

辩护律师执业纠纷仲裁制度的构建

——完善执业权利救济机制的另一种思路

封利强

(浙江工商大学法学院,浙江 杭州 310018)

摘要:辩护律师执业难是我国刑事司法领域的“痼疾”。近年来,国家层面的一系列举措初见成效,但并非“治本之策”。低效乏力的同体监督、息事宁人的行政协调、缺乏制裁的处理结果以及“运动式”的治理方式等无助于构建律师执业权利救济的长效机制。律师的执业权利不同于诉讼权利。执业权利侵权纠纷本质上是发生在不同法律职业群体之间的特殊纠纷,应当建立专门的执业纠纷仲裁制度。为了确保仲裁的权威性、惩戒的威慑力以及救济的便捷性,还应当推进政法委与司法行政机关合署办公,建立统一的法律职业人事管理制度,并建立律师执业纠纷解决网络平台。

关键词:辩护律师;执业权利;救济机制;仲裁制度

中图分类号:DF85 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)06-0061-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.06.007

The Arbitration System for Defense Lawyer's Right Remedy ——Another Way to Perfect the Relief Mechanism of Practicing Right

FENG Li-qiang

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: The problems in the practice of defense lawyers have existed for a long time in criminal justice in China. In recent years, a series of measures taken by the national level organs have achieved initial results, but the problems have not been completely solved, such as the low supervision efficiency, conciliatory coordination, and the penalty-missing treatment. The right to practice differs from the litigation right. In essence, the dispute of practicing right infringement is a kind of special dispute among different legal professional groups. We should establish a specialized arbitration system for settling disputes. Supporting measures should be taken to ensure the authority of arbitration, the deterrent force of punishment and the convenience of relief, i. e. to co-locate judicial administrative organs with Politics and Law Committee; to establish a unified legal professional personnel management system; and to construct a network platform for lawyers' practice dispute resolution.

Key words: defense lawyer; right to practice; relief mechanism; arbitration system

收稿日期:2018-09-10

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目“刑事司法纠错机制研究”(13SFB2020)

作者简介:封利强,男,浙江工商大学法学院教授,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、证据法学、司法制度等研究。

引言：从律师“死磕”现象说起

近年来,我国刑事辩护领域一个颇为引人注目的现象就是律师“死磕”现象。据考证,“死磕派律师”一说发端于2011年6月的“北海事件”。当时,四名辩护律师被公安机关以涉嫌伪证罪为由刑事拘留,各地律师前去为被刑拘的律师辩护或者声援^[1]。其后,前往声援的律师或被警方命令解腰带安检,或遭不明身份人员围殴,警察袖手旁观。有的律师声称在这一事件中“律师执业权利受到有史以来最严重的侮辱”;有的学者认为“北海事件是司法制度史上的标志性事件。”同年7月,全国律协也对该事件表达了严重关切^[2]。正是在这一背景下,“死磕”的提法开始在律师界流传。

尽管目前“死磕派律师”并没有一个确切的定义,人们对其抗争行为也褒贬不一,但从这一概念的提出和使用情况来看,律师“死磕”现象的出现与辩护律师的执业权利遭遇侵害密切相关。“死磕派律师”未必是从事违法违规活动的律师,也未必是对公安司法机关(以下简称“办案机关”)抱有成见或者存在抵触心理的律师,而通常是在执业权利受到侵犯的情况下,通过不同寻常的方式来坚持不懈地与办案机关进行抗争的律师。“死磕派律师”之所以被很多人视为“异类”,往往是基于其出格的行为、言论以及常人难以理解的执拗。不过,在这些表象的背后,往往是辩护律师的执业权利屡屡被侵害的窘境以及在自身权利遭受侵害的情况下求助无门的无奈。正如有的律师所说:“很多人对死磕派有误解,好像就是瞎闹、瞎搞,我们全是从刑事诉讼法上抄的,一个字都不差,要求法院按照刑事诉讼法来做。如果法院做了,死磕也磕不起来”^[1]。可见,倘若辩护律师的执业困境不复存在,“死磕派律师”自然也就失去了赖以生存的土壤,其所作所为也就难以获得人们的情感认同和道义支持了。

辩护律师执业难是我国刑事司法领域的“老大难问题”,其中较为突出的会见难、阅卷难和调查取证难就是人们常说的辩护律师执业“旧三难”问题。如今,随着2012年刑事诉讼法的修改和适用,辩护律师的执业环境总体已有明显改观,“旧三难”问题得到了很大程度的解决,刑事司法辩护中又出现了“新三难”问题,即质证难、辩论难、申请证人出庭作证难,成为影响律师行使辩护权利的重大阻碍^[3]。实际上,这些“新三难”问题并非新生事物,只是由于“旧三难”问题的缓解而相对凸显出来。上述执业难题的出现可谓由来已久。早在我国第一部律师法刚刚颁布实施之际,广大律师就反映了刑事辩护工作中遭遇的各种困难和问题,被概括为律师刑辩“十三难”问题^[4]。这一概括基本上涵盖了所谓的“旧三难”和“新三难”问题。我们不禁要问,为什么二十多年来律师执业难题一直得不到根本解决?只有找到症结所在,方可“对症下药”。

一、执业权利与执业纠纷之法理分析

在笔者看来,律师执业难题得不到根治的制度根源是权利救济机制的缺位和失灵;而其思想根源则是理论界和实务界将执业权利与诉讼权利混为一谈,没有将执业权利侵权纠纷作为一种不同于案件实体和程序争议的特殊纠纷来看待。

