

找法思维与律师、检察官、法官的使命 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E6_89_BE_E6_B3_95_E6_80_9D_E7_c36_51411.htm 在实行成文法的国家，通常是对于案件事实如何适用法律实行的三段论的逻辑推理，法律条文是大前提，案件事实是小前提，最后就是结论。比如，根据刑法的规定，以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，是抢劫罪，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；某甲以暴力抢劫他人一万元，某甲就犯有抢劫罪，应当判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。因此，寻找法律的过程是，先从事实寻找法律，最后得出结论。不过，在我看来，这不过是常人的思维理解而已，在法律工作者，包括法官、检察官和律师的眼里，由于其肩负的使命不同，决定其找法思维的差异，因而，如何将现有的事实适用法律完全不是一回事。先说律师吧！以前，在计划经济年代，我们称律师为国家的法律工作者，这一概念就是说律师也有维护国家利益的义务，于是出现律师站在检察官一边说被告不好的笑话。现在我们不提“国家法律工作者”了，律师顶多就是个“社会的法律工作者”，律师拿当事人的钱，为当事人说话被认为是天经地义。那么，好了，我们看看律师是怎样找法的。比如说，现在有一起刑事案件，某甲在一场打架中将他人打死了，被刑事拘留了。律师接到案件，首先想到的是我的当事人是无罪的，注意这是律师潜意识中的“结论”，是律师为当事人利益考虑的必然的考虑，于是他能通过分析本案的事实，分析他的当事人是否属于正当防卫而无罪等，如果不成立，他会再考虑他的当事人是否属于故意伤害

，最后他才会考虑他的当事人是否属于故意杀人，即使是这样，他还会考虑他的当事人是否有法定的从轻处理的情节。因此，从这个假设的事例中，我们可以很清楚地看到，律师适用法律的思维完全是从结论到前提，也就是说从最有利于当事人的结论寻找法律的适用。这一点，美国现实主义法学家弗兰克说的很好，他认为，对律师而言，由于职业特点（千方百计使被代理人胜诉），因此，他们毫无选择地从有利于被代理人胜诉的结论出发。挖空心思去寻觅有关前提（先例、规则和原则以及一切足以使法院重视的标准）。一般人会认为律师是否很卑鄙，他们怎么不主持正义，反而从自身结论去寻找法律呢？这是对律师的误解，律师并不需要主持正义，他们不是国家的司法工作者，如果说他们在为正义努力，那就是在全力维护他的当事人的利益以及他本人的利益最大化过程时，同时也是在为社会实现正义。因此，在我看来，律师不能伪造、歪曲事实，因为事实不能一目了然，然而，律师可以从他的当事人利益角度解读法律（某种程度上讲就是歪曲法律），因为法律是公开的，对法律的解读法官应当有足够的智慧来判断。再来说检察官，检察官是国家法律工作者，同时又是指控犯罪的公诉人。检察官不能用律师的找法思维来适用法律，因为，他们肩负着“客观性义务”，就是他们既不能让有罪的人逃脱法网，但也不能让无罪的人蒙受冤枉，因此，他们适用法律的过程必须是从事实出发寻找最能适用和准确的法律。同样以某甲在一场打架中将他人打死了为例，他们就必须从其主观方面、主体、客观方面、客体等四个犯罪构成的要件来推断这一行为能适用那一条法律，如果现有的法律条文都不能将这种行为包括进去，

就只能根据“罪刑法定”的原则，将其释放。如果检察官有意不合适的法律适用在被告人身上，那么，这是一种渎职行为，要追究检察官的责任。这里的道理也很简单，除了检察官是国家法律工作者要主持正义外，更重要的是，检察官行使国家公权力，这是一种进攻性的权力，可以拘留、逮捕犯罪嫌疑人、被告人，如果允许其以自己臆想的法律适用于事实，公民权利将无法得到保障。而律师不同，他们只是一种防御性的权利，即使他们“歪曲”法律，也不会使他人权利受损失，并且最终作出决断的是法官，可以将律师的臆想所可能产生的危害，减少到最低程度。那么，法官应该如何找法呢？法官是中立的第三者，是正义的主持者，也可以说，是被告人与国家的纠纷中进行裁决的第三者。从这个意义上讲，法官找法的过程既不同于律师的众结论到法律，也不同于检察官的从事实到法律，而是一种判断，在检察官和律师之间从事实到法律的推论中判断谁是正确。如果法官抛弃检察官和律师的对于法律的推论，自行从事实基础上，寻找法律依据，岂不是法官自行指控又自行裁判，而且还变相地剥夺了被告人的辩护权。所以，学者对于最高人民法院作出“起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决”的司法解释颇多异议。不过，在世界各国，法官并不是完全限定在检察官与律师提出的法律条文之间作出判断中找法，法官发现两者适用法律错误并被告人的行为构成犯罪时，也可以根据被告人的犯罪事实找法适用，但条件一般是该行为包含在检察官指控的犯罪事实当中，并所适用的罪名比指控罪名更轻。比如刚才提及的某甲之事，如果检察官指控其构成故意

杀人罪，而律师认为是无罪，法官可以根据事实在找到相应的法律后，认定其构成故意伤害罪。在英美法中，通常情况下，判决中对起诉书的罪名变更是不允许的，但是，根据英国1967年的刑事法的规定，除叛国罪和谋杀罪外，如果起诉书指控的罪名“相当于”或者“明确或间接地包含着”另一项法定的罪名，那么，陪审团可以在判定被告人不构成原来指控的罪名的情况下，改判其构成其他罪名。因此，由于职业的使命不同，法官、检察官、律师的找法思维就截然不同，理解这一点，对我们更深刻地了解这些法律工作者的职业特点将会有颇多益处。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