

法曹的难题和出路(下) 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__E6_B3_95_E6_9B_B9_E7_9A_84_E9_c122_483910.htm 法曹的难题和出路(

下)读陈瑞华教授《律师制度与司法改革》的随想 四、宪政诉讼难与改革试点 近年来，我国宪法学界主流思想是支持法院受理宪政案件，以促进宪法走向司法化和平民生活化，体现我国民主、法治的发展到了一个新的阶段。外国的经验证明，最能体现法曹的政治地位和对国家政治生活影响最大就是审理宪政案件。西方发达国家的法官地位之所以隆高，与此有直接的关系。造成宪政诉讼案件难立案的原因，是因为我国法律把诉讼分为刑事、民事和行政诉讼三大块，使人无法将宪政案件依照三大诉讼法进行诉讼，法院常常也以不符合诉讼法立案的基本条件为由，驳回起诉。美国等西方国家的法院并没有把行政、民事和宪政分开，采用宽松主义，只要有原告和被告存在，就可以立案。而且，法院认为自己可以受理任何案件，没有不属于法院管辖的范围。而我国法院却采取截然相反的态度，不愿意受理宪政类案件。举个例子：最近，备受社会关注的“女大学生怀孕被开除”案已被重庆市南岸区人民法院作出一审裁定，认为此案不属于法院受理范围，并驳回原告的请求。据报道，去年10月份初，西南某学院大二女生李静突感腹痛去校医院治疗，经诊断是宫外孕，于10月9日做了手术。学校依据原国家教委颁布的《高等学校学生行为准则》、《普通高等学校学生管理规定》及该校《学生违纪处罚条例》等相关规定，给予两名当事学生勒令退学的处分。两名学生不服学校的处分，以“定性错误、于

法无据”为由，将母校西南某学院告上法庭，要求学校撤销作出的勒令退学的行政处分决定。重庆市南岸区人民法院审理后认为，原告李静、张军起诉西南某学院要求撤销处分决定一案，不属于人民法院受理范围。为此，根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第44条（1）项的规定：“请求事项不属于行政审判权限范围并且已经受理的，裁定驳回起诉”，故驳回原告的起诉。从法律角度而言，南岸区人民法院所作的裁定没有什么大错，仅仅是因为我们在感情上认为是不可思议罢了。其实，法院从现代宪政主义的理论而言，可以无限大地受理各种案件。可以说，宪政案件最能检验一国法官、律师、检察官的理论水平和政治修养。我们不妨举一个40年前美国一宗宪政案件来对比一下。1961年5月1日，美国图森市安菲西阿特初级中学女教师巴巴拉埃尔夫尔兰特收到宣誓表格，她认为自己有权拒绝签署，但又担心由于拒绝签署而带来不利，于是她主动向县高等法院起诉，控告其所在学校负责人拉塞尔与包括亚利桑那州州长范宁与检察长皮克雷尔在内的一些政府官员，要求法院颁发一项禁令，制止强制实施忠诚宣誓，并要求法院裁定该忠诚宣誓违反该州宪法与联邦宪法。法院受理后，迅速作出驳回原告诉讼请求的判决，理由是原、被告双方都承认原告确认拒绝签署忠诚誓言，也都承认原告并未因为拒绝签署忠诚誓言而被解雇，但却认为学校因为巴巴拉拒签忠诚书而停发其工资是合法的。作为原告的代理律师摩根，认为法院的判决是错误的，于是他又向亚利桑那州最高法院上诉，法院再一次驳回。摩根仍支持巴巴拉继续向联邦最高法院上诉。联邦最高法院于1964年6月，将该案发回亚

