中国特色社会主义法治理论系列教材

黄　进／总主编

（第三版）

法律职业伦理

许身健／著

中国政法大学出版社

·中国特色社会主义法治理论系列教材·

黄　进／总主编

法律职业伦理

（第三版）

许身健／著

中国政法大学出版社

2021·北京

声　明　1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法律职业伦理/许身健著. —3版. —北京：中国政法大学出版社，2021.6
ISBN 978-7-5620-9985-7

Ⅰ. ①法… Ⅱ. ①许… Ⅲ. ①法伦理学－高等学校－教材 Ⅳ. ①D90-053

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第098929号

书　　名　法律职业伦理 Falü Zhiye Lunli
出 版 者　中国政法大学出版社
地　　址　北京市海淀区西土城路25号
邮　　箱　fadapress@163.com
网　　址　http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电　　话　010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承　　印　保定市中画美凯印刷有限公司
开　　本　787mm×1092mm　1/16
印　　张　33.25
字　　数　748千字
版　　次　2021年6月第3版
印　　次　2021年6月第1次印刷
印　　数　1~8000册
定　　价　89.00元

中国特色社会主义法治理论系列教材
编审委员会

（按姓氏笔画排序）

顾　　问　江　平　李德顺　应松年　张文显　张晋藩
陈光中　徐显明

编委会主任　黄　进

编委会委员　马怀德　王利明　王　轶　卞建林　孔庆江
叶　青　申卫星　付子堂　冯　果　吕　涛
曲新久　朱　勇　刘晓红　杨灿明　杨宗科
李玉基　李树忠　时建中　吴志攀　张守文
张保生　季卫东　焦洪昌　蔡立东

作者简介

许身健，博士，中国政法大学教授、法律硕士学院院长，曾任法律职业伦理教研室兼实践教学教研室主任，中国法学会法律文书学研究会副会长兼秘书长、诊所法律教育专业委员会副主任、模拟法庭专业委员会副主任，北京开发区法治建设研究会会长，多家仲裁委仲裁员。研究领域：法律职业伦理、诉讼法学、实践法学教育、司法制度及法律文书学。主编：《法律职业伦理论丛》《实践性法学教育论丛》；专著：《刑事程序现代性研究》《电影中的律师职业伦理》；教材：《法律职业伦理》《法律职业伦理案例教程》《法律实践教学手册》《法律诊所》《律师职业伦理》；法律随笔集：《法心如秤》《伟大的欺瞒》《零宽容的权利》；译著：《法律诊所：理念、组织与方法》《律师职业伦理与行业管理》《完善法学教育》《正义永不决堤》。曾任韩国国立庆北大学招聘教授，应邀在美国麦克乔治法学院、华盛顿法学院、葡萄牙里斯本大学法学院、克罗地亚萨格勒布大学法学院、西班牙庞培法布拉大学法学院担任访问教授，分别在上述法学院用英语讲授有关课程。牛津大学、纽约大学法学院访问学者。

总 序

经过六十多年的建设发展，中国政法大学作为国家“211 工程”“985 工程优势学科创新平台”“2011 计划”重点建设大学和“双一流”建设高校，已从一所普通大学成长为如今具有国际影响力的国内一流大学，被誉为“中国法学教育的最高学府”和“中国人文社会科学领域的学术重镇”。法大一直秉承“厚德、明法、格物、致公”的校训精神，坚持“学术立校、人才强校、质量兴校、特色办校、依法治校”的办学理念，以“经国纬政、法治天下”“经世济民、福泽万邦”为办学使命，形成了独特的法学教育教学理念，积累了丰富的法学理论研究成果和法治人才培养经验，汇集了一大批自强不息、追求卓越的学术名师。在建设富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国、实现中华民族伟大复兴中国梦的新征程中，法大正致力于建设开放式、国际化、多科性、创新型的世界一流法科强校，并积极推进国家法治建设和高等教育事业的发展，以卓越的人才培养、科学研究、社会服务推动国家法治昌明、政治民主、经济发展、文化繁荣、社会和谐及生态文明，书写着充满光荣与梦想、开拓与奋进的时代华章。

党的十八大以来，党中央高度重视依法治国，对全面推进依法治国作出决定和部署，民主法治建设迈出重大步伐。十八届四中全会专门研究全面推进依法治国并作出决定，提出全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家；提出要在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化；还特别提出要加强法治工作队伍建设，创新法治人才培养机制。党的十九大庄严宣布，经过长期努力，中国特色社会主义进入新时代，这是我国发展新的历史方位。在新时代，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了更高要求，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。因此，坚持全面依法治国是新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略，要坚定不移走中国特色社会主义法治道路，完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，发展中国特色社会主义法治理论。党的十九届四中全会专门研究了坚持和完善中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题，进一步强调坚持全面依法治国，建设社会主义法治国家，切实保障社会公平正义和人民权利的显著优势，还要继续坚持和完善中国特色社会主义法治体系，提高党依法治国、依法执政能力，推进法治中国建设。党中央关于全面依法治国的一系列战略部署，为我国新时代法学教育和法治人才培养提供了根本遵循，指明了前进方向。

坚持全面依法治国离不开法学教育和法治人才培养，新时代中国特色社会主义法治建设对法学教育和法治人才培养提出了新使命、新任务、新要求。习近平总书记2017年5月3日考察中国政法大学时就法学教育和法治人才培养强调指出：全面推进依法治国是一项长期而重大的历史任务，全面依法治国是一个系统工程，法治人才培养是其重要组成部分；办好法学教育，必须坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，立德树人，德法兼修，培养大批高素质法治人才。他特别强调指出：高校是法治人才培养的第一阵地，要为完善中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家提供理论支撑，努力以中国智慧、中国实践为世界法治文明建设作出贡献；对世界上的优秀法治文明成果，要积极吸收借鉴，但也要加以甄别，有条件地吸收和转化，不能囫囵吞枣、照搬照抄；要坚持从我国国情和实际出发，正确解读中国现实、回答中国问题，提出标识性学术概念，打造具有中国特色和国际视野的学术话语体系，尽快把我国法学学科体系和教材体系建立起来。为了认真贯彻落实党的十八大、十八届三中和四中全会精神，十九大和十九届四中全会精神，特别是习近平总书记考察中国政法大学重要讲话精神，中国政法大学秉承先进的法学教育教学理念，充分利用学校教师资源、出版资源和数字网络平台优势，深谋远虑、善作善为，积极组织编写和大力推动出版摆在读者面前的这套全新的立体化、数字化法学系列教材。

据我所知，本系列教材的编写人员均为法大在一线从事教学工作多年、拥有丰富法学教学经验和丰硕科研成果、教学特点鲜明的中青年教师，他们在法大深受学生喜爱和好评，有的还连续数年当选“中国政法大学最受本科生欢迎的老师”。本系列教材就是他们立足于法学教育改革和人才培养模式创新的需要，结合互联网资源信息化、数字化的特点，以自己多年授课形成的讲义为基础，根据学生课堂学习和课外拓展的需求与信息反馈，经过细致的加工与打磨，用心编写而成的。本系列教材可以说是各位编写人员一二十年来教学实践与探索的结晶，更是他们精雕细琢的课堂教学的载体和建模。

在我看来，本系列教材在以下几个方面颇具特色：

第一，坚持以中国特色社会主义法治理论为指导。本系列教材定位为马克思主义理论研究和建设工程重点教材的补充教材，教材的编写认真贯彻落实党的十八大、十

八届三中和四中全会精神，十九大和十九届四中全会精神，特别是习近平总书记考察中国政法大学重要讲话精神，坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，坚持“立德树人、德法兼修”的法治人才培养观；坚持从我国国情和实际出发，正确解读中国现实、回答中国问题，提出标识性学术概念，用“中国智慧、中国实践”培养高素质法治人才；坚持全面准确反映中国特色社会主义法治建设丰富实践和法治理论最新理论成果，努力打造具有中国特色和国际视野的法学学术话语体系、学科体系和教材体系，为完善中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家提供理论支撑。

第二，知识呈现从整体到细节，巧构法科学习思维导图。法学教育不仅要传授学生法学基础知识，更要帮助学生在脑海中形成脉络清晰的树状知识结构图，对于如何解构法律事实、梳理法律关系、分清主次矛盾、找到解决方法，有一个科学完整的法学方法论，为学生以后从事理论研究或法律实务工作奠定坚实的基础。

第三，重点难点内容突出，主干精炼、枝叶繁茂。得益于数字网络平台的拓展功能和数字设备扫描二维码的方便快捷，本系列教材得以从过去繁缛复杂、全而不精的闭合循环中解脱出来，着力对每个知识点的通说进行深度解读并介绍主要的学术观点，力求提纲挈领、简明扼要。同时，对于每个学科的重点难点内容予以大篇幅的详细对比和研讨，力求重点难点无巨细，使学生通过学习教材能够充分掌握该学科的主要内容，并培养足以应对常见问题的能力。相关知识点的学术前沿动态和学界小众学术观点，则通过二维码栏目向学生打开课外拓展学习的窗口，使学有余力者能够有矿可挖、有据可查、有章可循、有的放矢。

第四，注重理论教学与实践教学相结合，应试教学与实务教学相结合。法学学科是实践性很强的学科，法学教育必须妥善处理理论教学和实践教学的关系。本系列教材充分结合案例教学、情景教学、模拟法庭、法律诊所、社会调查、实习实践、团队研讨和专题研究等教学和学习方法，引导学生探究式学习，从理论走向实践、从课堂走向社会。同时，考虑到学生未来工作或继续深造的发展方向，满足学生准备国家统一法律职业资格考试和研究生入学考试的需要，本系列教材设置了专门的题库和法律法规库并定期更新，通过二维码栏目向学生开放各类考试常考的知识点及其对应的真题、模拟题，并结合法律实务的需求，提供法律法规及案例等司法实务中常用的信息，或跳转到相关资源丰富的实务网站，引领学生从单纯理论知识学习走向理论知识学习与法律实务训练同步、从应对法学考试走向应对法律实务、从全面学习走向深度研究。

第五，加强课堂教学与课下研讨相结合，文字与图表、音视频相结合。本系列教材立意除了强化课堂教学互动外，还在课下为学生提供了丰富、立体的学习资源，既有相关知识点的分析对比图表，也有包含全书的课程讲义 PPT。此外，针对重点难点知识，授课教师在 PPT 的基础上录制讲解视频，并在网络学习平台上开辟师生交流渠道，由教师布置课后作业并通过网络学习平台打分、统计答题信息等方式，有针对性地进行二次讲解和课后答疑，在充分缩短时间和空间距离的前提下，加强师生沟通互动，不断提高教师教学效果和学生学习成效。

本系列教材是中国政法大学中青年教师多年立德树人、教书育人、潜心教学、耕

耘讲台的直接成果，也是我国法学法律界同仁长期以来对中国政法大学事业发展关心、支持和帮助的结果。作为系列教材总主编，借此机会，我对法学法律界同仁，对本系列教材编辑委员会的顾问和委员，对所有编写人员和组编工作人员，表示衷心的感谢并致以崇高的敬意！我们相信，本系列教材的出版必将有力地推进中国政法大学法学教学改革创新和法治人才培养质量的提升，也将对我国法学教育起到示范和引领作用。我们也真诚希望海内外广大从事法学教育工作的专家学者能够同我们进行坦诚交流，对本系列教材提出宝贵意见，予以批评指正。

中国政法大学自建校以来，以人为本、尊师重教，薪火相传、筚路蓝缕，淡泊明志、求真务实，崇尚学术、追求真理，开拓创新、放飞梦想，始终奋战在我国法学教育和法治建设的第一线，已经成为我国法学教育和法治人才培养的主力军。法大之所以有今天，是因为有一代又一代法大人自强不息、追求卓越，坚持不懈、努力奋斗。本系列教材的编写、出版，就是今日法大人对法大的贡献，就是今日法大人对法大历史的书写，就是今日法大人承前启后、继往开来的印记。法大的事业乃千秋伟业，胸怀“经国纬政、法治天下”壮志，坚守“经世济民、福泽万邦”情怀的法大人，唯有肩负起时代的使命和人民的重托，同心毕力，奋楫争先，在新的征程上继续砥砺前行！

是为序。

黄　进

2019 年 12 月 1 日修订于蓟门

第三版前言：当绿叶成为红花

《法律职业伦理》于2019年3月出版，短短半年时间，第一版5000册几乎售罄，同年12月30日，北京市教育委员会发布《关于公布“优质本科课程”和“优质本科教材课件”遴选结果的通知（京教函〔2019〕692号）》，该教材入选北京市教育委员会组织评选的“优质本科教材课件”（重点），同时另一本作为重点法学教材入选的是王利明教授主编的《民法学》。在法律职业伦理列为法学十门A类必修课之后，它旋即被许多法律院校作为选用教材，对此我感到与有荣焉。法律职业伦理这门课从“门前冷落鞍马稀”的状态成为一门热门的显学，预计今后类似教材会遍地开花，如雨后春笋。抚今思昔，怎能不令人感慨系之。

长期以来，国内法律院校并不重视法律职业伦理课程。十八年前我博士毕业后的供职单位是中国政法大学法律职业伦理教研室。当时，有朋友不解地问我：“说起来你是中国政法大学一流专业——刑事诉讼法专业的毕业生，你应当以此为业，怎么搞了什么法律职业伦理呢?”他好像对我“下嫁”法律职业伦理颇感惋惜，这让我心情很不舒畅。每每有人询问法律职业伦理的内容，我都得舌敝唇焦地向人家解释，最后人家才能整明白：“啊，懂了，你是讲法律人思想品德课的。”我只能无奈地表示同意。中国政法大学是法学重镇，重点学科不少，不少学科在全国雄踞前列，名师荟萃、大腕云集，可以说群花绽放。然而，在这群芳谱里，我们的法律职业伦理默默无闻，没有独立的学科地位，妾身不明，只能当绿叶。不过，红花虽好还需绿叶扶，假如有花无叶，红花没有绿叶相衬，其美艳是要打折的。其实，因为无知漠视法律职业伦理这门课的并不可怕，我们可以启蒙，但是，怕就怕对我们这个弱小学科的傲慢与偏见。当年，有些大牌学者对开设这门课程不以为然，有人竟说这门课对法科生没有好处，反而有坏处，它能让学生学会打擦边球。最近，我欣喜看到，当年持“法律职业伦理教育有害论”的那位大教授，痛感法律职业诸多不当行为甚至腐败行为，他转而呼吁“认真对待法律职业伦理”。欣见其迷途知返，怎不令人大赞其痛改前非。

多年前，我访问杜克法学院时和院长见面，宾主互相恭维。等对方将杰出校友

如数家珍说完，我补充道："打开中美关系大门的尼克松也是贵校校友。"对方尴尬一笑，没接话茬。我赶紧说："请原谅，你们把尼克松看成杜克之羞，我有所耳闻。我研究法律职业伦理，最初法律职业伦理这门课在美国并不受重视，20 世纪 70 年代水门事件，尼克松在对手竞选总部水门大厦安放窃听器，他的竞选班底几乎都是律师出身。对此，法律人认识到，假如法律人不是一个德才兼备的群体，而是一些小人，为了成功不择手段，那么美国司法体制就岌岌可危，法治会荡然无存。以水门事件为契机，从此美国法学院把法律职业伦理作为必修课。你们看，法律职业伦理成为必修课要拜尼克松所赐，在某种程度上是他给我们提供了饭碗，我当然要感谢他了。"对方听了我的话不禁莞尔，看得出还是苦恼人的笑。

法律职业伦理成为 A 类必修课，这直接得益于习近平总书记 2017 年 5 月 3 日视察中国政法大学所作的指示："全面推进依法治国是一项长期而重大的历史任务，要坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，立德树人，德法兼修，培养大批高素质法治人才。"由此可见，法科生的培养目标是使其成为德才兼备的法律人才，这里的"才"是指职业技能，"德"是指良好的职业伦理，法律职业伦理课程对法科生职业伦理养成的作用是至关重要的。美国法学教育重视法律职业伦理源于水门事件，而我国法学教育将法律职业伦理列为必修课，越来越重视这门课，直接得益于习总书记视察中国政法大学。2017 年 11 月 24 日，教育部高等学校法学类专业教学指导委员会年会在广州召开，年会主题是：法学类专业核心课程建设。那天上午，我向教育部高等学校法学类专业教学指导委员会委员们做了半个小时的汇报，汇报内容是"法律职业伦理课程建设"。半个小时很快就过去了，由于事先做过充分的准备，所以整体效果我很满意。讲完以后我走出会场透透气，不知为什么，忽然，不由自主，眼泪潸然而下。也许是巨大压力使然吧，面对众多委员，其中有的不乏对这门课列为必修课怀有质疑。绿叶要转为红花，委员们来自不同的学科，对此有不同意见也属正常。汇报的时候，我内心感到很悲壮，颇有"胜败在此一举"之感，内心压力之大可想而知。这次汇报不久，法律职业伦理成为法学教育十门 A 类必修课之一。

《人类的群星闪耀时》是著名作家茨威格的代表作，茨威格选取的大多是容易被人忽略却又意义深远的"星光时刻"：法国普通士兵鲁热在莫名激情的推动下，一夜之间写出后来举世闻名的《马赛曲》，"他一生一无所成，只在那唯一的夜晚曾经是一位诗人"；拿破仑因为格鲁西将军犹豫一分钟，最终兵败滑铁卢；列宁越过重重险阻抵达芬兰车站时，整个世界都将面临翻天覆地的变化。茨威格为平凡人的激情奉上赞歌，向伟大人物抗争命运时的坚强信念致敬，并给黯然陨落的失败者以应有的尊严，因为在人类历史的夜幕上，他们才是恒久闪耀的群星。在美国，水门事件是法律职业伦理的"星光时刻"。在我国，习近平总书记视察中国政法大学是法律职业伦理的东风和"星光时刻"。

绿叶转为红花的过程里，也有我的汗水和多年付出。我在《法律职业伦理》第

一版自序中写道：我愿意借用这句话表达这十几年的努力以及对“法律职业伦理”的情感。“功成不必在我”的精神境界和“功成必定有我”的历史担当。我从2007年开始担任中国政法大学法律伦理教研室主任，该教研室是国内高校中唯一专门研究法律职业伦理的教学科研机构，经过十几年发展，具有业界公认的影响力。近年来，我编写教材、翻译出版国外法律职业伦理名著、多次召开法律职业伦理国际研讨会、向法律实务人员提供培训、举办专门学术论坛。参与律师法修订工作，并受中华律师协会委托编写了律师职业伦理培训教材，主编了国家统一法律职业资格考试指定辅导用书“司法制度与法律职业道德”部分。2013年及2014年先后主持召开了国内首届及第二届法律职业伦理国际会议，这两次具有开拓意义的会议内容充实丰富、主题鲜明、研讨深入，是国内规模最大、层次最高的法律职业伦理会议，为推动我国法律职业伦理的教学与科研奠定了基础，提供了重要契机。2013年，我创建了国内第一本法律职业伦理连续出版物《法律职业伦理论丛》。2014年，主编了国内最新的《法律职业伦理》教材，2015年出版了国内第一本《法律职业伦理案例教程》。2015年翻译出版了关于美国公益律师斯特恩撰写的《正义永不决堤》，该书被评为法律出版社2015年十大好书之一。2018年，受全国律协委托主编了全国第一本《律师职业伦理》。2018年主持了法律职业伦理骨干教师培训班，来自全国的百余位教师参加了培训。2019年，受法律硕士教指委委托，编写了《法律职业伦理》核心课程指南。2018年及2019年为中国政法大学应用型法学博士生开设了法律职业伦理课，这是国内首次为博士研究生开设该课程。最近几年，我主持的法律职业伦理项目列入中国政法大学优秀中青年教师培养支持计划以及新兴学科支持计划。经过几年建设，总体上已经实现下列目标：①使法律职业伦理成为一门适应中国法律职业建设和法律职业改革而出现的新兴独立学科；②法律职业伦理成为中国政法大学具有鲜明特色的学科，法律职业伦理的教学和研究处于无可争议的全国领先地位，成为全国最有影响力的法律职业伦理教学科研基地；③通过研讨会、培训会，提升法律职业人员的职业伦理自觉，助力司法改革；④扩大了中国政法大学在这一领域的国际影响力；⑤我参与申报的教学成果获国家级教学二等奖及北京市教学一等奖及二等奖各一次。回顾以往，我要说：“天道酬勤，功不唐捐”，汗水留在地里，作为埋头耕耘者，不要问收获多少，应当无怨无悔。“人在做，天在看。”我想，上天总会是公平的吧。

与前两版相比，第三版在结构上做了调整，在文字上做了大量增删，可以说，这是一个全新的版本。写作过程中，我的研究生赵爽收集资料，校订文字，做了许多工作。另外，还应当感谢中国政法大学出版社尹树东社长、阚明旗副社长的关心以及责任编辑高露女士辛勤而又专业的编辑工作。

修改完成时，北京已进入初冬，室内温暖如春，我想：冬天来了，春天不会再远。而写作本序言时，北京的春天已经来临，毋庸置疑，法律职业伦理的春天也已经到来了，绿叶已悄然转为红花，期盼它成为法学研究和法学教育百花园中最艳丽

的花朵。以往它“寂寞开无主。已是黄昏独自愁，更著风和雨。”而今它赶上了最好的时代，它将“俏也不争春，只把春来报。待到山花烂漫时，她在丛中笑。”

许身健

2021 年 3 月 31 日于北京

本书总码

前 言

法律职业伦理教育在法治人才培养中占据重要位置，然而，长期以来，法学院校并不重视法律职业伦理教育。师资条件相对较好的法学院校，法律职业伦理教育师资也严重不足，大部分院校没有专职从事该领域教学科研的教师。职业伦理教育不足，表明法学教育存在严重缺失。

职业伦理课程有助于法科生职业伦理意识的养成。诚然，单凭法律职业伦理这门课程并不足以将法科生培养成职业伦理意识很强、有法律信仰的法律人，但是，这一课程让学生能够区分可以接受或不可接受的职业行为，或者至少思考一些法律职业伦理的重大问题。美国学者的统计研究表明，法律职业伦理课程与法律职业伦理行为之间有很大关联。在很大程度上，职业伦理信仰是可以教导的。

2017 年 5 月，习近平总书记视察中国政法大学时强调，全面推进依法治国是一项长期而重大的历史任务，要坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，立德树人，德法兼修，培养大批高素质法治人才。为了落实习总书记“立德树人”讲话指示，促进法律职业伦理学科建设，编写本教材。

法律职业伦理教育首先应当在法学院校进行，法学院校是专门培养法律职业人才的机构，其在法学教育方面的任务是双重的：一是传授法律职业技能，使学生具备初步的解决法律问题的能力；二是传授法律职业伦理，使学生树立正确的法律价值观念和法律职业行为规范意识。正因为如此，法学院校应当同时兼顾法学教育的职业技能训练目标和职业伦理培养目标，把学生培养成为德才兼备的法学人才。

当前法学教育教学指导委员会已将“法律职业伦理”列为法学教育十门 A 类必修课之一。根据培养“德才兼备的、高层次的专门型、应用型法治人才”的培养目标需要，法学院开设法律职业伦理课程的教学目标是：首先，通过相关课程的学习，法科生应当了解职业伦理的相关内容；其次，能够评估并防止伦理风险，面对特定情况，能够分析其是否具有导致自身违背职业伦理的风险，并对风险进行防控；最后，能够投身于公益事业，用自身的法律知识与实务经验保护公众特别是弱

势群体的利益，使法科生认识法律职业的公共主义使命，避免成为只关注营销、博取利益之“精致的利己主义者”。

法律职业伦理课程的授课应坚持“学生为本，学训一体”的理念，既要重视法律职业伦理理论学习，也要强调培养学生运用相关理论解决法律职业伦理问题的实践能力，建议采取以下教学方式：

1. 创新专题教学与主题研讨相结合。对于职业伦理的重点内容，应当注重理论研讨，注意相关理论的系统性、准确性和适当深度；对于司法实践中常见的职业伦理问题，应当结合典型案例组织研讨，有条件的院校可以适当吸收实务部门的实务专家参与教学。

2. 坚持教师引导和学生主体相结合。关于教师的引导作用，教师应当提前公布教学方案，明确教学进度，开具必读文献和选读文献清单，确定讲授或研讨主题，在课程讲授或研讨期间，通过提问、追问等方式检验学生的预习效果；关于学生学习的主动性，应重点调动学生主动学习的积极性，可以通过模拟法庭、模拟谈判、模拟调解等模拟教学法，给学生创造职业角色情境，培养学生的职业伦理判断力，让学生“从做中学”，通过“体验式学习”提升学习效果。

3. 注重传统知识与新兴知识相结合。法律实践具有很强的开放性和时代性，这就意味着法律职业伦理规范也并非一成不变。在教学过程中，既要讲授法律职业伦理传统知识体系中的重点内容，也要适当介绍本学科近年来出现的新问题，如新媒体、自媒体在法律实践中广泛使用所引发的职业伦理问题，使教学内容保持一定的前沿性。

鉴于国家统一法律职业资格考试对法学教育的引导作用，除了重视法律职业伦理教学之外，还应当增加法律职业伦理在法律职业资格考试中的内容。国外法学教育中，法律职业伦理是重要内容。“水门事件”将很多律师牵连到丑闻之中，美国律师协会和法学院采取行动，加强法律职业伦理教育，将法律职业伦理课程设置为必修课，法科生只有通过法律职业伦理考试才能毕业。美国大部分州都要求学生在参加律师职业资格考试之前必须通过全国统一的法律职业伦理考试——美国跨州职业伦理联考（MPRE），这无疑是一种促使法科生认真学习法律职业伦理的有效措施。反观我国以往的司法考试，法律职业伦理在考试中所占比例较小，无足轻重，从历年试题看，将相关法规法条直接变换为考试内容的题目较多，难度不大，综合性较差。建议在今后的国家统一法律职业资格考试中增加相关内容，提高命题难度，强化综合性及实践性，把当下司法实践中出现的诸多法律职业不当行为、违法行为以及犯罪行为作为案例来进行考核。

本书是中国政法大学“端升学者项目”及“新兴学科项目”的相关成果。中国政法大学博士研究生张涛搜集撰写了本书第三编至第六编及二维码部分的拓展资料，在此表示感谢。本书得以出版，应当感谢中国政法大学出版社尹树东社长、阚明旗副社长及责任编辑唐朝女士。

本书定稿之际恰逢“惊蛰”，国人自古重视惊蛰节气，把它视为春耕开始的日

子。唐诗有云:“微雨众卉新,一雷惊蛰始。田家几日闲,耕种从此起。”农谚也说:“过了惊蛰节,春耕不能歇。”也许这个节气预示着“法律职业伦理”学科欣逢春天,面临未来良好的发展机遇。当然,这个新学科未来的发展成熟,离不开学人辛勤的汗水,“流泪撒种的,必欢呼收割”。习总书记2018年4月13日在庆祝海南建省办经济特区30周年大会上发表讲话,强调要有“功成不必在我”的精神境界和“功成必定有我”的历史担当。我愿意借用这句话表达这十几年的努力以及对“法律职业伦理”的情感。“天道酬勤,功不唐捐”,汗水留在地里,我无怨无悔,相信未来。

许身健

2019年3月于中国政法大学科研楼

目 录

第一编 法律职业伦理总论

第一章 职业伦理学概述 …… 3
第一节 伦理学引论 …… 3
第二节 职业伦理学引论 …… 11
第二章 法律职业伦理学概述 …… 18
第一节 法律职业伦理学 …… 18
第二节 法律职业与法律职业共同体 …… 20
第三节 法律职业伦理的内涵、功能与困境 …… 31
第三章 法律职业伦理的一般原理 …… 38
第一节 法律职业人员的共同伦理 …… 38
第二节 法律职业伦理与社会主义核心价值观 …… 44
第四章 法律职业伦理的规范建设 …… 47
第一节 法律职业伦理规范的基本构造 …… 47
第二节 我国法律职业伦理规范概况 …… 49
第三节 国外法律职业伦理规范概况 …… 71
第五章 法律职业责任 …… 82
第一节 法律职业责任的内涵与分类 …… 82
第二节 法律职业责任的构成与追究 …… 85
第六章 法律职业伦理的养成和教育 …… 88
第一节 法律职业伦理的养成 …… 88
第二节 法律职业伦理的教育 …… 90

第二编 法官职业伦理

第七章 法官职业概述 …… 97
第一节 法官职业的发展概况 …… 97

第二节 法官的角色定位与职业属性 …… 103
第八章 法官职业伦理概述 …… 106
第一节 法官职业伦理的内涵 …… 106
第二节 法官职业伦理的基本要求 …… 109
第九章 法官职业伦理具体要求 …… 116
第一节 保障司法公正 …… 116
第二节 提高司法效率 …… 119
第三节 保持清正廉洁 …… 120
第四节 遵守司法礼仪 …… 122
第五节 加强自身修养 …… 123
第六节 约束业外活动 …… 124
第十章 法官职业责任与惩戒 …… 128
第一节 法官职业责任 …… 128
第二节 法官惩戒制度 …… 129

第三编 检察官职业伦理

第十一章 检察官职业概述 …… 143
第一节 检察官职业的发展概况 …… 143
第二节 检察官的角色定位与职业属性 …… 148
第十二章 检察官职业伦理概述 …… 153
第一节 检察官职业伦理的内涵 …… 153
第二节 检察官职业伦理的基本要求 …… 155
第十三章 检察官职业伦理的具体要求 …… 160
第一节 检察官的职业信仰 …… 160
第二节 检察官的职务行为 …… 163
第三节 检察官的职务外行为 …… 168
第四节 检察官的检察礼仪 …… 171
第十四章 检察官职业责任与惩戒 …… 174
第一节 检察官职业责任 …… 174
第二节 检察官惩戒制度 …… 175

第四编 监察官职业伦理

第十五章 监察官职业伦理 …… 191
第一节 监察官职业的发展概况 …… 191
第二节 监察官的角色定位与职业属性 …… 198
第三节 监察官职业伦理 …… 200

第五编 律师职业伦理

第十六章 律师职业概述 …… 209
第一节 律师职业的发展概况 …… 209
第二节 律师职业的职业化进程 …… 220
第三节 律师职业的角色定位 …… 224
第四节 律师职业的属性特征 …… 230
第五节 律师职业的主要类别 …… 233
第十七章 律师职业伦理概述 …… 237
第一节 律师职业伦理的内涵 …… 237
第二节 律师职业伦理的基本要求 …… 239
第三节 律师职业伦理规范的渊源与功能 …… 242
第四节 律师职业伦理的引导与监督 …… 244
第十八章 律师业务推广规范 …… 248
第一节 律师业务推广概述 …… 248
第二节 律师业务推广的基本要求 …… 253
第三节 律师业务推广的主要限制 …… 254
第十九章 律师与委托人关系规范 …… 257
第一节 律师与委托人关系概述 …… 257
第二节 律师与委托人关系之建立 …… 259
第三节 律师与委托人关系之变更与终结 …… 262
第四节 律师收费之伦理规范 …… 265
第五节 律师保管财物之伦理规范 …… 270
第六节 律师保密义务之伦理规范 …… 274
第七节 律师利益冲突之伦理规范 …… 290
第二十章 律师与法官的关系规范 …… 299
第一节 律师庭审中的行为规范 …… 299
第二节 律师法庭外行为规范 …… 308
第二十一章 律师与检察官的关系规范 …… 314
第一节 律师与检察官关系概述 …… 314
第二节 律师与检察官关系的基本规范 …… 316
第二十二章 律师之间的关系规范 …… 319
第一节 律师之间关系概述 …… 319
第二节 律师之间关系的基本规范 …… 320
第二十三章 律师与律师事务所的关系规范 …… 324
第一节 律师与律师事务所关系概述 …… 324
第二节 律师与律师事务所关系的基本规范 …… 333

第二十四章 律师与律师协会的关系规范 …… 340
第一节 律师与律师协会关系概述 …… 340
第二节 律师执业权利的维护 …… 348
第三节 律师违规行为的惩戒 …… 352
第二十五章 律师与司法行政机关的关系规范 …… 365
第一节 律师与司法行政机关之关系概述 …… 365
第二节 律师执业管理 …… 367
第三节 律师行政处罚 …… 370
第四节 律师法律援助 …… 378
第二十六章 律师与证券监督管理机构的关系规范 …… 387
第一节 律师证券法律服务概述 …… 387
第二节 律师证券法律服务的规范 …… 390
第三节 律师证券法律服务的监督 …… 391
第二十七章 律师公益法律服务 …… 396
第一节 律师公益法律服务概述 …… 396
第二节 律师公益法律服务的基础 …… 404
第三节 律师公益法律服务的实践 …… 412

第六编 公证员职业伦理

第二十八章 公证员职业概述 …… 419
第一节 公证概述 …… 419
第二节 公证员概述 …… 421
第二十九章 公证员职业伦理概述 …… 426
第一节 公证员职业伦理的内涵 …… 426
第二节 公证员职业伦理的具体要求 …… 428
第三十章 公证员职业责任与惩戒 …… 438
第一节 公证员职业责任 …… 438
第二节 公证员惩戒制度 …… 441

第七编 仲裁员职业伦理

第三十一章 仲裁员职业概述 …… 451
第一节 仲裁概述 …… 451
第二节 仲裁员概述 …… 454
第三十二章 仲裁员职业伦理概述 …… 457
第一节 仲裁员职业伦理的内涵 …… 457
第二节 仲裁员职业伦理的基本规则 …… 459
第三十三章 仲裁员职业责任与惩戒 …… 469
第一节 仲裁员职业责任 …… 469

第二节 仲裁员惩戒制度 …… 471

第八编 立法工作者职业伦理

第三十四章 立法工作者职业伦理 …… 477
第一节 立法工作者职业概述 …… 477
第二节 立法工作者职业伦理 …… 483

第九编 行政执法人员职业伦理

第三十五章 行政执法人员职业伦理 …… 493
第一节 行政执法人员的基本素养 …… 493
第二节 行政执法人员职业伦理的具体要求 …… 495
第三节 行政执法人员的职业责任与惩戒 …… 499

第一编

法律职业伦理总论

第一编　典型例题

第一编　拓展阅读

第一章

职业伦理学概述

导　语

按照美国著名职业伦理学者德博拉·罗德（Deborah Rhode）等人的见解，在狭义上，“法律职业伦理”（legal ethics）是指规范法律职业人员行为的职业法规系统；在广义上，法律职业伦理泛指伦理的一种，因此，从这个角度看，法律职业伦理比法律规范还要深入：它所关注的是我们身为法律人在生活中最基本的道德层面。德博拉·罗德教授进一步指出，法律职业伦理的这两个层面是不能分开的，只针对规范原则进行研究，而不研究更广泛的伦理原则，是毫无意义的，职业行为守则若忽略那些受其规范之律师的道德承诺，就注定失去意义；另一方面，纯哲学的法律职业伦理研究，因为与法律实务的体制脱节，也是同样无效的。[1] 我们赞成德博拉·罗德教授的观点，对法律职业伦理的研究与学习，既要注重对伦理学基本原理的把握，也要广泛结合成文的职业行为规范，这样才能更好地促进法律职业伦理的良性发展。因此，本章将结合已有的研究成果，分别对伦理学和职业伦理学的一些基本概念进行简要阐述，为法律职业伦理的研究和学习提供伦理学知识基础。

第一节　伦理学引论

一、伦理的语义分析

法律职业伦理中的“伦理”到底是什么？它与“道德”有什么关系？它与“法律”有什么关系？这些问题或许是每一个研习法律职业伦理的人都想要弄明白的。

在西方语言文化中，英语中的“伦理”（ethics）在拉丁文中被称为“ethica”，在希腊文中被称为“ethos”，意指“风俗”“习惯”。[2] 据考证，早在古希腊名著荷马史诗《伊利亚特》中就已经出现了“伦理”这个词，本意是指一群人共居的地方，后来引申为共居的人们所形成的性格、气质以及风俗习惯。通过这些风俗习惯，人们逐渐形成了某些品质或德性。[3] 亚里士多德在《尼各马可伦理学》中说：“德性分为两类：

---

〔1〕 参见［美］德博拉·罗德、戴维·鲁本：《法律伦理（上）》，林利芝译，新学林出版股份有限公司 2018 年版，第 3 页。

〔2〕 参见林火旺：《伦理学入门》，上海古籍出版社 2005 年版，第 11 页。

〔3〕 参见张传友：《伦理学引论》，人民出版社 2006 年版，第 2 页。

一类是理智的，一类是伦理的。理智德性主要是由教导而生成、由培养而增长，所以需要经验和时间。伦理德性则是由风俗习惯沿袭而来，因此把‘习惯’（ethos）一词的拼写略加改动，就有了‘伦理’（ethikee，ethics）这个名称。”〔1〕由于“伦理”一词具有上述文化背景，在现代英语中，“伦理”概念仍然具有更多的规范、规则等古希腊语中的理性特征。〔2〕

在中国古代文化视域中，“伦理”的原始语义是“伦”与“理”之义的结合。“伦理”一词最早见于《礼记·乐记》：“凡乐者，生于人心者也，乐者，通伦理者也。”古文对“伦”“理”的解释主要有以下几种：①东汉郑玄《三礼注》对其注解为：“论，类也；理，分也。”②许慎《说文解字》对其解释为：“伦，辈也；理，治玉也。”综上，“伦”字有辈分、种类、次序之意，引申为人际关系有次序条理，也称为“人伦”，例如《孟子·滕文公上》：“教以人伦，父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信。”这里的“人伦”即人际关系的行为准则，以君臣、父子、夫妻、兄弟、朋友为“五伦”。〔3〕“理”字用于动词则有“修整”“整治”之意，用于名词则引申为“条理”“道理”、世间万物的本原和运动的规律等。因此，《现代汉语词典》整合汉语中“伦”与“理”的含义，将“伦理”定义为“人与人相处的各种道德准则”。〔4〕我国学者王海明将“伦理”定义为“伦理乃是具有社会效用的行为之事实如何的规律及其应该如何的规范”。〔5〕

从中西方语言文化关于“伦理”的解释来看，古代中国“伦理”与西方传统“伦理”之间存在差异，古代中国“伦理”更加强调一种“宗法秩序”，而西方传统“伦理”更加强调一种“治理规则”，具有很强的理性色彩。〔6〕但是随着西方“伦理”概念的引入，古代中国“伦理”概念的含义也发生了很大的变化，基本已经接近西方“伦理”的意涵，即人们必须遵循的规则与习惯。正如我国台湾地区学者萧武桐对“伦理”所作的界定：伦理是阐明人与人之间的关系并确立人与人之间的行为标准，以追求善良及明智的行为规范。

二、道德的语义分析

谈及“伦理”，我们就必须了解与之密切相关的一个词“道德”。“伦理”与“道德”都是伦理学研究中的核心概念。

在西方语言文化中，“道德”一词对应的英文为“moral”或“morality”，来自于拉丁文“mōrālis”，意指“习惯”（manner）、“性格”（character）、“举止得体”（proper behavior）。“morality”的定义也一直是西方学术界争论不休的话题，一般认为“morali-

〔1〕 参见［古希腊］亚里士多德：《尼各马可伦理学 英文1》，中国社会科学出版社1999年版，第25页。

〔2〕 参见尧新瑜：“‘伦理’与‘道德’概念的三重比较义”，载《伦理学研究》2006年第4期。

〔3〕 参见王冬桦：“为伦理与道德的概念及其关系正本清源”，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2011年第2期。

〔4〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2012年版，第852页。

〔5〕 参见王海明：《新伦理学》，商务印书馆2008年版，第4页。

〔6〕 参见尧新瑜：“‘伦理’与‘道德’概念的三重比较义”，载《伦理学研究》2006年第4期。

ty”具有两个方面的意涵：①描述性意义（descriptive sense），即道德是指人与人之间的意图、决定、行为适当或不适当的区别；②规范性意义（normative sense），即道德是从一种特定的哲学、宗教或文化的行为准则中衍生出来的一种标准或原则。从道德哲学的角度看，对于“morality”的争论大致可以归为两类：①自我中心论者，即将道德定义为对自我完善的追求；②社会中心论者，即将道德解释为个人对社会的一种义务。

在中国古代文化典籍中，“道”与“德”最初也是分开使用的，且概念含义比较广泛。例如，先秦老子虽然写了《道德经》，但指的是《道经》和《德经》，在老子那儿，“道”和“德”属于两个概念。[1]《说文解字》曾解释道，“道者，路也”，“德者，得也”。可见，“道”的语义学意义是“道路”，引申为“规范”“规矩”。而“德”，古人称“行道，有得于心，谓之德”。这样，“德”事实上被理解为一个人内心的“品质”“自我觉悟”。[2]“道”与“德”作为一个词“道德”则首次出现在《礼记》中，《礼记·曲礼》曰：“道德仁义，非礼不成。”在这里，“道德”被视为与人类善的最高等级——“仁义”相同。《现代汉语词典》将“道德”定义为“道德通过人们的自律或通过一定的舆论对社会生活起约束作用”。[3]

关于“道德”的特征，我国台湾地区学者萧武桐认为，“道德”具有以下几项特征：①道德行为含有一种义务观念，即人人认为道德为应尽的义务。即使他人不遵行，但对于此种义务观念，有些人反而要求更为强烈。②道德行为会有善的行为的意义，因为善的行为是可爱可敬的行为，而人人都有希望受人敬爱的心理，故人人皆愿择善而行。③道德的行为规范为社会所定，社会上积累的可敬可爱的行为，乃是由社会累积善行的规范决定的，因此，服从道德就是服从社会。④社会所决定的道德行为标准，只是日常生活的行为规范，此种规范即正常的行为。⑤不同的个人，不同的社会，对于品行良莠、行为善恶有着不同的看法，因此，所谓道德，实际上都是相对的概念。

从中西方文化中关于“道德”的语义解释可以看出，二者存在一定的差别，具体表现在两个方面：①中文中的“道德”通常与意识形态相关联，而西方“道德”则与宗教文化密切相关；②中文中的“道德”强调一种“家族主义”，而西方的“道德”更加注重个人主义。[4] 但与此同时，我们也能发现一些共同点，即中西方“道德”观念都强调个人具体行为的品质。

三、伦理与道德的关系

从语义分析来看，“伦理”与“道德”之间确实存在差异，但是对于“伦理”与“道德”的关系，中外学者都从不同角度给出了不同的见解。

余仕麟教授认为，“道德”和“伦理”是伦理学或道德哲学中的两个基本概念。无

---

〔1〕 参见周中之、王正平：《伦理学新论》，文汇出版社 1998 年版，第 1 页。

〔2〕 参见张应杭编著：《伦理学》，浙江大学出版社 1991 年版，第 2 页。

〔3〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 269 页。

〔4〕 参见尧新瑜：“‘伦理’与‘道德’概念的三重比较义”，载《伦理学研究》2006 年第 4 期。

论在中国还是在西方，“道德”和“伦理”两个概念的意义基本相似，都是指通过一定的原则和规范的治理、协调，使社会生活和人际关系符合一定的准则和秩序。但是，“道德”和“伦理”毕竟是两个概念，在学术和现实生活中仍然存在较大的差别。在伦理学或道德哲学理论中，“伦理”是伦理学中的一级概念，而“道德”是“伦理”概念下的二级概念。二者虽有联系，但在使用时并不能相互替代，因为它们各自有属于自己的概念范畴和使用区域。伦理指的是整体，包括人们的行为事实如何的规律及其应该如何的规范，更多地具有客观、客体、社会和团体的意味；道德包括人们的个人行为应该如何的规范，更多地或更有可能用于个人，更含主观、主体、个人、个体的意味。〔1〕

张志铭教授和徐媛媛博士认为，道德概念比较抽象、内在，意指道德性、道德精神、内含的性情品格，是一种关于是非、善恶的判断，需要借助人的良知和内心确信才能真正发挥作用。道德的含义会因时空场景、人文等诸多不同因素的影响而变化，具有明显的主观性和不确定性。伦理则比较具体、外在。它是道德的外化，是道德落实在人际关系中的具体表现，构成了良善社会生活人际交往的规范准则。道德是自律的，注重自我修炼、自我约束；而伦理更多的是他律，强调通过激励与惩罚的制度设计规范人们的行为。道德和伦理是本质与现象的关系，从根本上是统一的，或者说，伦理就是道德规范。〔2〕

按照龚群教授的总结，就个人道德与社会伦理的关系而言，不同社会领域、社会层面、社会体制的伦理性，并非没有个人性的伦理规定和伦理活动。若无具体个人的社会活动和个人活动的道德性，任何社会伦理的规定都要流于空疏与虚妄。社会伦理只有落到个人道德层面上，成为人格化、个体化的东西，成为个体的共识，才具有现实意义。社会伦理与个人道德的内在连接点就在于社会实践，任何一种社会实践活动能够存在和发展下去，都要有相关的社会伦理规定以及要求相关的个人的德性或个体的道德。只有二者共同发挥作用，一个社会才会不断向真、善、美的境界发展。〔3〕

德国哲学家黑格尔（Hegel）在《法哲学原理》中对伦理与道德进行了区分。黑格尔认为，抽象的法、道德、伦理这三个环节都是特殊的法或权利，在不同形式和阶段上都是自由的体现，较高的阶段比前一阶段更具体、更真实、更丰富。法的基底一般来说是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成了法的实体性和规定性。道德是扬弃抽象的法发展而来的成果，道德是法的真理，居于较高阶段，道德是体现在人的主观内心的自由，道德的观点就是自为地存在的自由。在黑格尔看来，抽象法是客观的，道德是主观的，只有伦理才是主观与客观的统一，才是客观精神的真实体现。伦理生长发展的过程可以分为家庭、社会、国家三个阶段。法和道德本身没有现实性，它们必须以伦理为基础，作为伦理的体现者存在。对个人而言，个人的权利和道德自由以社会性的、客观的伦理实体为归宿。伦理的规

〔1〕 参见余仕麟：《伦理学要义》，巴蜀书社 2010 年版，第 9 页。
〔2〕 参见张志铭、徐媛媛：“对我国检察官职业伦理的初步认识”，载《国家检察官学院学报》2013 年第 5 期。
〔3〕 参见龚群：《社会伦理十讲》，西南交通大学出版社 2014 年版，第 8 页。

定是个人的普遍本质，是调节个人生活的力量。[1]

通过诸位学者对“伦理”与“道德”从词语、概念方面进行的比较区分，我们可以大致得出如下结论：伦理是就人类社会中人伦关系及其秩序而言的，道德则是在个人体现社会道德规范的主体与精神的意义上使用的。伦理侧重于社会层面；道德侧重于个人道德判断、道德选择方面，以及个人的道德品性问题。

四、伦理与法律的关系

从前文的分析可知，伦理是针对人类社会中人伦关系及其秩序而言的，具有整体性。事实上，我们对这个概念可能有一种似曾相识的感觉，法律也具有维护社会整体秩序之功效，而且就现代社会中民众的个体生活而言，我们“从摇篮到坟墓”都被纳入了法律的控制范围，那么我们为什么不直接用法律来对法律职业人员进行全覆盖控制，还要去强调职业伦理呢？这里涉及一个基础性问题，即伦理与法律的关系问题，当然前述问题本身也值得思考。

关于伦理与法律的关系问题，我国学者龚群教授进行过系统的阐述。[2] 他认为，伦理与法律既有相互关联与统一的一面，又有分离与分化的一面。一般而言，法律是依据政治社会的强制力而被强行要求执行的社会规范，法律的推行有赖于政治社会的强制力量。然而，法律的价值基础，也就是决定法的根本特性的东西，不在国家性的强制，也不在法本身，而在伦理世界。法律的价值基础也就是伦理合理性、法的正义性。正因为如此，才有良法与恶法之分，恶法是仅仅依靠强制力而没有伦理价值规范基础的法。在一定意义上，只要有伦理规范，人类社会生活就可以继续下去，而人类之所以需要法，是因为并非所有人都有伦理的自律性，因而需要外在的强制来使人类的行为符合伦理价值所确立的标准。

法律与伦理又存在区别，根据龚群教授的总结，法律更侧重于规范人的外部行为，而伦理则更侧重于约束人的内部良心。法律作为强制性规范，虽然以伦理为基础，或内含伦理的要求，但并不涉及内心服从的问题。伦理的要求则是遵从自己的理性，遵从自己的道德良心，使自己在道德良心上获得自由。此外，法律秩序仅仅是伦理秩序的一部分，或者说，法律规范所依据的是“中等人”标准，是一般人通常可以做到的。法律中所禁止的行为，仅涉及伦理中有关“不应当”的消极规定中那些最严重的行为，而伦理对人的行为而言，不仅包括“不应当”的层次，还包括正当、应当的层次，其中的应当层次则包括较为远大的理想成分。

◆例 1-1　关于法与道德的论述，下列哪些说法是正确的？（　）

A. 法律规范与道德规范的区别之一就在于道德规范不具有国家强制性

B. 按照分析实证主义法学的观点，法与道德在概念上没有必然联系

C. 法和道德都是程序选择的产物，均具有建构性

D. 违反法律程序的行为并不一定违反道德

---

〔1〕 参见［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 2009 年版，第 44~49 页。

〔2〕 参见龚群：《社会伦理十讲》，西南交通大学出版社 2014 年版，第 265~266 页。

【解析】选项A正确。法与有组织的国家强制相关，通过一定的程序进行，针对外在行为，表现为一定的物质结果。专门机构、暴力后盾、程序设置、行为针对性和物质结果构成法的外在强制标志。道德在本质上是良心和信念的自由，因而其强制是内在的，主要凭靠内在良知认同或责难，即便是舆论压力和谴责，也只能在主体认同谴责所依据的道德准则的前提下发挥作用。

选项B正确。分析实证主义法学派否定法与道德存在本质上的必然联系，认为不存在适用于一切时代、民族的永恒不变的正义或道德准则。

选项C错误。法在生成上往往与有组织的国家活动相关，由权威主体经程序主动制定认可，具有形式上的建构性。尽管从进化理性主义上说，法在根本上也是长成的，是累积进化而来的，非人类智慧预先设计的产物，但在形式上却不能不承认法的建构性。道德在社会生产生活中自然演进生成，不是自觉制定和程序选择的产物，自发而非建构是其本质属性。

选项D正确。法律和道德并不是一致的，因此，违反法律程序的行为不一定违法道德。

五、伦理与规制的关系

在本书中，我们在讨论每一类法律职业人士的职业伦理问题时，都是以该类法律职业人士的职业伦理规范作为分析蓝本的。同时，我们也会提到每一类法律职业人士的惩戒机制，各个国家的做法不一，有的国家完全由律师协会负责，有的国家由司法行政机关负责，还有的国家由法院负责。职业伦理规制引发了一些特殊的问题，“什么是伦理”与“什么应该包括在伦理规制中”，这两个问题是不一样的。按照英国学者乔纳森·赫林（Jonathan Herring）的总结，[1] 主要有两个方面的原因：

1. 伦理规制必须提供指引。如果我们要惩罚违反职业伦理的律师，那么该律师有权知道伦理要求是什么。这就要求伦理指导要合理明确，并能够加以适用。例如，面对一个涉及利益冲突的复杂伦理困境（ethical dilemma），哲学家可能会进行详细分析，然后拿出一份争论激烈的论证报告，梳理出许多需要加以平衡的细微之处；然而，我们不能指望一名陷入伦理困境的律师能够对这个问题进行这种深度的分析。这意味着，在规制中使用的伦理指引往往很“粗糙”（crudeness），它提供了清晰、简洁、易于应用的指导，但这是以牺牲深度哲学分析所提供的复杂性为代价的。

2. 伦理规制必须能够得到执行。如果伦理规制得不到执行，它将成为一个笑柄（laughing stock）。例如，我们假定一名律师贪婪地看着委托人是缺乏职业伦理的（unethical）。如果伦理规范中这么规定，那就是不切实际的，因为我们永远不知道律师在想什么。伦理规制应当尽可能针对能够确定的事情，例如，律师是否对委托人说不恰当的话。因此，伦理行为的某些方面可能无法在规制守则中得到体现，因为它们永远不会得到执行。

六、伦理与行为的关系

大多数职业伦理准则主要关注的是行为（acts），而不是品格（character），它们规定了哪些行为是合乎伦理的或不合乎伦理的。例如，在各国的律师职业伦理规范中，大部分内容主要涉及律师与委托人、律师与同行、律师与法庭之间应该遵循的伦理规

---

〔1〕 See Jonathan Herring, *Legal Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 8.

范。因此，这就引发了一个问题：伦理与行为之间到底是何种关系？

有的哲学家认为，应该关注一个人是否是一个好人，而不是仅仅关注他是否做了好事。对于律师而言，一个律师不仅行为应该是正当的，而且应该是一个好律师。对此，美国学者艾丽丝·伍利（Alice Woolley）认为，律师职业伦理不应关注律师或委托人的道德，而应只关注律师或委托人所采取的（或提议采取的）行为的道德。她认为，原因主要有以下几点：①就道德品质的存在而言，它是不容易识别的。②即使道德品质确实存在，它与跨环境的行为也没有多大的关系；律师即使具有诚实的品格，并不能保证在法律实践的各种情况下都能做到诚实。③除了一两个例外，大多数律师职业伦理涉及的实际问题，如“律师应该做什么”，直接关注律师或委托人的行为。鉴于道德是相关的，重要的是行为的道德，而不是行为人的道德。[1] 英国学者乔纳森·赫林认为，这个问题并不简单。一个人是什么和他做什么是密切相关的：如果你不做勇敢的事情，你就不能声称你是勇敢的人。在法律职业伦理中，我们通常问的是某一特定情况下某一行为是否合理，而不是对某人的生活进行总体评估，这一点是正确的。如果一名律师违反了伦理守则，那么他或她过着合乎伦理的生活，就不能作为辩解的理由。[2]

事实上，近年来，伦理学中出现了一门新兴的学科，即行为伦理学（behavioral ethics），它是研究人们在面对伦理困境时如何行事并解释其原因的学科。美国学者马科斯·巴泽曼和安·坦柏伦塞认为，从过去到现在，在很多职业领域，我们都通过职业伦理培训来避免职业人员在实践中的伦理失范行为。职业伦理培训假设，加强行为决策中的道德因素，就会激励行为者选择符合伦理规范的决策。然而，实践证明，这种介入已经失败了，原因在于这种假设是不牢固的：行为者会在按照伦理标准行事和赢取个人利益之间作出明确的权衡。这种范式未能正确认识到在面对伦理困境时人们内心的心理反应。在行为伦理学看来，人们的实际行为经常和自己最好的道德意图相背离，许多伦理上的失当是由情境压力和人类思维方式叠加造成的。[3]

美国学者珍妮弗·罗宾诺尔特（Jennifer K. Robbennolt）在其文章《行为伦理学遇上法律职业伦理》（*Behavioral Ethics Meets Legal Ethics*）中将行为伦理学应用到法律职业伦理研究中，去分析律师职业伦理失范行为的影响因素。他认为，行为伦理学的研究蓬勃发展，对影响伦理决策（ethical decision）的认知（cognitive）、情境（situational）和社会（social）因素提供了新的见解。尽管处理法律职业伦理问题的许多常用方法都假定伦理失范行为是由自身经济利益驱动（economic self-interest）的有意识决策的结果，但行为伦理学表明，伦理决策远比有意识的行为者为了自己经济利益的发展而作出的伦理失范的决定要复杂得多。[4]

---

〔1〕 See Alice Woolley, “Philosophical Legal Ethics: Ethics, Morals, and Jurisprudence”, *Legal Ethics*, Volume 13, Issue 2 (2010), pp. 165~208.

〔2〕 See Jonathan Herring, *Legal ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 9.

〔3〕 参见［美］巴泽曼、坦柏伦塞：《发现你的道德盲点》，李洪涛译，上海人民出版社 2012 年版，第 4 页。

〔4〕 See Jennifer K. Robbennolt, “Behavioral Ethics Meets Legal Ethics”, *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 11, 2015, pp. 75~93.

七、主要的伦理原则

个人面对“伦理困境”时，如何进行行为选择，是伦理学关注的重点问题。因此，我们有必要对伦理学中主要的伦理原则进行阐述。

（一）效益主义（consequentialism）

效益主义，也称后果主义、结果主义、功利主义或效果论，它以行为产生的整体结果（overall consequence）决定行为的道德正当性，换言之，行为的对错只是其结果好坏的一个函数，更具体地说，一个道德上对的行为，就是在所有可能选择的行为中，其结果能产生最大量的善或最小量的恶的行为；而所谓错误的行为，就是其结果不能产生最大量的善或最小量的恶的行为。[1] 按照我国学者余仕麟教授的总结，效益主义（功利主义）既有其合理的一面，也有其理论缺陷。效益主义（功利主义）的合理性主要体现在以下几个方面：①效益主义（功利主义）与个人主义、利己主义、享乐主义是有区别的，效益主义（功利主义）不仅要求满足个人利益需要，而且要协调个人利益与社会利益之间的关系。②效益主义（功利主义）注重利益和效果，这对纠正片面强调精神与道义的意识有积极的理论意义和现实意义。③效益主义（功利主义）的“最大多数人的最大幸福”的要求，对于强调个人利益与集体利益、国家利益之间的关系发挥了积极的作用。效益主义（功利主义）的理论缺陷主要体现在：①效益主义（功利主义）以自然主义人性论为理论基石，从人的趋乐避苦的本性出发，认为追求个人利益是一切行为的目的和归宿，与个人主义一样陷入了抽象的人性论。②几乎所有的效益主义者都认为功利原则只是一条原则，即“最大利益净余额”或“最大多数人的最大幸福”，而忽视了其体系性。③效益主义（功利主义）不能论证人为大众谋求幸福的责任性以及效益主义作为一种价值观的地位。[2]

（二）道义论（deontology）

道义论，又称义务论，它以道德义务和责任为中心，研究和探讨人应该做什么，不应该做什么，即人应该遵守怎样的道德规范。道义论的典型代表人物是德国哲学家康德，他在其道德理论中强调人的尊严及其被尊敬的权利，他认为，每一个人之所以有尊严，不是基于其社会地位，不是因为其聪明才智，也不是其成就，而是其天生的理性能力，也就是每一个人都可以思考、选择的能力。康德是第一个将“责任”（duty）作为道德的核心概念的哲学家，传统上“责任”是指附加在个人社会、经济或政治职位上的一些要求。但是，康德认为“责任”这个概念和人的职位无关，道德责任是对每一个人都具有规范作用的。而且对康德而言，这个概念也和“效益”无关，一个行为是否履行道德责任，和该行为所造成的结果并不相关，因为一个有道德价值的行为，完全是因为这个行为的目的就是履行责任。[3] 按照英国学者金伯利·哈钦斯的总结，康德的道德原则强调两个因素：①在形式上，这些原则是普世的规定；②人们的道德

---

〔1〕 参见林火旺：《伦理学入门》，上海古籍出版社 2005 年版，第 73 页。

〔2〕 参见余仕麟：《伦理学要义》，巴蜀书社 2010 年版，第 183~186 页。

〔3〕 参见林火旺：《伦理学入门》，上海古籍出版社 2005 年版，第 102 页。

正确性不仅仅取决于依据这些道德原则来行为，在本质上还取决于由于这些道德原则而行为。在康德看来，出于错误原因而做正确事情，这并不是道德的行为，因为这样做未能把人的行为置于纯实践理性的自我立法权力（自主）之中。这样一来，对康德而言，做正确之事需要两个因素：①必须弄清楚要做的什么事情是正确的，即识别道德法则的要求；②必须以此为基础而行为，而不是因为碰巧符合某人的利益，也不是因为某人碰巧正想做正确的事情。[1]

（三）美德伦理（virtue ethics）

一般认为，“美德伦理”的基本含义是指：作为道德行为主体的个人在与其独特的社会身份和“人伦位格”直接相关的道德行为领域或方面所达成的道德卓越或者优异的道德成就。“美德伦理”与个体的道德人格和道德目的有着根本性的内在价值关联。[2] 简而言之，美德伦理的出发点是从道德上判断什么样的人是好人、什么样的人是坏人，这跟以效益主义和道义论为代表的规则伦理学是对立的。在现代西方，著名的美国伦理学家阿拉斯戴尔·麦金太尔（Alasdair MacIntyre）是美德伦理学的重要代表人物。他在其《追寻美德》一书中，力图追寻现代道德中已经失落的亚里士多德的美德伦理传统。他反对美国现代伦理学家罗尔斯等人漠视美德以及与道德规则的关系。在他看来，唯有具正义美德的人，才有可能真正了解如何在社会生活实践中去运用道德规则。他认为，伦理学的根本任务是告诉人们怎样认识自己的生活目的，并为实现一种善的生活的内在目的而培养人的内在品格和美德。[3]

拓展阅读：生死选择的法律迷局与伦理困境

第二节　职业伦理学引论

在第一节中，我们对伦理学中一些重要的概念进行了简单阐述，从中可以发现，伦理学是研究人类社会中的一切道德现象或伦理事实的学科，如行为的性质、行为的标准、良心现象等。综合国内外学者的研究成果，伦理学可以分为美德伦理学、一般规范伦理学、元伦理学、描述伦理学、应用伦理学等，其中，规范伦理学是研究人们的行为准则，探讨道德原则和道德规范的本质、内容与评价标准，对人们应该怎样行为提出规范要求的理论；应用伦理学则是研究怎么应用伦理原则、规范、理由去分析和处理产生于实践和社会领域里的道德问题的伦理学分支。本书认为，职业伦理学属于规范伦理学的范畴，也是应用伦理学的内容。本部分主要对职业伦理学中的一些基本概念进行简要阐述。

---

〔1〕 参见［英］金伯利·哈钦斯：《全球伦理》，杨彩霞译，中国青年出版社 2013 年版，第 44 页。

〔2〕 万俊人主编：《清华哲学年鉴 2007》，当代中国出版社 2009 年版，第 1 页。

〔3〕 余仕麟：《伦理学要义》，巴蜀书社 2010 年版，第 24 页。

一、职业伦理学的兴起

关于什么是职业伦理学，我国著名伦理学家金国杰教授认为，职业伦理学又称职业道德学，是关于职业道德问题的科学，它是既从总体方面，又从部门方面研究职业道德发生、发展规律的科学。[1] 一般认为，职业伦理学（ethics of profession）是在20世纪20年代末创立的。1929年，美国伦理学家赖特在他发表的《伦理学概述》中，最先提出了西方社会中各种行业伦理学。赖特指出，行业伦理学的作用，是为所有职业从事者提供明确的具体的指导，使其清楚地知道可以做哪些事、不可以做哪些事，等等。[2] 关于职业伦理学的兴起，我国台湾地区学者蔡淑丽认为，职业伦理学的兴起主要是由于两个方面的原因造成的：①与大学教育过度重视职业教育以致忽视博雅教育有关，换言之，由于职业教育具有理论性、系统性、实用性与规范性的特征，所展现的是“工具理性”，缺乏通识教育所具有的博雅化与情意化的陶冶，无法展现价值理性。②与各职业领域在执业时遭遇的困境以及所产生的伤害有关。[3]

（一）职业伦理学的性质和特点

一般认为，职业伦理学是规范伦理学的一部分，具体而言，它是应用伦理学的一个分支学科。前文提到，应用伦理学是规范伦理学的有机组成部分，是运用规范伦理学基本原理解决人们生产、生活中的各种实际的道德、伦理问题而形成的具有管理特点的一门系统的伦理知识。职业伦理学是应用伦理学的一个组成部分，它与其他的应用伦理学既有联系，也有区别，其主要特点包括：①职业伦理学具有业务性质，即专业性，不论是医生伦理学，还是司法伦理学，都与它们的具体业务相关。因此，其道德准则、道德要求、道德教育、道德修养都离不开其职业活动的特殊性和职业活动的具体情境。②功利性质，职业伦理学渗透在职业活动中，构成职业活动的一个内在精神因素，其最终的结果都是要为更好地完成职业任务服务的。例如，要求司法工作者在办案、审理、判决过程中秉公执法、忠于法律、尊重事实，目的是维护法律的尊严，伸张社会正义，保护公民的正当权益。③职业伦理学具有管理的特点。规范伦理学是社会管理手段之一，而作为规范伦理学的实际应用的职业伦理学自然有管理的特点。职业伦理学的管理特点不同于一般的经济的、法律的、行政的管理手段。由于职业伦理的普遍性都是以个体的形态存在的，因此，发挥职业伦理的管理作用自有其独特的方式和要求，即把非正式的道德管理与正式的组织管理结合起来。职业伦理管理作用于人的内心世界，必须经过职业行为主体的自由选择。因此，教育引导、启发自觉，使受教育者自愿掌握职业伦理行为准则、范畴直至将其作为职业生活的信念，便成为职业伦理管理的有效机制。[4]

---

〔1〕 参见罗国杰、魏英敏主编：《中国伦理学百科全书—职业伦理学卷》，吉林人民出版社1993年版，第1页。

〔2〕 参见朱金香等编著：《职业伦理学》，中央编译出版社1997年版，第14页。

〔3〕 参见蔡淑丽：“专业伦理学在伦理学中的定位”，载《通识教育学刊》2010年第5期。

〔4〕 参见罗国杰、魏英敏主编：《中国伦理学百科全书—职业伦理学卷》，吉林人民出版社1993年版，第5~6页。

（二）职业伦理学的对象与任务

一般认为，职业伦理学以职业道德为研究对象，包括职业道德意识、职业道德关系、职业道德活动三个方面的研究。所谓的职业道德意识，是从道德意义上对职业在整个社会生活中的地位、作用、意义的认识与体验，包括职业道德信念和理想的确立等。所谓的职业道德关系，就是从人道与公正的观点出发，处理各种职业关系，诸如医生与患者的关系、律师与委托人的关系、律师与法官的关系、仲裁员与当事人的关系等。所谓职业道德活动，是指依据一定的职业伦理准则对职业活动进行善恶评价和对从业人员进行道德教育，促进其道德水平的提高。贯穿三者之中的根本问题，是职业道德行为准则，这是职业伦理学研究的重点或中心。[1]

职业伦理学的任务主要包括以下几个方面：①揭示职业道德发生、发展的规律，阐明职业道德是随着社会职业分工的产生和发展而产生和发展的，职业分工越复杂，职业道德越发达。②职业伦理学要研究职业伦理学发展的历史，吸收有益经验和积极因素，服务于当下的职业道德建设。③职业伦理学还要总结职业道德教育的经验，以理论知识教育职业人员树立职业道德观念、职业荣誉感、职业良心和职业责任感，从而成为有理想、有道德、有文化、有纪律的新型职业人员。[2]

（三）职业伦理学的研究方法与途径

一般认为，作为一门学科，职业伦理学的主要研究方法包括以下几种：

1. 理论联系实际的方法。伦理学是实践的哲学，伦理学具有实践性。职业伦理学作为一种实践的伦理，其实践性更为突出，同时它又是规范伦理学的理论应用。因此，应当特别重视对职业道德实践的研究，在规范伦理学理论的指导下，通过观察、实践、调查研究、搜集大量资料，经过抽象概括、分析归纳，形成新的职业伦理学理论观点，用以继续指导实践活动。

2. 交叉研究法。职业伦理学所研究的职业道德现象涉及社会生活的许多方面，如政治、经济、文化、教育、传统，涉及个人的心理、行为等，因此，职业伦理学的研究必须吸取心理学、社会学、社会心理学、教育学的一些方法和理论。

3. 比较研究法。在职业伦理学研究过程中，要巧妙运用比较研究法，进行横向比较、纵向比较等，通过比较，能够取长补短，促进自身理论与实践的发展。

4. 综合分析法。在职业伦理学研究中，要注意宏观研究与微观研究相结合的方法，既把各种不同的职业道德作为一个总体，进行全面考察，探讨一般性规律及一般性原则，又要对具体职业伦理进行分门别类的研究与探讨。[3]

二、职业伦理与职业道德的关系

上文曾提到，职业伦理学是以职业道德作为研究对象的，这揭示了职业伦理学作为一门学科与职业道德之间的关系。那么，职业伦理与职业道德之间有什么关系呢？

---

〔1〕 参见罗国杰、魏英敏主编：《中国伦理学百科全书—职业伦理学卷》，吉林人民出版社 1993 年版，第 3 页。
〔2〕 参见罗国杰、魏英敏主编：《中国伦理学百科全书—职业伦理学卷》，吉林人民出版社 1993 年版，第 5 页。
〔3〕 参见罗国杰、魏英敏主编：《中国伦理学百科全书—职业伦理学卷》，吉林人民出版社 1993 年版，第 6 页。

不同的学者从不同的角度给出了不同的观点。

（一）职业伦理与职业道德没有本质区别

龚群教授认为，职业伦理或称职业道德，伦理是从社会层面讲的，道德是从个人层面讲的。就职业方面的情形而言，从社会层面讲，可以称为“职业伦理”；从个人层面讲，可以称为“职业道德”，职业伦理在个人那里，就是个人的德性在职业行为中的体现。职业道德（职业伦理）作为人类道德现象的一个基本方面，有着与其他道德现象相区别的基本特征：①在内容上，职业道德总是鲜明地表达了职业行为及其角色行为的道德规范与准则。②在形式方面，职业道德、角色道德的行为准则的表达形式往往比较具体、灵活、多样，它既可以通过严格的规章制度、严明的作风纪律表现出来，也可以通过简单的标语口号、鲜明的誓词条例和具体的注意事项表达出来。③在调节范围上，主要用来指导从事某种具体职业、在某种具体岗位上的人们的言行。④在功效上，职业道德是一定的社会道德的职业化，它既是职业活动的道德保障，又为个人道德通过职业活动得到提升提供了途径。[1]

（二）职业伦理与职业道德存在明显区别

李宁教授认为，职业道德是指人们在从事各种职业活动的过程之中，思想和行动所应遵循的行为规范和道德准则；职业伦理是指从事各种特殊或专门职业的工作者或“职业人”所应具备的行业道德和他们所应遵循的基本职业伦理规范。因此，职业道德不同于职业伦理，职业伦理所具有的这种总体性特点与职业道德的个体性和主观性形成了对照。[2] 一般认为，职业伦理与职业道德的差异主要体现在以下几个方面：[3]

1. 从作用的对象来说，道德更加强调主观、内在、个体性、特殊性，因此，职业道德更多地是指职业人士个体按照岗位规范对自身的内在要求和行为的一种约束；而伦理更具有客观、外在、社会性、独特性，伦理是客观法，是他律的，因此，职业伦理更多地是指职业对职业成员的整体性要求，其与职业实践活动密切相关。

2. 从作为价值本身来说，道德价值的核心是善、好，其最本质的东西是个体心灵秩序的完善和自身的自由追求，因而势必呈现出自我价值追求的个体性差异。因此，职业道德的培养与个体内心信念的形成是分不开的，只有在职业岗位工作实践中，职业人员在内心深处确立了对真善美的追求，才会在日常的行为中有所体现。而伦理的核心是正当，其最本质的东西是社会成员在共处中的利益关系的公平与正义。伦理是社会所必须认同和要求的基本的、共同的价值认同，着眼于社会整体秩序的协调、稳定和持续发展。因此，职业伦理是基于社会成员的整体关系协调而发生作用，反映人们对公平与正义的共同价值追求，并在多层面的社会关系中付诸实践，产生普遍的约束作用。

3. 从存在领域来说，道德主要存在于私人精神领域，主要体现在追求利益的个体

---

〔1〕 参见龚群：《社会伦理十讲》，西南交通大学出版社 2014 年版，第 133~134 页。

〔2〕 参见李宁：“论职业道德对提升职业伦理境界的功能”，载刘邦凡、万长松主编：《中国社会科学研究论丛》（2013 卷第 2 辑），世界图书出版广东有限公司 2014 年版，第 29~30 页。

〔3〕 参见杨柳、沈楚：《现代职业文化简论》，浙江大学出版社 2014 年版，第 47~48 页。

与自我良知的对话。因此，职业道德可以看成职业人士个体在职业实践活动中一种个人的精神修养与信仰追求。伦理主要存在于人的共同体的公共领域，在现代社会主要是个体之间的民主性对话与讨论。因此，职业伦理更多是在不同群体中，围绕职业之间的矛盾和冲突，通过教育、对话、讨论，达成共识，产生共同的职业信念。

本书倾向于采纳后一种观点，即职业伦理与职业道德之间存在差异，在具体使用上不宜混同，这也是本书采用“法律职业伦理”而非“法律职业道德”的原因。但是，承认区别并不意味着否认联系，作为整体的“职业伦理”要想发挥实效，还依赖于职业人士个体的践行和遵守，这时候“职业伦理”则体现为“职业道德”。

三、职业伦理与公民道德的关系

“职业伦理”（legal ethics）与“公民道德”或“一般伦理”（general ethics）的关系，也是各国职业伦理学者关注的重点问题，国内外学者也都从不同角度对此进行了解析。

法国学者涂尔干在其经典著作《职业伦理与公民道德》一书中，对“职业伦理”与“公民道德”之间的关系进行了论述。涂尔干认为，任何职业活动都必须有自己的伦理，这些伦理与共同意识并无深层的联系，因为它们不是所有社会成员共有的伦理，换言之，职业伦理与共同意识无关。尽管共同道德把社会大众当成它唯一的基质和器官，实际上职业伦理的器官却是多重的。有多少职业，就有多少这样的器官；每个器官都像与社会整体的联系那样彼此关联，都具有相对的自主性，分别处理各自规范的关系。于是，这类道德要比以往的道德呈现出更加奇特的性质，即道德生活的去中心化趋势。公意是共同道德的基础，它弥散在社会各处，用不着我们去甄别它究竟处于何方；而职业伦理则不同，每一种职业伦理都落于一个被限定的区域。〔1〕

从涂尔干的论述来看，他基本上认为，职业伦理是不同于公民道德的，职业伦理具有一定的特殊性。我国学者孙笑侠教授也持类似的观点，他以法律职业伦理与普通道德的关系为例，进行了阐述。法律职业共同体内部都遵守着一套标准，该标准在涉及技术操作、感情取舍等方面有别于生活伦理，但在与大众道德重合的部分又遵循“英雄标准”的职业伦理规范。这种伦理规范之所以一方面有别于大众道德，另一方面又要高于普通道德，一是为了维持职业的正常运作，正如上文所述 ，法律的职业思维往往会与大众思维相冲突，作为扮演多重社会角色的法律人来说，其本人内心就会充斥着多重思维的冲突，此时，就迫切需要一套明确的、具有可操作性的伦理规范予以指引；二是法律职业有别于其他一般的社会职业，它基于公平、公正的立场将法律运用到具体的人和事。因此，它要求从业人员具备良好的道德品质。〔2〕

英国学者乔纳森·赫林（Jonathan Herring）以律师职业伦理与一般伦理的区别为例，对当前国外法律职业伦理学界对于这一问题的见解进行了总结。〔3〕他认为，目

---

〔1〕 参见［法］涂尔干：《职业伦理与公民道德》，渠敬东译，商务印书馆 2015 年版，第 8 页。

〔2〕 参见孙笑侠、李学尧：“论法律职业共同体自治的条件”，载《法学》2004 年第 4 期。

〔3〕 See Jonathan Herring, *Legal Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 28~29.

前，关于“律师职业伦理是否不同于一般伦理”大致有四种观点：

1. 律师职业伦理与一般伦理基础没有什么不同。因此，律师应该对委托人的信息保密，这一原则与在保密环境中获得私人信息的任何人应该遵守的原则没有什么不同。或许唯一的不同在于，律师可能比其他人更容易得到秘密信息，但管理律师的基本道德原则是相同的。

2. 律师适用的基本原则与其他人相同，但作为专业人员，他们是以一种特定的方式适用的。因此，虽然保密的基本理念适用于所有人，但律师却负有更多的责任。同样，每个人都必须诚实，但律师不仅要诚实，而且要表现得诚实，并适用最高的诚实标准。

3. 律师适用的基本原则与其他人相同，但因其专业地位而享有特殊豁免。因此，虽然一般来说，人们必须说出真相，但律师必须尽其所能服务于委托人的福祉。这一特殊要求意味着，如果有必要，律师可以突破这一原则。

4. 律师职业伦理独立于适用于大多数人的原则，律师所承担的特殊责任反映了他们在社会中的独特地位。因此，律师职业伦理不应被简单地看作一般伦理的一种强化形式，而是有其自身的特殊基础。

我们认为，职业伦理与大众伦理之间既有区别，又有联系。职业伦理与大众伦理都是“伦理”范畴下的一种“伦理现象”。因此，职业伦理中的很多基本原则都能在基本伦理原则或伦理价值中找到根源。例如，伦理中的人道主义原则，要求把人和人的价值置于首位，主张以“人”为中心，强调人的尊严；而各类职业伦理的基本原则无不强调“以人为本”，如医师的“救死扶伤”、法律职业人的“维护委托人合法权益”。但是，伴随着社会分工和职业选择的发展，职业伦理随着各类职业的形成而出现并稳定下来，它必须反映和体现职业所具有的特殊性。因此，职业伦理与大众伦理出现了分野。

四、如何建构职业伦理

明确了职业伦理的性质与特征后，我们还必须对职业伦理的建构有所了解，它有助于我们认清职业伦理所具备的功能价值。就职业伦理的建构而言，一般认为，其主要通过制度、文化及教育等方面来实现。[1]

1. 从制度上讲，职业伦理的建构涉及法律条文的制定以及政府政策的方向。由于法律条文具有约束行为的作用，因此，即使一个对职业伦理不熟悉的人，也可以很清楚地从法律条文中得出哪些行为符合职业伦理、哪些行为则不被接受。建立规范的目的，在于提供一个有秩序的社群，使成员们的行动能符合规则。

2. 从文化上讲，当社会上行之久远的惯例成为文化的一部分时，环境会充满潜移默化的功能。组织中伦理失败的原因往往可以追溯到他们的组织文化，以及领导层未

---

〔1〕 参见朱金香等编著：《职业伦理学》，中央编译出版社 1997 年版，第 15～17 页。

能积极推进伦理实践和理想。[1] 当职业伦理成为职业文化的一部分时，每位职业人员也都会尽可能地将工作做得专业且有品质，这也是通过文化建立职业伦理的功能。

3. 从教育上讲，职业伦理是可教的。柏拉图在《理想国》中提出，趋善避恶是人的本性，至于人们在实际中是否行善，那就要看他是否具有善恶的知识。他肯定地指出，一个人如果知道什么是善，必定行善；知道什么是恶，必定避恶；既然伦理道德就是知识，而知识又是可教的，因此，伦理道德也是可教的。正义、勇敢、无私、节制等美德都是以知识为基础的，都是可以通过传授而获得的。先秦儒家的荀子和孟子，在人性论上有着截然不同的主张。荀子提出了性恶说，他认为“人之性恶，其善者伪也”；孟子则提出了性善论，他认为“人皆可以为尧舜”。尽管孟子与荀子在人性理论上有很大的差异，但是他们都认为“伦理道德”是可教的。正是基于此，儒家为中国传统文化提供的共同精神，就是强调在道德实践中建立理想人格，以成就和完善自我。因此，职业伦理的建构，是通过教育，形成模式或制度，最后成为文化的一部分。通过每个人道德的树立，形成良好的社会风气，是提升伦理水平的根本。

---

〔1〕 See Andrew Brien, “Professional Ethics and the Culture of Trust”, in *Journal of Business Ethics*, Vol. 17, No. 4 (1998), pp. 391~409.

第二章

法律职业伦理学概述

导 语

法律职业伦理学以法律职业伦理为研究对象，具体包括法律职业伦理的一般原理、法律职业主体的伦理规则、法律职业责任、法律职业伦理的养成和教育。法律职业伦理学研究不仅有利于拓宽法学和伦理学的研究视野，深化道德与法律问题认识，而且有利于提高法律职业人才素质，重建法律理想，从而推进依法治国进程。本章将对法律职业伦理学中的基本概念，如法律职业、法律职业共同体、法律职业伦理等，进行具体阐述和解释，以形成对法律职业伦理学的基本认识。

第一节 法律职业伦理学

一、法律职业伦理学的研究对象

法律职业伦理是法律职业活动中应当遵循的伦理道德规范。具体来说，法律职业伦理是指法官、检察官、律师等法律职业人员在其职务活动与社会生活中所应遵循的行为规范的总和。职业伦理的产生与职业所承担的社会责任和公益性有很大的关系。有学者认为，职业人员的职务本身带有公益性质，为了确保其公共功能得到发挥，防止他们为了一己私利损害社会利益，需要在职业中强调职业伦理，以对其行为进行规范。具体到法律职业，强调职业伦理的原因主要包括：首先，法律工作者工作的私密性。他们在从事专业活动中会接触到其他人所接触不到的秘密，如委托人会对律师说出不想对法院、亲戚朋友说出的事实；其次，法律职业的自我要求，正如法国著名伦理学家爱弥尔·涂尔干所言：“职业道德越发达，它们的作用越先进，职业群体自身的组织就越稳定、越合理。”法律职业伦理越严格，遵守程度越高，越有利于提升公众对这个职业的信任，越有益于职业群体的发展。最后，基于法律和社会秩序的要求。法律人掌握法律知识，执行法律，维护法律的运行。倘若法律人没有进行自我约束，反而玩弄法律，其不仅没有履行自己的社会责任，还会严重破坏法律维持社会秩序的功能。

法律职业伦理学是将伦理学原理应用于法律职业领域中的一门学科。其研究对象具体包括：①法律职业伦理的一般原理。法律职业伦理学从规范伦理学和元伦理学的角度出发，研究法律职业中最核心、最基本的伦理要求，如维护法治、追求正义、勤勉尽责等。②法律职业主体的伦理规则。法律职业主体主要包括法官、检察官、律师、

公证人员和仲裁人员等。法律职业主体的伦理规则即研究上述法律职业人员在从事法律职业过程中应当遵守的规则。例如，法官在审判中或审判外应当遵守的公正原则，它包括实体公正和程序公正，为保障程序公正，法官应当遵守回避、平等、独立、公开等具体规则。③法律职业责任。法律职业责任是法律职业人员违反法律和道德规范所应承担的责任。法律职业伦理主要研究法律职业责任的内涵和特征、法律职业责任的意义、法律职业责任的分类、职业责任的构成和责任的具体承担等问题。④法律职业伦理的养成（也称内化）和教育。法律职业伦理的养成和教育是指对法律职业人进行教育，使法律职业伦理成为法律职业者伦理意识的一部分，养成自律习惯的过程。法律职业伦理的养成和教育研究的是法律职业伦理养成的规律和途径，法律伦理教育的任务、方法、途径和规律。

二、法律职业伦理学的研究意义

目前在法学和伦理学中，法律伦理学或法律职业伦理学均属于边缘性学科，很少受到重视，但是随着改革的深入和法律重要性的显现，法律职业伦理必然将受到重视。因为在法律的实施过程中，法律职业者担负着重要的社会责任，起着保障法律实施的作用。

1. 法律职业伦理研究有利于拓宽法学和伦理学的研究视野，深化道德与法律问题认识。社会生活各个方面并不是孤立的，学科与学科之间的研究也是如此，只针对一个学科的研究是片面的、狭隘的，当代学科的发展趋势是与其他学科的交叉，法律职业伦理学就是法学和伦理学交叉的产物。

（1）法学对于伦理学的借鉴使得法律能够正确反映社会发展的规律，更好地发挥其效果。“礼法合一”“情法合一”的思路实质上体现了民主精神和良法的本质。

（2）伦理学对于法学的借鉴也深化了伦理学对具体问题的研究。比如对道德的认识上，法学的视角使得伦理学对于道德的认识摆脱了抽象空洞的分析。从法律实践中、法律和道德的关系中对道德的内涵形成深入的认识。总之，法律职业伦理学促进了法学和伦理学的繁荣。

2. 法律职业伦理研究有利于法律职业人才素质的提高及法律理想的重建。法律职业伦理学的一项重要内容即法律职业伦理的内化和教育。现实生活中出现的很多现象和问题都和法律职业伦理教育的缺失有关，例如法官和律师在执业过程中实施、发表与其身份不相符的行为、言论。一位法律职业者的伦理缺失损害的不仅仅是其个人的利益和形象，更是对这一法律职业群体形象的抹黑，甚至是对司法公信力的抹杀。法律职业者应该是德才兼备的高素质人才。目前法学注重“才”的培养，忽视“德”的教育，法律职业伦理课程的开设，可以使法学学子和法律职业者接受良好的职业规则教育和训练，从根本上提高法律职业人员的素质。法律职业伦理教育可以使法律职业人员认识到自己的社会责任和肩负的法律使命，培养其职业荣誉感和使命感，有利于法律理想的重建和法律共同体的形成。

3. 法律职业伦理研究有利于推进依法治国进程。法律职业伦理解决了依法治国进程中的两大问题：法治与德治的关系以及法治与人治的关系。依法治国和以德治国并

不是对立的关系，法律和道德的关系充分说明了这一点；法治与人治也并非水火不容，从根本上讲，法律还是需要人来实施，法治不可能完全脱离人治，我们需要对法律有信仰的人来实施法律治理。法律职业伦理的研究和运用对于培养法治所需要的法律人有着重要的作用。法律职业主体的法律伦理意识和法律理想促使他们依法办事，公正处理各类案件，解决纠纷，保障法律的贯彻实施。

第二节 法律职业与法律职业共同体

一、法律职业的内涵

（一）职业的含义

在西方语境中，“职业”对应的英文为“profession”，来源于拉丁语“表白信仰”（to profess），本意为“宣誓”或“公开宣告”。“profess”的原意是做出宗教性宣誓，而“profession”一词的原意是一个人在加入某个宗教团体时所立的誓言。因此，在此种意义下，历史上能够称得上“职业”的只有三种工作：法律、医疗和圣职。[1] 在演进发展后，“profession”成为对某些行业进行描述的术语，新进入该工作领域的成员们立誓宣布：他们将投入与这个博学的工作使命相关的理念与使命中去。当代对“职业”的定义通常强调其特殊专业技能和道德责任，而这两者又衍生出一些关键的特征来，如自我管理、法定资格、行为准则、行业协会以及垄断特定的工作。[2]

关于“职业”的界定，美国学者罗斯科·庞德（Roscoe Pound）认为，职业最起码具有三个要素：组织（organization）、学识（learning）以及公共服务精神（spirit of public service），这三个要素是最根本的，而谋生（gaining a livelihood）只是附带的。[3] 美国学者彼得·赖特（Peter Wright）也持同样的观点，他认为，职业（profession）与行业（calling）是不同的，职业通常具有以下几个要素：①必须坚持向公众提供公共服务。②职业人士被假定拥有特殊技能。③具有培训和教育机制。④拥有一定的特权或得到国家的承认。⑤是一个自律群体（self-disciplined group）。⑥必须有一定程度的无私或摆脱纯粹个人考虑的自由。[4]

此外，很多社会学家也对职业进行了界定。按照英国学者罗杰·科特威尔的总结，在社会学理论中，对于职业存在多种定义方式：①帕森斯重视的是职业行为受规范预期支配的方式，就这些规范预期而言，它们本身可以被看成由一个职业在社会秩序中

---

〔1〕 参见［美］约瑟夫·阿莱格雷迪：《律师的天职 信仰与法律工作》，王军译，当代中国出版社 2014 年版，第 27 页。

〔2〕 参见［美］德博拉·L. 罗德、小杰弗瑞·C. 海泽德：《律师职业伦理与行业管理》，许身健等译，知识产权出版社 2015 年版，第 2 页。

〔3〕 See Roscoe Pound, “What is a Profession—the Rise of the Legal Profession in Antiquity”, in *Notre Dame Lawyer*, Vol. 19, Issue 3 (March 1944), pp. 203~228.

〔4〕 See Peter Wright, “What Is a Profession”, *Canadian Bar Review*, Vol. 29, Issue 7 (August-September 1951), pp. 748~757.

被要求填补的位置所决定的。②第二种方式主要来源于埃弗里特·休斯的研究，他拒绝将职业视为一种特殊的行业类型，任何行业都拥有一张从事特定谋利行为的“许可证”。③第三种方式源自将职业看成一种各种行业达到的地位的概念，这种方式试图明确职业主义的“特质”，即可以用来识别一个行业是否已经获得职业地位的标准。④第四种方式致力于在特质识别与一种融贯的分析性概念的建构之间谋求妥协。⑤第五种方式似乎是由第四种方式引起的，这种方式注重的是能够用来控制资本主义社会服务市场的手段。职业团体是特定行业群体为了自身利益，试图在市场上控制其服务供给的一种手段。[1]

（二）法律职业的含义

法律职业（legal profession）泛指法律专业人士（legal professionals）以研究、发展和应用法律为职业（profession）的总称。一般认为，职业法律家群体必须具备以下三项条件：①坚决维护人权和公民的合法权益，奉行为公众服务的宗旨，其活动有别于追逐私利的经营行为（business）；②在深厚学识的基础上娴熟于专业技术，以区别于仅掌握实用技巧的工匠型人才（specialist）；③形成某种具有资格认定、纪律惩戒、身份保障等一整套规章制度的自治性团体，以区别于一般职业（occupation）。[2] 英国学者罗杰·科特威尔也将前述条件称为“关于法律人的预设”，并表述为：①法律职业形成一个共同体，一个由相同的价值观和利益所维系的可识别的从业人员的统一体；②服务导向而非利益导向往往可以将职业与业务（business）区别开来；③特殊技能和专业知识为法律职业主义提供了基础。[3]

从理论上很难对法律职业的结构进行统一而明确的概括，原因在于世界范围内存在不同的法律体系，即使处于同一法系，不同的司法管辖区所用的术语也千差万别。在普通法系（common law）国家，法律职业由法律工作者（lawyers）构成，在狭义上，法律工作者指的是律师（attorney）；在广义上，法律工作者包括律师、法官、检察官和法学教授。在大陆法系（civil law）国家，法官和检察官是法律职业的主要角色，一般统称为司法官，私人执业的律师以及企业、政府部门雇佣的法律顾问传统上属于相对不那么重要的角色。[4] 以“法官”（Judge）为例，从历史的角度看，“法官”是法律专业化最早的代表，早在古罗马时期，“裁判官”就已经开始行使现代意义的“法官”的部分职能，[5] 法官通常是一种“终生事业”（lifelong career），而在普通法系国家，法官往往是从执业律师中遴选的。

在中国，有关法律职业的概念，尚未形成统一的定义。有学者持其定义为“受过专门的法律教育、具备法律预先规定的任职条件、取得国家规定的任职资格而专门从

〔1〕 参见［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，彭小龙译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 180～183 页。

〔2〕 参见季卫东：“法律职业的定位：日本改造权力结构的实践”，载《中国社会科学》1994 年第 2 期。

〔3〕 参见［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，彭小龙译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 180～183 页。

〔4〕 参见杜宴林主编：《法理学》，清华大学出版社 2014 年版，第 254～255 页。

〔5〕 参见夏锦文：“法律职业的形成及其条件——一种制度史考察”，载《江海学刊》2008 年第 1 期。

事法律工作的一种社会角色”。[1] 一般而言，可以从广义和狭义两个方面去理解法律职业。从广义上讲，法律职业泛指一切以法律为专门工作的职业，其外延大致包括四种：①法律执行类，主要是指律师、法官和检察官，还有仲裁员、公证员、行政执法人员等；②法律技术类，主要是指立法人员、法学教师和法学研究人员；③法律辅助事务类，主要是指辅助律师、法官和检察官工作的人员；④基层法律实务类，主要包括基层法律服务工作者。[2] 从狭义上看，法律职业主要是指专门从事法律适用、法律服务的特定职业，其外延主要包括律师、法官和检察官。[3]

党的十八届四中全会提出“加强法治工作队伍建设”，并将法治工作队伍的范围确定为法治专门队伍[4]（包括立法、执法、司法队伍）、法律服务队伍（包括律师、公证员、基层法律服务工作者、人民调解员）、涉外法治人才队伍（包括涉外律师）和法学家队伍（包括法学学科带头人、法学骨干教授队伍）。[5] 而 2015 年 12 月 20 日，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》指出，“法律职业人员是指具有共同的政治素养、业务能力、职业伦理和从业资格要求，专门从事立法、执法、司法、法律服务和法律教育研究等工作的职业群体”，并要求“担任法官、检察官、律师、公证员、法律顾问、仲裁员（法律类）及政府部门中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的人员，应当取得国家统一法律职业资格”，同时鼓励“从事法律法规起草的立法工作者、其他行政执法人员、法学教育研究工作者，参加国家统一法律职业资格考试，取得职业资格”。这两份文件关于法律职业范围的具体界定不尽相同，但均系从广义上理解法律职业，将立法、执法、司法、法律服务、法学教育与研究各个环节中参与法律实践的专业人员全部纳入法律职业人员的范畴。与此相比，本书将从相对狭义的角度理解法律职业，将基层法律服务工作者、人民调解员和以法学学科带头人、法学骨干教授为代表的法律教育与研究工作者排除在外，这是因为，基层法律服务工作者与人民调解员相较其他法律职业而言，其专业性有所不足，准入门槛较低，与法律职业共同体的基本要求不相一致；[6] 而法学教育与研究者工作虽同样以法律为工作内容，但与其他法律职业人员相比，其参与法律实践的方式是间接的。[7]

此外，2018 年 3 月 20 日，全国人民代表大会通过了《中华人民共和国监察法》（以下简称《监察法》），该法第 14 条明确规定“国家实行监察官制度”，不过尚未对监察官作出清晰具体的定义。[8] 虽然监察委员会的定位是政治机关而非司法机关，但

---

〔1〕 参见贺卫方：“中国法律职业：迟到的兴起和早来的危机”，载《社会科学》2005 年第 9 期。

〔2〕 参见霍宪丹：“法律职业与法律人才培养”，载《法学研究》2003 年第 4 期。

〔3〕 参见张文显、卢学英：“法律职业共同体引论”，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期。

〔4〕 我国专门的法治队伍主要包括在人大和政府从事立法工作的人员，在行政机关从事执法工作的人员，在司法机关从事司法工作的人员。参见习近平：“加快建设社会主义法治国家”，载《求是》2015 年第 1 期。

〔5〕 参见刘作翔：“法律职业共同体的范围、差异及其解决”，载《人民法院报》2017 年 2 月 17 日，第 7 版。

〔6〕 参见谭世贵、曾宇兴：“我国法律职业共同体建设的实践、问题与对策”，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2020 年第 5 期。

〔7〕 参见马长山主编：《法律职业伦理》，人民出版社 2020 年版，第 28 页。

〔8〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 4 页。

其监察权整合了原属人民检察院的查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪的职权。而且监察官作为行使国家监察权的监察人员，不仅要熟悉党内规章制度，同时也要掌握相关法律知识，从事法律实践，因此应当纳入法律职业的范围。

综上，本书认为，法律职业是指受过一定形式的法律教育、具备专门法律知识与技能、具有职业伦理素养并直接参与法律实践的法律工作者，其主体主要包括“法治专门队伍”中的立法工作者、行政执法人员、法官和检察官，和“法律服务队伍”中的律师、公证员、仲裁员、监察官八类。

◆**例 2-1**　关于司法制度与法律职业的表述，下列哪一选项不能成立？（　）

A. 为了客观、中立、公正地进行事实判断、解决纷争，在组织技术上，司法机关只服从法律，不受上级机关、行政机关的干涉

B. 根据检察权统一行使原则，我国各级检察机关构成不可分割的统一整体，其特点是在行使职权、执行职务时实行“上命下从”；每个检察机关和检察官的活动是检察机关全部活动的有机组成部分，均须依照法律赋予的权力进行

C. 法律职业以法官、检察官、律师为代表，法律职业之间具备同质性而无行业属性，因此，多数国家规定担任法官、检察官、律师须通过专门的培养和训练

D. 法律职业道德的基本原则是指法律职业道德的基本尺度、基本纲领和基本要求。法律职业道德的基本原则主要包括忠实执行宪法和法律、互相尊重、互相配合、清正廉洁、遵纪守法等方面

【解析】A 选项正确。《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第 5 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”据此可知，这一规定确立了人民法院、人民检察院依法独立行使职权的原则。

B 选项正确。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 137 条规定：“最高人民检察院是最高检察机关。最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。”据此可知，检察院体系内部是领导与被领导的关系。

C 选项错误。法律职业具有行业属性。

D 选项正确。法律职业伦理的基本原则是指法律职业伦理的基本尺度、基本纲领和基本要求。如忠实执行宪法和法律、互相尊重、互相配合、清正廉洁、遵纪守法等方面。

（三）法律职业的特征

明确了法律职业的内涵与外延后，有必要对法律职业的特征进行阐述。国内外不同学者都从不同的角度对此进行了阐述，了解这些不同的观点，有助于我们加深对法律职业的理解。

美国学者格林伍德把法律职业的特征概括为：①职业人员的技能以系统的理论知识为基础，而不仅仅依靠特殊技术的训练；②职业人员对他们的工作有相当大的自主性；③职业人员形成联合体，它调整职业内部事务，对外则代表职业人员的利益；④加入一个职业，受到现成员的认真审查，要成为一个职业成员往往要参加职业考试、获得许可证、得到头衔，这个过程受有关组织的调整；⑤职业拥有道德法典，要求其所有成员遵守它，违反者将可能被开除。〔1〕

〔1〕 参见朱景文：《现代西方法社会学》，法律出版社 1994 年版，第 103 页。

我国学者黄文艺与卢学英以社会学关于职业内涵的界定为参照，归纳总结出法律职业的六个特征：①学识性，即任何想从事某种法律职业的人，除了掌握一般化、抽象化的法律原理和知识外，还必须掌握与职业实践相关的知识、规范、经验和技巧。②独立性，即同其他社会职业、群体相分离、相区别，具有相对独立的社会身份和地位。③同质性，即从事同一职业的人们在教育背景、职业意识、思维方式、话语系统、职业伦理等方面具有共通性。④组织性，法律职业协会对法律职业乃至法律事业的存在和发展发挥着多方面的作用和功能。⑤规范化，就法律职业而言，主要体现在职业考试制度、职业准入制度、职业保障制度、职业惩戒制度。⑥垄断性，即法律职业准入制度和法律从业权的特许制度。[1]

我国学者高其才认为，作为一种特殊的职业，法律职业有着不同于其他职业的特征：①法律职业是公共职业，肩负着更多的社会使命。②法律职业是一种正式的职业，“正式”是指法律职业要通过严格的程序才能进入。③法律职业是专门化职业，“专门化”是指只有经过专门知识训练和拥有某种专门知识的人才能胜任。④法律职业是一种精英化职业，所谓精英化职业，是指只有社会中的优秀成员才能胜任的职业类型。⑤法律职业是不以营利为目的的职业，法律职业的从业者不以营利为目的，而是以追求社会正义为目的。[2]

前述学者从不同的角度对法律职业的特征进行了阐述，都是基于他们对法律职业的内涵界定。因此，根据笔者对法律职业所做的内涵界定，法律职业的核心特征主要体现在以下几个方面：

1. 专业性。法律职业本身就是指具备专门法律知识与技能的专业人员，其专业性主要体现在法律职业人员拥有法律知识和处理法律纠纷方面的特殊信息和技术，从事法律实践，不仅需要获得法学学位或受过其他形式的法律教育，还要通过国家法律职业资格考试。可见，法律作为一种职业，不是一个可以自由进入的领域，法律职业人员必须经过特殊的训练，掌握法律职业所需的特定知识技能和执业经验，形成法律职业共同体同质的思维方式和推理方式。[3] 法律职业人员具备的法律知识主要由两部分构成：一部分是制定法中关于规则的知识；另一部分是法律学问中关于原理的知识。[4] 从法律职业的历史发展来看，古罗马时期法律职业的萌芽得益于当时发达的法律学校；中世纪时期法律职业的形成则归功于以波伦亚为代表的一批中古大学，它们不仅推动了罗马法的复兴，更重要的是，它们为各国培养了大批司法人才。近代以来，法律职业的职业化发展程度越来越高，接受法学教育、具备专业知识与技能成为绝大多数国家从事法律职业的必备条件。例如，《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）第 5 条规定，通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格是申请律师执业应当具备的条件之一。

---

〔1〕 参见黄文艺、卢学英：“法律职业的特征解析”，载《法制与社会发展》2003 年第 3 期。

〔2〕 参见高其才主编：《法理学》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 250 页。

〔3〕 参见夏锦文：“法律职业化：一种怎样的法律职业样式——以司法现代化为视角的考察”，载《法学家》2006 年第 6 期。

〔4〕 参见王建东、陈林林主编：《法理学》，浙江大学出版社 2008 年版，第 287 页。

2. 公益性。事实上，法律职业的公益性并非一个新鲜的论点。美国著名学者罗斯科·庞德认为，历史地看，法律职业包含了三种理想：①组织；②学习，即追求一种习得的艺术；③公共服务的精神……而赚钱维持生计则是易被忽略的观念，并且是纯属附带性的。庞德把公共精神的理念看作法律职业的精髓，他认为，法律职业中的公共服务精神是并且应当是一个成熟的司法体制的先决条件。〔1〕此外，不同国家的法律职业在发展过程中，都一直强调法律职业的公益性。美国律师协会《律师职业行为示范规则》中多次提到法律职业的公益性。《日本司法制度改革审议会意见书》也认为，法律职业是国家司法体系中的一个组成部分，也是一个国家主权的重要组成部分，是维护基本人权、实现社会正义、具有社会公益性的崇高职业，这是其他专门职业所不具备的特殊性。〔2〕《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）第 3 条规定："法官必须忠实执行宪法和法律，维护社会公平正义，全心全意为人民服务。"

3. 独立性。一种职业之所以被称为职业，首要的表征就是这种职业具有独立性，即这种职业不能依附于其他任何一种社会职业。〔3〕法律职业是一种具有独立性或自主性的职业。法律职业的独立性不仅表现为它拥有一套相对独特的传统、制度、服饰、思维方式、行为方式，更重要的是，法律职业从业人员能够独立地处理或管理职业领域的事务。因此，法律职业独立性的最本质表现是：法律职业人员自主地从事法律活动，不受外部力量的干涉。在国际律师协会的很多决议和文件中都已经认可了法律职业独立性的重要性。《1990 年法律职业独立性标准》的前言中说："法律职业的独立性构成了一个对人权的促进与保护的基础性的保障，对于获得有效和充分的法律服务而言是必需的。"〔4〕我国《法官法》第 7 条规定："法官依法履行职责，受法律保护，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。"这既是法律职业独立性的要求，也是法律职业独立性的体现。

4. 伦理性。法律正是在与人类的伦理目标的交互作用的过程中获得了公众对其正义性的确信，进而获得了道德基础和正当性依据。一方面，人们对于正义的理解和判断决定了法律的内容；另一方面，既存的法律反过来影响着人们对于是非对错的理解。法律职业的伦理性是法律的伦理性的自然延伸，法律职业作为一门基于公平、公正的立场将法律运用到具体的事和人的行业，从追求人类正义的角度出发，必然要求它的成员坚决维护人权和黎民百姓的合法权益，并注意将自身的活动与追逐私利的商业区别开来。〔5〕我国《律师法》第 2 条第 2 款规定，律师应当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。这既是法律职业伦理性的要求，也是法律职业伦理性的体现。

---

〔1〕 参见徐卉："重新认识法律职业：律师与社会公益"，载《中国司法》2008 年第 3 期。

〔2〕 参见裘索："WTO 体制下日本律师业的变化"，载《政治与法律》2000 年第 3 期。

〔3〕 参见夏锦文："法律职业化：一种怎样的法律职业样式——以司法现代化为视角的考察"，载《法学家》2006 年第 6 期。

〔4〕 参见［加］麦克尔·崔贝尔考克、［美］罗纳德·丹尼尔斯：《法治与发展》，冯川、郭安康、沈志平译，南京大学出版社 2014 年版，第 307 页。

〔5〕 参见孙笑侠主编：《法理学》，浙江大学出版社 2011 年版，第 373 页。

◆例 2-2 关于法律职业人员权利的表述，下列哪一选项不能成立？（ ）

A. 王法官在办理案件时，脸部被当事人泼洒硫酸致伤，要求享受工伤待遇。因所在法院不予批准，王法官向上一级法院提出申诉

B. 刘检察官工作不负责任，在生效的起诉意见书中出现了文字表述错误，后果严重。为此，刘检察官当年考核结果为不称职。刘检察官对考核结果有异议，申请复核

C. 皮法官作为妻子的代理人向另一法院起诉，要求妻子就职的公司给付被拖欠的 14 个月工资

D. 毛律师在接待一起离婚案咨询时，以没时间为由拒绝当事人希望其担任代理人的委托要求

【解析】选项 A 错误。《中华人民共和国公务员法》（以下简称《公务员法》）第 95 条规定："公务员对涉及本人的下列人事处理不服的，可以自知道该人事处理之日起 30 日内向原处理机关申请复核；对复核结果不服的，可以自接到复核决定之日起 15 日内，按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉；也可以不经复核，自知道该人事处理之日起 30 日内直接提出申诉；……⑦不按照规定确定或者扣减工资、福利、保险、待遇……"法官的申诉和控告参照《公务员法》执行。因此，法官不仅可以提出申诉，还可以提出复核，故 A 项说法错误。

选项 B 正确。《中华人民共和国检察官法》（以下简称《检察官法》）第 44 条规定："考核结果以书面形式通知检察官本人。检察官对考核结果如有异议，可以申请复核。"因此，本题选项 B 中，刘检察官的行为符合该条规定。

选项 C 正确。《法官法》第 36 条第 1 款规定："法官从人民法院离任后 2 年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。"同时，《陕西省高级人民法院关于规范法官与当事人及其辩护人代理人关系的暂行规定》第 11 条也规定："法官从法院离任后 2 年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从法院离任后，不得担任原任职法院案件的诉讼代理人或者辩护人。但法官作为当事人的近亲属或者监护人代理诉讼或者进行辩护的除外。"也就是说，法官担任代理人只有两个限制：①必须在离任后 2 年内以非律师身份担任诉讼代理人或辩护人；②不得担任原任职法院的代理人和辩护人，除非是近亲属或者监护人。本题选项 C 中，皮法官与妻子属于近亲属，而且在不同的法院，并且以非律师的身份，故可以担任代理人。

选项 D 正确。《律师法》第 32 条第 2 款规定："律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。"本题选项 D 处于接受委托之前，属于双向选择的过程，故律师可以拒绝委托要求。

二、法律职业共同体

近年来，有学者提出，对法律职业共同体职业伦理应予一体化规范，[1] 有学者甚至已经就中国法律职业共同体之行为规范建构进行了探索性研究。[2]

（一）法律职业共同体的内涵与作用

对于法律职业共同体的界定，学界并未达成共识。目前我国学者普遍将其理解为法律职业群体，亦即当一个群体或社会以法律为其联结纽带或生活表现时，亦可称其为法律共同体。多年前，张文显教授与卢学英博士在《法律职业共同体引论》一文中，

〔1〕 参见张云霄、胡伟栋："法律职业共同体职业伦理应予一体化规范"，载《检察日报》2018 年 4 月 18 日，第 3 版。

〔2〕 参见叶强、徐汉明："中国法律职业共同体行为规范——以伦理规范为视角"，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2018 年第 2 期。

对“法律职业共同体”作出了如下解释：随着社会对于解决纠纷的人员的数量及专业化程度的需求的提高，法律职业的专业化得以凸显并形成行业化趋势，职业者人数的增多、组织规模的扩大、专业化程度的提高，加之法治理念为现代社会所广泛认同，使得法律职业者的个性逐渐为法律职业的理性所取代，他们在从业过程中表现出的特有的法律思维模式、推理方式、辨析技术以及共同的法律话语所呈现的是一种群体的共性而非个人的性格及价值观。团体的个性由此形成，并与法律职业者个人的特点区别开来，当专门的法律人员、专门的法律建构、法律人员的专业化向社会表示着的是同一种东西——法律，宣示着的是同一种力量——正义时，法律职业群体便转化为与法律职业者个人相区别的法律职业共同体。〔1〕

刘作翔教授与刘振宇博士也持同样的观点，他们认为，“法律职业共同体”并不只是一种物理学组合上的意义，提出这个命题的最重要的意义旨在寻求一种共同的法治精神和法治理念。建立法律职业共同体的最大意义在于形成一种建立在共同知识训练背景基础上的共同的知识体系、思维方式以及由此而上升形成的更高级的共同的理念、共同的价值追求甚至共同的信仰（即对于法治的信仰）。〔2〕

关于法律职业共同体的作用，季卫东教授认为，在现代国家中，职业法律家之所以享有举足轻重的地位，不仅是因为他们掌握了法律专业的知识技术，更重要的是，他们通过法学教育和实践体验所形成的独特的思考方式适应了时代的需要。这种思考方式的重要之处主要体现在以下几个方面：①这种思考方式表现为一切依法办事的卫道精神。法律职业人员对于非公开的政治交易和无原则的妥协保持高度警惕，努力推进法治从而与行政裁量滥用相抗衡。②法律家的思考方式有“兼听则明”的长处。法律家习惯于听取不同意见，从中找出最佳解决方案并通过解释和论证使之成为具有规范效力的共识。③法律家的思考方式以三段论推理为基础，力图通过缜密的思维把规范与事实、特殊与普遍、过去与未来织补得天衣无缝。〔3〕

◆例 2-3　法官、检察官、律师等法律职业主管机关就三个职业在诉讼活动中的相互关系，出台了一系列规定。下列哪一说法是正确的？（　）

A. 这些规定的目的是加强职业纪律约束，维护司法公正

B. 这些规定具有弥补履行职责上的地位不平等、利于发挥各自作用

C. 这些规定允许必要时适度突破职权限制、提高司法效率

D. 这些规定主要强调配合，不涉及互相制约的内容

【解析】选项 A 正确。法官、检察官、律师等法律职业主管机关就三个职业在诉讼活动中的相互关系出台的一系列规定，目的是加强职业纪律约束，促进维护司法公正。

选项 B 错误。公检法职责分工，但在地位上是平等的。

选项 C 错误。司法机关履行职责必须严格遵守法律制度，故突破职权限制说法错误。

选项 D 错误。我国《宪法》第 140 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，

〔1〕 参见张文显、卢学英：“法律职业共同体引论”，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期。

〔2〕 参见刘作翔、刘振宇：“对法律职业共同体的认识和理解：兼论中国式法律职业共同体的角色隐喻及其现状”，载《法学杂志》2013 年第 4 期。

〔3〕 参见季卫东：“法律职业的定位：日本改造权力结构的实践”，载《中国社会科学》1994 年第 2 期。

应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”宪法具有最高效力，任何法律不得违背宪法。

（二）法律职业共同体的建构

关于法律职业共同体的建构，目前学界观点各异，有的学者持比较乐观的态度，有的学者则显得相对悲观。葛洪义教授认为，国家司法考试的统一，是法律职业共同体建构的重要促进力量，至少在三个方面奠定了我国法律职业共同体的架构：①建构了司法工作的专业知识壁垒，法律职业者必须具备一定的法律知识。②淡化了法官、检察官与律师之间的政治身份差别。在之前，中国的法官、检察官被当作中国的干部队伍的组成部分，是掌握“刀把子”的“官”，而律师则属于“民”的范畴。“官”与“民”分别属于两个不同的系统。③强化了法官、检察官与律师之间的专业身份的同一性。[1] 对此，喻中教授认为，2002 年实行的国家统一司法考试，有助于将法官、检察官、律师打造成一个法律实践者的职业共同体。从应然的角度看，经过持续多年的努力，法官、检察官、律师等法律职业者在专业知识与职业伦理方面，应当形成一个法律职业的共同体。但是，在实践过程中，法律职业共同体的建构又面临着一些令人困惑的问题。喻中教授认为，导致这种困境的原因主要包括：①法官、律师与学者所追求的价值目标有差异，法官的核心目标是公正；而诉讼过程中，律师必须服务于他的当事人。②理论逻辑与实践逻辑的差异也造成了法律职业共同体内部的裂痕，法律职业人员在法学院接受教育时，所习得的理论逻辑难免带有一些“理想主义色彩”，一旦进入实践后，很容易受到当事人逻辑的修正与限制。③社会利益的多元化以及自媒体时代的传播格局，加剧了法律职业共同体内部的分裂，任何的分裂与分歧都直观地体现为不同的立场、观点、态度。[2]

我们认为，尽管法律职业共同体的内部成员之间可能在客观上存在一些差异与不同，尤其是在面对具体个案时，但是法律职业共同体概念的提出，其主要目的在于寻求一种共同的法治理念和法治精神，倡导一种共同的法治信仰，真正实现以法律为职业。因此，在各方面条件都具备的情况下，法律职业共同体的建构是有助于整个法律职业发展的，也是有利于国家、有利于社会的。

关于法律职业共同体形成的条件，孙笑侠教授认为，法律职业共同体的形成需要满足以下四个条件：①法律职业或法律家的技能以系统的法律学问和专门的思维方式为基础，并不间断地培训、学习和进取。②法律家共同体内部传承着法律职业伦理，从而维系着这个共同体的成员以及共同体的社会地位和声誉。③法律职业或法律顾问家专职从事法律活动，具有相当大的自主性或自治性。④加入这个共同体必须受到认真考察，获得许可证，得到头衔，如律师资格的取得。[3] 此外，对于前述条件，孙笑侠教授也认为，这也是法律职业共同体需要自治以及能够自治的重要原因。[4]

从孙笑侠教授提出的法律职业共同体的形成条件来看，法律职业伦理成为四个条

---

〔1〕 参见葛洪义：“一步之遥：面朝共同体的我国法律职业”，载《法学》2016 年第 5 期。

〔2〕 参见喻中：《法学是什么》，中国法制出版社 2016 年版，第 161~162 页。

〔3〕 参见孙笑侠：“法律家的技能与伦理”，载《法学研究》2001 年第 4 期。

〔4〕 参见孙笑侠、李学尧：“论法律职业共同体自治的条件”，载《法学》2004 年第 4 期。

件之一，无独有偶，职业伦理也是“职业”的形成条件之一。因此，我们认为，在法律职业共同体的建构过程中，相同的专业知识、思维方式等固然重要，但是统一的法律职业伦理意识、法律职业伦理规范，对于促进法律职业共同体形成共同的理念、共同的价值追求，甚至共同的信仰，至关重要。关于法律职业共同体伦理的基本构造，常艳和温辉两位学者认为，法律职业的形成与法律职业共同体在法治国家的对话、分工与合作，直接关乎正义与公平并蕴含着法律专业的核心价值的伦理的基本构造，主要表现为：①现代法律职业伦理多以成文的、规范的形式加以表现，并诉诸制度化建构保障实现。②法律职业伦理注重以法律职业共同体中“人”的品格要求为基础，以行为导向加以调整，并以行为作为道德评价的对象。③法律职业伦理是建立在信念、角色和责任基础上的规则体系。④法律职业伦理规范在逻辑结构上可以分为由低到高三个层次：一是以“人”的品格要求为基础的道德规范；二是规则诱导；三是纪律约束。⑤因共同体内部分工、角色的不同，法律职业共同体伦理对法官、检察官、律师的伦理规范分别进行规定，提出要求，监督实现。〔1〕

我们认为，法律职业伦理对于法律职业共同体之建构至关重要，尤其是随着法律职业资格考试的改革以及法律职业内部流动机制的打通，建构法律职业伦理尤其重要。一方面，我们需要制定科学合理、符合中国法律职业发展的职业伦理规范；另一方面，我们要加强法律职业伦理教育，让“未来法官”“未来律师”等“未来法律职业人”形成法律职业伦理意识，明晰法律职业伦理底线，成为合格的、优秀的法律职业人。对于法律人来说，关于法律的最重要的事实是：它是一个职业……所以……它必须被认为摒弃了商业的成功标准——而是对服务国家正义承担了特殊义务；必须被认为是一门需要特殊训练的应用科学。如果法律成为一种职业，那么它必须拥有自身的传统和准则，这些传统和准则应得到熟练掌握和严格执行。〔2〕

三、法律职业的良性互动

2017 年 3 月，时任司法部部长张军提出“律师是法官、检察官、警察的朋友”。他认为，尽管律师在法庭上以不同意见提出辩护主张，有时候在法官判断之外，给法官审理带来了一定的压力，但正是这种行为促进了司法公正。律师是法官的朋友，同时也是检察官、警察的朋友，因为律师执业使起诉和公安办案得到有效监督，推动执法、司法机关按程序依法办案，促进了公正。〔3〕“朋友论”似乎印证了法律职业共同体这一概念，也是对法律职业内部关系的一种界定。如果说，法律职业共同体的构建更多地强调法律职业作为一个整体在社会中扮演的角色，那么“朋友论”则体现了法律职业内部的良性互动。

（一）法律职业良性互动的内涵

关于法律职业良性互动的内涵，按照我国学者谭世贵教授的总结，所谓法律职业

〔1〕 参见常艳、温辉：“法律职业共同体伦理问题研究”，载《河南社会科学》2012 年第 2 期。
〔2〕 参见［英］罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，彭小龙等译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 185 页。
〔3〕 参见张军：“律师是法官检察官警察的朋友”，载《中国司法》2017 年第 4 期。

互动，应当是指各种法律职业之间的交流、流动与合作。其中，交流是指法律职业之间通过相互的交换、轮换，以达到互相促进、共同发展的目的。例如，某地在法官与检察官之间进行交换或轮换，以达到相互了解、相互学习、提高办案水平的目的。流动是指一种法律职业人员流向另一种法律职业，如法官、检察官辞去公职到律师事务所当律师或者到法学院担任法学教师。合作则是指法律职业之间在教学、培训、研究、挂职锻炼或其他相关工作上给予支持与协作，如高等法学院校通过与法律实务部门签订协议，互派人员在教学、培训、研究等方面提供支持与协作。[1]

喻中教授也认为，法律职业共同体的建构是一个不容回避的目标，在实现这个目标的过程中，一方面，有必要理性看待法律职业共同体内部的不同声音。法官、律师、学者在某些具体问题上看法不同，可能是一种正常现象。即使是一个合议庭，在 3 个或 5 个法官之间，针对同一个案件都会出现多种不同的意见，这是一种常态。因此，针对某个特定的法律问题，法官、律师、学者之间有一些分歧，是正常的，不必过于焦虑。相反，法官、律师、学者在任何问题上都有完全一致的观点，都只有一种声音，反而是一种令人意外的现象，未必代表了一种良好的法律职业生态。鉴于此，在法官、律师、学者之间，保持某种张力，让他们分别以自己的立场展示一个法律问题可能牵涉的不同侧面，也许有助于中国法治的走向，使其更加符合当代中国的实际情况。另一方面，应当把法律职业共同体内部的分歧控制在适度的范围内，以保障共同体内部的理性商谈、理性对话。在法律职业共同体中，如果偏激的声音、情绪化的表达、非理性的言论过度张扬，以至于理性的讨论异化成为相互之间的谩骂与人身攻击，那就滑向了法律职业共同体发展演进的歧途。避免这样的歧途，可以从两个方面着手：①强化法律职业共同体内部的对话伦理；②进一步推动法律职业共同体内部的体制化流动。如果一个法律人同时具备两种以上履历，法律职业共同体内部的裂痕就会越来越小。[2]

◆例 2-4 某市律师协会与法院签订协议，选派 10 名实习律师到法院从事审判辅助工作 6 个月，法院为他们分别指定一名资深法官担任导师。对此，下列哪一说法是正确的？（ ）

A. 法官与律师具有完全相同的职业理想和职业道德

B. 是对法院审判活动进行监督的一种新途径

C. 有助于加深律师和法官相互的了解和信任

D. 是从律师中招录法官、充实法官队伍的一种方式

【解析】 A 选项错误。法官和律师在法律职业共同体中的分工不同，职能不同，具有不同的法律职业道德。B 选项错误。本题中，实习律师被选入法院担任审判辅助工作，在资深法官的指导下实际参与审判，能够帮助实习律师培养法律思维和法律实务能力，了解法官审理案件的思维和推理过程，增进律师和法官之间的沟通交流，并不是对审判活动进行监督。C 选项正确。法官和律师在法律职业共同体中的分工不同，履行的职能不同，所扮演的角色也会有所不同。本题中的 10 名实习律师，在资深法官的指导下，通过承担审判辅助工作，深入了解法官的法律推理和法律解释的一般过程，这一做法有助于加深律师和法官之间的了解与信任。D 选项错误。我国司法体制改革的方向是完善法官选

---

〔1〕 参见谭世贵：“法律职业良性互动：经验、理论与设计”，载《江苏行政学院学报》2012 年第 3 期。

〔2〕 参见喻中：“应形成一个良性互动的法律职业共同体”，载《中国司法》2016 年第 11 期。

任制度，初任法官首先到基层人民法院任职，上级法院法官原则上从基层法院遴选产生，不会直接从律师中招取。

（二）法律职业良性互动的类型

按照谭世贵教授和李荣珍教授的总结，法律职业人员拥有相同的法律信仰和法律伦理，具有同样的法律思维和法律技能，并遵循统一的法律规 则，从而决定了法律职业的互动在许多国家或地区都是实际存在的。但由于各国法律制度与法律传统的不同，因而其法律职业互动又有不同的类型。概括起来，各国法律职业的互动有以下三种类型：①整体互动型。所谓整体互动，是指各法律职业尽管存在分工的不同，但它们相互之间具有十分密切的联系，在整体上能够相互交流、流动或合作，存在互相转任的可能和途径。②分业封闭型。所谓分业封闭，是指各种法律职业之间从任职开始就有明确的分工，相互之间的联系比较松散，各自基本上处于封闭状态，不存在相互转换的关系。③部分互动型。一些国家的法律职业长期以来处于分业封闭的状态，但近二十年来也开始出现了打破职业界限、各职业间逐渐开放的趋势。[1]

整体互动型、分业封闭型、部分互动型主要是从宏观上对世界各国法律职业互动的类型进行了总结。从微观上来看，具体到我国，法律职业互动的类型主要有以下几种：①法官与检察官之间的职业互动。②法官、检察官与律师、公证员、法学教师之间的职业互动。③律师、公证员与法学教师之间的职业互动。④律师与公证员之间的职业互动。[2]

2016 年 6 月，中共中央办公厅发布了《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》，该法第 2 条明确规定，具有立法权的人大常委会的法制工作机构、政府法制部门、人民法院、人民检察院应当将从符合条件的律师、法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官工作纳入队伍建设规划，并采取切实措施予以落实。这一政策的出台，将极大地促进我国法律职业的良性互动，进而促进法律职业共同体的建构。不过需要指出的是，法律职业良性互动涉及法律职业内部不同职业之间的流动，因此，需要从微观上设计更加具有可操作性的配套机制，使之真正符合不同职业之间相互流动的需要。

第三节　法律职业伦理的内涵、功能与困境

一、法律职业伦理的内涵

（一）法律职业伦理的概念

法律职业伦理是法律职业化的伴生物，[3] 而法律职业化是社会分工不断发展及法律专门化、专业化的必然结果。因此，从根本上说，法律职业伦理是一种社会伦理现

〔1〕 参见谭世贵、李荣珍：“我国法律职业良性互动研究”，载《兰州学刊》2015 年第 8 期。

〔2〕 参见谭世贵：“法律职业良性互动：经验、理论与设计”，载《江苏行政学院学报》2012 年第 3 期。

〔3〕 我们所说的“法律职业伦理”，在法律英语中或称“legal ethics”，或称“professional responsibility”，一般作为研究领域时多称“legal ethics”，而作为实际存在的社会规范多称“professional responsibility”。

象，它体现并服从伦理的一般性规定。此外，法律职业伦理从属于职业伦理，是职业伦理的有机组成部分。就性质而言，一方面，它服从职业伦理的一般性规定；另一方面，它又有自身的特殊性。[1]

在现有的法学研究中，法律职业伦理和法律职业道德是两个比较高频出现的概念，在大多数情况下，人们都将法律职业伦理与法律职业道德混同使用。在理论研究中，很多学者出版的相关论著均以“法律职业道德”命名。例如，李政主编的《法律职业道德》（法律出版社 2017 年版）、王新清主编的《法律职业道德》（法律出版社 2016 年版）、李本森主编的《法律职业道德概论》（高等教育出版社 2015 年版）、高其才编著的《司法制度与法律职业道德》（清华大学出版社 2014 年版）、孙玲编著的《法律职业道德》（上海交通大学出版社 2008 年版）等。在法制实践中，很多部门发布或制定的规范均以“职业道德”命名。例如，最高人民法院发布的《中华人民共和国法官职业道德基本准则》（以下简称《法官职业道德基本准则》）、最高人民检察院发布的《中华人民共和国检察官职业道德基本准则》（以下简称《检察官职业道德基本准则》）、中华全国律师协会发布的《律师职业道德基本准则》、中国公证员协会发布的《公证员职业道德基本准则》等。

事实上，关于法律职业伦理与法律职业道德之间的关系，目前学界存在不同的观点。一种观点认为，法律职业伦理与法律职业道德并不存在本质上的区别。李本森教授认为，法律职业伦理更注重理论性，法律职业道德则偏重操作性。在学术研究的领域，法律职业伦理的名称更合适，因为其中可以包含法律职业伦理形成的规律以及程序上保障的内容。这些内容并不是道德可以完全涵盖的。而在司法实践中，从日常习惯的角度出发，法律职业道德则更合适，一般会说法律人的行为不合乎法律职业道德，而一般不说不合乎法律职业伦理。因此，法律职业道德与法律职业伦理的区别主要是语境和范围上的区别，不存在高低的区别。[2] 另一种观点认为，法律职业伦理与法律职业道德之间存在本质区别。我国著名法学家孙晓楼认为，法律职业伦理与法律职业道德存在实质与主观的区分。处于实质层面的属于伦理问题，即究竟应做什么和不得做什么；处于主观层面的属于道德问题，即对某种行为内容的态度、心理准备、心情、动机等。所以，关于法律职业人员当为或不当为之基准是职业伦理；关于法律职业人员就法律职业伦理内容所产生的态度、心情、动机等为法律职业道德的问题。[3]

笔者赞同孙晓楼教授的观点，也认为法律职业伦理与法律职业道德之间存在明显的区别，而这种区别主要体现为“伦理”与“道德”的区别。如前文所述，伦理源自道德的价值，侧重于对个人外在行为的秩序规范；道德则经由观念内化，强调个人人格的完善。[4] 另外，伦理一般作为群体规范，道德主要是指个人修为。申言之，伦理用来指称特定团体或特定群体适用于其所属成员的行为规范，而道德则是指个人内心

---

〔1〕 参见唐永春：“法律职业伦理的几个基本问题”，载《求是学刊》2003 年第 5 期。

〔2〕 参见李本森：“关于法律职业伦理若干基本范畴的探讨”，载许身健主编：《法律职业伦理论丛》（第一卷），知识产权出版社 2013 年版，第 38 页。

〔3〕 参见孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 15 页。

〔4〕 参见郑津津：《法律伦理学》，五南图书出版公司 2017 年版，第 1 页。

对于自己品德修为的自我要求。[1] 有鉴于此，法律职业道德主要处理法律职业人员在从事法律工作过程中的职业个体之间、职业个体与职业群体、公共社会之间的关系，它交织着理性与感性，充满了主观性与个体差异性。而法律职业伦理则是从宏观角度对法律职业道德的各个方面进行分析与归纳，充满了客观性与规范性。因此，法律职业伦理不同于法律职业道德，本书也采用了“法律职业伦理”作为书名。

关于法律职业伦理的确切内涵，目前尚没有一个统一的概念。一般认为，法律职业伦理是指法律人在其职业实践中必须遵守的一种道德要求，而所谓法律人，则是指受过专门的法律训练，具有娴熟的法律技能与法律伦理的人。还有学者认为，法律职业伦理是以法律职业道德为研究对象的，有关法律职业共同体从业的法律活动准则、职业道德规范和法律职业信仰的科学。[2] 在我国台湾地区的学术语境中，一般用“法律伦理学”取代“法律职业伦理”，而法律伦理学又有广义和狭义之分：广义的法律伦理学是法律学加上伦理学，如教育伦理学、政治伦理学、医学伦理学等，均以伦理学为基础，加上特定学科的内容形成个别的伦理学，属于应用伦理学的一支。狭义的法律伦理学则专指研究从事法律职业者伦理议题的学科，其研究范围包含从事法律职业者的资格、从事法律职业者与司法间的关系，以及从事法律职业者彼此之间的对待方式等。[3] 笔者认为，法律职业伦理是指律师、法官、检察官、公证员等法律工作者自主地按照其职务角色所应该具备的义务及责任，形成的具有强制力的行为规范。

◆**例 2-5**　关于法律职业道德的理解，下列哪一说法不能成立？（　）

A. 法律职业道德与其他职业道德相比，具有更强的公平正义象征和社会感召作用

B. 法律职业道德与一般社会道德相比，具有更强的约束性

C. 法律职业道德的内容多以纪律规范形式体现，具有更强的操作性

D. 法律职业道德通过严格程序实现，具有更强的外在强制性

【解析】选项 ABC 正确。法律职业道德是约束法律工作者的道德规范，具有示范性、规范性和约束性，因此，法律职业道德具有更强的公平正义象征和社会感召作用，同时，和一般社会道德相比，具有更强的约束性和可操作性，ABC 项正确。

选项 D 错误。法律职业道德虽然不同于一般社会道德，但在本质上是道德要求而不是法律要求，而道德要求主要依靠内在约束，而非外在强制性。

（二）法律职业伦理的必要性

职业伦理与职业化密切相关，法律职业伦理的形成与法律职业的职业化发展之间也存在一种动态互惠关系。除此以外，还有哪些因素促使法律职业伦理变得不可或缺，一直推动着法律职业伦理向前发展呢？

前文提到，一般个人在进行伦理选择或伦理判断时，往往会面临伦理冲突，具体表现为权威的冲突、角色的冲突以及利益的冲突。与一般人相比，法律职业人员面对的伦理冲突更为特殊，原因在于法律职业本身就是要解决价值冲突和利益矛盾。因此，有观点认为，法律职业伦理之所以不可或缺，主要有以下三个原因：①法律规范本身

---

〔1〕 参见王惠光：《法律伦理学讲义》，元照出版有限公司 2012 年版，第 1 页。

〔2〕 参见余其营：“法律职业伦理塑造的体系构建”，载《山东社会科学》2009 年第 A1 期。

〔3〕 参见郑津津：《法律伦理学》，五南图书出版公司 2017 年版，第 14 页。

就是各种价值冲突和道德斗争的主战场。②在对抗式的程序中往往只有一个赢家，或者说，在逻辑上只有一方的价值观会受到支持，而另一方的价值观会受到贬抑或忽视。③法律职业和当事人都很容易陷入“对价性”思维，用金钱购买正义。因此，法律职业人员可能面临偏离职务角色所要求的义务或责任的问题，如律师通过不正当手段为当事人获得胜诉、法官收受贿赂作出不公正判决等。〔1〕

关于法律职业伦理的必要性，我国台湾地区学者王惠光教授认为，为什么从事法律工作就特别需要有法律伦理，原因有以下几点：①法律工作的道德要求较一般工作更高。法律工作所面对的纠纷，至少有一方当事人在社会道德上有欠缺（实施违法行为），法律人每天的工作就是要解决这些纷争，当然要达到比一般水准还要高的道德要求。②私密性的要求。法律人与医生、牧师一样，都会接触到其他人不易得知的秘密，因此，要有更严格的伦理规范约束。③专业性的自我要求。法律职业人员提供的服务具有很高的专业性，对于其服务的品质是否优良，只有同行的专业人员才有办法评判，所以，需要职业伦理规范来确保专业品质。④所处理的事务权益重大。法律职业人员接触的事务往往涉及社会公众的生命财产安全，所以需要更高的职业伦理规范进行约束。⑤法律人掌握了社会的秩序根源。如果法律人没有秉持其职业伦理以及承担社会责任，反而玩弄法律的话，那么法律原本维持社会、支撑社会的功能就会遭到破坏。⑥法律人不可破坏社会的信赖感。法律制度关系社会整体的利益，法律职业人员由于从事法律工作，很容易获得一般民众的信赖，如果法律人破坏这种信赖感，会使民众对执法者产生怀疑，进而对社会秩序产生怀疑。〔2〕

二、法律职业伦理的功能

（一）建设高素质法治工作队伍所必需

习近平总书记在2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议明确提出，建设高素质法治工作队伍，对于全面推进依法治国、发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用具有重要意义。〔3〕《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍，为加快建设社会主义法治国家提供有力人才保障”。法律职业伦理不仅是法律职业人员的行为规范，也是法律职业人员的思想观念和价值指引。法律职业伦理建设对于提高法律职业人员的思想政治素质和职业道德水准具有不可替代的作用。因此，法律职业伦理的重要功能之一就是法律职业伦理为建设高素质法治工作队伍所必需，为建设社会主义法治国家提供有力人才保障所必需。

---

〔1〕 参见孙笑侠：“法律家的技能与伦理”，载《法学研究》2001年第4期。

〔2〕 参见王惠光：《法律伦理学讲义》，元照出版有限公司2012年版，第3~6页。

〔3〕 参见习近平：“推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用”，载《求是》2020年第22期。

（二）促进法律职业共同体之建构

法律职业伦理是法律职业发展过程中不可或缺的组成部分。从功能主义角度看，法律职业伦理对法律职业共同体的形成和发展，乃至法治国家建设都具有重要作用。

有学者指出，法律职业伦理的功能主要体现在两个方面：

1. 法律职业伦理对于法律职业共同体而言，是一种职业意识形态，原因在于：①法律职业伦理是法律职业共同体的主导价值观。②法律职业伦理促进了法律职业共同体的同质化。③法律职业伦理强化了法律职业共同体的主体性。

2. 法律职业伦理具有明显的经济价值，对法律职业共同体的发展及其工作绩效的增长起着重要作用。换言之，法律职业伦理具有“利导性”，具体表现为：①法律职业伦理是法律职业共同体的有效激励机制。一方面，通过强化法律人在职业活动中的责任心、荣誉感和团结协助精神，促进其工作热情和创造精神的发挥；另一方面，法律职业伦理为法律人提供了在职业活动中的行为规范，保障了其投入与收益的合理联系，从而激发其对法律职业共同体的认同。②法律职业伦理促进了法律职业共同体中合作效益的创造。法律职业伦理有助于形成准确的法律预期，从而外在地促进法律职业共同体内部的合作。③法律职业伦理促进了法律职业共同体“无形资产”的增值。法律职业共同体的信誉和美誉度来自法律服务的质量及其信用，显然这两者都与法律职业伦理有着内在的联系。[1]

（三）完善法学教育

有学者认为，法律职业伦理的功能主要集中体现在三个方面：①完善法学教育。法学教育的目的是培养优秀的法学人才；法学人才的主要任务，则是建立一个理想的法治社会。当前法学教育普遍存在对法科学生的人格涵养关注不足，导致一些法科学生对于许多技术性的问题熟练且得心应手，但却忽略了公平正义的基本法律精神。因此，建立一套系统的法律职业伦理概念，并通过法学教育者传授给法科学生，同时培养其实践能力，使这些学生日后跨入法律专业领域，能具备专业素养与品德操守，有助于形成良好的司法风气。②调和法律专业人员所面临的伦理冲突。伦理是人与人之间外在行为的准则，在社会生活中，每个人都可能因同时涉及多重社会关系而受到数种伦理的规范。如果多重社会关系在本质上存在冲突，可能发生伦理规范竞合择一的情况。法律职业伦理作为法律人的外在行为规则，可以调和法律专业人员所面临的伦理冲突，帮助其作出正确的价值判断。③维护司法尊严与确保法律专业人员的威信。法律专业人员作为司法制度运作的重要一环，社会公众对司法制度的信任，更多地体现为对法官、律师、检察官等个人的信任，若法律人不遵伦理底线，因为自身之不当行为而失信于社会，那么司法的尊严将受到贬损，进而危及整体社会秩序。[2]

◆**例 2-6**　关于法律职业人员职业伦理，下列哪一说法是不正确的？（　）

A. 法官职业伦理更强调法官独立性、中立地位

---

〔1〕 参见陈羽：“法律职业伦理：从意识形态角度的考察”，载《理论学刊》2008 年第 4 期。

〔2〕 我国台湾地区将“法律职业伦理”称为“法律专业伦理”，为了保持用语的统一，笔者统一称“法律职业伦理”。参见郑津津：《法律伦理学》，五南图书出版公司 2017 年版，第 15~16 页。

B. 检察官职业伦理是检察官职业义务、职业责任及职业行为上伦理准则的体现

C. 律师职业伦理只规范律师的执业行为，不规范律师事务所的行为

D. 公证员职业伦理应得到重视，原因在于公证证明活动最大的特点是公信力

【解析】选项 A 正确。法官职业伦理是法官在履行其职责活动中应当具备的与法官职业的职能、性质相适应的基本素质和应当遵循的行为准则、行为规范。法官职业伦理特别强调法官独立、中立地位和审判职责要求的特殊方面。因此选项 A 正确。

选项 B 正确。检察官职业伦理是检察官在行使检察权、履行检察职能的过程中，或者从事与之相应的活动时应当遵守的行为规范。检察官的职业伦理是检察官的职业义务、职业责任以及职业行为上的伦理准则的体现。

选项 C 错误。律师职业伦理主要对律师的执业行为进行规范，同时也规范律师事务所的行为。

选项 D 正确。公证员职业伦理是指公证员在办理公证事务、履行公证职责的过程中或者从事与之相关的活动时所应遵守的行为规范。公证公信力是公证行业的立业之本，公信力是公证活动最大的特点，因此公证员职业伦理更应受到重视。

三、法律职业伦理的困境

法律职业伦理对于法律职业是十分重要的。如果没有法律职业伦理，那么法律家纯粹技术性的功能也会受到威胁，甚至引发更多风险。因为法律家的职业技术是一种有意识地排斥道德与政治等诸种法外因素的人为理性或技术理性，其中的道德含量很低。[1] 法律职业伦理在发展过程中，也面临诸多困境。

（一）法律职业伦理的非道德性

有学者指出，法律职业伦理的困境集中体现为“非道德性”。所谓的职业伦理非道德性，是指职业伦理逐渐脱离大众道德评价和个体道德体验的轨道，与道德的差距变得越来越大，甚至成为与大众道德评价和个体道德体验毫无关联的执业行为规范。具体到法律人的职业实践中，即在具体的伦理行为规范中，法律职业伦理要求法官只需对法律条文负责、律师只需对委托人忠诚，而在正义以及公众利益方面，不需要承担任何道德义务；通过遵从职业伦理的具体规定，法官对于当事人、律师对于委托人通过法律手段实现道德上不正当目的的做法漠然置之，行为人无须对此承担任何道德上的责任。作为现代伦理“非道德化”的“急先锋”，法律职业伦理与道德愈行愈远，这使得职业伦理与现代法律理论、法律制度一起，最终陷入了某种“价值空洞”的危机。[2]

（二）法律商业主义

有学者认为，现代法律职业伦理由于“技术化”与“合规则性”而陷入道德困境。在中国，法律职业伦理的生成与发展可谓根基浅薄，在很大程度上是政治和知识精英对西方既有文明成果的大量借鉴。因此，法律职业伦理的普遍困境在当前的中国依然存在。具体表现为：

1. 从律师方面看，由于市场经济的制度建设并没有和观念建设同步进行，在商业

---

〔1〕 参见孙笑侠：“法律家的技能与伦理”，载《法学研究》2001 年第 4 期。

〔2〕 参见李学尧：“非道德性：现代法律职业伦理的困境”，载《中国法学》2010 年第 1 期。

主义浪潮的席卷下，一些律师唯利是图，将法律知识和技能视作赚取金钱的“生财之道”，至于委托人的合法权益，乃至国家法律在利益诱惑面前都位列次席。

2. 从公众方面来看，传统文化的影响仍然是根深蒂固的：①对实质结果正义性的关注远远超过了对程序的重视；②对律师的认知尚且存在与古代中国的讼师甚至“讼棍”相混淆的现象，尤其是某些律师又“贯彻”了商业主义的经济自由与无道德责任感，使得公众的误解和反感更深。

3. 就法官这一法律职业而言，由于不被允许脱离法律框架进行道德考量，乃至被要求对当事人行为的道德性不作出有偏向性的个人判断，这种鲜明的程序性和中立性也与对一般道德和实质性结果为导向的公众之间产生不一致的观点。[1]

面对法律职业伦理的上述困境，有学者提出，法律职业除了要加强其职业技能专长即业务能力之外，还需要有相应的职业伦理来匹配，需要通过职业伦理来保障其职业技术理性中的道义性成分发挥到最高限度；还需要通过职业伦理来抑制其职业技术理性中的非道德性成分，克服其“职业病”，将非道德成分控制在最低限度。[2]

---

〔1〕 参见董静姝：“论法律职业伦理的现代困境”，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2016 年第 4 期。

〔2〕 参见孙笑侠：“法律家的技能与伦理”，载《法学研究》2001 年第 4 期。

第三章

法律职业伦理的一般原理

导 语

法律职业共同体内部的法律职业人员是否存在共同的伦理要求？法律职业伦理与日常大众伦理是否存在不可避免的冲突？这是研究法律职业伦理首先要解决的两个基本问题。本章将就此提出本书的基本观点。概言之，本书认为，法律职业人员的共同伦理为构建和维系法律职业共同体所必需，包括维护法治、追求正义、保持独立、勤勉尽责和廉洁自律五项基本要求。而法律职业作为一门特殊职业，其职业伦理与大众伦理之间存在冲突是可能且合理的，但仍须与社会主义核心价值观保持一致。

第一节 法律职业人员的共同伦理

一、法律职业人员有共同的伦理

在法律职业资格考试改革前，法律职业道德的基本原则作为一项知识要点被纳入我国司法考试大纲。法律职业道德的基本原则是指法律职业道德的基本尺度、基本纲领和基本要求，具体包括：忠实执行宪法和法律，维护法律的尊严；以事实为依据，以法律为准绳；严明纪律，保守秘密；互相尊重，互相配合；恪尽职守，勤勉尽责；清正廉洁，遵纪守法。法律职业资格考试改革后，《国家统一法律职业资格考试大纲》不再将法律职业道德的基本原则作为知识要点，而代之以法官、检察官、律师等法律职业的具体职业道德要求。

关于是否存在法律职业人员的共同伦理，有学者认为，法律职业人员因为不同的社会角色分工而有不同的伦理。[1] 最典型的是诉讼活动中的律师和法官，律师接受委托人的委托，以赢得胜诉为目标，即使委托人的诉求在法律上处于劣势，律师仍要尽可能为其规避风险、争取利益；而法官不得收受任何一方的利益，也不得偏袒任何一方，其目标是实现公正裁判。律师以当事人为中心的伦理要求与法官客观中立的伦理要求形成了强烈对比。

对此，大部分学者的观点是，尽管不同法律职业有着各自的伦理要求，但仍存在着对法律职业人员的共同伦理要求。学者李本森认为前述法律职业伦理的基本原则构

---

〔1〕 参见台北律师公会主编：《法律伦理》，五南图书出版股份有限公司 2011 年版，第 48～49 页。

成了法律职业人员须共同遵循的基本要求，并区分了法律职业伦理的基本原则和基本规则，认为法律职业伦理的基本规则尽管并非全部可以同等地适用于各类法律行业，但仍是法律职业中最核心的规则，具体包括正义规则、独立规则、平等规则等。〔1〕学者陈景辉认为，法律职业人员在运用专业知识参与法律实践时，无论他们扮演的角色是什么，都必须认识到自己的核心任务是力图通过忠诚于法律的方式来落实法治的要求，以便维护并促进整个法律实践的道德吸引力。概而言之，法律职业人员的共同伦理在于忠诚于法律。〔2〕学者郭哲通过分析现行法律规定及相关行业规范，抽象出崇尚法律、依据事实、注重平等、追求正义、保守秘密、恪守诚信、讲究高效和从业清廉八项法律职业伦理的基本原则，认为这些基本原则贯穿于法律职业伦理的所有领域，适用于整个法律职业伦理体系。〔3〕

本书赞成大多数学者的观点，认为不同的法律职业人员之间存在着共同的伦理要求。在诉讼活动中，虽然律师和法官持有不同立场，但是二者均系整个司法环节的重要组成部分。律师基于党派性原则的要求而在法律允许的范围内为委托人最大限度地争取利益，保障委托人的权利；法官基于中立性原则的要求而致力于作出最公正的裁判，施加法律义务，救济法律权利，这样的裁判也许支持了某一方律师的主张，也许没有支持任何一方律师的主张。但无论如何，二者在个案中目标的潜在冲突，并不妨碍其在整个法律实践中对法治目标的共同追求。也就是说，尽管律师和法官在个案中因职业角色的要求不同而在职业行为上存在诸多差异，但是作为法律实践者对于法律核心价值的追求是相同的，例如维护法治、实现公平正义等。此外，即使在个案中，基于公平正义等基本法律理念，职业伦理对于二者的职业行为也有一些相同的要求。例如，法官的职业价值在于客观中立，因此法官应当始终保持清正廉洁的职业形象，以示其不会因不正当利益而偏私裁判；同样地，虽然律师经常被视为能言善辩、巧舌如簧的逐利者，但是人们总是期待并肯定律师追求正义、不慕名利的美好品格，而不收受不正当利益也是律师职业伦理的应有之义；相应地，从检察官、监察官、公证员等法律职业上，我们也能够解读出维护法治、实现公平正义、廉洁自律等基本伦理要求。所以，不同的法律职业人员看似承担着不同的社会角色，接受不同的伦理规范约束，但彼此之间仍践行着一些共同的伦理要求。

而且，法律职业人员的共同伦理为构建和维系法律职业共同体所必需。如本书第二章所述，法律职业伦理系构建法律共同体的条件之一。随着法律专业分工的精细化，法律职业的内涵愈加丰富，法律职业伦理从最初仅包括律师、法官、检察官职业伦理在内的狭义概念逐渐发展为包括公证员、仲裁员、立法工作者、行政执法人员等职业伦理在内的更广义概念，并随着新型法律职业的出现（如监察官）而进一步扩大。法律职业伦理的专门化进程将使得受不同职业伦理规范约束的法律职业人员之间愈加疏离，法律职业共同体内部的认同感降低，法律职业共同体本身变成松散的集合体。共

〔1〕参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 15~19、44~64 页。

〔2〕参见马长山主编：《法律职业伦理》，人民出版社 2020 年版，第 81~82 页。

〔3〕参见郭哲主编：《法律职业伦理教程》，高等教育出版社 2018 年版，第 42~57 页。

同伦理的存在能够促使不同的法律职业人员在共同的价值目标和信仰追求下开展职业行为，在职业内部形成紧密的向心力，在职业外部塑造良好的职业形象并赢得良好的职业声誉，从而更好地维系法律职业共同体。

二、法律职业人员的共同伦理

综合现行的法律法规和职业伦理规范，以及相关学术观点，本书认为法律职业人员具有五项共同的职业伦理，包括维护法治、追求正义、保持独立、勤勉尽责和廉洁自律。

（一）维护法治

习近平总书记谈及法治问题时曾指出，“‘立善法于天下，则天下治；立善法于一国，则一国治。’推进国家治理体系和治理能力现代化，当然要高度重视法治问题，采取有力措施全面推进依法治国，建设社会主义法治国家，建设法治中国”。[1] 并在党的十九大报告中明确指出，应当确立建设法治中国“两步走”的发展战略，第一步，从2020年全面建成小康社会到2035年，在基本实现社会主义现代化的同时，基本建成法治中国；第二步，从2035年到本世纪中叶中华人民共和国成立100周年时，在把我国建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国的同时，全面建成法治中国。[2]

法治即法的统治，是一种关于国家治理的政治伦理理想。《布莱克法律词典》就指出：“法治是由最高权威认可颁布的并且通常以准则或逻辑命题形式表现出来的、具有普遍适用性的法律原则”。关于法治最经典的表述可以追溯至古希腊学者亚里士多德的名言——“已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是良好的法律”。前半句可以被概括为“法律至上”，后半句可以被概括为“良法之治”。[3]

除立法工作者以外，法官、检察官、律师等法律职业人员从事的工作基本都围绕着适用法律而进行，是推动“法律获得普遍服从”以实现“法律至上”的关键力量，而为立法者行使立法权发挥辅助职能的立法工作者，则可以被视为促进实现“良法之治”的重要力量。因此，作为法治的实施者与推动者，法律职业人员应当以维护法治为共同的职业目标和伦理要求。

维护法治的要求体现在诸多法律职业伦理规范中。如《法官职业道德基本准则》第4条规定：“牢固树立社会主义法治理念，忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律，做中国特色社会主义事业建设者和捍卫者。”《检察官职业行为基本规范（试行）》第5条规定：“坚持依法治国基本方略，坚持宪法法律至上，维护宪法和法律的统一、尊严和权威，致力于社会主义法治事业的发展进步。”《律师职业道德基本准则》

---

〔1〕 参见“习近平在省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班开班式上发表重要讲话”，中共中央党校（国家行政学院）网，https://www.ccps.gov.cn/xxsxk/xldxgz/201908/t20190829-133857.shtml，访问于2020年12月25日。

〔2〕 参见李林：“建设法治中国，是实现‘两个一百年’奋斗目标和‘两个阶段’发展战略的必由之路和题中应有之义——法治中国建设遵循‘两步走’发展战略”，载中国共产党新闻网，http://theory.people.com.cn/n1/2017/1113/c40531-29642350.html，访问于2020年12月25日。

〔3〕 参见雷磊：《法理学》，中国政法大学出版社2019年版，第213页。

第 3 条规定：“律师应当坚定法治信仰，牢固树立法治意识，模范遵守宪法和法律，切实维护宪法和法律尊严。在执业中坚持以事实为根据，以法律为准绳，严格依法履责，尊重司法权威，遵守诉讼规则和法庭纪律，与司法人员建立良性互动关系，维护法律正确实施，促进司法公正。”《公证员职业道德基本准则》第 1 条规定：“公证员应当忠于宪法和法律，自觉践行社会主义法治理念。”此外，监察官、仲裁员等法律职业人员在执行职务时也应当以维护法治为目标，严格遵守和践行法律。

（二）追求正义

习近平总书记在谈及司法体制改革时指出，要“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。[1] 法的最高价值即正义，但正义是一个统辖式的概念，包含了狭义上的正义（平等和人权）、合目的性与法的安定性，这三者构成了法的基本价值。[2]

首先，正义意味着平等，包括分配正义和矫正正义。分配正义是正义的原型。分配正义指的是“同样的事物同等对待，不同的事物不同对待”。这意味着平等并非指对所有人和所有情形都平等对待，而只是对待标准的平等，依照不同的人和不同情形不同对待，不是绝对平等，而是比例性的平等对待。其次，正义意味着保障人权。人权是指人之为人而应享有的权利，是一种道德权利，具有普适性，是判断法律善恶的普遍标准。再次，正义包含着合目的性。任何法律都蕴含着合目的性考量。除了保障平等和最低限度的人权，法还必然要服务于公共福祉。不同的价值体系对于公共福祉的理解有所不同——个人主义的价值体系以个人人格价值为最高利益，将公共福祉理解为所有人或尽可能多之个人的福祉；超个人主义的价值体系以总体人格价值为最高利益，将公共福祉理解为多数人的福祉；超人格主义的价值体系以总体人格价值为最高利益，将公共福祉理解为大众的福祉。最后，正义要求法的安定性。因为合目的性的三种体系既互相促进，又互相竞争，没有一种价值体系可以绝对地优先于其他价值体系，所以需要通过法律权威来确定执行何种价值体系。法的权威性则在于法的实证化，并实现法的安定性。[3]

法律职业人员的理想在于建立符合正义概念的良好秩序的社会。[4] 因此，法律职业人员既是法律的实践者，同时也是正义的追求者。严格地遵守法律、公正地适用与执行法律，以发现法律程序中的真实，实现公平正义，是法律职业人员的共同伦理。

追求正义的伦理要求体现在诸多法律职业伦理规范中。如《法官职业道德基本准则》第 9 条规定：“坚持以事实为根据，以法律为准绳，努力查明案件事实，准确把握法律精神，正确适用法律，合理行使裁量权，避免主观臆断、超越职权、滥用职权，确保案件裁判结果公平公正。”第 10 条规定：“牢固树立程序意识，坚持实体公正与程序公正并重，严格按照法定程序执法办案，充分保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼

---

〔1〕 参见习近平：“推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用”，载《求是》2020 年第 22 期。

〔2〕 参见雷磊：《法理学》，中国政法大学出版社 2019 年版，第 189 页。

〔3〕 参见雷磊：《法理学》，中国政法大学出版社 2019 年版，第 189~193 页。

〔4〕 参见台北律师公会主编：《法律伦理》，五南图书出版股份有限公司 2011 年版，第 52 页。

权利，避免执法办案中的随意行为。”《检察官职业道德基本准则》第4条规定：“坚持公正理念，维护法制统一。”《律师职业道德基本准则》第4条规定：“律师应当把维护公平正义作为核心价值追求，为当事人提供勤勉尽责、优质高效的法律服务，努力维护当事人合法权益。引导当事人依法理性维权，维护社会大局稳定。依法充分履行辩护或代理职责，促进案件依法、公正解决。”《公证员职业道德基本准则》第2条规定：“公证员应当政治坚定、业务精通、维护公正、恪守诚信，坚定不移地做中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者。”类似地，监察官从事监察工作、仲裁员从事仲裁工作等也应当采用公正的方式处理案件，以尽可能实现公平正义，体现手段与目的的一致性。

（三）保持独立

保持独立意味着法律职业人员在从业过程中，以事实为依据，以法律为准绳，其观念和行为不受其他机关、团体和个人的干涉。意大利的法学家M. 卡佩莱蒂教授指出：“司法独立（尤其是独立于行政机关）本身不具有终极价值；它本身不是一种目的，而只具有一种工具性价值，它的最终目的是确保另一项价值的实现——法官公正而无私地解决争端。”〔1〕独立性的价值不仅体现在法官所从事的司法工作中，就其他法律职业人员而言，保持独立对于维护法治、实现公平正义之目标的达成同样具有重要意义。

保持独立的伦理要求直接体现在部分法律职业伦理规范中。如《法官职业道德基本准则》第8条规定：“坚持和维护人民法院依法独立行使审判权的原则，客观公正审理案件，在审判活动中独立思考、自主判断，敢于坚持原则，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉，不受权势、人情等因素的影响。”《检察官职业行为基本规范（试行）》第9条规定：“坚持依法履行职责，严格按照法定职责权限、标准和程序执法办案，不受行政机关、社会团体和个人干涉，自觉抵制权势、金钱、人情、关系等因素干扰。”中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》第5条规定：“仲裁员应当独立、公正、勤勉、审慎地处理案件，不代表任何一方当事人利益，平等地对待双方当事人。”

保持独立的伦理要求还体现在其他法律或者法律职业本身的性质中。如《监察法》第4条第1款规定：“监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”作为监察权行使主体的监察官在从事监督、调查和处分工作时，也应当保持独立的思考和判断，不受不当因素的干扰。就律师而言，虽然根据党派性理论，律师一旦接受了委托人的委托，就必须“党派性”地维护委托人的利益和福祉，但是律师的职业责任本身是多重的——一方面要面对委托人，承担市场意义上的法律义务；一方面要面对国法，承担国家意义上的法律义务；一方面要面对职业共同体，承担共同体意义上的法律义务。〔2〕因此，律师在执业过程中也应当保持一定的独立性，独立于委托人。此外，公证员、立法工作者、行政执法人员基于自身职业的中立性、客观性，也适用保持独立的伦理要求。

---

〔1〕 转引自高其才等：《司法公正观念源流》，人民法院出版社2003年版，第356页。

〔2〕 参见李学尧：《法律职业主义》，中国政法大学出版社2007年版，序二第2页。

（四）勤勉尽责

勤勉尽责意味着法律职业人员要忠实地对待工作，在执业过程中充分运用自身的知识和技能，恪尽职守，高效准确地完成工作。法律职业人员勤勉尽责地从事法律工作，是提高立法、司法与执法效率、维护法治的重要途径，也是维护公民、社会和国家利益的必然要求。

诸多法律职业伦理规范规定了勤勉尽责的伦理要求。如《法官职业道德基本准则》第 11 条规定："严格遵守法定办案时限，提高审判执行效率，及时化解纠纷，注重节约司法资源，杜绝玩忽职守、拖延办案等行为。"《检察官职业行为基本规范（试行）》第 28 条规定："严守工作纪律，爱岗敬业，勤勉尽责，严谨细致，讲究工作质量和效率，不敷衍塞责。"《律师职业道德基本准则》第 4 条规定："律师应当把维护公平正义作为核心价值追求，为当事人提供勤勉尽责、优质高效的法律服务，努力维护当事人合法权益……"《公证员职业道德基本准则》第 7 条规定："公证员应当珍惜职业荣誉，强化服务意识，勤勉敬业、恪尽职守，为当事人提供优质高效的公证法律服务。"就监察官、仲裁员、立法工作者等其他法律职责人员而言，勤勉尽责地履行职责也属其职业伦理的应有之义。

（五）廉洁自律

《楚辞·招魂》有言："朕幼清以廉洁兮，身服义而未沫。"东汉学者王逸注曰："不受曰廉，不污曰洁。""廉洁"一词意指，不收受他人的钱物，不玷污自己的人格。自律则指自我约束、自我要求。廉洁自律要求法律职业人员在执业过程中，保持廉洁的作风，严格要求自己，不利用职务上的便利谋取不正当利益，也不在职业活动中作出违反法律法规、规章政策和纪律规范的行为。

"公生明，廉生威。"执法司法是否具有公信力，主要看两点，一是公正不公正，二是廉洁不廉洁。[1] 廉洁自律是法律职业伦理规范中的普遍要求。《法官职业道德基本准则》第 2 条规定："法官职业道德的核心是公正、廉洁、为民。基本要求是忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象。"第 3 条规定："法官应当自觉遵守法官职业道德，在本职工作和业外活动中严格要求自己，维护人民法院形象和司法公信力。"《检察官职业道德基本准则》第 5 条规定："坚持廉洁操守，自觉接受监督。"《律师职业道德基本准则》第 5 条规定："律师应当牢固树立诚信意识，自觉遵守执业行为规范，在执业中恪尽职守、诚实守信、勤勉尽责、严格自律……"第 6 条规定："律师应当热爱律师职业，珍惜律师荣誉，树立正确的执业理念，不断提高专业素质和执业水平，注重陶冶个人品行和道德情操，忠于职守，爱岗敬业，尊重同行，维护律师的个人声誉和律师行业形象。"《公证员职业道德基本准则》第四部分以"廉洁自律　尊重同行"为主题就公证员职业伦理进行了具体规定。中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》第 2 条规定："仲裁员应当遵纪守法，公道正派，廉洁自律，严格遵守仲裁员守则。"《监察法》第 56 条规定："监察人员必须模范遵守宪法和法律，忠于职守、秉公执法，清正廉洁、保守秘密；必须具有

[1] 参见习近平 2014 年 1 月 7 日在中央政法工作会议上的讲话。

良好的政治素质，熟悉监察业务，具备运用法律、法规、政策和调查取证等能力，自觉接受监督。”此外，立法工作者和行政执法人员也应当树立廉洁意识，洁身自好，奉公守法，维护法律职业共同体的声誉，从而强化法律的威信，最终服务于法治国家的建设。

第二节　法律职业伦理与社会主义核心价值观

一、法律职业伦理与大众伦理的冲突

按照职业论的观点，现代法律职业形成的特征之一是建立一套系统的、与大众伦理有所区别、对其成员相对有效的伦理规范。〔1〕法律职业伦理中，律师职业伦理与大众伦理之间的冲突最为明显，律师的职业行为常常会引发关于“好律师能不能也是好人”的疑问。相较于其他职业，律师职业的突出特点在于不仅要对委托人负责，还服务于“国家法律与社会正义”，既要效忠于某些个人和机构的利益，又要向现行法律负责。由此造成一种信义上的困境：假如律师有义务忠于委托人的立场，真心相信自己为委托人主张的一切，那么他就无法同时遵守任何妨碍委托人利益的道德原则。反之，如果律师实际上不用相信自己为委托人主张的权利和事实，只管履行“法律技工”的职责，那么他的职业言行就变成一场虚伪的表演，律师的义务也成为一种名为“合法”的商品交易。〔2〕由此，为十恶不赦的委托人热忱辩护、甚至刻意为其隐瞒犯罪情节的好律师未必是好人；而因坚守内心正义观、为委托人严重违反大众道德的行为消极辩护的好人未必是好律师。

然而在司法过程中，律师本身的作用就是程序性的或者非道德性的，律师积极为包括坏人在内的委托人辩护，以实现与公权力的“平等对抗”，从而维护法治的顺利运行。正如学者陈瑞华所提出的观点——对于辩护律师而言，维护社会公平正义的真正含义应当是站在委托人立场上，为维护委托人权益，而与侦查机关、公诉机关进行有效的诉讼抗辩，并说服审判机关作出有利于委托人的裁判结论，从而对国家机关行使权力的行为进行强有力的制约与平衡。当然，这并不意味着律师不承担维护超越委托人个人利益之社会公共利益的“公益义务”，只是需要对所谓的“公益义务”进行重新解释，使其成为对委托人之忠诚义务的必要保障和外部边界。如对法庭承担“消极的真实义务”，即不得作出积极行为毁灭、伪造证据，威胁、唆使、引诱证人改变证言或者作伪证等妨碍侦查员、法官、检察官查明真相的活动，而不必承担帮助其寻找案件事实真相的义务。〔3〕

因此，法律职业作为一门特殊职业，其职业伦理与大众伦理之间存在冲突是可能的，也是合理的。而法律职业伦理的重要功能之一就在于为法律职业人员在面对这种

〔1〕 参见李学尧：《法律职业主义》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 94 页。
〔2〕 参见孙国栋主编：《律师文摘 1》，法律出版社 2003 年版，第 204~205 页。
〔3〕 参见陈瑞华：“辩护律师职业伦理的模式转型”，载《华东政法大学学报》2020 年第 3 期。

冲突时提供指引和保护。不过，虽然在职业伦理与大众伦理发生冲突时，法律职业人员可以坦然地以职业伦理为指引，正当地做出违背普通民众朴素伦理观的行为，但是这并不意味着职业伦理可以完全挣脱大众伦理而一味标榜自身的独立性和特殊性。如学者李学尧所言，法律职业必须具备“谦卑”“节制”的美德，在维持职业技术的可用性和实用性的同时，使职业伦理与大众伦理之间存在必要的张力。[1]

二、法律职业伦理与社会主义核心价值观

社会主义核心价值观是社会主义价值体系中最基础、最核心的价值观念，是社会主义社会科学发展的价值导向，是马克思主义指导思想和中国特色社会主义共同理想的价值内核，是对以爱国主义为核心的民族精神、以改革创新为核心的时代精神和社会主义荣辱观的价值升华和高度概括。[2] 2013 年，中共中央办公厅印发《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》，提出“要把社会主义核心价值观贯彻到依法治国、依法执政、依法行政实践中，落实到立法、执法、司法、普法和依法治理各个方面，用法律的权威来增强人们培育和践行社会主义核心价值观的自觉性”。

如前文所述，法律职业伦理是指律师、法官、检察官、公证员等法律工作者自主性地按照其职务角色所应该承担的义务及责任，形成的具有强制力的行为规范。这种职业伦理并非逻辑推演而来的抽象概念，其包含的各种规范内容均根植于现实的社会关系，存在于具体的社会制度、具体的社会文化、具体的工作和生活中。我国的法律职业伦理也应当具备中国特色社会主义的本质特征，并且符合社会主义核心价值观的要求。

（一）富强、民主、文明、和谐

富强、民主、文明、和谐是社会主义中国国家层面的价值目标，反映了中国特色社会主义在精神和价值层面的内在要求，体现了社会主义经济、政治、文化、社会与生态全方位的价值诉求。[3] 对于法律职业人员而言，应当树立中国特色社会主义的共同理想，自觉把个人理想与中国特色社会主义的共同理想统一起来，努力为建设一个经济富强、政治民主、文化文明、社会和谐的社会主义现代化国家和实现中华民族的伟大复兴贡献自己的才智。[4]

（二）自由、平等、公正、法治

自由、平等、公正、法治是社会层面的价值取向，是对美好生活的生动表述，体现了马克思主义的基本要求，反映了我国社会主义社会不懈追求的理想价值属性和党矢志不渝、长期实践的核心价值理念。[5] 法律职业人员应当以维护法治为目标，严格地遵守法律，公正地适用和执行法律，促进社会公平，最终实现人之平等与自由。

---

〔1〕 参见李学尧：《法律职业主义》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 134 页。

〔2〕 刘峥：“大学生认同与践行社会主义核心价值观研究”，中南大学 2012 年博士学位论文。

〔3〕 参见孙杰：“当代中国社会主义核心价值观研究”，中共中央党校 2014 年博士学位论文。

〔4〕 参见张森年主编：《司法职业道德概论》，广西师范大学出版社 2009 年版，第 68 页。

〔5〕 参见孙杰：“当代中国社会主义核心价值观研究”，中共中央党校 2014 年博士学位论文。

（三）爱国、敬业、诚信、友善

爱国、敬业、诚信、友善是个人层面的价值准则，不仅是我国公民应遵循的基本道德准则，而且是中华民族传统美德、社会主义道德与中国共产党人革命道德的精华，还是党对马克思主义公民道德与价值理念的新发展。[1] 法律职业伦理建设是基于一个国家或民族固有的文化传统进行的文化传承、变革与创新。因此，开展法律职业伦理建设应当汲取我国传统文化中合理的思想内核，使优秀传统文化得以传承和发展。[2] 以爱国主义为核心的民族精神、以爱岗敬业为核心的职业理念、以诚实守信为内容的道德品质和以与人为善为要求的处世要求均生发于我国的优良传统文化与道德。法律职业人员应当将此种价值准则融入自身的思想和行动中，使其成为法律职业共同体共同崇尚的价值取向，塑造具有时代特点、体现时代精神的法律职业人员形象，形成中国特色法律职业人员的职业精神。

〔1〕 参见孙杰：“当代中国社会主义核心价值观研究”，中共中央党校 2014 年博士学位论文。

〔2〕 参见张森年主编：《司法职业道德概论》，广西师范大学出版社 2009 年版，第 69 页。

第四章

法律职业伦理的规范建设

导　语

法律职业伦理规范是基于法律职业行为的运作，依据法律职业人员为法律职业行为之本质而产生的不同的伦理准据。法律职业伦理规范凝聚了法律职业共同体的基本伦理道德要求，不仅为法律职业人员的个体行为提供了指引，威慑并惩戒法律职业人员的不当职业行为，影响并引导其树立正确的价值取向，而且为人们提供了对法律职业人员行为进行评价的标准。本章将对国内外法律职业伦理规范的建设情况进行概述，以了解国内外法律职业实践中对法律职业人员的基本伦理要求。

第一节　法律职业伦理规范的基本构造

一、法律职业伦理规范的基础

在伦理道德中，最常使用的语言是：对的或错的、好的或坏的、善的或恶的、应该或不应该、有德的或邪恶的、义务或责任、公正或不公正等，这些词语涉及对行为实践的规范和要求，且希望借此来影响行为人的行为、命令或要求人们从事或禁止某些行为。[1] 伦理学和其他领域最大的不同是其研究对象的性质是“规范性”（normative），因为伦理道德涉及“价值”（value）的问题，而价值观念具有社会性及客观性，即以已经形成的社会价值观对社会行为进行价值判断。因此，伦理是具有规范性的。

法律职业伦理具有一般伦理的特征，因此，也具有规范性。当法律职业人员面对伦理冲突的困境时，法律职业伦理将提供指引助其解决。一般而言，其途径大致可以分为内在控制和外在控制。

内在控制是以职业价值、精神及伦理意识来引导职业人员的责任行为。人们在价值观的影响下做出决定，而对价值的考量是一种内在心理过程。即使法令缺乏对某些行为的指引，职业人员也会自主地寻求其内心的引导。

外在控制则以设立种种限制、要求、界限、标准及许可来取代说服、教育及主观感受。当职业人员面临伦理冲突时，职业伦理规范提供了广泛的拘束力，以解决这些问题。

---

〔1〕 参见林火旺：《伦理学》，五南图书出版公司 1999 年版，第 12~13 页。

法律职业伦理规范是基于法律职业行为的运作，依据法律职业人员为法律职业行为之本质而产生的不同的伦理准据，其内涵具有高度浓厚之伦理色彩，对职业行为具有高度的伦理要求。法律职业伦理规范既是伦理规范性的体现与要求，也是对法律职业人员行为进行外在控制的重要载体。

二、法律职业伦理规范的意义

法律职业伦理既是法律职业共同体的“职业意识形态”，还带有“经济利导性”。法律职业伦理规范作为成文化的法律职业伦理，对于法律职业共同体的发展也具有重大意义。法律职业伦理规范不仅是法律职业的指标，也为法律职业人员的行为提供了指引，使之有章可循。法律职业伦理规范的意义（作用）主要体现在以下几个方面：

（一）法律职业伦理规范的凝聚作用

法律职业伦理规范凝聚了法律职业共同体的基本伦理道德要求。法律职业共同体的伦理规范对其从业人员应具备的道德品质提出了至少包含四个方面的要求：①基于从事法律专业要求的美德；②基于追求社会正义要求的美德；③基于法律专业本身建立在纪律和信任之上而要求法律专业者应当具备的良好品格与声誉的美德；④服膺于“法治”成为维护法治传统、捍卫自由民主价值秩序的中道力量应具有的美德。[1] 例如，《律师执业行为规范（试行）》第 7 条规定：“律师应当诚实守信、勤勉尽责，依据事实和法律，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。”这正是律师职业伦理规范对于律师职业人员共同职业道德的凝聚，无论是诉讼律师，还是非诉律师，都需要具备这些基本伦理道德。

（二）法律职业伦理规范的指引作用

法律职业伦理规范的指引作用是指法律职业伦理规范通过规定法律职业人员的权利和义务，以及违反规定应该承担的责任，来调整法律职业人员的个体行为，从而对法律职业人员发挥“向导”作用。要充分发挥法律职业伦理规范的指引作用，就必须让法律职业人员充分知晓法律职业伦理规范的具体内容。通过公布法律职业伦理规范的内容，让法律职业人员明白国家和社会需要法律职业人员做什么、反对法律职业人员做什么、限制法律职业人员做什么以及惩罚法律职业人员的什么行为等来引导法律职业人员的行为。例如，《律师执业行为规范（试行）》第 2 条规定：“本规范是律师规范执业行为的指引……”

（三）法律职业伦理规范的评价作用

法律职业伦理规范的评价作用是指法律职业伦理规范作为人们对法律职业人员行为进行评价的标准所起的作用，其作用的对象是法律职业人员的行为。法律职业人员接触的事务往往涉及社会公众的生命财产安全，具有很强的公益性，因此，其行为更容易受到社会的广泛关注，并受到社会的评价。一名律师在一个案件中是否勤勉尽责、是否尽到了诚信义务、是否与当事人建立了良好的关系、是否与律师同行建立了良好的关系，这些问题的评价都需要一定的标准。当一名律师被当事人投诉面临律师协会

---

〔1〕 参见东吴大学法学院主编：《法律伦理学》，新学林出版股份有限公司 2009 年版，第 13~15 页。

的惩戒时，律师协会在对律师的行为进行评价所采取的标准就是法律职业伦理规范。因此，法律职业伦理规范为社会公众、法律职业人员、行业协会、司法行政机构等各方主体对法律职业人员的行为进行评价提供了具体、客观的标准。

（四）法律职业伦理规范的强制作用

法律职业伦理规范的强制作用是指法律职业伦理规范对于不当职业行为的威慑、惩罚或制裁作用。法律职业人员除了应该遵守宪法及其他基本法律外，还要遵守相应的职业伦理规范。换言之，法律职业人员除了可能承担一般意义上的民事责任、刑事责任、行政责任外，还要承担职业责任。在中国，法律职业人员的行为除了面临审判机关的评判外，还要接受行业协会的监管。例如，律师一旦违反法律职业伦理规范，既可能面临司法行政机关的行政处罚，还可能面临律师协会的行业惩戒，这都体现了法律职业伦理规范的强制作用。

（五）法律职业伦理规范的教育作用

法律职业伦理规范的教育作用是指法律职业伦理规范对法律职业人员的价值取向产生的积极影响。在法律职业人员的整个职业生涯中，法律职业伦理规范都起着非常重要的作用。在法律职业人员接受学校教育阶段，研习法律职业伦理规范，能够让法律职业人员明确自己的职业底线，树立正确的职业理想。在法官培训、律师培训等法律职业人员继续教育阶段，法律职业伦理规范既能对法律职业人员实际遇到的现实伦理问题作出回应，也能对他们的行为以及观念进行适时纠偏，这些都是法律职业伦理规范教育作用的重要体现。

第二节　我国法律职业伦理规范概况

一、我国法官职业伦理规范概况

法官的职业性质及其在法治社会中的地位和作用，使人们有理由对其有更高的职业伦理要求。[1] 法官职业伦理规范体系建构是法官职业伦理建设的重要环节。我国对于法官职业伦理规范已经有不少规定，主要包括全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）以及最高人民法院制定的《法官行为规范》《中华人民共和国法官职业道德基本准则》（以下简称《法官职业道德基本准则》）。

