

律师为何惧怕打官司--研究法官决策机制的意义 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E4\\_B8\\_BA\\_E4\\_c122\\_485321.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E4_B8_BA_E4_c122_485321.htm) 现在律师都普遍感觉到官司难打。几年前我参加一个全国律师论坛，北大贺卫方老师问我，你现在在忙什么？我说主要做非诉业务，尽量不打官司，少打官司。他问为什么？我说现在官司越来越难打。他说连你这样的老法官都怕打官司，那么中国就没有人不怕打官司了。我说，中国律师不可能不怕打官司。为什么？因为国家所有关于律师的制度安排不能够跟公检法机关抗衡，律师对诉讼有恐惧感。如果说当事人厌诉还可以理解，律师也厌诉甚至恐诉无论如何也是一件让人不能不忧虑，也应当引起全社会高度关注的事情。而在一个已确立法治为治国安邦方略和民众福祉典章的国度，没有比这更令人担忧的事情了。“我宁愿为企业和个人提供法律咨询和其他非诉的法律服务，也不愿意去代理官司。”石家庄一位执业近十几年的资深律师叹息自己的执业选择。这样的话语现在在律师圈内已经耳熟能详了。律师不愿意打官司，那和医生不愿意做手术有什么不同？真正的病人能够得到救治吗？那些权利受侵害的公民能够通过法律得到救济吗？然而，事实就是这样：越来越多的律师不愿意打官司；越来越多的律师发誓不再打官司；越来越多的律师以做非诉业务为荣；越来越多的年轻律师选择了非诉业务；越来越多的资深律师也纷纷逃离诉讼领域！据资料显示，目前全国法院每年审结的刑事案件没有辩护人的达到70%以上。笔者曾为此调查过几个县法院，一个是经济发达的某市某区法院没有辩护人的刑事案件

为48%，四个中等经济发展水平的县法院，没有辩护人的刑事案件分别为66%、69%、71%、74%，一个贫困地区县法院，没有辩护人的刑事案件竟达93%，以上平均达70.2%。以上数据所揭示的问题纵然有种种其他原因，但从一个侧面反映了诉讼领域律师的执业生态。这是为什么？这一扭曲的现状带给我们的又是什么？以上现状首先危及律师业自身的存在与发展。律师的首要职责是保障公民权利。如果公民权利不能通过律师得到保障，并成为一种社会现象，那么公民就没有理由信任律师，这种信任的缺失不是针对某个律师，而是整个律师行业，其结果就是人们即使权利受到侵害，也不会再聘请律师。谁都不否认律师有其独立的价值。1990年第8届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》中明确指出，“鉴于律师专业组织在维护职业标准和道德，在保护其成员免受迫害和不公正限制和侵犯权利，在向一切需要他们的人提供法律服务以及在与政府和其它机构合作进一步推进正义和公正利益的目标等方面起到极为重要作用”。日本《律师法》第1条规定：“律师以维护基本人权，实现社会正义为使命。”德国《律师法》认为，“律师为司法独立的人员”。我国台湾地区《律师法》第1条第1项规定：“律师以保障人权、实现社会正义及促进民主法治为使命”。而我国对律师的界定与以上法治国家的概念有很大差别。作为我国律师法律制度确定的基石，《中华人民共和国律师法》第2条明确规定：“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。”《律师法》同时明确了我国律师的职业使命：“维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施”。这种种规定都昭示了律

师的使命，也是律师价值的体现，律师在保证司法公正和人权保障方面有着不可取代的特殊价值，这种价值不止是技术层面的，而且更是政治意义上的，即它是影响国家权力和政治权力格局的重要力量的一支。律师作为一支相对独立的职业群体，将在很大程度上制衡权力，并且最大限度地减少和防止权力对公民及法人组织的侵害。律师通过执业活动监督公共权力，保障基本人权，保护公民合法权益，不仅是可能的，而且是现实的，这是律师作用的应然状态。但综观我国目前的律师执业现状，律师连官司都不想打不敢打了，律师的价值怎么体现？律师话语权的缺失，律师不能够真正参与司法产品的形成过程，必然使本来设计的制衡体系得不到实现，司法正义的实现和公民权利的保障就无从谈起。陈兴良教授说过：“现在律师对诉讼业务视若未睹，以不从事诉讼业务为荣，这样的倾向，不仅仅是律师选择问题，也从侧面反映了我国法制环境问题。”陈兴良教授的话语揭示了律师不愿意打官司的一个原因--我国的法制环境问题。2002年，武汉中院13名法官和44名律师涉案，被当做司法系统典型的“腐败窝案”而震惊中国司法界；2006年6月至10月，深圳中级人民法院先后有5名法官被中纪委、最高检“双规”或逮捕，其中包括1名副院长、3名庭长、1名已退休的老法官，卷入调查的法官、律师多达数十人，调查还在逐渐向基层法院渗透。目前，深圳市中级法院已有20多名法官、8名律师被调查，另有几名律师“出国”，调查面在不断扩大，并涉及深圳基层法院法官。2006年11月9日，北京市第二中级人民法院依法对湖南省高级人民法院原院长吴振汉受贿一案作为一审宣判，以受贿罪判处吴振汉死刑，缓期二年执行……没必要再

