



价值：律师与案例

贺海仁

法律实证分析与研究已成为当下法律研究的潮流。在司法体制改革的理论研究与实践中，案例研究似乎成为理论前沿。作为案例形成并推动案例发展重要主体的律师，不可避免地进入案例研究的视野。律师是重要的法律实践者。所谓法律实践者(legal practitioners)，即“一群关注如何治理现存的社会甚于关注创造和运用纯理论的理想目标的人”。在法律实践过程中，律师与法官无疑为争诉案件提供大量的、每日可以翻新的规则以及合法性语言。

在本文中，笔者试图解释律师如何为案例的形成与发展提供资源，指明律师在案例中的工具价值和正义价值，最后，指出它的局限性。

一、案例的形成、发展与律师的参与

案例的形成是司法活动最常见的结果。不论是否是法治社

会，案例的存在具有无法回避的自然性。只要有司法机关的社会，就有案例。律师与法官无法回避案例，正如大学教授无法回避教材一样。案例表面上是法院判决的结果，法院也可以在律师没有参与案件的情况下审判、判决。但这不是通常的情况，通常的情况是，特别是在重大、疑难案件以及在法律规定的法律援助案件中，律师实际上参与了案例形成的全过程。

案例包含了案件形成、发展及终结的各个阶段，综合了程序法与实体法以及道德、政治判断等诸因素。案例的侧重点在于判决，而判决的中心是判决理由。在一个具体的案件中，判决书首先应当对当事人的所有请求(与本案有关的)作出肯定或否定的回答，而且更为重要的是，为什么肯定和为什么否定必须作出回答。审查和判断诉讼双方的诉求所依据的证据，发现和查找与本案相关的法律条文，并对证据和法律条文作出解释



是案例形成的必要过程。这一过程,我并不认为是一个体力劳动,实际上是法官艺术化的运思过程。律师在这一过程中发挥了极为重要的作用。

首先,律师通过当事人的授权,成为重要的诉讼参与人。在提交、审查证据方面,律师已率先成为“法官”而进行认定,是律师而不是当事人决定了提交法庭证据的取舍及其证明力。其次,在反驳对方当事人诉讼请求与证据时,律师已开始综合运用证据规则和法律条文加强判决理由的正当性。不仅在法庭上的言语对抗,在庭后的书面代理意见中,律师或多或少地开始涉及到判决的说理性。

为此,我们可以看到,律师实际上从不同的角度对判决所涉及的事实,法律证据和理由作出了先予法官的回答。律师的意见基于立场的不同而往往有别于法官的全面判断。但立场的不同并不意味着一定是偏颇的或不完整的,法官正是在这种具有对抗性的意见中易于找到案件的焦点问题,启发法官的思路,拓宽法官对案件的视野。在重大、疑难案件中,法官参考或听取律师的意见减少了判决可能不公正的机会,强化了法官对他的判决的决心。

众所周知,法官对案件的司法见解至关重要。然而,律师的意见也不失为一种司法见解。虽然法官的见解在大多数情况下是正确的,但绝不能说律师的意见在大多数情况下就是错误的。法官虽然必然支持一方律师的意见,而否定另一方律师意见,但这不是说法官就与律师具有对抗性。对抗性仅存在于同一案件的不同律师中。任何一方律师都从自己的立场上为法官提供判决的证据、理由和方法。

因此,律师在诉讼中的活动和意见是形成案例的重要组成部分。

律师不仅实际上参与了判决的制作,也推动了判决质量的稳定性,为法官减少失误、公正判决提供了至少是技术性层面的支持。一个事实是,并非所有法官的判决理由就高于律师的代理意见。律师的立场虽然可能使他在其辩护词和代理词的阐述中产生较为明显的“功利性”和倾向性,但不妨碍他对焦点问题,尤其是法律认识问题做出精辟的论证。司法实践表明,在重大、疑难案件中,案件的焦点问题往往不是事实和道德问题,而是法律认识问题。所有的法官与律师都不否认自己是在遵守法律,但适用什么法律和如何适用法律的问题上则出现了较大的分歧。因此,一个实践经验丰富,理论功底扎实的律师往往可以在这种情况下引起同样是困惑于疑难案件的法官的极大兴趣。在某种程度上,在法律认识问题上,法庭中的绝妙辩论和高质量的辩护词或代理词构成了特殊意义上的语境,从而势必为法官的判决提供合理合法性的语言。另一方面,律师在法庭上的辩论和所制作的辩护词或代理词也不失为一种与法官对话

