

思考律师行业不正当竞争问题 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_80_9D_E8_80_83_E5_BE_8B_E5_c122_483156.htm 不正当竞争是伴随着商品经济竞争的产生而出现的的不当行为，作为一个法律概念，最早见于1883年的《保护工业产权巴黎公约》，该公约规定：“凡在工商活动中违反诚实经营的竞争行为即构成不正当竞争行为。”我国的《反不正当竞争法》中将不正当竞争行为定义为经营者损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。而律师行业的不正当竞争主要是指律师或其执业机构（律师事务所）违反公平、平等、诚实、信用原则，通过不实宣传、诋毁、及低价收费等手段妨碍其他律师或律师事务所正常业务的开展，损害其合法权益，扰乱法律服务市场，扰乱司法秩序的行为。律师行业的不正当竞争与一般市场主体的不正当竞争既有联系又有区别，律师从某种角度看也是市场主体，具有市场主体的一般属性，但其与一般市场主体又有显著区别，律师不仅有维护与其签订委托合同一方当事人合法权益的义务，同时还负有维护社会主义法律正确实施的义务，因此，律师行业的不正当竞争问题不仅涉及到对法律服务市场的规范问题，还涉及到我国法治目标的实现问题，对律师行业的不正当竞争问题进行探讨殊为必要。

一、 律师行业不正当竞争的成因分析及特点

我国律师行业产生不正当竞争的深层次原因是由于律师法律地位的变化。1980年8月26日第五次全国人民代表大会常务委员会第15次会议讨论通过的《中华人民共和国律师暂行条例》(以下简称条例)将律师定位为国家的法律工作者,律师的执业机构为法律

顾问处，属事业单位。在计划经济体制下，没有真正意义上交换和流通，没有冲突和纠纷，一切问题都是预先安排的，企业或生产者没有自己的独立身份、独立意识和独立经营权益，不具有独立法律人格，这种体制下的法律或规则也不可能具有权利和义务的对等性，因为这里的法律或规则实际上是居高临下的长官意志的体现，是贯彻长官意图的工具，其目的和作用是把与权威与服从关系固定化。在计划型社会中，社会主体几乎没有独立的法律服务需求。因为行政命令将它扼杀了。律师及其执业机构行使的仅仅是国家职能，并没有参与到市场竞争中去，其经费依靠国家财政拨款并列入国家事业预算，因而也就不存在市场经济条件下的正当竞争与不正当竞争的问题。十四大以后我国开始进入社会主义市场经济建设时期，1993年12月国务院批准的《司法部关于深化律师工作改革的方案》明确提出：我国律师工作改革的总体目标是不再使用生产资料所有制模式和行政管理模式界定律师事务所的性质，应建立起适应社会主义市场经济体制和国际交往需要的，具有中国特色的，实行自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束的律师体制。律师及其执业机构的法律角色逐步由国家职能的执行者向市场主体过渡，律师行业被逐步纳入了社会主义市场经济的行列，律师通过自己的知识、技能为当事人提供法律服务，当事人则通过给付金钱的方式向律师支付酬金，律师与当事人之间达成的这种双向合意的社会契约行为实质上是一种商业行为，从这点来看，律师及其执业机构与一般的市场主体并没有什么区别，在某种意义上说律师也是商品生产者和经营者，只不过其提供的商品是无形的，是一种智力成果。作为受市场利益驱动的主体

