

行业规范制定权和律师惩戒权应归属律师协会 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__E8_A1_8C_E4_B8_9A_E8_A7_84_E8_c122_483208.htm 问题的提出 行业规范，顾名思义就是规范行业行为的规范；律师行业规范，就是指那些规范律师的执业行为、保证律师遵守法律服务的规则、切实维护委托人的权益以及树立律师职业形象的规范。在中国，关于律师行业规范制定权的归属似乎不存在问题。但是，情况并非如此。中华全国律师协会1996年制定了《律师职业道德和执业纪律规范》，1998年又制定了《律师办理刑事案件规范》。这两个《规范》都是典型的行业规范，它不仅是律师执业行为的依据，而且，也是全国律师资格考试的法律文件之一。对此，似乎早已成为广大律师甚至包括律师行政主管部门都认可的现象，少有人提出异议。而实际上，现行《律师法》第四十条赋予律师协会的七项职责，如：保障律师依法执业、组织律师培训、调解律师执业纠纷等等，其中并没有行业规范制定权。那么，律师协会行使这项权力的法律依据是什么？司法部早在1993年就以第30号令形式颁布了《律师职业道德和执业纪律规范》，至今司法部并没有明令废止。但是，各地一年一度的律师职业道德和执业纪律评查活动中要求律师学习和遵守的却是中华全国律师协会1996年制定的《律师职业道德和执业纪律规范》，那么，律师协会制定的规范取代司法部部门规章的依据又是什么呢？律师协会制定的这些行业规范究竟有没有法律效力呢？究竟能否起到约束律师行为的作用呢？如果回答“不能”，好象不近情理，但是，如果回答“能”，又不符合实际情况。

因为对于律师违反《律师职业道德和执业纪律规范》的行为，律师协会没有惩戒权。虽然，中华全国律师协会制定的《律师会员处分规则》中也规定，律师违反职业道德和执业纪律有可能受到训诫、通报批评、取消会员资格的处分，但是。这个《规则》也没能发挥实际的效用。司法行政部门在行使惩戒权的时候，也没有把律师协会制定的《规范》作为处罚依据，而是依据《律师法》和司法部的部门规章《律师违法行为处罚办法》的规定对律师进行处罚，那么，律师协会制定行业规范的效力和价值又是什么呢？难道只是一种示范吗？这显然不是律师协会制定行业规范的初衷，也非律师行政主管部门的意图。不仅如此，据悉，全国律师协会还正在组织起草“律师执业避免利益冲突规则”、“律师办理民事经济诉讼案件规范”等行业规范，这些规范也将面临同样的尴尬。提出的问题 律师协会在行业规范制定问题上的这种尴尬境地，反映出中国律师业管理体制方面存在的问题，主要表现为以下三个方面：（一）中国的律师业究竟应该采取什么样的管理体制，这个问题急待研究和解决。律师实行自治管理，几乎是世界各国的通例。但是，我国的《律师法》没有很好地回答这一问题。《律师法》只规定“国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导”，“律师协会是律师的自律性组织”。自律性组织并不当然的拥有行业规范制定权和律师惩戒权。在《律师法》颁布之前，司法部1993年制定并经国务院批准的《关于深化律师工作改革的方案》为律师管理体制设定的目标是“建立司法行政管理与律师行业管理相结合的管理体制”。《方案》的制定和实施虽然在《律师法》颁布之前，但是，这种界定

似乎得到了律师行政部门和律师行业组织的认可（很多人也认为得到了《律师法》的认可，其实，《律师法》对此的规定是不明确的），各方也在为此而努力。这种情况的存在恐怕有两方面的原因，一方面表明主流政治力量对律师的自治和自律能力还不信任；另一方面，律师队伍自身还存在一些问题，如，律师协会的地位、律师协会的工作机构设置及人员待遇、律师整体的素质和道德水准、律师对于律师问题的研究热情以及研究和解决的能力等等。那么，究竟采取什么样的管理体制有助于这些问题的解决，有助于律师业的健康发展，难道中国的律师真的没有能力自己管理自己？1998年全国律师协会制定的《律师办理刑事案件规范》，一共十二个章节，长达189条，体系之完整，内容之详尽，反映出律师自己对自己事务的高度关注和较强的管理能力，还有正在起草中的“律师执业避免利益冲突规则”、“律师办理民事经济诉讼案件规范”等行业规范，都表现出律师自己管理自己的优势。还有2000年重庆“依法维护律师执业权益座谈会”上的冷静思考（会上不再有声泪俱下的诉苦和声讨，而代之以新世纪中国律师的执业选择、风险防范、寻求立法公平、司法改革等冷静思考）、日航风波圆满解决过程中中国律师表现出的大度、沉稳和智慧，还有北京律师协会今年制定的体系较完整的具有国际化水准的《北京律师执业规范》等等，这一系列的现象都说明中国律师已经逐步走向成熟。近几年律师协会在律师界的对外合作与交往中也日益发挥出越来越大的作用，同时，也显示出律师队伍中拥有相当的人才和相当的外交能力，这一切都说明中国律师已经初步具备了自我管理的能力。因此，笔者认为，由最熟悉自己事务、最关

