

ZHEJIANG FALI JIAOYU
TU SHIJIANG JIAOXUE ZHIDAO

● 编著 许从年 刘俊

诊所式法律教育 与实践性教学指导

详细介绍诊所教育各实践环节的教育内容和实践技巧
经典案例详解，提高法学专业学生实践技能

江西高校出版社

东华理工学院人文社会科学重点资助教材

诊所式法律教育与 实践性教学指导

主 编:许从年 刘 俊

副主编:吴 萍 粟 明 陈吉利

撰稿人:(以撰写章节先后为序)

许从年 刘 俊 樊济华 粟 明

吴 萍 陈吉利 孔国荣 周春华

戴茂华 江雁飞 郑太发 朱志权

单宝龙 吴晓军 刘晓春

图书在版编目(CIP)数据

诊所式法律教育与实践性教学指导/许从年,刘俊主编. —南昌:江西高校出版社,2006.11

ISBN 7-81075-793-8

I. 诊… II. ①许… ②刘… III. 法学教育-教学研究 IV. D90-42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 132039 号

江西高校出版社出版发行

(江西省南昌市洪都北大道 96 号)

邮编:330046 电话:(0791)8529392、8504319

江西太元科技有限公司照排部照排

江西教育印刷厂印刷

各地新华书店经销

*

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

850mm × 1168mm 1/32 11.5 印张 310 千字

印数:1~450 册

定价:28.00 元

(江西高校版图书如有印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

许从年 男，1950年2月生，安徽定远人。1977年7月成都理工大学毕业，2003年中国社会科学院经济法研究生班毕业。现任东华理工学院党委书记、教授、硕士研究生导师。长期从事《法学基础理论》、《法律基础》等法学类课程教学研究和高校管理工作，并多次为高校干部、建党对象进行法律知识培训。公开发表《诊所式法律教育与法学专业综合性实践课程设置的探索》、《论证据的收集与运用》等学术论文20余篇。主持完成省部级课题多项，主编教材3部。

刘俊 男，1970年生，江西南丰人。法学硕士，现任东华理工学院法学系主任、教授。长期担任《知识产权法》、《海商法》、《国际法》、《国际经济法》等法学专业课程教学研究工作。近年来，在《政治与法律》、《北方论丛》、《上海海事大学学报》、《江西社会科学》等国家核心及省级期刊发表学术论文30余篇，主持及完成省、厅级科研、教研课题7项，获各类科研成果奖励多项。2006年9月至2007年7月在中国社科院法学研究所知识产权研究中心担任国家“西部之光计划”高级访问学者。主要研究方向：海商法、知识产权法、物权法。

序 言

作为多年从事法学教学研究和管理的教师，我们常常思考这样的问题：大学教育，特别是法学教育，其培养目标应该是什么？这一问题虽是老生常谈，不过细究起来，仍然值得我们深思。

这些年，随着经济和社会发展，特别是自党的十五大将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国方略，并在1999年宪法修正案将它正式载入宪法以来，我国的法制建设开始步入快速发展的轨道。法学研究和法学教育呈现一派繁荣景象。然而，繁荣的背后难以掩饰人们对于当前法学教育领域中的种种弊端的忧虑。法律是面向现实、面向行动的，法律过程是通过对规则的理性运用向利益的冲突方主张、实现正当权利的过程。但在今天的拥挤的法学课堂上，我们习惯了发黄的故纸堆里的故事，或者枯燥的法条阐释，最后是机械却又容易的考试。毫无疑问，这样的教学过程，无论是对于教授者，还是学习者，都是一桩轻松的经历。不幸的是，这种模式下培养的学生除了少数尚能够增长一些天马行空般的理论思辨能力外，多数学生则变成所谓的“背书匠”和“考试匠”，以致无法从法律过程中把握法律的真义，无法体会社会的种种复杂，无法提高法律实践能力，更遑论法律人格的历练和法治精神的养成。当四年后我们看到经过我们自己辛勤劳动培养的学生走出校园步入社会时，却发现他或她既对法律知之甚少，也无实践能力，更无独立人格。此时，我们该作何感想呢？

