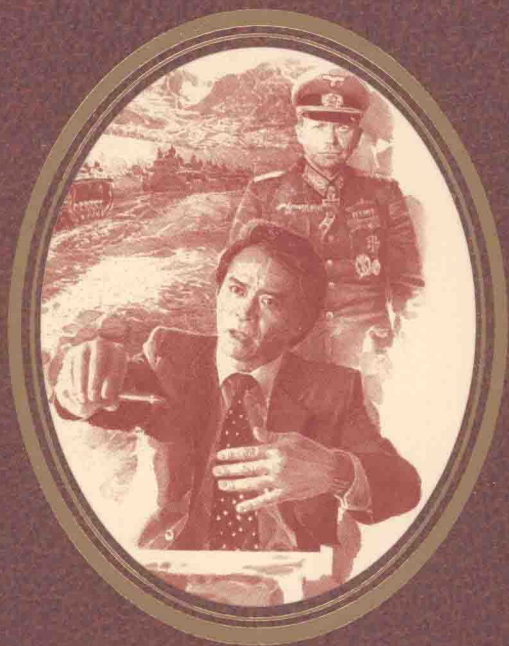


大学案例教学教程
青年律师研修读物

李心鉴 著



抗辩的艺术

The Art of Advocacy

第 ① 卷

房地产诉讼选录



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

第一卷

第一卷

房地产诉讼选录

Volume I

SELECTED WORKS OF REAL
ESTATE LITIGATION



李心鉴 著

人物插图 李 晨

场景插图 李新民

图书在版编目(CIP)数据

抗辩的艺术. 第1卷, 房地产诉讼选录 / 李心鉴著.

—北京: 法律出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5698 - 2

I. ①抗… II. ①李… III. ①房地产业—民事诉讼—
案例—中国 IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 279976 号

© 法律出版社·中国

抗辩的艺术
第一卷 房地产诉讼选录

李心鉴 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2014 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 37.5 字数 530 千

印次 2014 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5698-2

定价:138.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

李心鉴

抗辩的艺术

捧 献：

我挚爱的父亲李进录先生、母亲贾玉珍女士

这书原本是想在2010年献给爸爸八十大寿的，现在正好成了2014年妈妈八十大寿的贺礼。儿子向你们鞠躬谢恩——还是不好意思跪下……

儿子无成，虽然顾家，但无以荣耀家门。不过，爸妈翻翻这书就知道，儿子依然是努力的，而且很辛苦。



编者按

国家首届诉讼法学博士
多年亲历民商诉讼精选
顺逆胜败展陈诉讼较量
荣辱喜悲展露诉讼心曲

大学案例教学全新教程
学者法学研究鲜活素材
青年研习诉讼最佳读物
企业探究疑案上选工具

我们确认，作者做出了法律图书的精品；
我们确信，本书将成为案例书籍的经典。



责任编辑：王扬博士

人们总是高看理论，低看经验。其实，法学理论的种子，只有扎根于诉讼实践的沃土，才能长出诉讼经验之树，而唯有诉讼经验之树，才能结出法律智慧之果。

我的“植物化”说法，源自达·芬奇的“人物化”名言：智慧乃经验之女。

——作者题记





卷首语

灯下（之一）

兰德尔的启蒙

2003年的一个雨后仲夏夜，在几位硕士同学的聚会上，大家聊起了诉讼。这个话题涉及我的生计，况且都是自己人，于是我滔滔不绝地侃起了自认为精彩的案例。毕业后一直在出版社当“书痴”的么志龙说：老李，抽出点时间，把你的诉讼经历写成书吧。

在停车场告别了同学，我没走。皓月当空，清风拂面。我临风望月，漫步在空旷和宁静之中……

可是，才在灯下坐了两个月，我就厌倦了。虽说中年律师写写诉讼经历，或许对青年律师有点教益，但这种文字极易弄成自说自话、自吹自擂的垃圾。我虽无成，但还不至于用这种东西给自己的黯淡人生罩上个虚幻光环。

