

律师为什么怕法官？--兼论法官的“合法”伤害权 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\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E4\\_B8\\_BA\\_E4\\_c122\\_481638.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E4_B8_BA_E4_c122_481638.htm)

一、律师怕法官的层因 这是一个早就想写而不愿意写的话题，因为这个话题太敏感了。最近北京律师雷海军在中国律师互动社区发起了“律师怕法官吗？”的自由辩论题，感觉知而不言，言而不尽，不是我的风格，所以干脆竹筒子倒豆子，把话全说出来吧。

律师为什么怕法官？这个命题的前提是，律师一定会怕法官。原因很简单：一、大部分案件的审判根本不受律师的影响，从笔者十二年的法官经历来看，至少百分之九十以上的诉讼案件，有没有律师的参与结果都是一样的，大部分案件中律师就是个摆设，相反还无端增加了法院与法官的工作量，增加了调解与判决的难度。二、由于律师在法庭上无足轻重的作用，律师就必须借助于法官给予的面子来或借在法庭与法官面前的表演来，完成当事人的委托，更多的是做样子给委托人、当事人看。三、许多学艺不精或者不求上进的律师，仅仅是在扮演着法院与当事人之间的皮条客，具体的案件操作大多或完全依赖法院的审判程序和法官的敬业或特别关照，甚至是完全在碰运气。四、最后一点也是，最根本的一点，是法官手上拥有“合法”的伤害权，一个对诉讼技艺娴熟的法官，完全“合法”地伤害一方或当事人双方的利益，伤害律师就更不在话下了。所谓伤害就是充分利用程序法和实体法赋予的权力空间和幅度以及空白点，包括自由决定权和自由裁量权以作为和不作为的方式，无意或刻意制造对一方或双方当事人、律师以不利的、不想要的诉讼过程和结

果。制造当事人或律师不想要的诉讼过程和结果，这就是所谓的法官的“合法伤害权”。合法伤害权存在的原因在于，对当事人诉讼请求是否合法合理的审查，法律规定相对比较清晰，但对当事人权利请求的幅度实现权利的方式，则主要属于法官自由裁量的权利范围，以至于法官可以随心所欲地更改当事人的诉讼请求。严格地讲，法官以审判是以当事人的诉讼请求为基础的，严格的诉讼程序只能对当事人的诉讼请求做出支持与不支持的判决，之所以赋予法官的自由裁量权，是为了避免当事人因诉讼请求的不适当或计算上的误差而再次起诉，造成审判资源、社会资源或国家资源的巨大浪费。法官的审判是以对当事人诉讼请求的合法与不合法做出审查和支持不支持的裁决，在支持诉讼请求的基础上对请求的内容的合理性进行调整，而不是全盘否决另设权利。审判方式的改革初衷也源于此，但是中国的法官受“日审阳、夜审阴”的包公的影响根深蒂固，以至于法官在整个诉讼过程中的作为权与不作为权是法大无边。也许有人说，现在法院的要求越来越严格，程序也越来越完善，这是事实，但漏洞始终是存在的。

## 二、“合法伤害权”的来由

合法伤害权是自古有之的一个怪物，自人类有“权力”以来，就种伤害就一直客观地存在着，吴思在《潜规则》一书，把合法伤害权作为官场的潜规则之一。以下是该书的一些精彩片段。

- 1、据《竹叶亭杂记》记载，清代的四川有一种流行甚广的陋规，名叫“贼开花”。每当民间发生盗窃案件，州县地方官接到报案后，官吏衙役不作任何调查，先把被盗人家周围的富户指为窝赃户。既然认定嫌疑犯是官吏们的合法权力，关押嫌疑犯也是他们的合法权力，他们这么做当然没什么风险。那些

被指为窝赃户的人家也有一个共同的特点，就是家里无人做官，没有后台。于是官府放心大胆地把他们拘押起来敲诈勒索，每报一案，往往牵连数家，“贼开花”由此得名。那些被指为窝赃的富户，特别害怕坐牢，只能自认倒霉，拿出大把的钱来贿赂官吏，打点差役。官吏捞足了钱，才把这些富户放出来，并宣布他们没有窝赃。在术语里这叫“洗贼名”。

