

钱卫清:距离就能产生“美”吗?! ----关于规范律师和法官关系的思考 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__E9_92_B1_E5_8D_AB_E6_B8_85__c122_485724.htm 近来, 随着一些地方法官和律师涉嫌贿赂案件的曝光, 规范法官与律师的关系引起广泛关注。在此背景下, 最高人民法院和司法部联合发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》。此后, 各地法院和司法行政机关各具特色的类似规定亦纷纷出台。综观这些规定, 最鲜明的特征就在于试图给律师和法官设置一道“隔离带”, 旨在防止律师与法官间的“勾兑”, 避免司法腐败, 维护司法公正。律师与法官之间必要的隔离从法治的理论和实践上都被证明是必须的, 但是不是只要在律师和法官间隔离出这样的距离, 就能防止司法腐败、就能产生司法公正之“美”呢? 答案显然是否定的。在一个法治社会, 律师与法官的关系是广泛而深刻的, 简单的隔离乃至有意的疏远甚至敌视(比如饱受律师与法官贿赂案件之苦的武汉中院不就规定法官在案件审理期间不得和律师握手、打招呼、寒暄致意么? 可谓防律师甚于防盗了), 对于建立理性而良性的法官与律师关系不仅于事无补, 对法治进程亦有百害而无一利。大张旗鼓地出台这些规定的积极意义是显而易见的, 也无疑有助于增强民众对于司法公正的信心, 但如何使这样规定不仅仅是政治上的“作秀”, 就不能仅满足于“头痛医头脚痛医脚”地就事论事, 而应该进行制度与伦理的整体考量, 应该在法治的视野中整体性地审视国家权力特别是审判权与公民权利----尤其是作为其代理人的律师的权利均衡。 一、我们更应该关注什么? ----是规范律师, 还是约束

法官到底是“律师带坏了法官”，还是“法官逼良为娼”？对此，我个人非常同意《中国律师》主编刘桂明先生在“央视论坛”中的见地：“从个案上讲，律师贿赂法官的源头往往在律师。从本质或全局上讲，则源头绝对在法官。”然而这又的确是个类似于“先有鸡还是先有蛋”式的问题（“央视论坛”讨论法官与律师间的贿赂问题时用的标题就是“先有鸡还是先有蛋”），是一个所谓“一千个人心中可以有一千个哈姆雷特”式的问题，也注定很难有一个权威的结论性意见能够得到各界的广泛认同。“当制度层面的考究陷于困境时，应该从价值层面予以考察”（马克思•韦伯语）。法治的精义就在于依法约束公共权力的运行，使公民的自由与权利免受国家公权力的非法侵犯，法治的重点在于对于国家权力的限制。跳出因果关系论，从法治的价值层面去思考这个问题，我们不难有一个明确的答案：法官兼具法律人与“官场”人或“政治”人的双重属性，依附的是官场，行使着国家的审判权。而律师则兼具法律人与“市场”人或“商业”人之特质，从属的是市场，是以私权利的代理人或辩护人的法律地位出现在法律事务中。法官凭什么能“逼良为娼”？那是因为法官的权力。权力的本质是恶的，权力的行使者也总有希望通过权力的行使寻求“租金”的本能。当权力不能受到有效制约时，必然产生腐败，特别当权力的行使者自身素质堪忧或是处于一种对金钱的迫切需要时（不幸的是中国目前的法官无论是素质还是经济状况都不尽如人意）。律师为什么要“带坏法官”？同样因为法官的权力。私权利总有实现利益最大化的欲望，因此希望通过支付少量的“租金”来实现正当或不正当的权利，从而获取最大限度的利益也就成

