

LAW

法律实习论

徐晨 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

项目资助：

2014年武汉大学教学研究项目：《法律诊所教育与毕业实习的整合》

2015年武汉大学本科教材规划建设项目：《民事、刑事和行政诉讼的法律实务技能》

法律实习论

徐晨 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律实习论/徐晨著. —武汉:武汉大学出版社, 2018. 9

ISBN 978-7-307-20473-7

I. 法… II. 徐… III. 法律—实习—研究 IV. D9-45

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 193753 号

责任编辑:胡 荣

责任校对:李孟潇

版式设计:汪冰滢

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:北京虎彩文化传播有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:15 字数:268千字 插页:1

版次:2018年9月第1版 2018年9月第1次印刷

ISBN 978-7-307-20473-7 定价:45.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一章 绪论	1
第一节 法律实习概述	1
第二节 法律实习与法律职业	9
第二章 法律实习的基础	14
第一节 知识、技能与态度	14
第二节 思维方式的转变	22
第三章 法律实习的模式	28
第一节 模拟教学	28
第二节 法律诊所	34
第三节 校外实习	42
第四节 法律实验室	47
第四章 法律实习技能：会见当事人与法律调查	50
第一节 会见当事人	50
第二节 法律调查	61
第五章 法律实习技能：法律咨询与文书写作	77
第一节 法律咨询	77
第二节 文书写作	104
第六章 法律实习技能：质证与庭审辩论	113
第一节 质证	113
第二节 庭审辩论	142

第七章 法院、检察院和律所的实习要点	159
第一节 组织架构、办案流程和卷宗材料.....	159
第二节 阅卷笔录.....	172
第三节 预备庭或者审前会议.....	177
第四节 正式庭审.....	182
第五节 审理报告或者审查报告.....	187
第六节 审委会讨论：法律问题的背景分析.....	199
第七节 审委会讨论：以问题为中心的“案例树”分析	208
第八章 法律实习制度及其改革	219
第一节 法学教育中实践教学的发展.....	219
第二节 法律实践教学的“供给侧”改革	221
第三节 制度整合、毕业实习课程化和职业培训学年.....	225

第一章 绪 论

第一节 法律实习概述

一、法律实习的概念和特征

法律实习是在正式从事法律工作之前，通过直接或者间接参与实践来提高法务技能和获得法务经验的一种学习方式。与知识教学不同，法律实习属于实践教学的重要组成部分。狭义上的法律实习主要是指毕业实习，即法学专业高年级学生到实务部门进行短期学习，并予以实习考核。广义上的法律实习包括校内的法律诊所和模拟课程、校外实习和假期社会实践、专门实习机构（如日本的司法研修所）的定期实训以及入职前的见习等。^①法律实习具有如下特征：

（一）准职业化学习

法律实习是正式从事法律职业之前的准职业化学习。美国霍姆斯（Holmes）大法官曾说：“当我们学习法律的时候，我们不是在学习玄学……而是在学习一种职业。”^②在法律实习过程中，通过真实案件的模拟、参与以及实地学习等形式了解法律职业的运作过程，与从事法律职业的专业人士进行交流，处理不同法律职业所面临的实务问题，以此为进入法律职业积累初步的经验。

^① 本书对于法律实习采取广义上的界定，主要讨论有关模拟课程、法律诊所和毕业实习等方面的问题。

^② Oliver W. Holmes, “The Path of the Law”, Harvard Law Review 457, 1987.