从这个角度思考，加强法学专业实践性教学已经成为我国法学教育界所有人士的共识。作为20世纪60年代在美国的法学院兴起的一种新的法学教育方法，诊所式法律教育模式仿效医学院利用诊所实习培养医生的形式，通过指导法学院的学生参与实际的法律应用过程，来培养学生的法律实践能力，教会学生能够“像法律职业者

那样去思考问题”(Think like a lawyer)。在诊所教师的指导下,学生为各种各样的当事人提供法律服务,学生在研修这门课程期间(甚至超出这一期间),能够亲自担当咨询员、调解员、诉讼代理人或辩护人,尽力满足当事人的不同需求,适用不同法律,亲身体验到自己在当事人心目中的地位,感受到和初步养成一名法律工作者应具备的素质和应遵守的职业道德。

但是,真正要将诊所式教育模式引入法学课堂仍然是一个极为困难的事情,这不仅是因为传统的“坐而论道”的法学教育模式已经形成了一种积重难返的风气,同时作为“舶来品”的诊所模式也需要有一个与本土磨合的过程,更主要的是,在传统教学方式未做根本改动的情况下,开展诊所式法学教育需要什么样的条件,经过什么样的教学过程,需要什么样的师资配备等等这些问题目前仍然需要在实践中寻找答案。东华理工学院的法学专业虽起步较晚,但这些年来发展却较迅速。在开展诊所式教育之前,各种形式的实践性教育环节一直是我们法学教育的特色。近两年,我们尝试在教学中引入诊所模式,并结合自身原有优势,采取了一些颇有成效的措施。如:在法学本科教学计划中,将原有的“刑法案例教学”课程修改为“诊所式法律教育与案例分析”课程;投资 10 万元新建一座现代化模拟法庭,设施较齐全,具备多媒体教学和法庭的双重功能;我们与各种社会组织,如妇联、团委、消协联系密切,为诊所介绍客户和案源;我院目前已经与抚州市中级人民法院、市人民检察院及两家律师事务所建立了较为稳定的合作关系,共建法学教学和诊所教育的实践基地。法学实践性教学要长期发展,必须具有较为稳定的案源和真实案件材料,否则,实践性教育就成为无源之水。在这个问题上,除了一部分校外单位要求我们协助解决的一些案例外,我们通过各种渠道收集整理各类案卷上百份,从中选择具有典型意义的案件作校内模拟实验;在机构设置上,我们成立了内部的法律援助中心,参与 2004 年由法学系师生起草制定的学生处分听证程序的听证工作。同时,我们已经与当地司法局达成意向,即将把校内法援中心改为抚州市法

法律援助中心工作站,承接各类法律援助案件,这将大大提高法学专业各实践性教学环节的教学效果。

本书的写作是对我们近几年法学专业实践性教育模式探索和改革的一个总结,也是对江西省省级教学研究课题“一般院校法学专业诊所式法律教育模式论证与探索”的成果的深化。当然,法学专业学生实践性技能的养成不仅仅局限于诊所法律教育这一种模式或方法,传统法学教育中各种实践环节的设置也有诸多益处需要我们继承。因此,本书的编写不仅仅论及我们对“诊所式”教育模式的初步理解,更涉及到法学专业实践性教学环节的各个阶段,同时还配合对具体章节的理解,提供了大量的司法实例的分析评述,这是本书与其他诊所类或指导法学专业实践性教学的教材、著作的明显区别。因此,本书不仅适用“诊所式法律教育与案例分析”这一门课程的教学,更是法学专业各实践性教学环节的教学指导书。必须指出的是,我们确实没有,也不敢有所谓让我们的师长、同行共享这份经验的想法,我们没有能力做到这一点。我们只是希望通过这样的方式,交一份“初中生”的作业,请大家评判。由于水平所限,书中问题肯定不少,我们切盼专家们的指导和帮助。

需要重点说明的是,本书的出版得到了东华理工学院教材出版基金的重点资助,在本书的编写和出版过程中,得到了东华理工学院教学指导委员会各位专家学者及教务处处长徐定华博士、陈平辉教授,文法艺术学院院长黄振林教授、副院长何建华,教材科徐东望、严俐萍老师,江西高校出版社和法学系全体教师的大力帮助和指导,在此深表谢意!另外本书编写过程中参考了大量国内外专家学者的著述,在此一并表示感谢!