为私权利本能。作为私权利代言人的律师，当然也很难脱出这个这一特点。而作为“市场”人或“商业”人的律师，还有一个反复“博弈”获利的机会，所以本能地希望通过贿赂作为裁判者的法官，以求得更多的“博弈”机会(案源问题)以及在“博弈”中取得一种优势地位。值得注意的是，“官司一进门，双方都托人”所反映的恐怕不是至少有一方是想带坏法官，而是希望法官不要坏。可见，无论从什么角度出发，最终起决定作用的都是法官手中的权力----我们必须时刻对权力保持高度警惕。所以，我们当然要规范律师的投机行为，但更要紧的是约束法官，约束权力的行使----在这个问题上切不可有丝毫的含糊，切不可“各打五十大板”地将规范律师与约束法官二者置于同等地位，更不可本末倒置地视规范律师为头等要务。

二、隔离了律师与法官就万事大吉了吗？----对维护司法公正“隔离带”的系统思考为什么要隔离？是为了追求司法公正。司法独立与司法廉洁是保证司法公正的两大支柱。“隔离带”的作用就是使司法免受外来干扰，独立地依法作出裁决。律师与法官间的隔离，为的是防止二者间的“勾兑”，防止私权利以支付租金的方式影响审判权，即从防止司法腐败的层面维护司法公正。但这充其量只解决了防止部分司法腐败的问题。当前影响司法公正更为重要的体制性因素，是各种国家公权力对审判的干扰问题。质言之，仅关注“权钱交易”是不够的，必须花更大的气力去解决“权权交易”以及“以权代法”、“权大于法”的问题。毕竟，现实生活中私权利对作为公权力的审判权干扰是极其有限的，充其量只能“买通”，相对于其他更为强势的、可以迫使审判权服从其意志的公权力而言甚至可以说是微不

足道的。所以，构筑维护司法公正的“隔离带”应当是一项系统工程，不仅仅要在法官与律师和当事人之间设立隔离带，还需要在法官与其他可能影响法官公正裁判的因素间建立起有效的“隔离带”，解决因体制性弊端所致的司法不独立所产生的司法不公：-----法院与地方党委间的隔离带。这与党的领导绝不矛盾，法律是党和人民意志的集中体现，法院依法裁判就是接受党的领导。党的领导要体现在方针政策上，而不是对具体案件如何处理的批示上。-----法院与人大间的隔离带。法院依法独立行使审判权与接受人大及其常委会监督绝不矛盾。一切权力属于人民，不同的权力由不同的机关行使，这是现代民主法治的基础。现行宪法体制下，法院虽由人大产生并对其负责，但绝不意味着人大可以行使法院之上的司法裁判权。-----法院与政府间的隔离带。法院因为“端政府的碗”而不得不受制于行政权力是一种无奈，使得原本应监督行政权力的“政府边上的法院”沦为“政府里面的法院”。改革法院的经费来源机制值得关注。-----法院与检察机关间的隔离带。刑事诉讼中，如何体现“分工负责、互相监督、互相制约”而不是共同作为打击犯罪的“刀把子”，是实现法治与保障人权的要求，必须要适当隔离而不是“提前介入，共同办案”。案件诉讼与执行中，妥善处理监督与干扰的分寸，以避免检察权对审判权的不当干预。-----法院与民众及其代言人媒体间的隔离带。媒体素有“第四种权力”之称，而“民愤”又是影响裁判的传统因素。如何在民众知情权与表达权和独立权之间寻求一种均衡是维护司法公正的一个重要课题。这种隔离理应从规范权力的角度去考虑，而不能从限制媒体报道和民众评论的出发点去设置。

-----上下级法院间的隔离带。当前司法行政化的一个重要特征就是上下级法院的案件请示汇报制度，提前的“通气”使独立审判和二审终审流于形式，也从根本上损害了司法的独立与公正。

