

律师当法官：司法改革的突破口 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_E5_BD_93_E6_c122_485490.htm

律职业考试由原来的“三国”鼎立改为天下一统是我国司法改革的一个重要突破。因为，第一，它使司法官员(法官检察官)的入门渠道由原来的组织人事部门直接选拔改为从统一司法考试通过者当中选任。因而它实际上突破了现行司法官员党政一体化的体制。在这个意义上说它是中国法治建设的成果。第二，这一举措虽然还不足以建构形成所谓的法律职业共同体，但起码为司法职业的统一奠定了基础。至少从理论上说，它将保证三种法律职业者有了统一的入口，从而使三者起点时作到法律知识背景上的共同。第三，这个转变对于律师来说意义可能更为重大：它实际上为各种司法职业之间的相互流动尤其是为律师担任法官提高律师地位提供了某种契机。由此产生的问题是：各种司法职业何以可以而且能够做到相互流动并趋于统一乃至形成所谓的法律共同体?在我国现有条件下由律师来担任法官是否可能，如果还不大可能的话，这个障碍又在哪里?又该如何克服?

一、律师当法官：法律共同体形成的根据

司法职业之所以独立与统一并不是法律职业者的一厢情愿而实是法律的内在特性使然，在这个基础上法律职业共同体的形成也属必然了。

1、根据之一：法律知识体系的统一性。法律作为一门独立的体系知识而与其他知识区分开来，这首先是人类社会分工及知识分化的必然结果。法律与人类文明是同样的古老，它一直被认为是世俗社会幸福最合理的安排，因而是人类理性之树上绽放的最美丽的花朵。法

学阶梯早就指出了法学的特性，法学是关于神和人的事物的知识是关于正义与不正义的科学。在最早的欧洲大学里，医学和法学就已成为两门最早独立的学科，这显然是对它们各自知识的自主性与独立性的最早承认。在西方的知识传统里，法学几乎一直是它的核心。罗马法历经几千年仍不朽更说明了法律的确是一种独立的、代表着最高理性的知识体系。而且随着社会发展的进一步复杂化，法学知识体系内分工更为细密，使法学更趋发达。这更进一步说明了法学知识在人类知识系统中的独立性。

2、根据之二：法律职业群体的共同性。而所有的从事法律职业的人员无论他们是律师、司法官员，还是学者，他们也都有着同质性的规定性。这是司法职业必然走向独立统一的第二个因素。他们都以追求公平与正义为己任。他们也都热爱平等、自由。而且，法律职业者们喜欢按部就班，讲究规范热爱秩序安宁胜于一切。他们也是法学知识的专有者与生产者。这个群体靠他们的知识与品格来赢得全社会的信赖与尊敬。他们是在法学知识全面支配下的法律家群体，法律成为统摄他们的灵魂，而法律在很大程度上也因为他们的实践而获得了真生命。他们因此也成为人类社会走向民主法治获得幸福的中流砥柱。在这方面表现最突出的是美国，在其他国家，权力之争由武装部队来解决，而在美国，权力之争由法学家组成的大军来解决。正因如此，美国学者埃尔曼认为，中国法制现代化的实现依赖于一个法律职业家群体的出现。这个卓尔不群的共同体正是基于他们共同的教育背景、共同的职业话语、共同的知识体系、共同的思维方式、共同的职业信仰而产生的。比如他们都受过严格的法科教育与法律思维训练，他们讲究事理逻辑，

倡导法言法语。他们喜欢用法律的眼光来看待世俗生活的一切。ThinklikealawYe，(像法律人那样去思考)也成为他们对一般民众的有效指引。又如他们都强调，法治的目的之一是为了捍卫权利因而权力必须分立并对之进行制约，因而必须实行正当程序、无罪推定，以及形式理性与司法自治诸如此类等等。基于这种同质性和司法一元化的理念，司法部门尤其是法院也获得了最大程度的独立。法官检察官和律师都被看成是法律的实施者。这三者尽管在具体职能分工上有所不同，但在根本目的和终极追求上是一致的。当然更重要的在于，他们分享着共同的知识和技术。

