

优秀论文:法律解释与律师诉讼业务 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_484468.htm 诉讼业务是律师的传统业务，在律师业务中占有较大比重。能否办好诉讼业务，直接关系到委托人的切身利益；办好诉讼业务，也是实现律师自身价值，展示律师风采的重要途径。熟练掌握法律解释学知识，对于律师办好诉讼业务非常重要。法律解释学主要研究解释、适用法律的方法，它告诉我们怎样解释适用法律、怎样裁判案件的知识。律师只有学习、掌握好法律解释的科学方法，才能面对市场经济条件下，千变万化、纷纭复杂的社会关系所产生的各类棘手案件，游刃有余，从容应对。

一、法官裁判解释的权威性与律师裁判解释的局限性 法律解释，依解释者身份的不同可分为：立法解释、司法解释、裁判解释和学理解释 [1]。本文侧重研究的是与诉讼业务最密切相关的裁判解释。裁判解释是法官对其审理的案件，根据法律如何采信证据、认定事实和如何适用法律得出裁判结论所做的解释。是法官裁判案件的具体思路。具体表现形式是在判决书或者裁定书中载明。裁判案件的法官一是要对其查找到的准备用来裁判案件的具体法条的准确含义作出解释，二是要对适用该法条得出裁判结论的理由作出解释，这是法官的说理义务。现代法律解释学上有一个规律：法律不经解释不能适用。法律适用关键在于法律解释，法律解释不正确，最后必然导致法律适用不当。所以说，法律解释直接关系到法律适用的正确性，其意义是非常重大的。法官裁判案件，判决中适用法律的正确或者不正确，实际上最终体现为

对法律的解释是正确或者不正确 [2]。律师、检察官在办理具体诉讼案件中，也有类似的思维过程。他们为了实现法律赋予的职责，必须对案件如何作出裁判解释作超前研究，根据法律解释的科学方法对案件的裁判结果作出正确推断。也只有这样，才能准确评估法官的裁判解释是否正确。律师代理民事、行政案件，做刑事辩护工作（检察官出庭公诉），有两项任务：其一是研究如何正确适用法律裁判案件，从这个意义上说，律师具有维护法律的正确实施，帮助法官正确判案的作用。律师如果能够提出认定事实和适用法律的清晰、正确的思路，就能帮助法官公正、及时的裁判案件。律师的意见必须本着既对委托人负责，又对法律负责的精神，正确表述代理或辩护意见，才能被法官采纳，成为其裁判解释的内容。否则，狡辩终会被识破，对委托人无益，也有害于律师业务。其二是提出最有利于委托人利益的代理或辩护意见，最大限度地保护委托人的利益。此时是从律师实现自身职责的角度考虑问题。这里的代理意见、辩护意见是律师向法官提出的如何采信证据认定事实以及如何解释法律、适用法律裁判案件的理由和建议，即律师的裁判解释——这里不妨称为律师解释。事实上，代理（或辩护）案件的双方律师（或检察官），都在力图说服法官接受自己对本案的事实认定和法律适用的裁判解释，以取得有利于己方的诉讼结果。律师解释只有被法官接受成为法官的裁判解释，写进判决书、裁定书，才是有效的解释，才能实现预期目的。从这个意义上说，法官的裁判解释具有权威性，它是以法院的名义，以判决书或裁定书的形式向社会公众发布。该法律文书一旦生效，便以国家强制力要求全社会必须遵从。然而，这种权

威性又是相对的。法官的裁判解释必须是正确的，才能经得起时间的检验，否则有可能出现错案，而在上诉审、再审过程中，被上级法院或本法院撤销、改判。律师的裁判解释只有被法官接受，才能有效的发挥作用，因此说律师的裁判解释具有很大的局限性，然而这种局限性也是相对的，不是绝对的。律师的裁判解释如果是正确的，即使不被本审法官采纳，也可能在律师、当事人坚持不懈的努力中被上级法院采纳。此时更能显示出律师顽强的意志、准确的判断力、卓越的学识和业务技能。律师、检察官作为诉讼主体对案件裁判解释的形成有重要影响。正如山东大学陈金钊教授所说：“就参与审判的主体来说，虽然其直接的想法各异，但以法官、律师、检察官等组成的以法律为职业的群体参与审判应该有一个共同的目的——公正的解决纠纷。为达此目的，法官、检察官和律师等法律主体在审判过程中所发表的各种见解，虽然不一定完全一致，但它对审判规范（裁判解释）的形成却都起着重要作用。我们不能忽视审判过程中法官以外的其他法律主体对法官形成审判规范的重大影响。”[3] 日本学者谷口安平也指出：“‘法的空间’形成意味着由法的规范、法的解释以及从事这些‘法的生产’活动的法律家主体所构成，并能够连接国家和社会的另一种广义的‘法的空间’具有了实践性意义。在这个特殊的空间内按照特殊逻辑从事‘法的生产’活动的除了法官之外，最主要的主体就是律师。一方面，律师作为自由职业具有民间人士的身份和以委托人利益至上的职业伦理；另一方面又是能够以英国法哲学家哈特所说的‘内在观点’来看待法规范、法体系的法律专门家，位于广义的‘法的空间’之内。因此可以说律师是最

