

优秀论文:律师司法公权力的制衡者 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484521.htm 山东华林律师事务所 卜越 内容提要: 律师是干什么的? 国家为什么设立律师制度? 这是我国律师制度恢复以来一直在争论又一直没有解决好的问题。本文从权力制衡的意义上, 对我国律师在司法体系中应有的地位和作用作了新的阐释, 提出了“律师是司法公权力的制衡者”的命题, 并对如何实现律师制衡司法公权力的功能作了概括性的制度设计。在对律师重新定位的基础上, 对“律师”的定义也作了新的表述。 关键词: 律师 制衡 司法公权力 律师是干什么的? 国家为什么要设立律师制度? 在我国律师制度恢复20多年后的今天, 我们还在讨论这样的问题, 似乎有点奇怪。其实, 这是正常的, 也是必然的。律师制度是国家司法制度的组成部分。我国律师社会地位不高, 执业权利受限, 作用难以正常发挥, 这些都是司法制度不完善所造成的。目前, 我国的司法体制正酝酿变革。从理论上弄清上述问题, 对于健全、完善我国的司法体制, 搞好司法体制改革, 是大有裨益的。 一、从权力制衡的角度重新认识律师的性质、任务和作用 律师起源于司法活动。从古希腊雅典邦城帮国家的“雄辩家”和古罗马的“辩护士”的产生, 到罗马帝国时期律师制度的确立, 律师职业从一开始就是当时诉讼制度的产物, 律师制度从一开始的就是当时诉讼制度的一部分。但早期律师与现代西方国家的律师相比, 其性质仍有质的差别。罗马帝国时期律师的作用, 主要是为当事人提供诉讼中的法律服务, 以保证诉讼的顺利进行和最后裁

决的公正[1]。资产阶级革命开创了民主制度的新纪元。资产阶级思想启蒙运动和大革命产生了两项重要成果：一是权利至上，权利制约权力；二是在国家权力的设置上实行分权制衡。[2]在这两个方面，律师都起到了极为重要的作用。律师作为法律专家，为委托人提供法律帮助，使公民及社会组织能够运用法律武器保护自己的合法权益，使之免受不法侵害（包括公权力的侵害），以实现公民权利对国家权力的制约与平衡。将律师定位为独立的司法人员，在司法活动中以其独特的身份对司法公权力进行制衡。可见，在资本主义制度下，律师这一古老的职业已被赋予了全新的政治使命--作为一种独立的社会力量参与民主政治，制衡司法公权力。西方国家关于律师性质、任务、作用、权利等方面的规定都清楚表明了这一点。德国《律师法》规定：“律师是独立的司法人员”。加拿大《出庭律师与初级律师法》规定：“律师属司法辅助人员系列。”“每一个获准在最高法院担任初级律师的律师协会会员，均为加拿大自治领地的所有法院的官员。”日本和我国台湾省虽然没有在法律中明确规定律师是司法人员，但法学界普遍地把律师尊称为“在野法曹”。[3]所谓“法曹”，是指包括法官、检察官、律师在内的所有司法人员，[4]“在野法曹”即为民间的司法人员。西方各国普遍把维护基本人权、实现社会正义作为律师的使命。一般不允许律师兼职，以保证律师的独立和公正。[5]律师在司法活动中享有广泛的、普通公民所不具有的权利，“在某些方面，律师比公诉人或者检察官享有更广泛的权利。”[6]律师的地位与法官、检察官平等，大陆法系国家把法官、检察官和律师并称为“司法三柱”[7]。英美法系国家没有检察机关，无

论起诉还是辩护都是律师来进行的，法官也是从律师中产生，因此，律师是司法圈的基本成员。[8]总之，现代西方国家的律师，是司法体系中制衡司法公权力的一个独立的社会力量，律师所起的作用，是“分权制衡”理论在司法制度中的具体体现。律师以法律专家的身份，接受当事人委托，为当事人提供法律服务并获得相应的报酬，在此意义上，律师业也是一种社会服务行业（我国将律师服务定性为“代理性中介服务”[9]），律师也是一种中介服务人员。随着市场经济的发展和社会法治化的进步，律师的这种商业属性（或曰经济属性）得到了极大地拓展。律师，就是其政治属性和商业属性的统一体。但是，律师的商业属性是从属于其政治属性的。律师制度永远是国家司法制度的一部分。当国家司法制度不需要律师的时候，律师即使名存，也已实亡--真正意义上的律师已经不存在了，剩下的只能是法律服务者。我国律师制度恢复20多年来，律师业已得到了长足的发展。但律师的任务和作用却仍然停留在“维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施”上。对当事人提供法律帮助，同时也帮助法官正确实施法律?罗马帝国时期律师的作用就是这样的。我国现阶段律师的作用竟和罗马帝国时期律师的作用基本一致，这多少有点令我们心寒。当然，我们也知道，中国的民主与法治只能是一个渐进的过程，想一步就跨入高度民主与法治的社会，和想一步跨入共产主义一样，是不现实的。但是，在目前我国已有较好的民主与法治的基础，对于“权力制衡”上下已有较多的共识，司法不公、司法腐败的问题已非常突出而亟待解决的形势下，按照民主政治的要求，改革我国的司法制度，重新认识并界定律师的性质、任务和作用，