，为了追求利益的最大化，律师及其执业机构之间的竞争便不可避免，在竞争的同时也必然伴随着不正当竞争。随着1996年的《律师法》的颁布，律师在市场经济体系中的法律地位得到了进一步明确，即律师是为社会提供法律服务的执业人员。律师已不再是依托国家权力机器的强制职能的执行者，律师履行职责的方式是一种基于非强制性的双向选择基础上的法律帮助方式。因此，由以上分析可知，律师行业由不存在竞争到不正当竞争的加剧其深层次原因是由于我国社会主义经济体制的转变导致律师法律地位的改变所致。除了以上深层次的原因外，律师行业的内、外部机制及其所处的环境对该行业的不正当竞争也有一定的推波助澜作用，这些内、外部机制主要包括以下几点：(1)兼职、特邀律师的存在是导致现阶段律师行业不正当竞争的一个主要原因。在我国，由于律师资源的一度紧张，导致兼职、特邀律师的出现并与专职律师在较长时期内并存，从现阶段来看，我国的兼职或特邀律师绝大部分是一些高校法律教师及司法机关的离、退休人员，这些人员与司法机关存在千丝万缕的联系，（如高校法律教师与一些法官往往存在师生关系，司法机关的离、退休人员往往曾在原司法机关担任要职等），他们所具有的双重或多重特殊身份使得他们较其它律师有更多的案源以及“胜诉”的机会，另外，兼职、特邀律师与专职律师相比具有较大的松散性和随意性，较难受到严格、规范的专业管理，这也在一定程度上造成了律师服务市场管理的无序和混乱局面。从国外律师业来看，西方国家的从业律师大多为专业律师，不允许其他形式的存在。为此，有学者提出了取消兼职、特邀律师的观点，笔者对此表示认同；(2)相关的

法律、法规对律师及其执业机构的不正当竞争行为缺乏统一、明确的规范，没有统一的组织机构对其不正当竞争行为进行监督和管理，从而导致律师行业的不正当竞争虽然在较大的范围存在但仍没有受到足够的重视的局面。(3)外部相关体制的不合理导致律师行业不正当竞争行为的存在。如在税费制度上，对律师事务所征税时倾向以企业定性，实行高税率，而在物价上制订收费标准时又倾向以事业单位定性，实行低收费，又由于各地在税费标准上存在差距，从而导致一些律所采取规避法律的手段实行不正当竞争。即先在实行较低税率的地区注册，然后在经济发达、高税率的地区设立分所营业，以逃避税收；(4)社会的整体导向以及当事人的价值取向促使律师将追求胜诉作为办理案件的目标，社会整体导向是能打赢官司的律师才是好律师，当事人也正是基于此种价值取向来选择委托律师。为了胜诉，一些律师及律所不得不动用各种手段、通过各种途径进行不正当竞争；因此，律师行业的不正当竞争与当前的社会风气也有较大关系。从目前来看，律师行业的不正当竞争主要有以下特点：(1)不正当竞争行为主要发生在一些经济发达的大中城市和沿海地区；在这些地方，由于律师及律所比较集中，众多的律师及律所为了争夺有限的案源，必然会采用各种不正当手段争抢业务，排挤同行；(2)不正当竞争手段多样化且具有隐蔽性。1995年司法部虽然发布了《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》(以下简称《规定》)，但由于对律师行业不正当竞争行为的界定不明导致现实中存在的一些不正当竞争行为并未纳入不正当竞争之列，现实中不正当竞争手段呈多样化的特点。如《规定》中对律师及律所的广告宣传问题缺乏详细

规定，导致律师界利用各式广告进行不正当竞争的事例比比皆是，一些虚假及夸大的宣传混淆视听，误导当事人，严重损害了律师在广大人民群众心目中的形象，也扰乱了法律服务市场的秩序。而前述的因兼职、特邀律师的存在所导致的不正当竞争则具有较大的隐蔽性。