2、合法伤害权在监狱里表现得最为充分，陋规也就特别多。清朝文学家方苞蹲过中央级的监狱，并且写了一篇文章，题目就叫《狱中杂记》。他写道：康熙五十一年三月（1715年），我在刑部监狱，每天都看见三四个犯人死掉从墙洞里拉出去。一块坐牢的洪洞县的杜县令说，这是病死的。现在天吋正，死的还算少，往年多的时候每天死十数人。……我问：北京市有市级的监狱，有五城御史司坊（监察部系统），为什么刑部的囚犯还这么多？杜县令回答说：刑部的那些喜欢折腾事的司局长们，下边的办事人员、狱官、禁卒，都获利于囚犯之多，只要有点关联便想方设法给弄到这里来。一旦入了狱，不管有罪没罪，必械手足，置老监，弄得他们苦不可忍，然后开导他们，教他们如何取保，出狱居住，迫使他们倾家荡产解除痛苦，而当官的就与吏胥们私分这些钱财。

3、方苞提到的这些榨取钱财的手段，晚清谴责小说作家李伯元在《活地狱》里有详细的描写：山西阳高县有个叫黄升的人，无辜被牵连入狱。衙役的快班头子史湘泉把他关在班房里，故意用链子把他锁在尿缸旁边，那根链子一头套在脖子上，一头绕在栅栏上。链子收得很紧，让他无法坐下，就这样拘了大半天。直到掌灯时分，史湘泉出来与黄升讲价钱了：“你想舒服，却也容易，里边屋里，有高铺，有桌子，要

吃什麼，有什麼。”说着便把黄升链子解下来，拿到手里，同着他向北首那个小门，推门进去，只见里面另是一大间，两面摆着十几张铺，也有睡觉的，也有躺着吃烟的。黄升看了一会儿，便对史湘泉说：“这屋里也好。”史湘泉道：“这个屋可是不容易住的。”黄升问他怎的，史湘泉说：“进这屋有一定价钱。先花50吊（按粮价折算，每吊钱至少相当于60元人民币），方许进这屋；再花30吊，去掉链子；再花20吊，可以地下打铺；要高铺又得30吊，倘若吃鸦片烟，你自己带来也好，我们代办也好，开一回灯，5吊。如果天天开，拿一百吊包掉也好。其余吃菜吃饭，都有价钱，长包也好，吃一顿算一顿也好。”黄升听了，把舌头一伸道：“要这些吗？”史湘泉道：“这是通行大例，在你面上不算多要。你瞧那边蹲着的那一个，他一共出了300吊，我还不给他打铺哩。”这位黄升偏偏身上没有带钱，史湘泉一怒，将他送入一道栅栏门，里边的犯人又让他掏钱孝敬，黄升拿不出来，众人便一拥而上，将他打了个半死，又罚站了一夜。

4、即将处决的死刑犯应该是最难敲诈的了，但是吏胥们依然有办法，他们可以在行刑和捆绑的方式上做交易。据方苞记载，即将执行死刑的时候，行刑者先在门外等候，让他的同伙入狱谈判，索要财物。当时的术语叫“斯罗”。如果犯人富裕，就找他们的亲戚谈。如果犯人穷，就找他们本人谈。他们对凌迟处死的犯人说：顺我，就先刺心，否则把你胳膊腿都卸光了，心还不死。对绞刑犯则说：顺我，一上来就让你断气。否则就缢你三次，再加上别的手段，然后才让你死（在此提一句，李大钊先生就被缢了三次才死）。最难做手脚的斩首，他们还可以“质其首”--难道刽子手还能扣留脑袋么？我