(一) 执业权利之界定

探讨律师执业权利救济问题首先要搞清楚什么是执业权利。长期以来,人们对于辩护律师的执业权利与诉讼权利之间的关系纠缠不清,这种概念上的混淆在一定程度上掩盖了问题的本质。

依笔者之见,辩护律师的执业权利与其诉讼权利是两种完全不同的权利。二者的主要区别在于:其一,法律依据不同。前者的法律依据是律师法,属于司法制度的范畴;后者的法律依据是刑事诉讼

法,属于诉讼制度的范畴。其二,产生基础不同。前者是基于权利主体的律师身份而产生的,旨在保障其职业利益;后者是基于权利主体的诉讼参与人身份而产生的,旨在保障刑事诉讼程序的公正。其三,权利性质不同。前者具有独立性,是辩护律师的固有权利;后者具有依附性,是被追诉人辩护权的衍生权利^[5]。其四,权利内容不尽相同。由于辩护律师的执业活动是刑事诉讼活动的组成部分,所以,辩护律师的执业权利与诉讼权利存在着竞合关系。例如,辩护律师依法享有的会见权、阅卷权、调查取证权、质证权、辩论权、申请证人出庭作证权等权利既是执业权利,也是诉讼权利。但并非所有的执业权利都具有诉讼权利的属性。例如,辩护律师依法享有的拒绝辩护权、职业豁免权等权利就是纯粹的执业权利,而非诉讼权利。

由上述分析可见,辩护律师具有律师和诉讼参与人的双重身份,尽管其在刑事诉讼中享有的绝大多数权利兼具执业权利和诉讼权利的双重属性,但是,对于这两种权利,我们应当分别在不同的语境下加以讨论。^①因此,对执业权利的救济与对诉讼权利的救济应当采用不同的程序和方法,二者不可相互替代。^②

(二) 执业纠纷之性质

辩护律师在执业过程中与公、检、法等办案机关之间可能发生两类纠纷:一类是办案机关认为辩护律师涉嫌违规执业而产生的争议;另一类是辩护律师认为办案机关涉嫌侵犯其执业权利而产生的争议。前者应当由司法行政机关按照行政程序来进行调查和处理,其中情节严重构成犯罪的可以启动刑事诉讼程序。这是十分明确的,不需要专门讨论。本文所谓的“执业纠纷”特指后者而言,即辩护律师执业权利侵权纠纷。^③

辩护律师执业权利侵权纠纷(以下简称“执业纠纷”)究竟属于何种性质?目前理论界对此尚缺乏深入研究,这也导致了实践中的一些乱象。比如,早在1999年,湖南省娄底市中级人民法院就将律师起诉公安局侵犯其会见权的案件作为行政诉讼案件受理,并判决确认被告的“具体行政行为”违法。后来国内又出现了几起类似的案件,有的法院支持了原告的诉讼请求,有的法院则以案件不属于行政诉讼受案范围为由驳回起诉。实际上,根据我国现有法学理论和现行法律规定,办案机关在刑事诉讼中涉嫌侵犯律师执业权利的纠纷不属于行政争议,被明确排除在行政诉讼的受案范围之外。那么,此类纠纷是否属于刑事诉讼程序争议呢?答案是否定的。上文已经提到,执业权利不同于诉讼权利,而刑事诉讼程序争议是不同主体之间发生的关于诉讼权利和义务的争议。

笔者认为,要想澄清执业纠纷的性质,还要从探究此类纠纷的成因入手。从实践的角度来看,此类纠纷的出现主要是基于以下三个方面的原因。

1. 认知角度的差异。在我国,尽管学界一直在呼吁建设法律职业共同体,但现实却不尽如人意。在我国现行的体制下,法官、检察官和律师等职业之间尚缺乏顺畅的人才流动渠道,大多数从业者的执业经历比较单一,这就难免导致职业之间认同感的缺失。认知科学的研究表明,思维的本质就是对信息的加工和处理,即人们通过感知获得认知表征,然后再运行心理程序而产生思维和行动。然而,不同职业的主体在心理程序方面存在着显著差异,由此会导致他们对同一现象的认知存在天壤之别。例

^①长期以来,人们习惯于在诉讼权利的语境下探讨执业权利保障问题,而律师诉讼权利的依附性决定了其难以获得应有的重视,这是导致专门化救济机制缺位的重要因素。

^②这一点构成了辩护律师与其他辩护人的基本区别。其他辩护人只具有诉讼参与人的单一身份,因而只享有诉讼权利;办案机关对其他辩护人诉讼权利的侵犯也不涉及对律师制度的损害。

^③实际上,“执业纠纷”是一个比较宽泛的概念,从广义上讲,除了与办案机关之间的纠纷外,还包括律师与主管部门、律师事务所、其他律师、当事人等的纠纷。本文从狭义的角度,特指辩护律师执业权利遭遇办案机关侵犯的纠纷。

如,在某实证调研中,对于“律师能否在法庭上充分发言”这一问题,法官与律师这两个不同群体作出的回答有着显著的差异(见图1)。只有5.4%的律师声称从未遇到随意打断发言或限制辩论的情形,这与81.9%的法官认为他们能够让律师充分地进行辩论形成鲜明的对比^[6]。