(二) 注重职业技能和职业伦理的养成

法律实习的目标主要在于提升法律职业技能和熟悉法律职业伦理。在职业技能上，结合法院、检察院和律师事务所的实务运作，初步掌握法律信息的收集、法律观点的形成以及法律意见的表达等专业技能。这些职业技能在实务部门亦称为业务能力，即处理职业岗位上所涉法律事务的能力。在职业伦理上，了解和把握不同法律职业的伦理规范，初步形成法律职业的伦理观念。

(三) 采取实例、实务或者实地等形式

法律实习在形式上可以分为三类：（1）实例模拟。与案例教学不同，实例模拟并不侧重于问题的分析能力，而在于从事法律职业的模拟培训。例如，模拟刑事、民事、行政案件的审判。（2）实务参与。通过会见当事人、撰写法律文书、调查取证、参与调解、代理出庭等方式，实习学生获得了参与法律实务的亲身机会。例如，在各类法律诊所中的实务参与。（3）实地学习。赴实务部门进行真实的体验和学习，从而了解各种法律职业的场合和业务操作。

(四) 实习模式的多元化

由于法律实习的要求和资源的不同，实习模式趋于多元化。目前，我国法学院普遍采用实习基地、法律诊所和模拟教学等模式，也存在带有传统特点的师徒模式。德国和日本等国家所采用的专门机构实训模式是将实地、实务和实例等形式予以综合，由统一的机构来组织法律实习，详见表 1-1。

表 1-1

实习模式	形式	内 容
模拟教学/模拟法庭	实例	通过角色扮演等方式对真实的案件进行模拟，并予以评估
法律诊所	实务	在法律诊所教师的指导下参与真实的法律事务
校外实习/实习基地	实地	到法院、检察院、律所和公司等单位进行实习
司法研修	综合	由专门机构负责对民事、刑事、检察和辩护等法律实务进行实训

的技巧；通过谈判代理客户与对方达成协议；与客户和其他人士的会谈等。此外，通过参与执业律师工作、出席庭审以及为公众提供免费的法律服务等进一步提高专业技能。出庭律师与事务律师的资格条件、入会、学习及见习期限详见表 1-2。

表 1-2

	出庭律师	事务律师
资格条件	具有法学学士学位或者其他被认可的文凭	
申请入会	成为四大律师公会的会员	成为事务律师协会的会员
课程学习	BVC (Bar Vocational Course) 课程资格考试	LPC (Legal Practice Course) 课程资格考试
见习期限	律师事务所见习 1 年	律师事务所见习 2 年

(二) 美国的法律实习

目前，在美国法学院参与法律实践的方式主要包括四种：（1）法律诊所（Legal Clinics）；（2）校外实习（Externships/Field Placements）；（3）实务技能课程（Practice Skills Courses）；（4）公益活动（Pro Bono Work）。全国法律实习协会（National Association for Law Placement）于 1971 年成立，其旨在提高法学院和法律职业的雇主之间的信息交流和合作。该协会在 2011 年的一项调查报告显示：在针对 1200 余名法律从业者的调查中，有 55.5% 参与法律诊所，有 52.6% 参加校外实习，有 82.8% 选修了实务技巧课程，有 54% 参与了各种公益活动。^① 如图 1-1 所示。

在校外实习中，主要机构包括行政机关或者立法办公室、非盈利组织、法院、律师事务所、一般公司以及其他机构。除了法律诊所和校外实习，法学院还提供实务技能课程，这些课程以模拟的形式展示实务中所运用的各种技能，包括初审辩护、上诉辩护、谈判、专题特别技能、替代纠纷解决、审前诉讼、客户咨询和会见、文书写作、事务处理实务以及法律实务管理等。此外，参加

^① National Association for Law Placement (NALP), 2011 Survey of Law School Experiential Learning Opportunities and Benefits: Responses from Government and Nonprofit Lawyers, 参与调查的法律从业者可作复选。