利桑那州最高法院再审。该法院再次驳回巴巴拉的诉讼请求。面对三次的败诉，摩根并不气馁，继续上诉，他认为“除了给拒绝签署忠诚宣誓的人扣上赤色分子的帽子进行政治迫害之外，亚利桑那州不会从忠诚宣誓中得到什么收获，而且，这一法案实际上剥夺了拒绝签署宣誓者的申辩机会，因而无疑违背了联邦宪法关于未经合法程序，公民权利不得被任意剥夺的基本精神。”1966年2月，联邦最高法院开庭审理此案，最后，原告胜诉。从这个案件我们看出，美国法院对宪政案件的受理和审理以及上诉、申诉的程序是非常广泛和宽松的，法院并没有用简单的不符合法律条件和不属于法院管辖范围而驳回原告的诉讼。在我国，类似案例如姓名重名被错误通缉案、城市空气污染案、罢工权案、错误使用国旗、国徽案、身高歧视案、性别歧视案、男女平等案、选举权案、升学平等案、教育权案、红头文件不合法审查案、国家政策失误案、计划生育案、税项不平等案、升职不平等案、党委失职案……等等，多如牛毛，但是，我国法院对这些宪政案件往往是不受理。这样就缺乏了提升自己政治角色的机会和舞台。由此可见，我国法院并没有“长臂主义”的受理案件的扩张意念，而采取“闭关自守”的理念把宪政案件拒之于门外，结果造成自己没有审理此类案件的能力和经验。长期以来，总是热衷于死板的法律条文来拒绝受理宪政案件，对比美国法院对这种类型案件受理的基本态度简直是天壤之别，落后数百年了！这样，最终结果往往是事不关己，高高挂起！造成人们对法院的期望值不断下降。一般而言，宪政诉讼的数量多少是标志着一个国家的行宪水平的高低和政治文明的发达程度；同时，也突出司法的独立性和在国家政治的

地位，足与行政、立法相抗衡。更进一步证明了法官人格的独立、政治超然和立场中立。我国法院之所以不愿意受理宪政诉讼案，除司法独立性弱外，还因为法官在主观态度方面和自身理论修养存在不足。我国法官的素质欠佳的现状形成原因是由国情决定的。尽管近年有较大的发展和提高，但仍存在一定的缺陷。理论上，从事审理宪政案件的法官，需要法理修养良好，甚至是某方面法律领域的权威，他们往往是著作等身，学富五车，德高望重，知识渊博，为人公道，且律师执业或法学教授经验极为丰富，给人一种庄重和信赖感。在西方，法官是属于立场中立的政治人物，属于贵族、绅士阶层，备受人们的尊重。从事宪政案件审判的法官，他们的年龄大都在50岁以上，社会履历丰富，对政治问题分析透彻，说理自成一体，且有能力创立了新的宪政原则。相比之下，我国法官没有这样的法学功底和历史条件，如果拿美国、英国、法国、德国、日本、澳大利亚等发达国家来对比，是不符合我国国情的。因为，我国现代法官制度是改革开放之后才慢慢建立起来的，对比西方国家数百年的法官制度，是无法比拟的。但是，随着我国政治体制的不断改革，宪政民主不断深入，各类宪政案件越来越多，如果不尽快建立符合我国宪政诉讼案件的法律制度，势必会危及国家政权的稳定发展。为此笔者建议，根据我国以往经济体制改革的成功历史经验，不妨先搞试点，以点带面，待成熟再逐步推广。基于国情和司法体制的现状，具体方法：1、全国人大常委会对宪法监督和诉讼作个宪法解释，为法院审理这类案件提供宪法依据；2、先在最高人民法院内设立宪政案件审判庭试点，实行一审终审制；3、最高人民法院对宪政诉讼案的

审判程序作规定；4、在全国法律界聘请五十名德高望重，学术卓越，著名的法学教授、律师、法官、仲裁员、检察官，作为我国首批宪政法官，实行终身制（或70岁才退休）；5、在试点成功后，再逐步扩展到个别省级高级法院（可跨越省份受理案件）。这样，一方面体现了我国政治体制改革已进入了民主行宪时代；另一方面，为解决政治体制改革所产生的问题提供了有力的司法救济，减轻社会的不稳定的压力。如果能依照此方案运作，相信在不久的将来，陈教授所提出的我国法院受理宪政案件难的问题会逐步解决的。

五、执行难

陈教授在文中分析时指出，执行难不是法律问题，而是政治问题，还认为“当一个国家整个的司法体制处在这么一种我审判、我执行的状态时，那是非常危险的。”他建议将判决书执行应设在司法行政机关中去，在司法部、司法厅或地方司法局中成立执行局，执行局设立一系列司法警察。这种做法是审、执分开，让法官腾出时间和精力，专门负责裁判工作。笔者赞成对审、执分开。在拙文《法官的天职与良知》一文中也讨论过执行难的问题，提出了将执行放在公安部门。尽管我们对执行工作放在具体的行政部门的意见不同，但与强调审、执分开是一致的。执行难，已不是一般的法律问题，而是政治问题，确实如此！难在哪里呢？恐怕任何人都会列举出其中的几十项理由！什么法制淡薄、人口多、经济落后、文化素质不高，以党代政、官官相护、地方主义保护、司法腐败……。值得肯定的是，近年来，最高人民法院为了解决执行难的问题作了许多新的改革措施，费了不少精力和行动。在法院系统广泛推行审、执内部分开，设立执行局，为各级法院执行工作提供有力的支持。但总体而言，