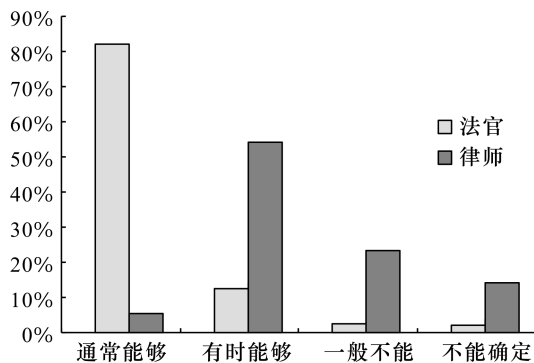


图1 法官与律师对“律师能否在法庭上充分发言”的认知差异

2. 职业偏见的存在。在我国,“重实体、轻程序”是由来已久的司法传统,被追诉人的辩护权容易遭到办案机关的漠视,辩护律师的诉讼权利也不例外。正如学者所言,律师执业权利落实得不好,在很大程度上是因为在刑事诉讼中,我国对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障还不充分。^[7]由于对被追诉人及其辩护律师诉讼权利的保障不可避免地会导致追诉障碍,辩护律师被某些办案人员视为“麻烦制造者”也就不足为奇了。此外,从历史上看,律师制度在20世纪50年代末到70年代末的近二十年里曾遭到否定,并且很多人在恢复律师制度后相当长的时期内仍然对辩护律师存在偏见,这种偏见至今仍然存在于某些办案人员的头脑之中。而目前律师队伍中的少数“害群之马”的违规行为则进一步加深了办案人员对辩护律师的偏见。上述偏见难免会引起办案人员与辩护律师之间的误解和不信任。

3. 职业利益的冲突。在刑事诉讼中,控、辩、审三方分别承担着不同的诉讼职能。在某些西方人士看来,三方之间的利益博弈是不可避免的。“很多法官都把自己看作是执法体制的一部分,是警察和检察官的延伸,他们打心眼里希望罪犯能被认定有罪并关进监狱。”^[8]“刑事控诉人被标榜为是寻求正义,而不是寻求治被告的罪,但实际上却是寻求治被告的罪。”^{[9]39}“尽管律师知道证人在讲实话,但他们常常努力使证人难堪。另一方面,虽然律师知道其当事人在作伪证,却仍把他们推上证人席。”^{[9]40}在我国,办案机关及其工作人员与辩护律师之间同样存在不同的利益诉求。公、检、法机关内部分别有各自的考评机制,不仅对个人有考核,对单位也有考核。这就决定了办案机关的部门利益和办案人员的职业利益不可避免地会成为司法决策的考量因素。于是,在利益驱动下,出现侵犯辩护律师执业权利的事件也就不难理解了。

由以上分析可见,辩护律师执业权利侵权纠纷是发生在不同法律职业群体之间的一种特殊纠纷。此类纠纷的产生与案件的实体争议或程序争议没有直接关联,而是根源于不同法律职业群体之间的隔阂。对于这类特殊的“民告官”案件,既不应套用类似于行政诉讼的纠纷解决方式,也不宜在刑事诉讼程序内部加以解决,而应当从其特殊规律出发,探索有助于协调不同法律职业群体间互动关系的方案,理顺辩护律师与公、检、法等机关之间的关系,切实保障国家司法制度的正常运行。

二、我国现有执业权利救济机制的弊端

执业纠纷的出现需要立法者提供相应的纠纷解决机制。这种纠纷解决机制也就是对执业权利的

救济机制。有学者指出,目前我国辩护制度改革根本出路不是增加辩护权利的外延和规模,而是确立基本的权利救济机制。在当前的制度基础上,最为重要的是解决已有权利救济机制问题,使得当前的权利能够真正落实^[10]。然而,我国律师法却只规定了对律师的惩戒措施,而未规定权利救济机制。自律师法颁布实施到党的十八届四中全会召开的十几年里,辩护律师执业权利受侵犯的事件屡屡上演,辩护律师权利保障问题引发了社会各界的广泛关注,国家层面除了对律师法和刑事诉讼法的修订以外,还先后出台了相当数量的规范性文件。^①不过,上述法律文件未能确立有效的执业权利救济机制,在破解辩护律师执业难题方面收效甚微。

2013年11月,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,强调要“提高律师队伍业务素质,完善执业保障机制。”自此,旨在保障律师执业权利的一系列规范性文件密集出台,对辩护律师的执业权利救济也掀开了新篇章。^②特别是2015年两院三部出台的《关于依法保障律师执业权利的规定》被学者称为“新形势下保障律师执业权利的纲领性文件”^[3]。该文件明确提出,“人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关和律师协会应当建立健全律师执业权利救济机制。”这些规范性文件的出台彰显了有关单位致力于保障律师执业权利、改善律师执业环境的决心,其中的很多改革举措力度空前,具有相当强的可操作性。

归结起来,上述文件确立了六个层次的执业权利救济机制:(1)投诉机制。律师可以就办案机关及其工作人员侵犯律师执业权利的行为向办案机关及其上一级机关投诉。(2)申诉控告机制。律师认为办案机关及其工作人员的行为阻碍其依法行使诉讼权利的,可以向同级或者上一级人民检察院申诉、控告。(3)违纪调查机制。有关机关拒不纠正或者屡纠屡犯的,应当由相关机关的纪检监察部门依照有关规定调查处理,相关责任人构成违纪的,给予纪律处分。(4)申请维权机制。律师可以向注册地的市级司法行政机关、所属的律师协会申请维护执业权利。(5)沟通协调机制。建立由司法行政机关牵头、有关部门参加的联席会议制度,各部门定期沟通保障律师执业权利工作情况,及时调查处理侵犯律师执业权利的突发事件。(6)快速联动机制。各级人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关和各律师协会加强沟通联动,第一时间受理、第一时间调查、第一时间处理、第一时间反馈,切实提高维护律师执业权利的及时性和有效性。