是年晚秋，我读到了母校中国政法大学出版社当年9月出版的、罗伯特·斯蒂文斯所著的《法学院》（“美国法律文库”之一），从中认识了克里斯托弗·哥伦布·兰德尔（christopher columbus langdell。该书译为兰戴尔，《不列颠百科全书》译为兰德尔），了解了他倡导的、支配美国法律教育一百多年的案例教学法。

那些日子，我急切地搜寻兰德尔和美国案例教学的资料，其实是在为自己寻找方向和力量。不过，给我留下最深印象的，不是兰德尔的案例教学思想竟然成

卷首语

灯下（之一） 兰德尔的启蒙

为美国法律教育的基本理念，而是他灯下的身影。

——出身贫寒的他性格内向，小小年纪就喜欢独自在寄宿学校宿舍的灯下看书。

——在哈佛大学法学院读书时，为了支付学费，他一直在图书馆打工。他夜夜在灯下神游于法律书海中，困了就和衣睡在图书馆的长条桌上……

——毕业后他在纽约做了执业律师。应该是性格原因吧，他6年的律师生涯孤寂、单调，很少出庭，几乎没有去过公司，总是静静地坐在律所幽暗角落的灯下，为那些出庭律师们撰写诉讼摘要或者准备诉状。

——44岁时，他的人生开始根本性转变。1870年出任哈佛法学院首任院长后，他即在该院大力推行案例教学法。在他辞世后，这一教学法逐渐在全美法学院普及。

——为了案例教学，在灯下，他伏案写出了具有开创性的案例教材《合同法案例》和《货物买卖案例》。

接着，我开始了解和思考中国大陆法律教育问题，乃至达到了行思坐想的程度。

近十多年来，中国法学院似乎也在大力推行案例教学法，案例书籍大量出版。然而，我却以为好像路子不对，还没上道。

——那种教师在讲授某课程时举出案例让学生讨论后教师讲解的教学法，不是案例教学法，而是传统的讲授法中的举例式。这种方法至多有似于耶鲁法学院教师亚瑟·康宾在该院正式实施案例教学法之前的1903年至1904年所采取的混合使用教科书和案例教材的讲授方法。

案例教学法的目的，不是让学生通过案例掌握教科书中死的原理和规则，而是让学生学习“活的法律”（Living Law）。

——少数法学院专门开设的案例教学课程，也难以称得上是真正意义上的案例教学。其原因在于所使用的案例教材通常与上述讲授法中的举例式所使用的案例教材大体相同，在编写上基本采取“案情——判决——评析”或其变形的体例，怎么也跳不出僵死的框框。

案例教学的主旨，不是让学生通过案情分析来理解判决结论的对错，而是要

培养学生“像律师那样思考”（Think like a lawyer）。

兰德尔的启蒙和自己对中国大陆法律教育现状的粗浅认识，让我义无反顾地回到了灯下——律所的营生从此变得不如灯下的写作重要了。我一坐就是几年，苦心弄出了这样几本东西。

支撑我不间断写下去的，仅仅是我心中的愿望。

——我期盼中国大陆法学院能够早日开设美国式的案例教学课程，并奢望我的这几本东西能够成为民商事案例教学教材。

——我期望没能接受案例教育的法学院学子，能够像大量阅读案例书籍的美国法学院学生们那样，潜心读读本书。

——我期待将要或已经步入律所的青年律师，相信“专业乃立身之本”这句话，抽空读读本书。

阅读，思考，为的是修炼法律职业人的真功夫、真本事，为的是不让社会再低看我们法科毕业生、我们青年律师。而要做到这一点，则要看青年朋友们能不能时常稳坐灯下。

我相信，在灯下，你会明白本书不同于你所看过的任何案例书籍，你会走进一个洋溢法律智慧，弥漫诉讼艺术的清新境界。

我挺喜欢余光中先生《高楼对海》一诗中的这两个句子：灯塔是海上的一盏桌灯/桌灯，是桌上的一座灯塔。

前言

雨夜遐思

案例教学乃法律教育模式改革出路

内容提要

《圣经·旧约·耶利米书》第6章第16节教导人们：“我们应当站在路上察看，访问古道，哪是善道，便行在其间。”我“察看”中国十多年来法律教育之“道”，“访问”美国一百多年来法律教育“古道”，确信案例教学法乃法律教育“善道”，进而分辨案例教学的“假道”和“真道”，并以本书的教学实践探索如何“行在其间”。

