

论我国律师责任制度建构

范艳萍

(河海大学 法律系 江苏 南京 210098)

摘 要 律师责任是律师制度的重要组成部分。随着律师服务的全球化,这一制度亟待完善。本文在分析现行律师责任制度的基础上,提出强化律师协会的惩戒管理职能,增加行业处罚措施,建立执业责任赔偿制度,推行强制责任保险,设立公司制律师事务所、降低律师执业风险等构思。

关键词 律师责任制度 制度建构 全球化服务

中图分类号:D926.5

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2005)04-0013-04

随着全球化进展,我国律师的法律服务也呈现出全球化趋势。与国际律师业的整体发展水平相比,我国律师业发展水平还有一定差距:管理体制滞后,律师事务所内部自律性管理不够规范,保障律师和律师事务所健康发展的责任赔偿和保险、律师执业标准等国际律师业先进的管理制度尚未完全建立,不能适应加入WTO后我国在全球经济一体化大背景下发展所需求的不断增长的高效优质的法律服务。

我国律师业要提高国际竞争力,除了加快培养涉外律师人才队伍,规范法律服务市场外,还应根据我国律师业内在发展的规律加快完善有关制度,营造良好执业环境。正如日本西村利郎综合律师事务所律师西村利郎所说:“法律服务国际化对促进国际贸易和鼓励商业来说至关重要。然而,重要的是确保法律服务国际化以一种均衡适度的方式推进,充分注意适当发展一个基于法制和公众高度信任的独立律师界,透明和高效的司法制度,这是一个对中国能够实现其加入世贸组织时做出的承诺来说至关重要的要素。”^[1]

我国要建立一个基于法治和公众高度信任的独立律师业,就必须尽快完善律师责任制度。因为在某种意义上,一个负责任的人就是正常地履行责任(duties)和义务(obligations)的人,如果一个人不能正常地履行责任和义务,我们就不会尊重他。在法律范围内,待遇之差异的首要理由是应负责任或应受处罚方面存在着差异^[2]。是否讲求诚信、是否具备完善的律师责任制度,决定着律师业的生命力。作为以法律服务为职业任务的律师应成为引领社会诚信的榜样,并为社会诚信建设做出积极贡献,从而为中国赢得更多

的市场准入机会,创造更好的国际环境。

一、我国现行律师责任的缺陷

根据“责任”一词在不同语境中的不同涵义,律师责任有狭义和广义之分。狭义律师责任是指律师违反法律要求应承担的法律责任,包括违反律师专门法及民法、刑法等其他法律法规中涉及的律师责任条款;广义律师责任是指除律师的法律责任外,还包括律师违反职业道德和执业纪律应承担的行业责任。

律师是一种服务性职业,就个体而言,要经过考核、实习、领取律师执业证后方有资格从事律师职业,即执业资格,且这种执业资格要经年检注册合格后才能继续有效,才能继续律师这一职业。因此,本文所述律师责任是指律师的执业责任,即律师在执业过程中所应承担的责任。执业责任不同于职业责任,它有明确具体的规范,便于界定和操作,包括以下4个方面。

1. 行业责任

我国目前的律师责任体系中,行业责任与行政责任分立,但界限并不清楚。首先,没有体现行业自律的管理制度,实现完全的律师自治。所谓行业责任中所规范的行为、处罚措施、处罚机构等都是模糊不清的,形同虚设。2002年3月3日中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》,早在1993年11月27日就由司法部作为部门规章予以公布,名称相同,结构、内容也基本相同。这说明行业责任相对于行政责任,还没有引起足够重视,律师协会自身还缺乏独立意识、自立能力。其次,行业处罚措施过于简单,不能适应日益发展的现代社会。再

次《中华人民共和国律师法》规定司法行政机关行使惩戒律师的权力,对司法行政机关做出的行政处罚不服的,律师有权依法申请复议或提起行政诉讼。但对律师协会做出的“发生法律效力”的处分由直接管理被处分会员的律师协会执行。^①其中的“法律效力”,让大家一头雾水,不知其所云。因为该处分规则并未规定由律师协会做出的行业处分具有什么样的法律效力,也未做出由行业纪律程序导入司法程序的规定。

2. 行政责任

律师行政责任是律师承担的一种最普遍的法律责任,也是最发达的,已初步建立了律师惩戒体系。但有关中外律师的惩戒制度有失公平,即目前中国仍然没有建立起对外国律师、外国律师事务所在中国执业的管理系统规范,更缺少与国际和跨国律师事务所相适应的监管、服务措施。因此,很多外国律师事务所在华设立办事机构后,明知不能从事中国法律业务,但仍然变相地雇佣中国律师从事中国法律业务,对此,我们的律师惩戒制度既没有清晰明确的法律规范,也没有明确的责任机构。惩戒制度的公平适用是市场经济条件下的基本行为原则,也是国家主权原则在法律服务领域中的具体化实现³¹。

