

# 论司法行政机关与律师自律组织之关系

宋 刚<sup>1</sup>, 谢增毅<sup>2</sup>

(1. 北京师范大学法学院, 北京 100875; 2. 中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘 要:** 我国的律师监管体制经历了从单一司法行政管理阶段到行政管理和行业管理相结合的阶段。在不断加强和规范律师协会的行业自律管理的同时, 我们必须看到律师协会行业管理的不足。为了克服律师协会自律管理的不足和缺陷, 司法行政机关应该把管理重点从直接管理律师转变到管理律师自律组织上来, 这样才能够形成行政管理和自治管理良性互动的律师管理模式。

**关键词:** 律师管理; 行业管理; 律师协会; 自律组织

**中图分类号:** DF85      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2007)12-0197-04

## Administrative Regulation on Self-regulatory Organization of Lawyers

SONG Gang<sup>1</sup>, XIE Zeng-yi<sup>2</sup>

(1. Law School, Beijing Normal University, Beijing 100875; 2. Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

**Abstract:** The regulatory model in China on lawyers has experienced from the solely governmental regulation towards the combination of government regulation and self-regulation of lawyers' associations. The disadvantages of self-regulation should not be ignored when the self-regulation in lawyer industry is strengthened. To lessen the disadvantages of self-regulation, the major role of the government should shift from regulating the lawyers directly to the supervision over SROs. Such separation and allocation of functions will facilitate the regulatory model with the interactions of administrative regulator and SROs.

**Key words:** lawyer regulation; self-regulation; lawyer association; self-regulatory organization

### 一、我国律师管理体制之沿革

我国的律师管理体制的形成是伴随着我国律师制度的建立、取消、恢复重建这个历史逐步确立的, 主要经历了两个阶段, 即单一的司法行政管理阶段和行政管理与行业管理相结合的阶段<sup>[1]</sup>。1993年12月26日国务院批准了《司法部关于律师工作改革的方案》, 该方案规定: “从我国的国情和律师工作的实际出发, 建立司法行政机关的行政管理与律师协会管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后, 逐步向司法机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡。”自此业内称“两结合”管理体制。1995年第三次全国律师代表大会改选, 中华全国律师协会的理事会全体理事、常务理事、会长、副会长全部由专职律师担任, 司法行政机关的领导不再兼任律师协会的领导职务, 律师协会在人员组织上摆脱了与司法行政管理机构之间的“一套人马, 两块牌子”的紧密关系, 成为了独立的组织。但是, 由于长期

以来管理机构的行政化色彩, 定位于行业自律的律师协会与行政管理职能的司法行政机关之间的关系并不清晰, 本文试图对两者的关系作一探讨。

### 二、律师协会管理律师的优劣

我国《律师法》第37条明确规定: “律师协会是社会团体法人, 是律师的自律性组织。”根据《律师法》第40条的规定, 律师协会的职责包括: “进行律师职业道德和执业纪律的教育、检查和监督”, “调解律师执业活动中发生的纠纷”, “按照章程对律师给予鼓励或者给予处分”。可见, 法律赋予律师协会自律监管 (self-regulation) 的角色, 律师协会作为自律组织 (Self-regulatory organization, SRO), 在管理和监督律师遵守职业道德和执业纪律方面发挥了重要作用, 大致包括如下功能: 一是管理功能, 即协会为了维护律师的利益对律师和律所管理; 二是教育功能, 律师协会通过律师职业前的培训和执业后的继续学习, 加强对律师的教育和培

收稿日期: 2007-07-20

作者简介: 宋 刚(1977-), 男, 四川自贡人, 北京师范大学法学院讲师, 法学博士, 研究方向: 民商法学;

谢增毅(1977-), 男, 福建厦门人, 法学博士, 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