统计这些新闻数字，法官腐败显然已不是个例，而日益成为集体性事件，我国法院已经成为腐败领域中的重灾区。如此以来，司法公正如何保证？司法腐败给律师执业带来了困境，很多律师成为了权力的承租者，仰人鼻息，看脸色行事，拉拢司法人员或执法人员，法律正义让位于生存需求，为当事人提供法律服务蜕变成给当事人提供关系服务，面对当事人不是介绍自己的法律素养而是炫耀绍自己与法、检的关系如何如何等等。这不仅进一步恶化了民众对于律师的职业印象，而且反过来又助长了司法腐败。有些律师不愿做权力承租者，他们无力反抗，于是选择了逃避，不承接诉讼业务而专攻非诉业务。这种逃避一方面是因为律师执业环境的恶化，另一方面是由于律师对法官决策过程的不了解。从这两点看，宏观上律师执业环境的改善，非一朝一夕能够完成，而且这种改善也不可能从天而降，只需静心等待便会出现。律师群体必须主动地面对现实、迎接挑战，积极地投入到自己所追求的事业中，主动了解法官决策的机理，与法官共同生产出有利于服务当事人的司法产品，这样才有可能改变我们现存的恶劣执业环境，这也正是我们律师的价值所在。基于此，对于律师而言，更值得探究的是：法官通过什么样的方式来对案件作出决策？--对于事实是怎么认定的？法律是如何适用的？法官在决策时抱以一种什么样的心理？法官决策中的思维有何特性？哪些因素会对法官决策产生影响？最终如何作出一个判决？律师应当如何正当地去影响法官？如果一个律师对对法官决策流程中的因素与种种问题不了解，那么就容易产生莫名的恐慌与不安全感，在这种非理性的情绪驱使之下，律师逃避诉讼远离法庭就更在所难免了。不过，

当前绝大部分律师对于法院运行机制与法官决策不了解，这也不能完全归咎于某个律师自身，整个律师职业的现状、我国现行司法体制是其肇始原因。与西方国家法官从律师选拔的体制不同，中国并不存在类似的体制与渠道。像笔者这样有过“先后在四级法院任职过、先做法官再做律师”之经历的人，在律师群中毕竟属于少数派，同样在法官群体中也不多。正是有着这种特殊的经历，使笔者在考虑有关我国法官制度、司法制度及律师职业现状等类似问题的时候，能够获得更多的立场和视角。而有关法官决策的研究意识和动力正是基于笔者上述经历及基于此的换位性思考而产生的。怎样进行关于法官决策的论述，这是一个根本性问题。学界关于司法制度改革的研究已经有一些规模，但多是从法院机构和司法建制的角度进行的分析，从以法官个体决策为主轴来分析司法产品生产流程的各个环节及相关因素来分析此问题还较少见，本书将在这个方面做些努力。当然，法官决策作为一种司法活动，有其运行的制度背景，也自有决策的组织体系、规则体系与价值体系。如果我们相信制度经济学理论，那么任何社会活动都发生于既定的制度框架之中，制度结构会对交易费用与激励机制产生影响，进而影响经济与政治行为。而关于社会制度与决策体制的研究，应以“方法论上的个人主义”为原则--“一种关于社会现象的理论首先应该由个体成员的认识和行为出发，并将对他的解释建立在这一基础之上，这些个体成员的行为产生了我们所要研究的对象”。因此，在法官决策的个体性的分析中，我们也可求得建设现代化法官决策体制的路径。如上所述，律师惧怕打官司，犬儒化逃离诉讼领域，一方面是由于执业环境的恶化，另一

方面则是对法官决策体制及过程的不甚了解；而全国范围内的法官腐败现象揭示给我们的，与其说是司法体制与法官决策体制已经出现顽疾，毋宁说它正以另一种非正式体制或“体制外的体制”在运行，或者更准确的说，法官决策体制正在两种制度的相互博弈中运行，一种是显性的正式的宪政体制，一种是隐性的非正式的江湖体制。就法官而言，江湖体制寄生于司法体制之内，暗自挥动其“看不见的手”，影响着司法权力的运行与由此而来的利益分配。在这种正式与非正式制度的博弈中，法官决策同时受此两种正式与非正式体制与利益力量之影响。可以说，一份法院判决不仅是法官依据显性规则裁判的结果，同时也是法官依据非正式隐性规则裁判的结果。而后者从来就不会明文写入判决的依据之中。法律的秩序是显性应然的秩序，而非正式规则体现和代表的是更为强大的隐蔽的秩序。不管我们愿不愿意。从以是否符合应然的标准要求，可以说，司法体制必然都存在不同程度的异化。而在某些特殊案件中，法官决策赖以存在的宪政体制被江湖规则逐渐架空，司法产品粗制滥造，社会的公正底线荡然无存，这也是律师惧怕诉讼、法官集体腐败、民众民怨沸腾的制度原因。法官决策体制有独立的组织体系、规则体系与价值体系，各种参与主体通过一系列的互动行为参与进来，各种法外的权力较量与利益博弈夹杂其中，正是在这种参与、较量与博弈中，我们找到了建设合理的法官决策体制的现实依据。法官决策中的各个参与主体既是加害者又成为受害者，社会的交易费用突然增加，社会整体利益受损无疑。交易费用决定了社会对一种制度的选择，因此我们可以相信，交易费用最小化的法官决策制度终有一天会完善起来

。基于以上考虑，并基于此独特的法官与律师的双重视角与经验积累，作者将分析法官决策流程的各个环节与种种因素，揭示法官决策的现实困境与改革方向，并提出建设我国合理科学的法官决策体制的一些思路，最后在案例研讨中分析律师之于法官决策的诉讼策略。（作者：钱卫清，大成律师事务所高级合伙人。本文是作者新书《法官决策论--影响司法过程的力量》一书的引言）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)