搞不清楚究竟如何"质"脑袋，姑且原文照抄。以上是行刑者的交易方式。凭借他们手里的"合法伤害权"，一般能从富裕者那里敲出数十两甚至上百两银子，从贫穷者那里也能把衣服行李敲干净。完全敲不出来的，就按照事先威胁的办法痛加折磨。负责捆犯人的也这样。方苞说，不贿赂他，在捆缚时就先将其筋骨扭断。每年宣判的时候，死刑和死缓犯一概捆缚，押赴刑场待命，被处决的有十之三四，活下来的要几个月才能将捆伤养好。有的人会落下终身残疾。以上仅仅上封建社会官场上的官吏合法伤害权的一斑，之所以会有如此复杂的潜规则，原因有二：一因为江山是别人的，每个官员都是为皇帝打工的，皇帝与各级官员之间在历史的长河中形成了一种类似于嫖妓关系复杂情结，“千里来当官，为的是吃穿”，在那种社会制度下，官贪是必然的。二、因为封建社会中衙吏都是来为国家服劳役的农民，因为是劳役就没有任何报酬，吏必须要通过敲竹杠来维持生计，“靠山吃山，靠水吃水，靠着阎王吃小鬼。”因而在这种历史条件下吏凶也是必然的。官贪与吏凶是中国传统历史社会的一大特色，官场许多看得见看不见的腐败与恶毒的规则都因此而生。

### 三、法官的合法伤害仅成因和表现形式

现实社会中法官合法伤害权形成的原因有：1、法官或法院政治上无权，必然也为自己制造权力与权威。2、法官或法院经济上无权，必然会寻求弥补空间。3、法官没有与其职位相对应的社会地位，自然对社会形成群体上孤僻的报复心理和心态。4、法官与法院在现实社会中的作用与理想的状态落差太大，追求理想必须会有叛逆与破坏现实的倾向。法官群体是由一群对政治地位、经济地位、社会地位、社会价值充满饥渴的人组成

的，一群饥饿的人，怎么可能在利益面前，全心全意地为社会创造与制造大众所需要的公平、公正与正义。现在“司法机关的社会公信力已经降到了历史的最低点”，这是一个无法回避的现实问题也是一个不能不引人的深思与反省问题。

法官“合法”伤害权产生的动机无非有：1、为了个人的名利，证明自己的存在、实现自己的个人价值。2、为了他人的利益。3、为了反抗或破坏现实中某种不合理的制度、关系和秩序。4、释放个人心理或性格上的缺陷。有关法官“合法”伤害权的表现形式。有关法官的“合法”伤害权在诉讼过程中无处不在，从态度、语气、行为的先后顺序、轻重缓急，从诉讼文书的审查和接收、庭审的安排先后、庭审中对限制与放任，实体的裁判左右上下、以及裁判的执行等等，每一个环节都能给当事人或律师造成心理上的伤害或利益的伤害。在此还是适当举几个例子吧。1、前不久某基层法院法庭的法官无视最高人民法院商标侵权纠纷专属管辖的规定，居然来深圳对一起商标侵权案件进行调查，由于被调查的单位接待不热情，爱理不理的，该法官在一无事实二无当事人诉讼请求的基础上，把这个被调查单位的银行帐户冻结了，通过邮局寄来一纸追加通知当事人通知后就溜之大吉，事后明知有错，但就是坚决不改。2、为了避免当事人提管辖异议或不想让某当事人来参加诉讼，就向当事人邮寄空信封，空信封到达则视为送达，当事人根本无法对此提出异议。3、在分割或分配财产的案件中，故意作出合法但不适当的判决，如共有房屋的分割中，故意将房屋判给有房子的一方，让没有住房的人接收金钱，反正是给当事人以不想要的结果。4、帮助当事人拖延或逃避，故意把诉讼程序复