本文分五部分：一、霜叶飞——怎么会是这样；二、解连环——诸法分量如何；三、浪淘沙——致命硬伤何在；四、满庭芳——何处觅得正途；五、踏莎行——有无实践检验。

周六，午后的斜阳依然灿烂，于是想着晚上在星空下走走。一年四季诸景，惟仲夏夜乃我之最爱。住在京城北郊，夏夜里虽不能像在我的故乡新疆那样，可以环顾从湛蓝夜空中向四周倾泻下去、一直与天边的灯光相接的繁星，但也能仰望头顶上的点点星光。谁知傍晚却阴了天，下起了雨，只好收起闲心坐下来思考本文。

这几本书自2003年开始动笔，写写改改至今已经10个年头了。林语堂在其散文《一团矛盾》中说，他的散文都是由尼古丁构成的，他知道他的书上哪一页尼古丁最浓。就写作损害健康而言，作为小人物的我却可能更糟，10年里不仅抽了无数烟，而且熬过无数夜。另外，长期沉迷于写书，当然是耽误了不少业务。同事们不便说我，默默等待我早日完成；有朋友则直言相劝：别太当真了，都什么时代了？谁会在乎你的苦心！然而，我却我行我素，依然抽着烟、熬着夜，慢慢

前言
雨夜遐思

001

写着。因为，我始终自负地相信这是值得的——这几本书对中国大陆法律教育肯定是有用的。

我虽曾在中学、管理干部学院教过书，也曾在中国政法大学从事教学科研，但并不懂得教育体制及其改革，这就如同一个打过仗的士兵并不懂得军事指挥一样。不过，这些年为了写本书，一直关注、思考法律教育问题，甚至不自量力地探求法律教改的出路。这里，我迫切地想把自己的粗浅想法摆出来，以期引起法律教育界的注意——我不能不说，因为这是我10年潜心写书的初衷、追求和信念。

雨，不紧不慢、从从容容地下着。透过落地窗，借着黄昏的天光，发现阶前那一方月季花已经没有了花朵。疯长起来的花枝，秃着头，在雨中丢了魂似地站着。那些红艳艳、粉嫩嫩的花朵，是自个儿开谢了呢？还是被前两天的暴雨打落了呢？

霜叶飞^[1]——怎么会是这样

从表面上看，中国法律教育似乎像盛夏，一片繁荣茂盛，实则如同秋天一般——不是金色的、收获的秋，而是灰色的、萧条的秋。

先看看“繁荣”。据中国社科院2009年法治蓝皮书——《中国法治发展报告NO.7(2009)》调查数据显示，截至2008年11月，全国共设立法学院系634所，30年来增长了105.67倍；法学本科在校生30万人左右，法律专科在校生22万多人，30年增长了200多倍。

再看看“萧条”。据麦可思研究院2011年就业蓝皮书《2011年中国大学生就业报告》显示，法学依然是2010年本科生毕业半年后就业率最低的专业门类，同时，在2011年本科生就业红牌警告的前十个专业中，法学排第二^[2]。当然，对麦可思研究院的数据和结论，法律教育界是有疑问和批评的。但是，法律教育界自身及司法界、律师界、新闻界等相关社会各界对现今法律教育质量和法科毕业生质量的负面评价，则是具有普遍性的。温和的评价诸如法律教育与法律实务严重脱

