

# 法律教育的双重性与中国法律教育改革

周汉华\*

## 一、法律教育的双重性

科教兴国已经被党和政府确定为一项基本国策,就法治建设而言,教育无疑也起着十分重要的基础作用。没有一个良好的法律教育制度和现代法治观念,就不可能有合格的人员去从事立法、执法、司法和普法工作,法治建设就不可能顺利进行。从我国过去二十多年来的改革开放经验看,法律教育的相对落后直接制约着法律制度的正常运行和整个法治建设的进程,要迎接跨世纪的挑战,必须从教育改革开始。实际上,法律教育改革当前在全球范围内都是一个热点问题,许多国家正在思考如何改革法律教育制度以适应新世纪的挑战<sup>[1]</sup>,有学者甚至提出应将法律教育作为一个独立的法律部门进行研究<sup>[2]</sup>。在我国,随着“依法治国,建设社会主义法治国家”治国方略的确立,从而使法学教育面临新的机遇与挑战。教育部于1995年8月首次召开全国性会议,正式研究面向21世纪的法律教育改革问题,并组织了专门的课题组研究有关问题。司法部制定了《法学教育“九五”发展规划和2010年发展设想》。目前,法学教育改革正在各个高校积极探索、稳步推进之中。

当然,法律教育是整个高等教育的一个有机组成部分,而教育制度是整个社会结构的一个组成部分,一个良好的法律教育必然依赖于整个社会结构的进化而不能孤立地实现。尽管如此,法律教育与其他教育或社会制度比较仍然具有一定的独立性和特点,研究这些特点并将它们反映到中国的法律教育制度之中不但能够使我们的法律教育得到完善,并且可以推动整个法治建设的进行。从这个角度来看,法律教育改革的第一步应该是明确法律教育的目的或功能,弄清楚当代法律教育的基本特征,了解目前国际社会的努力方向和我们可以从中借鉴的经验。一旦我们明确了法律教育的时代特点和基本功能,改革过程并不必然只是一种政府的行为,任何大学、院系、教授或职业团体等都可以根据具体情况尝试某些改革举措。

从法律制度的演变历史和其他国家的经验来看,当代法律教育的基本特征在于实现两对要求:法律实践训练与法律理论学习;法律知识教育与普通常识教育。<sup>[3]</sup>

首先,法律教育的基本特征决定于法律制度在整个社会结构中的地位。在法律制度与政治制度和宗教制度等合为一体的封建制度下,由于法律制度本身并不独立因而不可能有独立

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。本文是作者“现实主义法律运动与中国法制改革”研究计划的一部分。挪威人权研究所为研究提供了便利,特此致谢。

[1] 例如,在英国,上议院议长法律教育与法律行为咨询委员会于1996年公布了其首份法律教育与培训报告;在美国,美国律师协会于1992年出版了有关法律教育改革的专门报告;在澳大利亚,澳大利亚法律改革委员会于1996年也公布了有关法律教育改革的报告。在本文中,与国际惯例一致,法律教育专指我国普通高等学校法律本科教育。

[2] Can see, e. g., P. Birks, *Pressing Problems of Law Volume 1: Examining the Law Syllabus: The Core* (1992); *Pressing Problems of Law Volume 2: What Are Law Schools For?* (1996).

[3] 我国许多学者或多或少从不同的方面对这两对要求有所涉及,例如,公丕祥教授主张“法学是将人文性、逻辑性、职业性三者融为一体的特殊的社会科学”;吴志攀教授将法学教育概括为四个方向:专业化、科学化、本土化与整合。见《共创中美法学教育未来(下)》,《法学家》1998年第6期,第81页。

的法律教育存在。在罗马帝国灭亡后几个世纪的历史中,西方国家并没有独立的法律教育存在;在中国漫长的封建社会中,(法)律学虽一度非常发达,但始终未能生长出独立的法律教育果实。因此,作为前提和结论,法律教育的出现必然与独立的法律制度产生同步。就历史发展而言,独立的法律制度最初从社会结构中分化出来是政治与经济二元化、国家与社会分离以及神权世俗化的一个有机组成部分,法律制度最初是作为与传统法对立的一种自治法而产生的,其基本品格是法律制度完全摆脱任何外在力量的控制而独立<sup>[4]</sup>。在西方国家,自治法大致萌芽于11世纪或稍后,到19世纪自由资本主义时期发展到其高峰<sup>[5]</sup>,而发展中国家在沦为西方列强的殖民地或半殖民地以前基本上未曾经历过自治法的发展阶段。与自治法相符,这一法律形态下的法律教育是一种纯粹的法律知识教育,即通过法律理论学习和法律实践训练,教育学生“以法律人的方式思维”,培养法律职业共同体。一方面,学生必须致力于学习规则和判决,以掌握从事法律职业的实际技能,维护法律的独立地位;另一方面,为完善立法和司法并使学生能够区分正义和非正义而不致成为机械的法律操作工,法律理论也成为法律教育的必要组成部分。通常情况下,法律实践训练与法律理论学习并不矛盾,它们许多情况下实际上相互促进和提高,一个良好的理论基础肯定有利于掌握规则及其适应,丰富的实践经验又会促进理论的进一步提高。尽管这样,理论与实践在一定条件下仍然会有某些矛盾和冲突,现实的法律毕竟是现存的规则而不是理想的世界。理想与现实、稳定与变革、一般规则与个别正义的内在冲突决定了法律理论学习与法律实践训练之间的距离,也表明法律教育必须包容这一对要求才能促进法律的进步。

其次,自治法只是法律发展形态的一种,它是以国家权力不干预法律秩序或政治权力不干预市场运行为前提条件的。在西方国家,自由资本主义的发展最终导致了阻碍市场正常运行的垄断现象和危及国家安全的社会财富分配失衡。为应付自由资本主义的弊端,国家必须对市场进行干预,法律制度因此成为社会调节的工具和实现社会正义的手段,自治法相应进化为回应法。法律制度与政治制度、经济制度、文化制度等再也不能相互分离。在回应法之下,法律制度既是目的也是手段,与完全封闭的自治法相比,法律制度变成了一个开放的系统,衡量法律制度的标准和推动法律制度前进的动力因而不仅在法内而且也在法外,看法律制度是否有利于实现社会正义,有利于经济和政治目标的完成。一个开放的法律制度显然要求一个开放的法律教育<sup>[6]</sup>。除了是法律人以外,法律学生必须同时是经济人、文化人、社会人或政治人,这是社会发展使然。普通常识教育因此成为法律教育的有机组成部分<sup>[7]</sup>。在发展中国家,由于它们未曾经历自治法的发展阶段就与发达国家同时态地步入现代生活,因而它们必须

[4] Nonet 和 Selznick 明确将法律制度分为传统法、自治法和回应法;昂格尔则将法律制度分为习惯法、官僚法和法律秩序。独立的法律制度只在自治法或法律秩序形态下存在。见,Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 17 (1978); 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第42页。

[5] 可见,Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Chapter 2 (1983); 道格拉斯·诺思、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社1989年版,第59页以下;Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, 50 (1996)。

[6] 波斯纳法官明确地提出了法学不再是一个自治学科的主张。Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 - 1987*, 100 *Harvard L. Rev.* 761 (1987)。

[7] 霍姆斯在100多年前即指出,“现在的法律人研究白纸黑字规则,未来的法律人将是统计学家和经济学家”,O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harvard L. Rev.* 457 (1897)。我国学者早在60多年前也指出,“19世纪的法学是趋于专门化,而现今的法学则日趋开放化。”引自孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第17-18页。

并且不得不采取一条不同于发达国家的法治之路,在政府的推动之下进行大规模的变法,将发达国家分两步走完的路放到一步完成,在通过改革实现市场经济和通过回应法实现法治现代化的同时补上独立法律制度长期匮乏的课程。无论怎样,发展中国家对法律制度和法律教育开放性的要求丝毫不比发达国家逊色。

对于包括中国在内的发展中国家而言,建立现代法律制度和法律教育的难点在于,变法模式是一种外加的发展模式,是在市场经济内生的法律实践还未充分发育的情况下就引入了法律制度和法律教育,这样,先天性地决定了其法律教育缺乏实践性;同时,与西方国家的法律教育经历了数个世纪的独立发展才步入开放性时代相比,发展中国家的法律教育在根本未获得独立发展的机会的情况下就突然面临开放的环境,极容易使法律教育失去独立性,变成其他理论或学科的附庸,或者,在相反的极点上,使法律教育排斥外来的任何影响而走入封闭。认识发展中国家法律教育的这种致命缺陷,是我们进行法律教育改革的逻辑起点。