（一）《法官法》

1995 年 2 月 28 日，全国人民代表大会常务委员会审议通过了《法官法》，其后分别于 2001 年、2017 年、2019 年进行了修订。《法官法》以立法文本的显著标识，开启了我国法官的职业化进程。[2] 《法官法》是目前我国法官制度的基本法，也是我国法官职业伦理规范的重要组成部分，其框架结构如表 4-1 所示：

---

〔1〕 参见王晨光："法官职业化和法官职业道德建设"，载《江苏社会科学》2007 年第 1 期。

〔2〕 参见张志铭："《法官法》与法官的职业化进程"，载《法律适用》2005 年第 7 期。

表 4-1 《法官法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~7 条
第二章	法官的职责、义务和权利	第 8~11 条
第三章	法官的条件和遴选	第 12~17 条
第四章	法官的任免	第 18~24 条
第五章	法官的管理	第 25~37 条
第六章	法官的考核、奖励和惩戒	第 38~51 条
第七章	法官的职业保障	第 52~65 条
第八章	附则	第 66~69 条

《法官法》第 1 条规定了立法目的，即“全面推进高素质法官队伍建设，加强对法官的管理和监督，维护法官合法权益，保障人民法院依法独立行使审判权，保障法官依法履行职责，保障司法公正”。由此可见，《法官法》的立法目的至少包括六个方面：①全面推进高素质法官队伍建设；②加强对法官的监督和管理；③维护法官合法权益；④保障人民法院依法独立先例审判权；⑤保障法官贪污履行职责；⑥保障司法公正。《法官法》第 2 条对法官进行了界定：“法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员。”根据这一规定，法官仅限于人民法院内经依法任命的具体承担审判工作的人员。人民法院内从事司法行政工作的人员如行政、后勤人员，从事其他辅助性司法工作的人员如书记员等，均不属于法官。为了进一步明确法官的范围，《法官法》第 2 条还采用列举的方式规定，法官包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员。除了《法官法》明确列举的人员以外，其他人员均不属于法官。[1]

在《法官法》中，与法官职业伦理密切相关的条文包括第一章“总则”、第二章“法官的职责、义务和权利”、第六章“法官的考核、奖励和惩戒”等。其中，第一章“总则”第 3 条规定：“法官必须忠实执行宪法和法律，维护社会公平正义，全心全意为人民服务。”作为司法人员，法官忠实执行宪法和法律，对于维护法律的权威性具有极为重要的意义。这一方面是因为法官的职责就是通过审判活动将国家法律适用到现实生活中，法官依法行使审判权本身就使得国家法律得以贯彻执行；另一方面，法官在审判活动中严格遵守法律对于当事人和其他社会成员具有重要的示范作用和教育意义。[2]

---

〔1〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国法官法释义》，法律出版社 2001 年版，第 1~4 页。

〔2〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国法官法释义》，法律出版社 2001 年版，第 5 页。

（二）《法官行为规范》

2005 年 11 月 4 日，最高人民法院发布了《法官行为规范（试行）》，要求全体法官和其他工作人员对此认真学习，切实执行。2010 年 12 月 6 日，最高人民法院对《法官行为规范（试行）》进行了修订，制定了《法官行为规范》，其框架结构如表 4-2 所示：

表 4-2 《法官行为规范》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	一般规定	第 1~8 条
第二章	立　案	第 9~25 条
第三章	庭　审	第 26~38 条
第四章	诉讼调解	第 39~45 条
第五章	文书制作	第 46~54 条
第六章	执　行	第 55~68 条
第七章	涉诉信访处理	第 69~79 条
第八章	业外活动	第 80~89 条
第九章	监督和惩戒	第 90~93 条
第十章	附　则	第 94~96 条

相比《法官法》，《法官行为规范》更加具体，主要集中体现在法官的行为控制，从立案到涉诉信访，涵盖了法官职务行为的方方面面。此外，还涉及法官的非职务行为，即第八章“业外活动”。在第一章“一般规定”中，《法官行为规范》给出了一些抽象性的关键词，如忠诚坚定、公正司法、高效办案、清正廉洁、一心为民等，这些可以视为法官职业伦理的基本要求。总体而言，《法官行为规范》系统全面、客观公正、便于操作，在详细规范司法活动各阶段的法官行为的同时，更加突出法官的自律意识和职业道德观念，为各级人民法院进一步强化队伍建设、改进司法作风、树立良好形象提供了基本依据和遵循。[1]

（三）《法官职业道德基本准则》

2001 年 10 月 18 日，最高人民法院发布了《法官职业道德基本准则》；2010 年 12 月 6 日，最高人民法院对《法官职业道德基本准则》进行了修订，并重新发布，其框架结构如表 4-3 所示：

---

〔1〕 参见郭念华、左石：“中美法官行为规范比较”，载《人民法院报》2011 年 4 月 29 日，第 5 版。

表 4-3 《法官职业道德基本准则》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~3 条
第二章	忠诚司法事业	第 4~7 条
第三章	保证司法公正	第 8~14 条
第四章	确保司法廉洁	第 15~18 条
第五章	坚持司法为民	第 19~22 条
第六章	维护司法形象	第 23~26 条
第七章	附　则	第 27~30 条

从《法官职业道德基本准则》的框架内容来看，其基本上是对《法官行为规范》第一章“一般规定”的具体化。换言之，《法官行为规范》主要侧重于体现法官职业伦理的规范性，而《法官职业道德基本准则》则主要侧重于体现法官职业伦理的伦理性或道德性。

关于我国法官职业伦理的发展，有学者认为，法官职业伦理的“环境”包括两方面：一是法官的职业化，这是法官职业伦理的前提；二是法治的要求，这是法官职业伦理的价值取向。〔1〕还有学者就具体职业道德规范体系的设计提出了以下几个方面的建议：①法官道德规范要跳出旧有的法律与道德截然分开的窠臼，既要制定基本的行为规范，又要制定追求完美的道德规范；②在职业规范体系包括两类规范的同时，又可以在技术上分别制定成不同的规范文件，主要起道德指引作用的规范可以制定得较为宽泛，以“道德准则”等名称命名；③在具体操作规范上，以基本行为规范为主，以道德规范为指引；④对于法官的违法、违纪或不当行为进行处理的机构可以分为由检察和司法机关按照法定程序处理，由法院内部的纪检、监察部门处理，或是由类似国外的法官行为委员会来处理。〔2〕

二、我国检察官职业伦理规范概况

检察官职业伦理规范属于规范性的职业伦理，其主要采取了一种义务或者行为禁止的方式，从纪律约束及管理方面对检察官予以控制。就检察官职业伦理规范而言，规范的限定性决定了检察官伦理行为的规则化，这在一定程度上也决定了检察官职业伦理规范的核心要义，就是规则应当被遵守。〔3〕我国对于检察官职业伦理规范已经有不少规定，主要包括全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国检察官法》

〔1〕 参见夏正林、冯健鹏：“从职业道德到职业伦理——对我国法官职业伦理的重述”，载《华南理工大学学报（社会科学版）》2012 年第 6 期。

〔2〕 参见王晨光：“法官职业化和法官职业道德建设”，载《江苏社会科学》2007 年第 1 期。

〔3〕 参见宋远升：“论检察官职业伦理的构成及建构”，载《法学评论》2014 年第 3 期。

（以下简称《检察官法》）以及最高人民检察院制定的《检察官职业行为基本规范（试行）》《中华人民共和国检察官职业道德基本准则》（以下简称《检察官职业道德基本准则》）。

（一）《检察官法》

1995 年 2 月 28 日，全国人民代表大会常务委员会制定了《检察官法》，并于 2001 年、2017 年、2019 年进行了修正。《检察官法》在促进我国法制建设的进步与完善、保障我国检察工作的健康运行以及推动我国检察制度的创新发展等方面都发挥着重要的作用。[1]《检察官法》是我国规定检察官制度的基本法律，也是我国检察官职业伦理规范的重要组成部分，其框架结构如表 4-4 所示：

表 4-4　《检察官法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~6 条
第二章	检察官的职责、义务和权利	第 7~11 条
第三章	检察官的条件和遴选	第 12~17 条
第四章	检察官的任务	第 18~25 条
第五章	检察官的管理	第 26~38 条
第六章	检察官的考核、奖励和惩戒	第 39~52 条
第七章	检察官的职业保障	第 53~66 条
第八章	附　则	第 67~70 条

《检察官法》第 1 条规定了立法目的，即“全面推进高素质检察官队伍建设，加强对检察官的管理和监督，维护检察官合法权益，保障人民检察院依法独立行使检察权，保障检察官依法履行职责，保障司法公正”。从该条的规定来看，《检察官法》的立法目的可以从六个方面来理解：①全面推进高素质检察官队伍建设；②加强对检察官的管理和监督；③维护检察官合法权益；④保障人民检察院依法独立行使检察权；⑤保障检察官依法履行职责；⑥保障司法公正。在我国，按照通常的理解，司法权又可分为审判权和检察权。根据宪法和法律，我国人民检察院是国家法律监督机关，其职责是依法实施法律监督，对公诉案件进行审查和起诉，对依法由检察机关直接受理的案件实施侦查。人民检察院的检察活动是由检察官具体承担的，因此，检察官的素质高低直接影响人民检察院检察活动的质量，关系着法律能否得以正确地贯彻实施，从而直接影响社会公正能否顺利实现。[2]

《检察官法》第 2 条对“检察官”进行了界定，即“检察官是依法行使国家检察

〔1〕 参见张云霄、王高迪：“《检察官法》修改若干问题之我见”，载《法学杂志》2017 年第 5 期。

〔2〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国检察官法释义》，法律出版社 2001 年版，第 1~4 页。

权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员”。根据这一规定，检察官仅限于人民检察院内，经依法任命的，具体承担检察工作的人员。人民检察院内从事司法行政工作的人员如行政、后勤人员，从事其他辅助性司法工作的人员如法警、书记员等，均不属于检察官。为了进一步明确检察官的范围，《检察官法》第 2 条还采用列举的方式规定，检察官包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员。除了《检察官法》明确列举的人员以外，其他人员均不属于检察官。

在《检察官法》中，与检察官职业伦理密切相关的条文包括第一章“总则”、第二章“检察官的职责、义务和权利”、第六章“检察官的考核、奖励和惩戒”等。其中，第一章“总则”第 3 条规定：“检察官必须忠实执行宪法和法律，维护社会公平正义，全心全意为人民服务。”检察官是具体行使国家检察权的司法人员，检察官的职责就是通过开展检察活动，执行国家法律。检察官能否忠实执行国家宪法和法律，直接关系到法律能否得到切实的贯彻与执行。

（二）《检察官职业行为基本规范（试行）》

2010 年 10 月 9 日，最高人民检察院发布了《检察官职业行为基本规范（试行）》，其目的是“规范检察官职业行为，保障和促进检察官严格、公正、文明、廉洁执法”。由此可见，《检察官职业行为基本规范（试行）》的核心是“规范检察官职业行为”，其基本定位是“规范检察官职业行为的基础性、原则性、框架性文件，是检察官应当遵守的基本行为准则”。[1]《检察官职业行为基本规范（试行）》的框架内容如表 4-5 所示：

表 4-5 《检察官职业行为基本规范（试行）》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	职业信仰	第 1~8 条
第二章	履职行为	第 9~25 条
第三章	职业纪律	第 26~34 条
第四章	职业作风	第 35~40 条
第五章	职业礼仪	第 41~44 条
第六章	职务外行为	第 45~49 条
第七章	附　则	第 50~53 条

由此可见，《检察官职业行为基本规范（试行）》在结构上分为职业信仰、履职行为、职业纪律、职业作风、职业礼仪、职务外行为、附则七个部分，共 53 条，重点

〔1〕 参见张巍、杜爱平：“《检察官职业行为基本规范（试行）》解读”，载《人民检察》2010 年第 22 期。

从六个方面对检察官职业行为基本规范提出了要求。《检察官职业行为基本规范（试行）》的内容比较抽象，不涉及具体执法行为的规范要求，同时也是制定检察官执法行为、语言着装、廉洁从检等具体行为规范的依据。按照最高人民检察院的观点，贯彻落实《检察官职业行为基本规范（试行）》，需要注意以下四个方面：①要把学习贯彻《检察官职业行为基本规范（试行）》与进一步完善检察官职业行为规范体系结合起来；②要把解决当前突出问题与养成长期良好职业行为习惯结合起来；③要把学习贯彻《检察官职业行为基本规范（试行）》与推动各项检察工作结合起来；④要把树立宣传典型与加大查处惩戒力度结合起来。[1]

（三）《检察官职业道德基本准则》

早在 2002 年 2 月 26 日，最高人民检察院就曾出台《检察官职业道德规范》，不过全文仅 167 个字，更多是一些宣言性、倡导性、号召性的内容。[2] 2009 年 9 月 29 日，最高人民检察院发布了《中华人民共和国检察官职业道德基本准则（试行）》，后于 2016 年 11 月 4 日进行了修订，并通过了《中华人民共和国检察官职业道德基本准则》（以下简称《检察官职业道德基本准则》），其框架内容如表 4-6 所示：

表 4-6　《检察官职业道德基本准则》框架内容

条　文	主要内容
第 1 条	坚持忠诚品格，永葆政治本色
第 2 条	坚持为民宗旨，保障人民权益
第 3 条	坚持担当精神，强化法律监督
第 4 条	坚持公正理念，维护法制统一
第 5 条	坚持廉洁操守，自觉接受监督

从《检察官职业道德基本准则》的内容来看，“忠诚”“为民”“担当”“公正”“廉洁”等词具有很强的概括性与抽象性，同时也体现了很强的伦理性，是检察官职业伦理的基本内核。换言之，这是检察官职业伦理的底线，也是一种“角色伦理”，作为一名检察官，忠诚、为民、担当、公正、廉洁应该贯穿其整个职业生涯。

检察官职业伦理具有道德要求和行为规范相结合的性质，既有原则性、倡导性，也有操作性、规范性，甚至许多要求还具有强制性。它既指引检察官的职业行为，也制约检察官与职责相关的职务外行为；既关注检察官内心对检察职责的认识和思维活动，更着重为检察官行使职权提供具体的行为标准。缺乏对检察官职业伦理的认知和

---

〔1〕 参见张巍、杜爱平：“《检察官职业行为基本规范（试行）》解读”，载《人民检察》2010 年第 22 期。

〔2〕 参见《检察官职业道德规范》（现已失效）：“忠诚。忠于党、忠于国家、忠于人民，忠于事实和法律，忠于人民检察事业，恪尽职守，乐于奉献。公正。崇尚法治，客观求实，依法独立行使检察权，坚持法律面前人人平等，自觉维护程序公正和实体公正。清廉。模范遵守法纪，保持清正廉洁，淡泊名利，不徇私情，自尊自重，接受监督。严明。严格执法，文明办案，刚正不阿，敢于监督，勇于纠错，捍卫宪法和法律尊严。”

恪守，算不上称职的检察官；没有检察官职业伦理的支撑，也无法塑造健全的检察官职业。[1]

关于我国检察官伦理的建构，有学者认为，我国检察官职业伦理规范体系存在着层次混乱、内容模糊等方面的问题，为增强检察官职业伦理的规范性和指导作用，有必要对其进行整理和重构。纵向区分底线伦理和德行伦理，充分发挥检察官职业伦理的惩戒和激励功能；以检察官的特有职业伦理为中心，以职业内容为原点，构建从核心到外围逐步展开的伦理规范体系。[2] 还有学者认为，在完善检察官职业伦理方面，应该着重解决以下四个问题：①检察官职业伦理的制度化建构；②在检察官职业伦理的内容上，应当就检察官职责性伦理以及德行性伦理分别规定；③基于我国检察官之司法官定位，以及强化此角色的要求，没有必要苛求检察官遵循行政伦理；④检察官职业伦理也需要与政治伦理适当分离。[3]

三、我国监察官职业伦理规范概况

监察官职业伦理的效力来源于法律规范，法律规范是其基本内涵的外化表现。监察官职业具有显著的政治性，且与党的纪律检查机关合署办公，它的规范渊源相比法官、检察官等法律职业共同体而言，范围更为宽泛，不仅包括一般意义上的法律规范，还涉及党的一些规章制度。

具体而言，监察官职业伦理的规范渊源主要包括以下三部分：一是直接规定监察官职业伦理的法律规范和党内规章；二是涉及法律职业共同体的法律规范；三是公职人员的行为规范。监察官不仅应遵守专门的规范，还应遵守法律职业共同体行为规范和公职人员行为规范，并以专门规范为主。从呈现形式看，这三个层次的规范渊源具体表现为宪法、法律法规、规章、党内法规规章、部门内部行为规范、国际公约等。由于“监察官法”的制定尚在进行中，因此目前尚无针对监察官职业伦理的专门法律规范。

就法律层面而言，《宪法》作为国家的根本大法，其第三章第七节“监察委员会”专门详细规定了监察委员会的组织和运行方式，要求监察委员会应依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，这要求监察官应具备公正、廉洁的品格，也是监察官职业伦理的最高效力来源和依据。[4]《中华人民共和国监察法》（以下简称《监察法》）作为监察工作的基本法，对《宪法》中有关职业伦理的内容加以展开并细化。《监察法》第 55 条规定：“监察机关通过设立内部专门的监督机构等方式，加强对监察人员执行职务和遵守法律情况的监督，建设忠诚、干净、担当的监察队伍。”第 56 条规定：“监察人员必须模范遵守宪法和法律，忠于职守、秉公执法，清正廉洁、保守秘密；必须具有良好的政治素质，熟悉监察业务，具备运用法律、法

〔1〕 参见张志铭、徐媛媛：“对我国检察官职业伦理的初步认识”，载《国家检察官学院学报》2013 年第 5 期。

〔2〕 参见张柳、李美福：“我国检察官职业伦理规范的反思与重构——以伦理规范的多层次划分为视角”，载《湖北警官学院学报》2014 年第 12 期。

〔3〕 参见宋远升：“论检察官职业伦理的构成及建构”，载《法学评论》2014 年第 3 期。

〔4〕 陈光斌：“监察官职业伦理：概念、渊源和内容”，载《法学评论》2020 年第 5 期。

规、政策和调查取证等能力，自觉接受监督。”除此之外，《中华人民共和国公务员法》（以下简称《公务员法》）、《中华人民共和国公职人员政务处分法》（以下简称《政务处分法》）等有关公职人员管理的法律法规中也涉及法律相关职业伦理的内涵。

表 4-7　《监察法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~6 条
第二章	监察机关及其职责	第 7~14 条
第三章	监察范围和管辖	第 15~17 条
第四章	监察权限	第 18~34 条
第五章	监察程序	第 35~49 条
第六章	反腐败国际合作	第 50~52 条
第七章	对监察机关和监察人员的监督	第 53~61 条
第八章	法律责任	第 62~67 条
第九章	附　则	第 68~69 条

表 4-8　《政务处分法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~6 条
第二章	政务处分的种类和适用	第 7~27 条
第三章	违法行为及其适用的政务处分	第 28~41 条
第四章	政务处分的程序	第 42~54 条
第五章	复审、复核	第 55~60 条
第六章	法律责任	第 61~64 条
第七章	附　则	第 65~68 条

在党规方面，党章是效力最高的党规，其中对党员及党员干部的履责要求是监察官职业伦理的规范渊源，以此为基础，《中国共产党廉洁自律准则》（以下简称《廉洁自律准则》）、《中国共产党党内监督条例》（以下简称《党内监督条例》）、《中国共产党纪律处分条例》（以下简称《纪律处分条例》）等党规、规章也是重要的规范渊源。

就内部工作规范而言，以国家监察委员会为首的监察机关，可针对下级及本机关监察官履责及其他行为活动制定内部行为规范，这些规范同样是监察官职业伦理的重

要来源，有助于促进监察官职业伦理制度体系建设。

四、我国律师职业伦理规范概况

自改革开放以来，我国律师职业伦理规范建设大致经历了从纪律走向规则、从规则确立走向规则实施的转型发展。[1] 在我国，《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）是律师职业伦理的基础性规范，它是司法行政机关制定律师职业管理规范以及律师协会制定律师职业行业规范的依据。有学者认为，律师职业伦理的建构完善是推动中国法律职业伦理和法律职业共同体建设的重要力量。在我国“两结合”的律师管理体制下，律师职业伦理规范渊源庞杂、效力不强、内容亦不够明晰。破解律师职业伦理规范的困境，亟须积极推进行业自律、厘清律师职业伦理规范的内容和结构并建立相应的激励机制。[2] 在此，本部分主要分别概述《律师法》《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》《律师职业道德基本准则》的框架内容。

（一）《律师法》

1980 年 8 月 26 日，全国人民代表大会常务委员会制定了《中华人民共和国律师暂行条例》（现已失效），这是改革开放以后，我国第一次从国家层面制定有关律师的法律规范。1996 年 5 月 15 日，全国人民代表大会常务委员会制定了《律师法》，并先后于 2001 年、2007 年、2012 年、2017 年进行了修订。中国律师法的架构变迁与国家司法行政和律师协会的关系的演变息息相关，中国律师法的理想图景就是形成律师职业组织法和律师职业行为法并驾齐驱的框架：律师行业组织法奠定中国律师行业的基本管理格局；律师职业行为法确立律师职业行为的界限，体现律师行业的独立与自治。[3] 目前《律师法》是我国律师制度的基本法，也是我国律师职业伦理规范的重要组成部分，其框架结构如表 4-9 所示：

表 4-9 《律师法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~4 条
第二章	律师执业许可	第 5~13 条
第三章	律师事务所	第 14~27 条
第四章	律师的业务和权利、义务	第 28~42 条
第五章	律师协会	第 43~46 条
第六章	法律责任	第 47~56 条
第七章	附　则	第 57~60 条

〔1〕 参见吴洪淇：“律师职业伦理规范建设的回顾与前瞻”，载《交大法学》2018 年第 2 期。

〔2〕 参见李超峰、徐媛媛：“我国律师职业伦理规范的完善”，载《中共中央党校学报》2014 年第 4 期。

〔3〕 参见王进喜：“中国律师法的演进及其未来”，载《西部法学评论》2008 年第 4 期。

《律师法》第1条规定了立法目的，即“完善律师制度，规范律师执业行为，保障律师依法执业，发挥律师在社会主义法制建设中的作用”。《律师法》第2条第1款规定了“律师”的内涵：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。”第2条第2款规定了律师职业的宗旨：“律师应当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。”此外，《律师法》第四章“律师的业务和权利、义务”则与律师的职业行为密切相关，是对律师职业行为的具体指引，体现了极强的律师职业伦理规范特质。

（二）《律师执业管理办法》

2008年7月18日，司法部发布了《律师执业管理办法》，并于2016年进行了修订。《律师执业管理办法》第1条规定了制定目的，即“规范律师执业许可，保障律师依法执业，加强对律师执业行为的监督和管理”。因此，《律师执业管理办法》成为我国司法行政机关管理律师职业的具体指导与依据，也是我国律师职业伦理规范的组成部分，其内容框架如表4-10所示：

表4-10　《律师执业管理办法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第1~5条
第二章	律师执业条件	第6~9条
第三章	律师执业许可程序	第10~23条
第四章	律师执业行为规范	第24~49条
第五章	司法行政机关的监督管理	第50~60条
第六章	附　则	第61、62条

《律师执业管理办法》是对《律师法》的具体化，其中，第四章“律师执业行为规范”对律师的职业行为提出了明确的要求，第五章“司法行政机关的监督管理”则主要规定了司法行政机关对律师的行政处罚权限及程序。

（三）《律师执业行为规范（试行）》

2004年3月20日，中华全国律师协会制定了《律师执业行为规范（试行）》，并分别于2009年、2011年、2017年进行了修订，最终形成了《律师执业行为规范（试行）》。《律师执业行为规范（试行）》第1条规定了“制定目的”，即“规范律师执业行为，保障律师执业权益”。由此可见，《律师执业行为规范（试行）》与《律师执业管理办法》的制定目的之间存在相似之处，但也有不同，《律师执业管理办法》更加突出“监督与管理”这一目的。《律师执业行为规范（试行）》目前是我国律师职业最为重要的职业伦理规范，其内容框架如表4-11所示：

表 4-11 《律师执业行为规范（试行）》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~5 条
第二章	律师执业基本行为规范	第 6~15 条
第三章	律师业务推广行为规范	第 16~34 条
第四章	律师与委托人或当事人的关系规范	第 35~62 条
第五章	律师参与诉讼或仲裁规范	第 63~72 条
第六章	律师与其他律师的关系规范	第 73~85 条
第七章	律师与所任职的律师事务所关系规范	第 86~97 条
第八章	律师与律师协会关系规范	第 98~105 条
第九章	附　则	第 106~109 条

《律师执业行为规范（试行）》是律师协会为律师的执业行为提供的具体指引，其第二章“律师执业基本行为规范”对律师职业的一些基本价值取向、理想追求等带有强烈的伦理性特点的内容进行了规定。此外，律师协会还制定了一些其他规范，如《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》《律师职业道德和执业纪律规范》等，这些文件是对《律师执业行为规范（试行）》的重要补充，共同构成了律师职业伦理规范的组成部分。

（四）《律师职业道德基本准则》

2014 年 6 月，中华全国律师协会依据司法部发布的《关于进一步加强律师职业道德建设的意见》，制定了《律师职业道德基本准则》。《律师职业道德基本准则》带有很强的概括性与抽象性，主要表现为一种强烈的“道德性”，[1] 其具体内容如下：

第一条 律师应当坚定中国特色社会主义理想信念，坚持中国特色社会主义律师制度的本质属性，拥护党的领导，拥护社会主义制度，自觉维护宪法和法律尊严。

第二条 律师应当始终把执业为民作为根本宗旨，全心全意为人民群众服务，通过执业活动努力维护人民群众的根本利益，维护公民、法人和其他组织的合法权益。认真履行法律援助义务，积极参加社会公益活动，自觉承担社会责任。

第三条 律师应当坚定法治信仰，牢固树立法治意识，模范遵守宪法和法律，切实维护宪法和法律尊严。在执业中坚持以事实为根据，以法律为准绳，严格依法履责，尊重司法权威，遵守诉讼规则和法庭纪律，与司法人员建立良性互动关系，维护法律正确实施，促进司法公正。

第四条 律师应当把维护公平正义作为核心价值追求，为当事人提供勤勉尽责、优质高效的法律服务，努力维护当事人合法权益。引导当事人依法理性维权，维护社

〔1〕 参见李学尧：“非道德性：现代法律职业伦理的困境”，载《中国法学》2010 年第 1 期。

会大局稳定。依法充分履行辩护或代理职责，促进案件依法、公正解决。

第五条　律师应当牢固树立诚信意识，自觉遵守执业行为规范，在执业中恪尽职守、诚实守信、勤勉尽责、严格自律。积极履行合同约定义务和法定义务，维护委托人合法权益，保守在执业活动中知悉的国家机密、商业秘密和个人隐私。

第六条　律师应当热爱律师职业，珍惜律师荣誉，树立正确的执业理念，不断提高专业素质和执业水平，注重陶冶个人品行和道德情操，忠于职守，爱岗敬业，尊重同行，维护律师的个人声誉和律师行业形象。

关于我国律师职业伦理规范的完善，有学者认为，律师职业伦理规范体系的制定以及律师职业伦理规范实施体系的设计都必须对外部评价进行必要的回应。首先，在律师职业伦理规范制定和修改的过程中，必须充分考虑外部群体的立场。目前我国律师职业伦理规范的修改更多地被视为律师行业自己的事，甚至被看作律师协会自己的事，对于其他法律职业和社会公众的需求并没有给予足够的考虑。其次，在律师职业伦理制定和实施过程中，必须对某些群体的诉求给予更多的回应。调查研究显示，在不同的法律职业中，法官对于律师职业伦理水准的总体评价是最为负面的。最后，在具体律师职业伦理失范行为上，应该给予更大的回应。唯有在律师惩戒中引入更多的社会力量，建构一个更为公开的惩戒机制，才能使律师职业伦理规范更具有权威性。[1]

五、我国公证员职业伦理规范概况

公证是由法律授权的专业人员或机构对法律行为、有法律意义的文书和事实进行的证明活动。在大陆法系各国，设置和完善公证制度的根本目的，均为在保障民法私权自治原则的基础上，实现国家对重大经济活动与公民的重要法律行为的适度干预，以预防经济纠纷的产生和避免可能发生的社会矛盾，维护经济活动的正常秩序和社会的和谐、稳定。[2] 公证员是公证制度健康运转的关键，公证员是否具备职业伦理，关系到公证制度的目的能否得到有效实现。我国对于公证员职业伦理规范也作了很多规定，主要包括全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）、司法部制定的《公证员执业管理办法》、中国公证协会（原中国公证员协会）制定的《公证员职业道德基本准则》以及《公证员惩戒规则（试行）》。

（一）《公证法》

2005 年 8 月 28 日，全国人民代表大会常务委员会通过了《公证法》，并于 2015 年、2017 年进行了修订。《公证法》确立了公证法律体系，规定了公证机构、公证员职责，完善了公证基本程序，有力地维护了市场秩序，保障了自然人、法人和其他组织的合法权益。[3]《公证法》作为我国公证制度的基本法，也是公证员职业伦理的重

---

〔1〕 参见吴洪淇："律师职业伦理的评价样态与规制路径——基于全国范围问卷调查数据的分析"，载《政法论坛》2018 年第 2 期。

〔2〕 参见宫晓冰："中国公证制度的完善"，载《法学研究》2003 年第 5 期。

〔3〕 参见袁钢、李建亮："《公证法》设立公证协会专章可行性初探"，载《中国公证》2017 年第 1 期。

要组成部分，其框架内容如表 4-12 所示：

表 4-12 《公证法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~5 条
第二章	公证机构	第 6~15 条
第三章	公证员	第 16~24 条
第四章	公证程序	第 25~35 条
第五章	公证效力	第 36~40 条
第六章	法律责任	第 41~44 条
第七章	附　则	第 45~47 条

从《公证法》的框架内容来看，与公证员职业伦理密切相关的条文主要包括第一章“总则”、第三章“公证员”以及第六章“法律责任”。第一章“总则”第 3 条规定：“公证机构办理公证，应当遵守法律，坚持客观、公正的原则。”该条不仅是公证机构办理公证事务时应遵循的基本原则，也是公证员职业伦理的基本内涵：①守法，即公证证明的法律行为或者有法律意义的事实和文书的内容、形式及取得方式符合国家法律、法规、规章的规定，不违反有关政策和社会公共利益。②客观，即公证的对象必须是客观存在的事物，通过直观或人证、物证为公证员所确认，而且事实的内容与公证证明的内容相符。③公正，即公证员扮演的是第三人的角色，要考虑当事人双方的利益和社会的公共利益。[1]

（二）《公证员执业管理办法》

2006 年 3 月 14 日，司法部发布了《公证员执业管理办法》，其目的是“加强对公证员的任职管理和执业监督，规范公证员的执业行为”。公证员作为法律职业人员，其职业伦理素养和专业素养的好坏，关系到公证质量的好坏，因此，对公证员的执业行为进行监督与管理，成为司法行政部门的重要工作。《公证员执业管理办法》既是司法行政部门对公证员的管理依据，也是公证员规范自身执业行为的依据，其框架内容如表 4-13 所示：

表 4-13 《公证员执业管理办法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~6 条
第二章	公证员任职条件	第 7~9 条

[1] 参见吴凤友主编：《中华人民共和国公证法释义》，中国法制出版社 2005 年版，第 13~14 页。

续表

章　节	内　容	条　文
第三章	公证员任职程序	第 10~17 条
第四章	公证员执业证书管理	第 18~20 条
第五章	公证员执业监督检查	第 21~28 条
第六章	法律责任	第 29~35 条
第七章	附　则	第 36~41 条

从《公证员执业管理办法》的框架内容来看，与公证员职业伦理密切相关的条文包括第一章“总则”、第五章“公证员执业监督检查”、第六章“法律责任”。第一章“总则”第 4 条第 1 款规定：“公证员应当遵纪守法，恪守职业道德和执业纪律，依法履行公证职责，保守执业秘密。”由此可见，除了《公证法》提出的“守法、客观、公正”三原则外，该条文还提出了“保守执业秘密”这一原则。

（三）《公证员职业道德基本准则》

2002 年 3 月 3 日，中国公证协会（原中国公证员协会）发布了《公证员职业道德基本准则》，并于 2010 年进行了修订。由此可知，《公证员职业道德基本准则》先于《公证法》制定，《公证法》作为我国公证员职业伦理规范的重要组成部分，对公证员职业伦理提出了新的要求，因此，《公证员职业道德基本准则》于 2010 年进行了修订，于 2011 年 1 月 6 日发布，回应了公证员职业伦理领域的现实问题，也进一步完善了公证员职业伦理的内容。

表 4-14　《公证员职业道德基本准则》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	忠于法律 尽职履责	第 1~6 条
第二章	爱岗敬业 规范服务	第 7~13 条
第三章	加强修养 提高素质	第 14~19 条
第四章	廉洁自律 尊重同行	第 20~25 条
第五章	附　则	第 26~29 条

从表 4-14 所示的框架内容来看，《公证员职业道德基本准则》除序言和附则外，分为“忠于法律 尽职履责”“爱岗敬业 规范服务”“加强修养 提高素质”“廉洁自律 尊重同行”四个部分，共 29 条，对我国公证员的职业道德作了具体明确的规定。

六、我国仲裁员职业伦理规范概况

仲裁作为一种社会纠纷解决机制，也是一种国家法律认可的争议解决方式。仲裁

以效益为其价值目标，程序灵活、一裁终局，极大地缩减了争议解决周期，减少了当事人的各项成本。[1] 仲裁员职业道德是仲裁员在长期的仲裁实践中养成的职业意识、行为规范，以及由这些职业意识、行为规范逐渐演化而成的仲裁职业所具有的基本道德规范和伦理要求。[2] 在我国，仲裁员的职业伦理规范主要包括三类：一是由全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）；二是中国国际经济贸易仲裁委员会与中国海事仲裁委员会发布的《中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会仲裁员守则》（以下简称《贸仲海仲仲裁员守则》）；三是各地方制定的仲裁员守则，如《北京仲裁委员会仲裁员守则》《上海仲裁委员会仲裁员守则》等。

（一）《仲裁法》

一般认为，仲裁法是指调整仲裁关系的法律规范的总称，其有狭义和广义之分。所谓狭义的仲裁法，主要是指专门调整仲裁关系的单行仲裁法或仲裁法典。在我国，主要是指 1994 年 8 月 31 日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过并自 1995 年 9 月 1 日起施行的《仲裁法》（2009 年、2017 年修订）。《仲裁法》不仅是当事人参与仲裁活动的法律依据，也对仲裁员的职业伦理作出了根本性规定，换言之，仲裁员也必须遵守《仲裁法》的规定。《仲裁法》的框架内容如表 4-15 所示：

表 4-15 《仲裁法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~9 条
第二章	仲裁委员会和仲裁协会	第 10~15 条
第三章	仲裁协议	第 16~20 条
第四章	仲裁程序	第 21~57 条
第五章	申请撤销裁决	第 58~61 条
第六章	执　行	第 62~64 条
第七章	涉外仲裁的特别规定	第 65~73 条
第八章	附　则	第 74~80 条

从《仲裁法》的框架内容来看，与仲裁员职业伦理密切相关的条文主要是第一章“总则”。例如，《仲裁法》第 7 条规定：“仲裁应当根据事实，符合法律规定，公平合理地解决纠纷。”第 8 条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第 13 条第 1 款规定：“仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。”这些条文背后所隐含的诸如“公平”“公正”“独立”等价值都成为仲裁员职业伦理的

[1] 参见裴普：“仲裁制度的法理辨析”，载《河北法学》2008 年第 11 期。

[2] 参见张利兆：“仲裁员职业道德探讨”，载《北京仲裁》2012 年第 4 期。

价值基础，是仲裁员在执业行为中必须追求的。

（二）《贸仲海仲仲裁员守则》

中国国际经济贸易仲裁委员会，又名中国国际商会仲裁院，原名是中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会，它是原中央人民政府政务院于1954年5月6日建立的仲裁机构，其目的是专门解决对外贸易合同及交易中可能发生的争议。中国海事仲裁委员会，原名中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会，它是中国国际贸易促进委员会于1959年1月设立的。为了使海事仲裁更能适应中国及国际海事交往的发展需要，国务院于1988年将中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会改名为中国海事仲裁委员会。

1993年4月6日，中国国际经济贸易仲裁委员会与中国海事仲裁委员会联合制定了《贸仲海仲仲裁员守则》，并于1994年5月6日进行了修订。《贸仲海仲仲裁员守则》主要对仲裁员在参与仲裁活动时应该遵守的职业伦理进行了规定，共计15条，其中第1条就明确规定："仲裁员应当根据事实，依照法律，参考国际惯例，并遵循公平合理原则独立公正地审理案件。"

（三）《仲裁员行为考察规定》

2003年12月，中国国际经济贸易仲裁委员会制定通过了《仲裁员行为考察规定》，并于2009年1月8日进行了修改。《仲裁员行为考察规定》共计16条，其制定的目的主要是加强仲裁员管理，保证仲裁员独立公正、勤勉审慎地履行职责。相比《贸仲海仲仲裁员守则》，《仲裁员行为考察规定》的规定更加具体，直接对仲裁员可能面临的职业伦理问题进行规定，并对其提供了指引。例如，《仲裁员行为考察规定》第11条规定："仲裁员聘任期限内有下列情形之一的，仲裁委员会有权将其解聘：①被法院定罪或因违反法律受到严重行政处罚的；②故意隐瞒应当回避的事实；③无正当理由不到庭审理案件；④不参加合议、调查2次或者1年内开庭迟到2次的；⑤1年内变更开庭时间2次的；或者1年内2次未预留足够开庭时间，导致案件不得不再次开庭的；⑥在案件审理中，有违仲裁员的公正立场的；⑦对案件审理严重迟延负有主要责任的；⑧向当事人透露本人看法或仲裁庭合议情况的；⑨违反仲裁员勤勉审慎义务，不认真阅卷，不熟悉案情，严重不负责任的；⑩徇私舞弊，枉法裁决的；⑪私自会见当事人，接受当事人请客、馈赠或提供的其他利益的；⑫仲裁员代人打听案件情况、请客送礼、提供好处和利益的；⑬执意支持一方当事人的请求和主张并/或坚决反对一方当事人的请求和主张，不能说明理由的；⑭私下联络同案仲裁员，不顾事实和法律，人为制造多数意见，为当事人谋求不正当利益的；⑮未按照仲裁员培训规定参加仲裁员培训的；⑯在一个聘期内被警告2次的；⑰其他违反仲裁员守则，不宜继续担任仲裁员的情形。"

（四）《北京仲裁委员会仲裁员守则》

《北京仲裁委员会仲裁员守则》是由北京仲裁委员会制定的，该守则历经多次修订，最近一次修订是2006年。其间将文本由最初的26条变为14条，在内容上也进行了大幅修改，主要修改内容体现在以下两个方面：

1. 明确了守则的定位。以往《北京仲裁委员会仲裁员守则》从未涉及过"规则定

位”问题，而这恰恰是导致守则内容庞杂、缺乏逻辑性的重要原因。之后在参照上述仲裁员行为规范的基础上，明确了守则的定位在于为仲裁员提供道德行为规范指引。例如，《北京仲裁委员会仲裁员守则》第1条第2款规定：“本守则属于仲裁员道德准则，不是《北京仲裁委员会仲裁规则》（以下简称《仲裁规则》）的组成部分。”

2. 从三个阶段强调了仲裁员的职业伦理。将仲裁员在整个仲裁过程中应具备的职业操守分为三个阶段表述：①接受选任时应披露“可能引起当事人对其公正性或独立性产生合理怀疑的任何事由”，以及保证付出当事人期望的时间与精力完成案件的审理（第3条、第5条）；②审理案件过程中，应平等对待双方当事人，独立、公正、毫不迟延地推进仲裁程序（第6~10条）；③公正独立地制作裁决书，并对整个案件审理情况承担保密义务（第11、12条）。

关于我国仲裁员职业伦理规范建设，有观点认为，仲裁员都是在专家中产生的，具有较高的素质，能够公正地作出裁决，认真履行职责。但是，由于个人私欲的存在和自我约束的放松，实践中仍然存在一些仲裁员违反职业道德、枉法裁判的现象，这就需要道德规范的约束。但是目前缺乏统一的全国性的对仲裁员职业道德规范的约束，各地方的仲裁员守则或管理规定零碎、分散，往往执行力不够。[1] 本书认为，相比律师、检察官、法官等职业群体的伦理规范建设，我国仲裁员职业伦理规范建设略显滞后，目前缺乏统一的仲裁员职业伦理规范。要加强仲裁员的职业伦理规范建设，我们必须从制定仲裁员的职业伦理规范入手，包括仲裁员的行为规范和考察仲裁员的标准。目前，国外一些仲裁机构和协会均通过制定类似的规则来对仲裁员的行为进行引导和规范，例如，美国仲裁协会（american arbitration association）和美国律师协会（american bar association）制定了《商事争议中仲裁员的行为道德规范》（*The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*），国际律师协会（the international bar association）制定了《国际仲裁员职业伦理》（*Ethics of International Arbitrators*），英国皇家御准仲裁员学会（chartered institute of arbitrators）制定了《仲裁员职业伦理守则》（*Code of Professional and Ethical Conduct for Members*）。因此，本书认为，中国应该适时制定全国统一的仲裁员职业伦理规范，强化仲裁员的职业伦理建设，确保仲裁员能够独立、公正、勤勉、审慎地履行职责。

七、我国立法工作者职业伦理规范概况

立法工作者是指具有立法权的人大常委会的法制工作机构、政府法制部门中从事法律法规起草工作的工作人员，他们在我国的立法活动中发挥着不容忽视的重要作用。我国目前尚无关于立法工作者职业伦理的专门规范。现有的法律规范中，《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）是立法工作者参与立法活动的法律依据，其总则中关于立法活动的基本原则也是立法工作者职业伦理的核心要求。例如，《立法法》第4条规定：“立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。”第5条规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，

---

〔1〕 参见宋文娟：“仲裁员职业道德规范体系的建构”，载《法制与社会》2015年第12期。

坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”这些规定体现了依法立法、民主立法的基本原则，也是立法工作者在从事职业行为时必须遵守和追求的。

表 4-16 《立法法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~6 条
第二章	法　律	第 7~64 条
第三章	行政法规	第 65~71 条
第四章	地方性法规、自治条例和单行条例、规章	第 72~86 条
第五章	适用与备案审查	第 87~102 条
第六章	附　则	第 103~105 条

八、我国行政执法人员职业伦理规范概况

长期以来，行政执法人员职业伦理并未引起法律职业伦理学者的重视，传统上将其归入行政伦理的范畴。2018 年 4 月，司法部印发了《国家统一法律职业资格考试实施办法》，于第 2 条第 2 款明确规定：“行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员，应当通过国家统一法律职业资格考试，取得法律职业资格”。换言之，从事行政复议、行政裁决等工作的行政执法人员被纳入我国法律职业人员群体，因此，他们也必须遵守法律职业伦理的基本价值以及共同规范。行政执法人员的职业伦理规范必须考虑到行政执法人员的特殊性，一方面，他们是行政机关的工作人员，必须遵守国家公务员的相关行为规范；另一方面，他们是法律职业人员的组成部分，必须遵守法律职业伦理规范。从目前的规定来看，行政执法人员的职业伦理规范主要包括以下几个部分：一是由全国人民代表大会常务委员会制定的《公务员法》以及《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）、《中华人民共和国行政复议法》（以下简称《行政复议法》）等法律中的相关规定；二是国务院制定的《行政机关公务员处分条例》；三是人力资源与社会保障部（原人事部）制定的《国家公务员行为规范》；四是各地方政府或行政机关制定的行政执法人员行为规范（职业道德规范或职业伦理规范），例如上海市人民政府于 2010 年制定了《上海市行政执法人员执法行为规范》。

（一）《公务员法》

公务员法是关于国家公职人员人事管理的综合性法律。2005 年 4 月 27 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《公务员法》，这是新中国成立以来第一部由国家立法机关制定的公职人员基本法，其立法目的是规范公务员的管理，保障公务员的合法权益，加强对公务员的监督，建设高素质的公务员队伍，促进勤政廉

政，提高工作效能。

《公务员法》后于2018年12月29日由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议修订通过，自2019年6月1日起施行。

关于《公务员法》的适用对象，《公务员法》第2条第1款进行了明确规定："本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。"由此可知，行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员也属于《公务员法》的调整范围，也应当遵守《公务员法》的相关规定。《公务员法》的框架内容如表4-17所示：

表4-17 《公务员法》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第1~12条
第二章	公务员的条件、义务与权利	第13~15条
第三章	职务、职级与级别	第16~22条
第四章	录　用	第23~34条
第五章	考　核	第35~39条
第六章	职务、职级任免	第40~44条
第七章	职务、职级升降	第45~50条
第八章	奖　励	第51~56条
第九章	监督与惩戒	第57~65条
第十章	培　训	第66~68条
第十一章	交流与回避	第69~78条
第十二章	工资、福利与保险	第79~84条
第十三章	辞职与辞退	第85~91条
第十四章	退　休	第92~94条
第十五章	申诉与控告	第95~99条
第十六章	职位聘任	第100~105条
第十七章	法律责任	第106~110条
第十八章	附　则	第111~113条

从《公务员法》的框架内容来看，与行政执法人员的职业伦理相关的条文主要包括"公务员的条件、义务与权利""监督与惩戒""申诉与控告""法律责任"等内容。

《公务员法》第14条规定："公务员应当履行下列义务：①忠于宪法，模范遵守、

自觉维护宪法和法律，自觉接受中国共产党领导；②忠于国家，维护国家的安全、荣誉和利益；③忠于人民，全心全意为人民服务，接受人民监督；④忠于职守，勤勉尽责，服从和执行上级依法作出的决定和命令，按照规定的权限和程序履行职责，努力提高工作质量和效率；⑤保守国家秘密和工作秘密；⑥带头践行社会主义核心价值观，坚守法治，遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德、家庭美德；⑦清正廉洁，公道正派；⑧法律规定的其他义务。”这是所有公务员都必须遵守的义务，行政执法人员自然也不例外。

（二）《行政机关公务员处分条例》

《行政机关公务员处分条例》是于 2007 年由国务院制定颁布的，其目的是严肃行政机关纪律，规范行政机关公务员的行为，保证行政机关及其公务员依法履行职责。《行政机关公务员处分条例》的框架内容如表 4-18 所示：

表 4-18 《行政机关公务员处分条例》的框架内容

章　节	内　容	条　文
第一章	总　则	第 1~5 条
第二章	处分的种类和适用	第 6~17 条
第三章	违法违纪行为及其适用的处分	第 18~33 条
第四章	处分的权限	第 34~38 条
第五章	处分的程序	第 39~47 条
第六章	不服处分的申诉	第 48~51 条
第七章	附　则	第 52~55 条

从《行政机关公务员处分条例》来看，其主要是对行政机关公务员的处分进行了规定，包括处分权限、处分程序、处分事由等，这些规定同样适用于行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员。

（三）《国家公务员行为规范》

《国家公务员行为规范》是由人力资源和社会保障部（原人事部）于 2002 年制定发布的，其目的是建设具有公仆意识，廉洁、勤政、高素质、专业化的公务员队伍。《国家公务员行为规范》的主要内容一共有 8 条，包括政治坚定、忠于国家、勤政为民、依法行政、务实创新、清正廉洁、团结协作、品行端正。《国家公务员行为规范》对国家公务员的行为提出的基本要求同样也适用于行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员。

（四）《上海市行政执法人员执法行为规范》

2010 年 6 月，上海市人民政府办公厅发布了《上海市行政执法人员执法行为规范》，其目的是规范上海市行政执法人员的行政执法行为，提高行政执法人员依法行政的能力和水平，保护公民、法人和其他组织的合法权益。《上海市行政执法人员执法行

为规范》一共 22 条，对行政执法人员从事行政检查、行政强制以及行政处罚等行政执法行为提出了基本要求。例如，《上海市行政执法人员执法行为规范》第 5 条规定："行政执法人员从事行政执法活动，应当仪表整洁、语言文明、举止得体、方式得当。行政执法人员在行政执法中，不得使用粗俗、歧视、侮辱以及威胁性语言，不得刁难当事人或者做出有损行政执法人员形象的行为。"第 7 条规定："行政执法人员从事行政执法活动，应当遵守法定程序，严格按照法定的方式、步骤、顺序、期限等实施。行政执法人员从事行政执法活动时，应当向当事人出示行政执法证件；除适用简易程序外，必须 2 人以上共同进行。行政执法人员与案件有利害关系、可能影响公正处理的，应当回避。"

在社会生活中，行政执法人员代表国家承担维护社会稳定和保障公民人身、财产安全等职责，与社会公众生活关系密切。行政执法人员职业伦理水平的高低直接关系到社会公众对政府的评价，因此，必须加强行政执法人员的职业伦理建设。目前，我国尚未在国家层面专门制定行政执法人员职业伦理规范，行政执法人员的职业伦理规范散见于各类法律法规中。为了能够提高行政执法人员职业伦理规范的实效性，强化行政执法人员的职业伦理意识，我国有必要制定全国统一的行政执法人员职业伦理规范。

◆例 4-1 下列哪一法律职业人员的行为不违背相应职业纪律要求？（ ）

A. 金法官向所负责审理案件中受尽屈辱的原告推荐社会知名律师为其代理诉讼

B. 闻律师在办理无偿的法律援助案件后，收取受援人交通费

C. 公证员黄某在派发的名片上印制"法学硕士、法学副教授"的头衔

D. 曾律师组织了"金融危机下律师业的挑战"研讨会并邀请一些教授、法官、检察官、公证员朋友出席

【解析】 本题考核法官职业责任、法律援助制度、公证员职业责任、律师制度与律师职业伦理。

选项 A 错误。《人民法院工作人员处分条例》第 32 条规定："违反规定为案件当事人推荐、介绍律师或者代理人，或者为律师或者其他人员介绍案件的，给予警告处分；造成不良后果的，给予记过或者记大过处分。"因此，本题中，金法官的行为违背了该条的规定。

选项 B 错误。《法律援助条例》第 22 条规定："办理法律援助案件的人员，应当遵守职业道德和执业纪律，提供法律援助不得收取任何财物。"因此，本题中，闻律师的行为违反了该条的规定。

选项 C 错误。《公证法》第 19 条规定："从事法学教学、研究工作，具有高级职称的人员，或者具有本科以上学历，从事审判、检察、法制工作、法律服务满十年的公务员、律师，已经离开原工作岗位，经考核合格的，可以担任公证员。"因此，本题中，公证员黄某兼职法学副教授违反了该条规定。

选项 D 正确。《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》第 2 条规定："法官应当严格依法办案，不受当事人及其委托的律师利用各种关系、以不正当方式对案件审判进行的干涉或者施加的影响。律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。"本题中，曾律师组织"金融危机下律师业的挑战"研讨会并邀请一些教授、法官、检察官、公证员朋友出席，属于正常的学术交流，不属于以不正当方式对案件施加影响。

第三节　国外法律职业伦理规范概况

一、法官职业伦理规范概况

1. 在美国，大部分法官在担任法官之前必须有多年的法律实践经验，可以当私人律师、检察官或者公设辩护人，也可以做从事法学教学科研工作的学者或者担任政府部门法律顾问的官员。[1] 法官职业伦理的具体规范主要包括以下两类：①由美国国会1980年通过的《司法理事会改革和司法行为与资格丧失法案》（*Judicial Conduct and Disability Act of* 1980），根据这个规范，任何人都可以对联邦法官的不当行为提起控诉。②由美国司法会议（the judicial conference of the united states）通过的《美国法官行为准则》（*Code of Conduct for United States Judges*）和《司法行为与司法资格丧失程序规则》（*Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*），该规范不仅包括联邦法官的职业伦理规则，还为联邦法官履行职责以及参与各种外部活动提供指引。如表4-19所示，《美国法官行为准则》主要包括以下内容：

表4-19　《美国法官行为准则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	前言	主要包括规则的制定及修改情况、规则的适用对象（包括美国巡回法官、地区法官、破产法官等）。
2	法官应坚持司法廉洁与独立	一个独立和光荣的司法机构对于社会正义的维护而言是不可或缺的。法官应保持并执行高标准的行为，并应以身作则地遵守这些标准，以保持司法机构的完整性和独立性。
3	法官应避免在所有活动中出现不当行为	包括尊重法律、不受外部的影响以及不歧视其他成员。
4	法官应当公平、公正、勤勉地履行职责	包括裁决责任、行政责任、资格取消。
5	法官可以从事与司法机关义务相一致的社会活动	包括与法律相关活动（写作、演讲、教学、咨询等）、慈善活动、筹款活动、金融活动、信托活动等。
6	法官应避免政治活动	包括一般禁令、候选人辞职及其他政治活动。

[1] 参见齐树洁主编：《美国司法制度》，厦门大学出版社2006年版，第70页。

续表

章节	标题	主要内容
7	遵守行为准则	包括兼职法官、临时法官、退休法官。
8	适用期限	主要包括在准则通过之前存在违反准则之相关情况的，应该在一定期限内妥善解决好相关问题。

2. 在德国，法官属于国家公职人员，和其他公务员一样受到法院行政部门在业务上的监督。德国法官的职业伦理规范主要包括两类：一类是《法官法》；另一类是《联邦公务员法》。在德国，法官职务属于政府公务员序列，法官具有公务员身份，故适用于联邦公务员的惩戒法也适用于联邦法官，同时考虑到法官职业与其他公务员相比仍具有特殊性，德国《法官法》对惩戒法的规定进行了相应的调整。因此，法官违反《法官法》第38~43条规定的职务义务及《联邦公务员法》第52~76条之一般公务员应尽之义务规定的，均构成失职行为，应受到惩戒。[1]

3. 在国际层面，国际法官协会（international association of judges，简称IAJ）于1953年在奥地利萨尔茨堡成立，它是一个专业的、非政治性的国际组织，由各个国家法官协会组成，而非由个人法官组成。该协会的主要目的是维护司法独立，这是司法职能的基本要求，也是保障人权和自由的基本要求。1999年11月17日，国际法官协会中央理事会（IAJ central council）通过了《国际法官协会法官通用宪章》（*International Association of Judges the Universal Charter of the Judge*），并于2017年11月14日进行了修订。如表4-20所示，《国际法官协会法官通用宪章》主要包括以下内容：

表4-20 《国际法官协会法官通用宪章》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	前言	主要包括规则的制定及修改情况、规则的适用对象。
2	一般原则	主要包括法治信仰、法官独立性、法官公平公正。
3	对外独立	主要包括独立性的层级、办公室安全、司法委员会（该委员会完全独立于国家权力，主要作用是维持法官独立性）、司法资源、保护法官和尊重判决等。
4	内部独立	主要包括法官服从法律、个人自治、法院管理、如何分配案件、言论自由与结社自由等。
5	招聘和培训	主要包括法官的招聘与培训。
6	任命、晋升和考核	主要包括法官的任命、晋升与考核等。
7	职业伦理	主要包括基本要求、公正、正直、克制、效率等。

[1] 参见王葆莳："德国法官惩戒制度研究"，载《时代法学》2017年第3期。

续表

章节	标题	主要内容
8	惩戒	主要包括惩戒程序、民事和刑事责任。
9	薪酬、社会保障和退休	主要包括法官的薪酬、社会保障与退休。
10	宪章之适用	主要包括宪章的适用对象及范围。

二、检察官职业伦理规范概况

1. 在英国，由皇家检控署（crown prosecution service，简称“CPS”）根据《1985年犯罪起诉法案》（*Prosecution of Offences Act* 1985）制定了《皇家检察官守则》（*The Code for Crown Prosecutors*），该守则目前已历经8次修订。《皇家检察官守则》主要对检察官执行职务时的职业伦理行为进行了规定，要求英国的检察官必须遵守。《皇家检察官守则》规定，检察官应公正、独立、客观地执行职务，以实现公平正义，不得因个人对于犯罪嫌疑人、被害人或证人之种族或血统、身体残疾、性别、宗教信仰、政治或性别取向之观感，而影响其起诉与否之决定，也不应受到任何不当或不合理的压力之影响。检察官不得以追求有罪判决为唯一目标，应确保起诉的公正性及正确性。如表4-21所示，《皇家检察官守则》主要包括以下内容：

表4-21　《皇家检察官守则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	前言	主要包括规则的制定及修改情况、规则的适用对象。
2	一般原则	主要包括：检察官的独立性是民主社会刑事司法系统的核心，检察官的职责不是决定一个人是否犯罪而是评估是否适合提出刑事指控，决定不起诉并不意味着不存在受害者等。
3	决定是否起诉	主要包括：检察官有权在案件中决定是否提起控诉以及提起何种控诉，警察及其他调查人员负责对案件进行调查，检察官不得对警察及其他调查人员进行指导，检察官需要对警察提交的每一件案件进行审查等。
4	完全守则审查（the full code test）	主要包括：检察官在决定起诉或不起诉之前，必须进行两个方面的审查：证据审查（the evidential stage）和公共利益审查（the public interest stage）。

续表

章节	标题	主要内容
5	阈值审查（the threshold test）	阈值审查主要包括五个条件：有合理的理由怀疑被指控的人犯了罪，进一步的证据可以为定罪提供依据，案件的严重性或情况证明立即进行指控是合理的，有充分的理由拒绝任何情况下的保释，控诉是符合公共利益的。
6	控告选择（selection of charges）	检察官在选择罪名时需要考虑以下因素：罪名能反映犯罪的严重性，给予法院足够的权力来判决和执行适当的定罪命令，在适当情形下可以没收被告人的犯罪所得，以清晰简单的方式呈现案件。
7	庭外处置（out-of-court disposals）	如果法庭外处置是对罪犯或犯罪严重性及后果的适当解决方式，则可以代替起诉。
8	法庭选择（court venue）	主要包括检察官在进行法庭选择时，必须要考虑的因素。
9	接受有罪抗辩（accepting guilty pleas）	主要包括检察官在对待犯罪嫌疑人的有罪申辩时，应该着重考虑的因素。
10	重新审视起诉决定（re-considering a prosecution decision）	主要包括检察官在面对一些需要重新审查起诉的案件时，需要考虑的因素。

2. 在美国，检察官的主要职责是将刑事程序中的事实真相予以呈现，检察官不像律师，仅是单纯辩护者，检察官代表的是整个社会。全美地区检察官协会（national district attorneys association）制定了《美国检察官守则》（*National Prosecution Standards*），其目的在于为检察官行使检察权提供指导，不过该守则仅具有补充性质，并不能取代美国各司法管辖区已有的伦理准则。如表 4-22 所示，《美国检察官守则》的框架内容如下：

表 4-22 《美国检察官守则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	一般守则	包括检察官之责任、专业化、利益冲突、遴选、报酬、培训、豁免权等。

续表

章节	标题	主要内容
2	关系	主要包括：与地方团体的关系、与州刑事司法机关的关系、与联邦刑事司法机关的关系、与其他追诉机关的关系、与其他执法机关的关系、与法院的关系、与嫌疑人及被告的关系、与辩护人的关系、与被害人的关系、与证人的关系等。
3	侦查	主要包括：侦查通则、令状审查、大陪审团调查、豁免权之准许等。
4	进入审判前之注意事项	主要包括：筛选、提起公诉、分流处分、审前释放、首次听证程序、预审程序、没收、大陪审团之控诉功能、开示、少年司法等。
5	认罪协商及认罪协议的适当性	主要包括：总则、认罪协商之有效性、决定认罪协商之可行性及可接受性、认罪协议的履行等。
6	审判	主要包括：诚实公正面对法庭、遴选陪审员、与陪审团之关系、开场声明、证据呈现、证人讯问、异议及请求等。
7	量刑	主要包括：量刑、缓刑、社区计划方案等。
8	宣判后	主要包括：捍卫有罪判决之责任、上诉等。

3. 在国际层面，1990 年 9 月 7 日，联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过了《关于检察官作用的准则》（*Guidelines on the Role of Prosecutors*），其目的在于协助会员国确保和促进检察官在刑事诉讼程序中发挥有效、不偏不倚和公正无私的作用。如表 4-23 所示，《关于检察官作用的准则》的框架内容如下：

表 4-23　《关于检察官作用的准则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	资格、甄选和培训	主要包括：检察官的资格、甄选及培训条件。
2	地位和服务条件	主要包括：检察官的职业身份、工作条件保障等。
3	言论和结社的自由	主要包括：检察官在行使言论自由、结社自由等权利时应该遵守的职业伦理规范。
4	在刑事诉讼中的作用	主要包括：检察官在刑事诉讼中应该遵循的职业伦理，包括避免歧视、客观行事、以保障公共利益为原则、保守秘密等。
5	酌处职能	主要包括：检察官行使裁量权时，应该遵循公平性及一致性原则。

续表

章节	标题	主要内容
6	起诉之处的办法	主要包括：检察官基于尊重被告及被害人权益，应该慎重考虑是否放弃追诉、无条件暂缓追诉等。
7	与其他政府机构或组织的关系	主要包括：检察官应确保起诉的公正性、有效性，妥善处理与警察、法院、辩护人等的关系。
8	纪律处分程序	主要包括：在检察官违反职业行为准则时，应该依据适当的程序，公平、及时、公正处理。
9	遵守准则	检察官应遵守本准则并反对任何违反准则之行为，并视情况向有关机构报告。

三、律师职业伦理规范概况

1. 在美国，“律师职业伦理”（legal ethics）是一套完整的法律体系，它由美国律师协会（american bar association，简称 ABA）和各州律师协会制定的有关规范、各个法院制定的相关法庭规则、法学权威人士的著述和权威法律文献以及法院的相关判例组成。但是，美国却没有一部专门针对律师职业伦理的法律或判例汇编。20 世纪 60 年代，美国律师协会认为，反复修订《法律职业伦理准则》于律师行业不利，于是在 1969 年颁布了《法律职业责任法典》（以下简称《法典》）。各地的律师协会，还有许多法院，都很快地将《法典》作为其处理涉及律师角色问题的指导原则，并把它当作规制律师伦理行为的利器。之后，《法典》几经修订。1983 年，美国律师协会制定了一套新的职业伦理法规，即《律师职业行为示范规则》（*Model Rules of Professional Conduct*，以下简称《示范规则》）。制定《示范规则》的主要原因是，美国律师协会职业伦理委员会认为，《法典》冗赘不堪且漏洞百出。《法典》分为准则、伦理考量、惩戒规则等部分，而《示范规则》未照此划分，采取了较为简易的编写结构，只包括规则和注释两个部分。如表 4-24 所示，《示范规则》涉及以下八个方面：[1]

表 4-24　美国律师协会《律师职业行为示范规则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	委托人与律师的关系	律师对委托人的基本职责，包括以下内容：资质与能力、代理范围、勤勉尽责、与委托人的交流、收费、保密、利益冲突、机构代理、拒绝代理或中止代理、法律执业的出让以及对未来新客户的职责。
2	顾问律师	律师的法律顾问工作，包括以下内容：在非讼代理中给委托人提供咨询意见，充任委托人的“法律审计师”和中立的第三方。

〔1〕 参见许身健：“欧美律师职业伦理比较研究”，载《国家检察官学院学报》2014 年第 1 期。

续表

章节	标题	主要内容
3	庭辩律师	在法律允许的范围内积极辩护，包括以下内容：尽量避免无意义的诉求主张、加速诉讼进程、委托人欺诈或伪证行为、遵守法庭规则、审判的公开度、律师充任证人。
4	与委托人以外的人员交往	律师公平对待非委托人的义务，包括以下内容：谈判技巧、与有律师代理的人员和无律师代理的人员交往。
5	律师事务所与律师结社	法律执业的组织，包括以下内容：主管律师与下属律师相互之间的责任、对无律师资格的辅助人员的控制、非法执业、停业后不再竞争的承诺、提供与法律相关的服务。
6	公益法律服务	从事公益活动，包括以下内容：自愿或者被安排提供的法律服务、在法律援助机构及法律改革组织中提供法律服务。
7	涉及法律服务的信息	在商业领域中，美国联邦《宪法第一修正案》诸多价值与保护公众之间的相互作用，包括以下内容：广告宣传、当面说服委托人接受代理、律师的专业化。
8	维护法律职业的体统	规制法律职业及其组织机构的附属规则，包括以下内容：律师资格的获取、对律师及法官不当行为的举报、惩戒、规则的管辖及适用选择。

由于美国律师协会是一个非官方的民间职业联盟，并不享有立法权，因此，该规则只是一个建议性规范，并非当然具有强制性，通常情况下，各州是通过自主的正式采纳与批准，而使该规则对州内的执业律师生效。例如，美国加利福尼亚州律师协会（the state bar of california）就制定了《加利福尼亚州律师职业行为准则》（*The California Rules of Professional Conduct*），该准则由加利福尼亚州律师协会理事会（board of trustees）通过，并获得了加利福尼亚州最高法院（california supreme court）的批准，该规则以及理事会据此通过的所有标准，都对加利福尼亚州律师协会的所有会员具有约束力。2018 年 5 月 10 日，加利福尼亚州最高法院批准了新的律师职业行为准则，该准则于 2018 年 11 月 1 日正式生效。如表 4-25 所示，《加利福尼亚州律师职业行为准则》主要包括以下内容：

表 4-25　《加利福尼亚州律师职业行为准则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	律师与委托人的关系	包括律师的代理范围和基本职责、勤勉义务、与委托人沟通、法律服务的费用、保密义务、利益冲突等。

续表

章节	标题	主要内容
2	法律顾问	包括律师作为顾问（advisor）、律师作为中立第三方（third-party neutral）、律师作为临时法官（temporary judge）、律师作为调解员（referee）、律师作为法庭指派的仲裁员（court-appointed arbitrator）等。
3	辩护	包括延迟诉讼、与法官联系、审判公开（trial publicity）、律师作为证人、检察官的特殊职责等。
4	与非委托人之关系	包括对他人陈述的真实性、与被代理人沟通、与非被代理人沟通、无意中传递文字的责任等。
5	律师事务所与律师协会	包括管理和监督律师的职责、律师助理的职责（responsibilities of a subordinate lawyer）、非律师助理的职责（responsibilities regarding non-lawyer assistants）等。
6	公共服务	包括法律服务组织成员、有限法律服务项目等。
7	法律服务的信息	包括律师广告、招揽客户、律师事务所名称等。
8	维护法律职业的体统	包括关于申请律师执业资格的虚假陈述、司法官员、不当行为、禁止歧视、禁止性骚扰、禁止报复、惩戒权等。

2. 在日本，有关律师职业伦理的具体规范主要包括两类：一类是由国会通过的《律师法》；另一类则是由日本律师联合会制定通过的《日本律师职务基本准则》。日本《律师法》第一章“律师的使命与职务”、第四章“律师的权利与义务”、第八章“惩戒”都与律师职业伦理密切相关。[1]《日本律师职务基本准则》则主要是对律师职业行为进行具体规定，其目的是明确有关律师职务的伦理与行为规范。如表 4-26 所示，《日本律师职务基本准则》主要包括以下内容：[2]

表 4-26 《日本律师职务基本准则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	基本伦理	包括律师的使命、律师自治、司法独立的拥护、信义诚实、名誉与信用、钻研、公益活动的实践等。
2	一般规则	包括广告及宣传、委托、与非律师的协作、报酬分配的限制、委托人介绍的等价报酬、违法行为的助长等。

〔1〕 参见张凌、于秀峰编译：《日本司法制度法律规范总览》，人民法院出版社 2017 年版，第 508 页。

〔2〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 784 页。

续表

章节	标题	主要内容
3	与委托人关系的规则	包括与委托人关系的自由与独立、正当利益的实现、委托人意思的尊重、保密、律师的报酬、与委托人的金钱借贷等。
4	刑事辩护的规则	包括刑事辩护的心理准备、会见的确保、防御权的说明、指定辩护案件的报酬等。
5	组织内律师的规则	包括自由与独立、对于违法行为的措施等。
6	与案件对方关系的规则	包括与对方本人的直接交涉、来自对方的利益提供、向对方提供利益等。
7	共同事务所的规则	包括保密、不得履行职务的案件、案件信息的记录等。
8	关于律师法人的规则	包括保密、不得从事职务工作的案件、不能办理业务的案件等。
9	与其他律师关系的规则	包括对名誉的尊重、对律师的不利行为、律师间的纠纷等。
10	与审判关系的规则	包括判决公正与合法程序、教唆伪证、审判程序的拖延、与法官私人关系的不当利用等。
11	与律师协会关系的规则	包括对《律师法》等规则的遵守、委托事项的不当拒绝等。
12	与政府机关关系的规则	包括委托事务的不当拒绝、受托的限制等。
13	解释适用指南	包括对文本的解释与适用规则。

3. 在欧洲大陆，除了各个国家单独制定的律师职业伦理规范外，欧盟还从整个欧洲律师职业发展的角度制定了统一的律师职业伦理规范，具体包括《欧洲律师行为准则》（*Code of Conduct for Lawyers in the European Union*）和《欧洲法律职业核心原则宪章》（*Charter of Core Principles of the European Legal Profession*）。1988 年 10 月，欧洲律师协会理事会（the council of bars and law societies of europe，简称 CCBE）制定了《欧洲律师行为准则》（*Code of Conduct for Lawyers in the European Union*），[1] 随后分别于 1998 年 11 月、2002 年 12 月、2006 年 5 月进行了修改。欧盟制定职业行为准则的目的是：在其适用对象自愿接受的前提下，确保律师正确履行其职能，这对于所有文明社会而言都是必不可少的。如未能遵守此类准则，则该律师将会遭受违纪处罚。2006 年

〔1〕 欧洲律师协会理事会（CCBE）的主要目标是从欧洲和国际层面代表律师协会的所有成员，包括正式会员（即欧盟、欧洲经济区和瑞士联邦）、合作会员和观察会员，关注律师执业，法治与司法的法律实践发展，以及法律自身的实质性发展等关系共同利益的所有事务。

11月，欧洲律师协会理事会通过了《欧洲法律职业核心原则宪章》，宪章的目标包括：协助正在努力取得独立的律师协会；加强律师间对律师在社会中的重要性的认识。宪章的适用对象包括律师群体本身以及更广泛的决策者和公众。如表4-27所示，《欧洲律师行为准则》主要包括以下内容：[1]

表4-27 《欧洲律师行为准则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	前言	界定律师在社会中的功能，职业行为的目的，规则的宗旨及适用。
2	总则	提出职业行为的一般性原则，例如诚信与个人品行、保密、利益冲突、委托人利益、遵从规则。
3	与委托人的关系	主要包括：利益冲突、关于接受和终止委托的训示、收费准则、保险。
4	与法院的关系	主要包括：庭上行为规则、庭上举止、善用程序、虚假或误导性信息。
5	律师间的关系	主要包括：律师间信函往来、业务介绍费、撤换律师、青年律师培训、争议管理。

4. 从国际律师职业发展来看，1947年2月，34个国家律师协会在纽约举行会议，创办了国际律师协会（international bar association，简称IBA），其目的是促进全世界范围内法律协会之间的信息交流，支持司法独立和律师权利，使律师的执业不受阻碍，并通过其所属的人权研究所（the international bar association's human rights institute，简称IBAHRI）在全球范围内保护律师的人权。2011年5月，国际律师协会制定通过了《法律职业行为国际准则》（*International Principles on Conduct for the Legal Profession*），该原则旨在设立一个能够被普遍接受的框架，世界各地相关律师组织可据此设定行为准则。通过这些国际原则的目的也是为律师执业创造最佳条件。这些国际原则并非为取代或限制律师在相应法律或职业行为准则下的义务，也不应用作强加责任、制裁或任何纪律措施的标准。如表4-28所示，《法律职业行为国际原则》主要包括以下内容：

表4-28 《法律职业行为国际原则》的框架内容

章节	标题	主要内容
1	独立	律师应当保持独立，并应获得该独立能带来的保护，给予客户无偏见的建议和代理。律师在建议客户时应做出独立、无偏见的职业判断，包括客户案件胜诉的可能性。

[1] 参见许身健："欧美律师职业伦理比较研究"，载《国家检察官学院学报》2014年第1期。

续表

章节	标题	主要内容
2	诚信、公正、公平	律师应在任何时间都对客户、法院、同事及在工作中接触的所有人保持最高水准的诚信、公正和公平。
3	利益冲突	律师不应承接使客户利益与律师本人、同一律师事务所另一律师或另一客户的利益形成冲突的工作，法律、相关职业行为准则允许或客户授权许可的情况除外。
4	保密性/职业保密	律师应始终保持并能够获得必要保护，从而对现有或之前的客户事务保密，法律和/或相关职业行为准则另作允许或要求的情况除外。
5	客户利益	律师应将客户利益放在首位，但该要求不能与律师对法院和司法、遵守法律、保持良好道德的义务相冲突。
6	律师承诺	律师应在执业期间及时完成承诺，直到承诺履行、终止或解除。
7	客户自由	律师应尊重客户选择代理律师的自由。律师有权自由接受或拒绝案件，除非职业行为准则或法律禁止。
8	客户和第三方财产	律师应尽职尽力、谨慎负责地对待受托照管的客户或第三方财产，并将其与自己的财产明确区分开来。
9	能力	律师工作应以胜任、及时的方式完成。对不能合理地相信可以按此方式完成的工作，律师不应接受。
10	费用	律师有权对其工作收取合理的费用，不应收取超出常理的费用。律师不应制造出不必要的工作。

第五章

法律职业责任

导 语

法律职业责任是指法律职业人员违反法律和伦理规范所应承担的不利后果。建立和完善法律职业责任制度，不仅能够有效地规范法律职业人员的行为，而且对于维护国家、社会和当事人利益具有重要意义。本章以法律职业责任为内容，将对法律职业责任的基本内涵、主要分类、基本构成和追究机制进行阐释和介绍。

第一节 法律职业责任的内涵与分类

一、法律职业责任的内涵

法律职业责任是指法律职业人员违反法律和伦理规范所应承担的不利后果。法律职业人员违反法律规范应当承担法律责任，包括刑事责任、民事责任、行政责任和政务处分。法律职业人员违反纪律规范应当承担纪律责任。法律职业人员违反道德义务可能会受到良心的谴责和社会的谴责，承担道德上的责任。法律职业伦理是法律职业责任的依据，法律职业责任是法律职业伦理的保障。法律职业人员一旦从事了违反职业义务规范的行为，便要承担相应的责任。法律职业责任具有以下三个方面的特征：

1. 法律职业责任的主体是特定的，包括法律职业人员和法律职业机构。法律职业人员主要包括法官、检察官、监察官、律师以及依法从事法律职业的其他人员等。法律职业机构在一定条件下也可以成为法律职业责任的主体，以《律师法》第 50 条为例，律师事务所自身从事违法行为，如从事法律服务以外的经营活动，或者对本所律师疏于管理造成严重后果的，将受到司法行政部门的行政处罚。

2. 法律职业责任既规制职务行为，也规制职务外行为。一般而言，职业责任只针对职业者的职务行为，是从业者在履行职务活动的过程中所产生的职责、责任，而并不针对非职务行为。[1] 但法律职业肩负着实现社会公平正义的崇高使命，法律职业人员作为法律的实践者和法治的维护者，其言行举止都要接受社会公众的审视和评判。不当的言论、夸张的行为可能会影响社会公众对法律、法治的尊重，甚至可能影响其法律观念和信仰，因此，法律职业人员的职业责任已经超越职务行为本身。因此，法

〔1〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 99 页。

律职业人员对其职务行为之外的社会行为，一定程度上也要承担法律职业责任。如《法官行为规范》第八部分“业外活动”专门规范法官的职务外行为，并且，依据《人民法院工作人员处分条例》，法官有违反管理秩序和社会道德的行为应当受到处分。

3. 法律职业责任并不是一种特定、具体的责任形式，而是对法律职业领域内各种责任的统称。[1] 其责任形式包括法律责任、纪律责任和道德上的责任，而法律责任又包括刑事责任、民事责任、行政责任和政务处分。在某一具体的案件中，法律职业人员可能因其不当行为而同时承担多种责任。以《中华全国律师协会章程》第 29 条为例，律师如实施了违反《律师法》的行为，不仅要受到司法行政机关的行政处罚，而且要受到律师协会的纪律处分。

建立和完善法律职业责任制度对于实现社会公平正义和维护法治具有重要意义。一方面，法律职业责任制度能够有效地规范法律职业人员的行为，促进法律职业人员勤勉尽责、忠于职守，维护法律职业共同体的良好声誉和职业形象。另一方面，法律职业责任制度能够有效地维护国家、社会和当事人的利益，既可以敦促法律职业人员更好地履行职责，又可以在法律职业人员作出不当职业行为以后及时对国家、社会和当事人的受损权益进行补救。

二、法律职业责任的分类

（一）法律责任

法律责任是法律职业人员违反法律规范应承担的责任，这是法律职业责任最普遍的责任形式，也是法律职业人员所承担的最严重的责任。法律职业人员违反法定义务或者侵犯法定权利是法律责任产生的前提，由于不同性质的权利与义务规定在不同的部门法之中，相应地其责任性质自然也不同。[2] 具体而言，包括以下四种法律责任形式：

1. 刑事责任。如果法律职业人员的行为严重侵犯了公民合法权益或损害了社会公共秩序，触犯了刑法，构成了犯罪，法律职业人员需要承担刑事责任。根据刑事司法相关法律，法律职业人员触犯的罪名可以分成两类：一类是普通主体都能构成的犯罪，如故意伤害罪、抢劫罪等；另一类是具有特殊身份的主体才能构成的犯罪——职务犯罪，主要是《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第八章和第九章规定的贪污贿赂类犯罪和渎职类犯罪，具体包括贪污罪，贿赂罪，滥用职权罪，玩忽职守罪，泄露国家秘密罪，徇私枉法罪，枉法裁判罪，徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪。

2. 民事责任。如果法律职业人员的行为损害了他人的民事权益，法律职业人员需要承担民事责任，具体的责任承担形式包括赔偿损失、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。按照学界通说和司法实务界的通行做法，法官、检察官、监察官等国家机关工作人员的职务行为享受民事责任豁免，这些人员在执行职务过程中的侵权行为，由国家负责赔偿，确有必要追究这些人员的金钱赔付责任的，由国家向有故意或重大过失

---

〔1〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 99 页。

〔2〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 101 页。

的人员进行追偿。[1] 此外，《律师法》第 54 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. 行政责任。如果法律职业人员的行为违反了国家关于法律职业管理的法律规范，法律职业人员需要承担行政责任。有学者指出，行政责任与纪律责任有本质区别。行政责任是一种法律责任，其前提是违法；而纪律责任不属于法律责任的范畴，而是特定的组织对其成员行为的约束规范。在某些情况下，如果纪律规范上升为法律规范，则纪律责任相应地上升为法律责任。[2] 本书赞成这种观点。例如，我国法官、检察官的职业纪律部分规定于《法官法》《检察官法》等法律规范之中，律师的职业纪律部分规定于《律师法》等法律规范中，这部分纪律责任就上升为行政责任。此外，律师因违反《律师法》、公证员因违反《公证法》等受到的行政处罚，也属于这些法律职业人员应当承担的行政责任。

4. 政务处分。根据《监察法》第 15 条的规定，法官、检察官、监察官属于监察机关依法监察的公职人员。而《政务处分法》第 3 条第 1 款规定："监察机关应当按照管理权限，加强对公职人员的监督，依法给予违法的公职人员政务处分。"也就是说，这些法律职业人员如果实施了《政务处分法》中的违法行为，将受到来自监察机关的政务处分。政务处分不同于处分，二者虽然共同服务于促进公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政从业、坚持道德操守的目标，但二者在处分主体上存在重要区别。政务处分的主体是监察机关，处分的主体是公职人员任免机关、单位。任免机关、单位给予所管理的公职人员处分，与《公务员法》等现行法律法规的规定保持了协调衔接。监察机关给予政务处分，则是国家监察体制改革的一项重大制度创新。二者按照不同的管理权限分别对违法的公职人员给予处分或者政务处分，体现了监督全覆盖的本质要求。此外，由于监察机关和任免机关、单位职责权限不同，政务处分与处分在程序、申诉等方面也不完全一致。[3] 此外，《政务处分法》第 16 条规定："对公职人员的同一违法行为，监察机关和公职人员任免机关、单位不得重复给予政务处分和处分。"

（二）纪律责任

纪律责任是法律职业人员违反纪律所要承担的责任。纪律是机关、团体、政党等为维护集体利益并保证工作的正常进行而要求其成员必须予以遵守的行为规则。制定法律职业纪律的主体可以是团体组织，如中华全国律师协会制定了《律师执业行为规范（试行）》、北京市律师协会制定了《北京市律师执业规范（试行）》、中国公证协会（原中国公证员协会）制定了《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》等，也可以是司法机关，如《最高人民检察院严肃纪律作风的规定》提出了严肃纪律作风 15 条禁令。纪律责任一般由制定纪律的机关、团体组织或者其授权的机构负责实施。

---

〔1〕 参见沈岿：《国家赔偿法：原理与案例》，北京大学出版社 2017 年版，第 44 页。

〔2〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 101～102 页。

〔3〕 参见中央纪委国家监委法规室："正确理解和适用政务处分与处分"，载中央纪委国家监委网：http://www.ccdi.gov.cn/yaowen/202007/t20200703_221290.html，2020 年 11 月 7 日访问。

（三）道德上的责任

道德上的责任是指法律职业人员因不当的行为而承受来自他人或者自我良心的谴责。这种责任有可能发生在法律职业人员从事了违反法律或纪律规范而受到惩戒的情形下，也可能发生在法律职业人员的特定行为不违反法律或纪律规范、却与社会或特定群体公认的“善”的标准相背离的情况下。道德上的责任可能表现为他人和社会的否定性评价，也可能表现为个人内心的不安。[1]

第二节　法律职业责任的构成与追究

一、法律职业责任的构成

法律职业责任的构成应具备法律职业责任的主体适格、法律职业责任主体主观上有过错、法律职业主体实施了违反职业伦理和相关法律规范的行为三个条件。

（一）法律职业责任的主体

法律职业责任的主体指因不当行为而承担法律职业责任的自然人或者单位。法律职业责任的主体具有特定性，以从事法律职业为条件，将其他主体排除在外。如上节所述，法律职业责任的主体包括法律职业人员和法律职业机构。在讨论具体责任时，法律职业人员还需要符合一些特别要求，如在职务类犯罪中，主体具有特殊身份，才能成为法律职业责任的适格主体。

（二）法律职业责任的主观要件

法律职业责任的主观要件是指法律职业责任主体对自己的不当行为和损害结果所持的主观心理状态。法律职业主体承担法律职业责任的前提是其在主观上存在过错，即有违反法律或伦理规范的故意或重大过失，没有故意或重大过失的，不承担法律责任。故意是指法律职业责任主体明知自己的行为会产生破坏特定社会关系的结果，却在主观上希望或者放任这种结果的发生。过失是指法律职业责任主体因疏忽大意或者过于自信，而导致了特定不利结果的发生。

（三）法律职业责任的客观要件

法律职业责任的客观要件是指法律职业责任主体实施了违反与法律职业人员有关的法律或伦理规范的行为，并产生了相应的危害后果。有学者将法律职业人员的错误或不当行为分成四类：一是法律职业人员的私人违法行为。这些行为与其职业活动无关，是违反一般法律义务的非职务行为，由一般法律规范调整，除非有特殊规定，否则通常不属于法律职业责任规范的调整范围。二是违反职业主体法律准则的行为。在我国，这些职业主体的行为准则包括《法官法》《检察官法》《律师法》等，为法律职业人员和相关职业机构提供了基本的职业行为规范。三是违反程序法规定的行为。我国已颁布的程序法主要有《刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）《公证法》

---

〔1〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 103 页。

《仲裁法》等，违反程序法规定的行为即未按照这些法律规定的原则和程序进行操作的行为。四是违反实体法规定的行为，主要包括徇私舞弊、枉法裁判、刑讯逼供、非法搜查等刑法所禁止的行为。[1]

二、法律职业责任的追究机制

法律职业责任的追究机制，也是法律职业人员违反法律职业规范行为的惩戒机制，是指国家特定机关或特定的组织根据法律规定，通过必要的程序，确认法律职业责任主体的行为是否应当承担责任以及承担何种责任的制度。

（一）法律职业责任的追究机构

对法律职业人员的刑事责任和民事责任由司法机关统一行使裁判权；具有公职人员身份的法官、检察官和监察官等涉及政务处分时，由监察机关进行问责；对律师、公证员的违法执业行为，由司法行政机关施以行政处罚。此外，由于法律职业的特殊性，对于法律职业人员的责任追究，应当由专门的机构通过法定的程序进行，这些机构通常为法官惩戒委员会、检察官惩戒委员会、律师惩戒委员会等。

2016 年，最高人民法院、最高人民检察院印发《关于建立法官、检察官惩戒制度的意见（试行）》的通知，该意见第 3 条提出：“法官、检察官惩戒工作由人民法院、人民检察院与法官、检察官惩戒委员会分工负责。人民法院、人民检察院负责对法官、检察官涉嫌违反审判、检察职责行为进行调查核实，并根据法官、检察官惩戒委员会的意见作出处理决定。”法官、检察官惩戒委员会在省（自治区、直辖市）一级设立，由政治素质高、专业能力强、职业操守好的人员组成，包括人大代表、政协委员、法学专家、律师代表以及法官、检察官代表。惩戒委员会的工作职责包括制定和修订惩戒委员会章程；根据人民法院、人民检察院调查的情况，依照程序审查认定法官、检察官是否违反审判、检察职责，提出构成故意违反职责、存在重大过失、存在一般过失或者没有违反职责的意见；受理法官、检察官对审查意见的异议申请并作出决定；审议决定法官、检察官惩戒工作的其他相关事项。

2017 年，中华全国律师协会修订《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》，对律师惩戒委员会的相关规定予以细化。根据该规则，中华全国律师协会设立惩戒委员会，负责律师行业处分相关规则的制定及对地方律师协会处分工作的指导与监督；各省、自治区、直辖市律师协会及设区的市律师协会设立惩戒委员会，负责对违规会员进行处分。惩戒委员会由具有 8 年以上执业经历和相关工作经验，或者具有律师行业管理经验，熟悉律师行业情况的人员组成。

（二）法律职业责任的追责程序

基于法律职业的特殊性，对法律职业人员的责任追究必须通过严格的程序进行，这既是保证公正的需要，也是保护法律职业人员履行职责的需要。联合国《关于检察官作用的准则》规定，在检察官违反职业行为准则时，应该依据适当的程序，公平、及时、公正处理。联合国《关于律师作用的基本原则》规定，对律师所提出的指控或

---

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 119~120 页。

控诉按适当程序迅速、公正地加以处理。除统一的司法程序、行政处罚程序、政务处分程序外，我国对法律职业人员的惩戒程序针对不同的法律职业还有不同的规定。总体而言，对法律职业人员的责任追究需要符合以下原则和程序。

1. 法律职业责任追究的基本原则。法律职业责任追究的基本原则包括依法追究原则、补救在前原则、程序公正原则和申诉救济原则。具体而言，依法追究原则是指，对法律职业人员责任的追究只能由法定的机关按照法律的规定和法定的程序，依据法律规定的具体责任追究其法律责任。补救在先原则即对于法律职业人员的违法职务行为，在追究法律职业责任之前，应当先通过法律规定的程序对违法行为予以纠正，同时暂停其履行法定职责，以防止、控制和减少违法行为所造成的损失，然后再根据法律规定的程序追究其法律责任。程序公正原则意味着对法律职业人员的责任追究必须通过严格的程序进行。申诉救济原则，是指法律职业人员对有关机构所作出的处罚不服时，有申诉救济的渠道和程序。〔1〕

2. 法律职业责任追究程序的启动。法律职业责任追究程序的启动大致可以分为主动启动和被动启动两种方式。主动启动指法律职业追究主体在进行考核、审计、案件监督或办理案件过程中发现相关法律职业人员违法、违纪行为，从而主动启动的调查程序。被动启动指法律职业追究主体因投诉、检举、举报、申诉等行为而启动的调查程序。

3. 法律职业责任的调查、审理程序。法律职业责任的审理程序理论上应当是一种准司法程序，按照程序公正原则的要求，法律职业责任的审理程序应当满足以下几个最低限度的要求：首先，审理组织及其组成人员应该独立于调查组织和被审查人。这就要求，审理组织成员不能同时兼任调查组织成员，另外应该赋予被审查人回避申请权。其次，在调查、审理过程中，应该赋予被审查人员充分的陈述、辩解、提出对自己有利的证据的机会，这是程序参与原则的基本要求。被审查人员的上述意见、证据应当能够有效地影响对自己的处分，这就要求审理人员在处分决定中必须对被审查人员的意见、证据给予有说服力的回复。再次，无论是调查程序还是审理程序，都应当遵循理性与及时的原则，也就是作为事实认定的证据必须经过严格的证明，处理决定必须建立在严密的逻辑基础之上。最后，对于处分决定，应当赋予被审查人以充分的申诉、申请复查的机会。〔2〕

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 122 页。

〔2〕 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 119~120 页。

第六章

法律职业伦理的养成和教育

导 语

法律职业共同体不仅是知识的共同体、利益的共同体，还是思维的共同体和价值的共同体。鉴于法律职业伦理对法律职业人员的行为方式和价值取向发挥了重要的指引作用，法律职业共同体的建构离不开法律职业伦理的养成和教育，本章将对法律职业伦理养成的路径和教育的方法进行简要介绍，为如何使法律职业伦理从他律的要求内化为自律的约束，以及如何开展法律职业伦理教育提供指引。

第一节 法律职业伦理的养成

一、法律职业伦理的养成

法律职业伦理的养成也称为法律职业伦理的内化，是指法律职业伦理对法律职业人员的道德约束由他律向自律转化，使法律职业伦理成为法律职业人员道德意识组成部分的过程。这一过程表现为法律职业人员对于法律职业伦理的认识，逐渐由表层认知向深层价值观念转化，由强迫遵守的消极情感到自觉遵守的积极情感，由被动的他律到主动的自律，最终达到思想和行为的一致。[1]

法律职业伦理的养成对于法律职业和法律职业共同体的建构具有重要意义。法律职业需要一套系统的伦理规范，而这一套伦理规范不能仅仅停留在书面的制定法上，还应当体现在法律职业人员的日常行动中，并最终内化为自我约束和自我衡量的准则，从而在法律职业人员中形成精神的共同体。

法律职业伦理养成的过程大致可以划分为四个阶段：第一个阶段是对法律职业和法律职业伦理规范内容的认知阶段。在这个阶段，法律职业人员或者准法律职业人员对法律职业由不了解到逐渐了解，由普通人通过影视文艺等作品而产生感性认知到基于对法律职业的了解而产生理性认知。这个认识过程一般是在学校通过对法律知识和技能以及法律职业伦理的初步学习而完成的。第二个阶段是对法律职业及法律职业伦理规范要求的体验阶段，在这个阶段，法律职业人员或者准法律职业人员初步接触法律职业，并初步了解法律职业伦理规范要求，如法学生参与假期实习或者初入法律职

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 68 页。

业的法律职业人员仅有少量的执业体会，此时尚未对法律职业形成应有的全面、客观分析问题的思维，未能对法律职业伦理规范要求产生深刻理解和身心体验，往往容易凭借个别人或事评判法律职业。第三个阶段是对法律职业的逐步认同阶段。在这个阶段，法律职业人员通过长期从事法律职业形成感性和理性认识，如通过对法律职业伦理规范的遵守或违反，体验遵守法律职业伦理获得法律职业共同体内部和外部尊重的满足感或被法律惩戒机构惩戒的痛苦感，对法律职业作出肯定性或者否定性评价，经过反复的实践最终作出了肯定性评价后，就是对法律职业由认知达到了认同。第四个阶段是法律职业伦理已经升华为法律职业人员的内在品格，即稳定的品行和性格的组成部分。在这个阶段，法律职业伦理规范要求对于法律职业人员而言，已经不再是一种约束，法律职业人员已经不需要依赖职业惩戒的威慑来约束自己的行为，遵守职业规范或准则已经成为个人的习惯，是一种自觉的行为。这是法律职业伦理养成的最终目标。而对于法律职业人员而言，整个法律职业伦理养成的过程，可能是一个终身的过程。[1]

二、法律职业伦理养成的路径

法律职业伦理养成的路径可以分为自我修养和外部影响两个方面。自我修养强调法律职业人员个人的学习与实践，主要是指法律职业人员主动学习法律职业伦理知识和规范要求，并自觉进行自我约束、自我锻炼和自我改造，获得自我提升。外部影响则强调外部环境对法律职业人员的感染和熏陶，主要是指通过法律职业共同体内部职业伦理的建设和职业典范的树立，激发法律职业人员践行法律职业伦理的自觉性，同时，法治社会的良好运行和法治观念的深入人心对法律职业伦理的养成也有重要的作用。自我修养和外部影响两个方面相互作用，共同促进法律职业人员将职业伦理内化于心、外化于行。具体而言，法律职业伦理的养成路径包括以下几种：

（一）法律职业教育传授职业伦理知识

法律职业伦理教育应当立足于法律职业自身的特性，以提高受教育者的伦理认知为目的，以法律信仰为核心，以责任伦理为基础，通过系统的教育，间接影响其职业态度和行为，对于法律职业伦理的养成作用巨大。[2] 从逻辑上讲，通过法律职业伦理教育了解和掌握职业伦理的来源和价值，是法律职业人员能够主动学习和践行法律职业伦理规范的前提。而且随着法律职业实践的日益复杂和多样化，法律职业伦理规范愈加丰富，关于法律职业伦理的学说和理论有了很大的发展，这为法律职业伦理教育的有序开展提供了大量的素材。法律职业人员通过对法律职业伦理的学习，能够加深对自身职业和规范要求的理解，为践行职业伦理要求提供基础。

（二）法律职业人员践行职业伦理要求

实践是认识的来源，是检验真理的唯一标准。法律职业人员参与法律实践，践行法律职业伦理要求，做到知行统一，是法律职业伦理养成的最根本途径。法律职业人

---

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 70~72 页。

〔2〕 参见郭哲主编：《法律职业伦理教程》，高等教育出版社 2018 年版，第 62~64 页。

员只有在具体实践中，在处理与当事人、与其他法律职业人员、与职业管理者等种种关系时，才能认识到自己行为的是与非，才能辨别善与恶。[1] 离开了实践，法律职业伦理就成了纸面的要求、抽象的价值，伦理判断无从产生，无从衡量，也无法改变。

（三）法律职业共同体塑造法律职业典范

法律职业的整体状况，特别是法律职业共同体的建设，对法律职业伦理的养成发挥着重要作用。法律职业共同体不仅是知识的共同体、语言的共同体、思维的共同体和利益的共同体，还是价值的共同体。法律职业共同体内部共享相同的价值观，通过宣传榜样行为和树立职业典范，提升法律职业人员对职业共同体的认同感和荣誉感，并激发其践行法律职业伦理、约束自我行为的自觉性，以促进法律职业伦理的养成。

（四）法治环境激发法律职业精神

在法律职业伦理养成的过程中，社会环境产生的影响不容小觑。以法治为价值导向的社会环境有助于法律职业人员树立良好的正义观。保障平等和人权的正义观念与法律职业伦理的精神内在统一，并感召法律职业人员积极承担维护法治、实现公平正义的社会责任，认真践行法律职业伦理要求，在完成法律职业伦理内化的同时，推动法治社会的发展。

第二节 法律职业伦理的教育

一、认真对待法律职业伦理教育

法律职业伦理教育在法治人才培养中占据重要的地位，然而，长期以来，法律院校并不重视法律职业伦理教育。师资条件相对较好的法律院校，法律职业伦理教育也严重不足，大部分院校没有设置该领域教学科研的专职教师。职业伦理教育的不足，表明法学教育存在严重缺失。

职业伦理课程有助于法科生职业伦理意识的养成。诚然，单凭法律职业伦理这门课程并不足以将法科生培养成职业伦理意识很强、有法律信仰的法律人，但是，这一课程可以使学生能够区分可接受和不可接受的职业行为，或者至少思考一些法律职业伦理的重大问题。美国学者的统计研究表明，法律职业伦理课程与法律职业伦理行为之间有很大的关联。在很大程度上，职业伦理信仰是可以教导、培养的。

法学院开设法律职业伦理课程的教学目标是：①通过相关课程的学习，法科生应当了解职业伦理的相关内容；②能够评估并防止伦理风险，面对特定情况，能够分析其是否面临导致自身违背职业伦理的风险，并对风险进行防控；③能够投身于公益事业，用自身的法律知识与实务经验保护公众，特别是弱势群体的利益，使法科生担负起法律职业的公共主义使命，避免成为只关注营销、博取利益之精致的利己主义者。

应当指出，在法律院校课程中讲授法律职业伦理是个难点，原因在于：①当下讲授该课程的教师往往将法律职业伦理视为一堆抽象的所谓“正义”等空洞的观念，意

[1] 参见王新清主编：《法律职业道德》，法律出版社 2016 年版，第 87 页。

识不到其实它涉及的是具体的行为规则，旨在教会法律人在面临职业伦理困境的时候如何作出选择；②开设该课程的教师往往以课堂灌输为主，教学手段单一，无法激发学生的兴趣。

法律院校应当在法律职业伦理课程中强化案例教学，采用研讨式学习，摆脱单声道式的灌输式教学，在教学方法上予以改进。另外，将法律诊所及模拟课程等体验式的教学方式纳入教学中，让学生不再仅仅是被动地接受，而是主动地去学习。这样就可以使法律职业伦理更好地在法科学生中普及，更有助于法律职业共同体的建设。

法律院校对法科生的培养目标是使其成为德才兼备的法治人才，这里的“才”是指职业技能，“德”是指良好的职业伦理。法律职业伦理课程对法科生职业伦理的养成显然是至关重要的，因此，强化法律职业伦理课程建设势在必行。强化课程建设的思路有：将其设立为必修课；增加案例教学及探讨课的比重，以克服灌输式教学的弊端；在教学方法上予以改进。另外，将法律诊所及模拟课程等体验式的教学方式纳入教学中，鼓励学生在教师指导下从事公益法律服务，践行法律职业公共主义的使命。总之，应当从多方面、多渠道出发，理论教学与法律实践课程多管齐下，提升学生的法律职业伦理水准。

鉴于法律职业资格考试对法学教育的引导作用，除了重视法律职业伦理教学之外，还应当增加法律职业伦理在法律职业资格考试中的比重。国外法学教育中，法律职业伦理是重要内容。“水门事件”将很多律师牵连到丑闻之中，美国律师协会和法学院采取行动，加强法律职业伦理教育，将法律职业伦理课程设置为必修课，法科生只有通过法律职业伦理考试才能毕业。美国大部分州都要求学生在参加律师职业资格考试之前必须通过全国统一的法律职业伦理考试——美国跨州职业伦理联考（MPRE），这无疑是一种促使法科生认真学习法律职业伦理的有效措施。

反观我国以往的司法考试（2018 年开始改为国家统一法律职业资格考试），法律职业伦理在考试中所占比例较小，甚至可以说是无足轻重。从历年命题看，将相关法规法条直接变换为考试内容的题目较多，难度不大，综合性较差。建议在今后的法律职业资格考试命题中增加相关内容，提高命题难度，强化综合性及实践性，把当下司法实践中出现的诸多法律职业不当行为、违法行为以及犯罪行为作为案例进行考核。

二、以法律诊所教学促进职业伦理教育

所谓诊所式法律教育，就是在法学院中设立法律诊所，安排学生在有法律实务经验的教师的指导下办理真实的案件。在办理案件的过程中，学生不仅可以学习职业技能，还可以学习职业价值。法律诊所是由法学院负责管理的“律师事务所”，旨在给学生提供教师督导下的安全职业环境，从而使学生能从事法律实践，从经验中学习。

把学生置于职业角色当中是职业教育的核心，在法科生已有相关法律知识的基础上，法律诊所能够教给学生那些法学院通常不教或者教得不够的东西。法律诊所的最大优势在于它向学生倡导这样一种价值，即一个人要对自己的言行负责，也就是法律人要对自己出具给委托人的法律意见负责。学生不再进行所谓“某甲在某种情境下应当如何”的法律案例研究，而是面对一个个特定经济、社会地位的活生生的人，此人

的命运可能受到学生法律意见的影响。此时此刻，学生追求的不再是分数的高低，而是自己的良心以及对他人命运的责任感。法律诊所的目标之一就是教会学生正确看待知识以及良知。以往学生是在实习时才开始实践活动，而现在，学生在法学院学习期间就可以学习职业伦理及职业技能。法科生对法律职业的看法或多或少来自于电影、书本、电视，这种认识是海市蜃楼的印象。只有在法律实习的过程中，他们才能意识到现实和想象截然不同。在和真实委托人接触的时候，受到困扰、贫穷、无助、受冤屈的委托人的悲惨命运会使学生看到社会不公正的一面，未来的法律人进而能意识到做一个法官、检察官或者律师究竟意味着什么。通过和真实的委托人接触，学生了解到自己的才智水准，认识到自己未来职业的前景。在法律诊所的经历常常帮助学生认识到他们将来愿意做什么职业，从而有可能减少未来不必要的失望情绪。将诊所式法律教育引入法学教育制度的目的，也在于使未来的法律人获得向需要得到帮助者提供无私帮助所能获得的满足感。法律诊所并非仅仅是职业学习或者法律应用而已，它也是生活的学校，在委托人身处悲惨、严峻的境地的时候，学生面对的是一个和富裕、教育背景良好、文质彬彬、出入豪华律师事务所的委托人截然不同的面孔。从向委托人提供帮助或者仅仅表达关切所能获得的满足感，常常要比经济回报更有价值。委托人来函所包含的对学生的感激之情以及对其办理案件付出努力的肯定，对于年轻人开启法律职业生涯具有宝贵的价值，这种价值会让学生受益终生。

诊所式法律教育的独特之处在于它以学生为主体，调动学生学习的积极性和主动性。具体而言，其独特性在于：①它把学生分成小组，以小组学习的方法培养团队合作精神；②法律诊所指导教师针对学生学习中存在的个别性问题，通过向该学生提供个别指导来向其传授职业经验；③它通过让学生进行情景模拟和角色扮演，使学生能够理解委托人的处境；④它通过头脑风暴的学习方法让学生能够集思广益、开阔视野；⑤它强调对学习效果的评价和反馈，让学生从中学习；⑥它关注法律的实际运作效果，强调法科生要在变化了的环境和条件下思考法律的实际作用。

目前，国内法学教育面临改革，以实现培养德才兼备法律人的目标，诊所式法律教育将成为法学院从“法学教育”转向“法律教育”的中介。“法学教育”关注文本和理论，“法律教育”则必须关注案件事实和社会现状，诊所式法律教育有助于推进这一转型。

◆**例 6-1** 关于法律职业伦理，下列哪一表述是不正确的？（ ）

A. 基于法律和法律职业的特殊性，法律职业人员被要求承担更多的社会义务，具有高于其他职业的职业伦理品行

B. 互相尊重、相互配合为法律职业伦理的基本原则，这就要求检察官、律师尊重法官的领导地位，在法庭上听从法官的指挥

C. 选择合适的内化途径和适当的内化方法，才能使法律职业人员将法律职业伦理规范融进法律职业精神中

D. 法律职业伦理教育的途径和方法，包括提高法律职业人员伦理认识、陶冶法律职业人员伦理情感、养成法律职业人员伦理习惯等

【解析】选项 A 正确。法律的严肃性、精确性和公正性要求法律职业者具备很高的职业伦理水准，且相比其他的职业伦理而言，法律职业伦理具有更强的象征意义和感召作用。因此，法律职业人

员被要求承担更多的社会义务，具有高于其他职业的职业伦理品行标准。

选项B错误。法律职业人员在人格和依法履行职责上是平等的，不存在领导关系。B项关于“检察官、律师尊重法官的领导地位、在法庭上听从法官的指挥”的表述错误。

选项C正确。法律职业伦理具有规范性、道德性，其具有明显的内在强制性，而不具有普遍强制性。因此，只有选择合适的内化途径和适当的内化方法才能使法律职业人员将法律职业伦理规范融入法律职业精神中。

选项D正确。法律职业伦理教育的途径和方法，主要包括提高法律职业人员伦理认识、确立法律职业人员伦理信念、陶冶法律职业人员伦理情感、锻炼法律职业人员伦理意志、养成法律职业人员伦理习惯等方面。

拓展阅读：北斗与地图

第二编

法官职业伦理

第二编　典型案例

第二编　典型例题

第二编　拓展阅读

第七章

法官职业概述

导　语

亚里士多德曾说："在争论不休的时候，人们要诉诸裁判者，去找裁判者就是找公正。裁判者被当作公正的化身。"[1] 人类社会早期便已出现了审判制度，但现代意义上的法官制度起源于12世纪后期到14世纪上半叶的英、法两国，并随着资产阶级革命的胜利而快速发展起来。各国的法官职业在其漫长的发展过程中形成了各自的特征。本章将对国内外法官职业的发展概况进行介绍，并就我国法官的角色定位和职业属性进行讨论。

第一节　法官职业的发展概况

一、国外法官职业的发展概况

各国法官职业在其漫长的发展过程中，都形成了各自的特征，在法官资格、法官任免、法官保障等各个方面都存在差异，此处主要对美国、英国、德国、法国、日本等国的法官职业发展情况进行概述，以供思考。

（一）美国法官职业发展概述

在美国，没有独立的法官立法，有关规定散见于美国宪法和其他法律之中，主要是为了保证法官的独立性。美国没有法律明文规定法官的任职资格，但实际上是有相关要求的。由于美国法院体系包括联邦法院和州法院，而这两种法院体系法官产生的程序不同，因而任职资格也不尽相同。原则上讲，联邦法院的法官必须是美国公民，在美国大学法学院毕业并获得法律博士学位（JD），通过严格的律师资格考试，取得律师资格，并从事律师工作多年。美国法官产生的程序也因联邦和州法院体系的不同而有所不同。联邦法院系统分为三级法院，即最高法院、巡回上诉法院、地区法院，联邦法院的法官均由总统提名，参议院批准。州法院系统的最高法院、上诉法院、初审法院的法官的产生方式，由本州宪法规定。有的州的法官由选民选举产生（州选举或当地选举），有的州则由议会选举或州长任命。[2] 美国法官审理案件时，按资历就席，

---

〔1〕 徐爱国："'司法公正'的结构解析"，载《人民法院报》2013年7月5日，第7版。

〔2〕 参见周道鸾、王泽农、赵震江、谷春德："美国的法官制度"，载《法学杂志》1989年第4期。

资深者居中。法官服为黑袍，象征庄严、公平、正义。

（二）英国法官职业发展概述

自17世纪资产阶级革命以来，英国逐步建立健全了一套包括法官的培养、选拔、使用等方面的富有英国特色的现代法官制度。英国的法官，不论是高等法院的法官，还是地方法院的法官，一律不经选举，而是以任命的方式产生，而且任命的条件和程序非常严格。英国的法官可以分为8个等级，从高级到低级依次是：大法官、上议院法律议员、上诉法官、高等法院法官、巡回法官、记录法官、领薪治安法官和兼任治安法官。[1] 2005年，英国通过了《宪政改革法》（*Constitutional Reform Act* 2005），其中法官选任制度成为该次改革的重点；作为该次改革的延续，2009年10月，英国设立了英国最高法院（the supreme court of united kingdom），在一定程度上意味着这一古老司法制度已经迈入了全新的历史进程。[2] 美国法学家亨利·梅利曼认为，在普通法系国家人们的心目中，法官是有修为的伟人，甚至具有父亲般的慈严。在英国民众的眼中，法官是非常令人敬畏的，他们是法律职业界的少数精英。[3]

（三）德国法官职业发展概述

在德国，根据《德国法官法》第1条之规定，司法权由职业法官与名誉法官行使。由此可知，德国的法官实际上是由职业法官与名誉法官组成的。所谓的名誉法官，主要是指参与审理特别案件的法官，《德国法官法》主要适用于职业法官。按照《德国法官法》第5条之规定，大学法学毕业后即参加见习服务并且结业的人员，取得法官资格，大学法学教育以第一次司法考试毕业，见习服务以第二次国家司法考试结业；第一次司法考试由专业科目大学考试和必修科目国家考试组成。大学教育和见习服务培训在内容安排上应当相互协调一致。大学教育的最低学制是4年，见习服务的时间为2年，见习服务培训分别在下列法定培训机构进行：①普通法院的民事庭；②检察院或者法院的刑事庭；③行政机关；④律师；⑤一个或者多个能够提供专业培训的自选培训机构。法官一般只能以终身法官、任期法官、试用法官或者代理法官的形式任命。只有具备以下条件的人员才可以被任命为法官：①德国公民；②保证随时为《德国基本法》所规定的自由民主的基本秩序而努力；③具备法官资格；④具备必要的社会能力。[4]

（四）法国法官职业发展概述

在法国，法官与检察官统称为司法官，共同以社会的名义执行法律，共同形成一个司法官整体，法官负责审判，检察官负责指控。法官的任务是适用法律，充当法律的代言人。法官听取当事人及律师、诉讼代理人意见，在刑事案件和法律规定的民事案件中，还要听取检察官的意见。法官是法律的通才、多方面的专家，能够承担多种

---

〔1〕 参见牛淑贤：《英国近现代司法改革研究》，山东人民出版社2013年版，第137页。

〔2〕 参见张涛："论英国行政权、立法权和司法权对法官选任的影响——以法官选任制度改革为切入点"，载《广西政法管理干部学院学报》2016年第6期。

〔3〕 参见［美］约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第34页。

〔4〕 参见《德国民事诉讼法》，丁启明译，厦门大学出版社2016年版，第270~271页。

司法职责，或是全面的，或是专门的，可以审理合同的案件，也可以出现在轻罪法庭。[1] 按照法官所属体系不同，可以将法官分为司法法院法官和行政法院法官；按照法官的来源不同，可以将法官分为职业法官与非职业法官；按照法官所承担职能的不同，可以分为庭审法官与履行特别职责的法官。法官的选任也有多种形式，司法法官主要是在国家司法官学校的毕业生中选任，此外还有直接任命为司法法官的方式；行政法院法官的选任方式主要有两种，一种是进入国家行政学院学习后选任为行政法官，另一种是外部选任行政法官，即曾在行政机构任职并具备一定行政管理经验的人。[2]

（五）日本法官职业发展概述

在日本，按照《日本宪法》和日本《法院法》的规定，日本的法院体系主要包括最高法院和下级法院。最高法院设在东京，包括大法庭和小法庭；下级法院主要包括高等法院、地方法院、家庭法院和简易法院。日本宪法和法律赋予了法官很高的社会地位，也对法官资格规定了严格条件。最高法院法官中任职时间长的法官为最高法院院长，其他法官为最高法院判事，其中，最高法院院长员额为 1 人，最高法院判事员额为 14 人；下级法院的法官中，在高等法院任职时间长的法官为高等法院院长，其他法官为判事、助理判事和简易法院判事，其中，高等法院院长员额为 8 人，判事为 1953 人，助理判事为 1000 人，简易法院判事为 806 人。最高法院院长，根据内阁的提名由天皇任命，最高法院判事由内阁任命，由天皇认证。高等法院院长、判事、助理判事和简易法院判事，根据最高法院指定名单，由内阁任命，由天皇认证。最高法院的法官，从有学识的、有法律素养的、满 40 岁的人员中任命，其中至少有 10 人曾任高等法院院长或者判事 10 年以上，或者担任简易法院判事、检察官、律师、大学法律学的教授或副教授 20 年以上。高等法院的院长及判事，从曾任下列职务 10 年以上的人员中任命：①助理判事；②简易法院判事；③检察官；④律师；⑤法院调查官、司法研修所教官或法院职员综合研修所教官；⑥大学法律学的教授或副教授。[3]

二、中国法官职业的发展概况

在古代的中国，法官职业并非如现代社会那样是一个独立的职业，甚至都没有现代意义上的法官存在。虽然古代也有从事司法审判的官员，但是这些官员不具备最终裁判的功能，他们也必须在皇权的意志下行事，可以说，皇帝才是最大的法官。总体而言，中国古代法官制度的特点主要有：①皇权至上，皇帝是全国最高的法官。②司法与行政合一。古代中国没有形成独立的司法制度和独立的法官职业，特别是地方上行政机关和司法混同，行政长官兼任司法官，司法断案的清明正确与否成为评价一个地方官的重要政绩之一。③司法机关作为整体官僚机构中的一个部门，其成员总是处于不停的职务变动和降级升迁之中，其主管官员并不实行终身制。④古代各级司法官

〔1〕 参见［法］皮埃尔·特鲁仕主编：《法国司法制度》，丁伟译，北京大学出版社 2012 年版，第 83~84 页。

〔2〕 参见金邦贵主编：《法国司法制度》，法律出版社 2008 年版，第 307~309 页。

〔3〕 参见张凌、于秀峰编译：《日本司法制度法律规范总览》，人民法院出版社 2017 年版，第 10~12 页。

员都受到来自上级或专门的监察机关的严密监视，没有司法独立可言。[1] 有学者专门对我国古代法官的名称进行了总结，如表 7-1 所示。[2]

表 7-1　中国古代（司）法官名称一览表

时期（朝代）	中央（司）法官名称	地方（司）法官名称
尧舜	“士”皋陶	
夏	大理	理、士、正、史
商	司寇	正、史
周	大司寇、小司寇、士师、司刑、司圜、掌囚（中央行政官员大宰、小宰、司徒、司马、司空也参与司法活动）	诸侯王、司寇、大理、廷理、廷尉
秦	廷尉	郡守、法曹，县令、县丞、曹，有秩、啬夫、游徼、里长
汉	廷尉（后称大理）	县令、郡太守、州刺史、决曹掾
魏、晋、南北朝	廷尉，大理寺卿、少卿，正、监、平，司直，秋官大司寇，三公尚书、都官尚书等	县令、郡太守、州刺史、县尉，法曹、贼曹
隋	刑部尚书，大理寺卿、少卿，正、监、平，大理丞，御史大夫	州刺史、郡太守、县令、户曹参军、法曹参军
唐	大理寺卿、少卿、主簿、司直、评事、狱丞，刑部尚书、侍郎（司法行政、参与重大案件的审判），御史大夫、中丞	县令、县丞、主簿、县尉、主典，府尹、州刺史、都督、都护都，司法左史、法曹参军事、司法参军事、户曹参军事
五代	同唐	节度使、推官、衙推、法直官
宋	同唐，（宫中）审刑院知院事、评议官	提点刑狱公事，知州、司法参军、司理参军，知县
元	设于大宗正府的“断事官”（达鲁花赤），刑部尚书，奥鲁	路总管府、路转运史、提点刑狱公事，推官、知府、知州、知县

〔1〕 参见李丽：“从历史角度看中国法官制度发展”，载《理论界》2011 年第 11 期。

〔2〕 参见谭世贵编著：《中国法官制度研究》，法律出版社 2009 年版，第 3~4 页。

续表

时期（朝代）	中央（司）法官名称	地方（司）法官名称
明	刑部尚书、御史左右侍郎，大理寺卿、少卿，左都御史、右都御史，五军都督、五军断事官	提刑按察使、总督、布政使、推官、知府、知州、知县
清	大理寺卿、御史中丞，左都御史、通政司通政使，三法官长官	提刑按察使、总督，同知、通判，胥史、幕友

19 世纪末，西方法律文化中的司法独立思想传入中国。1902 年，清政府派沈家本等人参酌各国法律，修订大清律例，当时徐谦提出要使法律保护人民权益且不受行政干涉，首要工作就是确立司法独立的地位，使司法与行政互相分离。1910 年，清政府颁布了《法院编制法》，首次明确规定专门性的法律考试是选任法官的先决条件，其后所附的《法官考试任用暂行章程》详细规定了法官考试的具体办法，依照规定，法官须经两次考试合格者始准任用。但是这部法律未及颁行，清朝就灭亡了。[1]

1912 年的《中华民国临时约法》明文提出了法官独立审判的基本原则，该法第 48～50 条规定：法院由大总统与司法总长任命的法官组成，法院依法律审判民、刑事诉讼，且法院审判须公开之。1915 年，北洋政府颁布《司法官考试令》和《关于司法官考试令第三条甄录规则》，其中，《司法官考试令》对司法官的考试资格规定了具体的年龄条件、学历条件以及考试程序。1932 年 10 月，南京国民政府公布《法院组织法》，其第六章第 33 条对法官、检察官的资格作出规定。[2]

1949 年之前，在革命根据地，司法机关已经初具雏形，但是当时的司法机关是完全隶属于革命政府的，司法理念集中表现为：司法工作是政权工作的一部分。1949 年 10 月 1 日，中华人民共和国成立，标志着我国法官制度的发展进入新的阶段。1954 年，《宪法》和《中华人民共和国人民法院组织法》（以下简称《人民法院组织法》）的颁布实施，标志着我国人民司法制度及法官制度建设进入了新的发展时期。从 1957 年下半年开始，由于“左”倾思想和法律虚无主义的影响，错误地批判了《宪法》《人民法院组织法》中规定的一些司法原则和制度。1966 年，“文化大革命”开始，随着“公、检、法”被弱化，我国法官制度也遭到了严重的破坏。1978 年以后，我国法官制度进入了恢复发展时期，1979 年重新制定了《人民法院组织法》，对以往的经验教训进行了总结。1995 年，《法官法》颁布实施，该法对法官的职责、义务、权利、法官的条件、任免等内容作了比较详细的规定。此外，最高人民法院也颁布了一系列规定和办法，采取了诸多措施，对促进我国法官的职业化发展发挥了重要的作用。

根据我国《法官法》第 2 条之规定，法官是依法行使审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委

〔1〕 参见施玮：“法官制度近代化研究”，载《武汉科技大学学报（社会科学版）》2014 年第 2 期。
〔2〕 参见施玮：“法官制度近代化研究”，载《武汉科技大学学报（社会科学版）》2014 年第 2 期。

员会委员、庭长、副庭长和审判员。根据我国《法官法》第12条之规定，担任中华人民共和国法官需要具备以下条件：①具有中华人民共和国国籍；②拥护中华人民共和国宪法，拥护中国共产党领导和社会主义制度；③具有良好的政治、业务素质和道德品行；④具有正常履行职责的身体条件；⑤具备普通高等学校法学类本科学历，或者非法学本科及以上学历获律法律硕士、法学硕士及以上学位，或者非法学本科及以上学历，获得其他相应学位并具有法律专业知识；⑥从事法律工作满5年，根据学历可相应放宽时间；⑦初任法官应当通过法律职业资格考试。适用第⑤项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任法官的学历条件放宽为高等学校本科毕业。此外，根据《法官法》第13条之规定，下列人员不得担任法官：①曾因犯罪受过刑事处罚的；②曾被开除公职的；③被吊销律师、公证员执业证书或者被仲裁委员会除名的；④有法律规定的其他情形的。

根据我国《法官法》第18条之规定，法官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理：①最高人民法院院长由全国人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免；最高院巡回法庭庭长、副庭长，由院长提请全国人民代表大会常务委员会任免；②地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免；③在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会任免；④新疆生产建设兵团各级人民法院、专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员，依照全国人民代表大会常务委员会的有关规定任免。

◆**例7-1** 关于法官任免和法官行为，下列哪一说法是正确的？（ ）

A. 唐某系某省高院副院长，其子系该省某县人民法院院长。对唐某父子应适用任职回避规定

B. 楼法官以交通肇事罪被判处有期徒刑1年、缓刑1年。对其无须免除法官职务

C. 白法官将多年办案体会整理为《典型案件法庭审理要点》，被所在中级人民法院推广到基层人民法院，收效显著。对其应予以奖励

D. 陆法官在判决书送达后，发现误将上诉期15日写成了15月，立即将判决收回，作出新判决书次日即交给当事人。其行为不违反法官职业规范规定

【解析】 选项A错误。《法官法》第23条规定："法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：①同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长；②同一人民法院的院长、副院长和审判员；③同一审判庭的庭长、副庭长、审判员；④上下相邻两级人民法院的院长、副院长。"由此可知，根据该条第4项，唐某担任副院长的省高院和其子担任院长的县法院并非上下相邻两级法院，故不适用任职回避规定。故选项A错误。

选项B错误。《法官法》第13条规定："下列人员不得担任法官：①因犯罪受过刑事处罚的；②被开除公职的……"本题选项B中，楼法官被判处有期徒刑，不能继续担任法官。《法官法》第20条规定："法官有下列情形之一的，应当依法提请免除其法官职务：①丧失中华人民共和国国籍的；②调出所任职人民法院的；③职务变动不需要保留法官职务的，或者本人申请免除法官职务经批准

的；④经考核不能胜任法官职务的；⑤因健康原因长期不能履行职务的；⑥退休的；⑦辞职或者依法应当予以辞退的；⑧因违纪违法不宜继续任职的。”由此可知，楼法官因交通肇事罪受到刑事处罚，依据上述规定，其应当依法提请免除法官职务。

选项C正确。《法官法》第45条第1款规定：“法官有下列表现之一的，应当给予奖励：①公正司法，成绩显著的；②总结审判实践经验成果突出，对审判工作有指导作用的；③在办理量大案件、处理突发事件和承担专项重要工作中，做出显著成绩和贡献的；④对审判工作提出改革建议被采纳，效果显著的；⑤提出司法建议被采纳或者开展法治宣传、指导调解组织调解各类纠纷，效果显著的；⑥有其他功绩的。”由此可知，本题选项C中，白法官所整理的办案体会被所在中级人民法院推广到基层人民法院，收效显著，依据上述法条规定，应当给予奖励。

选项D错误。《法官行为规范》第54条规定：“裁判文书宣告或者送达后发现文字差错：①对一般文字差错或者病句，应当及时向当事人说明情况并收回裁判文书，以校对章补正或者重新制作裁判文书；②对重要文字差错或者病句，能立即收回的，当场及时收回并重新制作；无法立即收回的，应当制作裁定予以补正。”本题选项D中，陈法官“误将上诉期15日写成了15月”，严重影响当事人上诉权，属于“重要文字差错”，且已经无法立即收回，应当制作裁定予以补正，而不应“立即将判决收回，作出新判决书次日即交给当事人”。故选项D错误。

第二节　法官的角色定位与职业属性

一、法官的角色定位

关于法官的角色定位，目前在理论界与实务界存在争议，没有形成统一的共识，在此概述代表性的观点以供思考。

有观点认为，法官的角色行为或许存在两个维度，即常识、理性。在常识中，法官承担裁判员的角色。法官是法定的通过适用法律的方式裁断当事人之间纠纷的职业人士。法官的基本职责是审判案件，但是法官的职责也不限于庭审案件，根据《法官法》第8条之规定，法官还应当履行审判案件以外的“法律规定的其他职责”，这主要是指《人民法院组织法》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》等法律规定的除审判职责以外的其他职责。回归理性，法官应该是社会工程师，具体表现为：法官是社会秩序的维修工；法官是社会公正的建设者；法官是社会灵魂的守护者。[1] 还有学者也持类似观点，认为法官的角色定位应该兼顾理想与现实。在理想中，法官应是居中裁判者，无论是在何种纠纷中，法官作为纠纷的仲裁者，应从一元利益格局下的国家利益、社会公共利益代表中挣脱出来，保持中立的立场，通过自己的理性和良知，权衡各种利益，探寻法律精神。在现实中，法官应作为纠纷解决者。“案结事了”是制度对法官的期待，正如法官在作出判决时要考虑效果一样，而这个效果就包括政治效果、法律效果及社会效果。[2]

有观点认为，对法官在不同场域中予以不同的角色定位是造成角色冲突的根本原

---

〔1〕 参见江国华：“常识与理性（二）：法官角色再审思”，载《政法论丛》2011年第3期。

〔2〕 参见陈奎、梁平：《司法运行的一般机理》，中国政法大学出版社2014年版，第69~70页。

因，背离了司法权的本质属性。承认法官可以扮演多重角色并不代表承认对法官进行多重的角色定位，司法角色永远都应当是其主要工作。司法改革的目的是实现司法权的合理配置与独立运行，而实现这一目的离不开起支撑作用的司法职业主体。作为司法职业主体之一的法官的角色定位之所以如此重要，是因为法官是一种高度同质化的司法象征符号，并且涉及如何回应以审判为中心这一体现司法本质的改革要求。因此，让法官角色回归司法本质，既是明确法官角色的根本原则，也是实现法治建设总体目标的前提条件。让法官角色回归司法本质应当遵循以下三项原则：

1. 法官的角色定位应当围绕人民法院这一整体性的司法权载体进行思考，使人民法院在诉讼程序中保持中立第三方的地位。人民法院不得主动启动司法程序，不得自主设定纠纷处理的范围，不得主动干预当事人（控辩）双方之间的争讼，而只应予以适当引导。

2. 任何一种角色的扮演都应以体现法律精神的职业化和专业化为底色。面对角色冲突时，法官应当本着原则性与灵活性相结合的态度，运用其专业的法律思维和司法技术，将其他角色行为纳入司法范畴。

3. 法官职权的配置应当由宪法、组织法等法律规定，政府部门不得以政策、指令等形式影响法官的审判活动。同时，厘清人民法院与人民检察院、公安机关的职能区别，废除三机关“分工负责、相互配合、相互制约”这一原则性规定，确立司法审查原则，以保证法官角色的独立性与权威性。〔1〕

二、法官的职业属性

关于法官的职业属性，目前不同的学者有不同的观点，在此概述具有代表性的观点以供思考。

有观点认为，法官的职业属性主要包括客观性、公正性、中立性、正当性、便利性，具体阐述如下：①客观性是指法官在没有合法地审查全部证据和听取辩论之前，绝不能轻易作出判决。②公正性是指法官要平等对待诉讼当事人，不偏袒任何一方，对所有人平等适用法律。③中立性是指法官审理案件具有独立性，法官既不能受诉讼当事人（包括律师）意志的支配，也不能受公众舆论的控制。④正当性是指正当的目的必须通过正当的手段来实现。⑤便利性是指司法程序应当方便人民群众实现诉权，保护实体权利，同时也要追求诉讼效率。〔2〕

有观点认为，就司法职业属性而言，法官具有保守性、平等性和专业性，具体阐述如下：①保守性是法官的职业特色。在现代文明社会，司法权威越来越多地依赖于公众对司法的信任，因此，法官要严格约束自己的业务活动，尽量减少业务活动与司法职责的冲突，以最大限度地树立法律的权威，而这也决定了法官保守的职业风格。②平等性是指法官之间的平等。法官之间不存在领导与被领导的关系，不存在权力高低大小之分。法官之上不允许再有法官凌驾，法官有资格深浅之别，但并不意味着资

〔1〕 参见黎晓露：“论我国法官的角色定位”，载《法商研究》2016 年第 3 期。

〔2〕 参见张朝华：“法官的角色定位和职业特性”，载《人民法院报》2001 年 1 月 28 日，第 3 版。

深法官就可以命令资浅法官。③专业性是法官职业的必然要求。法官的司法工作是一项专业性很强的工作，特别是随着社会的快速发展，纠纷数量越来越多，法律关系越来越复杂，这势必要求法官更加注重强化和提升其专业技能。[1]

我们认为，法官作为法律职业的重要组成部分，其职业属性与法律职业本身的特征密切相关。因此，法官的职业属性主要体现为独立性与专业性。法官的独立性或独立地位包括如下两个问题：①法官独立于什么？②是何种程度的独立？从严格意义上来讲，法官的独立性体现为法官享有独立的权利、负有保持独立的义务。[2] 具体而言，法官的独立性主要体现在法官的身份独立和法官的职业判断独立两个方面。法官的身份独立是指为了确保法官不受政府干涉，法官职位的条件及任期等应当有适当的保障。法官的职业判断独立是指法官在面对案件时应该根据自己的知识、技能、良知独立作出职业判断，不受其他因素干涉。法官的专业性来源于法律职业本身的专业性，法律职业不同于其他职业，法律职业者与一般人的主要区别在于其特殊的职业技能，这种职业技能是一种“理性技术”，不同于其他技术，需要经过完整及系统的训练与学习才能习得与掌握。[3]

拓展阅读：神之慧眼与沉重肉身——《儿童法案》折射的法官伦理

〔1〕 参见谭世贵编著：《中国法官制度研究》，法律出版社 2009 年版，第 18～19 页。

〔2〕 参见孙笑侠等：《法律人之治——法律职业的中国思考》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 113 页。

〔3〕 参见孙笑侠：“法律家的技能与伦理”，载《法学研究》2001 年第 4 期。

第八章

法官职业伦理概述

导 语

法官职业伦理是法官道德行为的规范依据，它所关注的是法官的义务和责任。法官遵循职业伦理、坚守正义的原则并不依赖于任何特定的道德观念，或者说并不受制于政治交易或社会利益。在满足职业伦理的客观需求方面，法官有时确实很难寻找到一个最好的开端。但法官心智诚实的要求却占有优先的地位，而诚实就是责任。法官道德是职业伦理人格化的表征，只有确立与我国司法相适应的法官职业伦理品质，才能彰显中国特色的社会主义法官职业伦理。[1] 本章将对法官职业伦理的概念和特征进行阐释，并对我国现有规范中对法官职业伦理的基本要求进行介绍。

第一节 法官职业伦理的内涵

一、法官职业伦理的概念

所谓的法官职业伦理，是指审判人员在履行其职责过程中所应具备的优良的道德品质，以及在调处各种社会关系时所应遵循的优良的道德规范的总和。法官职业伦理，是适应审判工作需要而产生的一种特殊的社会意识和活动准则，是由审判工作的任务和性质决定的。法官职业伦理的内涵包括依次递进的三个层次：①法官职业共同体内在伦理秩序的体系。从抽象意义上看，法官职业共同体是法官通过相对稳定的联系而形成的职业群体或集体，具有特定的目标和司法功能，更具有独特的体制构造和规范气质，它通过法官的道德行为而真正成为一个伦理性的存在。②法官内在的道德秩序。法官的“外在道德”是指司法想要达成的目的或价值理想，主要包括公平、公正、公开、正义以及诚实等司法理念，这是法官道德与社会道德协调一致的一面。法官的“内在道德”是指法官自身具有的值得追求的价值属性，具体指有关司法伦理、法官道德规范的原则。③法官职业共同体作为“整个的个体”的道德精神。当法官未职业化时，司法伦理所关注的道德主体仅仅是个体，其忽略了法官职业共同体一整体的道德主体。虽然法官职业伦理的对象是法官个体，但是最重要的主体是法官群体。[2]

---

〔1〕 参见王申：“法官道德须满足司法伦理的客观需要”，载《政治与法律》2016 年第 7 期。

〔2〕 参见王申：《法官的道德理性论》，法律出版社 2017 年版，第 53~54 页。

法官的道德责任，主要是基于法官裁判的自由意志；法官道德责任的高阶性，则主要是基于法官裁判时自由意志的发挥，自身即已蕴涵高阶的道德责任要求，其集中表现就是法官应该对法律命题作出最佳的道德证立。对法官外在行为责任的豁免，并不能免除法官基于自由意志而应承担的良心责任，而且，法官的这种责任是一种高阶的道德责任，需要法官为之终身负责。规范性道德标准以及法官的良心责任，并不会使法官的责任变得虚幻难定，因为规范性道德标准可以部分转化为实证性道德标准，余下部分的纯粹道德责任，也可以通过法官的充分说理义务，根据司法文书的行文逻辑和论证脉络加以评价和规范。这也推动了对法官责任的认定和规范，应当实现从法官责任向法官职业伦理的转变。[1]

法官职业伦理规范呈现给法官的是不与外部制裁相联系的规则和规范，法官违反职业伦理规范的，由法律职业共同体以强制性手段进行制裁。也就是说，一般道德规范是非制度化的，而法官职业伦理规范是制度化的；一般道德规范是柔性的，是一种软约束，而法官职业伦理规范则是刚性的，是一种硬约束，司法不允许法官存在任何违反法官职业伦理的行为，否则将被予以惩戒。[2]

二、法官职业伦理的特征

法官职业群体的伦理精神既指法官个体的内在道德秩序和个体的道德精神，又包含个体与整体、实体相统一的“实体精神”，更强调法官职业共同体这一实体的道德意识与道德意志。法官职业伦理相对于其他的职业伦理而言，有着一些比较突出的特性。

（一）特定的主体

法官职业伦理的主体是法官。按照法院内部的机构设置，基于分工的不同，法院内部除了职业法官之外，还设有书记员、司法警察、行政后勤人员等岗位。这些工作人员虽然不是职业法官，但是他们协助职业法官行使审判权，根据自己的职业行为规范和职业操守，与职业法官保持着紧密的联系。当然他们与法官的职业特性和职业任务还是有着本质上的区别的，因此各自的职业伦理要求也不相同。如法院的司法行政人员（例如司法警察等）要遵循下级服从上级的行为准则，服从领导。但法官基于公正裁判的需要，必须在审判活动中保持独立性，按照自己对法律的内心确信进行裁判，法官只遵循法律，不受任何上级命令与指示的干涉。

法官职业伦理的主体是在法院专门行使审判权的职业法官，并不包括法院的其他组成人员。至于陪审员是否应该遵循法官职业伦理，成为其主体，这个问题应该视情况而定。目前世界各国存在的陪审团制度大致可以分为两类：一类是英美法系国家实行的陪审团制度，另一类是大陆法系国家实行的陪审员制度（参审制）。在陪审团制度中，陪审团集体负责认定案件事实，审案法官则负责适用法律。陪审团存在的目的主要是依靠普通民众的良心和理性来对案件事实进行一般判断，对法官的审判理性形成制约和影响。因此一般的陪审团成员基本上是普通公民，所以陪审团成员不应成为法

---

〔1〕 参见黄伟文：“从道德责任到职业伦理——法官责任的道德性”，载《广东社会科学》2017 年第 5 期。

〔2〕 参见王申：《法官的道德理性论》，法律出版社 2017 年版，第 53 页。

官职业伦理的主体。与此不同的是：在实行陪审员制度的国家中，陪审员和法官共同审理案件，在裁判的过程中享有与法官相同的权力，而且一般要求陪审员尽可能熟悉法律知识和业务，从而对法官对案件的判断进行补充。在这种情形下，陪审员实际上承担了部分裁判的责任，可以看作对职业法官的补充。因此，陪审员在履行陪审职责的时候，也应当遵循法官职业伦理的要求。根据《民诉法》第 39 条第 3 款的规定，陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。根据最高人民法院《法官职业道德基本准则》第 27 条的规定，人民陪审员依法履行审判职责期间，应当遵守法官职业道德基本准则；人民法院其他工作人员（包括人民法院的行政人员和法警）在执行职务时也应参照执行法官职业道德基本准则。

（二）特定的对象

法官职业伦理规范的对象是法官职业行为及其各种社会活动。一般的职业伦理是社会各行业从业人员在职业活动中应当遵循的行为准则，是适应社会分工、职业分工的需要，在各自的职业实践活动中产生的，是与人的职业角色和职业行为相联系的一种高度社会化的伦理。

法官职业伦理是与法官职业紧密关联的，它产生于法官的职业活动中，是对法官职业活动的行为规范和道德要求。因此，法官职业伦理首先调整的就是法官的职业行为。如公正的伦理义务要求法官在诉讼中要自觉地遵守回避制度，在有可能影响案件公正审理的情况下应当主动回避。中立的伦理义务要求法官在诉讼中应当平等地对待双方当事人。由于在社会公众看来，法官是公平正义的符号和象征，是法律的代言人，因而法官的言行应体现法律的公正无私，能够为人们的思想、行为提供指导和参考，能够引导社会伦理风尚。与普通公民的职业伦理不同，法官的职业伦理具有更高的道德使命感和责任感。法官职业伦理不仅体现在法官的职业活动中，也渗透进法官群体的日常生活中。法官不仅要在职业活动中严格遵守法官职业伦理，在社会生活中也应该成为公民的楷模。

（三）特定的内容

法官职业伦理的内容是特定的，其核心是公正司法。《法官职业道德基本准则》第 2 条规定，法官职业道德的核心是公正、为民、廉洁。为民是法官在政治上的使命，廉洁是对法官个人品质的要求，在某种意义上，二者体现了法律职业伦理的共性。但法官职业伦理的特点在于：其各种具体的法律职业伦理都是围绕着公正司法展开的。之所以如此，其原因在于法官职业的特殊性质和使命。法官作为一种特殊的社会职业，其任务是通过司法裁决解决争端、服务社会。要使法官的工作能够切实地有益于社会，必须保证法官的裁判能力与行为为整个社会所公认。要实现这一目的，司法上的强制力是必不可少的；当然根本还在于当事人和社会公众认为其能够通过公正司法获得公平正义，从内心相信法官。在这个意义上，法官的裁判行为才能够称得上是公正司法。一方面，公正司法是整个司法制度赖以建立和维护的根本目的和标准；另一方面，公正司法是法官、当事人和社会共同信奉的精神准则。而法官职业伦理为法官职业确立标尺的主要目的，是确保法院在审理案件的过程中做到公正无私，确立诉讼参与人及社会公众对法院司法公正的信心，从而使公正司法成为法官职业行为所追求的最崇高

的目标，成为法官职业伦理的核心内容。

第二节　法官职业伦理的基本要求

我们对法官职业伦理关注的不是规范，而是规范的理由。法官的德性是保持法官诚信与司法清廉的品性。倘若没有伦理标准，司法的任何活动都不会存立。法官道德伦理具有独一无二的内在性和无条件的价值，且仅以法官为体现。法官令人敬畏的身份和地位要求其保持清廉与诚信的品性，因为正义的理念促使法官自己觉得有义务根据清廉与诚信的要求行事。司法廉洁是决定法官道德建设成效的关键因素，是从司法整体秩序出发对法官素质与内在修养的考量。我们的司法需要一个崭新的法官道德秩序。遵循法官道德法则的意向是出自于法官的司法义务，而不是出自法官的自愿与好感，而法官能够自发遵行道德标准的情况，其实就是法官德性，也就是法官司法中的道德意向。法官德性的真正力量就是法官道德法则的强制。[1]

一、《法官法》中的法定义务

法官职业伦理虽然并不都是具有强制约束力的规范，但是其影响比较深远。法官职业伦理水平的提升既是法治建设的重要内容，也是国家法政文明的重要标志之一。我国《法官法》对法官的职业伦理提出了最基本的要求。根据《法官法》第 10 条的规定，法官应当履行下列义务：①严格遵守宪法和法律；②秉公办案，不得徇私枉法；③依法保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利；④维护国家利益、社会公共利益，维护个人和组织的合法权益；⑤保守国家秘密和审判工作秘密，对履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私予以保密；⑥依法接受法律监督和人民群众监督；⑦通过依法办理案件以案释法，增强全民法治观念，推进法治社会建设；⑧法律规定的其他义务。随着法官职业化水平的提高，制定一部更加具体详细的法官职业伦理规范成为必要。

二、《法官职业道德基本准则》中的道德准则

在《法官法》的基础上，2001 年 10 月，最高人民法院颁布了《法官职业道德基本准则》，并于 2010 年 12 月进行了修订。根据《法官职业道德基本准则》的规定，法官职业道德的核心是公正、廉洁、为民；基本要求是忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象。法官应当自觉遵守法官职业道德，在本职工作和业外活动中严格要求自己，维护人民法院形象和司法公信力。

（一）忠诚司法事业

根据《法官职业道德基本准则》第 4~7 条的规定，法官应该牢固树立社会主义法治理念，忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律，做中国特色社会主义事业建设者和捍卫者；坚持和维护中国特色社会主义司法制度，认真贯彻落实依法治国基本方略，尊崇和信仰法律，模范遵守法律，严格执行法律，自觉维护法律的权威和尊严；热爱

---

〔1〕 参见王申："法官德性是法治之力量"，载《东方法学》2016 年第 2 期。

司法事业，珍惜法官荣誉，坚持职业操守，恪守法官良知，牢固树立司法核心价值观，以维护社会公平正义为己任，认真履行法官职责；维护国家利益，遵守政治纪律，保守国家秘密和审判工作秘密，不从事或参与有损国家利益和司法权威的活动，不发表有损国家利益和司法权威的言论。

（二）保证司法公正

根据《法官职业道德基本准则》第 8～14 条的规定，法官应该坚持和维护人民法院依法独立行使审判权的原则，客观公正审理案件，在审判活动中独立思考、自主判断，敢于坚持原则，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉，不受权势、人情等因素的影响；坚持以事实为根据，以法律为准绳，努力查明案件事实，准确把握法律精神，正确适用法律，合理行使裁量权，避免主观臆断、超越职权、滥用职权，确保案件裁判结果公平公正；牢固树立程序意识，坚持实体公正与程序公正并重，严格按照法定程序执法办案，充分保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利，避免执法办案中的随意行为；严格遵守法定办案时限，提高审判执行效率，及时化解纠纷，注重节约司法资源，杜绝玩忽职守、拖延办案等行为；认真贯彻司法公开原则，尊重人民群众的知情权，自觉接受法律监督和社会监督，同时避免司法审判受到外界的不当影响；自觉遵守司法回避制度，审理案件保持中立公正的立场，平等对待当事人和其他诉讼参与人，不偏袒或歧视任何一方当事人，不私自单独会见当事人及其代理人、辩护人；尊重其他法官对审判职权的依法行使，除履行工作职责或者通过正当程序外，不过问、不干预、不评论其他法官正在审理的案件。

（三）确保司法廉洁

根据《法官职业道德基本准则》第 15～18 条的规定，法官应该树立正确的权力观、地位观、利益观，坚持自重、自省、自警、自励，坚守廉洁底线，依法正确行使审判权、执行权，杜绝以权谋私、贪赃枉法行为；严格遵守廉洁司法规定，不接受案件当事人及相关人员的请客送礼，不利用职务便利或者法官身份谋取不正当利益，不违反规定与当事人或者其他诉讼参与人进行不正当交往，不在执法办案中徇私舞弊；不从事或者参与营利性的经营活动，不在企业及其他营利性组织中兼任法律顾问等职务，不就未决案件或者再审案件给当事人及其他诉讼参与人提供咨询意见；妥善处理个人和家庭事务，不利用法官身份寻求特殊利益。按规定如实报告个人有关事项，教育督促家庭成员不利用法官的职权、地位谋取不正当利益。

（四）坚持司法为民

根据《法官职业道德基本准则》第 19～22 条的规定，法官应该牢固树立以人为本、司法为民的理念，强化群众观念，重视群众诉求，关注群众感受，自觉维护人民群众的合法权益；注重发挥司法的能动作用，积极寻求有利于案结事了的纠纷解决办法，努力实现法律效果与社会效果的统一；认真执行司法便民规定，努力为当事人和其他诉讼参与人提供必要的诉讼便利，尽可能降低其诉讼成本；尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严，避免盛气凌人、“冷硬横推”等不良作风，尊重律师，依法保障律师参与诉讼活动的权利。

（五）维护司法形象

根据《法官职业道德基本准则》第23~26条的规定，法官应该坚持学习，精研业务，忠于职守，秉公办案，惩恶扬善，弘扬正义，保持昂扬的精神状态和良好的职业操守；坚持文明司法，遵守司法礼仪，在履行职责过程中行为规范、着装得体、语言文明、态度平和，保持良好的职业修养和司法作风；加强自身修养，培育高尚道德操守和健康生活情趣，杜绝与法官职业形象不相称、与法官职业道德相违背的不良嗜好和行为，遵守社会公德和家庭美德，维护良好的个人声誉；法官退休后应当遵守国家相关规定，不利用自己的原有身份和便利条件过问、干预执法办案，避免因个人不当言行对法官职业形象造成不良影响。

◆例8-1　法院领导在本院初任法官任职仪式上，就落实法官职业道德准则中的“文明司法”和践行执法为民理念的“理性文明执法”提出要求。下列哪些选项属于“文明执法”的范围？（　）

A. 提高素质和修养，遵守执法程序，注重执法艺术

B. 仪容整洁、举止得当、言行文明

C. 杜绝与法官职业形象不相称的行为

D. 严守办案时限，禁止拖延办案

【解析】选项AC正确。《法官职业道德基本准则》第25条规定：“加强自身修养，培育高尚道德操守和健康生活情趣，杜绝与法官职业形象不相称、与法官职业道德相违背的不良嗜好和行为，遵守社会公德和家庭美德，维护良好的个人声誉。”由此可知，本题选项AC说法正确。

选项B正确。《法官职业道德基本准则》第24条规定：“坚持文明司法，遵守司法礼仪，在履行职责过程中行为规范、着装得体、语言文明、态度平和，保持良好的职业修养和司法作风。”由此可知，本题选项B说法正确。

选项D错误。《法官职业道德基本准则》第11条规定：“严格遵守法定办案时限，提高审判执行效率，及时化解纠纷，注重节约司法资源，杜绝玩忽职守、拖延办案等行为。”由此可知，本题选项D属于保证司法公正的范围，不符合题意。

三、《法官行为规范》中的行为规则

2005年11月，最高人民法院发布了《法官行为规范（试行）》（已失效），并于2010年12月进行了修改，发布了《法官行为规范》。根据《法官行为规范》的规定，法官应该遵循以下基本行为规则。

（一）忠诚坚定

坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，在思想上和行动上与党中央保持一致，不得有违背党和国家基本政策以及社会主义司法制度的言行。

（二）公正司法

坚持以事实为根据、以法律为准绳，平等对待各方当事人，确保实体公正、程序公正和形象公正，努力实现办案法律效果和社会效果的有机统一，不得滥用职权、枉法裁判。

（三）高效办案

树立效率意识，科学合理安排工作，在法定期限内及时履行职责，努力提高办案效率，不得无故拖延、贻误工作、浪费司法资源。

（四）清正廉洁

遵守各项廉政规定，不得利用法官职务和身份谋取不正当利益，不得为当事人介绍代理人、辩护人以及中介机构，不得为律师、其他人员介绍案源或者给予其他不当协助。

（五）一心为民

落实司法为民的各项规定和要求，做到听民声、察民情、知民意，坚持能动司法，树立服务意识，做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务，避免“冷硬横推”等不良作风。

（六）严守纪律

遵守各项纪律规定，不得泄露在审判工作中获取的国家秘密、商业秘密、个人隐私等，不得过问、干预和影响他人正在审理的案件，不得随意发表有损生效裁判严肃性和权威性的言论。

（七）敬业奉献

热爱人民司法事业，增强职业使命感和荣誉感，加强业务学习，提高司法能力，恪尽职守，任劳任怨，无私奉献，不得麻痹懈怠、玩忽职守。

（八）加强修养

坚持学习，不断提高自身素质；遵守司法礼仪，执行着装规定，言语文明，举止得体，不得浓妆艳抹，不得佩带与法官身份不相称的饰物，不得参加有损司法职业形象的活动。

◆**例 8-2** 法官的下列哪些做法体现了执法为民的要求？（ ）

A. 民庭段法官加班加点，春节前及时审结拖欠农民工工资案件

B. 刑庭范法官拒绝承办案件辩护律师的宴请

C. 立案庭刘法官将收案材料细化分类整理，方便群众查询

D. 执行庭肖法官多方调查被执行人财产，成功执行赡养费支付判决

【解析】执法为民就是要求在法治实践中，充分关注民情，着力改善民生，切实保障民权，努力扩大和发展民主。A、C、D 项体现了执法为民的要求。公平的朴素含义是公允持平、不偏不倚、办事公道、利益均衡；正义则意味着惩恶扬善、激浊扬清、是非清楚、道义分明。B 项体现了公平正义的要求，故不选。

◆**例 8-3** 关于法官如何理解的司法活动中司法效率，下列哪一说法是不正确的？（ ）

A. 司法效率包括司法的时间效率、资源利用效率和司法活动的成本效率

B. 在遵守审理期限义务上，法官职业道德上的要求更加严格，应力求在审限内尽快完成职责

C. 法官采取程序性措施时，应严格依法并考虑效率方面的代价

D. 法官应恪守中立，不主动督促当事人或其代理人完成诉讼活动

【解析】A、B、C 选项正确。司法效率强调的是司法机关在司法活动中，在正确、合法的前提下，要提高办案效率，不拖延积压案件，及时审理和结案，合理利用和节约司法资源。司法效率要求迅速及时进行司法活动，在司法、诉讼的各个具体环节都要遵守法定的时限；同时，司法程序的设计还应使当事人得以最少的耗费启动、参与诉讼制度。司法制度大致包括司法的时间效率、资源利用效率和司法活动的成本效率。因此，A、B、C 选项正确。

选项 D 错误。法官在恪守中立的前提下，也应当主动督促当事人或其诉讼代理人完成诉讼活动，因此 D 选项说法错误。

四、国外有关法官职业伦理的基本要求

各国对法官赋予了不同的角色定位，因此，对于法官的职业伦理要求也不尽相同，不过一些基本的理念、价值是相通的，如公平、廉洁等，在此概述美国、英国、德国、法国、日本等国对法官的职业伦理要求，以供思考。

（一）美国法官职业伦理的基本要求

在美国，根据《美国法官行为守则》的规定，法官应该遵守的基本职业伦理规则主要包括：①法官应该维护司法的正直和独立；②法官在所有活动中应避免不当的行为或可能被视为不当的行为；③法官应该公平和勤勉地履行职责；④法官可以参与司法以外的活动以改进法律、法律制度和司法行政；⑤法官应该约束司法以外的活动，尽量降低与法官职务冲突的风险；⑥法官应该定时申报其在与法律有关及司法以外活动中所得的报酬；⑦法官应该克制自己的政治活动。其中，每条守则中又有若干细则和注释。例如，《美国法官行为守则》第 2 条规定，法官在所有活动中应避免不当的行为或可能被视为不当的行为：①法官应尊重和遵守法律，在任何时候的行为都要有助于增强公众对司法机构的独立和正直的信心。②法官不应让家庭、社会或者其他关系影响其司法行为和裁判。法官不应将司法机构在公众中的威信用于为他人谋取个人利益，也不能表示或让他人认为他们可以其特殊的地位影响法官。法官不应主动为他人品行作证。③法官不应拥有任何基于种族、性别、宗教、国籍等令人憎恶的歧视性组织的会员资格。

（二）英国法官职业伦理的基本要求

英国于 2003 年制定了《司法行为指南》（*Guide to Judicial Conduct*），并于 2018 年 3 月进行了修改，该指南的适用对象包括两大类：①现任法官（serving judges），包括法院和法庭的所有法官，无论是受薪的（salaried）还是付费的（fee-paid），法律的还是非法律的。②退休法官和治安法官（retired judges and magistrates），退休法官仍会被公众视为司法机构的代表，退休法官应谨慎行事，因此鼓励他们参照指南行事，以避免任何可能损害司法机构声誉的活动。

《司法行为指南》规定了司法行为应该遵循的三大基本原则：

1. 司法独立（judicial independence）。法官应牢记，司法独立原则远远超出传统的权力分立，并要求法官独立于社会的所有权力或影响力，包括媒体和商业利益。法官必须免受宣传的影响，不论宣传是有利的还是不利的。当然，这并不意味着法官不需要考虑司法决定可能产生的深远影响，这种影响不仅涉及人民的生活，有时也涉及公众十分关心的问题。

2. 公正（impartiality）。法官应努力确保他们在法庭内外的行为能够维持和加强公众、法律界和诉讼当事人对法官个人和司法公正的信心。因此，在合理的范围内，法官应避免参与可能导致合理的偏见或可能引起利益冲突的司法外活动。

3. 正直（integrity）。在实践中，这意味着法官要表现出：①理智诚实；②尊重并遵守法律；③谨慎管理财务；④勤勉、谨慎地履行司法职责；⑤个人关系、社会联系和活动的裁量权。

（三）德国法官职业伦理的基本要求

德国没有专门的法官职业伦理准则，有关法官的职业伦理要求主要散见于《德国基本法》《德国法官法》《德国联邦纪律法》等法律以及相关的惩戒案例中。《德国基本法》第 97 条规定，法官是独立的，他只依照法律行事。因此，在德国，“法官独立”是整个法官制度的基础，保持自身的独立性就成为德国法官职业伦理的基本要求。此外，《德国法官法》中也包括一些涉及法官权利义务的规定。例如，法官应当全身心投入自己的工作，在履行职责的时候应清正廉洁，毫无自私自利之心；在履行职务期间和私生活中，法官的行为都应无愧于其职务所需的尊重和信任；等等。关于独立地位的特别法规也涉及法官的表现问题：法官在任职期间和私生活中以及在投身政治活动时，其表现都不应当破坏人们对法官的信任。尤其是在司法程序中，法官的行为不应造成当事人因此怀疑判决的合法性从而不服判决结果的情况。当对合法性产生怀疑时，争讼的任何一方都有权拒绝服从该法官。在法庭外，法官有权发表自己的政治观点，也可以加入某一政治党派或工会组织，但其行为表现应当适度。在德国，最重要的职业伦理要求均出自法官纪律委员会判决的案例。〔1〕

（四）法国法官职业伦理的基本要求

在法国，2006 年 6 月 6 日，议会设立的调查委员会提交了一份报告，正式提议编撰司法官职业伦理。2007 年，国民议会在审议“司法官招聘、培训及责任相关的组织法”修正案时，赋予司法官高等委员会起草并公布司法官职业伦理义务汇编的职权。然而，这一汇编并不是法典，只是司法官的行为指南。它既是司法官职业伦理的有机组成部分，又是确立其具体职业伦理规范的基础与依据。汇编的主要内容如下：①捍卫司法独立。司法官作为司法权力的行使者，当然要保障司法独立，防止司法权受到来自立法权、行政权的侵害。②追求公正。法律职业的根本价值取向是公正，这一本质属性决定了整个法律职业共同体都必须把追求公正和实现公正作为使命。司法官作为法治社会的顶梁柱，尤其应该通过其职业行为实现社会公正。③廉洁。廉洁是法官最低的职业操守，是法官职业化的伦理根基。④遵守合法性原则。司法官必须对实证法的规范、相关的判决及司法解释有准确的掌握，还要能够在遇到疑难问题时灵活运用法律解释技术。⑤尊重他人。这里的“他人”包含当事人、受害人、司法辅助人员等。⑥保密和审慎。司法官应该保守职业秘密，不参与政治活动，对有争议的公共议题尽量不要发表个人意见。〔2〕

（五）日本法官职业伦理的基本要求

在日本，根据《日本法院法》第 52 条之规定，法官在任职期间，不得从事下列行为：①成为国会或地方公共团体议会的议员，或者积极从事政治活动；②除经最高法院的许可以外，从事有报酬的其他职务；③从事经商等以获得金钱利益为目的的业

〔1〕 参见万鄂湘、李克主编：《法官综合培训教程》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 55~56 页。

〔2〕 参见王蔚：“浅析法官司法官职业伦理教育”，载曹义孙主编：《中国政法大学教育文选》（第 18 辑），中国政法大学出版社 2015 年版，第 99~100 页。

务。[1] 此外，日本律师协会发布的《座谈会：关于司法伦理的报告书》中规定了法官的五种义务：①在审判活动中保持对法律的忠实性、独立性、公平中立性及保持对上述各点的自觉、自制的义务。②避免并阻止损害对审判或法官的一般信赖的行动或态度。③保持一定的品格体面的义务。④吸收不断变化并不断进步的有关法律、社会、政治、经济、文化等方面的知识，并使其在审判中有所体现的义务。⑤最为重要的义务是在关注审判活动的同时，致力于审判的迅速化和效率化，并且不放松对于上述各项进行创新性思考的义务。[2]

〔1〕 参见《日本司法制度法律规范总览》，张凌、于秀峰编译，人民法院出版社 2017 年版，第 13 页。

〔2〕 参见怀效锋主编：《法官行为与职业伦理》，法律出版社 2006 年版，第 399 页。

第九章

法官职业伦理具体要求

导 语

综合法官的角色定位与职业属性，以及我国现有规范中关于法官职业伦理的基本要求，本书总结了六项法官职业伦理的具体要求，包括保障司法公正、提高司法效率、保持清正廉洁、遵守司法礼仪、加强自身修养和约束业外活动。本章将就这六项法官职业伦理具体要求的含义和内容进行介绍和分析。

第一节 保障司法公正

“公正”一词包含了公平、正义的内涵，是整个人类社会共同的价值目标。司法活动作为一种社会控制方式，是用来消除矛盾、定分止争的工具，承担着守护社会良心的作用，司法活动本身必须是公正的。因此，公正是一切司法工作的本质特征和生命线，也是法官必须遵循的基本准则。司法公正是法官职业伦理的第一准则。《法官职业道德基本准则》第 8～14 条对此进行了规定。具体来说，保障司法公正主要包括以下内容：

一、独立行使审判权

习近平总书记曾指出，“保证司法机关依法独立公正行使职权是我们党的明确主张”。[1] 我国宪法和法律规定人民法院独立行使审判权，不受任何行政机关、社会团体和个人干涉。法官在具体的司法实践活动中应当严格地依照法律规定，忠于宪法和法律，独立行使审判权。根据《法官职业道德基本准则》第 8 条的规定，法官应该“坚持和维护人民法院依法独立行使审判权的原则，客观公正审理案件，在审判活动中独立思考、自主判断，敢于坚持原则，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉，不受权势、人情等因素的影响”。

同时，法官也应注意避免受到来自法院系统内部的影响和压力。《法官职业道德基本准则》第 14 条规定，法官应当尊重其他法官对审判职权的依法行使，除履行工作职责或者通过正当程序外，不过问、不干预、不评论其他法官正在审理的案件。《法官职业道德基本准则》第 26 条规定，法官退休后应当遵守国家相关规定，不利用自己的原

〔1〕 参见习近平 2014 年 1 月 7 日在中央政法工作会议上的讲话。

有身份和便利条件过问、干预执法办案，避免因个人不当言行对法官职业形象选成不良影响。具体而言，除非基于履行审判职责或者通过适当的程序，不得对其他法官正在审理的案件发表评论，不得对与自己有利害关系的案件提出处理建议和意见；不得擅自过问或者干预下级人民法院正在审理的案件；不得向上级人民法院就二审案件提出个人的处理建议和意见。当然，依法独立行使审判权，最主要还是靠法官自觉。法官在裁判过程中，应当有独立判断的意识，正确地运用自己的法律专业知识和技能作出正确的判断，排除各种不利的影响和干扰，坚持观点，坚守职责。

二、中立裁决纠纷

法官、检察官、律师等司法职业者在司法实践活动中有着各自的角色，承担着不同的任务。由于法官职业的特殊性质，法官在审判活动中应当保持中立，不偏不倚，维护司法公正的形象和要求。只有裁判中立，以控、辩、裁为基础的现代诉讼制度才能得以存续并运行良好。因此，无论是在刑事诉讼，还是在民事诉讼，抑或是在行政诉讼中，法官中立裁决纠纷都是一项基本的诉讼要求。根据《法官职业道德基本准则》第 13 条的规定，法官应自觉遵守司法回避制度，审理案件保持中立公正的立场，平等对待当事人和其他诉讼参与人，不偏袒或歧视任何一方当事人，不私自单独会见当事人及其代理人、辩护人。在与一方当事人接触时，应当保持公平，避免他方当事人对法官的中立性产生合理怀疑。法官应当抵制当事人及其代理人、辩护人或者案外人利用各种社会关系的说情。《法官行为规范》第 40、42 条规定，法官不得违背当事人意愿，以不正当的手段迫使当事人撤诉或接受调解。法官在履行职责时，不得以其言语和行为表现出任何歧视，并有义务制止和纠正诉讼参与人和其他人员的歧视性言行。根据《人民法院组织法》等法律的规定，法官还应充分注意到由于当事人和其他诉讼参与人的民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度、健康状况和居住地等因素而可能产生的差别，切实采取措施保障诉讼各方的诉讼地位，保障他们充分行使诉讼权利和维护好实体权利。法官也不得在宣判前通过言语、表情、行为等流露出自己对裁判结果的观点或态度。根据《法官职业道德基本准则》第 17 条的规定，法官不得从事或者参与营利性的经营活动，不得在企业及其他营利性组织中兼任法律顾问等职务，不得就未决案件或者再审案件给当事人及其他诉讼参与人提供咨询意见。

三、恪守公开原则

公正以公开为前提，司法活动的公正很大程度上在于其能够以人们看得见的方式来实现正义。根据《法官职业道德基本准则》第 12 条的规定，法官应认真贯彻司法公开原则，尊重人民群众的知情权，自觉接受法律监督和社会监督，同时避免司法审判受到外界的不当影响。公开原则要求法官在履行职责过程中，除了法律规定不应该公开和可以不公开的情况以外，其他司法活动都应当以公开的方式进行。公开的内容和范围应当在法律规定的范围之内。向当事人和社会公开的案件，法官应当允许公民旁听，允许新闻媒体采访，只要公众接触案件的方式符合法律规定，法官都应当对其行为给予适当的尊重。法官在司法裁判活动中应当避免主观擅断、滥用法官职权和枉法

裁判等行为。对涉案当事人的诉讼权利采取限制的，应当依法说明原因，避免因主观臆断而武断地得出结论。公开原则是诉讼活动的一项基本原则，是确保司法公正的重要方式，它还体现在司法裁判的说理过程中。司法裁判本身就包含着一定的推理过程，法律观念和法律价值的选择对于案件的裁断是必要的，对其进行科学合理的阐释有助于公众正确地理解国家的司法活动和信服司法裁判的结果，同时还有利于司法权威的加强。《法官行为规范》第 51 条第 3 项规定，法官应对证明责任、证据的证明力以及证明标准等问题进行合理解释。诉讼过程中的诉讼文书是法律运用于实践的典范，法官应当将法律允许公开的司法文书公之于众，接受公众对司法裁判活动的监督和普通民众的正义观念的检验，真正做到以理服人。

四、坚守司法公正

司法公正是司法工作的良心和底线，也是法官从事司法实践工作所追求的目标。法官应当以维护公正正义为己任，认真履行法官职责。根据《法官职业道德基本准则》第 9 条的规定，法官应坚持以事实为根据，以法律为准绳，努力查明案件事实，准确把握法律精神，正确适用法律，合理行使裁量权，避免主观臆断、超越职权、滥用职权，确保案件裁判结果公平公正。在具体的案件审理上，法官不仅要坚持实体公正，还要兼顾程序公正。根据《法官职业道德基本准则》第 10 条的规定，法官应牢固树立程序意识，坚持实体公正与程序公正并重，严格按照法定程序执法办案，充分保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利，避免执法办案中的随意行为。实体公正是程序公正的目的，程序公正是实体公正的保障。《法官职业道德基本准则》将程序公正独立出来的价值在于法治更多地是程序或规则之治。程序公正和实体公正是法官司法活动的基本要求，除此之外，法官职业伦理还要求法官在司法实践中做到形象公正。法官在裁决案件过程中，应尽量做到客观中立，避免公众对司法公正产生合理的怀疑，这既是裁判中立的要求，也是司法公正的要求。法官的行为代表司法职业的形象，法官的言行体现国家公职人员的严肃和庄重，形象公正能够产生程序公正和实体公正所不具有的作用，能够强化司法的权威和公信力。《法官职业道德基本准则》第 3 条规定，法官应当自觉遵守法官职业道德，在本职工作和业外活动中严格要求自己，维护人民法院形象和司法公信力。

◆例 9-1 张法官与所承办案件当事人的代理律师系某业务培训班同学，偶有来往，为此张法官向院长申请回避，经综合考虑，院长未予批准。张法官在办案时与该律师依法沟通，该回避事项虽被对方代理人质疑，但审判过程和结果受到一致肯定。对照《法官职业道德基本准则》，张法官的行为直接体现了下列哪一要求？（ ）

A. 严格遵守审限

B. 约束业外活动

C. 坚持司法便民

D. 保持中立地位

【解析】 A 选项错误。本题中，张法官的行为与审限无关。B 选项错误。法官业外活动，是指法官司法职务以外的所有活动，又称“8 小时以外”或职务外活动。本题中涉及的是张法官申请回避未被批准后，依法与其所承办案件的代理人进行沟通的行为，这些都是职务行为，并非业外行为。C 选

项错误。本题中，张法官的行为未涉及为当事人或诉讼参与人提供必要的诉讼便利。D 选项正确。但张法官虽与其所承办的案件代理人系同学关系，偶有来往，但张法官申请回避后未获院长批准，依法与该代理人沟通，审判过程和结果受到对方代理人的肯定，这说明张法官主动遵守回避制度，审理案件保持中立公正的立场，平等对待当事人和其他诉讼参与人。

第二节　提高司法效率

“迟来的正义非正义”这句西方有名的法谚揭示出一个道理：司法裁决要保持一定的效率，才能实现其定分止争的社会功效。换言之，司法公正以效率为基础，离开效率，公正也就无从谈起。司法效率的提高既是对法官业务的要求，也是对法官职业伦理的要求。在当前的社会转型期，诉讼和非诉案件大量涌现，法官职业伦理要求法官重视司法效率，发挥其在司法实践中的主观能动性，迅速、便捷地履行好司法职责。司法效率在法官职业伦理中占据着重要的地位，主要体现在以下三个方面：

一、勤勉敬业

法官的工作作风、能力以及待人接物的态度与法官的工作态度直接相关，勤勉敬业的法官才能优质、高效地履行司法职责。根据《法官行为规范》第 7 条的规定，敬业奉献是法官应具备的基本精神。法官应热爱人民司法事业，增强职业使命感和荣誉感，加强业务学习，提高司法能力，恪尽职守，任劳任怨，无私奉献，不得麻痹懈怠、玩忽职守。在日常的业务实践和学习中，法官应当增强责任感和使命感，忠于职守，勤恳工作，尽职尽责，树立良好的工作作风，端正工作态度，遵守工作要求的各项纪律，努力熟悉和掌握工作所需的法律知识和司法实务技能。转型期的司法改革对法官的勤勉敬业提出了更高的要求，新的改革举措的出台、新的法律实务技能的学习等，都要求我国的法官要勇于创新，积极进取，不断地在实践中完善各项司法制度，提升法院整体的司法水平。

二、守时

在规定的审限内审结案件，以及在法定时间内完成特定司法文书的制作和执行，这些都是提高司法效率、实现司法公正的重要保障。三大诉讼法以及最高人民法院的各种司法解释都对案件的审限问题进行了明确的规定。法官在司法活动中一方面要做到自己严格地遵守审限的规定，力争在法定期限内尽快地立案、审理、判决、执行，认真、及时、有效地完成本职工作；另一方面，也要有效地监督诉讼参与人在诉讼活动中严格地遵守诉讼期间。根据《法官职业道德基本准则》第 11 条的规定，法官应当严格遵守法定办案时限，提高审判执行效率，及时化解纠纷，注重节约司法资源，杜绝玩忽职守、拖延办案等行为。因此，法官应当合理安排各项审判事务，提高诉讼效率，重视各项司法职责的履行，同时关注自己所承办的案件，并且保证投入足够的、合理的时间、精力，注重在实践中团队合作的有效性。

三、注重效果

法官除了要勤勉敬业、守时之外，还要注重效果，既要注重法律效果，也要注重社会效果。《法官行为规范》第 3 条就规定了法官要高效办案。法官应树立效率意识，科学合理安排工作，在法定期限内及时履行职责，努力提高办案效率，不得无故拖延、贻误工作、浪费司法资源。根据《法官职业道德基本准则》第 20 条的规定，法官应注重发挥司法的能动作用，积极寻求有利于案结事了的纠纷解决办法，努力实现法律效果与社会效果的统一。《法官行为规范》第 2 条也规定，法官应努力实现办案法律效果和社会效果的有机统一，不得滥用职权、枉法裁判。可见，在保证效率的基础上，法官的司法活动还要追求法律效果和社会效果的统一。这就意味着，为了达到法律职业伦理的要求，法官应当保证裁决结果的实现，应当努力避免“只管判决不管执行”的现象。对于一些有特殊情况的案件应综合考虑，比如，可以先予执行的案件，在审理过程中就应考虑执行的问题；还有一些其他的特殊案件，法官在判决前就可以预测到将会发生执行困难的问题，那么就可以在必要的时候通过法律允许的手段防止判决成为一纸空文。如一些明显没有执行能力的案件，法官可以进行调解，尽量实现法律效果和社会效果的统一。

第三节 保持清正廉洁

作为一个合格的法官，其在物质生活和精神生活上都要保持纯洁和清廉，能够合理恰当地处理好公职与私利之间的关系，自觉抵制外部不正当利益的诱惑，不直接或间接利用职位和地位谋取不正当利益，在生活上保持简朴的本色，积极维护司法形象和司法公信力。根据《法官职业道德基本准则》第 15 条的规定，法官应树立正确的权力观、地位观、利益观，坚持自重、自省、自警、自励，坚守廉洁底线，依法正确行使审判权、执行权，杜绝以权谋私、贪赃枉法的行为。在我国，司法腐败虽然只是个别现象，但是已经对法官职业群体的声誉造成了极其恶劣的影响，极大地破坏了司法权威。因此，清正廉洁是法官职业伦理的要求之一，任何法官都必须在以下几个方面高度重视道德操守的保持：

一、禁止获取不正当利益

法官在司法活动中，不得直接或间接地利用其职务和地位谋取任何不正当利益。《法官行为规范》第 4 条规定，法官应遵守各项廉政规定，不得利用法官职务和身份谋取不正当利益，不得为当事人介绍代理人、辩护人以及中介机构，不得为律师、其他人员介绍案源或者给予其他不当协助。当然，法官除了薪酬之外，也可以有自己正当合法的业外收入，如合法投资、稿酬、遗产继承等，但是法官不得获得可能影响司法公正与廉洁的收入，更不得取得法律禁止所有人非法取得的收入。法官只有遵守法官职业伦理，严格律己，才能做到清正廉洁。

二、限制法官从事业外活动

世界各国大多对法官从事业外活动有限制规定，主要是防止法官业外活动影响其公正廉洁的形象和削弱司法权威，例如法官不得兼任律师、代理人、辩护人等。根据《法官职业道德基本准则》第 17 条的规定，法官不得从事或参与营利性的经营活动，不得在企业及其他营利性组织中兼任法律顾问等职务，不得就未决案件或者再审案件给当事人及其他诉讼参与人提供咨询意见。法官在从事业外活动方面受到限制，就能基本保证其在司法活动中处于中立超然的地位，既有利于裁决案件，也有利于保护自身，维护职业形象与社会关系的稳定。职业法官在履行法官职责的时候，是禁止为律师介绍案件并从中获利或者充当案件的诉讼代理人、辩护人的；并且在离职后的一定年限内也禁止从事前项活动。这一规定表面上限制了法官的工作权利，但是基于目前对法官群体的制约机制并非十分完善，这一限制是有必要的。

三、保持正当的生活方式

法官是国家的公务员，代表着国家公务人员的形象和尊严。法官应当保证其消费水平和生活方式与自己的合法收入相一致。清正廉洁的法官形象本身也要求一种法官职业的正当生活方式。如果法官经常出入高档奢华的消费场所，生活腐化堕落，那么公众就会对法官收入的来源合法性和其职业的公信力产生怀疑。因此，根据《法官职业道德基本准则》第 25 条的规定，法官应加强自身修养，培养高尚道德操守和健康生活情趣，杜绝与法官职业形象不相称、与法官职业道德相违背的不良嗜好和行为，遵守社会公德和家庭美德，维护良好的个人声誉。

四、约束家庭成员的行为

根据《法官职业道德基本准则》第 18 条的规定，法官应妥善处理个人和家庭事务，不利用法官身份寻求特殊利益。按规定如实报告个人有关事项，教育督促家庭成员不利用法官的职权、地位谋取不正当利益。按照该条规定，法官必须告知其家庭成员法官的行为规范和职业伦理要求，并监督其家庭成员遵守相关规定。在一般的司法实践中，少数法官家属或多或少地利用法官的影响，从事律师或其他行业，给法官正常的司法工作带来不少问题。因此，最近几年，最高人民法院和地方法院相继出台了一些规定，限制法官家属从事司法活动或与此有关的活动。这些规定的目的在于防止法官家属利用法官的职位和身份获取不正当利益，影响司法公正和法官形象。在当下的法制环境中，约束法官家庭成员的行为，更多是依靠法官自律。

◆**例 9-2**　法官李某的下列哪些行为违反了法官职业道德规范？(　)

A. 庭审时，发现当事人高某聘请的律师赵某明显不负责任，提醒高某可另行委托律师钱某

B. 办案时，发现原告律师程某系自己高中同学，主动提出回避申请

C. 庭审前，向所办案件当事人委托的张律师指出某一证据效力不足

D. 讲座时，提出司法腐败主要是当事人行贿所致

【解析】选项 A 错误，选项 C 错误。《法官职业道德基本准则》第 2 条规定："法官职业道德的核

心是公正、廉洁、为民。基本要求是忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象。”选项 A 和 C 皆违背了法官中立公正的形象，故 A 和 C 当选。

选项 B 正确。《法官职业道德基本准则》第 13 条规定：“自觉遵守司法回避制度，审理案件保持中立公正的立场，平等对待当事人和其他诉讼参与人，不偏袒或歧视任何一方当事人，不私自单独会见当事人及其代理人、辩护人。”故 B 项符合法官职业道德要求。