-----审判法官与院庭长及其他法官间的隔离带。虽然中国目前是“人民法院依法独立行使审判权”，但审判法官独立意志的裁判是审判独立不可或缺之意。现行中国法官素质和审判体制现状下，如何不断完善法官裁判的科学性是独立审判的一个重要内容。需要明确的是，必要的隔离绝不意味着法院不接受党的领导、人大的监督，绝不意味着法院与政府和检察机关站在对立面，绝不意味着法院可以拒绝舆论监督忽视群众意见，绝不意味着法院应该生活在真空中不受任何“地缘因素”影响，而是确保法院在依法独立行使审判权时不受干扰，维护社会的公平和正义。对于法院裁判的问题，可以依法定的救济途径予以救济。对于法官的违法裁判，可以依党纪国法予以惩处。

三、距离产生的都是“美”吗？

----对现行隔离制度的反思 当前关于律师与法官间的隔离制度，主要见于律师法、《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》、最高院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》以及各地法院与司法行政机关形形色色的相关规定中。这些规范主要包括三个方面：一是对代理律师与办案法官日常生活交往的规范，避免通过日常生活中的交往形成所谓的“利益共同体”。二是建立法官主要是律师的回避制度，包括法官、检察官在离任两年内不得担任诉讼代理人和辩护人，在离任二年后在其原任职法院代理案件、担任辩护人时也受到从业限制，以及限制律师在其配偶或近亲属任职的法院代理案件或担任辩护人。三是规范律

师与法官的工作接触制度，包括律师不得以利用与法官间的亲密关系揽案，法官不得为律师介绍案件，确立法官与律师不得单方接触原则，要求律师与法官共同遵守审理过程中有关保密、诉讼活动日程安排等纪律，倡导法官与律师共同遵守司法礼仪与相互尊重，等等。这些制度本身出发点是好的，但在这些制度的完善和实施过程中我们必须切实防止以下几个方面的错误倾向：其一，必须防止表面化的倾向。尤其要防止将影响司法公正的因素都归咎于司法腐败，甚至将律师作为影响司法公正的“替罪羊”的倾向，并以此掩饰更深层次的问题。必须认真面对影响司法公正的体制性因素，必须将司法腐败置于一个更广阔的视野中予以考察。其二，必须防止简单化的倾向。切不可以为将律师与法官隔离了就万事大吉了，律师与法官的隔离只是维护司法公正的一个方面，切不可以此替代系统性的制度建设。其三，必须防止庸俗化的倾向。“法官在案件审理期间不得和代理律师握手、谈笑、问候”，这样的规定符合我们这个社会的文化伦理吗？！“禁止法官和律师打麻将”、“禁止法官向律师借车”，这样的纪律当然是好的，可作为堂而皇之的文件颁布出来，总让人觉得有些不是味。其四，必须防止片面化倾向。律师与法官不是敌人，尤其在诉讼活动中，律师通过举证、提出法律意见，为法官公正裁判提供了基本素材。许多疑难复杂案件，仅在庭审中的交流往往是不够的，还需要律师与法官的反复探讨。简单的隔离，增加了诉讼成本，损害了律师权利，也直接损害了当事人权益，这就背离了提高司法效率、实现司法公正的基本价值取向。在这里，我特别要对于所谓的律师回避制度提出几点质疑：其一，对律师从业进行限制，

特别是由最高人民法院通过文件形式对律师从业进行限制合法甚至合宪吗？首先，律师的执业是公民职业选择的问题，是宪法和法律所赋予公民的自由和权利，而不再涉及国家权力的行使。如果说《律师法》对律师执业进行限制还情有可缘的话，最高法院又有什么权力超越国家法律在《律师法》要求之外额外对律师执业加以限制呢？这不仅仅是对律师权利的损害，还有违宪之嫌。其二，一些方法院不分青红皂白地一概要求离职的法官、检察官两年后也不得担任诉讼代理人和辩护人合理吗？！建立从业限制制度的核心，在于防止离任法官、检察官利用其在任职期间在相关城区相关领域形成的影响力形成一种从业优势产生一种影响公平执业、公正执法的可能性，其原理也是对于权力的限制。国家权力对于律师权利的限制也应该是有限度的，这种从业限制即使建立也应仅限于原权力所管辖的区域内。其三，律师因配偶在法院而受到从业限制的，在基层县、市往往使其失去了从业机会，而这些地方又往往是最需要律师提供法律服务的。这种规定的社会效果也是值得怀疑的。四、还有比隔离更好的办法吗？----对建构律师与法官关系的体制性思考 有比简单地将律师与法官隔离更好的办法吗？我们说：有!----那就是建立法院保障律师执业的有效制度、倡导法官与律师互相尊重的司法伦理。

