

法律职业技能与 办案实务研究



陈爱江 著



科学出版社
www.sciencep.com

法律职业技能与办案实务研究

陈爱江 著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书分别介绍了中国法律职业人员的素质要求和社会责任;法律职业人员办理各类案件的一般方法和步骤;诉讼证据的收集、审查判断的方法和技能;办案所需法律法规的查找规则;法院、检察院办案的基本程序、方法和制度;律师办理诉讼和非诉讼业务的主要技能;法律职业人员办理刑事、民事、行政各类常见案件需要把握的要点等。

本书主要面向准备或已经从事法官、检察官、律师等法律职业的人员,企业法务人员,遇有法律事务寻求相应解决方法的普通社会成员,法律专业学生以及了解和关注法律职业的其他人员。

图书在版编目(CIP)数据

法律职业技能与办案实务研究/陈爱江著. —北京:科学出版社,2009
ISBN 978-7-03-023555-8

I. 法… II. 陈… III. 法律工作者-研究-中国 IV. D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 190821 号

责任编辑:王京苏 王昌凤/责任校对:张怡君
责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008 年 12 月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2008 年 12 月第一次印刷 印张:17

印数:1—2 500 字数:315 000

定价:38.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

作者简介

陈爱江 男，1956 年 4 月生，1983 年于中国政法大学法律专业毕业。现为南京航空航天大学法律专业教师、硕士生导师，兼职律师，南京航空航天大学知识产权研究咨询中心主任，江苏省法学会经济法研究会副会长，南京市消费者协会理事，人民调解员。

主要工作经历：自 1983 年 7 月起在全国铁路运输检察院沈阳分院从事刑事检察业务，80 年代后半期在天津市政法管理干部学院任教期间取得律师资格并做兼职律师，1992 年调入天津市高级人民法院从事法官工作约 9 年。2000 年底调到现单位南京航空航天大学。

科研情况：在《人民法院报》、《法律适用》、《中国房地产》、《南京航空航天大学学报（社科版）》、《南京社会科学》、《河海大学学报（社科版）》、《中国科技论坛》、《社会科学辑刊》等刊物上发表学术论文多篇。主持并完成国防科工委科技创新省部级软课题一项。参编《高等院校管理法律知识读本》（国防科工委政策法规司组织编写，北京理工大学出版社，2002 年）、《泛经济法》（副主编，航空工业出版社，2002 年）；独著《就业与劳动权益的法律保护》（国防工业出版社，2006 年）；合著《知识产权原理与制度新论》（第一作者，法律出版社，2008 年）等。



前 言

法律专业应该是一个实践性、应用性非常强的专业。法律专业学生毕业后，无论是做司法实务工作还是作法学理论研究，都需要观察社会现象，都离不开对事物进行分析、论证，有的通常还需要拿出处理方案，这都要求法律职业人员必须具有相应的实践能力才能实现。现实社会中所需要的法律人才多数是法律实务工作人员，而专作理论研究或立法工作的则是少数。对于法律应用人才的培养来说，它不是仅以知识的获取为目标的，而主要应以获得法律职业的实际操作技能为目标，要求该学科培养出来的学生应当具备或基本具备胜任法律职业岗位工作的能力。

根据法律职业的特点及社会对法律人才的需求，可以把法律人才的素质要求概括为以下几个方面：第一，扎实的基础知识。一个有成就的法学家一般都具有较好的法学理论基础。没有坚实的理论基础，就不会真正学好法学，无论在理论上还是实践中都不会进入较高的层次；同时，一个法律人应当不仅仅通晓法律，而且必须具有广泛的文化知识，应当认真地学习历史学、经济学、社会学以及其他社会科学、自然科学知识。第二，独特的法律思维能力。法律工作的特质在于用法律解决复杂的社会问题，要求法律工作者具有崇尚法律的观念和独特的法律思维方式，遇事首先要从法律人的角度观察和分析问题。第三，娴熟的法律运用能力。法律工作者必须具备运用法律分析和解决各种纠纷和法律问题的能力，它包括法律解释、法律推理、法律程序、证据运用、法庭辩论、法律文书制作等。试想，一个学了很多年法律的毕业生，尽管分数很高，但出校后不会办理案件，不会处理法律事务，就难免会被用人单位认为是“高分低能”而不受欢迎。第四，较高的法律研究能力。法律是高度抽象的规则体系，而现实生活是千变万化、不断发展的，法律人必须在静态的法律与动态的现实之间进行权衡，寻找规则与个案之间的联系点。这需要具备一定的分析与解决问题的能力。第五，高尚的职业道德情操。法律职业担负着维护社会公平与正义的重任，法律人代表着至高无上的法律权威，神圣的职业要求廉洁、刚正、正义的品格。