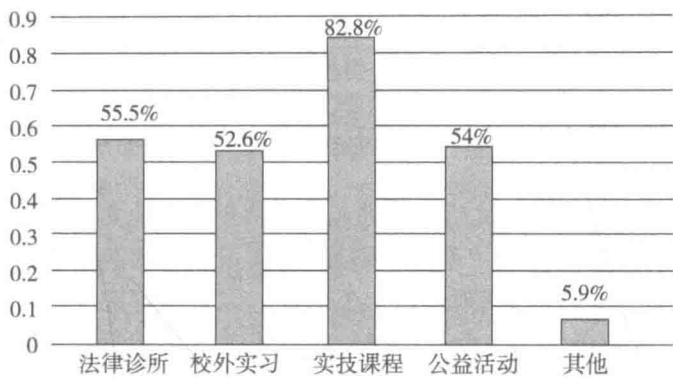


图 1-1 2011 年美国法律从业者参与法律实践的调查统计

公益活动也是提高实务能力的途径之一。大多数法学院并不要求学生参加公益活动，但是，也有一些法学院将提供公益服务作为课程的一部分。

近几年来，在传统诊所教育的基础上，美国法学院发展出基于跨学科交叉的法律实习模式——法律实验室。这些法律实验室不同于传统的刑事侦查实验室，其强调科技创新，将法律与其他学科予以融合，例如，利用计算机技术开发涉及法律内容的 APP，设计程序进行法律检索等。

三、大陆法系国家的法律实习

（一）德国的法律实习

在德国，需要经过大学教育、两次国考以及两年的实习才能获得从事法律职业资格，而后成为法官、检察官、执业律师或者行政机关法务人员。具体如表 1-3 所示：

表 1-3

	获得法律职业资格的要求	内容
1	法学院 4~5 年的专业学习	民法、刑法、宪法、行政法、诉讼法、法哲学、法律史等课程
2	第一次国家考试（大学+州）	笔试和口试

续表

	获得法律职业资格的要求	内容
3	为期 2 年的专业实习	分别在法院、检察院、律所、行政机关等处实习
4	第二次国家考试（州）	笔试和口试

在通过第一次国家考试后，将进入为期两年的专业实习，这一阶段被称为“国家文官候补期”或“职业预备期”。实习机构和期限如下：（1）民事法院（或者劳工法院），期限最低为 3 个月；（2）检察院（或者普通法院的刑事审判），期限最低为 3 个月；（3）行政机关（或者行政法院、财税法院和社会法院），期限最低为 3 个月；（4）律师事务所（或者公证事务所、企业法务），期限最低为 9 个月。德国各州对实习期限规定不一，实习生可以选择一个或者多个实习机构进行实习，亦可赴国外进行实习。以黑森州为例，民事为 4 个月、刑事为 4 个月、行政为 4 个月、律师事务所为 9 个月以及自选实习 3 个月。

民事法院的实习受到法官的指导，其实习工作包括熟悉司法程序、撰写司法意见、听取证人证言、模拟庭审等。检察院的实习受到检察官的指导，其实习工作包括熟悉公诉程序、撰写起诉书、调查和旁听、单独出庭等。行政机关的实习是和法律专业人员一起工作，了解和掌握行政实务和相关程序。律师事务所的实习工作包括撰写法律意见、参与调查、旁听庭审、单独出庭等。实习费用由国家予以财政支持。^①

（二）日本的法律实习

在日本，法官、检察官和辩护律师等法律专业人才被称为“法曹”。日本的法曹培养需要经过法学院学习、通过司法考试和司法研修所实习等三个阶段。法学院入学必须参加全国统一的适合性考试（LAST），然后参加各法学院实施的入学考试。法学院学习为期三年（修完法学课程可缩短到两年），完成法学院课程的，可获得法学博士学位（JD）。自 2003 年开始，日本大学法学院开设了诊所教育课程，临床法学教育的形态大体可以分为三种类型：（1）在律师事务所等机构中，由律师指导监督，实际办理案件，提供法律服务的法律诊所教育（Legal Clinic）的形式，特别是一些有规模的法科大学

① [日] 藤田尚子著：《ドイツの法曹養成制度》，法曹養成対策室報，No. 5，2011。

院专门设置了从事法律诊所教育的律师事务所中，学生在专职和兼职律师的指导下，参与具体的案件办理业务，负责实际接待客户，并从事代理、调解、提出法律咨询意见等法律业务活动；（2）在法学院中，以现实的案件素材为基础，根据教学的目的进行加工，通过模拟案件的形式（Simulation）来开展技能教育；（3）向从事法律业务的律师事务所、企业法务部、行政机关、各种非政府组织等法律机构中派遣学生，由这些学生在这些机构中见习和实习（Externship），法科大学院委托派遣单位的法务人员对派遣的学生进行指导和训练，并使其接触真实的法律实务。^①