上述执业权利救济机制在实践中已经初见成效,然而,也暴露出一些问题。从执业纠纷解决的角度来看,现有的执业权利救济机制主要存在以下四个方面的弊端。

(一) 低效乏力的同体监督

向办案机关及其上一级机关投诉是典型的同体监督,其效果可想而知。基于办案机关之间的亲和性,辩护律师向同级或者上一级人民检察院申诉、控告,也存在类似的问题。尤其是,检察机关作为与辩护律师分庭抗礼的追诉机关,本身就是执业纠纷的利益相关者,由利益相关者来担任裁判者,自然

^①这些规范性文件主要包括:2004年最高人民检察院《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》;2004年最高人民法院、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》;2006年最高人民检察院《关于进一步加强律师执业权利保障工作的通知》;2006年最高人民法院《关于认真贯彻落实律师法依法保障律师在诉讼中执业权利的通知》。

^②这些规范性文件主要包括:2014年最高人民检察院《关于依法保障律师执业权利的规定》;2015年两院三部《关于依法保障律师执业权利的规定》;2015年最高人民法院《关于依法切实保障律师诉讼权利的规定》;2016年中办、国办《关于深化律师制度改革的意见》;2017年司法部《关于建立律师工作联席会议制度的方案》;2017年全国律协《律师协会维护律师执业权利规则(试行)》;2017年两院三部一协《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的通知》;2018年最高人民法院、司法部《关于依法保障律师诉讼权利和规范律师参与庭审活动的通知》。

容易引起质疑。有学者指出,在实践中,有的律师提出申诉、控告后,要么回复较及时但毫无实际效果,要么是一直未有回复,这些情形严重影响了律师提出申诉、控告活动的积极性。并且,不少案件是上级检察院指定下级检察院进行侦办的,当辩护律师向上级检察院控告下级检察院侵犯其诉讼权利时,基于办案利益的一致性,上级检察院对下级检察院的违法行为纠错动力不强,救济效果也不甚理想^[11]。此外,对于有关机关拒不纠正或者屡纠屡犯的,由相关机关的纪检监察部门依照有关规定调查处理,也同样是一种内部处理方式。

(二) 息事宁人的行政协调

联席会议相当于一个由多部门派员组成的机构,专门负责定期沟通相关情况和调查处理突发事件。根据2017年司法部发布的《关于建立律师工作联席会议制度的方案》,“联席会议办公室设在司法部律师公证工作指导司,承担联席会议的日常工作。办公室主任由司法部律师公证工作指导司司长兼任。”这显然是一种行政化的纠纷解决方式。而根据2017年两院三部一协发布的《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的通知》,在特定情况下由办案机关、司法行政机关和律师协会等组成联合调查组进行调查,这同样是一种行政化的处理方式。这些行政手段显然不应当成为执业纠纷的最终解决方式。

同时,现有执业权利救济机制过分倚重协调,而忽略了裁判的必要性。2017年两院三部一协《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的通知》规定了“三个层面的协调”,即律师协会协调;司法行政机关协调;联席会议协调。而浙江省多部门联合出台的《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的实施意见》还增加了第四个层面的协调,即政法委协调。^①这种通过协调来解决纠纷的方式较之裁判明显缺乏权威性和公信力。

(三) 缺乏制裁的处理结果

当律师向注册地的市级司法行政机关、所属的律师协会申请维护执业权利时,其维权方式便由个体维权转向集体维权了。这种对集体维权的依赖,无形中会弱化个体维权的效力。律师协会与消费者协会一样,属于社会团体,当然可以代表律师出面维权。但倘若所有的律师在遭遇执业权利侵犯的情况下都求助于律协,律协必然会疲于奔命、应接不暇。在笔者看来,律师协会应当将维护律师行业整体权益作为工作重点,而不是在每一起侵权案件中充当申诉代理人或协调人。此外,这种集体维权方式还有一个弊端,那就是把司法行政机关看作律师的“娘家”,这显然会导致司法行政机关的“错位”,不利于其履行监管职责。因而,集体维权不应当成为常态化的机制。

更为重要的是,在现有的救济机制下,司法行政机关和律师协会的工作方式主要是与办案机关进行沟通和协调。这种“和稀泥”的处理方式不可能对侵犯律师执业权利的单位和个人施加任何制裁。没有制裁也就无法形成震慑,难以使处理结果发挥教育、警示和预防作用。例如,深圳市律师协会在某律师被逐出法庭一案的维权过程中,该区法院有关负责人通过观看庭审录像,认定律师在庭审过程中没有过错,遂致电该律师,称法官经验不足,工作方式简单,并向律师表达了歉意,希望得到其谅解^[12]。这样处理结果虽然可以让人接受,但由于没有对直接责任人的惩戒,仍然难以避免类似的事件重演。况且,侵犯律师执业权利的行为往往涉嫌违法甚至犯罪,通过沟通和协调的方式来处理必然有损于律师执业权利救济制度的刚性。

^①2017年浙江省高级人民法院等六部门联合发布的《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的实施意见》规定,“有重大社会影响的,报党委政法委‘维护律师执业权利协调小组’协调处理。”