时机已经成熟。扩大权力制衡是建设民主政治、法治国家，解决司法不公、司法腐败问题的根本途径。制衡指制约与平衡。“宪政的最高原则是权力制衡”[11]。缺少制衡的权力必然导致腐败。权力制衡与权力监督既有联系又有区别。权力监督一般是事后监督，而权力制衡却体现在权力实施的各个环节；权力监督一般是对权力行使结果的评价与修正，而权力制衡则是对权力本身的限制。权力制衡包括两个方面：一是公权力的分权制衡，如国家立法、行政、司法权的分立及其权力内部的制衡；一是私权利对公权力的制衡，如公民通过民选制度、舆论监督等实现对公权力的制衡。公权力之间的制衡与监督是必须的，但其有着先天的缺陷。以审判权的权力监督为例，对审判权的权力监督包括党委的监督、人大的监督、检察机关的监督、上级法院对下级法院的监督、以及各法院内部的监督（如审判委员会对审判庭的监督、纪检机构对法官的监督），等等，监督机构之多，监督内容之全面，为世界绝无仅有。但这种监督体系并不能从根本上解决司法不公、司法腐败问题。权力之间监督必然存在以下问题：一是监督权也是一种权力，基于权力的一般属性，监督权力的权力也容易被滥用，也需要被监督。但监督权不可能无限制地累加，监督的链条总有中断的地方，因此，权力监督体系必定是不完备的。二是权力对权力的监督缺乏内在动力-与监督者的个人利益无直接关系。监督权的行使在很大程度上取决于行使监督权的个人的素质。但现实中，监督机构中的“黑脸包公”并不多见。多数情况下，监督权行使是消极的、被动的。三是权力对权力的监督总是少数对多数的监督。即便监督机构尽职尽责，开足马力，最多也只能抓抓“

典型”，不可能实现全面、全方位、全过程的监督。而私权利对公权力的制衡与监督，则能有效弥补权力之间制衡与监督的缺陷。公权产生于私权，公民权是国家权力之本，私权力制衡与监督公权力天经地义。公民有维护自身权利、避免和遏制公权力侵害的原动力。公众对当权者的监督是多数人对少数人的监督。因此，只有充分发挥公权力的分权制衡和私权力对公权力的制衡两方面的作用，才能真正实现对公权力的有效制衡，宪政体制才能真正得以实现。司法活动是严格按照法定程序运用法律规范审判案件的活动。普通公民虽然从理论上说对司法公权力的行使有监督权，但因其缺乏相关的法律知识、经验，因而监督的能力是很弱的，多数情况下只能喊冤，而说不出所以然来。能够帮助和代表私权利制衡与监督司法公权力非律师莫属。律师是职业的法律专家，与行使司法公权力的公职人员有着相当的法律学识、经验，对司法公职人员任何违反、偏离法律规范的行为，都有能力发现并指出；律师通常是接受当事人的委托，收取当事人的费用，才参加到司法活动之中，因而其履行制衡与监督司法公权力的职责并不乏原动力；律师是独立的法律工作者，不受任何国家机关、社会组织和个人的干预；律师有自己的行为规范、行业组织和纪律，其制衡与监督司法公权力的行为并非任意性行为；当然，更重要的，律师制衡司法公权力还需要有国家的授权，还需要从制度上、程序上保证律师参加司法活动时能够行使对司法公权力的制衡权。