法学教育应当重视对学生实践能力的培养，其理论依据主要来源于以下方面：①正确的理论应来源于实践。法学理论和法律条文、办案的方略等基本上是从实践中总结提炼出来的，脱离实际凭空想象出来的理论难以指导实践，脱离了社会实践法律的内容也不会得到新的发展。按照辩证唯物主义观点，任何理论如果离开了实践就会成为无源之水。如果只学理论而不接触实践，对于理论的学习

就不能达到较高的层次,甚至不能搞懂法律的某些方面的真正内涵和价值所在。

②法学理论应该是用来指导实践的,如果仅有理论而不能用于实践,这个理论的价值就不能得到现实的体现。毛泽东曾说过:“如果有了正确的理论,只是把它空谈一阵,束之高阁,并不实行,那么,这种理论再好也是没有意义的。”^①

③理论要通过实践来检验。毛泽东指出:“理论的东西之是否符合于客观真理性这个问题,在前面说的由感性到理性之认识运动中是没有完全解决的,也不可能完全解决的。要完全解决这个问题,只有把理性的认识再回到社会实践中去,应用理论于实践,看它是否能够达到预想的目的。”^②改革开放初期,人们又明确提出了“实践是检验真理的唯一标准”的命题。不能与实践相联系的理论,其真实性、合理性、完整性等就难以得到充分的验证。

由于我国目前的法学教育还没有把学生培养和社会的业务需求很好地结合在一起,明显偏重于法理知识的传授而轻视甚至忽略法律职业技能的培养,以至于培养的法律人才与满足社会的实际需要方面还存在很大的差距,许多大学法律专业毕业生的实践能力和创业能力偏低。现实当中,有相当数量的法律专业学生(包括本科生也包括研究生)毕业以后,到了法院、检察院、律师事务所等法律职业部门不知道自己应该做些什么、不会办理具体案件,包括不懂办案程序、不会调查取证,对办案实务的实际运作方式不够了解;对待事务生硬呆板,抓不住办事的要领;缺乏对法律的实际运用能力,只是单纯地硬搬、硬套法律条文或法学理论,而对案件的具体情形缺乏全面的分析等。他们接到案子不知道从哪里开始下手,必须靠师傅手把手地反复教,以至于要经过很长的适应期才能胜任其岗位工作的需要,甚至于比非法律专业毕业而有过实践经历的人适应工作所需的时间还要长一些,体现不出本专业培养的优势来。据有些司法部门反映,学生毕业到法律实务部门后,至少要三四年以上的时间才能够适应办理具体案件、代理各种法律事务的需要。由于学生接触社会少,所掌握的知识结构面偏窄,在应对突发事件、疑难复杂案件的能力上就更显得欠缺。

在大学的课堂上,老师们讲的都是这个法、那个法,要么是基础知识、基础理论,要么是对法律条文的分析解释,被称为“注释法学”,要么就是分别介绍各外国法的情况,被称为“比较法学”,等等。在图书馆里和图书市场上,法律类的图书大致也就是理论专著;宪法、法理、刑、民、经、诉讼、涉外等主要讲授法学知识和法学理论的各种版本法学教材;各种类型的法律考试辅导;案例分析等。但是,对于准备或已经从事了法律职业的人来说,只读懂了现有这些种类的图书恐怕还不能实际掌握办理案件的本领和技能。专门研究司法办案方法和技