(四)“运动式”的治理方式

当前推行的权利救济机制具有“运动式治理”的特点。据报道,“2017年,各律师协会维权中心共收到维权申请502件,成功解决279件,与2016年的84件、2015年的54件、2014年的51件相比,数量大幅提升”^[12]。这种数量上的大幅攀升显然是集中整治的结果。对于执业权利救济来说,不仅求助于律师协会不应成为常态,快速联动处置也不应成为常态,而“第一时间受理、第一时间调查、第一时间处理、第一时间反馈”更应适用于重大突发事件的应对。否则,对每一起执业纠纷都如此兴师动众,必然会使相关部门不堪重负。况且,联席会议、联合调查组等也只是一种工作机制的创新,而非制度创新。因此,“运动式”的治理方式只能起到“扬汤止沸”的效果,难以从根本上遏制侵犯执业权利的行为。

由此可见,尽管现有执业权利救济机制的“治标”作用不容否认,但只能作为一种临时性对策或者过渡性安排,绝非长久之计。我们应当通过科学合理的制度设计来寻找“治本之策”,构建执业权利救济的长效机制。

三、构建律师执业纠纷仲裁制度的设想

长期以来,国内学者习惯于从西方立法和司法实践中寻找解决中国问题的方案。然而,西方法治发达国家的律师制度历史悠久,其法律职业共同体已经发展得较为成熟,尽管控、辩、审之间存在利益冲突,但类似我国办案机关严重侵害律师执业权利的情况比较罕见。因此,西方国家在这方面难以为我们提供现成的答案。我国律师制度产生较晚,历史上曾一度遭到破坏,当前包括律师制度在内的司法制度还处于不断完善的过程中,司法改革仍在向纵深推进,所以,针对“辩护律师执业难”这种我国现阶段特有的问题,应当从本土实际出发,探索与现有法律制度和司法体制相适应的解决方案。笔者认为,对于辩护律师控告公安司法机关侵权的“民告官”案件,可采取一种与行政诉讼具有类似功能的纠纷解决方式,即律师执业纠纷仲裁制度。

(一) 执业纠纷仲裁之必要性

近年来,国内学界在构建执业权利救济机制方面开展了初步探索,提出了两种具有代表性的主张:一是将执业纠纷的裁判权交给法院,构建程序性裁判制度;二是充分发挥检察院的法律监督职责,由其对律师执业权利遭受的侵犯实施救济。然而,笔者认为,这两种方案均不具有可行性。理由在于:第一,“任何人不能做自己案件的法官”。执业纠纷发生在辩护律师和办案机关之间,由法院或者检察院来担任裁判者无异于让被告来担任自己案件的法官,从而会违背纠纷处理的中立原则。第二,执业纠纷不同于程序争议,不应当在诉讼程序的框架内寻求解决方案。刑事诉讼程序的核心是解决被告人的刑事责任问题,其人权保障功能主要体现在对被追诉人人权的保障方面,其他诉讼参与人的诉讼权利并非关注的重点。并且,在程序性裁判或者检察监督程序中,辩护律师只能以诉讼参与人的身份参加进来,目的只能是维护其诉讼权利而非执业权利。因此,辩护律师的执业权利应当在诉讼程序之外寻求救济。

从实践的角度来看,我国实务部门近年来尝试构建的联席会议制度、快速联动处置机制等,基本都属于诉讼程序外的纠纷解决机制。另外,无论是现行的刑事诉讼法还是当前正在对其进行的修订均未涉及律师执业权利救济问题。这也从一个侧面表明,执业权利的救济不同于诉讼权利的救济,根本不可能通过完善刑事诉讼程序来得到解决。

基于上述分析,笔者认为,我们应当从执业纠纷的特殊规律出发,结合我国实际,在诉讼程序外构建执业纠纷仲裁制度,为辩护律师的执业权利提供专门化的救济机制。这种救济机制应当以个体维权

作为常态,即辩护律师以个人名义提出申请,以办案机关及其工作人员作为被申请人,由办案机关以外的中立的第三方担任裁判者。采取仲裁的方式,由社会各界人士担任仲裁员,有助于避开办案机关的干扰。并且,以快捷高效为特色的仲裁能够满足权利救济及时性的要求,做到“第一时间受理、第一时间调查、第一时间处理、第一时间反馈”。

在我国现行体制下,此类仲裁机构应当由司法行政机关负责日常管理。笔者建议,司法行政机关应当转变相应职能,由过去协助辩护律师维权的角色转变为执业纠纷仲裁机构的主管部门。为了确保社会各界的充分参与,确保裁判的中立性,司法行政机关只负责对仲裁机构的组织和管理工作的,即负责设立仲裁委员会和公开选聘仲裁员,而对具体案件的裁判则由仲裁庭负责。

(二) 申请与受理

辩护律师认为自己的执业权利受到办案机关及其工作人员侵害的,可以向办案机关所在地的仲裁委员会申请仲裁。此类对律师执业纠纷的仲裁不同于民商事仲裁,仲裁申请不以仲裁协议为条件。仲裁申请和受理信息应当在省级行政区域内实现联网,以便省级司法行政机关对仲裁工作进行监管。必要时,省级司法行政机关可以依申请决定异地仲裁。需要注意的是,申请仲裁的事项应当限于执业纠纷。仲裁庭不应受理纯粹属于刑事案件实体问题和程序问题的争议,否则会涉嫌干涉人民检察院和人民法院依法独立行使检察权和审判权。

