

谈谈律师监督司法之职责--为律师举报法官叫好 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\\_\\_E8\\_B0\\_88\\_E8\\_B0\\_88\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_c122\\_481274.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_B0_88_E8_B0_88_E5_BE_8B_E5_c122_481274.htm)

律师在行使其职能时，必须尽到五个方面的责任：他必须对他的当事人负责；他必须对对方的律师负责；他必须对自己负责；他必须对法律负责；他必须对国家负责。在诉讼中这五个方面往往是相互矛盾、相互冲突着的。因此，律师要想在这五个方面保持完美的平衡，就绝不是一件轻而易举的事。 --[英]麦克米伦

2008年3月6日，《南方周末》刊登《律师举报法官违法 法院投诉律师违规》一文。文章报道：北京市忆通律师事务所“二李”律师在诉讼过程中，敢于跟法官较真，“要求法院收到诉状和证据必须开收条，复印庭审记录……每去立案，必带着书，以随时驳斥类似‘法律规定是规定，我们院有我们的规定’的借口……数次以法官违反公平公正原则、‘涉嫌与原告官商勾结’为由，当庭要求法官回避，更多次向法院纪检部门举报投诉该院法官的‘违法行为’”。作为法律职业群体中的一员，笔者不禁为“二李”拍手叫好！“二李”敢于较真的这些事情，恐怕是每个律师在执业过程中都会普遍遭遇到的，大多集中在诉讼程序领域，或者是法官的行为明确违反程序法或者是虽不违法但是违背一些程序公正的原则。更多的时候我们都把这些问题视同为诉讼中的“潜规则”予以接受。这些所谓“潜规则”的存在与我国司法“重实体、轻程序”的传统有关，从更深层的意义上讲，也与中国传统文化的实质理性思维密切相关。“不看过程、只看结果”，这是几乎所有国人的共同思路。正是这种传统的深刻存

在，使得我们的法律职业人们漠视正当程序，变通正式规则，使得“潜规则”在司法过程中畅行无阻。而这也正是法治的最大障碍！法治是一种“规则之治”，法治之“规则”是一种符合人类普遍（至少是最低限度的）的正义理念的规则，法治之“规则”乃建立在形式理性基础上的规则，它讲究一种规则至上，讲究程序优先，今日我们所探讨之所有程序公正原则，诸如程序参与、程序中立、程序对等、程序公开、程序理性、程序自治、程序及时和终结等都在这种规则的涵盖之下。法治的“规则”其意在通过形式理性来阻隔人治进而实现自然正义。所以，法治排斥那种漠视程序公正的“潜规则”。然而，“潜规则”的存在并非一日之功，它有着深厚的传统文化背景，因此它的去除也非简单之事，需要理性思维在每个公民的心中生根，更需要法律职业人的共同努力。对于司法权的监督，尤其是司法权在程序领域的滥用，一直未引起立法部门、学术界和实务部门的重视，人们普遍关注的是如何释放受到种种掣肘的司法权，而忽视了对司法权的制约问题。殊不知，司法权亦猛如虎，未考虑好降伏的手段就将之放出，实危险之极！“二李”的举报或许给大家很多思考的空间，至少，律师应该成为伏虎之一员！

### 一、律师制约法官、监督司法职责之根源

（一）作为法律职业共同体中的一员，律师应当具有一种“一切依法办事的卫道精神”无论法官还是律师，他们都是法律职业共同体中的一员，而所谓职业共同体应当有同一的、独特的思维方式，其中很重要的几点是应当具有“一切依法办事的卫道精神”（季卫东语）以及程序优先和形式理性。正是有以这些法律家所应有的独特思维为基础的法律职业素养，才能保证司法的中

立和权威、保证司法自治与司法优先，保证法治对人治的阻隔。遵守和维护这些原则，应当是“法律人”最基本的道德和使命。法律人的职业逻辑与大众逻辑不同，他们运用一种专门的法律术语进行观察、思考和判断；他们通过程序进行思考，思路稳妥，甚至保守；他们注重理性推理，尽量回避情感因素和道德评价。最初，这些逻辑主要体现在法官身上，因为只有在这些与常人迥异的逻辑要求下，法官才能摆脱“世俗”的束缚，才能让人感觉“不识人间烟火”，才能成为“半神半人”，也才能拒绝来自种种渠道、纵横交错的对司法的不当干预，才能保障“只听命与法律、经验和自己的良心”。然而，如果法官真的如此理想化了，那么势必无法为世俗所用，因为人们无法知晓法官的语言、思维和逻辑，一切世俗的问题都无法转化成司法问题进行解决。在我看来，律师正是沟通世俗与司法的桥梁，律师存在的作用之一乃是将世俗社会的逻辑转换成司法逻辑，然后将之交给超然的法官作出公正的裁判。而律师作为职业共同体中的一员的作用也在于此，他也必须具有法律职业人所应当具有的一切思维、技术和知识，他也同样要具有那种“一切依法办事的卫道精神”。而这种精神的缺失，也许正是中国“法律人”遭遇信任危机的最根本所在，正如孙笑侠教授所述：“我国的部分‘法律人’……缺乏相应的职业荣誉感和使命感，不仅失职于对正义的维护并且还进一步亵渎了正义。”律师在面对法官的程序违法或者是违反程序公正原则的时候，应当有维护法律职业尊严的使命感，而不应当是保持“明哲保身”的沉默甚或于“进一步亵渎正义”。因为，律师并非以维护委托人职责为其惟一职责，他还应当肩负维护法律的正确实