3. 民事责任

《中华人民共和国律师法》第49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。律师和律师事务所不得免除或者限制因违法执业或者因过错给当事人造成损失所应承担的民事责任。”该条被诸多学者称为确立了“中国律师执业责任赔偿制度”。律师执业责任赔偿制度,应该是规范律师违法执业或因过错给当事人造成损失而应当进行赔偿的法律制度,包括赔偿制度的裁决机构、赔偿资金的落实、赔偿的程序、范围、数额及其免责等。因此,该条充其量只能说是规定了律师民事责任的赔偿条件、责任主体。

“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”该规定不利于责任认定及其主体的确定,因为主观过错包括故意和过失两类。故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,希望或放任这种结果发生的心理状态,过失是指应当预见自己的行为可能发生损害他人、危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的⁴¹心理状态。显而易见,律师事

务所赔偿后追偿条件的范围缩小,且何为“重大”没有做出进一步解释说明,不具有可操作性。

4. 刑事责任

律师刑事责任是律师责任体系中最严重的责任。《中华人民共和国刑事诉讼法》第38条、《中华人民共和国刑法》第306条关于辩护律师及诉讼代理人涉及证据的犯罪,把律师作为特殊主体规定,不仅存在立法的技术缺陷,而且存在实质危害,违背了刑事诉讼的公正目的,违背了律师工作的基本规律,不利于民主与法制建设,不利于中国律师事业的全球化发展。因此,该条应被废止,以期建立良好的刑事辩护环境与氛围。其次,我国律师责任体系中缺乏律师刑事责任豁免权。这不符合我国政府签字确认的联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过的重要的国际性法律文件《律师作用的基本原则》:“律师对于其书面或口头辩护时所发表的言论,或作为职责任务出现于某法院、法庭或其他法律或行政当局之前所发表的有关言论,应当享有民事和刑事豁免权。”

二、我国律师责任制度的完善

正如法律是自由的边界,自律则是自由执业的边界。对律师执业而言,自律不仅蕴涵着东方文明道德的召唤,还承载着西方文化规范的约束。法治的原则告诉我们:与其相信每个人的自觉、自省,不如相信良好的制度³¹。

在我国已有法律法规框架的基础上,基于当前中国法制状态及其对法律服务的需求,针对律师界面临的问题和社会的期望,特别是加入WTO后,对律师提出的新的挑战,借鉴国际律师同行的经验,完善中国律师责任制度已刻不容缓。

第一,建立以律师协会为主体行使纪律惩戒权的惩戒体系。

纵观世界各国律师责任制度,可以得出一个基本结论:律师这一职业不论是在何种社会制度或经济发展状态,首先都是一个高度自律的行业,执业行为、纪律惩戒都严格按照国家法律、行业法规、执业纪律进行。高度自律是指律师行业不仅具有一套操作性强、内容具体化的律师执业行为规范,而且还有一个高度自觉的惩戒制度³¹。

各国律师责任制度发展的历史和现状证实:律师行业惩戒制度的合理性、先进性及其执行力度,直接关系到律师其他责任的实施及其效果,也昭示了社会文明与法律发展的程度。因此可以说,科学的

①《律师协会会员处分规则》.2004年3月20日第五届全国律协第九次常务理事会修订,第51条。

律师惩戒制度将是律师执业安身立命的保障。

1)制定统一的《律师执业行为规范》。著名的曼斯菲尔德勋爵认为“惩戒律师的目的不是为了惩罚违法的律师,而是为了保卫社会”。而律师执业行为规范是律师制度的核心内容,是律师执业的行动指南;要介绍管理律师职业的法律而不说明它所必须遵守的职业行为规则,就像要塑造一个没有灵魂的躯体一样空洞和荒唐,因为那些规则乃是影响律师职业的最重要的规则,它们反映了律师职业的精髓和实质^[5]。首先要从法律上明确划分司法行政机关与律师协会在律师管理上的权限,特别要明确中华全国律师协会在制定律师执业行为规范并监督实施方面的权限。这就必然要对现行《律师法》进行相应的修改,然后由中华全国律师协会在总结过去经验的基础上,吸收世界律师业发达国家的执业行为规范中的合理成分,制定出适合我国国情的《律师执业行为规范》。