选项 D 错误。《法官职业道德基本准则》第 3 条规定：“法官应当自觉遵守法官职业道德，在本职工作和业外活动中严格要求自己，维护人民法院形象和司法公信力。”选项 D 提出司法腐败主要是当事人行贿所致，会使公众对法官的公正司法和清正廉洁产生合理怀疑，对人民法院的公信力产生不良影响，故当选。

第四节 遵守司法礼仪

所谓司法礼仪，是指司法活动的主体（包括法官、检察官、律师、当事人、其他诉讼参与人以及其他参与司法活动的官员、旁听人员等）在司法活动中所应当遵守的礼节、仪式和其他交流与行为的态度和方式。根据《法官职业道德基本准则》第 24 条的规定，法官应坚持文明司法，遵守司法礼仪，在履行职责过程中行为规范、着装得体、语言文明、态度平和，保持良好的职业修养和司法作风。良好的司法礼仪不仅能维护法庭上的正常活动秩序和法官的形象，还能为司法的文明和权威提供保证。具体而言，法官职业伦理要求法官遵守以下司法礼仪：

一、保持适当的自身仪表

法官在法庭和日常生活中应当注意保持与自身职位和身份相符合的礼仪和形象。在与国家权力相关的职业中，法官是公众期望值最高的职业之一。法官群体被称为“运送正义的使者”，法官本人也应具有极强的道德荣誉感，应时刻注意自身的仪表举止，不得做出与法官职业伦理和业务要求不一致的举动。根据《法官职业道德基本准则》第 23 条的规定，法官应坚持学习，精研业务，忠于职守，秉公办案，惩恶扬善，弘扬正义，保持昂扬的精神状态和良好的职业操守。

二、遵守法庭礼仪

法官的司法活动主要发生在法庭内，这里也是最能体现法官礼仪的地方。根据《法官行为规范》第 29 条的规定，法官出庭时应做到：①准时出庭，不迟到，不早退，不缺席；②在进入法庭前必须更换好法官服或者法袍，并保持整洁和庄重，严禁着便装出庭，合议庭成员出庭的着装应当保持统一；③设立法官通道的，应当走法官通道；④一般在当事人、代理人、辩护人、公诉人等入庭后进入法庭，但前述人员迟到、拒不到庭的除外；⑤不得与诉讼各方随意打招呼，不得与一方有特别亲密的行为；⑥严禁酒后出庭。以上只是法官在庭审前需要遵守的礼仪。更详细的法庭礼仪见《法官行为规范》第三部分“庭审”，此处不作赘述。

三、对相关人员以礼相待

相关人员主要是指当事人和其他诉讼参与人。法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人的权利，以礼貌、文明、善意的态度对待他们以及旁听人员，为其能够正常、顺利参与庭审提供良好的条件。根据《法官职业道德基本准则》第 21 条的规定，法官应认真执行司法便民规定，努力为当事人和其他诉讼参与人提供必要的诉讼便利，尽可能降低诉讼成本。根据《法官职业道德基本准则》第 22 条的规定，法官应尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严，避免盛气凌人、“冷横硬推”等不良作风，尊重律师，依法保障律师参与诉讼活动的权利。《法官行为规范》第 5 条明确了“一心为民”的法官职业规范，法官应落实司法为民的各项规定和要求，做到听民声、察民情、知民意，坚持能动司法，树立服务意识，做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务，避免“冷硬横推”等不良作风。《法官行为规范》还规定了法官在不同的情况下应当如何对待当事人和其他诉讼参与人、旁听者等。

第五节　加强自身修养

在我国，法官是一个高度专业化的职业群体。即使不像美国等发达国家般严苛，法官的入职门槛仍然较普通职业更高。在英美法系国家中，法官被认为是有学识和修养的人，有着较高的社会地位。法官要裁决纠纷，要保证裁决的公正合理，要确保裁判的权威性得到公众的认可，就必须拥有丰富的法律知识、敏锐的观察力和分析能力，要能够准确精练地发现事实、分析问题，并适用法律解决问题。时代在发展，新形势下的法官必然会面临一个不断变化的司法环境，要成为一名称职的法官，为国家和人民作出自己的贡献，就要不断加强自身修养，不断提高自身综合素质。根据《法官职业道德基本准则》第 25 条的规定，法官应加强自身修养，培育高尚道德情操和健康生活情趣，杜绝与法官职业形象不相称、与法官职业道德相违背的不良嗜好和行为，遵守社会公德和家庭美德，维护良好的个人声誉。根据《法官职业道德基本准则》，法官应当在以下三个方面加强自身修养：

一、良好的政治素质

良好的政治素质是法官恪尽职守、公正司法的先决条件。作为人民法院的法官，履职时要一心为民，有坚定的政治信念和政治立场，准确地把握司法改革的动向，在大是大非面前保持坚定的政治操守，不断提高政治水平。关注党和国家政策的变动和制定，不断提升自己对政治情势的分析和思考能力。

二、良好的业务素质

法官职业水平和裁判的质量与业务素质直接相关，良好的业务素质是国家审判权发挥作用的保障。我国的法官实行终身制，在任职期间，法官必须不断地补充法律知识，掌握法律技能，熟悉新颁布的法律法规和司法解释，研习法理，提高审判案件和

制作裁判文书的能力。我国《法官法》第五章详细地规定了法官进行理论培训和业务培训的方式、原则、主体和成绩考核的办法。《法官行为规范》第 7 条明确规定，法官应加强业务学习，提高司法能力。

三、良好的个人品行

法官作为国家公职人员，首先是该国的公民，所以也应具备一个普通人应有的道德品行。一个合格的法官，在日常生活中肯定也是严于律己，十分注意自己的言行，具备崇高的道德操守，遵守社会公德和家庭美德。我国台湾地区著名法学家史尚宽先生曾经说过："虽有完美的保障审判独立之制度，有彻底的法学之研究，然若受外界之引诱，物欲之蒙蔽，舞文弄墨，徇私枉法，则反而以其法学知识为其作奸犯科之工具，有如为虎傅翼，助纣为虐，是以法学修养虽为切要，而品格修养尤为重要。"[1] 基于对社会现实的深刻了解，法官应具有丰富的社会经验，忠于职守，刚正不阿，惩恶扬善，弘扬正义，正直善良，谦虚谨慎，在社会生活中拥有良好的个人声誉。

第六节 约束业外活动

我国《法官法》第 22 条规定，法官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、监察机关、检察机关以及企业、其他营利性组织、事业单位的职务，不得兼任律师、仲裁员和公证员。《法官法》第 46 条规定，法官违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或其他营利性组织中兼任职务的，应当给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。这些规定都是对法官业外活动的限制。法官的行为中有很大一部分是业外活动，在一定程度上，业外活动与法官的职业能力、个人素养、工作态度和司法职责等密切相关。如果要维护法官公正无私、独立中立的形象，那么就要尽量地减少甚至避免法官个人利益与社会公益相冲突的情况，而严格地限制法官的业外活动是一个重要的手段。《法官行为规范》第八部分专门规定了"业外活动"，共 10 个条文。具体而言，法官应从以下三个方面约束自己的业外活动：

一、严格遵守保密义务

保密义务既是法官的道德义务，也是法官的法律义务。法官在审判活动中，不可避免地会接触到国家机密、商业秘密、个人隐私和其他不能公开的信息。这既是法官职业所必需的，也是国家法律所允许的。但是对工作过程中接触到的这些不能公开的信息，法官不能有意或者无意地公开，否则就不能很好地维护国家利益和当事人的合法权益。《法官法》第 10 条规定，法官应保守国家秘密和审判工作秘密。法官在写作、授课过程中，应当避免对具体案件和当事人进行评论，不披露或者使用在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息。法官接受新闻媒体与法院工作有关的采访的，需要经过组织安排或者批准。在接受采访时，法官不得发表有损司法

[1] 史尚宽：《宪法论丛》，荣泰印书馆 1973 年版，第 336 页。

公正的言论，不对正在审理中的案件和有关当事人进行评论，不披露在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息。

◆例 9-3　下列哪一选项属于违反法官职业伦理规范的情形？（　）

A. 甲市中级人民法院陈法官的妹妹接到乙县人民法院开庭传票，晚上到哥哥家咨询开庭注意事项。陈法官只叮嘱其妹庭上发言要有针对性，不要滔滔不绝

B. 乙市某法学院针对甲市中级人民法院在审案件组织模拟法庭，乙市中级人民法院钱法官应邀担任审判长。庭审后，钱法官就该案件的审理和判决向同学们发表了看法

C. 林法官担任某法学院兼职博士生导师，每年招收法学博士研究生 1 名

D. 某省高级人民法院朱院长担任法学会法律文书学研究会副会长

【解析】选项 A 没有违反法官职业伦理规范。甲市中级人民法院与乙县人民法院是不同的法院，且陈法官也没有对案件的审理和审判工作发表意见，其叮嘱的内容没有违反法官职业伦理规范。选项 B 违反了法官职业伦理规范。《法官职业道德基本准则》第 14 条规定："尊重其他法官对审判职权的依法行使，除履行工作职责或者通过正当程序外，不过问、不干预、不评论其他法官正在审理的案件。"本项中，钱法官就甲市中级人民法院在审案件的审理和判决发表意见，违反了法官职业道德。选项 C 没有违反法官职业伦理规范。《法官行为规范》第 83 条第 1 项规定："在不影响审判工作的前提下，可以利用业余时间从事写作、授课等活动。"选项 D 没有违反法官职业伦理规范。《法官行为规范》第 82 条规定："受邀请参加各类社团组织或者联谊活动①确需参加在各级民政部门登记注册的社团组织的，及时报告并由所在法院按照法官管理权限审批；②不参加营利性社团组织；③不接受有违清正廉洁要求的吃请、礼品和礼金。"D 项中，朱院长可以担任法学会法律文书学研究会副会长。

二、培养健康的爱好和习惯

法官的职业伦理对法官的个人行为有着强烈的指导作用，法官应培养健康的爱好和习惯。法官不得接受有违清正廉洁要求的吃请、礼品和礼金。在本人或者亲友与他人发生矛盾时，法官应保持冷静、克制，通过正当、合法的途径解决。法官不得利用法官身份寻求特殊照顾，不得妨碍有关部门解决问题。健康良好的生活习惯和个人爱好，对于培养高尚的情操也至关重要。奢侈浪费、虚荣自私的个人品行不可能培养出公正无私、秉公执法的法官。法官应严格按照法官职业伦理行事，不得参加邪教组织或者参加封建迷信活动，应当向家人和朋友宣传科学，引导他们相信科学、反对封建迷信；同时，发现利用封建迷信活动违法犯罪的，应当立即向有关组织和公安部门反映。

三、谨慎参与社会活动

法官参加社会活动应当谨慎，要自觉维护法官形象，既不能脱离社会，也不能无原则地融入社会。法官在受到邀请参加座谈、研讨活动时，对与案件有利害关系的机关、企事业单位、律师事务所、中介机构等的邀请应当拒绝；对与案件无利害关系的党、政、军机关、学术团体、群众组织的邀请，经向单位请示批准后方可参加。法官确需参加在各级民政部门登记注册的社团组织的，应及时报告并由所在法院按照法官管理权限审批。法官在业务时间从事写作、授课，应以不影响审判工作为前提，对于参加司法职务外活动获得的合法报酬，应当依法纳税。法官不得乘警车、穿制服出入

营业性娱乐场所。法官因私出国探亲、旅游，应如实向组织申报所去的国家、地区及返回的时间，经组织同意后方可出行，应准时返回工作岗位；应遵守当地法律，尊重当地民风民俗和宗教习惯。

四、退休后自我约束

法官在履职期间，基于职责要求，当然要约束自己的行为；在离职之后，基于法律伦理或法律规定的要求，在一定时期内，不得从事与法律相关的职业。根据《法官职业道德基本准则》第26条的规定，法官退休后应当遵守国家相关规定，不利用自己的原有身份和便利条件过问、干预执法办案，避免因个人不当言行对法官职业形象造成不良影响。

◆例9-4 因某非法吸收公众存款刑事案件涉及人数众多，影响面广，当地领导私下曾有“必须重判”的说法。①主审李法官听此说法即向院长汇报。②开庭时，李法官对律师提出的非法证据排除的请求不予理睬。③李法官对刘检察官当庭反驳律师无罪辩护意见、严斥该律师立场有问题的做法不予制止。④李法官几次打断律师用方言发言，让其放慢语速并重复。⑤律师对法庭上述做法提出异议，遭拒后当即退庭抗议。⑥刘检察官大声对律师说：“你太不成熟，本地没你的饭吃了。”⑦律师担心被报复，向当事人提出解除委托关系。⑧李法官、刘检察官应邀参加该律师所在律所的十周年所庆，该律师向李、刘赠送礼品。上述法律职业人员的行为，哪些是不当的？（ ）

A. ①④⑤

B. ②③④

C. ②⑥⑦

D. ③⑦⑧

【解析】第①项，《法官职业道德基本准则》第8条规定：“坚持和维护人民法院依法独立行使审判权的原则，客观公正审理案件，在审判活动中独立思考、自主判断，敢于坚持原则，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉，不受权势、人情等因素的影响。”由此可知，李法官应当坚持原则，而非向院长报告，第①项属于不当行为。

第②项，律师有提出非法证据排除的权利，法官在没有核实的情况下不予理睬的做法违反法律职业道德，第②项属于不当行为。

第③项，《法官职业道德基本准则》第22条规定：“尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严，避免盛气凌人、‘冷硬横推’等不良作风；尊重律师，依法保障律师参与诉讼活动的权利。”因此，法庭上出现这种情况时，法官应当予以制止，第③项属于不当行为。

第④项，《法官行为规范》第32条规定：“当事人使用方言或者少数民族语言①诉讼一方只能讲方言的，应当准许；他方表示不通晓的，可以由懂方言的人用普通话进行复述，复述应当准确无误；②使用少数民族语言陈述，他方表示不通晓的，应当为其配备翻译。”由此可知，李法官的行为并无不当。

第⑤项，我国没有对律师退庭进行明文规定，与之相关的是《律师法》第32条第2款的规定：“律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。”在实践中，一般将律师退庭抗议行为认定为扰乱法庭秩序。据此可知，第⑤项中律师的行为不当。

第⑥项，《最高人民检察院关于规范检察人员与律师交往行为的暂行规定》第4条规定：“检察人

员与律师交往，应当符合法律、纪律规定和检察职业道德要求，不得妨碍律师依法执业，不得无故拖延、推诿或者刁难律师依法执业提出的合理要求，自觉避免一切可能影响检察工作公正性、公信力、廉洁性的行为。”由此可知，刘检察官的行为不尊重律师，属于不当行为。

第⑦项，根据上述《律师法》第32条第2款的规定，本题中，律师担心被报复并不是解除委托关系的正当理由，律师的行为不当。

第⑧项，《法官职业道德基本准则》第16条规定：“严格遵守廉洁司法规定，不接受案件当事人及相关人员的请客送礼，不利用职务便利或者法官身份谋取不正当利益，不违反规定与当事人或者其他诉讼参与人进行不正当交往，不在执法办案中徇私舞弊。”《检察人员纪律处分条例》第104条规定：“收受可能影响公正执行公务的礼品、礼金、消费卡等，情节较轻的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。收受其他明显超出正常礼尚往来的礼品、礼金、消费卡等的，依照前款规定处理。”由此可知，李法官和刘检察官参加宴会并接受礼品的行为不当。

第十章

法官职业责任与惩戒

导 语

法官职业责任，是指法官因违反法官职业伦理而违反了国家公务员管理纪律或者法律法规的规定，从而应承担的不利后果。法官职业行为直接关系到司法公正的实现。因此，了解和掌握法官职业责任的特征，并科学合理地界定法官职业责任的内容，对实现司法公正具有重要意义。本章将以法官职业责任为内容，分析法官职业责任的概念和特征，并具体介绍国内外的法官惩戒制度。

第一节 法官职业责任

一、法官职业责任的概念

法官在法治国家通常都享有崇高的地位和威望，例如，布莱克斯通把英国法官誉为“法律的保管者”“活着的圣谕”。在如此的盛誉之下，很多国家的法官都被赋予了高度的信任，其行为轻易不得加以追究，也就是说，其行为的法律责任被压到了最低的限度。[1] 例如，《德国基本法》第 97 条第 1 款规定：“法官应独立行使职权，并只服从法律”。《德国法官法》第 26 条第 1 款也明确规定：“法官只在不影响其独立的范围内接受职务监督。”当然，这并不意味着法官的责任被完全彻底地抛弃，各个国家在赋予法官宽泛的免责权的同时，也为法官责任的承担设计了相应的制度。法官的责任可以分为法官的职业责任和法官的个人责任，本章我们主要探讨法官的职业责任。所谓法官职业责任，是指法官因违反法官职业伦理而违反了国家公务员管理纪律或者法律法规的规定，从而应承担的不利后果。司法公正有赖于司法机关独立地行使司法权，法官不受干扰地行使审判权是司法独立的重要保障。

二、法官职业责任的特征

科学合理地界定法官职业责任，是当下司法改革的重要目标之一，法官职业责任具有以下特点：

---

〔1〕 参见胡铭等：《转型中国法治进路的选择》，知识产权出版社 2007 年版，第 103 页。

（一）责任客体的特定内容

法官因违反了法官职业伦理而应承担的责任，要区分两种情况。第一种情况下，法官因业务水平、能力和经验的局限，在事实和法律上对负责的案件发生错误判断，一般这种情形会被排除在法官职业责任之外。第二种情况下，法官确实实施了不当行为，违反了法官职业伦理，触犯了组织纪律或法律规定，需要受到处罚。比较而言，第二种情形下的法官职业责任在我国更为普遍。当然，法官需要承担法官职业责任的行为是特定的，一般要根据各国的司法传统、文化背景和法治建设的程度等确定。我国的法官需要承担法官职业责任的七类行为规定在《人民法院工作人员处分条例》第二章中，后文会详细阐述。我们看到，基于我国法治的现状和法官职业的特殊性，法官职业责任适用的范围应该受到严格限制。

（二）责任追究的特定主体

人民法院独立行使审判权，法官的司法独立地位是受到法律保障的。对法官在履职过程中或者在离职后的各种不当行为的追究，理应由特殊的主体来进行，其目的在于摆脱各种社会团体和个人的干涉，避免司法为舆论、公众所操纵。特殊的责任追究主体一般是熟悉法律知识的司法公务人员或资深律师，精通法律业务和司法活动规律，能够更好地就法官违反法官职业伦理和法律的不当行为进行区分、调查，乃至确定其职业责任。

（三）责任确定的特定程序

基于司法形象的庄严和神圣，世界各国一般在追究法官职业责任时都是非常慎重的，对追究程序的规定往往是十分细致和严格的。对法官职业责任进行追究，无论是采取弹劾程序还是惩戒程序，都必须遵循程序正义和实体正义的基本要求，尽量做到公开、公平、公正，保证涉案法官享有正当程序的保障。《人民法院工作人员处分条例》第 3 条规定，人民法院工作人员依法履行职务的行为受法律保护。非因法定事由、非经法定程序，不受处分。

第二节　法官惩戒制度

一、法官惩戒的具体事由

（一）纪律责任的惩戒事由

我国《法官法》第六章第 46 条对法官的禁止行为作了规定。法官的下列行为应被给予处分：①贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判的；②隐瞒、伪造、变造、故意损毁证据、案件材料的；③泄露国家秘密、审判工作秘密、商业秘密或者个人隐私的；④故意违反法律法规办理案件的；⑤因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果的；⑥拖延办案，贻误工作的；⑦利用职权为自己或者他人谋取私利的；⑧接受当事人及其代理人利益输送，或者违反有关规定会见当事人及其代理人的；⑨违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务的；⑩有其他违纪违法行为的。如果说上述的规定较为笼统的话，那么《人民法院工作人员处分条例》则

规定得较为具体。在第二章“分则”中，《人民法院工作人员处分条例》列举了7大类共85种行为。

1. 违反政治纪律的行为。根据《人民法院工作人员处分条例》第二章第一节的规定，违反政治纪律的行为主要包括以下几种：①散布有损国家声誉的言论，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动；②参加非法组织或者参加罢工；③违反国家的民族政策，造成不良后果；④在对外交往中损害国家荣誉和利益；⑤非法出境，或者违反规定滞留境外不归；⑥未经批准获取境外永久居留资格，或者取得外国国籍；⑦其他违反政治纪律的行为。

2. 违反办案纪律的行为。根据《人民法院工作人员处分条例》第二章第二节的规定，违反办案纪律的行为总共有26种，按照案件的进展程度，大致可以分为：①立案过程中的行为。主要是指违反法律关于立案的规定、给司法活动制造障碍、妨害司法形象和司法权威的行为。②庭审过程中的行为。主要是指违反回避规定，或违反规定与当事人联系，不遵守证据规定、保密规定的行为。③诉讼调解中的行为。主要是指违背当事人意愿，违反法律关于调解的规定的行为。④文书制作中的不当行为。主要是指违反法律关于文书制作的规定，妨碍法院司法审判和执行的行为。⑤执行过程中的不当行为。主要是指违反执行纪律，给当事人或其他相关人员造成不良后果的行为。

3. 违反廉政纪律的行为。违反廉政纪律的行为主要是指法官违反了清正廉洁的法官职业伦理，利用自己职权或职务之便，为自己或他人牟利的行为。《人民法院工作人员处分条例》在第二章第三节中对违反廉政纪律的行为作了列举，共11种表现形式。其中需要注意的是对单位或者以单位名义违反廉政纪律行为的处罚。

4. 违反组织人事纪律的行为。违反组织人事纪律的行为主要是指不按照国家或集体制定的章程或程序，违反组织人事纪律，给人事关系和人事制度的管理带来不良后果的行为。主要表现为：违反议事规则，个人或少数人决定重大事项，或者改变集体作出的重大决定，造成决策错误；故意拖延或者拒不执行上级依法作出的决定、决议；对职责范围内发生的违纪违法问题隐瞒不报、压案不查、包庇袒护，或者对上级交办的违纪违法案件故意拖延或者拒不办理；压制批评，打击报复，扣压、销毁举报信件，或者向被举报人透露举报情况；在人员录用等工作中徇私舞弊、弄虚作假；弄虚作假，骗取荣誉，或者谎报学历、学位、职称；等等。《人民法院工作人员处分条例》第二章第四节列举了11种违反组织人事纪律行为的表现形式。

5. 违反财经纪律的行为。违反财经纪律的行为主要是指利用自己经手财务的便利，违反规定牟利或浪费、违反国家财经管理纪律的行为。《人民法院工作人员处分条例》第二章第五节列举了5种违反形式，主要包括：违反规定进行物资采购或者工程项目招投标，造成不良后果；违反规定擅自开设银行账户或者私设“小金库”；伪造、变造、隐匿、毁弃财务账册、会计凭证、财务会计报告；违反规定挥霍浪费国家资财；其他违反财经纪律的行为。

6. 失职行为。法官的失职行为主要是指法官因为过失而在履职过程中出现失误、影响司法活动的顺利进行、造成不良或严重后果的行为。《人民法院工作人员处分条例》第二章第六节列举了9种表现形式，主要是：因过失导致依法应当受理的案件未

予受理，或者不应当受理的案件被违法受理；因过失导致错误裁判、错误采取财产保全措施、强制措施、执行措施，或者应当采取而未采取，造成不良后果；因过失导致所办案件严重超出规定办理期限，造成严重后果；因过失导致被羁押人员脱逃、自伤、自杀或者行凶伤人；因过失导致诉讼、执行文书内容错误，造成严重后果；等等。

7. 违反管理秩序和社会道德的行为。违反管理秩序和社会道德的行为主要是指法官因故意或过失违反国家的管理规定、扰乱社会管理秩序、败坏社会公序良俗的不当行为。《人民法院工作人员处分条例》第二章第七节列举了16种表现形式，主要包括：因工作作风懈怠、工作态度恶劣，造成不良后果；故意泄露国家秘密、工作秘密，或者故意泄露因履行职责而掌握的非公开信息；参与赌博；吸食、注射毒品或者参与嫖娼、卖淫、色情淫乱活动；等等。

（二）审判责任的惩戒事由

1998年，最高人民法院发布《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》，该办法第2条规定“人民法院审判人员在审判、执行工作中，故意违反与审判工作有关的法律、法规，或者因过失违反与审判工作有关的法律、法规造成严重后果的，应当承担违法审判责任”，并列举了数项违法审判行为。2015年，最高人民法院出台《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》（法发〔2015〕13号），根据该意见，法官应当对其履行审判职责的行为承担责任，在职责范围内对办案质量终身负责。人民法院对独任庭和合议庭司法人员的违法审判行为，以及院长、庭长的管理监督失职行为追究审判责任。

1. 违法审判行为。违法审判行为是指独任庭和合议庭司法人员故意违背法定程序、证据规则和法律明确规定违法审判，或者因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果的行为。主要包括：审理案件时贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判；违反规定私自办案或者制造虚假案件；涂改、隐匿、伪造、偷换和故意损毁证据材料，或者因重大过失丢失、损毁证据材料并造成严重后果；向合议庭、审判委员会汇报案情时隐瞒主要证据、重要情节和故意提供虚假材料，或者因重大过失遗漏主要证据、重要情节导致裁判错误并造成严重后果；制作诉讼文书时，故意违背合议庭评议结果、审判委员会决定，或者因重大过失导致裁判文书主文错误并造成严重后果；违反法律规定，对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释，或者因重大过失对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释并造成严重后果；其他故意违背法定程序、证据规则和法律明确规定违法审判，或者因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果。

2. 管理监督失职行为。管理监督失职行为是指院长、庭长因故意或者重大过失，怠于行使或者不当行使审判监督权和审判管理权导致裁判错误并造成严重后果的行为。

（三）政务处分的惩戒事由

根据《政务处分法》，监察机关对法官实施的影响公职人员形象、损害国家和人民利益的违法行为给予政务处分。该法明确列举了应当受到惩戒的违法行为的具体类型，此处不予赘述。

◆例 10-1　2009 年 1 月 8 日，最高人民法院向社会公布了“五个严禁”的规定，下列哪些法官的行为属于该规定严禁之列？（　）

A. 北方某省高级人民法院田法官给承办自己老家小学工程质量纠纷案的某基层人民法院孔法官打电话，希望尽快审理该案以不影响学校按时开学

B. 中部某法庭许法官在下乡巡回审理案件时与代理人、双方当事人、村委会主任等人一起在原告家边喝酒边调解，并在返回时收下被告赠送的 5 斤土豆

C. 西北某基层人民法院包法官隐瞒正在办理的伤害案被告人是其同父异母兄弟的实情，继续审案

D. 东部某中级人民法院周法官指定由某拍卖公司主持拍卖涉案的 5 套房屋

【解析】《最高人民法院关于“五个严禁”的规定》之内容如下：“①严禁接受案件当事人及相关人员的请客送礼；②严禁违反规定与律师进行不正当交往；③严禁插手过问他人办理的案件；④严禁在委托评估、拍卖等活动中徇私舞弊；⑤严禁泄露审判工作秘密。人民法院工作人员凡违反上述规定，依纪依法追究纪律责任直至刑事责任。从事审判、执行工作的，一律调离审判、执行岗位。”据此可知，本题中，选项 ABD 分别对应《最高人民法院关于“五个严禁”的规定》的第 3、1、4 项，虽然选项 C 也违反了法官职业伦理，但不属于“五个严禁”的范围。

二、法官惩戒的主要形式

法官承担法官职业责任的形式主要有三种：纪律责任、刑事责任和政务处分。根据《人民法院工作人员处分条例》，法官因违反法律、法规或者该条例规定，应当承担纪律责任的，依照该条例给予处分。人民法院法官违纪违法涉嫌犯罪的，应当移送司法机关处理。根据《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第 37 条的规定，对应当追究违法审判责任的相关责任人，根据其应负责任依照《法官法》等有关规定处理：①应当给予停职、延期晋升、退出法官员额或者免职、责令辞职、辞退等处理的，由组织人事部门按照干部管理权限和程序依法办理；②应当给予纪律处分的，由纪检监察部门（指人民法院内设的负责自身监督的职能部门）依照有关规定和程序依法办理；③涉嫌犯罪的，由纪检监察部门将违法线索移送有关司法机关依法处理。免除法官职务，必须按法定程序由人民代表大会罢免或者提请人大常委会作出决定。根据《监察法》和《政务处分法》，法官的违法行为影响公职人员形象或者损害国家和人民利益的，监察机关将根据情节给予相应的政务处分。

（一）纪律责任

法官违反法官职业伦理，其行为尚未构成犯罪，情节较轻且没有危害后果的，要给予诫勉谈话和批评教育；构成违纪的，根据人民法院有关纪律处分的规定进行处理。根据我国《法官法》和《人民法院工作人员处分条例》的规定，纪律处分的种类有：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。警告的期间为 6 个月，记过的期间为 12 个月，记大过的期间为 18 个月，降级、撤职的期间为 24 个月。受处分期间不得晋升职务、级别，其中，受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次；受撤职处分的，应当按照规定降低级别。受开除处分的，自处分决定生效之日起，解除与人民法院的人事关系，不得再担任公务员职务。《人民法院工作人员处分条例》还具体规定了两种以上处分的合并执行、共同违纪，以及在法定幅度范围内从重、从轻、减轻

和免除处分的情形。关于纪律责任和刑事责任的竞合问题，该条例也作了非常详细的规定。在人民法院作出处分决定前，已经被依法判处刑罚、罢免、免职或者已经辞去领导职务，确实需要给予处分的，应当根据其违纪违法事实给予处分。被依法判处刑罚的，一律给予开除处分。该条例还在第一章第三节详细规定了“处分的解除、变更和撤销”。总体而言，我国根据《公务员法》和《法官法》制定的《人民法院工作人员处分条例》中的纪律处分是行政处分，有关人员相应承担的是行政责任。《人民法院工作人员处分条例》第二章“分则”对 7 类、85 种表现形式都规定了相应的纪律处分。《最高人民法院关于违反“五个严禁”规定的处理办法》规定，人民法院纪检监察部门要按照管辖权限及时对违反“五个严禁”规定的线索进行检查。一经核实，需要调离审判、执行岗位的，应当及时提出处理意见报院党组决定。人民法院政工部门根据院党组的决定，对违反“五个严禁”规定的人员履行组织处理手续。

（二）刑事责任

法官因违反法官职业伦理而触犯刑法的，需要承担刑事责任，由纪检监察部门负责移送相关部门。根据刑事司法相关法律，法官触犯的罪名可以分为两类：一类是普通主体都能构成的犯罪，如杀人罪、抢劫罪等；另一类是特殊主体的职务犯罪。这里的特殊主体的职务犯罪主要是指我国《刑法》第八章、第九章中的相关规定，具体包括：贪污罪；受贿罪；滥用职权罪；玩忽职守罪；泄露国家秘密罪；徇私枉法罪；枉法裁判罪；徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪。这些犯罪都需要法官身份，一般是法官在履行职务过程中，或者法官利用职务便利实施的犯罪。只要法官触犯刑法，构成犯罪，就应该追究其刑事责任。

（三）政务处分

政务处分的种类与纪律处分相同，包括警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。对法官的同一违法行为，监察机关和各级人民代表大会、县级以上各级人民代表大会常务委员会不得重复给予政务处分和纪律处分。法官有违法行为，有关机关依照规定给予组织处理的，监察机关可以同时给予政务处分。担任领导职务的法官有违法行为，被罢免、撤销、免去或者辞去领导职务的，监察机关可以同时给予政务处分。法官在政务处分期内，不得晋升职务、职级、衔级和级别；其中，被记过、记大过、降级、撤职的，不得晋升工资档次。被撤职的，按照规定降低职务、职级、衔级和级别，同时降低工资和待遇。法官违法取得的财物和用于违法行为的本人财物，除依法应当由其他机关没收、追缴或者责令退赔的，由监察机关没收、追缴或者责令退赔；应当退还原所有人或者原持有人的，依法予以退还；属于国家财产或者不应当退还以及无法退还的，上缴国库。因违法行为获得的职务、职级、衔级、级别、岗位和职员等级、职称、待遇、资格、学历、学位、荣誉、奖励等其他利益，监察机关应当建议有关机关、单位、组织按规定予以纠正。法官被开除的，自政务处分决定生效之日起，应当解除其与所在机关、单位的人事关系或者劳动关系，并且，不得录用为公务员以及参照《公务员法》管理的人员；受到开除以外的政务处分的，在政务处分期内有悔改表现，并且没有再发生应当给予政务处分的违法行为的，政务处分期满后自动解除，晋升职务、职级、衔级、级别、岗位和职员等级、职称、薪酬待遇不再受原政务处分影

响。但是，解除降级、撤职的，不恢复原职务、职级、衔级、级别、岗位和职员等级、职称、薪酬待遇。

◆例 10-2 根据《法官法》及《人民法院工作人员处分条例》对法官奖惩的有关规定，下列哪一选项不能成立？（ ）

A. 高法官在审判中既严格遵守程序，又为群众行使权利提供便利；既秉公执法，又考虑情理，案结事了成绩显著。法院给予其嘉奖奖励

B. 黄法官就民间借贷问题提出的司法建议被采纳，对当地政府完善金融管理、改善服务秩序发挥了显著作用。法院给予其记功奖励

C. 许法官违反规定会见案件当事人及代理人，此事被对方当事人上网披露，造成不良影响。法院给予其撤职处分

D. 孙法官带某同学（律师）参与本院法官聚会，半年后该同学为承揽案件向聚会时认识的某法官行贿。法院领导严告孙法官今后注意

【解析】选项 AB 正确。《法官法》第 45 条第 1 款规定："法官有下列表现之一的，应当给予奖励：①公正司法，成绩显著的；②总结审判实践经验成果突出，对审判工作有指导作用的；③在办理重大案件、处理突发事件和承担专项重要工作中，做出显著成绩和贡献的；④对审判工作提出改革建议被采纳，效果显著的；⑤提出司法建议被采纳或者开展法治宣传、指导调解组织调解各类纠纷，效果显著的；⑥有其他功绩的。"由此可知，本题选项 AB 中，对高法官、黄法官的奖励行为符合该条的规定。

选项 C 错误。《人民法院工作人员处分条例》第 59 条规定："接受案件当事人、相关中介机构及其委托人的财物、宴请或者其他利益的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。违反规定向案件当事人、相关中介机构及其委托人借钱、借物的，给予警告、记过或者记大过处分。"由此可知，本题选项 C 中，对许法官的惩戒行为不符合该条的规定。

选项 D 正确。孙法官带同学参加法院聚会，导致其同学向聚会时认识的法官行贿，虽然行为有些不妥，但孙法官没有介绍受贿的行为，法院领导严告孙法官今后注意是正确的。

三、法官惩戒的基本程序

（一）纪律处分程序

法官是国家的公务员，因此，其纪律处分也应该按照公务员处分的程序进行。按照我国《公务员法》和《政务处分法》等的规定，对法官的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。法官违纪的，应当由处分决定机关决定对法官违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知法官本人。法官有权进行陈述和申辩。处分决定机关认为应当对法官给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知法官本人。实际上，2008 年最高人民法院针对法官职业责任制定了《人民法院监察工作条例》，后于 2013 年进行了修订。根据该条例，人民法院内部设立监察部门，依照法律法规对人民法院及其法官和其他工作人员进行监察。最高人民法院、高级人民法院应当设立监察局。中级人民法院应当设立监察处。60 人以上的基层人民法院应当设立监察科，30 人以上不足 60 人的基层人民法院应当设专职监察员，不足 30 人的基层人民法院应当设兼职监察员。监察部门受理对人民法院及其法官和其他工作

人员违纪违法行为的控告、检举；调查处理人民法院及其法官和其他工作人员违反审判纪律、执行纪律及其他纪律的行为；受理法官和其他工作人员不服纪律处分的复议和申诉；等等。

1. 追究的权限及程序。对本院审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和其他工作人员，下一级人民法院院长、副院长、副院级领导干部、监察部门主要负责人、专职监察员，拟给予警告、记过、记大过处分的，由监察部门提出处分意见，报本院院长批准后下达纪律处分决定；拟给予降级、撤职、开除处分的，由监察部门提出处分意见，经本院院长办公会议批准后下达纪律处分决定。纪律处分决定以人民法院名义下达，加盖人民法院印章。给予违纪人员撤职、开除处分，需要先由本院或者下一级人民法院提请同级人民代表大会罢免职务，或者提请同级人民代表大会常务委员会免去职务或者撤销职务的，应由人民代表大会或者其常委会罢免、免职或者撤销职务后，再执行处分决定。对违反纪律的人员作出纪律处分后，有关法院人事部门应当办理处分手续，纪律处分决定等有关材料应当归入受处分人员的档案。

2. 复议和申诉。根据《人民法院监察工作条例》的规定，对纪律处分决定不服的，受处分人员自收到纪律处分决定之日起 30 日内可以向作出纪律处分决定的人民法院申请复议，复议的人民法院应当在 30 日内作出复议决定；对复议决定仍不服的，可以在接到复议决定 30 日内向作出复议决定的上一级人民法院申诉，上一级人民法院应当在 60 日内作出处理决定。复议和申诉期间，不停止原决定的执行。

上一级人民法院对不服纪律处分决定的申诉，经复查认为原决定不当的，或者上级人民法院认为下级人民法院所作纪律处分决定不当的，可以建议作出原纪律处分决定的人民法院予以变更或者撤销；也可以按照纪律处分程序直接作出变更或者撤销的决定。上级人民法院的处理决定为最终决定。

3. 处分的解除、变更与撤销。受开除以外处分的，在受处分期间有悔改表现，并且没有再发生违纪违法行为的，处分期满后应当解除处分。解除处分后，晋升工资档次、级别、职务不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务。有下列情形之一的，应当变更或者撤销处分决定：①适用法律、法规或者《人民法院工作人员处分条例》规定错误的；②对违纪违法行为的事实、情节认定有误的；③处分所依据的违纪违法事实证据不足的；④调查处理违反法定程序，影响案件公正处理的；⑤作出处分决定超越职权或者滥用职权的；⑥有其他处分不当情形的。

处分决定被变更，需要调整被处分人员的职务、级别或者工资档次的，应当按照规定予以调整；处分决定被撤销的，应当恢复其级别、工资档次，按照原职务安排相应的职务，并在适当范围内为其恢复名誉。因变更而减轻处分或者被撤销处分人员的工资福利受到损失的，应当予以补偿。

（二）违法审判责任追究程序

《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》规定了法官的违法审判责任追究程序。

1. 审判责任承担。在审判责任的承担上，适用独任制审理的案件，由独任法官对

案件的事实认定和法律适用承担全部责任。合议庭审理的案件，合议庭成员对案件的事实认定和法律适用共同承担责任。进行违法审判责任追究时，根据合议庭成员是否存在违法审判行为、情节、合议庭成员发表意见的情况和过错程度合理确定各自责任。审判委员会讨论案件时，合议庭对其汇报的事实负责，审判委员会委员对其本人发表的意见及最终表决负责。案件经审判委员会讨论的，构成违法审判责任追究情形时，根据审判委员会委员是否故意曲解法律发表意见的情况，合理确定委员责任。审判委员会改变合议庭意见导致裁判错误的，由持多数意见的委员共同承担责任，合议庭不承担责任。审判委员会维持合议庭意见导致裁判错误的，由合议庭和持多数意见的委员共同承担责任。合议庭汇报案件时，故意隐瞒主要证据或者重要情节，或者故意提供虚假情况，导致审判委员会作出错误决定的，由合议庭成员承担责任，审判委员会委员根据具体情况承担部分责任或者不承担责任。审判委员会讨论案件违反民主集中制原则，导致审判委员会决定错误的，主持人应当承担主要责任。审判辅助人员根据职责权限和分工承担与其职责相对应的责任。法官负有审核把关职责的，也应当承担相应责任。法官受领导干部干预导致裁判错误的，且法官不记录或者不如实记录，应当排除干预而没有排除的，承担违法审判责任。

此外，按照审判监督程序提起再审后被改判的案件，系下列情形之一所致，则不作为错案进行责任追究：①对法律、法规、规章、司法解释具体条文的理解和认识不一致，在专业认知范围内能够予以合理说明的；②对案件基本事实的判断存在争议或者疑问，根据证据规则能够予以合理说明的；③当事人放弃或者部分放弃权利主张的；④因当事人过错或者客观原因致使案件事实认定发生变化的；⑤因出现新证据而改变裁判的；⑥法律修订或者政策调整的；⑦裁判所依据的其他法律文书被撤销或者变更的；⑧其他依法履行审判职责不应当承担责任的情形。

2. 审判责任追究。

（1）启动问责程序。需要追究法官违法审判责任的，一般由院长、审判监督部门或者审判管理部门提出初步意见，由院长委托审判监督部门审查或者提请审判委员会进行讨论，经审查初步认定有关人员具有该意见所列违法审判责任追究情形的，人民法院监察部门应当启动违法审判责任追究程序。此外，人民法院应当依法受理对法官违法审判行为的举报、投诉，并认真进行调查核实。

（2）调查和审议。人民法院监察部门应当对法官是否存在违法审判行为进行调查，并采取必要、合理的保护措施。在调查过程中，当事法官享有知情、辩解和举证的权利，监察部门应当对当事法官的意见、辩解和举证如实记录，并在调查报告中对是否采纳作出说明。人民法院监察部门经调查后，认为应当追究法官违法审判责任的，应当报请院长决定，并报送省（区、市）法官惩戒委员会审议。高级人民法院监察部门应当派员向法官惩戒委员会通报当事法官的违法审判事实及拟处理建议、依据，并就其违法审判行为和主观过错进行举证。当事法官有权进行陈述、举证、辩解、申请复议和申诉。法官惩戒委员会根据查明的事实和法律规定作出无责、免责或者给予惩戒处分的建议。

（3）作出处理决定。对应当追究违法审判责任的相关责任人，根据其应负责任依

照《法官法》等有关规定处理：①应当给予停职、延期晋升、退出法官员额或者免职、责令辞职、辞退等处理的，由组织人事部门按照干部管理权限和程序依法办理；②应当给予纪律处分的，由纪检监察部门依照有关规定和程序依法办理；③涉嫌犯罪的，由纪检监察部门将违法线索移送有关司法机关依法处理。免除法官职务，必须按法定程序由人民代表大会罢免或者提请人大常委会作出决定。

（三）政务处分程序

根据《监察法》和《政务处分法》的相关规定，监察机关对法官作出政务处分主要遵循以下程序。

1. 调查和处理。监察机关对涉嫌违法的法官进行调查，应当由 2 名以上工作人员进行。监察机关进行调查时，有权依法向有关单位和个人了解情况，收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供情况。作出政务处分决定前，监察机关应当将调查认定的违法事实及拟给予政务处分的依据告知被调查人，听取被调查人的陈述和申辩，并对其陈述的事实、理由和证据进行核实，记录在案。被调查人提出的事实、理由和证据成立的，应予采纳。不得因被调查人的申辩而加重政务处分。

调查终结后，监察机关应当根据下列不同情况，分别作出处理：①确有应受政务处分的违法行为的，根据情节轻重，按照政务处分决定权限，履行规定的审批手续后，作出政务处分决定；②违法事实不能成立的，撤销案件；③符合免予、不予政务处分条件的，作出免予、不予政务处分决定；④被调查人涉嫌其他违法或者犯罪行为的，依法移送主管机关处理。参与公职人员违法案件调查、处理的人员有需要回避的情形的，应当依法回避。

法官依法受到刑事责任追究的，监察机关应当根据司法机关的生效判决、裁定、决定及其认定的事实和情节，依照《政务处分法》的规定给予政务处分。法官依法受到行政处罚，应当给予政务处分的，监察机关可以根据行政处罚决定认定的事实和情节，经立案调查核实后，依照《政务处分法》给予政务处分。监察机关作出政务处分决定后，司法机关、行政机关依法改变原生效判决、裁定、决定等，对原政务处分决定产生影响的，监察机关应当根据改变后的判决、裁定、决定等重新作出相应处理。监察机关对经各级人民代表大会、县级以上各级人民代表大会常务委员会选举或者决定任命的法官予以撤职、开除的，应当先依法罢免、撤销或者免去其职务，再依法作出政务处分决定。

法官涉嫌违法，已经被立案调查，不宜继续履行职责的，各级人民代表大会、县级以上各级人民代表大会常务委员会可以决定暂停其履行职务。法官在被立案调查期间，未经监察机关同意，不得出境、辞去公职；被调查法官所在机关、单位及上级机关、单位不得让其交流、晋升、奖励、处分或者办理退休手续。监察机关在调查中发现法官受到不实检举、控告或者诬告陷害，造成不良影响的，应当按照规定及时澄清事实，恢复名誉，消除不良影响。法官受到政务处分的，应当将《政务处分决定书》存入其本人档案。对于受到降级以上政务处分的，应当由人事部门按照管理权限在作出政务处分决定后 1 个月内办理职务、工资及其他有关待遇等的变更手续；特殊情况下，经批准可以适当延长办理期限，但是最长不得超过 6 个月。

2. 复审和复核。法官对监察机关作出的涉及本人的政务处分决定不服的，可以依法向作出决定的监察机关申请复审；公职人员对复审决定仍不服的，可以向上一级监察机关申请复核。监察机关发现本机关或者下级监察机关作出的政务处分决定确有错误的，应当及时予以纠正或者责令下级监察机关及时予以纠正。复审、复核期间，不停止原政务处分决定的执行。法官不因提出复审、复核而被加重政务处分。有下列情形之一的，复审、复核机关应当撤销原政务处分决定，重新作出决定或者责令原作出决定的监察机关重新作出决定：①政务处分所依据的违法事实不清或者证据不足的；②违反法定程序，影响案件公正处理的；③超越职权或者滥用职权作出政务处分决定的。有下列情形之一的，复审、复核机关应当变更原政务处分决定，或者责令原作出决定的监察机关予以变更：①适用法律、法规确有错误的；②对违法行为的情节认定确有错误的；③政务处分不当的。复审、复核机关认为政务处分决定认定事实清楚，适用法律正确的，应当予以维持。

法官的政务处分决定被变更，需要调整该公职人员的职务、职级、衔级、级别、岗位和职员等级或者薪酬待遇等的，应当按照规定予以调整。政务处分决定被撤销的，应当恢复该公职人员的级别、薪酬待遇，按照原职务、职级、衔级、岗位和职员等级安排相应的职务、职级、衔级、岗位和职员等级，并在原政务处分决定公布范围内为其恢复名誉。没收、追缴财物错误的，应当依法予以返还、赔偿。法官因有前述情形被撤销政务处分或者减轻政务处分的，应当对其薪酬待遇受到的损失予以补偿。

四、国外法官惩戒制度概述

各国的法官惩戒制度都有其自身的特点，在惩戒事由、惩戒形式、惩戒程序等方面都存在差异，此处主要概述美国、英国、德国、法国、日本的法官惩戒制度，以供思考。

（一）美国法官惩戒制度概述

在美国，法官在国家司法体制中扮演着尤为重要的角色，公共和私人领域的各种事项都会受到司法裁判的影响。主流观点认为，司法权威之根基——公信力的真正来源在于公众对法官及司法机构独立、公正和廉洁的认可。[1] 根据《美国联邦宪法》第2条第4款之规定，总统、副总统及合众国之一切文职官员因叛国罪、贿赂罪或其他重罪轻罪而遭弹劾并被判定有罪时，应予以免职。《美国联邦宪法》第3条第1款规定，合众国之司法权属于最高法院及国会随时规定设置之低级法院。最高法院与低级法院之法官如忠于职守得继续任职，并定期领取酬金，该项酬金于继续任职期间不得减少。[2] 由此可知，惩戒法官的法定标准一般主要有两种类型：一是刑事犯罪；二是不当行为。根据1980年《司法行为与资格丧失法案》和《司法行为与司法资格丧失程序规则》的规定，任何人认为联邦法官有偏见的行为，都可以向上诉法院的书记官提交书面投诉。在州一级，各州一般都设有司法惩戒委员会，由法官、律师、非律师的公

〔1〕 参见曾哲、索肖娟："美国法官惩戒事由之考察与借鉴"，载《河南财经政法大学学报》2018年第2期。

〔2〕 参见朱曾汶译：《美国宪法及其修正案》，商务印书馆2014年版，第11页。

民组成，其有权对法官的违法犯罪行为、不能胜任司法职责或其他不当行为予以处理，并可以在审查后作出劝告、责备、剥夺职位、命令退休、提请弹劾等惩戒决定。[1]

（二）英国法官惩戒制度概述

在英国，关于法官行为规范、纪律惩戒等方面的成文法律颇多。2005 年《宪政改革法》第三章对法官惩戒问题作出了相关规定。该章规定了法官纪律惩戒权的主体、具体权限、审查机构、申请审查的程序、审查程序、在苏格兰和北爱尔兰地区的特殊适用规则等内容。司法行为调查办公室是专门负责调查法官行为的机构，其职责是协助大法官和英格兰、威尔士首席法官迅速、公平、统一地行使其法官纪律惩戒职能。该办公室可以接受针对法官行为的投诉、问询，可以向与调查工作相关的人员提出意见，还可以向负责调查司法行为的法官或纪律调查小组提出工作建议。但是需要注意的是：司法行为调查办公室只负责调查司法官员的个人行为，无权处理与司法裁判和案件管理相关的申诉。[2]

（三）德国法官惩戒制度概述

在德国，在对法官施以惩戒时，首先应适用作为特别法的《德国法官法》的规定，与此同时，由于德国法官属于公务员序列，在《德国法官法》未作出规定的时候，也适用《德国联邦公务员法》和《德国联邦公务员惩戒法》的相关规定。《德国联邦公务员惩戒法》将不同强度的惩戒处分交由不同的惩戒权主体施行：低强度的惩戒交由职务主管进行，以避免冗长的法律程序，提高惩戒的效率；较高强度的惩戒交由惩戒法庭作出，通过惩戒程序司法化赋予公务员以身份独立保障，防止行政长官的恣意用权。法官惩戒权主体划分模式准用了《德国联邦公务员惩戒法》的规定，但针对法官的特殊身份，又在《德国联邦公务员惩戒法》的基础上进行了进一步的调整，对法官惩戒权主体及其得以采取的惩戒处分种类作出了例外规定。[3]

（四）法国法官惩戒制度概述

在法国，法官的任命、晋升和纪律惩戒都由总统领导下的司法独立保障机关即“最高司法官委员会”负责。最高司法官委员会的惩戒部门设置在最高法院，首席法官领导法官惩戒委员会。[4] 对违纪法官的惩戒包括以下九种措施：训诫并计入档案；调任；停止职务；降级；解除职务不超过 1 年；降职；强制（要求）退休或终止其职务；中止或不中止退休金的撤职；撤销名誉头衔（仅适用于退休法官）。最高司法官委员会作出的惩戒决定相当于裁判，具有强制执行力，惩戒决定自通知之日起生效并交由司法部部长执行，司法部部长对此决定必须执行，司法部部长认为该决定过轻或过重的，可以将意见记录入卷。[5]

---

〔1〕 参见齐树洁主编：《美国司法制度》，厦门大学出版社 2006 年版，第 73 页。

〔2〕 参见郑曦：“司法责任制背景下英国法官薪酬和惩戒制度及其启示”，载《法律适用》2016 年第 7 期。

〔3〕 参见向雪宁：“德国法官惩戒制度的理论基础与制度特征”，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 2 期。

〔4〕 参见［法］皮埃尔·特鲁仕主编：《法国司法制度》，丁伟译，北京大学出版社 2012 年版，第 83 页。

〔5〕 参见金邦贵主编：《法国司法制度》，法律出版社 2008 年版，第 314~316 页。

（五）日本法官惩戒制度概述

在日本，法官所接受的监督主要包括三种：①国民审查（只适用于最高法院法官），即全体国民利用众议院大选的机会，依据《最高法院法官国民审查法》，以一人一票的方式，对由天皇或内阁任命的最高法院大法官进行“信任审查”。②议会弹劾，即由国会两院议员选举出由 14 名议员组成的“弹劾法庭”对于违反职责、严重玩忽职守或者显著丧失法官威信的行为进行审理，并作出是否罢免的裁判。③法官惩戒，即对于达不到弹劾标准的法官的不良行为，根据《法官身份保障法》第 2 条之规定，由高等法院或最高法院组成合议庭给予告诫或 1 万日元以下罚款的制裁。[1] 对于法官惩戒，《日本宪法》规定，行政机关不得行使对法官的惩戒处分。法官的任命权虽然属于内阁，但从尊重司法独立这一宗旨出发，对法官的监督权和惩戒权不能由行政部门行使。根据《日本法院法》第 49 条之规定，法官违反职务上的义务、怠慢职务或存在有损品位的行为时，根据其他法律的规定以裁判的方式给予处分。

〔1〕 参见张凌、于秀峰编译：《日本司法制度法律规范总览》，人民法院出版社 2017 年版，第 56 页。

第三编

检察官职业伦理

第三编　典型案例

第三编　典型例题

第三编　拓展阅读

第十一章

检察官职业概述

导　语

检察官制度起源于欧陆，系以国王代表人身份于法庭之上监督法官公正行使审判权的公职人员。而后各国检察官制度在其发展过程中形成了不同的模式，或者重以诉权行使方式履行对法官的监督义务，或者重以侦查主体地位实施犯罪侦查或指挥司法警察实施侦查。本章将考察国内外检察官制度，就检察官职业发展情况进行概述，并探讨我国检察官的角色定位和职业属性。

第一节　检察官职业的发展概况

一、国外检察官职业的发展概况

各国检察官职业在其漫长的发展过程中，都形成了各自的特征，在检察官资格、检察官任免、检察官权利义务等各个方面都存在差异，此处主要对美国、英国、德国、法国、日本等国的检察官职业发展进行概述，以供思考。

（一）美国检察官职业发展概述

在美国现行的制度中，检察官既作为政府律师代表政府进行民事诉讼，也在刑事案件中履行侦查、决定是否起诉、传唤证人、进行辩诉交易、根据陪审团的有罪判决提出刑罚建议等职责。[1] 一般而言，美国设有总检察长、副总检察长、地区检察官、州检察官和县检察官。美国检察官应具备的资格、产生的方式和任用，通常由联邦、州的宪法和法律规定。检察官的产生方式有两种：①任命。如美国总检察长由美国总统任命，新泽西州、罗得岛州、特拉华州等州的检察官均采用任命制。②选举。也就是通过选民选举产生。检察官的任期一般取决于其产生方式，经选举产生的州检察官的任期一般为 4 年，无具体规定时，经任命产生的检察官的任期通常由任命的机关决定。[2] 此外，美国还有一种“特别检察官制度”，特别检察官制度主要是为了解决政府部门利益冲突问题以及维护公众信任感。在美国，司法部负责人是总统任命的与其有政治关联的官员，也是总统最亲近的行政事务和竞选工作顾问，自然地，司法部长

〔1〕 参见齐树洁主编：《美国司法制度》，厦门大学出版社 2006 年版，第 576 页。

〔2〕 参见傅宽芝：《论检察》，中国检察出版社 2013 年版，第 517 页。

会尽量避免与总统直接对立。特别检察官制度就是想在现有体制下，通过特殊的制度设计，使得调查仍然以司法部的名义进行，但是又可以排除总统的直接任免权以保持调查人员的独立性。由于始终受到合宪性方面的质疑，相关立法几起几落，特别检察官一职目前处于无国会立法保障的境地，其工作成效甚至是存亡似乎只能依靠法律职业群体对公平、正义的坚守来维系。[1]

（二）英国检察官职业发展概述

英国作为奉行普通法、衡平法传统的国家，其检察制度的起源与发展具有自己的特点。大体上，英国检察制度的形成和发展过程可以分为三个阶段：第一个阶段是大陪审团起诉阶段，这一时期的检察制度基本没有确立，但是它提供了英国检察制度赖以形成和发展的历史和法律文化背景。第二阶段是检察官的出现和现代公诉制度的萌芽阶段，检察官同样是从维护国王私人利益的代理人发展演变而来的。第三阶段是英国现代检察官制度的正式确立，为了加强对警察起诉案件的证据审查和起诉标准的统一，英国借鉴了大陆法系国家的普遍做法，于 1985 年制定了《犯罪起诉法》（*Prosecution of Offences Act*），设立了皇家检控署（CPS），成立了各级皇家检察机关，从而建立起一套统一、独立的检察系统，建立了由检察机关提出公诉的制度。[2] 在英国，从接受法律教育到成为真正的检察员，需要经过如下几个阶段：大学法律教育→法学院的学习（非法律学员需经过共同职业考试）→见习（实习）律师→执业律师→检察官。其中，法学院务实的法律技能培养，使每一个毕业生在其最初执业时便具有了相当强的竞争实力。正是因为如此，英国检察官均选自从业满足一定年限的执业律师，可以说，律师是检察官的资格基础。[3] 执业律师资格只是具备了成为检察官的基本条件，还需要通过检察官的分级分类遴选考核，才能成为真正的检察官。总检察长是英国检察系统的首脑，从下院议员中提名产生。皇家检控署署长由总检察长在有 10 年以上律师执业实践的人员中选任；检察官必须由具有律师资格的人员担任，特别是到皇家法院和高等法院出庭的检察官，还必须有大律师的资格。而其他助理人员都必须是经过法律专业训练、经考试合格的人员，而要实际成为助理检察官或皇家检察官，还必须具备 7 年以上大律师或律师资格。[4]

（三）德国检察官职业发展概述

德国检察机关属于宪法上的行政机关。德国实行立法、行政、司法三权分立的宪政体制。其中，对于司法权的主体及范围，《德国基本法》（即德国宪法）第 92 条作出了明确的规定："司法权付托于法官；由联邦宪法法院、本基本法所规定之各联邦法院及各邦法院分别行使之。"据此，《德国基本法》上的司法权指的就是审判权，唯有具有实质的职务独立性即"独立行使职权，并只服从法律"（《德国基本法》第 97 条第 1

---

〔1〕 参见夏菲："美国特别检察官制度的前世今生"，载《检察日报》2018 年 5 月 29 日，第 3 版。

〔2〕 参见孙谦主编，最高人民检察院政治部组织编写：《中国特色社会主义检察制度》，中国检察出版社 2015 年版，第 68~72 页。

〔3〕 参见陈丽莉："从英国的律师培训制度谈检察官岗位培训之构想"，载《国家检察官学院学报》1999 年第 3 期。

〔4〕 参见吕泽华："英国检察官培养制度及其启示"，载《国家检察官学院学报》2017 年第 5 期。

款）的法官，才是司法官。而德国的检察官虽然掌握起诉裁量权，所作出的不起诉决定具有终结程序的效力，但该决定并不产生既判力，因而并非宪法意义上的审判权。况且，德国检察官作为公务员，负有服从上级指令的义务，并不具有实质意义上的职务独立性，故并非《德国基本法》第 92 条意义上的法官。[1] 根据《德国法院组织法》第 147 条第 3 项的规定，检察机关内部人员包括检察长、检察官、司法辅助人员和书记官，不同职务对应不同的任职资格和条件，但都属于国家的公务员，也就是说，德国检察机关实行人员分类管理。其中，检察官可分为检察官、主任检察官、检察长三个层级，检察长是地方检察机关的首席主任检察官，主任检察官则通常是高级检察官，一般担任检察院业务部门的负责人。[2]《德国法官法》第 122 条第 1 款规定，只有具有履行法官职务资格的人才能被任命为检察官。由此可知，检察官的任职资格与法官相同。《德国法官法》第 5~7 条对履行法官职务资格的获得作了具体规定。被任命为检察官的人都需要先在大学里进行法律专业的学习，通过第一次考试，并且在预备职务结束后通过第二次国家考试，才具备担任检察官的资格。第一次考试主要包括大学重点领域考试和国家必修学科的考试；第二次国家考试则有所不同，主要考察审判、行政和法律咨询的实践，包括司法实践中必需的关键性步骤以及外语能力测试。[3]

（四）法国检察官职业发展概述

现代检察官制度是法国大革命的产物，被誉为“革命之子”，法国亦因此成为现代检察官制度的滥觞地，其奠定了现代检察官制度的基本框架。在法国，检察官历来被视为与法官具有同质性的司法官，拥有与法官相同的“司法一体性”，又由于检察官在法庭上总是站着发言，因而人们习惯将检察官称为“站席法官”，而称法官为“坐席法官”。[4] 按所属系统的不同，法国的检察官分为三类：普通法院系统的检察官、行政法院系统的检察官以及特殊法院系统的检察官。与英美法系国家不同，法国的检察官并非从资深律师中遴选，而是直接面向对司法行业兴趣浓厚的年轻人（法国初任检察官往往是 28 周岁以下的年轻人），尤其是法科毕业生。每年新设检察官的岗位数量，由司法部依各地各级法院的实际情况以及财政状况予以确定。所有享有公民权利、身体健康、精神正常的法国公民均有权利应聘检察官职位，具体步骤如下：①通过会考。法国时下共设四种形式的会考，有三种是一般性的会考，第四种则是补充性的会考。第一种形式的会考为“外部会考”。考试对象为不满 27 周岁、取得为期至少 4 年的高等院校毕业文凭（大学学士学位）的公民。第二种形式的会考为“内部会考”。考试对象为不满 46 周岁，已有 4 年从事国家公务员、军人、其他国家工作人员或地方工作人员及有公立机构工作经历的公民。第三种形式的会考创设于 1992 年。考试对象是不满 40 周岁、从事法律职业活动、在地方担任民选代表或者以非法律职业人员身份从事法律工作满 8 年的法国公民。第四种形式的会考为“补充会考”。2001 年 5 月 30 日的

〔1〕 参见万毅：“德国检察官‘与法官一样独立’”，载《检察日报》2015 年 6 月 23 日，第 3 版。

〔2〕 参见张永进：“德国检察官办案责任制及其启示”，载《德国研究》2015 年第 3 期。

〔3〕 参见魏武：《法德检察制度》，中国检察出版社 2008 年版，第 261 页。

〔4〕 参见万毅：“法国检察官的身份之谜”，载《检察日报》2015 年 8 月 4 日，第 3 版。

《司法组织法》授权对一些专门人才开放会考，并将此种方式作为遴选司法官的补充方式。②司法学徒的培训。通过会考或免考产生的候选人即可成为“司法学徒”。司法学徒应进行宣誓，并作出从事 10 年以上司法官职业的保证。宣誓后，司法学徒应在国家司法官学院接受 31 个月的带薪培训，结业考试合格后方可到司法机构工作。[1]

（五）日本检察官职业发展概述

日本的检察制度同许多其他制度一样，属于舶来品，它起源于法官的检察官制度，后来受到德国法和美国法的影响，在不断引进、吸收、改造、发展的基础上，形成了日本的现行检察制度。[2] 在日本，检察机关叫作检察厅，日本检察厅包括最高检察厅、高等检察厅、地方检察厅和区检察厅，根据《日本刑事诉讼法》，日本检察机关享有对犯罪进行侦查、对刑事案件提起公诉、请求法院正当适用法律等多项职权。[3] 日本检察厅职员分为：检察官、检事总长秘书官、检察事务官、检察技官以及其他专门职员等，检察官是具有行使检察权权限的政府机关，每个检察官作为政府机关，都有行使检察权的权限，是“独任制官厅”。日本的检察官必须隶属于一个检察厅，让所有的检察官都隶属于一个检察厅，是为了使日本的检察组织明确化，同时也可以相应地限制每个检察官的职权范围，避免导致一个检察官就是一个独立的官厅而可以对任何事项或任何法院行使其权力的不合理现象。检察官从事的事务包括检察事务和检察行政事务。检察官的职务具有独立性，检察官在执行检察事务时，是各自独立的官厅。也就是说，检察官以自己的名义并自己负责处理分配给他的检察事务。[4] 为提高司法人才素质，日本对司法工作者的资格取得及培养制度进行了改革。新的制度下，只有经过 2 年或 3 年的法科研究生课程学习并毕业后，才能获得司法考试资格。必须经过全国统一司法考试合格并在司法研究所进行为期 1 年的讲课及实务进修后，毕业考试合格者才能获得司法资格。具备司法资格才有可能被任命为检察官。但获得检察官官职后，不能马上承担复杂、重大案件，还必须经过在职培训，且其办案要通过上司“审批”的指导以及前辈检察官的指点。[5]

二、中国检察官职业发展概况

中国在近代以前并无现代意义上的检察制度，与此相关的是，自周至清一直存在着一项十分重要而独特的政治法律制度——御史制度，其纠察百官、监督制约权力的特点，与现代中国检察制度有一定的文化传承关系。1906 年年底，清政府颁布《大理院审判编制法》，规定新的审判机构采用四级三审制，各级审判厅附设检察局，各检察局设置检察长一人，负责刑事案件的公诉、监督审判和监视判决执行。1907 年颁布了《高等以下各级审判厅试办章程》，对检察制度作了进一步的规定：除法律规定必须亲告案件外，凡刑事案件，无论因被害者告诉、他人告发、警察的移送或检察官自行发

---

〔1〕 参见施鹏鹏：“法国检察官选任和晋升制度较为完善”，载《检察日报》2015 年 1 月 27 日，第 3 版。

〔2〕 参见董璠舆编著：《日本司法制度》，中国检察出版社 1992 年版，第 180 页。

〔3〕 参见李洪阳、雷池：“论日本检察制度特点及对我国的启示”，载《中国检察官》2014 年第 13 期。

〔4〕 参见董璠舆编著：《日本司法制度》，中国检察出版社 1992 年版，第 231 页。

〔5〕 参见顾军、温军：“论日本、韩国检察制度及其启示”，载《江汉论坛》2014 年第 12 期。

觉，都由检察官提起公诉，并明确规定了检察官的具体职权。此外，1909 年，清政府又颁布了《法院编制法》，1910 年颁布了《检察厅调度司法警察章程》，这些文件都为检察制度的发展奠定了基础。辛亥革命推翻清政府后，建立了南京临时政府，基本沿用了晚晴改制后的司法体制。北洋政府时期，也基本沿用清末的司法体制，实行四级三审制，后来又改为三级二审制，在各级审判厅辖区内单独设立检察厅。同时改了一些旧的称谓：总检察厅首长由厅丞改为检察长，各级检察厅的典簿、录事改为书记官长、书记官。〔1〕

1949 年，第一届中国人民政治协商会议召开，通过了《中华人民共和国中央人民政府组织法》（以下简称《中央人民政府组织法》，已失效），该法第 28 条明确规定："最高人民检察署对政府机关、公务人员和全国国民之严格遵守法律，负最高的检察责任……"1951 年，中央人民政府通过了《中央人民政府最高人民检察署暂行组织条例》（已失效）和《各级地方人民检察署组织通则》（已失效），各级人民检察机关相继开始建立。1954 年 9 月，第一届全国人民代表大会第一会议召开，制定并通过了《宪法》。我国 1954 年《宪法》第 81～84 条对我国检察制度作了规定，其中包括最高人民检察院的职权、领导关系和检察长的任期，并且规定了垂直领导原则。这次会议还通过了《中华人民共和国人民检察院组织法》（以下简称《人民检察院组织法》），比较系统地规定了检察机关的设置、职权、组织原则、检察人员的任免等。1957 年，反右派斗争开始，并进而扩大化，法律虚无主义泛滥，检察制度被错误地进行批判，一些制度也没有得到很好的实施。1966 年，"文化大革命"开始，检察制度被"砸烂"，直到 1978 年粉碎"四人帮"，中国检察制度陷入中断阶段，检察官群体也被边缘化。〔2〕

1979 年，我国重新制定了《人民检察院组织法》，明确规定了人民检察院为国家法律监督机关，恢复了新中国成立之初的双重领导体制，确立了人民检察院在我国政治体制中的独立法律地位。1995 年，《检察官法》颁布，给我国的检察官职业发展带来了新气象，后于 2001 年、2017 年、2019 年被修订。目前配套的规定还有：《中华人民共和国检察官职业道德基本准则》《最高人民检察院关于完善检察官权力清单的指导意见》《关于建立法官、检察官惩戒制度的意见（试行）》《最高人民检察院关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》《检察官职业行为基本规范（试行）》等。

根据我国《检察官法》第 2～4 条的规定，检察官是依法行使国家检察权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员。检察官必须忠实执行宪法和法律，维护社会公平正义，全心全意为人民服务。检察官应当勤勉尽责，清正廉明，恪守职业道德。根据《检察官法》第 12 条之规定，担任检察官必须具备下列条件：①具有中华人民共和国国籍；②拥护中华人民共和国宪法，拥护中国共产党领导和社会主义制度；

〔1〕 参见孙谦主编，最高人民检察院政治部组织编写：《中国特色社会主义检察制度》，中国检察出版社 2015 年版，第 89～90 页。

〔2〕 参见张思卿主编：《中华人民共和国检察业务全书》，吉林人民出版社 1991 年版，第 5 页。

③有良好的政治、业务素质和道德品行；④具有正常履行职责的身体条件；⑤具体普通高等学校法学类本科及以上学历，或者非法学本科及以上学历并获得法律硕士、法学硕士及以上学位，或者非法学本科及以上学历获得其他相应学位并具有法律专业知识；⑥从事法律工作满5年，获得法律、法学硕士学位或法学博士学位的，年限可相应放宽；⑦初任检察官应当通过统一法律职业资格考试取得法律职业资格。适用第⑤规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民检察院审核确定，在一定期限内，可以将担任检察官的学历条件放宽为高等学校本科毕业。此外，《检察官法》第13条还规定，下列人员不得担任检察官：①因犯罪受过刑事处罚的；②被开除公职的；③被吊销律师、公证员执业证书或者仲裁委员会除名的；④有法律规定的其他情形的。

根据《检察官法》第18条之规定，检察官的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民检察院检察长由本级人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民检察院检察长的任免，须报上一级人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会批准。省、自治区、直辖市人民检察院分院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。省级和设区的市级人民检察院依法设立作为派出机构的人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员，由派出的人民检察院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。新疆建设兵团各级人民检察院、专门人民检察院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员的任免办法，根据全国人民代表大会常务委员的有关规定任免。

根据《检察官法》第14条的规定，初任检察官采用考试、考核的办法，按照德才兼备的标准，从具备检察官条件的人员中择优提出人选。人民检察院的检察长应当具有法学专业知识和法律职业经历。副检察长、检察委员会委员应当从检察官、法官或者其他具备检察官条件的人员中产生。

第二节　检察官的角色定位与职业属性

一、检察官的角色定位

一般认为，所谓检察官的角色定位，是指检察官在国家公职人员中的性质与地位。由于各国的司法体制不尽相同，因而检察官的定位也存在差别。对此，我国台湾地区学者林玉雄教授认为，自欧洲大陆创建检察制度以来，检察官就一直处在法官与警察两大山谷的“谷间带”，检察官不愿意成为“侏儒法官”，也不愿成为“司法警察”，如何定位检察官，一直是各国检察制度的难题。〔1〕

〔1〕 参见林钰雄：“谈检察官之双重定位——行政官？（司）法官！”，载《刑事法杂志》1998年第6期。

龙宗智教授认为，关于检察官的定位，一直存在两种相互对立的观点，即“行政官说”和“司法官说”。

1.“行政官说”。“行政官说”认为检察官系行政官，主要有两方面的理由：

（1）根据检察机关的组织体制和组织原则，即“检察一体制”，检察机关系一个整体，具体体现于四项制度：①“阶层式建构”和上级的“指令权”。各国检察机关普遍实行与行政机关一致的“阶层式建构”，上级机关对下级机关、上级检察官对下级检察官有指挥监督的“指令权”，而下级则有服从义务。②职务收取和职务转移制。上级有权亲自处理属于下属检察官承办的案件和事项，同时上级检察官有权将下属检察官承办的案件和事项转交给其他下属检察官承办。③官员代换制。参与诉讼、出席法庭的检察官即使中途发生替换，对案件在诉讼法上的效果并无影响。④首长代理制。各级检察机关所属检察官在对外行使职权时，系检察首长的代理人。

（2）国家法（宪法）上的权力划分。立法、行政、司法的三权分立与制衡，是西方政治体制的基本结构。在这一构造中，检察官不属于立法机关，也不属于受宪法独立性保障的法官，而是受上级指令约束的公务员，是代表第二权（行政）对第三权实施监督制衡的机关，这种类别划分能实现司法结构的合理性与国家基本结构的“同构性”。

2.“司法官说”。“司法官说”认为，检察官是与法官具有“等同性”的司法官。“司法官说”的基本论据是检察官与法官的“近似性”及检察权与审判权的“接近度”。对这种特性，学界几乎形成“共识”。“司法官说”最重要的理由是防范行政不当干预刑事司法。由于现代检察官制是资产阶级革命的产物，因此，防止有“革命之子”性质的检察官制成为行政的工具，是创设该制度的基本要求。〔1〕

谢佑平教授和宋远升教授认为，检察官的角色具有多重性，司法活动中的检察官可以同时是精神伦理中的道德人、法律制度中的法律人、社会制度中的社会人以及自然意义上的自然人。同一个主体承担了诸多的角色，冲突是不可避免的，那么问题是：在现代司法中，应该如何对检察官进行准确定位？谢佑平教授和宋远升教授认为，做一个独立、中立、公正以及理性的法律人，是检察官最为恰当的身份选择。〔2〕

前述观点主要是对一般意义上之检察官的角色定位进行分析，关于我国检察官的具体定位，理论界也存在不同的观点。

有观点认为，对此，应当立足于我国的政治体制和现行法律规定。我国检察机关独立于行政机关和审判机关，是国家法律监督机关，由检察机关行使的检察权实质上是一种法律监督权。因此，在我国，检察官作为国家机关工作人员，具有独立性，既不是行政官，也不是法官，其基本定位应当是护法官，即法律监督官员，是维护法律统一和正确实施的专门官员。这一定位意味着：①检察官是国家官员，是行使一定国家权力的人，这一身份使得检察官区别于一般公民；②检察官是国家法律官员，是行使检察权处理法律案件的人，这一身份使得检察官区别于行政官员、立法官员；③检

〔1〕 参见龙宗智：“试论检察官的定位：兼评主诉检察官制度”，载《人民检察》1999 年第 7 期。

〔2〕 参见谢佑平、宋远升：“检察官角色的冲突衡平与定位”，载《国家检察官学院学报》2010 年第 4 期。

察官为维护法律实施，以积极的行动方式（侦查和提起诉讼）适用法律，是法律监督者，这一身份使得检察官不同于法官。法官是以消极的方式（不告不理）运用法律裁决纠纷的人，是裁判官。[1]

有观点认为，在我国，检察官是依法在检察机关行使国家检察权的法律职业者，从检察官的职责来看，我国检察官属于履行国家法律监督职责的官员，其核心职责是进行法律监督，目的是维护国家法律的统一、正确实施。基于此，检察官的角色定位具体表现为：①检察官是法律秩序的积极守护者。法官、检察官、律师都同样担负着维护法律秩序的职能，但基于中立的裁判角色定位，法官维护法律秩序是被动的；律师也需要基于当事人的请求，以维护当事人的合法权益来实现对法律秩序的维护；检察官履行职责则不以当事人的请求为必要，而是积极主动地监督法律的正确实施。②检察官是司法公正的忠实捍卫者。公正是检察机关司法属性和法律监督属性的必然要求。③检察官是国家和人民权益的客观代表者。检察官为了发现真实情况，不应站在当事人的立场上，而应站在客观的立场上进行活动。检察官必须以事实为依据，以法律为准绳，秉公执法，不得徇私枉法，既要注意对犯罪嫌疑人不利的情况，也要注意有利的情况。[2]

有观点认为，无论是基于检察官理想品格的形成，还是检察实践的要求，我国检察改革的重心都在于检察官司法官化。检察官、法律监督官和司法官名异实同。我国应坚持“大司法”框架下的检察官司法官化道路，实现我国检察官角色定位的司法回归：公正、客观、理性、独立。从《宪法》规定来看，检察官是法律监督官，我国《宪法》将检察官定位为法律监督官。从法律、法规、规章等规定来看，检察官是司法官，我国《刑法》条文中有 17 处涉及了“司法”的概念，具体包括何谓司法、司法机关、司法工作人员等。《刑法》第 94 条特别规定：“本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”《刑事诉讼法》条文中有 6 处、《中华人民共和国治安管理处罚法》（以下简称《治安管理处罚法》）条文中有 1 处、《行政处罚法》条文中有 4 处涉及了“司法”的概念，其他法律、法规、规章中也多有涉及。该观点进一步认为，检察官职能内容上的共性是检察官的本质特征，而综观当今世界上绝大多数法治国家，尽管具体职能的内容边界、行使方式、行使机关的设立形式等存在不同程度的差别，但公诉、职务犯罪侦查和司法行为监督都是检察官的三大基本职能。我国检察官的法律监督职能也是通过上述三大职能的行使实现的，即我国检察官与其他国家的检察官在基本职能内容上没有本质区别。从这个意义上讲，检察官与法律监督官抑或法律守护官（人）只是称谓不同。而各国所谓的行政监督官、准司法官、行政官、公益代表人等检察官类型，也只是给检察官披上了不同的角色“外衣”。将检察官称为司法官，是在广义的司法概念下的定位，体现了对检察官与法官的职能行使和品格的共性要求。可以说，检察官司法官化，是对穿着不同角色“外衣”的检察官

〔1〕 参见李瑜青主编：《法律社会学理论与应用》，上海大学出版社 2007 年版，第 260~261 页。

〔2〕 参见胡尹庐、胡卫列主编：《检察官职业素养教程》，中国检察出版社 2015 年版，第 122~123 页。

的共同、最高要求。[1]

还有观点认为，从应然的角度看，我国检察官的角色，应当是诉讼当事人、法律守护人和公益代表人。在刑事诉讼中，检察官（机关）首先是诉讼之一方当事人。检察官通过履行侦查、公诉、监督及刑罚执行等职能，维护法律权威和尊严，维护社会公平正义，尊重保障人权。在现代社会，检察官以维护公共利益为崇高使命。[2]

上述研究者的不同观点之间存在共性，也存在差别。对于检察官的角色定位，所采取的进路基本上是一种“倒推式”论证进路，即通过检察权的性质来倒推检察官的角色定位，通过检察机关的性质来倒推检察官的角色定位，或者通过法定职责来倒推检察官的角色定位。我们认为，无论检察官的角色定位究竟如何，有一个基本前提是确认的，即检察官属于法律职业人，属于法律职业共同体的组成部分。因此，从这个角度看，可以选择一种“语境式”或“情境式”界定模式，即把检察官放在具体的情境中，进而确定其准确的角色定位，在此基础上，对于检察官应该遵循的职业伦理也更有针对性。作为法律职业人而言，其最主要的职业行为就是“法律服务行为”，对检察官来说，最重要的就是参与诉讼，在两造中，检察官作为一方诉讼当事人，其所代表或要维护的是公共利益、国家利益。

二、检察官的职业属性

对检察官的角色定位不同，得出的职业属性也会有所差别，在此概述主要观点，以供思考。

有观点认为，检察官是以积极的方式行使职权，以维护法律实施和保护公益的国家法律官员，检察官职业具有以下特点：①法律性。检察官职业的法律性，其含义不在于法律对检察官职业的规范，而在于检察官职业“工作”内容本身的法律性。在法治国家，任何一种职业都会或多或少地受到法律的规范，完全脱离法律的职业是不存在的。检察官作为一种独立的、专门化的职业，从其产生之日起，就是以通过特定的方式适用法律为天职。②公益性。检察官职业的价值取向是公益，检察官从公益角度出发，处理检察事务。公益即公共利益，是指“作为有机体的公众共同享有的权益、福利和价值”，其“构成要素一般包括公共秩序、公共道德、公共财产、公共安全和普遍人权等”。检察官以公益代表的身份参与诉讼活动，在刑事诉讼中，检察官担当公诉人的身份充分说明了其职业价值取向。在涉及国家利益、社会利益的民事、行政案件中，在具体权利人不确定的情况下，检察官应当或可以以公益人代表的身份提起诉讼。③主动性与被动性。检察官在适用法律时，都是基于案件或法律纠纷的存在，即法律在实施过程中遇到了障碍，发生了违法犯罪行为或遇到法律纠纷，因而在此意义上，检察官运用法律、实施法律具有一定的被动性。但是，一旦遇到国家公职人员的犯罪活动或涉及公共利益的特定民事与行政案件，以及针对司法机关与司法行政机关的法律监督，检察官则会主动以公诉人、公益人代表或法律监督者的身份介入相应的司法

---

〔1〕 参见刘万丽、黄在国：“我国检察官角色定位问题研究”，载《中州学刊》2013 年第 11 期。

〔2〕 参见段明学：《检察改革论略》，中国检察出版社 2016 年版，第 137~140 页。

诉讼活动。[1]

有观点认为，检察官的职业属性主要体现为司法性、独立性与客观性。就职业品格而言，检察官的司法属性占主导地位。无论强调法检两官的同质性，将检察官与法官比作一枚硬币的两面、一辆车子的两轮，还是将检察官视为在司法领域内与法院共同履行司法职责的行政官，都要肯定检察官有别于行政官亦有别于法官的独特气质，在这种独特性中，司法官属性占据主导色彩。就检察实践而言，检察官的客观性、独立性是关键内容。在独立性方面，欧陆国家普遍认同“对案件真实性及公正性的判断，必须由各主其事的个人，以理性和良知个别决定之，不得对检察官施以强制，命其违反自己的信念行事”。在客观性方面，检察官的倾心所求正是力图做到“事实上确实如此”。[2]

最高人民检察院政治部认为，作为法律职业，检察官与法官、律师等一样，具有法律职业的共性，即受过系统的法律职业教育和训练，有着以权利义务为中心概念的参照系，有以理性的、专业的话语和独特的推理方法去实现法律的确定性，有以维护社会正义和自由、维护法律权威为价值追求的职业意识。但是，检察官又具有诸多有别于法官、律师的职业特性。基于中国检察官的法律监督角色，检察官职业具有以下特性：

1. 主动性。检察官是法秩序的积极守护者。法治对检察官的角色定位要求检察官代表国家而非基于当事人的请求，主动对违反法律秩序的犯罪行为进行追诉并对诉讼中的其他违法行为进行纠正。从检察官独具的主动追诉的职能看，检察官是法律秩序的积极守护者。

2. 客观性。检察官适用法律要恪守客观性义务。检察官不仅代表国家对犯罪行为进行追诉，维护法律秩序，还负有保护人权之责。这就使检察官负有“客观性义务”。检察官为了发现真实情况，不应站在当事人的立场上，而应站在客观的立场上进行活动，检察官不是、也不应是片面追求打击犯罪的“诉狂”，而是依法而言、客观公正的法律守护人。[3]

拓展阅读：法律碰瓷为哪般？

---

〔1〕 参见李瑜青主编：《法律社会学理论与应用》，上海大学出版社 2007 年版，第 261~262 页。

〔2〕 参见刘万丽：“再论检察官的角色定位”，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 2 期。

〔3〕 参见最高人民检察院政治部编写组编：《中国特色社会主义检察制度学习材料》，中国检察出版社 2006 年版，第 155~156 页。

第十二章

检察官职业伦理概述

导　语

检察官职业伦理，是指检察官在职务内和职务外行为时须遵循的准则。在我国，检察官是法律监督职责的具体承担者，代表国家追诉犯罪、提起公诉，其依法履行职责，对保障公正司法具有重要意义。本章将对检察官职业伦理的概念和特征进行阐释，并对国内外检察官职业伦理的基本要求进行介绍。

第一节　检察官职业伦理的内涵

一、检察官职业伦理的概念

检察官职业伦理，是指检察官在职务内和职务外行为时须遵循的准则。从理论上讲，检察官职业伦理，可以进一步分为检察官的外部伦理和内部伦理。所谓检察官的外部伦理，是指检察官基于职务行使及其特殊身份而在对外联系中需遵循的行为准则；所谓检察官的内部伦理，则是指检察官在检察机关内部工作中应当遵循的行为准则。区分检察官外部伦理和内容伦理的主要依据在于：前者旨在约束检察官的对外行为，包括检察官在履行职务过程中应当恪守的行为准则和检察官因为其特殊身份而在私人活动和社交活动中应当遵守的行为准则；而后者旨在约束检察官在检察机关内部的行为，包括检察官与上级检察官的行为关系准则，以及检察官与同僚的行为关系准则。[1]

在结构意义上，检察官职业伦理是检察官与其职业相关主体之间的一种客观交往关系。检察官职业伦理并不是单个因素的结构，其包括作为职业伦理主体的检察官、检察官职业伦理关系、检察官职业伦理规范以及检察官职业伦理秩序四个构成要素。在功能意义上，检察官职业伦理产生于检察官职位本身，同时又对检察官个体具有濡化作用。因此，检察官职业伦理可以在很大程度上优化检察官职业的内在结构，将检察官职业巩固为一种稳定的关系，并使得检察官职业共同体成员由法律认同感提升至伦理认同感，从而保证检察官职业群体的有效互动及作用发挥。[2]

---

〔1〕 参见万毅："检察官职业伦理的划分"，载《国家检察官学院学报》2014 年第 1 期。

〔2〕 参见宋远升："论检察官职业伦理的构成及建构"，载《法学评论》2014 年第 3 期。

二、检察官职业伦理的特征

基于检察业务的特殊性，检察官职业伦理与普通的职业伦理相比，有着一些比较突出的特性。

（一）特定的主体

检察官职业伦理的主体是检察官。按照检察院内部的机构设置，根据职责分工的不同，除了职业检察官，检察院内部还设有书记员、内勤等行政岗位。这些工作人员虽然不是职业检察官，但是他们的任务是协助职业检察官行使检察权，根据本岗位的职业行为规范来工作，与职业检察官的司法活动有着极为密切的联系。但他们毕竟不是职业检察官，与检察官存在着本质上的区别。基于此，二者之间的职业伦理要求也大不相同。例如，检察院内部的聘任制书记员是检察工作的辅助人员，其不具有检察官在刑事诉讼中的职权，自然不用承担检察官的义务，只需要遵守基本的司法行政人员的职业伦理即可。因此，检察官职业伦理的主体只能是在检察院专门行使检察权的职业检察官，并不包括检察院的其他组成人员。

（二）特定的对象

检察官职业伦理规范的对象也是特定的，主要指向检察官的职业行为及其各种社会活动。检察官职业伦理首先调整的是检察官的职业行为。例如，“忠诚”的职业伦理要求检察官忠于党、忠于国家、忠于人民，忠于事实和法律，忠于人民检察事业，恪尽职守，勇于奉献；“公正”要求检察官树立“正义”的理念，独立行使检察权，坚持法律面前人人平等，自觉维护程序公正和实体公正；“严明”要求检察官在执法活动中要“严格执法，文明办案，刚正不阿，敢于监督，勇于纠错，捍卫宪法和法律的尊严”；等等。这些职业伦理不同于普通的职业伦理，相比较而言，前者的要求更高，规范得更为严格。检察官是社会正气的表率，代表着法律公正无私的形象。因此，检察官的一言一行必须要谨慎，不管是在日常的职业活动中，还是在业外活动中，检察官应模范地遵守法律职业伦理，尤其是检察官职业伦理，成为公民的道德楷模。

（三）特定的内容

检察官职业伦理的内容也是特定的，其核心是公正司法。作为一种特殊的法律职业，检察官的任务是通过行使检察权，追究犯罪嫌疑人的违法犯罪活动，保护人民群众的生命、财产和健康安全，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护正常的社会秩序。同时，检察官还应通过自己的司法实践，教育公民自觉地遵守宪法和法律，积极同违法犯罪行为作斗争。这说明，检察官的职业伦理具有两方面的内容：一是规范检察官的职业行为；二是培养起高尚的生活情操和道德水平。检察官只是法律职业中的一种，检察官职业伦理因而也只约束检察人员的职业行为和社会活动。

第二节　检察官职业伦理的基本要求

一、《检察官法》中的法定义务

根据《检察官法》第10条之规定，检察官应当履行下列义务：

1. 严格遵守宪法和法律。

2. 秉公办案，不得徇私枉法。

3. 依法保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利。

4. 维护国家利益、社会公共利益，维护个人和组织的合法权益。

5. 保守国家秘密和检察工作秘密，对履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私予以保密。

6. 依法接受法律监督和人民群众监督。

7. 通过依法办理案件以案释法，增强全民法治观念，推进法治社会建设。

8. 法律规定的其他义务。

二、《检察官职业道德基本准则》中的基本准则

2016年11月，最高人民检察院通过了《检察官职业道德基本准则》，对检察官应该遵守的职业道德基本准则规定如下：

1. 坚持忠诚品格，永葆政治本色。

2. 坚持为民宗旨，保障人民权益。

3. 坚持担当精神，强化法律监督。

4. 坚持公正理念，维护法制统一。

5. 坚持廉洁操守，自觉接受监督。

三、《检察官职业行为基本规范（试行）》中的基本规范

2010年10月，最高人民检察院发布了《检察官职业行为基本规范（试行）》，其目的是规范检察官职业行为，保障和促进检察官严格、公正、文明、廉洁执法。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第1~8条的规定，检察官应该遵守的基本规范包括以下内容：

1. 坚定政治信念，坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，认真学习中国特色社会主义理论体系，深入贯彻落实科学发展观，建设和捍卫中国特色社会主义事业。

2. 热爱祖国，维护国家安全、荣誉和利益，维护国家统一和民族团结，同一切危害国家的言行作斗争。

3. 坚持中国共产党领导，坚持党的事业至上，始终与党中央保持高度一致，自觉维护党中央权威。

4. 坚持执法为民，坚持人民利益至上，密切联系群众，倾听群众呼声，妥善处理

群众诉求，维护群众合法权益，全心全意为人民服务。

5. 坚持依法治国基本方略，坚持宪法法律至上，维护宪法和法律的统一、尊严和权威，致力于社会主义法治事业的发展进步。

6. 维护公平正义，忠实履行检察官职责，促进司法公正，提高检察机关执法公信力。

7. 坚持服务大局，围绕党和国家中心工作履行法律监督职责，为改革开放和经济社会科学发展营造良好法治环境。

8. 恪守职业道德，铸造忠诚品格，强化公正理念，树立清廉意识，提升文明素质。

四、国外检察官职业伦理的基本要求

各国对检察官的角色定位不同，因此，对于检察官的职业伦理要求也不尽相同，不过一些基本的理念、价值是相通的，如客观、廉洁等，在此概述美国、英国等国对检察官的职业伦理要求，此外，也对联合国、欧盟、国际检察官协会（international association of prosecutors，简称 IAP）对检察官职业伦理的有关规定进行概述，以供思考。

（一）美国检察官职业伦理的基本要求

1977 年，全美地区检察官协会（national district attorneys association）制定了《全美检察准则》（*National Prosecution Standards*），迄今为止，该准则已经修订过两次。根据《全美检察准则》的规定，检察官的责任包括以下内容：

1. 主要责任（primary responsibility）。检察官是独立的司法行政官（administrator of justice），其主要职责在于追求正义，仅可以通过事实的呈现及证明加以实现。此责任包含但却不限于确保有罪者受到追诉、无辜者免受不必要伤害，以及所有参与者（特别是犯罪之被害人）的权利受到尊重。

2. 社会和个人权益（societal and individual rights and interests）。检察官应积极地保障每个人的个人权利，而非代理任何人。检察官在个案行使裁量权时，均应将社会权益摆在最重要的位置。在适当及必要的时候，检察官亦应寻求刑事法律改革，并优先考虑社会利益，而非个人或任何团体的利益。

3. 全职与兼职（full-time/part-time）。检察长在其管辖区域内应当全职工作。作为全职的检察官，无论是否为检察长，都不能从事私人律师业务，也不可获取职务外的利益。但在某些无法或不愿维持一位全职检察官的管辖区内，该检察官可以是兼职，但即使是兼职时，仍不得有从事与检察独立相抵触之职业行为。

4. 行为规范（rules of conduct）。检察官应该遵守其管辖区内之全部司法伦理规范。

5. 行为规范之不一致（inconsistency in rules of conduct）。最终检察官仍应受其辖区之伦理规范的约束。若该规范与《全美检察准则》有所冲突，仍应遵守其辖区之伦理规范，并须努力尝试修改该规范，使其与《全美检察准则》趋于一致。

6. 不当行为之反应责任（duty to respond to misconduct）。检察官对以下已经、将要或可能妨碍司法公正的不当行为，都有呈报的义务：①当检察官知悉检察机关相关人员，从事或有意从事可能妨碍司法妥善运作的不当行为时，应依其机关内部的处理程序呈报。②若其机关内部缺乏足够的程序以解决不当行为的呈报时，知悉的检察官应

先行要求该人员停止该不当行为。上述要求未得到回应时，或情节十分严重时，其应向该机关内部之高层报告。③若检察官尽其最大努力，仍未能依照程序纠正该不当行为时，即应在州法律及伦理规范允许下，向检察机关外部的有关官员报告。④检察官未能报告其所知悉的不当行为时，即构成了对检察官职业伦理规范的违反。

（二）英国检察官职业伦理的基本要求

根据英国《皇家检察官守则》（*The Code for Crown Prosecutors*）的规定，检察官应该遵守以下基本原则（general principles）：

1. 检察官的独立性是民主社会刑事司法制度的核心。检察官独立于起诉决策过程之外的个人或机构，也独立于警察和其他调查人员。检察官必须在不受政治干涉的情况下自由地履行其专业职责，不得受到来自任何来源的不适当的或不正当的压力或影响之干扰。

2. 皇家检察署（CPS）的职责并非决定某人是否触犯刑事法律，而是评估是否适宜提出检控，并供刑事法院参考。皇家检察署（CPS）对任何案件的评估在任何意义上都不是对任何罪行或犯罪行为的认定或暗示，有罪判决只能由法院作出。

3. 同样，不提出刑事指控的决定并不一定意味着不存在犯罪的受害者。皇家检察署（CPS）不负责作出这样的决定。

4. 起诉或建议庭外处置的决定是影响嫌疑人、受害者、证人和广大公众的重要举措，必须非常谨慎地进行。

5. 检控官有责任确保适当的人因适当的罪行而被检控，并在可能的情况下将违法者绳之以法。公平、公正和正直地作出的个案工作决定有助于确保公正。检察官必须确保适当适用法律，将有关证据提交法院，并遵守披露义务。

6. 虽然必须根据每个案件本身的事实和是非曲直加以审议，但适用于每一个案件的一般原则是存在的。

7. 检察官在作出决定时必须公正客观。他们不得因对于嫌疑人、被告、受害人或任何证人的族裔或民族血统、性别、残疾、年龄、宗教或信仰、性取向或性别认同的任何个人观点影响其决定。他们也不能受制于政治考虑。检察官的行动必须始终是为了伸张正义，而不是仅仅为了定罪。

8. 检察官必须不偏不倚地处理每一起案件，有义务保护嫌疑人和被告人的权利，同时为受害者提供尽可能好的服务。

9. 皇家检察署（CPS）是当前有关平等立法的公共机构。检察官受本法规定之职责的约束。

10. 检察官必须根据《1998 年人权法案》，在案件的每一阶段适用《欧洲人权公约》的原则。除特别情况外，他们必须遵守司法部长（attorney general）所发出的指引，以及皇家检察署（CPS）代表总检察长（director of public prosecutions，简称 DPP）发出的政策性指引。皇家检察署（CPS）指引包含有关特定犯罪和罪犯的进一步证据和公共利益因素，并可在皇家检察署（CPS）网站上进行查阅。检察官还必须遵守《刑事诉讼规则》（*Criminal Procedure Rules*）和《刑事诉讼实务指示》（*Criminal Practice Directions*），并履行量刑委员会准则（sentencing council guidelines）和国际公约所规定

的义务。

11. 皇家检察署（CPS）代表其他一些政府部门进行起诉。在这种情况下，检察官应考虑到这些部门的任何相关执法政策。

12. 在英格兰和威尔士，有一些犯罪行为可由皇家检察署（CPS）或其他检察官起诉。在就这些案件作出决定时，皇家检察署（CPS）检察官在其认为适当的情况下，可考虑其他检察官的任何有关执行或起诉政策或守则。

13. 在英格兰和威尔士法律不同的地方，检察官必须适用守则，并考虑任何相关政策、指导或指控标准。

（三）法国检察官职业伦理的基本要求

在法国，职业伦理要求检察官对自己地位的特性有深刻的理解，他们不仅是专业人员，更是国家的代表，肩负着一种最基本的民主的使命——伸张正义。最高司法委员会在 1994 年 3 月 24 日的一个决议中明确指出这一特殊要求："检察官应该具有严谨、正直、忠诚的人格，只有这些品质才能诠释他们的责任感和职业良心，让他们能够与自己要完成的使命相称，使他们的行动具有法律的威严。"换言之，对于那些在自己的职业中被托付了涉及本质——家庭、工作、商业、经济和社会关系、责任、自由、关押或惩罚——权力的人，不论男女，毫无疑问，"责任感是最基本的要求"，只有严格的职业伦理才能确保其实现。[1]

（四）联合国对检察官职业伦理的基本要求

根据联合国《关于检察官作用的准则》的规定，检察官应该遵循的基本准则包括：

1. 检察官是司法不可或缺的官员，应牢记自己的职务和身份，时刻维护其职务的荣誉或尊严。

2. 检察官与其他公民一样享有言论、信仰、集会及结社自由，但身为检察官，尤其应致力于有关法律、司法、人权保障与促进等事项的公开讨论。

3. 检察官应以迅速且公平地依法行事，尊重及保护人类尊严，维护人权，并有助于确保法定诉讼程序在刑事司法系统的职务顺利地运行。

4. 检察官执行职务时应做到：①公正执行职务，避免一切政治、社会、宗教、种族、文化、性别或其他形式的歧视；②以保障公益为念，客观行事，应注意维护被告及被害人之地位，对被告有利、不利之相关情况，也应该一律注意；③除执行职务或维护公平公正的必要之外，检察官对其所有的事务，应该严守秘密；④考量被害人的观点，关切其个人利益所受损害，确实依照联合国所颁布之《犯罪及滥权被害人保护基本原则宣言》，告知被害人所享有的一切权利。

（五）欧盟对检察官职业伦理的基本要求

欧盟制定了《欧盟检察官伦理及行为准则》（*European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors*），也称为《布达佩斯指引》（*Budapest Guidelines*）。根据该行为准则的规定，检察官应该遵循如下基本原则：①坚持公平审判、诉讼平等、无罪推定和基本权利的原则。②采纳和公布一般指引和原则，以防止作出武断的决定。③客

---

〔1〕 参见刘林呐：《法国检察制度研究》，中国检察出版社 2015 年版，第 140 页。

观、一致、专业、公平、公正、依法办事。④避免利益冲突或不当影响。⑤尊重多样性，避免偏见或歧视。⑥掌握专业技能和知识，并随时了解相关法律发展。⑦保持个人正直，避免不正当行为。

（六）国际检察官协会对检察官职业伦理的基本要求

根据《检察官职业责任标准和基本职责及权利声明》（*Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors*）的规定，对于检察官的职业行为（professional conduct），检察官应该遵循如下基本原则：①任何时候都要维护检察官职业的荣誉和尊严；②始终以专业的态度行事，遵守法律、行业规则和职业伦理；③在任何时候都要保持最高程度的正直和谨慎；④随时掌握有关法律发展的最新情况；⑤努力做到言行一致、独立公正；⑥要始终保护被告人获得公正审判的权利，尤其要确保依照法律或公正审判的要求披露有利于被告人的证据；⑦始终服务和保护公众利益；⑧尊重、保护和维护人类尊严和人权的普遍概念。

第十三章

检察官职业伦理的具体要求

导 语

本章将围绕检察官职业伦理的具体要求，主要探讨检察官的职业信仰、职务行为、职务外行为和检察礼仪四方面的内容。检察官职业信仰是检察官个人信仰的集中体现，既是职业伦理的重要内容，亦是检察官职业的理想目标。检察官应当树立职业信仰，严格约束自我的职务行为和职务外行为，并在各种社会活动中谨遵必要的检察礼仪。

第一节 检察官的职业信仰

一、职业信仰的内涵

在古代汉语中，《说文解字》从字面意义上将“信仰”解释为“信，诚也”“仰，举也”，但“信仰”并没有作为一个固定词语出现。在英文中，“信仰”也用了一个很庄严的词来表示，即“faith”，也有学者认为，英文中与“信”或“信仰”相对应的动词是“believe”，其含义为“信任、相信、以为、信仰”等，英文中与“信仰”对应的名词是“belief”，其含义为“信念、信仰”等。到了现代以后，“信仰”作为一个专有名词出现在工具书中，如《现代汉语词典》中对“信仰”的定义为：“动词，对某人或某种主张、主义、宗教极度相信和尊重，拿来作为自己行动的榜样或指南；名词，相信并奉为准则或指南的某种主张、主义、宗教等。”[1]《哲学大辞典》中对“信仰”解释为：“信仰是对某种理论、思想、学说的心悦诚服，并从内心以此作为自己的行动的指南。有盲目的信仰与科学信仰之分。”[2]《社会历史观大辞典》中将“信仰”解释为：“信仰是人们对某种学说、主义的信服和崇拜，并用来作为自己的精神寄托和行为指南。信仰来源于社会实践，又包含着人的心理过程，是认识和情感的结合物，又渗透着意志力，信仰有科学的信仰和非科学的信仰之分。”[3]

综上所述，得到普遍认可的信仰概念可以简洁地表述为：对某人或某种主张、主义、宗教的极度相信和尊崇，并将其奉为自己的行为准则。其内涵包括以下几个层次：①信仰是一种“极度”相信的心理状态；②信仰的对象可以是特定的人或事物，也可

---

〔1〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 1453 页。

〔2〕 参见冯契主编：《哲学大辞典》，上海辞书出版社 1992 年版，第 1214 页。

〔3〕 参见周隆宾主编：《社会历史观大辞典》，山东人民出版社 1993 年版，第 466 页。

以是宗教或者抽象的思想学说；③信仰的行为特征主要是极度地相信；④信仰过程注重整体性思维与行为实践的结合，信仰是知、情、意、行的高度统一。[1]

职业信仰是一种情感体验和精神追求，即职业者在职业形成过程中，对于其所从事职业的意义、规律、原则的极度信服和尊崇，并奉之为自己的行为准则和活动指南。职业信仰是一个人信仰的集中体现，它使一个人的信仰与自己的职业联系在了一起，从而在职业中自觉地追求利己、利人和利群的高度统一。[2] 检察官职业信仰是检察官执行职务活动时内在的最高的道德标准，是检察官个体对于检察官职业的意义、规律、原则的极度信服和尊崇，并将其作为自己行为和活动的指南。

二、检察官职业信仰的功能

检察官职业信仰是检察官个人信仰的集中体现，它不仅是职业伦理的重要内容，更是职业伦理的最高要求，是检察官追求的理想目标。检察官职业信仰具有以下几个方面的功能：

（一）检察官职业信仰具有凝聚整合功能

检察官职业是由众多检察官个体组成的检察官群体，检察官职业信仰具有整体性，它不仅是个人的价值追求，也是检察官职业的价值追求，只有依靠每一个检察官个体的信仰和追求才能实现。检察官职业信仰向检察官个人提供了一条与他人、与社会进行精神和心灵沟通的渠道，从而为检察官提供了一条职业联系的纽带，将具有共同信仰者凝聚、整合起来，为了实现共同的理想而奋斗。

（二）检察官职业信仰具有人格塑造功能

信仰决定人格，不同的信仰塑造不同类型的人格，信仰对人格的塑造，本质上是一种价值观的塑造，不同的信仰对应不同的价值追求。[3] 检察官职业信仰作为信仰之一种，同样具有人格塑造功能。检察官个体作为职业信仰的信奉者，在情感态度上信服并忠诚地实践职业信仰所提倡的核心价值观，并把实现这些价值观作为自己的价值理想，内化为自己的奋斗目标，从中汲取塑造人格的动力。

（三）检察官职业信仰具有传统维系功能

检察官职业信仰是检察官职业在形成过程中，不断累积、不断优化、不断提炼得来的，它是对检察官职业传统的一种高度总结。因此，对于刚刚加入检察官职业的年轻检察官而言，了解并尊崇检察官的职业信仰，是连接自己与整个检察官职业传统的重要途径，也是检察官职业信仰维系传统功能的体现。

三、检察官职业信仰的内容

根据《检察官法》《检察官职业道德基本准则》《检察官职业行为基本规范（试

---

〔1〕 参见廖永红编著：《信仰的力量》，中国社会出版社 2016 年版，第 3~4 页。

〔2〕 参见任者春：“敬业：从道德规范到精神信仰”，载《山东师范大学学报（人文社会科学版）》2009 年第 5 期。

〔3〕 参见张国臣等：《理想 信念 信仰》，中国社会出版社 2013 年版，第 8 页。

行）》的规定，检察官职业信仰包括如下内容：

（一）坚定信念

检察机关是国家的法律监督机关，检察官是行使国家检察权的检察人员，是中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者，社会公平正义的守护者和公共利益的代表。因此，检察官职业信仰的重要内容之一就是坚定信念。信念是信仰的起点，信仰由信念发展而来。[1] 根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第1、2、3、7条的规定，坚定信念主要体现在以下几个方面：①坚定政治信念，坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，认真学习中国特色社会主义理论体系，深入贯彻落实科学发展观，建设和捍卫中国特色社会主义事业。②热爱祖国，维护国家安全、荣誉和利益，维护国家统一和民族团结，同一切危害国家的言行作斗争。③坚持中国共产党领导，坚持党的事业至上，始终与党中央保持高度一致，自觉维护党中央权威。④坚持服务大局，围绕党和国家中心工作履行法律监督职责，为改革开放和经济社会科学发展营造良好法治环境。当然，必须指出的是：只拥有坚定的信念还不够，将信念转化为实际行动才是最终目标，否则所有的理论都会变得毫无价值。

（二）执法为民

执法为民是宪法原则的具体体现，我国《宪法》第2条第1款明确规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。”与这一宪法原则相呼应，《宪法》第27条第2款明确要求，一切国家机关和国家工作人员必须“努力为人民服务”。检察机关是国家机关的组成部分，检察官是国家工作人员的组成部分，因此，执法为民是其对宪法原则的具体实践。执法为民是保障人权的要求，人权是现代法最基本的价值之一，尊重和保障人权既是人类文明的标志，也是一切进步的法的基本特征，是现代法区别于传统法的基本标志。[2] 一般认为，人权的国内法保护主要包括宪政保障、立法保护、行政保护、司法救济四个方面，其中，司法救济是人权的法律保护体系中的重要环节，是人权的法律保护的最后一道防线。[3] 根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第4条的规定，执法为民主要体现为：坚持执法为民，坚持人民利益至上，密切联系群众，倾听群众呼声，妥善处理群众诉求，维护群众合法权益，全心全意为人民服务。

（三）维护法治

检察官在法治国家中担任着重要的角色，代表国家追诉犯罪，维护国家、公民的利益和权利，监督违法行为，保障国家法律统一、正确实施，法治思维是检察官履行法律监督职责的底线思维。[4] 此外，维护法治还需要检察官树立牢固的法律信仰，检察官的法律信仰是指检察官在执行法律和履行法律监督职责过程中对法的认可和自觉运用以及最终形成在思维价值上对法律的高度崇尚。[5]。根据《检察官职业行为基本

---

〔1〕 参见陈新汉：《核心价值体系论导论》，上海大学出版社2016年版，第214页。

〔2〕 参见徐显明主编：《法理学》，中国政法大学出版社2007年版，第225页。

〔3〕 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2003年版，第386~387页。

〔4〕 参见石少侠、胡卫列主编：《初任检察官培训专题讲义》，中国检察出版社2014年版，第38页。

〔5〕 参见杨乐：“法律信仰的内涵与培养”，载《人民检察》2017年第19期。

规范（试行）》第5条的规定，维护法治主要体现为：坚持依法治国基本方略，坚持宪法法律至上，维护宪法和法律的统一、尊严和权威，致力于社会主义法治事业的发展进步。

（四）追求正义

什么是正义？古今中外有很多对该问题的回答与论述，但时至今日，对正义的理解仍旧充满分歧。正如美国学者博登海默所言："正义有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同形状，并具有极其不同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图揭开隐藏其表面之后的秘密时，我们往往会深感迷惑。"〔1〕一般认为，美国哲学家罗尔斯和庞德所提出的社会正义即社会基本结构的争议这一观点最为合理，可以说是正义之正义。社会基本结构的争议包括两个层面：一是社会各种资源、利益以及负担的分配上的正义；二是社会利益冲突之解决上的正义。前者可谓"实体正义"，后者可谓"形式正义"或"诉讼正义"。〔2〕至于如何实现正义？一般认为，法是实现正义的手段，法的价值之一在于实现正义。法律对正义的实现作用，总体上体现为：①分配权利以确立正义；②惩罚罪恶以伸张正义；③补偿损失以恢复正义。〔3〕检控官有责任确保适当的人因适当的罪行而被检控，并在可能的情况下将违法者绳之以法。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第6条的规定，追求正义主要体现为：维护公平正义，忠实履行检察官职责，促进司法公正，提高检察机关执法公信力。

第二节　检察官的职务行为

一、职务行为的内涵

一般认为，职务行为是指具有某种职权或者职责的公务人员，依据职权实施的行为或履行职责的行为。职务行为因合法主体履行职务的正当性而具有正当性，不因其本质是否为加害行为或者是否造成加害后果而产生法律责任或其他责任。〔4〕根据《检察官法》第7条第1款之规定，检察官的职责包括：①对法律规定由人民检察院直接受理的刑事案件进行侦查；②对刑事案件进行审查逮捕、审查起诉代表国家进行公诉；③开展公益诉讼工作；④开展对刑事、民事、行政诉讼活动的监督工作；⑤法律规定的其他职责。由此可知，检察官的职务行为主要体现为履行职责的行为，如法律监督行为、提起公诉行为等。为了丰富检察官对自身职务行为之认知，《检察官职业行为基本规范（试行）》第11～15条对此作了进一步规定，要求检察官要做到以下几点：①坚持打击与保护相统一，依法追诉犯罪，尊重和保护诉讼参与人和其他公民、法人及社会组织的合法权益，使无罪的人不受刑事追究。②坚持实体与程序相统一，严格

〔1〕参见［美］E. 博登海默：《法理学　法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第252页。

〔2〕参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2003年版，第255页。

〔3〕参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社2003年版，第257页。

〔4〕参见曾龙跃主编：《中国检察百科辞典》，黑龙江人民出版社1993年版，第108页。

遵循法定程序，维护程序正义，以程序公正保障实体公正。③坚持惩治与预防相统一，依法惩治犯罪，立足检察职能开展犯罪预防，积极参与社会治安综合治理，预防和减少犯罪。④坚持执行法律与执行政策相统一，正确把握办案力度、质量、效率、效果的关系，实现执法办案法律效果、社会效果、政治效果的有机统一。⑤坚持强化审判监督与维护裁判稳定相统一，依法监督纠正裁判错误和审判活动违法，维护生效裁判既判力，保障司法公正和司法权威。

二、职务行为的基本规则

检察官职务行为是否符合职业伦理之规范要求，是各国职业伦理规范之重点，我国也不例外。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》之规定，检察官在履行职务行为时，需要遵守如下基本规则：

（一）树立正确执法理念

理念是一种价值观念、认识和信念或价值观，属于意识形态范畴。执法理念是执法人员对法律的功能、作用和法律实施所持有的态度和观念，其具有稳定性，对执法活动及执法效果具有重要影响。任何法律都包含理念和制度两个层面，二者相辅相成。理念是推动法治社会进步的内在的、隐性的、巨大的动力。法治社会在一定意义上首先是一个观念共同体，其依赖于某些共同观念的维系、滋养和支撑。理念是一个国家法律文化的精髓，它贯穿于整个法律实践过程中，潜移默化地影响着后人，并培育着一个国家的法治传统和法律精神。[1] 根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第17~20条的规定，检察官在将执法理念外化为职务行为时，应该遵循以下基本规则：①坚持理性执法，把握执法规律，全面分析情况，辩证解决问题，理智处理案件。②坚持平和执法，平等对待诉讼参与人，和谐处理各类法律关系，稳慎处理每一起案件。③坚持文明执法，树立文明理念，改进办案方式，把文明办案要求体现在执法全过程。④坚持规范执法，严格依法办案，遵守办案规则和业务流程。

（二）依法履行职务行为

“依法”就是指依从、按照宪法和法律、法规的规定。任何公权力都是特定的、受约束的和受限制的。检察官作为行使检察权的国家工作人员，其行为正当性具备宪法及法律基础，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，但同时也应该严格按照规定的权限和程序认真履行职责。我国《宪法》第136条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”我国《检察官法》第6条规定：“检察官依法履行职责，受法律保护，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第10条规定，检察官应当履行的义务，包括“严格遵守宪法和法律”。《检察官职业行为基本规范（试行）》第9条进一步规定，检察官应当坚持依法履行职责，严格按照法定职责权限、标准和程序执法办案，不受行政机关、社会团体和个人干涉，自觉抵制权势、金钱、人情、关系等因素干扰。

---

〔1〕 参见张耕主编：《检察文化初论》，中国检察出版社2014年版，第182~183页。

（三）保持公正性

何为公正呢？按照《现代汉语词典》的解释，“公正”的意思是“公平正直，没有偏私”。[1] 公正的词义来源于人们对现存社会生活的看法，实质上是一种学理性的阐释。总体而言，就基本价值理念和基本行为准则的“公正”，我国学界形成了三种不同的理解：第一种观点认为，公正是人类社会的基本价值，是调节人与人之间关系的最基本的道德规范和利益准则，是指社会成员在社会生活各个领域中的权利享有和义务分配的合理性；[2] 第二种观点认为，公正是在一定历史条件下，不同社会主体的权利和利益在一定活动范围内得到合理满足、平等实现的价值理念，及通过不同社会主体之间的现实博弈所确立的一种规则体系和可以验证的实际状态的总和；[3] 第三种观点认为，公正是一个规则体系，是一个由对人的基本尊严和基本权利予以保证的规则、机会平等的规则、按照贡献进行分配的规则以及社会调剂等共同组成的规则体系。[4] 综合国内学者的研究成果，一般认为，公正的基本内涵是指“从一定的原则和准则出发，对人们的行为和作用所作的相应评价，也指一种平等的社会状况，即按同一原则和标准对待相同情况下的人和事”。[5] 司法公信力的确立与提高，有赖每一位司法者的公正，它需要在每一具体的案件中去实践与体现。我国《检察官法》第 10 条规定，检察官应当履行的义务，包括“秉公办案，不得徇私枉法”。《检察官职业行为基本规范（试行）》第 10 条进一步规定，检察官应当坚持客观公正，忠于事实真相，严格执法，秉公办案，不偏不倚，不枉不纵，使所办案件经得起法律和历史检验。

（四）履行客观义务

从法制发展史来看，关于检察官承担“客观义务”的规定，起源于 19 世纪中后期的德国，随后传播到了欧陆以及亚洲其他大陆法系国家。[6] 日本学者松本一郎认为，检察官的“客观义务”是指“检察官为了发现真实情况，不应站在当事人的立场上，而应站在客观的立场进行活动”[7]。松本一郎的论述对国内学者产生了很大的影响，国内有关检察官“客观义务”的很多论述都体现了松本一郎的核心观点。龙宗智教授认为，检察官的客观义务，是指检察官为了发现案件真实，不应站在当事人的立场，而应站在客观的立场上进行活动。龙宗智教授进一步认为，中国检察制度有必要确立检察官客观义务这一概念并作出相应的制度安排，主要理由是：①中国检察权行使的司法制度框架以及检察权的权能内容具有比较法上的类同性，因此，同样需要设定检察官的客观义务。②中国刑事司法制度的国家主义（职权主义）特征，加强了检察官的客观义务。③中国检察制度的特殊性质与内容，并不消解客观义务，反而还要求强化这一义务。此外，从现实情况出发，龙宗智教授认为，强化检察官客观义务具有现

〔1〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 452 页。
〔2〕 参见李梅：“公正思想演变探析”，载《华南农业大学学报（社会科学版）》2004 年第 4 期。
〔3〕 参见师泽生、王冠群：“社会公正与政府责任”，载《政治学研究》2006 年第 4 期。
〔4〕 参见吴忠民：《社会公正论》，山东人民出版社 2004 年版，第 62 页。
〔5〕 参见辞海编辑委员会编纂：《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 770 页。
〔6〕 参见林钰雄：《检察官论》，法律出版社 2008 年版，第 21 页。
〔7〕 参见［日］松本一郎：“检察官的客观义务”，郭布、罗润麒译，载《环球法律评论》1980 年第 2 期。

实理由：①检察活动中仍然存在某种偏向，为此而需设定客观义务。②当前国家司法制度的改革方向，要求强化检察官的客观义务。[1] 我国《检察官法》第 10 条规定，检察官应当履行的义务包括“维护国家利益、社会公共利益，维护个人和组织的合法权益”。《检察官职业行为基本规范（试行）》第 16 条进一步规定，检察官应当坚持重证据，重调查研究，依法全面客观地收集、审查和使用证据，坚决杜绝非法取证，依法排除非法证据。

（五）保守职业秘密

同律师、医生、心理师等职业人员一样，检察官在履行职务的过程中也会获得国家秘密、商业秘密以及个人隐私，这些信息在广义上可以统称为检察官的“职业秘密”。各国检察官职业伦理都要求检察官必须保守职业秘密，我国也不例外。我国《检察官法》第 10 条规定，检察官应当履行的义务包括“保守国家秘密和检察工作秘密，对履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私予以保密”。所谓的国家秘密，是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。保守国家秘密关系到国家安全和人民根本利益，因此，我国《宪法》第 53 条将“保守国家秘密”作为公民的一项基本义务进行了规定。此外，为了保守国家秘密，维护国家安全和利益，保障改革开放和社会主义建设事业的顺利进行，国家还制定了《中华人民共和国保守国家秘密法》（以下简称《保密法》），其中第 3 条规定：“国家秘密受法律保护。一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业单位和公民都有保守国家秘密的义务。任何危害国家秘密安全的行为，都必须受到法律追究。”检察官作为国家工作人员，因其工作原因，接触国家秘密的可能性较大，因此，检察官必须遵守国家法律的规定，保守国家秘密，这不仅是职业伦理的要求，而且是宪法及法律的要求。此外，针对检察官在履行职务行为的过程中获得的诸如商业秘密、个人隐私等检察秘密，检察官同样负有保守秘密的义务。例如，依据我国《刑法》的规定，不正当地获取、披露和使用商业秘密都构成侵犯商业秘密罪；根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的规定，自然人的个人信息受法律保护。

（六）提升职业素质

一般认为，检察官的职业素质与检察官能否履行好职务行为密切相关。检察官的职业素质包括以下几个方面的能力：①新形势下群众工作能力。要始终把人民放在心中最高位置，坚持在感情上贴近群众，在作风上深入群众，在工作上依靠群众。②维护社会公平正义能力。要坚持严格执法、公正司法，从实体、程序和时效上充分体现维护社会公平正义的要求。③新媒体时代舆论引导能力。要牢固树立“舆情就是险情”的意识，既要切实加强对新形势下检察工作规律、特点的研究，又要着力加强对现代新闻传播规律的把握。④科技信息应用能力。要加强科学技术的培养与运用。⑤拒腐防变能力。要保持检察工作的廉洁性，严格约束自身的行为。[2] 如何将这些能力体现在检察官履行职务的过程中，是每一位检察官需要认真思考的问题。

---

〔1〕 参见龙宗智：“中国法语境中的检察官客观义务”，载《法学研究》2009 年第 4 期。

〔2〕 参见张耕主编：《检察文化初论》，中国检察出版社 2014 年版，第 197 页。

《检察官职业行为基本规范（试行）》对此也作出了规定：①重视群众工作，了解群众疾苦，熟悉群众工作方法，增进与群众的感情，善于用群众信服的方式执法办案。②重视化解矛盾纠纷，加强办案风险评估，妥善应对和处置突发事件，深入排查和有效调处矛盾纠纷，注重释法说理，努力做到案结、事了、人和，促进社会和谐稳定。③重视舆情应对引导，把握正确舆论导向，遵守舆情处置要求，避免和防止恶意炒作。④精研法律政策，充实办案所需知识，保持专业水准，秉持专业操守，维护职业信誉和职业尊严。

（七）自觉接受监督

检察官既是法律的维护者，又是法律的执行者，还要接受法律的监督。根据我国《宪法》和法律的规定，各级人民检察院都由本级人民代表大会产生，对它负责，受它监督。这说明，人民检察院接受国家权力机关的监督是由法律规定的，同时，这种监督应该是严格依法进行的。权力机关监督检察机关及其工作人员主要是监督其是否独立行使职权，依法办案。对于检察官的违法活动提出批评和质询，并有权罢免和撤换不称职的检察官。检察官接受法律监督，是职务上的义务，不得违反。检察官自觉接受群众监督，目的是严格依法办事，更好地惩治违法犯罪，保护人民合法权益。[1] 我国《检察官法》第 10 条规定，检察官应当履行的义务包括“依法接受法律监督和人民群众监督”。《检察官职业行为基本规范（试行）》第 24 条进一步规定，检察官应当自觉接受监督，接受其他政法机关的工作制约，执行检务公开规定，提高执法透明度。

◆**例 13-1**　关于检察官的行为，下列哪一选项是正确的？（　）

A. 甲检察官业余时间担任某中学法制辅导员，在推辞无效的情况下，收下学校付给的每年 1000 元的酬金

B. 乙检察官办理余某涉嫌贪污案时，针对余某所在单位财务管理方面的问题，以个人名义向该单位领导提出了改进建议

C. 丙检察官下班后未及时换下检察官制服即赶往饭店，宴请来访的外地检察院同学

D. 丁检察官办理一起交通肇事案件时，对不配合调查的目击证人周某实施了拘传

【解析】选项 A 错误。《检察官法》第 23 条规定：“检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、监察机关、审判机关的职务，不得兼任企业或者其他营利性组织、事业单位的职务，不得兼任律师、仲裁员和公证员。”因此，甲检察官不得兼任某中学法制辅导员，同时也不可以非法接受他人财物。

选项 B 正确。检察官可以以个人名义向单位领导提出改进意见。

选项 C 错误。根据《关于最高人民检察院机关实行〈廉洁从检十项纪律〉的决定》第 1 条第 7 项的规定，检察官不得在工作日饮酒或者着检察制服在公共场所饮酒。

选项 D 错误。《刑事诉讼法》第 66 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。”因此，丁检察官不能对证人实施拘传。

---

〔1〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国检察官法释义》，法律出版社 2001 年版，第 36 页。

第三节　检察官的职务外行为

一、规范检察官职务外行为的必要性

检察官作为特定的法律人群，其职业工作之外的个人生活同样被社会关注并寄予较高的期望，如人际交往、婚姻家庭、出入的场所以及工作之余的活动，会被新闻媒体等关注或曝光，并以此作为评判检察官及其执法行为是否值得社会信赖的重要指标。检察官的职务外行为虽然是个人的事情，但也是和检察工作、司法行为联系在一起的。一个经常出入高档豪华娱乐场所、与律师或当事人“称兄道弟”的检察官，人们有理由对其能否做到公正司法和清正廉洁产生怀疑。事实上，检察官的职务外行为在一定程度上也直接或间接反映着检察官的司法良知和职业素养，如不加以正确引导和约束，必然会产生不良后果，引起人们对检察官、检察机关的不信任，甚至会影响社会公众对整个司法制度的信赖，进而影响社会稳定与和谐。〔1〕

二、中国有关检察官社会活动之规范

检察官为执行职务，在执行职务过程中，不可避免地会接触与职务有关联之人，而检察官在非执行职务期间，也会因为从事私人活动而与各式各样的人往来。但社会对于检察官之一言一行常常采取高标准的要求，检察官的操守更是社会关注的热点。而检察官的言行会受到他人指摘，甚至产生职业伦理问题，多由于检察官与他人的不当社会交往。〔2〕因此，几乎所有的检察官职业伦理规范中都对检察官的职务外行为进行了严格规定。在我国，检察官因属于国家公务员，因此，其社会活动同时受到《公务员法》《检察官法》《检察官职业行为基本规范（试行）》的规范。

（一）慎重社会交往

根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第 45 条之规定，检察官应当慎重社会交往，约束自身行为，不参加与检察官身份不符的活动。从事教学、写作、科研或参加座谈、联谊等活动，不违反法律规定、不妨碍司法公正、不影响正常工作。由此可知，检察官在进行社会交往活动时需要注意以下几点：①社交活动谨慎。检察官正常的社会交往活动本无可厚非，但是如果检察官参与的社会活动可能会影响公众对检察官公正性的信任，检察官就应该拒绝参与此类社会活动，因为维持和加强公众对检察官及司法制度的信任，是检察官的职业义务。②交往对象要慎选。检察官因身份特殊，往往成为外界人士想要结交的对象，为了避免此等交往结果引发外界对检察官职权行使公正性的质疑，检察官在选择社会交往对象时需要小心谨慎。③不影响司法公正。检察官可以参加符合法律规定的、不妨碍公正和司法权威、不影响检察工作的学术研究和其他社会活动。检察官可以写作与法律有关或其他方面的作品，但是主题应该是

〔1〕 参见张耕主编：《检察文化初论》，中国检察出版社 2014 年版，第 200 页。

〔2〕 参见蔡碧玉、周怀廉、施庆堂：《检察官伦理规范释论》，中国检察出版社 2016 年版，第 151 页。

积极向上的，能够产生正向引导，并且在内容上要把握好度，不要泄露国家秘密和检察秘密。

（二）谨慎发表言论

根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第46条之规定，检察官应当谨慎发表言论，避免因不当言论对检察机关造成负面影响。遵守检察新闻采访纪律，就检察工作接受采访应当报经主管部门批准。由此可知，检察官的公开言论也是职务外行为中应该慎重对待的问题。一般情况下，就“谨慎发表言论”而言，检察官需要遵守如下规则：①保守国家秘密和检察秘密，不披露履职过程中获得的商业秘密和个人隐私。②不评论其他司法人员经办的案件。③避免可能对检察机关的公信力产生不良影响的言论。当然，检察官还负有加强和促进社会公众对司法制度的信赖之义务，而“以案释法”常常是一种非常有效的方式，检察官在“以案释法”的过程中，同样需要遵循相关的职业伦理。根据《最高人民检察院关于实行检察官以案释法制度的规定》第2、4条之规定，检察官以案释法，是指检察官对所办理案件的事实认定、法律适用和办案程序等问题进行答疑解惑、释法说理，开展法治宣传教育的活动。检察官以案释法应当遵循以下原则：①合法规范原则；②及时有效原则；③协同配合原则；④保守秘密原则。

此外，在新媒体时代，检察官还要注意处理好与各种社交媒体（微博、微信、QQ等）之间的关系，严格约束自己在社交媒体上的言论，做到“谨言慎行”。例如，《加拿大检察官职业伦理》就明确规定检察官不能对下列事项进行推测或发表个人观点：①联邦或省政策、程序或立法的明智或有效性；②提起控告的可能性；③在审判活动中刑事起诉方和辩护方的强或弱；④法官指导陪审团的恰当性、特殊的规则，陪审团的裁决，法官作出的量刑或任何评论；⑤是否会作出上诉或不上诉的决定（但可以解释考虑是否上诉的程序）；⑥被告有罪还是无辜。[1] 上述规则虽然并不能完全适用于我国，但是其所追求的维护司法公正之目的与我国是一致的，检察官个人在利用新媒体时，可以将其作为其自己言行的参考标准。

（三）保持健康生活方式

检察官保持生活充实、身心健康、个人与社会和谐的健康生活方式，是检察官职业伦理的要求，也是培养自身高尚情操的重要条件。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第49条之规定，检察官要培养健康情趣，坚持终身学习，崇尚科学，反对迷信，追求高尚，抵制低俗。保持健康生活方式也是检察官职务外行为应该予以重视的，具体而言，主要体现在以下几个方面：①培养健康情趣。每个人在工作之余，都有自己的兴趣爱好，不同的人有着不同的情趣，而不同的情趣又反映着不同的思想修养和人生追求，又有高低之别、雅俗之分。因为身份之特殊性，检察官在培养自身的兴趣爱好时，应该选择有助于提高自身素养，丰富精神世界的兴趣爱好，不能导致公众对检察官公正性产生怀疑。②坚持终身学习。当今世界，科技迅猛发展，知识不断更新，短期、一次性教育所获取的知识不足以供终身享用，不断学习新的知识、技能

---

〔1〕 参见何家弘主编：《检察制度比较研究》，中国检察出版社2008年版，第113~114页。

以适应生存和职业生涯发展的需要成为新时代赋予人们的新课题。终身学习已成为人们生活方式的一部分。对于检察官而言，前期的职业训练只是检察官职业的开始而非终点，现实社会是复杂而多变的，检察官面对的法律问题也具有很多不确定性，这就要求检察官必须与时俱进，除了要了解法律的最新发展，还要对整个社会知识更新有一定的了解。

（四）严格约束近亲属

无论是从以往检察机关反腐败、查处贪污受贿等职务犯罪案件来看，还是从检察机关内部一些检察人员的违法违纪案件来看，有不少问题是出在检察官近亲属或其他关系密切的人员身上。根据我国《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下简称《刑法修正案（七）》）第13条第1款的规定："国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处7年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。"因此，检察官应向近亲属或其他关系密切的人告知检察官职业伦理的要求，教育近亲属等人模范执行有关清正廉洁的规定，对他们严格要求，是检察官保持自身廉洁的重要保障，也是检察官对其近亲属等人关心、爱护、负责任的表现。[1]

（五）离职后继续保持良好操守

前文提到检察官作为履行法律监督职责的国家工作人员，其行为也受《公务员法》的调控。关于公务员辞职或退休后一定期限内规避原权力的内容，《公务员法》的规定有两个：①不得到与原工作业务直接相关的单位任职；②不得从事与原工作业务直接相关的营利活动。关于具体的时间，领导成员是3年，其他公务员是2年。现实中，公务员退职或退休后从事与原工作业务直接相关的工作的现象十分普遍，如法院的法官、检察院的检察官辞职做律师，或多或少会利用自己的办案经验，以及与原职业的各种关系，一旦处理不好，就很容易产生不当行为。我国《检察官法》第37条规定："检察官从人民检察院离任后2年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。检察官从人民检察院离任后，不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。检察官被开除后，不得担任诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。"此外，根据我国《刑法修正案（七）》的规定，离职的检察官或者其近亲属以及其他与其关系密切的人员，利用离职的检察官原职权或者地位形成的便利条件，实施受贿行为的，要承担法律责任。因此，这些都要求检察官在离职后，其行为依然要谨慎、适度、守法，继续保持良好的操守，维护其良好的形象和检察官职业的公信力。

---

〔1〕 参见最高人民检察院政治部编：《检察官职业道德读本》，中国检察出版社2010年版，第58页。

◆例 13-2　关于检察官的行为，下列哪一观点是正确的？（　）

A. 房检察官在同乡聚会时向许法官打听其在办案件审理情况，并让其估计判处结果。根据我国国情，房检察官的行为可以被理解

B. 关检察长以暂停工作要挟江检察官放弃个人意见，按照陈科长的判断处理某案。关检察长的行为与依法独立行使检察权的要求相一致

C. 容检察官在本地香蕉滞销，蕉农面临重大损失时，多方奔走将 10 万斤香蕉销往外地，为蕉农挽回了损失，本人获辛苦费 5000 元。容检察官没有违反有关禁止经商办企业、违法违规营利活动的规定

D. 成检察官从检察院离任 5 年后，以律师身份担任各类案件的诉讼代理人或者辩护人，受到当事人及其家属的一致肯定。成检察官的行为符合《检察官法》的有关规定

【解析】选项 AB 错误。《检察人员纪律处分条例》第 96 条规定："违反有关规定干预司法办案活动，有下列行为之一的，给予警告或者记过处分；情节较重的，给予记大过或者降级处分；情节严重的，给予撤职处分：①在初查、立案、侦查、审查逮捕、审查起诉、审判、执行等环节为案件当事人请托说情的；②邀请或者要求办案人员私下会见案件当事人或者其辩护人、诉讼代理人、近亲属以及其他与案件有利害关系的人的；③私自为案件当事人及其近亲属、辩护人、诉讼代理人传递涉案材料的；④领导干部授意、纵容身边工作人员或者近亲属为案件当事人请托说情的；⑤领导干部为了地方利益或者部门利益，以听取汇报、开协调会、发文件等形式，超越职权对案件处理提出倾向性意见或者具体要求的；⑥其他影响司法人员依法公正处理案件的。"由此可知，本题选项 AB 中，房检察官、关检察长的行为违反了该条的规定。

选项 C 错误。《检察人员纪律处分条例》第 109 条第 1 款规定："违反有关规定从事营利活动，有下列行为之一，情节较轻的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①经商办企业的；②拥有非上市公司（企业）的股份或者证券的；③买卖股票或者进行其他证券投资的；④兼任律师、法律顾问、仲裁员等职务，以及从事其他有偿中介活动的；⑤在国（境）外注册公司或者投资入股的；⑥其他违反有关规定从事营利活动的。"由此可知，本题选项 C 中，容检察官的行为违反了该条的规定。

选项 D 正确。《检察官法》第 37 条第 1 款规定："检察官从人民检察院离任后 2 年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。"本题选项 D 中，成检察官已经离职 5 年，其可以律师身份代理案件。

第四节　检察官的检察礼仪

一、检察礼仪的内涵

何为"礼仪"呢？按照《现代汉语词典》的解释，"礼仪"是指"礼节和仪式"。[1] 一般认为，"礼仪"是指人们在一定的社会交往场合，为表示相互尊重、友好而约定俗成的、共同遵循的行为规范和交往程序。礼仪的具体表现方式包括礼貌、礼节、仪表、仪式等，礼貌是指人们在交往时，通过语言、动作向交往对象表示谦虚、恭敬和友好的行为规范；礼节是礼貌的具体表现，通常指人们在交往场合，表示相互

〔1〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 793 页。

尊重、友好的惯用形式；仪表是指人的外表，包括容貌、姿态、风度、服饰及个人卫生等；仪式则是指在特定场合举行的专门化、规范化的活动。礼仪一般具有以下几个特征：①规范性，就是标准化的要求。②限定性，主要适用于特定场合。③技巧性，在一些具体场合中如何使用礼仪、使用何种礼仪具有一定的不确定性，需要根据具体情形判断。④传承性，礼仪通常都是交往活动中一些文明习惯的积累和沉淀。⑤发展性，礼仪也会随着社会的进步而不断发展变化。〔1〕

在现代社会中，礼仪作为一种文化遗产，成为获得时代共识的行为准则规范，体现着社会的进步和文明程度，已经越来越受到人们的重视。司法活动作为一种特殊的社会活动，必然需要符合司法规律的礼仪准则，因此，司法人员除了遵守普通公民普遍遵守的礼仪规范，还应当遵守因其特殊职业身份所需的司法礼仪。检察官的检察礼仪是司法礼仪的一种具体职业礼仪，它是指检察机关及其工作人员在检察活动及各种场合下应当遵守的体现检察文明、维护检察形象的职业形象设计与行为准则。〔2〕

二、检察礼仪的作用

一般认为，礼仪的主要功能有以下几个方面：①提高个人道德修养。一个人内在的道德修养是不能脱离外在的形式而存在的，它总要通过一定的形式表现出来，这种形式就是礼仪。所以，在人际交往中，礼仪是衡量一个人道德修养、文明程度的准绳。换言之，道德是内在的，礼仪是外在的，是人的美德的一种具体表现形式。学习礼仪、运用礼仪对于提高个人内在修养有着重要的意义。②塑造良好形象，这里包括个人形象和组织形象。实际上，个人形象不是绝对代表个人的，很多时候个人形象是作为组织形象的一部分而存在的。③改善人际关系。礼仪是人际关系的调节器，可以解决人际关系中出现的障碍；礼仪是人际关系的推进器，能够使人们的交往气氛更加愉快，使人们的交往更成功。〔3〕

检察礼仪作为礼仪的一种类型，自然具有礼仪的一般作用，但因其本身的特殊性，也具有一些特殊的作用。一般认为，检察礼仪具有如下作用：①塑造司法权威，增强司法公信度。通过严格遵守比一般礼仪要求更高的司法礼仪，增强司法活动的神圣感，使司法活动超然于一般的社会活动，强化社会公众对法律的神往和对司法的信任，从而尊重法律和司法活动，在接受司法礼仪的同时也对司法礼让三分，使司法精神和司法文明得到充分体现。②彰显司法公正，维护社会公平正义。根据公正的核心价值目标所设计的司法礼仪是否得到较好地遵行，可视为司法最为直观、最初层次的要求。所以，司法人员必须严格遵守司法礼仪，以其约束自己的言行，才能做到公平地对待当事人，否则他的言行很容易受到他内心判断的影响而流露出一定的倾向性，从而使某一方当事人对其公正产生合理怀疑。③提升司法效率，传播司法亲和力。司法人员如果能够很好地遵守司法礼仪，就具有亲和力，可以缓和当事人的情绪，让当事人产

〔1〕 参见郑强国、宋常桐主编：《公共关系与现代礼仪》，清华大学出版社 2016 年版，第 143～145 页。
〔2〕 参见张坤明主编：《人民检察礼仪引论》，中国检察出版社 2014 年版，第 33 页。
〔3〕 参见韦克俭：《现代礼仪教程》，清华大学出版社 2016 年版，第 13 页。

生信赖感，相信司法人员对自己是公平公正的，从而自觉服从、遵守法官所作出的裁判，使得纠纷易于解决。④强化职业道德，促进检察官职业化。检察礼仪是一整套的形象设计与行为规范，遵守检察礼仪对外有助于形成统一的检察职业专业、严肃、权威的良好形象，对内则可以使检察官形成对检察职业的认同感。[1]

三、检察礼仪的内容

检察官应当遵守各项检察礼仪规范，注重检察职业礼仪约束。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》的规定，检察礼仪的内容主要包括以下几个部分：

（一）职务行为中的礼仪

根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第41、42、43条之规定，检察官在执行职务过程中，应该遵守如下礼仪规范：①遵守工作礼仪，团结、关心和帮助同事，爱护工作环境，营造干事创业、宽松和谐、风清气正的工作氛围。②遵守着装礼仪，按规定着检察制服、佩戴检察徽标。着便装大方得体。③遵守接待和语言礼仪，对人热情周到，亲切和蔼，耐心细致，平等相待，一视同仁，举止庄重，精神振作，礼节规范。使用文明礼貌用语，表达准确，用语规范，不说粗话、脏话。

（二）职务外行为中的礼仪

职务外活动，关系到检察机关和检察官的外在形象。检察官在职务外活动中，应当注重职业荣誉，约束自己的言行，不使用有损检察职业形象的语言，不做有损检察官身份的事情，不穿着检察正装、佩戴检察徽标到营业性娱乐场所进行娱乐、休闲活动或者在公共场所饮酒，不参与赌博、色情、封建迷信活动以及其他不健康、不文明的活动。避免公众对检察官公正执法和清正廉洁产生合理怀疑，避免对履行职责产生负面作用，避免对检察机关的公信力产生不良影响。[2] 此外，根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第44条之规定，检察官应该遵守外事礼仪，遵守国际惯例，尊重国格人格和风俗习惯，平等交往，热情大方，不卑不亢，维护国家形象。

---

〔1〕 参见张坤明主编：《人民检察礼仪引论》，中国检察出版社2014年版，第37~41页。

〔2〕 参见最高人民检察院政治部编：《检察官职业道德读本》，中国检察出版社2010年版，第73页。

第十四章

检察官职业责任与惩戒

导 语

检察官职业责任是指检察官因为违反检察官职业伦理而违反了国家公务员管理纪律或者法律法规的规定，从而应承担的不利后果。检察官职业责任和惩戒制度的构建能够有效保障检察官公正行使检察权，从而维护国家、社会和公民的合法权益。本章将对检察官职业责任的概念和特征进行阐释，并对国内外的检察官惩戒制度进行介绍。

第一节 检察官职业责任

一、检察官职业责任的概念

检察官职业伦理虽然是对检察官职业的道德要求，但检察官个人的原因也会影响案件个案正义的实现，因此，违反检察官职业伦理的行为往往会因触犯法律而承担纪律责任或刑事责任。所谓的检察官职业责任，指的是检察官因为违反检察官职业伦理而违反了国家公务员管理纪律或者法律法规的规定，从而应承担的不利后果。明确检察官职业责任，有助于督促检察官队伍的自身建设，确保其不受干扰地独立行使检察权。因此，科学合理地界定检察官职业责任，是检察制度改革的重要任务。

二、检察官职业责任的特征

检察官职业责任具有以下特点：

（一）特定的客体

检察官因违反了检察官职业伦理而承担职业责任的情况主要有两种。第一种情况下，检察官因为业务水平、能力和经验的局限，难以对案件在事实和法律上进行正确地判断，从而发生工作上的失误。在这种情形中，检察官在主观和客观上都不存在过错，不需要承担职业责任。第二种情况下，检察官确实实施了违背检察官职业伦理的行为，触犯了组织纪律或者法律法规，因而需要受到处罚。在目前的司法实务中，第二种情形要更普遍一些。至于检察官要承担职业责任的行为以及承担职业责任的方式，各国根据其司法传统、文化背景和法治建设而定。我国《检察官法》第六章列举了检察官不得有的 10 项行为；而我国《检察人员纪律处分条例》分别对检察人员违反政治纪律行为、违反组织纪律行为、违反办案纪律行为、违反廉洁纪律行为、违反群众纪

律行为、违反工作纪律行为、违反生活纪律行为的纪律处分进行了规定。

（二）特定的主体

检察院独立行使检察权，检察官的地位受法律保护。检察官在履职过程中或离职后发生的不当行为，应该由特定的主体来追究其职业责任。这样安排的目的在于摆脱各种社会团体和个人的干涉，避免检察业务为舆论和公众所操纵。特定的主体指的是检察机关内部负责对检察官进行考核和监督的部门。该部门的工作人员一般是熟悉法律知识的司法公职人员或资深律师，精通法律业务和司法活动的规律，能够更好地就检察官违反检察官职业伦理和法律的不当行为进行区分、调查，乃至确定其职业责任。

（三）特定的程序

检察官代表国家法律监督机关监督法律的实施和执行，因此对于检察官的职业责任的追究往往都是严肃且慎重的，对追究程序的规定也十分细致和严格。总体而言，对检察官职业责任的追究，应遵循程序正义和实体正义的基本要求，尽量做到公开、公平和公正，保证涉案检察官享有基本的人权保障。根据《检察人员纪律处分条例》第 2 条的规定，检察机关的纪律处分工作，应当坚持全面从严治检、实事求是、纪律面前一律平等、处分与违纪行为相适应、惩戒与教育相结合的原则。检察人员依法履行职责和其他合法权益受法律保护，非因法定事由、非经法定程序，不受纪律处分。

第二节　检察官惩戒制度

一、检察官惩戒的具体事由

检察官惩戒制度，是指国家或者检察机关根据《检察官法》或者其他有关规定，依照法定条件和程序，对检察工作中违反法律、职业纪律或者违背职业伦理的检察官，给予精神或物质处罚的一种制度。该制度旨在通过设定禁止性行为规范及惩处措施，促使检察官遵守纪律、公正执法、恪尽职守，依法行使检察权；通过对检察官违背职责或职业伦理行为的否定性评价和法律制裁，规范、约束检察官行为，提高检察官遵纪守法的自觉性，警示检察官严格依法办事。[1]

（一）纪律责任的惩戒事由

我国《检察官法》第 47 条规定了检察官的禁止行为。根据该规定，检察官不得有下列行为：①贪污受贿、徇私枉法、刑讯逼供；②隐瞒、伪造、变造、故意损毁证据、案件材料；③泄露国家秘密、检察工作秘密商业秘密或者个人隐私；④故意违反法律法规办理案件；⑤因重大过失导致案件错误并造成严重后果；⑥拖延办案，贻误工作；⑦利用职权为自己或者他人谋取私利；⑧接受当事人及其代理人利益输送，或者违反规定会见当事人及其代理人；⑨违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；⑩其他违纪违法的行为。

为了严肃检察纪律，规范检察人员行为，保证检察人员依法履行职责，确保公正

〔1〕 参见邓思清：《中国检察制度概览》，中国检察出版社 2016 年版，第 65 页。

廉洁司法，最高人民检察院根据《人民检察院组织法》《公务员法》《检察官法》等法律法规，参照《纪律处分条例》等党内法规，结合检察机关的实际，制定了《检察人员纪律处分条例》。

1. 违反政治纪律行为。政治纪律是指党组织和党员的政治行动和政治言论的规范。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第一节的规定，下列行为属于检察人员违反政治纪律行为：①通过信息网络、广播、电视、报刊、书籍、讲座、论坛、报告会、座谈会等方式，公开发表坚持资产阶级自由化立场、反对四项基本原则，反对党的改革开放决策的文章、演说、宣言、声明等；②制作、贩卖、传播包括坚持资产阶级自由化立场、反对四项基本原则等内容的书刊、音像制品、电子读物、网络音视频资料等；③组织、参加反对党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验、基本要求或者重大方针政策的集会、游行、示威等活动，或者以组织讲座、论坛、报告会、座谈会等方式，反对党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验、基本要求或者重大方针政策，造成严重不良影响；④组织、参加旨在反对党的领导、反对社会主义制度或者敌视政府等组织；⑤组织、参加会道门或者邪教组织；⑥搞团团伙伙、结党营私、拉帮结派、培植私人势力或者通过搞利益交换、为自己营造声势等活动捞取政治资本；⑦挑拨民族关系制造事端或者参加民族分裂活动；⑧组织、利用宗教活动反对党的路线、方针、政策和决议，破坏民族团结；⑨组织、利用宗族势力对抗党和政府，妨碍党和国家的方针政策以及决策部署的实施，或者破坏党的基层组织建设；⑩组织、参加迷信活动；⑪在国（境）外、外国驻华使（领）馆申请政治避难，或者违纪后逃往国（境）外、外国驻华使（领）馆的；⑫在涉外活动中，其言行在政治上造成恶劣影响，损害党和国家尊严、利益的；⑬领导干部对违反政治纪律和政治规矩等错误思想和行为放任不管，搞无原则一团和气，造成不良影响；⑭其他违反政治纪律和政治规矩的行为。

2. 违反组织纪律行为。组织纪律是指处理党的组织和党员个人之间活动的规范，也就是处理各级党组织之间，以及党组织同党员个人之间关系的纪律。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第二节的规定，下列行为属于检察人员违反组织纪律行为：①违反民主集中制原则，拒不执行或者擅自改变组织作出的重大决定，或者违反议事规则，个人或者少数人决定重大问题；②下级检察机关拒不执行或者擅自改变上级检察机关决定；③拒不执行组织的分配、调动、交流等决定；④离任、辞职或者被辞退时，拒不办理公务交接手续或者拒不接受审计；⑤不按照有关规定或者工作要求，向组织请示报告重大问题、重要事项；⑥违反个人有关事项报告规定，不报告、不如实报告；⑦在组织进行谈话、函询时，不如实向组织说明问题；⑧不如实填报个人档案资料；⑨领导干部违反有关规定组织、参加自发成立的老乡会、校友会、战友会等；⑩诬告陷害他人意在使他人受纪律追究；⑪对检察人员的批评、检举、控告进行阻挠、压制，或者将批评、检举、控告材料私自扣压、销毁，或者故意将其泄露给他人；⑫对检察人员的申辩、辩护、作证等进行压制，造成不良后果；⑬压制检察人员申诉，造成不良后果的，或者不按照有关规定处理检察人员申诉；⑭其他违反组织纪律的行为。

3. 违反办案纪律行为。办案纪律是指检察人员在履行法律职务过程中必须遵守的行为规范。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第三节的规定，下列行为属于检察人员违反办案纪律行为：①故意伪造、隐匿、损毁举报、控告、申诉材料，包庇被举报人、被控告人，或者对举报人、控告人、申诉人、批评人打击报复；②泄露案件秘密，或者为案件当事人及其近亲属、辩护人、诉讼代理人、利害关系人等打探案情、通风报信；③擅自处置案件线索、随意初查或者在初查中对被调查对象采取限制人身自由强制性措施；④违反有关规定搜查他人身体、住宅，或者侵入他人住宅；⑤违反有关规定采取、变更、解除、撤销强制措施；⑥违反有关规定限制、剥夺诉讼参与人人身自由、诉讼权利；⑦违反职务犯罪侦查全程同步录音录像有关规定；⑧殴打、体罚虐待、侮辱犯罪嫌疑人、被告人及其他人员；⑨采用刑讯逼供等非法方法收集犯罪嫌疑人、被告人供述，或者采用暴力、威胁等非法方法收集证人证言、被害人陈述；⑩故意违背案件事实作出勘验、检查、鉴定意见；⑪违反有关规定阻碍律师依法行使会见权、阅卷权、申请收集调取证据等执业权利；⑫违反有关规定应当回避而故意不回避，或者拒不服从回避决定，或者对符合回避条件的申请故意不作出回避决定；⑬私自会见案件当事人及其近亲属、辩护人、诉讼代理人、利害关系人、中介组织，或者接受上述人员提供的礼品、礼金、消费卡等财物，以及宴请、娱乐、健身、旅游等活动；⑭其他违反办案纪律的行为。

4. 违反廉洁纪律行为。廉洁纪律是党的各级组织和全体党员在从事公务活动或者其他活动时应当遵守的廉洁用权的行为规则。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第四节的规定，下列行为属于检察人员违反廉洁纪律行为：①利用职权或者职务上的影响为他人谋取利益，本人的配偶、子女及其配偶等亲属和其他特定关系人收受对方财物；②相互利用职权或者职务上的影响为对方及其配偶、子女及其配偶等亲属、身边工作人员和其他特定关系人谋取利益搞权权交易的；③纵容、默许配偶、子女及其配偶等亲属和身边工作人员利用本人职权或者职务上的影响谋取私利；④向从事公务的人员及其配偶、子女及其配偶等亲属和其他特定关系人赠送明显超出正常礼尚往来的礼品、礼金、消费卡等；⑤利用职权或者职务上的影响操办婚丧喜庆事宜，在社会上造成不良影响；⑥接受可能影响公正执行公务的宴请或者旅游、健身、娱乐等活动安排；⑦违反有关规定取得、持有、实际使用运动健身卡、会所和俱乐部会员卡、高尔夫球卡等各种消费卡，或者违反有关规定出入私人会所、夜总会；⑧经商办企业的；⑨拥有非上市公司（企业）的股份或者证券；⑩买卖股票或者进行其他证券投资；⑪兼任律师、法律顾问、仲裁员等职务，以及从事其他有偿中介活动；⑫在国（境）外注册公司或者投资入股；⑬其他违反廉洁纪律的行为。

5. 违反群众纪律行为。群众纪律是指党的各级组织和全体党员处理与人民群众之间关系的行为规范。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第五节的规定，下列行为属于检察人员违反群众纪律行为：①在检察工作中违反有关规定向群众收取、摊派费用的；②在从事涉及群众事务的工作中，刁难群众、吃拿卡要的；③对群众合法诉求消极应付、推诿扯皮，损害检察机关形象；④对待群众态度恶劣、简单粗暴，造成不良影响；⑤遇到国家财产和人民群众生命财产受到严重威胁时，能救而不救；⑥不按

照规定公开检察事务，侵犯群众知情权；⑦其他违反群众纪律的行为。

6. 违反工作纪律行为。工作纪律是指党的各级组织和全体党员在党的各项具体工作中必须遵守的行为准则。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第六节的规定，下列行为属于检察人员违反工作纪律行为：①因工作不负责任致使所管理的人员叛逃的；②在上级单位检查、视察工作或者向上级单位汇报、报告工作时对应当报告的事项不报告或者不如实报告；③干预和插手建设工程项目承发包、土地使用权出让、政府采购、房地产开发与经营、矿产资源开发利用、中介机构服务等活动的；④干预和插手国有企业重组改制、兼并、破产、产权交易、清产核资、资产评估、资产转让、重大项目投资以及其他重大经营活动等事项的；⑤违反有关规定干预和插手执纪执法活动，向有关地方或者部门打招呼、说情，或者以其他方式对执纪执法活动施加影响；⑥泄露、扩散、窃取关于干部选拔任用、纪律审查等尚未公开事项或者其他应当保密的信息的；⑦在考试、录取工作中，有泄露试题、考场舞弊、涂改考卷、违规录取等违反有关规定行为的；⑧其他违反工作纪律的行为。

7. 违反生活纪律行为。生活纪律是指全体党员在日常生活和社会交往中应当遵守的行为准则。根据《检察人员纪律处分条例》第二章第七节的规定，下列行为属于检察人员违反生活纪律行为：①生活奢靡、贪图享乐、追求低级趣味，造成不良影响；②与他人发生不正当性关系，造成不良影响；③违背社会公序良俗，在公共场所有不当行为，造成不良影响；④实施、参与或者支持卖淫、嫖娼、色情淫乱活动；⑤实施、参与或者支持吸食、注射毒品；⑥参与赌博的，或者为赌博活动提供场所或者其他方便条件；⑦其他严重违反职业道德、社会公德、家庭美德的行为。

（二）执法过错责任的惩戒事由

2007 年，最高人民检察院发布《检察人员执法过错责任追究条例》，根据该条例，执法过错是指检察人员在执法办案活动中故意违反法律和有关规定，或者工作严重不负责任，导致案件实体错误、程序违法以及其他严重后果或者恶劣影响的行为。对具有执法过错的检察人员，应当追究相应的执法过错责任。

检察人员在执法办案活动中，故意实施下列行为之一的，应当追究执法过错责任：①包庇、放纵被举报人、犯罪嫌疑人、被告人，或者使无罪的人受到刑事追究；②刑讯逼供、暴力取证或者以其他非法方法获取证据；③违法违规剥夺、限制当事人、证人人身自由；④违法违规限制诉讼参与人的诉讼权利，造成严重后果或者恶劣影响；⑤超越刑事案件管辖初查、立案；⑥非法搜查或者损毁当事人财物；⑦违法违规查封、扣押、冻结款物，或者违法违规处理查封、扣押、冻结款物及其孳息；⑧对已经决定给予刑事赔偿的案件拒不赔偿或者拖延赔偿；⑨违法违规使用武器、警械；⑩其他违反诉讼程序或者执法办案规定，造成严重后果或者恶劣影响的行为。

检察人员在执法办案活动中不履行、不正确履行或放弃履行职责，造成下列后果之一的，也应当追究执法过错责任：①认定事实、适用法律错误，或者案件被错误处理；②重要犯罪嫌疑人或者重大罪行遗漏；③错误或者超期羁押犯罪嫌疑人、被告人；④涉案人员自杀、自伤、行凶；⑤犯罪嫌疑人、被告人串供、毁证、逃跑；⑥举报控告材料或者其他案件材料、扣押款物遗失、损毁；⑦举报控告材料内容或者其他案件

秘密泄露；⑧矛盾激化，引起涉检信访人多次上访、越级上访；⑨其他造成严重后果或者恶劣影响的行为。

执法办案活动中虽有错误发生，但检察人员没有故意或者过失，或者有关法律、纪律规定免予追究、不予追究，不追究检察人员的执法过错责任。

（三）司法责任的惩戒事由

2015 年，为更好地保障人民检察院依法独立公正行使检察权，提高司法公信力，最高人民检察院印发《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》。根据该意见，检察人员应当对其履行检察职责的行为承担司法责任，在职责范围内对办案质量终身负责。人民检察院对检察人员故意违法、重大过失和监督管理失职的行为追究司法责任。

1. 故意违法行为。故意违法行为是指检察人员在司法办案工作中，故意实施的违反相关法律法规的行为。具体包括：①包庇、放纵被举报人、犯罪嫌疑人、被告人，或使无罪的人受到刑事追究；②毁灭、伪造、变造或隐匿证据；③刑讯逼供、暴力取证或以其他非法方法获取证据；④违反规定剥夺、限制当事人、证人人身自由；⑤违反规定限制诉讼参与人行使诉讼权利，造成严重后果或恶劣影响；⑥超越刑事案件管辖范围初查、立案；⑦非法搜查或损毁当事人财物；⑧违法违规查封、扣押、冻结、保管、处理涉案财物；⑨对已经决定给予刑事赔偿的案件拒不赔偿或拖延赔偿；⑩违法违规使用武器、警械；⑪其他违反诉讼程序或司法办案规定，造成严重后果或恶劣影响的行为。

2. 重大过失行为。重大过失行为是指检察人员在司法办案工作中有重大过失，怠于履行或不正确履行职责，造成严重后果的行为。具体包括：①认定事实、适用法律出现重大错误，或案件被错误处理；②遗漏重要犯罪嫌疑人或重大罪行；③错误羁押或超期羁押犯罪嫌疑人、被告人；④涉案人员自杀、自伤、行凶；⑤犯罪嫌疑人、被告人串供、毁证、逃跑；⑥举报控告材料或其他案件材料、扣押财物遗失、严重损毁；⑦举报控告材料内容或其他案件秘密泄露；⑧其他严重后果或恶劣影响的行为。

3. 监督管理失职行为。监督管理失职行为是指负有监督管理职责的检察人员因故意或重大过失怠于行使或不当行使监督管理权，导致司法办案工作出现严重错误的行为。

（四）政务处分的惩戒事由

根据《政务处分法》，监察机关对检察官实施的影响公职人员形象、损害国家和人民利益的违法行为给予政务处分。该法明确列举了应当受到惩戒的违法行为具体类型，此处不予赘述。

二、检察官惩戒的主要形式

检察官承担职业责任的形式主要有三种：纪律处分、刑事责任和政务处分。根据《检察官职业行为基本规范（试行）》第 50 条之规定，检察官违反职业行为基本规范，情节轻微的，予以批评教育；构成违纪的，依据检察人员纪律处分条例予以惩戒；构成犯罪的，依法追究刑事责任。根据《检察人员执法过错责任追究条例》第 4 条之规定，追究执法过错责任，应当根据执法过错责任人的过错事实、情节、后果及态度，

作出下列处理：①批评教育。包括责令检查、诫勉谈话、通报批评、到上级人民检察院检讨责任。②组织处理。包括暂停执行职务、调离执法岗位、延期晋级晋职、责令辞职、免职、调离检察机关、辞退。③纪律处分和刑事处理。执法过错构成违纪的，应当依照检察纪律的规定给予纪律处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。根据《最高人民检察院关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》之规定，对经调查属实应当承担司法责任的人员，根据《检察官法》《检察人员纪律处分条例（试行）》《检察人员执法过错责任追究条例》等有关规定，分别按照下列程序作出相应处理：①应当给予停职、延期晋升、调离司法办案工作岗位以及免职、责令辞职、辞退等处理的，由组织人事部门按照干部管理权限和程序办理；②应当给予纪律处分的，由人民检察院纪检监察机构依照有关规定和程序办理；③涉嫌犯罪的，由人民检察院纪检监察机构将犯罪线索移送司法机关处理。此外，根据《监察法》和《政务处分法》，检察官的违法行为影响公职人员形象或者损害国家和人民利益的，监察机关将根据情节给予相应的政务处分。

（一）纪律处分

纪律处分是指检察人员违反相关纪律行为，根据其错误性质和情节的轻重，按照纪律处分条例的有关规定作出的处罚。《检察人员纪律处分条例》第 5 条对纪律处分的期间进行了规定：警告，6 个月；记过，12 个月；记大过，18 个月；降级、撤职，24 个月。此外，《检察人员纪律处分条例》对纪律处分的权限与程序进行了具体规定。根据《检察人员纪律处分条例》第 4 条之规定，检察机关及其所属机构、单位、办案组织集体作出违纪决定或者实施违纪行为，对负有直接责任和领导责任的检察人员，依照该条例给予纪律处分。

（二）刑事责任

刑事责任是检察官承担的最严重的责任形式。检察官承担刑事责任的前提是其触犯刑法，构成了犯罪，一般而言，主要包括两种情况：其一，检察官实施了与职务有关的犯罪行为，如刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪、报复陷害罪、贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、巨额财产来源不明罪、滥用职权罪、玩忽职守罪、私放在押人员罪等。其二，检察官实施了普通自然人也能成为犯罪主体的罪名，如抢劫罪、盗窃罪、故意杀人罪、危险驾驶罪等。检察官职业责任意义中的刑事责任主要是指前一种情况。根据我国《检察官法》第 47 条之规定，检察官有下列行为之一，构成犯罪的，依法追究刑事责任：①贪污受贿、徇私枉法、刑讯逼供；②隐瞒、伪造、变造、故意损毁证据、案件材料；③泄露国家秘密、检察工作秘密、商业秘密或者个人隐私；④故意违反法律法规办理案件；⑤因重大过失导致案件错误并造成严重后果；⑥拖延办案，贻误工作；⑦利用职权为自己或者他人谋取私利；⑧接受当事人及其代理人利益输送，或者违反有关规定会见当事人及其代理人；⑨违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；⑩其他违纪违法的行为。

（三）政务处分

检察官与法官同属于《监察法》第 15 条第 1 款所规定之公职人员，根据《政务处分法》，其所适用之政务处分的规定与法官相同，可参考第十章法官惩戒制度的相关内

容，此处不予赘述。

三、检察官惩戒的基本程序

（一）纪律处分程序

检察官从属于整个公务员队伍，因此其纪律处分的权限和程序也应该按照公务员处分的规定进行。按照我国《公务员法》等规定，对检察官的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。检察官违纪的，应当由处分决定机关决定对公务员违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知检察官本人。检察官有权进行陈述和申辩。处分决定机关认为对检察官应当给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知检察官本人。2000 年，最高人民检察院颁布《人民检察院监察工作条例》，要求在人民检察院内部设监察部门，以规范检察机关的监察工作，强化内部监督，并对检察官的监察工作进行了细致的规定。国家监察体制改革以后，人民检察院的纪检组和监察局（处）从检察机关剥离，转隶成为受纪委、监委“双派驻”的纪检监察组，负责对驻在单位进行外部监督。为了填补纪检监察机构剥离后留下的内部监督职能空白，人民检察院于 2019 年新设立检务督察部门，作为检察机关专司内部监督的职能部门。[1] 同年，最高人民法院检察院印发《人民检察院检务督察工作条例》，并废止了《人民检察院监察工作条例》。

根据《人民检察院检务督察工作条例》的相关规定，人民检察院检务督察部门是检察机关专司内部监督的综合业务部门，通过执法督察、巡视巡察、内部审计、追责惩戒，开展内部监督。各级人民检察院均应设置相应的机构或人员负责检务督察工作。其中，最高人民检察院和省级人民检察院检务督察部门承担本级检察官惩戒委员会的日常工作。检务督察部门履行的具体职责包括：①督察检察机关、检察人员执行法律、法规以及最高人民检察院和上级人民检察院规定、决定情况；②承担司法责任追究和检察官惩戒相关工作；③承担内部审计工作；④承担党组巡视（巡察）工作领导小组的日常工作；⑤指导司法办案廉政风险防控工作；⑥有关法律法规、文件规定的其他职责。

《人民检察院检务督察工作条例》第 10 条规定，检务督察部门开展执法督察、追责惩戒办案工作，一般应当按照受理、初核、立案、调查、处理等程序进行。对检察官故意违反法律法规办理案件、因重大过失导致案件错误并造成严重后果的，按照检察官惩戒工作程序办理。因此，对检察官纪律处分的追究程序如下：

1. 受理与初核。检务督察部门统一受理下列途径发现的涉嫌违反检察职责线索：①人民检察院内设机构、派驻派出机构、直属单位和下级人民检察院移送的；②统一业务应用系统信息反映的；③开展内部监督工作发现的；④检察人员有关工作记录报告的；⑤检察长和上级人民检察院检务督察部门交办的。检务督察部门对线索的初核，应当报请检察长批准。

---

〔1〕 参见王玄玮：“检察官司法责任追究制度的若干问题”，载《云南大学学报（社会科学版）》2020 年第 6 期。

2. 立案与调查。检务督察部门初核后认为需要立案调查的，应当报请检察长批准后，组成调查组开展工作。检务督察部门开展工作的方式包括：①参加或者列席与督察事项有关的会议；②听取被督察单位、部门的汇报；③听取有关单位及人民群众的意见和建议；④查阅、调取、复制与督察事项有关的材料、案卷、档案、电子数据等；⑤与被督察对象谈话、函询；⑥向有关知情人询问情况；⑦现场督察或者视情开展暗访；⑧其他合法合规的工作方式。检务督察部门的相关人员有需要回避的情形的，应当回避。调查组对查核认定的问题应当提出处理建议，报检务督察部门主要负责人审核后，提请检察长办公会审议决定。

3. 处理。检察长办公会可决定对被督察的检察人员作出以下处理：①批评教育。对失职失责，情节轻微的，批评教育并责令检讨。②诫勉。对失职失责，情节较轻的，以谈话或者书面方式进行诫勉。③组织调整或者组织处理。对失职失责，情节较重的，视情采取停职检查、调整职务、调离司法办案岗位、延期晋职晋级、责令辞职、降职、降低等级、免职、退出检察官员额等组织措施。④移送纪检监察机构处理。对失职失责应当给予纪律处分的，由检务督察部门移送纪检监察机构处理。此外，被督察对象能够主动说明情况，及时挽回损失，未造成严重后果的，可以从宽处理；不如实报告情况，不配合调查工作，甚至干扰对抗调查的，应当从严处理。被督察对象尽到了注意义务，没有故意或者重大过失的，不承担责任；被督察对象虽有过错，但情节显著轻微，未造成不良后果的，可以免除责任。

（二）执法过错责任追究程序

根据《检察人员执法过错责任追究条例》，检察人员执法过错线索由人民检察院监察部门统一管理。没有设置监察部门的基层人民检察院，由政工部门统一管理。对检察官的执法过错责任追究遵循受理、调查、处理、申诉、复查和复核的程序。

1. 受理与调查。地方各级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会专职委员的执法过错线索，由上一级人民检察院受理、调查。其他检察人员的执法过错线索由其所在人民检察院受理、调查，必要时上级人民检察院也可以直接受理、调查。

人民检察院检察长、副检察长及内设部门通过下列途径发现执法过错线索后，应当在职责范围内进行初步审查或者初步核实，认为需要进一步调查和追究执法过错责任的，应当及时移送执法过错线索管理部门处理：①受理来信来访和办理申诉、赔偿案件中发现的；②执法办案内部监督和部门间相互制约中发现的；③检务督察、专项检查、案件管理和业务指导中发现的；④通过其他监督途径发现的。执法过错线索管理部门收到执法过错线索后，应当及时填写，并在 1 个月内审核完毕，分别情况作出以下处理：①认为需要对执法过错线索进行调查的，报主管领导或者检察长批准后进行调查，也可以报请检察长另行指定部门进行调查；②认为没有执法过错或者具有不需要追究执法过错责任的情形的，提出不予调查的审核意见，报主管领导批准后回复提供线索的部门或者人员。调查部门在调查核实执法过错线索的过程中，可以采取查阅有关案件卷宗及其他相关资料，要求被调查人员就调查事项涉及的问题作出解释和说明，与相关知情人员谈话、了解情况，察看执法办案现场，走访相关单位以及符合法律规定的其他方式。

执法过错线索调查结束前，调查部门应当听取被调查人的陈述和申辩，并进行调查核实。对查证属实的申辩意见应当予以采纳，不予采纳的应当说明理由。执法过错责任调查结束后，调查部门应当制作执法过错责任调查报告，并提请检察长办公会审议。调查报告应当包括下列内容：被调查人的基本情况；线索来源及调查过程；调查认定的事实；被调查人的申辩意见及采纳情况的说明；被调查人所在单位或者部门的意见；调查结论及处理意见等。

2. 处理。检察长办公会对检察人员涉嫌执法过错的事实、证据研究确认后，应当分别情况作出以下处理：①执法过错事实清楚、证据确实充分、需要追究执法过错责任的，作出追究执法过错责任决定；②执法过错事实不清、证据不足的，退回调查部门补充调查，必要时，也可以另行指定部门重新调查；③虽有执法过错事实，依照本条例规定不应当追究执法过错责任的，作出不追究执法过错责任决定；④不存在执法过错事实的，作出无执法过错责任决定。

调查部门应当根据检察长办公会的决定制作执法过错责任追究决定书、不追究执法过错责任决定书或无执法过错责任决定书，送达被调查人及其所在单位、部门，并抄送执法过错线索管理部门。追究执法过错责任决定书应当存入执法过错责任人的个人执法档案。追究执法过错责任决定书、不追究执法过错责任决定书和无执法过错责任决定书应当报上一级人民检察院监察部门备案。检察长办公会决定给予执法过错责任人批评教育的，由检察长办公会指定的部门或者人员承办；决定给予执法过错责任人组织处理的，由政工部门承办；决定给予执法过错责任人纪律处分的，由监察部门承办。需要追究执法过错责任人刑事责任的，由执法过错线索管理部门依法移送司法机关处理。

3. 申诉、复查与复核。执法过错责任人对纪律处分或者组织处理决定不服的，可以自收到处分、处理决定书之日起 30 日内向作出处分、处理决定的监察部门或者政工部门提出申诉，受理申诉的部门应当按照相关规定进行复查。执法过错责任人对复查决定仍不服的，可以自收到复查决定书之日起 30 日内向上一级人民检察院监察部门或者政工部门申请复核。上一级人民检察院监察部门、政工部门应当按照相关规定进行复核。复查、复核期间，不停止原决定的执行。

（三）司法责任追究程序

最高人民检察院《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》规定了检察官的司法责任追究程序。

1. 司法责任承担。独任检察官承办并作出决定的案件，由独任检察官承担责任。检察官办案组承办的案件，由其负责人和其他检察官共同承担责任。办案组负责人对职权范围内决定的事项承担责任，其他检察官对自己的行为承担责任。属于检察长（副检察长）或检察委员会决定的事项，检察官对事实和证据负责，检察长（副检察长）或检察委员会对决定事项负责。检察辅助人员参与司法办案工作的，根据职权和分工承担相应的责任。检察官有审核把关责任的，应当承担相应的责任。检察长（副检察长）除承担监督管理的司法责任外，对在职权范围内作出的有关办案事项决定承担完全责任。对于检察官在职权范围内作出决定的事项，检察长（副检察长）不因签

发法律文书承担司法责任。检察官根据检察长（副检察长）的要求进行复核并改变原处理意见的，由检察长（副检察长）与检察官共同承担责任。检察长（副检察长）改变检察官决定的，对改变部分承担责任。检察官向检察委员会汇报案件时，故意隐瞒、歪曲事实，遗漏重要事实、证据或情节，导致检察委员会作出错误决定的，由检察官承担责任；检察委员会委员根据错误决定形成的具体原因和主观过错情况承担部分责任或不承担责任。上级人民检察院不采纳或改变下级人民检察院正确意见的，应当由上级人民检察院有关人员承担相应的责任。下级人民检察院有关人员故意隐瞒、歪曲事实，遗漏重要事实、证据或情节，导致上级人民检察院作出错误命令、决定的，由下级人民检察院有关人员承担责任；上级人民检察院有关人员有过错的，应当承担相应的责任。

2. 司法责任追究。

（1）启动问责程序。人民检察院纪检监察机构受理对检察人员在司法办案工作中违纪违法行为和司法过错行为的检举控告，并进行调查核实。对检察人员承办的案件发生被告人被宣告无罪，国家承担赔偿责任，确认发生冤假错案，犯罪嫌疑人、被告人逃跑或死亡、伤残等情形的，应当核查是否存在应予追究司法责任的情形。

（2）调查和审议。人民检察院纪检监察机构经调查后认为应当追究检察官故意违反法律法规责任或重大过失责任的，应当报请检察长决定后，移送省、自治区、直辖市检察官惩戒委员会审议。人民检察院纪检监察机构应当及时向检察官惩戒委员会通报当事检察官的故意违反法律法规或重大过失事实及拟处理建议、依据，并就其故意违反法律法规或重大过失承担举证责任。当事检察官有权进行陈述、辩解、申请复议。检察官惩戒委员会根据查明的事实和法律规定作出无责、免责或给予惩戒处分的建议。

（3）作出处理决定。对经调查属实应当承担司法责任的人员，根据《检察官法》《检察人员纪律处分条例》等有关规定，分别按照下列程序作出相应处理：①应当给予停职、延期晋升、调离司法办案工作岗位以及免职、责令辞职、辞退等处理的，由组织人事部门按照干部管理权限和程序办理；②应当给予纪律处分的，由人民检察院纪检监察机构依照有关规定和程序办理；③涉嫌犯罪的，由人民检察院纪检监察机构将犯罪线索移送司法机关处理。

（4）申诉。检察人员不服处理决定的，有权依照有关规定提出申诉。

（四）政务处分程序

检察官与法官同属于《监察法》第 15 条第 1 款所规定之公职人员，根据《政务处分法》，其所适用之政务处分的程序与法官相同，可参考第十章法官惩戒制度的相关内容，此处不予赘述。

四、国外检察官惩戒制度概述

各国的检察官惩戒制度都有其自身的特点，在惩戒事由、惩戒形式、惩戒程序等方面都存在差异，此处主要概述美国、英国、德国、法国、日本等国的检察官惩戒制度，以供思考。

（一）美国检察官惩戒制度概述

在美国，由于检察官制度分为联邦与州两个系统，因而检察官惩戒制度也分联邦检察官惩戒与州检察官惩戒，关于州检察官惩戒，各州均有不同规定，此处主要介绍联邦检察官之惩戒。联邦检察官的惩戒程序包括两个部分：一个是内部惩戒程序，另一个是外部惩戒程序。就内部惩戒程序而言，主要是由美国司法部的“职业责任办公室”（the office of professional responsibility，简称 OPR）负责。内部程序的启动主要有两种途径：