[1] 借词牌名称，以下各节小题目亦同。

[2] 麦可思研究院：《2011年中国大学生就业报告》，社会科学文献出版社2011年版。

节、法科毕业生大多不能适应法律实务工作、法科毕业生过剩和法律人才奇缺并存等等。激烈的议论诸如法学已从显学走向没落、法科毕业生多是次品、法律文凭贱如粪土等等。

宏观上的中国法律教育现状的成因，涉及诸多主客观因素。中国人民大学劳动人事学院院长曾湘泉认为，“知识失业”的5个主要因素的第一位因素是教育体制问题，“在教育体制上，中国大学许多专业的设置和教学内容、方法、培养目标都不是很清楚，师资队伍也存在问题”^[1]。时代变迁，真的与我们这代人读书时期大为不同了。不过，法律教育走向颓势的主要原因，还是教学内容与教学方法问题。

这里，我们简单回顾一下这十多年来中国法律教育模式的改革。

其实，早在扩招之前，国家教育部就成立了法学学科教学指导委员会，各高校法学院十多年来针对传统的经院式（讲授法）教育模式，进行了可称为“史无前例”的改革：

——案例教学。这一教学方法被空前重视，哈佛法学院、1870年、兰德尔成为谈论案例教学法文章中出现频率最高的几个词汇^[2]。案例教材的数量多到仅次于教科书。一些大学法学院开设了案例教学课程。几乎所有法学院都认为自己重视并实施了案例教学法。

——法律诊所。这是中国法律教育模式改革的最大亮点。自2000年初美国福特基金会资助7所大学开设法律诊所教育课程以来，至2010年，全国已有八十多所高校法学院系开设了该课程，共计开设不同主题诊所课程一百三十多个。凡开此课程的法学院系，几乎都自认为已经取得了成功。

——模拟法庭。这原本不是个新的教学方法，然而近十年来作为法律教改措施之一，前所未有地蓬勃展开。一些法学院在国外一些著名的模拟法庭比赛中取得了骄人的成绩。

——观摩审判。在20世纪80年代，法科学生毕业前都有过观摩审判的经历。不过，如今的学生观摩审判的机会比以往更多了，更重要的是，一些法学院的观

[1] 原载《经济观察报》，《读书》2008年第3期。

[2] 哈佛法学院首任院长兰德尔于1870年上任的第一年即在该学院倡导案例教学法。

摩审判更规范化和深入化了——观摩前教师将案件材料发给学生并组织课堂初步讨论，观摩后教师再组织讨论并点评。

——实习基地，毕业前短期实习原本也是传统的教学方法，但随着各法学院这些年纷纷在司法机关和律师事务所挂牌建立实习基地，除毕业实习外，假期实习和平时交流获得了一定的保障。

凡此种种，使法学院看上去比以往更具有活力和魅力，法律教育模式改革似乎已经取得了有实证数据证明的重大成果。

然而，正是伴随着以上诸种改革，我们的法律教育步步走向了萧条——雨露未能滋润大地，催发生机。

案例教学、法律诊所、模拟法庭这些美国法学院近现代创造的、藉此使美国法学院至今仍领先于全球的法律教育方法，我们似乎都移植了过来。怎么就不灵呢？是在中国大陆“水土不服”呢？好像不是。教育模式问题并不涉及可怕的政治制度和法律制度——这正是已成为人类文明组成部分的西方法律制度、原则和规则在中国大陆“水土不服”的根本原因，故对于法律教育模式问题，可以说无须进行是否具有普适性的考量。

那么，原因为何？出路何在？

解连环——诸法分量如何

雨越下越大了。窗外，雨打枝叶的声音响成一片，除了层层雨幕，什么也看不见。

对于中国法律教育的“阴雨天气”，教育者、学者、记者等，不少人都在犯愁。不过，我个人尚未看到令人信服的“气象分析”。

可以肯定，法律教育模式问题是具有一定复杂性的问题，故不能运用近代的分析方法进行剖析，而应当运用现代的系统方法予以把握。

我认为，从系统论的观点来看，整个法律教育模式是一个由讲授法、案例教学法、法律诊所法等各种教学方法（系统要素）以一定的主、辅比例关系（系统结构形式）联结起来的、具有培养法律职业人才功能（系统功能）的有机整体（系统）。