参加司法考试原则上要求已完成法科大学院的课程，没有完成法科大学院课程的，只要是通过预备考试的合格者，也可以参加司法考试。司法考试（第一回考试）的合格者，必须在最高法院设立的司法研修所进行一年的实务实习，并通过毕业考试（第二回考试），最终合格者将被授予法曹资格。如图 1-2 所示：

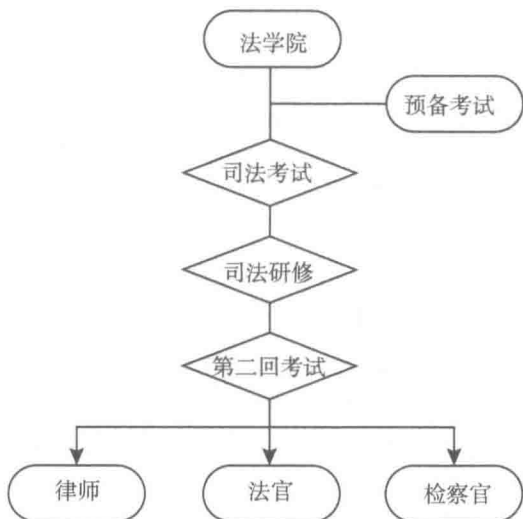


图 1-2 日本的法曹培养

在司法修习上，1890 年颁布的《裁判所构成法》（明治二十三年二月十日

^① 丁相顺：《日本法科大学院制度与“临床法学教育”比较研究》，载《比较法研究》2013 年第 3 期。

法律第 6 号) 第 57~61 条规定了 1 年以上的“实地修习”为司法官的任职条件之一。^① 1933 年颁布的《辩护士法》(昭和八年四月二十八日法律第 53 号) 第 2 条规定了 1 年 6 个月的“实务修习”为获得律师资格的条件之一。^② 1945 年的《裁判所法》(昭和二十二年四月十六日法律第 59 号) 将司法修习制度予以统一。^③ 2006 年的司法修习改从每年 11 月开始, 为期 1 年, 包括民事裁判、刑事裁判、检察和辩护四个类别的实务修习, 以及选择型实务修习和集合修习。修习生在各地的地方裁判所、检察厅和律师协会等实务部门进行实地修习, 由经验丰富的实务专家进行个别的指导, 以个别修习为中心通过实际案件的处理累积经验。根据 2015 年日本律师白皮书的统计, 司法修习第 67 期(2014 年) 总人数为 1973 人, 其中女性为 443 人, 具体分为法官为 101 人、检察官为 74 人、律师为 1248 人、其他为 550 人。^④ 有关司法修习的费用, 以往由国家承担食宿和交通费等, 自 2010 年开始实行无息贷款制度, 但受到多方的质疑和反对。司法修习的具体内容如表 1-4 所示^⑤:

表 1-4

司法修习	修习内容	地点	期限
民事裁判	旁听庭审、观摩法官的诉讼指挥、对法庭记录作出检讨、对法官的判决进行意见交换、在文书报告中法官对案件事实和法律问题点的检讨结果、接受讲评、模拟裁判等	各地裁判所 司法研修所	2 个月
刑事裁判	旁听庭审、观摩法官的诉讼指挥、对法庭记录作出检讨、对法官的判决进行意见交换、在文书报告中法官对案件事实和法律问题点的检讨结果、接受讲评、模拟裁判等	各地裁判所 司法研修所	2 个月