训;三是宣传功能,为了给律师职业营造更好的职业环境,组织律师加强民主法制的宣传;四是协调和保护功能。律师协会与相关的部门和组织之间加强协调沟通,为律师谋求更多的发展空间,同时也维护律师执业所应该享有的权利;五是引导功能,引导律师和律师事务所的发展和指导,为律师行业发展的战略问题和执业中的专门问题研讨,提出合理建议和有效解决途径;六是监督和惩戒功能,律师协会对律师职业行为和律所管理活动进行监督检查,处理违反职业道德的律师;七是激励功能,律师协会通过选拔、培养、奖励优秀律师,并对管理规范、珍视职业声誉的律所进行奖励;八是沟通功能,律师协会的成员是所有律师,因此对内可以成为律师之间交流的很好平台,对外能够广泛开展国际交流合作<sup>[2]</sup>。

虽然律师协会的功能十分广泛,且涉及到律师执业的各个方面。但是,从律师协会的性质上看,它仅仅是一个行业自律组织。自律(self-regulation)一词,从字面上看,指由行业自身制定和执行一套伦理道德制度(ethical system)。自律的潜在含义是行业自身在自律方案的制定和执行中同时充当立法者和法官的角色<sup>[3]</sup>。与其他自律组织一样,律师协会的自律相比政府的直接管理或者监督,具有明显的优势,但也存在先天的不足。

#### (一) 律师协会自律的优势

首先,自律可以解决法律无法涉及的事项或者范围。法律或者行政法规难以对律师的执业行为进行全面的规范,也无法将那些属于商业伦理道德的规范全部纳入其中,而自律组织的规范可以延伸到法律法规无法涉及的领域。“SRO 和其监管的个人和机构之间的契约关系(contractual relationship)是强有力的,它可以覆盖全球,超越国家的界限,能够触及那些法定权力无法涉及的领域。”<sup>[4]</sup>同时,作为律师的自律组织,律师协会对律师的执业环境和律师的业务实践与政府官员和司法官员相比有深入的了解,因此,律师协会更清楚什么事情可能发生。如果律师的执业环境和业务范围发生变化,律师协会可以通过修改它们的规则应对环境的变化,也可以对监管出现的问题做出更为快速的反应。政府组织难免具有官僚体制,规则的制定和执行中的僵化会阻碍它们的创新以及对环境突变做出快速的反应。

第二,律师协会作为监管者出现,将提高监管机构的知识、专业水平和经验以及监管的有效性。律师协会的管理层本身就是律师,他们熟悉律师的业务,熟悉律师和当事人以及司法机关的业务关系,因此,更清楚律师与当事人、律师与司法机关、律师之间可能出现的问题以及他们彼此之间应有的职业道德和执业纪律规范。监管机关自身的专业性是监管有效性的重要前提。

第三,律师协会参与制定律师的执业规则,相比外部监管者具有更广泛的合法性。规则由本行业的同行制定而不是由外部监管者强加,对市场参与者来说具有更高的合法性(legitimacy)<sup>[5]</sup>。自律规则更容易被监管对象所接受,因此也更容易得到遵守。而且,律师也有强烈的动机确保整

个律师行业的健康发展和整体形象。

此外,由自律组织决定的政策与由政府监管者制定的政策相比,更不易受到政治的影响。

#### (二) 律师协会自律的不足

第一,律师协会作为自律组织有可能放松对其成员的自律监管。自律的先天不足是“自己监管自己”;律师协会的管理层也是其监管的对象,在许多场合,存在监管者和被监管者身份的场合和利益冲突,因此,律师协会放松对其成员的监管也就可能发生。

第二,律师协会作为行业组织,可能为了自身利益而牺牲公众利益。律师业作为一个行业,有本行业特殊的利益,维护本行业的利益或者某一集团的利益是律师协会本身固有的重要动机。因此,作为行业组织,律师协会有可能为了维护本行业自身的利益或者维护其成员的利益,牺牲公众利益,例如,制定对客户不公正的行业规则;为了维护本行业的声誉包庇或者没有严格执行自己制定的规则。

第三,律师协会作为自律组织,自律监管缺乏足够的监管手段和强制力。律师协会的法律性质在我国属于社会团体,并不具备行政机关那样的行政执法权限,监管的强制力和权威性也受到影响。