## 二、法律实践训练与法律理论学习

### (一) 英国的法律实践训练

罗马帝国灭亡以后欧洲进入了长时间的黑暗中世纪,罗马时期所创造的法律制度和法律教育全不复存在。<sup>[8]</sup> 大约从 11 世纪开始,在宗教改革和商品生产的推动下,欧洲在封建庄园制的基础上逐步出现了市场经济的萌芽和新的法律制度<sup>[9]</sup>,法律教育因此孕育而生。在英国,职业律师于 13 世纪伴随着首个中央法院制度在伦敦的建立而出现,而法律教育也作为对律师的职业培训形式而同时出现。当时,职业律师分为辩护人(pleaders)和代理人(attorneys)。前者的地位更高,可以代表当事人出席法庭辩护,而后者只能代理当事人从事一些事务性工作,法官从高级辩护人中任命产生。到 13 世纪末,高级辩护人被称为法博士(serjeants - at - law),他们的学生则被称为法学徒(apprentices - at - law)。后者集体居于法律学院或律师协会(Inns of Court),共同生活和学习法律。法律学院完全以实际能力培养为主,它们同时也是律师的行会组织。所有的法律学院曾经被统称为英国的“第三所大学”,当时的另两所大学牛津和剑桥并不教授普通法,而只是从“人文”的角度教授大陆法传统<sup>[10]</sup>。

16、17 世纪,前述法律职业和法律教育体制得以进一步巩固,辩护人(此时改称为出庭律师 barristers)与代理人的区别更加明显。代理人直接由法院任命并受法院控制,“代理人是法院的官员并服从法院的纪律”<sup>[11]</sup>。这一时期,也出现了诉状律师(solicitors)。1729 年,英国议会通过有关代理人与诉状律师管理法,要求所有的代理人 and 诉状律师在从事法律实务以前至少学徒五年。由于代理人与诉状律师得不到律师协会的保护,他们组织了自己的组织法学会(Society of Gentlemen Practisers in the Courts of Law and Equity),并不断提高其法律地位。到 19 世纪末,代理人与诉状律师合并为诉状律师。19 世纪以后,法律教育发生了一定的变化,法律学院作为教育机构的地位开始下降,所有的职业律师都通过学徒制进行教育。1846 年,下院法律教育委员会建议由大学提供法律教育,而法律协会和法学会负责从事律师资格考试的

[8] 罗马时期法律教育的发达程度,可见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 2 章。

[9] 同前注[5]。

[10] 大陆法在英国的大学中被作为人文学科传授,牛津和剑桥从 12 世纪开始就设有大陆法的讲席。可见 J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 27 (2<sup>nd</sup> ed. 1979)。

[11] Quoted from J. Disney et al., *Lawyers*, 12 (2<sup>nd</sup> ed. 1986)。

实际技能培训。该建议通过后不久,英国开始由大学提供法律教育,在1850年至1907年期间,大学开始出现大量的专职法学教授<sup>[12]</sup>。

从英国的历史来看,法律教育的出现纯粹是法律实践的需要,并且,在相当一段时期里,法律教育与实际技能培训可以划上等号,大学提供法律教育只是晚近以来的现象。传统英国法律教育对实际技能的重视,包括职业自治、职业道德等等,对许多国家的法律教育制度都产生了很大的影响<sup>[13]</sup>。

## (二)大陆法国家的理论传统

大陆法国家的法律制度发源于罗马法的复兴,主要是通过对罗马法的注释来解决实际问题<sup>[14]</sup>,因此,与英国相比,大陆法国家的法律教育更具有文本注释的传统和理论色彩。在欧洲大陆,“法律不但是技术也是科学”<sup>[15]</sup>。从12世纪开始,罗马法首先在意大利城市被接受,4个世纪以后,几乎整个欧洲大陆国家都接受了罗马法,被称为欧洲“共同法”(ius commune)。共同法也称为学者法(learned law)因为它们必须通过学者的解释才能适用,并且国法大全的主要部分《学说汇纂》也是由罗马学者的著述所构成。要掌握罗马法必须经过数代学者的研究,这就使正规的法律教育和研究组织显得特别重要,这一任务自然而然地由当时出现的大学来承担。

对国法大全的最初研究始于11世纪末的波伦亚大学,随后随着大学的不断出现而扩展到全欧洲。法学家以其对罗马法的了解对社会发挥着重要的作用,他们支持王权对抗教会,在城市中担任行政官员或法官,在中央政府中担任要职。每当他们获得重要的职位,他们就进一步推广罗马法,使罗马法与法学家的影响同时增长并相互促进。到17世纪,学者法达到其发展的顶峰,法学家在社会中构成了一股巨大的力量,他们不但控制了法律制度,而且管理着城市和国家,在法国甚至构成一个特殊的等级。然而,从18世纪中的启蒙运动开始,学者法的缺陷不断受到各种各样的批评,到18世纪末、19世纪初,人们开始提出彻底废除学者法的设想,随着民族国家的兴起和法典化的流行,学者法最终为各国的成文法所替代<sup>[16]</sup>。

尽管欧洲大陆国家的法律教育从一开始就与大学有内在的联系,并且与普通法国家相比具有更多的理论传统<sup>[17]</sup>,但这并不意味着欧洲大陆国家的法律教育与法律实践无关。由于国法大全的内容具有权威,学者对它的解释就不是为了欣赏,而是为了适用,以解决不同国家产生的不同问题。并且,随着19世纪民族国家的成长,法律愈益成为一种国家事物,欧洲国家的法律教育因而更注重实证法律技能的训练<sup>[18]</sup>。一位德国学者指出,欧洲国家的法学院过于重视其所在国家的法律,学生只学习他们自己国家的法律,而比较法、国际法与共同体法通常被

[12] Can see, Richard L. Abel, *The Legal Profession in England and Wales*, pp. 263 - 265 (1988).

[13] “法律教育最基本的层面是为职业作准备”, Herbert L. Packer & Thomas Ehrlich, *New Directions in Legal Education*, p. 22 (1972).

[14] 罗马法主要是指查士丁尼皇帝于529年至534年编纂的国法大全。可见, Ditlev Tamm, *Roman Law and European Legal History*, 5 (1997); Helmut Coing, *European Common Law: Historical Foundations*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives For a Common Law of Europe*, p. 31 (1978).

[15] Peter Blume, *Legal Education and the Ever-changing Law*, 16 (1995); also can see, Harold J. Berman, *supra* n. 5 Chapter 3.

[16] 一部法典的公布经常是民族国家产生的一部分。可见, O. F. Robinson et al., *European Legal History*, p. 278 (1994).

[17] See, e.g., Werner F. Ebke, *Legal Education in the United States*, in Bruno de Witte & Caroline Forder (ed.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, pp. 107 - 108 (1992).

[18] See, Helmut Coing, *supra* n. 14, 44; also can see Julian Lonbay et al., *Training Lawyers in the European Community*, p. 2 (1990).

压缩到很少的分量或被挤到讲座中<sup>[19]</sup>。耶林在 19 世纪即感叹道,“法学已降格为国别法律研究,法学研究的界限与政治界限相表里,这是学术发展的不幸。”<sup>[20]</sup>

### (三) 美国对法律实践训练与法律理论学习的结合

美国革命时期,对美国律师职业影响最大的是英国的代理人与诉状律师制度而非出庭律师制度,因此,当时流行的是学徒制<sup>[21]</sup>。学徒通过抄写法律文件、准备法律文书以及阅读有限的教材来学习法律<sup>[22]</sup>。直到 19 世纪中叶,想从事律师职业还必须首先到老律师的事务所当学徒。由于老律师能带学徒的数量有限,从事律师职业的人并不多。后来,随着学徒制的发展,从提供学徒训练的律师事务所派生出了专门的私人法律学校。一些受到学生欢迎的律师开始专门从事法律教育,其中,最为著名的私人法律学校是康涅狄格州成立于 1784 年的 Litchfield 法律学校。19 世纪初,法律教育发生重大变革,大学开始合并私人法律学校,由此结合了大学学术的长处与法律学校实务的长处,并使学徒制的要求逐渐弱化<sup>[23]</sup>。

随着正规大学法律教育的出现,教育的内容得以扩充。纽约大学宣称其法学院的设立是为了满足人们对立法技术及法律理论与实践知识的强烈要求。Albany 大学将法律“既作为科学又作为艺术”来讲授。哈佛大学法学院在朗代尔作为院长期间,不但变成了全美最著名的法学院,而且使案例教学法得以推广。案例教学法并不是朗代尔的原创,但却因为他的不懈推动而与他的名字连在一起。朗代尔坚信法学是科学,“如果法学不是科学,大学为其尊严就不应该教授它;如果法学不是科学,只是手工技艺,最好的学习方法就应该是去当学徒。”另一方面,朗代尔认为“法学作为科学由某些原则所组成,只有熟练地掌握并运用它们才是真正的法律人……而最有效地掌握这些原则的方法是学习包含这些原则的判例”<sup>[25]</sup>。案例教学法由此满足了现代法律教育对理论与实践的双重要求。它既从实际判例中来,具有实践性,同时又因为建立在统一的客观原则之上并可以提供一致的结论而具有科学性。到 20 世纪初,案例教学法被作为法律教育的新创造为大多数法学院所采纳。耶鲁大学法学院院长斯旺对法律教育的实践性与理论性的关系作了明确的说明:

大学法学院有双重职能,通过案例教学法训练使学生在他们选择的职业里成为成功的实践者;同时,尽管很少的法学院认识到这一点,通过科学地研究和分析现行法律,通过比较研究其他国家的法律,通过对法律实施和立法的缺陷提出批评和建议,通过将法律与社会的其他制度相联系,法学院也应该致力于改进法律……除了纯粹的职业训练以外,大学法学院有义务通过其教师的研究和教学关注法律教育更深层的问题。<sup>[26]</sup>

[19] Hein Kotz, *A Common Private Law for Europe: Perspective for the Reform of European Legal Education*, in Bruno de Witte & Caroline Forder, *supra* n. 17, 35.