二、律师制衡司法公权力的主要制度设计

在解决了关于律师定位的认识问题之后，还需要设计一整套完善的制度，才能使律师制衡司法公权力的功能得以实现。这涉及到司法体制的变革，应当

通盘考虑，统筹设计，由法律作出规定。律师制衡司法公权力的制度设计是一件系统的、复杂的工作，本文只能择其要点，简述一二。（一）实行律师强制辩护制度 刑事案件的侦查、公诉、审判活动，是国家通过法定程序对犯罪分子施以刑罚的活动。在刑事案件的司法活动中，犯罪嫌疑人、被告人是被动参与的，面对强大的国家权力，其依靠自己的力量保护其合法权益的能力是非常微弱的。任何司法不公，包括司法人员的非故意的过失，都可能对犯罪嫌疑人、被告人的合法权益造成严重侵害。为了平衡司法公权力与犯罪嫌疑人、被告人的私权利，尽量避免犯罪嫌疑人、被告人的合法权益遭受不法侵害，西方国家一般对刑事案件实行律师强制辩护制度（其中有的国家如日本，规定对可能被判处三年以上有期徒刑的案件实行律师强制辩护）[10]。应当说，这样的制度与国家设立律师制度的本意是相吻合的。律师强制参与刑事案件的司法活动，是律师履行制衡司法公权力职能的一项义务。现阶段，我国实行律师强制辩护制度的条件已经成熟。据最高人民法院统计，2004年各级法院审结的一审刑事案件共644,248件[12]，按现有执业律师的数量计算，平均每个执业律师每年不足6件。从总量上说，律师已经有能力承担。具体的业务分配，可由地方律协实施。为节约法律资源，可只在刑事案件的审判活动中实行律师强制辩护制度。律师强制辩护的收费问题完全是个技术性问题。做个简单的设想：国家规定不同刑事案件律师强制辩护的收费标准，律师费用由被告人承担，被告人有能力支付而拒不支付的，由国家强制收取，确无能力支付的，由国家支付。也有人提出对一定的条件下（如一定的诉讼标的额以上）的民事案件实行律

师强制代理。笔者认为，民事案件主要是个公平问题。依据“私法自治”原则，公民、法人和其他组织对其民事权利有自治权。如果其自愿拒绝法律帮助，国家也不宜强制对其帮助。另外，民事案件的律师代理费用可能会比较高，强制代理也有强制摊派律师费用之嫌。行政案件原告具有启动诉讼程序的自主权，是否需要律师帮助也当由自己决定。对于因经济困难负不起律师代理费的人，可通过法律援助的途径帮助其诉讼。

（二）赋予律师足以制衡司法公权力的权利 为律师争取执业权利的文章很多，但多是在现有司法制度框架不变的前提下的呼吁。如果赋予律师制衡司法公权力的政治使命，律师的调查取证、在场、会见、阅卷等权利也是必须的，但仅仅这些还远远不够。笔者认为，律师制衡司法公权力最重要的权利是司法程序的异议权和对案件事实及适用法律的评说权。程序公正是实体公正的前提与基础，从总体上说，程序的不公正必然导致实体的不公正。律师制衡司法公权力，首先要从程序入手，以保证整个司法活动严格按照法律规定的程序进行。为此，就必须赋予律师在司法人员违反法定程序时（包括不当为而为和当为而不为）有提出异议的权利。当然，从理论上说，现在律师也有程序异议权。但实际上，由于律师的政治定位没有解决好，律师依法拥有的一些权利很难落到实处；律师的权利也很笼统，一般而言，律师只是当事人的代理人，对当事人提出的、或律师代当事人提出的启动某种程序的请求，或者对司法人员的某种程序性行为提出异议，司法人员可以、事实上也经常不予理睬。应当把当事人的权利与律师的权利区分开来，二者的权利当有所不同。因为当事人不一定掌握必要的法律知识，所以，尽管

当事人在诉讼活动中也有程序请求权和异议权，但除了法律规定的可提出复议、上诉的某些程序问题外，对当事人提出的程序性问题，司法人员给于一般性的答复即可。但对律师提出的程序性异议，（一般情况下，请求权属于当事人。当事人提出请求而司法人员不为的，律师可提出异议。）司法人员必须在一定的时间内予以答复；律师提出的书面异议，司法人员必须予以书面答复；律师对司法人员的答复不服的，均可按一定的程序提请复议或者提起上诉。这样，就实现了律师对司法程序的全过程监督，既有利于预防和阻止司法人员违反法定程序，也有利于及时发现司法程序的缺陷，不断完善司法程序。司法活动中，当事人实体权利义务的最终决定权由审判机关行使。司法不公、司法腐败最突出、最大量的问题，也是表现在审判结果上。律师维护基本人权，实现社会正义，也要落脚到公平、公正的审判结果上。现在律师在审判活动中的作用极为有限，刑事诉讼中律师的一些权利落不到实处，民事诉讼中，律师的地位和权利与当事人并无区别。在实体问题上，权力和权利的天平完全倾斜在法官一方。律师的意见起不起作用，完全取决于法官意愿。律师撰写代理词煞费苦心，洋洋洒洒数千言，法官只消在判决书写上“原（被）告主张……，本院不予采信”，一句话，就轻而易举地打发过去；甚至根本不予提及。双方的举证及庭审中的质证，双方的主张及其理由，法官尽可以自由裁剪。所以，很多看起来貌似公平、合理、合法的判决书，其实是法官自由裁剪的结果。律师的法律专业能力，在很多时候、很多情况下并不起很大作用。所以，律师巴结法官才大行其道，“找律师不如找法官”才大有市场。律师在实体问题