二、律师当法官：西方国家法曹选任机制的启示

正因为法律职业对社会有着如此大的重要性，各国无不严格限定进入这个共同体的资格条件，从而确保司法人员尤其是法官的素质。在日本，司法职业人员(称为法曹，也即法官、检察官和律师)的选拔制度是与行政官选拔制度分开的。而且他们还建立了法曹一元化的考试制度以统一选拔法曹的标准，要求欲从事司法职业的必须是从大学法科毕业并且参加由全国统一组织的司法官考试。最后，他们还实行统一的司法研修制度，对全国统一司法官考试合格者进行统一的司法培训。显然这么一套科学而严格的法曹精英选拔制度对日本这样一个后进型国家迅速实现法制现代化起了极大的促进作用。在美国，则必须是先获得其他专业学位而后从法学院毕业取得J．D学位，而后通过律师资格考试并取得州最高法院的许可才能从事律师职业。在英国，若要担任出庭律师必须毕业于伦敦四大律师学院而且通过英国法律教育委员会主持的律师资格考试。至于在法官任职条件方面，要求就更严格了，因为在西方人眼里，只有他才是世

俗事务的最高裁断者。司法是一个最终决断的过程，这种决断的正确作出当然应由法官独立超然的地位来保证。他那一身半人半神的服饰便是其在世俗社会里所享有的崇高权威与地位的最好注脚。毫无疑问，与他们的地位相称，对法官的任职要求当然也应是这个法律共同体的各种职业最高的。而且正如前述，在这个共同体内部，各种法律职业是可以相互流动的。因此，区别于一般的文职官员，法官更多的是被看作是法律共同体的一员而不列入行政序列当中，而律师则几乎成为全部法律职业和法律活动的渊源。典型的如英国和美国。律师因此也成为法官的摇篮。也正如我们所常见的那样，在西方社会，法官几乎完全是从成功的律师中选拔的，西方国家的法官多从律师中产生。有的国家如英美甚至直接规定，法官必须从优秀的资深律师中遴选产生。因为这样的法官已具备了资深律师的经验和智慧，他足以让台下的律师诚服。这既保证了司法公正的实现也使司法权威得以极大的树立并进一步使法治理念、法律思维深入人心，成为“国民牢固的成见”（马克思语）。可见，从律师中选拔法官既符合司法规律又与现代法治的要求合拍。同时，为确保法官独立、超然的地位，西方国家也伴之以优厚的职业保障机制，如高薪制、专职制、终身制。正因以上这些因素，法官职业成为备受社会尊敬与向往的职业，也多被法律家尤其是律师视为自己职业的最高与最终的归宿。

三、律师当法官：我国现存的障碍因素

我们刚实行的全国统一司法考试以及前不久的法官检察官换服饰都意味着我们对法律这种共同理性的承认。但是我国目前还远不具备实现上述所谓法律共同体内尤其是律师与法官间的自由流动的条件，主要存在以下制度、观念

和现实上的巨大障碍：1、体制上的障碍。这构成我国目前律师不能当法官的首要障碍因素。首先是法官、法院的官僚化、行政化色彩一时还无法消退。在现行体制下，法院属于地方党政机关的范畴，它的人事财政都在地方党政领导之下，对案件涉及的重大事项还必须事先向地方党委汇报。各级法院都定有相应的行政级别。法官之间也是同样如此，他们属于党管的国家干部序列，也定有相应的行政级别以享受相应的行政待遇，其兼有的党员身份当然使之更在党政的领导之下。一个法院内部的法官之间也有领导(如院长、副院长以及庭长)与一般干部之分。乃至我们无法想象，在现行体制之下，在一个普通法官之上会有多少领导。事实上正如贺卫方先生所指出的，司法决策是一个高度个人化的过程，每个法官对事实的认定和对法律的理解与信仰都是独立的。法官除了法律之外应没有别的主上。承认这种等级服从关系毋宁是说法官可以不对法律负责而对领导负责。行政等级服从关系显然是与司法本性与司法规律相悖的。因而在现有体制之下，法官应具有的所谓法律共同体的特征几乎荡然无存。其独立超然的地位更无从谈起。而在现行体制下，相对于属于体制之内而手握国家公权的法官，律师是属于体制之外的，他们只不过是法律为生计的无权无势的平民百姓。因而他们被形象的称为在野法曹。他们执业的权利受到种种限制而且得不到充分的保障更加大了二者的不平等。而且更重要的是，二者间存在的来源渠道、任职资格、生活经历、知识背景的巨大差异。首先是在来源渠道上。在我国，退伍军人是法官的摇篮。法官的来源主要是军转干部的安置，其并未受过系统严格的法律训练而且在具体安置时还要看其相应的行