[20] Gerard - Rene de Groot, *European Education in the 21<sup>st</sup> Century*, in Bruno de Witte & Caroline Forder, *supra* n. 17, 15.

[21] See, Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, p. 3 (1983).

[22] See, Alfred Z. Reed, *Training for the Public Profession of the Law (1921)*, edited by Kate Wallach, in Herbert L. Packer & Thomas Ehrlich, *supra* n. 13, 164.

[23] 1800 年, 19 个州中的 14 个要求学徒期;到 1840 年, 30 个州中只有不到 11 个州要求学徒期;到 1860 年, 39 个州中只有 9 个州要求学徒期。

[25] Christopher Columbus Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, vii (1879).

[26] *Report of the Dean, Yale Law School, 1919 - 1920*, pp. 393 - 394.

自从大学从事法律教育以后,法律实践训练与法律理论学习就一直是美国法律教育的一对内矛盾<sup>[27]</sup>,也正是这对矛盾不断地推动着法律教育向前发展。为了保持法律教育的科学性,法学院入学要求逐步提高,到1912年,美国法学院联合会(Association of American Law Schools)就已不再接受开办夜校教育的成员<sup>[28]</sup>。美国律师协会法律教育与律师考试分会主席1934年即提出“我们必须尽力获得公众的支持,以将不合格的法律学校赶出教育圈”<sup>[29]</sup>,到1958年,全美只有30所未经美国律师协会批准的法律学校继续存在。另一方面,为了保持法律教育的实践性,美国的法律教育不断改善其实践训练的手段。本世纪30年代,弗兰克强烈地批评法学院太学术化、脱离实际<sup>[30]</sup>。美国法学院联合会课程委员会1944年的报告指出,随着法律的复杂化,一般的案例课程已不再足以传授基本法律技能。该份报告发表后,采取了各种改革措施,其中,法律实际课(clinical legal education)是最为重要的改革。60年代以后,法学院已经普遍地采用法律实际课,1992年的一份报告发现155所法学院中的130所开设了校外法律实际课(exterships)<sup>[31]</sup>。

### 三、法律知识教育与普通常识教育

不论是法律理论学习还是法律实践训练,其关注的对象都是法与法律现象。在欧洲大陆,共同法完全基于罗马法及其解释之上,而在美国,法律学习也被朗代尔归纳为在白纸黑字规则基础上的科学学习。因此,法律理论学习与法律实践训练都以封闭的法律制度为前提,法律教育是一种与规则有关的教育。然而,随着19世纪末国家干预的出现,法律制度不再是封闭的制度,法律制度作为社会调节的工具必须对社会的其他制度开放。在福利国家,法的作用、功效、解释与根据都必须依社会的其他制度,即法的回应功能来确定,看法律制度是否促进了社会正义的实现。这样,不但要从传统的规则角度学习法律,而且要从社会其他制度的角度来学习法律,即从诸如政治学、经济学、社会学等学科学习法律。从这一角度来看,法律知识教育的历史很长,而普通常识教育的历史却是国家干预时代的产物,并且,普通常识教育在不同国家的发展非常不平衡<sup>[32]</sup>。在这方面,美国是比较成功的典型。

19世纪,分析法学派在英国占据统治地位<sup>[33]</sup>。19世纪末,美国法官开始模仿日益形式主义的英国法律思想,将法律完全当作由其内在逻辑所决定的封闭规则体系<sup>[34]</sup>。在法学界,这种将法官看成是预先存在的中立规则的守护者的观念得到哈佛法学院的支持,法学被视为是自治的学科,只需要研究法律规则<sup>[35]</sup>。这样,法律理论与法律实践的这种形式主义联系使它们一起成为现实主义者的批判目标,并使法律教育改革成为现实主义反对形式主义运动的一

[27] “法律教育的遗产是职业与学术之间的内在冲突”。Robert Stevens, *supra* n. 21, 266.

[28] 除大学法学院以外,私立法律学校与夜校在美国仍未完全消失。

[29] John Kirkland Clark, *Qualification for Bar Admission*, 8 *American Law School Review* (1934), p. 3.

[30] Jerome Frank, *Why Not a Clinical Lawyer - School?* 81 *University of Pennsylvania Law Review* (1932), p. 908.

[31] American Bar Association, *Legal Education and Professional Development - An Educational Continuum, Report of the Task Force on Law School and the Profession: Narrowing the Gap*, Introduction, 253 (1992).

[32] 一位欧洲法学教授抱怨道,“欧洲法律教育的地方性与狭隘性因为其对正式教条、法律技术、细微原则界限的强调以及对来自于经济学和其他社会科学,实际上是来自外来的观念的漠视而得以加强。”Hein Kotz, *supra* n. 17, 35 - 36.

[33] 可见,沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第20页。

[34] Can see, Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, Chapter 2, 3 (1977).

[35] Can see, e. g., Thomas C. Grey, *Modern American Legal Thought*, 106 *Yale L.J.* (1996), p. 493.

个重要方面。例如,庞德在鼓吹其社会学法学的同时提出了法律教育改革的建议,他认为法律是社会控制的工具,法律必须与社会所追求的目的相应,不变的规则永远也不可能构成目的本身<sup>[36]</sup>。1910年,庞德已经在重复其法律教育者成为“法律僧侣”的担心并呼吁进行社会学、经济学与政治学的训练以“造就领导人民的新一代法律人”<sup>[37]</sup>。

1914年,Jose Redlich为卡内基基金会完成一项报告,攻击案例教学属精英教育<sup>[38]</sup>。到20年代,实际部门与法学院教授对法学院的职能进行了大量的讨论,并形成了新的课程体系。1916年,耶鲁法学院在哈佛版的纯粹法律课程之外提出了新的课程设计,1927至1929年间,耶鲁法学院对课程设置进行了改革并使法学院成为耶鲁大学人文关系学院的一部分,由此确立了法学作为一门经验科学的地位。30多年以后,阿诺德教授对这一段令人兴奋的历史进行了回顾,“不用说,大萧条时期耶鲁是一个激动人心的地方。哈佛对于我们而言代表着对法律的传统看法,而我们在耶鲁则打破了旧的课程体系并引入了我们认为能更好地反映现实的新课程……保守派攻击我们不是在管理法学院,说我们是一帮天外来客。”<sup>[39]</sup>在哥伦比亚大学法学院,10个委员会就课程设置工作了两年,完成了100多份报告,历数“法律教育的主要缺陷”,这些研究被后来者认为是“对法学院目的及教学方法的最为全面和深入的研究”<sup>[40]</sup>。这些报告提出,仅仅使用逻辑推理来适用规则和原则并不能解决社会问题,因为它们是对过去经验的反映;如果要使法律教育对改进法律实施有所帮助,要使毕业生有效地参与法律过程,就必须打破传统的法律教育界限,尽可能学习所有有用的知识。在此之后,哥伦比亚大学法学院迅速地任命了一批经济学家、哲学家和政治学家到法学院任教。

尽管某些现实主义者20年代的某些改革措施走得太远无法成功,如在约翰·霍普金斯大学的试验<sup>[41]</sup>,但是,20年代的法律教育改革对当今美国法律教育甚至其他一些国家法律教育制度的影响却是巨大的。首先,当今美国法学院通常由不同专业背景的教授所构成,除了具有传统法学背景的教授以外,越来越多的并未受过专门法学教育的政治学家、经济学家、心理学家、社会学家等都到法学院执教。其次,与法学院组成的多样性相应,美国的法学也显现出多元化与多样性的特点,除传统的以规则为研究对象的法学研究以外,越来越多的跨学科研究大量出现,如从经济学角度的法与经济学,从政治学角度的批判法学运动,从社会学角度的法律社会学,从文学角度的法与文学,从心理学角度的司法行为研究等都在法学界确立了其地位<sup>[42]</sup>。再次,多样性与多元化的法学研究对实际社会生活的影响越来越大,成本效益分析在行政立法中大量采用,利益平衡与政策考虑在法院判决中起着重要的作用。最后,除传统的法律教育课程以外,越来越多的跨学科课程、讲座、讨论课(workshops)在法学院出现,即使对传统的课程,除了原有的判例以外,增加了许多新的材料,包括提要、法律规定、评注与社会学统计等。

[36] Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24 *Harvard Law Review* (1911), p. 591.

[37] Quoted from, Robert Stevens, *supra* n. pp. 21, 134.

[38] Jose Redlich, *The Common Law and the Case Method in American University Law School* (1914).

[39] Thurman Arnold, *Fair Nights and Foul*, 67-68 (1965). Quoted from William W. Fisher III et al., *American Legal Realism*, p. 272 (1933).

