

法曹的难题和出路(上) 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_483941.htm 法曹的难题和出路读陈瑞华教授《律师制度与司法改革》的随想 近日在《律师与法制》（2003年第一期）读了北京大学陈瑞华教授所写的《律师制度与司法改革（上）》一文，文中谈到法曹法官、检察官和律师三者存在的各种问题。既有批评，又有激励建议，可谓思路开阔，有的放矢，本人受益匪浅，感受良多。笔者与陈教授已是老相识，对他提出的司法改革的前沿观点尤为赞赏。陈教授在文中对我国司法体制和律师制度所存在的难题的分析，可谓入木三分，针砭时弊适中，十分中肯，对推动律师参与司法体制改革的热潮，具有积极的导向作用。司法体制改革是宪政改革的一个重要组成部分。理论上，任何上层建筑的改革绝不能超越现有的宪法规范之下的政治、经济、文化等方面的状况，尤其是不能超越国人的价值观、民主观、宪政观、人权观。否则，改革是无法进行的。司法体制改革，如同古代商鞅、王安石等人所推行的“变法运动”。我们不能片面地强调司法体制内存在的问题（内部），而忽视政治体制所存在其他问题（外部），必须认识到我国20多年来经济体制改革带来的政治体制格局。毫无疑问，现在的司法体制存在的问题与我国政治体制、经济体制所存在的问题有着内在的必然关系。因此，在讨论和研究司法体制改革的问题上，根据我国现行的政治体制和文化背景、价值理论等情况，寻找科学的和符合现实的“改良措施”，而绝不能全盘照搬西方的做法。至于律师与司法体制改革的关

系如何？笔者专门对“台湾律师与台湾宪政改革的关系”的课题进行系统的研究，发现台湾律师在台湾的司法体制改革和宪政改革发挥的作用大于任何政党，是一支不可代替的改革政治力量。然而，在我国大陆的司法体制改革中，律师们参与改革的热情欠佳，还没有造成一股政治力量。之所以没有形成政治力量，这并不是因为律师们缺乏才华和热情，而是缺乏政治的历史机遇。前几年，最高法院、最高检察院、公安部等推出的司法改革方案，在一定程度上，属于对旧的司法体制框架内的改良，仍处于分蛋糕，争权力的小范围运作对我国现行政治体制没有多大的影响。美其名顶多属工作方式的改良。它们提出的改革方案，也较少征求律师界的意见，显示了法曹间的矛盾和对立的局面是客观存在的。几方每天还在为调查权、会见权、阅卷权而斗争，合作的气氛尚未出现，看看“司法统一考试”以来的三者关系并不那么协调，足可分晓。基于这样的客观局面，律师界也从没有正式向立法部门和司法部门提交过对我国司法体制改革的立场声明和方案。相比外国或香港律师界的政治参与的热情就差远了。前段时间，香港大律师公会和香港律师会，对“香港基本法23条立法”的问题发表了严正立场，显示了律师界对立法、司法和行政政治力量颇为巨大的（但笔者不赞成他们声明的立场，只说明有一股政治力量而已）。陈教授在文中再次呼吁我们律师界应为权利而斗争，积极参与司法体制改革，笔者认为这是非常有意义的，是时候了！笔者现就司法体制改革的有关问题，结合陈教授提出的问题，谈谈自己的感受和对法曹合作的出路提出一些粗浅建议，请同仁指正。