系统功能的确定，决定着系统要素的选择和要素结构的安排。中国法律教

育的功能问题已无须多议，因为，法律教育的目的主要是培养法律职业人才，而不是培养法学理论人才，已基本成为法律教育界的共识。以往的教育模式重在理论人才的培养，但最终只有极少数毕业生从事教学、科研工作，这是不争的事实（美国专门培养学术人才的S.J.D项目，即法学博士，仅在全部分法学院学生中占大约2%左右的比例）。

在美国，法律教育的目的问题，似乎早在一百多年前就已经解决了。比如，任命兰德尔为哈佛法学院首任院长的哈佛大学校长查尔斯·艾略特就说过：“教育所追求的是向学生传授知识并提高修养。但最急需的则是行为能力的发展”^[1]。当代人的表述则更为直接明确：“教授法律知识的院校，除了对学生进行实在律令与法律程序方面的基础训练以外，还必须教导他们像法律工作者一样去考虑问题，掌握法律论证与推理的复杂艺术”^[2]。我国学者则发出了惊呼：“在法律教育三十多年的今天，如果我们再不强调法律教育的职业特征，将会把我国的法律教育引入死胡同，也将会危害到法治建设”^[3]。

以培养法律职业人才为系统基本功能的法律教育模式系统，其要素即教学方法为：讲授法、案例教学法、法律诊所法、模拟法庭法、观摩审判法、实习法等。

那么，这诸种教学方法应以何种比例关系联结构成教育模式呢？我认为，在以培养法律职业人才为基本功能的法律教育模式中，讲授法和案例教学法为基本教学方法，而法律诊所法、模拟法庭法、观摩审判法、实习法则为辅助教学方法。

下面简要谈谈我对法律教育诸种教学方法的看法。

关于讲授法，早在一百多年前，哈佛法学院院长兰德尔的继任者詹姆斯·埃姆斯（James B. Ames）就说：“教师徒劳地把水灌进了筛子里，水可能是有用的，但却白白地流走了”。在中国，“满堂灌”、“填鸭式”的讲授法也早已“声名狼藉”，法律教学模式的改革正是基于对这种传统教学方法的反思和挑

[1] 转引自〔美〕罗伯特·斯蒂文斯：《法学院——19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林、李新成、付欣译，贺卫方校，中国政法大学出版社2003年版，第67页。

[2] 〔美〕E.博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第491页。

[3] 王学辉：“法学教育教学方法”，载付子堂主编、胡雅彬副主编：《当代中国转型期的法学教育发展之路》，法律出版社2010年版，第120-121页。

战。然而，骂归骂，用归用，谁也无法否认讲授法仍为现今法学院的基本的、最重要的教学方法。其原因简单地说不非是，扎实的法学理论功底乃法律人的基本功。这可借用修炼功夫之行话说明：练武不练功，到头一场空。不过，中国的讲授法除应继续坚持和发展与案例举例法（不是案例教学法）的结合外，还应借鉴美国法学院的苏格拉底式问题教学法和美国20世纪60年代后期盛行的课堂研讨法（也不是案例教学法）。