本书的编写分工:

许从年教授负责组织全体编写人员共同确定本书的编写原则和大纲,刘俊副教授负责全书的统筹及校阅工作并负责联系出版事宜。各章具体执笔如下:

许从年,序言,第一章第一、三节;刘俊,序言,第一章第二、四节,

第二章,第六章第一节,第十四章第一、三节;樊清华,第三章;粟明,第四章,第十章第三节;吴萍,第五章,第十一章第一、二节;陈吉利,第六章第二、三节,第八章;孔国荣,第七章;周春华,第九章;戴茂华,第十章第一、二节;江雁飞,第十一章第三节;郑太发,第十二章第一、二、三节;朱志权,第十二章第四、五节;单宝龙,第十三章第一、二节;吴晓军,第十三章第三节;刘晓春,第十四章第二节。

最后,再次衷心感谢所有为我校的法学教育发展和本书编写提供帮助的人士!

许从年 刘 俊

2006年4月

目 录

第一章 诊所式法律教育及教学方法概述	1
第一节 诊所式法律教育的起源和发展	1
第二节 中国的诊所式法律教育现状及趋势	5
第三节 诊所式法律教育的模式和内容选择	17
第四节 诊所式法律教育的教学方法	20
第二章 诊所式法律教育与法学专业各实践环节之间的关系	27
第一节 诊所式法律教育与法学专业认识实习(见习)、 毕业实习的关系	27
第二节 诊所式法律教育与律师实务课的关系	31
第三节 诊所式法律教育与法律援助的关系	33
第三章 如何会见当事人	40
第一节 律师与当事人的关系	40
第二节 如何了解当事人的期望与意图	46
第三节 会见当事人的技巧和注意事项	49
案例评析	63
第四章 事实与证据	66
第一节 事实与证据的关系	66
第二节 证据的运用	76
案例评析	81
第五章 法律适用	89
第一节 法律规范	89
第二节 法的渊源	96
第三节 法律冲突与法律适用	103
第六章 谈判及技巧	130
第一节 谈判的特点	131
第二节 谈判的过程	134

第三节 谈判技巧与策略	140
案例评析	149
第七章 调解及技巧	157
第一节 调解概述	157
第二节 调解技巧	161
案例评析	174
第八章 对抗式辩论及技巧	181
第一节 对抗式辩论概述	181
第二节 法庭辩论技巧	188
第九章 诉讼文书写作	200
第一节 诉讼文书及其写作基本要求	200
第二节 律师代书诉状类文书的种类与写法	202
第十章 民商事案件代理及技巧	228
第一节 代理民商事案件中会见当事人的技巧	228
第二节 在诉讼中代理民事案件	233
第三节 在仲裁中代理民事案件	241
案例评析	245
第十一章 刑事案件辩护及技巧	251
第一节 刑事案件辩护的策略	251
第二节 刑事案件的辩护方向	257
第三节 刑事案件的辩护词撰写技巧	268
案例评析	273
第十二章 行政诉讼案件的处理及技巧	281
第一节 律师在行政诉讼中的角色定位及任务	281
第二节 行政诉讼中若干程序问题的处理	283
第三节 行政诉讼案件管辖的确定	292
第四节 行政诉讼中若干实体问题的处理	294
第五节 行政诉讼中的法律适用	299
案例评析	307

第十三章	律师职业道德和职业责任的养成	312
第一节	律师职业道德和职业责任概述	312
第二节	律师职业道德和职业责任的内容	313
	案例评析	327
第十四章	法学专业各实践教学环节教学指导	331
第一节	法学专业认识实习(专业见习)教学指导	331
第二节	法学专业学年论文教学指导	337
第三节	法学专业毕业实习和毕业论文教学指导	342
	参考文献目录	354

