

围绕“从律师中选法官”的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_9B\\_B4\\_E7\\_BB\\_95\\_E2\\_80\\_9C\\_E4\\_c122\\_483867.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_9B_B4_E7_BB_95_E2_80_9C_E4_c122_483867.htm) 在2月14日的“司法琐话”中，卫方教授就时下业内流行的一个话题，即“从律师中选法官”，谈了自己的一些看法，重点是这样一种英美式制度的价值或好处。读后想了很多，内容大致可以归为两个方面：一是“从律师中选法官”这一表述本身的确切含义；二是“从律师中选法官”作为一种法制改革的建议，对于解决中国当下问题的意义。下面，我想就着卫方文章的思路，从上述两个方面谈一些不成熟的看法，也算凑个热闹吧！先就表述本身的确切含义谈两点看法。其一，在法官遴选方面，说“从律师中选法官”是英美式的，意味着有很多国家如德国、法国等代表大陆法传统的国家不是“从律师中选法官”。这一表述大致是不错的。就法官和律师两种职业间的流动而言，英美一般都是先做律师，被认为优秀的律师才有可能做法官；在大陆法国家则看不到这两种职业在制度上的先后承接关系，尽管做法多有不同，但法官遴选、晋升在制度程序上相对完整、封闭，与律师没有什么特别的承接关系。不过，从我了解的一些情况看，至少在最高法院（包括大陆法国家的宪法法院）的层面看，大陆法国家也看不到那种自始为法官、从法官到法官的封闭，而与英美一样，对包括律师在内的其他法律职业者都保持开放。其二，说英美是“从律师中选法官”，可能要特别注意分辨“律师”一词的两层含义，即职业含义的“律师”，和身份资格含义的“律师”。英文中的“律师” (lawyer)既可以指一种职业，与法官

、检察官、法律教师、政府或公司的专职法律顾问等各种法律职业并列，又称“执业律师”；也可以在广泛的意义上，指各种法律职业所共同具有的一种身份资格，即“法律家”。“法律家”是指专长于法律知识和技巧的人，在现代社会，一个人是否能够被称之为“法律家”，要看他或她是否经过系统的法律教育和学习，通过专门的考试和培训，从而具备从事法律职业的资质或资格。我国在建立、推行统一司法考试制度后，之所以在法律职业共同体的建构上出现某种混乱，以至于提出“从事公职的律师是不是律师”的疑问，关键就在于没有区分“律师”的两层含义，并理顺它们之间的关系。从事法律职业者尽管在工作上有分殊，在身份资格上却无差别；不同的法律职业是否能构建为一个共同体，关键因素之一也在于是否存在共同的“法律家”的身份资格。就英美式“从律师中选法官”而言，可能更准确的表述应该是“从法律家中选法官”。尽管在数量上英美等国可能主要是从“执业律师”中选法官，但它们显然也从检察官等其他法律职业中选法官。接下来再谈谈“从律师中选法官”对于解决我国当下问题的意义或价值。很显然，如果我们立足于法官和法院方面来分析问题，那么谈论“从律师中选法官”，最直接的问题指向在于提高法官素质，提升司法裁判的品质。这里的“诊断”法官素质整体水平不够高、司法裁判的品质还不如人意等不会有什么错误，关键是我们开出的“从律师中选法官”这张“药方”是不是对症并有效。对此，我想简单地谈五点看法：（1）如果我们以为法官职业代表了法律职业的高水平，做法官像在英美国家那样被当做是从事法律职业者的一种令人羡慕的成就，同时，如果我们还以为法

官职业在组织构造上的封闭性对其品质有不利影响，那么，基于上面对“律师”一词双重含义的辨析，我们应该考虑的是从具有“律师”或法律家的身份资格的其他法律职业者中选法官，包括执业律师、检察官、政府法律官员、法律教师等，而不只是从“执业律师”中选法官。否则的话，法官职业在组织构造上依然达不到我们所预期的开放程度。（2）如果要建立一种从优秀的执业律师中选法官的制度，那么我们不能考虑“钱包”鼓不鼓的因素。这其中可能有很多理由，诸如：律师是不是优秀、有成就，与律师是不是有钱，很难划等号；有没有钱、钱多钱少，与会不会腐败、抗腐败能力的大小，可能并没有什么稳态的正相关关系（是否有反相关关系似乎也很难说），因为那取决于各种复杂的因素；法官应该过一种体面、尊荣而非奢糜、浮夸的生活，这样的生活对“钱”或财富的需求是有限的、大致可以确定的，而一种好的制度，应该为法官不假外求地过上这样的生活提供相应的待遇；在制度上，这种待遇不是阻止腐败的理由，而是要求法官不因追求金钱财富而以权谋私的理由，是对法官的腐败行为予以惩戒的理由，……。在制度改革中，我们不仅要发现问题，如法官待遇低、司法腐败等，而且还要分析什么是相关的因素，考虑什么是解决问题的恰当途径。（3）如果要建立从优秀的执业律师中选法官的制度，那么我们有必要确立一些基本的前提预设，诸如：执业律师和法官之间在素质上存在可通约的优秀评价标准，优秀执业律师的素质，也是称职的法官所需要的素质；法官是一种需要优秀的执业律师或法律职业者出任的职业（有一种说法认为，最优秀的法律人才往往不能做法官，因为他们往往有怪癖、自以为是

、不合群，法官需要比较平庸之辈）；法官是一种令优秀的执业律师或法律职业者向往的职业，……。 （4）与上面这点相联系，我们可能要考虑“从律师中选法官”这种做法与整个司法传统和诉讼框架的关联性。英美为什么“从执业律师中选法官”而大陆法国家不这样做，除历史形成的原因外，内含的法理是什么？在不同的裁判或诉讼构造中，执业律师和法官这两种法律职业之间的依存度、同构性是不是也有不同？权力和技能之间是不是有一种此消彼长的关系？比如，在偏重当事人主义的诉讼构造中，法官权力的有效行使可能更倚重对律师技能的了解，而在偏重职权主义的诉讼构造中，诉讼裁判具有法官职权推动的色彩，律师的作用相对要小，因此，就法官具有执业律师良好的从业背景而言，前者的重要性可能要大得多，后者则有可能被认为不那么必要或不必要。（5）也许更为重要的是，如果我们提出引入英美式的“从律师中选法官”的制度，以此来促进我国法官素质的提高和司法品质的改善，那么还需要考虑是不是有必要、有可能走那么远的问题。从我国近代以来的法律史看，我们更多接受的是大陆法传统（包括在诉讼裁判制度方面），而一般说来，传承意义上的革新较之于断裂意义上的革新总是更为可行，代价小，价值不一定小。因此，如果要跨越式地选择一种崭新的、英美式的“从律师中选法官”的改革，那么我们要想想，不行此道的那些大陆法国家是不是也有类似于我国的法官素质和司法品质的问题？换言之，我们面临的问题是否与没有“从律师中选法官”有关系？如果不是，那么我们是否应该更多地了解一下大陆法国家的做法？是不是应该换一种思路？我并无意、也没有否定“从律师中选法官

”的合理性，我要问的是，我们遇到了什么问题，这些问题是不是能够支持我们提出某种改革主张，以及我们的主张是不是一种相对较优的选择？ 文章出处：中国法学网 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)