正因为自律组织的自律具有上述的优缺点,一方面,法律应当承认律师协会的自律组织地位并赋予一定的自律监管权限;另一方面,律师协会又不能是完全自律、不受监督的自律组织,律师协会的自律监管行为应当受到监督,以克服自律组织的缺陷。

#### 三、自律组织地位的强化与司法行政机关的监督

从上述理论出发,尽管《律师法》第 37 条承认律师协会是律师的自律性组织,《律师法》第 39 条也规定“律师协会按照章程对律师给予鼓励或者给予处分”,需要注意的是,根据此规定,律师协会处分律师的依据仅仅是“按照章程”,这在理论上是符合律师协会自治团体的定位,因为当律师加入律师协会的时候,实际上就是签订了以律师协会的章程为内容的协议,也正是这个协议才是律师协会对律师进行管理的合法性基础。如果律师没有加入律师协会,律师协会章程对其就没有约束力,那么通过律师协会管理律师和律师事务所的意图就难以在制度上得到保障。

律师协会并没有被法律明确赋予制定具有普遍效力的行业规则的权力,司法行政机关依然在实际上独占着对律师的管理权。在律师和律师事务所管理中最为重要的内容——处罚方面,司法部于 2004 年 3 月 19 日发布的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》,该办法对律师违反职业道德应该承担的责任作了大量细致且明确的规定。而与之相对照的是中华全国律师协会于 2004 年 3 月 20 日颁布的《律师执业行为规范(试行)》中“执业处分”一章仅仅占全文 190 条中的七条。可见,在律师协会的行业管理和律师的行政管理方面,两者还没有明确的分工,权责不明。

事实上,律师的职业道德和执业规范,都需要律师协会通过制定规则的形式给予公布和实施;律师协会对律师的鼓励和处分也必须通过发布规则,而不能完全依靠律师协

会的章程。而且章程的制定或者修改必须由会员大会制定,并报司法行政部门备案,制定和修改的程序较为繁琐。由此,有必要在法律上明确赋予律师协会制定行业规则的权力,这是确保律师协会发挥作用,尤其是在规范律师的执业行为,规范律师的职业道德和执业纪律等多方面发挥作用的重要条件。

另一方面,在强化律师协会自律权限的同时,为了克服律师业自律组织的缺点,防止自律组织在制定和执行规则,包括有关律师职业道德和职业纪律规则时只顾行业本身利益,损害公共利益,司法行政机关对律师协会的监督是必要的。我国《律师法》第4条规定,“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。”但《律师法》并没有明确司法行政机关如何对律师协会进行监督、指导,在第七章“法律责任”一章也仅仅规定了司法行政机关对律师和律师事务所的处罚,并没有规定司法行政机关对律师协会进行处罚的条款。因此,《律师法》关于司法行政机关对律师协会监督、指导的规定并没有可操作性;司法行政机关难以对律师协会进行有效的监督和指导。这将导致律师协会处于无人监督的状态,司法行政机关应有的功能也难以发挥。

司法部于2007年拟订的《中华人民共和国律师法(修订草案)》已由国务院常务会议讨论通过并提请本次常委会会议审议。该修订草案一改现行《律师法》之“法律责任”一章中将所有对律师和律师事务所的处罚权全部归于司法行政机关的做法,明确了律师协会对于律师的处罚权,并对律师协会和司法行政机关的处罚权限作了明确的分工。根据草案第54至57条的规定,律师协会对于律师有权做出训诫、通报批评、公开谴责、责令接受培训、罚款、没收违法所得的惩戒;司法行政机关有权对律师做出停止执业六个月以上两年以下、没收违法所得并处一至五倍的罚款、吊销律师执业证的处罚,也有权对律师事务所作出停业整顿、没收违法所得并处一至五倍的罚款、吊销执业许可证的处罚。