可能在立足于权利批评权力的立场上来进行法的思维并捍卫法律尊严的主体。”[4] 正是由于法官裁判解释的权威性和律师裁判解释的局限性特点的存在和现阶段我国法治状态的不尽理想，使得律师与法官的关系有些不正常现象，成为当前比较敏感的话题。正确认识法官裁判解释的权威性和律师裁判解释的局限性，律师应规范自身行为，崇尚司法正义，塑造律师职业群体良好形象。一是要努力提高自身的法学知识水平和业务技能，克服律师裁判解释的局限性，最大限度地将自己的裁判解释转化为法官的裁判解释而写入法院的裁判文书中；二是要正确处理律师与法官的关系，使法律人之间的关系平等、健康，而不使之庸俗化而有害于司法公正；三是当遇到不正常办案、枉法办案的法官时，不同流合污，坚持靠过硬的法律素质打赢官司，甚至不惜在上诉、申诉中取胜。有时我想，做一个合格的律师不容易，它不仅仅需要知识、能力上的较高水准，而且，还必须有顽强的意志，面对各种利益、诱惑而不迷失自己的定力；必须坚持既不遗余力的维护委托人的利益，又不折不扣的遵守国家法律和职业道德、执业纪律的原则不动摇。面对各种社会现象我们不得不作这样的思考：当律师的作为，对司法公正和社会正义起负面影响的时候，律师的存在，还有意义吗？所以，为了我们共同的精神家园，我们中华律师职业群体必须共同努力，才能撑起头顶一片晴朗的天空，才能使脚下的路越走越宽广。

二、律师应努力钻研，使自己成为裁判解释的专家 律师代理民事、行政案件，作刑事辩护，就是在诉讼中，提出有利于己方的事实证据和法律依据，对对方的证据和观点进行批驳，以取得有利于己方的诉讼效果。而这些内容正是法律

解释学研究的内容。所以，律师要想使自己有关案件的裁判解释的观点被法官采纳，成为有效的律师解释，就必须掌握好法律适用的科学方法，即法律解释学中关于裁判解释的方法，使自己的关于案件的裁判解释的观点（律师解释）更符合实际，更符合立法本意和法理依据。具有较强的裁判解释能力，也是律师诉讼业务的内在要求。在诉讼业务中，律师是以法律知识，专业技能为委托人提供法律服务，最大限度地保护委托人的合法权益。在参与诉讼的法律职业者中，法官是以国家赋予的审判权为背景，检察官也有法律赋予的公诉权、法律监督权为依托，只有律师手中没有国家赋予的权力，是法律平民。从这一点上说，律师是法律人中的弱势群体。律师要在法律职业群体中立足，就必须在法律知识水平上做强。有弱项就必须有强项，否则，就难以生存，与参与诉讼的其他有权的法律人之间地位平等，更是无从谈起。尤其是当前存在诸多影响司法公正的因素的情况下，相对于法官、检察官来说，律师应该更加注重提高自己的知识水平，使自己的法律知识，裁判解释能力在法律职业群体中处于领先地位，成为名符其实的法律之师。只有这样，才能登高望远，纵揽全局；才有律师生存的空间；才能较好完成诉讼业务中的代理、辩护任务。当前，司法状态的不尽理想，也要求律师必须业务过硬。古希腊思想家柏拉图曾说：“立法工作是很重要的事情，可是，如果在一个秩序良好的国家安置一个不称职的官吏去执行那些制定得很好的法律，那么这些法律的价值便被掠夺了，并使得荒谬的事情大大增多，而且最严重的政治破坏和恶行也会从中滋长”。〔5〕这位先哲的话告诉我们：司法活动对于社会秩序的影响是巨大的。在我