[40] Brainerd Currie, *The Materials of Law Study*, in Herbert L. Packer & Thomas Ehrlich, *supra* n. 13, 268.

[41] 该教育改革试验因为对行为科学的强调走入极端而失败。可见, Laura Kalman, *Legal Realism at Yale: 1927 - 1960*, pp. 32 - 33 (1986).

[42] 一位法官指出,各种“法与”(“law and”)运动在法学院都应该有其永久性地位,它们构成法律教育的重要方面。Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 *Mich. L. Rev.* p. 34 (1992).

对法律教育的态度实际上反映了对法律制度的性质与功能的不同认识。如果将法律与法律制度当作一个孤立的社会现象,法律教育必然会局限于法律规则与判决等纯粹法律活动;如果将法律与法律制度放到大的社会背景之中,则法律教育必然要超出纯粹的法律过程,从对社会的研究中来考察法律现象。美国的法律教育与其他欧洲国家相比更具现代性决定于美国人对法律制度的独特认识。一位学者对美国与欧洲大陆国家对法律制度的不同认识作了非常有趣的对比,“大陆国家往往是教条性地分析社会对法律的影响,而普通法国家战前就以实用主义的方式进行法社会学研究……几乎全是美国而非英国的贡献”,“它的主要原则已经变成为美国法律哲学的有机部分,不但反映在宪法、少年犯罪、家长责任以及其他许多领域的现代著述中,也反映在当代美国法院解决关键问题的指导思想。”<sup>[43]</sup>除此之外,美国法律教育的研究性质也为它实现法律理论学习与法律实践训练、法律知识教育与普通常识教育的结合创造了条件。在其他国家,法律教育是一种本科生教育,学生在进入法学院以前不需要其他大学教育背景,这种形式在美国历史上也曾经存在过。经过一个多世纪的发展和演变,最初要求两年预科、然后全国统一为四年本科预科<sup>[44]</sup>,当代美国的法律教育已经是一种研究生层次的教育。由于法学院学生在本科阶段就已经受过四年相关学科的跨学科训练,这就为法律教育实现普通常识教育奠定了基础;更为重要的是,在获得了本科学位以后,“未来的法律人实际上是在职业学校开始了其法律学习生涯”<sup>[45]</sup>,使职业训练成为可能。相比之下,其他国家的法学院学生在接触法律教育的时候纯粹是将法律当作一种科学知识来学习,与学习历史、哲学、文学没有什么区别,强调的是培养学生的基本知识和学习方法。在欧洲,包括英国,法律实践训练被放到大学毕业以后的职业培训阶段,由律师协会负责<sup>[46]</sup>。大学理论学习与大学毕业后的实践训练的截然区分,或多或少必然导致大学法律教育的纯粹理论化。

近年来,理论学习与实践训练的人为两分法在一些国家受到了批评<sup>[47]</sup>。例如,在英国,尽管实践训练有很长的历史,但在大学从事法律教育以后,法律教育就与实践训练脱节,法律教育变成了纯理论学习,实践训练被放到了职业培训阶段。1971年,Ormrod委员会指出,“统治大学的传统‘理论’与‘实践’、‘学术’与‘职业’的划分必须予以废除。”<sup>[48]</sup>上议院议长法律教育与法律行为咨询委员会强调以“统一”的法律教育来代替现行的“线性”法律教育<sup>[49]</sup>。当前,各种法律教育改革措施正在英国采用,根据一项调查,超过一半的新大学提供某种形式的实践训练,而这一比例在老大学只有不到1/4<sup>[50]</sup>。一部分大学甚至在大学内以法律事务所的形式开设了各种形式的法律实际课,使学生有机会在教师的监督下以准职业环境为客户提供法律服

[43] W. G. Friedmann, *Sociology of Law*, in X/ XI Current Sociology, p. 7 (1961 - 1962).

[44] Can see, e. g., Robert Stevens, supra n. 21, Chapter 10.

[45] Can see, ABA, supra n. 31, Introduction.

[46] Can see, Julian Lonbay et al., supra n. 18, Chapter 1.

[47] 在澳大利亚,法律改革委员会指出继续维持理论与实践的两分法已不符合现实发展的需要,因此,改革的方向应该是将两者统一。见, Australian Law Reform Commission, *Review of the Adversarial System of Litigation, Rethinking Legal Education and Training*, para5. 3; para5. p. 27 (1996).

[48] Ormrod Committee, *Report of the Committee on Legal Education*, Cmnd 4595, para 85 (1971).

[49] Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct, *Frist Report on Legal Education and Training*, para5. p. 12 (1996).

[50] R. Grimes et al., *Legal Skill and Clinical Legal Education - A Survey of Undergraduate Law School Practice*, 30 The Law Teacher, p. 44 (1996).



务<sup>[51]</sup>。英国人称这种与实践结合的法律教育为“三明治教育”<sup>[52]</sup>。

在德国,由于大学法律教育太抽象化与理论化,而全国的考试制度更强调实际能力,因此,学生在参加大学学习的同时也自费参加校外辅导班(Repertorium)。校外辅导班最初于13世纪萌芽于波伦亚大学法学院,后来成为德国教育制度的一个部分,可以弥补大学法律教育的不足。校外辅导班可能专门从事法律考试辅导,也有可能将考试辅导与从事法律实务结合起来,而后者更受学生欢迎。校外辅导班的辅导员视法律教育为“技能”教育,好的辅导员会传授“法律技能”,教导学生怎样解决案件而不是如何通过考试,然而,会解决案件也就能通过考试<sup>[53]</sup>。除此之外,著名的1969年“Loccumer 备忘录”启动了融理论学习与实践训练为一体的法律教育改革试验<sup>[54]</sup>,1970年的全德法学家第48次大会以多数同意进行这种试验。1971年,联邦通过了一项法律,授权各州进行一阶段法律教育改革试验。与传统的两阶段划分不同,一阶段法律教育改革使学生能够更早地接触法律实际,由此提高学生的实际能力<sup>[55]</sup>。该备忘录与法律同时还要求将社会科学引入法律教育,进行改革试验的大学大多都非常重视跨学科教育方法。在一篇非常著名的文章中,Wassermann 教授批评传统的法律教育是一种现实合理性教育,由于缺乏理论与历史训练,学生无法认识时代的发展需要,他因此呼吁以政治上有觉悟并视变革为必要而非罪恶的法律人来代替“未启蒙、非政治”的法律人。其他改革的拥护者比Wassermann 走得还远,呼吁法律人对变革持开放态度,认识到法律人是“社会工程师”与政策制定者<sup>[56]</sup>。然而,法律教育改革于1985年被废止,据称废止的原因并不在于改革本身被证明有何缺陷,而主要是因为保守政治的结盟与保守的法学院教授的反对<sup>[57]</sup>。因此,改革试验被废止后不久,立即又出现了法律教育改革的呼声。

在大部分发展中国家,传统的法律观念一直将法律当作一个独立的系统,因此,法律人被视为法律专家,法学院的课程设置大多忽视了法律赖以存在的社会环境,仅仅教授与法律有关的课程。近年来,发展中国已逐步对法律制度与法律教育采取了不同的看法,将它们视为实现社会正义的工具。这样,法律与社会紧密相连,法律教育不但要将法律当作规范体系进行传授,更要研究法律背后的社会结构与社会发展,并通过社会科学学习来完善法律的变革职能,实现社会正义<sup>[58]</sup>。

[51] Can see J. Webb, *Inventing the Good: A Prospectus for Clinical Education and the Teaching of Legal Ethics in England and Wales*, 30 *The Law Teacher*, p. 270 (1996).

[52] Can see, e. g., *Committee on Research into Sandwich Education, An Assessment of the Costs and Benefits of Sandwich Education* (1984).

[53] Can see, e. g., Philip Leith, *Legal Education in Germany: Becoming a Lawyer, Judge, and Professor*, 4 *WebJCLI* (1995).

[54] Jutta Brunnee, *The Reform of Legal Education in Germany: The Never - Ending Story and European Integration*, in Mary Ann Glendon et al., *Comparative Legal Tradition*, pp. 144 - 149 (2<sup>nd</sup> ed. 1994).

[55] 与大部分欧洲国家一样,德国法律教育的第一阶段是大学法律教育,学生通过首次全国统考后进入实践训练的第二阶段。

[56] Jutta Brunnee, *supra* n. 54, p. 145.

[57] See Julian Lonbay et. al., *supra* n. 18, p. 194.

[58] Can see, *International Legal Center, Legal Education in a Changing World*, p. 60 (1975).