上制衡法官，其制度设计也很简单，只需赋予律师对案件事实和适用法律的评说权，并以法定程序使其落到实处即可。具体说，可作出这样的法律规定：律师凡参加审判活动，均应表明律师意见（而非当事人的意见）；其庭审中与庭审后的意见不一致的，以最后的意见为准。裁判文书必须逐一写明律师的意见及法官是否采纳，对于不采纳的意见必须写明不采纳的理由。虽然现在法院内部也有类似的要求，但很少能落到实处。必须将此作为法定的程序、格式，不按此办理者即为违法。法官或曰，这未免要求过高。事实上现在的一些法官也没有这样的水平。但是，不能以法官素质不高作为司法不公的正当理由。目前法官的素质确实参差不齐，提高法官素质确是实现司法公正的基础性要求-但这已是本文主题以外的话题。如果律师有了上述“特权”----从理论上分析，即便在现有司法制度框架内，也是合情合理的，也算不上“特权”----再加上调查取证、在场、会见、阅卷等起码的权利，司法体系中的一个独立的角色、也是制衡司法公权力的一个重要的力量已见雏形；律师在司法活动中的地位已和当事人有重大区别：当事人只是作为私权利的一个个体参加到司法活动之中，而律师则不仅作为当事人的代理人，而且更重要的，是代表一个职业、一种独立的社会力量，参加到司法活动之中，去履行制衡司法公权力的政治使命。律师职业，神圣而伟大。

三、关于律师的定义 律师的定位与定义，是内容与形式的关系。明确了律师在国家司法体系中的地位和作用，给律师以恰当定位后，回答什么是律师，即给“律师”下一个定义也就比较容易了。现行《律师法》中关于律师的定义：“本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，

为社会提供法律服务的执业人员。”显然是仅就律师的商业属性而言的，丝毫看不出律师的政治属性，看不出律师在国家司法体制中的地位和作用。该定义的表述也不甚规范。根据定义的一般规则，结合上述定义所表达的意思，该定义应当表述为：律师是依法取得执业证书的法律服务人员。这比“律师是国家法律工作者”还后退了一步，即律师由“法律工作者”变成了“法律服务者”。如果将律师定位于“司法公权力的制衡者”，关于律师的定义可表述为：律师是依法参加司法活动的独立法律工作者。“法律工作者”源于“律师是国家法律工作者”的定义，可视为是行使审判、检察、侦查职权的公职人员与律师的通称，“独立”即独立于司法公职人员。也可将律师的定义表述为：律师是独立的司法工作者[13]。这个定义更为直观，因而更有利于公众认识律师的本质属性。依此定义，现在的公职律师、公司律师、军队律师只能改称法律顾问??舍弃了独立性，就不能称其为律师了。国家司法体制改革已提出并准备多年，但至今尚未全面实施。希望国家在改革司法体制时，能够以权力制衡为着力点，将律师的作用及律师制度的改革通盘考虑进去，以从根本上解决司法不公、司法腐败问题。注释：[1]李峰、梁静、丁娟著《律师制度改革热点问题研究》，人民法院出版社2003年版，第11页。[2]同上，第12页。[3]陶髦、宋英辉、肖胜喜：《律师制度比较研究》，中国政法大学出版社1995年版，第28-29页。[4]李旺《加利福尼亚州法曹一元化简介》，载《司法改革论评（第一辑）》，中国法制出版社，2001年版。[5]马宏俊、芮秋华《我们还需要兼职律师吗？》，载《中国律师》2005年第7期。[6][美]罗伯特·戈登：《律

师独立论》，中国政法大学出版社1992年版，第13页。转引自李峰、梁静、丁娟著《律师制度改革热点问题研究》，人民法院出版社2003年版，第41页。[7]芦志锋《不穿法袍的法官--再论律师职业的性质和地位》，法律图书馆网，www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=821 [8]王晓东，《英国的律师与法官》，《人民法院报》2004年5月21日。牛琳娜，《美国律师掠影》，《人民法院报》2002年1月10日。[9]国家发展计划委、经贸委、财政部、监察部、审计署、国务院纠风办《中介服务收费管理办法》（计价格[1999]2255号）。[10]江平《公权力如何具公信力》，载《财经》杂志2003年第12期。[11]林毅《我国指定辩护制度对强制辩护的选择》，中国法院网，发布时间：2004年11月30日。[12]肖扬，《最高人民法院工作报告--2005年3月9日在第十届全国人民代表大会第三次会议上》，最高人民法院网，www.court.gov.cn/work/200503180013.htm [13]李原生、刘彦平《国家为什么要设立律师制度？》，载《中国律师》2005年第7期。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