我以为，案例教学法乃仅次于讲授法的基本教学方法。但基于本文的思路，这里先议其他辅助教学方法。

我说法律诊所法、模拟法庭法、观摩审判法、实习法均为法律教育辅助方法，原因在于这些方法之无人能够改变的局限性。

关于法律诊所教育法，原北大法学院院长朱苏力先生认为，我国法律教育正处于转型期，到了一个十字路口，法律教育该往哪个方向走，法律诊所教育的出现为法律教育改革起到了关键的推动和导向作用。原清华大学法学院院长王晨光认为，把法律诊所教育引进国内法学院，并结合我国的实际情况，相信可以为整个法律教育打破藩篱，求得新的发展提供强大动力。正像法律教育家们所期待的那样，法律诊所教育的移植和推广，其价值远在具体教学方法的改革之上，确实为中国法律教育的改革指明了方向和路径——方向：引导学生学习“活的法律”；路径：训练学生“像律师那样思考”。因而，以中美两国属不同法系，法律渊源不同为由，认为“将法律诊所教育引入中国的确有盲目移植之嫌疑”；以法律诊所教育种种客观的局限性和在中国推行此法的种种客观困难为由，而主张“我国高校法学院系不宜盲目推广”，是不妥的。但是，也应当清醒地认识到，法律诊所教育法在整个本科或硕士课时中所占比例和教学内容，决定了此法不是法律教育的基本的或主要的教学方法，而是辅助方法（在课时安排上，无论美国和中国通常均只占一学期课时；在教学内容上，无论美国和中国通常都是公益性的、法律援助性的简单案件）。这也正是此法的盛行依然不能从整体上改变中国法律教育萧条现状的原因。

美国法官杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank）早在60年前就尖锐地抨击过美国法学院的模拟法庭教学法。他说：“这种模拟审判只不过是拙劣的替代物而已。作为给学生上课的一种方法，难道有哪所医学院会用假想的外科手术取代真正的

外科手术？显然，这种法学院的假想审判只能‘提供趣味性’或用来‘减少乏味感’，仅此而已。它们不能与严肃的律师工作相提并论”^[1]。

关于模拟法庭法，在国内是有不少负面评价的。诸如装模作样像演戏，穿上各种制服跑龙套，名为开庭辩论实为大专辩论，等等。依我看，这种假模假样式的法庭审判的最大问题在于，缺乏资深法官、检察官、律师在案件选择上和主要环节——庭前准备、开庭及庭后总结上的亲自的、直接的指导。但是，此法最重要的价值——训练学生在开庭前形成证据运用和法律适用思路并进而完成诉讼文书是不容置疑的（可以说美国律师的功夫基本都在庭上，而中国大陆律师的功夫基本都在庭前——庭审走过场，律师无作为）。当然，这种教学方法因其尚不能成为一门独立课程和尚只能使少数优秀学生受益，仅是一种远次于法律诊所教育法的辅助方法。

观摩审判是重要的，应该坚持的。法学院学生观摩审判与群众旁听审判往往雷同，常常是听听热闹，一知半解甚至一头雾水。防止此类现象的最有效方法是审前取得案件材料并组织学生初步讨论，以及庭审后组织讨论并由教师点评。观摩审判是进行模拟审判之前的“必修课”，只有有效实施观摩审判法，才可能有效实施模拟法庭法。不过，中国式审判的顽症——庭审走过场、当庭不宣判，必然使得观摩审判价值有限，加之此法不可能成为一门独立课程，仅仅依附于各主要部门法的教学，因此只能是一种辅助教学方法。

实习法的实质是让学生在毕业前先到法院、检察院或律师事务所做一段学徒，故从形式上看，这有似于美国最初的法律学徒制——美国最早私立法学院的雏形。实习法克服了法律诊所教育的某些局限性——“教师”是真的法律职业者而非可能自己都尚未代理过案件的法学院教师，案件是各种各样的而非仅仅是公益性的简单案件；克服了模拟法庭的局限性——真的当事人、法官、检察官、律师，真正对手之间的诉讼较量，真正法官的生杀予夺裁判。但是，即使如此，实习期也是不能过长的，否则就真的使现代法学院在一定程序上倒退到“原始”的学徒制了。因此，实习法当然为辅助教学方法之一。

写到这，我深深出了口气——终于要说到本文的案例教学的正题了，我因此

[1] [美] 杰罗姆·弗兰克：《初审法院》，赵承寿译，中国政法大学出版社2007年版，第234页。