^{①②} 《毛泽东选集》,第1卷,人民出版社,1991年,第2版,第292页。

能、规则的书籍在目前的市场上还真难以找到。在律师行业里，老律师一般不愿意带新律师，原因大概是业务竞争激烈，怕新律师发展起来会与老律师“抢饭碗”，“教会了徒弟就饿死师傅”。唯有在检察院的办案组、法院的审判庭里还可以得到有工作经验的老检察官、老法官那种师傅带徒弟式的传、帮、带。在如此状况下，学生在课堂上、书本里就难以学到如何办理案件、进行实际操作的本领，无法获得司法实践能力的正规培养，新上岗的律师在实务操作上也难得有人给予指点。

为解决上述法律专业学生实践能力培养欠缺，以及刚上岗的新法官、检察官、律师由于没有机会得到系统的专业训练和师傅指导而在办理案件的实际操作能力方面还不够成熟等问题，作者尝试编写了本书，以适应目前司法实务指导用书市场稀缺的需求。

本书主要在明确中国法律职业的界定、司法机关和法律职业人员的社会责任的基础上，简要介绍中国的司法制度概况；司法人员必备的诉讼证据理论以及证据的收集、审查判断和运用证据认定案情；刑事、民事、行政各类案件办案的实体要领和依据；办案的方法技能以及相关规则；公司等各类企业的非诉讼法律业务实际操作；诉讼程序的合理性研究等。具体分为以下方面：①法律职业人员办理各类案件的一般方法和步骤；②国家司法机关（包括法院、检察院）办案的基本程序、方法和制度；③律师主要业务技能（含诉讼和非诉讼两类业务）；④法律职业人员办理常见刑事、民事、行政各类案件需要把握的要点等。

本书的特点在于内容上的综合性及强的实用性。与其他现有法律书籍研究的方向和角度相比，本书侧重于研究相关法学理论如何运用于实践，也注重于对法律职业人员的执业能力和水平的指导，还注重对司法实践中所遇到的现实问题的分析研究。

本书是作者基于多年从事检察院、法院司法实践和律师实务工作的切身经历，对在南航大学法律专业讲授司法职业技能训练课程的讲稿进行加工提炼而成的。在本书写作过程中，作者的学生金丽娟、李焱、何上华等帮助收集或整理了相关资料。由于编写本书是一种新的尝试，缺点和不足之处恳请读者提出宝贵意见。（作者电子邮箱：lawchen579@163.com,或 chenaij@hotmail.com）

陈爱江

2008年12月于南京

目 录

前言

第一章 法律职业和司法办案人员	1
第一节 法律职业的词源和词义辨析	1
第二节 “司法”与中国的法律职业	2
第三节 司法职业的特点及其社会地位和作用	3
第二章 中国的司法机关及其执业通则	8
第一节 中国司法机关的种类及各自的职责分工	8
第二节 司法人员的任职条件和法律职业人员素质要求	9
第三节 司法人员的执业纪律和责任追究制度	11
第三章 中国的律师制度	15
第一节 中国律师的性质和地位	15
第二节 律师的主要业务范围	15
第三节 律师权利和执业中的法律限制	16
第四节 律师与检察官、法官的关系若干探讨	17
第四章 司法办案的方法步骤概说	21
第一节 司法准则与办案的方法步骤	21
第二节 办理各类案件共同需要采用的方法和步骤	23
第五章 司法办案中的证据调查	27
第一节 办案中需要收集的证据范围	27
第二节 具体案件中举证责任的确定	31
第三节 证据的收集方法和证据保全	37
第四节 证据的审查判断	46
第五节 证明的标准和运用证据认定案情	57
第六章 办案所需法律法规的查找和依法认定案件性质	59
第一节 查找法律法规在办案中的重要意义	59
第二节 针对案情寻找所需的法律、法规	60
第三节 法律适用的选择和案件定性的理由论证	62
第七章 人民检察院特有的业务和办案程序规则	65
第一节 批准逮捕的程序规则	65
第二节 人民检察院对特定案件的自行侦查	66