杂化或者不到最后时限不安排开庭、故意错判案件，或者查封一些无关紧要的财产或没有存款的银行帐号，或者拘留几天无果则下发中止执行裁定书不了了之等等。5、利用诉讼程序损害国家、企业或他人的权益。有一私企欠国企数十万货款，私企老板与国企老总私下达成协议让这笔债务不了了之，然后向法院起诉，通过与法官的关系在执行过程中采取一系列的雷声大、雨点小的行动后，中止执行。6、利用特殊的节日或日子，到当事人家中强制执行、搜查、查封扣押、甚至拘留当事人。或者故意给被执行人以逃避隐藏转移财产的时间等等。7、故意采取一些极端措施激怒当事人，一有反抗就采取强制措施；把女当事人拘留后与卖淫女关在一起，把男当事人与实刑犯关在一起，让看守所的犯人来收拾或教训当事人，或者利用寒冷的天气与夏日的蚊虫来教训当事人。8、上下级法院的法官事先串通和合谋好对某个案件的判决结果并进行合理分工。……以上这些仅仅是法官合法伤害权的一些皮毛而已，尚不属于智能型伤害，智能型的伤害，往往都是有高智商的法官来实施的，通过诉讼中法律上的技能与技巧以及法律规定的不确定或者缺陷和空白中的某种微妙，动辄当事人百万、千万元的利益成为纸上都没有的空文，此中的情形就更为复杂了。四、如何面对法官的“合法”伤害权 法官在伤害当事人或律师，法官也正在承受着某种无法摆脱的伤害，这是一种能量上下传递的结果。法官的伤害权只能回避与消除到最低，在现在的社会环境和条件下，还无法消除。审判实践中每一个法官手中都有两套操作程序，一套是帮助当事人实现其权利与诉愿的消除操作程序，一套是抑制消除、阻止、破坏当事人权利与诉愿的操作程序

，而且大多数时候这两套操作规程都是合法的，所以如何消除回避法官的“合法”伤害权，争取法官善意的操作规程就成为了诉讼律师的工作重中之重。通行的做法是，利用可以一切利用的手段和关系，与法官或法院搞好关系，当然其中也包括利益上的交易关系。现在社会各界对律师行贿法官是恨之入骨，似乎律师是败坏司法风气的罪魁祸首，是中有非，非中有是，其中的罪与错绝非可以一概而论之。但是，不管怎么说，这种方法的作用总是有限的，因为双方当事人都可以找关系找有关系的律师，旗鼓相当最终还是要回到法定的程序中，回到“证据法律=裁判结果”公式中来。所以作为律师尤其是诉讼律师，必须从这个公式出发来设计和规划诉讼的全过程，而不是随心所欲或跟着感觉走。从接待当事人开始就要精确地确定：1、无需通过任何的关系与手段百分之百能凭证据与法律得到的结果，要求是证据确凿，法条清晰，实践有据。2、通过争取和努力可能实现的结果，证据确凿，法条不明确、实践有据。3、通过非常手段或沟通可能实现的结果，证据有瑕疵、法条不清晰、实践有争议、非正常手段（启动法官“合法”伤害对方的程序）可以操作等。4、无论通过何种方式与手段都不可能实现的结果，天理、人情、国法以外的诉求。律师在初次接触当事人后，就要与当事人厘清当事人的诉讼请求与诉愿，然后告诉当事人每一种可能后面所需要付出的代价，让当事人来选择需要一定要的、争取和放弃的诉求，在此基础设定好案件的整体方案与操作步骤。律师在办理诉讼案件时，要对自己的能力和影响力要有充分和清醒的认识，貌视合理、模棱两可，理论上成立实践中有争议或理论与实践均有争议的部分经

尽量避开，有争议的部分往往具有很大的不确定性，法官往往会做出对自己不利的判决，所以律师要在证据确凿与法条清晰的部分下功夫。另外对自己没有能力把握的案件可以请有把握的律师来支持和帮助，有多大的能力办多大的事，否则无论怎么努力，等待的一定是法官的“合法”伤害。总之，律师的诉讼实践中律师需要努力争取的不是法官公平、公正、正义的审判权，那是大路上的活，这样的案件谁都干，做律师最大的学问在于如何巧妙于回避和消除法官的“合法”伤害权，为当事人争取最大的利益。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)