1、建立法院保障律师执业的有效制度 “隔离”的目的，就是为了防止律师“勾兑”法官(也有说法官“勒索”律师的，但从目前的舆论上理解似乎以前者为目的更明确，其骨子里是否仍脱不了“法官作为人民权力的行使者主流总是好的嘛”而“律师则因为其自身地位的相对低下且具有追求经济利益的目的而更‘可疑’”这样一种崇尚权力而

蔑视权利的预设前提呢？)。那么，律师为什么想要去“勾兑”法官呢？我们说是为了取得“博弈”的优势和更多的“博弈”机会。接下来，我们就这个问题深入下去，从体制和制度上探讨为什么律师要通过“勾兑”法官而不是凭自身的业务素质这样一种有损自身人格与律师职业尊严的方式去取得优势和机会。律师“勾兑”法官(我们姑且用这种说法来表达律师与法官间的贿赂问题)说到底就是为了法官能采纳自己的代理主张或是辩护意见。那么是不是因为律师可能采取了不正当的方式，他的意见就一定是不对的？他所维护的权利就一定是不正当的呢？显然不能得出这样的结论。我们不能忽视的一种情况就是，在法官决定案件时，律师意见是否采纳甚至是否被写进判决书，目前尚没有明确而有约束力的规定或规则来有效规制；律师意见是否被采纳，并不完全取决于其意见是否符合案件事实，是否具有足够的法律依据，以及是否进行充分有效的说理，而在很大程度上取决于法官的认识甚至是好恶。这既限制了律师的地位和作用，也给法官的司法随意甚至滥用司法权力留下了制度性甚至体制性的漏洞。(在判决书和案情报告中不写双方或一方律师意见的情况时至今日仍不罕见，如果用这样的案情报告向不直接审判案件的审判委员会报告，则律师的意见根本不为最终裁判者所知晓。)正因为如此，有时律师“勾兑”法官，可能仅仅是希望法官能够准确地理解自己的意见，公正地对待自己的意见，而不是为了让法官偏袒自己的当事人。所以，防止律师“勾兑”法官以维护司法公正，仅有隔离以及不断的教育乃至加强监督都是不够的。更重要的是要从司法体制上确立律师应有之地位和权利(在法庭上的言辞豁免这一基本原则对中国律

师而言依然是可望不可及，以至于不得不因为在法庭上的言辞成为被告，更遑论因为刑事辩护触怒对手而无法避免遭枷锁加身的噩运)，从审判机制上保证律师的意见得以被听取，使律师合理的意见得以被采信。即使法官认为律师的意见没有道理，也应该使之在判决书中得到完整体现，而不能隐藏、“贪污”律师的意见。法官认为律师的意见没有道理，只是法官的看法，其他人可能并不这样认为；舆论的力量在某种程度上可以使法官在审判中不致曲意枉法。唯如此，才可能从根本上杜绝司法的随意化和律师“勾兑”法官，建立起良性与理性的律师与法官关系。

2、倡导法官与律师相互尊重的良性与理性伦理关系

中国特色法治背景下，律师与法官应该建立起一种什么样的关系呢？我以为律师与法官应该发自内心地相互尊重，而不是法官基于权力对律师的蔑视和律师基于专业、经济能力等对法官鄙视；律师与法官应该建立起价值追求上的同志式关系、在司法理念上的同学式关系、在司法活动中的同仁式关系而绝不是所谓“三陪”甚至N陪关系。