国，法官拥有对案件所适用法律以及确认法律事实的最终发言权，并以制作判决书的方式表现这种权力。但我国法院判决书无论是业内人士还是社会公众，都普遍认为存在着许多问题。其中，业内人士指责较多的是判决书说明理由部分太弱，以至于许多偏激者认为，法院的许多判决不讲道理，是一种“强盗式”判决。〔6〕最高人民法院民二庭长奚晓明2002年12月10日在全国民商事审判工作会议上的讲话谈到当前民商事裁判文书制作中存在以下问题：1、认定事实不说明理由；2、表述裁判理由不进行论证；3、文字体例繁简不当、条理不清；4、裁判文书格式用语不规范。〔7〕最高人民法院院长肖扬2003年3月11日在第十届全国人大第一次会议上所作的最高人民法院工作报告中指出：“人民法院工作离党和人民的要求还有相当的差距，一些长期存在的问题还没有得到根本解决。主要是：一些法官素质不高，不能胜任高度专业化的审判工作，办案水平低，超审限办案问题依然存在；少数法官违法违纪问题时有发生，有的法官甚至贪赃枉法；‘执行难’的问题仍未得到根本解决；案件审理时各种干扰仍比较严重。”〔8〕这说明我国司法领域存在的问题还比较严重。但随着司法改革和治理整顿的不断深入，法院系统的情况不断好转。正如梁慧星教授在其近作《裁判的方法》序言中所说：“正是中国内地法官裁判的这许多成功判决例和解释例，增强了作者对中国内地的法院终将走出地方保护主义、行政干预和吏治腐败的梦魇的信心，使作者对于中国终将实现真正的法治国的信念不致摇坠，并策励作者近10来穿梭往来奔走呼号于全国各地、各级法官培训班讲坛而几不为所疲。诗云：知我者谓我心忧，不知我者谓我何求？此

中用心岂可为外人道哉！”[9] 司法机关裁判案件越公正，律师的工作就越顺利一些，否则，司法机关裁判案件时受各种案外因素的干扰越严重，法官自身素质越低，司法就越不公正，律师的意见就不会得到尊重，律师的工作就越艰难。此时更加需要律师过硬的业务水平，才能抵抗不正常外力的作用，赢得最终胜诉。

三、应用法律解释学裁判案件的一般规律

现实社会纷繁复杂、气象万千，我国成文法法条抽象、简约，又加法律相对于飞速发展的社会形势的滞后性，要想正确无误的裁判好各类新案难案不是一件容易的事情。作为研究案件裁判规律，解释、适用法律的科学——法律解释学更是博大精深。笔者学习研究法律解释尚不深入，现谈些粗浅认识，抛砖引玉与诸位探讨。律师诉讼业务，分为民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼业务。这三种诉讼各有特点，这里先从民事诉讼说起。民法素称博大精深，现实社会民商事活动更是丰富多彩，所以，民事案件的法律适用更加复杂、深奥。民事案件的法律适用是我们应该重点研究的领域。对于一个具体案件，在查清案件事实之后，所面临的的就是适用法律问题，寻找可以用来裁判案件的法条。找法的结果有三种可能性：其一，能够找到可以适用本案的具体法律条文，则需要确定其适用范围，明确其内容意义，区分其构成要件与法律效果，从而说明适用该条裁判本案的理由，即对找到的法条进行解释。法律不经解释不能适用，对法条的解释方法分为：文义解释、体系解释、立法解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、目的解释、合宪性解释、比较法解释和社会学解释等方法，根据不同情况，采取合适的解释方法来裁判案件。这样的法律适用过程称为狭义的法律解释。举一个案

例：上海市徐汇区人民法院审理的王劲诉杨冶踢足球伤害赔偿案〔（1992）徐民初字第1735号民事案〕〔案情〕原告：王劲 法定代表人：王重光（系原告父亲） 被告：杨冶 法定代表人：杨培权（系被告父亲） 原、被告原是南洋中学高二

