对行业协会的直接监督和指导。其次,西方主要国家,惩戒权多由律师协会单独行使或由律师协会和法院共同行使。而我国惩戒权的配置向司法行政机关倾斜。最后,无论是行业协会惩戒还是司法惩戒,从人员构成上看,律师职业均对惩戒保持较高的参与度,我国律师惩戒除行业处分外,均未能在其他程序如司法惩戒和证券违规行为的行政处罚中允许律师协会参与。

#### 四、完善我国律师惩戒体系的几点建议

针对我国律师惩戒体系存在的问题,笔者认为,完善我国律师惩戒体系需要重点关注以下几个方面。

##### (一)赋予律师协会独立惩戒权和联合惩戒权

1.对于除吊销律师执业证以外的惩戒,由律师协会独立行使惩戒权

将对律师的一般惩戒措施的行政处罚权授权给律师协会独立行使。这样可以起到将司法审查范围扩大至律师自治领域的作用,对律师协会惩戒结果不服的,可以直接对律师协会提起行政诉讼。司法行政部门对律师协会的管理活动只进行原则上的指导和个案的监督。律师协会对于行业违规行为“挺在前面”,实现司法部门宏观管理下的行业自律。

2.对于取消律师资格的特别惩戒措施,由律师协会联合司法行政机关行使惩戒权

取消律师资格的惩戒措施,其性质最为严厉,故称之为特别惩戒措施。我国律师执业资格准入实行行政许可,故吊销律师执业资格的权力也必然归属于司法行政机关。2017 年 1 月 8 日通过的《会员违规行为处分规则(试行)》第十七条规定,省、自治区、直辖市律师协会拟对会员做出取消会员资格的纪律处分决定时,应当事先建议同级司法行政机关依法吊销该会员的执业证书。依此规定,先由司法行政机关吊销律师执业证后,才由律师协会取消会员资格。但是,司法部、全国律协在 2017 年 7 月 4 日下发的《关于进一步加强律师惩戒工作的通知》第一条规定,对律师违法违规行为原则上先由律师协会做出行业惩戒,再由司法行政机关依法依规给予相应行政处罚。在对律师实施特别惩戒措施时,行业自律的管理体制要求律师协会起主导作用。所以,司法行政机关应当依据律师协会所作出的取消会员资格的决定吊销律师执业证书。

(二)对于刑事惩戒和其他行政惩戒,赋予律师协会参与权

1.律师在执业过程中受到刑事追究的,通过行业处分与刑事诉讼程序的衔接赋予律师协会参与权

“作为对律师违规行为的最后一道屏障,律师依法承担刑事责任对于督促律师遵纪守法,维护当事人的合法权益具有重要的意义。”<sup>[1]286</sup>在程序方面,为了保障律师免受不当的刑事惩戒,应当在侦查阶段就赋予律师协会参与权和知情权,允许律师协会惩戒委员会协同相关部门对案件进行调查和听证,听取被调查会员的意见,结合专业知识,出具构成或不构成行业违规、刑事犯罪的意见书,随案移送至公检法机关。如果认为律师行为不构成犯罪的,律师协会还应当派

员作为辩护人出庭为其辩护,维护律师执业权利。

2.证监会对违反证券法律业务规定的惩戒,律师协会享有参与权

前已述,中国证监会依据《证券法》等规定对提供证券法律服务的律师事务所和律师实施行政处罚,但由于缺乏沟通机制,律师协会对此惩戒一直未能有效参与。“行业组织能够集中代表全行业成员集体利益,并将它们有效地传达给政府,对政府的决策产生实质性的影响。通过行业组织这一中介,公民可以更真实、更有效地参与和影响并监督政府的活动。”<sup>[8]</sup>律师协会对律师证券法律业务中的违规行为惩戒缺位,损害了律师行业自律体制的完整性,所以,律师协会也应当参与到证券监管程序中。

参考文献:

- [1] 陈光中.律师学[M].北京:中国法制出版社,2004:70.
- [2] 车文博.心理咨询大百科全书[M].杭州:浙江科学技术出版社,2001:505.
- [3] 中国法律年鉴编辑部.中国法律年鉴[M].北京:中国法律年鉴出版社,2014:1133-1135.
- [4] 何家弘.中外司法体制研究[M].北京:中国检察出版社,2004:378.
- [5] 张迎涛.律师协会惩戒权比较研究[J].公法研究,2009(00):449-455.
- [6] 石毅.中外律师制度综观[M].北京:群言出版社,2000:328
- [7] 姚秀兰.台湾、香港律师惩戒制度比较研究[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2002,19(2):59-65.
- [8] 黎军.行业组织的行政法研究[J].行政法论丛,2001,4(1):53.

## Perfection of Lawyers' Disciplinary System in the New Era

ZHU Detang

(Nanjing Office, Deheng Law Firm, Nanjing 210019, China)

**Abstract:** Perfecting the lawyer's disciplinary system is one of the keys to safeguarding the professional function of lawyers in the new era of China. At present, the lawyer's disciplinary system has some problems such as unclear responsibilities, lack of social power constraints, and lack of disciplinary independence in the industry. Drawing on the experience of foreign countries' lawyer disciplinary system, judicial disciplinary and lawyer participation, it's suggested that lawyers' disciplinary power should be redistributed, the independent disciplinary power, joint disciplinary power and disciplinary participation rights should be given to the lawyers association respectively in terms of different disciplinary measures.

**Keywords:** new era; lawyer; professional function; disciplinary system

[责任编辑 叶甲生]