第一章 诊所式法律教育及教学方法概述

第一节 诊所式法律教育的起源和发展

一、诊所式法律教育的起源

“法律诊所教育”英文名为(Clinical Legal Education),其形式借鉴了医学院在诊所进行教育实习的模式。众所周知,在医学院就读的学生需要花费较多的时间从事临床实习,从实践中学会诊断和治疗疾病。当法学教育引入这种教学方法时,法学院引用了“诊所”的称谓,就产生了“法律诊所”这一法学领域特有的名称。作为20世纪60年代在美国的法学院兴起的一种新的法学教育方法,其出发点是仿效医学院利用诊所实习培养医生的形式,通过指导法学院的学生参与实际的法律应用过程,来培养学生的法律实践能力,教会学生能够“像法律职业者那样去思考问题”(Think like a lawyer)。

20世纪60年代后期和70年代初期,美国的一群法律现实主义运动学者对在法学院长期占据统治地位的案例教学法(兰德尔教学法)提出了质疑,认为法学院的学生在学习期间就应该进行实践活动,传统的案例教学法离开了具体的社会背景和当事人,离开了办案的真实感受和办案过程中的分析和推理,法律原则和规则在课堂教学中只能成为空洞的语言。案例教学法忽略了法律实践中的许多基本技能以及对律师社会角色的理解,不利于培养学生的法律职业技能,使得法学院(系)的毕业生大都不能很快地适应实际法律工作,把本应由法学教育机构完成的工作留给了法律实务机构来完成。

随后,在美国福特基金会的资助下,许多法律院校开始建立诊所式法律教育项目,这个项目融合了理论教学与实践教学,将技能训练

作为课程重点,让学生在法学院学习理论的同时,进行律师实务与技能训练。在诊所教师的指导下,学生为各种各样的当事人提供法律服务,学生在研修这门课程期间(甚至超出这一期间),能够亲自担当咨询员、调解员、诉讼代理人或辩护人,尽力满足当事人的不同需求,适用不同法律,亲身体会到自己在当事人心目中的地位,感受到和初步养成一名法律工作者应具备的素质和应遵守的职业道德。诊所式法律教育模式很快被法学院的学生、教师,整个法律界乃至社会所接受,并逐步为英国、澳大利亚及中东欧地区的法律院校推广,目前已成为当今世界法学教育改革的一种趋势。

二、中国法学教育模式现状及弊端分析

我国法学教育随着我国法治的发展获得了长足的进步,但数量的激增并不等于法学教育的成功。这种表面的红火更应促使我们对于我国法学教育的现状有清醒的认识,对于深层次的问题有更深入的分析。从一定程度上来说,中国现阶段的法学教育仍然处于一种摸索和开创的阶段。无论是在法学教育的指导理念、培养目标、机构设置等宏观方面,还是从教学模式、方法、内容和课程设置等微观方面,我们都还存在很多问题,并没有形成系统的成熟经验和模式。相当多的法学教材和教学采用机械、僵硬和孤立的眼光看待法律,把它作为一种独立于社会之外的、自我封闭的规范体系。这种观念基本上占据着主导地位,它总试图用一种不变的规范体系把生动、变化的生活禁锢住,想当然地认为可以用数理逻辑的推导方法将这种法律规范适用于一切事物、解决一切纠纷,似乎如不如此,就没有传授“知识”。按这种方式训练出来的学生一来到社会上,便会发现在书本上明确的法律规范在现实中竟然会变得如此模糊和具有伸缩性,发现所面对的社会现象如此千差万别;课堂中如此明晰的典型案例在现实中很难找到可供套用的具体事实;发现要把法律规范和社会现实相结合,需要如此之多的书本和法律条文以外的真功夫和批判性的创新思维。他们因而手足无措、无所适从。正是由于这一原因,近年来,法律实际部门和社会对于法律院系毕业生的素质和能力颇多微

词;而法学院毕业生也对法学院所教授的内容颇多责难。这种状况不能不使我们反思,法学院到底应当教给学生什么东西。

综观我国法律院系、系的课程设置,我们历来以传授系统和科学的知识为目的,很少考虑实际操作能力的培养,也很少考虑社会的实际需求。法学,成为一门可以坐而论道的学问。这种课程设置忘记并抛弃了法学教育的另一个重要功能,即培养学生的职业实践和职业能力,这显然有悖于法学教育的宗旨。