## 四、中国的法律教育及其改革

### (一) 中国法律教育的主要问题

中国传统的法律教育源远流长,自春秋战国直至汉、魏,(法)律学相当发达。唐、宋以后,律学在科举制度的影响下渐衰,明、清以八股取士,更无人读律<sup>[59]</sup>。但近代意义上的法律教育则始于清末民初,与变法图强的救国梦想同时出现,时间并不算太远<sup>[60]</sup>。中华人民共和国成立以后,彻底废除了旧法统及与之相伴的法律教育,因此,今日中国的法律教育可以说始自新中国的诞生。

新中国成立后法律制度大量地借鉴了前苏联的经验,法律教育也莫能外,这就决定了法律教育从一开始就与中国的实际存在一定的脱节<sup>[61]</sup>。50年代初,“中国宪法学的基本体系直接借鉴或移植了苏联宪法学,连课程设置及名称都基本上相同”,有学者将这一时期的宪法学研究称为“全盘苏化时期”<sup>[62]</sup>。当时刚刚起步的中国行政法学也翻译、出版了大量的苏联行政法著作,以介绍和研究苏联行政法为主要任务<sup>[63]</sup>。1951年教育部制定的《法学院、法律系课程草案》明确规定,法律教育“以苏联法学教材及著述为讲授的主要参考资料”<sup>[64]</sup>。即使这样,新生的法律教育仍未能躲过从1957年反右开始的历次政治运动的冲击,到十年“文革”,整个国家的法律制度基本被摧毁殆尽,高等教育尤其是高等法律教育大致已经名存实亡。70年代初,全国只剩下两所法学院和一个专科,即北京大学法律系、吉林大学法律系和湖北大学法律专科,并且事实上已停止招生。

自1978年开始的改革开放迎来了中国高等教育和法律教育的又一个春天,实际上,高等教育的恢复标志着中国改革开放的正式启动。法学恢复之初,尽管中、苏之间的亲密关系不再,但由于学术积累本身的限制,加上一时并无其他的替代可寻,新生的法律教育不得不重又回到50年代的基本框架。新出现的第一批教科书大多由重返校园的老一代学者所撰,他们许多都曾经受过前苏联法律教育的训练或影响。这样,再生的法律教育仍未摆脱外来模式的影响,并使法律教育与社会实践存在着明显的距离,而这是发展中国家的法律教育所共同面临的一个普遍问题,它直接限制了法律教育的视野、内容、方法和进一步发展<sup>[65]</sup>。另外,除普通高等学校法学教育以外,我国还有成人法学教育、法律职业教育等多种层次的法学教育,如广播电视大学、职业大学、函授大学、夜大学、自修大学等,教育水平明显参差不齐,并且,法学教育的主渠道恰恰是在大学校园之外迅速扩张<sup>[66]</sup>,大学本科法学教育仍不是从事法律职业的必要条件。一方面,大量本科毕业生毕业后并不从事法律职业,另一方面,目前从事法律职业的人在从事该职业以前很多没有受过本科法律教育,由此固化了法律教育与法律实践的分隔。

[59] 瞿同祖:《法律在中国社会中的作用:历史的考察》,《中外法学》1998年版第4期,第8-9页及相关注解。

[60] 汤能松、王清云、张蕴华、阎亚林:《探索的轨迹——中国法律教育发展史略》,法律出版社1995年版;李贵连:《二十世纪初期的中国法学》,《中外法学》1997年第5期,第8页。

[61] “法律职业与法学教育分离是50年代法律革命的产物”,方流芳教授对这一过程的发展作了详细的介绍。见方流芳:《中国法学教育观察》,《比较法研究》第10卷,1996年第2期,第130页。

[62] 转引自韩大元:《宪法与宪法的回顾与展望》,《宪政论丛》第1卷,第86页。

[63] 胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年版,第121页。

[64] 《中国教育年鉴1949/1981》,中国大百科全书出版社1984年版,第266页,转引自方流芳前注[61],第123页。

[65] International Legal Center, supra n. 58, 19.

[66] 目前全国成人高校在校法科学生人数已经超过普通高等学校在校法律专业学生人数。

作为具体表现,法学院的课程设置一直与主要的法律文件对应<sup>[67]</sup>,而课程内容则大多偏重于法律规范的介绍和注释,不太关注法律规定在现实中的具体运用或现实究竟发生了什么<sup>[68]</sup>。因此,在许多重要的领域,如外商投资、工商管理、地方立法等等,由于没有相对统一的法律规定,实践中也就没有相关的课程。在正式制定法和非规范的自发制度创新的关系上,法学院课程几乎完全漠视了自发的制度创新的意义,近乎武断地对任何自发的制度创新加以排斥或否定,正式的规范成了剪裁现实的唯一尺度。除此以外,法学院几乎所有的教师都是终生职业教师,其来源大多是留校的法学院毕业生,他们在成为教师以前和以后都没有任何实务经验。某些教师可能终生都没有机会在法庭露面或代理客户或参与政府的决策制作过程。对于这样的法律教师而言,他们能够教授的也只能是法律规定而非法律实践。课堂教育方法通常都是缺乏学生参与的灌输式方法<sup>[69]</sup>,法律课程通常是围绕法律概念的课堂讲演,有关概念的定义、性质、特征、广义说、狭义说、构成要件、法律关系、主体、客体等是常见的讲授内容,没有多少实质性的课堂讨论或辩论,由此使学生无法发展证明和论述的能力。在法学院中,迄今仍无法律实际课,过于真空状态的模拟法庭即使有一定的作用,也使学生难以接触到法律的实际运作和复杂的社会现实,这使得他们无法形成职业意识和习惯并在走入社会以后难以尽快适应工作。学生毕业前几个月的实习由于时间太短而基本上是走马观花,对学生的实际能力帮助不大。在这种严重缺乏实践性的法律教育体制之下,法学院毕业的学生很有可能从未起草过合同或答辩状,也有可能从未见过传票或到过法庭。一些年来,实际部门一直在抱怨法学院毕业生缺乏基本的职业技能训练,难以尽快从事工作。

从比较法的角度来看,由于早期发达国家的法治之路是一种自然的历史过程,因此,它们的法律实践是从市场经济的社会秩序中内生的,法律实践最后导致了法律制度和相应的法律教育的出现,法律教育的产生完全是实践的需要并为实践服务。因此,法律教育与法律实践是紧密结合的,不会有大的距离。这在普通法国家和大陆法国家都是一样的。相形之下,发展中国家是在市场经济和社会的内生法律秩序都极端欠缺的前提下开始法治进程的,法治的实现过程是一种移植和借鉴的变法过程。法律制度和法律教育在很大程度上是外加于社会的,法律教育在社会的法律实践还未充分发育的情况下就出现了,因此,必然缺乏有力的社会实践作为支撑而不具实践性。回顾开放之初我国的法治环境,可以发现,尽管历经劫难的人民对法治有着内在的强烈渴求,但社会结构仍然是计划经济体制下的高度集权的统一结构;独立的利益要求和多元的产权制度尚未萌芽;主要的法律、法规还未制定;社会秩序主要由政治权力而非法治权威加以调整,法治作为独立的社会调节力量甚至远未产生;作为独立法律职业主要标志的律师业并未出现;法学院毕业生主要作为国家工作人员参加工作。一句话,社会对法治的现实要求并不是非常强烈,或者说法治还不能在社会生活中起主要的作用。在这种大的背景下,由于毫无法治实践可言,法律教育必然缺乏实践性。从这个角度来看,清末的全盘西化、50年代的苏化、开放之初的拿来主义以及目前某些学者新的西化主张,实际上都是现代化规律在不同时段留下的印记,任何一种方式都不能摆脱和解决现代化给发展中国家的法律教育所带来的难题。在越来越多的学者开始对西方的法学有一定的了解的背景下,如果简单地将目前法

[67] 在1996年1月召开的高等法学教育改革研讨会上,专家们已经一致指出了现实中存在颁布一部法律就开设一门课程的现象。见《高等法学教育改革研讨会会议纪要》,《中外法学》1996年第2期。

[68] 经济法可能是最为典型的课程,它实际上是有关法律、法规的汇编。

[69] 有学者将我们的教学过程归纳为填鸭、烤(考)鸭和板鸭三步曲。

律教育的缺陷归纳为革命或非西化的产物,并以为全面引进西方流行的教科书和教育方法就可以解决中国法律教育的时代难题,还会拖延解决法律教育实践性不足的整体步伐。

与缺乏实践性紧密相关的另一个问题是我国法律教育的封闭性,完全只是将法律当作一个孤立的社会现象,仅仅从规则的解释和适用的角度就法论法,忽略了从社会经济背景、政策变化、法律规则的实际效果以及市场与法律的替代等宏观方面来研究法律。即使在法学内部,也人为地进行了细密的专业划分,教师和学生都局限在狭窄的专业界限内,缺乏本专业以外的法律知识。因此,在实际生活中,法学与其他社会科学以及法学各部门之间常常无法沟通和对话,有时并出现严重的对立,合法与合理的矛盾一直未能从理论上根本解决并严重制约实践的发展。我们经常可以发现法学家与其他社会科学家对某些社会现象或行为持有截然不同的评价<sup>[70]</sup>,不同部门的法学家之间经常也可能发生对立的认识<sup>[71]</sup>。形式主义的法学研究和纯规范的法律教育使整个法学对社会发展和正义未能给予足够的关注,并由此使整个法律制度和法律学界限于自我封闭之中,使法律界实际上失去了参与中国现代化发展宏观政策制定的机会,最终使法制建设与经济建设出现“两张皮”的脱节现象<sup>[72]</sup>。两难在于:随着经济的进一步发展和权利意识的提高,继续将法律制度和法学排斥于现代化的主旋律之外已经会危及现代化本身的合法性,排斥法制实际上是排斥现代化,没有法制根本不可能实现现代化;然而,以目前自我封闭的法律制度和法学来指导和规范现代化实际上会阻碍现代化的进程,最终既实现不了现代化也实现不了法制<sup>[73]</sup>。