执行难问题仍没有根本好转。最近，笔者与某市一位执行庭官员讨论执行效率为何在设立了执行局后反而执行较以前还缓慢？他把多年执行工作经历的苦恼告知笔者。他说：“我每年手中大约150宗执行案，本庭有执行人员18人，而大民庭的法官有100多人，他们判的案件基本由我们18人来执行，人手确实不足，比例不相称。日久之后，执行人员压力不断增大，心理极为烦恼。每宗案件要合理安排时间，如果每宗平均3天，150宗排队也要450天！司法体制改革的主旋律是‘效率与公正’的平衡关系，要公正，得要先牺牲时间，讲程序公正，所以每宗案件都必须经透明的程序：立案一关、申报财产一关、核实财产一关、听证一关、变兑财产评估一关、公开拍卖一关（顺利的一次办妥，不顺利的数次都不一定卖出）。这些新执行程序是改革的产物，目的是执行程序上也防腐败，讲原则，把评估、查封财产与拍卖兑现财产分开，由不同的执行员负责不同的环节，结果是‘公正’多了，而重复劳动也多了几倍，一宗执行案件，原由一人办妥，只需要三天，而现在却由三个人按不同的分工环节进行执行，结果是每个人都必须重复看卷宗材料，熟悉案情和当事人，了解关键问题。这样，不知道何时才能执行完毕。当事人有意见也无办法，新规定是这样。”他还坦白说：“从自己角度而言，现在轻松多了，大家不争权，老是认为这工作属于哪个环节，互相推卸‘权力’给别人，这样效率肯定大不如前了。”另外，他还谈及执行过程的一些外围压力，地方人大、党、政、纪领导或上级领导时有通过批字条来过问执行案件，这是现在体制中无法解决的头痛的事情。当我问及应如何改革现行的执行制度转为科学、可行？他说“执行难，在

外国法院看来是笑话，我出访外国法院曾问法官如何处理执行难的问题时，外国法官听后极为不明白，因为他们不存在执行难问题，法庭已作判决，当事人就会自觉执行，不执行的该破产就破产，该判刑的判刑。看来问题在于国民对法官的判决不重视，当儿戏。现在有人提出将执行庭独立到法院以外，我认为不可行。因为执行过程中仍有许多由法院作出裁定，如变更主体、对拒绝执行的人实行司法拘留、产权证书过户等等，如果没有法院的即时裁定，根本无法执行的。这是我国法律规定长期形成的格局，不能在外面搞执行机构。我的思想是：1、由最高人民法院成立执行局，各省、市设分局，地区市设支局，实行象海关那样的垂直管理体制，人事、财政和权力相独立，是可以抗衡许多地方主义的影响，这样较为有效。2、可以由执行局出具书面委托书给胜诉方律师负责收回债权，由律师对执行局负责。这样也可以解决相当一部分案件，提高执行效率。因为，律师是专业人士，懂得如何处理财产的程序，同时，他是受行业道德约束，不会乱来，相反，更会慎重处理。破产清算组的律师工作证明，律师的角色对执行工作会更有好处的。”我认为这位执行官的现实分析是有道理的，也算道出目前执行难的真实原因的关键点。除他介绍的原因外，本人认为还有一些法院内部因素也不容忽视，这些因素也是造成执行难的“软原因”。1、法官的威信低。从上面的分析中可以看出，我国法官的素质和资历比外国法官差远的原因所在。说白一点，不执行法官判决书，就是当事人蔑视法官的权威和对法官的不尊重。因此，要让当事人自觉执行案件判决，提高法官的威信是当务之急。法官在审理案件和作出裁决时，必须慎重、谦虚和

认真听取双方的辩词，重视程序公正。作出判决时必须把理说透，把法律依据弄准，不能以权欺负任何一方当事人。一句话，法官作出判决时必须站在输了的一方想一想，是否已做到以理服人？如果连自己都说服不了的，最好重新考虑。另外，法官们应不断提高自己的法理水平和逻辑推理水平，重视宪法和政治学的研究，把法理应用到具体的案件中去，树立自己应有的权威。只有这样，才能让当事人服判，才能自觉履行判决书的内容，减少移交法院的执行案件数量。