仲裁委员会经审查认为符合立案条件的,应当受理案件并发出受理通知。仲裁委员会应安排值班仲裁员负责仲裁前的调解工作。对于侵权情节轻微、案情简单的案件,可以由值班仲裁员联系双方进行调解。达成调解协议的,由申请人撤回仲裁申请或者由值班仲裁员依申请人的请求制作调解书。一方拒绝调解或者调解不成的,应当择期仲裁。

(三) 仲裁庭的组成

仲裁庭应当由三人组成。争议双方可以各自在仲裁员名单中推荐一名仲裁员,另一名仲裁员由双方共同推荐。双方就共同推荐仲裁员的人选协商不成的,由仲裁委员会指定。需要注意的是,与办案机关及其工作人员或者与辩护律师及其所属律师事务所存在隶属关系或者其他利益关系的仲裁员应当回避。

司法行政机关应当按照规定程序和条件,在当地资深法官、资深检察官、资深律师或者具有高级职称的法学教育和研究工作者中择优进行仲裁员的遴选,严格把关。仲裁员应当品行良好,具有法律职业资格,且没有受过刑事处罚。凡是有侵犯律师执业权利不良记录的法官和检察官,有违规或违反诚信等不良执业记录的律师,以及有学术不端等不良记录的学者,都不应当被纳入遴选范围;上述人员已经被聘任为仲裁员的,应当取消其仲裁员资格。此外,司法行政机关还应加强对仲裁员的日常管理与定期考核,对违纪违法或考核不合格的仲裁员及时予以清退。对于涉嫌收受贿赂、枉法裁判的,应进行相应的调查和处理;对于构成犯罪的,应移交监察机关依法追究其刑事责任。

(四) 审理与裁决

仲裁委员会对于不适合调解或者调解不成的案件,应当在三日内组成仲裁庭。仲裁庭确定开庭日期后,应通知辩护律师和办案机关代表以及直接责任人按指定日期到庭参与调查和辩论。除双方同意外,审理不公开进行。仲裁庭依法独立进行审理和裁决,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。仲裁庭有权通知办案机关的知情人员出庭作证,有权向办案机关调取相关文件、物证或视听资料等证据,以便审查办案机关刑事司法行为的合法性。办案机关无正当理由不予配合的,可以作出对该办案机关不利的推定。申请人拒不到庭的,仲裁庭可以驳回其仲裁请求;被申请人拒不到庭的,仲裁庭可以缺席

裁决。

仲裁裁决原则上应当当庭作出,对于重大、疑难、复杂案件也可以在庭审结束后五日内作出。仲裁庭除了认定是否构成侵权以外,还应对存在侵权的案件作出相关的处理决定。具体的处理决定要根据侵权的性质、类型和后果等情况综合加以确定。例如,对于阻碍会见或妨碍阅卷的,除指定日期要求办案机关重新安排会见和阅卷以外,还应责令办案机关赔偿律师的交通费、误工费等损失;对于未依法告知相关事项的,除要求办案机关重新告知以外,还应明确办案机关应以何种方式来弥补律师因此遭受的不利后果;对于阻碍质证、辩论和申请证人出庭作证的,除要求办案机关通过重新开庭审理等方式予以补正以外,还应责令办案机关赔偿律师的交通费、误工费等损失……此外,仲裁庭对于侵害辩护律师执业权利,情节恶劣或者后果严重的,应当提出对直接责任人的惩戒建议,交主管部门处理。

仲裁庭除作出仲裁裁决书以外,还可以向办案机关提出仲裁建议,责令其整改。仲裁庭提出惩戒建议的,还应将惩戒建议书送达主管部门,由其对直接责任人作出相应的处理,并将违法情况和处理结果记入其执法档案。

(五) 对仲裁裁决不服的救济

仲裁实行一裁终局,裁决一旦作出即发生法律效力,争议双方必须遵守。裁决作出后,当事人没有新的事实和理由,就同一纠纷再次申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。

办案机关不履行裁决的,申请人可向仲裁机构所在地的中级人民法院申请强制执行。对于拒不履行裁决,情节严重的,司法行政机关应当提请同级监察机关启动问责程序,并将拒不履行裁决的情况记入直接责任人的执法档案,作为将来对直接责任人进行考核与奖惩的依据。但是,如果存在仲裁庭组成违法、仲裁程序严重违法以及仲裁员收受贿赂或枉法裁判等情况的,争议双方均可向仲裁庭所属的司法行政机关及其上一级司法行政机关请求撤销裁决,重新组成仲裁庭进行审理和裁决。

四、律师执业纠纷仲裁的配套机制

由司法行政机关设立的仲裁机构对辩护律师与办案机关之间的执业纠纷进行仲裁,还需要建立相应的配套机制。否则,不足以保障仲裁的权威性、有效性和便捷性。

(一) 政法委与司法行政机关合署办公

长期以来,政法委是实现党对政法工作领导的部门,支持和监督公、检、法、司等机关依法行使职权,并指导和协调各机关之间相互配合、相互制约。正是基于政法委的这一职能,浙江省关于执业权利快速联动处置机制的地方性规定还增加了“有重大社会影响的,报党委政法委‘维护律师执业权利协调小组’协调处理。”笔者认为,将党委政法委的协调作为最后一道防线,是符合我国国情的务实做法。然而,从法理上来说,政法委作为党的部门而非国家机关,其在执业纠纷解决中的功能发挥受到较大的制约。党的十九大报告已经提出,赋予省级及以下政府更多自主权,在省市县对职能相近的党政机关探索合并设立或合署办公。在这一背景下,实现政法委与司法行政机关合署办公,显然有助于政法委更好地发挥对政法工作的领导作用,同时也有助于提升司法行政机关在律师执业纠纷解决方面的话语权。