第三节 提起公诉	68
第四节 检察院的抗诉业务	73
第八章 人民法院对案件的审查受理和开庭审判	78
第一节 法院对刑事公诉案件的材料审查和开庭审理	78
第二节 人民法院对民事案件的立案受理和开庭审理	84
第三节 法院对民事案件的调解	88
第四节 法院对行政案件的立案受理和审判程序	91
第五节 人民法院对判决的纠错（二审和审判监督）程序	98
第九章 律师诉讼业务的技能和规则	101
第一节 律师诉讼业务通则	101
第二节 律师刑事诉讼业务和规则	102
第三节 律师办理民事和经济类案件	113
第四节 律师办理行政案件	124
第十章 律师非诉讼业务	129
第一节 担任委托人的法律顾问	129
第二节 制定或完善公司章程	131
第三节 单位规章制度的完善与劳动关系的协调	133
第四节 审查合同	140
第五节 资信调查、催讨债务和参与谈判	148
第十一章 涉及公共利益刑事犯罪案件的办理	155
第一节 危害国家安全和公共安全犯罪案件	155
第二节 破坏市场经济秩序犯罪案件	159
第三节 妨害社会管理秩序犯罪案件	162
第十二章 侵犯人身利益和财产利益犯罪案件的办理	168
第一节 侵犯人身利益犯罪案件	168
第二节 危害财产利益犯罪案件	173
第十三章 职务犯罪案件的办理	179
第一节 职务犯罪案件概述	179
第二节 职务犯罪案件证据要点	181
第三节 职务犯罪案件认定罪名时需明确的相关区别	182
第十四章 合同案件的办案方略和规则	186
第一节 办理合同案件的一般方法和步骤	186
第二节 购销（买卖）、租赁合同纠纷办案要点	193
第三节 借贷与民间借贷合同纠纷办案要点	195
第四节 建筑合同纠纷办案要点	200

第十五章 房地产纠纷案件的法律解决	212
第一节 房地产纠纷案件的主要证据	212
第二节 房地产案件办案依据及把握的要点	214
第十六章 侵权损害赔偿案件的办理	219
第一节 一般侵权损害赔偿案件	219
第二节 特殊侵权纠纷的办案要点	221
第三节 人身损害案件赔偿数额的计算	225
第十七章 知识产权纠纷案件的办理	229
第一节 专利纠纷和商业秘密侵权案件	229
第二节 著作权纠纷案件	233
第三节 商标纠纷案件	235
第四节 知识产权案件的证据保全和诉前责令停止侵害	238
第十八章 婚姻、继承案件的办理	241
第一节 婚姻案件	241
第二节 继承案件	247
第十九章 行政诉讼案件的办理	253
第一节 行政诉讼的受案范围和案件类型	253
第二节 办理行政案件的通常步骤和方法	254

第一章

法律职业和司法办案人员

第一节 法律职业的词源和词义辨析

古希腊的亚里士多德曾把政府权力分为讨论、执行、司法三个要素，16世纪的博丹很早就提出了司法独立的主张，17世纪英国的洛克也认为国家权力应当分立。法国资产阶级启蒙学者孟德斯鸠在著名的《论法的精神》一书中明确提出国家权力应当分为立法权、行政权和司法权，并主张三权分别交由三个不同的机关掌管，形成互相制衡关系。^①三权分立理论至此形成。其后，一些西方资本主义国家在设计自己的政权结构时往往以不同的形式采用了三权分立理论。司法权就这样从行政权中正式分离出来，司法独立的观念也就与此相伴而产生。

美国在采用“三权分立”政权组织形式的国家中具有一定的代表性。依美国宪法：①立法权由参、众两院组成的国会行使，受总统和法院两个方面的制约。②国家行政权由总统行使，受国会和法院的制约。比如，国会对总统有弹劾权，法院可以审查行政措施是否有违宪的问题。③法院行使司法权，受国会和总统两方面的制约。为保障法官独立行使职权，美国的法官只要忠于职守，可终身任职，非经国会弹劾不得免职。