（3）班同学。1992年3月12日，在学校上早锻炼课时，双方均参加足球活动，原告为一方守门员，被告为对方球员，被告在射门时，足球击中原告右眼。经送医院诊断为右眼挫伤性房积血，前后治疗共用去医疗费629.91元，原告父母来沪护理原告用去交通费46.30元，误工费704.90元。原告受伤后该学期未再上课，故留了一级继续读高二。1992年11月原告诉至法院，要求赔偿医药费、误工费1421元及误学费2000元。〔审判〕法院在判决书中写到：“本院认为，双方在早锻炼上踢足球，原告为守门员，被告射门时球击中原告右眼，对造成伤害，双方均无过错，根据原告伤情及实际经济损失，依公平原则，被告依法应给予原告一定经济补偿。原告要求被告补偿今后损失2000元，无法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国民法通则》第132条规定（当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由事人分担民事责任）判决：被告补偿原告医药费、营养费、护理费等681.51元，鉴定费80元由原告负担；本案受理费146.80元，由原告负担114.42元，被告负担32.38元。”〔10〕 本案审理过程中，法官找到了《民法通则》第132条作为判决本案的法律依据，在判决书中写到“本院认为，……”的裁判理由，做出判决，这就是法官的裁判解释。本案法官采用的是文义解释方法。对找到的法条《民法通则》第132条的字面含义进行解释，并且与本案的案情相比较，认为本案的案情恰好符合该条法

律规定的内容，因此适用该条判决了本案。其二，没有找到可以适用于本案的法律规定，即出现了法律漏洞。民法理论有一个原则即法官不得以法律没有规定为由拒绝裁判。没有法律规定又不能不判，这就给法官（律师）出了难题。出现法律漏洞根据法律解释理论，应该由法官选择一种法律漏洞的补充方法来填补法律漏洞裁判案件，而绝不能简单的用“原告的诉讼请求于法无据”的理由一概予以驳回。根据法律解释理论，法律漏洞的补充方法主要有：依习惯补充法律漏洞、类推适用、目的性扩张、目的性限缩、反对解释、比较法方法、直接适用诚实信用原则和法官直接创设规则等方法来裁判案件，补充法律漏洞。现举一个法官直接创设规则补充法律漏洞的案例：20世纪90年代初，北京国贸中心的售货员无端怀疑两名女性消费者偷了商场的商品，对两个消费者限制人身自由和搜身，最后证明两个消费者无辜的。于是，两个消费者起诉国贸中心，追究其侵权责任。该案经调解结案。作家吴祖光发表了一篇题为：“高档次的事业要有高素质的员工”的文章批评商场侵犯消费者权益的行为。北京国贸中心向北京朝阳区法院起诉吴祖光侵犯了国贸中心的名誉权。吴祖光发表文章批评国贸中心侵犯消费者权益的行为是否构成侵权，法官没有找到法律规定，属于法律漏洞。北京市朝阳区法院在判决书中写道：本院认为，正当的舆论监督应受法律保护。本案被告吴祖光在报刊上发表题为“高档次的事业要有高素质的员工”的文章，批评原告国贸中心侵犯消费者合法权益的行为，属于正当的舆论监督。因此，判决吴祖光的行为不构成侵权。这里法官创设了一个规则：正当的舆论监督应受法律保护。并用这一规则判决了本案，补充

了法律漏洞。〔11〕 律师代理具体的民事案件时，首先应尽可能找到可以适用本案的法律规定、司法解释，在无法找到裁判案件的法律依据时，就应该研究补充法律漏洞的方法，找出正确判案的理由。在这一点上，律师和法官的想法是一致的。律师虽然不直接裁判案件，但每一次代理案件，律师都在思考着如何裁判案件，并将这种思考结果以代理意见、辩护意见的方式向法官提出。律师办理诉讼案件，必须用心研究案件的裁判理由，只有对案件裁判解释有一个正确的、高水平的把握，才能确保案件的代理质量。同时，律师存在的价值也在这里。其三，虽然找到了可以适用于本案的法律规定，但属于不确定概念，需要结合本案事实将不确定概念具体化，这叫不确定概念的价值补充。例如民法通则第59条和合同法第54条关于可变更、可撤销合同规定中“显失公平”一词，其含义是什么，法律本身并未确定，只能在具体案件中由法官来确定；再如产品质量法第46条规定：本法所称缺陷，是指产品具有对于他人人身财产的不合理危险。这“不合理危险”也是不确定概念。现看一个实际案例：浙江省绍兴市越城区人民法院审理的（2000）越民初字第2197号谢文萍诉杭州肯德基有限公司案对产品“不合理危险”这一不确定概念所做的价值补充。〔案情〕2000年9月23日中午，原告谢文萍携女儿到被告杭州肯德基有限公司绍兴华谊分店就餐，当坐下提取餐盘的餐巾纸时，误带餐巾纸下的广告纸，致安置于广告纸上的满杯热果珍饮料整杯倾倒，热果珍冲出盘子往外溢，原告起身躲避时，因座椅固定，热果珍仍洒在原告着短裙的大腿上，原告即剥下已连皮肤的丝袜。经绍兴市第二医院诊断为双大腿烫伤4%II度，其中深II度约1%，经