政级别。而律师则不然。他们多受过正规的法律教育通过律考后加入到自由职业者的队伍中来。而在任职资格方面，尽管有了《法官法》但法官任职条件几乎仍没有限制，所谓的法官任职资格考试仅局限在系统内部，其含金量与全国律考无法相比，而且人事权不在法院而在地方党政领导手里，其进入往往可以罔顾《法官法》的规定，人大很难对之进行监督，实践中也从未听闻过有这样的先例。正因为这些因素，被称为是三盲院长的姚晓红虽然只有小学文化程度却仍然能进法院，而且做到了副院长。更令人吃惊的是，最近修改通过的《法官法》竟然仍坚持原来对院长的任职资格不加限制的立场，而只对其他所谓法院的领导职务的任职资格作出了须是通过统一司法考试的法律专门人才的要求。而国家对律师的执业资格却是严格有加，如受过法律教育通过律考而且在律所实习满一年经考核合格者才能获准执业，因而律师多是法律本科以上学历的科班生。正因如此，在现实生活中律师的整体素质远高于法官。这些使律师与法官的差别和分化更趋严重。这种法律职业间的不平等与封闭性显然使所谓的制度化交流渠道(如从律师中来选拔法官)无从谈起。在这样巨大的制度障碍面前，有志做法官的律师哪怕再优秀也遥不可及。

2、观念上的障碍。由于传统的官本位思想与人治意识的影响，法官检察官很难对律师有所谓的职业认同感。而正如前述的二者在生活经历与知识背景方面更是两个完全不同的世界。由此决定了二者毫无共同意识与共同思维可言。他们都倾向于视律师是唯利是图的商人，而自己大小也是个实权在握的“官”。而当事人对待律师的心态也是如此。他们更重视法官而不是律师，或者说是因为重视法官而重视律

师，而且他们不是依赖一种制度化抽象的法官，而是具体人格化的法官。市井中流传的打官司就是打关系，请律师不如请法官就是明证。而且在一般民众还存在一种对青天大老爷的依赖心理，在他们的心目中并无所谓司法最终解决的概念，他们仍习惯于把司法看成是党政机关领导之下的一个部门，因此凡事有领导最终做主而不是由司法(法律)最终解决。这当然也反映了长存我们国民心中挥之不去的人治思想。而更可怕的是，这种思想不仅没有因大规模的普法而得到消除，反而因当下较为严重的司法腐败而得到进一步加强，因为在这种情况下，公众对司法的不信任与失望很容易诱致其重走上依赖人治的故途，大规模的上访就是力证。在一般人心目中甚至还存在这样一种认识上的偏差，以为律师的职责首先是维护司法公正其次才是维护委托人利益。其实此种观点大谬不然。维护司法公正应是法官的职责所在，要求律师去维护司法公正实超出了律师的职责而混淆了律师与法官的两种不同职业的界限。因此，即使律师知道了控方未掌握的罪行他仍不能对之揭发否则有违律师的职业伦理。律师应是以维护民权为本。其立场应是有效对抗国家公权的滥用而最大程度捍卫市民权利，这已成为近代社会以来的共识。统一正是以承认而不是消灭一定适当的差别为前提的。而前述认识上的偏差显然也不利于司法的正确统一，毋宁说其要求的是司法的合一。

3、此外还有现实的因素。在现实条件下，法官的薪水并不较一般公务员更高反而普遍偏低。在一些财政困难的地方，法官的薪水、医疗费用不仅无法保证甚至连办案费用都要自己垫。很难想象，法官在为生计而操心的同时能为正义操好心?也正如贺卫方先所指出那样，贫困的法官其

崇高的地位又从何而来。而律师收入较法官高，因而生活更为优裕。而且受当前腐败现实因素的影响，司法官员在我们的社会里尚不具有《良好的形象和声誉。受这些因素影响，近年来出现了大量的法官(其中当然不乏极优秀者)辞职当律师的倒流现象。乃至人们不无戏谑的说到，“在我们这儿，法官是律师的摇篮”。这也正是我们让西方同行惊诧原因之所在。因此即使有了二者间制度化交流的渠道，律师是否愿改从更为清苦的职业有着很大的疑问。显然这些现实障碍的存在更拉大了法官、检察官与律师素质的差距因而有碍于我们司法水准的进一步提升。正因为上述障碍的存在，律师与法官两种职业在目前基本上还是互相隔绝乃至互相对立的。真要实现两种职业职位上的交流真可谓是关山重重。实行整合、统一司法考试显然有助于缩小二者的差异，因为它起码使双方在入门时有了共同的知识背景。而这一步看来已初步完成了。而且根据新修订的《法官法》，法官的人选今后要从通过国家司法统一考试获得资格的人员中优先选拔。这就更为律师充任法官提供了有利的契机，甚至似乎可以说是打开了大门。