一、二审开庭难与改革步骤 二审开庭难，这是法律的问题。现

行刑法、民诉法和行诉法都规定二审可开庭，也可不开庭。这是我国“二审终审”所设定的制度。笔者赞成陈教授的观点，二审案件应当开庭审理。现在民事案件、经济案件、行政案件二审开庭或调查相比多一些，但刑事案件的二审开庭或调查相对少一些。对死刑案件的二审开庭更少。当然，二审不开庭的原因还有许多，诸如上诉案件逐年增多，法官人手不足，司法资源缺乏等等。近年来，大家对死刑案件讨论比较多，最近有一批学者向全国人大呼吁废除死刑制度。坦白说，作为律师，谁不想展示自己的刑辩才华？由于法律限制，律师往往望案兴叹！基于法律的规定，加上案件众多，让法官们有了在二审不开庭的理由，于是对死刑案件的二审开庭的申请也“挡了回去”，律师无话可说。人命关天，如此了得？这样长期以来，造成了律师不能办理二审刑事案件，任凭多有本事的律师也不敢轻易接二审的刑事案件，尤其是死刑案件。律师无法为当事人申冤，加上办刑事案件风险压力大，使律师的正义感和热情彻底消磨了。老实说，律师所以不愿接二审刑事案件，是因为当事人和家属对律师期望实在太高了，希望律师是救星、是包青天！而基于法律的规定，如果收了当事人的费用，却办不到申冤和辩护，名誉将会扫地。因此，为避免风险，律师不愿接二审刑事案件。由此可见，律师担任二审刑事案件热情低和少的主要原因是法律的不合理规定和执业风险大，而不是律师的道德或正义感差造成的。我国要出现一批敢做敢为的刑辩律师、宪政律师，不修改诉讼法有关二审不开庭的规定，是绝不可能改变现状的。我国法官总体倾向仍是“重实体、轻程序”，没有把程序公正视为诉讼的重要价值来对待。此外，我国司法还存

在再审难、申诉难、国家赔偿难、执业难和司法腐败等问题，所有这些问题已损害了司法的公正形象，出现司法严重诚信危机！国人对司法机关丧失了信心，这并不是危言耸听！简单地以国家赔偿难为例吧。本人经办过几宗国家司法赔偿案，但无一例成功！理由非常简单，犯错的法院不愿意出具认错决定书。根据我国法律的规定，国家赔偿首先遇到是法律和司法解释不合理规定，规定要求所有赔偿案都必须先由有过错的法院或行政部门自己认定确有错误，应依法赔偿，才能启动国家赔偿程序。当事人怎么能找“冤家”认错呢？在一个极度自我保护的官本位主义的国度里，死不认错是信条。如果认错，不能保护到他们的利益，可见，什么国家赔偿都成为当事人只可期望而不可兑现的梦呓！没有认错决定，谁也无法启动赔偿程序！看看报章杂志，能顺利成功获得国家赔偿的有多少？他们往往付出的代价远远高于取回的代价！当然，法院也有苦衷，案件涉及的法官、检察官、公安人员太多了，如果真的认错，从感情上得罪了同事，甚至还会危及自身的利益。所以，本人怀疑我国推行的所谓“错案追究制”和国家赔偿制度的作用和意义！据了解，外国法官由于拥有特殊的地位，即使他们错了，也是对的，免于承担因判断而形成的错误的责任。对法官以外的错误造成当事人损失的赔偿可通过宪政诉讼程序给予救济，不存在特别的困难。上述提及问题关键也涉及我国政治体制的问题。本人认为，司法体制改革没有全国人大常委会的领导，下一步改革是难以进行的。为协调司法、行政和立法三者之间的关系，建议全国人大尽快成立“国家司法体制改革委员会”，把现有的司法体制和行政体制、中央与地方政府的体制纳入整体

的政治改革方案中去考虑。只有这样，才配合了我国政治体制改革的展开。当前，全国人大常委会可以先对二审不开庭制度的法律作修改或立法解释。否则，任何二审难问题的讨论都无任何意义。

二、法官回避难与法官的自律

陈教授在文中介绍有关现实案件申请回避难的问题十分典型，值得深议。这是关乎法官道德和自律的问题。法官回避本来是非常简单，因为法官回避的条件法律规定得比较清楚，本应不存在回避难的问题。恰恰相反，在所有的诉讼环节中，法官回避制度执行得最不理想。为什么呢？这涉及到法官的伦理道德问题。提出申请的人也难启齿，害怕得罪法官，遭受报复！被申请回避的法官也狼狈和尴尬。许多当事人和律师尽管对法官的不公正行为有意见，极少有人敢提出申请回避法官的。这也涉及到律师与法官的抽象关系，律师担心将来承办其他案件被法官刁难。本人经办过几宗案件，认为法官违反法律规定，符合法定申请回避的条件，于是提出申请，结果100%被驳回！而且，没有一个法院下过书面的决定，都是口头告知。令人不可思议的是，决定不给予回避的事项还是由被申请回避的法官自己代为宣布的！大家想一想，这个场合是多么尴尬和离谱！坦白说，谁也不愿意去申请法官回避。因为，从道德伦理而言，提出的人在感情上也觉得不好意思，而法官被人申请回避更是一件很没有“面子”、失体面的大事，对其尊严无疑有较大的伤害。但是如果在当事人明显不信任法官的前提下，法官又不知“廉耻”而不自行回避，在这样的情形下所作出的判决能让人信服吗？当事人肯定会启动上诉程序，报法官之“仇”，造成司法资源的大量浪费。可见，我国的法官回避制度值得重新检讨，尤其是法官自身