2、法官应树立威严、廉洁的形象。现实中，确存有“吃完原告吃被告”的司法腐败现象，在这样的风气下，即使判决是正确的，被判输的一方也认为是胜诉一方靠“关系”搞成的，因此，在感情上，不服判，于是想方设法不断上诉、申诉，目的是拖延执行时间，造成执行难。由此可见，法官的不廉洁行为会客观上造成执行难。在外国，法官或与当事人或律师在一块娱乐是一种人格的耻辱，他们始终保持神秘感，少交朋友，过着“隐士”的生活。而在我国，有的法官以广交朋友为荣，校友、老乡观念特别重，以为朋友越多越好，其实是错误的。理论上，法官是一种神圣的职业，他的天职是服从法律和公正，所以，要求他始终保持中立角色和神秘角色，绝不能广交朋友，影响自己的威严形象。近年来，出事的法官大多数都是与广交“朋友”惹下的祸根有关。正因为这样，我国部分法官给人们的印象是不威严，太随便，随大流，更谈不上廉洁和人格高尚。为了改变这种不良现象，建议设立法官俱乐部来解决法官自身的问题，与社会人士保持适当的距离，提升自己的威严形象。

3、执行程序的法律规定不尽合理。相对地说，执行自然人的案件比法人案件容易一

些。法人案执行难归根于被执行的法定代表人可以不在场，允许委托代理人参与执行的法律制度造成的。本人认为这样的法律制度不尽合理。因为经被法院判决的债务人，在法理上是“罪人”，不是通常的民事责任人，如果不执行法院判决的人或法人，就构成犯罪；而一般债务人却根据法律，不会构成犯罪。可见，被法院判决后的债务人相当于刑事被告，刑事被告无权委托别人代他服刑，所以，民事判决案件的被执行人也无权委托任何人代理执行案件，只能由法定代表自己执行。修改这个制度对执行案件大有益处，一方面可以弄清法人的财产下落，另一方面可以给法定代表人身自由的限制，体现法律的权威性，敦促其尽快履行判决书的内容。一句话，就是将原来不执行案件的后果“执行成本低”转向“执行成本高”的方向来，有利于解决执行难的问题。

4、建立自然人破产制度。市场经济的特点是自然人也是市场主体，同样可以享受市场经济的各种权利资源、利益，根据权利与义务对等的原则，自然人也是市场经济的负面承担者。国外的经济发展表明，只有将自然人列入破产范畴，才能完善市场经济的机制，才能保护债权人和自然人的利益。我国大量自然人债务案件无法顺利执行，许多自然人以无钱可还，有命一条为由，来对抗法院的执行，法院由于没有法律依据将自然人宣布破产，所以无法对欠债的自然人给予惩罚。面对这样的情况，法院也无可奈何。这不利于社会主义市场经济的发展和社会的稳定，也不符合市场经济的发展规律。有理由相信，建立自然人破产制度将有利于解决执行难的问题。

5、法院的强制措施不如公安机关具有威慑力。理论上，拒绝执行法院的判决是一种严重罪行，理应受到严惩。现

实上，法院顶多抓十天八天，所以许多债务人都不要把法院的措施放在眼里。相反，人们对公安机关的措施感到恐惧，非常担心被公安机关抓获。原因很简单，法院执行不如公安人员强硬！因此，本人建议改革法院的执行手段，强化军事化，把凡是拒绝执行法院判决书的，不问理由，一律缉拿归案，让他们尝试到法律的严肃性。正因为法院执行的效果不大理想，所以，本人建议将执行环节交给公安局执行，就是这个道理，这是国情的需要。

6、法院的文书不够严肃、庄严。

我国法律的判决书的装订较为粗糙，缺乏严肃性，比不上国际、国内仲裁裁决书的装璜严肃。有的判决书所盖的印章歪歪斜斜，极为随便、马虎！我们认为，既要重视判决书内容又要重视判决书的形式，因此建议对判决书给予庄重的包装，有封面、有蜡印，在落款栏上，应由经办法官用毛笔签上大名、盖上法院大印和法院院长大印（四方印），以体现判决书的庄严性，使当事人有一个威严的感觉。以平常心而论，毕业文凭、学位证书的装璜优劣都体现出学子的自尊心和内心的认同感，越漂亮的证书越给人一种美的力量和庄重的感觉。总之，越严肃的文书越容易得到人们的信任和自觉执行！这是肯定的。