1. 依职权启动。司法部所有职员及检察官若发现联邦检察官及其辖下检察官有不当行为，均应依职权向上级报告，这里的上级包括所属的联邦检察官或其代理人、司法部督察办公室（office of the inspector general，简称 OIG）或职业责任办公室以及司法部长执行办公室（executive office for united states attorneys，简称 EOUSA）。职业责任办公室在收到有关联邦检察官的投诉后，需要考量的因素有：①该指控的本质（the nature of the allegation）；②是否明白可信（apparent credibility）；③是否特定（specificity）；④查证的可能性（susceptibility to verification）；⑤来源（source）。当职业责任办公室决定要进一步调查时，其有可能通知投诉者或被投诉者提供更多资料。在此种情形下，也存在很多未发现任何不当行为的指控。

2. 通过法院。任何一位法官或治安法官在审理过程中认为联邦检察官有不当行为，或者对外宣称考虑对检察官必惩戒，都应报告上级，且不施以等等法院程序之结果。

就外部惩戒程序而言，主要是指联邦检察官及其助理检察官与州律师受相同规范，接受州法院或州律师协会的规制。

（二）英国检察官惩戒制度概述

在英国，皇家检察署负责调查检察官是否涉嫌违反纪律。为此，皇家检察署制定了《皇家检察署纪律政策》（*Crown Prosecution Service Disciplinary Policy*），其目的是确保当检察官的行为引发社会关注时，当局能够采取适当的行动，并公平地处理，以符合皇家检察署对平等及多元化的承诺。《皇家检察署纪律政策》适用于所有已完成试用期的检察官，与试用检察官有关的纪律问题按照试用政策处理。根据《皇家检察署纪律政策》的规定，对检察官的纪律监督主要由皇家检察署主管或首席检察官（directors/chief crown prosecutors）、业务主管（line managers）以及人力资源主管（human resources directorate）负责。主管或首席检察官的职责主要包括：①全面支持整个组织实施政策和程序，包括指派人员以协助或参与程序的任何部分；②确保管理人员和检察官进行调查，并参与听证会。业务主管的职责主要包括：①贯彻执行政策及程序，并与现行法例及最佳做法保持一致；②根据当下事实作出合理的决定；③确保采取的行动符合适当的程序。人力资源主管的主要职责包括：①协调程序与政策；②确保在组织内实施适当的培训和进修计划；③就纪律处分的各个方面向员工提供意见；④为改善工作关系采取策略；⑤为监督和审查政策和程序的有效性提供资源；⑥监督纪律案件，以查明任何趋势，确保方法的一致性，并着重处理对任何特定群体的任何不成比例的影响。具体的惩戒程序主要包括以下几个部分：①非正式讨论（informal discussions），主要是由业务主管对一些细微的违纪行为进行建议。②暂时解除正常工作职责

(temporary removal from normal working duties)，当出现不当行为指控时，无论是否严重，都应该考虑暂时解除正常工作职责，当然这本身并不是一项惩戒措施。③调查不当行为的指控。④刑事指控，如果涉嫌违反刑法。⑤惩戒听证。⑥决定。⑦可能的结果包括无警告、书面警告、最终书面警告、短期解雇、解雇。⑧申诉。⑨申诉听证。⑩申诉决定。

(三) 德国检察官惩戒制度概述

德国对检察官的惩戒采取的是职务惩戒法庭模式。德国对联邦检察官的正式惩戒程序与对联邦法官的惩戒程序基本相同，也是由联邦职务法庭进行裁判。按照德国《法官法》第61条第1款之规定，联邦职务法庭是联邦最高普通法院的一个特别法庭(besonderer senat)。由此可知，联邦职务法庭属于联邦最高普通法院的一部分，在组织上它不是独立的“法院”，不是独立的裁判系统。联邦职务法庭与联邦最高普通法院其他法庭一样，由5位职业法官合议审理裁判。审判长及2位常任陪席法官均为联邦最高普通法院的法官，其他2位是非常任陪席法官，均为任职于当事人所属同一法院系统的终身制法官。联邦职务法庭在审理检察官的惩戒事件时，非常任陪席法官由检察官担任。德国《法官法》第63条规定，对纪律问题的处理程序适用《德国联邦纪律法》。根据1998年的《德国联邦纪律法》，当检察官有违反职务纪律行为之时，其所属长官应为事前调查，如显有违反纪律的事实且有处罚的必要时，应当申请启动正式惩戒程序。根据德国《法官法》第63条的规定，正式惩戒程序之进行与终止处分、暂时停职处分、停薪处分及上述各处分之撤销，均由被告之最高主管机关申请职务法庭作出裁定。联邦检察长兼任联邦纪律惩戒检察官。[1]

(四) 法国检察官惩戒制度概述

在法国，检察官的地位独特而尊荣，不仅是司法专业人士，而且是国家的代表，肩负着最基本的民主使命。民主社会期待检察官们具有严谨、正直、忠实的品格，崇高的职业操守和强烈的责任感，使其能够与自己所负担的使命相称。因此，需要严格、规范的司法责任制度保障检察官更好地履行职责使命。如果检察官在履行职责过程中，存在渎职、受贿或其他违法行为，会受到有关机关的调查，并可能会因此承担相应的刑事责任、民事责任或者纪律惩戒责任，在此主要概述纪律惩戒责任。关于检察官的纪律责任，最重要的是《有关〈司法官章程〉的法令》《司法官组织法》，以及由最高司法官委员会编写的《职业道德义务汇编》《司法官职业道德守则汇编》等。在法国，追究司法官纪律责任的程序也比较复杂，通常包括行政程序和惩戒程序。行政程序对检察院的检察长开放，而启动严格意义上的惩戒程序需要向最高司法官委员会提起诉讼。前者通常是：检察长得知某检察官有过错行为，经过必要的核实后，向其下达一个口头或者书面的警告，形成文件纪要，载入其档案，为期3年。口头警告之前，需要经过对审辩论，其辩护人须出席。辩护人可以是律师或者其他司法官。警告并非惩戒措施，而是司法官档案中的污点，受警告的检察官3年内不可有任何职位晋升。而最高司法官委员会的惩戒程序更为复杂。检察官惩戒委员会由驻最高法院检察总长作

[1] 参见邓辉、谢小剑：“责任与独立：检察官纪律惩戒的双重维度”，载《环球法律评论》2010年第5期。

为主席，包括 8 名司法官和 8 名有资格的、非司法官的人员。最高司法官委员会可以通过三个不同渠道受理纪律指控：通过诉讼当事人直接提起的诉讼，检察长提起的诉讼，司法部长提起的诉讼。[1]

（五）日本检察官惩戒制度概述

日本的检察官行政处分非常复杂，对非违纪处分，依据日本《检察厅法》第 23 条，由检察官资格审查会作出；这是设置在总理府的机构，具有非常强的独立性。日本检察官的纪律惩戒适用《国家公务员法》，惩戒权者是有任命权者。日本《检察厅法》第 15 条规定，检事总长、次长检事及各检事长为一级，其任免事项由内阁负责，并由天皇作出认证。关于对检事及副检事的任命，遵照《国家公务员法》中的一般原则，所以由法务大臣负责。可见，内阁对检事总长、次长检事及各检事长作出纪律惩戒决定，法务大臣对检事及副检事由作出纪律惩戒决定。[2] 检察官的惩戒方式包括警告、降薪、停职、免职等，具体的情形包括：①违反了《国家公务员法》或依该法所发布的命令；②违反了职务上的义务或者渎职、消极怠工等；③违法乱纪或实施了其他有辱服务全体国民使命的不正当行为。[3]

〔1〕 参见刘林呐："法国：严格过错责任促检察官履职尽责"，载《检察日报》2018 年 1 月 9 日，第 3 版。

〔2〕 参见邓辉、谢小剑："责任与独立：检察官纪律惩戒的双重维度"，载《环球法律评论》2010 年第 5 期。

〔3〕 参见何家弘主编：《检察制度比较研究》，中国检察出版社 2008 年版，第 397~398 页。

第四编

监察官职业伦理

第四编　典型例题

第四编　拓展阅读

第十五章

监察官职业伦理

导　语

近现代意义上的监察制度诞生于瑞典，并在二战以后逐步推广传播至其他国家和地区。在我国，全国人大于2018年通过《监察法》，该法第14条规定“国家实行监察官制度”，监察官制度正式在我国确立。监察官作为依法行使国家监察权的监察人员，其职业伦理的构建对于监察权的平稳有序且高效运行具有重要意义。本章将对国内外监察官职业的发展进行概述，并就我国监察官的角色定位与职业属性，以及监察官职业伦理的具体内容进行分析和探讨。

第一节　监察官职业的发展概况

一、国外监察官职业发展概况

自人类文明国家建立以来，为防止公权力滥用，各个国家以本国政治制度和政治文化为基础，发展出类型多样的监察制度。有些国家的监察官员本身就是一个国家机关，有些国家的监察官员则是监察机关中的工作人员。一般认为近现代意义上的监察制度诞生于瑞典，并在二战以后逐步推广传播至其他国家和地区，而瑞典所实行的议会监察专员制度模式是世界主流的监察模式。[1] 此处主要对瑞典和英国监察官的职业发展进行概述，以供思考。

（一）瑞典监察官职业发展概述

瑞典监察官被称为“监察专员”，其制度前身是瑞典历史上的“大法官制度”。1809年，瑞典议会通过了以国王和议会分权的原则为基础的宪法，规定由议会选举监察专员，以议会代表的身份监督所有行政官员和法官对法律、法令的遵守、执行情况，并受理公民对官吏的控诉、投诉案件。瑞典现共有四名监察专员，包括一名首席议会督查专员和三名议会督查专员，共同组成监察专员公署，分管税收、司法、军事和事业单位四个领域，彼此间相互独立、分工协作，共同对议会负责。[2]

瑞典监察专员享有重要的监察职权，不仅监察对象广泛，除议会议员、内阁大臣、

〔1〕 参见叶青、王小光：“域外监察制度发展评述”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第6期。

〔2〕 参见李少军：“瑞典议会监察专员制度的产生与发展”，载《人大研究》2019年第7期。

司法总长、中央银行董事等少数人员以外，其他人员均纳入监察范围之内；而且监察职权充分，具体包括接受投诉权、调查权、作出最终裁决权、批评建议权、提起公诉权、立法建议权。监察官只对议会负责，每年向议会提交年度报告，不受任何行政机关、社会组织和个人的干涉。只有不受议会信任并经法定程序才能被议会罢免，且议会对监察官的干涉仅限于原则性的指示工作，不插手其具体事务。监察官通过行使职权，主动调查与处理投诉相结合，发挥着保障法律、预防腐败、廉政教育、维护人权的功能。〔1〕

鉴于瑞典监察专员所行使职权的重要性，良好的法律素质和道德修养均是其必要的选任条件。一方面，瑞典《政府组织法》规定，监察专员“由议会从具有杰出法律才能和秉性正直的人士”中选举产生。实践中，监察专员一般来自最高法院和最高行政法院，通常是精通法律的无党派人士、具有资深的法律背景和法律素养。另一方面，监察专员需具备极高的道德修养，要求其社会声望、学识资历、个人品格、社会形象都是社会上的佼佼者。监察专员一旦有道德败坏或者违纪违法行为，不仅受到严惩，还会遭到社会公众的舆论谴责，社会形象和公信力遭到严厉打击。〔2〕

（二）英国监察官职业发展概述

由于北欧的监察专员制度成效显著而产生强大的示范效应，英国议会于 1967 年通过了《议会行政监察专员法》，正式确立了议会行政监察专员制度。议会行政监察专员被作为议会的“辅助机构”，用以强化现有的议会监督机制，对英国中央政府部门或公共机构、英格兰中央级别的公共机构，以及分权制地方的中央保留事项所涉及公共机构的不良行政行为进行监督，享有调查、批评、建议、公开调查结果等权力。〔3〕尽管与瑞典相比，英国议会行政监察专员的职责范围大大缩减，但该制度的实施，对于治理不良行政，推动行政程序的落实和迈向更公正透明的标准，弥补传统行政法的力有不逮之处，均发挥了重要作用。〔4〕

英国议会行政监察专员由首相提名，女王任命，独立于政府，对议会负责，非辞职或遭弹劾，可以终身任职，直到退休，并规定被任命为监察专员之人“应品行端正”。任职资格上，议会行政监察专员一般从工作经验丰富，品德良好的资深政府官员中选拔，其薪金由专门法律予以保障，享受最高法院法官的待遇，对是否有较高专业法律知识没有作特别要求。〔5〕

此外，英国还设有地方行政监察专员和卫生行政监察专员。地方行政监察专员主要是为了解决地方行政当局不良行政行为而设立的机构，当公民对其行为提起诉讼时，

---

〔1〕 参见杨恩泰、尹淑榕：“我国监察官制度构建的展望——瑞典监察制度对我国的启示”，载《四川警察学院学报》2019 年第 1 期。

〔2〕 参见杨恩泰、尹淑榕：“我国监察官制度构建的展望——瑞典监察制度对我国的启示”，载《四川警察学院学报》2019 年第 1 期。

〔3〕 参见王佳红：“英国议会监察专员制度变迁史研究（1967~2017）”，武汉大学 2018 年博士学位论文。

〔4〕 参见庄汉、黄昊元：“议会行政监察专员制度：英国的经验与启示”，载《江汉大学学报（社会科学版）》2017 年第 6 期。

〔5〕 参见郭哲、王丹：“司法体制改革下中欧监察制度之比较——以瑞典、法国、英国为样本”，载《中小企业管理与科技》2017 年第 31 期。

专员就有权力对这个事件进行调查。不同地区的监察专员负责调查、处理本地的申诉。卫生行政监察专员是在议会行政监察专员成立之后仿照该制度由议会针对全国卫生服务体系中的申诉问题而单独设立的行政监察专员机构。中央行政监察专员和地方行政监察专员之间不存在上下级关系，也没有业务指导关系，相互独立。同一地方的各专业领域的行政监察活动自成体系，互不干涉。〔1〕

二、中国监察官职业发展概况

监察制度是指国家对政府机关及其公务人员的违法失职行为进行监督、检举、惩戒的制度。〔2〕中国监察制度自夏商周首创，秦汉形成，之后历代相沿，历经三国、两晋、南北朝、隋、唐、五代、两宋、辽、金、元、明、清、民国，直至中华人民共和国，从未间断，有着四千多年的发展史和演变史，形成严格清晰、机构完备、特点鲜明的监察体系。〔3〕监察官作为监察制度得以运行的主体，同样也源远流长，形成了独特的历史内涵和价值。

（一）中国古代监察官职业发展概述

中国古代监察制度主要由两大系统构成，一是御史监察系统，二是谏官言谏系统。御史旨在纠察官邪，肃正朝纲，运用弹劾手段进行监察；谏官则是谏诤封驳，审核诏令章奏。御史对下纠察百官言行违失，谏官对上纠正皇帝决策失误，二者共同构成了封建社会完整的监察体制。〔4〕

夏商周时期，对百官的监督权由君王和特定官员共同行使。行使监督权的官员有多种，一是各种史官，不仅担任记言记事之职，还负有监督官吏执法的责任。传说夏代末期已有“太史令”的官职；殷商时期，商王派“四方之史”等官员负巡查、监督之责；西周时期分工出太史、内史、御史和省史等从事监督性质的活动。〔5〕二是各类宰官和其他系统的官吏，据《周礼》记载，具体包括“掌建邦之六典，以佐王治邦国”的大宰，“掌建邦之宫刑，以治王宫之政令”的小宰和“掌治朝之法，以正王及三公、六卿、大夫、群吏之位”的宰夫等。对君王进行谏议的权力则被广泛赋予贵族、专职官吏和民众，谏议的形式也多种多样。《史记·周本纪》记载，“故天子听政，使公卿至于列士献诗，瞽献曲，史献书，师箴，瞍赋，矇诵，百工谏，庶人传语，近臣尽规，亲戚补察，瞽史教诲，耆艾脩之，而后王斟酌焉，是以事行而不悖”。

春秋战国时期，依然由君王和特定官员行使对百官的监督权。与前代相比，行使纠察监督权的官员更加专门化，御史所承担的监督职能更加突出。如《左传》记载，楚“子南之子弃疾为王御（士）”，宋“多僚为御士（史）”。对君王的谏议式监督也有所发展，进谏官员也更加专门化。〔6〕

---

〔1〕 参见江国华：《国家监察立法研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 104~105 页。
〔2〕 参见张国安：“论中国古代监察制度及其现代借鉴”，载《法学评论》2009 年第 2 期。
〔3〕 参见彭勃、龚飞：《中国监察制度史》，人民出版社 2019 年版，第 1 页。
〔4〕 参见张国安：“论中国古代监察制度及其现代借鉴”，载《法学评论》2009 年第 2 期。
〔5〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史（修订版）》，江苏人民出版社 2017 年版，第 19~21 页。
〔6〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 46 页。

秦汉时期，中国古代监察法制正式确立，初步形成了中央与地方监察组织之间的分工。在中央，由御史组织、司隶校尉、谏官系统和行政系统内部的监察官员共同行使监察职权。御史组织主要由御史大夫、御史中丞和侍御史组成，其中，由侍御史具体行使监察职权。司隶校尉由皇帝特设并直属于皇帝，监察范围十分广泛。谏官系统内，执掌谏诤的谏官还兼奉使，并非专职行使谏诤职权。行政系统内部专门或兼职行使监察权力的官员主要包括丞相及其史官。在地方，主要由监御史、刺史等专职监察官员和行政系统内部的专职或兼职监察官员共同行使监察权。该时期统治者重视监察官的品德和业务素质，选任监察官的条件包括忠直亮节、明法律令、政绩显著和具有一定的文化素质。而且为了确保监察官员能奉典守法，公正廉明，依法行使职权，秦汉时期还初步建立了监察官责任制，规定了失察不举、漏泄省中语、不廉、职权滥用在内的多种渎职罪名。[1]

魏晋南北朝时期，御史台成为由皇帝领导的独立监察机构。御史中丞作为御史台的主要长官，《通典》记载其监察职责是“自皇太子以下，无所不纠”。进入唐代，监察制度臻于完备。御史台以御史大夫为长官，御史中丞为副，下置三院，形成一台三院体制。据《旧唐书》记载，台院职掌“纠举百僚，推鞫狱讼”；殿院“掌殿庭供奉之仪式”，巡察京城“不法之事”；察院职掌“分察百僚，巡按郡县”“监决囚徒”。三院分工明确，各司其职。谏官系统在唐代亦趋于完备，形成了台谏并立的格局。唐朝谏官包括分属门下、中书两省的左右散骑常侍、左右谏议大夫、左右补缺、左右拾遗，负责对皇帝的进谏与监察。据《唐六典》记载，其职责是“掌供奉讽谏，扈从乘舆。凡发令奉事有不便于时，不合于道，大则廷议，小则上封”。该时期，不仅三院成为了一个严密的脱离国家行政机构的独立监察系统，而且谏官的设置，使皇权行使的随意性受到了一定的制约，对王朝统治的稳定性和长治久安起到了相当的作用。[2] 此外，唐朝统治者对监察官的素质极其重视，据《唐大诏令集》记载，监察官“先正其身，始可行事。当须举直错枉，不避亲仇。纠匿绳违，务从公正”。在选任条件上，监察官不仅要刚正不阿、敢谏直言，而且要学识渊博、明习法令，还要有为官的经历。

两宋时期，在中央，逐渐形成了御史与谏官制度合一之势。[3] 在地方，设置转运司、提点刑狱司、提举常平司等中央派出机构，分别负责某方面的政务，并具有监察地方官的职责，统称为“监司”。转运司的长官称转运使，既是掌地方财赋及漕运钱谷的行政官，也是按察州县的监察官。提点刑狱司的长官称提点刑狱公事。《宋史·职官志》记载其职能为“掌察所部狱讼而平其曲直，审问囚徒，详覆案牍，凡禁系淹延而不决，盗窃逋窜而不获，皆劾以闻，及举刺官吏之事”。提举常平司的长官为提举常平官，根据《宋史》记载，其职能为“掌常平、义仓、免役、市易、坊场、河渡、水利之法，视岁之丰歉而为之敛散，以惠农民。凡役钱，产有厚薄则输有多寡；及给吏禄，亦视其执役之重轻难易以为之等。商有滞货，则官为敛之，复售于民，以平物价。皆

〔1〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 114～117 页。

〔2〕 参见张国安：“论中国古代监察制度及其现代借鉴”，载《法学评论》2009 年第 2 期。

〔3〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 232 页。

总其政令，仍专举刺官吏之事”。该时期，统治者同样重视台谏官的选拔。司马光曾提出台谏官的选择标准应是“孤立无党，忠直不欺，言行相符，名实相称者为之”。

元朝时期，中书省、枢密院、御史台三足鼎立。御史台内部仅保留察院，开始从三院制向一院制过渡。罢门下省，仅保留给事中，但给事中不务谏正封驳之事。谏院也被取消，御史兼负纠劾和言谏之责，台、谏两系统至此完全合一。在地方，以二十二道为监察区，肃政廉访使定期出巡以监察郡县官吏。由道经行御史台再至中央御史台，形成了一个由中央到地方完整的监察系统。〔1〕该时期，由于对科举的重视不够，荫袭成为了重要的选官途径，在监察官的任用上也是如此。〔2〕

明朝时期，废中书省、改御史台为都察院，实现了台、殿、察三院的合一。设立六科给事中承担谏官职能。在废除言谏机构的同时，创置通政使司以掌出纳帝命、尽规谏正。地方设置十三道监察御史、提刑按察使司以及督抚，三者互不统属、交叉监察地方。〔3〕这一时期，监察官地位显赫，与宰辅大臣、军队将帅同为朝廷要职，而且权重察广，因而选拔十分严格。根据《大明会典》记载，早在洪武元年（1368 年），太祖便下诏：“监察御史、提刑按察司，耳目之寄，肃清百官，今后慎选贤良方正之人，以副朕意。”选拔御史和给事中的条件主要包括德行显著、学识优长和老成练达。〔4〕

清朝时期，仿效明朝的制度，并结合满洲原有官制，设立都察院。改内三院为内阁，六给事中科因此失去封驳职权，后被并入都察院。设立五城察院稽察京畿治安。宗室御史处和稽察内务府御史处的御史均注重于财务监督，实际上是专门的审计机构。清代形成了十五道监察御史、总督（巡抚）、按察司、巡道四层级的地方监察体制。〔5〕清朝制定了中国监察法史上第一部以皇帝名义颁布的、最完整、最系统的监察法典——《钦定台规》，对监察机关的性质、地位、建制，以及监察官的选任、迁转、纪律、责任和考核等作出了系统的规定。〔6〕这个时期选任的监察官需德才兼备、刚正不阿、忠于职守，而且对年龄、出身等均有特殊的要求。〔7〕

（二）中国近代以来监察官职业发展概述

民国时期监察制度的发展，经历了临时政府、北洋军阀政府和国民党政府三个时期。〔8〕在南京临时政府时期，根据《中华民国临时约法》，参议院是中央监察机关，行使包括弹劾权、质问权和查办权在内的监察职权。参议院的参议员则由各地方选派，

〔1〕 参见张仲旺、阮兴：“中国古代监察制度的特点及其现代意义”，载《青海民族大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

〔2〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 309 页。

〔3〕 参见张仲旺、阮兴：“中国古代监察制度的特点及其现代意义”，载《青海民族大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

〔4〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 371～373 页。

〔5〕 参见张仲旺、阮兴：“中国古代监察制度的特点及其现代意义”，载《青海民族大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

〔6〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 404 页。

〔7〕 参见张晋藩主编：《中国古代监察法制史》，江苏人民出版社 2017 年版，第 437～442 页。

〔8〕 参见彭勃、龚飞：《中国监察制度史》，人民出版社 2019 年版，第 239 页。

选派方法由各地方自定。在北洋军阀政府时期，建立平政院，平政院的职能有二：审理行政诉讼和纠弹案件。平政院下设肃政厅，专司纠弹违法违纪官吏、提起行政诉讼并监督平政院。根据《平政院编制令》，“平政院评事及肃政史，须年满 30 岁，具有下列资格之一：①任荐任以上行政职 3 年以上，著（卓）有成绩者。②任司法职 2 年以上，著（卓）有成绩者。”〔1〕此外，还设立文官惩戒委员会和审计院。在南京国民政府时期，在中央，设立监察院，行使弹劾、审计、调查、纠举、建议和监视权。根据《国民政府组织法》，监察委员由监察院院长提请国民政府主席依法任免。在地方，设立监察使属，实行分区监察制度，代中央行使监察权，包括视察、调查、弹劾、纠举、建议等具体职责。

革命根据地时期，我国监察制度经历了土地革命、抗日战争和解放战争时期三个阶段。在土地革命时期，在井冈山革命根据地成立了中华苏维埃共和国临时中央政府，并设立了监察机构——中央工农检察人民委员部，中央苏区所属省、县、区、乡苏维埃政府机构中也相继设立了工农检察部、科；城市苏维埃设立工农检察科。为了更好地接受工农群众对苏维埃机关及其工作人员实施监督，接待来信、来访，在各级工农检察部、科下设控告局。为了动员广大工农群众参加政权监督，又在工农检察部指导下设立临时群众组织——突击队，不定期地检查政府机关及其工作人员的违法违纪现象；同时还在基层单位建立不脱产的义务性的工农检察通讯员，为监察机关传递政府工作人员的违法违纪信息。在工农检察系统外面，还有团组织（少共中央局）组织青年群众监督组织——轻骑队，负责检举控告政府机关官僚主义、贪污浪费等腐败现象。形成了以工农检察机构为龙头的包括控告局、突击队、轻骑队、通讯员在内的监察体系。〔2〕

抗日战争时期，中华苏维埃中央人民政府将工农检察委员会的监察职权改由参议会行使，参议会成为边区政权的立法机构和监察机构。参议会议员由人民直接选举，但人民政府认为有必要时，可聘请关心国事及在社会、经济、文化方面有名望者成为议员。此外，将边区所属县（市）划为五个行政区，分设行政督察专员公署，作为边区政府对所属区、县行政事宜实施督察和指导的派出机构。

解放战争时期，1946 年 4 月，边区重建各级监察机构——检察处。1948 年，华北人民政府成立人民检察院。1949 年 4 月，陕甘宁边区政府将检察机构改名为人民监察委员会。

（三）新中国成立以来的监察官职业发展概述

建国以来，我国在创设监察体制方面进行几次重大的探索和革新，到目前为止，这种探索和革新仍在向着深层次发展。〔3〕

新中国诞生后，根据《中国人民政治协商会议共同纲领》（已失效）和《中华人民共和国中央人民政府组织法》（已失效），县市以上的各级人民政府内设人民监察机

〔1〕 参见张晋藩主编：《中国近代监察制度与法制研究》，中国法制出版社 2017 年版，第 107 页。

〔2〕 参见彭勃、龚飞：《中国监察制度史》，人民出版社 2019 年版，第 277~278 页。

〔3〕 参见彭勃：“关于建国以来监察体制的探索和实践”，载《当代中国史研究》1995 年第 1 期。

关，政务院下设人民监察委员会，负责监察各种国家机关和公务人员是否履行其职责，并纠举其中之违法失职的机关和人员。1954 年，新中国第一部宪法诞生，根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国国务院组织法》，政务院改为国务院，政务院人民监察委员会调整为国务院监察部。20 世纪 50 年代后期，随着我国的政治、经济形势的变化，出于精简机构的原因，监察部被撤销。待到 1986 年，基于改革开放后国家治理的客观需要，监察部建置被恢复。监察部在性质上属于行政机关的行政监察机构，监察人员作为行政机关内部行使监察职权的工作人员，依照《中华人民共和国行政监察法》（已失效）对国家行政机关及其公务人员和国家行政机关任命的其他人员实施监察，未形成独立的监察官制度。

为建立集中统一、权威高效的监察体系，实现对所有公权力及公职人员监察全覆盖，2016 年 12 月 25 日，全国人大常委会作出《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》，在试点地区设立监察委员会，行使监察职权，并将试点地区人民政府的监察厅（局）、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会。试点地区监察委员会的工作人员主要由党的纪律检查机关和检察机关工作人员转隶组成。2017 年 11 月 4 日，全国人大常委会作出《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》，在认真总结试点工作经验的基础上，在全国各地推开监察体制改革试点工作。2018 年 3 月 11 日，全国人大通过《中华人民共和国宪法修正案》，正式设立监察委员会作为国家的监察机关，至此，我国国家机构形成“一府两院一委”的格局。同年 3 月 20 日，全国人大通过《监察法》，对监察机关职责、监察范围和管辖、监察权限等作出了具体规定。《监察法》第 14 条规定，“国家实行监察官制度，依法确定监察官的等级设置、任免、考评和晋升等制度。”2020 年 1 月，在十九届中央纪委四次全会上，中纪委工作报告提出 2020 年要推动研究制定监察官法，建设忠诚、干净、担当的高素质监察官队伍。全国人大公布的《十三届全国人大常委会立法规划》已将《监察官法》纳入其中。目前，《监察官法》尚未出台。

综上可知，古今中外不同国家和地区在构建监察制度时都极为重视职业伦理对监察官的规范作用，几乎每个朝代、国家或地区都明文规定了监察官的职业伦理规范。

总体而言，这些行为规范主要涉及以下方面：一是品格方面。古今中外的统治者都认为，监察官作为“治官者”，纠举、弹劾官员的违法犯罪行为是其本职工作，这要求监察官必须具备刚正不阿、清廉公正、敢于直言的个人品格，这是从事监察工作的前提条件，非如此难以承担监督职责。二是行为方面。在具备一定品格的基础上，监察官在履职过程中必须遵守法律规定、秉公执法，不得出现徇私舞弊的情况，这是监察工作取得成效的根本保障。监察官应当成为官员和公众行为活动的表率，树立监察机构的威信。三是专业能力方面。作为需要掌握法律知识和其他专业技能的职业者，监察官应努力提升自己的专业能力，熟练运用专业知识和专业技能。作为监察官职业伦理的核心内容，这些要求不仅对监察官的行为起到规范作用，塑造了监察官职业共同体，还成为权力监督制度发挥成效的前提和基础。

第二节 监察官的角色定位与职业属性

一、监察官的角色定位

监察官是依法行使国家监察权的监察人员，包括国家监察委员会和地方各级监察委员会的主任、副主任、委员和其他监察人员。监察官不再是行政机关内部行使行政监察权的工作人员，而成为隶属于监察委员会、行使国家监察权的主体。国家监察权的属性决定了监察官的角色定位。

关于国家监察权的属性，学者们持有不同的观点，主要观点包括以下四种：[1]

第一种观点认为，监察权完全异于其他权力，属于现代公共权力“第四权”。国家监察委员会是由国家权力机关设立的监督机关，与公安、检察机关等执法和司法机关性质完全不同。国家监察权将作为由国家监察委员会享有并依法行使的一项宪法性权力，与行政权、审判权和检察权相比肩，具有区别于立法权、司法权、行政权的现代“第四权”的独立地位。

第二种观点认为，监察权是五种权源加总之和，即行政监察权、行政预防权，检察机关贪污贿赂犯罪侦查权、渎职犯罪侦查权、职务犯罪预防权等五种权力形态之总和。

第三种观点认为，监察权具有“准司法性”。依据《监察法》，监察委员会履行监督、调查和处置职责，对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉。这意味着一方面国家监察委员会在性质上不是司法机关，它不能行使国家检察机关的公诉权，更不能行使国家审判机关的审判权；另一方面国家监察委员会可以行使检察机关行使的某些刑事强制措施权和刑事侦查权，如讯问、查询、冻结、调取、查封、扣押、勘验检查、鉴定、留置等。

第四种观点认为，监察权是一种复合性权力。通过整合原隶属于政府的行政监察权、行政预防权，原隶属于检察机关的反贪污贿赂、反渎职侵权等职务犯罪侦查权、职务犯罪预防权，其实质是国家政治资源的重新调整与分配，是对既有政治资源的再整合、再分配，基于此产生的新权力形态——监察权，超越了既有的权力属性，而产生新属性。同时，监察委员会与党的纪律检查委员会合署办公，意味着党领导下的国家监察权与行政权、审判权、检察权构成了分工负责、互动制衡、监督制约的一种新型国家权力运行体系。

本书赞成将监察权视为一种新型复合性权力的观点。从监察权的地位上看，《宪法》设专章规定监察委员会，将国家监察委员会作为与“一府两院”并列的国家机关，其所行使的监察权与在党和人大领导下的其他国家权力相比，也相应地具备独立的地位。从监察权的权力来源上看，监察权既来自于行政机关的行政监察权，又来自于检察机关的职务犯罪侦查权，兼具行政性和法律性的特点。从监察权的职能上看，监察

---

〔1〕 参见徐汉明：“国家监察权的属性探究”，载《法学评论》2018 年第 1 期。

权作为平衡国家权力之间的工具，为巩固政权的政治制度而存在，监察制度在国家机器的组织运转、协调过程中处于调节矛盾和制约权力的重要地位。而且，作为一种国家权力，监察权是“治权之权”“治官之权”。其权力作用的对象并非具体的某一社会领域的管理事务或普通的公民，而是社会方方面面的具有公共性、公益性的国家公权力及公职人员，因此，其职能发挥的效果不仅限于直接规范约束公权力行使这一层面，而且在于通过对各层面的各行各业、各公共领域的公权力的有效治理，达到维护和巩固统治秩序和政权的终极目标，具有间接治国理政的重要政治功能。[1] 监察权明显具有政治性。因而监察官也成为一个兼具多重职业属性的特殊职业。

二、监察官的职业属性

基于监察权的复杂性质，以及监察官在国家廉政建设和反腐败工作中发挥的重要作用，监察官职业具有以下特点：

（一）政治性

监察官职业的政治性首先来自于监察委员会的定位。监察委员会作为国家的反腐败工作机构，服务于廉政建设的政治目标而建立，其定位是政治机关，不是行政机关，也不是司法机关。其次，监察委员会与纪委合署办公，代表党和国家行使监督权，执法监督和执纪监督同步推进，法律规范和党内规章同为监察官开展监察工作的重要内容和依据。最后，监察官职业对监察官的政治信仰具有极高要求，要求对党忠诚，坚决拥护党的领导。政治忠诚是对监察人员第一位的政治要求。

（二）法律性

监察官职业的法律性来自两方面，一方面是监察官所行使的监察权整合了原属于人民检察院的反贪污贿赂、反渎职侵权等职务犯罪侦查权、职务犯罪预防权，监察官依法办理职务违法和职务犯罪案件，与审判机关、检察机关、执法部门互相配合，互相制约；另一方面是监察官行使监察权开展国家监察工作时需严格遵照宪法和法律，以事实为依据，以法律为准绳，在适用法律上一律平等，保障当事人的合法权益，这意味着监察官不仅以法律规范为工作内容，还要具备法律思维和法律信念，按照实体法和程序法规范办事，自觉维护宪法与法律的权威。

（三）行政性

监察官职业的行政性主要是由于监察委员会的监察权整合了原属于政府的行政监察权、行政预防权，可以对违法的公职人员直接作出政务处分决定。而且，有学者指出，根据《监察法》总则相关条款，监察工作很大一部分是反腐败工作，而腐败往往具有极高的隐秘性和隐蔽性，且发生在握有公权力的公职人员之间，一般公民难以发现腐败的线索，因此需要监察官主动监督，深入权力运行的各个过程履职监督。[2] 监察官这种主动监督的工作原则，明显区别于司法机关“不告不理”的消极原则，也体现出监察官职业的行政性特点。

---

〔1〕 参见马怀德主编：《〈中华人民共和国监察法〉理解与适用》，中国法制出版社 2018 年版，第 235 页。

〔2〕 参见陈光斌：“监察官职业伦理：概念、渊源和内容”，载《法学评论》2020 年第 5 期。

（四）独立性

《监察法》规定，监察委员会依照法律独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。独立性是保障监察官顺利开展反腐败工作的必然要求，也是监察官职业的重要特点。监察官被赋予对所有行使公权力的公职人员进行调查、监督和处分的重要职责，唯有监察官实现自身独立，在办理案件的过程中自主思考、自主判断，不为强权、利益所俘获和动摇，方能公正行使监察权，推进国家的廉政建设。

（五）专业性

监察官职业还表现出专业性的特点。根据《监察法》，监察委员会的具体职责包括对公职人员开展廉政教育，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查；对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查；对违法的公职人员依法作出政务处分决定；对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责；对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉；向监察对象所在单位提出监察建议。与法官、检察官相类似，作为专门的监督执法者，监察官也是专业性很强的职业类型。[1] 此外，监察委员会与党的纪律检查委员会合署办公，执法监督和执纪监督均为监察官的工作内容，监察官不仅要熟练掌握法律知识，还要熟悉运用党的纪律规范，对监察官的专业性提出了极高的要求。

第三节 监察官职业伦理

一、监察官职业伦理的内涵和特征

监察官职业伦理是指监察官在履行监察职责过程中所应当遵守的道德规范的总和。监察官职业伦理是塑造监察官职业信念、强化监察官责任意识、培育监察官职业尊荣感，以建设高水平高素质的监察官队伍，从而专业高效开展监察工作、完成反腐败目标的必然要求，也是加强监察队伍内部监督、保障监察权有序运行、实现权责对等的客观需要。监察官职业伦理是中国特色社会主义监察官制度的重要内容。

监察官职业的特殊性决定了其职业伦理的特殊性，监察官职业伦理的特征主要表现在特定的主体、特定的对象和特定的内容三个方面。

1. 特定的主体，监察官职业伦理的规范主体为监察官。当今世界不同国家和地区监察体制各不相同，制度完备情况亦有所差别，监察官范围的划定同样区别显著。由于我国尚未出台《监察官法》，监察官的人员范围尚不确定，可先从理论上对监察官及协助监察官的人员进行类型化，为监察官职业伦理制度体系的构建提供前提条件。

2. 特定的对象，监察官职业伦理的规范对象为监察官的各类职业和社会行为。职业伦理是职业活动应遵循的行为准则，是适应社会分工、职业分工需要且在各自职业实践活动中产生的与人职业角色和职业行为相联系的高度社会化伦理。监察官职业伦

[1] 参见马怀德主编：《〈中华人民共和国监察法〉理解与适用》，中国法制出版社 2018 年版，第 53 页。

理是与监察职业密切联系且产生于监察职业活动中对监察官职业活动的行为规范和道德要求。因此，监察官职业伦理调整的是监察官的职业行为。监察官职业伦理应体现法律的公正、平等等价值，相比普通职业伦理具有更高的使命感和道德感，无论在职业活动还是社会生活中，监察官都应遵循职业伦理的规范和道德要求。

3. 特定的内容，监察官职业伦理的内容由公正、忠诚、廉洁、守法等行为价值规范组成。《监察法》第 56 条规定，监察人员必须模范遵守宪法和法律，忠于职守、秉公执法，清正廉洁、保守秘密；必须具有良好的政治素质，熟悉监察业务，具备运用法律、法规、政策和调查取证等能力，自觉接受监督。其中，公正、廉洁、守法等要求体现了法律职业伦理上的共性特征。此外，由于我国的监察机关兼具法律和政治属性，且监察官同时是党的纪律检查干部，讲政治是监察工作的重要特征。监察官作为权力监督的专职人员，承担着剔除腐败、维护法治、服务国家及保障公民权益的多重职责，是实现党的领导下国家政治体制改革目标及国家治理体系现代化和法治化的践行者。同时，《宪法》《监察法》以及未来的《监察官法》对监察官制度的规定，又展现出监察官职业的法律性特征。[1] 因此，监察官职业伦理应兼具法律性和政治性要求，这不仅是整个监察制度赖以确立和运作的前提条件，还是监察官职业共同体的行为标尺，是监察机关确立权威、赢取公信力及根除腐败的重要保障。

二、监察官职业伦理的基本要求

《监察法》第 55 条提出，“建设忠诚、干净、担当的监察队伍”。忠诚、干净和担当是监察官职业伦理的基本要求。

（一）忠诚

忠诚有多重含义。其一，忠于党。监察官职业的政治性决定了监察官职业伦理的首要内容就是对党忠诚。习近平总书记强调，党内所有政治问题，归根到底就是对党是否忠诚。监察人员长期工作在反腐败斗争一线，每天面对各种利益诱惑问题，如果没有坚定的信念和党性，时间长了就很容易动摇，对未来失去信心。[2] 其二，忠于人民。《宪法》第 2 条第 1 款规定，中华人民共和国的一切权力属于人民。监察官所行使的监察权归根结底来自人民，监察官是代表人民的意志对所有行使公权力的公职人员进行监督、调查和处置，因此，监察官要时刻以人民的利益为先，忠实行使职权为人民服务。其三，忠于法律。监察官不仅要忠于法律所赋予的职权，而且要忠实地遵守和履行法律，包括各类实体和程序性规则、原则，维护法治，合法有序开展监察工作。

（二）干净

干净意味着监察官对内要保持廉洁自律，坚守底线不动摇，坚守职业尊严，做到心有所畏、行有所止；对外要树立清白纯洁、正直有礼的职业形象。监察官是“打铁的人”，首先就要成为“铁打的人”，自身廉洁过硬是监察官履行监督、调查和处置职

---

〔1〕 陈光斌：“监察官职业伦理：概念、渊源和内容”，载《法学评论》2020 年第 5 期。

〔2〕 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《〈中华人民共和国监察法〉释义》，中国方正出版社 2018 年版，第 246 页。

责的最大底气和硬气。监察机关不是保险箱，监察官也并非生活在真空里，对腐败亦非具有天生的免疫力。只有自身行得正，守住干净这条底线，才能守住党纪国法的底线，进而实现对权力的监督和制约。[1]

（三）担当

担当意指监察官应当勤勉地履行职务，做好本职工作，在行使权力的同时，勇于承担责任，实现权责对等。监察工作是“得罪人”的活儿，监察官必须以党和人民的利益为重，铁面执法，不怕得罪人，方显对民族、历史负责的担当。[2] 此外，反腐工作往往细致复杂、持续周期长，监察官既要培养良好的专业能力和心理素质，也要具备良好的工作态度，严守各项规定，认真履行职责。

三、监察官职业伦理的具体要求

《监察法》第 56 条规定“监察人员必须模范遵守宪法和法律，忠于职守、秉公执法，清正廉洁、保守秘密；必须具有良好的政治素质，熟悉监察业务，具备运用法律、法规、政策和调查取证等能力，自觉接受监督”。结合古今中外监察官职业伦理的基本内容和我国监察官制度的有关规定，以当前我国国家监察体制为基准点，监察官职业伦理的基本要求可以总结为以下五项：

（一）遵纪守法，公正执法

正义源于人们对“善”这一内心良知的追求。古往今来关于正义的论述颇多，与其相近的词语有公平、公正、公道等。罗尔斯认为，正义所代表的“善”是人们用来服务自己利益和确保自己目的实现的要素，能使普通人最好地扮演每个社会角色。[3] 正义具有历史性和时代性，其内涵随着人类社会的发展不断丰富，从自然法的角度看，正义是法律的应然状态。正义是人类社会的追求目标，监察官也不例外。作为从事法律工作的群体，应模范式严格对待法律，监察官必须崇尚法律，法律只有被信仰才能得到切实的遵守，这点监察官应比普通社会公众更为重视。[4] 从某种意义上看，正义的实现离不开监察官等法律职业者的参与，如果这些职业者缺乏基本的正义观，则法律的正义要求必然缺失。[5] 因此，遵纪守法，公正执法是监察官群体及其他法律职业者职业伦理的基本内涵，是对监察官执业的根本性要求，其他伦理道德规范应围绕这一核心规范展开。

（二）刚正不阿，廉洁奉公

宋代名臣包拯在《乞不用赃吏》中写道：“廉者，政之本也，民之表也；贪者，政

〔1〕 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《〈中华人民共和国监察法〉释义》，中国方正出版社 2018 年版，第 247 页。

〔2〕 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《〈中华人民共和国监察法〉释义》，中国方正出版社 2018 年版，第 247 页。

〔3〕［美］大卫·莱昂斯：《伦理学与法治》，葛四友译，商务印书馆 2016 年版，第 149 页。

〔4〕 刘欣：“论我国法官职业伦理之德性建构”，载《江汉大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

〔5〕 李本森：《法律职业伦理》，北京大学出版社 2016 年版，第 57 页。

之祸也，民之贼也。”趋利避害是人的天性，利己之心若失控则成贪欲。[1] 作为监察权的直接行使者，监察官具有利己和利他的双重属性，加之权力涵摄面广，极易出现权力滥用的情况。我国历代统治者都将廉洁作为任命和选拔官吏的基本要求，廉洁是官员职业道德的重要内容。作为“百官”的监督者，监察官更是应当清正廉洁、克己奉公、一尘不染，这是监察官作为法律职业者的身份所决定的。此外，相比其他法律工作者，监察官还应具备刚正不阿、敢于直言、不畏权势、铁面无私等人格，这是由监察官的工作内容所决定的。监察官只有具备这些品质，才能纠举和惩治贪污、整饬吏治、优化官场环境，体现法律权威，弘扬廉洁作风，最大限度地实现社会公平正义。

（三）熟悉专业，勤勉敬业

监察职业具有高度专业性特征，监察官作为监察工作的主要推进者，必须熟悉监察业务的方方面面。考虑到监察工作具有较强的实践性、操作性，监察官除应熟悉相关法律、法规、政策之外，还应具有与之相应的调查取证能力，这与居中裁判的法官相比有较大不同，是集合了旧体制中行政监察和检察机关调查、侦查取证的能力并进行了一定提升。总之，监察官良好的业务素质是监察权发挥作用的重要保障，监察官应当加强业务学习，掌握法律及其他相应技能，提高监察能力。[2] 此外，监察官还应充分运用自己的专业知识和技能，勤奋工作、恪尽职守，准确、保质地完成工作。监察官必须具备严谨的工作作风，应当秉承求实、严谨、公平的工作态度、作风，不能马虎轻率。[3] 这就要求监察官认真学习专业知识、具备专业能力、信守法律、敬业奉献，增加责任感和使命感，忠于职守、勤恳工作、尽职尽责、端正工作态度，积极进取，不断提升监察工作水平。

（四）保守秘密，谨言慎行

在监察工作中，可能会因为调查取证等活动产生一定的秘密，这些秘密一旦公开可能会对监察工作或监察对象造成不可估量的负面影响，如可能会损害监察对象的合法权益、影响监察执法的公正性或导致监察腐败等。监察官必须清楚认识到保守监察工作秘密的重要性，注意区分秘密和非秘密信息的范围，防止出现秘密泄露的情况。与此同时，作为一名合格的监察官，应当能恰当处理公职与私利之间的关系，自觉抵制外部不正当利益的诱惑，不利用职位和地位谋取不正当利益。在承担监察职责期间，不得从事监察业务以外的活动。在生活及道德操守层面，监察官应注意加强自身修养，杜绝不良嗜好、行为，自觉遵守公民道德规范。遵守监察礼仪，保持良好的职业修养和监察作风。

（五）政治过硬，善受监督

良好的政治素质是监察官恪尽职守、公正监察的先决条件。为达成根治贪污、提升国家治理能力的政治目标，监察官应有坚定的政治信念、政治立场，在面对各类公权力滥用问题时，应有坚定的政治操守，时刻关注党和国家反腐政策动向，不断提升

---

〔1〕 余其营、吴云才：《法律伦理学研究》，西南交通大学出版社 2009 年版，第 235 页。

〔2〕 许身健：《法律职业伦理》，北京大学出版社 2014 年版，第 146 页。

〔3〕 李本森：《法律职业伦理》，北京大学出版社 2016 年版，第 76~77 页。

自身政治觉悟、政治水平和政治思考能力。监察官应看清监察权的本质，全心全意为人民服务。[1] 同时，作为人民的公仆，监察官应具备公开意识，自觉接受民主监督、社会监督和舆论监督，虚心接受批评建议，认真改正工作中的不足之处，避免出现权力滥用。

四、监察官职业责任与惩戒

监察官职业责任是指监察官违反法律法规、职业伦理规范和监察工作纪律所应当承担的不利后果。根据《监察法》第 65 条和《公职人员政务处分法》第 63 条的规定，监察官惩戒的具体事由包括滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊三类严重违法监察行为。

滥用职权是指不法行使职务上的权限的行为。滥用监察权行为是指监察人员违反法律规定，滥用职权，致使公共财产、国家和人民合法权益遭受损失的行为。其侵犯的客体为正常的监察机关活动和监察工作秩序。[2] 主要情形包括：监察人员违反规定处置问题线索，发现重大案情隐瞒不报，或者私自留存、处理涉案材料的行为；违法窃取、泄露调查工作信息，或者泄露举报事项、举报受理情况以及举报人信息的行为；对被调查人或者涉案人员逼供、诱供，或者侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚的行为；违反规定处置涉案财物的行为；违反规定采取调查措施的行为；违反规定限制他人出境，或者不按规定解除出境限制的行为；违反回避等程序规定，造成不良影响的行为；以及不依法受理和处理公职人员复审、复核的行为。

玩忽职守是指监察人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的行为。[3] 玩忽职守主要表现为违反工作纪律和规章制度，擅离职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失，如监察人员违反规定发生办案安全事故，或者发生安全事故后隐瞒不报、报告失实、处置不当的行为。

徇私舞弊是指监察人员利用职务之便，以权谋私，通过虚构事实、掩盖真相等非法手段弄虚作假，违法行使职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的行为。[4] 如监察人员利用职权或者职务上的影响干预调查工作、以案谋私的行为。

根据《监察法》第 66 条和《公职人员政务处分法》第 64 条的规定，监察官承担职业责任的形式主要包括监察官执行职务中违纪行为的纪律责任和执行职务中犯罪行为的刑事责任。监察官可能实施的与职务相关的犯罪主要包括故意或过失泄露国家秘密罪、滥用职权罪、徇私舞弊罪和玩忽职守罪。此外，与《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则》中纪检监察干部涉嫌严重违纪或者职务违法、职务犯罪时开展“一案双查”的相关规定类似，对监察人员的严重违法监察行为，实行“一案双查”，对负有责任的领导人员和直接责任人员都依法追究责任，给予处理。此外，根据《公职人员政务处分法》的相关规定，监察官有违法行为，影响公职人员形象，损害国家

---

〔1〕 刘峰廷：“监察官职业伦理规范研究”，东北师范大学 2019 年硕士学位论文。

〔2〕 参见马怀德主编：《〈中华人民共和国监察法〉理解与适用》，中国法制出版社 2018 年版，第 264~265 页。

〔3〕 参见马怀德主编：《〈中华人民共和国监察法〉理解与适用》，中国法制出版社 2018 年版，第 264 页。

〔4〕 参见马怀德主编：《〈中华人民共和国监察法〉理解与适用》，中国法制出版社 2018 年版，第 265 页。

和人民利益的，根据情节轻重将受到相应的政务处分。

◆例 15-1　关于监察委员会和监察官的职权和职责，下列哪些说法是正确的？（　）

A. 监察官对监督、调查过程中知悉的个人隐私，应当保密

B. 监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉

C. 监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，不受审判机关、检察机关、执法部门制约

D. 监察官不仅要具备良好的专业能力，还需要具备良好的政治素质

【解析】A 选项正确。根据《监察法》第 18 条第 2 款的规定："监察机关及其工作人员对监督、调查过程中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私，应当保密。"

B 选项正确。根据《监察法》第 4 条第 1 款的规定："监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。"

C 选项错误。根据《监察法》第 4 条第 2 款的规定："监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合，互相制约。"

D 选项正确。根据《监察法》第 56 条的规定："监察人员必须模范遵守宪法和法律，忠于职守、秉公执法，清正廉洁、保守秘密；必须具有良好的政治素质，熟悉监察业务，具备运用法律、法规、政策和调查取证等能力，自觉接受监督。"

◆例 15-2　下列监察官的行为，哪些应当受到处分？（　）

A. 张监察官在同学聚会上向朋友们透漏自己正在查办的案件举报人是大学校友

B. 张监察官在调查中发现了重大案情，但因牵涉到自己的亲友，就私自销毁了案卷

C. 张监察官未经监察委员会领导人员集体研究决定，就对被调查人员采取了留置措施

D. 张监察官讯问被调查人员时，全程进行了录音录像，并将相关内容留存起来

【解析】A 选项正确。根据《监察法》第 65 条的规定："监察机关及其工作人员有下列行为之一的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处理：……③违法窃取、泄露调查工作信息，或者泄露举报事项、举报受理情况以及举报人信息的；……"张监察官泄露了案件举报人信息，应当受到处分。

B 选项正确。根据《监察法》第 65 条的规定："监察机关及其工作人员有下列行为之一的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处理：①未经批准、授权处置问题线索，发现重大案情隐瞒不报，或者私自留存、处理涉案材料的……"张监察官私自处理涉案材料，应当受到处分。

C 选项正确。根据《监察法》第 43 条的规定："监察机关采取留置措施，应当由监察机关领导人员集体研究决定……"根据《监察法》第 65 条的规定："监察机关及其工作人员有下列行为之一的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处理：……⑦违反规定采取留置措施的……"张监察官违反规定采取留置措施，应当受到处分。

D 选项错误。根据《监察法》第 41 条的规定："……调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作，应当对全过程进行录音录像，留存备查。"张监察官的讯问程序符合规定，不应当受到处分。

第五编

律师职业伦理

第五编　典型案例

第五编　典型例题

第五编　拓展阅读

第十六章

律师职业概述

导　语

律师的最初萌芽可以追溯到古罗马时期。在大多数国家，现代意义上的律师职业是伴随着现代审判制度的确立而产生的。[1] 本章以律师职业为话题，重点介绍律师职业在国内外的发展概况，以及律师在我国的职业化进程，并从比较法的视野观察律师在不同国家不同时期的角色定位，借以分析律师职业的属性特征，此外，本章还简要介绍了国内外律师职业的主要类别，以形成对律师职业的总体性认识，为后续理解和掌握律师职业伦理提供知识基础。

第一节　律师职业的发展概况

一、国外律师职业的发展概况

“律师”这个词一般指那些精通法律规定的个人，并且是法律职业的组成部分。根据《布莱克法律词典》（*Black's Law Dictionary*）的解释，“lawyer”（律师）是指“精通法律的人；代理人（attorney）、顾问（counsel）或法律事务员（solicitor）；实践法律的人（a person who is practicing law）”。律师的主要任务是通过适用法律原则、法律理论和法律规定去解决委托人的法律问题或给他们提供法律建议。律师是一类受过专业训练的人，他们通过参与法律实践（legal practice）来谋生。律师也被认为是“特殊的朋友”（special friend），他们为人们的复杂问题提供帮助和建议。律师也以代表的身份履行职责，并被视为代表他们的委托人行事或辩护。随着法治社会的不断发展，在现代社会中，法律职业已经成为人类生活和人际交往中不可缺少的一部分。

研习律师职业伦理，势必需要对律师职业的发展进行了解。盖中国之律师职业属西方“舶来品”，因此，在对律师职业进行学习时，以比较法的视野观察其他国家律师职业的发展轨迹，也更加有利于我们了解律师职业的发展全貌。鉴于此，本书在介绍中国律师职业发展概况之前，首先对英国、美国、德国、日本等国家的律师职业发展进行概述。

---

〔1〕 参见程汉大、李培锋：《英国司法制度史》，清华大学出版社 2007 年版，第 180 页。

（一）英国律师职业的发展概况

英国的全称是“大不列颠及北爱尔兰联合王国”（the united kingdom of great britain and northern ireland），由英格兰、威尔士、苏格兰和北爱尔兰四个部分组成，其中，苏格兰和北爱尔兰有自己独特的司法制度，本书所介绍的主要是英格兰和威尔士的律师职业。英国学者保罗·布兰德曾对英国律师职业兴起的背景、过程、规模、运作、官方的控制等进行研究，按照他的总结，英国职业律师出现的原因主要有以下几个方面：

1. 从1154年至1307年，英国的法院制度进行了重大改革，新型王室法庭的设立为职业律师创造了一个非常有利的法律环境。操持这些新型王室法庭的法官们在此所进行的连续的业务活动，为他们提供了一种全新的司法专长，并且这种司法专长随着法官司法生涯的延长而得到发展和加强。在由这些专业人士所操持的法庭上雇佣法律专家和职业律师以代表当事人诉讼，要比在由非专业人士主持的法庭上这样做具有更重要的意义。同样重要的还有，这些新的王室法庭是全国性的法院，适用单一的“英格兰的法律和习惯”，但这一法律又会随着新案件的判决而处于不断地修订和变革中。这就意味着当事人需要专业协助，以了解他们不了解也不可能了解的规则和程序，而为他们提供帮助的法律专家则熟悉这些东西。[1]

2. 从1154年至1307年，诉讼程序和有关法律代表使用规则方面的变化，也创设了一种对律师的需求。就诉讼程序而言，在新型王室法庭进行的诉讼通常都由可回呈于该法庭的王室令状启动，令状格式与诉讼类型相对应。随着令状的多样化发展，普通当事人已经很难知道哪种令状更加适合自己的案件。此外，异议答辩制度的发展要求当事人按照正确的次序进行各项异议答辩，普通当事人对此往往显得力不从心，因为这是一项需要专业知识的技术活。这些发展又为职业律师创设了更多的机会。[2] 就委托和使用代理人规则方面的变化而言，代理律师（attorney）和代诉律师（serjeant）的分化也为职业律师的出现提供了机会。当事人通常需要亲自来到法庭在法官面前委任代理律师，而代理律师在诉讼中则享有充分代表当事人的权利。相比较而言，代诉律师只代表当事人在法庭上发言，而其发言又可以为当事人所否弃，并且代诉律师在陈述时应使用第三人称。[3]

代理律师与代诉律师的分野，也映射了后来英国出庭律师（barrister）和事务律师（solicitor）的分化，目前，英国仍然保留着二元制的律师制度。一般而言，出庭律师主要是为当事人充当诉讼代理人或辩护人，尤其是在高等法院及更高级别法院出庭行使辩护权，包括在刑事案件中充当控诉人或辩护人、在民事案件中代理各方当事人的权利都完全由出庭律师独享。按照学者的总结，出庭律师的培训主要包括以下两种情形：①具有法律学位的人，如果想要成为出庭律师，必须先在英国著名的格雷、林肯、内殿、中殿四大律师学院的任何一个学院注册为律师学院学员，然后在“律师学院法学院”学习一年；②如果申请者在大学里取得了非法律学位，则必须先完成为期一年的

〔1〕 参见［英］保罗·布兰德：《英格兰律师职业的起源》，李红海译，北京大学出版社2009年版，第54页。
〔2〕 参见［英］保罗·布兰德：《英格兰律师职业的起源》，李红海译，北京大学出版社2009年版，第70页。
〔3〕 参见［英］保罗·布兰德：《英格兰律师职业的起源》，李红海译，北京大学出版社2009年版，第77页。

法律专业培训，并参加普通业务考试。[1] 事务律师则是负责直接接触和处理客户的法律事务，进行大量的取证、法律文书的书写和准备工作，但是不能出庭辩护或陈述。[2] 按照《1974 年事务律师法》（*Solicitors Act 1974*）的规定，只有具备下列条件的人方有资格担任律师：①已经获准担任律师；②其姓名出现在律师名录中；③持有律师协会依据本部分规定颁发的授权其作为律师执业的证书。[3] 2016 年，英格兰和威尔士有事务律师 17.8 万人，律师事务所 10 415 家，出庭律师有 1.6 万人，由于出庭律师必须独立执业，但可以组建办公室（chamber）在一起工作，现有 410 个这样的办公室。[4]

2007 年 10 月，英国制定了《法律服务法》（*Legal Services Act*），其立法目的在于放宽和规范英格兰、威尔士的法律服务市场，鼓励更多的竞争，并提供一种新的消费者投诉机制。《法律服务法》在第 1 条明确了规制目标（regulatory objectives）：①保护和促进公共利益；②维护立宪原则；③促进“接近正义”的机会；④保护和增进法律服务消费者的利益；⑤促进法律服务市场的竞争；⑥促进独立、繁荣、多元和有效的法律职业；⑦提高公众对于法律权利义务的理解；⑧促进和保持对职业原则的遵守。[5] 针对“多元化法律职业”这一目标，《法律服务法》提出创设替代性商业结构（alternative business structures），在此之前，英国律师事务所都是由律师投资并管理，形成了难以打破的格局。该法允许外部投资的介入，一方面是为了减少律师对法律服务的垄断，促进市场竞争；另一方面是因为这种替代性商业结构使得律师（如出庭律师、事务律师、律政人员）与非律师人员（如会计师、地产代理人等）共同管理，有利于律师事务所为客户提供一站式综合服务，以适应市场需求。这一模式创设后发展很快，2016 年，英国已有 550 家这类机构，虽然只占英国执业机构的 10%，但营业额已占到 33%，其中有 1 个机构已在资本市场上市。[6]

（二）美国律师职业的发展概况

当盎格鲁-撒克逊人（anglo-saxon）踏上美洲大陆时，他们并没有把英国人的法律思维和律师制度带到那里。17 世纪的大部分时间，英属美洲大陆是由一些试图抛开律师来构造法律制度的孤立的殖民地组成的，早期主要由牧师提供法律理论和司法帮助。[7] 随着英国在美洲殖民地的扩张，英国的法律制度也对美洲殖民地产生了深远影响，一些殖民地开始建立起与宗主国相对应的制度，律师制度也包含于其中。早些时候，殖民地的很多律师都经过了英国律师培训机制的训练，随着殖民地土生土长律师的增多，律师们开始组建殖民地律师的行业组织，开始自我控制律师的准入。在美国

---

〔1〕 参见齐树洁主编：《英国司法制度》，厦门大学出版社 2007 年版，第 122~123 页。

〔2〕 参见徐美君：《司法制度比较——以英、美、德三国为主要考察对象》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 113 页。

〔3〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 3 页。

〔4〕 参见司法部赴英国德国考察团：“英国德国法律服务制度考察报告”，载《中国司法》2017 年第 10 期。

〔5〕 Andrew Boon, “Professionalism under the Legal Services Act 2007”, *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 17, Issue 3 (November 2010), pp. 195~232.

〔6〕 参见司法部赴英国德国考察团：“英国德国法律服务制度考察报告”，载《中国司法》2017 年第 10 期。

〔7〕 参见石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社 2000 年版，第 318 页。

独立革命的进程中，律师成为领导美国独立运动的主要阶层之一，其中著名的领袖有约翰·亚当斯（John Adams）、托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）等人，律师随之成为社会中受人尊敬和有特殊社会地位的阶层。1787 年费城制宪会议（philadelphia convention）中，各州的 55 名代表齐聚费城，其中有 1/3 的代表是律师。在随后制定的《权利法案》（*The Bill of Rights*）中明确规定了“律师帮助权”（right to counsel），《美国宪法第六修正案》规定：“在一切刑事诉讼中，被告有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判，该地区应事先已由法律确定；得知控告的性质和理由；同原告证人对质；以强制程序取得对其有利的证人；并取得律师帮助为其辩护。”[1] 由此可见，美国律师在美国民主与法治进程中扮演着不可或缺的角色。

由于美国的法律制度实行双轨制，即联邦法和州法并存，再加上美国是一个判例法国家，所以，美国并没有一部统一的律师法，有关律师制度的法规散见于宪法、判例法及律师协会制定的律师守则中。[2] 就律师协会制定的律师守则而言，在全国层面主要是由美国律师协会制定的《律师职业行为示范规则》。该规范颁布于 1983 年，用以取代之前 1969 年颁布的《律师执业行为示范守则》（*Model Code of Professional Responsibility*）。由于美国律师协会是一个非官方的民间职业联盟，并不享有立法权，因此，该规则只是一个建议性规范，并非当然具有强制性，通常情况下，各州是通过自主的正式采纳与批准而使该规则对州内的执业律师生效。此外，美国法律协会（american law institute，简称 ALI）制定的《律师法重述》（*the Restatement of Law Governing Lawyers*）也是美国律师职业行为规范的重要组成部分。美国法律协会成立于 1923 年，其宗旨是促进美国普通法适应不断变化的社会需求，其成员包括法学教授、律师、法官和其他法律职业人员。美国法律协会撰写的文件被称为“专著”（treatises），是对普通法（法院判决产生的法律原则）的总结，许多法院和立法机构都将这些专著作为许多法律问题的权威参考资料。

正如前文所言，美国不是一个单一制国家，存在联邦和州并存的两套系统，这对美国的律师准入制度也产生了很大的影响。在美国，律师要想申请执业，是由不同州、不同法院向律师颁布准入资格，在未得到授权的情况下，不能进行跨州执业。就律师资格考试而言，目前美国分为全国和各州两套考试体系。就国家层面的律师资格考试，主要包括两种：

第一种是美国统一律师考试（the uniform bar examination，简称 UBE）。这种考试是由全美律师考试者大会（national conference of bar examiners，简称 NCBE）负责的，具体包括多州的律师考试（multistate bar examination，简称 MBE）、多州执业表现考试（multistate performance test，简称 MPT）和多州写作考试（multistate essay examination，简称 MEE），考试的内容包括普通法中的各种理论、逻辑推理、法律分析和沟通技巧等内容。截至 2017 年 12 月，美国一共有 28 个州采用了美国统一律师考试，换言之，考生一旦获得比较优异的美国统一律师考试成绩，即可以在满足不同州（采用美国统一

---

〔1〕 参见［美］詹姆斯·汤姆科维兹：《美国宪法上的律师帮助权》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 41 页。

〔2〕 参见石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社 2000 年版，第 318 页。

律师考试的州）的特别要求下，在不同的州申请执业，而不必为了获得不同州的律师职业资格而参加多个州的考试。

第二种是全美律师职业伦理考试（multistate professional responsibility examination，简称 MPRE）。这种考试也是由全美律师考试者大会负责的，是美国所有州都承认和采用的，换言之，通过全美律师职业伦理考试是申请各州执业资格的要件之一。该考试的主要内容是美国律师协会颁布的《律师职业行为示范规则》，考试由 60 道选择题组成，主要通过具体案例来考察考生对于律师职业伦理的掌握情况，考试时间为 120 分钟。考生在获得全美律师职业伦理考试的成绩后，需要将成绩寄送给自己拟参加考试的州，是否合格，由各州根据自己的情况划定及格线。

（三）德国律师职业的发展概况

德国于 16 世纪末和 17 世纪初建立了早期的律师制度，当时的律师分为“辩护律师”和“庭外律师”，前者以担任辩护人参加诉讼为职责，后者只能办理诉讼前的有关法律事务，而不能出庭辩护。1781 年，普鲁士的腓特烈大帝对国家的司法制度进行了改革，实行“一元制律师”和“律师是独立的自由职业者”等基本原则，并据此于 1879 年制定了第一部德国律师法。[1] 在第三帝国时期，德国的律师制度遭到重创，德国律师协会等民间组织被解散，律师公会直接被纳粹党控制。第二次世界大战后，德国被划分为不同的占领区，各地区都建立了律师制度，但是差别较大。在德意志联邦共和国（西德），自由律师制度得以恢复，各地相继设立了独立的律师公会，1947 年重新成立了德国律师协会。[2] 1959 年 8 月 1 日，西德的联邦议会制定了《德国联邦律师法》（*Bundesrechtsanwaltsordnung*），对律师的执业许可、权利义务、惩戒程序等内容进行了统一的规定。1973 年，德国律师协会又制定了《德国律师职业规则》（*Berufsordnung*），对德国律师的执业行为进行了规范。此外，还有《德国专业律师法》（*Fachanwaltsordnung*）、《德国联邦律师报酬法》（*Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*）、《欧洲律师行为准则》（*Code of Conduct for European Lawyers*）等对律师职业进行规范。

在德国，获得律师执业许可需要满足以下条件之一：①依据《德国法官法》获得法官职业资格的人，即通过两次国家司法考试；②满足 2000 年 3 月 9 日颁布的《关于欧洲律师在德国开展活动的法律》中被纳入的条件的人；③通过《德国联邦律师法》规定的资格考试的人。德国律师的职业区域相对自由，在一个联邦州获得法官资格，即可以在任何一个联邦州申请律师执业。在下列情形下，应当拒绝颁发律师执业许可：①经联邦宪法法院的判决而失去某项基本权利的申请人；②经刑事审判不再具备担任公职能力的申请人；③经生效判决被开除出律师队伍，且自判决生效起不满 8 年的申请人；④在法官弹劾程序中或者在纪律处分程序中被确定解除司法职务的申请人；⑤由于申请人自己的过错行为，而失去从事律师职业应有的尊严的申请人；⑥以触犯刑法的手段触犯自由和民主基本制度的申请人；⑦基于健康原因并非仅仅暂时不具备

---

〔1〕 石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社 2000 年版，第 255 页。

〔2〕 参见邵建东主编：《德国司法制度》，厦门大学出版社 2010 年版，第 55 页。

正常从事律师职业的能力的申请人；⑧实施了与律师职业不符的行为，特别指与其作为独立司法机关的地位不符或者危及独立性活动之信任的行为的申请人；⑨处于支付不能状态下的申请人，该支付不能可以在以下情形中被推定：如果已经就申请人的财产启动了破产程序，或者申请人被列入由破产法院或执行法院管理的名单中；⑩正在担任法官、公务员、职业军人或服役士兵的申请人，除非他只是荣誉性地从事被委托的任务。[1]

在德国，律师必须加入律师协会，实行“业必归会”的原则。一般情况下，州高等法院的管辖区域内的全体律师成立一个律师协会，律师协会的所在地就是州高等法院的所在地。律师协会的成员包括由律师协会许可或吸收的律师，以及所在地位于该州高等法院的管辖区域内的律师公司。如果在一个州高等法院的管辖区域内有 500 名以上的律师或律师公司获得许可，则州司法行政部门可以在该区域内增设一个律师协会。在增设律师协会之前，需听取已经成立的律师协会之理事的意见。德国律师协会属于具有自我管理性质的、公法上的团体法人，州司法行政部门对律师协会行使国家监督职能，监督的范围限于法律和章程的遵守情况，特别是律师协会对被委托事项的职责的履行情况。

（四）日本律师职业的发展概况

日本在明治维新（1868 年）之前，并没有现代意义的律师存在。1872 年，日本开始向现代司法制度方向改革，仿效法国法制，公布了《司法职务定制》，承认民事诉讼代理制度，始有现代律师（辩护士）、公证人、司法代书前身的代言人、证言人、代书人的设置。1892 年（明治 25 年），日本政府向帝国议会提出了辩护士法草案，并于 1893 年制定公布。这一时期日本律师制度的主要特点是：①律师仅限于在通常裁判所或特别裁判所（即法院）依法执行职务，至于诉讼外的其他法律事务（如鉴定、仲裁、诉外和解等）则不能参与；②取消执照制度，改为登录制度；③强制律师加入裁判所设立的律师会。

1933 年（昭和 8 年），日本对律师法进行了修改，并于 1936 年开始实施。这一时期日本律师制度的主要特点是：①律师除了接受当事人委托在裁判所为诉讼行为外，还可以执行其他一般法律事务；②女性可以获得律师资格；③采用候补律师制度，通过律师考试，须经过类似法官、检察官的实务实习才能取得律师资格；④明文规定律师有保守秘密的权利。第二次世界大战后，日本的法律制度进行了很大的变革，律师法也进行了重新修订。这一时期日本律师制度的主要特点是：①明文规定律师的使命及职责；②律师协会不受行政机关监督，拥有高度自治权；③原则上，律师需要经过司法研修生毕业后，才能获得律师资格。

在日本，一直以来，要想成为律师、裁判官或检察官等法曹（法律专门职业人才），都必须通过司法考试，然后在最高裁判所管理下的司法研修所经过 1 年 6 个月的实务培训，并最终通过毕业考试。自政府的司法制度改革审议会 2001 年 6 月总结了意见书并递交给内阁总理大臣以来，包括对法曹培养制度进行根本性改革在内的重要的

---

〔1〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 539 页。

司法制度改革得到了推进。法曹培养制度改革的要点在于将专门职业大学院的法科大学院（law school）作为法曹培养的核心机关来定位。法科大学院定期地接受第三人的评价，以确认其是否能够确保一定的水平。改革的结果是：2004 年 4 月起，在全国各地设立了法科大学院并已开始授课。法科大学院的入学要件包括：必须参加全国统一实施的适合性考试（LSAT），之后参加各法科大学院实施的入学考试，合格后方可入学。法科大学院的学习课程原则上为 3 年，已在大学本科里修完法学课程的，可缩短到 2 年。完成法科大学院的课程的，可被授予法务博士（JD）的学位。

二、中国律师职业的发展概况

中国古代也存在诉讼，如我们所熟知的“包青天断案”，为适应诉讼的需求，在民间便出现了私下为百姓鸣不平、写诉状、出谋划策的人，这种人被老百姓称为“讼师”，然而这并不是现代意义上的律师及律师制度。[1] 本部分主要对中华人民共和国成立之前及之后两个时期中国律师职业的发展进行概述。

（一）新中国成立之前律师职业的发展概况

中国现代意义上的律师及律师制度雏形在清朝末年开始出现，从时间维度来看，大致可以分为以下几个时期：清朝末年的律师制度、南京临时政府时期的律师制度、北洋政府时期的律师制度、国民党政府时期的律师制度。

1. 清朝末年的律师制度。1840 年 6 月，鸦片战争打开了中国的大门，随着各类“西洋物件”传入中国的，还有“西洋文化”，其中，西方法律文化也深深地冲击着中国传统的法律文化。随着中国工商业的发展，外国律师在中国出现，尤其是东南沿海地区，许多中国的工商业主在发生法律纠纷以后，也开始聘请外国律师代理，这样外国律师就从“租界”法庭慢慢走向了中国法院。1910 年《大同报（上海）》曾刊登了一则文章“粤督奏请养成中国律师”，粤督袁海帅认为，各国的法庭都设律师为两造当事人代理一切质问、诘驳等事务，日本明治维新推行辩护士制度，证明是利大于弊的，“律师依据法律以为辩护，不独保卫人民正当之利益且足防法官之专横而促其平”。他还指出，通商口岸的人民聘请外国律师代理的数量越来越多，而中国自己的律师人才却跟不上，因此，要求朝廷设立律师培养制度，培养中国律师，[2] 并制定《律师专业法》。[3] 当时的修律大臣沈家本也对建立律师制度的可能性进行了论述，其理由是：近来通商口岸已经准许外国律师办案，而且有的公署也请外国律师为顾问，这说明律师制度在中国是行得通的。此外，中国人在中国打官司，却请外国律师，于国情、于法理扞格不入；中国人同外国人打官司，都聘请外国律师，“亦断无助他人而抑同类之理”。[4] 基于上述原因，1911 年编成的《刑事诉讼法草案》和《民事诉讼法草案》均规定了律师制度。不久辛亥革命爆发，清政府被推翻，这两部法案也未实施。

---

〔1〕 参见张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 8 页。

〔2〕 参见剑云：“粤督奏请养成中国律师”，载《大同报（上海）》1910 年第 12 期。

〔3〕 参见“粤督请定律师专法”，载《国风报》1910 年第 8 期。

〔4〕 参见石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社 2000 年版，第 24 页。

2. 南京临时政府时期的律师制度。1912 年 1 月 1 日，南京临时政府成立后，非常重视律师制度的改革，江苏律师公会、北京律师公会、奉天律师公会等民间律师组织纷纷建立，上海地区更是成立了“中华民国律师总公会”，该组织获得了司法总长伍廷芳的批准认可。随后，各地律师组织开始起草律师章程。例如，江苏律师公会制定了《江苏律师暂行章程》和《律师应守规则》。在此种情况下，临时政府内务部警务局制定了《律师法草案》，在提请参议院审议的说明中指出，“律师制度与司法独立相辅为用夙为文明各国所通行，现各处既纷纷设立律师公会，尤应亟定法律俾资依据”，[1] 后因临时政府很快解散而未通过实行。

3. 北洋政府时期的律师制度。1912 年 3 月，袁世凯就任中华民国临时大总统，临时政府由南京迁到北京，开始了北洋政府时期。1912 年 9 月，司法部制定了《律师暂行章程》，该章程一共 8 章 38 条，内容涉及律师资格、律师证书、律师名簿、律师职务、律师义务、律师公会、律师惩戒等。[2] 随后，司法部还制定了《律师考试法草案》，该草案共 5 章 13 条，内容涉及典试委员、应考资格、第一次考试、第二次考试、附则等内容。[3] 在草案的说明理由中，司法部指出，“律师制度为司法上三大职务之一，所以任当事人之辩护，防司法官之擅专。无律师则保护人民权利之方，未得周密。然不良之律师，反足为人民权利之障害。故东西通例，律师必经考试，即律师法草案第 2 条，亦有明文之规定。惟吾国为郑重律师资格起见，任用之法，悉与司法官同，则考试之法，自不能独异。本草案都 5 章 13 条，除依据律师法，有特别规定以为规定外，其典试之组织，应考之资格，考试之程序及科目，当然适用司法官考试法之规定，毋庸赘述”。[4] 此外，北洋政府还相继制定了《律师登录暂行章程》《律师惩戒会暂行规则》《律师甄别章程》等，并公布实施。

4. 国民党政府时期的律师制度。1927 年 4 月，国民党政府在南京建立。一方面，国民党政府沿袭了北洋政府的律师制度；另一方面，也根据当时的实际情况进行了制度革新。1927 年 7 月 23 日，国民党政府以司法部令第一号公布了《律师章程》，该章程分为 8 章，共 38 条，内容涉及职务、资格、证书、名簿、义务、公会、惩戒等。[5] 1935 年，国民党政府开始着手拟定《律师法草案》，由司法行政部起草了一个版本，中华民国律师协会也起草了一个版本，两个版本同时向社会征求意见，这在当时的律师界引发了强烈的反响。各地方律师公会对《律师法草案》展开了广泛的讨论，一些律师也向社会公布了个人对《律师法草案》的意见，以求能够制定出凝聚共识、符合实际的律师法，此外，从这些意见中，也可以窥见当时律师职业的生态。

上海一位律师便对《律师法草案》进行了逐条评析，[6] 如《律师法草案》第 1 条规定：“律师受当事人之委托或法院之命令得在法院执行法定职务并办理其他法律文

〔1〕“大总统令法制局审核呈复律师法草案文”，载《临时政府公报》1912 年第 45 期。
〔2〕“律师暂行章程”，载《上海法曹杂志》1913 年第 9 期。
〔3〕“律师考试法草案”，载《上海法曹杂志》1913 年第 11 期。
〔4〕“律师考试法草案理由”，载《上海法曹杂志》1913 年第 11 期。
〔5〕“律师章程”，载《司法杂志》1929 年第 16 期。
〔6〕宝道：“对于律师法草案意见书”，载《现代司法》1936 年第 12 期。

件。”该律师认为，第 1 条规定的要旨，是在确定律师之职务与权利。关于这一点，现有条文似乎并未完全包括，理由如下：①按律师之主要职务，是为辩护人之行为。换言之，在民事案件代表当事人出庭，在刑事案件则为被告辩护，此外并依照民事诉讼法和刑事诉讼法规定为一切诉讼程序上之有关行为。此种律师职务之定义，在第 1 条中并未见之。②第 1 条的规定并未说明律师执行职务之处所是否以普通法院为限，亦包括军事法庭、行政法院、惩戒委员会等处，按照普通惯例，律师能够在此等处所执行其职务。③第 1 条规定，律师办理其他“法律文件”，此项规定不仅指律师所承办案件中的法律文件，而且包括任何种类之法律文件，此点目前在草案中并不明确。④当事人时常得以诉讼纠纷或不属于民刑诉讼之事件咨询律师，律师对此所给予的书面意见，严格来看，并非法律文件，不应在第一条规定的范围内。⑤在法定情形，律师受法院之命令，办理贫民法律扶助事务，乃是一种职务上之义务，既然是项义务，那么可以放在有关律师义务中进行规定。该律师最后认为《律师法草案》第 1 条应该修改为：“律师得依民事、刑事、行政、军事及惩戒程序之法规，在普通法院、行政法院、军事法庭及惩戒委员会代表当事人或为被告辩护。律师亦得给予法律上之意见，并办理与其职务有关之法律文件。”尽管上述修改意见并未被采纳，但是从中也能反映，这一时期律师对于自身权利义务的关注与认知情况。

1941 年 1 月，《律师法草案》经立法院审议，并由“国民政府”于同月 11 日公布施行，《律师法》一共 48 条。[1] 1941 年 3 月 24 日，司法院制定公布了《律师法施行细则》，该细则共 17 条，是根据《律师法》第 47 条制定的。1941 年 8 月 26 日，司法院与考试院联合公布了《律师检核办法》，共计 6 条。[2]

（二）中华人民共和国成立之后律师职业的发展沿革

1949 年 10 月 1 日，中华人民共和国成立，标志着一个新时代的开始，中国律师职业也步入了新的历史发展阶段。从历史发展的角度看，主要包括以下几个时期：一是初步确立时期（1949 年~1957 年）；二是全面否定时期（1958 年~1977 年）；三是恢复重建时期（1978 年~2015 年）；四是深化改革时期（2016 年至今）。

1. 初步确立时期（1949 年~1956 年）。1949 年 2 月 22 日，中共中央发布了《关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》（以下简称《指示》），《指示》指出，国民党的《六法全书》应该废除，人民的司法工作不能再以国民党的《六法全书》作依据，而应该以人民的新的法律作依据，在人民的新的法律还没有系统地发布以前，则应该以共产党的政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、命令、条例、决议作依据。[3] 这一《指示》基本确立了中华人民共和国成立后的法治方针。1949 年 9 月 29 日，中国人民政治协商会议第一届全体会议通过了《中国人民政治协商会议共同纲领》（以下简称《共同纲领》，已失效），其中第 17 条规定：

---

〔1〕“律师法”（民国三十年一月十一日公布施行），载《法令周刊》1945 年复刊后第 1 期。

〔2〕“律师法施行细则”（民国三十年三月二十四日公布），载《浙江司法半月刊》1942 年第 1 期。

〔3〕参见中共中央文献研究室，中央档案馆编：《建党以来重要文献选编（1921~1949）》（第 26 册），中央文献出版社 2011 年版，第 155 页。

“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。”〔1〕《共同纲领》的这一规定，成为废除旧律师制度、建立新律师制度的法源依据。1950 年 12 月 21 日，中央人民政府司法部发出《关于取缔黑律师及讼棍事件的通报》，明确指出，旧律师制度已依《共同纲领》第 17 条废止，若旧律师仍有非法活动，对于法院威信及人民利益均有危害，应予取缔。〔2〕

1950 年 7 月，中央人民政府政务院第 41 次政务会议通过了《人民法庭组织通则》（已失效），其中第 6 条规定：“县（市）人民法庭及其分庭审判时，应保障被告有辩护及请人辩护的权利，但被告所请之辩护人，须经法庭认可后，方得出庭辩护。”〔3〕这为律师辩护制度的发展提供了依据，也为律师职业的发展创造了有利条件。1953 年，上海市人民法院率先设立了“公设辩护人室”，帮助刑事被告人进行辩护，1954 年又改为“公设律师室”，既帮助刑事被告人进行辩护，也为离婚妇女提供法律援助。1954 年 7 月，中央人民政府司法部在《关于试验法院组织制度中几个问题的通知》中指定北京、上海、天津、重庆、武汉、沈阳等大城市率先试办法律顾问处，开展律师业务，逐步建立律师制度。1954 年 9 月，第一届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国宪法》〔以下简称《宪法》（1954 年）〕和《中华人民共和国法院组织法》〔以下简称《法院组织法》（1954 年）〕，其中，《宪法》（1954 年）第 76 条规定：“人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行，被告人有权获得辩护。”《法院组织法》（1954 年）第 7 条规定：“……被告人除自己行使辩护权外，可以委托律师为他辩护……”这标志着我国从立法上对律师辩护制度进行了明确肯定。1956 年 7 月 10 日，国务院批准了司法部《关于建立律师工作的请示报告》（以下简称《请示报告》）和《律师服务收费管理暂行办法》（已失效）。《请示报告》对 1954 年以来的律师工作试点经验进行了总结，认为律师制度的建立对进一步巩固革命法制起到了一定的作用，同时对律师任务、律师组织、任职条件、旧律师转任等内容作出了进一步规划。到 1957 年 6 月，全国有 19 个省、市成立了律师协会，30 万人口以上的城市和中级人民法院所在地的县、市，一般都设有法律顾问处，全国共有法律顾问处 800 多个，专职律师 2500 多人，兼职律师 300 多人，我国的律师制度初步确立。

2. 全面否定时期（1958 年~1977 年）。1958 年~1977 年这段历史时期，由于受到“反右斗争扩大化”“文化大革命”等政治运动的影响，我国的律师工作基本处于全面否定的状态。一大批律师被错误地划分为“右派”，法律顾问处也名存实亡，未发挥实际作用，与律师职业相关的制度、规范也未得到落实或完善。

3. 恢复重建时期（1978 年~2015 年）。1978 年 12 月 18 日至 22 日，党的十一届三中全会在北京召开，会议作出了把党的工作重点转移到社会主义现代化建设上来的要

---

〔1〕 参见徐辰编：《宪制道路与中国命运：中国近代宪法文献选编（1840~1949）》（下），中央编译出版社 2017 年版，第 456 页。

〔2〕 参见中华人民共和国司法部编：《中华人民共和国司法行政历史文件汇编（1950~1985）》，法律出版社 1987 年版，第 329 页。

〔3〕 参见国务院法制办公室编：《中华人民共和国法规汇编（1949~1952）》（第 1 卷），中国法制出版社 2005 年版，第 29 页。

求，提出了改革开放的重要思想，提出了健全社会主义民主和社会主义法制的任务，这为律师制度的恢复重建提供了必要的条件。1979 年《中华人民共和国宪法》第 41 条第 3 款规定："……被告人有权获得辩护。"自此，刑事辩护律师制度确立，这标志着"无法无天无律师"时代的结束，开始了我国律师职业的恢复重建时期。1980 年 8 月，第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议正式通过了《中华人民共和国律师暂行条例》（以下简称《律师暂行条例》，已失效）。《律师暂行条例》是新中国第一个专门规范律师职业的法律，内容涉及律师的任务和权利、律师资格、律师的工作机构以及附则 4 章，共计 21 条。

1992 年 10 月 22 日，司法部发布了《律师惩戒规则》（已失效），其目的是保障律师事业的健康发展，维护律师惩戒工作的严肃性。该规则对违反法律、法规、律师职业纪律行为的律师或律师事务所进行惩戒的种类、惩戒的程序、惩戒的事由、惩戒的原则等内容进行了规定。1993 年 12 月 27 日，司法部印发了《律师职业道德和执业纪律规范》（已失效），明确了我国的律师职业道德。1996 年 5 月 15 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《律师法》，其目的是完善律师制度，规范律师执业行为，保障律师依法执业，发挥律师在社会主义法制建设中的作用，内容涉及律师的执业条件、律师事务所、执业律师的业务与权利义务、律师协会、法律援助、法律责任等。《律师法》的制定颁布是我国律师职业发展过程中的一件大事，标志着我国律师职业初步健全与完善，是我国律师职业发展史上的重要里程碑。

2007 年 10 月 28 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议审议通过了修订后的《律师法》。随后，司法部颁布和修订了《律师事务所管理办法》《律师执业管理办法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》等一系列规范性文件。2004 年，中华全国律师协会制定了《律师执业行为规范（试行）》（已被修改），对律师的职业伦理行为进行了规定。

4. 深化改革时期（2016 年至今）。2016 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化律师制度改革的意见》（以下简称《意见一》），对深化律师制度改革作出全面部署。《意见一》共分 6 部分 29 条，从深化律师制度改革的总体要求到完善律师执业保障机制、健全律师执业管理制度、加强律师队伍建设、充分发挥律师在全面依法治国中的重要作用、加强组织领导等方面，全面提出了深化律师制度改革的指导思想、基本原则、发展目标和任务措施。《意见一》指出，律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，是国家法治文明进步的重要标志。律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量，是社会主义法治工作队伍的重要组成部分。党的十八大以来，我国律师事业不断发展，律师工作取得显著成绩，为服务经济社会发展、保障人民群众合法权益、维护社会公平正义、推进社会主义民主法治建设发挥了重要作用。

2016 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》（以下简称《意见二》），积极推行法律顾问制度和公职律师、公司律师制度，充分发挥法律顾问、公职律师、公司律师作用。《意见二》指出，2017 年底前，中央和国家机关各部委，县级以上地方各级党政机关普遍设立法律

顾问、公职律师，乡镇党委和政府根据需要设立法律顾问、公职律师，国有企业深入推进法律顾问、公司律师制度，事业单位探索建立法律顾问制度，到2020年全面形成与经济社会发展和法律服务需求相适应的中国特色法律顾问、公职律师、公司律师制度体系。

2017年2月，司法部与财政部联合印发《关于律师开展法律援助工作的意见》(以下简称《意见三》)。《意见三》指出，律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量，是我国法律援助事业的主体力量。推动律师提供公益法律服务，倡导每名律师每年提供不少于24小时的公益服务。对不符合法律援助条件、经济确有困难的群众提供减免收费的服务，发展公益法律服务机构和公益律师队伍，专门对老年人、妇女、未成年人、残疾人、外来务工人员、军人军属等提供免费的法律服务。

2017年10月，最高人民法院与司法部联合印发了《关于开展律师调解试点工作的意见》(以下简称《意见四》)。《意见四》指出，在人民法院设立律师调解工作室。试点地区的各级人民法院要将律师调解与诉讼服务中心建设结合起来，在人民法院诉讼服务中心、诉调对接中心或具备条件的人民法庭设立律师调解工作室，配备必要的工作设施和工作场所。在公共法律服务中心（站）设立律师调解工作室。试点地区的县级公共法律服务中心、乡镇公共法律服务站应当设立专门的律师调解工作室，由公共法律服务中心（站）指派律师调解员提供公益性调解服务。在律师协会设立律师调解中心，试点地区的省级、设区的市级律师协会设立律师调解中心。律师调解中心在律师协会的指导下，组织律师作为调解员，接受当事人申请或人民法院移送，参与矛盾化解和纠纷调解。律师事务所设立调解工作室，鼓励和支持有条件的律师事务所设立调解工作室，组成调解团队，可以将接受当事人申请调解作为一项律师业务开展，同时可以承接人民法院、行政机关移送的调解案件。

第二节 律师职业的职业化进程

一、律师的职业化概览

有关中国律师的职业化发展过程，李本森教授认为，中国律师职业化大致可以分为“培育阶段（1979年~1988年）”“起始阶段（1988年~1993年）”“发展阶段(1993年至今)”。[1] 中国律师职业化的里程碑事件按照时间先后顺序排列如表16-1所示。

[1] 参见李本森：“我国律师职业化进程和发展策略”，载《中国律师》2000年第5期。

表 16-1　中国律师职业化进程里程碑事件概览

序号	年代	典型事件
1	1979 年	大学和其他专业学校重新开设法律培训课程
2	1979 年	法律顾问处重新向公众提供法律服务
3	1979 年	中国社会科学院牵头恢复法学研究
4	1980 年	国家级期刊恢复出版，包括《民主与法制》《法学研究》
5	1980 年	《中华人民共和国律师暂行条例》（已失效）颁布，明确律师为“国家的法律工作者”
6	1986 年	中华全国律师协会成立
7	1986 年	开始举行全国律师资格考试
8	1992 年	《律师惩戒规则》（已失效）规定了律师的各种惩戒措施
9	1993 年	《律师职业道德和执业纪律规范》（已失效）以规范形式规定律师职业伦理
10	1996 年	《中华人民共和国律师法》制定，明确律师为“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”
11	2001 年	全国统一司法考试开始施行
12	2004 年	中华全国律师协会制定《律师执业行为规范（试行）》
13	2007 年	《中华人民共和国律师法》修正，明确律师为“依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员”
14	2008 年	司法部出台《律师执业管理办法》
15	2010 年	司法部制定《律师和律师事务所违法行为处罚办法》
16	2014 年	司法部发布《司法部关于进一步加强律师职业道德建设的意见》
17	2014 年	中华全国律师协会制定《律师职业道德基本准则》
18	2014 年	最高人民检察院印发《最高人民检察院关于依法保障律师执业权利的规定》
19	2015 年	最高人民法院印发《关于依法切实保障律师诉讼权利的规定》
20	2016 年	中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深化律师制度改革的意见》
21	2017 年	中华全国律师协会制定《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》和修订《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》

二、律师的职业化分析

从对中国律师职业化进程的社会历史分析中可以看出，中国律师职业化具有以下几个关键因素：

（一）国家法律法规的制定

1980 年 8 月，第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《律师暂行条例》（已失效），条例共 4 章 21 条，主要规定了律师的任务和权利、律师的资格、律师的工作机构等内容。《律师暂行条例》的颁布，为中国律师职业化奠定了坚实的基础。该条例实施十多年后，1996 年 5 月，第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《律师法》，该法充分总结和吸收了《律师暂行条例》的实施经验，并对当时的律师职业的社会现状作出了回应，共 8 章 53 条，主要包括律师执业条件、律师事务所、执业律师的业务和权利、义务等内容，其中第六章专门对法律援助进行了规定。这是在社会主义市场经济的背景下建立的律师职业框架，它更加以职业为中心，更加使律师职业独立于国家，并获得了更高的自我管理权。

（二）法律服务市场的形成

1979 年 12 月，司法部发布《关于律师工作的通知》，要求各地建立法律顾问处。1980 年 3 月，司法部发布《关于法律顾问处、公证处的设立及其与司法行政机关关系问题的批复》，其中规定：法律顾问处是律师集体工作的组织，是律师的各级组织中的基层组织，是和律师的服务对象直接接触的事业单位。[1] 自此，律师开始向社会公众提供法律咨询服务，主要集中在民事和刑事事务中。在职业化开始之初，律师作为“国家工作人员”的身份向社会提供法律服务，而法律服务的定位是“公共服务”，与此同时，律师也开始以辩护人的身份出现在法庭上。从 1983 年起，律师的服务开始扩展到本地经济、对外贸易以及农村事务中。在 1992 年，中国法律服务市场开始国际化，其他国家的律师事务所被允许在中国主要的大城市设立办事处，中国律师事务所也被允许到其他国家运营。最为重要的是，1996 年《律师法》对律师的执业机构进行扩展，合作律师事务所、合伙律师事务所与国资所同时存在。放宽律师的执业机构，其结果就是：一种致力于为个人当事人伸张正义的法律服务思想迅速出现，特别是在非刑事犯罪领域。

（三）律师协会的自我管理

中国律师协会组织体系经历了一个逐步完善的过程，早在 1956 年，中国开始了一个苏联模式律师协会的简单试验，但是仅仅开始 3 年后就因为政治压力而终止。[2] 律师制度恢复建立以后，1979 年北京市律师协会建立，此后各省、自治区、直辖市等陆续建立律师协会。1986 年，中华全国律师协会建立，并创办了律师自己的刊物《中国律师》，这是律师自我管理的重要发展。不同于很多律师自我管理的律师协会，中国律

---

〔1〕 参见林文肯等：《律师词典》，沈阳出版社 1990 年版，第 421 页。

〔2〕 参见［加］麦克尔·崔贝尔考克、［美］罗纳德·丹尼尔斯：《法治与发展》，冯川、郭安康、沈志平译，南京大学出版社 2014 年版，第 318 页。

师协会的组建是为了帮助政府对法律职业进行规制。1996 年《律师法》首次对中国律师协会的定位与职能进行了规定，中国律师协会的责任被局限于组织继续法律教育、对律师进行职业道德责任的教育、开展与外国律师协会的交流，以及对法律执业过程中出现的纠纷的调解。律师协会在司法行政的指导下开展工作，主要的控制机制是聘请司法局现任或退休的主要官员担任律师协会会长或党委（组）书记。

（四）法律职业教育的重建

中国律师职业化离不开中国法学教育的发展，从法学院校设置的数量来看，在改革开放之前，长期维持在 5 所政法学院和 4 个大学法律系（即北京、华东、西南、西北、中南五所政法学院和北京大学、中国人民大学、吉林大学、武汉大学四个法律系）的规模，2012 年法律院校的规模达到 624 所，增长了 68.3 倍；从业余大学办学来看，在 1985 年到 1997 年，共建设了业大分校 30 个，业大分部 365 个，基层教学班 1800 余个。[1]

（五）统一资格考试的建立

法律从业人员的资格管理属于司法部的行政职权范围。中华人民共和国律师资格全国统一考试制度，简称“中国律考制度”，1986 年 9 月 27 日、28 日，中国首次举办律师资格考试，每 2 年举行一次。1988 年第二次“律考”时，司法部决定扩大“律考”报考人员的范围，即凡具有选举权和被选举权并具有大专以上学历的中华人民共和国公民均可参加。由于法律服务需求不断增长，法律职业人员缺口也在增大，1994 年，司法部允许经过中华人民共和国法律培训的港、澳、台居民和外国公民参加当年律考，同时，时间改为一年举行一次。虽然在《律师法》的制定过程中曾对律师资格考试的管理权进行了讨论，但是 1996 年《律师法》出台后，律师协会在律师资格考试中仍然不享有权力。

（六）职业伦理规范的实施

在中国律师职业化早期，司法部是唯一对律师的执业行为进行监督的部门。1990 年 11 月，司法部印发了《律师十要十不准》（已失效），其目的在于“促进律师从业清廉，树立良好的律师形象”，该文件以宣言的形式对律师的职业道德进行了原则性规定，例如，要求律师坚持社会主义方向，不准律师单纯追求经济利益；不准律师抬高自己，贬低他人。[2] 随后，司法部出台了一系列关于律师执业行为的规范，1992 年 10 月出台了《律师惩戒规则》（已失效），1993 年 12 月颁布了《律师职业道德和执业纪律规范》（已失效），“就内容讲，这是我国历史上第一部比较完整和具体的律师职业道德规范，在我国律师职业道德建设过程中发挥了重要的作用”。[3] 1996 年《律师法》提高了律师协会在律师执业行为监管中的作用，鉴于此，1996 年 10 月中华全国律师协会制定了《律师职业道德和执业纪律规范》。此后，律师协会开始制定一系列行业

---

〔1〕 参见朱景文主编：《中国人民大学中国法律发展报告 2013，法学教育与研究》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 3~6 页。

〔2〕 参见刘英权主编：《律师法全书》，红旗出版社 1996 年版，第 300 页。

〔3〕 参见陈宜、王进喜主编：《律师公证制度与实务》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 113 页。

规范，例如，1999 年制定了《律师办理刑事案件规范（试行）》（已失效）、2004 年制定《律师执业行为规范（试行）》，这些都证明律师协会自我管理的权力在逐渐增强。

2018 年 3 月 12 日，法制网发布了题为《我国执业律师已增长至 36.5 万余人》的文章，公布了律师的最新数据。截至 2017 年底，全国共有执业律师 36.5 万多人，相比 2016 年增长 11.5%。截至 2017 年底，全国共有律师事务所 2.8 万多家，增幅为 8.3%。其中，合伙所 1.8 万多家，占 66.5%；国资所 1200 多家，占 4.3%；个人所 8200 多家，占 29.2%。律师人数 1 万~2 万的省有 9 个（河北、辽宁、浙江、福建、河南、湖北、湖南、四川和云南），2 万~3 万人的省（市）有 4 个（北京、上海、江苏、山东），超过 3 万人的省有 1 个（广东）。7500 多家党政机关、人民团体和 800 多家企业开展了公职律师、公司律师工作。

第三节 律师职业的角色定位

一、国外律师的角色定位

从比较法的视野观之，律师的角色定位（the role of lawyers）与每一个国家的历史文化传统有关，并不存在统一的标准，即便是在同一个国家，不同时期对于律师的角色定位也会存在不同。

在美国，美国律师协会《律师职业行为示范规则》在序言中对美国律师的性质进行了规定，即“律师，作为法律职业的一员，是委托人的代理人，是法律制度的职员，是对正义负有特殊职责的公民”。[1] 作为委托人的代理人，律师执行多种职能：作为建议者，律师使委托人明确理解其法律上的权利和义务，向其解释这些权利和义务的实践含义；作为诉辩者，律师按照对抗制的规则，热忱地维护委托人的立场；作为谈判者，律师追求有利于委托人的结果，但是也遵循诚实对待他人的要求；作为评估人，律师考察委托人的法律事务，并就此向委托人或他人报告。作为公民，律师应当追求对法律、法律制度的适用、司法和法律职业服务质量的完善。作为一门博学职业的一员，律师不仅仅应当为服务于委托人而研习法律知识，而且应当把那些知识运用于法律改革和加强法学教育的工作中去。此外，律师应该促进公众对法治和法律制度的理解和信任，因为法律机构权威性的维护，取决于大众的支持与参与。

在德国，《德国联邦律师法》对德国律师在司法体系中的地位进行了规定，律师是独立的“司法机构”（organ der rechtspflege），律师从事的是自由职业，律师从事的不是经营活动。律师加入律师协会必须进行宣誓，其誓言内容为：“我谨在万能和全知的上帝面前宣誓，将谨遵宪法，认真履行律师的义务，上帝助我。”宣誓词也可以没有宗教内容，宣誓过程将作记录，誓词或承诺内容也包括在内，该记录须由律师本人和律师协会理事签署，列入律师的个人档案。

---

〔1〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 165 页。

在法国，根据《法国律师法》的规定，律师是司法人员（auxiliaires de justice），律师可以自由行动迁移（se déplacer），以执行其业务。申请成为律师的人必须进行宣誓，宣誓内容如下："我誓以律师的身份，庄严自重、依凭良心、坚持独立、恪遵正直、符合人道，执行我的律师业务。"律师执行其司法业务时，应穿律师职业法袍。

在每一个社会，律师都扮演着非常重要的角色。律师是一个国家司法制度的重要组成部分，他们熟悉人权知识、宪法责任、法律权利以及各类法律原则，他们指导社会成员通往更加守法的生活，避免在未来出现任何法律难题和法律争议。在实现宪法目标和责任的过程中，律师发挥着重要作用。作为社会的"良心守护者"（conscience-keeper），律师有责任去引导和修正社会变化。为了实现社会正义，律师应该通过采用一种客观的、"非党派性"（non-partisan）的观点来看待公共政策问题，通过积极工作影响政府的决策。

二、中国律师的角色定位

1954 年 9 月，中华人民共和国颁布了第一部《宪法》（1954 年），律师角色在其中得到醒目的标示，《宪法》（1954 年）规定了被告人可以委托律师为自己辩护。自此，社会主义中国的律师制度开始稚嫩生长。但是好景不长，在随后的历史时期，律师制度受各类政治活动的影响，并没有得到很好的发展。直到 20 世纪 80 年代，中国的律师制度才又重新得以稳定下来。伴随着中国民主法制建设的不断进步，对律师职业的定位呈现不断社会化、职业化的趋势，中国律师职业定位的演变进程主要包括以下几个阶段：

1. 1980 年《律师暂行条例》（已失效）规定，律师是"国家的法律工作者"，具有公职身份，靠工资吃饭。1980 年 8 月 26 日，第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过的《律师暂行条例》（已失效）第 1 条规定："律师是国家的法律工作者，其任务是对国家机关、企业事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助，以维护法律的正确实施，维护国家、集体的利益和公民的合法权益。"这是符合当时的历史条件的，肯定律师是国家的法律工作者，使之与公、检、法工作人员具有同等的社会地位，对于提高律师的社会地位、发挥律师的作用、保障律师依法执业起到了积极的作用。[1]

2. 1996 年《律师法》（已被修改）将律师定义为"为社会提供法律服务的执业人员"。1996 年 5 月 15 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《律师法》第 2 条规定："本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。"随着我国改革开放的深入发展，律师为社会主义市场经济建设服务的职能日益突出，同时，律师本身的职能与公、检、法司法人员所承担的职能有明显的区别，因为律师不是国家的司法官员，不能代表国家执行法律任务，而是以个人名义为社会提供法律服务。因此，笼统地把律师概称为"国家的法律工作者"已是名不副实了。

---

〔1〕 参见谭锋、杨秋林："浅谈我国律师制度中的几个问题"，载《江西社会科学》1993 年第 3 期。

3. 2007 年修订后的《律师法》把律师定位为“为当事人提供法律服务的执业人员”。2007 年 10 月 28 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订的《律师法》第 2 条规定：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当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。”三个“维护”重新定位了律师的职业定位，确定了律师肩负的社会责任，有助于提高人们对律师社会角色的认识和尊重。

4. 2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）把律师定位为“社会主义法治工作队伍”。《决定》指出：“加强律师队伍思想政治建设，把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，增强广大律师走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍。”2016 年 4 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化律师制度改革的意见》（以下简称《意见》），对深化律师制度改革作出全面部署。《意见》指出，律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量，是社会主义法治工作队伍的重要组成部分。深化律师制度改革，必须坚持党的领导，坚持正确的政治方向，坚持执业为民，坚持依法执业，坚持从中国实际出发。

三、律师道德责任的理论纷争

律师在实现社会法治和秩序方面负有社会责任（social responsibility）。通过法律建议，律师能够依法解决相互冲突的问题。在履行职责时，律师必须利用他们的培训和技能以及他们的伦理和道德观念（moral perceptions）。律师在履行对委托人和法院的职业义务时，应在多大程度上受个人伦理和道德价值观的影响，这是法律专业人士长期争论的问题。例如，对于“安乐死”和临终病人死亡权的案件，律师应当考虑他是否应当以冷静的方式行事，而不受他自己关于生命和死亡的个人和宗教观点的影响，或者他是否应该允许他的个人信念在职业决策中发挥重要作用。[1] 关于律师道德责任（moral responsibility），目前主要存在两种观点，一种是传统观点（traditional view），强调律师的“非道德性”（amoral）。这种观点认为，律师的职业日常与个人生活应该完全分离，律师职业功能的发挥不应该受到个人道德观念的影响。另一种是现代观点（contemporary view），强调律师的“道德性”（moral）。这种观点认为，律师不应该将他的职业职责和个人观点分开，而应允许他的价值观以与其职责互补的方式行事。

（一）律师的非道德性

律师的非道德伦理角色（amoral ethical role）是传统的观点，认为律师的职能只涉及他们的职业任务和义务，这也就是俗称的“雇佣枪手理论”（hired gun theory）。美国学者理查德·瓦塞伦姆（Richard Wasserstrom）是最早主张律师的非道德性的学者之一，他在著作《律师作为职业人士：一些道德问题》（*Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*）中对其观点进行了阐述。理查德·瓦塞伦姆认为，一般职业特别是律师职

[1] Yashomati Ghosh, “Legal Ethics and the Profession of Law”, *India: LexisNexis*, 2014, p. 21.

业的一个核心特征是：职业人士与委托人之间有一种特殊而复杂的关系。对于这种关系中的任何一方，尤其是对于职业人士而言，所涉及的行为在很大程度上具有一定的特殊性，瓦塞伦姆将这种行为称为“角色分化行为”（role-differentiated behavior）。瓦塞伦姆认为，“角色分化行为”的本质决定了一个特定角色的人通常会把各种各样的考虑——尤其是各种道德考虑——放在一边，这是适当的，并且也是可取的，否则这些考虑对于职业人士的职业责任而言，即使不是决定性的，也是相关的。[1]

律师非道德的职业角色是由党派性（partisanship）和中立性（neutrality）两种观念决定的。党派性原则（principle of partisanship）意味着律师的主要义务是对委托人负责，与其他人相比，律师必须优先考虑委托人的利益。中立性原则（principle of neutrality）则意味着律师一旦受理案件，就必须尽其所能为委托人的利益办案，而不能考虑律师对案件性质和是非曲直的个人意见。非道德性原则（amoral principle）要求，一旦建立了律师—委托人关系，律师就必须为了委托人的利益做一切必要的事情，而普通人通常不需要做这些事情。例如，律师可能会试图贬低对方证人的陈述是虚假的，以有利于其委托人的利益，即使他知道证人说的是事实。此外，在非道德性原则看来，与普通人相比，律师必须具有不同的职业道德标准，因此，只要律师在法律范围内行事，他们就不应对其行为的后果承担责任。[2]

英国学者戴维·潘尼克（David Pannick）在其著作《辩护律师》（*Advocates*）中也对不同伦理标准的基础进行了阐释。他认为，在辩护伦理方面，职业人士与普通人之间存在冲突。在不误导法官的范围内或专业职责范围内进行的称职辩护（competent advocacy），将有助于确保取得正确的法律结果，或向法官、陪审团提供作出尽可能最佳的法律裁决所需的信息。如果律师的行为是合法的，那么它在道德上就是正当的，即使在普通人看来，这样的行为在道德上是不可接受的。换言之，只要律师和委托人的行为是合法的，需要承担道德责任的是委托人，而不是律师。[3]

自从理查德·瓦塞伦姆提出了“角色分化行为”后，有关律师的道德责任在西方法学界与实务界都引发了广泛的关注，但是由于理查德·瓦塞伦姆并未对律师非道德性的核心价值进行明确界定，很多学者都对这一问题进行了深入探讨。美国学者斯蒂芬·佩珀教授（Stephen L. Pepper）在其著作《律师的非道德伦理角色：辩护、问题和一些可能性》（*The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities*）中对律师非道德性进行了详细阐述，成为这一主张的主要代表人物。[4] 斯蒂芬·佩珀教授通过“一流公民理论”（first-class citizenship model）、“对抗性法律制度”（adversarial legal system）和“律师职业义务”（professional obligation of lawyers），为非道德角色理论提供了道德依据（moral justification）。

---

〔1〕 Richard Wasserstrom, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, *Human Rights*, Vol. 5, No. 1 (1975), pp. 1~24.

〔2〕 Yashomati Ghosh, “Legal Ethics and the Profession of Law”, *India: LexisNexis*, 2014, p. 22.

〔3〕 David Pannick, *Advocates*, *Oxford University Press*, 1993, p. 164.

〔4〕 Stephen L. Pepper, “The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1986, Issue 4 (Fall 1986), pp. 613~636.

“一流公民理论”与“职业化”（professionalization）或“职业主义”（professionalism）密切相关。[1] 在“一流公民理论”下，律师在确保普通民众（ordinary citizens）获得立法及公共机构的公共福利目标方面发挥着重要的作用。而“一流公民理论”是以律师在法律领域的功能优势（functional superiority）为前提的，即律师凭借其法律知识和法律培训，相对于普通公民的知识基础具有一定的功能优势。在任何研究领域获得专业知识都会产生一种假设，即为了该服务的消费者的利益而提供优质服务。[2] 换言之，职业的概念本身就包含了服务功能，在某种程度上，职业人士将自己的利益置于那些需要他服务的人的利益之下。[3] 根据斯蒂芬·佩珀教授的总结，之所以会得出前述主张，主要是来源于“职业”（profession）的七个特征：①职业是一种谋生手段。②职业是建立在专业知识、培训和能力的基础上的，通常需要智力劳动和多年的高等教育。③职业人士在专业知识和能力的基础上所提供的服务，在个人生活的不同阶段都是必要的，而且往往是个人最关心的问题。④由于涉及许多专业知识，因此，从外行人的角度来看，职业人士提供的服务质量是无法检验的。个人需要服务，但却无法对该服务进行评估，因此，相对于职业人士而言，个人是处于弱势地位的。⑤职业垄断了个人经常需要的服务，因此拥有巨大的经济实力。⑥职业在决定、管理成员资格以及监督职业活动方面基本上都是自我管理的。⑦自我管理的一部分通常包括阐明服务导向的伦理规范。

“职业”的七个特征共同构成了职业人士相对于需要其服务的人员的一种固有优势（inherent advantage），并造成了职业人士与需要其服务的人员之间普遍存在的经济利益冲突（economic conflict）。作为对这种不平衡冲突的补救，存在着一种基本的潜在职业义务：当委托人的利益与职业人士的利益发生冲突时，职业人士为了委托人的利益而放弃自己的利益。[4] 那么，又是什么决定了律师必须履行这种潜在职业义务呢？

斯蒂芬·佩珀教授认为，有一个前提是我们必须予以明确的，即“法律”是所有人都可以获得的公共物品（public good），但并不是所有人都能够获得。社会通过其“立法者”——立法机构、法院、行政机构等——建立了各种机制，使个人或团体的目标得以实现。企业的法人形式、合同、信托以及通过诉讼获得利用公共力量解决私人申诉的权利，都是赋予个人或团体权力的工具，所有这些都是由集体创造的“法律”进行建构的。然而，对于社会公众而言，法律并不是简单的，准确而有效地运用法律还存在诸多障碍。律师经过多年的法学教育、法律培训，通过资格考试，最终获得法律职业资格，并成为诸多复杂法律问题领域内的专家。在很多国家的司法制度中，律师都独占了法律执业的权利，甚至垄断了进入法庭或其他机构的机会，因此，他们比

---

〔1〕 职业社会学研究认为，职业化（Professionalization）是一个普通的职业群体逐渐符合专业标准，成为专业性职业并获得相应专业地位的动态过程。

〔2〕 Yashomati Ghosh，“Legal Ethics and the Profession of Law”，*India*：*LexisNexis*，2014，p. 23.

〔3〕 Rebecca Roiphe，“The Decline of Professionalism”，*Georgetown Journal of Legal Ethics*，Vol. 29，Issue 3（Summer 2016），pp. 649~682.

〔4〕 Thomas D. Morgan，“The Evolving Concept of Professional Responsibility”，*Harvard Law Review*，Vol. 90，Issue 4（February 1977），pp. 702~743.

社会其他成员更具有优势。当社会公众遭遇法律纠纷时，他们需要律师的专业服务，才能最大限度地克服法律障碍，从“法律的门前”进入“法律的门内”，维护自己的合法权益。然而，正是由于法律问题本身的“专业性”与“复杂性”，使得普通民众无法对律师服务的质量和水平进行检验，由于律师职业强调的“自律性”与“独立性”，使得普通民众也无法对规制律师不当职业行为的政策产生影响。有鉴于此，斯蒂芬·佩珀教授认为，律师比委托人更具有优势地位，因此，律师职业伦理要求律师的个人利益必须服从委托人的利益，一旦律师接受了委托人的委托，就必须“党派性”地维护委托人的利益和福祉。

（二）律师的道德性

在“非道德性”的观点看来，只要律师在法律允许的范围内为实现委托人的主张而行事，那么律师就不应该对其行为的结果承担法律责任。事实上，法国思想家蒙田（Montaigne）也曾提出一个类似的观点，他认为，将个人生活与职业生活完全分离，可以避免道德困境。保持一个封闭的职业人格，可以最大限度地减少内部冲突，将职业的“道德”责任转移到更广泛的机构身上，并使一个人能够在他承担的每个角色中始终如一地行动。[1] 对此，美国学者杰拉尔德·波斯特玛（Gerald J. Postema）教授在其著作《职业伦理中的道德责任》（*Moral Responsibility in Professional Ethics*）中对上述观点进行了批判性回应，并主张一种新的职业伦理概念，即律师必须承认对其职业行为的后果负有个人责任。[2]

杰拉尔德·波斯特玛教授认为，在职业伦理与个人道德之间确实存在一定的距离（some distance），他将这种现象称为“道德距离”（moral distance）。“道德距离”引发了一系列问题，例如，职业伦理与个人道德之间是如何联系的？职业伦理与个人道德之间的冲突是如何解决的？职业伦理与个人道德之间是否存在共同的基础？面对前述问题，一些人可能会为可能出现的一系列困境寻找借口。另一些人可能会试图对不同道德原则之间的关系进行一般性说明，以便在出现特定问题时可以从中得出解决办法。就律师职业伦理而言，目前律师职业伦理规范主要采用第一种策略，而哲学家则主要采用第二种策略。在杰拉尔德·波斯特玛教授看来，这两种方法都是有用的，但是它们都是处理道德距离引发的诸多问题的一种方法，在很多重要方面还远远不够。他认为，必须从认识到实际判断和道德情操的重要性的角度来处理职业伦理问题。

杰拉尔德·波斯特玛教授认为，切断律师的职业行为与其个人道德经验之间的联系会引发诸多问题。首先，如果没有良好的道德判断力（moral judgment），律师的工作能力——确定适用的法律并有效地为委托人提供建议——可能会受到严重影响。其次，从亚里士多德美德伦理学的传统看，获得至善是每个人的目标，而获得至善的途径就是不断完善个人修养。因此，切断律师职业行为与个人道德经验，将导致律师的职业判断陷入“非道德境地”，进而变得不可靠。再次，当律师的职业行为与普通道德经验

---

〔1〕 Charles P. Curtis, “The Ethics of Advocacy”, *Stanford Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (December 1951), pp. 3~23.

〔2〕 Gerald J. Postema, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *New York University Law Review*, Vol. 55, Issue 1 (April 1980), pp. 63~91.

脱节时，无论是在一般情况下还是在特殊情况下，律师对道德成本的敏感性都会减弱。最后，“道德超然”（moral detachment）的律师将对律师—委托人关系的质量产生不利影响。

在结论中，杰拉尔德·波斯特玛教授认为，有必要制定一套新的职业责任准则，因为现行准则允许律师忽略其行为的社会和道德成本，并以职业人士的身份做他们作为个人不会做的事。

拓展阅读：好律师能不能给人渣辩护？

拓展阅读：好老师能不能给人渣辩护？

第四节 律师职业的属性特征

所谓律师职业的属性，是指律师职业的性质和特点，它要回答的是律师职业在国家、社会生活中究竟应该占据何种位置、发挥何种作用和功能的问题，是律师职业区别于其他职业并在社会中得以产生、存在以及发展的基础。关于律师职业属性的定位，理论界和实务界一直仁者见仁、智者见智，没有形成定论。陈卫东教授认为，律师的职业属性是指律师区别于其他职业而具有的本质特性，律师兼具社会性和自由性的双重属性。〔1〕顾永忠教授认为，律师的职业属性体现、渗透在相互联系、不可分割的四个方面中，这就是律师的法治性、社会性、独立性和专业性。〔2〕律师的职业属性与其职业定位有着密切的联系，作为“社会主义法治工作队伍的重要组成部分”，律师应具有政治性、社会性和专业性等职业属性。

一、律师的政治属性

古希腊哲学家亚里士多德（Aristotle）曾言：“人类在本性上，也正是一个政治动物。”〔3〕从中外律师制度的发展历程来看，律师在本性上，也正是倚政治而存在，伴政治而共舞，随政治而发展。律师制度被认为是近代民主制度的重要组成部分，是政治文明的重要标尺之一。在西方国家，律师是国家政治制度中的一种制约力量，是国家政治生活的参与者，其直接参与并实际影响着国家民主政治制度的运作过程。〔4〕法国历史学家托克维尔（Tocqueville）曾言：“把律师政治参与理解为平衡民主的强大力

〔1〕 参见陈卫东主编：《律师执业概论》，法律出版社 2005 年版，第 19 页。
〔2〕 参见顾永忠等：“论律师的职业属性”，载《中国司法》2007 年第 4 期。
〔3〕 ［古希腊］亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 7 页。
〔4〕 参见郭春涛：“律师性质初论”，载《中国司法》2008 年第 11 期。

量。他认为律师基于其与行政权力的‘自然亲和力’，以自身的权威遏制贫民的民主激情，从而维护西方政治民主制度的存续。”〔1〕许多国家的国家元首、政府首脑、部长、国会议员等成员都出身律师，这种律师参政、议政、从政现象在美国政治制度中表现得尤为明显，按照美国历史学家 H. S. 康马杰的观点，美国的政治实质上是律师接管的政治。〔2〕法国学者卢西恩·卡尔皮克（Lucien Karpik）在对 13 世纪~20 世纪法国律师业的历史变迁进行研究后，总结出律师与国家、律师与公众、律师与市场之间关系的单个阶段。他认为，律师职业是一项真正的政治运动，律师群体具有与众不同的律师集体人格的特点：他们是公众的发言人，他们公正无私，他们树立起了与“法学精神”相符的法律能力的集体形象。〔3〕

律师根据法律的授权，在维护社会公平与正义方面具有与司法机关相同的职能和职责，律师执业活动与检察官法律监督活动、法官司法活动在一个国家的司法制度中具有同等重要的地位且不能互相替代。律师与检察官、法官共同组成法律职业共同体。〔4〕在中国，律师是中国特色社会主义法治工作队伍的重要组成部分，是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量。律师事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分。从这个政治定位出发，律师的政治属性主要体现在：律师广泛参与政治生活。随着改革开放以来律师制度的恢复重建和律师业务的发展，当代中国律师不仅从事大量的诉讼业务活动和非诉业务活动，而且越来越多地介入到国家的政治生活当中。根据司法部发布的统计数据，截至 2017 年 12 月，律师行业中各级人大代表、政协委员共 7827 人，比上届增加 1939 人，增幅 32.9%。其中，各级人大代表 2552 人，比上届增加 894 人，增幅 54%；各级政协委员 5275 人，比上届增加 1045 人，增幅 24.7%。

二、律师的社会属性

律师是一种“社会性职业”，律师行业具有“社会性”的职业属性。1996 年《律师法》第 2 条规定，律师是“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”。2007 年修正后的《律师法》第 2 条也指出：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当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。”这些都是立法对律师职业“社会性”属性的确认。这种社会属性具体体现在以下几个方面：

（一）身份的社会性

从 1980 年《律师暂行条例》（已失效）中的“国家的法律工作者”，到 1996 年《律师法》“为社会提供法律服务的执业人员”，再到 2007 年的“为当事人提供法律服务的执业人员”，律师的职业属性随着职业身份的变化而逐渐向社会性转化。这种社会

〔1〕［法］托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆 1988 年版，第 302 页。
〔2〕参见王中华：《当代中国律师政治参与研究》，南京大学出版社 2012 年版，第 4 页。
〔3〕参见［法］利奥拉·伊斯雷尔：《法律武器的运用》，钟震宇译，社会科学文献出版社 2015 年版，第 35 页。
〔4〕参见郭春涛：“律师性质初论”，载《中国司法》2008 年第 11 期。

性具体表现在律师执业活动的非公务性上。与法官、检察官不同，律师不属于国家公职人员，不是国家的法律工作者，律师为当事人提供法律服务，是以“社会人”而非“国家工作人员”的身份进行的，其接受当事人的委托提供法律服务的执业活动就是为了维护“私权”，这与法官、检察官行使“公权”的职业属性截然不同。

（二）服务对象和领域的社会性

随着经济的发展和国家的进步，社会对于律师的需求也越来越广泛，在我国律师职业恢复之初，其主要业务是刑事辩护和诉讼代理。随着市场经济的深入发展，律师已经介入了金融、房地产、保险、证券、商标、专利、海事海商、知识产权保护、反倾销等非诉讼业务领域，社会各阶层和各领域都需要律师提供优质的法律服务以更有效地维护他们的合法权益，这种服务对象和服务领域的全方位性正是律师职业具有“社会性”的反映。此外，律师服务对象和领域的社会性也决定了律师职业应该有一种服务社会的精神，应该对社会有所贡献。这种贡献体现在律师在满足自己经济利益和需求的同时，也要努力成为稳定社会秩序、维护社会公正的重要力量。

（三）服务方式的社会性

与公检法代表国家行使公权力不同的是，律师代表的是私权，其权利来源于委托人的授权。这种不同的权利来源必然决定了律师的法律服务方式具有社会性的特征。其一，法官、检察官作为国家权力机构的成员，其能否办案以及办理多少案件，与社会信任度之间没有直接的关联。但律师就不同，为了赢得更多的案源，律师必须用自己的知识和技能赢得社会的信任，依靠社会认可度获得案源。其二，正因为律师服务的社会性，其所提供的法律服务行为不具有国家强制力作为后盾；而且，律师的法律服务必须是有偿的，律师依靠自身的专业法律服务获取相应的物质报酬，这是律师生存的物质基础。

三、律师的专业属性

律师职业为国家法律制度所确认，并由法律规定其从事职业的条件和执业范围。律师具有其他职业所不具有的特殊知识和技能，并以这种专业知识和技能为当事人提供法律服务，这就是律师职业专业性的内涵。这种专业性具体表现在以下几个方面：

（一）律师资格条件的专业性

无论是在古代还是现在，各个国家都规定，只有达到某种条件或者取得某些资格的人，才能从事律师职业。我国《律师法》第 5 条第 1 款规定：“申请律师执业，应当具备下列条件：①拥护中华人民共和国宪法；②通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格；③在律师事务所实习满一年；④品行良好。”在某一引起社会广泛关注的案件中，代理律师李某某的代理行为遭到舆论普遍质疑，其在网络上发表公开声明，称自己“就是一个江湖郎中，但是能治疗疑难杂症”。这种对于律师职业的自我定位是极度错误的。律师是取得国家专业资格，具有专门知识的专业人士，而绝不是没有执照、违法执业的“江湖郎中”。

（二）律师业务范围的专业性

律师从事的法律业务关乎当事人的利益，关乎公共利益，甚至关乎一国的法律秩

序。法律事务的复杂性，也要求处理法律事务的必须是具备专门知识的职业人士。可以说，原则上只有具有律师执业资格的人才能从事相关的法律事务。虽然没有哪个国家在所有法律领域都赋予律师垄断权，但是赋予律师部分法律事务的垄断权却是十分必要的。因为律师从事的法律事务涉及当事人的权益，如果不设立一定程度的律师垄断原则，就可能造成寻求法律协助之人遭到没有适当资格之人不当服务侵害的危险。

（三）律师执业技能的专业性

专业知识和专业技能不同，对于律师来说，专业技能可能比专业知识更加重要，这也是律师与法科生和学者的最大区别。律师职业的专业性不仅仅表现在律师资格取得需要具备专业知识，更表现在律师执业过程中，律师应不断进行业务培训，以获取和保持执业所需之专业技能，提升自己的业务水平。

第五节　律师职业的主要类别

一、国外律师的职业类别

律师职业伦理与律师的职业类别密切相关，不同类别的律师在具体职业伦理规范上也存在略微的不同。因此，我们在学习律师职业伦理时，有必要对律师的职业类别进行了解。

在英国及许多英联邦国家或受英国司法制度影响较深的地区，律师的职业类别有“大小”之分，所谓的“大律师”，就是前文提到的“出庭律师”，而“小律师”则主要是指“事务律师”。根据《英格兰及威尔士 2007 年事务律师行为守则》的规定，事务律师只能以下列几种身份在英格兰及威尔士的办事处以“事务律师”的身份执业：①单独负责人；②作为被认可组织的公司的主管、成员或股东；③作为被认可组织的有限责任合伙的成员；④受雇于律师事务所，且为在英格兰与威尔士的办事处执业目的。根据《英格兰及威尔士大律师行为守则》的规定，大律师可以分为“自营大律师”和“受雇大律师”。自营大律师不能与任何人共享办公设施或者其他住所，不得与任何人以任何形式共同执业。受雇大律师只能向下列人员提供法律服务：①在因该人的雇佣而起或者与之相关的事务中，任何雇员、董事或雇主的公司秘书；②在雇主是公共当局时，政府的部长或官员；③在大律师担任法官的助手或者履行该助手的职能时，他所服务的法官；④在大律师为行业协会所雇佣的情况下，该协会的任何个人成员。

在美国，律师的开业形式主要有三种：①私人开业；②联合开业；③合伙开业。就律师的职业类别，法律并没有进行明确规定，在实践中，一般可以有以下几种：①私人律师（private attorney），这类律师主要为个人或公司提供法律服务；②政府律师（government attorney），这类律师主要为政府提供法律服务，美国有 94 个联邦地区，每个地区的检察官（含检察官和助理检察官，每个地区约有 50 名）均为政府律师，均由总统任命；③民权律师（civil rights attorney），专门为黑人等少数民族和妇女、残疾人等各种人、各色人及受到歧视的弱势群体服务。

在德国，按照《德国专业律师法》的规定，可以为以下法律的律师颁发“专业律师”称号：行政法、税法、劳动法和社会法。其他专业律师称号可以颁发给以下法律的律师：家庭法、刑法、破产法、保险法、医药法、租赁和房屋产权法、交通法、建筑法、继承法、运输及航运法、商业保护法、交易和企业法、版权和媒体法、信息技术法、银行和资本市场法以及农业法。律师要想获得“专业律师”称号，必须具备特殊的理论知识和特殊的实践经验。例如，若一名律师要想获得“行政法专业律师”，则必须至少办理过 80 件案件，其中至少有 30 件经历了法庭审判，至少有 60 件案件涉及行政法的 3 个不同领域，其中每个专业领域至少有 5 件。

二、中国律师的职业类别

根据《律师法》，我国律师主要分为两大类：一类是社会律师，包括专职律师和兼职律师；另一类是军队律师。但是在实践中，我国还存在公职律师、公司律师、法律援助律师。2003 年 8 月 12 日发布的《司法部关于拓展和规范律师法律服务的意见》指出，律师业发展的主要目标是：完善律师组织结构，形成社会律师、公职律师、公司律师、军队律师并存发展，相互配合，优势互补的格局。2009 年 9 月 22 日发布的《司法部关于启用新版律师和律师事务所执业证书有关问题的通知》规定，“执业证类别”，在相应的执业证上填写“专职律师”“兼职律师”或者“香港居民律师”“澳门居民律师”“台湾居民律师”；律师工作证上的“工作证类别”填写“公职律师”“公司律师”或者“法律援助律师”。2018 年 12 月，司法部印发了《公职律师管理办法》《公司律师管理办法》，专门对公职律师、公司律师进行了规定。

（一）专职律师

专职律师是指取得法律职业资格证书，通过一年实习考核后，在律师事务所专门从事法律服务工作的律师。根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国专职律师已经达到 32.3 万多人。专职律师的业务类型既包括民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼等诉讼类业务，也包括劳动仲裁、商事仲裁等仲裁类业务，还包括法律咨询、法律顾问、公司尽职调查等非诉讼业务。

（二）兼职律师

兼职律师是指高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员，依法取得律师执业证书，经本单位同意兼职从事法律服务工作的人员。根据《律师执业管理办法》第 7 条的规定：“申请兼职律师执业，除符合本办法第 6 条规定的条件外，还应当具备下列条件：①在高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作；②经所在单位同意。”根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国兼职律师已经达到 1.2 万多人。

（三）公职律师

根据《公职律师管理办法》的规定，公职律师，是指任职于党政机关或者人民团体，依法取得司法行政机关颁发的公职律师证书，在本单位从事法律事务工作的公职人员。公职律师应当拥护中国共产党领导，拥护社会主义法治，模范遵守宪法和法律，忠于职守，勤勉尽责，恪守律师职业道德和执业纪律，维护法律正确实施，维护社会

公平和正义。司法行政机关对公职律师业务活动进行监督、指导。公职律师所在单位对公职律师进行日常管理。律师协会对公职律师实行行业自律。根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国公职律师已经达到 1. 8 万多人。

（四）公司律师

根据《公司律师管理办法》的规定，公司律师是指与国有企业订立劳动合同，依法取得司法行政机关颁发的公司律师证书，在本企业从事法律事务工作的员工。公司律师应当拥护中国共产党领导，拥护社会主义法治，模范遵守宪法和法律，忠于职守，勤勉尽责，恪守律师职业道德和执业纪律，维护本企业合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。司法行政机关对公司律师业务活动进行监督、指导。公司律师所在单位对公司律师进行日常管理。律师协会对公司律师实行行业自律。根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国公司律师已经达到 3800 多人。

（五）军队律师

中央军委 1992 年 9 月批准设立总政治部司法局，领导全军司法行政工作，从而使军队律师、法律顾问、法律咨询等工作归口政治机关统一领导和管理，理顺了体制。1993 年，中国人民解放军总政治部与司法部联合发布《关于军队法律服务工作有关问题的通知》，标志着国家认可在军队建立律师序列，并把军队律师初步纳入国家律师体制。《律师法》第 57 条明确规定："为军队提供法律服务的军队律师，其律师资格的取得和权利、义务及行为准则，适用本法规定。军队律师的具体管理办法，由国务院和中央军事委员会制定。"这标志着国家军队律师得到了法律上的正式认可。根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国军队律师已经达到 1500 人。

（六）法律援助律师

法律援助律师是指受聘于政府法律援助机构或其他部门，通过全国统一法律职业资格考试，取得法律职业资格证书和律师执业资格证书，专门从事法律援助工作的律师。2017 年 2 月，司法部、财政部在《关于律师开展法律援助工作的意见》中指出，建立法律援助值班律师制度，法律援助机构通过在人民法院、看守所派驻值班律师，依法为犯罪嫌疑人、被告人等提供法律咨询等法律帮助。建立法律援助机构与律师事务所、律师沟通机制，鼓励律师围绕法律援助制度改革、政策制定等建言献策，提高法律援助工作水平。2017 年 8 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发《关于开展法律援助值班律师工作的意见》，明确了法律援助值班律师运行模式，对法律援助工作站建设、值班律师选任、值班方式、工作要求等方面作出规定，要求法律援助机构通过派驻值班律师、及时安排值班律师等形式为犯罪嫌疑人、刑事被告人提供法律帮助，律师值班可以固定专人或者轮流值班。根据司法部的统计数据，截止到 2017 年 12 月，我国法律援助律师已经达到 6600 多人。

在实践中，除了上述分类外，我国还有"公益律师"这一类别。这里的"公益律师"主要是指取得法律职业资格证书，通过一年实习考核后，在律师事务所或民办非企业机构专门从事公益法律服务的律师。例如，北京致诚农民工法律援助与研究中心成立于 2005 年，是中国第一家依托专职律师为农民工提供免费法律服务的民间社会组织，这些律师只能从事公益法律服务，不能办理任何收费案件。

【案例 16-1】

浙江 LGB 律师违反律师执业许可条件被处中止会员权利 9 个月

【基本案情】LGB 律师是浙江 XT 律师事务所执业律师。2015 年 1 月 1 日，LGB 律师与浙江 PD 有限公司签订《劳动合同书》，合同约定 LGB 律师担任该公司副总经理，劳动报酬每月 5000 元，合同期限从 2015 年 1 月 1 日起至 2017 年 12 月 31 日止。在 2014 年度、2015 年度律师年度考核中，LGB 律师隐瞒了其兼职情况并通过年度考核。2016 年 8 月 21 日，LGB 律师与浙江 PD 有限公司签订《解除劳动关系证明书》，双方解除了劳动关系。

【具体理由】杭州市律师协会认为，LGB 律师作为一名专职律师，在执业期间与企业签订劳动合同，从事企业经营管理工作，已不符合专职律师执业许可条件，依法应当申请注销执业许可。为实现以专职律师身份继续执业的目的，LGB 律师在律师年度考核中隐瞒其兼职的真实情况，通过年度考核，并继续执业。LGB 律师的行为违反了《律师法》第 49 条第 1 款第 3 项之规定，属于向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假的违法行为，且事实清楚、证据充分，已受到相应的行政处罚。

【结果】杭州市律师协会决定：给予 LGB 律师中止会员权利 9 个月的行业处分。

第十七章

律师职业伦理概述

导　语

律师职业伦理是律师在执行职务、履行职责的过程中所应当遵守的职业行为规范。律师职业伦理在调整律师职业活动、保证法律服务质量、保护当事人合法权益方面具有重要作用。本章首先阐释了律师职业伦理的概念和特征，然后介绍了国内外律师职业伦理的基本要求，并具体分析了我国律师职业伦理规范的渊源与功能，最后就律师职业伦理的引导与监督进行了简要阐述。

第一节　律师职业伦理的内涵

一、律师职业伦理的概念

律师职业伦理有许多名称，如职业责任（professional responsibility）、法律伦理（legal ethics）、专业伦理（professional ethics）及专业伦理准则（canons of professional ethics）等，上述名称通常在国外律师职业研究文献中混用，然而也有微小区别。一般而言，职业伦理具有某些哲学意味，而职业责任则具有规则的含义。尽管律师职业行为规则是律师职业伦理的载体，但将职业伦理与职业行为规则加以区分的意义在于：职业伦理要行之有效，那么，律师群体不能仅仅将其视为一套规制律师的法律条文，而同时要将其视为应当尊重并切实履行的职业理想与追求。例如，美国律师职业伦理发展历程就走过了从早期职业伦理戒律到条文式职业行为规则，直到20世纪80年代之后“哲学与道德”回调的趋向。因此，将规制律师职业行为的相关法律法规以及行为准则称为律师职业伦理是完全适当的。正确认识律师职业伦理，就是正视律师职业本身。律师职业伦理在调整律师执业活动、保证法律服务质量方面具有重要作用。[1]

二、律师职业伦理的特征

随着我国律师制度的发展，律师职业伦理规范的建设也在不断完善，司法部的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》、中华全国律师协会的《律师执业行为规范（试行）》《律师职业道德基本准则》等规范都体现了律师职业伦理对于律师执业行为

〔1〕 参见许身健：“欧美律师职业伦理比较研究”，载《国家检察官学院学报》2014年第1期。

的约束。除了法律职业共同具备的职业伦理特征外，律师职业伦理独有的特征还具体表现在以下几个方面：

（一）律师职业伦理约束的主体是律师和律师事务所

这里的律师不仅是指律师事务所的律师，还包括在国家机关中任职的公职律师以及在公司企业中任职的公司律师，此外还包括实习律师和律师助理等。我国当前法律不允许律师直接以个人名义执业，而必须在律师事务所执业，律师承办业务由律师事务所统一收案、统一收费，因此，律师职业道德规范也同样适用于律师事务所，以约束其职业行为。我国 1996 年颁布，2001 年、2007 年、2012 年、2017 年修正的《律师法》，司法部 2010 年颁布的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》，全国律协 2004 年审议通过试行，2009 年、2011 年和 2017 年修订的《律师执业行为规范》以及 1999 年颁布、2004 年修订、2017 年再次修订的《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》都分别对律师和律师事务所的职业伦理以及违反职业伦理的职业责任作出了规定。

（二）律师职业伦理规范的对象主要是律师的执业行为

律师的执业行为主要体现为律师办理诉讼业务与非诉讼业务。诉讼业务是指律师依法接受公民、法人的委托或根据人民法院的指定，以代理人身份为被代理人办理诉讼事务的业务活动。它包括刑事诉讼业务、民事诉讼业务、行政诉讼业务；以上各类诉讼业务又可以分为一审诉讼业务、二审诉讼业务、申诉业务等。[1] 而非诉讼业务则主要是指律师接受公民、法人或者其他组织的委托，在其职权范围内依照有关法律、法规的规定，不与法院和仲裁委员会发生司法意义上的联系，直接为委托人办理某种法律事务的业务活动。[2]《律师法》第 28 条专门对律师可以从事的业务范围进行了规定，包括以下几类：①接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；②接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；③接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或者依法接受法律援助机构的指派，担任辩护人，接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；④接受委托，代理各类诉讼案件的申诉；⑤接受委托，参加调解、仲裁活动；⑥接受委托，提供非诉讼法律服务；⑦解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。律师在开展上述业务时必须遵守律师职业伦理规范的有关规定。此外，由于律师的一些非执业活动在一定程度上也影响着律师的职业形象，因此，一些与律师的职业形象直接相关的执业以外的活动，也应受到律师职业伦理的约束，例如律师的庭外言论、律师广告、律师宣传等，《律师执业行为规范（试行）》第三章专门对律师业务推广行为进行了规定。

（三）良好的律师职业伦理对社会具有正面的影响

律师作为建设法治中国、推进司法体制改革的重要力量，势必要在推进我国司法体制改革的进程中发挥不可或缺的作用。但是，律师这些重大作用的发挥依赖于律师

---

〔1〕 参见于绍元主编：《律师学》，群众出版社 2001 年版，第 289~290 页。

〔2〕 参见江国华主编：《司法实务》，武汉大学出版社 2015 年版，第 294 页。

对职业伦理的自觉遵守。良好的律师职业伦理建设可以促进律师全行业的整体进步，有利于律师人才素质的提高以及法律理想的重建；也有利于提升律师全行业的道德水平，减少律师违法违规执业行为的发生，从而有利于重塑和提升律师在社会公众心中正面的职业形象；还有利于树立律师正确的职业观和正义观，帮助律师在纷繁复杂的利益格局中明确自身定位，依法履行自身的职责和使命，合法、合理、合情地维护自身当事人的权益，从而促进社会整体的稳定与和谐。律师为社会提供法律服务，其在执业活动中与国家机关及其工作人员、企事业单位、社会团体以及当事人和其他诉讼参与人有着广泛的接触甚至直接的委托受托关系，律师的一言一行都代表着律师职业的形象，反映着律师队伍的素质。因此，良好的律师职业伦理对于提高公民的法律意识、推动国家的法治建设都有着十分重要的作用。

孟子曰："以善服人者，未有能服人者也。以善养人，然后能服天下。天下不心服而王者，未之有也。"意指伦理修为并不是徒托空言，而是以美德培育身体力行方能见效。[1] 律师职业伦理是展现伦理两面性的绝佳例子，它一方面是法律执业者高举用以自我正当化或自我批判的"理想"；另一方面，它也是实际存在的、被实践的"行规"。伦理这种"理想—实践"的两面性若能正向循环，则可以促进律师职业进一步发展，但是若理想与实践相背离且日渐遥远，则会使整个律师职业面临危机。[2]

第二节　律师职业伦理的基本要求

一、国外律师职业伦理的基本要求

各国律师职业伦理的基本要求与该国律师职业的历史发展密切相关，不同的国家，可能在赋予律师职业伦理的核心价值方面存在一定的差异。

在英国，《英格兰及威尔士 2007 年事务律师行为守则》在第一章"核心职责"中对事务律师职业伦理的基本要求进行了规定，主要包括以下内容：①公正和法治，事务律师必须维护法治和适当司法；②适当性，事务律师的行为必须具备适当性；③独立性，事务律师应该努力维护自身的独立性；④委托人的最大利益，事务律师必须为每个委托人的最大利益行事；⑤服务标准，事务律师必须为委托人提供符合良好标准的服务；⑥公众信任，事务律师不得作出可能有损公众对律师职业之信任的行为。[3] 此外，英国《法律服务法》也对"职业原则"（professional principles）进行了明确规定：①获授权人士应以独立及正直的态度从事法律服务；②获授权人士须维持适当的工作标准；③获授权人士须为其客户的最佳利益行事；④任何人如获授权在任何法庭上行使听讼权，或就任何法庭的诉讼程序进行诉讼，均须遵守其对法院的责任，即独立行事，以维护正义；⑤客户的事情应该保密。

---

〔1〕 参见台北律师公会主编：《法律伦理》，五南图书出版股份有限公司 2011 年版，第 18 页。

〔2〕 参见高思博："法律伦理作为角色伦理?"，载《世新法学》2013 年第 1 期。

〔3〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 60 页。

在美国，《律师职业行为示范规则》在“序言”中对律师职业伦理的基本要求进行了规定，主要包括以下几个方面：①在所有的职业职能中，律师都应当称职、迅捷和勤奋；②律师应当就代理事项与委托人保持交流；③律师应当就与委托人有关的信息保守秘密；④律师的行为应当遵循法律的要求，无论是为委托人提供职业服务，还是在律师业务或者律师个人事务中，均应如此；⑤律师只应为了合法目的而不能骚扰或者胁迫他人而诉诸法律程序；⑥律师应当对律师制度及维护法律制度之人（法官、检察官、公务员、其他律师等）表示尊重，维护法律程序是律师的责任。〔1〕

在澳大利亚，《澳大利亚律师协会示范规则》在“前言”中对律师职业伦理的基本要求进行了规定，主要包括以下几个方面：①出庭律师作为执业律师，必须保持高标准的职业操守；②作为专业辩护人的出庭律师在维护司法行政中，必须坚持诚实、公平、熟练、尽职、无畏的原则；③出庭律师对所出席的法院、其他机构和所代表的委托人，以及其他出庭律师和初级律师同事负有责任；④即使委托人有任何相反意愿，出庭律师也应该独立行使司法判断，提供法律意见，恰当地维护司法行政。

在德国，《德国联邦律师法》在第三编“律师的权利与义务以及律师间职业合作”中对律师的“基本义务”进行了规定，主要包括以下几个方面：①律师应当认真从事其职业，律师应当在从业过程中证明自己无愧于律师所要求的尊重和信任；②律师不接受危及其职业独立性的约束；③律师负有沉默义务，该义务涉及律师在执业中熟悉的一切事物，已经公开的事实或按其意义不再需要保密的事实不在此限；④律师在从事其职业时不得以不客观的方式行事，不客观特别指某项行为涉及故意传播不真实情况或者造成在程序中对其他当事人的贬低性陈述；⑤律师不得代理相互冲突的利益；⑥律师在处理委托给他的财产时负有必要的谨慎义务，他人的钱款应当立即交付给有受领权的人，或者存入信托存款账户中；⑦律师负有继续学习的义务。

在日本，根据《日本律师职务基本准则》的规定，律师应该遵守的“基本伦理”包括以下几个部分：①使命的认识，律师应该认识其使命是维护基本人权和实现社会正义，应努力实现该使命；②自由与独立，律师应该注重职务的自由与独立；③律师自治，律师应该认识律师自治的意义，努力维持其发展；④司法独立的拥护，律师要拥护司法独立，努力为司法制度的健全发展做贡献；⑤信义诚实，律师应尊重事实、遵从信义、诚实并且公正地履行职务；⑥名誉与信用，律师在注重名誉、维护信用的同时，应保持廉洁，时刻努力提高品格；⑦钻研，律师应加强素养，为了精通法律及法律事务要努力钻研；⑧公益活动的实践，律师应努力参加、实践与使命相符的公益活动。

综上所述，不同国家律师职业伦理的基本要求虽存在一定的差异，但是也存在一些共性之处。例如，都要求律师维持自身的独立性，都要求律师尊重司法人员、维护法治，都要求律师保守当事人秘密，也都要求律师勤勉尽责。

---

〔1〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 165 页。

二、中国律师职业伦理的基本要求

中国律师职业伦理的基本要求与中国律师职业的发展历史、角色定位以及职业属性密切相关。我国律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，律师必须切实贯彻社会主义核心价值观，做到讲道德、重品行、守规则。只有进一步加强职业道德建设，才能促使律师以良好的职业素养服务国家、社会和人民，充分发挥律师工作的职能作用，维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义。2014年5月23日，司法部印发了《关于进一步加强律师职业道德建设的意见》，其中明确指出："当前和今后一个时期加强律师队伍建设的主要任务是，大力加强以'忠诚、为民、法治、正义、诚信、敬业'为主要内容的律师职业道德建设，教育引导广大律师切实做到坚定信念、服务为民、忠于法律、维护正义、恪守诚信、爱岗敬业。"为贯彻落实该意见提出的要求，切实加强律师职业道德建设，促进律师依法规范诚信执业，中华全国律师协会制定了《律师职业道德基本准则》，对律师职业伦理的基本要求进行了规定。

（一）坚定信念

《律师职业道德基本准则》第1条规定，律师应当坚定中国特色社会主义理想信念，坚持中国特色社会主义律师制度的本质属性，拥护党的领导，拥护社会主义制度，自觉维护宪法和法律尊严。

（二）执业为民

《律师职业道德基本准则》第2条规定，律师应当始终把执业为民作为根本宗旨，全心全意为人民群众服务，通过执业活动努力维护人民群众的根本利益，维护公民、法人和其他组织的合法权益。认真履行法律援助义务，积极参加社会公益活动，自觉承担社会责任。

（三）维护法治

《律师职业道德基本准则》第3条规定，律师应当坚定法治信仰，牢固树立法治意识，模范遵守宪法和法律，切实维护宪法和法律尊严。在执业中坚持以事实为根据，以法律为准绳，严格依法履责，尊重司法权威，遵守诉讼规则和法庭纪律，与司法人员建立良性互动关系，维护法律正确实施，促进司法公正。

（四）追求正义

《律师职业道德基本准则》第4条规定，律师应当把维护公平正义作为核心价值追求，为当事人提供勤勉尽责、优质高效的法律服务，努力维护当事人合法权益。引导当事人依法理性维权，维护社会大局稳定。依法充分履行辩护或代理职责，促进案件依法、公正解决。

（五）诚实守信

《律师职业道德基本准则》第5条规定，律师应当牢固树立诚信意识，自觉遵守执业行为规范，在执业中恪尽职守、诚实守信、勤勉尽责、严格自律。积极履行合同约定义务和法定义务，维护委托人合法权益，保守在执业活动中知悉的国家机密、商业秘密和个人隐私。

（六）勤勉尽责

《律师职业道德基本准则》第6条规定，律师应当热爱律师职业，珍惜律师荣誉，树立正确的执业理念，不断提高专业素质和执业水平，注重陶冶个人品行和道德情操，忠于职守，爱岗敬业，尊重同行，维护律师的个人声誉和律师行业形象。

第三节 律师职业伦理规范的渊源与功能

一、律师职业伦理规范的渊源

从规范意义上看，律师职业伦理规范作为律师职业伦理的具体化体现，依其内容可以大致分为两种类型：①期待性规范（aspiration codes），是指律师执业行为的最高道德标准，期待律师职业能够努力实现的理想，一般比较抽象；②惩戒性规范（disciplinary codes），是指律师执业行为的最低公分母，对于违反者即进行惩戒处罚，一般比较具体。[1] 期待性规范是律师职业伦理道德性的体现，而惩戒性规范则是律师职业伦理非道德性的体现，二者共同构成了律师职业伦理，缺一不可。从规范形式上看，律师职业伦理规范的渊源主要表现为以下几个方面。

（一）法律

法律是最低限度的道德，因此，伦理道德规范中的核心内容往往会被法律所吸收，上升为法律规范。在《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》三大诉讼法中，对于律师等法律职业人员的职业行为规范多有规定。比如，在《刑事诉讼法》中，对于辩护律师义务的相关规定，实际上就属于辩护律师刑事诉讼中的行为规范。此外，《律师法》在第四章“律师的业务和权利、义务”中也集中规定了许多律师义务规范，如与司法人员关系、与当事人关系的规范等，都是律师职业道德规范的重要内容。

（二）司法解释

最高人民法院与最高人民检察院的许多司法解释也会涉及律师的行为规范问题。比如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中有关回避问题、辩护人范围问题、律师保密义务等问题都把基本法律中抽象的、原则的律师职业道德规范加以具体化，使之具有更强的可操作性。

（三）行政法规

这一类规范主要集中在国务院发布的有关部门行政法规中，比如《法律援助条例》就有许多有关律师职业行为规则、律师和律师事务所承担法律援助的责任和义务的相关规范。

（四）部门规章

这一类规范主要集中在国务院司法行政部门发布的有关部门行政规章之中。比如《律师执业管理办法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》等。这些有关律师管理的行政规章中存在大量的律师职业规范的内容。

---

〔1〕 参见台北律师公会主编：《法律伦理》，五南图书出版股份有限公司2011年版，第17页。

（五）行业规范

行业规范主要是中华全国律师协会和地方律师协会发布的有关律师行业管理的规范性文件。比较有代表性的是中华全国律师协会发布的《律师执业行为规范（试行）》《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》《律师职业道德基本准则》等。这些行业规范集中反映了律师职业的伦理规范，是律师职业伦理规范的核心渊源。

（六）道德规范

律师职业伦理规范的渊源除了法律和有关律师职业的伦理规范外，还包括一般的社会伦理道德规范。其中比较重要的有党的十四届六中全会通过的《中共中央关于加强社会主义精神文明建设若干重要问题的决议》，以及 2001 年发布的《公民道德建设实施纲要》，其中涉及的职业道德的内容和要求，对于研究和制定律师职业伦理规范也具有直接的指导作用。

二、律师职业伦理规范的功能

在社会大分工和价值多元的宏观背景下，职业伦理对于社会风气的塑造、社会秩序的稳定发挥着重要的作用。律师职业伦理也不例外。它不但能够激发律师群体对于律师职业的价值感和尊荣感，也能促进社会公众对律师职业甚至法治事业的信任和认同。基于法律职业的价值判断和共同理想而构建的律师职业伦理规范，至少可以发挥如下功能：

1. 律师职业伦理规范可以对律师的执业活动起到规范和保护的作用。与一般社会道德不同的是，律师职业伦理是对外在行为的有形约束，其规范的是律师的言行而非思想。明确的职业伦理规范可以作为律师执业行为的标准与界限，明确告诉律师哪些行为可以做、哪些行为不可以做，以及相应的行为后果，它不但是律师职业的理想追求，更是律师职业的行为底线。此外，律师也不应仅仅把职业伦理规范看作对自己的约束，而应该看到其保护律师权益的方面。如果没有职业伦理规范的明确规定，律师往往不知道行为的界限究竟在哪里，而可能直接面对民事责任甚至刑事责任的追究。因此，职业伦理规范以及行业纪律惩戒，其实在某种程度上可以起到对律师的提醒和保护作用。

2. 律师职业伦理规范可以对律师的执业行为起到评价和矫正的作用。如果没有明确的职业伦理规范，律师采取的很多做法可能违背社会道德，但却没有明确的评价依据，也无法对其进行行业纪律制裁。职业伦理规范可以使这种评价标准明确化，将停留于感觉的道德评价要件化，正是因为有了这种明确的伦理规范，才能使得法律群体和社会公众在一些具体的细节上达成道德共识，也才能让律师心悦诚服地接受行业纪律的处罚，并根据规范的内容调整自己的行为，如果职业伦理规范仍然停留在主观评价的模糊认知阶段，就无法对律师群体起到评价和矫正的作用。

3. 律师职业伦理规范还可以对律师群体起到约束和强制的作用。在没有律师职业伦理规范之前，律师采取某些行为可能还会存在侥幸心理，但一旦确立了明确的规范要求并与纪律惩戒建立关联之后，律师在进行违反职业伦理规范的行为时就不得不顾虑其可能产生的法律后果。比如，如果私下收费被发现，将处以停业或吊销律师资格

的处罚，律师一定会权衡私下收费的利弊并最终选择合理合规地建立委托关系。而且，律师职业伦理规范与社会道德规范不同的是，它并非依靠公民内心的道德，通过自律得以自动实现，而是依靠外在有形的强制力确保实现。因此，在执行效果上要远远高于普通的社会道德规范。

第四节 律师职业伦理的引导与监督

从世界各国律师职业的发展历程来看，各国无不对律师职业采取一定的规制措施，并没有任其自由发展。对于律师职业的规制研究，目前国内尚无系统性研究成果，反倒是国外许多学者从各个角度探讨了律师职业规制。例如，英国学者弗兰克·斯蒂芬（Frank Stephen）在其著作《律师、市场与规制》中曾对律师职业的规制进行了系统研究。本部分对规制律师职业的理由、律师职业伦理的监督进行简单阐述。

一、律师职业的规制理由

美国学者罗素·皮尔斯（Russell Pearce）、勒妮·纽曼·克纳克（Renee Newman Knake）以及加拿大学者诺埃尔·森普尔（Noel Semple）通过对美国、加拿大、英国（英格兰和威尔士）、澳大利亚等国家律师职业规制进行比较研究，对规制律师职业的理由进行了系统总结，[1] 目前主要有三种视角。

（一）私人利益理论

有些人认为规制主要是为了保护律师自己的利益，规制是为了使法律界能够将自己定位为独立和特殊的行业，从而证明收取高额费用是正当的。在这一模式下，规制的核心目标是加强律师和非律师（lawyers and non-lawyers）之间的区别。这种观点是“规制俘获理论”（capture theory of regulation）的一种应用，该理论认为，规制通常是由受规制群体“获得”的，而且“设计和操作主要是为了其利益”。[2] 美国学者理查德·埃贝尔（Richard Abel）辩称，规制被用来使律师行业合法化，抑制竞争，并避免受到外部人士的监视。律师协会在这场斗争中使用了各种各样的策略：①它们试图通过立法将它们垄断的业务范围尽可能扩大，包括出具法律意见、起草遗嘱、收集转让债权、产权过户、起草契约、代表行政机构出庭等；②律师协会和与之竞争的行业协商达成协议，划分彼此的市场；③律师行业还以向某些个人或团体提起诉讼的方式，寻求法院对这些人发出禁制令、引用严重藐视法庭行为的罪名以及刑事定罪来反对他们。[3]

---

〔1〕 Russell Pearce, Noel Semple, Renee Newman Knake, “A Taxonomy of Lawyer Regulation: How Contrasting Theories of Regulation Explain the Divergent Regulatory Regimes in Australia, England and Wales, and North America”, *Legal Ethics*, Vol. 16, Issue 2 (2013), pp. 258~283.

〔2〕 George J. Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3~21.

〔3〕 参见［美］理查德·埃贝尔：《美国律师》，张元元、张国峰译，中国政法大学出版社 2009 年版，第 147 页。

（二）委托人利益理论

有些人则认为，监管主要是为了保护委托人不被利用。这种做法的前提通常是：律师行业不能由正常的自由市场来运作。委托人无法知道自己是否受到了不公正的对待或得到了错误的法律建议。英国学者乔纳森·赫林举了一个例子，他说，当我们买了一台有缺陷的电脑，我们可能很快就会意识到这个电脑是有问题的；然而，当我们得到一份起草得很糟糕的遗嘱或离婚谈判协议，我们往往无法意识到自己得到的服务很差。此外，当委托人寻求法律咨询时，他们往往处于人生的危急时刻，因此特别容易受到伤害。所有这些都要求对律师进行特别严格的规制。[1]

（三）公共利益理论

美国学者布拉德利·温德尔（W. Bradley Wendel）认为，美国律师似乎已经达成共识，全球化和信息技术正在从根本上改变法律实践。特别是，非律师越来越多地参与传统上被定义为法律实践的活动。当然，法律界历来被赋予垄断地位，可以提供任何被视为从事法律工作的服务。因此，来自不同学科的非律师——会计师、顾问、商业管理人员、金融家和信息技术专业人员——参与提供法律服务，并未受到许多律师的热烈欢迎。布拉德利·温德尔进一步认为，在某些方面，律师确实比非律师强，如辩护、推理等，但这并不是主要区别，主要区别在于律师职业的核心价值。此外，律师的角色与“律师—委托人关系”也是有区别的，因为律师深深地植根于整个司法制度中，并与某些核心价值相关联。最后，布拉德利·温德尔认为，委托人利益在关于核心价值的辩论中发挥了突出的作用，这是它们应该发挥的作用。然而，令人关切的是，虽然非委托人（non-clients）的利益所起的作用相对较小，但却更加值得重视。在目前关于职业规制、放松规制（deregulation）和规制改革的讨论中，最重要的是不能忽视构成法律职业核心价值基础的社会利益（social interests）。[2]

二、国外律师职业伦理的监督

在不同的国家，律师职业伦理的监督与引导之专责组织也不同，更具体来说，是享有律师惩戒权的组织并不一致。

在英国，英国议会在2007年通过了《法律服务法》，对其法律服务规制体系作了很大的改革。主要包括以下几个方面：①建立了统一的法律服务监管机构——法律服务委员会（legal service board），作为各法律服务行业的监管机构，只有当这些监管机构未能合理地履行其监管职能时，才出面干涉；②设立法律投诉办公室（office for legal complaints），统一受理客户对法律服务的投诉；③将法律职业团体的监管职能与代表职能分开：事务律师监管机构SRA（solicitors regulation authority）和出庭律师标准委员会BSB（bar standards board）分别从事务律师协会（law society）和出庭律师公会（bar council）中独立出来，有权审查律师的卷宗，责令律师把卷宗交到办公室，其工作人员大部分曾经是资深职业律师，也包括专家学者，既具有丰富的职业经验，又具有超

---

〔1〕 Jonathan Herring, *Legal Ethics* (*Second edition*), Oxford : Oxford University Press, 2017, p. 74.

〔2〕 W. Bradley Wendel, “In Search of Core Values”, *Legal Ethics*, Vol. 16, Issue 2 (2013), pp. 350~366.