中国有着上千年的集权主义传统，中国古代的国家权力完全集中在封建皇帝一人的手中。那时的司法特征是皇帝“言出法随”，“法自君出，狱由君断”，唐、明、清几个朝代虽设有大理寺、刑部、御史台及都察院等国家审判机关，但最终司法权实际由封建皇帝掌控。“在地方上唐以后虽然设有省级司法机关，但司法活动仍由上级行政长官的左右。省以下则由府州县行政长官兼理司法，融司法权和行政权于一体”^②，都由当地行政长官统一掌控。可见，中国古代的司法权不可能与行政权相分离，司法可以说是行政的一部分。

实际上，问题的关键并不在于如何去分权，而应在于对权力怎样实现有效的监督和制约。“绝对的权力导致绝对的腐败”，如果没有监督和制约，无论对权力怎样进行分割，都不一定会产生什么进步的意义。

① 《中国大百科全书》（法学卷），中国大百科全书出版社，1984年，第499页。

② 张晋藩主编：《中国法制史》，群众出版社，1982年，第3页。

1982年公布实施的《中华人民共和国宪法》第2条明确规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”该法第3条又规定，“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督”，即采用在人民代表大会之下的“一府两院”制度。其表现的特征是国家权力集中于人民的手中，实行最高层次的民主。

关于什么叫司法，从采用三权分立的美国情况看，司法权由法院行使。可见，司法是指由特定机关对具体案件进行审判的活动。在中国，司法的含义似乎并不明确。人们一直把法院和检察院统称为司法机关，而这两个机关行使的职权就相应地被认为是司法权了。再者，由于公安部门的职责有时也涉及刑事案件，在党委内设的政法委员会的工作常常是协调公安、检察、法院三家的关系，所以很多人把公安机关也称为司法机关，政法与司法不分。但在立法上，前述1982年《宪法》和其后公布实施的三个诉讼法都没有将法院和检察院统称为司法机关。“司法”一词在我国法律中出现始于2000年《中华人民共和国立法法》的制定。2001年修改后的《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）和《中华人民共和国检察官法》（以下简称《检察官法》）在表述两法的立法目的时，再一次使用了“司法”一词，即增加规定，两法的立法目的之一是“保障司法公正”。党的“十五”大报告提出：“推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立行使审判权和检察权。”根据这个文件，审判机关和检察机关都属于“司法机关”。^①可以认为这两个机关行使职权的活动就是司法。

第二节 “司法”与中国的法律职业

简言之，司法即掌管、执行、操作法律，依照法律处理具体的事务或案件的活动。从我国目前情况看，公安、工商、税务、海关、城管等部门都可能涉及被称为行政执法、经济执法等问题，此外还有律师职业、法学专家、学者以及教师的职业也都与法律有关。主管律师、公证、监狱管理、普法和法制宣传教育等工作的部门还被统称为司法行政机关。可见，“司法”一词的外延究竟如何来划定，目前仍然没有统一的权威性说法。

为研究的方便起见，我们采用“法律职业”这一称谓。法律职业应该是与法律密切相关，以执行法律或运用法律解决或处理具体事务为主要工作内容的职业。但联系到“司法”涉及的外延并不确切的情况，对于法律职业，我们还需要进行必要的界定。

^① 刘松山：《再论人民法院的“司法改革”之非》，《法学》，2006年第1期。

目前国内最具代表性的国家级规划教材张文显主编的《法理学》称：“法律职业是指以律师、法官、检察官为代表的，受过专门的法律专业培训，具有娴熟的法律技能与严格的法律伦理的法律人所构成的自治性共同体。”^①