四、律师当法官：司法改革的突破口

在我们看来，司法改革的重心在法院体制尤其是法官选拔体制的改革。司法改革的问题千头万绪而抓住了这个龙头，很多长期困扰人们的问题如法院人事制度改革、法官独立和所谓法院的地方化等问题都可以迎刃而解。因此当前我们应顺应司法考试改革这个有利的契机，并着力解决好如下问题以为在中国真正建立从优秀律师选拔法官的机制创造条件：1. 进一步充实完善统一司法考试制度。在考试内容上应侧重于法律基础知识与技能的考察，应有足够的覆盖面和一定的深度。

在参加考试资格上，考虑到我国法律教育的已有实力与世界各国通行的惯例最好能定在法律本科，从而确保有个较高的起点。

2．实行统一法律职业教育和职业培训制度。这些职业整合措施能使律师和法官在知识背景上的共同面得到进一步的增加和强化。因此应继续扩大现有的法律教育规模。同时也为防止法律职业教育设置的过多过滥，应由教育部统一核准，并取消现有一些院系的名不副实的法律专业设置，从而确保法律教育的质量。同时与统一考试相适应，也应实行统一的司法培训制度，即所谓同考同力。该培训也宜由司法部统一组织，最高人民法院、最高人民检察院和全国律师协会协同办理。在其他具体方面如师资力量上当当然也应考虑来源于上述单位的精英人士。

3．取消法官、法院所谓的行政级别，以去除其原有的行政化、官僚化色彩。当然为尽量减少震荡，对法官原有的一定级别可考虑保留一定的待遇。而在法院内部也应取消府、有的所谓领导与下属之分，所谓院长庭长只是负责相应的行政管理性的事务，其在案件的审理和判决上的意见与其他法官的意见一样并不具有当然的优先权。同时还应精简法官数量，实行法官助理制度。

4．取消对律师执业的种种不正当限制，扩大律师权限，大幅提升律师地位。实行律师的豁免制，保证律师的业务活动充分自由，提高律师的地位以实现兵与法官职业事实上的平等。

5．建立最高人民法院人事局统一负责法官的选拔任用与考核惩戒。法院的财政支出权应收归人大，而且人大应给予优先保证，并使法官的薪酬略高于公务员，从而使之足以维持体面的生活而不至下海当律师。

6．建立从优秀的资深律师中遴选法官的制度。这一点也应由最高人民法院人事局来统一负责

。在具体遴选上当然可根据律师资历深浅的不同来确定其就任法官职位层次的高低。7. 修改和完善相应的法律法规为司法改革和法律职业的统一提供法律支持。如是否可在宪法中加入相应的律师定位及司法统一方面的条款以确立最高法律保障。进一步修改《法官法》、《检察官法》的相应规定如将法院院长的任职资格也限定在法律本科以上。修改《律师法》使之由律师管制法成为律师的权利法。还应修改其他法律的相应规定，如删除《刑事诉讼法》中关于律师取证的不当限制规定和《刑法》中关于律师伪证罪等方面的条款。

8. 还有，由于该工程实已涉政治权力纳配置和司法功能的定位因而极具根本性与全局性。鉴于此，建议在全国人大常委会下设立国家司法改革委员会来统一对之进行组织决策与协调安排，这个委员会的委员当然应主要来自法律界如检察官、法官、律师、法学家的代表构成。又因该项改革还涉及组织人事的变动因此还应有党政机关此方面的代表以确保改革的顺利进行。但更值得表们注意和深思的是，前述巨大障碍的存在又何尝不是我们自古以来就只有发达的律学传统而无独立的法学知识传统长期沉淀的结果。其中观念知识的障碍似乎更是积重难返，撼之何易。因此更为艰巨的任务是，在这个殊途的进程中，我们还要实现所谓的知识转变(梁治平语)，这才是最为深刻最为宏大的历史变革，只有这样司法改革才不会流于形式，也才是治标也治本的。改换法官检察官的行头、统一全国司法考试这样的动作与之相比实在是显得太微不足道了。但是司法改革这个大事或许正是从这些看起来并不十分起眼的事情做起的，我们不应低估乃至至于放弃作这些微小改进的努力。因此我们当然是仍有理由

为此而欢呼的。虽然更值得我们欢呼的是，在这个司法走向统一的过程中一个强大的法律共同体的形成，因为这个强大的法律共同体不仅是推进法治的强大力量，而且其本身就是法治国家的中坚组成。文章出自《中国律师》2001年第11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