① 《司法官試補修習考試規則》(昭和十四年八月十五日司法省人庶第 767 号司法大臣訓令) 第 1~2 条。

② 《弁護士試補実務修習規則》第 7~9 条。

③ [日] 三澤英嗣著:《司法修習終了時点から見た司法修習生の実務修習について》, 法曹養成対策室報, No. 6, 2015。

④ <http://www.nichibenren.or.jp>。

⑤ <http://www.courts.go.jp/saikosai/sihokensyujou/sihosyusyu/index.html>。

续表

司法修习	修习内容	地点	期限
检察	在真实的刑事案件,由检察人员予以指导,进行证据收集、对犯罪嫌疑人的搜查取证、作出起诉或者不起诉决定的意见表述、旁听检察官公诉庭审等	各地检察厅 司法研修所	2个月
辩护	在辩护律师的个别指导下,进行法律讨论、撰写法律文书和接受讲评、参与出庭以及律师协会的活动等	律师协会司 法研修所	2个月
选择型 实务修习	旨在促进和巩固上述修习的成果,并可进一步深入各法律领域进行修习。例如,行政法、劳动法、破产法、刑事政策、司法精神医学、外国人辩护、国际公法等	自选	2个月
集合修习	补充实务修习的体系和通用实务教育,分为民事裁判、刑事裁判、检察、民事辩护和刑事辩护五个科目,内容包括以实际案件为基础的法律文书起草、口头说明和讨论、模拟裁判和教官的修改和讲评等	司法研修所	2个月

第二节 法律实习与法律职业

一、法律职业的基础

物以类聚,人以群分,以社会分工为起点,人与人之间逐渐分化,由此形成以不同职业为标志的社会群体。法律职业主要包括法官、检察官、律师、政府部门法务、法律顾问、公司或者其他组织的法务、法学教师等。法律实习需要了解进入法律职业的基本条件和要求,为将来从事这些法律职业做好准备。

(一) 法律职业的基本条件

1. 职业准入

法律职业的准入条件一般包括三个方面:(1)具备法律职业所需的各类证书。例如,法律专业文凭、法律职业资格证书以及其他执业证书等。(2)通过入职考试。例如,参加公务员考试或者其他公开招聘考试获得入职的资格。(3)具有一定的从业经验。例如,在公司法务的招聘中指明具有法律执

业经验者优先。

2. 专业技能

通过法学院的专业学习，可以形成较为完整的法律知识结构，以及具有从事法律职业的初步技能。但是，入职后仍需进一步提升所在专业领域的业务能力。例如，法院的审判工作细分为民庭、刑庭和行政庭等专业领域；检察院的检察工作细分为侦查监督、提起公诉和反贪污贿赂等专业领域；律师和公司法务可以细分为证券、保险、金融、劳务、涉外等专业领域。

3. 职业资源

从事法律职业需要相应的职业资源，包括执业经验、职业信誉以及人际关系等。例如，在律师执业的过程中，稳定的案源有赖于行业信誉、社会关系网络的支持。职业资源与专业技能是相辅相成的，专业技能的提高推动职业资源的拓展，而职业资源的支持有助于专业技能的进一步提升。

(二) 比较优势或者核心竞争力

自社会分工以来，每个人都处于相互依赖的生产与交换之中，市场竞争要求参与竞争的人具有在产品和服务上的比较优势，即不被其他产品或者服务所替代的核心竞争力。在制造业中，人们正逐渐被更低成本的劳动力，甚至机器所替代；而在法律服务行业中，每一个法律人都面临被他人替代的潜在风险和可能性。与产品制造不同，法律职业的竞争并不是以低成本的价格竞争为主，而是强调法律服务的质量和社会效果。在法律实习中，需要思考自己在法律职业上的比较优势或者核心竞争力，一般从以下五个方面来予以拓展：