如前所述，中国的国家司法机关仅仅指人民法院和人民检察院，所以严格来讲中国的司法职业也应仅仅指人民法院和人民检察院这两个具体办理案件，掌管、执行、操作法律的职业。关于律师是否应当属于司法职业的问题，过去的《中华人民共和国律师暂行条例》曾规定律师是国家的法律工作者。后来的《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）又对此进行修改，规定律师是经考试取得执业资格，为社会提供法律服务的人员。实际上，律师所从事的工作也不具有掌管、执行、操作法律的性质。这样看来，律师职业不应属于司法职业。但是，由于律师完全是依靠其所掌握的法律为真理和正义而奔走呼号的人，他们的手中虽然没有司法权，但他们的工作可能会影响案件的审理结果、可能会涉及当事人权益，他们更需要具备相应的法律知识和技能。所以，过去律师一直是必须要通过国家律师资格统一考试才能从事的职业。继 2001 年 6 月 30 日《法官法》、《检察官法》修改之后，随着九届人大常委会第二十五次会议对《律师法》的修改，2001 年 7 月 15 日出台的新规定使取得律师和初任法官、检察官资格的统一司法考试制度真正得到了“统一”。从 2002 年起，国家把过去的全国律师资格统一考试和法官、检察官资格考试合并为国家司法考试。基于以上原因，我们这里研究法律职业，就以法官、检察官和律师几种职业为主要范围来进行。

第三节 司法职业的特点及其社会地位和作用

一、司法职业的特点及其地位和作用

如前所述，我国的法律职业包括有司法权的法官和检察官，从共同的办案依据和对公平、正义的要求上讲也包括律师。但严格意义上的司法职业则仅仅是指有司法权的前两种职业。本节所探讨的主要指司法职业。

（1）司法职业属于国家上层建筑的组成部分，其从业者具有国家公务员身份。与经济基础相对应，上层建筑是指建立在一定的经济基础之上的各种制度、设施和意识形态的总和。上层建筑包括政治上层建筑和思想上层建筑。政治上层建筑是指人们在一定的经济基础上建立起来的政治、法律制度以及建立的军队、警察、法庭、监狱、政府部门、党派等国家机器和政治组织；思想上层建筑是指与经济基础相适应的社会意识形态，包括政治思想、法律思想、道德、艺术、哲学、宗教等等。可见，司法职业属于国家上层建筑的组成部分。

^① 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社，2003 年，第二版，第 298 页。

(2) 司法职业对于法律确认的国家制度、社会公共利益和正常的社会秩序有着重要的保护作用。一个国家的基本政治制度、经济制度一般是通过本国的宪法加以明确规定的。国家司法机关作为国家机器的特定部门,首要的任务就是要确保国家制度的安全稳定和不受侵犯,包括以法律镇压敌对阶级的反抗、打击危及国家政权统治的各种行为等内容。保护社会公共利益和正常的社会秩序是一个国家政权的重要职能,也是一个国家政权确有必要存在的表现,如果社会公共利益和正常的社会秩序不能得到很好的保障,那么这个国家恐怕就接近于无政府状态了。各国司法机关和法律职业人员对于以上任务和职能历来都是给以高度重视的,中国历史上的“重刑轻民”观念和做法也正是司法职业这一特点的重要表现。

(3) 司法职业对于刑事犯罪和其他社会邪恶现象具有惩治和威慑的作用。司法职业的作用是通过其办理各类具体案件来实现的。如果不办理具体的案件,即使所挂的牌子再大,其实际作用也得不到发挥。司法职业机关及其人员通过办理刑事案件,发挥打击犯罪、伸张正义、保护合法正当权益的作用,除了对犯罪分子本人的惩治和威慑以外,对于社会上的一些危险分子也具有警示和威慑的作用。

(4) 司法职业对于单位和个人之间的财产关系和人身关系有着稳定与协调的作用。法律的主要功能和作用分为事前的规范作用和事后的判别、处理作用两个方面。事前的规范作用主要表现在明确各相关人员的权利、义务和责任,预防纠纷;事后的判别和处理作用表现在发生纠纷或争议时判明是非曲直,作为处理的标准和依据。当事人在作为民事主体的资格及其具体的财产权利和人身权利得到法律的确认以后,就应当得到切实的保护。如果因财产权或人身权发生争议或者这些权利受到侵犯时,法律职业机关及其人员就应当发挥其各方利益的平衡与协调的作用,以防止矛盾的升级或激化。