的方式,尽管表面看来似乎这不是双向的、互动的。抛开形式不谈,真正意义上的对话实际上是思的结果。

二、律师在案例中的价值

律师在创制和推动案例中的作用是由律师作为法律实践者重视法律操作而非耽于理想的必然结果,为此体现出律师行为的高度技术化和职业化。

从广义上讲,律师与当事人产生法律代理关系,就可以形成法律意义上的案件。案件的侧重点可以是案例及其判决,但案件并非一定要经过诉讼程序。实际上大量的非诉讼业务及经过律师在诉讼程序之外调解的案件越来越占重要的地位。律师对案例的价值可从两方面予以表述。

第一,技术价值。

律师对案件的技术价值,是律师受托后在具体案件中所发挥的职业作用。在中国律师界,往往用诉讼和非诉讼业务词语表达律师对受托案件的归纳和指向。《中华人民共和国律师法》第25条从立法的角度明确了律师所从事的七大业务。立法,从来就是总结和描述生活,而不是创制生活。这些律师业务是二十多年来律师实践经验的总结,代表了律师在现阶段从事法律业务的主要方面,其中,律师参加诉讼、代写文书和作为刑事案件的辩护人是传统上的三大业务。随着市场经济的不断繁荣和我国加入WTO,非诉讼业务所展示的广阔天地丰富、完善了经济和社会活动的内容,提高了人们对法律的认识和重视程度,产生了大量的可供用于教学、从事商贸活动的丰富案例,成为经济繁荣、社会进步和文明的重要标志。

我们认为,通过律师所从事的诉讼和非诉讼法律业务,律师对案例的形成和发展提供了如下的技术价值:

1. 引导价值。律师作为法律专业人士,通过其系统专门的知识 and 经验,依法提供专业知识,指引当事人在法律范围内最大限度地设置和保护自己的合法权益。
2. 规范价值。律师通过其专业知识和经验,保障当事人在行使自己权利的时候不会超过自由和权利的界限,从而避免行为不规范,造成违法、违约、侵权或其他不法侵害。
3. 制约价值。律师通过法定的或当事人的授权,监督诉讼或刑事案件的诉讼参与人,正确地行使各自的权利(权力),制约参加各方的权力或职责不被滥用,保障程序合法和程序公正。
4. 服务价值。律师在当事人受托范围,代理当事人从事必要的智力或文字工作,体现了社会分工和专业化对当事人和律师的共同要求和理性表述。

第二,正义价值。

但是,应当明确的是,不论诉讼或非诉讼业务如何发达,不论通过律师的案例如何与日俱增,并不表明律师是一个单纯的



“技术工”。我们可以称律师是重视法律操作的人或法律专业人士,但律师无论如何不是纯粹的“打官司”的工具或代理文书的“师爷”。他(她)应当是正确实施法律的人,是富有正义且善良的人,是扶正祛邪的有生力量,是维护法律权威、社会秩序和世界和平的活生生的人。因此,律师的正义价值与技术价值是不可分的。只有正确摆正二者的关系,才能发挥律师在案例中的价值。

关于律师在案例中的正义价值,必须透过案例本身而展示案例形成和发展的社会,国家及特殊社会主体的大背景,具体分析律师、社会、国家特殊社会主体的关系,才具有现实可能性。

——律师与社会

中国社会自八十年代初推行改革开放政策以来,在社会政治、经济、文化等各个方面和各个环节发生了巨大变化,令世人瞩目。社会结构的合理设置和变迁遵从以人为本位,关心和注重人的生存和发展,强调人的自主性和独立性。法律显然不能无视这种社会变迁的发展趋势,力图迎合并极大限度地为之提供一切行之有效的。我们可以看到,市场经济的发展必然要求市场主体之间的平等。而平等的市场经济决定着平等的政治、文化、社会生活等各个方面。因此,改革的社会带来了平等的社会。律师在法律和当事人受托范围之内,有义务依法维护和保护人的这种平等关系。即人的财产和利益、人的尊严和品格以及人基于法律所决定的经济关系、政治关系、文化关系和社会生活关系。律师的伟大和神圣之处就在于他(她)受托接受了一项当事人的固有权利,这项权利行使的正确与否,直接关系到当事人的财产、自主与安全。在现代社会,又有谁愿意随便将一项权利委托他人行使?从一般意义上讲,当事人的这项权利就是财产和利益的体现、尊严和品格的体现、平等的体现。