然的法律地位，能够使人比较信服地行使权力。总体而言，英国改革形成了一个法律服务的合作规制（co-regulation）体制，目标是使公共规制和职业团体自我规制之间的权力配置更为合理。[1]

在美国，美国律师以行业协会（律师协会）为主进行管理，联邦政府司法行政部门并不管理律师。与美国政治制度相一致，各州在本州事务上享有很大的自主权，州一级的律师协会在律师管理体制中扮演着主要角色。在律师组织方面，联邦和州的律师协会没有隶属关系。除律师协会管理律师外，法院也管理律师，与律师协会共同管理律师，并且在名义上，法院占有更重的分量。州律师协会是律师管理主体，其主要职责包括：主持每年 2 次的律师资格考试；对律师进行继续教育；对律师的举报进行调查，对不遵守职业道德的律师进行惩戒；修改、发展律师工作规则；协助立法和推荐律师开展业务活动。法院在律师管理体制中的职责包括：①颁发律师执照，扮演最后颁发律师执照的角色，执业资格审核仍由律师协会负责；②对律师适用惩戒，承担律师惩戒最后裁决职能，但只适用于暂停执业、取消资格等惩戒措施；③利用判例法，通过或创制有关律师执业的法规、规则，解释法律；④行使司法监督权管理律师，尤其针对律师渎职案件、藐视法庭案件、收费争议案件和利益冲突案件。[2]

在德国，律师虽然为自由职业，但律师协会必须接受司法行政部门的监督和指导。司法行政部门的主要职责是监督律师协会遵守法律和章程，特别是履行其职责的情况。德国联邦司法部部长对联邦律师委员会工作进行监督，保证律师协会遵守律师守则，特别要保证律师在执行其职责时遵守法律；德国联邦律师协会主席将律师协会的工作报告送交联邦司法部部长，同时根据《德意志联邦共和国律师条例》，联邦律师协会、州律师协会都属于公共的法律团体组织，受联邦司法部部长的指导和监督。[3]

在日本，律师职业伦理的监督与倡导主要是由律师协会负责，包括日本律师联合会与地方律师会。按照《日本律师法》的规定，律师必须在日本律师联合会备置的律师名册中注册，律师应当经由他将入会的律师会，向日本律师联合会申请注册。地方律师会的目的是：鉴于律师及律师法人的使命和职务，为保持其品质，努力改善律师及律师法人的事务，对律师和律师法人进行指导、联系和监督。日本律师联合会的目的是：鉴于律师、律师法人的使命和职务，维护其品格，改善和提高律师及律师法人的事务，处理有关指导、联系和监督律师、律师法人和律师会的事务。[4]

三、中国律师职业伦理的监督

在律师职业伦理的监督与引导方面，司法行政机关和律师协会都发挥着非常重要的作用。在我国，尽管全国律师协会单独制定了《律师职业道德基本准则》和《律师执业行为规范（试行）》，但从《律师法》的规定来看，实际上是各级司法行政机关

---

〔1〕 参见李洪雷："迈向合作规制：英国法律服务规制体制改革及其启示"，载《华东政法大学学报》2014 年第 2 期。

〔2〕 参见袁钢："国外律师管理体制的类型研究（上）"，载《中国律师》2017 年第 9 期。

〔3〕 参见袁钢："国外律师管理体制的类型研究（下）"，载《中国律师》2017 年第 10 期。

〔4〕 参见张凌、于秀峰编译：《日本司法制度法律规范总览》，人民法院出版社 2017 年版，第 533 页。

和律师协会根据各自的职责共同监督律师执业活动，对违反律师职业伦理规范的律师，由司法行政机关行使处罚权或者由律师协会行使处分权。事实上，律师的专业化使得司法行政机关很难在律师的职业范围内有效行使直接管理的职能。因此，现阶段，我们普遍实行一种“两结合”的行业管理模式，也就是“司法行政机关进行行政管理”和“律师协会进行行业自律”相结合的律师管理体制，实践证明，“两结合”管理体制是适应我国国情和律师行业发展实际、具有中国特色的社会主义律师管理体制。

1. 司法行政机关与律师协会的工作协调机制。各级司法行政机关通过健全完善司法行政机关律师管理机构与律师协会之间的重要决策会商、重要情况沟通、重要信息共享的工作机制，不断提高管理工作水平和律师协会行业自律能力，为监督和引导律师职业伦理创建一个良好的制度环境和信息共享机制，弥补各种管理能力的不足。

2. 司法行政机关与律师协会对律师事务所的管理。为引导律师事务所及其律师加强自律管理，依法、诚信、尽责执业，各级司法行政机关、各地律师协会不断加强对律师和律师事务所的监督管理。这些工作主要体现在：依法组织开展律师事务所年度检查考核，加强对律师事务所执业和管理活动的监督；建立健全密切配合、有机衔接的流动律师管理工作机制；推动律师事务所建立健全科学合理的人员管理、业务管理、收入分配、风险防范等内部管理制度，强化自我教育、自我管理和自我约束。通过这些律师事务所管理制度的完善，为律师职业伦理的监督和引导提供一个良好的微观制度环境。

3. 司法行政机关和律师协会联合或分别出台一些行业自律规则和业务指引，对律师职业伦理进行具体微观层面的引导。全国律协先后制定出台了一系列行业自律规则，以及一批专业法律服务领域的业务指引，确保律师执业行为有规可依、有章可循。各地律师协会还普遍设立了维护律师执业合法权益、律师行业规则等的专门委员会和刑事、民事、行政法等专业委员会，积极开展律师业务研究、交流和指导，推动律师服务专业化、规范化。

4. 司法部和各地司法行政机关、律师协会还通过业务培训和教材编写加大对律师职业伦理和工作作风的引导，同时，还严格律师执业许可条件和程序，依法开展律师及律师事务所执业申请的审核工作，加强对申请律师执业人员思想政治素质和职业道德素质的考察。很多地方的司法行政机关和律师协会还开通投诉热线，完善违法行为投诉查处程序，建立健全被处罚律师和律师事务所通报制度及不良记录制度，督促律师事务所建立违规律师辞退和除名制度，加大对律师和律师事务所违法行为查处力度，有力地维护律师队伍的整体形象。

第十八章

律师业务推广规范

导 语

律师业务推广，是指律师和律师事务所通过发布法律服务业务信息等方式扩展业务的活动。中国律师界对于律师业务推广基本持开放的态度，但由于律师业务推广活动经常存在虚假宣传、不正当竞争等问题，因此有必要对律师业务推广行为进行规范。本章主要阐述了我国律师业务推广的基本原则和要求，并简要介绍了国内外对律师业务推广的规范限制情况。

第一节 律师业务推广概述

一、律师业务推广的概念

律师业务推广，是指律师和律师事务所通过发布法律服务业务信息等方式扩展业务的活动。《律师执业行为规范（试行）》第3章“律师业务推广行为规范”专门对“律师业务推广”进行了规定，具体包括“业务推广原则”“律师业务推广广告”“律师宣传”。2018年1月，中华全国律师协会发布了《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》，其目的是加强行业自律管理，维护律师行业的整体形象，规范律师、律师事务所的业务推广行为。按照《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》之规定，律师业务推广是指律师、律师事务所为扩大影响、承揽业务、树立品牌，自行或授权他人向社会公众发布法律服务信息的行为。律师业务推广主要包括以下方式：①发布律师个人广告、律师事务所广告；②建立、注册和使用网站、博客、微信公众号、领英等互联网媒介；③印制和使用名片、宣传册等具有业务推广性质的书面资料或视听资料；④出版书籍、发表文章；⑤举办、参加、资助会议、评比、评选活动；⑥其他可传达至社会公众的业务推广方式。

此外，一些地方律师协会也针对律师业务推广制定了相应的规范，例如，广东省律师协会就制定了《广东省律师事务所及律师业务推广宣传行为守则》，其目的是规范广东省律师及律师事务所的业务推广宣传行为，鼓励和保障律师之间以及律师事务所之间的公平竞争，维护律师行业的执业秩序，其适用范围是广东省律师及律师事务所为扩大自身影响，承揽业务，树立品牌，自行或授权他人开展的各种律师业务推广宣传行为。

二、律师业务推广的必要性

按照《中华人民共和国国家标准：国民经济行业分类》的划分，“法律服务”（legal service）属于“商务服务业”这一“大类”下的“中类”，具体还包括“律师及相关法律服务”“公证服务”“其他法律服务”。按照《中华人民共和国国家标准：国民经济行业分类》的界定，“法律服务”是指律师、公证、仲裁、调解等活动；“律师及相关法律服务”是指在民事案件、刑事案件和其他案件中，为原、被告双方提供法律代理服务，以及为一般民事行为提供的法律咨询服务。

对于“商务服务业”而言，经营者们已经普遍认识到以市场营销手段获得更多客户的重要性，不同种类的业务推广手段因而受到重视，其中以广告最为突出。“广告”的英文单词为“advertise”，按照《牛津英语词典》的解释，其含义为“向公众宣传一种产品或服务，以鼓励人们购买或使用它”或者“让公众知道将要发生的事情”。在汉语中，“广告”两字最直接的展开意义就是“广而告之”，即广泛地向目标大众传递信息。《中华人民共和国广告法》（以下简称《广告法》）对“广告”的定义是“商品经营者或者服务提供者通过一定的媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告”。从市场营销的角度看，广告一般具有如下作用：①促进购买。广告的直接目的就是促进产品的销售，在广告中传达有关产品、服务的功能、品质以及自身优势等方面的信息，实现对销售业绩的直接提升。②树立品牌形象。在广告中传达品牌的个性，与消费者建立情感上的联系，让消费者对品牌产生认同，以此培养消费者对品牌的好感度与忠诚度。③树立企业形象。在广告中向公众展示企业实力、社会责任感和使命感，以期获得消费者的认可，增强消费者对企业的好感度和美誉度，从而带动产品销售。[1]

经济学意义上的“服务”是一种可供销售的活动，是以等价交换的形式满足企业、公共团体或其他社会公众的需要而提供的劳务活动或物质产品。在实践中，法律服务一般主要遵循“等价劳动交换”的市场规则，换言之，以提供法律服务换取相应的报酬。因此，法律服务被归入“商务服务业”的范畴，也正是基于这样一种性质划分，法律服务的运作也势必会受到商务服务业一般运作规则的影响，包括借助广告来推广业务。尽管从“法律服务”所处的行业地位来看，利用广告等方式进行业务推广似乎并不存在任何障碍，相反还具有现实基础。然而，在法律界，关于律师职业能否利用广告推广业务，在各国都曾引发过广泛的讨论。换言之，对于律师业务推广的必要性，在不同法制语境下有不同的答案。

在美国，美国律师协会于1969年通过的《职业责任守则》第2条准则的惩戒规则规定，律师不应当通过报纸或杂志广告、广播或者电视公告、城市展示广告或电话簿以及其他商业宣传方式来宣传自己是律师，他也不应当授权或允许其他人为他做上述事项。美国律师协会之所以采取了这样一种态度，原因在于：美国律师界的精英们认为，法律是一种职业（profession），而不是一种商业（business）。允许律师自我炫耀将

---

〔1〕 参见萧冰、王茜：《广告的力量》，上海交通大学出版社2016年版，第29~30页。

破坏律师的职业精神，破坏律师的职业形象和声望。这样的态度一直持续到 1977 年以后才有所改善。1977 年 6 月，美国联邦最高法院在 *Bates v. State Bar of Arizona* 案中对律师能否利用广告进行业务推广进行了判决，并对一些极具争议性的问题进行了辨析。

1. 关于律师广告是否会对法律职业主义产生负面影响（the adverse effect on professionalism）。律师协会认为，律师广告将对律师职业产生不利影响，法律职业主义的关键在于法律职业所产生的自豪感（sense of pride），律师广告将导致律师职业的商业化（commercialization），这将严重损害律师的尊严感（sense of dignity）和自我价值（self-worth）。法院认为，从事法律职业必须具备公共服务精神这是毋庸置疑的，但是律师广告与法律职业精神消解之间的关系是存在张力的。广告会降低律师在社会上的声誉的说法是值得商榷的，银行家和工程师也做广告，但并不被认为有损这些职业的声誉。相反，律师没有刊登广告，令公众对该行业的幻想破灭。广告的缺失，反映了该行业未能向社会伸出援手，也未能为社会提供服务。

2. 关于律师广告是否具有天然的误导性（the inherently misleading nature of attorney advertising）。律师协会认为，律师广告天然具有误导性，原因如下：①法律服务在内容和质量上都具有个性色彩，无法通过广告进行比较；②法律服务的消费者不能够根据广告事先确定他需要什么服务；③律师广告只强调与所提供的法律服务关系不大的因素而不会展现相关的技能因素。法院认为，律师广告并非天然具有误导性：①法律服务并非必然缺少衡量标准，一些特定服务，如无争议的离婚案件、简单的收养关系案件，均可以事先确定固定的广告价格，法律服务的特定性并不妨碍律师在广告约定价格的基础上提供必要的法律服务；②并非所有的法律服务消费者都不能事先确定其需要什么法律服务；③认为律师广告不能为选择律师提供完全根据的说法是没有价值的。禁止律师广告只会限制消费者获得法律服务信息的途径，而消除公众对法律服务不了解的最好办法是让他们获得更多的法律服务信息，而不是采取相反的做法。

3. 关于律师广告是否会对司法制度产生消极影响（the adverse effect on the administration of justice）。律师协会认为，律师广告将对司法制度产生消极影响，原因如下：①律师广告可能产生挑起诉讼的不良效果，而司法制度的目的是为那些受到不公正待遇的人提供救济；②律师广告可能会鼓励人们将所有的纠纷都带入法庭，从而不必要地扰乱社会安宁。法院认为，律师的广告并不是对司法体系造成绝对损害的根源，相反它可能会带来很大的好处。虽然广告可能会增加司法机制的使用频率，但我们不能接受这样的观念：对一名普通公民而言，默默地忍受错误总比通过法律行动纠正错误要好。在市场经济中，广告作为供给方向需求方表达其服务的可得性和交换条件的传统机制，则有利于解决这一众所周知的问题。因此，律师广告非但不会给司法管理带来危害，反而可能带来许多好处。

4. 关于律师广告是否会带来不利的经济后果（the undersirable economic effects of advertising）。律师协会认为，律师广告会带来不利的经济后果，原因有二：①律师广告会增加律师行业的间接成本（overhead costs），这些成本会以增加律师费用的方式转嫁给消费者；②律师执业的额外成本将造成巨大的进入障碍，阻碍或阻止年轻律师进入市场，巩固律师协会现有会员的地位。法院认为，禁止律师广告使消费者更难以找到

法律服务物美价廉者，从而使律师与市场竞争相隔绝，削弱了律师进行价格竞争的动因。律师广告能促使律师在市场竞争中降低法律服务价格。律师广告费用会成为新律师进入法律服务市场的障碍的说法也是缺乏说服力的，如果没有广告，律师必须通过加强同公众的联系来获得业务，而建立这种联系则需要时间，这种时间上的必要性也会成为维护法律服务市场地位既得者利益的手段。

5. 关于律师广告是否会对法律服务质量产生不良影响（the adverse effect of advertising on the quality of service）。律师协会认为，律师通常会以固定的价格为给定的“一揽子”（package）法律服务做广告，并且倾向于不加区别地使用标准化的“一揽子”服务，而不管它是否符合客户的需要。法院认为，对律师广告的限制并不是阻止律师劣质服务的有效方式。无论广告规则如何规定，那些倾向于降低服务质量的律师依然会这么做。此外，标准化费用的广告并不一定意味着律师所提供的服务是不符合标准的。

6. 关于律师广告是否会带来执行上的困难（the difficulties of enforcement）。律师协会认为，由于公众对法律服务缺乏了解，因而特别易于受到律师广告的误导和欺骗。受到误导和欺骗的人由于缺乏判断其得到的法律服务是否符合律师职业标准的能力，因此其事后提起的诉讼缺乏现实的约束力。这样就需要设立专门规范、调整律师广告行为的机构，而律师数量又非常多，因此，对律师广告行为的审查工作非常繁重，很难操作。法院认为，反对律师广告者一方面赞扬律师职业的美德，另一方面又认为其成员会找机会误导和欺骗其委托人，这两种说法自相矛盾。即使有了律师广告，绝大多数律师仍会一如既往地维护法律职业的廉正和尊严，会一如既往地维护法律制度。此外，绝大多数律师会像对待律师职业中其他不当行为一样，反对滥用律师广告的行为，因此，律师广告不难操作。

最后，美国联邦最高法院判决，律师广告作为一种“商业言论”，受美国宪法第一修正案的保护，对于不具有虚假性、欺骗性，也不具有误导性的律师广告，各州不得进行全面禁止。

在中国，从前面的论述可知，中国律师界对于律师业务推广是持开放的态度，但是必须严格按照律师协会制定的规范进行。《律师执业行为规范（试行）》第16、17条规定，律师和律师事务所推广律师业务，应当遵守平等、诚信原则，遵守律师职业道德和执业纪律，遵守律师行业公认的行业准则，公平竞争。律师和律师事务所应当通过提高自身综合素质、提高法律服务质量、加强自身业务竞争能力的途径，开展、推广律师业务。业内人士认为，律师业务推广的主要作用可以表现在以下四个方面：①稳定客户。律师业务中，客户可能是流动不定的，这并不是律师行业发展不稳定造成的，而是这个行业的社会特征。但是通过执业推广活动的有效进行，让目标客户更多地了解、熟悉律师的服务特色，进而培养一大批律师业务的忠实拥护者和忠诚于律师的客户，就可以达到稳定客户的目的。市场执业推广活动，也能促进律师广告的需求和增长。②塑造形象。律师事务所在开展推广活动的过程中，通过客观有效的宣传活动，把律师行业的服务特点和良好的品牌形象传送给客户，从而达到广告效益和满足客户个性化的需要。这与律师广告的效果是一致的。③传递信息。执业推广能在律

师和客户之间进行长时间和不断更新的信息交流，能将法律服务的信息传递给目标客户，从而解决广告向客户传递信息有限性的矛盾，这是有异于广告的。但在很多手段和资讯供给中，却又少不了广告的作用。④刺激需求。客观上说，执业推广通过推广活动为客户提供的消费刺激、消费倾向和唤起的消费欲，则又完全是属于广告性质的。

三、规范律师业务推广之必要性

在一般的广告宣传中，经常存在以下几类问题：①广告宣传中的虚假性。一些广告不按《广告法》的要求实事求是地宣传产品、服务，带有很大的虚假性。②广告宣传中的片面性。一些广告在进行宣传时，只讲优点，不讲缺点。③广告宣传中的误导性。一些广告在进行内容设计时，故意模糊一些关键信息，给消费者造成误解。对于不正当的广告，国外存在不同的认定标准。例如，在德国，不正当广告必须具备两个要素：①必须具有竞争的目的；②必须违反善良风俗。在美国，不正当广告的主要情形则主要包括：①缺乏实证的广告说明；②缺乏必要的披露。[1]

对于不正当广告行为，实践中通常采取的规制措施主要有：①完善广告立法。例如，我国通过《广告法》《刑法》等法律法规对不正当广告行为进行规制；欧盟于1984年出台了关于误导性广告的管理指令，1997年进行了修改，2005年和2006年又先后专门制定了《关于误导广告和比较广告的指令》。②加强广告监管。例如，在英国，广告监管主要是通过行业自律机构实施，包括对误导性广告的监管。[2]

在律师业务推广中，律师广告的规制问题历来受到重视。日本学者认为，在律师界，传统的看法是广告乃营利的竞争手段，和负有维护基本人权、实现社会公共正义的使命的律师不相称，会损害律师的品格。而且广告如果有虚假或夸大成分，广告就成为践踏对律师职业信赖的工具。[3] 我国学者认为，之所以需要对律师推广业务进行规范，主要有以下三个方面的原因：[4]

1. 规范律师业务推广是律师职业属性的基本要求。律师和律师事务所在进行业务推广活动的过程中，应能够“展示法律团体的固有尊严和专业属性”，避免“削弱公众对法律职业的信任和对司法制度的尊重”；律师职业的公共性对律师、律师事务所业务推广的方式和内容提出了更高要求。

2. 规范律师业务推广是形成规范有序的法律服务市场的要求。随着社会经济的发展，法律对社会生活的调整日益广泛，律师的业务分工趋于精细，律师的数量大幅增加，法律服务市场的竞争也越来越激烈。为获得案件委托，有些律师广告称自己是某一领域的专家，夸大自己的专业能力，其不仅没有起到普及法律服务信息的作用，反而对公众造成误导，最终损害委托人的利益。律师和律师事务所业务推广行为的规范，有助于纠正不适当的宣传行为，从而形成规范有序的法律服务市场。

---

〔1〕 参见刘宁元、司平平、林燕萍：《国际反垄断法》，上海人民出版社2009年版，第226~227页。

〔2〕 参见李明合、史建：《国外广告自律研究》，河南人民出版社2010年版，第113页。

〔3〕 参见［日］森际康友编：《司法伦理》，于晓琪、沈军译，商务印书馆2010年版，第241页。

〔4〕 参见中华全国律师协会编：《律师职业伦理》，北京大学出版社2017年版，第171~172页。

3. 规范律师业务推广也是实现律师业务有效拓展的要求。法律服务不同于一般的商品服务，与获取服务的便捷性和价格因素相比较，对律师专业水平的认可程度和对律师职业操守的信赖程度在委托关系的建立过程中发挥着更加重要的作用。

第二节　律师业务推广的基本要求

一、律师业务推广的基本原则

对于律师能否进行业务推广，特别是能否使用广告等一般企业所采用的推广方式进行业务推广，世界各国有着不同的做法。有些国家或地区进行严格的限制。例如，日本规定律师仅可通过名片、招牌、事务所介绍手册等七种方式介绍法律服务信息；我国台湾地区禁止律师利用广播、电视、电影、报纸、广告看板、气球等类似媒介或媒体介绍法律服务信息。有些国家或地区管理相对宽松，如美国对律师进行业务推广的媒介几乎不作限制，仅对业务推广的不当内容作负面清单式的列举。自 2004 年中华全国律师协会通过《律师执业行为规范（试行）》以来，我国对律师的业务推广一直采用较为宽松的管理办法。[1]

根据《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》第 3 条之规定，律师、律师事务所进行业务推广应当遵守法律法规和执业规范，公平和诚实竞争，推广内容应当真实、严谨，推广方式应当得体、适度，不得含有误导性信息，不得损害律师职业尊严和行业形象。由此可知，律师业务推广应该遵循的基本原则包括：守法、公平、真实、严谨和得体、适度。其中，严谨、得体和适度原则是律师业务推广不同于一般商业推广的基本原则。严谨、得体原则即律师业务推广的内容和形式不宜用夸张、含糊的方法。律师职业应当给人以含蓄、严格、守法、诚实的印象，如果业务推广方式轻佻、夸张，业务推广的内容经不住推敲，以博取眼球为目的，则会破坏社会公众对律师职业的整体印象。适度原则即律师的业务推广应当衡量商业利益和客户利益、社会公众利益、司法职业群体利益之间的关系，不应将商业利益置于首位。如业务推广涉及客户信息时，应以保守客户的秘密作为首要责任，不应为业务推广需要擅自披露客户信息。[2]

二、律师业务推广的基本要求

根据《律师执业行为规范（试行）》第 23~27 条的规定，律师业务推广需要遵守以下基本要求：律师和律师事务所为推广业务，可以发布使社会公众了解律师个人和律师事务所法律服务业务信息的广告。律师发布广告应当遵守国家法律、法规、规章和《律师执业行为规范（试行）》。律师发布广告应当具有可识别性，应当能够使社会公众辨明是律师广告。律师广告可以以律师个人名义发布，也可以以律师事务所名

---

〔1〕 参见吴晨："律师业务推广行为规则剖析"，载《中国司法》2018 年第 3 期。

〔2〕 参见吴晨："律师业务推广行为规则剖析"，载《中国司法》2018 年第 3 期。

义发布。具有下列情况之一的，律师和律师事务所不得发布律师广告：①没有通过年度考核的；②处于停止执业或停业整顿处罚期间的；③受到通报批评、公开谴责未满1年的。

根据《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》第6~9、12、13条之规定，律师、律师事务所在进行业务推广时，必须遵守以下基本规则：

1. 律师个人发布的业务推广信息应当醒目标示律师姓名、律师执业证号、所任职律师事务所名称，也可以包含律师本人的肖像、年龄、性别、学历、学位、执业年限、律师职称、荣誉称号、律师事务所收费标准、联系方式，依法能够向社会提供的法律服务业务范围、专业领域、专业资格等。

2. 律师事务所发布的业务推广信息应当醒目标示律师事务所名称、执业许可证号，也可以包含律师事务所的住所、电话号码、传真号码、电子信箱、网址、公众号等联系方式，以及律师事务所荣誉称号、所属律师协会、所内执业律师、律师事务所收费标准、依法能够向社会提供的法律服务业务范围简介。

3. 律师、律师事务所业务推广信息中载有荣誉称号的，应当载明该荣誉的授予时间和授予机构。律师、律师事务所可以宣传其专业法律服务领域，但不得自我宣称或者暗示其为公认的某一专业领域的专家或者专家单位。

4. 律师、律师事务所应当对其开立的互联网媒介账户中的信息内容负责，如果发现他人在其互联网媒介账户中发布违反《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》的信息，应当及时删除。

5. 律师、律师事务所和互联网平台、大众媒体等第三方媒介合作进行业务推广的，无论该第三方是否向律师、律师事务所收取费用，均应当遵守《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》。

6. 律师、律师事务所不得以支付案件介绍费、律师费收入分成等方式与第三方合作进行业务推广。

第三节　律师业务推广的主要限制

一、国外律师业务推广的规范限制

1. 在美国，对于律师业务推广，职业伦理规范进行了细化规定。关于律师服务的信息交流，按照美国律师协会《律师职业行为示范规则》的规定，律师不得就其本人或者其服务进行虚假或者误导性的信息交流。如果该交流包含有对法律或者事实的重大不实陈述，或者省略了使该陈述从整体上被视为无重大误导性所必需的事实，该信息交流就是虚假的或者误导性的。关于律师广告，按照美国律师协会《律师职业行为示范规则》的规定，律师可以通过书面、录制性或者电子交流手段，包括公共传媒，为其服务做广告。此外，律师不得通过向他人提供任何具有价值的事物的方式来推销其服务，但是律师可以：①对符合规定的合理的广告或信息传播支付费用；②支付法律服务计划、非营利性或者取得资格的律师中介服务收取的常规费用，其中取得资格

的律师中介服务是指经适当的规范机构批准的律师中介服务。美国律师协会《律师职业行为示范规则》还指出，为帮助公众获得法律服务，应当允许律师不仅通过声望，而且通过广告形式的有组织的信息活动，使其服务为公众所知。与律师不得主动寻找委托人的传统相比，广告是对委托人的积极追求。然而，公众了解法律服务的需求在一定程度上能够通过广告来满足。对于没有广泛使用过法律服务的一般收入者而言，这种需要尤为强烈。扩大关于法律服务的公共信息所能带来的利益，应当高于对传统的考虑。但是，律师广告也带来了律师误导公众或者弄巧骗人的风险。

2. 在加拿大，加拿大律师协会《律师职业行为准则》在第四章“法律服务营销”（marketing of legal services）中对律师业务推广进行了规定。根据《律师职业行为准则》的规定：

（1）律师必须高效便捷地向公众提供法律服务，但是不得使用如下几种方式：①虚假或误导性的方式；②相当于胁迫、强迫或骚扰的方式；③利用一个易受伤害或有过创伤性经历且还未有机会恢复的人；④其他导致法律职业或司法体系声誉受损的方式。

（2）律师可以推销专业服务，但是“推销”必须符合以下条件：①必须是真实、准确和可核实的；②既不具有误导性、迷惑性或欺骗性，也不可能产生误导性、迷惑性或欺骗性；③为了公众的最大利益，并符合高标准的专业精神。

（3）除非律师已获得律师协会认证，否则不得刊登该律师是某特定领域专家的广告。

3. 在德国，《德国联邦律师法》对“律师广告”（werbung）进行了原则性规定，律师只可以通过广告在形式和内容上客观地告知律师职业活动，不得为获得个案委托而进行。

4. 在日本，日本律师联合会于 1955 年 3 月制定的《律师伦理》第 8 条规定：“律师不得在名片和招牌上记载除了学位和专业以外的信息，如自己以前的职业、其他的宣传事项，并且不能做广告。”1987 年 3 月，《日本律师联合会会则》被修改，其第 29 条第 2 款规定：“律师不得做自己业务的广告。但是遵从本协会的规定而实行的广告不在受限制范围。”各地方律师公会根据此制定了《关于律师业务广告规则》和《律师业务规则》，这样虽然能够做广告的媒体和事项受到了严格限制，但是广告之路被打开了。2002 年 3 月，《日本律师联合会会则》第 29 条第 2 款被修改为“律师关于自己的业务可以做广告。但是，违反本协会规定的行为不在被允许的范围”，“前述的广告必须遵循的事项按会规来制定”。因此，律师广告原则上开禁了。关于媒体的限制也被取消了，电视、广播等媒体也可以使用了。[1]

二、中国律师业务推广的规范限制

我国虽然对律师业务推广保持比较宽松的态度，但是鉴于实践中，律师业务推广的乱象以及部分律师根本不知道律师业务推广应该遵守的伦理规范，《中华全国律师协

---

〔1〕 参见［日］森际康友编：《司法伦理》，于晓琪、沈军译，商务印书馆 2010 年版，第 241～242 页。

会律师业务推广行为规则（试行）》对律师业务推广的内容及形式都进行了限制性规定。

关于律师业务推广的内容，根据《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》第10条之规定，律师、律师事务所进行业务推广时，不得有下列行为：①虚假、误导性或者夸大性宣传；②与登记注册信息不一致；③明示或者暗示与司法机关、政府机关、社会团体、中介机构及其工作人员有特殊关系；④贬低其他律师事务所或者律师的，或与其他律师事务所、其他律师之间进行比较宣传；⑤承诺办案结果；⑥宣示胜诉率、赔偿额、标的额等可能使公众对律师、律师事务所产生不合理期望；⑦明示或者暗示提供回扣或者其他利益；⑧不收费或者减低收费（法律援助案件除外）；⑨未经客户许可发布的客户信息；⑩与律师职业不相称的文字、图案、图片和视听资料；⑪在非履行律师协会任职职责的活动中使用律师协会任职的职务；⑫使用中国、中华、全国、外国国家名称等字样，或者未经同意使用国际组织、国家机关、政府组织、行业协会名称；⑬法律、法规、规章、行业规范规定的其他禁止性内容。

关于律师业务推广的方式，根据《中华全国律师协会律师业务推广行为规则（试行）》第11条之规定，律师、律师事务所禁止以下列方式发布业务推广信息：①采用艺术夸张手段制作、发布业务推广信息；②在公共场所粘贴、散发业务推广信息；③以电话、信函、短信、电子邮件等方式针对不特定主体进行业务推广；④在法院、检察院、看守所、公安机关、监狱、仲裁委员会等场所附近以广告牌、移动广告、电子信息显示牌等形式发布业务推广信息；⑤其他有损律师职业形象和律师行业整体利益的业务推广方式。

【案例18-1】

北京市KN律师事务所虚假宣传被处警告〔1〕

【基本案情】北京市KN律师事务所在其律师事务所网站上刊登“中国征地拆迁专业律所第一品牌”“纠纷调解成功率全国第一”“创造并保持了征地拆迁维权领域调解结案率最高的纪录”等广告宣传语。

【具体理由】北京市丰台区司法局认为，北京市KN律师事务所对外宣传已经严重违反了真实性、适当性等原则要求，违反了《中华人民共和国律师法》第26条之规定，属于《中华人民共和国律师法》第50条第1款第4项和司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第26条规定的应予处罚的情形。

【处罚结果】北京市丰台区司法局决定：给予北京市KN律师事务所警告的行政处罚。

〔1〕 参见北京市丰台区司法局丰司罚决字［2017］第003号行政处罚决定书。

第十九章

律师与委托人关系规范

导　语

律师与委托人关系规范是律师职业伦理中的核心内容。律师与委托人关系本质上是一种委托代理合同关系。自律师与委托人相互接触、建立关系起，律师职业伦理规范便开始发挥作用，而且在每一不同的阶段，律师重点关注的职业伦理风险应该遵守的职业伦理也存在区别。本章将结合相关理论和国内外实践，分析和阐述律师在与委托人关系之建立、变更、存续阶段所应当遵守的职业伦理要求。其中，律师的保密义务和利益冲突问题一直是法律职业伦理研究的重点与难点。

第一节　律师与委托人关系概述

一、律师之代理能力

律师的代理能力是律师与委托人建立关系以及关系存续的重要基础。在不同的法制语境中，律师职业伦理规范对于律师的代理能力提出了不一样的要求。

在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》的规定，律师应当为委托人提供称职的代理。称职的代理要求律师具备代理所必需的法律知识、技能、细心和准备工作。具体而言，律师的代理能力包括以下几个部分：①法律知识和技能。在特定的事务中，决定律师是否具有必需的法律知识和技能的相关因素包括：有关事务的相对复杂程度和专业化性质，律师的经验，律师在相关领域的训练和经历，律师能够对该事务进行的准备和研究，以及将该事务介绍、咨询于一位在相关领域已经能够提供称职代理的律师或者与之合作的可能性。在许多情况下，一个综合执业者的精通程度就能符合该要求。在某些情况下，可能需要在特定法律领域的专业知识。②细心和准备。对某项特定事务的称职处理，包括对该问题涉及的事实和法律因素所进行的调查和分析，对达到称职执业者标准的方法和程序的适用。这同样包括充分的准备。所需的注意和准备在某种程度上取决于所涉及的是什么事务。大额诉讼和复杂的事务通常比不太复杂和不太重要的事务更加需要充分的对待。③称职性的保持。为了保持必需的知识和技能，律师应当与法律和法律服务的变化并进，参加继续学习和教育，并

遵守律师应当遵循的关于继续法律教育的所有要求。[1]

在中国，按照学者的总结，律师的代理能力主要包括以下几个方面：①法律能力。法律能力是指律师执业必须具备法律规定的条件。在我国，律师执业必须具有司法行政机关颁发的有效的中华人民共和国律师执业证。我国建立的国家统一法律职业资格考试制度与律师执业前实习制度、执业前集中培训制度、律师继续教育制度等都是保证律师具有相当的代理能力的重要保障。②业务能力。律师进行案件的代理必须具有所接受案件需要的业务能力。在我国，律师没有严格的执业范围的限制，但并不是一个人成为律师后，任何案件都可以接受。现代社会科技进步日新月异，社会分工日益精细，律师代理业务内部的专业化程度也不断提升。有的律师擅长刑事辩护，有的律师擅长知识产权业务，有的律师专长于海商法律事务，律师的专业化程度越来越高。③道德能力。一个律师虽然具有法律上的能力，也具有业务上的能力，但如果没有道德能力，也是无法有效办理案件的。这里所讲的道德能力是指律师应当具有很高的职业道德水准，具有法律职业基本的素养。道德能力有很多表现，集中起来概括为一点，即诚信。④身体能力。具有健康的身体和充沛的精力是律师执业的重要条件。律师接受案件的时候，如果自己的身体条件不能满足当事人案件代理的要求，应当向当事人说明情况，拒绝接受代理。

二、律师与委托人关系之法理分析

律师与委托人关系，本质上是一种合同关系，在司法实践中，民事案由里面专门有一类“法律服务合同纠纷”。因此，律师与委托人关系应该接受《合同法》调整，具体而言，应该确定为“委托代理合同”关系。律师与委托人关系涉及两个重要主体：一是律师；二是委托人。

从律师的角度，能够建立委托代理关系，主要来源于《律师法》对律师权利义务的规定。《律师法》第 28 条规定，律师可以从事下列业务：①接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；②接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；③接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或者依法接受法律援助机构的指派，担任辩护人，接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；④接受委托，代理各类诉讼案件的申诉；⑤接受委托，参加调解、仲裁活动；⑥接受委托，提供非诉讼法律服务；⑦解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。

从委托人的角度，能够建立委托代理关系，主要来源于“三大诉讼法”的确定。我国《民事诉讼法》第 58 条规定，当事人、法定代理人可以委托 1~2 人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人：①律师、基层法律服务工作者；②当事人的近亲属或者工作人员；③当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。该条明确了律师可以作为当事人、法定代理人的诉讼代理人。我国《刑事诉讼法》第 33 条第 1 款规定，犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托 1~2 人作为辩

---

〔1〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 172 页。

护人。该条明确了律师可以被委托为辩护人。我国《行政诉讼法》第31条规定，当事人、法定代理人，可以委托1~2人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人：①律师、基层法律服务工作者；②当事人的近亲属或者工作人员；③当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

在民法中，代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义从事法律行为，由被代理人承担法律后果。代理具有下列基本特征：①代理行为必须是具有法律意义的行为。②代理人在代理权限内独立为意思表示。③代理人以被代理人的名义为法律行为。④被代理人对代理人的代理行为承担法律责任。在司法实践中，律师参与诉讼时，必须向法庭提交委托人签署的授权委托书，其中必须明确载明律师的代理权限。由此可知，律师在代理委托人诉讼时，在诉讼中所有的权利都是基于委托人的授权，对于委托人尚未授权的部分，律师无权作出决定。律师在进行诉讼代理时是以委托人的名义进行，最终所得利益也归于委托人，超越权限的行为则构成越权代理，造成的法律后果由律师自己承担。[1]

第二节　律师与委托人关系之建立

一、律师与委托人关系建立之规范要求

律师的法律服务始于委托协议的签订，律师与委托人的关系是律师一切执业活动的基础和前提，律师与其他主体的职业关系都从属或派生于和委托人的关系。可以说，没有律师与委托人的关系，就不会产生律师的职业伦理问题。因此，毫不夸张地说，规范委托关系是律师职业伦理的重中之重。从《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》等职业伦理规范来看，律师与委托人关系可以分为不同的阶段，每一阶段律师应该重点关注的职业伦理风险或应该遵守的职业伦理也存在区别。在律师与委托人建立关系阶段，律师应该重点关注的职业伦理风险包括：规范代理身份、禁止虚假承诺、风险告知义务。

（一）规范代理身份

值得注意的是，就建立委托代理关系而言，双方主体分别是律师事务所和委托人，而非律师和委托人。《律师法》第25条第1款规定，律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。《律师法》第40条第1款规定，律师不得私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益。《律师执业管理办法》第26条也规定："律师承办业务，应当由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，并服从律师事务所对受理业务进行的利益冲突审查及其决定。"由此可见，律师代理委托事务，必须由律师事务所统一接受委托，统一收取费用，律师不得以个人名义私自接受委托，更不得私自收取费用。

---

〔1〕 参见江必新等：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用（合同卷四）》，中国法制出版社2015年版，第421页。

违反这一规定的，根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 27 条的规定，将给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利 1 个月以上 1 年以下或者取消会员资格的纪律处分。

（二）禁止虚假承诺

律师在执业推广过程中，不得提供虚假信息或者夸大自己的专业能力，不得明示或者暗示与司法、行政等关联机关的特殊关系。但在现实生活中，律师为了能够接下案源，往往会做出夸张宣传和虚假承诺。《律师执业行为规范（试行）》第 44 条规定："律师根据委托人提供的事实和证据，依据法律规定进行分析，向委托人提出分析性意见。"此外，需要注意的是：律师职业伦理规范禁止的是为了盲目揽案而不顾自身专业能力和案件情况，向委托人进行不现实、不适当地过分承诺的行为，这种承诺因为不具备法律基础或专业服务能力而很难实现。禁止虚假承诺并不等于不能为委托人预测案件最佳结局。《律师执业行为规范（试行）》第 45 条规定："律师的辩护、代理意见未被采纳，不属于虚假承诺。"

（三）风险告知义务

权利得到司法确认只是权利受到法律保护，并不等于权利已经得到实现。权利能否实现，涉及诸如举证效果、判决执行等诸多因素。因此，权利通过法律途径不能完全得到实现是一种不可避免的现象。作为专业人士，律师对于接受委托的案件，应当充分预想到可能发生的各种变化，适时、谨慎、准确、客观地将诉讼结果的不确定性及可能产生的风险告知委托人，以保证委托人能够在充分知情和掌握足够信息的基础上，与律师共同协商确定合理的代理目标和代理思路，并尽可能地避免和化解风险。对此，《律师执业行为规范（试行）》第 43 条也明确规定："律师在承办受托业务时，对已经出现的和可能出现的不可克服的困难、风险，应当及时通知委托人，并向律师事务所报告。"

在实践中，律师在履行风险告知义务时，可以参考人民法院建立的诉讼风险告知制度，灵活运用，当然并不局限于此。在民事诉讼中，常见的诉讼风险提示包括：①起诉不符合条件；②诉讼请求不适当；③逾期改变诉讼请求；④超过诉讼时效；⑤授权不明；⑥不按时交纳诉讼费用；⑦申请财产保全不符合规定；⑧不提供或不充分提供证据；⑨超过举证时限提供证据；⑩不提供原始证据；⑪证人不出庭作证；⑫不按规定申请审计、评估、鉴定；⑬不按时出庭或中途退出法庭；⑭不准确提供送达地址；⑮超过期限申请强制执行；⑯无财产或无足够财产可供执行；⑰不履行生效法律文书确定义务。[1]

二、律师与委托人关系建立之基本原则

律师一般很注意与公、检、法、仲裁机构的关系，而容易忽视与委托人的关系。一般而言，非诉讼业务的委托人社会地位、素质较高，他们需要律师为他们提出一些法律上的建议，但也能够认识到律师不是万能的，因此会以一种比较理性的态度来对

〔1〕 参见长沙市天心区人民法院编：《诉讼指南与办案规程》，湖南人民出版社 2005 年版，第 3~6 页。

待律师。相对而言，特别是人身损害、离婚案件及刑事案件的委托人的素质较一般，有的委托人把律师当作上帝，把胜诉的希望完全寄托在律师身上；有的委托人恰恰相反，他们认为律师的价值只是因为该律师与公检法有特殊关系，不指望律师起多大作用；有的委托人把律师当作桥梁，尤其是当事人被羁押的刑事案件，需要律师作为沟通的渠道。如果律师不认真对待，最后受伤的一定是律师。律师在处理与委托人的关系时，应把握如下原则：

（一）尊重委托人

委托人找律师的时候正处于困难、矛盾与冲突之中，律师应对委托人予以理解、包容、安慰，应主动地征求意见，耐心解答委托人的提问，倾听不同的意见，与委托人平等地讨论问题。律师不能凭借自己法律知识技能和诉讼地位上的优势而藐视委托人，也不要把胜诉的功劳全部揽到自己头上，把败诉的责任全部推给委托人。

（二）理性引导委托人

在委托人与律师建立委托关系之后，律师便成为当事人维护自己合法权益的“顾问”。当事人在采取相关维权手段、诉讼策略时都会征求律师的意见，此时，律师应当坚持理性引导当事人的原则。这种原则主要体现在以下两个方面：

1. 引导委托人正确对待法院的判决、裁决等法律文书。这就要求律师应当向当事人客观地分析判决结果，引导当事人理性决定是否上诉、申诉。在一些地方司法行政机关出台的文件中，对律师的这一义务进行了明确规定，例如，辽宁省高级人民法院、辽宁省司法厅联合发布的《关于建立法官与律师良性互动机制，共同促进司法公正的若干意见》第 19 条规定：“律师应当向当事人客观分析一、二审判决结果，引导其理性决定是否上诉、申诉，不得违背事实和法律，或出于不正当利益考虑，鼓励当事人上诉、申诉。对于法官向律师作出的判后答疑、解释，律师应当准确、恰当地传递给当事人。认为裁判正确合理的，律师应当积极引导当事人服判息诉。”第 20 条第 2 款规定：“律师应当依法向被执行人解释法律，引导其自觉履行法院判决……”

2. 引导委托人理性合法维权。《律师执业管理办法》第 37 条规定：“律师承办业务，应当引导当事人通过合法的途径、方式解决争议，不得采取煽动、教唆和组织当事人或者其他人员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等扰乱公共秩序、危害公共安全的非法手段，聚众滋事，制造影响，向有关部门施加压力。”

（三）以诚信为合作基础

律师是独立的行业，有自己的社会地位，办案时在委托人的授权范围内行使代理权，律师为委托人争取权益是通过对法律的理解与运用实现的。律师在执业过程中必须遵守执业纪律和职业道德，以诚信贯穿法律服务的全过程。同时，也要求委托人诚信对待诉讼、对待律师，奠定自己和律师合作的基础。律师与委托人只有在诚信的合作基础上，才能避免矛盾，才能有愉快的结果。《律师执业管理办法》第 35 条规定：“律师承办业务，应当诚实守信，不得接受对方当事人的财物及其他利益，与对方当事人、第三人恶意串通，向对方当事人、第三人提供不利于委托人的信息、证据材料，侵害委托人的权益。”

◆例 19-1 刘律师出身建筑世家并曾就读建筑专业，现主要从事施工纠纷法律服务。开发商李某因开发的楼房倒塌被诉至法院，欲委托刘律师代理诉讼。关于接受委托和代理案件，刘律师的下列哪些做法符合律师职业有关规定？（ ）

A. 接受委托，了解并运用建筑和房地产知识分析案件，寻求对李某有利的理由

B. 接受委托，告知李某楼房倒塌系建筑风水原因，使其接受败诉结果

C. 明知不懂房地产开发业务会影响代理效果，但为经济效益极力宣扬建筑世家背景并接受委托

D. 考虑到不懂房地产业务会影响代理效果，决定不接受委托

【解析】A 选项正确。《律师执业行为规范（试行）》第 36 条规定："律师应当充分运用专业知识，依照法律和委托协议完成委托事项，维护委托人或者当事人的合法权益。"因此，本题 A 选项中，刘律师的行为符合该条的规定。

B 选项错误。《律师法》第 3 条第 2 款规定："律师执业必须以事实为根据，以法律为准绳。"根据《律师执业行为规范（试行）》第 44 条的规定："律师根据委托人提供的事实和证据，依据法律规定进行分析，向委托人提出分析性意见。"据此可知，B 选项中，刘律师依据封建迷信思想向委托人就案件的判决结果作出承诺的行为是不符合律师执业有关规定的。

C 选项错误。《律师执业行为规范（试行）》第 32、33 条规定："律师和律师事务所不得进行歪曲事实和法律，或者可能使公众对律师产生不合理期望的宣传"；"律师和律师事务所可以宣传所从事的某一专业法律服务领域，但不得自我声明或者暗示其被公认或者证明为某一专业领域的权威或专家。"据此可知，C 选项中，刘律师为了谋取代理业务而向委托人作出虚假宣传的行为是不符合律师执业有关规定的。

D 选项正确。《律师法》第 2 条第 2 款规定："律师应当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。"据此可知，维护委托人的合法利益是律师的职责，本题中，如果刘律师专业知识欠缺，考虑到不能更好地维护委托人的合法利益的情况下，拒绝委托是符合律师职业有关规定的。

第三节 律师与委托人关系之变更与终结

一、律师与委托人关系之变更

委托人和律师建立委托关系之后，二者之间的信赖关系和忠诚义务即发生效力。但是，在委托关系存续期间，难免遇到因突然罹患重病、律师与事务所隶属关系发生变动等因素而导致律师与委托人关系发生变更。在实践中，律师与委托人关系的变更主要表现为转委托。

根据《律师执业管理办法》第 33 条第 2、3 款规定，律师承办业务，应当及时向委托人通报委托事项办理进展情况；需要变更委托事项、权限的，应当征得委托人的同意和授权。律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但是，委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。《律师执业行为规范（试行）》第 56~58 条也规定，未经委托人同意，律师事务所不得将委托人委托的法律事务转委托其他律师事务所办理。但在紧急情况下，为维护委托人的利益可以转委托，但应当及时告知委托人。受委托律师遇有突患疾病、工作调动等紧急情况不能履行委托协议时，应当

及时报告律师事务所，由律师事务所另行指定其他律师继续承办，并及时告知委托人。非经委托人的同意，不能因转委托而增加委托人的费用支出。

【案例 19-1】

浙江 XJD 律师无正当理由拒绝代理被处停止执业 3 个月〔1〕

【基本案情】XJD 律师是浙江 WS 律师事务所律师，2015 年 5 月 14 日，XJD 律师以浙江 WS 律师事务所名义与当事人袁 A 签订委托代理合同、授权委托书，担任袁 A 与浙江 BD 公司加工合同纠纷案一审诉讼代理人，合同约定律师代理费 4500 元。合同签订后，XJD 律师于 2015 年 5 月 18 日查询了浙江 BD 公司的工商变更登记情况，但此后长达 2 年多的时间内，一直未将案件诉至法院，其间，当事人袁 A 曾多次催促 XJD 律师向法院起诉浙江 BD 公司。后浙江 BD 公司宣告破产，XJD 律师于 2017 年 12 月 24 日向浙江 BD 公司管理人申报了债权。2018 年 7 月 24 日，XJD 律师将 4500 元代理费退还袁 A。

【具体理由】浙江省金华市司法局认为，XJD 律师的行为已经违反《中华人民共和国律师法》第 32 条第 2 款的规定，构成无正当理由拒绝代理，且 XJD 律师在委托人多次催促、明确表示要起诉对方当事人的前提下，仍未将案件诉至法院的行为，属于司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 39 条第 2 项规定的违法情节严重情形。但鉴于 XJD 律师后续能通过向破产管理人申报债权、退还委托人律师代理费等行为积极纠错，认错态度诚恳，积极配合司法行政机关调查处理，属于《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 38 条第 1 款第 2 项规定的可以从轻或者减轻处罚的情形。

【结果】浙江省金华市司法局决定：给予 XJD 律师停止执业 3 个月的行政处罚。停止执业期限从决定书送达之日起计算。

二、律师与委托人关系之终结

律师与委托人关系的终结分为解除和终止两种类型，分别对应不同的法定情形。

（一）律师与委托人关系解除的情形

根据《律师法》第 32 条第 2 款的规定，律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。《律师执业行为规范（试行）》第 42 条对律师与委托人关系解除进行了细化。律师接受委托后，无正当理由不得拒绝辩护或者代理，或以其他方式终止委托。委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权告知委托人并要求其整改，有权拒绝辩护或者代理，或以其他方式终止委托，并有权就已经履行事务取得律师费。根据《律师执业行为规范（试行）》第 60 条之规定，有下列情形之一，经提示委托人不纠正的，律师事务所可以解除委托协议：①委托人利用律师提供的法律服务从事违法犯罪活动的；②委托人要求律师完成无法实现或者不合理的目标的；③委托人没有履行委托合同义务的；④在事先无法预见的前提

〔1〕 参见浙江省金华市司法局金司律罚决字［2018］第 5 号行政处罚决定书。

下，律师向委托人提供法律服务将会给律师带来不合理的费用负担，或给律师造成难以承受的、不合理的困难的；⑤其他合法的理由的。

（二）律师与委托人关系终止的情形

律师与委托人关系的终止主要有三种情况：①自然终止，即委托事项办理完毕，律师与委托人关系终止。②协商终止，律师与委托人之间是合同关系，经合同双方协商一致，可以终止合同。③法定终止，即出现了法律规定或职业伦理规范规定的情形。根据《律师执业行为规范（试行）》第59条之规定，有下列情形之一的，律师事务所应当终止委托关系：①委托人提出终止委托协议的；②律师受到吊销执业证书或者停止执业处罚的，经过协商，委托人不同意更换律师的；③当发现有该规范第50条规定的利益冲突情形的；④受委托律师因健康状况不适合继续履行委托协议的，经过协商，委托人不同意更换律师的；⑤继续履行委托协议违反法律、法规、规章或者该规范的。

（三）律师与委托人关系终结的程序

律师与委托人关系的解除或终止涉及律师和委托人双方的权利义务关系，涉及人民法院、仲裁委员会等有关机构的效率。因此，律师与委托人关系的终结必须遵循一定的程序要求，具体包括以下几点：

1. 告知。对于准备聘请律师签订委托代理协议的当事人，律师应尽到预先告知的义务，应口头或在委托代理协议中书面告知委托人，律师在一定条件下有权拒绝辩护或代理，律师应向委托人详细解释各种拒绝辩护与代理的具体情形及其内涵，同时与委托人就法定条件下的终止委托约定律师费用的收取和退还事宜，以防止将来发生不必要的纠纷和投诉。

2. 沟通。律师在接受委托后发现可以拒绝辩护或代理的情况，不宜直接退出委托代理关系，而应当向委托人说明理由，尽力促使委托人接受律师的劝告，纠正导致律师拒绝辩护或代理的事由。比如，委托人家属要求律师每周会见被告人一次，且每次必须带家属前去参与会见，律师感到通过现有法律程序无法满足其要求，应尽力向其做好沟通和解释工作，在其无法理解并坚持无理要求的情况下，律师可以辞去委托。

3. 汇报。在一般的委托代理中，法律服务合同的双方通常是律师事务所与委托人，但是与委托人进行实际接触的却是律师个人。因此，在律师发现有必要终结委托代理关系时，必须向律师事务所进行汇报，由律师事务所作出正式的决议。

4. 批准。在律师接受法律援助机构的指派办理法律援助案件的过程中，律师若要终结委托代理关系，需要向法律援助机构进行汇报，并获得批准。《法律援助条例》第23条规定，办理法律援助案件的人员遇有下列情形之一的，应当向法律援助机构报告，法律援助机构经审查核实的，应当终止该项法律援助：①受援人的经济收入状况发生变化，不再符合法律援助条件的；②案件终止审理或者已被撤销的；③受援人又自行委托律师或者其他代理人的；④受援人要求终止法律援助的。

（四）律师与委托人关系终结后的附随义务

在律师与委托人关系解除或终止后，律师需要采取适当的措施来保护委托人的权益。一般而言，律师在委托代理关系终结后负有如下几项义务：

1. 费用结算。按照《律师执业行为规范（试行）》第61条之规定，律师事务所

依照该规范第59条、第60条的规定终止代理或者解除委托的，委托人与律师事务所协商解除协议的，委托人单方终止委托代理协议的，律师事务所有权收取已提供服务部分的费用。

2. 材料移交。按照《律师执业行为规范（试行）》第62条之规定，律师事务所与委托人解除委托关系后，应当退还当事人提供的资料原件、物证原物、视听资料底版等证据，并可以保留复印件存档。由此可见，一方面，当事人对于证据材料享有所有权；另一方面，律师事务所也有保留复印件的权利。

3. 信息报告。在律师从事一些特定的业务过程中，当律师与委托人关系终结以后，律师还负有向有关机构进行报告的义务。根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第17条之规定，律师在从事证券法律业务时，委托人应当向其提供真实、完整的有关材料，不得拒绝、隐匿、谎报。律师发现委托人提供的材料有虚假记载、误导性陈述、重大遗漏，或者委托人有重大违法行为的，应当要求委托人纠正、补充；委托人拒不纠正、补充的，律师可以拒绝继续接受委托，同时应当按照规定向有关方面履行报告义务。

第四节　律师收费之伦理规范

一、我国律师收费的历史沿革

我国第一个关于律师收费的成文规范是国务院于1956年5月批准司法部发布的《律师收费暂行办法》（现已失效）。《律师收费暂行办法》第1条规定，律师的设置是为了给予人民以法律上的帮助，根据目前人民生活水平和案件简易复杂情况，实行按劳取酬的原则，依照本办法向当事人收取劳动报酬。由此可知，在当时，律师收费的基本原则是“按劳取酬”，主要考虑因素是“人民生活水平”与“案件简易复杂程度”。律师个人也不能私自收取费用，收费数额由法律顾问处主任与当事人协议，收费数额达成协议后，当事人应向法律顾问处会计缴纳，并由顾问处发给当事人正式收据。此外，《律师收费暂行办法》还对具体的收费标准进行了规定，例如，律师对于当事人就具体案件在法律上请求口头帮助时，如果具体案件内容不涉及财产关系的，或者虽然涉及财产关系但情节简单的，每件不得超过1元。对于一些特定的案件，《律师收费暂行办法》还规定了“免费给予法律帮助”，具体包括：①关于因生产事故受损伤请求赔偿的案件；②关于请求赡养费或抚育费的案件；③关于请求抚恤金的案件；④关于当事人请求帮助给予口头解答的事件，但关于对具体涉讼案件提供口头意见的除外；⑤经证明当事人确属经济困难，无力负担的。然而，由于历史原因，《律师收费暂行办法》并没有得到彻底实施，一直到改革开放以后，才得以重新施行。

1981年12月9日，司法部、财政部发布了《律师收费试行办法》（现已失效），该办法是根据《律师暂行条例》（现已失效）第17条、第20条制定的，在内容上则大部分借鉴了《律师收费暂行办法》。《律师收费试行办法》第2条规定，律师对国家机关、企业、事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助时，由法律顾问处根

据该办法规定的收费标准向委托人收费，并出具收据，律师不得私自收费。对于律师收费标准需要考虑的因素，相比《律师收费暂行办法》中主要考虑“人民生活水平”与“案件简易复杂程度”，《律师收费试行办法》规定，法律顾问处应当根据律师承办业务的繁简程度、需时长短、诉讼标的（实得数额）多寡等实际情况，在收费标准表所列的幅度范围内确定具体收费数额。

2006 年 4 月 13 日，国家发展改革委员会、司法部发布了《律师服务收费管理办法》，其目的是规范律师服务收费行为，维护委托人和律师的合法权益，促进律师服务业健康发展。《律师服务收费管理办法》第 3 条规定，律师服务收费遵循公开公平、自愿有偿、诚实信用的原则。律师事务所应当便民利民，加强内部管理，降低服务成本，为委托人提供方便优质的法律服务。由此可知，《律师服务收费管理办法》进一步明确了律师收费的基本原则，相比过去的“按劳取酬”原则，现有律师收费基本原则主要包括“公开公平”“自愿有偿”“诚实信用”。此外，《律师服务收费管理办法》第 4 条规定，律师服务收费实行政府指导价和市场调节价。这已经完全改变了过去全部以政府指导价为基准的做法，这也是社会主义市场经济不断发展与律师制度不断改革的结果。

近年来，各地方在有关“律师收费”方面进行了积极探索，核心问题在于“政府指导价”与“市场调节价”之间的关系，许多地方甚至已经全面实行“市场调节价”了。例如，北京市司法局、北京市律师协会于 2018 年 3 月 2 日发布了《关于全面放开我市律师法律服务收费的通知》，通知指出，自 2018 年 4 月 1 日起，北京市律师法律服务收费全面实行市场调节价。各律师事务所要严格遵守《律师法》《价格法》以及司法部《律师事务所管理办法》《律师执业管理办法》等法律法规、规章的规定，建立健全收费管理和财务管理制度，严格落实明码标价制度，为委托人提供质量合格、价格合理的服务。不得利用优势地位强制服务、强制收费，或者只收费不服务、多收费少服务。严禁串通涨价、恶意低价以及价格欺诈等不正当竞争行为。

二、律师收费的合理性分析

关于律师收费的合理性，按照学者的总结，主要包括以下两点：①律师的专业性和服务性决定律师收费的合理性。在法律服务市场上，律师与委托人的服务过程同样必须遵循市场经济的一般规律，让市场机制在交易过程中发挥基础性的调节作用。律师与委托人的交易过程应当坚持意思自治、等价有偿、公平、诚实信用等民法基本原则，妥善地对双方的权利义务进行分配。②社会生存规律决定律师收费的必要性。律师的生存必须依靠维系其生存的物质生活资料。律师作为一个社会人，首先必须维持自己的生存，才能更好地为社会服务。律师取得合法报酬权是律师生存权、经济权等基本社会权利在其特定职业领域中的集中表现和反映。〔1〕

〔1〕 参见江必新等：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用（合同卷四）》，中国法制出版社 2015 年版，第 407 页。

三、律师收费的主要方式

律师收费方式是指律师为委托人提供法律服务时以何种方式收取费用，其实质就是律师报酬的收取方式。《律师服务收费管理办法》规定了三种律师收费形式：①计件收费。计件收费是指以律师提供法律服务的件数来计算、确定收费数额的计价方式，主要适用于不涉及财产关系的法律事务。②计时收费。计时收费是指律师根据办理法律事务实际花费的有效工作时间，计算、确定收费数额的计价方式，适用于全部法律事务。③按标的额比例收费。按标的额比例收费是指根据律师办理法律事务涉及的标的额，以一定比例计算、确定律师收费数额的计价方式，适用于涉及财产关系的法律事务。

此外，在实践中，还存在一种收费方式，即风险代理收费，《律师服务收费管理办法》对此也进行了规定。所谓风险代理收费，主要是指将律师收费与办理法律事务的结果相挂钩，依据办理法律事务的结果来计算、确定律师费用的收费形式。《律师服务收费管理办法》第 13 条规定，实行风险代理收费，律师事务所应当与委托人签订风险代理收费合同，约定双方应承担的风险责任、收费方式、收费数额或比例。实行风险代理收费，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的 30%。此外，《律师服务收费管理办法》还对风险代理收费适用范围进行了严格限制，具体而言，对以下几类案件不得实行风险代理收费：①婚姻、继承案件；②请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；③请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的；④请求支付劳动报酬的；⑤刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件。

四、律师收费的基本原则

按照《律师服务收费管理办法》的相关规定，律师收费应当遵循以下基本原则：①公开公平原则。所谓公开公平原则，是指律师提供法律服务应该按照相关规定制定并公布透明合理的收费标准，其收费水平要与律师的知识水平、服务质量相一致。②自愿有偿原则。律师在与委托人就法律服务费用问题进行协商时，应该充分尊重委托人的意见，经过双方平等协商后，确定律师费用，不能“强买强卖”。③诚实信用原则。律师收费应该切实反映律师在办理法律服务过程中的劳动付出，不能故意增加不合理开支，更不能虚构服务时长或服务内容。此外，《律师服务收费管理办法》还规定了一个例外原则，即“适当减免原则”，该原则主要是考虑到对于那些经济确有困难，缺乏必要的诉讼能力，但又不符合政府法律援助范围的公民或非营利性组织，律师事务所可以酌情减收或免收律师服务费。

五、律师收费的规范限制

律师收费也是各国职业伦理规范中的重要问题，因为不仅涉及委托人的合法权益，也涉及整个律师职业的社会形象问题。例如，在美国，社会公众对律师的所有抱怨中，律师费用首当其冲，很多美国人认为法律服务成本太高，只有不到 5%的美国人认为律

师收费是物有所值的。目前，很多国家都以具体法规来控制收费，制定服务的收费标准。[1]

（一）国外律师收费之规范限制

在美国，有关律师收费的管理结构比较复杂，混合了律师行业监管、尊重市场规律、个别立法和司法干预。根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》之规定，律师不得协商收取、索取或者收取不合理的律师费或者数额不合理的其他费用。确定律师费是否合理时，应当考虑的因素包括：①所需要的时间和劳动，所涉问题的鲜见程度和难度，以及适当提供法律服务所必需的技能；②律师接受该特定工作，将不能从事其他工作的，为委托人显而易见的可能性；③所在地提供类似法律服务通常收取的律师费；④所涉及的标的额和获得的结果；⑤委托人或者由事态本身所限定的时限；⑥与委托人之间的职业关系的性质和存续的时间；⑦提供法律服务的律师的经验、声望和能力；⑧律师费是固定的，还是附条件的。此外，美国律师协会《律师职业行为示范规则》还对一些特定案件的律师收费进行了限定，律师不得协商收取下列律师费，也不得索取、收取下列律师费：①在家庭关系事务中，其支付或者数量以离婚之促成或者获取的生活费、扶养费之数额为条件，或者以财产清算之促成为条件的律师费；②在刑事案件中代理被告人时的附条件律师费。[2]

在加拿大，律师收费也是律师职业伦理中的重要问题。根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，律师不得规定、收取或者接受任何未完全公示、不公平和不合理的律师费，不得在未经委托人明确授权的情况下，挪用其为委托人保管的或因其他原因而在其控制下的任何资金作为律师费，但监管机构规则允许的除外。律师收费必须遵循“公平合理”这一基本原则，需要考虑并反映下列因素：①要求并付出的时间和精力；②事务的难度和重要性；③是否需要并提供了特殊技能或服务；④当地同等地位的其他律师在相似事宜及情况中通常收取的律师费；⑤民事案件中涉及的金额或标的物价值；⑥刑事案件中委托人所受的影响和风险；⑦获得的结果；⑧当地法律核准的收费表或收费标准；⑨失去其他受聘机会、紧迫性和报酬不确定性等特殊情况；⑩律师与委托人之间的任何相关协议。[3]

在欧盟，根据《欧洲律师行为准则》的规定，律师收取的费用应完全告知委托人，收费标准应公平合理，且遵守法律法规及相关职业行为准则。如果律师要求预付其费用或支出，则该笔款项不得超出合理预估的费用范围及可能的支出范围。如果委托人无法预付该笔款项，律师可退出该案件或拒绝办理该案件，但律师无权在委托人无法及时获得其他法律援助从而可能遭受损害的情况下自行退出某个案件。此外，律师无权订立“讨债分成协议”。所谓的“讨债分成协议”，是指律师与委托人在委托事务办结前订立的协议，约定由委托人向律师支付其最终取得的利益的一部分，无论该等利

---

〔1〕 参见［美］德博拉·L. 罗德、小杰弗瑞·C. 海泽德：《律师职业伦理与行业管理》，许身健等译，知识产权出版社 2015 年版，第 266 页。

〔2〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 176 页。

〔3〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 355 页。

益的形式是委托人基于事务办结而获得的钱款还是其他利益。但是，“讨债分成协议”不包括符合官方收费标准的或受有管辖权机构监管的、约定律师可按一定比例就案件标的额收取费用的协议。

在德国，《德国联邦律师法》第 49b 条对“律师报酬”（vergütung）进行了原则性规定，律师应该遵守的具体规则主要是由《德国联邦律师报酬法》（*Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*）进行规定的。根据《德国联邦律师报酬法》的规定，律师的报酬要以标的价值（gegenstandswert）作为计费的基础，原则上，律师不得低于法定标准收费。律师收费的具体计算方法是由该法的附表——收费目录（vergütungsverzeichnis，简称 VV）所规定的。收费目录是由两个附件组成的。附件一详细列举了律师服务项目的种类（angelegenheiten），针对当事人的同一件委托，可能同时涉及多个律师服务项目，因此需要分别计费；针对某个特定的律师服务项目，也可能同时存在多件委托，同样需要分别计费。每种律师服务项目，都有相应的数字编码和费率（gebührensatz）标准。附件二是一个公式表格，根据这个表格，可以查出标的价值所对应的计价基数（gebührenbetrag）。用计价基数分别乘以与委托有关的律师服务项目费率，再把各个项目的费用相加，得出的就是该项委托的律师收费金额。

在日本，《日本律师法》并未对“律师收费”进行规定，而是由《日本律师联合会章程》和《日本律师职务基本准则》进行了规定。根据《日本律师联合会章程》的规定，律师的报酬应适当、合理。有关律师报酬的必要事项，以会规规定。《日本律师职务基本准则》则规定，律师应参照经济利益、案件的难易、时间和劳务及其他情形，提出恰当且合理的律师报酬。

（二）中国律师收费之规范限制

关于律师收费，我国《律师法》《律师服务收费管理办法》《律师执业行为规范（试行）》都进行了明确规定。《律师法》第 25 条第 1 款规定，律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。由此可知，《律师法》确立了我国律师收费的一项重要标准，即“统一收费原则”或“禁止私自收费原则”。《律师服务收费管理办法》则进一步对律师收费行为进行了细化。根据《律师服务收费管理办法》第 9 条的规定，实行市场调节的律师服务收费，由律师事务所与委托人协商确定。律师事务所与委托人协商律师服务收费应当考虑以下主要因素：①耗费的工作时间；②法律事务的难易程度；③委托人的承受能力；④律师可能承担的风险和责任；⑤律师的社会信誉和工作水平等。

律师事务所应当公示律师服务收费管理办法和收费标准等信息，接受社会监督。律师事务所接受委托，应当与委托人签订律师服务收费合同或者在委托代理合同中载明收费条款。收费合同或收费条款应当包括：收费项目、收费标准、收费方式、收费数额、付款和结算方式、争议解决方式等内容。律师事务所与委托人签订合同后，不得单方变更收费项目或者提高收费数额。确需变更的，律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。律师事务所向委托人收取律师服务费，应当向委托人出具合法票据。律师事务所在提供法律服务过程中代委托人支付的诉讼费、仲裁费、鉴定费、公证费和查档费，不属于律师服务费，由委托人另行支付。

六、律师收费的监督与争议解决

根据我国《律师服务收费管理办法》第28~30条的规定，公民、法人和其他组织认为律师事务所或律师存在价格违法行为，可以通过函件、电话、来访等形式，向价格主管部门、司法行政部门或者律师协会举报、投诉。

地方人民政府价格主管部门、司法行政部门超越定价权限，擅自制定、调整律师服务收费标准的，由上级价格主管部门或者同级人民政府责令改正；情节严重的，提请有关部门对责任人予以处分。

因律师服务收费发生争议的，律师事务所应当与委托人协商解决。协商不成的，可以提请律师事务所所在地的律师协会、司法行政部门和价格主管部门调解处理，也可以申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

【案例19-2】

重庆LGS律师违反收费规定被处警告、罚款3000元〔1〕

【基本案情】LGS律师为重庆DJ律师事务所律师，2015年底，LGS律师利用以前领取的空白合同，与陈A签订了代理其与昭B工程施工合同纠纷二审及执行阶段的委托代理合同并收取10 000元律师服务费用，该合同未经重庆DJ律师事务所律师登记，费用也未交回律师事务所开具发票。2016年，LGS律师在未与陈B签订合同情况下，接受委托，代理陈B、蒋A与陈C民间借贷纠纷，出庭参加诉讼并与对方达成调解协议。

【具体理由】重庆市九龙坡区司法局认为，LGS律师利用截留的空白合同代理陈A与昭B工程施工合同纠纷，该合同未交回重庆DJ律师事务所备案登记，属私自收案，收取10 000元费用未交回重庆DJ律师事务所统一入账和开具发票的行为，属私自收费；在代理陈B、蒋A与陈C民间借贷纠纷一案时，未签订委托代理合同，也未向重庆DJ律师事务所登记备案，但接受陈B的特别授权参加该案的诉讼的行为，属于私自收案。在调查处理过程中，LGS律师积极配合司法行政机关工作，于2018年1月7日取得投诉人陈B、蒋A的谅解，全额退还陈B、蒋A相关费用，而且投诉人撤销对LGS律师的投诉。

【结果】重庆市九龙坡区司法局决定：给予LGS律师警告处罚，给予LGS律师罚款3000元的处罚。

第五节 律师保管财物之伦理规范

一、规范律师保管财物的必要性

律师在执业过程中，经常要对委托人的财物进行保管。无论律师经手委托人的财物是出于什么原因，委托人之所以允许作为陌生人的律师这么做，是因为他信任这个

〔1〕 参见重庆市九龙坡区司法局九司罚决定（2018）第1-2号行政处罚决定书。

律师。[1] 然而，当律师在处理委托人的财产时，信任是最重要的，也是最容易被滥用的。实践中，出现大量律师侵占、挪用委托人交付给律师保管的财产的案例，这引起了法律界的关注。美国学者罗纳德·D. 罗汤达（Ronald D. Rotunda）也曾说过："律师经常是他们自己最糟糕的律师。他们知道影响其委托人的法律，因为知道这些是他们的业务需要。但是太多的情况下，他们对影响他们自己的法律——规制律师的法律一无所知。伊利诺伊州律师登记和惩戒委员会的理事经常告诉我，律师每年要为支持该惩戒委员会而强制性地支付费用，很多律师使用的支票就来自于委托人的信托资金账户。很显然，这些律师并不知道禁止混同规则（commingling rules）。"[2]

由于信任对于律师与委托人关系的维系非常重要，其直接涉及委托人合法权益能否得到有效保障。因此，在实践中，对于律师保管财物中的不正当行为，律师行业监管机构通常采取非常严厉的态度。在美国，法院一般认为，在律师侵占、挪用其保管的委托人财物的情况下，取消律师资格是唯一适当的惩戒，即使律师返还有关财物也不足以对其行为进行补救。对此，美国学者约翰·迪皮亚（John M. A. DiPippa）认为，即使律师没有因为财物保管不当行为而被取消资格，这些违规行为往往也会导致其他严厉的制裁。当然，盗窃委托人的钱将导致最严厉的惩罚。不经意或无意地实施违规行为的律师经常受到旨在发挥教育或威慑作用的制裁。因此，律师对相关规则和确保遵守这些规则的程序了解得越多，就越容易避免出现问题。他还进一步列举了律师在处理委托人或第三方的财产时，负有的四项基本信托义务：①分离客户资金；②收到委托人的资金或财产时，通知委托人；③将资金或财产交付给委托人；④就资金或财产的使用向委托人进行说明。[3]

二、国外律师保管财物之规范要求

在很多国家的律师职业伦理规范中，都对律师保管财物时应该遵守的基本规则进行了明确规定。

在美国，美国律师协会《律师职业行为示范规则》规定，律师在保管他人财物时，需要遵守以下规则：①律师应当将其持有的与代理有关的委托人的或者第三人的财产与该律师自己的财产分离开。资金应当保存在该律师的办公场所所在的州设立的独立账户中，或者委托人、第三人同意的其他地方。其他财产应当进行如上的区分并适当地加以保管。上述账户资金和其他财产应由律师制作完整记录并在终止代理后将该记录保存一段时间（5 年）。②仅为支付委托人信托账户的银行费用，律师才可以将其自己的资金存入该委托人的信托账户中，但数量必须为该目的所必需。③在收到委托人或第三人拥有利益的资金或其他财产时，律师应当迅速通知委托人或第三人。除非根据规则的规定或者为法律或与委托人签订的协议所允许，否则律师应当迅速地将委托

---

〔1〕 参见王进喜：《美国律师职业行为规则理论与实践》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 143 页。

〔2〕 参见王进喜：《美国律师职业行为规则理论与实践》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 143 页。

〔3〕 Jeanne M.，"Whalen. Safekeeping Client Property：Why the ABA Is Hands-off and the States Are Hand-Holding"，*University of Toledo Law Review*，Vol. 38，Issue 4（Summer 2007），pp. 1279~1326.

人或第三人有权收到的任何资金或其他财产交给委托人或第三人。根据委托人或第三人的要求，律师应当迅速提交关于上述财产的完整账簿。④律师要正确处理存在争议的财产。在代理过程中，律师持有两个或两个以上的人（其中可以是律师）都主张利益的财产时，在该争议得到解决之前，该财产应当由律师单独保管。律师应当将利益不存在争议的所有部分迅速分发。〔1〕

在加拿大，加拿大律师协会《律师职业行为准则》（*Model Code of Professional Conduct*）也对“律师保管财物”进行了规定。对委托人，律师负有遵守关于保存及妥善保管被委托给律师的委托人财产的所有相关法律及规则的义务。如果没有这样的法律或规则，或律师对此有疑问，则律师照看该财产时，其小心、谨慎程度应该与谨慎的所有人处理具有相似特点的财产时的小心、谨慎程度一样。此外，加拿大律师协会《律师职业行为准则》还对“财物”的范围进行了规定，包括抵押品、可流转票据、股票、债券等；遗嘱、所有权契据、记录簿、许可证、证书等正本文件；委托人信函文件、报告、发票等其他文件；以及珠宝、银器等动产。如果说“小心、谨慎”是基本原则的话，那么律师在保管财物时还需要遵守以下具体规则：①律师应在收到委托人的或者与委托人有关的任何财产后立即通知委托人，除非律师确信委托人知道财产已处于律师的保管下。②律师应对委托人的财产做清楚标识，并与律师自己的财产分开存放，妥善保管。③律师应对其保管的委托人财产持续保有充分的记录，以便在委托人要求时能对其作及时解释，或及时交付给委托人或其指定人。律师应确保该财产交付给正确的人，并且对财产所有权人存在争议时，可以诉诸法律。④律师应将委托人的文件和其他财产保存于无权查看它们的人员无法看到或触及的地方，并且除非律师拥有留置权，否则应在委托人要求或其聘用结束后立即归还委托人的文件和其他财产。〔2〕

在欧盟，根据《欧洲律师行为准则》的规定，律师以委托人或第三方名义持有资金（简称委托人资金）时，必须将该笔资金存入由公共机构监管的银行账户或类似账户（简称委托人账户）。委托人账户应独立于律师的任何其他账户。律师取得的所有委托人资金应存入该账户，除非资金所有人同意另行处理该笔资金。律师应该保留完整且准确的委托人资金处理记录，且应将该笔资金与其持有的其他资金分开记录。委托人资金应在最短时间内或在持有人许可的条件下转给持有人。律师不得在未书面通知的情况下，将委托人账户的资金转入其个人账户作为委托人的付款。

在德国，《德国联邦律师法》第43a条“律师基本义务”（grundpflichten）第5项规定，律师在处理托付给他的财产时，负有必要的谨慎义务。他人的钱款应当立即交给有受领权的人，或者存入信托存款账户中。《德国律师职业规则》对“律师保管财物”进行了细化，律师在管理他人钱款的问题上必须依据《德国联邦律师法》第43a条之规定，将他人钱款存入信托存款账户中。他人钱款和其他财产，尤其是股票或其他有价证券，应立即上交给有领受权人处分。如领受权人不明确，则应将他人钱款存入信

〔1〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社2012年版，第208页。
〔2〕 参见北京市律师协会组编：《境外律师行业规范汇编》，中国政法大学出版社2012年版，第348页。

托存款账户中，该信托存款账户应为单独账户。其他财产应通过特别方式保管，如有书面文件对上述类似情况作出特殊说明或约定，则以书面文件为准。他人钱款应最迟于委托代理关系结束后结清。

在日本，根据《日本律师职务基本准则》的规定，律师保管来自委托人、对方及其他利害关系人的金钱时，应与自己的金钱区别开，以明确的保管金的方法保管，记录该状况。律师在保管来自委托人、对方及其他利害关系人的文件及其他物品时，应尽善意保管人之责进行保管。

从各国律师职业伦理规范对“律师保管财物”的规定来看，律师保管“委托人财物”时应该遵循的基本原则主要有两个：一是分离保管原则；二是妥善保管原则。

三、中国律师保管财物之规范要求

在我国，《律师执业行为规范（试行）》对律师保管财物应该遵循的基本规则进行了规定。《律师执业行为规范（试行）》第 54 条规定，律师事务所可以与委托人签订书面保管协议，妥善保管委托人财产，严格履行保管协议。尽管《律师执业行为规范（试行）》没有对“财产”范围进行界定，但是实践中，一般可以分为资金类财物和非资金类财物，律师在保管不同类型的财物时，应该遵守的义务和可能承担的责任都有所差别。

（一）保管资金类财物的规则

所谓资金类财物，主要是指委托人的资金、各类有价证券等。律师在保管这类财物时，需要遵循一个重要的原则就是“分离保管原则”。换言之，律师需要将委托人的财产与自己的财产进行分离，单独保存，不能混合保存。《律师事务所收费程序规则》第 17 条规定，律师事务所经有关部门批准，可以设立用于存放代委托人保管的合同资金、执行回款、履约保证金等款项的专用账户。律师事务所应当严格管理专用账户，防范风险。对专用账户资金的支付，必须严格审核把关，专款专用。严禁将专用账户的资金挪作他用。《律师执业行为规范（试行）》第 55 条也规定，律师事务所受委托保管委托人财产时，应当将委托人财产与律师事务所的财产、律师个人财产严格分离。

（二）保管非资金类财物的规则

所谓的非资金类财物，主要是指委托人的证据材料，包括各类物证、书证等。律师在保管这类财物时，需要遵循的一个重要原则就是“妥善保管原则”。换言之，律师必须尽到民法上保管人的注意义务，妥善保管委托人的这类财产，否则将承担不利的法律后果。司法部在《司法部关于对律师遗失当事人重要文件原件的行为如何进行处罚的批复》（已失效）中指出，对于律师遗失当事人重要文件原件致使当事人在以后的诉讼中无法举证的行为，在具体应用法律进行处理时，可以适用《律师法》中“应当给予处罚的其他行为”实施行政处罚。在司法实践中，也出现了律师遗失委托人证据原件，被委托人起诉至法院，要求承担损失赔偿责任。[1]

---

〔1〕 参见立夏：“粗心律师遗失证据赔付 12 万”，载新浪网，http://news.sina.com.cn/s/2003-10-26/1637994894s.shtml，访问于 2020 年 12 月 25 日。

第六节 律师保密义务之伦理规范

一、律师保密义务的法理基础

说出保密原则（principle of confidentiality）并不难：你必须对你委托人的信息保密。然而，问题出在细节上，而且这个问题远比乍一看起来要复杂得多。当然，尊重秘密是所有职业都须遵守的一项原则，例如，医生、会计师等职业人员同样面临着保密问题，事实上，这也是一般伦理的一部分。然而，律师与委托人之间的交流要受到所谓的“法律职业特权”（legal professional privilege）的特殊保护。保密原则对在委托人和律师之间建立信任关系起着核心作用，因为委托人经常就私人问题或对他们具有重要经济意义的问题寻求法律咨询。有关律师保守执业秘密的法理基础，不同的学者给出了不同的解释。

我国学者司莉教授认为，律师保密义务的理论依据在于“律师—当事人”的信任关系是“律师—当事人关系”的基础，甚至是律师制度存在的基础之一。具体表现在以下几个方面：①对抗制的诉讼制度架构是律师保密义务存在的基础；②律师履行保密义务是有效保护当事人利益的需要；③律师履行保密义务体现的是对个人尊严的尊重；④律师履行保密义务是维护律师职业整体利益的需要；⑤律师保密义务是价值冲突选择的需要，彰显着律师制度存在的意义。〔1〕我国学者李本森教授从刑事辩护律师的角度出发，认为律师的保密义务是基于当事人享有的隐私权利、当事人享有的商业秘密的权利或者国家机关享有的国家秘密的权利。〔2〕

我国台湾地区学者姜世明教授认为，律师保密义务与律师职业本质中的“高度信赖关系”之间呈现密切的理论关联。律师作为专门职业或自由职业的一种，而自由职业的本质之一是职业人员与当事人之间具有高度信赖关系，此一信赖关系是律师与当事人之间订立委托合同的基础，也是律师能否顺利提供法律服务的根本。委托人基于专业或其他考量而给予律师高度的信赖，这种信赖关系使委托人能较无保留地将家丑、社会交际、业务秘密及个人不为人知的行为或心理状态等信息告诉律师，律师也是在获得完全信息的情况下才可以作出周全的法律判断，才能提供最优质的法律服务。〔3〕我国台湾地区学者王惠光教授也认为，在现代法治社会中，律师是诉讼制度中不可缺少的一环，要能够让当事人畅所欲言，不用担心向律师的陈述会造成不利的证据，如果当事人有此担心，则无法与律师充分沟通，就失去律师协助的功能。因此，律师的保密义务不只是在保护当事人的隐私而已，对法治制度也有重要意义。〔4〕

日本学者森际康友认为，咨询人和委托人在咨询委托的时候，都会把自己所遇到

---

〔1〕 参见司莉：“律师保密义务有关理论问题探讨”，载《河南财经政法大学学报》2015 年第 2 期。

〔2〕 参见李本森：“关于刑事辩护中律师保守职业秘密问题的探讨”，载《中国司法》2006 年第 4 期。

〔3〕 参见姜世明：《法律伦理学》，元照出版有限公司 2015 年版，第 308 页。

〔4〕 参见王惠光：《法律伦理学讲义》，元照出版有限公司 2012 年版，第 119 页。

的问题的信息提供给律师。而作为律师，为了妥当解决纠纷，对案件有全局的了解以制定适当的方针策略，正确把握信息是不可缺少的。应当接受的所提供之信息，不仅包括和案件直接相关的、影响案件发展趋势的信息，也包括深层次的与隐私相关的信息及纠纷对方当事人、其他人的信息，甚至有些不想让家人知道的信息也包含其中。为了能够让咨询人和委托人信任律师，安心地提供信息和委托律师取证，对于律师由于职务上需要获知的信息，建立起律师无论在业务执行中还是执行终了后都不得向外泄露信息的保障制度很有必要。守密义务从这种角度看，可以说是律师制度的基石，是极其重要的制度。〔1〕

美国学者门罗·弗里德曼教授认为，律师的保密义务源于对个人尊严的尊重、宪法上获得律师帮助权的保障、对抗制的有效性。他进一步指出，委托人和律师之间关系的目的和必要性要求委托人能最充分、最自由地表达其“目标、动机及行为”。如果律师们被允许泄露这些秘密，那么“不仅粗暴地侵害了对其角色的神圣信任”，而且将“最终破坏、阻碍从职业帮助中所获得的有效性和好处”。这种对保密性的神圣信任，必须是在任何情况下都不得违反的，否则，委托人将无法自由地将秘密托付给期望能为其提供法律建议和帮助的律师。〔2〕美国学者戴维·鲁本教授则认为，要合理解释律师的保密义务，必须找到当事人的律师与当事人的其他职员之间有什么区别，而这必须对最古老的证据规则之一——在伊拉莎白时代就已经稳固确立起来的“律师—当事人特权规则”（attorney-client privilege）：如果为了从专业法律顾问处寻求某种法律建议，当事人与法律顾问私下所作的交流内容在他所涉及的诉讼中是永久免受披露的，不管是由他自己还是由法律顾问，除非他放弃了该特权。保密义务的范围在两个方面比特权规则要宽：首先，它要求律师保守其当事人的秘密，不能告诉世界上的任何人，并不局限于将这些秘密作为证据；其次，它包括了当事人秘密以外的信息。支持特权规则的理由主要包括两个方面：一是以实现社会正义为依据；二是以当事人的权利为依据。鲁本教授认为，前述理由虽然也为保密义务提供了合理依据，但主要侧重于刑事辩护，而保密义务同样存在于非刑事案件中。因而，从道德考量的角度，对个人的人格尊严的尊重总是要求律师无论如何都需要保守职业秘密。〔3〕

综合前述学者的观点，本书认为，保密原则的伦理基础主要体现在以下几个方面：①委托人享有隐私权。从人权理论的角度看，个人隐私受保护的权利已经成为一项基本人权。②律师对隐私信息负有特殊责任，这源于他们所处的社会地位以及委托人对他们的信任。③从契约精神的角度看，律师与委托人之间的合同中有一个隐含条款，即律师对委托人的信息负有保密义务。④在某种意义上，委托人给律师的信息是律师作为受托人收到的财产，受托人必须说明利用该信息获得的收益。⑤为了确保委托人之间的争论符合公共利益，律师需要保守秘密。人们能够获得最好的法律服务属于社

〔1〕 参见［日］森际康友编：《司法伦理》，于晓琪、沈军译，商务印书馆 2010 年版，第 22~23 页。

〔2〕 参见［美］门罗·弗里德曼：《对抗制下的法律职业伦理》，吴洪淇译，中国人民大学出版社 2017 年版，第 7 页。

〔3〕 参见［美］戴维·鲁本：《律师与正义——一个伦理学研究》，戴锐译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 188~189 页。

会公共利益的范畴，而保守秘密将有助于人们获得此种法律服务。对于司法体系的正当性而言，委托人的完全信任是至关重要的。换言之，委托人必须确信他向律师所讲的信息都将获得保护。尽管对于律师为什么对委托人的信息负有保密义务具有不同的解释，但总体而言，这些解释都为律师保密义务提供了一个强有力的基础，即律师不应该披露给予他们的秘密。

二、律师保密义务的规范依据

（一）国外律师保密义务的规范依据

在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》的规定，除非委托人作出了知情同意（informed consent）、为了执行代理对信息的披露已经得到默示授权或者披露符合职业伦理规范的规定，律师不得披露与代理委托人有关的信息。美国律师协会认为，律师—委托人关系的一个基本原则是：在没有委托人知情同意的情况下，律师不得（must not）披露与代理有关的信息。所谓的“知情同意”，是指在律师就所提议的行为的重大风险和其他合理可得的替代方案向某人提供了足够的信息和解释后，该人对该提议的行为表示的同意。律师保密义务，有利于促成信任，这样才能鼓励委托人寻求法律帮助，并与律师进行充分、坦率的交流，即使是令人尴尬的或者在法律上不利的事项。为了对委托人进行有效地代理，并且在必要的情况下，为了建议委托人不要从事错误行为，律师需要委托人提供全面的案件信息。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，律师有义务对其在执业过程中获得的与委托人的业务和其他事宜有关的所有信息进行保密，除非获得委托人明示的或者默示的许可或者符合法律或《律师职业行为准则》的相应要求，否则律师不得泄露信息。加拿大律师协会认为，如果律师和委托人之间没有完全的、毫无保留的交流，律师就无法为委托人提供有效的专业服务。与此同时，委托人必须完全相信其已得到下列保证，并且有权得到下列保证：在未得到委托人的明确要求或者指示的情况下，委托人向律师披露的事宜或与律师讨论的事宜将被保密。

在欧盟，根据《欧盟律师行为准则》的规定，委托人会将其他未知的事实告知律师，这是律师行使其职能的重要环节，因此律师应基于保密义务成为其他信息的接受方。如不能确保履行保密义务，便无法获得委托人的信任。因此，保密义务是律师负有的首要、基本的义务。律师的保密义务应服务于司法制度的利益以及委托人的利益，因此有权受到国家的特别保护。律师应对在其职业活动中获悉的所有信息承担保密义务，保密义务不受时间限制。律师应要求其同事、员工以及任何参与其所提供的专业服务的人员遵守同样的保密义务。

在德国，《德国联邦律师法》第 43a 条规定，律师负有沉默义务。该义务涉及律师在执业过程中知悉的一切事物。已经公开的事实或按其意义不再需要保密的事实，不在此限。此外，《德国律师执业规范》也对“律师保密”（verschwiegenheit）进行了规定，律师有权利、有义务保守秘密，律师自其开始行使律师执业权利起，直至委托代理结束，都有保守秘密的权利和义务。保密义务涉及律师在执业中知悉的一切事物，已经公开的事实或按其意义不再需要保密的事实，不在此范围内。在执行过程中与律

师同行合作的其他人也应明确保证保守秘密。此外，值得一提的是，对于律师的保密义务之规范基础，在德国还具有基本法上的依据，即宪法基础乃源自于一般人格权之保护，强调任何人都有发展人格的自由，这里的自由权包括信息自我决定权。据此，任何人对于其言论的发出、内容及主体范围，均有决定权。因此，从信息自决权的角度，律师对于委托人的信息，不得任意加以散布，否则就侵害了委托人的信息自决权。〔1〕

在日本，《日本律师法》第 23 条规定，律师和曾经的律师，具有保持其职务上知悉的秘密的权利和义务，但是法律有特别规定的，不在此限。此外，《日本律师职务基本准则》第 23 条秉承了《日本律师法》第 23 条的立法精神，规定："律师对于从工作中获得的关于委托人的秘密，无正当理由不得向他人泄露，并不得利用。"该准则第 56 条关于共同律师事务所规定："所属律师对于工作中得知的有关其他所属律师委托人的秘密，无正当理由不得向他人泄露或利用。即使不再担任该共同律师事务所的律师亦同。"该准则第 62 条关于律师法人规定："职员等无正当理由不得泄露或利用工作中得知的其他律师法人、其他职员和雇员的外国法事务律师委托人的秘密。不再担任该职员等后亦同。"

由此可知，英美法系国家主要通过职业伦理规范和判例法来确立律师保密义务的相应规则，大陆法系国家则主要通过国家立法与行业规范两个层次来对律师保密义务予以规定。尽管存在不同的规范依据，但是其基本内容却有很多共同之处，各国都对律师保密义务进行了严格规定，明确了基本规则，但也进行了例外规定，在后文将对例外规定进行详细阐述。

（二）中国律师保密义务的规范依据

就我国而言，律师保密义务的规范依据主要包括以下几类：

1.《律师法》第 38 条规定，律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。

2.《刑法》第 252 条规定："隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处 1 年以下有期徒刑或者拘役。"第 253 条之一第 1 款规定："违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。"

3.《刑事诉讼法》第 48 条规定："辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密。但是，辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关。"

4.《律师执业管理办法》第 43 条秉承了《律师法》第 38 条的立法原意，规定：

〔1〕 参见姜世明：《法律伦理学》，元照出版有限公司 2015 年版，第 307 页。

“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人和其他人的个人隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。”《律师执业管理办法》第35条规定：“律师承办业务，应当诚实守信，不得……向对方当事人、第三人提供不利于委托人的信息、证据材料，侵害委托人的权益。”《律师执业管理办法》第38条规定：“律师应当依照法定程序履行职责，不得以下列不正当方式影响依法办理案件：……②对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件……④违反规定披露、散布不公开审理案件的信息、材料，或者本人、其他律师在办案过程中获悉的有关案件重要信息、证据材料。”

5.《律师执业行为规范（试行）》第9条基本也秉承了《律师法》第38条的立法原意，重复了条文内容，并未出现新的规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他人准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。”

三、律师保密义务的基本性质

有关律师保密义务的基本性质，目前国内外学者已经基本达成了共识，律师保密既具有权利属性，也具有义务属性。

美国学者肯特·考夫曼（Kent D. Kauffman）教授认为，委托人—律师保密原则（principle of client-lawyer confidentiality）在相关的法律部门中表现为：律师—委托人特权（attorney-client privilege）、工作成果原则（work product doctrine）以及职业伦理中确立的保密原则（rule of confidentiality）。律师—委托人特权和工作成果原则适用于司法或者其他程序中，在这些程序中，律师可能被传唤作为证人或者以其他方式被要求提供与委托人有关的证据。委托人—律师保密原则则适用于通过法律强制从律师处获得证据之外的情形。由此看来，在律师与委托人关系中，保密义务体现为律师的一种职业义务，在律师与其他司法机关的关系中，保密义务则体现为一种职业特权。[1]

日本学者森际康友教授认为，在进行具体法律咨询时，很多律师被咨询人问道：“你能帮我保守秘密吗?”律师当然会回答：“我一定帮你保守秘密，有什么话尽管说。”然而，也有律师本来是打算保守秘密，但会出现诸如国家机关要求律师公开与委托人相关的秘密，致使律师最终不能保住秘密的情况。因此，保密义务，对咨询人和委托人来说，是律师的义务；对国家机关和第三人来说则是律师的权利（不公开委托人秘密的权利）。律师保守咨询人和委托人的秘密既是义务，也是律师取得咨询人和委托人的信任、顺利履行职务、保障律师职业的职务权利。[2]

---

〔1〕 Kent D. Kauffman, *Legal Ethics* (*Third edition*), NY: Delmar Cengage Learning, 2014, p. 128.

〔2〕 参见［日］森际康友编，徐显明主编：《司法伦理》，商务印书馆2010年版，第23页。

我国台湾地区学者姜世明教授认为，律师保密义务，如果从律师可据此对抗国家的要求作证或扣押物品而言，可以定性为律师的职业特权，即使是在律师协会要求的必要信息开示义务中，律师也不能违反其对当事人所负的守密义务。如果从委托人的角度看，律师保密义务则可以完全定性为律师的一种职业义务，具有很强的义务性。〔1〕我国台湾地区李礼仲、谢良骏两位研究者也认为，律师保密义务涉及委托人的隐私权、缄默权以及辩护权之维护与保障，因此，为了维护委托人的前述权利，律师自然负有保密义务，不得任意泄露委托人的秘密。此外，律师在刑事或民事案件中担任证人，如果就其因业务所知悉的有关委托人秘密之事项受到讯问，除非经委托人本人允许外，律师得拒绝作证。此时，保守职业秘密对于律师而言则是一项重要的职业特权，即拒绝作证权。〔2〕

在我国，目前尚未明确规定赋予律师作证特免权，相反，我们更多地对律师科加了一种对于法庭的真实义务。比如，《刑事诉讼法》第 62 条第 1 款规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"该条文并未设置任何例外，因此，严格来说，我国律师的"拒绝作证权"尚未建立。那么，是否意味着律师保密在我国只有义务属性，而没有权利属性呢？事实上，尽管法律并没有明文赋予律师拒绝作证的权利，也没有赋予律师拒绝搜查和扣押的权利，但《刑事诉讼法》第 48 条规定，"辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密"。该条文已经在某种程度上承认了律师保密所具有的权利属性。因此，从广泛意义来看，律师保守职业秘密在我国也同时具有权利属性和义务属性。当我们强调其作为权利之属性的时候，更多的是着眼于律师和司法机关的关系，主张律师可以根据保密特权而免去作证的义务，涉及的是诉讼法上的证人作证义务问题；而当我们强调其作为义务之属性的时候，则更多的是着眼于律师和委托人的关系，主张律师应尽到合理的注意，以避免国家秘密、商业秘密及委托人的各种隐私和信息被不合理地公开，涉及的主要是律师的职业伦理问题。应该说，律师保密特权（拒绝作证权）和律师保密义务是一个问题的两个方面，它们彼此依赖、相互依存，并可以互相转化。

四、律师保密义务的基本内容

律师保密义务的基本内容主要涉及主体、客体与期间三个方面，亦即什么人负有保密义务？保密义务的对象是什么？保密义务的时间范围是什么？

（一）保密义务的主体

关于保密义务的主体，各国均有不同的规定，有的范围比较宽泛，有的范围则比较狭窄，下面分而述之。

1. 国外律师保密义务的主体。在美国，虽然美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 1.6 中提到的主体只有"律师"，但这并不意味着同一律师事务所的其他律师、律师助理、职员或雇员就不需要承担保密义务。根据《律师职业行为示范规则》

〔1〕 参见姜世明：《法律伦理学新论》，元照出版有限公司 2015 年版，第 310 页。

〔2〕 参见李礼仲、谢良骏：《法律伦理学新论》，元照出版有限公司 2013 年版，第 163 页。

规则 5.1 之规定，律师事务所的合伙人以及个人或者和其他律师一起在律师事务所拥有相对管理权限的律师，应当尽合理努力，以确保该律师事务所的所有律师都遵守《律师职业行为示范规则》的规定。由此可见，同一律师事务所的其他律师依然负有保密义务。根据《律师职业行为示范规则》规则 5.2（a）之规定，即使处于他人指挥之下，律师仍然受《律师职业行为示范规则》的约束。由此可知，下属律师也属于保密义务的主体。根据《律师职业行为示范规则》规则 5.3（b）之规定，对非律师人员有着直接管理权的律师应当尽合理努力，以确保该人的行为符合律师的职业义务。由此可知，非律师成员也属于保密义务的主体范围。此外，美国律师协会在该条的注释中明确指出，律师在执业过程中，通常需要雇佣助手，包括秘书、调查人员、法学院实习生以及辅助人员。这些助手，无论是雇员还是独立合同人，其工作都在为律师提供职业服务，律师应当就上述助手受雇工作的伦理方面为其提供适当的指示和管理，尤其是告知其不得公开与代理委托人有关的信息的义务以及对其工作成果负责的义务。

在德国，根据《德国联邦律师法》及《德国律师执业规范》的规定，律师负有保密义务，这里的律师并不仅仅是指承办某一案件的单一律师，若在同一事件中，有数位律师受同一委托人委托，那么这些律师均负有保密义务。此外，在合伙律师事务所中，某一律师接受委托人委托后，则其他合伙律师、受雇律师以及律师事务所其他职员，均负有保密义务。例如，《德国律师执业规范》规定，律师应当对其工作人员和参加其业务活动的任何人以书面形式规定保密义务，并鼓励他们在执行案件以外的任务时也要保守秘密。

在日本，根据《日本律师法》及《日本律师职务基本准则》之规定，负有保密义务的主体主要包括以下几类：①律师，即处于律师—委托人关系中的律师当然负有保密义务。②曾经担任律师的人，即被取消律师注册的人，其虽然已经不是职业基本规则的适用对象，但仍然是保密义务的主体。③共同律师事务所的律师，共同律师事务所的律师对于本所其他律师之委托人的秘密同样负有保密义务，即使其已经转职到其他律师事务所，该保密义务也依然存在。④律所的其他职员，律所其他职员对于本所其他律师、职员、雇员之委托人之相关秘密负有保密义务。

2. 中国律师保密义务的主体。在我国，根据《律师法》《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》之规定，负有保密义务的主体主要包括以下几类：

（1）律师。处于委托代理关系中的律师，是与委托人信息接触最为密切的主体，无论是在书面法律服务合同的内容中，还是在口头交流或通信往来的过程中，律师都会接触大量的委托人的信息。因此，处于委托代理关系中的律师当然负有保密义务。

（2）委托律师以外的律师事务所的其他律师和工作人员。在实践中，现在很多律师事务所已经告别了之前单打独斗、独行侠式的办案模式，而是集中所内业务精英集体讨论案件，或借阅卷宗以作办案参考，这种工作模式自然容易带来案件信息的泄露问题，所有参与讨论案件的律师都应对案件和委托人的信息负有保密义务。此外，实践中，律师事务所大量使用律师助理、法律实习生协助办理案件，因此，这类人员也应该成为保密义务的主体。例如，《北京市律师执业规范（试行）》第 26 条规定，合伙律师、律师有义务对实习律师、律师助理、法律实习生、行政人员等辅助人员在律

师业务及职业道德方面给予指导和监督，特别是应要求辅助人员保守当事人的信息秘密。律师对受其指派办理事务的辅助人员出现的错误，应当采取制止或者补救措施，并承担责任。《北京市律师执业规范（试行）》第63条规定，律师事务所的其他律师及辅助人员对于了解到的委托事项的保密信息负有保密义务。

（3）律师事务所。律师事务所虽然是组织，但依然负有保密义务。例如，《律师事务所从事商标代理业务管理办法》第15条就明确规定："律师事务所及其律师承办商标代理业务，应当遵守律师执业保密规定。未经委托人同意，不得将代理事项及相关信息泄露给其他单位或者个人。"虽然这一规定是针对商标代理业务的，但在保守委托人秘密方面的原理是相通的，律师事务所也应是保密义务的主体。律师事务所承担的保密义务主要应该通过完善案卷档案管理工作来体现和履行，尤其是在律师事务所日益实现电子化管理的今天，律师事务所更应该加强自身的网络安全管理，避免泄露委托人的信息。

（二）保密义务的客体

关于保密义务的客体，各国法律职业伦理都有规定，有的是列举式的，有的是概括式的，但是范围都比较广泛，下面分而述之。

1. 国外律师保密义务的客体。在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则1.6的规定，"律师不得披露与代理委托人有关的信息（information）"。美国律师协会在注释中指出，保密规则不但适用于委托人与律师秘密交流的事项，还适用于所有与代理有关的信息（all information），不论其来源如何。律师不得披露上述信息，除非得到授权，或者遵照《律师职业行为示范规则》或其他法律的要求。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》规则3.3的规定，律师对在业务关系中取得的与委托人的业务（business）、事务（affair）有关的一切信息（all information），必须始终严格保密，不得泄露。加拿大律师协会在注释中指出，该规则应当与有关律师和委托人之间口头或书面交流的律师—委托人特权证据规则（evidentiary rule of lawyer and client privilege）相区分。该规则的适用范围更加广泛，在适用的时候无需考虑保密信息的性质和来源，也无需考虑保密信息是否为他人所知悉。此外，加拿大律师协会还认为，律师与委托人的授信关系禁止律师为了律师本人或者第三方当事人的利益或在对委托人的利益造成损害的情况下使用受到保护的委托人信息。律师在从事文学创作时，比如写自传时，应当避免在未获得委托人授权的情况下披露受到保护的委托人信息。

在德国，根据《德国联邦律师法》及《德国律师执业规范》的规定，保密义务的客体是指"律师在执业中知悉的一切事务"。这里的"一切事务"，不仅包括口头告知、文书证物的给予，还包括其他有关委托人的信息。此外，《德国联邦数据保护法》中有关个人数据保护的规则也适用于律师。为了能够有效履行保密原则，律师必须采取一定的组织和技术措施（organisatorischen und technischen Maßnahmen zu ergreifen），这些措施对于保守秘密、控制风险以及维护律师职业的合理性都是必要的，其中，技术措施必须符合《德国联邦数据保护法》所要求的标准。

在日本，根据《日本律师法》第23条及《日本律师职务基本准则》第23条之规

定，律师保密义务的客体是“因自身职务而获得的关于委托人的秘密”，那么“秘密”指的是什么呢？根据《日本律师法解释》的规定，秘密不仅指主观意义上的秘密，也指客观意义上的秘密，如“委托人过去的犯罪行为、反伦理行为、疾病、身份、亲属关系、财产关系、是否留有遗言、住所及其他对委托人不利的事项”，还有“委托人不想让第三人（有不同利害关系的人）知道的事项及一般社会观念中不想让别人知道的事项”全部包含在内。

2. 中国律师保密义务的客体。在我国，根据《律师法》《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》的规定，保密义务的客体主要包括律师在执业活动中知悉的“国家秘密”“商业秘密”“当事人的隐私”以及“其他信息”。

关于“国家秘密”，按照《中华人民共和国保守国家秘密法》（以下简称《保守国家秘密法》）第2条的规定：“国家秘密是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。”国家秘密的密级分为“绝密”“机密”“秘密”三级。《保守国家秘密法》第9条用列举的方式对国家秘密作出了具体的规定：“下列涉及国家安全和利益的事项，泄露后可能损害国家在政治、经济、国防、外交等领域的安全和利益的，应当确定为国家秘密：①国家事务重大决策中的秘密事项；②国防建设和武装力量活动中的秘密事项；③外交和外事活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的秘密事项；④国民经济和社会发展中的秘密事项；⑤科学技术中的秘密事项；⑥维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；⑦经国家保密行政管理部门确定的其他秘密事项。政党的秘密事项中符合前款规定的，属于国家秘密。”

关于“商业秘密”，《中华人民共和国反不正当竞争法》第9条第4款对商业秘密的概念作出了如下界定：商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息等商业信息。可见，是否构成商业秘密可以从“不为公众所知悉”“具有商业价值”“经权利人采取相应保密措施”“技术信息和经营信息”四个方面加以确定和把握。《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中对上述用语的含义作出了具体解释。所谓“不为公众所知悉”，是指该信息不能从公开渠道直接获取。所谓“能为权利人带来经济利益、具有实用性”，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或竞争优势。所谓“权利人采取保密措施”，包括订立保密协议、建立保密制度及采取其他合理的保密措施。所谓“权利人”，是指依法对商业秘密享有所有权或者使用权的公民、法人或者其他组织。所谓“技术信息和经营信息”，包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。律师在提供法律服务的过程中对于上述信息都应负有保密义务。

关于“当事人的隐私”，虽然隐私权在我国已经得到了广泛承认，[1] 但是关于其内涵与外延等问题仍然存有争议。按照王利明教授的观点，隐私权固然存在宪法上的基础，但是主要属于民事权利的范畴。它的具体属性应当是具体人格权而非一般人格

---

〔1〕 在北大法宝的“法律法规”数据库中，以“隐私”作为关键词进行检索，一共获得1812个结果，其中“法律”有84部涉及“隐私”，“行政法规”有88部涉及隐私。

权，而且应当在我国未来的《人格权法》中得到规定。隐私权主要包括生活安宁和私人秘密两个方面，未来隐私权的内容也应当以此为基础进行发展和扩张。个人信息资料权不宜纳入隐私权的范畴，它是相对独立于隐私权的一种权利。[1] 我国台湾地区王泽鉴教授认为，隐私权所保护的是隐私，但何谓隐私？传统见解认为，此系针对个人自我独处而言，此具消极的意义，其范围一方面过狭，不能包括应受保护的私领域利益；另一方面又过于广泛，包括了不应涵盖的事物。最近见解认为，隐私是指对个人资料的控制，此具积极的意义。隐私概念的不确定性，固然造成法律适用的不安定，但亦因其开化性，而能适应社会经济及现代科技的发展，进而对隐私权的侵害提供必要的保护。[2]

在司法实践中，随着互联网技术、大数据、云计算、人工智能等科学技术的发展，个人隐私的范围也在不断发生变化，在认定与保护上也变得更加复杂。最高人民法院于2018年8月16日发布了第一批涉互联网典型案例，其中，在“庞某诉中国东方航空股份有限公司、北京趣拿信息技术有限公司隐私权纠纷案”中，法院认为，随着科技的飞速发展和信息的快速传播，现实生活中出现大量关于个人信息保护的问题，个人信息的不当扩散与不当利用已经逐渐发展成为危害公民民事权利的一个社会性问题。该案是由网络购票引发的涉及航空公司、网络购票平台侵犯公民隐私权的纠纷，各方当事人立场鲜明，涉及的焦点问题具有代表性和典型性。公民的姓名、电话号码及行程安排等事项属于个人信息。在大数据时代，信息的收集和匹配成本越来越低，原来单个的、孤立的、可以公示的个人信息一旦被收集、提取和综合，就完全可以与特定的个人相匹配，从而形成某一特定个人详细准确的整体信息。此时，这些全方位、系统性的整体信息，就不再是单个的可以任意公示的个人信息，这些整体信息一旦被泄露扩散，任何人都将没有自己的私人空间，个人的隐私将遭受威胁。因此，基于合理事由掌握上述整体信息的组织或个人应积极地、谨慎地采取有效措施防止信息泄露。任何人未经权利人的允许，都不得扩散和不当利用能够指向特定个人的整体信息，而整体信息也因包含了隐私而整体上成为隐私信息，可以通过隐私权纠纷而寻求救济。

关于“其他信息”，《律师法》第38条第2款规定：“律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密……”从这些规定可以看出，律师除了需要保守国家秘密、商业秘密和个人隐私以外，对其他情况和信息，同样负有保密义务。首先，这里的情况和信息，应该是无法被国家秘密、商业秘密和个人隐私所包括的“其他”当事人不愿披露的信息；其次，这里的情况和信息，应该包括那些当事人以外的“其他人”的情况和信息。既可以是律师执业过程中了解到的证人的情况和信息，也可以是委托人以外的其他当事人的情况和信息，还可以是当事人单位的一般工作人员的情况和信息，易言之，只要有保密的需要，同时又是律师因其职务活动而知悉的信息，原则上都应负有保密义务。

---

〔1〕 参见王利明：“隐私权概念的再界定”，载《法学家》2012年第1期。

〔2〕 参见王泽鉴：“人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇（上）”，载《比较法研究》2008年第6期。

（三）保密义务的期间

关于保密义务的期间，也是各国律师职业伦理规范的重点。在实践中，这一问题也时常引发争议，有的律师认为，保密义务只存在于委托代理关系存续期间。换言之，在尚未正式建立委托代理关系之前以及委托代理关系终止以后，律师则不负有保密义务。那么，这种理解是否正确呢？本部分将对一些国家律师职业伦理规范之规定以及学者之见解进行阐述，以对前述观点进行回应。

在美国，一般认为，保密义务附属于正式建立的律师—委托人关系，但是也适用于在委托人签署收费协议或支付律师费用之前。在律师同意受理案件之前，将潜在的委托人在寻求代理过程中所作的陈述置于不受保护的情况下，肯定会破坏保密政策。不过在实践中，保密义务的履行依然引发了诸多伦理困境，保密义务该由谁来承担？保密义务该从什么时候开始？保密义务该到什么时候结束？关于这些问题，美国律师协会都在《律师职业行为示范规则》中进行了回应，前文已经在“保密义务的主体”中对“保密义务该由谁来承担”进行了阐述，此处只对后两个问题进行阐述。关于“保密义务该从什么时候开始”这一问题，根据《律师职业行为示范规则》规则 1.18“对潜在委托人的职责”（duties to prospective client）的规定，所谓的潜在委托人（prospective client）是指就某事项同律师探讨形成“委托人—律师关系”的可能性的人。当然，如果一个人单方面同律师进行信息交流，并不合理地期待律师愿意探讨形成“委托人—律师关系”的可能性，则该人就不属于“潜在委托人”。在此基础上，美国律师协会认为，即使随后没有形成“委托人—律师关系”，曾同潜在委托人进行探讨的律师也不得使用和披露从该磋商活动中所知悉的信息。关于“保密义务该到什么时候结束”这一问题，根据《律师职业行为示范规则》规则 1.9“对前委托人的职责”（duties to former clients）之规定，在“委托人—律师关系”终止后，律师的保密责任继续存在。在司法实践中，美国法院认为，律师的保密义务是一种以忠诚为基础的受托义务，而不仅仅是一种基于合同法的义务，在合同法中，缔约双方的义务通常在双方履行了各自的义务后才终止。除非有例外情况，否则律师的保密义务在委托代理关系终止之后仍然有效。正如在 *United States v. Standard Oil Co.* 案中法官所指出的那样：“如果公众要尊重法律并相信法律的保障，委托人向其律师传达的保密信息必须永远不受侵犯。”〔1〕

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，潜在的委托人经常会面试几家律所并要求这些律所就潜在的委托事宜提供建议。在前述过程中，潜在的委托人可能会提供与潜在的委托事宜有关的保密信息。因此，就会存在这样一个风险：前述过程中，未被聘用的律师不得就同一事件代表对方当事人。与潜在委托人讨论潜在的委托事宜或者参与征求建议本身并不禁止律师在同一事件中代表对方当事人。如果潜在的委托人希望在前述过程中披露保密信息，律师应当与该潜在的委托人明确，如果律师未被该潜在的委托人聘请的话，披露的保密信息是否禁止律师在同一事件中代表对方当事人。如果潜在委托人和律师无法达成一致意见，律师应当坚持在被聘请

〔1〕 United States v. Standard Oil Co., 136 F. Supp. 345.

之前，该潜在委托人不向律师披露任何保密信息。

在德国，《德国律师执业规范》第 2 条第 1 款规定，律师有保密的义务和权利，该义务和权利在委托关系结束后仍存在。对此，德国学者认为，律师保密义务从律师委任契约本身就可以推知出来，该规定是进一步将契约义务明示提升为职业伦理而已。另外，关于律师保密义务到底持续到何时？德国学者认为，对此可能须从该机密维护利益的角度观察，即在存在机密维护利益的时限内，均认为律师应维护该机密性。委托人死亡后，除非存在例外情形，亦即存在信息请求的正当事由，否则，原则上，律师仍然负有沉默义务。〔1〕

在日本，虽然《日本律师职务基本准则》第 23 条并未明确律师保密义务的期间，但是一般认为，作为律师，在委托案件结束后，仍然负有守密义务。应当注意：这种义务的负担是没有时间限制的。关于这点，根据《日本律师职务基本准则》第 56 条，即使共同律师事务所的律师转职到其他律师事务所或者独立出去，对于在该共同律师事务所任职时所获知的秘密，仍然不能解除守密义务。

在我国，律师职业伦理规范中并未对律师保密义务的期限进行明确规定，但是理论上一般认为，律师保密义务不受时间的限制，对于潜在委托人的信息以及前委托人的信息，律师均负有保密义务。鉴于律师保密义务的重要性，对此前文已进行论述，我们认为，在未来对《律师法》及《律师执业行为规范（试行）》进行修改时，需要对律师保密义务予以重视，并进行细化。具体可以参考美国律师协会《律师职业行为示范规则》的经验，以“委托人—律师关系”为中心，对于“委托人—律师关系”建立之前以及“委托人—律师关系”终止以后的律师的保密义务予以明确，提高律师的保密意识并强化责任落实。

五、律师保密义务的例外

虽然律师保密义务的重要性不言而喻，但是也不可以将它绝对化，有时，这一义务的解除同遵守一样具有很大的价值。因此，各国律师职业伦理在严格规定律师保密的同时，也规定了一些例外情形，换言之，在满足一定条件的情况下，律师是可以突破保密义务的。

（一）国外律师保密义务的例外

在美国，美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 1.6“信息的保密”第（b）款对律师保密的例外情形进行了规定。在下列情况下，律师可以在其认为合理必要的范围内披露与代理委托人有关的信息：①为了防止合理确定的死亡或重大身体伤害；②为了防止委托人从事对其他人的经济利益或财产产生重大损害的并且委托人已经利用或者正在利用律师的服务来加以促进的、合理确定的犯罪或欺诈；③为了防止、减轻或者纠正委托人利用律师的服务来促进的犯罪或者欺诈，对他人的经济利益或者财产产生的合理确定的或者已经造成的重大损害；④为了就律师遵守《律师职业行为示范规则》而获得法律建议；⑤在律师与委托人的争议中，律师为了自身利益起诉或

〔1〕 参见姜世明：《法律伦理学》，元照出版有限公司 2015 年版，第 317 页。

者辩护的，或者为了在因与委托人有关的行为而对律师提起的刑事指控或者民事控告中进行辩护的，或者为了在任何与律师对委托人的代理有关的程序中针对有关主张作出反应的；⑥为了遵守其他法律或者法庭命令。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》规则 3.3 的规定，在下列情形下，律师可以披露与委托人相关的信息：①委托人明示或默示授权；②法律或法院要求这样做的；③律师协会要求提供信息；④该规则允许的其他情况。此外，《律师职业行为准则》还规定了一些特殊的例外情形：①未来危害（公共安全）例外。律师有正当理由认为有导致死亡或者严重人身伤害的危险，为防止死亡或者伤害的发生，需要披露的，可以披露保密信息，但是不得披露超过要求的信息。②律师或者其合伙人、雇员受到指控时例外。律师为抗辩，可以披露保密信息，但不得披露超过要求的信息。③律师为设立或者收取律师费，可以披露保密信息，但不得披露超过要求的信息。④律师可以向其他律师透露保密信息，以获得有关其拟议行为的法律或伦理建议。

在德国，根据《德国律师执业规范》第 2 条第 3 款的规定，律师的下列行为不属对保密义务的违背：①事先已获同意的行为；②为该行为系维护正当利益所需，例如为了行使或反对因委托关系产生的请求权或为了本人事务中的防御；③行为是客观上常见的、在社会生活中被普遍允许的，而且发生在事务所的工作范围以及第三人为事务所提供的服务范围之内（社会相当性）。此外，《德国律师执业规范》第 2 条第 2 款还规定了“法律要求或允许的例外”。所谓的“法律要求或允许的”，包括《德国刑法》第 138 条规定的：对于谋杀、杀人、公众谋杀、绑架、恐怖组织对空中交通工具的攻击等罪行，律师在执业中知悉的，有检举的义务，此时不能将委托人的信赖利益应被尊重作为抗辩理由。

在日本，《日本律师法》第 23 条但书规定：“法律有特别规定的情况不受此限。”《日本律师职务基本准则》第 23 条规定，如果有“正当的理由”，允许秘密公开。但是职业基本准则并未对“正当理由”的具体情况进行详细说明。按照日本学者森际康友的总结，所谓的“正当理由”，大致包括以下几种情形：①委托人的承诺。②证言拒绝权和公开的可否。③委托人犯罪意图明确，实行行为逼近，犯罪结果重大的情况。④律师自身权利的保护等。⑤法律文书中提出的限令等。⑥律师向雇佣的辅助人员说明有关委托人咨询的内容。⑦向非接受案件委托的共同律师事务所、律师法人的所属律师、社员等告知自己代理的案件名称和委托人姓名等信息。[1]

（二）中国律师保密义务的例外

我国《律师法》第 38 条第 2 款的但书规定：“但是，委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外”。我们可以将这一例外概括为“防止未来严重犯罪”，这一例外具有两个特点：

1. 必须是将来可能发生的危险。对于委托人或者其他人已经实施的犯罪，律师应当予以保密，只有为了防止将来可能发生的危险时，律师才得以免除保密义务，积极向司法机关举报控告。

---

〔1〕 参见［日］森际康友编：《司法伦理》，于晓琪、沈军译，商务印书馆 2010 年版，第 33~35 页。

2. 必须是具有严重性的危险。所谓的“严重性”，即委托人或者其他人准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息。对此，需要注意的是：损害的法益必须是国家安全或公共安全，或严重的人身安全。如果仅仅是准备实施轻微不法行为或实施危害财产安全的行为，律师仍然应该恪守保密义务。之所以要求这种危险的严重性，是在立法目的之间进行价值权衡的结果，如果一般危险都要予以披露的话，则显然忽略了保密义务的社会价值。

此外，在实践中，除了上述例外情形外，律师为了维护自身合法权益也属于例外情形。在纪律惩戒程序和刑事追诉程序中，律师是否可以援引与委托人的交流信息为自己进行辩护或抗辩呢？答案是肯定的。如果不允许设置保密义务的例外，则律师无法为自己提供有效的辩护，因而应当允许律师自由援引相关信息。其实，除了针对律师提出的投诉或指控程序以外，即使是在律师作为原告起诉他人的程序中，也应当允许律师在合理必要的范围内公开与代理委托人有关的信息。

通过对国外有关律师保密义务例外情形的规定进行总结，我们认为，尽管各国对此问题在表述上存在差异，但是一些基本原则是达成共识的，具体如表 19-1 所示。

表 19-1　律师保密义务例外的基本原则

序号	基本原则
1	获得委托人的明确或默示授权
2	合理地防止某些死亡或重大身体伤害
3	防止、减轻或纠正在律师服务的协助下从事违法行为
4	允许律师就其遵守伦理规范的义务征求法律意见
5	为对律师提出的索赔进行抗辩
6	遵守法律或法庭命令

六、科技与律师保密义务

近年来，随着互联网技术的飞速发展，“互联网+法律”已经不是一种时髦，而成为一种需要或常态。互联网技术的介入，对“委托人—律师关系”也产生了很大的影响，律师与委托人之间沟通交流的方式以及律师提供法律服务的方式都在发生变化。在过去的几十年里，技术的进步使得交流变得如此容易，以至于让人忘记了几乎所有的交流都不是私人的。无论是手机、短信、电子邮件还是社交媒体，只要是利用网络和互联网来“说话”和存储数据，发送者和接收者都有可能遭到电子窃听和电脑病毒的攻击。法律行业应该分析这些技术的使用是否会将委托人的秘密置于不合乎伦理的风险之中，从而对这些技术变化作出回应。目前国内理论界与实务界对于这一问题的

关注还不是很多,[1] 而美国在这方面积累了丰富的经验，美国学者肯特·考夫曼教授对此进行了梳理与总结。[2] 因此，我们有必要在此进行简要概述，以引发国内学界的关注与进一步思考。

（一）电子邮件与委托人秘密

电子邮件信息，尤其是那些未经加密的、绝不是私人的，即使被删除，仍然很容易从传输中使用的电子邮件服务器以及创建电子邮件的硬盘中恢复。律师使用电子邮件与委托人沟通相关委托事宜，是否违反了职业保密责任？律师以电子邮件方式提供法律意见是否会丧失保密性？美国律师协会伦理委员会在 1999 年就这一问题发表了一份伦理意见。美国律师协会的结论是：使用未经加密的电子邮件并不违反《律师职业行为示范规则》规则 1.6（a）中所规定的保密原则，因为电子邮件中存在合理的隐私预期。委员会的理由是：仅仅因为电子邮件容易被拦截，并不能说明它不应该被自动使用。2011 年 8 月，美国律师协会就电子邮件的保密性发表了另一份伦理意见书，声明律师有义务在出现第三方可能获得未加密电子通信内容的“重大风险”时，就电子通信（包括电子邮件）的风险向委托人发出警告。

（二）云计算与委托人秘密

与用于委托人目的的电子邮件和互联网使用相关的一个问题是数据的存储。曾经所有的委托人文件都是文件柜中的文件，技术使计算机硬盘（可能崩溃）、USB 闪存驱动器（可能消失）和外部硬盘（可能崩溃或消失）成为存储委托人信息（包括诉讼文件）的一种手段。最新的技术是云计算（cloud computing），它将互联网本身作为存储库。

2009 年 12 月，美国许多州律师协会发布了伦理意见，以解决将委托人信息存储在“云”中（in the cloud）的适当性问题。亚利桑那州律师协会（the arizona bar association）回答了一名律师提出的伦理问题，即对于以 PDF 形式存在的委托人文件，使用加密的、受密码保护的在线存储设备是否合适。亚利桑那州律师协会认为，答案是肯定的，前提是随着在线存储技术的变化，需要定期进行安全检查。2010 年，纽约州律师协会（new york state bar association）就此事发表了一项意见，并得出结论认为，“律师可以使用在线‘云’计算机数据备份系统存储客户文件，前提是律师必须采取合理措施，确保系统安全，并为客户保密”。

（三）传真机与委托人秘密

在扫描仪和 PDF 出现之前，传真机是不用信封和邮票就能传送文件的最快方式。传真机也有隐私风险，传真机通常存放在办公室的中央位置，这使得它们用于传输客户通知的操作风险略高于电子邮件，因为办公室中的任何人都可以拦截来自传真机的传真。传真号码也可能拨错了，导致错误的传真机接收到本应在别处接收的传真。美国律师协会在讨论电子邮件适当性的伦理意见中也提到了传真，尽管未能明确宣布使用传真机是合乎伦理的，但发现传真的使用已经变得如此普遍，以至于法院认为它是

---

〔1〕 参见张涛：“法律与科技：社交媒体中律师职业伦理之建构”，载《新媒体与社会》2018 年第 1 期。

〔2〕 Kent D. Kauffman, *Legal Ethics* (*Third edition*), NY: Delmar Cengage Learning, 2014, pp. 144~147.

一种不违反保密义务的适当的通信方法。

（四）智能手机与委托人秘密

就像电子邮件一样，手机或手机的使用很容易被窃听，不管是有意的还是无意的。不少律师协会对无线电话或手机的使用进行了权衡，表达了谨慎的赞同。新罕布什尔州（new hampshire）和马萨诸塞州（massachusetts）发表了伦理意见，告诫律师谨慎使用无线电话或移动电话。律师协会认为，律师在与他们的委托人通过智能手机讨论敏感问题之前，应该向他们的委托人说明使用无保护线路和即时通信工具谈话的风险。这样的电话交谈可能被视为放弃“律师—委托人特权”，在继续之前需要得到委托人的同意。

【案例 19-3】

北京 ZLC 律师泄露当事人隐私一案

【基本案情】2013 年 10 月 31 日，北京市第一中级人民法院二审开庭不公开审理李某某等人强奸案。自 2013 年 9 月起，ZLC 律师陆续在腾讯微博、新浪微博、网易博客上发布了案件当事人的通讯内容、会见笔录、侦查卷中警方拍摄的现场图片、律师的现场勘验报告，并且以文字形式披露了有关案件情况、有关辩护人的辩护内容、有关鉴定结论的内容，对案发现场的有关视频内容进行了描述。ZLC 律师在公开场合向媒体和公众出示了李某某案件当事人的通讯记录等材料。ZLC 律师在法庭宣判后的法庭教育阶段情绪激动，拒不接受审判长的规劝，被依法强行带出法庭。ZLC 律师离开法院后主动向聚集在法院外面的人员介绍庭审情况，发表意见感受，出示该案证据材料，表达对法院审理工作的不满。ZLC 律师在律师协会审查期间继续就李某某案件发布相关微博。ZLC 律师在律师协会举行的听证会上坚持认为自己在向有关机关反映意见没有得到回复时，向媒体和公众披露案件信息、发表意见的行为正确。

【具体理由】1. 关于不公开审理的问题。我国《刑事诉讼法》第 188 条、第 202 条和第 285 条规定，未成年人犯罪和涉及隐私的案件不公开审理，但宣判一律公开进行；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 222 条规定：“审判案件应当公开进行，案件涉及国家秘密或者个人隐私的，不公开审理；涉及商业秘密，当事人提出申请的，法庭可以决定不公开审理。不公开审理的案件，任何人不得旁听，但具有刑事诉讼法第 285 条规定情形的除外。”根据上述规定，不公开审理案件的原则，应当是不得向出庭人员以外的人员公开开庭审理情况，仅宣判活动公开进行。ZLC 律师作为辩护人，将庭审情况以微博、博客和向媒体披露的方式公之于众，无异于向所有不能旁听的人员公布案件庭审情况，属于不当披露案情的行为。

2. ZLC 律师公开发布的有关妇科检查材料，既属于当事人的隐私，也属于该案的证据材料。ZLC 律师此举，既泄露了当事人的隐私，也不当披露了案情。ZLC 律师公开发布的鉴定结论、监控视频、警方照片等均属于案件证据的范围。ZLC 律师将案件证据公开发布，并且对案件证据、其他辩护人的意见进行分析、评价等行为，违反了《刑事诉讼法》不公开审理的诉讼制度，且构成《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 24 条泄露当事人个人隐私的违规行为，应当给予相应的行业纪律处分。

【结果】北京市律师协会执业纪律与执业调处委员会决定：给予 ZLC 律师公开谴责的

行业纪律处分，并建议司法行政机关给予相应的行政处罚。

第七节　律师利益冲突之伦理规范

一、利益冲突的内涵

利益冲突（conflicts of interests）问题在各国一直是困扰律师执业的一个棘手问题，被认为是律师职业责任中最具普遍性的一个问题。因此，各国律师执业行为规范对此都作出了具体规定。美国著名的律师职业责任理论研究专家罗伯特·埃若森等教授指出，利益冲突是指律师与当前的客户客观上存在潜在的相反利益取向，这种潜在的相反利益取向存在于律师通过各种方式提供法律服务的过程中，即使当前律师采取的法律行动或提供的法律服务从律师的角度确实是最大限度地有利于客户的，也并不能消除由于存在潜在的相反利益而造成的这种利益上的冲突和紧张关系。[1]

律师执业中发生的利益冲突具有以下几个特征：①利益冲突并不以发生实际损害结果为条件，只要律师与当事人的关系或代理质量存在风险，就可以构成利益冲突。②利益冲突并不要求律师具有损害委托人利益的主观过错。即便律师主观上并不想损害委托人的利益，但只要客观上存在这种风险，同样可能构成利益冲突，因此，这就要求律师必须在代理案件之前尽到利益冲突的注意和审查义务。换句话说，这一规则立足于保障委托人的利益。律师并不能以自己的主观意愿为免责理由。③利益冲突并非僵化不可避免，可以通过当事人的事先同意而取得责任豁免。正因如此，律师在与委托人签订委托代理协议的时候，应当注意事先约定利益冲突的豁免条款，以免因为利益冲突的构成要件过于严苛而承担纪律责任。

二、利益冲突的主要原因

律师执业中的利益冲突问题在中国律师业发展的早期似乎并不足以成为一个问题，但是随着近年来经济的迅速发展和法律服务市场的巨大变化，利益冲突已经日益引起整个行业的高度重视，很多省市的地方律协，甚至是律师事务所内部，都制定了有关利益冲突审查标准和审查机制的规范性文件。利益冲突问题日益凸显，主要出于以下几个方面的原因：

（一）律师事务所的规模不断扩大

在律师事务所规模较小时，之前业务累积的客户数量尚在可控范围内，一旦事务所规模扩大，其曾经代理过的客户数量也必然随之增多，发生潜在利益冲突的可能就会直线上升。私人律师事务所和他们的公司委托人的规模都在快速增长，并且分支机构和子公司也在扩张，这些都增加了切实的、细小的、不经意冲突的可能性。

---

〔1〕 参见李本森："律师管理路在何方？——律师执业中的利益冲突立法及完善"，载《中国律师》2001 年第 4 期。

（二）律师的委托人范围不断变化

在过去，法律服务市场不太发达，很多市场机制都尚未引入，因此，律师与委托人之间的关系纽带更加牢靠，很多律师与委托人都保持了长期的合作关系。随着法律服务市场中的竞争加剧，新的律师、新的律师事务所不断涌入，委托人的选择变得更加自由，换言之，从以前的“没得选”到现在的“货比三家”，律师与委托人之间的关系纽带变得更加脆弱，很多委托事项都是短期的。因此，委托人的“构成”也不断发生变化，这也加剧了利益冲突的可能性。

（三）律师之间的横向流动增多

因为律师事务所的管理体制、理念追求以及分配制度等各方面的原因，律师流动现象日益普遍和频繁，但我们尚缺乏律师离所的具体规范性做法，导致很多律师离所后没有将其之前负责的委托人信息和案件信息向全所通报，由此带来利益冲突问题。尤其是案源较多的律师在不同律师事务所之间的流动更易引发众多的利益冲突问题。

（四）律师事务所内部分工更加专业化

随着法律服务市场竞争的加剧，“万金油”律师已经难以在法律服务市场立足，律师及律师事务所都逐渐走向专业化发展，例如，有的律师事务所专门从事刑事辩护，有的律师专门做家族信托。在律师事务所内部，业务部门也越分越细，这也在一定程度上加剧了竞争性利益同时发生或者连续发生冲突的可能。如果一家拥有数百位律师的律师事务所，代表数千位委托人，而这些委托人之间又彼此有业务往来，那就极有可能产生利益冲突。

三、规范利益冲突的目的

随着利益冲突问题越来越普遍地出现，在律师事务所内部和律师事务所之间关于利益冲突的纠纷也越来越多。律师事务所已经有必要用更加详细的监管程序来防止机会主义律师去接受有问题的案子，这些律师常常对于利益冲突抱有一种侥幸心理，希望潜在的冲突不会被具体化、不会被查出来、不会被质疑。具体而言，规范利益冲突的目的主要包括以下几个方面：

（一）禁止利益冲突可以保证律师对委托人的忠诚

美国学者德博拉·L. 罗德和小杰弗瑞·C. 海泽德认为，“委托人—律师关系”的基础是忠实义务（duty of loyalty）。当律师有其他职业上或者个人的关系危及这种忠实义务，利益冲突就产生了。[1] 只有忠于委托人，并忠于委托人委托之事项，律师才能获得当事人的信赖，律师不仅对当事人负有忠诚义务，这种忠诚义务还必须是不可分割的，一旦律师从事了利益冲突的代理，则必然产生“一仆分侍二主”的伦理困境：要么忠于前委托人，而违反对后一委托人的忠诚义务，要么忠于后委托人，违反对前一委托人的忠诚义务，无论哪种情况，都是应当尽力加以避免的。

---

〔1〕 参见［美］德博拉·罗德、［美］小杰弗瑞·海泽德：《律师职业伦理与行业管理》，许身健等译，知识产权出版社 2015 年版，第 158 页。

（二）禁止利益冲突可以保守律师与委托人之间的秘密

如果允许律师从事利益冲突的代理，律师就会为了获取更大的经济利益或其他利益而泄露或滥用委托人的秘密信息。禁止利益冲突虽然无法完全禁绝这种行为，但可以最大限度地减少律师泄密的机会和动机。

（三）禁止利益冲突可以确保代理的质量

如果允许律师从事利益冲突的代理，出于对律师泄露客户信息的担忧，委托人很可能隐瞒对代理案件至关重要的案件信息，从而影响律师在充分知情的基础上为其提供完善的法律解决方案，而禁止利益冲突规范则可以保证律师在代理时始终保持适度的热忱和职业判断的专业性与独立性，提升代理的品质。

（四）禁止利益冲突可以保证司法活动的秩序

禁止利益冲突的规范不仅着眼于对委托人利益的维护，其对司法秩序的维护也有着重要的意义。如果不对利益冲突设置预先的审查和排除机制，一旦案件进入诉讼，当事人向法庭提出利益冲突代理的无效申请，诉讼活动就必须立即中止，从而影响到司法活动的秩序。因此，必须赋予法院对利益冲突的预先审查权，以便依职权或依申请排除利益冲突的代理，从而保证司法活动的顺利进行，节约司法资源。除此之外，禁止利益冲突的规范还有利于保障公众对于律师制度的信任，使公众不至于丧失对司法运作有效性的信赖。

四、利益冲突的基本形式

利益冲突出现在非常广泛的情况下，国内外很多学者也对利益冲突的基本类型进行了总结。

我国学者李本森教授认为，利益冲突主要有四种类型：第一种类型是同时作为利益有明显冲突的双方当事人的代理人；第二种类型是一方当事人的律师与对方当事人或同一序列的其他原告或被告当事人有利害关系；第三种类型是律师与前委托人存在利益冲突；第四种类型是在同一案件中，一方当事人的代理律师与对方当事人的代理律师之间存在利益关系或其他利害关系。[1]

【案例 19-4】

浙江 SX 律师违反利益冲突被处警告、罚款 2000 元[2]

【基本案情】SX 律师是北京 SZGJ（舟山）律师事务所负责人、专职律师。2018 年 7 月 17 日，SX 律师与当事人王 A、祁 B 签订刑事委托代理合同，并于 7 月 28 日向北京市延庆区人民检察院申请阅卷，经北京市延庆区人民检察院审查发现，王 A、祁 B 为同一刑事案件犯罪嫌疑人。案发后，SX 律师解除了与当事人祁 B 的委托代理关系。

【具体理由】舟山市司法局认为，SX 律师的上述行为已经违反了《律师法》第 39 条和

---

〔1〕 参见李本森："律师管理路在何方？——律师执业中的利益冲突立法及完善"，载《中国律师》2001 年第 4 期。

〔2〕 参见舟山市司法局舟司罚决字［2018］第 2 号行政处罚决定书。

司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第7条第2项之规定，构成在同一案件中为双方当事人担任代理人的违法行为。案发后，SX律师解除了与当事人祁B的委托代理关系，未造成严重后果。

【结果】舟山市司法局决定：给予SX律师警告，罚款2000元的行政处罚。

美国学者马克·斯坦伯格（Marc I. Steinberg）和蒂莫西·夏普（Timothy U. Sharpe）认为，一般而言，利益冲突主要包括以下两种类型：①同时代理（simultaneous representation），即同时代理对立的或潜在对立的委托人。②连续代理（successive representation），当律师或律师事务所在未经前委托人同意的情况下，试图代理与前委托人利益相对立的委托人时，就有可能产生利益冲突。这两位学者进一步指出，与同时代理相比，连续代理在表面上很难看出不适当，因此，在认定上也更加复杂。连续代理既涉及忠诚义务，也涉及“律师—委托人关系”的维护。律师“自称忠诚于他们的委托人”，如果在以后的案件中利用不利于前委托人的秘密，将违反其对前委托人的忠诚义务，并使未来的委托人不愿意透露秘密，这将严重破坏“律师—委托人关系”的根基。因此，在司法实践中，连续代理的结果通常就是“取消代理资格”（disqualification），而法院的主要依据就是“假定分享秘密”（presumption of shared confidences），即律师事务所的所有律师对于所有委托人的信息都是知悉的。有鉴于此，马克·斯坦伯格和蒂莫西·夏普认为，需要对实践中“连续代理”涉及的利益冲突进行类型化分析，这样才有利于律师及律师事务所作出正确的选择。根据他们的总结，在实践中，常见的“连续代理”包括以下两种大的类型：

1. 律师事务所“转换立场”（switching sides）。在这种情形下，首次代理的律师和后续代理的律师都是同一律师事务所的成员，换言之，律师事务所改变了立场。例如，A律师事务所的X律师在一起劳动争议案件中为B公司代理，在X律师仍然受雇于A律师事务所的情况下，A律师事务所的Y律师在后一起针对B公司的劳动争议案件中为原告C代理。对于这种情形，在实践中，美国法院都毫无保留地适用“假定分享秘密”，取消整个律师事务所的代理资格。

2. 律师事务所之间的律师流动。律师更换律师事务所，是法律服务市场中常见的现象，然而，却存在滥用委托人秘密信息的可能性，因而导致利益冲突。主要又分为四种类型：

（1）第一种类型：不直接参与代理工作的律师转职到代理对立的委托人的律师事务所，但是该律师不参与该律师事务所的代理工作。例如，假定在一起劳动争议案件中，A律师事务所作为被告B公司的代理方，C律师事务所代理原告。X律师在A律师事务所时并未直接参与该案件，现X律师离开A律师事务所，受雇于C律师事务所，但是X律师在C律师事务所也不参与该案件。对于这种情形，在实践中，一些法院认为，没有必要完全适用“假定分享秘密”，因为秘密披露的风险微乎其微，原因在于律师既不直接参与，也不知道前一次或当前代理的秘密信息。因此，规定受质疑的律师事务所有责任出具宣誓书，证明律师不参与其中任何一项代理，也不了解与此类代理有关的机密信息，这项规则应足以在这些情况下保护委托人的秘密。

（2）第二种类型：没有直接参与前一次代理的律师希望在第二次代理中直接代理

对立的委托人。例如，假定在一起劳动争议案件中，A 律师事务所作为被告 B 公司的代理方，C 律师事务所代理原告。X 律师在 A 律师事务所时并未直接参与该案件，现 X 律师离开 A 律师事务所，受雇于 C 律师事务所，但是 X 律师希望直接代理原告。对于这种情形，在实践中，法院认为，X 律师可以直接获得代理资格，而不受到限制。前提条件是要求受质疑的律师执行宣誓声明并出示其前同事的宣誓证词，即受质疑的律师不了解秘密信息，可以有效地推翻“假定分享秘密”。此外，前一次代理中涉及的秘密信息被披露的风险非常小，因为“假定分享秘密”的一个基本原理是：律师事务所的律师在经济上都是相互依存的，并且可能会试图披露任何有助于该律师事务所委托人的秘密。然而，在这种情形中，对那些拥有秘密信息的律师来说，没有任何经济优势——实际上可能存在财务上的抑制因素——来披露这些信息，因为从这种披露中获益的律师不是他们律师事务所的成员。

（3）第三种类型：律师持有在以前的有关代理中披露的秘密，离开了律师事务所。然后，律师的前一家律师事务所在连续代理中代表了对立的委托人。例如，X 律师受雇于 A 律师事务所时，在一起劳动争议案件中曾作为被告 B 公司的代理律师，这个诉讼没有牵涉到 A 律师事务所的任何其他律师。X 律师离开 A 律师事务所时，带走了与 B 公司相关的所有信息。几个月后，在一起针对 B 公司的劳动争议案件中，原告要求 A 律师事务所作为其代理方。对于这种情形，在实践中，法院认为，如果律师事务所能够从离开该律师事务所的律师那里获得证词，证明该律师完全独立掌握了前委托人的秘密，则该律师事务所不应被取消代理资格。

（4）第四种类型：在一家律师事务所直接代表委托人的律师加入了一家新的律师事务所，这家新的律师事务所在同一案件或实质上相关的事情上代表对立的委托人。例如，X 律师受雇于 A 律师事务所时，曾在一起劳动争议案件中作为被告 B 公司的代理人。在诉讼期间，X 律师加入了作为原告代理方的 C 律师事务所。或者，在诉讼结束后，X 律师加入了 C 律师事务所，C 律师事务所在随后的劳动争议案件中作为原告的代理方。在这两种情况下，假定 X 律师都没有参与 C 律师事务所的案件。对于这种情形，实践中，一般要求律师事务所采取一种所谓的“中国墙”（chinese walls）的机制。具体到前面的例子，即要求 C 律师事务所将 X 律师安排到不同于其之前所在的部门、团队或办公室，严格要求案件材料的访问权限与访问程序，并且 C 律师事务所应该明确通知本所中的所有律师对于有关该案件的任何信息都不得与 X 律师讨论。[1]

五、利益冲突的预防

律师事务所作为律师的执业机构，理应承担起利益冲突制度设置和审查的主要责任。律师事务所应当加强合伙人和律师队伍的思想观念的引导工作，利用各种奖惩机制灌输和树立律师事务所整体利益高于律师个人利益、律师社会声誉高于短期收入的正确导向。实际上，在一些律师行业的规范性文件中，已经对律师事务所在利益冲突

---

〔1〕 Marc I. Steinberg, Timothy U. Sharpe, “Attorney Conflicts of Interest: The Need for a Coherent Framework”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 66, Issue 1 (1990~1991), pp. 1~36.

预防与避免方面的责任作出了明确的规定。例如，我国《律师法》第 23 条规定，律师事务所应当建立健全利益冲突审查等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。《律师执业行为规范（试行）》第 87 条规定："律师事务所应当建立健全执业管理、利益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理、劳动合同管理等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。"

一旦律师事务所发展到一定阶段，律师业务量有所保障，专业化方向相对确定，律师事务所在案源上可以在各个合伙人和律师之间进行有效平衡的时候，就需要进一步规范各个环节的利益冲突预防与避免工作。具体可以着重采取以下几个方面的措施：

1. 应当建立律师的立案申请制度。律师在接受案件的时候，必须向律师事务所统一申报，以确保由律师事务所进行集中信息检索，确保在不存在利益冲突的前提下接受案件，未经立案申请及利益冲突审查的案件不得办理委托手续，律师事务所也不得在委托协议上盖章。

2. 应当建立专门的业务资料信息库，并开发全体律师和员工具有不同权限的即时利益冲突检索系统。有条件的律师事务所应当设置专人负责输入所有案件详细的业务信息，将诸如原告、被告、第三人、各方承办律师等可能涉及利益冲突的主要项目一一登记，统一录入系统。律师可以在接受案件之前，进行初步的利益冲突检索，如果本所已经接受对方当事人的委托，则律师可以中止与客户的洽谈，以避免了解更多客户的关键信息，引起日后的纠纷。

3. 应当设置专门的利益冲突查证程序。有条件的律师事务所应当设置专人在接案前统一负责进行利益冲突查证，并及时将情况通报相关人员。如果确实存在利益冲突，则通知行政人员不得接受案件委托，或者按照律师事务所的专门规定进行相应的处理。如果存在利益冲突的可能但暂时无法确定的，应采取一定的措施避免律师接触委托人的关键和保密信息，以防止潜在利益冲突发展成为真正的利益冲突。

4. 应当建立完善的档案管理制度。律师事务所还应加强档案管理制度的建设，确保律师承办的案件及时由律师事务所收回存档，由专人进行保管。但是现实情况是：现在很多律师事务所规模较小，人员较少，没有配备专职或兼职的档案管理员和专门档案室，业务档案随意存放，很多合伙人由于专注于创收，往往对档案工作不甚重视，律师更是没有相关意识，往往导致在办理案件后没有对应该归档的材料进行及时归档导致最后无卷可归。有些律师事务所放任律师自行保管业务档案，甚至在律师离职出所后也不对业务档案进行必要的交接，这一切都使得之后对代理案件进行利益冲突审查丧失必要的基础条件，无疑会增加发生利益冲突的可能性。

5. 应当完善对转所律师代理案件进行利益冲突审查的制度。当前律师在律师事务所之间进行转所调动已经非常频繁，这就会造成在接受业务时并不在一个律师事务所，因而不存在利益冲突，但在转所时，该业务仍在进行之中，代理原告的律师转入代理被告的律师所在的律师事务所，造成同一律师事务所的律师代理双方当事人的现象。在美国，行业规范要求，律师必须结束其在原律师事务所的全部工作后才能转到其他律师事务所工作，但是，我国却没有类似规定，相反，律师往往会带着未办结的业务

转入新所，而新所也非常欢迎此类律师加盟，这就更容易提升发生利益冲突的可能性。为了避免这种情况的发生，就要求律师事务所在接受新的律师转入时应当负有查证利益冲突的义务，律师事务所可以要求律师提供其正在办理和已经终结委托关系的业务信息，以便律师事务所查证。

6. 应当对一些容易发生利益冲突的关键环节加强审查。一般而言，在以下一些环节最容易发生利益冲突，律师在进行利益冲突审查时应当格外注意：代理新客户时，为老客户代理新业务时，在既有的代理业务中引入了新的参与者时，有新律师加入律师事务所时，非客户方支付律师费时，律师接受客户给予的利益或职位时，等等。

六、利益冲突的处理

应当承认，无论律师事务所和律师尽到了多么大的注意义务，随着经济生活的不断深入，各种利益关系盘根错节，发生利益冲突仍然无法避免。一旦确认存在利益冲突的情形，律师事务所应该如何进行处理呢？

《律师执业行为规范（试行）》第 50 条规定："办理委托事务的律师与委托人之间存在利害关系或利益冲突的，不得承办该业务并应当主动提出回避。"第 52 条规定："有下列情形之一的，律师应当告知委托人并主动提出回避，但委托人同意其代理或者继续承办的除外：①接受民事诉讼、仲裁案件一方当事人的委托，而同所的其他律师是该案件中对方当事人的近亲属的；②担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，而同所的其他律师是该案件被害人的近亲属的；③同一律师事务所接受正在代理的诉讼案件或者非诉讼业务当事人的对方当事人所委托的其他法律业务的；④律师事务所与委托人存在法律服务关系，在某一诉讼或仲裁案件中该委托人未要求该律师事务所律师担任其代理人，而该律师事务所律师担任该委托人对方当事人的代理人的；⑤在委托关系终止后 1 年内，律师又就同一法律事务接受与原委托人有利害关系的对方当事人的委托的；⑥其他与本条第①~⑤项情况相似，且依据律师执业经验和行业常识能够判断的其他情形。"

上述规范对发生利益冲突后的处理仅仅提供了"不得承办"这样的规则，未免显得过于简单。实践中的情形纷繁复杂，还可以作出进一步具体的指引。我们建议：

1. 律师事务所应当确立发生利益冲突后的调整原则，而不宜进行个案调整。律师事务所一旦在本所律师正在办理的业务中发现利益冲突的情形，除与有关当事人协商调整外，调整顺序一般为：已建立的委托优于拟建立的委托，先建立的委托优于后建立的委托。委托关系的成立时间，以律师事务所和委托人签订委托合同的时间，或者虽未签订委托合同但委托人实际支付委托费用的时间，或者律师和当事人的函件足以证明委托关系成立的时间为准。

2. 在发生利益冲突后，应当督促律师向客户履行告知义务。律师和律师事务所发现存在利益冲突情形的，应当告知委托人利益冲突的事实和可能产生的后果，由委托人决定是否建立或维持委托关系。律师在取得当事人间接利益冲突的有效豁免后，各方当事人之间又形成直接利益冲突时，必须及时告知各方当事人。

3. 在发生利益冲突后，应当征求委托人是否同意豁免的意见，以免除律师事务所

利益冲突代理的责任。如《北京市律师业避免利益冲突的规则（试行）》第8条规定："委托人之间存在利益冲突，律师应当向拟委托的委托人明示，在取得相关委托人书面同意给予豁免后，方可报律师事务所与委托人建立委托代理关系。"委托人决定建立或维持委托关系的，应当签署知情同意书，表明当事人已经知悉存在利益冲突的基本事实和可能产生的法律后果，以及当事人明确同意与律师事务所及律师建立或维持委托关系。需要注意的是，委托人的豁免必须满足以下条件：①必须是书面形式；②必须证明已向委托人说明利益冲突的基本事实和代理可能产生的后果；③委托人需要签字，明确要求或同意承办律师继续代理。

还必须注意的是，即使得到了委托人的书面豁免，律师仍然应当对各方当事人的案件信息承担保密义务。《律师执业行为规范（试行）》第53条规定："委托人知情并签署知情同意书以示豁免的，承办律师在办理案件的过程中应对各自委托人的案件信息予以保密，不得将与案件有关的信息披露给相对人的承办律师。"因而，在获得当事人的豁免后，有利害关系的律师之间不得交流、披露与经办案件相关的信息。

4. 如果本所同一律师在同一业务中接受双方或多方委托人的委托，应当对律师予以批评，并保留一方委托人的委托，解除与其他委托人的代理或委托关系，退还该委托人已缴纳的代理费用。

5. 如果律师事务所中数个律师分别接受同一案件双方或多方委托人的委托，律师事务所应当商请各方委托人签发豁免函；委托人拒绝签发豁免函的，根据本制度确定的原则，保留一方委托人的委托，解除与其他委托人的代理或委托关系，退还已解除委托关系的委托人已缴纳的代理费用。如果律师事务所在两个或者两个以上有利害关系的案件中，分别接受委托人的委托，或办理的后一个法律事务与前一个法律事务存在利益冲突的，应当协商解除其中一个案件的代理或委托关系，退还该委托人已缴纳的代理费用；协商不成的，应当解除后一个案件的代理或委托关系，退还该委托人已缴纳的代理费用。

6. 如果本所律师代理与本人或其近亲属有利益冲突的法律事务时，应当解除委托关系或将案件移交本所其他律师办理。

7. 如果的确存在利益冲突情形的，由相关合伙人和律师按时间优先和事务所整体利益优先的原则进行协商，以确定只接受一方的委托；如果发现和认定本所律师从事的法律事务存在利益冲突时，行政部门对相关法律事务委托协议不予盖章；发生直接利益冲突、未得到当事人有效豁免，或者发生间接利益冲突、当事人通知不同意豁免，律师又不能自行调整消除利益冲突的，应当终止与当事人的委托关系，妥善处理有关事宜。如果该律师仍然继续从事该法律事务的，律师事务所应按照私自从事律师业务论处，因此对律师事务所和客户造成损失的，该律师承担相应责任。

8. 律师事务所、律师因违反利益冲突规则而导致委托人损失的，应当根据委托代理合同的规定向委托人承担责任，律师应当根据有关规定向其所在的律师事务所承担责任。

◆**例19-2**　某律师事务所一审代理了原告张某的案件。一年后，该案再审。该所的下列哪一做法与律师执业规范相冲突？（　）

A. 在代理原告案件时，拒绝与该案被告李某建立委托代理关系

B. 在拒绝与被告李某建立委托代理关系时，承诺可在其他案件中为其代理

C. 得知该案再审后，主动与原告张某联系

D. 张某表示再审不委托该所，该所遂与被告李某建立委托代理关系

【解析】选项A不冲突。《律师执业行为规范（试行）》第51条规定："有下列情形之一的，律师及律师事务所不得与当事人建立或维持委托关系：①律师在同一案件中为双方当事人担任代理人，或代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务的；②律师办理诉讼或者非诉讼业务，其近亲属是对方当事人的法定代表人或者代理人的；③曾经亲自处理或者审理过某一事项或者案件的行政机关工作人员、审判人员、检察人员、仲裁员，成为律师后又办理该事项或者案件的；④同一律师事务所的不同律师同时担任同一刑事案件的被害人的代理人和犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，但在该县区域内只有一家律师事务所且事先征得当事人同意的除外；⑤在民事诉讼、行政诉讼、仲裁案件中，同一律师事务所的不同律师同时担任争议双方当事人的代理人，或者本所或其工作人员为一方当事人，本所其他律师担任对方当事人的代理人的；⑥在非诉讼业务中，除各方当事人共同委托外，同一律师事务所的律师同时担任彼此有利害关系的各方当事人的代理人的；⑦在委托关系终止后，同一律师事务所或同一律师在同一案件后续审理或者处理中又接受对方当事人委托的；⑧其他与本条第①至第⑦项情形相似，且依据律师执业经验和行业常识能够判断为应当主动回避且不得办理的利益冲突情形。"由此可知，律所在代理原告案件时，不得与被告建立委托关系，选项A符合该规定，不选。

选项B不冲突。《律师执业行为规范（试行）》第52条第1款规定："有下列情形之一的，律师应当告知委托人并主动提出回避，但委托人同意其代理或者继续承办的除外：①接受民事诉讼、仲裁案件一方当事人的委托，而同所的其他律师是该案件中对方当事人的近亲属的；②担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，而同所的其他律师是该案件被害人的近亲属的；③同一律师事务所接受正在代理的诉讼案件或者非诉讼业务当事人的对方当事人所委托的其他法律业务的；④律师事务所与委托人存在法律服务关系，在某一诉讼或仲裁案件中该委托人未要求该律师事务所律师担任其代理人，而该律师事务所律师担任该委托人对方当事人的代理人的；⑤在委托关系终止后1年内，律师又就同一法律事务接受与原委托人有利害关系的对方当事人的委托的；⑥其他与本条第①至第⑤项情况相似，且依据律师执业经验和行业常识能够判断的其他情形。"由此可知，经委托人同意，同一律师事务所可代理对方当事人的其他案件，选项B符合该规定，不选。

选项C不冲突。《律师执业管理办法》第33条规定："律师承办业务，应当告知委托人该委托事项办理可能出现的法律风险，不得用明示或者暗示方式对办理结果向委托人作出不当承诺。律师承办业务，应当及时向委托人通报委托事项办理进展情况；需要变更委托事项、权限的，应当征得委托人的同意和授权。律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但是，委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。"由此可知，在再审程序启动后该所主动告知原告张某，是向其通报委托事项办理进展情况，符合该规定，不选。

选项D冲突。根据上述《律师执业行为规范（试行）》第51条的规定，可知，该律师事务所在张某表示再审不委托该所之后与被告李某建立委托代理关系的做法违反该规定，应选。

拓展阅读：这次我给苏力点赞

第二十章

律师与法官的关系规范

导　语

律师职业伦理中，律师与法官关系规范包括法庭之上和法庭之外两方面内容。在法庭之上，律师和法官通过各自的诉讼行为共同推进诉讼进程，查明案件事实，正确适用法律，双方从不同角度共同服务于公平正义的目标，应本着互相理解、互相尊重的原则客观陈述、理性沟通、平和交流，不可为了诉讼之外的目的彼此宣泄情绪、侮辱人格、拖延诉讼。在法庭之外，律师的行为同样也关系到司法公正、职业声誉以及委托人的合法权益。本章重点介绍和阐述国内外律师在法庭之上所应当遵守的真实义务、程序规范、礼仪规范和言论规范，以及在法庭之外应当遵守的社交规范和言论规范。

第一节　律师庭审中的行为规范

一、律师在法庭上的真实义务

美国著名的辩护律师艾伦·德肖微茨教授在其名著《最好的辩护》一书曾说道："被告辩护律师，特别是在为确实有罪的被告辩护时，他的工作就是用一切合法的手段来隐瞒'全部事实'。对被告辩护律师来说，如果证据是用非法手段取得的，或该证据带有偏见，损害委托人的利益，那么他不仅应当反对而且必须反对法庭认可该证据，尽管该证据是完全真实的。"〔1〕我国学者李宝岳教授和陈学权博士从刑事诉讼的角度对律师真实义务进行了探讨，他们认为，辩护律师对法庭的真实义务之理论基础主要体现在三个方面：①发现真实是刑事司法之灵魂；②诚信为本是律师职业之根基；③尊重法庭是司法权威之要求。〔2〕我国学者吴英旗教授则从民事诉讼的角度出发，对律师的真实义务进行了探讨，他认为，当今世界，无论是当事人主义还是职权主义的诉讼模式，英美法系国家及大陆法系国家均要求律师在诉讼中陈述事实，确立、维持其与法院之间的信赖关系，负有真实义务。律师作为当事人的诉讼代理人，其行为效果及于其委托人（当事人），而且其居于当事人的地位，行使与维护其权利，如若当事

〔1〕参见［美］艾伦·德肖微茨：《最好的辩护》，唐交东译，法律出版社 1994 年版，第 8 页。
〔2〕参见李宝岳、陈学权："辩护律师对法庭的真实义务"，载《中国司法》2005 年第 9 期。

人应负有真实义务，律师也应负有真实陈述义务。如果律师不负真实义务，律师的代理行为不仅无助于事实的查明，还会遮蔽法官的视线，这与民事诉讼的目的也是相违背的。[1]

1. 在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 3.3“对裁判庭的坦诚”（candor toward the tribunal）之规定，律师不得故意从事下列行为：①就事实或者法律向裁判庭作虚假陈述，或者没有就律师以前向裁判庭作出的关于重要事实或者法律的虚假陈述作出修正。②明知在有管辖权的司法辖区存在直接不利于其委托人并且对方律师没有发现的法律根据，而不向裁判庭公开该法律。③提交律师明知虚假的证据。如果律师、律师的委托人或者该律师所传唤的证人在提供某重要证据后，律师进而发现该证据是虚假的，则该律师应当采取合理的补救措施，包括在必要情况下就此向裁判庭予以披露。除了刑事案件中被告人的证言以外，律师可以拒绝提交律师合理认为是虚假的证据。美国律师协会认为，律师作为法庭职员，负有避免破坏裁判程序适当性的行为的特殊职责。律师作为诉辩者，在裁判程序中有义务用说服力支持委托人的案件。然而，在保守委托人的秘密时执行上述职责，会受到诉辩者对裁判庭坦诚责任的限制。因此，虽然在对抗制程序中并不要求律师无偏倚地展示有关法律，或者对其在案件中提交的证据作出保证，但是律师不得让裁判庭受到律师明知为虚假的关于事实或者法律的虚假陈述的误导。

2. 在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，法官有权期望律师坦白、公正、礼貌地对待法庭。律师不得实施下列行为：①故意协助或允许委托人作出不诚信或不名誉的任何行为。②故意试图通过提供伪证、虚假陈述事实或法律、提供或信赖虚假或欺骗性的宣誓书、隐瞒应披露的情况或其他任何协助欺诈、犯罪或非法行为的方式，欺骗审判机构或试图影响司法公正，或参与此类行为。③故意虚假陈述某文件的内容、某证人的证言、某论据的实质内容或某法规的条款。④向一名证人作出自己明知虚假的暗示，或放任此类虚假暗示的后果。⑤故意允许证人以虚假或误导性的方式到庭作证，或允许其假冒另一证人。

3. 在澳大利亚，根据《澳大利亚律师协会示范规则》的规定，律师负有“如实告知”义务，具体表现在以下几个方面：①出庭律师不得故意以任何方式向法院提供误导性陈述。②出庭律师向法院提供的任何陈述有误导性的，则该出庭律师必须采取一切必要的措施，在知晓该陈述的误导性后尽快改正。

4. 在日本，根据《日本律师职务基本准则》的规定，律师的“真实义务”主要体现在以下几个方面：①律师应努力实现判决的公正与程序的正确。②律师不得教唆作伪证及虚假陈述，且不得明知虚假仍然提供该证据。

5. 在中国，不仅《律师法》《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》对律师的真实义务进行了规定，而且《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》等法律也对律师的真实义务进行了规定。具体而言，律师对法庭的真实义务主要体现在以下几个方面：

---

〔1〕 参见吴英旗：“律师真实义务研究——以民事诉讼为视角”，载《行政与法》2015 年第 11 期。

（1）律师不得伪造证据，不得帮助委托人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、利诱他人提供虚假证据。我国《律师法》明确规定，律师在执业活动中不得故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据。律师故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业 6 个月以上 1 年以下的处罚，可以处 5 万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）律师不得提供明知是虚假的证据。如果律师已经提供有关证据后才得知证据不实的，律师必须采取合理的补救措施。《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 17 条明确规定了《律师法》第 49 条第 4 项规定的律师“故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的”违法行为，包括：①故意向司法机关、行政机关或者仲裁机构提交虚假证据，或者指使、威胁、利诱他人提供虚假证据的；②指示或者帮助委托人或者他人伪造、隐匿、毁灭证据，指使或者帮助犯罪嫌疑人、被告人串供，威胁、利诱证人不作证或者作伪证的；③妨碍对方当事人及其代理人、辩护人合法取证的，或者阻止他人向案件承办机关或者对方当事人提供证据的。并且，根据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 32 条第 3 款的规定，律师如有以上行为，由司法行政机关给予停止执业 6 个月以上 1 年以下的处罚，可以处 5 万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（3）律师不得在明知的情况下，向法庭作虚假的陈述，也不得故意误导法庭。律师维护委托人的合法权益是律师特殊的社会职能，律师参与诉讼活动，应从委托人的角度出发，收集有利于委托人的证据材料，并依据自己对事实的认定、对法律的理解，提出有利于委托人的意见，以利于法庭兼听则明，正确地认定事实，准确地适用法律，从而维护委托人的合法权益。但律师维护的是委托人的合法权益而不是全部利益，因而律师不能为了委托人的利益，在明知的情况下，向法庭作虚假的陈述，也不得故意误导法庭。我国《律师执业行为规范（试行）》第 63、64 条明确规定，律师应当依法调查取证，律师不得向司法机关或者仲裁机构提交明知是虚假的证据。

（4）律师不得妨碍对方当事人合法取得证据。根据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 17 条和第 32 条第 3 款的规定，妨碍对方当事人及其代理人、辩护人合法取证的，或者阻止他人向案件承办机关或者对方当事人提供证据的，属于《律师法》第 49 条第 4 项规定的律师“故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的”违法行为，由司法行政机关给予停止执业 6 个月以上 1 年以下的处罚，可以处 5 万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

【案例 20-1】

广东 WQ 律师因故意提供虚假证据被处停止执业 6 个月〔1〕

【基本案情】 WQ 律师是广东 YC 律师事务所的执业律师，2017 年 9 月 26 日，罗 A 与广东 YC 律师事务所签订委托代理协议，约定：深仲受字（2015）第 190 号案件已由深圳仲裁委员会作出（2015）深仲裁字第 2954 号裁决书，罗 A 委托广东 YC 律师事务所代理申请撤销该仲裁裁决，并指定 WQ 律师代理。2017 年 9 月 28 日，罗 A 向 WQ 律师签署了授权委托书。接受委托后，广东 YC 律师事务所开具所函，指派 WQ 律师作为罗 A 代理人到深圳市中级人民法院参加与李 B 撤销仲裁裁决纠纷案诉讼活动。

2017 年 10 月 16 日，WQ 律师向深圳市中级人民法院递交撤销（2015）深仲裁字第 2954 号仲裁裁决的立案申请材料，提交的材料中包括深圳仲裁委员会向其邮寄涉案裁决书的 EMS 国内特快专递邮寄详情单第五联“收件人存联”，显示该邮件的签收时间为“2017 年 4 月 16 日 10 时”。

2018 年 2 月 1 日，深圳市中级人民法院就申请撤销（2015）深仲裁字第 2954 号仲裁裁决一案，作出（2017）粤 03 民特 756 号民事裁定书，认定 WQ 律师立案时提交的“收件人存联”中的邮件签收时间“2017 年 4 月 16 日 10 时”明显系将真实的签收时间“2017 年 4 月 10 日 10 时”篡改、伪造所得，并认定 WQ 律师的行为构成伪造证据、妨害民事诉讼。2018 年 2 月 7 日，深圳市中级人民法院作出（2017）粤 03 民特 756 号决定书，认为诉讼代理人 WQ 律师为了达到立案的目的，篡改、伪造深圳仲裁委员会邮寄涉案裁决书邮件“收件人存联”的签收时间，严重妨害人民法院审理案件，严重违反律师执业准则，构成妨害民事诉讼，决定对 WQ 律师罚款人民币 5 万元。2018 年 3 月 16 日，WQ 律师向深圳市中级人民法院缴交了 5 万元罚款。

【具体理由】 广东省广州市司法局认为，WQ 律师在执业期间，作为罗 A 的诉讼代理人，在向深圳市中级人民法院申请立案过程中，向法院提交经过篡改、伪造的材料，被法院认定构成伪造证据、妨害民事诉讼，并处以 5 万元罚款。WQ 律师的行为，违反《律师法》的规定，属于《律师法》第 49 条第 4 项规定的“故意提供虚假证据”违法行为，依法应予行政处罚。

【结果】 广东省广州市司法局决定：给予 WQ 律师停止执业 6 个月的行政处罚。

二、律师在法庭上的程序规范

在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 3.2“加快诉讼”（expediting litigation）之规定，在与委托人利益一致的情况下，律师应当尽其合理的努力来加快诉讼。美国律师协会认为，律师对诉讼的拖延，给司法带来了不好的名声。虽然有的时候律师因为个人原因而要求推迟诉讼是适当的，但律师仅仅为诉辩者的便利而不能加快诉讼就是不当的了。为了阻挠对方当事人获得合法的补偿或者平静的生活而没有加快诉讼也是不合理的。法庭和律师界对类似行为的经常容忍，并不能成为拖延的理

〔1〕 参见广东省广州市司法局穗司行罚［2018］第 3 号行政处罚决定书。

由。关键问题是：一个善意行为的称职律师是否会认为该行为具有某些实质目的，而不是为了拖延诉讼。在诉讼中，委托人以不适当的拖延实现的经济或者其他利益，并不是合法的利益。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，在审理前，律师的行为应该符合如下要求：①律师不应试图接手自己在经验和培训方面都不足以胜任的审理或事宜；也不应试图在未做好与案件情况相适应的准备前就接手该审理或事宜。②律师应与其他律师合作，及时准备好庭审文件摘要，以方便庭审时法庭证人和律师的书面证据管理。③律师应与对方律师合作，及时交流任何必要的证人名单和证人的“当言”声明。④如果要求押后，律师应尽量充分地向法院和其他律师作出通知，并提出要求押后的原因。⑤律师应始终避免律师之间的有敌意或激烈的交流，特别是在接近审理阶段、压力较大的时候。这种交流只会在审理期间恶化，并且对案件的司法行政造成不利的影响。在审理过程中，律师的行为应该符合如下要求：①在审理期间，律师不应暗指任何无关的或缺乏可采信证据的事实或事宜。②律师不应与对方律师有言辞激烈的交流，或是作出有损律师职业地位或法庭地位的不体面或不文明的其他行为。③在审理期间，除非有充分根据，否则律师不应指控对方律师有不正当行为，且在指控前应先发出合理通知，以使对方律师有充分的机会回应。④审理期间的异议、要求和论述应始终向法庭而不是向其他律师作出。

在欧盟，根据《欧洲律师行为准则》的规定，律师在法庭或审判庭出庭或参与案件审理时，必须遵守该法庭或审判庭适用的行为准则。律师必须始终遵守程序公平原则。在对法庭给予尊重的同时，律师应大胆得体地为委托人利益进行辩护，且不应考虑律师个人利益或对其本人或任何其他人产生的后果。律师不得故意向法庭提供虚假或误导性的信息。

在德国，根据《德国律师执业规范》的规定，律师不得将为阅卷从法院和行政机关收到的文件原件交给除员工以外的其他人。整本案卷在事务所内的移交，亦同。文件应被谨慎地保管和被不迟延地归还。在复印和进行其他方式的复制时，应保证文件内容不被无权查看者得知。可以将复印件和复制品交给委托人。如果阅卷的权利受法律规定的限制，或交出文件的机构依其权限所为指示的限制，律师在将文件内容告知委托人或其他人时，应遵守该规定或指示。

在中国，根据《律师法》第 40 条之规定，律师在执业活动中，不得故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据。律师不得煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议。律师不得扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。根据《律师执业管理办法》第 39 条之规定，律师代理参与诉讼、仲裁或者行政处理活动，应当遵守法庭、仲裁庭纪律和监管场所规定、行政处理规则，不得有下列妨碍、干扰诉讼、仲裁或者行政处理活动正常进行的行为：①会见在押犯罪嫌疑人、被告人时，违反有关规定，携带犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人会见，将通讯工具提供给在押犯罪嫌疑人、被告人使用，或者传递物品、文件；②无正当理由，拒不按照人民法院通知出庭参与诉讼，或者违反法庭规则，擅自退庭；③聚众哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、

威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，否定国家认定的邪教组织的性质，或者有其他严重扰乱法庭秩序的行为；④故意向司法机关、仲裁机构或者行政机关提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；⑤法律规定的妨碍、干扰诉讼、仲裁或者行政处理活动正常进行的其他行为。

此外，《律师执业行为规范（试行）》第66条也规定，律师应当遵守法庭、仲裁庭纪律，遵守出庭时间、举证时限、提交法律文书期限及其他程序性规定。第68条规定，律师在执业过程中，因对事实真假、证据真伪及法律适用是否正确而与诉讼相对方意见不一致的，或者为了向案件承办人提交新证据的，与案件承办人接触和交换意见应当在司法机关内指定场所。

【案例20-2】

广东GF律师因干扰诉讼活动正常进行被处停止执业6个月〔1〕

【基本案情】GF律师是广东X律师事务所执业律师。2013年8月15日，广东X律师事务所与当事人A签订《委托代理合同》，合同约定：广东X律师事务所接受A的委托，指派GF律师代理A诉B借贷纠纷一审诉讼的法律工作，代理权限是全权代理，代理期限是自签订之日起至本案调解、仲裁、一审判决、执行终结为止。东莞市第二人民法院于2017年8月31日审结该案，并于2017年10月17日通过邮政专递方式向原告代理人GF律师送达民事判决书，该邮件于2017年10月18日退件。随后，东莞市第二人民法院以GF律师作为A的全权委托代理人，无正当理由拒绝签收法院邮政专递，妨碍人民法院诉讼活动的正常进行为由，于2017年11月17日对GF律师作出罚款1万元的决定。GF律师向东莞市中级人民法院申请复议，东莞市中级人民法院于2017年11月27日驳回了GF律师的复议申请并维持东莞市第二人民法院对GF律师拒签行为的事实认定及作出的罚款决定。

【具体理由】广东省东莞市司法局认为，GF律师作为A的全权代理人，无正当理由，拒绝签收人民法院邮政专递的行为事实清楚、证据确凿，其行为违反了《律师法》第49条第1款第6项、《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第19条第4项、《最高人民法院关于以法院专递方式邮寄民事诉讼文书的若干规定》第8条第1款的规定。鉴于在调查过程中，GF律师能够积极主动配合调查，能正确认识自己存在的问题，具有从轻情节。本着严管厚爱的原则，在处罚中予以综合考量。

【结果】广东省东莞市司法局决定：给予GF律师停止执业6个月的行政处罚。

三、律师在法庭上的礼仪规范

在美国，各州的律师职业伦理规范都在不同程度上要求，律师应该对法官、陪审员及其他司法人员保持尊重的态度。事实上，在英美国家，还有一项与此相关的罪名，即“藐视法庭”（contempt of court）。“藐视法庭”是指故意妨碍或干预法庭的正常活动的行为，包括下列情况：①刑事上的藐视法庭通常是指妨碍或可能妨碍法庭审理的行为，如冒犯法庭、侮辱谩骂法官、公布未决案件、发表不利于公正审判的材料等。对

〔1〕 参见广东省东莞市司法局东司罚决字［2018］第1号行政处罚决定书。

此，法庭可以对其处以罚金或命令行为人提交保证书。②民事上或程序上的藐视法庭，表现为故意破坏和扰乱法庭秩序，对此，法庭可当即予以暂时拘留，必要时可以处监禁或罚金。[1] 英国上诉法院法官丹宁勋爵在其颇负盛名的《法律的正当程序》一书中，在开篇“保持日常司法工作的纯洁性”中，即通过一些著名案例，介绍了藐视法庭罪发展的源流及藐视法庭的各种情况，阐释了这个罪名存在的重要意义，在所有必须维护法律和秩序的地方，法院是最需要法律和秩序的。司法过程必须不受干扰或干涉。冲击司法正常进行就是冲击我们社会的基础。为了维持法律和秩序，法官有权并且必须有权立即处置那些破坏司法正常进行的人。这是一个很大的权力，一个不经审判即监禁某人的权力，然而它是必需的。因此，“藐视法庭”也成为律师在法庭上各类行为的限制与约束，是律师必须注意的。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，法官有权期望律师礼貌地对待法庭。法官有权期望律师协助维护法庭和法律职业的尊严和司法礼仪，并避免混乱和干扰。法官有权期望律师在所有出庭事宜中准时到庭、着装适宜并做好充分准备。如果法庭工作人员不认识律师，则律师应在开始审理时向法庭工作人员介绍自己。对待法庭工作人员应始终有恰当的礼貌和尊重。律师不应与对方律师有言辞激烈的交流，或是作出有损律师职业地位或法庭地位的不体面或不文明的其他行为。当在法庭中聆听法官的讲话时，律师们应起立。当一名律师讲话时，其他律师应就座，直至有唤请时为止。当法官发言时，律师不应背对法官。

在德国，根据《德国律师执业规范》的规定，在通常的职业着装为穿法袍的情况下，律师在法院出庭时应穿法袍。为民事案件在初级法院出庭时，不存在穿法袍的职业义务。

在日本，日本律师协会对律师出庭着装没有特殊要求，基本上都是着正装出庭，但必须佩戴徽章。人们常由徽章的磨损度来辨别律师的地位、信誉等，银质镀金长期佩戴会变成银色，那代表着经验的丰富和资历的雄厚。

在中国，《律师执业行为规范（试行）》第 67 条规定：“在开庭审理过程中，律师应当尊重法庭、仲裁庭。”第 71 条规定：“律师担任辩护人、代理人参加法庭、仲裁庭审理，应当按照规定穿着律师出庭服装，佩戴律师出庭徽章，注重律师职业形象。”正如美国法学家伯尔曼所言：“正义必须呈现出生动形象的外表，否则，人们就看不见她。”律师袍的诞生和使用，对于建立我国的“法律职业共同体”起到了标志性的作用，着律师袍出庭意味着律师区别于当事人和其他诉讼参与人，律师是与法官、检察官一样具备同样的法律职业资格、履行法律职业分工的“法律人”。律师着袍出庭可以让律师形象更加庄重，也有利于促进控辩平等。律师袍理应与法袍、法槌共同成为法庭威仪的一部分。

事实上，早在 2002 年中华全国律师协会就出台了《律师出庭服装使用管理办法》，并明确规定，律师担任辩护人、代理人参加法庭审理，必须穿着律师出庭服装。律师出庭服装由律师袍和领巾组成。律师出庭着装时，应遵守以下规定：①律师出庭服装

---

〔1〕 参见徐进主编：《诉讼法学词典》，中国检察出版社 1992 年版，第 611 页。

仅使用于法庭审理过程中，不得在其他任何时间、场合穿着。②律师出庭统一着装时，应按照规定配套穿着：内着浅色衬衣，佩带领巾，外着律师袍，律师袍上佩带律师徽章。下着深色西装裤、深色皮鞋，女律师可着深色西装套裙。③保持律师出庭服装的洁净、平整，服装不整洁或有破损的不得使用。④律师穿着律师出庭服装时，应表现出严肃、庄重的精神风貌。律师出庭服装外不得穿着或佩带其他衣物或饰品。此外，根据最高人民法院制定的《中华人民共和国人民法院法庭规则》第12条规定，出庭履行职务的人员，按照职业着装规定着装。但是，具有下列情形之一的，着正装：①没有职业着装规定；②侦查人员出庭作证；③所在单位系案件当事人。非履行职务的出庭人员及旁听人员，应当文明着装。

2016年4月13日最高人民法院公布了《最高人民法院关于修改〈中华人民共和国人民法院法庭规则〉的决定》（法释［2016］7号），按照该规定，从2016年5月1日起，律师出庭必须着律师袍。

2015年，北京市律师协会下发了《关于在试点法院推行律师参加法庭开庭审理统一着装的通知》（以下简称《通知》），自2015年8月1日起，开始在北京市知识产权法院、东城区法院等法院开展北京律师担任辩护人、代理人参加法庭开庭审理时统一着出庭服装、佩戴律师出庭徽章试点工作，试点为期半年。《通知》规定，在案件开庭时，合议庭法官对于没有穿律师服装出庭的律师应当进行提示、劝告；对于不听劝告的，法院可以将律师的姓名、所在律师事务所、参加哪个法庭审理及具体时间等情况向北京市律师协会反馈。北京市律师协会对于反馈和反映事项进行调查核实，情况属实且情节严重的，可以参照中华全国律师协会《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》，对该律师予以训诫处分。

【案例20-3】

广东ZJY律师因出庭未穿律师袍被处训诫

【基本案情】ZJY律师是广东GH律师事务所执业律师。ZJY律师在代理X案件中，于2016年1月11日在深圳市福田区人民法院参加开庭时，出庭未穿着律师服装及佩戴徽章。此外，ZJY律师曾因出庭未穿律师袍被投诉，第一次深圳市律师协会给予ZJY律师口头警告，第二次深圳市律师协会向ZJY律师发出了《执业规范建议书》，但是ZJY律师依然没有按照相关规定遵守律师出庭的着装要求。

【具体理由】深圳市律师协会认为，律师开庭穿律师袍是一种职业形象、职业精神的象征，反映的是律师追求法治、崇尚法治的精神，律师开庭穿律师袍是全国律协的规定，也是深圳市律协不变的要求，律协作为行业自律管理机构，进行行业规范管理是不可推卸的责任。2001年4月通过的《律师协会标识使用管理办法》第7条规定指出："执业律师出庭必须佩戴徽章。"2002年3月通过的《律师出庭服装使用管理办法》第2条规定指出："律师担任辩护人、代理人参加法庭审理，必须穿着律师出庭服装。"ZJY律师作为执业律师，理应遵守律协的规定，出庭应该穿律师袍并佩戴律师徽章，在律师协会多次进行建议后，依然不遵守相关规定。

【结果】深圳市律师协会决定：给予ZJY律师训诫的处分。

四、律师在法庭上的言论规范

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》的规定，律师应该始终对法庭或审判机构以及所有在诉讼或法律程序中与其打交道的人保持礼貌、文明和诚信。司法上的藐视法庭罪和职业伦理规范中所列的职业义务是不同的，律师如果一直行为粗暴、具有挑衅性和干扰性，则即使未被作为藐视法庭而受惩罚，也足以招致纪律处分。律师应始终避免律师之间的有敌意或激烈的交流，特别是在接近审判阶段、压力较大的时候，这种交流只会在审理期间恶化，并且对案件的司法行政造成不利影响。

在澳大利亚，根据《澳大利亚律师协会示范规则》的规定，出庭律师必须按照如下方式展开与案件有关的工作：①使案件仅限于真正有争议的争议点；②清楚、简洁地陈述所识别的争议点。

在我国，根据《律师法》第 37 条第 2 款之规定，律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。《律师法》第 49 条第 1 款第 8 项规定，律师发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业 6 个月以上 1 年以下的处罚，可以处 5 万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。根据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 21 条之规定，有下列情形之一的，属于《律师法》第 49 条第 8 项规定的律师“发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的”违法行为：①在承办代理、辩护业务期间，发表、散布危害国家安全，恶意诽谤法官、检察官、仲裁员及对方当事人、第三人，严重扰乱法庭秩序的言论的；②在执业期间，发表、制作、传播危害国家安全的言论、信息、音像制品或者支持、参与、实施以危害国家安全为目的活动的。此外，《律师执业行为规范（试行）》第 72 条也规定：“律师在法庭或仲裁庭发言时应当举止庄重、大方，用词文明、得体。”

【案例 20-4】

北京市朝阳区人民法院对当庭辱骂法官的律师发出司法建议函

【基本案情】2004 年，北京市朝阳区人民法院安贞法庭法官对北京 A 物业管理公司诉北京市 XY 律师事务所物业管理合同纠纷案和北京市 XY 律师事务所诉北京 A 物业管理公司车位租赁合同纠纷案进行宣判。北京市 XY 律师事务所在两起案件中均败诉，北京市 XY 律师事务所 B 律师对判决结果十分不满，当庭辱骂法官是“混蛋”。当书记员要求他签收判决书时，B 律师在两份宣判笔录上均写上了“混蛋”两个字。

【具体理由】法院认为，B 律师作为律师和北京市 XY 律师事务所的负责人，如不服判决，可以通过上诉途径解决，其辱骂审判人员的行为与其律师身份极为不符，违反了《律师法》的相关规定。

【结果】北京市朝阳区人民法院向北京市司法局律师管理处发出司法建议函，并附上了两份宣判笔录复印件，建议依法对 B 律师予以调查处理。

第二节 律师法庭外行为规范

一、律师与法官的社交规范

1. 在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 3.5“法庭的公正性和正派性”（impartiality and decorum of the tribunal）之规定，律师不得从事下列行为：

（1）试图通过法律禁止的手段对法官、陪审员、陪审员候选人或者其他人员施加影响。

（2）在程序进行中与上述人员进行单方交流，但法律或者法院命令作出如此授权者除外。

（3）在下列情况下，在陪审团解散后同陪审员或者陪审员候选人进行交流；①该交流为法律或者法院命令所禁止；②陪审员已经向律师表明不愿意进行这种交流；③该交流涉及不实陈述、胁迫、强制或者骚扰。

（4）从事旨在扰乱裁判庭的行为。

根据美国法律协会《律师法重述》的规定，律师不得故意与关于某事务的程序所属的司法人员进行单方交流，但法律作出如此授权者例外。律师不得向司法人员提供法律所禁止的馈赠或者借款，以适当的法律程序之外的其他方式试图影响司法人员，明示或暗示具有以上述方式影响司法人员的能力。律师与陪审员接触，不得有下列行为：

（1）与律师明知为陪审团候选人的人进行交流或者试图对其施加影响，除非为法律所允许。

（2）与陪审团成员进行交流或者试图对其进行影响，除非为法律所允许。

（3）在下列情况中，同已经被免除进一步服务的陪审员进行交流：①该交流将会骚扰陪审员或者构成对陪审员在未来案件中的陪审员行为施加影响的企图；②该交流为法律所禁止。

2. 在澳大利亚，根据《澳大利亚律师协会示范规则》之规定，任何当事方或初级律师在场时，出庭律师不得与法院接洽。出庭律师担任公断人、仲裁员或调解员时，也不得因为非正式的个人熟悉关系而与任何在出庭律师面前出席的任何执业律师进行接洽，这可能合理地给人以该出庭律师或法院对该职业律师有特殊偏好的印象。

3. 在日本，根据《日本律师职务基本准则》第 77 条之规定，律师履行职务时，不得不当利用与法官、检察官及其他有关审判程序的公职人员具有的亲戚或其他私人关系。

4. 在中国，根据《律师法》第 40 条之规定，律师在执业活动中不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件。《律师法》第 49 条进一步规定，律师违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者

以其他不正当方式影响依法办理案件的；律师向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业6个月以上1年以下的处罚，可以处5万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《律师执业管理办法》第36条秉承了《律师法》的立法精神，规定：律师与法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员接触交往，应当遵守法律及相关规定，不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，向其行贿、许诺提供利益、介绍贿赂，指使、诱导当事人行贿，或者向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员打探办案机关内部对案件的办理意见、承办其介绍的案件，利用与法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员的特殊关系，影响依法办理案件。根据《律师执业行为规范（试行）》第69条、第70条的规定，律师在办案过程中，不得与所承办案件有关的司法、仲裁人员私下接触。律师不得贿赂司法机关和仲裁机构人员，不得以许诺回报或者提供其他利益（包括物质利益和非物质形态的利益）等方式，与承办案件的司法、仲裁人员进行交易。律师不得介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿。

此外，最高人民法院与司法部还联合发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》，对律师与法官之社交行为进行了规定：①律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。②律师不得违反规定单方面会见法官。③律师不得以各种非法手段打听案情，不得违法误导当事人的诉讼行为。④律师不得明示或者暗示法官为其介绍代理、辩护等法律服务业务。⑤当事人委托的律师不得借法官或者其近亲属婚丧喜庆事宜馈赠礼品、金钱、有价证券等；不得向法官请客送礼、行贿或者指使、诱导当事人送礼、行贿；不得为法官装修住宅、购买商品或者出资邀请法官进行娱乐、旅游活动；不得为法官报销任何费用；不得向法官出借交通工具、通讯工具或者其他物品。⑥当事人委托的律师不得假借法官的名义或者以联络、酬谢法官为由，向当事人索取财物或者其他利益。

【案例20-5】

广东LYB律师因向法官行贿被处警告〔1〕

【基本案情】LYB律师是广东JF律师事务所执业律师。2016年，LYB律师在代理潮州Y公司案件期间，事先向潮州市D区人民法院原副院长许A请托，事后送给许A人民币5000元。2017年10月17日和31日，潮州市检察院和潮州市纪委分别向潮州市司法局移送了LYB律师涉嫌违法执业行为的案件材料。

【具体理由】广东省潮州市司法局认为，LYB律师在代理案件的过程中，向法官行贿的违法行为，事实清楚、证据确凿，其行为已经违反了《中华人民共和国律师法》第40条第

〔1〕 参见广东省潮州市司法局潮司罚决字［2018］2号行政处罚决定书。

5项的规定。根据LYB律师违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度和相关证据，对照《广东省司法厅关于行政处罚自由裁量权的适用规则》，LYB律师的违法行为较轻，鉴于LYB律师能主动承认错误，积极配合调查，且相关部门认定LYB律师对查清许A严重违纪违法问题起重要、关键的推进作用，商请司法局对其从宽处理。依照《行政处罚法》第27条和《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第38条的有关规定，认定其有立功表现，予以减轻处罚。

【结果】广东省潮州市司法局决定：给予LYB律师警告的行政处罚。

二、律师的庭外言论规范

律师言论特指律师通过公开渠道发表的言论，由于律师独特的身份与视角，律师的言论，特别是律师发表的关于案件审理、司法行业等方面的言论，比较容易受到关注。[1] 在美国，律师的庭外言论主要体现在三个方面：一是承揽业务（solicitation）；二是律师向新闻界发表的声明（lawyers' statements to the press）；三是律师广告（lawyer advertising）。从世界范围来看，对于律师的庭外言论有一个基本共识：律师作为专业人士，受到通常不适用于非专业人士的言论限制。

（一）规制律师庭外言论的法理

根据美国学者凯萨琳·苏利文（Kathleen M. Sullivan）的总结，[2] 规制律师庭外言论的理由主要有以下几点：

1. 基于司法公正的需要。律师作为知晓案情的代理人，对审判结果有着一定的利益关系。如果律师（特别是案件代理律师）对正在审理的案件发表言论而不加管制，律师将成为媒体审判的积极参与者和推动者，而媒体审判是各国司法机关均禁止的行为。

2. 律师是司法职业群体的一员，律师的不当言论会降低社会公众对整个职业群体水准的评价，而律师对司法人员、对同行的攻击也有损司法职业群体的尊严。特别是当律师用粗鄙的言行来做公众表达时，确实会伤害到整个职业群体的颜面。

3. 律师是司法体系的内部人，他不同于普通公众，律师的言行代表着司法的形象。很多西方国家在其律师执业规范中都规定，律师和法官、检察官一样，都是法庭的成员、是司法人员，他们虽然工作职责不同，但都肩负着同样的责任。司法的权威来自民众的尊崇，因此，律师的不当言论不仅败坏了职业群体的形象，更破坏了社会公众对法治的尊重和对司法的信任。律师的不当言论触及国家的司法权威，正如国家有权规范法官和公务人员的公开言论一样，国家也有必要规范律师的公开言论。

（二）律师庭外言论的基本规范

1. 在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则3.6“审判宣传”（trial publicity）之规定：

---

〔1〕 参见吴晨：“规制庭外言论和司法评论的域外范例”，载《中国律师》2017年第9期。

〔2〕 Kathleen M. Sullivan, “The Intersection of Free Speech and the Legal Profession: Constraints on Lawyers' First Amendment Rights”, *Fordham Law Review*, Vol. 67, Issue 2 (November 1998), pp. 569~588.