政法委与司法行政机关合署办公有助于提高仲裁的权威性。与公、检、法机关相比,司法行政机关在执业纠纷的处理方面处于相对中立的地位。并且,中办、国办《关于深化律师制度改革的意见》也明确提出“建立由司法行政机关牵头,有关部门参加的联席会议制度”。从这一意义上讲,由担负律师执业监管职责的司法行政机关来组建和管理仲裁机构是完全合理的。但是,无论从我国司法体制的整体

格局来看,还是从实践中的权力分配和运行情况来看,司法行政机关始终处于相对弱势的地位。这对于保障仲裁机构的权威性来说是极为不利的。而一旦实现政法委与司法行政机关合署办公,将仲裁机构的组织和管理工作置于政法委的直接领导下,则可以充分提升仲裁机构的地位,并且有助于政法委通过这一方式来实现对辩护律师执业纠纷的管控,进而加强党对办案机关的指导和监督以及对司法队伍建设的领导。

(二) 建立统一的法律职业人事管理制度

上文提到,办案机关及其工作人员侵犯执业权利的原因之一是职业利益的驱动,即为了成功地办理案件,提升自己的工作业绩,不惜损害辩护律师的执业权利。因此,只有将尊重和保障律师执业权利的情况纳入考核体系,才能实现“釜底抽薪”,从根本上杜绝漠视执业律师权利的现象。2017年两院三部一协《关于建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制的通知》已经提出,“要建立完善侵犯律师执业权利行为记录、通报和责任追究制度,对严重侵犯律师执业权利的行为予以严肃处理。”这是值得充分肯定的。但是,如果不将侵犯律师执业权利的情况作为不良记录存入直接责任人的执法档案,并且真正使其成为考核依据,则难以切实发挥震慑作用。那么,可否由执业纠纷处理机构将相关侵权记录移交办案机关,由其负责存入直接责任人的执法档案并纳入业绩考核呢?从我国司法的现实情况来看,如果得不到办案机关的重视和配合,则这一规则很难落到实处。因此,这一规则的落实应当与相关人事管理制度的改革结合起来。

有鉴于此,笔者认为,应当建立统一的法律职业人事管理制度,将法官、检察官以及律师等法律职业从业者统一纳入司法行政机关的人事管理范围。首先,从司法行政机关的性质来讲,它本身就应当承担起司法队伍的建设和管理职责。但目前的实际情况是,司法行政机关只负责对律师的监管。对于法官、检察官而言,只有在取得从业资格的法律职业资格考试环节与司法行政机关发生交集,这是很不正常的。其次,由于法官和检察官由各自所在机关负责招录、考核以及奖惩,很容易导致上下级之间出现人身依附关系,这显然不利于法官和检察官对案件依法独立做出判断,从而可能妨碍司法责任制的落实。将与审判无关的职能从法院系统剥离出来,将与检察无关的职能从检察院系统剥离出来,符合我国司法改革的总体要求。因此,建立统一的法律职业人事管理制度还有助于实现法院和检察院的“去行政化”。再次,将法官、检察官和律师纳入统一的管理渠道,还有助于推进法律职业共同体的建设。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》在第六部分“加强法治工作队伍建设”中分别提出了“建设高素质法治专门队伍”和“加强法律服务队伍建设”的目标和任务。据此,作为“法律服务队伍”组成部分的律师与作为“法治专门队伍”的法官、检察官同属于“法治工作队伍”,是建设社会主义法治国家的重要保障。由司法行政机关统一负责对法治工作队伍的建设和管理,才能真正做到同等对待,避免职业歧视。该文件还同时提出,“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度,畅通具备条件的军队转业干部进入法治专门队伍的通道,健全从政法专业毕业生中招录人才的规范便捷机制。”建立统一的法律职业人事管理制度,将为法官、检察官和律师的职业流动提供更多的机会和便利。当然,为了与当前正在推进的法院、检察院人财物省级统管的司法管理体制相协调,法律职业从业者的人事管理工作应当由省级司法行政机关统一负责。

笔者的具体设想是,将法官、检察官的录用、考核、晋升、奖惩和档案等统一归口司法行政机关管理,或者由司法行政部门牵头负责。法官、检察官的考核、晋升和惩戒等工作均由司法行政机关成立专门的委员会来负责实施。委员会由资深法官、资深检察官、资深律师和具有高级职称的学者等来自不同职业的法律人共同组成。对于经仲裁庭认定侵害辩护律师执业权利,且情节恶劣或者后果严重的直

接责任人,应给予惩戒,并限制其晋升,甚至可以按照有关规定降低其法官等级或者检察官等级。同时,将侵权行为和处理结果记入其本人执法档案。其实,早在2006年,最高人民检察院出台的《关于进一步加强律师执业权利保障工作的通知》就已经明确规定,“在业务考评考核中,要将贯彻实施律师法和其他相关法律、保障律师执业权利的情况作为考评考核的重要内容。”但由于考评考核由本单位内部负责组织实施,其效果可想而知。因此,“异体考评”机制的建立将使侵犯律师执业权利行为的记录、通报和责任追究制度真正落到实处,能够对广大办案人员起到警示作用。