施的使命。（二）制约和监督司法的职责，律师制度一进入中国就已有之在我国，律师对法官的制约，其实是有着深刻的历史渊源与制度背景的。尽管中国的“讼师”已有千年的历史，但真正现代意义上的律师在中国的出现却晚至鸦片战后，从租界的领事法庭走向“会审公堂”，逐渐介入晚清直至民国的社会生活。清末的司法改革，律师制度进入了“改革派”视野，而这些“有识之士”之所以推崇参照西方设立律师制度，主要原因在于律师在公堂上的出现可以制约法官（当时称为推事）。当时的邮传部主事陈宗蕃在其1910年的“司法独立之始亟宜预防流弊以重宪政”奏折中就提出：“律师之用，所以宣达诉讼者之情，而与推事相对待，有推事而无律师，则推事之权横而恣。”当时的立法者为什么会有这样的立法目的？这与中国古代传统的文官治国、司法行政不分有着密切的关系。古代中国，地方官兼任司法官主持审判，而这些官员多由科举出身，并没有经过专门的法律训练，对法律条款也多一知半解，不客气的说，这些所谓的法官多是“法盲”。当然，产生这种情况的根本原因还在于中国的封建统治者浓厚的儒家思想。“德主刑辅”、“春秋决狱”这些儒家观念决定了司法官裁判的依据可以、而且主要不依靠法律，而是儒家伦理道德。比如，中国古代官僚的模范海瑞就以这样的标准来执行法律：“凡讼之可疑者，与其屈兄，宁其屈弟；与其屈叔伯，宁屈其侄。与其屈贫民，宁屈富民；与其屈愚直，宁屈刁顽。事在争产业，与其屈小民，宁屈乡宦，以救弊也。事在争言貌，与其屈乡宦，宁屈小民，以存体也。”这样的精神，与“四书”的训示想符合，法律的解释和执行离不开传统的伦理。在这样的审判标准下，

法官是不需要懂法的。“法盲”法官，再加之其兼任地方行政长官，政务繁忙，他们根本没有足够的时间去收集证据，了解案情。在这样的情况下，“幕友对于那些只通制艺、不晓律例的官吏，在进行司法审判中起着重要的作用。”这就导致了大堂上的草菅人命、百弊丛生。正是在这样的背景下，清末司法改革家们才力主引进西方律师制度以制约“推事”。其实今天中国的法官，虽然不可拿之与当年的司法官相比较。但从法官的素质、法官对程序的漠视情况来看，恐怕难逃当年的影子。法官，尤其是部分基层法院法官素质不高，审理方式上表现出超职权主义的倾向，这些学者们都曾经有过精彩的论述。面对这样的司法现状，恐怕我们的律师还应当与当年一样担负起制约法官的重任吧！（三）制约法官、监督司法乃是律师出于保障当事人权益的职责所在，也会在相当大程度上降低司法成本。在诉讼活动中，大部分当事人，由于对法律（尤其是程序）的陌生，往往不知道法官是否违法；再者，即便是知道也没有相应的救济途径来解决（比如法官违反审限的规定导致诉讼拖延的情况，诉讼法中没有规定任何救济渠道）；最后，当事人往往会有这样的观念：法官是得罪不起的，得罪了法官自己的案子怎么办？所以即便是法官有些许违法，只要不是太“欺负人”就算了。作为法律职业者，作为诉讼程序的亲身参与者，律师最知道法官有无程序违法情况，而作为委托人利益的维护者律师也最应当负有制约法官的义务。“在尊重法律、服从法律的前提下，运用法律手段最大限度地维护委托人的合法权益”，这正是律师的根本职责所在。如果案件由于律师的举报被及时纠正，而不须等到二审、审判监督程序等来通过重审或再审来