从理论上分析,我国作为发展中的社会主义国家本不应该出现法律制度和法律教育的自我封闭现象。因为作为辩证唯物主义与历史唯物主义指导下的社会主义国家,应该特别强调经济基础与上层建筑的相互关系,并从事物的相互联系中研究法律现象;作为发展中国家,现代化的发展道路决定了法律制度既是现代化的目标,又是促进社会变革的工具,不能是一个自我封闭的系统。在这种双重制约之下仍然出现自我封闭,应该说有着非常复杂的原因:首先,应该承认,经典马克思主义法律理论更多地是对资本主义法律制度的批判,对于社会主义国家

[70] 例如,与中国的渐进式经济改革相适应,中国经济学对经济改革的过渡过程的研究颇为深入,以探讨两种制度安排之间的过渡形态,许多一时没有明确规范规定的非规范的制度创新行为在制度经济学家那里具有重要的制度变迁意义,是新制度的生长点。相反,由于法学界完全就法论法,对任何的自发制度创新行为持一种一概排斥的态度,因此,所有的非规范行为在法学家看来都是违法的,应该加以禁止和取缔。有关中国制度经济学的介绍,可见,盛洪主编:《中国的过渡经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版;经济学家对“三乱”现象制度意义的分析,可见,樊纲:《论公共收支的新规范——我国乡镇“非规范收入”若干个案的研究与思考》,载张曙光主编:《中国制度变迁的案例研究》第1集;对粮票交易的制度意义的分析,可见,张曙光:《放开粮价,取消粮票——中国粮食购销制度变迁研究》,载张曙光主编:《中国制度变迁的案例研究》第1集。对法律界和会计界的对立的分析,可见,刘燕:《验资报告的“虚假”与“真实”:法律界与会计界的对立》,《法学研究》1998年第4期,第92页。

[71] 例如,即使当行政立法在现实生活中已经牢固地树立其地位以后,仍然曾经有宪法学者以现行宪法没有明确规定为由对行政立法表示异议。又如,当前,民法学界正在制定物权法,但物权概念的引入对建立在财产权概念基础上的行政法尤其是行政诉讼法会有相当的冲击。

[72] 一些从决策岗位上退居到法律工作部门的领导同志经常会有“原先有力无心,现在有心无力”的感叹,这种感叹最明显地反映了法制建设居于现代化建设主流之外的现实。

[73] 对市场主体及其行为随意加以限制和分割的部门立法和地方化的司法行为对现代化的危害已得到人们的一致承认,同样,法学家在各国也都可能成为阻碍变革的保守势力。在我国,由于立法能够给学者带来一定的声誉和利益,呼吁并坚决支持制定各种法律已经成为一些学者的习惯性思维方式,问题在于,干预市场主体自主行为的法律实际上与现代化的方向背道而驰。有关法律教育保守性倾向的分析,可见,International Legal Center, supra n. 58, 20;对于打破“专业”设置的来自教育部门的阻力分析,可见,武树臣:《淡化专业与课程体系的调整》,《中外法学》1996年第2期,第49页;法学界对立法过分强调的危害性的分析,可见,苏力:《市场经济对立法的启示》,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第102页。

尤其是象中国这样的发展中大国如何进行法制建设和法律教育,马克思主义并没有现成的答案。其次,现阶段我国的社会科学总的来说发展还不够充分,其他学科,包括经济学、政治学、社会学、心理学、历史学、人类学等都还处在非常不成熟的发展时期,这些学科还不能为法学的繁荣和跨学科研究提供坚实的理论支持,法学还难以从其他学科吸取营养,而其他学科也没有人对法律现象进行分析<sup>[74]</sup>。最后,实际上也是最根本的原因在于发展中国家现代化发展道路的制约。一个方面,由于发展中国家必须采用一条不同于发达国家现代化过程的变法道路,而在变法以前并未充分经历过法律制度和法律教育的独立发展阶段,所以,外在的变法未必一定符合市场经济的内在要求,法律制度和法律教育的独立性在政府权力的推动下也缺乏有力的保障,很有可能会成为政治权力的点缀或装饰,完全失去其独立性,这种现象在众多的发展中国家一再重复。或者,另一方面,在现代法治观念和对过去变法失败记忆的影响下,为了不再重复丧失独立性的经历,法律制度和法律教育对任何外来的暗示或影响都变得特别敏感,一概加以排斥,并最终走向与现代化要求相悖的自我封闭。上述两种结果,不论是哪一种,都是现代化的失败和国家的悲哀。回顾我国法律教育的发展历史,现代化的决定律和今后可能的发展方向清晰可见。50年代初,在强大的政治权力下,政治与法律不分,法学与政治学冶于一炉,法学理论只是国家理论的延伸,很难说有独立的法学存在。改革开放,法律制度和法律教育得以恢复,法学获得了独立发展的大好时机。然而,也许是对“文革”教训的深刻记忆,新生的法律制度与法律教育为了维护其独立性,迅速走向自我封闭的道路,失去了与外在世界的联系<sup>[75]</sup>。然而,现代化的规律早已告诉我们,失去独立性的法律教育与走向封闭的法律教育的命运是一样的。当前,全民谈法治、人人讲修宪(作者认为这是好事),在所有话语或行为的前面或后面加上“法”字等现象的出现实际上是对走入封闭的法律制度与法律教育的当头棒喝,它显然预示着新一轮的“政法”、“经法”或“社法”合一的再生。独立之法学,遥遥不可期也。如果说这一次的法学衰落与上一次有何区别,这一次是法律人自己在埋葬法学。

## (二) 中国法律教育的改革方向

明确了中国法律教育存在的主要问题,改革的方向也就确定了:一是增强其实践性;二是增强其开放性。所谓实践性有两个层面的含义,首先是指相对于法律规则而言的法律实际运作,包括法治环境,法律规范的实际运用,各种利益主体对法律运作的影响,法律程序,各个执法机关的行为模式及现实制约因素等,这是最基本的层面,是法律人应掌握的基本功。其次,实际上也是更为紧迫的是相对于变法而言的自发制度创新。尽管发展中国家走的是变法之路,需要由政府来推动市场经济和法治的建立,但这种模式并不排除自发的制度创新尤其是市场机制启动以后的自发制度创新。由于市场行为是一种追求利益最大化的自愿行为,市场主体肯定会在市场交易中自发地创制新的规则以实现其利益。鉴于变法是一种人为的创造,因而可以将通过变法所制定的法律称为“书本上的法律”,它们是否能够符合实际需要,是否有利

[74] 包括一些非常有见地的经济学家也自觉不自觉地可能在可能对法律理论有重大突破的地方嘎然而止,例如,盛洪的“计划权利交易”思想如果加以深化对于合法行为与违法行为的界定具有重要的法理学意义;樊纲对“非规范收入”的研究对于实现立法方式的变革,克服目前立法思路中的简单化做法具有相当的启示意义;刘世锦、江小涓对政府管制的研究,对于中国行政立法的发展方向及其评价标准有重要的指导和实证意义。见,盛洪:《寻求改革的稳定形式》,盛洪主编前注[70],第16页;樊纲,前注[70];刘世锦、江小涓:《竞争推动产业进步——中国电冰箱行业生产扩张与集中过程的实证研究》,载张曙光主编前注[70],第186页。

[75] 从许多方面来看,我国法律学者和实际工作者比西方同行更坚持传统法治理念和规则决定论,诸如政策考虑、自由裁量权、法律的不确定性、法官的造法功能等问题都不在国内学者考虑之列,谈这些问题甚至有理论上落后与保守之嫌。

于市场经济的形成,还要在实践中加以检验<sup>[76]</sup>。相对于变法而言的自发制度创新是市场主体的自愿行为,是从市场秩序中内生的交易规则,因而可以称为“现实中的法律”,它们是否需要依据制定法加以评判,它们是否合法的,需要通过研究它们对社会进步的作用及与制定法的关系加以确定。在历史传统的影响下,我们的法律教育一直将注意力集中于制定法而对自发的制度创新一概加以排斥。在现实生活中,制定法成了衡量一切行为的唯一标准,凡没有制定法根据的行为往往难以获得肯定的评价甚至大多被认定为非法<sup>[77]</sup>。要建立市场经济,必须发挥市场主体的创造性和能动性,在自愿的基础上进行市场行为。并且,由于并非所有的自发创新行为都是合法的,制定法也并不需要对所有的自发创新行为进行评价,因此,法律教育应该对自发的制度创新加以关注,并明确制定法与自发的制度创新的界限,制定法对自发的制度创新的干预程度或容忍程度,自发的制度创新向制定法转化的方式,自发制度创新的评价标准等。