我国法学教育的这种弊端可以从下面三个方面略见一斑:

1. 法律课程的开设主要以部门法学科的划分或国家颁布的主要法律(基本法)为标准,而以培养和训练学生实际操作能力为主要目的的课程开设得很少。也就是说,这种课程设置主要、是以传授知识为主的模式,而不是传授知识和训练学生的能力并重,理论性和职业性相结合的教育模式。

2. 大多数教师在课堂上所讲授的主要是如何注释现有的法律条文以及论述各门课程的体系和基本理论。其目的在于引导学生掌握系统的知识体系,如学会通过分析条文和逻辑推理得出正确的答案。而这种对于条文的纯粹分析,在现实当中几乎是不存在。因为在现实生活当中,条文的分析必须与事实的认定、人际关系的处理、利益的冲突、特定的文化和道德风尚及种种社会状况相联系。如果我们的教学不涉及这些方面,就无异于仅给学生提供了利箭,而没有为学生提供良弓。己所不能,无以予人。这恐怕也是我们法学教师队伍构成上的缺陷所造成的现象。

3. 与我国当前努力实行市场经济和对外开放的需要相比较,法律课程中涉及市场经济、比较法和国际商事法的课程所占的比重不够,有些课程的内容也急需改进或充实。由于历史的原因,我国的法学教育重视史论课的开设而轻视应用部门法课程的开设;在这些部门法课程中,民商法课程所占的比重就更少。现在所开设的经济法的课程也有很多建立在计划经济的基础上,其大部分内容已不适应市场经济的需要,即便是所开设的民商法课程中,讲授也往往是重在

原理和条文论述,而忽视对于实际操作技巧的训练。讲金融法的不了解金融的操作和运行,讲证券法的不知道各种票据的实际操作和使用,讲公司法的不知道公司的具体结构和实际创立。听起来虽然危言耸听,但法学教育的实践中确实存在这种现象。

面对社会的批评和学生的责难,越来越多的法学教师认识到了这种教育模式的弊端,对现行的法学教育模式构成越来越大的压力。在这种压力的推动下,我国法学教育界开始探索法学教育方法的改进,并将这种方法运用到教育实践中。在我们已经走过的法学教育的经历中,各种方法并存是我国法律教育的特点之一。例如案例教学方法、讨论式教学法、模拟法庭教学方法及法律实习方法等,这种探索和多样化教学方法的运用对法学教育的改革起到了很强的推进作用。近些年来开展的法律硕士项目,更是明确地以美国法学教育为蓝本而开展的教育模式。这些方法与传统的课堂讲授方法固然有所不同,最起码在形式上有较大的变革,然而很多院校在这些新方法的实施过程中,在实质内容和讲授方法上却没有重大的改变。即便是以培养职业人才为目的的法律硕士项目,其课程设置的讲授内容及方法也并没有什么明显的改革。所有这些方法的运用基本上是为了达到一个主要目的,即帮助学生了解和理解法律原理和概念,从而知道法律条款的含义。在更多的情况下,教师是以自己对法律的认识去影响学生,甚至依照自己对法律的理解去选择合适的案例,指导学生进行讨论,然后以达到统一认识为圆满结果。于是,每一位教师都会因为把自己的知识传授给了学生而沾沾自喜,而学生也会以自己对法律的认识最终与教师的相吻合而感到高兴。也就是说,我们虽然在不断努力进行法律教育方法的改革,但在根本上,我们没有改变“以理解法律含义、传授法律知识为宗旨的教育模式”。因为我们的法律教育忽略了一个重要的问题,即培养学生成为法律职业者。因此,我们认为,课程设置的改革必须以法学教育宗旨的改革为前提,即法学教育不仅要传授法律知识,同时要培养和训练学生的实际操作能力。能力的培养应当提到与知识的传授同等甚至比