的道德修养问题值得审视。从另一角度而言，反映出法官的人格、风范和道德的基本修养是备受质疑的。难怪有的法官令人不敬佩、不欣赏和不尊重，恐怕与其这些品格修养有一定的关系。笔者曾读过英国大法官丹宁爵士介绍他自己主动申请回避的情况。当时，有一宗公共车辆收费案件，涉及到政党斗争，有的政党认为该公共车辆收费存在违法问题，价格偏低，案件指定由丹宁法官审理。而丹宁法官主动要求申请回避，理由是自己和家人都是该公共汽车低票价的得益者，具有利益冲突。后来，国会认为丹宁先生的人格和公正修养足以令英国国民信任，最终表决仍委任丹宁作为案件的主审法官。这就是法官的修养典范。从情理角度来说，如果作中间的裁判者一旦被一方提出申请回避，理应主动退出，以保全自己的中立公正的角色和人格。本人专门研究过被申请回避不成后的法官的行为特点，往往是以报复之心来刁难申请人，与申请人为敌，自然地，代理律师也逃不过此关，案件往往是以败诉结束。议论法官回避问题，不得不问及为何当事人要申请回避？凭什么理由回避？依法律规定，合议庭组成后应及时通知各方当事人。现实上，大多数的法院根本不告知当事人。当事人根本不知法官是谁？是何方人士？何校毕业？家属成员？更无法去了解法官是否与本案的背景有无关系。回避问题是案件监督的民主制度，法院理应将法官的个人档案公开，以便当事人及早了解是否属于申请回避的范围，化解悬念。值得提出的是，长期以来，许多法院的合议庭，以换汤不换药的方式对合议庭成员进行重新组合，由3人变5人，或换个审判长另行组成合议庭，这是常有的事情，也是不正常的事情，希望法官们不要再犯如此低级的错误了

。存在上述问题，或许是法官自身修养和道德境界的不足，严重地说，也属于一种腐败行为和不公正行为，希望各级法院重视此问题，正确摆正自己的人格位置，否则，让人们爱法官难矣！

三、上访难与改正措施

上访，顾名思义就是不服下级部门处理而向上级反映问题，寻求上级的支持，以解决问题。我国为此还制定信访条例，对有关信访和上访问题的处理作了明确的规定，各级政府也专门确立了信访办，负责有关群众上访的工作。司法上访，近年来呈上升的趋势。上访的方式、手段、时间可谓各有千秋。这样，反映出各地司法不公、枉法裁判和司法腐败等现象极为普遍。现实上，对待上访者的各级政府部门和公、检、法部门的做法大同小异。由于上访不是已立案件或依程序移交的案件，这样不管你有多大的冤情，他们就是采取“赶”字！从感情上，我们认为他们不妥当，但从程序而言，找不出他们的不是。这就是国情。依我看来，短期内也难以改变。“官官相护”并不是简单批评就可以改正的，这涉及到政治体制问题。国人长期深受历史文化的影晌，特别是前几年的《包青天》等电视剧的影响，脑海里老是想寻找古代“包青天”式的人物来为其伸张正义，于是不顾一切，想方设法上访，其精神境界已到了殉道、殉情的田地！甚至连生命也不在乎！笔者经常看到，有上访者在公、检、法三大部门的门口长跪不起，递申冤状，有的还手写血书，其惨状令人震惊，惨不忍目。所以，解决上访难问题，应从完善审判监督制度入手，建立新的救济制度，专门处理司法上访的问题，让“上访者”、“申冤者”有个说理的平台，避免影响社会安定。由于上访问题在短期内仍无法解决，为了让这一问题能得到妥善的解决，建

议取消两院的上访接待制度，统统改为监督审判制度，把上访问题归入监督审判范畴中去。最好是最高法院专门针对司法上访问题作个规定，让上访者有个递交文件的途径、窗口和回复结果。最重要的是，对上访人员所提出的问题应及时给予回复，不能置上访于不顾，否则，给社会稳定埋下了隐患！这也是法官勤政爱民的最重要表现。(未完待续) 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