

法庭究竟该由谁指挥？PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E6_B3_95_E5_BA_AD_E7_A9_B6_E7_c122_481004.htm 法庭究竟该由谁指挥？有感于《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》引起的反响 革命导师列宁曾经说过大意如下的话：“几何公理如果触犯了人们的利益，也是会遭到人们反对的。”2000年1月30日，最高人民法院出台了《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》（法发[2000]5号）司法解释，对具有某些法院背景的人员参与诉讼作了某些限制性的规定，就触犯了某些人的利益。我们没有听到来自法院系统的任何异议，倒是遭到律师界一些人的强烈反对。遭受反对的主要是该规定的第四条和第五条。第四条规定：“审判人员及法院其他工作人员离任二年内，担任诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许；审判人员及法院其他工作人员离任二年后，担任原任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人，对方当事人认为可能影响公正审理而提出异议的，人民法院应当支持，不予准许本院离任人员担任诉讼代理人或者辩护人。但是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。”第五条是这样规定的：“审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许。”持反对意见者提得最多的理由是如下两点：其一是认为，按照诉讼法等法律的规定，只有法官回避，没听说代理、辩护律师也要“回避”的，该规定明显违反了《人民法院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和《律师法》

。因为这些法律都没有规定律师有回避的义务；其二是认为，法院出台该规定的行为是严重的越权行为，法院无权制订限制律师的代理权和辩护权的规定。有关律师执业方面的事务应由司法行政机关主管。上述观点看似理由充足，实则有偏执之嫌，笔者不敢苟同。笔者认为，最高人民法院的这一规定完全符合程序公正的需要。理由如下：第一，有法院背景的律师应当受到相应约束。近几年来，由法院退休或退职出来做律师的现象越来越多，且夫妻、兄弟之间一人在法院、一人当律师的情况也有增无减。但这些律师与整个律师队伍比较，毕竟只占律师队伍极少一部分。我们暂且将这些律师称作“有法院背景的律师”。虽然这部分律师只占少数，然而，往往使诉讼出现极不公正结果。有法院背景的律师，其所代理的案件往往莫名其妙地获得胜诉，而另一方则莫名其妙地遭受败诉。记得在一九九九年，我在桂林市某律师事务所执业时，和另一律师在广西某县代理某乡政府打一个承包果园的承包合同纠纷。案情简单得实在无法再简单了，但由于另一方涉及有法院背景的律师代理事情就变得复杂化了。案情是这样的：某县乡政府将自有的大片果园发包给四个农民，一包十年，并签订有承包合同。四农民承包三年来，一分钱承包费都没有支付给乡政府。乡政府经多方催告未能获得，遂起诉四承包人，要求法院判令四位承包人立即付承包费和违约金。如此简单的案子，却经历了一审（败诉）、二审（裁定发回重审）、重审（败诉）、再二审，最后才获胜诉。这样简单的案件，居然历尽艰辛，费时四载，才获得公正判决，为何？大家都把可疑的目光投向了对方的代理律师：因为对方的代理律师是刚刚从主审本案的法院退休的

，退休前是该法院的副院长，代理该案件时仍然住在该法院的宿舍。（注：当时我国还实行“特邀律师”制度，按照当时的规定，该副院长退休后，不用参加全国律师资格统一考试，即可申请领取特邀律师执业证，从事律师工作。）而四个承包人中的一人，又是该律师的妻子。在审理本案的过程中，明知许多环节中有“猫腻”，但我们无法、也根本不可能获取相关的证据材料，当时也找不到任何法律依据可以制约有法院背景的律师的所作所为。我们也曾考虑过“申请回避”，但查遍所有法律、法规、司法解释，都找不到任何关于律师回避的规定。连沾边的司法解释都找不到。类似这样的案例我还可以举出多个，相信在律师界也已不是个别现象。这些现象在当事人当中已经引起强烈不满，最高人民法院的规定正是在这样的背景下出台的。第二，最高人民法院享有司法解释权。虽然《律师法》、《人民法院组织法》以及三个诉讼法没有关于律师“回避”的规定，但上述法律也没有禁止性的规定。在不违反宪法和法律的前提下，最高人民法院有权作出相应的司法解释。不能简单地断定最高人民法院的司法解释违法，更不能断定“法律没有规定的就是违反法律”。最高人民法院所有司法解释，其内容所涉几乎都是法律没有规定的。正是因为法律没有规定，才有司法解释的必要。如果法律都有明确、具体的规定，司法解释就没有任何“解释”的余地了。你能说这些司法解释都是违法的吗？显然不能。正如法院对某些公开审理的案件，如旁听的人太多，要凭旁听证入场，没有旁听证不能入场。如果因为没有旁听证不被允许旁听的人说：法院剥夺了公民参加旁听审理案件的权利，你能同意这样的说法吗？显然不能。第三，最