(5) 司法职业人员对具体案件的处理直接影响当事人的切身利益,有时往往还是重大的切身利益。从某种意义上说,司法职业人员掌握着对当事人的“生杀予夺”大权。再好的法律也是由人来操作的。对刑事案件而言,判与不判、重判还是轻判,虽然在刑法上规定有尺度和标准,但对于个案来讲最终还是要由法律职业人员来决定的。司法活动的结果往往关系当事人的重大切身利益,如哪怕是判最低的有期徒刑,对于当事人的前途命运也会产生重大的影响。对于民事案件而言,涉案财产的归属、责任的承担与否和比例的大小,财产给付数额的多少等等,往往由承办案件的法律职业人员来确定。法官的一个民事判决,有时会使一个家庭解体,一个自然人倾家荡产;可以救活一个企业,影响一个企业的兴衰,也可以使一个企业倒闭或破产。法律工作是一种特殊的职业,司法职业人员的素质与司法是否公正直接关系公众对国家政权的信任程度和相应地区的社会稳定。

(6) 司法职业人员的活动对于社会成员的价值追求以及人们的是非观、荣辱观具有导向作用。司法职业人员通过其所作判决的内容,往往向社会昭示什么是正确、什么是错误;什么是国家给予鼓励和支持的事务、什么是国家否定和禁止的事务,等等。从以下案例可以看出司法职业人员作出的判断对于社会成员所具有的导向功能。2006年11月20日上午,65岁的徐寿兰老太太赶乘公交车时,突然跌倒在地。刚下车的彭宇将老太太从地上扶起又送往医院,到医院后,彭宇曾掏出200多元钱给老太太的家人交医药费。后经鉴定,徐老太太伤势严重,构成八级伤残,仅医药费就花去了4万余元。徐老太太以彭宇将其撞倒致伤为由诉至法院,要求彭宇赔偿医药费、护理费、伤残赔偿金等总计13.6万余元。在庭审中,争执的焦点是原告是否被彭宇撞倒在地,双方各执一词,但双方都提不出充足的证据。南京市鼓楼区法院审理认为,根据彭宇自认其是第一个下车的人,从常理分析,他与老太太相撞的可能性比较大。如果彭宇是见义勇为做好事,更符合实际的做法是抓住撞倒原告的人,而不是好心相扶,在老太太的家人到达后,其完全可以说明事实经过并让老太太的家人将她送到医院,然后自行离开。但彭宇未作此等选择,如果不是他撞的,应该不会垫钱,彭宇的行为显然与情理相悖。^① 据此确认彭宇与老太太相撞,判决彭宇承担40%的损失,赔偿原告45876元。南京市中级人民法院二审时做了大量的调解工作,双方当事人达成了和解协议,并且申请撤回上诉,法院依法裁定准予双方当事人撤诉。有记者想了解二审和解的具体过程,省高院院长表示,具体结果因为双方当事人要求保密,不能透露。^② 此案在媒体和众多网民中就曾引发了关于“见到有人摔倒在地时你还敢不敢管”等足具轰动效应的议论。

人们常说,司法程序是维护公民权利的最后一道防线。当行政途径等其他方式纠纷都不能得到圆满处理的时候,只能依赖司法来解决;如果一个社会连司法都不公正了,那么这个社会就彻底没理可讲了。据此,司法机关及其执业人员应是社会公正得到实现的最终依靠。

社会对司法职业者的期望值比较高。司法职业人员应该成为法律精神的宣传者、捍卫者,应当是公平、正义的实施者和最终的体现者。司法职业某种程度上还涉及政府的威信,涉及一个国家或地区的社会稳定及其政治文明和经济发展的状况。建设中国的法治社会,需要司法职业人员的辛勤工作和不懈的努力。

二、律师的职能和作用

2007年修订后的《律师法》第2条第2款规定:“律师应当维护当事人合法

^① http://news3.xinhuanet.com/local/2007-09/06/content_6669671.htm.

^② <http://news.qq.com/a/20080316/000229.htm>.