2)强化律师协会的惩戒管理职能。对律师以及律师事务所的司法行政管理参照国际惯例采取律师协会这样的行业管理,不仅使律师群体的自律性能力得到加强,恶性竞争和职业道德沦丧的弊端也能得到有效控制,而且律师的合法权益也会得到更多的保障,律师作为一个执业群体的形象也会有所提高。行业管理是律师行业的内在要求,只有这种模式才符合律师业的发展规律,符合市场经济要求,符合国际惯例,也只有这种模式,才能将中国律师业导向具有积极意义的发展方向,适应律师的国际化服务。

3)增加行业处罚措施的灵活性。随着我国律师责任体系由行政责任向行业责任的过渡,为增强惩戒的有效性,达到“惩前毖后、治病救人”之功效,行业处罚措施种类也应适当增加,使之更富于灵活性,以适应复杂多变的社会现象:①谴责。因为对惩戒律师如果有效而充分地公开宣传,不仅能使该律师明辨其违反执业规范的行为,也可以有效地影响其他律师的思想与行为,使其他律师不敢违反其执业义务。②互助惩戒。其含义是指各地之间相互帮助监督管理律师,某一律师若在一地方受到惩戒后又到另一地方从事律师执业,另一地方就会基于“互助”对该律师适用相同的惩戒。这种措施可以有效防止应受处罚律师为逃避惩戒而调离原单位到其他地方继续若无其事地从事律师工作,从而有效保护当事人的利益。③重新申请执业。由于律师惩戒的目的并不是单纯的惩罚,因而应建立允许律师重新申请执业的程序。具体操作可以借鉴类似美国的做法,被吊销律师执业证书的人如果在5年之后可重新申请执业律师,但前提是应提出清楚而充分确实

的证据,表明其已改正且遵守了所有适用的惩戒,能重新执业。这样既能给被惩戒的律师一个改过自新的机会,也有利于维护律师惩戒的严肃性,避免重新取得律师执业证书权利空虚而导致吊销执业证书这一惩戒措施流于形式。

此外,为了达到惩戒的群众性、有效性,各地律师协会、中国律师协会应借助新闻媒体,加强律师工作的社会监督和舆论制约,保持投诉渠道的畅通,使投诉举报都能得到认真负责及时的处理;对违法律师进行公开曝光,并通知法院、检察机关、公安机关等司法部门,使有不良行为记录者如过街老鼠,人人厌弃,真正起到以儆效尤的作用。否则,被处罚者有可能利用这方面的漏洞,仍然以律师身份执业,从而影响惩戒效果。

第二,建立执业责任赔偿制度,推行强制责任保险,落实赔偿金。

虽然司法部早在1993年《关于深化律师工作改革的方案》中就曾明确提出要加快建立律师的责任赔偿制度,但实际工作中并未取得明显成效。随着全球化的发展,我国法律服务业逐渐开放,我国律师也在走向世界过程中同外国律师竞争,这就要求中外律师必须具备同等的法律地位和资信能力。将律师法中关于律师执业赔偿原则性的规定具体化为可操作的规范,是完善我国律师制度、有效维护当事人合法权益的迫切需要,并以此促进律师敬业精神,提高律师的业务水平,强化律师行业的社会信用。

建立律师执业责任赔偿金是律师执业责任赔偿制度的最终落实环节,也是律师执业责任赔偿制度建设在执行上的最终保障。中国加入WTO后,政策法规将更全面地与国际惯例接轨,社会将会越来越需要高质量、高层次的法律服务,而律师以自己丰富的法律知识占据着任何人无法替代的身份优势,进入企业管理、投资决策、收购兼并、融资贷款等更为广阔的非诉讼领域。政府、企业的经济管理和投资决策行为越来越对律师的法律意见书具有依赖性,律师所承担的风险往往超越委托协议所涵盖的范围,如我国《中华人民共和国证券法》第161条规定,律师要对其出具的文件的真实性、准确性、完整性承担责任。可见,律师业务范围扩大的同时也带来了律师的责任风险。什么地方有风险,什么地方就需要保险,实行律师责任保险有利于降低和分散中国律师参与国际竞争的风险。

鉴于我国公民的法律意识和保险意识还不是很强,律师制度的建设还处于初级阶段,规范律师行为,实施律师执业责任赔偿制度还有许多工作要靠法律与行政手段去贯彻和落实。因此,律师责任保

险应实行全行业的强制性统一保险,具体指以律师事务所为被保险人,全国律师协会作投保人,统一向保险公司投保的全行业律师责任保险。律师协会可在行业系统中收取律师事务所当年的一定比例,作为执业律师责任赔偿基金,由全国律师协会统一管理、统一使用。一旦律师事务所发生责任赔偿时,在使用本所缴纳的费用外,调剂一部分基金,以提高律师抗风险的能力。只有实施强制责任保险,责任保险的基本社会目标才能实现,才能解决实践中出现的诸多赔偿责任问题。