——律师与国家

律师身份的特殊性、相对自主性和独立性决定了律师必须维护各项合法的权利不受侵害。在一个以国家形式存在的社会中,权利(权力)受到侵害往往来源于不法权利(权力)。以正当的权利(权力)抵制不法权利(权力)的侵害是法律和律师行使救济的主要方式。其中,防止国家、行政权力在运作中违法操作,造成相对人利益上的损害,是现代社会法律的主要任务之一。这是因为,单个人的相对软弱、无助及无权,相对于强大的、具有强制力的国家权力而言,总是弱小的,甚至微不足道的。但问题的关键是,正如马克思所言,国家为人而存在,而非人为国家而存在。如人为国家而存在,人即为国家的手段,显然是荒谬的。中国现行法律,如《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等单行法规以及散置于众多的其他法律中的有关制约国家权力对公民、法人的不法侵害的规定,使国家权力与人的关系的制约与反制约

得到基本确立,而具有历史意义的新的《刑事诉讼法》,从表面上看只是确立了律师提前介入的时间,但实质上,在笔者看来也确立了如何防止司法权力(如侦查权、公诉权、审判权等)任意非法行使的原则,从而使犯罪嫌疑人或被告人得以公平地审讯、公平地公诉、公平地审判等。无疑,律师在上述一系列国家权力与公民、法人关系的定位中,发挥也必须发挥其代理、辩护的作用,从而防止国家权力对公民的不法侵害,以维护法律的尊严和国家机关的正常运作,保障社会的长治久安。

——律师与特殊社会主体

在现代社会中,平等的基本要义为平等地被对待,而没有什么差别,也就是说在起点上是平等的,但是,一律强调起点上的平等或形式上的平等,将不完全符合社会正义的要求。这是因为社会上一些特殊主体因客观原因,永远无法与一般的社会主体达到起点平等或形式上的平等。笔者在此同意当代美国著名哲学家约翰·罗尔斯关于实质正义的两个主要原则的论述,“第一原则要求平等地分配基本的权利和义务;第二个原则认为社会的经济的不平等……只要结果能给每一个人,尤其是那些最少受惠的社会成员带来补偿利益;它们就是正义的”。律师的职责不仅要依法维护和帮助一般的社会成员,也要特别关注和维护那些特殊的社会主体,如残疾、贫困、年老、未成年人等。义务地但是无偿地帮助特殊的社会主体,是律师义不容辞的职责,也是社会正义的要求。从这个意义上讲,律师所提供的法律援助就具有道德、正义的涵义,律师应当永久地、持续不断地在法律援助领域中做出贡献。

三、律师实务对案例的局限

相对于西方律师业,年轻的中国律师及其行业正在经历或继续经历诸多的困难和难题。例如,律师体制的不完善使律师的社会地位仍停留于世俗的理解,在这个社会中,正是在律师体制改革后,就将具有贬意的“个体户”名词加于律师身上,有些自我嘲解的律师也这样自称;律师代理行为所取得的高额报酬增强了律师职业易于出现的贪婪,使法律沦为律师赚钱的工具,从而有可能伤害本来就脆弱的中国法治;司法审判制度不断出现的弊端而导致的判决不公,削弱了律师对案件事实、理由所做的努力,而将案件的焦点问题转化为表象的东西;诸如此类均使律师对案件缺乏必要的社会和心理素质。对所形成的案例及其分析则是采取不信任的态度。律师应当对案例的推动力被潜在地化解了。

对一个尚在法治路上的社会而言,律师的成长与进步的确实面临着许多自身难解的矛盾。案例的发展历程无疑包含了律师成长过程中的诸多伤痕,这或许也是案例的另外一种价值了。

(作者单位:广东非凡精诚律师事务所)