它更高的地位。在明确了上述目标后,课程和教学改革的必要性和方向也就清楚了。

第二节 中国的诊所式法律教育现状及趋势

一、中国诊所式法律教育模式的建立

中国的诊所式法律教育是由美国福特基金会首先酝酿和发起的。1999年12月6日,由福特基金会主持在北京召开了首届“关于诊所式法律教育课程的研讨会”。2000年1月,北京大学、人民大学、武汉大学、中南财经政法大学、华东政法学院、复旦大学等7所全国重点法学院系正式向福特基金会提出立项申请,要求参加诊所式法律教育项目。2000年9月,上述7所院校同时开设法律诊所式教育课程,标志着诊所式法律教育模式正式在中国展开。到2003年为止,又有西北政法学院、四川大学、中山大学、贵州民族学院、南阳理工学院等共计6所院校得到福特基金会的资助,获准加入诊所教育项目。随着诊所法律教育课程的影响逐步加大,越来越多的高校教师和学生对这一新型的法律教育课程和教学方式给予关注,陆续有学校在申请加入,但由于福特基金会的资助范围有限,资助的资金日益减少,以及今后将不再对中国高校开展诊所法律教育项目进行资助等原因,使一些地方院校对进行这种教学改革产生了犹豫。然而,在中国目前已经设置了法学本科专业的近400所高校中,仍有不少院校自筹经费开始对这一教育模式的改革进行探索,从各省立项的教学研究和教育规划课题的名称中我们可以很轻易地得到这种趋势的证明。

近年来,一些法律院系先后有针对性地借鉴了美国正在推行的“实践性法律教育”的模式,力图把“经院式”的法学教育转变为理论和实践融为一体的培养高素质的法律人才的教育模式,即不仅要教给学生必要的、精深的法学原理和基于现行规范的法律知识,而且要使学生掌握如何在现实生活中灵活使用法律的各种技巧、方法、能力

和素质,学会如何与各种人物和机构打交道,学会如何分析、查证事实。这些能力和素质恰恰是陆游在论述做诗的诀窍时所说的“功夫在诗外”,借用到法律教学上,我们不妨把它称为“法外之功”。

美国法学教育的同行早在三、四十年前就注意到了传统的案例教学模式的缺陷,尝试进行以训练法学院学生实际能力为宗旨的实践性法学教育模式。它包括以“诊所式法律课程”(Clinical Legal Education)和“法庭辩论课”(Trial Advocacy)为主的一系列实践性法学教育课程,意在重塑法学教育的模式。这种尝试不仅仅是吹皱一池春水的乍起微风,而且是形成了一股强劲的改革之风,且愈吹愈烈,引起了美国法学教育上的又一次改革(如果尚不足以称其为革命)。

二、诊所式法律教育以及其他实践性法律教育方法与传统法学教育模式的主要区别

1.传统法学教育模式主要是对学生灌输某种既定的知识,而实践性法律教育模式则是要教会学生如何去学习和运用法律。

现代法治社会中,法律条文的数量以令人震惊的速度在不断增长,其修改和变化的速度也同样令人目瞪口呆。如果要把所有这些基于现行法律条文之上的知识都灌输给学生,我们的学制就会成为名副其实的终身学制,这不仅是不现实的,也是不可能和不必要的。其实,法学教育的真谛应当是使学生学会如何去学习和使用法律,而不是单纯地灌输某种既定的、凝固的知识。即便是老师,我们现在教的东西中有多少是我们当时在课堂上学到的呢?二三十年前的法律课程与现在根本无法同日而语。即使我们现在要给我们的学生灌输这种凝固的知识,在他们毕业后,这些知识的实用性也会大打折扣。与此相反,实践性法律课程则致力于训练学生如何在解决具体案例中学习寻找法律、分析法律、解释法律和使用法律,课程的目的是培养学生持续学习的能力。经过这种训练,学生掌握的是如何找到和使用法律的方法,而不是单纯的背诵几条法律条文。也就是说,学生学到的是能动的方法,而不是机械的公式。法律运行的内在规律和特点要求我们必须教给学生这种自我学习、自我更新、自我发展的能