#### 四、司法行政机关加强对律师协会监督的措施

从理想的角度而言,由于自律组织的优势,律师协会和司法行政机关的关系应是:一线监管者和监督者的关系,即律协在监管律师的职业道德和职业纪律上应发挥第一线的监管者的作用,司法行政机关主要对律协是否尽到监管的职责进行监督,司法行政机关可以保留对律师和律师事务所直接监管的权限。但由于行政机关的特点和固有劣势,行政机关应尽量避免采取直接针对律师的监管措施(包括处罚措施)。因此,除了加强律师协会制定规则等自律监管的权限外,如何加强司法行政机关对律师协会的监督、指导更是目前我国《律师法》应该解决的问题。

参考境外的立法例,有些国家或者地区在法律中就明文规定律师协会的主管部门,并规定了主管机关对律师协会严格的监督甚至处罚权。例如,台湾地区《律师法》第13条就规定,律师公会应订立章程,报请所在地地方法院检察处层转法务部核准,并报请所在地社会行政主管机关备案;章程有变更时亦同。具体到律师协会章程的内容,台湾

地区《律师法》第14条以列举的方法规定了律师公会应该写明的事项,包括:名称及所在地,理事、监事、候补理事、监事之名额,选举方法及其职务、权限,会员大会及理、监事会会议规则,会员之入会、退会,会员应纳之会费,律师承办案件之酬金标准及其最高额之限制,律师风纪之维持方法,开会及会议事项之通知方法,平民法律扶助之实施办法,其他处理会务之必要事项。这些律师公会章程所含事项,涵盖了律师执业活动的各个方面,实际上就把上述对律师管理的权限交给了律师公会。不仅如此,台湾《律师法》对于律师公会的监管也非常严格,包括:(1)律师公会举行会议时,应报请所在地社会行政主管机关派员监督。律师公会所在地地方法院检察处,在律师公会会员大会开会时应派检察官列席;其他会议开会时得派检察官列席,并查阅议事录。(第16条);(2)律师公会违反法令或律师公会章程者,“社会行政主管机关”得分别施以下列之处分:警告,撤销其决议、整理、解散。(第17条)

可见,我国台湾“律师法”中司法行政机关对律师公会的监督是十分严格的,不仅章程必须经过有关部门核准,章程的记载事项也有严格的法定要求,律师公会会议的召开也受到严格的监督,而且行政机关有权对律师协会行使严厉的处罚权,包括警告、撤销决议、整理、解散等。尽管,台湾的律师公会成立相对较易,主管机关的监督相对的会更加严厉。但是,从律师协会作为自律组织本身的缺点而言,律师协会受到主管机关的监督也是必要的。

笔者认为,司法行政机关可以从以下方面加强对律师协会的监督,这是律师协会公正制定和实施律师职业道德和执业纪律规范的重要保证。

##### 第一,加强对律师协会章程的监督。

现行《律师法》规定律师协会章程由会员代表大会制定,报司法行政部门备案。笔者认为,章程是律师协会成立的基础和活动的 basic 准则,因此,行政机关对章程的监督是必不可少的。章程仅仅报司法行政机关备案并无实质意义,司法行政机关根本无法行使监督权,建议改变章程报司法行政部门备案的做法,借鉴台湾的做法,变更为章程必须经司法行政部门批准方为有效。同时在律师法中应明确律师协会的章程应该具备的条款,这些条款应包括:律协的名称及所在地,律协的组织架构,议事规则,会员之入会、退会,会员应纳之会费,律师的收费标准,律师的基本职业道德和执业纪律等等。

##### 第二,加强对律师协会规则制定的监督。

在法律赋予律师协会制定规则的权力之后,有必要对律师协会制定的规则加以监督。包括律师职业道德和职业纪律在内的规则对律师协会的会员律师事务所和会员律师具有约束力,也可能影响到律师事务所客户的利益和公众利益,因此,一方面律师协会规则的制定程序应该更为公正。现行的许多律师执业行为规范,例如全国律协发布的《律师执业行为规范(试行)》,仅仅由全国律协常务理事会通过,这种做法显然无法充分反映会员律师事务所和律师的意见。因此,有关律师协会制定的规则应当尽量由公正