第三,增加对伪律师刑事责任的规定,赋予律师刑事责任豁免权。

律师取得法律职业资格,获得律师执业证书,加入律师协会,才能够从事实际的律师业务,实现执业权利。未取得法律职业资格或执业证书而以律师名义执业,就是对律师职业的严重侵权。世界上大部分国家都规定了冒充律师提供法律服务的刑事责任,一方面保护了当事人的利益,另一方面也是对律师职业的保护,有利于律师服务的有序竞争。相比之下,我国法律在这方面则比较欠缺,只规定了行政处罚,未规定刑事责任,对此应效法其他国家对于冒充律师、获取非法利益,给当事人造成损失或造成恶劣后果的伪律师,处以严惩,以纯洁律师队伍,净化律师执业环境,排除非法、不正当的业务竞争,维护律师良好的职业形象和信誉,促进律师事业健康发展。

世界上许多国家对律师刑事责任豁免权都有明确规定,如《英格兰和威尔士出庭律师行为准则》规定:“在通常情况下,律师对他在法庭辩论中的言论享有豁免权。”日本法规定,律师在法庭上辩护,不受法律追究,美国、德国等也有类似规定。因此,我国应赋予律师刑事责任豁免权,这不仅有利于实现设立律师制度的目的,同时也是跟国际接轨,兑现国际承诺的现实需要。

第四,设立有限责任公司制律师事务所,降低律师执业风险。

律师事务所的组织形式不同,决定了律师事务所的法律地位的不同以及管理方式的不同。公司式组织形式的特点是显而易见的,首先,它具有法人地位,享有独立的财产权,所有权与经营管理权相分离;其次,公司化的运作便于财力的集中与人才的配置,利于整体形象的建立、服务质量意识的加强、责任能力的提高,因此能获得客户的信任从而拥有稳定的客户源。我国目前所谓的国资所、合伙所、合作所等,均无法律上的明确地位。一曰事业单位,但无法人地位,无责任限制;一曰企业,但不作工商登记,

不能营利但要“比照个体工商户的生产、经营所得”交纳个人所得税;一曰社会团体,但不作民政登记,几个人凑在一起,几宗业务甚至一宗业务就各奔东西。这样的小作坊形式,难以对客户负责,当然也难以取得客户和社会的信任。公司制律师事务所的发展趋势,在理论界也得到众多学者的认可。

目前各地的会计事务所都已改制成有限责任公司形式,并且国家以立法的形式加以确认。《注册会计师法》第24条规定:“会计事务所符合下列条件的,可以是负有限责任的法人:①不少于30万元的注册资本;②有一定数量的专职从业人员,其中至少有5名注册会计师;③国务院财政部门规定的业务范围和其他条件。负有限责任的会计师事务所以其全部资产对其债务承担有限责任。”会计师事务所既然能如此,与会计师事务所所有相同性质的律师事务所,有什么理由不能公司化,不能责任有限化呢?美、英、澳大利亚等西方发达国家,律师事务所公司化,责任有限化盛行已久。律师事务所公司化,责任有限化是降低律师执业风险的最佳手段,正如哥伦比亚前校长巴特勒在1911年所言:“有限责任公司是当代最伟大的发现……即使蒸汽机和电力也远不能与其比美。”^[6]

律师事务所公司化是我国加入WTO后法律服务质量管理体制发展的必然趋势,我们应外借美、英、日等国公司制律师事务所的做法,内学会计师事务所有限责任公司的成功经验,从我国律师事务所的实际出发,结合律师事务所法律服务的特点,组建中国式的公司制律师事务所。

参考文献:

- [1] WTO与法律服务国际研讨会观点集萃[DB/OL]. 2002-12-06. http://www.ha.xinhuanet.com/add/wssf/2002-12/06/content_74886.htm.
- [2] 迈克尔·D·贝勒斯. 法律的原则——一个规范的分析[M]. 张文显等译. 北京:中国大百科全书出版社,1996. 10—12.
- [3] 王丽. 律师刑事责任比较研究[M]. 北京:法律出版社,2002. 314, 255, 308.
- [4] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,1999. 125.
- [5] 色何勒—皮埃尔·拉格特,帕特里克·拉登. 西欧国家的律师制度[M]. 陈庚生等译. 长春:吉林人民出版社,1991. 154.
- [6] 转引自黄速建. 公司论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1989. 60.