（1）正在参与或者曾经参加关于某事务的调查或者诉讼的律师，如果知道或者合理地应当知道其所作的程序外言论会被公共传播媒体传播，并对裁判程序有产生严重损害的重大可能，则不得发表这种程序外言论。

（2）尽管存在第 1 款的规定，律师仍然可以就下列事项发表言论：①有关的诉讼请求、违法行为或辩护，有关人员的身份，但法律禁止者除外。②公共档案中包含的信息。③关于某调查正在进行之中的事务。④诉讼的日程安排或诉讼每一阶段取得的结果。⑤在必要的证据和信息方面需要获得帮助的请求。⑥当有理由认为对个人或公共利益存在产生严重损害的危险时，就有关人员行为的危险性发出的警告。⑦在刑事案件中，除①到⑤项外的：被告人的身份、住址、职业和家庭状况；如果被告人还没有被逮捕，有助于逮捕该人的必要信息；被告人被逮捕的事实、时间和地点；以及执行调查或逮捕的人员或机构的身份和调查持续的时间。

根据美国法律协会《律师法重述》之规定：①对于案件代理律师对未决诉讼发表的公开评论，如果律师知道或合理地应当知道其所作的常人认为公共交流所传播的程序外陈述，将存在严重影响陪审员或者影响、恐吓程序的潜在证人的重大可能，则律师不得作出该程序外陈述。然而，如果为减轻最近律师或者律师的委托人之外的人所作的重大、不当、有害宣传而对律师的委托人所产生的影响，则律师在任何情况下都可以作出合理必需的陈述。②律师不得就有关司法职位的现任者或者该职位的遴选候选人的资格或者适当性的事实，故意作公开虚假陈述，或者不顾后果地作公开虚假陈述。

2. 在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》之规定，在公开露面和发表公开声明时，律师的举止应与其委托人、执业的同行和法庭打交道时的举止相同。与媒体打交道的方式也只能是律师以职业身份活动时行为的外延。在涉及委托人的公开声明时，律师对委托人的义务要求其发表涉及委托人事务的公开声明前，必须首先确信其传达的任何信息均符合委托人的最大利益，并且在聘用范围之内。律师应有资格在公众面前有效代表委托人，并且不允许任何个人利益或其他原因与委托人利益产生冲突，这是律师对委托人负有的义务。当以辩护人的身份活动时，律师应该避免就委托人案件的是非曲直发表个人见解。此外，法官有权期望律师不在其公开声明中表达其个人对司法机构的攻击，或不公正地批评司法判决。

3. 在澳大利亚，根据《澳大利亚律师协会示范规则》之规定，出庭律师不能就当前诉讼或潜在诉讼出版或采取任何措施试图出版任何下列情形的材料：①不被允许的；②泄露保密信息的；③似乎或者确实表达了出庭律师对当前或潜在诉讼事实的意见，或者对诉讼中发生的任何争议点的意见，但有关法律问题的纯教育性或学术性讨论除外。

4. 在德国，根据《德国律师执业规范》之规定，律师可以发布关于其服务和本人情况的信息，但陈述应客观且与业务相关。禁止关于成功率和营业额的陈述，如该陈述有误导性。仅在委托人事先明确同意的情况下，可以指明承办的案件和委托人。律师不得协助第三者为其做不允许其本人做的广告。

5. 在中国，根据《律师执业管理办法》第 38 条之规定，律师应当依照法定程序履

行职责，不得以下列不正当方式影响依法办理案件：①未经当事人委托或者法律援助机构指派，以律师名义为当事人提供法律服务、介入案件，干扰依法办理案件。②对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件。③以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度。④违反规定披露、散布不公开审理案件的信息、材料，或者本人、其他律师在办案过程中获悉的有关案件重要信息、证据材料。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第34条之规定，影响司法机关依法办理案件，具有以下情形之一的，给予中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分：①未经当事人委托或者法律援助机构指派，以律师名义为当事人提供法律服务、介入案件，干扰依法办理案件的。②对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件的。③以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度的。④煽动、教唆和组织当事人或者其他人员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等扰乱公共秩序、危害公共安全的非法手段，聚众滋事，制造影响，向有关机关施加压力的。⑤发表、散布否定宪法确立的根本政治制度、基本原则和危害国家安全的言论，利用网络、媒体挑动对党和政府的不满，发起、参与危害国家安全的组织或者支持、参与、实施危害国家安全的活动的。⑥以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式，发表恶意诽谤他人的言论，或者发表严重扰乱法庭秩序的言论的。

【案例20-6】

浙江WYS律师因发表危害国家安全言论被处停止执业9个月〔1〕

【基本案情】WYS律师是浙江BJ律师事务所执业律师。WYS律师在新浪微博、新浪博客、腾讯微博上实名认证注册了“WYS律师”的微博号和博客号，在腾讯微信上实名认证注册了“吴言乱语”公众号。截至2017年8月，WYS律师在上述自媒体发表了诸如“再大的谣都不如人民日报啊”“8000（千）多万，得建多少监狱啊”“中国贪腐，习（注：后面加空格）以为常”“希特勒也是坚持社会主义的”“司法行政部门就是要杀光所有的优秀律师，留下一帮子听他们话的走狗”等一系列言论；发表了诸如：“‘懂规矩、守规矩’，其实就是肮脏的潜规则”“郑某（注：原文指名道姓）究竟是什么东西”“拆迁户，如何做到合法快乐维权”“旧文重发：中国当前的政治经济”“不讲道理的‘爱国’，就是要流氓”“外交发言，必须遵守国际法，保护国格”等一系列文章。

【具体理由】浙江省杭州市司法局认为，律师作为中国特色社会主义法律工作者，应当遵守宪法和法律所确立的根本制度和基本原则，忠于祖国、忠于人民，拥护中国共产党的领导，拥护社会主义法治，自觉维护国家安全利益。这既是律师执业的前提条件，也是律师的执业誓言，更是宪法和法律的要求。律师作为法律职业人员，在执业期间应当模范遵

〔1〕 参见浙江省杭州市司法局杭司罚决［2017］21号行政处罚决定书。

法、守法，遵守律师职业道德和执业行为规范，坚持以事实为依据、以法律为准绳的原则，运用法治思维、法律规定的方式和途径履行职责使命。WYS 律师在其以律师名义实名注册的自媒体上，以调侃、影射、谩骂、嘲讽、污蔑、诋毁、歪曲事实等方式，公开发表一系列言论，无端指责、丑化、攻击党和党的基本理论以及社会主义制度，对宪法和法律确立的政治制度、司法制度、律师管理制度进行矮化、贬低、否定，没有事实根据而诋毁、攻击司法机关和政府部门，挑动对党和政府的不满，公开发表反对国家立场和外交大政方针的言论，危害国家安全利益。以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式，公开发表恶意诽谤他人的言论，严重损害律师职业形象。这些言论和文章造成了恶劣的社会影响。WYS 律师的行为违反了《律师法》第 49 条第 1 款第 8 项之规定，应当予以处罚。鉴于在调查过程中，WYS 律师能够配合调查、有所认识和悔改，具有从轻情节，本着处罚和教育相结合的原则，在量罚中予以综合考虑。

【结果】浙江省杭州市司法局决定：给予 WYS 律师停止执业 9 个月的行政处罚，停止执业期限从决定书送达之日起计算。

（三）完善律师庭外言论规范

我国的法律职业共同体建设尚在初期，对律师的职责定位还需进一步完善，在律师队伍的管理和规范建设上，相比法官和检察官的队伍建设而言，存 在偏软、偏松的现实状况。现实中有的律师言论已经引发了很大的不良反响，但律师协会没有及时施以纪律处分。这种情况既不利于律师队伍自身建设，也不利于改善律师职业在社会公众认知中的形象。对于律师公开言论的规范，修改后的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》《律师执业行为规范（试行）》和《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》增加了一些如何甄别律师不当公开言论的原则性条款，并对律师发表不当言论制定了处罚措施。在有规则可依的前提下，协会要鼓励和要求其他机关在发现律师不当言行时向律师协会举报投诉，或对发表不当言论的律师在采取其他措施之时依据《律师法》的规定通报律师协会；同时，律师协会也应当用好主动调查和惩戒的权力，对已经引发关注的律师的不当言行不能不闻不问，而要主动问责。对于发表了不当言论的律师，如能把惩戒谈话、责令改正和行业纪律处分等行业自律措施用在前面，对律师个人的保护、教育意义和对行业管理的社会效果都要好于由其他机关对律师采取惩处措施。[1]

〔1〕 参见吴晨："规制庭外言论和司法评论的域外范例"，载《中国律师》2017 年第 9 期。

第二十一章

律师与检察官的关系规范

导 语

律师与检察官的职业关系可以用“对立统一”来概括。统一性是二者存在于相同法律体系中的共性，是二者之间的相互联系；对立性则是二者作为不同的法律职业的个性，是二者之间的相互区别。近年来，理论界与实务界提出了“律师与检察官的良性互动”。本章将以“律师与检察官的良性互动”关系为基础，分析和阐述我国律师与检察官关系的基本规范，主要包括案件办理中的行为规范、社会活动中的行为规范和相互监督中的行为规范。

第一节 律师与检察官关系概述

一、律师与检察官良性互动的基础

作为司法活动的重要参与者，律师通过履行辩护、代理职责，使受到侵害的权利得到保护和救济，违法犯罪活动得到制裁和惩罚，犯罪嫌疑人的合法权益得到保障，在整个司法制度中具有不可或缺的重要地位。我国的检察制度和律师制度都是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，相辅相成，共同推进法治中国建设的发展、进步。虽然检察官和律师的职责任务、诉讼角色各不相同，在诉讼活动中，双方的诉讼主张存在差异甚至截然相反，但在许多方面都有共同特点，这为律师与检察官的良性互动奠定了基础，主要体现在以下几个方面：①在职能定位上，律师和检察官都是全面推进依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的重要力量。②在价值目标上，律师和检察官都以捍卫司法公正和法律尊严为己任，都必须维护当事人的合法权益，确保法律正确实施、维护社会公平正义。③在履职要求上，律师和检察官都要坚持以事实为依据、以法律为准绳，自觉坚持客观公正立场，接受社会各方面和当事人的监督。④在职业特点上，律师和检察官同为法律工作者，秉承相同的法治理念、职业信仰和核心价值观，具有相同的职业素养和职业技能要求，都依法受到法律保护，是法律职业共同体的重要组成部分。因此，检察官和律师既不是简单的诉辩关系，更不是

简单的对抗关系，而是对立中有统一、诉辩中相依存、探讨中共促进的良性互动关系。[1]

二、律师与检察官良性互动的意义

检察官与律师的良性互动，是二者保持正常交往关系和实施正常交往行为的积极体现，具有十分重要的意义。按照学者的总结，具体表现在以下三个方面：①在诉讼中，律师尊重检察官的检察权，检察官保障律师的执业权利，双方相互支持、相互促进，既有利于检察官依法公正办案，促进法律正确实施，也有利于律师履行职责，更好地实现其法律服务的功能。②检察官与律师的良性互动，能够促进双方坦诚交流，让“私下接触”转变为公开正常的沟通，加强相互间的监督与制约，有效地防止司法腐败的发生。③检察官与律师的良性互动，有利于提升检察官和律师的形象，提高人民群众对司法的认同感，以公众认同赢得司法权威，促进司法和谐的实现，进而维护整个社会的和谐与稳定。[2]

三、律师与检察官良性互动的形式

律师与检察官良性互动的形式主要包括两大类：一是职业互动，即从优秀律师中选拔检察官和检察官辞职从事律师职业；二是诉讼行为互动，即在诉讼活动中，律师与检察官各自秉持法治精神，依法行使各自的诉讼职能。

（一）律师与检察官的职业互动

2016 年，中共中央办公厅发布了《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》，目的是深化立法工作者、法官、检察官招录制度改革，推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化建设。该办法规定，人民检察院在招录、遴选检察官时，应当根据工作实际预留适当数量的岗位用于从律师中公开选拔检察官。参加公开选拔的律师应当具备《公务员法》《检察官法》规定的任职基本条件，并符合以下要求：①拥护党的领导，忠于宪法和法律。②具有坚定的社会主义法治信仰、良好的职业操守。③具有独立办案能力，执业经验丰富，或者通晓境外法律制度并具有成功处理国际法律事务的经验，或者精通某些特殊专业领域的法律实务。④实际执业不少于 5 年，从业声誉良好。

（二）律师与检察官的诉讼行为互动

目前，从立法角度来看，我国刑事诉讼法已经在一定程度上借鉴了英美法系当事人主义的立法模式，在庭审中确立了控辩双方平等对抗的诉讼模式，形成了控辩对抗式的庭审方式。在这种庭审方式中，法官超然于控辩双方之上，对控辩双方的讼争进行公正裁决，与律师、检察官共同构成三足鼎立的诉讼构架。律师和检察官在法官的主导下分别行使不同的诉讼职能：检察官代表国家公诉机关对被告人提起公诉，依法

---

〔1〕 参见曹建明：“构建检察官与律师良性互动关系，共同推进中国特色社会主义法治建设”，载《中国律师》2014 年第 3 期。

〔2〕 参见谭世贵、李建波：“试论检察官与律师的良性互动”，载《中国司法》2012 年第 3 期。

追究被告人的刑事责任；律师接受被告人及其近亲属的委托，为被告人进行无罪、罪轻的辩护。具体而言，律师与检察官在刑事诉讼中的职业关系主要表现在以下几个方面：

1. 平等关系。平等是对抗的基础，没有平等就谈不上对抗，只有建立在平等基础上的对抗才是有效的对抗。律师和检察官的平等表现为实质上的平等和形式上的平等。其中，形式上的平等又表现为职业身份上的平等、地位上的平等、权利上的平等。

2. 对抗关系。律师与检察官在刑事诉讼中的职能是天然对立的。检察官代表的是国家利益，其职能是想方设法让被告接受惩罚，把那些犯罪嫌疑人送到法庭。而律师是维护个人利益者，在诉求上跟检察官是对立的，律师的职能就是提出那些用以证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻、减轻处罚或免除处罚的材料和证据，想方设法减轻或免除自己的当事人的处罚。

3. 协作关系。律师和检察官的双方合作具有非常重要的意义：①二者的协作有利于实现民主法治。刑事诉讼的文明程度标志着司法文明程度和人权保障状况。基于维护公平正义之目的，控辩双方在依据事实和法律的前提下，通过对话与合作的方式来缓和之前因身份、职权、利益所形成的冲突对抗关系。②二者的协作有利于司法公正。在刑事诉讼中，检察官、律师虽然职业分工不同，但都以追求社会的公平正义为终极目标。③二者的协作有利于提高诉讼效率。在刑事诉讼中，检察官与律师的对抗贯彻始终，然而，正是这种控辩双方立场的对立推动了诉讼的进程。

第二节　律师与检察官关系的基本规范

2011 年 1 月，最高人民检察院发布了《最高人民检察院关于规范检察人员与律师交往行为的暂行规定》，其目的是规范检察人员与律师的交往行为，维护司法公正。该规定明确规定，检察人员与律师交往，应当符合法律、纪律规定和检察职业道德要求，不得妨碍律师依法执业，不得无故拖延、推诿或者刁难律师依法执业提出的合理要求，自觉避免一切可能影响检察工作公正性、公信力、廉洁性的行为。

一、案件办理中的行为规范

中国的检察机关作为国家法律监督机关，既是诉讼参与者，也是诉讼监督者，还是诉讼权利的救济者。因此，检察官既不是单一的公诉人，更不是单纯以追求胜诉为目标的一方当事人。律师与检察官在办理案件的过程中，其行为必须符合法律法规及职业伦理的要求，否则将不利于司法公正的实现。在案件办理方面，律师和检察官一般应遵守以下规范：

1. 自觉排斥对方的不当干扰。检察官应当严格依法办案，不受当事人委托的律师利用各种关系、以不正当方式对案件侦查、审查批捕、审查起诉等办案活动进行干涉的影响。律师在代理案件之前和代理案件的过程中，不得向当事人宣称自己与侦查或者受理案件检察院的检察官具有亲友、同学、曾经同事等关系，并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响检察机关对案件的办理。检察官不得私自单

方面会见当事人委托的律师。律师不得违反规定单方面会见检察官。

2. 严格执行回避制度。检察官应当严格执行回避制度，如果与本案当事人委托的律师有亲友、同学、师生、曾经同事等关系，可能影响案件公正处理的，应当自行申请回避，是否回避由本院检察长或者检察委员会决定。律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的，应当谢绝当事人的委托，或者解除委托代理合同。

3. 共同保守案件秘密。检察官应当严格执行有关诉讼制度，依法告知当事人委托的律师本案侦查或者办理的相关情况，但是不得泄露检察秘密。律师不得以各种非法手段打听案情，不得违法误导当事人的诉讼行为。

4. 共同遵守诉讼程序。检察官在办理案件过程中，应当严格按照法律规定的诉讼程序进行，尊重律师的执业权利，认真听取当事人及其委托的律师的意见。律师应当自觉遵守诉讼规则，尊重检察官的执法活动，依法履行辩护、代理职责。

5. 共同遵守司法礼仪。检察官和律师在诉讼活动中应当严格遵守司法礼仪，保持良好的仪表，举止文明。

二、社会活动中的行为规范

律师与检察官在社会活动中的行为表现，直接影响到整个司法体系的适正性。如果律师与检察官在社会活动中存在不当行为，不仅会影响司法公正的实现，还会导致社会公众对律师、检察官的不信任，进而降低司法公信力，危及社会稳定。因此，在社会活动中，律师和检察官的行为至少应遵守以下三个方面的要求：

1. 检察官不得向当事人委托的律师索取或者收受金钱、礼品、有价证券等；不得借本人或者其近亲属婚丧喜庆事宜向律师索取或者收受礼品、礼金；不得接受当事人委托的律师的宴请；不得要求或者接受当事人委托的律师出资装修住宅、购买商品或者进行娱乐、旅游等各种形式的消费活动；不得要求当事人委托的律师报销任何费用；不得向当事人委托的律师借用交通工具、通讯工具或者其他物品。

2. 当事人委托的律师不得借检察官或者其近亲属婚丧喜庆事宜馈赠金钱、礼品、有价证券等；不得向检察官请客送礼、行贿或者指使、诱导当事人送礼、行贿；不得为检察官装修住宅、购买商品或者出资邀请检察官进行娱乐、旅游等各种形式的消费活动；不得为检察官报销任何费用；不得向检察官出借交通工具、通讯工具或者其他物品。

3. 检察官不得要求或者暗示律师向当事人索取财物或者其他利益。当事人委托的律师不得假借检察官的名义或者以联络、酬谢检察官等为由，向当事人索取财物或者其他利益。

三、相互监督中的行为规范

在律师和检察官相互维护彼此之间正常职业的时候，二者应当相互监督。

1. 律师对于检察官有违反本规定行为的，可以自行或者通过司法行政部门、律师协会向检察机关反映情况，或者署名举报，提出追究违纪检察官党纪、政纪或者法律

责任的意见。

2. 检察官对于律师有违反本规定行为的，可以直接或者通过检察机关向有关司法行政部门、律师协会反映情况，或者提出给予行业处分、行政处罚以及追究法律责任的检察建议。

3. 当事人、案外人发现检察官或者律师有违反职业关系行为的，可以向检察机关、司法行政部门、纪检监察部门、律师协会反映情况或者署名举报。人民检察院、司法行政部门、律师协会对于违反职业行为规范的检察官、律师，应当视其情节，按照有关法律、法规或者规定给予处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十二章

律师之间的关系规范

导　语

律师职业是由每一个律师个体组成的，因此，如何处理好律师之间的关系，对于整个律师职业的发展至关重要。律师作为委托人的代理人，往往因维护委托人利益的需要，提出不同的利益主张，在彼此之间产生分歧；律师之间的关系也因具有专业性、竞争性、协同性等特征，极易发生伦理失范行为。本章将简要分析律师之间关系的内涵和特征，并具体阐述国内外有关律师之间关系的行为规范。

第一节　律师之间关系概述

一、律师之间关系的内涵

律师之间的关系，也可以称为“律师同行关系”，这种关系的实质是律师与其他律师之间的职业行为关系。换言之，这里并不涉及律师之间的私人关系。

以律师之间关系的存在范围为标准，可以分为内部律师关系与外部律师关系。内部律师关系是一个相对的概念，它可以指同一律师协会属下的律师，也可以指某一特定区域内的律师，但通常是指同一律师事务所内部律师之间的职业关系。外部律师关系也是一个相对的概念，它可以指不同律师协会的律师之间的关系，也可以指不同区域律师之间的关系，但通常是指不同律师事务所的律师之间的关系。

以律师之间关系的表现形式为标准，可以分为律师竞争关系和律师合作关系。所谓律师竞争关系，是指两个或多个律师在案源、业务或资源方面存在的竞争关系，是法律服务市场打破垄断和提升质量的必备条件。不少人认为，同行是冤家，一些律师因此而不惜采取不正规的手段排挤竞争对手，更有一些“新手”希望通过攻击行业领先者达到迅速出名的目的，在效仿行业领先者的同时却又攻击领先者，这显然是错误的，正确有效的竞争方法应该是凭借知识、技能以及其他业务能力的竞争。所谓律师合作关系，是指两个或多个律师在案源、业务或资源方面存在的合作关系，是法律服务市场健康有效运行的必备条件。律师的同行合作关系并不简单地表现为团队合作。要实现真正意义上的合作，还必须强化合作共赢意识。只有做到这一点，才可以更好地提升每一位律师的业务水平，达到真正建立律师精英队伍的目的。

二、律师之间关系的特征

要深入认识律师之间的关系，就必须对律师之间关系的特征有所了解。归纳起来，律师之间关系的特征主要表现为以下几个方面：

（一）专业性

随着社会生活和社会需求日趋复杂，专业分工越来越细，专业化程度越来越高。为了适应这一趋势，律师个人必须符合专业性的要求，必须经过长期的专业训练和学历教育，而各个律师的专业性则汇集为整个律师同行关系的专业性，律师与律师之间的同行关系是建立在专业性的基础之上的。当然，各行各业都具有一定的专业性，但律师的专业性则更多地表现为其在法律服务市场上的专业性。从目前我国的实际情况来看，尽管律师行业的专业化程度越来越高，但律师同行关系的专业性并未随之提高，在一些地区仍处于小作坊式的合作阶段，二者的发展还非常不平衡。

（二）竞争性

“竞争性”这个概念来源于经济学，是指市场经济中同类经济行为主体为了自身利益的考虑，以增强自己的经济实力，排斥同类经济行为主体的相同行为的表现。法律服务虽然不能完全按照市场经济的基本规律来进行运作，但是也深受影响。在法律服务市场中，同一业务领域中的律师为了争夺案源，势必会产生一定的竞争。律师及律师事务所之间的竞争行为在某种意义上与一般的市场竞争行为并无区别，这种竞争性在一定程度上有利于律师不断提高自身的业务水平和服务质量，也有利于使委托人有更多的选择可能性。但是，一旦律师及律师事务所在参与竞争的过程中，不遵守法律法规及职业伦理规范的规定，就极容易产生恶性竞争，进而导致律师之间的关系出现恶化，影响律师职业的良性发展。例如，在美国律师界，当律师之间的恶性竞争加剧时，曾出现过“追赶救护车”（ambulance chasing）的现象，极大地影响了律师行业的整体声誉。

（三）协同性

从组织学的角度看，组织中的任何一个成员都是独立的个体，但其活动是非个人性质的，其依存于整个组织的活动，和组织的其他成员以及整个组织活动休戚相关，相互联系、相互影响。具体到律师职业，律师个人作为律师职业的组成部分，其行为并不仅仅关乎其自身，还与律师职业的其他成员以及律师职业整体密切相关。当律师之间出现互相诋毁、互不信任、互不帮助的时候，受到损害的可能不是某两个律师，而是整个律师职业。换言之，律师个人与律师职业其他成员及律师职业整体之间是一种协同关系，“一荣俱荣，一损俱损”。

第二节 律师之间关系的基本规范

一、国外有关律师之间关系的行为规范

在美国，根据美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 8.3“举报法律职业

的不当行为”之规定，如果律师知道其他律师违反了《律师职业行为示范规则》，并且该行为使得其他律师的诚实性、可信性或者作为律师在其他方面的适当性存在重大疑问，则该律师应当向适当的律师管理机构报告。美国律师协会认为，法律职业的自律，要求法律职业的成员在发现违反《律师职业行为示范规则》的行为时，启动律师惩戒调查程序。一个似乎孤立的违规行为可能是一种只有通过律师惩戒调查才能发现的不端行为模式。在受害人不能够发现有关违规行为时，律师的举报就显得特别重要了。

在加拿大，根据加拿大律师协会《律师职业行为准则》之规定，在与对方律师的关系中，律师应该遵守以下基本规则：①律师应始终对诉讼或争议中的对方律师保持文明礼貌。律师有责任要求受其监督的人员同样文明礼貌地行事。②委托人之间可能存在的反感，不应影响律师对待对方律师的行为和态度。③律师应始终以真诚的方式对待对方律师。④律师应以相似的态度对待合法代表自己或他人的非专业人员。⑤律师应避免对其他律师的能力、行为、意见、外表或收费作出欠考虑的或不知情情况下的批评。⑥律师不应将恶意动机或不当行为归咎于对方律师，除非这样做与案件争议问题有关，并且有充分的证据。但如果上述行为之不当已经达到违反适用的职业纪律规则的程度，则律师应将该行为报告给有关的职业纪律处分机构。⑦律师应避免向对方律师发表贬低性的个人评语或尖刻语言。⑧律师不应将不属于对方律师的立场加诸对方律师之上，或以对方律师的声明或行为根据作出不适当的推断。

在澳大利亚，根据《澳大利亚律师协会示范规则》之规定，出庭律师不得故意向对方辩护人作出与案件有关的虚假陈述（包括妥协）。出庭律师非故意向对方辩护人提供了任何虚假陈述的，必须采取一切必要的措施，在知晓该陈述的虚假性后尽快予以纠正。

在欧盟，根据《欧洲律师行为准则》之规定：①关于同行间的合作精神。同行间的合作精神要求律师出于委托人的利益考虑，且为了避免不必要的诉讼和其他有损同行声誉的行为，建立一种互相信赖、互相协作的关系。但是，这不能作为视同行利益高于委托人利益的依据。②不同成员国律师间的合作。与来自另一成员国的同行交涉的律师有责任拒绝接受超出其能力范围的委托事件。在此情况下，该律师应能随时协助该同行获取必要的信息，以使该同行能够委托有相关能力的律师承接业务。当某一成员国的律师与另一成员国的律师建立合作关系时，两位律师均有责任考虑各自的法律制度和专业组织中存在的差异，以及相关成员国律师的能力及义务。③律师间的通信。如果律师欲与另一成员国律师通信，且该律师希望予以保密或避免造成任何损害，则其应在通信之前表明该意图。如果信息的预期接收方无法保证通信的保密性或无法避免损害，则其应及时通知信息发送方。④关于介绍费。律师不得以向委托人介绍或推荐其他律师为由，要求支付或接受另一位律师或任何其他人支付的费用、佣金或任何其他补偿。律师不得以任何人为其介绍委托人为由，向任何人支付费用、佣金或其他任何补偿作为报酬。⑤关于与对方当事人的沟通。律师不得就个别案件或事务直接与其已知的在该案件或事务中接受其他律师代理或建议的任何人沟通，除非得到对方律师的同意。

在德国，根据《德国律师执业规范》之规定，欲对另一位律师指出其违反了职业义务的，只能秘密地对其指出，但因委托人或本人利益需以其他方式作出反应的，不

在此限。未经另一方律师的事先同意，律师不得直接与另一方联系或谈判。在有迟延危险时，不适用该禁止。但应不迟延地告知另一方的律师；并应不迟延地向另一方的律师传送一份书面通知的副本。

二、中国有关律师之间关系的行为规范

根据《律师法》《律师执业管理办法》《律师执业行为规范（试行）》的规定，律师在处理与其他律师的关系时，需要遵守以下几个方面的行为规范：

（一）尊重与合作

根据《律师执业行为规范（试行）》第73~77条的规定，律师与其他律师之间应当相互帮助、相互尊重。在庭审或者谈判过程中，各方律师应当互相尊重，不得使用挖苦、讽刺或者侮辱性的语言。律师或律师事务所不得在公众场合及媒体上发表恶意贬低、诋毁、损害同行声誉的言论。律师变更执业机构时应当维护委托人及原律师事务所的利益；律师事务所在接受转入律师时，不得损害原律师事务所的利益。律师与委托人发生纠纷的，律师事务所的解决方案应当充分尊重律师本人的意见，律师应当服从律师事务所解决纠纷的决议。

（二）禁止不正当竞争

根据《律师执业行为规范（试行）》第78、79条的规定，律师和律师事务所不得采用不正当手段进行业务竞争，损害其他律师及律师事务所的声誉或者其他合法权益。有下列情形之一的，属于律师执业不正当竞争行为：①诋毁、诽谤其他律师或者律师事务所信誉、声誉。②无正当理由，以低于同地区同行业收费标准为条件争揽业务，或者采用承诺给予客户、中介人、推荐人回扣、馈赠金钱、财物或者其他利益等方式争揽业务。③故意在委托人与其代理律师之间制造纠纷。④向委托人明示或者暗示自己或者其属的律师事务所与司法机关、政府机关、社会团体及其工作人员具有特殊关系。⑤就法律服务结果或者诉讼结果作出虚假承诺。⑥明示或者暗示可以帮助委托人达到不正当目的，或者以不正当的方式、手段达到委托人的目的。

（三）对于律师同行不当行为之揭发

尽管基于律师同行的相互尊重义务，律师之间不得彼此攻击人格尊严，但这并不表示，对于律师的违法违规行为，律师之间应当互相包庇隐瞒。

1. 一旦律师发现同行可能存在违反律师职业伦理之行为，或有违反法律之行为，除负有保密义务者以外，可以向律师协会或有关司法机关报告，这并不构成对律师职业伦理的违反。如果律师发现其他律师存在轻微违反律师职业伦理的行为，虽然不能科以必须告发的义务，但一旦律师决定介入，则应以保有其尊严的方式，私密地对其进行友善的提示，使其意识到自己行为的错误之处，并能有主动改正的机会，这一点在前辈律师和后辈律师之间显得尤为必要。当然，如果为了维护委托人的利益而必须放弃这种私密性要求的，则不在此限。但是，对于严重违背律师职业伦理甚至构成犯罪的行为，律师依据相应的事实和证据进行揭发检举，则不应加以禁止。有律师因此担心，如果允许律师之间互相揭发检举，势必会加大律师之间的彼此不信任感，制造更多无谓的纷争和仇视，从而可能危及行业的和谐氛围。但是，我们认为，这种担心

实属不必，只要律师具有确实的证据，就不会产生恶意栽赃的问题，而且，一些律师的违法行为往往只有相关律师才了解内情，如果不允许律师之间互相揭发检举，这类违法行为往往就会被姑息和纵容，因而允许依法检举有利于律师之间互相监督，形成良性的竞争关系，也有利于提高律师行业的自清能力。

2. 如果律师发现受委托律师没有尽职办案，以致委托人遭到败诉，是否可以向委托人言明该律师在代理过程中的疏忽和错误之处，并进而要求委托人委托自己代理该案？这种对于受委托律师的指摘是否违背律师职业伦理？我们认为，这一问题并无明确标准，究竟是否允许，要看律师是否就事论事，客观地指出导致其败诉之具体策略错误，如果律师以贬低受委托律师为目的，极其主观或毫无根据地随意指摘该律师，则应在禁止之列。正确而妥当的处理方式是：由律师提出另外几种代理策略或辩护思路，并客观分析各自的利弊和可能的后果，并分析前诉败诉之客观原因，由客户自行判断并选择是否维持原委托关系。

3. 如果委托人在不同的诉讼阶段分别委任不同律师，则后一阶段的律师是否可以对前一阶段的律师行为作出评价？如果前一阶段的律师行为的确存在执业过错，可能涉及律师民事责任，损害了委托人的利益，则后一律师基于对委托人的忠诚义务而指出这些失当之处，并没有违反律师职业伦理。相反，如果知而不报，却可能违背律师对委托人的忠诚义务。但律师在作出这种评价时应注意方式方法。

第二十三章

律师与律师事务所的关系规范

导 语

律师事务所是律师的执业机构。本章将以律师与律师事务所的关系规范为内容，一方面简要介绍国内外律师事务所的发展概况，便于了解律师事务所的类型和特征，从而有利于从多角度加深对律师职业伦理的理解；另一方面，从理论和实践两个角度分析律师与律师事务所之间的关系，并借此探讨实践中律师与律师事务所关系所应该遵循的基本规范，具体包括管理关系规范与责任关系规范。

第一节 律师与律师事务所关系概述

一、律师事务所发展概况

要了解律师与律师事务所的关系，我们有必要对国内外律师事务所的发展概况进行了解。

（一）国外律师事务所的发展概况

国外律师制度发展历史较为久远，各国在其漫长的发展过程中都形成了成熟、完善的律师事务所组成与运行模式，这些模式因各国情况不尽相同，其中既有共性也有差别。在此，我们仅选几个比较有代表性的国家进行简要介绍。

1. 在美国，商业实体的形成与治理是由各州法律进行规范的。每个州都有公司和合伙企业监管的历史，近几十年来，新的混合形式的商业实体不断发展，以适应仅靠公司法和合伙企业法无法充分满足的需求。目前，美国律师事务所采取的主要商业结构形式包括以下几种类型：①普通合伙（general partnership，简称 GP）。1914 年，普通合伙被写入法律，并成为律师事务所的标准商业形式。普通合伙最吸引人的特点是对律所收入的直通税（pass-through taxation），在这种税收中，合伙的利润不需要缴纳实体税，而是只有在合伙人获得利润分配的情况下才作为个人收入征税。②有限责任公司（limited liability companies，简称 LLC）和有限责任合伙企业（limited liability partnerships，简称 LLP）。越来越多的律师事务所开始放弃传统的普通合伙，而采取更有吸引力的有限责任实体，如有限责任公司与有限责任合伙。这种商业形式将律师事务所所有人与公司分开，通过“有限责任”来保护律师事务所所有人。③个人独资（sole proprietorship）。这种形式设立的程序要求相对简单，但是却并不普遍，原因在于：如

果有人决定起诉律师事务所，这种商业形式并不能保护所有者的个人财产。[1]

近年来，美国律师事务所大量采用“公司制”管理模式，在实践中引发了很多争议。反对者认为，律师事务所公司化运营将严重影响律师的职业独立判断力（professional independent judgment），因为公司制意味着非律师可以控制律师职业。[2] 有鉴于此，美国律师协会《律师职业行为示范规则》规则 5.4“律师的职业独立”（professional independence of a lawyer）不仅对律师行为进行了规定，对律师事务所的组织结构也进行了限定。律师或者律师事务所不得同非律师人员分享律师费，如果律师与非律师形成的合伙关系包括了执行法律业务，则该律师不得与该非律师形成合伙关系。如果某人为使律师向他人提供法律服务而推荐、雇佣该律师或者向该律师付费，则该律师在提供上述法律服务的过程中，不得允许该人左右其职业判断。在下列情况下，律师不得同有权从事营利性法律业务的职业公司（professional corporation or association）一起执业，也不得以上述公司的形式执业：①非律师在其中拥有股权，但是律师遗产的信托代理人可以在管理遗产的合理期间内持有该律师的股份或者利益；②非律师是该公司的董事或者官员，或者在公司外的任何组织形式占据担负类似职责的职位；③非律师有权左右律师的职业判断。不过，很多学者认为，《律师职业行为示范规则》的规定已经过时了，不符合现在的发展趋势，[3] 美国的许多州都在考虑进行改变，有些州甚至已经作出了改变，允许律师事务所在有限制的情况下使用替代性商业结构（alternative business structures，简称 ABS）。[4]

2. 在英国，2007 年 10 月，英格兰与威尔士通过了《法律服务法》，其中最具影响力的举措之一是允许“替代性商业结构”律师事务所的存在，在这些律师事务所中，允许非律师参与合伙关系成为律师事务所的合伙人或管理人。目前，这次改革的成果已经开始显现，从 2012 年 3 月 26 日至 2015 年 7 月 31 日，共有四百多家替代性商业结构律师事务所获得英国事务律师监管局（Solicitors Regulation Authority）的批准。“替代性商业结构”的设立旨在鼓励创新，并承诺“在公平竞争的环境下，不应该对特定的商业模式有任何偏袒或好处”。美国学者朱迪思·麦克莫罗（Judith A. Mcmorrow）对英国“替代性商业结构”律师事务所的效益进行了评估，发现目前这种类型的律师事务所呈现出如下几个特点：①一些小型律师事务所转换为“替代性商业结构”，使重要的非律师成员在律师事务所中拥有所有权，并确保律师事务所能够承认这些非律师成员的贡献并留住这些“功臣”。②Riverview Law 致力于通过统一收费和团队服务，为企业客户提供系统化的法律服务。③“合作法律服务”（cooperative legal services）建立在食

---

〔1〕 Edward S. Adams, “Rethinking the Law Firm Organizational Form and Capitalization Structure”, *Missouri Law Review*, Vol. 78, Issue 3 (Summer 2013), pp. 777~818.

〔2〕 MacEwen, Bruce; Regan, Jr. Milton C., Larry Ribstein, “Law Firms, Ethics, and Equity Capital”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, No. 1 (Winter 2008), pp. 61~94.

〔3〕 Edward S. Adams, John H. Matheson, “Law Firms on the Big Board: A Proposal for Nonlawyer Investment in Law Firms”, *California Law Review*, Vol. 86, Issue 1 (January 1998), pp. 1~40.

〔4〕 Justin D. Petzold, “Firm Offers: Are Publicly Traded Law Firms Abroad Indicative of the Future of the United States Legal Sector”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2009, Issue 1 (2009), pp. 67~104.

品、银行、丧葬服务等合作品牌的基础上，为中等收入客户提供经济实惠的法律服务。④Legal Zoom 作为第一家将业务扩展到英国并创建律师事务所的美国在线法律服务提供商，该公司预计，“替代性商业结构”将使其能够利用在线资源提供更综合的法律服务。⑤人身损害律师事务所的模式千差万别，有的是保险公司作为律师事务所的合伙人，有的是私人股本参与，不过这些模式进一步优化了英国的小额索赔市场。⑥很多专业性的律师事务所已经建立了非营利性和营利性的合作伙伴关系，利用营利性利润来支持非营利部门的发展。〔1〕

3. 在德国，常见的律师执业形式包括：①个人执业（sole proprietorship）。即律师自己开业，自负盈亏及责任，此为律师业务的主要形式。②合署办公（bürogemeinschaft）。合署办公只是数个个人执业律师的结合，约定共享办公设备、图书数据，联合雇用秘书或助理以节省成本，但律师彼此间仍是独立的执业个体，各自接受当事人的委托，互不隶属。③合伙形式。合伙是由数名律师以合伙协议为基础，共同出资、共同管理、按协议分享收益、相互承担无限连带责任的一种执业模式。④律师公司（rechtsanwaltsgesellschaft）。⑤专业律师（fachanwalt）。〔2〕

（二）中国律师事务所的发展概况

我国《律师法》第 14 条规定：“律师事务所是律师的执业机构。设立律师事务所应当具备下列条件：①有自己的名称、住所和章程；②有符合本法规定的律师；③设立人应当是具有一定的执业经历，且 3 年内未受过停止执业处罚的律师；④有符合国务院司法行政部门规定数额的资产。”这表明，律师事务所是律师从事法律服务的基本单位。所谓的“律师执业机构”，即律师从事业务活动的工作机构。对此可以从两个方面进行理解：一是我国的律师执业机构只有律师事务所，不存在其他律师执业机构；二是律师必须在律师事务所内执业，任何一名律师都应是某一律师事务所的律师，而任何律师都必须是律师事务所的成员，不能脱离律师事务所开展业务。〔3〕关于律师事务所的性质，理论与实践存在很大的分歧，目前尚未形成共识。

从立法上来看，在我国律师制度的恢复、发展过程中，有关文件在不同时期对律师事务所的性质曾有过不同的表述。律师制度恢复初期，1980 年颁布的《律师暂行条例》（已失效）将“法律顾问处”（律师事务所的前身）规定为“事业单位”，由国家核拨编制、核拨经费，实行人事、业务、财务的全面管理。随着市场经济的建立和发展，律师事务所也进行了改革，合伙制、合作制律师事务所开始出现，1993 年党的十四届三中全会《中共中央关于建立社会主义市场经济体制的若干问题的决定》将律师事务所规定为“市场中介组织”，进一步推动了律师事务所走向市场，向不占编制和经费、“个人出资、自愿组合、自我管理、共担风险”的运作机制转变。〔4〕1996 年《律

〔1〕 Judith A. McMorrow, “UK Alternative Business Structures for Legal Practice: Emerging Models and Lessons for the US”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 47, Issue 2 (Winter 2016), pp. 665~712.

〔2〕 参见李昌超：“德国律师公司制度窥探——从律师职业特性出发”，载《河北法学》2013 年第 12 期。

〔3〕 参见中华人民共和国律师法释解编写组编：《中华人民共和国律师法释解》，金城出版社 2008 年版，第 109 页。

〔4〕 参见刘友江主编：《司法行政工作概论》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 61 页。

师法》颁布实施，保留了“律师事务所”这一称谓，允许国家出资设立的律师事务所、合作制律师事务所、合伙制律师事务所三者并存，但是对于律师事务所的性质并未进行规定。2007 年《律师法》进行了修改，增设特殊的普通合伙律师事务所，允许个人开设律师事务所，保留了国家出资设立的律师事务所，取消了合作制律师事务所，但是对于律师事务所的性质仍然没有规定。2008 年，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 3 条规定：“依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。”此外，《律师事务所管理办法》第 51 条规定：“合伙律师事务所和国家出资设立的律师事务所应当按照规定为聘用的律师和辅助人员办理失业、养老、医疗等社会保险。个人律师事务所聘用律师和辅助人员的，应当按前款规定为其办理社会保险。”

不同学者从不同的角度对律师事务所的性质进行了界定。李本森教授认为，不妨把律师事务所分两个层次来界定。第一个层次：律师事务所是律师依法向社会提供法律服务，具有国家性、社会性、公益性、营利性的执业组织形式。第二个层次：把律师事务所放在社会主义市场经济体制建立这一特定的范围内，即在社会主义市场经济体制建设中，律师事务所是具有中介性质的律师执业组织形式。〔1〕有观点认为，律师事务所的性质具有商业性、社会性的双重属性。商业性是指律师事务所要通过市场竞争获取业务，靠收取法律服务费来维持生存和发展，具有营利性的一面；社会性是指律师事务所必须以维护当事人的合法权益、维护法律正确实施、实现社会公平正义为服务宗旨，不得以营利为目的，具有公益性的一面。〔2〕还有观点认为，应该将律师事务所的性质界定为“由律师组成的自律性组织”，主要原因在于：律师事务所与律师的本质一脉相承，具有同质性，即律师的性质决定了律师事务所的性质。律师是为社会提供法律服务的自由职业者，律师可以自由选择服务对象，可以自由地评判法律事务，在评判法律事务时，独立于国家机关、委托人或者有关当事人。律师事务所不是发挥国家机关的作用对律师进行行政管理，由律师组成的律师事务所应当是律师行使执业权利的重要保障机构。因此，律师事务所充分发挥律师的自我管理作用，是律师的自律性组织。〔3〕

根据《律师法》的规定，我国的律师事务所分为合伙律师事务所、个人律师事务所和国资律师事务所三种类型。①合伙律师事务所。《律师法》第 15 条规定，设立合伙律师事务所，除应当符合《律师法》第 14 条规定的条件外，还应当有 3 名以上合伙人，设立人应当是具有 3 年以上执业经历的律师。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。②个人律师事务所。《律师法》第 16 条规定，设立个人律师事务所，除应当符合《律师法》第 14 条规定的条件外，设立人还应当是具有 5 年以上执业经历的律师。设立人对律师事务所的债务承担无限责任。③国资律师事务所。《律

〔1〕 参见李本森：《中国律师业发展问题研究》，吉林人民出版社 2001 年版，第 123～124 页。
〔2〕 参见刘友江主编：《司法行政工作概论》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 62 页。
〔3〕 参见李峰等：《律师制度改革热点问题研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 116～117 页。

师法》第20条规定，国家出资设立的律师事务所，依法自主开展律师业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。

根据司法部公布的数据，截至2017年底，中国共有律师事务所2.8万多家。其中，合伙律师事务所有1.8万多家，占66.5%；国资律师事务所有1200多家，占4.3%；个人律师事务所有8200多家，占29.2%。就律师事务所的规模来看，律师10人以下的律师事务所1.7万多家，占61.8%；律师10人（含）至30人的律师事务所8900多家，占31.5%；律师30人（含）至50人的律师事务所1100多家，占4.1%；律师50人（含）至100人的律师事务所500多家，占1.8%；律师100人（含）以上的律师事务所200多家，占0.8%。

二、律师与律师事务所之间的关系

由于律师事务所的性质目前存在很大的争议，加上律师职业本身的特殊性，导致律师与律师事务所之间的关系目前尚未形成共识。

（一）理论上的认定

在理论上，有观点认为，律师与律师事务所之间的关系基本上符合劳动关系的法律特征。劳动关系是指机关、企事业组织、社会团体和个体经济组织（以下简称用人单位）与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者成为用人单位的成员，接受用人单位的管理和服从用人单位安排的工作，并从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。从劳动关系的概念可以将劳动关系的法律特征概括为：双方主体的特定性、平等性、隶属性、财产性、人身性。具体到律师与律师事务所之间的关系而言，完全符合劳动关系的特征，主要体现在以下几个方面：①特定性。律师与律师事务所签订聘用合同，律师作为自然人，具有劳动者的法定条件，律师事务所属于民办非企业单位，应该认定为“用人单位”，因此，签订聘用合同的双方主体是特定的。②平等性。虽然律师事务所是律师唯一的执业机构，但是在聘用律师方面也依法具有自主权，必须在平等自愿、协商一致的基础上才能签订聘用合同。③隶属性。根据《律师法》的规定，律师与律师事务所一旦建立聘用关系，那么律师必须接受律师事务所的监督管理，遵守律师事务所的劳动纪律和规章制度，这体现了律师与律师事务所之间的隶属性。④财产性。根据《律师执业管理办法》的规定，律师事务所聘用律师和其他工作人员时，应当签订聘用合同，聘用合同应符合国家有关规定，并根据国家规定为聘用人员办理养老保险、医疗保险。⑤人身性。律师与律师事务所签订聘用合同后，对于律师事务所指派的工作，律师必须亲自履行，并在履行过程中体现律师的个人价值。〔1〕

对此，有观点认为，无论是根据《律师法》还是《劳动法》的规定，律师与律师事务所的关系是否符合劳动合同关系，都值得商榷与探讨。从律师的工作方式来看，一般都是律师个人各自联系业务，个人联系的业务归个人自己办理，收入也归个人与律师事务所分配，与其他律师基本无关。另外，律师事务所的各律师之间，除了合伙

〔1〕 参见肖胜方、李进一：《律师服务营销策略的实战演绎》，中国法制出版社2012年版，第152~153页。

人可以参与律师事务所的管理外，律师之间在业务上都是平等关系（授薪律师除外），没有管理与被管理的关系。虽然当事人与律师的委托合同都是以律师事务所的名义统一签订的，但实际上，律师事务所一般对于承办律师没有选择安排的权利，只能安排委托人指定的律师或已经与委托人谈妥的具体办案律师。律师事务所作为律师的执业机构，其实并不是律师的“用人单位”。律师的“劳动”主要是为委托人劳动，而非为律师事务所劳动。律师的“用人单位”实际上可以说是委托人，而不是律师事务所。律师的工作也主要是对委托人负责，其次才是对律师事务所负责。因此，从律师工作的这些特征和工作方式来看，律师和律师事务所之间的关系，与劳动合同双方的劳动者与用人单位之间的关系有明显的区别。相反，律师事务所实际上是介于委托人和律师之间的中介服务机构，其与委托人是平等的法律关系，与律师之间也是平等的法律关系。〔1〕

我们认为，律师事务所在我国律师职业的发展过程中扮演着非常重要的角色，有一段时期，整个律师职业的改革重心都集中在律师事务所，关于律师事务所的属性本身也一直存在争议，立法上也一直没有进行明确规定。在实践中，律师事务所的类型本身存在多样性，再加上每一类律师事务所的运行机制也都千差万别，这加剧了律师与律师事务所之间关系的复杂化。若一味主张律师与律师事务所之间的关系属于劳动关系，这并不符合实际情况，正如持反对观点者所分析的；若一味主张律师与律师事务所之间的关系不属于劳动关系，则也不符合实际情况。实践中确实存在一些律师从律师事务所领取固定工资，由律师事务所购买社会保险，并严格按照律师事务所上下班制度、请假制度管理。此外，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 3 条明确规定：“依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。”由此可知，并非所有的律师事务所都是《劳动合同法》规定的用人单位，仅限于“合伙”的律师事务所。基于上述分析，我们认为，可以从权利保障的角度出发来界定律师与律师事务所之间的关系，当律师的劳动权益受到侵害时或对外承担责任时，可以将律师与律师事务所之间的关系认定为劳动合同关系。

（二）实践中的认定

在司法实践中，有关律师与律师事务所之间的关系的纠纷也很常见，法院对这一问题并未形成统一共识，但也基本是从权利保障的角度来分析这一问题的。

1. 实习律师与律师事务所之间的关系。

【案例 23-1】

A 与四川 JH 律师事务所劳动争议纠纷上诉案〔2〕

A 于 2015 年 3 月获得了《中华人民共和国法律职业资格证书》。2015 年 8 月 18 日，A 与四川 JH 律所签订了一份《实习协议》，其中约定 A 为申请律师执业实习人员，JH 律所为

〔1〕 参见王荣利：《揭开律师神秘的面纱——教你如何聘请合适的律师》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 103~104 页。

〔2〕 参见四川省成都市中级人民法院（2016）川 01 民终 9022 号民事判决书。

实习律师事务所，实习指导老师是B，实习人员自完成审核登记之日起在实习律师事务所实习，实习期限为1年；实习律师实习期间必须听从实习指导律师的安排，虚心学习，认真完成指导任务。2016年1月28日，A通过电子邮件向JH律所发送《A2016年1月份每日工作记录&解除劳动关系通知》，其中载明因JH律所未为A购买社保、未与A签订劳动合同，A解除与JH律所之间的劳动关系。随后，A向法院起诉，要求JH律所向其支付拖欠工资、加班工资、未签订劳动合同的双倍工资、经济补偿金。一审法院驳回了A的诉讼请求。

一审法院认为，这是关于A与JH律所之间是否建立劳动关系的问题。2015年8月17日，A被招入JH律所，2015年8月18日，A与JH律所签订了《实习协议》，其中明确A为申请律师执业实习人员，实习律师事务所为JH律所，实习指导老师为B，实习期限为1年。也填写了《实习申请表》及《实习人员登记表》提交成都市律师协会备案，申请表与登记表中均载明实习律师事务所为JH律所，指导律师为B。根据《律师法》第5条的规定，申请律师执业必须在律师事务所实习满1年。由此可见，在律师事务所实习1年是成为执业律师的必经途径，实习律师只有从事1年的实习工作后才能取得执业律师的资格。A进入JH律所，双方签订了《实习协议》，A身份仅为申请律师执业实习人员，不能当然认为A与JH律所之间均有建立劳动关系的意愿。A在JH律所期间，在指导律师B的指导下，按照B的要求从事法律实务。根据《申请律师执业人员实习管理规则》第3条第2款的规定，实习人员在实习期间应当参加律师协会组织的集中培训和律师事务所安排的实务训练，遵守实习管理规定，实习期满接受律师协会的考核。A所签署的保证书亦明确保证实习期间参加律所安排的实务训练。因此，实习律师在律师事务所实习期间听从指导律师安排并从事法律实务训练是实习的要求，并不能以此认定A在实习期间是作为劳动者的身份接受JH律所管理、为JH律所提供劳动。A认为其在JH律所实为律师助理，然而根据JH律师出示的JH律所2014年8月19日实施的《关于实习人员和律师助理的暂行办法》中明确规定，律师助理是指已取得律师执业证并在团队中协助团队负责人从事律师工作的律师。A对此虽不予认可，但并未出示证据予以反驳。A未取得律师执业证，尚不具备成为JH律所律师助理的资格。因此，A认为其为JH律所律师助理的理由，一审法院不予采纳。虽然JH律所每月向A支付费用，但《关于实习人员和律师助理的暂行办法》中已经明确，实习律师所获得的费用为实习津贴而非劳动报酬，所以，A认为其为JH律所提供劳动，JH律所应向其支付劳动报酬的理由，一审法院不予采纳。所以，一审法院认为，A与JH律所之间不构成劳动关系。

二审认为，双方争议的焦点是：双方所建立的关系性质。劳动关系是一种较为稳定且带有组织依附性的社会关系。依据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条，确定劳动关系主要应当考虑以下内容：双方主体资格；用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分等。本案中，A与JH律所均是法律规定的适格主体，JH律所按月向其支付工资，A受JH律所的日常考勤管理，其从事的律师辅助业务亦系JH律所业务的组成部分，其离职后JH

律所又向其出具解除劳动关系的证明，符合劳动关系的基本特征，故A主张双方所建立的劳动关系，本院予以支持。

【案例23-2】

A与四川SZ律师事务所劳动争议纠纷上诉案〔1〕

A于2012年3月取得《中华人民共和国法律职业资格证书》。2012年3月5日，A与SZ律师事务所签订了一份《实习协议》，该协议主要约定：

“一、实习期限

实习人员自有管辖权的律师协会完成审核登记之日起在律师事务所实习，实习期限为1年。……

四、实习人员实习期间的权利义务

第一条 实习人员实习期间的权利：①依法履行律师职务（实习）；②获取劳动报酬；③对事务所的管理工作提出批评建议。

第二条 实习人员实习期间的义务：①遵守事务所的各项规章制度，接受事务所的指导和监督、服从工作安排。

……

八、实习协议的变更和解除

……协议期满，自动解除。”

2013年3月5日，A实习期满。A于2014年5月4日向遂宁市劳动争议仲裁委员会申请了仲裁，遂宁市劳动争议仲裁委员会以A主体不适格（申请人系申请律师执业实习人员）和申请人的仲裁请求超过仲裁申请时效为由，作出不予受理通知书。

一审法院认为，A与四川SZ律师事务所签订的《实习协议》具备了劳动合同的主要条款，应视为A与四川SZ律师事务所签订的书面劳动合同，A与四川SZ律师事务所之间劳动关系成立，应受《劳动合同法》的保护。A与四川SZ律师事务所签订的《实习协议》是双方的真实意思表示，该协议合法有效，双方均应按该协议约定享受权利和履行义务。该协议约定的实习期限为1年，2013年3月5日为双方劳动合同终止之日。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第27条第1款“劳动争议申请仲裁的时效期间为1年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算”之规定，A于2014年5月4日向遂宁市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，其仲裁申请已经超过仲裁时效期间，且A也未举证证明存在仲裁时效中断、中止的事由。故对于A的诉讼请求，不予支持。

二审法院认为，本案中，A主张与SZ律师事务所之间建立了劳动合同关系并请求人民法院予以确认，但其未提供充分证据对此予以证实，且现有证据证明A不受SZ律师事务所的工作安排、管理，亦不由SZ律师事务所对其发放工资报酬，其与SZ律师事务所之间的关系不具备劳动关系的构成要件，双方仅仅是实习、学习关系。实习期满后，双方并未续签任何具有劳动关系性质的合同。因此，原判认定A与四川SZ律师

〔1〕 参见四川省遂宁市中级人民法院（2014）遂中民终字第439号民事判决书。

事务所之间劳动关系成立错误，本院对此予以纠正。

2. 专职律师与律师事务所之间的关系。

【案例 23-3】

A 与北京 DC（重庆）律师事务所劳动争议案〔1〕

2009 年 12 月 7 日，A 自重庆 YB 律师事务所转入北京 DC（重庆）律所从事专职律师。2009 年 12 月 29 日，A 自北京 DC（重庆）律所转入重庆 RL 律师事务所。2010 年 4 月 6 日，A 自重庆 RL 律师事务所转入北京 DC（重庆）律所。2014 年 8 月 15 日，A 自北京 DC（重庆）律所转出，转所理由是“律所与我达成一致意见，解除聘用合同”。2014 年 8 月 18 日，A 转入重庆 DD 律师事务所。在北京 DC（重庆）律所从事执业律师期间，北京 DC（重庆）律所没有为 A 缴纳社会保险。A 在北京 DC（重庆）律所取得收入采用创收提成的方式，且有创收才有提成，没有创收就没有提成，没有底薪。2015 年 7 月 31 日，A 以北京 DC（重庆）律所为被申请人向重庆市渝北区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求支付未签劳动合同的 2 倍工资差额、经济补偿金、未休年休假工资、养老保险损失费等。2015 年 7 月 24 日，该仲裁委员会以“申请人的仲裁申请第 4、5 条不属于受理范围”为由，出具不予受理案件通知书。

一审法院认为，依据《中华人民共和国劳动合同法》第 14 条第 3 款，用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。一审法院认定，自 2010 年 4 月 6 日 A 转入北京 DC（重庆）律所任专职律师起，北京 DC（重庆）律所一直没有与 A 签订劳动合同，故应视为自 2011 年 4 月 6 日起，A 与北京 DC（重庆）律所已经签订无固定期限劳动合同。其中关于未休年休假工资问题，A 虽以北京 DC（重庆）律师事务所律师的名义对外执业，但 A 收入与其创收挂钩，没有创收即无收入，且律师行业具有较高的自由度，日常时间主要由自己安排，A 并不需要每天到北京 DC（重庆）律所处报到或坐班，客观上也并不需要由律师事务所安排 A 休年休假，A 再行请求未休年休假工资，缺乏事实依据，一审法院不予支持。

二审法院认为，劳动者和用人单位的合法权利应受到法律的平等保护。A 于 2010 年 4 月 6 日入职北京 DC（重庆）律所，因无证据显示双方签订有劳动合同，应自 2011 年 4 月 6 日起视为双方已经签订无固定期限劳动合同。关于未休年休假工资，由于律师职业的特殊性，A 的工作时间具有高度自由的特征，工作时间由其自主安排，北京 DC（重庆）律所并不为其安排具体工作，也不对其进行考勤，故 A 休假并不需要北京 DC（重庆）律所进行安排。

3. 合伙人律师与律师事务所之间的关系。

---

〔1〕 参见重庆市第一中级人民法院（2016）渝 01 民终 5431 号民事判决书。

【案例 23-4】

A 与北京市 YK 律师事务所劳动合同纠纷上诉案〔1〕

2011 年 6 月 1 日，A 与 YK 律所签订劳动合同，约定 YK 律所安排 A 从事 B 律师的个人助理工作，合同期限自 2011 年 6 月 1 日至 2012 年 5 月 31 日。1 年后又续签 1 年。2013 年 10 月 21 日，A 与 YK 律所签订名誉合伙人合作协议，约定 A 在 YK 律所从事律师执业工作，合同期限为 1 年。YK 律所为 A 提供工作条件，A 向 YK 律所交纳管理费和独立办公使用费，A 需要承担律师注册费、社保费用、业务收入应缴纳的税款等。2014 年 5 月 26 日，A 向北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。裁决后，A、YK 律所对裁决结果均持有异议，故诉至法院。

一审法院认为，A 与 YK 律所在协商一致的情况下签订了名誉合伙人合作协议，而根据合作协议的约定，A 与 YK 律所为合作关系，故法院采信 YK 律所所述双方在协商一致的情况下终止劳动关系的主张。A 要求 YK 律所支付违法解除劳动关系赔偿金的诉讼请求，缺乏事实依据，法院不予支持。

二审法院认为，本案中，基于合伙制律师事务所的特殊性质，合伙人的身份与劳动者身份不能并存，故该协议之签订表明双方已达成一致，改变了 A 在该律所的身份，故一审法院认定双方协商解除之前的劳动关系正确，YK 律所应为 A 出具离职证明。因双方属于协商解除劳动关系，A 所持对方违法解除劳动关系的主张不能成立，对其要求对方双倍赔偿的上诉请求，法院不予支持。

从上述几个案例，我们可以看出，在实践中，人民法院对于律师与律师事务所之间的关系这一问题并未形成共识，基本相似的案情，也可能出现完全相反的结果，例如，在 A 与四川 JH 律师事务所劳动争议纠纷上诉案中，一审法院与二审法院的态度截然相反。事实上，法院在考虑这一问题时，基本上是倾向于劳动关系的，因为这是能够找到明确法律依据的，换言之，法院一旦认定了劳动关系后，不存在法律适用空白的问题。然而，对于律师事务所提出的“合作关系”“实习培训法律关系”等主张，法院一般还是持慎重态度，因为这些主张目前并没有明确的法律依据，法院一旦认定支持，则可能面临无法律依据的情况。由此可知，对于律师与律师事务所的关系，需要不断总结实践中出现的问题，进行理论总结，并在立法上予以体现，这样才能更好地指导实践，理顺律师与律师事务所之间的关系。

第二节　律师与律师事务所关系的基本规范

从实践来看，律师与律师事务所的关系大体上可以分为管理关系与责任关系。本部分主要对在这两种关系中应该遵循的基本规范进行概述。

〔1〕 参见北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第 12243 号民事判决书。

一、律师与律师事务所之间的管理关系

《律师执业行为规范（试行）》第 86 条规定，律师事务所是律师的执业机构。律师事务所对本所执业律师负有教育、管理和监督的职责。我们认为，律师与律师事务所之间的管理关系可以具体分为业务管理关系、教育监督关系和执业保障关系。

（一）业务管理关系

根据《律师法》第 23 条的规定，律师事务所应当建立健全执业管理、利益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。《律师法》第 25 条规定，律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。律师事务所和律师应当依法纳税。

《律师事务所管理办法》对《律师法》的规定进行了细化。《律师事务所管理办法》第 46 条规定，律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同。律师事务所受理业务，应当进行利益冲突审查，不得违反规定受理与本所承办业务及其委托人有利益冲突的业务。第 47 条规定，律师事务所应当按照有关规定统一收取服务费用并如实入账，建立健全收费管理制度，及时查处有关违规收费的举报和投诉，不得在实行政府指导价的业务领域违反规定标准收取费用，或者违反风险代理管理规定收取费用。律师事务所应当按照规定建立健全财务管理制度，建立和实行合理的分配制度及激励机制。律师事务所应当依法纳税。第 49 条规定，律师事务所应当建立健全重大疑难案件的请示报告、集体研究和检查督导制度，规范受理程序，指导监督律师依法办理重大疑难案件。

（二）教育监督关系

《律师事务所管理办法》第 40 条规定，律师事务所应当建立健全执业管理和其他各项内部管理制度，规范本所律师执业行为，履行监管职责，对本所律师遵守法律、法规、规章及行业规范，遵守职业道德和执业纪律的情况进行监督，发现问题及时予以纠正。第 42 条规定，律师事务所应当监督本所律师和辅助人员履行下列义务：①遵守宪法和法律，遵守职业道德和执业纪律；②依法、诚信、规范执业；③接受本所监督管理，遵守本所章程和规章制度，维护本所的形象和声誉；④法律、法规、规章及行业规范规定的其他义务。第 43 条规定，律师事务所应当建立违规律师辞退和除名制度，对违法违规执业、违反本所章程及管理制度或者年度考核不称职的律师，可以将其辞退或者经合伙人会议通过将其除名，有关处理结果报所在地县级司法行政机关和律师协会备案。

《律师事务所管理办法》第 50 条规定，律师事务所应当依法履行管理职责，教育管理本所律师依法、规范承办业务，加强对本所律师执业活动的监督管理，不得放任、纵容本所律师有下列行为：①采取煽动、教唆和组织当事人或者其他人员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等扰乱公共秩序、危害公共安全的非法手段，聚众滋事，制造影响，向有关部门施加压力。②对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件。③以串联

组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度。④无正当理由，拒不按照人民法院通知出庭参与诉讼，或者违反法庭规则，擅自退庭。⑤聚众哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，否定国家认定的邪教组织的性质，或者有其他严重扰乱法庭秩序的行为。⑥发表、散布否定宪法确立的根本政治制度、基本原则和危害国家安全的言论，利用网络、媒体挑动对党和政府的不满，发起、参与危害国家安全的组织或者支持、参与、实施危害国家安全的活动；以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式，发表恶意诽谤他人的言论，或者发表严重扰乱法庭秩序的言论。

◆例 23-1　律师事务所应当建立健全执业管理和各项内部管理制度，履行监管职责，规范本所律师执业行为。根据《律师事务所管理办法》，某律师事务所下列哪一做法是正确的？（　）

A. 委派钟律师担任该所出资成立的某信息咨询公司的总经理

B. 合伙人会议决定将年度考核不称职的刘律师除名，报县司法局和律协备案

C. 对本所律师执业表现和遵守职业道德情况进行考核，报律协批准后给予奖励

D. 对受到 6 个月停止执业处罚的祝律师，在其处罚期满 1 年后，决定恢复其合伙人身份

【解析】答案为 B。

A 选项错误。《律师事务所管理办法》第 44 条规定："律师事务所应当在法定业务范围内开展业务活动，不得以独资、与他人合资或者委托持股方式兴办企业，并委派律师担任企业法定代表人、总经理职务，不得从事与法律服务无关的其他经营性活动。"

B 选项正确。《律师事务所管理办法》第 43 条规定："律师事务所应当建立违规律师辞退和除名制度，对违法违规执业、违反本所章程及管理制度或者年度考核不称职的律师，可以将其辞退或者经合伙人会议通过将其除名，有关处理结果报所在地县级司法行政机关和律师协会备案。"合伙人会议决定将年度考核不称职的刘律师除名，报县司法局和律协备案符合规定。

C 选项错误。《律师事务所管理办法》第 58 条规定："律师事务所应当建立律师执业年度考核制度，按照规定对本所律师的执业表现和遵守职业道德、执业纪律的情况进行考核，评定等次，实施奖惩，建立律师执业档案和诚信档案。"该所对本所律师执业表现和遵守职业道德情况进行考核后，应建立律师执业档案和诚信档案。

D 选项错误。《律师事务所管理办法》第 57 条第 2 款规定："已担任合伙人的律师受到 6 个月以上停止执业处罚的，自处罚决定生效之日起至处罚期满后 3 年内，不得担任合伙人。"在其处罚期满 3 年后，才能恢复其合伙人身份。

（三）执业保障关系

《律师执业行为规范（试行）》第 88 条规定，律师事务所应当依法保障律师及其他工作人员的合法权益，为律师执业提供必要的工作条件。根据《律师事务所管理办法》第 41 条规定，律师事务所应当保障本所律师和辅助人员享有下列权利：①获得本所提供的必要工作条件和劳动保障；②获得劳动报酬及享受有关福利待遇；③向本所提出意见和建议；④法律、法规、规章及行业规范规定的其他权利。

二、律师与律师事务所之间的责任关系

律师与律师事务所之间的责任主要可以分为三类：民事责任、行政责任与刑事责任。

（一）民事责任

律师和律师事务所的民事法律责任，是指律师在执业过程中，因违法执业或者因过错给当事人的合法权益造成损害所应承担的民事赔偿责任。《律师法》第54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。

律师承担民事赔偿责任的情形有两种：一是“违法执业”；二是“因过错给当事人造成损失”。对于第二种情形，表现为委托人与律师的纠纷，即委托人通常认为对己不利的裁判结果是由于律师“不尽力”造成的。但“不尽力”的所谓“过错”，却并不是仅靠委托人主观便可认定的，它需要“事实”来证明，这个事实可以通过上诉或申诉的重审、改判来证明，也可以通过类比其他相同案件的相同证据所发挥的作用来证明，因为法律上的“过错”必须相对于“损失”而存在。如果律师未取得的证据并不具有形成对委托人有利的不同于原裁判结果的事实或可能，律师就没有“过错”可言。

【案例23-5】

A诉上海市W律师事务所法律服务合同纠纷案〔1〕

【基本案情】2005年10月13日，A与上海市W律师事务所签订《非诉讼法律事务代理合同》，其中载明上海市W律师事务所指派H律师作为A的代理人，办理“草拟合同、代办抵押”，代理权限为特别授权；约定律师代理费7000元，交通、调查费等1000元。同日，上海市W律师事务所收取律师服务费6000元，代收抵押费、交通、调查费2000元。H律师拟写了《借款合同》及《房屋抵押合同》各一份。《借款合同》中的贷款人为A、借款人为B，约定B因经营向A借款30万元，借款期为1年半，贷款回报率为每月1.5万元，贷款回报率金额总计为27万元。另约定，本合同贷款为抵押贷款，借款人承诺：逾期不归还借款本金和回报率金额或违反合同条款，贷款人有权将上海市华漕新村××号×××室房屋拍卖、变卖。处分该财产后的价款，由贷款人优先受偿。《借款合同》经A及B签字，房屋抵押担保人栏“C”“D”的名字及身份证号码系B代签。《房屋抵押合同》抵押人为C、D，抵押权人为A，约定C、D愿以上海市华漕新村××号×××室房屋为《借款合同》全部条款作抵押担保。A在抵押权人栏签名，抵押人或代理人栏“C”“D”的名字及身份证号码等非C、D本人签署。针对抵押事宜，B提供了河北省邯郸市邯山区公证处公证书二份。该公证书载明C、D全权委托B处理上海市闵行区华漕新村××号×××室的房屋所有权和他项权利登记事宜与房屋所有权和他项权利注销登记事宜。

2005年10月18日，A借给B人民币30万元。2006年11月6日，邯郸市司法局公证工作管理处复函表示，两份公证书系虚假、伪造的公证书。2007年1月29日，上海市华漕新村××号×××室房屋的抵押登记被注销。

A因上海市W律师事务所未适当履行委托义务，致使其遭受损失，故诉至法院要求被告赔偿损失21.5万元本金，并支付利息10.11万元及8000元律师费。

【具体理由】法院认为，上海市W律师事务所作为法律服务行业的专业从业者，应当

〔1〕 参见上海市第二中级人民法院（2009）沪二中民一（民）终字第1804号民事判决书。

对其代理的法律事务承担专业标准的注意义务。上海市W律师事务所在履行合同过程中负有以下过错：首先，对抵押合同的法律要件——意思表示未尽到审慎的审核义务。根据文义解释，B所出具的委托书并未表明抵押人与A达成了抵押合意，上海市W律师事务所应当代A了解抵押人的真实意思。在此意义上，上海市W律师事务所有违注意义务，存在过错。其次，本案中，B代理抵押人为自己的债务设定了抵押，属于自己代理，上海市W律师事务所作为法律服务专业从业者，未对该代理行为的有效性进行审核，亦有违注意义务，存在过错。上海市W律师事务所的违约行为造成了原告的损失，应当承担相应赔偿责任。

关于赔偿数额，A对B的损害赔偿请求权未获清偿部分为其实际损失，上海市W律师事务所应对该部分损失承担赔偿责任。因A在与上海市W律师事务所之间的法律服务合同履行过程中，对自己的事务缺乏应有的注意，对其损失的发生存有过失，应当自担部分损失。

【结果】上海市W律师事务所自判决生效之日起10日内赔偿A10万元；上海市W律师事务所自判决生效之日起10日内返还A律师服务费3000元；A的其余诉讼请求不予支持。

（二）行政责任

律师及律师事务所的行政法律责任，是指律师和律师事务所在执业过程中，因违反《律师法》和其他法律、法规、规章规定的义务，由司法行政机关依照法律对律师及律师事务所实施的行政处罚。追究律师及律师事务所的行政法律责任，是司法行政机关对律师实行管理的一种有效手段。根据《律师法》第六章的规定，律师的行政责任有以下几种：警告、罚款、停止执业、没收违法所得、吊销律师执业证书；律师事务所的行政责任有以下几种：警告、罚款、停业整顿、没收违法所得、吊销律师事务所执业证书。

【案例23-6】

广东HS律师事务所疏于管理受行政处罚〔1〕

【基本案情】A律师、B律师为广东HS律师事务所（以下简称HS律所）律师，二人分别从2016年12月、2016年10月开始至2018年4月，在未经HS律所统一接受委托、受理案件的情况下，多次私自收案，并自行持律所空白函、空白介绍信在中山市看守所多次会见犯罪嫌疑人，并私自收取律师费用不开具发票。其中，A律师私自会见犯罪嫌疑人90次134人，私自收费6.7万元；B律师私自会见犯罪嫌疑人165人，私自收费8.25万元。HS律所规章制度不完善，对于统一收案、统一收费的制度落实不到位，对律所内的公章、空白介绍信、律所空白函的管理不严，致使所内律师连续多次不以律所名义统一接受委托、统一收取律师服务费。

【具体理由】佛山市司法局认为，HS律所不按照规定对所内律师的执业活动实行有效监督，放任所内律师连续多次不以律师事务所名义统一接受委托、统一收取法律服务费，已构成《中华人民共和国律师法》规定的“对本所律师疏于管理，造成严重后果”的违法行为，应给予行政处罚。

〔1〕 参见佛山市司法局（2018）佛司罚决字第4号行政处罚决定书。

【结果】佛山市司法局决定：给予广东HS律师事务所停业整顿2个月，并罚款3万元人民币的行政处罚；给予广东HS律师事务所负责人C律师罚款人民币5000元的行政处罚。

（三）刑事责任

律师执业中的刑事责任是指律师在执业过程中，违反律师执业规范，情节严重，构成犯罪，依照《刑法》应当承担刑事责任的行为。在律师执业责任制度中规定刑事责任很有必要，国外有些经验值得借鉴。在英国，法律规定，律师若有藐视法庭或者违抗法院命令的行为，将受到监禁的处罚。在欧洲大陆法系国家中，律师保守职务秘密是强制性义务，故意或过失泄露职务秘密就是犯罪，应受剥夺自由的刑罚或判处罚金的刑罚。日本关于律师必须保守职务秘密的义务条款中也有类似的规定。

我国于1997年10月1日实施并经多次修订的《刑法》，不仅在法律上规范了律师的执业行为，也为研究律师执业中的刑事责任提供了完备的法律依据。如《刑法》第306条规定："在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。"律师执业中的刑事责任具有以下基本特点：①律师执业中的刑事责任产生于律师执业过程；②律师执业中的刑事责任的实质在于违反律师执业要求的法律规范；③必须依照《刑法》中的具体规定追究律师执业中的刑事责任。刑事责任是律师承担的责任中最为严重的一种，所以，世界上大多数国家对律师的大部分刑事责任的归责都采用普通规范而非特殊规范的形式。

【案例23-7】

北京市JZJ（成都）律师事务所A律师、E律师虚假诉讼案〔1〕

【基本案情】2016年，被告人B因上海市YF装饰设计有限公司（以下简称YF公司）权属等事宜与他人发生纠纷，经与北京市JZJ（成都）律师事务所（以下简称JZJ律所）主任即A律师商议后决定提起虚假诉讼。后B安排原YF公司员工C充当虚假诉讼的原告，其子即被告人D充当虚假诉讼的被告；A律师则指派JZJ律所E律师草拟《借款合同》及民事起诉状，经其修改后由E律师打印并交给B。因最初确定的虚假诉讼原告C不再参与，B又安排邻居G充当虚假诉讼的原告，E律师将上述材料中的原告姓名由C更改为G，D、G二人在虚假《借款合同》等材料上签署姓名，共同虚构了D因经营需要向G借款480万元未归还、YF公司自愿为该借款及利息提供连带责任担保的事实。

2016年2月4日，E律师陪同B、G向原闸北法院提起民间借贷纠纷诉讼并申请财产保全，请求法院冻结D、YF公司银行存款400万元或查封、扣押其相等价值的财产或财产性权益。原闸北法院受理该案后，于次日裁定冻结D、YF公司银行存款400万元或查封、扣押其相等价值的财产或财产性权益，并定于5月9日公开开庭审理。

2016年3月初，A律师又指派JZJ律所另一F律师应诉及提交追加保全申请，F律师配合G于3月7日向法院申请追加保全。之后，B、G因慑于法律风险，经商议后决定撤诉，A律师亦表示同意，遂以G和D已达成庭外和解为由，于5月8日向法院提交了撤诉申请

〔1〕 参见上海市第二中级人民法院（2018）沪02刑终466号刑事裁定书。

书。次日，因G经法院传票传唤无正当理由拒不到庭为由，裁定该案按撤诉处理。5月17日，G申请解除对相关财产的保全。次日，静安法院依法裁定解除对YF公司的财产保全措施。

2017年4月12日，民警到B及D居住地传唤两人，D到案后如实供述基本犯罪事实，外出的B到案后未能作如实供述，之后供述了基本犯罪事实。同日，民警到G居住地将其传唤到案，其到案后如实供述基本犯罪事实。2017年4月26日，民警电话通知E律师到公安机关接受调查，但E律师未供述主要犯罪事实，在被刑事拘留后才如实供述了基本犯罪事实。

2017年5月10日，在民警到JZJ律所调查取证期间，A律师主动联系民警要求说明案件情况，后在民警陪同下至成都市跳伞塔派出所投案，但未能作如实供述，之后才供述了基本犯罪事实。

【具体理由】法院认为，被告人B、A律师、D、G、E律师以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序，其行为均已构成虚假诉讼罪。在共同犯罪中，被告人B、A律师、D、G起主要作用，是主犯。被告人E律师在共同犯罪中起次要作用，是从犯。被告人B、A律师、D、G、E律师能如实供述罪行，依法均可从轻处罚；被告人B、G等人主动撤回虚假诉讼，亦可酌情从轻处罚。被告人A律师、E律师虽有主动投案情节，但两人在公安机关已掌握其犯罪线索的情况下均未能作如实供述，不能认定为自首。对被告人D、G可适用缓刑。综合被告人E律师的具体犯罪事实、情节及到案后的认罪悔罪态度，依法应当免予刑事处罚。

【结果】对被告人B犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑1年，并处罚金人民币1万元。对被告人A律师犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑1年，并处罚金人民币1万元。对被告人D犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑9个月，缓刑1年，并处罚金人民币5000元。对被告人G犯虚假诉讼罪，判处有期徒刑10个月，缓刑1年，并处罚金人民币7000元。对被告人E律师犯虚假诉讼罪，免予刑事处罚。

第二十四章

律师与律师协会的关系规范

导 语

律师协会是律师职业的自治组织，在律师职业的发展过程中扮演着非常重要的角色。本章首先对国内外律师协会的发展情况进行了概述，以便更好地理解律师协会在律师职业发展过程中的地位，然后就国内外律师与律师协会之间的关系界定进行了分析，从而明确律师协会对规范律师职业行为所发挥的关键作用，其次就律师协会维护律师职业权利和惩戒律师违规行为两方面的具体内容进行了阐述，包括维护律师职业权利的规范基础、基本原则、组织机构、主要内容和程序，以及惩戒律师违规行为的法理基础、组织机构、具体种类、事由和程序，最后对国外律师惩戒制度进行了简要介绍。

第一节 律师与律师协会关系概述

一、律师协会发展概况

各国律师职业在其漫长的发展历程中，形成了各具特色的行业自律组织，它们在律师职业伦理的建构过程中都发挥了很大的作用。

（一）国外律师协会发展概况

1. 在美国，律师协会的发展经历了一个漫长的过程。在早期的美国，法律职业界曾一度建立了较为紧密的团体组织，但这种团体化趋势在杰克逊时代受到了冲击，直到19世纪70年代，法律职业内部仍然处于松散的、各自分立的状态。最早组建律师协会的州是纽约州，1870年，纽约州的一些律师组建了市律师协会，此后几年，肯塔基州、新罕布什尔州以及康涅狄格州等也纷纷建立了自己的律师协会。按照不同的划分标准，美国的律师协会可以分为不同的类型。

按照层级来分，美国的律师协会可以分为全国性的律师协会和地方性的律师协会。全国性的律师协会，如美国律师协会（american bar association，简称ABA）、国家律师协会（national bar association，简称NBA）[1]、联邦律师协会（federal bar association，

[1] 国家律师协会（NBA）成立于1925年，是美国历史最悠久、规模最大的以非裔美国人为主体的律师和法官网络。

简称 FBA)[1] 等，地方性律师协会，如纽约州律师协会（new york state bar association)、加利福尼亚州律师协会（state bar of california）等，全国性律师协会与各地方律师协会之间并不存在隶属或上下级关系，律师伦理失范行为的惩戒、律师资格考试主要由各地方性律师协会负责。

按照性质来分，美国的律师协会可以分为自愿性的律师协会（voluntary bar associations）和强制性的、集成的或统一的律师协会（mandatory，integrated，or unified bar associations)。自愿性的律师协会是由律师组成的私人组织，但其会员资格不仅限于注册律师，还可以扩大到对协会的目标和宗旨感兴趣的任何人。每个协会自主选择自己的目的（例如，社会、教育和游说职能)，但不负责律师规制与许可。就自愿性的律师协会而言，全国性的律师协会基本上都属于自愿性的律师协会，如美国律师协会(ABA)、联邦律师协会（FBA）等，当然也有一些地方性的律师协会也属于自愿性的律师协会，如阿肯色州律师协会（arkansas bar association)、科罗拉多州律师协会（colorado bar association)、纽约州律师协会（new york state bar association）等。有些州明确要求律师必须成为州律师协会的会员才能在该州从事法律职业，这样的组织被称为强制的、集成的或统一的律师协会。强制性的律师协会主要是地方性的律师协会，如阿拉巴马州律师协会（alabama state bar)、加利福尼亚州律师协会（state bar of california)、佛罗里达州律师协会（the florida bar）等。

在美国所有的律师协会中，美国律师协会（ABA）大力推动了美国司法、立法及法学教育等各方面，对于美国民主法治之维护与弘扬作出了很大贡献。因此，有必要对美国律师协会的情况进行更为详细的介绍。

1878 年 8 月 21 日，在康涅狄格州的优秀律师西门·鲍德温（Simeon Baldwin）的倡议下，来自 21 个州的 100 名律师汇聚纽约，组建了美国律师协会。如今，美国律师协会的会员已经超过了 40 万人，占据了美国律师总数的一半左右，其成员组成也日益多元化，女性、少数族裔都加入进来，甚至，除了执业律师外，法官、法学教授以及其他未从事执业的律师只要拥有律师职业资格都可以参加美国律师协会（美国律师协会历史上的重要事件如表 24-1 所示)。这样，美国律师协会成为全美乃至全球最大的自愿性职业组织。[2]

美国律师协会在其第 1 版章程即明确了自己的主要使命：提高判例的科学性，促进司法行政和全国统一立法。相应地，美国律师协会最重要的工作内容是为法学院制定学术标准和为法律职业者制定伦理规范。在美国律师协会的发展过程中，经历了很多重要时刻，其中一些不仅对协会具有重要意义，而且对美国整个法学界都有积极意义。

---

〔1〕 联邦律师协会（FBA）是由在美国联邦法院执业和任职的私人律师、政府律师和法官组成的自愿性私人组织。

〔2〕 参见毕竞悦、赵玮玮：《法治美国》，中国法制出版社 2016 年版，第 58 页。

表 24-1　美国律师协会历史上的重要事件

年份	事件
1878	美国律师协会在纽约正式成立
1889	美国律师协会在芝加哥举办第一次年会，当时与会成员有 158 个
1893	美国律师协会设立第一个部分——法学教育及律师资格授予委员会
1900	帮助美国法学院协会（AALS）成立，直到今天，美国法学院协会仍然是美国律师协会的 28 个附属机构之一
1908	美国律师协会正式出版第一部全美律师伦理标准文书
1913	美国律师协会第一次离开美国，在加拿大蒙特利尔举办年会
1918	美国律师协会吸收来自克利夫兰的 Mary Belle 和丹佛的 Mary Florence 成为首批女会员
1929	美国律师协会颁发历史上第一枚荣誉奖章，获此殊荣的学者来自哈佛大学法学院
1943	美国律师协会吸收首位黑人会员
1957	美国律师协会主席查理斯·赖尼等人倡议法律职业者应该有一个自己的节日——“法律日”。1958 年 2 月 3 日，时任美国总统的艾森豪威尔正式宣布每年的 5 月 1 日为美国的“法律日”
1984	美国律师协会设立公益性奖项，授予那些为穷人和弱势群体提供志愿服务的个人或者机构
1995	美国律师协会出现首位女性主席
2003	美国律师协会出现首位黑人主席
2005	美国律师协会出现首位非美国本土出生的主席
2015	美国律师协会出现首位有色女性主席
2016	美国律师协会引入一项伦理规则：禁止律师使用性别歧视、种族主义和屈从条款

美国律师协会主要通过实现四个目标来促成其使命：①服务会员。通过提供福利、项目和服务，提升会员专业水平及生活质量来实现。②促进职业发展。通过高质量的法学教育，提高能力、伦理操守和专业精神，由法律专业人士促进公益和公共服务来实现。③减少歧视和增加多样性。通过促进所有人充分和平等地参与美国律师协会、法律职业和司法系统来实现。④促进法治。通过提高公众对法治、法律程序以及法律职业在国内和世界各地的理解和尊重，要求政府依法承担法律责任，为公正的法律而工作，包括人权和公平的法律程序，确保所有人意义地获得公正，保持对法律专业和

司法机构的独立性来实现。[1]

2. 在英联邦国家（地区）（commonwealth of nations），包括英格兰和威尔士，律师协会基本都分为两种类型：一种是事务律师协会（law society），另一种是出庭律师协会（bar association）。顾名思义，事务律师协会主要由事务律师组成，出庭律师协会则由出庭律师组成。在英格兰和威尔士，事务律师主要由事务律师协会负责，具体职责主要包括：①事务律师培训；②授予和取消事务律师资格；③任命管理机构，安排事务律师业务考试课程；④掌管事务律师名录，按年度颁发开业执照；⑤制定事务律师的行为规则和纪律惩戒规则；⑥参加法律改革活动；⑦执行和实施全国法律援助和法律咨询公案；⑧经营和管理律师赔偿基金；⑨实施和管理职业责任，强制执行保险方案；⑩介绍和联系律师业务。对于出庭律师而言，在2006年以前，出庭律师主要受出庭律师理事会（bar council）和四大律师学院（inns of court）共同管理。出庭律师理事会主要负责：①维护出庭律师的声誉、独立和利益，代表出庭律师处理与司法机关和行政机关的关系；②维护与出庭律师有关的职业伦理、纪律和礼仪；③受理对出庭律师渎职行为提出的控告；④代表出庭律师与外国律师界进行联系。四大律师学院（inns of court）主要包括林肯律师学院（the honourable society of lincoln's inn）、内殿律师学院（the honourable society of the inner temple）、中殿律师学院（the honourable society of the middle temple）及格雷律师学院（the honourable society of gray's inn）。律师学院的职责主要包括：①授予出庭律师资格；②取消出庭律师资格；③教育、培训出庭律师；④对出庭律师实行纪律惩戒。[2] 2006年，英国进行了改革，出庭律师理事会设立了出庭律师标准委员会（bar standards board，简称BSB），作为管理出庭律师的独立机构。出庭律师标准委员会主要是为了公共利益，对英格兰和威尔士的出庭律师及专业性法律服务进行监管，具体职责包括：①制定成为出庭律师的教育和培训要求；②制定继续培训要求，以确保出庭律师的技能在其职业生涯中始终保持不变；③制定出庭律师的行为标准；④授权致力于辩护、诉讼和专业法律咨询的组织；⑤监督出庭律师及获得授权组织提供的服务，确保质量；⑥处理针对出庭律师及获得授权组织的投诉，并在适当情况下采取纪律处分或其他行动。

3. 在加拿大，每个省和地区都有一个事务律师协会，其法定职责是为了公共利益对律师职业进行管理，这些事务律师协会都是加拿大事务律师协会联合会（federation of law societies of canada）的成员。加拿大事务律师协会联合会的愿景是为了公共利益采取行动，完善加拿大独立法律职业的治理制度，加强公众对该制度的信心，并使其成为世界各地司法制度的榜样。加拿大事务律师协会联合会的任务包括：①作为成员之间的协调者和促进者，建立会议、委员会等论坛和其他对话机会，成员代表可在这些论坛上讨论共同感兴趣的问题，并促进协作决策；②促进国家标准的发展，并鼓励成员规则和程序的协调；③在所有成员同意的情况下，作为所有或部分成员的代理人采取主动行动；④提高成员对可能需要其关注的新出现问题的认识，包括重要的立法

---

〔1〕 参见李晓郛：《数据下的美国法治人才培养研究》，知识产权出版社2017年版，第7~8页。

〔2〕 参见周塞军：《发达国家律师管理制度》，时事出版社2001年版，第220页。

或监管动态或趋势；⑤在法庭诉讼程序中和在议会委员会面前就涉及法律专业的核心价值和规章的事项，在成员授权下代表成员发言；⑥促进和保持与加拿大律师协会（canadian bar association）、联邦司法部、加拿大最高法院和其他联邦法院以及加拿大法学院院长理事会等主要国家利益攸关方的建设性关系，并更广泛地向公众、政府和法律界成员提供关于联合会的作用、责任和活动的信息，提高他们的认识。此外，加拿大还有加拿大律师协会（canadian bar association），这是一个由出庭律师、事务律师及辩护人组成的专业协会，主要发挥律师职业倡导者的作用，提供持续的法律教育和会员福利，但是并不在该行业的监管中发挥作用。

4. 在德国，律师协会主要包括地区律师协会和联邦律师协会。地区律师协会一般在州高等法院的管辖区内成立。地区律师协会的成员一般包括由其许可的或吸收的律师，以及所在地位于该州高等法院管辖区域内的律师公司。地区律师协会是公法上的团体法人，州司法行政部门对律师协会行使国家监督职能，监督的范围限于法律和章程的遵守情况，特别是律师协会对被委托的职责的履行情况。地区律师协会的组织机构一般包括：①理事会；②主席团；③律师协会大会。联邦律师协会是由各地区律师协会联合组成的，属于公法上的团体法人，联邦司法部对联邦律师协会进行监督，监督范围限于法律和章程的遵守情况，特别是联邦律师协会对被委托的职责的履行情况。联邦律师协会应该履行法律赋予其的职务，具体包括：①在涉及各律师协会整体利益的问题上，查明各个律师协会的意见，并以共同声明的方式明确多数意见；②为律师协会的救济机构制定指南；③在所有涉及律师协会整体利益的事务中，对主管法院和行政机关表达联邦律师协会的意见；④在行政机关和组织面前，代表整体律师协会；⑤出具参与立法的行政机关、联邦的团体法人或某联邦法院所要求的专家意见书；⑥促进律师的职业培训。

5. 在日本，律师协会分为地方律师协会和全国律师协会。地方律师协会的目的是保持律师及律师法人的品格，努力改善律师及律师法人的事务，对律师及律师法人进行指导、联系和监督。地方律师协会为法人，应当在每个地方法院的管辖地区设立，地方律师协会必须承认日本律师联合会。地方律师协会的解散及清算，由法院进行监督，法院在任何时候都可以依职权对地方律师协会的解散及清算进行必要的检查。全国律师协会则主要是指日本律师联合会，其目的是保持律师及律师法人的品格，努力改善律师及律师法人的事务，处理有关指导、联系和监督律师、律师法人及地方律师协会的事务。日本律师联合会的会员包括律师、律师法人及地方律师协会。日本律师联合会对于有关律师、律师法人及地方律师协会的指导、联络及监督的事务，可以委托机关单位进行必要的调查。日本最高法院认为必要时，可以要求日本律师联合会对其负责的事务提交报告，或者要求其对律师、律师法人及地方律师协会进行调查。

（二）中国律师协会发展概况

1986 年 7 月，在北京召开了中国首次全国律师代表大会，这次大会的主要任务是成立中华全国律师协会，包括通过《中华全国律师协会章程》，选举产生了全国律协的领导机构，研究和部署了全国律协成立后的工作。

根据《律师法》的规定，律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。全国

设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。全国律师协会章程由全国会员代表大会制定，报国务院司法行政部门备案。地方律师协会章程由地方会员代表大会制定，报同级司法行政部门备案。地方律师协会章程不得与全国律师协会章程相抵触。律师、律师事务所应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所，同时是全国律师协会的会员。律师协会会员享有律师协会章程规定的权利，履行律师协会章程规定的义务。

律师协会应当履行下列职责：①保障律师依法执业，维护律师的合法权益；②总结、交流律师工作经验；③制定行业规范和惩戒规则；④组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师的执业活动进行考核；⑤组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核；⑥对律师、律师事务所实施奖励和惩戒；⑦受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉；⑧法律、行政法规、规章以及律师协会章程规定的其他职责。律师协会制定的行业规范和惩戒规则，不得与有关法律、行政法规、规章相抵触。

二、律师与律师协会之间的关系

律师与律师协会之间的关系如何界定，关系到律师协会对于律师的执业行为应该发挥何种作用。

在美国，有关律师与律师协会的关系问题，曾引发广泛争议。前文提到，美国律师协会有自愿性的律师协会和强制性的律师协会两类。对于自愿性律师协会，律师可以自由决定加入与否；对于强制性律师协会，律师是必须加入的，否则将不能执业。对于前者尚没有任何异议，这符合美国自由主义的传统，然而对于强制性律师协会，在理论和实践中都引发了诸多争议。1914 年 12 月 28 日，赫伯特·哈雷（Herbert Harley）在内布拉斯加州林肯市向兰开斯特县律师协会发表演讲，被认为是美国“强制性律师协会运动”的开始。哈雷认为，“无论是从自身利益的角度，还是从公共服务的角度，自愿性律师协会都完全不足以满足律师的需要”。他认为，律师协会应促进“社会交往”“参政议政”以及“需要对律师进行教育、适当的纪律和业务处理”。哈雷认为，实现这些目标的最好办法是“把一个州的所有律师都‘焊接’成一个紧密团结的组织”。[1] 从 1920 年到 1950 年，美国大多数州的律师协会都进行了统一（unification），实现了“强制入会”的目标，这似乎体现了“统一运动”（unification movement）领导人的一个不容置疑的假设，即律师协会将继续作为一个私人协会运作，尽管利用了国家强制力来强迫成员资格，并从不情愿的成员那里收取会费。[2] 理论与实践开始对“强制性律师协会”的性质进行讨论，出现了“私人协会”（private association）、

---

〔1〕 Herbert Harley, “A Lawyer's Trust”, *Journal of the American Judicature Society*, Vol. 29, Issue 2 (August 1945), pp. 50~57.

〔2〕 Bradley A. Smith, “The Limits of Compulsory Professionalism: How the Unified Bar Harms the Legal Profession”, *Florida State University Law Review*, Vol. 22, Issue 1 (Summer 1994), pp. 35~74.

“政府机构”（state agency）、“工会”（union）等不同观点，这些相互冲突的看法，无法回应有关强制会员的权利、统一律师从事各种活动的权力以及持异议的律师向律师协会缴纳会费等问题。由于律师作为这些问题的当事者，因此，不可避免地将这些问题带向了法庭。

在 *Lathrop v. Donohue* 案中，[1] 威斯康星州律师特雷顿·拉斯罗普（Trayton L. Lathrop）辩称，他被迫成为威斯康星州律师协会的成员，并向州律师协会缴纳会费。威斯康星州律师协会从事各种政治和立法活动，拉斯罗普不同意这些活动，这侵犯了他根据美国《宪法第一修正案》享有的权利。美国联邦最高法院对这一问题产生了很大的分歧，至少有 5 种不同的观点：布伦南大法官代表其他 3 位大法官撰写了相对多数意见（plurality opinion）；法兰克福特大法官加入，同意判决；惠特克大法官同意结果；布莱克大法官和道格拉斯大法官分别撰写了反对意见。

多数意见认为，反对“强制性律师协会”的论点主要包括以下几个：①减少持不同政见的成员支持他所相信的事业之“经济能力”（economic capacity）；②进一步推进政府“建制”（establishment）政治观点；③威胁到封闭、自律的行业和企业的“行业协会”（guild system）的发展；④“淹没”（drown out）异见声音，要求大律师公会全体成员在财政上支持大多数人的意见；⑤干涉信仰自由，造成“强制确认”（compelled affirmation）多数人持有的意见。布伦南大法官认为，“出于尊重，我必须说，在我看来，所有这些论点都近乎幻想”，他对前述论点一一进行了驳斥，最后他认为，强制性律师协会并没有违反宪法，律师协会利用律师会费去支持相关的立法活动与政治活动并未侵犯律师基于美国《宪法第一修正案》所享有的“言论自由”（free speech）。在反对意见中，布莱克大法官写道，威斯康星州律师协会出于政治目的使用强制性会费，这已经侵犯了异议律师基于《宪法第一修正案》所享有的“言论自由”。

时至今日，在美国，有关“强制入会”的问题依然存在很大的争议，不过目前在实践中依然有包括阿拉巴马州律师协会（alabama state bar）、加利福尼亚州律师协会（state bar of california）、佛罗里达州律师协会（the florida bar）等在内的 33 个州实行“强制性律师协会”，即要求律师必须加入律师协会，否则将不能够从事法律职业。

在德国，各种职业协会（公会）在性质上都属于公法社团，律师协会也不例外。根据《德国联邦律师法》的规定，律师协会属于公法上的团体法人。所谓“公法社团”，是指“以国家高权行为所创设，具备权利能力，采用社员组织，享有统治高权的行政主体”，其必须是由国家设立的，具备权利能力，是权利义务的归属主体，是由社员组成的人合团体，其行为具有明显的公法属性。[2] 德国公法社团会员资格的取得可以分为“任意会员制”和“强制会员制”。所谓的“任意会员制”，是指会员资格的取得或丧失，取决于当事人的自主意思，也即只要符合法定条件，当事人就可以自行决定是否加入某社团，而加入后也可以再退出。所谓的“强制会员制”，是指会员资格的取得与丧失是由法律直接规定的，并无私人意愿取舍的余地。换言之，只要符合法定

---

〔1〕 Lathrop v. Donohue, 367 U. S. 820.

〔2〕 参见许春镇：“德国专门职业及技术人员管理法制”，载《台湾海洋法学报》2008 年第 2 期。

条件即当然取得会员身份，而一旦不符合要件，即失去会员资格，不但个人无加入、退出的自由，即便是公法社团也不能令其会员退出。根据《德国联邦律师法》的规定，凡执业律师均是律师协会的会员，至于个人如何取得律师资格，则应该根据其他相关法律法规的规定。换言之，成为律师协会的会员是律师执业的结果，而非取得律师职业资格或执业之前提。

德国司法实务界及学界关于实施“强制会员制”的见解主要有以下五种论述：[1] ①历史继承说。此说认为，自治公法社团采取法定会员制，具有悠久的法律传统，例如，1820 年到 1825 年间在普鲁士成立的“特权商人社团”，虽是采用自由加入，但由于不加入无法享有各种商业特权，因此实质上等于法定加入。②社会国思想说。此说认为，法定会员制是“团结原则”的表现，可以避免只享有利益却不负担义务的情形发生，因为公法社团是关系全体利害关系人的利益的存在，倘若允许自由加入和退出，则投机者必生取巧之心，只享受公法社团带来的利益却不加入。③客观说。此说认为，法定会员制可以提升公法社团执行任务的可信度及客观性。因为公法社团必须照顾全体会员的利益，而所谓全体会员的利益，实际上是个别会员利益妥协的结果。公法社团若采用任意会员制，则一方面，会员的组成系偶然，无法代表“全体”；另一方面，该公法社团疲于招募会员，如此一来，个别强势会员即可能利用其加入或退出，操纵社团，谋取其个人利益。④效率说。此说认为，国家机关的决定是否精确，有赖公法社团的协助。公法社团的协助具有双重意义：一方面，通过公法社团可先行将个别利益整合为集体利益，减轻国家机关的负担；另一方面，通过公法社团执行任务的可信度及客观性，使国家机关的决策更加精准。⑤正当性补充说，按照《德国基本法》第 20 条第 2 项的规定，国家机关的民主正当性原则上应来自全体国民。但除地方自治团体以及高等学校另有基本法保障外，其他公法社团的民主正当性却仅来自于其会员，而欠缺来自全体国民的民主正当性。通过法定会员制可以把各会员组成“部分国民”，从而弥补公法社团民主正当性的欠缺。

我国《律师法》第 43 条第 1 款规定：“律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。”第 45 条规定：“律师、律师事务所应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所，同时是全国律师协会的会员。律师协会会员享有律师协会章程规定的权利，履行律师协会章程规定的义务。”我国《律师执业行为规范（试行）》根据《律师法》的规定，专门对“律师与律师协会关系规范”进行了专章规定，其中第 98 条规定：“律师和律师事务所应当遵守律师协会制定的律师行业规范和规则。”由此可知，在我国律师管理法制中，律师开展执业活动，除了需要满足条件，取得律师执业证，还要加入律师协会。换言之，取得律师执业证是律师执业的前提，加入律师协会则是律师执业的结果。在我国台湾地区，各专门职业公会对各种专门职业及技术人员的管理也实施类似于德国“法定会员制”的管理制度，以律师职业为例，我国台湾地区“律师法”第 11 条规定：“律师非加入律师公会，不得执行职务；律师公会亦不得拒绝其加入。”

---

〔1〕 参见许春镇：“论强制会员制之宪法问题——兼论我国法制”，载《台北大学法学论丛》2015 年第 94 期。

第二节 律师执业权利的维护

一、维护律师执业权利的规范基础

联合国在《关于律师作用的基本原则》（*Basic Principles on the Role of Lawyers*）的前言中指出："律师专业组织在维护职业标准和道德，在保护其成员免受迫害和不公正限制和侵犯权利，在向一切需要他们的人提供法律服务以及在与政府和其他机构合作进一步推进正义和公正利益的目标等方面起到极为重要作用。"此外，《关于律师作用的基本原则》第 24 条规定："律师应有权成立和参加由自己管理的专业组织以代表其自身利益，促进其不断受到教育和培训，并保护其职业的完善。专业组织的执行机构应由其成员选举产生并应在不受外来干涉情况下行使职责。"第 25 条规定："律师的专业组织应与政府合作以确保人人都能有效和平等地得到法律服务，并确保律师能在不受无理干涉情况下按法律和公认的职业标准和道德向其当事人提供意见，协助其委托人。"由此可知，律师协会的基本义务在于：①维护律师职业的整体利益，并保护个别成员的权利，使成员免受迫害和不公正限制，而得以在不受任何干涉情况下依法律和公认的职业标准和伦理向其委托人提供意见，协助委托人。②维护职业标准和伦理。律师协会为此应制定职业伦理规范，并对违反者实施职业纪律上的惩戒。③促进成员不断受到教育和培训。④与政府或其他机构合作实现维护人权、实现社会正义、促进民主法治等公益目标。

我国《中华全国律师协会章程》第 6 条规定，律师协会应当履行下列职责：①保障律师依法执业，维护律师的合法权益；②总结、交流律师工作经验；③制定行业规范和惩戒规则；④组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师的执业活动进行考核；⑤组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核；⑥对律师、律师事务所实施奖励和惩戒；⑦受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷；⑧法律、行政法规和规章规定的其他职责。2015 年 9 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于依法保障律师执业权利的规定》明确指出，人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关应当尊重律师，健全律师执业权利保障制度，依照《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》《律师法》的规定，在各自职责范围内依法保障律师知情权、申请权、申诉权，以及会见、阅卷、收集证据和发问、质证、辩论等方面的执业权利，不得阻碍律师依法履行辩护、代理职责，不得侵害律师合法权利。人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关和律师协会应当建立健全律师执业权利救济机制。律师因依法执业受到侮辱、诽谤、威胁、报复、人身伤害的，有关机关应当及时制止并依法处理，必要时对律师采取保护措施。

此外，《律师执业行为规范（试行）》第 98 条规定，律师和律师事务所应当遵守律师协会制定的律师行业规范和规则。律师和律师事务所享有律师协会章程规定的权利，承担律师协会章程规定的义务。第 99 条规定，律师应当参加、完成律师协会组织

的律师业务学习及考核。2017 年 3 月，中华全国律师协会公布了《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》，规定了律师协会保障律师依法执业，维护律师的合法权益应该遵守的基本规则。

二、维护律师执业权利的基本原则

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第 3～10 条的规定，律师依法享有的执业权利受法律保护，任何组织和个人不得侵害律师的合法权利。律师协会维护律师执业权利工作，接受同级司法行政机关的监督、指导。律师协会在维护律师执业权利的过程中应该遵循以下基本原则：①律师协会应当坚持在个案中维护律师执业权利和维护律师行业整体权益相结合，切实改善律师执业环境。②律师协会应当充分履行维护律师执业权利的法定职责，依法、规范、及时、有效地开展维护律师执业权利工作。③律师协会应当健全完善维护律师执业权利工作制度，完善工作机制，规范工作流程，畅通维护律师执业权利渠道，形成维护律师执业权利的工作体系。④律师协会应当构建与司法机关、政府有关部门良性互动关系，加强与司法行政机关的协调配合，切实维护律师执业权利。⑤各律师协会应当相互配合、相互支持，协作互助，形成合力，共同推进维护律师执业权利工作。⑥律师协会应当设立维护律师执业权利工作专项经费，专款专用。

三、维护律师执业权利的具体职责

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第 11 条的规定，中华全国律师协会维护律师执业权利工作主要职责：①研究制定维护律师执业权利的有关行业规范；②与司法部等有关机关建立健全维护律师执业权利的工作机制；③提出完善和保障律师执业权利的立法建议、政策建议；④负责办理司法部交办、督办，或者省、自治区、直辖市律师协会书面申请协调维护律师执业权利案件；⑤协调跨省、自治区、直辖市维护律师执业权利工作；⑥总结报告全国律师行业维护律师执业权利工作情况。

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第 12 条的规定，省、自治区、直辖市律师协会维护律师执业权利工作主要职责：①研究制定本区域维护律师执业权利的行业规范；②与司法厅（局）等有关机关建立健全维护律师执业权利的工作机制；③提出完善和保障律师执业权利的立法建议、政策建议；④负责办理中华全国律师协会交办、督办，或者设区的市律师协会书面申请协调维护律师执业权利案件；⑤协助办理异地律师维护执业权利案件；⑥总结报告本省、自治区、直辖市律师行业维护律师执业权利工作情况。

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第 13 条的规定，设区的市律师协会维护律师执业权利工作主要职责：①负责所属律师维护执业权利案件的受理、调查、处理和反馈；②与司法局等有关机关建立健全维护律师执业权利的工作机制；③负责办理省、自治区、直辖市律师协会交办、督办的维护律师执业权利案件；④提出完善和保障律师执业权利的立法建议、政策建议；⑤协助办理异地律师维护律师执业权利案件；⑥总结报告本地区律师行业维护律师执业权利工作情况。

四、维护律师执业权利的组织机构

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第14~17条的规定，律师协会应当设立维护律师执业权利专门委员会，设立维护律师执业权利中心等专门工作机构。维权中心是律师协会维护律师执业权利委员会的日常工作机构，设在律师协会秘书处。

维护律师执业权利委员会由具有8年以上执业经历和相关工作经验，或者具有律师行业管理经验，熟悉律师行业情况的人员组成。根据工作需要，可以聘请相关领域专家担任顾问。维护律师执业权利委员会的主要职责：①研究起草维护律师执业权利制度和建议；②作出维护律师执业权利案件受理决定；③组织开展调查核实工作，形成调查报告和处理意见；④针对维护律师执业权利工作中存在的问题，开展调查研究，向有关机关提出意见、建议或者具体解决措施；⑤呼吁、配合、协调有关机关及时解决侵害律师执业权利案件；⑥依法为受到侵害律师执业权利的律师提供法律帮助和其他支持；⑦建立情况通报制度，及时向律师协会、有关机关反映情况；⑧定期召开维护律师执业权利委员会专门会议，总结交流工作经验，对具有典型的、普遍意义的案件进行研究，制定相应的工作措施。

维护律师执业权利中心由维护律师执业权利委员会委员和具有相关工作经验，或者具有律师行业管理经验，熟悉律师行业情况的人员组成。维护律师执业权利中心的主要职责：①参与起草维护律师执业权利相关规则和制度；②接待维护律师执业权利申请；③对维护律师执业权利申请进行初审，对于符合规定的申请提交维护律师执业权利委员会受理；④负责向维护律师执业权利委员会转交上一级律师协会交办、督办的案件；⑤负责向下一级律师协会转办、督办案件；⑥负责与相关办案机关、司法行政机关和律师协会间的组织协调有关工作，参与维护律师执业权利案件调查、处理、反馈工作；⑦对符合启动快速处置机制或者需要向联席会议报告的重要工作、案件，负责报告、沟通、协调工作；⑧定期开展对维护律师执业权利工作的汇总、归档、通报和回访；⑨研究起草维护律师执业权利工作报告；⑩其他应当由维权中心办理的工作。

律师协会维护律师执业权利专门机构及工作人员应当认真履行工作职责，遵循工作程序，遵守工作纪律。

五、维护律师执业权利的主要内容

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第19条的规定，律师在执业过程中遇有以下情形，可以向所属的律师协会申请维护执业权利：①知情权、申请权、申诉权、控告权，以及会见、通信、阅卷、收集证据和发问、质证、辩论、提出法律意见等合法执业权利受到限制、阻碍、侵害、剥夺的；②受到侮辱、诽谤、威胁、报复、人身伤害的；③在法庭审理过程中，被违反规定打断或者制止按程序发言的；④被违反规定强行带出法庭的；⑤被非法关押、扣留、拘禁或者以其他方式限制人身自由的；⑥其他妨碍其依法履行辩护、代理职责，侵犯其执业权利的。

【案例 24-1】

上海市律师协会维护律师会见权

2018 年 8 月 21 日，上海市律师协会接到上海市 GX 律师事务所 LWQ 律师的维权申请，反映其于 8 月 17 日至上海市浦东看守所会见非法吸收公众存款案件犯罪嫌疑人陈 A 时，在完成登记核对律师身份信息后，被拒绝会见，理由是其同时接受了 2 名同案犯的委托。经 LWQ 律师多方了解后发现，自己代理的两起不同案件的两名当事人被办案机关错误地以同案犯身份输入了系统，致使其无法进行会见。上海市律师协会了解情况后，迅速与上海市司法局监管总队联系沟通。经协商，监管总队同意协助律协向办案机关进行确认。经确认，LWQ 律师所述属实。随后，浦东新区检察院将 2 名当事人的同案犯关系解除，LWQ 律师获准会见 2 名在押人员。

【案例 24-2】

湖北省十堰市律师协会维护律师人身权

2018 年 7 月 23 日，湖北省十堰市律师协会接到湖北省律师协会转来的北京 ZL（上海）律师事务所 ZYP 律师的维权申请，反映该律师在十堰市代理一起民间借贷案件的过程中，曾受到对方当事人王 A 的人身威胁。2018 年 8 月 7 日上午，该案将在十堰市张湾区人民法院进行开庭审理，ZYP 律师申请十堰市律师协会协调有关方面保障律师的人身安全。十堰市律师协会接到维权申请后，第一时间联系 ZYP 律师了解情况，并商定了一系列安保措施：首先，通知王 A 的代理律师控制好自己的当事人，避免发生过激言行。其次，联系协调主审法官，提前预防可能发生的冲突，休庭后，安排 ZYP 律师从法官通道退庭。同时，提醒 ZYP 律师在庭审时发言尽量规范，避免激怒对方。庭审后，ZYP 律师反映该诉讼过程十分顺利。

【案例 24-3】

广东省深圳市律师协会维护律师名誉权

2018 年 7 月 27 日，广东省深圳市律师协会接到深圳市律师协会女律师工作委员会的维权申请，反映近期有律师发现多个微信公众号发布“青岛法院副院长刘某一床同睡两女人第三人嫉妒偷拍越级举报”“有些法官真性福，一床睡两女律师！呼吁行业自律，曝光这些败类！”“为什么漂亮女律师爱上法院院长的床？”等文章，文中存在大量恶意攻击、侮辱女律师的不当言论，相关侮辱性的不实言论不仅构成了对女律师个人声誉的严重损害，而且导致群众对女律师群体的职业道德及执业纪律的严重误解，严重损害女律师甚至律师行业的整体声誉。接到维权申请后，深圳市律师协会第一时间给全国律协和广东省律师协会发函，请求协调处理，并排查深圳市律师事务所和律师是否有发帖并协调删除，同时联系腾讯公司法务部门对“法院副院长”“女律师”等关联关键词进行屏蔽，现腾讯公司已按信息安全管理规则对所涉信息进行了处理。

【案例 24-4】

四川省广安市律师协会维护律师名誉权

2018 年 8 月 8 日，四川省广安市律师协会接到多名律师反映，广安市邻水县人民法院拍摄了一部微电影并在互联网上传播，微电影中存在贬低律师的剧情。接到律师反映后，广安市律师协会观看了微电影，发现该微电影中出现“法官和律师不一样哦，法官办案都是秉公执法，公平公正的，他不得偏袒任何一方；律师就不一样了，他们是专门收钱帮人家打官司的”等对话情节，损害了律师职业尊严，贬低了律师职业形象。2018 年 8 月 9 日，广安市律师协会向该法院发函要求撤下微电影中有关贬损律师的对话情节，消除不良影响。当日，该法院从网络撤下了相关视频。

六、维护律师执业权利的主要程序

根据《律师协会维护律师执业权利规则（试行）》第三章至第六章的规定，律师协会维护律师执业权利的主要程序包括申请、受理、调查、处理和反馈。

律师认为办案机关及其工作人员明显违反法律规定，阻碍律师依法履行辩护、代理职责，侵犯律师执业权利的，可以向办案机关或者其上一级机关投诉，向同级或者上一级人民检察院申诉、控告，向注册地的市级司法行政机关、所属设区的市律师协会申请维护执业权利。

维护律师执业权利中心接到律师维护执业权利申请，或者司法行政机关、其他律师协会移交的申请后，应当即时进行初审，并提交维护律师执业权利委员会审查。对属于受理范围的，应当及时受理；对于不属于受理范围的，应当及时告知申请人并说明理由。

律师协会对已受理的维护执业权利申请应当及时组织调查核实，必要时，可委派 2 名以上维护律师执业权利委员会委员组成调查组进行调查。

对经调查，发现存在侵害律师执业权利的，律师协会应当及时向有关机关提出依法纠正的书面建议。有关机关对律师协会提出的书面建议不答复或者不纠正的，律师协会可以向其主管部门或者有监督权的部门反映情况。律师协会在维护律师执业权利过程中遇到困难和问题，难以协调解决的，可以提请同级司法行政机关予以协调。

律师协会应当及时就维护律师执业权利工作开展情况和处理结果向申请人反馈。律师协会应当就维护律师执业权利工作开展情况和处理结果，及时向有关机关反馈。律师协会应当定期研究总结维护律师执业权利工作开展情况，根据需要，可以通过律师协会官方网站等平台予以通报。

第三节　律师违规行为的惩戒

一、惩戒律师违规行为的法理基础

联合国在《关于律师作用的基本原则》中专门规定了“纪律诉讼”，明确指出，

应由法律界通过其有关机构或经由立法，按照本国法律和习惯以及公认的国际标准和准则，制定律师职业行为守则。联合国《关于律师作用的基本原则》第 27 条规定："对在职律师所提出的指控或控诉按适当程序迅速、公正地加以处理。律师应有受公正审讯的权利，包括有权得到其本人选定的一名律师的协助。"第 28 条规定："针对律师提出的纪律诉讼应提交由法律界建立的公正无私的纪律委员会处理或提交一个独立的法定机构或法院处理，并应接受独立的司法审查。"第 29 条规定："所有纪律诉讼都应按照职业行为守则和其他公认的准则和律师职业道德规范并参照本基本原则进行判决。"由此可知，对律师的违规行为进行惩戒不仅是律师职业组织的一项权力，还是律师职业组织的一项"义务"。

为什么需要由律师协会对律师违规行为进行惩戒呢？美国学者德博拉·罗德等人认为，律师惩戒程序主要有三大功能：保护民众、维护司法正义以及维护公众对法律职业的信任。[1] 综合国内外学者的研究成果，我们认为，由律师协会对律师违规行为进行惩戒具有以下合理性依据：

1. 从维护律师职业自主性的角度。维护律师的独立自主，必须集合律师团体的力量来运作，这是律师自律自治的依据。我国台湾地区学者林山田在谈到"法律人的社会角色"时曾指出，一般认为，律师属于自由职业，自由职业一个非常显著的特点就是自主性，然而这种自主性必须通过律师协会来运作，不是单打独斗，而是整体的运作。

2. 从保护社会公众的角度。前文提到律师职业有一个非常显著的特征——"专业性"，这种专业性意味着其对应的知识与技能并非一般人所具有的，这也是社会公众在遭遇法律难题时需要律师介入的重要原因。然而，也正是因为此专业性，导致律师与社会公众之间存在严重的信息不平等，社会公众无法对这种专业性进行检验，而律师同行之间则可谓"知己知彼"。因此，由律师职业组织对律师违规行为进行惩戒可以有效地保护社会公众。

3. 从律师课责机制的角度。国家的所有课责机制应各安其位，目前对于律师的课责机制中，律师除了对委托人负有民事责任外，还有违反国家法秩序的行为，因此需要接受国家的行政处罚甚至是刑事处罚，这三种机制已经基本满足了当事人及国家不同主体之间的究责目的。前文提到律师之间的关系具有协同性，律师的行为不仅仅关乎其个人，还与其他律师及整个律师职业息息相关，呈现一种"一荣俱荣，一损俱损"的关系。因此，从维护律师职业整体形象及信誉的角度，惩戒也应由律师职业组织依据自治自律精神，对于违反纪律规定的律师予以纪律处分。

4. 从维护司法正义的角度。纵观世界各国之律师角色，维护司法正义是律师职业的应有之义。律师职业不同于商业，其具有很强的公益性，法律服务也并非一般意义上的"商品"，而是一种公共服务。律师制度已经深深嵌入到每一个国家的司法制度中，不论是经济正义的实现，还是社会正义的实现，都离不开律师的参与。在这种情

---

〔1〕 参见［美］德博拉·罗德、戴维·鲁本：《法律伦理（下）》，林利芝译，新学林出版股份有限公司 2018 年版，第 555 页。

况下，律师的职业行为对于司法正义的实现就十分关键。因此，从维护司法正义的角度，由律师职业组织对律师的违规行为进行惩戒也是必要的，更是必需的。

我国《律师法》第46条规定，律师协会应当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，受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉。《中华全国律师协会章程》第6条秉承了《律师法》第46条的立法原意，对中华全国律师协会的职责进行了规定，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，受理对律师的投诉或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷。《律师执业行为规范（试行）》第103条规定，律师应当妥善处理律师执业中发生的纠纷，履行经律师协会调解达成的调解协议。第104条规定，律师应当执行律师协会就律师执业纠纷作出的处理决定。律师应当履行律师协会依照法律、法规、规章及律师协会章程、规则作出的处分决定。此外，《律师执业行为规范（试行）》第101条还规定，律师和律师事务所因执业行为成为刑、民事被告，或者受到行政机关调查、处罚的，应当向律师协会书面报告。2017年3月，中华全国律师协会修订了《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》，对律师协会就会员的违规行为实施纪律处分的基本规则进行了规定。

二、惩戒律师违规行为的组织机构

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第8~10条和第12~14条的规定，中华全国律师协会设立惩戒委员会，负责律师行业处分相关规则的制定及对地方律师协会处分工作的指导与监督。各省、自治区、直辖市律师协会及设区的市律师协会设立惩戒委员会，负责对违规会员进行处分。

惩戒委员会由具有8年以上执业经历和相关工作经验，或者具有律师行业管理经验，熟悉律师行业情况的人员组成。根据工作需要，可以聘请相关领域专家担任顾问。惩戒委员会的主任、副主任由同级律师协会会长办公会提名，经常务理事会或者理事会决定产生，任期与理事会任期相同。惩戒委员会的委员由同级律师协会常务理事会或者理事会采取选举、推选、决定等方式产生，任期与理事会任期相同。惩戒委员会的组成人员名单应报上一级律师协会备案。惩戒委员会日常工作机构为设在律师协会秘书处的投诉受理查处中心，职责是：①参与起草投诉受理查处相关规则和制度；②接待投诉举报；③对投诉举报进行初审，对于符合规定的投诉提交惩戒委员会受理；④负责向惩戒委员会转交上一级律师协会交办、督办的案件；⑤负责向下一级律师协会转办、督办案件；⑥负责与相关办案机关、司法行政机关和律师协会间的组织协调有关工作，参与投诉案件调查、处置、反馈工作；⑦定期开展对投诉工作的汇总、归档、通报、信息披露和回访；⑧研究起草惩戒工作报告；⑨其他应当由投诉中心办理的工作。

三、惩戒律师违规行为的具体种类

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第15~19条的规定，律师协会对会员的违规行为实施纪律处分的种类有：①训诫；②警告；③通报批评；④公开谴

责；⑤中止会员权利1个月以上1年以下；⑥取消会员资格。

训诫，是一种警示性的纪律处分措施，是最轻微的惩戒方式，适用于会员初次因过失违规或者违规情节显著轻微的情形。训诫采取口头或者书面方式实施。采取口头训诫的，应当制作笔录存档。警告，是一种较轻的纪律处分措施，适用于会员的行为已经构成了违规，但情节较轻，应当予以及时纠正和警示的情形。通报批评、公开谴责适用于会员故意违规、违规情节严重，或者经警告、训诫后再次违规的行为。中止会员权利1个月以上1年以下，是指在会员权利中止期间，暂停会员享有律师协会章程规定的全部会员权利，但并不免除该会员的义务。除口头训诫外，其他处分均需作出书面决定。

律师协会决定给予警告及以上处分的，可以同时责令违规会员接受专门培训或者限期整改。专门培训可以采取集中培训、增加常规培训课时或者律师协会认可的其他方式进行。限期整改是指要求违规会员依据律师协会的处分决定或者整改意见书履行特定义务，包括：①责令会员向委托人返还违规收取的律师服务费及其他费用；②责令会员因不尽职或者不称职服务而向委托人退还部分或者全部已收取的律师服务费；③责令会员返还违规占有的委托人提供的原始材料或者实物；④责令会员因利益冲突退出代理或者辞去委托；⑤责令会员向委托人开具合法票据，向委托人书面致歉或者当面赔礼道歉等；⑥责令就某类专项业务连续发生违规执业行为的律师事务所或者律师进行专项整改，未按要求完成整改的，另行给予单项处分；⑦律师协会认为必要的其他整改措施。

训诫、警告、通报批评、公开谴责、中止会员权利1个月以上1年以下的纪律处分由省、自治区、直辖市律师协会或者设区的市律师协会作出；取消会员资格的纪律处分由省、自治区、直辖市律师协会作出；设区的市律师协会可以建议省、自治区、直辖市律师协会依上述规则给予会员取消会员资格的纪律处分。省、自治区、直辖市律师协会或者设区的市律师协会拟对违规会员作出中止会员权利1个月以上1年以下的纪律处分决定时，可以事先或者同时建议同级司法行政机关依法对该会员给予相应期限的停业整顿或者停止执业的行政处罚；会员被司法行政机关依法给予相应期限的停业整顿或者停止执业行政处罚的，该会员所在的律师协会应当直接对其作出中止会员权利相应期限的纪律处分决定；省、自治区、直辖市律师协会拟对违规会员作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；会员被司法行政机关依法吊销执业证书的，该会员所在的省、自治区、直辖市律师协会应当直接对其作出取消会员资格的纪律处分决定。

会员有下列情形之一的，可以从轻、减轻或免予处分：①初次违规并且情节显著轻微或轻微的；②承认违规并作出诚恳书面反省的；③自觉改正不规范执业行为的；④及时采取有效措施，防止不良后果发生或减轻不良后果的。

会员有下列情形之一的，应当从重处分：①违规行为造成严重后果的；②逃避、抵制和阻挠调查的；③对投诉人、证人和有关人员打击报复的；④曾因违规行为受过行业处分或受过司法行政机关行政处罚的。

【案例 24-5】

浙江 XMQ 律师因涉嫌危险驾驶罪被处公开谴责〔1〕

【基本案情】XMQ 律师是浙江 ZC 律师事务所执业律师。2017 年 7 月 7 日晚，XMQ 律师饮酒后驾驶小型轿车沿桐乡市梧桐街道中山路由西往东行驶，当行驶至中山路公园路西侧时被执勤交警拦下，交警现场对其进行呼气式酒精测试，结果为 92mg/100ml。交警依法将 XMQ 律师带至桐乡市中医院抽取血液样本，送嘉兴志源司法鉴定所检验，经检验，XMQ 律师血液中乙醇含量为 105mg/100ml。2017 年 7 月 18 日，XMQ 律师被桐乡市公安局拘留。2017 年 7 月 21 日被取保候审，同日被释放。2017 年 11 月 10 日，桐乡市人民检察院作出桐检公诉刑不诉（2017）206 号《不起诉决定书》，对 XMQ 律师不起诉。另经嘉兴市律师协会调查，XMQ 律师自执业以来，尚无其他投诉记录、行业处分和行政处罚。

【具体理由】嘉兴市律师协会认为，XMQ 律师作为一名执业律师，明知醉酒驾驶机动车的危险性及法律后果，但仍以身试法，严重违反相关法律法规，不仅涉嫌犯罪，也严重损害了律师职业形象。其行为系中华全国律师协会《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 41 条规定的“有其他违反法律、法规、规章和行业规范的行为，依据本规则给予相应的纪律处分”的违法行为；违反了中华全国律师协会《律师执业行为规范（试行）》第 8 条“律师应当注重职业修养，自觉维护律师行业声誉”及第 15 条“律师不得为以下行为：……④其他违反法律、法规，律师协会行业规范及职业道德的行为；⑤其他违反社会公德，严重损害律师职业形象的行为”的规定，且事实清楚，证据充分。同时，考虑到 XMQ 律师属于初次违规，立案后能承认违规并已深刻认识到自己的错误。因此，可依据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 18 条第 1、2 项之规定对 XMQ 律师予以从轻、减轻处分。

【结果】嘉兴市律师协会决定：给予 XMQ 律师公开谴责的行业处分。

四、惩戒律师违规行为的具体事由

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第四章的规定，律师协会惩戒律师违规行为的具体事由包括利益冲突行为、代理不尽责行为、泄露秘密或者隐私的行为、违规收案或收费的行为、不正当竞争行为、妨碍司法公正的行为、以不正当方式影响依法办理案件的行为、违反司法行政管理或者行业管理的行为等。

（一）利益冲突行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 20 条的规定，具有以下利益冲突行为之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利 3 个月以下的纪律处分：①律师在同一案件中为双方当事人担任代理人，或代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务的；②律师办理诉讼或者非诉讼业务，其近亲属是对方当事人的法定代表人或者代理人的；③曾经亲自处理或者审理过某一事项或者案件的行政机关工作人员、审判人员、检察人员、仲裁员，成

〔1〕 参见嘉兴市律师协会嘉律处决字〔2018〕第 2 号处分决定书。

为律师后又办理该事项或者案件的；④同一律师事务所的不同律师同时担任同一刑事案件的被害人的代理人和犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，但在该县区域内只有一家律师事务所且事先征得当事人同意的除外；⑤在民事诉讼、行政诉讼、仲裁案件中，同一律师事务所的不同律师同时担任争议双方当事人的代理人，或者本所或其工作人员为一方当事人，本所其他律师担任对方当事人的代理人的；⑥在非诉讼业务中，除各方当事人共同委托外，同一律师事务所的律师同时担任彼此有利害关系的各方当事人的代理人的；⑦在委托关系终止后，同一律师事务所或同一律师在同一案件后续审理或者处理中又接受对方当事人委托的；⑧担任法律顾问期间，为顾问单位的对方当事人或者有利益冲突的当事人代理、辩护的；⑨曾经担任法官、检察官的律师从人民法院、人民检察院离任后，2 年内以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人；⑩担任所在律师事务所其他律师任仲裁员的仲裁案件代理人的；⑪其他依据律师执业经验和行业常识能够判断为应当主动回避且不得办理的利益冲突情形。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 21 条的规定，未征得各方委托人的同意而从事以下代理行为之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分：①接受民事诉讼、仲裁案件一方当事人的委托，而同所的其他律师是该案件中对方当事人的近亲属的；②担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人，而同所的其他律师是该案件被害人的近亲属的；③同一律师事务所接受正在代理的诉讼案件或者非诉讼业务当事人的对方当事人所委托的其他法律业务的；④律师事务所与委托人存在法律服务关系，在某一诉讼或仲裁案件中该委托人未要求该律师事务所律师担任其代理人，而该律师事务所律师担任该委托人对方当事人的代理人的；⑤在委托关系终止后一年内，律师又就同一法律事务接受与原委托人有利害关系的对方当事人的委托的；⑥其他与上述第①至⑤项情况相似，且依据律师执业经验和行业常识能够判断的其他情形。

（二）代理不尽责行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 22 条的规定，提供法律服务不尽责，具有以下情形之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利 3 个月以上 1 年以下或者取消会员资格的纪律处分：①超越委托权限，从事代理活动的；②接受委托后，无正当理由，不向委托人提供约定的法律服务的，拒绝辩护或者代理的，包括：不及时调查了解案情，不及时收集、申请保全证据材料，或者无故延误参与诉讼、申请执行，逾期行使撤销权、异议权等权利，或者逾期申请办理批准、登记、变更、披露、备案、公告等手续，给委托人造成损失的；③无正当理由拒绝接受律师事务所或者法律援助机构指派的法律援助案件的，或者接受指派后，拖延、懈怠履行或者擅自停止履行法律援助职责的，或者接受指派后，未经律师事务所或者法律援助机构同意，擅自将法律援助案件转交其他人员办理的；④因过错导致出具的法律意见书存在重大遗漏或者错误，给当事人或者第三人造成重大损失的，或者对社会公共利益造成危害的。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 23 条的规定，利用提供法律服务的便利，具有以下情形之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利 3 个月以上 1 年以下或者取消会员资格的纪律

处分：①利用提供法律服务的便利牟取当事人利益；接受委托后，故意损害委托人利益的；②接受对方当事人的财物及其他利益，与对方当事人、第三人恶意串通，向对方当事人、第三人提供不利于委托人的信息、证据材料，侵害委托人的权益；③为阻挠当事人解除委托关系，威胁、恐吓当事人或者扣留当事人提供的材料的。

（三）泄露秘密或者隐私的行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第24~26条的规定，泄露当事人的商业秘密或者个人隐私的，给予警告、通报批评或者公开谴责的纪律处分；情节严重的，给予中止会员权利3个月以上6个月以下的纪律处分。违反规定披露、散布不公开审理案件的信息、材料，或者本人、其他律师在办案过程中获悉的有关案件重要信息、证据材料的，给予通报批评、公开谴责或者中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的，给予取消会员资格的纪律处分。泄漏国家秘密的，给予公开谴责、中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的，给予取消会员资格的纪律处分。

（四）违规收案或收费的行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第27、28条的规定，违规收案、收费具有以下情形之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利1个月以上1年以下或者取消会员资格的纪律处分：①不按规定与委托人签订书面委托合同的；②不按规定统一接受委托、签订书面委托合同和收费合同，统一收取委托人支付的各项费用的，或者不按规定统一保管、使用律师服务专用文书、财务票据、业务档案的；③私自接受委托，私自向委托人收取费用，或者收取规定、约定之外的费用或者财物的；违反律师服务收费管理规定或者收费协议约定，擅自提高收费的；④执业期间以非律师身份从事有偿法律服务的；⑤不向委托人开具律师服务收费合法票据，或者不向委托人提交办案费用开支有效凭证的；⑥在实行政府指导价的业务领域违反规定标准收取费用，或者违反风险代理管理规定收取费用。

假借法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员的名义或者以联络、酬谢法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员为由，向当事人索取财物或者其他利益的，给予公开谴责或者中止会员权利3个月以上6个月以下的纪律处分。

【案例24-6】

浙江SHF律师因违反收费规定被处公开谴责

【基本案情】2014年2月22日，当事人周A、卢B受犯罪嫌疑人卢C委托，通过朋友介绍，与浙江ZH律师事务所签订了代理卢C一审辩护工作的《委托协议书》，浙江ZH律师事务所指派SHF律师担任卢C案件的一审辩护人。协议约定律师代理费总计60 000元，在协议签署2日之内先付20 000元，剩余款项在一审开庭前付清。2月24日，周A将20 000元律师代理费汇入周D（SHF律师妻子）的银行卡账户。3月中旬，当事人周A提出解除与SHF律师的委托协议。4月2日，SHF律师将20 000元现金交浙江ZH律师事务所。

SHF 律师得知当事人已另聘其他律师出庭担任辩护人，在未按规定与当事人解除委托协议的情况下，以强行出庭的形式，在法庭上强迫委托人签订欠款协议并以由其他人担保的方式解除委托关系，引起众人围观，造成了不良的社会影响，严重损害了律师职业形象。

【具体理由】杭州市律师协会认为，SHF 律师允许当事人将律师代理费打入其妻周 D 私人账户的行为，违反了《律师法》，司法部《律师事务所管理办法》《律师执业管理办法》《律师事务所收费程序规则》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》，中华全国律协《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》《律师执业行为规范（试行）》等有关律师事务所应当按照规定统一收取费用、律师不得私自收费的规定。并以非正常的方式在公众场合强迫委托人签订欠款协议，造成恶劣的社会影响，严重损害律师的职业形象。以上事实清楚、证据充分。

【结果】杭州市律师协会决定：给予 SHF 律师公开谴责的行业处分。

（五）不正当竞争行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 29 条的规定，具有下列以不正当手段争揽业务的行为之一的，给予训诫、警告或者通报批评的纪律处分；情节严重的，给予公开谴责、中止会员权利 1 个月以上 1 年以下或者取消会员资格的纪律处分：①为争揽业务，向委托人作虚假承诺的；②向当事人明示或者暗示与办案机关、政府部门及其工作人员有特殊关系的；③利用媒体、广告或者其他方式进行不真实或者不适当宣传的；④以支付介绍费等不正当手段争揽业务的；⑤在事前和事后为承办案件的法官、检察官、仲裁员牟取物质的或非物质的利益，为了争揽案件事前和事后给予有关人员物质的或非物质利益的；⑥在司法机关、监管场所周边违规设立办公场所、散发广告、举牌等不正当手段争揽业务的。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 30 条的规定，具有下列不正当竞争行为之一的，给予通报批评、公开谴责或者中止会员权利 1 个月以上 1 年以下的纪律处分；情节严重的，给予取消会员资格的纪律处分：①捏造、散布虚假事实，损害、诋毁其他律师、律师事务所声誉的；②哄骗、唆使当事人提起诉讼，制造、扩大矛盾，影响社会稳定的；③利用与司法机关、行政机关或其他具有社会管理职能组织的关系，进行不正当竞争的。

（六）妨碍司法公正的行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 31～33 条的规定，承办案件期间，为了不正当目的，在非工作期间、非工作场所，会见承办法官、检察官、仲裁员或者其他有关工作人员，或者违反规定单方面会见法官、检察官、仲裁员的，给予中止会员权利 6 个月以上 1 年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分。

利用与法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员的特殊关系，打探办案机关内部对案件的办理意见，承办其介绍的案件，影响依法办理案件的，给予中止会员权利 6 个月以上 1 年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分。向法官、检察官、仲裁员及其他有关工作人员行贿，许诺提供利益、介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的，给予中止会员权利 6 个月以上 1 年以下的纪律处分；情节严重的

给予取消会员资格的纪律处分。

（七）以不正当方式影响依法办理案件的行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第34条的规定，影响司法机关依法办理案件，具有以下情形之一的，给予中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分：①未经当事人委托或者法律援助机构指派，以律师名义为当事人提供法律服务、介入案件，干扰依法办理案件的；②对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论，恶意炒作案件的；③以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度的；④煽动、教唆和组织当事人或者其他人员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等扰乱公共秩序、危害公共安全的非法手段，聚众滋事，制造影响，向有关机关施加压力的；⑤发表、散布否定宪法确立的根本政治制度、基本原则和危害国家安全的言论，利用网络、媒体挑动对党和政府的不满，发起、参与危害国家安全的组织或者支持、参与、实施危害国家安全的活动的；⑥以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式，发表恶意诽谤他人的言论，或者发表严重扰乱法庭秩序的言论的。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第35、36条的规定，不遵守法庭、仲裁庭纪律和监管场所规定、行政处理规则，具有以下情形之一的，给予中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分：①会见在押犯罪嫌疑人、被告人时，违反有关规定，携带犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人会见，将通讯工具提供给在押犯罪嫌疑人、被告人使用，或者传递物品、文件；②无正当理由，拒不按照人民法院通知出庭参与诉讼，或者违反法庭规则，擅自退庭；③聚众哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，否定国家认定的邪教组织的性质，或者有其他严重扰乱法庭秩序的行为。

故意向司法机关、仲裁机构或者行政机关提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的，给予中止会员权利6个月以上1年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分。

【案例24-7】

浙江WE律师因干扰诉讼活动正常进行被处公开谴责

【基本案情】2015年11月16日下午，北京GP（杭州）律师事务所WE律师在台州市路桥区看守所会见在押犯罪嫌疑人许A的过程中，分别于16时07分将手机打开免提供许A与外界通话，16时14分将香烟放置会见窗口由许A自行拿取装入口袋，16时16分又给许A数支香烟让其装入口袋。2015年11月23日下午，WE律师第二次会见许A时，又于14时17分、14时34分二次给许A吸烟，15时13分将手机交于许A与外界通话至15时26分，时间长达13分钟，15时27分传递打火机供许A点烟。2016年1月20日下午，WE律师第三次会见许A，再次于14时17分传递香烟及打火机给许A吸烟并未及时取回打火机，14时25分传递香烟给许A放入口袋，14时26分将手机交于许A与外界通话被看守所民警

发现并制止。

【具体理由】杭州市律师协会认为，WE 律师作为执业律师，在会见在押犯罪嫌疑人过程中，多次违规为在押犯罪嫌疑人许 A 传递香烟并提供电话与外界通话，其行为违反了中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范》第 3 章第 26 条关于律师会见犯罪嫌疑人，应当遵守羁押场所依法作出的有关规定，不得直接向犯罪嫌疑人传递物品，不得将通信工具提供给其使用的规定，且事实清楚、证据充分。由于 WE 律师在三次会见中，多次传递香烟给犯罪嫌疑人并让其带回以及提供手机让犯罪嫌疑人与外界通话，其违规行为情节严重。

【结果】杭州市律师协会决定：给予 WE 律师公开谴责的行业处分。

（八）违反司法行政管理或者行业管理的行为

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 37、38 条的规定，同时在 2 个律师事务所以上执业的或同时在律师事务所和其他法律服务机构执业的，给予警告、通报批评或者公开谴责的纪律处分；情节严重的，给予中止会员权利 1 个月以上 3 个月以下的纪律处分。不服从司法行政管理或者行业管理，具有以下情形之一的，给予中止会员权利 6 个月以上 1 年以下的纪律处分；情节严重的给予取消会员资格的纪律处分：①向司法行政机关或者律师协会提供虚假材料、隐瞒重要事实或者有其他弄虚作假行为的；②在受到停止执业处罚期间，或者在律师事务所被停业整顿、注销后继续执业的；③因违纪行为受到行业处分后在规定的期限内拒不改正的。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 39 条的规定，律师事务所疏于管理，具有下列情形之一的，给予警告、通报批评或者公开谴责的纪律处分；情节严重的，给予中止会员权利 1 个月以上 6 个月以下的纪律处分；情节特别严重的，给予取消会员资格的纪律处分：①不按规定建立健全执业管理和其他各项内部管理制度，规范本所律师执业行为，履行监管职责，对本所律师遵守法律、法规、规章及行业规范，遵守职业道德和执业纪律的情况不予监督，发现问题未及时纠正的；②聘用律师或者其他工作人员，不按规定与应聘者签订聘用合同，不为其办理社会统筹保险的；③不依法纳税的；④受到停业整顿处罚后拒不改正，或者在停业整顿期间继续执业的；⑤允许或者默许受到停止执业处罚的本所律师继续执业的；⑥未经批准，擅自在住所以外的地方设立办公点、接待室，或者擅自设立分支机构的；⑦恶意逃避律师事务所及其分支机构债务的；⑧律师事务所无正当理由拒绝接受法律援助机构指派的法律援助案件；或者接受指派后，不按规定及时安排本所律师承办法律援助案件或者拒绝为法律援助案件的办理提供条件和便利的；⑨允许或者默许本所律师为承办案件的法官、检察官、仲裁员牟取物质的或非物质的利益的；⑩允许或者默许给予有关人员物质的或非物质利益的。

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第 40 条的规定，律师事务所具有下列情形之一的，给予警告、通报批评或者公开谴责的纪律处分；情节严重的，给予中止会员权利 1 个月以上 6 个月以下的纪律处分；情节特别严重的，给予取消会员资格的纪律处分：①使用未经核定的律师事务所名称从事活动，或者擅自改变、出借律师事务所名称的；②变更名称、章程、负责人、合伙人、住所、合伙人协议等事项，未在规定的时间内办理变更登记的；③采取不正当手段阻挠合伙人、合作人、律师退

所的；④将不符合规定条件的人员发展为合伙人或者推选为律师事务所负责人的；⑤以独资、与他人合资或者委托持股方式兴办企业，并委派律师担任企业法定代表人、总经理职务，或者从事与法律服务无关的中介服务和其他经营性活动的；⑥采用出具或者提供律师事务所介绍信、律师服务专用文书、收费票据等方式，为尚未取得律师执业证书的人员或者其他律师事务所的律师违法执业提供便利的；⑦为未取得律师执业证的人员印制律师名片、标志或者出具其他有关律师身份证明，或者已知本所人员有上述行为而不制止的。

【案例 24-8】

浙江 WXB 律师因同时在两个律所执业被处中止会员权利

【基本案情】2016 年 7 月 27 日，WXB 律师与浙江 MH 律师事务所解除聘用合同，同日与浙江 SC 律师事务所签订聘用合同。8 月 8 日，WXB 律师向司法行政机关提交变更执业机构申请材料，申请由浙江 MH 律师事务所转入浙江 SC 律师事务所执业。9 月 30 日，浙江省司法厅作出准予变更行政许可决定书，准予其变更执业机构。

2016 年 8 月 1 日，WXB 律师以浙江 SC 律师事务所律师名义接受当事人委托，担任被告人金 A 贩卖淫秽物品牟利罪一案的二审辩护人。8 月 2 日，浙江 SC 律师事务所向湖州市中级人民法院开具了公函和 WXB 律师已转至该所的《情况说明》。8 月 3 日，浙江 SC 律师事务所收取了 3 万元律师费并开具发票。8 月 26 日，湖州市中级人民法院作出二审刑事裁定书。

2016 年 8 月 1 日，WXB 律师以浙江 SC 律师事务所律师名义接受当事人温州 ZJ 建设工程公司的委托，担任委托人与温州 HZ 塑业有限公司建设工程合同纠纷一案二审阶段诉讼代理人，浙江 SC 律师事务所与委托人签订了委托合同，合同约定律师费 5000 元。同日，温州 ZJ 建设工程公司出具了授权委托书，浙江 SC 律师事务所向温州市中级人民法院开具了公函。8 月 23 日，浙江 SC 律师事务所收取了 5000 元律师费并开具发票。9 月 18 日，温州市中级人民法院作出二审民事判决书。案件代理期间，WXB 律师向温州市中级人民法院提供了浙江 SC 律师事务所 2016 年 7 月 28 日出具的 WXB 律师已于 2016 年 7 月 27 日转入该所执业的《证明》。

2016 年 8 月 29 日，WXB 律师以浙江 SC 律师事务所律师名义接受当事人刘 B 的委托，担任刘 B 与 ZC 农贸市场财产损害赔偿纠纷一案二审阶段的诉讼代理人，浙江 SC 律师事务所与委托人签订了委托合同，合同约定律师费 1 万元。同日，浙江 SC 律师事务所向温州市中级人民法院出具了公函。8 月 30 日，浙江 SC 律师事务所收取了 1 万元的律师费并开具发票。8 月 31 日，委托人出具了授权委托书。9 月 30 日，温州市中级人民法院作出二审民事判决书。案件代理期间，WXB 律师向温州市中级人民法院提供了浙江 SC 律师事务所 2016 年 7 月 28 日出具的 WXB 律师已于 2016 年 7 月 27 日转入该所执业的《证明》。杭州市司法局另查明，2008 年 6 月 20 日，WXB 律师因私自收费，被温州市司法局给予停止执业 3 个月的行政处罚；2009 年 9 月 15 日，因同时在两个以上律师事务所执业，被温州市司法局给予警告、罚款 5000 元的行政处罚。

【具体理由】杭州市律师协会认为，在执业机构变更许可决定前，WXB 律师在登记上仍属于浙江 MH 律师事务所的律师，而不属于浙江 SC 律师事务所的律师。WXB 律师在未

获得核准决定之前，以浙江SC律师事务所律师的名义接受当事人委托，担任诉讼代理人或者辩护人，属于同时在两个以上律师事务所执业的违法行为，为法律所禁止。其行为违反了《中华人民共和国律师法》第10条第1款“律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的，应当申请换发律师执业证书”、《律师执业管理办法》第47条第1款“律师只能在一个律师事务所执业”的规定。本案中，WXB律师三次违法执业，违法接受委托，且之前有2次行政处罚记录，情节严重，已受到相应的行政处罚。

【结果】杭州市律师协会决定：给予WXB律师中止会员权利2个月的行业处分。

五、惩戒律师违规行为的主要程序

根据《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》第五章的规定，律师协会对律师违规行为进行惩戒时需要遵守受理、立案、调查和作出决定的程序。惩戒委员会委员有需要回避的情形的，应当自行回避，投诉人、被调查会员也有权向律师协会申请其回避。

会员对惩戒委员会做出的处分决定不服的，可以在规定的期限内向会员处分复查委员会申请复查。会员对惩戒委员会作出的处分决定未在规定的期限内申请复查的，或者申请复查后由复查委员会作出维持或者变更原处分决定的，为生效的处分决定。生效的处分决定由该决定书生效时直接管理被处分会员的律师协会执行。惩戒委员会认为会员的违规行为依法应当给予行政处罚的，应当及时移送有管辖权的司法行政机关，并向其提出处罚建议。同一个违法行为已被行政处罚的不再建议行政处罚。投诉的案件涉及违反《律师法》《律师和律师事务所违法行为处罚办法》可能构成刑事犯罪的，或有重大社会影响的，惩戒委员会应及时报告同级司法行政机关和上一级律师协会。

训诫、警告处分决定应当由作出决定的律师协会告知所属律师事务所。重大典型律师违法违规案件和律师受到通报批评处分决定生效的，应当在本地区律师行业内进行通报。公开谴责及以上处分决定生效的，应当向社会公开披露。因严重违法违规行为受到吊销执业证书、取消会员资格等行政处罚、行业处分决定生效的和社会关注度较高的违法违规案件，可以通过官方网站、微博、微信、报刊、新闻发布会等形式向社会披露。

六、国外律师惩戒制度概述

世界各国尤其是律师制度比较发达的国家对违反职业伦理的律师均有一套严格的惩戒制度，包括健全的惩戒组织机构和规范化的程序。

（一）美国律师惩戒制度概述

在美国，律师惩戒权由律师协会和法院共同行使。每个州都设有惩戒委员会，负责律师的惩戒事务。该委员会下设听讯委员会和检控委员会，分别行使司法裁决和检控的职能。其中，检控委员会行使的职权主要是：①审查原告提供的或其他渠道得到的关于律师违法行为以及丧失能力状况的材料；②调查案件情况；③作出不公开谴责、

留用察看的决定，并将处罚决定送达被告；④在案件需要适用正当程序解决的情况下，向惩戒委员会提出书面指控。按照法律规定，被告在接到正式指控书副本 20 日内要向惩戒委员会提交书面答辩，否则，就视为接受指控。如果被告在答辩中对认定的事实提出异议，或者要求开庭听讯、减轻处理，听讯委员会就应当开庭听讯并作出裁判。对于上诉案件，惩戒委员会要进行复审，根据不同情况，维持、修正或反对听讯委员会的建议意见。惩戒委员会复审后，立即将相关材料移交到法院，但撤销案件以及未上诉到惩戒委员会的案件材料不包括在内。法院收到报告以后的 60 日内，被告人和检控人可以依照民事诉讼程序进行一次简单的当场口头辩论，法院当即作出判决。[1]

（二）德国律师惩戒制度概述

在德国，律师惩戒制度的最大特点在于：律师协会及其执行委员会均无权对违纪律师给予纪律惩戒处分（除训诫外），只有专门设立的职业法院才有权对律师违反职业行为规则的行为作出制裁决定。在德国，惩戒律师的法院分为三个等级：①地区律师名誉法庭，由 3 名律师组成。每个地区律师协会均设有一个名誉法庭。通常对于违纪律师给予惩戒处分的申诉由上诉法院的检察官提起。名誉法庭作出的惩戒处分包括警告、训诫、处以 10 000 马克以内的罚款和除名。②名誉上诉法庭，其管辖范围通常是一个州，设在州高等法院。组成人员包括律师和专职法官，审判长由律师担任。名誉上诉法庭主要受理惩戒案件的上诉；此外，还直接受理律师资格申请人提出的、对律师协会拒绝授予律师资格的决定的申诉。③联邦律师法庭，设于联邦法院，由联邦法院院长、专职法官和律师组成，是处理惩戒案件的终审法庭。只有当上诉所针对的决定是将被控律师除名或涉及律师职业的重大问题时，联邦律师法庭才予受理。[2]

（三）日本律师惩戒制度概述

在日本，律师惩戒制度最为明显的特点是在律师伦理管理方面有完善的规范体系。日本有统一的《日本律师法》《日本律师职务基本准则》《日本律师联合会章程》以及各地律师协会章程等。日本对律师的惩戒权，是由地方律师协会和日本律师联合会行使的。律师如违反有关法律规定或规范，妨害所属律师协会的秩序或信誉，丧失律师尊严，无论在职务内还是职务外，都要受到惩戒制裁。惩戒由律师所属律师协会根据惩戒委员会的决议执行。日本律师联合会认为有必要由其直接惩戒时，也可以给予惩戒。请求惩戒者如对所属律师协会的处理不服，可以向联合会提出异议。受到惩戒的律师也可以向联合会提出审查请示，或者对联合会的裁决向东京高等法院提出申诉。惩戒措施包括警告、责令 2 年内暂停执业、退会和取消律师资格四种。[3]

---

〔1〕 参见本书编写组编：《中华人民共和国律师法释解》，金城出版社 2008 年版，第 268 页。

〔2〕 参见邓建民主编：《律师法学与公证法学》，四川大学出版社 2004 年版，第 67~68 页。

〔3〕 参见陈业宏、唐鸣：《中外司法制度比较（下册）》，商务印书馆 2015 年版，第 619 页。

第二十五章

律师与司法行政机关的关系规范

导　语

我国律师管理采“两结合”的管理体制，即司法行政机关的行政管理与律师协会行业管理相结合。司法行政机关不仅在法律职业资格考试、律师执业资格、律师专业职务评审和律师业务规章制定等方面管理律师，而且在律师事务所执业资格、律师事务所年度检查和律师事务所规章制定等方面管理律师事务所。本章围绕着律师与司法行政机关之关系，对司法行政机关的内涵和职能进行简要阐述，并具体介绍律师执业管理、律师行政处罚和律师法律援助的相关内容。

第一节　律师与司法行政机关之关系概述

一、司法行政机关的内涵

一般认为，司法行政机关是指管理辅助司法权行使的行政事务的机关。世界各国司法行政机关的职责范围有较大的不同，一般主要负责法院机构的设置，法院的人员编制和经费预算，司法干部的任命、调配、教育和管理，负责律师、公证和狱政的管理及其他有关司法行政事务。我国司法行政机关的设置是国务院设司法部，省、自治区、直辖市人民政府设司法厅（局），地区行署和市人民政府设司法局（处），县人民政府设司法局（科），乡、镇、街道设司法所。[1] 党的十八届四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，从完善司法体制、优化司法职权配置的高度和刑事诉讼运行程序角度，第一次鲜明地提出公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关“四机关”各司其职，侦查权、检察权、审判权、执行权“四权力”互相配合、互相制约，大大强化了司法行政职能作用。

按照关保英教授的总结，司法行政机关具有下述特点：①行使国家司法行政职权，管理国家司法行政事务。行使国家司法行政职权、管理国家司法行政事务是司法行政机关区别于其他国家机关（包括其他行政机关）的实质特点。②司法行政机关在组织体系上实行“领导—从属制”。由于司法行政机关行使的是司法行政管理职能，特别要

---

〔1〕 参见赵汝琨执行主编、《中华法学大辞典（简明本）》编委会编：《中华法学大辞典（简明本）》，中国检察出版社 2003 年版，第 597 页。

求速度和效率，故在组织体系上实行“领导—从属制”，即上级司法行政机关领导下级司法行政机关，下级司法行政机关从属于上级司法行政机关，向上级司法行政机关负责和报告工作，同时接受上级司法行政机关和同级人民政府的领导。③司法行政机关在决策体制上一般实行首长负责制。由于司法行政机关代表国家直接对公民、法人和其他组织实施管理，特别要求权限清楚、责任明确，故在决策体制上一般实行首长负责制。④司法行政机关职能通常是主动的、经常的和不间断的。由于司法行政机关行使的是国家司法行政管理职能，包括保障国家安全、维护社会秩序等，故其职能行使必须连续而不间断，而且可以主动行使而不必待人请求。⑤司法行政机关经常、直接、广泛地与个人、组织打交道。行政机关为了实施管理，必须与个人、组织发生广泛的联系，司法行政机关也是这样。[1]

二、司法行政机关的职能

司法行政机关作为政府职能部门，承担着法制宣传、法律服务和法律保障等职能，充分发挥着预防民间纠纷、化解社会矛盾、引导群众合理诉求、保障人民合法权益、维护社会公平公正的作用。按照学者的总结，司法行政机关的核心职能主要体现在三个方面：[2]

1. 法制宣传教育职能。深入开展法制宣传教育，在全社会弘扬社会主义法治精神，传播法律知识，培养法律意识，形成宪法至上、守法光荣的良好氛围，这是司法行政机关的主要职能。

2. 法律服务职能。法律服务职能主要是指司法行政机关管理的公证、律师、司法鉴定、法律援助、法律服务中心和基层法律服务所等提供的法律服务。

3. 法律保障职能。法律保障职能是司法行政机关对监狱、强制戒毒所的管理以及对刑释解教人员的安置帮教等管理职能。

三、律师与司法行政机关的关系

律师与司法行政机关的关系涉及律师管理体制。事实上，自我国律师制度建立以来，律师管理体制一直处于探索之中。在 1986 年以前，我国基本上实行司法行政机关对律师进行单一管理的体制。1986 年，中华全国律师协会成立，标志着我国律师事业的发展和律师管理进入到一个新的阶段。1996 年《律师法》颁布实施，从 1986 年至 1996 年这段时间，我国律师界和法学界就律师的管理体制进行了深刻的讨论，按照王新清教授的总结，主要意见有以下三种：[3]

（一）司法行政机关实施单一管理

这种观点认为，可以沿袭《律师暂行条例》所确立的国家管理体制，仍然由司法行政机关代表国家实施对律师工作的领导和管理。律师协会作为社会团体，在司法行

---

〔1〕 参见关保英主编：《司法行政法新论》，山东人民出版社 2011 年版，第 187～188 页。

〔2〕 参见王运声、易孟林主编：《中国法治文化概论》，群众出版社 2015 年版，第 334～335 页。

〔3〕 参见王新清：《市场经济中的律师和律师工作机构》，中国经济出版社 1999 年版，第 113～114 页。

政机关的领导下，通过组织业务研讨、经验交流、民间联谊等方式，推动律师工作的开展。这种观点的理由是：律师制度是国家司法制度的有机组成部分，律师开展业务活动，要以事实为依据，以法律为准绳，律师在诉讼中与国家审判机关、检察机关相互制约、相互配合，以保证国家法律的正确实施，维护委托人的合法权益。因此，律师适宜由政府主管司法行政的机关领导和管理。

（二）律师行业自治，司法行政机关监督

这种观点认为，建立律师协会对律师进行管理的体制，几乎已经成为一种“国际惯例”，世界上很多国家都是由律师协会进行自主管理，同时由司法机关对律师协会进行监督。在我们国家，并未形成法院对律师职业进行监督的传统，因此，适合由司法行政机关对律师协会进行监督。

（三）司法行政机关与律师协会共同管理

这种观点认为，律师是一种特殊的职业，律师的产生及律师的工作方式，均有不同于其他职业的特点。随着律师制度的改革、市场机制的引入，由司法行政机关实施单一的管理已经不符合实际。此外，中华全国律师协会成立以后，各地方均已建立了相应的律师协会，已经具备了管理的条件。由司法行政机关与律师协会进行共同管理，可以发挥两个方面的经济性，取长补短。

我国《律师法》第 4 条规定：“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。”第 43 条第 1 款规定：“律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。”此外，《律师法》在第六章“法律责任”中规定了司法行政机关对律师、律师事务所的行政处罚权。由此可见，我国《律师法》主要采纳了第三种观点，即“司法行政机关与律师协会共同管理”，简称“两结合”管理体制。不过，对于司法行政机关与律师协会在律师管理中的地位，目前仍然存在很多问题，尤其是在职权划分上。按照齐延安教授的总结，从司法行政机关的单一管理体制，到司法行政机关绝对主导、律师协会从属辅助的管理体制，再到司法行政机关与律师协会“两结合”的管理体制，标志着我国对律师职业属性和律师工作规律的认识和把握更加深刻。[1]

第二节　律师执业管理

一、司法行政机关对律师的管理

根据《律师法》的规定，司法行政机关对律师的管理，主要体现在以下几个方面：

（一）法律职业资格考试

根据《律师法》第 5 条之规定，申请律师执业，应当具备下列条件：①拥护中华人民共和国宪法；②通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格；③在律师事务所实习满 1 年；④品行良好。实行国家统一法律职业资格考试前取得的国家统一司法考试合格证书、律师资格凭证，与国家统一法律职业资格证书具有同等效力。由此

〔1〕 参见齐延安主编：《当代中国律师管理概论》，山东大学出版社 2014 年版，第 68 页。

可知，取得律师资格的前提条件之一是通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。根据《国家统一法律职业资格考试实施办法》第 6 条和第 7 条的规定，国家统一法律职业资格考试由司法部负责实施。省、自治区、直辖市司法行政机关应当明确专门机构，按照有关规定承办国家统一法律职业资格考试的考务等工作。设区的市级或者直辖市的区（县）司法行政机关，应当在上级司法行政机关的监督指导下，承担本辖区内的国家统一法律职业资格考试的考务等工作。

（二）授予律师执业资格

根据《律师法》第 6 条之规定，申请律师执业，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请，并提交下列材料：①国家统一法律职业资格证书；②律师协会出具的申请人实习考核合格的材料；③申请人的身份证明；④律师事务所出具的同意接收申请人的证明。申请兼职律师执业的，还应当提交所在单位同意申请人兼职从事律师职业的证明。受理申请的部门应当自受理之日起 20 日内予以审查，并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起 10 日内予以审核，作出是否准予执业的决定。准予执业的，向申请人颁发律师执业证书；不准予执业的，向申请人书面说明理由。

（三）律师专业职务评审

根据《律师职务试行条例》第 2 条和第 13 条的规定，律师职务是根据律师工作的性质及其实际工作需要而设置的工作岗位。律师职务设：一级律师、二级律师、三级律师、四级律师、律师助理。一级律师、二级律师为高级职务，三级律师为中级职务，四级律师和律师助理为初级职务。司法部指导全国律师职务的评审、聘任工作。各级律师职务的任职资格，需经相应的律师职务评委会评审，初级律师职务评委会由县级司法局组建，负责评审律师助理、四级律师；中级律师职务评委会由地（市）级司法局组建，负责评审三级律师；高级律师职务评委会由省、自治区、直辖市司法厅（局）组建，负责评审一、二级律师。司法部律师职务评委会负责评审直接管理的律师事务所的律师职务任职资格。

（四）律师业务规章的制定

中央司法行政机关根据法律法规的授权以及律师职业的发展情况，适时制定了有关律师业务的规章。1991 年，司法部、国家档案局制定了《律师业务档案立卷归档办法》，专门对律师业务档案进行了规定。1995 年，司法部制定了《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》，其目的是鼓励和保护律师、律师事务所之间的公平竞争，维护律师行为的正常执业秩序。2008 年，司法部制定了《律师执业管理办法》，其目的是规范律师执业许可，保障律师依法执业，加强对律师执业行为的监督和管理。2009 年，司法部制定了《律师和律师事务所执业证书管理办法》，其目的是规范和加强律师执业证书和律师事务所执业许可证书的管理。2010 年，司法部制定了《律师和律师事务所违法行为处罚办法》，其目的是加强对律师、律师事务所执业活动的监督，规范律师执业行为，维护正常的法律服务秩序。

二、司法行政机关对律师事务所的管理

根据《律师法》的规定，司法行政机关对律师事务所的管理，主要体现在以下几个方面：

（一）授予律师事务所执业证书

根据《律师法》第14条和第17条之规定，律师事务所是律师的执业机构。设立律师事务所应当具备下列条件：①有自己的名称、住所和章程；②有符合《律师法》规定的律师；③设立人应当是具有一定的执业经历，且3年内未受过停止执业处罚的律师；④有符合国务院司法行政部门规定数额的资产。申请设立律师事务所，应当提交下列材料：①申请书；②律师事务所的名称、章程；③律师的名单、简历、身份证明、律师执业证书；④住所证明；⑤资产证明。设立合伙律师事务所，还应当提交合伙协议。

设立律师事务所，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请，受理申请的部门应当自受理之日起20日内予以审查，并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起10日内予以审核，作出是否准予设立的决定。准予设立的，向申请人颁发律师事务所执业证书；不准予设立的，向申请人书面说明理由。

（二）律师事务所年度检查

根据《律师法》第24条之规定，律师事务所应当于每年的年度考核后，向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提交本所的年度执业情况报告和律师执业考核结果。根据《律师事务所年度检查考核办法》第2条的规定，律师事务所年度检查考核，是指司法行政机关定期对律师事务所上一年度的执业和管理情况进行检查考核，对其执业和管理状况作出评价。年度检查考核，应当引导律师事务所及其律师遵守宪法和法律，加强自律管理，依法、诚信、尽责执业，忠实履行中国特色社会主义法律工作者的职业使命，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。

（三）律师事务所业务规章的制定

中央司法行政机关还专门针对律师事务所制定了许多业务规章。2004年，司法部制定了《律师事务所收费程序规则》，其目的是规范律师事务所的收费行为。2007年，司法部制定了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》，其目的是加强对律师事务所从事证券法律业务活动的监督管理，规范律师在证券发行、上市和交易等活动中的执业行为，完善法律风险防范机制，维护证券市场秩序，保护投资者的合法权益。2008年，司法部制定了《律师事务所管理办法》，其目的是规范律师事务所的设立，加强对律师事务所的监督和管理。2010年1月，司法部制定了《律师事务所名称管理办法》，其目的是加强律师事务所名称管理，规范律师事务所名称使用。2010年4月，司法部制定了《律师事务所年度检查考核办法》，其目的是规范律师事务所年度检查考核工作，加强对律师事务所执业和管理活动的监督。2010年4月，司法部制定了《律师和

律师事务所违法行为处罚办法》，其目的是加强对律师、律师事务所执业活动的监督，规范律师执业行为，维护正常的法律服务秩序。

第三节 律师行政处罚

一、司法行政机关对律师的处罚

司法行政机关对律师的处罚，在学理上，常常用“律师行政法律责任”予以替代。所谓的“律师行政法律责任”，是指律师个人违反《律师法》进行违法执业行为所应承担的行政法律后果。行政法律责任是一种常见的、适用面较为广泛且灵活的法律责任形式，也是《律师法》引入刑罚理论用以丰富和发展行政处罚的有益尝试。[1]

根据《律师法》第47条之规定，律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处5000元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业3个月以下的处罚：①同时在2个以上律师事务所执业的；②以不正当手段承揽业务的；③在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的；④从人民法院、人民检察院离任后2年内担任诉讼代理人或者辩护人的；⑤拒绝履行法律援助义务的。

根据《律师法》第48条之规定，律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处1万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业3个月以上6个月以下的处罚：①私自接受委托、收取费用，接受委托人财物或者其他利益的；②接受委托后，无正当理由，拒绝辩护或者代理，不按时出庭参加诉讼或者仲裁的；③利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的；④泄露商业秘密或者个人隐私的。

根据《律师法》第49条之规定，律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业6个月以上1年以下的处罚，可以处5万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：①违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的；②向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的；③向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；④故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的；⑤接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人权益的；⑥扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的；⑦煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的；⑧发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的；⑨泄露国家秘密的。律师因故意犯罪受到刑事处罚的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门

---

〔1〕 参见周章金：“论律师执业的行政法律责任”，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2010年第2期。

吊销其律师执业证书。

《律师和律师事务所违法行为处罚办法》对《律师法》第47条、第48条、第49条的规定进行了具体化规定，律师应予处罚的情形如下：

（一）同时在两个以上律师事务所执业的

有下列情形之一的，属于《律师法》第47条第1项规定的律师“同时在两个以上律师事务所执业的”违法行为：①在律师事务所执业的同时又在其他律师事务所或者社会法律服务机构执业的；②在获准变更执业机构前以拟变更律师事务所律师的名义承办业务，或者在获准变更后仍以原所在律师事务所律师的名义承办业务的。

【案例25-1】

广东WJ律师因同时在两所执业被处警告〔1〕

【基本案情】WJ律师是广东LTZ律师事务所执业律师。2015年5月26日，WJ律师在未与广东LTZ律师事务所解除聘用关系且未办理转所手续的情况下，与广东JC律师事务所（甲方）签订《聘用律师合同书》（WJ律师为乙方）。合同主要约定：甲方聘用乙方为专职律师，合同期限为3年，从2015年5月1日起至2018年4月30日止，甲方为乙方提供办公室、配备办公设备，乙方向甲方支付固定管理费。随后，WJ律师在广东JC律师事务所承办业务。

【具体理由】广东省东莞市司法局认为，WJ律师在未与广东LZT律师事务所解除聘用关系且未办理转所手续的情况下，与广东JC律师事务所签订聘用律师合同，并在广东JC律师事务所办公，其行为违反了《律师法》第47条第1项、司法部《律师和律师事事务所违法行为处罚办法》第5条第1项、司法部《律师执业管理办法》第47条的规定。

【结果】广东省东莞市司法局决定：给予WJ律师警告的行政处罚。

（二）以不正当手段承揽业务的

有下列情形之一的，属于《律师法》第47条第2项规定的律师“以不正当手段承揽业务的”违法行为：①以误导、利诱、威胁或者作虚假承诺等方式承揽业务的；②以支付介绍费、给予回扣、许诺提供利益等方式承揽业务的；③以对本人及所在律师事务所进行不真实、不适当宣传或者诋毁其他律师、律师事务所声誉等方式承揽业务的；④在律师事务所住所以外设立办公室、接待室承揽业务的。

【案例25-2】

福建XDF律师因以不正当手段承揽业务被处停止执业3个月〔2〕

【基本案情】XDF律师是北京Y律师事务所执业律师。2015年7月，XDF律师在代理A涉嫌受贿案期间，为感谢厦门市Z看守所管教民警B在羁押期间对A的关照以及在安排会见时提供的帮助，在民警B的家中送予现金10 000元。

【具体理由】厦门市司法局认为，XDF律师在代理案件期间，为感谢厦门市看守所管教民警对其代理案件的犯罪嫌疑人的关照及安排会见时提供的帮助，而送予其现金10 000

〔1〕参见广东省东莞市司法局东司罚决字〔2017〕第1号行政处罚决定书。

〔2〕参见福建省厦门市司法局夏司罚决〔2018〕第3号行政处罚决定书。

元的行为，系向负有管理职权的工作人员行贿，违反了《律师法》第40条第5项以及《律师执业管理办法》第36条的规定。违法行为事实清楚、证据充分。鉴于XDF违法行为后果较轻，认错态度较好，且有悔错表现，可以适当减轻对其处罚。

【结果】厦门市司法局决定：给予XDF律师停止执业3个月的行政处罚。

（三）在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的

有下列情形之一的，属于《律师法》第47条第3项规定的律师“在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的”违法行为：①在同一民事诉讼、行政诉讼或者非诉讼法律事务中同时为有利益冲突的当事人担任代理人或者提供相关法律服务的；②在同一刑事案件中同时为被告人和被害人担任辩护人、代理人，或者同时为2名以上的犯罪嫌疑人、被告人担任辩护人的；③担任法律顾问期间，为与顾问单位有利益冲突的当事人提供法律服务的；④曾担任法官、检察官的律师，以代理人、辩护人的身份承办原任职法院、检察院办理过的案件的；⑤曾经担任仲裁员或者仍在担任仲裁员的律师，以代理人身份承办本人原任职或者现任职的仲裁机构办理的案件的。

【案例25-3】

辽宁WGM律师因同时为二名以上的犯罪嫌疑人担任辩护人被处警告〔1〕

【基本案情】WGM律师是辽宁CX律师事务所执业律师。2017年3月10日至2017年3月14日期间，WGM律师参与会见了自己承办案件的当事人张A的同案犯罪嫌疑人施B、刘C，与张A的同案犯罪嫌疑人施B、刘C的对话涉及辩护工作内容。2017年6月6日，抚顺市人民检察院向抚顺市司法局送交了《检察建议书》，抚顺市人民检察院建议对辽宁CX律师事务所律师违规会见犯罪嫌疑人的行为作出处理。

【具体理由】抚顺市司法局认为，辽宁CX律师事务所WGM律师参与会见同一案件其他二名犯罪嫌疑人的行为属于《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第7条第2项规定的“同时为2名以上的犯罪嫌疑人担任辩护人”的违法行为，属于《律师法》第47条第3项规定的律师“在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的”违法行为。