与实践性相应,法律教育的开放性同样也有两个层面的含义,首先是指变法在发展中国家作为实现现代化的社会调节工具意义,因此,衡量法律制度成效的标准不在法内而在法外,应该从法律制度推动社会进步的实际作用来评价法律制度,这就要求法律教育超出传统的法律范畴,从经济制度、社会制度、文化制度、道德、伦理等多方面来观察法律现象。其次,针对变法模式的缺陷和容易引起的问题,法律教育应该对其他社会子系统的自发制度创新加以关注,通过对各种社会现象的研究逐步实现制定法和自发制度创新的统一。由此可见,不论是实践性还是开放性,法律教育改革的内容都应该超出传统的法律教育范畴,实现质的变革。

近年来,诸如单个法学院、单个教师、教育部、司法部等不同的教育主体对法律教育进行了一些不同领域和层次的改革,如建立双学位便利学生学习跨学科知识,采用互动式的教学方法鼓励学生参与,引进案例教学法,改革考试制度,统一编写核心教材等。根据国际经验,由于法律教育改革涉及的面非常广,使得激进的全盘改革非常困难,因此,多元主体的改革探索,尤其是新的法律教育机构的改革探索往往更加可行<sup>[78]</sup>,这种多样化的改革方式今后应该继续坚持。除此以外,以下这些方面的改革对于实行法律教育的目的也有一定的促进作用<sup>[79]</sup>。

### 1. 法学院的设置

如前所述,现代法律教育是普通大学教育的一部分,因为只有这样的制度安排才能有效地保证法学院学生接受到法律理论教育和跨学科教育。在不同的国家,尽管至今仍存在不同类型的专门的法律学校或专为法律实务提供训练的法律学校,普通大学法律教育无疑是当代法律教育的主要形式。在我国,与计划体制下的部门分割管理体制相应,不同的行政管理部门从建国初期的院系调整时期开始就都有自己系统的专业学院或大学,如原邮电部的邮电学院、原

[76] 什么行为法律禁止,法律对某些行为规定到什么程度,是否以犯罪来定性,包括刑法在内都具有一定的偶然性,如对通奸、堕胎等行为各国法律规定截然不同,我国新刑法对一些罪名的规定(如招收不合格兵员罪)也表现出了相当的偶然性。并且,法律规定的成效可能很小而社会成本却非常高,法律规定甚至会阻碍社会的发展。在这种情况下,如果以制定法为唯一的评价标准来规制所有的行为,显然不具有合理性可言。对国家规制无效性的分析,可见,乔治·J·施蒂格勒:《产业组织和政府管制》,潘振民译,上海三联书店1989年版,第8章;Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Chapter 1 (1993)。

[77] 正因为如此,许多学者一直呼吁凡法律没有明确禁止的行为公民就有权利做,也有学者将制定法以外的民间行为归纳为法律规避与法律多元。在承认这些观点的积极意义的同时,应该看到它们对制定法与自发的制度创新的关系的处理过于简化,不符合国家干预时代国家对社会生活进行干预和中国目前仍处于社会转型时期的现实。

[78] Can see e. g., *International Legal Center*, supra n. 58, 23; also can see, supra n. 50.

[79] 应该指出,法律教育改革涉及到许多领域,如政府与大学的关系、大学与律师业的关系、教育融资、学生录取、学生分配、图书馆资源、研究条件、信息技术、律考方法、庭审方式、教师的再教育等等,本文具体建议所涉及的仅仅是与实现法律教育的基本目的有关的几个领域。

轻工部的轻工业学院、铁道部的铁道学院、水利部的水利学院、地质部的地质大学等等。专业学院的共同问题是专业划分和课程设置太细,学生的综合知识太差,无法适应现代社会的要求。而在综合性大学内部,由于过细的专业划分,使得不同学科和专业之间缺乏任何有意义的联系,一个个的系或专业实际上是缩小了的专业学院的翻版,综合性大学实际上有名无实。近年来,过细专业设置和按系统的学院设置的弊端已愈来愈为社会各界所认识,许多专业学院或者与普通大学合并或者改为综合性大学。然而,在法律教育领域,目前仍然是教育部系统的普通大学法学院与司法部系统的政法学院并存的双轨制格局<sup>[80]</sup>,这种格局据说最早是满清末模仿日本法律教育体制的产物<sup>[81]</sup>。原来设想这种体制的优点是实现综合性大学法学院与专业政法院校的分工,前者培养学术人才,后者培养应用人才,而这种设想实际上因为不符合法律教育的基本目的已被放弃<sup>[82]</sup>,人们普遍认识到法律人才应该是学术理论与应用能力统一的人才<sup>[83]</sup>。在政法院校存在的合理性已经不再存在的同时,其弊端已暴露无遗,最为致命的缺陷是专业化的政法院校使其学生失去了系统化大学教育和跨学科知识学习的机会。

因此,要提高法律教育的质量,必须重新进行院系调整,或者将政法院校合并到各普通大学法学院,或者将政法院校转变为综合性大学。在管理体制上,既可以由司法部与教育部分工管理,也可以由其中一家管理<sup>[84]</sup>,并坚决打破教育行政管理部门与其所管理的对象之间的利益关系,实行学校自治。与此同时,在综合性大学内部,法学院应该是一个开放的系统,应该容许和鼓励选修跨学科课程,真正享受综合性大学所提供的机会。综合性大学内封闭的法学院与大学之外的政法院校没有任何实质性的区别,因此,院校调整必须要求综合性大学法学院也进行彻底的变革。

### 2. 课程设置和教学方法

科学的课程设置和合理的教学方法是提高法律教育质量的最关键因素<sup>[85]</sup>,如果我们不能改变我们现在的教育内容和教学方法,法学院设置改革就没有任何实际意义。因此,应从加强法律教育的实践性和开放性入手,对目前的课程设置进行改革,对教学方法进行调整。

首先,实际能力培养应该在课程设置中占据重要的地位,课程设置和教材内容不应限于法律条文的收集,法律制度的实际运行、法律制度的障碍、法律规定与现实的距离、法院、行政机关、检察机关及其他法律主体的行为及其制约因素等都应该得到反映。尤其是,包括分析问题的能力,口头与书面交流的能力,咨询、辩护及谈判的能力,法律研究的能力及法律推理的能力

[80] 如果算上公安部系统的300多所公安、警察学院,则事实上存在的是三轨制。

[81] 见,方流芳,前注[61],第120页。

[82] 司法部官员曾指出,“我们过去更多地让综合性大学法学院培养学术型人才,而司法部所谓政法院校则更多地强调培养应用型人才。到今天,这两个界限基本已被打破,出现了新的认识,即认为法律人才就是应用型人才。”前注[3]。

[83] “法学教育是人文教育,法律工作是社会工作的一部分。”赵相林:《中国法律人才培养的目标》,《法学家》1998年第5期,第104页;也可见,单文华:《我国法学本科教育若干问题探讨》,《社会科学研究》1998年第5期,第66页。

[84] 据称公安部已有意将其所属院校移交给教育部管理。

[85] 应该承认,这两个方面也是教育部、司法部近年来的改革重点所在。1997年,教育部拟定了法学类本科专业核心课程14门,可以说是一个很好的开始。

等实际技能都应该在法学院得到培养<sup>[86]</sup>。其次,除课程设置外,关键还要进行教学方法的改革。法律教育的方法多种多样,并不局限于正式的课堂讲授,许多法律技能和知识并不需要通过课堂讲授就可以获得,如法律实际课和课外学习小组等形式。近年来,一些发展中国家就法律教育方法进行了许多改革尝试,它们包括:更多地发挥学习小组的作用,并辅之以问题研究、写作与讨论;在课堂讲授中鼓励学生参与讨论;增加使用辅助学习手段如视听材料等;改革课堂讲授方法,将许多基本内容交由学生自学;采用模拟方式进行教学,提高学生解决实际问题的能力;增加学生独立研究与写作,减少正式课堂练习<sup>[87]</sup>。再次,与教学方法改革相应,目前以考核记忆能力为主的考试与考核方法也应该作一定的调整,转向以考核实际能力为主。对于学生和教师来讲,考试对他们行为方式和期望值的影响最大,如果考试以实际能力为主,势必促进学生和教师学习和教授实际能力,促进教学方式的改革。

在课程设置与教学方法改革中,法律实际课在发展中国家与发达国家都证明是最有效的教学方法之一。法律实际课目前仍无一个精确的定义,但它包括通过正式与非正式的方法使学生能够在实际发生的案件中进行工作。法律实际课的案件大多来源于为穷人提供法律援助的律师事务所,学生在教师的监督下,既可以作为公诉人,也可以作为辩护人、代理人、咨询员或公司秘书等。法律实际课为学生将理论知识转化为实际能力提供了机会,也为学生了解社会创造了条件,在这种环境下,学生必须解决实际问题,并在此过程中养成职业道德和习惯。在我国,由于律师制度仍不够发达,律师的人数和素质都还有待提高,而各种争议却大量存在和出现,如果我们能够采用法律实际课的形式,并将它与法律援助制度结合,不但能够为学生提供掌握实际能力的机会,也可以完善我国的法律援助制度。