二、禁止律师行业不正当竞争的必要性

(一) 是规范律师行业秩序的需要 律师行业作为市场经济体系中的一部分，必须遵循市场规律，市场规律要求市场主体在商品交换过程中应遵循公平、平等、诚实信用、公开和效益原则，否则各行其是必然导致混乱。社会主义市场经济维护和促进平等、公平竞争，反对不正当竞争和垄断。不正当竞争作为正当竞争必然伴侣，在客观上将引起资源配置背离价值规律，造成资源流向的不合理，使市场机制不能正常地发挥作用，从律师行业来说，律师及律所的一些不正当竞争行为，如无正当理由，以在规定收费标准以下收费为条件吸引客户的行为是严重背离市场价值规律，市场价值规律要求商品依据其价值进行等价交换。一些引人误解的虚假宣传行为从本质上来说也属于欺骗性交易行为，其结果将造成法律服务市场的混乱，使当事人无法选择正确的选择法律服务，其合法权益由于缺乏正确的法律指导将得不到及时、合法的维护，另一方面一些高素质的律师由于受不正当竞争行为的排挤，无法获得充分的案源，无法施展才能，为了在法律服务市场的竞争中生存，最终或许也将走上不正当竞争之路，其结果将导致律师业务素质的下降，使律师在广大人民群众中的整体形象受损，因此，禁止律师行业的不正当竞争是规范律师行业秩序，保证法律服务资源的合理配置，提高律师的整体业务素质的需要。

(二) 是维护法律正确实

施、保证我国法治目标实现的需要 十五大明确提出我国社会主义法治的目标是依法治国、建设社会主义法治国家，社会主义法治目标的实现有赖于有法可依、有法必依、执法必严、违法必究原则的贯彻。就律师行业而言，虽然律师不再是国家法律职能的执行者，但其仍承担维护法律正确实施根本任务。律师的根本任务有两层含义：(1)律师及其执业机构自身必须严格依法办事；(2)律师有责任敦促执法机关和当事人严格依法办事。律师根本任务的实现是我国法治目标实现的重要环节。因此，律师在其执业过程中若实施诸如故意诋毁其他律师或律师事务所声誉、故意在当事人与其代理律师之间制造纠纷等不正当竞争行为的，其本身就是违法行为，不仅无法实现律师的根本任务，而且是严重破坏社会主义法制建设的行为，另外，律师利用其兼有的其他身份(如以前曾在行政、司法部门担任过领导职务或与现任行政、司法部门领导有特殊关系的)在法律服务市场进行不正当竞争的行为将严重干扰我国司法机关依法独立行使审判、检察权，是对“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法治原则的践踏，因此，禁止律师行业的不正当竞争是律师及其执业机构严格依法办事的要求，是由律师的根本任务决定的，禁止律师行业的不正当竞争对于司法机关排除干扰、依法独立办案、保证法律的正确适用有重要意义。从根本上来说，禁止律师行业的不正当竞争是保证我国法治目标实现的需要。(三)是参与国际竞争的需要 市场经济是开放经济，它一方面要求建立统一开放的国内市场体系，另一方面也要求国内市场国际化，加入国际经济循环，实现全球范围内社会资源的合理配置，从而促进全社会生产力的发展。从法律服务市场来看

，1992年6月26日司法部、国家工商行政管理局联合颁布的《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处的暂行规定》中规定外国律师事务所未经司法部批准和国家工商行政管理局登记注册不得在中国境内设立办事处并从事业务活动；不得规避法律，以咨询公司、商务公司或其他名义从事法律服务活动；不允许外国律师直接在我国境内设立律师事务所或与中国律师联合在我国境内开设律师事务所。另外，办事处不得聘用中国律师，不得办理中国法律事务。这些规定实际上是限制法律服务市场的对外开放。但自1986年我国正式提出恢复GATT席位的申请后，为了在“复关”问题上取得有利及主动地位，我国于1991年7月对世界做出了先一步开放包括银行、广告、旅游在内的6个专业服务行业的初步承诺，1992年7月起正式开始了允许外国律师事务所在中国设立办事处的试点工作。在申请加入WTO的谈判过程中，我国已提交了服务贸易市场开放承诺单，根据承诺，中国一旦加入WTO，作为专业服务贸易领域一部分的法律服务市场将逐步开放，对外国律师业务的限制将逐步消除，国内外律师业的竞争将加剧，就两者的实力而言，国内律所无论是在服务理念和管理模式还是在办公的软硬环境方面都无法与国外律所相比，在此种情况下，本国律师及律所如果不注重提高自身素质，不注重改善软硬服务环境，仍把精力放在诸如拉关系、走后门、低收费等不正当竞争行为上，其结果必然会失去在市场中的竞争力，最终被市场所淘汰。