【结果】抚顺市司法局决定：给予WGM律师警告的行政处罚。

（四）从人民法院、人民检察院离任后2年内担任诉讼代理人或者辩护人的

曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后2年内，担任诉讼代理人、辩护人或者以其他方式参与所在律师事务所承办的诉讼法律事务的，属于《律师法》第47条第4项规定的“从人民法院、人民检察院离任后2年内担任诉讼代理人或者辩护人的”违法行为。

（五）拒绝履行法律援助义务的

有下列情形之一的，属于《律师法》第47条第5项规定的律师“拒绝履行法律援

〔1〕参见辽宁省抚顺市司法局抚司罚字〔2017〕第001号行政处罚决定书。

助义务的”违法行为：①无正当理由拒绝接受律师事务所或者法律援助机构指派的法律援助案件的；②接受指派后，懈怠履行或者擅自停止履行法律援助职责的。

（六）私自接受委托、收取费用，接受委托人财物或者其他利益的

有下列情形之一的，属于《律师法》第48条第1项规定的律师“私自接受委托、收取费用，接受委托人财物或者其他利益的”违法行为：①违反统一接受委托规定或者在被处以停止执业期间，私自接受委托，承办法律事务的；②违反收费管理规定，私自收取、使用、侵占律师服务费以及律师异地办案差旅费用的；③在律师事务所统一收费外又向委托人索要其他费用、财物或者获取其他利益的；④向法律援助受援人索要费用或者接受受援人的财物或者其他利益的。

（七）接受委托后，无正当理由，拒绝辩护或者代理，不按时出庭参加诉讼或者仲裁的

律师接受委托后，除有下列情形之外，拒绝辩护或者代理，不按时出庭参加诉讼或者仲裁的，属于《律师法》第48条第2项规定的违法行为：①委托事项违法，或者委托人利用律师提供的法律服务从事违法活动的；②委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实或者提供虚假、伪造的证据材料的；③委托人不履行委托合同约定义务的；④律师因患严重疾病或者受到停止执业以上行政处罚的；⑤其他依法可以拒绝辩护、代理的。

（八）利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的

有下列情形之一的，属于《律师法》第48条第3项规定的律师“利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的”违法行为：①采用诱导、欺骗、胁迫、敲诈等手段获取当事人与他人争议的财物、权益的；②指使、诱导当事人将争议的财物、权益转让、出售、租赁给他人，并从中获取利益的。

（九）泄露商业秘密或者个人隐私的

律师未经委托人或者其他当事人的授权或者同意，在承办案件的过程中或者结束后，擅自披露、散布在执业中知悉的委托人或者其他当事人的商业秘密、个人隐私或者其他不愿泄露的情况和信息的，属于《律师法》第48条第4项规定的“泄露商业秘密或者个人隐私的”违法行为。

（十）违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第1项规定的律师“违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的”违法行为：①在承办代理、辩护业务期间，以影响案件办理结果为目的，在非工作时间、非工作场所会见法官、检察官、仲裁员或者其他有关工作人员的；②利用与法官、检察官、仲裁员或者其他有关工作人员的特殊关系，影响依法办理案件的；③以对案件进行歪曲、不实、有误导性的宣传或者诋毁有关办案机关和工作人员以及对方当事人声誉等方式，影响依法办理案件的。

（十一）向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第2项规定的律师“向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的”违法行为：①利用承办案件的法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员或者其近亲属举办婚丧喜庆事宜等时机，以向其馈赠礼品、金钱、有价证券等方式行贿的；②以装修住宅、报销个人费用、资助旅游娱乐等方式向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员行贿的；③以提供交通工具、通讯工具、住房或者其他物品等方式向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员行贿的；④以影响案件办理结果为目的，直接向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员行贿、介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的。

（十二）向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第3项规定的律师“向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的”违法行为：①在司法行政机关实施检查、监督工作中，向其隐瞒真实情况，拒不提供或者提供不实、虚假材料，或者隐匿、毁灭、伪造证据材料的；②在参加律师执业年度考核、执业评价、评先创优活动中，提供不实、虚假、伪造的材料或者有其他弄虚作假行为的；③在申请变更执业机构、办理执业终止、注销等手续时，提供不实、虚假、伪造的材料的。

（十三）故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第4项规定的律师“故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的”违法行为：①故意向司法机关、行政机关或者仲裁机构提交虚假证据，或者指使、威胁、利诱他人提供虚假证据的；②指示或者帮助委托人或者他人伪造、隐匿、毁灭证据，指使或者帮助犯罪嫌疑人、被告人串供，威胁、利诱证人不作证或者作伪证的；③妨碍对方当事人及其代理人、辩护人合法取证的，或者阻止他人向案件承办机关或者对方当事人提供证据的。

【案例25-4】

浙江LC律师因向司法行政机关提供虚假材料被处停止执业7个月〔1〕

【基本案情】2016年7月6日，浙江省杭州市司法局收到朱A投诉浙江GC律师事务所LC律师的相关材料。2016年7月11日，浙江省杭州市司法局调查人员到浙江GC律师事务所调查核实相关情况，LC律师向浙江省杭州市司法局提交了两份张B签字的《刑事诉讼法律服务委托协议》，协议落款日期为2015年11月3日。经证明，上述两份协议系LC律师伪造。

【具体理由】浙江省杭州市司法局认为，律师执业应当依法接受司法行政机关的监督，并在监督检查中如实陈述并提供材料。LC律师为掩盖其没有与委托人签订委托合同的事

〔1〕 参见浙江省杭州市司法局杭司罚决〔2018〕第5号行政处罚决定书。

实，伪造《刑事诉讼法律服务委托协议》并向司法局提交，其行为违反了《律师法》第49条第1款第3项的规定，属于向司法行政部门提供虚假材料的违法行为，依法应当给予行政处罚。在调查中，LC律师能如实陈述事实，主动承认伪造委托合同的事实，确有悔改，并积极配合调查，在量罚时应酌情予以考量。

【结果】浙江省杭州市司法局决定：给予LC律师停止执业7个月的行政处罚。停止执业期限从决定书送达之日起计算。

（十四）接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人权益的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第5项规定的律师“接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人权益的”违法行为：①向对方当事人或者第三人提供不利于委托人的信息或者证据材料的；②与对方当事人或者第三人恶意串通、暗中配合，妨碍委托人合法行使权利的；③接受对方当事人财物或者其他利益，故意延误、懈怠或者不依法履行代理、辩护职责，给委托人及委托事项的办理造成不利影响和损失的。

【案例25-5】

山东ZSC律师因牟取当事人争议的权益被处停止执业6个月〔1〕

【基本案情】ZSC律师是北京市YC（济南）律师事务所执业律师。2016年7月，李A与李B因借款发生纠纷，北京市YC（济南）律师事务所ZSC律师指派其助理LD律师作为李A的代理律师，代理期间，在李A不知情的情况下，将李A的房产办理仲裁、保全裁定、过户执行等程序，损害了李A的权益。鉴于ZSC律师与李B属于合作关系，ZSC律师存在利用提供法律法律服务的便利牟取当事人争议的权益的行为。

【具体理由】山东省济南市司法局认为，ZSC律师的行为违反了《律师法》第40条第2项的规定，属于《律师法》第48条第3项、《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第12条第2项规定的违法行为，利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益，达到《济南市司法局行政处罚自由裁量基准》规定的“情节严重”情形。

【结果】山东省济南市司法局决定：给予ZSC律师停止执业6个月的行政处罚。

（十五）扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第6项规定的律师“扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的”违法行为：①在法庭、仲裁庭上发表或者指使、诱导委托人发表扰乱诉讼、仲裁活动正常进行的言论的；②阻止委托人或者其他诉讼参与人出庭，致使诉讼、仲裁活动不能正常进行的；③煽动、教唆他人扰乱法庭、仲裁庭秩序的；④无正当理由，当庭拒绝辩护、代理，拒绝签收司法文书或者拒绝在有关诉讼文书上签署意见的。

---

〔1〕 参见山东省济南市司法局济司罚决字〔2018〕第1号行政处罚决定书。

（十六）煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第7项规定的律师“煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的”违法行为：①煽动、教唆当事人采取非法集会、游行示威，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序，围堵、冲击国家机关等非法手段表达诉求，妨害国家机关及其工作人员依法履行职责，抗拒执法活动或者判决执行的；②利用媒体或者其他方式，煽动、教唆当事人以扰乱公共秩序、危害公共安全等手段干扰诉讼、仲裁及行政执法活动正常进行的。

（十七）发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的

有下列情形之一的，属于《律师法》第49条第8项规定的律师“发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的”违法行为：①在承办代理、辩护业务期间，发表、散布危害国家安全，恶意诽谤法官、检察官、仲裁员及对方当事人、第三人，严重扰乱法庭秩序的言论的；②在执业期间，发表、制作、传播危害国家安全的言论、信息、音像制品或者支持、参与、实施以危害国家安全为目的活动的。

（十八）泄露国家秘密的

律师违反保密义务规定，故意或者过失泄露在执业中知悉的国家秘密的，属于《律师法》第49条第9项规定的“泄露国家秘密的”违法行为。

二、司法行政机关对律师事务所的处罚

根据《律师法》第50条之规定，律师事务所有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门视其情节给予警告、停业整顿1个月以上6个月以下的处罚，可以处10万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节特别严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书：①违反规定接受委托、收取费用的；②违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的；③从事法律服务以外的经营活动的；④以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的；⑤违反规定接受有利益冲突的案件的；⑥拒绝履行法律援助义务的；⑦向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；⑧对本所律师疏于管理，造成严重后果的。律师事务所因上述违法行为受到处罚的，对其负责人视情节轻重，给予警告或者处2万元以下的罚款。

《律师和律师事务所违法行为处罚办法》对《律师法》第50条进行了具体化规定，律师事务所应予处罚的情形具体如下：

（一）违反规定接受委托、收取费用的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第1项规定的律师事务所“违反规定接受委托、收取费用的”违法行为：①违反规定不以律师事务所名义统一接受委托、统一收取律师服务费和律师异地办案差旅费，不向委托人出具有效收费凭证的；②向委托人索要或者接受规定、合同约定之外的费用、财物或者其他利益的；③纵容或者放任本所律师有《律行和律师事务所违法行为处罚办法》第10条规定的违法行为的。

（二）违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第2项规定的律师事务所“违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的”违法行为：①不按规定程序办理律师事务所名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人、组织形式等事项变更报批或者备案的；②不按规定的条件和程序发展合伙人，办理合伙人退伙、除名或者推选律师事务所负责人的；③不按规定程序办理律师事务所分立、合并，设立分所，或者终止、清算、注销事宜的。

（三）从事法律服务以外的经营活动的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第3项规定的律师事务所“从事法律服务以外的经营活动的”违法行为：①以独资、与他人合资或者委托持股方式兴办企业，并委派律师担任企业法定代表人或者总经理职务的；②从事与法律服务无关的中介服务或者其他经营性活动的。

（四）以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的

律师事务所从事或者纵容、放任本所律师从事《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第6条规定的违法行为的，属于《律师法》第50条第4项规定的律师事务所“以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的”违法行为。

（五）违反规定接受有利益冲突的案件的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第5项规定的律师事务所“违反规定接受有利益冲突的案件的”违法行为：①指派本所律师担任同一诉讼案件的原告、被告代理人，或者同一刑事案件被告人辩护人、被害人代理人的；②未按规定对委托事项进行利益冲突审查，指派律师同时或者先后为有利益冲突的非诉讼法律事务各方当事人担任代理人或者提供相关法律服务的；③明知本所律师及其近亲属同委托事项有利益冲突，仍指派该律师担任代理人、辩护人或者提供相关法律服务的；④纵容或者放任本所律师有《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第7条规定的违法行为的。

【案例25-6】

广东RJ律师事务所因违规接受有利益冲突的案件被处警告

【基本案情】RJ律师事务所执业律师XJH律师于2015年9月1日至2017年8月31日连续2年担任榕城区A街道B社区法律顾问。在担任法律顾问期间，RJ律师事务所接受榕城区C经济联合社的委托并指派XJH律师代理与周Z、周Y等多名村民农业承包合同纠纷一案，一审、二审共收取律师服务费人民币25万元；RJ律师事务所接受村民周Z的委托并指派XJH律师代理与村民周Y（投诉人）确认合同无效纠纷一案。

【具体理由】广东省揭阳市司法局认为，RJ律师事务所作为律师的执业机构，疏于管理，放任执业律师违反规定接受有利益冲突的案件的行为违反了《律师法》第50条第5项的规定。

【结果】广东省揭阳市司法局决定：给予RJ律师事务所警告行政处罚。

（六）拒绝履行法律援助义务的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第6项规定的律师事务所“拒绝履行法律援助义务的”违法行为：①无正当理由拒绝接受法律援助机构指派的法律援助案件的；②接受指派后，不按规定及时安排本所律师承办法律援助案件或者拒绝为法律援助案件的办理提供条件和便利的；③纵容或者放任本所律师有《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第9条规定的违法行为的。

（七）向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的

有下列情形之一的，属于《律师法》第50条第7项规定的律师事务所“向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的”违法行为：①在司法行政机关实施检查、监督工作时，故意隐瞒真实情况，拒不提供有关材料或者提供不实、虚假的材料，或者隐匿、毁灭、伪造证据材料的；②在参加律师事务所年度检查考核、执业评价、评先创优活动中，提供不实、虚假、伪造的材料或者有其他弄虚作假行为的；③在办理律师事务所重大事项变更、设立分所、分立、合并或者终止、清算、注销的过程中，提供不实、虚假、伪造的证明材料或者有其他弄虚作假行为的。

（八）对本所律师疏于管理，造成严重后果的

有下列情形之一，造成严重后果和恶劣影响，属于《律师法》第50条第8项规定的律师事务所“对本所律师疏于管理，造成严重后果的”违法行为：①不按规定建立健全内部管理制度，日常管理松懈、混乱，造成律师事务所无法正常运转的；②不按规定对律师执业活动实行有效监督，或者纵容、袒护、包庇本所律师从事违法违纪活动，造成严重后果的；③纵容或者放任律师在本所被处以停业整顿期间或者律师被处以停止执业期间继续执业的；④不按规定接受年度检查考核，或者经年度检查考核被评定为“不合格”的；⑤不按规定建立劳动合同制度，不依法为聘用律师和辅助人员办理失业、养老、医疗等社会保险的；⑥有其他违法违规行为，造成严重后果的。

第四节 律师法律援助

一、法律援助的内涵

关于“法律援助”的名称，英文为“legal aid”，中文译名不尽一致，有的译成“法律扶助”，有的译成“法律救助”，有的译成“法律援助”，其中以“法律援助”的译法较为普遍。一般认为，法律援助是指律师、法律援助机构的工作人员和社会团体、事业单位等社会组织所属人员，为刑事被告人、被害人等或者民事（或行政）诉讼原告提供法律帮助（资助、救助、扶助、救济、优惠等）的活动。[1]

法律援助制度源于西方，作为保障人权的一项基本制度，已为世界上许多国家和地区所采用。而该制度在中国这块古老的土地上扎根仅几年，就已显示出它的强大活力。1994年司法部首次公开提出建立法律援助制度的设想，并在北京、上海、广州、

〔1〕 参见刘根菊：“我国法律援助之价值及其实现”，载《法学杂志》2003年第6期。

青岛等城市开始了法律援助制度的试点，进而在全国各地陆续展开。随着各地法律援助工作的蓬勃开展和法律援助理论的广泛探讨，法律援助的立法工作也在加紧进行。1996 年 3 月 17 日通过修订的《刑事诉讼法》和 1996 年 5 月 15 日通过的《律师法》正式规定了法律援助的有关内容，标志着这一制度在我国的真正确立。[1]

法律援助作为司法制度的一部分，涉及援助主体和受援主体。按照我国学者刘根菊的观点，从法律和制度层面上讲，我国法律援助的价值，具体而言，主要具有如下内容：①扶弱助困之价值。目前，法律援助已成为我国公民实现公正和权益保障之需求。因为，随着经济体制的转型和利益格局的调整，公民间因主客观条件的差异而产生的贫富差别日趋明显，一部分公民打不起官司，请不起律师，因此，严格执法和完善法制势在必行。②平衡控（起诉）、辩（应诉）力度之价值。无论是在刑事、民事诉讼还是行政诉讼中，诉讼双方均围绕系争事实进行诉讼，双方力求在法院的主持下，通过一系列法定审判程序使系争问题得到公开、公平、公正的解决。在上述控（起诉）、辩（应诉）方对抗的诉讼过程中，处于弱势、劣势的被告人或者当事人，通过法律援助得到法律、诉讼技巧、诉讼力量上的帮助，就能实现控（起诉）、辩（应诉）力度上的平衡或者大体平衡，实现矛盾双方平等对抗之价值。③实现司法公正之价值。司法公正是诉讼追求的最高价值，也是终极目标。通过国家及有关人员的法律援助，从客观外力方面使弱者能够抗衡强者，使劣势上升为均势或优势，促其充分行使自由、平等权利，以实现公正、正义的裁判。[2]

◆例 25-1　我国法律援助制度因其保障人权而体现司法正义，因其救助贫困而体现社会公平。关于该制度，下列哪一表述是不正确的？（　）

A. 我国法律援助是政府的一项重要职责，在性质上是一种社会保障制度

B. 实施法律援助的既有律师、法援机构，也有社会组织，形式上包括诉讼法律援助、非诉讼法律援助及公证、法律咨询

C. 对公民的法律援助申请和法院指派的法律援助案件，由法援机构统一受理、审查、指派、监督，必要时可以委托慈善机构协助受理事宜

D. 法援对象包括符合法定受援条件的经济困难者、残疾者、弱者，及符合规定的外国公民及无国籍人

【解析】选项 A 说法正确。法律援助制度，也称法律救助，是指由政府设立的法律援助机构组织法律援助人员和社会志愿人员，为某些经济困难的公民或者特殊案件的当事人提供免费的法律帮助，以保障其合法权益得以实现的一项法律保障制度。

选项 B 说法正确。实施法律援助的既有律师、法援机构，也有社会组织。形式上包括诉讼法律援助、非诉讼法律援助及公证、法律咨询等。

选项 C 说法错误。对公民的法律援助申请和法院指派的法律援助案件，由法援机构统一受理、审查、指派、监督。要坚持“四统一”原则，不能委托慈善机构办理。

选项 D 说法正确。《法律援助条例》第 12 条规定，公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助。被告人是盲、聋、哑人或者未成年人而没有委托辩护人的，或者被告人可能被判处死刑而没有委托辩护

---

〔1〕 参见林凤章：“我国法律援助的困境分析”，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2002 年第 3 期。

〔2〕 参见刘根菊：“法律援助制度的几个问题”，载《政法论坛》2001 年第 1 期。

人的，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助，无须对被告人进行经济状况的审查。法援对象包括符合法定受援条件的经济困难者、残疾者、弱者。符合规定的外国公民及无国籍人也属于法律援助的范围。

二、法律援助的定位

根据《法律援助条例》第3条的规定，法律援助是政府的责任，县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作，为法律援助提供财政支持，保障法律援助事业与经济、社会协调发展。法律援助经费应当专款专用，接受财政、审计部门的监督。《法律援助条例》第6条规定，律师应当依照《律师法》和该条例的规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，依法维护受援人的合法权益，接受律师协会和司法行政部门的监督。《律师法》第42条规定，律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，维护受援人的合法权益。由此可知，法律援助基本上可以界定为“政府责任”和“律师义务”。

关于“政府责任”的理解，不同学者观点不一。贺海仁教授认为，《法律援助条例》首次以法律的形式明确了法律援助是政府的责任。考虑到条例在性质上是行政法规，而不是法律，在法律援助的国家义务和政府的行政责任方面作出区分是有必要的。不过，即使是一种行政责任，也属于法律责任的范畴，而法律责任的前提是法律义务，无义务则无责任。因此，政府对法律援助所负有的责任被理解为一种法律义务。尽管如此，迄今为止，法律援助尚未被宣布为一种国家义务。政府责任大致可以体现为：①提供财政支持；②设立专门的法律援助机构；③支持、鼓励其他社会组织为经济困难的公民提供法律援助；④奖励或惩罚对法律援助工作作出突出贡献或违法乱纪的个人或团体。[1] 程滔教授认为，政府责任并不等同于国家责任。由于我国《法律援助条例》是国务院颁布的，因此法律援助中政府的责任就理所当然地被理解为行政机关（尤指司法行政机关）的责任。国家责任比政府责任更宽泛，法律援助限定为政府责任，责任主体则被极大限缩。国家责任是由一个完整的国家系统所承担的责任，其责任主体是国家内设所有机构，是包括权力机构、执行机构、司法机构等在内的集合体。[2]

关于“律师义务”的理解，学者们也从不同角度进行了阐述。贺海仁教授认为，法律援助对律师而言，应当是一项职业伦理，它源于律师在法律实践中对司法正义的自觉追求。律师的职业伦理或职业道德，首先不能单纯地理解为律师作为普通人表现出来的对弱者的同情、怜悯或不忍，而是一种“天职”，一种“分内之事”。律师职业从其诞生之日起就带有比之其他社会职业更为浓厚的公共性质。这种性质主要源于对作为公共产品的法律的适用和维护。在现实的意义上，立法者和决策者通过法律的强制性规定确定律师的法律援助义务或许是不得已而为之的策略，大量的法律援助案件单纯地依靠政府的法律援助机构安排的人员去完成，显然是不可能的。不过，这并不

---

〔1〕 参见贺海仁：“法律援助：政府责任与律师义务”，载《环球法律评论》2005年第6期。

〔2〕 参见程滔：“法律援助的责任主体”，载《国家检察官学院学报》2018年第4期。

意味着“政府责任和律师义务”的话语表达和运行机制具有长期可行性，在适当的时候，取消立法中对律师法律援助义务的强制性规定，而导之以律师业的行业管理规范，倡导律师的职业伦理，则具有长远的意义。[1] 程滔教授也持类似的观点并认为，我国《律师法》第 42 条和第 50 条分别规定，律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，律师如果不履行相应义务应承担相应的法律责任。这种法定义务像司法行政机关的“摊派”，有律师说这是“政府请客，律师买单”，造成律师的抵触情绪。我国法律规定律师必须承担法律援助义务，主要是基于律师作为社会主义法律工作者，行业自身所带有的职业伦理道德的属性要求。但是该种职业伦理道德却不足以成为规定律师援助义务的先决条件，也就是说，强制规定律师援助义务是缺乏正当性的。律师到底有无承担法律援助的义务或责任？义务是与权利相对应的概念，是指法律规定的对法律关系主体必须作出一定行为或不得行为的约束。它是根据国家制定的法律规范产生，并以国家强制力保障其履行的，这与基于道德或社会规范产生的义务不同。因此，程滔教授认为，律师承担法律援助属于一种道德义务，或者表述为一种责任更为确切。[2]

我们认为，在对法律援助进行准确定位时，需要考虑两个重要因素：一是法律服务的性质；二是律师的角色定位。事实上，在《法律援助条例》提出法律援助是“政府责任与律师义务”以及《律师法》规定律师的法律援助义务之前，在实践中，有很多律师都在参与法律援助。那个时候，有关规范也对“法律援助”进行了规定，但是只是规定了哪些对象能够免费获得法律服务，尚未对法律援助的责任主体进行规定。这在当时的背景下也是可以理解的，在我国律师制度建立之初，律师被定位为“国家法律工作者”，法律服务作为一种“公共服务”向社会大众提供，向贫弱群体提供免费的法律服务已经暗含在“国家法律工作者”和“公共服务”这两个概念中了。随着改革开放的推进，我国律师制度也随之改革，律师不再是“国家法律工作者”，而是“社会的法律工作者”，走出了“体制”。因此，在很多律师看来，“律师”已经成为一种“谋生手段”，法律服务不再是一种“公共服务”，而是一种“商品”。由于我国律师的文化传统积淀本就不足，再加上改革开放浪潮的冲击，很多律师以“营利者”“商人”自居，法律服务的提供成了“你给我钱，我给你正义”。这样一种转变在当时的司法行政机关看来是难以接受的，也是很危险的。这从《律师法》起草过程也能窥见一二：第一稿及第二稿草案中均没有涉及法律援助，时任司法部部长肖扬曾公开在报纸上发文强调法律援助的重要性，并在有关法律援助的论证会中，表达了前述担忧，最终，1996 年《律师法》第 42 条规定：“律师必须按照国家规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律服务。”因此，《律师法》规定法律援助是律师义务，从某种意义上说，这是司法行政机关借助国家立法来对“律师职业过度市场化”做出的一种平衡（缓和）。

法律援助制度发展至今，逐渐形成一种模式，政府法律援助机构受理法律援助案

---

〔1〕 参见贺海仁：“法律援助：政府责任与律师义务”，载《环球法律评论》2005 年第 6 期。

〔2〕 参见程滔：“法律援助的责任主体”，载《国家检察官学院学报》2018 年第 4 期。

件，然后指派到律师事务所，由律师事务所指派律师具体办理。一些地方甚至规定，每名律师每年必须办理1~2件法律援助案件。应该说，从制度运行的角度看，这种模式是具有一定效果的，既能解决老百姓的法律服务需求，也能监督律师参与法律援助。但是，这种“受理—指派”的模式也带来了许多弊端，如程滔教授提到，很多律师带有一种“抵触情绪”，认为这是政府强加的一种外在负担。可见当初的这种立法，并未实现通过强制律师履行法律援助义务，将法律援助融入律师的职业精神中，由一种“强制”变为“自愿”，由一种“法律义务”变为“职业习惯”。我们认为，要改变这种困境，需要从“职业改造”的角度出发，重申法律援助乃是律师职业的基础，亦是律师职业精神的组成部分，用贺海仁教授的话说，法律援助作为一种“职业伦理”，需要从法学教育阶段就开始向未来律师灌输这样一种理念。另外，在强调法律援助作为律师的职业责任时，也不能忽视法律服务作为公共服务的定位，不能忽视国家在这里面应该发挥的作用。国家、律师协会应该从政策上对律师形成引导，并对履行法律援助这种职业责任进行激励。

◆例25-2 根据《法律援助条例》等规定，下列关于法律援助的哪一说法是不能成立的？（ ）

A. 在共同犯罪案件中，其他犯罪嫌疑人、被告人已委托辩护人的，本人及其近亲属可向法律援助机构提出法律援助申请，法律援助机构无须进行经济状况审查

B. 律师事务所拒绝法律援助机构的指派，不安排本所律师办理法律援助案件的，由司法行政部门给予警告，责令改正

C. 我国的法律援助实行部分无偿服务、部分为“缓交费”或“减费”形式有偿服务的制度

D. 检察院审查批准逮捕时，认为公安机关对犯罪嫌疑人应当通知辩护而没有通知的，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知检察院

【解析】选项A成立。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》第2条第2款规定：“具有下列情形之一，犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，可以依照前款规定申请法律援助：①有证据证明犯罪嫌疑人、被告人属于一级或者二级智力残疾的；②共同犯罪案件中，其他犯罪嫌疑人、被告人已委托辩护人的；③人民检察院抗诉的；④案件具有重大社会影响的。”根据该款第2项之规定，选项A说法成立，不应选。

选项B成立。《法律援助条例》第27条规定：“律师事务所拒绝法律援助机构的指派，不安排本所律师办理法律援助案件的，由司法行政部门给予警告、责令改正；情节严重的，给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚。”故选项B说法成立，不应选。

选项C不成立。《法律援助条例》第2条规定：“符合本条例规定的公民，可以依照本条例获得法律咨询、代理、刑事辩护等无偿法律服务。”由此可知，法律援助对受援助人来说是完全无偿的，故选项C说法不成立，应选。

选项D成立。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》第16条规定：“人民检察院审查批准逮捕时，认为犯罪嫌疑人具有应当通知辩护的情形，公安机关未通知法律援助机构指派律师的，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。”由此可知，选项D说法成立，不应选。

三、律师参与法律援助的重要意义

律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量，是我国法律援助事业的主体力量。近年来，广大律师积极投身法律援助事业，认真办理法律

援助案件，依法履责，无私奉献，为保障困难群众合法权益、维护社会公平正义作出了积极贡献。推进律师开展法律援助工作，是贯彻全面依法治国、有效发挥律师在建设社会主义法治国家中的作用的必然要求，是加大法律援助服务群众力度、提供优质高效法律援助服务的客观需要，是广大律师忠诚履行社会主义法律工作者职责使命、树立行业良好形象的重要体现。各级司法行政机关要充分认识律师开展法律援助工作的重要性，采取有效措施，加强指导监督，完善体制机制，强化工作保障，组织引导广大律师依法履行法定职责，牢固树立执业为民的理念，自觉承担社会责任，切实增强开展法律援助工作的责任感和荣誉感，进一步做好服务群众工作，为全面依法治国、建设社会主义法治国家作出新贡献。

四、律师参与法律援助时应遵循的基本规范

根据《法律援助条例》第22、23条的规定，办理法律援助案件的人员，应当遵守职业道德和执业纪律，提供法律援助不得收取任何财物。办理法律援助案件的人员遇有下列情形之一的，应当向法律援助机构报告，法律援助机构经审查核实的，应当终止该项法律援助：①受援人的经济收入状况发生变化，不再符合法律援助条件的；②案件终止审理或者已被撤销的；③受援人又自行委托律师或者其他代理人的；④受援人要求终止法律援助的。

五、司法行政机关促进律师参与法律援助的举措

2017年2月17日，司法部、财政部发布了《关于律师开展法律援助工作的意见》，对促进律师参与法律援助进行了原则性规定，在此对该意见的主要内容进行概述，为律师参与法律援助提供指引。

（一）组织律师积极开展法律援助工作

1. 做好刑事法律援助指派工作。严格贯彻落实修改后的《刑事诉讼法》及相关配套文件，组织律师做好会见、阅卷、调查取证、庭审等工作，认真办理侦查、审查起诉、审判各阶段法律援助案件。

2. 加大民生领域法律援助力度。组织律师围绕劳动保障、婚姻家庭、食品药品、教育医疗等民生事项，及时为符合条件的困难群众提供诉讼和非诉讼代理，促进解决基本生产生活方面的问题。

3. 广泛开展咨询服务。优先安排律师在法律援助便民服务窗口和“12348”法律服务热线值班，运用自身专业特长为群众提供咨询意见，积极提供法律信息和帮助，引导群众依法表达合理诉求，提高群众法治意识。

4. 开展申诉案件代理工作。逐步将不服司法机关生效裁判、决定，聘不起律师的申诉人纳入法律援助范围，引导律师为经济困难申诉人通过法律援助代理申诉。

5. 建立法律援助值班律师制度。法律援助机构通过在人民法院、看守所派驻值班律师，依法为犯罪嫌疑人、被告人等提供法律咨询等法律帮助。

6. 推进法律援助参与刑事案件速裁程序、认罪认罚从宽等诉讼制度改革工作。组织引导律师为速裁程序、认罪认罚从宽以及其他诉讼改革程序犯罪嫌疑人、被告人提

供法律咨询、程序选择等法律帮助。

7. 积极参与刑事和解案件办理。对于当事人自愿和解的案件，组织引导律师依法为符合条件的犯罪嫌疑人、被告人或者被害人提供法律援助服务，促进达成和解。

8. 发挥辩护律师在死刑复核程序中的作用。组织律师办理死刑复核法律援助案件，依法为死刑复核案件被告人提供辩护服务。

9. 办理跨行政区划法律援助案件。适应建立与行政区划适当分离的司法管辖制度改革，组织律师开展跨行政区划法院、检察院受理、审理案件法律援助工作。

10. 推动律师广泛参与法律援助工作。省级司法行政机关根据当地法律援助需求量、律师数量及分布情况，明确律师承办一定数量法律援助案件，努力使律师通过多种形式普遍公平承担法律援助义务。司法行政机关、律师协会应当在律师事务所检查考核及律师执业年度考核中将律师履行法律援助义务情况作为重要考核依据。鼓励有行业影响力的优秀律师参与法律援助工作。

11. 推动律师提供公益法律服务。倡导每名律师每年提供不少于 24 小时的公益服务。对不符合法律援助条件、经济确有困难的群众提供减免收费，发展公益法律服务机构和公益律师队伍，专门对老年人、妇女、未成年人、残疾人、外来务工人员、军人军属等提供免费的法律服务。

（二）切实提高律师法律援助服务质量

1. 规范组织实施工作。法律援助机构要在法定时限内指派律师事务所安排承办律师，规范各环节办理流程，确保办案工作顺利开展。综合考虑律师资质、专业特长、承办法律援助案件情况、受援人意愿等因素确定办案律师，对无期徒刑、死刑案件以及未成年人案件严格资质要求，提高办案专业化水平。

2. 加强服务标准建设。完善律师承办法律援助案件各环节工作制度，制定刑事、民事、行政法律援助案件质量标准，确保律师为受援人提供符合标准的法律援助。

3. 加强办案质量监管。法律援助机构要积极推进案件质量评估试点工作，综合运用案卷评查、旁听庭审、听取办案机关意见、回访受援人等措施对律师承办法律援助案件进行监管，有条件的地方运用信息化手段对办案实行动态监控。

4. 做好投诉处理工作。司法行政机关严格依法办理法律援助投诉，规范对律师承办法律援助案件的投诉事项范围、程序和处理反馈工作。对律师接受指派后，怠于履行法律援助义务或有其他违反法律援助管理规定的行为，由司法行政机关依法依规处理。

5. 加强律师协会对律师事务所开展法律援助工作的指导。律师协会应当按照律师协会章程的规定对法律援助组织实施工作予以协助，指导律师和律师事务所提高办案质量。

6. 强化律师事务所法律援助案件管理责任。律师事务所严格接受指派、内部审批、办理案件、案卷归档、投诉处理等各环节流程。建立律师事务所重大、疑难案件集体讨论制度。根据法律援助常涉纠纷案件类别和所内律师办案专长，培养擅长办理法律援助案件的律师团队。完善律师事务所内部传帮带制度，建立完善青年律师办理法律援助案件带教制度。

（三）创新律师开展法律援助工作机制

1. 推行政府购买法律援助服务工作机制。司法行政机关根据政府购买服务相关规定，向律师事务所等社会力量购买法律服务，引入优质律师资源提供法律援助。

2. 建立法律援助疑难复杂案件办理机制。法律援助机构根据律师业务专长和职业操守，建立法律援助专家律师库，对重大疑难复杂案件实行集体讨论、全程跟踪、重点督办。

3. 加强法律援助异地协作。法律援助机构就案件调查取证、送达法律文书等事项积极开展协作，提高工作效率。

4. 积极扶持律师资源短缺地区法律援助工作。根据律师资源分布和案件工作量等情况，采取对口支援、志愿服务、购买服务等方式提高律师资源短缺地区法律援助服务能力。

5. 健全沟通协作机制。司法行政机关、法律援助机构和律师协会要建立协作机制，定期沟通工作情况，共同研究解决律师服务质量、工作保障等方面存在的问题。建立法律援助机构与律师事务所、律师沟通机制，鼓励律师围绕法律援助制度改革、政策制定等建言献策，提高法律援助工作水平。

（四）加强律师开展法律援助工作的保障

1. 加强律师执业权益保障。司法行政机关、法律援助机构和律师协会要认真落实《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》和《律师法》等有关法律关于律师执业权利的规定，积极协调法院、检察院、公安机关落实律师会见通信权、阅卷权、收集证据权、辩论辩护权等执业权利，保障律师办理法律援助案件充分履行辩护代理职责。完善律师开展法律援助工作执业权益维护机制，建立侵犯律师执业权利事件快速处置和联动机制，建立完善救济机制。

2. 加强经费保障。完善法律援助经费保障体制，明确经费使用范围和保障标准，确保经费保障水平适应办案工作需要。根据律师承办案件成本、基本劳务费用等因素合理确定律师办案补贴标准并及时足额支付，建立办案补贴标准动态调整机制。推行法律援助机构律师担任法律援助值班律师工作。现有法律援助机构律师力量不足的，可以采取政府购买服务方式向律师事务所等社会力量购买法律服务，所需经费纳入法律援助工作经费统筹安排。发挥法律援助基金会募集资金作用，拓宽法律援助经费渠道。鼓励律师协会和律师事务所利用自身资源开展法律援助工作。

3. 加大办案支持力度。加强与法院、检察院、公安、民政、工商、人力资源等部门的工作衔接，推动落实好办理法律援助案件免收、缓收复制案件材料费以及资料查询等费用规定。

4. 加强教育培训。加强法律援助业务培训，司法行政机关举办的法律援助培训要吸收律师参加，律师协会要在律师业务培训课程中增设法律援助有关内容。加强对新执业律师开展法律援助工作的培训。组织律师参加国际法律援助交流培训项目。

5. 加强政策引导。省级司法行政机关应当把律师开展法律援助工作情况作为项目安排、法律援助办案专项资金分配的重要依据，推动地市、县区加大工作推进力度。

6. 完善激励措施。对于积极办理法律援助案件、广泛开展法律援助工作的律师事

务所和律师，司法行政机关、律师协会在人才培养、项目分配、扶持发展、综合评价等方面给予支持，在律师行业和法律援助行业先进评选中加大表彰力度，并通过多种形式对其先进事迹进行广泛深入宣传，树立并提升行业形象。

◆**例 25-3** 某法律援助机构实施法律援助的下列做法，哪一项是正确的？（ ）

A. 经审查后指派律师担任甲的代理人，并根据甲的经济情况免除其80%的律师服务费

B. 指派律师担任乙的辩护人以后，乙自行另外委托辩护人，故决定终止对乙的法律援助

C. 为未成年人丙指派熟悉未成年人身心特点但无律师执业证的本机构工作人员担任辩护人

D. 经审查后认为丁的经济状况较好，不符合法律援助的经济条件，故拒绝向其提供法律咨询

【解析】选项A错误。《法律援助条例》第2条规定："符合本条例规定的公民，可以依照本条例获得法律咨询、代理、刑事辩护等无偿法律服务。"由此可知，法律援助服务是完全无偿的，而不是免除部分费用。

选项B正确。《法律援助条例》第23条规定："办理法律援助案件的人员遇有下列情形之一的，应当向法律援助机构报告，法律援助机构经审查核实的，应当终止该项法律援助：①受援人的经济收入状况发生变化，不再符合法律援助条件的；②案件终止审理或者已被撤销的；③受援人又自行委托律师或者其他代理人的；④受援人要求终止法律援助的。"由此可知，本题选项B中，乙又自行另外委托了辩护人，决定终止法律援助是正确的。

选项C错误。《刑事诉讼法》第278条规定："未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。"由此可知，法律援助只能指派执业律师为未成年犯罪嫌疑人、被告人提供辩护，不能指派无律师执业证的人员。

选项D错误。法律援助机构提供的法律咨询是对咨询者提出的有关法律援助方面的问题以及日常碰到的简单法律问题进行解答。法律咨询不需要审查经济条件。故拒绝提供法律咨询的行为错误。

第二十六章

律师与证券监督管理机构的关系规范

导　语

随着证券市场的发展与繁荣，律师所提供的专业化证券法律服务越来越受到重视，相应地，律师与证券管理机构之间的关系规范成为了律师职业伦理的重要内容。本章将从律师证券法律服务中律师的角色定位与资格条件出发，重点探讨律师提供证券法律服务时所应当遵守的基本原则和具体规则，并简要介绍证券管理机构对律师提供证券法律服务行为的监督机制。

第一节　律师证券法律服务概述

一、律师证券法律服务概述

一般认为，证券是指表示各类财产的所有权或债权的书面凭证。证券法所指的证券是筹资者向社会公众发行的由公众购买的表示投资和受益请求权的凭证。证券一般具有以下几个特征：①证券是一种权利凭证，记载一定的权益事项，代表投资者一定的权利；②证券是一种要式凭证，是一种规范化的书面凭证；③证券是一种流通凭证，可以根据当事人的意志在法定范围内转让；④证券是一种受益凭证，在通常情况下，财产权利包含了收益权。证券一般有以下几种：①股票，即股份有限公司发行的，表明其股东按其持有的股份享受权益和承担义务的可转让的书面凭证；②债券，即政府、金融机构或者公司投资者发行的在一定时期内按约定条件还本付息的证券。[1]

1993 年，国务院发布了《股票发行与交易管理暂行条例》，其中第 12 条将律师事务所与会计师事务所、资产评估机构等确定为专业性机构，律师作为专业人员参与证券业务，为证券发行和交易提供法律服务。2003 年 4 月，中华全国律师协会制定了《律师从事证券法律业务规范（试行）》，为律师和律师事务所从事证券法律业务的执业行为提供了规范指南。2007 年 3 月，中国证券监督管理委员会和司法部发布了《律师事务所从事证券法律业务管理办法》，其目的是加强对律师事务所从事证券法律业务活动的监督管理，规范律师在证券发行、上市和交易等活动中的执业行为，完善法律风险防范机制，维护证券市场秩序，保护投资者的合法权益。2010 年 10 月，中国证券

---

〔1〕 参见鞠齐主编：《经济法》，四川大学出版社 2016 年版，第 156~157 页。

监督管理委员会和司法部发布了《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》，其目的是规范律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务，保障执业质量，维护投资者的合法权益。2018 年 3 月发布的《证券期货市场诚信监督管理办法》将律师及律师事务所纳入调控范围。这些规范的出台，促进了律师证券法律服务逐步走向规范化、法制化。

一般认为，广义的律师证券法律服务主要包括两个方面：一是依法从事证券法律业务；二是进行证券诉讼代理，即证券非诉讼法律事务的服务或证券诉讼服务。证券法律业务是指律师事务所接受当事人的委托，为其证券发行、上市和交易等证券业务活动，提供的制作、出具法律意见书等文件的法律服务。证券诉讼法律服务则是指为证券发行和交易活动的当事人进行证券民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼提供法律帮助，如代书、诉讼代理和辩护等。[1] 按照《证券法》《律师法》等法律法规的规定，目前我国开展的证券法律服务业务共有 25 项（尚不包括期货类），其中，行政许可类有 22 项（包括发行上市 13 项、证券公司 4 项、基金公司类 5 项）、非行政许可类 3 项（上市公司股东大会见证、股权激励计划方案、基金公司相关报告事项）。此外，律师还大量担任了上市公司常年法律顾问、董事（独立董事）、保荐人法律顾问等角色。以 2010 年为例，中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）共收到 233 家律师事务所出具的正式法律意见书共计 1111 份，律师事务所和法律意见书数量均创历史新高。[2]

为什么证券市场需要法律服务、需要律师的大量参与呢？有观点认为，从美国证券律师的发展历程来看，证券律师的出现并逐步演化为证券市场的有机组成部分是出于市场结构性的功能需求，这最终在美国的立法过程中被固定下来。但律师在证券市场的角色定位与功能还存在某种不确定性，这在“安然事件”中表现得非常明显。[3] 还有观点认为，律师证券法律服务是一项政策性和专业性较强的工作，因此，律师证券法律服务对证券律师的素质及其所属律师事务所的管理水平要求较高，因而有其特殊性。现代化、科学化要求律师及其所属律师事务所必须为证券及其市场提供高质量的法律服务。律师证券法律服务有助于更好地依法确保国家、集体和个人的利益；有助于证券市场的健康发展；有助于股份制改革的深入和规范化进行；有助于提高社会公众对证券及其市场的正确认识；有助于有效地防范证券风险；有助于社会公众对证券市场的监督；有助于提高大众证券法制观念。[4]

二、律师在证券法律服务中的角色定位

关于律师在证券法律服务中的角色定位，目前存在很大的争议，尚未形成统一的认识。

事实上，律师在证券法律服务中涉及三重关系：一是律师与委托人之间的关系；

---

〔1〕 参见韩松：《证券法学》，中国经济出版社 1995 年版，第 333 页。

〔2〕 参见郭雳：“我国证券律师业的发展出路与规范建议”，载《法学》2012 年第 4 期。

〔3〕 参见张守鑫、李政辉：“论证券律师的职能定位——以美国为范例”，载《法治研究》2012 年第 4 期。

〔4〕 参见庄伟光、黄桦主编：《证券法导论》，中山大学出版社 2000 年版，第 232 页。

二是律师与公众投资者之间的关系；三是律师与证券监督管理机构之间的关系。在不同的关系中，律师需要扮演不同的角色，在律师与委托人的关系中，律师基于“律师—委托人关系”，需要忠于其委托人，尽最大努力维护委托人的利益；在律师与公众投资者的关系中，公众投资者希望律师能够担任市场“守门人”（gatekeeper），向他们披露真实准确的发行人信息；在律师与证券监督管理机构的关系中，证券监督管理机构希望律师能够作为“监管职员”，共同肩负起对证券市场的责任。在单一的证券法律服务中，同时存在三种关系，有三种不同的“角色期待”，更有三种不同的利益（私人利益、公共利益、国家利益）需求，这就使得律师陷入了困境。

面对律师在证券法律服务中的角色困境，有观点认为，我国证券律师面临的迫切任务是回归代理人角色，获取基于职业独立性的职业声誉。对于证券律师而言，律师尽职查验、准备披露文件、作出信息披露，首先是一个合同项下的行为，并应为此承担责任。将证券律师从满足监管拉回满足市场结构性需求、内生于客户的需求，这才是我国证券律师定位中的根本课题。[1] 还有观点认为，律师作为资本市场“守门人”的职能应受到强调，对委托人和公众投资者的义务面临着再平衡。我国证券律师应在资本市场诚信与法制建设中均衡成长，发挥更大的积极作用，其发展出路在于：准入市场化、职责明晰化、执业规范化、功能专业化，同时离不开监管部门的正确定位与引导。[2]

三、律师证券法律服务的资格条件

1993 年 1 月，司法部和中国证券监督管理委员会发布了《关于从事证券法律业务律师及律师事务所资格确认的暂行规定》（现已失效），对律师及律师事务所参与证券法律业务进行了资格限定。2002 年 12 月，司法部和中国证券监督管理委员会发布了《关于取消律师及律师事务所从事证券法律业务资格审批的通告》，取消了律师及律师事务所参与公益法律服务的资格限制。2007 年，中国证券监督管理委员会和司法部在《律师事务所从事证券法律业务管理办法》中对律师及律师事务所从事证券法律服务业务的资格作了“建议性”规定。

根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 8 条之规定，鼓励具备下列条件的律师事务所从事证券法律业务：①内部管理规范，风险控制制度健全，执业水准高，社会信誉良好；②有 20 名以上执业律师，其中 5 名以上曾从事过证券法律业务；③已经办理有效的执业责任保险；④最近 2 年未因违法执业行为受到行政处罚。

根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第 9 条之规定，鼓励具备下列条件之一，并且最近 2 年未因违法执业行为受到行政处罚的律师从事证券法律业务：①最近 3 年从事过证券法律业务；②最近 3 年连续执业，且拟与其共同承办业务的律师最近 3 年从事过证券法律业务；③最近 3 年连续从事证券法律领域的教学、研究工作，或者接受过证券法律业务的行业培训。

---

〔1〕 参见张守鑫、李政辉：“论证券律师的职能定位——以美国为范例”，载《法治研究》2012 年第 4 期。

〔2〕 参见郭雳：“中国证券律师业的职责与前景”，载《证券法苑》2012 年第 2 期。

第二节 律师证券法律服务的规范

一、律师证券法律服务的基本原则

根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》《律师从事证券法律业务规范（试行）》的规定，律师证券法律服务中应该遵循如下基本原则：

律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务，应当遵守法律、行政法规及相关规定，遵循诚实、守信、独立、勤勉、尽责的原则，恪守律师职业道德和执业纪律，严格履行法定职责，保证其所出具文件的真实性、准确性、完整性。律师事务所应当建立健全风险控制制度，加强对律师从事证券法律业务的管理，提高律师证券法律业务水平。

二、律师证券法律服务的具体规则

根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》《律师从事证券法律业务规范（试行）》的规定，律师证券法律服务中应该遵循如下具体规则：

律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务，应当按照依法制定的业务规则，勤勉尽责，审慎履行核查和验证义务。律师进行核查和验证，可以采用面谈、书面审查、实地调查、查询和函证、计算、复核等方法。

律师事务所及其指派的律师从事证券法律业务，应当依法对所依据的文件资料内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证；在进行核查和验证前，应当编制核查和验证计划，明确需要核查和验证的事项，并根据业务的进展情况，对其予以适当调整。

律师在出具法律意见时，对与法律相关的业务事项应当履行法律专业人士特别的注意义务，对其他业务事项履行普通人一般的注意义务，其制作、出具的文件不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

律师进行核查和验证，需要会计师事务所、资产评估机构等证券服务机构作出判断的，应当直接委托或者要求委托人委托会计师事务所、资产评估机构等证券服务机构出具意见。

律师在从事证券法律业务时，委托人应当向其提供真实、完整的有关材料，不得拒绝、隐匿、谎报。律师发现委托人提供的材料有虚假记载、误导性陈述、重大遗漏，或者委托人有重大违法行为的，应当要求委托人纠正、补充；委托人拒不纠正、补充的，律师可以拒绝继续接受委托，同时应当按照规定向有关方面履行报告义务。

律师应当归类整理核查和验证中形成的工作记录和获取的材料，并对法律意见书等文件中各具体意见所依据的事实、国家相关规定以及律师的分析判断作出说明，形成记录清晰的工作底稿。工作底稿由出具法律意见的律师事务所保存，保存期限不得

少于 7 年；中国证监会对保存期限另有规定的，从其规定。

第三节　律师证券法律服务的监督

一、证券监督管理制度概述

证券监督是指证券监督管理部门根据《证券法》对证券发行和交易实施的监督管理。证券监督管理的目的是确保证券市场公正、透明、有序地运行，保护投资者的利益。我国证券监管的主要内容是对上市公司、证券公司、会计师事务所、律师事务所、资产评估事务所等中介机构以及对特殊交易进行的监管。[1] 根据《证券法》第 7 条之规定，国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构，按照授权履行监督管理职责。

（一）证券监督管理机构的职责

根据《证券法》第 168 条之规定，国务院证券监督管理机构依法对证券市场实行监督管理，维护证券市场公开、公平、公正，防范系统性风险，维护投资者合法权益，促进证券市场健康发展。根据《证券法》第 169 条之规定，国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行下列职责：①依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法进行审批、核准、注册、办理备案；②依法对证券的发行、上市、交易、登记、存管、结算等行为，进行监督管理；③依法对证券发行人、证券公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构的证券业务活动，进行监督管理；④依法制定从事证券业务人员的行为准则，并监督实施；⑤依法监督检查证券发行、上市、交易的信息披露；⑥依法对证券业协会的自律管理活动进行指导和监督；⑦依法监测并防范、处置证券市场风险；⑧依法开展投资者教育；⑨依法对证券违法行为进行查处；⑩法律、行政法规规定的其他职责。

（二）证券监督管理机构的措施

根据《证券法》第 170 条之规定，国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：①对证券发行人、证券公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构进行现场检查；②进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；③询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；或者要求其按照指定的方式报送与被调查事件有关的文件和资料；④查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等文件和资料；⑤查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存、扣押；⑥查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户以及其他具有支付、托管、结算等功能的账户信息，可以对有关文件和资料进行复制；对有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重

[1] 参见郝胜林主编：《经济法》，清华大学出版社 2012 年版，第 277 页。

要证据的，经国务院证券监督管理机构主要负责人或者其授权的其他负责人批准，可以冻结或者查封，期限为 6 个月；因特殊原因需要延长的，每次延长期限不得超过 3 个月，冻结、查封期限最长不得超过 2 年；⑦在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经国务院证券监督管理机构主要负责人或者其授权的其他负责人批准，可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过 3 个月；案情复杂的，可以延长 3 个月；⑧通知出境入境管理机关依法阻止涉嫌违法人员、涉嫌违法单位的主管人员和其他直接责任人员出境。为规范证券市场风险，维护市场秩序，国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施。

国务院证券监督管理机构依法履行职责，被检查、调查的单位和个人应当配合，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。国务院证券监督管理机构依法履行职责，发现证券违法行为涉嫌犯罪的，应当将案件移送司法机关处理；发现公职人员涉嫌职务违法或者职务犯罪的，应当依法移送监察机关处理。

二、证券监督管理机构对律师的监督

根据《证券法》第 213 条第 2 款、第 3 款之规定，会计事务所、律师事务所以及从事资产评估、资信评级、财务顾问、信息技术系统服务的机构，从事证券服务业务未报备案的，责令改正，可以处 20 万元以下的罚款。证券服务机构未勤勉尽责，所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收业务收入，并处以业务收入 1 倍以上 10 倍以下的罚款；没有业务收入或者业务收不足 50 万元的，处以 50 万元以上 500 万元以下的罚款；情节严重的，并处暂停或者禁止从事证券服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以 20 万元以上 200 万元以下的罚款。由此可知，律师及律师事务所在从事证券法律服务业务过程中，如果出现了《证券法》第 213 条规定的情形，是要受到证券监督管理机构的处罚的。

有学者专门对中国证监会成立以来（自 1993 年至今）针对证券律师的所有 19 起行政处罚案件进行了实证研究，[1] 分析其变化的脉络，并对主要的争议点进行了总结，描述了这 19 起行政处罚的基本情况，如表 26-1 所示。[2]

表 26-1　中国证券律师行政处罚的基本情况（1993~2017）

1. 处罚书总数	19 件
2. 年度分布	1993~2000 年，共 10 件； 2001~2012 年，共 0 件； 2013~2017 年，共 9 件
3. 证券业务领域	18 件主要涉及股票首次公开发行，另外 1 件主要涉及重大资产重组

〔1〕 需要注意的是：目前在我国法定的律师类别中，尚不存在以业务类型为基础进行划分，即诸如证券律师、税务律师等一般存在于学术讨论或实践中作为一种代称。

〔2〕 参见程金华、叶乔：“中国证券律师行政处罚研究——以‘勤勉尽责’为核心”，载《证券法苑》2017 年第 5 期。

续表

4. 同案中介被处罚	所有 19 件案件同案的券商、会计师均被处罚
5. 处罚律师事务所	共 16 家律师事务所被处罚，包括中银律师事务所（3 次）、大成律师事务所（2 次）、浙江省经济律师事务所、四川省经济律师事务所、北京市国方律师事务所、中维律师事务所、沈阳市第四律师事务所、万邦律师事务所、北京市星河律师事务所、四川天澄门律师事务所、湖南博鳌律师事务所、北京君泽君律师事务所、北京竞天公诚律师事务所、北京天元律师事务所、广东君信律师事务所、北京市东易律师事务所
（1）警告	7 所次
（2）责令改正	3 所次
（3）没收违法所得	16 所次，没收所得总金额 1910 万元，平均每笔 119. 4 万元，单笔最高 750 万元，单笔最低 10 万元
（4）暂停证券从业资格	4 所次，最长 36 个月，最短 2 两个月，平均 21. 5 个月
6. 处罚律师个人	共 39 位律师被处罚
（1）警告	31 人次
（2）罚款	27 人次，罚款总金额 209 万元，人均 7. 74 万元
（3）暂停证券从业资格	5 人次，最长 36 个月，最短 12 个月，人均 19. 2 个月
（4）撤销证券从业资格	3 人次

有学者专门对处罚决定书中具体的理由进行了研究，发现基本都会出现“律师事务所及其承办律师未勤勉尽责”的表述，但勤勉尽责的内涵如何界定，一直没有明确。从证券监督管理机构的角度看，律师事务所及其律师未勤勉尽责主要表现在以下几个方面：①未依照规定编制检查和验证计划；②未合理运用查验方法，查验程序履行不完整；③未充分履行特别注意义务；④未充分履行一般注意义务；⑤法律意见书存在实质瑕疵；⑥法律意见书存在形式瑕疵；⑦未有效实施质量控制程序。〔1〕

对于证券监督管理机构对律师的监督，有的学者认为，中国证监会对“勤勉尽责”以及相关问题的认真阐释，呈现证券律师处罚的“准司法化”趋势，是值得高度肯定的制度发展，是中国证券市场走向依法治理的重大进步。但证监会在有一些案件中的行政处罚举措及其所依赖的归责逻辑存在争议，其合理性有待考察。〔2〕有学者认为，

〔1〕 参见王倩：“证券律师勤勉尽责之实务分析——基于我国证券律师违法违规案例的思考”，载《证券法苑》2017 年第 3 期。

〔2〕 参见程金华、叶乔：“中国证券律师行政处罚研究——以‘勤勉尽责’为核心”，载《证券法苑》2017 年第 5 期。

中国证监会对证券律师未“勤勉尽责”的认定依据本身存在很多不确定性，例如，《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第21条第2款规定：“法律意见不得使用‘基本符合’‘未发现’等含糊其辞。”其本意应该是为了防止律师不尽职、草率发表意见。然而要求律师对所有问题进行兜底，并不现实，也存在很大的问题。管理办法貌似严谨的“一刀切”处理过于简单化，反而会伤害法律意见的真实性和可信度，有可能误导投资者。从可操作性和科学的角度出发，不应机械地限定律师出具法律意见的用语，而应从实际出发，要求在律师工作报告中披露律师具体的核查过程，审查其是否在可能的情况下尽到了所有的核查义务。〔1〕

尽管目前证券监督管理机构对律师的监督机制还存在很多争议，其与司法行政机关、律师协会对律师的监督如何进行有效的衔接，还需要进一步探索。但是从律师职业本身来说，无论参与何种业务，守法、尽职、诚信〔2〕等基本的伦理底线是必须守住的，这是律师职业发展壮大的动力，也是律师安身立命的本钱。

【案例26-1】

北京市TY律师事务所未尽“勤勉义务”行政处罚案

【基本案情】北京市TY律师事务所（以下简称TY所）是AZ股份有限公司（以下简称AZ股份）与JH集团有限公司（以下简称JH集团）重大资产重组项目的法律服务机构，其中，SZK律师为该项目主管人员，LD律师为《法律意见》签字律师，YJ律师为《法律意见》签字律师。依据《证券法》的有关规定，中国证监会对TY所提供的法律服务违法违规行为进行了立案调查、审理，依法向当事人告知了作出行政处罚的事实、理由、依据及当事人依法享有的权利。当事人未提出陈述、申辩意见，也未要求听证。经查明，当事人存在以下违法事实：

一、TY所未按规定对JH集团银行存款进行查验

JH集团分别于2015年9月22日、9月23日在XY银行股份有限公司（以下简称XY银行）杭州分行购买1.5亿元半年期定期存款，购买当日以该定期存款为杭州YS贸易有限公司1.5亿元承兑汇票提供担保。2015年12月31日，JH集团上述3亿元定期存款处于质押状态。该3亿元定期存款占JH集团2015年期末合并报表披露资产总额的32.49%，占披露所有者权益的44.33%，系JH集团的主要资产。

TY所在为AZ股份与JH集团提供法律服务过程中，对JH集团上述3亿元定期存款既未查验存单原件，也未向开户银行进行书面查询、函证，其行为违反了《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》（以下简称《执业规则》）第24条关于“对银行存款的查验，律师应当查验银行出具的存款证明原件；不能提供委托查验期银行存款证明的，应当会同委托人（存款人）向委托人的开户银行进行书面查询、函证”的规定，导致未能发现该3亿元定期存款处于质押状态。

二、TY所未按规定将实地调查情况作成笔录

TY所对JH集团业务关联单位杭州HS金融服务外包有限公司（以下简称HS金融）等

〔1〕 参见郭雳：“证券律师的职责规范与业务拓展”，载《证券市场导报》2011年第4期。

〔2〕 参见李本森：“诚信乃律师天职之德”，载《中国律师》2014年第2期。

11家公司的走访，未按规定制作笔录。其行为违反了《执业规则》第15条关于“律师采用实地调查方式进行查验的，应当将实地调查情况作成笔录，由调查律师、被调查事项相关的自然人或者单位负责人签名”的规定。

三、TY所未按规定对查验计划的落实情况进行评估和总结，查验计划未完全落实或不能实现查验目的，也未说明原因或者采取其他查验措施和方法

杭州HD自动化系统有限公司（以下简称杭州HD）、TA财产保险股份有限公司浙江省分公司（以下简称TA保险）在JH集团平台业务中的角色既是供应商，又是客户。TY所在走访杭州HD时，仅将其作为供应商进行现场调查；走访TA保险时，仅将其作为客户进行现场调查。

杭州YS科技有限公司总经理江A既是JH集团供应商杭州JC文化创意有限公司的法定代表人，又是JH集团供应商WF通科技有限公司的业务联系人，TY所走访人员在核查和访谈过程中均未发现并充分关注这一异常现象。

TY所上述行为违反了《执业规则》第9条“律师事务所及其指派的律师应当对查验计划的落实情况进行评估和总结，查验计划未完全落实的，应当说明原因或者采取其他查验措施”和第10条“在有关查验方法不能实现验证目的时，应当对相关情况进行评判，以确定是否采取替代的查验方法”的规定。

四、TY所出具的《法律意见》存在虚假记载及重大遗漏

TY所《法律意见》的结论性意见认为：“本次交易构成借壳上市，上市公司购买的交易对方持有的JH集团100%股权对应的经营实体为有限责任公司，且符合《首次公开发行股票并上市管理办法》规定的其他发行条件，本次交易符合《上市公司重大资产重组管理办法》《首次公开发行股票并上市管理办法》和相关规范性文件规定的原则及实质性条件。”而JH集团在本次重大资产重组过程中存在严重财务造假及虚假信息披露行为，不符合《上市公司重大资产重组管理办法》《首次公开发行股票并上市管理办法》规定的发行条件，《法律意见》存在虚假记载。

TY所在《法律意见》中未说明JH集团2015年12月31日3亿元银行定期存款处于质押状态，也未按要求对此发表意见；吴B曾于2014年4月前持有HS金融80%股权并担任法定代表人，于2014年2月起担任JH集团的副总裁，HS金融与JH集团构成关联关系，TY所会同证券公司进行关联方核查时，未关注到上述关联关系，《法律意见》未披露HS金融与JH集团之间2014年存在关联关系。综上，TY所《法律意见》存在重大遗漏。

经查明，TY所为AZ股份和JH集团重大资产重组事项担任专项法律顾问，合计收费为150万元。

【具体理由】中国证监会认为，TY所未勤勉尽责，出具的《法律意见》等文件存在虚假记载及重大遗漏，违反了《证券法》第20条第2款、第173条有关规定，构成《证券法》第223条、第226条第3款所述情形。SZK律师、LD律师、YJ律师是对上述行为直接负责的主管人员。

【结果】中国证监会决定：没收TY所业务收入150万元，并处以750万元罚款。对SZK律师、LD律师、YJ律师给予警告，并分别处以10万元罚款。

第二十七章

律师公益法律服务

导 语

关于律师公益法律服务的内涵，理论界与实务界尚未形成共识。本书认为，公益法律服务既不同于律师社会责任，也不同于法律援助，而是指法律专业人员主动给那些无法运用法律手段或没有能力支付费用的个人或非营利组织提供无偿的法律服务。本章将以律师公益法律服务为主要内容，重点阐述律师公益法律服务的具体特征、理论基础和实践经验，以助于厘清律师公益法律服务的内涵所在。

第一节 律师公益法律服务概述

一、公益法律服务的内涵

在中国，理论界与实务界对公益法律服务的关注是近几年的事情，对于公益法律服务的确切内涵，也未形成共识，主要有以下几种观点。

1. “专业行为说”。有人认为，公益法律服务是指“在不特定多数人的民事权利受到侵害时，法律专业人士为纠正这种广泛的违法侵权行为，代表在经济地位上处于弱势的受害一方，阐明规范、表达主张、争取权利的专业行为”[1]。这种观点还进一步指出，“公益”并不代表要无偿，而指的是多数人，“在一个相对的地域里成为公共利益”。强调无偿，或许会产生一定的道德效应，却可能使公益法律服务事业缺乏经济基础、缺乏优秀人才。从前述的内涵描述中可知，这种观点强调公益法律服务的对象是“不特定多数人，且在经济地位上处于弱势的受害人”，主体是“法律专业人士”，属性是“专业行为”。

2. “公共产品说”。有人认为，公益法律服务属于公益法范畴，而公益法的起源是“为弱者而战”。因此，公益法律服务是“以维护社会公共利益为宗旨，面向困难群众的非营利性法律服务，是有偿法律服务的重要补充”[2]。与此同时，该种观点还进一步将“公益法律服务”的原则定位为“政府主导”，“公益法律服务作为一项公共产品，也应当由政府来组织和提供”。此种观点除了强调公益法律服务的目的是“社会公共利

〔1〕 参见罗燕：“建设公益性法律服务体系之我见”，载《法治论坛》2009 年第 4 期。

〔2〕 参见赵文群：“关于制定公益法律服务条例的若干思考”，载《人民之声》2010 年第 8 期。

益”外，还强调公益法律服务的对象是“困难群众”，其属性是“非营利性”，而主导则是“政府”。

3.“公共利益说”。有人认为，界定“公益法律服务”必须先厘清“公益”的本质与内涵，而“公益”是社会利益与个人利益的结合，其核心内涵是“不确定多数人整体的而不是局部的利益”。因此，公益法律服务是指“法律专业人士为满足维护不特定多数人整体利益而提供的法律服务”〔1〕。这种观点注重强调公益法律服务的目的是“维护不特定多数人的整体利益”，主体是“法律专业人士”，属性是“法律服务”。

4.“法律服务说”。有研究者认为，公益法律服务是指“具备公益性的法律服务活动”，即指“法律专业人员接受法人、公益组织或者自然人委托，为其提供非营利性的法律服务”〔2〕。公益性是公益法律服务的首要衡量标准。所谓的“公益性”，指的是“社会公平和正义得到切实维护和实现”“法律被有效地遵守”“社会高效有序运转”。与此同时，该种观点也强调“非营利性”，所谓“非营利性”，并不是绝对的“无偿”，而是不收费或少收费。

此外，律师事务所作为律师执业的组织机构，在公益法律服务的开展过程中扮演着非常重要的角色。为了能够更好地反映实际情况，本书在此暂不做范围限定，而是站在律师事务所的角度对“律所公益”的概况进行梳理，换言之，展示律师事务所眼中的“公益法律服务”。对于中小型律师事务所而言，常见的“公益法律服务”包括以下几类：①无偿提供法律咨询，如北京市易行律师事务所自2005年成立以来，就一直开通了免费的法律咨询热线；②在一些特定的时间（如“12·4”“3·15”）开展法治宣传教育活动；③办理“法律援助”案件，这里主要是指律师事务所主动办理贫弱当事人的案件。对于大型律师事务所而言，常见的“公益法律服务”包括以下几类：①为慈善机构、公益组织等非营利性社会组织无偿提供法律服务；②积极参政议政，有效参与改进以弱势群体为主要受益群体的政策法律；③直接捐款或运用律师的个人影响力筹款并投入公益法律服务事业当中。

综上所述，理论界关于公益法律服务的内涵“众说纷纭”；而实务界对公益法律服务的探索“百花齐放”。我们也可以从中看出，关于“公益法律服务”，理论界与实务界已经出现了很大的分野，呈现了两种不一样的状态。从实务界来看，公益法律服务的实践在不同规模及不同类型的律师事务所中呈现出不一样的面貌，已经出现了明显的分化。这和国内外关于律师职业分化的研究结果是一致的。最早对中国律师职业分化进行系统研究的是美国学者伊桑·迈克逊（Ethan Michelson），他通过对中国律师职业进行实证研究，发现中国律师职业出现了“以律师与国家的关系”为基础的职业分化。〔3〕伊桑·迈克逊的研究结果和当时中国律师职业正在如火如荼地进行律师事务所改制有关，国办所开始慢慢向合作制、合伙制律师事务所转变。2007年由季卫东教授

〔1〕 参见高晓莹：“论公益法律服务”，载《法学杂志》2011年第7期。

〔2〕 参见王超莹、蔡俊敏：“公益法律服务体系构建”，载《中国司法》2009年第1期。

〔3〕 John P. Heinz, Edward O. Laumann, “The Legal Profession: Client Interests, Professional Roles, and Social Hierarchies”, *Michigan Law Review*, Vol. 76, Issue 7 (June 1978), pp. 1111~1142.

主持的一项实证研究结果表明，中国律师职业也出现了西方意义上的“两个半球”理论，而且是以客户和业务领域为划分基础的。[1] 同样的情况在英国律师职业中也同样存在，英国学者杰拉尔德·汉隆（Gerard Hanlon）通过对英国律师职业的实证研究发现，律师职业内部正在出现两极分化，这种两极分化现象主要是围绕律所规模、经营业务以及客户范围三个核心形成的。简化对这一情况的描述就是：大型律师事务所现在似乎正在金融法专门领域和一般领域为大型企业客户提供法律服务，而小一些的律师事务所则致力于一般的商法领域，以及较多地在其他法律领域为个人客户提供法律方面的服务。[2]

结合国内外理论研究成果与实践经验，本书认为，公益法律服务是指法律专业人员主动给那些无法运用法律手段或没有能力支付费用的个人或非营利组织提供无偿的法律服务。因此，只有主动提供法律咨询、案件代理、普法宣传等免费的、具有法律相关性的服务才属于公益法律服务的范畴，诸如捐资助学、设立奖助学金、慰问孤寡老人、接受政府法律援助指派等则不属于公益法律服务的范畴。只有为社会贫弱群体、非营利组织等缺乏必要诉讼手段且经济上处于弱势地位的群体提供无偿法律服务才属于公益法律服务的范畴，实践中，有一些律师事务所为自己的“付费客户”减免费用提供法律服务，则不属于公益法律部服务范畴。为了能够进一步厘清公益法律服务的内涵，本书认为，公益法律服务必须具有伦理性、自觉性、无偿性、专业性四个特征：

（一）伦理性

根据韦氏词典（merriam-webster dictionary）的定义，广义上的“伦理”（ethics）一词是指“处理什么是好的，什么是坏的，一种道德责任或义务”，或者“一套道德原则；一种道德价值的理论或体系”。按照崔西亚·德菲利普斯（tricia deFilipps）的观点，就公益法律服务本身而言，其应当是一种伦理行为。关于伦理行为的实际运用一般涉及三个理论：①美德伦理学（virtue ethics）主要关注个人品德以及如何保持善良的性格及其导致的伦理行为。②道义论（deontology）要求个体去遵守一个曾经被普遍接受的标准或规则。③结果主义或功利主义（utilitarianism）把伦理行为定义为能够给最大多数带来最大效益的行为。不管伦理学的众多理论是如何论证律师具有参与公益法律服务的伦理责任这一问题的，但其结果是一致的：参与公益法律服务是“好的”“正确的”“道德的”事情。[3]

若从广泛意义上来理解，公益法律服务也是公共服务的一种。在中国律师职业发展初期，公共服务是律师的职业责任。因此，从这个意义上也可以说，公益法律服务存在于中国律师职业的传统中，属于职业伦理的内容之一，它是律师职业可持续发展所必需的，而不是由律师群体的“偏好”所决定的。对于公益法律服务这一职业责任，不能简单地理解为是律师作为普通人时所表现出来的慈悲心、怜悯心等情感共鸣，而

---

〔1〕 参见刘思达：《割据的逻辑：中国法律服务市场的生态分析》，上海三联书店 2011 年版，第 27~28 页。

〔2〕 参见［英］杰拉尔德·汉隆：《律师、国家与市场：职业主义再探》，程朝阳译，北京大学出版社 2009 年版，第 151 页。

〔3〕 Tricia DeFilipps, “Attorney's Ethical Responsibility to Provide Pro Bono Legal Services to Those in Need”, *Buffalo Public Interest Law Journal*, Vol. 33, pp. 1~22.

应该把它理解为韦伯式的“天职”（calling）[1] 和涂尔干意义上的“职业伦理”[2]。在中国的传统观念中，虽然没有“天职”这一概念，但是“在其位谋其政”“分内之事”“天降大任”等醒世箴言所传达的精神实质却与“天职”是一致的。

从西方律师职业的发展历史来看，律师与医生、牧师等职业一样，历史悠久，具有神圣意味。医生解决人类身体的痛楚，牧师解决人类精神的困惑，而律师则调节人们之间的关系。因此，这三种职业的发展源流均具有极强的伦理性及利他性。在此背景下，牧师的天职是“救赎世人”，医生的天职是“救死扶伤”，律师的天职则是“热忱公益”。[3] 公益法律服务作为律师职业的基石，根植于律师职业的传统中，集中体现了律师职业的伦理性，它是每一位律师的职业责任。每一位试图进入律师系统的个人，都要接受这一职业伦理的约束，并努力维护这一职业伦理。

（二）自觉性

从心理学的角度看，自觉性（self-consciousness）是一种强烈的自我意识（self-awareness）。与自我意识不同的是，在一种哲学语境中，自我意识指的是意识到自己是一个行为个体，而自觉性则是过度地意识到自己的外貌或行为方式。在积极的环境中，自我意识可能会影响身份（identity）的发展，因为在高度的自我意识中，人们最接近于客观地了解自己[4]。心理学家经常区分私人和公共两种自觉性。私人自觉性（private self-consciousness）是一种反省和审视个人内在自我和感受的倾向。公共自觉性（public self-consciousness）是对他人眼中自我的一种认识，它会导致自我监督（self-monitoring）[5] 和社会焦虑（social anxiety）[6]。不同程度的自觉性导致不同的行为选择，因为人们“在人群中迷失自己”（lose themselves in a crowd）时采取不同的行为是很常见的。[7]

公益法律服务的自觉性与伦理性密切相关。从整体层面来看，它源于涂尔干所称的“集体良知”（conscience collective），它是群体成员共同的道德信念和道德情感的“总和”，是一般的认知、规范和信仰的共同结构，是通过个体意识来“实现”的，它

---

〔1〕“天职”含有一个宗教的概念“上帝安排的任务”，完成与地位相适应的责任和义务。职业的概念中包含了人们对日常活动的肯定评价，在构成近代资本主义精神乃至整个近代文化精神的诸基本要素中，以职业概念为基础的理性行为这一要素，正是从基督教禁欲主义中产生出来的。参见［德］马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，于晓、陈维纲等译，生活·读书·新知三联书店 1987 年版，第 142 页。

〔2〕涂尔干说：“企业家的义务与士兵的义务，士兵的义务与牧师的义务也迥然不同，如此等等在这样的联系中，我们可以说有多少种不同的天职，就有多少种道德形式，从理论上说，每个人都只能履行一种天职，于是，这些不同的道德形式便完全适合于个人所组成的不同群体。”参见［法］涂尔干：《职业伦理与公民道德》，渠东、付德根译，上海人民出版社 2006 年版，第 6 页。

〔3〕参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 240 页。

〔4〕John D. Baldwin，“Habit，Emotion，and Self-Conscious Action”，*Sociological Perspectives*，Vol. 31，No. 1（1988），pp. 35~57.

〔5〕自我监督是指个人主动地调整自己的行为、动机和冲动，以实现预期的目的或使自己的行为符合社会行为规范的要求。

〔6〕社会焦虑是指个人对任何社交或公开场合感到强烈恐惧或忧虑。

〔7〕Jessica L. Tracy，Richard W. Robins，“Putting the Self into Self-Conscious Emotions：A Theoretical Model”，*Psychological Inquiry*，Vol. 15，No. 2（2004），pp. 103~125.

具有约束作用，可以进入个人人格的核心之中。[1] 公益法律服务是律师职业“集体良知”的组成部分，其自觉性是一种职业自觉性，它融合了私人自觉性与公共自觉性。[2] 公益法律服务要求律师主动作出行为选择，激发律师的自我意识。在这个过程中，这种自觉性促使律师主动调整个人的行为方式，以使自己的行为符合职业群体的期待，符合社会行为规范的要求。从“集体良知”的“实现”来看，只有主动的无偿法律服务才体现职业自觉性，才是符合公益法律服务特征的。

（三）无偿性

所谓的无偿性，从字面上来理解就是不收取费用，提供免费的法律服务，这是公益法律服务最理想的状态。公益法律服务的对象主要就是无法运用法律手段和没有能力支付费用的弱势群体或非营利性组织，对于他们来说，面对法律问题时，如果问题比较复杂或者对方当事人比较强势，那么他们是很难应对的。如果再让他们花钱去委托律师来办理，他们大多会选择拒绝。最后的结果就是有的可能选择沉默，放弃自己的权利；有的则选择采取极端的方式来解决，不但合法权益得不到保护，还触犯了法律。因此，强调公益法律服务的无偿性十分重要。另外需要说明的是，这里的无偿性主要存在于公益服务提供者与服务对象之间，换言之，公益法律服务提供者与服务对象之间并不存在“你给我钱，我给你正义”这样的“消费关系”。当然也不排除公益法律服务提供者通过其他渠道与方式获得经济补偿，例如，实践中，一些律师事务所成立公益基金，接受社会捐赠，为公益法律服务筹措资金；一些律师或公益法律服务机构通过申请“中央专项彩票公益金法律援助项目”[3]，获得一定的经济补偿。

在中国律师职业发展初期，律师属于国家公务员，身处科层体制，行政色彩明显；随着“脱钩改制”的深入，律师开始受市场自我调节，去行政化，走向“商业化”，国内有学者提出了“法律商业主义”[4]。正如涂尔干所言：“经济生活的这种非道德性也是公共的危险……大量个体的生活都已经被纳入到工业和商业领域。所以说，那些处于这种境况中的人对道德只有微乎其微的印象，他们绝大部分的生活都远离了道德的影响。”[5] 前文提到，美国法律界和法学界曾掀起了有关“职业主义危机”（professionalism crisis）的大讨论，普遍认为，“商业主义”（commercialism）是罪魁祸首。[6] 用罗斯科·庞德（roscoe pound）的话来说，今天的律师职业已经不再是“一种以公共

---

〔1〕 参见［美］T. 帕森斯：《社会行动的结构》，张明德、夏遇南、彭刚译，译林出版社 2003 年版，第 375～376 页。

〔2〕 Vered Kraus, E. O. bSchild, Robert W. Hodge, “Occupational Prestige in the Collective Conscience”, *Social Forces*, Vol. 56, Issue 3 (1977～1978), pp. 900～918.

〔3〕 “中央专项彩票公益金法律援助项目”是经国务院批准，由司法部和财政部从中央集中彩票公益金中安排法律援助项目，用于资助开展针对农民工、残疾人、老年人、妇女权益保障和未成年人的法律援助。参见赵海鸥：“司法部部署中央专项彩票公益金法律援助项目实施工作”，载《中国司法》2010 年第 5 期。

〔4〕 “法律商业主义”的基本思想是把法律人向委托人提供法律服务的活动理解为商业活动，把法律服务供给和消费的领域界定为法律市场，其基本观念包括经济人假设、法律市场观念、自由竞争观念、企业化经营观念。参见黄文艺、宋湘琦：“法律商业主义解析”，载《法商研究》2014 年第 1 期。

〔5〕 参见［法］涂尔干：《职业伦理与公民道德》，渠东、付德根译，上海人民出版社 2006 年版，第 10 页。

〔6〕 Stanley Fish, “Anti-Professionalism”, *Cardozo Law Review*, Vol. 7, Issue 3 (1986), pp. 645～678.

服务（public service）精神作为共同天职（common calling）的有学问的艺术（learned art）”[1]。公益法律服务具有无偿性的特征，正是作为法律商业主义的平衡轮，是对商业主义的“对冲”，让法律服务避免经济活动化，让法律专业人回归公共服务精神的传统。

（四）专业性

公益法律服务的专业性与律师的职业属性密切相关。尽管目前理论界对于律师的职业属性存在“二性说”[2]“三性说”[3]“四性说”[4]“五性说”[5]等观点，但是对于律师的专业性却达成了共识。一般认为，律师职业的专业性是指律师的执业活动是依靠专门的知识和技能进行的。[6]公益法律服务的专业性正是律师职业专业性的自然延伸和体现。公益法律服务不同于一般的社会责任，它承载了律师职业的“理性价值”，也最能体现律师行业的职业传统与精神。从西方关于“公益法律服务”的最初定义来看，公益法律服务指的是无偿自愿承担专业性工作（for professional work undertaken voluntarily and without payment）。因此，专业性是其原初特征，具体来说，就是与法律相关。

从公益法律服务的发展来看，早期的公益法律服务主要是指为穷人和弱势群体直接提供法律服务。时代在变迁，律师职业在发生变化，出现了“两个半球”，非诉讼类律师的数量不断增加，与传统诉讼律师形成并驾齐驱之势。此外，社会的法律服务需求也在发生变化，慈善团体、为公民服务的非营利性组织也成为法律服务的需求者；法学教育也在发生变化，法律诊所、实践教学的引入，急需经验丰富的律师“反哺”法学教育。为了适应这一系列的变化，公益法律服务既要保持传统的诉讼类专业服务，也要允许非诉讼类专业服务存在。例如，非诉讼类律师免费为慈善团体起草章程、进行法律风险培训、为法学院的学生讲授课程等，也可以纳入公益法律服务的范畴。

为社会公众的权利提供有效的保障，应该是世界上所有法律体制的重要目标之一。一旦公民权利体系崩溃，很容易引发政治危机、社会动荡，使那些权利得不到救济的贫弱群体陷入痛苦的深渊。因此，法律制度应该努力避免这种现象的出现，这也是人类良知的应有之意，也是人类文明永续发展的必然要求。我们都知道，“求助于法律是诉诸暴力的替代物；如果取消人们借助法律保护自己重要利益的机会，那么他们就会

---

〔1〕 Justin A. Stanley, “Professionalism and Commercialism”, *Montana Law Review*, Vol. 50, Issue 1 (1989), pp. 1~12.

〔2〕 “律师职业二性说”认为，律师具有阶级属性和职业属性，其中职业属性包括独立性、社会性、自主性、自律性、专业性。参见陈卫东主编：《中国律师学》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 20~25 页。

〔3〕 “律师职业三性说”认为，律师具有政治属性、社会属性和职业属性。参见张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 39~52 页。

〔4〕 “律师职业四性说”认为，律师具有专业性、有偿性、独立性和维权性四个方面。参见王进喜、陈宜主编：《律师职业行为规则概论》，国家行政学院出版社 2002 年版，第 2~7 页。

〔5〕 “律师职业五性说”认为，律师具有法定性、社会性、专业性和专门性、独立性。参见司莉：《律师职业属性论》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 129~167 页。

〔6〕 参见陈宜、王进喜主编：《律师公证制度与实务》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 19 页。

诉诸暴力——而且这么做是合理的”[1]。在一个高度法治化的社会，对个人尊严、自由的保护要求确保法律的可接近性，就是所谓的“接近正义”。[2] 公益法律服务契合了“接近正义”浪潮，它满足了“法律面前人人平等”这一形式平等的要求，它有助于公民具体权利的维护与实现，使形式平等实质化。公益法律服务并非无源之水，它根植于律师职业的传统中，不仅体现了“社会福利思想”，也是“职业主义理论与法律职业伦理适应社会变革”的必然要求。[3]

二、公益法律服务不同于律师社会责任

在中国各级律师协会的官方文件表述中，很少出现“公益法律服务”，而是以“律师社会责任”代之。实践中，很多律师把“公益法律服务”与“律师社会责任”等同。各级律师协会也开始陆续发布各地律师行业社会责任报告。[4] 事实上，公益法律服务与律师社会责任是不同的，不仅在语义表述上，在实质内涵上也是存在差别的。

作为管理学研究的一个领域，“社会责任”（social responsibility）大概出现于20世纪50年代的美国，其理论主要建立在“商业负有社会义务”这一假定基础上，关于驱动社会责任话语的理念其实是如何在企业中培养公共道德的一种尝试，社会责任就此成为商学院的重要教学内容。[5] 20世纪80年代，“社会责任”这个词成为商业世界的“热点词汇”（buzz word）。然而，令人遗憾的是，尽管越来越多的企业高管和教育工作者谈论企业的社会责任，但他们却很少确切地知道“社会责任是什么”。[6] 随后一段时间，经过学者的努力，“企业社会责任”（corporate social responsibility）逐渐成为社会责任研究的重心，其性质也逐渐从一种责任（“为做好事而做好事”）向一种企业战略（“为了做得更好而行善”）转变。[7] 在“ISO26000”，社会责任被定义为“是指组织通过透明和合乎道德的行为为其决策和活动对社会和环境的影响而担当的责

---

〔1〕 参见［美］戴维·鲁本：《律师与正义——一个伦理学研究》，戴锐译，中国政法大学出版社2010年版，第244页。

〔2〕 参见［美］德博拉·L. 罗德：《为了司法正义：法律职业改革》，张群、温珍奎、丁见民译，中国政法大学出版社2009年版，第87页。

〔3〕 参见刘东华：“公益法律援助的职业理性——对话丹宁勋爵对法律援助的诟病”，载《时代法学》2013年第3期。

〔4〕 例如，2011年上海市律师协会发布《上海律师社会责任报告》；2013年，陕西省律师协会发布《陕西律师2009~2012年社会责任报告》；2015年济南市律师协会发布《济南律师行业发展和社会责任报告》；2017年合肥市律师协会发布《合肥律师行业社会责任报告（2016年）》。

〔5〕 Douglas M. Branson, “Corporate Social Responsibility Redux”, *Tulane Law Review*, Vol. 76, Issue 5~6 (2002), pp. 1207~1226.

〔6〕 James J. Brummer, “In Defense of Social Responsibility”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 2, No. 2 (1983), pp. 111~122.

〔7〕 参见［澳］苏哈布拉塔·博比·班纳吉：《企业社会责任：经典观点与理念的冲突》，柳学永、叶素贞译，经济管理出版社2014年版，第9~10页。

任”[1]。

“律师社会责任”（lawyer social responsibility）这一概念的提出，来源于“社会责任”基本理论。关于“律师社会责任”的内涵，目前并未形成权威且一致的意见，理论界与实务界均存在一定的争议。按照学者总结的观点，“律师社会责任是指律师在追求自身利益之外满足社会公众的期望或实现社会整体的公共利益而承担的法律上的、伦理上的或道义上的义务[2]”，律师社会责任是一种特殊的社会责任。根据目前各级律师协会发布的“律师社会责任报告”，律师履行社会责任的方式大致包括法律援助、法律咨询、参与普法、公益诉讼、公益上书、捐资助学、慈善捐款等多个方面。美国学者威廉·瓦恩斯（William A. Wines）认为，法学教育的爆炸式扩张，律师行业越发走向所谓的“商业化发展”，很多律师只关注“经济效益”，而忽视“社会效益”，已经忘记了公益法律服务这一职业责任。既然如此，律师也应该遵守“企业社会责任”，因为这是商业发展的根基。[3]

对此，有学者提出了不同的观点。有的学者提出，“法律人的社会责任必须具体化为法律人特有的职业责任”，因为社会的发展正是各个领域合力发展的结果，突出职业责任，既是对职业化发展规律的尊重，也是对职业价值的肯定。[4] 有的学者认为，用社会责任取代公益法律服务，存在很多不确定性问题，如标准太低、范围过宽、缺乏限定条件等。此外，“将一些‘公益’之外的方式也纳入社会责任范围”，导致律师的社会责任相对比升高，但是公益法律服务的绝对比却没有变，贫弱群体的法律服务需求并未得到实际解决。应该从服务对象、解决的问题等方面加以限制，为了提升职业形象，必须提升律师公益法律服务。[5] 本书赞同前述学者的观点，单纯讲“律师社会责任”，难以精准体现律师的职业价值与职业精神，且有将律师“商人化”的倾向。根据“公益法律服务”的最初内涵——“自愿提供无偿的专业性服务”，为了使本书的研究更具针对性，本书将研究对象限定在“公益法律服务”，而不是“律师社会责任”。

三、公益法律服务不同于法律援助

在中国法语境下讨论公益法律服务的概念，还必须和一个概念结合起来，即“法律援助”（legal aid）。公益法律服务在我国发展比较晚，从制度主义的角度看，中国公益法律服务实际上也脱胎于中国法律援助制度的发展，这一点在下文将会详细阐述。然而，这并不意味着公益法律服务就是法律援助，二者有明显的区别。

---

〔1〕“ISO26000”是由国际标准化组织（International Organization for Standardization，ISO）发布的。社会责任具体特征包括：这些行为：①致力于可持续发展，包括社会成员的健康和社会的福祉；②考虑了利益相关方的期望；③符合适用的法律，并与国际行为规范一致；④被融入整个组织并在组织关系中实施。参见李雪平：“企业社会责任国际标准的性质和效力——兼议 ISO26000 制定中的法律问题”，载《环球法律评论》2007 年第 4 期。

〔2〕参见刘晓兵：《律师社会责任评价体系研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 11 页。

〔3〕William A. Wines，“Lawyer Proliferation and the Social Responsibility Model”，*Journal of Legal Education*，Vol. 39，Issue 2（1989），pp. 231~238.

〔4〕参见徐芳宁：“法律人的社会责任——从公益法律诊所的设立谈起”，载《环球法律评论》2005 年第 3 期。

〔5〕参见许身健：“提升律师公益法律服务”，载《检察日报》2013 年 3 月 13 日，第 7 版。

法律援助也是一项舶来品，中国现代意义上的法律援助制度也是在最近30年的时间里建立的。对于法律援助的概念，目前中国法律并未进行明确规定。一般认为，其有几个关键特征：①统筹机构是国家建立的；②申请条件是经济困难或特殊情况；③援助方式是全免费或半免费；④援助内容是法律服务。〔1〕就法律援助的属性而言，中国《法律援助条例》将其界定为“国家责任，律师义务”，其载体是法律服务。中国著名公益律师佟丽华认为，严格来说，法律援助是律师的一种收费服务。这种收费服务与一般来自企业或个人的收费服务相比，它的付费主体是政府，付费标准低于市场标准。

目前《法律援助条例》与《律师法》关于法律援助属性的相关条款存在很多模糊和现实困境。〔2〕法律援助提供的内容是法律服务，那么其必须考虑法律服务本身的特点：一方面，法律服务是一种专业性、技能性的服务，由法律专业人士提供，它不是一种国家权力；另一方面，平等获得法律服务是公民的一种权利，是“法律面前人人平等”的必然要求。〔3〕既然法律援助是国家责任，法律援助服务作为一种公共产品向符合条件的社会公众提供，那么是否意味着国家应该尊重法律服务本身的特点，支付一定的对价取得法律服务？从世界各国法律援助制度来看，法律援助主要采取的是政府购买服务的方式，中国通过法律和行政手段强制性要求律师应当提供无偿法律援助服务的做法，在世界范围内也是独有的。〔4〕从当前的社会需要来看，这样的做法具有一定的合理性，但是短期合理性并不能掩盖其背后的现实困境，诸如社会观念问题、财产资金问题、社会参与度问题等。〔5〕

中国公益法律服务虽脱胎于法律援助，但却不同于法律援助，它不会产生目前法律援助所面临的现实困境。一方面，公益法律服务强调的是律师职业的群体自愿利他行为，它是律师的一种职业责任，换言之，一个人一旦成为律师就必须遵守这样的职业责任，这是最基础的东西；另一方面，从长远来看，国家主导的法律援助服务作为一种公共产品，应该引入市场竞争机制，通过政府购买服务的方式进行。而职业主导的公益法律服务，作为律师职业精神和职业伦理的组成部分，更能体现律师的职业价值，可以通过律师的职业认同，持续发展，不断繁荣。

第二节　律师公益法律服务的基础

公益法律服务的兴起、发展以及其遭遇的困境，引发了不同学术领域研究者的广泛关注。他们从不同的研究进路出发，提出了关于公益法律服务的诸多理论视角。综观公益法律服务的研究成果，其理论视角主要有三种：一是结构功能主义视角；二是

〔1〕 参见宫晓冰主编：《中国法律援助立法研究》，中国方正出版社2001年版，第37页。

〔2〕 参见北京致诚农民工法律援助与研究中心：《律师志愿公益法律服务指南》，法律出版社2014年版，前言第3页。

〔3〕 参见宫晓冰主编：《中国法律援助立法研究》，中国方正出版社2001年版，第20~21页。

〔4〕 参见桑宁：“论中国法律援助的创新与发展”，载《中国司法》2013年第10期。

〔5〕 参见贺海仁：“法律援助：政府责任与律师义务”，载《环球法律评论》2005年第6期。

市场控制视角；三是制度主义视角。

一、结构功能主义：公益法律服务是一种角色责任

社会学中的核心理论为理解法律职业的兴起、发展与变革提供了一个分析框架，其中结构功能主义（structural functionalism）是第一个用来研究“职业与社会秩序关系”的社会学理论。在结构功能主义的所有理论流派中，塔尔科特·帕森斯（talcott parsons）的理论主张一直处于核心地位。[1] 帕森斯的《社会行动的结构》（*The Structure of Social Action*）是一部影响了诸多社会学家的先驱作品，他的《社会系统》（*The Social System*）更是在前述理论基础上的进一步深入。在《社会行动的结构》一书中，帕森斯通过对涂尔干、韦伯等人的理论观点进行批判性阐述，提出了“行动的唯意志论”的观点，并建构了关于社会组织的功能理论。所谓的“唯意志论”，就是个体行动者（individual actors）的自我决策过程，而个体行动者之间又是相互作用的（interaction），可以将这种相互作用的过程看作是一个系统（system）。在“行动者—情境系统”（actor-situation system）中，“行动”是一种过程，对“个体行动者”能够产生激励作用。帕森斯认为，个体行动者的自我决策受到规范、价值观、理念以及各类情境条件的影响，最终会影响个体行动者选择实现目标的手段。[2]

在《社会系统》一书中，帕森斯更加广泛地考虑了个体行动者所处的情境条件，同时更加重视稳定社会系统中各种因素之间的互动。帕森斯认为，在研究社会系统时，首先应该明确社会系统的单位，从最基本的意义上说，这个单位就是“行动”（act）。只要“行动”是行动者和其他行动者之间互动过程的一部分，该行动就成为社会系统中的一个单位。然而，对于大多数社会系统的宏观分析而言，使用更高阶单位比行动更方便，帕森斯把这种高阶单位称为“地位—角色”（status-role）。个体行动者与一个或多个合作伙伴在互补角色（complementary role）中进行了大量的互动关系。因此，在行动模式化的互动关系中，每一位行动者的参与（participation）都是社会系统最重要的单位。这种参与又包括两个方面：①位置方面（positional aspect），即在社会系统中，相对于其他行动者，某个行动者“位于”（located）何处。这就是帕森斯所说的“地位”（status），在关系体系中也是一种结构，属于模式化系统的组成部分。②过程方面（processual aspect），即在对社会系统的功能性意义背景下，行动者在与他人的关系中所起的作用，这就是帕森斯所说的“角色”（role）。[3] 在帕森斯看来，“地位”与“角色”在本质上是有区别的，但在互动关系中又是密切相关的，当“角色”是社会对某个“地位”的行为期待时，那么，在社会系统中，这个角色一定承担着某种功能。

结构功能主义职业理论的一个重要基础是坚信如果职业能避免外部干预，它们会利用它们的专业技术为大众的普遍利益服务。“独立的”职业人员实际上追求的是客户

---

〔1〕 参见周怡：“社会结构：由‘形构’到‘解构’——结构功能主义、结构主义和后结构主义理论之走向”，载《社会学研究》2000 年第 3 期。

〔2〕 参见［美］乔纳森·H. 特纳：《社会学理论的结构》，邱泽奇、张茂元等译，华夏出版社 2006 年版，第 37 页。

〔3〕 Talcott Parsons, *The Social System*, New York: Free Press , 1951, p. 25.

利益而不是个人利益，并且把公共利益置于二者之上。[1] 帕森斯认为，律师是一群知识渊博的群体，他们在法律专长方面提供服务，是法律服务智力资源的阶层垄断者与控制者。尽管他们与其他行业有着某些共同的特点，例如，为客户提供服务以获取个人利益，但是即使这样，律师也不能被视为委托人或自利团体的仆人。[2] 因此，按照帕森斯的“地位—角色”理论，律师职业是律师之间以及律师与其他行动者之间互动形成的一个系统，它是“总体社会系统”的组成部分。个体行动者成为律师职业的一员，获得了它在社会系统中的“地位”，而“律师”这一“角色”又必须体现社会对他的行为期待，那么以大众普遍利益为基础的公益法律服务就应该是一种角色责任。从对社会系统的功能性意义的角度看，这也是律师对社会的功能。在过去的几十年里，这种社会学理论一直在为美国律师职业的行为提供指引，其结果就是，公益法律服务成为法律职业主义的核心特征。[3] 1986 年，美国律师协会发布了《公共服务精神：推动律师职业主义蓝皮书》，该报告再次指出法律职业不同于商业，其不是以追求利润为宗旨的，公共服务精神是法律职业的首要原则。[4]

虽然帕森斯式的功能主义理论能够很好确定公益法律服务在社会结构中的地位，但是其依然受到其他学者的批判与挑战。英国诺丁汉大学社会学教授朱莉娅·埃维茨（Julia Evetts）认为，帕森斯把资本主义经济、韦伯式理性社会法律秩序和现代职业放在一个相互联系的框架中去讨论，三者在脆弱的规范性社会秩序中相互平衡，保持稳定。帕森斯论证了职业权威和官僚机构二者是如何遵循相同原则的，即“积极行动、理性、伦理普遍主义和功能专门性”。然而，职业通过它们的学院组织（collegial organization）和共同身份（shared identity）证明了存在另外一种共享规范的途径。[5]

二、市场控制：公益法律服务是市场垄断的一种对价

19 世纪，梅因（Maine）、涂尔干、韦伯等思想家对工业文明的兴起进行了研究，他们认为，法律是他们研究过程中的一个主要因素。因此，他们对法律社会角色的认识作出了重大贡献。在所有的经典作家中，韦伯应该是对法律和法律生活最感兴趣的思想家。不管人们承认与否，我们从有关“法律与现代化”（law and modernization）的文章中可以发现作者们都大量地提到了韦伯的概念和理论，以及他对法律在资本主义崛起过程中所扮演角色的比较研究。韦伯关注的是政体、社会结构、经济、宗教和法律，以及特定社会的政治、社会、经济、宗教和法律结构。韦伯认为，这些维度及其相关结构必须分开研究，以便最好地理解它们在历史上的相互关系，使用这些方法可

---

〔1〕 参见［美］理查德·L. 埃贝尔：《美国律师》，张元元、张国峰译，中国政法大学出版社 2009 年版，第 43 页。

〔2〕 参见［英］帕特里克·贝尔特、［葡］菲利佩·卡雷拉·达席尔瓦：《二十世纪以来的社会理论》，瞿铁鹏译，商务印书馆 2014 年版，第 80~88 页。

〔3〕 Scott L. Cummngs, “The Politics of Pro Bono”, *UCLA Law Review*, Vol. 52, Issue 1 (October 2004), pp. 1~150.

〔4〕 Robert W. Gordon, “The Independence of Lawyers”, *Boston University Law Review*, Vol. 68, Issue 1 (January 1988), pp. 1~84.

〔5〕 Julia Evetts, “The Sociological Analysis of Professionalism Occupational Change in the Modern World”, *International Sociology*, vol. 18, Issue 2 (Jun 2003), pp. 395~415.

以解释历史上的特定事件（particular events）。[1] 韦伯试图解释的“事件”是现代工业资本主义（或“资产阶级”）出现在欧洲，而不是世界其他地区的原因，这一点在《新教伦理与资本主义精神》一书中得到了很好的体现。

在对“欧洲资本主义”这一特定事件进行解释的过程中，韦伯分析了导致西方理性崛起的各种因素，并考察了一些体现理性的结构，包括市场、官僚和职业（profession）。在此基础上，韦伯对职业以及职业化（professionalization）、官僚化（bureaucratization）和合理化（rationalization）之间的关系进行了深入研究。加尔文主义（calvinism）和它所产生的禁欲主义（asceticism），在西方理性的发展中起着至关重要的作用。韦伯认为，职业与加尔文主义的禁欲主义密切相关：禁欲主义明确而统一的目标是纪律和有条理的组织行为，它的典型代表是“职业人”（man of a vocation）或“专业人士”（professional），其独特的结果是社会关系的理性组织。[2] 韦伯进一步对职业的特征进行分析，他认为职业具有以下几个基本特征：①权力（power）；②学说，或一般的系统知识（Doctrine，or general systematic knowledge）；③理性培训（rational training）；④职业资格（vocational qualifications）。[3]

职业人士如何来继续维持自己的身份认同呢？对此，韦伯提出了著名的“社会封闭”（social closure）理论，要成为一个职业，就必须寻求社会封闭。韦伯认为，社会封闭发生在任何一种有关谋生的竞争中，这种竞争产生了对减少竞争感兴趣的群体。这些群体试图通过封闭他们定义为劣等或不合格的外部人的机会，来垄断优势并最大化他们的回报。[4] 因此，在韦伯“社会封闭”理论看来，职业和职业主义的概念并不能自然地对社会体制产生功能性（functionality），相反，一种职业的兴起，强化了市场控制（social control），并进一步确定了该职业群体的市场垄断地位。韦伯描述了一些封闭的排列组合方式：“对外部人而言，管制（regulation）和封闭的程度及方法可能是极为不同的，因此，从一种开放状态过渡到一种管制和封闭的状态是一个渐进的过程。各种参与条件都可能会被停止使用：资格考试、见习期、对占有在某种条件下可购买到的股份达到一定份额的要求、通过投票选出新成员、根据出生或者根据对所有人开放的依后天成就而获得成员资格或条件资格。”[5] 随后，韦伯的“社会封闭”理论开始主要用来解释法律专业人员在社会中的地位。

作为韦伯“社会封闭”理论的追随者，马加利·拉尔森（Magali Larsen）在其著作《职业主义的兴起：一种社会学分析》中开宗明义地指出：“我的意图是在这里考察我们所谓的职业是如何组织起来以获得市场力量的。我认为职业化是特殊服务的生产

---

〔1〕 David M. Trubek，“Max Weber on Law and the Rise of Capitalism”，*Wisconsin Law Review*，Vol. 1972，Issue 3（1972），pp. 720~753.

〔2〕 Debra Lyn Bassett，“Redefining the Public Profession”，*Rutgers Law Journal*，Vol. 36，Issue 3（Spring 2005），pp. 721~774.

〔3〕 George Ritzer，“Professionalization，Bureacuratization and Rationalization：The Views of Max Weber”，*Social Forces*，Vol. 53，Issue 4（1974~1975），pp. 627~634.

〔4〕 Kim A. Weeden，“Why Do Some Occupations Pay More than Others? Social Closure and Earnings Inequality in the United States”，*American Journal of Sociology*，Vol. 108，No. 1（2002），pp. 55~101.

〔5〕 Max Weber，*The Theory of Social and Economic Organization*，Glencoe：The Free Press，1992，p. 142.

者试图建立和控制专门知识市场的过程。因为市场化的专业知识是现代不平等社会结构的一个关键因素，职业化的出现也是作为一种特殊社会地位的集体主张，是一种集体的向上的社会流动过程。换言之，职业市场的构成开始于19世纪，开创了一种新的结构性不平等的形式：它不同于早期的贵族保护，也不同于基于财产和资本主义精神的社会不平等。"[1] 拉尔森的观点得到了很多理论学者的支持，理查德·埃贝尔（Richard Abel）通过对英国与美国律师职业的研究认为，职业人士为证明他们控制市场的合理性，主张他们是唯一有资格"在一个专门知识领域提供意见或服务"的。这种所谓"专属职权"（exclusive competence）的吹嘘来源于"许可成为正式会员……经过理论与实践训练后，必须通过专门的考试"。埃贝尔进一步认为，这种职业化基础也面临"垮台"的危险：首先，不但没有安抚社会公众的情绪，反而点燃了他们的怒火，社会公众对律师充满敌意，因为律师被视为只为自己工作的群体。其次，律师们并不是真正愿意去满足正在由他们创造的大众服务需求，尤其是在国家不提供补助的情况下，因为这类工作相对而言无利可图、没有趣味，而且把律师置于整个职业等级的底部。[2]

在市场控制理论看来，职业活动常常是受"职业利己主义"（professional self-interest）指导的。[3] 因此，以市场为导向的学者认为，公益法律服务是出于律师的"利己主义"或与其他职业的竞争。例如，丹尼尔斯（Stephen Daniels）和马丁（J. Martin）认为，大型律师事务所的公益法律服务工作常常带有一些战略性意义在里面，换言之，大型律师事务所的律师并不仅仅把公益法律服务理解成一种职业责任，还把它们与律师事务所的商业战略挂钩。这些公益法律服务常常成为律师事务所招募法学院精英学生和寻找好的客户的策略。[4] 丽贝卡·桑迪弗（Rebecca L. Sandefur）通过对美国20世纪90年代末公开的数据进行交叉截面（cross-sectional）分析，发现在律师收入较高的州，公益法律服务的水平也高，与此同时，该州律师职业面临非法职业者或其他职业的威胁也高。此外，对比功能主义的观点，桑迪弗发现没有任何证据证明美国进行的职业责任劝诫实际上增加了公益法律服务。正如桑迪弗所言："在律师行业内部或职业自我代表性讨论中，试图激活潜在价值或对公共服务的承诺或许只是一种重要的象征作用。因为，现有的证据并不支持它们作为鼓励律师提供服务的有效战略。"[5] 因此，桑迪弗从市场导向的视角来理解职业化和公益法律服务，认为，以律师自律或职业责任观念为基础的功能主义视角忽视了市场的影响。相反，市场控制理论为理解职

---

〔1〕 Richard L. Abel, "The Rise of Professionalism", *British Journal of Law and Society*, Vol. 6, Issue 1 (1979), pp. 82~98.

〔2〕 Richard L. Abel, "Toward a Political Economy of Lawyers", *Wisconsin Law Review*, Vol. 1981, Issue 5 (1981), pp. 1117~1188.

〔3〕 参见［美］理查德·L. 埃贝尔：《美国律师》，张元元、张国峰译，中国政法大学出版社2009年版，第56页。

〔4〕 Stephen Daniels, J. Martin, "Legal Services for the Poor: Access, Self-Interest, and Pro Bono", *Sociology of Crime Law and Deviance*, Vol. 12 (2009), pp. 145~166.

〔5〕 Rebecca L. Sandefur, "Lawyers' Pro Bono Service and American-Style Civil Legal Assistance", *Law & Society Review*, Vol. 41, Issue 1 (2007), pp. 79~112.

业与更广阔的经济市场之间的关系提供了一种更好的解释方式。然而，虽然这种理论视角可能使我们对律师公益法律服务的可变性有所了解，但是对于了解最近公益法律服务的兴起也不是一个令人满意的角度。

三、制度主义：公益法律服务是以个人为中心的一种制度

无论是功能主义视角，还是市场控制视角，都没有给学术界提供一个完善的理论框架来解释在法律职业组织内公益法律服务到底是如何运作的，个人与公益法律服务之间到底是如何联系的。[1] 在过去几十年里，新制度主义（new institutionalism）逐渐引起了法学家、社会学家的关注。美国学者彼得·霍尔（Peter Hall）和罗斯玛丽·泰勒（Rosemary Taylor）认为，新制度主义至少包括三种分析路径：①历史制度主义（historical institutionalism），把制度定义为嵌入在政治或政治经济的组织结构中的正式或非正式的程序（procedures）、惯例（routines）、规范（norms）与习俗（conventions），强调制度的“路径依赖”（path dependence）和“意外后果”（unintended consequences）；②理性选择制度主义（rational choice institutionalism），把“理性的人”（rational people）作为分析的起点，认为人都具有一定的偏好，而制度则是偏好最大化的工具；③社会学制度主义（sociological institutionalism），把制度放在一个更加广泛的范畴中去分析，主张制度不仅体现为正式的规则（rules）、程序（procedures）或规范（norms），还包括为指引人类行为提供“意义框架”（frames of meaning）的符号系统（symbol system）、认知脚本（cognitive scripts）和道德模板（moral templates），强调制度与文化之间的相互投射。[2] 因此，这种社会学的内在逻辑性激发了社会学家对社会学制度主义的发展与完善。

与其他传统理论不同，社会学制度主义强调文化对决策和形式结构的影响，它认为，组织及其组成人员被定格在一个价值观、规范、规则、信仰和理所当然的假设之中，这些假设至少部分是由他们自己制造的。这些文化元素决定了世界是怎样的以及应该是怎样的。因此，制度与行为的关系问题成为社会学制度主义的重要内容。在具体研究这一问题之前，也需要对制度的定义进行界定。一个具有启发意义的概念能够让研究者洞悉制度在产生、发展、变革等流变过程中的样态。因此，社会学家汤姆·伯恩斯（Tom Burns）认为，应以制度（institution）作为共同的规则与类型来确定社会行动者（social actors）的类别及其适当的活动或关系。[3] 在此基础上，伯恩斯认为，行动者既是社会规范的执行者，也是社会规范的形成者；单个行动者可以改变行动环

---

〔1〕 Robert Granfield, “Institutionalizing Public Service in Law School: Results on the Impact of Mandatory Pro Bono Programs”, *Buffalo Law Review*, Vol. 54, Issue 5 (April 2007), pp. 1355~1412.

〔2〕 Peter A. Hall, Rosemary C. R. Taylor, “Political Science and the Three New Institutionalisms”, *Political Science*, VoL. 44, Issue 5 (1996), pp. 936~957.

〔3〕 Stephen R. BarleyPamela S. Tolbert, “Institutionalization and Structuration: Studying the Links between Action and Institution”, *Organization Studies*, Vol 18, Issue 1 (1997), pp. 93~117.

境，并重建社会规范与社会制度。[1]

伯恩斯的“制度”概念与社会学家安东尼·吉登斯（Anthony Giddens）的“结构”（structure）概念有很多相似之处，但吉登斯强调了制度的规范性力量及其对行为（behaviour）的影响程度。[2] 吉登斯关于结构化（structuration）的研究是一种试图阐明以过程为导向（process-oriented）的理论，将结构（制度）视为人类行动（human action）的产物和约束。在功能主义（functionalism）和现象学（phenomenology）的原理下，吉登斯试图弥合确定性、客观和静态结构概念之间的鸿沟。按照吉登斯的理论，制度领域（institutional realm）代表了一个现有的规则和典型框架，这些规则和框架来源于行动累积和互动历史。制度秩序（institutional orders）由一般原则组成，这些原则构成了意义、支配和合法化的体系。相反，行动领域（realm of action）是指社会生活中不断流动的人、事物和事件的实际安排。制度领域与行动领域是密切相关的，二者处于一种互动状态中。制度被不断融入行动者自身的实践知识中，影响人们如何沟通、执行权力以及确定奖励和制裁行为的标准。[3] 社会学制度主义之所以重视个人与制度的关系，原因在于把“社会人”（social man）作为分析的起点，强调行为人的角色身份产生的引导作用。“社会人”不同于纯粹的“理性人”或“经济人”，它强调行为人与周围环境的关系，重视行为人的责任和义务，也考虑行为人的主观理解。[4] 制度与“角色”（roles）密切相关，制度赋予角色“行为规范”（norms of behaviour），行为人在社会化的过程中即内化了与角色有关的制度规范。制度并不是行为人个人偏好的产物，相反，行为人的个人偏好并不是既定的，制度可以影响和塑造行为人的态度、动机、行为方式等。

社会学制度主义还强调制度化（institutionalization）对个人产生的影响。在制度化的过程中，行为人既受到“规范性”指引作出行为选择，也要受到“规制性”指引的限制与约束。帕梅拉·托尔伯特（Pamela S. Tolbert）和林恩·朱克尔（Lynn G. Zucker）在其著作《制度理论的制度化》（*The Institutionalization of Institutional Theory*）中提出了一个制度化过程的多阶段模型，包括：创新（innovation）、习惯化（habitualization）、客观化（objectification）、沉淀（sedimentation）。其中，创新与习惯化是两个比较关键的阶段。在一个组织环境中，为了应对一个特定的组织问题或一系列问题，如各种政治、技术、市场力量等，而产生一种新的结构安排，这就是“创新”阶段。在组织中建立新的结构在很大程度上是一项独立的活动，由于组织决策者可能共享一个共同的知识和理念核心，使得创新具有可行性和吸引力，所以采纳一项特定创

---

〔1〕 W. Richard Scott，“The Adolescence of Institutional Theory”，*Administrative Science Quarterly*，Vol. 32，No. 4（1987），pp. 493~511.

〔2〕 Anthony Giddens，“Action，Subjectivity，and the Constitution of Meaning”，*Social Research*，vol. 53，no. 3（1986），pp. 529~545.

〔3〕 Stephen R. BarleyPamela S. Tolbert，“Institutionalization and Structuration：Studying the Links between Action and Institution”，*Organization Studies*，Vol 18，Issue 1（1997），pp. 93~117.

〔4〕 参见马雪松、周云逸：“社会学制度主义的发生路径、内在逻辑及意义评析”，载《南京师大学报（社会科学版）》2011年第3期。

新可能并且常常与其他组织的采纳过程密切相关这就是“习惯化”阶段。[1]

正是基于上述理论优势，使社会学制度主义已经被广泛用于法律职业与公益法律服务的研究。法律职业被放在一种制度化环境中来观察，它能够为正式组织、规章制度、规范、期待等结构性要素所解释。[2] 约翰·海因茨（John R. Heinz）和爱德华·劳曼（Edward O. Laumann）两位学者在《芝加哥律师：律师的社会结构》（*Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*）一书中发现了关于法律、公司和个人的“两个半球”（two hemispheres），律师在律师协会或其他职业机构中的教育背景、会员身份或行为活动造成了这些“半球”的不完整。他们进一步指出，这种“二异状态”（bifurcation）的负面结果是：最终出现了两种不同的司法体系，“隔离且不平等”（separate and unequal）。此外，他们还发现，职业的分割创造了律师与他们特定客户利益之间的利害关系。[3]

斯科特·卡明斯和德博拉·罗德通过对大型律师事务所公益法律服务制度化的实证研究，探讨了公益法律服务的发展现状。他们发现，越来越多的律师事务所通过专门人员来协调、监督以实现公益法律服务的职业化。这种制度性的基础服务作为对抗日益式微的职业精神的重要堡垒，也为那些计费工作机会不足的律师提供了便捷和制度上的合法性保障。[4] 莱斯利·莱文（Leslie C. Levin）则对个人和小型律师事务所的公益法律服务进行了检视。研究发现，个人和小型律师事务所的律师与大型律师事务所的律师有一个共同之处，即他们都把公益法律服务作为一种职业价值；不同之处是律师协会与国家政策对“两个半球”的律师事务所影响不一样，个人和小型律师事务所更加注重公益法律服务所产生的经济成本和负担。[5] 尽管前述学者的研究对象与研究结果有所差异，但是他们的研究成果都共同证明了公益法律服务并不单纯是内在的职业责任驱动的结果，也并不仅仅是因为市场垄断而不得已付出的代价，相反，公益法律服务的概念是受很多制度性因素和非制度性因素影响的，包括政治、工作场所、教育和文化等。

上述理论视角不仅揭示了影响公益法律服务发展的因素，也初步回答了一个重要问题——“为什么律师要承担公益法律服务责任?”美国学者德博拉·罗德也对前述问题进行了总结回答，她认为原因有三：①法律界垄断了基本法律服务的供应。律师有特殊的权利（special privileges），需要承担特殊的义务（special obligations）。②律师在

---

〔1〕 Pamela S. Tolber, Lynn G. Zucker, “The institutionalization of institutional theory [Electronic version]”, In S. Clegg, C. Hardy and W. Nord (Eds.), *Handbook of Organization Studies*, London: SAGE press 1996, pp. 175~190.

〔2〕 参见［美］约翰·迈耶、［美］布利安·罗恩：“制度化的组织：作为神话与仪式的正式结构”，载［美］沃尔特·W. 鲍威尔，［美］保罗·J. 迪马吉奥主编：《组织分析的新制度主义》，姚伟译，上海人民出版社 2008 年版，第 49 页。

〔3〕 Edward O. Laumann, John P. Heinz, “Specializition and Prestige in the Legal Profession: The Structure of Deference”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1977, Issue 1 (1977), pp. 155~216.

〔4〕 Scott L. Cummings, Deborah L. Rhode, “Managing Pro Bono: Doing Well by Doing Better”, *Fordham Law Review*, Vol. 78, Issue 5 (2010), pp. 2357~2442.

〔5〕 Leslie C. Levin, “Pro Bono Publico in a Parallel Universe: The Meaning of Pro Bono in Solo and Small Law Firms”, *Hofstra Law Review*, Vol. 37, Issue 3 (2009), pp. 699~736.

社会治理结构中的特殊作用（special role）。③公益法律服务对律师个人和集体都是有益的。[1]

第三节 律师公益法律服务的实践

2016年5月，四川省司法厅、四川省律师协会印发了《关于推动律师积极参与公益法律服务的意见》，这些意见不仅为律师参与公益法律服务提供了指引，也是律师参与公益法律实践经验的总结。在此对该意见的主要内容进行概述，从而为律师参与公益法律服务提供参考与借鉴。

一、律师参与公益法律服务的基本原则

1. 非营利性。公益法律服务要始终不能以营利为目的，不得利用公益法律服务谋取其他不正当的利益。

2. 全员参与。律师业既具有有偿性、竞争性的特点，也具有社会性的特征，每名律师都应当积极参与公益法律服务，尽社会责任。

3. 志愿服务。充分尊重律师业发展规律和特性，鼓励律师志愿参与公益法律服务，事务所可以根据自己的发展阶段和规模提供公益法律服务。

4. 便捷高效。公益法律服务要以服务群众、服务社会为出发点，制定便民措施，维护群众的基本权益。

二、律师参与公益法律服务的主要内容

1. 认真履行法律援助职责。律师和律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，维护困难群众合法利益。每名律师每年承办法律援助案件不少于2件。对司法行政机关和法律援助中心交办的法律援助案件，不得无故推诿，不得拖延，不得擅自终止或转交他人办理。

2. 广泛参与“法律七进”。认真贯彻《关于充分发挥律师在“法律七进”中有效作用的意见》，开展律师“代理一个案件，普及一次法律”行动，积极开展“以案说法”活动，每家律师事务所每年进机关、进单位开展法治宣传不少于4次；担任村（社区）法律顾问的律师每年到村（社区）开展法制宣传不少于2次；每家律师事务所为所在地中小学校讲授法制课不少于2场（次）；各市（州）司法行政部门和律师协会组织律师进园区、进重点企业每年不少于2次；每名律师每年义务开展法制宣传、法制讲座不少于2次。对司法行政机关组织开展的大型法治宣传活动，律师及律师事务所要积极踊跃参与，充分发挥法治宣传的主力军作用。

3. 积极参与人民调解。律师及律师事务所要积极参与诉调对接，配合法官和人民调解员做好调解工作，共同促使当事人以调解方式结案；要积极协助人民调解员参与

---

[1] Deborah L. Rhode, “The Pro Bono Responsibilities of Lawyers and Law Students”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 27, Issue 2 (2000), pp. 1201~1216.

化解重大矛盾纠纷；鼓励律师担任兼职调解员，直接参与人民调解。

4. 积极参与公益诉讼。鼓励和支持律师对侵犯国家利益和不特定他人利益的社会影响较大的行为或事件，包括重大公共卫生事件、消费者权益保护、重大环境污染等，提供法律服务。

5. 积极参与化解和代理涉法涉诉信访案件。律师及律师事务所要按照省委政法委《律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件实施办法（试行）》，积极参与化解和代理涉法涉诉信访案件，积极参与党委政府领导接访。

6. 积极参与政府公益项目建设。律师及律师事务所要积极为政府部门制定公共及公益性改革措施和决策、规划提供法律意见，为政府公益项目提供法律服务。

7. 积极参与四川同心·律师服务。按照《四川同心·律师服务团管理办法》的要求，律师及律师事务所要积极参与“同心·律师服务”，为对口援助地区提供法律帮扶。

8. 积极服务公益性民间组织。动员和组织律师为公益性民间组织提供法律服务，帮助公益性民间组织防范和化解法律风险。

三、律师参与公益法律服务的平台机制

1. 设立公益法律服务专门委员会。各级律师协会要成立律师公益法律服务专门委员会，负责统筹、协调、组织律师从事公益法律服务。

2. 组建律师事务所公益法律服务联盟。鼓励律师事务所设立公益法律服务事业部，专业从事公益法律服务。原则上，执业律师 50 人以上的律师事务所应当设立公益法律服务事业部。设立公益法律服务事业部的律师事务所在律师协会组织下，成立公益法律服务律所联盟。鼓励联盟成员制定涉及民生领域的法律服务优惠收费目录清单，对不符合法律援助条件但确实经济困难的群众减免诉讼代理费。

3. 培育专业化的公益性律师事务所。制定扶持农民工权益维护、妇女儿童权益维护、消费者权益维护、残疾人权益维护、老年人权益维护等领域的专业化公益性律师事务所发展的优惠政策，引导公益心强、专注民生民权法律服务的律师事务所向专业化的公益律师事务所转型。

4. 建立公益法律服务志愿者队伍。各地要组建公益法律服务律师志愿者队伍，根据需要组成医疗卫生、道路交通、劳动争议、经济纠纷、婚姻家庭、征地拆迁、环境保护、农村产权、普法讲师、调解专家等若干小组，定期深入学校、村社、园区、企业、工地和流动人口聚居区，开展免费法律咨询、法制宣传、纠纷调解等公益活动。公益法律服务志愿者每年开展公益法律服务时间不少于 50 小时。

5. 完善“12348”法律服务热线平台。推动建立覆盖城乡的“12348”法律服务热线，有条件的地区逐步将其升级为 24 小时值守的法律咨询平台，通过律师志愿服务、法律援助值班等方式，确保每天有 1 名以上律师值守。

6. 建立公益法律服务工作站。加强与工会、团委、妇联、残联、消协、环境保护组织等群团组织和社会团体的合作，在不具备建立专业化的公益性律师事务所的地区，依托大中型律师事务所公益法律服务事业部，设立相关公益法律服务工作站。

7. 开展公益法律服务理论研究。律师协会与高校、研究机构合作开展公益法律服务理论研究，为公益法律服务制度建立提供理论支持。

四、律师参与公益法律服务的保障机制

1. 设立服务基金。在各级律师协会年度经费开支预算中，按会费收入的 5%～10% 安排公益法律服务基金，用于公益法律服务事宜。

2. 争取财政支持。积极争取各级财政将公益法律服务基本保障经费纳入预算或划拨专项资金，对律师从事公益法律服务给予一定补贴。

3. 实施税费减免。对专门从事公益法律服务的律师事务所，律师协会应当免收其团体会员和个人会员会费。各级司法行政机关要积极协调相关部门帮助其建立非营利性社团组织，减免有关税费。

4. 加强舆论引导。遴选律师公益法律服务形象代言人，制作律师公益法律服务公益广告，在电视台和报刊以及电台开设公益法律服务宣传专栏。

5. 建立激励机制。定期开展公益法律服务典型案例和“公益之星”律师及律师事务所评选。律师和律师事务所公益法律服务情况纳入律师行业诚信评价体系，作为评先评优标准，作为推荐律师“两代表一委员”以及行业协会理事候选人的重要参考。

五、律师参与公益法律服务的组织领导

1. 加强党的领导。积极争取各级党委和党委政法委对律师参与公益法律服务工作的领导，定期汇报公益法律服务工作情况。要切实发挥党组织的引领作用和党员律师的先锋模范作用，党员律师要带头加入公益法律服务志愿者队伍，带头参与公益法律服务。律师行业党组织要定期开展“党员律师公益行”主题活动，组织党员律师深入机关、社区、企业、学校、产业园区开展法律宣传、法律咨询。

2. 争取地方政府的支持。努力争取把公益法律服务纳入政府主导的公共服务体系，积极推动建立公益法律服务联席会议制度，将人大、政协、民政、税务、财政、工商、公安、检察、法院等相关部门及工、青、妇、残、消协等群团组织作为联席会议成员，协调解决工作中遇到的困难。

3. 加强司法行政机关的指导。各级司法行政机关要切实加强对律师从事公益法律服务工作的指导，定期开展督促检查，及时解决工作中的问题，及时总结经验做法，并形成相关制度，积极探索建立律师从事公益法律服务的长效机制。

4. 加强行业协会的管理。各级律师协会要将公益法律服务管理作为协会的重要职责，明确一名副会长分管，定期研究公益法律服务事宜，组织举办公益法律服务沙龙，开展公益法律服务研讨，不断提升公益法律服务工作水平。

【拓展阅读】

致诚公益律师团队

自 1999 年全国第一家未成年人专门保护机构成立以来，经过十余年的发展，致诚公益团队已扩展到为未成年人、农民工和老年人依法维权，以及关注农村留守儿童、刑事法律

援助和社会组织发展六大领域，已成为全国最大的综合性公益法律服务机构。在司法部等相关部门的支持下，致诚公益已在全国推动成立30余家公益法律服务专门机构，并推动组建了有9000多名律师参与的未成年人保护协作网络。截至2015年底，全国超过50万未成年人、农民工、妇女和老年人等困难群众从致诚公益团队所推动的免费法律服务中直接受益，致诚公益为农民工讨回欠薪、工伤赔偿款超过5亿元，体现了专职公益律师在维护弱势群体合法权益、有效化解社会矛盾等方面发挥的重要作用。

在办理大量案件基础上，致诚公益团队积极开展实证研究，创作了《未成年人法学》《十八大以来的法治变革》《谁动了他们的权利——中国农民工权益保护研究报告》《农民工刑事案件研究报告》《农民工法律援助十年变迁调研报告》等近百份专业图书和研究报告。先后承担国务院妇女儿童工作委员会、民政部、教育部、团中央、北京市人大等单位委托的重大课题，接受有关部门委托起草的《北京市未成年人保护条例》《未成年人保护法》《北京市法律援助条例》等修订草案，深入参与《劳动争议调解仲裁法》《工伤保险条例》《反家庭暴力法》等法律法规制定工作。多年来，在党和政府以及社会各界的大力支持下，致诚公益团队在推动立法政策改革等方面作出了积极努力。

在外交部、中联部、司法部等相关部门的安排下，致诚公益团队负责人佟丽华及相关专职律师多次参加亚欧人权论坛、中欧司法研讨会、中挪人权与司法圆桌会议等大型外事会议；多次完成外事接待工作，到访的联合国秘书长潘基文夫人柳淳泽、联合国开发计划署署长海伦·克拉克和联合国原人权高专阿尔布尔等国际政要对致诚公益和中国专职公益律师的工作给予了高度评价。2011年，致诚公益团队下属的北京青少年法律援助与研究中心和北京致诚农民工法律援助与研究中心获得联合国经社理事会特别咨商地位，实现了民办非企业类社会组织在获得联合国咨商地位方面“零”的突破。

第六编

公证员职业伦理

第六编　典型案例

第六编　典型例题

第六编　拓展阅读

第二十八章

公证员职业概述

导　语

公证是提供真实性、合法性证明的一种非诉程序，具有专属性、独立性、专业性等特点。公证机构是实施公证的唯一机构，而公证员作为公证机构内部从事具体公证业务的执业人员，其职业素质的高低直接影响到公证行为的质量与效力。本章将对公证员职业进行简要介绍，包括公证的含义与特征、国内外公证员的概念与性质定位、公证员的任职条件和任职宣誓等内容。

第一节　公证概述

一、公证的含义

“公证”（notary）一词来源于拉丁语“nota”，其意为抄写文书并取其要领、备案存查。〔1〕《现代汉语词典》将“公证”解释为：“动词，被授以权力的机关（如公证处）根据当事人的申请，依照法定程序对某一法律行为或具有法律意义的事实、文件确认其真实性和合法性的活动。”〔2〕《中国大百科全书·法学》将“公证”解释为：“国家公证机关按照公民、机关、团体、企事业单位的申请，对法律行为或者有法律意义的文书、事实，证明它的真实性与合法性的非诉活动。公证是国家司法制度的组成部分，是国家预防纠纷、维护法制、巩固法律秩序的一种司法行政手段。”〔3〕

在理论上，有观点认为，所谓公证，是指公证组织根据当事人的申请，依法证明法律行为、具有法律意义的文书和法律事实真实性、合法性的一种非诉活动。〔4〕有观点认为，公证是同时含有静态证明和从申证、认证、出证和拒证的一系列动态证明体系的一种公立证明活动。〔5〕还有观点认为，公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、

〔1〕 参见吕乔松：《公证法释论》，三民书局 1984 年版，第 1 页。

〔2〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 452 页。

〔3〕 参见《中国大百科全书》总编辑委员会编：《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 168 页。

〔4〕 参见江伟主编：《公证法学》，法律出版社 1996 年版，第 1 页。

〔5〕 参见齐树洁主编：《民事程序法》，厦门大学出版社 2003 年版，第 581 页。

合法性予以证明，并依法赋予证明力、执行力以及使法律行为成立等效力的活动。[1]

在实定法上，1982 年 4 月 13 日，国务院发布了《中华人民共和国公证暂行条例》(已失效)，其目的是健全国家公证制度，以维护社会主义法制，预防纠纷，减少诉讼，其将“公证”定义为“国家公证机关根据当事人的申请，依法证明法律行为、有意义的文书和事实的真实性、合法性，以保护公共财产，保护公民身份上、财产上的权利和合法权益”。2005 年 8 月 28 日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》)，其将“公证”定义为“公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动”。

由此可见，从词义上、理论上、立法上，主流观点对于“公证”的界定，都集中在功能、证明对象、证明程序等方面，其中，核心是证明活动和非诉讼行为。对具体行为的理解，一般离不开主体、客体、内容等方面，具体到公正行为，一般认为，公证行为的主体包括公证机构和申请公证的当事人，公证行为的客体（对象）则主要是法律行为、法律实施和有法律意义的文书，公证的内容则是证明客体的真实性与合法性。[2] 因此，也可以将公证简单概括为“提供真实性合法性证明的一种非诉程序”。

二、公证的特征

关于公证的特征，不同的学者根据不同的定义给出了不同的表述，在此概述代表性观点，以供思考。

有观点认为，公证一般具有以下六个特征：①公证是由国家专门设立的公证机构和专职法律人员进行的一种特殊的证明活动。②公证机构依照法律规定的程序进行证明活动。③公证证明的对象是法律行为、有法律意义的文书和事实。④公证活动的中心内容是确认公证对象的真实性与合法性。⑤公证的证明活动具有特殊的法律效力。⑥公证活动是一种非诉讼活动。[3]

有观点认为，公证主要具有以下四个特征：①公证是公证机关的证明活动，所以，公证证明的效力高于一般个人、法人或有关组织对同一事实所作证明的效力。②公证主体的单一性。公证事项的当事人是单一的，而不是双方或几方的争议当事者。③公证的对象是法律行为、具有法律意义的文书和事实，对于那些不具有法律性的行为或不具有法律意义的事实和文书进行的公证是无法律效力的。④公证是依法进行的证明活动，公证若违反法律规定的程序则不具有法律效力，这与其他个人、法人或组织的证明是不同的。[4]

有观点认为，公证的特征主要体现在以下五个方面：①公证是非诉讼活动，这是其与民事诉讼活动的主要区别。②公证是公证机构独立行使公证职能的活动，而非行

---

〔1〕 参见马宏俊主编：《公证法学》，北京大学出版社 2013 年版，第 2 页。

〔2〕 参见江伟主编：《公证法学》，法律出版社 1996 年版，第 1~2 页。

〔3〕 参见齐书学、赵瑞恒主编：《公证律师辞海》，黑龙江人民出版社 2003 年版，第 145 页。

〔4〕 参见邓建民主编：《律师法学与公证法学》，四川大学出版社 2004 年版，第 240~241 页。

政活动。③公证是一种特殊的证明活动。④公证证明具有特殊的法律效力。⑤公证不同于认证、鉴证及签证。[1]

还有观点认为，公证主要具有以下四个特征：①公证活动具有专属性。这种专属性主要体现为：一是公证证明主体的专属性，公证机构是唯一专职行使公证证明的机构；二是公证效力的专属性，公证书是唯一具有法律规定效力的证明。②公证活动具有独立性。这里的独立性主要体现在：一方面，公证机构按照法律规定独立行使职权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉；另一方面，公证机构以自己的财产对外承担责任。③公证是一种特殊的证明活动。这种特殊性主要体现在：公证对象必须是没有争议的法律行为和有法律意义的事件、文书；公证证明活动的具有特定的程序和规则；公证证明结果具有特定的法律效力。④公证具有公益性、非营利性。公证机构从事公证行为不以营利为目的，这区别于社会上一般的商业服务，因而公证具有公益性与非营利性。[2]

通过对上述观点的梳理，我们发现，不同观点之间的大部分内容表述存在一致性，基本上都认为公证是一种非诉活动，是一种特殊的证明活动。我们基本上赞同最后一种观点，即认为公证具有专属性、独立性、特殊性、公益性。此外，我们认为，公证还具有一种特征——专业性。公证的专业性主要体现在两个方面：①从事公证的公证员（公证人）拥有法律知识和处理公证事宜方面的特殊信息和技术，从事公证员职业，需要通过国家法律职业资格考试，还需要相当时间的实习积累经验，才能成为公证员。②公证员通过法学教育和实践所形成的独特的思考方式，通过将抽象的、普遍性的法律规范与当事人的公证事项进行结合，作出审慎的判断，最终形成公证结果。

第二节　公证员概述

一、公证员的概念及性质定位

公证员在国际上一般称为“公证人”。由于法律文化传统不同，因而世界各国对于公证员的概念界定、法律地位也有所不同。

（一）国外公证员的概念及性质定位

通过对各国有关公证员的法律规范进行梳理，我们发现，目前国外对公证员的概念及性质定位主要有三种类型。

1. 公证员是公职人员。采用这种立法例主要是德国、法国、西班牙等国家。根据《德意志联邦公证人法》第 1 条之规定，公证人是各州为了对法律事实予以证明，以及对纠纷进行预防所任命的独立的公职人员。此外，《德意志联邦公证人法》还规定，公证人持有公章并具有公证人头衔，公证人执业为非营利性质，专职公证人职务为终身制。《法国公证机关条例》规定，公证人是为从事辅助性司法活动而设立的公务员，即

---

〔1〕 参见陈宜、王进喜主编：《律师公证制度与实务》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 260~262 页。

〔2〕 参见马宏俊主编：《公证法学》，北京大学出版社 2013 年版，第 4~5 页。

受理当事人必须或者愿意使真实性得到确认的一切文件和合同，赋予其公证效力。根据《西班牙公证员职业法》第 1 条之规定，公证员应当是能够根据法律法规来对契约及裁判外的其他文书行使公证职权的国家公务员。具有公证职权的公证员职业在全西班牙王国境内具有唯一性。根据《韩国公证人法》第 2 条之规定，公证人根据当事人或者其他的关系人委托处理公证事务，公证人在职务方面相当于公务员的地位。

2. 公证员是自由职业者。采这种立法例的主要是英国（英格尔与威尔士）、美国（大部分州）等国家。根据英国《2011 年公证人行为与纪律规则》的规定，“公证人”指的是登记在由法院维护的公证人名册中的公证人。根据美国《模范公证法》之规定，公证人是指被任命依据《模范公证法》从事公证行为的人。在这种情况下，申请人只要按照任命条件提出申请，经过考核或宣誓后，就可取得公证人资格，其业务性质也可以是营利性的。

3. 公职人员与自由职业者并存。在有一些国家或地区，并未采用单一立法例，而是允许两种身份的公证员同时存在。例如，在美国阿拉斯加州，公证人分为两类：一类是无限制公证人，其经授权可为一切法律目的地使用公证人印章；另一类是有限政府公证人，其作为州、市或联邦政府雇员，被授权可将公证人印章用于官方政府业务。在俄罗斯，公证人也分为国有公证处公证人与私人执业公证人，其中，国有公证处的公证人类似于公务员，私人执业者类似于自由职业者，不过，与阿拉斯加州不同的是，俄罗斯明确要求，无论是哪种公证人，都无权从事商业性或其他有报酬的活动，但教学、科研或其他创造性活动除外。

（二）中国关于公证员的概念及性质定位

我国《公证法》第 16 条规定：“公证员是符合本法规定的条件，在公证机构从事公证业务的执业人员。”由此可知，公证员必须符合《公证法》规定的条件，并在公证机构从事公证业务的执业人员。这从法律上确定了公证员的职业化，公证员是从事公证业务的法律工作者。[1] 不过从我国的实践来看，目前我国公证机构多元性质并存，因此，公证员的身份也是多元的，在不同性质的公证机构执业的公证员身份并不相同。行政性质的公证机构中，公证员的身份类似于公务员；事业法人性质的公证机构中，又有全额拨款、自收自支之分；合作制公证机构中，公证员的身份则类似于私营企业职工。[2]

二、公证员的任职条件

由于各国对公证员之性质定位不尽相同，因此，在公证员的任职条件上也存在差异。

1. 在美国，根据《模范公证法》规则 3. 1 之规定，符合公证人任职资格的人员应具备以下条件：①年满 18 周岁以上；②居住在本［州］或者在本［州］有符合规定的经常工作地或主要营业场所；③合法居住在美国；④能够阅读和书写英语；⑤通过有

〔1〕 参见关今华主编：《律师与公证》，厦门大学出版社 2007 年版，第 370 页。

〔2〕 参见马宏俊主编：《公证法学》，北京大学出版社 2013 年版，第 38～39 页。

笔试要求的培训课程；⑥提交指纹以备刑事犯罪背景审查。

2. 在巴西，根据《巴西公证及登记法》第 14 条之规定，从事公证或登记工作须具备以下条件：①通过相关考试并获得相应文凭；②具有巴西国籍；③具有民事行为能力；④完成相应的选举义务和兵役义务；⑤法学本科学位；⑥能证明具有履行该职业的能力。此外，该法第 15 条第 1 款规定，相关考试应当由相应的司法机关组织举行，并在整个过程中应由巴西律师协会、公共部、一位公证员和一位登记员参加。

3. 在德国，根据《德意志联邦公证人法》第 5 条之规定，只有具备《德国法官法》规定的法官资质的人才能被任命为公证人。第 6 条进一步规定：

（1）只有在人品和能力上适合公证人职务的人，才能够被任命为公证人。在申请公证人职位期间，已满 60 岁的申请人不能被任命为公证人。

（2）律师申请任命为公证人，需要提供以下证明：①从事了至少 5 年的律师工作，并且其间曾为不同的委托人辩护；②在从事律师工作期间，至少连续 3 年没有间断；③通过公证职业资格考试；④在通过公证职业资格考试后，至少每年参加 15 个学时的由公证人协会或职业机构举办的公证继续教育课程。

（3）在众多合格的申请人中挑选公证人时，优先考虑个人专业能力佳，所受法律教育程度高，并通过了国家司法考试，以及对公证工作有充分准备的申请者。

4. 在西班牙，根据《西班牙公证员职业法》第 10 条之规定，立志通过选拔考试进入公证员职业的申请者在申请参加考试截止之日，应同时具备以下条件：①具有西班牙或欧盟任一成员国的国籍；②已经成年；③不存在任何不适合或无法履行公证员职务的法定事由；④获得法学博士或学士学位，或已经完成法学本科阶段的学习。

5. 在日本，《日本公证人法》虽然没有从正面对公证员之任职条件进行规定，但是从反面进行了详细规定。根据《日本公证人法》第 12 条之规定，不具备下列条件的，不得任命为公证人：①成年的日本国民；②经一定的考试合格后，在实地进行 6 个月以上的公证人实习。此外，《日本公证人法》第 14 条还规定，下列人员不得被任命为公证人：①被判处监禁以上刑罚的，但被判处 2 年以下监禁且刑期已满，或未被执行的除外；②被宣告破产程序开始尚未复权的；③受到罢免裁判，因惩戒处分被免官或免职，根据律师法被除名的，其被罢免、免官、免职或除名后不满 2 年的。

6. 在我国，根据《公证法》第 18 条的规定，担任公证员，应当具备下列条件：①具有中华人民共和国国籍；②年龄 25 周岁以上 65 周岁以下；③公道正派，遵纪守法，品行良好；④通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格；⑤在公证机构实习 2 年以上或者具有 3 年以上其他法律职业经历并在公证机构实习 1 年以上，经考核合格。此外，根据《公证法》第 19 条之规定，从事法学教学、研究工作，具有高级职称的人员，或者具有本科以上学历，从事审判、检察、法制工作、法律服务满 10 年的公务员、律师，已经离开原工作岗位，经考核合格的，可以担任公证员。《公证法》第 20 条规定，有下列情形之一的，不得担任公证员：①无民事行为能力或者限制民事行为能力的；②因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；③被开除公职的；④被吊销公证员、律师执业证书的。

◆例 28-1 公证制度是司法制度的重要组成部分，设立公证机构、担任公证员具有严格的条件及程序。关于公证机构和公证员，下列哪一选项是正确的？（ ）

A. 公证机构可接受易某申请为其保管遗嘱及遗产并出具相应公证书

B. 设立公证机构应由省级司法行政机关报司法部依规批准后，颁发公证机构执业证书

C. 贾教授在高校讲授法学 11 年，离职并经考核合格，可以担任公证员

D. 甄某交通肇事受过刑事处罚，因此不具备申请担任公证员的条件

【解析】A 选项错误。《公证法》第 11 条规定："根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：……③委托、声明、赠与、遗嘱；……"因此，公证机构可接受公民易某申请公证遗嘱。《公证法》第 12 条规定："根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构可以办理下列事务：……③保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书；……"因此，公证机构只能为易某公证其遗嘱，其遗产只能由公证机构保管。

B 选项错误。《公证法》第 9 条规定："设立公证机构，由所在地的司法行政部门报省、自治区、直辖市人民政府司法行政机关按照规定程序批准后，颁发公证机构执业证书。"因此，设立公证机构直接报省司法行政机关审核批准，无需报司法部批准。

C 选项正确。《公证员执业管理办法》第 7 条规定："担任公证员，应当具备下列条件：①具有中华人民共和国国籍；②年龄 25 周岁以上 65 周岁以下；③公道正派，遵纪守法，品行良好；④通过国家司法考试；⑤在公证机构实习 2 年以上或者具有 3 年以上其他法律职业经历并在公证机构实习 1 年以上，经考核合格。"第 8 条规定："符合本办法第 7 条第①项、第②项、第③项规定，并具备下列条件之一，已经离开原工作岗位的，经考核合格，可以担任公证员：①从事法学教学、研究工作，具有高级职称的人员；②具有本科以上学历，从事审判、检察、法制工作、法律服务满 10 年的公务员、律师。"本题中，贾教授具有高级职称并已从高校离职，经考核合格，可以担任公证员。

D 选项错误。《公证员执业管理办法》第 9 条规定："有下列情形之一的，不得担任公证员：①无民事行为能力或者限制民事行为能力的；②因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；③被开除公职的；④被吊销执业证书的。"本题中，甄某交通肇事，是过失犯罪受过刑事处罚，可以担任公证员。

三、公证员的任职宣誓

尽管各国在公证员任职条件上存在差异，但在公证员的任命程序中基本都强调了任职宣誓的重要性，我国也不例外。

在美国，根据《模范公证法》规则 4.4 之规定，公证任命申请人须在本［州］公证人见证下签署以下声明："我，×××（申请人姓名），以神的名义郑重起誓或我郑重发誓，如所言不实甘受伪证罪之罚，我提交的个人申请信息真实、完整、正确；我明白本［州］公证人的义务和责任，正如我参加的培训课程所述；我将全心全意依法从事公证行为。"

在德国，根据《德意志联邦公证人法》第 13 条之规定，在接受任命书后，公证员应当宣誓："我向全知全能的上帝发誓：我将遵守基于宪法制定的法律，并根据良心公正地履行公证人的义务。"法律允许宗教成员以其他宣誓方式代替上述所规定的誓词时，身为宗教成员的公证人，可以依这种方式进行宣誓。宣誓也可以不以宗教的形式进行。公证人应在其办公所在地的州法院院长面前宣誓。在宣誓前不得执行职务。

在俄罗斯，根据《俄罗斯联邦公证立法纲要》第 14 条之规定，首次被任命的公证

人应作如下宣誓：“我庄严宣誓，我将依照法律和良心履行公证人的义务，保守职业秘密，以人道主义和以人为本的原则为行为指导。”俄罗斯联邦主体的立法可以规定其他文本的公证人誓词。

在西班牙，根据《西班牙公证员职业法》第 15 条之规定，公证员在开始从事公证职业之前，应到所在地区的高等法院进行宣誓，宣誓其对国王的效忠，对宪法和法律的拥护，以及其将会勤勉忠实地履行职务。

在我国，司法部于 2017 年 7 月 4 日发布了《司法部关于建立公证员宣誓制度的决定》，其目的是切实提高公证员队伍思想政治素质、职业道德素质和专业素质，不断增强公证员的职业使命感、荣誉感和社会责任感。《司法部关于建立公证员宣誓制度的决定》明确要求，经省、自治区、直辖市司法行政机关许可，首次取得或者重新取得公证员执业证书的人员，应当进行公证员宣誓。公证员宣誓誓词为：“我是中华人民共和国公证员。我宣誓：忠于祖国，忠于人民，忠于宪法和法律，拥护中国共产党的领导，拥护社会主义法治，依法履行职责，客观公正执业，遵守职业道德，勤勉敬业，廉洁自律，为全面依法治国、建设社会主义法治国家努力奋斗！”

第二十九章

公证员职业伦理概述

导 语

公证员的职业伦理是指公证人员在公证活动中从思想到具体事务的处理应遵循的行为规范和基本准则。公证员严格遵守职业伦理开展职业行为，对于保障公证员提供高公证服务质量、促进公证行业的健康发展具有重要意义。本章将根据现行规范总结公证员职业伦理的基本要求，并从公证员与委托人关系、公证员之间关系、公证员与公证机构关系、公证员与司法行政机关关系、公证员与公证协会关系、公证员与律师关系、公证员与法官关系、公证员与检察官关系八个方面阐述公证员法律职业伦理的具体要求。

第一节 公证员职业伦理的内涵

一、公证员职业伦理的概念

公证员的职业伦理，是指在公证活动中，公证人员从思想到具体事务的处理应遵循的行为规范和基本准则。就适用对象而言，不仅指依法取得资格的执业公证员，也包括办理公证的辅助人员和其他工作人员；从道德规范调整的内容看，既包括办理公证业务的行为，也包括办证人员的思想意识。公证人员职业道德建设对公证业的发展具有重大意义，关系到公证业的发展，高尚的职业道德情操是公证员提供高效优质法律服务并赢得社会信赖的根本保障，也是发展高素质公证员队伍的重要途径。

加强公证员职业伦理建设必须牢固树立德才兼备的思想，建立和完善公证人员职业道德规范体系，提高公证人员的思想认识，实现自我约束、自我管理的功能，加强对公证机构的管理，完善内部管理制度，提高公证员的主人翁意识，建立奖惩制度，弘扬传统美德和奉献精神，急当事人之所急，想当事人之所想，全心全意为人民服务，杜绝私情，惩治腐败，一切服从法律，以国家利益和社会公共利益为第一需要，保质保量地完成公证法律服务事项。

二、公证员职业伦理的基本要求

我国《公证法》第 22 条第 1 款规定，公证员应当遵纪守法，恪守职业道德，依法履行公证职责，保守执业秘密。中国公证协会专门制定了《公证员职业道德基本准

则》，对公证员的职业伦理提出了基本要求。一般认为，公证人员的职业道德建设主要包括以下内容：①坚定的政治方向和远大的奋斗目标；②高度的事业心和强烈的责任感；③勤奋好学的作风与苦干实干的精神；④忠于事实真相，忠于宪法和法律；⑤主持公道，伸张正义；⑥忠于职守，严守职务秘密；⑦率先垂范，严于律己；⑧清正廉洁，一尘不染；⑨严肃认真，一丝不苟；⑩勇于同各种违法违纪行为作斗争。

公证员作为法律职业共同体的组成部分，应当和法官、检察官、律师在法律意识和道德意识上具有相同的标准，忠于宪法和法律，坚持以事实为根据，以法律为准绳，按照真实合法的原则和法定的程序办理公证事务。[1] 公证员的核心任务就是通过对法律行为、有法律意义的事实或文书的真实性、合法性进行证明，来维护当事人的合法权益，稳定市场经济秩序和社会秩序，实现公平正义。从行使国家证明权的角度来说，公证员的业务活动具有国家属性，公证员属于公证人员，其证明的法律效力还是高于一般的私证，受到法律的特殊保护。

公证员必须按照法定程序办理公证事项，用法律的标准去衡量申办事项是否达到真实、合法的标准。在对真实性、合法性进行判定时，公证员的道德水准和法官一样，必须是中立而公正，应当恪守独立、公正、客观的原则，不受非客观事实和法律之外因素的影响，忠实地维护法律的尊严，切实保障法律的正确实施和公众权利的平等实现。[2] 要按照法定程序判明申办事项的真实与否，不能简单地凭借直觉。现代社会的发展，使得表面上看起来很简单的事务在内部关系上具有复杂性和隐蔽性，正因为如此，市场经济条件下的社会公众才对公证活动寄予厚望，希望公证能够成为识别真假的锐利武器，成为保护公民合法权益的一道重要防线。

人们对公证作用的认识与期盼，会随着司法改革的深入、证据法则的严谨、市场经济体制的改革而更加强烈。从公证活动的后果来看，主要是申办公证的当事人得到益处，与国家及社会公共利益没有直接的联系，所以，公证活动的成本不应由国家来承担，如果国家因为公证的国家属性来支付公证费用，就意味着直接受益的当事人没有因其受益而支付代价，反而将其以国家支出的方式分摊给所有的纳税人，这显然是不公平的。所以，世界各国在确立公证法律制度时，都规定公证费用由当事人来承担，因为这是私权的范畴，不应由国家来承担费用。这一特点也同时反映出公证员自由职业的属性，公证员办理公证事项，完全凭借其个人的知识和技能，并非国家意志的体现，这一点又与律师的职业特点相似，但关键的不同在于：公证员办理公证事务时，并不是站在公证当事人的立场上来维护其合法权益，而是以中立的第三人身份作出证明，并非当事人的代理人，收费也不能改变中立的立场。这使得公证员的职业道德规范，既有与法官、检察官的共性，又有与律师的共性，还有自己的固有特点。

---

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业伦理》，北京大学出版社 2005 年版，第 198 页。

〔2〕 参见马宏俊：《法律人的职业行为规则》，中国法制出版社 2004 年版，第 99 页。

第二节 公证员职业伦理的具体要求

一、公证员与委托人的关系规范

（一）公证员的保密义务

《公证员职业道德基本准则》第5条规定："公证员应当自觉履行执业保密义务，不得泄露在执业中知悉的国家秘密、商业秘密或个人隐私，更不得利用知悉的秘密为自己或他人谋取利益。"公证员在办理公证事务时，不可避免地会涉及当事人不愿让他人知道的消息，例如遗嘱、收养、婚前财产公证等事项中涉及的一些内容，公证员对此负有保密的义务，这种保密义务意味着公证员不得向办理公证事务之外的任何人泄露，包括公证员的亲属、同事，也不得利用通过办理公证事项所知晓的秘密为自己或他人谋取利益。随着公证业务范围的不断开拓，公证员在办理公证事务中会接触到很多有可能给自己或亲友带来利益的信息，如开奖公证、拍卖公证、合同公证、证据保全公证等，公证员必须牢记职业道德规范，不能为一己私利，而毁了公证员的信誉，要公私分清，利益面前不动摇，不利用公证员的职务为自己或他人谋取利益。

保密义务对公证员来说非常重要，不仅体现在不能随便跟他人谈及这些秘密，还表现在其他形式上。在公证员著书立说及进行科学研讨时，难免会以自己办理的公证事项进行举例说明，此时必须对所引事项进行加工处理，不能让相关人士对号入座，猜到某些内容，以从中牟利，或损害当事人的利益。在一些会议及宣传活动中，也要注意对相关信息的保密，在涉及公证书的内容需要出庭作证时，可就有关情况先向法官通报说明，在公开审判的场合应当注意表达方式。总之，公证员保守职务秘密既是法律规定的义务，也是职业道德的要求。

（二）公证员的告知义务

《公证员职业道德基本准则》第8条规定："公证员在履行职责时，应当告知当事人、代理人和参与人的权利和义务，并就权利和义务的真实意思和可能产生的法律后果做出明确解释，避免形式上的简单告知。"公证员是法律职业人员，精通法律知识和程序，而其所接触的当事人可能对相关法律一无所知，公证员应当不厌其烦地将有关规定和当事人依法享有的权利和应当承担的义务一一告知，还要将有关的法律概念讲解清楚，使得当事人在办理公证的过程中很好地行使权利、承担义务，配合公证员顺利办理好公证事项。

对于不同民族、种族、国籍和宗教信仰的当事人，公证员应当注意语言和宗教信仰的差异，选择适当的语言和表达方式，使其真正了解依法享有的权利和承担的义务；对于老年人及健康状况较差的当事人，不仅要明确告知法律的相关规定，还要用通俗的语言作出解释，使其了解法律规定的内涵，在理解法律的基础上，真实地表达自己的思想意识；对于行动不便的当事人，公证员还应当到当事人的住所办理公证事项，讲解有关法律。在执行职务时，公证员要特别注意自己的语言、语气和表达方法、态度，满腔热情地对待当事人，体现出服务意识，避免在思想交流上产生误解，切实办

好公证事项。

（三）公证员的职业礼仪

《公证员职业道德基本准则》第 11 条规定：“公证员应当注重礼仪，做到着装规范、举止文明，维护职业形象。现场宣读公证词时，应当语言规范、吐字清晰，避免使用可能引起他人反感的语言表达方式。”公证员作为法律职业人员，行使的是国家证明权，必须树立良好的职业形象，维护公证行业的声誉。在执行职务时，应当注重礼仪，着装整洁规范，举止文明大方；接待会谈，调查访问，查阅材料及制作笔录，应表现出法律职业人员的儒雅风范；现场宣读公证词时，庄重、严肃，在形体动作上反映出法律的至高无上和威严，用清晰流畅、有节奏的规范语言表达公证词的内容，使现场人员感到法律的神圣与公正，增强合法性和安全感，使人有一种庄重而不疏远、亲切而又有距离的感觉，充分发挥现场公证的作用。

（四）公证员的勤勉义务

《公证员职业道德基本准则》第 7 条规定：“公证员应当珍惜职业荣誉，强化服务意识，勤勉敬业、恪尽职守，为当事人提供优质高效的公证法律服务。”第 10 条规定：“公证员应当严格按照规定的程序和期限办理公证事项，注重提高办证质量和效率，杜绝疏忽大意、敷衍塞责和延误办证的行为。”第 15 条规定：“公证员应当道德高尚、诚实信用、谦虚谨慎，具有良好的个人修养和品行。”第 18 条规定：“公证员应当不断提高自身的业务能力和职业素养，保证自己的执业品质和专业技能满足正确履行职责的需要。”公证职业的社会作用在于预防纠纷、减少诉讼，是防患于未然的一项系统工程，需要高素质的人经过不懈的努力才能完成，并非像有些人所说的“盖一个橡皮图章就完事”，要知道这枚图章背后是国家证明权的行使，是真实性、合法性的确认，具有强制执行效力的债权文书公证，还会产生既判力的效果，没有高水平的法律专业素质和一定的实践经验，公证员是无法履行其职责的。

公证员应当树立为当事人服务的良好意识，一切为当事人着想，让自己的个人利益服从于为当事人办证的需要，按照规定的程序和期限办理公证事务，对于紧急事项，要特事特办，即使加班加点，也要把时间抢出来，及时受理、审查、公证，不能因为公证员的个人原因和其他主观因素拖延推诿、耽误时间而使当事人的利益受损。需要注意的是：加快办证的时间，只能是提高工作效率，而不能在审查工作上打折扣，不能以损失真实性、合法性的代价来换取时间上的节省，既要抓紧时间，又要保证不出错证。

公证又是一个理性的职业，并非完全程序性操作的熟练工种，很多公证事项都需要公证员进行理性的思考，并且还要把思考判断的过程反映在公证书上，让人看完公证书后能够接受其结论，而非凭职权硬性认定的结论，要素式公证书就充分体现了公证员这一职业特点，缺乏法律知识和技能的人就很难胜任公证员的工作，也很难蒙混过关。公证职业又是艰苦而高尚的，只有较高的业务素质，没有高尚的道德情操，也难以适应公证职业的需要。公证员的执业过程，本身就是去粗取精、去伪存真、由表及里的过程，完成这个过程需要艰苦的努力，要不怕困难、勇于吃苦，积极收集相关证据材料，在此基础上，还要认真分析、独立思考、自主判断，更要敢于坚持正确意

见，只服从法律，排除一切干扰。公证员是在用自己的良知和品行开展工作，高尚的道德情操和高超的法律专业技能是公证员办理公证的基本条件，并且还要不断学习、提高，以适应社会发展的需要。

（五）公证员的清正廉洁

《公证员职业道德基本准则》第 20 条规定："公证员应当树立廉洁自律意识，遵守职业道德和执业纪律，不得从事有报酬的其他职业和与公证员职务、身份不相符的活动。"第 21 条规定："公证员应当妥善处理个人事务，不得利用公证员的身份和职务为自己、亲属或他人谋取利益。"第 22 条规定："公证员不得索取或接受当事人及其代理人、利害关系人的答谢款待、馈赠财物或其他利益。"公证员也是法律工作者，其职务活动产生的公证书，可以在诉讼活动中直接作为证据来使用，如果没有足以推翻的相关证据，人民法院就会将其直接作为定案依据；公证书也可以用作法院强制执行的根据，可以不经审判直接进入执行程序，与生效裁判文书产生同样的法律后果；公证书还可以引导社会行为，在市场经济条件下可以帮助人们识别真假，具有较高的社会地位。公证员虽然不是国家机关工作人员，也不是司法官员，但是其对国家证明权的行使，以及其在司法活动和社会活动中的地位，依然没有改变其社会公共管理的职能属性。

公证员中立公正的职业行为特点也进一步印证了其公共管理职能的属性。因此，公证员就必须保持清正廉洁的职业道德，不被物质利益所诱惑，不得接受当事人及其代理人、利害关系人的请客送礼，不拿法律做交易，严格按照法律规定审查申办事项，维护公证书的权威性，维护公证员的良好声誉。由于公证员行使的是国家证明权，因而不得从事其他与公证员职务、身份不相符的活动，例如，不得担任法官、检察官，不得从事其他商业活动。因为审判职能、法律监督职能与证明职能在诉讼活动中不能集于一身。从理论上来说，公证员也不得担任行政职务。在某些特殊情况下，行政官员可以行使一部分公证职能，这是公证活动的特例，并不意味着公证员可以兼作行政官员。

在英美法系国家，律师也可以兼作公证员，公证员也纳入律师的管理体系。在英国，公证处、审判机关和行政机关都有办理公证业务的权利；在美国，公证人可以由律师或其他职业者担任，公证证明只对文书上的签名、盖章的真实性负责，而不对文书内容的真实性负责；在拉丁美洲的一些国家，大学的法学教授可以兼职做公证员，公证员也可以兼职做大学教授。我国法律规定，公证员都是专职的，不能兼职做其他工作，公证员职务必须通过公证处来履行。其实，我国律师制度目前依然允许高等法律院校（系）及科研机构的教学科研人员担任兼职律师，这开创了律师制度的先例，在实践中取得了较好的效果，不仅积累了实践经验，理论联系实际，促进了法学教育与科研工作；而且，兼职律师都有高学历、高职称，理论功底深厚，也提高了律师的整体水平，促进了律师队伍的发展。公证制度为什么不能借鉴律师制度的成功经验和拉丁美洲国家成熟完善的公证法律制度，允许存在兼职公证员呢？这是一个非常值得探讨的问题。大学教授兼职做公证员，与现行的职业道德规范和法律制度并不矛盾。

公证员办理的公证事务渗透到社会生活的各个方面，尤其是经济领域，绝大部分

都涉及财产权益。公证员在办理公证事务时，必须妥善处理好个人事务，不能利用公证员的身份和职务为自己、家属或他人谋取私人利益。我国的公证法律制度尚不完善，法律上的监督制约机制也不够，主要靠公证员的职业道德来调整，公证员与律师的人才流动渠道也仅仅是公证员转向律师的单向流动。有些公证员在履行公证员职务时，承接了一些必须公证的事项，与相关当事人结识，通过国家法律职业资格考试以后，摇身一变就成了律师，原有的公证事项当事人也就成了律师职业中的客户，这主要体现在房地产及金融法律服务方面，对其他律师构成了不正当竞争，公证法规及职业道德规范都缺乏对此方面的调整，应予完善。

二、公证员之间的关系规范

我国的公证处互相之间没有隶属关系，公证员虽然实行专业技术职务制度，但公证员都是平等的，其所出具的公证书具有同等的法律效力，公证处与公证处之间、公证员与公证员之间都是公平竞争的平等关系。在市场经济条件下，特别是在没有国家财政拨款支持的情况下，创设公平竞争机制、加强职业道德建设就显得特别重要了。

（一）不干涉他人办证原则

《公证员职业道德基本准则》第 24 条规定："公证员不得以不正当方式或途径对其他公证员正在办理的公证事项进行干预或施加影响。"公证员在同一个公证处内，应当互相尊重，各自对依法受理的公证事项认真履行职责，不得干涉他人的正常工作，不得为当事人说情送礼，也不得将公证员的住宅电话或其他私人信息披露给当事人，不得向正在办理公证事务的公证人员打听办证情况，也不得了解相关内容。对于其他公证员正在办理的公证事项或者处理结果，除非在正常的讨论程序或审批程序中，不得发表有可能影响公证员独立自主判断的不同意见。对于有充分理由的不同意见，不发表有可能导致错证发生的情况，可以按管理权限向公证处的相关负责人汇报，并充分阐述不同意见之理由，通过审批程序来维护正常的办证秩序。

（二）维护公证书权威的原则

《公证员职业道德基本准则》第 12 条、第 13 条分别规定："公证员如果发现已生效的公证文书存在问题或其他公证员有违法、违规行为，应当及时向有关部门反映。""公证员不得利用媒体或采用其他方式，对正在办理或已办结的公证事项发表不当评论，更不得发表有损公证严肃性和权威性的言论。"任何一个公证员都要自觉地维护每一份公证书的严肃性和权威性，对于办理公证事项的不同看法，允许各自保留，在出具公证书时，要尊重主办公证员和审批者的意见。如果确认是错证，可以按照法定程序予以纠正，依法向公证处领导和司法行政机关反映；对于学术上不同观点的争议和讨论，要选择适当的场合及方式进行研究探讨，但不得干涉他人依法出具公证书，更不得出于泄私愤的目的，不负责任地发表言论，也不得在公众场合或新闻媒体上发表不适当的言论，使公证书的严肃性和权威性受到影响。学术上的不同观点以及对办理公证事项的不同意见都有可能存在，没有被别人接受，也是正常的，科学本身就是不断探讨、不断斗争的过程。公证员作为有较高水准的法律专业人员，因此而产生私愤是极不应该的，也是职业道德所不能允许的，在公开场合发泄更有损公证员的形象，

与其身份极不相称，不仅破坏了公证书的权威性和严肃性，也会导致对公证员的不良评价。

（三）尊重同行，公平竞争

《公证员职业道德基本准则》第23条规定："公证员应当互相尊重，与同行保持良好的合作关系，公平竞争，同业互助，共谋发展。"公证是竞争的行业，也是充满理性的行业，公证员都是受过良好法律教育的人，在这样的执业群体中，尊重同行、遵守公平竞争的职业道德规范是不言而喻的。只有互相尊重、公平竞争，才能找到差距、提高水平，才能携手并进、共谋发展。尊重是最基本的道德水准，公平是竞争的规则，互助是良好的风尚，发展才是目的。公证职业的发展取决于公证员这支队伍的建设，不懂得尊重他人就无法发展，公证员的威信和名誉要靠自己来维护。

公证员的职业道德要求公证员不得利用新闻媒体或其他手段炫耀自己、贬低他人、排斥同行、为自己招揽业务。公证业的广告宣传，目前还缺乏相应的规范来约束，公证业的特点决定其不适宜宣传自己。关于公证管辖，法律规定已经划出了各自的业务领域，只是在直辖市、省辖市和设区的市，存在个别公证处之间的业务竞争，并不具有普遍意义，可以通过调整公证辖区和公证处的整合来解决。对于公证员的不恰当宣传则应当限制，并应当以相关法律来规范。公证员不得利用与行政机关、社会团体、经济组织的特殊关系进行业务垄断，公证员的业务垄断极有可能与腐败联系在一起，并有可能导致公证员队伍的两极分化、畸形发展，对公证员素质的提高形成巨大的障碍。有了特殊关系构成的业务垄断，公证员就控制了一定范围的业务量，其他公证员则失去了这一市场，特别是房地产、金融、产权交易等公证收费高、专业性强的业务，而控制市场的公证员未必就是该领域业务好的公证员，因为其是凭借特殊关系垄断的市场，所以就极易形成水平高、能力强、专业素质好的公证员手中没有案件、无事可做的局面；而不很熟悉专业公证特点，且基于与行政机关、社会团体、经济组织的特殊关系而垄断了这部分公证业务的公证员，却由于自己的业务水平办不好公证，不仅损害了其他公证员的利益，也损害了公证当事人的利益，破坏了公证法律服务秩序，对公证员的声誉及整个社会的良性循环都会造成极坏的影响。

三、公证员与公证机构的关系规范

根据我国《公证法》第6条之规定，公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。根据《公证法》第8条之规定，设立公证机构，应当具备下列条件：①有自己的名称；②有固定的场所；③有2名以上公证员；④有开展公证业务所必需的资金。关于公证机构的业务范围，根据《公证法》第11条之规定，根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：①合同；②继承；③委托、声明、赠与、遗嘱；④财产分割；⑤招标投标、拍卖；⑥婚姻状况、亲属关系、收养关系；⑦出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录；⑧公司章程；⑨保全证据；⑩文书上的签名、印鉴、日期，文书的副本、影印本与原本相符；⑪自然人、法人或者其他组织自愿申请办理的其他公证事项。法律、行政法规规定应当公证的事项，有关自然人、法人或者其他

组织应当向公证机构申请办理公证。

◆例 29-1　甲病危，欲将部分财产留给保姆，咨询如何处理。下列哪一意见是正确的？(　)

A. 甲行走不便，可由身为公证员的侄子办理公证遗嘱

B. 甲提出申请，可由公证机构到医院办理公证遗嘱

C. 公证机构无权办理甲的遗嘱文书及财产保管事务

D. 甲如对该财产曾有其他形式遗嘱，以后公证的遗嘱无效

【解析】选项 A 错误。《公证程序规则》第 11 条规定："当事人可以委托他人代理申办公证，但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养关系、解除收养关系、生存状况、委托、声明、保证及其他与自然人人身有密切关系的公证事项，应当由其本人亲自申办。公证员、公证机构的其他工作人员不得代理当事人在本公证机构申办公证。"甲申办的是遗嘱公证，应由其本人亲自申办，不能让其侄子代为申办。另外，其侄子本身是公证员，也不得代理甲在其公证机构申办公证。

选项 B 正确。公证人员可以前往现场办理公证业务。

选项 C 错误。根据《公证法》第 12 条第 3 项的规定，根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构可以办理保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书。

选项 D 错误。《民法典》第 142 条第 3 款规定："立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。"因此，以后公证的遗嘱有效。

关于公证员与公证机构之间的关系，《公证法》在有关"公证员"的定义中明确规定公证员是"在公证机构从事公证业务的执业人员"。此外，根据《公证法》第 14 条之规定，公证机构应当建立业务、财务、资产等管理制度，对公证员的执业行为进行监督，建立执业过错责任追究制度。由此可知，公证机构享有对公证员进行监督管理的权利，《公证员执业管理办法》对此作了进一步规定。根据《公证员执业管理办法》第 22 条之规定，公证机构应当按照规定建立、完善各项内部管理制度，对公证员的执业行为进行监督，建立公证员执业过错责任追究制度，建立公证员执业年度考核制度。公证机构应当为公证员依法执业提供便利和条件，保障其在任职期间依法享有的合法权益。

四、公证员与司法行政机关的关系规范

我国《公证法》第 5 条规定："司法行政部门依照本法规定对公证机构、公证员和公证协会进行监督、指导。"由此可知，司法行政机关是人民政府负责司法行政事务的部门，代表国家实施对司法行政事务的行政管理权。司法部制定的《公证员执业管理办法》进一步规定了司法行政机关与公证员之间的关系规范。

(一) 公证员任职程序管理

根据《公证员执业管理办法》第 10 条之规定，符合《公证员执业管理办法》第 7 条规定条件的人员，由本人提出申请，经需要选配公证员的公证机构推荐，由所在地司法行政机关出具审查意见，逐级报请省、自治区、直辖市司法行政机关审核。报请审核，应当提交下列材料：①担任公证员申请书；②公证机构推荐书；③申请人的居民身份证复印件和个人简历，具有 3 年以上其他法律职业经历的，应当同时提交相应的经历证明；④申请人的法律职业资格证书复印件；⑤公证机构出具的申请人实习鉴定和所在地司法行政机关出具的实习考核合格意见；⑥所在地司法行政机关对申请人

的审查意见；⑦其他需要提交的材料。

根据《公证员执业管理办法》第 11 条之规定，符合《公证员执业管理办法》第 8 条规定条件的人员，由本人提出申请，经需要选配公证员的公证机构推荐，由所在地司法行政机关出具考核意见，逐级报请省、自治区、直辖市司法行政机关审核。报请审核，应当提交下列材料：①担任公证员申请书；②公证机构推荐书；③申请人的居民身份证复印件和个人简历；④从事法学教学、研究工作并具有高级职称的证明，或者具有本科以上学历的证明和从事审判、检察、法制工作、法律服务满 10 年的经历及职务证明；⑤申请人已经离开原工作岗位的证明；⑥所在地司法行政机关对申请人的考核意见；⑦其他需要提交的材料。

根据《公证员执业管理办法》第 12 条、第 13 条、第 14 条之规定，省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到报审材料之日起 20 日内完成审核。对符合规定条件和公证员配备方案的，作出同意申请人担任公证员的审核意见，填制公证员任职报审表，报请司法部任命；对不符合规定条件或者公证员配备方案的，作出不同意申请人担任公证员的决定，并书面通知申请人和所在地司法行政机关。司法部应当自收到省、自治区、直辖市司法行政机关报请任命公证员的材料之日起 20 日内，制作并下达公证员任命决定。司法部认为报请任命材料有疑义或者收到相关投诉、举报的，可以要求报请任命机关重新审核。省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到司法部下达的公证员任命决定之日起 10 日内，向申请人颁发公证员执业证书，并书面通知其所在地司法行政机关。

此外，根据《公证员执业管理办法》第 15 条之规定，公证员变更执业机构，应当经所在公证机构同意和拟任用该公证员的公证机构推荐，报所在地司法行政机关同意后，报省、自治区、直辖市司法行政机关办理变更核准手续。公证员跨省、自治区、直辖市变更执业机构的，经所在的省、自治区、直辖市司法行政机关核准后，由拟任用该公证员的公证机构所在的省、自治区、直辖市司法行政机关办理变更核准手续。

（二）公证员执业证书管理

根据《公证员执业管理办法》第 18~20 条之规定，公证员执业证书是公证员履行法定任职程序后在公证机构从事公证执业活动的有效证件。公证员执业证书由司法部统一制作。证书编号办法由司法部制定。公证员执业证书由公证员本人持有和使用，不得涂改、抵押、出借或者转让。公证员执业证书损毁或者遗失的，由本人提出申请，所在公证机构予以证明，提请所在地司法行政机关报省、自治区、直辖市司法行政机关申请换发或者补发。执业证书遗失的，由所在公证机构在省级报刊上声明作废。公证员变更执业机构的，经省、自治区、直辖市司法行政机关核准，予以换发公证员执业证书。公证员受到停止执业处罚的，停止执业期间，应当将其公证员执业证书缴存所在地司法行政机关。公证员受到吊销公证员执业证书处罚或者因其他法定事由予以免职的，应当收缴其公证员执业证书，由省、自治区、直辖市司法行政机关予以注销。

（三）公证员执业监督检查

根据《公证员执业管理办法》第 21、26 条之规定，司法行政机关应当依法建立健全行政监督管理制度，公证协会应当依据章程建立健全行业自律制度，加强对公证员

执业活动的监督，依法维护公证员的执业权利。司法行政机关实施监督检查，可以对公证员办理公证业务的情况进行检查，要求公证员及其所在公证机构说明有关情况，调阅相关材料和公证档案，向相关单位和人员调查、核实有关情况。公证员及其所在公证机构不得拒绝司法行政机关依法实施的监督检查，不得谎报、隐匿、伪造、销毁相关证据材料。

根据《公证员执业管理办法》第 30 条之规定，司法行政机关对公证员实施行政处罚，应当根据有关法律、法规和司法部有关行政处罚程序的规定进行。司法行政机关查处公证员的违法行为，可以委托公证协会对公证员的违法行为进行调查、核实。

五、公证员与公证协会的关系规范

我国《公证法》第 4 条第 2 款规定，公证协会是公证业的自律性组织，依据章程开展活动，对公证机构、公证员的执业活动进行监督。根据《公证法》第 4 条第 1 款的规定，全国设立中国公证协会，省、自治区、直辖市设立地方公证协会。中国公证协会和地方公证协会是社会团体法人。中国公证协会章程由会员代表大会制定，报国务院司法行政部门备案。