权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。”律师凭借其掌握的法律知识和技能为当事人提供服务,结合以上法律的两个方面的功能和作用,可以将律师的功能和作用归纳为以下两个方面。

(一) 律师在非诉讼服务中的作用

(1) 事前的纠纷防范作用。律师可以为服务对象(委托人)提供有针对性的、超前的专业化法律安全保障体系,防患于未然,最大限度降低服务对象(委托人)的法律风险,避免纠纷或损失的产生,实现非诉讼以至无诉讼,最大限度地防止和避免纠纷、官司的产生。经过对将来最可能引起纠纷、诉讼的事实进行最有利于委托人的精心设计、运作和规范,防止产生不利于委托人的事实和证据;在制定商务谈判策略、起草审定合同以及其他经济行为过程中设置各种有效的防范措施,排除可能导致合同和其他经济行为无效的各种法律障碍、陷阱与风险,使法律时时刻刻就在委托人身边,为委托人保驾护航,真正实现企业经济生活的法治化,实现企业利益的最大化。

(2) 单位经营决策和内部管理上的法律预测和支持作用。法律专业人士系统参与健全和完善的规章制度、规范高效的运作,是企业竞争力的组成部分,也是企业高层领导摆脱烦琐的日常管理专心思考企业发展重大问题的前提。律师介入企业的重要经营活动,帮助企业建立健全各项规章制度,使企业逐步由“人治”转向“法治”,对于提高企业效率效益、降低经营成本应该是一种有效保障机制。对企业重大经营决策提出法律意见,对重大项目进行法律分析论证,律师不仅仅是“保驾护航”,而且可以发挥在法律政策方面“把关定向”的作用。

(3) 对与企业知识产权相关的法律文件进行审核,为保护企业知识产权、技术秘密提供专项法律服务。律师对涉及企业的工商、税收等法律事务提供指导;对企业的法人治理结构(包括董事会结构、股东会结构、监事会结构)的合法性提供建议;对企业的业务伙伴、合作对象等进行合作前期的资信调查(限于工商调查)等。

(二) 律师在诉讼中的职能和作用

在我国,律师服务机构不属于国家机关,律师的活动与国家权力无任何关系,完全是属于民间性质的。律师只能纯粹通过利用自己的法律知识和技能为当事人提供法律服务,而法官的活动是代表国家行使审判权,检察官是代表国家行使检察权和法律监督权,他们的活动都是官方性质的。比较而言,法官、检察官拥有一定的国家权力,掌权者在使用其手中的权力时难免会受到与其自身利益相关的影响,这样可能就会因执法者的贪赃枉法而导致司法上的公平正义难以实现;法官、检察官在处理案件时,由于所处的位置特殊,也难免会受某种社会的

压力、其他行政权力压力等方面的影响，使其有时很难充分地代表案件处理上的公平正义。比如，对涉及关乎本地经济发展的大企业的案子，就必须考虑一些其他的行政权力因素，这就是司法审判中地方保护主义存在的基础原因。律师和法官、检察官虽然都可以作为法律职业人员，都需掌握法律知识和技能，都要“维护法律正确实施，维护社会公平和正义”，但是由于他们在所站的角度、所处的地位以及各自与国家权力的关系上存在的差别，与法官、检察官相比，律师参加诉讼活动是有其独特作用的。

在民事诉讼中，律师一般都会发挥相对比较大的作用。原因在于：①民事案件种类繁多，对有些案件中涉及的社会现象当时的法律还没有相应明确的规定，律师可以在这种情况下发挥其说理和论证上的专业作用。②民事案件的举证责任由当事人负责，律师在亲自或者协助当事人收集民事证据时具有特殊的作用。

在刑事案件中，在证据的收集和运用上，因公安、检察机关的职责不同，办事的角度不同，律师可能更侧重于站在维护当事人权益角度去收集证据，对公安、检察机关已有的证据进行分析审查。在刑事案件的定性和量刑方面，律师也可以通过查找和论证刑法中有些罪名之间的差别以及从轻或减轻刑事责任的理由依据来发挥维护当事人正当权益的作用。

但是，我们也应当看到，律师在诉讼中的作用有时是不确定的。因为案件的审理过程难免会受到多种不确定因素的影响，中国的情况有时非常复杂，加之方方面面的关系，“案子一进门，两边都托人”，律师的意见如果能被法官采纳，则该律师的作用得到了发挥；如果意见没被采纳，即使有理，这个律师的作用也可能没有得到多大的实际发挥。