住院治疗7天，花去医药费1948.79元，造成误工损失1366元，现仍留下疤痕。原告起诉，要求被告杭州肯德基有限公司绍兴华谊分店赔偿医疗费1948.79元，误工费1366元和精神损失费10000元，被告杭州肯德基有限公司负连带责任。〔判决〕绍兴市越城区法院在判决书中写到：本院认为，被告提供之热果珍温度偏高，实际已发生了致人II度烫伤的后果。如果被告出售时适当调低热果珍饮料的温度，就完全可以避免本案损害结果的发生，同时，这种做法也符合快餐行业热饮“即买即饮”的特征（即该产品存在的危险在使用价值范围之外），由此认定该热果珍具有不合理危险。判决二被告赔偿了原告的物质损失和精神损失。〔12〕这就是法院结合本案情况，对“不合理危险”这一不确定概念所做的价值补充。律师在代理具体的民事案件当中，根据是否能够找到适用本案的法律规定，以及是否存在不确定概念等情况，探询本案最佳的裁判解释，促使案件审理结果向有利的方向发展，取得良好的诉讼效果。刑事案件的裁判解释与民事案件有较大区别。律师办理刑事案件时，也要根据其特点寻求裁判案件的理由。与民事案件相比，刑事案件具有以下特点：其一，刑法有罪刑法定原则，法无明文规定不为罪，法无明文规定不判刑。不允许对法律漏洞做补充，如果有漏洞也只能由立法部门通过修改刑法来补充，法官、律师、检察官均无此权力。刑事案件也不允许类推适用，讲究疑罪从无原则。因此，律师办理刑事案件时，必须紧抠法条，不能逾越雷池。其二，刑事案件因为人命关天，所以适用法律非常严格，不允许对法律概念作价值补充，任意解释。所以，律师必须吃透法条，深谙法理，才能熟能生巧，办好案件。其三，刑事案件

判断犯罪嫌疑人罪与非罪、此罪与彼罪，主要是根据具体罪名的犯罪构成的四大要件来分析。犯罪嫌疑人的主、客观四大要件完全与罪名相符，即构成该罪名之犯罪，否则，有一件不符即为无罪。所以，律师作刑事辩护，必须作好犯罪构成的四大要件分析。其四，对于罪轻罪重，律师应主要从法定、酌定从轻情节提出从轻判处的辩护观点。行政案件的裁判解释的思路，较民事、刑事案件单一一些。律师主要审查：一、根据行政诉讼法及司法解释判断，具体行政行为是否可诉；二、该具体行政行为是否合法。我国以前只注重立法解释和司法解释，法学教科书中只承认立法解释、司法解释和学理解释属于法律解释，而裁判解释并未写入法学教科书。说明我国对裁判解释的忽视，同时也说明我国法院的判案水平、裁判解释能力的不足。只是在近几年（约97年以后）我国大陆的法学家（如梁慧星、陈金钊、董皞等）才开始将注意力转向实用阶层的法律解释学——裁判解释领域。实际上，最富有实践意义的还是对裁判解释的研究。立法解释、司法解释参与者甚寡，学理解释又停留在理论层面，只有裁判解释直接影响法院的裁判结论，影响社会公众的切身利益，是法律职业群体——法官、律师、检察官等都必须娴熟的技能。有效的裁判解释是法官做出的，在判决书（或裁定书）中以法院的名义表述的。但，律师作为法律职业群体的重要组成部分，作为诉讼的参与者，要发挥自身的职能作用，必须认真研究裁判解释的科学方法，成为这方面的专家。只有这样，人们才会更加注重倾听律师的声音，律师的社会价值才能充分体现出来。注释：[1]、[2]、[9]、[11]梁慧星著《裁判的方法》，法律出版社，2003年版，第63页

、第51页、第一页、第181页。 [3] 、 [4] 、 [5] 、 [6] 、陈金钊著《法律解释的哲理》，山东人民出版社，1999年版，第249页、第251页、第229页、第157页。 [7] 李国光主编《民商审判指导与参考》，2002年第2卷，第29页。 [8] 《中华人民共和国最高人民法院公报》，2003年第2期，第3页。 [10] 上海高级人民法院编，《上海法院典型案例丛编》，上海人民出版社，2001年版，第7页。 [12] 国家法官学院，中国人民大学法学院编，《中国审判案例要览——2002年民事审判案例卷》，中国人民大学出版社，第351页。

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