-----价值追求上的同志式关系：即社会主义法律体系内，作为“国家法曹”的法官和“在野法曹”的律师虽然社会分工与职责不同，但都是中国共产党领导下共同为追求民主法治而努力的重要力量，都担负着维护法律尊严与社会正义、保障人权的神圣职责。法官与律师绝不应彼此互相反感、漠视与有意轻视。对于破坏法治、侵犯人权的行为与事件绝不漠然视之，更不因某些不幸事件发生在对方身上而幸灾乐祸。要时刻牢记律师和法官是在建立社会主义法治国家的同一航船上，对方所处部位漏水同样会使自己所在的法治之舟颠覆。法治社会中的律师，作为私权利的代言人是

制约权力的重要因素，是理性的不同声音的代言人，是法治国家的基本保障。而作为国家中立、独立裁判者的法官则平等而中立地面对控辩双方及其他当事人。不仅分工负责、互相配合，同时相互监督、相互制约、相互促进，遵循着权力运行的客观规律，支撑着司法公正的宏伟大厦。 -----司法理念上的同学式关系：虽然律师与法官属于法律共同体的不同群体，但作为法律共同体的一员，理应有着共同的知识背景和司法理念。虽然律师与法官在诉讼活动特别是证据的提供与审查上，永远有一种对抗而促进的矛盾，但遵循共同的诉讼规则与证据标准则是双方的默契。律师与法官面对着同样的法治大环境，需要坚定同样坚定的法治信仰，需要学习同样广博的法律知识，需要以同样的法治思维面对纷繁复杂的现实社会。既应该是一个战壕里的战友，也应该是同一个学堂里的同窗。 -----司法活动中的同仁式关系：现代诉讼中，任何一件合格的司法产品----诉讼，无不需要律师与法官的共同参与，合作完成，二者应该是一种相互促进式的同仁关系。当然，律师和法官还有一个角色互换的问题。优秀法官当律师是当今中国律师与法官关系的一个特色，是改革过程中的一种过渡现象，而优秀的律师做法官无疑将成为我们未来的趋势，某种意义上那也是法治成熟的一个标志。建立符合法治要求和中国特色的律师与法官关系，规范律师与法官间的行为，努力防止司法腐败对司法公正的负面影响是极其重要的，这也是当前人民法院与司法行政机关出台相关规定的意义所在。但更重要的，是改革司法体制和审判机制，使律师的意见被关注、律师合理的意见被采纳有相应的有效制度为支撑，使律师不必通过贿赂法官即可使自己的诉讼意见实

现应有之价值，使当事人权利不必依靠法官的恩赐就可以堂堂正正地得以实现。同时，加大司法体制改革的力度、深度和广度，在人民法院与可能影响法院依法独立、中立行使审判权的各种因素间设立必要的“隔离带”，从司法独立与中立的层面维护司法公正。刘桂明先生曾以“是亲家还是冤家”为题探讨律师与法官的关系。我想说的是：律师与法官，不是“亲家”也不是“冤家”，他们更应该是同为法律人的“本家”。律师与法官，理应相互尊重，也必定能够友好相处，携手迎接中华民族光辉灿烂的法治阳光！（完）[作者简介]钱卫清，男，现为大成律师事务所高级合伙人，原北京德恒律师事务所（原中国律师事务中心）全球合伙人，国有企业改制部主任，系中国法学会会员，中华全国律师协会民事业务委员会委员。钱律师从事法院工作20多年，历经全国四级法院，审理过许多重大疑难民商事案件，多次参与最高人民法院司法解释的调研和制定。1999年起从事律师工作，承办过数百起诉讼案件，为代理人挽回或避免损失数十亿元。其中十多起案件，被作为经典案例编入最高人民法院公报和案例选编。目前主要从事重大民商事诉讼代理和企业改制、公司并购、企业产权重组等非诉法律服务。先后发表法学论文80余篇，出版个人专著《国有企业改制法律方法》、《公司诉讼》等八部，主办了“国有企业改制法律服务网”

（www.gqgz.net）。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