最高人民法院的此项规定没有越权。律师虽然是由司法行政机关主管，但正如律师作为普通公民，在治安方面也要接受公安机关管理一样，当律师在法院参加诉讼活动时，律师就应当受法院“主管”，律师就应当绝对听从法院指挥。因为法院依法行使审判职权，法庭毫无疑问应当由法院指挥，法官对法庭应有绝对指挥权。最高人民法院的“规定”，是当事人提出请求之后，对当事人合理请求的一种支持。对于有法院背景的律师，相对一方当事人无法、也不可能掌握有法院背景的律师在诉讼中存在什么“猫腻”，在此情况下，为保证诉讼的公平、案件审理的公正，同时也是为了取信于民，对有法院背景的律师采取一定的限制措施，不但非常必要，而且非常及时。律师回避制度也是国际司法惯例。据了解，美国就有非常完善和严格的律师回避制度：在美国华人律师乔钢良写的《现在开庭》一书（生活、读书、新知三联出版社1999年11月北京第一版）中就提到：乔钢良作为美国联邦法院海尔曼法官的助理，在审理一个集团诉讼案中，仅仅因为乔钢良在该案的被告普强公司的代理律师所在的迪肯森律师事务所中实习过，海尔曼法官将此情况如实告知当事人，并询问了当事人是否请求回避。在当事人明确表示不申请回避后，海尔曼法官最后还是决定主动让乔钢良回避，将该案件交由另一个法官助理去主办。为的是避免被告方败诉后以此为理由要求重审或提出上诉。数年前，我在某省高级法院代理一个二审案件，被上诉方的律师因涉嫌受贿（与某法官共犯）被某市检察机关逮捕之后，正处在取保候审阶段，其人身自由依法受限制。在法庭上，我对该律师的出庭资格提出异议，得到法庭采纳。法庭核实情况后，立即勒令该律师

退庭。该律师还辩解：我有律师执业证。但法庭认为：法庭的指挥权在法官，维护法庭秩序是法官的职权范围。因此，我认为，在庭审活动中，律师也要听从法官指挥。如果法院连法庭的指挥权都没有，怎能有效地行使审判职权？退一万步说，即使认为法院限制部分有法院背景律师的代理权和辩护权不妥，也不能对具有法院背景的律师置之不理，司法行政机关应当出台相应规定，以净化司法环境，这也是为了维护律师的整体形象和整体利益。由谁管是一回事，该不该管是另一码事。维护司法公正、净化司法环境不单是我们全体律师的神圣职责，而且就算作为普通公民也应当责无旁贷。我们没有任何理由因为个人利益、局部利益、短期利益受到限制而反对旨在维护司法公正的重大举措。2001年6月30日，第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国法官法〉的决定》，修改后的法官法第十七条是这样规定的：“法官从人民法院离任后二年内，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。法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。”虽然对原司法解释有所修正，如将原规定“不得担任代理人、辩护人”改为“不得以律师身份担任代理人、辩护人”，但原司法解释的基本规定已被上升为正式的立法。前任司法部部长、现任最高人民法院院长肖扬曾在多种场合讲到：“司法公正首先应当做到程序公正。”这不但是司法公正的前提条件，也是实现我国依法治国的战略目标所必须的前提条件。肖扬的讲话针贬时弊，可谓一针见血。最高人民法院的这一规定，应是实

现程序公正的重要步骤之一，正是保障司法程序公正所需，非常必要、非常及时。作为一名普通的职业律师，我们应当举双手赞成！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com