的会员代表表决通过,地方性的律协制定的规则可以考虑由律师事务所会员表决通过,而不宜仅仅由常务理事会通过。另一方面,由于律协制定的规则对律师事务所和律师均有约束力,甚至可能影响公共利益,律协作为自律组织制定的包括律师职业道德和职业纪律在内的规则应当经过同级司法行政机关的批准而生效。行业组织的规则经过行政机关的批准也是国外一些自律组织的做法,例如,在美国,证券交易所作为自律组织,制定的上市规则、会员监管规则和交易规则都必须经过政府机关美国证券交易委员会 SEC 的批准。SEC 甚至有权主动修改、增减、废止交易所制定的规则。

### 第三,加强对律师协会执行规则的监督。

前已提及,律师协会的自律存在“自己监督自己”的弊端,因此,律师协会为了整个律师行业的声誉或者由于受到不正当的影响,放松监管、执行规则不力的风险总是存在的,因此,除了对律师协会制定的规则的正当性进行监督外,司法行政机关还有必要对律师协会执行规则进行监督。尤其当律师协会怠于对其会员进行处分时,司法行政机关应有权力要求律师协会对违反规则的行为进行处分;当律协的处分明显不当时,司法行政机关有权要求律协依照规则采取监管措施。

### 第四,明确司法行政机关对律协的处分权。

我们可以借鉴台湾的做法,规定当律协违反法律法规或者章程时,司法行政机关可以对律师协会采取警告、批评、罚款甚至解散的措施。这样可以使《律师法》总则中规定的司法行政机关对律协的监管指导条款落到实处。律师

协会作为社会团体除了享有应有的权力,也应该承担相应的责任,这是现代法治精神的必然要求。

值得注意的是,司法部于 2007 年拟订的《中华人民共和国律师法(修订草案)》中,起草者对司法行政机关对律师协会的处分问题作出了专门的规定。草案第 52 条规定,“律师协会制定行业规范和惩戒规则,不得与法律、行政法规、规章相抵触。制定的行业规范和惩戒规则,应当报同级司法行政部门备案。”“律师协会制定的行业规范和惩戒规则、作出的决定违法或者不当的,司法行政部门应当责令其纠正或者予以撤销。”“律师协会理事会严重违法法律、行政法规、规章或者章程,不能正常履行行业管理职责的,上一级律师协会或者同级司法行政部门应当组织召开临时律师代表大会,重新选举理事会。”该条从三个方面赋予了司法行政部门对于律师协会的管理,即对律师协会制定的行业规范和惩戒规则的备案管理、撤销或者责令纠正律师协会制定的不当规则、召开临时律师代表大会以选举新的理事会。这些修订既符合理论发展,也是实践所需,可谓我国律师管理的重大发展。

### 五、结语

自律组织的两面性决定了法律在赋予自律组织自律监管职权的同时,必须同时加强对自律组织的监督,这两方面是并行不悖的。律师行业需要自律,同时这种自律也必须接受政府的监督,这样,政府可以从繁琐的直接监管中解放出来,而主要对自律组织的自律监管行为进行监督。这种体制可以充分发挥自律组织和司法管理行政机关的各自优势,并形成二者相互制约和监督的良性互动关系。

### 参考文献:

- [1] 严本道.论我国律师管理体制的改革[J].理论月刊,2003,(4).
- [2] 司莉.中国律师行业管理体制研究[J].河北法学,2004,(2).
- [3] Philip McBride Johnson and Thomas Lee Hazen, *Commodities Regulation*, [M]. Boston: Little, Brown and Company, 1989.
- [4] *Model for Effective Regulation*, Report of the SRO Consultative Committee of the IOSCO[R]. May, 2000.
- [5] William Pearson, “Demutualization of Exchanges- The Conflicts of Interest (Hong Kong)”, in Shamshad akhtar, ed. *Demutualization of Stock Exchanges —Problems, Solutions and Case Studies*[M]. Asian Development Bank, 2002.

## 补 正

本刊第 8 期《论研究船舶污染事故中船员犯罪问题的意义》一文的作者应为“周清华,刘东铨”,刘东铨系大连海事大学法学院硕士生,特此补正。