六、法曹意识潮统一难和出改善出路

法律是上层建筑，法律界是法律意识潮的推动者。从阶层来分类，法官、检察官、律师应属同一阶层法曹。因此，为了统一他们的职业准入条件和职业道德的同类趋向，各国法曹的准入条件基本相同，例如学历上要求法学专业毕业，具有学位，并经过一定的资格考试，在一定的法律部门工作过，接受的道德教育的时间为若干年，没有不良的记录。从事法官职业的要求比律师、检察官的要求更高，往往要求有从事十

多年律师职业或大学法学教授的履历，并没有任何投诉的记录，德高望重，法理水平高，是某一方面的法律理论的权威。年龄不低于40岁。可见，律师和大学法学教授是法官的摇篮。因此，国外的法官与律师和检察官三者的关系相当密切，经常角色互换。他们一般是通过自己的行会（协会）组织来参与国家的政治活动，例如，对政府的立法行为、国家政策等方面提出自己的立场和主张。这样的意识潮的互动关系，在西方已形成了上百年甚至有的上数百年的历史，这也就是当代西方国家法治秩序较为良好的历史原因。在我国，法曹三者关系一直不理想，长期存在互不卖帐，文人相轻，出现律师取证难、调查难、会见难、阅卷难，检察院或法院对律师采取不当手段时有发生，使三方合作缺乏应有的诚信基础，更谈不上意识的统一和互动。另外，法官、检察官和律师对参与国家政治决策和立法决策方面显然比西方同行有较大的差距，还没有表现出这一精英群体的职业特点，尚未形成一股政治力量和特有的文化品位。从过去的实践看来，尽管三者各自有自己的行会，但彼此之间学术交流、立场沟通、理论讨论、政治决策理念等等尚未有进入良性的循环和交往。依法治国，它的法文化的内在力量的发展、提升始终离不开法曹三者的互动关系，它对国家的政治、经济、军事、人权、民主、自由等等方面将起着重大的作用，是其他团体无法比拟的。现在，举国上下借十六大改革的东风，正在讨论如何进一步树立宪法的权威和在宪政的改革范围内如何稳步推行司法体制改革的大话题，我们应借助现在“司法三位一体”的统一考试制度和改革的大方向，法曹三者再没有理由不合作了，三方应本着求大同存小异的姿态，群策群

力，尽快进入良性的合作渠道。那么，法曹应如何合作？出路在哪里？笔者建议如下几点意见：1、法官、律师和检察官的协会部门共同组织“中国法曹论坛”，让三者的精英领袖就司法体制改革的方向发表决策性的建议，这样，有利于提升三者之间的互动关系，为构造法曹文化奠定了基础。2、各自行业协会建立发言人制度，与新闻界保持良好的沟通关系，不定时向社会发表有关对国家政治等议题的立场意见，形成一般政治力量和政治主张。3、共同建立行业优秀人才信息档案，为培养优秀法官提供基础条件。4、各自行业就司法体制改革提出详细的研究方案（草案），然后，召开法曹高峰会议，达成共识，共同向全国人大常委会提出改革方案，从而推动国家的政治体制改革。七、随想的余音 司法改革的范围实在太广，要讨论的问题也实在太多。在结束本文之前，忽然又随想到如下一系列的课题：司法区域的划分、法官精英制与高薪制、法官终身制、法官助理的比例搭配、法官教材的审定、司法资格统考、最高院收回省级法院的死刑复核权、法官异地从业、法官住宅封闭化、诉讼法受案范围扩大化、三审终审制和一审终制、法曹在政协的人数比例、法曹在人大的人数比例、法曹大学、法院收费、再审制度撤销、司法资源的浪费、法院与人大的关系、法学教育、法曹后备英才的培养机制、执行机构、强制执行法等等问题……。综上所述，笔者对陈瑞华教授提出的司法体制改革方方面面的意见，联想了很多。但是，由于司法体制改革涉及到政治体制改革的方方面面，因此，在这里呼吁我国法曹界以主人翁的姿态，广开言路，积极参与国家的政治活动，为政治体制改革献谋划策。当前最重要的任务是贯彻落实好宪

法，从现实的案件中，体现宪法精神的生命力，应用宪法思维，解放思想，把法律的公正、正义、公平和理性应用到办案中去。只有这样，我国司法体制改革将会取得伟大的成功，把我国建设成为富强、民主、自由的法治国家。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