为加强法律教育的实践性和开放性,课程设置不应局限于正式的法律制度本身,应充分反映普通常识教育的内容,增加政治学、经济学、社会学、心理学、历史学、人类学、信息技术等方面的知识,鼓励学生学习跨学科知识,逐步实现法学院的多样化与多元化。在跨学科知识中,尤其应重视经济学与社会学的知识教育,经济学是有关制度及制度的合理性的学科,它对当代法学的影响无论怎样估计都不会过分;社会学是有关社会发展与进化及社会各个系统之间相互关系的科学,对于发展中国家而言,从社会发展的角度来考察法律现象是它们现代化道路的必然要求。即使对于传统法律课程,也应该增加相关的背景材料和相关学科的新知识,例如,刑法应研究不同刑罚手段对遏制犯罪的实际效果,研究犯罪的原因及惩罚的社会成本;行政法应研究行政立法对社会不同阶层的不同影响,研究行政立法的成本与收益;侵权法应研究不同的归责原则对企业和消费者的不同影响以及它们对社会发展的最终影响。总之,强调跨学科法律教育并不是讲法律教育不再以法律为研究对象,而是将法律现象整合到更广阔的整个社

[86] 法学院学生应具备哪些实际技能,各国有不同的归纳。英国上议院院长法律教育与法律行为咨询委员会在其首份法律教育与培训报告中提出了七项,包括:(1)逻辑论证;(2)掌握复杂的想法;(3)处理复杂的事实;(4)对文本的批判阅读;(5)审慎地使用英语;(6)以清晰、一致和令人信服的方式进行口头与书面交流的能力;(7)获取、评估和使用法律文件和信息的能力,包括信息技术处理的能力。美国律师协会于1992年出版的专门报告列举了十项能力,包括:(1)解决问题;(2)法律分析和推理;(3)法律研究;(4)事实调查;(5)沟通;(6)咨询;(7)协商;(8)诉讼与非诉讼程序的能力;(9)组织与管理法律工作的能力;(10)解决道德困境。澳大利亚法律改革委员会于1996年公布的有关法律改革的报告包括协商与调节的能力,珍惜职业荣誉,理解客户与法律程序其他参加人的需要,口头与书面论证与陈述的能力,起草法律文书的能力。可分别见,ACLEC, supra n. 49 Annex to Chapter 4; ABA, supra n. 31, Chapter 5; Australian Law Reform Commission, supra n. 47, Para 5. 26.

[87] Can see, International Legal Center, supra n. 58, 63 - 64.



会中进行研究<sup>[88]</sup>。

### 3. 法学院的学习年限

由于法学院学生必须同时掌握理论知识和实际能力,他们的学习负担肯定比一般的大学生要重,这样,法学院的学习年限相应地要比普通专业的学习年限长。在美国,加上法学院之前的四年本科教育,法学院毕业生在有资格参加工作或律师资格考试以前需在大学花费至少7年时间。在欧洲国家,尽管法学院的平均学习时间是4年,但法学院毕业生在正式执业或参加律师考试以前需平均花费3年时间进行实际能力训练<sup>[89]</sup>。在我国,法学院学生只学习4年即可参加律师资格考试或参加工作,时间明显偏短,更为严重的是,任何专业的本科毕业生或法学专业专科毕业生都可以参加律师资格考试,这使法律教育与法律职业处于分离状态之中,法律教育不是从事法律职业的必备条件。

要提高法律教育以及法律制度的质量和功效,应该深刻反省我们的一些流行做法和观念,使法律教育以本科教育为本,并迅速延长法律教育的学习年限。应该看到,尽管多形式、多渠道、多层次的法律教育体制曾经为我们实行依法治国提供了急需的人才,推动了社会的发展和法制的健全,但社会的进一步发展已经使这种体制的弊端逐步显现,过多、过滥、过热、过快的法律教育实际上已经影响到法律教育的质量以及相关的立法、执法、司法的质量,并助长了腐败现象的滋生<sup>[90]</sup>。实现法律教育的规范化,以本科教育为主,延长法学院学习年限<sup>[91]</sup>,不但可以使学生学习到更多的知识,也可以直接或间接地提高我们的立法、执法、司法的质量,提高整个社会的法律意识。可以尝试将法律学位改造成一种双学位,前2年学习跨学科知识,后4年学习法律知识和技能。也就是说,可以将国务院学位委员会与司法部、教育部共同推出的“法律专业硕士学位研究生”制度作为整个法律教育改革的方向<sup>[92]</sup>。在延长法律教育的学习年限的同时,应该对多层次的法律教育进行清理,该废止的废止,该作为职业培训的仅作为职业培训而保留。无论如何,不能将非正规的法律教育与正规的法律教育放到同一起跑线上,因为这对花长时间学习法律的正规法学院的毕业生不公平。

### 4. 法学院教师

教育的质量很大程度上取决于教师的水平,法律教育改革成败的关键之一在于法学院教师的质量能否得以改善。不难发现,我们法律教育目前存在的许多问题正是法学院教师的质量不高所导致的,一个没有实践经验和普通常识的教师不可能解决法律教育的根本问题。考虑到不可能在一夜之间全部更换法学院教师,也不可能在规定时间内提高他们的水平,一种可行的办法是从各种实际部门和其他院系中大量聘请兼职教师<sup>[93]</sup>。使用兼职教师尽管会有一定

[88] 一些大学法学院已经按照优化课程结构初步方案开设了一些基础课和专业基础课,下一步应加强这些课程与专业课的联系,不能让它们各自孤立,毫不相干。

[89] Can see Julian Lonbay, *Differences in the Legal Education in the Member States of the European Community*, in Bruno De. Witte & Caroline Forder, supra n. 17, 78 - 79.

[90] 王果纯、刘毅斐:《论法学教育与依法治国的实现》,《湖南师范大学社会科学学报》1997年第6期,第46页;《高等法学教育改革研讨会会议纪要》,《中外法学》1996年第2期,第52页。

[91] 已有学者和政府官员提出4+1模式,即4年本科教育加1年司法研修(见前注[3],[83],[87])。笔者认为,该模式的立意非常好,目的在于延长法律教育的年限,但是,将学科教育与司法研修截然分开的做法值得商榷,它虽源自一些欧洲国家,却不符合这些国家的改革方向。

[92] 对该制度的介绍,可见曾宪义:《中国的法学教育体制及改革》,《法学家》1998年第5期,第100页。

[93] 这种方法即使在国外也非常普遍,例如,哥本哈根大学法学院1995年的专职教授为33人,而兼职教师为300人。见, Peter Blume, supra n. 15, 6.

的弊端,如难以保持教育的延续性,但至少可以使学生学习到实际技能和普通常识。从长期来看,应对法学院教师的录用、培训、待遇等问题进行系统的分析,作为原则,(1)法律教师在进入法学院以前应该具有实际工作经验,现行的直接从法学院应届毕业生中录用教师的做法应予废止;(2)法学院教师的来源应该体现多元化与多样性,鼓励非法律专业毕业的人士到法学院任教;(3)在教学与实际部门之间应该有一定的沟通渠道,以便利教师获得实际知识和信息,也便利教师获得实际知识和信息,也便利实际部门的人员到法学院传授知识;(4)为留住有才能的教师并使他们专心于法律教育与研究,应大幅度提高其待遇和物质生活条件。

### 《中国政法大学法律评论》稿约

《中国政法大学法律评论》(以下简称《法大评论》)是由中国政法大学法律系主办的开放性的法学刊物,方流芳教授任主编,在校硕士研究生、博士生任编辑。计划每年两期,首期将于二〇〇一年春季出版。

《法大评论》关注法学研究的各个领域,涵摄理论研讨、制度探究、实证分析等各种理路。我们期望通过学界的共同努力,营造一种学术的气氛,开辟一方成长的净土,并为法治中国奉献一份绵薄的力量,传达一种学人的心声。

《法大评论》坚持学术独立与学术自由。在对问题的研讨和真理的探求中,我们期望听到不同的声音。这里没有藩篱和围墙,也不分支系和宗派。陆、港、澳、台及海外学人,均可基于不同的知识背景和理论视角,发表自己的见解,畅谈学术的光荣与梦想。

来稿不限形式,专题论文、新书评介、案例分析、调研报告、学人札记等均无不可。本刊对文章篇幅亦不加限制,不拒绝洋洋万言的鸿篇巨制,也欢迎短小精炼的法学小品。编辑部在组稿、审稿等各环节力图做到规范而科学,编辑部实行双向匿名审稿制,采稿与否以稿件的学术价值为唯一标准。来稿请附英文标题,请提供打印稿,并附以软盘,文档应存以 Word 格式。同时请在来稿中注明姓名、地址、邮编、电子信箱、作者职称、学历等。

来稿一经发表,稿酬从优。由于本刊人力、财力等因素,来稿不能一一回复,请作者自留底稿;在3个月内未能收到用稿通知者,可以另行处理。

来稿请寄:北京市海淀区西土城路25号中国政法大学研究生院法律系办公室

邮政编码:100088

联系人:易延友 电话:010-62229732

王军 电话:010-62228897

E-mail:fadareview@263.net

《法大评论》编辑部

主编:方流芳