(三) 建立律师执业纠纷解决网络平台

仲裁这一纠纷处理方式固然有助于满足执业权利救济及时性的要求,但是,在互联网等信息技术高度发达的背景下,仲裁机构还应尝试通过建立律师执业纠纷解决网络平台来更加快捷、高效地处理案件。因此,我们不妨借鉴“智慧法院”建设的成功经验,由各个省级司法行政机关建立仲裁案件受理的网络平台,统一受理仲裁申请。辩护律师可以通过电脑上网或者使用手机登录 App 或微信等应用程序提交仲裁申请。仲裁庭可以通过网络平台发出开庭通知,在征得争议双方同意的前提下还可以采用网络交流的方式来审理案件,即争议双方通过远程视频传输系统或者微信群等网络方式提交图片、视频、录音等证据,参与质证和辩论。为了更好地便利各方参与仲裁,还可以借鉴杭州互联网法院开创的“异步审理模式”,实现各方跨越时空的互动。

互联网技术的充分运用将使得执业纠纷仲裁变得更为方便和快捷,有助于大幅节约办案机关及其工作人员以及辩护律师的时间成本。同时,这一方式也便利了仲裁员远程参与案件审理。此外,在这一背景下,异地仲裁也将变得更为容易,即只要在申请仲裁时提出了异地仲裁的请求和理由,司法行政机关认为理由成立的,即可商请其他地区的仲裁机构通过网络方式进行审理并作出裁决。不过,需要注意的是,司法行政机关和仲裁机构应当注意保存所有网络通信的电子记录,对所有电子文件进行存档和妥善保管,确保“全程留痕”。这些电子记录将有助于将来对案件进行复查,以及对涉嫌收受贿赂或枉法裁判的仲裁员进行追责。

五、结 语

律师制度的产生是人类社会文明进步的重要标志,它构成了现代法治的基石。很多西方国家确立了律师基于其职业身份的拒证特免权,不惜牺牲案件真相和国家追诉利益来捍卫委托人与律师之间的信任关系。在我国,律师制度也是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分。可以说,律师执业权利得不到保障,就会动摇律师制度的根基,进而导致国家民主与法治进程的倒退。因此,律师执业权利的保障状况是国家法治状况的“晴雨表”。

当前我国正在推进全面依法治国,以审判为中心的刑事诉讼制度改革、值班律师制度的确立、刑事辩护全覆盖的改革以及申诉由律师代理的改革等都有赖于律师的积极参与及其作用的充分发挥。然而,近年来媒体不断曝光的律师执业权利遭遇侵害的事件却在不断地挫伤律师投身刑事辩护事业的积极性。实际上,引发媒体关注的侵权事件以及与办案机关“死磕”的律师都只是律师执业权利遭遇侵害现象的“冰山一角”。实践中,大多数律师出于种种顾虑往往选择妥协和沉默,但这种逆来顺受并不意味着矛盾的化解,反而会导致不良情绪的累积,进而在无形之中加深律师与办案机关之间以及律师与法官、检察官等群体之间的隔阂,最终必然阻碍法律职业共同体的构建和依法治国宏伟目标的实现。

律师执业难的“顽疾”缘于执业权利救济难。长期以来,我们过分倚重刑事诉讼程序内的救济途

径,而在刑事诉讼程序之外则着重通过协调来化解矛盾,导致了执业纠纷裁判机制的缺位。低效乏力的同体监督、息事宁人的行政协调以及缺乏制裁的处理结果在一定程度上构成了对侵权行为的姑息纵容,让不尊重律师执业权利的办案人员更加有恃无恐。建立专门针对律师执业纠纷的仲裁制度,能够凸显律师在纠纷解决中的主体地位,有助于及时和充分地实现对执业权利的救济,惩戒和教育侵犯律师执业权利的行为人,从而彻底改善律师执业环境,为法律职业共同体的构建创造良好的条件。从性质上来说,这一仲裁制度仍然属于司法制度而非诉讼制度的组成部分,应当作为对律师执业权利的救济机制在未来的律师法中得以确立。

参考文献:

- [1]叶竹盛.死磕派律师[J].南风窗,2013(18):82-84.
- [2]曹勇,黄秀丽.中国律师界杠上北海公安[EB/OL].(2011-08-01)[2018-05-10].<http://www.infzm.com/content/61719>.
- [3]陈卫东.全面保障律师执业权利的重大举措[J].中国律师,2015(10):28.
- [4]夏露.律师刑辩“十三难”的问题及改进[J].中国律师,1997(12):6-8.
- [5]封利强.会见权及其保障机制研究——重返会见权原点的考察[J].中国刑事法杂志,2009(1):79-87.
- [6]卞建林,程滔,封利强.律师执业权利保障的多维视角——我国律师执业现状的调查报告[M]//陈光中.刑事司法论坛:第2辑.北京:中国人民公安大学出版社,2009:115-140.
- [7]王进喜.论《律师法》修改的背景、原则和进路[J].中国司法,2017(11):48-53.
- [8]艾伦·德肖维茨.最好的辩护[M].唐交东,译.北京:法律出版社,2014:4.
- [9]迈克尔·D·贝勒斯.法律的原则——一个规范的分析[M].张文显,宋金娜,朱卫国,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [10]陈瑞华.增列权利还是加强救济——简论刑事审判前程序中的辩护问题[J].环球法律评论,2006(5):530-536.
- [11]董坤,段炎里.当前检察环节律师权利的保障现状与新现问题研究——以阅卷权、会见权和检察救济权切入[J].河北法学,2017(6):101-112.
- [12]蒋安杰.全国律协通报2017年度十大典型维权案例[EB/OL].(2018-03-31)[2018-05-16].http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2018-03/31/content_7511562.htm?node=20908.



(责任编辑 陶舒亚)