

张明楷:律师的定位 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_BC_A0_E6_98_8E_E6_A5_B7__c122_486054.htm 《律师法》第2条规定：

“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。”相应地，律师的业务限于接受公民、法人和其他组织的聘请，担任法律顾问，就各类案件担任代理人、辩护人，参加诉讼、调解、仲裁活动，解答有关法律的询问、代写法律文书，以及提供其他法律服务。这样的定位，导致许多律师在办案中，只是将精力集中在两个方面：一是收集对当事人有利的证据（由于众所周知的原因，律师在刑事诉讼中还不敢轻易收集对被告人有利的证据）；二是寻找对当事人有利的司法解释、行政解释、政府文件与判例等等。如果不能做到上述两点，律师就只能做一些几乎无用的工作。但是，这样的定位，并不利于律师在建设社会主义法治国家中发挥更大的作用。法本来是稳定与进步的对立的妥协，是各种力量、各种价值观、各种立场、各种学说的妥协。根据加达默尔的观点，法律是一系列价值观的集合；威格莫尔坚持认为，法律绝非一种文明因素所造就的，而是无数种因素综合作用的结果，一切法律制度都是无数力量综合作用的结果；迪莫克（Demogue）说，司法工作的目的，不是逻辑综合，而是妥协；卡多佐也指出，司法过程是一种妥协，一种矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间、崇尚书面文字的拘泥字义与破坏规律及有序的虚无主义之间的妥协。显然，不管采取何种诉讼制度与模式，律师都是形成妥协的一种力量、是达成合意的一方。成文法的表述实际

上只是为解释者提供了理解法律的基本线索，在社会生活中处于不同地位、具有不同经历的人，会从不同的角度理解法条表述。只要成文法为不同的解释留下了余地，就必然会有多个解决方案。“法律思维不是完全以系统为中心，它更多的是以问题为中心。占据绝对优势的不是一个来自于系统中的形式的、逻辑推导（演绎），而是辩论的方法。事实上，绝大多数新的解释法律思维的学说认为法律思维是一个辩论性的，在正方和反方之间衡量的裁决理由模式。”“辩论是指，在一个多人参与的对话（讨论）中发展和权衡正理由和反理由，以获得一个决定。”“通过这些辩论交换，法官作为中立方可以作出一个理由充分的决定。”（[德]N·霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年版，第145~146页）。在有罪与无罪、重罪与轻重等问题上，立法机关与法官必然以妥协作为结局，尽管有人觉得不合理，也只能接受这种妥协。所以，哈贝马斯认为，“真理不是存在于孤立的个人心中，而是存在于人与人之间的互动、交往和对话之中。”“立法和司法都是沟通理性的体现，在立法中，人们就规范的证成进行理论讨论，而在司法中，人们则就规范在具体案件中的适用进行理论讨论。”（陈弘毅：《从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第三辑），清华大学出版社2002年版，第20页、第27页）。其实，成文法并不等同于法律规范，法院对成文法的适用，才使得法律规范获得明晰的形象。适用法律并不只是根据大小前提推导出结论，而是要构建使成文法变得更为精确的价值判断（参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第15页）。解释

法律的人需要倾听各种不同的声音，适用法律的法官也必须斟酌各种不同的观点；律师必须就成文法作出使法官必须斟酌的价值判断。所以，律师们应当认识到，自己也是法律真实含义的发现者，是法律规范的构建者，是形成正确解释方案的一种重大力量。由此想到了不久前通过的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》。该法第32条第1款与第2款分别规定：“国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。”“前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关专门委员会进行审查、提出意见。”这一规定或许对改变律师的定位具有一定的意义。律师在办案过程中，如果遇到了对当事人不利的与法律相抵触的司法解释、行政解释、政府文件等，不能听任这种解释与文件的适用，而应提请全国人大常委会进行审查。这不仅有利于维护当事人的合法权益，而且有利于发现法律的真实含义，构建妥当的法律规范，建设理想的法治国家。

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