1. 专业精进

法律职业的比较优势或者核心竞争力主要源自专业上的精进，即了解专业领域的前沿发展，并能够提出专业上的法律意见等。

2. 复合型发展

将法律专业和其他专业予以结合，形成新的职业增长点。例如，法律和外语、会计等专业的复合；公司法务与公司管理、产品所涉及的理工科知识的复合等。

3. 新兴业务的拓展

例如，利用人工智能（AI）技术提供新型法律服务等。

4. 团队合作

通过团队合作构成系统上的比较优势，这种强强联合亦是核心竞争力的表

现之一。例如，以前一个律师可能什么案件都接，俗称“万金油”律师，但是，法律市场竞争的日益激烈使得律师业趋向专业化和团队合作。

5. 优化职业资源

职业资源的优化也可以形成比较优势或者核心竞争力，例如，执业律师通过律所的品牌建设获得稳定的客户资源。

二、从想象到真实的法律职场

（一）法律场景

在法律实习的过程中，需要面对从法学院的教学场景到真实职业场景的转变。以司法诉讼为例，法律场景包括法院的建筑风格、法庭的布置装饰、相关人员（法官、陪审员、书记员、原被告及其律师）所处的位置和行为方式，以及法槌、法袍等。许多没有去过法院的学生往往会将出庭与律政影片或者电视连续剧中的情景联系起来。他们想象的场景是在宽敞肃穆的法庭中坐着旁听的人群，装束威仪的法官手握着重锤，书记员紧张地敲打着键盘，双方律师进行激烈的唇枪舌战。



这种激动人心的场景与现实中的法律场景形成了巨大的反差，让很多到法院旁听或者参与诉讼的学生觉得有点沮丧和失落。在法庭的设施条件上，可以通过影片中的香港法庭和内地乡村的法庭作比较。例如，香港的法庭有着透亮的顶灯、橙黄色的墙面，居中的法官席和原被告律师席，以及居于两侧的陪审席和旁听席。而在影片《马背上的法庭》中，乡村法庭却是临时组建的，在村落的某处平地上，挂上代表国家权力的国徽，摆上桌椅和诸如审判员、原告

和被告的牌示，便可开庭审判了。^①

（二）法律参与者

在法律实习的过程中，法律参与者从字面上的概念变成真实的人。从诊所学生参与诉讼的事后反馈来看，由真实的法律参与者所引起的反差大致包括如下三个方面：

1. 非对抗性参与的反差

非对抗性参与主要涉及会见当事人和调查取证。在会见当事人上，案例中抽象的原被告成为了活生生的当事人，以前的理性分析方法似乎不堪重负。例如，实习学生不知道如何与当事人打交道，不懂对方的方言，无法取得对方的信任等。在调查取证上，以前是各项证据已经列示在案例之中，而现在是需要亲身调查取证，并对其予以甄别。例如，实习学生不知道如何开展调查取证以及应对被调查者不合作等问题。

2. 对抗性参与的反差

对抗性参与主要涉及诉讼中的质证和庭审辩论。一方面，实习学生在参与诉讼中，缺乏质证和辩论的经验和临场应对。例如，在庭审中的紧张情绪会影响到质证和辩论，或者将学校辩论赛的做法照搬到诉讼上来等。另一方面，很多实习学生反映实际的庭审缺乏对抗性。在影视作品中，出于剧情发展的需要，焦点集中在诉讼的对抗性阶段，往往充满了戏剧性和意想不到的效果。然而，现实中的司法诉讼却是大相径庭。目前，我国法院的司法审判仍然是以法官为主导，并未采取对抗性的诉讼模式，由此使得对抗性被削弱。在这种情况下，许多法学院的学生在庭审之前做了大量的准备工作，甚至把自己设想为影片中口若悬河的律师，而现实的平淡无奇让他们似乎丧失了对法律的兴趣和憧憬。

3. 法律理想与社会现实的反差

除了上述与专业技能有关的反差，还存在理想与现实之间的反差情形，以下是一位法学院高年级学生第一次办案的心理感受：

××老师，你好，我是××，我想跟您讲讲最近一段时间办案的感受。坦率地说，这个案子我和××都做得很郁闷。不是因为办案的辛苦，

^① 目前，我国城乡的法庭条件大有改善，以上出于实践教学效果的考虑，将香港法庭和“马背上的法庭”进行比较。