二、禁止律师行业不正当竞争问题的可行性探讨

禁止律师行业不正当竞争的可行性问题关键是如何将禁止不正当竞争的规范或规定在实践中付诸施行的问题。应该说我国法律理论及实务界在较早以前就对律

师行业的不正当竞争问题给予了关注，早在1995年司法部就制定了《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》，其中对不正当竞争行为做了界定，规定了不正当竞争应承担的法律责任及惩戒机构和方式，然而该《规定》在实践中绩效不佳，律师行业的不正当竞争不仅没有得到遏制，反而呈蔓延之势，时至今日，律师行业的不正当竞争问题再度成为法律理论界及实务界探讨之焦点，其核心问题仍是可行性问题，笔者认为禁止律师行业的不正当竞争可从以下几方面着手：(1)对律师行业不正当竞争行为的禁止应由立法机关制定法律规范来调整；我国律协的功能与国外律协有较大差别，如美国律协（简称ABA）有立法权，美国的律师立法是由律协而不是由政府的立法机构来进行，其制定的法律法规经各州政府的议会或高等法院通过后具有普遍的强制性。而我国律协是社团法人，是律师的自律性组织，它没有立法权，其制定的规则也不具有强制性的规范作用，仅具有行业内的一般规范和指导作用，因此，在我国仅依靠自律或由没有强制力保障的行业规范来禁止律师行业的不正当竞争只能是一种权宜之策，从长远来看，只有将其调整的层次上升到立法的层面，即制定具有普遍强制性的法律规范才能实现令行禁止；因为法律规范在道义上的公正性，在形式上和内容上的明确性、稳定性，在效力上对全社会的普适性、权威性，都是其他社会规范所无法比拟的。(2)在禁止性规范中应准确地界定不正当竞争行为的内涵及外延，尽量以明确的列举式方式规定不正当竞争行为的种类。我国1995年司法部的《规定》之所以效果不大，在很大程度上是由于对不正当竞争行为的界定不明、列举行为的外延过宽所致。如关于律师行业的广告

宣传问题，其规定不符合实际的宣传为不正当竞争，但到底哪些行为是不符合实际在实践中难以把握；而事实上一些即使符合实际的宣传也可能构成不正当竞争，如某律师与法官有亲戚关系或其它特殊的关系，某律师曾担任过法院院长或其它领导职务，这些事实都是符合实际的，而且也是现实中不正当竞争的主要途径或方法，然而《规定》将其排除在不正当竞争之外，显然不妥。(3)应完善对律师行业不正当竞争行为的法律监督机制，健全律师惩戒组织机构，建立律师惩戒委员会的办事机构。强化律师惩戒委员会的功能，严格依法追究实施不正当竞争行为的律师及其执业机构的法律责任。95年《规定》颁发后，律师行业的不正当竞争行为不仅没有得到遏制，反呈蔓延之势，其主要原因是缺乏相应的内、外部监督机制，惩戒机制不完善，如律师惩戒组织机构不健全，律师惩戒委员会功能没有得到强化。律师实务界的一些不正当竞争行为有目共睹，如关系案，人情案，但由于缺乏有效的内、外部监督机制，使得实践中对律师行业不正当竞争的检举、举报情况甚少，导致有关律师行业不正当竞争的案源缺乏，相关的法律责任及法律制裁也就无法落实，法律的强制性和权威性也无从体现。法律规范只有得到实施它才有实效，因此，要禁止律师行业的不正当竞争，保证律师行业的健康发展，工作的重点应放在如何具体落实相应的规范或规定上。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com