根据《中国公证员协会章程》第 6 条之规定，中国公证协会的职责包括以下内容：①协助政府主管部门管理、指导全国的公证工作，指导各地公证员协会工作；②维护会员的合法权益，保障会员依法履行职责；③举办会员福利事业；④对会员进行职业道德、执业纪律教育，协助司法行政机关查处会员的违纪行为；⑤负责制定行业规范；⑥负责会员的培训，组织会员开展学术研讨和工作经验交流；⑦负责全国公证赔偿基金的使用管理工作，对各地公证员协会管理使用的公证赔偿基金进行指导和监督；⑧负责公证宣誓工作，主办公证刊物；⑨负责与国外和港、澳、台地区开展有关公证事宜的研讨、交流与合作活动；⑩负责海峡两岸公证书的查证和公证书副本的寄送工作；⑪负责公证专用水印纸的联系生产、调配，协助行政主管部门作好管理工作；⑫对外提供公证法律咨询等服务；⑬履行法律法规规定的其他职责，完成司法部委托的事务。由此可知，作为全国性公证行业组织，中国公证协会对整个公证职业的发展具有重要的管理指导作用。作为公证员个人也应该遵守中国公证协会制定的职业伦理、行业纪律。《公证员执业管理办法》第 21 条也规定，公证协会应当依据章程建立健全行业自律制度，加强对公证员执业活动的监督，依法维护公证员的执业权利。

六、公证员与律师的关系规范

公证职业与律师职业本来没有什么内在的必然联系。在普通法系国家，律师业的蓬勃发展使其触角延伸到社会的各个层面，加之其法律制度比较完备，以及判例法的特点，离开了律师就寸步难行；公证的职能并非公证员专属，律师也可以开展公证业务，从而使得本来在社会舞台上就非常活跃的律师更加光彩耀眼，而公证职业则显得有些黯然失色。在大陆法系国家，特别是法国，公证员的社会地位极高，属于国家公务员，由共和国总统任命，非争议性的法律事务几乎都通过公证来解决，形成了独立的公证法律制度，公证与审判的密切联系也提高了公证员的社会地位。欧洲列强的殖民

统治，使宗主国的法律制度对殖民地产生了深刻的影响，拉丁美洲国家的公证制度也逐步发展起来，构成了公证业与律师业并行的格局。

在我国，律所、公证处都被界定为市场中介组织，这就是它们最大的共性。公证业与律师业同属法律服务业，都是凭借自身的法律知识和技能为委托人提供法律服务，都从委托人那里收取费用，公证员与律师都曾是国家的法律工作者，都经历了从国家机构中分离的过程，都由政府的司法行政机关管理，而且共同由一个职能部门行使管理权，都是法律专业人员，都受苏联法律制度的影响、走过了初创阶段，留下了大陆法系的痕迹。两者不同的是：律师制度的恢复、发展虽然与公证制度相同，但在步伐上却总是比公证快一个节拍，也为公证制度的发展提供了宝贵的经验和教训。律师制度的改革，在与国际接轨的思想的指导下，更多地吸收了美国律师制度的长处；而公证制度的改革，受国际拉丁公证联盟的影响很大，在实际操作中，又习惯性地仿效律师制度的改革，有点“犹抱琵琶半遮面”的感觉，这也许就是公证制度改革总比律师制度改革慢一个节拍的原因。美国是头号经济和军事强国，其政治影响也是潜移默化的，在公证制度的改革设计中应当充分重视这一点。律师的执业特点是：站在委托人的立场上为其提供法律服务，委托人的合法权益是第一位的，是通过辩护、代理（含非诉讼法律事务的代理）、法律咨询和代书来完成法律赋予的任务。公证员行使的是国家证明权，属于国家权力的一部分，通过法律的授权或确认而取得，以出具公证书的形式实现法律预期的功能。律师的法律服务主要是为了解决纠纷，一部分非诉讼法律服务是为了避免纠纷，追求的都是维护委托人的合法权益。公证是为了预防纠纷、减少诉讼，追求的是真实、合法。律师出庭要积极地运用一切合法手段说服法官，使其接受自己的意见，实现诉讼的目的；公证员一旦出席法庭，仅仅是为了说明出具公证书的理由，维护的是公证书的权威性、合法性、真实性。律师的业务量没有止境，法律越细化、越完备，人们对律师的依赖也就越多，律师队伍的发展取决于市场。而公证业务比较固定，一般不会有太大的波动，公证员的数量与公证管辖区域的人口应当保持一定的比例，公证员队伍不能突破比例盲目发展。

近年来，中国公证行业出现了迅速发展的势头，在公证法律制度上也进行了较大幅度的改革，改变了公证处的体制，使其从行政机构转变为事业单位法人组织，公证员也改变了国家干部的身份，公证员队伍从数量和质量上都有了很大的发展，公证业务拓展很快。与此同时，也存在一些问题，需要进一步研究。较突出的是公证业务与律师业务的划分，这不仅是一个法律问题，也需要从职业道德层面加以解决。此外，公证员的发展、公证处的设置及合作制公证处的问题也应引起重视。

七、公证员与法官的关系规范

公证员与法官的关系主要体现在公证员以证人的身份出席法庭审判，履行作证的职责。在法庭上，公证员主要是对其所出具的公证书的真实性、合法性作出解释和说明，回答法官、检察官及其他诉讼参与人就其所出具的公证书而提出的有关问题。当公证处被公证当事人因公证事项起诉到法院时，公证员可以作为公证处的诉讼代理人出席法庭，参加诉讼，依法就原告的指控进行答辩，陈述办理公证的程序事实，运用

相关法律与原告辩论，维护公证处的合法权益，行使当事人的权利并承担诉讼义务。公证员对于司法行政机关的行政处罚不服而向人民法院起诉时，公证员是行政诉讼的原告，通过庭审活动，请求法官支持原告的诉讼请求，依法撤销行政处罚决定书。

八、公证员与检察官的关系规范

在我国《关于深化公证工作改革的方案》实施前，公证处是国家行政机关，公证员是国家干部，必须接受检察官对其履行职务的法律监督。该方案实施后，公证处和公证员都在性质上发生了变化。主体身份发生这种变化后应否继续接受检察监督，在法律上没有明确的规定，理论上有继续研究的必要，特别是在全国还在试点中的合作制公证处，使这个问题更加复杂化。从公证的社会公共管理职能和行使国家证明权的职业特点来看，检察官的法律监督还是必要的，但和对国家机关工作人员的监督略有不同，某些基于国家机关工作人员身份的罪名，公证员因不具备主体要件，不能受到相应的指控，但其履行职务的行为应当与公务员一样受到检察官的法律监督，在审判监督程序中，公证员也可以当事人身份请求检察官抗诉。

第三十章

公证员职业责任与惩戒

导 语

公证员职业责任，是指公证员在办理公证业务时违反相关的法律规定，违反客观公正的公证原则，从事法律禁止的行为所应当承担的法律责任。建立公证员职业责任制度对于确保公证服务质量、保障当事人权益、维护公证机构公信力和促进公证行业发展均具有重要意义。本章将主要介绍公证员职业责任的具体内容，并对国内外公证员惩戒制度进行概述。

第一节 公证员职业责任

一、公证员职业责任的内涵

公证员职业责任，一般是指公证员在办理公证业务时违反相关的法律规定，违反客观、公正的公证原则，从事了法律禁止的行为所应当承担的法律责任。[1] 随着我国《公证法》的颁布实施，我国的公证法律体系不断完善，对公证员的职业责任规定也越来越规范。

从世界各国公证员职业发展来看，各国都非常重视对公证员职业责任的构建。一般而言，建立公证员职业责任制度的重要意义主要体现在以下几个方面：①确保公证当事人及有关利害关系人的合法权益。公证员和公证机构必须严肃认真地对待公证工作，不得因疏忽大意或玩忽职守出错证而损害当事人的合法权益。公证员职业责任制度可以为其提供保障。②有利于公证事业的健康有序发展。公证员职业责任制度的建立是为了保障公证工作的规范进行，为了保障公证执业秩序，以利于公证事业的健康有序发展。③有利于提高公证的质量和效益。实行公证员职业责任制度，可以促使公证机构和公证员注重工作质量和效益，避免出错证而承担赔偿责任，避免给本机构或公证员本人带来经济损失。④有利于提高公证机构的社会公信力。公证员职业责任制度的实施有利于加强公证员的事业心和责任感，有利于公证质量和公证效益的提高，这一切都有助于提高公证机构的社会公信力。

---

〔1〕 参见李本森主编：《法律职业道德概论》，高等教育出版社 2015 年版，第 257 页。

二、公证员职业责任的内容

一般认为，公证员职业责任包括民事责任、行政责任和刑事责任。

（一）公证员的民事责任

公证员的民事责任，也称公证机构的民事赔偿责任，是指因公证机构及其公证员故意或过失致使公证文书发生错误，给当事人、公证事项的利害关系人造成损失时，公证机构依据过错的程度，向当事人、公证事项的利害关系人承担的经济赔偿责任。根据我国《公证法》第43条之规定，公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任；公证机构赔偿后，可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。当事人、公证事项的利害关系人与公证机构因赔偿发生争议的，可以向人民法院提起民事诉讼。

公证员承担民事责任必须符合以下条件：①必须有公证机构或者公证员的过错行为。出错如果不是公证员的缘故，而是当事人的责任，公证机构就不应当对此承担责任。如果出错既有当事人的责任，又有公证员的责任，责任应由双方分担。②公证机构或公证员的过错属违法行为。公证员出错，是由于其行为违反法律、法规或其他法律规范的规定，未按照有关规范行事。公证员有违法的行为才承担责任，如果公证员的行为属于法律未规定的，即根据法律判断其行为是无过错的，则不承担法律责任。③当事人或公证事项利害关系人有损害后果发生。公证机构承担法律责任，必须在当事人或公证事项利害关系人确有损害的前提下承担。如果仅有公证员的违法行为，却无损害后果的，则不承担此民事赔偿责任。④公证机构或公证员的过错与当事人或公证事项的利害关系人的损害后果有必然联系。公证机构承担赔偿责任还应当具备这样的前提，即公证机构或公证员的过错是造成当事人或公证事项的利害关系人损害后果的原因，这一原因与后果之间有直接的、必然的联系。

（二）公证员的行政责任

公证员的行政责任，是指公证员在从事公证行为过程中违反行政法律、法规，依法应当承担的法律责任。根据我国《公证法》第41条之规定，公证员有下列公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门给予警告；情节严重的，对公证机构处1万元以上5万元以下罚款，对公证员处1000元以上5000元以下罚款，并可以给予3个月以上6个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得：①以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务的；②违反规定的收费标准收取公证费的；③同时在2个以上公证机构执业的；④从事有报酬的其他职业的；⑤为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证的；⑥依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

此外，我国《公证法》第42条第1款还规定，公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告，并处2万元以上10万元以下罚款，并可以给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚；对公证员给予警告，并处2000元以上1万元以下罚款，并可以给予3个月以上12个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市

人民政府司法行政部门吊销公证员执业证书：①私自出具公证书的；②为不真实、不合法的事项出具公证书的；③侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；④毁损、篡改公证文书或者公证档案的；⑤泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；⑥依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

司法行政机关在对公证员作出行政处罚时必须遵守正当法律程序。根据我国《公证员执业管理办法》第30条之规定，司法行政机关对公证员实施行政处罚，应当根据有关法律、法规和司法部有关行政处罚程序的规定进行。司法行政机关查处公证员的违法行为，可以委托公证协会对公证员的违法行为进行调查、核实。在司法行政机关作出行政处罚的过程中，公证员也享有一定的权利，并且对于行政处罚结果不服，也可以获得救济。根据我国《公证员执业管理办法》第31条之规定，司法行政机关在对公证员作出行政处罚决定之前，应当告知查明的违法行为事实、处罚的理由及依据，并告知其依法享有的权利。口头告知的，应当制作笔录。公证员有权进行陈述和申辩，有权依法申请听证。公证员对行政处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

（三）公证员的刑事责任

公证员的刑事责任，是指公证员在从事公证行为的过程中违反了刑事法律，依法应当承担的法律责任。根据我国《公证法》第42条之规定，公证员有下列行为之一，构成犯罪的，依法追究刑事责任：①私自出具公证书的；②为不真实、不合法的事项出具公证书的；③侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；④毁损、篡改公证文书或者公证档案的；⑤泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；⑥依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

因故意犯罪或者职务过失犯罪受到刑事处罚的，应当吊销公证员执业证书。被吊销公证员执业证书的，不得担任辩护人、诉讼代理人，但系刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼当事人的监护人、近亲属的除外。

◆**例30-1** 下列哪些行为违反了相关法律职业规范规定？（ ）

A. 某律师事务所明知李律师的伯父是甲市中院领导，仍指派其到该院代理诉讼

B. 检察官高某在办理一起盗车并杀害车内行动不便的老人案件时，发现网上民愤极大，即以公诉人身份跟帖向法院建议判处被告死刑立即执行

C. 在法庭上，公诉人车某发现李律师发微博，当庭予以训诫，审判长怀法官未表明态度

D. 公证员张某根据甲公司董事长的申请，办理了公司章程公证，张某与该董事长系大学同学

【解析】 选项A不违反。《法官法》第36条规定："法官从人民法院离任后2年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。法官被开除后，不得担任诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。"由此可知，该条禁止的是配偶、子女，不包括侄子。故选项A不违反相关规定，不选。

选项B违反。《检察官职业行为基本规范（试行）》第26条规定："严守政治纪律，不发表、不散布不符合检察官身份的言论，不参加非法组织，不参加非法集会、游行、示威等活动。"由此可知，检察官高某以公诉人身份跟帖向法院建议判处被告死刑立即执行属于该条规定的情况，故选项B违反上述规定，应选。

选项C违反。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第307条第2款规定："未经许可对庭审活动进行录音、录像、拍照或者使用即时通讯工具等传播庭审活动，可以暂扣相关设备及存储介质，删除相关内容。"由此可知，李律师在法庭上发微博，属于"未经许可……使用即时通讯工具等传播庭审活动"的情形，审判长怀法官应当按上述规定处理。而在公诉人车某当庭训诫李律师，审判长怀法官未表明态度，违反相关规定，故选项C应选。

选项D不违反。《公证法》第23条规定："公证员不得有下列行为：①同时在2个以上公证机构执业；②从事有报酬的其他职业；③为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证；④私自出具公证书；⑤为不真实、不合法的事项出具公证书；⑥侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品；⑦毁损、篡改公证文书或者公证档案；⑧泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；⑨法律、法规、国务院司法行政部门规定禁止的其他行为。"由此可知，张某与该董事长仅系大学同学，不属于上述规定中的关系，故选项D不违反相关规定，不选。

第二节　公证员惩戒制度

一、中国公证员惩戒制度

公证员惩戒制度，是指公证协会对违反执业纪律和职业伦理的成员行为作出对其不利处分的制度。有学者将这种"不利处分"称为"非法律惩罚"，并认为，非法律惩罚是社会自治团体进行有效自治不可或缺的制度设计，行业协会之所以要采用大量非法律惩罚的原因，包括：①行业协会是一种关系网络，在关系网络中，非法律惩罚比法律惩罚更有效。②行业协会非法律惩罚更具有专业性和针对性。③行业协会建构有效的非法律惩罚机制更有助于行业协会实行自治。[1] 还有学者认为，惩戒制度的核心是职业协会的惩戒权，这种"权力"可以为"善"，也可以为"恶"，因此，从主体、客体、程序等方面加以控制。[2] 中国公证协会作为公证员职业的自律组织，负有对公证员职业伦理的监督与引导之责任。根据《公证员执业管理办法》第32条之规定，公证协会依据章程和有关行业规范，对公证员违反职业道德和执业纪律的行为，视其情节轻重，给予相应的行业处分。公证协会在查处公证员违反职业道德和执业纪律行为的过程中，发现有依据《公证法》的规定应当给予行政处罚情形的，应当提交有管辖权的司法行政机关处理。

2018年9月12日，中国公证协会发布了《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》，对加强公证队伍的职业道德和执业纪律建设、维护执业秩序、规范公证协会对会员违规行为的惩戒工作具有重要意义。根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第一章的规定，地方公证协会适用该规则对会员的违规行为实施行业惩戒，且地方公证协会依据该规则作出的惩戒决定对会员其有拘束力，地方公证协会及会员均有义务予以执行。地方公证协会实施行业惩戒，应当以事实为依据，以法律为准绳，

---

〔1〕 参见鲁篱："论非法律惩罚——以行业协会为中心展开的研究"，载《河北大学学报（哲学社会科学版）》2004年第5期。

〔2〕 参见谭九生："职业协会惩戒权边界之界定"，载《法学评论》2011年第4期。

遵循客观、公正、公开的原则，坚持教育与惩戒相结合。

（一）惩戒委员会

根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第二章的规定，中国公证协会设立惩戒委员会，在协会常务理事会的领导下，负责制定和修订公证行业相关惩戒规则，对地方公证协会的惩戒工作进行指导与监督。地方公证协会设立惩戒委员会，在地方公证协会常务理事会或理事会的领导下，负责对会员的违规行为进行惩戒。

惩戒委员会由具有公证行业管理经验、熟悉公证行业情况的管理人员和公证员以及协会聘请的其他相关人员组成，其组成人员应具备以下条件：①公证员应当具有5年以上执业经历；②具有强烈的政治责任心、公证行业责任感和奉献精神；③公道正派，清正廉洁，自觉接受监督；④无违法违纪行为和不良执业记录，在专业领域有较深造诣。

惩戒委员会负责以下工作：①受理惩戒案件，包括投诉人直接向地方公证协会投诉的案件、相关部门移送建议予以惩戒的案件和委员会依职权自行查办的案件；②对惩戒案件的证据材料进行审查，决定是否立案；③对惩戒案件的情况进行调查，必要时组织听证；④作出惩戒决定；⑤监督检查惩戒决定的执行情况；⑥其他有关工作。

（二）惩戒种类

根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第三章的规定，对公证员的违规行为可以作出的惩戒措施种类有：①训诫；②警告；③通报批评；④公开谴责；⑤中止会员权利；⑥取消会员资格。其中，中止会员权利的期限为1个月以上1年以下，在该项惩戒时，可同时给予警告、通报批评或公开谴责。决定给予警告及以上惩戒的，可以同时责令违规会员接受专门培训或者限期整改。专门培训可以采取集中培训、增加常规培训课时或者地方公证协会认可的其他方式进行。限期整改是指违规会员必须在地方公证协会规定的期限内改正错误行为，消除不良后果，并落实防止错误行为再次发生的有效措施。

地方公证协会拟对违规会员作出中止会员权利或取消会员资格的惩戒决定之前，应当建议司法行政机关依法对该会员给予相应的行政处罚。会员的行为可能构成犯罪的，地方公证协会可以建议司法行政机关移送司法机关处理。会员受到司法行政机关行政处罚或司法机关刑事处罚的，公证协会应当做出相应的惩戒。

会员有下列情形之一的，可以减轻或者免予惩戒：①初次违反执业纪律或职业道德并且情节轻微的；②主动报告、积极配合协会调查的；③及时消除或者减轻危害后果的。会员有下列情形之一的，应当从重或加重惩戒：①同时具有两种以上应予惩戒的行为的；②在两年内发生两次以上同一性质的应予惩戒的行为的；③在协会调查期同，拒不停止违规行为的：④逃避、抵制、阻挠调查或者隐匿、伪造、销毁相关证据材料的；⑤对投诉人或相关人员进行威胁和打击报复的。违规行为情节显著轻微可不予惩戒的，惩戒委员会应对违规会员予以提醒或警示。受到惩戒的违规行为，惩戒决定记入违规会员的执业档案。

（三）违规行为及惩戒适用

根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第四章的规定，会员有下列情形之

一的，予以训诫；情节严重的予以警告或通报批评：①无正当理由拒绝受理公证申请的；②服务态度恶劣，造成不良影响的；③无正当理由，不按期出具公证书的；④不予受理、不予办理或终止办理公证的决定未按规定通知当事人，造成不良影响的；⑤违反执业区域管理规定受理公证业务的；⑥不执行公证行业信息平台录入和查询规定的。

会员有下列情形之一的，予以警告；情节严重的，予以通报批评或公开谴责：①在媒体上或者利用其他手段对本机构或本人进行虚假宣传，误导当事人、社会公众或社会舆论，造成不良影响的；②故意诋毁、贬损其他公证机构或者公证人员声誉的；③故意干扰其他公证机构或者其他公证人员正常办理公证业务的；④不按规定缴纳会费、公证赔偿基金，不参加公证执业责任保险的；⑤上报的统计数据存在瞒报、夸大等造假行为的；⑥不按规定履行复查义务的。

会员有下列情形之一的，予以通报批评，情节严重的，予以公开谴责或中止会员权利：①不按法定程序出具公证书的；②同时在两个以上公证机构执业的；③同时从事有报酬的其他职业的；④严重违反复查处理程序或复查处理结果违法，造成不良影响的；⑤遗失丢失公证文书或者公证档案，情节严重的。

会员有下列情形之一的，予以公开谴责；情节严重的，予以中止会员权利：①通过压价、支付佣金、支付回扣等不正当方式争揽公证业务的；②在公证收费之外，直接或变相收取当事人财物的；③利用执业便利为自己或者他人牟取、收受不正当利益的；④拒不执行地方公证协会复查争议投诉处理意见的；⑤擅自减免、提高公证收费或不向当事人开具收费凭证的；⑥尚未取得公证员执业证的人员直接或变相独立办理《公证法》第 11 条规定的公证事项的；⑦泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；⑧对投诉人或相关人员进行打击报复的；⑨拒不履行惩戒决定的。

会员有下列情形之一的，予以中止会员权利，情节严重的，取消会员资格：①私自出具公证书的；②故意为不真实、不合法的事项出具公证书的；③因重大过失为不真实、不合法的事项出具公证书，造成重大损失的或者造成恶劣社会影响的；④泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私，造成重大损失或恶劣社会影响的；⑤毁损、篡改、遗弃公证文书或者公证档案，情节严重的；⑥侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；⑦发生重大公证质量事故，限期整改仍未改正的；⑧受到司法行政机关停止执业或停业整顿行政处罚期间，继续执业或变相执业的；⑨其他严重违反公证法律法规或者职业道德和执业纪律的行为，造成严重不良影响的。

会员受到司法行政机关停止执业或停业整顿行政处罚的，会员的权利自动中止，中止期限与行政处罚确定的期限相同。机构会员组织、放任指使个人会员从事违法违规行为的，在对违法违规的个人会员惩戒的同时，对机构会员及负责人从重或加重惩戒。会员具有该规则列举的违规行为的，适用该规则；会员具有该规则未列举的其他违反法律、法规、部门规章或行业管理规范的行为，应予惩戒的，比照前述相近条款予以处理。

◆**例 30-2**　下列哪一选项属于违反律师或公证有关制度及执业规范规定的情形？（　）

A. 刘律师受当事人甲委托为其追索 1 万元欠款，因该事项与另一委托事项时间冲突，经甲同意

后另交本所律师办理，但未告其支出增加

B. 李律师承办当事人乙的继承纠纷案，表示乙依法可以继承2间房屋，并作为代理意见提交法庭，未被采纳，乙仅分得万元存款

C. 林公证员对丙以贵重金饰用于抵押的事项，办理了抵押登记

D. 王公证员对丁代理他人申办合同和公司章程公证的事项，出具了公证书

【解析】选项A错误。《律师执业行为规范（试行）》第58条规定："非经委托人的同意，不能因转委托而增加委托人的费用支出。"由此可知，本题选项A中，刘律师的行为违反了律师执业行为规范。

B选项正确。《律师执业行为规范（试行）》第44条规定："律师根据委托人提供的事实和证据，依据法律规定进行分析，向委托人提出分析性意见。"第45条规定："律师的辩护、代理意见未被采纳，不属于虚假承诺。"由此可知，本题选项B中，李律师的行为没有违反律师执业行为规范。

选项C正确。《公证法》第12条规定："根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构可以办理下列事务：①法律、行政法规规定由公证机构登记的事务；②提存；③保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书；④代写与公证事项有关的法律事务文书；⑤提供公证法律咨询。"由此可知，本题选项C中，林公证员办理抵押登记符合公证员行为规范。

选项D正确。《公证法》第11条规定："根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：①合同；②继承；③委托、声明、赠与、遗嘱；④财产分割；⑤招标投标、拍卖；⑥婚姻状况、亲属关系、收养关系；⑦出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录；⑧公司章程；⑨保全证据；⑩文书上的签名、印鉴、日期，文书的副本、影印本与原本相符；⑪自然人、法人或者其他组织自愿申请办理的其他公证事项。法律、行政法规规定应当公证的事项，有关自然人、法人或者其他组织应当向公证机构申请办理公证。"由此可知，本题选项D中，王公证员的行为符合公证员行为规范。

（四）惩戒程序

根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第五章和第六章的规定，对公证员的违规行为进行惩戒主要包括受理、调查、作出决定、申诉与复核等程序。

1. 受理。根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第35~44条之规定，投诉人可以自行或委托他人直接来访投诉，也可以信函和邮件形式投诉，并按要求提交个人身份证明、证据材料和书面诉求材料。投诉人认为公证机构或者公证员的行为应当受到惩戒的，自知道或者应当知道之日起1年内向公证协会提出投诉，能够证明自己不知道的除外。提出投诉的期限自该行为发生之日起最长不超过20年。投诉人在投诉中对公证书有异议的，应当首先依照《公证程序规则》关于公证争议处理程序的规定，就公证书向公证机构提出复查或者向公证协会提出复查争议投诉。对于没有投诉人投诉的会员的涉嫌违规行为，地方公证协会有权主动调查并作出惩戒决定。

地方公证协会受理投诉时应当要求投诉人提供具体的事实和相关证据材料，必要时可以要求投诉人接受当面询问。惩戒委员会应当在接到投诉之日起10个工作日内作出是否立案的决定。具有下列情形之一的不予立案：①不属于本协会受理范围的；②代理他人投诉，但未提交合法的授权文件的；③不能提供相关证据材料或者证据材料不足的；④提交的证据材料与投诉事实没有关联性的；⑤匿名投诉或者投诉人身份无法核实的；⑥投诉人拒绝直接来访，地方公证协会认为无需主动调查的；⑦超过投诉期限的；⑧被投诉人的会员资格已终止的；⑨对地方公证协会已经处理过的违规行

为，没有新的事由和证据而重复投诉的；⑩投诉人在公证机构完成复查程序或者公证协会完成复查争议投诉程序之前，以公证书不真实、不合法为由提起投诉的；⑪其他不应立案的情形。对不予立案的，应当在惩戒委员会决定作出之日起 7 个工作日内向投诉人书面说明不予立案的理由，但匿名投诉的除外。需由其他地方公证协会或其他机构处理的案件，地方公证协会应当制作转移处理书，随投诉资料移送有管辖权的机构，并告知投诉人。

地方公证协会应当自立案之日起 5 个工作日内向投诉人、被投诉会员发出书面立案通知。投诉人递交了书面投诉文件的，应当将投诉文件的副本与通知一并送达被投诉会员。被投诉会员收到立案通知后，应自行对案件进行复核，在 10 个工作日内向惩戒委员会提交复核报告、答辩意见和惩戒委员会要求提供的其他材料。

2. 调查。根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第 45～49 条之规定，惩戒委员会委员和参与处理投诉案件的其他工作人员有需要回避情形的，应当自行回避，投诉人、投诉人、被投诉会员也有权向地方公证协会申请其回避。对回避申请，地方公证协会或者惩戒委员会应当在申请提出的 3 个工作日内，以口头形式作出决定，并记录在案，此决定为终局决定。

惩戒委员会对决定立案调查的案件应当委派两名以上委员组成调查组进行调查，必要时可邀请相关部门人员参加。与案件有直接关联的事实或者争议进入诉讼、仲裁程序或者发生其他导致调查无法进行的情形的，经惩戒委员会主任批准可以中止调查，待相关程序结束或者相关情形消失后，再行决定是否恢复调查，中止期间不计入调查时限。

3. 作出决定。根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第 50～56 条之规定，调查结束后，调查组应当制作调查报告。惩戒委员应当自立案之日起 60 日内作出惩戒决定，应当有 2/3 以上的委员参与表决，并由参与表决的委员过半数通过。惩戒委员会认为需要补充调查的，可以延长投诉处理期限 15 个工作日，补充调查以一次为限。

惩戒委员会应根据不同情况，作出如下决定：①不属于地方公证协会受理范围的，作出撤销案件的决定；②投诉所称的事实不存在或证据不充分的，作出不予惩戒决定；③确有应予以惩戒情形的，作出予以相应惩戒的决定。惩戒委员会作出决定后，应当制作书面决定书，决定书应当载明事实和证据、决定及依据、申诉的权利与期限等内容。决定书经惩戒委员会主任审核后，由地方公证协会会长签发。决定书应当在签发后的 5 个工作日内，送达被投诉会员，并在决定书生效后将处理结果告知投诉人。达成和解或者投诉人撤销投诉的，不终止对违规行为的查处程序，但应当酌情减轻或免予惩戒，必要时可以启动调查程序。

4. 申诉与复核。根据《公证执业违规行为惩戒规则（试行）》第 57～64 条之规定，被投诉会员对惩戒委员会的决定不服的，可以在收到惩戒决定书之日超 10 个工作日内向作出决定的地方公证协会提出申诉。被投诉会员逾期未提起申诉的，惩戒决定书自申诉期满后发生效力。申诉应当以书面形式提出，并载明申诉人的基本情况、申诉的具体事实、理由、证据等内容。

地方公证协会在受理申诉后，由常务理事会或理事会对案件进行复查。复查时应

当对原决定所依据的事实、证据等进行全面审查。常务理事会或理事会可成立专门或临时机构负责上述复查工作。地方公证协会应在受理申诉之日起 30 个工作日内，根据不同情况作出如下复查决定：①认为原决定认定事实清楚，适用依据正确，程序符合规定，维持原决定；②认为原决定在认定事实、适用依据或履行程序方面存在错误的，要求惩戒委员会重新做出决定或直接另行作出决定。地方公证协会要求惩戒委员会重新作出决定的，惩戒委员会不得以相同的事实和理由作出相同的决定。

依据申诉程序作出的惩戒决定为最终决定。申诉惩戒决定由地方公证协会会长签发，自签发之日起生效，并于生效之日起 5 个工作日内送达被投诉会员。地方公证协会应将本地区的惩戒决定报中国公证协会备案。训诫处分由作出决定的地方公证协会实施，并告知所在公证机构负责人。警告处分由作出决定的地方公证协会书面送达所在公证机构。通报批评处分决定生效的，应当在本地区公证行业内进行通报。公开谴责及以上处分决定生效的，应当向社会公开披露。

二、国外公证员惩戒制度概述

在公证职业的发展过程中，公证员的不当行为时有发生，为此，世界各国在规范公证职业健康发展的过程中，都建立了较为完备的惩戒制度。由于各国对公证员的性质定位采用的立法例有所不同，因此，在建构公证员惩戒制度时采取的模式也存在差异。

（一）美国公证员惩戒制度概述

在美国，根据美国《模范公证法》的规定，任命官员在公证人不符合下列要求时，应当撤销其任命：①在本［州］维持一个住所或经常工作地或主要营业场所；②维持美国合法居留者身份。对于公证人的不当行为，任命官员可以向被裁定有职务不当行为的任一公证人发出书面的停止不当行为的正式警告。任命官员应当定期公开公证人任命被撤销、公证行为触犯法院禁令或被正式警告停止不当行为的人员名单。

公证人从事公证行为时有下列故意行为，应被认定为［犯罪类型］，一经定罪处以最高［美元］罚款或最长［刑期］监禁，或并处：①公证时未要求当事人到场；②未通过个人熟知或充分证据证实当事人身份；③制作虚假公证书；④公证人故意从事《模范公证法》其他任何禁止行为或未履行《模范公证法》其他任何指令行为，可被认定为［犯罪类型］，一经定罪处以最高［美元］罚款或最长［刑期］监禁，或并处。

（二）德国公证员惩戒制度概述

在德国，根据《德意志联邦公证人法》的规定，对公证人享有监督权主要包括以下几种情况：①对州法院辖区内的公证人和见习公证人的监督，由州法院院长进行；②对州高级法院辖区内的公证人和见习公证人的监督，由州高级法院院长进行；③对州全体公证人和见习公证人的监督，由州司法行政机关进行。公证人和公证人助理由于自身职责损害其职务义务的行为，属于失职。当《德意志联邦公证人法》没有其他规定的情况下，公证人的惩戒应当适用《联邦惩戒法》的规定。《联邦惩戒法》规定，监督者承担的任务和享有的权限，由监督机构来承担和享有；最高主管当局承担的任务和享有的权限，由州司法行政机关承担和享有。对于公证员惩戒措施，按照《德意

志联邦公证人法》的规定，在惩戒程序中，可以采取下列措施：通报批评、罚款和免职，其中可以同时处以通报批评和罚款。

对于一个专职公证人，取消其当前的办公场所也可以作为惩戒措施。在这种情况下，州司法行政机关根据判决内容，在听取公证人协会的意见后，立即将该公证人指派到另一办公地点。取消当前办公场所的同时，还可以对该公证人处以罚款。

对于一个律师公证人，在特定时间内取消其职务也可以作为惩戒措施。在这种情况下，当该公证人在此期间内由于自身原因实施了有失身份的行为，则其将不能再复职。对律师公证人的免职，将同时导致其失去从事律师行业职务的资格。

对公证人的罚款金额最多为5万欧元，对见习公证人的罚款金额最多为5000欧元。若公证人是为了谋取利益而失职，则可以对其处罚以2倍于最高罚款金额的罚款。

（三）日本公证员惩戒制度概述

在日本，根据《日本公证人法》的规定，公证人接受法务大臣的监督，法务大臣根据其规定，指定法务局或地方法务局负责对其管辖区内公证人的监督事务。“监督权”主要包含下列事项：①在公证人不适当地履行职务时提请其注意，并训令其适当地履行职务；②在公证人无论职务内外出现与其地位不相符的行为时提出警告，但在提出警告前允许公证人进行辩解。委托人或利害关系人对公证人负责的事务，可以向其隶属的法务局或地方法务局局长提出异议，对于基于异议所作出的处分存在异议的，委托人、利害关系人、公证人可以再向法务大臣提出异议。

公证人违反职务上的义务或有品行不端的行为时，应予以惩戒。惩戒有以下五种形式：①谴责；②罚款10万日元以下；③停职1年；④职务调动；⑤免职。罚款、停职、调动及免职由公证人审查会进行决议，由法务大臣执行，谴责直接由法务大臣执行。公证人被羁押或被判拘留刑罚时，在其获释前当然予以停职。法务大臣认为对公证人的惩戒事件足以适用停职、调动或免职惩罚时，在惩戒程序完结之前，可以停止公证人的职务。公证人不交纳罚款时，可以由检察官命令执行。

（四）韩国公证员惩戒制度概述

在韩国，根据《韩国公证人法》的规定，公证人受司法部部长监督，司法部部长将对于公证人的监督权部分赋予地方检察厅检察长，部分赋予大韩公证人协会会长。“监督权”包含下列内容：①纠正公证人不适当的职务行为，令其正当履职；②无论职务内容，只要公证人作出不符其职务之事项，即可予以警告。在给予警告处分之前要给予公证人辩明的机会。

委托人或利害关系人可以就公证事务相关的问题，向所属的地方检察厅检察长提出异议申请。对地方检察厅检察长基于异议作出决定不满的，也可以再次向司法部部长提出异议申请。

对于有下列情形之一的公证人，法务部应向公证人惩戒委员会要求作出惩戒决议：①违反《韩国公证人法》和依法作出的命令；②违反上级的职务命令或其他职务义务，或有损害品行之行为；③违反大韩公证人协会会规的。对公证人的惩戒如下：①免职（对认可公证人，则解除认可）；②1年以下的停职；③1000万韩元以下的罚款；④谴责。对公证人的惩戒由公证人惩戒委员会进行决议，由司法部长官进行惩戒。

（五）菲律宾公证员惩戒制度概述

在菲律宾，根据《菲律宾2004年公证执业规则》的规定，行政法官应当随时监督公证人，并且应当密切地监控其活动。如果公证人出现可导致委任申请被拒绝的理由时，行政法官可以撤销其任命。此外，行政法官对有下列行为之公证人，可以撤销委任或处以适当的行政处罚：①没有记录公证登记簿的；②未能就其公证行为在其公证登记簿上编制正确的条目；③未能在下一月份前10天内将条目副本送交行政法官；④未能在出具确认书时加盖其委任期满之日；⑤如有填写登记簿的，未能将其公证登记簿提交给行政法官；⑥未能按照行政法官的要求，在合理时间内，就履行职责的表现向行政法官提交报告；⑦未能在实施公证行为时，要求当事人在场；⑧未能根据个人熟识或有效证据识别当事人的身份；⑨签署了虚假或不完整的证书；⑩故意实施其他法律禁止的行为，或故意不履行规则所要求实施的行为；⑪有其他的玩忽职守行为使行政法官有正当理由撤销委任或者实施行政处罚的。

第七编

仲裁员职业伦理

第七编　典型案例

第七编　典型例题

第七编　拓展阅读

第三十一章

仲裁员职业概述

导　语

仲裁制度是基于私法自治和契约自由原则而设立的私法纠纷解决机制，依当事人意思自主原则，由当事人以合约授予仲裁人权限，就当事人间的纠纷作出判断，定分止争。[1] 仲裁员在整个仲裁过程中居于核心地位。本章主要对仲裁员职业进行简要介绍，包括仲裁的含义、特征与分类，仲裁员的概念、资格条件和法律地位等内容。

第一节　仲裁概述

一、仲裁的含义

何为“仲裁”呢？从辞源来看，古代中国无“仲裁”词组，历史上相应的汉语词组为“公断”。从字面含义讲，“公断”一词不能恰如其分地涵盖仲裁之意。现代通用的“仲裁”一词则来自日语。[2]《现代汉语词典》将“仲裁”解释为：“动词，争执双方同意的第三者对争执事项作出决定，如国家仲裁、海事仲裁、劳动仲裁等。”[3] 在英语中，其对应的词是“arbitration”，基本含义也是“居中裁决”，《元照英美法词典》将“仲裁”解释为“指争议双方当事人将其争议提交给中立的第三方（即仲裁员）来审理并作出裁决的争议解决方法。它不同于到法院通过诉讼途径来解决争议，且与之相比，仲裁程序更为简便、迅速、费用较低”。

在理论上，不同的学者对“仲裁”作出了不同的界定。有观点认为，仲裁就是指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议，将纠纷提交非司法机构的第三者审理，第三者就纠纷居中评判是非，并作出对争议各方均有拘束力的裁决的一种解决纠纷的制度、方法或方式。[4] 还有观点认为，仲裁是指发生争议的双方当事人，根据其在争议发生之前或争议发生之后所达成的协议，自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。[5]

---

〔1〕 参见台北律师公会主编：《法律伦理》，五南图书出版有限公司 2011 年版，第 326 页。

〔2〕 参见王斐弘：“仲裁概念考”，载《中国对外贸易商务月刊》2002 年第 12 期。

〔3〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 1690 页。

〔4〕 参见黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 1~2 页。

〔5〕 参见江伟主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 12 页。

基于上述定义，一般认为，仲裁具有如下要素：①各方当事人自愿采用仲裁方式解决相互间的争议；②当事人选择解决争议的第三者是非司法机构；③第三者为解决争议所作出的裁决，对各方当事人都具有法律上的拘束力。[1]

二、仲裁的特征

仲裁作为一种重要的解决争议的方式，与其他争议解决方式（特别是司法诉讼）相比较，具有十分鲜明的特征，一般认为，仲裁主要具有以下特点：

（一）自愿性

当事人的自愿性是仲裁最突出的特点，当事人可以自愿决定是否采用仲裁方式解决纠纷，自愿决定以仲裁方式解决他们之间的哪些纠纷，以及自愿决定由哪个仲裁机构、哪些仲裁员仲裁他们之间的纠纷，甚至自愿决定仲裁适用的法律。我国《仲裁法》第 4 条规定，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

（二）专业性

仲裁的专业性主要体现在两个方面：

1. 仲裁所处理的事务都是比较复杂的经济、法律事务，涉及很多专业性知识与技能。我国《仲裁法》第 2 规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。

2. 参与仲裁的仲裁员必须要经过系统性的专业学习，并取得一定的执业资格。我国《仲裁法》第 13 条第 2 款规定，仲裁员应当符合下列条件之一：①通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满 8 年的；②从事律师工作满 8 年的；③曾任法官满 8 年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

（三）保密性

对于司法诉讼而言，公开是原则，不公开才是例外。仲裁不一样，仲裁不公开进行，这就是仲裁保密性的一种体现。我国《仲裁法》第 40 条规定，仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。此外，任何一方当事人及仲裁参与人负有仲裁保密义务，不得将仲裁文件、案件实体情况及审理过程进行对外披露。

（四）独立性

仲裁的独立性主要体现在两个方面：

1. 仲裁过程的独立性。仲裁员在进行仲裁的过程中不受行政机关、社会团体和个人的干涉，依据法律和事实，凭借自己的良心独立进行职业判断。我国《仲裁法》第 8 条规定，仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

2. 仲裁机构的独立性。仲裁机构作为中立第三方对当事人的争议进行处理，不受其他因素的干涉。我国《仲裁法》第 14 条规定，仲裁委员会独立于行政机关，与行政

---

〔1〕 参见黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 2 页。

机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。

◆例 31-1　在法律职业伦理课上，老师提出问题：如何理解仲裁？以下是几位同学的答案：①甲说："如果要进行仲裁，那么前提条件是双方当事人要愿意，要达成共识，其他任何人不能强制。"②乙说："仲裁解决问题主要是法律纠纷、经济纠纷，如果不具备相应的知识，那么很难胜任这项工作。"③丙说："仲裁和调解差不多，都是居中裁判，只要具备一定的经验就可以，不需要具备专业知识。"④丁说："仲裁不同于法院裁判，开庭审理一般是公开为原则，不公开为例外，而仲裁则是不公开为原则，公开为例外。"以下选项正确的是？（　）

A. ①③　　B. ②④　　C. ①②　　D. ③④

【解析】第①项说法正确。我国《仲裁法》第 4 条规定，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

第②项说法正确，第③项说法错误。我国《仲裁法》第 13 条第 2 款规定，仲裁员应当符合下列条件之一：①通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满 8 年的；②从事律师工作满 8 年的；③曾任法官满 8 年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

第④项说法正确。我国《仲裁法》第 40 条规定，仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

三、仲裁的分类

根据不同的分类标准，仲裁可以被划分为不同的类型。将仲裁进行分类，对于当事人双方正确选择仲裁机构以及仲裁机构正确运用法律和仲裁规则，具有重要意义。从理论上，一般认为，仲裁主要分为以下几种类型：[1]

（一）国内仲裁与涉外仲裁

根据当事人、所发生纠纷提交仲裁的法律关系等是否含有涉外因素，仲裁可以分为国内仲裁与涉外仲裁。所谓的国内仲裁，是指本国仲裁机构对不具有涉外因素的国内民商事纠纷的仲裁。例如，北京仲裁委员会受理的当事人双方均为中国公民，并发生在国内的合同纠纷仲裁。所谓的涉外仲裁，是指涉及外国或外法域的民商事纠纷的仲裁。例如，中国国际经济贸易仲裁委员会受理的当事人一方为中国公司，另一方为外国公司的仲裁。

（二）机构仲裁与临时仲裁

根据仲裁机构是否为常设的专门仲裁机构，可以分为机构仲裁和临时仲裁。所谓的机构仲裁，是指当事人协商一致选择常设性的仲裁机构解决其民商事纠纷的仲裁。所谓的临时仲裁，是指不由任何已经设立的仲裁机构进行程序管理，而是由当事人双方将他们之间的争议提交给他们选定的仲裁员，根据他们自己设计的或选定的仲裁规则，由仲裁员进行审理并作出裁决的商事仲裁。

（三）依法仲裁与友好仲裁

根据作出仲裁裁决所依据的实体规范的不同，可以分为依法仲裁和友好仲裁。所谓的依法仲裁，是指在民商事仲裁中，仲裁庭严格依据一定的实体法律规范对当事人

---

〔1〕 参见江伟主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 21～24 页。

之间的纠纷进行裁决。所谓的友好仲裁，是指依据双方当事人的授权，仲裁庭不以严格的法律规范为依据，而是以其所认为的公平的标准作出对当事人具有拘束力的裁决。

在实践中，中国现有的仲裁类型，主要可以分为国内仲裁和涉外仲裁两大类，我国《仲裁法》第七章专门对涉外仲裁进行了规定。就国内仲裁的内容而言，则主要以合同仲裁为主，侵权性涉及财产权益纠纷的仲裁为辅。

第二节 仲裁员概述

一、仲裁员的概念

我国《仲裁法》并未对仲裁员的概念进行明确界定。在理论上，一般认为，就仲裁员的概念而言，有广义和狭义之分。广义的仲裁员是指符合法定任职资格，为仲裁机构聘任，并列入仲裁员名册的人。狭义的仲裁员是指被当事人选定或被依法指定，对具体案件进行审理并作出裁决的人。

二、仲裁员的资格条件

根据我国《仲裁法》的规定，仲裁员的资格条件主要体现在两个方面：一是道德条件；二是专业条件。

（一）道德条件

道德产生于人类社会生活的需要，它是一种“应该”，是一种“价值”。仲裁作为一种纠纷解决方式，其所具有的公信力一般就体现在仲裁员的仲裁行为上。如果一个不诚实、贪得无厌、臭名昭著的人来参与仲裁，那么人们势必会对仲裁裁决的公正性产生怀疑。因此，社会对仲裁员提出了高于一般人的道德标准。换言之，作为仲裁员，既要具有良好的公共道德素养，还要具有严谨的职业伦理素养。我国《仲裁法》第 13 条第 1 款规定：“仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。”

（二）专业条件

仲裁之所以成为让人信服的纠纷解决方式之一，不仅在于其保密性、灵活性、自愿性、经济性等诸多优势，更重要的是其权威性，这种权威性更多地体现为专业性。仲裁的专业性通过仲裁员自身的专业素养等体现。根据我国《仲裁法》第 13 条第 2 款之规定，仲裁员应当符合下列条件之一：①通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满 8 年的；②从事律师工作满 8 年的；③曾任法官满 8 年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

◆**例 31-2** 下列关于仲裁员任职条件的说法正确的一项是？（ ）

A. 甲于 2016 年通过了国家统一法律职业资格考试，曾于 2015 年在某仲裁机构实习

B. 乙是某大学法学院的讲师

C. 丙于 2012 年至 2018 年在某律师事务所从事非诉讼业务，尚未取得律师执业证书

D. 丁于 2010 年起在某法院从事法官工作

【解析】选项A、B、C错误。《仲裁法》第13条规定："仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一：①通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满8年的；②从事律师工作满8年的；③曾任法官满8年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。"由此可知，甲、乙、丙的条件均不符合该条规定。

选项D正确。丁于2010年起在某法院从事法官工作符合"曾任法官满8年的"。

三、仲裁员的法律地位

仲裁员的权利来自当事人的授权，所以，明确仲裁员与当事人之间的法律关系，有助于确定仲裁员责任。关于仲裁员与当事人之间的法律关系，存在以下几种学说：一是准契约关系说（quasi contract）；二是契约关系说；三是特定身份关系说（status approach）。以下简要概述上述几种学说。[1]

（一）准契约关系说

准契约关系说认为，虽然仲裁人与当事人之间因无要约、承诺等成立要件，故无正式契约关系存在，但当事人选任仲裁员时，无论是自己选任之第一仲裁人，或由第一仲裁人推选第三仲裁人，还是申请仲裁机构或法院代为选人时，均明示要求仲裁人能够提供仲裁服务，而仲裁人接受仲裁职务时，亦预期该服务将受有报酬，构成准契约之成立要件"偿还请求权"（restitutory remedies）。因此，应该以准契约关系规范仲裁人与当事人之间的权利义务。

（二）契约关系说

传统理论认为，仲裁员与当事人之间存在合同关系：仲裁人接受当事人之选定，提供专业知识解决争端，并于作出仲裁判断后接受报酬，系一种劳务契约，如当事人不给付报酬，仲裁人可依法向当事人请求之；若仲裁人怠于执行职务或有侵害当事人之不当行为，则当事人可以契约不履行或侵权行为诉请仲裁人赔偿之。

（三）特定身份关系说

英国学者主张，仲裁人一旦接受选任，即立于"准司法官"之地位施行职权，影响当事人甚巨，非经依法撤换、回避，其仲裁人身份将持续至程序终结，且因当事人系基于对特定仲裁人事业能力、人格操守之信任而加以选任，故该职权除被选任仲裁人本人外，不得由他人代为行使，此与委任契约中得为复委任之规定亦有不同。故学者主张，仲裁人与当事人间之法律关系，乃基于一种特殊"既定身份"（permanent status）而定，易言之，是一种特定身份之法律关系，当事人在选定仲裁人后即负有依仲裁人指示进行仲裁程序与遵守仲裁人仲裁判断之义务，且不得以当事人身份，指挥、影响仲裁人执行职务，仲裁人接受委任后，即享有此特定身份，有权独立（independently）进行仲裁程序，作出判断不受当事人指挥、影响，无需像委任契约中受任人有遵循委任人指示之义务，此说弥补了契约关系说理论上不周延之缺点。

---

〔1〕 参见郭寿康、赵秀文主编：《国际经济贸易仲裁法》，中国法制出版社1999年版，第193页。

从上述学说可以看出，仲裁人与申请仲裁的当事人之间的法律关系，是确定仲裁人在仲裁活动中权利和义务的基本根据，也是仲裁伦理的依据。随着社会的进步、仲裁活动空间的扩展，关于仲裁人与当事人之间的法律关系，传统的仲裁人法律地位的理论已经不能满足时代的需要。时代的发展、社会利益的冲突呼唤仲裁制度的出现。在任何社会中，社会主体基于自身的需要而对不同权益的欲求，使得各个社会主体根据自己的意思自愿为各自不同的社会行为，在此过程中，不可避免地会在不同的利益主体之间产生各种社会冲突。社会冲突经常、大量的出现，不仅破坏了整个社会秩序的稳定与社会主体之间的祥和，而且使社会主体自身利益的实现受到极大的阻碍，因而，解决社会冲突便成为社会控制以致维持人类存续的重要方面。

第三十二章

仲裁员职业伦理概述

导　语

仲裁员职业伦理是仲裁员在长期的仲裁实践过程中所形成的职业认知与行为规范。仲裁员职业伦理的构建有利于维护人们对仲裁员的信任度、保障仲裁案件的质量以及提高仲裁员队伍的整体素质。在仲裁制度发展中，各国对于仲裁员的资格条件和行为规范均提出了特定要求。本章将重点介绍我国和域外仲裁员职业伦理的基本规则。

第一节　仲裁员职业伦理的内涵

一、仲裁员职业伦理的概念

仲裁员职业伦理是仲裁员在长期的仲裁实践过程中所形成的职业认知与行为规范。有观点认为，仲裁员与法官不同，法官是国家各级审判机关的工作人员，而仲裁员则不是一种专门职业，其可能是商人、教授、会计师、技术专家等。[1] 职业伦理一般与职业的形成密切相关，似乎按照前述观点，既然仲裁员不属于专门职业人员，自然也就不存在职业伦理了。事实上，这种观点值得商榷。

从各国仲裁制度的发展来看，基本都已经形成了一套独有的仲裁规则，对于仲裁员的资格条件、行为规范也提出了特定的要求。前述观点否认仲裁员作为专门职业人员的逻辑起点是：仲裁员基本都是来自其他各行各业的人。事实上，就仲裁员的来源而言，一般分为专任仲裁员（ad hoc arbitrators）与兼任仲裁员。兼任仲裁员主要是从其他各个领域中选择一定的专业性人士作为仲裁员，以应对各种复杂的仲裁事务，但并不能以此认定仲裁员不属于一种专门的职业。正如在法院审判中也引入了陪审员制度，人民陪审员虽不是专门的法官，但依然要遵守法官职业伦理。此外，根据《国家统一法律职业资格考试实施办法》的规定，国家统一法律职业资格考试是国家统一组织的选拔合格法律职业人才的国家考试。初次担任法律类仲裁员应当通过国家统一法律职业资格考试，取得法律职业资格。这些都说明：仲裁员具备作为一种专门职业的现实基础，因而也需要专门的职业伦理规范。

目前，我国有关仲裁员的职业伦理规范主要包括两大类：一类是全国性仲裁委员

---

〔1〕 参见黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 51 页。

会制定的仲裁员职业伦理规范，如《中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会仲裁员守则》；另一类是地方仲裁委员会制定的仲裁员职业伦理规范，如《北京仲裁委员会仲裁员守则》《上海仲裁委员会仲裁员守则》《珠海仲裁委员会仲裁员守则》等。由此可见，我国目前尚未制定全国统一的仲裁员职业伦理规范。根据我国《仲裁法》第 15 条第 2 款之规定，中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织，根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。因此，有观点认为，我国应该对已有的各类仲裁员守则进行总结，由中国仲裁协会制定全国性的仲裁员职业伦理规范，这不仅是仲裁员行业发展的需求，也具有很重要的现实意义与法律意义。[1] 本书基本上赞同前述观点，也主张应该由中国仲裁协会制定全国性仲裁员职业伦理规范。事实上，在我国台湾地区，仲裁员职业伦理规范也包括两个部分：一部分是各个专业性的仲裁协会制定的仲裁员职业伦理规范，如我国台湾地区营建仲裁协会制定的“仲裁人伦理规范”；另一部分就是由我国台湾地区仲裁协会制定的“仲裁人伦理规范”。

二、仲裁员职业伦理的意义

仲裁不仅是工商业发达的国家极为重视的制度，也是国际贸易间解决纠纷的利器。仲裁员是整个仲裁制度有效运作的根本，其行为是否符合伦理要求，直接关系到公众对于仲裁制度的公信力。因此，建构仲裁员职业伦理具有十分重要的现实意义。

（一）有利于提高人们对仲裁员的信任度

仲裁员能否达到社会与公众期许的较高的道德水准，在于仲裁员能否自觉地遵守职业行为规则。仲裁员只有严守职业行为规则，才能在处理案件的过程中获得社会的公信与尊重。仲裁员与法官不同，其权利不是来源于法律的授予，而是来源于当事人的信任和授权。只有“好的仲裁员”才可能被当事人信任，从而被选择担当解决问题的重任。否则，仲裁员的公信度就会大打折扣。作为仲裁员也要自觉遵守行业守则，努力增强公众对仲裁的信心。

（二）有利于提高案件的质量

瑞士学者 Lalive 的名言“仲裁的质量只取决于仲裁员”，即通常所说的“有什么样的仲裁员，就有什么样的仲裁”。仲裁员恪守职业行为规范，坚持公正办案，可以使案件得到正确的处理，也有利于提高案件的质量。案件是否能得到公正的处理，不仅在于办案人员的学识，还在于办案人员是否能站在中立的立场，秉公办案，不偏袒任何一方，这一切都有赖于仲裁员用自己行业的规范来约束自己。

（三）有利于提高仲裁员的素质，保证仲裁员队伍的纯洁性

规定仲裁员行为规范，告诉仲裁员应当做什么、不应当做什么，有利于仲裁员自我教育、自我约束，从而提高仲裁员的素质。仲裁行为规范是以仲裁员自觉遵守和服从的意愿为前提的。一般来说，仲裁员在办理案件时的行为是免责的，但仲裁员有如下行为，则须承担法律责任：私自会见当事人、代理人或者接受当事人、代理人的请客送礼，有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为。对上述仲裁员，仲裁委员会将不再

---

〔1〕 参见张聪聪：“论我国仲裁员职业规范的现状及改进”，载《呼伦贝尔学院学报》2015 年第 1 期。

续聘甚至解聘，从而纯洁仲裁员队伍，维护仲裁员的声誉。

第二节　仲裁员职业伦理的基本规则

一、我国仲裁员职业伦理的基本规则

由于我国目前尚未制定统一的仲裁员职业伦理规范，因此，我们以中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》与《北京仲裁委员会仲裁员守则》作为蓝本进行分析，对其基本规则进行概述。

（一）中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》的主要内容

1. 基本原则。仲裁员应当遵纪守法，公道正派，廉洁自律，严格遵守仲裁员守则。仲裁员应该认真学习仲裁理论，精通仲裁业务，同时注重知识更新，自觉培养明察善断的能力，保持高水平的专业、法律水准，不断提高办案技巧。仲裁员应当根据事实，依照法律，参考国际惯例，并遵循公平合理原则独立公正地审理案件。仲裁员应当独立、公正、勤勉、审慎地处理案件，不代表任何一方当事人利益，平等地对待双方当事人。

2. 诚信义务。有下列情形之一的，仲裁员应当不接受选定或指定：①存在依法应当回避的情形的；②在接受选定或指定后 2 个月内不能参加开庭审理的；③因自身工作任务较重，不能保证有充足时间和精力处理案件，难以悉心完成案件审理工作的；④因健康原因难以参加案件审理工作的；⑤对案件涉及的专业不熟悉，无法胜任审理工作的；⑥时任仲裁委员会主任、副主任，仲裁委员会、分会秘书局（处）及仲裁委员会办事处工作人员被当事人选定的；⑦其他原因致使不宜接受选定或指定的。

3. 披露义务。仲裁员在正式接受选定或指定时，应当如实填写接受指定的声明书，有下列情形的，仲裁员应自行向仲裁委员会书面披露：①仲裁员个人或所在工作单位与案件有关联或与当事人有过业务往来的；②与同案仲裁员同在一个单位工作的；③仲裁员与当事人、当事人的主要管理人员或代理人在同一社会组织担任专职工作，有经常性的工作接触的；④近亲属在当事人单位工作或者在当事人的代理人单位工作的；⑤仲裁员在与案件有关联的机构担任职务的；⑥仲裁员或其近亲属对胜诉或败诉一方存在可能的追索权的；⑦与当事人或代理人有较为密切的私人关系的；⑧与当事人或代理人为共同权利人、共同义务人或有其他生意或财产关系的；⑨其他可能致使当事人对仲裁员的公正性和独立性产生合理怀疑的情形。仲裁员在正式接受选定或指定后知悉应予披露情形的，应立即披露。

4. 回避义务。有下列情形之一的，仲裁员应当向仲裁委员会主动请求回避，当事人和仲裁庭其他成员也可以向仲裁委员会主任提出回避的书面请求，但应说明具体理由。是否回避，由仲裁委员会主任决定。仲裁委员会主任也可以主动决定其回避：①是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；②与本案有利害关系；③与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；④私自会见当事人、代理人，或者接受当事人代理人的请客送礼的。

（二）《北京仲裁委员会仲裁员守则》的主要内容

1. 基本原则。仲裁员应当公正、公平、勤勉、高效地为当事人解决争议。

2. 确保诚信。仲裁员应诚实信用，只有确信自己具备下列条件，方可接受当事人的选定或北京仲裁委员会主任的指定：①能够毫不偏袒地履行职责。只有不偏袒地处理案件，案件才能得到公正的审理。仲裁员无论是由哪一方当事人选任的，他都不代表任何一方当事人的利益，而要在双方当事人之间保持中立，平等地对待双方当事人。②具有解决案件所需的知识、经验和能力。仲裁是专业性、实践性很强的工作，仲裁员需要具备解决争议所需的知识、经验和能力。如果被选定的仲裁员不具备某方面的学识与经验，不要勉强，不能为了面子而办理自己不能胜任的案件，仲裁员必须确实相信自己具有丰富知识和经验以解决该案，才能接受选定或指定，否则就不能在仲裁中正常发挥作用，影响仲裁的质量。拒绝接受自己不熟悉专业领域的案件，也是对当事人、对仲裁委员会负责的表现。③能够付出相应的时间、精力，并按照《仲裁规则》和《北京仲裁委员会关于提高仲裁效率的若干规定》法规要求的期限审理案件。仲裁员在接受指定或选定时，应首先考虑自己是否有足够的时间和精力办理案件。仲裁员都是兼职，工作忙或个人事务多，可以不接受选定或指定，一旦接受选定或指定，“受人之托，忠人之事”，就不能再以工作忙为由耽误案件审理。否则，不仅拖延了审理，也使自己和仲裁庭的信誉受损。④参与审理且尚未审结的案件以不满 10 件为宜。人的精力有限，手中案件太多难免顾此失彼，影响办案质量。而且，仲裁员办案不仅涉及自己的时间，也牵扯其他仲裁员的时间，手中的案件多了，会与其他仲裁员在时间安排上发生冲突，因此，仲裁员正在审理的案件太多，就应拒绝选任或指定。

3. 保持公正性。公正是指仲裁员审理案件时要公平合理，不徇私偏袒。公正是仲裁的灵魂和生命。为了保证公正地审理案件，仲裁员要做到以下几点：

（1）保持廉洁性。廉洁是公正的保证。根据《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 7 条的规定，仲裁员不得以任何直接或间接方式接受当事人或其代理人的请客、馈赠或提供的其他利益。对仲裁员提出这样的要求，也是国际商事仲裁的通例。如英国皇家御准仲裁员学会制定的《仲裁员道德行为规范》规定，“非有另一方仲裁当事人在场或经双方同意，仲裁员不得以直接或间接方式接受任一方礼物或实质性款待”。美国仲裁协会与美国律师协会制定的《商事争议中仲裁员的行为道德规范》之 1（D）款规定，仲裁员在“接受指定后或担任仲裁员期间，人们应当避免建立金钱、商业、职业、家庭或社交联系，或谋求金钱或私利……在案件裁决后的相当一段时间，担任仲裁员的人们应当避免建立上述关系”。作为仲裁员要有良好的道德修养，不得利用仲裁权谋取个人私利，贪取钱财。目前，有的当事人受不正之风的影响，只要能赢得仲裁，愿意花钱，在这种情况下，仲裁员更应保持清醒头脑，自觉抵制金钱、物质的诱惑，不吃请，不受礼。

（2）保持独立性。独立与廉洁一样都是公正的保障。《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 11 条规定，仲裁员应当独立地审理案件，不因任何私利、外界压力而影响裁决的公正性。没有独立性，就不是真正的仲裁。仲裁员在法律和仲裁规则的范围内，依其特有的专业知识、经验依法独立地审理案件：①不受仲裁委员会的干预。仲裁委员

会依照法律规定的条件并结合实际情况聘任仲裁员，依法对违法的仲裁员予以除名，依法决定是否受理案件，根据当事人的委托或者依法指定仲裁员，以及从事其他有关仲裁的管理和实务性工作。一旦仲裁庭组成直至作出仲裁裁决，仲裁委员会即不再介入仲裁审理和裁决的实质性工作，对案件的审理与裁决完全由仲裁庭独立进行。②不受行政机关、社会团体和个人的干涉，尤其行政机关不得对案件的审理与裁决施加消极的影响。此外，仲裁庭还要独立于法院，虽然法律授予法院对裁决有必要的监督权，但是这并不等于仲裁附属于审判。只有这样，才能为仲裁的公正性、权威性创造良好的外部环境与条件。

（3）披露义务。仲裁员披露是一项被普遍接受的保证仲裁权主体公正性的原则。它是指仲裁员主动披露其与当事人或代理人之间的某种关系，以便当事人和仲裁机构考虑此种关系是否影响该仲裁员的独立性和公正性。仲裁员披露不仅被规定在仲裁员行为规范中，在仲裁法及仲裁规则中也有明确规定。《北京仲裁委员会仲裁规则》采用了国际通行的仲裁员信息披露制度，明确信息披露是仲裁员的重要义务，第 22 条明确要求“仲裁员知悉与案件当事人或者代理人存在可能导致当事人对其独立性、公正性产生合理怀疑的情形的，应当书面披露”，并且这种披露义务持续于整个仲裁过程中；仲裁员的披露将由仲裁机构转交双方当事人并允许当事人提出书面意见。这样规定既增强了对仲裁员的约束力，也为当事人申请回避提供了必要的信息，保障了当事人的知情权。仲裁员与当事人应当保持足够远的距离。仲裁员与当事人应当没有利害关系，仲裁员应当绝对居间中立，不存在任何倾向性。仲裁员在履行职责期间应当避免与当事人产生金钱、商业、职业、家庭、社会、个人方面的关系，因为这些关系可能会导致仲裁员的不公正或偏见。由于仲裁员一般不是专职人员，其来源也呈现多元性，所以，通常仲裁员与当事人的关系远比法官同当事人的关系来得复杂，有的仲裁员是桃李满天下的教授，有的是专家型行政干部，有的是律师，有的是商界人士。因此，有时会有仲裁员与其学生、仲裁员与其下级、仲裁员与其同业竞争者出现在同一案件中的情况。有时即使仲裁员具备极为高尚的品德，不会为这些关系所影响，也难免招致社会的不信任和议论。

《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 5 条第 1 款规定，仲裁员接受选定或指定时，有义务书面披露可能引起当事人对其公正性或独立性产生合理怀疑的任何事由，包括但不限于：①是本案的当事人、代理人或当事人、代理人的近亲属的；②与本案结果有利害关系的；③对于本案事先提供过咨询的；④私自与当事人、代理人讨论案件情况，或者接受当事人、代理人请客、馈赠或提供的其他利益的；⑤在本案为当事人推荐、介绍代理人的；⑥担任过本案或与本案有关联的案件的证人、鉴定人、勘验人、辩护人、代理人的；⑦与当事人或代理人有同事、代理、雇佣、顾问关系的；⑧与当事人或代理人为共同权利人、共同义务人或有其他共同利益的；⑨与当事人或代理人在同时期审理的其他仲裁案件中同为仲裁庭的组成人员，或者，首席仲裁员 2 年内曾在其他仲裁案件中被一方当事人指定为仲裁员的；⑩与当事人或代理人有较为密切的友谊或嫌怨关系的；⑪其他可能影响公正仲裁的情形。

《北京仲裁委员会仲裁员守则》对持续披露作了规定，即在仲裁过程中，如果发生

可能引起此类怀疑的新情况，仲裁员应继续履行披露义务；未履行披露义务，将视为该仲裁员违反《北京仲裁委员会仲裁员守则》，即使未予披露的事由本身并不构成不宜担任仲裁员的情形。这样的规定使仲裁员披露制度与国际商事仲裁的普遍实践比较接近。

（4）不得代理本会的案件。《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 9 条规定，仲裁员不得在本会的仲裁案件（包括申请撤销或不予执行本会仲裁裁决的案件）中担任代理人。这主要是考虑到我国实行的是机构仲裁，当事人只能从机构的仲裁员名册中选择仲裁员，而仲裁机构的仲裁人数有限、范围较窄，加上仲裁员之间合作共事、经验交流日益频繁，因而很可能产生在此案担任代理人、在他案中又与此案仲裁员共为仲裁庭组成人员的情况。仲裁员“既坐台上又坐台下”（即既担任仲裁员又代理本会案件）的特殊身份难免会导致当事人对仲裁公正性的疑虑。虽然多年的工作经验表明，仲裁庭能否公正审理取决于仲裁庭成员的自身素质，而不是代理人是否是仲裁员。而且，随着仲裁员披露制度的实行，这种情况可通过仲裁员回避等措施来避免。但是，因仲裁员担任代理人，造成仲裁庭组成人员的回避，延缓了案件的审理进程，这对回避的仲裁员以及当事人来说很不公平，在一定程度上降低了当事人对仲裁程序公正与仲裁裁决的认同。因此，从维护当事人的合法权益出发，需要明确禁止仲裁员代理本会的仲裁案件（包括代理执行与撤销本会仲裁裁决的案件）。此外，牺牲自身利益，对容易引发当事人合理怀疑的行为进行规避，对维护仲裁委员会的公信力和仲裁员队伍的整体形象具有重要的意义。

（5）保持公平性。仲裁员必须站在客观公正的立场，考虑案件的全部情况，查清事实，分清是非，合法、公正地作出裁决，维护当事人双方的合法权益。超脱各种利益和人情关系，本着自己的良知和对法律精神的理解进行裁决。绝对不能偏袒任何一方当事人，更不得作为任何一方代理人行事。仲裁员如果将自己视作当事人一方的代表，只考虑当事人一方的情况，只维护当事人一方的利益，就难免产生倾向性，出现歧视或偏袒，影响裁决的公正性。例如：在开庭审理时，注意提问和表达意见的方式，不得出现倾向性；本着查证事实的目的提问，避免偏向或诱导性的提问；给予双方同等的辩论机会。

（6）与当事人的接触准则。《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 4 条规定：“仲裁员为谋求选定而与当事人接触的，属于不符合仲裁员道德规范的行为。”仲裁员为谋求选定而与当事人进行接触的行为，使仲裁员处于“有求于人”之境地，有违仲裁员的独立性和公正性。

《北京仲裁委员会仲裁员守则》第 8 条规定，仲裁员在仲裁期间不得私自会见一方当事人、代理人，接受其提供的证据材料；不得以任何直接或间接方式（包括但不限于谈话、电话、信件、传真、电传、电子邮件等方式）单独同一方当事人、代理人谈论有关仲裁案件的情况。在调解过程中，仲裁庭应慎重决定由一名仲裁员单独会见一方当事人或其代理人；如果仲裁庭决定委派一名仲裁员单独会见一方当事人或其代理人，应当有秘书在场，并告知对方当事人。仲裁庭除了在履行职责期间应当避免与当事人产生各种关系之外，有的仲裁机构还要求仲裁员在仲裁案件结束后避嫌。如美国

仲裁员协会颁布的《仲裁员守则》规定，仲裁员在仲裁案件完成之后的一段合理时间内，同样应当避免与当事人产生上述关系，否则人们可能会认为在仲裁过程中仲裁员已经受到这些关系的影响。

4. 勤勉义务。仲裁员要有高度的责任感，应把当事人的授权视作病人将治病的权利交给医生。仲裁员只有认认真真地对待每一起案件，一丝不苟，认真核实证据，查明事实，正确适用法律，公平、公正地解决争议，才能不辜负当事人的信任与期望。

仲裁员不仅应勤勉，还要守时。仲裁的一大优势就是简便与快捷，当事人对仲裁最大的要求，就是公正、及时地解决争议。如果仲裁员不严格遵守时间，不积极地推进仲裁，尽快结案，就会加重当事人在时间、精力、财力上的负担和损失，甚至会使仲裁失去意义。“迟来的正义非正义。”仲裁员通常都有自己的职业和事务，往往工作繁忙，这是实际情况，但是当事人选择了仲裁，有偿请求仲裁员尽快解决他们之间的纠纷，仲裁员接受指定后若不积极作为，实际上便造成了当事人利益的损害。有些国家的法律对此有严格的规定，例如，当发现仲裁员不适当地拖延履行职责时，当事人可以据此理由提出仲裁员回避请求；仲裁庭超出法律规定或当事人规定的期限作出裁决，如果因此造成裁决书被宣告无效，仲裁庭应负赔偿义务。英美法系国家虽然通常持“仲裁员责任豁免理论”，但是美国法院有判例仍然判定仲裁员应对没有及时裁决负民事责任，认为不公正的延迟裁决不是司法行为，应当承担责任。仲裁员如果不能迅速处理纠纷，应该在开始就拒绝接受案件。《北京仲裁委员会关于提高仲裁效率的若干规定》（以下简称《若干规定》）从提高仲裁效率着眼，作了如下规定：

（1）提前预防仲裁员因无法保证办案时间而导致案件超审限。《若干规定》第 3 条规定：“仲裁员在组庭后连续满 20 天不能参加案件审理的，应及时告知本会，并视情况决定是否接受选定或指定，或者退出案件审理；仲裁员在审理期限内连续满 60 天不能参加案件审理的，应拒绝接受选定或指定，或者退出案件审理。”这样规定可以有效防止某些仲裁员因无法保证办案时间而导致的审理超期限。

（2）对开庭审理与裁决书制作时间予以明确规定，要求每一个环节均按时间要求进行，以保证整个程序高效、顺畅地开展。从仲裁程序各阶段入手，对仲裁庭每个仲裁阶段的审理时间包括首次开庭时间、每次开庭之间的时间间隔以及裁决书制作时间等作详细的规定。同时还规定，“仲裁庭未经合议或经合议对裁决未达成基本共识”的情况下，拟定裁决书的方法以及时间要求。其目的是在保证审理质量与裁决质量的前提下，每一步骤连接紧凑避免延迟，从而保证仲裁庭在规定期限内尽快结案，确保仲裁制度优越性的发挥。

（3）仲裁员应在规定期限内提供制作裁决的书面意见。《若干规定》第 9 条第 2 款规定：“……仲裁庭未经合议或经合议对裁决未达成基本共识的，仲裁员应自审理终结之日起或合议之日起 5 日内就案件事实、证据、定性、责任、适用法律、裁决意见和理由等提出制作裁决的书面意见，由首席仲裁员或其指定的仲裁员进行汇总，拟定裁决书草稿。……”之所以这样规定，是因为：①制作裁决是仲裁庭成员的共同责任和义务，在国际上，仲裁裁决都是由仲裁员制作的，除了负责起草裁决的仲裁员，其他仲裁员也会将自己对“案件事实、证据、定性、责任、适用法律、裁决意见和理由”

的意见，通过书面形式，提供给负责起草裁决的仲裁员。《若干规定》提出这样的要求，是为了增强仲裁员的责任感，制约不阅卷、不提供制作裁决意见的不负责任行为。②仲裁员提供裁决制作意见（首席仲裁员指定其他仲裁员起草仲裁裁决时，亦应提供自己的制作裁决的意见），有利于仲裁员研究案情，提高裁决质量。③有利于尽快并充分反映不同意见，仲裁庭集思广益，提高仲裁效率。

（4）增加规定仲裁员迟延情况下北京仲裁委员会予以更换的权利。根据《若干规定》第 12 条第 4 项规定，仲裁员迟延致使案件超审限，情节严重的，北京仲裁委员会有权在征得当事人同意后予以更换。这样规定，一方面，可以保证当事人能够获得及时的救济；另一方面，也增加了仲裁员的危机意识，毕竟更换的规定是直接针对其正在办理的案件，因而有利于督促仲裁员按照规定的时间要求推进仲裁程序。

5. 保密义务。仲裁员要忠实地履行保密义务。保密义务包括两个方面：①仲裁员不得向当事人或外界透露本人的看法和合议庭合议的情况，对涉及仲裁程序、仲裁裁决的事项应保守秘密。②仲裁员还要为当事人保密，尤其是要保护当事人的商业秘密不被泄露。这是由仲裁程序的不公开审理原则决定的，因此，仲裁员应有保密意识。仲裁员如果泄露仲裁秘密，不论有意还是无意，都是违反仲裁员职业道德的行为，不仅不利于裁决的作出，而且会给当事人造成重大损失，影响其商业前景。

6. 相互尊重。相互尊重主要是指仲裁员之间的相互配合与支持。仲裁员应该尊重其他仲裁员对案件发表意见的权利，以宽容的态度理解和接受分歧，在互敬的基础上，自由地探讨，真诚地交流。但这不是说违背公正原则的妥协与迁就，而是指仲裁庭成员在时间安排上的体谅与配合。在审理和制作裁决过程中，仲裁庭成员应共同努力、共尽义务，不仅要提出问题，更要提出解决问题的方案和办法。

◆例 32-1 下列仲裁员的行为符合仲裁员职业伦理的是（ ）

A. 甲是某房地产买卖合同纠纷案的仲裁员，由于该案涉及的标的较大，影响较广，一些居民在网上发帖爆料房产公司的各种问题，甲结合自己参与案件获知的信息，转发评论了相关帖子

B. 乙是 H 仲裁委员会的仲裁员，K 是 N 仲裁委员会的仲裁员，在对一起案件进行评论时，乙直接在评论中指出 K 的业务水平不过关，缺乏基本常识，难以胜任仲裁员工作

C. 丙是 M 仲裁委员会的仲裁员，在一起案件中，丙作为仲裁员，而仲裁申请人的代理人 L 是丙的朋友。对此，丙向仲裁庭说明了情况，并退出了仲裁

D. 丁是律师事务所的合伙人，同时是 G 仲裁委员会的仲裁员。在某案件中，丁作为该案的首席仲裁员，负责起草仲裁裁决书。由于丁忙于自己代理的案件，丁让其助理代为起草裁决书

【解析】 选项 A 错误。仲裁员要忠实地履行保密义务。保密义务包括仲裁员不得向当事人或外界透露本人的看法和合议庭合议的情况，对涉及仲裁程序、仲裁裁决的事项应保守秘密。

选项 B 错误。仲裁员应该尊重其他仲裁员对案件发表意见的权利，以宽容的态度理解和接受分歧，在互敬的基础上，自由地探讨，真诚地交流。

选项 C 正确。根据《北京仲裁委员会仲裁员守则》的规定，仲裁员接受选定或指定时，有义务书面披露可能引起当事人对其公正性或独立性产生合理怀疑的任何事由。

选项 D 错误。仲裁员要有高度的责任感，应把当事人的授权，视作病人将治病的权利交给医生。认认真真地对待每一起案件，一丝不苟，认真核实证据，查明事实，正确适用法律，公平、公正地解决争议，才能不辜负当事人的信任与期望。

二、域外仲裁员职业伦理的基本规则

目前我国仲裁员职业伦理规范尚在建构过程中，因此，了解域外其他国家、地区的经验也是很有必要的。

（一）美国仲裁员职业伦理的基本规则

1977 年，美国仲裁协会和美国律师协会联合制定了《商事争议中仲裁员的行为道德规范》（*The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*），该规范是世界上第一个仲裁员行为规范，在为仲裁员确立伦理行为准则的许多方面进行了有益尝试，其序言中有关“担任仲裁员的人对公众以及当事人负有重要的责任，这些责任包括重要的道德义务”的论述成为其后所有同类规范拟定具体条文内容的基本指导原则。[1] 2003 年，美国仲裁协会和美国律师协会对《商事争议中仲裁员的行为道德规范》进行了修订，并于 2014 年 3 月 1 日正式宣布实施。

1. 廉正与公平。仲裁员不仅对当事人负有一种责任，而且对仲裁程序本身负有责任，仲裁员必须遵守高尚的行为准则以维护程序的廉正和公平。在接受任命担任仲裁员期间，人们应当避免建立任何商业、职业或私人关系，避免谋求任何金钱或私人利益，因为这往往会影响公正性或可能造成偏袒的印象。仲裁员应该公平对待所有当事人，不因外界压力、公众喧扰、担心批评或私利而摇摆不定。仲裁员的伦理义务开始于接受任命之时，持续于程序的全过程。

2. 披露义务。被请求担任仲裁员的人士在接受任命前应当披露：①与仲裁结果有任何已知的、直接或间接的金钱或个人方面的利害关系。②可能影响公正性或在当事人看来缺少独立性的任何已知现存或曾经的金钱方面、商业方面、职业方面的关系或私人关系。③事先获取或了解的有关争议情况或信息的性质与范围。④依据当事人协议、仲裁机构规则或惯例或支配仲裁员披露事项的准据法应当予以披露的任何其他事项、关系或利益。

3. 与当事人接触。仲裁员或候选仲裁员不应当在一方当事人不在场的情况下与另一方当事人讨论案件，除非：①涉及对候选仲裁员的任命，候选仲裁员询问当事人、代理人或证人的身份或案件的一般性质，或者仲裁员回答当事人为确定其适合性与可获得性而进行的询问。②在两名当事人单方指定的仲裁员需要共同任命第三名仲裁员时，每一名单方指定仲裁员可以与任命他的当事人就第三名仲裁员的选择问题进行交流。③在存在单方指定仲裁员的仲裁中，单方指定的仲裁员可以与任命他的当事人商讨有关对其进行报酬补偿的安排问题。依据此类安排而提交的常规的书面报酬或开支补偿请求和仅仅与此类请求相关的书面交流，无需提供给另一方当事人。④在存在单方指定仲裁员的仲裁中，单方指定仲裁员可以与任命他的当事人商讨规范中涉及的有关仲裁员地位问题（亦即中立还是非中立）。⑤可以与一方当事人讨论有关案件审理的时间、地点以及进行程序的其他事项安排。但是，仲裁员应当立即将讨论内容通告给其他当事人，并且在给予其他未在场当事人表达意见的机会之前不就讨论事项作出最

---

〔1〕 参见姜秋菊：“美国仲裁协会新修订之仲裁员行为规范评介”，载《北京仲裁》2004 年第 1 期。

后决定。⑥如果一方当事人经合理通知后没有参加开庭审理，或经所有当事人同意，仲裁员可与出庭的任何一方当事人讨论案件。

4. 勤勉义务。仲裁员应当不偏不倚地进行仲裁程序。仲裁员应当耐心有礼地对待当事人、当事人的代理人和证人，并且促使仲裁程序中所有参与人如此行事。仲裁员应当赋予所有当事人参与庭审与获得庭审时间与地点合理通知的权利，仲裁员应当赋予每一方当事人提交其证据与观点的合理机会。仲裁员不应拒绝给予任何当事人由律师或由其选择的其他人代理的机会。如果一方当事人在接到合理通知后未出席庭审，则仲裁员可依据授权继续进行仲裁程序，但是仲裁员只有在得到保证、已向缺席方发出了正确通知后，方可继续进行仲裁。如果仲裁员认为裁决案件还需要当事人提交更多的材料，则仲裁员可以提出问题，召集证人，要求提交文件或其他证据，包括专家证据。

5. 独立性。经慎重考虑后，仲裁员应当就提交仲裁的所有事项作出决定。仲裁员不应裁决其他问题。仲裁员应当公正地裁决所有问题，独立行使裁决权，不应允许外界压力影响裁决。仲裁员不应把作出裁决的职责委托给任何其他人。如果所有当事人同意和解解决争议，并请求仲裁员将协议写入裁决，则仲裁员可以如此行事；但如果和解协议条件不恰当，则仲裁员可以不遵从此请求。当仲裁员将当事人的和解协议写入裁决时，其应当在裁决中写明系根据和解协议作出。

6. 保密义务。仲裁员与当事人之间存在着信任关系，无论何时，都不应当利用仲裁程序中获取的信息谋求私利、为他人谋利或损害他人利益。仲裁员应当对与仲裁程序和裁决有关的一切事项保密。仲裁员在制作裁决中可以从其同事、研究助手或其他人处取得帮助，只要仲裁员告知了当事人使用了这种协助，同时这些人同意受《商事争议中仲裁员的行为道德规范》条款的约束。无论何时，仲裁员都不应当在裁决送交当事人之前向任何人通报裁决。在仲裁庭由一名以上仲裁员组成时，无论何时，一名仲裁员把有关评议的情况通报给任何人的做法都是不恰当的。裁决作出后，仲裁员在执行或对裁决提出异议的程序中提供协助的做法是不恰当的。除非当事人请求，仲裁员不应当任命自己担任与争议标的事项有关的单独职务，例如，破产财产管理人或财产受托人，仲裁庭亦不得任命其成员担任此类职务。

（二）国际仲裁员职业伦理的基本规则

1987 年，国际律师协会制定了《国际仲裁员伦理规则》（Rules of Ethics for International Arbitrators），其目的在于确立实践中可以用来评估仲裁员行为的方法。

1. 基本原则。国际仲裁员应该公正、独立、能干、勤勉、谨慎和高效地为当事人妥善地解决争议，并且毫无偏袒，始终如一。

2. 接受指定的义务。候选仲裁员只有在确信自己能不怀偏袒地履行职责时，方可接受指定。候选仲裁员只有在确信自己能解决争议问题，并对仲裁语言掌握得足够熟练时，方可接受指定。候选仲裁员只有在他能对仲裁付出当事人合理期望的时间和精力时，方可接受指定。为谋求指定仲裁员而与当事人接触，属不当行为。

3. 保持公正性。仲裁员与当事人或已知可能成为重要证人者的任何现存的直接或间接的商业关系，通常会使人们对候选仲裁员的公正性和独立性产生正当的疑虑。在

这种情况下，除非双方当事人书面赞同他仲裁，否则，候选仲裁员不应接受指定。候选仲裁员的家庭成员、公司或任何其他商业伙伴与一方当事人有商业来往，便属这种间接关系。

4. 披露义务。候选仲裁员应披露可能引起人们对其公正性和独立性产生正当疑虑的所有事实和情况。不作此披露，会造成存有偏袒的印象。即使不作披露的事实或情况本身并不能证明不宜担任仲裁员，但不作披露可能成为不能担任的原因。

5. 与当事人接触。在仲裁的全过程中，仲裁员应当避免与任一方当事人或其代理人就案件单独接触。一旦发生接触，该仲裁员应将谈话的实质内容告诉另一方或几方当事人及仲裁员。

6. 勤勉尽职。所有的仲裁员都应拿出当事人合理要求给予的时间和精力考虑全部案情，并尽力以恰当的方式进行仲裁，使费用不致占当事人争议权益太大的比例。

7. 保密义务。仲裁庭的审议及裁决书本身的内容应永久保密，但当事人免除仲裁员这一义务时除外。在考虑裁决的过程中，仲裁员不应给当事人提供任何情况的协助，但他认为有责任披露同庭仲裁员的重大过失或欺诈时除外。

（三）新加坡仲裁员职业伦理的基本规则

新加坡国际仲裁中心（singapore international arbitration centre）于 2015 年制定了《仲裁员伦理守则》（*Code of Ethics for an Arbitrator*），其目的在于对仲裁员的职业行为进行规范。

1. 接受指定的义务（appointment）。候选仲裁员只有在完全确信他能够不带偏见地履行其职责，对仲裁的语言有足够的了解，并且能够给予仲裁各方有权合理地期待的时间和关注的情况下，才应接受任命。

2. 披露义务（disclosure）。候选仲裁员应披露可能引起对其公正性或独立性有正当理由怀疑的所有事实或情况，此种义务在整个仲裁程序中继续适用于新的事实和情况。

3. 避免偏见（bias）。评估是否有偏见的标准是公正性和独立性。当仲裁员偏袒一方或对争议的标的有异议时，就会产生偏见。

4. 审慎沟通（communications）。在整个仲裁程序中，仲裁员应避免就案件与任何一方当事人或其代理人进行任何单方面联系。

5. 勤勉义务（conduct）。仲裁程序开始后，仲裁员应熟悉提出的所有事实和论点以及与仲裁程序有关的所有讨论，以便他能够正确理解争议。

6. 保密义务（confidentiality）。仲裁程序应保密。仲裁员与当事各方之间是一种信任关系，在任何时候都不应利用在仲裁过程中获得的机密信息为他人谋取私利或利益，或对另一人的利益产生不利影响。

（四）我国台湾地区仲裁员职业伦理的基本规则

我国台湾地区仲裁协会于 2000 年 11 月份制定了“仲裁人伦理规范”，其目的是确保仲裁人的公正、客观及独立，并维护仲裁制度的公信力。

1. 基本原则。仲裁人应秉持公正、客观、独立、负责的精神处理仲裁事件。

2. 勤勉义务。仲裁人处理仲裁事件应依据法令，并以其专业知识，善尽注意之义务。仲裁人应亲自执行职务，不得委任他人代为处理。仲裁人接受选任后，除有回避

的情形或其他正当事由外，不得中途辞任。

3. 保密义务。仲裁人就其所处理的仲裁事件，应保守秘密。

4. 回避义务。仲裁人在处理仲裁事件之前或之中，若出现任何可能影响公正作出裁决的情形，都应该自行回避。

5. 保持公正性。仲裁人应维护仲裁的公信力，不得接受当事人要求或收受不正利益，或有其他不法、不当的行为，应该尽力避免外观上令人产生偏颇质疑的行为。仲裁人不论是当事人或其他方式选任，都应该避免有让人怀疑其为特定当事人的代理人或代言人的言行。

6. 保持独立性。仲裁人不得因其家庭、社会及其他关系，影响其执行业务的公正、客观及独立性。

第三十三章

仲裁员职业责任与惩戒

导　语

仲裁员是仲裁案件的裁决者，在审理案件过程中应当保持公正与独立。若仲裁员在仲裁过程中违背了职业伦理的要求，则应当承担相应的责任。在我国，仲裁员作出违背职业伦理的行为，除要承担法律职业责任以外，还要承担更替责任。本章将主要对仲裁员的职业责任内容和惩戒制度进行简要阐述。

第一节　仲裁员职业责任

一、法律职业责任的内涵

广义上的法律职业责任是法律职业人员违反有关法律和道德规范，所应承担的责任，包括法律责任和道德责任。狭义上的法律职业责任则限于法律责任，包括刑事责任、行政或纪律责任、民事责任等，这种责任具有明确的规范形式。而道德责任是抽象意义上的责任，是以非规范形式反映出来的，比如舆论的谴责、同事的谴责、良心的谴责等。“人和其他生物之间的一个重大区别在于，只有人才能对他们所做的事负起道德上的责任。”〔1〕法律职业责任针对的范围比较广泛，既包括职务内的活动，也包括职务外的活动，在职务外活动中，道德责任更为明显。

仲裁人与申请仲裁的当事人之间的法律关系，构成了二者之间的职业责任；它是确定仲裁人在仲裁活动中权利和义务关系的基本根据，也是仲裁伦理的依据。随着社会的进步和仲裁活动空间的扩展，仲裁人与当事人之间的法律关系、传统的仲裁人法律地位等理论已经不能满足时代的需要。

二、仲裁员的法律职业责任

如前所述，法律职业责任涉及的要素和关系非常复杂，研究法律职业伦理不能抽象地研究一般伦理道德规范，还必须结合职业责任来考虑如何实施职业伦理道德规范。如果把法律伦理规范看作实体规范，那么法律职业责任规范就是保证职业伦理规范实

〔1〕参见夏宏强、林泰：“论‘和谐’对仲裁制度价值目标的构建”，载《北京工业大学学报（社会科学版）》2007年第4期。

施的程序规范。伦理规范和法律规范存在错综的关系，使得法律职业责任规范显得相对复杂。由于不同的法律职业人员适用不同的道德规范，因此职业责任规范也存在较大的差别。

仲裁员是仲裁案件的裁决者，尽管各国对仲裁员资格的规定不尽相同，但对仲裁员的根本要求都是一样的，那就是仲裁员必须公道正派，在审理案件过程中要保持公正与独立。为了保证仲裁员在审理案件过程中的公正与独立，各国仲裁法除规定一定的预防性措施，如仲裁员的资格条件、回避制度等外，还要规定相应的惩罚性措施，即一旦仲裁员在仲裁过程中出现了违法行为，就必须承担相应的法律责任。

根据我国《仲裁法》的规定，仲裁员私自会见当事人、代理人或者接受当事人、代理人的请客送礼，情节严重的或仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任，仲裁委员会应当将其除名。

根据《仲裁法》中仲裁员要承担法律责任的两种情形的性质来看，仲裁员要承担的法律责任主要是刑事责任。关于仲裁员是否应当承担民事责任的问题，理论界尚存分歧，各国立法规定也各不相同，如奥地利和荷兰有关法规规定，在特定条件下，仲裁员可能因其行为不当而对当事人遭受的损失承担责任。[1] 但另外一些国家，尤其是英美法系国家，则认为应当免除仲裁员的民事责任。目前，我国尚未在仲裁立法中规定仲裁员的民事责任。

三、仲裁员的更替责任

仲裁员的更替，是指组成仲裁庭的仲裁员因回避或者其他原因不能履行其职责时，由当事人重新选定仲裁员或者由仲裁机构重新指定仲裁员，组成仲裁庭负责案件的审理。

许多国家的仲裁立法都规定，仲裁员因被申请回避或者其他原因，不能继续履行其职责时，得依法更替仲裁员，重新组成仲裁庭审理有关争议。如瑞士联邦《仲裁协约》第 23 条规定，仲裁员死亡、回避、解职或辞职时，应当按照选定或任命该仲裁员的程序，予以替换。我国《仲裁法》第 37 条第 1 款规定，仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责时，应当依照《仲裁法》规定重新选定或者指定仲裁员。可见，在以下两种情况下会发生仲裁员的更替：①仲裁员的回避。即符合法定情形的仲裁员自行退出案件的审理或由当事人申请其退出案件的审理。②其他原因。通常指仲裁员死亡、辞职或成为无行为能力人等情况。一般来说，选定或指定新仲裁员的方式与选定或指定原仲裁员的方式相同。各国仲裁立法对此的规定大体相同。我国《仲裁法》只是规定，应当依照《仲裁法》重新选定或指定仲裁员，但是否与选择原仲裁员的程序相同，法律没有明确的要求。

仲裁员发生更替后，是否发生仲裁程序的重新进行问题，各国规定不一致。有的规定，如果是独任仲裁员或者首席仲裁员被更替的，此前进行的任何程序都应当重新进行；如果是其他仲裁员被更替的，程序是否重新进行，由仲裁庭自行决定，如《联

---

〔1〕 参见张立平："论首席仲裁员之职业道德"，载《北京仲裁》2006 年第 4 期。

合国国际贸易法委员会仲裁规则》中的规定。

第二节　仲裁员惩戒制度

一、仲裁员惩戒的内涵

仲裁员惩戒是指当仲裁员违反职业伦理规范时，由监管机构对仲裁员的不当行为作出不利处分。根据我国《仲裁法》第15条第1款、第2款之规定："中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织，根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。"由此可知，从《仲裁法》的规定来看，中国仲裁协会对仲裁员的违纪行为具有"监督权"。然而，由于"中国仲裁协会"目前尚未成立，统一的仲裁员职业伦理规范（执业纪律）也尚未制定，对于"监督权"的内容也尚不明晰，因此，从这个意义上来说，我国尚未建立成熟的仲裁员惩戒制度。

从任何一个职业的发展历史来看，完善的惩戒制度都是促进该职业健康有序发展的重要保障。然而，我国理论界与实务界未就仲裁员惩戒进行深入的讨论，目前也并无太多研究成果。不过，在理论界有关中国仲裁协会的讨论中，有部分学者在对中国仲裁协会的职能进行构建时"一笔带过"地提到了仲裁员惩戒这一问题，但也存在分歧。理论上的争议可分为以下几个方面：

1. 仲裁员是否属于仲裁协会的会员。有观点认为，中国仲裁协会的会员是仲裁委员会，换言之，仲裁员不是仲裁协会的会员。仲裁协会的监督对象应当是其会员，对属于第三人的仲裁员进行监督是没有理论依据的。同时，仲裁委员会的组成人员包括行政秘书、办公室主任等，对这些人员的赏罚应当由仲裁委员会自身决定，而按照仲裁法的精神，仲裁协会同样享有监督权。[1] 还有观点认为，将仲裁协会的会员扩大到个人会员是十分必要的，这对于维护仲裁员的合法权益、促进仲裁制度的发展是具有重要意义的。[2]

2. 谁来惩戒仲裁员。有观点认为，从仲裁委员会的职责来看，仲裁委员会有权决定仲裁员的聘任、解聘和除名。因此，对于仲裁员的惩戒，仲裁委员会具有天然的优势，只需要进行完善，比如，制定仲裁惩戒规制，设立仲裁惩戒机构。随着案件的增多，加上社会上一些不良习气的影响，仲裁员不能秉公办案甚至枉法裁决的可能性会相应增大，仲裁员惩戒机构的设立就有其必要性。[3] 还有观点认为，就仲裁协会与仲裁机构的关系而言，两者不是隶属关系，而是一种指导、服务与监督的关系。就仲裁协会的职能而言，其大致可包括如下几项：①根据协会章程依法对各仲裁委员会、各仲裁委员会的组成人员、各仲裁委员会的仲裁员进行监督、保护、管理、服务；②协

---

〔1〕 参见詹礼愿：《中国内地与中国港澳台地区仲裁制度比较研究》，武汉大学出版社2006年版，第80页。

〔2〕 参见江伟主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社2012年版，第123页。

〔3〕 参见任永安、卢显洋：《中国特色司法行政制度新论》，中国政法大学出版社2014年版，第435页。

调仲裁工作、总结仲裁经验、开展仲裁国际、国内交流，培训仲裁员队伍，奖励优秀仲裁员和惩戒违纪仲裁员，组织仲裁活动的区域协作，推动仲裁理论与实践研讨；③制订并公布仲裁规则的示范文本，供各仲裁机构根据自己的实际情况酌情采用；④维护仲裁机构及仲裁员的合法权益。〔1〕

从外观上看，仲裁员的发展与我国律师、公证员等职业群体的发展类似，但对于其惩戒制度能否也采用职业协会进行惩戒，值得进一步思考。关于仲裁员惩戒制度的主体问题，涉及仲裁协会的性质、职能以及其与仲裁机构、仲裁员之间的关系问题。不过可以确定的是，在各国的立法例中很少看到仲裁员惩戒之规定，基本都是由仲裁规则进行确立。换言之，对于仲裁员之惩戒具有很强的自律性。因此，无论是由仲裁委员会行使惩戒权，还是由仲裁协会行使惩戒权，都需要制定明确的惩戒规范、具体的惩戒程序，既要保证当事人的合法权益，也要保证仲裁员应该享有的权利，维护仲裁制度的公信力。如果确实需要在二者之间进行选择，可以考虑由仲裁机构进行具体的监督管理，而对于仲裁员的惩戒则由仲裁协会负责。一方面，可以避免仲裁机构的“内部寻租”行为；另一方面，也有利于统一仲裁员职业行为标准，加强仲裁员的职业认同。

二、仲裁员惩戒的现状

尽管目前我国尚未建立完善的仲裁员惩戒制度，但是在实践中，对于仲裁员的违纪行为，还是有一些具体的应对办法。

根据中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》第 10 条之规定，仲裁员违反仲裁员守则和仲裁员办案规范中的其他任何情形，综合各种因素，仲裁委员会认为对其行为存在合理怀疑，影响当事人对仲裁委员会的信任或损害仲裁委员会形象，但不宜回避、撤换、解聘的，均应予以警告。仲裁员应予警告的情形包括但不限于：①借故拖延办案时间的；②在庭审中存在接打电话、收发短信、随意离庭情形或着装不得体的；③在开庭审理及仲裁程序中，表现出偏袒倾向，包括代替或变相代替一方向另一方质证、辩论、提出请求或明显具有诱导性问题的；④无正当理由不参加合议、调查或者开庭迟到的；⑤确定开庭时间后又要求变更开庭时间的或未预留足够开庭时间，导致案件不得不再次开庭的；⑥未经仲裁委员会同意，擅自对外发表关于仲裁案件的不当言论的。

根据中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁员行为考察规定》第 11 条之规定，仲裁员聘任期限内有下列情形之一的，仲裁委员会有权将其解聘：①被法院定罪或因违反法律受到严重行政处罚的；②故意隐瞒应当回避的事实；③无正当理由不到庭审理案件；④不参加合议、调查 2 次或者 1 年内开庭迟到 2 次的；⑤1 年内变更开庭时间 2 次的；或者 1 年内 2 次未预留足够开庭时间，导致案件不得不再次开庭的；⑥在案件审理中，有违仲裁员的公正立场的；⑦对案件审理严重迟延负有主要责任的；⑧向当事人透露本人看法或仲裁庭合议情况的；⑨违反仲裁员勤勉审慎义务，不认真阅卷，不

〔1〕 参见周江：“也谈仲裁机构的民间性”，载《北京仲裁》2007 年第 2 期。

熟悉案情，严重不负责任的；⑩徇私舞弊，枉法裁决的；⑪私自会见当事人，接受当事人请客、馈赠或提供的其他利益的；⑫仲裁员代人打听案件情况、请客送礼、提供好处和利益的；⑬执意支持一方当事人的请求和主张并/或坚决反对一方当事人的请求和主张，不能说明理由的；⑭私下联络同案仲裁员，不顾事实和法律，人为制造多数意见，为当事人谋求不正当利益的；⑮未按照仲裁员培训规定参加仲裁员培训的；⑯在一个聘期内被警告 2 次的；⑰其他违反仲裁员守则，不宜继续担任仲裁员的情形。无论关于何种情形，仲裁员在接到仲裁委员会转送的当事人的投诉或抱怨后，均应当认真对待，并向仲裁委员会如实全面准确地作出书面说明。

我国台湾地区“仲裁人伦理规范”专门对仲裁员惩戒制度进行了规定，主要包含以下几个方面的内容：

1. 惩戒的主体。根据“仲裁人伦理规范”第 17 条之规定，我国台湾地区仲裁协会设置“仲裁人伦理委员会”，委员人数 13～17 人，由我国台湾地区仲裁协会理事会从社会中名声很好且熟悉仲裁制度的公正人士中聘任，其中一人为主任委员，由委员自由选举，任期为 3 年，到期后可以续聘一次，其任务如下：①仲裁人伦理规范的研议；②仲裁人伦理教育的促进；③仲裁人违反规范事件的审议；④其他维护仲裁人伦理有关事项的研处。

2. 惩戒的方式。根据“仲裁人伦理规范”第 26 条之规定，仲裁人伦理委员会认为被投诉人有违反职业伦理规范的情事时，按其情节之轻重，可以按照下列方式处理：①劝告；②停止担任我国台湾地区仲裁协会仲裁人 6 个月至 3 年；③禁止担任我国台湾地区仲裁协会仲裁人，注销其仲裁人登记。

3. 惩戒的程序。根据“仲裁人伦理规范”第 19 条、第 20 条、第 21 条、第 22 条、第 23 条、第 25 条之规定，仲裁员惩戒程序包括以下内容：①投诉。当事人或其代理人认为仲裁人有违反职业伦理规范的情形，可以书面向伦理委员会投诉。②审议。伦理委员会审议投诉事件时，应避免不当损及被申诉人及关系人的名誉与权益。伦理委员会的程序，不对外公开。伦理委员会审议投诉事件，应给予投诉人或被投诉人充分陈述的机会，必要时应调查取证，举行言词辩论，由双方诘问证人，以发现事实，作成决定。投诉人或被投诉人均可以委托代理人出席，但伦理委员会认为必要时，可以要求其亲自出席。③决定。伦理委员会审议案件时以 7 人以上委员会出席，由出席委员公开表决，以过半数同意决定。④再审议。投诉人与被投诉人对决定有异议时，应在收到决定书之日起 7 日内，就不可归责于再审议申请人未提出的新事实或新证据，可以通过书面形式向伦理委员会申请再审议。

事实上，目前国际上仲裁实务基本上都由各种仲裁机构依自治、自律原则，视情节自行规定其处置为大多数。但是各国国情不同，法治程度有差异，应该结合自己的国情与法治程度选择相符的仲裁制度。无论是《商事争议中仲裁员的行为道德规范》，还是《国际仲裁员伦理规则》，都没有规定仲裁员的法定资格及仲裁员惩戒制度。我们认为，从目前我国仲裁制度的长远发展来看，由行业自治组织建立一套严谨周密的仲裁员惩戒制度，不但有助于督促仲裁员公正与独立地处理仲裁事务，以建立当事人对仲裁员的信赖，而且有助吸引国际商务双方当事人在仲裁协议中约定以中国为仲裁地。

第八编

立法工作者职业伦理

第八编　典型例题

第八编　拓展阅读

第三十四章

立法工作者职业伦理

导　语

“法者，治之端也。”党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“法律是治国之重器，良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键。”随着立法职业化的发展，立法工作者在立法活动中发挥愈加不容忽视的作用，其职业伦理也应受到必要的关注。本章将具体阐述立法工作者的内涵、我国立法工作者的职业发展概况、国外立法助理的职业发展概况，以及立法工作者职业伦理产生的背景、立法工作者职业伦理的内涵与特征、基本要求、职业责任与惩戒制度等内容，以期为立法工作者职业伦理的建设提供理论支持。

第一节　立法工作者职业概述

一、立法工作者的内涵

立法工作者是指不具有立法权或立法性职权，但参与立法活动、对立法能起作用，在立法主体的法制工作机构或其他机构从事立法工作的国家公职人员。[1]

在我国，立法的概念有广义和狭义之分。狭义的立法是指全国人大和全国人大常委会根据宪法和法律规定的权限和程序创制法律的活动。广义的立法还包括国务院创制行政法规，省、自治区、直辖市和设区的市的人大及其常委会制定地方性法规，民族自治地方的人大制定自治条例与单行条例，国务院部委制定部门规章以及省、自治区和设区的市的人民政府制定地方政府规章的活动。此外，随着司法解释的泛立法化，广义的立法还可以包括最高人民法院和最高人民检察院起草司法解释的活动。相应地，有学者将立法工作者区分为三个层次：一是广义的立法工作者，包括人大的工作人员、享有立法权的行政机关的立法工作人员（如政府法制局、部委法制局、从事立法工作的人员）、最高人民法院和最高人民检察院中起草司法解释的工作人员；二是中义的立法工作者，包括人大中从事立法辅助工作的人员，主要是全国人大及享有立法权的地方人大各专门委员会中的有关工作人员、法律委员会和法制工作委员会中的工作人员以及聘任的立法助理；三是狭义的立法工作者，主要指人大常委会法制工作委员会的

[1] 参见周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 194 页。

立法工作者。[1] 2016 年，中共中央办公厅印发《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》。根据该办法，立法工作者是指具有立法权的人大常委会的法制工作机构、政府法制部门中从事法律法规起草工作的人员。

立法工作者并非立法者。立法是以立法机关为主的诸多立法主体共同进行的活动，而构成立法主体的基本要素则是一个个的立法者和立法工作者。立法者和立法工作者可以合称为立法人员。[2] 在学理上，立法者应分为三个位阶。其一，在理念意义上，公共理性是立法者。公共理性是一般理性的公约数，比一般理性具有更高的普适性，在立法体系中处于最高的位置。其二，人民是实质的立法主体。根据孟德斯鸠的观点，在民主国家中，人民是立法权的天然掌控者。人民作为立法权的主体具有不可质疑的正当性。在现代社会，即使表面上的立法者是国家特定的代议机关，但其只是人民立法的代言人，是人民基于公共理性将立法权让渡给国家的结果。其三，立法权的具体主体是国家的有权立法机关，即国家的代议机关等有权立法机关是立法者。[3] 因此，在具体意义上，我国的立法者是全国人大及其常委会和有立法权的地方人大及其常委会。不过，立法机关只是一种抽象的机构，实际上其并不能进行立法操作。实际上的立法者仍是具体的人，即由人民选出、代表人民行使立法权的人民代表。非民选的立法工作者没有立法权，只能在立法过程中辅助立法者行使立法权，形成“立法者—立法工作者”的二元关系。

二、中国立法工作者职业发展概况

（一）法制工作委员会的机构设置与立法职能

人大常委会法制工作委员会是人大常委会的工作机构。全国人大常委会法制工作委员会的前身为全国人大常委会法制委员会。1979 年，第五届全国人大常委会决定设立法制委员会。根据有关文件，法制委员会的设立目标为“协助全国人大常委会加强法制工作”，[4] 具体职能为“起草有关法律案，提请常委会审议；审议向常委会提出的法律案，提出审议意见和修改稿”。[5] 因无明确的法律规范依据，这一时期的法制委员会表现出临时性和运动性，凡是与相关法律文本起草有关的工作，均在法制委员会的职能范围之内。[6]

依据《全国人民代表大会组织法》的规定，全国人大常委会可以根据其工作需要设立相关的工作委员会。1983 年，第六届全国人大决定将法制委员会正式更名为法制工作委员会。法制工作委员会作为全国人大常委会的工作机构，与同年设立的全国人大法律委员会并存。全国人大法律委员会是全国人大的专门委员会，行使法律案的收

---

〔1〕 参见卢群星：“隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题”，载《浙江大学学报（人文社会科学报）》2013 年第 2 期。

〔2〕 参见周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 194 页。

〔3〕 参见宋远升：《立法者论》，法律出版社 2016 年版，第 183~184 页。

〔4〕 参见夏莉娜：“王汉斌回忆法制委员会与法工委建立的前后”，载《中国人大》2009 年第 3 期。

〔5〕 参见夏莉娜：“王汉斌回忆法制委员会与法工委建立的前后”，载《中国人大》2009 年第 3 期。

〔6〕 参见冯玉军、崔赫：“全国人大常委会法工委立法职能略论”，载《地方立法研究》2018 年第 1 期。

集意见、审议等职能。2018 年，第十三届全国人大决定将全国人大法律委员会更名为宪法和法律委员会，并在其继续承担统一审议法律草案等工作的基础上，增加推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传等工作职责。

伴随着相关法律的出台，法制工作委员会的立法职能逐渐以规范的形式被相对明确地确定下来，更加专注和强调立法辅助工作本身。[1] 根据《立法法》的相关规定，法制工作委员会行使的立法职能包括：①立法调研（《立法法》第 16 条第 2 款）；②法律案意见的征求、整理和分送（《立法法》第 36 条和第 38 条）；③立法前评估（《立法法》第 39 条）；④拟订法律解释草案（《立法法》第 47 条）；⑤立法规划和年度立法计划的拟订与督促落实（《立法法》第 52 条第 2 款）；⑥重要法律草案起草（《立法法》第 53 条）；⑦立法后评估（《立法法》第 63 条）；⑧答复法律询问（《立法法》第 64 条）；⑨规范性文件备案审查（《立法法》第 99 条、第 100 条和第 101 条）。此外，有学者指出，除《立法法》明确规定的立法职能外，法制工作委员会在实际立法活动中还具有其他职能，包括：①法律清理意见的拟定；②编制和出台《立法技术规范》；③法律实施检查；④法律问题研究；⑤编写法律释义；⑥联合有关部委出台规范性文件。[2]

就地方而言，根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定，常务委员会根据工作需要，设立办事机构和其他工作机构。因此，有立法权的各地方人大也相继设立法制工作委员会。

自 1979 年第五届全国人大通过《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》赋予省级人大及其常委会制定地方性法规的职权以来，地方立法权主体逐步扩容。到 2015 年第十二届全国人大修改《立法法》赋予所有设区的市地方性立法权，我国享有地方立法权的主体已有 354 个，即在原有 31 个省（自治区、直辖市）和 49 个较大的市的基础上，又增加 274 个，包括 240 个设区的市、30 个自治州和 4 个未设区的地级市。由此可知，在地方立法机关中，从事立法工作的机构和人员已形成一个庞大的群体。

（二）立法工作者的角色定位与职责内容

随着法制工作委员会的机构设置和立法职能逐步专业化和稳定化，在全国人大常委会、省级和设区的市级人大常委会立法工作机构中全职工作领取薪酬，并具有从事立法工作所需的专业能力，具有相应权力和责任的专门从事立法工作的人员，已形成一支职业的立法工作者队伍。[3] 职业立法工作者的形成、存在和发展，必然导致立法过程的职业化倾向。[4] 立法职业化的实践表现之一便是立法权由名义立法者向职业立法者转移。在这一过程中，有学者指出，立法工作者基于其专业技能，并借助法制工

---

〔1〕 参见冯玉军、崔赫：“全国人大常委会法工委立法职能略论”，载《地方立法研究》2018 年第 1 期。

〔2〕 参见冯玉军、崔赫：“全国人大常委会法工委立法职能略论”，载《地方立法研究》2018 年第 1 期。

〔3〕 参见彭超：“论立法的职业化”，载《理论月刊》2019 年第 11 期。

〔4〕 立法权由名义立法者向职业立法者转移，具体而言，是指从权力机关（人民代表大会）向其常设机关（人大常委会）、专门委员会（如宪法和法律委员会等）、工作机构（如法工委）沉淀转移。本书主要关注立法权从人民代表大会向法制工作委员会的转移。参见彭超：“论立法的职业化”，载《理论月刊》2019 年第 11 期。

作委员会这个特殊组织，在立法中发挥出立法者所不及的关键性作用，成为“显性立法者”之外的“隐性立法者”。[1] 具体而言，立法工作者主要在立法规划（计划）、法案起草、草案审议、立法的适用解释与备案审查四项立法活动中发挥着“隐性立法”作用。[2]

1. 立法规划（计划）工作。从 1991 年第七届全国人大常委会开始编制立法规划直至今天，编制立法规划和年度立法计划已是中央及地方各级立法主体的工作惯例。《立法法》在其第 52 条第 2 款中明确规定“全国人民代表大会常务委员会工作机构负责编制立法规划和拟订年度立法计划，并按照全国人民代表大会常务委员会的要求，督促立法规划和年度立法计划的落实”，将编制立法规划、拟定年度计划的权力划归全国人大常委会法制工作委员会。由于立法资源有限，立法项目之间存在竞争，立法工作者所在的法制工作委员会因承担论证工作而站在矛盾焦点上。立法工作者根据立法条件是否具备、内容是否成熟等因素决定将哪些立法项目纳入或剔除出立法规划、年度立法计划，主任会议和常委会会议对法制工作委员会上报的文本往往只作局部微调，可见立法工作者的取舍意见极具重要性。而立法工作者的价值判断无疑会影响其取舍，这使得立法工作者在立法规划活动中具有一定的权威性，对立法资源的分配有着重要影响。

2. 法案起草工作。法案起草工作对立法文本的形成与确定具有重要意义，在我国的立法现状下，人大代表的提案直接转化为立法草案的情况并不多见，多数立法由人大常委会法制工作委员会或政府法制工作机构提出立法草案。[3]《立法法》第 53 条第 1 款亦规定：“全国人民代表大会有关的专门委员会、常务委员会工作机构应当提前参与有关方面的法律草案起草工作；综合性、全局性、基础性的重要法律草案，可以由有关的专门委员会或者常务委员会工作机构组织起草。”由此可见，立法工作者在法案起草活动中承担着重要作用。而且立法工作者起草的草案被立法者完全弃置不用的情形也并不多见，即使草案经历了较大的修改，立法工作者起草的草案也会潜移默化地影响立法者的判断以及后续的立法活动。

3. 草案审议工作。根据《立法法》第 36、38、39 条的规定，法制工作委员会负有组织召开座谈会、论证会、听证会等多种形式的会议听取意见建议、收集整理分组审议的意见和各方面提出的意见以及其他有关资料的职责，并可对法律草案中主要制度规范的可行性、法律出台时机、法律实施的社会效果和可能出现的问题等进行评估，可见立法工作者在法案审议过程中依然扮演着重要角色，其履职不到位无疑会影响法案的审议效果。

4. 立法的适用解释和备案审查工作。根据《立法法》第 47、63、64 条的规定，法

---

〔1〕 参见卢群星：“隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

〔2〕 本部分关于立法工作者在四大场域发挥“隐性立法”作用的内容重点参考了卢群星博士的相关论述。参见卢群星：“隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

〔3〕 参见彭超：“论立法的职业化”，载《理论月刊》2019 年第 11 期。

制工作委员会负责拟订法律解释草案，进行立法后评估、研究答复有关具体问题的法律询问等关涉立法实施效果的实质性工作。此外，根据《立法法》第 99、100、101 条的规定，法制工作委员会可以对报送备案的规范性文件进行主动审查，在审查过程中可向法规制定机关提出审查、研究意见，可与有关专门委员会召开联合审查会议，并可接受制定机关反馈的修改意见，对于制定机关不予修改的，有权向委员长会议提请意见和建议等。法制工作委员会成为了在法规备案审查活动中具有一定主导地位和自主性的主体，相应地，立法工作者深度参与到这些立法工作中。

综上所述，立法工作者由于其专业技能，在立法活动中产生了关键性的却经常悄无声息的影响，成为事实上的“隐性立法者”，其所栖身的常委会法制工作委员会则在本质上充当着“小常委会”和“事实上立法引擎”的功能。[1]

三、国外立法助理职业发展概况

立法助理有广义和狭义之分。广义的立法助理是协助立法机关及人民代表履行立法职责、完成立法工作的具有立法专门知识的人员。狭义的立法助理专指议员个人立法助理。[2] 立法助理制度随着近代西方国家立法的专业化、技术化不断加强而逐步发展起来，在协助立法机关工作方面发挥了重要作用。我国也曾对立法助理制度作初步的尝试。2002 年，深圳市人大常委会曾聘请了 19 名具有硕士以上学历、品行良好的专职律师作为其兼职法律助理。

立法助理不同于立法工作者。二者之间的重要区别在于，我国的立法工作者借助法制工作委员会这一组织形式按照法定程序向权力机关集体提供广泛服务，而西方的立法助理根据邀约以个体形式向议会组成人员个体提供专项服务。[3] 除此以外，二者均为从事法律辅助工作的专业人员，具有很强的可比性。此处主要对美国、英国、法国、德国的立法助理职业发展进行概述，为我国立法工作者的职业发展提供参考和借鉴。

（一）美国立法助理制度概述

美国是较早建立立法助理制度的国家。最早可追溯到 19 世纪 20 年代，美国国会开始聘请助理人员。在 1856 年之前，美国国会仅在繁忙之际聘请、雇佣计时或临时性助理。后来，众议院筹款委员会和参议院财政委员会雇佣了永久性助理，其他委员会也相继效仿，纳入国会编制的专职的立法助理开始出现。[4] 1924 年，美国国会通过了第一个关涉立法助理的法案——立法支付法案。根据该法案，参众两院的立法助理可以直接获得国家的财政拨款，而不再由议员本人支付立法助理费用。该法案虽然仅涉及立法助理的经费保障制度，但是从法律上明确了立法助理的地位，对于立法助理制度化具有重要意义。1946 年，立法改革法明确地区分了委员助理和议员个人助理，确认

---

〔1〕 参见卢群星：“隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

〔2〕 参见吴大英、任允正、李林：《比较立法制度》，群众出版社 1992 年版，第 252 页。

〔3〕 参见俞荣根、刘霜：“立法助理制度述论”，载《法学杂志》2007 年第 2 期。

〔4〕 参见吴大英、任允正、李林：《比较立法制度》，群众出版社 1992 年版，第 252 页。

了议员个人助理的地位。1975 年，参议院第 60 号决议案专门规定了专家助理为委员会内专家助理人员，不能从事委员会以外的工作，也不得从事不属于他们职务的工作。自 1955 年以后，为适应立法发展的需要，美国大大增加了助理的人数和经费。[1] 对于美国立法助理而言，其职责比较繁杂。立法助理不仅帮助议员从事调查、收集、解答相关的选民意见、起草议案草稿等立法工作，而且负责协助议员联系政府、帮助议员对政府执行国会立法的情况进行监督等任务。[2]

（二）英国立法助理制度概述

英国在议会助理制度的建设方面起步较晚。英国的平民院设有专门的助理机构，如秘书局，为议长和议员解决议事过程中出现的程序问题、规则问题，保障平民院的议事依照统一的规范进行；又如图书馆，用及时可靠的信息和研究成果，帮助议员了解问题、作出决策，但在很长时间里，下院没有为其议员配备立法助理。[3] 1967 年，英国议会始有议员聘请立法助理。到 19 世纪中期，英国才从制度上对立法助理予以规范。就英国立法助理而言，在工作内容方面，立法助理为议员提供全方位的立法协助工作，包括起草议案、拟订议事规则、收集、研究、解释判例等；在经费保障方面，平民院独立决定经费和人事任免问题，完全脱离政府的控制，具有一定的独立性；在职业培训方面，重视对立法助理的相关知识培训，以保障其更加高效、专业地为议员服务。[4]

（三）法国立法助理制度概述

法国的立法助理一般由议会工作人员担任，由议会自行管理，人员要通过公开竞争考试遴选产生。法国议会讨论的法案多数来自于内阁，议员的立法提案数量很少，但对法案提出的修正案数量极多，且逐年增加，被采纳的比率也很高。法国大量专业性强且质量高的立法修正案的产生依赖于议会立法助理的帮助。因此，法国议会立法助理的数量呈逐年增长的趋势。[5] 在职责方面，法国成立了 9 个专门负责立法助理工作的办公室，这些办公室职能比较全面，主要负责包括与议长或议员联系、与社会公众进行相关信息的沟通、起草立法草案、为议员提供专门的立法研究或法律咨询服务等工作。在职业保障方面，立法助理原则上属于国家公务员序列，但完全独立于行政权，其聘用（包括考试）和经费支出由议会自主决定，在财政和人事上保证了立法助理的中立性。[6]

（四）德国立法助理制度概述

德国的立法助理最早是应反对党议会党团的需要而出现的。立法助理不仅是平衡议会与政府之间权力抗衡的帮手，而且也是德国各政党之间利益平衡的结果。在 1950 年代第二届联邦议院时，作为议会反对党的社民党很难从政府部门得到所需的咨询支

---

〔1〕 参见俞荣根、刘霜："西方国家的议员立法助理制度"，载《公民导刊》2005 年第 2 期。
〔2〕 参见宋远升：《立法者论》，法律出版社 2016 年版，第 101 页。
〔3〕 参见曹海晶："西方国家立法助理制度及其借鉴"，载《政治与法律》2003 年第 1 期。
〔4〕 参见宋远升：《立法者论》，法律出版社 2016 年版，第 101～102 页。
〔5〕 参见俞荣根、刘霜："西方国家的议员立法助理制度"，载《公民导刊》2005 年第 2 期。
〔6〕 参见宋远升：《立法者论》，法律出版社 2016 年版，第 102 页。

持，便开始建立自己议会党团的助理队伍，到 1960 年代第五届联邦议院时，该助理队伍扩展为第二届时的 4 倍。1969 年，联盟党变为反对党后，也效仿社民党的做法，迅速扩大了自己的助理队伍。在 1980 年代末期第 10 届联邦议院时，议会党团助理的数量有了决定性的增长，且超过了议员总数，此后一直保持增长趋势。[1] 德国立法助理不仅队伍庞大，其职责也表现出多样化的特征。具体而言，德国立法助理提供的服务主要包括三类：一是议会党团工作小组中的助理，主要提供科学知识和议会事务方面的工作；二是议会问题的私人助理，主要为议会党团主席、副主席、议员督察员等人提供个人咨询；三是议会党团新闻和咨询机构的助手，主要帮忙处理文件和信息。[2] 尽管立法助理的职责不限于立法咨询，但大部分立法助理都是职业的议会专家和法律专家，并具有与公务员相类似的中立性。[3]

综上可知，诸多现代法治进步国家都建立了立法助理制度，尽管受各国政治体制、法律传统等方面的影响，各国立法助理制度的具体规定不尽相同，但大体具备一些共通特点。①政治中立性。各国普遍重视立法助理作为专家技术人员的身份，要求其在工作中保持政治中立性。为此，各国不仅为其聘用的立法助理提供了优厚的职业待遇，还使其在组织上独立于行政机关，避免行政机关的不当干预。②专业性。各国对立法助理的专业能力普遍要求较高。立法助理应当是法律专家，具有卓越的法律知识、专业能力和丰富的法律工作经验。为保证立法助理更好地协助议员开展立法工作，各国普遍关注立法助理的职业化发展，建立了对立法助理进行专门的职业培训等制度。③制度规范化。多数国家都从法律层面对立法助理进行了制度化的规定，使立法助理制度具有明确的规范依据。

此外，随着各国立法助理制度的发展，该制度也表现出立法成本增加和立法权流失等弊端。在有的西方国家，立法助理已不仅仅是议员的工作助手，而成为“议程的安排者”“政策的创议者”“政策的妥协者”“议会的首席调查员”和“法律的制定者”，几乎每个法案的通过都是立法助理们的杰作。议员之间的共识、妥协均以助理为基础，议员几乎成为了立法助理的代言人。[4]

第二节　立法工作者职业伦理

一、立法工作者职业伦理产生的背景

在立法职业化的进程中，对立法工作者职业伦理的关注来自于立法工作者形成“隐性立法者”之地位所带来的问题和挑战。

1. 立法权从名义立法者向立法工作者的转移损害了立法的正当性。《宪法》第 2 条

---

〔1〕 参见俞荣根、刘霜：“西方国家的议员立法助理制度”，载《公民导刊》2005 年第 2 期。
〔2〕 参见曹海晶：“西方国家立法助理制度及其借鉴”，载《政治与法律》2003 年第 1 期。
〔3〕 参见俞荣根、刘霜：“西方国家的议员立法助理制度”，载《公民导刊》2005 年第 2 期。
〔4〕 参见吴大英、任允正、李林：《比较立法制度》，群众出版社 1992 年版，第 256 页。

第 1 款和第 2 款规定："中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。"具体而言，人民通过选举产生人大代表，再由人大代表组成权力机关，代表人民行使国家权力，以立法的形式总结和表达公共意志。因此，由民选产生的人大代表作为事实上的立法者，代表人民行使立法权具有天然的正当性。而立法工作者作为辅助立法的工作人员，是基于精英主义和专业主义的路径，通过公务员考录或其他法定形式从普通民众中筛选出来，并非通过民主选举的方式产生，从根本上不具有民意代表的意蕴，其本应该仅承担调研、分析、协调等辅助性工作。当立法工作者以辅助者的身份在事实上主导立法时，就必然出现此消彼长的互动，立法者很难发挥民意代表的作用，而形成"名"与"实"的错位。〔1〕这种错位必将损害立法的正当性，使立法陷入民主性的困局。

2. 立法工作者事实上行使立法职能，却不承担相应的义务，也不接受外部的监督，由此产生权责不一致的情形将导致立法工作者面对很大的职业道德风险。一方面，立法工作者并非通过选举产生，不受选民的监督，也无需对选民负责。另一方面，立法工作本身关涉到复杂的利益平衡与分配，作为"隐性立法者"的立法工作者很容易受到来自利益集团的游说和诱惑，而其本身是在潜移默化中影响立法进程，若是操纵立法来实现非法或不正当的目的，也很难被外部识别。目前，立法工作者面对较高的职业道德风险，却无相应规范约束其行为，这很容易导致立法客观性和中立性的缺失，进而损害国家利益、社会公共利益或人民的合法权益。

3. 就立法工作者所承担的重要立法职能以及立法科学化的现实需要而言，立法工作者面临着专业能力的挑战。有学者指出，我国地方立法中越权立法、与上位法相冲突、平行法规之间相冲突、法规适应性差、地方特色不够突出、可操作性差等实体性问题十分严重。在立法形式方面，用语不规范、不清晰、不简约，条文表述的结构不完整（条件、行为模式和法律后果），条文之间逻辑性不严密，法律结构设置不合理等问题比比皆是。〔2〕立法质量不佳间接反映出立法工作者的专业能力有待提升。保证立法工作者的专业能力对于提高立法质量意义重大。

因此，关注立法工作者的职业伦理建设，重视立法工作者的职业行为规范，督促立法工作者更好地从事立法辅助工作，客观、高效地制定出高质量的立法，以应对上述问题和挑战是应有之义。而且，自党的十八大以来，习近平总书记把立法质量提到了前所未有的高度。他指出："不是什么法都能治国，不是什么法都能治好国，越是强调法治，越是要提高立法质量"。〔3〕进入新时代，立法工作面临新要求和新挑战，建立一支高素质的立法工作者队伍，是实现依法治国，建设社会主义法治国家的必然要求。

---

〔1〕 参见卢群星："隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题"，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

〔2〕 参见卢群星："隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题"，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

〔3〕 习近平："在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话"，载《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 47 页。

二、立法工作者职业伦理的内涵和特征

立法工作者职业伦理是指立法工作者在从事立法工作过程中所应当遵守的道德规范的总和。相较于其他法律职业伦理，立法工作者职业伦理具有以下特征：

1. 规范主体为立法工作者。如上节所述，立法工作者并非立法者，也不同于西方国家普遍设立的立法助理。根据立法概念的不同层次，立法工作者的范围也有所不同。本书所研究之立法工作者主要是指在全国人大常委会、省级和设区的市级人大常委会立法工作机构中全职工作领取薪酬，并具有从事立法工作所需的专业能力，具有相应权力和责任的专门从事立法工作的人员。

2. 规范对象为立法工作者的各类职业行为和社会行为。立法工作者职业伦理主要产生于立法工作者所从事的立法工作，因此，立法工作者职业伦理调整的是立法工作者的各项职业行为，包括从事立法规划（计划）、法案起草、草案审议、立法的适用解释与备案审查等工作的职业行为。此外，立法工作者作为法律职业共同体的组成人员，具有相比于其他职业更高的使命感和道德感，在社会活动中也应当受到一定伦理规范的约束。

3. 规范内容以保证依法立法、民主立法和科学立法为核心。习近平总书记曾就立法问题进行强调，“深入推进科学立法、民主立法，完善立法体制和程序，努力使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意愿、得到人民拥护”[1]。根据《立法法》总则部分的相关规定，我国立法的基本原则有四项，包括宪法原则、法治原则、民主原则和科学原则。[2]《立法法》第 3 条规定：“立法应当遵循宪法的基本原则，以经济建设为中心，坚持社会主义道路、坚持人民民主专政、坚持中国共产党的领导、坚持马克思列宁主义毛泽东思想邓小平理论，坚持改革开放。”这是立法的宪法原则。《立法法》第 4 条规定：“立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。”这是立法的法治原则。《立法法》第 5 条规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”这是立法的民主原则。《立法法》第 6 条规定：“立法应当从实际出发，适应经济社会发展和全面深化改革的要求，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。法律规范应当明确、具体，具有针对性和可执行性。”这是立法的科学原则。概括言之，我国立法的核心价值为依法立法、民主立法和科学立法。相应地，对立法工作者职业伦理的规范也应当以此为核心要求，“推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治”。[3]

◆例 34-1　完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，要求推进科学立法和民主立法。下列哪一做法没有体现这一要求？

---

〔1〕 参见习近平 2014 年 9 月 5 日在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话。

〔2〕 参见周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 73 页。

〔3〕 习近平：“决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利：在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告”，载新华网，http：//www. xinhuanet. com//2017－10/27/c_ 1121867529. htm，最后访问时间：2017 年 10 月 27 日。

A. 在《中华人民共和国大气污染防治法》修改中，立法部门就处罚幅度听取政府部门和专家学者的意见。

B. 在《中华人民共和国种子法》修改中，全国人大农委调研组赴基层调研，征求果农、种子企业的意见。

C. 甲市人大常委会在某社区建立了立法联系点，推进立法精细化。

D. 乙市人大常委会在环境保护地方性法规制定中发挥主导作用，表决通过后直接由其公布施行。

【解析】 A 项正确。B 项正确。根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中关于“深入推进科学立法、民主立法”的表述，“应当完善立法项目征集和论证制度。健全立法机关主导、社会各方有序参与立法的途径和方式。探索委托第三方起草法律法规草案。健全立法机关和社会公众沟通机制，开展立法协商，充分发挥政协委员、民主党派、工商联、无党派人士、人民团体、社会组织在立法协商中的作用，探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制。拓宽公民有序参与立法途径，健全法律法规规章草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制，广泛凝聚社会共识”。

C 项正确。根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中关于“深入推进科学立法、民主立法”的表述，“加强人大对立法工作的组织协调，健全立法起草、论证、协调、审议机制，健全向下级人大征询立法意见机制，建立基层立法联系点制度，推进立法精细化”。

D 项错误。《立法法》第 78 条规定：“省、自治区、直辖市的人民代表大会制定的地方性法规由大会主席团发布公告予以公布。省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会制定的地方性法规由常务委员会发布公告予以公布。设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规报经批准后，由设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布。自治条例和单行条例报经批准后，分别由自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布。”

二、立法工作者职业伦理的基本要求

（一）忠诚

忠诚是指立法工作者应当忠诚于党、忠诚于人民、忠诚于法律。培养造就一支高素质立法工作者队伍，既关系着我国社会主义民主和法治建设健康发展，也关系着把我国建设成社会主义法治国家的历史进程。[1] 因此，立法工作者必须对党和人民高度负责、忠实地理解、遵守和实施法律。

1. 忠诚于党。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，“建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用”，而“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证”。立法工作者在从事立法工作的过程中应当始终坚持党领导立法的基本原则，把党总揽全局、协调各方同立法工作者依法履行职能、开展工作统一起来。具体而言，立法工作者应当牢固把握正确的政治方向，坚决贯彻党的基本理论、基本路线、基本纲领以及中央大政方针政策，使党的主张通过法定程序固定下来。不过，立法的过程不是简单地盖“橡皮图章”，而是把党的主张、党所提出的基本原则和

〔1〕 参见李培传：《论立法》，中国法制出版社 2011 年版，第 552 页。

政治方向转变为法律的关键程序。[1] 因此，在这一过程中，立法工作者也要深刻认识到党的决策与国家的法律在内容和形式上的不同之处，平衡好政治导向、改革要求与法律逻辑之间的关系，坚持党的领导和社会主义法治相统一，把党领导立法落到实处。

2. 忠诚于人民。我国《宪法》规定，中华人民共和国的一切权力属于人民。人民是实质的立法者。根据《立法法》第 5 条，“立法应当体现人民的意志”。这意味着立法工作者在开展立法活动时，应当积极采取座谈会、论证会、听证会等多种形式，广泛地征求、整理、收集并准确地记录社会各方面的立法建议和意见，完成相应的立法调研等材料并传递给立法者，而后在法案起草、修订和完善过程中忠实地表达立法者的意志，把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉真正落实到立法中。立法工作者忠诚于人民，坚持以人民为中心，严格遵守《立法法》中关于民主立法原则的相关要求从事立法工作，有助于打破立法权从名义立法者向立法工作者的转移所带来的民主性困局。

3. 忠诚于法律。根据《立法法》确立的宪法原则和法治原则，就立法工作者而言，忠诚于法律包含两层含义：一方面，立法工作者应当按照法定的权限和程序开展职业行为，立法工作者应当依据《立法法》的相关规定，在从事立法规划（计划）、法案起草、草案审议、立法的适用解释与备案审查活动中，明确自身的法律定位，发挥自身的辅助立法职能，推动立法工作的顺利进行，并自觉主动地接受党的领导和人民的监督。另一方面，立法工作者在履行法案起草、审议、解释和备案审查职能时，应当时刻识别并纠正法案本身可能存在的突破立法权限、抵触上位法等情形，积极维护国家法制统一。

上述关于忠诚的职业伦理要求也体现于立法工作者的选拔条件中。根据中共中央办公厅《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》第 6 条和第 7 条的规定，参加公开选拔立法工作者的律师和法学专家不仅应当拥护党的领导、忠于宪法和法律，而且应当具有坚定的社会主义法治信仰。

（二）中立

中立是指在立法活动中，立法工作者应当具备中立客观的辅助立法精神，严格排除个人情感、价值取向等非法律因素对立法工作的干扰。有学者指出，立法工作者的中立性要求是由其中介性地位决定的。所谓中介性地位，是指立法工作者作为立法者的辅助人员，只是立法者内部的民意代表、立法者与公众之间传递意见和建议的中介，而没有其独立自主的空间。[2]

现代立法的目的是要体现民情、顺应民意，而普通公民自己无法充分完成利益的表达，需要凭借立法职业者的收集、整理和代表民意的活动和中介活动发挥利益聚合功能。[3] 保持中立既是立法工作者作为中介者的当然要求，也是其辅助立法的责任所

---

〔1〕 参见朱景文：“关于党领导立法的几点思考：在‘习近平关于全面依法治国思想研讨会’上的主题发言”，载中国社会科学网，http：//www. cssn. cn/zt/zt_ xkzt/zt_ fxzt/2016sdfxrdytpd/xjpfzsxyj/xjjd/201612/t20161216_ 3349342. shtml，最后访问时间：2016 年 12 月 16 日。

〔2〕 参见汪全军：“论立法工作者的职业伦理”，载《法学教育研究》2018 年第 3 期。

〔3〕 参见秦前红、李元：“关于建立我国立法助理制度的探讨”，载《法学论坛》2004 年第 6 期。

在。因此，立法工作者无论是在收集和反馈社会公众的意见和建议时，还是在解释和表达立法者的意志时，抑或是对法案进行评估和审查时，均应当摒弃个人的主观偏好，确保社会公众意志的传达、立法者意志的呈现和法律文本纯粹性的维护。[1] 而且，立法工作者保持中立也有助于化解其“隐性立法者”地位的正当性问题。具体而言，为保障立法工作者的中立性，可要求其履行必要的信息披露和解释阐明义务，即对于立法工作者进行的重要立法辅助行为，如重大立法事项的调研和评估，立法工作者应当及时进行相关信息的披露，并在必要时作出解释和说明，以接受立法者和社会公众的监督。

（三）专业

专业是指在立法活动中，立法工作者应当具备必要的专业能力和思维，辅助立法者制定出高质量的立法，以符合科学立法的要求。英国近代哲学家约翰·密尔认为，“几乎没有任何脑力工作像立法工作那样，需要不仅是有经验和受过训练，而且通过长期而辛勤的研究训练有素的人去做”。[2] 清末民初思想家章太炎虽然在强调以法为治时否定高材、贤才的作用，但却也主张“凡制法律，不自政府定之，不自豪右定之，令明习法律者与通达历史、周知民间利病之士，参伍定之”。[3] 立法工作复杂且精细，涉及综合性的政策理论和专业知识，兼具实践性的特点，因此，对立法工作者专业性的要求必不可少。

就专业性而言，有学者指出，立法工作者应当具备统一的法律知识背景和基本法治思维，并将立法工作者所应当具备的法治思维归纳为良法思维、程序思维和技术思维。即要求立法工作者从事辅助立法活动，应当以制定出符合“实质善良性”和“形式善良性”双重标准的良法为目标，并以参与程序、论证程序和评估程序等缜密的立法程序为达至良法的必由之路，同时掌握各种相关的立法技术。[4]

另外有学者总结自身的立法工作经验，将立法工作者的基本要求提炼为五种能力。一是具有“吃透两头、把握中间”的政治判断能力。立法工作属于上层建筑领域的工作，归根结底是一项政治决策。对于立法工作者而言，不仅要及时了解人民的意愿和需求，把人民的意志和利益上升为国家意志和法律意志，而且要熟悉党和国家方针政策及其社会背景和发展趋势，把执政党和国家的方针政策具体化为法律规范。立法工作者需要深刻领会这些意志和利益、方针和政策，并及时、准确地将其体现在立法中，因而具有较强的政治判断能力。二是掌握立法工作内在规律的专业能力。立法工作者要对本国的法律体系和内在规律有清晰、准确的认识和把握，并且能够理论联系实际，将理论学说科学地、创造性地应用到立法实践中。三是善于平衡各种利益博弈的协调能力。立法工作者要善于协调与平衡立法过程中各方面的利益和要求，并将其公正合理地体现在相应的法案中，避免出现顾此失彼、有失公正的情形。四是具有法的不同

---

〔1〕 参见汪全军：“论立法工作者的职业伦理”，载《法学教育研究》2018 年第 3 期。

〔2〕 参见［英］J. S. 密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆 1982 年版，第 76 页。

〔3〕 章太炎：“代议然否论”，载章炳麟著，汤志钧编：《章太炎政论选案（上册）》，中华书局 1977 年版，第 464 页。

〔4〕 参见章志远：“立法工作者的三重法治思维”，载《学习论坛》2018 年第 3 期。

价值的衡量能力。立法应当明确立法目标，即所要实现的法的价值。而法所具有的自由、平等、秩序、效率等价值在不同的法律文本中具有不同的法律地位，彼此之间可能会发生冲突。立法工作者在从事立法工作中，需要衡量这些相互冲突和矛盾的法的价值轻重，因而需要掌握和运用法的价值判断与价值平衡的特定能力。五是娴熟掌握立法技术的职业能力。立法活动是一门专业技术活动，立法工作者需要掌握相应的立法技术规范，使立法臻于科学。[1]

（四）廉洁

廉洁是指立法工作者应当严于律己，自觉坚守底线，自觉接受监督，不徇私情，不谋私利，保障立法活动平稳有序地进行。立法是对权利资源、权力资源以及其他有关社会利益，进行法定制度性配置和调控的专门活动。[2] 立法工作者作为重要的立法辅助者，也承担着利益平衡者和分配者的角色。而且较之于立法者的代表性和流动性，立法工作者的身份更为稳定，人数也更为固定，因此成为利益博弈中试图积极介入立法过程的利益部门和集团争相游说的对象。[3] 若立法工作者这一过程中不能保持自身的清正廉洁，滥用权力，趋利而动，则背离了依法立法、民主立法和科学立法的基本要求，立法将沦为逐利的工具，严重破坏社会主义法律制度和法治体系，损害国家、社会和人民的利益。

◆**例 34-2** 关于立法工作者职业伦理，下列哪些说法是正确的？

A. 立法工作者应当依照《立法法》的相关规定，制定立法规划（计划）、进行立法调研、起草法案等，准确地反映人民的意志。

B. 立法工作者是人民意志的表达者，不能在立法过程中掺杂个人的情感取向和价值判断。

C. 立法工作者应当特别注意法律条文的具体表述，确保法律文本的逻辑融贯自洽。

D. 立法工作者应当注意评估法律草案中各条款的合法性问题，避免出现与上位法相抵触的情形。

【解析】 A 选项正确。B 选项正确。立法工作者应当准确地反映人民的意志，这既是民主立法的基本要求，也是立法工作者应当保持中立性的基本要求。

C 选项正确。D 选项正确。立法工作者应当注意法律文本的合法性和科学性问题，这既是依法立法和科学立法的基本要求，也是立法工作者应当具备必要专业能力的基本要求。

三、立法工作者职业责任与惩戒

立法职业化的背景下，立法工作者在立法活动中发挥的重要作用值得关注，其面临的职业道德风险也不容忽视。立法工作者并非生活在真空中的人，其可能会因各种内在或外在因素的干扰和诱惑而做出违背职业伦理要求的行为，导致立法的失误和偏私。因此，构建立法工作者职业责任与惩戒制度对于立法工作者合法有效地开展立法辅助活动，从而实现依法立法、民主立法和科学立法的基本要求和职业目标具有重要意义。

---

〔1〕 参见刘平：《立法原理、程序与技术》，学林出版社 2017 年版，第 163～166 页。

〔2〕 参见周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 49 页。

〔3〕 参见卢群星："隐性立法者：中国立法工作者的作用及其正当性难题"，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013 年第 2 期。

目前，我国尚未成立立法工作者行业协会，也未制定关于立法工作者的专门职业伦理规范，对立法工作者职业责任的追究与惩戒仍适用《公务员法》《政务处分法》的相关规定。就未来立法工作者职业责任与惩戒制度的建设而言，应成立专门的惩戒机构，并根据《立法法》的精神，出台详细的惩戒责任规定，包含惩戒的行为类别、手段、程序以及所承担责任等内容，为开展立法工作者惩戒监督工作、规范立法工作者行为提供基本依据。

第九编

行政执法人员职业伦理

第九编　典型案例

第九编　典型例题

第九编　拓展阅读

第三十五章

行政执法人员职业伦理

导　语

行政执法人员是指行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员。规范行政执法人员的行政执法行为对于建构和维护行政执法秩序具有重要意义。本章以行政执法人员职业伦理为主要内容，首先，阐述了实践中关于行政执法人员基本素养的具体要求；其次，通过归纳行政执法的基本原则和公务员伦理的基本规则总结了行政执法人员职业伦理的基本要求；最后，介绍了我国行政执法人员的职业责任与惩戒制度。

第一节　行政执法人员的基本素养

一、行政执法的内涵

在我们的日常生活中，“行政执法”是一个使用频率非常高的词汇。关于行政执法，目前我国法律实务界和学术界对其内涵和外延有不同的界定。

（一）理论界对行政执法的界定

有的学者从宪法上的立法与执法的关系角度来阐释行政执法。许崇德、皮纯协教授主编的《新中国行政法学研究综述》将“行政执法”界定为：“是就国家行政机关执行宪法和法律的总体而言的。因此，它包括了全部的执行宪法和法律的行为，既包括中央政府的所有活动，也包括地方政府的所有活动，其中有行政决策行为、行政立法行为以及执行法律和实施国家行政管理的行政执行行为。”〔1〕

有的学者从行政立法与行政执法的角度进行界定。罗豪才教授主编的《行政法学》将“行政执法”界定为：“是行政机关执行法律的行为，是主管行政机关依法采取的具体的直接影响相对一方权利义务的行为；或者对个人、组织的权利义务行使和履行情况进行监督的行为。”〔2〕

有的学者从行政立法行为、行政执法行为和行政司法行为的角度进行界定。杨惠基博士在其著作《行政执法概论》一书中将“行政执法”界定为：“是指行政机关及其

〔1〕 参见许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学研究综述（1949 年～1990 年）》，法律出版社 1991 年版，第 293 页。

〔2〕 参见罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 133 页。

行政执法人员为了实现国家行政管理目的，依照法定职权和法定程序，执行法律法规和规章，直接对特定的行政相对人和特定的行政事务采取措施并影响其权利义务的行为。”“行政执法与行政立法、行政司法相对。”〔1〕

有的学者对行政执法使用的场合进行了类型化，并赋予其相应的含义。姜明安教授在其著作《行政法》一书中总结了“行政执法”主要存在于三种场合中：①为说明现代行政的性质和功能而使用“行政执法”，这种场合主要是突出行政是执法，是执行法律，而不是创制法律，行政从属于法律。②为区别行政的不同内容而使用“行政执法”，在这种场合，行政执法只是行政行为之一种。③作为行政行为的一种特定方式而使用“行政执法”，一般将监督检查、实施行政处罚和采取行政强制措施这一类行为称为“行政执法”。〔2〕

（二）实务界对行政执法的界定

中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2015～2020 年）》中使用的“行政执法”，主要是指“建立执法全过程记录制度，制定行政执法程序规范，明确具体操作流程，重点规范行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查等执法行为”。

《湖南省行政程序规定》将“行政执法”界定为：“是指行政机关依据法律、法规和规章，作出的行政许可、行政处罚、行政强制、行政给付、行政征收、行政确认等影响公民、法人或其他组织权利和义务的具体行政行为。”

《江苏省行政程序规定》将“行政执法”界定为：“是指行政机关依据法律、法规和规章，作出的行政许可、行政处罚、行政强制、行政给付、行政征收、行政确认等影响公民、法人或其他组织权利、义务的行政行为。”

从理论界与实务界对“行政执法”的界定来看，确实存在很大的不同，但很难去评判谁对谁错。换言之，我们很难去建构一个唯一的“行政执法”概念。因此，我们基本赞同姜明安教授的观点，对于“行政执法”的概念，在不同的场合，针对不同的事物，人们对它的内涵和外延会有不同的界定。根据《国家统一法律职业资格考试实施办法》第 2 条之规定，行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员，应当通过国家统一法律职业资格考试，取得法律职业资格。由此可知，“初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员”已经被纳入“法律职业人员”的范畴。

本书主要是为了讨论法律职业人员的职业伦理问题，因此，本书在使用“行政执法”这一概念时更多的是倾向于实务中的界定方法，即“行政执法是指行政机关依据法律、法规和规章，作出的行政许可、行政处罚、行政强制、行政给付、行政征收、行政确认等影响公民、法人或其他组织权利、义务的行政行为”。在此背景下，本书用“行政执法人员”代指“行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员”，主要是一种狭义用法。

---

〔1〕 参见杨惠基：《行政执法概论》，上海大学出版社 1998 年版，第 2 页。

〔2〕 参见姜明安：《行政法》，北京大学出版社 2017 年版，第 283 页。

二、行政执法人员的基本素养

行政执法的重要功能是建构和维护秩序，这主要是依靠行政执法行为，而行政执法行为在一定程度上受行政执法体制、行政执法方式与程序的制约，更受行政执法人员素质的制约。行政执法人员的素质不仅在一定程度上决定行政执法行为，也一定程度地决定行政执法体制、行政执法方式与程序。姜明安教授认为，行政执法人员的素质主要包括三类素质：一是政治思想素质；二是文化知识与业务能力素质；三是法律知识、法律意识和法治观念方面的素质。其中，行政执法人员的法律知识、法律意识和法治观念方面的素质对于保证行政执法质量、实现行政执法建构、维护秩序的功能和作用是至关重要的。主要原因有三点：①法律不是僵死的教条，法律是有灵魂的，法律的灵魂即是法律的目的、原则、精神，而执法者要真正正确理解法律的目的、原则、精神，必须依赖于其法律意识和法治观念。②法律不是法律条文的堆积，法律是一个由各种相互联系、相互依赖的法律规范构成的有机整体。执法者在适用某一法律的某一具体条文时，不仅要正确理解该条文的内涵和外延，而且必须同时考虑相应法律的相关条文，甚至要考虑其他法律的相关条文。③法律适用不是简单、机械、对号入座地将法条适用于立法者事先设计好的某种确定的情境的活动，法律适用完全是一种创造性的复杂劳动。[1]

在实践中，不同层级的规范都对行政执法人员的基本素质也进行了规定。例如，中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2015～2020 年）》中明确规定："全面实行行政执法人员持证上岗和资格管理制度，未经执法资格考试合格，不得授予执法资格，不得从事执法活动。健全纪律约束机制，加强职业道德教育，全面提高执法人员素质。"《湖南省行政程序规定》第 56 条规定："……行政执法人员应当按照省人民政府规定参加行政执法培训，经考试合格，并取得行政执法证件，持证上岗。"此外，《国家统一法律职业资格考试实施办法》还明确规定，行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员，应当通过国家统一法律职业资格考试，取得法律职业资格。由此可见，对于初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的行政执法人员而言，不仅需要取得法律职业资格，还需要具备良好的职业伦理素养。

第二节　行政执法人员职业伦理的具体要求

一、行政执法人员职业伦理的概念

行政执法人员职业伦理是指行政执法人员在从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决等行政行为过程中应该遵守的行为准则。由于行政执法人员的职业行为主要是行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决等行政行为，因此，行政执法人员的职业

---

〔1〕 参见姜明安：《行政法》，北京大学出版社 2017 年版，第 307～308 页。

伦理包含了行政执法的基本原则。此外，由于行政执法人员的身份是国家公务员，因此，行政执法人员职业伦理也包含了公务员伦理的基本规则。

二、行政执法人员职业伦理的内容

行政执法人员职业伦理的内容主要包括两个部分：一是行政执法的基本原则；二是公务员伦理的基本规则。

（一）遵守行政执法的基本原则

一般认为，行政执法的基本原则是指行政执法人员在从事行政执法过程中必须遵守的，贯穿于行政执法全过程，对行政执法活动具有普遍指导意义的根本性准则。我们认为，作为行政执法人员职业伦理的基础，行政执法的基本原则主要包括合法、合理、高效三个原则。

1. 合法原则。合法原则是指行政执法应该有法可依，严格按照法律规范进行，不得与法律相抵触。具体来讲，合法原则主要包括以下三个方面的要求：①任何行政执法权都必须基于法律的授权才能存在。②任何行政执法权的行使应依据法律、遵守法律，不得与法律相抵触。③任何行政执法权的授予和委托及其运用都必须具有法律依据，符合法律宗旨。根据我国《行政处罚法》第 3 条的规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照《行政处罚法》由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照《行政处罚法》规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。

2. 合理原则。合理原则是指行政执法人员在从事行政执法活动时，不仅要符合法律的规定，还要符合法律的意图和精神，符合公平正义等法律理性。具体来讲，合理原则主要包括以下四个方面的要求：①行政自由裁量行为的动机符合法律目的，必须符合社会公共利益。②行政自由裁量行为必须在正当考虑的基础上。③行政裁量行为的内容要符合情理。④行政执法程序要正当，要遵循公平、公开、公正原则。根据我国《行政处罚法》第 4 条的规定，行政处罚遵循公正、公开的原则。设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。

3. 高效原则。高效原则是指在行政执法活动中，要做到迅速、准确、有效。具体而言，高效原则主要包括以下三个方面的要求：①行政执法人员要依法独立行使行政执法权，把外部环境对执法的干扰减少到最低程度。②行政执法必须符合最广大人民利益。③坚持时效性与及时性，确保行政执法行为的有效性。根据我国《行政复议法》第 4 条的规定，行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。

◆例 35-1 某公安派出所以李某放任其所饲养的烈性犬恐吓张某为由对李某处以 500 元罚款。关于该处罚决定，下列哪些说法是正确的？（ ）

A. 公安派出所可以自己名义作出决定

B. 可当场作出处罚决定

C. 应将处罚决定书副本抄送张某

D. 如李某不服处罚决定向法院起诉，应以该派出所所属的公安局为被告

【解析】选项A正确。一般情况下，由县级以上公安机关决定；警告与500元以下罚款可由公安派出所决定。

选项B错误。违反治安管理行为，事实清楚，证据确凿，处以警告或200元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

选项C正确。公安机关应当向被处罚人宣告处罚决定书并当场交付，无法当场宣告的应在2日内送达被处罚人。决定给予拘留的还应当及时通知被处罚人家属。存在受害人的，还应当将处罚决定书副本抄送受害人。

选项D错误。派出机构一般情况下不构成独立的行政主体，但在得到法律、法规或规章的授权后，可以作为行政诉讼的被告。《治安管理处罚法》授予公安派出所作出警告和500元以下罚款的决定权。根据题干，应以该公安派出所为被告。

◆例35-2　程序正当是行政法的基本原则。下列哪些选项是程序正当要求的体现？（　）

A. 实施行政管理活动，注意听取公民、法人或其他组织的意见

B. 对因违法行政给当事人造成的损失主动进行赔偿

C. 严格在法律授权的范围内实施行政管理活动

D. 行政执法中要求与其管理事项有利害关系的公务员回避

【解析】A选项考查公众参与原则。行政机关作出重要规定或者决定，应当听取公民、法人和其他组织的意见。特别是作出对公民、法人和其他组织不利的决定，要听取相对人的陈述和申辩，对于能够成立的陈述和申辩，应当予以考虑和采纳，应选。

B选项考查权责统一原则。权责统一原则要求执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵权须赔偿，B选项反映了侵权须赔偿的内容，不应选。

C选项考查合法行政原则。严格在授权范围内实施行政管理活动体现了法律保留原则，不应选。

D选项考查回避原则。回避原则要求行政机关工作人员履行职责，与行政管理相对人存在利害关系、固有偏见或其他可能影响客观中立的原因时，应当回避，由于回避原则属于程序正当原则的子原则，应选。

（二）遵守公务员伦理的基本规则

公务员伦理（ethics of civil service），也称为行政伦理，是伦理在公共行政关系与公共行政活动中的具体体现。一般认为，研究公务员伦理是分析行政人员作为道德主体的可能性、必要性，探究行政人员的道德品质及其价值选择与伦理责任等问题的理论，它是以“责、权、利”的统一为基础，以协调个人、组织与社会的关系为核心的行政行为准则和规范系统。[1] 有观点认为，公务员伦理是一种复合型伦理，其包括组织伦理、体制伦理、行为伦理以及政策伦理等。根据国家公务员局于2011年发布的《公务员职业道德培训大纲》，公务员伦理的基本规则包括以下内容。

1. 忠于国家。忠于国家是公务员的天职，具体而言，忠于国家主要包括以下三个方面的内容：①忠于中国特色社会主义事业，坚决拥护中国共产党的领导，坚定理想信念，在思想上、政治上、行动上与党中央保持高度一致。②忠于国家利益，维护党和政府形象、权威，维护国家统一和民族团结，严守国家秘密，同一切危害国家利益的言行作斗争。③忠于国家宪法，模范遵守法律法规，按照法定的权限、程序和方式

〔1〕 参见谭功荣编著：《公务员制度比较研究》，重庆出版社2007年版，第357页。

执行公务，知法守法、依法办事，维护法律尊严。

2. 服务人民。服务人民是公务员的根本宗旨，具体而言，服务人民主要包括以下四个方面的内容：①树立和坚持马克思主义群众观点，尊重人民群众历史主体地位，坚持以人为本、执政为民，对人民负责，为人民服务，受人民监督，让人民满意，永做人民公仆。②增强对人民群众的深厚感情，保持同人民群众的血肉联系，把实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益作为工作的出发点和落脚点。③坚持群众路线，尊重群众首创精神，深入调查研究，问政于民、问需于民、问计于民，积极回应人民群众要求。④提高为人民服务本领，善于做群众工作，努力提供均等、高效、廉价、优质公共服务，促进科学发展和社会和谐。

3. 恪尽职守。恪尽职守是公务员的立身之本，具体而言，恪尽职守主要包括以下四个方面的内容：①增强职业使命感和责任意识，树立正确的世界观、权力观、事业观，把个人价值的实现融入为党和人民事业的不懈奋斗之中。②弘扬职业精神，勇于创造、敢于担当，顾全大局、甘于奉献，在完成急难险重任务、应对突发事件等考验面前冲锋在前。③发扬职业作风，求真务实、勤于任事，艰苦奋斗、淡泊名利，兢兢业业做好本职工作。④严守职业纪律，严于律己、谨言慎行，不玩忽职守、敷衍塞责，不滥用职权、徇私枉法。

4. 公正廉洁。公正廉洁是公务员的基本品质，具体而言，公正廉洁主要包括以下三个方面的内容：①崇尚公平，履职为公，办事出于公心，努力维护和促进社会公平正义；②正气在身，坚持真理、崇尚科学，诚实守信、为人正派，不以私情废公事，不拿原则作交易；③为政以廉，坚守信念防线、道德防线、法纪防线，不以权谋私，勇于同腐败现象作斗争，弘扬传统美德，模范遵守社会公德和家庭美德。

◆**例 35-3** 根据《公务员法》的规定，下列哪一选项不是公务员应当履行的义务？（ ）

A. 公道正派

B. 忠于职守

C. 恪守职业道德

D. 参加培训

【解析】 公务员的基本义务包括：①模范遵守宪法和法律；②按照规定的权限和程序认真履行职责，努力提高工作效率；③全心全意为人民服务，接受人民监督；④维护国家的安全、荣誉和利益；⑤忠于职守、勤勉尽责、服从和执行上级依法作出的决定和命令；⑥保守国家秘密和工作秘密；⑦遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德；⑧清正廉洁，公道正派；⑨法律规定的其他义务。

公务员的基本权利包括：①执行公务权，获得履行职责所必须的工作条件；②身份保障权，非因法定事由和非经法定程序不被免职、降职、辞退或者处分，公务员的身份和职务受法律保障；③工资福利权，获得工资报酬和享受福利、保险待遇；④参加培训权，参加政治理论和业务知识的培训，以适应工作的需要；⑤批评建议权，对机关工作和领导人员提出批评和建议；⑥申诉控告权，对有关处分和处理决定提出申诉，对有关机关和负责人滥用职权和其他违法行为提出控告；⑦辞职申请权，可以出于个人原因提出不再继续担任公务员；⑧法律规定的其他权利。

因此，D 选项参加培训属于公务员的基本权利，而非基本义务的范畴。

◆**例 35-4** 执法为民是社会主义法治的本质要求，行政机关和公务员在行政执法中应当自觉践行。下列哪些做法直接体现了执法为民理念？（ ）

A. 行政机关将行政许可申请书格式文本的费用由2元降为1元

B. 行政机关安排工作人员主动为前来办事的人员提供咨询

C. 工商局要求所属机构提高办事效率，将原20个工作日办结事项减至15个工作日办结

D. 某区设立办事大厅，要求相关执法部门进驻并设立办事窗口

【解析】A选项考查行政许可不收费制度。《行政许可法》第58条第2款规定："行政机关提供行政许可申请书格式文本，不得收费。"A选项违反该规定，不应选。

B选项考查便利当事人原则。B选项中，行政机关工作人员给当事人提供咨询帮助体现了便利当事人原则，应选。

C选项考查行政效率原则。C选项中，工商局缩短办事期限，提高行政效率体现了行政效率原则，应选。

D选项考查行政许可联合办理和集中办理的规定。《行政许可法》第26条第2款规定，行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。D选项符合该规定，应选。

第三节　行政执法人员的职业责任与惩戒

一、行政执法人员职业责任

行政执法人员职业责任，也称为行政执法人员法律责任，主要是指行政执法人员在从事行政执法过程中违反了法律的规定而必须承担的不利的法律后果。这种责任具有如下特点：①行政执法人员职业责任是以行政执法人员特定身份为基础的，责任主体特定。②行政执法人员职业责任以违法为基本属性，在追究其责任时应以行政执法人员行为是否违法为前提。行政执法人员职业责任必须是行政执法人员实施了某种违法的作为或不作为而导致的不利法律后果。③行政执法人员职业责任与行政执法人员职务行为有关联，是一种连带责任的体现。④行政执法人员职业责任具体形式多样化，有民事责任、行政责任、刑事责任和政务处分。

（一）民事责任

行政执法人员的民事责任，是指行政执法人员在从事行政执法过程中因违法行为给公民、法人或其他组织造成损害的，依法承担的民事赔偿责任。根据我国《国家赔偿法》第16条第1款之规定，赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。

（二）行政责任

行政执法人员的行政责任，也称为行政执法人员的行政处分，是指行政执法人员在从事行政执法行为过程中违反行政法律、法规，依法应当承担的法律责任。行政执法人员的行政责任在具体制度上则主要体现为行政执法人员惩戒制度，在本节第二部分将详细阐述。我国《行政复议法》第35条规定，行政复议机关工作人员在行政复议活动中，徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的，依法给予警告、记过、记大过的行政处分；情节严重的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。根据我国《行政处罚

法》第62条的规定，执法人员玩忽职守，对应当予以制止和处罚的违法行为不予制止、处罚，致使公民、法人或者其他组织的合法权益、公共利益和社会秩序遭受损害的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

（三）刑事责任

行政执法人员的刑事责任，是指行政执法人员在从事行政执法过程中违反了刑事法律，依法应当承担的法律责任。我国《行政复议法》第35条规定，行政复议机关工作人员在行政复议活动中，徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的，构成犯罪的，依法追究刑事责任。根据我国《行政处罚法》第83条的规定，执法人员对应当予以制止和处罚的违法行为不予制止、处罚，致使公民、法人或者其他组织的合法权益、公共利益和社会秩序遭受损害的，情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（四）政务处分

根据《监察法》和《政务处分法》的相关规定，行政执法人员作为公职人员，若有违法行为，影响公职人员形象，损害国家和人民利益的，监察机关将根据情节轻重给予相应政务处分。

二、行政执法人员惩戒制度

我国《公务员法》及《行政机关公务员处分条例》确立了我国公务员惩戒制度。由于行政执法人员本身具有公务员身份，因此也适用公务员惩戒制度的一般性规定。

（一）惩戒的事由

根据我国《公务员法》第59条之规定，公务员应当遵纪守法，不得有下列行为：①散布有损宪法权威、中国共产党和国家声誉的言论，组织或者参加旨在反对宪法、中国共产党领导和国家的集会、游行、示威等活动；②组织或者参加非法组织，组织或者参加罢工；③挑拨、破坏民族关系，参加民族分裂活动或者组织、利用宗教活动破坏民族团结和社会稳定；④不担当，不作为，玩忽职守，贻误工作；⑤拒绝执行上级依法作出的决定和命令；⑥对批评、申诉、控告、检举进行压制或者打击报复；⑦弄虚作假，误导、欺骗领导和公众；⑧贪污贿赂，利用职务之便为自己或者他人谋取私利；⑨违反财经纪律，浪费国家资财；⑩滥用职权，侵害公民、法人或者其他组织的合法权益；⑪泄露国家秘密或者工作秘密；⑫在对外交往中损害国家荣誉和利益；⑬参与或者支持色情、吸毒、赌博、迷信等活动；⑭违反职业道德、社会公德和家庭美德；⑮违反有关规定参与禁止的网络传播行为或者网络活动；⑯违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；⑰旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归；⑱违纪违法的其他行为。

（二）惩戒的方式

根据《公务员法》及《行政机关公务员处分条例》的规定，行政机关公务员处分的方式分为警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。行政机关公务员受警告处分的期限为6个月，受记过处分的期限为12个月，受记大过处分的期限为18个月，受降级、撤职处分的期限为24个月。行政机关公务员在受处分期间不得晋升职务和级别，其中，受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次；受撤职处分的，应

当按照规定降低级别。行政机关公务员受开除处分的，自处分决定生效之日起，解除其与单位的人事关系，不得再担任公务员职务。

（三）惩戒适用的标准

1. 关于违反政治纪律的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第 18 条第 1 款之规定，公务员有下列行为之一的，给予记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①散布有损国家声誉的言论，组织或者参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动的；②组织或者参加非法组织，组织或者参加罢工的；③违反国家的民族宗教政策，造成不良后果的；④以暴力、威胁、贿赂、欺骗等手段，破坏选举的；⑤在对外交往中损害国家荣誉和利益的；⑥非法出境，或者违反规定滞留境外不归的；⑦未经批准获取境外永久居留资格，或者取得外国国籍的；⑧其他违反政治纪律的行为。

2. 关于违反组织纪律的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第 19 条之规定，公务员有下列行为之一的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①负有领导责任的公务员违反议事规则，个人或者少数人决定重大事项，或者改变集体作出的重大决定的；②拒绝执行上级依法作出的决定、命令的；③拒不执行机关的交流决定的；④拒不执行人民法院对行政案件的判决、裁定或者监察机关、审计机关、行政复议机关作出的决定的；⑤违反规定应当回避而不回避，影响公正执行公务，造成不良后果的；⑥离任、辞职或者被辞退时，拒不办理公务交接手续或者拒不接受审计的；⑦旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归，造成不良影响的；⑧其他违反组织纪律的行为。

3. 关于玩忽职守行为的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第 20 条之规定，公务员有下列行为之一的，给予记过、记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①不依法履行职责，致使可以避免的爆炸、火灾、传染病传播流行、严重环境污染、严重人员伤亡等重大事故或者群体性事件发生的；②发生重大事故、灾害、事件或者重大刑事案件、治安案件，不按规定报告、处理的；③对救灾、抢险、防汛、防疫、优抚、扶贫、移民、救济、社会保险、征地补偿等专项款物疏于管理，致使款物被贪污、挪用，或者毁损、灭失的；④其他玩忽职守、贻误工作的行为。

4. 关于违法行政行为的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第 21 条之规定，公务员有下列行为之一的，给予警告或者记过处分；情节较重的，给予记大过或者降级处分；情节严重的，给予撤职处分：①在行政许可工作中违反法定权限、条件和程序设定或者实施行政许可的；②违法设定或者实施行政强制措施的；③违法设定或者实施行政处罚的；④违反法律、法规规定进行行政委托的；⑤对需要政府、政府部门决定的招标投标、征收征用、城市房屋拆迁、拍卖等事项违反规定办理的。

5. 关于违反诚实信用原则的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第 22 条之规定，公务员弄虚作假，误导、欺骗领导和公众，造成不良后果的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。

6. 关于违反廉洁纪律的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第23条之规定，公务员有贪污、索贿、受贿、行贿、介绍贿赂、挪用公款、利用职务之便为自己或者他人谋取私利、巨额财产来源不明等违反廉政纪律行为的，给予记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。

7. 关于违反财经纪律的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第24条之规定，公务员违反财经纪律，挥霍浪费国家资财的，给予警告处分；情节较重的，给予记过或者记大过处分；情节严重的，给予降级或者撤职处分。

8. 关于滥用职权行为的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第25条之规定，公务员有下列行为之一的，给予记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①以殴打、体罚、非法拘禁等方式侵犯公民人身权利的；②压制批评，打击报复，扣压、销毁举报信件，或者向被举报人透露举报情况的；③违反规定向公民、法人或者其他组织摊派或者收取财物的；④妨碍执行公务或者违反规定干预执行公务的；⑤其他滥用职权，侵害公民、法人或者其他组织合法权益的行为。

9. 关于违反保密义务的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第26条之规定，公务员泄露国家秘密、工作秘密，或者泄露因履行职责掌握的商业秘密、个人隐私，造成不良后果的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分。

10. 关于违反社会公德的惩戒标准。根据《行政机关公务员处分条例》第29条第1款之规定，公务员有下列行为之一的，给予警告、记过或者记大过处分；情节较重的，给予降级或者撤职处分；情节严重的，给予开除处分：①拒不承担赡养、抚养、扶养义务的；②虐待、遗弃家庭成员的；③包养情人的；④严重违反社会公德的行为。

（四）惩戒的程序

我国《公务员法》对公务员惩戒程序进行了原则性规定。根据《公务员法》第63条之规定，对公务员的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备；公务员违纪违法的，应当由处分决定机关决定对公务员违纪违法的情况进行调查，并将调查认定的事实以及拟给予处分的依据告知公务员本人；公务员有权进行陈述和申辩；处分决定机关不得因公务员申辩而加重处分；处分决定机关认为对公务员应当给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知公务员本人。《行政机关公务员处分条例》在此基础上，对公务员惩戒程序进行了细化。

根据《行政机关公务员处分条例》第39条第1款之规定，任免机关对涉嫌违法违纪的行政机关公务员的调查、处理，按照下列程序办理：①经任免机关负责人同意，由任免机关有关部门对需要调查处理的事项进行初步调查；②任免机关有关部门经初步调查认为该公务员涉嫌违法违纪，需要进一步查证的，报任免机关负责人批准后立案；③任免机关有关部门负责对该公务员违法违纪事实做进一步调查，包括收集、查证有关证据材料，听取被调查的公务员所在单位的领导成员、有关工作人员以及所在单位监察机构的意见，向其他有关单位和人员了解情况，并形成书面调查材料，向任

免机关负责人报告；④任免机关有关部门将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知被调查的公务员本人，听取其陈述和申辩，并对其所提出的事实、理由和证据进行复核，记录在案，被调查的公务员提出的事实、理由和证据成立的，应予采信；⑤经任免机关领导成员集体讨论，作出对该公务员给予处分、免予处分或者撤销案件的决定；⑥任免机关应当将处分决定以书面形式通知受处分的公务员本人，并在一定范围内宣布；⑦任免机关有关部门应当将处分决定归入受处分的公务员本人档案，同时汇集有关材料形成该处分案件的工作档案。

受到处分的行政机关公务员对处分决定不服的，依照《公务员法》和《监察法》的有关规定，可以申请复核或者申诉。复核、申诉期间不停止处分的执行。行政机关公务员不因提出复核、申诉而被加重处分。

根据《公务员法》第61条之规定，公务员因违纪违法应当承担纪律责任的，依照本法给予处分或者由监察机关依法给予政务处分，违纪违法行为情节轻微，经批评教育后改正的，可以免予处分；对同一违纪违法行为，监察机关已经作出政务处分决定的，公务员所在机关不再给予处分。关于政务处分的惩戒事由、方式、标准和程序，《政务处分法》作出了详细的规定，此处不予赘述。

◆例35-5　某县工商局科员李某因旷工被给予警告处分。关于李某的处分，下列哪一说法是正确的？（　）

A. 处分决定可以口头方式通知李某

B. 处分决定自作出之日起生效

C. 受处分期间为12个月

D. 李某在受处分期间不得晋升工资档次

【解析】A选项考查公务员处分的程序。任免机关应当将处分决定以书面形式通知受处分的公务员本人，并在一定范围内宣布。因此，A选项错误。

B选项考查公务员处分的生效时间。处分决定、解除处分决定自作出之日起生效。因此，B选项正确。

C选项考查公务员处分的期间。受处分的期间为：警告，6个月；记过，12个月；记大过，18个月；降级、撤职，24个月。因此，C选项错误。

D项考查公务员处分的法律效果。公务员受任一种处分，处分期间不得晋升职务和级别，唯有警告处分不影响工资档次，降级和撤职均会导致降级的效果。因此，D选项错误。

◆例35-6　关于公务员的辞职和辞退，下列哪些说法是正确的？（　）

A. 重要公务尚未处理完毕的公务员，不得辞去公职

B. 领导成员对重大事故负有领导责任的，应引咎辞去公职

C. 对患病且在规定的医疗期内的公务员，不得辞退

D. 被辞退的公务员，可根据国家有关规定享受失业保险

【解析】A选项考查公务员不得辞职的情形。公务员不得辞职的其中一种情形是“重要公务尚未处理完毕，且须本人继续处理”，因缺少“须本人急需处理”这一要件，A选项错误。

B选项考查公务员辞去公职与辞去领导职务的区别。辞去公职与辞去领导职务属于不同的情形，前者退出公务员身份，后者仍然保留公务员身份。领导成员对重大事故负有领导责任的，应当引咎辞去领导职务，而非辞去公职，B选项错误。

C选项考查不得辞退公务员的情形。不得辞退的情形包括：①因公致残，被确认丧失或者部分丧

失工作能力的；②患病或负伤，在规定的医疗期内的；③女性公务员在孕期、产期、哺乳期内的；④法律、行政法规规定的其他不得辞退的情形。C 选项正确。

D 选项考查辞退公务员的法律效果。辞退是由于公务员担任公职存在缺陷，国家单方面解除公务员与国家机关公职关系。公务员被辞退后可获得失业保险金，D 选项正确。

中国特色社会主义法治理论系列教材

书　名	作　者
法理学	雷　磊
宪法学	秦奥蕾
行政法与行政诉讼法学	林鸿潮
中国法制史	赵　晶
民法学：总论	刘智慧
民法学：物权	刘家安
民法学：合同	田士永
经济法学	刘继峰
商法总论	王　涌
民事诉讼法学（第二版）	杨秀清
刑法学总论（第二版）	罗　翔
刑法学分论	方　鹏
刑事诉讼法学	汪海燕
国际法学	李居迁
国际私法学（第二版）	霍政欣
国际经济法（2017 年版）	杨　帆
国际经济法学（2020 年版）	祁　欢
法律职业伦理（第三版）	许身健
财税法	施正文
环境法学	于文轩
劳动法与社会保障法学	娄　宇
证据法	施鹏鹏
知识产权法（第二版）	陈　健
公司法学	王　涌

法律职业伦理

（第三版）

责任编辑：艾文婷　高　露
封面设计：冯文明

引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议　法学教材
ISBN 978-7-5620-9985-7
9 787562 099857 >
定价：89.00元