纠正，那么诉讼参与人的因此不利益便可以避免，司法资源的再次使用也可以避免。二、当前律师制约法官的障碍“二李”对法官的举报其实是一个很无奈的选择，因为目前我们还没有建立一种程序内解决有关程序纠纷的机制，学界所倡导的那种“程序性制裁”制度还没有进入立法者的视野。那么，制约的方式也只有通过行政性的举报（其实也是一种上访或者信访）来实施了，也即把法官在办理案件过程中的不当行为反映到领导（院长或者庭长）或者纪检部门那里，以指望通过这种行政制裁的方式得到适当解决的，而这个制裁绝大多数情况下指的是批评。当然，姑且不论这样的“惩戒”是否合乎法官惩戒应有的程序与强度，仅就这样的“反映问题”本身，也很少有律师朋友们实行过。问及原因，有二：第一，不愿意或者不敢得罪法官。有的律师回答地很直接：“谁知道以后我还有没有案子落在他手上，而且我得罪了一个法官就相当于得罪了这个法院所有的法官，我以后在这个法院的案子都可能会被在合法的限度内‘穿小鞋’，你还吐不出一个‘苦’字来。”第二，担心当事人会因此遭受不利的判决。可见，律师的苦衷只有两个字--不敢。为什么？那是因为中国传统的“人情”关系实在厚重，法官虽然没有同检察官、律师形成职业共同体，却形成了法官自己的利益共同体。你得罪了一个法官，这个院里其他该法官的朋友都会视你为“敌人”，视你为异类。还有的律师说：“大家抬头不见低头见的，举报了他以后见面多尴尬？”这就更说明了中国的“熟人社会”人情的厚重啊。更为重要的是，你违反了中国的司法的一个“潜规则”--法官程序无违法。尽管诉讼法上规定有明确的程序规则，但法官却无视这些规则的存在

在，因为只要不会影响到实体上的审理结果，程序上的违法或者违规是很少会受到惩戒的。这个“潜规则”并非是各个利益集团之间“利害计算的结果和趋利避害的抉择”（吴思语），而仅仅是中国司法传统的影响。这个传统是：（1）法官在程序上历来“一家独大”，也即纠问式诉讼传统影响下的所谓职权主义；（2）实体正义至上，程序虚无。大家都遵守这个“潜规则”，法官才会跟律师“fair play”，否则，律师如果敢于打破这个规则，法官难免会有给律师“穿小鞋”，并且是在程序的框架内，让你有苦难言。司法实践中究竟是不是会这样，我们也无从得知，但就从“二李”在数次与法官“较真”后遭到法院的“投诉”，随即导致北京市律师协会对“二李”所在律师事务所及主任（“二李”之一）的处分看，这种担心确实不是空穴来风。但律师们对此的担心是一致的，而仅仅是潜在可能的危险也足以使律师对法官的程序违法视而不见了。因为律师从“举报”法官中并不会得到任何现实的好处，相反却有足够大的潜在危险。另外，从当事人的角度来看，遭遇法官程序违法的当事人未必就愿意律师“投诉”法官。原因也很简单，案子还在人家手里呢，判决还没下呢，怎么敢得罪法官？而维护当事人的合法权益又是律师职责的根本所在，一边是程序利益一边是实体利益，律师当然得选择实实在在的实体利益了。这是另外一个困局。

三、解决问题的方法当然，从根本上解决问题还应当是建立法官程序违法的制裁机制，但凡程序违法而无论是否影响实体结果都应当受到相应的制裁。但在这样的机制还未诞生，甚至还未引起学界、立法者重视的情况下，我们只能通过现有的途径稍加改造，也好扬汤止沸，稍解燃眉之急，以

待将来釜底抽薪时，锅还未煮漏。笔者的建议：首先，律师协会应当担负起制约法官的重任。中国人的传统，爱找组织解决问题，大家都不愿意“当面锣对面鼓”地发生正面冲突，尤其是当对方掌握着自己的“命运”的时候，尤其是大家都“熟”的时候。由律师协会代替自己的会员来进行投诉，会有效地缓解人情的“尴尬”。当然，这实际上还是换汤不换药，法官也同样会知道是谁在投诉他，但当这种投诉成为普遍，“潜规则”便会被打破，当投诉的律师不再是少数，那他也不会被视为“异类”。律师应当将诉讼中的法官程序违法的情况反映给当地的律师协会，由律师协会向有关机构或官员反映。这就需要律师协会内部建立相应的投诉机构，专司程序违法投诉。其次，这种行政式的投诉应当是一种事后的监督。案件审理完毕，律师协会根据律师的反映来进行投诉，这样可以有效避免当事人遭受不利益的实体判决。当然，最好的办法应当是违法发生时就进行纠正，提起程序性裁判程序，但在目前的司法体制内，很多问题都没有得到充分地论证，这种裁判程序还未进入改革视野，起不到立竿见影之效。再次，对于法官程序违法的情况，投诉应当是“绝大多数”。理论上，投诉与否主动权在律师，但法官的程序违法破坏的是整个司法秩序、司法权威，是与国家设立司法程序的初衷相背离的。打个恰当的比喻，如果说犯罪是因其破坏了公共利益而必受国家追诉从而排斥了被害人的意愿的话，那么法官的程序违法也应当因其破坏了司法秩序、公共利益而在相当程度上排斥当事人的意愿。如何实现这种“绝大多数”，笔者的想法是由律师协会建立程序违法调查制度，律师每当诉讼终结都必须将诉讼程序合法与否的情



况反映给律师协会，由律师协会汇总投诉。当然，律师协会不能因律师的不投诉而惩戒该律师。但这种制度的建立，相信会使律师对法官程序违法的投诉变成常态，而不至于顾虑重重。（作者：赵旭光，华北电力大学人文学院）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](http://www.100test.com)