切自己行业命运的律师所组成的律师协会进行自治性管理应该更有利于律师业的发展。（二）在由司法行政管理向行业自治管理过渡的过程中，应该如何界定司法行政部门和律师协会的管理权力，也就是说，律师业的管理权在司法行政部门和律师协会之间如何进行合理的分配。笔者不反对在一定时期内，采取“司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理体制”。但是，这里存在的问题是，在这种管理体制下，司法行政机关和律师协会各自的权力如何界定。非行政色彩的及事务性的工作交由律师协会管理或承担，无论在理论上，还是实践上，似乎都不存在什么问题。律师管理权在司法行政部门和律师协会之间进行合理分配的难点在于，对律师管理权中的行政性质的权力，哪些适宜于律师协会行使，哪些适宜于律师行政管理部门行使，这应该从律师的性质和职能、律师行业自身发展的规律等方面进行研究和考虑。本文只意在对行业规范制定权和律师惩戒权的归属进行探讨，无意对律师行业管理中的所有行政权力的归属进行区分和分配。司法部1993年制定的《关于深化律师工作改革的方案》对律师管理体制进行了阶段性的设计，并对律师行政管理部门和律师行业组织的权力进行了划分。但是，在这个《方案》中没有提到行业规范制定权的问题。实际执行中，律师行政管理部门和律师行业组织都在行使行业规范制定权，如，司法部1995年制定的《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》就是典型的行业规范。尽管这几年律师界对于律师管理体制的问题，在认识已经有了很大的解放，以至与律师们包括司法行政部门似乎都默认了律师协会在没有法律授权的情况下制定的一系列行业规范，但是，行业规范制定权的

归属问题，无论是在理论上，还是在立法上，并不明确。从律师协会近几年制定的行业规范的数量和质量来看，尤其是从中华律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》与司法部制定的《律师职业道德和执业纪律规范》的比较看，律师协会制定行业规范的优势是显而易见的。这是因为，律师协会的领导本身就是律师，而且，是律师中的佼佼者，较之国家行政人员更熟悉律师的执业活动及其执业规律、对维护律师职业形象的重要性有更深切的体会，所以，他们组织制定的行业规范更能代表律师的整体利益和意愿，更能反映律师的执业规律和执业活动的要求。因此，由律师协会实施行业规范制定权更有利于律师行业的健康发展。

（三）律师协会的权力来源问题。之所以提到这个问题，是因为律师代表大会通过的《中华全国律师协会章程（1995年和1999年）》中规定的律师协会的职责中有制定律师行业规范这一项。那么，行业规范制定权是一种什么性质的权力，可否由律师代表大会赋予律师协会呢？根据《律师法》的规定，律师协会是律师的自律性组织。作为自律性组织，它的一部分管理权力来自律师代表大会，即律师协会可以通过律师代表大会取得对律师行业进行管理的部分权力，如章程中规定的举办律师福利事业、宣传律师工作、出版律师刊物等等，但是，对于具有行政管理性质的管理权力应该通过立法授权方能拥有。律师行业规范制定权和行业规范的监督实施权都是行政权力，他们是相互关联的一组权力。监督实施权或者说对律师的惩戒权具有国家强制力，无疑具有行政权力的性质；而制定行业规范的目的是指导和约束律师的执业行为，因此，行业规范制定权也具有行政权力的性质。即使将行业规范制定权

与行业规范监督实施权分开看，也可以把行业规范制定权归属与行政指导权，仍然是行政权力的一种。因此，律师协会不能通过律师代表大会取得行业规范制定权，而应该通过法律的授权方能拥有行业规范制定权。但是，即使立法授予律师协会行业规范制定权，如果律师协会不拥有行业规范监督实施权即律师惩戒权，也是不利于律师行业管理的。有人认为，因为行业规范的监督实施权具有行政强制性，所以，应该由司法行政部门拥有，而不能赋予律师协会。实际上，没有行业规范监督实施权保证的行业规范制定权是没有权威的，其制定的行业规范也不能发挥应有的效能，这样，律师协会拥有行业规范制定权就没有实际意义。事实也是如此，尽管自1993年始，司法行政部门就要求律师行业进行一年一度的律师职业道德和执业纪律评查活动，但是，在律师界不知道律师职业道德和执业纪律具体要求的人大有人在，职业道德意识淡漠也是很普遍的现象。所以，把行业规范制定权和行业规范监督实施权分割开，分别由不同的主体行使并无实际意义。问题的解决上述问题的解决，应从三个方面分别进行：首要的是修改《律师法》。在《律师法》中明确规定律师协会的管理职责，赋予中华全国律师协会行业规范制定权和律师惩戒权。同时，《律师法》在规定律师协会职责时，应区分中华全国律师协会和地方律师协会的职责，地方律师协会不宜拥有行业规范制定权。其次，律师协会对行使行业规范制定权的准备工作要尽快进行。这包括机构和人员建设以及研究工作的加强。律师协会中应有相应的机构，并有一部分既熟悉律师业务规律，又相对脱离律师业务的人员专门进行律师行业规范的调查、研究和起草工作，目前，中华

全国律师协会的机构和人员设置还不能充分满足律师行业急需制定大量的、高质量的行业规范和对律师执行行业规范情况进行强有力的监督的现实要求。再次，司法行政机关甚至包括立法决策层，也应转变观念，对律师的性质以及律师行业的发展规律要有一个准确的认识。在中国的国情下，这也许是决定律师管理体制采取何种模式的潜在的、却是关键性的因素。因此，只有从意识到立法的同步改进，从机构建设到实践的互动发展，律师协会才能合法的、实际的拥有行业规范制定权和律师惩戒权。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